

## 行為論と犯罪論の關係に関する一考察

——犯罪論体系研究・序説——

王 充

### 一 はじめに

行為論に関する現在の研究状況は、ドイツの刑法学者ヤコブスの次のような言葉によって最も適切に表現されていると思われる。すなわち、彼によると、「過去20年間、行為概念に関してまったく議論が行われなかった<sup>(1)</sup>」のである。では、なぜ行為論について20年間も議論がなされなかったのか。このヤコブスの指摘は、犯罪論体系における行為論の重要性を示唆していると解することができるとともに、行為論を再度研究する必要があるのではないかということを提起している。

筆者は、最近、中国の刑法学においては行為論が存在しなかったという<sup>(2)</sup>事実気づくとともに、日本の刑法学においては行為論の体系的な地位が低下している<sup>(3)</sup>という理論状況を認識した。異なる犯罪論体系の中で、同じ行為論について中国と日本で似たような状況が見られることは注目に値する。一方で、行為は犯罪の中核的要素であることを認めているにもかかわらず、他方で、両国の犯罪理論において、行為論が注視されてこなかったという事実は非常に疑問だし、その原因がどこにあるのかは非常に気になることでもある。したがって、もう一度、行為論を検討することが必要ではないかと考えるのである。

「犯罪とは、構成要件に該当する、違法で、有責な行為である」という定義に示されるように、今日の刑法学においては、行為の概念が犯罪概念の基底におかれている。個別的な犯罪行為についての客観的意味を追求し

た古典学派の立場にあってはむしろのこと、「罰せられるべきものは、行為ではなくて行為者である」ことを標榜した近代学派の主張においても、結局は、社会危害的な行為に行為者の危険な性格の徴表的意味を認めざるをえなかったものであり、また、いわゆる行為者刑法の理論を提唱した近代学派も、行為者の観念だけであらゆる犯罪概念を規律しようとしたわけではないのであり、さらに、行為と行為者との二元的犯罪論体系を主張する立場においても、思考論理上、当然のように、行為の観念に優位が認められていた<sup>(4)</sup>のである。

刑法において、行為に関する理論は行為理論あるいは行為論といわれるが、この行為論は常に犯罪論体系の問題と関連している。そこで、行為論と犯罪論体系との関係を検討の入り口として論述していきたい<sup>(5)</sup>。

## 二 行為論と犯罪論の関係に関する歴史的な考察

刑法学の歴史的な発展からみると、行為論と犯罪論の関係について、大別して、2つの発展段階に分けることができる。すなわち、第1段階は、行為論と犯罪論の一体化の段階である。この段階の特徴は、刑法学の中で行為論と犯罪論の区別がなく、両者が一体化していた点にある。この第1段階の犯罪理論を代表するのは、主にヘーゲル学派である。これに対し、第2段階は、行為論と犯罪論が分離した段階である。この段階の特徴は、犯罪論が次第に行為論から離脱していき、両者が次第に離反していった点にある。この第2段階の犯罪理論を代表するのは、ベーリング以降の犯罪理論である<sup>(6)</sup>。

七七

### 1 犯罪論としての行為論

近代刑法における行為概念は、19世紀における法律の発展の産物である。フォイエルバッハの刑法理論において、行為は未だ刑法理論の独立した研究対象となっていなかった。『法哲学原理』の中で行為を定義したことで

「行為概念の父」と言われるヘーゲルの哲学を基礎にした刑法学理論を主唱したヘーゲル学派（ケストリン、ベルナー）においては、行為の諸側面の区別が充分になされておらず、行為は故意の行為に限られ、しかも犯罪の帰属（すなわち、可罰的な行為）と同じであった。<sup>(7)</sup>

ヘーゲル学派の研究者は、犯罪論の中心は行為であると解する点ではほとんど一致していた。行為は、「所為」、「意思・意欲されたもの」および「両者の連関」という3つの要因に分析できるとともに、この3つの要因の総合において把握されていたのである。したがって、このうちの1つの要因でも欠如すれば、もはや行為それ自体が存在しなくなるのである。また、この外部的変動である所為が主体の意思に結びつけられてなされる判断が「帰責」であり、したがって、行為の判断と帰責の判断とは同義となる。<sup>(8)</sup>そして、この行為概念と帰責概念を同一視する考え方は、刑法学において、主観と客観を総合的に考察することを可能にするものである。<sup>(9)</sup>

1840年代から1870年代にかけてドイツの学界を席卷していたのは、観念論的なヘーゲル学派の刑法理論であったが、1870年代以降、フランスの実証主義者であるオーギュスト・コントの影響を受け、メルケルは、この実証主義の影響のもと、ヘーゲル学派の観念的な刑法理論を批判した。すなわち、メルケルによると、実証主義的な経験論の世界では、すべての現象は因果法則に支配されているのであり、行為と性格の関連性もまた偶然ではなく、やはり因果法則に支配され、決定されているのであるとする。そのため、メルケルによると、刑法は帰属を中心に判断することになり、この帰属は因果的判断と配分的判断とを含んだ判断ということになる。前者の因果的判断は、行為が行為者の意思によって規定されていることを理由に行為者に帰属されるという判断であるのに対し、後者の配分的判断は、因果的判断をもとに行為者に対して積極的・消極的な価値を帰属させ、功績・責任を結びつける判断なのである。そして、この帰属的判断は、二重性をもっている。1つ目は因果的・事实的判断であり、2つ目は責任的・価値的判断である。この二重性的な帰属は、後に犯罪論体系において違法

