

ミハヤエル・パヴリック 『市民の不法』 (5)

著者	飯島 暢, 川口 浩一, 安達 光治, 森永 真綱
雑誌名	関西大学法学論集
巻	64
号	2
ページ	557-590
発行年	2014-07-10
その他のタイトル	Michael Pawlik, Das Unrecht des Burgers(5)
URL	http://hdl.handle.net/10112/8872

ミヒャエル・パヴリック
『市民の不法』(5)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)
安達光治・森永真綱 (訳)

目 次

監訳者まえがき	
文 献	(以上, 63巻2号)
導 入	
第1章 犯罪の概念	
A. 刑法学と実践哲学	
I. 刑罰強制の不快さ	
II. 実践哲学と法の実定性	
III. 実践哲学に替わる法政策?	(以上, 63巻4号)
IV. 出発点としての刑罰論	
B. 予防の道具としての刑罰?	
C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰	
I. 予防思想の危険と応報理論のルネサンス	
II. 協働義務の正当化根拠: 自由であるという状態の維持	(以上, 63巻5号)
1. 政治共同体に奉仕する刑法?	
2. 自由の理念と市民の地位	(以上, 63巻6号)
3. フーゴ・ヘルシュナーの犯罪概念	
III. 応報理論と刑罰賦課 (安達光治)	
IV. 市民と外部者	
V. 法益侵害としての犯罪?	
1. 「啓蒙の最も豊かな成果」としての法益概念?	
2. 法益概念の批判能力? (森永真綱)	(以上, 本号)
第2章 市民の管轄	
A. 管轄の体系	
B. 被害者の優先的管轄	
第3章 刑法的協働義務違反	
A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法	
B. 帰属可能性の限界	
C. 義務違反の範囲	

第1章 犯罪の概念

C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰

II. 協働義務の正当化根拠：自由であるという状態の維持（承前）

3. フーゴ・ヘルシュナーの犯罪概念

ここで展開した構想は、けっして、一見そのようにみえるような、新しい種類のものではない。むしろ、本質的な点で、後期ヘーゲル学派のヘルシュナーが、その先駆者である。ヘルシュナーの言葉によると、「あれこれの法的財の侵害ではなく、むしろ、そこに表明された、法の力に対する暴力的な反抗が」、「法的効果としての刑罰が要求する犯罪の本質におけるモメント」⁶⁰⁸⁾をなす。国家は、そして国家だけが、「現実に犯罪の遂行を受ける権利主体」⁶⁰⁹⁾とされる。これにより、ヘルシュナーは、個々の市民およびその権利を、片面的に公共の安定の利益に下に位置づけたようにみえる⁶¹⁰⁾。しかし、そうではない。というのも、一般的なものと特殊なもののカテゴリーの抽象的な対置で満足することは、ヘーゲル学派の思考に反するからである。

一般的なもの、すなわち法・権利そのものは、ヘルシュナーが強調するように、犯罪にとって到達不可能なものである⁶¹¹⁾。しかし、「私は、私の権利が不法、すなわち犯罪によって侵害され、廃棄されることはないことを信頼すべきとするなら」、それは「実体のない抽象」⁶¹²⁾であると、彼は付け加えている。このことは、「法・権利は、[……]それ自身が目的[では]なく、むしろ、人間の道徳的生活のための手段であり」、そして、「そのため、法が人間に、その道徳的実存の必要条件であるところの財の享受を、現実に保障し確保することにより、これにとっての価値だけを[獲得する]」⁶¹³⁾場合に、

608) Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 562.

609) Hälschner, Preußisches Strafrecht, S. 216. —内容的に一致するものとして, Abegg, Lehrbuch, S. 158 f.; Köstlin, Revision, S. 40; ders., System, S. 3.

610) ヘーゲルとその弟子たちは、すでに19世紀後期にはこの意味で理解されていた。たとえば, R. Schmidt (Rückkehr, S. 17) は、ヘーゲルの犯罪論では、「不法な行為は、部門の利益と関連付け、その利益の立場から国家によって抑止され、刑罰の強制に服する」ことを称賛する。政治的選好は、それ以来、正反対に変わった。しかし、(今や批判のきっかけとされる)多くの刑法学者による集団主義的なヘーゲル解釈は、何も変わらなかった。その代表的なものとして, Neubacher, Jura 2000, 515 f.

611) Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 561.

612) Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 561.

613) Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 561.

なおのこと妥当する。ヘルシュナーによると、「有限で具体的な現存在において、すなわちそれによって秩序づけられた社会生活の状態においてのみ」、[法・権利は、そもそも犯罪によってアプローチされ、犯罪が具体的権限、その客体としての具体的な法的財に向けられることで、法・権利の侵害となる]⁶¹⁴⁾。それゆえ、犯罪は、「すべての場合に、そのような法的財の損害を前提と」⁶¹⁵⁾する。これにより、ヘーゲル学徒であるヘルシュナーは、カント的に顕現された二元論者フォイエルバッハが失敗した仲介を行うことに成功する。たしかに、犯罪と刑罰は、一般的なものの領域で生じている。このような一般的なものは、その現実性を獲得するが、決定的なことに、特殊的なもの——ヘルシュナーが呼ぶところの具体的な権限ないしは財——を媒介にしてはじめて、それが維持に値することが認められる⁶¹⁶⁾。

ヘーゲル学派の没落は、ヘルシュナーの複雑な犯罪の理解が貫徹されることを妨げた⁶¹⁷⁾。ドイツ刑法学が19世紀から20世紀の変わり目ころに受け入れざるを得なかった

614) *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S. 561. —新ヘーゲル学派の H. マイヤーは、1936年にまったく類似の定式化を行っていた。すなわち、たしかにあらゆる犯罪は、「民族全体の法的平和、つまり、民族の道德秩序そのものに対する攻撃」である。しかし、全体は、「暗闇の中にある空虚な抽象としてではなく、多数の統一として個別事象の充満の中で」生活しているとされる、と (*H. Mayer*, Strafrecht, S. 96)。

615) *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 214.

616) それにもかかわらず、ヘルシュナーの犯罪構想には、政治的に危険な集団主義が働いているとみる者に対しては、リベラリズムの創始者ジョン・ロックという、まったく疑念のない先駆者がいることを指摘しておく。ロックによると、犯罪行為者はその悪事によって、理性と普遍的対等性とは別のルールに従って生きていることを表明している。それゆえ、自らと共存する個人に不法をもたらす犯罪者は、同時にそれによって、「人間性全体に対する犯罪」を行っていると考えられる。というのも、犯罪者は、人間を不法と暴力から保護するものである絆を緩め、引き裂くからである (*Locke*, Abhandlungen, S. 204)。ヘルシュナーの立場が全体主義の疑いのあるものならば、それはロックの見解にも同じようにいえる。(そしてこのような見解は、*Eser* [FS Mestmäcker, S. 1007 f.] によって、「より上位の共同体」のために被害者をマージナル化することへの歩みとして批判されている。)

617) それは、犯罪の客体と行為の客体の区別に関する以前の議論に事後的影響をもたらした。この区別は、今日、たいていは「法益」と「行為客体」の区別として議論される(その概観として、*Fiolka*, Rechtsgut, S. 187 ff.)。しかし、その基礎にある理念は、ピンディングとリストの法益論よりも古く、シュッツェがその発起者にあたる (*Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 102)。その叙述は、ヘルシュナーの立場によって広くフォローされている。「当該犯罪によって間接的ではあるが本質的に」

喪失の中でも、これは最も惜しまれるものの一つである。「単に形而上学的な理念から法を取り扱おうとすること」⁶¹⁸⁾ から離れて、ヘルシュナーに方向づけられた犯罪モデルは、その協働義務思想と自由保護思想のために犯罪行為の一般的関連を真摯に受け止めるが、それにより市民の固有の権利の重さを最小限にしか評価しないということはない。

いくつかの扱いの難しい解釈論上の問いに目を向けることで、このような構想の、一面的に集団主義的な刑法の理解に対する優位性が確証される。たとえば、集団主義的な見解によって行われる、市民と公共との間への刑法的関係の制限は、それが結果発生 of 不法関連性を考慮することができないという帰結となる。行為者は法共同体の要求からの離反を、義務に違反する行為の終了により完全に顕現する。実質的な犯罪の不法がこのような離反に尽きるのであれば、首尾一貫して（終了）未遂と既遂の同置に賛成されなければならない。なぜなら、義務違反の事実と程度は、それによって惹起された結果の発生によっては変わらないからである⁶¹⁹⁾。

「打撃を受ける対象」は、*Schütze* によっても、「常に、同じものである。すなわち、犯罪的な個別意思が行為により反抗する法秩序であり、それが法的な客体である」。しかし、これは、「けっしてその本質において、すなわち全体としてではなく、常に外形的事象としてだけ、すなわち常にその一つの構成要素としてだけ打撃を受けるのである」。そうして、「犯罪の直接的な、いかなれば実際のな客体として表されるのは、個別的法的関係であって、それは法秩序の具体的構成要素、ないしはより正確には、法秩序であるが、その刑法上保護された法的関係に個別化されたもの」(*Schütze, Teilnahme, S. 64*) である。しかし、*シュッツェ* はそこにとどまらない。彼は、規範的に、法的関係として把握された犯罪の客体と、自然主義的に理解された行為の客体、たとえば、「撲殺され、傷害され、暴行された人の身体、窃取されたXの時計、偽造された文書、詐欺によってXから奪われた金額」(*aaO, S. 64*) を区別する。そうして彼は、自己の構想上の基本構造によると互いに調和しないもの、すなわち、理性の全体を現実の個別性に実体化したものと——一元主義的に——みる、すでに衰退にあったヘーゲル主義と、規範科学的考察と自然科学的考察をごまかすことのできない対立とみる、興隆しつつあった二元主義的思考を、一つの理論にまとめようと試みたのである。

618) ヘーゲル学派に対する *Honig* (*Einwilligung, S. 116*) の非難は、そのようなものである。

619) 実際にそのようにいうものとして、*Gleispach, Willensstrafrecht, S. 1069, 1072; Kadečka, ZStW 59 (1940), 20 ff.; Schaffstein, Verbrechen, S. 137; 詳細には, Cheng, Ausnahme, S. 94 f.* ——最近では、いわゆる結果無価値の不法と責任に対する非関連性のテーゼが、とりわけ主観主義的に尖鋭化されたフィナリズムの主

しかしながら、そのように論証することは、——ヘルシュナーの基準でみると——複雑さの少ない犯罪理解を基礎に置くことを意味する⁶²⁰⁾。ここでは、公共に対する協働義務が正当化と明確な輪郭を、個々の市民の自由領域との関連によってはじめて手に入れているという事情が考慮されていない。特殊なもの一般的なものに対する、このような基礎づけ理論における依存性には、犯罪的な不法を法共同体の要求に対する拒絶に還元し、それでも行為者は被害者の自由領域を帰属可能な態様で制限しているという事情を、本来の不法の非難に外在する客観的処罰条件に還元することは、相容れないであろう⁶²¹⁾。むしろ、まさに個人の権利と財のために行われるべきではない行為の不法内容の評価にとって、その相手方の者が実際に損害を被ったのと、行為者の協働義務に対する拒絶が結果を伴うことはなかったのとでは、著しい相違がある。ヘルシュナーの言葉では、犯罪が向けられる特別な権利は、「犯罪的行為を現出させるために必要な手段であるだけでなく、権利の侵害の程度でもある」⁶²²⁾。その規模は、このような根拠から、「侵害された権利の性質およびそれが侵害された量的規模」⁶²³⁾を標準として決定される。

集団主義的な犯罪理解の主張者が、個人の自己決定の思想と人格的自由の理念に対して、いかに控えめな関係を有しているかは、個人的な自己決定と個人の社会義務性との線引きにとって、ほとんどまたとないほど示唆に富む法制度、すなわち同意の制度に対する不信に典型的に表れる⁶²⁴⁾。「刑罰の下で禁じられた行為は、損害を受けた者によつ

ゝ張者によって唱えられている (*Horn*, Gefährdungsdelikte, S. 79 ff.; *Sancinetti*, Unrechtsbegründung, S. 131; *Zielinski*, Erfolgsunwert, S. 214 ff.; *ders.*, FS Schreiber, S. 548; *Dornseifer*, GS Armin Kaufmann, S. 434 ff.; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 160 f.; *Lüderssen*, ZStW 85 [1973], 292; さらに, *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik, S. 181 f., 189 f., 230)。

