

# 犯罪認定における事実の認識拘束性

—類型論の一考察—

宗岡嗣郎

〈目次〉

- 一 犯罪論体系の分析視角
- 二 犯罪認識における「型」の意義
- 三 知的形象としての型と知的表象像としての型
- 四 行為論のアプローチと型的認識
- 五 観念論的規範主義のパラダイム
- 六 犯罪認識の存在論的構造
- 七 犯罪論の体系—法存在論の観点から

## 一 犯罪論体系の分析視角

(1) 考察視角としてのパラダイム

どのような「体系」であれ、体系には、科学史家トーマス・クーンのいう「パラダイム」的な色彩がある。クーン

によれば、パラダイムと呼ぶべき業績には、二つの本質的な性格がある。第一は、その「業績が、他の対立競争する科学研究活動を棄てて、それを支持しようとする特に熱心なグループを集めるほど、前例のないユニークさを持つて」いること、第二は、「その業績を中心として再構成された研究グループに解決すべきあらゆる種類の問題を提示して」いること、この二点である。クーンは、こういう業績によって示された「ひとまとまりの考え方」をパラダイム(paradigm)と呼び、そのパラダイムを共有する人々の間では、同じ法則・同じ規準が採用されると指摘している。<sup>(1)</sup>

## (2) 犯罪論の二つのパラダイム

このようなクーンの見方からすれば、そして多少とも比喩的な表現が許されるならば、刑法学における犯罪論の体系もパラダイム「的」だといえるだろう。一例として「構成要件論か行為論か」という体系選択の問題を考えてみよう。リストによって完成された範疇論的な行為論は、犯罪論にはじめて体系をもたらしたといえるほどの理論であったし、先行者のヘーゲリアナーとは異なり、その自然主義的な堅実さは、圧倒的な支持を得て、一九世紀末のドイツ刑法学をほぼ完全に支配した。また、二〇世紀の初頭、ベーリングにはじまる構成要件論はリストの範疇論とは全然ちがったユニークさをもっていた。

両者ともに、「ひとまとまりの考え方」の中に、犯罪論として考察されるべきあらゆる種類の問題が提示されている。リストの行為論もベーリングの構成要件論も、ともに、犯罪論における一つのパラダイムとしての外観をもっていったといえよう。犯罪論の体系を考察する視座として、ここでは暫定的に、この二つの体系を犯罪論のパラダイムとして捉えておこう。

もつとも、犯罪論の体系では、科学史におけるような革命的なパラダイム転換はみられない。構成要件論の歴史が

そのことを証明している。たとえば、日本においてもドイツにおいても、構成要件論はほとんどすべての刑法学者が依拠する体系であり、現代刑法学では、構成要件論に固有のタームと思考様式が共有され、それが様々な論争のベールスになっている。構成要件論が現代刑法学における犯罪論の代表的なパラダイムだといってもよさそうである。しかし、この構成要件論ですら、長い歴史の中で、いわば徐々にパラダイムとしての地位を占めたのであった。

### (3) 犯罪論のパラダイムの検討

たとえば、一九六〇年代にはいつても、わが国の刑法学では、犯罪論の構築において「構成要件論か行為論か」の態度決定は一つの根本問題であった。一九六七年に公刊された齊藤金作の教科書では、構成要件論を採らずに行為論に立脚することが明言されている<sup>(2)</sup>、翌六八年に改訂された佐伯千仞の名著『刑法講義（総論）』でも、行為論の色彩が濃厚であった。少なくとも構成要件論の体系は採られていない。当時、気鋭の刑法学者であった西原春夫は、行為論の立場に立脚しつつ、「一九〇六年、ドイツのベーリングが構成要件論を創唱して以来、その理論は様々な変遷をたどりながらも、ドイツおよびわが国の学界に浸透し、とくに戦後のわが国では、ほとんど通説的な地位をすら占めるにいたっている」と述べながらも、「この構成要件論の名のもとにどのような学説を包摂させるかは、必ずしも一義的に明らかでない<sup>(3)</sup>」と書いている。構成要件論が通説化しパラダイム化しつつあった当時の状況を率直に示す指摘であろう。

さて、西原がこのように記したとき、「パラダイム化しつつあった」構成要件論を代表していたのは一九五七年に公刊された団藤重光の『刑法綱要（総論）』であった<sup>(4)</sup>。団藤は、基本的に小野清一郎の先駆的業績を継承して、構成要件を違法類型であるとともに責任類型でもあると考えていた。いうまでもなく、犯罪論の体系という論点に特化する

れば、同じく「構成要件論」に立脚するとしても、団藤のような考え方の当否は重大な問題になる。現に、構成要件が違法行為類型なのか、それとも違法・有責行為類型なのかは、今でもなお重要な論争点である。しかし、ここでは、このような特殊犯罪論的な問題設定の中で刑法上の考察をするのではなく、まずは、より広く認識論一般の視点から、認識における「類型」あるいは「型」ということの意味を考えておきたい。

犯罪論の分析視角として、こういう一般的なアプローチを採ることの趣旨について、もう少し詳しく説明しておこう。私は先に「構成要件論か行為論か」という体系選択を例に挙げた。そして、この二つの体系を、暫定的に二つのパラダイムとして考察しようと述べた。ただ、犯罪論の体系と一般的な思考のパラダイムは同じではないので、パラダイム論としてみれば、構成要件論と行為論という異なった犯罪論の体系が異なったパラダイムに整序される保証はない。

構成要件論と行為論は同一のパラダイムにまとめられるかもしれないし、たとえ異なったパラダイムであるとしても、各々のパラダイムが構成要件論と行為論に対応しているとはかぎらないだろう。そこで、二つの犯罪論体系が、何を犯罪とするのか、また、どういう論理で犯罪性を認定していくのかという犯罪認定の側面を、特殊刑法上の問題から離れて、より一般的な認識論のレベルで確認しておく必要が生じるわけである。

#### （4）認識論的考察の概観

具体的な考察は以下におこなわれるが、あらかじめ概略的に結論の先取りをしておけば、このパラダイム的な検討の中で、第一に、構成要件論と行為論は、犯罪論の体系という観点からは鋭く対立しながらも、認識のパラダイムとしては、多くの点で符合しており、むしろ同一のパラダイムを共有していることを示そう。ほとんどすべての刑法学

者がこのパラダイムの中にあり、私はこのパラダイムを「観念的規範主義」と呼ぶだろう。しかし他方、第二に、構成要件論の側でも行為論の側でも、この観念的規範主義の問題点を自覚して、それとは異なったパラダイムを提示しようとする萌芽的な形態が「結果反価値」を強調する一部の論者にみられる。ただし、これは圧倒的な少数であり、しかも観念論との対峙が意識されているわけではないので、常に観念的規範主義のパラダイムに呑み込まれる危機に瀕しているように思われる。私は、犯罪論の体系選択という特殊刑法上の問題をこのような認識論一般のレベルで再整理することによって、「事実の認識拘束性」ともいふべき視座を提示し、それが犯罪認定における結果反価値論の基礎になることを示し、第三に、あらたな犯罪論の枠組を私見としてラフスケッチしてみたい。

## 二 犯罪認識における「型」の意義

### (1) 事物の型的認識

わが国では構成要件論が定着しているが、それにもっとも貢献したのは団藤重光であった。団藤によれば、ある行為が犯罪であるか否かを考えることは、その行為の「違法性・有責性を個別的・具体的に判断することであるが、その行為の違法性や有責性を判断するということであれば、それは具体的な判断であつて、非定型的な判断である。しかし、そのような非定型的な判断に先立つて、その行為が違法類型や責任類型にあたることを確かめるために、定型的な判断が可能であり必要でもある。団藤は、このように述べて、構成要件該当性の判断と違法性や有責性の判断が認識論的に異なることを示し、同時に、抽象的な定型的判断が具体的な非定型的判断に先行するという犯罪認定過程の構造を示したのである。

団藤の指摘は一面において正しい。まず、一般的な認識論の問題に敷衍して、そのことを確認しておこう。それは「型」という言葉の意味とつながっている。団藤は「定型」とか「類型」という言葉を使っているが、要するに、どちらも「型」という意味である。ベーリングも“Typ”“Typus”や“Form”という言葉を使い、それとの関連で“Bild”という言葉も使用している。いずれも「型」「形」「形象」といった訳語があたりられる。それぞれの言葉には「形づくること」という原義から「像」あるいは「イメージ」の意味合いが含まれている。<sup>(5)</sup> こういう意味内容をもった抽象的な「型」は、団藤が指摘するとおり、具体的な個物の対象化的認識に先行する。

ありふれた日常の出来事から、たとえば「コップ」の認識過程を考えてみよう。個物としてのコップは、それぞれ千差万別の形状であり、どれ一つとして同じものはない。それにもかかわらず、そのユニークな個物を目前にして、私たちはそれを「コップ」と認識する。またコプラで繋いで「これはコップである」と判断する。これがもつとも単純な判断の構造であるが、<sup>(6)</sup> 二つの概念を結合しただけの、このありふれた日常的判断ですら、あくまでも私たちの思考の中で、コップの本質的な「型」を知っているからこそ可能なことである。すべての認識は感覚的経験から始まるが、この感覚的経験によって捉えられた個物の形状や性状が、その個物の「本質」を示す「型」と合致するとき、たとえばコップの本質的な「型」と合致するとき、私たちはその個物を「コップ」と認識し、「これはコップである」と判断する。

## (2) 本質的イメージとしてのフォーム

私たちが感覚で捉えるのはその具体的形状だけである。たとえば、私たちが視覚によって個物の形状を捉えたとしても、その感覚的認識から「コップ」という知性的認識が生まれることはない。感覚的認識が知性的認識に移行する

には、認識する私たちの側に、「コップ」というものの本質をあらわす「知的形象 (intelligible species)」が必要である。この「知的形象」は、「個物に実在する感覺的形象 (phantasm)」から抽象されるが、この「知的形象」を受けて、各人が各人の知性の中で「知的表象像 (intelligible image)」を形成し、それが感覺的映像の形状と一致するとき、「コップ」という知性的認識が可能になる。<sup>(7)</sup>このことから、この「知的形象としての型」は、感覺的映像として捉えられた対象的個物の形状的相違を超えて、それに従属することなく「このコップ」にも「あのコップ」にも融通無碍に合致する点で、固定的な感覺的形狀をもたない抽象的な「型」だということが了解されるだろう。このことから、日本語の表記としては、「型」という訳語よりも、むしろ「本質的イメージ」とでも意識する方がその実態によりよく合致しているように思われる。

もちろん、「これはコップである」という判断も「あれは古い銅のコップである」という判断も、どちらも感覺的な認識がベースにある。しかし感覺的認識は感覺的形狀に従属しているはずである。とすれば、一体なぜ、その形状の相違を超えて、どちらも「コップである」という認識が成り立つのだろうか。その回答は一つしかないだろう。つまり、この認識に際してはたらいっている「型」は、「このコップ」とか「あのコップ」として各此的に存在する「コップ」の個別的具体的な形状ではなく、それを抽象化したところに得られるコップの「本性」「本質」をあらわす「型」であってこそ、どちらも「コップである」という認識が導きだされるのである。あらためて「形相 (form)」という言葉を想起すれば、ヨーロッパ人がこれを「型 (form)」と呼んだことも容易に了解されよう。<sup>(8)</sup>どちらも同じ言葉であらわされる。

（3）すべての認識は型的認識である

これは、プラトンやアリストテレスに由来する、ヨーロッパ認識論の伝統的な立場である<sup>(9)</sup>。もちろん、私には、この伝統的認識論を解説する力はない。それは専門家に委ねるとして、この伝統的立場では、「知的形象」という根源的な「型」を知らなければ認識が成り立たないこと、したがって判断も不可能であることを確認しておきたい。

犯罪の認識あるいは犯罪性の判断という場合、人間行為の属性が問われるので、コップのような個物の認識よりもはるかに複雑な構造をもつだろうが、本質はまったく同じことである。私たちは、犯罪の「型」あるいは「形象」にしたがって、犯罪を認識し、犯罪性を判断する以外にない。多くの教科書に、構成要件は犯罪行為（あるいは違法行為、あるいは違法・有責行為）の「観念的形象」であるとか「観念像」であると書かれているが、それは、現象的な形状という意味での「型」というよりも、まさしく私たちの側にある知的表象像としての「型」をベースにしている。

このように敷衍すれば、一面において、団藤の指摘に少なからぬ疑問点があらわれるだろう。犯罪行為の抽象的な判断が個別具体的な行為の違法判断に先行するという指摘は正しい。しかし、個別具体的な違法判断は、非定型的な判断であると指摘するところで、完全に「型」の意味を誤解していることがわかる<sup>(10)</sup>。もう一度、認識構造の簡単なコップの例にもどれば、私たちの認識対象は、一つ一つが千差万別にユニークな形状をもった個物としてのコップであった。いうまでもなく、質料をもって個別的に現象する「形状」は、このコップという事物的存在者の側にある。これに対して、知的形象としての「型」は、その個別的・具体的・可感的な存在者を感覚的に捉えて、その感覚的映像を抽象化し、「それはコップである」と判断する私たちの側にある<sup>(11)</sup>。犯罪のような行為の認識においても事情は変わらない。認識における「型」は現象的な行為の側にあるのではない。団藤の説明では、そのところが決定的に不正確である。