性と責任とを分離する基礎となったのである。<sup>(10)</sup>

## 2 行為論と犯罪論の分離

刑法学の中で実証的な方法を中核的な方法として位置づけたメルケルの帰属論は、帰属の判断を2分するものであり、ビンディングの規範論やベーリングの構成要件論とともに、刑法学研究が新しい段階に入ったことを標示するものである。行為論と犯罪論の関係も、この実証的方法のもとで新しい段階に入ったといえる。ベーリングの構成要件理論以降、犯罪論の各機能の実現のために、犯罪論体系の中心は行為そのものから行為の「属性」(すなわち、行為の類型性、違法性、有責性など)へと移って行ったのである。行為は、この属性が分離・独立していくとともに「裸の行為」<sup>(11)</sup>となっていくのである。

1906年、ベーリングは『犯罪論』という本を公刊した。ベーリングによると、普通の法律からみると、私法と公法は対立している。すなわち、私法においては、歴史的な出発点は行為の類型的明示であったが、後の法律の発展の中で、この類型主義・形式主義は私的自治の原則に取って代わられたのである。これに対して、刑法の中でもともと犯罪に対する明確な限界づけはなかったのであり、構成要件論の提唱によってこの非類型化の歴史に終止符が打たれたのである。同時に、ベーリングによると、構成要件は刑法研究の目的と方法の決定的な要素であり、罪刑法定主義を実現するための肝心な要点なのである。ベーリングを代表とする古典犯罪論体系は、歴史的には、行為類型から犯罪を分析する最初の理論である。この理論は実証主義と罪刑法定主義との結合の産物といえ、この犯罪論体系の中心は構成要件であり、これは犯罪行為の類型性を提示する。<sup>(12)</sup>

基本的な、M.E. マイヤーは、ベーリングの構成要件理論を継承し、しかも、規範的構成要件要素の問題と主観的構成要件要素の問題とを提起した。この2つの問題は、古典犯罪論体系から新古典犯罪論体系へと移行する転機となった。古典犯罪論体系における体系論上の最大の問題は、客観

的・価値中立的な構成要件がどのようにして価値的・規範的な判断である違法性・有責性と結びつくことができるかである。新古典犯罪論体系は、新カント主義哲学のもとに、事実と価値とを峻別する新カント主義の二元論に相応するように、事実的な構成要件と価値的な違法性を中心に据えて犯罪論体系を構築し直したのである。<sup>(13)</sup>

新古典犯罪論者としてのメツガーは、全面的に主観的違法要素を肯定し<sup>(14)</sup> たために、ベーリングの構成要件理論は次第に衰退し、西原春夫の言葉を借りれば、「構成要件理論の祖国ドイツにおける学説の展開過程をふりかえてみて、そこに見出されるものが実は構成要件論発展の歴史ではなく、その崩壊の歴史であった<sup>(15)</sup>」といえるのである。これ以降、犯罪論体系は違法性を中心として展開されたのである。ヴェルツェルは、存在主義現象学の立場から、目的的行為論を提唱し、これを基礎として犯罪論を構築した。ヴェルツェルによると、古典犯罪論と新古典犯罪論は相互に補充する関係を有しており、両理論ともに犯罪行為の本質を把握することができなかったのである。存在主義の視点からみると、他の現象と比較したとき、人間の行為の本質は行為の「目的性（主観意向性）」であり、この目的性を基礎にして、ヴェルツェルは、人的違法性を中心にして犯罪論体系を構築したのである。もちろん、この目的的犯罪論体系の中心は、違法論である。<sup>(16)</sup>

20世紀の70年代から、新しい犯罪論体系が登場した。この犯罪論体系は、いわゆる機能主義的な犯罪論体系であり、この犯罪理論は、刑法の目的観点から、すなわち、刑法に対する市民の忠誠心を確立するために犯罪論を構成するのである。この犯罪論における行為論は人格的行為論であり、目的的行為論を批判するとともに、「応罰性」を犯罪論体系の指導原則とするのであり、「応罰性」によって犯罪の成否を判断するのである。これに対して、刑事政策のうえで責任阻却あるいは刑罰の減免を考慮することは、「要罰性」に属する。この「要罰性」が刑罰の基本原則である。主にこの犯罪理論は、一般予防を基礎として構成されており、しかも一般予防は責任を介して実現されるのである。したがって、この犯罪論体系は、責

任を中心とした犯罪論体系と特徴づけることができるのである。<sup>(17)</sup>

以上によると、ベリングからの犯罪論体系は、ほとんど行為の1つの属性を中心として展開されてきた。つまり、行為は、ますます周縁化していったのである。

### 3 行為論と犯罪論に関する2種類の関係

以上の、行為論と犯罪論の関係に関する歴史的な考察からみると、行為論と犯罪論の間は2種類の関係形態が存在していると考えられる。

(1) 行為論と犯罪論が同義語である形態 この形態では、行為論の中に犯罪認定の要素のすべてが含まれており、行為の存否の判断が同時に犯罪成否の判断でもあることになる。

(2) 行為論から犯罪論を分離した形態 この形態では、行為論は「裸の行為論」となり、犯罪論は行為の属性を判断する理論となるのである。

以上の関係形態に関連する行為論の問題も、2つの下位問題に分けられる。すなわち、第1に、前者の関係形態における行為論はもともと犯罪論であるので、独立した行為論の存在が必要かどうかの問題となるのである。第2に、後者の関係形態における犯罪論は行為論から離脱し、行為論からも独立した存在であり、なぜこの独立した行為論が重視されなかったのかの問題となるのである。この2つの問題を解決するために、中国と日本の犯罪論体系を比較検討しなければならないのである。

