

## 準故意説（草野説）に関する覚書

山 本 雅 子

- I はじめに
- II 草野説の検証その1—準故意説の大要
- III 草野説の検証その2—関係規定の取り扱いについて
- IV おわりに

### I はじめに

本稿は故意論に於ける故意説のうち特に準故意説といわれる草野説を採用上げてその内容の確認を意図するものである。この見解は嘗て宮本英脩博士により主張され（『宮本英脩著作集 第三巻 刑法大綱』145頁以下参照）、草野教授により進展を見、佐伯博士もこれを採られた（『四訂 刑法講義（総論）』252頁以下、及び277頁以下参照）有力説であったが、現在は極めて少数の学説である。故に、諸体系書にも独立の見解として挙げられることも少なく、この見解を採られる学者名も、或いは厳格故意説の下に（例えば、西原春夫『刑法総論改訂版上巻』187頁註1）、或いは制限故意説の下に纏めて挙げられたりする（例えば、山中敬一『刑法総論 [第2版]』299頁）。もっとも、準故意説という学説名は上掲三師の著作内では見当たらないようであるし、草野説を継承された齊藤（金）博士、下村博士の著作内でも草野説、或いは自説の名称としても使用されていない。故意説の中の独立した名称として準故意説を挙げられるのは大谷博士、岡野博士、立石教授、等である（大谷實『刑法講義総論 [新版第二版]』341頁、岡野光雄

『刑法要説総論 [第2版] 179頁、立石二六『刑法総論 [第3版]』196頁、長井長信「違法性の錯誤と故意概念」現代刑事法1999 No. 6、53頁、正田満三郎『刑法体系総論』278頁)。この名称の創唱者を、浅学にして未だ知り得ず。教示を得たい。

名称に拘る所以は、「準故意説」というだけでは若干誤解の恐れがあるのではないかと危惧をもつからである。即ち、本質的に故意説ではなく、それに準ずる見解ととられはすまいかと思うのである。関連する記述、後出。因みに、「厳格故意説」、「制限故意説」なる名称はそれぞれドイツ語の翻訳からきていることは間違いない。しかし、厳格故意説は直接その訳語どおりであるが、制限故意説という訳語は適確ではないと思われる。何故ならば、ここに制限といえは、恰も厳格故意説の何らかの主張を制限するものとしてより限縮的な故意説であるかの如き印象を与えるが、原語は、*eingeschränkt* 以外に *gemässigt* ともされており (例えば、Baumann, Strafrecht AT, 5Aufl., S. 424参照)、従って、制限を受けた、制限された、というよりむしろ、緩和された、緩やかな故意説と理解されるほうが、所謂制限故意説の内容に適するようにも考えるのである。即ち、制限故意説こそ故意説に準ずるという意味での「準故意説」と指称されるに相応しいと思う。しかし、本稿に於いては、便宜上、従来の名称を用いる事とする。

筆者は中央大学に於いて草野説を教わった少数の中の一人である。先頃、草野教授の『刑法要論』をあらためて通読する機会を得た。この本は既に入手しにくく、且つ遺憾ながら草野説自体が、共犯論を除き、多く目を向けられる可能性を現在もたないものである事に鑑み、草野教授の『要論』及び他の著作物で確認し得る理論の根拠を理解の範囲内で覚書として文字化しておくことに今日在る者のささやかなる使命をおぼえた。よってここにそれを試み、特に同門の後進の一顧に呈し得ればと思う。故に、本稿は何よりも読まれる上での手間の除去に主眼を置き、敢えて上記の如く割註とする。

猶、条文の表記につき、漢数字の使用は引用・参考文献のとおりであり、自己の文章中では算用数字を用いている。

草野説の全体的特長は、実務と理論の調和を見据えられ、実定法の解釈に対する縦横無尽のひらめきとそれに基づく条文理解にあると思われる。そのことが最も明確に現れているのが事実の錯誤の取り扱いに於ける第44条の解釈である。ここでの草野理論は罪刑法定主義に反するという極めて重い批判を受けており、再考証の意味は大きいのであるが、主張そのものは明確であって、無害な未遂を罰するには各本条で定められていなければならないと読むというものである。即ち、当初認識せられた結果に関しては未遂であっても、他の有害結果が生じた場合は第44条の適用外であると考えてもよいのではないかという主張であるので、そのこと自体が大きな問題性を齎すことは否定できないが、主張内容は一目瞭然である。これに対し、準故意説に関しては、草野説を忠実に継承されている下村康正『犯罪論の基本的思想』に於いても「第四説（制限故意説を指す……筆者註）が主張する違法性の意（認）識の『可能性』を、実体的に更に適確に把握せんとし、そのため違法性に関する過失の有無をとり調べて、過失が認められる場合を一応故意犯と同視した上、更にこの点に関する過失を四段階に分ち、その大、中、小、無に応じて責任を加減しようとする」（同書124頁）が、その際、「過失の大なる時は、故意犯の刑と同様の刑で臨むが、それが中なるときは刑法第三八条第三項で刑を減輕し、さらに、それが小なるときは、第三八条第三項と法律上の性質を同じくすると解される第三六条第二項により故意犯としての刑の免除を認め、全然この点に関する過失がないときには、これを故意犯としては遇しないとするもの」（同書126頁）と述べられるに止まっている。問題は、第38条第3項と第36条第2項との同質性ということである。どのような意味で同質なのか、特に条文の配列を遡る操作は何らかの説明抜きでは分かりにくい。従って、何よりもこの問題について草野教授の思考過程を追わなければならないと考えるのである。このような理由で、本稿では準故意説の問題を取り上げることと

