

"Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter ?" -Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, in : Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007; SS.133-153

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	<a href="http://hdl.handle.net/2297/23746">http://hdl.handle.net/2297/23746</a>

《紹介》ミヒャエル・パウリク『『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』

《紹介》

ミヒャエル・パウリク

『『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』

Michael Pawlik, »Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?« – Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, in : Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, SS. 133–153

振 津 隆 行

はしがき

本年(2009年)5月30・31日に明治大学で開催された日本刑法学会において、講演されたクラウス・ロクシン博士の「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」の論題での記念シンポジウムでは、もっぱら前半の「客観的帰属論」が集中的に議論されたが、後半の「ヤコブスのシステム論的刑法構想」についてはほとんど話題とならなかった。法益侵害に代わる規範妥当性の侵害という点も問題であるが、もっぱら刑事不法論を研究課題にしてきた私にとっては、「責任なき不法の拒絶」という主張は刮目すべき重大事であるように思われた。そこで、グレコ(Greco)の著作を書店に求めたが、未刊のようで、レッシュについては被見しえたが、もう一つの文献、すなわち、今回紹介しようとするパウリクの論文につき読了したのでこれを今回紹介しようと思い立った。「責任なき不法の拒絶」というのは、メルケル以降、20世紀初頭主張された主観的不法論への回帰であって、すでに過去の学説と思

われる理論であるからである。21世紀の今日、いかなる理論的根拠からかような主張が行われているのかを瞥見することは、今日のわれわれにとって極めて重要でもあらうと思われたからである。

そこで以下、パヴリク論文を紹介することにする（なお、筆者パヴリクの本稿執筆当時の肩書きは、レーゲンスブルグ大学教授である）。紹介は、本稿の順序に従って論述していくことにする。

## I.

ヴェルツェルの論評によれば、構成要件該当性、違法性および責任という3つの要素に犯罪を分析するのは、近時二世代の最も重要なドグマーティッシュな前進であると述べている。今日のドイツ刑法学において、責任に依存しない不法の犯罪カテゴリーは、それに批判的な見解が益々増加しているにもかかわらず、依然として広範にわたる承認を享受している。すなわち、イエシェックとヴァイгентは、不法と責任の区別を「犯罪論の<sup>かなめ</sup>要」と表示している如くである。

被祝賀者であるハロウ・オットーもまた、この区別の保持を擁護しているが、他方で彼の犯罪論の基礎に基づき、「責任と不法の実体的な区別は……可能ではない」とも述べている。そして、本稿はこのオットーの後者の所見を本質的に確証しようとするものである、として本稿は出発しているのである。

## II.

1. ドイツ刑法ドグマーティクにおける不法と責任との間の区別の確立は、リスト、ラートブルフおよびベーリングの自然主義的犯罪論に還元される。それによれば、不法は純客観的に理解された。すなわち、法秩序の命令あるいは禁止に背反する外界への行為者の有意的態度としてであった。責任のタイトルのもとで、「行為と行為者との間の主観的な関係」が取り扱われた。

《紹介》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』

それによれば、リスト自身が「違法性のメルクマールの中に……所為に関する無価値判断があり、有責性のその中に、行為者に関する無価値判断がある」という有名な公式の中で、それを表現したのである。

もっとも、この見解の根拠づけの基底は、かなり以前から廃止されてきた。すなわち、規範的責任論の浸透以来、責任判断は客観化され、他方で、人的不法論により不法概念の厳格な客観化はその基盤を奪われたのである。本説の創始者であるヴェルツェルは、不法を「行為者人格から内容的に切り離された結果惹起(法益侵害)」の中で汲み尽されるのではなく、かえって「一定の行為者の仕わざとしてのみ」行為は違法である。それ故に、既に違法性判断は古典的体系に相応するものでは全くなく、責任判断も本来の行為者関係の中で見られるものではない。人的不法論は、リストの仮想的な「不法と責任の間のきっぱりした限界づけ」が完全に曖昧にされるということへと導いている。

2. 今日の刑法学は、リストの体系から継承された不法と責任の区別とは異なり、新しい根拠づけの基底に基づいている。通説によれば、違法性判断は「規範の価値基準を設定する役割」に結びつき、責任判断は法的同輩を規定されている態度へと動機づけるという機能に結びついている。すなわち、不法と責任の関係は、一般的な当為(Sollen)と個別的な可能(Können)の関係として捉えるべきなのである。

