



**[翻訳] ミハエル・パヴリック 『市民の不法』
(19)**

著者	飯島 暢, 川口 浩一, 玄 守道
雑誌名	関西大学法学論集
巻	68
号	1
ページ	318-329
発行年	2018-05-24
その他のタイトル	[Translations] Michael Pawlik, Das Unrecht des Burgers (19)
URL	http://hdl.handle.net/10112/15934

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(19)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

玄 守道 (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
- 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? (以上、65巻6号)
 - III. 市民の不法としての犯罪
 - IV. 不法帰属の前提 (以上、66巻2号)
 - B. 帰属可能性の限界
 - I. 管轄問題としての限界問題
 - II. 帰属を阻却する禁止の錯誤
 - 1. 錯誤を回避する責務 (Obliegenheit) (以上、66巻3号)
 - 2. 禁止の錯誤のあらゆる現象形態の同価値性 (以上、66巻4号)
 - 3. 狭義の禁止の錯誤 (以上、67巻1号)
 - 4. 行為事情の錯誤 (広義の禁止の錯誤) (以上、67巻3号)
 - III. 行為規範に従った行動への動機づけの重大な阻害 (以上、67巻4号)
 - C. 義務違反の範囲
 - I. 帰属形式の統一性と多様性
 - II. 主観的・義務違反的態度の基本構造 (以上、67巻6号)
 - III. 法敵対的な刑事不法の概要
 - 1. 法敵対性の概念
 - 2. 意思的構成要素の不要性 (玄守道) (以上、本号)

第3章 刑法的協働義務の違反

C. 義務違反の範囲

III. 法敵対的な刑事不法の概要

1. 法敵対性の概念

フョイエルバッハは法敵対的な行為態様の範囲を異常なほどに狭めたのである。一方で、刑罰の威嚇理論が彼を必然的に悪意 (dolus malus) 概念へと導いた⁶⁷³⁾。他方で、

673) 後述 S. 398.

彼は、故意を権利侵害の惹起が行為者のふるまいの目的であるところの諸事例に限定した⁶⁷⁴⁾。しかしながら、このような、本来の法的敵対性領域を狭く限定することで、その後の刑法解釈論は満足しなかった。フォイエルバッハによって意図された限界線を様々にずらすことがその帰結であった。特に、(刑)法律の錯誤の影響下でふるまう行為者は、フォイエルバッハのアプローチから生じるよりも厳しい評価に服すべきとされた。一部の学説によって——その後のライヒ裁判所の時代においても——さらに不法の認識要件の完全な放棄が大々的に主張された⁶⁷⁵⁾。フォイエルバッハによる、故意の目的行為への限定もまた非常に制限的なものと受け止められた⁶⁷⁶⁾。フォイエルバッハによって過失 (culpa) に割り当てられた事例、すなわちある者が「別の意図のもとで行われた行為それ自体において、ありうるあるいは蓋然的な、違法結果と行為との原因連関を意識していた」⁶⁷⁷⁾という事例が、認識ある過失と、新たに創出された未必の故意のカテゴリーとの間で分割された。そして、その特徴とみなされたのは、違法な結果発生の可能性の予見と様々な言い回しで表現された違法な結果発生は是認であった⁶⁷⁸⁾。

このような物事の見方に、本書の構想は反対する。その中心にあるのは、自らの十分な準備によってであれ、ビンディングによって求められた、行為遂行に際しての吟味する慎重さ (prüfende Besonnenheit) によってであれ、法的要請を秩序にかなった形で履行することができるようにする責務である⁶⁷⁹⁾。すなわち、そのような責務がなければ、自由的な法秩序は維持されえないのである。義務違反としての帰属可能性は、それゆえ以下のことに依存している。すなわち行為者は誤った行為を自己の努力責務を秩序にかなった形で履行すれば回避しえたであろうということ、にである。そのように画定された領域内で限界線を引くことは、一貫させれば、行為者に負担させられるべき責務違反の程度に着目しなければならない。理性的に評価すれば、なお法律違反の回避の格率と合致する行為か、あるいは行為者を自己の誤った評価に対する完全な答責性から免れさせることができる諸事情により協働されたところの行為は、以上によれば、そのような解釈が現実的にはもはや許されない行為よりも軽い評価に値するのである。前者の

674) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 54 (S. 99); *ders.*, Betrachtungen, S. 197 ff. — 詳細は、*Greco*, Lebendiges, S. 61.