した。

## II 草野説の検証その1 — 準故意説の大要

現在の故意論の状況は故意説と責任説の対立、即ち、故意の体系的地位、及び故意の内容を巡っての事実の認識と違法性の意識の関係如何を問うところにあるのであるが、これがヴェルツェル以降の議論であることは明らかであり、我国に於けるそれ以前の対立構造は、故意はこれをあくまで責任要素として把握しつつ、その範囲内の、通説・判例による事実の認識説（違法性の意識不要説。蓋し、刑法第38条第3項本文が根拠である）と規範的責任論を根拠とする違法性の意識必要説の間のそれである。故に、後者はその主張の最も明確且つ先鋭な形で厳格故意説に結実する。この見解は、道義的非難を生ぜしめるものとしての故意は、単に事実の認識で足るものではなく、その事実が違法であるという意識が必要であり、そのような意識をもちつつ、敢えて行為に出ずるところに非難の契機があるとす。もしこれに欠ける場合は過失犯が認められるに過ぎない。しかし、ここには問題が潜む。故意の積極面への視点から、①違法性の意識は事実の認識と同様に心理的実在であるのか、或いは、規範的要件であるのか。又、故意の消極面、即ち、錯誤への視点から、②事実の認識を、或いは違法性の意識を、過失により欠く場合、事実に関する過失と違法性に関する過失は同等に扱われるものか、という問題である。

先ず、①に関し、違法性の意識の存在が心理的実在として厳密に要請されるとすると、確信犯、激情犯、或いは常習犯、法定犯への対応上、克服しにくい難点が生ずる。そこで、これを克服すべく、故意非難の本質は違法性の意識に裏付けられる反規範性にありとしつつ、しかし、心理的事実として厳格にこれを要請すべきではなく、違法性の意識の可能性で足るとする所謂制限故意説が現れるのであるが、代表的論者であられる団藤博士は明文を以って「違法性の意識は故意の要件ではない」とされる（団藤重

光『刑法綱要総論（第三版）』317頁）。この文言の意味は大きい。何故ならば、博士が主張される「違法性の意識の可能性」は事実の認識を論理的前提として展開されるものではあるが、他面、その段階性は、団藤説の本質的主張から切り離された形で、両概念相互の内的関係性を必然としないとする見解からの批判的介入を許してしまうのである。就中、可能性の有無という判断は、行為者基準であっても、いわば外部からの判断にならざるを得ないという本質的限界があり（もっともそのことは、例えば期待可能性の判断に於いても同様であり、規範の世界の宿命である）、事実の認識の認定が行為という強力な客観的基盤で支えられることに比すればはるかに評価の理論であるから、故意に止まらず、過失犯（特に認識ある過失につき）にも当て嵌まりうる非難となるのではないかと言えるからである。そうであるとすると、平野博士が、「違法の意識の可能性で足りるとしながら、これを故意の要素だとする人もある。違法の意識の可能性で足りるとすれば、実質的には責任説と同じであるから、少なくともこれを制限故意説と呼ぶのは適当でない」と言われることも強ち否定は出来ないのである（平野龍一『刑法 総論 I』161頁）。しかし、団藤博士の人格的責任論体系からは、故意・過失は、規範的人格形成責任を刑法で捕捉する際のまさに核となるものであり、責任自体の存在論的基礎をなす。故に、故意の実体をなすもの自体とそれに対する責任判断の基準を与える規範の両者から、恐らくは価値関係的に違法性の意識の可能性が発現するものと考えられるはずである。故意を（過失も同様）責任から放逐する体系とは根底を異にするものであろう。事実の認識が在ればまさにそこから違法性の意識の可能性が生まれ得るのであり、両者を二元的に切り離す体系とは別種である。

これに対し、草野教授は、①に関し、「故意犯の成立には、罪と為るべき事実を認識すると同時に、其の事実の違法性を意識することを要する」と明言される（『要論』81頁）。団藤説とは異なる。この事実から、上記、西原博士は草野説をひとまず厳格故意説とされるのであろう。草野説を制限故意説の下へ纏めることは、適確とはいえない。草野説は故意犯の成立