620) 適切にも, *Burchard* (Irren, S. 160) は, 「警察国家的な刑法に特有の, 共同体に反抗する行為者に対する制裁の賦課は, 不法理論的に絶対化されている」とする。——類似のものとして, *Lippold*, Rechtslehre, S. 313 f., 392。

621) 最近の同様のものとして, *Burchard*, Irren, S. 172, 187 ff.; 原則において同様のものとして, *Stratenwerth*, SchwZStr (1963), 254 f.; *Maiwald*, Bedeutung, S. 71; 近いものとして, *Rath*, Rechtfertigungselement, S. 115。

622) *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 222。

623) *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 223。

624) 国家と国家市民の間の関係についての尺度としての同意の意義は, *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17, Rn. 36 f. によって強調された。

て与えられた暗黙のまたは明示の許諾によって、不可罰になることも、可罰性の程度が減少することもない」と、フォイエルバッハによって起草された1813年のバイエルン刑法典の123条1項は規定する⁶²⁵⁾。これは、20世紀に入って広く流布した見解に対応している。犯罪は——1857年の著作においてそのようにいわれていたのだが——「権利といふものの侵害であって、何らかの権利の侵害ではない」ので、「偶然に（法秩序の中で、また法秩序とともに）侵害された個人の許諾は、『その個人によって許容された権利侵害』に対する不可罰性をもたらしえない⁶²⁶⁾。ビンディングも、同意は、攻撃から違法性を取り去る力を、「自己の絶対的権力のストックの中から」ではなく——「何人も、国家が禁じたことを許容し、ないしは法的に意味がないものと表明することはできない！」——、むしろ、個人の意思にこのような効果が法律上与えられているという事情からだけ、手に入れるということを強調する⁶²⁷⁾。不法判断の実質化は、そのすぐ後の時代にはこれを超えて、与えられた同意の包括的な内容のコントロールに至った。「客観的に根拠づけられた意欲」が同意において表明されているか⁶²⁸⁾ というドーナの問い、同意者によって行われた利益および価値の評価が承認に値するための基準としての公共体へのザウアーによる依拠⁶²⁹⁾、そして、「反社会的になされた権利放棄」に刑法上の考慮を認めないというマウラッハの要求⁶³⁰⁾ ——これらはすべて、同意の効力は、同意者がそれぞれの社会的基準に従って「理性的に」決定した場合に限定されるべきであるという、同一の動機を様々に表現したものである。

こうした見解は、しばしば強調されるように、原則に即し本来的な、政治的共同体か

625) *Buschmann*, Textbuch, S. 474 からの引用である。

626) *Böhlau*, GA 5 (1857), 492. ——19世紀前半におけるこのような見解の主張者として、*Thibaut*, *Beyträge*, S. 33; *Dabelau*, *Lehrbuch*, S. 54 f.; *Geib*, *Lehrbuch*, Bd. II, S. 212; すでに構成要件上、被害者の意思に反する行為を前提としない犯罪について、同様にいうものとして、*Hepp*, *Theorie*, S. 60. ——エリック・ヴォルフは、1933年の綱領的な論文において、「正当化事由としての同意は消え去った。それは、もともとは私法に由来する明らかに個人主義的な考え方である。」(*Erik Wolf*, *Krisis*, S. 38) と述べて、このような立場を復活させた。

627) *Binding*, *Handbuch*, S. 708.

628) *Dohna*, *Rechtswidrigkeit*, S. 147 ——これに賛同するのは、*Hartmann*, *Grünhut's Zeitschrift* 27 (1900), S. 728 ff. ——「『自己目的』としての国家という盲目的な観念」に反対するのは、*Keßler*, *Einwilligung*, S. 50.

629) *Sauer*, *Grundlagen*, S. 336; *ders.*, *Strafrechtslehre*, S. 135 f.

630) *Maurach*, *DStR*, 1936, 122.

ら導き出されたのではない個人の自由に基づく法・権利の理解とは相容れない⁶³¹⁾。それにもかかわらず、このような思想の影響は今日にまで及んでいる。戦後かなり経ってもなお、個人法益も有している「共同体の客観的価値」⁶³²⁾としての意義から、自己侵害は「それ自身社会侵襲的」⁶³³⁾ないしはまったく違法⁶³⁴⁾であり、同意権限は、国家の利益が欠けることによって特徴づけられる構成要件に限定されること⁶³⁵⁾が推論されている。ノルのような断固としたリベラルな論者でさえ、同意者の自己決定権に比較衡量の視点の意義しか認めない⁶³⁶⁾。このような衡量の枠組みにおいて、自由の価値に、侵害の行為の結果無価値、行為無価値および心情無価値が対置されるとする⁶³⁷⁾。それによると、保護法益が人格的自由よりも価値があるとみなされる場合には、同意は効力を有しない⁶³⁸⁾。

そのような見解の方法論的な主たる欠陥は、一般的なものを特殊なものから引き離すという、その抽象性にある。これに対し、ヘルシュナーの犯罪構想の支柱は、その権

631) *Dölling*, GA 1984, 85; *Gallas*, Beiträge, S. 168, 179; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 34; *Rönnau*, Willensmängel, S. 34 f.; *Roxin*, FS Dreher, S. 337 f.; *Weiglin*, Honig, S. 105.

632) *Jescheck/Weigend*, AT, § 34 I 2 b (S. 375); *Weigend*, ZStW 98 (1986), 62 f., 65 f.

633) *Geppert*, ZStW 83 (1971), 963.

634) *Schmidhäuser*, FS Welzel, S. 813 ff.

635) *Geerds*, GA 1954, 263; *ders.*, ZStW 72 (1960), 43.

636) *Noll*, Rechtfertigungsgründe, S. 74 f.; *ders.*, ZStW 77 (1965), 15, 19. —同様のものとして, *Jescheck/Weigend*, AT, § 34 II 3 (S. 377); *Geilen*, Einwilligung, S. 89 f.; *Bichlmeier*, JZ 1980, 54 Fn. 15; *Dölling*, GA 1984, 84, 90 f.; *Geppert*, ZStW 83 (1971), 952 ff.; *Otto*, FS Geerds, S. 609; 原則において同様のものとして, *Chatzikostas*, Disponibilität, S. 148 (もつとも, パターナリスティックな考量の適用領域は, 法益保持者の弁識能力が十分でないとは評価されるケースに限定されるとする)。—民法については, *Münzberg*, Verhalten, S. 310 ff.

637) *Noll*, Rechtfertigungsgründe, S. 75.

638) *Noll*, ZStW 77 (1965), 15. —このような試みに対する正当な批判を行うものとして, *LK-Rönnau*, Vor § 32, Rn. 153; *Köhler*, AT, S. 246; *Roxin*, AT 1, § 13 Rn. 23; *Arzt*, Willensmängel, S. 43; *Derksen*, Handeln, S. 89 f.; *Fateh-Moghadam*, Einwilligung, S. 101; *Ingelfinger*, Grundlagen, S. 200; *Kioupis*, Notwehr, S. 102; *Ohly*, Volenti, S. 66, 209; *Roxin*, FS Amelung, S. 277; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 87; *Sarhan*, Wiedergutmachung, S. 231 f. —シュテルンベルク-リーベンは, 最初このような批判に倣うが^s (*Sternberg-Lieben*, Schranken, S. 58), その少し後の頁 (aaO, S. 70 f.) では, 再び衡量モデルに戻っている。

利はその諸権利の中に第一の現実性を獲得するが、その権利は、その保有者に対し自己決定された——ヘルシュナーによると道徳的な——生活を可能にするという目的を有する。それゆえ、ヘルシュナーの理解においては、結果によるなら人格の損害とされるような行為は、損害を受けた者が当該行為に同意している限りで、権利侵害であることを止めるのである⁶³⁹⁾。同意によって、他人の権利領域への干渉という出来事の意味は、法的に当然に認められた自己決定の利用の際の助力に変わる⁶⁴⁰⁾。このような意味の変化を、具体的・一般的なものに関連付けられた犯罪論は跡づけてきた⁶⁴¹⁾。法共同体に責任を負う協働義務は、市民の自己決定に資するものであり、それゆえ、これに反して役割を演じてはならない。個人の自由は、法・権利の根拠であって、公共の利益の単なる処分可能な反射物ではない。

Ⅲ. 応報理論と刑罰賦課

犯罪の行為者は、これまで論じてきたところによると、自由であるという現存の状態の維持に協働するという、市民の義務に違反している。もっとも、彼の不法な行為は、犯罪行為者が市民であり、またあり続けることについて何も変えはしない⁶⁴²⁾。それゆえ、彼は、現実性のある (wirklichkeitshaltig) 自由の秩序というプロジェクトの成功に対する彼の責任から解放されることはない。もっぱら、彼に対する義務づけの内容だけが増える。合法的に行う市民は、現実的に自由であるという状態の安定化に対し、他人の自由に属するものはその他人に委ねることにより寄与する。犯罪行為者の場合は、第1次的な履行義務が第2次的な受忍義務に変化する⁶⁴³⁾。犯罪者は、すべての法・権

639) *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 231 f. —もっともこれは、特に生命、健康、自由、名誉が属するような、いわゆる不可譲の権利に関して妥当するとはされていない (*Hälschner*, aaO, S. 232, 235 ff. は、それ以前の伝統 [たとえば、*Feuerbach*, Lehrbuch, § 35 を参照] と結びついている)；これに対し、*Luden*, *Thatbestand*, S. 415 ff. は説得的である。

640) これについて詳細は、unten S. 220 ff.

641) 正当にも、*Renzikowski*, FS Hruschka, S. 660.

642) 古い文献として、*Binding*, *Entstehung*, S. 5 —最近の文献として、*Cancio*, ZStW 117 (2005), 288；*Gössel*, FS Schroeder, S. 43；*Schünemann*, GA 2001, 211；*ders.*, FS Nehm. S. 226. —それゆえ、*Steinert* (*Gerechtigkeit*, S. 344) が「刑罰の純粹な形式」を、「突然かっとなって動物や奴隷を殴りつける」主人の態度に見出すとき、それは間違いである。

643) *Binding*, *Normen*, Bd. I, S. 425, 550；*ders.*, *Grundriß*, S. 227.

利性の基本公理——義務の履行というコストを払う場合にのみ、保障された自由が存在するという命題——に違反して行為したので、彼は、彼のコストにおいて、自由の享受と協働義務の履行との連関が解消できないものであることが確認されることを、甘受しなければならない。そのような確認の活動の名称を、刑罰という⁶⁴⁴⁾。

「法の縮減 (Rechtsminderung)」⁶⁴⁵⁾ のモメントが、そのように理解された刑罰に内在する。「規範違反者は、概念だけでなく、適法な社会的現実を手を付けており、日常生活における自由の一般的条件のために存在する前提を弱体化させ、その浸食に寄与している。」⁶⁴⁶⁾ その反面、刑罰も、「それが規範の継続的な通用性のための標識として記録されるだけでなく、そのメッセージが信じられるべきであれば」⁶⁴⁷⁾、目に見える (merklich) 害悪でなければならない。「行いがものをいうのである (Actions speak)。」⁶⁴⁸⁾ 処罰される市民が、彼の義務違反の程度に応じて、規範の信頼性の強化のために引き合いに出されることにより、現実の自由の現存状態を攻撃する者は、そのことで自らの自由の一部を自分から奪っていることが明確に示される。それゆえ、刑罰という手段 (die Strafmittel) は、行為選択の獲得 (Zugewinn)⁶⁴⁹⁾ という、近代の根本確信によると法秩序の根拠づけを正当化するところの利益を鏡像的に示す。それは、自由と所有⁶⁵⁰⁾ という市民社会の2つの基本的価値に象徴されるものであるが。自由刑による「外的世界がもたらす満足を伴うその世界の剥奪」⁶⁵¹⁾ も、罰金刑による財産の強制

644) 類似のものとして、*Henkel*, Einführung, S. 412; *Jakobs*, Strafe, S. 32; *ders.*, Rechtszwang, S. 33 f.; *Arthur Kaufmann*, FS Henkel, S. 106. ——さらに *Roxin* (Jus 1966, 385) もこれに近いが、彼はこの考え方を後の著作でさらに追求することはしなかった。

645) *Erik Wolf*, Wesen, S. 33.

646) *Feijoo Sánchez*, FS Jakobs, S. 94.

