

# ビンディングの刑法理論（8）

飯島 暢・川口浩一（監訳）

山下裕樹（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、73巻4号）
- 8 刑法学に対するビンディングの影響（以上、本号）
- 9 今日の刑法学におけるビンディングの意義
- 10 ビンディングの刑法各論

## 8 刑法学に対するビンディングの影響

フラウケ・ロスタルスキー（山下裕樹訳）「刑法学へのカール・ビンディングの影響」

良いワインは、それを完全に熟成させるために、時として数十年の間寝かせなければならぬ。カール・ビンディングの規範論の受容に目を向ける場合、それは同じような状況だとの印象が思い浮かばざるをえない。とりわけその完結性（Geschlossenheit）を根拠に印象的な思考モデル、すなわちビンディングが100年以上も前にその刑法解釈論の出発点に関して選択したモデルは、確かに、いかなる時も全体として忘れられたことはない。それにもかかわらず、多くの支持者が居なかったことやそれに寄せられた——一部では厳しい——批判が、規範論に一定の深い眠りをもたらしたのであり、それは過去数十年の解放の試みによって初めて、次第にその深い眠りから目覚めたのであ

る<sup>1)</sup>。しかし、偉大な思想がそうであるように、時間も貯蔵条件もその思想を損なうことはできない。そのため、今日の規範論が経験しているルネサンスは、結局のところ、極めて僅かな者のみを驚かすものなのかもしれない。本論文の焦点は、このような展開によるものである。ペンディングの刑法学への影響を探るとい目標を立てた者は、直接に各々の重要点の設定という課題に直面する——この法学者の仕事はあまりに包括的なので、その任務の最終的な実現は、可能性の領域の中で接近的なやり方でのみ行なわれる。ある読者や他の読者の失望は、この背景の下では避けることはできない。ペンディングの規範論を中核に据え、その傍らでのみ彼の理論の他の対象に専念するというアプローチは、すでに批判を浴びている。この点について、これまで全てが語られていないのであれば、あまり知られていないことに集中的に取り組むことに価値はないのであろうか？ この問い立ては、それを否定することを意味する。ペンディングの規範論に今日の規範論の観点から詳細に取り組むことは、一方で、我々が今日議論していることの多くにペンディングがすでに（良い）答えを見出していたという認識へと促す。この答えを知ることは、望ましい思想上の近道を可能にし、この近道が我々を新たなものへとより早くもたらしうる。これと並んで、ペンディングの規範論に取り組むことは、我々がすでに彼の遺産をどの程度超えていたのかを明らかにする。まさにペンディングの理論のかの修正および更なる展開は、特別な程度で討議の、つまり——ペンディングによってのみ評価されたわけではない——「実質的な (sachlich)」論敵との討議のきっかけとなるのである。すなわち、「(……) たとえその者が彼のものに関する私の確信を犠牲にすることを強制しようとも、実質的な論敵から私は学ぶことができ、常に楽しみにしているのである」<sup>2)</sup>。以下の刑法学に対するペンディングの規範論的な遺産へ

1) 本質的にペンディングの理論に従っているものとして、例えば、*Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1964, S. 115 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl. 1987, § 19 Rn. 23 ff.; *Hellmuth Mayer*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S. 41 m. Fn. 1; *M. E. Mayer*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 235 f.; *Nagler*, in: FS für Karl Binding, Band 2, 1911, S. 275 ff.; *Oetker*, ZStW 17, 493 ff.; 最近では例えば、*Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 5 ff., 12 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Nachdruck der 1. Aufl. 2012, S. 70 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 54 ff.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, Abschnitt B. I. 1 (未公刊：同書はすでに2019年に公開されている [訳者注])。

2) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 3. Aufl. 1916, Vorwort ↗

の取り組みは、この背景から再受容として、あるいは、かの望ましい討議の継受として理解される。その場合、ビンディングのように、我々は良い気象状況を期待している。なぜなら、「学問的な争いも、誠実なものであるべきであり、太陽と風をバランス良く分け与えることを要求するからである」。そのための条件は、今日では、かつてよりも好ましいものとなっているように思えるのである。

### I. ビンディングの規範論の討議に方向づけられた叙述

ビンディングの規範論の始まりには、他の論者において数多く見出されうる「誤り」<sup>3)</sup>、つまり犯罪者は刑罰法規に違反したという想定への洞察がある。ビンディングは、この思考方法を、次のように述べて明らかにすることによって修正した。すなわち、

「犯罪者は自らが判決を受ける刑罰法規に違反しているということは（……）全く見当違いであり、むしろ常に、その者が処罰されうるためには、この法規の最初の部分に適う形で、それと一致する形で行為していなければならないのである。」<sup>4)</sup>

そのため、犯罪者は刑罰法規の要件を充足している——例えば放殺を理由に処罰される者は、他者を殺したのであればならず、この方法で刑罰法規に適って行為したのであればならない。このことは、刑罰法規とは本質的に区別される規則に関する第2のグループ、つまり規範の発見である。後者は、行為者が違反する法的命題を形成する。この場合、命令（Gebote）および禁止が重要であり、それらは個々人に対する拘束力のある命令（Befehle）を定式化し、刑罰法規に先立つものである<sup>5)</sup>。規範と刑罰法規は、ビンディングによれば、異なる目的を追求している。処罰の目的が応報理論に見出されうるとされる一方で<sup>6)</sup>、規範の目的は予防にあるとされている。すなわち、「法は、

---

↘(S. IX). 以下の引用についてもそこを見よ。

3) 近年、*Herzberg*, GA 2016, 737, 753 が、この点について、その立場の内在的な矛盾を明らかにする適切な例を提供している。この場合、出発点は、歩行者が突然車の前に飛び出してきた後、この歩行者に怪我を負わせた自動車運転手の事案である。過失の観点で、ヘルツベルクは以下のように述べている。すなわち、「この自動車運転手は刑法222条に違反しうる。この規定は、その要件を充足するあらゆる態度を禁止している」。この場合、ある同一の規定（刑罰法規）は、同時に充足されえず、違反されえないということが見落とされている。

4) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 4.

