

Über die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt (2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/28972

過失犯における主観的正当化要素について(2)

振 津 隆 行

は じ め に

第1章 過失犯における主観的正当化要素の理論史的展開について

第1節 序 論

第2節 刑法的責任の独立の形態についての過失の展開に関する概観

第3節 過失犯におけるその最初の議論に至るまでの主観的正当化要素の起源（以上本誌52巻1号）

第4節 主観的正当化要素のさらなる発展のための基礎としての犯罪の独立の要素としての違法性の導入

第5節 主観的正当化要素の独自の解釈学的法理への展開

第6節 第二次世界大戦に至るまでの主観的正当化要素のさらなる発展

第1款 主観的正当化要素に対するその意義におけるライヒ裁判所による客観的不法概念の承認（以上本号）

第4節 主観的正当化要素のさらなる発展のための基礎としての犯罪の独立の要素としての違法性の導入

不法と責任の区別は、極めて長いあいだ曖昧模糊とされてきた。シャフシュタインによれば、違法性概念形成の萌芽は刑法学の創始者たる後期注釈学派およびその依拠者たるデキアヌス（Tiberius Decianus, 1509-1582）にまで遡りうるとされているが、もちろん自覚的に展開されうるようなものではなかった⁽⁹¹⁾。

もっとも、よく言われているように、客観的違法論は本源的にヘーゲルが、「犯意なき不法（unbefangenes Unrecht）」の概念を樹立して以来（1821年）⁽⁹²⁾、

(91) 振津『刑事不法論の研究』196頁（注）1。

(92) G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Auflage, 1955, S. 88. 本書の翻訳として、高峰一愚訳『ヘーゲル 法の哲学 自然法と国家学』84頁（論創社 1983

無自覚的ではあるが支配的見解たらしめられてきたものとされている⁽⁹³⁾。

さて、犯罪概念の歴史的発展の一定の状況に基づいて初めて、不法阻却のメルクマルとしての主観的正当化要素が責任要素から体系的に区別することが可能となったのであるが、このことは極めて近時の出来事に属するのである。すなわち、これに先ず初めて到達したのが、M.E.マイヤーであった⁽⁹⁴⁾。それ故、主観的正当化要素の発見という功績は、彼に帰せしめられるのである。責任に対する独立の犯罪メルクマルとしての違法性の導入によって初めてこのことが可能となったのである。

第1款 刑法における一般的犯罪要素としての違法性の導入のための 出発点としてのイエーリング対メルケル論争

客観的違法論か主観的違法論かに関するイエーリング対メルケル論争は、わが国では既に佐伯千仞博士⁽⁹⁵⁾、竹田直平博士⁽⁹⁶⁾、高橋敏雄博士⁽⁹⁷⁾等により十分に論じ尽されているので、本稿ではその概観的なスケッチで足りうるものと思われる。

その論争は、1867年に開始された。違法性は責任なき不法を刻印づける客観的違法論を主張するイエーリングに対するメルケルによる論争に基礎を置いている。

年)。なお、藤野 渉＝赤澤正敏訳『世界の名著 35 ヘーゲル』289頁（中央公論社 1967年）では、「無邪気な不法」と訳されているがそれでは意味不明で、誤訳であろう。

(93) 佐伯『刑法における違法性の理論』58頁。高橋敏雄『違法性論の諸問題』2頁以下（有斐閣 1983年）。なお、ヘーゲルの見解につき、振津「ミヒャエル・パヴリク『最近一世代（30年）の最も重要なドグマーティッシュな前進？』——刑法における不法と責任との間の区別についての論評」167頁以下（金沢法学 52巻2号 2010年）をも参照せよ。

(94) 振津『刑事不法論の研究』212頁。

(95) 佐伯『刑法における違法性の理論』55頁以下。

(96) 竹田直平『法規範とその違反』1頁以下、とくに242頁以下（有斐閣 1961年）。

(97) 高橋『違法性論の諸問題』1頁以下。

メルケルはその当時の圧倒的な通説に抗して、民法および刑法に同程度に妥当する不法概念を主張した⁽⁹⁸⁾。メルケルの見解は——200年以前に根拠づけられたプーフンドルフの帰属論に基づいているということ⁽⁹⁹⁾——既にその時代において広範にわたって古くさくなっていたものであった。帰属可能性をもって、同時に責任は不法の必然的な前提であり、それは不法と責任との一切の区別を排除するものであった。不法と責任のこの同一視は、メルケルにあっては彼が命令説から出発して、法は人間の行為の動機として理解され、そしてそれは決定規範としてのみ捉えられるということに基づいていたのである⁽¹⁰⁰⁾。それは端的には「責任なき不法」を認めないということを意味していた。

メルケル説に対して、イエーリングは不法と責任を区別するという決定的な視点を与えた。すなわち、それは彼が物の善意の他人の占有と悪意の占有者(窃盗)との比較に基づき、主観的不法の対立物としての「客観的不法 (objektives Unrecht)」の概念を刻印づけることによって然るのである⁽¹⁰¹⁾。善意の他人の占有の場合は存在する返還請求に鑑みて、客観的不法としてのみ記述されるものである。そして、それはなるほど負責される者の要素を排除するが、人間の意思の要素を排除しない⁽¹⁰²⁾。すなわち、窃盗の場合と本質的に異なるのは、責任の欠如の中にあるのであり、「主観的不法は負責される法侵害であり、客観的(不法は)負責されない法侵害である」⁽¹⁰³⁾とし、これでもっていずれにせよ、イエーリングは民法において不法と責任の区別を実体上導入したのであ

(98) Adolf Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Teil I, 1867, S. 42.

(99) Hans Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, JuS, 1966, S. 425. もともと、佐伯『刑法における違法性の理論』60頁注(3)によれば、メルケルの命令説は、既に Donells, Grotius, Pufendorf にもみえており、否ローマ時代でも賛成者を見出したものとされている。

(100) Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, GS 89, 1924, S. 210 f.

(101) Rudolph Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, S. 4 ff.

(102) Jhering, *Schuldmoment* [Fn. 101], S. 4 ff.

(103) Jhering, *Schuldmoment* [Fn. 101], S. 6.

る。

第2款 フランツ・フォン・リストによる客観的不法概念の刑法への導入

1881年⁽¹⁰⁴⁾、フランツ・フォン・リストにより、客観的不法概念が刑法の中に初めて意義を獲得した。彼のルーデンおよびフォン・ブーリの先行研究に基づく三段階的犯罪概念は、初めて違法性、すなわち自然主義的に外界の変更として理解された不法と、犯罪の主観的心理的な行為者の側面としての責任との間を明確に区別した。規範違反的な、有責な国家によって刑罰をもって予告された行為としての彼の犯罪の概念⁽¹⁰⁵⁾は、彼がそれを同じ権限のある犯罪要素に高めることを通じて、責任に対して独立の意義を創出したのである。すなわち、「犯罪は……規範違反的行為である。身体運動は外界における変更を結果にもつのであり、この変更は規範と矛盾する。」⁽¹⁰⁶⁾規範違反的行為としての犯罪は、「違法な結果を伴う有意的な身体運動である。」⁽¹⁰⁷⁾

違法性は、ここでは純客観的な不法を意味する、すなわちそれは行為の結果にのみ関係するからである。正当化は、v.リストにあっては刑法に基礎を置く規範の命令的な力の例外を示すものであり⁽¹⁰⁸⁾、違法性阻却事由、とりわけ正当防衛と緊急避難において首尾一貫して主観的要素について言及されていない⁽¹⁰⁹⁾。

主観的要素は、v.リストにとって責任においてのみ役割を演ずるにすぎない。すなわち、彼の体系によれば不法と責任との自然主義的区別に基づいて、前者は外界の変更として捉えられ、後者は主観的な行為者の側面で捉えられた

(104) Franz Eduard von Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1881.