団藤はいう。「甲が殺意をもって乙にピストルを発射してこれを死亡させた」として、「もし、その殺害が正当防衛のためであったとすれば、殺人という定型的には違法な行為も、具体的には違法だとはいえない」し、また、正当防衛の客観的状況がなくても、甲が乙を強盗と誤信し、この誤信に理由があるような場合であれば、「有責性の要件を欠くものとして、犯罪を構成しないことになる」<sup>(12)</sup>と。しかし、「殺意をもってピストルを発射する」行為について、「それは人を殺す行為である」という判断が型的判断（団藤の表現では「抽象的一般的な定型的判断」ということになる）であるのは当然として、「正当防衛のためであった」という（いわゆる「違法阻却」の）判断も「誤信に理由がある」という（いわゆる「責任阻却」の）判断も、ともに同じく、型的判断であって、非型的判断ではない。感覺的認識であればともかく、知性的認識では、認識論の構造上、非型的判断はありえないはずである。

事物の知性的認識は、「知的形象」という型および「知的表象像」という型の二つの「型」によってなされる。人間は前者を知っているがゆえに後者を知りうる。この二つの「知り方」の相違は後にあきらかになるが、知性的な認識とは、すでに「知っている」ものを「再び知る (re-cognition)」ことであり、何の誇張もなく、すべての知性的認識は型的認識をベースにしているのである。

#### (4) いわゆる定型説の誤り

そうすれば、団藤のいう「定型」は「知的形象としての型」を指すものではない、と考えるのがもっとも素直な読み方であろう。彼の「定型的判断」は一般的抽象的判断のことであり、「非定型的判断」は個別的具体的判断の言い換えにすぎない。しかし、あきらかに、この「言い換え」はミスリードであり、誤っている。

なるほど、「判断」には、一般的抽象的判断と個別的具体的判断がある。しかし、どちらの「判断」でも、知性的

認識のために必要な「知的形象としての型」を基礎とした型的判断である。「これはコップである」は一般的抽象的判断に近く、「これは、古い銅のコップである」という判断になれば、少しは個別的具体的判断に近づくけれども、この二つの判断を比べてみれば、一般的抽象的判断（傍点部）なくして、個別的具体的判断が成り立ちえないことは一目瞭然であろう。個別的具体的判断は、「このコップ」という具体的個物の認識に対して、「これは古いモノである」とか「これは銅でできている」という具体的個物の属性についての判断を付け加えているだけである。この判断もまた「知的形象としての型」を受けての判断であることはいうまでもない。したがって、団藤のように、個別的具体的な判断を非型的な判断だというのであれば、そこにいう「型」は知的形象としての「型」ではないということにならざるをえない。

結局、前述の「一般的抽象的判断」と「個別的具体的判断」の説明からみても、団藤のいう「定型」はおそらく感覺的形状の類似性（Likeness）を指しているのであろう。つまり、感覺的認識を抽象して概念的に形成された「知的表象像としての型」をもって、知性的認識における型を説明しようとしたのである。次に考察するとおり、ここに、いわゆる「定型説」の決定的な誤りがある<sup>13</sup>。

### 三 知的形象としての型と知的表象像としての型

#### （一）感覺的認識と知性的認識

少し複雑になってきたので、若干の整理が必要だろう。まず、私は、団藤のいう「定型」は「知的形象としての型」ではなく「知的表象像としての型」だと述べた。次に、私は、団藤が「感覺的認識を抽象して概念的に形成された

『知的表象像』としての型をもつて、知性的認識における型を説明しようとした」と敷衍した。そして、その傍点部に、団藤の「決定的な誤りがある」と述べたのであった。それでは、傍点部分のどこに、認識論的な「誤り」があるのだろうか。それを知るためには、第一に、感覺的認識と知性的認識がどう異なるのかを明確にしなければならぬ。そして、第二に、知性的認識における「知的表象像としての型」と「知的形象としての型」は、どのように異なり、どのように関連するのかを明確にすべきだろう。どちらも、認識構造を考察する場合、決定的なポイントである。

まず第一の問題からみよう。感覺的認識を形状認識にかぎれば、普通、それは視覚を通じた映像として私たちに認識される。したがって、感覺的な形状認識は、その者の感覺能力を超えることは絶対にできない。それは質料的個物の外的具体的特性の認識にかぎられる。しかも、感覺には、反省作用も意識作用もないので、感覺的認識だけでは、判断することはできないし、推理することもできない。もちろん概念を形成することもできない。要するに、これは、質料的な個別性に支配されたその都度の認識であり、普遍性を欠く。感覺的映像はいわば個物の写真のようなものであり、それがどれほど多く記憶にストックされたとしても、写真であるかぎり、非質料的な事物を捉えることはできないし、抽象化されることもない<sup>(14)</sup>。

ところが、すでに述べたとおり、たとえば「これはコップである」といった日常的にありふれた判断ですら、私たちはコップの「型」を知らなければならなかった<sup>(15)</sup>。当然、類型は個別性を超え出たところで形成されるのであり、個別化された質料的な個物としてのコップの感覺的映像を抽象化することが必要になる。つまり、各人が思考の中で作り出す、類型化された知的表象像が必要である。感覺的映像を再現するレベルでは、いかなる意味での類型化も成り立ちえず、感覺を超え出た知的認識のレベルにおいてのみ、類型化が可能になり、それゆえ概念形成が可能になる。

こうして、認識構造としてみれば、個別的な感覚レベルからの脱却は、感覚的認識を類型化する知性的な抽象作用によって始まるといえよう。もちろん、正確には後に述べるように、感覚的認識にもすでに知性的な側面が介入している。しかし、ここでは、まだそのことについてはふれない。ただ、この論稿で用いる「感覚的認識」には、すべてこの留保があることをおさえておく必要がある。

## （2）概念知のはたらき——知的表象像の形成

そこで第二の問題に移ろう。感覚的認識と知性的認識の質的相違は「抽象」にある。<sup>16</sup>そして、一般的な意味において、抽象は類比によっておこなわれる。たとえば、私たちが視覚で捉えた個物としてのコップは私たちの網膜に捉えられ、それが信号化されて大脳に伝わり、私たちは、そこに再現された感覚的映像を与えられる。ここまでは感覚的認識である。しかし、私たちは、この千差万別な感覚的映像が与えられたとき、そのコップの様々な形状的特性を抽象化して、私たち各人の思考の上で形成されたコップの知的表象像との類比的一致を試み、両者の一致があったとき「コップ」という認識が成り立ち、「これはコップである」と判断する。同じことが殺人行為についてもいえる。ナイフで他人の心臓を突き刺すことも、青酸カリを他人に飲ませることも、ロープで首を絞めつづけることも、行為の外的形状の相違にもかかわらず、私たちはそれを「殺人である」と認識する。感覚的認識が捉える個別的行為の外的形状の相違が抽象化されて、私たちの思考の中にある殺人の知的表象像との類比的一致があったからである。これが型的認識（re-cognition）の構造である。

あるいはまた、同様の抽象化を経て、あらたな知的表象像を形成することもある。あらたな犯罪類型の立法化などはその好例であろう。あらたな概念を形成するときも、同じである。その概念にあてはまる内容は常に類型化された

ものであり、知性的な抽象化の産物である。人間のあらゆる認識は一つの例外もなく感覚からはじまるが、人間の知的活動は、常にそれを受けて受動的にはじまる。それが概念にかかわる私たちの知性のはたらき方であり、その受動的な「はたらき方」を捉えて、概念知 (ratio) は「受動理性 (receptive intellect)」とも呼ばれる。すべての概念的でないとなみは、この受動理性のはたらきであり、思想的に形成された知的表象像をはたらかせて認識の範囲を拡大したり、必要に応じて知的表象像を修正し、また必要に応じて知的表象像をあたらしく作り出すのである。

このように人間知性の「抽象力」によって形成される「知的表象像としての型」は人間の高度な知的いとなみの核心である。コップのような日常的事物の瑣末な認識から、複雑な概念と推論を駆使した高度な学問的認識にいたるまで、「知的表象像」を介した型的認識がおこなわれている。また、このような概念知のはたらきは、現代の経験的な認知科学が主張するところと大きく離れているわけではなく、それだけに知的表象像のはたらきについては、大方の承認も得られるであろう。

しかし、私たちの知的認識が概念知のはたらきに尽きるのであれば、どうしても二つの疑問点が生じてくるだろう。一つは、もし私たちの認識が概念知の産物でしかないとすれば、感覚的認識が器官の個人的相違に応じて千差万別であるのと同様、私たちの知性的認識は千差万別し「普遍性」は欠落することになる。なによりも、概念知のはたらきは自由であり、どのような知的表象像を形成することもできるからである。個性的な、時には突拍子もない認識があることは、私たちが日常生活において経験することである。しかし、他方、私たちの日常生活において、多くの局面で、誰であれコップをコップと認識するようなゆるやかな一致があることも経験的な事実である。これはどう説明できるのだろうか。

（3）知性の能動的なはたらき——知的形象の把握

私たちは、地球上のどこでも、カリカチュア化された古典ギリシャのソフィストの如き詭弁があることを知っており、同時に、それを嘲笑する健全な常識があることも知っている。このような一般化された常識、つまり、ゆるやかな普遍的認識は、なぜ、どのようにして、成り立つのか。そういう疑問点が生じる。もう一つは、概念知のはたらきが抽象であり類比であることは是認できるとしても、感覚的映像の抽象や類比が可能になるためには、感覚器官に与えられた所与をして、感覚的なレベルを超えた知的なものへと転換させる必要がある。しかし、概念知は知的な領域ではたらくのであるから、感覚的領域から知性的な領域への始元的な転換は概念知のなしうる作用ではありえない。しかし、そうであれば、なぜ、どのようにして、そのような決定的な転換がありうるのだろうか。そういう疑問が生じるだろう。

ここに、概念知のような「受動的なはたらき」とは別に、それとはまったく異なった「能動的な原理 (active principle)」としてはたらく知性的認識のあり方が暗示される。<sup>(18)</sup> 私たちは、「知的形象という型」が「本質をあらわす型」であったことを想起しなければならない。コップの認識を例にとれば、既述のとおり、感覚器官が捉えたコップの映像と概念知の抽象作用によって形成されたコップの「知的表象像」の一致においてコップの認識があった。このプロセスにおいて、つまり感覚的認識から知性的認識に移行する接点において、感覚的映像にふくまれたコップの「本質」あるいは「形相 (form)」を照らしだし、「知的形象としての型 (form)」が概念知に与えられる。概念知はそれを受けてはたらくのであった。

古くから理性は光にたとえられるが、それは、事物の本質を照射する機能が理性にあることを指している。<sup>(19)</sup> したがって、概念知の抽象作用は、正確に述べれば、直接的に感覚的映像を受けてはたらくのではない。<sup>(20)</sup> それは感覚的映像か

ら「個物に内在する形象 (phantasms)」が照射され、その個別的なファンタスマを普遍的なものに抽象化した「知的形象」としての「型」を受けて (receiving the intelligible species) はたらくのである。つまり、概念知に「知的形象」が与えられることによつて、それが概念知の対象化的な抽象作用により形成される「知的表象像」のいわば原型となつて、知的表象像にゆるやかな型が与えられる<sup>(21)</sup>。誰であれコップをコップと認識する理由はここにある。これが先に述べた「ゆるやかな普遍的認識」の根拠となる。

こうして、人間知性は、単に受動的なはたらきの中で概念知的な抽象作用をなすだけではなく、より根源的なところで、ファンタスマを抽象して概念知に与える能動的なはたらきをしていることがあきらかになる。ここでは、このことを示唆するだけにとどめ、受動的にはたらく概念知の作り出した「知的表象像としての型」の性格を概観しておこう。

#### (4) 概念知の生みだす型—モデル

私は、かつて友人たちと共同執筆した論文の中で、イギリスの経済学者アルフレッド・マーシャルの「ホモ・エコノミクス」という人間「像」についてふれたことがある<sup>(22)</sup>。マーシャルは数理経済学の構想を理論的に体系化するため、常に必ず合理的な判断をする人間像を作り出した。この人間像は、マーシャルの概念知が頭の中で作り出した「人間の知的表象像」であり、理論的な「人間のモデル」である。ところが、人間は常に必ず合理的な判断をするとはかぎらず、マーシャルも、その主著の中で、献身的な自己犠牲的行動は日常茶飯にみられることを指摘している。マーシャルは、「ホモ・エコノミクス」が人間本性の一面をあらわすものでしかなく、いわば架空の「モデル」であることをはっきりと意識していた。それは、経済現象の数理的表現という学問的な必要性から、マーシャルが思考の上で作

出した「知的表象像」であり、理論的な「モデル」であった。

さて、ホモ・エコノミクスというモデルが示すように、モデルは必ずしも現実を映し出すものではない。モデルはあくまでも概念知による抽象能力の産物である。しかし、他方、ホモ・エコノミクスのモデルも、現実と完全に切り離されているわけではない。人間は、常に必ず合理的な判断をするわけではないが、多くの日常的な場面において、現実に多かれ少なかれ合理的な判断をしている。そのこともまた事実である。合理的な判断をすることはあきらかに人間の本性的なあり方の一つである。それゆえ、大数的な処理の中では、ホモ・エコノミクスのモデルは現実的な成果をあげている。