675) 当該立場に関する概観を与えるのは、*Stuckenberg*, Vorstudien, S. 586 ff.

676) この点につき批判的なのは、すでに *Klein*, ACrim 3 (1801), 127 f.

677) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 56 (S. 105).

678) 詳細は、*Hemmen*, Begriff, S. 56 m.w.N.

679) 上述 S. 307 ff.

グループの行為態様は単に法的な友好性の欠如を示す一方で、後者の類型の行為は法敵対性の表れである。

ここで、伝統的な故意解釈論の視点が逆転されているのである。行為者が犯罪結果を惹起しようとするという積極的な事情が、本書の理解によれば、法敵対的な行為者を特徴づけるものではなく、消極的な構成要素、すなわち、その強度の危険性にもかかわらず、行為規範違反を差し控えようとする意思の欠如が法敵対的な行為者を特徴づけるのである(2.)。しかしまた、その他の点で、本書の立場は様々な観点において伝統的な考察方法と異なっている。標語的に言えば、本書の立場は、法敵対性の領域の充填において、間接故意(*dolus indirectus*)の形態と悪意(*dolus malus*)の形態を相互に結び付けることを支持することを内容とする。間接故意論で、リスク認知とその処理についての、場合によっては非常に非理性的なメカニズムを有する具体的な行為者個人を優遇するため、理性的な市民という基準形態を排除することを本書の見解は批判するものである(3.)。そして悪意論で、故意と不法の意識の区別に関する体系的な重要性を争うものである(4.)。一見すると、これらのことはラディカルなテーゼである。しかしながら、詳細に考察すれば、本書の見解は、かなり以前からこの方向を示している最近の解釈論上の展開からその諸帰結を導き出すものに過ぎない。

2. 意思的構成要素の不要性

確かに、刑法解釈論は、すでに長い間、意図が唯一の故意形式であるとするフォイエルバッハの見解と切り離されてきた。もっとも、依然として刑法解釈論は、意図的な結果惹起を故意行為の典型としてみなし⁶⁸⁰⁾、このことから他の故意形式へと進むのである⁶⁸¹⁾。すなわち、この視点において故意の「不十分な形式(Kümmerform)」である確知と未必の故意に、である⁶⁸²⁾。これによれば、法敵対的行為者は、彼が犯行事情を認識しつつ犯罪結果の惹起を意欲することによって特徴づけられる⁶⁸³⁾。もっとも、

680) 例えば *Krey/Esser*, AT, Rn. 378 (最も強い故意形式); *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 23 Fn. 28 (故意は意図においてもっとも純粋な形で実現されるとする。); *M. Heinrich*, Rechtsgutszugriff, S. 138; *Brammsen*, JZ 1989, 81; *Hasssmerer*, GS Armin Kaufmann, S. 299 (理念形的な故意形式としての意図)。

681) *Ross*, Vorsatz, S. 17 f.; *Schroth*, Vorsatz, S. 40; *ders.*, FS Schmoller, S. 162; *Herzberg*, JZ 1988, 574 f. 参照。

682) 言い当てているのは、NK-*Puppe*, § 15 Rn. 105; *Herzberg*, JR 1986, 8.

683) *Frisch*, § 15 Rn. 3; HK-GS-*Duttge*, § 15 Rn. 11; SK-*Rudolphi*, s 16 Rn. 1, 4; S/*S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 11, 80 ff.; SSW-*Momsen*, § § 15, 16 Rn. 7

「意欲」を、確実なものとして予見されているが、しかし望んでいない結果発生の事例並びに未必の故意においても証明することは、重大な困難に直面する⁶⁸⁴⁾。この困難に直面する結果、通説は、暗黙裡に主結果と随伴結果の相違を、もはや両者を「細かい粒に」分離して評価すべき出来事としてではなく、「粒の粗い」「全体結果」⁶⁸⁵⁾、すなわち「統一的に想定される表象複合体」⁶⁸⁶⁾の構成部分として、これはただ「全体として意欲されるかされない」ことができるのか⁶⁸⁷⁾、記述することによって、解消しなければならないのである。行為者によって可能なものとしてみなされた犯罪結果の発生が、「自己の利益の放棄よりもそれでも好ましかった」⁶⁸⁸⁾という事情が、この解釈において未必の故意で行為する行為者の結果惹起意思それ自体を証明する。この処理手続きを「ご機嫌なプロクルーステースの特異なおもてなし」に取り掛かっているとみることは⁶⁸⁹⁾、

39; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 20 Rn. 12 ff., 53 ff.; § 22 Rn. 8; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 447; *Ebert*, AT, S. 54, 60 ff.; *Gropp*, AT, § Rn. 88.; *Haft*, AT, S. 151, 155, 158 f.; *Heinrich*, AT 1, Rn. 264 ff., 299 f.; *Hoffmann-Holland*, AT, Rn. 152; *Jäger*, AT, Rn. 75 ff.; *Köhler*, AT, S. 149 f., 161 ff.; *Krey/Esner*, AT, Rn. 377, 396; *Kühl*, AT, § 5 Rn. 10 ff., 28,44 ff., 84 f.; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 22 Rn. 1, 14 ff., 32, 34; *Otto*, AT, § 7 Rn. 26 ff., 44; *Rengier*, AT, § 14 Rn. 5, 22, 30; *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 6, 21 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 Rn. 66, 100; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 203 ff. — 哲学の側から、同種の見解として、*Seebaß*, FS Mittelstraß, S.: 374 f.

684) 比較的古い文献からは、*Kelsen*, Hauptproblem, S. 114; *Löffler*, Schuldformen, S. 8, 173; *Dohna*, ZStW 32 (1911), 328; *Lacmann*, ZStW 30 (1910), 793 ff.; *Miricka*, Formen, S. 200 ff.; *Engisch*, Untersuchungen, S. 222 ff. — 比較的最近の文献からは、*Jakobs*, AT, 8/9; *ders.*, Studien, S. 38 f.; *Frisch*, Vorsatz, S. 24; *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 152; *Hsu*, Doppelindividualisierung, S. 138; *Schmidhäuser*, Form, S. 54 f.; *ders.*, FS Oehler, S. 143; *Schroth*, Vorsatz, S. 39; *ders.*, FS Scholler, S. 160 f.; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984), 2, 23; *Lesch*, JA 1997, 809; *Morselli*, ZStW 107 (1995), 338 f.; *Schumann*, JZ 1989, 430.

685) *Lasson*, System, S. 497.

686) *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 260.

687) この趣旨であるのは、*v. Hippel*, Vorsatz, S. 136; 類似の見解として、*Beling*, Unschuld, S. 34; *Kohlrausch*, Schuld, S. 187 f. — ケーラーは「全体状況の現実化」(*Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 197)「行為の全選択肢とそこにある、他のものに対する随伴結果の現実化」(*Köhler*, AT, S. 162)について言及する。

688) *v. Hippel*, Vorsatz, S. 141; *ders.*, ZStW 31 (1931), 56. 結論において同様なのは、*Bung*, Wissen, S. 184, 191, 208, 269; *ders*, Formen, S. 137; *Schroth*, Vorsatz, S. 67 f., 85, 103; *Küper*, GA 1987, 508.

689) しかしそうは言ってもドーナによれば (ZStW 32 [1911], 328)、意思概念は、↗

あまりに厳しすぎるかもしれないが、しかし体系的な観点のもとでは依然としてまったく満足のいくものではない。そのようなやり方は、規範的考慮——所与の認知的方向付けに際して、当該行為者によって形成された行為複合から若干の部分を意欲されていないものとして取り出すことを不当に行う者はプラグマティックな自己矛盾に陥るという考え⁶⁹⁰⁾——の帰結を心理的事実として取り扱うことによって⁶⁹¹⁾、すなわちそれは体系と結びつけられた論証をすることの最も重要な要請の一つ、概念の安定性の要請⁶⁹²⁾を軽視しているのである。

とりわけ、しかも意思的故意要素への固執は、価値論上、疑わしい結論へと至る。実質的な独自性がこの故意要素に付与されるのは、それが、行為者が自己の態度の危険性を意識しながら、しかし——例えば、自己の制御可能性を過大評価しているために——それでもなお事態は都合のいい結果に終わるだろうと信じたという事例においても故意を否定することを可能ならしめる場合のみである⁶⁹³⁾。このことが、実際に、「惨め (elende) と称される未必の故意の問題」⁶⁹⁴⁾に関する議論の当初から、そのもっとも重要な機能である⁶⁹⁵⁾。すでに、未必の故意の創始者のひとりであるエドゥアルト・ヘン

「しかしながら「[...] 必要な拡大の性質を有していないために、それは不知にまで拡大され、強引に引っ張られる」。

690) *Hruschka*, FS Kleinknecht, S. 192.

