

〔翻訳〕 ミハエル・パヴリック 『市民の不法』
(11)

著者	飯島 暢, 川口 浩一, 山本 和輝, 松生 光正
雑誌名	関西大学法学論集
巻	65
号	6
ページ	2126-2159
発行年	2016-03-11
その他のタイトル	Translations : Michael Pawlik, Das Unrecht dse Burgers (11)
URL	http://hdl.handle.net/10112/10243

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(11)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

山本和輝・松生光正 (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	
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?	(以上, 64巻 2号)
3. 法益から法的人格へ	
VI. 犯罪概念から一般的犯罪論へ	
第2章 市民の管轄	
A. 管轄の体系	
I. 不作為犯の特別財?	
II. 保障人的地位の理論の系譜学について	(以上, 64巻 5号)
III. 管轄の体系	
1. 法の任務と管轄の根拠づけの諸形象	

2. 他人の人格の尊重
 3. 人格的存在の基本的現実条件の保証
 - B. 被侵害者の優先的管轄
 - I. 罪体から実質的構成要件概念へ (以上, 65巻1号)
 - II. 構成要件と違法性の関係 (以上, 65巻2号)
 - III. 被侵害者の管轄の体系
 1. 統一的な評価問題としての管轄分配
 2. 自己答責的な自己侵害及び同意 (以上, 65巻4号)
 3. 正当防衛と防衛的緊急避難 (以上, 65巻5号)
 4. 攻撃的緊急避難 (山本和輝)
- 第3章 刑法的協働義務の違反
- A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法
 - I. 刑事不法の概念と帰属論の機能
 - II. 基本的なシステムカテゴリーとしての不法と責任か?
 1. 当為 (Sollen) と可能 (Können)
 2. 不法を被る者の法的地位
 3. 禁止の錯誤の対象
 4. 関与論の価値学 (松生光正) (以上, 本号)
 - B. 帰属可能性の限界
 - C. 義務違反の範囲

第2章 市民の管轄

B. 被侵害者の優先的管轄

III. 被侵害者の管轄の体系 (承前)

4. 攻撃的緊急避難

相互尊重原理に基づく管轄体系においては、刑法323条cによる一般的救助義務の場合と同様に、攻撃的緊急避難として介入する権利は、ほとんど認められる余地がない⁵⁵⁶⁾。カントは、この連関をも、すぐれた概念的な鋭さをもって強調した⁵⁵⁷⁾。他者の選択意志に対するある者の選択意志の関係に制限される⁵⁵⁸⁾、カントが主張したような

556) これについての詳細は、*Grünewald*, *Tötungsdelikt*, S. 275; *Iwangoff*, *Duldungspflichten*, S. 24, 31, 35; *Kühnbach*, *Solidaritätspflichten*, S. 36; *Pawlik*, *Notstand*, S. 14 ff.; *S. Walter*, *Pflichten*, S. 112.

557) 網羅的であるのは、*Küper*, *Kant*, S. 6 ff.; 最近の文献として、*Kühnbach*, *Solidaritätspflichten*, S. 18 ff.

558) *Kant*, MS, *Werke* Bd. 7, S. 337 参照。

法概念においては、欲求 (Bedürfnis) は重要なファクターではない⁵⁵⁹⁾。緊急 (Not) は、カントの「行為力を有する者の自己保護の共同体」において⁵⁶⁰⁾、「偶然の出来事」であり、「内的な自由阻害」であるが⁵⁶¹⁾、それは緊急状況に見舞われた者の権利領域内で処理されなければならない⁵⁶²⁾。したがって、緊急避難行為——「私に何もしていない者に対する暴力行為 (Gewalttätigkeit)」⁵⁶³⁾——は、正当防衛行為——「不当な攻撃者」を退けること——が許容されるのと同様に無条件に禁止される。すなわち、法が、定義上、当事者は行為力を持っているという想定をもってはじまるならば、この行為力の現実の諸条件の確立ないしその維持への法的請求権は想定しえない。その場合に、法的連帯義務を想定することは、「内在的矛盾 (Widerspruch in sich)」である⁵⁶⁴⁾。それゆえ、他と切り離して考察されるときには先決問題要求の虚偽 (petitio principii) のように見えるカントの著名な格言は、彼の体系内部で完全に首尾一貫しているのである。すなわち、「不法を合法則的とするような」緊急はありえないのである⁵⁶⁵⁾。

したがって、一般的な救助義務の基礎づけと同じように、正当化攻撃的緊急避難の正当化も、尊重思想を超えて探究されなければならない⁵⁶⁶⁾。前者の場合と異なることなく、後者の場合にも、準保険法的な、特定の生存にかかわる生活危険に関する一般的な免責の思想が提示される。すなわち、重要かつ他に回避することのできない緊急状況の場合については、市民は、相互に自らの権利領域への介入権限を認め合うことになろう⁵⁶⁷⁾。もっとも、このような基礎づけのアプローチは、ここでの文脈では、刑法323条

559) このことをカントは明確に強調する (*Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 337)。

560) *Kersting*, Freiheit, S. 98.

561) *Kersting*, Freiheit, S. 98.

562) これとは反対に、カントは、積極的な救助についての徳に関する義務をよく知っている (*Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 524, 589)。

563) *Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 343.

564) 適切なものは、*Wohlers*, JZ 1999, 439.

565) *Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 343. ——ルーデンにおける (*Luden*, Abhandlungen, Bd. II, S. 511), 「ある者は、他者の緊急によっては、自らの自然的な態様の権利を失うことができない」ということは、実質的には同じ意味のことである。

566) *Hoyer*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 109; *Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 32 f.

567) 同旨の見解として、*Engländer*, Grund, S. 93 f., 357 f.; *ders.*, GA 2010, 20; *Merkel*, Zaungäste, S. 182 ff.; *Frisch*, FS Puppe, S. 439; *Koller*, Not, S. 97 f. も同様のアプローチをとる。さらに結論的には、*Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 81, 94 も同旨である。ラートは (*Rath*, Rechtfertigungselement, S. 629), それどこ

cの場合と同様の問題を投げかける。すなわち、——緊急避難による介入の名宛人として偶然的に対象となりうるだけである——個別の市民は、保険法との対比が真摯に受け取られる場合には、それ自体、全ての市民という全体に割り当てられなければならないであろう負担を、何故、単独で負うべきであるのかという問いである。このような問題については、救助義務者の刑法上の地位が攻撃的緊急避難による介入の名宛人に拡張されるべきである、すなわち後者も、公共の代表者と見なされるべきである。そうすれば、この問題の解決が、即座に見出される⁵⁶⁸⁾。

このアプローチの解釈上の帰結は、広範囲に及ぶものである。それによれば、例えば、正当化緊急避難の適用範囲は、厳格に間人格的なコンフリクトに制限される。すなわち、緊急状態に陥った者と介入の名宛人は、異なる人格でなければならないのである。一人の人格の諸法益をその推定された最善へと積み換えようとすることを企てる行為者の行為が問題となる場合、同意、推定的同意、あるいは——潜在的には同意能力を有する主体がそこにいない、もしくはもはやいない場合（例えば、新生児、重度の認知症患者、

ゝろか正当化攻撃的緊急避難を「推定的同意の特殊形態」と解釈するまでに至っている。——もっとも、イワンゴフ (Iwangoff) は、利益の「保険法的な」指導カテゴリーを、きわめて不明確な態様で承認のカテゴリーと混同する (Iwangoff aaO, S. 70 f., 83, 93 f., 149 参照)。相互承認関係としての法が、「承認関係、および (自己と他者の) 自己意識を保持しつづけるために」(aaO, S. 71), 少なくとも生命に対する危険の場合には、救助を要求し、そしてそれゆえに、拒絶者は、「他者からもはや承認をうけることがないので、その者独自の権利主体性を [破壊する]」(aaO, S. 83) という彼の主張は誤りである。人間が死ぬという事情は、承認論的には重要でない自然的な事実である。個別の市民の法主体性は、具体的な共同主体による承認に左右されるのではなく、全体としての法共同体によって保障されているのである。——従来の見解は、優越的利益原理 (LK-Zieschang, § 34 Rn. 1; S/S-Perron, § 34 Rn. 1; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 44; Gropp, AT, § 6 Rn. 112; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 280; Jescheck/Weigend, AT, § 33 IV 3 [S. 360 f.]; Otto, AT, § 8 Rn. 164; Rengier, AT, § 19 Rn. 1; Roxin, AT 1, § 16 Rn. 3 ——批判的な見解として, Kühn bach, Solidaritätspflichten, S. 48 ff.; Pawlik, Notstand, S. 34 ff.) か、あるいは連帯思想 (HK-GS-Duttge, § 34 Rn. 1; Lackner/Kühl, § 34 Rn. 1; Kühl, AT, § 8 Rn. 9 f.; MK-Erb, § 34 Rn. 6; NK-Neumann, § 34 Rn. 9; SK-Günther, § 34 Rn. 11; Frister, AT, § 17 Rn. 1; Krey/Esser, AT, Rn. 580 ——この基礎づけ形象の補充の必要性については上述 S. 190 ff.) のいずれかに依拠する。

568) 詳細については, Pawlik, Notstand, S. 121 ff. ——同旨の見解として, Haas, Kausalität, S. 260 ff.; Jakobs, System, S. 48 f.; ders., Norm, S. 85.

昏睡状態に陥っている患者の場合) ——何が生きるに値する生命をなすかに関する、支配的な社会的確信のルールが基準である⁵⁶⁹⁾。死のうとする者の決定が後づけ可能な理由に基づいている限りで、刑法216条の同意の制限をあまりにも厳格であると考え、このような規定を適用しようとしなない者は、正当化緊急避難を経由する価値論的に適切でない道を進むべきではなく⁵⁷⁰⁾、——実質的に十分根拠づけられた——構成要件の目的論的縮減を推し進めることを率直に述べるべきであろう⁵⁷¹⁾。

ここで取り込まれた管轄論的な、介入の名宛人の立場の固定化からは、それをこえて、「フリーハンドの (freihändig)」緊急避難による介入に対する国家的・制度的なコンフリクトの解決のメカニズムの厳格な優位性が導かれる。法共同体のアド・ホックな代表者としての市民が、緊急避難によって対象とされてもよいのは、それによってその正規の代表者である国家公務員に関する法律上の行動プログラムが潜脱されない場合だけである⁵⁷²⁾。

結局のところ、正当化緊急避難と不救助罪との管轄論的な対応関係⁵⁷³⁾を考慮するこ

569) 同旨の見解として、HK-GS-Duttge, § 34 Rn. 9; MK-Erb, § 34 Rn. 30, 32; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 54; Mitsch, Rechtfertigung, S. 419; Jakobs, AT, 13/34, 15/16; Kindhäuser, AT, § 17 Rn. 33; Köhler, AT, S. 294; Maurach/Zipf, AT 1, § 27 Rn. 28; Renzikowski, Notstand, S. 65; Thiel, Konkurrenz, S. 95 f.; Aselmann/Krack, Jura 1999, 258; Engländer, GA 2010, 17 ff.; Schroth, JuS 1992, 478. ——反対説は、緊急避難原理の少なくとも補充的な援用可能性を支持する。Lackner/Kühl, § 34 Rn. 4; LK-Zieschang, § 34 Rn. 59; SK-Günther, § 34 Rn. 61; S/S-Perron, § 34 Rn. 8a; Freund, AT, § 3 Rn. 50; Kühl, AT, § 8 Rn. 34; Otto, AT, § 8 Rn. 183; Rengier, AT, § 19 Rn. 44; Roxin, AT 1, § 16 Rn. 102; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 9 Rn. 104; Wessels/Beulke, AT, Rn. 322; E. Fischer, Recht, S. 254, 261.

570) 上述 S. 233 Fn. 488 で挙げた諸文献を参照。——この見解の主唱者の一人であるノイマンは、刑法34条の依拠は、単に刑法216条の頑なな規定によってせざるをえなかった「応急処置」であるとするを明確に認めている (NK-Neumann, § 34 Rn. 37)。

571) それについての詳細は、上述 S. 232 f.

572) HK-GS-Duttge, § 34 Rn. 23; MK-Erb, § 34 Rn. 176 ff.; SSW-Rosenau, § 34 Rn. 4; Jakobs, AT, 13/36 ff.; ders., System, S. 49; Kühl, AT, § 8 Rn. 175 ff. ——個別の点については、Pawlik, Notstand, S. 218 ff.