(105) v. Liszt, Reichsstrafrecht [Fn. 104], S. 64 ff.

(106) v. Liszt, Reichsstrafrecht [Fn. 104], S. 65.

(107) v. Liszt, Reichsstrafrecht [Fn. 104], S. 83.

(108) v. Liszt, Reichsstrafrecht [Fn. 104], S. 65.

(109) Vgl. v. Liszt, Reichsstrafrecht [Fn. 104], S. 84–94.

犯罪の内面に基づいているのだから、主観的正当化要素はここでは凡そ何の役割も演じえなかった。けだし、不法は行為者によって惹起された外界の変更の評価のみから構成されるのであるから、違法性は必然的に主観的な行為者の表象の中にある諸事情に依存してはならないのである。

實際上、v.リストはその核心において今日でもなお妥当する構成要件、違法性および責任という犯罪体系の三段階的構成を最初の人として導入したのであった⁽¹¹⁰⁾。彼によって純自然主義的に遂行された不法と責任との区別は、早かれ遅かれ個々の正当化事由のより詳細な探究によって、その存在が否定されない主観的正当化要素の問題を設定されねばならなかった。全ての犯罪の独立の犯罪要素としての違法性の導入により、初めて客観的不法の手助けでもって、正当化事由を有意味的に主観的帰責（責任）から限界づけるというところへ至ったのである。この事実を、メツガーは主観的正当化要素を含む主観的不法要素の理論史が、客観的不法概念の発見でもって初めて始まるという確定を促進したのである⁽¹¹¹⁾。すなわち、この体系において初めて主観的心理的事象が不法もしくは責任に属するのかという、主観的正当化要素に基礎を置く問題が凡そ初めて適切に設定されえたからである⁽¹¹²⁾。

第3款 20世紀初頭における主観的違法論の台頭と主観的正当化要素の展開

続く時代において、客観的不法概念に基づくv.リストの犯罪体系は、ますます承認を見出すかにみえた。20世紀の劈頭（1901年）客観的不法概念のこの凱旋行進を、レフラーは以下のごとく明言したのである。「近年の全くたくさんの諸文献は、客観的不法が存在するという点で一致している。熱心に探したにもかかわらず、私もまた反論を見出しえない」と。もっとも、このレフラーの「客観的不法の承認における一致」という表明は、その直後に公表されたコー

(110) Vgl. auch Paul Bockelmann, Franz von Liszt, JZ 1951, S. 154.

(111) Mezger, GS 89 [Fn. 100], S. 208 und 212 f.

(112) Mezger, GS 89 [Fn. 100], S. 208 und 212 f.

ルラウシュ(1903年)、フェルネック(1903年)、グラーフ・ツー・ドーナ(1905年)等の一連の論客により、誤まった速断であったということは周知のとおりである⁽¹¹³⁾。

これらの客観的不法論の否定という共通基盤をもつ諸研究が、主観的正当化要素の全く異なったドグマーティッシュな位置づけへと到達したというかぎりで、ある一定の意義が帰せられるのである。これらによって同時に、われわれが今日主観的正当化要素と名づけているその主観的要素の位置づけが、不法ないしその阻却を客観的不法概念の基礎に基づいて初めて有意義的に根拠づけられうることを実証することになるのであった。このことにつき、以下若干の考察を加えよう。

第1項 コールラウシュとビンディングによる客観的不法概念の否定

1903年に出版された著作『刑法における錯誤と責任概念』において、コールラウシュはメルケルに依拠して、不法を「状態的法的に否認された変更」として概念づけた⁽¹¹⁴⁾。彼の見解によれば、規範違反としての不法は規範の名宛人の責任能力とならんでまた、行為者の責任能力を前提とし、そこで責任なき不法は存在しないとされた⁽¹¹⁵⁾。首尾一貫して、医者の治療侵襲の際の主観的治療意思は違法性ではなく、*dolus*つまり責任を排除するものであった⁽¹¹⁶⁾。

したがって、コールラウシュは既に30年前にビンディングが類似の形態において引き出した観点を主張したのである。ビンディングの出発点は、治療侵襲にあっては刑罰規定に基礎を置く——ビンディングによって規範と名づけられた——命令が、法的な利益の不可侵性を「答責的な人間の人工的な侵襲に対して」のみ保全されるという熟考であった⁽¹¹⁷⁾。それによれば、法的な命令お

(113) 振津『刑事不法論の研究』208頁等参照せよ。

(114) Eduard Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, S. 51–57, insb. 53 f.

(115) Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff [Fn. 114], S. 51 und 53 f.

(116) Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff [Fn. 114], S. 97.

(117) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 1. Bd. Normen und Strafgesetz, 1. Auflage, 1872, S. 30 f. und 35.; ähnlich 2. Auflage, S. 45 und 54.

よび禁止は行為能力のある人間にのみ向けられ、その際行為能力は行為する者の責任能力およびさらにはまた行為の帰属可能性を前提にしていた⁽¹¹⁸⁾。それ故に、法律の意味における法に反する行為は、事象が有責な意思に帰せらるであろうときにのみ存在したのである⁽¹¹⁹⁾。それ故に、ある行為は必然的に故意的もしくは過失的であらねばならず、したがってまた違法として表示されるためには、責任概念の両者の亜種の一つに帰するものでなければならなかったのである⁽¹²⁰⁾。

客観的不法の概念はただ人間の意思への帰属可能性を必要とするが、責任への帰属ではないとするイエーリングの見解を、ビンディングは人間の意思に帰属可能な事象が法的判断には受けつけられず、それ故に法律の意味において「純粋な偶然」であるという論証で非難したのであった⁽¹²¹⁾。

ビンディングは、不法と責任を行為能力の犯罪の前提の中で区別することなく相互に重なり合うものと考えていた。ここから、私がかつて既に指摘したビンディングの「興味深い法律事例」(アルプレヒト事件)に関し、以前の故意ではなく行為の瞬間において存する故意のみが決定的たりうるとした「認識なき正当防衛」(わが国でいわゆる「偶然防衛」といわれているもの)につき、既遂の謀殺の責めを負うものとした事例が想起される⁽¹²²⁾。

もっとも、ビンディングは 20 世紀の転換後、1910 年に主観的不法論を捨て、イエーリングの意味における客観的不法の存在を承認するという転換を行なったのである⁽¹²³⁾。しかしながら彼は不法概念の転換以後にもかかわらず、主観

(118) Binding, Normen [Fn. 117], S. 135 f. und 138 sowie 2. Aufl., S. 244.

(119) Binding, Normen [Fn. 117], S. 138.

(120) Binding, Normen [Fn. 117], S. 135.

(121) Binding, Normen [Fn. 117], S. 107. なお、ビンディングの主観的不法論につき、振津・金沢法学 52 巻 2 号 172 頁以下をも参照せよ。

(122) 振津『刑事不法論の研究』199 頁以下。

(123) Binding, Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung, GS 76, 1910, S. 1 ff.