5) 同書 S. 44 f.

6) 同書 S. 416 ff. しかし、応報の目的を誤解するという危険を理由に、ビンディン

その禁止の結果として、禁じられた行為が可能な限り広い範囲で将来起こらないこと、命令された行為が同じような範囲で行なわれるべきことを望んでいるのである<sup>7)</sup>。その限りで、規範は法益保護プログラムを追求している。例えば、殺害の禁止は、法益としての人の生命の保護に向けられているのである。

そのため、規範論の中核的理念は、刑法において、規則は2つの異なるグループの間で、すなわち規範と刑罰法規に区別されなければならないという基本的言明に帰しうる。処罰がなされる前に、刑罰法規から独立した規範への違反が必要なのである。この基本的に全く単純な考慮は刑法解釈学全体に対する重大な含意を示しているが、それは、犯罪カテゴリー、その相互的な関係および名宛人の問題において、もっぱら例示的に挙げられているにすぎない。それと同時に現れる爆発力が、すでにビンディングに、適切にも、彼の規範論に対する明確な批判を考慮させていたのである。しかし、それは何に基づいて実質的に支えられていたのか、そして実質的に支えられているのであろうか？<sup>8)</sup>

### 1. 刑法の前に位置づけられる規範の独自性に対する批判

規範論は、過去および今日に至るまで批判にさらされており、それは、刑法の前に位置づけられ、そのために独自の規範が存在するという想定に対して、様々な方法で向けられている。その際、この批判は、本質的には2つの観点に焦点を当てるものである<sup>9)</sup>。

ンギは、「より好んで、犯罪者を法的強制の下に屈させることによる法的支配の確証について」言及している（同書、S. 420 [強調は原典による]）。全体についての詳細は、ders., *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. 1, 1915, S. 71 ff., 75 f. さらに、ビンディングの刑罰論について、*Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 228 ff. を参照。

7) *Binding, Normen*, Bd. 1 (Fn. 2), S. 51.

8) 以下でのビンディングの規範論に対して向けられた批判への取り組みは、完結する形で叙述するものではなく、むしろ重要な点を設定するものであり、各批判の重点に向けられている。ビンディングの責任論に対する批判および反論について、さらなる叙述が見られるのは、*Kaufmann, Lebendiges und Totes* (Fn. 6). 特に、S. 186 ff. を見よ。

9) この箇所では、規範の原則的な法的有効性の問題をこれ以上深めることはしない。実際、この問題は、ビンディングの批判者達の側でも、結論において、たいいていの場合争われていない。これに関して、包括的な叙述は、*Kaufmann, Lebendiges und Totes* (Fn. 6), S. 41 ff. を見よ。それにもかかわらず、*Hoyer, Strafrechtsdogmatik* ↗

a) 記述された規範の必要性という（実証主義的な）異議

一つには、少なくともあらゆる規範が独自に実定法的に規範化されているわけではないということは、刑罰法規の従属性と対立するとされる。むしろ、いかなる規定からも読み取ることができず、刑罰法規からしか導き出されえない規範は存在するとされる。この場合、対応する諸規定は独自のものではなく、明らかに刑罰法規の存在に依存しているとされる。明確にこの批判は、最近では、ヘルツベルクにおいて見受けられる<sup>10)</sup>。それによれば、例えば、殺人の禁止は法規定に実体的に規範化されておらず、ただし「間接的に」基本法2条2項および民法823条1項から導き出されうるとされる。そのため、他人の生命をなきものにするこの禁止を刑法211条および212条から取り出さないことは、ヘルツベルクによれば、規範論の維持のために支払われなければならない「高い代償」なのである。刑法は、「第一に、刑法外のルールに優位性は認められず、第二に、このルールはさらに端的に欠落しているがゆえに、（……）この刑法外のルールの『従属性』に向かつては」ならならぬとされる。後者の理由に当てはまるのは、例えば、刑法201条、253条、138条、323条cの場合である。ヘルツベルクは、不慮の事故等の場合に救助するという命令は、刑法323条cを除けば、どこにも「記述されて」いないということを前提とするために、彼は——これに基づいて首尾一貫した形で——当該の規定が削除された場合、「救助することは倫理的な義務でしかないであろう」とする。ヘルツベルクにとっては、「『実証主義的な』基礎を欠き、その根源が『なお蒸留されるべき』原初的な規範秩序である法的義務は、（……）純粋な規範論が負うべき「フィクション」なのである<sup>11)</sup>。彼の主張をまとめるとすれば、以下のとおりである。規範論が規範を「いかなる場所においても法律によって根拠づけようとしなさい」がために、

↘ nach Armin Kaufmann, 1997, S. 45 ff. は、義務の要素（＝ビンディングの意味における「規範」）を、いずれにせよ「機能を失った装飾」と呼んでいる。この場合、背景は、ホイヤーが法益保護はもっぱら刑罰威嚇と刑罰賦課の予防的作用を通じて達成することができると述べていたところにある。しかしこの場合、ホイヤーは、（特に憲法的な）対応する予防的刑罰目的が維持できないことを見落としている。そのため、ホイヤーの法益保護へと指示された「真理論的刑法（alethisches Strafrecht）」は、それ自身で、法的な行為規範なしにやっていくことはできないのである。予防的刑罰論への批判に関して、詳しくは、Rostalski, Tatbegriff (Fn. 1), Abschnitt B. I. 4. を見よ。

10) Herzberg, GA 2016, 737 ff. さらに、すでに、Wach, Der Gerichtssaal XXV (1873), 432, 437 f., 440, 443.

