

# 刑法の理論的対立軸とわが刑法学

法科大学院教授 日高 義博

- I はじめに
- II 私の刑法学の系譜
- III 刑法の理論的対立軸の推移
- IV わが刑法学の理論的基軸と理論体系
- V おわりに

## I はじめに

数年後には教壇を去る年齢になって刑法の基本書を書くというのは、これまで出会った多くの人との不思議な縁のなせる技である。私の刑法理論の集大成である『刑法総論』（成文堂，平成27年10月）が公刊されるのを機に，ゼミの卒業生の有志が私の刑法理論がどのようなものになっているか聞いてみたいということで，本日の講演会<sup>(1)</sup>となった次第である。私の若かりし時は，生成過程の刑法理論をゼミ生にぶつけては議論し，基本から問い正し，ゼミ生に対し自分なりに考えることを求めた。今日の講演も，私の刑法理論の全容を冷やかに聞いて，自分なりに考える楽しさを味わう時間となるならば，嬉しい限りである。

ゼミ生の募集も今年が最後であり，日高ゼミは42期生をもって幕を閉じる。光陰矢の如しである。専修大学の専任講師として母校に戻ったのは27歳であった。ゼミの卒業生および大学院で修士論文・博士論文を指導した院生の人数を合計すると，約390名となる。学部での講演は，今日が最後になろう。法科大学院の講義も残すところ2年ほどであり，今回，私の刑法理論の成り立ちを話してもよい心境に至った。

刑法学は，最終的には白か黒かの決着をつけなければならない学問であることから，理論的な対立が激しい分野である。理論的対立軸の中で，私なりの理論的基軸を立て，理論の縦軸と横軸を体系的に示したのが，今回の『刑法総論』である。事案の解決は個別・具体的であるが，解決に向けた理論構成は，理論的基軸との整合性を持ち，かつ体系的に説明しうるものでなければならない。それは，私の美観か

もしれないが、古稀に近い年齢に至っては、美観を示した基本書を書くことに意味があろう。書物の中の一文との出会いによって、新たな視野が広がることを経験した私としては、自分の思いを一文に込めて書きおくべきだと思うのである。

本講演において、まず、私の刑法学を構築する上で大きなインパクトのあった三人の恩師との出会いがどのようなものであったかを述べることにする。次に、刑法の理論的対立軸の推移を述べ、最後に、私が描いた刑法学の理論的基軸と理論体系がどのようなものであるかを示したい。

## Ⅱ 私の刑法学の系譜

### (1) 神山欣治先生との出会い

大学2年の時、神山欣治先生<sup>(2)</sup>の刑法総論の講義を聴いた。神山先生は、最高検察庁の検事を退官された後、専修大学に赴任された。私が神山先生に接したのは、専修大学に赴任されて間もない頃である。実務経験豊かな神山先生の授業において、今なお鮮明な記憶として残っているのは、「構成要件に該当するか否かは、法律的な直観である。」という言葉である。この言葉を聞いたとき、刑法は理詰め<sup>(2)</sup>の学問だと思っていた私は、頭の中に稲妻の閃光が走った気持ちになった。今では、法律的な直観が働かないようでは、実務家としても研究者としても、法解釈・法適用の実践的な役割を果たすことができないと思うが、19歳であった私には想像しえない領域であった。大学院生の頃、事案解決に向けて日夜あれこれ考え悩んでいると、突然、暗闇に一筋の光りが射す如く、解決の道筋が見えてくることを経験した。新たな発見は、論理の積み重ねではなく、閃いてくるものだという経験をした時から、私の学問の新たな視野が開けた。構成要件理論を縦軸にした犯罪論の追求が始まったのである。

神山先生は、京都大学で主観主義刑法の研究者である宮本英脩教授<sup>(3)</sup>と客観主義刑法の研究者である瀧川幸辰教授<sup>(4)</sup>の両者の講義を聴かれたことを話されていた。まさに学派の争いを講義の中で聴かれたのである。相対立する刑法理論の双方を聞きながら、考え方の違いを比較し、自分の考えを導き出すことが大切であると話されていた。臍気ながら、刑法理論には、理論的対立軸があることを知る切っ掛けとなった授業であった。神山先生の授業を聴いたことが、私にとっては、学問への曲り角であった。