573) 両者の規定の価値論的な対応性を強調する同様の見解として、MK-Erb, § 34 Rn. 6; NK-Neumann, § 34 Rn. 9; Hruschka, AT, S. 91 ff.; ders., JuS 1979, 385 ff.; Köhler, AT, S. 285; Haubrich, Hilfeleistung, S. 41 f.; Kühnbach, ↗

とは、そのつどの救助の期待の範囲を相互に適応させることをも意味する⁵⁷⁴⁾。それゆえに、単なる軽微な危険は、はじめから正当化緊急避難の適用領域から除外するという従来の見解に反して⁵⁷⁵⁾、介入への動機を与える緊急状況は、刑法323条cの意味における「事故 (Unglücksfall)」と同様の重大さを有していなければならない。すなわち、差し迫っている害が著しいものでなければならない。つまり危難に遭遇した者は、もし害が発生すれば、自らの生活遂行の明らかな変更を強いられるものでなければならない⁵⁷⁶⁾。しかしながら、とりわけ救助義務者と異なる緊急救助義務者には、単にきわめて限定された、回復可能な毀損の甘受が要求されてよい⁵⁷⁷⁾。これに対して、彼に自らのライフプランを顕著な形で変更することを強いるであろう損失は、緊急避難義務

↳ Solidaritätspflichten, S. 95, 117; *Lenckner*, Notstand, S. 49 f.; *Lippold*, Rechtslehre, S. 355; *Engländer*, 2. FS Roxin, S. 660; *Seelmann*, Solidaritätspflichten, S. 295 f.

574) 同旨の見解として、*Köhler*, AT, S. 285; *Engländer*, 2. FS Roxin, S. 660; *Joerden*, System, S. 59 f. — 刑法323条cと比較して、攻撃緊急避難における介入領域を拡張して規定することに賛成するのは、*Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 237. — 他の事情が同じであれば (*ceteris paribus*), 刑法323条cが他者による介入の受忍義務に代わりに積極的な救助義務を基礎づけているからといって、刑法323条cの負担の程度が緊急避難規定の負担のそれよりも大きいわけではないことが、*Pawlik*, Notstand, S. 154 ff. において示されている。

575) *LK-Hirsch*¹¹, § 34 Rn. 76; *SK-Günther*, § 34 Rn. 18; *S/S-Perron*, § 34 Rn. 40; *Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 91; *Arzt*, FS Rehberg, S. 36 ff.; *Lenckner*, GA 1985, 312.

576) 同旨の見解として、*Frisch*, FS Puppe, S. 440. — よりいっそう制限的な見解として (生死にかかわる、重大な緊急状況が問題とならなければならないとする) *Köhler*, AT, 285, 288. — 本書の立場について、詳細は *Pawlik*, Notstand, S. 160 ff., 162 ff.

577) 同旨の見解として *Köhler*, AT, S. 285, 288, 290; *Frisch*, FS Puppe, S. 440; *Jakobs*, System, S. 47 f.; *ders.*, Rechtszwang, S. 19. — 詳細については *Pawlik*, Notstand, S. 255 ff., 258 ff. — これに対して、従来の見解によれば、通常は (重大な) 身体的介入の場合にはじめて、緊急避難義務者の絶対的な犠牲の限界に達するとされる (*MK-Erb*, § 34 Rn. 114; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 17 Rn. 79; *Frister*, AT, § 17 Rn. 15; *Gropp*, AT, § 6 Rn. 144; *Kindhäuser*, AT, § 10 Rn. 31; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 112; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 231)。イワングフ (*Iwangoff*, Duldungspflichten, S. 129, 150) は、それどころか「あらゆる個別の権利主体に、法秩序によって認められた最小限のもの、すなわち人間の尊厳」の場合にはじめて線引きする。

者に賦課されてはならない⁵⁷⁸⁾。もっとも、自らの生活形成のためのその義務者の自由は、その者に自らの行為可能性が本質的に保たれたままであるという点に尽きるわけではない。そのような自由は、その義務者にふさわしい生活構想の主体としての尊重を受けることをも前提とする。その尊重に本質的に属するのは、緊急避難義務を負う者の扱いにおいて、その者の身体的な領域の象徴的な自由の価値が適切に考慮されることである⁵⁷⁹⁾。人間の身体は、顕著な形で自由の象徴、自由を外的に代表するものとみなされている⁵⁸⁰⁾。身体は、その意義と傷つきやすさゆえに、特別なタブー領域に囲まれている⁵⁸¹⁾。この象徴的な身体の「付加価値 (Mehrwert)」は、介入を——例えば強制的に行われる採血の場合におけるのと同様に⁵⁸²⁾——財の喪失それ自体が特に重大なものではない場合でも許されないとすることができる⁵⁸³⁾。

もっとも、このことは、より重要な被害者が、無関係の市民から類型的に排除されるであろうということの意味しない。単に、この種の場合は、これまで問題とされてきた

578) さらに、刑法323条cの救助義務者と同様に緊急避難による介入の相手方には、法共同体に対する補償請求が認められなければならない(同旨の見解として *Haas*, *Kausalität*, S. 262; *Jakobs*, *System*, S. 47 f.)。

579) *Pawlik*, *Notstand*, S. 261 ff.

580) *Borsche*, *Rechtszeichen*, S. 256.

581) このような思考は、刑法解釈学ではかなり以前から知られている。例えば、刑法242条の枠内で、象徴的に強化された身体的領域の不可侵性は、「所持の飛び地 (Gewahrsamsenkclave)」というキーワードの下で考慮されている(基礎的な見解として、*Welzel*, GA 1960, 257 ff.; *Wimmer*, NJW 1962, 611 ff.; 現在の文献からは、例えば *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn. 43; *SK-Hoyer*, § 242 Rn. 28)。

582) この事例は、*Gallas*, *Ndschr.* Bd. 2, 151, Bd. 12, 164 による。

583) このような介入は許されないとするのは、*Begründung E* 1962, S. 160; *MK-Erb*, § 34 Rn. 184; *NK-Neumann*, § 34 Rn. 118; *SK-Günther*, § 34 Rn. 51; *S/S-Perron*, § 34 Rn. 41e, 47; *Gropp*, AT, § 6 Rn. 144; *B. Heinrich*, AT 1, Rn. 427; *Hruschka*, *Strafrecht*, S. 145; *Jakobs*, AT, 13/25; *Jescheck/Weigend*, AT, § 33 IV 3 d (S. 364); *Kindhäuser*, AT, § 17 Rn. 31; *Köhler*, AT, S. 291; *Krey/Esser*, AT, Rn. 611; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 27 Rn. 43; *Otto*, AT, § 8 Rn. 185; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 Rn. 112; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 320。——異なる見解として、*HK-GS-Duttge*, § 34 Rn. 23; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rn. 79; *Mitsch*, *Rechtfertigung*, S. 88; *Frister*, AT, § 17 Rn. 15; *Haft*, AT, S. 99; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 171 ff.; *ders.*, FS *Otto*, S. 78; *Roxin*, AT 1, § 16 Rn. 49。——もっとも、通常述べられている賛成の論拠と反対の論拠はあまり説得的ではない。それについては *Pawlik*, *Notstand*, S. 251 ff.

緊急避難モデル、つまり一般に認められている法秩序内部での個別のリスクと損失の分配を扱うモデルにおいて取り扱われるということの意味するにすぎない。政治的共同体の存亡の危機においては、異なるルールが妥当する。ここでは、それどころか、市民に、自らの生命の犠牲が要求されてもよいという諸状況さえ考えることができる。例えば、基本法20条4項に基づく緊急避難措置、または連邦の領土へと足を踏み入れた敵対者に対する軍事的な防衛措置の枠内でのコラテラル・ダメージが考えられるのである⁵⁸⁴⁾。このような場合においては、自由性が現に存在している状態の保持に協力するという市民の一般的な義務——通常の状態では、いわば小銭で取り立てられるにすぎない義務——は、その完全に実存に関わる重要性を含んでいる。

このことをルソーよりも鋭く際立たせた政治哲学者はいない。自分自身を、ルソーの意味における自由な存在として理解する人間は、自らの政治的共同体の存立および繁栄

584) 詳細については、*Pawlik*, JZ 2004, 1052 ff.; 一律に拒絶する見解として、*Roxin*, AöR 59 (2011), 19. ——テロによる襲撃の防衛に、別のことは、原理的には、何も妥当しえない。そうでなければ、行為者は、まさにその者によって蔑ろにされる法治国家原理を、攻撃された公的団体から、あらゆる防衛可能性、あるいは緩和可能性すらも取り上げ、そしてまさにそれによって住民を特に厳しく害するために用いることになってしまうだろう。(同旨の見解として、*Depenheuer*, Selbstbehauptung, S. 75 ff.; *Enders*, Würde, S. 140 f.; *Gramm*, DVBl 2006, 660; *Hase*, DÖV 2006, 218; *Hirsch*, FS Küper, S. 169 ff.; *Isensee*, FS Jakobs, S. 219 ff.; *Küper*, Vergeltung, S. 26)。連邦憲法裁判所は、航空安全法に対する判決において、自らの生命の献身に対する個別の市民の義務を、少なくとも「法的に把握された公的団体を、その団体の崩壊および破壊を目標とする攻撃から守る場合には」考えうると判断している (BVerfGE 115, 118 [159]; そのような義務について、原則的に同様の見解として、*Hartleb*, NJW 2005, 1400 f., *Rettenmaier*, VR 2006, 113 及び *Schenke*, NJW 2006, 738)。もっとも、どのようにして、このことが、裁判所によってあらかじめ (aaO, 151 ff.) 力強い言葉で主張されている人間の尊厳違反性と航空安全法14条第3項に含まれている墜落権限とが両立しうるといわれているのかを、裁判所は、未解決のままにしている (*Gramm* aaO, 658 および *Isensee* aaO, S. 224 も、このことを同様に非難している)。首尾一貫して考えると、連邦憲法裁判所の構想は、そのつどの状況のあらかじめ与えられたものに依拠する、人間の尊厳の保障の分裂という結果を招く。しかしながら、それによって、「裁判所は、つい先ほど救い出そうとした尊厳要求の相対化のための重要な一歩を踏み出すこととなろう」(*Gramm* aaO, 658)。その限りで、連邦憲法裁判所の説明は、諸問題の排除が何の効果もないことの一例である。——排除されたものは、別の場所で再び姿を現し、しかもたいていの場合、さらにはるかに貧相な形で姿を現すのである。

に対する自らの共同答責を認める。彼がこの共同体の生死にかかわる危険に際して、やむをえないときには自らの生命をもって危険を肩代わりすることが必要である。「自らの生命を、他の生命を犠牲にして維持しようとする者は、必要とあらば、同様に他の生命のために自らの生命を投げ出さなければならない」のであり、そのことは、社会契約 (Contrat Social) において述べられているのである⁵⁸⁵⁾。ルソーの結論は、彼の共和制の強調を疑問視する態度をとる者であっても肯定することができる⁵⁸⁶⁾。相互に責任を負うというあらゆる法仲間の義務——イーゼンゼー (Isensee) によれば、国家的統一の第一の根源 (primum principium)⁵⁸⁷⁾ ——は、ルソーの場合よりもはるかに悪い態様ですら、公正の思想 (Fairneßgedanken)⁵⁸⁸⁾ の援用によって基礎づけられうるのである。この論拠の内容は、個々の市民は、これまで自由な国家の給付によって利益を得たのであるから、市民に、その者の側でも「自由の国家を組織化し、そして維持する」義務が課せられるというものである⁵⁸⁹⁾。市民が、一般になお、何が市民という存在を意味するのかを知っている限りで、最大の危機ではないときでさえも、決して、市民は、法から転がり落ちることはないのである。これに対して、市民が、自己意識を有する経済人 (homo oeconomicus) として、「自らの死によって祖国の安寧を保つこと」を⁵⁹⁰⁾、そのことによって、自らの同胞たる市民だけが利益を得ることができにすぎず、自分自身は利益を得ることができないのであるから⁵⁹¹⁾、「愚かである」と見なす場合には、もはや市民の脱人格化しか苦境に置かれた国家に残っていないのである⁵⁹²⁾。しかしながら、それは、よりふさわしい解決なのであろうか。

(山本和輝 訳)

585) *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag, II/5, S. 37.

586) ルソーに対する批判については、*Pawlik*, Staat 38 (1999), 30 ff.; *dens.*, „Selbstgesetzgebung“, S. 116 ff. 参照。

587) *Isensee*, HdbStR, Bd. I, § 13 Rn. 112.

588) *Rawls*, Theorie, S. 133.

589) *Hofmann*, BdbStR, Bd. V, 1992, § 114 Rn. 36. ——同旨の見解として、*Enders*, Unantastbarkeit, S. 84 f.