## 三 行為論としての中国の犯罪構成理論

### 1 犯罪構成理論の内容

中国刑法学において、行為論と犯罪論の関係は、第1種類の関係形態に属すると考えられる。そして、この関係形態については、独立した行為論の存在が必要かどうか、検討されなければならない。

中国の犯罪構成理論は、20世紀の50年代初めの段階から前ソ連から輸入された。犯罪構成について一般的に言えば、刑法の規定によって、ある1つの具体的な行為の社会危害性および程度が決定され、この行為は犯罪成立に関わる客観的要件・主観的要件の一切を有機的に統合したものである。中国の犯罪構成は多数の要件を包含しており、これらの要件は、中国の刑法理論では、一般に、①犯罪の客体、②犯罪の客観方面、③犯罪の主体、および④犯罪の主観方面の4つに分けられる。つまり、これらの4つの諸要件を有機的に統合したのが、中国の犯罪構成なのである。

いずれの犯罪行為も、多数の事実的特徴を有している。ただし、すべての事実的な特徴が犯罪構成の要件なのではなく、行為の社会的危害性およびその程度を決定する限りで犯罪構成の要件となっているのである。

行為は犯罪成立のための必須の要件であり、それは刑法典に規定されているものである。言い換えれば、行為の事実的特徴は、刑法の規定によって犯罪構成の要件となるのであり、立法者の観点からみると、これらの諸要件のすべてが犯罪行為の成立に必要な要件なのである。したがって、その中の1つでも要件が欠如するならば、犯罪は成立しなくなってしまうのである。しかし、これ以外の要件は、犯罪行為の成立にとって必要ないのである。

中国刑法において、犯罪の成否に関する判断と刑法に対する違反の判断とは一致している。すなわち、行為が犯罪となるのは、行為が刑法に違反するからであり、刑法が規定している構成要件を充足するからである。刑法における犯罪構成は、「刑法総則」と「刑法分則」において規定されている。「刑法総則」は、各種の具体的な犯罪の共通要件を規定している。「刑法分則」の規定は、各種の具体的な犯罪の構成要件を規定している。そのため、犯罪の認定は、「刑法総則」と「刑法分則」の双方に依らなければならない。したがって、「刑法総則」の規定と「刑法分則」の規定との結合がなければ、犯罪の認定は正確に行うことはできないのである。

いずれの犯罪も、その成立を確定するには、刑法の規定による4つの方

面の構成要件を充足しなければならない。すなわち、①犯罪の客体、②犯罪の客観方面、③犯罪の主体、および④犯罪の主観方面の4方面である。

犯罪の客体は、刑法によって保護された対象であり、それは犯罪行為が侵害するところの社会主義社会の社会関係なのである。

犯罪の客観方面は、犯罪活動の客観的・外面的表現であり、通常は、危害行為、危害結果および両者の因果関係を内容とするのであるが、特別な場合には、これらの要素以外に、一定の時間、地点、特定の方法が要求されることがある。

犯罪の主体は、まず、法律が規定する刑事責任年齢に達しており、刑事責任能力を有し、かつ、危害行為を行っている自然人である。企業・事業の「単位」、「機関」および「団体」も、法律の特別な規定による少数の犯罪について主体となりうるのである。

犯罪の主観方面は、犯罪主体の「罪過」を意味する。すなわち、これは、犯罪主体の主観的要素に関わるものであり、具体的に言えば、故意・過失を要することを意味するのである。<sup>(18)</sup>

ある学者は、中国の犯罪構成理論について、以下のような特徴を指摘している。

(1) 各犯罪構成要件と各行為構成要件とが一致していること　すなわち、行為構成において行為を4つの方面に分けるとともに、同じように犯罪構成においても犯罪行為を4つの方面に分けている。そして、この犯罪構成の4つの方面は、犯罪行為の4つの側面について、その形式的・外部的特徴を体现していると同時に、この4つの側面について、その実質的・価値的評価と結びついているのである。つまり、中国の犯罪構成理論は、  
七「現象と本質の統一的な存在」であり、このような方法によって、中国の犯罪構成の4つの構成要件は法律的な評価要素としての性格を有することになったのである。したがって、各構成要件の法律的な評価要素としての性格が無ければ、犯罪構成の全体的な価値評価も行うことができないのである。



（２）犯罪構成の４つの要件が相互に依存していること すなわち、中国の犯罪構成においては、犯罪行為は４つの方面に分けて構成されており、これらの４つの要件は相互に依存して存在しているのである。この相互依存性は、２つの方面を包含している。まず第１に、４つの要件は全体として、犯罪の成立を決定しており、１つの要件のみで犯罪の成立を決定することはできない。さらに第２に、いずれの要件の存在もほかの３つの要件の存在を前提としており、言い換えれば、刑法理論の中で犯罪構成の各要件について別個独立に研究しているが、現実的に言えば、犯罪構成の４つの要件は有機的・統一的に存在しており、分割することはできないのである。

（３）中国の犯罪構成理論が総合的評価であること すなわち、犯罪構成の４つの構成要件は相互依存的な関係にあるので、中国の犯罪構成は、犯罪行為に対して総合的・一括的な評価を行わなければならない。したがって、犯罪成立の判断において、各構成要件についての個別独立的な判断は意味をなさないのであり、４つの構成要件を同時に一括的な判断を行わなければならないのである。<sup>(19)</sup>

