

Zur Problematik des ☒Verteidigungswillens" bei der Notwehr (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/2297/18202

正当防衛における「防衛意思」の問題点(二)

振 津 隆 行

はしがき

第一章 問題史的概観

第一節 実体的問題の原初的所在

第二節 一八八〇年頃の問題状況

第三節 合世紀における展開

第一款 一九三〇年代頃までの状況（以上本誌三〇巻二号）

第二款 ナチス期

第三款 戦 後（西ドイツ）（以上本号）

第二款 ナチス期

一 概観——「全体的考察」（特に「キール学派」の不法論と人的不法論への端緒）

一 ナチス期における刑法思想全般の特色を簡潔に把握し描出することは、現時点の研究状況等からみて、かなり困難な作業であることを認識し、⁽¹⁾⁽²⁾多くの留保を付しつつも、以下ではシュ―ネマンの手頃なスケッチを顧慮

(3) して、本款の論述の出発点としたい。

さて、新カント主義の刑法学は、一九三〇年頃までは、全く少数というわけではないがその都度散発的にしか発言されなかった批判者達に対し自らを主張しえた一方で、三〇年代に、特にナチスの権力掌握（一九三三年）後、刑法ドグマ・ティクの光景をほとんど完全に変貌させた強固な反対運動が地歩を獲得していった。それは、新カント主義の体系思考の弱点および不完全性を攻撃の対象とし、たとえば、シャフシュタインは保護法益に限定された目的論的概念構成の一面性を非難⁽⁴⁾し、ヴェルツェルは法的現象そのものを文化科学的概念構成の産物にすぎないとするラスクのテーゼを認識論的観点から疑わしいものとして攻撃した⁽⁵⁾。だが、かような批判は、かなり政治的かつ世界観的な源泉から供給されたものではあるが、そこから、新カント主義的体系の「分解思考（Trennungsdanken）」をいわゆる古臭い、誤った自由主義的刑法思想の産物として拒絶し、免責事由（Entschuldigungsgründe）の拡大（たとえば、「超法規的緊急避難」、「期待可能性」の思想等）を「刑法の社会主義的軟骨化」として烙印付けた⁽⁶⁾。これに代って、「全体的考察方法（ganzheitliche Betrachtungsweise）」が喧伝され、それは結局のところ、非合理主義と決断主義（Dezisionismus）⁽⁷⁾、したがってまた、刑法学の自己廃棄へと導いたのである。

二 その際、この期においては、いわゆる「キール学派」（ダーム、シャフシュタイン）による不法概念の拡張という点が特に注目されるべきであろう。すなわち、法益侵害が初めて、かつそのみで違法が根拠付けられるとする違法観が排撃され、その中に表明された共同体敵対的心情、共同体による社会的拘束裡にある個々人の義務侵害が現実的な法違反を含むものとされ、「……犯罪的所為は、最早外部的秩序の擾乱あるいは法的命令に対する形式的不服従として現れえないであろう。むしろ、それはこれを超えて道義的に非難される行為、すなわち、共同体に対する行為者の動揺せしめられた関係、その内心的墮落、その共同体違反的な心情がその中で明らかと

なる態度とされねばならないだろう。」⁽⁸⁾と。なるほど、所為の自己答責的な惹起者としての行為者の人間、人格のかように明確な強調は、三〇年代に新たに蔓延った国家的共同体意識の連関の中で眺められねばならないであろうが、にもかかわらず、それは主観的不法要素の理論および主観的未遂論によって、決定的な推進力をもちえたのである。そして、社会倫理的に結合され、かつ答責的な人格としての行為者を不法概念に集中させることによって、それは不法の「主観主義的」見解への回帰、したがってまた、違法性と責任との同一視へと向っていった。⁽⁹⁾この点で、H・マイヤーも、「ある行為が違法(widerrrechtlich)であらうという判断は、責任あるいはより適切には答責性(Verantwortlichkeit)に関する、更なる、かつ区別されるべき問題が肯定されうるということが同時に前提とされているときにのみ、有意義的なやり方で下されうるものである。したがって、独立の客観的不法というのは存しない。」⁽¹⁰⁾(傍点原文隔字体)等とされ、それをもって、メルケル、フェルネックおよびコールラウシュ等の理論(主観的違法論)に対して苦勞して創り出された不法と責任の区別が放棄されたのである。⁽¹¹⁾また、その他、(目的的)行為不法と(因果的)結果不法とに不法概念を分割するv・ヴェーバーの主張等も、戦後の人的不法概念との連続性との関連で、特に注目しておかねばならないであろう。⁽¹²⁾では、上記のようなナチス期における概観を前提として、本稿のテーマとの関連で重要と考えられる論者の諸見解を抽出し、以下若干の検討を加えてみたい。

(一) もっとも、最近ナチス期刑事法学研究の欠陥は漸次的に埋められつつあるといつてよいが、決して十分なものとはいえない。刑法ドクマティクとの関連で若干挙げると、Klaus Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, 1975; ders., Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus—Zur Frage der Kontinuität strafrechtswissenschaftlichen Denkens, in ARSP, Beihft. Nr.18, 1983, S.55ff. (以下「ナチス期刑法研究」) H・ロットロイトナー編ナチス法理論研

究会説法、法哲学とナチズム[昭和六二年]八二頁以下) ; ders., Zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis im Nationalsozialismus, in : Udo Reifner, Bernd-Rüdiger Sonnen (Hg.), Strafrecht und Polizei im Dritten Reich, 1984, S. 77ff.; Monika Frommel, Von der Strafrechtsreform zur „Rechtserneuerung“, in ARSP, Beiheft Nr.18, 1983, S. 45ff. (前掲訳書・十一頁以下) ; dies., Welzels finale Handlungslehre.Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht—oder die Legende von der „Überwindung des Wertneutralismus“ im Strafrecht, in : Reinen=Sonnen (Hg.), a. a. O., S. 86ff. u. s. w. なお、ナチス期ドイツ刑事法学に関する詳細な文献目録として、Hinrich Rüping, Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus : Literatur zum Straf-, Strafverfahrens- u. Strafvollzugsrecht mit ihren Grundlagen u. e. Anh.: Verzeichnis der veröffentlichten Entscheidungen der Sondergerichte, 1985.

なお、わが国でも戦前・戦中におけるナチス刑事法研究に関する紹介、論文、著書等は枚挙にいとまがない程であるが、現在の視点からの分析はほとんどなされていないのが実情である。最近このような試みとして、前田朗「ナチス刑事司法研究の課題」中央大学大学院研究年報一五号(昭和六一年)一〇一頁以下、同「ナチス期刑法イテオロギー研究序説」同一六号(昭和六二年)八頁以下があり、個々の諸文献については同論文引用のものを参照されたい。また、山中敏一「ナチス刑法における『法の革新』の意義——その解明の試み——」ナチス研究班・ナチス法の思想と現実(平成元年)一五九頁以下をも参照。なお、当時の司法省調査課発行の「司法資料」には多数の翻訳が存することも付言しておく。

(2) ナチス期刑法理論といっても極めて多様性があり、それらの諸見解の精確な分類、時期的区分およびその理論史的位置付け等を巡る諸問題についても、今後の重要な課題であらう。とりあえず、これらについても、注(1)引用の諸文献等参照。

(3) Bernd Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 33f. (本書翻訳「ヘルント・シュエネマン編中山研一・浅田和茂監訳・現代刑法体系の基本問題(平成二年)三六頁以下」)。(なお、本款概観のサブタイトルは、このシュエネマンおよびフェルバー[Roland Feilber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen—Zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts—, 1979, S. 26] 監著のタイトルを翻題して付した)。

(4) Vgl. Friedrich Schaffstein, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, in : Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt zum 1. November 1934, 1936, S. 47ff.

(5) Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935 (in : Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 77ff.)。なお、本書の藤尾彰訳「刑法における自然主義と価値哲学」法政理論五巻一号(昭和四七

年)七四頁以下。

- (6) Vgl. Georg Dahm und Friedrich Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht ?, 1933, S. 29ff.; Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldtausschließungsgrund, 1933, S. 62ff. u. s. w. Dazu ferner vgl. Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, S. 103ff. 214ff.
- (7) Schünemann, a. a. O., S. 34.
- (8) Wilhelm Gallas, Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriessstrafrecht, ZStW Bd. 60 1941, S. 379; vgl. auch ders., Zur Kritik der Lehre von Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Gleispach-Festschrift, 1936, S. 50ff. u. s. w.
- (9) Felber, a. a. O., S. 25.
- (10) Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 223f.
- (11) Vgl. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 55f.; Felber, a. a. O., S. 24ff.; Ernst-Joachim Lampe, Das personale Unrecht, S. 38. u. s. w.
- (12) Vgl. Zielinski, a. a. O., S. 56.

1 諸説の検討

1 もともとは、メツガーの主観的不法要素のテーゼに加担して⁽¹⁾いたE・ヴォルフは、とりわけ『ベッペンハイム記念論文集』(一九三二年)のための寄稿⁽²⁾以降、主観的不法(構成要件)要素の理論についての「新しい種類の、相互に全くしばしば矛盾する思想への」寄与(ジールベツ)⁽³⁾、あるいはその理論の「より広範な、極めて重大な拡張」をもたらした「先駆者(Bahnbrecher)であることをはつきり示した」(ブラウン)⁽⁴⁾とされる一連の論稿を公表するに至った。

まず、前記のヴォルフの論文『構成要件該当性の諸類型——刑法各則の総論のための予備研究⁽⁵⁾』は、既に副題

が示すように、メツガーの「刑法上の構成要件の意義について」(一九二六年)で追究された志向上で構築されたものである。それは、とりわけ人格的法益論に基づくものであった。⁽⁶⁾

彼も、構成要件、違法性および責任という犯罪概念の三分的構成を不動の基礎⁽⁷⁾とし、まず、ベールリングおよびM・E・マイヤーによって苦勞して創り出され、刑法理論の共通財に算入する構成要件の概念を、犯罪論の出发点だと表示する。⁽⁸⁾しかし、「構成要件該当性の諸類型」の中で、彼は、行為者心理のおよび規範的メルクマールを包含する修正後のベールリングの理論(一九三〇年)の意味における「犯罪類型(Deliktstypus)」と彼の構成要件とを同一のもの⁽⁹⁾とする。彼にあっては、犯罪類型としての構成要件は、全く犯罪類型を形成するすべてのものを含んでいる。特にE・ヴォルフの理論にとって注目に値し、かつ基本的なことは、法規が行為者を類型化するメルクマールを含む行為者類型(Tätertypus)と行為類型(Tattypus)とに構成要件を分化することである。⁽¹⁰⁾

もっとも、本論文の目的は、彼にとってまず第一に、個々の犯罪類型の構造研究を通して、各則の体系性への一寄与を果そうとすることなので、この目的のために、構成要件はその構成要素への分解が必要となる。すなわち、彼にとって構成要件該当性の諸類型は、「行為の要素(Elemente der Handlung)」(時間的順序に従えば、①意思決定[Willensentschluss]②意思実行[Willensbetätigung] および③意思結果[Willenserfolg] および「行為の事情(Handlungsumstände)」(グループ毎に分けると、①経験的[empirisch] 行為事情—空間的・時間的規定[*M・E・マイヤーのいわゆる態様(Modalität)*] および行為客體、②目的論的[teleologisch] 行為事情—規範的構成要件要素、③人格的[personal] 行為事情—主観的構成要件要素)が、個別構成要件の中で特別な方法で変化し、そしてこのような変化の特殊・類型的意味に基づき(論理的および目的論的に)犯罪は明白に区別されるグループに統括されうるものだという事実から明らかとなる。⁽¹²⁾このようにして、ヴォルフによれば構成要件該当性の類型論、すなわち犯罪類型グループのカタログ—それは、通常示されるように、社会的側面から「利

益侵害」のカatalogとして現われるのではなく、法律的側面から行為類型のカatalog (Handlungstypenkatalog) を意味する——が獲得されるのである。この行為類型は、個別構成要件に対してより高度の抽象化の段階として現われる。最も一般的な犯罪概念と個別特殊の犯罪概念との間に、なお犯罪グループ (Verbrechensgruppe) の概念が押し出されるのである。⁽¹⁴⁾

E・ヴォルフによれば、構成要件が行為者を類型化しているかぎり、それは行為(不法)構成要件である。かくして、ここで典型的な一例のみを挙げると、たとえば、メツガーの目的犯ないしヘーグラの超過する内心傾向をもつ犯罪に対応する彼のいわゆる「目的利用犯 (Zweckdienlichkeitsdelikt)」と名付けられた構成要件(それは、「……するために……あることをなす者は („Wer etwas tut…, um…zu…)」というシェーマによって構成される)、特に客観的目的利用犯に関連して、その場合の当罰性 (Strafwürdigkeit) は、行為者の動機付けという特別の危険性に在り、かような危険性は責任に属さないと述べられる。行為者の危険性は、それが具体的な諸事情から切り離された抽象的行為類型の構成要素となるときには、不法構成要素となりうる。そして、個人およびその性格学から引き離された抽象的行為者類型に関する判断——それは、一切の抽象的行為類型に相応するように——は、「責任の構成要素ではなく、行為(不法)構成要素である。このような諸事例においては、『危険性』は主観的『社会侵害性』として、もしくは以下のようにも言いうるように、不法の人格的(個別的ではない!)化体として現われる。」(傍点原文隔字体)。その際、E・ヴォルフは、彼のフライブルクの就任講演『行為者の本質について』(一九三三年)で詳述されるに至る見解、すなわち、行為者性 (Täterschaft) とは人格の墮落もしくはは心情の墮落を意味するという見解⁽¹⁵⁾から出発しているのである。このことは、とりわけ彼が、既述の「危険性」にあつては、行為者の「法的人格性の荒廃」の中に本来の当罰的な「損害 (Schaden)」が根拠付けられると述べている点で明白となる。行為者の中で社会損害が生ずる。「彼の法的人格性の自己断頭 (Selbstdekapitierung) の

