

[翻 訳]

ビンディングの刑法理論 (7)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

佐竹宏章 (訳)

目 次

〈監訳者前書き〉

- 1 ビンディングとヘーゲル主義 (以上、72巻2号)
- 2 ビンディングとメルケル (以上、72巻4号)
- 3 ビンディングの法実証主義 (以上、72巻5号)
- 4 ビンディングと刑罰論 (以上、73巻1号)
- 5 ビンディングと法益論 (以上、73巻2号)
- 6 ビンディングの故意過失論 (以上、73巻3号)
- 7 ビンディングの規範論と現代刑法学 (以上、本号)
- 8 刑法学に対するビンディングの影響
- 9 今日の刑法学におけるビンディングの意義
- 10 ビンディングと安楽死問題

7 ビンディングの規範論と現代刑法学

ミヒャエル・クビチエール (佐竹宏章訳) 「ビンディングの規範論と現代刑法学」

I. 刑法学とビンディング——拒絶された遺産

ビンディングの主要著作『規範とその違反 (Die Normen und ihre Übertretung)』は、第4版及び最終版では約4500頁に及んでいる。この大著 (Opus Magnum) において、ビンディングは、自身の規範論を展開し、批判に対して反論し、歴史的・理念史的な整理に取り組んでいる。しかし、ビンディングは、とりわけ自身の規範論の犯罪論的ポテンシャルを示すことを試みている。すなわち、ビンディングにとって、規範論は、一般的犯罪論の本質的な問いに回答することができる体系的基礎である。ビンディングが自身の要求に適合していたかどうかを、個別の論文は以下の理由で回答することはできない。すなわち、このことは、彼の諸論文が留保していた犯罪論のすべての論点の検

討を必要としていたという理由である。とりわけ犯罪論上の立場は、限定的な維持可能性のみを有しているが、あらゆる世代が刑罰論及び犯罪論の原則的問題に対するその固有の回答を——すなわち、ある社会の支配的な世界解釈を常に反映する回答を——与える¹⁾。

このことに鑑みると、ビンディングと彼の刑罰論に着目することが時代を超えて変化しているが²⁾、刑法学は、彼の主要業績、規範論、そしてそこから導き出される犯罪論と恒常的に距離を置いて対峙していることは驚くべきことである。この際に、通説は、今日多くの点で暗黙裡に刑法的不法の確定は、——犯罪構成要件に前置された、又は少なくとも外部的な——規範に立ち返ることなしには可能ではないということを確認している。このことは以前から、とりわけ経済刑法、医事刑法、及び特別刑法において見出されるような白地構成要件及び明示的に従属的な犯罪構成要件の場合³⁾、過失犯の場合、並びに不真正不作為を処罰する場合⁴⁾ に特に明瞭であった。しかし、犯罪行為として (*als Straftat*) のあらゆる所為 (*Tat*) の帰属は、義務違反もしくは規範違反を前提にしている。客観的帰属論は、「法的に承認されていない危険の創出」の要件によって、それについて考慮に入れている⁵⁾。このことを背景にして、最近、ビンディングは結局のところ戦後時代の(刑)法理論上の論争の覇者として読み取ることができる——強く先鋭化された——テーゼが主張されている⁶⁾。しかしながら、物事はそう単純ではない。なぜなら、かなり以前から観察されうる、規範違反もしくは義務違反の犯罪論的意味の承認若しくは価値の切り上げは、例外的事例においてのみ、ビンディングの規範

1) *Pawlik*, GA 2014, 369, 373.

2) *Hilliger*, in: *Schneider/Wagner* (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, S. 11 f.

3) 経済刑法の従属性については、多数の文献の中でさしあたり *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2013, S. 1 ff.

4) 多数の文献の中でさしあたり *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 14 ff. (過失について), Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 1 (不作為について) 参照。

5) 客観的結果帰属の理論について *Roxin*, *Strafrecht AT*, Bd. 1 (Fn. 4), § 11 Rn. 52 ff.——帰属論の包括的な意義の詳細及びその他の文献について *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 80 ff., 94 ff., 173 ff.; *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, passim, 特に S. 255 ff.

6) *Kotsoglou*, in: *Schneider/Wagner* (Fn. 2), S. 35, 37. さらに *Wagner*, in: *Bock u. a.* (Hrsg.), *Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft*, 2015, S. 99 ff. 参照。

論及び刑法理論上の基本的想定⁷⁾の引継ぎと同時に現れるからである⁷⁾。たいていの場合、ビンディングの思考に関連づけることは、全般的に、認識されていないか、又はいずれにせよ言及されないままである。

したがって、義務論の主張者であるザミエル・プーフェンドルフ（Samuel Pufendorf）に合わせて記述されたヴェルツェル（Welzel）の一節、すなわち「占有している子孫」が占有を獲得する際の自身の先祖の努力を忘れてしまっているであろうという一節⁸⁾、規範論の主張者であるビンディングにも妥当する。刑法学は、つい最近に至るまでビンディングの規範論と犯罪論の遺産を拒絶してきた。1954年にアルミン・カウフマン（Armin Kaufmann）によってなされた確認、すなわちビンディングの規範論及びそれと結びつく刑法体系は「その自負（Prätension）にふさわしい⁹⁾ 顧慮がされていないという確認は、今現在に至るまで有効なままである。彼の規範論的な基本的区別は、極めてわずかな言明力しかない領域でのみ、すなわち犯罪構成要件の（憲法的、若しくは刑法学的）正当化の検討の領域で、比較的多くの支持を集めている¹⁰⁾。

以下のテキストは、この独特な展開についての可能な根拠を追求しようとするものである。これについて、まずビンディングの規範論が紹介され（II.）、刑法学によるより強い継受にとって阻害になり得る、考える理論内在的な弱点を問うことにする（III.）。その後で、刑法学に視点が向けられる。この視点が偶然的な根拠を明らかにし、その根拠が理念史若しくは継受の歴史を、規範論それ自体の（見かけ上の）欠陥よりもより強く形成したといえるのである（IV.）。

7) たとえば、*Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, S. 81 ff.（作為と不作為の区別について）を見よ。包括的なものとして、*Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 6 ff. und passim. ただし、ビンディングには明示的に関連付けていない。さらに *Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, S. 27 ff. も見よ。

8) *Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, S. 3.

