ミヒャエル・パヴリック

『市 民 の 不 法』(22・完)

飯島 暢・川口浩一（監訳）
玄 守道（訳）

目　　次

監訳者まえがき
文　　献　（以上、63巻2号）
導　　入
第1章　犯罪の概念
A．刑法学と実践哲学
Ⅰ．刑罰強制の不快さ
Ⅱ．実践哲学と法の実定性
Ⅲ．実践哲学に替わる法政策？　（以上、63巻4号）
Ⅳ．出発点としての刑罰論
B．予防の道具としての刑罰？
C．協働義務違反に対する応答としての刑罰
Ⅰ．予防思想の危険と応報理論のルネサンス
Ⅱ．協働義務の正当化根拠：自由であるという状態の維持　（以上、63巻5号）
1．政治共同体に奉仕する刑法？
2．自由の理念と市民の地位　（以上、63巻6号）
3．フーゴ・ヘルシュナーの犯罪概念
Ⅲ．応報理論と刑罰賦課
Ⅳ．市民と外部者
Ⅴ．法益侵害としての犯罪？
1．「啓蒙の最も豊かな成果」としての法益概念？
2．法益概念の批判能力？　（以上、64巻2号）
3．法益から法的人格へ
Ⅳ．犯罪概念から一般的犯罪論へ
第2章　市民の管轄
A．管轄の体系
Ⅰ．不作為犯の特別財？
Ⅱ．保障人的地位の理論の系譜学について　（以上、64巻5号）
Ⅲ．管轄の体系
1．法の任務と管轄の根拠づけの諸形象

２．他の人格の尊重
３．人格的存在の基本的現実条件の保証
Ｂ．被侵害者の優先的管轄
Ⅰ．罪体から実質的構成要件概念へ　（以上、65巻１号）
Ⅱ．構成要件と違法性の関係　（以上、65巻２号）
Ⅲ．被侵害者の管轄の体系
１．統一的な評価問題としての管轄分配
２．自己答責的な自己侵害及び同意　（以上、65巻４号）
３．正当防衛と防御的緊急避難　（以上、65巻５号）
４．攻撃的緊急避難
第３章　刑法的協働義務の違反
Ａ．　帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法
Ⅰ．刑事不法の概念と帰属論の機能
Ⅱ．基本的なシステムカテゴリーとしての不法と責任か？　（以上、65巻６号）
Ⅲ．市民の不法としての犯罪
Ⅳ．不法帰属の前提　（以上、66巻２号）
Ｂ．帰属可能性の限界
Ⅰ．管轄問題としての限界問題
Ⅱ．帰属を阻却する禁止の錯誤
１．錯誤を回避する責務（Obliegenheit）　（以上、66巻３号）
２．禁止の錯誤のあらゆる現象形態の同価値性　（以上、66巻４号）
３．狭義の禁止の錯誤　（以上、67巻１号）
４．行為事情の錯誤（広義の禁止の錯誤）　（以上、67巻３号）
Ⅲ．行為規範に従った行動への動機づけの重大な阻害　（以上、67巻４号）
Ｃ．義務違反の範囲
Ⅰ．帰属形式の統一性と多様性
Ⅱ．主観的・義務違反的態度の基本構造　（以上、67巻６号）
Ⅲ．法敵対的な刑事不法の概要
１．法敵対性の概念
２．意思的構成要素の不要性　（以上、68巻１号）
３．帰属判断の基準人：理性的な市民
a）　間接故意から未必の故意へ　（以上、68巻２号）
b）　行為情況の個別化的あるいは客観化的評価？　（以上、68巻３号）
４．帰属の対象：禁止に違反する行為（玄守道）　（以上、本号）

第3章　刑法的協働義務の違反

C．義務違反の範囲

Ⅲ．法敵対的な刑事不法の概要（承前）

4．帰属の対象：禁止に違反する行為

a）　悪意の伝統的な理解

故意による法律違反は、「それが違反であるという意識と結びつけられている」ものであるとされる[821]。当時の刑法学と一致して[822]、カントは故意の悪意としての解釈を自明なものとみなし、その結果、彼はその解釈を短い括弧内の補完（Klammerzusatz）で十分であるとした。これに対して、メツガーがおよそ150年後に悪意を支持する立場から故意概念の性質について表明した時、彼はこのことを、徹底的でかつ極めて論争的な議論を背景にして行った。「故意概念に違法性の意識が属するという真理」[823]は、メツガーの見解によれば、二つの根拠の柱に支えられている。第一に、そのような故意理解は合目的的であるということである。「なぜなら、知っている者においてのみ刑罰は実際に犯罪を避ける『動機』になりうるからである」。第二に、それが正当（gerecht）であるとする。なぜなら、自己の行為の法的な評価について知っている者だけが「倫理的――法的な規範に意識的かつ現実に『逆らった』からである」[824]。

メツガーによって示唆された合目的性考慮をフォイエルバッハ以上に鋭く際立たせた

821）　*Kant*, MdS, Werke Bd. 7, S. 330.

822）　例えば *Achenwall/Pütter*, Anfangsgründe, § 132 (S. 51); *Abegg*, Lehrbuch, § 83 (S. 132); *Bauer*, Lehrbuch, § 126 (S. 183); *ders.*, Abhandlungen, S. 253, 260, 262 ff.; *Dorn*, Versuch, § 31 (S. 63); *Feuerbach*, Lehrbuch, § 54 (S. 99); *Grolman*, Grundsätze, § 46 (S. 39 f.), § 52 (S. 45); *Heffter*, Lehrbuch, § 68 (S. 85); *Henke*, Handbuch, 1. Theil, S. 346 f.; *v. Hoff*, Verbrechen, S. 29; *Jarcke*, Handbuch, S. 189; *Klein*, Grundsätze, Bd. 1, §§ 119 f. (S. 90 f.); *ders.*, ACrim 2 (1800), S. 77 f.; *Kleinschrod*, Entwicklung, § 14 (S. 29 ff.); *Marezoll*, Criminalrecht, S. 105 f., 109; *Martin*, Lehrbuch, § 34 (S. 75 f.); *Meister*, NACrim 1 (1817), 107; *Mittermaier*, NACrim 2 (1818), 521 f; *Roßhirt*, NACrim 9 (1827), 505; *Salchow*, Lehrbuch, §§ 12, 61 (S. 10, 44); *Schröter*, Handbuch, § 66 (S. 104 f.); *Soden*, Geist, § 7 (S. 16); *Stübel*, System, Bd. 2, § 237 (S. 39), § 254 (S 49), § 262 (S. 53 f.); *Temme*, Lehrbuch, S. 151; *Tittmann*, Handbuch, 1. Theil, § 101 (S. 250 f.); *v. Weber*, NACrim 8 (1825), 559 f.; *v. Zirkler*, Art. „Dolus“, S. 478 参照。

823）　*Binding*, Normen, Bd. II/2, S. 954.

824）　*Mezger*, FS Kohlrausch, S. 182.

者はいなかった。フォイエルバッハが、「欲求の法律違反の意識」を、故意の構成的な要素へと高めたことは[825]、彼の刑罰の威嚇理論から必然的に生じたのであった[826]。もっとも、犯罪傾向を有する市民に、彼が不当な行為（Geschäft）と関わり合うところであることをはっきり分からせるためには、厳密に言えば、彼が刑罰法規一般を認識していることでは十分ではない。すなわち、彼にはむしろ威嚇される刑罰の種類と重さもまた知られていなければならないのである[827]。しかしながらフォイエルバッハはそこまで行くつもりではなかった。――それは理解できる、というのも、その場合、彼の理論によれば、犯罪者が「刑罰法規を守らなかったからではなく、刑罰法規が犯罪者に効き目がなかった」、すなわち、インセンティブ（Lenkungsanreize）が十分に強力でなかった［がために］[828]、処罰されることが、歴然となるであろうからである。故意行為者に対する刑事不法非難は、そのような論証に依拠しえないのである[829]。それゆえ、悪意というカテゴリーの基礎づけのためには、それは不適切である。

しかし、メツガーによって区別されている基礎づけのプロットの第２のものはどうなるのか、すなわち、意識的に法秩序に逆らった者だけが故意処罰に値するという主張はどうなるのか？　すでに1805年にクラインシュロートはこの主張を鮮烈な色彩で描いていた。すなわち、自己の行為が法律に反し可罰的であることを明確に洞察した犯罪者は、知りながら法律の秩序を無視し、社会的秩序を自己の感性（Sinnlichkeit）のために犠牲にしたのである[830]。「このようなわざと法律を過小評価すること、このような目論ま

825）　*Feuerbach*, Lehrbuch, § 54 (S. 99) ; より詳細なのは、*ders.*, Betrachtungen, S. 199 f.

826）　上記、S. 374.

827）　*Bekker*, Theorie, S. 404 ; *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 184 ; *Blohm*, Feuerbach, S. 112 f. ; *Henke*, Handbuch, 1. Theil, S. 334 ; *Geßler*, Begriff, S. 56 ; *ders.*, GS 10 (1858), 309 ; *Heinemann*, Schuldlehre S. 95 ; *ders.*, ZStW 13 (1893), 394 ; *Klee*, Lehre, S. 59 ; *Köstlin*, Revision, S. 619 ; *ders.*, System, S. 193 ; *Mittermaier*, NACrim 2 (1818), 524 ; *Oetker*, GS 93 (1926), 51 ; *Roeder*, Schuld, S. 112 f. ; *Wächter*, Lehrbuch, § 73 (S. 119 f.) ; *Westerkamp*, Verschuldung, S. 27.――比較的最近の文献から、*Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 38 ; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, S. 49 ; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 583 ; *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 305, 308.