的正当化要素の取り扱いに対して何らの帰結も引き出さなかった。彫刻家事例（＝アルプレヒト事件）において、彼は彼の——今や根本において体系違反的なのであるが——*dolus* の否定に関する解決を維持した⁽¹²⁴⁾。客観的不法概念についてのピンディングの指摘によれば、*dolus* の否定はその若者の救助意図によって根拠づけられる正当防衛権が、客観的・外部的な犯罪事象でもって客観的犯罪構成要件を除去するという事実と一致しないのである。主観的正当化要素に関するピンディングの論述は、いかに強くそのドグマティックな位置づけが、その時々基礎を置いている不法概念に依存するのかを提示するものである。

第2項 ホルト・フォン・フェルネックにおける不法と責任の同一視

その当時の違法性に関する大いに包括的な研究として、ホルト・フォン・フェルネックの著作『違法性』（1903年）は、明示的に客観的違法性の概念を時代遅れのものとして証明するという目標をもって書かれたものである⁽¹²⁵⁾。しかしながら、その著作は、*v.*リスト流の客観的・外部的違法性と主観的・内心的な責任との厳格な区別をもつ犯罪体系の凱行進をほとんど全く阻止しえなかった。この不成功で、その著者の本来の意図に反して、結論において不法と責任の完全な同一視というメルケルから継承された見解は、行きづまりとして証明されたのである。

メルケル同様、フェルネックは責任能力者のみが有能な規範の名宛人たりうるところから出発した⁽¹²⁶⁾。彼は犯罪それ自体を同胞の帰責可能な行為および不作為による主観的法（＝権利）の侵害として定義した⁽¹²⁷⁾。主観的法（＝権利）の侵害が概念必然的に禁ぜられた行為（作為）の不作為、あるいは

(124) Vgl. Binding, Normen, Bd.2, 1. Teil, 2. Auflage, 1914, S. 611 f.

(125) Vgl. Alexander Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. 1. Bd. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903, S. 8.

(126) Vgl. Ferneck, Rechtswidrigkeit [Fn. 125], S. 104 ff., 198–201 und 355 ff.

(127) Ferneck, Rechtswidrigkeit [Fn. 125], S. 126 und 276.

命ぜられた行為（不作為）への同胞の義務化を、したがってまた個々人の帰責を前提とするのである⁽¹²⁸⁾。この基礎に基づき、フェルネックは違法性と義務違反性の概念を同義的に適用し、そしてかくして、結論的に以下のような言明へと到達するのである。すなわち、「……常に禁じられた帰責可能な人間の作為もしくは不作為のみが、違法ないし義務違反的たりうるのである。」⁽¹²⁹⁾

帰責の対象としての態度は、フェルネックにあつては、帰責それ自体から区別されない。それ故に、彼にあつては責任は完全に違法性の中で出現する⁽¹³⁰⁾。このことはなるほど全体として刑法の主観主義化へと導くが、しかし主観的正当化要素に関しては何の進歩ももたせていない。フェルネックの時代に既にそれに関して知られていた主観的正当化要素は、彼によって正当防衛や緊急避難において未だ論議が引き出されていなかったのである⁽¹³¹⁾。

第3項 グラフ・ツー・ドーナにおける違法性の尺度としての目的要素

グラフ・ツー・ドーナにおいては、態度の構成要件該当性は論理的に先行してその違法性を前提として、彼は違法性を行為に内在する目的要素でもって規定したのである。彼によれば、違法性は「犯罪メルクマールの実現の結果」ではなく、それ故に違法性は行為が一般に刑罰構成要件を充足しうるということに対する一般的条件にすぎなかった⁽¹³²⁾。そのように理解された違法性は、明らかに法律それ自体から演繹されるのではなく⁽¹³³⁾、行為の構成要件該当性に依存することなく外部から定義されなければならないといったものである

(128) Ferneck, Rechtswidrigkeit [Fn. 125], S. 276 f.

(129) Ferneck, Rechtswidrigkeit [Fn. 125], S. 276 f.

(130) Vgl. so auch Mezger, GS 89, S. 224.

(131) Hold von Ferneck, Notwehr und Notstand, 1905 では、主観的正当化要素は凡そ何らの言及もなされていないのである。

(132) Alexander Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal in Tatbestände strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre, 1905, S. 37 f.

(133) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 39.

う。

ドーナは、違法性の外部的確定の尺度を個々の客観的に是認される目的が追求され、そしてその達成のために有能な手段が使用されるときに、規範は社会生活を適切に規制するものであるという熟考から導出したのである⁽¹³⁴⁾。ここから出発して、彼は態度が「法の理念、正しい態度の格律に違反し、……かくして正当な目的のための正当な手段 (rechtes Mittel zu rechtem Zweck) として考えられない」ときに、ある態度は違法なものとして特徴づけられる⁽¹³⁵⁾。彼は内容的にそのように確定された違法性を構成要件該当性の前提として捉え、そしてさらには、違法性を責任から十分に厳格に区別しなかった。けだし、ドーナの見解によれば、正当な目的のための正当な手段の原理に背反する態度が「それを社会共同体が個々人に課しているかの義務を、それによって等閑視されるという意味において義務違反性」を含んでいたからである⁽¹³⁶⁾。犯罪は、この意味における義務違反的態度が法律の構成要件要素を充足するときに初めて存在したのである⁽¹³⁷⁾。

しかし彼にあっては、「正当な目的のための正当な手段」という原理から違法性を導出することは、個々の正当化事由において行為者の主観的な目的に特別の意義を帰せしめることなしに、主観的正当化要素の特別な強調を結果としてもたなかった。けだし「正当な目的」は彼によって、主観的ではなく客観的な行為の適法性に対する社会的効用に向けられた尺度として理解されていたのであり、この目的は社会全体に奉仕する利益のみを承認するものであったからである⁽¹³⁸⁾。

正当な目的のこのような客観的理解は、とりわけ医学的な治療侵襲の議論において反映する。すなわち、正当な目的の正当な手段としての治療侵襲は、手

(134) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 50.

(135) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 52 f.

(136) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 71.

(137) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 71.

(138) Vgl. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 61.

術が客観的に相当であるときに正当化される⁽¹³⁹⁾。それ故に、最高の信念および最大の意図において誤まった診断をし、したがって不適切な措置を行なった医者は正当化されないことになろう⁽¹⁴⁰⁾。彼の犯罪体系においては、この医者に容認される裁量は、主観的正当化要素として表示されえないのである。その理由は、彼の体系において不法と責任は十分に区別されておらず、とりわけ医学的侵襲は、彼によれば主観的な治療目的の存在を必要としないからである⁽¹⁴¹⁾。

民法典第 228 条、904 条による正当防衛および緊急避難ならびに同意は、主観的要素を前提としない⁽¹⁴²⁾。同じことは懲戒権に対しても妥当し、それは行為者による主観的な教育目的の追求は必要ではないのである⁽¹⁴³⁾（もっとも、その後主観的正当化要素が広範に普及した後、彼は見解を変更し、そしてこれら三つの正当化事由に主観的正当化要素の存在を承認し転換をはかったのである）⁽¹⁴⁴⁾。

ドーナによって展開された正当な目的のための正当な手段という正当化原理は、全体として観て主観的正当化要素のさらなる発展を本質的に促進しなかった。さらには、彼の体系では今日異質的にみられるように、違法性と責任を構成要件該当性の前提としていたという点も問題となりうる⁽¹⁴⁵⁾。このことは、彼の構成は同時に違法性と責任が十分に明確に区別されていないという欠陥を示すものであり、さらにはこれにより主観的正当化要素が有意味的に責任要素から区別しえないという欠点をも示すものであったのである。

(139) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 102 f.