## ２ 中国犯罪構成理論における行為論と犯罪論の関係

中国犯罪構成理論はきわめて大きな問題であり、筆者は、ここで即断的に評価することはしたくないが、行為論と犯罪論の関係から犯罪構成理論に対して若干の考えを示したい。

（１）中国犯罪構成理論の出発点としての行為 中国犯罪構成理論は行為から始まる。この行為は、前法律的な存在であるため、行為と犯罪構成要件理論との間を架橋するものが必要となるが、それがまさに罪刑法定主義である。ただし、前ソ連の刑法および中国の刑法は、いずれも歴史的に最初の段階においては、類推解釈を許容していたのであり、犯罪理論においても罪刑法定主義は認められていなかった。すなわち、中国の犯罪構成理論は、罪刑法定主義を基礎としてはおらず、犯罪論の人権保障的な機

能が十分ではなかった。

(2) 行為構成を基に構築されている犯罪論 行為は、行為の主体、客体、客観方面および主観方面という4つの要件を含んでいる。これに対応して、犯罪構成も、犯罪の主体、客体、客観方面および主観方面という4つの要件を含んでいる。行為構成と犯罪構成は、弁証法的な統一的存在であり、そのため、中国の犯罪構成理論においては、行為の存在について判断する際には、犯罪成立の判断も同時に行うのである。犯罪構成理論は、行為の存否と犯罪の成否を判断するための共通の基準である。ただし、行為の存否の判断は事実的な判断であるのに対し、犯罪の成否の判断は価値的な判断である。これら2つの判断は、異なる判断であり、犯罪構成理論の中で一括して同時に行うことは困難であり、誤りを犯しやすい。

(3) 行為に関する「縦向的・総合的」な思考の犯罪論 中国の犯罪構成理論は、まず行為を4つの方面、すなわち行為の主体、客体、客観方面および主観方面に分割し、そして次に、この4つの方面に行為の属性を付与するのである。すなわち、行為構成の判断は、形式的・事実的な判断であるが、行為の属性を付与することによって、それは犯罪構成の実質的・価値的な判断になるのである。行為は4つの方面に分けることができるけれども、この4つの方面に行為の属性を付与することは容易ではない。

(4) 弁証法的方法を基に構築された犯罪論 中国の犯罪構成理論は、マルクスの唯物論的弁証法の方法に基づいて構築されている。もちろん

表1 中国犯罪構成理論における行為要件と犯罪行為との対応関係

行為主体	行為主観方面	行為客観方面	行為客体
行 為			
犯罪主体（刑事責任年齢、責任能力）	犯罪主観方面（罪過すなわち故意、過失）	犯罪客観方面（危害行為、危害結果、因果関係）	犯罪客体（刑法によって保護されて、犯罪行為を侵害する社会関係）
犯罪行為			

ん、この唯物論的弁証法は哲学の方法論としてきわめて高名な方法であるが、直接刑法学に応用できるかどうかについては疑問がある。もともと犯罪論は操作性の面が強く要求されるので、この唯物論的弁証法を犯罪論において駆使するのは容易ではないのである。

以上の分析によって明らかとなるのは、中国の犯罪構成理論における行為論と犯罪論の関係が不明確であるため、行為論と犯罪論の機能はいずれも実現することができなかったということである。この問題を解決するために、行為の存否を判断する行為論と犯罪の成否を判断する犯罪論とを分離するのが適当であると考ええる。つまり、中国刑法学について、独立した行為論の存在が必要なのである。

#### 四 行為属性論としての日本の犯罪論

日本の刑法学においては、行為論と犯罪論はまったく別の要素として存在している。すなわち、日本の刑法学は、行為論から犯罪論を分離した形態である第2種の関係形態に属するのである。この関係形態において、行為論については何が問題であろうか。

日本刑法学における行為論は、2つの側面において研究がなされている。すなわち、第1の側面は、行為の体系的側面であり、行為と犯罪論との関係を問題にする側面である。言い換えれば、行為論を独立させることが必要かどうかを問題にするものである。この問題に対する観点は、さらに2つに分けることができる。一方の観点は、行為は犯罪論の外に独立して、犯罪構造の基盤として存在していると解する「裸の行為論」であるのに対し、他方の観点は、独立した存在の行為は意味がなく、行為は構成要件要素に属する諸要素の1つにすぎないと解する立場（いわゆる構成要件理論）である。

次に第2の側面は、行為の本質的側面であり、行為の本質は何かを問題にする側面である。言い換えれば、独立した行為論をとるにしろ、構成要

件要素としての行為概念をとるにしろ、行為とは何かという行為概念の本質を問題にするものである。この問題に対する見解では、周知のように、因果的行為論（自然主義的行為論）、社会的行為論、目的的行為論および人格的行為論が主張されている。

日本の刑法学における第1の側面は、中国における行為論の側面と近似していると思われる。そこで、第2の側面から、日本の行為論の問題を検討したいと考える。

すでに論じた行為論と犯罪論の分離を契機として、両者は別の方向に発展し、犯罪論は構成要件を中心とした古典犯罪論から、構成要件と違法性を中心とした新古典犯罪論、違法性を中心とした目的犯罪論、責任を中心とした機能主義犯罪論へと展開していった。これに対して、行為論は、因果的行為論（自然主義的行為論）から、社会的行為論、目的的行為論および人格的行為論へと展開していったと考えられる。

### 1 因果的行為論（kausale Handlungslehre）（自然主義的行為論）

因果的行為論は別に自然主義的行為論とも謂われ、自然科学的・物理学的な観点から行為を理解する立場である。すなわち、この説によると、行為とは人の意思決定に基づく客観的な外部的活動およびその因果的経過によって惹起された外界の変動として把握される。この説における行為概念の特徴は、行為は現実の意思決定にもとづくものでなければならないという「有意性」と、行為は専ら人間の感覚によって知覚しうる存在でなければならないという「有体性」・「知覚可能性」にあるとされる。<sup>(20)</sup>しかし、この説に対しては、認識のない過失による不作為犯、つまり忘却犯について行為性を認めることが困難であるとの批判が加えられている。