647) *Puppe*, FS Grünwald, S. 479. ——類似のものとして、*Jakobs*, System, S. 14 f.; *ders.*, Strafe, S. 32; *ders.*, Rechtszwang, S. 33; *ders.*, FS Samson, S. 51; *Baurmann*, GA 1994, 371 ff.; *Diez Rippolés*, ZStW 113 (2001), 524; *ders.*, Rechtstheorie 36 (2005), 336; *Dölling*, ZStW 102 (1990), 15 ff.; *Hamel*, Strafen, S. 157 ff.; *Hörnle*, Strafbegründungstheorien, S. 28; *Koller*, ZStW 91 (1973), 71; *Stübinger*, Idealisierendes Strafrecht, S. 305.

648) *Bottom* (*Blecksmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 129 からの引用。)

649) *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 157.

650) *Blecksmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 129.

651) *Stahl*, Philosophie, Bd. II/2, S. 698.

的な剥奪も、犯罪者の行為の余地の縮減を目的とする。もっとも、現実の強制行使のモメントは、行為者の、記号的な (zeichenhaft) 烙印押しの背後に大幅に退くかもしれない。社会そのものが安定化すればするほど、社会は犯罪を「強固でなくて孤立したもの」として認め、それだけ刑罰もより軽いものとなり得る⁶⁵²⁾。そこでは、社会的、文化的発展に、広い領域が開かれている⁶⁵³⁾。しかし、処罰という制裁の一定のドラスティックさは、放棄できない。というのも、そうでなければ、協働義務の履行と自由の享受のつながりは、説得的に媒介されないからである。

したがって、刑罰の賦課は、行為者が自己の市民の義務違反について非難されなければならないことによって正当化されるならば、刑罰の量は、当然の帰結として、その不法の程度によらねばならない⁶⁵⁴⁾。具体的な自由の利益の、少なくとも試みられた加害

652) すでに、*Hegel*, Grundlinien, § 218 Z, Werke Bd. 7, S. 373 はそのように述べていた。これについて詳細は、*Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention, S. 280 ff. — 同様のものとして、*Nagler*, Strafe, S. 615 f. — それゆえ、*Schild* (ARSP 70 [1984], 104) のように、相対的刑罰理論の (刑罰の害悪の種類と程度の具体的規定に限界づけられた) 真実性を根拠づけるのは、まさに絶対的な刑罰概念であるといえるかもしれない。

653) このことを (ノルベルト・エリアスの文明論に立ち返りながら) 切々と論じるのは、*Jung*, Sanktionensysteme. S. 31 ff.; さらに、*Androulakis*, ZStW 108 (1996), 314 ff., insbesondere 320; *Frisch*, Maßstäbe, S. 179 ff. — ケラーは、カントの反応的な応報さえ、ある社会的な解釈型、すなわち「犯行の無価値は実体的な損害に具体化されるという想定」を含意していると指摘する。これは、カントの時代にはなお生活世界の一部であったとされる (*Keller*, Wahrnehmung, S. 292)。このような想定に依拠する罪体 (*corpus delicti*) 論とおおよそ同時期に、身体刑が廃止された (*Keller*, ZStW 107 [1995], 464)。

654) これと同様のものとして、特に *Frisch*, FG BGH, S. 279; *ders.*, FS Müller-Dietz, S. 247 f. — 量刑法を刑罰の基礎づけの範疇に結びつけることについては、すでに *ders.*, ZStW 99 (1987), 386 f.; *ders.*, GA 1989, 355 f.; *ders.*, Straftatsystem, S. 12 ff. (部分的に異なる刑罰理論上の立場を基礎としてはいるが); 同様のものとして、*Hörnle*, Strafzumessung, S. 127 ff.; *dies.*, JZ 1999, 1087 f.; *dies.*, Kriterien, S. 105 ff.; *Silva-Sanchez*, FS Hassemer, S. 628 ff.; *Schünemann*, Funktion, S. 189; *ders.*, Plädoyer, S. 225; *ders.*, GA 1986, 350 f. (彼に賛同するものとして、*H.-J. Albrecht*, Strafzumessung, S. 52 f.) — 犯罪論の評価を、包括的に設定された判断の基礎の内部での部分要素としてのみ考慮しようとする、従来の量刑学説 (典型的なのは、*Bruns*, Neues Strafzumessungsrecht, S. 15 ff.) には、これにより反対される。特に、量刑は責任のある不法の清算に尽きるのではないという想定に同様に

に実体化されていなければならないような、法共同体に対する義務違反としてのこのような不法の複雑な特性に対応して、市民としての行為者に帰属可能な不法の強度は、一方では、彼が被害者に実際に加えたか、ないしは少なくとも故意の中に取り込まれた、自由侵害の範囲によって測定される。他方では、現実性のある自由の秩序というプロジェクトに対する行為者の不忠誠の程度が決定的であるが、それは特に、彼が法的忠誠に対する自らの責務⁶⁵⁵⁾にどの程度違反したかによって測定される⁶⁵⁶⁾。

このような観点の下では、行為者にとって——たとえば被害者の挑発的な先行態度により⁶⁵⁷⁾——自らの共働義務の履行が異常な形で困難となった場合、それは、行為者の有利に取り扱われる。行為者の行為後の態度が、すでに行われた彼の義務違反の重さを弱めることもあり得る。行為後に、損害回復のために任意に努力した犯罪者は、そのことにより、法に忠実な市民の仲間に戻ることを明確に示し、自らの犯罪行為を一過的な出来事へと緩和するのである⁶⁵⁸⁾。これに対して、個々の不法な行為が、行為者の人生の中で他との関連のない単発的な出来事を示すのではなく、犯罪的なキャリア全体の一構成要素であることが明らかとなる場合、それは刑を加重する方向で作用する。それゆ

↘立つ、判例のいわゆる「幅の理論」も（これについては、*Haas*, Strafbegriff, S. 274 ff.; *Streng*, FS Müller-Diez, S. 875 ff.）、退けられる。幅の理論に対する批判についての詳細は、*Frisch*, FG BGH, S. 274 ff.; *Hörnle*, aaO, S. 17 ff.; *Köhler*, Zusammenhang, S. 22 ff.; *Schünemann*, GA 1986, 308 ff.

655) この範疇については、unten S. 307 ff.

656) 「行為比例的刑罰」の支持者たちは概して、前者の側面を一面的に前に押し出す傾向にある（例えば、*Ashworth*, Kriterien, S. 85 ff.; *von Hirsch*, Begründung, S. 66 ff.; *Hörnle*, Kriterien, S. 103 f.）。このことは、彼らが、一連の承認された量刑ファクター——とりわけ累犯——を考慮できないか、労苦を伴ってのみ考慮できるという帰結をもたらす。たとえば、*Hörnle* (Strafzumessung, S. 159 ff., 165 ff.) は、量刑における前科のいかなる考慮にも反対し、*Ashworth* (aaO, 91 f.) と *von Hirsch* (aaO) は、初犯には刑の減輕を認め、さらに犯罪を行った場合にはじめて、完全な「しかるべき」刑罰を科すことを支持する。*Schünemann* (Akzeptanz, S. 195) は、累犯の場合の刑の加重を擁護するために、保安的特別予防という考え方に依拠するが、彼はこれを「行為比例とは独自の原理」として導入する。——そこに存する行為比例の思想のストレットに対して批判的なものとして、*Frisch*, Einleitung, S. 10.

657) 犯行の「正当防衛類似性 (Notwehrnahe)」の量刑上の重要性については、特に *Hillenkamp*, Vorsatztat, S. 269 ff. を参照。

658) これと本質において同様のものとして、*Frisch*, FG BGH, S. 281, 294.

え、正当にも、行為者の前科は、とりわけ「関連する」犯罪によるものである場合に、行為者の不利に考慮されるのである。「彼に対して明示的に確証された法の、このような形式での不承認そのものほど明白かつ持続的に、法秩序に対する行為者の拒絶をほとんど思い描くことはできない。」⁶⁵⁹⁾

ドイツ刑法典のいくつかの場所で現れる「法秩序の防衛」(刑法47条1項, 59条1項1文3号)というトポスも、ここでの範疇体系の枠組みにおいて、無理のない解釈を見出す。それによると、このトポスは、本書の試みにはなじまない、一般予防思想の流入⁶⁶⁰⁾などではなく、むしろそれは、具体的に惹起された損害の程度によって測定するなら、行為者の不法は相対的に小さいが、——最終的に決定的な——社会全体の観点からみれば顕著なものである事例に関係している。すでに述べたように、ある犯行の社会的な意味内容は、当該時点の法秩序が置かれた状態によっても同時に規定される。このような状態は、法共同体によって科される刑罰の一般的水準にとって意義があるだけでなく、具体的に問題となっている規範違反の評価にも影響する。妥当の点ですでに弱められた規範をさらに破る行為者は、広く遵守されている規範に逸脱する行為者よりも甚だしく、自らの協働義務に違反している。このことは、規範妥当に異議が唱えられていない場合には適切であった刑罰に対して、(節度を保ったうえで)加重することを正当化する⁶⁶¹⁾。

いわゆる特別予防(特に、その再社会化の要素におけるもの)の視点は、「国家刑罰の内部に」自らの位置を有する⁶⁶²⁾。行刑法2条1文の規定により、特別予防は刑罰の

659) Frisch, FS Müller-Dietz, S. 256; 傾向的に異なる(累犯規定は特に予防の要求を考慮したものとする)ものとして, ders., GA 2009, 389. — 反対意見については, oben S. 118 Fn. 656.

660) しかし、このメルクマールの通説的な解釈である(基礎的なものとして, BGHSt 24, 40, 46; 同様のものとして, S/S-Stree/Kinzig, Vorbem §§ 38 ff. Rn. 20 m. w. N.; MK-Franke, § 47 Rn. 1b; Jescheck/Weigend, AT, § 79 I 5 [S. 838 f.]; Lackner/Kühl, § 47, Rn. 5; Maiwald, GA 1983, 49 ff.; Zipf, FS Bruns, S. 211 ff.)。

661) Frisch, FG BGH, S. 280 f., 285, 305; Köhler, Zusammenhang, S. 53 ff., 59 f. — すなわち、ここでは行為者の負担で、他の市民の欠如している法的忠誠が見積もられている。しかし、時折提起される批判(Altenhein, Anschlußdelikt, S. 323, 325; Beck, Unrechtsbegründung, S. 68)に反して、この帰属行為は必要な基礎を欠いていない。行為者は、そのように言うことが許されるなら、具体的な社会的安全状態に対して犯罪を犯している。彼は、市民としての役割において、このような、自己の犯罪の社会的意義が刻み込まれる文脈から離れることはできない。

662) Schmidhäuser, AT, 3/17.

執行に優先的に影響を与えなければならない⁶⁶³⁾。そこでは、特別予防は事実的に放棄できないものである。すなわち、行為者に対し、処罰という活動において、その市民の役割を認める法共同体は、当該の刑罰の執行も、行為者の市民の地位に対する尊重をもってなさなければならない。そうでないとするなら、それはすべて野蛮であろう⁶⁶⁴⁾。ノルの適切な指摘によると、法共同体は、自己が犯罪者に対する責任を拒絶する場合に、犯罪者が法共同体に対する責任を認め、引き受けることを期待することはできない⁶⁶⁵⁾。まさに、行為者は市民であり、またあり続けるという理由で、彼は、自由刑の社会疎外的作用をできる限り取り除き、その際、将来、積極的な忠誠に対する第1次的義務を秩序に従って履行するように彼を支援することを要求できる⁶⁶⁶⁾。それゆえ、行刑は、「機会を開くような『社会的な』面」も示さなければならない⁶⁶⁷⁾。すなわち、行為者に可能な限り多く、行為の権能と社会参加を調達しなければならない⁶⁶⁸⁾。

（安達光治 訳）

663) 刑法46条1項2文の規定は、何も異なることを命じてはいない。これについては、*Frisch*, FG BGH, S. 308.

664) *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 68.

665) *Noll*, Beründung, S. 26 — もっとも、その持続的な市民の役割を銘記すれば、行為者自身も、自らの再社会化に協働することを義務づけられる。（このことは広く争われている。*Baumann u. a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, S. 59; 最近のものとして、*Müller-Steinhauer*, Autonomie, S. 234 ff.）行刑法4条1項がこのような義務の履行を規律法として強制することをしないことは、「受刑者の同意と任意の協働がなければ、教育の過程を成功裏に行うことができない」（*Calliess*, FS Müller-Dietz, S. 116; 実質上一致するものとして、*Dölling*, FS Lampe, S. 607 f.; *Jakobs*, AT, 1/47; *Schöch*, Verstehen, S. 318; *Schultz*, ZStW 92 [1980], 621) という実際上の理由に基づいている。これに対して、執行の緩和および満期前の釈放は、あらゆる再社会化を執ように拒む受刑者に対しては、一貫して拒絶されてよい（*Böhm*, Strafvollzug, Rn. 15 m.w.N.; 近時の異なる見解として、*Müller-Steinhauer*, aaO, S. 268）。

666) 類似のものとして、*Greco*, Lebendiges, S. 446 f.; *Hörnle*, Strafzumessungslehre, S. 125; *Kleinert*, Betroffenheit, S. 208; *Roxin*, Schlussbericht, S. 179; *Schild*, SchwZStr, 99 (1982), 380 ff.; *ders.*, FS Lenckner, S. 308; *v. Schlotheim*, MschrKrim 50 (1967), 4, 12. — 対案の憂慮（*Baumann u. a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, S. 55）に反し、ここには行刑の許容できない道德化などではなく、まさに刑罰理論の自己理解が存するのである。

667) *Köhler*, AT, S. 50.