そして、例えば、行為状況の錯誤者が既に故意不法を欠落させるということ、どのように根拠づけされるのか? 個々の行為者のその種の誤った表象にあっては、まさに人的な(そして従って、まず責任重要な)欠損のパラダイムのな事例が問題ではないのか? 逆に、免責事由とどのような関係にあるのか? § 35 Abs. 1 Satz 1 (免責する緊急避難)の前提を充足する状況にある行為者を、刑法秩序は一般的に刑罰から免れさせるのである。それに対して、彼が§ 35 Abs. 1 S. 2 HS 1 StGBによる特別の甘受義務のもとにあると

すれば、彼には彼に対する圧迫状況が抗し難いであろうという証明は、彼には何の役にも立たない。

しかし、たんに具体的な形成のみならず挙げられた見解の規範論的な落下という問題もまた開かれたままである。なるほど、ある規範の決定機能を、その評価機能から際立たせることは規範論的には可能であり、また有用でもあろう。しかし、評価規範としての規範の形式的構造は、その内容につき説明を与えるには適していないのである。それ故に、規範論的な可能性の証明でもって、未だ、責任に依存しない不法のカテゴリーに犯罪概念の内部で、独自の地位を与えるというように使用することは有意義あるいは全く命じられていようということは証明されないのである。

もっとも、この証明は難なく遂行されるように思われる。不法判断でもって、何といても、「判断されるべき所為の……非難価値性の例外」が確定されず、そして、それでもって必要な実体的な関係点の後続する責任の検討が調達されるのか？人は、それをそのように定式化するであろう。しかしながら、その問題はいかなる体系的な尊厳が、その種の根拠づけられた限界づけそれ自体を要求しうるかということである。非難の名宛は、とりわけ人的不法論の支配下では、決して所為ではなくて、常にその行為者でありうるのである。それ故に、ある所為の非難価値性の確定でもって、行為者に関する仮定的な判断が調達されるのである。すなわち、具体的に負責される者が通常人の能力をもっているとすれば（それは、その後で検討すべきである）、彼に対して非難が提起されうるのである。従って、挙示された根拠づけの自らの論理は、不法のカテゴリーを帰責論の暫定的な段階以上の何ものも意味するものではない。つまり、それはそれに基づき、刑罰の負荷が未だ正統化されず、そしてこの理由から補充を必要とする段階であるにすぎない。一言で云うと、不法のカテゴリーはただ消極的に規定され、それに何ら積極的な体系的な独自の内容は認められない。責任に対するそのように理解された不法の独立化、およびこの両者の検討段階に基づく個々の評価尺度の分割は、

《紹介》ミヒャエル・バウリク『「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』

然るときにはただプラグマティッシュな、より正確には教授法上でのみ正当化される。つまり、個々の問題複合の層分けを通じて、事例の加工が容易となり、そして透明に形成される。それを超える学問的価値を、この区別はこのようなやり方ではかち取られない。すなわち、そこから、とりわけ一般的な犯罪論の個々の制度の形成と理解に対する体系的な帰結は何ら引き出されないのである。それ故に、それは十分な見込みのある根拠づけの戦略に従って見通されねばならないのである。

3. その戦略の一つを、責任なき不法のカテゴリーの「発見家」であるイエーリングに見出されるのである。『ローマ私法における責任要素』(1867年)という彼の有名な論稿において、イエーリングが主張した論証は、魅惑的で明白なものであった。すなわち、彼は、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)」の概念を樹立した。善意の他人の物の占有の場合には存在する返還請求権に鑑みて、客観的不法としてのみ記述されるのである。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、人間の意思を排除しない。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が、客観的不法は負責されない権利侵害であろう。この思想は、刑法学者に急速に受け入れられた。メツガーは、不法概念を「不法を受ける者」から展開することを通じて、「不法と責任との明らかで、方法論的に異論のない区別」にのみ到達するということを、主観的不法要素に関する彼の論文において明らかにしたときに、この伝統に結びつきうるものであった。したがって、メツガーは彼の不法論を、イエーリング以前と同様に、同じ視点を基礎に置いたのである。彼は、侵害された人間の「法によって保護された利益との矛盾」という攪乱を、首尾一貫して不法として表示したのである。