(140) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 105.

(141) Vgl. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 99 ff.

(142) Vgl. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 128 ff. und 150 f.

(143) Vgl. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit [Fn. 132], S. 90 ff.

(144) Vgl. Graf zu Dohna, Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger, Strafrecht., ZStW 52, 1932, S. 101.

(145) Vgl. Arthur Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, 1925, S. 45 ff.

以上のような評価は、すでに拙稿で紹介した「ドーナの設例」の解決からも確証されるのである。すなわち、だれかが隣家の窓ガラスを破壊し、それによって炭酸ガス中毒によって危険に曝されていた子供の生命を救助するという設例につき、行為者が元々救助目的で行為するならば何ら違法ではないが、彼が子供の危険を知らず悪意あるいは悪戯の意思で行為するならば、器物損壊罪のかどで処罰されるとするのである⁽¹⁴⁶⁾。すなわち、後者の場合において義務違反的な意思の確証の意味における責任が存在するからだ、とするのである⁽¹⁴⁷⁾。このことは、緊急避難状態の知見は彼によって、ドグマーティッシュに責任を排除する事由として位置づけられており、それ故に彼の体系において主観的正当化要素が有意味的に責任要素から区別されておらず、そのことはまた、明確に法律上規範化された正当化事由を適切に位置づけうるものではないということの意味するのであろう。

以上のごとく、本款で取り扱ったビンディング、コールラウシュ、フェルネックおよびドーナの著作が、違法性についての彼らのその時々独自の見解に基づき、主観的正当化要素を責任要素から限界づけえなかったという共通性を示すものである。このことは客観的不法概念の基底のもとで初めて、主観的正当化要素の独自のドグマーティッシュな形相を広範にわたって展開しえたということを示唆するのである。

第4款 第3款の補論——ヤーコプス・シューレによる「システム論的刑法構想」に基づく現代版「主観的不法論」の展開について

ヤーコプスは、刑法は何を保護するのかにつき法益保護ではなく「規範妥当性の維持と確証にある」というところから出発し⁽¹⁴⁸⁾、彼の学派は犯罪を法益

(146) 振津『刑事不法論の研究』237頁注(6)。

(147) Graf zu Dohna, Die Elemente des Schuldbegriffs, GS 65, 1905, S. 312.

(148) Günther Jakobs, Was schützt das Strafrecht : Rechtsgüter oder Normgeltung?, Festschrift für Seiji Saito, 2003, S. 780 ff. (17 ff.). なお、グレコによれば、この思想は以下のよう、展開されてきたとされる。Zuerst aber noch etwas zurückhaltend Jakobs Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 33 f., 36 f., 41 ff., 44 (zum Grund der Zurückhal-

侵害に代えて規範妥当性の侵害とすることにより、論理必然的に規範に従えない、あるいはそれに応答しえない者、すなわち責任無能力者は犯罪を犯しえないことになり「責任なき不法」すなわち「客観的不法論」は否定されることになる。これにつき、筆者が2007年に公表されたパブリック論文を詳しく紹介しておいたのでその概要はそれに委ねたい⁽¹⁴⁹⁾。レッシュもイタリック体で「刑事不法は刑法上の責任そのものである」と述べ⁽¹⁵⁰⁾、現在の21世紀に「主観的不法論」への回帰が主張されているのである。かような「最近の不法と責任の相対化」は、ドイツではヤーコプスを筆頭として、パヴリク、レッシュ、フロイント、T.ヴァルター、ジン等、スペインではM.フェルナンデツ、ポルトガルではS.メンデス等によりヨーロッパで有力に主張されているのである。本説は「主観的不法論」であるから、責任無能力者の行為は雷や洪水等と同様単なる「自然」にもとづく侵害と同じであって、何ら不法を実現するものではない。本説はニクラス・ルーマン等の「システム論」から発している、あるいはグレコによれば「ヘーゲルの影響下で犯罪行為と刑罰とのコミュニケーション的理解」から引き出されたものであるともされている⁽¹⁵¹⁾。本説に対する包括的批判はグレコ論文に委ねるとして⁽¹⁵²⁾、私見によれば「責任なき不法」を否

tung siehe unten Fn 28) ; radikaler *ders.* ZStW 107 (1995), 843 ff. (844 ff., 864) ; *ders.* GA 1997, 553 ff. (554 Fn 9) ; *ders.* GA 1996, 253 ff. ; *ders.* in : Festschrift für Nishihara, 1998, S. 105 ff. (110 f.) ; *ders.* in : Festschrift für Schreiber, 2003, S. 949 ff. (956) ; *ders.* in : Festschrift für Rudolphi, 2004, S. 107 ff., 122, (zitiert nach Greco, [Fn. 151], S. 636 Fn. 6).

- (149) 振津「ミヒヤエル・パヴリク『最近一世代(30年)の最も重要なドグマティッシュな前進?』—刑法における不法と責任との間の区別についての論評(紹介) 159頁以下(金沢法学52巻2号 2010年)。
- (150) Heiko Hartmut Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 205.
- (151) Luís Greco, Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, GA 2009, S. 636.
- (152) Vgl. Greco, Relativierung [Fn. 151], S. 636–650. 簡単にグレコの批判について述べると、不法と責任の区別をなくしてしまうという近時の傾向は何の成果もない。こ

定することによって、不法論を空洞化し責任にのみ重点を置くものであるから、本説はやはり問題が多すぎるように思われるのである。すなわち、刑法の任務は法益保護であって何も規範の妥当性の保持ではない。したがって法益侵害説を基軸とする「責任なき不法論」、すなわち「客観的不法論」を堅持することが現在のわれわれにとってきわめて重要であると思料されるのである。おそらくはヤーコプス・シュレー等の「主観的不法論」の再来は、20世紀末から21世紀初頭の一世代に返り咲いた徒花として消え去る運命にあり、しかもそうでなければならないと確信するものである。

第5節 主観的正当化要素の独自の解釈学的法理への展開

たとい主観的正当化要素がビンディング、コールラウシュ、フェルネックおよびドーナの作品において箇々の箇所で論ぜられたとしても、それにこれらの作品において全体として大きな意義が帰せられなかった。そのことは、この時代の刑法学がせいぜい隅っこで知られ、そして個々のものにのみその存在が承認された例外現象にすぎなかったからである。

第1款 個々の正当化事由の特殊現象としての主観的正当化要素

20世紀への転換直後、主観的正当化要素は個々の正当化事由の特殊現象として承認されるようになった。かくして、ベーリングによれば、ドイツ民法典

のような見解の主張者達は説得的な解明をなしておらず、それ故に不法と責任を区別する見解は、社会有害性の刑法的重要性と人的非難可能性、責任なき不法および有責な不法を区別する法的効果に結びつける立法者の決定、および責任の前提としての違法性の意識の必要性などは、反対説が内部的に主張可能ではないし、また外部的な説得性も要求しえない。それは、とりわけ学問的な前進として承認されない。なぜなら、そのような見解はわれわれの認識を拡張するものでもないし、新しい興味ある思考へと導くものでもない。ドイツ刑法学における最近の大きなシュプール転換は、客観的帰属論の発展によってその豊穡を立証したのである。それ故かような見解は何の参考にもならないものであるというのが、グレコの批判の骨子である。なお、ごく最近出版されたロクシン博士80歳祈念論文集のNavarrete および Scheinfeld の各論文、in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. I, 2011, S. 169 ff.; S. 183 ff.をも付加しておく。