私は新古典派経済学の手法を全面的に否定するものではない。モデルはモデルとしての有効性をもっている<sup>(23)</sup>。ただし、重要なことは、モデルが知的表象像の一つであり、人間知性の、正確には概念知の自由なはたらきによって、思考の上で作られ出された「型」の一つでしかないという自覚をもつことであろう。知的表象像としてのモデルは、その「本質像」である「知的形象」に規定されているかぎり、現実を捉えたものになる。これに対して、モデルが「知的形象」から離れすぎたときには、先に述べた「突拍子もない認識」があらわれる。

#### (5) モデルとしての犯罪定型

マーシャルはあきらかにモデル論の限界を知っていた。他方、人間知性のはたらきが万能であると過信すれば、概念知によって、各人の思考の中で自由に作り出されたモデルが絶対視されるおそれがある。そこでは、現実の方をモデルに合わせようとする、転倒した発想が生まれかねない。そうになると、現実が恣意的に抽象化され、歪曲されざるをえない。ソフィストの世界が現象する。もつとも典型的な事例として、たとえば水俣病の認定にみられる悲劇をあ



げることができるだろう。

あらゆる疾病は具体的な患者の精神的身体的な条件を反映して様々な症状を示す。その幅はけつして狭くない。ところが、行政上の必要から、典型的な症状を類型化した水俣病の「モデル」が作られ、それが機械的に適用されると、現実には水俣病である者が水俣病でない<sup>24</sup>と認定されることもありうる。この場合、水俣病の認定は、水俣病の現実との一致ではなく、水俣病のモデルとの一致においておこなわれている。こうして、「未認定」とされた患者は、水俣病患者の現実を行政によって剥奪され、水俣病患者ではない者として水俣病の現実を生きなければならない。彼らが致命的な疎外状況に追い込まれるのは当然であろう。

同じことは「犯罪定型」というモデルに立脚した犯罪認定の場合にもありうる。たとえば、団藤によれば、不能犯の問題は実行行為に犯罪の定型性が認められるか否かの問題であった。その際、「行為そのものの定型性」が判断の対象になるので、その行為がおこなわれた時点で、行為者の主観も考慮に入れながら、その行為を含む客観的事情の外観を社会通念の観点から判断することになる<sup>24</sup>。実質的には、行為の外観と故意が最大のポイントになるだろう。もつとも、故意といっても、そこには違法性（反価値性）の意識は含まれないので、ほぼ事実の認識と同じ内容になり、通常の意識的行為の全体がカバーされる。つまり、意識的な行為であれば、あとは行為の形状的<sup>24</sup>外観が定型性を判断する決定的な要点となる。形式的客観説といわれる所以であるが、これは、はたして犯罪の認定であろうか。モデル化された水俣病の認定が水俣病の現実を必ずしも捉えていないのと同様、モデル化された犯罪定型の認定によって、犯罪の現実が捉えられるとは思えない。

犯罪定型は犯罪に対する「知的表象像」である。つまり、犯罪定型は概念知の抽象作用によって作り出された型であり、さらに、この型との一致もまた、個性的形状をもった具体的な犯罪行為の抽象を伴う。重要なことは、この二

つの抽象が概念知によってなされ、ただ思考の上でのみなされるということである。しかも、団藤によって思考の上で作り出された犯罪の知的表象像（犯罪定型）は、犯罪のようにみえる形状的外観にすぎない。しかし、あきらかに、犯罪のようにみえることは犯罪であることとは異なる。これは概念的な抽象という思考上の操作によって繋ぐことのできない本質的相違である。団藤の定型説では、犯罪の本質像（知的形象）とは無関係に、概念知の自由なはたらしきによって作り出された「犯罪定型」という知的表象像（モデル）が絶対視されている。団藤の「定型説」は、犯罪認定の論理として、決定的に誤っている<sup>(25)</sup>。私がそう述べた理由はここにある。

#### 四 行為論のアプローチと型的認識

##### (1) 所与的事実としての裸の行為

それでは、いわゆる「構成要件論」に対抗した「行為論」の側では、どのような犯罪認定の論理が予定されているのだろうか。そこで、まず、ここでいう「行為論」の内容について明確にしておこう。構成要件論でも「行為（構成要件行為）」を取り扱うので、体系的な意味での「行為論」とは、行為とは何かを具体的に考察する狭義の「行為論」のことではなく、構成要件論のいう行為（構成要件行為）の前に、「事実としての行為（裸の行為）」を考察する体系的立場を指す。ここでは、要するに、広く「裸の行為」の必要性を説く立場をもって「行為論」と呼ぶ。

さて、行為論の立場からみれば、いうまでもなく、まず「裸の行為」が問題になる。それは特殊な法的概念としての構成要件によって切り取られる前の事実的所与としての行為である。西原春夫によれば、それは、個々の構成要件の中に取り込まれた行為ではなく、刑法的な評価から離れたところで概念化された行為である。つまり、行為は、個々

の構成要件から超然とし、個々の構成要件の設定を指導する原理と位置づけられてこそ意味がある。<sup>(26)</sup>したがって、一般に行為論の体系は、違法性とか有責性といった刑法的判断が加えられる基体としての、その意味での「裸の行為」を犯罪概念の第一要素とする。そして、リストの行為論がそうであったように、「違法な行為」とか「有責な行為」といったように、基体としての行為に、刑法的な判断の結果として得られた法的属性を「ソノ行為ハ違法デアル」という「述語形態」として付与する述語形態論（いわゆる「範疇論」）の構造をもつ。この法的属性の付与が、犯罪認定の核心となり、犯罪論の主要課題となる。

このような犯罪認定の構造は、構成要件論と比べれば、はるかに自然的な「事実」に接近している。そのことは一目瞭然であろう。もちろん、裸の行為であれ構成要件行為であれ、具体的なその行為の認識に関して、「知的形象」と「知的表象像」という二つの「型」がはたらくことは同じである。殺す行為、盗む行為、欺罔行為が犯罪の核心であり、殺人なら「人を殺す行為」の知的表象像（「モデル」）との一致という認識構造をもつからである。行為論の体系でも、範疇的な言語表現が成り立つこと自体、そこに型的思考がはたらいっている証拠であろう。<sup>(27)</sup>したがって、型的思考が構成要件論の固有の方法だと考えるのであれば、それは誤解である。

およそ、認識に「概念」がかかわっているとどこでも概念知の作り出す知的表象像による型的思考がおこなわれているからである。それでは、結局、構成要件論も行為論も、認識構造としては同じものなのであろうか。たしかに、知的表象像による型的認識という点では、その限りで、両者の構造は一見して同じである。しかし、この二つの型的認識の態様には、所与的事実との近接性に由来してかなり大きな事実上の相違がある。そして、より考察をすすめていけば、概念知による型的認識がはじまる時点より前のところで、構成要件論と行為論には、認識構造上の決定的な相違点が認められるだろう。

（2）外的形状の型と属性の型

このことを考えるために、次のような西原の指摘に注目しよう。構成要件と違法性は概念的には決して同じではないが、構成要件を違法行為の類型と解するかぎり、構成要件該当性は違法性を内容的に示したものである。そうであれば、結局、構成要件は違法性という概念要素の内部で論じるべきであろう。現実の犯罪認定でも、構成要件該当性の判断と違法性の判断は相互的であって、前者の確定後に後者が判定されるというものではない。違法性の判断なしに構成要件該当性が判断できるとするのは誤解である<sup>(28)</sup>、と。

この西原の指摘はまったく正しい。私も、外的形状の類型化に片寄った「犯罪定型」あるいは「実行行為の定型性」という団藤の提示した知的表象像（モデル）では、あきらかに犯罪行為の現実は捉えられないと思う。構成要件が違法類型でもあることは、団藤もそれを認めていることであるが、現実の方をモデルに合わせるモデル論の転倒を避けようとすれば、多くの場合、その行為の個別的な違法判断をする必要があり、西原がいうとおり、それなくして不法（違法行為）類型への該当性を判断することはできないだろう。

団藤の定型説との比較において、もう少し、この点を明確にしておこう。まず、定型説は形状的なモデルの色彩が強く、それは刑事学的な犯罪類型の概念知による抽象という側面をもつものであった。団藤は、たとえば「すりも万引も忍び込み窃盗も『置き引き』も、現行法上はひとしく窃盗罪である<sup>(29)</sup>」という。

しかし、行為の外的形状をみれば、「万引き」と「置き引き」の間に若干の外的形的な類同性があるとしても、「すり」「万引」「忍び込み窃盗」の間には、およそ類似性（likeness）といえるものは何もない。しかし、「何もない」にもかかわらず、「すり」「万引」「忍び込み窃盗」を「ひとしく窃盗罪である」と統合できるのは、いずれの刑事学的類型においても、「それは他人の財物の窃取である」という判断が成り立ちうるからである。つまり、窃盗罪の犯

罪類型に該当するか否かの型的判断は、「すり」であれ「万引」であれ、その具体的な行為の外的形状に求められるのではなく、「それは他人の財物の窃取である」といえるか否かにかかっていることがわかるだろう。

すでに述べたとおり、型的判断の核心は、「型」という日本語の語感からは離れるけれども、外的形状の類同性にあるのではない。「型」は「像」であり、外的形状を捉えた感覚的映像に対応して、人間知性が抽象能力によって自由自在に作り出す「イメージ」である。そして、これもすでに述べたことだが、その「像」には二種類のものがあった。一つはファンタスマを抽象して作られた像（知的形象）であり、もう一つは、それを受けて概念知が作り出す像（知的表象像）であった。

ところで、団藤の定型説では、「すり」も「万引」も「忍び込み窃盗」も「他人の財物の窃取」という概念化された一つの「像」で捉えられて、「それは窃盗である」という型的判断が成り立つ。ところが、その手段として、被害者の防衛的反抗を抑圧するほどの暴行や脅迫があれば、もはや窃盗の「像」に収まりきれず、あらたに「他人の財物の強取」と概念化しうる別の「像」が作られる。こうして、「すり」と「万引」は一つの型に統合され、同時に、「窃取」と「強取」は別の型に分離される。これはあきらかに概念知の自由なはたらきであり、概念知が自在に作り出す「知的表象像」の型的な統合であり、型的な分離である。したがって、外国の立法例にあるように、「殺人」や「窃盗」の形態をいくつかに細分化し概念化することも、それらを結合させて一つの単独の類型（たとえば結合犯）に概念化することも自在にできる。

以上のことを前提に、ここでは、概念知のはたらきに再度注目したい。概念知は感覚的所与から照射された「知的形象」を受けてはたらく「受動理性」であった。そして、ここに、構成要件行為という知的表象像から出発する構成要件論に対して、「裸の行為」から出発する行為論の認識構造上の特性があきらかになる。「裸の行為」は事実的所与

であるから、行為論のアプローチでは、事実的所与としての行為を基体に法的属性が範疇的に付与され、いく構造が予定されている。もちろん、ここで「付与」というのは、あくまでも判断命題の範疇的な表現形式を指しているのであって、所与の基体に人間が属性を自由に付け加えるということの意味するわけではない。属性は、人間が基体に付与するものではなく、基体から抽出されるものである。したがって、ここでは常に、所与的事実の感覺的認識を知性的認識の段階へと移行させる根源的な抽象化のはたらきが要請される。そして、このとき、所与的事実から抽出された根源的な「属性」は、まさしく基体としての行為が「何デアルカ」を照射するものであり、その行為の「何性」つまり「本質」をあらわす「知的形象」にほかならない。

### （3）犯罪の本質を示す型

人間の知性は事物の本質を捉えて、その本質像（知的形象）を概念知に与える<sup>30</sup>。私はそのことをすでに何度か述べたが、今、まさに、そのことが問題になっている。ところで、事物の本質を問うことはできるし、人の本質を問うこともできよう。しかし、犯罪が行為であるとすれば、犯罪の本質を問うことは行為の本質を問うことになるが、それでは、「ソノ行為ハ何デアルカ」を表示する行為の本質とは一体どのようなものか。

行為は人間の現実的なあり方であり、人の本質を問うこと以外に、行為の本質を問うことができるのか。あるいは、また、行為の把握に知性はどうかかわっているのか。行為は、主に情動や意思の問題であり、知性は背後にしりぞいているのではないか。様々な難問が予想されるが、人間の知性が行為の本質を捉えるとき、概念知が生み出すこの種の煩瑣な問題とはかかわっていない。人間の知性は、「すり」であれ「万引」であれ、また「窃取」であれ「強取」であれ、さらには「殺人」であれ「傷害」であれ、事実的所与としての「裸の行為」を捉えて、まさに「その行為そ

のもの」から「その行為そのもの」に内在する反価値の「知的形象」を概念知に与えるのである。

つまり、私たちが価値侵害的な事態に直面したとき、私たちはその「反価値」性をはつきりと捉えることができる。しかも、それは、所与的事態の最基底に実在する根源的属性としての「反価値」であって、「窃取」あるいは「強取」の反価値とは何か、また、「殺人」あるいは「傷害」の反価値とは何か、といった概念知において個別化され概念化された反価値の内容を捉えるのではない。これらは、すべて、「窃取」や「強取」あるいは「殺人」や「傷害」が定義されて後にはじめて認識することができる事柄である。要するに、このような問は、概念知が発する問であり、概念知によって答えられる問である。