にはあくまで違法性の意識が必要であるということを前提とされた上で、もしそれを不注意で欠いた場合、厳格故意説の如く其の不注意の度合いを考慮せぬことの妥当性を問われるのであって、違法性の意識を必要とされる点に於いて厳格故意説とは軌を一にされ、加えて次のように述べられる。曰く、「違法性に関する過失責任を故意の範疇に入れることに付いても疑を抱くのである。何となれば、犯罪構成要件に該当する事実の認識に欠くる所がない以上、規範的に見て、不注意の大なるものがあり、事情如何によっては、故意の存在をすら推測し得る場合があるとしても、他面に於て違法性の不意識と云ふことが現存するからには、本質的には過失であって、故意ではないと主張せざるを得ないからである」とされた上で、「ここに於て、私は、此の違法性に関する過失責任をば、本質的には過失として観察し、結果的には一応故意として取扱ふのが、最も妥当であると信ずるのである」（『刑法改正上の重要問題』168頁）と言われる。②の問題意識を措きつつ、この文意から読み取るべきは、違法性の意識が欠ける場合は事実の認識が欠ける場合と同様とし、過失とするという主張が草野説の本来の主旨ではないかということである。そこに原則を措いた上で、現に存在する刑法第38条第3項の解釈との融合性を図られるものであると考える。故に、草野説は軸足を厳格故意説に据えるものとし、違法性の認識を欠くに至った不注意が大なる場合、即ち、責むべき不注意についてのみ故意に準ぜしめるが故に、草野説の特異部分を「違法性の過失準故意説」（西原・前掲書188頁、他に、齋野彦弥『故意概念の再構成』106、129頁は「過失準故意説」とされ、林弘正『違法性の意識に関する所謂「法律の過失準故意説」についての一考察』（下村先生古稀祝賀『刑事法学の新動向』所収）323頁以下は「法律の過失準故意説」とされる）とされる西原説は正確であると思う。単に「準故意説」と言うと、故意説に似通ってはいるがそれに準ずる別の理論であるという位置付けをされかねない。草野説は厳格故意説と第38条第3項の共存を図る見解である。

そこで、第38条をみななければならない。同条第1項及び第3項が問題と

なる。第1項本文の「罪を犯す意思」とは故意を意味し、「罪を犯す意思がない行為」とは過失行為を意味し、これを「罰しない」として、過失犯・原則不処罰がここに規定されている。しかし、但し書に於いて、「法律に特別の規定がある場合は、この限りでない」こととなる。この但し書にいう「特別の規定」とは各則上個々の過失犯、結果的加重犯処罰規定を指し、それ等を根拠として過失犯、結果的加重犯が例外的に処罰されるという解釈が通常である（草野説はこれに異なる。後出。）ここに故意とは、判例の如く、或いは、責任説の如く、事実の認識をいうと解する立場は別とし、故意説によるとすれば事実の認識と違法性の意識双方を要する。従って、事実の認識に欠けるが故のみならず、違法性の意識を欠く場合も過失犯である。この点につき、草野教授は、上述の如く、違法性に関する過失は本質的に過失犯であると言明される（『要論』であれば87頁、88頁）。そして、その取り扱いに於いては故意犯に準ぜしめられる（恐らくは、ここから準故意説という名称が出ていると思われるので、細かく言えば、準・故意説ではなく、準故意・説である）。

その所以を先ず形式面に問えば、同項但し書にいう「法律に特別の規定がある場合」の特別規定の一例を第38条第3項にみられるのである。第3項は「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる」という。この条文の解釈も区々に分かれる。草野教授は、この条文を次のように解される。「行為者に於て自己の行為が法律上許されざるものなるに拘らず、許されたるものと信じたることに付過失あるときそれが故意犯として取扱はれ、而して過失の輕微なるときは、其の故意犯に付ての刑が減輕せられうることを明らかにしたものに外ならないのである」（『要論』89頁）。即ち、この条文は違法性の過失を故意に準じて取り扱うこととする特別規定であり、そのような特別規定の設定は第1項の但し書により許されると解されるのである。

学説によっては、第38条第3項の意味を①法律の錯誤は故意を阻却せ

ず、情状により刑の減輕あるのみとするもの（違法性の意識不要説から）、  
 ㊤本項は単にあてはめの錯誤のみに適用されるとしたり、又は、故意の成立には個々の条文の認識は必要なしとし、但し、規定を知らないことにより違法性の判断が困難となったときの対応条文であり、本来、故意の要素としての違法性の意識に関する規定ではないとするもの（厳格故意説から）、  
 ㊦法律の規定を知らないことは故意とは無関係であるが、違法性の意識の可能性があってもそれが困難で、違法性の意識を欠いた場合、非難可能性は減少する為に但し書の適用があるとするもの（違法性の意識可能性説から）、  
 ㊧法律の錯誤は故意の存在とは無関係であることを規定する条文であり、但し書は法律の錯誤がある場合、故意の存在は動かされないが、責任が軽微であるので刑を減輕できる旨を規定するというもの（責任説から）、等が主張される。

これらの中で、草野説は、上述の如く、本項を違法性の不知に関する過失を故意に準じて取り扱う規定であるとされる。そして、その根拠を刑法改正仮案第11条に見られる。

第11条 法律ヲ知ラサルヲ以テ故意ナシト為スコトヲ得ス但シ情状ニ因リ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得  
 法律ヲ知ラサル場合ニ於テ自己ノ行為カ法律上許サレタルモノト信シタルコトニ付相当ノ理由アルトキハ其ノ刑ヲ免除ス