590) もっとも、ライプニッツ (*Leibniz*, Schriften, S. 91) は、自らの論述のさらなる過程で、このような考え方から離れている。

591) 例えば、そのような立場をとるのは、*Merkel*, JZ 2007, 375.

592) 実際に、航空安全法14条第3項の事案に対してそのように述べるのは、*Jakobs*, System, S. 50 f.; *ders.*, Rechtszwang, S. 28; *ders.*, FS Krey, S. 208 Fn. 1, 217 f.; *Merkel*, Die Zeit v. 8. 7. 2004, 34.

第3章 刑法的協働義務の違反

「汝の協働義務を履行せよ！」——このような要求を刑法は個々の市民に突きつける。このような第一章で展開した公式の崇高な一般性が、第二章で管轄の基礎づけの諸形象に基づいて具体化されえた。管轄構成要件は、一般的な協働要求に具体的な内容を与えることを可能とする。すなわち「管轄に違反した行為を行うな！」とである。もっとも、それにより一般的犯罪論の仕事はまだ終了していない。行為規範を定立することと、このような行為規範が違反されたものと見なされる条件を挙げることは別のことである。行為規範は、それだけで、どのような条件の下である者がそれにより義務づけられるのかについて情報を与えることはできない。つまりそれはこのような場合自己を参照しなければならないであろう¹⁾。例えば、責任能力（本書での用語法では帰属能力 [Zurechnungsfähigkeit]）の欠如は、行為者を名宛人とする行為規範の規制内容に関しては重要ではない。すなわち「行為者が一般的な行為命令を遵守しようとするかどうかという問題に関連してその行為者自身の責任能力について多弁を弄することは行為者の問題ではない。」²⁾ 錯誤の効果に関する規制についても同様の状態である。つまり行為規範は、どのような行為が行われるべきでないかについては述べるが、しかし、このような義務の不知がどのような範囲で行為者を免責することが出来るかについては何も述べない³⁾。かくして、一般的犯罪論は、行為規範を第二グループの規則により補充することを避けて通れないのであるが、このグループは、法適用者、とりわけ裁判官に、どのような条件の下で市民に一定の事態が行為規範違反として帰属されるのかについての情報を与えるのである⁴⁾。このような規則のグループが本章の対象を成す。

1) *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 29, 39, 65; *Vogel*, Norm, S. 41, 62; *Eser*, FS *Lenckner*, S. 50.

2) *Rödig*, FS *Lange*, S. 58.

3) *Rödig*, FS *Lange*, S. 58.

4) 基本となるのは、*Hruschka*, *Rechtstheorie* 22 (1991), 450 ff. — 同旨 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 13, 29 f.; *ders.*, *JRE* 2 (1994), 340 f.; *ders.*, GA 1994, 200 f.; *ders.*, *Logik*, S. 79 ff.; *ders.*, *Strafe*, S. 30; *ders.*, FS *Eser*, S. 349; *ders.*, GA 2007, 450; *ders.*, GA 2010, 493; *Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 227; *Mañalich*, *Nötigung*, S. 75 f.; *Renzikowski*, *Täterbegriff*, S. 23; *Toepel*, *Kausalität*, S. 19 f.; *Vogel*, Norm, S. 57, 61 f., 304; *Dehne-Niemann*, GA 2012, 97; *Joerden*, 2. FS *Roxin*, S. 599; *Perron*, *Stellung*, S. 75 f.; *Rödig*, FS *Lange*, S. 56 f.; *Tiedemann*, FS *Baumann*, S. 17, 19 f. (尤も彼は、帰属規範と行為規範の区別を——その点で)

帰属という概念が何を意味するかについて、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) ほど簡潔明確に述べた者はいない。「規範に基づいて行われた、存在構成要件 (Seinstatbestand) と主体との間の結合が帰属である」と、その初期の著作である『国法論の主要問題』でケルゼンの定義は述べている⁵⁾。したがって、帰属概念は、(少なくとも) 三つの項から成る関係概念を成す。すなわち、帰属主体が一定の事態と特殊なやり方で結び付けられ、そのためには、結合規則が、それゆえ、規範が必要となる⁶⁾。刑法的議論の前面に出ているのは、伝統的に最後に挙げた二つの要素である。つまり何が帰属され、どのような基準により帰属されるのか?⁷⁾である。行為規範と同じように帰属規範も内部的な分類を必要とする。伝統的な刑法解釈論は、この目的のためにほぼ一世紀の間不法と責任の間の区別を用いている。本書の構想は、このような誤って考えられた「犯罪論の主要点」⁸⁾からは解放されている。それは、二つの独立した評価段階と帰属段階に代えて、刑事不法 (Kriminalunrecht) という統一的な概念を置く。これによると、一つの犯罪論的に重要な義務のみが存在し——管轄に違反した行為を行うな!——、それに応じてまた一つの体系的に注目すべき帰属検討のみが存在する。つまり個々の市民がこの義務に帰属可能的に違反したか (A.)? である。

↘本書とは異なるが——刑法の総論と各論の区別と同置している)。——哲学的側面からは、*Höffe*, Verantwortung, S. 16; *Seebaß*, FS Mittelstraß, S. 361.

5) *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 72; 同旨 *ders.*, Grenzen, S. 49. ——これに対し、彼の後期の著作において、ケルゼンは、帰属概念を構成要件と (不) 法効果、つまり制裁との結合に適用している。構成要件の人格への帰属を彼は今度は「負責」(Zuschreibung) と呼ぶ (より詳しくは *Renzikowski*, Begriff, S. 254 ff.; *Heidemann*, Begriff, S. 17 ff.; *Paulson*, AöR 124 [1999], 655 f.).

6) 非常に類似するものとして、既に *Tittmann*, Handbuch, § 92 (S. 224). ——今日の文献の中では、*Jakobs*, System, S. 15 f.; *Schuhr*, Rechtsdogmatik, S. 207; *Gläser*, Zurechnung, S. 29; *Lippold*, Rechtslehre, S. 201; *Joerden*, Abweichungen, S. 307; *Stübinger*, RW 2011, 154. ——これと、答責性 (Verantwortlichkeit) という概念の哲学的分析は、本質的に一致する。例えば、*Heidbrink*, Grenzen, S. 252; *Höffe*, Moral, S. 23; *Lenk/Maring*, Verantwortung, S. 247; *Maring*, Verantwortung, S. 14; *Ropohl*, EuS 5 (1994), 111 ff.; *ders.*, Wege, S. 155 ff.; *Werner*, Art. „Verantwortung“, S. 522 参照。

7) *Koriath*, Grundlagen, S. 98; *Sinn*, Straffreistellung, S. 228. ——いわゆる自然人と並んで、法人も刑法的帰属の主体として考慮されるかに関する最近の議論については、*S/S-Heine*, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 118 ff.

8) *Jescheck/Weigend*, AT, § 39 I 1 (S. 425).

この意味で帰属可能的・管轄違反的に振る舞っているのは、彼に対し管轄から生じる行為義務を、法共同体がその成員に期待する程度の努力を示していたならば、それを履行し得たであろうにも拘わらず、履行しないままにする者である。これがあてはまるのは、行為者に帰属能力があり、行為義務の内容を認識し、それを履行することが彼に期待可能であった場合である。それゆえ、帰属の中断は、帰属無能力の場合を度外視すると、義務適合的態度の内部的あるいは外部的阻害要因が、それに屈している事情が行為者の法的忠誠が疑われないほど重大であるような、比較的稀な状況においてのみ正当化されうる（B.）。

このような事例のどれも存在しない場合、当該の者が刑事不法を実現したことは確定している。もっとも、あらゆる法的忠誠の欠落が同じ重要性を持つわけではない。法共同体の協力要求に対する行為者の拒絶が強ければ強い程、彼の義務違反はそれだけ重大となる。犯罪者の法敵対的な態度がはっきり現れている行為は、他の事情が同じであれば（*ceteris paribus*）、単なる「法律に対する友好性の欠如」⁹⁾を認識させる行為よりも重大である（C.）。

A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法

I. 刑事不法の概念と帰属論の機能

ヴェルツェルの言によると、犯罪を構成要件該当性、違法性、責任の三つの要素に分解することは、「最近の二世代から三世代における最も重要な解釈論的進歩」を成す¹⁰⁾。すなわち、「犯罪を三つの異なった、前後して構成する判断段階、評価段階へと分解することは、法適用に高度の合理性と確実性をもたらし、それに加えて評価段階の分化によって正当な結論を可能とする。したがって、このような分化を実行する法システムは、それが存在しないものに優越するのである。」¹¹⁾

ドイツの刑法学およびドイツに影響を受けた刑法学においては、責任から独立した不法という犯罪カテゴリーが依然として広範な承認を享受している。最近においてもなお、不法と責任の区別は、「規範システムにおける正義の命令自体」を客観化しているがゆえに¹²⁾、「我々の時代の水準にある他の全ての刑法解釈論にとっても模範」とな

9) *Grolman*, Begriffe, S. 28.

10) *Welzel*, JuS 1966, 421.

11) *Welzel*, JuS 1966, 421.

12) *Merkel*, ZStW 114 (2002), 439.

る¹³⁾ ような解釈論的認識に数えられたのである。つまり、その放棄は、一世紀以上の逆戻りを意味するのであろう¹⁴⁾。しかし、このような区別はどれほど本当にしっかり基礎づけられているのか？ この問題をより詳しく追求するならば、驚くだろう。それ以外のあらゆる些細な詳細問題がありがたく思っている研究者を見いだしている今日の文献は、一般にその問題には触れない。確かに、不法と責任の区分を構想として処理しようとする、最近の一連の研究者がいる。これに対して、区別の正当さは暗黙のうちに前提とされているのである。これは、不法——責任の区別が、比較的古い文献において——リストやヴェルツェル、イエーリングやメツガーにおいて——その問題をもう一度取り上げること余計なこととするほどに議論の余地なく基礎づけられていたならば、害はないであろう。しかし、このことも当てはまらない (II.)。

したがって、責任から独立した不法という一般的な犯罪カテゴリーは、もしかすると維持しえないのではないか？ これは決して新たな推測ではない。むしろそれは、19世紀や20世紀初期の刑法学上の文献に、メルケルからビンディングに至るまで多くの有名な主張者を見いだす。ここ数年、新たに批判的な見解が増大している¹⁵⁾。協働義務違

13) *Schünemann*, 1. FS *Roxin*, S. 12; 類似するのは, *Bacigalupo* (FS *Eser*, S. 74): 「あらゆる現代的刑法解釈論の本来の出発点」。——これに対して, ヘルマート (*Helmert*, *Straftatbegriff*, S. 260) は, 広範な比較刑法的分析に基づいて不法——責任の区別の過剰に対し警告している。シューネマン自身も, 以前の業績においてはより一層控えめな発言を行っていた。すなわち, 不法と責任の分離は, 「永久に不動のものとして確定した教義ではなく, 基礎の適切性と概念経済性の命令に服する一つの体系化提案に過ぎず, 繰り返しそのときどきの刑法の新しい像に適合させられなければならない」としていた (*Schünemann*, FS *Schaffstein*, S. 168)。

14) *De Figueiredo Dias*, *Resultate*, S. 362.

15) 以下のもの参照。AK-*Schild*, Vor § 13 Rn. 64 ff.; *Freund*, AT, § 3 Rn. 39; *Frisch*, *Vorsatz*, S. 502; *González-Rivero*, *Zurechnung*, S. 63 f., 73, 121, 129 ff.; *Grünwald*, *Tötungsdelikt*, S. 209 f.; *Hoyer*, *Strafrechtsdogmatik*, S. 83 ff., 88, 100 ff.; *Jakobs*, *System*, S. 16 Fn. 13, 23 f., 60; *ders.*, *Handlungsbegriff*, S. 44; *ders.*, ZStW 107 (1995), 864; *ders.*, FS *Schreiber*, S. 956; *ders.*, FS *Krey*, S. 214; *ders.*, RW 2010, 303; *Koriath*, *Grundlagen*, S. 254 ff., 328 f.; *Kremer-Bax*, *Verhaltensunrecht*, S. 187; *Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 1 ff., 198, 210 ff., 224; *ders.*, JA 2002, 602 ff., 608 ff.; *von der Linde*, *Rechtfertigung*, 5. 137 ff.; *Sinn*, *Straffreistellung*, S. 244 ff., 271 ff., 287, 294; *ders.*, FS *Gießen*, S. 325 ff.; *Voßgätter*, *Handlungslehren*, S. 168 ff., 189; *T. Walter*, *Kern*, S. 80 ff., 116 f.; *Renzikowski*, *Normentheorie*, S. 133 ff.; *Rödig*, FS *Lange*, S. 39 ff.; *Tiedemann*, FS *Lenckner*, S. 423 f.; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 235.