第 266 条 (§266 BGB) の権利濫用の禁止 (Schikaneverbot) における違法は、シカネー目的の主観的要素によって初めて根拠づけられた⁽¹⁵³⁾。逮捕権は、それが § 127 StPO に基づくかぎりで抑止目的を必要とし、そしてそれが安全と秩序に関するラント法の規定から引き出されるかぎりで、予防目的を必要とした⁽¹⁵⁴⁾。さらには、行為者は当時の軍刑法典第 47 条によれば⁽¹⁵⁵⁾、彼が重罪もしくは軽罪としての命令の対象を認識したときにのみ正当化された⁽¹⁵⁶⁾。

これらの例外を度外視するなら、主観的正当化要素の存在はベーリングによって原則的に否定された。すなわち、「いずれにせよ、原則的に違法性は行為する者の意思や意欲、彼の思考や彼の意図に依存しないのである」⁽¹⁵⁷⁾。かような心理的事実は責任に対してのみ重要でありうる⁽¹⁵⁸⁾。主観的正当化要素は、ベーリングの体系において客観的不法概念に対する矛盾を意味する。「状態の客観的違法性が存在する；そしてまずまさに人間の行為の客観的違法性（が存在する）。」⁽¹⁵⁹⁾けだし、人間の行為は心理的所与に依存することなく、規範に適合されるのである⁽¹⁶⁰⁾。それによって、個々の行為者によって追求された目的は正当化にとって重要ではなく、それ故首尾一貫して正当防衛の要件としての防衛の意思はしりぞけられる⁽¹⁶¹⁾。v. リストの見解とは異なり、正当化事由の誤認は故意責任を排除した⁽¹⁶²⁾。v. リストがこの錯誤に一切の刑法的重要性を認めなかった一方で、ベーリングにおいては、それは故意にとって必要

(153) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 142.

(154) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 142.

(155) 現行法 § 11 Soldat G. を参照せよ。

(156) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 142 ; ders., Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, 1930, S. 17.

(157) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 142.

(158) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 142.

(159) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 140.

(160) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 140.

(161) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 141.

(162) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 327 f.

な不法の意識を排除するものであった⁽¹⁶³⁾。

刑法における客観的不法概念の導入後、客観的に捉えられた違法性は、ベーリングにおいて決定的に独自の体系的意義を獲得した。違法性は行為の外部的なものに制限されており、犯罪の心理的側面は全て責任でのみ重要であるからである。正当化事由の認識は、ここでは一般的な主観的正当化要素として不可欠なものではなく、それ自体心理的な所与性に依存しない純客観的な違法性に対する矛盾を形成したのである。ここでは、全く個々の特別な主観的正当化要素は、正当化事由を形成する法律によってそれ自体強制された例外現象としてのみ存在しえた。ここから、故意と過失で異なる主観的正当化要素の考察は、それ自体禁じられる。純客観的な不法概念に基づく犯罪体系の構成から、ベーリングは原則的に主観的正当化要素の否定へと強いられるのである。けだし、ベーリングの犯罪論体系は法定構成要件との犯罪構成要件の同一視と並んで、原則的に全ての法律上のメルクマールは完全に構成要件に一致するというやり方において(首尾一貫性の命題)、第一に構成要件を充足する法律のメルクマールは、統一的な構造を示す、すなわち客観的かつ価値自由に構築されるという原則に基づいていた(同質性の命題)⁽¹⁶⁴⁾。

このベーリングによって前提とされた客観的・価値自由なメルクマールからの同種の構成は、以下の時代において主観的不法要素に関する特別の研究によってますます問題とされたのである⁽¹⁶⁵⁾。20世紀の20年代の終り頃主観的不法要素が広範に承認されたときに、ベーリングは彼の死の直前に主観的不法要素の理論に対して、主観的不法要素は客観的不法論において理論的に、主観的な何物かが外部的態度の評価に対する条件を違法なものであるという形態において顧慮しようとしたのである(主観的不法条件説)⁽¹⁶⁶⁾。彼はそれでもって

(163) Beling, Verbrechen [Fn. 153], S. 327 f.

(164) Wilhelm Class, Grenzen des Tatbestandes, 1933, S. 24 ff.

(165) Class, Tatbestand [Fn. 164], S. 24 f.

(166) Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 12 Fn. 1. なお、振津『刑事不法論の研究』

11頁以下参照。

主観的不法条件を承認したが、主観的不法要素は否定した。けだし、主観的に不法を根拠づける要素はそれ自体不法構成要件ではなく、そこで同質性の命題が形式的に防御されたからである。それ故、限界づけられた例外現象として、主観的不法要素と主観的正当化要素は同程度に、ベーリングの犯罪論体系において異物であった。

この当時、とりわけナグラーはこの時代の支配的な犯罪論体系の基礎としての客観的不法概念の学問的承認のために本質的に寄与したのである。すなわち彼が、ビンディング、フェルネックおよびドーナの攻撃に対し客観的違法性の概念の給付能力を示し、したがってその普及を促進したということを通して然るのである。彼は、主観的正当化要素をドイツ刑法典第 193 条（正当な利益の擁護）および事務管理において承認したのである⁽¹⁶⁷⁾。それに不法概念を爆破する力が帰されるのではなく、それらは「その他の心理的要素」として責任から区別され、そして必然的なものではなく、客観的不法概念と一致可能なものと考えられた。というのも、これはまさに常に一定の主観的意思要素を包含していたからである⁽¹⁶⁸⁾。主観的正当化要素はここでは体系的意義なしに、単なる例外現象に止まっていたのである。

20 世紀への転換直後に至るまでは、主観的正当化要素は何らの大きな注目も与えられなかった隅っここの現象であった。それはまず第一に、1911 年に民法学者である H.A. フィッシャーの違法性に関するモノグラフィー⁽¹⁶⁹⁾によってもたらせられたのである。しかし、既に拙稿でも詳述したように、フィッシャーの見解は当時刑法学界にほとんど影響を及ぼしえなかったものであり、M.E. マイヤー等により批判すらうけたのであって、刑法学の領域では 1915 年、実定刑

(167) Johannes Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für Karl Binding, Bd. 2, 1911, S. 286 f. Fn. 8.

(168) Nagler, Rechtswidrigkeit [Fn. 167], S. 286 f. Fn. 8.

(169) Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.