中に、彼の所為の実質的な（もともと、『主観的に』根拠付けられた）不法が存在する。⁽¹⁷⁾メツガーやツインマーは、なるほど実質的不法にとつての主観的不法要素の意義を認識したが、実質的不法の特質（Qualität）の個々の具体的相違については詳しく述べなかつた。⁽¹⁸⁾客観的な財の侵害のみから出発しえないのであり、それでは法的世界にとつて根本的な人格の領域を凡そ把握しえないであろう。⁽¹⁹⁾かくして、「主観的構成要件（不法）要素は、ただに形式的違法性⁽²⁰⁾にとつてのみならず、実質的違法性にとつても意義をもつ、換言すれば、財および利益の存立におけると同様、法的世界の人格の存立における侵害も存するのである。⁽²¹⁾」と。

以上のように、ヴォルフは「構成要件該当性の諸類型」の中に、立法者がただに行為のみならず行為者をも構成要件の中で類型化したのだと考え、したがって、構成要件は行為の種類に関する一般的な（個別的ではない）価値判断だけでなく、行為者性（Täterschaftsmäßigkeit）に関する価値判断をも含むものである。このような行為者を類型化するメルクマール（行為者属性）に、悪意、職業性、超過的内心傾向ならびに故意・過失といった類型化された一般的心理的活動形式⁽²²⁾（ヴォルフのいわゆる「類型的意思傾向をもつ意思決定」⁽²³⁾）等を挙げており、このような法定の行為者類型によつて要求された主観的構成要件要素の意義は、これらの諸事例においては、行為の違法性は行為者の主観的態度（意図等々）によつてともに根拠付けられ、これなくしては排除されるという点に正に存するのだから、ヴォルフは主観的構成要件をもつ諸事例の範囲をメツガー以上にはるかに拡張するに至っているのは明らかである。⁽²⁴⁾かような点でシュヴァイケルトによれば、構成要件論に対してE・ヴォルフが特に貢献した重要な点は、まず、彼が不法構成要件の人格的、行為者関係的部分を意識させたこと、および主観的不法要素の従来の実質的根拠付けの欠陥を指摘したことである、とされる。そして、メツガーやツインマーの一元の実質的違法論とは異なり、ヴォルフは結果無価値と並んで人格的無価値を認識したこと、したがってまた實際上、現代的違法論が行為無価値および心情無価値という用語で言い表わしているのと全く同様のものを主張し

ていることであると評している。⁽²⁵⁾

もつとも、E・ヴォルフはこのような認識を既述の論文『行為者の本質について』⁽²⁶⁾（本論文は、前記の『構成要件該当性の諸類型』が公刊された同年の一九三一年一月一二日にフライブルクで行なった就任講演の内容を公刊したものである）で、部分的に明らかに再び放棄する。

さて、本稿での彼の問題関心は、「行為者性の諸類型論（Lehre von den Typen der Täterschaftsmäßigkeit）」⁽²⁷⁾を新たに展開することであつた。ヴォルフは、「聞せられるべきは行為ではなく、行為者である」という人口に膾炙したフランツ・v・リストのスローガンから出発するが、しかしその行為者の概念は古い自然科学的考察方法に由来するものであつて、「真の行為者刑法の発展を阻害してきたとする。⁽²⁸⁾それに代わつて、本質科学的な人格論と法律価値論の思想を基礎に行為者を法的文化の生活領域の中で把えるべきだとし、⁽²⁹⁾「行為者はその本質上、墮落した法的心情をもつ法共同体の人格的構成員である。」⁽³⁰⁾（傍点原文イタリック）とする。このような行為者の墮落した心情の中に、「人格的損害」、法的な人格性の荒廃——彼が、パッペンハイム記念論文集で表現したように——が、再帰している。だが、「人格的領域」の中に、損害、人格的法益侵害を構成しようとする試みは、本論文では放棄されている。ここでは、行為者の心情、すなわち墮落した法的心情そのものが判断の対象とされ、それがこの行為者論の特徴をもなしている。⁽³²⁾

では、前稿で人格的法益侵害、人格的・行為者関係的不法構成要件とされた主観的構成要件（不法）要素についてはどうか。本稿では特に、メツガーの意味における主観的構成要件要素の体系的位付けについて以下のうに述べている。「それらは責任に属さず、外部的行為記述の意味における構成要件該当性に属さず、また犯罪類型に関する客観的無価値判断、すなわち、違法性にも属さない。それらは、むしろ、法定の行為者の類型化の不十分な試みとして、構成要件該当性の諸類型と同等の権利をもつとみられる行為者性の諸類型のメルクマールで

ある。⁽³³⁾（傍点原文イタリック）とする。このような見解によれば、主観的構成要件（不法）要素は不法の基体にも責任の基体にも位置付けられず、行為者の類型化の要素として、違法性と責任と並ぶ特殊存在、したがってまた、可罰性のための独自の第三のカテゴリーを形成することになる。⁽³⁴⁾

だが、ナチスの政權掌握の年（一九三三年）に公刊された彼の『刑法改正の危機と新構成⁽³⁵⁾』では、不分明ながら、不法の基体と並ぶ特別のカテゴリーとしての行為者性の諸類型の要素は、むしろ（主観的な）不法論の領域への再転換への示唆が見出される。⁽³⁶⁾たとえば、「法共同体の役員⁽³⁷⁾（Funktionär）」として行為するという内心的な確信の要件を、主観的正当化要素として「承認しようとするときには、このような解決への傾向を看取することができる⁽³⁸⁾」⁽³⁸⁾。

なお、本書で実質的違法性との関連で、やっと本稿のテーマである「防衛意思」について以下のように述べられることになる。ヴォルフによれば、「従来ゲゼルシャフト違反性の意味における社会違反性のもとでのみ考えられている実質的違法性の思想は、国家違反性として把握され、一層保持され、かつ発展せしめられる。主観的不法の根拠付けが許容されるべきである。（原文改行）この意味で正当化事由もまた変形されるべきである。同時に社会の防衛ではない正当防衛は、その権限を失わせる。すなわち、それ（＝正当防衛・筆者注）は国家防衛（Staatsnotwehr）である場合に義務となる。防衛の意思（Verteidigungswille）および法共同体の役員として行為するという意識が、正当防衛行為の権限にとって決定的となる。防衛をなしうる財の領域は非物質的國家財の方向における拡張を必要とする⁽³⁹⁾。」と。以上のように、ヴォルフも防衛意思の必要説に立っているのである（なお、ナチス時代の正当防衛権については、一方で「健全なる民族観念（gesunde Volksanschauung）」（ないし「健全なる民族感情」）による社会（倫理）的制限と、他方で国家防衛（Staatsnotwehr）に対する正当防衛権の拡大に特色があるとされているが、⁽⁴⁰⁾かような視点をも考慮する場合、ヴォルフの必要説の論拠も興味深いところである）。

二 本款一概観でも触れられたように、ナチス期刑法学を代表する最も典型的な刑法理論の一つである、いわゆる「キール学派」⁽⁴¹⁾(ダム、シャフシュタイン)の見解につき、本稿のテーマとの連関で問題となると考えられる諸点につき、以下ではキール学派の(1)哲学的背景、(2)犯罪論、とくにその人格的ないし倫理的不法観に分つて、若干の検討を加えることとする。

(1) 三〇年代に、ドイツ刑法学を国民社会主義(ナチズム)の理念に整序し、かつワイマール時代のいわゆる自由主義的基本態度の対極として自らを自覚したキール学派が、圧倒的に政治的根拠から成立した。キール学派によれば、「カント主義の概念構成の抽象化的方法」およびいわゆる自由主義的「分解思考」に代えて、具体的、具体的な、かつ共同体関係的法思想が登場すべきこととなつた。⁽⁴²⁾

このキール学派に対し、マールブルクの二人の教授、シュウイングおよびツインマールはその共著『刑法における本質直観と具体的秩序思想』⁽⁴³⁾(一九三七年)において、以下のような基本テーゼを与えた。⁽⁴⁴⁾すなわち、ダムとシャフシュタインによって代表される刑法学上の見解は、哲学上の学説に全く依存していること、しかもその方法・体系は現象学とカール・シュミットの具体的秩序思想に支配されているのだ、と。この同時代の観察者によって下された判断が、この精神史的問題を再度今日の視点から維持されるかどうかという検討課題をわれわれに提供するのである。⁽⁴⁵⁾

まず、シュウイング・ツインマールによって主張された現象学への依存性という点については、解釈、概念構成および体系性を規定すべき思考方法の若干の要素を少しく考察するときには、確認されるように思われる。すなわち、それはE・フッサールによって展開された還元方法と同じく、非本質的なものの排除を目指し、意識的な「注視方向の単純化」が意図されていた。⁽⁴⁶⁾「本質(Wesen)」とか「本質的な(wesenhaft)」とか、とりわけ「本質直感(Wesenschau)」といった言葉の多用は、現象学との関連を示しているようにみえぬ。⁽⁴⁷⁾

だが、このような徴憑は、ゲームやシャフシュタインが現象学を刑法に転換しようとして企てたという判断を十分根拠付けうるものではない。⁽⁴⁸⁾この点で、マルクセンによれば、厳密な現象学的方法を（民）法学に導入しようとしたライナツハと比較すると、ゲームとシャフシュタインは全く異っていたのである。彼らは明らかに専門哲学的な現象学に依存もしなければ、⁽⁴⁹⁾同じくその思考シューマの一つも使用していなかった。現象学が少なくとも出版において認識手段としての合理的論理を使用したのに反し、ゲーム、シャフシュタインといった反自由主義的刑法学者は、明白にも合理主義と闘ったのである。彼らの「本質直観」は、何ら精確に提供可能な方法を形成しておらず、全体的かつ本質的に思考するという単なる要求は、非合理主義と直感主義だけを結果的にもちえたものであつて、それを超えるものではなかったのである。⁽⁵⁰⁾（ただ、シュウヴィンゲツインマルによれば、ゲームおよびシャフシュタインは、フツサールの『論理学研究』⁽⁵¹⁾に直接的に従ったケンペルマン⁽⁵²⁾に基づくものだとしている）。

もっとも、マルクセンによれば、ゲームとシャフシュタインの見解と現象学との間に全く何等の関係もなかったと主張するなら、事柄を十分に弁えるものではないであらう。すなわち、現象学は既に二〇年代において哲学の専門領域の限界を越えており、しかもそれは非合理主義の高揚によって熱狂させられていた。単純化と通俗化のプロセスの中で、現象学の非合理的な最終局面、すなわち、対象の「直感」が現象学的方法の唯一の内容たらしめられた。かような形態で、生の哲学と反自由主義的、反民主主義的政治改革運動とが結合して、その意識の底流下で大いに反自由主義刑法学に影響したといえるであらう。⁽⁵⁴⁾

次に、キール学派は、C・シュミットの理論、特に彼の具体的秩序思想⁽⁵⁵⁾に依拠しているとするシュウヴィンゲツインマルの主張はどうか。⁽⁵⁶⁾この立証は比較的簡単である。キール学派は、しばしばかつ詳細にC・シュミットの理論に触れ、思考を具体的秩序に整序すべきであるとする要求を行ない、それは「人格的」行為者概念や義

務侵害としての犯罪の解釈の中に沈澱し、たとえば、不法阻却事由や不真正不作為犯の領域に広範な帰結をもたらすことになった。⁽⁵⁷⁾

もっとも、ゲームとシャフシュタインの刑法理論が具体的秩序思想に完全に依存していたということは言えない。マルクセンによれば、C・シュミットの理論の完全な模倣というのは全く考えられないのである。ただし、これは何ら包括的な思考手続を含んでおらず、具体的に思考すべきであるという思考上のアピール以上のものではない。つまり、具体的秩序思考の類型は、嚴格に従うために必要な安定的な拠り所を欠く程にまで広範かつ多様性をもつものである。⁽⁵⁸⁾ また、具体的秩序思想の核心、すなわち、抽象化と合理主義の回避というのは、広範に普及していた当時の精神的時代思潮に相即していたという点も看過されてはならない。キール学派の新理論を具體的秩序に整序すべきであるという要求は、必然的にC・シュミットの具體的秩序思想を前提とするわけではなかった。⁽⁵⁹⁾ それ故に、マルクセンによれば、依存(Abhängigkeit)とより調和(Gleichklang)と述べる方がより適切であろう、とされる。⁽⁶⁰⁾

なお、最後に、マルクセンによれば、シュウインゲツインマールが挙げなかった第三の背景として、ビンダーおよびその弟子ラレンツのいわゆる「新ヘーゲル主義」との連関が語られている。⁽⁶¹⁾ すなわち、一般にラレンツは「キール学派」の法哲学者とみなされていたこと、⁽⁶²⁾ また、新ヘーゲル主義が反自由主義的刑法学の見解の中に明白な痕跡を残していること等を指摘していることを付言しておく。⁽⁶³⁾

以上から、キール学派にあつては、「新しい哲学上の理論——ここでは現象学、新ヘーゲル主義、および生の哲学——が、断片的に援用され、単純化され、混合されることによって刑法上の立場を根拠づけるために利用されてい」たのであつて、キール学派のこのような思考手続は、「一定の政治的意思によって直接に操縦されてい」(傍点原文イタリック)たという点に特色があるであろう。⁽⁶⁴⁾