11) Herzberg, GA 2016, 737, 751. フロイントの引用に関しての叙述である。

規範が「法と道徳の間で掴み所なく宙に浮いた」ままとまっているのである。

しかし、すでにビンディングは、上述した異議に対する反論を展開していた。この場合、その論拠は、規範および刑罰法規を用いて追求されるのとは異なる目的と関係している。

「そもそも規範がその目的を通じて独自のものとなる法命題であるならば、それが現にあることがその違反に対する制裁からのみ導き出される場合にも、それはそのままあり続けるであろう。認識の源泉は、法命題の独自性という問題に対しては無関係でなければならないのである。」<sup>12)</sup>

ビンディングの立場は、——実質的には適切な——規範と刑罰法規の目的の厳格な分離を背景として、十分な意味がある。ただしそれは、刑罰法規にも規範忠誠への動機づけという目的を見出し、それによって予防的な要素を見出す者を、直ちに納得させることはできない。例えばヘルツベルクは、その法的な質に基づいて、規範には確かに一定の範囲において行為を動機づける作用が与えられると述べる。「しかし、違法な行為によって誰も痛い思いをしないところでは、その作用はかなり広範囲に弱まるのである」<sup>13)</sup>。例えば、道路交通法3条による運転免許証の単なる剥奪が挙げられている。

「おそらくそれ自体だけでは、何人に対しても（……）ハンドルを握り、道路交通をその者が関わることによって危殆化することを妨げることはない。規則を無視した場合について自由刑および罰金刑の制裁を伴う道路交通法21条1項1号の制裁規範によって初めて有効に威嚇され、実際に道路交通の安全という法益が守られるのである。」

それにもかかわらず、ビンディングは正しさを保っている。刑罰法規あるいはそこに含まれている法的効果、つまり刑罰という命令の目的としての威嚇は、たとえ様々な者がそこに刑罰法規の「主要な意義」を見出していたとしても、正当な刑罰目的を意味しないのである<sup>14)</sup>。対応する考慮は、自由的に構成された基本秩序の人間像とは一致し

12) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 86.

13) *Herzberg*, GA 2016, 737, 744. 後に続く引用についてもそこを見よ。

14) 引用については、同論文744頁を見よ。さらに、威嚇予防については、*v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Mittermaier (Hrsg.), 2. Neudruck der 14. Aufl. 1847, 1986, §§ 13 ff.; *Fichte*, ↗

えない<sup>15)</sup>。この基本秩序は、その市民を、理性的能力のある人格と見なしているのであり、彼らの動機づけのためにはその洞察に訴えかけるべきなのであって、恐怖の感情に訴えるべきではないのである。理性的な者は、あらゆる個人が、そのため彼自身が、共通の法的な規範を守るという社会的な状態に優位性があること認識している<sup>16)</sup>。平穏な共同生活の保持という関心には、例えば、他者の生命や身体の完全性を尊重することや、そのためにこれらを侵害しないことがある。同様に、運転免許なしで運転者として道路交通に関与することの禁止に対しては、理性的能力のある者を規範遵守へと向かわせる理由が見出されうる。考えられうるのは、例えば、運転免許を剥奪された者らは、他の交通関与者の財および利益に対して危険なものとして位置づけられるという事実である。他者を危殆化しないために、対応する態度から距離を置くことには十分な意味がある——つまり、処罰への恐怖は、この洞察に鑑みて必要ではないのである。この場合、かの恐怖が、様々な者をそれ自体で事実上法忠誠に動機づけていることは否定できないであろう。しかしながら、刑罰の正当な目的はそこに見出されえず、個人が許容できない形で「物権の対象に混同される」<sup>17)</sup>ことになるのであり、それは「まるで犬に対して棒を振り上げるように」<sup>18)</sup>個人を取り扱うことによってなされるのである。

---

↘ Sämtliche Werke, Dritter Band, Zweite Abtheilung, 1924, S. 262 (この考えを、社会および個人にも適用している); *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, S. 354 ff. *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann (Fn. 9), S. 59 f. もこの方向にある。予防的刑罰論に対する批判について、包括的なものとして、*Rostalski*, Tatbegriff (Fn. 1), Abschnitt B. I. 4. およびそこに挙げられている参考文献を見よ。

15) 人間像については、*Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 28 (79. EL 2016) を見よ。

16) 国家論の契約論的な基礎については、*Hobbes*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates, Fetscher (Hrsg.), 1966, S. 95 f., 131 ff.; *Hume*, Of the Original Contract, in: Social Contract, Essays by Locke, Hume and Rousseau, Barker (Hrsg.), London/Oxford/New York, 1960, S. 207, 211 f.; *Rousseau*, in: Social Contract, Essays by Locke, Hume and Rousseau, S. 237, 244 ff., 254 ff., 262 ff., 277 ff.; *Feuerbach*, Lehrbuch (Fn. 14), § 8; *Kant*, Metaphysik der Sitten, Weischedel (Hrsg.), 2. Aufl. 1956, S. 157 f.; *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1984, S. 199 ff.; *Rostalski*, RW 2015, 1, 12; *dies.*, Tatbegriff (Fn. 1), Abschnitt B. I. 1. を見よ。

17) *Kant*, Metaphysik (Fn. 16), S. 197.