668) 刑罰的制裁の執行が、第一次的には「参加の機会を作り出す」という任務を有す

IV. 市民と外部者

義務違反を犯すことができるのは、当該義務の主体たる者に限られる。売買契約の当事者でない者が買い手の義務に違反することができないように、法共同体の協働的自由プロジェクトの協働義務の名宛人でない者は、この義務に反した行為をすることはできない⁶⁶⁹⁾。それゆえ、協働義務を負う者だけが、犯罪的不法を実現することができるのであり、そのような者に対してのみ、国家刑罰権力の正当な投入について語る事ができる。しかし、協働義務者としての地位は誰が有しているのであろうか。ホッブズは、この問題について、今日に至るまで世俗の法秩序に基準を与える言い回しで回答した。「服従の目的は保護である」、これはリヴァイサン（1651年）において謳われている周知の公式である⁶⁷⁰⁾。私に安全を保障できる者だけが、私を正当に強制することができる、このことをライプニッツは数年後に（1669～1671年）確認している⁶⁷¹⁾。国家は、なによりもまず、「安全が保たれるべき社会（Sicherheitsgesellschaft）、……すなわち各人の安全を相互に配慮することを期待しながら生活する人間の集合」である⁶⁷²⁾。つまり、法共同体は、その市民に対して生存の確保（Daseinssicherheit）を提供するがゆえに、そしてその限りで、他者の生存を確保する義務を市民に課すことが許されるのである⁶⁷³⁾。かような法共同体は、伝統的な意味での国家である必要はない。超国家的な

ゝすることは、特にカリーヌによって明確にされた（Calliess, Theorien, S. 64, 155 ff.; 近時の類似するものとして、Hassemer, Selbstverständnis, S. 77）。

669) 結果的に同じ結論をとる文献として、Jakobs, Strafrecht, S. 37; ders., Norm, S. 116; ders., ZStW 118 (2006), 846 f.

670) Hobbes, Leviathan, S. 171.

671) Leibniz, Schriften, S. 155.

672) Leibniz, Schriften, S. 161.

673) この観点からは、ドイツ法の人的・場所的な適用領域に関する諸規定（刑法第3条以下、国際刑法第1条）は、前者の刑法的に重要な協働義務の可能的な主体の範囲に関する規定であることが明らかになる。それゆえ、国際刑法の諸規定を、それ自体は普遍的な不法の可罰性を行為者に有利な形で制限する客観的な処罰条件として取り扱うのは正しくない（しかし通説はこのような見解をとる。Fischer, Vor §§ 3-7 Rn. 30; Lackner/Kühl, § 3 Rn. 10; LK-Gribbohm, Vor § 3 Rn. 415; MK-Ambos, Vor §§ 3-7 Rn. 3; S/S-Eser, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 61; Jescheck/Weigend, AT, § 18 V [S. 180]; Altenhain, FS Puppe, S. 353 が挙げられる。こうした分類は Beling, Verbrechen, S. 102 ff. に遡る。）。むしろ、国際刑法の諸規範は、主体性についても、各則の構成要件に含まれるその他の要求とは異なった、犯罪体系的な分類を備えていない。そのため、これらの諸規範は、外に出された、つま

共同体は、その諸制度が十分に発展すれば、補充的な、あるいは完全に補完的な法・権利性の保障人の役割へと成長可能である。決定的なのは、その共同体にとって、その規範的要求を、習慣的に尊重される、そしてこの意味で事実上有効な生活秩序に結実させることに成功したか否かである。その構成員は、「単に処罰されるわけではなく、秩序に従って生活している」のでなければならない⁶⁷⁴⁾。

以上のことにより、本来的な犯罪不法の範囲は二重の観点において制限される。第一に、被訴追者は、一定の法秩序の存続の保障に対して共同的な管轄を有していなければならない。上述のことに沿っていえば、これは、この法秩序が彼にも現実的な自由を媒介していることを前提とする。第二に、被訴追者は、まさにこの法秩序に反したのでなければならない。一方では、当該の法秩序がその現実的な妥当力を獲得する制度的基盤を攻撃したときに、こうした違反が認められる。他方で、被訴追者が、自身と同じく特に密接な形で、当該行為者が属する共同体と結びつけられた、人格が有する完全性の諸利益 (Integritätsinteresse) を害するときに、この要件は満たされる。明らかにこれらの要求に対応しているのが、属地主義 (刑法第3条) である。属地主義は、場所的に制限された普遍主義を表している⁶⁷⁵⁾。その確立によって、各々の国家は、領土内に滞在するあらゆる者に関する、人間としての平等性を考慮しているのである。彼ら全員に対して、各国は、各人の生存の確保に対する刑罰的に重要な侵害を処罰することを引き受けることにより、人格的な生存 (Existenz) の現実的諸条件を保障するよう努めるのである⁶⁷⁶⁾。国家に保護を期待することが許されているがゆえに、その領土内の居住者は、彼らの側からの国家への服従が義務づけられるのである⁶⁷⁷⁾。

↘り括弧の前に出された構成要件メルクマールとして理解されなければならないのである (同旨の文献として NK-Böse, Vor § 3 Rn. 9, 51; ders., FS Maiwald, S. 69; Jakobs, AT, 5/12; Jeßberger, Geltungsbereich, S. 128; Neumann, FG BGH, S. 99 f.; ders., StV 2000, 426; ders., FS Müller-Dietz, S. 603 f.; Zieher, Strafrecht, S. 46 がある。基本的には Liebelt, Strafrecht, S. 147 も同旨であるし、おそらく Oehler, Internationales Strafrecht, Rn. 123 も同旨であろう)。

674) Jakobs, Norm, S. 117.

675) S. Walther, FS Eser, S. 938.

676) S. Walther, FS Eser, S. 940 も類似の見解を唱えている。

677) Deiters (Legalitätsprinzip, S. 99) は、こうした考量は必然的でないとする。論者がいうように、外国人の場合、この者自身がその諸規範を遵守している限度で自己の法秩序による保護を与え、それ以外の場合には、外部者として取り扱うことも考えられるかもしれない。しかしながら、このような構成の可能性は、外国人にノ

法共同体の内側からの攻撃者とは完全に異なった法的地位を有するのが、この共同体の外側に自ら身を置く者である。このような者は、当該の法秩序によって現実的自由を与えられる者の領域に属さないのも、その裏返しとして、法秩序の存続に対する共同の管轄も負わせられない。それゆえ、保護主義や消極的属人主義にみられるように、国内刑法秩序の効力が国外にいる者にまで及ぶことは、本来的な犯罪不法の領域の拡大であると理解することはできない。しかしながら、法益保護思想に固定化された今日支配的な刑法解釈学は、その構成ゆえに、これらの主義の特別な位置づけに対して盲目的である。というのも、ほぼ全ての法益は——例外は各則における個別の犯罪構成要件の解釈から導出される——、内部の攻撃者と同様、外部の攻撃者によっても侵害されうるため、この考えからすると、これら双方の犯罪者群の間における原理的相違を主張することは、根拠を欠くように思われるからである⁶⁷⁸⁾。これに対し、法益保護ドグマにまだ呪縛されていなかった昔の国際刑法における学説は、こうした相違を十分に意識していた。昔の論者たちが、外部の攻撃者に対する防衛を正当防衛の一種として把握していたか⁶⁷⁹⁾、「自然刑法」に依拠していたか⁶⁸⁰⁾、戦争法 (ius belli) までも適用していたか否か⁶⁸¹⁾といった点を度外視すれば——いずれにせよ、彼らは、こうした場合に刑法の通常の根拠

に対してだけでなく、*Fichte* (Grundlage, S. 253 f.) が明示したように、同様に、それどころか一次的にすら、国内の (それゆえいずれにせよ「市民契約」に含まれている) 法の違反者に対しても成り立つ。そのため、一貫させれば、ダイターの提案は、おそらく本質的により強力な敵殲滅法に、刑法を部分的にだけでなく完全に置換することに至ることになろう。——しかしながら、刑法第9条に法典化された遍在主義は、属地主義の適用領域を、本文で挙げた諸要件を大幅に超える形で拡張している。同じことは、積極的属人主義にも妥当する (刑法第5条第8号b, 第11号a および第7条第2項第1号)。これに批判的な文献として *Pawlik*, FS *Schroeder*, S. 375 ff. がある。

678) 法益保護を一貫して志向する国際刑法の帰結について、詳細は *Pawlik*, FS *Schroeder*, S. 360 ff. を参照。

679) このような主張をする文献として、特に、*Abegg*, *Bestrafung*, S. 42 f., 51 f.; *v. Bar*, *Lehrbuch*, S. 224; *ders.*, *Gesetz*, Bd. I, S. 114; *ders.*, GA 15 (1867), 664; *ders.*, GS 28 (1876), 454, 近い立場の文献として *Arnold*, GS 9 (1857), 340 が挙げられる。

680) *Berner*, *Wirkungskreis*, S. 149 ff.; *ders.*, *Lehrbuch*⁵, S. 251.

681) *Abegg*, *Lehrbuch*, S. 89 f.; *Heffter*, *Lehrbuch*, S. 41; *Henke*, *Handbuch*, S. 607 f., おそらく *Bauer*, *Lehrbuch*, S. 75 (「敵対行為」) と *Heinze*, GA 17 (1869), 746 ff. (「戦争状態」) もそうであろう。

づけの категория が機能しないということについて、広く一致していたのである。

その代わりに問題となる点について、エルンスト・イマヌエル・ベッカーほど明確に述べた者はいない。1859年に出版された『今日のドイツ刑法論』において述べられているように、たしかに国家は外部者を処罰することは許されない。「しかし、国家には、他の保護手段を用いることによる、罪を犯さないように処罰すること (punire ne peccetur) が許されなければならないように思われる。フォイエルバッハの一般予防論は、まさに外国における外国人の犯罪に対して適用可能であろう。国家は禁止を通じて自らを保護する。明確な敵対的心情を持たない者に対しては、これで十分である。こうした者に対し、国家は、禁止違反に科される刑罰を通じて威嚇するのである。刑罰の執行は、この威嚇の強化に資するに過ぎない。」⁶⁸²⁾ それゆえ、外部にいる者に対しては、いわばむきだしの法益保護の関心が実現される。重要なのは、国内の法益の存立の危殆化を可能な限り防止することである。個々の事案においてこれがうまくいかなかった場合に、侵害を生じさせた者に対して強制措置を加えることは、将来の財の安全を高めることに寄与することになる。一言でいえば、こうした場合において問題となっているのは、その性質に照らすと、刑罰ではなく、純粋な危険に対する防衛なのである⁶⁸³⁾。

682) *Bekker, Theorie*, S. 192 f.