教授によれば、「刑法第三八条第三項が『法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ス、但情状ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得』と規定して居るのは、行為者に於て自己の行為が法律上許されざるものに拘らず、許されたるものと信じたることに付過失あるときそれが故意犯として取扱はれ、而して過失の軽微なるときは、其の故意犯に付ての刑が減輕せられうることを明かにしたものに外ならないのである。此の解釈の正当なことは、刑法改正仮案第十一條に徴して之を知ることが出来る」といわれるに止まる。（『要論』89頁）。しかし、これ以上の説明がされていないこと



から、仮案第11条が如何なる意味でこの解釈の根拠たりうるのか必ずしも判然としない。そこで、この点に関連する記述を草野教授の論稿中に探した。次のようにいわれる。曰く、「牧野博士は右条項（仮案第11条第2項を指す……筆者註）につき『わたくしは、改正刑法仮案第十一条第二項の規定を立案した』と云はれて居るが、博士自身が立案された原案には一私の記録してゐるところに誤ないとするならば一其の第十条として、『自己ノ行為ヲ以テ法律上許サレタルモノト信シタルコトハ犯意アリト為スコトヲ妨ケス但シ情状ニ因リ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得（第一項）。自己ノ行為ヲ以テ法律上許サレタルモノト信シタルコトニ付行為者ニ相当ノ理由アルトキハ之ヲ罰セス（第二項）』とあったのである。処が法律の錯誤が行為の違法性を錯誤することであるといふことに十分の理解のない多くの委員たちに、現行刑法第三十八条第三項を右牧野案第十条第一項の如く書き改めることに付いては多大の難色があったので、但書に刑を免除し得ることを加えた外、刑法第三十八条第三項と大同小異の形式をとることとなった。而して仮案第十一条第二項に至っては、大体、牧野案第十条第二項に倣って規定せられることとなったとは云へ、法律上許されざる行為を許されたものと信じたことに相当の理由があつても、無罪とすることには強き反対があつて、妥協の結果、末尾の『之ヲ罰セス』とあるを『其ノ刑ヲ免除ス』と改めることで、落ちついたのである」（刑事法学の諸問題第二巻41頁）と。

これを要するに、仮案第11条第2項の原案が牧野案であり、そこでは、現行第38条第3項本文にいう「法律を知らなかつたとしても」の趣旨が、法律上許されたものと誤信した場合であることとされているところ、本来あるべきその文言が上記の如き理由で成案に至らなかつたこと、しかし、第11条の内実はそのようなものであるから、解釈も又然り、違法性に関する過失をいうものと解すべきであるとの立論ではないかと思われる。

第38条第3項の「法律を知らなかつたとしても」という文言を違法性に関する過失を指すものと解することが上の仮案立法過程から是認されるな

らば、同項は続いて「そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」というのであるから、その場合も故意犯が認められるという文意であることになる。即ち、刑法がそのような特別規定を認めているに他ならないのである。もっとも、同項の立法趣旨はローマ法以来の「法の不知は許さず」というところにあり、その様な立法の実質的理由はやはり処罰の必要性に置かれたものであると考えられる。仮案自体は、事実の認識がある限り、規範の知不知は故意の有無に関係なしとする違法性の意識不要説に基づく立法であるから、第38条第3項本文は法律の錯誤が故意を阻却するものでないことの注意規定に過ぎず、同条第1項但し書とは切り離して考えられるべきであり、同但し書にいう特別な規定にあたるまでの想定はなされていなかった筈である。

ここで草野説を今一度明示すると、故意の要素として違法性の意識は不可欠であると言われるのであり、違法性の過失は過失犯を構成するとも言われる。ただその間であって、違法性の意識を欠いたことについての過失の程度を問われる。事実の認識を欠く際の過失は原則として有無のみであり（例外として重過失がある）、有の場合は一様に過失犯となるのに対し、違法性の過失は、その不注意の程度が問われるものであるとするなら、二つの過失には扱いを異にさせる性質の違いがあるはずである。これが上記②の問題点であり、同時に、準故意説の主張の実質面をなす。

草野教授はこの点に関し次のように言われる。「私は違法性に関する過失を犯罪構成要件に関する過失責任と同様に解せんとすることに付ては、賛同し得ないものがある。何となれば、違法性の意識と云ふことを中心として考へるならば、犯罪構成要件に該当する事実は認識して居たに拘らず、其の違法性を意識しなかったと云ふ場合は、これを犯罪構成要件に該当する事実をすら認識して居なかった為め、其の違法性を意識しなかったと云ふ場合に比し、規範的に見て不注意の大なるものがあるからである」（『刑法改正上の重要問題』168頁）と。或いは、又、「違法性に関する過失は、罪と為るべき事実に付ての認識はありながら、不注意の結果、其の違

法性を意識しなかったのであるから、規範的観察からするならば、事実性に関する過失に比し不注意の大なるものがあると云はねばならぬ。何となれば、罪となるべき事実に対する認識に欠く所がない以上、違法性の意識は可能であり、進んでは故意の存在をも推定しうるからである」（『要論』89頁）と。

