

主観的違法論と現象学的刑法学

—西台満『主観的違法性の理論』（世界書院）をめぐって—

佐藤直樹

一 はじめに

刑法の違法論のなかで、行為の違法性が行為者の責任と切り離されて、その前に独立に判断されるのがいわゆる客観的違法論（客観的違法性論）であり、行為者に責任のある行為でなければ違法とはいえないというのが、いわゆる主観的違法論（主観的違法性論）である。わが国では戦前・戦後をつうじて圧倒的に客観的違法論が支持されてきた¹⁾。

この客観的違法論の基礎づけをおこなったとされるメツガーは、法には「評価規範」としての側面と「決定規範」としての側面があり、前者の違反が違法であり、後者の違反が責任であるとした。そして、評価規範違反としての違法は、一定の事態が法の理念と客観的に一致しているかどうかを評価するものであるから、行為者の能力とは無関係に判断されるとした²⁾。

この客観的違法論にたいしては歴史的には、周知のように「風や天候すら違法の主体とみなさざるをえなくなる」³⁾という批判が主観的違法論の側からなされてきた。すこし考えてみればわかるが、この風や天候も人間にと

って「違法」となるという事態は奇怪であり、この批判はごくあたりまえの日常的感覺にもとづいているといえる。しかしにもかかわらず、このような批判の正当性については、圧倒的な客観的違法論の優位のもとで、とくにわが国では正面から検討されることがほとんどなかった。

西台満『主観的違法性の理論』は、以上のように、いまやまったく疑う余地のない・自明の問題であるかのよう
に考えられている客観的違法論の論理構造の問題点を、的確に抽出・腑分けし、主観的違法論の「復権」を大胆に主張する。おそらくこのように正面きって主観的違法論の「復権」を主張した著作は、近年では希有のものであると思われる。その意味で、本書の問題提起はきわめて貴重なものといえよう。

また「あとがき」のなかで西台は、「我国の刑法の論文を見れば、註に掲げられたドイツ文献の多さに、驚かされるのが通常である。・・・外国の学者の権威を全面に押し出して、それで自分の論文に箔をつけるのが、我国の学界の明治以来の伝統である」として学界の現状を批判し、大事なことは「とことん自分の頭で考えること」⁴であるという。本書はまさに、この「とことん自分の頭で考え」た所産であるといえる。

いうまでもないが、主観的違法論／客観的違法論の対立の問題の根底に横たわっているのは、近代に形成され、同時に近代を限界づけてきた「主観／客観」という二項対立のパラダイムである。刑法の「構成要件―違法―責任」という構造そのものが、「客観／客観―主観」というかたちで、この「主観／客観」というパラダイムに深く規定されている。この意味で、近代合理主義を根底から批判し、〈主観／客観〉問題にもっとも有効な解決方法をしめしたフッサール現象学の方法が、刑法学の解明においてもきわめて有効である。

本稿では、この西台の著作のすべてを網羅的に検討することはできないが、その内容を若干紹介することをつうじて、現象学的刑法学の立場から主観的違法論の問題を考察したい⁵。

〔註〕

(1) 三井誠他『刑法学のあゆみ』、一九七八年一四二―一四三頁。

- (2) E. Metzger, Die Subjektiven Unrechtselemente, Grechsaal, Bd. 89, 1924, S. 240 ff. 参照、久禮田益喜「綜合的違法性論」(1)『創価法学』三卷二二三号、一九七四年六五頁以下。
- (3) A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen 1, 1867, S. 47.
- (4) 西台満『主観的違法性の理論』一九九三年二六九—二七〇頁
- (5) わが国で現象学的刑法学の立場にたつ著作としては、白井駿『犯罪の現象学——犯罪に関する法哲学的研究』一九八六年、佐藤直樹『責任』のゆくえ——システムに刑法は追いつくか』一九九五年、がある。

