

アルトウール・カウフマン

## 『行為の存在論的構造——人格的行為論序説』について

Arthur Kaufmann: Die ontologische Struktur der Handlung.

—Skizze einer personalen Handlungslehre— (1966)

上 田 健 二

— 今日、西ドイツ法学界において次第に有力化しつつある思考方法に法存在論の立場がある。刑法学においては、ハンス・ヴェルツェルが存在論的考察方法を提唱し、これにもとづいて犯罪論体系の全面的再構成をもたらしたのはすでに周知のことであろう。その間、ヴェルツェル理論に対して、体系構成上ならびに解釈論上のさまざまな側面から批判がなされ、検討されてきた。しかし、ヴェルツェル理論の依拠する存在論の立場そのものにまで遡って充分に究明されることはなかったといつてよい。

勿論、法存在論といつても一つの統一的な学派を形成しているわけではない。ここで紹介するアルトウール・カウフマンも (Arthur Kaufmann) 基本的にはネオ・トミズムに属しながら

『行為の存在論的構造——人格的行為論序説』について

らも、独自の立場から法存在論の構築に努めている一人である。彼は、年来この立場から法哲学上の諸問題にとり組んできたのであるが、一九六六年、『行為の存在論的構造』と題する論文 (in: Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik. S. 25~66.) を完成した。この論文においては、それらの成果が刑法学における基本問題の一つである行為論に採り入れられているのである。当然のことながら、ここにおいて、同じく存在論の立場を標榜する目的的行為論との明白な対決が展開されることになったのであるが、その中で、いわゆるヴェルツェル・シェーレの唱える目的性という概念に対する批判には傾聴に値するものがあるといえよう。また、この論文の副題からも知られるように、従来の行為論を総合・止揚して彼独自の存

在論的行為論——人格的行為論——を構築しようとする明白な意図が窺われる。

本論文は、四十頁ばかりの短い論文であるが、上記のように行為論において重要な意味を持つと思うので、その内容なるべく忠実に紹介することにした。

二 カウフマンは、まず、ロキシン (Claus Roxin) が最近の論文 (Zur Kritik der finale Handlungslehre, ZStW, Bd. 74) において提出した目的々行為論に対する異論を手がかりにして、『一般的行為論』が刑法理論に対してもつ意味を検討する。

ロキシンは、『存在論的行為概念』からはいかなる実際的な結論をも引き出すことはできないことを論証することによって、その『有用性 (Leistungsfähigkeit)』をあからさまに拒否した。彼によれば、錯誤、過失、共犯、不作為といった刑法上の特殊問題にとつてそれは何ものをも提供することができず、「根本において構造様式上、美学上の価値しかもたないもの」(Roxin, a. a. O., S. 517) である。これに対して、カウフマンは、ラートブルフが『構成要件実現』を体系の基本要素としたように、行為概念の上になたなくても刑法理論を体系的に展開しうることを肯定する。けれどもだからといって、行為の問題は決して刑法に対してもつ意味を失うわけではない。「構成要件実現」といっても、結局一つの行為であり、したがって『行為それ自体』は何かを知らなければ、私は『構成要件該当

の行為』とは何かをも知らない」(S. 28)。刑罰はつねに人間の行為に関係づけられ、人間の行為の反作用であるから、行為の本質についての何ほどの概念なしには、刑罰も刑法も学びとることはできない、としてカウフマンは、行為一般の本質を問う『一般的行為論』の刑法全体の基底としての重要性を強調する。

行為の『存在論的構造』を基礎づけようとするとき、われわれの遭遇するもう一つの根本的な異論がある。ロキシンは、存在論的な、法と一切かわりなく構成された、しかも刑法体系を担う内容に満ちた行為概念は存在しえないと主張する。体系的上位概念として役立つべき行為の定義は、必然的に特殊刑法的、立法的な性質のものであらねばならず、それゆえに実定法からの導き出されるものである。したがって立法者は、前法的な行為の構造に拘束されるのではなく、その反対に、法的価値衡量から生ずる、社会的意味内容に向けられた構成要件が法的意味における行為を規定するのである。立法者が、たとえば過失行為を刑法から締め出すやいなや、行為概念は直ちに変わったものとならざるをえない、というのである (Roxin, a. a. O., S. 518 ff.)。