18) 引用については、*Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Moldenhauer u. a. (Hrsg.), 1970, ↗

したがって、規範と刑罰法規の目的の並行性は——ペンディングがすでに適切にも認識していたように——認められえない。規範のみが、法的に許されない法益侵害の回避に資するのである。そのため、この場合、この理由から、両方のカテゴリーにおいては、単に異なっていることが重要なわけではなく、独自性が重要であり続ける。これと並んで、記述された規範が（一応は）必要だという実証主義的に動機づけられた異議を考慮すると、次のようなことになる。すなわち、ヘルツベルクが、彼によって挙げられた例は実体法的な規範化を刑罰法規それ自体の外側では見出さなかったということ述べている場合には、彼は批判されるべきである。殺害の禁止に関するように、ヘルツベルクによって挙げられたその他の条文についても、基本法の中に規定が見出されうる<sup>19)</sup>。刑法201条（言葉の内密性 [Vertraulichkeit] の侵害)については私的領域に対する権利が着目されうるのであり、したがって、基礎をなしている規範は、実体法的に、基本法2条1項および1条1項による一般的人格権の中に根付いているのである<sup>20)</sup>。刑法253条（恐喝）は、刑罰法規と関係づけられた規範を考慮すると、基本法14条1項あるいは基本法2条1項に対応するものを見出している<sup>21)</sup>。加えて、より大きな困難をもたらさないのは、刑法138条（計画された犯罪行為の不告知）および刑法323条c（不救助）

---

↘ Zusatz zu § 99 を見よ。さらに、*Mohr*, in: Siep (Hrsg.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2. Aufl. 2005, S. 95, 112 を参照。そこでは、「脅しは、人間の動物学的で心理学的に決定可能な側面という不自由さに向けられる。しかしこのことは、人間を本質的に際立たせるもの、つまり自由な意思（……）を完全に無視している。」と述べられている。

19) 基本権からの導出が「間接的な形でのみ」なされることは、例えば殺害の禁止のような規範の実体法上の定着に対する批判としては評価されえない。*Herzberg*, GA 2016, 737, 753 自身は、過失の規定化について、民法276条の規定で十分だとしている——このことは、「社会生活上必要な注意をしないこと」が、広範に、その都度の個々のケースで生じる解釈の困難さを伴って規範の名宛人にもみ委ねられているという事実を無視している。このことから、明確性の原則違反であることを根拠に過失構成要件が憲法違反とはならないことについては、*Rostalski*, RphZ 2018, 157 を見よ。

20) *Heuchemer*, in: Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, § 201 Rn. 1 (Stand: 01.12.2016).

21) 基本法14条の所有の自由が財産保護を含むか否かは争われている。しかし、これを BVerfG NJW 1997, 1975 を用いて否定する者は、いずれにせよ、基本法2条1項によって財産に原則的な保護を保証しなければならない。全体および更なる参考文献については、*Axer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar GG*, Art. 14 Rn. 55 (Stand: 01.03.2015) を見よ。



である。両者については、生命や身体の完全性のような憲法上保護された利益（基本法2条2項）が関連づけられるのであり、それはそれぞれの規範の違反を通じて侵害されるのである。

しかし、それとは無関係に、規範の独自の性格に関して事情は何ら異ならず、それらの規範のいずれについても実体法的な規定化を見出すことには、一度たりとも成功しないとされる。そのような規定化は常に必要だとの立場の背後には、実際上特に問題のある法理解が存在している。そのため、立法者は実体法的に固定化することを怠っているという限りで、例えば殺害の禁止は法的な妥当性を示さないということは、真剣に説得できるものではない。そのような解釈に対しては、ビンディングも反論している。

「(……) 例えば、殺害に反対する刑罰法規の改正が行われるならば、それが1871年1月1日に北ドイツでもたらされたように、殺害の禁止を1870年12月31日に消滅させ、次の日に復活させることは立法者にとって全く意味がない。この規範を揺さぶることや、これをごく僅かな時間だけでも廃止するという考えを、立法者は全く考慮に値しないことだとみなしているのである。」<sup>22)</sup>

法を記述された規定に縮減することは、現行の法状況の批判的な評価を許さない危険な立場として示される。その限りでまた、規範論に対するそうした批判は拒否されるべきなのである。

#### b) 強制行為の法的効果への依存に基づいて規範に独自性が欠けるという批判

ビンディングの規範論を過去に攻撃していたのは、特にケルゼンである。ケルゼンの批判は、その見解によれば、再び、規範の法的性質は国家的な強制活動との関係に依存するという事情からもたらされる、規範の独自性の欠如に向けられている<sup>23)</sup>。法規範としての適格性は、ケルゼンによれば、「反対の行為があるという条件の下、結果としての強制活動が生じなければならない」ということを要件とする<sup>24)</sup>。これに基づくと、

22) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 86. この言明は、すでに *Kaufmann, Lebendiges und Totes* (Fn. 6), S. 273 ff. においても詳細に説明されていた、ビンディングが厳格な実証主義を教示しているという命題の相対化を確認するものである。

23) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Jestaedt (Hrsg.), 2008, S. 37 ff. この見解のその他の主張者については、*Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff (Fn. 1), S. 57 の Fn. 27 における参考文献のみを見よ。

24) *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 23), S. 42.