二 〈主観／客観〉の分離と主観的違法論

本書は、第一編「主観的違法性総論」、第二編「主観的違法性各論」、第三編「主観的違法性論の展開」という三部構成からなる。

まず第一編では、「客観的違法性論批判——法規範の論理的構造」(第一章)として、「評価規範」と「決定規範」を分離するメツガーの違法論が、「評価は評価である」という同じ意味内容をべつの言葉で何度も言い換えたにすぎない同義反復(トートロジー)となっていて、なにも説明していないと批判する。また第二章以下では、「正当防衛における『不正』の侵害」(第二章)「緊急避難——正当防衛との対比」(第三章)があつかわれ、各々主観的違法論の立場から著者の見解があきらかにされる。

さらに「可罰的違法性——違法性と構成要件の関係」(第四章)では違法性と構成要件の関係が論じられ、構成要件が違法類型ならば、そこに一切の違法要素が含まれるはずで、あえて可罰的違法を語る必要がないとされる。また「共犯と身分——共犯論における主観主義の展開」(第五章)では、主観主義の立場から刑法六五条について論じられる。

つぎに第二編では、「防衛の意思」(第六章)、「目的犯」(第七章)、「過失犯」(第八章)、「不法領得の意思」

(第九章)について、主観主義の立場から著者の考えが展開される。とくに「目的犯」において著者は、目的が条文に記載されているいわゆる目的犯以外にも、目的犯と考えざるえないものが相当数あることを指摘して、「主観的違法要素を例外としてしか位置づけることのできない客観的違法性論では、もはや不都合」⁽¹⁾と断定する。また「傾向犯」「表現犯」を詳細に検討するなかで、主観的要素が客観的違法論が主張するような例外的なものではないことをあきらかにする。

さらに第三編では、「刑事訴訟との関連」(第十章)、「民法における主観的違法性論」(第十一章)として、刑法以外の領域における主観的違法論・主観主義の展開がはかられている。「刑事訴訟との関連」では、刑事訴訟における主観主義の意義、無罪の推定の問題が論じられる。また「民法における主観的違法性論」では、無過失責任論が批判され「過失の客観化」について論じられる。

本書において西台の立場はきわめて一貫しており、それは、「違法性とは人間の意思から切り離された外部的事実の属性ではなくて、あくまでも人間の意思のそれである。言い換えると、違法判断の対象となるのは、一定の客観的状态ではなく、そういう状態を惹起せしめた又はせしめている原因としての主観的状态(心理)である」⁽²⁾という点に集約される。つまり「構成要件―違法―責任」という「古典三分説」のなかで客観的ものと通常考えられている違法性は、主観とのいわば〈関係〉(原因―結果の因果関係)においてしかとらえることはできない、ということである。

デカルトにはじまるとされる西欧の近代合理主義は、〈主観／客観〉の分離と二項的対立を前提とする世界像を創出し、世界に生じる事象はいわば主観と客観のどちらかに配列されることになった。すなわちフッサールはいう、「ガリレイによってはじめ、それ自体において、実在的に完結した物体界としての自然という理念が現われてくる、ということができ得るであろう。これが、あまりに早く自明化した数学化と一体となって、いつかの出来事を一義的に、また前もって決定しているそれ自体完結した自然因果性という考え方を、その帰結として生み出すことになる。明らかにそれとともに、二元論もまた準備されたのであるが、それがまもなくデカルトのもとで姿を現してく

る。……つまりここでは世界は、自然と心的世界という、いわば二つの世界に分裂するのである」(3)と。

近代にいたってフッサールのいう「自然」すなわち客観と、「心的世界」すなわち主観との分裂が生じる。このような世界像の成立は、対象(自然そして心的世界)を大規模に利用可能なものにするという近代の科学的世界観の成立に深くかかわっている。問題なのは、そこで主観と客観が分離されることによって、その相互の関係における一体的性格がしだいに看過されるようになったことである。

すなわち、それらは切り離されて把握されるのではなく、西台のいうように、あくまでも「相互に依存・補完しあう関係にある」(4)のである。くりかえすならば、〈主観／客観〉は、その各々を切り離して独立に考察することができないような関係にある。たとえばオギユスタン・ベルクが「通態化」(trajection)という言葉であきらかにしているように、主観と客観はあたかもメビウスの輪の表と裏の関係のように、対立的二項目でありながら同時に一体をなしているのである(5)。