存在論的に基礎づけられた行為論に対するこのような攻撃を正当に評価しようとすれば、その攻撃が具体的にどこに向けられているかを知らねばならない。カウフマンによれば、ロキシンは『存在論的行為論』のもとに、ヴェルツェル・シュレーに

ンは、このような類型論はあくまで理念型的單純化のためのものであり、相互の間には多くの變化したものと混合したものであることをことわりながら、いづれも因果性、目的性、心理状態または社会的有意義性といった人間行為の特定の側面だけを前景におしだしているとして、それらの一面性を指摘する (S. 40-41)。

まず、完結した因果的、行為概念はその抽象性ゆえに無際限に拡がり、それが果すべき限界機能が働かない。とりわけ、それは意味的には全く空虚であるから、不法、責任という特殊な犯罪要素に対する基本要素としても役立たない。それは、不作為の把握の困難性というに及ばず、故意、過失、未遂に適した行為概念ではない。何よりも決定的なのは、それは人間に特殊な行為態様を叙述していないことである。

次に、目的的行為論には、この最後の批難はあたらない。目的性——意識的に目標を設定し、行為の生起 (Zuigeworden) をこの目標の達成へ向けて計画的に導く能力は人間だけがもっている。しかしながら、「人間はつねに、あるいは通常、まず行為の目標を意識的に想定し、次に、その目標を達成するために必要な手段を意識的に選択し、最後に、選定された手段を想定された目標へ向けて統制するという仕方で行うものではない」 (S. 41)。目的々行為論は人間行為の特に顕著な形式を把握するだけで、人間行為の多様性を捉えていない。目的々行為論は目的性を、主観的意識的な目的設定および意識的な目的実

『行為の存在論的構造——人格的行為論序説』について

現として理解し、實現意思としての故意と同視する結果として、故意の作為犯だけを把握しうるにすぎない。かくては、不作為は行為の対蹠的反対物となる。また、不法故意 (目的々行為論が行為に属せしめるのは『自然的故意』であって、犯罪故意ではないといわれる。しかしカウフマンによれば、目的主義者のすべては目的性の下に構成要件の充足に向けられた故意、したがって犯罪故意ないしは不法故意を理解しているという (S. 41. Anm. 51)) を先取りする結果、責任概念の空洞化をもたらす。つまり、目的々行為論は責任を実体的なものとして理解せず、『非難可能性』という純粹の關係として理解するが、かくては責任原理はほとんど意味のないものに下落させられる。だが、目的々行為論に向けられなければならない中心的異論は、過失犯にかかわる。過失行為も、構成要件以外の結果を意識的・目的々に目指す限りで目的々行為であるという目的主義者の主張は、それ自体正しいとしても、それは最も重要な点で失敗である。けだし、「このような目的性は、疑いもなく、法的には重要でない……行為を正にその内容としてとり入れているのであり、したがってそのような行為に、不法、責任という刑法上の価値判断を結びつけることができない」 (S. 42) からである。例えば、患者に不注意に致死量の鎮静剤を注射した看護婦の事例について、ヴェルツェルは、看護婦は、「確かに、目的々に注射を行ったが、しかし決して目的々に致死行為 (Tötungshandlung) に着手したのではない」 (H. Welzel, Das

neue Bild, S. 3) という。だが、単に注射をするという行為が、不法と責任という観点の下でいかにして致死行為となるのであろうか。ここに、目的々行為論の致命的な破綻があらわれている。

第三に、徴候的行為論については、その一面性のゆえに支持しえないことは、一般の確信となっている。勿論、行為は、単に意識表象と感情経過だけから捉えうるものでなく、一切の外部的活動はこのような内部事象の徴候として説明することはできる。しかしだからといって、意識や、とりわけ明瞭な意識の内部に存する精神的層が行為の問題に関係しないとはいえないのである。今日、徴候的行為論はあまりにも性急に見捨てられた観があるが、心理学は行為論にとってなお果すべき多くのものをもっている。