ビンディングの規範は、規範の独自性が刑罰法規により主張される限りにおいて、法という規則ではありえない。刑罰法規のみが強制活動の適用を規範違反の場合に予定しているがゆえに、規範は、その妥当性において、刑罰法規とそれに基づく強制行為に左右される——刑罰法規およびそこに予定されている国家的な実行使なしには、規範はその法的拘束性を欠くのである。

最近の文献においても、ケルゼンの立場と類似の主張が見受けられる。そのような主張として挙げられるのは、例えば、規範は、その「刑罰法規の場合には刑法的な制裁の中にある（……）基本権の担い手によって予見された違反行為の帰結」を伴う「不可分の統一性」に基づいてのみ、個々人の自由権への介入という性質が与えられるというカスパーの想定である<sup>25)</sup>。禁止あるいは命令は、それ自体介入ではないとされる。というのも、それらはその都度の行為を「完全にあるいは部分的に不可能にしない」からである<sup>26)</sup>。しかし、当事者はその後の制裁の危険にさらされており、それゆえに、その違反行為の結末に侵害構成的な性質が付与されるとするのである。そのため、その結果、カスパーの立場では、刑罰法規の中に含まれている刑罰という形態の法的帰結に、規範は依存しているということになる。制裁の可能性のない規範に個人の自由権への介入としての性質が付与されない限りで、同時に、規範の独自の拘束的作用およびそれによる法的妥当性が否認される。

すでにビンディングは、この立場に論理矛盾があることを証明していた<sup>27)</sup>。規範論的な前提条件のこのような擁護は、アルミン・カウフマンによってさらに具体化されている<sup>28)</sup>。

「しかし、法命題の妥当性およびその義務づけ作用も、強制に基づくことはできない。というのも、強制から生じるとされる『義務は、それ自身の中に矛盾を抱えているからである。強制は強制をするが、義務づけをしないのである』。『義務は、その違反の結果に基づきえないのである。なぜなら、『不法結果』は常に不法および法を前提とするからである。』

25) *Kasper*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im, Präventionsstrafrecht, 2014, S. 367.

26) 同書 S. 366.

27) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 44.

28) *Kaufmann*, Lebendiges und Totes (Fn. 6), S. 53 は、文字通りヴェルツェルを参照している。

これには、さらに、次のことが付け加えられる。すなわち、カスパーに対しては、事実的および規範的な観点の許容できない混合が認められなければならない。すなわち、ある者が、その者がこの点を法拘束的に表明したのとは違う形で事実上振る舞いえたということは、確かに適切であるが、ただし、法にとっては——ここではそのみが重要なのであるが——全く重要ではない。しかし、これに基づくと、カスパーが基礎に置いている法理解に対する疑念が生じてくる。禁止を「実践的に貫徹できないこと」により、禁止の介入の性質が放棄されるということを認める者は、同時に、その禁止の妥当性をここに依存させているのである。このことからすると、例えば、殺害の禁止は、違反は幾ばくかの確実性との結びつきにおいて罰せられるという前提の下でのみ有効だということになろう。それがもたらす軋轢をカスパー自身は望まないだろうが、このことは、確実に発覚しないままにとどまる殺害は禁止されないであろうということ意味するのである。あるいは、特定の人的グループに対する殺害を事実上罰しない（不法）国家においては、カスパーの構想によれば、この行為も法的に禁止されていないことになろう。このことは、明らかに正しくないが、規範論的には必然的に区別されるべき規定を、許容できない形で混同することに伴って現れる帰結に合致する。そのため、この場合、規範と刑罰法規は、厳格に互いに分離されるべき、それぞれ独自の法的規則のままなのである。

## 2. 名宛人「問題」

ビンディングの規範論に対しては、いかなる名宛人に法的な規範が向けられているのかという「問題」を適切に解決しえないとの批判が早くから向けられていた<sup>29)</sup>。その限りで、ビンディングは、次のような明確な言明を与えている。すなわち、それによれば、規範は、個別化された禁止および命令であり、それは個々人に向けられている。そうであるがゆえに、規範の名宛人は、行為能力のある者のみでありうるとされる。この方法で、ビンディングは、今日もなお広まっている見解、すなわち規範は「抽象的な」規則として理解され、その名宛人は万人（jedermann）であるとする見解<sup>30)</sup>に、明確に反対している。この「問題」は、この場合、一部では、単なる用語法上の問題として位置づけられるとされている。というのは、刑法上の非難にとって、抽象的な規範と生活

29) この叙述については、同書 S. 121 ff. を見よ。

30) Kaufmann, Lebendiges und Totes (Fn. 6), S. 125, 128 ff. もそのように述べる。最近の文献として、例えば、Herzberg, GA 2016, 737, 752.

の現実性が一致しないという単なる事情では十分でないということは争われていないのである。すなわち、あらゆる事案において、むしろ個人の非難可能性という要素が必要であり、そのために、行為にとって重要な具体的状況において、その者に対する義務に違反した者にのみ、刑罰を通じて申し立てられる非難が向けられるのである。ビンディングの規範論の批判者は、これを背景に、個人的な当為あるいは抽象的な規範の具体化を特徴づけるのに役立つ「義務」という追加的なカテゴリーを導入する<sup>31)</sup>。したがって、ビンディングにおいて「規範」という概念の下で理解されるべきことが、他の論者の場合には「義務」として定義づけられたのである<sup>32)</sup>。

ただし、名宛人の問題は、単なる概念の不一致に限られるのではない。むしろ、さらなる構成要素があり、それは今日も刑法学を動かしている。この領域において、ビンディングの遺産は、今まで以上により一層アクチュアルなものとなっている。特に、争

31) *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes* (Fn. 6), S. 128 ff. のみを見よ。