828）　適切なのは、*Binding*, Normen, Bd. II/2, S. 916 ; 実質的に一致するのは、*Kohlrausch*, Irrtum, S. 40.――すでにフォイエルバッハの同時代人に、彼の理論のこの弱点は隠し通せなかった。例えば、*Thibaut*, Beyträge, S. 41, 46 f. 参照。

829）　同旨、*Köhler*, Zurechnungslehre, S. 73.

830）　*Kleinschrod*, Entwicklung, § 14 (S. 30).

れた防波堤の突破、このような禁止されていると認められた行為への任意の決定が故意の本質を形成する」[831]。ここで言われているのは、萌芽的な心理学主義の言葉である。「行為者の、自己の犯行の許されなさについての無条件の同意（Ja und Amen）」[832]として理解されている故意は、以上によれば――現象学上、最も際立ち、実務上最も重要であるかもしれないが――法敵対性の下位事例なだけでなく、それは法敵対性の領域を完全に充足するのである。責任の重さは以上によれば、義務表象の強度に依存する[833]。「歴史の怪物たち、ネロ、チェザーレ・ボルジア、ダントンは、これによれば、わずかな程度においてしか有責に行為していないのである。すなわち、彼らに義務意識が完全に欠ける場合、彼らを責任なしとする帰結の勇気を持たなければならない。」[834]

この故意理解から生じる、禁止の過失の取り扱いにおける可罰性の間隙は、多くの刑法学者にとって受け入れがたいものとして思われていることは、ほとんど驚くことではない[835]。しかしながら、悪意の批判者もまた心理学的な故意理解に縛られていたために、彼らは、不法意識のカテゴリーを故意概念から取り出し、独自の評価レジームの下に置くことを強いられるほかなかった。この展開の終着点は、いわゆる責任説であった(b)。その修繕の試みは、しかしながら誤った点で行われている。行為者の、彼によって違反された禁止規範に対する態度（Stellung）だけが犯罪体系論上重要であるという悪意の主張者の洞察は適切であるが、しかしよりにもよってそれが責任説によって犠牲に供されたのである。それに対して、上述のことによれば、法敵対性とある一定の心理状態との同置は誤っている。しかしながら、この見解と責任説はまさに一貫しない形で

831） *Kleinschrod*, Entwicklung, § 14 (S. 32).

832） *Beling*, Unschuld, S. 48.

833） *Kohlrausch*, Irrtum, S. 34.

834） *Kohlrausch*, Irrtum, S. 34.

835） *Geßler*, Begriff, S. 91 ; *ders.*, GS 10 (1858), 316 ff. ; *Geyer*, Erörterungen, S. 26 ; *Heinemann*, Schuldlehre, S. 23 f., 31 ff. ; *ders.*, ZStW 13 (1883), 382, 403 f., 415 ; *Horn*, GS 53 (1897), 84 f. ; *M. Kauffmann*, Verschuldungsprinzip, S. 34 ; *Klee*, Lehre, S. 14 ff. ; *Lucas*, Verschuldung, S. 66 ff. ; *Luden*, Handbuch, S. 245 f. ; *ders.*, Abhandlungen, S. 517 ff. ; *Merkel*, Lehrbuch, S. 80 ; *Pietsch*, Gesichtspunkt, S. 33 ; *Stooss*, SchwZStr 12 (1899), 7 ; *v. Wächter*, Strafrecht, S. 146 ; *ders.*, GS 16 (1864), 66 f. ; *v. Wick*, ACrim 46 (1857), 573 ff. ; *ders.*, GS 1860, 146 f.――もっとも、コールラウシュ（Kohlrausch）もまた彼によって名付けられた有害な行為者ら（Übeltäter）をそっとしておこうとはしなかった。すなわちその危険性ゆえに彼らは保安措置に服されるべきとする（*Kohlrausch*, Irrtum, S. 35）。しかしながらこの明白な窮余の策では、彼は支持されなかった。

縁を切った、そして、それはその適用領域を構成要件的故意にのみ限定した。このような見方は、いまや一貫して規範化する法敵対性構想によって置き換える時なのである(c)。

b)　妥協的立場としての責任説

ライヒ裁判所の錯誤判例は[836]、刑法の錯誤の下にあった行為者は法敵対的なものとして扱われる、すなわち当該故意構成要件によれば、行為事情だけが彼に十分に知られている限り、有罪とされるという帰結に至った。ライヒ裁判所と「逆の立場」[837]が故意を悪意として理解する立場であった[838]。後者はすべての法的錯誤事例において法敵対性を否定せねばならず、相対的に少ない（そして著しく減軽される）過失構成要件に頼

836)　この点につき、上記 S. 314 f.

837)　*Maurach/Zipf*, AT 1, § 37 Rn. 10.

838)　19世紀から20世紀への転換期にこの立場は文献において多数の支持を得ていた: *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 403; II/2, S. 935 ff.; *ders.*, GS 87 (1920), 130 f.（基礎的なのは）; *Allfeld*, Bedeutung, S. 15; *Baumgarten*, Aufbau, S. 181; *Beling*, Lehre vom Verbrechen, S. 185; *ders.*, Unschuld, S. 33 f., 45, 53; *Beck*, Unrechtsbewußtsein, S. 30 f.; *Cornill*, Bewußtsein, S. 28, 51 ff.; *Engelmann*, Rechtsbeachtungspflicht, S. 13 ff.; *Hammerer*, Einfluss, S. 23, 27; *Hertz*, Unrecht, S. 152; *Kohlrausch*, Irrtum, S. 24 ff., 58; *ders.*, Schuld, S. 215 ff.; *Lasson*, System, S. 488, 496; *Liepmann*, Einleitung, S. 134 f.; *Ortloff*, Strafbarkeits-Erkenntnis, S. 49 f.; *ders.*, GS 34 (1883),417; *ders.*, ZStW 14 (1894), 207 ff.; *Sauer*, Grundlagen, S. 593, 596; *Dohna*, GS 65 (1905), 320 ff.; *Ebermayer*, LZ 19189, Sp. 804 f., 809 ff.; *Hegler*, ZStW 36 (1915), 198 f., 220 ff.; *Nagler*, FS Binding, Bd. II, S. 343; *Ortmann*, GS 29 (1878), 244.――20世紀の50年代から60年代の間にそう呼ばれるようになった故意説は（もっとも、しばしば和らげられた形式において：形式的な違法性に代わる社会侵害性／当罰性の認識）相当な数の著者によって主張されていた: *Furger*, Unrechtsbewußtsein, S. 216 ff.; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 99 f., 117 f., 140 f., 143; *ders.*, JZ 1956, 394; *ders.*, ZStW 76 (1964), 552 ff.; *ders.*, FS Lackner, S. 188 ff.; *Hardwig*, Zurechnung, S. 185 ff., 196 f.; *ders.*, GA 1956, 373 ff.; *ders.*, ZStW 74 (1962), 37 ff.; *ders.*, ZStW 78 (196), 5 f.; *Lampe*, Unrecht, S. 252 f.; *ders.*, ZStW 118 (2006), 27 f.; *Lang* (*-Hinrichsen*), ZStW 63 (1951), 339 ff.; *ders.*, JR 1952, 184 ff., 302 ff.; *ders.*, JZ 1953, 366 f.; *ders.*, 43, DJT, S. 90 ff.; *Mattil*, ZStW 74 (962), 238; *Mezger*, Wege, S. 42; *Oehler*, FS 41. DJT, S. 266 ff.; *Schmidhäuser*, AT, 10/28, 32, 64; *ders.*, FS H. Mayer, S. 337 f.; *ders.*, Vorsatzbegriff, S. 21; *ders.*, NJW 1975, 1810 f.; *ders.*, JZ 1979, 367; *ders.*, JuS 1987, 379; *Schröder*, FS Sauer, S. 217, 245 f.; *ders.*, ZStW 65 (1953), 193 ff.

らざるを得ないという結果に至った。支配的な学説は、この二つの方法のいずれとも同調しようとはしなかった。ライヒ裁判所の立場は責任原理に適っていないとされた[839]。これに対して、悪意のカテゴリーを一貫した形で堅持する立場は法的過失行為者を過度に寛大に扱っているとされる[840]。それゆえ、探求は中間的立場に向けられた。

フォン・ヒッペルの提案は有効な解決を提供するように見えた[841]。フォン・ヒッペルによれば、唯一、適切で合目的的なのは、故意に犯罪を遂行し、その際、彼は法秩序を気に掛けるべきであり、かつ彼の精神能力を十分に緊張させれば気に掛けることができたにもかかわらず、そうしなかった者だけが処罰されることであるとする[842]。それゆえ、正当な狙いが、ライヒ裁判所の制限的立場の基礎に置かれているとされる。ただ、刑罰法規は知らなければならないが、他の法律はそうではないという結論が誤っている

839） 例えば、*Seuffert*（FS v. Gneist, S. 71）：「しかしながら、神が彼に啓示を与えなければ、規範を知りえないであろう者は、彼が規範との矛盾に陥る場合、家に火をつける雷と同様に有責に行為をしていないのである。責任のない法律に不案内な者の不作為は、乾燥する耕地と草原に生き返らせる水の恵みを与えない雨神以上でも以下でもなく処罰されないのである。」――同旨、*Allfeld*, Bedeutung, S. 7；*Beling*, Verbrechen, S. 180 f.；*ders.*, Unschuld, S. 22 ff.；*Cornill*, Bewußtsein, S. 51 f.；*M. Kauffmann*, Verschuldungsprinzip, S. 64；*P. Merkel*, Grundriß, S. 114；*Mittermaier*, Beiträge, S. 41 f.；*Ortloff*, Strafbarkeits-Erkenntnis, S. 26；*Roeder*, Schuld, S. 87；*Rümelin*, Verschulden, S. 25；*ders.*, ZStW 41 (1920), 501, 523.――比較的最近の文献から：*Tischler*, Verbotsirrtum, S. 355.