### (2) 植松正先生との出会い

専修大学を卒業した後、植松正先生<sup>(5)</sup>に師事した。私の学生時代には、関東学生法

法律討論会、検察庁主催学生法律討論会、全日本学生法律討論会などがあり、法律討論会で報告したり、質問したりすることが面白く、熱中した。植松先生の著書は、よく読んでいたが、先生の風貌に接したのは大学3年生の頃である。それは、検察庁主催の法律討論会の会場であった。植松先生は、当時、一橋大学で教鞭を執られていた。大学院では植松先生に師事したいと思い、一橋大学退官後は明治学院大学で教鞭を執られることになったので、「学は人なり」という格言を胸に秘め、開設されたばかりの明治学院大学大学院法学研究科に進学した。

大学院に入学すると直ぐに、植松先生から連絡があり、なぜ明治学院に進学したのかを尋ねられ、その日に私を弟子にすると言われた。22歳から弟子修行が始まり、博士課程が終わるまでの5年の間、昼夜の区別なく刑法の研究者としての作法を伝授してくださった。植松先生に弟子として拾ってもらえなかったら、研究者の道を歩むことはできなかったであろう。人の縁は、不思議なものである。植松先生が私を最後の弟子にされたのは、何か響くものがあったのだと思うが、植松先生とは価値観にズレがなく、言葉なくして法的感性が伝わるのが不思議であった。大学院生の時代は、貧乏のどん底にあり体力の限界に晒されながらも、充実した楽しい弟子修行であった。

植松先生に魅せられた理由は、先生の刑法理論がシャープであり、結論が明解で説得力あることにあった。弟子修行においては、植松先生の人間性やものの考え方に直接触れる機会が多くなり、植松先生に師事できた幸せと共に、最後の弟子として植松刑法学を継承する重責も実感しながら今日に至っている。

植松先生から教授されたことは多々ある。弟子修行の当初、よく言われたことは、「刑法は、医学の分野で言えば、臨床医学である。いくら治療方法が理論的に優れていても、患者が死亡してしまったのでは何にもならない。刑法の場合も、いくら理論的にシャープであっても、事案解決の結果が適切でなく、説得力を持っていなかったら意味がない。」「10年考えて構築した理論であっても、事案解決力のないものは、捨てなさい。ゼロからやり直す心構えが必要だ。そして、理論の中心に据える自分の価値観は、常に謙虚に見直す心構えを持て。」というものであった。大学院に進学した頃の私は、刑法理論の論理的な一貫性を追求することだけに気が向いていた。理論倒れになることに対する戒めの言葉であった。実務においても理論を駆使しうるかという点に目を配られていた植松先生の言葉は、その後の私の基本的な考え方を大きく変えたのである。

刑法を学び始めた当初は、誰しも、理論を事実に当てはめれば、自ずと結論が出

てくると思いがちである。しかし、具体的な事案の解決は、そんなに簡単なものではない。刑法の解釈は、事実と条文から離れることが許されないことから、結論を導くための手順が必要である。刑法理論は、事実と条文との関連性を説明する術ではあるが、真実発見の術ではない。事案解決のために重要なものは法的感性であり、事案解決の筋道が見えることである。理論だけに拘泥すると、何のための理論なのかが見えなくなるのである。事実と条文から離れることなく、瞬時に事案解決の結論が出てきて、次に、その結論に至る過程を論理的に説明するという思考過程をたどることも、研究者や実務家には、多々あることなのである。

このような説明をすると、私の刑法理論には未知数が多すぎて、学修の方法、つまり法学方法論 (juristische Methodenlehre) の裏付けがないと思われるかもしれない。しかし、刑法理論は、方程式のように常に固定した結論を導くためにあるのではなく、事案処理に際しては、事実が変動することもあることから、変数処理を強いられることがあり、また補助線を引いて事案解決を図らなければならないこともあるのである。ここにおいては、結論の当否を判断する法的感性と、説得するための理論的整合性と理論的体系が必要なのである。この錯綜した思考過程を体系的に説明することは、刑法学の面白さである。植松先生の指導の下で書き上げた、私の最初の著作である『不真正不作為犯の理論』<sup>(6)</sup>は、事案解決に向けた刑法理論の構築を意識して書いたものである。事案解決の閃きは23歳の時であったが、理論的構築にはさらに5年を要した。理論付けは、まさに逆算の思考によるものであった。第2著作の『刑法における錯誤論の新展開』<sup>(7)</sup>も、同様な視点から理論的構築を行ったものである。