691) この点について批判的なのは、*Jakobs*, RW 2010, 290.

692) NK-*Puppe*, § 15 Rn. 23 ff. ——教授法上の観点の下ですら、そのようなやり方は正当化しえない。ホフはこの点についてすでに18世紀の終わりに必要なすべてのことを述べていた。すなわち、「適切な専門用語は、学問の習得において、それが悟性に若干の語を通じて多くの詰め込められた観念を差し出すことによって大きな効用を保証することは確かである；しかしまた、時にはこの意味、時にはあの意味がその専門用語に差し込まれる場合、そのことによって想定された利益が全くもって無に帰せしめられるだけでなく、不快極まりなく、かつ全く無益の争いが生じる。そのことによって、しばしば長きにわたる論争の後に実りなく、そして時間を浪費する言葉の争い以上の何ものも明らかにならないことも確かである。」(v. *Hoff*, *Verbrechen*, S. 3)

693) 適切にも、*Kargl*, *Vorsatz*, S. 31 f. ——ホーニッヒ (GA 1973, 262) のように「一義的に規定することができない意思的要素」を、行為者が「自己の企てのために、あるいはそれとの関連において可罰的行為を回避することができないという可能性を意識している」ということに拠り所を求める者は、その専門用語上の内容にもかかわらず、内容からいって意思的要素を廃止しているのである。

694) *Binding*, *Normen*, Bd. II/1, S. VII.

695) 同旨、*Kindhäuser*, ZStW 96 (1986), 27.

ケにおいて、なるほど必然的な違法結果の予見は、問題なく故意概念に属するとされている⁶⁹⁶⁾。これに対して、程度の低い蓋然性においては、行為者の内心上の態度 (Einstellung) が重要であるとされる。「多くの者は、とても軽率かつ向う見ずにも、次のような行為をあえて行いうる。すなわち、その行為の危険性、つまり場合によっては蓋然的でさえある違法な結果を彼は隠せないが、しかしそれでもなお自己の幸運あるいは器用さを信頼しつつ、試みる行為を、である」。この場合、「故意 (Dolus) の特徴的な要素、すなわち違法な結果の意欲」⁶⁹⁷⁾が欠けるとする。ヘンケによって示された意思の、「理性の敵対者として、そしてあまりにしばしば征服者として」⁶⁹⁸⁾の解釈は、文言の選択に至るまで、今日までの支配的見解に対応する。「傲慢で無謀な者は」——例えばロクシンにおいて言われるように——「まさしく具体的な危険表象を有しているのである (さもなければ彼は端的にバカでまぬけであろう)。しかしながら、彼は、それにもかかわらず、しばしば極めて非理性的な理由からであっても、事が失敗しうると信じていない」⁶⁹⁹⁾。それゆえ、彼は故意ではなく、過失で行為したに過ぎないとされる⁷⁰⁰⁾。

判例は、結果表象の軽率な排除と故意による結果惹起との間に、法的な意味における

696) *Henke*, Handbuch, S. 359. — 結果発生を確実なものとして予見する行為者が、故意を排除する態様における拒絶的情緒的態度によって結果とは無関係とすることはできないということは、今日の解釈論においても一致して認められている (*Jakobs*, AT, 8/20; *Maurach/Zipf*, AT 1, 22/29; *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 53; *Hassemer*, GS Armin Kaufmann, S. 299)。

697) *Henke*, Handbuch, 1. Theil, S. 359 — 同時代の文献で同旨なのは、*Krug*, Dolus, S. 32; *v. Weber*, NACrim 8 (1825), 572, 574.

698) *Kargl*, Vorsatz, S. 44.

699) *Roxin*, JuS 1964, 60.