9) *Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, S. VII: 確かに刑法理論においてビンディングの著作を取り扱うことは回避され得ないのであるが、これは多くの場合論争的性格を持っており、むしろ周遍的にしか扱われていない、とされる。

10) これに関して、*ebd.*, S. VIIIを見よ。刑事政策的問題について、ビンディングの著作は「まったく非生産的ではないとしても、原理的な意義は存在しない」、とされる。

II. ビンディングの規範論

1. 法学理論上の基本的決定

ビンディングの規範論は、彼の過失犯についての取り組みの産物、並びに、分析的・体系的な研究への彼の意志及び能力の産物である。学問的におろそかにされてきた過失犯を検討する際に、ビンディングが記述していたように、過失行為の問題はすべてのものを互いに結びつける、「諸問題の完全なる一つの輪から生じる」個別の問題にすぎないということが明らかであったのである¹¹⁾。このような結びつきが想定される場合には、別の問い全体を導出することができる基礎を明らかにすることなしに、刑法の総論の個別問題を解決しようとするのは、実際に学問的には過ちであろう。なぜなら、基礎について明らかにすることなしには、刑法総論の部分的問題のおおよそ一貫している回答すら可能ではないからである。確かに、個別問題の孤立的な解決 (isolierte Lösung) は、個別の法適用者にとっては、有益であるという理由で、十分であるかもしれない。さらに、教育的観点では、総論の問題がそれ自体観察され、そしてアドホックに説得的な解決が提供される場合には、手早い成果が追求されてよいであろう。しかし、これらのことすべてはビンディングにとっては重要ではない。むしろ、彼は、「真実」を求めており、そして、その保証となっているのは、彼にとっては、その答え全体の「確固たる完結性 (feste Geschlossenheit)」、すなわち、これらが「一つの全体へ (zu einem Ganzen)」と組み込まれるという事情である¹²⁾。このことが、刑法の領域において、一般的犯罪論の展開を要求しており、その枠内で、過失は、たとえ特別に重要な章であっても、数ある章の中の一つの章であるにすぎないのである¹³⁾。すべての犯罪論の個別問題の体系化上の回答に有利になる刑法学理論のこのような基本決定によって、ビンディングは、19世紀の刑法学のお決まりのコースを進む。フォイエルバッハと刑法上のヘーゲリアーナにとって、この体系的要求は自明であった¹⁴⁾。

しかしながら、ビンディングの野心は、さらに明らかに拡大している。彼は、自身の研究が何らかの役に立つというのであれば、自身の研究が法学全体の総論を公にしなけ

11) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, S. V.

12) *Ebd.*, S. IX.

13) 過失犯の中心的意義について、さしあたり *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 1 ff.; *Jakobs*, GA 1971, 257, 260 ff.; *Pawlik*, Unrecht (Fn. 5), S. 362 ff., 特に S. 371 ff.; *Rostalski*, GA 2016, 73 ff. を見よ。

14) *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 ff.; *Pawlik*, Unrecht (Fn. 5), S. 3 ff.

ればならないと述べている¹⁵⁾。彼の楽観主義は、より広い法理論的考察、刑罰論的考察、そして刑法解釈学的考察の出発点の選択からもたらされる。この出発点は、刑法の領域において（はじめて）、たとえば刑事不法の確定又は刑罰の正当化において位置づけられるのではなく、適法行為と違法行為を区別する基準としての「規範」において位置づけられるのである¹⁶⁾。規範は、彼の確信によれば、真の、又は排他的な刑法的性質ではない。このような根拠から、「外見上非常に抽象的な問い」の理論的な取り扱い、たとえば彼、つまりビンディングが犯罪に特に着目する刑法学者として自らの回答を展開しているとしても、全法領域の実践にとって実りがあるものということができる¹⁷⁾。

法的素材を規範から出発して分析的に一貫させ、体系的に位置づけるという法理論的な基本決定は、彼の先行者が国家哲学的又は法哲学的基礎からその観察の対象に接近していた場合には、新しいものである¹⁸⁾。これに対して、ビンディングは帰納的なやりかたをとっているが、それは、犯罪構成要件を分析的にそれぞれの部分に分解し、それぞれの部分の機能を規定し、それゆえ——彼が述べているように——決然として、非哲学的に（a-philosophisch）かつ反形而上学的に（antimetaphysisch）検討することによってである。彼は、たとえば、伝統的に、刑法学によって唱えられている体系化の要求（Systemanspruch）を果たそうとしており、同時に、彼の体系の出発点を、哲学においてではなく、現行法の範囲で位置づけようとしている。このように獲得された体系的な基礎を出発点にして、その後で、一般的犯罪論の個別問題が回答されるべきであるというのである。このアプローチ方法は、見かけ以上に、方法論上要求の高いものである。なぜなら、法理論もしくは規範学は、刑法学とは異なる課題を有しているからである。すなわち、前者は、「規範的構造を可能な限り正確に記述するための道具」¹⁹⁾を作

15) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. IX.

16) *Ebd.*, S. VI.

17) *Ebd.*, S. VIII.