### (3) アメルンク先生との出会い

ドイツには、1980年代と1990年代の二度にわたり留学した。最初に留学した時は、32歳であった。その時には、すでに自分の刑法理論の骨格ができ上がっていたが、トリーア (Trier) でアメルンク先生 (Prof. Dr. Knut Amelung)<sup>(8)</sup>に出合ったことで、刑法学の幅が広がった。アメルンク先生およびバーバラ婦人 (Frau Barbara Amelung) とは兄弟のような付き合いとなり、トリーアに留学したことに何か運命的なものを感じた。研究生活から私生活まで、心情溢れる支援・助力を受け、ドイツの生活に溶け込んだ。モーゼル河の流れのごとく、ゆったりとした研究時間を過ごし、腰を据えて刑法の基礎理論を構築することができた。モーゼルワイン (Mosel-Saar-Ruwer-Wein) の味の深さも分かるようになった。モーゼルワインの味が分かるようになった頃から、トリーア大学法学部の同僚から「日高は、Ate-Trierer (古きト

リーア人)だ。」と言われるようになり、研究の輪も広がっていった。「ワインの中に真実あり。」(Im Wein ist Wahrheit.)という諺を体験しながら、刑法の議論を重ねたのが懐かしい。法益論を研究しながら、違法性の基礎理論を構築したのは、ドイツ留学の成果である。第3著作の『違法性の基礎理論』<sup>(9)</sup>は、トリーアでの研究を土台にして纏めたものである。

### Ⅲ 刑法の理論的対立軸の推移

#### (1) 古典学派と近代学派の争いから両派の止揚へ

近代刑法は、古典学派と近代学派との争いの中で理論的發展を遂げ、その理論的対立軸を形成してきた。「罰すべきは、行為か行為者か。」という根本的問題を議論の出発点として、旧派の客観主義刑法理論と新派の主観主義刑法理論とが理論的対立軸を構成したのである。この両者の対立軸は、違法論では法益侵害説と規範違反説との対立に現れ、責任論では道義的責任論と社会的責任論・社会防衛論との対立となり、実行の着手論では客観説と主観説の対立を構成し、共犯論では共犯従属性説と共犯独立性説の対立として現れたのである。この理論的対立軸は、折衷的な解決を許さないものであった。私が学生であった昭和40年代の前半までは、刑法の基本書にも理論的対立軸が鮮明に現れていた。

これに対して、戦後の刑法学は、学派の争いを止揚する方向に舵を切った。そのため、理論的対立軸が徐々に変容した。相対的応報刑論の主張がなされ、行為を主観と客観の統一体として捉えることによって客観主義を修正する試みもなされた。今日の課題は、罰すべきは行為であるが、行為を評価する際に、行為の主体である行為者との繋がりをすべて捨象してよいのかという点にある。行為を評価する場合には、行為の主体である行為者の評価が反映されることまで否定すべきではない。刑法は、現実に行われた行為を処罰の対象とするが、刑事処分の対象は行為者以外にはないのである。私は、両派の考え方を止揚するにしても、折衷的な解決を行うことは困難であり、いずれかの立場を出発点として理論的な修正を図る道しかないと考えている。客観主義刑法理論を基本にしながら、判断ファクターには主観的要素をも組み込み、事案解決を図るべきだと考えている。

昭和50年代に入ると、主観主義刑法理論と客観主義刑法理論との直接的な対立は影をひそめ、戦後、ドイツ刑法学において有力になった目的的行為論とどのように対峙するのかが大きな課題となった。

## (2) 目的的行為論との対峙

目的的行為論 (finale Handlungslehre)<sup>(10)</sup> は、行為論だけの問題だけでなく、人的不法論の主張とも相俟って、従来の犯罪理論を大きく塗り替えるものであった。不作為犯論、構成要件の故意、主観的違法要素の全面肯定、故意の犯罪論体系上の地位の変動、違法性の錯誤論など、いずれも従来の刑法理論の変革を迫るものであった。私の研究生活は、目的的行為論と対峙することから始まったと言っても過言ではない。不真正不作為犯の理論を構築するには、目的的行為論の提示した課題を超えないことには、前に進めなかった。研究の理論的ハードルを超えるには、自己の法的感性を信じて、闇夜に一筋の光が射してくるまで考え抜くしかなかった。このとき有用だったのが、理論的対立軸を意識しながら自分の理論的基軸を描き、閃いた結論から逆算して理論構築をすることであった。突破口は、不作為犯論であったが、自分の立ち位置が決まると、自ずと犯罪論体系の全容を描くことができた。この20歳代に行った理論構築の手順は、今から考えると乱暴な話でもある。