840） 基礎的なのは、*Adolf Merkel*, Lehrbuch, S. 69（「欠点のある心情に褒賞を与えること」），80；さらに、*v. Bar*, GS 38 (1886), 252；*Dohna*, Recht, S. 18 f.；*ders.*, Aufbau, S. 50 f.；*Heinemann*, Schuldlehre, S. 55 f.；*ders.* ZStW 13 (1883), 382, 394 f., 453；*Lucas*, Verschuldung, S. 78；*Pietsch*, Gesichtspunkt, S. 35；*Roeder*, Schuld, S. 91；*Rümelin*, Verschulden, S. 25；*ders.*, ZStW 41 (1920), 500, 519；*Stooss*, SchwZStr 12 (1899), 2, *v. Wick*, ACrim 46 (1857), 587 f.――比較的最近の議論の指針：*v. Weber*, Aufbau, S. 23；*Welzel*, Strafrecht, S. 162；*ders.*, SJZ 1948, Sp. 370；*ders.*, JZ 1952, 341；同旨 BGHSt 2, 194, 204 ff.――今日の文献から：LK-*Vogel*, § 15 Rn. 39；MK-*Duttge*, § 15 Rn. 29；*Haft*, AT, S. 260；*Heinrich*, AT, Bd. 2, Rn. 1129；*Jakobs*, AT, 19/14；*Kindhäuser*, AT § 28 Rn. 4；*Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 8 f.；*Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 77；*Wessels/Beulke*, AT, Rn. 464；*Heuchemer*, Erlaubnistatbestandsirrtum, S. 151, 155 f., 158；*T. Walter*, Kern, S. 429；*Lesch*, JA 1996, 351；*Platzgummer*, Vorsatz, S. 52 f.；*Schaffstein*, FS OLG Celle, S. 197

841） それは *Geßler*, GS 10 (1858), 339 f.；*Geyer*, Erörterungen, S. 32 においてすでに示されていた。

842） *v. Hippel*, Strafrecht, Bd. II, S. 348.

にすぎないとする。「というのも、「汝はそれを知らなければならなかった」という非難にとって、個別事例の状況だけが決定的でありうるからである。」[843]回避可能な、関連する法規範の不知の事例を、フォン・ヒッペルは、減軽を認める前提で、故意概念の下に置こうとした[844]。すなわち、過失は例外的にのみ処罰されるとされるために[845]、異なるやり方をとる立法者（ein anders verfahrender Gesetzgeber）は、「その固有の法秩序の有効性をきわめて深刻に危殆化する」であろう[846]。フォン・ヒッペルは自己の解決のアプローチを刑事政策的に動機づけられたものとして明示的に特徴づけた[847]。

グライフスヴァルド大学教授のパウル・メルケルによってはじめて、この立場を純粋に解釈論上の考慮の帰結として生じさせたところの、基礎づけが展開された。メルケルは、不法意識を故意と厳格に分離した[848]。故意は「規範的、そして倫理的に無色であり、単に、行為事情が行為者によって実現されるということの了解と結びつけられている行為者の行為事情についての認識である」とされる[849]。「故意における倫理的要素は」それゆえ、「故意概念を形成する要素ではなく、故意の当罰性を規定する故意の分類要素（Artmerkmal）である」とする[850]。以上によれば、行為者が自己の行為を義務に反するものとして評価することができる場合にのみ、故意行為者は有責に行為するとされる[851]。この場合において、メルケルによれば、フォン・ヒッペルも同様であるが、大幅な減軽が適切である[852]。それに対して、行為者の法の不知が一般に理解可能なも

843）*v. Hippel*, Strafrecht, Bd. II, S. 343.

844）*v. Hippel*, Strafrecht, Bd. II, S. 342, 348 ff. —— 同旨、*Dohna*, Recht, S. 19 ; *Köhler*, GS 95 (1927), 98 ff. ; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen, S. 79 ff. ; *ders.*, ZStW 32 (1911), 503 f. ; *Rümelin*, Verschulden, S. 25 f. ; *ders.*, ZStW 41 (1920), 508 ff., 519 ff.（もっとも、必要的減軽に関する要請と結びつけられている：aaO, 507, 518).——強く否定するのは、*Binding*, GS 87 (1920), 115（「堕落」), 116（「暴挙」), 133（「解釈上の怪物たち」), 138（「不健全な動き」)。

845）*v. Hippel*, Strafrecht, Bd. II, S. 348 Fn. 6.

846）*v. Hippel*, Strafrecht, Bd. II, S. 348.——この論拠の評価について、上記 S. 308 ff.

847）この意味においてすでに、*v. Hippel*, ZStW 31 (1911), 582 ; *ders.*, ZStW 35 (1914), 844 f. ; *ders.*, Strafrecht, Bd. II, S. 348 において裏付けられている。

848）彼にその点において先行していたのは、*Basedow*, Verschuldung, S. 79 ff. である。

849）*P. Merkel*, Grundriß, S. 138.

850）*P. Merkel*, ZStW 43 (1922), 323.

851）*P. Merkel*, Grundriß, S. 113.

852）*P. Merkel*, Grundriß, S. 144.

のである場合、彼の犯行は、いかに故意に遂行されたにしても、免責されるとする[853]。

今日の責任説[854]に至る最後の歩を進めたのが、ヴェルツェルであった[855]。メルケルは、故意と過失を確かにもはや責任の種類として把握しなかったが、しかしそれでもなお有責な態度の形式として把握した[856]。ヴェルツェルの犯罪論とこの位置づけは相いれなかった。ヴェルツェルによれば、違法性の段階では、「意思実現の、法的にあるべきでないものとしての評価」が行われる一方、責任の検討は「意思形成の評価」を内容とするとする[857]。「目的的事象の、客観的形成要素としての故意」は、以上によれば、違法性評価の客体であり[858]、それゆえすでに構成要件に位置するのである。それに対して、「個々の事例において規範適合的に決定しうる具体的な可能性」が責任の構成部分であるとする[859]。回避可能な、不法意識の欠如は、それによれば、犯行（Tat）の故意性とは無関係である。

ヴェルツェルの解釈論上の構築物における一貫性のなさについては、すでに前の個所で言及した[860]。ヴェルツェルは、なぜ、違法性が単に故意の部分評価、すなわち意思実現の部分評価を含むが、しかし意思形成のそれを含む完全な故意の評価を包括しないのかを説得的に示さなかったと正当にも非難されている[861]。もっとも、悪意思考の伝統にとどまっている故意説[862]に対する責任説の勝利にとって決定的だったのは、その

853） *P. Merkel*, Grundriß, S. 142.――賛同するのは、*Roeder*, Schuld, S. 97 ff.; *Weiz*, Arten, S. 5 ff., 19.

854） 当該名称は、*Welzel*, SJZ 1948, Sp. 348. において初めて見いだされる。

855） LK-*Vogel*, § 16 Rn. 8 は「堤防の決壊」という――*v. Weber*, Aufbau, S. 16, 23 においてヴェルツェルの立場はすでに示されていた。要約として、*ders.*, FS Mezger, S. 189 ff.

856） *P. Merkel*, Grundriß, S. 106.

857） *Welzel*, Handlungslehre, S. 26. 傍点は筆者による。――ヴェルツェルの学説について、詳細は上記 S. 265 ff.

858） *Welzel*, Handlungslehre, S. 26.

859） *Welzel*, Handlungslehre, S. 26 f.

860） 上記 S. 266 f., 293 ff.

861） *Enderle*, Blankettstrafgesetze, S. 302, 344; *Koriath*, Jura 1996, 119; *Lesch*, JA 1996, 350; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 526, 546.