反の概念に合わせた犯罪理解には、実際には、伝統的な不法と責任の区別を刑事不法——市民の不法——という統一的・包括的概念に置き換えることが対応する。これによると、刑事不法を実行するとは、自由 (Freiheitlichkeit) の状態の維持に協働するという義務に違反することを意味する。協働義務は、その内容的輪郭を管轄論から獲得するのであるから、この見解はより正確には以下のようにも表現できる。すなわち、市民が刑事不法を実現しているのは、他人の利益に対する彼の管轄に基づいて彼に課せられる行為義務の履行に対して法共同体が期待する努力を彼が意図していないことを彼の行為が明らかにする場合である (Ⅲ.)。

どのような条件の下で一定の事態——上述のところでは一括して「行為 (Verhalten)」と呼ばれている——が、市民に刑法的に重要な不法としてその責に帰せられうるか¹⁶⁾という問題が帰属論の対象を成す。フォン・アルメンディンゲンの言によると、刑法の学問においては帰属論より厄介な教義は存在しない¹⁷⁾。つまり、その理論には、市民の抽象的な管轄をどの範囲までこの者に対する具体的な負担として濃縮するかという判定を行うことが責務となる。その際、伝統的理解によると被訴追者に対する責任非難の根拠について決定する基準が優先的に使用される。すなわち、彼に帰属能力があったか、彼は彼の行為の不法を認識しえたか、彼には規範適合的な行為が期待可能であったか？である。もっともこれらの基準の体系的な位置は変化してきた。それらは、従来の見解によると、「責任 (Schuld)」という表題の下で行為者に既に前もって「不法」の責を帰せられた事態の一身的非難可能性を基礎づける一方で、本書での理解によると、まず最初に行為者に対し彼の行為を刑法的に重要な不法として帰属させることを可能とする。それによって、帰属論は、——ヘーゲル学派に至るまでの——比較的古い文献ではそれに与えられてきた統一性を取り戻すのである。管轄基礎づけの一般的な諸形象に関する学説と並んで、そのように理解された帰属論が一般的犯罪論の第二の支柱を成すのである (Ⅳ.)。

Ⅱ. 基本的なシステムカテゴリーとしての不法と責任か？

1. 当為 (Sollen) と可能 (Können)

ドイツ語圏の刑法学における不法——責任の区別の凱進行進はリストの犯罪論に遡

16) *Berner* (Grundlinien, S. 39) 参照。帰属とは、「何か客観的なものを主体の責に帰すること」を意味するとする。

17) *v. Almendingen*, Darstellung, S. 27.

る¹⁸⁾。これによると、不法は純粹に客觀的に理解されるべきであった。つまり、法秩序の命令あるいは禁止に反する、行為者の外界に対する任意の態度としてである¹⁹⁾。次いで責任という表題の下で「行為と行為者の間の主觀的關係」が扱われた²⁰⁾。そこから、二つの犯罪段階の間の限界づけが生じたのであり、それは、ヴェルツェルの判断によると、「適切で事實に即したものとしてほとんど自ずと明らかになるほど」、「明白で、単純である」²¹⁾ように思われた。リスト自身それに有名な公式を纏わせたのであり、それによると、「違法性のメルクマールには [……] 行為についての無価値判断が存し、有責性 (Schuldhaftigkeit) のメルクマールには行為者についての無価値判断が存するのである」²²⁾。

「しかし、このような犯罪構成はまさにうまく機能する機械ではないことが明らかとなった。決定的なことが見逃されていたのである。すなわち、犯罪は明確に限界づけられうる個別的要素を累積的に積み上げたもの以上のものである。」²³⁾ 19世紀から20世紀への変わり目より新カント主義の影響の下で生じた、純粹に形式的な解釈論から実質的な(目的論的な)、つまり価値や目的という指導概念を志向した解釈論への移行は、リストの説明から基礎づけの基盤を奪い去った。不法と責任の区別が維持されるべきであるならば、これら二つの複合物のそれぞれにそれぞれ独立した実質的な指導思想が割り当てられなければならなかった²⁴⁾。ヘーグラーは、社会侵害性と非難可能性の対比にその解決を見いだした。すなわち、不法に属するのは、社会的利益を害する行為の性質に影響を与えるものであり、責任に属するのは、一定の行為者に対する行為の非難可能性を基礎づけるものであるとである²⁵⁾。そのように規範化された責任概念が支配する下では、被訴追者のその行為との関係が実際にどのようなようであったかはもはや問題とならず、それはどのようなべきであったかが問題であった。それにより、責任判断は客

18) この区別はルーデン (*Luden*, *Abhandlungen*, Bd. II, S. 110) においてすでに示されており、彼の体系性はシュレーダー (*Schroeder*, *Beiträge*, S. 111) の判断によると、「歴史的発展における漂石 (erratischer Block) のように [存在している]」。

19) *Liszt*, *Lehrbuch*, S. 110 f.

20) *Liszt*, *Lehrbuch*, S. 151.

21) *Welzel*, *JuS* 1966, 422.

22) *Liszt*, *Lehrbuch*, S. 111.

23) *Gössel*, *FS Bengl*, S. 24.

24) *Achenbach*, *Grundlagen*, S. 104.

25) *Hegler*, *ZStW* 36 (1915), 28 ff., 184 ff.

観化された²⁶⁾。つまり、行為者には、彼的意思形成と意思実現が当該規範において前提とされた標準人 (Maßstabsperson) の意思形成と意思実現に一致しなかったという非難が加えられたのである²⁷⁾。「それにより行為者自身については何も述べられていないのである」²⁸⁾。

次に、人的不法論によって、新カント派によってまだ維持されていた不法概念の客観化も、基盤を奪われた。その学説の創設者であるヴェルツェルの言葉によると、不法は、「行為者人格から内容的に引きはがされた結果惹起 (法益侵害)」に尽きない。むしろ行為は、「一定の行為者の仕業としてのみ」違法であるとする²⁹⁾。これによると、古典的な体系に一致するように責任判断が初めて純粋な行為者関連性を示すのではなく、違法性判断がすでにそれを示すのである。それによって、人的不法論は、リストによると「見事な (sauber)」とされる「不法と責任の間の限界づけ」が完全に解消されるということに至った³⁰⁾。それゆえ、今日の刑法学は、リストの体系から引き継いだ不法と責任の間の区別に新たな様式 (Fassung) を与えなければならない。決定的な問いは、それに成功するか? である。

ヴェルツェル以来支配的であるのは、評価基準の分割である。まず最初に、それに基づいて行為者の行為が評価される当為が——不法の段階で——その具体的な可能とは無関係に規定される。第二の段階において初めて——責任の段階で——このような具体的可能を検討に含められる。「違法性が、行為者が法の要求におよそ従い得たかということ」を顧慮せずに、行為が法に従うとそうあるべきであったようなものではないという内容の単純な無価値判断であるならば、責任という無価値判断は、さらにそれを超えるものであって、行為者に、彼が適法に行為し得たであろうにもかかわらず、正しく行為しなかったという人格的非難を加えるのである。³¹⁾ それゆえ、行為者は、(消極的観点

26) *Haft*, AT, S. 118 f.; *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 866; *Lesch*, JA 2002, 605; *Perron*, Rechtfertigung, S. 60 f.

27) このような立場の今日の主張者は、SK-Rudolphi, Vor § 19 Rn. 1; S/S-Lenckner/Eisele, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 110; *Ebert*, AT, S. 95; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 557; *Jescheck/Weigend*, AT, § 37 I 2 b (S. 411); § 39 III (S. 427 ff.); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 36 Rn. 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 4.

28) *Engisch*, MSchrKrim 23 (1932), 422.

29) *Welzel*, Strafrecht, S. 62.

30) このことを嘆くのは、たとえば、*Württemberg*, Situation, S. 52.

31) *Welzel*, Bild, S. 28. —以前同旨であったのはすでに、*v. Weber*, Aufbau, S. 11.

で) 法秩序が一般に彼の状況にある全ての者に要求するところと異なる態度をとる場合既に不法を実現していることになる。人格的欠陥に基づいて行為の時点で個人的に法秩序の要求を満足させることが彼にとって可能でない場合、彼は責任なく行為しているとする³²⁾。

32) SK-Günther, Vor § 32 Rn. 9. —類似するのは, I.K-Hirsch¹¹, Vor § 32 Rn. 182; ders., ZStW 94 (1982), 267, 277; ders., FS Otto, S. 319 f., 326 ff.; S/S-Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 12; SSW-Kudlich, Vor §§ 13 ff. Rn. 4, 72; Jescheck/Weigend, AT, § 39 I 1 (S. 425); Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 43 Rn. 2 ff.; Gössel, FS Bengl, S. 29; Wessels/Beulke, AT, Rn. 394; Donatsch, Sorgfaltsbemessung, S. 36; Hörnle, Unwerturteil, S. 117 f.; Kelker, Legitimität, S. 395; Köhler, Fahrlässigkeit, S. 333; Reyes, ZStW 105 (1993), 120 f.; E. A. Wolff, Handlungsbegriff, S. 31 ff.; ders., GS Radbruch, S. 298 ff. —批判的であるのは, Hassemer, Rechtfertigung, S. 201 ff. —このような区別の良く知られた適用事例を提供するのが, 支配的な過失解釈論により支持された注意義務違反の二段階の検討である。すなわち, 不法構成要件の内部で客観的に必要とされる注意を払わないことが確認されるべきである一方で, 責任の領域では, 行為者が個人的な可能性の基準に従って客観的な注意要求を履行する能力があったかが検討されなければならないとする(指針となるのは, Engisch, MSchrKrim 29 [1938], 143; Welzel, Abhandlungen, S. 340; さらに Lackner/Kühl, § 15 Rn. 37, 49; Kühl, AT, § 17 Rn. 29 f.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 133 ff.; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 824, 833; Jescheck/Weigend, AT, § 54 I 3 [S. 564 f.]; Köhler, AT, S. 184; Krey/Esner, AT, Rn. 1339 ff.; Rengier, AT, § 52 Rn. 14 f.; Roxin, AT 1, § 24 Rn. 57 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 658; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 32 ff.; Donatsch, Sorgfaltsbemessung, S. 234 f.; Kaminski, Maßstab, S. 82 ff.; Herzberg, Jura 1984, 410; Hirsch, ZStW 94 [1982], 269 ff.; ders., Stellung, S. 52; ders., FS Lampe, S. 524 ff.; ders., FS Otto, S. 320; Kretschmer, Jura 2000, 272; Schünemann, FS Schaffstein, S. 162 ff.; ders., JA 1975, 513 ff.). これによると, 不法は, 「もはや個人的に回避可能な行為による決定規範の違反としてではなく, 行為者の存在状態 (Ist-Zustand) が, 客観的な評価秩序の当為状態 (Soll-Zustand) から逸脱していることとして」定義される(適切であるのは, Renzikoswki, Täterbegriff, S. 245)。反対説は, 一貫して貫徹された人的不法概念の名の下に構成要件の範囲内における一段階的個別化的検討を支持する(HK-GS-Duttge, § 15 Rn. 28 ff.; MK-Duttge, § 15 Rn. 94 ff., 104; ders., Bestimmtheit, S. 102 ff.; ders., FS Maiwald, S. 149; MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 164 f.; ders., AT, § 5 Rn. 22 ff.; ders., FS Küper, S. 69 ff.; ders., FS Maiwald, S. 213; SK-Hoyer, Anh. zu § 16 Rn. 17 ff.; SSW-Momsen, § 15 Rn. 16, 64; Frister, AT, § 12 Rn. 5 ff.; Gropp, AT, § 12 Rn. 82 ff.; Jakobs, AT, 9/5 f., 13; ders., Studien, S. 69; Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 49 ff.; ders., GA 2007, 459 ff.; ↗

さらに、不法判断と責任判断に異なった規範論的機能を割り当てることも行き渡っている。違法性判断は、「価値基準を設定する規範の役割」を受け継ぐのに対し、責任判断は、法仲間を命ぜられた行為へと動機づけるという機能を受け継ぐとする³³⁾。特別