最後に、社会的行為論に関していえば、その決定的な意義は、社会生活という基準にてらして規定される有意味性 (Sinhaftigkeit) を、構成的な、独自の行為要素として際立たせた点にある。そうすることによって、人間行為の特性は『自然』の次元ではなく、精神の次元にあることが適切に表明される。しかし、「人間は純粋に精神であるばかりでなく、同時に『自然的』、有体的存在でもあるから、人間の行為においても『社会的有意味性』が有体的担い手 (körperhaften Träger—sit venia verbo—) にいわば『負わされて aufgeladen』」るのである。けだし、精神ないしは意味は、純粋のままでは (im

status purus)、『世界にあらわれないからである』(S. 43)。社会的行為論はこの点で背理を犯している。たとえば、E・シヒット (Eberhard Schmidt) は直接には因果的行為論と結びついて、「行為とは、特定の社会的意味をもつ社会的諸関係において、有意的に惹起する」こと (willkürliches Hineinwirken) である』(JZ-1956, S. 190) としつつ、ヘンギン (Engisch) は「行為とは、客観的に目的としうる結果を人間の側から有意的に惹起することである」(Der finale Handlungsbegriff; Feistschr. f. Kohlrausch, 1944, S. 164) としつつ Bezweckbarkeit (『客観的目的性』) という要素をつけ加え、H・メイヤー (Heilmuth Mayer) は、「行為とは、意思の実現であり、客観化された意思ある」(Allg. T., S. 42) としつつ『意思説』によって自然主義を克服し、最後に、マイホーファー (Malhofer) は、行為の概念を、『因果の教義』や、その他一切の『自然主義的考察方法の残滓』から解放することに努め、「行為を、単に結果の外部的または内部的惹起としてだけではなく、精神的成果の活動ならびに産物として把握するための」(Der soziale Handlungsbegriff S. 159.) 方法を示した。ここにおいて社会的行為論が最も明白な形で表現されているのであるが、同時にまた、その一面性もあらわれている。確かに人間の行為は精神の行いである。しかしそれはまた、有体界ならびに心理の世界における事象でもあるのではないか。因果の教義からの解放は因果性を *quantité négligeable* として一方的に除去しようと

いうことを意味するのであろうか。意思の要素を無視して行為の本質規定に近づくことができるであろうか。「人間に行為することによってその存在を形成し、人格として実現する能力を与えるのは、まさに意思である」(S. 44)。

以上のことから、社会的行為概念に対しては、それははじめから不法の面に関係づけられており、したがって——目的々行為概念と同じく——人間行為の多様性を把握しえないという批判が向けられる。この批判は、とりわけ、『行為』とは、刑法的に保護された法益の侵害の惹起に向けられた人間の態度である」(Maihöfer, Handlungsbegriff, S. 72.) という定義に的中する。

四 前述のように、これまでの行為に関する諸説は、いずれもその一面性のゆえに不完全もしくは不十分なものであった。では、これらすべての行為論は誤っているのだろうか。カウフマンによれば、行為論の四つの基本類型に示される *kausale, finale, symptomatische, soziale* という要素は、いづれも人間行為の正しい側面を把握しているが、しかしそれはあくまで一つの側面であって全体ではない。「人間存在が、物質、生命、意識、精神という四つの礎石から多層的に構成されているのと同じように、人間行為もまた、因果性、目的性、心理的特色及び精神的有意義性という四つの要素が完全に相応していることを示す。人間行為の存在論的構造を適切に総括しようとする行為概念は、この四つの要素を相当に顧慮しなければならない」

『行為の存在論的構造——人格的行為論序説——』について

(S. 45)。<sup>1)</sup>とカウフマンは言う。この「カウフマンは、ニコライ・ハルトマンの存在論 (Nicolai Hartmann: Der Aufbau der realen Welt, 2. Aufl. 1949, bes. S. 188 ff.; Neue Wege der Ontologie, 3. Aufl. 1949, bes. S. 35 ff.; Einführung in die Philosophie, 3. Aufl. 1954, S. 120 ff.) に従って、以下のように人間存在の存在論を素描する (S. 45～S. 49)。