862） 同説は、今日の文献においては大多数において時代遅れのものとされている。その「命脈」は、「現行法の剣で断ち切られた」とする。*Heuchemer*, Erlaubnistatbestandsirrtum, S. 149; さらに *Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 33; LK-*Vogel*, §§ 15 Rn. 38; 17 Rn. 3; MK-*Joecks*, §§ 16 Rn. 83; 17 Rn. 1; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 1; ↗

犯罪体系論上の導出ではなく[863]、その「柔軟さ」[864]であり、このことが、連邦裁判所の言葉にある、「刑罰を個々の責任の程度に適合させること」[865]を可能ならしめたのであった。責任説は――もっと言えば、その唯一の目的はその点にある[866]――回避可能な禁止の錯誤下にある行為者に故意犯の基準に応じて処罰するが、しかしその錯誤を減軽の原則的な承認を通じて考慮に入れ、特に許容し難い錯誤者の場合においてのみ減軽のない故意処罰を科すことを許容するのである[867]。そこで責任説は、二重の観点において伝統的な悪意の理解を超えている。一つは、それが――不法意識の領域のみではあっても――法敵対的な行為態様の、意識的になされた法違反への限定から断ち切られている。もう一つは、責任説が法敵対的ではない禁止に関する過失の取り扱いについて、不十分なものとして受け取られている二者択一、すなわち刑法各則において成文化され、たいていは別の基準に従って選択される過失構成要件に限定されるか、あるいは曖昧な過失犯罪（crimen culpae）を支持しなければならないか、という二者択一からの一つの打開策を示している。このことは、もっとも、責任説にとって高くついている。というのも、それは、犯罪体系上一体のもの、つまり故意と不法意識を引き裂いているからである[868]。

↘SK-*Rudolphi*, §§ 16 Rn. 1 ; 17 Rn. 1 ; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, §§ 15, 37, 104 ; 17 Rn. 3 ; SSW-*Momsen*, §§ 15, 16 Rn. 111 ; § 17 Rn. 1 ; *Ebert*, AT, S. 103 f. ; *Frister*, AT, § 11 Rn. 3, § 19 Rn. 2 ; *Gropp*, AT, § 13 Rn. 36 ; *Haft*, AT, S. 134, 260 ; *Heinrich*, AT 1, Rn. 549 ; *ders.*, AT 2, Rn. 1129 ; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 I 2 (S. 453) ; *Kindhäuser*, AT, § 28 Rn. 2 ; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 22 Rn. 9, § 37 Rn 1, 32 ; *Rengier*, AT, § 30 Rn. 12 ; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 11 ; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 465.

863）敗者の慧眼で、*Lang-Hinrichsen*（JZ 1953, 367）は、責任説に関して、本来、決定的な法哲学上の要請を単に覆い隠すところの「概念上のみせかけの構成」と述べる。――類似するのは、*Nowakowski*, ZStW 65 (1953), 384.

864）*Welzel*, NJW 1951, 578.――同旨、*Tischler*, Verbotsirrtum, S. 165, 358 f. ; *Vest*, Vorsatznachweis, 134 f., 138 ; *Busch*, FS Mezger, S. 165 ; *Engisch*, ZStW 70 (1958), 580 f. ; *Hillenkamp*, FS Wassermann, S. 867 ; *Loos*, Grenzen, S. 266 ; *Naucke*, ZStW 85 (1973), 416 ; *ders.*, 1. FS Roxin, S. 506 ; *Schaffstein*, FS OLG Celle, S. 177.

865）BGHSt 2, 194, 208.

866）言い当てているのは、*Langer*, Sonderstraftat, S. 118.

867）問題となる個所（*Sedes materiae*）は現在、任意的減軽条項を持つ刑法典17条2文である。

868）両カテゴリーの実質的な一体性への洞察は、文献において数年来、もはや「解釈論上のアウトサイダー的地位」（*Heuchemer*, Erlaubnistatbestandsirrtum, S. 149）↗

c） 法敵対性についての規範化構想

行為規範の違反が行為者に法敵対的なものとして帰責されるべきかどうか、あるいはそれは単に法に友好的ではないものとして現れるかは、規範の履行に値すること（Erfüllungswürdigkeit）に対していかなる内心上の態度を関与者が表したのかに従って測られる。行為事情の錯誤が、体系上非独自の、禁止の錯誤の下位事例に過ぎないように[869]、構成要件的故意は単に体系上非独自の不法の意識の部分的構成要素に過ぎない。伝統的な刑法解釈学は、責任説に対する帰依とは関わりなく、この洞察から免れることができないことは、それが故意行為者が過失行為者よりもより高度の不法を実現していることを基礎づけようとする場合に、示されている。このことは、通常、悪意ほどこの洞察をよりよく考え出した者はいないという言い方で、行われている[870]。故意行為者が過失行為者よりも「重大な法への背反」を実現するとすること[871]、彼は「悪しき意思」[872]、「不法への決断」[873]並びに「法規範に反する決断」[874]、被害者との承認関係を害することについての認識[875]及び「法敵対的な心情」[876]を表すこと、そして、故

↘とは言えないほどの強力なルネッサンスを迎えている。基礎的なのは、*Jakobs*, System, S. 53 ff.; *ders.*, FS Rudolphi, S. 113 ff.; *ders.*, FS Schreiber, S. 955 ff.; *ders.*, FS Dahs, S. 50 ff.; *ders.*, RW 2010, 299 ff.; 同旨、*Hsü*, Subjekt, S. 324; *Fakhouri Gómez*, GA 2010, 259 ff.; 立場が近いのは、*Freund*, AT, § 7 Rn. 38, 46, 92; *Otto*, AT, § 7 Rn. 64 ff.; *ders.*, ZStW 87 (1975), 590 ff.; *ders.*, Jura 1990, 647; *ders.*, GS Meyer, S. 597 ff.; *Langer*, Sonderstraftat, S. 116 ff.; *Röttger*, Unrechtsbegründung, S. 245 f.; *T. Walter*, Kern, S. 84; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 407 f.; *Geerds*, Jura 1990, 427 ff.; *Herzberg*, FS Otto, S. 274 ff.; *ders.*, JuS 2008, 389 ff.（異なるのは、なお *ders.*, JA 1989, 294）; *Koriath*, Jura 1996, 114 ff.; *ders.*, GA 2011, 629; *Krümpelmann*, Empirie, S. 23; *Mir Puig*, ZStW 108 (1996), 761; 立法論の主張において、*Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 21 Rn. 31, 40.

869） 上記、S. 311 f.

870） 言い当てているのは、*Otto*, AT, § 7 Rn. 64 f.; *Herzberg*, FS Otto, S. 274 ff.; *ders.*, JuS 2008, 390.

871） LK-*Vogel*, § 15 Rn. 11.

872） *Jähnke*, GS Schlüchter, S. 100.

873） *Hassemer*, GS Armin Kaufmann, S. 297, 309; 賛同するのは、*Kargl*, Vorsatz, S. 38.

874） *Kudlich*, FS Benakis, S. 268.――類似するのは、*Rönnau*, JuS 2010, 675（「行為規範に対する意識的な反抗」）。

875） *Groteguth*, Verbots (un) kenntnis, S. 74, 78.

876） HK-GS-*Duttge*, § 15 Rn. 1.――類似するのは、*Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 26（「法敵↗

意と称される志向（Intention）は単なる過失と異なり法に直接的に反すること[877]が言われている。

未必の故意と認識ある過失の区別について広範に引用される、故意行為者の「構成要件上保護される法益に対する決断」[878]公式もまた、行為者が法益を構成する禁止規範を認識していることを前提としており、その限りで不法の意識のカテゴリーの先取りを内容としているのである[879]。

↘対的な内心上の態度」).

877）　*Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 Rn. 66.

878）　このように言うのは、例えば、SK-*Rudolphi*, § 16 Rn. 39 ; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 80 ; *Haft*, AT, S. 159 ; *Kühl*, AT, § 5 Rn. 11 ; *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 23 ; *Safferling*, Vorsatz, S. 178 ; *Ziegert*, Vorsatz, S. 88 f. ; *Schlüchter*, JuS 1985, 375.――実質的に一致しているのは、（「法益への介入の決断」）*M. Heinrich*, Rechtsgutszugriff, S. 136 ff.

879）　基礎的なのは、*Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 61 ff. ; さらに *Jakobs*, Studien, S. 113 ; *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 300, 371 f. ; *Hsu* Doppelindividualisierung, S. 138 f. ; *Schumann*, JZ 1989, 430 f. ; *E. A. Wolff*, FS Gallas, S. 203.――ロクシンは、彼が構成要件の提訴的性質があるとされていることを指摘することによって、この異議に対して抗弁している。「というのも、すでに、構成要件的故意から生じる法益侵害の意識は、行為者に、通常の場合、決断状況を突き付けるからである。」（*Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 34）しかしながらこの反論を、批判者は、むしろこのことが批判者の正しさを示すものとして立証する。というのも、「法益侵害の意識」は、行為者態度の侵害の意味を第一に構成する行為規範に関する認識なくして、いかに考えることができるとされるべきであろうか？故意にとって「ある特定の法益が侵害されるという認識」を自身も要求するシュルツ（*Schulz*）は、適切にも、「この構想において、ビンディング型の故意説の残骸が生き延びていた、あるいは再生されていること」を認めている（*Schulz*, FS Bemmann, S. 256）。――他の著者は回避戦略を引き合いに出している。シュトラーテンヴェルト（ZStW 71 [1959], 68）とツィーゲルト（*Ziegert*）（Vorsatz, S. 150 ff.）は中核刑法の視点について言えば、法的禁止を認識していない者もまた関与しうる前法的な価値システムに依拠している。しかし、いかにして前法的な価値が行為者に法益侵害を行うことの意識を媒介できるとすべきなのだろうか？　この点につき、行為者には、加えて、当該価値が（刑）法上の保護をも享受しているということが認識されていなければならないのである。ブルヒャルト（*Burchard*）（Irren, S. 249 f.）、ツィーゲルト（aaO, S. 146 ff.）、そしてキントホイザー（GA 1990, 416, 418, 421）は、そのうえ、擬制された不法意識の承認へと後退している。故意の段階で、行為者が禁止の認識を有していたということがただ仮定されるとする。このこともまたしかし見かけだけの解決である。故意を法益侵害に対する決断として定義することができるため↗