18) *Pawlik*, Unrecht (Fn. 5), S. 30 ff.——フォイエルバッハについては例えば、Koch u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014 における諸論文を見よ。刑法上のヘーグリアーナーについては Kubiciel u.a. (Hrsg.), Hegels Erben?, 2017 における諸論文を見よ。

19) 適切であるのは、*Ast* (Fn. 7), S. 14. ただし、彼は、——本質的にビンディングと同様に——規範論的分析及び区別は、刑法解釈学にとって重要であることに固執する (S. 81 und passim)。

り上げるものであり、後者は、その解釈学を用いて、法的問いを、拘束力もあり、適切でもある回答に、導こうとするのである²⁰⁾。両者の領域の間の溝を、(説明のための)橋を架けることなしに、埋めることができるということを、カウフマンが以下のように疑っていた。すなわち、彼の考えによれば、犯罪行為論 (Tatlehre) や責任論のように、ビンディングの中心的な解釈学的学説は、ビンディングの規範論に基づくのではなく、実質的な内容の(意識的、又は無意識的)使用に基づいている²¹⁾。

それにもかかわらず、ビンディングは、自身の方法論的アプローチが友好的に受け入れられることの見込みを持つことができたが、それは、彼がドイツにおいてその当時支配的であったポスト観念論的潮流²²⁾を反映し、法学において当時蔓延していた哲学や「思弁的な空想 (speculative Phantastereien)」に対する嫌悪を考慮に入れていたからである²³⁾。その限りで、ビンディングは、普及している哲学的な背景の確信を描写している。しかし、彼が、これを受け入れ、彼の(刑)法理論において統合することによって、決然と反哲学的な論証をする者も逃れられない哲学の不可避性が示される。

2. 内 容

ビンディングは、自身の規範論を、犯罪構成要件の文言及び構造の分析を用いて展開する。犯罪構成要件は、行為者が処罰されうするためには、行為者が構成要件的前提条件を含む刑罰法規の前半部分と一致して行動しなければならないというように、把握されている。したがって、行為者は、刑罰法規に違反するのではなく、行為者はそれを充足するのである²⁴⁾。しかし、このことから、行為者が違反する法律は、「概念的に、また通常的には先行するが、時間的には、その有罪判決の種類及び方法を指示する法律に、

20) 刑法解釈学の任務に関して包括的に扱うものとして、*Frisch*, in: Stürner (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2010, S. 169 ff.

21) *Kaufmann* (Fn. 9), S. 274 f.

22) これについて包括的であるのは *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 36 ff. 刑法的な視点からは例えば、*Amelung*, *Rechtsgüter und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 53 f.

23) *Lingg*, *Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart* 18 (1891), 42 ff. — これに関して、*Frommel*, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, S. 167 f.を見よ。

24) *Binding*, *Normen*, Bd. 1 (Fn. 11), S. 4.

必然的には先行しない²⁵⁾ということが推論されるというのである。したがって、ビンディングは、規範の下で、当為命題を理解するのであるが、それに犯罪構成要件が関連づけられ、そしてその違反に法的効果——刑罰——が結びつくのである。規範は、違法な所為（Tat）を創出し、刑罰法規が犯罪的行為（Handlung）を創出するとされる²⁶⁾。したがって、ビンディングは、第一次的な行為規範（Verhaltensnorm）と第二次的な制裁規範の間を区別するだけではなく、行為規範が上で述べられた意味での犯罪構成要件に前置されているということも前提にしている。

この区別は、犯罪構成要件についての彼の理解に影響を及ぼしている。ビンディングの見解によれば、この犯罪構成要件は、市民を名宛人にしていない。犯罪構成要件が第一次的に、又は完全に排他的に市民に向けられており、市民に規範に適合する態度（Verhalten）が命じられているという普及している見解は、その構造とは両立しないとされる。犯罪構成要件は、十戒と比較可能な「汝、盗むなかれ！」という種類の命令を含んでいるのではなく、二分割された構造を有しているというのである。すなわち、この命令は、「盗みを働いた者は、処罰される」部分を含んでいるとされる。法的効果の指示は、認識可能な形で、行為者に向けられているのではなく、処罰される義務も行為者に課しているわけではない。なぜなら、さもなければ、逃亡している行為者（der flüchtige Täter）は、第一の犯罪行為を犯しており、さらに第二の犯罪、すなわち逃亡（Flucht）を犯していることになるからである、とされる²⁷⁾。しかし、犯罪構成要件に、「汝らは、刑罰が科されるので、盗んではならないなど」という種類の拡大された、警告的な命令を読みこむことができないのか？ビンディングは、このような考えも拒絶している。犯罪構成要件をこのように理解する者は、名宛人に、犯罪を行わないか、刑罰リスクを伴って犯罪を実行するかを選択をさせるものであるとする。犯罪構成要件は、この場合に、市民に対して、「国家または彼ら自身の功利（Bequemlichkeit）を考慮して」犯罪行為を「行わない」²⁸⁾という善意からの助言のみを与えているとされる。このような命令の形式及び内容は、不合理であると彼は確認する。簡潔に言えば、犯罪構成要件は実際に市民に対する命令を定式化しているという場合には、二分的な刑罰法規は

25) Ebd., S. 4.

26) Ebd., S. 134.

27) Ebd., S. 13 f.——しかし、この方向をとるのは、Hoyer, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 81, 265 ff.

28) Binding, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 39.

[刑法典から：著者記す] 失われなければならない」、それに代わって、その命令は、「法律に服する者に向けられてそこに組み込まれる」²⁹⁾。

刑罰法規が、犯罪行為者を処罰することを、処罰権限 (Strafgewalt) の保有者に指示することも同様にない。なぜなら、処罰権限の保有者は、同時に「恩赦権限 (Gnadegewalt) の保有者」であり、それ自身として「国家に生じるすべての刑罰権 (Strafrechte) を放棄する」³⁰⁾ ことができるからである。実際に、確かに犯罪構成要件から一般的な刑事司法保障義務を取り出すことができるが³¹⁾、あらゆる個別事例に該当する処罰義務 (Strafpflicht) を取り出すことはできない。とりわけ、そのような義務は、それが承認されているとすれば、打ち切りが有罪判決の数を相当上回る手続実務によって否認されるであろう。そのことから、ペンディングが言うように、犯罪構成要件は処罰を可能にする規範、処罰の正当化のみを含んでいるのであるが、あらゆる個別事例に関連する処罰義務は含んでいないということから出発することができる³²⁾。