### 2 社会的行為論（soziale Handlungslehre）

社会的行為論は、「人の態度が社会生活の中でどのような意味をもっているか」という社会的な意味関係の観点から行為を理解する立場である。しかし、この立場においても、「意思支配可能性」をどのように解するかによって、立場が2つに分かれる。すなわち、第1の立場は、「犯罪は行

為であるという命題を維持しようとすれば、この種の忘却犯をも包含しなければならぬ。」という考えから、行為概念から意思支配可能性を除外し、行為とは「何らか社会的に意味のある人の態度であるというより以上の内容規定を与えることは不可能であり、また不必要であるといわなければならない。」とするのである。<sup>(21)</sup>これに対して、第2の立場は、反射運動や物理的強制下の動作を行為概念から排除する意図で、行為概念に意思支配可能性を要求し、行為とは「意思による支配の可能な、何らかの社会的意味を持つ運動または静止をいう」<sup>(22)</sup>とするのである。

### 3 目的的行為論（finale Handlungslehre）

目的的行為論は、周知のように、ドイツのヴェルツェルによって主唱された行為論であり、目的追求活動としての人間行為という観点から行為を理解する立場である。すなわち、この立場によると、行為とは目的的行動力の範囲内にある人間の身体的な積極的・消極的態度という実質的な内容をもった概念であると把握される。この説における行為概念の特徴は、行為の中核要素として「目的性」に着目した点にあり、この目的性は、「人間が因果法則についての知識を基礎として自分の活動によって発生しうる結果を一定の範囲において予見し、それによって種々の目標を設定し、この目標設定に向かってその活動を結果的にみちびくことができるということにもとづいている。」<sup>(23)</sup>とするのである。しかし、この説に対しては、人間の行為をすべて「目的性」で把握するのは無理であり、特に過失行為については、行為の本質的要素として構成要件的に重要でない目的性を考慮しなければならないのであるなら、目的的行為論の限界がそこに表れているとの批判が加えられている。

### 4 人格的行為論（personliche Handlungslehre）

人格的行為論は、人格の主体的現実化としての人間行為という観点から行為を理解する立場である。すなわち、この立場によると、行為とは人格の表われであり、それは「単純に性格の自然必然的な流露といったものではなく、人格と環境との相互作用のうちに行為者の主体的態度によって行

われるものであり、人格が主体的に現実化されたもの」、言い換えれば、「行為者人格の主体的現実化としての生（Leben）の活動であって、生物学的基礎と社会学的基礎とをもつ。それはまさしく行為者のダイナミックス（動態）にはかならず、行為者の人格が一定の場において主体的に表動するものである。」と把握される。この説における行為概念の特徴は、行為の中核要素として「主体性」を重視した点にあり、この主体性は、「素質・環境の重要な制約を受けながらも主体性をもつものであること、また、逆にいえば、主体性もちながら生物学的＝社会学的な制約を受け行動科学的な法則性に支配されるものであることを明確に認識しておかなければならない。」とするのである。<sup>(24)</sup>しかし、この説に対しては、人間の行為に「主体性」を強く求めることは、結局、有責性の判断における非難可能性の概念を先取りするものであるという批判が加えられている。

以上の行為論は、行為の本質をめぐって展開された。そして、刑法学においては、行為概念にはいくつかの機能が期待されている。この行為概念の果たすべき機能について、ドイツ刑法研究者のマイホーファー<sup>(25)</sup>の摘出した機能が、日本の刑法学理論においても承認されている。すなわち、行為概念の機能として、基本要素（Grundelement）としての機能、結合要素（Verbindungselement）としての機能、および、限界要素（Grenzelement）<sup>(26)</sup>としての機能である。

#### （１）基本要素としての機能

行為は、刑法における記述的・規範的な評価として考慮されるすべての賓辞および付加語が行為という１つの共通概念にさかのぼらなければならないという論理的な意味の機能を有しているとされている。

#### （２）結合要素としての機能

また、行為は、犯罪成立の諸要素を結合させる機能を有している。すなわち、犯罪は構成要件に該当し、違法性を有する、有責な行為であるので、これらの各要素は同一の行為に対して評価するものである。したがって、

行為の概念は、扇の要のような役割を果たす概念として、犯罪論上の各要素を結びつける機能を果たすとされている。

### （３）限界要素としての機能

行為の機能の中で最も実質的な意義があるのは、この限界要素としての機能であるとされる。すなわち、これは、「行為でなければ犯罪とはなり得ない」という意味で、およそ処罰の対象となり得ないものを刑法の対象から排除するという機能を果たしているのである。これには、さらに２つの側面があるとされる。第１の最も重要な側面は、行為として外界に表れない信条・思想などを処罰の対象から除外するという重要な人権保障の機能を果たすものである。これは行為の「外部性」・「客観性」を要求するものであり、近代刑法の大原則であるとされる。第２の側面は、人間の意思に帰属しない事象を刑法的判断から排除する機能である。すなわち、意思によって支配することが不可能な事象、たとえば反射運動や絶対的強制下<sup>(27)</sup>の行動などは、刑法における行為とはいえないのであるとされる。

これに対し、ある研究者は、行為の機能について２つの機能を摘示するにとどめている。たとえば、中山研一は、行為の機能として「限界的機能<sup>(28)</sup>」と「基本的・結合的機能」をあげるにとどまっているし、同様に、大谷實も、「限界機能<sup>(29)</sup>」と「統一機能」をあげるにとどまっている。