伝統的な悪意論によってその基礎に置かれる帰属対象が、以上によれば、批判に値するのではなく、法敵対性の一面的に心理学化する理解のため、その不十分な理解が批判に値するのである。3で示されたように、適確で許されないリスクを知りつつ創出する行為者だけが、法敵対的なものとしての評価（Einstufung）に値するのではなく、無関心あるいは無思慮のように強い負責理由から、すべての理性的な者にとって明らかであるものを誤認する者もまた値するのである。それゆえ、伝統的な悪意論と並んで、悪しき無関心（ignorantia mala）が登場してこなければならない[880]。

↘に、前提としなければならない禁止の認識が擬制である場合、そのように理解された故意もまた同様に擬制である。――時として、最終的に暗黙のうちに概念をずらすこと（Begriffsverschiebungen）で操作されているのである。ザッフェリンク（*Safferling*）は、故意説との明確な区別のために、故意を厳格に「法的評価から解放し」（*Safferling*, Vorsatz, S. 153）、故意を、関連規範を支えている事情の認識に限定することを支持している（aaO, S. 114）。これに対して、持ち上げられた故意の犯罪体系論上の地位を、彼は、「行為者が犯行を放棄することを期待しうる認識を有していた」という点において基礎づけられるとみている（aaO, S. 113）。もっとも、行為を断念するという期待は、自由的な刑法秩序において、当該犯行が違法であろうという点でのみ依拠されうる。この期待を目標にし、これを履行するように彼にできるようにする認識を、行為者は、以上によれば、厳格にいえば、行為事情を超えて彼によって計画された態度の不許容性もまた彼に認識されている場合のみ、有している。既述の通り、悪意論（dolus malus）に有利な、古典的な論拠がその中に含まれている。しかしながら少なくとも、行為者が他の法益を侵害しそうであることが彼にとって明らかでなければならない。ザッフェリンク自身は、このことをその後の彼の説明過程において認めている。すなわち、行為者は、故意が認められうるためには、「自己の態度が法益侵害に至るであろうあるいは至りうるということを意識した」のでなければならないとする（aaO, S. 178）。この認識は、しかしながら、ザッフェリンクが構成要件上の不法から放逐しようとする評価的要素を前提としていることが不可欠である。類似の不整合はM・ハインリッヒ（*M. Heinrich*）において見出される。一方で彼は故意の特殊な反価値内容（Unwertgehalt）を、故意行為者が規範の提訴に反する態度を決断するということで基礎づけている（*M. Heinrich*, Rechtsgutszugriff, S. 137）。他方で、彼は故意説との区別のために、故意的態度を認める際には、ある者が客観的な事態において提訴に反する態様において現れたとすることを確認することをもっぱら必要とすると強調している（aaO, S. 138）。この両命題は相互に適合しない。過失行為者もまた客観的な事態において提訴に反する態様において現れるのである。すなわち、故意との差異が基礎づけられえないのである。それに対して、行為者の決断を直に規範提訴に反する行為に関連付ける場合、悪意論に行き着く。

880）同旨、*Jakobs*, FS Schreiber, S. 956.――それゆえ、古典的な悪意思考の遺産か↗

このことは新たな提案では決してない。メツガーはこのことをすでに1944年に提示していたのである。確かにメツガーは明確な言葉で故意概念の差し迫った空虚化に対して反駁している。すなわち、故意とは悪意であり、それ以外ではない、と[881]。しかし、同時に彼は法秩序に対する意識的な反抗という状況は最も重い故意処罰に値する不法の領域を完全に満たすものではないことを明らかにしている。それゆえ、メツガーは法盲目性と事実盲目性の諸事例をも――後に彼は「法敵対性」[882]という――この領域に引き入れている[883]。その際、彼にとって、故意処罰と「不法に関する錯誤における最も軽微なあらゆる過失」を結びつけることは全く考えていなかった。故意処罰はむしろ、「錯誤が法と不法の健全な見解と両立しえない内心上の態度に依拠する」ところの「重大な諸事例」に依然として留保されるべきとする[884]。

メツガーの「柔軟な故意説」[885]は通説に受け入れられなかった[886]。一方で、それは体系上、理由のない、核心において依然として心理学化する故意モデルの場たり的な補

↘ら命脈をつなぎ、古典的な悪意思考のように、主観的な帰属可能性の程度を心理的な事情の派生として扱いつつ、回避可能な禁止の錯誤の場合に必要的減軽を求める論者は賛同するに値しない（そのように言う者として、例えば、*Dimakis*, Zweifel, S. 3; *Tiedemann*, Verfassungsrecht, S. 38; *T. Walter*, Kern, S. 326; *Krümpelmann*, Behandlung, S. 39 f.; *Zabel*, GA 2008, 55; *Zaczyk*, JuS 1990, 893）。*Jakobs*, AT, 1/16 もまた否定的である。

881）*Mezger*, FS Kohlrausch, S. 182.

882）*Mezger*, Wege, S. 44.

883）*Mezger*, FS Kohlrausch, S. 184; 結論において同旨、*Hall*, FS Mezger, S. 232, 240, 245 ff.; *ders.*, Fahrlässigkeit, S. 62; *Oehler*, FS 41. DJT, S. 266 ff.――類似の見解を、すでに半世紀も前にすでに、コルニル（*Cornill*）（Bewußtsein, S. 56）が主張していた。過失が、法定刑（Strafrahmen）の明文上狭めることが必要と思われないほど高度の軽率あるいは軽薄を示すとすれば、故意と過失に対する一つの定立された法定刑が、規定されるとする。

884）*Mezger*, NJW 1951, 502.

885）この名称は *Jakobs*, AT, 19/17 に由来する。

886）さしあたり BGHSt 2, 194, 206; *Welzel*, Strafrecht, S. 160 f.; *dens.*, NJW 1951, 577; *dens.*, NJW 1952, 564; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 20; *Lange*, ZStW 63 (1951), 469 参照――故意説のオーソドックスな主張者もまたメツガーの提案を拒否していた; 例えば、*Lang*, ZStW 63 (1951), 344 ff. 参照――エンギッシュ（*Engisch*, ZStW 70 [1958], 573）はメツガーの構想にそれは法感情を満足させることをそれだけは認めていた。――包括的なのは、*Müller*, Problematik, S. 69 ff.

充として受け取られたためであり[887]、他方でメツガーは、法敵対性のカテゴリーに十分明確な輪郭を付与することを行わなかったためである[888]。もっとも、メツガーの立場を拒否したとしても、伝統的な禁止の錯誤解釈論もまた禁止の不知の単なる非難可能性と著しい非難可能性との間を区別していることについて区別していないかのように考えてはならない[889]。ロクシンが明示的に強調しているように、「故意説においては「法敵対性」の概念の下で現れるのと同様の実体問題がここでは」問題となっているのである[890]。そのうえ、減軽のない故意処罰にとどまらなければならないような諸状況を通説は、メツガーがあまりに不明確なものとして非難された、まさしく先のメツガーの用語、すなわち、行為者の法敵対性並びに法への無関心で範囲を限定している[891]。伝統的な刑法解釈学による、この「モノグラフによる貫徹をなお待ち望まれている」[892]基準の、体系上説得的な具体化は、しかしながらティンペの適切な判断によれば、これまで「萌芽的なものであっても［…］認識することができない」[893]のであり、ガラスの家に

887） 例えば、*Welzel*, Strafrecht, S. 160 ; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 74, 158 ; *Stratenwerth*, ZStW 85 (1973), 483.――今日の文献から、*Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 9 ; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 464 ; *Manso Porto*, Normunkenntnis, S. 117 ; *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 23 ; *Vest*, Vorsatznachweis, S. 132 ; *Geerds*, Jura 1990, 429.

888） Begr. E 1962, S. 135 ; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 37 Rn. 14 ; *Welzel*, Strafrecht, S. 160 ; *Platzgummer*, Vorsatz, S. 54 ; *Sancinetti*, Unrechtsbegründung, S. 252 ; *Lang* ZStW 63 (1951), 347.――ヴァルダ（*Warda*）はメツガーの定義が「幾分ぼんやり」していることを、彼もまた法敵対的な禁止の錯誤者に対する制定法上の特別ルールを支持しているにもかかわらず、認めていた（ZStW 71 [1959], 266）。メツガー自身は、生の充実（die Fülle des Lebens）を台無しにしようとしないのであれば、法敵対性を概念上の形式へともたらすことは「全く簡単なことではない」と容認していた（*Mezger*, Wege, S. 45）。

889） 両立場の間の内容上の一致を正当にも強調しているのは、*Nowakowski*, ZStW 65 (1953), 385 である。

890） *Roxin*, ZStW 74 (1962), 558.――オーストリア刑法の立場から、同旨、*Platzgummer*, Vorsatz, S. 59.

891） Begr. E 1962, S. 135 ; *Lackner/Kühl*, § 17 Rn. 8 ; LK-*Vogel*, § 17 Rn. 92 ; MK-*Joecks*, § 17 Rn. 68 ; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 83 ; SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 48 ; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 17 Rn. 26 ; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 II 2 a (S. 458), III 2 e (S. 461) ; *Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 71 ; *ders.*, ZStW 76 (1964), 605.――*Manso Porto*, Normunkenntnis, S. 128 f もまた結論において同様である。

892） *Roxin*, ZStW 76 (1964), 606.