また西台は、主観主義が行為者の反社会的人格に注目するがゆえに、犯罪の概念があいまいになり行為者の自由を侵害するおそれがあるとする客観主義の立場からの批判は、主観主義の真意を理解していない、と主張する。西台によれば、結果責任主義の時代はべつとしても、近代における責任主義刑法においては「刑罰の有無と量は、外部的な行為だけでは決まらない。必ずその行為を行った者の主観が考慮される。故意も過失もなしに行為したのであれば、客観的にどれ程重大な結果を惹起した行為であっても無罪とされ、刑罰は科されない」(6)のである。

客観主義の主張が外部的に表現されたものばかりではなく、行為者の主観が考慮される以上、それは主観主義の主張とかわるものではない。すなわち行為者の主観をも考慮する主観主義は「むしろ近代刑法に不可欠な根本原理だと言わなければならない。本来ならば客観・主観主義と呼ぶべきところ、簡略化のためあるいは客観主義との相違強調のため、単に『主観主義』と称したことが誤解の元となっ」(7)た、と著者は指摘する。

つまりここでは、客観主義の主張するところも主観主義が主張するところも、それほどはいいないことがあきらかにされる。しかも「刑事責任を根拠づける主観即ち故意又は過失は、必ず法定の客観的事実、即ち構

成要件によって証明されねばならず、主観的事実はもちろん、客観的事実であつても法定以外のものは全くそれに関する証明力を有しない、と解するのが主観主義である。こう解することによって初めて、構成要件は罪刑法定主義の中心概念となり、国民の自由を保証する筈となる」⁹とされるのである。ここでは、罪刑法定主義をあやうくするという通常の主観主義への批判にたいして、むしろ主観主義こそが罪刑法定主義の中心概念となりうるという、注目すべき見解が語られている。

〔註〕

- (1) 西台『主観的違法性の理論』一四九頁。
- (2) 西台『主観的違法性の理論』三七頁。
- (3) E・フッサール（細谷恒夫訳）『ヨーロッパ諸学の危機と超越論的現象学』、一九七四年八五頁。なお参照、佐藤直樹「責任能力の判断基準とへ主観／客観」問題——フッサール現象学を手がかりとして」『横山晃一郎先生追悼論文集・市民社会と刑事法の交錯』、一九九七年五七頁以下。
- (4) 西台『主観的違法性の理論』二二七頁。参照、和田仁孝『法社会学の解体と再生——ポストモダンを超えて』、一九九六年六四頁以下。
- (5) メビウスの輪は、ある一地点をとれば表／裏の関係は二項的に対立しているが、そのどちらかをたどってゆけば、いつか表／裏の関係は一体となる（オギユスタン・ベルク『日本の風土性』、一九九五年四四頁）。ベルクは和辻哲郎に依拠し、解釈学的現象学の立場から風土性の解明をおこなっている。参照、オギユスタン・ベルク『風土の日本——自然と文化の通態』、一九八八年、同『日本の風景・西欧の景観——そして造景の時代』、一九九〇年。
- (6) 西台『主観的違法性の理論』二二四頁。
- (7) 西台『主観的違法性の理論』二二五頁。
- (8) 西台『主観的違法性の理論』二二八頁。

三 現象学的刑法学と〈主観／客観〉問題

一九八〇年代半ばにわが国で、〈犯罪の現象学〉（現象学的刑法学）を提唱した白井駿は、「構成要件—違法—責任」という「古典三分説」に依拠した従来の刑法学の方法を批判してつぎのようである。「従来の刑事法学の対象としての犯罪は、それを犯罪として認識する主観以前に、あるいは主観の外に客観的実在として存することを自明の前提として考えられていた。したがって、ここでは犯罪行為は犯罪者から切り離して客観的に認識されるべきであるとされた」⁽¹⁾と。そこでは犯罪は、客観的・対象的なものとして「構成要件—違法—責任」の〈主観／客観〉のパラダイムのもとにとらえられる。

だが、と白井はいう。「犯罪の本質はたんなる認識の対象としての社会事象に求めるべきではない。それは特定されるべき社会事象を素材にして、それを犯罪として観念する人間の意識において求められるべきである。かくして、犯罪概念は事実への観照としてではなく、少なくとも部分的には事実そのものを虚像としてつくり出す人間の実践活動に具現する意識流として把握せねばならない」⁽²⁾と。