700) 同旨、HK-GS-*Duttge*, § 15 Rn. 20; SK-*Rudolphi*, § 16 Rn. 5b; *Frister*, AT, § 11 Rn. 1; *Köhler*, AT, S. 163 f.; *ders.*, Fahrlässigkeit, S. 18, 292 f.; *ders.*, GA 1981, 293; *Kühl*, AT, § 5 Rn. 76; *Rengier*, AT, § 14 Rn. 22, 30; *Ziegert*, Vorsatz, S. 154 f.; *Küpper*, ZStW 100 (1988), 768; *Schild*, FS Reh binder, S. 136; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 56 f.; *Weigend*, ZStW 93 (1981), 669; *E. A. Wolff*, FS Gallas, S. 221 f. — 限界が以下のところで引かれる。すなわち行為者が都合のいい結果をただ望むことしかできず、真摯に信頼することができないとする場合である (例えば、*Kühl*, aaO, Rn. 77; *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 290)。もっとも、不当な根拠による信頼と無根拠な信頼の区別は極めてあいまいであり、いずれにせよ、故意と過失の価値的相違を担いうるには、あまりにもとるに足りないものである (適切なのは、NK-*Puppe*, § 15 Rn. 44)。

是認という基準を用いることで限界線を引いている⁷⁰¹⁾。しかしながら、しばしば批判されているこの公式の散漫さが⁷⁰²⁾、この公式が故意の検討においてその都度基礎に置く事実 (Tatsachenmaterial) を恣意的に——すなわち、実際には、望ましい結論に応じて——制限する、あるいは拡大することを裁判所に許容するのである⁷⁰³⁾。ある面では、「汝、知るがゆえに欲している」⁷⁰⁴⁾というモットーに応じて、是認は危険を基礎づける諸事情の認識からいとも簡単に導き出されるのもまれではない⁷⁰⁵⁾。別の面では、是認が欠けることの証明について、時としてさらに行為者の性格と一般的な生活行状を引き合いに出すことが許されるものとみなされている⁷⁰⁶⁾。端的に言えば、「意的要素は、常に適合する合鍵なのである。」⁷⁰⁷⁾

この基準の無内容さゆえに可罰性を検証可能な態様において限定するのではなく、可罰性に——マルクスを通じて高尚化されたカルゲルの言葉で言えば——「ブレを〔もたらず〕」⁷⁰⁸⁾ところの処理手続きに関する法治国家的な疑念に直面して、学説上の意思説の主張者は、意思基準をより明確に把握するよう努めている。彼らの多くは、行為者が

701) BGHSt 7, 363, 369; 21, 283, 284; 36, 1, 9; 44, 99, 101. — 賛成するのは、LK - Vogel, § 15 Rn. 128; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 20 Rn. 54.

702) 例えば Lackner/Kühl, § 15 Rn. 25; NK - Puppe, § 15 Rn. 31 ff.; dies., ZStW 103 (1991), 6 f.; Ebert, AT, S. 60; Otto, AT, 7 Rn. 39; Roos, Vorsatz, S. 82, 105, 113; Schlehofer, Vorsatz, S. 165 ff.; Ziegert, Vorsatz, S. 102; Canestrari, GA 2004, 212 ff.; Frisch, GS Meyer, S. 538 f.; Krümpelmann, Empirie, S. 24; Schmidhäuser, GA 1957, 308 を参照。

703) NK- Puppe, § 15 Rn. 34, 84; dies., GA 2006, 77; Langer, Sonderstrafat, S. 83; T. Walter, Kern, S. 178 ff.; Brammsen, JZ 1989, 77 f.; Canestrari, GA 2004, 213 ff.; Verrel, NSTz 2004, 309 ff.; Weigend, FS Herzberg, S. 1000. — このような目論見が、リンクほどに無邪気に擁護されるのは極めてまれである。すなわち、故意概念は、刑事訴訟における裁判官に、「感情に適しているが、しかし公正に」判断する可能性が残されているように形成されなければならないとする (Ling, JZ 1994, 341)。非常に扱いにくい限界事例において彼をなお公正な結論へと導くことを自己の感情に信頼するほど自己信頼が大きいところの者は幸せである。

704) Weigend, ZStW 93 (1981), 665.

705) Frisch, Vorsatz, S. 318 ff., 381 ff.; Kargl, Vorsatz, S. 52 f.; Koriath, Grundlagen, S. 647 を参照。

706) 強調するのは、NK- Puppe, § 15 Rn. 32 ff., 96 ff.; dies., AT, § 9 Rn. 9 f., 14 ff., 38 ff.; dies., GA 2006, 75 ff.