(2) キール学派の犯罪論を、フロンメルに従って一言で表現すれば「一元的体系 (monistisches System)」であるとされる。すなわち、「キール学派の『筆者注』このような理論は、一般的犯罪概念のドグマティクに對して一元的体系をもたしたのであつて、つまり、それは綜合的統合思考のスタイルにおける構成要件該定性、違法性および責任といった古典的分離を放棄し、そして構成要件の修正を通して行為者類型 (Tatertyp) の方向において全体的な非難性判断 (違法性と責任を包括する) を開いたのである。」⁽⁶⁵⁾と。

このようにキール学派の攻撃は、従来の犯罪論体系全般にわたる広範かつ激烈なものであるが、以下では不法論に焦点を当て検討することとする。

さて、一で述べたように、E・ヴォルフがキール学派の進撃以前に不法の人格的側面を意識させ、したがつて、不法をメツガーおよびツインマルのように法益侵害もしくは利益侵害として把えるのではなく、人格的領域の中にも不法要素を承認していたのであるが、⁽⁶⁷⁾ダームとシャフシュタインは、重点を犯罪の人格的・倫理的側面に全く置き換え、そして法益概念にのみ整序された目的論的方法と關つたのである。⁽⁶⁸⁾

かくて、シャフシュタインはただに法益のみならず、義務、心情といったものを法的判断の要素であるとするのである。このような要素の何れにアクセントを置くかは、結局は世界觀および政治的決断を前提にする。そこで、法益侵害としての犯罪は古典的自由主義——それは、国家を個人の自由領域の保護という消極的活動に限定した——の国家イデオロギーの特徴的産物である。⁽⁶⁹⁾だが、民族共同体思想に整序されるべきだとすれば、今や、名譽 (Ehre)、忠誠 (Treue) および義務 (Pflicht) といった概念が刑法ドグマティクの研究の中心点に入らなければならない。⁽⁷⁰⁾犯罪は、何といつてもまず、民族共同体の義務侵害である。そこから、違法性の主観主義化——にもかかわらず、それは「意思刑法」の表現にすぎない——が生ずるのである。⁽⁷¹⁾シャフシュタインによれば、まず第一に、犯罪は義務侵害である。⁽⁷²⁾その際彼は、義務侵害の事実と程度はそれによつて惹起された結果の

発生とは何ら関係がないということで、たとえ未遂と既遂の同一視にまで至るのである。⁽⁷³⁾更に、義務侵害と並んで、個別犯罪の形成においてある場合には弱く、ある場合には強く影響する心情が考慮されねばならない。⁽⁷⁴⁾最後に、犯罪の攻撃客体の相違への顧慮もまた全く不可欠である。⁽⁷⁵⁾違法性と責任に対しては、シャフシュタインにとっては(第一次的な)義務侵害としての犯罪観から、その区別に対する内在的根拠が欠落するという帰結が生ずるのである。⁽⁷⁶⁾——その後、シャフシュタインは、犯罪の中に一層道義秩序(Sittenordnung)に対する違反をみ、そこで、最も重要な観点として、順次、背信(Treubruch)、裏切り(Verrat)および義務侵害(Pflichtverletzung)を算へ上げた。ゲームによっても、犯罪を内乱(Hochverrat)および反逆(Landesverrat)を超える裏切り(Verrat)として把えることで、犯罪の重点を大いに倫理的側面に移動させたのである。⁽⁷⁸⁾

では、本稿の直接的テーマである「防衛意思」との関連ではどうか。既述のように、従来の主観的違法要素を法益侵害性を中心とする目的論的考察による個別的証明を要するとされる見解に対する重大な疑念から、シャフシュタインによれば、「正当防衛およびその他の正当化事由において、外部的な正当化状況の現存に行為者の知見および意思が相即しなければならぬ」という既に繰り返し述べられているライヒ裁判所の判決の要求は、客観主義的不法観に基づく体系にとっては、明確にされていない異常性として考えられねばならないであろう。⁽⁸⁰⁾(傍点筆者)と感ぜられた。それに対し、「主観主義的不法観による体系にとっては、外部的事態に相即する故意は不法の根拠付けと同じく、不法阻却の不可欠の前提であるということは自明のことである。⁽⁸¹⁾」とされた。そこで、すべての刑罰の本来的な、最も深淵なる根拠として悪意(böser Wille)を考えるなら、正当化を善意(guter Wille)に結びつけることのみが首尾一貫するとされ、すべての不法阻却事由の主観主義化が要請され、したがって、正当防衛に行為者の防衛意思(Abwehrwille)が要求されたのである。⁽⁸²⁾もっとも、シャフシュタインによれば、客観的正当化状況の存在はあるが、それを知らずに他の意思から行為する場合(たとえば、いわゆる「偶然防衛」等)

は、「外部的構成要件の欠缺」の事例なので、v.ヴェーバーと一致して、未遂として処罰してよいだろうとしていたのである。⁽⁸⁴⁾

なお、ダームもシャフシュタインに同調し、「正当防衛における防衛意思 (Verteidigungswille) とか超法規的緊急避難に関し判例において展開された主観的要素の」ととき主観的不法要素は、一定の『反対利益』の実効性を指摘しても、満足の行く説明を見出せない。⁽⁸⁵⁾として、防衛意思の必要説の立場を表明していたのである。⁽⁸⁶⁾

三 既に一九三〇年⁽⁸⁷⁾に、通説的違法観および違法性考察と責任考察の伝統的二分化に疑念を提起していた最初の者の一人としてのヘルムート・マイヤーは、一九三六年に公刊した著書『ドイツ民族の刑法』⁽⁸⁸⁾で、「意思刑法」(ないし心情刑法)と実証主義的ドグマティックとしての「侵害刑法」との間の、独特かつ独自の中間的立場を採るに至った。⁽⁹⁰⁾

H・マイヤーも、犯罪は法益侵害の中で汲み尽されるものではないというところから出発する。ただし、犯罪は「粗雑な外部的効用の意味における損害 (Schädigung)」として扱えられないであろうからである。⁽⁹¹⁾それに代えて、彼は「精神化された所為概念 (Tatbegriff)」の中に解決を見出そうとした。マイヤーにとっては、「犯罪とは、本質的に悪意の現実化 (Verwirklichung bösen Willens)」⁽⁹²⁾であり、それ故に、所為の内心的側面、所為の遂行の種類および方法が、外部的法益侵害と並んで同価値的に顧慮されるべきこととなる。不法内容は、主観的諸事情、生活連関における全体作用によって刻印付けられる。⁽⁹³⁾ただし、「刑罰威嚇は、抽象的な法服従者に関係するのではなく、共同体およびその法的かつ社会的関係の全体の中で生きている現実的な人間に関係するのである。⁽⁹⁴⁾」からである。人間の共同生活の消極的現象としての犯罪は、法益世界における損害としてではなく、「民族的道義秩序に対する耐え難い背反」⁽⁹⁵⁾として扱えるべきことを命ずるのである。⁽⁹⁵⁾

マイヤーは、キール学派と異なり、構成要件を(修正を要する)出発点だとするが、⁽⁹⁶⁾構成要件の内容を単純に

惹起の出来事として把えるならば、外部的構成要件は凡そすべての意味内容を奪い取られることになるであろう。「實際上禁ぜられている行為 (Tun) は何かという」ことを、われわれは犯罪の主観的・前提の理論 (Lehre von den subjektiven Voraussetzungen des Verbrechens) の中で初めて知るのである。⁽⁹⁷⁾ (傍点原文隔字体)。

このような表明とともに、再度、独立の客観的 (＝責任なき) 不法は存在しないだろう、という主張が提立される。「ある行為が違法であらう」という判断は、責任あるいはより適切には、答責性に関する更なる、かつ区別されるべき問題が肯定されうるといふことが同時に前提とされているときにのみ、有意味的なやり方で下されうるのである。⁽⁹⁸⁾ (傍点原文隔字体) と。強制力を授けられた道義秩序としての刑法は、過去の中に存在したいかなる行為が断罪に値するものかという問題に答えるべきなのだから、違法な行為は同時に有責な行為たりうるのみであらう。⁽⁹⁹⁾ 外部的所為面に関する分離された、かつ終局的な判断というものは、犯罪が実現された悪意として把えられるときには、可能ではない。それ故、違法性は常に答責的な意思のみから引き出されるのであって、帰責されない法益侵害は偶然であり、災害にすぎないのである。⁽¹⁰⁰⁾ もっとも、犯罪のこのようなラジカルな主観化にもかかわらず、マイヤーによれば客観的な不法と責任とが合流するわけではない。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、両者は犯罪という全体概念の内部における部分概念として区別されるが、もっとも、個別問題——たとえば違法性——の肯定は、それ自体だけでは全く何の法的意味ももたないのである。⁽¹⁰²⁾ だが、すべての外部的な、全客観的所為面は客観的な不法に属し、すべての主観的な、全内心的所為面は責任、より適切には答責性の理論に属するという彼の確定は、専ら法適用のための分類の意義に帰せられるものである。⁽¹⁰³⁾ H・マイヤーによれば、客観的な不法と主観的な答責性との対置は、犯罪が現実化された悪意である (かくして、行為者に答責される有責な行為) ときに初めて意味をもつのだから、⁽¹⁰⁴⁾ 實際上独立の客観的な不法といったものには何の余地もない。違法性と責任との間の限界の広範にわたる曖昧化は、マイヤー自身によって、彼の基本テーゼを説明するために優れて適したものであるとして引き出されている (刑

法上の緊急避難の個別問題が示しているのである。⁽¹⁰⁵⁾彼の基本的見解によれば、「刑法的意味において、禁ぜられた行為と禁ぜられない行為のみが存在する」のであるから、違法であるが責任のない行為という概念は、彼にとつては排除される。緊急避難行為は禁ぜられていないのだから、その行為はドイツ刑法旧五三条（正当防衛）の意味においても違法ではない。また、責任のない攻撃も、實際上正当防衛規定の意味において違法ではない。⁽¹⁰⁷⁾刑法旧五二、五四条の緊急避難は責任阻却事由ではなく正当化事由であり、そして、子供、その他答責任のない者、責任なくあるいは過失で錯誤に陥っている者は全く違法に行爲しえないということ、すべての責任なく行為する攻撃者に対しては正当防衛は可能ではないのである。⁽¹⁰⁸⁾

かくして、H・ランペによれば、H・マイヤーのこれに対する抗議にもかかわらず、違法性と責任との広範にわたる混同が看取されるのであって、それは、刑法の「断罪判断（Verdammungsurteil）」は元來答責的な行為にとつてのみ関心がある「民族的道義秩序に対する耐え難い背反」としての犯罪的性格の強調に顕現しているのだ⁽¹⁰⁹⁾としている。

さて、かような観点からH・マイヤーも本稿のテーマである「防衛意思」につき、以下のように述べている。一般的に、「緊急行為は、それらが禁ぜられていないにもかかわらず法益侵害の性格を保持するなら、行為者は明らかに、彼が主観的にも緊急によつて駆り立てられ、そして侵害の意図（Verletzungsabsicht）で行為しなかったときにのみ、緊急という正当化事由に基づきうるのである。」⁽¹¹⁰⁾だから、「防衛はまた、防衛の目的（Zweck der Verteidigung）で行なわれなければならない。なるほど、法は犯罪克服のために、正当防衛行為者の意思の質を全く何ら考慮しないということまで至るといったことも考えうることはあろう。だが、然る時には、正当防衛行為者の人格内部の犯罪的意思を不処罰たらしめてしまうだろう。そのような決定は、法の伝統に符合しない。かえって、防衛意思が存しないときには、正当防衛の行使は否定すべきである。」⁽¹¹¹⁾として、防衛意思の必要説が明

示されているのであり、また、いわゆる「偶然防衛」も正当防衛に基づきえないものとされるのである。⁽¹¹²⁾

四 かなり以前から通説的犯罪論体系（古典的刑法体系）に対する疑念を抱いてきたヘルムート・V・ウェーバーは、既に雑誌等⁽¹¹³⁾で様々に表明してきた彼の見解を、一九三五年の彼の論文「刑法体系の構成について」⁽¹¹⁴⁾において詳述し、その批判を通じて全く新しい視点へと導いたのである⁽¹¹⁵⁾（なお、違法論に関していえば、彼の見解は「心理的違法概念」「フラウン」⁽¹¹⁶⁾と表示されている）。

これに対する動因はV・ウェーバーにとっても、体系構成のかなりの紛糾へと導いたところの「規範的責任論」と主観的不法要素の理論による「古典的刑法体系の動揺であつた」⁽¹¹⁷⁾。これによって、「特に、公理のように総論の体系を支配してきた命題、すなわち、違法性は外部的所為面に、責任は内心的所為面に」という原則的区別は、流動の中に陥つたのである。⁽¹¹⁸⁾

そこで、V・ウェーバーによると「刑法規範の体系的位置付けの試みは、立法者には規範の形成における言語という表現手段によつて限界が設定されているという事実を看過してはならない」⁽¹¹⁹⁾とされる。「立法者は、社会侵襲的な行態（Verhaltensweisen）を刑罰のもとに置く。したがって、構成要件の核心を使用した動詞（Verb）が形成している。その構成およびその内容に、規範の構成および内容は本質的に依存する」⁽¹²⁰⁾。ところで、立法者は行態をある概念に総括する場合に二つの形式を使用する。「一つの形式は結果、すなわち外界の変更から出発し、そして、この結果によつて因果的（ursächlich）であるすべての態度を包括する」ところの「因果的動詞（kausale Tätigkeitsworte）」を使用する場合と、それと並んで、「行為者の心的態度（Einstellung）」すなわち、彼によつてその挙動でもつて追求された目的が概念構成のために使用されている「別のグループ、すなわち、「外界において現われる態度は重要であるが、結果の惹起ではなく、行為者によつて与えられた結果への方向が決定的に重要である」ような構成要件も見出される」⁽¹²¹⁾。ここでは、結果を目指すことがその惹起に決定的ではなく、したがって