私見によれば、基本要素としての機能と結合要素としての機能との区別は不明確であり、２つの機能はともに理論的な意味における機能であって、区別の実益は無いと考えられる。これに対し、行為の限界要素としての機能は、現実的な意味における機能であり、人権保障にとって不可欠な機能と考えられる。

以上の４つの行為論は、いずれも行為の理論的な意味における機能と、現実的な意味における機能とを実現することができなかった。というのは、理論的な意味における機能は、犯罪論の前提的あるいは基礎的な機能であり、現実的な意味における機能は、罪刑法定主義を実現する、あるいは人

権保障を実現する機能だからである。私見によれば、現在の犯罪理論において行為論の体系的地位が低下して、活発な議論がなされていないのは、行為論が犯罪論において十分な機能を果たしてこなかったからであり、それは行為論に基本的な欠陥が存在していたからだと考えられる。現在の日本の犯罪理論においては、行為は構成要件の要素の1つとして位置づけられるのが支配的な見解となっており、この立場では、人権保障の機能は構成要件によって実現しようと意図されている。しかし、この立場は、行為論の機能、すなわち行為論の理論的な意味における機能と現実的な意味における機能の問題を回避しており、この行為論の問題を積極的に解決することができないのである。しかも、この立場は、構成要件によって罪刑法定主義の人権保障機能を実現しようと意図しているが、しかし、現実には、罪刑法定主義の人権保障機能の実現は、構成要件によってではなく法文言によって実現されるのである。構成要件は、法文言を解釈した結果として導き出されるものである。<sup>(30)</sup> 言い換えれば、罪刑法定主義は構成要件を規定する前提であり、支配的な見解のように、構成要件によって罪刑法定主義の人権保障機能を実現しようと考えることは論理が逆である。そのため、行為論の問題をもう一度検討しなければならないと考える。

## 五 行為論の再構築——私見——

以上の検討によると、中国刑法において、行為論に関して重要な課題となるのは、行為論と犯罪論との分離であり、行為の存在と行為の属性を分離させることである。日本刑法において、行為論に関して重要な課題となるのは、2つの機能を実現するための行為論を構築することであり、以下、筆者は、中国と日本の刑法学の共通の基礎から、両国の犯罪論体系の相互補充的な観点から試見を述べてみたい。

認識論的な立場から見ると、認識の主体、認識の客体および認識の方法の点において、中国と日本の刑法学あるいは犯罪論体系は共通しており、



両者とも、行為を認識の客体とし、犯罪論を認識の方法論とする点で共通している。認識の客体と認識の方法の関係に対応して、行為と犯罪論の関係は弁証法的な関係を有している。すなわち、認識の客体と認識の方法は、相互に有機的に関連しながら、互いに前提となっている。つまり、認識の方法に対して、認識の客体は「時間先在性」の存在であり、認識の客体に対して、認識の方法は「論理先在性」の存在である。したがって、刑法学において、行為と犯罪論の関係も同じであり、これは行為論の研究の前提であると考えられる。

日本の刑法学においては、認識方法としての犯罪論が歴史的に展開されていることもあり、罪刑法定主義の人権保障機能を実現することが重要な課題として認識されているのに対し、中国の刑法学においては、この認識方法としての犯罪論が十分に展開されてこなかったために、罪刑法定主義の人権保障機能を実現することが十分ではない。したがって、中国の犯罪構成理論を再構築する際には、日本の犯罪論体系が参考になる。そして、犯罪構成理論を再構築する際には、行為論と犯罪論とが一体化している中国の犯罪構成理論の現状を転換することができる。つまり、犯罪構成理論の再構築と同時に、行為論も一括して解決できると考える。<sup>(31)</sup>

まず、中国犯罪構成理論は行為を出発点としているのに対し、日本の犯罪論は法律を出発点として<sup>(32)</sup>いる。これは、中国の犯罪構成理論にとって非常に参考となる点である。

次に、行為論と犯罪論の関係から見ると、日本の犯罪論体系は第2種の関係形態に属する。すなわち、行為属性論の犯罪論であり、構成要件該当性・違法性・有責性のいずれも行為が犯罪として成立するための必須要件である。これらの要件は、行為全体に関する属性という性格を有し、しかも、これらの要件は行為属性の異なるレベルに属している。構成要件該当性の判断は行為に対する一般的・類型的・客観的な判断であり、違法性の判断は行為に対する具体的・客観的・実質的な判断であり、有責性の判断は具体的・主観的・実質的な判断である。つまり、行為論は行為の存在論

表2 日本の犯罪論体系と行為との関係

行 為
構成要件該当性
違法性
有責性

として、犯罪論は行為の属性論として、相互に区別すべき独立的な存在なのである。これも中国の犯罪構成理論にとって非常に参考となる点である。

さらに、日本の犯罪論体系は、行為に対する「横向的」な分析思考的な理論体系である。すなわち、日本の犯罪論体系は行為を全体的に考察し、構成要件該当性・違法性・有責性の属性を階層的に配置しており、これと中国の「縦向的・総合的」な犯罪構成理論とは相互に補充的な理論として新たな犯罪理論の構築に役立つものと考ええる。

また、日本の犯罪論体系は、実証的・機能的な犯罪論体系であり、この犯罪論体系は刑法の規定によって客観から主観へ、行為から行為者へ、形式から実質への論理思考を取っている。そのために、犯罪論体系における各成立要件は、罪刑法定主義・法益保護主義・責任主義の果たす人権保障機能を明確に果たしている。この犯罪論は、歴史的には刑事手続からの要請で構築されたものであるが、その後も、操作性を実現するために発展してきた。これも、操作性の特徴が顕著ではない中国の犯罪構成理論にとって非常に参考となる点である。