683) ワイマール期において、この見解は、なおごくわずかの著者によって主張されていた。(的確に述べるものとして、特に、*Wegner, Unrecht*, S. 20 f.; *ders.*, *FG Frank*, Bd. I, S. 152 f. がある。保護主義の場合に問題となっているのは、「外国人に対するドイツの法律の本来的な適用ではなく……、むしろ強制 (Koerzition) であり」、そのため、こうした場合には「適用されているのは純粋な保安であって、刑法ではないのである」という。さらに *Smend, Verfassung*, S. 83 がある。これによれば、問題となっているのは、一つの「特種な一定の司法的形態をもつ諸機能であるが、それらは、他の司法のように、法的価値に資するものではなく、むしろ国家の権力の貫徹に資するものである」とされる。) —同じことは、今日の刑法解釈学にあてはまる。ここでは最初に、*Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 4 Rn. 18 を挙げなければならない。それによれば、保護主義においては、もっぱら自己防衛措置が問題となっているとされる。「それに刑罰という衣をまとわせることは、社会倫理的な非難に関係づけられた刑罰の特性を失わせる伝統的濫用である」とする。さらに、保護主義に基づく措置の特殊な地位を強調するものとして、*Jakobs, Vergangenheitsbewältigung*, S. 62; *ders.*, *ZStW* 118 (2006), 847; *Deiters, Legalitätsprinzip*, S. 91 (保護主義は、それ自体として問題に応じて行為者を敵とみなすことに代わるものである) 及び *Kaspar, MDR* 1994, 546 がある。「正当防衛類似状況」であると述べるものとして、*MK-Ambos, Vor §§ 3-7 Rn. 40* がある。

これまでは、存在する法秩序を外部から攻撃する行為者について考察の対象とした。もっとも、こうした者とならんで、機能する平和秩序の外部で、あるいは全体的に倒錯した法システムの保護の下で犯罪を行う行為者も存在する。国際刑法第1条に基づき世界法原理が妥当する⁶⁸⁴⁾ 国際刑法上の犯罪は、典型的には、いわゆる「マクロ犯罪」というこのカテゴリーに分類される⁶⁸⁵⁾。国際犯罪の本質的な特徴は、法・権利性の根本的な最低限の諸条件を否定すること、すなわち、生存のための制度的な根本的諸条件に対して攻撃を加えることを通じて、個別の人格 (einzelne Person) を対象とすることにある⁶⁸⁶⁾。これらの犯罪は、武力紛争の枠内で行われる場合——戦争犯罪 (国際刑法第8条～第12条) のケース——か、さもなければ、特定の被害者グループに対する基本的自由権の承認を制度的に否定する秩序によってカバーされる場合——ジェノサイドや人道に対する罪 (国際刑法第6条以下) のケース——のいずれかである。

上に挙げた場合において当該の犯罪に制裁を加えることに、法・権利性が存立する状態の尊重を強化する意義が認められるかは疑わしい。たしかにこのような状態の存在は、世界共同体が国家的にあるいは準国家的に構成されていないことだけを理由に否定されるわけではない⁶⁸⁷⁾。しかしながら少なくとも、まさに不安定な世界の地域の住民は、支配権力の行使や武力紛争の遂行が国際刑法に一致する形で行われるのが普通で、それでもなお違反があった場合に、それがある程度確実に処罰されることを信頼しながら生活できなければならないであろう。現時点では、こうした状況にあるということとはできない⁶⁸⁸⁾。つまり、いわゆる「新しい戦争」、すなわち今日の武力紛争の大半の類型

684) 第6条第2号～第9号において、世界法主義のさらなる適用事例が規定されている。これらの構成要件の不均質や、そこに記述されている各行為の重要度の極端な相違については、これまでもしばしば批判されている (基本文献として *Merkel*, *Jurisdiktion*, S. 240; 最近では *MK-Ambos*, § 6 Rn. 3; *Wang*, *Strafanspruch*, S. 127 ff.; *Weigend*, *FS Eser*, S. 958)。

685) この用語に関する基本的な文献として *H. Jäger*, *Makroverbrechen*, S. 326 ff.

686) ここで提示した概念規定は、ケーラーのものに近い。ケーラーの定義によれば、普遍的な犯罪とは、「憲法の権能に加えて国際法の権能、すなわち、ある集団 (民族) や国家の、内部的に法的に形成されている独立性の根本条件を否定すること」であるとする (*Köhler*, *JRE* 11 [2003], 457)。通説は、国際犯罪の範囲をより広く理解している。これについての詳細は、*Weigend*, *FS Eser*, S. 966 ff.

687) この点に特に焦点を当てるものとして、*Deiters* (*Legalitätsprinzip*, S. 95) がいる。

688) 詳細は、*du Bois-Pedain*, *Wollust*, S. 223.

は⁶⁸⁹⁾、まさにシステマティックに住民を恐怖にさらすことを内容とする⁶⁹⁰⁾。しかしながら、特に、国内的に制裁が加えられている重大犯罪と比べて耐えがたい程度の法違反を効果的に処罰する体勢は、政治的な適切性の判断に依存している。こうした背景の下、このような場合に制裁を加えることには、存立する法・権利性の状態の尊重を強化するという意義は認められない。それはむしろ、将来に向けた当該社会の（再）教化に寄与するのである。すなわち、被害者の補償要求を充たし、特に信用をひどく失った行為者を排除し⁶⁹¹⁾、人権上の基本水準が標準的かつ貫徹可能であることをデモンストレーションする⁶⁹²⁾ことで、従来の状態を継続的に改善するための土壌が醸成されるべきものなのである⁶⁹³⁾。

689) 古典的な意味における国家間戦争は、世界で起こっている武力紛争の約10パーセントに過ぎない（*Münkler*, PVS 42 [2001], 584）。

690) これについて説得的に述べるのは、*Münkler*, *Kriege*, S. 28 ff., 142 ff.

691) *H. Jäger*, *Makroverbrechen*, S. 345 f.

692) こうした国際刑法上の制裁に期待される効果を、ドイツ語文献は、正統化への取り組みの中心に置いている（*Eser*, FS Trechsel, S. 234; *Merkel*, „Tröster“, S. 349 f.; *Möller*, *Völkerstrafrecht*, S. 507 ff.; *Neubacher*, *Grundlagen*, S. 424 f.; *Triffterer*, FS Jescheck, S. 1500 f.; *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 86; *dens.*, ZStW 109 [1997], 821 参照）。

693) このような相違をヤコブスはすでに何度か強調していた。*Jakobs*, GA 1994, 18; *ders.*, *Strafe*, S. 47 f.; *ders.*, *Selbstverständnis*, S. 54 f.; *ders.*, FS Spinellis, S. 465; *ders.*, HRRS 2004, 94 f.; *ders.*, *Norm*, S. 117 f. 類似の見解として、最近では、*du Bois-Pedain*, *Wollust*, S. 211, 222 ff.; *Deiters*, *Legalitätsprinzip*, S. 96; *Lüderssen*, *Nutzen*, S. 64. —Keller (FS Lüderssen, S. 429) は、全ての構成員に人道的であることを義務づける規範は、おおむね統合されている国家の内部で妥当する規範とは「その性質上、異なる規範」であると力説している。*H. Jäger* (*Makroverbrechen*, S. 346) は、国際刑法上の制裁が「結局のところ刑罰なのか、そうでなければ帰責可能性と法的形式の手続きによる有罪判決を要件とした罰の要素を伴う処分」のいずれであるかについて、明示的に留保している。——いずれにせよこれまで散発的にのみ国際刑法上の制裁賦科の目的に関する問題に取り組んできた伝統的な刑法解釈論によっても（その限りで、*F. Meyer*, ZStW 123 [2011], 40 f. も批判的である）、国際刑法の特殊性について認識されているが、国際刑法と従来の国内刑法との相違が矮小化されている。例えば、たしかに、アンボスとシュタイナーは以下のように力説する。国際共同体は「現在のところ、単一民族国家が発生する局面にあった」状態、つまり（国際刑法の）暴力独占の形成と強化の段階にある（*Ambos/Steiner*, JuS 2001, 10）。機能する国際刑法秩序が存在しないことから、「国際法上の刑罰の目的は、国際（刑）法的な価値秩序の設立と強化に寄与する」

国際刑法によって把握される行為は、以上のような理由から、刑事不法の名称に値しない。もっとも、こうした行為の道徳的不法の内容は、まさしく、自然犯 (malum in se) の思考に立ち返ることを余儀なくされるほど過大であることもしばしばである⁶⁹⁴⁾。

「こと」に求められる、と (aaO, 13)。しかしそのわずか数行後に、これまでの記述に反して、アンボスとシュタイナーは、国家的刑法と超国家的刑法の価値論的一致を示唆している。「国内刑法は国家内部における人間の平和的な共同生活に資するものであるが、国際刑法はこの目的を国境を越えて追及するのである」と (aaO, 13)。同じく不正確な論証をするのは、エーザー、ヴェルレ、ロクシンである。彼らも、国際刑法の機能はせいぜいのところ、望ましい法的標準の「貫徹」(Eser, FS Trechsel, S. 233; 強調は筆者) や「国家的な人権文化の構築」(Werle, ZStW 109 [1997], 821) に貢献したり、このような方法で永遠平和という人類の夢の実現に寄与すること (Roxin, Zukunft, S. 390) に求められうるにすぎないことを認識している。しかし彼らも、存在している平和秩序の確証と将来の平和秩序の設立との間の相違について、理解を示していない。支配的な法益保護思想に照らしてみれば、こうした無邪気さは、さほど驚くべきことではない。前の箇所でも (S. 64 f.) 示したように、刑法の任務を法益保護に求めることに対応しているのは、刑罰の予防論的理解、すなわち、——Kohler (Strafrecht, S. 93) が簡潔に定式化したように——「刑法を警察権力に、刑法の目的を警察的保護に完全に埋没」させる見解である。この見解によれば、刑法上の制裁はその将来の効果を参照しつつ全体として正統化されなければならない以上、基本的立場の相違は、決定的には重要たりえない。

694) 異なる見解を主張する論者として、最近では、Gierhake (Begründung, S. 157) がおり、以下のような主張をしている。たしかに、刑罰は、自由に適合した執行のために、一般的な事柄が執行能力を有する諸制度に構成されることを必要とする。しかし、刑罰の法的根拠は、すでに前国家的な一般法則の中に見いだすことができる。不法のあとには刑罰が来なければならないという命題には、「理性の必然 (Vernunftnotwendigkeit)」という意義が認められ、「しかも、この思考上の第一歩目では、いかなる国家による法関係の固定化にも依存しない」と。しかしながら、正統な刑罰の法的根拠と執行の諸条件を区別することによって、確立された自由の存在秩序の枠外で科される刑罰についても、その法哲学的尊厳を実際に証明することができるかは、疑わしいと思われる。刑罰は——ギアハーケが明示的に容認しているように——、その自由にふさわしい実現のために、構成された共同性 (verfaßte Gemeinschaftlichkeit) が必要であるのならば、このことは、裏を返せば、刑罰がかような制度的構造の枠外では、自由にふさわしい形では執行しえないことを意味しているのである。換言すれば、ギアハーケは、たしかに、純粋な思考物としての刑罰の国家への非依存性を基礎づけてはいるが、実際に執行される刑罰の国家への非依存性までも基礎づけているわけではない。だがしかし、自由思想の縛りを受けた刑罰理論の観点からみれば、後者——刑罰強制の執行——が、刑罰

しかし、このアプローチの中心問題は、これを基礎とする限りでは、（まさに）刑罰の説得的な正当化が、もはや展開されえない点にある。自身が害悪を生じさせたことだけを理由に、犯罪者に刑罰という害悪（malum）を加えることは、単に二つの害悪が連続するだけで、すでにヘーゲル以降は評価を失ったとみなされうるタイプの応報刑論に帰結することになるであろう⁶⁹⁵⁾。したがって、国際刑法上の制裁の特殊な目的設定を適切に考慮するためには、そこに規定されている犯罪を通常の刑法の枠外に置き、より強く予防を志向した特別の解釈学の下に置くほかはないのである。このようにしても評価的観点において問題がないことは、先に取り扱った保護主義との比較により明らかにされる⁶⁹⁶⁾。外国で行為することで、国内のドイツ人の法的地位を侵害する外国人に強力な制裁を加えることが許されるならば、人権の核心領域の国際的保護のために、通常の市民刑法に対する要求を緩和することも容認しうる。「このような保護が国際刑法に一致するのなら、その正当性は、主権国家の自己保護のそれに劣らない。」⁶⁹⁷⁾ もっともこれには、正しい名称を与えるべきであろう。

V. 法益侵害としての犯罪？

これまでの考察には、一見すると驚くべき欠缺がある。そこには、伝統的な見解によれば「我々の今日の現代刑法の礎」⁶⁹⁸⁾であり、実体的な刑事不法の条件公式を表す、かの有名な概念が役割を演じていない。すなわち、法益侵害という概念である。しかし、この概念を顧みなかったことには、十分な理由がある。それは、法益というカテゴリーに対する高い評価を正当化しえないからである。法益概念の起源史的に認められてきた尊厳は、しばしば過大評価されており (1)、その批判能力についても同様である (2)。

↘本来の不快さであるため、あらゆる正統化の努力の真の対象とさえみなされているのである（上述 S. 26 ff.）。こうした観点からすると、ギアハーケの思考経過のロジックにとってはるかにふさわしいのは、国際刑法上の制裁の純粋な刑罰的性格を否定することであろう。

695) Oben S. 88 f. —このことを的確に指摘する文献として、*du Bois-Pedain, Wollust*, S. 231.