一定の意思によって担われた態度——たとえば、「狩獵をなす (die Jagd ausüben)」（ドイツ刑法旧二九二条）、「反抗する (Widerstand leisten)」（同法一一三条、一二二条等）、「勧誘する (aufordern)」（同法一一〇条、一一一条、一二二条等）等々のように——が決定的である。ここでは、主観的要素によって、すなわち行為者の意欲による統合が生ずるところの概念、かくして、一定の意思によって担われた態度が重要なのである。⁽¹²⁴⁾「目的動詞 (finale Tätigkeitsworte)」によって形成された構成要件を使用する場合）。かようにして、「態度は客観的にも主観的にも違法なものとして特徴付けられうる」⁽¹²⁵⁾のだから、これによって全刑法を貫通する「二重の態度概念」が明らかとなる。因果的に構築された構成要件にあつては、不法にとつて行為者の心理（知見および意欲）が問題ではない一方で、「目的的な」構成要件の場合には、態度は概念上行為者の意思を考慮に入れることによって初めて把握される、すなわち、内心的意思方向・意思内容が外部的行為を初めて構成要件該當的なものとして特徴付けるのである。⁽¹²⁶⁾ v・ヴェーバーはこのような認識を一般化し、構成要件実現の知見および意欲は不法を規定する要素となり、したがつて故意（ここでは、違法性の認識が含まれないことが明示されており、今日の用語でいえば「構成要件の故意」を指すものとしてよいであろう）は一般的な主観的不法要素とされるのである。⁽¹²⁸⁾

かようにして、「故意の行為を違法性に設定し、したがつてまた責任の領域から抜き取るとすれば、すなわち、少なくとも原則的にすべての客観的なものは違法に、すべての主観的なものは責任に算入する秩序原理 (Ordnungsprinzip) を否定するなら、われわれは一体何が本来責任のもつて理解すべきなのかという問題に答えなければならぬ」⁽¹²⁹⁾とされ、そこで、v・ヴェーバーによれば、従来の客観的（＝違法性）および主観的（＝責任）の対置に代えて、当為 (Sollen) および 可能 (Können) の対置が登場するのである。すなわち、違法性は当為に、責任は可能に関するものであつて、行為者は彼が行なうべきことは異なつて行為するときに違法に行為するのであつて、それに対し、彼が適法に行爲しうるにもかかわらず、違法に行爲する者が有責に行爲するのである。そ

れ故、「他行行為の可能性 (anders handeln Können)」を全くもたなかった者は責任非難を免れるのである。⁽¹³¹⁾ このような違法Ⅱ当為、責任Ⅱ可能という彼の基底から、v. ヴューバーの新しい刑法体系の構成が行なわれ、そこから個別問題についての考察が展開されてゆくのであるが、以下では、その論述をわれわれのテーマとの関連に限定して考察することとする。

さて、彼によれば、「ある態度の違法性は、客観的並びに主観的諸事情に従って規定しうるのである。それでもって、われわれは主観的不法要素の理論を承認するが、更にそれを越えて、その理論があえて行なわなかったところの一步を踏み出すのである。すなわち、故意の行為は違法な行為でもある。⁽¹³³⁾」と。かような点から企行(Unternehmen)並びに他の目的動詞で形成される犯罪は、未遂のみならず既遂の場合でも、故意は違法要素なのである。⁽¹³⁴⁾ なお、過失についても上述の区別から、「行為者が行為すべきであったのとは異って行為したこと」という規範的要素Ⅱ違法性と、「彼が行為しえたのとは異って行為したこと」という可能の問題Ⅱ責任要素との両者を統合する複合概念だとする。前者の規範的要素については、結果発生の可能性を顧慮して、社会生活上必要な注意 (die im Verkehr erforderliche Sorgfalt) が一定の態度を要求するのであって、その注意が遵守されているかぎり結果を惹起しても違法ではない。他方、態度が違法とされる場合でも、行為者が結果を回避しえたかどうかという問題は責任Ⅱ可能の問題だとされている。⁽¹³⁵⁾

このような体系構成から、「故意の結果犯にあつては、客観的および主観的構成要件が統合されている。その一致は、全構成要件要素が現実にも、行為者の表象においても存しなければならぬときに、一つの完全なものとなりうる⁽¹³⁶⁾」との観点から、錯誤論について論じた⁽¹³⁷⁾うえ、このような見地から、不法阻却事由について以下のように述べている。すなわち、「客観的構成要件には客観的正当化事由が相即し、主観的構成要件には主観的正当化事由が相即する。故意の結果犯にあつては、そうでなければ構成要件に該当する態度が正当化されるべきときには、

両者は併発しなければならぬ。」とされ、たとえば正当防衛についてこれを適用すれば、「このことは、被攻撃者が客観的に結果の惹起によって攻撃を防衛すること、並びに主観的にも防衛しようとするときに、彼は適法に行為するということを意味する。」⁽¹³⁹⁾とされ、誤想防衛の場合には、故意行為ではなく過失の結果犯だと主張する。そして正に、「逆の場合において、主観的規範のみが侵害されるが客観的規範は侵害されないとすれば、行為者は結果の招来の企行（Unternehmen）のかどでのみ答責的である。」⁽¹⁴⁰⁾と述べられている。以上のように、v.ヴェーバーも防衛意思の必要説に立脚するわけであるが、いわゆる「偶然防衛」の処理については企行、すなわち準未遂説を採っているのである。⁽¹⁴¹⁾

五 W・ブラウンはその著『意思刑法の体系にとつての主観的不法要素の意義』（一九三六年）⁽¹⁴²⁾において、既に表題が示すように、従来の客観的違法論を疑問とする「新しい刑法体系」（意思刑法ないし心情刑法）を構想する見解にとつても、主観的不法要素の理論は極めて重要であり、その出发点を形成するとの観点から、当該問題を巡る意義の再検討を試みたのである。⁽¹⁴³⁾

簡単な学説史のスケッチの後、⁽¹⁴⁴⁾彼は、従来の違法の実質を法益侵害的性格に求める客観的違法論が認めてきた「所為の法益侵害的性格に影響を及ぼす主観的不法要素」につき、順次、(1)超過的内心傾向をもつ犯罪（ヘーグラー）ないし目的犯（ビンディング、メツガー）——その内部で(a)短縮された二行為犯（ビンディング、メツガー）ないし後の行為を目的とする犯罪（ヘーグラー）、および(b)断絶された結果犯（ビンディング、メツガー）ないし結果を目的とする犯罪（ヘーグラー）に区別する——、(2)意味を賦与する目的をもつ犯罪（ヘーグラー）ないし傾向犯（メツガー）、(3)心理的狀態を前提とする犯罪（ヘーグラー）ないしほメツガーの表現犯に対応する以上三つのグループ⁽¹⁴⁵⁾ および若干の主観的不法阻却要素（被害者の同意、治療行為）⁽¹⁴⁶⁾ が個別・具体的に検討される。

だが、通説はこのような所為の法益侵害的性格に意義をもつ主観的不法要素以外に、たとえばドイツ刑法一九

三条（正当な利益の擁護）における「利益擁護の目的（Zweck der Interessenswahrnehmung）」とか同二六三条（詐欺）の「利益の意図（Vorteilungsabsicht）」等々のように、法益侵害の性格に何ら影響しない主観的不法要素をも認めている。⁽¹⁴⁾ すなわち、前者では利益衡量の原理によって探究される行為の客観的価値、つまり事実上法秩序によって承認された利益が擁護されたかどうかのみが問題であり、後者では詐欺の法益侵害の性格は、被害者の財産上の損害以外の何ものによっても規定されないものであるから、かような場合に主観的不法要素を肯定することは「すべての不法は、その実質的内容によれば利益（法益）侵害」であるとする法益侵害説の立場からは、違法性に体系付けることはできない。⁽¹⁵⁾ したがって、かような場合に通説的な法益侵害説からは、三つの解決方法が思考可能である。まず、(1)実質的違法性＝法益侵害性を貫徹して、かような要素の存在を凡そ否定するか、(2)責任の基体（subjektive Strafbarkeitsbedingungen）⁽¹⁶⁾に位置付けるか、(3)不法のメルクマールでも責任のメルクマールでもない第三の「主観的処罰条件（subjektive Strafbarkeitsbedingungen）」⁽¹⁷⁾として考えるかである。ブラウンによれば、(1)の方法、すなわちかような存在の否定は、その方法論には異論なく単純ではあるが、判例等が一九三条のような諸事例で伝統的に骨を折って位置付けてきた理論的構築物をぐらつかせるもので、この事実を単純に否定することは疑問のある駝鳥政策（Vogel-Strauß-Politik）である。人はそれから目を閉じることで、困難を取り除きえないとして、(1)の方法を否定する。⁽¹⁸⁾ 次に、(2)の方法、すなわち責任の基体への位置付けも、通説、つまり規範的責任論によって定められた枠を越えて拡張することなくしては不可能である。すなわち、責任非難は一定の心理的事実（故意もしくは過失）、行為者の責任能力、および通常の動機付け状態の存在の三つを前提にしている。だが、既述の要素は心理的責任部分に属さない（心理的責任部分は、専ら、客観的構成要件の映像であり、そしてそれを越える何ものも含まないから）し、また、当然に責任能力にも属しないので、結局、責任への帰属は、唯一行為者の動機付け過程（Motivationsprozess）に帰せしめるということでのみ可能である。⁽¹⁹⁾ この点で、動機（Motiv）と目的（Zweck）

との区別が重要となるが、「動機とは、そこからある所為が生ずる動因 (Beweggrund) であり、目的とは、それにある所為が向けられる目標 (Ziel) である。」⁽¹⁵²⁾したがって、たとえばメツガーが挙げるように、一八〇、一八一一条 a (「利己心から (aus Eigennutz)」は行為者によって追求された目的であり、二四八条 a、二六四条 a (「困窮から (aus Not)」は真の動機である。それ故、後者は動機として責任に属するが、前者のような要素は目的として責任に属しえないので、責任に位置付けることはできない。⁽¹⁵³⁾そこで、ヘーグラー等は行為者の目的が違法性にも責任にも属さない、「当罰性および処罰適性の前提条件」という独自の存在を肯定し、(3)の主観的処罰条件の主張へと至らざるをえないのである。⁽¹⁵⁴⁾だがしかし、「いわゆる社会侵害性、換言すれば所為の法益侵害的性格は違法性にとつての唯一の決定的尺度であるのか。法益概念は、違法性の理論がその回りを巡る中心概念なのか。」⁽¹⁵⁵⁾(傍点原文隔字体)とブラウンは疑問を提示する。そこで彼も、ゲーム⁽¹⁵⁶⁾、シャフシュティン⁽¹⁵⁷⁾と同様、保護客体としての法益だけではなく、これに対立する多様な利益が解釈の基礎に置かれねばならないとする。⁽¹⁵⁸⁾この後者を、ヘーグラーは「形式目的論的視点」として、たとえば法的安全、法的平等、衡平、実理性、了解性、継続性といった常に、かつどこでも役割を演ずる抽象的普遍的な理念であると解している。⁽¹⁵⁹⁾したがって、「ここからまさに発生した法益侵害という事実および種類だけが行為の違法性にとつての尺度ではなく、かくて、たとえば二六三条の場合には、発生した財産の損害だけではなく、法益侵害を招来する手段および、その際行為者を支配した心情もまたそうであるということが明らかになる。……可罰的不法は一定の法益(利益)侵害によってのみ特徴付けられるのではなく、より詳細な事情、すなわち使用された手段および見せつけられた行為者の心情も重要であるということが明らかとなる。」⁽¹⁶⁰⁾と。

だが、この点を看過するとしても、法益保護説は新しい刑法においては役に立たないものである。ナチスの見解によれば、「違法性とは義務違反性 (Pflichtwidrigkeit) である。義務違反性の原理は新しい刑法において、自

由主義刑法において法益保護説が果たした方法論的および体系的任務を果たさなければならない。……従来は法益保護思想、すなわち『結果原理(Erfolgsprinzip)』(その際、単なる法益の危殆化も『結果』として考えられる)だけが所為の法的判断にとって役割を演じた一方で、新しい刑法において、しかも実にまず第一に、義務履行の思想、つまり『忠誠原理(Treueprinzip)』が重要なのである。⁽¹⁶¹⁾ (傍点原文隔字体)。

以上のような観点からは、所為の法益侵害的性格に影響を与えない、主観的要素の体系的位置付けは何の困難も生じさせない。かような要素は、所為の法益侵害的性格にとって意味をもつ主観的不法要素とは異なり、『行為者の心情を類型化する主観的不法要素』なのであるとして、これらの要素の個別的検討が行なわれる。⁽¹⁶²⁾ もっとも、本稿テーマとの関連で以下では、不法阻却事由特に正当防衛に限定して考察する。⁽¹⁶³⁾

さて、正当防衛(ドイツ刑法旧五三条)につき、判例は行為者が正当防衛状況の知見および防衛の意図で行爲したときにのみ正当化されるとし、通説もこれに従っている。⁽¹⁶⁴⁾ だが、メツガーが教えるように、正当防衛の正当化は「優越的利益の原理」に従ってなされるべきものとすれば、攻撃によって脅威された被攻撃者の法益と、それに対し防衛が向けられている攻撃者の法益とが相互に衡量されることになる。しかし、両者の法益衡量は正当化する緊急避難のようにその客観的価値に従って行なわれるのではない、つまり、客観的により高い価値ある利益が優越する利益ではなく、被攻撃者の法益は、攻撃者によって脅威された危険の故に、その者のすべての法益に対して全く優越する法益となるのである。「優越する利益は常に攻撃された法益に存する。攻撃者のすべての法益は——それが客観的にいかに高い価値あるものであろうと——それに劣るものであり、まさにそれは攻撃者の法益たるがためである。それは法秩序によって犠牲に供され、かくて不法に攻撃された法益が救われ、それをもって、法は不法に対して防衛するのである。そこに、攻撃者の法益の維持に反して、優越的利益が存するのである。防衛行為の側では、何らの法益侵害も示さない」ということに基づいている。⁽¹⁶⁵⁾ (傍点原文隔字体)。したがって、法