同様の論証の戦略は、今日の文献においても見出される。それによれば、

不法と責任とは「二つの相違する評価の視点」を反映するものである。すなわち、責任検討は、行為者の視点の標準性によって検討される一方で——この具体的な行為者が罪を帰せられる行為を回避しえたかどうか、そしてそれ故に、彼に非難可能かどうかが問われる——、不法の検討は、彼の法益存立の統合についての被害者の利益が考慮される。より正確には、法が規範を通じて社会生活を秩序づけることを通して、その個々の市民の内部で彼の生活の形成に関する彼の判断に従って決定しえ、そして、その違反は——それが行為者に人的に非難可能か否かどうにかかわらず——ある態度を違法なものとして特質づけるのである。したがって、「違法性に関する問題」に、「自己の重要性」を与えることを許容するところの被攻撃者および彼の安全性必要性および、保護の必要性に鑑みて改められるのである。

この視角は多くの連関において放棄できないものであるということは、だれによっても異論を唱えられていない。全ての市民には、違法な攻撃に対して彼の権利領域を防衛するという権利があるのである。不法を基本カテゴリー、すなわち一般的犯罪論たらしめるために、広範にわたる純粋な犯罪論的根拠づけが必要である。メツガーの見解によれば、「被害者と彼の利益」が全刑法の中心点を形成している。それでもって、利益侵害として理解された不法は犯罪論の中心のカテゴリーとされる。すなわち、刑罰規定の目的——「人間の行為によるその侵害の阻止でもってする人間の利益の保護」——は、不法に関する教授部分において、彼の直接的な置き換えを見出す。たった今修正された根拠づけの欠缺は、それでもって閉ざされるようにみえるのである。この印象は、しかし誤りである。まさに、メツガーの根拠づけの想定上の強さは——犯罪概念からの責任に依存しない不法のカテゴリーの適合的に正しい引出し可能性——弱点として示される。人が、刑法のメツガーの目的規定を言葉で引き受けるならば、態度の不法の質は、ただにその刑罰適合性のための必要条件であるのみならず、十分条件すら示すことになる。けだし、一定の利益の保護に値することにとっては、既述のように、侵害者が

有責に行為したかどうかは問題ではない。オットーの当該の注によれば、「刑法の本来的な問題領域」を示すところの責任論は、したがってメツガーにあっては、刑法の目的規定およびこれに相応する不法論に対して、外見上残存している。それ故に、彼の立場の納得の行く犯罪論的固定に、メツガーは到達していないのである。

シューネマンは、この困難性に応じている。すなわち、彼が「社会侵害原理もしくは法益保護の原理」および、共通して犯罪行為の概念を規定するところの同一の権限をもつ「基底原則」へと、あっさりと「責任原則」あるいは非難可能性の原則を明らかにすることによって然るのである。この技術概念のおかげで、シューネマンは、一方で責任に依存しない不法の根拠づけを固持し、しかし他方で刑法の目的規定の一面性を修正しうるかのようにみえる。しかし、この印象は誤ったものである。メツガーにおいて、不法論と責任論との間を支配しているほどけない緊張は、シューネマンにあっては、ただ犯罪論のより高い段階に移動させただけである。すなわち、彼の「基底原理」の刑罰論的含意は、相互に一致可能ではない。シューネマンが制裁布告を法益保護の任務に関係づけるかぎり、予防に方向づけられた基本理解の基底の上に立っているのである。つまり、制裁の布告へと犯罪行為が行われたあとで、すなわち、法益が侵害されもしくは危殆化されたあとで、法益保護をまさに刑罰の単なる威嚇によって達成しうるという期待が、初めて来たりうるのであって、そのかぎり根拠のないものとして証明されたのである。本説によれば、刑法は将来の犯罪行為、かくして、さらなる法益侵害を阻止するためにのみ寄与しうるのである。同様に、警察法はもっぱら危険防衛に奉仕するのである。首尾一貫した予防モデルの枠内において、責任非難の思想は何の余地ももたない。非難とそれで保護される刑罰制裁は、過去の行為に関係し、将来の予防の必要性に関係しないのである。シューネマンの「責任原理」は、従って応報論的に刻印づけられているのであって、おそらく彼は、その支持のためにカント以外のだれをも呼び起こさないのである。



予防と応報の根拠づけのモデルは、しかしながら相互に排除し合うものである。なるほど応報理論の主張者は、応報刑が一定の予防効果を現わすということに異論を唱えないであろうが、それは偶然的で、従って不確かなものである。予防は、応報理論家にとって、他のプログラムによって機能づけられる制裁メカニズムの単なる付随効果を意味するにすぎない。予防論的価値論と応報論的価値論との衝突を、体系的に満足の行くやり方で解消することは可能ではない。なぜなら、両者の根拠づけのモデルに決定的なスーパー理論が欠けているからである。人は、そのあつれきを切斷しうるだけであって、学問的理論の要請を保持する一般的犯罪論はそのような決定の方向では達成されない。それ故に、シューネマンによって主張された不法と責任の区別は、ぜい弱な根拠しかもたないということが証明されるのである。