準故意説に対する批判は、事実に関する過失と違法性に関する過失はいずれも過失であるにも拘らず、後者を故意と同様に扱う根拠は何かということであり、又、故意には違法性の意識が事実として存しなければならないとしながら、不注意によるにせよ、違法性を意識しなかった場合を、換言すれば、有と無を同一に故意として扱うことは許されないというものである。

このような批判に対しては、上記、草野教授の記述の中にそれに対する回答が与えられていると思う。もっとも、自然犯・法定犯の問題はここでは別論とする。不注意によってではあるが、事実の認識を欠いた場合は、行為者の意識に於いて反規範性の契機は存在しない。これに対し、事実の認識がありながら、不注意の結果、その違法なることを意識しなかったという場合、認識した事実は構成要件に該当する事実である以上、既にその段階で一定の規範に違反する行為たる予見は可能である。構成要件は違法行為の類型であるからである。現に（反規範的）事実を認識する以上、通常は同時に（但し、論理的にはあくまで先後関係で）その違法性の意識は認められる筈である。敢えて、不注意で意識を欠いたとすれば、その不注意は、事実そのものを認識できなかった不注意よりも程度に於いて大である。蓋し、事実の不認識の前提にあるのは無の状況であるのに対し、違法性の意識を欠いたとして、その前提には、事実は認識されている、という状況が存在しているからである。事実そのものを認識し得なかった不注意と、認識している事実についてそれが如何なる性質のものか、即ち、違法ではないかという判断に関する不注意を同等に扱うべきではないと考える。つまり、ここでの比較は単に、同じ過失であるのに、という形で提示

されるべきではない。あくまで、「事実の認識に関する過失」と「違法性の意識に関する過失」とが捉えられるべきであり、比重はむしろ「何」に関する過失かにある。事実に関する過失の場合、行為者の予見可能性が認められたとしてもそれはあくまでも外部からの事後判断であり、行為者本人は実際に認識を欠いているのである。従って、欠いたことの不注意を問責されたとしても、重い刑を科すことは妥当でない。故に、過失犯の刑は本来軽いものであった。重罰は予防刑に他ならない。これに対し、原則として違法であるはずの事実を認識している場合は、不注意にもそれを安易に違法ではないと判断し、よって違法性の意識を欠いたとすれば、判断材料を与えられた上での過失であるが故に、不注意の程度は問われなければならない。違法性の意識を欠いたことにつき過失も認められないような場合はもとより故意犯とはならない。反対に、著しい過失による場合は、前提に（本来違法な）事実の認識があるのであるから、それに基づき、故意犯に準ずる取り扱いをすることに不合理は認められないと考える。

草野説は構成要件論を採られない。下村博士もそれに従われた。中央大学での草野系列では、立石教授が構成要件は違法性の実在根拠であると論定され、体系上違法論の中に位置づけられた（立石『刑法総論』各版）。しかし、故意論で扱われる構成要件該当事実は各則上のものであり、従って、そこにいう構成要件は、いずれにせよ、「一定の規範に違反する行為（構成要件該当事実）を犯罪として」（『要論』33頁）カタログ化したものであるから、少なくとも違法性を有する行為態様を規定化したものであることは否定できない。即ち、事実の認識とはいえ、それは違法事実の認識である。結局、このことが従来 of 違法性の意識不要説の根拠にもなっていた。しかし、特に厳格故意説はこれに満足せず、重ねて違法性の意識を要件とする。

結論から言うなら、道義的責任を問う限り、厳格故意説の主張が正しいと言うべきであろう。何故ならば、構成要件該当事実は確かに違法な事実であるが、その違法性は、或いは規範違反性ありとし、或いは法益侵害性

ありとして一般社会が（国家が）その事実を与える評価である。確かに、そのような事実を認識すれば通常はそれが違法であるとの判断を伴うはずであり、又、可能性で捉えるとしてもその可能性は大である。故にその可能性で足るとするのが可能性説である。しかし、可能性はあくまで期待であって、反規範性を表わす意識活動では決してない。故に意思ではなく人格形成に責任を問われることは必然である。故意説は故意責任の本質を、行為の違法性を意識しながら敢えてその行為に出ずる意思の反規範性が非難されるところにみるのであるから、行為者は事実を認識し、その事実の違法なることを実際に自覚的に意識していなければならないのである。現実心理へ投影されることによって初めて、その意識が齎すはずの遵法的抑制が生じうるという考えが故意説のあり方であろう。