目的的行為論は、故意作為犯については、理論的な一貫性があるが、不作為犯および過失犯については、理論を貫徹することに無理がある。一方、故意の犯罪論体系上の地位を変動させたことは、その後の理論的發展を考えると、評価すべき点である。故意概念の純化には、賛同できないとしても、構成要件の故意を明確なものにした点は評価すべきである。このことは、故意の二重機能を認めるヒントにもなったのである。さらに、人的違法論の展開の中で結果反価値 (Erfolgsunwert) と行為反価値 (Handlungsunwert) という判断因子を抽出したことは、画期的であったが、行為反価値に比重を置いたことから刑法理論の主観化に舵を切るものとなった。刑法の結果倫理的構想を目指す私の立場からは、逆に結果反価値に比重をおいた理論構成を行うヒントになった。

## (3) 違法性の実質論における判断指標の変化

違法性の実質について、従来は、法益侵害説と規範違反説が対立していた。最近では、結果反価値論と行為反価値論が理論的対立軸になっている。結果および行為の内容がどのようなものかは問題であるが、わが国では、法益侵害およびその危険が「結果」であり、行為態様、行為者の内心的要素などが「行為」であると解されている。このような理解を前提にする場合には、法益侵害説は結果反価値論と結び付き、規範違反説は行為反価値論と結び付くことになる。

そうすると、刑法の結果倫理的構想を目指す立場にあっては、法益侵害のないところに結果反価値はないという前提から出発することになる。ただし、結果反価値

が認められても、行為者の主観的要因等から行為反価値性が減少し、違法性の減少に繋がる場合があると考え、跛行的結果反価値論を提唱した<sup>(11)</sup>。この主張は、客観主義刑法理論を出発点にして理論的修正を図るものでもある。具体的には、偶然防衛において無罪説を導くことになるが、可罰的違法性、被害者の承諾、正当防衛などにおいても、結果反価値か行為反価値かという理論的対立軸の中で違法性阻却の理由を説明することが可能となるのである。

#### (4) 正犯・共犯関係の新たな展開について

正犯は実行行為を行う者であり、共犯は正犯の実行行為に従属して成立する。従来、この考え方は、共犯論を展開する際の基本であった。この実行行為を基準とする考え方は、構成要件理論をもとにした形式的正犯概念を土台としたものである。故意の単独犯の既遂が刑法理論を考える場合の基本形であるが、未遂犯や共犯なども構成要件の修正形式として捉えられていた。実行行為は、構成要件に一部該当する行為であり、この実行行為が正犯を規定し、かつ共犯の成立範囲を限定するものとして機能していた。しかし、最近では、この実行行為の概念に揺らぎが生じ、実行行為の相対化が主張されている。さらに、間接正犯と教唆犯の区別が揺らぎ、共謀共同正犯も正犯理論によって捕捉しようとする考え方も有力になってきている。

構成要件理論は、犯罪論の縦軸になるものであり、罪刑法定主義との関連性も有している。私は、なお形式的正犯概念を維持すべきものと考えているが、とくに共犯論においては、形式的正犯概念を土台として共犯論を展開すべきだと考える。最近では、共犯の処罰根拠についても、理論的対立軸が生じており、法益侵害説を出発点にするのであれば、因果共犯論に至る。ただし、共犯の因果性は、正犯の因果関係とは切り離して検討すべきである。共犯の因果性は、教唆・帮助行為と実行行為との間に因果関係が認められることで足りるのである（混合惹起説）<sup>(12)</sup>。正犯の因果関係が実行行為と結果との間の条件関係と相当性を問題にするのに対して、共犯の因果性は、物理的幫助の場合だけでなく心理的幫助の場合にも、共通する基準となるものでなければならない。共犯の因果関係は、正犯の実行行為を促進・助長することで足りると解する。