以上の分析によると、中国刑法学における行為論に関する問題は、日本の犯罪論体系を参考にして犯罪構成理論を再構築することによって解決すべきであると考ええる。

それでは、日本刑法学における行為論に関する問題はどのように解決すべきであろうか。日本刑法学における4つの行為論は、共通の特徴を有している。すなわち、因果的行為論（自然主義的行為論）は行為の因果的側面から、社会的行為論は行為の社会的意味連関から、目的的行為論は行為の目的性から、そして、人格的行為論は行為の人格体现性から、というように、いずれも行為の1つの側面から行為を把握しており、このことが行為論の機能を果たすことができない原因であると考えられる。むしろ、行

為は多面的な存在であることを念頭におかなければならない。

私見によると、日本の刑法学における行為論に関する問題は、中国の犯罪構成理論においても、行為を4つの方面から把

表3 中国の犯罪構成要件と日本の行為論の対応関係

	中国・犯罪構成要件	日本・行為論
主体方面	犯罪主体 ↓	人格的行為論 ↓
主観方面	犯罪主観方面 ↓	目的的行為論 ↓
客観方面	犯罪客観方面 ↓	因果的行為論 ↓
客体方面	犯罪客体	社会的行為論

握する方法を参考にして、行為の主体、客体、客観方面および主観方面という4つの方面から行為を把握することによって解決すべきである。すなわち、中国犯罪構成理論が把握した行為の4つの方面の要素と日本の犯罪学における4つの行為論が重視する側面は、偶然かもしれないが一致しているものであり、したがって、因果的行為論（自然主義的行為論）という行為の「因果的側面」は犯罪構成の「客観方面」に、社会的行為論という行為の「社会的意味連関」は犯罪構成の「客体」に、目的的行為論という行為の「目的性」は犯罪構成の「主観方面」に、そして、人格的行為論のいう行為の「人格体現性」は犯罪構成の「主体」に、それぞれ対応させて把握すべきである<sup>(33)</sup>と考える。

日本の犯罪論体系において、構成要件論が支配的となったのは戦後である。すなわち、小野清一郎および瀧川幸辰は、ドイツ犯罪論の影響を受けて、構成要件論を犯罪論体系に持ち込んだのである。しかし、戦前は、構成要件論が有力であったのではなく、たとえば、宮本英脩は、行為性・違法性（違法行為性）・可罰性（可罰能力性・可罰類型性）という犯罪論体系<sup>(34)</sup>を採っていたのであり、そこでは、構成要件はまったく登場してこない。さらに牧野英一は、犯罪の主体・客体・行為、主観的要件（責任・責任能力・犯意・過失）、客観的要件（構成事実・違法性）という犯罪論体系<sup>(35)</sup>を採っていたのであり、そこでも、構成要件は登場していないのである。

現在の日本の犯罪論体系は分析的な体系であるが、過度に分析的になっ

てい(36)と考えるのは私だけではない。そこで、犯罪論の前に総合的な行為論を位置づけることによって、分析的な犯罪論体系を補完することが必要なのではないだろうか。

こうした私見は、文字どおり試見にとどまっており、具体的な検討は今後の課題として研究を継続しなければならない。しかし、中国と日本の犯罪論体系には相互補足的な特徴が存在していると確信している。そして、中国と日本の犯罪論体系の総合の中に具体的な問題が生じてくることは避けられないが、それらは今後取り組んでいかなければならない課題であると考えらる。

- (1) 馮軍訳／ヤコブス『行為・責任・刑法』(1997年) 65～100頁参照。
- (2) 高銘喧編『刑法学原理』第1巻(1993年) 参照。
- (3) 平場安治『刑法における行為概念の研究』(1959年) 37～82頁参照。
- (4) 大塚仁『行為論』日本刑法学会編『刑法講座』第2巻(1953年) 1～23頁参照。
- (5) 本稿では、「犯罪理論」は犯罪に関する一般的な理論を意味し、「犯罪論」は日本の犯罪理論を意味し、「犯罪構成理論」は中国の犯罪理論を意味することにする。
- (6) 行為概念の歴史について、下村康正は、3つの段階に分けている。すなわち、第1段階は行為と犯罪との一体化の段階、第2段階は犯罪全体像としての行為から違法性が離脱した段階、さらに第3段階は行為概念から責任が離脱した段階であるとしている。下村康正「ラートブルッフの行為論」『中央大学70周年記念論文集』(1955年) 171～212頁参照。
- (7) 李海東『刑法学原理入門』(1998年) 25～26頁参照。
- (8) 山口邦夫『19世紀ドイツ刑法学研究』(1979年) 113～138頁、特に133頁参照。
- (9) 李海東『刑法学原理入門』(1998年) 25～26頁参照。
- (10) A.Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S.66 ff. メルケルの見解については、山口邦夫『19世紀ドイツ刑法学研究』(1979年) 161～188頁参照。
- (11) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(1953年) 52頁以下参照。
- (12) Beling, Die Lehre von Verbrechen, 1906. なお、ベーリングの理論については、佐伯千仞「ベーリングといわゆる構成要件の理論(1)(2)」立命