しかし、概念知がこのようなのはたらしきをするためには、定義によって細分化され対象化された「知的表象像」の根源にある「知的形象」が概念知に与えられていなければならない。それは、常に、ただ反価値という形だけをとる。人間は、この反価値の認識から、「価値」を認識するのである。<sup>(31)</sup> 行為の認識において、なぜ、人間はただ「反価値」の知的形象だけを知りうるのだろうか。このことは、「反価値」をもって「価値の欠如」と捉える価値の存在論的構造に根拠があり、その考察はさらに後の叙述に譲らなければならない。ここでは、私たちの価値認識が「反価値」の把握からはじまることだけを確認して、構成要件論（定型説）のアプローチと行為論のアプローチの一つの決定的な相違点についてまとめておくべきであろう。

#### (4) 事実の認識拘束性

それは、犯罪認定の出発点として、行為論が「裸の行為」から出発することにかかわっている。このアプローチでは、法的評価は、いわば「裸の行為」と直接的に対向しあった形でおこなわれる。犯罪認定の構造として、法的な判

断と所与的な事実との距離が近く、かつ直接的である。これに対して、構成要件論では、両者の間に構成要件という「定型」が介入する。そのため法的属性の付加は概念化された知的表象像としての「構成要件行為」を基準としておこなわれ、所与的な事実との関係は間接的になる。概念知によって概念的に作り出された構成要件行為が基準になっているからである。

しかも、構成要件「論」の中で、それは違法性（および有責性）を推定する機能があると概念化されているため、違法性（および有責性）までもが概念の産物になってしまう。当然、法的な「価値」も「反価値」も概念の中で構成されたものとなり、犯罪の認定は総体として概念知の中で完結し、必然的に概念化せざるをえない。ところが、行為論のアプローチでは、所与としての「裸の行為」が基体となるため、「裸の行為」の感覚的認識から、その行為の反価値性として把握し照射された知的形象は、概念知によって作り出された各々の犯罪諸要素の判断に対して、強く拘束的にはたらく。私は、以下、これを「事実の認識拘束性」と呼ぶ。

ここでも具体的な例をあげよう。いわゆる「バブル」の時期、福岡で、「出入国管理及び難民認定法違反事件」があった。<sup>32</sup>あるカトリック信者が、キリスト教の信仰をもとに、複数のペルー人に職業をあっせんし、それが同法七三条の二第一項第三号に違反する不法就労助長罪にあたとされた。構成要件論では、彼の行為は、ペルー人が「不法就労活動をする」との情を知りながら、「彼らを会社等に「紹介し、もって業として、外国人に不法就労活動をさせる行為に関しあつせんした」のであるから、不法就労助長罪の構成要件に該当する。彼の行為は構成要件行為と外形的形狀において合致するからである。

この事件では、被告人は、そのような「裸の行為」があつたことをまったく争わなかった。構成要件論の立場からみれば、構成要件に該当する定型的な実行行為の存在を認めていたということになる。その上で、被告人は、それが



「なぜ犯罪なのか」を問いかけたのである。この事件を了解するには、この当時、日本人が「きたない」「きつい」「危険な」仕事に就労せず、土木・建設業を中心に深刻かつ慢性的な労働力不足があったこと、政府が観光ビザで来日する就労目的の外国人をゲートでの簡単な審査のみで入国させていたこと、つまり、事実上、多くの外国人労働者の入国を黙認していたという事実をおさえておかなければならない。こういう状況の中で、被告人は、寄る辺なき「寄留者」であるペルー人に仕事をあつせんしたのであった。この所与的な「裸の行為」のどこに反価値があるのだろうか。どこに、どのような価値侵害があるのだろうか。私たちは被告人の行為に反価値性を見いだせないだろう。

先述した「認識拘束性」という観点からいえば、裁判所の認識は、構成要件論に立脚して、知的表象像としての構成要件行為を基準として、被告人の行為を不法としたのに対し、被告人は、自らの行為を所与的事実として捉え、その事実、「拘束」されて自己の行動のどこに反価値性があるのかを問いかけたのであった。この事件に反価値性があるとすれば、それは、誰がみても、被告人の行為ではなく、法務省の入国管理政策の現実の方にあるだろう。しかし、それにもかかわらず、被告人の行為は反価値的であるとされ、有罪となった。

判決には「事実の認識拘束性」がはたらいっていない。なぜか。犯罪定型という知的表象像（モデル）から出発することによって、また、そのモデルと当該行為の外形的形狀における類同性が考察されることによって、概念知によって概念化された犯罪要素を一つ一つ肯定していったからである。突き詰めれば、要するに、構成要件に該当する行為があつたということ、それ以外に理由はない。法律家は、時に、「法の解釈としてはこうならざるをえない」と嘆息することがある。このようなとき、多くの場合、概念知のはたらしきによって導きだされた「その解釈」の帰結が所与的事態の本質像を示す「知的形象」と乖離していることを、彼は直観し洞見しているのである。

## 五 観念論的規範主義のパラダイム

### （1）近代認識論の絶対視

それでは、一体、なぜ、彼は自分の直観に信を措かないのだろうか。あらためてこう問うのは、これが認識論の根幹にかかわる問題であり、犯罪認定においても、先にふれた「事実の認識拘束性」との関連で、軽視できない論点だからである。そこで、そのことについて、簡単にふれておこう。

すでに述べたとおり、概念知のはたらきについて、本稿での叙述は現代の経験的な認知科学が主張するところと大きく離れているわけではない。それに対して、経験科学の枠組の中では、「直観」が考察される場所はない。「共通感覚（sensus communis）」が、哲学の対象であって、科学の対象でないことと同じである。たとえば五感の認知メカニズムに限定すれば、現代科学はそれを徐々に解明しつつある。しかし、私たちの感覚的認識は、個別的な各器官のはたらきにおいて個別的に成り立っているのではなく、私たちの経験的実感からも、何らかの形で個別的感覚を統合することによって成り立っている。そのことはほぼ確実にいえるだろう。古くから、その統合は「共通感覚」のはたらきだとされてきたが、共通感覚は一貫して科学的考察の外に置かれていた。それは科学の対象ではなかった。「直観」の場合も「共通感覚」の場合も、デカルトによって拓かれた近代科学方法論の前提が欠けているため、科学的考察の対象になりえなかったからである。

直観も共通感覚も、視覚が映像を捉えることに関係したり、聴覚が音を聴くことに関係するように、経験的に可感覚的な「モノ」と直接的に対応していない<sup>33</sup>。したがって、その「はたらき」に対応する個別的な器官が特定されず、その「はたらき」を対象化できないため、対象化的認識を唯一の科学的認識とする近現代科学の分析対象になりにく

い。<sup>(34)</sup> デカルト的な科学的認識の枠組は、対象化が可能な世界に限定されている。しかし、私たちの身体が滅べば、直観であれ共通感覚であれ、まったくはたらかないことは明白なので、それらもまた、私たちともにあることを誰もが了解しているはずである。

結局、直観も共通感覚も、この生活世界にある実存の総体としての<sup>(35)</sup>はたらかざるものであるとしか表現の仕様のないものとして実在しながら、それを近代認識論の論理的な枠組に取り込むことはできない。近代認識論には構造的な限界があるということに注意すべきである。しかし、それが絶対視されて、直観は、科学的な認識論の枠組から放逐され、「曖昧なもの」という衆知のレッテルが貼り付けられた。近代認識論の絶対視が直観に信を措かない最大の理由であろう。

## (2) 事実と価値の観念論の二元論

さて、このように、対象化的な認識構造(表象構造Vor-Stellungs-Struktur)が絶対視されるとすれば、倫理規範や法規範のごとき形而下学的質料性をもたない「もの」は、対象的な科学的認識の妥当する「事実の世界」とは異なった世界に位置づけられる以外にない。その典型的な一例として、因果関係に関して、団藤が条件説を批判するコメンテキストをみよう。団藤によれば、条件説は「因果関係を没価値的にみている点で根本的に批判を免れない」のであり、「刑法における因果関係は法律上の概念であり、刑法の目的に結びつけて理解されなければならない」<sup>(36)</sup>。あきらかに、これは、事実の世界から切り離された独特の「法の世界」があることを前提としている。この二元論の中で、事実的因果関係ではなく、それとは異なったあり方を、する法的因果関係を説くことができたのであり、それがいわゆる「折衷的相当因果関係説」の主張であった<sup>(36)</sup>。

世界は「事実の世界」と「価値の世界」に二分され、両者には、別個の法則が妥当することになる。この「存在と当為」あるいは「事実と価値」の二元論がベースになれば、法律学の場合、独特の「規範的世界」が各人各様の概念的産物として人為的に作り出され、その中で、犯罪認定がおこなわれる。犯罪の認定は完全に概念知の領域に閉じ込められ、表象構造をもたない直観のはたらきは完全に締め出されることになる。

もう一つの典型例として「不作為」の行為性をめぐる議論をみよう。一九世紀末から二〇世紀の初頭にかけて、リスト門下の刑法学者として出発したグスタフ・ラートブルフは、行為論と因果関係論に取り組んでいたが、彼の考え（概念知）では、作為と不作為は「Aと非A」であり「結びつくことのない二個の概念」であった。つまり、作為が存在論的な「有」であれば、不作為は「無」である。したがって、師であるリストの実証主義的な自然的行為概念を前提として、事実の世界で「裸の行為」を考察するかぎり、犯罪論体系の統一性を保持しえないジレンマに気づいていた。ラートブルフは、そのため、長い考察を経て、自然的行為概念から離れ、構成要件論の体系に接近したのである。事実の世界から切り離された「構成要件」という法の世界の中ではじめて「結びつくことのない二個の概念」が結びつけられたのである。

ラートブルフの論理は、作為と不作為を「Aと非A」としたことにあきらかなように、一九世紀的な自然主義の色彩が強い。当時、理論学が学問のベースであり、リストの自然的行為論はまさにその反映であった。しかし、現代では、「裸の行為」を生活世界において社会的意味の領野で捉えることが広く了解されており、そもそも人間の行為を自然的行為論のような理論学のモデルによって把握できるとは、おそらく誰も考えていないだろう。

不作為に関するごくありふれた判決をみよう。<sup>37)</sup>被告人は、妻と生後八ヶ月の長男と暮らしていたが、事業に失敗し、そのころから妻に暴行するなど邪険な態度をとるようになり、殴打された妻が長男を知人に預けて家出することがあつ

た。被告人は知人から長男を引き取り、その日の夜から翌日にかけてミルクを飲ませ、また同夜に、ビスケット一枚を食べさせたが、依然として妻が帰宅しないことに腹をたて、自暴自棄になって断食を決意し、乳児である長男に飲食物を与えなければ死亡することを知りながら、それもやむをえないと考えて自室に引きこもり、以後三日間、長男にも何等飲食物を与えずに同室内に放置し、長男を急性飢餓死せしめて殺害した。以上のような事実に対して、名古屋地裁岡崎支部は「被告人の判示所為は刑法第一九九条に該当する」とした。

このきわめて常識的な判決には、不作為を存在論的な「無」とし、作為と不作為を「Aと非A」で捉えようとする姿勢はない。私たちは、この生活世界で現実に生きることによって、生後八ヶ月の乳児がどのように生きていくかを知っている。反対に、私たちは、どのようにすれば乳児が死ぬかを知っている。この「知り方」は概念的な「知り方」ではない。そして、ここにこそ、構成要件論に依拠して「法的世界」に逃避することなく、この生活世界の中で、事実即して「作為」と「不作為」を統合した犯罪論体系の可能性が示されている。さらに掘り下げてみよう。

### (3) 構成要件論と行為論の共通基盤としての二元論

犯罪論の考察において、構成要件論のように、「事実の世界」から切り離された「規範の世界」を想定する必要はない。右の判決はそのことを明白に示している。ところが、行為論の体系に依拠する論者も、具体的な「裸の行為」に対する法的判断をおこなうとき、あたかも当然のように、「事実と価値」の二元論を前提に考察する。西原によれば、構成要件は違法行為の種類であり、構成要件該当性は規範違反性としての違法性を内容的に示したものであった。『殺人』という構成要件は、観念の世界にある概念であり、これに反して『甲が乙を殺した』という出来事は、現実の世界における事実<sup>38</sup>である。両者は「住む世界が異なる」のである、と。したがって、「構成要件に該当する行為

は、必ずしも規範違反ではなく、違法性（規範違反性）の判断として、「正当な理由なく人を殺すな」という刑法規範に反したか否かの判断が必要となる<sup>(39)</sup>。

事実判断と規範判断が相互に異なった事実の世界と規範の世界に配分されていることがわかるだろう。そのため、ある具体的な行為の違法性を考える場合にも、規範違反行為を類型化した構成要件への「あてはめ」が前提となつて、規範的な判断がおこなわれることになる。西原の体系は、「構成要件を違法類型として違法性の中に没入させる」のであるから、いわゆる構成要件論ではなく行為論にとどまるものだといえるが、類型化された規範違反行為への包摂を介することにより、各本条に規定された殺人や窃盗といった犯罪の知的表象像（モデル）が前面にあらわれ、「事実の認識拘束性」のはたらきが緩和されてしまうのである。

本来、行為論の体系では、「裸の行為」が犯罪の基体であった。ここでは「犯罪の基体」ということの意味を確認しておきたい。二元論の論理にしたがえば、西原がいうとおり、事実と規範は「住む世界が異なる」ので、事実的所与としての「裸の行為」から直接的かつ無媒介的に規範的判断を導くことは論理的に不可能であろう。そこで、まずは、「裸の行為」を事実の世界から規範の世界へと引き上げなければならぬ。