### Ⅲ.

1. シューネマンの立場との対決は、犯罪概念と刑罰論との間に区別しえない連関が存するというを示したのである。不適切な反作用は無意味であり、そして意味のない害悪の付加は許されるものではない。非難可能性としての責任、ないしオットーのより正確な言葉で云えば、行為者に対する非難に対する根拠として理解される責任は、予防論的な刑罰の根拠づけと一致可能ではない。この責任理解を純目的合理的な解釈に有利に委ねることは、オットーの言葉で云うと、犯罪行為の概念から本来の人道性と、そしてそれでもってまた刑罰を除去するというを意味する。「けだし、単なる予防ではなく、犯罪行為者の自由と理性の中での刑罰の正統化は、刑罰を直接的に人格の尊厳に関係しているのである。」このことは、応報的な刑罰の正当化に還元しても妥当することである。それに対して、「人は害悪（犯罪行為）をさらなる害悪（刑罰の苦痛）を付加することによって精算し、あるいは止揚しうるという思想」は、「国家がその権力を神からではなく、国民から引き出されるということ以来、誰にも国家に義務づけられてはならない」とい

《紹介》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』

う「信念のみを許容する」であろうと、異論を唱えるのが常である。この疑念は、明らかに新しいものではない。特別の強調をもって、興味深いことに、通常絶対的刑罰の主張者の一人としてみられている論者が申し述べたことである。ヘーゲルの言説において、一つの害悪をたんにもう一つの害悪が存在しているからという理由だけで意志することは、非理性的であると述べており、彼の弟子であるエデュアルト・ガンズも「犯罪が害悪であると見なされているからという理由で、なぜにこれがお他の害悪、すなわち刑罰によって増加させられるのか」とコメントしている。ヘーゲルおよびガンズは、かくして、明らかに二つの害悪の並列の中で汲み尽されないとことの応報説のヴァージョンがあるということを前提にしているのである。

ヘーゲルの基本思想は、きわめて明白である。それは、損害賠償の制度から知られているのであって、これによれば、損害を招来した者は、彼の破壊的な所為を有益な所為を通じて精算すべく義務づけられている。彼は、以前の状態が可能であるかぎり元の状態に戻されるということに対して配慮しなければならない。精算される正義の現象形態を人は非難しえず、それは二様の害悪の消極的な継続において汲み尽される。損害賠償の義務を負う者は、彼が彼によって害した状態を適法な自由の配分で原状に復すことを通じて、積極的な給付をもたらすのである。刑罰にこの思想を転用すれば、どのように見えるのか。刑罰と損害賠償との間にかなりの相違が存在するということは明白である。損害賠償は、契約違反もしくは許されない行為の個々の被害者がこおむったところの損害の精算に奉仕するものである。それに対して、刑罰は被害者にそこから直接的な利益を生じさせることなしに、行為者に害悪を付加するということが、特色である。しばしば行為者の処罰は、被害者の損害に対して精算を達成するための被害者のチャンスを困難にし、あるいはいやがらせさえするものである。この被害者の重要性を度外視するところの中に、刑罰の「超個人的な」性格があるのであって、刑罰は、行為者と被害者との間のあつれきを「公有化させる」ものであり、かくして、そ

れはまさに被害者ではなく、行為者がそれを「侵害者にもたらしめるものである。」しかし、然る時には、その挙行を刑罰が制裁するところの犯罪はまた、行為者と被害者との間の単なる「関係不法」として意味するものではなく、それはもっぱら、法的に起草された自由の存在秩序に基づく攻撃として——ヘーゲルの用語で云うと、法としての法の侵害として——概念づけられなければならない。

この点で、この立場はオットーの見解と当てはまるのである。オットーの見解が証明したように、犯罪行為の特別の社会有害性はまず第一に、それが他人の法益に対する攻撃を意味しているというところの中で根拠づけられるものではない。むしろ、犯罪行為は「この個別的損害を超えて、法的社会の信頼の基礎、法的同輩の人的関係が問題となっているのであり、法社会の他の共同構成員における信頼が害され、そして不信頼がはびこることになる」ということが決定的なのである。刑罰において、その結果として「行為者がそれに対して正しく投入すべきである法の防衛の活動が」遂行される。「というのも、精算されるところの法の侵害（信頼の侵害）にとって、それは人的に答責されるからである。」行為者がこの要求によって、その答責性が確定されることを通して、「彼は理性的な存在としての顧慮を経験するのである。」