696) 以下に続く論証は、ケラーの記述に厳密に依拠している（*Keller, FS Lüderssen*, S. 434）。

697) *Keller, FS Lüderssen*, S. 434. —この法領域の解釈論的展開の帰結については、*Pawlik, FS Schroeder*, S. 385 f.

698) *Chen, Garantensonderdelikt*, S. 274.

もつとも、とりわけ、法益思想は、基本的な構造的欠陥を抱えている。保護に値する基体（「法益」）が犯罪構成要件の基礎となっているか否かという問いに関連づけていえば、この思想は、他の人格がこうした法益の完全性に対していかなる範囲で責任を負わされるのかという、実際上はるかに重要な問題をなおざりにしている。それゆえ、管轄の考慮は、常に法益思想の外部にとどまったままなのである。こうした状況は、法益というカテゴリーを法的人格というカテゴリーに置き換えると直ちに变化する。法的人格というカテゴリーは、いわば、法概念的・正当化理論的な一般的考察と刑法的な管轄理論を構想上結合させるものとしての役割を演じるのである。このようにして、人格概念は、本節の論究を、それに引き続く章のテーマと結びつけるのである（3）。

1. 「啓蒙の最も豊かな成果」としての法益概念？

法益概念はその起源を19世紀に有する。この概念が学問の舞台に登場したのは、1834年に刊行された、ビルンバウムの「犯罪の諸概念に関する権利侵害の要件について」という論文を契機とする。このタイトルから推測されるのとは異なり、ビルンバウムが問題としたのは、フォイエルバッハの権利侵害説の擁護などではなく、むしろ、その批判であった。フォイエルバッハは、一見狭く思われる彼の犯罪概念を、違警罪（*Polizeiübertretung*）という内容的に極めて曖昧なカテゴリーと同列に並べていたので、その評判を落としていた⁶⁹⁹⁾。ビルンバウムは、こうした手法が首尾一貫しないことを論難した最初の論者の一人である⁷⁰⁰⁾。この欠陥を除去するためには、はじめから、犯罪概念をより広く解さなければならないとされる⁷⁰¹⁾。犯罪であると「問題の性質上み

699) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 22 (S. 46).

700) *Birnbaum*, ACrim (N. F.) 14 (1834), 162, 166 ff. — 比較的新しい文献では、NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 124; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 35 ff.; *Anastasopoulou*, Deliktstypen, S. 5 f.; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 15; *Gkoutis*, Autonomie, S. 183; *Sina*, Dogmengeschichte, S. 18; *Schünemann*, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 139; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 26 f.

701) ビルンバウムが法益侵害という概念を用いて、狭いと感じられたフォイエルバッハの権利侵害説のコルセットを壊そうとしたことについては、今日の文献において、ほぼ一致して承認されている（*Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 45 ff.; *ders.*, Lehre, S. 354 ff.; *Ehret*, Liszt, S. 151 ff.; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 157 f.; *Gkoutis*, Autonomie, S. 186; *Greco*, Lebendiges, S. 335; *Hassemer*, Theorie, S. 37; *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 265; *Maier-Weigt*, Verbrechensbegriff, S. 123 ff.; *Silva*, Expansion, S. 62; *Wrage*, Grenzen, S. 57; *Dubber*, ZStW 117 [2005], 505; *K.* ↗

なされる、あるいは国家において理性に適う形で可罰的であるとみなされるのは、国家権力によって全ての者に等しく保障されるべき財に対する、人間の意志に帰属しうるあらゆる侵害ないし危殆化である⁷⁰²⁾。この定義が示すように、ビルンバウムは、フォイエルバッハと同じく、刑事立法者による処罰化の活動に限界を設定すべき超実定的基準を定式化することに努めていた⁷⁰³⁾。国家功利主義的な考えを否定する点では、ビルンバウムは、フォイエルバッハよりも明確な態度を取っていた⁷⁰⁴⁾。もっとも、ビルンバウムの犯罪概念の不確定性に鑑みれば、彼の法益論は、極めて些細な批判的ポテンシャルを備えていたに過ぎなかった⁷⁰⁵⁾。その限りでは、彼の理論は、「自然法的思考から実

↘ *Günther*, *Pflichtverletzung*, S. 451 f.; *Roxin*, FS Hassemer, S. 576, 590; *Swoboda*, ZStW 122 [2010], 27 f.; *Vormbaum*, ZStW 107 [1995], 751 f.; 比較的控えめなものとして *Sina*, *Dogmengeschichte*, S. 25. — *Kargl* [JZ 1997, 283] は、法益思想の歴史的な動機は、処罰を限定することにあつたと主張するが、これは、本文で示した見解と相容れない。) — しかしながら、ビルンバウムが導き出した結論は、決して必然的ではない。ドローステ=ヒュルスホフの例で示されているように、権利侵害説によって、広範な処罰の必要性を充足させることは、難なく可能であった。クリスティアン・ヴォルフを模範として（これについては、後述 S. 134）、不道徳や不信心のような悪徳が間接的に国家を危殆化する作用に焦点を当てれば足りるからである（こうした指摘をするのは、*Droste-Hülshoff*, NACrim 9 [1827], 617 ff.）。これについて説得的な文献として、*Greco*, *Lebendiges*, S. 344 ff.

702) *Birnbaum*, ACrim (N. F.) 14 (1834), 179.

703) *Birnbaum*, ACrim (N. F.) 25 (1837), 495 f. も極めて明確に述べている。この観点を特に強調する文献として、*Neubacher*, *Jura* 2000, 514 f. 及び *Schünemann*, *Rechtsgüterschutzprinzip*, S. 140 f. がある。

704) *Birnbaum*, ACrim (N. F.), 14 (1834), 180 参照。正当にも、*Fiolka* (*Rechtsgut*, S. 52) は、ビルンバウムの法益論を「穏健自由主義的」と特徴づけている。類似の見解として、*Otto*, AT, §1 Rn. 28 がある。— これに対して、*Gkoutis* (*Autonomie*, S. 186 f.) は、およそ無批判に、「自由主義的哲学的傾向」の承継者として、ビルンバウムを引き合いに出している。可能な解釈を別の形で展開するのは、*Wrage* (*Grenzen*, S. 43) である。彼は、ビルンバウムをパターンリズムの起点であるとする。

705) 同旨 NK-*Hassemer/Neumann*, Vor §1 Rn. 123; *Fiolka*, *Rechtsgut*, S. 19 ff., 259; *Hefendehl*, *Rechtsgüter*, S. 17; *Stächelin*, *Strafgesetzgebung*, S. 37; *Amelung*, *Lehre*, S. 356; *Ehret*, *Liszt*, S. 153; *Steinberg*, FS Rüping, S. 92 ff. — 例えば、*Birnbaum* (ACrim [N. F.] 14 [1834], 178 f.) は、倫理や敬神のような共同利益の刑法的保護も、その「保持が憲法自体の保持と (……) 密接に結びついている」限り、許されると考えていた。そのような結びつきが認められるこ

証主義的思考への流動的な推移の一例」である⁷⁰⁶⁾。

したがって、ドイツ刑法学におけるヘーゲリアナーの幕間劇の後、実証主義者ビンディングが、19世紀の70年代に、ビルンバウムを引き合いに出したことは驚くことではない⁷⁰⁷⁾。もっとも、ビンディングは、アルミン・カウフマンの有名な言葉によれば、はじめて法益ドグマに「刑法解釈論における市民権を与えた」といわれているが⁷⁰⁸⁾、彼が法益概念に付与したのは純粹に解釈論的な機能であった。ビンディングの見解によれば、法益が有していたのは、法秩序の諸規範と外界の事実的所与との間における結合を確立するという機能である。つまり、法益は「諸規範の明確化」に資するものであった⁷⁰⁹⁾。すなわち、ビンディングの規範論が法益に認めていたのは、あくまでも犯罪を刑罰によって威嚇された有責的な規範違反であると定義することにすぎない⁷¹⁰⁾。しかし、彼の規範論は、謀殺、窃盗、鈴をつけないそりすべり〔ライヒ刑法典366条4号：訳者記す〕といった諸犯罪の重要性の相違を考慮できるであろう基準を備えているわけではなかった⁷¹¹⁾。こうした彼の理論の欠陥を、ビンディングは法益論によって埋め合わせようとしたのである⁷¹²⁾。つまり、規範の命令への不服従という観点からすれば完全に同価値である諸犯罪は、それらが侵害する法益の価値に応じて段階づけることが可能になり⁷¹³⁾、「不服従の秤皿」には、「中核として財の侵害」が含まれているとされたのである⁷¹⁴⁾。その際、ビンディングは法政策的野心を持っているわけではなかった⁷¹⁵⁾。法共同体にとって、その健全な生活の条件として価値があるのは何かを決定す

ゝとを難なく根拠づけることができない19世紀の刑法の立法者などいたであろうか（的確に指摘するのは、NK-*Hassemer/Neumann* aaO）。

706) Amelung, *Lehre*, S. 356. Naucke (KritV 1993, 137 f.) も参照。「哲学がなおざりにされている。その代わりに、時代精神に適った説得力への訴求がみられる」とする。

707) *Binding*, *Normen*, Bd. I, S. 499.

708) *Armin Kaufmann*, *Lebendiges*, S. 69.

709) *Fiolka*, *Rechtsgut*, S. 30.

710) *Binding*, *Handbuch*, Bd. I, S. 499.

711) 同時代の文献として、*Heinemann*, *ZStW* 13 (1883), 389; *Liepmann*, *Einleitung*, S. 12 f. — 比較的新しい文献として、*Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, S. 73 f.; *ders.*, *Einfluß*, S. 364.

712) *Fiolka*, *Rechtsgut*, S. 38.

713) *Binding*, *Normen*, Bd. I, S. 366.

714) *Binding*, *Normen*, Bd. I, S. 365.

715) このことは、今日では文献において、異口同音に強調されている。*Ehret*, *Liszt*, ↗

るのは、あくまでも立法者であることを、ビンディングは明確に強調していたのである⁷¹⁶⁾。

以上のような背景からすると、法益思想を「啓蒙の最も豊かな成果」⁷¹⁷⁾として称賛し、内在的に自由主義的な思想であるとみなすことは、物事の本質を逆転させることを意味する⁷¹⁸⁾。法益の思想は、その基礎となっている評価がなければ、無内容である⁷¹⁹⁾。しかしながら、こうした評価は、同理論から導出されうるものではなく、政策的な性質

↳ S. 158 ff.; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 35 f., 206; *Maier-Weigt*, Verbrechensbegriff, S. 131; *Marx*, Definition, S. 22 f.; *Sina*, Dogmengeschichte, S. 46 f.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 30.

716) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 353. —このように政策に控えめな態度を取ったことの結果、ビンディングは「法秩序という財の資本家 (Güterkapital)」に「無秩序な一覧表」を与えたとリストによって (ZStW 8 [1888], 141) 批判された。

717) 近時でもなお、このように述べる文献として、*Schünemann*, FS Herzberg, S. 47 がある——もっとも、法益思考が啓蒙の国家理解および刑罰理解に基づいていると考える見解は、他の文献においても、かなり普及している (基本的に戦後の議論に賛成する文献として、*H. Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 6; さらに *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 115; *Hassemer*, Theorie, S. 29 ff., 51, 214; *Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 8; *ders.*, FS Marinucci, S. 733 f.; *ders.*, Rechtsgüterschutz, S. 138 f.; *Gkoutis*, Autonomie, S. 177 ff.; *Marx*, Definition, S. 5, 16; *Sarhan*, Wiedergutmachung, S. 35; *Sternberg-Lieben*, Schranken, S. 386; *Gracia*, GA 2010, 330; *Müller-Dietz*, FS R. Schmitt, S. 104; *Neubacher*, Jura 2000, 514; *Otto*, Rechtsgutsbegriff, S. 3 f.; *Steinberg*, FS Rüping, S. 98 f., 108; *Swoboda*, ZStW 122 [2010], 25 f.). このような関係づけに依拠した論証戦略に対して批判的な文献として、*Greco*, Lebendiges, S. 322 ff. —これに対し、*Haas* (Kausalität, S. 61 ff.); *ders.* (Lehre, S. 204); *Löw* (Erkundigungspflicht, S. 266); *Renzikowski* (GA 2007, 568) 及び *Wrage* (Grenzen, S. 236) は、法益論は啓蒙に批判的な伝統に根ざしているとみなしている。

718) このように述べる文献として、特に、*Jescheck/Weigend*, AT, § 1 III 2 (S. 8); *Marx*, Definition, S. 15 f.; *Schneider*, Einübung, S. 84 f.; *Sina*, Dogmengeschichte, S. 25 ff., 70, 89 f.; *Kühl*, FS Puppe, S. 664; *Schünemann*, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 134, 154; *ders.*, Kritik, S. 228; *de Sousa*, FS Hassemer, S. 309 f.; *Wittig*, Rechtsgutstheorie, S. 239; 基本的には、*Papageorgiou*, Schaden, S. 92 も同旨である。

719) 例えば、*Androulakis*, FS Hassemer, S. 272 f.; *Haas*, Kausalität, S. 65; *Jakobs*, FS Amelung, S. 47 Fn. 63; *Stuckenberg*, GA 2011, 656 f.; *Vogler*, ZStW 90 (1978), 138 ff.