それゆえ、犯罪構成要件を二つの部分に分解し、もっぱら規範命令 (Normbefehl) のみを前半部分に位置づける可能性があるにとどまる。市民を名宛人にする命令を、

「我々は、本質的には、我々の刑罰法規の前半部分の命令への転換を通じて見出す。命令とは、刑罰法規の前半部分が同様なことを示しているように行動しないこと、又はそこでそれが要求しているように行動することである。この法律上の命令こそが、私が規範と呼んでいるものである。」³³⁾

刑罰法規は、「従属的な性質の強制権 (Zwangsrecht) の命題すべてのようなものである」³⁴⁾。その関連点を成すのが規範である。したがって、犯罪行為 (Straftat) は、第一次的には、この規範に対する服従義務の違反として理解され得るのであり、実質的な法益侵害とは理解されえないのである³⁵⁾。

29) Ebd., S. 39.

30) Ebd., S. 18 f.

31) Ebd., S. 23.

32) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 96 f.

33) Binding, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 45.

34) Ebd., S. 82.

35) これに関して、Amelung (Fn. 22), S. 54; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers, 2002, S. 90を参照。

Ⅲ. 規範論に対する法理論的批判

ビンディングの規範論の利点は、その簡潔性及び法哲学的な前提的想定放棄にあるとされる。それにもかかわらず、ビンディングの規範論それ自体は、ドイツ刑法学の多数が——「主観的・任意的（subjektiv-beliebig）」なものとして示される——哲学的基礎に依拠することから離れた第二次世界大戦のあとの数十年において、ほとんど顧みられてこなかった³⁶⁾。規範が学問の「継子」にとどまっているということは、ビンディングの時代には、素材の「扱いにくさ（Sprödheit）」にも原因があったのかもしれない³⁷⁾。遅くとも1960年代から1970年代以降、刑法学の躊躇（Scheu）がほとんどされなくなったのであり、そしてそれは数多くの法理論的研究及び規範理論的研究で示されている³⁸⁾。しかしながら、これらの研究は、ビンディングのより強い継受に至っているのではなく、持続的に、一般的犯罪論に影響を与えているのでもない。ビンディングの規範論に対して刑法学がこのように距離を置いていることは、仮にビンディングの規範論が法理論的な弱点を持っているならば、合理的に根拠づけられるといえるであろう。実際に、法理論的な批判が時折、主張されていた。たとえば、ある者が、犯罪構成要件に先行して存在する行為規範が常に存在しているということを疑っており、又は行為規範を——ビンディングとは異なって——法規範とみなしていない（これについて1.）。別の者は、名宛人に状況的に相応する態度をあらかじめ示すために、行為規範を、具体的に十分ではないとみなしている（これについて2.）。しかし、我々がこれから見るように、このような疑念を、——少なくとも、ビンディングが基礎においている法理論的な枠内で——打ち消すことができる。

1. 犯罪構成要件に前置される行為規範は存在するか？

あらゆる犯罪構成要件がそれに先行する行為規範に関連付けられるというビンディン

36) このような学説の分類について代表的なものとして *Roxin*, in: Eser u. a. (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, S. 387 f. さらに、*Hörnle*, *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin*, 2010, S. 1265 ff.

37) *Binding*, *Normen*, Bd. 1 (Fn. 11), S. V.——さらに、*Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, 2015, S. 9も見よ。そこでは、法学は、とりわけ規範の内容の正当化に取り組んできたので、規範及びその構造を長い間おざりにしてきた、と述べられている。

38) *Ast* (Fn. 7), S. 10 における諸文献参照。

グの中心的な想定に対する直感的には説得的な印象を与える批判を、ヘルツベルグは、簡潔に、以下のようにまとめている。すなわち、このような行為規範は、法において多くの面で、まったく「提示可能 (aufweisbar)」³⁹⁾ ではないという。「法によれば、原則的に何人をもその意思に反して殺害してはならない」という刑法212条の見かけ上シンプルな行為規範は、基本法2条2項及び民法823条1項のような刑法外の法規定からせいぜいのところ間接的に導くことができるにすぎないとされる。業として自殺援助 (Förderung) をしないという法規範は、これに対して刑法217条 [現在では削除：訳者記す] の施行以前には、そもそも法規範として存在していなかったとする。「純粋に刑法上の禁止」⁴⁰⁾ が問題になるとする。実際に、わずかな犯罪構成要件のみが、明示的に、他の法律又は法的命令 (Rechtsverordnung) という刑法外の法規範に関係づけられている。この際に、臓器移植法8条のように、規範を刑罰威嚇の下に置いている多くの特別刑法的規定が重要である (臓器移植法19条1項参照)。そのほかの場合——たとえば、窃盗又は背任——には犯罪構成要件が関係している行為規範が、少なくとも、関連する第一次法的な規定 (たとえば、物権法及び会社法の規定) から抜粋される。しかし、ヘルツベルグが「単なる刑法的な」禁止として表示する犯罪構成要件は、どのようにして存在するのか？ 実際に、刑法217条のような犯罪構成要件はせいぜいのところ、他者の自殺を業として援助しないという社会倫理的な規範に関連しているのである。しかし、このような社会倫理的規範は、法規範ではない。したがって、どのようにして、ペンディングは、すべての犯罪構成要件が法的性質を伴うその外部にある行為規範に関連付けられるということを主張することができるのか？ ペンディング自身が、その問いに対して、行為規範が必然的に犯罪構成要件に時間的にも先行する必要はないということによって答えていた⁴¹⁾。このようにみると、刑事立法者には、「単なる刑法上の禁止」と、同時にこれと概念的に区別される行為規範を創出することは可能である。したがって、ペンディングは、行為規範を、制裁規範の「論理的な起点 (logisches Prius)」と理解している⁴²⁾。

犯罪構成要件において含まれている制裁の威嚇若しくは制裁規範と区別される行為規

39) この箇所及び以下の箇所について、*Herzberg*, GA 2016, 737, 746 ff. (引用部分は S. 746 f.).