893） *Timpe*, Strafmilderungen, S. 230.

いる者は石を投げるべきではないであろう（wer selbst im Glashaus sitzt, sollte nicht mit Steinen werfen［ドイツのことわざで、自己にも責められるべき点があるので他人を責めてはいけないという意味：訳者記す］）。そのうえ、この石は本書の構想の壁（「ガラス」ではなく「壁」と表現することで、先のことわざによる非難はここではあたらないことを表している：訳者注）に当たって跳ね返されるだろう。それは行為者の誤りが第一に明白であったこと、第二に著しく負責的な法の軽視に由来したこと、が求められることによって、本書の構想は、――検討プログラムは、他のようにはあり得ないように、評価の余地に開かれているが――伝統的なアプローチよりもより精緻な検討プログラムを定式化しているのである[894]。

メツガーの構成は故意解釈論の体系的な統一性を破っているとの異議が残されている。この批判がメツガーに関して正当であったのか、なかったのかは、未決定にすることができる――本書の視点の下では、その構想は少なくとも二重の理由から魅力的である。不法の意識における公然たる規範化と故意の検討における秘匿された規範化の、その無媒介な並列を伴う伝統的な刑法解釈学とは異なり、それはすべての該当事例の統一的な基準による取り扱いを許容する。加えて、メツガーは一貫して、意識内容を捏造することを思いとどまっている。彼は法敵対性の概念の下で集められた諸現象の心理的構造における相違を否定せず、適切にも存在論的な考慮に代えて価値論的な考慮に、その繋ぎ合わせ（Verklammerung）のよりどころを求めているのである[895]。

894）　そのような著しい責務違反は狭義の禁止の錯誤において滅多にない例外であろう。その存在は、特に、――実務上の基準によれば間違っていようとも――行為者の法に関する見解が真剣に受け取られるべき解釈提案として承認されなければならない諸事例において――例えば、その見解は学説において事実上主張されている、あるいは少なくとも規則によれば（lege artis）主張可能なものとして基礎づけられうるため――否定されるべきである。法学試験においてある法解釈に対処する場合に、誤ったものと評価されてはならない法解釈を、法実務においてそれに接する場合、法敵対性に類似する態度の表れとして烙印を押すべきではない。――今日の文献において刑の減軽は原則であり、それに対して完全な故意処罰の賦科は（滅多にない）例外であるという評価はおおよそ一致して共有されている。（*Lackner/Kühl*, § 17 Rn. 8 ; LK-*Vogel*, § 17 Rn. 92 ; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 85 ; SK-*Rudolphi*, § 17 Rn. 48 ; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 17 Rn. 25 ; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 II 2 c [S. 461] ; *Köhler*, AT, S. 415 ; *Roxin* AT 1, § 21 Rn. 71).

895）　*Burchard*, Irren, S. 377 及び *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 289, 435 もまたそのような開かれた規範化の長所を強調している。

d） 法敵対的ではない禁止の過失の取り扱い

責任説は、行為事情の錯誤と禁止の錯誤との区別が極めて重要であるとの帰結を伴う[896]。行為事情の錯誤下にある行為者は、それによれば、相対的に僅かで、対応する故意犯よりも原則、大幅に軽く処罰される刑法の各則に基づく過失構成要件によってのみ処罰されうる。それに対して、回避可能な禁止の錯誤に服する行為者には、刑法典17条2文によってその法定刑において大して減軽されない、当該の故意犯が適用される。伝統的な刑法解釈学は、構成要件のいわゆる提訴機能及び警告機能に、行為事情の過失と比較して禁止の過失[897]のより厳格な取り扱いの拠り所を求めている。「行為者が構成要件的故意を有していれば、彼が法的に禁じられていることを常にはっきりと分かっていなくとも、しかし少なくとも彼は自己の態度が法的にも禁じられていることの根拠を提供する彼の態度の下劣さ、卑劣さ、社会侵害的なることについて認識している。」[898] 行為事情を認識しつつ行為する者は、それゆえ、自己の行っていることについての認識から禁止の認識がなくともその企図を差し控えることの警告的な刺激を得ているとされる。それに対して、行為事情を認識していない者はその意識から彼を他の態度へと誘因しうるようないかなる刺激も受け取ることができないとする[899]。もっともこの基礎づけは少なくとも誤解を招きやすい。構成要件実現から禁じられていることへの推論は行為事情それ自体の認識によって容易になされるものではない――「当然になされな

896） 強く主張するのは、*Tischler*, Verbotsirrtum, S. 16 ff.

897） ベーリンク（*Beling*, Unschuld, S. 54）は、禁止の過失に代えて、一律に法の過失というが、それは一つの構成要件がその他の法的諸規範に関係する無数の諸事例に鑑みると不正確である（*Binding*, GS 87 [1920], 123 f. もまた批判的である）。しかしながら実際には、彼は、ここで企てられている二分割と何も異ならないと考えている。同様のことは、*Lasson*, System, S. 498 にも妥当する。――もっとも、現行法は「過失」というメルクマールの下で構成要件的過失だけを理解している（MK-*Duttge*, § 15 Rn. 28）。今日の文献においても過失はたいていの場合、通常、この（実質的に狭められた）意味において把握されている。さしあたり *Frister*, AT, § 12 Rn. 3 ; *Kindhäuser*, AT, § 33 Rn 6 のみ参照。

898） *Engisch*, ZStW 70 (1958), 572.

899） HK-GS-*Duttge*, § 17 Rn. 1 ; LK-*Vogel*, § 15 Rn. 39 ; SK-*Rudolphi*, § 16 Rn. 12 ; SSW-*Momsen*, §§ 15, 16 Rn. 97 ; *Ebert*, AT, S. 151 ; *Kühl*, AT, § 13 Rn. 14 ; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 22 Rn. 8 ; *Rengier*, AT, § 31 Rn. 1 ; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 244 ; *Kretschmer*, Parteiverrat, S. 282 f. ; *Fukuda*, FS Hirsch, S. 181 ; *Gaede*, ZStW 121 (2009), 275 f. ; *Ida*, Ergebnisse, S. 141 ; *Jenny*, SchZStr 107 (1990), 242 f. ; *Knobloch*, JuS 2010, 865 f. ; *Naka*, JZ 1961, 210 f. ; *Schaffstein*, FS OLG Celle, S. 179 f.

い」[900]。優位はむしろ規範認識にある。「我々は法『それ自体』を知っているためかつ知っている場合、我々は、構成要件の認識によって法、すなわち構成要件の実現が禁じられていることを想起するであろう。」[901]行為事情の認識は、すなわち提訴作用を、当該禁止規範が知られているためにかつその限りで、生じさせるにすぎない。それが欠ければ、提訴は無に帰するのである。

行為者が規範について知らないということは、確かに法敵対性への限界に触れる強情さ（Verstockheit）に基づきうる。しかしまた、法状況を確認する責務のほんの些細な違反が、そこでは「禁止されていることとされていないことの限界がしばしば認識するのが全く厄介なほどに困難であるために」[902]、不知の基礎をなしていることがありうる

900）　*Arzt*, ZStW 91 (1979), 885.

901）　*Arzt*, ZStW 91 (1979), 885 f.――同旨、*Enderle*, Blankettstrafgesetze, S. 302 ; *Jakobs*, System, S. 56 ; *ders.*, RW 2010, 302 ; *Schmidhäuser*, Form, S. 46 ; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen, S. 320 ; *T. Walter*, Kern, S. 396 ; *Fakhouri Gómez*, GA 2010, 268.

902）　*Binding*, GS 87 (1920), 128.――批判者だけでなく（例えば、*Freund*, AT, § 7 Rn. 91 ; *Enderle* Blankettstrafgesetze, S 329 f., 332, 344 ; *Maiwald*, Unrechtskenntnis, S 39 ; *Tischler*, Verbotsirrtum, S. 352 ; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, S. 326 ff. ; *ders.*, ZStW 81 [1969], 874 f. ; *ders.*, FS Geerds, S. 102 ff. ; *ders.*, FS Baumann, S. 14 ; *T. Walter*, Kern, S. 393 ; *Arzt*, ZStW 91 [1979], 862 ; *Fakhouri Gómez*, GA 2010, 266 ff. ; *Jakobs*, RW 2010, 303 ; *Arthur Kaufmann*, FS Lackner, S. 189 f. ; *Lang-Hinrichsen*, 43. DJT, S. 96 ff. ; *Otto*, GS Meyer, S. 599）, 著名な責任説の主張者もまた（例えば、LK-*Vogel*, § 15 Rn. 19, § 16 Rn. 3 ; SK-*Rudolphi*, § 16 Rn. 19a ; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 10 ; *ders.*, FS Tiedemann, S. 375 f. ; *Burkhardt*, Irrtum, S. 418 ; *Engisch*, ZStW 70 [1958], 572 ; *Jenny*, SchZStr 107 [1990], 251 ff. ; *Platzgummer*, Vorsatz, S. 56）、この説がそのような諸事例において基礎づけの限界に突き当たることを確認している。彼らがこの知見から導出する問題を孕む事例グループに対する解決提案は広範囲にわたって故意説の結論と一致している（最近では、*Roxin*, FS Tiedemann, S. 377 ff.）.――一般的に、故意説への傾斜は秩序違反法と特別刑法の「広範で見通しがたい迷路」（*Freund*, AT, § 4 Rn. 65）において特に顕著である（基礎的なのは、*Lange*, SJZ 1948, Sp. 310 ; *ders.*, JZ 1956, 76 ff., *ders.*, JZ 1956, 519 ; *ders.*, JZ 1957, 233 ; さらに、*Maihofer*, ZStW 70 [1958], 193 f ; 現在の文献から特に、*Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 223 ; *ders.*, Tatbestandsfunktionen, S. 327 ; *ders.*, ZStW 81 [1969], 876 ff. ; *ders.*, FS Geerds, S. 103 ff. ; *Weber*, ZStW 92 [1980], 340 ; *ders.*, ZStW 96 [1984], 392 f. ; 立法論としてまた、MK-*Joecks*, § 17 Rn. 78 ; NK-*Neumann*, § 17 Rn. 90 ff. ; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 21 Rn. 41.）。確かに、この領域において、不法の意識から分割された故意の規範的な無色は、特別な明白さでもって際立っている。それでもなお、↗