益侵害説の立場からは正当防衛状況の知見ないし防衛の意図を要求することができず、ヘーグラー等のごとく防衛意思不要説のみが首尾一貫するのである。⁽¹⁶⁶⁾ にも拘らず、フランクに従って、E・シュミット等は「防衛 (Wehrleidung)」の概念からその必要性を引き出そうとするが、それは必然的に要請されるものではない。「人は法益保護説を固持しうるが、然るときには、所為の社会侵害性に対するその影響が証明されないすべてのものを主観的不法要素としては拒絶しなければならない。だが、そうしないとすれば、これに何らの影響ももたないようなものも主観的不法要素として承認するのである。然るときには、法益保護説を捨てなければならない。」⁽¹⁶⁷⁾ 法益保護説の根底の上に立ち、にも拘らず正当防衛において主観的不法要素を承認しようとするE・シュミットおよびその他すべての者は、根本的に背理的であって、法益保護説を貫徹して不要説に赴くか、必要説をとって法益保護説を放棄するか二途のいずれかしかないのである。⁽¹⁶⁸⁾ もっとも、近時ジーバーツは、⁽¹⁶⁹⁾ 正当防衛の規範的属性はただに不法に攻撃された法益を救うということのみならず、「全く一般的に法秩序を不法に対して防衛する」というところにある、この後者の観念的作用の中に正当防衛の特別のバトスがあるとする。そして、そこに高い非物質的な価値、ないし「知的効用 (intellektuelle Nutzen)」を見出し、防衛意思の必要説を根拠付けようとするが、既述のごとく、正当防衛の正当化が優越的利益の原理に従って行なわれるとすれば、「それ自体発生した現実の法益侵害は、攻撃された法益の救助によって清算される。それが、それと並んで正当防衛の『知的効用』といった非物質的価値によってどうして止揚されるのかは理解できない。」⁽¹⁷⁰⁾ のである。この点を度外視するとしても、ジーバーツが主張するように、「支配的な法益保護説の観点から、行為者が防衛意思をもって行為するときだけに、どうして法秩序が不法に対して守られるのかは全く理解できない。通説によれば、法秩序は『客観的生活秩序』である。それは全く差し迫った法益侵害の回避によって、既に守られる。この見解によれば、不法に対する法秩序の勝利にとっては法益侵害、有害な結果が生じないということで全く十分なのである。」⁽¹⁷¹⁾ かくして、ジーバーツの

論証も失敗しているのであって、實際上、自己の立場の放棄にすぎないのである。⁽¹⁷²⁾

以上のような諸点を踏まえて、ブラウンによれば、「實際上、正当防衛行為者の主観的態度(Einstellung)は行為の法益侵害の性格にとって決定的なものではない。にも拘らず、防衛の意図なく行為する者は『権利の防衛者として』考えられず、また、客観的にはそれによって法秩序が防衛されているにも拘らず、彼の行為は適法なものとして考えられないというのは妥当である。これにとつての根拠は、人間の態度の違法性は実は専ら『世俗的効用』、すなわち利益衡量の原理の尺度に従つて測れないということでありうるにすぎない。行為者の主観的態度、心情は所為の不法内容にとつて決定的な意義をもつ。この認識はすべての困難を一遍に除去するのであり、他方、法益保護説は正当化諸構成要件に決して満足のゆく解釈を与えるものではない。⁽¹⁷³⁾」それ故、「防衛の意図で行為する者だけが正当防衛の観点のもとで正当化され、かつ処罰されえないものである。他人に害を加えるということだけを考える者は、彼が偶然客観的な正当防衛状況にあるということ、適法に行為するものではない。」⁽¹⁷⁴⁾として、ブラウンは防衛意思の必要説、しかも防衛の意図(Verteidigungsabsicht)を要求し、いわゆる「偶然防衛」についても(既遂による)処罰を肯定しているのである。

なお、未遂論についてのブラウンの見解を若干付言しておく⁽¹⁷⁵⁾、まず、有効な未遂(tauglicher Versuch)の場合、未遂の故意は所為の法益侵害の性格に影響する真の主観的不法要素であるが、他方、不能未遂、構成要件の欠缺等においては法益の侵害もしくは危殆化に基づきえず、行為者の「心情」そのものが重要とされる。もっとも、行為者の心情のみが未遂の違法性を根拠付けるのではなく、外界における行為の作用、すなわち、最広義における「結果」が一定の視点において不法に重要であるとされ、法の「妥当性違反(Geltungswidrigkeit)」をも必要として、迷信犯等の不可罰性を述べている。⁽¹⁷⁶⁾が、しかし「犯罪的意思は第一のものである。それは行為者に『民族秩序の敵』という烙印を押す。……それは未遂の違法性にとつて決定的な行為者を類型化する主観的要素

である。⁽¹⁷⁷⁾として、行為者意思の強調が明白に看取されるのである。

最後に、ブラウンは「新しい意思刑法の体系」における違法性と責任の伝統的な区別の問題性、および主観的不法要素の理論との関連で以下のような総括的評価をもって本論文を結んでいる点も付言しておきたい。「このような(違法性と責任との『筆者注』区別は、『一切の刑法ドグマ―テイクの永遠の本質に属するものではなく、刑法の具体的な精神史的状况の成果として生ずるものであって、正にそれ故にそれと同様無常のものである』⁽¹⁷⁸⁾(シュタイン『筆者注』)ということとは、何といっても確認されるのである。(原文改行)違法性および責任考察の区別は、刑法学において価値のある役割を果たしてきた。だが、それはその学問的課題を充足し、そして行為者の心情を中心に置く新しい刑法的考察には最早十分たりえない。主観的不法要素の理論は『行為者を性格付ける心理的要素』という不法の意義に注目させ、そしてそれによって結局、新しい違法観に道を準備したものと自負しうるのである。それは従来の支配的な違法論(法益保護説)、そして同じくこれと伝統的に結び付いていた責任と不法との概念的区別を問題にし、そしてそれをもって、新しい刑法体系構築のための看過されない準備作業を果たしたのである。」⁽¹⁷⁹⁾(傍点原文隔字体)と。

(1) Erik Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre. I. Teil, 1928, S. 52. Anm. 24, S. 110, 132. Vgl. dazu Sieverts, a. a. O., S. 57. および、伊東研祐・法益概念史研究(昭和五九年)一九一頁以下。

(2) その端緒は既に Wolf, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandsmomenten für den Irrtum über Strafmilderungsgründe, in MSchKrimPsych Bd. 20, (1929) S. 665ff. にはよく見出され (dazu vgl. Sieverts, a. a. O., S. 57f. および、伊東・前掲書一九二頁以下)。

(3) Sieverts, a. a. O., S. 57. なお、佐伯博士は「ウォルフの所論は論理的に明確でなく矛盾するところも少なくない」と表す(佐伯「主観的違法要素」同・刑法における違法性の理論[昭和四九年]二四六頁)。

- (4) Braun, a. a. O., S. 6.
- (5) Erik Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, 1931.
- (6) Sieverts, a. a. O., S. 58 ; Braun, a. a. O., S. 75.
なお、ヤキルツの「人格的法益概念」については、伊東・前掲書一九一—二〇五頁参照。
- (7) Wolf, a. a. O., S. 4. 「彼は犯罪概念の三分的構成に発見的 (heuristisch) 価値しか認めない。」「なぜなら、それは非哲学的な法律理論として終局的な理論的明確性を欠いており、そして一九世紀の自然主義に根づいているものであるからである。」ヤキルツ (a. a. O., S. 4)。
- (8) Wolf, a. a. O., S. 4.
- (9) Wolf, a. a. O., S. 5 Anm. 3 ; dazu vgl. Heinrich Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beeling, 1957, S. 82.
- (10) Wolf, a. a. O., S. 8, 22, 62.
- (11) Vgl. Wolf, a. a. O., S. 3.
- (12) Wolf, a. a. O., S. 12f. u. a.
- (13) Wolf, a. a. O., S. 4. vgl. S. 5 ff.
- (14) Wolf, a. a. O., S. 5, 6.
- (15) Wolf, a. a. O., S. 22f.
- (16) Vgl. Wolf, Vom Wesen des Täters, 1932, S. 14ff. insbes. 16.
- (17) Wolf, Typen, S. 23.
- (18) Wolf, a. a. O., S. 23.
- (19) Vgl. Wolf, a. a. O., S. 23 Anm. 1.
- (20) 「形式的違法性」(もしくは「客観的違法性」とは、ヴォルフによれば (Schuldlehre, S. 130f.) 「外部のおよび内心的視点における規範秩序の類型的な種類の侵害に関する」構成要件(犯罪類型)におおて示めされた一般的な法定の価値判断を意味するもの」(vgl. Schweikert, a. a. O., S. 84Anm. 181)。
- (21) Wolf, a. a. O., S. 23f.

- (22) Wolf, a. a. O., S. 17f.
- (23) Wolf, a. a. O., S. 19.
- (24) Vgl. Sieverts, a. a. O., S. 67 ; Hermann Lampe, a. a. O., S. 40f.
- (25) Schweikert, a. a. O., S. 84.

(26) Erik Wolf, Vom Wesen des Täters, RuS H. 87, 1932 (なお、本書の紹介として、佐伯・法学論叢二八巻三号[昭和七年]四四五頁以下がある)。さらに、ヴォルフの行為者本質論については、大谷実・人格責任論の研究(昭和四七年)九一頁以下等をも参照。

- (27) Wolf, a. a. O., S. 5f.
- (28) Wolf, a. a. O., S. 7ff.
- (29) Vgl. Wolf, a. a. O., S. 10.
- (30) Wolf, a. a. O., S. 13. なお、このような転換は、「倫理的に中性の実証主義的個人主義」から「現象学的人格主義(phänomenologischer Personalismus)」へ、および「自然主義」から「規範主義(Normativismus)」への移行であって、その後の反自由主義的行為者論とは異なるものである。マルクセンは述べている(Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 83, 190)。

- (31) Wolf, a. a. O., S. 16.
- (32) Vgl. Braun, a. a. O., S. 74ff.
- (33) Wolf, a. a. O., S. 25.
- (34) Vgl. Braun, a. a. O., S. 75ff.
- (35) Wolf, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform. Ein Vortrag, RuS H. 103, 1933 (なお、本書の紹介として林鳳麟・法政研究四巻二号[昭和九年]三〇三頁以下がある)。
- (36) 佐伯・前掲書二四九頁注(五)、および伊東・前掲書一〇〇頁参照。
- (37) Wolf, a. a. O., S. 38. なお、「凡そ持続的な心情構造のような『危険性』は、責任要素ではなく行為者性あるいは主観的違法性の一部である」とも述べられている(S. 38)。Ferner vgl. a. a. O., S. 36.
- (38) Vgl. Braun, a. a. O., S. 77.

なお、その後、ヴォルフは構成要件の概念を全く放棄し、行為類型(Tattypus)と行為者類型(Tätertypus)のみを区別し、

- すべてのいわゆる主観的不法要素は行為者類型に、それに対し「自己決定の純心理的活動形式」としての故意は行為類型に算入した。すなわち、「従来心理的責任要素であったものが行為類型に属し、そしてその結果、「不法」、すなわち、まさに犯罪行為の犯罪的性格を共に基礎付ける……従来の意味における「客観的違法性」と「責任の種類」(故意および過失という心理的要素)は行為類型の中で一致すると考えられる。それ故、行為への行為者の内心的関係がなければ行為類型は在りえない」等として「刑法においては責任から自由な不法(schuldhaftes Unrecht)は存在しない」であり、有責な不法のみが存在するとして、實際上「正当化事由と責任阻却事由との区別は不要である」という帰結にまで至ったのである(Wolf, Tatypus und Tiertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenstheorie, in ZAKDR 3. Jg. S. 358ff. insbes. S. 363; vgl. dazu Hermann Lampe, a. a. O., S. 41, 88; Schweikert, a. a. O., S. 84, 85; 伊東・前掲書100頁以下をも参照)。
- (39) Wolf, a. a. O., S. 37.
- (40) Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in Maurach-Festschrift, 1972, S. 131f.; ferner Harro Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht. Zum Zusammenhang zwischen den §§ 32, 34 StGB, in Württemberg-Festschrift, 1977, S. 130ff. u. s. w. なお、これらの論文ではナチス期の特色を示す諸草案、法律、判例(RGSt. 71 133, RGSt. 72 57 u. a.)等の具体的な摘示がなされているので、詳しくはこれらを見られたい(また、山中・正当防衛の限界[昭和六〇年]二一〇頁等をも参照)。なお、「防衛意思」に関するこの期の判例としては、「喧嘩闘争を決意した二人の者が喧嘩をした場合、正当防衛の問題はどのように判断すべきか」に関するもので、「(一)被害者」も被告人も同じく喧嘩しようとして決意していた。各々には、他者のこのような意図(Absicht)も認識可能であった。かような状況下で、二人の者が本気で喧嘩をするなら、刑法五三条の保護をだれも要求しえない。」とする判示が注目される(II. Strafsenat. Urt. v. 23. Mai 1938, in: RGSt Bd. 72, 183)。
- (41) 西ドイツにおける最も重要な文献は「現在のマルク」Marken, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, 256頁。なお、わが国においても当時極めて多数の文献が存在するが、特に佐伯「刑法に於けるキール學派に就て」(二「元」)法学論叢三「八巻」二二八六頁、同三「三」(昭和十三年)五二六頁以下を代表として挙げておく。
- (42) Vgl. z. B. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 187; Schweikert, a. a. O., S. 94, u. s. w.
- (43) Erich Schwinge und Leopold Zimmerl, Wissenschaft und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937 (なお、本書の紹介として、佐伯「法学論叢三」八巻五号[昭和十三年]九九〇頁以下、木村竜二「法学七巻」一一号[昭和十三年]八五頁以下

がある。なお、Wesenschauという重要なキイ・ワードにつき、たとえば、「本質観照」（尾高朝雄、碧海純一）、「本質諦観」（佐竹哲雄）、「本質観視」等の訳語がわが国では付されているが、その適・不適は問わず、本稿では刑法学で通常当てられている「本質直感」によることとした。

- (44) なお、このキール学派とプールブルク学派との論争の意義、およびヘックとビンゲル、ラレントとの論争との類似性につき、Frommel, in ARSP Beih. Nr. 18, 1983, S. 50 und dort Fußn. 26 (同訳書・六七頁以下および三四七頁以下) 参照。

- (45) Vgl. Marxen, a. a. O., S. 236ff.