館法学15号 1～23頁、16号 1～29頁、下村康正「ベーリングの構成要件論」  
刑法雑誌 3 卷 3 号45頁以下参照。

- (13) Vgl. M.E.Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1. Aufl.,1915, 2. Aufl., 1923. なお、M.E. マイヤーの見解については、下村康正「エム・エー・マイヤーの構成要件論」法学新報60巻 3 号 1～21頁参照。
- (14) Vgl. Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, S.2. なお、メツガーの見解については、立石二六「消極的構成要件要素論と違法類型説——構成要件論の展開、特にメツガーの理論の検討——」法学新報78巻 4 = 5 = 6 号193頁以下参照。
- (15) 西原春夫「構成要件の価値的性格——犯罪論における定型的思考の限界・その2——」早稲田法学41巻 1 号162頁参照。なお、西原春夫『犯罪実行為論』（1998年）65頁以下参照。
- (16) Vgl. H.Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961. 福田平＝大塚仁訳／ヴェルツェル『目的的行為論序説』（1962年）参照。なお、福田平編訳『ハンス・ヴェルツェル・目的的行為論の基礎』（1967年）も参照。
- (17) 許玉秀「犯罪階層体系方法論探源」政法法律評論（台湾）60期 1～28頁参照。
- (18) 高銘喧＝馬克昌編『刑法学』（2000年）52～53頁参照。
- (19) 李潔「三大法系犯罪構成論体系特徵比較研究」陳興良編『刑事法評論』第2 卷（1998年）417～464頁参照。
- (20) 平野龍一『刑法総論 I』（1972年）105～116頁、藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）90～95頁参照。
- (21) 佐伯千仞『刑法講義総論』（3 訂版）（1977年）145頁。
- (22) 西原春夫『刑法総論〔上巻〕』（改訂版）（1998年）87～89頁。なお、曾根威彦『刑法総論』（第3 版）（2000年）54頁参照。
- (23) 福田平『刑法総論』（全訂第3 版増補版）（2001年）59～60頁参照。なお、平場安治『刑法総論講義』（1952年）34頁、平場安治『刑法における行為概念の研究』（1966年）、井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（1995年）1～35頁参照。
- (24) 団藤重光『刑法綱要総論』（第3 版）（1990年）104～106頁参照。なお、大塚仁『刑法概説総論』（第3 版）（1997年）99頁、日沖憲郎「人的行為概念」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第1 巻』（1983年）105～123頁、大塚仁「人格的行為論について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第1 巻』（1983年）124～144頁参照。
- (25) Vgl. W.Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953,

S.6 ff.

- (26) 大塚仁『刑法概説総論』（第3版）（1997年）93頁参照。なお、行為概念の機能として、大谷実『刑法講義総論』（新版）（2002年）102頁は「限界機能」と「統一機能」を摘示しているし、曾根威彦『刑法総論』（第3版）（2000年）52頁は、「基本要素としての機能」・「結合要素としての機能」・「限界要素としての機能」および「統一要素としての機能」を摘示している。行為論に関する学説の概要については、上田健二「行為論の課題と展望」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一編『現代刑法講座第1巻・刑法の基礎理論』（1977年）211～229頁、酒井安行「行為論」西田典之＝山口厚編『刑法の争点』（第3版）（2000年）16～17頁参照。
- (27) 酒井安行「行為論」西田典之＝山口厚編『刑法の争点』（第3版）（2000年）16～17頁参照。
- (28) 中山研一『刑法総論』（1982年）133～138頁参照。
- (29) 大谷実『刑法講義総論』（新版）（2002年）102頁参照。
- (30) 西原春夫「犯罪論における定型的思考の限界」『斉藤金作先生還暦記念論文集』（1963年）158頁以下、西原春夫「構成要件の価値的性格——犯罪論における定型的思考の限界・その2——」早稲田法学41巻1号192頁参照。なお、西原春夫『犯罪実行行為論』（1998年）28頁以下参照。
- (31) 拙著「論我国犯罪構成中構成要件の排列順序」法制與社会発展2003年5期参照。
- (32) 内藤謙『刑法講義総論（上）』（1983年）137～138頁参照。
- (33) 松村格が、「システム行為を特徴づける要素として、因果性、志向性（目的性を含む）、社会性、人格性、認識性（Kognitivitaet）のすべてを容認したい。かくして、行為の主観面と客観面のほか社会性も含めて余すところなく包括されるからである。」と述べているのは、私見に近い発想をしており、参考になると思う。松村格「刑法（学）のための行為概念——システム論的構想の素描——」『福田平・大塚仁博士古稀祝賀論文集・刑事法学の総合的検討（下）』（1993年）199頁以下、特に200頁参照。
- (34) 宮本英脩『刑法大綱』（1935年）53頁以下参照。
- (35) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』（増補第68版）（1932年）96頁以下参照。
- (36) このような認識は、たとえば、齊藤金作訳『ガラス・犯罪論の研究』早稲田大学比較法研究所紀要12号（1960年）1頁、中野次雄『刑法総論概要』（第3版補訂版）（1997年）56頁以下にも見て取ることができる。

#### 【註記】

筆者は、2002年11月から2年間、国士舘大学大学院法学研究科の訪問研究

員として、日本の刑法を研究する機会を得ることができました。これは、学校法人国士館理事長・西原春夫先生のご尽力に依るもので、深く感謝いたします。また、筆者を温かく迎えてくれた同大学大学院法学研究科および法学部の先生方にも感謝申し上げます。

また、2年間の日本滞在がとても有意義で楽しいものになったのは、筆者の指導教授・関哲夫先生の公私にわたるご指導のおかげです。深く感謝いたします。先生は、日本語会話、日本語論文の書き方、日本語論文・判例の読み方をはじめ、日本の刑法、学説、判例の状況など、様々な側面で筆者を指導してくださいました。日本語の論文を書くように強く勧めてくださったのも先生です。

深い深い感謝の気持ちを胸に、この論文を関哲夫先生に捧げます。

〔2004年10月20日稿〕