まず、実在世界の構造は、一、物質(無機的世界)、二、生命(有機的、植物的世界)、三、意識(感情的世界、動物・感覚的意識の世界)、四、精神(意味的世界、精神的・反省的意識の世界)という四つの層をなして構成されている。これらの層に、それぞれ物質、植物、動物、人間という世界的存在者の段階秩序が対応する。各存在層は自己に特殊な範疇をもっている。物質界においては、因果性、実体性、状態、空間、時間であり、生命界では、有機体、合目的性(自然—目的性)、個体発生史、再生、新陳代謝、自制であり、精神界では、思维、認識、意欲、言語、価値、行為、自由である。ところで、これらの範疇の間には、再帰の法則 (Gesetz der Widerkehr) と新生の法則 (Gesetz des Novum) という成層法則 (Schichtungsgesetz) がある。再帰の法則は、より低い層はより高い層に再帰する(たとえば、自由は因果性の喪失ではなく、精神によって上部形成された因果性を意味する)ことを示し、新生の法則は、より高い層の存在的独自性 (seinsmäßigen Eigenart) は新らしい範疇の出現にもとづいており、範疇がより底い層か

ら再帰するわけではない、ということであらわす。以上のことから、実在の諸層は、より低い層はより高い層のうちに含まれるという仕方で、重畳していることが知られる。ある形象は、存在の段階秩序におけるその位置がより高くなればなるほど、ますます多層なものとなる。すなわち、生命のない物質は存在論的には一つの層、植物は二つの層、動物は三つの層、人間は四つの存在層の全部を含む。それゆえ、人間を単に『精神的存在』として特質づけることは一面的であり、その限りで誤った見解である。確かに、精神性は存在の段階構造において新しくつけ加わったものであり、正に人間を特質づけるものであるが、しかし人間は単に精神にすぎないものではない。より低い層はより高い層の条件である。後者は前者の上にのみ構築されうる。より低い層の範疇はつねにより強く、したがってより高い層の範疇はより低い層の範疇を上位形成することができるだけで、止揚することはできないのである。人間はその精神的能力によって自然の因果関係を役立たせることはできるが、しかし彼自身の服する因果法則性をいささかも変更することはできないのである。以上のことから人間の『行為』にとって何が帰結されるか。ゲーレンは、人間を『行為する存在 (handelnde Wesen)』といった (Gehlen, Anthropologische Forschung, 1961, S. 48ff.)。いつ考えると、『人間の行為』という言葉は、元来疊語ということになる。人間は単に精神的存在でなく、同時に、物質的、生命的、動物的存在でもあるから、生命のない物質、

植物、動物に属する、とくに人間的性質のものでない事態の経過 (Verhaltensabläufe) も人間のうちに含まれる。だから、不可抗力によって窓ガラスを壊すとき、それは外部からの純粹に因果的な惹起であり、眠っている者が『反射運動』としてある刺激に反応するのは、丁度、植物が光線に向けて必要な位置に葉を定めるように、『自動的に』目的々にふるまうことであり、夢遊病者や催眠術にかかった者が合目的々に機能的に意思活動を行うとき、それは、感覚的・動物的意識によって統制されるが、精神的な統制・支配に服するものではない。したがって、これらの態度は帰属可能な『しわざ』 zurechenbar 《Werk》、人間『固有の行い』《eigene Tat》ということができないのであるから、これを『行為』ということとはできない。これらには、答責性、自由といった人格的要素が欠けているからであり、自らふるまう者 (Sich-Verhaltend) としての人格の客観化ではないからである (S. 48)。

このようにして、カウフマンは、エルンスト・A・ヴォルフが行為を「人格の決断によって形成された現実性」 (Handlungsbe-griff, S. 16) と示すことに示唆を受けて、自己の行為論を『人格的行為論』《personale Handlungslehre》と名づける。そして、人間を人間以下の領域から区別する決定的な標識としての人格性を定義して、「自己意識、及びそこから導出される自己処理への能力である」 (S. 48~49) という。

五 カウフマンは、以上のように、人間存在の存在論を展開

し、それと行為との関係を明らかにした後、人格的行為概念の規定にとりかかる。彼はまず、「行為はつねに因果的有体界における事象 (Geschehen in der Kausalen Körperwelt)」でなければならぬという (S. 50)。そしてその限りで、自然的行為論の第一の着眼点である『因果性』という要素に正しい核心があるのであり、この段階で作為と不作為とに共通する要素が見出さなければならない。結論を先にしていえば、カウフマンはそれを、因果関係を目標へ向けて『利用すること』 (Das in-den-Dienst-Nehmen)』と求める (S. 53)。