- (46) Georg Dahm, Verbrechen und Tatbestand, in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 88 (なお、本書のこの不適訳等不十分な訳語があるが翻訳がある。司法省調査部「新法律学の基本問題」司法資料二二二号〔昭和二二年〕一三五頁)。

- (47) Vgl. Schwinge-Zimmerl, a. a. O., S. 9ff.

- (48) So auch schon Karl Engisch, Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, in MSchKrimBio, 1938, S. 134 Anm. 4; Wolfgang Mittermaier, Die Krise in der deutschen Strafrechtswissenschaft, in SchwZStR, Bd. 52 1938, S. 213; Erik Wolf, Der Methodenstreit in der Strafrechtslehre und seine Überwindung. Bemerkungen zu der Schrift von Erich Schwinge, Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft, in DRWis 1939, S. 173, 244 註十邦雄・犯罪論の基本問題（昭和五四年）七三頁以下、特に八四頁注(1)等をも参照。

- (49) Vgl. Marxen, a. a. O., S. 237 und dort Anm. 434; Frommel, in ARSP Beih. Nr. 18, S. 50f. (同訳書・六七頁以下) u. s. w.

- (50) Marxen, a. a. O., S. 237.

- (51) なお、シニヤイケントジヤナダ「ケンペルマンはフィッセルの「イデー」に直接的に従ったものだと述べよう(Schweikert, a. a. O., S. 95.)°

- (52) Eugen Kempermann, Die Erkenntnis des Verbrechen und seiner Elemente. Ein Beitrag zur Revolution der strafrechtlichen Dogmatik, 1934.

- (53) Schwinge-Zimmerl, a. a. O., S. 9f.

- (54) Marxen, a. a. O., S. 238,

- (55) Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934 (＝カール・シュミット著加藤新平他訳・

法学的思惟の三種類（昭和四八年）がある。なお、本書については、加藤新平「所謂具体的秩序思想に就て——カール・シュミット『法学的思惟の三個の定型』の紹介を中心として——」法学論叢三八卷一号（昭和一三年）一〇八頁以下参照。

- (95) Vgl. Schwinge-Zimmerl, a. a. O., S. 27ff.
- (96) Vgl. Marxen, a. a. O., S. 238f. u. s. w.
- (97) Marxen, a. a. O., S. 239 und dort Anm. 444.
- (98) So auch H. Mayer, Der Verbechensbegriff. Ein Forschungsbericht, in DSStR 1938, S. 96 Anm. 101; vgl. auch Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW Bd. 57 1938, S. 292; ders., Besprechung von: C. Schmitt, Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, ZStaatw Bd. 95, 1935, S. 181f.; Knut Ameling, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 220 Anm. 34.
- (99) Marxen, a. a. O., S. 239.
- (100) Vgl. Marxen, a. a. O., S. 239 und dort Anm. 447.
- (101) E. Wolf, in DR Wis 1939, S. 174.
- (102) Vgl. Marxen, a. a. O., S. 240 und dort Anm. 450.
- (103) Marxen, in ARSP Beih. Nr. 18, 1983, S. 59（国論叢・八九頁）。
- (104) Frommel, Welzels finale Handlungslehre, in: Reifner=Sonnen (Hr.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, S. 88 vgl. auch S. 90.
- (105) 特に「チームによる構成要件論の拒絶について」 vgl. Schweikert, a. a. O., S. 97 ff. u. s. w. なお、中・誤想防衛論一六四頁以下をも参照。
- (106) Vgl. Schweikert, a. a. O., S. 100.
- (107) Schaffstein, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. Sonderdruck aus der, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt zum 1. November 1934, 1936; Dahm, Besprechung von: Erich Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, MSchrKrimPsych 1931, S. 763ff.（国論叢）特に Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1930（なお、本書の紹介的論文として、木村（亀）「刑法に於ける目的論的方法」法学志林三四卷二号「昭和七年」二二七頁以下がある）に対する批判という形で行なわれた。この論争については、佐伯・前掲法学論叢三八卷二号二二八頁以下参照。

(69) Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 111ff. (以下「本論文」とし、前掲の本書の翻訳・司法資料「三三」号一六六頁以下「および翻訳に近い形の紹介を中心としたものとして」中村勉「不法論における行為無価値と結果無価値について」(三三)「帝京法学」一六卷二号「昭和六二年」七一頁以下等がある。)

(70) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 110.

(71) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 123; ferner ders., Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, Z StW Bd. 55 1936, S. 30ff.; ders., Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, Z StW Bd. 57 1938, S. 313 (以下「本論文の紹介として」竹田直平・法と経済九巻四号「昭和一三年」六一頁以下がある。)

(72) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 119, 126, 134 u. s. w., 以下に同じ「賛同するものとして」Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung, in: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Gleispach-Festschrift, 1936, S. 51. 68f.

(73) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 137.

(74) Vgl. Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 119ff. insbes. S. 125.

(75) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 124.

(76) Schaffstein, Pflichtverletzung, S. 137; ders., Problematik, S. 31. 以下に同じ「批判するものとして」Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930, S. 68 (以下「本論文」)。

(77) Schaffstein, Z StW Bd. 57 1938, S. 300f.

(78) Dahm, Verbrechen und Tatbestand, S. 103 Anm. 80; ders., Verrat und Verbrechen, Z StaatW Bd. 95 1935, S. 283ff. u. s. w.

(79) なお「シャフシュタインは新たな犯罪概念の展望、特に違法性と責任との再検討との関連で、行為概念と故意の体系的地位について以下のように述べている。」「(以下)では、われわれは結論において、v・ウェーバー、H・マイヤー、ドーナおよびヴォルフと同意見である。落雷、犬の咬みつき、地震はその結果において個人または公衆にとって有害であり、そのかきりで災難を意味するだろう。しかし、それらは決して違法ではない。違法性の判断は人間の行為にのみ関係し、自然現象はそうではない。そして、行為概念は今日ますます有力となっている見解によれば「元来目的の性質 (finale Natur)」のものである。それは、行為者意思と関係して与えられた「事象の個々の要素にまで及ぶ意味統一体 (Sinninheit)」である。かくして行為は、故意を概念必然的に自ずと含んでいるのである。それ故また、因果的事象の無限の連鎖から、故意によって包括される部分のみが違法な

のである。かくて、「客観的不法」は存しないということが理解される。

また、刑罰法規の評価機能と決定機能の区別によって、客観的違法性と主観的義務違反に不法を分解することは行なわれない。非常に適切にも最近ヴェルツェルは、従来支配的な客観主義的不法論はそのうわべだけの論理的な正しさを評価規範という概念における多義性にのみ負っているということを指摘している。ただし、刑法的評価の対象は行為なのだから、この規範は客観主義的不法論によって前提とされているように「単なる『在るべき』(Sein-Sollen)」ではなく、「行為すべき」(Handeln-Sollen)」である。しかし、それは決定規範と同一のものであることが判明する」等として、客観的違法論の拒絶「意思刑法」の主張がなされているのである。(Schaffstein, Z StW Bd. 57 (1938), S. 311ff.)

(8) Schaffstein, Z StW Bd. 57 (1938), S. 313 ; ähnlich schon ders., Zur Problematik, S. 20f.

(18) Schaffstein, Z StW Bd. 57 (1938), S. 313f.

(28) Schaffstein, Z StW Bd. 55 (1936), S. 34f.

(38) Hellmuth von Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, S. 17, なお「ハ・ヴェーバーの見解の詳細については、本款四本文参照。

(28) Schaffstein, Z StW Bd. 57 (1938), S. 314.

(58) Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, Z StW Bd. 57 (1938), S. 245.

(96) なお「ヒンメルハイヒは『防衛のものと『防衛行為』を防衛意思と結びつけて理解する』第一説(＝通説)にタムを挙げているが、その出典については不明である」(Vgl. Klaus Himmelhreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 1971, S. 54f. u. 56 Anm. 340)°

(78) Hellmuth Mayer, Der bindende Befehl im Strafrecht, in Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 619.

(88) Vgl. Braun, a. a. O., S. 102f. und 7.

(88) Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936 (なお、本書の紹介として、小野清一郎「民族主義と刑法学」同・法学評論下「昭和十四年」三一九頁以下がある)°。なお「H・マイヤーの刑法思想につき、岡本勝「ヘルムート・マイヤー刑法思想序説(上)」法学四七巻五号(昭和五九年)一五二頁以下、伊東・前掲書二〇七頁以下等をも参照。

(66) H. Mayer, a. a. O., S. 162 ; dazu vgl. Hermann Lampe, a. a. O., S. 85 ; Schweikert, a. a. O., S. 101. u. s. w.

(16) H. Mayer, a. a. O., S. 73.

(62) H. Mayer, a. a. O., S. 95f.

- (55) H. Mayer, a. a. O., S. 162.
- (56) H. Mayer, Der Verbrechenbsbiff. Ein Forschungsbericht, D StR 1938, S. 96.
- (56) H. Mayer, a. a. O., S. 162.
- (56) Vgl. H. Mayer, a. a. O., S. 161ff. ; dazu ferner Schweikert, a. a. O., S. 101f.
- (57) H. Mayer, a. a. O., S. 169.
- (58) H. Mayer, a. a. O., S. 223f.
- (59) Vgl. H. Mayer, a. a. O., S. 223f.
- (60) H. Mayer, a. a. O., S. 225, 226.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 226.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 226.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 228f.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 229.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 229.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 229.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 230.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 256f.
- (61) Hermann Lampe, a. a. O., S. 88.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 239.
- (61) H. Mayer, a. a. O., S. 259.
- (61) なお、戦後一九五三年に公刊された教科書では、この点を以下のように明示している。「防御は防御の目的 (Zweck der Verteidigung) で行なわれねばならない。かくして、防御意思を欠くなら、たとえば、被攻撃者の闘争の際に、彼が攻撃を受けているということを全く知らず、彼の方で一方的に殺害もしくは傷害しようとするなら、彼は正当防御で行為するものではない。だが、彼が凡そ防御しようとするなら、副次的な別の動機、たとえば復讐心は彼に不利益とはならぬ」と (H. Mayer, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1953, S. 204f.)⁹
- (61) Hellmuth von Weber, Die garantierende Funktion der Strafgesetze, DJZ 36 Jg. 1931, Sp. 663ff ; ders., Das heutige

(131) v. Weber, a. a. O., S. 11.

(132) なち、ハ・ヴェーバーによれば、このような体系を初めて彼の著書 (Grundriss des tschechoslovakischen Strafrechts (1929)) で導入しようとした。個々の問題については、DfZ 1931, 663 und ZStW 53, 656 未遂について、Zentralblatt f. d. jur. Praxis 1932, 490 未遂、共犯論については、彼によつて勧められたケルニクの論文 (Käpernick, Die Akzessorität der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft 1932 [Heft 10 der Untersuchungen zur deutsch-österreichischen Rechtsangleichung] = n. 34, 116 ケルニク論文については、佐伯・前掲書 II 四九頁以下を参照されたい) を見られたいといふこと (v. Weber, a. a. O., S. 11 Anm. 6)。

(133) v. Weber, a. a. O., S. 11.

(134) v. Weber, a. a. O., S. 12.

(135) Vgl. v. Weber, a. a. O., S. 15f.

(136) v. Weber, a. a. O., S. 16.

(137) v. Weber, a. a. O., S. 16f.

(138) v. Weber, a. a. O., S. 17.

(139) v. Weber, a. a. O., S. 17.

(140) v. Weber, a. a. O., S. 17.

(141) 筆者が「ハ・ヴェーバー説を全行＝準未遂説とするのは、未遂 (Versuch) とは既念必然的に結果の不発生が含まれているが、企行の場合には結果の発生・不発生と無関係に提立されているとする指摘との連関で (z. B. S. 12) 彼によれば、かような場合既遂結果は発生しているところなので、直接的に未遂説と表示しえなかつたからであろう。もっとも、戦後の教科書では「防衛意思は必要ではない (str. a. A. RG 54, 196) だが、それ (＝防衛意思・筆者注) が欠けるならば、内心的構成要件が残存し、したがってまた、未遂かかたとする可罰性が存在する。」と述べられてゐる (Grundriss des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 91f.)。

(142) Werner Braun, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, 1936. (このブラウンの見解については、佐伯・前掲書 II 五五頁以下をも参照されたい)。また、ブラウン説がナチス的に着色された考察および態度にもかかわらず、目的的行論と極めて近似してゐる指摘するものとして、vgl. Adolf Schoch, Subjektive Elemente des Tatbestandes, Diss. Zürich, 1969, S. 44ff. insbes. 46.