ここでオットーと一致して主張されている立場は、それが問題のない法益信頼を促進しないという異論を明らかに予期しなければならない。犯罪行為の挙行の中に、自由の存立する存在秩序についての共働への義務の侵害が見られるという見解は、公衆に対する犯罪行為への人格に対する犯罪に解釈を変えるということにならないか？共働要求の所持者は、具体的な被害者ではなく、全体としての法社会であるということで、一切の犯罪はその義務論的な構造によれば、實際上全法社会に対する犯罪を意味するのである。学問的所見は、「しかし、それが何かある低価値の努力によって濫用されているということで、価値なきものあるいは価値違反的ではない。過去は克服するも

《紹介》ミヒャエル・バヴリク『『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』

のであり、すなわち、過去が不秩序の中にもたらしたところの秩序の中に概念もまたもたらされる。」とりわけ、ここでは公衆の拡散した安定性の利益に有利に、具体的な行為の被害者の人格性の犠牲が決して弁護されるのではない。共働への一般的義務は、数多くの具体的な特殊性を示すものである。それら全ては、自由思想のかすがいを通じて保たれるのである。自己満足の権力秩序が、従って個々の市民の共働義務にふさわしいというわけではない。すなわち、法律上の禁止および命令が、「法律の下にある者を、その忠誠なもしくは忠誠でない心情の活動への執行を担保する」という表象を、ペンディングは正当にも「グロテスク」なものと表示している。それはむしろ、それによって法共同体の共働要求が、その個々の構成員に対して正統化するところの人格の自由権のみなのである。そこから法共同体が個々の市民によって要求してもよいところの唯一の根拠は、一定の態度に対してその忠誠性の表現として、行なうべきでないとして要求してよい唯一の根拠は、それ故に、この態度が他の人間の自由の現実的条件を侵害すべく脅威しているということの中にあるのである。この意味において、全犯罪行為は人格に対する犯罪なのである。

2. たった今スケッチされた犯罪の理解から、不法と責任の関係に対していかなる帰結が生ずるであろうか? この問題の答えのために、理論史に対する新たな視角が有用である。半世紀以上前に、独立の犯罪論的カテゴリーとしての責任に依存しない不法の承認価値に関する問題が、刑法学の最も議論されるテーマに属していた。主観的不法と客観的不法との間の彼の区別でもって、イエーリングはたった今出版された彼のギーゼン大学の学部の同僚であるメルケルに対して答えたのである。メルケルは、彼の第1巻の『刑事論集』(1867年)において、責任に依存しない不法の存在可能性を原則的に否定したのである。メルケルは、この作品においてヘーゲルに淵源し、そしてその刑法上の学派によっていくとなくバラエティーのある民法上の不法

と刑法上の不法との間の区別を撲滅しようとしたのである。彼は、この見解に対し、その法的効果を顧慮してのみ区別していたところの統一的な不法のテーゼを対置したのである。にもかかわらず、メルケルは法において共通意思が客観化されているという思想、ならびにまた法の「否定」としての不法の表示というヘーゲル主義の伝統を継承したのである。他人の法益客体の侵害への適性ではなく、その特殊な伝達に関する内容（「否認」）は、人間の態度を不法へと刻印づけるのである。行為者によって表明された否定の関係客体は、法において具体化される共通意思であり、その顧慮は第一次的に向自的にそれ自体およびそれだけで間接的にその保護のもとにある個別意思を必要とする。そのように理解された不法は、メルケルによれば、「帰属可能性のメルクマールをそれ自体含んでいる」のである。法を伝達に関する権限のある——責任能力のある——ものとして承認する者のみが、法の命令および禁止を考慮されるやり方で違反しうるのである。つまり、「自然の出来事」、また「責任能力者の意思に罪を転嫁しえない人間の活動の結果」もまた、法的重要性を欠くのである。「かくて、それが帰責可能であるかぎりでのみ、そのかぎりである効力を生じた状態は、法侵害的なものとして特色づけられるのである。」

メルケルの立場は、ヘーゲルとその弟子が刑事不法に留保したかのメルクマールを不法の特性にまでただ引き上げたということの結果であった。この超強力的な立場に対して、イエーリングは責任なき不法の諸事例が存在するという証明をなしたのである。それ故に、メルケルの信奉者達は、一方でその論証の基体を擁護し、他方でイエーリングの発見を考慮に入れて、責任に依拠しない不法のカテゴリーに対して一定の空間を考慮に入れるという課題の前に立たされたのである。その際、二つの根拠づけの戦略が考慮された。人は、法が法の下にある者の意思に向けられた「命令および禁止の総体」であり、そしてそこから生ずるすべての不法の実体的な統一性のテーゼであるというメルケルの見解を認めるというのが一つの戦略である。この場合にお