これが観念論的規範主義の理解する「包摂」の論理であり、それによって「裸の行為」は概念的に抽象化され、自ら一つの知的表象像になる<sup>(41)</sup>。この時点で、「裸の行為」は概念的な加工を受けて規範的判断の対象となり、それによって刑法各本条に類型化された規範違反行為の知的表象像（モデル）との規範的類同性の考察が可能になる。したがって、包摂を介しておこなわれる考察は、すでに「規範の世界」の中での規範的な考察に変質している。そこで、規範違反性が確認され、たとえば「それは違法な行為である」という判断がなされた場合、「違法な」という規範的評価が付加される基体としての「行為」は、「裸の行為」ではなく、すでに概念知によって「加工された行為」だと

いうことになる。

包摂の論理は知的表象像の間での類同性を問うことであり、「事実と価値」あるいは「存在と当為」の二元論を前提にするかぎり、少なくとも規範的価値判断のレベルでは、知的表象像が前面に出ざるをえない。その点では、行為論も構成要件論も、まったく同じ認識構造を共有していたことがわかるだろう。法的価値判断において、はじめから「構成要件行為」という知的表象像から出発するのか、それとも、「裸の行為」を強調して、どこまでも具体的な事実そのものから出発するのか。犯罪認定の構造がこういう対立構造であるならば、「構成要件論か行為論か」という体系選択には、一定の認識論的な意義を見い出すことができる。しかし、どれほど「裸の行為」を強調しても、犯罪認定の核心ともいべき「合法―違法」すなわち「合価値―反価値」の判断において、裸の事実的所与から切り離されたところで価値判断をするのであれば、構成要件論と行為論の体系選択に、認識論上の本質的な相違点はなくなる。二元論を前提にするかぎり、認識論的には、いずれの立場に立脚しても、それは正真正銘の観念論である。

しかも、行為論の体系であれ構成要件論の体系であれ、わが国の刑法学のほとんどすべての論者はこの二元論のパラダイムを共有している。それはまことに残念ながら周知の事実である。そうであれば、これまで暫定的に、行為論と構成要件論を犯罪体系における二つのパラダイムとして位置づけてきたのであるが、今や、この暫定的な考察枠組それ自体を修正しなければならない。認識論的な犯罪認定の視角からみれば、両者は同一のパラダイムに立脚しており、どちらも「観念論的規範主義」ともいべき枠組の中で犯罪認定をしている。「観念論」といった言葉が誤解を招くのであれば、私たちが実存する「生活世界」から切り離された「法的世界」において、団藤のいう「刑法の目的に結びつけて理解され」た特殊な概念を介して、犯罪が認定されている。

（4）犯罪性を直観する知性―犯罪の知的形象

この観念的なパラダイムに直観のはたらく余地はない。犯罪認定は概念知のはたらきに尽きると考えられたからである。もちろん、概念知のはたらきなくして犯罪認定はできないということであれば、それは正しい。およそ概念知のはたらきを否定したところに人間に固有の認識はありえないだろう。犯罪の本質は何かと問いかけること、あるいは、ペーリングのように犯罪は「構成要件に該当し、違法で、有責な行為である」と述べ、またリストのように「刑罰法規に規定された、違法で、有責な行為である」と述べるのも、主として概念知のはたらきである。違法とは「結果反価値である」と主張し、また「行為反価値である」と反論するのも、この概念知のはたらきにほかならない。

さて、これを受けて、「すべてが概念知のはたらきならば、……」と概念的な推論をはたらかせれば、私たちは、ただちに観念論の大海に迷い出ることになる。ここは、冷静に、「本当にそうか」と反問すべきである。そうすれば、さまざまな犯罪に関する概念的考察の提示を前に、一つの共通した認識があることに気づくだろう。それは、いずれの犯罪定義であれ、犯罪を何らかの「あるもの」として捉えていることである。つまり、どのような犯罪観をもつにせよ、「犯罪」という名で示される「あるもの」が「ある」ということについて、私たちは共通の認識をもっている。

しかも、「あるもの」にせよ「ある」にせよ、それらは概念知によって捉えられるものではない。「存在」は定義抜き(42)の認識である。つまり、あきらかに、概念知のはたらきに先立って、私たちは「犯罪」という存在者を捉えている。生後八ヶ月の乳児を三日間放置し、急性飢餓死させた行為を「殺人である」と捉えたように。この「捉え方」は、概念知に先立つものであるかぎり、非概念的な、非対象化的な「捉え方」であり、表象構造をもたない直観的な認識であり、概念知のはたらきの直接的前提としての「直知」という「知り方」である。(43)



そして、この直観的な直知こそ、犯罪が「どのようなもの・として・ある」のかを捉える根源的な認識であり、犯罪の本質を捉える知的形象そのものを提示する。しかも、そこに示されたものは、概念知によって提示される「犯罪の定義」とは異なったものである。犯罪の定義は、概念知の自由なはたらきによって、さまざまな犯罪観の表明として提示されるが、犯罪の本質は、犯罪が「どのようなもの・として・ある」かを示す知的形象として、犯罪観（定義）の根底に置かれた「実在的なもの」である。犯罪は概念知によつて自由に作り出されるものではない。それゆゑ犯罪論は観念的規範主義の認識枠組の中に整序されうるものでもない。そのことをあきらかにするのが次の課題である。

## 六 犯罪認識の存在論的構造

### (1) 存在において知られる価値

犯罪は「どのようなもの・として・ある」のか。個別的に犯罪のあり方を示すことは簡単である。人が殺された。身体が傷つけられた。自由を束縛された。名誉を毀損された。大切なものが盗まれた、あるいは壊された。これらの事実を簡潔に示すことで、その目的は満たされる。しかし、これらの個別的な一つ一つの犯罪事実を超えて、しかもなお、すべての犯罪事実に内含される「実在的なもの」とは、一体どのような「もの」であろうか。私は、端的に、それを「価値侵害の惹起である」と答えよう。以下、このことを説明するが、最大のポイントは「価値」の存在性格にある。そこで、簡潔に、価値についてふれた上で、人間が価値をどのように認識するかを考えよう。その中で、まず、価値は「反価値」を通じて認識されること、次に、直観的な「直知」という知り方が反価値を捉えることを示す。そして、最後に、直観はどのような場合にはたらくのかをあきらかにして、すでに述べた「事実の認識拘束性」が犯

罪認定の核心であり、それゆえ犯罪論体系構築の核心であることを示そう。

そこで、最初に確認すべきことは、私のいう「価値」が二元論的な価値ではないということである。二元論の枠組では、「事実」と「価値」は峻別される。しかし、私の考えでは、価値は、私たちが生活するこの生活世界に実在する「もの」である。私たちの生活に必要なすべての「もの」だと換言してもよい。人間は、生きるために、何らかの「もの」を必要とする。事物的な「もの」であれ、また精神的な「もの」であれ、生きるために必要な「もの」の一切がそのまま価値である。つまり、事実と価値は一体であり、「事実ト価値ハ互換的デアル (ens et bonnum convertuntur)」と考える伝統的存在論の立場に立脚して、私は本稿を書いている。

価値は、人間が「生きる」こと「生きてある」こと、すなわち「実存」と密接につながって「ある」。価値は、単なる概念でもなければ、単なる主観的な情緒でもない。また効用 (utility) のようなものでもない。価値は、価値論として様々に概念化されうるし、現にされているけれども、そのような概念化がなされる前に、存在者として、私たちが生活する「この世界・に・ある」。つまり、価値は、私たちにとって可欲的なものとして、「私たちと・共に・ある」。そのように「ある」がゆえに、私たちが「生きる」という生活経験そのものにおいて、私たちは、価値を価値として捉え、価値を欲求する。乳児でさえ、乳児として「ある」ことにおいて、誰に教えられることもなくミルクを欲求し、言葉も話せぬ幼児がビスケットに手を出して口に入れるとき、価値を価値として概念化することなく、彼らは歴然として価値を知っている。アリストテレスがいうとおり、この意味では一人の例外もなく、すべての人間が価値を「目ざす」のである。<sup>(45)</sup> 価値がこのようなものであるとすれば、人が価値を知る「知り方」は、「概念知 (ratio) において」ではなく、なによりもまず「存在 (esse) において」だということが理解されるだろう。<sup>(46)</sup>

## (2) 存在において知られる反価値

私は認識論的にきわめて重要なことを述べている。先に、私は「この生活世界で現実に生きることによって」生後八ヶ月の乳児が、どのように生き、どのように死ぬかを知っている、と書いた。この「知り方」、つまり「存在において知る」という「知り方」は近代認識論では考えることのできない「知り方」である。しかし、私たちの考えでは、実存することが、そのこと自体で、自己が「何デアルカ」を直知し実感することであり、存在者(価値)を直知し実感することである。このように、この「直知」という「知り方」には、直観と同様、表象構造 (Vor-Stellung「自己の―前に―置く」構造) あるいは対象構造 (Gegen-Stand「向かい合って・立つ」構造) がなっているので、価値(存在者)を自己(主観)の前に対象(客観)化させる必要はまったくない。

したがって、対象化する意識作用がなくても、それゆえ概念知のはたらきを想定しえない生後間もない乳児でさえも、彼あるいは彼女が四肢を動かし、空気を吸い込んで大きな声で泣くとき、彼あるいは彼女は「生」を直知し実感し、「価値」を直知し実感しているわけである。「この世界・に・ある」という実存と価値に共通した存在構造(価値の実存関連性)から、存在に即して存在者を知る「直知」という認識構造が基礎づけられる。こういう価値の「知り方」が前提となって、価値は、はじめて概念知の前に対象化されて置かれるのである。その際、価値は、価値侵害(反価値)を通じて、私たちの前に対象化され、私たちの意識に捉えられる。

それでは、なぜ、価値は、反価値を通じて、私たちの意識に捉えられるのだろうか。たとえば「環境」を考えてみよう。私たちにとって環境はかけがえのない価値である。そのことは、今では、誰でも知っていることであり、現に、科学的知見(学問知・概念知)に裏づけられた環境保護政策が実施され、多くの実定法規も整備されている。しかし、一世紀前に、たとえば「大気」が「かけがえのない価値」であり、刑罰によって保護すべき「法的価値(法益)」で

あると、誰が考えていたであろうか。

わが国の場合、高度成長期の「四日市ぜんそく事件」のように、石油化学コンビナートから大気中に放出された大量の排煙に含まれた二酸化イオウによって大気が汚染され、周辺の住民に深刻な呼吸器系疾患を中心とした健康被害があらわれたとき、清浄な大気の法益性が認識されたのであった。それ以前には、清浄な大気は「あたりまえ」の所与であり、しかも実存と融和した所与であったがゆえに、私たちの意識の前に対象化されることはなかった。それが「あたりまえ」でなくなったとき、大気は実存に対してフレムトなものに転化し、対象化されて、私たちの前に置かれる（re-presentation「あらためて・差し出す」）。私たちの概念知は、それを反省して（reflect「折り曲げ返し」て）、「清浄な大気」を「法益」と認識し（recognition「あらためて・知覚する」）、立法政策的学知（概念知）によりながら、公害対策基本法から大気汚染防止法に至る実定諸法規を整備したのである。

### （3）直観から反省へ

このように、人間は価値を直知し直観しているけれども、それは、まだ私たちの思考の「前に置かれて」いない。これを認識主観としての思考の前に置くのが直観のはたらきである。直観は、実存と融和して「ある」存在者（価値）の侵害（反価値）を存在に即して捉えて、それを私たちの思考の前に置く。概念知はそれを受けて「受動理性」としてはたらくのである。

これに対して、人は次のように反論するかもしれない。価値侵害（反価値）が事実として現象するとき、まず、感覚器官がその事実を捉えて、感覚的認識として、私たちの思考の前に置き、次に、概念知がそれを思考の対象とするだけであって、この生活世界にある「事実」は感覚と概念知によって十分に認識されうるのである<sup>48</sup>。と。しかし、こ

れでは、第一に、なぜ、感覚器官たとえば視覚の捉えた像が感覚的認識として成立するのかがあきらかではないし、第二に、なぜ、感覚的認識が概念知の前に置かれて知性的認識の対象となりうるのかがあきらかではない。

水波朗はいう。「われわれの眼前にある各個の有体的諸存在者についての感覚的認識は、どれほど精密にそれが行われたところで、その各存在者の全体的・一者的『存在』を理解させない<sup>(49)</sup>」はずである、と。まことにそのとおりであつて、たとえば視覚を通じて、あたかも一葉の写真のように、芝生の上の仔犬の像が私たちの大脳に再現されたとしても、それだけでは感覚的認識とはいえないだろう。感覚的認識といえども、それが「認識」であるかぎり、その仔犬が芝生とは別の「一つ」のまとまりをもつた「存在者」だという了解までは必要である。そうであるとすれば、感覚的認識は、その中に、感覚器官のはたらき（映像の再現）以上の何らかの知性的なはたらきの成果を含みながら、しかし、まだ概念的なはたらきの成果までは含まれていない、そういうレヴェルで、事実を認識している状態だということになるだろう<sup>(50)</sup>。