――そして、このことは、とりわけ、刑法典の周縁領域と特別刑法の広範な部分においてしばしば当てはまるであろう。――軽率な不注意（Nachlaessigkeit）から重大な無関心まで――可能性に関する比較可能で幅広い多様性が責務に反する行為事情の誤認において存在する[903]。行為者についてここで一律に、禁止の過失事例におけるよりも当罰性の低いものとみなすことは価値論的に誤っている[904]。錯誤の客体はその宥恕性（Verzeilichkeit）と「全く無関係」[905]である。刑法上のリアクションの量定にとって、錯誤の淵源（Quelle）が重要なのではなく、それが生じた点の非難可能性の程度が重要なのである[906]。「錯誤を回避することについての錯誤者の精神的素質（Begabung）及び教育（Ausbildung）の度合い、そしてそれに対して注意を払うことへのより重大な切迫性とより重大な容易さ――これらが基準であり、これらで、錯誤とその宥恕性の大小が唯一量定されなければならないのである」[907]。

責任説に反して、行為事情の錯誤――広義の禁止の錯誤[908]――と狭義の禁止の錯誤との間の区別は、以上によれば、体系的に根本的ないかなる役割も求めることはできな

↘特別な解釈論に関する要請は説得的なものではない。一方で、ある側面では実感できるのが困難な法規範と別の側面では実感することが容易な法規範が存在するのではなく、無数の中間段階が存在するのである（基礎的なのは、*Welzel*, JZ 1956, 240 f.; さらに、*Maiwald*, Unrechtskenntnis, S. 43; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 342）。他方で、一定の通常の市民には知られていない、特別刑法や秩序違反法の規範に抵触する者については、しばしば職業上の地位ゆえに、関連諸規定を認識していることが期待されてよい（*Rinck* aaO, S. 338）。そのような者を彼らのより有利な錯誤体系に従属させることによって、彼らに一律に特権を与える根拠は存在しない。

903） *Binding*, GS 87 (1920), 127 f., 264.

904） 行為事情の錯誤において行為する者は「原則的に法に忠実」である一方、禁止の錯誤に服している行為者は「現存の法秩序から離反している」とする主張もまた（そう言うのは、例えば BGHSt 3, 105, 107; *B. Heinrich*, AT, Bd. 2, Rn. 1066 f.; 同様に、*Maiwald*, Unrechtskenntnis, S. 42; *Roxin*, ZStW 76 [1964], 604）、それ以上のものではない。その責務違反的態度ゆえに、両行為者は法に不忠実である。その法への不忠実の程度については、それらの行為者の責めに帰すべき責務違反の強度だけが決定するのである。

905） *Binding*, GS 87 (1920), 127.

906） より古い文献から、*Beck*, Unrechtsbewußtsein, S. 36; *Hall*, FS Mezger, S. 247; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, 192, 357.――この趣旨において最近では、*Heuchemer*, Erlaubnistatbestandsirrtum, S. 288; *T. Walter*, Kern, S. 397, 438.

907） *Binding*, GS 87 (1920), 127.

908） 上記 S. 311 f.

い[909]。伝統的な故意説によって認められているのと異なり、狭義の禁止の錯誤と広義の禁止の錯誤が「同根に基づいて」いるという知見は、ある状況に「由来する幹が、他の幹も同様に、全く同じ果実を持たなければならない」ということをなお証明していない[910]。むしろ非法敵対的な禁止の錯誤の概念とその立法技術的な具体化とが区別されなければならない。すべての禁止の錯誤の複合体の概念上の統一性が帰結するのは、内容上は一貫して過失不法が問題であり[911]、全体として個々の規制は統一的な評価基準に応じて形成されなければならないということである。その際、しかしながら実践的な規制の必要性の相違が無視されてはならない。この観点は、行為事情の錯誤と狭義の禁止の錯誤を統一的な法律上の規制に服させることに反対する。

確かに理論的には、過失による構成要件実現の包括的な処罰を考慮に入れることはありうるであろう[912]。もっとも、「不注意（Unachtsamkeiten）の遍在性と[913]――ハル（Hall）は的確にも人間を過失的存在と特徴づけている[914]――日常的な見落とし（Versehen）のたいていの事例において比較的程度の低い、過失行為の法に不忠実な形態に直面して、そのような措置は、一貫した未遂処罰と同様に行き過ぎであろう[915]。

909）　フロイント（*Freund,* AT, § 4 Rn. 81 f.）は「恣意的な区別」を行為事情の過失に対する禁止の過失の現状の不当な位置づけの中に見出している。類似するのは、*Enderle*, Blankettstrafgesetze, S. 330 f.

910）　的確なのは、*Geßler*, GS 10 (1858), 336.――伝統的な故意説に対する批判を、その出発点に関する原理的な一致にもかかわらず、その限りであっても行うのは、*Hardwig*, ZStW 78 (1966), 6 ff.

911）　実質的には――非法敵対的と補足しなければならないような――回避可能な禁止の錯誤事例において過失非難だけが相当であるということは、比較的新しい文献においてますます承認されている：MK-*Duttge*, § 15 Rn. 12, 23 ; *Freund*, AT, § 4 Rn. 76 ff. ; *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 20 ; *T. Walter*, Kern, S. 412 ; *Ziegert*, Vorsatz, S. 166 ff. ; *Frisch*, Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 242 f.――刑法典17条でさえ（非法敵対的）回避可能な禁止の錯誤に服する行為者は確かに故意構成要件に基づいて処罰されるが、しかし彼に責任が負わされる不法は（禁止の）過失不法であるとするように解釈されうる（S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 104 ; *Ziegert*, Vorsatz, S. 168 f. ; *H.-W. Schünemann*, NJW 1980, 738）。

912）　これを支持するのは、*Ebermayer*, LZ 1918, Sp. 812 f.

913）　MK-*Duttge*, § 15 Rn. 1, 10 ; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 1 ; *Schroth*, Vorsatz, S. 10 ; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 427 ; *T. Walter*, Kern, S. 129 ; *Freund*, FS Küper, S. 67 ; *Gössel*, FS Bengl, S. 36.

914）　*Hall*, FS Mezger, S. 248 ; *ders.*, Fahrlässigkeit, S. 20.

915）　このことをフォン・ヒッペル（*v. Hippel*, LZ 1918, Sp. 1034 ff.）は、実際にま↗

すべての過失事例を、禁止の過失が問題なのか行為事情の過失が問題なのかとは関係なく、刑法典の各則に含まれる過失構成要件の基準に応じて判断することもまた同様に相当ではないであろう。行為事情の過失の問題は、典型的には禁止の過失のとは異なる生活領域に置かれている[916)]。加えて、前者の類型の過失行為者はその大多数において、比較的少数の法益グループにだけ関係する一方、後者の過失類型のばらつきのある領域は――特にいわゆる間接的な禁止の錯誤に鑑みると――非常に広範である[917)]。行為事情の過失に合わせて切り取られている――現状ではそれが妥当しているように――過失構成要件の集成（Korpus）は[918)]、それゆえ禁止の過失の特殊な規制欲求の視点の下では否応なしに、うまく機能せず恣意的なものと思われる[919)]。

この枠組み条件に鑑みて、各則の過失構成要件を行為事情の過失事例に限定し、禁止の過失状況に対しては刑法典17条の方式による一般的規制を行うことが、適切である[920)]。

↘たエーベルマイヤーの提案に対して即座に反論している。――比較的古い文献からさらに、*Beling*, Unschuld, S. 57 ; *Roeder*, Schuld, S. 91（1938年の著作！）; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 72 ; *Hall*, FS Mezger, S 245.――比較的近時の文献から：MK-*Duttge*, § 15 Rn. 31 ; *Gaede*, ZStW 121 (2009), 275 f. ; *Hirsch*, FS Schroeder, S. 228 ; *Roxin*, ZSW 76 (1964) 594.――それに対して、重大な犯罪行為の領域における軽率な（行為事情の）錯誤者の一般的な処罰を支持するのは、*Hörnle*, ZStW 112 (2000), 379 f.

916） *Jakobs*, AT, 19/14.

917） *T. Walter*, Kern, S. 409 ; *Platzgummer*, Vorsatz, S. 54 f.

918） *Jakobs*, AT, 19/14 ; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 470 ; *Hardwig*, ZStW 78 (1966), 19 ; *Platzgummer*, Vorsatz, S. 54 f.――類似するのは、*T. Walter*, Kern, S. 408（「結果過失」）.――比較的古い文献から、*Dohna*, Recht, S. 18 f.