40) *Herzberg*, GA 2016, 737, 747.

41) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 4.

42) *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 10 参照。

範の存在に対して、なお以下のような批判のみが提起されている。行為規範と制裁規範の区別は可能かもしれないが、行為規範についてのその法的性格を否定するという代償の下でのみ可能であるかもしれない。なぜなら、法が行為規範の違反に制裁を加えている場合に、そしてその限りでのみ、法規範について語る事ができるとされているからである⁴³⁾。それによれば、法が制裁によってその違反に対応するものではない規範は、純粋な当為命令であり、それ自体「規範的に無能力」⁴⁴⁾である。ビンディングは、国家がその遵守を強制していないにもかかわらず、現行法において含まれている、法的性格が付与される不完全法（*leges imperfectae*）を参照して、このような批判を、回避していた⁴⁵⁾。この規範は、その効力を制裁の威嚇からではなく、その発起者（*Urheber*）の権威——国家——から創出されるという理由で、その規範は法的に拘束力を持つ、というのである⁴⁶⁾。したがって、ビンディングは、規範の起源（*Herkunft*）、より精確には規範の設定者としての国家が決定的であるにすぎない「敷居が低い法概念（*niedrigschwelligen Rechtsbegriff*）」⁴⁷⁾を用いている。この概念上の確定は法理論において今日普及している見解と一致しており、その見解によると、規範は、規範を与える者が規範の名宛人に対して、名宛人が一定の方法で行動するべきであるという意志を表す行為指示（*Handlungsanweisung*）であるとされる⁴⁸⁾。この見解によれば、規範を与える者が国家である場合に、法規範が問題になる。

刑法上の行為規範へのこのような見方は、保守的な国家主義者としてのビンディングの広まっている分類から想起されるよりも、よりリベラルである。なぜなら、ビンディ

43) 包括的なものとして、*Hoyer* (Fn. 27), S. 42 ff. これに批判的であるのは、*Engländer*, RW 2013, 193, 196 ff.; *Renzikowski*, ARSP 31 (2001), 110, 112 ff.

44) *Stemmer*, Normativität, 2008, S.46 f., 165を参照した *Engländer*, RW 2013, 193, 198 の表現。

45) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 63.

46) *Binding*, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 160.

47) *Hilliger* (Fn. 2), S. 22.

48) *Engländer*, RW 2013, 193, 206; *Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, Rn. 30 ff. さらに、*Möllers* (Fn. 37), S. 171も見よ。そこでは、規範は制裁なしに承認されるが、同時に、あらゆる規範はその規範性に応じて弱い意味での制裁を含んでいる、と述べられている。その理由として、規範との現実のあらゆるずれは、このような経過が、違反される規範の箔（*Folie*）に先立って（ネガティブに）記述されるという帰結に至るからである、というのである。異なる見解として *Rüthers/ Fischer/ Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, § 2 Rn. 58. 「法規範……に共通しているのは、それが強制によって貫徹され得るということである」とされる。

ングは、自由的な (freiheitlich) 国家において行為規範は第一次的には、コントロール及び強制に基づいて、事実的な妥当へともたらされうるのではなく、そしてそうでなければならないわけではなく、規範に適合して行動することへの規範の名宛人の潜在的な用意によってのみ事実的な妥当へともたらされうるという事情を考慮に入れているからである⁴⁹⁾。同時に、行為者が国家が特に重要で、保護に値するものとみなしている行為規範の一つに違反する場合に、制裁規範が必要であるということをビンディングは意識していた。

したがって、ビンディングの規範論——行為規範と制裁規範の区別——の中心点に対する法理論的な批判は、彼のモデルの範囲で、無力化される。しかし、この法理論的な区別についての必然的な根拠が存在するかどうか批判的に問われている。すなわち、何が、我々に、行為規範と制裁規範を概念的に区別することを促すのか?⁵⁰⁾ この問いに対する回答は、以下のようなものである。すなわち、法理論的論拠は、刑法学に対して、このような考察を強制しておらず、むしろこのような規範論的考察を別の考察によって置き換えるということが刑法学には許されている。しかしながら、二つの真の刑法理論的根拠が、犯罪構成要件に先行して存在する行為規範及び制裁規範の概念上の区別を維持することに賛成する。犯罪論的観点で、このような方法によって、犯罪が財侵害ではなく(又は、少なくともそれだけではなく)、法的義務違反でもあるということが(より)明瞭になるのに対して、この区別は、刑事政策的・憲法的観点では、さまざまな種類の、そして重大性の程度に違いがある基本権侵害をより明瞭に際立たせることに資する(これについて後述IV.)。

2. 規範の不明確性?

規範は、ビンディングにとっては、行為の禁止及び命令であり、それらは「行為能力がある人間にとって、自らの態度について指針として、しかも自らの自由の制約 (Schranke) として役に立つ」のである。規範は、人間に対して、何をしてはならないか、何をしなければならないかを述べるのである⁵¹⁾。しかしながら、犯罪構成要件の

49) これに関して、*Engländer*, RW 2013, 193, 207; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331, 358; *Kubiciel*, ZStW 120 (2008), 429, 435 ff.

50) このように問うのは、*Herzberg*, GA 2016, 737, 750. 実質的に同旨であるのは、*Hoyer* (Fn. 27), S. 42 ff. さらに *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 41 も見よ。

51) *Binding*, Handbuch (Fn. 46), S. 156 f.