問題は、感覚的認識のレヴェルにおいて、すでにはたらいている「何らかの知性的なはたらき」の内容であろう。先の例では、たとえば「仔犬が芝生とは別の『一つ』のまとまりをもつた『存在者』だ」ということを、なぜ、いかにして、私たちは知るのかという問いである。おそらく、この問いに対しては、私たちが「実存しているからだ」と答える以外にないと思う。私たちは、この生活世界の中で、一つのまとまりをもつたものとして実存しているがゆえに、時空間の中で私たち自身が時々刻々と変転する「あり方」の中に、変転しつつも不変の何か（「本質」）が一つのまとまりをもって（「二者」）実存している（「存在」）ことを、存在に即して知っているのである。

この「知り方」は「了解」あるいは「洞見」と呼ばれるが、これが単なる感覚的映像を感覚的認識として完成させる。しかも、この「知り方」は存在に即した「知り方」であるがゆえに、ここでの認識には、認識主観と認識客観と

いう観念論的分断は全然みられない。「主観—客観」という近代認識論の二元図式はあてはまらない。そういうディメンションにおいて、了解は、感覚的にも知性的にも、二重の作用を受けつつ二重の作用をする。一方では、存在に即して感覚的に作用し、感覚器官が捉えた像を感覚的認識として完成させ、他方では、存在に即して知性的に作用し、完成された感覚的認識から、その本質を照射しつつ、それを事物の「知的形象」として概念知の前に置くのである。直観のはたらきは、このような「了解」「洞見」という人間の存在態様からあきらかになる。

（4）洞見知と概念知の解釈学的循環

直観はただ存在に即してのみはたらく。私たちは、直観のはたらきによって、実存を脅かす様々な事態を価値侵害と認識し（洞見知）、そのような事態の惹起が「反価値デアル」ことを私たち（概念知）に告げる。私たちが「この世界・に・ある」こと、そして、価値が「この世界・に・ある」こと、つまり、私たちが価値と「共に・ある」こと、これらの存在態様が直観のはたらく根拠である。もちろん、洞見知のはたらきも概念知のはたらきも、いずれも等しく人間の存在態様であること、ハイデガーが強調するとおりであり、すべての認識は存在に規定され拘束されているのだが、<sup>(51)</sup>概念知は、存在的な拘束性を断ち切り、文字どおり「自由に」はたらくことができる。

その実例は、あらゆる学問分野・芸術分野において、数多く見出しうるし、なによりも自己の思考を振り返ってみれば、誰もが内的に経験している事実であろう。しかし、人間の認識をただ概念知の自由奔放なはたらきによってのみ特色づけようとするならば、すでに何度か記したように、それはあきらかに誤っている。概念知がはたらく最基底には、実存の一態様として、洞見知のはたらきが歴然としてある。ただ存在に即してのみはたらく直観による最初の存在把握がなければ、人間のあらゆる認識作用はありえないだろう。<sup>(52)</sup>

そこで、先の不法就労助長罪の事例において、被告人がペルー人に就労をあっせんしたことに対して、「私たちは被告人の行為に反価値性を見いだせない」と述べたこと、他方、裁判所は構成要件論の論理で被告人の有罪を認めたことを想起しよう。今、このことの意味があきらかになりつつある。ポイントは、構成要件をどのように解するとしても、それは、特殊法的概念であり、概念知によって組み立てられた犯罪の認定枠組だということの確認である。

したがって、構成要件を犯罪認定の基準とするかぎり、つまり、構成要件への包摂の客体として行為をみるかぎり、構成要件という概念から行為をみる以外になく、存在に即して行為をみることはできない。どれほど丹念に行為をみても、存在に即した行為そのものの価値（反価値）判断につながらず、存在論的な価値（反価値）判断につながらない。したがって、その行為に対して、それは「何デアルカ」ということ、つまり、その行為の存在に即した「本質」を捉えることなく、概念化された犯罪モデルへの包摂が前面に出て、「外国人に就労をあっせんした」という行為が認定されたとき、それは、構成要件に該当する行為とされて、有罪の推定を受ける<sup>(53)</sup>。そして、福岡地裁では、現に被告人は有罪となったのであるが、その時、何の価値侵害も惹起していない行為を犯罪として処罰するという司法判断の反価値性に対して、はじめて洞見知は「反価値デアル」ことを私たちに告げるのである。

概念知は、それを受けて、再び法的反省にはいる。しかし、通説的な構成要件論で検討するかぎり、概念知に対する存在的な拘束性が断ち切られているので、福岡高裁のように、同じ結論が再確認されるだけである。そして、これも先述したとおり、「法の解釈としてはこうならざるをえない」と嘆息して終わるしかない。

しかし、概念知による法学的反省であっても、行為論の体系の中で、しかも結果反価値の観点から検討すれば、福岡地裁や高裁の判決とは異なった結論を予測することもできる。被告人の行為を、所与としての事態に即して丹念に検討すれば、その事態には何らの反価値性（Sachverhaltswert）もなく、いかなる法益侵害も見出しがたい。

したがって、この立場では、被告人の行為に刑法上の実質的違法性（可罰的違法性）を否定することが十分に可能である。<sup>(55)</sup>

この場合、違法性は、知的表象像としての犯罪モデルとの関係ではなく、ただ事態そのものの中で検討されている。ここには「事実の認識拘束性」が強くはたらく基盤がある。こうして、結果反価値の検討は、存在に即して事態の価値（反価値）判断をすることになり、被告人の「裸の行為」から照射された「知的形象」に拘束されつつ、概念的、法的価値判断を完成させる論理となりうる可能性をもつ。換言すれば、結果反価値論からの犯罪認定構造の中には、直観によって照射された犯罪の「知的形象」と概念知が示す「知的表象像」の間で、解釈学的な循環（hermeneutischer Zirkel）<sup>(56)</sup>のはたらく可能性が残されている。

これは、もちろん、概念知の捉えたものと洞見知の捉えたものとの間ではたらく解釈学的な循環のことである。この解釈学的循環を保障する体系が法存在論の観点からみた犯罪論の体系である。最後にそれを簡潔にスケッチしよう。

## 七 犯罪論の体系——法存在論の観点から

### （1）犯罪認定における洞見知と概念知の相関性

これまで考察してきたように、近代認識論の「主観—客観」の二元図式の中に、直観的にはたらく洞見知を整理することはできない。それゆえ、「直観」は「曖昧なもの」とされ、学術的な領域から放逐された。しかし、そのため、近代的二元図式では、この生活世界の経験的な現実を捉えきれなくなってしまう。そのことの問題性を直視すべきである。ただ、それでも、慎重な法律家の多くは、直観が「曖昧なものである」とする近代的な偏見を払拭し難いだ



ろう。直観をふりまわすことの危険性を考えるまでもなく、法律家として、このような慎重さは必要である。そこで、犯罪論体系について私なりのスケッチをする前に、先にふれた「解釈学的な循環」について一点だけ補足しておきたい。つまり、ここでの「循環」は、ある具体的な事態に対して、洞見知が存在に即して捉える「知的形象」と概念知が作り出す「知的表象」との間の「視線の往復」を意味する。この視線の往復によって、直観を直観として提示するのではなく、洞見知が捉えた知的形象を、概念知が受けとめ、それを法学的に完成（理論化）させていく過程において、繰り返し洞見知によって示された本質像に概念知のはたらき（思考）をフィードバックさせながら、常に「存在」に回帰し「事態」に即して、犯罪認定を理論的に仕上げていくことが可能になる。<sup>57</sup> 犯罪の認定は、直観によっておこなわれるわけではなく、あくまでも概念知のはたらきによるものである。直観は、解釈学的循環を介して、概念知のはたらき（思考）を存在に拘束させる機能をもつのである。<sup>58</sup>

## （2）犯罪論体系構築の前提①——結果の帰属と行為の帰属

犯罪論体系には、一体、どのような意義があるのだろうか。このこと自体、一個の複雑な問題であるが、その一つの機能が犯罪認定枠組の提示だということについては、おそらく大方の承認があるだろう。もちろん、一口に犯罪認定といっても、何をもって「犯罪」というかにより、認定の仕方も異なる。しかし、わが国の刑法学では、行為反価値一元論は圧倒的な少数説なので、さしあたり、犯罪の認定は、法益（価値）侵害結果の惹起に対する刑事責任を特定の人間に帰属させることだというゆるやかな一致がある。そうであれば、どのような犯罪論体系を構築するにせよ、その前提として、帰属の構造が明らかにされなければならない。第一に、犯罪（法益侵害）結果を惹起した行為が特定されなければならない。これは、結果の行為への帰属であり、「結果の帰属」と呼ぶ。第二に、その行為が「誰

の行為」であったのが特定されなければならない。これは、具体的な法益侵害を惹起した行為を行為者に帰属させることであり、「行為の帰属」と呼ぶ。どの行為が法益侵害を惹起したのか、誰がそれを惹起させたのか、犯罪認定はこの二つの帰属を核心とする。したがって、どのような体系であるにせよ、その体系の中に、この二つの帰属を整理しなければならぬ。換言すれば、この二つの帰属の構造が体系構築を規定するのであって、体系の選択がこの二つの帰属の内容を決定するわけではない。また、まず「結果の帰属」判断があつて、次に「行為の帰属」判断に移るのだから、客観的に認定しうる部分から、主観的なものを含む部分へと移行することになる。犯罪認定過程としては、その逆はありえない<sup>(60)</sup>。結果から行為へ、行為から行為者へ、これ以外の犯罪認定過程はない。

### (3) 犯罪論体系構築の前提②―単独犯と共犯

犯罪論体系を考える場合、さらに、共犯をどう位置づけるのかという問題がある。「結果の帰属」と「行為の帰属」については上述したが、一つの法益侵害結果が複数の行為に帰属する場合もあれば、法益侵害を惹起した一つの行為が複数の人間に帰属する場合もあるだろう。前者の典型的ケースとして、正犯行為と幫助行為による犯罪実現の場合があり、後者の典型的ケースとして、間接正犯か教唆犯かが問われる場合がある。いずれも犯罪実現の「方法的類型」としての共犯の現象形態である。正犯と共犯の区別をするとき、前者の場合には、多くは「結果の帰属」のレヴェルで区別しうるが、後者の場合には、「結果の帰属」ではなく「行為の帰属」のレヴェルで、はじめて区別が可能になる。たとえば、看護師Nが患者Pに毒物を注射して、Pが死亡したとき、Pの死亡という法益侵害結果の惹起はNの行為に帰属される。しかし、客観的な因果経過の記述だけでは、毒物の注射というNの行為がNに帰属されるか否かはわからない。Nが医師Dに指示されたとおりに注射をしたのであれば、Pの死亡という法益侵害結果の惹起はDの

行為に帰属されるだろう。Dに殺意があれば、Dが単独正犯（いわゆる「間接正犯」）になるし、Nの意思内容によっては、Nに正犯（いわゆる「片面的共同正犯」）や幫助犯（いわゆる「片面的従犯」）の成立する可能性がある。行為者主観の内実を知らなければ、行為の帰属は判定しえない。したがって、正犯か共犯かが問われる場合には、「行為の帰属」が確定されなければならないので、正犯と共犯を客観的に判定することはできない。このことは、共犯を犯罪実現の「方法的類型」と捉えた上で、共犯を「行為」のレベルで位置づけることの不可能性を示す。つまり、共犯行為は個別的な行為の単なる集合に解消できない固有のあり方をしてるのであって、体系上も、共犯は「共犯論」として固有の考察を必要とする。

#### （4）構成要件と違法性

以上のような諸前提から、犯罪論体系を考察する場合、法益侵害結果の発生もしくはその危険性を含む「事態」が考察の出発点となる。「裸の結果」と「裸の行為」の意義を認めなければならない。いわゆる「構成要件論」の体系ではなく、「行為論」の体系を採るべきである。西原春夫が指摘するように<sup>61</sup>、「行為・違法・責任」という体系を採用して、構成要件を違法行為類型として違法論の中に解消する方向が妥当である。ただし、存在と当為を峻別する観念論的二元論は拒絶されなければならないので、ここにいう「違法」とは「事態反価値」としての「法益侵害」であり、故意や過失も違法要素ではない。そもそも、結果反価値の枠組では、主観的違法要素というのはいない。したがって、「違法行為類型」としての「構成要件」は法益侵害を惹起する行為の属性についての「知的表象像」であり、構成要件該当性も違法性も、内容的な相違があるわけではなく、「住む世界」も同じである。

なお違法性は「規範違反」として捉えることもできる。ただし、規範は価値の法則であり、しかも「価値ト事実ハ

互換的デアル」から、規範違反は価値（法益）侵害によって示される。規範論は必然的に人的不法論に帰着するといふ見解が根強く主張されているが、それは、規範と命令を混同する一九世紀的な「命令説」の残滓でしかない。

最後に、構成要件を違法行為類型として捉えたとしても、構成要件該当性をもって違法性の推定を認める論理は不当である。わが国では、「違法性の推定—違法阻却」という「原則—例外」論が定着しているが、すでに述べたように、違法が法益侵害そのものである以上、違法判断は法益衡量による以外にない。法益衡量と「原則—例外」論は完全に異質の論理である。

#### （5） 刑事責任

刑事責任の実質は犯罪を實行した者への国家的「非難」である。そうであるとすれば、責任能力や期待可能性は、責任阻却事由ではなく、非難の前提として位置づけられることになるだろう。どちらも責任の前提であつて、ここでも「原則—例外」論に依拠した「責任の推定—責任阻却」という構造を考える必要はない。