法の個別現象の考察および目的論的な方法と体系性から出発したヘーグラーおよびM.E.マイヤーにおいて初めて主観的違法要素の原則的意義が浮上することになるのである⁽¹⁷⁰⁾。

第2款 主観的不法要素と主観的正当化要素の発見

民法学者フィッシャーの見解ののち、1915年に刑法学の領域では、実定刑法の個別現象の考察および目的論的方法と体系性から出発したヘーグラーおよびM.E.マイヤーにおいて初めて、主観的違法要素の原則的意義が浮上することになったということについては、既に拙稿で論じておいたので繰り返さない⁽¹⁷¹⁾。

ただし、主観的不法要素を確立したヘーグラーは同時に主観的正当化要素の承認を排除し、これに非難を加えた。ヘーグラーは主観的不法要素の根拠づけの証明によって、純客観的な違法性および純主観的な責任という彼の時代には妥当したドグマを不法の根拠づけから動揺させたが、主観的正当化要素を拒絶した。他方、逆にM.E.マイヤーはこのドグマを不法阻却から問題にしたのである。

M.E.マイヤーは責任を根拠づける義務違反性を行為者の動機に帰せしめ、そして行為者によって追求された目的が原則的に動機から区別されることを通じて、主観的正当化要素の不法への体系的な位置づけに到達した。不法への主観的正当化要素の体系的位置づけは、M.E.マイヤーにあっては二つの方法的に対立する阻却的な、犯罪を作り出す事実上の事象の相違する考察方法を通じて、不法と責任の限界づけが帰結する。すなわち、不法は当為のカテゴリーに帰するものであり、責任は存在のカテゴリーに帰するものである。M.E.マイヤーは、存在と当為の関係は事象の目的論的および因果的考察の対比と同一であるとするが、存在と当為の対比の関係は未だ不明確に止まっていた。まさに、この時代に強力に議論された存在と当為との関係する相違する見解の対置は、M.

(170) 振津『刑事不法論の研究』209頁以下。

(171) 振津『刑事不法論の研究』210頁以下。

E.マイヤーにあっては十分には行なわれなかった。なるほど犯罪体系の基礎において、M.E.マイヤーは西南ドイツ学派の新カント主義に影響を受けているが、存在と当為に関する彼の理解は十分に解明されえないのである。

M.E.マイヤーが責任を存在のカテゴリーに還元させ、そしてそれを意思に基づく因果的に作用する表象の意味において動機として捉えるかぎり、彼の見解は彼の時代の全心理的に方向づけられた責任概念の中で捉えられる。それに対して、行為者の主観的目的が当為のカテゴリーの心理的事象の目的論的考察の帰結として位置づけられ、それによって責任に属する動機から厳格に区別されるという思考は新種のものであった⁽¹⁷²⁾。主観的な目的を不法に位置づけることは、その確定が違法性の確定と同様に規範目的に方向づけられた目的論的考察方法の帰結であるということから生ずるのである。この前進を、M.E.マイヤーは教師による生徒の懲戒が教育目的であって、その父親に対する復讐心に奉仕しないときのみ適法であろうという指摘でもって明確にした⁽¹⁷³⁾。この新しいドグマーティッシュな発端が、初めて主観的な責任要素からの主観的正当化要素の厳格な限界づけを可能ならしめた。その意味で、M.E.マイヤーが、初めて主観的正当化要素を責任要素から体系的に限界づけるという試みを行なったという功績が帰されるのである。彼によって、不法は *Sollen* のカテゴリーに帰し、そして責任は *Sein* のカテゴリーに帰されるということを通じて *v.* リストの犯罪概念が客観的不法と主観的責任という彼の強固な対立を克服し、そしてそれによって責任要素から主観的正当化要素の体系的限界づけを可能にしたのである。M.E.マイヤーは主観的正当化要素をそのように名前を賦与したのみならず⁽¹⁷⁴⁾、それと同時に、彼が最初の者としてこの主観的要素を不法に体系的に根拠づけたことを通して、独立のドグマーティッシュな法理とし

(172) Vgl. Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, S. 106 f.

(173) Vgl. M. E. Mayer, AT [Fn. 172], S. 186 f.

(174) M.E.マイヤーは主観的正当化要素の概念を「主観的違法性要素」として表示した。
Vgl. M. E. Mayer, AT [Fn. 172], S. 185 ff.

ての存在を確立したのである。

以上のような理由から、M.E.マイヤーは正當にも主観的正当化要素の発見者として表示される。同じことは、主観的不法要素に関してヘーグラーに対しても妥当するのである。もっとも、当時において正当化する事態の認識は刑法における主観的正当化要素として凡そ何の役割も演じなかった。全体として、主観的正当化要素はこの時代において刑法学が關外でのみしか従事しなかった現象にすぎなかった。ましてや、故意と過失で異なる主観的正当化要素の考察は、故意と過失が依然として相違する責任形式として一致して捉えられていたということで、この当時に見出されなかったというのは当然のことでもあろう。

第3款 20世紀の20年代における主観的正当化要素のさらなる拡張

ヘーグラーとマイヤーの研究の出現後、学問的関心はますます主観的不法要素と主観的正当化要素へと向けられた。というのも、その存在は全ての主観的なものは責任へと位置づける通説的な三分的犯罪概念と矛盾したからである。

第1項 主観的正当化要素に関するケーラーとザウアーの見解

第一次世界大戦の終り頃に出版されたケーラー（August Köhler）の教科書（1917年）の中で、われわれは初めて主観的正当化要素の内部的構造に関する詳しい分析を見出すのである。彼は初めて正当化する事態の知見と正当化事由の行使に関する行為者のそれに関係する意思の間を、主観的正当化要素の二つの独立の部分要素として明確に区別した⁽¹⁷⁵⁾。個々の正当化事由が行為者における主観的正当化要素を前提にしているかぎり、行為者はただに「その存在の行為事情」を知らねばならないのみならず、また「権利を行使するための単純な意思」の意味においてそれを使用しようと欲しねばならないのである⁽¹⁷⁶⁾。かように定義された主観的正当化要素は、例えば復讐心のように個別事例において存在する悪意の動機によって排除されるものではない⁽¹⁷⁷⁾。

(175) August Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1917, S. 288 f.

(176) A. Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 288 f.

(177) A. Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 289.

それ故に、正当防衛権は行為者が正当防衛状況の認識を超えて攻撃を防衛しようとするときにのみ介在するのである⁽¹⁷⁸⁾。§ 229 BGB による自力救済はその前提の知見を超えて、「自力行為を行使する……という故意」を前提するのである⁽¹⁷⁹⁾。§§ 229、904 BGB の民法上の緊急避難およびケーラーによって正当化事由として位置づけられた§§ 52、54 StGBa.F.の刑法上の緊急避難にあつては、行為者はただに防御すべき危険を知るのみならず、また彼に保証された防衛権を行使するという意思をもって行為しなければならない⁽¹⁸⁰⁾。これらと異なり、同意は行為者が被害者によって表明された同意を知っていればよく、彼がこれに関係する意思をもって行為しなくてもよいということだけを必要とする⁽¹⁸¹⁾。

主観的正当化要素はその構造において、知的要素と意思的要素から構成されていると彼は考えたが、主観的正当化要素に関する詳細な根拠づけを遺憾ながら見出さないのである。

それに対して少し後に(1921年)、ザウアーが個々の正当化事由における主観的正当化要素を詳しく論じたが、しかし彼はこれを完全に否定した。彼は主観的正当化要素に対する立場を、正当化にあつては「行為者の個々の目的ではなく……行為の一般的な目的、現実の目的、行為の一般的傾向」が評価の客体を形成し、それ故に行為を客観的に解釈すべきであるとして論拠づけたのである⁽¹⁸²⁾。

懲戒権に関し、彼は主観的正当化要素としての教育目的を否定した。なぜなら、さもなくば裁判官は「精神生活の繊細な探究」へと強いられようからである。同様に逮捕権等でも、彼は主観的正当化要素を否定し、適法な国家にとって客観的に有用な逮捕は、例えば個人的な敵対性といった行為者の動機によつ

(178) A. Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 288 und 357 f.