作為犯の場合において、いわゆる『結果犯』についてはこのことに争いはない。しかし、いわゆる『挙動犯』には物理的実在の領域における結果が欠ける。因果的行為論の侮辱の自然主義的な『定義』によれば、侮辱は、咽喉運動・音波の刺激・聴覚の興奮及び脳髓活動の一系列として捉えられ、したがって『外界における変動』ということになる。これによつては侮辱の本質が把握されていないとしても、その不可欠の前提でなければならぬ。名誉を侵害する言葉が物理的に語られない限り、侮辱行為ということもありえないからである。

不作為犯の場合、つねに因果性と有体性という概念が問題とされる。多くの論者は、不作為は無であり、現実には存在しないものであつて、唯、不作為者は可能な、もしくは期待された行為をしなかった、という判断形式のうちにあり、と考える。だが、このような存在論的無がいかにして刑罰を引き受けるの

『行為の存在論的構造——人格的行為論序説——』について

か。このような見解は、全く不適当な實在概念に依拠していることを、H・マイヤーが明らかにした (Allg. T., S. 112ff.)。やうに、H・マイヤーによれば、不作為者も實在事象の惹起者 Urheber である。例えば、母親によつて食物を与えられなかった子供が死んだ場合、子供の死が母親の『しわざ』であり、彼女『自身の行い』であつて、彼女は子供の死を『惹起した』のである。最近、エルンスト・A・ヴォルフも、『不作為による結果惹起 Bewirken』のあることを指摘してゐる。 (Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 33 ff.) したがつてこの Bewirken は作為の因果性とは異つたものである。これを『因果性』と呼ぶなら、因果性の概念は本源の意味にはなく、類推的に理解さるべきである。本来の意味での因果性は物理的存在の範疇である。したがつて、本来の意味では、不作為そのものには因果性はない。不作為者自身は何らかの仕方では物理的に動く必要はないし、動いたとしても重要でない。にもかかわらず、『因果的有体界における事象』 (S. 54) である。上記の事例において、子供が餓死したことが物理的・因果的過程の結果であるが、この因果過程だけでは未だ不作為の實在性 (Realität) を構成しない。これに加えて、不作為者の、問題になつてゐる因果過程への一定の場所的接近 (räumliche Nähe) ——不作為者に、結果発生を回避するために因果の流れに介入することを可能ならしめる——、ならびに人格的接近 (personale Nähe) ——かかる介入を彼がするのを期待させる——

という二つの要素が必要である。かくして不作為者も、因果法則を利用することによって『結果を発生させること』、現実を形成することができる。「作為においては、行為者は自己の身体の因果的生起を利用し (Indienstnehmen von Eigenkausalität)、不作為においては、行為者は自己の外部に存する他人の因果過程を利用する (Indienstnehmen von Fremdkausalität)。それゆえ、作為と不作為とは、人間が因果過程を利用するという点とともに『行為』である」(S. 52~53)。

以上から明らかに、カウフマンは、Das In-den-Dienst-Nehmen という点に作為と不作為とに共通する要素を見出したのであるが、この Das In-den-Dienst-Nehmen はもはや因果性の範疇を超えて一層高次の存在層(意識の世界)の範疇に属するものであろう。カウフマンは、「因果性を目標に向けて利用することが目的性と呼ばれるものである」(S. 53)として、次に、因果性を利用し、目標へ指し向ける原動力は何かを問う (S. 53~57)。

目的性を行為の第一の着眼点とする目的々行為論は、目的性を、目的または目標を意識した実現意思とみる。しかし、前述のように、目的々行為論のいう目的性は人間行為の多様な現実を捉えていない。生の現実において人間は、「完全に個別的な目的意識をもって行為するのはごくまれである」(H. Mayer, Allg. T., S. 44)。われわれは、つねに、達成すべき目標を『予め設定 (vor-setzen)』し、この目標へ向けて意識的に統