いては、規範の名宛人に関する問題をメルケルが行なったのと異なって答えねばならなかった。この逃げ道をトーンが選んだ。もしくは、「客観的法に対する不服従」の意味において理解された不法は責任能力者によってのみ犯されうるというメルケルの確証を固持するかである。然るときには、すべての不法の統一性というメルケルのテーゼを放棄しなければならなかった。この道を、ビンディングは歩いたのである。

トーンは、自力救済の事例を用いてメルケルの立場の一面性を表明した。おおかみが私の子羊を奪ったとすれば、私は常になしうるように、私は救助してよいであろう。メルケルの見解に相応して、責任無能力者の行為は、一般的に自然力の支配と同じ領域で立てるとすれば、責任無能力者に対しておおかみとの関係と同じことが妥当しなければならず、法的保護は彼に与えられないであろう。そこから、にもかかわらず何も語られえないであろう。「精神障害者によって攻撃された者もまた人間である。すべての者は女性から生まれた者であるように、彼は国家的社会の構成員であり、彼には一切の他人同様、法秩序は彼の保護する盾をもって援護するのである。私は拘束された手でもって、彼に対決するのである。」私の行為の可能性のその中にある制限は、しかしながら、私とその代りに国家の裁判所の手助けで構築しうるのであるときにのみ正当化されるのである。このことは、再度、責任無能力者が法的に義務づけられている者の所有者でありうるということを前提にする。しかし、一切の義務化の中に「汝なすべし」もしくは「汝なすべからず」という規範が、一切の義務化の中にあるのだから、「規範は、行為能力者と同様に行為無能力者にも妥当し」なければならないであろう。

それでもって、トーンは不法問題におけるメルケルの立場を文字通りねじ曲げたのである。責任のない規範違反は単に可能であるのではなく、責任に依存しない不法は、むしろ一般的な規範論的カテゴリーへと前進するのである。ただ一定の法的効果、とりわけ刑罰は正義の根拠から責任のない規範違反の場合において科せられない。にもかかわらず、トーンはこの帰結を支持

しえない規範論的構成によってあがなった。その命令がまた、彼があらかじめ責任無能力者に対して表明したところのそのような名宛人にも向けられている立法者は、遂行的な自己矛盾を巻き添えにする。つまり、彼は彼の時代に、一定の規範的な期待を育成する（「汝なすべし」）およびそれが（「汝責任無能力である」）ということ育成しないということをはっきりさせる。メルケル的な動機のトーンの更なる展開は、それ故に欺まんへと導くのである。

ビンディングは、別の道を歩んだ。彼は責任なき不法の存在を否定しないが、しかしその際、刑法的に重要なカテゴリーが問題となっているということに異論を唱えるということを容認したのである。首尾一貫して、彼はすべての法的不法の同種性というメルケルのテーゼをひっくり返したのである。ビンディングにとって、不法はその一般的概念によってただ他人の主観的法（＝権利）に背反するという形式的な属性によって特徴づけられたのである。その時々問題となっている主観的法（＝権利）に応じて、違法性の個々の種類の内容と範囲が規定されねばならなかった。多くの様々な種類の主観的法（＝権利）があるのだから、多数の不法の種類も存在したのである。その侵害が刑罰を科することを正統化する権利を、ビンディングは公衆の代弁者としての国家に許容された権利によって服従、もしくはビンディング自身が好んで名づけた「支配」というものであった。この服従を、国家は要求してよいであろう。なぜなら、そうしてのみ法秩序はそれによって期待された「平和な市民性」をもたらさうからである。ビンディングにとって、犯罪はまず第一に「平和破壊」であり、そして犯罪者自身「法律の蔑視者」であった。刑法の領域に対して、ビンディングは当罰的な不法はまず伝達に関する特質をもっており（「蔑視者」）、そして第二に国家的な法律において客観化された公衆の関心（公的な平和の安全）に背反するというメルケルの見解を固持したのである。