707) Kargl, Vorsatz, S. 72. — 肯定的なのは、Steinberg/Stam, NSTz 2011, 177 ff.

708) Kargl, Vorsatz, S. 74.

構成要件実現を決断したのかどうかを問うている。このことは、行為者が危険を認識しかつ真摯に受け入れた、それと折り合った場合に認められるとされる⁷⁰⁹⁾。しかしながらその実際の使用において、この基準は是認しつつ甘受するという空虚な公式と同様に不十分なものである⁷¹⁰⁾。一貫される場合、この学説の構想は、現実拒絶と無思慮の特権化に至る⁷¹¹⁾。「融通無碍な良心の限界線 (Elastizitätsgrenze des Gewissens)」⁷¹²⁾で行為し、なるほど結果発生の危険を認識しているが、しかしそれを真摯に受け取らない軽率な行為者に対して、以上によれば、故意犯ゆえの処罰はなされないままで済まされ

709) HK-GS-Duttge, § 15 Rn. 11, 23; Lackner/Kühl, § 15 Rn. 24; Kühl, AT, § 5 Rn. 73 ff.; SK-Rudolphi, § 16 Rn. 43; Bringewat, Grundbegriffe, Rn. 451; Gropp, AT, § 5 Rn. 111; Haft, AT, S. 155, 159; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 166; Jescheck/Weigend, AT, § 29 III 3 a (S. 299 f.); Köhler, AT, S. 161; ders., GA 1981, 287; Krey/Esser, AT, Rn. 396; Rengier, AT, § 14 Rn. 10, 26; Roxin, AT 1, 12 Rn. 27; ders., JuS 1964, 61; ders., FS Romano, S. 1205 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 226; Ambrosius, Untersuchungen, S. 47 ff., 54 ff., 62 f.; Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 56 ff.

710) この点に関する例として挙げられるのは、ロクシンの説明である。ところどころ、彼は、決断基準に依拠の下、意思的構成要素をおよそ識別できなくなるまでにマージナル化させる。「構成要件該当結果の可能性を考慮に入れ、にもかかわらず自己の計画を取りやめない者は、それで——いわば、決定した行為によって——保護法益に反する決断を行っている。」(Roxin, AT 1, § 12 Rn. 30)。これに対してその直後にロクシンは、純粹認知的な故意概念を「あまりに知性偏重 (zu intellektualistisch)」と論じるために、決断基準を持ち出す (aaO. Rn. 42)。ロクシンの判例との取り組みもまた、同様に揺らいでいる。一方で、彼は、BGHによって進められた何かしらの程度重要なすべての犯行事情の全体的考察方法は「一定の恣意性」へと至るとの批判に与する (aaO. Rn. 81)。他方で、彼は若干の欄外番号の後、自身で、「ありうる法益侵害に対する決断の認定を、具体的な事案のすべての諸事情の評価に依存させる」処理手続きを推奨し、BGHの比較的近時の判例を、それがますますそのような全体考量の傾向にあると称賛している (aaO. Rn. 88; ders., FS Romano, S. 1211 ff.)。

711) 適切にも、批判的なのは、NK- Puppe, § 15 Rn. 5a, 49; dies., AT, 9 Rn. 11 f.; Eule-Wechsler, Vorsatz, S. 25, 37, 61; Haft, ZStW 88 (1976), 379; Herzberg, JuS 1986, 252 ff., 261; ders., FG BGH, S. 74, 79, 81; 方向性として同じなのは、Maiwald, GA 1977, 260。——ゲッペルト (Jura 1987, 670) は、確かに判例の是認説は、常に都合の良い結果を信じる「楽観主義的な行為者」を優遇していることを正当にも警告している。しかしながら、彼は同様のことが学説の真摯説にも妥当することを見誤っている。

712) Grossmann, Grenze, S. 23.