のものである⁷²⁰⁾。「自由主義的な理解を背景とすれば、法益論からは、保護を強調する予防的で保守的な理解を背景とした場合と同じ結論は得られない。」⁷²¹⁾しかし、自由主義的か保守的かはどちらであろうとも——いずれにせよ、一定の法益構想は、「これを支え、その貫徹を可能ならしめる知的および社会的環境に依存しているのである」⁷²²⁾。この環境が変われば、要保護的であるとされる法益の範囲も変化する⁷²³⁾。こうした法益論の内容的柔軟性を、同理論が1933年以降の政治状況に順応した際に見せた安易さ以上に証明するものはない。法益思想は啓蒙的かつ自由主義的な内容を備えているという命題には、——むしろ正反対に——以下のような解釈が生き続けている。それは、悪名高いキール学派の刑法分野の代表者であるシャフシュタインとダームが、法益侵害説を刑法分野の特徴とする「古典的自由主義の国家イデオロギー」を、ドイツ刑法から最終的に追放するという明確な目的を持って提示した解釈なのである⁷²⁴⁾。シャフシュタインやダームによって作られた没落史を英雄史として解釈し直すには、理論史的基盤が欠けている。一方の見方は、他方の見方と同様にイデオロギー的なのである⁷²⁵⁾。

720) *Fiolka*, Rechtsgut, S. 146; *Jakobs*, System, S. 22 Fn. 29; *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 268; *Vogler*, ZStW 90 (1978), 140.

721) *Fiolka*, Rechtsgut, S. 146.

722) *Neumann*, Alternativen, S. 95.

723) *Hefendehl* (Rechtsgüter, S. 21) は、そこから伝統的な法益論に生ずるジレンマを、以下のように的確に表現している。「こうした依存性とその定義に盛り込まれていない法益概念は、このダイナミックを正当に評価できないし、かかる依存性を受け入れた法益概念は、その批判能力を大幅に喪失する。」

724) Vgl. *Schaffstein*, Verbrechen, S. 111 ff. (S. 112 に基づく引用); *Dahm*, ZStW 95 (1935), 295. — 詳細は、*Hartl*, Willensstrafrecht, S. 102 ff. — こうした単純な理解の例として、*Gkoutis* (Autonomie, S. 196 f.) の記述が挙げられる。それによれば、ドイツ刑法学内部における権威主義的傾向の論者は、自由主義的な思想に由来するポテンシャルを法益概念に認め、まさにこれを理由にこの概念を批判したのであるが、これらの批判は、「最終的には、法益概念のリベラルな特徴を備えた真の意味内容を極めて明確な形で白日の下にさらすだけ」であったとされる。はたして、シュヴィンゲやツインマール (両者の見解については上述 S. 98) が、このことについて同じように考えたのであろうか？

725) 類似の見解として、*K. Günther*, Pflichtverletzung, S. 453; *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 267.

2. 法益概念の批判能力？

a) 「法は人間のためにある」

法益概念は、ビンディングよりもさらに精力的な支持者をリストに見いだした。法益概念には、リストによれば、一般的法論の場合と同様、刑法との関係でも根本的な意義が認められ⁷²⁶⁾、この概念の解明は、とりわけ後者にとって、「死活問題」であるとされる⁷²⁷⁾。1888年に、リストは、「いま以上に、形式主義への没落に脅かされ〔た〕ことはこれまでなかった」と嘆いた⁷²⁸⁾。これに対し、法益概念は、「法学の、政策との内的関連性」を強調しているという⁷²⁹⁾。ビンディングが一般的利益を前面に出す一方⁷³⁰⁾、リスト——彼の弟子のコールラウシュによれば、「社会的理想を心に持つ自由主義者」⁷³¹⁾——は、あらゆる法が「人間のために」あるということを、彼に劣らず強調したのである⁷³²⁾。それゆえ、法益とは、「最終的には常に、人間的存在 (Dasein) であり、それが様々な形で顕現したものである」とされる⁷³³⁾。もっとも、すでにはやくから、この定式の不明確さが批判されていた。「特に刑法は人間のためにあるということは」、フォン・ブーリーが確認しているように、「たしかに、これまでおよそ疑われてこなかった」であろう。「ただし、それは、誰彼のためにではなく、全ての人間の共同生活を可能ならしめるために存在しているのである。」⁷³⁴⁾ リスト自身、彼が制度敵対的な急進的個人主義を擁護するつもりはないことを明らかにすることを急いだ。人間的存在は「個別的

726) *Liszt*, ZStW 8 (1888), 133.

727) *Liszt*, ZStW 8 (1888), 133.

728) *Liszt*, ZStW 8 (1888), 138.

729) *Liszt*, ZStW 8 (1888), 140.

730) 上述 S. 95.

731) *Kohlrausch*, *Krise*, S. 16.

732) *Liszt*, *Lehrbuch*, S. 4; *ders.*, ZStW 6 (1886), 672; *ders.*, ZStW 8 (1888), 138, 141.

733) *Liszt*, *Lehrbuch*, S. 282; *ders.*, ZStW 8 (1888), 142.

734) *v. Buri*, GS 41 (1889), 436. ——この批判が1933年に再びとりあげられたことは、さほど驚くことではない。「強調を伴って法益論の先端に置かれ、人間とその活動は保護されるべき法益そのもの (*das Rechtsgut*) であるとする、かの見解」は、*Schwarzschild* (*Liszt*, S. 12 f.) によれば、陳腐な言動か不十分かのいずれかであるとされる。「この見解が、人間のための人間の秩序としての法は、必然的に、例えば動植物や神のためではなく、人間のために形成されなければならないことを意味する限りでは陳腐な言動であるし、はじめから人間を共同体より重んじる傾向をもった純個人主義的国家理解ないし法理解の一面的な表現である限りでは、不十分である。」

存在としてみなされた人間の存在、あるいは法仲間の全体における個人の存在のいずれか一方として」現れることから、刑法によって保護される利益は、個人の法益と全体の法益とに区別されるといふ⁷³⁵⁾。このようにして、リストは、公共の代表者である国家をも、利益や法益の主体に昇格させ、かつ、それにより、その形式的地位を個々の市民のそれと同格のものとする可能性を確保したのである。もっとも、このように拡張された利益概念は、理論の個人主義的な出発点を、まさに転倒させた。この利益概念は、アーメルンクが要約しているように、「むき出しの国家主義の道具になり」えたのである⁷³⁶⁾。この利益説が、国家の利益と個人の利益との関係を決して十分には解明しなかったことから、なおさらであった⁷³⁷⁾。

もっとも、それ以外にも、法は人間のためにあるという耳障りのよい命題は、以下の問題について解決を与えていない。それは、人間のいかなる利益のために、法があるのかということである⁷³⁸⁾。人間の行動の自由の保護への厳格な限定から、道徳的確信や文化的需要の安定化に至るまで、この点に関し、幅広く多様な可能性が存在する。この問題に関するリストの論証がいかに厳密性を欠いているかは、例えば、よく知られているように問題の多い風俗犯の法益に関する彼の記述に現れている。リストは、一方では、立法者が婚外性交渉に着目しているのは、もっぱら「それが個人の法領域に侵害的に介入する限り」⁷³⁹⁾であると説明していた。他方で、リストは、「個人の道徳的感情」も、その基準によれば保護に値する利益に含めることに疑念を抱いていなかった⁷⁴⁰⁾。結論から見れば、リストの構想は、ビンディングの法益理解と、二人の著者の論争の激しさから推測されるよりもはるかに類似している⁷⁴¹⁾。リストの学説も、以下の記述に見ら

735) *Liszt*, Lehrbuch, S. 282; *ders.*, ZStW 8 (1888), 148.

736) *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 109. — 実際、リストが国家行政に対する罪としてまとめた犯罪行為は、極めて幅広い多様性を有している。これについては、*Ehret*, *Liszt*, S. 165.

737) *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 69, 109; 類似の見解として、*Fiolka*, Rechtsgut, S. 264; *H. Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 11 f.; *Noll*, Rechtfertigungsgründe, S. 15; *Szwoboda*, ZStW 122 (2010), 31 f. — *Rudolphi* (FS Honig, S. 155) が、リストの法益論について「国家の全能に向けられたリベラルな意図」を称賛するとき、こうした事情を見過ごしている。類似の見解として、最近では、*Gkoutis*, Autonomie, S. 193.

738) *Fiolka*, Rechtsgut, S. 47.

739) *Liszt*, Lehrbuch, S. 347 (強調は原文).

740) *Liszt*, Lehrbuch, S. 348.

741) 同時代における、ビンディングの法益論に対する利益説の立場からの批判の例

れるように実証主義的な理論である。「人間のいかなる生活利益が法的保護を享受し、それによって、法益の地位に高められるのかは、最終的には立法者が選別するのである。」⁷⁴²⁾ 特筆すべき批判能力は、いずれにせよ、リストの法益理解からも出てこない⁷⁴³⁾。

b) 単なる道徳違反の排除？

とはいえ、リストの構想の根拠づけの欠陥は、非当罰的な領域を表す反対概念を導入して、法益概念により明確な輪郭を与えようとすることで、埋めることができるようにも見える。この反対概念として広く知られているのが「純粋な道徳違反」である⁷⁴⁴⁾。これを排除した後に、刑法に残されたのは、「個人の自由と答責性に基づく、実りのある社会生活の諸条件を害し、危殆化する」行為態様だけである⁷⁴⁵⁾。しかし、単なる不道徳は当罰的でないという命題の説得力は、「人間」およびその利益というリストの呪文 (Beschwörung) のそれとほとんど変わらない。あらゆる財は、それが法益か否かを問わず、一定の道徳性を表現している、つまり、財と道徳性は交換可能なカテゴリー

↘として、*Keßler*, GS 39 (1887), 104 ff. が挙げられる。——本書の評価に近いものとして、*Ehret*, Liszt, S. 163 ff.; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 338; *Haas*, Lehre, S. 205; *Maier-Weigt*, Verbrechensbegriff, S. 131 f.; *Naucke*, FS Hassemer, S. 563; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 31 f. ——異説として (双方のアプローチと大きく異なる), *Sina*, Dogmengeschichte, S. 47.

742) *Fiolka*, Rechtsgut, S. 45.

743) 同旨、リストの法益論はおよそプログラムのな定義づけにすぎないと述べる *Hassemer* (Theorie, S. 39); *Ehret*, Liszt, S. 168; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 161; *Amelung*, Lehre, S. 358; *Naucke*, ZStW 94 (1982), 546.

744) *HK-GS-Rössner*, Vorbem. zu § 1 Rn. 18; *MK-Freund*, Vor §§ 13 ff. Rn. 37; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 5, 10; *ders.*, FS Honig, S. 161; *S/S-Lenkner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 10; *SSW-Kudlich*, Vor §§ 13 ff. Rn. 5; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 18; *Ebert*, AT, S. 4; *C. Jäger*, AT, Rn. 4; *Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 17; *ders.*, JuS 1966, 382; *ders.*, FS Marinucci, S. 721 f.; *ders.*, Rechtsgüterschutz, S. 141; *ders.*, FS Hassemer, S. 579; *ders.*, GA 2011, 681; *ders.*, AöR 59 (2011), 4 ff.; *Lagodny*, Strafrecht, S. 21; *Marx*, Definition, S. 84 f.; *H.-L. Günther*, JuS 1978, 9; *Hanack*, 47. DJT, S. A 29 f.; *M. Heinrich*, 2. FS Roxin, S. 149; *Kühl*, Bedeutung, S. 15; *ders.*, FS Schreiber, S. 963; *ders.*, FS Otto, S. 73; *ders.*, FS Maiwald, S. 435, 449; *Neubacher*, Jura 2000, 518; *Otto*, Rechtsgutsbegriff, S. 5, 10.