制するわけではないことを、日常生活の簡単な例が示す。私がポケットから鍵を出し、ドアを開けると、読書をしながらコーヒーを飲むとき、妻とお喋りをしながら散歩をするとき、受持っている講義のことを考えながら自動車を学校へ向けて運転するとき、——その時、私がここで『付随的に (nebenbei)』していることは、通常、私の意識にはないが、まぎれもなく私は目的々に行為しているものであり、単に『潜在的に (potentiell final)』に行為しているのではない。「目的性は、目標を意識的に予め設定し、目標を意識的に実現することとは決して一致せず、したがって目的々行為は故意行為とは全く同意義ではない」(S. 56)。「確かに、人間の行為にとって必要な因果事象の目的々統制が意識に基因することはありうる。……しかし、因果象の目的々被覆決定はつねに顕在的な、明瞭な意識の行いであるとはかぎらない、ということも疑いえない」(S. 57)。

それでは、通常の場合において、人間の行為を目標へ向けて統制する力はどこからくるのか。カウフマンは、この間をもつて有機的に統制された事象、すなわち無意識の世界へ足を踏み入れる。

六 無意識 (Unbewusste)、は心理学上の基本概念としては、今世紀に至ってはじめて生命の領域、とくに衝動的・動物的な領域に属するものとして用いられるようになった。フロイト (Sigmund Freud) は、人間世界の深層に衝動的世界もしく



は衝動の層 (ES) が存すること、それは意識 (ICH) に基因するものでないこと、そしてこの無意識の層が意識よりもはるかに多くわれわれの行動を統制していることを示して、近代心理学の認識に決定的な変化をもたらした。

ところで、無意識そのものは複合的な性質のもので、それは第一に、そして狭い意味においては、一般に意識能力がないこと (Bewußtseinsunfähigkeit)、第二には、顕在的ではないが潜在的に人間の意識の中にあるもの、意識能力があること (Bewußtseinsfähigkeit) を意味する。カウフマンは、第二の、Bewußtseinsfähigkeit という意味における無意識を問題とする。フロイトはそれを『前意識 (Vorbewußte)』として示したのであるが、確定した用語としては未だ市民権が与えられていないので、カウフマンは『潜意識 (Unterbewußte)』という概念を用い、それによって覚醒した意識の限界の下部に存在する心理的層、もしくは心理的機能を表現しようとする (S. 58)。

カウフマンは、この潜在意識の創造力に大きな意義を認め、人類の偉大な業績の多くは、創造的に活動する人間の潜在意識に由来する天才的な思いつき (Einfallen) に負う、とまで述べている (S. 59)。これを行為の問題についていうと、われわれは——とくに今日のごとき技術化された世界においては——以前に決して体験されなかった、したがって決して前決断がなされなかった新しい情況へ向って断えず移動するのであるが、その中で、たとえその場合、目標と、その達成に必要な手段が意

『行為の存在論的構造——人格的行為論序説』について

識されていなくても、われわれが『最初の試みで (Auf Anhieb)』正しく反応し、『無意識に』目標へ向って行為するもの、この潜在意識の創造力によるのである。無意識的なもの、深層人格、ES は、ここにおいて意識よりも「発生的に古く」、また「はるかに自律的でもある」とカウフマンはいう (S. 59)。

潜在意識が以前に行われた意識的決断の容器となり、それによって人間が後に同じ情況に遭遇したとき、ある程度『機械的に』以前と同じように反応しうることは否定しえないであろう。このような事態の上に刑法学の注意を向けさせたのは、カウフマンによれば、ヴェルツェルの功績に属する。ただ、ヴェルツェルは、潜在意識の問題を誤って行為の観点の下ではなく責任の観点の下で扱った。したがって、「ヴェルツェルにおいては、無意識の責任はあるが、行為の場合では意識的な行為があるだけである。だが、事態は全く逆であって、無意識の (潜在意識の) 行為はあるが、無意識の責任はないのである」 (S. 60)。

目標へ向けて統制する力、潜在意識の目的々機能を無視し、潜在意識と潜在的目的性とを混同している点に、目的々行為論の本質的な誤りがあらわれているとカウフマンは指摘する。

かようにして、カウフマンは、人間の精神的人格層から生ずる現実的な目的性の、行為の概念規定にあたつての重要性を強調し、次のように帰結する。「行為として人間に帰属されうるのは、単に人間の自覚的な意思によって事実上支配される因果過程だけでなく、その意識の可能な対象として、人間的意思

によって支配されうる因果過程もまた人間の行為に帰属するのである。このように理解すると、因果過程の支配可能性 (Beherrschbarkeit des kausalerlaufs) は単に人間の行為能力を特質づけるだけでなく、むしろ深層人格の目的々統制機能を基礎づけ、したがって人間行為の本質要素となるのである」(S. 61)。