非難は適法な他行為の可能性をベースにしている。適法な他行為の可能性がありながら、故意犯では「あえて」過失犯では「うっかり」して、法益侵害結果を発生させる行為や結果発生危険のある行為をおこなったことに対して法的な非難がありうる。したがつて、故意犯にせよ過失犯にせよ、可能的にありうる他の適法な諸行為の中で、そのような行為を選択したことが責任論の核心的な問題となる。このことは、人間が、この生活世界に投げ出された存在者として種々の制約を受けながらも、主体的に自らを投げ出して可能性を現実化していく存在者であるといふ「人間のあり方」から導かれる。つまり、人間は「決定されつつ決定する」ものとして、ある行動を主体的に決断するとき、「責任ある存在 (shuldig Sein)」としてある。意思の自由は、このような選択と決断にかかわる実践的な「人間のあ

り方」として、考察されなければならない。

そうであれば、故意責任を基礎づけるものとして、違法性の意識が必要だということになるだろう。故意犯に対する強い非難は、行為動機から生み出される反対動機の克服を判断して犯罪行為に出たという点に求める以外にない。いわゆる「厳格故意説」に拠るべきである。なお、「責任説」の論拠として、知性と意思の存在論的相違が提示されることもあるが<sup>(62)</sup>、賛成しえない。オントローギッシュな観点からはともかく、オンティツッシュには、むしろ両者の相即性こそが重要であろう。犯罪事実の認識と違法性の認識を区別することはまぎれもなく事実と規範の峻別に基く観念論の手法である。

最後に、過失犯も犯罪である以上、責任原理の上から、刑事責任を問える程度の実質的な非難が必要である。しかし、過失には、法益侵害への決断はなく、故意のように直接的な法益侵害の決断に非難を基礎づけることはできない。過失は、ただ法益侵害を回避する注意義務に違反しているだけであり、その非難は、注意義務違反を介した間接的なものである。これは「認識なき過失」において顕著であり、この場合、刑事責任の及ばない領域に接近している。<sup>(63)</sup>

注

(1) トーマス・クーン『科学革命の構造』(中山茂訳)一二頁以下。なお、クーンをはじめとした科学哲学の成果をふまえて、類型論を展開された最近の論稿として、青井秀夫『法思考とパターン』を参照。基本的に啓蒙主義的合理主義の流れの中で類型論を展開しているのが、本稿とは正反対に、ラチオの産物としての「類型」「モデル」の考察にかたよっている。本稿はそれとは対極的な類型論の考察である。

(2) 齊藤金作『刑法講義』四二頁。

(3) 西原春夫『刑法総論』(法学基本問題双書一七巻・昭和四三年版)三二頁。

(4) 団藤重光『刑法綱要(総論)』(初版)五九頁以下参照。

- (5) Ernst Kretschmer, *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem*, *Studium Generale* 1951, S.400. ヘルンスト・クレッチマーの類型論は主として自然科学で用いられる類型を対象にしているが、ハインリッヒ・マインヤーの業績に依拠しながら、本質を確定するための第一歩が概括的直観 (Intuition) であり、類型を一般概念ではなく「像 (Bild)」であると捉えている。なおギリシャ語源の “Typ” や “Typus” の語義の多様性や変遷が類型論 (Typologie) に与えた影響については、Joh’s Heyde, *Typus- Ein Beitrag zur Typologik*, *Studium Generale* 1952, S.235 ff. 参照。さらにイメージと意識することについては、実際、英語圏の文献では、「イメージ (image)」という語が多用されている。「fantasy」もこの語も見られることに注意すべきである。このことは、後に述べる「ファンタズム (phantasm)」が “fantasy (phantasy)” と同義であり、ファンタズムの産物である (Anthony Kenny, *Intellect and Imagination in Aquinas*, in: Kenny (ed.), *Aquinas a Collection of Critical Essays*, 1964, p.293.) ということも容易に理解できる。[型] という日本語に含まれたリジッドな形態性の意味を引きずられてはならない。
- (6) Emerich Coreth, *Grundfragen des Menschlichen Dasein*, 1955, S.28 f.
- (7) See Robert Pasnau, *Thomas Aquinas on Human Nature*, 2002, pp.278-95, 312 et. seq.
- (8) Vgl. Heyde, *ibid.*, S.240 ff. したがって、知的形象としての「型」が感覚的形状すなわち質料に従属しているという「知性的認識の核心がある」。Vgl. Coreth, *ibid.*, S.26ff., *ders.*, *Metaphysik, eine methodisch- systematische Grundlegung*, 3 Aufl., S.528 ff.
- (9) See Pasnau, *The Treatise on Human Nature*, 2002. 本書は、トマス・アキナスの知性論を原典に即して紹介しつつ、詳細な注釈を付けている。より簡潔な概観として、Kenny, *ibid.*, pp.273-296.
- (10) このような誤解は「定型説」に共通するものである。たとえば大谷実はいう。「違法性の判断は、処罰の必要性・合理性があるかどうかという具体的・非類型的な価値判断であり、抽象的・類型的な事実判断である構成要件該当性の判断とは本質的に異なる」(大谷『刑法総論(第2版)』一三四頁)と。
- (11) 私自身は適切な名称と思わないが、この「型」が「観念的形象」と呼ばれるのはそのためである。なお私が「観念的形象」という言葉を不適切だと考える理由を示しておこう。それは、私たちの中に知的形象を形成する知性の本源的なはたらきが、実は、私たちの存在の態様そのものであることを希薄化させてしまうような観念論的なニュアンスがこの言葉にあるからで

ある。したがって、本文で「私たちの側にある」と記したのも、第一に、世界から切り離された個体としての「私」の中に「閉じ込められてある」という意味では全然なく、第二に、事実的な存在者のように形状として「ある」のでも全然ない。先に「私たちの頭の中にある『像』という表現をしたが、それも、思考上の分析基準として機能するという意味である。そして、この二点の誤解さえなければ、「観念的形象」という言葉自体に問題があるわけではない。

(12) 団藤『前掲書』六一頁以下。

(13) もっとも、法学を含めて、広く社会科学において使用される類型の多くは概念的に形成された類型であり、本文での用語を使えば「知的表象像としての型」である。その意味で、団藤の定型説にみられる類型理解は、いわば通説的な類型論に立脚していたと云える。Vgl. Hans Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, S.196 ff.

(14) 山内清海『哲学』四四八頁以下参照。

(15) Franz Brentano, The Psychology of Aristotle, In Particular his Doctrine of Active Intellect, (Die Psychologie des Aristoteles, 1867) 1977, pp.74 et. seq., 85 seq., 95-99, 103 seq.

(16) See Pasnan, Thomas Aquinas on Human Nature, 2002, p.310 et. seq., Kenny, *ibid.*, p.276 seq.

(17) もっとも「概念知」のはたらきに限定しても、認知科学が成立し「知」が科学的解明の対象になったのは、まったく最近のことである。その意味では、概念知の主要なはたらきである推論（演繹的推論、帰納的推論）においてさえ、哲学や論理学の枠組を出発点にしたのであるから、認知科学の現状がその大枠において哲学的知見に一致していることは当然であろう。

(18) Brentano, *ibid.*, p.107. アリストテレス以来の伝統的認識論では、感覚的認識から知性的認識へと転換させるはたらきをするものとして、「能動理性 (agent or active intellect)」の存在を説く。能動理性は、概念知（受動理性）による抽象作用がはたらくように、概念知（受動理性）のうちに「知的形象」を与えるのである。この知的形象を受けて、概念知（受動理性）の抽象作用がはたらく、そこから先は、いわば自由奔放に、人間理性は様々な「知的表象像」を形成していくのである。この“agent intellect”は文字どおり「本源的な知性」を指し、わが国の文献では「能動知性」と訳されることが多いが、本稿では、水波朗（たとえば最後の著作である「オントロギーとメスナー倫理学(三)」）「社会と倫理」(南山大学社会倫理研究所)一五号五一頁以下。なお、本論文は千頁に迫る遺稿集『自然法と洞見知』に収録されている)にしたがい「能動

理性 (active intellect)」という言葉を使う。“active intellect”の方が、フランツ・布伦ターノが説くように(前掲書)この知性の「あり方」と「はたらき方」の徹底した現実性をうまく捉えているように思えるからである。

もつとも、本文でも示したように、私には「能動理性」のようなスコラ哲学の核心ともいえるべき問題を扱う力量はない。本稿の目的は、「能動理性」を検討することではなくて、認識論の最基底には、表象構造をもたない認識の仕方が歴然としてあることを示した私の前著『リーガルマインドの本質と機能』の立場から、犯罪認識の構造を認識論的に解明することである。つまり、本稿は、ハイデガーの「基礎存在論」の刑法学への応用であり、水波朗の「本性適合的認識」の刑法学への応用を試みるものである。その中でスコラ学の成果にふれることもあるが、それは、ハイデガーや水波のスコラ学への深い学識を経由してのことではない。私自身にスコラ学の知識はない。なお、“agent intellect”あるいは“active intellect”について、アリストテレスからイスラムとユダヤを経由して中世ヨーロッパにつながる哲学史的な概観として、簡潔ながらフレデリック・コプルストンの著作 (Frederick Copleston, *A History of Medieval Philosophy*, 1972) を参照。また、その概念内容については、以下の著作を参照されたい。上智大学中世思想研究所編『トマス・アキナスの倫理思想』(中世研究第一号)、水田英実『トマス・アキナスの知性論』、稲垣良典『トマス・アキナス倫理学の研究』、Pasnau, *ibid.*, p.308 et. seq., Jorge Rivera, *Konnaturalles Erkennen und Vorstellendes Denken*, 1967, S.137 ff., *no. 4* に、非常に古い文献であるが、アリストテレスに即した能動理性の解釈として、布伦ターノの前掲書 (Brentano, *ibid.*, p.106 et. seq.) も参照されたい。

- (19) 光が理性に対して単なる比喩ではなく、より本質的な意味をもつことについて、ハイデガー『真理の本質について』(細川亮一、イギリス・ブフハイム訳)ハイデッガー全集三四卷六頁以下、二二頁以下、一〇八頁以下参照。Cf. Copleston, *Medieval philosophy*, 1952, pp.18 et. seq., 77 et. seq., Rivera, *ibid.*, S.153 ff.
- (20) Vgl. Rivera, *ibid.*, 146 ff.
- (21) ハウシツ「感覚は個別 (singulars) に関連し」、知性は普遍 (universals) に関連するのだから。See Pasnau, *ibid.*, p. 318 et. seq.
- (22) 吉弘光男・梅崎進哉・宗岡嗣郎「現代法の論理構造」法の理論一九号一三五頁以下。
- (23) クレッチマーが指摘するとおり、とりわけ自然科学に接近した領域では、概念的なモデル論の有効性の範囲は広い。Vgl.



Kretschmer, *ibid.*, S.399 ff.

(24) 団藤『前掲書』一一四頁以下。

(25) このような「定型説」的な構成要件理解の対極にあるのがヴィンフリート・ハッセマーの存在論的な構成要件理解である。ハッセマーはヘルメノイティク的手法に拠って構成要件の言語的解釈を試み (Winfried Hassemer, 'Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, SS.11-16) 団藤とは反対に、犯罪の現実の方から構成要件を見直している (Ibid., S.65 ff.)。繰り返し構成要件として記述された語義の現実拘束性に配慮を求め、ハイデガーやガダマーとの連続で、前概念化的な「予持」において、解釈学的了解の論理を取り入れて、現実に即した語義の解釈を提示している (Ibid., SS.74-80)。ハッセマーの考える類型としての構成要件は現実の解釈学的了解を可能にするための道具であり、思考の上で組み立てられ、特殊法的に概念化された行為の外形的形状の型では全然ない (Ibid., S.109 ff.)。本稿での用語を使って換言すれば、受動理性のはたらしを存在のレヴェルに拘束させる解釈学的反省 (hermeneutische Reflexion) の装置が構成要件だということになるだろう (Ibid., S.96 ff.)。この点、現実的な事実認識の局面におけるヘルメノイティクにはほとんどふれていないアルトゥール・カウフマンの先駆的業績 (Arthur Kaufmann, 'Analogie und "Nature der Sache"', 1982 [1965], S.40 ff.) と比較しても、ヘルメノイティクの論理を一層深めているように思われる。もっとも、カウフマンの場合、現実認識の手法として、アリストテレスやトマスから「類比 (Analogie)」を継承することによって (Kaufmann, *ibid.*, S.18 ff.)、認識を表象構造に限定する近代認識論の枠組と一線を画している (Ibid., S.22 ff.)。もっとも、伝統的存在論のアナロギアは、「似像」論とかかわるスコラ学の核心部分とつながり、ここでも私の手にあまる。ただ、専門的なスコラ学から離れて発言すれば、「類比」は、完全な同質性と完全な差異性の両極端の間ではたらくものであり、本稿で考察したような事実認識における「型 (像)」のはたらしと同じ構造をもつ。カウフマンが前掲書に「類型論への寄与 (Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus)」という副題をつけたことも当然であろう。

(26) 西原『刑法総論』(昭和五二年版) 六八頁以下参照。

(27) たとえば「これは違法な行為である」という判断が型的な判断であることは誰の目にもあきらかであろう。また、「裸の行為」といっても、何らかの概念化を経たものであり、その意味で、この行為も型的な認識で捉えられた行為である。