犯罪という客観的な「ものそれ自体」は存在しない。犯罪は人間の「意識流」ないしは「意識内被構成物」⁽³⁾となる。したがって刑法学において解明されなければならないのは「ある特定の犯罪とされる社会事象を、ある特定の人間の主観が複合して『犯罪』として観念する、その観念のあり方」⁽⁴⁾だということになる。

しかも白井はこの「意識」が、「犯罪者とされる側の人間の具体的行動についての意識と、その具体的行動を素材として、犯罪をつくり出すための加工をなす国家機関（刑事司法機関）の意識に分析される」⁽⁵⁾とし、犯罪をつくり出してゆく過程を「犯罪者とされる人間と犯罪をつくり上げていく人間との形成する犯罪概念形成過程」⁽⁶⁾、すなわち〈可罰化加工過程〉であると考える。そして、「犯罪は、客観的な人間行為において成立しているのではなく、その行為を犯罪として加工してゆく国家権力をもつ人間の意識において実在している」⁽⁷⁾とする。

「犯罪は「ものそれ自体」として客観的に存在するのではなく、「意識」のなかのみ実在する。この発想こそ、

犯罪論における「認識論的なコペルニクスの転回」であるといってもいいすぎではない。いうまでもないが、この白井の〈犯罪の現象学〉の方法はフッサール現象学の方法に定礎されているものであった。

フッサールによれば、近代の〈主観／客観〉のパラダイムにおける最大の謎は、認識する主観が、対象としての客観を「正しく」把握できるのかどうかという点であるという。すなわち、主観が主観の「外」に出れない以上、客観に正しく「的中」することは原理的に不可能であるというのである⁵⁰。つまり〈主観／客観〉という問題のたてかたをする限り、この問題は解決困難だという。

ここでフッサールがとった方法は、この〈主観／客観〉という世界像をいったんカッコに入れるという、〈超越論的主観〉への還元、という方法である。フッサールはつぎのようにいう。われわれが素朴な「自然的態度」⁵¹でものを見るばあいには、客観的な世界（客観）は「私」（主観）の外に存在し、「私」をふくめて人間はこの客観的世界の一部として配列されていると考えている。フッサールはかかる世界像を「客観主義」（Objektivismus）⁵²の世界像であるという。

そしてかかる世界像に「判断停止」（エポケー）をほどこし、デカルトにならってすべて疑いうるものは疑ってみよう。そうすると「客観がまず存在する」というわれわれの「自然的な態度」がカッコに入れられる。この「判断停止」という現象学的還元がおこなわれると、そこにはデカルトが「方法的懐疑」によってたどりついたように「コギト＝我」のみが、最終的に疑いえないものとして取り出される（方法的独我論）。これが〈超越論的主観〉ないしは「純粹意識」と呼ばれるものである。

かくして〈主観／客観〉という近代のパラダイムは、〈超越論的主観〉における意識の構成に還元される。つまり「花が赤い」（客観的存在）ということは、どこまでいっても疑いうるが、「花が赤いと感じた」（意識流）といふことは疑いえない。つまり「可疑性」が排除される。

その際に重要になるのが、知覚直観／本質直観という方法である。フッサールによればまず知覚が疑いえないという源泉をあたえるという意味で、「原的」なものであるされる。さらにフッサールは、これと同様に三角形の概

念など（犯罪という概念もそうであるが）虚構的存在もまた、本質直観という方法をつうじて疑いえないものとなりうるという。すなわち、〈超越論的主観〉の意識の構成においては、实在物も虚構的存在も同様に位置づけられるのである⁽¹⁾。

フッサール現象学においては、〈主観／客観〉というパラダイムは、〈超越論的主観〉の意識の構成に還元される。いいかえれば、主観と客観という二項は、同じ権利をもつて存在する対称的なものではなく、非対称的な関係にある。すなわち「〈主観〉と〈客観〉という二項は、ニワトリとタマゴのような等価的対称関係をなしているのではなく、むしろ非連続的・非対称な関係であり、かつあくまでもひとつの不可逆的な（つまり〈主観〉↓〈客観〉という一方通行的な）関係として存在する」⁽²⁾のである。