刑法領域における責任なき不法の存在機能に関する問題についてのビンデ

《紹介》ミヒャエル・バヴリク『「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』

イングの態度表明は、これでもって描かれたのである。メルケルとともに、彼は、それに相応する能力をもっていた人間にのみ向けられえようということを強調したのである。ビンディングによって、国家的法の支配に基づく等閑視の中に存するところの「犯罪」として表示されている不法の亜種は、それ故に、彼が強調したように、有責にのみ実現されるのである。刑法の領域において、責任なき不法を考えることは、ビンディングによれば、この法領域の特別の任務および刑罰の正統化の前提を誤認することを意味する。

今日の読者は、ビンディングのお上国家的な言葉使いに、いやなかんじをもつであろう。しかし、このことはビンディングによって新しくされた立場の実質的な確証力を何ら変更するものではない。公衆の意思に対する行為者の矛盾——「Sollen それ自体の攻撃」——が前景に立つところの犯罪概念の支配のもとで、一般的な犯罪カテゴリーとしての責任に依存しない不法に対しては、何の余地もないのである。決定的な態度秩序としての法の否定の意味をもたないような態度は、何といても、責任がないのであるが違法でもない。つまり、それは刑法的に重要ではなく、構成要件に該当せず、あるいは正当化される態度と何ら異ならない。この種の諸事例は、行為者が責任無能力であるときのみ存在するだけではない。同じことは、彼が回避不可能な禁止の錯誤の中にあり、あるいは彼には、それ自体期待された態度が期待不可能であるところでも妥当するのである。通説の用語において述べられている、「責任検討」に対する「違法性検討」の必然的な優位というのは、従って存在しない。つまり、検討構造の問題は教授法のそれであって、犯罪の理論のそれではない。不法と責任の間を区別する法律諸規定ないしある態度の単なる違法性に法的結果が結びついているということは、従って統一的な決定的な不法のカテゴリーの適用事例として把握されてはならない。それはむしろ、その時々法の制度の意味と目的に相応して解釈すべきものである。



#### IV.

1. 前述の熟考に鑑みると、責任に依存しない不法のカテゴリーは、まず第一に刑罰という法的効果が問題となっているところではなく、他人の法益の危殆化へと着手する行為者に対して、防衛措置が捉えられてよいかが問題となるところで、かくして問題となっている強制行為の目標設定が予防的性質のものであるところでその場所を見出すのである。それに、正当化事由の責任阻却事由からの取り出しが奉仕するのである。正当化事由の介入がだれかに対する甘受義務を結果としてもつ一方で、免責事由はそのような法的効果を解消しない。一般的に予防的活動の許容性は、防衛されるべき危殆化が有責であるか有責でなく行なわれたかどうかに、決定的に依存しない。刑罰と異なり、予防措置が、すなわち攻撃の名宛人に対する何の非難も表現しない。しかし、その許容性に対しては、原則的に危険の根源としての攻撃の名宛人の同一性は必要である。

正当化事由と免責事由との間のカテゴリー的な犯罪論的相違は、にもかかわらず存在しない。他人の財の正当化する破壊者も、免責される破壊者ともに、彼の所為でもって規範の妥当性を疑問視させるのであるが、ここで基礎を置かれている犯罪理解によれば、正当化事由と免責事由は体系的に同一のランクにあり、ただ合目的性の顧慮から順序よく取除くべきものであるところの形態にすぎないということを誤認してはならない。

先ず第一に、脅威にさらされた法益侵害の除去は明らかに国家的制度に義務づけられている。この目的に、とりわけ改善と保安の措置が奉仕するのである。緊急権も同様に、予防的性格の措置に帰するものである。實際上、それらは「社会法的な投入を伴う危険防衛の特別の手段」である。「措置の宣告は、被告人を社会にとって危険で、それ故にその改善ならびに公衆の保護のために『投入される』安全性危険を提示するものである。」それ故に、処分は責任無能力者に対しても向けられている。緊急権とは異なり、それに個々の処分が結びつくところの行為は、その布告のための根拠ではなく、単なる

《紹介》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-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』

動機である。私は攻撃されているということで、正当防衛を行ってもよい。それに対して、精神病者によって行われた違法な行為は、彼の将来の危険性に対する徴表としてのみ機能するのである。

2. §17 StGB（禁止の錯誤）の規定はまた、責任に依存しない不法のカテゴリーを前提にしている。その体系的な連関は、緊急権の領域におけるのとは全く異なっている。行為者が当該の状況にとって決定的な行為規範に関する錯誤に服していたかどうかを判断しうるために、人はこの規範の内容を予め確定したのでなければならない。この規範は自由の存する存在秩序の維持についての共働への市民の一般的な義務化の状況に特殊な具体化を意味するのだから、その決定的な内容は全体の判断段階——正当化事由かくしてまた免責事由に従って——通り抜けられたのちに初めて確定するのである。規範論的に行為者の（誤った—）表象をそのような種類の具体化された行為規範に関係づけることが、思考可能であろう。