↘ *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 110 ff.; *Gössel*, FS Bengl, S. 35 f.; *Otto*, AT, § 10 Rn. 14; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 15 Rn. 12 ff.; *Stratenwerth*, FS Jescheck, S. 285 ff.; *Burchard*, Irren, S. 240 ff.; *Castaldo*, Intelligere, S. 77 ff.; *ders.*, GA 1993, 495 ff.; *P. Frisch*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 80 ff.; *Frisch*, Straftat, S. 194; *Haas*, Kausalität, S. 91 ff.; *Helmert*, Straftatbegriff, S. 273 f.; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 59 ff.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 234 f., 239; *Moos*, FS Burgstaller, S. 114 ff.; *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 241 ff.; *Sauer*, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 57 ff., 85 ff.; *Wieseler*, Sorgfaltspflichtmaßstab, S. 163; *Weigend*, FS Gössel, S. 143). この見解に対して支配的見解は——その出発点からは意外ではないが——不法と責任の間の区別の混同を非難する(基本となるのは, *Schünemann*, FS Schaffstein, S. 162 ff.; *ders.*, JA 1975, 513, 516; 同旨 *Kaminski*, Maßstab, S. 82; *Kamps*, Arbeitsteilung, S. 64; *Kuhlen*, Fragen, S. 85 f.; *Hirsch*, ZStW 94 [1982], 269 f.). もっともこのような非難は支配的見解が、行為者の特別知識ないし特別能力をすでに不法段階で顧慮することを妨げる(*S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 138 ff.; *Hoffmann-Holland*, AT, Rn. 824; *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 I 2 b [S. 579]; *Köhler*, AT, S. 184; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1349; *Rengier*, AT, § 52 Rn. 20 f.; *Roxin*, AT 1, 5 24 Rn. 61 f.; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 670; *Kaminski*, Maßstab, S. 86 f.; *Greco*, ZStW 117 [2005], 542 f., 550; *Herzberg*, Jura 1984, 410; *Hirsch*, ZStW 94 [1982], 274; *ders.*, FS Lampe, S. 528; *Kretschmer*, Jura 2000, 272; *Murmann*, FS Herzberg, S. 125 ff. のみ参照)。したがって、支配的見解はその点でそれにより以前非難された反対説と全く同じような態度をとる(このようなやり方が体系に反していることへの適切な批判は, *HK-GS-Duttge*, § 15 Rn. 29; *Castaldo*, GA 1995, 504; *Freund*, FS Küper, S. 72; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 111, 120 f.; *Wieseler*, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 125 f.; *Struensee*, JZ 1987, 53)。

- 33) 例となるのは, *SK-Günther*, Vor § 32 Rn. 15 f.; *Bockelmann*, Aufsätze, S. 212; *Engisch*, Untersuchungen, S. 476 f.; *Furger*, Unrechtsbewußtsein, S. 122 ff.; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 138 f.; *Lippold*, Rechtslehre, S. 372, 393 f.; *Gallas*, FS *Bockelmann*, S. 158. ——不法関係的な評価規範と責任関係的な決定規範の間の区別は, メツガー (*Mezger*, GS 89 [1924], 245) に遡り, 彼の学問的な同時代人によりすでに広く取り上げられていた(例えば, *Heinitz*, Problem, S. 12 ff.; *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 35; *Wegner*, Unrecht, S. 59 f. 参照)。——不法の独立した犯罪段階としての資格に関する現在の議論において, その弁護者の主要論拠に属するのは, 市民に「一般的に禁止された行為に対する方向指示点 (Orientierungspunkt)」を使えるようにするという不法判断の任務への参照指示ノ

に微妙な様式が見いだされるのが、当為基準を二つの別々の評価段階へと分割する、ルシュカによる18世紀の帰属論に依拠して行われた区別であり、「所為の帰属 (imputatio facti)」とも呼ばれる第一段階の帰属と、いわゆる「法的帰属 (imputatio iuris)」の第二段階の帰属とに区別するものである³⁴⁾。これによると、第一段階の帰属は、問題になつてゐる事象が判断する者により単に物理的な出来事としてではなく、「所為 (factum)」つまり行為 (Tat) として解釈されることを意味する。そのためには、行為者が彼の行為に対する選択肢を有していたことが必要であり、また十分でもあるとする³⁵⁾。法的な行為規則をそのように構成された行為へ適用する (applicatio legis ad factum) と、それが適法であったか、違法であったかが明らかとなるとする³⁶⁾。このような検討に第二段階の帰属が接続しており、それは行為者の動機に及び、違法な行為への彼の責任についての判断を可能とするというのである³⁷⁾。ルシュカの解決は、結果的に哲学者ハリー・フランクファート (Harry Frankfurt) に示唆を得たキントホイザーによる段階づけられた行為者意図のモデルに近い³⁸⁾。これによると、不法と呼ばれる義務違反を実行しているのは、仮定的に前提とされた法に忠実な動機づけがあれば構成要件実現の回避に対する志向を形成し、実現することが出来たであろうと考えられるにも拘わらず、志向的行為によって構成要件を実現する者である。これに対し、責任

である (Poppe, Akzessorietät, S. 253; 同旨 Greco, GA 2009, 688 f.; Loos, FS Maiwald, S. 479 f.; Roxin, GA 2011, 693)。しかし、この考慮はその基礎づけの目的を達成していない。市民の理解できる情報利益は三つの観点に存する。すなわち、(1) 当該行為規範の内容に関して、(2) それが充足されると自身の行為が当罰的と判断されるであろう前提条件に関して、(3) 行為が違法な、それゆえ正当防衛により防御されうる、他人の権利領域への侵害と見なされる前提条件に関してである。これらの問題提起のどれも、伝統的な一般的犯罪論の意味での「不法」に関係（あるいはその本質的な帰結において帰着）しない。

34) 要約しているのは、Hruschka, Rechtslehre 22 (1991), 451 ff. — 同旨 Joerden, Strukturen, S. 31 ff.; ders., Logik, S. 263; Renzikowski, Notstand, S. 151 ff.; Sánchez-Ostiz, FS Hruschka, S. 670 ff.

35) Hruschka, Rechtslehre 22 (1991), 452.

36) Hruschka, Rechtslehre 22 (1991), 453.

37) Hruschka, Rechtslehre 22 (1991), 455.

38) Kindhäuser, Gefährdung, S. 34 f., 44 ff.; ders., GA 1990, 415; ders., Logik, S. 86 ff.; ders., FS Eser, S. 351 ff.; ders., FS Hollerbach, S. 642; ders., FS Hruschka, S. 527; ders., GA 2007, 456 f.; ders., FS Puppe, S. 54 f., 61 f. — 同旨 Mañalich, Nötigung, S. 48 f.; Toepel, Kausalität, S. 21 ff.; Vogel, Norm, S. 70.

のレベルでは、「法に忠実な規範名宛人に関しても、彼は [……] 成すべきことを意欲されたこととして彼の動機とするであろうという予期を脱落させる」根拠が問題となるとする³⁹⁾。

しかしながら、このような立場の基礎づけ力は制限されたものである。よく考えて見ると、それは、責任概念の規範化と不法概念の人格化にも拘わらず不法——責任の区別を堅持しようとするならば、可能性と無関係に規定された当為と可能性に依存して規定された当為の間を、ないしはルシュカ用語法では二つの帰属段階の間を区別しなければならないことというテーゼに尽きている⁴⁰⁾。しかしながら、たった今提起された基本問題は答えられていないままである。すなわち、なぜこの区別が堅持されるべきなのか？ にである⁴¹⁾。つまり、統一的な帰属検討の範囲内で当為を最初から可能性に依存させて規定するかあるいは自由を損なう要因全体を扱い、次に法の所為への適用をそのように構成された行為に及ぼすことも構成的に考え得るであろう。このような代替的可能性が考慮されていないという事情は、挙げた諸モデルにおいては不法という評価段階を責任のそれから際立たせることがそれぞれ前提とされていて、構成的に処理されており、特別に基礎づけられてはいないことを示している。

同じことが、規範の評価機能と決定機能の間の区別に当てはまる。確かに、評価規範と決定規範は規範的演算子の異なった方式によって区別される。これに対し、内容的な規範命題は、それに評価規範という衣を着せるか決定規範という衣を着せるかに関係なく、同一であり得る⁴²⁾。それゆえ、評価規範と決定規範の間を区別する規範論的可能

39) *Kindhäuser*, FS *Hollerbach*, S. 642.

40) このテーマに対するこれまでに最新の態度表明において、キントホイザーは、「不法はいずれにせよ論理的には具体的な行為者の責任とは無関係に規定されうること」を強調している (*Kindhäuser*, GA 2007, 456 Fn. 32)。このことはここでは否認されていない。争われているのは、単に、このような論理的可能性を使用することが価値論的に必要かと言うことだけである。

41) ヘルンレは、不法判断によってとにかく「判断されるべき行為の [……] 非難性 (Tadelnswertigkeit) の程度」が確定され、後に続く責任検討に対し必要な実質的基準点が作り出されることを主張する (*Hörnle*, *Unwerturteil*, S. 108)。しかし、このような表現は、少なくとも誤解を招きやすい。それは、非難の名宛人が——人的不法論が支配する下ではなおさら——決して行為ではなく、常にその行為者でしかあり得ないという事情を隠してしまうのである。つまり、その場合行為者に関する一つの判断がなぜ二つの評価段階に分割されるのであろうか？

42) *Burchard*, *Irren*, S. 149 Fn. 78; *Armin Kaufmann*, *Lebendiges*, S. 75 ff., 281; ↗

性から不法判断の責任判断に対する内容的独立に有利な論拠を獲得することは不可能である⁴³⁾。評価規範と決定規範の間の区別は、せいぜい、不法——責任の区分を規範論的に言い換えることが出来るだけであり⁴⁴⁾、それを最初から基礎づけることは出来ないのである。それによっては、不法というカテゴリーを独立させることがなぜ内容的に必要かという問いは未解決のままである。

ヴェルツェルは、その答えを、彼の時代の哲学的人間学から借用する、人間の人格性の階層モデルに探し求める。これによると、現実性の複数の段階が区別されうる。因果的に規定された事象の上に目的的事象が立ち上がっているとす。後者で人間は、行為する存在であると見られ、それは彼の行為を目的意識的に操縦することができ⁴⁵⁾、それにより因果事象を上位形成し、支配するとする⁴⁶⁾。さらにその上の段階に、人格的・精神的領域が置かれうるとする。ここで人間は、訓育存在 (Zuchtwesen) としてのその特性上訓練されるのであり、その存在には、行為を目的適合的 (目的 [final]) に操縦するだけではなく、その実行あるいは不実行をその価値と無価値に従って有意味的に決定する義務があるとす⁴⁷⁾。「人間の行為する存在と動機を形成する存在という二つの人間学的本質規定 [から]」、ヴェルツェルによると直接的に「違法性と責任についての法的な主要基準」が出てくる⁴⁸⁾。不法のレベルでは、単に行為操縦に対する、すなわち一定の意思刺激への変換に対する人間の能力が問題となるだけであるとする。行為者の動機操縦つまり意思形成についての議論は責任の検討に留保されているとするのである⁴⁹⁾。

ヴェルツェルの思考過程の優雅さは最初見たところでは魅力的な印象を与える。しかし、よく見ると、疑念が増大する。ヴェルツェルによって区別された人格階層のそれぞれ

↘ Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 139; Kindhäuser, Gefährdung, S. 58; Langer, Sonderstrafat, S. 64; Renzikowski, Täterbegriff, S. 238 f.; Vogel, Norm, S. 46; Engisch, MSchrKrim 23 (1932), 424; ders., FS DJT, S. 423; Goldschmidt, FG Frank, Bd. I, S. 437; Schaffstein, ZStW 57 (1937), 312 f. — 類似するのは, von der Linde, Rechtfertigung, S. 148; Schild, Merkmale, S. 40.

43) 適切であるのは, Langer, Sonderstrafat, S. 65 f.

44) もっとも, このこと自体, フォン・ゲミンゲン (v. Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 31) が, すでに1931年に述べていたように, 疑わしい。

45) Welzel, Abhandlungen, S. 190.

46) Welzel, Strafrecht, S. 33.

47) Welzel, Abhandlungen, S. 190.

48) Welzel, Abhandlungen, S. 190.

49) Welzel, Abhandlungen, S. 129 ff., 153 ff.; ders., JuS 1966, 421, 423.

れがなぜ固有の犯罪段階と一致すべきなのか？ ヴェルツェルは、人間の本質的なことが人格的・精神的領域であることに疑いを抱かせない。訓育存在である人間のみが「倫理的答責の担い手」として問題となるとする⁵⁰⁾。つまり、答責性の崩壊は同時に人間性の崩壊を意味し、それによって人間は「劣等人間的（*untermenschlich*）存在」へと墮落するのである⁵¹⁾。これによると、行為操縦の能力——ヴェルツェル自身強調しているように、とりわけ技術的な技能⁵²⁾——は、単に人間的なものの前段階を際立たせるだけである。それゆえ、行為概念をこのような能力へと制限することは、ヴェルツェル自身のカテゴリーに従うと彼によりその自然主義を理由に非難された先行者であるリスト、ラートブルフやベーリングの見解に劣らず自然主義的である⁵³⁾。したがって、ヴェルツェルの言う「人的不法」とは、技術的な能力のある自然存在の逸脱行為にすぎないのである⁵⁴⁾。

その種の「不法」を固有の犯罪段階へと引き上げることは、断固とした反自然主義的犯罪論を背景にすると、ほとんど説得的ではない⁵⁵⁾。純粹に人間的なものの領域には

50) *Welzel*, *Abhandlungen*, S. 190 参照。

51) *Welzel*, *Abhandlungen*, S. 206.