- (143) Braun, a. a. O., S. 2.
- (144) Braun, a. a. O., S. 3-7.
- (145) Braun, a. a. O., S. 9-19.
- (146) Braun, a. a. O., S. 19-22.
- (147) Braun, a. a. O., S. 22f.
- (148) Braun, a. a. O., S. 23なお「ブラウンによれば、メツガーが主観的不法要素として挙げている一三三条二項、一八〇条、一八一条a、二五八条、二五九条、二六〇条、二六三条、二九四条等は所為の法益侵害的性格に何ら新しいものを付け加えるものではなく、したがって、「メツガーは所為の法益侵害的性格に何の影響もない主観的不法要素を知っているということが明らかである」(vgl. a. a. O., S. 24)°。
- (149) Braun, a. a. O., S. 25.
- (150) Braun, a. a. O., S. 25.
- (151) Braun, a. a. O., S. 25f.
- (152) Braun, a. a. O., S. 26.
- (153) Braun, a. a. O., S. 27.
- (154) Braun, a. a. O., S. 27.
- (155) Braun, a. a. O., S. 28.
- (156) Dahm, MSchrKrimPsych 1931, S. 766.
- (157) Schaffstein, Zur Problematik, S. 17ff.なお「佐伯・前掲書二五三」二五五頁注(三)をも参照°。
- (158) Braun, a. a. O., S. 31.
- (159) Hegler, Z StW Bd. 36 (1915), S. 20 Anm. 4.
- (160) Braun, a. a. O., S. 31.
- (161) Braun, a. a. O., S. 32.
- (162) Braun, a. a. O., S. 33ff.
- (163) Vgl. Braun, a. a. O., S. 45ff.
- (164) Braun, a. a. O., S. 46.

- (161) Braun, a. a. O., S. 46.
- (162) Braun, a. a. O., S. 47.
- (163) Braun, a. a. O., S. 47.
- (164) Braun, a. a. O., S. 47.
- (165) Sieverts, a. a. O., S. 209.
- (166) Braun, a. a. O., S. 48.
- (167) Braun, a. a. O., S. 48f.
- (168) Braun, a. a. O., S. 49.
- (169) Braun, a. a. O., S. 49.
- (170) Braun, a. a. O., S. 50.
- (171) Vgl. Braun, a. a. O., S. 77—90.
- (172) Vgl. Braun, a. a. O., S. 88ff.
- (173) Braun, a. a. O., S. 90.
- (174) Schaffstein, Zur Problematik des teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1936, S. 31.
- (175) Braun, a. a. O., S. 111.

三 評 価

以上のような見渡し難い多様なナチス期⁽¹⁾の断片的考察からでも明らかとなるように、一九三〇年代以降のナチス期においては、従来の新カント主義的な「目的論的考察方法」に基づく法益保護（法益侵害）説に対して、「法益保護思想は、漸次的に説得力を失い始めている。何故なら、一切の人間の態度の評価は、結局のところその世俗的効用の程度に向けられているという唯物論的主張に同意しないからである。」⁽²⁾（傍点筆者）とされ、それに代

えて、「義務侵害」に基づく「意思刑法」(より正しくは「心情刑法」⁽³⁾)が喧伝され、それは刑法の主観・倫理化を圧倒的に推進することとなった。その結果、若干の有力な反論は存したものの、新理論による従来の侵害ドグマの放棄と所為の不法内容にとっての主観的・人格的メルクマールの強力な顧慮は、不法と責任の区別を一般に排除するか、もしくは少なくとも疑問であると考えられるに至った。⁽⁵⁾

かような状況下で、従来の全犯罪論体系は流動の中に陥り、ことに主観的不法要素の理論、したがってまた「防衛意思」にも新たな意味賦予がなされるに至った。すなわち、正当防衛その他正当化事由において、防衛意思等主観的要素を要求することは、従来の法益保護説からは根拠付けられえないこと、また、行為者の「意思」・「心情」の強力な考慮と相俟って、「所為の法益侵害性に何の影響も及ぼさない主観的不法要素」の観念を認めるべきことが要請され、それらが「防衛意思必要説」の論拠ともなっていた(もつとも、かような必要説内部でも、いわゆる「偶然防衛」等の処理につき、未遂ないし準未遂説「シャフシュタイン、v.ヴェーバー」か既遂説「E.ヴォルフ、H・マイヤー、ブラウン」かについては見解の相違がみられた)。

だが、他方かような状況は法益侵害的違法観を動揺せしめ、二で検討された論者の見解以外に、ジーガート⁽⁶⁾、ベルゲス⁽⁷⁾、ズック⁽⁸⁾、ガラス⁽⁹⁾、グラーフ・ツードーナ⁽¹⁰⁾、R・ランゲ⁽¹¹⁾、およびスイスのゲルマン⁽¹²⁾等の諸見解と相俟って、一九四〇年九月六、七日にワイマールで開催されたドイツ刑法学者会議の席上、ボツケルマンは以下のように明言しえたのである。すなわち、その伝統的体系への位置付けが困難であり、そして、例外が原則となっているのだから、主観的不法要素が満足の行く解決であるのかどうかについて疑問のある一定の「人格的(Personal)」犯罪要素が存在するということを、通説だと表示しえたのである。⁽¹³⁾ かようにして、当時既に、「人的不法観」が最初の頂点に達していたのであり、それは、戦後期(一九四五年以降)西ドイツにおける人的違法観の圧倒的展開へと繋ってゆくことになるのである。⁽¹⁶⁾

(1) これについて、当時のわが国の重要と思われる諸文献を若干挙げると、木村(龜)「ナチスの刑法」杉村章三郎『我妻栄一木村(二)後藤清・ナチスの法律(昭和九年)』一五九頁以下、安平政吉「自由主義刑法論と権力主義刑法論の対立——ナチス支配下に於ける刑法理論の争ひ——」台法月報二七卷一一号一頁以下、同二二号(昭和八年)一頁以下、同二八卷一號(昭和九年)三三頁以下、佐伯「刑法学の危機——権力主義刑法思想——」改造一五卷一二号(昭和八年)三四頁以下、同・前掲法学論叢三八卷二二八六頁以下、同三二卷五二六頁以下、市川秀雄ドイツ戦時刑法研究第一卷(昭和一八年)および、同氏の法学新報誌上での一連のナチス刑事法に関する諸論文等々参照。

(2) Braun, a. a. O., S. 102.

(3) Vgl. Hermann Lampe, a. a. O., S. 89.

(4) Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungserken, S. 33 ; Nagler, in Leipz Komm (6. Aufl.), S. 14f ; Kohlausch, in Das kom. dt. StR., Bes. T. 2. Aufl., S. 504ff. 324f; Mittermaier, in Schw. ZStR Bd. 52 1938, S. 209ff. u. s. w. 及び「シムライナ＝ツイン＝ブルでちえ」『所為の全体無価値(Gesamtunwert)』及び「ノ」を述べておる(Wes. S. 53)それは一定の人格的要素を不法の中に取り入れるということを意味するものに外ならないのである。また一九三五年(類推解釈の禁止の廃止と同じ年)に發布された「ドイツの血とドイツの名譽の保護のための法律」につき「クレーもメツガーも」「フーテンの町」の純粋性」を「この法律は「た」つて「イナオロギー的な「マ」マー「メ」ミ」な疑念を「た」なかつたのである。」「(Frommel, Welzels finale Handlungslehre, S. 89)° Dazu vgl. Hermann Lampe, a. a. O., S. 83, 89 ; Ernst-Joachim Lampe, a. a. O., S. 38 u. s. w.

(5) Gottfried Boldt, Rechtspolitische Wandlungen unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches, in Z StaatW Bd. 96, 1936, S. 506 ; vgl. auch Hermann Lampe, a. a. O., S. 89 ; Ernst-Joachim Lampe, a. a. O., S. 38f.

(6) K. Siebert, Notstand und Putativnotstand, 1931, S. 26-29, S. 31 ; dazu vgl., Hermann Lampe, a. a. O., S. 81f.

(7) Augst Berges, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung (Str. Abh. Heft 333), 1934, S. 93 ; ders., Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht, in D StR, 1934, S. 240 ; dazu vgl. Braun, a. a. O., S. 107ff.; Hermann Lampe, a. a. O., S. 83.

(8) Werner Suck, Der Beginn der Tat in neuen deutschen Strafrecht, Str. Abh. Heft 373, 1937, S. 107ff.; vgl. über Sucks Arbeit Schaffstein, Z StW Bd. 57 1938 S. 310 ; Hermann Lampe, a. a. O., S. 84ff.

- (9) Gallas, in Gleispach-Fest., (1936), S. 50ff.; ders. Z StW Bd. 60 1941 S. 374ff. Dazu vgl. Hermann Lampe, a. a. O., S. 92ff.; Ernst-Joachim Lampe, a. a. O., S. 39f.; Felber, a. a. O., S. 25f. u. s. w.
- (10) Graf zu Dohna, Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit, M Schr Krim Psych, 1934, S. 177ff.; s. auch ders., Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., 1947, S. 25. Vgl. Hermann Lampe, a. a. O., S. 98; Ernst-Joachim Lampe, a. a. S. 40.
- (11) Richard Lange, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 26f., 59ff. Dazu vgl. Hermann Lampe, a. a. O., S. 99ff. 544. レンヤの見解については大越義久・共犯の処罰根拠(昭和五十六年)一一七頁以下を参照。
- (12) Oskar Adolf Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 54, 142. Dazu vgl. Ernst-Joachim Lampe, a. a. O., S. 40.; Schoch, a. a. O., S. 52u. a.
- (13) Paul Bockelmann, Tatstrafe und Täterstrafe. Bericht, Z StW Bd. 60 1941, S. 417f.
- (14) Hermann Lampe, a. a. O., S. 101.
- (15) なぜにナチス期に出現したヴェルツェルの「目的的行為論」(ないし人的違法観)が、一九四五年以降も圧倒的重要性を獲得したのかという問題につき、今日の視点から再検討しようとするものとして、vgl. Frommel, Von der Strafrechtsreform zur „Rechtserneuerung“, in ARSP Beihft Nr. 18, 1983, S. 52ff. (＝前掲訳書九頁以下); Marxen, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftat im Nationalsozialismus, in ARSP Beihft Nr. 18, 1983, S. 58ff. (＝前掲訳書八七頁以下); Frommel, Weizels finale Handlungslehre, in: Strafstuz und Polizei im Dritten Reich, 1984, S. 86ff. u. s. w.

第三款 戦後（西ドイツ）

一 概観——違法論の現状

一 既に、一九三〇年代に淵源する初期目的犯罪論（frühe finale Straftatlehre）は、戦後（一九四五年以

降)西ドイツにおいて、とりわけヴェルツェルを中心とするフィナリスト達によって、目的的行為論、そしてまた、これと密接不可分の関係に立つとされる人的不法論(personale Unrechtslehre)が強力に主張されるに至り、特にヴェルツェルはこの観点から「行為無価値(Handlungsunwert)」ならびに「結果無価値(Erfolgsunwert)」なる概念一対を樹立⁽¹⁾し、専ら前者に重点を置く不法観から、従来の法益侵害説(古典的不法論)に論難を浴びせかけたのは周知のところであろう。かようにして、違法論においては大別して二つの違法観、すなわち法益侵害説と人的不法論との対立が惹き起こされ、この対立は違法性の本質把握を巡る問題から、ひいては犯罪論体系全般にわたり、激烈なる派生的顕現をみることとなったのである。

二 もつとも、西ドイツにおける現在の学説上、古典的不法論(法益侵害説)の立場は、わずか少数説によって主張されているにすぎない⁽²⁾。被害者に対する所為の作用、および法益侵害もしくは危殆化へのその適性による不法の(専らの)評価というのは、余りに一面的に結果無価値に向けられている、というのが、とりわけその批判の骨子である。むしろ、法益侵害もしくはその危殆化は、それらがある人間に「過誤行為(Fehlleistung)」として帰属されうるであろうときにのみ、およそ刑法的に意味をもちうるものであるとされる。そこで、不法の考察にあつては、一般にまた人的要素(行為者關係的要素——とりわけ「故意」等⁽³⁾)をも編入すべきであるとするヴェルツェル等によって決定的に推進された見解は、今日ほとんど一般的に承認されているのである。

かような批判の是認、およびそれに応じて古典的体系カテゴリーを行為不法(Handlungsunrecht)のメルクマールにまで拡張する必要性から、以下の議論も出発している。すなわち、不法の要請された「人格化」は、規範理解の必然的帰結、つまり、刑罰法規をその有効性の前提のもとでのみ適用可能なものと考え、かつそれに相即してその内容を限定的に解釈するということを示すのである。この意味において、刑法上の不法規範(Unrechtsnorm)は、単なる評価規範以上のものであつて、それは既に不法の平面では人間の勢力範囲(Einflussbereich)の中

に、存するような行態のみを把握するものである。

かように、不法概念を一面的に結果無価値に整序する見解に対する反対者が学説上圧倒した後、不法を規定するに際し、行為無価値と結果無価値にいかなる意義を賦与するかという問題が、議論の焦点となっている。その論争の対象は、とりわけ以下のような問題である。

― 刑法上の不法の基礎付けに際して、結果無価値にいかなる機能を帰せしめるか、

― いかなる人的メルクマールが、行為不法であるのか、および、

― 行為無価値と結果無価値との間の序列関係をどのように決定すべきか。⁽⁴⁾

これらの点につき、ガラス等によれば、行為無価値の一元論を採用するか、行為無価値と結果無価値の二元論を採用するかで二つに大別され、後者の二元論においては二つのグループが区別されるとして、三つの基本的見解が引き出されている。すなわち、