現象学的刑法学においては、犯罪は白井のいうように、「犯罪をつくり上げていく人間」（主観）と「犯罪者とされる人間」（主観／客観）との間の〈可罰化加工過程〉において形成される。白井は、この過程において形成される犯罪は「その行為を犯罪として加工していく国家権力をもつ人間の意識において实在」⁽³⁾するという。この場所こそが〈超越論的主観〉の場所であるといえる。しかもこの主観（〈超越論的主観〉）があらゆる世界の事象が構成される場所となるから、主観と客観との関係は非対称的なものとなっている。

〔註〕

- (1) 白井『犯罪の現象学』一四四頁。
- (2) 白井『犯罪の現象学』一五九頁。
- (3) 白井『犯罪の現象学』一〇八頁。
- (4) 白井『犯罪の現象学』一〇八頁。
- (5) 白井『犯罪の現象学』二八頁。
- (6) 白井『犯罪の現象学』二二八頁。

- (7) 白井『犯罪の現象学』二二八頁。
- (8) E・フッサール(立松弘孝訳)『現象学の理念』、一九九三年三四―三五頁。
- (9) E・フッサール(渡辺二郎訳)『イデーンI―I』、一九八五年一二五頁。
- (10) フッサール『ヨーロッパ諸学の危機と超越論的現象学』九七頁以下。フッサールはこの「客観主義」にたいして、「超越論主義」(Transzendentalismus)を対置する。いうまでもないが刑法でいう主観主義も客観主義も、ここでいう「客観主義」に入ることになる。
- (11) フッサール『イデーンI―I』六〇頁以下。
- (12) 竹田青嗣『現象学入門』、一九八九年一八一頁。参照、竹田青嗣『はじめての現象学』、一九九三年、同『意味とエロス』、一九九三年。
- (13) 白井『犯罪の現象学』二二八頁。注意しておきたいが、「超越論領野自体は私でも他者でもないし、さらには世界そのものでもないという点である。私や他者たちや、総じて世界のすべてはこの超越論的領野において存在するものだからである。……すなわち超越論的領野は私の意識の領分のことではない」(斉藤慶典「他者の現象学の展開―新田義弘他編『現代思想6 現象学運動』、一九九三年一五二頁)から、〈超越論的主観〉とは具体的な「私の意識の領分」のことではない。あくまでも「超越論的」な領域のことなのである。したがって、フッサール現象学の立場からは、白井のこの議論には若干の修正が必要であろう。参照、松尾正『沈黙と自閉―分裂病者の現象学的治療論』、一九七八年、佐藤『〈責任〉のゆくえ』一三一―五一頁。

四 〈可罰化加工過程〉と主観的違法論

よく知られているように歴史的にみれば、現象学的方法をドイツにおいて最初に刑法学に導入したのは、一九三〇年代のいわゆるキール学派であった。それは、新カント派の価値論にたいして「事物そのもの」(Zu Sachen

selbst) をスローガンとして、いわゆる存在論的方法を採用したのであった⁽¹⁾。

そのなかでもケンペルマンは、犯罪概念の把握にあたって、それがフッサールのいう本質直観をつうじてなされることを強調した。またそれは、世界を素朴に、世界があたえられているような現存在として受け取る自然主義的立場を遮断することによって、つまり現象学的判断停止によって可能であるというのである⁽²⁾。

ダムは、この本質直観を基礎として、存在を外部から価値づける新カント派の方法にたいして、事物そのもののなかに価値や法が存在するという、法Ⅱ生活一元論を主張した。この観点から、構成要件を純客観的に把握する方法を「an sich の思想」と呼んで、この見解のもとでは、戦争中の兵士の行為が an sich には身体傷害や器物損壊を犯したことになる⁽³⁾と批判する。

また主観的違法論の立場からシャフスタインは、違法と責任との区別は自由主義国家の「分別的思想」であるとして「全体的考察」を主張し、客観的違法論を批判する。シャフスタインは、「評価規範」としての法と「決定規範」としての法を厳格に区別するメツガー流の客観的違法論が誤っている理由を、つぎのように整理する⁽⁴⁾。