ところが、このような思考過程はいうまでもなく心理的責任論に似る。罪を犯す意識が実際にあったという事実を非難の根拠とし（故意犯として）責任を問うというのであれば、それをもたない過失は責任を問われないものでなければならない筈である。しかし、刑法が、例外的にせよ、責任形式としての過失も認めるものである以上、そこには「有」と「無」の違いを超える共通の有責要素が見出されなければならない。ここから過失は、事実を認識すべきであったのに認識しなかった不注意とされて規範的に捉えられるに至った。その様な一定の「……すべきであった」という規範に照らす思考が過失責任の非難を可能とする。同時に、故意もまた、単なる事実の認識ではなく、その行為が違法であることに気付き、それにより初めて、違法なことをしてはならないという規範に直面し、そこで踏み止まるべきであるのに止まらなかった点が非難の内容であるとされた。かくして故意と過失は共に、心理的事実的としての認識・意識を超え、「かくあるべし」という一定の刑法的基準を充たすか否かの規範的评价に対応する価値関係的内実をもつものとして理解されるようになった。所謂、規範的責任論である。

思うに、規範的責任論は、一つの在り方として人の意思の規範受容性を

前提としたうえで、非難可能性の有無を問い、有責か否かの判断とする。違法性の意識必要説は明らかにその下にある。故に、上で、草野教授が「規範的」と言われるとき、それは非難が可能か否かという価値判断の為の視点を以下のところに、即ち、その不注意はあるべきではないという要請を、行為者はその心理に照らして、どの程度受容すべきであったか、というところに措くことを意味するものと解しうる（この視座は責任説と共通するものであるが、責任説の如く、故意を構成要件要素として客体事実とする考え方は故意の存在論的意味を失わせるものとして採り得ない）。違法性に関する過失に対し如何なる意味で故意に準ずる非難が可能かといえ、草野教授が述べられたこと、及びそこから若干推及して述べた上記の如きことになるのではあるまいか。

猶、この点に関し、正田教授による独自の考察がある。教授は故意の知的要素（事実の認識）と並ぶ意的要素（意欲及び認容）の中の特に「認容」に注目される。曰く「故意における『認容』は単なる構成要件的事実の実現の認容ではなく、その構成要件的事実の実現が許されぬことの意識（またはその可能性）を持ちながら、しかもその発生を認容することを意味する」のであり、「このような『認容』こそが構成要件要素として……（中略）……故意行為を特徴づけるものなのである」。即ち、ここでは「構成要件と違法性との両者間における相即不離の機能的関連が認められる」ことを前提とし、「構成要件事実の認識は事実に伴う規範的意味の認識のほか、更に進んでそれが法秩序に反するという意識の推定根拠となる」のであるが、「このような認識判断に基礎を与えるものはいうまでもなく、右に述べた故意における認容なのである」（正田満三郎『刑法における犯罪論の批判的考察』250頁～251頁）。教授は認容の対象を、このように、違法結果実現とされるところから、認容があるとする前提には規範意識の葛藤があり、そこから反規範性の認容が生ずると解される。故に「違法性を意識することが可能であり、また意識すべきであったにもかかわらず意識しなかったというところに法の要求に反する違法な態度が認められるのであって、この注意

義務違反に責任の根拠の一半を求めることができる」こととなるが、「この義務違反は事実的故意に伴い派生した義務違反であるから、その呼称の如何にかかわらず故意そのものにほかならず過失責任ではないこと明瞭である（故意における過失的態度）」（同書251頁～252頁）といわれる。即ち、違法性に関する過失は過失犯を構成するものではなく、故意犯そのものの内在的存在物と解されるのである。この見解は草野説とは異なる故意構造論に基づくものであるが故に、過失の大なる時を故意に準ぜしめるといふ見解の根拠とはなし得ないと思われるが、構成要件を違法の実根拠として把握する立場からは充分示唆に富む思考ではないかと考える。その意味でここに言及した。

第38条第1項を形式的に観ずれば、罪を犯す意思のない行為は罰しないとしつつ、但し書は特別な規定があれば罰するという。一つの矛盾である。同条第3項は法律を知らなかったとしても、罪を犯す意思がなかったとはいえないとする。罪は法律により規定されるのであるから、法律を知らないことは罪を知らないことであり、知らない者に罪を犯す意思など有り様がないのであるから、これも形式的には矛盾を表わす。しかし、前者は、規範的責任論という理論を用いて矛盾を超克した。後者もまた理論により解決が図られねばならない。第3項の文言は文理上明らかに故意犯を規定するものである。そのことは前提に置かれるべきことである。その前提の下で諸々の故意学説により「法律を知らなかったとしても」の意味が問われる。草野教授の準故意説からは、事実を認識している行為者にとっては、自己の行為が「法律に触れることを知らなかった場合」という意味となる。このことは自己の行為が違法であることを知らなかったことと同義である。故に、違法性の認識の問題として扱われるのであり、しかも、同項但し書の存在により、その反面解釈として故意犯としての当罰性を問うに足る程度の（違法性の）不認識が想定されなければならない。準故意説からは違法性の意識を欠くに至った過失の大なる時がそれに当たるとして法の矛盾に対処するのである。その理論上、当然の帰結であろう。