共謀共同正犯の基礎づけについては、共犯理論を土台とした共同意思主体説によるべきものと考えている。ただし、共謀共同正犯は、謀議者と実行者によって構成されるものであることに留意すべきである。実行者は形式的正犯概念によって捕捉されるが、謀議に基づく実行ということから共同正犯の中に取り込まれ、共謀者は実行者の実行行為に従属して共同正犯となり、意思の連絡の範囲において共同者と

して全体的な責任を負うのである<sup>(13)</sup>。このような共犯体系にあっては、共犯論においても形式的正犯概念が維持され、実行行為の相対化は不要だと言えよう。

#### Ⅳ わが刑法学の理論的基軸と理論体系

以上述べたことにより、私の刑法学の理論的基軸と理論体系は、おおよそ説明しえたと思うが、基本書の『刑法総論』に織り込んだ概要を述べると、次のようである。

第1に、構成要件理論を基軸として、犯罪論全体を俯瞰した。構成要件を基準にした考え方は、実行行為論、形式的正犯概念、さらに共犯論において理論的な縦糸となっている。

第2に、違法性論においては、法益論を基礎として跛行的結果反価値論を展開した。違法性が阻却される個別・具体的な事案ごとに、結果反価値と行為反価値がどのような関係にあるかを解き明かした。緊急避難については、結果反価値・行為反価値との関係ではなく、期待可能性との関係において論ずるべきものであり、責任阻却事由の一つとして位置づけた。

第3に、故意論においては、故意の犯罪論体系上の地位を構成要件該当性の段階と責任の段階に認めた。つまり、故意の二重的機能を認め、構成要件の故意と責任故意とに区別した。客観的違法性論の立場上、故意を一般的な主観的違法要素として是認する立場とは、一線を画した。

第4に、錯誤論については、正面の故意論が機能する分野と、機能しない分野とを区別した。正面の故意論が機能しない分野については、適切な責任評価を行うため、合一的評価説を導入した。錯誤論は、事実の問題ではなく、責任評価の問題なのである。また、抽象的事実の錯誤においては、罪名と処断刑の分離を認め、共犯と錯誤が問題となる領域においては、罪名の従属性を肯定することになる。

第5に、未遂犯論においては、実行の着手は実行行為の開始であるとする立場を維持したが、実行行為の開始時点には、法益侵害の現実的危険性が認められねばならないと解する。ここでは、法益侵害説の実質的判断を重視した。不能犯論については、具体的危険説を採ったが、事態危険の判断を導入することにより、結果反価値論との理論的整合性を図った。

第6に、共犯論においては、まず共犯従属性説、因果共犯論（混合惹起説）を採った。共同正犯の本質については、犯罪共同説を採り、共謀共同正犯の基礎づけについては共同意思主体説を採ったが、形式的正犯概念を基礎として共犯理論による捕捉が必要であると考えた。共犯が正犯の実行行為に従属して成立する以上、共犯に



においても形式的正犯概念が必要であり、構成要件理論は共犯論においても、理論的基軸となっているのである。

## V おわりに

刑法においては、事実と条文を度外視して、法解釈の結論を引き出すことはできない。事案を解決する場合、法的に重要な事実を抽出し、適条を考えることが不可欠である。事案解決力のない法解釈は無意味である。刑法学は法解釈学であり、ここでの客観性の担保は、相互主観性を確保することである。法解釈には、解釈する者の主観が介在する。自己の価値観・世界観をかけて解釈することが重要なのであり、主観が介在するのはむしろ自然の営みである。そのため、理論構成においては、何を判断の分岐点にしたのかを明らかにし、議論可能なものにしておかなければならない。それでも、最後には価値観の対立となるが、自己の価値観を常に見直し、法的感性を研ぎ澄ましていることが、説得力のある主張となるであろう。

判例と学説は相互に関連しながら、法を形成する力を有している。裁判では事実も動くし、法も変動する。動態としての法の存在を認める私見<sup>(14)</sup>にあっては、判例を動かす法理論を構築することが研究者の役割である<sup>(14)</sup>と考える。自己の法的感性に基づき事案解決の道筋を見えるようにすることが、私の目指す「市井の刑法学」である。今なお、その着地点にないが、体力の続く限り追い求め、次の世代にわが刑法学の継承を託したいと思う次第である。