919） この意味において既に、*Hammer*, Einfluss, S. 26.――この事情を等閑にするのは、受け入れ難い可罰性の間隙という非難に、お望みの範囲内で、追加的な過失構成要件を創出しうるとの、立法者への十把一からげの呼びかけで対応するところの伝統的な故意説の主張者たちである（そのような者として例えば、*Fakhouri Gómez*, GA 2010, 272 ; *Geerds*, Jura 1990, 430）。

920） 様々に検討された、行為事情の錯誤と禁止の錯誤の区別の困難さ、とりわけ法的関係の存在がメルクマールとされる構成要件あるいは刑法以外の規範を参照する構成要件において現れる区別の困難さは（この点について、ごく最近の要約として、*Puppe*, AT, § 8 Rn. 7 ff.）、それゆえ責任説との決別によっても取り除くことはできない。その境界線については、第2章において展開された、構成要件の犯罪体系上の機能に立ち返らねばならない。構成要件は、それによれば、市民が他者の法的利益（Rechtsbelange）の不可侵性に管轄を有する要件を具体化している。行為事情の錯誤は、したがって、行為者が――それは行為者に方向づけられた規範の具体↗

用語法上、この規定は確かに責任説との決別後に新たに理解されなければならないであろう。その基礎にある、狭義の禁止の錯誤に対する独自の規制が必要であるとの確信は、しかしながら同意に値する。加えてまた、法過失の独立した構成要件を形成するあらゆる試みの挫折に直面して[921]――アルトゥール・カウフマンはそれを的確にも「我々の全刑法体系において適合しない化物」[922]と特徴づけている――、故意構成要件と結びつき、刑の減軽を規定する将来の規制は避けられえないであろう[923]。

禁止の過失の新規定と行為事情の過失についての現行の諸規定は、しかしながらその統一的、体系的な根源を自覚すれば、このことが現在妥当しているよりもよく互いに擦

↘化の方法において追求されうる（詳細は、*Frisch*, Irrtum, S. 277 ff.）。――管轄判断が及ぶ法的関係を結論において不適切に評価する場合に存在するのである。例えば、彼によって自分のものにされた物が他人の物であるということ、あるいはある一定の財産的価値は納税義務に服するということが彼に知られていない場合、それゆえ彼には構成要件的故意が欠ける（脱税事案に対して、同旨なのは BGHSt 5, 90, 92 ; *Jakobs*, AT, 8/56 ; *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 108 ; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 228 ; *Frisch*, aaO, S. 286 f. ; *Otto*, 1. FS Roxin, S. 495 f. ; *Thomas*, NStZ 1987, 260 ff. ; *Weidemann*, FS Herzberg, S. 303 ; 異なるのは、*Maiwald*, Unrechtskenntnis, S. 42 f. ; *Meyer*, NStZ 1986, 443 ff., 1987, 500 f.）。当該法的関係が刑法上の規範それ自体において指定されているのかどうか（規範的構成要件要素）あるいは刑罰規範が、それを完全なものにするためには充足規範を必要とする単なる白地であるのかは、本質的には立法技術の問題であり、伝統的な見解（MK-*Joecks*, § 16 Rn. 44 ; S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 99 ; *Frister*, AT, § 11 Rn. 38 ; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29V 3 [S. 309] ; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 243a ; *Böse*, FS Puppe, S. 1357 ff.）に反して、原則として、後者の事例グループのより厳格な取り扱いを正当化しないのである（同旨、NK-*Puppe*, § 16 Rn. 67 ; *dies.*, AT, § 8 Rn. 34 ; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, S. 346 ; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, S. 387 f. ; *T. Walter*, Kern, S. 366 f. ; *Otto*, aaO, S. 496 ; 類似するのは、LK-*Vogel*, § 16 Rn. 40 ; *Jakobs*, AT, 8/47）。ここで推奨されている関連する錯誤規定の内容上の同一化に基づけば（この点につき、直ちにテクストにおいて言及する）、なるほど、区別問題の実務上の重要性が、従来の錯誤論の支配の下よりも大幅に下がるのである。さらなる緩和（Linderung）を、立法者は、彼が当該問題事例において両過失形式を刑罰の下に置くか、あるいはそうでないかによって、もたらしうるのである。特別刑法と秩序違反法において、立法者はこのことをすでに広範囲で行っていた。

921）　他ならぬビンディング（*Binding*, Normen, Bd. II, S. 143 f. ; Bd. IV, S. 353, 474 ; *ders.*, GS 87 [1920], 125）がこのことを支持している。

922）　*Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 72.

923）　同旨、*Hardwig*, ZStW 78 (1966), 7.

り合わせなければならないであろう。このことは、一方で法定刑に関わる。上述によれば、錯誤形式とは無関係に、刑の量定にとって決定的に重要なのは、行為者の責務違反がどの程度重大であるのか、である。その管轄は段階なしに（stufenlos）量化可能なために[924]、考慮される犯罪者の範囲は、なんとかかろうじて法敵対性の非難から免れる行為者から、ほんのわずかに刑法上許容されていることを超えて行為する行為者にまで達する。これに対応して、法定刑は柔軟に整備されなければならない。ここに現行法の弱点が存在する[925]。各則の過失構成要件の刑の上限は、それによれば、傾向上、あまりに低く[926]、その一方で、刑法典17条２文の適用から生じる刑の下限は、管轄の程度が大幅に低い事例において高すぎるのである[927]。両過失類型の原理的な同価値性に、各々の法定刑に近づけることが対応しなければならないであろう[928]。

他方で、行為事情の過失については断片的な処罰だけを予定するが、しかし禁止の過失では一貫した処罰を予定する現行法の状況は、再検討を必要とするであろう。とりわけ、古い文献で公然と表明されているように、前者の過失形式のより厳格な取り扱いの背後には、「法の権威」を保つという奮闘がある[929]。この論拠は（遅くとも）官憲国家的思考からの転換以来、古びたものになっていることはすでに前の個所で示した[930]。行為事情の過失におけるのと同様に、立法者はその都度の個別事例において、彼が禁止の過失の制裁化を望んでいるのかどうかを決めなければならない[931]。

アウグスト・ヘークラー（August Hegler）はその著名な講義である「犯罪のメルクマール」を次の言葉で締めくくっている。すなわち、「われわれはこれで犯罪メルクマールの領域を通覧した。その足どりは、ときおり、通説が進むのとは異なっていた。

924） *Jakobs*, AT, 19/50.

925） 同旨、*T. Walter*, Kern, S. 410.

926） 対応する法定刑の修正に関する要請は古くからある。さしあたり、*Bekker*, Theorie, S. 335 ; *Löffler*, Schuldformen, S. 8 ff. ; *dens.*, Österr. Z. f. Strafr. 2 (1911), 166 を参照。

927） *Jakobs*, AT, 19/50 ; *Roxin*, AT 1, § 21 Rn 72 ; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 Rn. 80.

928） この趣旨において既に、*Köhler*, GS 95 (1927), 108.

929） そのように言う者として、例えば、*Beling*, Unschuld, S. 56.

930） 上記、S. 316 ff.

931） このことが、刑法典23条１項の方式による立法技術を排除しないのは自明である。一定の、一般的基準を手掛かりにして範囲の限定される諸事例において、禁止の過失は常に可罰的であり、その他は、明文規定のある場合においてのみ可罰的である。

しかし、私は、まさに刑法においても、特に犯罪論においてますますその歩みは単に分解すること（Zergliedern）から把握すること（Begreifen）へと試みられなければならないと信じる。」[932]そのための根拠を、20年後、ヘルムート・フォン・ヴェーバー（Hellmuth von Weber）があげている。すなわち、この方向でのみ「全素材を通じて、多くの、見かけ上関連のない論争問題が処理され、解決が見つけ」られうるであろう[933]。同様の関心を本書でなされた考察は追求している。その目標は、少なからず現在の通説とは区別されるが、しかし通説よりも、より高度の価値論上の説得力と体系的な整合性で優っている犯罪論を展開することである。

もっとも、「ドイツの精神は、それがいったん抽象作用に委ねられれば」、常に「そのなかに埋没し、現実（das Leben）を退ける結論に至る」危険を冒すのである。「それがそもそも有害であれば、このことは、学問の諸命題が直接的な適用に対して明確である学問において、最大化する。」[934]体系的に基礎づけられた改善提案に対する標準的な異議は――「それは理論においては正しいかもしれないが、しかし実務にとっては有益ではない」――しかしながら本書の構想には当てはまらない。理論は、それが本書で一貫して理解されていたように、決して「象牙の塔に住むインテリ（eierköpfige Bewohner von Elfenbeintürmen）」[935]にだけ向けられているのではない。それは実務とこれを手助けする解釈論にその営み（das Leben）を困難にすることを求めるのではなく、より簡易化（einfacher）することを追求するのである。もっとも、実務的有用性は、理論的な簡素さと混同されてはならない。明白さ（Einfachheit）の歓喜へと突き進むために、むしろ徹底的な理論的自己確認を必要とする。それと結びつけられた苦心が成果によって正当化されたのかどうかを読者が決めてもらいたい。

（玄守道 訳）

932）*Hegler*, ZStW 36 (1915), 232.
933）*v. Weber*, Aufbau, S. 27.
934）*Windscheid*, Recht, S. 23.
935）*Canaris*, JZ 1993, 390.