32) *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes* (Fn. 6), S. 130 は批判されるべきである。すなわち、カウフマンは、ビンディングも、そのような（抽象的な）規範と（具体的あるいは個別化された）法義務の間の違いを、いずれにせよ部分的には認めていたとする。この想定をカウフマンは、*Binding*, *Abhandlungen*, Bd. 1 (Fn. 6), S. 414 の次のような言明に基づかせている。すなわち、「かの一身専属的な義務を根拠づける法命題に、私は、規範という短く特徴的な名称を与えた」という言明である。カウフマンは、義務と規範の間の相違が存在するのは、規範が抽象的な規則を含む場合のみだと想定している。そうでない場合には、両者は同義語にすぎないとする。実際に、引用されたビンディングの言明は、規範と義務を同義的に使用するという解釈に親和的なものであるが、しかし、ここに——カウフマンが述べるように——ビンディングの立場の弱点は見出されえない。一つには、この結論は、決して強制的に導き出されるものではない。すなわち、むしろ義務の場合に、規範あるいは法的な命令もしくは禁止を通じて呼びかけられることの帰結が重要だということも考えられる。そのようなものが個々人に向けられている限りで、そこから、特定の行為をする義務が導き出される。このことに基づいて、十分な理由をもって、義務は規範により初めて根拠づけられるということが定式化される。しかし、このことは、規範は抽象的で、義務のみが具体的だとすることを意味しない——反対に、個別化された規範のみが義務を根拠づけうるのである。すなわち、規範が特定の態度への訴えを表明し、一方で、義務はその帰結なのである（ある規範がある者に向けられ、ある義務がある者が有するのである）。したがって、ビンディングは、引用された言明において、彼のその他の理論との矛盾を自ら犯したわけではない。そこに規範と義務の間の相違が設定されている（および同義的な使用がない）ときでさえ、この相違は十分な意味をもたらすのであり、両者のカテゴリーを、抽象的もしくは具体的なものとして異なって位置づけることにはならないのである。

いのある問題の結論に関して重点が徐々にシフトしていることが示されているからである。長い間ほとんど争いのなかった想定、すなわち責任なき不法は考えられうるとの想定である——つまり、不法の存在にとって、その都度の行為の責任能力は重要でないとされるのである<sup>33)</sup>。ただし、すでにビンディングは、その刑法上の不法の理解において、責任なき不法の可能性に反対している<sup>34)</sup>。ビンディングは、不法を規範違反と定義づけている。「規範は、(……) その要求に背くことと同様に、それを充足する能力のある者のみを拘束しうるのである」<sup>35)</sup>。規範の充足は「高度に一身的な服従の義務」に合致し、しかし、その服従はもっぱら行為能力のある者ができることなのだとされている。

「行為能力のある者が規範に違反した場合、その者に責任がなかったとすることはできない。さもなければ、その者は行為能力のあることをやめることになってしまうであろう。すなわち、規範違反的行為は、故意的あるいは過失的でなければならず、有責的な不法のみが存在し、有責でない不法は存在しないのである」<sup>36)</sup>。この場合に、ビンディングは「義務行為をする能力」もしくは犯罪をする能力を、「自らの行為を規範との関係で認識し、規範と一致させて維持する能力」だと定義づけている——そのため、現代の責任の理解のライン上にあるのである<sup>37)</sup>。

33) この立場の主張者については、例えば、*Greco*, GA 2009, 636, 636 ff.; *Roxin*, in: FS für Heinrich Henkel, 1974, S. 171, 171 ff.; *Schünemann*, in: ders. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 149, 149 ff.; *Welzel*, JuS 1966, 421, 421 を見よ。

34) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 243 ff. は、「客観的不法」の可能性を民法について排除していない。しかし刑法において、ビンディングは不法を、犯罪および「有責的な規範違反(としての)あらゆる犯罪」と定義した。「客観的不法」に関するビンディングの立場の解釈——他の論者によるものも——について詳細には、*Kaufmann*, Lebendiges und Totes (Fn. 6), S. 145 ff.; *Wach*, Der Gerichtssaal XXV (1873), 432, 446 ff.

35) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 99.

36) 同書 S. 244 (強調は原典による)。

37) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 1. Hälfte, 2. Aufl. 1914, S. 170 (強調は原典による)。他行為への能力としての責任については、*Freund*, AT (Fn. 1), § 4 Rn. 1 ff.; *ders.*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 137, 237 ff.; *Frisch*, in: FS für Heinz Müller-Dietz, 2001, S. 237, 239 ff., 249 およびそこの参考文献; *ders.*, ZStW 99 (1987), 349, 382 f.; *Hörnle*, in: Frisch u. a. (Hrsg.), Tatproportionalität. ↗

実際、反対の見解は、個々人の本来的な行為の評価にとって重要でない要素を自らの中に受け入れる不法理解に、いかなるより深い意味があるのかという問題に直面せざるをえない。そのため、規範を抽象的に定義づけることは、概念上確実に排除されるわけではない。ただし、確実なことは、追加的なカテゴリー——「義務」や「義務づけ」あるいは似たような形で名付けられているであろうもの——なしには、刑法上重要な不法を確定することはできないということである。刑法において重要なのは、人格に、その個人的な誤った態度について責任を負わせるということである。その者に、刑罰を通じて、法的に誤った行為をしたという非難が与えられるのである。しかし、子どもや精神障害者や寝ている者のように、態度の要求を知覚できず、あるいはそれに即して行為することのできない者は、極めて重要な意味において、誤って行為しえない。そうした者は、何らかの種類の禁止あるいは命令を通じて対応可能でないのである。全くそれらを聞くことのできない者に規範忠誠を要求することは、非合理であり、愚かな行いとしてのみ表示されるであろう。すなわち、そのような「規範のアピール」は次第に弱まっていき、それを向けられている者に対して義務づける作用を展開しえないのである。ペンディングの理論に起因する、かの認識は、刑法学において、ますます貫徹されている<sup>38)</sup>。責任なき不法という構成に批判的な立場に立つ者の数が次第に増えている中心