る。それに対して、リスクを取り除くための自己の能力が比較的乏しいために、同様の危険に直面して悪しき結果を真摯に考慮する行為者に対して、故意で重く処罰される。そのように限界線を引くことは正当ではありえないとする非難が、伝統的な悪意の構想に対する非難の中心にある⁷¹³⁾。それに対して、このことは、それに劣らず未必の故意の「問題のある領域 (heißen Boden)」⁷¹⁴⁾に問題視されることなく受け入れられているのである⁷¹⁵⁾。

本書の構想はこの不整合性から免れている。これによれば、法敵対的な行為者は、彼が犯罪結果の惹起を意欲したことによって特徴づけられるのではなく、彼が自己の態度を通じて行為規範によって保護された法的地位に対する適格で許されない危険 (eine qualifiziert – unerlaubte Gefahr) を創出したことを、彼が理性的でかつ期待可能な態様で認識しなければならなかったにもかかわらず、自己の態度を禁じる行為規範の履行へと動機づけなかったということによって特徴づけられるのである⁷¹⁶⁾。

713) さしあたり *Welzel*, JZ 1952, 341; *Platzgummer*, Vorsatz, S. 52 f. 参照——この点につき詳細は後述 S. 400.

714) *Exner*, Wesen, S. 128.

715) この点にある首尾一貫しないことを、*Jakobs*, System, S. 56 (*ders.*, FS Schreiber, S. 954.) もまた警告している。

716) 許されないのはそれゆえ、危険表象についてのマイナスを悪しき意図についてのプラスによって補うことである。伝統的な刑法解釈論は直接故意の第一段階の領域においてそのようなやり方をとっている。それによれば、「いずれにせよ、刑法秩序によって排除されるべきものを欲する者は特に答責的である (*Schroth*, Vorsatz, S. 42, さらに *ebd.*, S. 61, 81; 比較的古い文献から、例えば *Schröder*, FS Sauer, S. 216 [法益の強度の過小評価と法的要請の軽視]; *Löffler*, Schuldformen, S. 6 [「危険な、社会的有害人物」としての意図行為者])。それゆえ、この場合において知的構成要素の要件につきわずかなものだけで足りるとされる。(LK- *Vogel*, § 15 Rn. 85; MK- *Joecks*, § 16 Rn. 14; S/S- *Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 67; *Haft*, AT, S. 151 f., 156 f.; *Heinrich*, AT 1, Rn. 278, 281, 283; *Krey/Esser*, AT, Rn. 379; *Rengier*, AT, § 14 Rn. 13; *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 4; *ders.*, FS Rudolphi S. 250 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 Rn. 102; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 211; *Hübner*, Entwicklung, S. 252 f.; *Schroth* aaO, S. 61, 84 [すでに、それ自体許されたりスクの目的的な累積で十分である]; *Sacher*, Sonderwissen, S. 160 f., 169; *Ziegert*, Vorsatz, S. 132; *Philpps*, 1. FS Roxin, S. 375; *Scheffler*, Jura 1995, 353 f.; *Schünemann*, GA 1999, 220; *ders.*, Chengchi I.R. 50 [1994], 272; *Weigend*, FS Herzberg, S. 1001; 比較的古い文献からは、*v. Buri*, GS 41 [1889], 425 f.; *Schröder*, aaO, S. 216, 219. 哲学上の文献からは、*Seebaß*, JRE 2 [1994], 393 ✓

ここで主張された見解は法敵対的な不法の判断を適格で許されない危険についての認識と結びつけ、独自の積極的な態度決定要素を放棄することによって、この見解は表象説の比較的近時の解釈に対応している⁷¹⁷⁾。しかし、本書の見解は、個々の犯罪者が実