前半部分を、命令又は禁止へと単に転換することから、行為についての十分に的確な指針を導くことができるということは疑わしいものである⁵²⁾。たとえば、刑法典において、どのような態度が他者の生命との関わりにおいて自らにとって禁止されているのかという問いに答えようとする者は、謀殺、故殺、要求による殺人、又は過失致死の犯罪構成要件において、彼が犯罪構成要件を禁止へと転換する場合であっても指針を見つけることはできないであろう。

犯罪構成要件の不明確性という問題についてのビンディングの答えは、以下のように単純である。しばしば、彼が記述しているように、規範を、法典編纂の時代において当然に認めることができるように、規範は法律的な形式を必要としないので、犯罪構成要件又は法律において見出すことはできないであろう⁵³⁾。むしろ、規範は、「数千年の遺産（Erbschaft）としてあらゆる者にとって周知なのである」⁵⁴⁾。したがって、彼は、社会的な行動基準（Verhaltensstandard）を参照し、それを用いて、犯罪構成要件によって関連づけられる行為規範が具体化されるべきであるというのである。確かに、社会のこのような非公式なルールが、それ自体として、法規範ではない。しかし、犯罪構成要件が、たとえば具体化を必要とする概念によって、このようなルールに関連付けられる瞬間に、このルールが行為規範を完全なものにし、行為規範と共に、法規範としての地位を獲得するのである⁵⁵⁾。立法者が、

「何らかの社会領域で非拘束的に形成される」ルールを「自らの権威によって定立する場合には——そして立法者が、自らがそのルールを法律へと高める場合にだけではなく、そのルール違反を刑罰という結果を伴って威嚇する場合にもこれを行うのだが——、立法者がそのルールを法命題へと高めるのである……」⁵⁶⁾。

行為規範の具体化において社会的な行動基準を含めることによって、ビンディングは、一方で、法の解釈を柔軟化する。なぜなら、「法律が、理性的に解釈する国民精神（Volksgeist）が法律から何を読み取ることができるかを考え、そして欲する場合には」⁵⁷⁾、

52) このような疑いに関して、*Herzberg*, GA 2016, 737, 752; *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 53 f. 参照。

53) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 11.

54) *Binding*, Handbuch (Fn. 46), S. 159.

55) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 11), S. 82 参照。

56) *Binding*, Handbuch (Fn. 46), S. 161.

57) *Ebd.*, S. 456.

——さながら水流のごとく (gleichsam hydraulisch) ——規範の名宛人に影響を与え、社会の発展を抑制し、又はある方向へと導く、静的な行為規範は、その法律の基礎にはないからである。行為規範およびそれとともに犯罪構成要件は、むしろ、一定の程度まで、社会的発展を反映し、社会的発展に順応することができる状況にある。他方で、ビンディングは、社会の自己調整の原理を承認している。この——リベラルな——原理に従って、刑法222条、229条のような犯罪構成要件は、市民が自らの権利領域を、そこから、いかに他者の身体及び生命の侵害に至らないように組織化するのかという判断を市民にゆだねている⁵⁸⁾。両者の帰結は、規範を、市民が国家の臣民 (Untertan) として服従する責任を負う国家的命令としてのみ理解する国家主義的規範論という一般に流布しているイメージに合致するものではなく⁵⁹⁾、その起源から推定されるよりも、より現代的で、よりリベラルである。

3. 中間的帰結

したがって、ビンディングは、理論内在的な弱点を非難される必要はない。彼の法理論的な方向転換 (Weichenstellungen) に従う場合には、彼によって導かれる帰結は、首尾一貫したものとして証明される⁶⁰⁾。さらに、彼の規範論は、善意に解釈すれば、一般に通用しているよりも、明らかによりリベラルに、そしてより現代的に解釈することができる。そして最終的に、行為規範と制裁規範の彼の区分は、行為規範が、一方で現実的な影響力があるために、任意の遵守と潜在的な社会的受容を必要としているという事情を、他方で、忍びよる妥当性の喪失を阻止するために、特に重要な行為規範の違反が制裁を受けなければならないという事情を反映している。法理論は、その対象の複雑な性質に対応して、両者の次元をカバーしなければならない⁶¹⁾。ビンディングの規範論は、これを独特の方法で行っている。したがって、刑法学が、ビンディング及び彼の主要著作と批判的に距離を維持することは、法理論的根拠とは異なる根拠を有してい

58) これに関して、*Pawlik*, *Unrecht* (Fn. 5), S. 179 f.

59) ビンディングの規範論のこのような理解に賛成するものとして、*Kotsoglou* (Fn. 6), S. 39を見よ。そこでは、市民は考えるのではなく、単に行動すべきであり、決定するのではなく、服従すべきである、とされる。さらに、*Renzikowski*, *ARSP-Beiheft* 104(2005), 115, 116 参照。

60) *Hilliger* (Fn. 2), S. 30 もこのように述べている。

61) 適切であるのは、*Pawlik*, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie* H.L.A. Harts, 1993, S. 79.

なければならない。

IV. 規範論と刑法学

ハンス・ヴェルツェル（Hans Welzel）とエバーハルト・シュミット（Eberhard Schmidt）は、1841年にフランクフルトで生まれたビンディングが、「徹頭徹尾リベラルな法理解及び国家理解」⁶²⁾であったことを証明した。彼らは、この際に——数ある中で——ビンディングが、命令及び禁止、つまり規範の目的について問うていた、ビンディングの著作における中心的な叙述に依拠することができた。つまり次のような問いである。規範は、個人に服従を教えるのとは何ら異ならないものへと個人の選択意志（Willkür）を制限するのか？

「実際に、この見解は、法には値しないであろう。高度に可能な範囲で人間の自由を保障するために規定されているので、法にとってその制限は自己目的ではなく、目的のための手段でのみあり得る。」⁶³⁾

それにもかかわらず、過去の数十年に、とりわけビンディングを権威主義的な国家理解の支持者とみている者の意見が聞き入れられた⁶⁴⁾。このような分類は、彼の規範論の一面的な解釈に依拠するだけではなく⁶⁵⁾、ビンディングが長い間、いわゆる学派の争いの中心人物の一人として歴史的に位置づけられ、彼は時代遅れなものとみなされている刑罰の応報論の正当化を擁護しており、目的刑の——原則的に近代的なものとして「レットテルを貼られる」——思想と戦っていたということにも基づいている⁶⁶⁾。たとえ、少し以前から、それぞれの立場の間の区別ではなく、結合を考慮するという声が増えており⁶⁷⁾、それが目的合理的な根拠づけのラインをビンディングの刑罰論において強調

62) Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 304; Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 51 (同所のAnm. 5).