それでは、意識されなかった因果過程が人間にとって支配可能であったことを、いかにして確定しうるか。また、意識能力のある潜在意識を、単なる無意識、意識の外にあるものからいかにして分離することができるか。この点についての判断基準は経験によるほかはない、とカウフマンは答える。「経験は確実性を保証するとは決していえないが、高度の蓋然性は保障する。帰属の判断はつねに経験的判断である」(S. 61)。その場合、この経験的判断の基準は、行為への帰属が問題となるか、不法への帰属が問題となるか、責任への帰属が問題となるかにしたがって、つねに特殊化的、個別化的、人格関係的なものとなる。そして、行為への帰属において問われるのは、人間は一般に何をする能力があるか、(一般的な自由の問題)、不法において問われるのは、その人間がそのような状況と役割において何をする能力があるか(特殊な「社会的な」自由の問題)、責任において問われるのは、まさにこの人間が何をする能力があるか(個人的自由の問題)ということである(S. 62)。したがって、行為という意味では、未成年者や精神病質者の行いも、

それが人間の一般的な自由の表現である以上、『自由』として示すことができる。しかし、それは個人的な自由の表現ではないから、責任の意味において自由ではないということになる。その場合、三つの帰属形式のかかわる客観的な判断基準は、人格的相当性の三つの段階(drei Stufen personaler Adäquanz)において求められる。すなわち、『人間的相当性』という基準で行為を判断し、『社会的相当性』という基準で適法ないし不法を、『個人的相当性』という基準で功績ないし責任を判断するのである(S. 62)。

七次に、カウフマンは、「行為は人格の客観化として、意味的な世界における事象である」と規定する(S. 62)。精神的自己意識の能力がある人間だけが『意味的な(sinnvoll)』態度をとることができ、自己自身を存在者として、行為者として理解することができ、また自己の行いに意味をもたせることができる。その場合、人間は、自己の態度が自己自身に対してもつ意味を反省することができるだけでなく、他人の立場を中心に思い浮べ、自己の態度の意味を第三者(Mitmenschen)の目において理解することができる。それゆえ、人間は、自己自身に答責的であるだけでなく、同時に他人に対して、答責的である(S. 62~63)。人間の行為は、行為者だけに意味があるのではなく、共同世界(Mitwelt)にとっても意味をもつ事象である。まさにそのことが、刑法において行為を判断する場合に、行為の社会生活に対する客観的意味に従うことの重要性を基礎

づける、とカウフマンはいうのである。したがって目的々行為論の主張する、行為者が現に意欲したこと、は確かに重要な標識であっても決定的なものではない。決定的に重要なのは、『行為の客観的傾向』（『客観的目的性』）であり、このものは、主として、行為者にとって、因果過程が、結果も含めて、どの程度まで支配可能であったかによって決定される。

そのことを、カウフマンは、未遂を例にして説明する。目的々行為論者は、行為者が現に意欲したこと、すなわち故意だけが未遂の意味内容と不法を決定するという。しかし、未遂においては行為者が現に意欲したことだけが重要なのではなく、「未遂行為の不可欠の前提は、『実行の開始』であり、このものは『自然的な理解』（客観的考察方法）に従って、行為者はすでに結果を実現『し始めた（angesetzt）』かによって決定される。したがって未遂行為は、「その行為において客観的に犯罪意思が表現されていること、行為がすでにその客観的傾向からして犯罪結果を指していること」（H.Mayer, Allg. T., S. 43）によってはじめて法的意味を獲得するのである」（S. 64）。したがって、不能未遂には、『自然的な理解』からすれば『実行の開始』が存せず、『行為者』は一般に結果の実現に着手しなかったのであるから、客観的に未遂行為は欠ける。不能な手段または客体の不知を伴う行為には、希求された結果は行為者の支配可能な領域には存しないからである。