すなわち、第一に、雷による一撃や犬に噛まれることや地震などは、個々人または公衆にとって侵害とはなりうるが違法ではない。それは、違法判断は人間のみに関係するのであって、自然現象に関係するものではないからである。つまり、行為概念は行為者意思との関連であたえられるのである。

第二に、客観的違法論は、ウェルツェルの指摘するとおり、その見かけ上の正さを評価規範概念の多様性に負っているにすぎない。「評価規範」は、人間の行為にたいするものである以上、「かくあるべし」(Soll)ではなく、「かく行為すべし」(Handeln-Sollen)といわなければならない。ところがここにはすでに当為が含まれており、それはたんなる「評価規範」とはいえず、すでに「命令規範」(決定規範)となつている。

第三に、客観的違法論は、ナチス刑法の原則である「意思刑法」に反する。なぜなら、この原則において違法判断は、主観的な要素をひっくりかえした行為全体を問題にするからである。

シャフスタインはここから、違法と責任を実質的に統一しようとし、違法と責任の区別は消滅すべきであるとい

う。第三番目の論点はともかくとしても、第一、第二の論点については十分首肯しうるものである。西台は本書のなかで、メツガーの議論が「同義反復」にすぎないと批判しているが、それはまた同様の観点からなされているのである。

キール学派は以上のように、現象学の方法を導入することによって、〈主観／客観〉の統一的把握（全体的考察）をはかろうし、違法論においては違法（客観）と責任（主観）との区別の消滅を主張した。

しかしここで重要なのは、じつはキール学派が自称している現象学の方法には、フッサール現象学の方法が十分にふまえられていない点である。すなわちキール学派の本質直観という方法や存在論的傾向など、外見上のフッサール現象学との類似性にもかかわらず、ここでは、前章でのべたフッサールの〈超越論的主観〉への還元という方法、すなわち現象学的刑法学の観点からいえば、白井のいう〈可罰化加工過程〉の視点がまったくぬけおちているのである。

本書においてきわめて興味深いのは、西台自身が「主観」という言葉を二重の意味でつかっていることである。すなわち、西台は一方において、これまで紹介してきたように、違法は客観的に責任は主観的にとというような、犯罪論体系における「主観」という意味でこの言葉をつかっている。「主観主義」や「主観的違法性」というときの言葉のつかいかたもおなじである。つまりこれは、対象としての「主観」であるといえる。

ところが他方、「刑事訴訟との関連」（第十章）では「主観主義においては、構成要件該当性は、有罪であるとの検察官の主観的確信を意味する。それに基づいて公訴を提起されない限り犯罪の成立はないのであるから、構成要件に該当することは犯罪成立要件である。そしてつぎの段階の違法性もまた、裁判官の公平なという意味で客観的であることが期待されてはいるものやはり主観的な確信である」⁽⁵⁾（傍点引用者）と、前とは異なった意味で「主観」や「主観主義」という言葉がつかわれる。これらは犯罪と判断される対象の「主観」ではなく、犯罪を判断する側（検察官や裁判官）の「主観」の問題である。これらは、対象としての「主観」とは、微妙ではあるが、しかし決定的にちがう「主観」である。

いうまでもないが、ここでつかわれている「主観」とは、フッサールのいう「超越論的主観」の問題であり、白井のいう「可罰化加工過程」における「犯罪をつくっていくための加工をなす国家機関（刑事司法過程）の意識」のことである。そうだとすれば、構成要件や違法性とは、検察官や裁判官の構成要件該当や違法であるとの「主観」の確信であると考えてよいことになる。とすれば、主観的違法性という概念もまた、同様の解釈が可能なのではないか。そしてこの「主観」とは、「主観／客観」のパラダイムにおいて対称的なものとしてとらえられた主観ではなく、「超越論的主観」に還元されたものの、非対称的にとらえられた主観である。

白井は違法性の本質について、違法概念が主観化されたことは正しい方向への発展があるとしながらもまだ不十分であり、「違法概念もまた、ある特定、具体的行為を素材として形成される違法行為の存在をまっぴら、はじめて実在化する概念としてとらえなければならぬ。そして、違法概念の基盤には、いわゆる違法行為と右の違法化行為の行為複合が存するのである」⁶⁾と指摘する。ここでいう「違法化行為」こそ、検察官や裁判官の「主観」的確信のことであるといえる。