§17 StGBにおいて、立法者は（誤った）行為者の表象を責任に依存しない不法に関係づけるべく決定したのである。行為者の態度は、刑罰構成要件を充足せねばならず、正当化事由によって覆われてはならない。免責事由の法的限界に関する錯誤を、法律はそれに対して顧慮されないものとして考えているのである。つまり、§35 Abs. 2 StGBのテーマの規定は、明示的に免責する緊急避難の事実上の前提に関する錯誤に制限している。この規定に基礎を置く評価は、学説において明白な同意に値するものである。法的連帯の限界は、個々人の解釈の権限のもとに置かれるべきではない。同様に、この評価の裏面は、§17 StGBにおける責任に依存しない不法のカテゴリーを形成している。その根拠を、それは結局のところ、責任阻却事由の理論の中にもっている。一般的な犯罪論的カテゴリーとしての責任に依存しない不法の承認は、その限りで必要ではない。

3. 正犯行為としてその時々「違法な行為」を前提にする共犯の諸規定 (§§ 26 f. StGB) は、正犯はなるほど違法であるが、有責である必要はないということを引き出させる。犯罪をまず第一に法益侵害として理解する見解の背景に、この解釈は首尾一貫するものである。もっとも、このような犯罪理解を不十分なものと認識し、コミュニケーションに方向づけられた解釈のシエマに取り換えるや否や、別異に考えられるのであって、刑法的に重要な不法は自由の存在する存在秩序の維持に共働すべき義務化の侵害の中に存在することになる。この存在秩序は、具体的な他の人格の現実的な存在要素の中で表明されるのである。それ故に、公衆の要求についての個々の市民の立場は、いかに彼が具体的に該当する他人の統合の期待とかかわり合うかというところの中に見出されるのである。

犯罪計画の実現に際しては、負責される者は他の人間と共働しうるのである。(間接正犯の場合の) 道具として、あるいは(共同正犯の場合の) 負責される者の代表者として行動するとすれば、世界形成の彼の措置の中に彼の市民の義務の履行違反に対して、負責される者の振る舞いが表明されるのである。

負責される者の態度決定は、彼が共犯として他人の行為寄与を唆かし、支援しあるいはその他のやり方で彼の効力を促進するというところの中にある。法社会での拒否の意味内容を、この態度は行われた行為に関してそちら側でそのような遡及表示を表明するときのみもつのである。ポイント的に述べるなら、何か悪いことに Ja と述べる者のみが、何か悪いことを表示するのである。伝統的な刑法ドグマーティクの術語に置き換えると、共犯行為に関係する犯罪行為は有責に犯されなければならない。それを欠くところでは、背後者の不安定な寄与に、間接正犯として転用すべきである。

以上で、ここの熟考の領域が終了する。不法と責任の間の伝統的な区別は、依然として全く支配的な見解に反して、「一切の刑法ドグマーティクの永遠の本質に(属する)ものではなく、刑法の具体的な精神史的状況の成果とし

《紹介》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』

て、そして同じくそれ故にかのものと同様無常のもので(ある)」ということの中で、その主要目標は証明されるべく存立しているのである。そして、逆に、責任に依存しない不法のカテゴリーの放棄が、当該の法制度の間の体系的相違に対する視角を尖鋭化させ、そして、それによって個々の実質問題の適切な取り扱いを可能にするのである。

#### あとがき

以上、パヴリク論文をほぼ翻訳に近い形で紹介してきたが、犯罪を法益侵害に代えて規範妥当性の侵害と考えるヤコブス一派の理論は、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」は採り得ないことになる。これは、まさに既に遠い過去の理論として放棄された「主観的不法論」の再来そのものである。すなわち、不法論を空洞化し、責任にのみ重点を置く理論は、かつてのキール学派がそうであったようにきわめて権威主義的・直観的なものであって、「システム論」という新しい理論から主張されたとしても問題が多すぎるように思われる。法益侵害説を機軸とした、「責任なき不法論」、すなわち「客観的不法論」を固持することこそが現在のわれわれにとってきわめて重要であると思われるのである。その反面教師として、パヴリクの本論文を味読することこそは、きわめて意義深いものと思われるのである。

(2009年10月10日稿)