63) この箇所及び以下の箇所について、Binding, Normen, Bd. I (Fn. 11), S. 51 f.

64) 多数の文献の中でさしあたり、Kotsoglou (Fn. 6), S. 39; Renzikowski, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115 ff.; Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2016, S. 133.

65) Kotsoglou (Fn. 6) 参照。

66) この箇所及び以下の箇所について、Naucke, in: FS für Winfried Hassemer, 2010, S. 559 ff.

67) 両思想家の著作における権威的な特徴について、Koch, in: Hilgendorf/

することによってであっても⁶⁸⁾、ビンディングは、今日まで、時代錯誤的かつアンチリベラル的な法思想の主張者であるという疑いをかけられている⁶⁹⁾。この際に、刑罰が犯罪行為において存在する法敵的な攻撃に対して、「法の荘厳さ（Herrlichkeit）の下で不従順な者（Unbotmäßigen）を服従させることによって」⁷⁰⁾、「違反される法律の權威を維持することを」目的にして反応するというビンディングの刑罰論は、一貫して、積極的一般予防の特徴づけとして読むことができるであろう。しかし、このことはまれにしか生じない。時代錯誤的な印象を与える定式化は、あまりにもその背後にある思想を覆いかぶしてしまっているように見える。

さらに付け加えられるのは、ビンディングの方法論が、第二次世界大戦の終わり以降に議論を形成した思想の流派のいずれにも分類することができないということである。たとえば、まず、ビンディングの規範論を、連邦共和国の最初の20年において指導的な役割を演じていた刑法上の目的主義（Finalismus）に組み込むカウフマンの試みが失敗に終わった⁷¹⁾。しかし、とりわけ、目的主義の主導的な立場は、1960年代の終わり及び1970年代に崩壊し⁷²⁾、その代わりに、よりによってビンディングの敵対者、すなわちフランツ・フォン・リストの伝統的系譜である刑事政策的・予防論的な流派が勝利を収めた⁷³⁾。この方法論に対して、ビンディングは、かつて、法に「哲学的、心理学的、倫理的、経済的、政治的、社会学的、医学的」見解を押し付けるものであるということを批判していた⁷⁴⁾。このような批判は、フォン・リストの後継者たちにもあてはまるが、1980年代以降再びより強く刑法解釈学の法哲学的な基礎付けに尽力している者たちにもあてはまる。簡潔に言えば、ビンディングの立場は、戦後の時代の刑法学の大部分の基本的確信に触れなかったのであり、それどころか一部ではこれと明らかに対立して

↘ Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 127 ff. を見よ。

68) *Naucke* (Fn. 66), S. 562 もこのように述べている。

69) *Kotsoglou* (Fn. 6), S. 38 f. 参照。

70) *Binding*, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. 1, 1915, S. 61, 76, 86.

71) 連邦共和国の初期における目的主義の意義について、*Neumann*, in: *Frisch u. a. (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, S. 157 ff.

72) 1970年代における目的主義の意義もしくはその意義の消失について、*Frisch*, in: *ders. u. a. (Fn. 71)*, S. 217 ff.

73) *Roxin*, *ZStW* 82 (1969), 613 ff. 参照。

74) *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd.2/1, 2. Aufl. 1914, S. VIII.

いた。しかし、同盟者なしには、刑法理論的及び犯罪論的な論争に、勝利を収めることはできない。

しかし、とりわけ、ビンディングの規範論がわずかにしか継受されていない理由は、それが（十分に考慮されていないこともまれではない）刑法学の犯罪論的な基本想定と相いれないという点に存在する。とくに、ビンディングの規範論は、法益若しくは法益の侵害をめぐる議論し、義務違反の思想を一般的犯罪論の背後の部屋へと追いやる刑法理論には適合しない。理念史的に説明されるのは、義務違反の意義をこのように抑制すること及び1960年代以降に有力になってきた以下のような試みによって法益概念の評価を引き上げることである。すなわち、もはや個人に法的義務及び道徳的義務を拘束することを刑法理論的及び刑事政策的確信の中心に移すのではなく⁷⁵⁾、個人それ自身及びその法益をその中心へと移すという試みである⁷⁶⁾。したがって、視点は、もはや第一次的には行為者及びその義務違反ではなく、被害者及びその法益侵害に向けられている。これにあてはまるのは、通説が義務違反を過失犯及び不真正不作为犯においてのみよりはっきりと強調するのに対して、故意の作為犯の検討において比較的隠された形でのみ——客観的帰属の部分要素として——現れることである⁷⁷⁾。義務違反の要素のこのようなあまり一貫していない取り扱い、体系的・包括的な一般的犯罪論の構築の障害になるということは、この際に、たいていの場合、無視されている⁷⁸⁾。なぜなら、刑法学は、価値論的な閉鎖性という目的よりも、現在用いられている理論構成の教育的な効用に大きな意義を付与しているからである。この点でも、ビンディングとは、根本的な刑法学理論的（strafrechtswissenschaftstheoretisch）相違が存在する。

最後に、ビンディングの規範論と、犯罪論への規範論の展開は、不法と責任の区別、若しくはいわゆる責任なき不法の承認と調和しない⁷⁹⁾。したがって、ここ最近に至る

75) 個人への義務的拘束をよりはっきりと強調するものとして、*Jescheck*, *Recht und Staat*, Heft 198/199 (1957), S. 8.

76) これについての詳細は *Jakobs*, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012; *Kubiciel*, in: *Löhnig u. a. (Hrsg.), Reform und Revolte*, 2012, S. 217 ff.