(28) 西原『前掲書』一三三頁以下参照。

- (29) 団藤『前掲書』七五頁。
- (30) Pasnau, *ibid.*, p.311 et. seq.
- (31) だから、「善(価値的行為)をなせ、悪(反価値的行為)を避けよ」ではなく、ヨハネス・メスナーが書くように、「悪をさげよ、善をなせ」と記す方が認識の根源的な形態に即している。このことにつき、宗岡嗣郎「刑事責任の本質(二)」久法五〇号二七頁注(27)を参照。
- (32) この事件は判例集に未掲載であり、詳しくは、吉弘・梅崎・宗岡「前掲論文」一三九頁以下参照。
- (33) ハイデガーはいう。空の青さを見て、雲雀の歌を聴くとき、「有る」という形で認取された「青」と「歌」を知覚するのであるが、それでは「有るもので有る」ということを、我々は聞いたり見たりするのか(ハイデガー『前掲書』一九八頁以下)、と。また、そのとき、色と音を知覚しながら、「我々はさらに別のもの、つまり『と』を認取する」が、「人間がかつて『と』を見たり、聞いたり、嗅いだりしたろうか」(一八七頁以下)、と。
- (34) 心理学から神経生物学を広く含んだ経験科学的な認知科学が認知作用と器官(もつとも視覚や聴覚といった大雑把なものではなく、それらに関連している神経系統を指すことが多い)との対応関係の把握に全力をあげていることについて、ジャン・ドラルクル(須賀哲夫・中村祐子・中島欣哉訳)『脳はこころである』(クセジュ文庫)、ポール・チャーチランド『認知哲学—認知哲学から心の哲学へ』(信原幸弘・宮島昭二訳)などを参照。同時に、認知神経科学の最先端では、神経経路を操作することによって、視覚皮質で音を捉えたり、聴覚皮質で光を捉えることの可能性も実証されている。下條信輔『意識とは何だろうか』(講談社現代新書)参照。こうなれば感覚的な認知作用と器官もけっして一対一対応していないことが予想される。これは、感覚的認識と知性的認識が相互に完全に独立したものでないこと、つまり近代的な「主観—客観」図式が科学的に成り立たないことを示唆するものである。
- (35) 感覚的認識が「身体を通路として」おこなわれることは疑いのないことであるが(ハイデガー『前掲書』一七三頁以下参照)、身体の中で完結しているのではない。ここでも、正確には、「我々を包みこみ、我々自身に属し、その際に同一なものである、この自己を保ち抜く領域」(『前掲書』一八三頁)においてはたらくのである。ハイデガーはプラトンの「心」をこのように読み解きながら、自ら明言しているわけではないが、四年前に『存在と時間』で示した論理がプラトン以来の伝統的な論理と密接につながっていることを示している。

- (36) 団藤『前掲書』一一一以下参照。
- (37) 名古屋地裁岡崎支判昭四三・五・三〇下刑集一〇卷五号五八〇頁。
- (38) 西原『前掲書』一二四頁以下。
- (39) 西原『前掲書』一三八頁以下。
- (40) 西原『前掲書』一二五頁。
- (41) Dazu vgl. Hassemer, *ibid.*, SS. 74 ff., 109 ff., 118.
- (42) 「存在」の意味了解については、もっぱら存在論に立脚する論者の興味を惹くだけかもしれないが、「存在」の定義については、存在論に立脚する者も存在論を批判する者も、回避しえない根本問題である。これにふれた法存在論の最近の文献として、Vgl. Yunho Seo, *Rechtsontologie und Hegels Rechtsbegriff; Rechtsphilosophische Schriften*, Bd. 11, 2004, SS. 23 ff., 53 ff., ferner vgl. Rivera, *ibid.*, S. 15 ff.
- (43) 上記注(33)のハイデガーの指摘を参照。人間は、自らが「ある」ことにおいて、存在(「ある」ということ)を直接的に知っているのである。これは「直知」であり、自らを対象化して、自ら(認識主観)の前に置く、概念的な前提はなにもなす。Vgl. Rivera, *ibid.*, S. 141 f.
- (44) ハイデガーやガダマーらの影響を受けた者は、多くの場合、「直観」という語を使わない。しかし、ハイデガーのヘルメノイテイクの核である「予持、予視、予握」といった「予」の構造(ハイデガー『前掲書』二七一頁以下参照)において捉えられたものは、すべて直観の構造を持つのであり、前掲したハッセマーの業績などはその刑法解釈学への応用である。
- (45) なお、周知のとおり、アリストテレス『ニコマコス倫理学』は、人間の思考や行動のすべては「或るひとつの善いものを目ざしている」という一文で始まる(アリストテレス全集一三卷・加藤信朗訳)。この「善いもの」は、文脈からあきらかなように、倫理的な「善」に限定されていない。いわば存在論的な「善」を語る文脈であり、そういう意味で、「善」とは「みなが目ざすもの」だとされたのである。人が、望み、目ざし、求める「もの」すべてが「善」である。そして、この「善」こそ、「価値」の古典的表現であることに注意されたい。
- (46) このような存在に即し現実性に親和した人間の「知り方」こそ、水波朗がその全著作において雄弁に語った「本性適合的認識(Konnaturales Erkennen)」の核心である(とりわけ『トマス主義の法哲学』『トマス主義の憲法学』の姉妹書および

- び遺稿集『自然法と洞見知』所収の諸論考を参照されたい)。リベラもいう。“Konnaturalales Erkennen”は人間の「本性(即ち現実性)」の全体を認識の中に持ち込むような認識であり、認識する人間が現実に対して取り持つ総体的な関連性(die erkennende totale Bezogenheit des Menschen zur Realität)である”(Vgl. Rivera, *ibid.*, S.34 f.)。
- (47) 私はこれを「価値関係説」と概念化してリーガル・アキシオロギーを考察したことがある。宗岡『法と実存』二四頁以下参照。なお、価値の知り方として、リヴェラが「本性適合的認識は善に織り込まれている」と指摘していることに注意すべきである(Rivera, *ibid.*, ebd.)。また、本性適合的認識を超えて「知性」の全体に視点を移しても、知性が常に物的世界に向けられているのも、「世界・内・存在」の「知性」としては当然のことである。Cf. Pasnau, *ibid.*, pp.296, 324 et. seq.
- (48) この反論がデカルト的二元論をベースにしていることはあきらかであるが、現代科学(医学)の成果を踏まえて、デカルトのように「松果腺」に「モノ」と「思考」の二実体の接合機能を求めることができない以上、松果腺に代わるものとして何があるのかを示すべきであろう。
- (49) 水波「オントロギーとメスナー倫理学(3)」五一頁。Cf. Pasnau, *ibid.*, p.275 et. seq. なお、経験科学的な視覚の考察に関しては、さしあたり乾敏郎編『認知心理学―知覚と運動』を参照。このことは、このレヴェルにおける情報の一定の取捨選択がはたらいていることを示しているが、これに関しては、心理学における「注意(attention)」の研究が参考になるだろう。たとえば『科学(一九九四年四月号・特集―意識と注意)』などを参照。
- (50) 正確には、知性的認識に必要な感覚的データ(これが「ファンタスマ」である)を作り出す「ファンタジア」と呼ばれる内的感覚のはたらきの成果としてある「認識」の状態である(Norman Kretzmann, *Philosophy of Mind*, in: Kretzmann and Stump (ed.), Aquinas, 1993, p.138 et. seq.)。アリストテレスやトマスはこのファンタスマの上にはたらき、「知的形象」を作り出して、それを(受動)理性に伝える根源的な知性を「能動理性」と名づけた。現代の多くの存在論哲学もこのような人間の認識能力を認め、それを、フッサールは「直観」と呼び(フッサールの志向的直観については、水波「日本国憲法解釈論と二十世紀の哲学」△『自然法と実践知』収△一二六頁以下、青木茂『固体論の崩壊と形成』三四七頁以下参照)、ハイデガーは「気分」と呼び(気分的に規定された情状性としてある現存在について、ハイデガー『存在と時間』〈原佑訳・世界の名著版〉二五一頁以下参照)、そのようにもたらされた認識の赤裸々な「あり方」を示した。ま

た、経験科学的な現代認知学でも、時に「暗黙知」というやや無限定な呼称を使つて、このような認識のあり方を否定しない。ミッシェル・ポレニー（佐藤敬三訳）『暗黙知の次元—言語から非言語へ』、福島真人『暗黙知の解剖—認知と社会のインターフェイス』などを参照。認識を「主観—客観」の表象構造だけで捉えられると考える近代認識論の枠組では、経験科学的な認知の現実を捉えられないからだろう。

(51) これは、伝統的存在論の基本的な立場であるが、本稿でも参照したエメリツヒ・コレトやオルゲ・リベラのように、ハイデガー（たとえば『存在と時間』〈前掲版〉一四九頁）の影響を強く受けた論者によって特に強調されている。Vgl. Rivera, *ibid.*, SS.31 ff., 38 ff.

(52) 受動理性が自由奔放にはたらきうるにもかかわらず、私たちの日常生活における認識のあり方に着目するかぎり、ゆるやかな統一性があることは、直観が概念知に与える「知的形象」に拘束されるからである。こういう存在に即した直観の共通了解がコミュニケーションを成り立たせる。このことにつき、平田元、宗岡嗣郎「事実と真実—刑事訴訟における『了解』の意義—」法の理論二二号一三二頁、宗岡『リーガルマインドの本質と機能』二九一頁以下参照。Vgl. Gadamer, *Vom Zirkel der Verstehen*, 1959, in: *Gesammelt Werke*, Bd.2, S.57 ff.

(53) すでに述べたとおり、価値侵害が現実には惹起されなにかぎり、能動理性が価値侵害を捉えることはない。

(54) 構成要件該当性が違法性や有責性の推定機能をもつのであれば、端的にいつて、それは有罪推定機能をもっているのと同じである。

(55) おそらく、佐伯千仞や中山研一の違法論からみれば、この不法就労助長罪の事案には、結果反価値（違法性）はないという結論も充分にありうるだろう。佐伯『刑法における違法性の理論』参照。

(56) Vgl. Coreth, *Grundfragen der Hermeneutik, Ein Philosophischer Beitrag*, SS.55-60, 72-80, insbes. 94 ff. なお、かつて、オントロギーを標榜しながら、ハンス・ウェルツェルが行為反価値を核心とした人的不法論を展開したが（福田平・大塚仁訳『目的的行為論序説』二〇頁以下参照）、事態もしくは現実（*Sachverhalt, Wirklichkeit*）から遊離した義務や社会倫理を想定するところに、ウェルツェルの目的的行為論の観念論の本質があることを見落としてはならない。事態反価値（結果反価値）から切り離された行為反価値を、一体どのようにすれば、存在に即して、認識することが可能になるのだろうか。ウェルツェルの論理では、「解釈学的循環」がはたらく余地はない。

- (57) このことが存在そのものであることに注意してほしい。このような直観知（洞見知）こそ「そのものとして人間の实在性を形成する」のであり、「人間的な現在存在の实在性を示す」「実在的思考」である（Rivera, *ibid.*, S.27, *vgl.* S.95 ff.）。
- (58) ヘンリー・シジウィックらに代表される英国の直観主義について私はほとんど知らないが（シヨージ・ムーア『倫理学原理』〈深谷昭三訳〉九七頁以下をも参照）、彼らもまた、一方で哲学的直観を強調するだけでなく、それとともに、それを反省的思考によって仕上げていくのである（See Roger Crisp, Sidgwick and the Boundaries of Intuitionism, in: Philip Stratton-Lake(ed.), *Ethical Intuitionism: Re-evaluations*, 2002, p.70 et. seq., Brad Hooker, *Intuitions and Theorizing*, *ibid.*, p.161 seq.）。奥野満里子『シジウィックと現代功利主義』五四頁以下参照。英語圏でのポピュラーな例を挙げれば、シモン・ロールズ『公正としての正義』（田中成明編訳）も、認識方法としての直観を排除していない（Cf. Joel Feinberg, Rawls and Intuitionism, in: Norman Daniels(ed.), *Reading Rawls*, 1989, pp.108 et. seq., 117-120.）。社会的不平等に対するロールズの直観的告発を抜きにして、ロールズの正義概念はありえないだろう。『公正としての正義』もまた、直観によって捉えられたものを反省的に「説明可能な（*explicable*）」ものに仕上げられた成果である。ロールズの直観主義については、T.K. Seung, *Intuition and Construction, The Foundation of Normative Theory*, 1993, pp.35 et. seq., 42 seq., 52 seq.
- (59) 現実の直観的把持を言語的に仕上げているようにとする法律学的ヘルメノイティクは同じ問題意識を共有している（*Vgl.* Hassemer, *ibid.*, SS.65 ff., 80 ff.）。
- (60) 犯罪認定の「しやすさ」や「確実さ」を理由に「客観面から主観面へと順序」で体系を整理する方法が広く是認されているが、法益侵害（およびその危険）から出発する以外に、犯罪を認識する方法はない。客観面から主観面へと順序である主観面から客観面へと順序である、「これをどのような順序で考えるかは、多分に便宜の問題である」という見解もあるが（平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』一九頁）、完全に誤っている。人間は犯罪を主観的側面から認識することはできない。
- (61) 西原『前掲書』六五頁以下、一三三頁以下参照。
- (62) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』三〇頁以下参照。
- (63) 甲斐克則『責任原理と過失犯論』一二七頁以下。