- ↘Fn. 37)。本書の構想と、そのような意図の特別な取り扱いは一貫しない。「それがうまくいくのはありえない」という考えが思慮深い考察者にまさに生じる限り、行為者の法敵対的な意図の、必要な客観化に欠ける。それでも彼を法敵対的として処罰することは彼の悪しき心情の処罰に至る。——意図に際しての、その他の標準的な認知的故意要件の低下に反対するのは、NK- *Puppe*, § 15 Rn. 105 f.; *dies.*, Vorsatz, S. 36 f., 65 f.; SK- *Rudolphi*, § 16 Rn. 3; *Jakobs*, AT, 8/17; *Kühl*, AT, § 5 Rn. 37; *Eule-Wechsler*, Vorsatz, S. 16 f., 59; Ross, Vorsatz, S. 20; *Safferling*, Vorsatz, S. 181.; *Schlehofer*, Vorsatz, S. 39; *Herzberg*, JuS 1986, 253, 256; 比較的古い文献から、特に *Klee*, Dolus, S. 32 f.; *M. L. Müller*, Bedeutung, S. 52.
- 717) NK-*Puppe*, § 15 Rn. 64 ff.; *dies.*, AT, § 9 Rn. 11.; *dies.*, Vorsatz, S. 37, 40; *dies.*, ZStW 103 (1991), 18; *dies.*, GA 2006, 73 f.; *Jakobs*, AT, 8/21 ff., 31 f.; *ders.*, Studien, S. 116; *ders.*, Fahrlässigkeit, S. 10, 24 ff.; *ders.*, FS Bruns, S. 36 ff.; *ders.*, RW 2010, 291 ff.; *Kindhäuser*, AT, § 14 Rn. 27; *ders.*, Gefährdung, S. 96 ff.; *ders.*, GA 1994, 204, 208 f.; *ders.*, FS Hruschka, S. 540; *ders.*, FS Eser, S. 353 ff.; *ders.*, GA 2007, 456 f., 465 ff.; *Eule-Wechsler*, Vorsatz, S. 36 ff., 60 ff., 93 ff.; *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 150 f.; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik, S. 192, 196 ff., 345; *Müssig*, Mord, S. 181; *Sauer*, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 258 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz, S. 15 f., 37 ff., 163 ff.; *ders.*, NJW 1989, 2019 f.; *Geppert*, GS Schlüchter, S. 61 f.; *Herzberg*, JuS 1986, 253 ff.; *ders.*, JZ 1988, 639 ff.; *ders.*, JuS 1996, 379; *Weigend*, FS Herzberg, S. 997, 1004. ——類似するのは、*Kargl*, Vorsatz, S. 70. ——否定的なのは、MK-*Joecks*, § 16 Rn. 22 Fn. 50; SK-*Rudolphi*, § 16 Rn. 5b; *Frister*, AT, § 11 Rn. 27; *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 51; *ders.*, FS Rudolphi, S. 250 f.; *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 217 f.; *T. Walter*, Kern, S. 182. ——フリッシュ (Vorsatz, S. 255 ff.) もまた伝統的な2つの部分からなる故意の理解に対して、反対を表明している。もともと彼は以下の限りで伝統的なものにとらわれている。すなわち、彼があらゆる——そして、客観的に重要なだけでない——許されないリスクを有用な故意の対象として承認する限りにおいて (aaO, S. 94; *ders.*, Verhalten, S. 574, 587 f.)、である。故意処罰の領域を不相当に広く切り取らないために、彼は知的側面において「態度決定」(aaO, S. 199)、行為者の「自らそのことを前提としていること (Für - sich - davon - Ausgehen)」(aaO, S. 302, 409) を要求する。そこで彼の構想は本質的には従来の故意要素の組み替えに至る。すなわち、「真摯説」が「意欲」というキーワードのもとで扱うことを、フリッシュは広く知的構成要素に読み込むのである (これと同様なのは、*Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 27; *Kühl*, AT, § 5 Rn. 44; SK- *Rudolphi*, § 16 Rn. 43; *Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 22; *Küper*, GA 1987, 508 f.; *Küpper*, ZStW 100 [1988], 779; 類似するのは *Ziegert*, Vorsatz, ↗

際に有した認識と結びつくのではなく、理性的でかつ期待可能な態様で有さなければならなかったであろう認識と結びつくために、それは態度の法敵対性に対する判断を行為者において現に見出すことのできる心理的知見から切り離すのである。「一様により重い刑罰に服するすべての犯罪は、同様の心理学な犯罪要件 (Tatbestand) をも示すということを、いかなる者もはじめから認める権利をわらわれに与えないのである」⁷¹⁸⁾。もっとも、伝統的な故意解釈論の視点からすれば、このことは異例の立場にある。それゆえ、このことが以下で詳細に説明されるであろう。

(玄守道 訳)

↘S. 119; フリッシュ自身もまたこのことを認めている。Frisch, GS Meyer, S. 546)。
718) *Hold v. Ferneck*, Idee, S. 11. — 実質的に一致するのは、近時では、*Stuckenberg* (Vorstudien, S. 382) であり、価値論的な視点から、「主観的に観点において等しく当罰的なものと受け取られる犯行がなぜ [...] 現象類型と同じ範囲で (koextensiv) なければならないのだろうか」ということの根拠は存在しない」とする。