52) *Welzel*, *Abhandlungen*, S. 355.

53) それどころか、人的不法論の制限された言明内容を明示的に強調するのがヒルシュ（*Hirsch*, *ZStW* 94 [1982], 268）である。この学説の理論的出発点は、「それだけでは、禁止された行為が、因果的不法論が主張したように、単に有意的な、任意の意思的刺激によって惹起された因果経過に還元されうるのではなく、行為意思の内容が禁止された行為の規定の際に顧慮されなければならないことを意味するだけである」。

54) 同旨 *Köhler*, *AT*, S. 125; *ders.*, *Fahrlässigkeit*, S. 300; *Bastelberger*, *Legitimität*, S. 23; *Cancio Meliá*, *GA* 1995, 187; *Frisch*, *Straftat*, S. 168; *Jakobs*, *Handlungsbegriff*, S. 27 ff.; *ders.*, *FS Schreiber*, S. 951 f.; *ders.*, *Zurechnung*, S. 63 f.; *Kahlo*, *Handlungsform*, S. 37 ff., 51 f.; *Koriath*, *Jura* 1996, 119, 123; *Lampe*, *Unrecht*, S. 193; *Maihofer*, *ZStW* 70 (1958), 168 ff.; *ders.*, *FS Eb. Schmidt*, S. 160 ff.; *Michaelowa*, *Begriff*, S. 38, 55; *Sinn*, *Straffreistellung*, S. 263; *Rath*, *Rechtfertigungselement*, S. 368; *Reyes*, *ZStW* 105 (1993), 114 f.; *Schild*, *GA* 1995, 104 f.; *ders.*, *GA* 1999, 106; *E. A. Wolff*, *Handlungsbegriff*, S. 13; *ders.*, *GS Radbruch*, S. 294; *ders.*, *FS Gallas*, S. 212; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 203 ff.; *Ziegert*, *Vorsatz*, S. 137; 類似するのは, *Otto*, *ZStW* 87 (1975), 560 f., 574.

55) 反対説は, *Hirsch*, *ZStW* 94 (1982), 277 f. ——これに対し本書と同様なのは, *Schmidhäuser*, *AT*, 7/42; *Enderle*, *Blankettstrafgesetze*, S. 302, 344; *Frisch*, *Straftat*, S. 168; *Hsu*, *Doppelindividualisierung*, S. 136 f.; *Jakobs*, *FS Schreiber*, ↗

人格的・精神的なものの段階において初めて達すると見る構想にとっては、刑法的な基本概念全体を精神のカテゴリーから展開する方がはるかに自然である。その場合、行為するとは、単に因果的關係を合目的的に上位形成するのではなく、法秩序の諸要求に対し態度決定する、すなわち法規範の遵守に値することに対する自己答責的な決定を行うことを意味する。このことは、ヴェルツェルが刑法の任務をまさに具体的な個別的法益の保護にではなく、「法に適った行為の基本価値からの現実に実行された離反に対する刑罰威嚇と処罰によってこのような行為価値の破られない妥当を保障すること」に見いだしているだけに一層妥当する⁵⁶⁾。規範秩序からの離反と同じく当該秩序の遵守というその反対概念も、規範的意味内容の理解に対する能力を前提とする。このような能力を切り取られた行為概念や不法概念は、ヴェルツェルにより前提とされた刑法の任務の観点では重要ではないのである⁵⁷⁾。

したがって、リストによる不法と責任の分離をリスト後の刑法解釈論の発展と和解させようとするヴェルツェルの試みは、失敗したものと見なされなければならない——しかも、外在的な根拠からではなく、ヴェルツェル自身の前提に基づいてである。それ以上に、首尾一貫して貫徹すると、これは、むしろ、ハルトヴィヒが目的論の全盛期に——それゆえほとんど顧みられていないが——不法と責任の相互的な影響という公式にくるんだ立場を想起させる⁵⁸⁾。すなわち、不法——責任の分離の放棄とそれを刑事不法という包括的な概念により置き換えることをである。

↘ S. 954; *Koriath*, Grundlagen, S. 303 f.; *ders.*, Jura 1996, 262; *Lampe*, Unrecht, 5. 105 f.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 1, 222 f.; *Lippold*, Rechtslehre, S. 396 f.; *Michaelowa*, Begriff, S. 36 ff., 55; *Mir Puig*, ZStW 108 (1996), 761; *Schild*, Merkmale, S. 69 f.; *ders.*, GA 1999, 104 ff.; *Sinn*, Straffreistellung, S. 262; *Zabel*, GA 2008, 40; 基本的に, *Ziegert*, Vorsatz, S. 132 も。——以前のヴェルツェルは認識なき過失に対するこのような帰結を実際には明示的に引き出していなかった(そのことを指摘するのは, *Jakobs*, FS Schreiber, S. 952 も)。これに関しては彼はむしろ, 不法と責任が不可分的に一致することを, したがって責任なき不法が存在しないことを承認しているのである (*Welzel*, Abhandlungen, S. 180 f.)。

56) *Welzel*, Strafrecht, S. 2.

57) この点で, ヴェルツェルの弟子シュトラーターテンヴェルトによる, 自然と意味の間の限界線を人間の行為の代わりに答責的な行為に際して初めて引くような解釈図式は「一面的」であるという非難 (*Stratenwerth*, FS Jakobs, S. 669) は, その本人に跳ね返るのである。

58) *Hardwig*, ZStW 68 (1956), 31.

2. 不法を被る者の法的地位

責任のない不法というカテゴリーを「発明」したのは、リストではなく、イエーリングである。後者が、その論文『ローマ私法における責任要因』において披露した論証はあざやかな単純性を持つものであった。すなわち、所有者は、彼が——例えば、窃盗犯人のように——意識的、有責的な権利侵害を非難する者に対して請求権を主張しうるだけでなく、その者自身に不法な物的状態の存する者に対しても主張しうる。例えば、原告に属する物の善意の占有者はそのような状態にあるとする⁵⁹⁾。両場合とも「原告の権利の実現」が問題になっているのであるから、両方の場合においてこのような権利の完全な行使を妨げる事態は不法と呼ばれうるとするのである⁶⁰⁾。

したがって、不法とは、イエーリングの理解によると、状態不法、より一般的に言うところ結果不法である。結果不法論に対しては、評価的言明の規範的言明に対する関係を見誤っているという反論がなされている。「前方のそこに障害があるという事情は好ましくない」という評価的言明だけから、一定の者がその障害を遠ざけるべきであることは導きだされえないとされている⁶¹⁾。この考慮がいかに正しいとしても、イエーリングの論証はそれにより影響を受けない。なぜなら、その論証では、ある状態は、それにより侵害された者によって受忍される必要がないがゆえにのみまたその限りでのみ、不法的であるという呼称に値するからである。本来的に決定的な問題は別のものである。すなわち、イエーリングが主として安定的な所有権秩序に関心を有する民法の観点から展開した不法概念が、どの程度刑法の領域においても適用を要求できるのか？ である。

イエーリング自身は、彼の考察を不法の法理論的な一般的概念に寄与するものと理解していた⁶²⁾。その後それに一連の刑法的論者が与したのであり、彼らはイエーリングの考察を刑法的な体系構成に統合しようと努めたのである⁶³⁾。このような努力は、違法性を法益所持者により受忍されるべきでない法益侵害に現れている社会侵害性であるとする新カント派的解釈において頂点に達した⁶⁴⁾。このような立場がその決定的な表

59) *Jhering*, Schuldmoment, S. 4.

60) *Jhering*, Schuldmoment, S. 5.

61) *Schuh*, Rechtsdogmatik, S. 81.

62) *Achenbach*, Grundlagen, S. 26.

63) *Hälschner*, GS 21 (1869), 18 ff.; *ders.*, Deutsches Strafrecht, S. 19 ff.; *Wach*, GS 25 (1873), 446 ff.

64) 上述 S. 260. —この考え方の後の証明となるのは、*Württemberg*, Situation, S. 58 ff.

現を見たのはメツガーにおいてである⁶⁵⁾。「不法と責任の明確な、方法論的に異議のない分離」へと達するのは、メツガーによると、不法概念を「不法を被る者の側」から展開することによる場合のみである⁶⁶⁾。それによってメツガーは、彼の不法論の基礎に以前のイェーリングと同じ観点を置いたのである。つまり、彼は、「法により意欲された（是認された）意思実現（Willensbetätigung）」を妨害される者の立場から⁶⁷⁾、したがって受忍する必要のない権利領域への侵害に直面している者の立場から出発したのである⁶⁸⁾。メツガーのしばしば引用される結果不法への支持表明——不法とは、「法的に是認された状態の変更あるいは、法的に否認された状態の惹起であり、状態の法的に否認された変更ではない」⁶⁹⁾——は、イェーリングの場合と同じように、このような被害者関係的な見方の不可避の帰結であった⁷⁰⁾。

迫っている法益侵害の阻止が問題となる限り、危殆化された者の法的地位という出発点と責任なき不法の承認は実際に必然的である⁷¹⁾。つまり、「予防の領域では、徹頭徹尾客観的な考察方法が支配的となる」⁷²⁾。それを考慮しているのが、正当防衛や防御的緊急避難の正当化事由と処分法（Maßregelrecht）である。侵害権限についてのこれら二つのグループには予防的性質がある。緊急権は、攻撃あるいはその他の危殆化を防御し、それでそうしなければ迫ってくる法益侵害を阻止することを許している。つまり、それは危殆化の惹起者が有責的に行為することを前提としないのであ

65) このことは、逆説的なことに、より強く主観的不法要素に着目する不法論の発展に決定的に寄与した研究において生じた。

66) *Mezger*, GS 89 (1924), 247.

67) *Mezger*, GS 89 (1924), 248.

68) 同旨 *Tarnowski*, *Bedeutung*, S. 113 ff.

69) *Mezger*, GS 89 (1924), 245 f.

70) このような根拠から、メツガーにおいては、規範は不法のレベルでは単に名宛て人のない「評価規範」として機能する一方で、彼は規範の決定機能を責任において初めて働かせようとする（上述 S. 262 Fn. 33）。

71) 強く主張するのは、*Tarnowski*, *Bedeutung*, S. 114 f. および *Michaelowa*, *Begriff*, S. 59. ——今日の文献のなかでは、*Freund*, AT, § 3 Rn. 37; *Haas*, *Kausalität*, S. 98; *Jakobs*, *Norm*, S. 102; *ders.*, RW 2010, 303. ——このような認容によって、責任なき不法は存在しないというテーゼはその基礎を奪われたというロクシンの非難（*Roxin*, GA 2011, 693）は、的外れである。このテーゼはおよそ不法なるものではなく、刑事不法の場合にのみ及ぶのであり、それゆえ、他の規範的連関における責任なき不法の存在の承認と直ちに両立しうるのである。

72) *Nagler*, FS *Binding*, S. 341.

る⁷³⁾。改善・保安処分は、本質的に「社会法的な特徴を持った危険防御の特別な手段」⁷⁴⁾を成す。つまり、「処分を科すことは、被告人を社会にとって危険で、それゆえ改善と公共の保護のため『排除されるべき』安全リスクであると宣言している。」⁷⁵⁾それゆえ、処分も責任無能力者に向けられてよい⁷⁶⁾。

しかしながら、予防的な不法阻止という価値論は、直ちに一般的な犯罪論の不法概念には移されえない⁷⁷⁾。たとえば、ヴェルツェルの言葉によると、「行為してよいという

73) 上述 S. 241.

74) *Appel*, *Verfassung*, S. 508. — 同旨 *MK-Freund*, *Vor §§ 13 ff.*, Rn. 96; *ders.*, *AT*, § 1 Rn. 24; *Jakobs*, *Rechtswang*, S. 36; *Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 225 f.; *Renzikowski*, *Normentheorie*, S. 135 f.; *T. Walter*, *Kern*, S. 209.

75) *H.-L. Günther*, *Strafrechtswidrigkeit*, S. 162 f.