77) 特徴的であるのは、*Roxin*, *Strafrecht AT*, Bd. 1 (Fn. 4), § 11 Rn. 65 が客観的帰属論の叙述において、法的に承認されていない危険の創出を強調するのではなく、例外事例、すなわち許された危険創出の諸事例のみを強調していることである。

78) これに対して、*Pawlik*, *Unrecht* (Fn. 5), S. 157 ff.を見よ。

79) 広範囲なさらなる文献参照を伴う規範論的な検討に基づいて、責任なき不法の「不可能性 (Unmöglichkeit)」について論じるものとして、*Rostalski*, in: *■*

までペンディングをより強く継受することを阻害してきた、刑法理論及び犯罪論上のこの種の大小の理由は、彼の規範論の基礎的な弱点ではないのである。とりわけ、刑法学がペンディングの行為規範と制裁規範の区別を、刑法批判的・リベラルな潮流とともに、そして通説的な犯罪論的基本確信との軋轢なしに、つまり刑事政策の領域で、より正確には犯罪構成要件の憲法上の検証において可能である場面で、役立てる点にこのことは示される。

1. 刑事政策

広く普及している見解によれば、行為規範と制裁規範の区別は、犯罪構成要件の憲法上の検証にとって「全く放棄できるものではないにしても、有益」である。なぜなら、この区別が初めて犯罪構成要件の様々な種類の介入及び介入の程度を示すからである⁸⁰⁾。たとえば、ラゴドニー (Lagodny) は、教授資格請求論文『基本権の制約に直面する刑法』において、行為規定と制裁規定を区別した⁸¹⁾。ラゴドニーは、「規範」という概念を、慎重に回避しているが、その区別は「実質的には」ペンディングにさかのぼらなければならないことを認めている⁸²⁾。この区別から出発して、彼は、犯罪構成要件の正当化が二種類のことを必要とすることを強調している。第一に、行為規定の憲法上の正当化が必要不可欠である、とされる。なぜなら、この行為規定は基本法上保障されている個人の自由を制約するものであるからである、というのである。第二に、特殊な刑法上の法効果、すなわち基本法の自由に介入するだけでなく、一般的な人格権に介入する処罰の憲法上の正当化も必要不可欠である、とされる⁸³⁾。別の論者は、——細部では異なるが——以上と同様のことを述べており⁸⁴⁾、部分的に、はっきりとペンディングに関連付けている⁸⁵⁾。

↘Schneider/Wagner (Fn. 2), S. 105 ff.——不法と責任の区別に固執するものとして、*Greco*, GA 2009, 636 ff.

80) *Burghardt*, in: Schneider/Wagner (Fn. 2), S. 59 参照。

81) *Lagodny*, *Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 6 ff, 55 ff, 137 ff.

82) *Ebd.*, S. 81.

83) *Ebd.*, S. 6, 72 ff. 類似の見解として、*Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 559 ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 351 ff.

84) *Appel* (Fn. 83); *Gaede*, *Der Steuerbetrug*, 2016, S. 305 f.

85) *Appel* (Fn. 83), S. 79 f.; *Kaspar* (Fn. 83), S. 363 f.

たとえ行為規範がまずもって対自的に、そして制裁に着目することなしに、「適切な主張として」正当化されうるとしても⁸⁶⁾、行為規範と制裁規範の分析的な区別は、単にそれぞれ関連する基本権の保障を細分化することよりも、多くのことを可能にする。たとえば、一方で、犯罪化される行為がそもそも「基礎づけ可能な法的な行為規範に対して」違反しているかどうかを検証されうる⁸⁷⁾。そして、それは、たとえば刑法217条において、適切な根拠を持って疑われている。他方で、規範論的な区別は、犯罪化が、「刑罰の投入の適切性」⁸⁸⁾を根拠づけうる追加的な正当化を要求するという洞察を可能にする。この区別が、連邦憲法裁判所が近親相姦判決で行ったように、平準化される場合には⁸⁹⁾、正当化問題は、未解決のままである。

それにもかかわらず、立法者が行為規範の創出も制裁規範の創出も正当化し、この際に様々な基本権の標準を考慮しなければならないという洞察は、単に、憲法上の枠組みを露出させるだけである。これに対して、それぞれの規範が基本法の制約に直面して存在することになり得るかどうかという決定的な問いは、未解決のままである。しかしながら、この問いについての回答は、憲法においても、ましてや法理論においても見出すことはできない。なぜなら、当該基本権と保護利益の間の衡量は、憲法と規範論が提供することができない、様々な由来をもつ実質的な判断基準の導入に依拠しているからである⁹⁰⁾。

V. 結 論

ビンディングの規範論の最も大きな説明ポテンシャルは、刑事政策のフィールドにあるのではなく、一般的犯罪論のフィールドにある。ビンディングの理論に接近することが法理論的かつ刑法理論的な必然的根拠の妨げになっていなかったにもかかわらず、このポテンシャルを刑法学はこれまでわずかな程度しか利用してこなかった。反対に、ビ

86) *Jakobs* (Fn. 42), S. 10.

87) このように述べるものとして、*Frisch*, NStZ 2016, 16 f.; *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 123 ff.

88) *Frisch*, in: FS für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 69, 85 ff.; *Kudlich*, JZ 2003, 127, 129.

89) BVerfGE 120, 224, 238 ff. その他の諸事例について、BVerfGE 71, 206, 214 ff. を参照している *Gaede* (Fn. 84), S. 307 も見よ。

90) これに関して、*Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13 ff.; *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 123 ff.

ンディングとともに、行為規範違反が可罰性の基本条件であるということが承認される場合には、このことは、不法と責任の関係に対する問いと同様に、個別的な問いについての回答のみを可能にするわけではない。犯罪論体系の定立を目的にする一般的犯罪論の再構成にとっての基礎も可視化されうるのであろう。このような意図に対して、ビンディングは、たとえその成果が、ビンディングが『規範とその違反』という簡素な書名の彼の偉大な著作において後世にゆだねていたものとは別のものであったとしても、そのリスペクト自体を拒絶しないであろう。