### III 草野説の検証その2 一関係規定の取り扱いについて

以上、準故意説といわれる草野説の概要を辿ってみた。草野説の特長は違法性に関する過失の程度により科刑の具体化を図られるところにある。過失が大なるときは第38条第3項本文により故意犯の刑を以って扱い、中なるときは同項ただし書きを適用、情状による減軽を認める。小なるときは同条同項と法的性質を同じくする第36条第2項を準用、免除を図ることにし、過失が認められないときは故意犯をもっては遇しないのである(『要論』89頁参照。猶、『刑法改正上の重要問題』167頁には次の記述がある。「殊に其の違法性を意識しなかったことに、何等責むべきものがなかった様な場合は、私は断じて故意や過失やを以って論ずることは出来ないと考へる」と。違法性の意識に関する過失が認められないときには過失犯を以っても遇しないとの主張であれば、要論の記述とは矛盾する)。冒頭でも述べたように、この間の条文同士の関係につき、草野教授の思索を知らなければならない。以下、その点につき軌跡を辿る。

この問題については草野教授の『刑法改正上の重要問題』に登載の第六論文「法律の錯誤(其の一)」が回答の端緒となる。

教授はここで先ず、第38条第3項と法律の錯誤との関わりを明らかにされるべく、法律の錯誤とは、という点から論ぜられる。法律の錯誤とは、一定の行為が法律に取り入れられている条理から見て、許されないものであるにも拘らず許されたものと誤信する場合を指す、とされ、従来、法律の錯誤は法令の不知誤解とのみ考えられていたが、それは誤りであって、仮令、法令の不知誤解はなくとも、行為をなすに至った動機原因たる事実関係を誤解したことから、条理上許されない行為を許されたものと信じて行う場合があり、例えば誤想防衛がそれに当たるとされ、ただ、一般的に、違法性に関する錯誤は法令の不知誤解に基づくことが多いとはいえよう、とされた上で、違法性に関する錯誤という問題領域へ収斂していかれ



る（同論文166頁以下参照）。引き続きの記述に於いて、かくの如き違法性に関する錯誤の取り扱いについては、そこに道義的責任を問う以上、故意が重き責任を生ずる所以は、事実の認識に加え、その事実の違法性を意識しながら、敢えてこれを行うところにあるのであるから、事実の認識に欠くところがなくとも、その違法性を意識しなかった場合には故意あるとなすことは出来ないといわれ、問題は、事実を認識しながら、その違法性を意識しなかったことに不注意の責むべきものがあつた場合であると論点を設定された（『刑法改正上の重要問題』166～167頁参照）。そして、そこでは、既に上で紹介した如く、規範的責任論の観点から「此の違法性に関する過失責任をば、本質的には過失として観察し、結果的には一応故意として取扱ふのが、最も妥当であると信ずるのである」（『刑法改正上の重要問題』168頁）とされ、「而して此の如く違法性に関する過失責任を解してこそ、刑法第三十八条第三項但書の『情状ニ因リ其刑ヲ輕減（ママ）スルコトヲ得』と云ふことも理解せられ、又進んでは、過失の輕微である限り、其の刑を免除すべきであると云ふ主張の如きも了解せらるるのではあるまいか」とされた。ところが、第38条第3項但し書は免除効果までを有していない。そこから草野説展開の場が拓げられるのである。

草野教授に於いては、法律の不知・法律の錯誤・違法性に関する錯誤はほぼ同一の内包と捉えてよく、違法性に関する錯誤の不注意、即ち、違法性に関する過失は第38条第1項により認められた特別規定たる同条第3項の問題として論ぜられることとなる。

さて、違法性に関する過失が具体的に問われるのは、違法性阻却事由の存在を誤認した場合である。誤想防衛、誤想避難がその典型である。もっとも、誤想防衛や誤想避難が何の錯誤であるのか、又、故意犯として扱われるか、過失犯として扱われるかは学説上様々であるがそれを論ずることは本稿の主旨ではない。絞って、草野説の展開を続ける。

草野教授の関心は先ず刑法第35条に向かう。この規定を違法性阻却事由の極めて一般的な規定と解され（ドイツ1927年案第23条「公法又ハ私法カ

行為ノ違法性ヲ阻却スル場合ニ於テハ、可罰行為ハ存在セス」という広範な内容を持つ規定をして我が第35条を做ったものとされる（『刑法改正上の重要問題』170頁参照）。それを前提とすれば、第三六条、第三七条は蛇足ともいえ、沿革的存在意義しか有しないものと言わねばならぬようであるが、しかし、第三六条第二項、第三七条第一項の規定は、法律の錯誤に関する限りに於いて意味なきものではないといわれるのである。第36条第2項及び第37条1項但し書は過剰防衛、過剰避難の規定である。これらの場合、行為者は自己の行為が条理上許されないということを意識しなかった、即ち、違法性の意識を欠いた場合であるというのが草野教授の見解である。そこにこそ刑の減輕・免除の理由が成立するからである。曰く、「なほ刑法第三十六条第二項及第三十七条第一項但書は違法性に関する過失責任の特例を規定し、過失が更に軽微なるときは、其の刑を免除し得ることまで規定して居る」（『刑事法学の諸問題 第二巻』33頁）と。かくして両条は違法性に関する錯誤、即ち法律の錯誤を規定するものということになる。即ち、草野教授の見解では、過剰防衛、過剰避難を規定する両条も、誤想防衛、誤想避難に適用される第38条第3項も、その違法なることに気付くべきところ、不注意によりこれに気付かなかったものとして違法性に関する過失を問う点で同質であり、それぞれが第38条第1項にいう「特別の規定」にあたる（『刑事法学の諸問題 第二巻』33頁参照）。このことが本論点の実質面での鍵となるはずである。即ち三個の条文の法的同質性が認められたこととなる。