### 注

- (1) 平成27年10月17日、神田校舎301教室において楽水会（日高ゼミOB・OG会）主催による特別講義「刑法の理論的対立軸とわが刑法学」を行った。本稿は、特別講義の草稿に加筆し、脚注を付したものである。
- (2) 神山欣治（明治42年1月－昭和51年3月）先生の経歴および業績等については、日高「神山欣治先生と労働刑法－神山先生を偲んで－」専修法学論集23号（昭和51年10月）133頁以下参照。神山先生の主要著書としては、『逐条破壊活動防止法解説』（立花書房、昭和27年）、『労働刑法提要』（立花書房、昭和29年）、『労働刑法の研究』（立花書房、昭和35年）などがある。
- (3) 宮本英脩（明治15年－昭和19年）教授の主要著書としては、『刑法学粹』（弘文堂書房、昭和6年）、『刑法大綱』（弘文堂書房、昭和10年）などがある。著作集としては、『宮本英脩著作集1巻－8巻、補巻』（成文堂、昭和61年－平成7年）がある。
- (4) 瀧川幸辰（明治24年－昭和37年）教授の主要著書としては、『刑法読本』（大畑書店、昭和7年、復興版・世界思想社・昭和22年）、『刑法講話』（日本評論社、昭和26年、新版・2版昭和62年）、『改訂犯罪論序説』（有斐閣、昭和22年、12版・昭和35年）、『刑法の諸問題』（有信堂、昭和26年）などがある。著作集としては、『瀧川幸辰刑法著作集 全五巻』（世界思想社、昭和56年）がある。

(5) 植松正（明治39年1月－平成11年2月）先生は、平成11年2月3日に他界された。2月10日には、千日谷会堂で「お別れの会」が開かれた。「お別れのことば」としては、日高「恩師植松正先生を送る」現代刑事法2号（平成11年6月）72－75頁参照。植松先生の主要著書としては、『刑法教室1, 2』（大蔵省印刷局，昭和30年，改訂・昭和35年），『新刑法教室I, II』（補訂：日高）（信山社，平成11年，平成13年），『再訂刑法概論I 総論，II 各論』（勁草書房，昭和49年，昭和50年），『刑法の話題』（信山社，平成7年），『証言の信頼度』（有斐閣，昭和34年）などがある。

(6) 日高『不真正不作為犯の理論』（慶應通信，初版・昭和54年，2版・昭和58年）。中文版としては、日高＜王樹平訳＞『不作為犯の理論』（中国人民公安大学出版社，1992年）。

(7) 日高『刑法における錯誤論の新展開』（成文堂，平成3年）。

(8) クスト・アメルク（Knut Amelung, 1939－2016）の主要著書としては，Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Strafrechtliche Abhandlungen, N.F., Bd. 28, 1976; Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 392, 1981などがある。なお，1981年以降の研究業績については、日高『違法性の基礎理論』（イウス出版，平成17年）246頁以下参照。

アメルクは、1939年2月にシュテッティーン（Stettin：現在、ポーランド）に生まれた。フライブルク大学、ローザンヌ大学、ゲッティンゲン大学で社会学、法学を学び、ロクシンの下で1971年に学位を取得した。1975年にはポッフム大学の教授となり、1977年にトリエア大学に移った。私が1980年にトリエア大学に留学したのは、アメルクの法益論を研究するためであったが、法益論だけでなく法学方法論、法哲学、社会学など幅広くかつ深い学識に接した。さらに、バーバラ・アメルク婦人共々、家族ぐるみの付き合いをすることができ、強い友情の絆に結ばれた。明るくて優しくあったバーバラ・アメルクは、姉のような存在であった。

バーバラ・アメルク（Barbara Amelung）は、ドレスデンの生まれであるが、戦後、ベルリンの壁を越えて西ドイツに入り、ゲッティンゲン大学のロクシンの下で刑法学を学び、裁判官となった。ゲッティンゲン近郊の国境線を背にして、クスト・アメルクと結婚式を挙げた。トリエアに移ってからは、公証人を務めながら、3人の子供を育てた。ベルリンの壁が崩壊した後、彼女が故郷のドレスデンに帰ることを決意したこともあり、アメルクは1992年10月、ドレスデン大学法学部に移った。その後、1994年9月には、アメルク夫妻が来日し、私の故郷である南国宮崎の風景を見に出かけた。9月22日には、専修大学法学部学術講演会において、アメルクは、「旧東ドイツ政府犯罪の不法性の克服－壁狙撃兵事件を中心として－」というテーマで講演（専修法学論集69号 [1997年3月] 33頁以下参照）を行い、帰国の途に着いた。講演会の会場は、いみじくも、私の法学部での最終講義だと思っている本特別講義の場所と同じくして、301教室であった。