違法性とは通常、対象となった犯罪現象に付着した属性のことであり、客観的なものと考えられている。しかし現象学的犯罪学の立場からは、違法性は「可罰化加工過程」において、「犯罪をつくっていくための加工をなす国家機関（刑事司法過程）の意識」のなかでのみ実在する概念である。それはある意味で、きわめて「主観」的なものであるといえる。それは、「主観／客観」のパラダイムのいつさいが、「超越論的主観」の意識の構成に還元されるという現象学の方法（方法的独我論）からの、当然の帰結であったといえる。

〔註〕

(1) 詳しくは、内藤謙「目的的行為論の法思想的考察(1)」『刑法雑誌』九卷一号、一九六九年一頁以下、佐藤直樹「刑法における主観と客観の『あいだ』——キール学派の刑法学の批判的検討を契機として」『井上祐司先生退官記念論集・

現代における刑事法学の課題』、一九八九年五七頁以下、同『共同幻想としての刑法』、一九八九年二二〇頁以下、を参

照せよ。

- (2) E. Kempermann, Die Erkenntnis des Verbrechen und seiner Elemente, 1934, S. 23-28.
- (3) G. Dahm, Verbrechen und Tatbestand, in: Grundrissen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 64 ff.
- (4) F. Schaffstain, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, Zstw. Bd. 57, 1937, S. 312-313.
- (5) 西台『主観的違法性の理論』二四三頁。この部分以外にも、同様の「主観」のつかいかたが、「民法における主観的違法性論」(二四七頁以下)「防衛の意思」(一一六頁以下)で見られる。なお、本書において「主観」という概念の二重性の問題が登場したのは、主観的違法性の問題をめぐって、西台が実体法(刑法)と手続法(刑事訴訟法)の両者を有機的・統一的に把握しようとした必然的な結果であるともいえよう。
- (6) 白井『犯罪の現象学』一七四頁。

五 むすびにかえて

以上、西台の『主観的違法性の理論』の内容を若干紹介することをつうじて、現象学的刑法学の立場から主観的違法論について検討した。本書で西台が強調しているのは、違法性とは人間の意思と切り離された事実の属性ではないという点である。この点で客観的違法論は、近代に形成され、同時に近代を限界つけてきた「主観／客観」というパラダイムに、より深く規定されてきたといえる。西台のいうように、主観的違法論は再評価される必要がある⁽¹⁾。

フッサール現象学は、近代の「主観／客観」というパラダイムを「客観主義」として批判し、「超越論的主観」への還元(現象学的還元)という方法で、このパラダイムの難点を解決しようとした。その結果、主観と客観の関係は対称的なものではなく、非対称の関係にあることがあきらかとなった。

現象学的刑法学はこのフッサール現象学に依拠して、犯罪現象の解明に〈可罰化加工過程〉論という方法をもたらしした。それは、刑法学における「認識論的なコペルニクスの転回」とでもいべきものであった。

西台の本書では、「主観」という言葉のつかいかたにおいて、章が後になるにしたがって、(あるいは著者が気づいてないかもしれないような)微妙な重点移動がおこなわれ、フッサールのいう〈超越論的主観〉への接近がはかられている。この意味で、西台のまなざしは、刑法の主観的違法論／客観的違法論の対抗の枠組み、すなわちフッサールのいう「客観主義」の枠組みをこえて、〈主観／客観〉という二項対立のパラダイムの組み換えに向けられているということができようであろう。

以上のように本書は、主観的違法論の「復権」を大胆に主張した点でも重要だが、現象学的刑法学の立場からいってもきわめて興味深い内容となっている。本稿ではそのすべての議論を検討することができなかったが、他の問題についても機会があれば検討を約したい。

〔註〕

- (1) 観点は西台とは異なるが、注目すべきものとして、鯉越益弘「主観的違法論の変遷」『九大法学』三三三号、一九七六年六三頁以下は、フェルネックなどの「過去の理論として忘れ去られていた主観的違法論」(九〇頁)の再評価を提唱している。