(179) A. Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 289 und 380.

(180) A. Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 288 f., 363 und 369.

(181) A. Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 289 und 411 Fn. 2.

(182) Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 346.

て違法性が左右されないからである。さらに、ザウアーは正当防衛および緊急権においても、主観的正当化要素の存在を「余計な尺度」として全く非難した。なぜなら、正当化は「社会に対する行為の客観的価値」にのみ依存しうるのであるからである。ここで主観的要素を顧慮することは法とモラルの限界を混同させ、そして責任が同時に違法性を根拠づけるという「混乱」へと導くであろうからである⁽¹⁸³⁾。ザウアーはかようにして、本質的に主観的正当化要素の存在の否定のために寄与したのである⁽¹⁸⁴⁾。

第2項 過失行為における同意に関する議論の続行

20世紀の転換頃に立ち消えていた過失行為における同意の可能性は、1914年にヴァッヘンフェルトが新たに開き、そしてそれから20年代において集中的に継続された。彼は過失行為における同意の可能性を、同意という正当化事由が違法性を直ちに排除し、そしてそれ故に、犯罪行為の責任形式（故意・過失）に依存することなく介在しなければならないであろうという指摘でもって提示したのである⁽¹⁸⁵⁾。それでもって彼は過失行為における同意を、v.リストに還元される三段階的犯罪概念の構造から引き出したのである。ホーニッヒとアルフェルトは、彼の見解と本質的に合流したのであった⁽¹⁸⁶⁾。

以上と異なり、M.E.マイヤーは過失行為における同意を原則的に否定した。なぜなら、これは必然的に「行為の刑法的に重要な部分」としての結果に関係しなければならず、そしてそれ故に過失行為を対象にもちえないからである⁽¹⁸⁷⁾。過失によって招来された結果は通例「同意する者の表象領域」によって捉えられないという論証でもって、ビューリングはこの見解に賛同したが、

(183) Sauer, Grundlagen [Fn. 182], S. 349.

(184) ザウアーの見解につき詳しくは、振津『刑事不法論の研究』216頁以下参照せよ。

(185) Friedrich Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 132 Fn. 2.

(186) Richard Martin Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 174 f. ; Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage des von Hugo Meyer begründeten Werkes, 1922, S. 141.

(187) M. E. Mayer, AT [Fn. 172], S. 291 Fn. 15.

しかしマイヤーとは異なり、過失行為における同意は例外的に同意者が過失行為の危険を明示的あるいは推定的にその説明において包含していたときは承認されるとしたのである⁽¹⁸⁸⁾。

ホーフエルトもまた、同意の過失犯に対するその妥当性を論じた。すなわち、彼の「承諾として、他の意図した所為（行為）」によって定義された同意はその適用領域において故意行為に制限され、そして同意は被害者の意思決定に基づいて始められ、そしてそれでもって熟考をもって遂行された行為を前提にするという思想に基づいていた⁽¹⁸⁹⁾。これに対して、ケーラーならびにシュライは同意は行為者と同意する被害者との間の密接な意思の一致を必要とし、そして過失行為における同意の可能性を承認したのである⁽¹⁹⁰⁾。両者は、同意の対象としての行為の故意の構造に基づく行為者と被害者との間の同意に対して必要な意思の一致というホーフエルトによって引き出された帰結を否定したのである。かてて加えて、ホーフエルトによって同意に対して提案された構成は、まさに故意行為において行為者の表象とは異なる因果の経過により、過失に基づき他人の元来欲せられた結果とは異なったものが生じうるという問題を解決しえなかった。同意が被害者からこの先行しない結果に基づき広がりうるかというここで決定的な問題は、明らかにシューによって否定された。シューは同意の対象を被害者の意思によって全くまさに構成された侵害を確定し、そして過失行為における同意を思考可能でないものと明言した。というのも、ここではそれに対して必要な「意思と行為との間の連関」が必然的に欠如するからである⁽¹⁹¹⁾。それに対して、トレーガーは同意を被害者によって可能なものとし

(188) Erich Herbert Bühring, Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei Körperverletzung, Diss. Göttingen, 1920, S. 49 f.

(189) Richard Hofert, Die Bedeutung der Einwilligung bei Delikten gegen Leib und Leben unter Berücksichtigung der Entwürfe zu einem neuen deutschen, schweizerischen und italienischen Strafgesetzbuch, Diss. Heidelberg, 1923, S. 20 f.

(190) Köhler, Strafrecht [Fn. 175], S. 412 ; Robert Schrey, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, 1928, S. 55 f.

(191) Adolf Schuh, Die Einwilligung des Verletzten, 1883, S. 98.

て予見された、行為者によって過失的に招来された結果を可能なものと考えたのである⁽¹⁹²⁾。

過失行為における同意に関するかような議論は、この時代において同意の対象が依然しばしば生じた構成要件該当の結果と同一視されたというところから生じたのである。けだし、この前提のもとでのみ、過失行為における被害者と行為者との間の必要な意思の一致の存在は、凡そ問題性のあるものとして先ず示されたからである。その論争の対象は、先ず第一に同意にとって必要な被害者と行為者との間の意思の一致が主観的に被害者の目から、また行為者の単なる過失行為においても与えられるかどうかの問題であって、いかなる程度で同意が主観的正当化要素の存在を前提にするかという問題ではなかった。この後者の問題は、1924年に初めてメツガーによって彼の画期的な研究「主観的不法要素」において説明へと導かれたのである⁽¹⁹³⁾。

第3項 メツガーの主観的不法要素の理論

v.リストによって構想され、その後ベーリングによって完成へと展開された三段階的（古典的）犯罪概念は、主観的正当化要素の展開を促進させた。すなわち、それが一般的な犯罪メルクマールとしての違法性の導入により、主観的正当化要素の責任要素からの体系的な限界づけに対する基礎を創出したということを通じて然るのである。しかし同時に、メツガーはまたそれに基礎を置く自然主義的な発端が、客観的・外部的なものを違法性に、主観的・内心的な（心理的な）ものを責任に置く形式的な限界づけにより、原則的に主観的要素の違法性への位置づけを排除し、正当化事由の構成部分としての主観的要素の承認を阻止した。メツガーは彼の論文「主観的不法要素」（1924年）において⁽¹⁹⁴⁾、主観的正当化要素に関する古典的犯罪概念のこのアンビバレントな関係を主観

(192) Ludwig Träger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgünde im zukünftigen Strafgesetz, GS 94, 1927, S. 124.

(193) Vgl. Jungclaussen, Rechtfertigungselemente [Fn. 3], S. 37.

(194) Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GA 89, 1924, S. 207 ff.