[I] 行為無価値一元論（一元的主観的不法概念ないし極端な主観説）。本説は、ヴェルツェルのフィナリスムスを徹底的に貫徹し、規範の命令的性格の絶対化のもとで「志向無価値（Intensionswert）」としてのみ理解された行為無価値の一元論を採用し、結果無価値を不法概念から排除し、単なる処罰条件に貶しめる見解である（たとえば、ホルン、アルミン・カウフマン、リュウターセン、スアレツ・モンテス、ツイーリンスキー等）。⁽⁶⁾

[II] 二元論（二元的不法観）。本説は、現在西ドイツの多数説であり、刑法上の不法を一次的には禁止違反的な目的的行為によって基礎付けられた「人的」行為無価値として、二次的には犯罪結果の惹起に基礎を置く「因果的な」結果無価値として把握するものである。この二元論は、不法概念の視点としての行為無価値と結果無価値を相互にいか様に区別するかによって、二つのグループに区別される。^(a) まず、「第一のグループによれば、行為無価値は犯罪の行為決意とならんで、特別の客観的な、特に犯行の態様（Art und Weise der Begehung）を特色

付けるメルクマールをも提示するもの」とする見解（たとえば、イエシエック、クラウス、クリュンペルマン、ヴェルツェル、ヴェッセルス、オットー、シュトラーターテンヴェルト、ガラス等⁽⁷⁾）。（b）それに対し、「第二のグループにとっては、一元的主観的不法概念と同様、行為無価値は志向無価値の中に汲み尽され、他方、すべての客観的メルクマールは、結果無価値ないしは事態無価値に帰属される」とする見解（たとえば、ボツケルマン、ノヴァコフスキー、ルドルフィー、ザムゾン、レンクナー等⁽⁸⁾）である。

そこで、このガラスの分類によれば、一方で[I]説（行為無価値一元論）と[II]説（二元論第二グループ）、他方で[II]（a）説（二元論第一グループ）との間では、「行為無価値」と「結果無価値」との把握の仕方に相違が存し、それぞれの範囲ないし射程も広狭様々に捉えられることになる。つまり、前者の見解によると、「行為規範（ないし行動規範、Verhaltensnorm）⁽⁹⁾の命令的性格から、行為規範に対する矛盾およびこれに基づく行為無価値は、唯『志向無価値』の中にのみ、すなわち、犯罪の行為決意によって根拠付けられた行為の無価値の中にのみ存し、それ故に、行為客体および行為態様（Handlungsmodalität）は現実的でなく、行為者の表象の中にのみ存することを要するにすぎないと結論付けられる⁽¹⁰⁾」とされる。そして、この行為無価値＝志向無価値の考え方からするなら、逆に、結果無価値の内容と射程は、すべての客観的メルクマール、すなわち、因果的な結果のみならず客観的行為メルクマールをも結果無価値（事態無価値）に含ましめられることになる⁽¹¹⁾。それに対し、後者の見解（[II]（a）説）によると、「主観的および客観的メルクマールの統一体としての目的的行為から出発し、したがってまた、行為無価値を行為のこの両面に関係付ける⁽¹²⁾」こととなり、客観的行為メルクマール（行為客体および行為態様）も行為無価値の要素としてこれに帰せしめられることになり、それ故、行為無価値は主観的行為無価値とこの客観的行為無価値との複合体となるわけであり、逆に、かような構想から捉えられた結果無価値は極めて因果的に理解された結果、つまり因果的事象の単なる経過の中にのみ見出されることとなる⁽¹³⁾。

三 以上のように、人的不法観を採った場合でも上述の三説に分けられるのであるが、その内部で、客観的行為メルクマール(行為客体、行為態様等)を行為無価値として把握するか(II(a)説)、結果無価値として把握するか(I説およびII(b)説。もつとも、I説の一元的主観的不法概念によれば、結果無価値は単なる処罰条件に過ぎず、不法の実質を形成するものではないので、ここではII(b)説のみが重要となろう)という点で見解に相違が存するということが明らかとなるであろう。

かようにして、これら違法観の対立が、主観的正当化要素、とりわけ「防衛意思」を巡る諸問題に対する態度決定にある程度相即的に反映し、もしくは反映すべきこととなろう。⁽¹⁴⁾

(1)「行為」と「結果」を対立的に考え、そのフィナリムスの犯罪論体系から「行為無価値」と「結果無価値」という対立概念が出發しているのであるが、このような区別がそもそも本来的に重要であつたかどうかは疑問であり、この新しい概念一対も、実は古くからの「成功(Wille)」と「結果(Erfolg)」との対立に帰するにすぎぬものと思われる(vgl. Spengel, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, S. 1887)。

なお、戦後ドイツの犯罪論体系の変遷については、最近の著書として「Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken (in: Grundfragen... S. 34ff. Ⅱ前掲訳書二三八頁以下)等をも参照。

(2) Kohrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, § 59 Anm. II 1; Baumann-Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., § 20 I, II (S. 281ff.); Spengel, in Bockelmann-Fest., 1979, S. 251f.; ders., Z StW Bd. 65 1953, S. 529ff.; ders., in Stock-Fest., 1966, S. 92f. u. s. w. Dazu vgl. Kratzsch, a. a. O., S. 89; Steinbach, a. a. O., S. 42ff. insb. S. 43 Anm. 1.

(3) Vgl. Steinbach, a. a. O., S. 37 u. s. w.

(4) Kratzsch, a. a. O., S. 89f.

(5) Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in Bockelmann-Fest., 1979, S. 155ff.; Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, 1981,

(6) に関して若干の文献を挙げよう Zielinski, a. a. O., S. 43 Fußn. 151a; Wolter, a. a. O., S. 25, 46ff., 165ff., Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 59f. u. s. w. など。わが国の文献として、増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九巻五号(昭和五十二年)一〇九頁以下等参照。

(10) Gallas, a. a. O., S. 157.

(11) Vgl. Gallas, a. a. O., S. 165u. 156.

(12) Gallas, a. a. O., S. 157 vgl. auch S. 159.

(13) Vgl. Gallas, a. a. O., S. 161.

(14) Vgl. Gallas, a. a. O., S. 172ff.; Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, in Lackner-Fest, 1987, insb. S. 122ff.; Steinbach, a. a. O., S. 101ff. u. s. w.

二 「防衛意思」をめぐる問題状況(概観)

一 さて、一でみたように、人的不法論の影響下で、故意を一般的構成要素に算入することで、すべての故意犯の不法は、客観的および主観的側面をもつことになり、逆に、あらゆる正当化事由についても主観的正当化要素が要請されることになった⁽¹⁾。すなわち、主観的不法要素が例外現象から原則的存在となることによって、主観的不法要素、したがってまた、主観的正当化要素が原則的・一般的存在として地歩を占めることで、現在西ドイツにおいては、「防衛意思」の必要説が圧倒的通説・判例を形成しているのである⁽²⁾。

もっとも、最近においても、防衛意思を絶対的に不必要なものと考え⁽³⁾、「客観的不法論」の立場から、強力に不要説を主張する近時シュペンデルの見解は、特に注目に値しよう⁽⁴⁾、ないしはなんといっても疑問であるとし⁽⁵⁾、あるいは少なくとも過失犯にあっては不要であるとする諸見解も以前から存在してきたのである⁽⁶⁾。なお、ライヒ裁判所が明示的に防衛意思の必要説を打ち出した後でも、上級ラント裁判所は過失犯においては「防衛意思」を

拒絶する旨の判例が存するのである⁽⁷⁾。さらに、民法学においても、フィッシャー（一九一一年）のごとき必要説

はその当時極めて少数説であったが、これが圧倒的に刑法学を動かした波はその後民法学に逆流し、現在では必要説は刑法理論から広範にわたり無批判的に（!? シュペンデル）継承されているのである⁽⁸⁾。

二 もつとも、他方、防衛意思を必要とする通説・判例の内部にあつても、防衛意思の内容を正当化事情の認識、すなわち「防衛の故意（Verteidigungsvorsatz）」で足るとするか、防衛が——唯一ではないとしても——行為の動機でなければならぬとして「防衛の意図（Verteidigungsabsicht）」も必要とするか、また、「防衛の意図・動機」とした場合にそれをいかなる内容・範囲のものとして構想すべきかといった問題が、近時活発に議論され論争の渦中にある⁽⁹⁾。さらに、これと密接に関連して、逆に防衛意思の欠如の場合に、その法的効果として既遂論を採るのか未遂論を採るのか、また未遂論を採るとしても、単なる未遂（ドイツ語でいう、untauglicher Versuch⁽¹⁰⁾）なのか、準未遂（未遂原則の類推適用）なのか等々が激しく論争されており、実のところ、いわゆる主観的正当化要素の理論について論争しつるほとんどすべての問題が論争の渦中にあるというのが現状である⁽¹¹⁾。

（一） Vgl. etwa R. Schmitz, Jus 1963, S. 68. 以下に詳しく記述は反対するものとして Frisch, in Lackner-Fest., S. 122ff.

（二） なるべし、メシガーは一九四三年以降必死説に改竄した（Mezger, Deutsches Strafrecht-Ein Grundriß, 3. Aufl., 1943, S. 77）「キルナーは必要説に改竄した」（Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 121）。

（三） Straub, a. a. O., S. 43ff., 69, 83f., 88.; Hans Schultz, Einführung in der allgemeiner Teil des Strafrechts, Bd. I, 3. Aufl., 1977, S. 145f. V. m. 134.

（四） Vgl. Spendel, in DRiZ 1978, S. 327ff.; ders., in Bockelmann-Fest., 1979, S. 245ff.; ders., in: Leipziger Kommentar (LK), 10. Aufl., 1985, § 32 RdNr. 138ff., 219ff.; ders., in Oehler-Fest., 1985, S. 197ff.

（五） Waider, a. a. O., S. 83ff., 103ff.

（六） R. Schmitz, in Jus 1963, S. 68; Himmelfreich, Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971, S. 96ff., 100, 103; Schönke-Schröder-Lenckner, vor § 32 RdNr. 97ff.; Schlutemann, JA 1975, S. 787; Frisch, in Lackner-Fest., S. 130ff. u. s. w.

(7) OLG Dresden in JW 1929, S. 276f.

(8) Spengel, in Bockelmann-Fest., S. 248; s. a. Straß, a. a. O., S. 8f.

(9) Vgl. z. B. Fritz Loos, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in Oehler-Fest., 1985, S. 227ff. (なお、本論文の紹介として、拙稿・金沢法学三二巻一号「平成元年」四三頁以下を参照)。

(10) これら諸問題につき詳しく論じたものとして、Frisch, in Lackner-Fest., S. 113ff. (以下「Frisch」) Steinbach, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, 1987 (以下「Steinbach」) 及び、Hartmann, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1987 (以下「Hartmann」) などを挙げておく。

三 小 括

戦後西ドイツにおいては、人的不法論の圧倒的浸透とともに、主観的不法要素が例外現象から原則的存在となるとともに、その裏面たる主観的正当化要素が要請され、したがってまた、「防衛意思」の必要説が通説・判例を形成するに至った。

もっとも、前述のごとく、実は主観的正当化要素の理論については、フリッツシュがいうように、目下のところあらゆる側面で論争されているのである。すなわち、その論争は、まず、いわゆる主観的正当化要素がおよそ是認されうるものかどうかという問題であり、この点で、過失犯の領域においては以前から異論を唱えられてきており、主観的正当化要素は、最近シュペンデルによって故意犯の領域においてすら、再び活発な反論に遭遇しているのである。次に、この要素の内容についての諸見解は、より激しい論争下にある。ここでは周知のごとく、行為者は正当化事情の存在の認識で足るのか、あるいは、それを越えてまた、一定の意図・動機（防衛あるいは救助意図等）をもって行為しなければならないのかが争われている。そして、これと関連して、最近、た

たとえば「二行為的正当化状況（zweiaktige Rechtfertigungskonstellation）」（ランペ等）⁽²⁾なる現象の指摘、あるいは、アルヴァートの「Weißdörfer」⁽³⁾説等の主張により、より一層の細分化がこれに付け加わっている。⁽⁴⁾最後に、主観的正当化要素の欠如の効果に関する見解は多様な相違を示している（たとえば、いわゆる「偶然防衛」の法的処理）。すなわち、発生した結果は主観的正当化要素（たとえば防衛意思）によって担われていないということと既遂説を採る従来の通説に対して、未遂説が有力に主張されており、さらに、後者の未遂説については再度、単なる未遂なのか、準未遂なのかが争われている。以上のように、従来の図式的な対立状況に近時漸次的変化が看取され、一定の論点の深化と精密化、更なる論点の指摘等が行なわれ、かような混乱状況下でいわゆる主観的正当化要素のそもそもの規範的根拠は何かを見直そうとする動き（フリッシェ）⁽⁵⁾等もみられるなど、正にラックナーの述べるごとく、「個々的には、いわゆる主観的正当化要素の内容および限界は、依然として未だ終局的には明らかにされていない」というのが率直な現状であろう。

以上のような問題状況を踏まえつつ、これら諸問題の詳細にわたる論述と検討は、次章以下の課題として設定することとする。

- (1) Frisch, in Lackner-Fest., S. 113.
- (2) Lenckner, in Schönke-Schröder, 21. Aufl., 1982, vor §§ 32ff. Rdnr. 16; Ernst-Joachim Lampe, Unvollkommen zweifaktige Rechtfertigungsgründe, in GA 1978, S. 7ff.; Cornelius Prittwitz, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, in GA 1980, S. 386ff. u. s. w.
- (3) Heiner Alwart, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, in GA 1983, S. 433ff.
- (4) Dazu vgl. a. Loos, in Oehler-Fest., S. 227ff.
- (5) Frisch, in Lackner-Fest., S. 114ff.

(三) Lackner, StGB, 16. Aufl., 1985, Vorbem. II vor § 32.

—— 未 完 ——
(一九九〇・八・一九稿)