八 最後に、カウフマンは、以上すべてを総括して、行為の

『行為の存在論的構造——人格的行為論序説』について

本質につき、次のように定義する。「人間の行為とは、意思によって支配可能な（したがって行為者に帰責可能な）、（広い意味での）因果的結果を伴う現実を、答責的に、意味的に形成することである」（S. 65）。そして、この『人格的行為概念』は、行為の『完結した定義』ではないとしても、故意行為も過失行為も包摂し、また作為も不作為も包摂する、とカウフマンは自負する。すなわち、因果的結果の支配可能性という要素が故意と過失を、現実の因果の経過の支配可能性という要素が作為と不作為を包括する。未遂の行為も、行為者が客観的判断にしたがって目指した結果の実現に着手した限りで、行為に包含される。

かくして、カウフマンは、「人格的行為概念は、刑法体系の基本要素としても結合要素としても有益であり、同時にまた、因果の経過の支配可能性という要素によって、とりわけ『異常な因果の経過』、不能犯や迷信犯が排除されるから、実際のな限界要素としても役立つ」（S. 65）とて、人格的行為概念は、人格的違法論、人格的法益論及び人格的責任論の基礎となり、さらには人格的刑罰論とも調和的に適合するとして本論文を結んでいる。

九 以上で本論文の要約は終る。筆者自身の語学力の制約上、またこの問題に対する理解度の浅さによって、カウフマンの真の意図を正確に把握しえなかったことをおそれる。最後に若干の私見をつけ加えておきたい。この論文においてまず第一に注

目すべき点は、はじめのところで述べておいたように、カウフマンが永年にわたって基礎づけようとしてきた法存在論の一般理論が、はじめて刑法学の基底としての行為論に適用されたということであろう。本論文の行間にみられるように、カウフマンはここで、『一般的行為論』に、すべての犯罪要素を包摂する刑法体系の隅柱としての役割を与え、犯罪論体系における『基本要素』、『結合要素』および『限界要素』として行為概念が機能すべきことを再確認している。とりわけ、この『一般的行為概念』を彼独自の存在論的立場から把握し、同じく存在論を標榜するヴェルツェル・シュレーが行為の本質的特性として主張する目的性という概念の一面性、狭隘性を鋭く指摘している点は注目されてよい。また、顕在的な意識だけでなく、無意識の世界ないし層を行為の概念規定のなかに含めることによって、過失犯なканづく無意識の過失犯（忘却犯）の新しい把握の仕方を示したことは、画期的な意義をもつものといえるのではなからうか。

しかしそれにもかかわらず、筆者はこの論文に対して若干の疑問を感じる。第一には、従来のさまざまな行為概念を四つの基本類型に単純化し、それらすべてを総括するという仕方で実質的な行為概念を把握することが可能であろうか、ということである。勿論、カウフマンは、その『人格的行為論』の基礎にハルトマン流の人間存在論を用意してはいる。しかし、ハルトマンの成層構造説に基づく四つの存在層（物質・生命・意識・

精神）に、従来の、刑法における行為の基本要素としてきたところの因果性、目的性、心理状態、社会的有意性といった要素を単純に対応させ、いわば図式的にそれらの一面性を指摘するという、その仕方が疑問に感ぜられるのである。というのは、従来の行為論はそれぞれ固有の哲学的ないし方法論的立場から刑法学に独自の構成的意味と機能をもたせようとしてきたのであるから、一面性の指摘もその観点からなされるべきではなかったかと思われるのである。

第二に、カウフマンは、目的々行為論や社会的行為論はともに特殊犯罪要素（犯罪故意、不法）を先取りすることによって、行為概念のもつべき『中立性』を失わせ、行為の機能を正しく発揮させることができないというのであるが、カウフマンの主張する実質的・総括的な行為概念は、刑法的に特殊な要素のすべてを先取りしてしまうことにはならないか、換言すれば、構成要件該当、違法、有責という個々の犯罪要素と、それらの基礎となる実質的行為概念との間には、どのような論理的関係があるのだろうか、ということである。この論文には、「行為概念そのものの中にすでに含まれている概念的な契機をより明確に規定するという関係にある」というH・マイヤーの見解が引かれている以外には、十分な説明がなされていない。犯罪論における体系構成の問題として具体的かつ機能的に説示される必要がある。

それはともかく、この論文は、カウフマン自身も断っている

ように、『ontologisch』と『personal』という二つの形容詞を問題の基礎に据え、『人格的行為論』の概観的な見取図を与えようという性質のものであるから、個々の問題解決についてここから多くを引き出すことはできない。今後の発展が期待されるゆえんである。