---

<sup>38)</sup> Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Buchenbach-Symposium 1999, 2003, S. 99, 124 ff.; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 87; MünchKommStGB/Radtke, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 38 ff. Rn. 17; Timm, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 152 を見よ。——異なる責任の理解およびそれに対応する批判について、すでに詳細なものとして、Timm, a. a. O., S. 179 ff.  
 38) 犯罪者は規範の名宛人として適格のある者でなければならないという点については、すでに、Freund, AT (Fn. 1), § 4 Rn. 20a; Frisch, in: Wolter u. a. (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 135, 162; ders., GA 2015, 65, 79; Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 43 f.; ders., in: FS für Haruo Nishihara, 1998, S. 105, 107, 111; ders., in: FS für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 949, 956 (「コミュニケーションの関与者」); ders., GA 1996, 253, 253 ff.; Lesch, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 272; Mir Puig, ZStW 108 (1996), 759, 761; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 278; ders., in: FS für Harro Otto, 2007, S. 133, 147, 149; Renzikowski, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115, 135 を見よ。Hörnle, in: FS für Bernd Schünemann, 2014, S. 93, 105 もこの方向にあり、不法非難は、行為者が行為時点において、「行為の要求に関する意味のあるコミュニケーションに関与」できた場合にのみ可能だとみなしている。

的な原因は、他の理由と並んでその認識にある<sup>39)</sup>。

特に、責任に左右されない不法という考えは、可罰的な関与について、単に故意による違法な——しかし有責的でない——正犯行為が必要だとする刑法26条および27条の共犯規定を参照することによって根拠づけられうるのではない<sup>40)</sup>。正犯および共犯の可罰性についてその都度必要な基準は一致していない<sup>41)</sup>。特に、共犯の可罰性に関する特別な正当化根拠がこの点に反対することになる。正犯に対するのとは異なり、教唆者あるいは幫助者に対しては、原則的に、他者の行為を唆す、あるいは促進するという形での間接的な法益への攻撃が非難される<sup>42)</sup>。ここに、共犯の独自の行為規範違反が存在しており、その結果の実情が正犯の行為の中に見られうるのである。このことに基づいて、正犯行為の要求という法律上なされた制限も正当化されるのである。共犯による間接的な法益への攻撃の禁止は、唆されたあるいは促進された行為それ自体が可罰的な行為の要求を満たしていない場合であっても正当化されうる。共犯の行為規範違反は、すでに、この要件がなくとも十分な重大性を示しているのであり、その結果、問題となっている規範並びに刑罰という形での違反に対する国家的な応答は正当化されうるのである<sup>43)</sup>。

同様に、保安改善処分が責任なき行為者に対して科せられるという状況から、不法と

39) この文脈で交わされた論拠の包括的な検討については、*Rostalski*, Tatbegriff (Fn. 1), Abschnitt B. V. 1. c., 並びに *Pawlik*, Unrecht des Bürgers (Fn. 38), S. 259 ff., およびそれぞれの多数の参考文献を見よ。

40) しかし、そのように述べるのは、*Greco*, GA 2009, 636, 639; *Kuhlen*, ZStW 120 (2008), 140, 149; *Roxin*, in: Eser u. a. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I, 1987, S. 229, 238 f.; *Schünemann*, in: Bausteine (Fn. 33), S. 149, 169.

41) 以下のことに関して、すでに、*Freund*, AT (Fn. 1), § 10 Rn. 14 f. を見よ。  
*Lesch*, Verbrechensbegriff (Fn. 38), S. 273 f. も同じ方向にある。

42) 共犯の処罰根拠について詳細には、*Freund*, AT (Fn. 1), § 10 Rn. 2 f. を見よ。この点では、*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 26 Rn. 27 ff. も参照。

43) ここでは、正犯の行為の有責性を共犯の可罰性の要件に格上げする *Pawlik*, Unrecht des Bürgers (Fn. 38), S. 275 f.; *ders.*, in: FS für Harro Otto (Fn. 38), S. 133, 152 とは異なる。責任なく行為する正犯の事案を、パヴリックは、間接正犯に関する規定を通じて捕捉しようとする。しかしこの場合、特に、認識のないまま責任なく行為する直接実行者という状況を考慮すると、処罰の空隙が生じるおそれがある (*Roxin*, AT II [Fn. 42], § 26 Rn. 33 f. のみを参照)。この空隙は当然に生じるとすることは、いずれにせよ、背後者の行為を理由として損害を孕んだ経過が生じたということを背景とすると、直ちに納得のいくものではない。

責任の分離の必要性は生じない。処分法は、他者の法益に対して危険なものとして位置づけられた人格に対して向けられる。そのため、それは、危険防除法の中に位置しており、歴史的な理由からのみ刑法典に規定されているのである<sup>44)</sup>。警察法および刑法は、全く異なる目的設定を示しており<sup>45)</sup>、それゆえ、それらの体系を形作る要素の何らかの混同は、初めから禁止される。そのため、違法性という用語は、それが危険防除法上の処分法において規定されているように、刑法にとって重要でないのである。

さらに、付言すれば、ビンディングの規範論は、依然としてアクチュアルで最も重要な意義を持つその他の名宛人問題への回答を与えているとされる。刑罰法規の名宛人であるのは、ビンディングが「刑罰の権限者」あるいは国家と呼んでいたものである。刑法の場合、権限のある、あるいは「肯定的な」法命題が重要だとされる。

「そのため、肯定的な刑罰法規は、主観的な処罰権、より正確には、刑罰権限者と犯罪者の間の刑法的関係の発生、内容および限界を規定する法命題である。」<sup>46)</sup>

このビンディングの洞察は、規範論の直接的な帰結である<sup>47)</sup>。規範および刑罰法規の名宛人は、その特殊な機能に基づき、必然的に区別されなければならない。刑罰法規が、国家的刑罰への権限付与の根拠として国家に向けられたという事情は、とりわけ、基本法103条2項の法律主義の範囲に対して重大な含意を示していたが、ここでは簡単に示すにとどめる<sup>48)</sup>。基本法103条2項は刑罰法規にのみ関連するがゆえに、それは、

44) そのように解するものとして、また、MünchKommStGB/*Freund* (Fn. 37), Vor §§ 13 ff. Rn. 98 ff.; *ders.*, AT (Fn. 1), § 1 Rn. 24; *ders.*, GA 1995, 4 ff.; *ders.*, GA 2010, 193, 195 m. Fn. 10; *Frisch*, ZStW 94 (1982), 565, 565 ff., 583 ff.; *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976, S. 69; *Müller-Dietz*, ZStW 94 (1982), 599 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 6 Rn. 23; *Renzikowski*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115, 136; *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 37), S. 118 ff.