では次に、これらの規定と第35条はどのような関係をもつのであろうか。この問題に対する草野教授の回答は『刑事法学の諸問題 第二巻』30頁登載の第三論文「刑法第三十八条第三項の法典上の位置」（既掲）に見ることが出来る。教授はここで同条同項を第35条第2項として規定すべきではないかと言われるのである。その論旨を辿ることとする。

教授が第35条を違法性阻却事由に関する一般的規定であると解されることについては既にふれた。この一般的規定ということの意味は「其の謂ふ

ところの正当の業務に因る行為中に個々の正当行為を含むものと解することが誤ないとするならば、正当防衛に関する第三十六条の規定の如きは無用のものであるとも解せられる」（『刑事法学の諸問題 第二巻』32頁）というものである。そうであるとすれば、第36条は削除して然るべきか。教授は否定される。何故ならば、第35条第2項に擬せらるべき第38条第3項但し書は刑の裁量減輕を認めるのみであるが、第36条第2項は（第37条第1項但し書も）「程度を超えた行為は、情状により、その刑を……免除することができる」という免除効果をもつからである。

第35条に関しては『要論』72頁以下に次のような記述がある。「此等の行為が（正当行為を指す……筆者註）違法を阻却するは、正当行為として条理上許さるる範囲内に於てであることは、言を俟たぬ所である。故に若し其の範囲を逸脱するに於ては、違法性を帯ぶることとなることはかの過剰防衛、過剰緊急避難に於けると同じである。例へば、親が其の子を懲戒する目的を以て為したる行為に因り負傷せしめたやうな場合は、懲戒権の範囲を逸脱した行為として傷害罪を構成することにならう。而して此の場合に於て行為者たる親に違法性の意識を欠いたことに付過失の責むべきものある限り、違法性に関する過失責任を負はねばならぬことになる」と。第35条は、第36条、第37条のように違法性に関する過失を問う規定を有してはいない（もっとも、この点に関する第35条と第36条、第37条の相違は、条文上の緊急要件の有無にあり、それが情状導入の採否に関係したともいえるのであるが）。そこで、草野教授は第38条第3項を以って第35条第2項とすべきであると提言されたのである。故に、教授の思考されるところにあっては、第38条第3項は第35条第2項として、その内容上、第36条、第37条の前に位置づけられているものであり、「刑法第三十五条が同第三十六条第三十七条及盗犯防止法第一条に対して一般的規定であると同じく、刑法第三十八条第三項は同第三十六条第二項第三十七条第一項但し書及盗犯防止法第一条第二項に対して一般的規定であると云ふことになる」（『刑法改正上の重要問題』174頁）ことから、過失の程度により適用或いは準用せられ

る規定は紛うことなく順列どおりであることが判明するのである。

#### IV おわりに

以上が所謂準故意説の展開論理である。草野説に立脚し、その論旨に限定して追ってみた。視点を上げていくなれば、あらためて検証すべき点が明らかとなる。別けても、第35条と第36条・第37条は、本来、淵源を異とするものであり、そのことが違法性阻却事由としての本質にも関わることから、これを正当行為に統一することには無理があるのではないかということ、又、それに伴って、第38条第3項を第35条第2項に措くとし、例えば第36条第1項・第2項の関係性と同一のものが得られるかはなお検証を要する。又、第36条第2項、第37条第1項ただし書きは過剰防衛、過剰避難の規定であるが、今日、この過剰の問題は細密化されており、そのこととの整合を図りつつ誤想と過剰の法的性質をみていかなければならない。それらの問題を残しつつ、本稿では限られた問題点についてのみ採り上げ、主として、故意に関する条文の具体的な取り扱いが、草野説ではどのようになされたのかを辿ってみた。補充すべき点は更にそれを試みたいと思うし、筆者には理解の及びにくい点もあるのは事実である。或いは、草野説の理解そのものに誤りがあるうかとも危惧される。あらためて先達の教示を請うものである。

了。

草野説の主たる引用文献。

草野豹一郎 『刑法要論』昭和31年 有斐閣：本書は草野教授逝去後、門下であられた齊藤金作博士、下村康正博士により、草野教授の『刑法総則講義第一分冊』（昭和26年）、『刑法総則講義第二分冊（未定稿）』（昭和27年）を総論部分の基礎とし、中央大学通信教育部刊『刑法各論（一）（二）』（昭和26年）を各論部分の基礎として編集刊行されたものである。本稿で引用した箇所は全て草野教授の執筆になるものである。

同 『刑法改正上の重要問題』昭和25年、巖松堂書店

同 『刑事法学の諸問題 第二巻』昭和27年 勁草書房：本書は遺稿が齊藤博士により整理され、編集刊行されたものである。