76) 警察法的な攪乱者の特性にとって責任（*Verschulden*）が問題にならないことは争いがない。例えば、*Gusy*, *Polizeirecht*, Rn. 330; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 9 Rn. 5, 39; *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 4 Rn. 231 参照。——もっとも、緊急権と異なり、個々の処分が結び付けられる行為は根拠ではなく、単なる処分賦課の切っ掛けにすぎない（*MK-Freund*, *Vor §§ 13 ff.* Rn. 97; *ders.*, *AT*, § 1 Rn. 25; *Appel*, *Verfassung*, S. 508; *Loos*, *FS Maiwald*, S. 473）。私は攻撃されているがゆえに、私は正当防衛として侵害してよい。これに対して、精神病患者により実行された違法な行為は、単に彼の将来の危険性に対する徴表として機能するだけである（*NK-Böllinger/Pollähne*, § 61 Rn. 57; *Appel*, *Verfassung*, S. 507 f.）。それゆえ、将来に関する危険を防御するという処分の任務から、「違法な行為」という要件も解釈されなければならない（*LK-Hanack*, § 63 Rn. 27）。同じことが、判例によりずっと以前から実際に適用されている。たとえば、疾病により条件づけられた錯誤は、刑法第63条による収容の可能性を排除しないとされる。なぜなら、そうでなければ、この規定によって追求される目的がそれへの適用が特に問題となる事案において達成されないことになるからである（基本となるのが、*BGHSt* 3, 287, 289; 10, 355, 357; 同旨 *MK-van Gemmeren*, § 63 Rn. 13; *LK-Hanack*, § 63 Rn. 24; *S/S-Stree*, § 63 Rn. 7; 異なるのは、*NK-Böllinger/Pollähne*, § 63 Rn. 69; *SK-Horn*, § 63 Rn. 4; 批判的であるのは、*Loos*, *aaO*, S. 474 も）。この立場は、違法性の統一的な犯罪カテゴリーというテーゼと一致させられえないにもかかわらず、というよりむしろまさにそれがゆえに説得的である。

77) *Koriath*, *Grundlagen*, S. 265; *Sinn*, *Straffreistellung*, S. 271 f. — 「違法性という犯罪メルクマールが正当防衛の前提条件である違法性と全く異なる機能と意義を有する」ことは、当時の他の論者と一致して（たとえば、*Finger*, *GS* 97 [1928], 391 f.; *v. Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit*, S. 49），すでにエンギッシュが強調している（*Engisch*, *Untersuchungen*, S. 61）。——今日の文献の中で同旨であるの

ことに甘受しなければならないことが対応しているか、またその逆が成り立つかが疑わしい」場合がある⁷⁸⁾。一方で、正当防衛は、攻撃者が犯罪構成要件を実現したことすら前提としない⁷⁹⁾。他方で、危難に遭った者は、防御的緊急避難によって一定の適法に作り出された危険も防御してよいのである⁸⁰⁾。しかし、とりわけ、被害者とその利益を刑法全体の中心点であると宣言し⁸¹⁾、刑罰法規の目的を「人間の行為によるその侵害を防止することによる人間の利益の保護」⁸²⁾に見いだす構想は、どのように責任を処理するかという問題があることを認めなければならない。メツガーによる刑罰法規の目的規定を文字通りに受け取るならば、受忍義務のない利益侵害であると理解される不法は、犯罪論の中心のカテゴリーへと昇進し、責任思想はせいぜいなお「負責修正策 (Haftungskorrektiv)」としての役割を演じうるだけである⁸³⁾。

それによりメツガーの基礎づけ方法はよりによって刑法に固有のもの (Proprium) のかたわらを通り過ぎてしまっている。つまり、責任論⁸⁴⁾が、刑法の目的規定とこれに対応する不法論に対し、外部に存したままなのである。

最近の論者は、このような異議を、不法と責任は「二つの異なった評価観点」を反映していると説明することによって免れようとしている。すなわち、行為者観点は、

↘は、*Haas*, Kausalität, S. 95; *ders.*, Lehre, S. 207, 217; *Jakobs*, Studien, S. 16 f.; *ders.*, FS Bruns, S. 39; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 185; *Lesch*, Problem, S. 260; *ders.*, Verbrechensbegriff, S. 273; *Sinn*, Straffreistellung, S. 272; *Stratenwerth*, FS Jescheck, S. 293; *Velten*, Normkenntnis, S. 133 f.; *Weigend*, FS Gössel, S. 140.

78) *Welzel*, Abhandlungen, S. 337.

79) *S/S-Lenckner/Perron*, § 32 Rn. 4; *Lackner/Kühl*, § 32 Rn. 5; *Gropp*, AT, § 6 Rn. 68.

80) 上述 S. 241 f. ——この論拠に対しては、確かに受忍すべきでない状態の創出は適法にも行われうるであろうが、しかしその状態自体は違法であるという反論が持ち出されうるであろう。しかし、——反問がそのように言うのであるが——このような違法性はどこから生じるのか？ それは、まさに当該状態の修正のためには緊急権が利用できるがゆえに前提とされなければならないという解答は、循環であろうし、別の解答は見いだせない (同旨 *Haas*, Kausalität, S. 96)。

81) 明示的にそのように言うのは、*Mezger*, GS 89 (1924), 249.

82) *Mezger*, GS 89 (1924), 249.

83) 正当にもそのように言うのは、*Otto*, ZStW 87 (1975), 557.

84) メツガーの責任観について詳しくは、*Achenbach*, Grundlagen, S. 164 ff.; *Koriath*, Grundlagen, S. 584 ff.

単に、このような具体的行為者が有罪とされる行為を回避しえたか、それゆえ彼に対し非難可能かが問われる責任検討に関して決定的であるだけだとする。これに対し、不法検討は、法益存立の完全性に対する被害者の利益を考慮しているとするのである⁸⁵⁾。法は、規範によって社会生活を秩序づけることによって、侵害障壁を設けるとする。それぞれの市民には、保護された領域が割り当てられており、その中では彼はその考えに従って彼の生活の形成について決定することができ、その侵害に対しては彼に防衛の権利が与えられるとする。まさにこのような限界侵犯が——それが行為者に対し人格的に非難可能か否かに関係なく——行為を違法と資格づけるとするのである⁸⁶⁾。それにより、新たに、「違法性への問い」に「固有の重要性」を与えることを許すとされているのは、被攻撃者への——その要保護性と防衛権限への——視点なのである⁸⁷⁾。この基礎づけはメツガーのそれに一致しているのであるが、しかし、まさにメツガーによる「客観的違法性」への拒否に基づく、今日全く支配的な人的不法論とは一致しないのである。それゆえ、両方の立場を同時に主張することは、二つの対立する評価観点が無媒介的に併存することと、それにより最終的にはそれ自体筋の通った不法概念を放棄することを弁護することを意味している。したがって、伝統的な犯罪理解の説得的な基礎づけはこのようなやり方では達成されえないのである。

3. 禁止の錯誤の対象

責任と無関係な不法というカテゴリーが犯罪論的に放棄しえないことに有利になるように、規範論理的な論拠が、「この種の論拠に特有なように、いささか色あせているが、しかし明確に」持ち出されている⁸⁸⁾。それは、とりわけ不法の意識という形象に関するものであり、不法の意識は、対象に、つまりまさにこれについての意識と無関係に、したがって責任と無関係に存在する不法に及ばなければならないことを内容とする。そ

85) *Schünemann*, Abgrenzung, S. 160; 本質的に一致するのは, *Hörnle*, ZStW 112 (2000), 363; *dies.*, JZ 2006, 957.

86) *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 7 Rn. 20.

87) *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 7 Rn. 20; *Hörnle*, ZStW 112 (2000), 363. —— によりによってシュトラテンヴェルトがこの論拠を援用するのは唐突である。つまり、彼は、行為者の個人的な可能性が過失不法の際に既に顧慮されるべきであるという彼の見解の弁護のために (上述 S. 261 f. Fn. 32), 様々な侵害権限に対する犯罪論的な不法概念の独立性を明示的に指摘しているのである (*Stratenwerth*, FS Jescheck, S. 293).

88) *Jakobs*, Handlungsbegriff, S. 42 f.

れゆえ、(少なくとも潜在的な)不法の意識を必要な責任条件と見なす責任観は、責任と無関係な不法を承認しなければならないとする⁸⁹⁾。このような考慮の出発点は反論の余地がない⁹⁰⁾。しかしながら、そのような考慮の難点は、文字通りにとると、あまりに多くのことを証明しすぎていることにある。すなわち、それが規範論的に不可欠であると証明している「不法」と、一般的犯罪論において理解されているような不法とは同一のものではないのである。

確かに、不法の意識が及ぶ対象を規定する際には、行為者自身が彼の義務の範囲について抱く表象が考慮されないままでなければならないことは正しい。しかし、上で挙げた論拠の証明力は、このようなほとんど華々しくない結論で実際すでに終わっている。いわゆる責任阻却事由の犯罪体系的な配置によって既に過剰な要求を受けているのである。その論拠を基礎にすると以下のような命題は規範論的に議論の余地はないであろう。すなわち、「おまえがまさにその実行に着手しようとしている行為は、他の帰属基準全てを——責任阻却事由を含めて——援用すると、具体的に (in concreto) 決定的な行為規範に対する違反を成しており、この意味で不法を成している」。それに対応して、規範論的には、不法の意識をそこまで拡張された不法概念に及ぼすことも直ちに主張可能であろう⁹¹⁾。

周知のようにそこまで立法者は達していないのである。立法者は、刑法第17条において、(誤った)行為者表象をより狭く、すなわち責任阻却事由を省いた不法に及ぼすことを決定したのである⁹²⁾。責任阻却事由の錯誤に関しては、刑法第35条第2項によって独立した規定を作り出したのである。この規定は、刑法第17条と異なり、明示的に責任阻却的緊急避難の事実的前提条件についての錯誤に制限されている。つまり、責任阻却事由の法的限界についての錯誤はすべて重要でないと見なされているのである。この

89) 比較的古い文献の中では、*v. Weber*, *Aufbau*, S. 10; *Engisch*, *MSchrKrim* 29 (1938), 143; *Armin Kaufmann*, *Lebendiges*, S. 129, 142; *E. A. Wolff*, *Handlungsbegriff*, S. 33. —最近では、*Lippold*, *Rechtslehre*, S. 397; *Poppe*, *Akzessorietät*, S. 264; *Renzikowski*, *Täterbegriff*, S. 236 f., 251, 253; *Greco*, *GA* 2009, 639 f.; *Kuhlen*, *ZStW* 120 (2008), 149; *Loos*, *FS Maiwald*, S. 475; *Roxin*, *GA* 2011, 693.

90) 同旨 *Jakobs*, *Handlungsbegriff*, S. 43. —ロースは、それを実際、「不法概念の独立した刑法理論的意義に対する最も強力な法的論拠」と見なしている (*Loos*, *FS Maiwald*, S. 475)。

91) 同旨 *Hardtung*, *ZStW* 108 (1996), 27.

92) 全ての文献の代表となる者として、*S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 17 Rn. 1; *Kühl*, *AT*, § 17 Rn. 22.

ような区別の基礎にある評価は、法的連帯の限界は個人的な解釈能力に従属させられるべきではないという考慮によって弁護されている⁹³⁾。このような基礎づけの価値論的な説得力は、ここでは議論の対象ではない。ここでの関連においては、その種の考慮が現行の法状態の正当化のためには不可欠であるという証明で十分である。すなわちその点で、規範論理的ではなく、微妙な、つまり繊細に区別する目的論的な考慮が不法意識の対象について決定することが明らかとなる。しかし、規範論理の参照がこのような主要事例 (Paradefall) とされているものにおいてすでに不十分であるならば、刑事不法の一般的概念に関しては一層そうなのである。したがって、責任と無関係な不法という形象については一般的な犯罪論的カテゴリーが問題になっているという主張の基礎づけのためには、不法の意識とその対象の間の規範論理的区別は不適切である。

4. 関与論の価値論

「教唆の概念は、より深くに教唆者が他者の本当の行為をまた設定すること、これによりこの者を自由な原因として、その手段として設定するということを含んでいる。」それが欠けるところでは、作用する者は教唆者ではなく、単独の惹起者と見なされるべきであるとする。「すなわちその者がここで実際には他人の行為をその手段とするのではない。むしろ、他人の行いが自己のない自然原因の作用と全く同じように見なされるのであり、その作用は、単に最初の者の行為によって活動させられただけであるかぎり、まさにその効果としてのみ現れるのである。」⁹⁴⁾ このようなケストリンの論述の基礎には、ヘーゲル学派がカントや以前の帰責論と共有していた確信があった⁹⁵⁾。ある事象は、因果の法則の下にある自然事象と見なしうるか、あるいは行為と解釈しうるかであり、後者は、——カントの言い方に従うと——「自由に由来するものと表象される」ことを内容とするものである⁹⁶⁾。しかし、両方の立場を同時にとろうとするのは矛盾であるとする⁹⁷⁾。このようなことを背景とすると、以下のような結論は、「全く首尾一貫」⁹⁸⁾ していた。すなわち、実行者の不自由な行為はすべて、刑法的には影響を

93) MK-Müssig, § 35 Rn. 85; LK-Zieschang, § 35 Rn. 75 f.; S/S-Perron, § 35 Rn. 45; Roxin, AT 1, § 22 Rn. 65.