的不法要素と主観的正当化要素の承認に最早障害とはならないことを明らかにした。これについては、既に拙稿で十分に論じておいたのでそれを参照していただきたいが⁽¹⁹⁵⁾、簡単にいえばメツガーは正当化につき「利益欠缺の原理」と「優越的利益の原理」という2つの原理を引き出した。先ず前者の原理による正当化につき、被害者の同意、推定的同意、事務管理の諸事例を挙げ、被害者の同意では行為者の「内心」の「主観的」意思方向が同意の内容と一致することが必要であるとし、同様に医療行為では「治療目的」を必要とし、その他推定的同意や事務管理などでも行為者の「善意」を要求したのである。次に、後者の「優越的利益の原理」による正当化につき原則的に客観的に考えるべきものとされるが、ただここでも「裁量処分」の場合、たとえば法定刑の枠内における刑の量定、教育権の行使などは、行為者の「主観的目的」が適法性にとって決定的であるとされるが、それ以外の羈束処分や義務の衝突、さらには緊急権（例えば正当防衛における防衛の意思の否定）では厳格な客観的判断が必要とされたのである。

以上のように、メツガーは利益欠缺の原理に基づく正当化事由において、主観的正当化要素の存在を単に例外的のみならず一般的に承認しているのである。

同意の妥当性は過失に対しても承認され、彼はその対象を惹起された結果に基づいて引き起こされた行為を確定し、その際これは「意欲された所為」として「行為する者の一定の内心的な意思方向」を顧慮することなくしては規定されないのである。それ故に同意は「正当化事由が……行為者の意思方向に方向づけられる」という形態において、主観的正当化要素を前提にしているのである。同じことは、前述のように推定的同意にも妥当する。治療行為は、同意の特別の事例として主観的な治療目的を前提にする。事務管理に関しても、メツガーは§ 679 BGBの規定でのみ、「善意の内心的保障」として主観的正当化要素を認めたのである。

(195) 振津『刑事不法論の研究』219頁以下。

メツガーは初めて、刑罰構成要件と全体の正当化事由が体系的に不法概念から主観的要素の存在を探究したという功績が帰せられる。ヘーグラーや M.E. マイヤーと異なり、彼は既に知られた主観的要素が不法概念から不法への根拠づけのための位置づけに制限しなかった。メツガーは主観的不法要素と主観的正当化要素の存在を不法概念から引き出すことを通じて、彼は初めて一方で主観的不法要素および主観的正当化要素の密接な変換関係、および他方で不法概念を明らかにした。この認識に基づいて初めて、主観的不法要素と主観的正当化要素はその後支配的な客観的不法概念に対する体系破壊力を展開しえたのである。

全体として観て、メツガーは主観的正当化要素と主観的不法要素のさらなる発展を非常に促進したのである。メツガーは、v. リストに淵源しベーリングによって成熟にまで展開された形式的・古典的体系を、保護にかかる利益に向けられた不法の根拠づけおよび不法阻却に同程度に妥当する目的論的体系性によって最終的に克服したということを通して、彼はただにヘーグラーのように個々の主観的不法要素ではなく、主観的正当化要素を含めて主観的不法要素の全体性を、初めて統一的に実質的に不法概念を明確化したのである。すなわち、メツガーは彼の論文「主観的不法要素」により、主観的不法要素および主観的正当化要素を学問的文献におけるテーマとして確実に確立したのである。

第6節 第二次世界大戦に至るまでの主観的正当化要素のさらなる発展

20 世紀の 20 年代の終り 30 年代の始めにかけて、様々の論者がモノグラフィー的作品で主観的正当化要素を詳しく論じた。それを超えて、主観的正当化要素に関する議論は超法規的緊急避難に関するライヒ裁判所の判決によって本質的な衝撃を与えられることになったのである。

第1款 主観的正当化要素に対するその意義におけるライヒ裁判所による客観的不法概念の承認

20 世紀の 20 年代の終り頃に、客観的違法性の概念はとうとうライヒ裁判所によってもまた承認された。超法規的緊急避難に関する 1927 年 3 月 11 日のラ

イヒ裁判所第Ⅰ刑事部判決において、初めて「客観的違法性を阻却する正当化事由」の存在に関する問題を、免責事由の存在という別の問題から全く厳格に区別した⁽¹⁹⁶⁾。本件の事実の概要は以下のようなものである。すなわち、成人男性と肉体関係にあった未婚のローザ・S.は妊娠したことが判明した。彼女は当時精神疾患のために、精神科医 Dr.St.の治療を受けており、そこに居合わせたときに妊娠の可能性を初めて告げられたのみならず、婦人科医 Dr.W.による診断・検査の結果後、妊娠していることは疑いないということを Dr.St.から告知された。その結果、ローザ・S.は継続的なうつ状態で悩み続け、明白な自殺についての考えで激しい感情の爆発を引き起こした。Dr.St.は、彼の告知によりローザ・S.の場合には、妊娠によって喚起された「反応性うつ病 (reactive Depression)」のために、現在の切迫した自殺の危険があるものと判断し、そして自殺の危険の除去のために妊娠中絶させることを Dr.W.に依頼した。精神科の領域では専門家ではない婦人科医 Dr.W.は子宮から胎児をかき出し、妊娠中絶を Dr.St.の診断に基づき、これに依拠して実施したというものである。本件事実につき原審である参審裁判所は正当化の定式として極めてあいまいな「目的説」の観点から無罪を言い渡したが、ライヒ裁判所は「財の衡量および義務の衡量の原則 (=利益衡量説)」を根拠として責任ではなく、既に違法性の段階において独立の正当化事由(違法性阻却事由)を初めて認めたのである。本判決により、ドイツ刑法典旧第 54 条(緊急避難)の規定に関し免責事由のみならず、超法規的正当化事由としても承認したのである。本判決に先行するライヒ裁判所の判決は、正当化事由と免責事由とを明確に区別していなかった。本判決により、その当時通説化していた犯罪論体系において、v.リストに淵源する「客観的違法論」(1881 年)をドイツの判例・実務においても承認したことを意味する重要な判決である⁽¹⁹⁷⁾。

(196) RGSt 61, 242.

(197) 本判決について詳しくは、振津「超法規的緊急避難とライヒ裁判所判決について」1 頁以下(金沢法学 53 巻 2 号 2011 年)を参照されたい。

超法規的緊急避難に関するライヒ裁判所の判決によって、同時に主観的正当化要素の問題が新たに登場したのである。すなわち、超法規的緊急避難に関する第2の判決において、ライヒ裁判所は「一般的に財の侵害によってのみ解決されうところの法的に保護された財の矛盾が存在するかどうかという誠実な検討」を前提とするという制限的な原則を設定したのである⁽¹⁹⁸⁾。それ故、行為者が必要な検討を行わなかったときには、超法規的緊急避難による正当化は承認されないのである。

超法規的緊急避難に関するライヒ裁判所の判決に従って、その後ヴァヒンガーは主観的正当化要素としての外部的諸事情の合義務的検討を承認し、その軽率な他人の法益への介入は緊急状態に基づきえないとしたのである⁽¹⁹⁹⁾。これに対して、Eb.シュミットはそのような主観的正当化要素の存在を最も厳しく攻撃した。というのも、堕胎は客観的医学的に徴表され、そして専門的に執行されたかどうかのみが問題であるとされたからである⁽²⁰⁰⁾。

ライヒ裁判所は超法規的緊急避難に関するその判決の枠内において、外部的な緊急状態の合義務的な検討がこの正当化事由を制限する主観的正当化要素を展開させるという事実は、とりわけ合法的な堕胎が例外的な諸事例において専門医の中絶手術に制限し、そして一切の非医師には刑法的に禁止されるという刑事政策的目標から明らかにしたのである。外部的な緊急状態の合義務的な検討において、われわれはその存在が第一にその当時の日常的法律実務に対して、正当化事由の実際の意義から明らかとされねばならない主観的正当化要素と関係するのである。

(未 完)

(198) RGSt 62, 137 (138).

(199) Michael Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 514 f.

(200) Eberhard Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW 49, 1929, S. 397.