745) *Rudolphi*, FS Honig, S. 161.

であることから、一方で法益概念、他方で道德違反を対置することは、最初から失敗する運命なのである。「むしろ、当該の財が基づいている道德性それ自体を問題としなければならない。」⁷⁴⁶⁾ この課題は、すでに十分難しいが、「単に不道德な」ものと「すでに刑法上重要な」ものとの限界が、——時間を完全に超越する——一般的拘束力の主張と合わせて回答されるのではなく⁷⁴⁷⁾、「一般的な政治的、経済的、道德的発展の補完現象 (Komplementärererscheinung)」を表している⁷⁴⁸⁾ ことによって、さらに困難なものとなる。

クリスティアン・ヴォルフによって、すでに1736年には、「公共団体において、公共の福祉と安全が害されること以外を処罰することは〔許され〕ない」ことが確認されている⁷⁴⁹⁾。もっとも、ヴォルフの確信によれば、これには、礼拝の軽視や懈怠の処罰も含まれていた⁷⁵⁰⁾。すなわち、公共体における秩序 (Zucht) と正義は、宗教なくして確立することはできないことから⁷⁵¹⁾、国家は、宗教の軽視につながりうるものは全て阻止しなければならないというのである⁷⁵²⁾。実際18世紀の世界において、宗教の統合力を放棄することをあえてした国家は、いずれも予測のつかない危険を冒していたであろう。これは、特に、人造国家プロイセンに当てはまる。プロイセンの支配者は、当時数十年間にわたって、領邦ごとに分裂していた臣民に共通の国家意識を植え付けるという困難な課題に直面していた。たしかに、そうこうするうちに、かなりの程度に世俗化された社会も、それなりの共同生活が可能であることが証明された——とりわけ、本来的には宗教的に動機づけられた行動傾向が生き続けたおかげではあるが。それゆえ、ヴォルフによるこのような処罰要求は、今日では時代錯誤に映る⁷⁵³⁾。しかし、その理由は、一次的には、国家の処罰権限の純化された理解ではなく、その適用の諸条件が変化したことによって求められる⁷⁵⁴⁾。

746) このように的確に述べるのは、*Papageorgiou, Schaden*, S. 98.

747) *Jakobs, AT*, 2/21; *Appel, Verfassung*, S. 356.

748) *Naucke, Strafrecht*, § 6 Rn. 74.

749) *Ch. Wolff, Gedanken*, § 359 (S. 265).

750) *Ch. Wolff, Gedanken*, § 421 (S. 345).

751) *Ch. Wolff, Gedanken*, § 366 (S. 275).

752) *Ch. Wolff, Gedanken*, § 367 (S. 276).

753) 信条冒瀆 (Bekennntnisbeschimpfung) が侮辱罪類似の犯罪であるという解釈は、*Pawlik, Schutz*, S. 46 ff. において展開されている。

754) 同じことは、魔女罪 (Hexerei) および魔術師罪 (Zauberei) に関する刑罰法ノ

同様のことは、「犯罪的行為の」さらなる「周辺分野」⁷⁵⁵⁾であり、その削減が法益思想の最も重要な成果であると一般に評価されている性犯罪の領域にもあてはまる⁷⁵⁶⁾。その最もよい例として、姦通の禁止が挙げられる。婚姻が経済共同体でもあり、子供に両親の老後の保障という重要な意義が認められていた間は、婚姻関係の不可侵性や血筋の明確性には、重要な公的利益が存在していた⁷⁵⁷⁾。婚姻の脱経済化、困窮や高齢による危険への対策の集団化、そしてとりわけ子供の血筋を解明する確実な手法の発展によってはじめて、イメージが変化し、姦通に対する刑罰規範が社会的な説得力を失ったのである⁷⁵⁸⁾。それゆえ、ここでも、社会的な枠組み条件の変化こそが、処罰要求が失われたことの原因であり、刑法と道徳の限界づけの必要性の理解が深まったことがその理由ではない⁷⁵⁹⁾。

↘規に妥当する。*Sternberg-Lieben* (Schranken, S. 362 f.) は、正当にも、こうした諸規範は、これらの現象が現実に存在し、第三者にとって有害な作用を備えていると前提していたかつての社会的な認識状況によれば、社会侵害的な行動様式の撲滅に完全に役立っていたと指摘している。

755) *H. Jäger*, Strafgesetzgebung, S. III.

756) 基本的な文献として *H. Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 41 ff., 116 ff.; 要約的な文献として *Hassemer*, Strafrechtswissenschaft, S. 283 f.; 最近では *Kühl*, Strafrecht, S. 16; *ders.*, FS Puppe, S. 665; *Neubacher*, Jura 2000, 518; *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 136.

757) それゆえ、多くの論者が——ここにはモンテスキューやベッカリーアのような優れた理論家も含まれる——男性に比べて女性をより重く処罰することを望んだのである (*L. Günther*, Archiv f. Krim.-Anthr. 28 [1907], 241)。

758) 類似の見解として *Jakobs*, FS Saito, S. 771.

759) 同旨 *Fiolka*, Rechtsgut, S. 346 f., 387; *Wrage*, Grenzen, S. 60; *Appel*, KritV 1999, 285; *Frisch*, Rechtsgut, S. 218, 224 f.; *Hirsch*, FS Spinellis, S. 432; *Wohlers*, Tagung, S. 281. —異説として, NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 146; *Greco*, Lebendiges, S. 343, および最近のものとして——驚くほど歴史に無関心な論証に基づく——*Gimbernat Ordeig*, GA 2011, 288. —同じことは、刑法における近親相姦の禁止(刑法第173条第2項第2文)に妥当する。連邦憲法裁判所は(BVerfGE 120, 224 ff.), 最近になってはじめて、この規範の合憲性を肯定したが、これについては大半の文献が反対している(合憲性を否定するものとして, NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 115; S/S-*Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 10a; *Frister*, AT, § 3 Rn. 31; *Bottke*, FS Volk, S. 104; *Cornils*, ZJS 2009, 88; *Duttge*, 2. FS Roxin, S. 229 ff.; *Gimbernat Ordeig*, GA 2011, 286; *Greco*, ZIS 2008, 234 ff.; *M. Heinrich*, 2. FS Roxin, S. 141 ff.; *Hefendehl*, JA 2011, 403 ff.; ↗

それゆえ、「道德違反」との対置によって規定された法益概念は、通常は、当該の道德観念が——特にそれを下支えする社会的枠組み条件の変遷によって——もはや崩壊してしまっただけにはじめて意味を持つ⁷⁶⁰⁾。それゆえ、法益のレトリックの正当な中心部分は、「価値ある状態として刑法的保護を受けているものが、そのような序列上の価値 (Rangwert) を実際に (なお) 有しているかどうか」⁷⁶¹⁾ を時折確かめることの勧告に限られるのである。もっとも、こうした勧告は、法益概念を持ち出さなくとも、実際上の損失を伴うことなく、行うことは可能であろう。「それ以外の点では、抽象的レベルでの道德違反との対置は、何ももたらさないし、特に、本来的にリベラルな内容を有しているわけではない。」⁷⁶²⁾

c) 法益と規範の区別？

法益思考に一定の規律作用が認められるとすれば、せいぜいのところ、以下のような場合である。すなわち、ヴェルツェルに倣い、「刑罰によって保護されるべきものがすでに法益と表示されるのではなく、規範によって、すなわち、法的な命令と禁止によって保護されるべきものだけが法益と呼ばれる」⁷⁶³⁾ 場合に限られる。この構想によれば、法益とは、「命令または禁止された行為が、物質的または観念的な行為客体として関係づけられたものだけであり、ただし行為それ自体ではない⁷⁶⁴⁾。」それゆえ、このように理解された法益保護原理が正当化するのとは、それ自体は規範でない何らかのものを保護する刑罰規範に限られる。換言すれば、この原理が要請しているのは、規範違反および

↘ Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.; Hoerster, Strafe, S. 116 ff.; Kahlo, FS Hassemer, S. 412 f.; Krauß, FS Hassemer, S. 424 ff.; Noltenius, ZJS 2009, 15 ff.; Roxin, StV 2009, 544 ff.; ders., FS Hassemer, S. 581 ff.; ders., AöR 59 [2011], 5 f.; Thurn, KJ 2009, 83; Zabel, JR 2008, 454 ff.; ders., MSchrKrim 92 [2009], 407 f.; これに対し、慎重に賛成するのは、Androulakis, FS Hassemer, S. 281 ff.) (おそらく、正当にも) 裁判所に対しては、その評価において、学問的理解の進歩や社会的な知覚パターンの変遷を見誤ったと批判されている。

760) Appel, Verfassung, S. 356; ders., KritV 1999, 285; Frisch, FS Stree/Wessels, S. 72 f.

761) Frisch, FS Stree/Wessels, S. 72; 同旨 ders., Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 208; 事実上賛成しているものとして、Jakobs, FS Saito, S. 770.

762) Jakobs, FS Saito, S. 770.

763) Welzel, Abhandlungen, S. 138 Fn. 30.

764) Welzel, Abhandlungen, S. 138 Fn. 30.

規範妥当の脆弱化を超える結果を、規範が禁止することなのである⁷⁶⁵⁾。

しかしながら、こうした結論を、今日まで支配的な見解は、必ずしも引き出していない。このことは、同見解が依然として公共の平穩や国民の法的信頼を独立の法益として承認するのを自明のこととする点に現れている。「こうした法益の分析は、常套句との絶え間ない闘争である。」⁷⁶⁶⁾ たしかに、公共の平穩を確保し、それによって秩序の信頼や計画の現実性を市民に媒介することは、実現力を備えた（*wirklichkeitsmächtig*）法秩序の特徴ではある⁷⁶⁷⁾。しかし、そこには、法秩序の機能が全体として存在していることから、かような任務の割り当ては、個々の構成要件の個別の目的としては適さない⁷⁶⁸⁾。むしろ、あらゆる望ましくない行為を犯罪化するマスターキーを立法者に手渡す危険を根拠づけているのである⁷⁶⁹⁾。今日支配的な犯罪理解は、こうした知見を不鮮明なものにしている。全ての犯罪に内在する公共の平穩との関係性をもはや特にテーマ化しないことによって、他の方法では納得のいく形で正当化できない個別の刑罰規範を正当化するために、このトポスを、カテゴリーとしては欠陥を伴った形で、新たに援用することを助長しているのである。本書が提唱するような、複合的な犯罪概念は、協働義務違反それ自体を、こうした義務違反の現れである具体的な権利や法益の侵害から入念に切り離すことで、上記の欠点を回避しているのである。こうした区別——それとともに、この構成全体の意義——は、もし協働義務の目的が具体的に違反された行動規則

765) *Amelung*, Rechtsgutsverletzung, S. 275; *ders.*, Begriff, S. 169 ff., 182; *Anastasopoulou*, Deliktstypen, S. 17 ff. —しかしながら、ヴェルツェルにおける法益概念の内容的な輪郭は極めて不明確である。これについては *Müssig*, Schutz, S. 30.

766) *H. Jäger*, Strafgesetzgebung, S. 17.

767) さしあたり *Coing*, Grundzüge, S. 142; *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 52 参照。

768) すでにこのような趣旨のことを述べていた文献として、*H. Mayer*, Strafrecht, S. 200; *ders.*, DStR 1938, 84. —比較的新しい文献では、*Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 47; *ders.*, Rechtsgüterschutz, S. 143; *Amelung*, Begriff, S. 171 ff.; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 108 f.; *Fischer*, Friede, S. 599 f.; *ders.*, NSTZ 1988, 163 f.; *ders.*, FS Puppe, S. 1127 f.; *Groteguth*, Verbots(un)kenntnis, S. 69; *Hefendehl*, Rechtsgüter, S. 124 f.; *Hörnle*, Verhalten, S. 93; *dies.*, Schutz, S. 270; *Kahlo*, Handlungsform, S. 150; *Kargl*, Vertrauen, S. 60 f.; *Renzikowski*, GA 2007, 571; *Rönnau*, Willensmängel, S. 165; *Wohlers*, Deliktstypen, S. 270 f.; *Zabel*, ZStW 122 (2010), 844; 基本的には *Botke*, FS Lampe, S. 489 も同じである。

769) *Rönnau*, Willensmängel, S. 165.

の目的と一致していれば、陳腐なものであろう。法益思考にとっては、せいぜい——ほとんど顧慮されない——オプションであるものが、本書の構想の背景の下では、構成上必要なものとなるのである。

(森永真綱 訳)