バーバラ・アメルクは2006年に急遽他界し、クスト・アメルクも2016年1月に帰らぬ人となった。長い旅路を終えて、共にドレスデンの地に眠っている。

(9) 日高『違法性の基礎理論』（イウス出版，平成17年）。中文版としては、日高＜張光雲訳＞『违法性的基础理论』（法律出版社，2015年）。訳者である張光雲君は、私の下で学位論文（張光雲『中国刑法における犯罪概念と犯罪の構成』[専修大学出版局，2013年]）を書き上げて、中国に帰国した。現在、四川師範大学法学院教授の職にある。

(10) 目的的行為論は、ハンス・ヴェルツェル（Hans Welze, 1904－1977）によって提唱された。Vgl., Hans Welzel, Die neue Bild des Strafrechtssystems, 1.Aufl., 1951, 4. Aufl., 1961（本書の翻訳

としては、福田平＝大塚仁訳『目的的行為論序説－刑法体系の新様相』〔有斐閣、再版・昭和40年〕がある。); ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 33.

目的的行為論に立脚した不作為犯論は、アルミン・カウフマンによって明らかにされた。

Vgl., Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 2. Aufl., 1988.

(11) 日高・違法性の基礎理論58頁以下。

(12) 日高「幫助の因果関係」『現代刑法論争 I 総論』(勁草書房、2版・平成9年) 334頁以下。

(13) 日高『刑法総論』(成文堂、平成27年) 479頁以下。

(14) 日高「刑事判例研究の意義と方法」専修ロージャーナル5号(平成22年) 88頁以下参照。

**【追記】** 講演会には、北は北海道から南は宮崎まで、卒業生が駆けつけてくれた。講演では、研究にまつわる裏話をしながら、刑法理論の根底に流れるものに言及したが、1点だけ文字に留め置くとするならば、私の刑法理論は、焼け野が原の夕焼けから再起した人々の凜とした生き方に大きな影響を受けているということである。

恩師の植松先生は、戦時中、台湾の台北帝大法学部に刑法研究者として赴任されていた。戦局が厳しくなったので、先生は、先に妻子を輸送船で本土に返されたところ、輸送船が撃沈され妻子を亡くされた。書き上げた学位論文も戦火にのみ込まれた。植松先生は、東京に一人戻り、焼け野が原の夕焼けを見て、「すべてを無くしたけれど、美しいという気持ちは奪われていない。この気持ちがある限り立ち直ることができる。」と思われた。この夕焼けの話を大学院生の時に聞いて、私は、胸を打たれるとともに、植松先生の凜とした生き方の根底にあるものを見た気がした。

私の父常秋は、海軍にいたことから二度戦地に赴いていた。最初は昭和6、9年事変、二度目はレイテであった。昭和19年5月、呉軍港から北ニューギニアに向かって出撃したが目的地に上陸できず、インドネシアのハルマヘラを経て、レイテ島に上陸した。昭和20年8月の終戦を知らずにレイテ島を彷徨い、10月に終戦を知ってサント収容所に投降した。12月に浦賀港に帰還し、12月15日に召集を解除され、広島町の町並の壊滅を見ながら故郷宮崎に帰省した。その父親から教えられたことは、「自分の好きな道を歩め。人生、逆境に陥いることもあるが、その時は逃げることなく、逆境に立って凜として生きろ。」ということであった。

アメルンク夫妻は、幼少期に戦火の中を生き抜いた人であった。しかも、ベルリンの壁に親族を引き裂かれ、ドイツ統一まで苦難の道を歩いた。それにも拘わらず、明るく清々しく、凜として研究生活を送った。

私の刑法学は、まさに焼け野が原の夕焼けから再起した人々の生き様に支えられている。刑法学においては、理論に溺れず、事実を直視し、自分の感性を信じて事

案の解決を図ることが大切であるが、その根底に豊かな人間性としなやかな心がないと、学問としての魅力がないと思うのである。

(平成28年8月15日 記)