94) Köstlin, Revision, S. 510.

95) 後述 S. 288 ff.

96) Kant, Reflexionen, AA Bd. 19, S. 157 (Refl. 6775).

97) Hruschka, ZStW 110 (1998), 587; Selzer, ARSP 97 (2011), 256.

98) Hruschka, ZStW 110 (1998), 598; 一層明確なのは(「不可避の帰結」として)ノ

与えた者の行為として処理されなければならない、したがって、教唆を問題としうるのは、「被教唆者の帰責されうる有責な行為という前提条件の下において」のみであるとするのである⁹⁹⁾。

「もっともそのような思弁的基礎づけは、実証主義の時代には低い骨董品の価値しか持たなかった。」¹⁰⁰⁾ヘーゲル学派後の犯罪構想を基礎として、むしろ、関与しうる正犯行為の要件を低下させることがますます支持されるようになった。この観点を特に推し進めたのがメツガーである。彼は、有責な正犯行為という要件の放棄に対する支持表明を彼により導入された評価規範と決定規範の間の区別に基づかせた¹⁰¹⁾。行為が法の評価規範に違反しているという立場をとることは、それがあらゆる関与者にとって不法であることを意味し、それゆえそれぞれの者について——他者の責任を顧慮することなく——責任が存在する場合には贖罪を要求することを意味するとする。これに対して、その際個々の者が彼に向けられた決定規範にどの程度違反したかという問題は、他の関与者にではなく、彼自身にのみ関わりとするのである¹⁰²⁾。このような論述の基礎には、客観的な違法性論があり¹⁰³⁾、それはこのような理論を基礎にしてのみ筋の通ったものとなる。不法を純粹に結果関係的にのみ理解し、行為者に関係する要素を全て——故意を含めて——責任に配分する場合にのみ、不法は全ての関与者にとって共通であり、責任は個別的なものであると把握することができる。実際にメツガーは、その当然の帰結として非故意的な行為に対する共犯の可能性を支持したのである¹⁰⁴⁾。しかし、不法概念の人格化と責任判断の客観化によって¹⁰⁵⁾、このような基礎づけの犯罪論的前提は脱落しているのである。それゆえ、それは、制限従属性、つまり正犯行為の不法と責任の間を区別する従属性という形象を支えるためにはもはや役立たないのである¹⁰⁶⁾。

↘ *Poppe*, Akzessorietät, S. 210.

99) *Hälschner*, Preußisches Strafrecht, S. 345.

100) *H. Mayer*, Strafrecht, S. 334.

101) 上述 S. 262 Fn. 33.

102) *Mezger*, DStR 1943, 119.

103) 上述 S. 259 ff., 267 ff.

104) 最終的に, *Mezger*, JZ 1954, 313 f. ——今日の文献においても、ときおり、従属性要件のその種の(それ以上の)緩和が要求されている(例えば, *Frister*, AT, § 25 Rn. 26; *Schmidhäuser*, AT, 14/94 によって)。

105) この点については、上述 S. 260 f.

106) このことを顧慮せずに、共通の不法と個別的責任の対置 (*Köhler*, AT, S. 498, 547; *Noltenius*, Kriterien, S. 248 f.; *Küpper*, Grenzen, S. 145; *Puppe*, ZStW 120 ↗

人的不法概念の創案者ヴェルツェルは、確かに故意による正犯行為に対してのみを共犯が可能なものと見なした¹⁰⁷⁾。しかし、その他の点では、彼の基礎づけ戦略は、ヘーゲル学派の自由理解を規範的にはやっかいな点の少ない行為支配という概念によって置き換えることに帰着した。故意により行為する正犯者にとって特徴的なのは、ヴェルツェルによると、行為に対する支配なのである。目的的行為概念を志向した行為支配理解は、内容的には、行為者が事象を構成要件的に記述された結果に向けて意識的、目的的に形成したこと以上のことを要求しない。すなわち、行為は、「現実的に行為者の仕業であり [……]、彼の意思決定の目的意識的な遂行」でなければならないとする¹⁰⁸⁾。

↘ [2008], 507) は、共犯者は「正犯行為者自身に根拠があって、共犯者とは関係のない不処罰から利益を引き出す [べき] ではない」という考慮により補充されて (Gropp, AT, § 10 Rn. 109; 同旨 Freund, AT, § 10 Rn. 13), 今日の制限従属性を正当化する試みの内部において、今なお基本的な役割を演じている。ポッペは、確かに、「不法と責任という体系カテゴリーの個別的要素の内部構造」に直面すると「[……] 行為不法と行為者不法への下位区分は維持することが全く困難である」ことを認める (Poppe, Akzessorietät, S. 302; 関連する議論の描写が見られるのは, aaO, S. 401 ff.)。それにもかかわらず、彼は、このような基礎づけ方法に「適切な核心」があることを認める (aaO, S. 303)。「違法」という評価は、それにより一般化してあらゆる者に対して事象が非難に値することが表現されている点で行為についての判断を含むとする。確かに、このような評価においては、行為者の内部事情もともに顧慮されなければならないであろう。しかし、このことは、内部事情が (例えば、窃盗における領得目的のように) 事象の社会的意味に影響した限りでのみ当てはまるとする。「これに対して、(例えば、知的障害や不法意識の欠如のような) 人格としての行為者の不完全を示唆するような行為者の内部事情は、行為を違法なものとして評価する際には顧慮されないままである。」(aaO, S. 303) 逆に、責任は、責任判断によって、この者が彼の状況にある平均人に期待されえたであろうように振る舞わなかったことが非難されている限りで、行為者についての判断であると理解されうるとするのである (aaO, S. 303 f.)。しかし、ポッペの救出の試みは失敗している。第一に、責任判断もあらゆる者に対して、行われる。第二に、事象の社会的意味にとっては、それが精神病の者から発しているか、あるいは帰属能力のある者から発しているかは著しい相違を成す。第三に、平均人との比較に依拠した非難は、行為者をそのような平均人であると同じように見なす限りで、つまり、まさにこのような具体的な個人とは見なさない限りで彼に加えられるのである (例となるのは, Duttge, Brücke, S. 37)。このことを、ところが、ポッペ自身、数行後で認めている (aaO, S. 304)。

107) Welzel, Strafrecht, S. 113; ders., Abhandlungen, S. 160 ff.; 以前すでに v. Weber, Aufbau, S. 25.

108) Welzel, Abhandlungen, S. 163.

これに対して、ヴェルツェルの言う衝動操縦という意味での有意味的な評価行為は必要としないのである¹⁰⁹⁾。その当然の帰結として、確かに故意的且つ違法ではあるが、しかし責任のない正犯行為に対しても教唆は可能である¹¹⁰⁾。しかし、ヴェルツェルの行為理解および行為支配理解は、不適切なほどに還元主義的 (reduktionistisch) あるいは——ヴェルツェル自身の言葉遣いにより近い用語法によると——自然主義的 (naturalistisch) である。人格的、精神的なものにおいて頂点に達する人間学を基礎にすると、有意味な行為は有責性を前提とするのである¹¹¹⁾。その当然の帰結として、行為概念から構想された行為支配というカテゴリーには、全く同じことが妥当しうる¹¹²⁾。すなわち、それによると、行為に対し刑法的に重要な行為支配を有するのは、有責に行為する者のみである。それゆえ、ヴェルツェルの方法を首尾一貫すると不法——責任の分離に反対するのと同じように、その方法は、制限従属性の基礎づけにも反対し、ヘーゲル学派の立場に有利となる。つまり、共犯は、「他者の現実の行為」に対してのみ可能であるという立場にである¹¹³⁾。今日の刑法解釈論の用語に翻訳するとこれが意味す

109) このことは適切にも *Poppe, Akzessorietät*, S. 450 によって、はっきり示されている。

110) *Welzel, Strafrecht*, S. 112 f.; *ders., Abhandlungen*, S. 166 f. ——それどころか、ヴェルツェルはそこに立法者によって処分しえない事物論理的構造を見ている (*Welzel, Abhandlungen*, S. 285)。

111) 上述 S. 266 f.

112) 同旨 *Köhler, AT*, S. 497; *Jakobs, System*, S. 78.

113) 上述 S. 272 f. ——ヘーゲル学派の学説が今日の刑法解釈論の視野からどの程度外れ出ているかは、その大多数にとって、上で記憶を呼び起こされた考慮の存在すらもはや知られていないことが例証となっている。厳格な従属性の要求がおよそなお言及を見る場合、それは、もっぱらいわゆる「責任共犯説」(例えば、*H. Mayer, Strafrecht*, S. 333 f.; *ders., AT*, S. 319 f. によって主張されている) と結びつけられており、それによると、共犯の当罰性は、彼が正犯者を責任と処罰に巻き込んだことから (も) 生ずる (そのような態度を取るのは、例えば、*Gropp, AT*, § 10 Rn. 107; *Haft, AT*, S. 210; *Stratenwerth/Kuhlen, AT*, § 12 Rn. 125; *Noltenius, Kriterien*, S. 247 ff.)。それから、責任共犯説は刑法第29条と一致しない、なぜなら、この規定は責任のない行為への共犯も可能としているからであると説明されている (このような趣旨であるのは、*MK-Joecks, Vor §§ 26, 27 Rn. 5*; *S/S-Heine, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 19*; *Kindhäuser, AT*, § 38 Rn. 15; *Krey/Esser, AT*, Rn. 991; *Kühl, AT*, § 20 Rn. 133; *Stratenwerth/Kuhlen, AT*, § 12 Rn. 119)。そしてそこから、共犯の処罰根拠は、教唆犯と幫助犯が正犯者の実行する不法の実現に対し寄与したという事情にのみ存在しうるという結論が引き出されている。

るのは、共犯行為が関係する犯罪行為は、有責に実行されていなければならないということである¹¹⁴⁾。つまり、それが欠ける場合、背後者の不安定化寄与 (Destabilisierungsbeitrag) は、間接正犯という形象を経て考慮されうるのである¹¹⁵⁾。

(松生光正 訳)

↘ (従属的な法益侵害論: HK-GS-*Ingelfinger*, § 26 Rn. 3; LK-*Schünemann*, Vor § 26 Rn. 14 ff.; MK-*Joecks*, Vor §§ 26, 27 Rn. 15; S/S-*Heine*, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 17 ff.; *Roxin*, AT 2, § 26 Rn. 26 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 Rn. 121)。それゆえ、正犯行為は構成要件該格的で違法であれば十分であるとされる (*Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 Rn. 126)。

114) 同旨 *Jakobs*, System, S. 77 f.; *ders.*, GA 1996, 253 ff.; *T. Walter*, Kern, S. 208; 「立法論として」さらに *von der Linde*, Rechtfertigung, S. 253 ff., 289. — そのような立場が「おそらく [……] 一貫している」であろうことを承認しているのは、NK-*Schild*, Vor §§ 26, 27 Rn. 10 も。— 刑法第26, 27条の表現はこのように見解の妨げとならない。つまり、「有責な行為も違法である——適法な行為への関与は排除されている」(*Jakobs*, aaO, S. 254 Fn. 5; 同意するのは, *T. Walter*, aaO)。同じことは刑法第29条の文言に当てはまるのであり、これによると、それぞれの関与者は他者の責任を顧慮することなく彼の責任に従って処罰される。H. マイヤーの判断によると、この命題は、「ほとんど理解できない、なぜなら、当然に何時の時代においても共犯者は彼の責任に従って処罰されてきたのであり、問題は、彼の責任がどのような内容を有するかということのみだから」である (*H. Mayer*, AT, S. 318)。したがって、共犯者は、彼が有責に関与した正犯行為がそれ自体違法であるだけでなく、それどころか有責に実行された場合にも、(例えば、他人のではなく) 彼自身の責任を理由としてのみ処罰されるのである。

115) これによって不当な処罰の間隙が生ずるであろうという広まっている懸念 (最近でもなおそうなのは、*Kluszczewski*, FS Puppe, S. 625 ff.; さらに、*Roxin*, AT 2, § 26 Rn. 34 参照) は、理由がない。詳しくは、*T. Walter*, Kern, S. 208 f.