45) このことは、再び、ビンディングの見解と一致する。これに関しては、なお、後述の B. I. および Fn. 60, 61 を見よ。

46) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 20 (強調は原典による)。

47) 規範論と矛盾するにもかかわらず、同様に国家に対する権限付与の根拠として刑罰法規を位置づけているのは以下のものである。*Alwart*, Recht und Handlung, 1987, S. 148 ff.; *Schmidhäuser*, JZ 1989, 419 ff. さらに、*M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, Einleitung: Vom Wesen der Strafgesetze を見よ。この議論に関しては、*Rostalski*, RphZ 2018, 157 を見よ。

48) 全体につき詳細には、*Rostalski*, RphZ 2018, 157; *dies.*, Tatbegriff (Fn. 1), ↗



いかなる具体的な行為が個々に禁止されており、刑罰でもって威嚇されているのかを各人が予見しうるのでなければならぬというほどに、市民に対する「自由保障機能」を示していないのである<sup>49)</sup>。対応する——実質的に、これなしには立法者に広く過大な要求をする——権利は、正当にも、憲法によって示されていない。すなわち、規範の名宛人にその都度の生活状況において向けられる特別な禁止あるいは命令を定式化することは、(刑事)立法者の任務ではないのである。むしろ、規範形成の場合には、規範の名宛人自身の任務が重要であり、それを規範の名宛人から取り除くことはできないのである。これに対して、明確性の原則は、いかなる行為態様に対して国家的刑罰による応答が許されるのかを、立法者が十分に明確に表現するということを要求する。この通知は、刑罰法規の名宛人に向けられる——つまり国家的な司法機関である。この機関に対して立法者を通じて枠組みが明確に示され、その枠組みの中で、市民の行為への刑罰による応答が許されるのである。その点では、その都度の刑罰法規が、その違反は——場合によっては、追加の制裁の必要性が存在する場合に——刑罰によって処罰されるべきであるところの行為規範の類型を表す限りで、憲法上の明確性原則が適切な方法で考慮されるのである<sup>50)</sup>。このことは、いずれにせよ、法の具体化を通じて、行為規範の正当化に資する理由が探究されうるということを前提とする<sup>51)</sup>。この場合、とりわけ、特別な法益が重要であり、それは、対応する法益危殆化行為の回避を通じて守られるとされる<sup>52)</sup>。ともかく、間接的な形で、法律主義は、これにより、市民に対する自由保障的作用を示しているのである。市民は規範形成にとって重要な正当化根拠を具体的な

↘ Abschnitt B. IV. 2. を見よ。

49) しかしそれが支配的な見解である。BVerfG NJW 2010, 3209, 3210, 並びに *Duttge*, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, S. 147; *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 137; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit* (Fn. 25), S. 267 f.; *Schmidt-ABmann*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 178 ff. (75. EL 2015); *Schmitz*, in: *FS für Erich Samson*, 2010, S. 181, 183 f. のみを見よ。

50) *Freund*, in: *FS für Dieter Rössner*, 2015, S. 579, 584.

51) 刑罰法規の解釈の方法につき、*Schmidhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, *Studienbuch*, 2. Aufl. 1984, 3/30 ff. を見よ。解釈という方法において、立法者がいかなる法益をその都度の刑罰法規により捉えられる行為規範に関する保護の利益として見ているのかが明らかにされえないならば、その理由は通常、論理への違反が残された不明確性の中にあつてよいとされる。*Schmidhäuser*, a. a. O., 3/25.

52) 全体につき詳細には、*Rostalski*, *RphZ* 2018, 157 を見よ。

生活状況において認識できるとされる限りにおいて、事物に即して構想された制裁規範において、この正当化根拠に合わせて作られた抽象的な可罰性の命令、それに伴って、自己のケースへの刑罰威嚇が正しいことも広く認識できるのである。それによって、次のことが示される。すなわち、ビンディングの規範論は、その回答が今日の刑法学においても依然として争われている刑法にとって重要な二つの名宛人問題を、即座に解決するのである。それによれば、各人が（行為）規範の名宛人なのではなく、個別化された行為能力のある人格のみが規範の名宛人なのであり、一方で、刑罰法規は国家的な司法機関に向けられているのである。

## II. 刑法学に対するビンディングの遺産の高い価値について

刑法学に対するビンディングの遺産に関し、本稿の関心の中心は、規範論の影響にある。すでに、この理論に対する比較的最近の異議および比較的古い異議への取り組みは、いかなる範囲で規範論的な考えが、今日なお重要な刑法上の問題提起を本質的にふさぎ解決に導くことに適しているのかということへの有意義な洞察をもたらす。その限りで、広範囲におよぶ帰結を特に錯誤の問題に対しても有している不法と責任の関係に関する言明は具体的であった。ビンディングは、我々に規範の名宛人および刑罰法規の名宛人を教え、それにより、同時に、憲法上の法律主義の内容および射程への新たな光を投げかけた。しかし、この場合、刑法学に対して規範論に認められる高い価値について重要とされたのは、僅かな例のみであった。それらは、包括的な原則の表現であり、ビンディングはそれを我々に規範論を通じて提供し、我々はそれをアクチュアルな刑法解釈論上の問題に対して重要な程度において利用できるのである。そのように、規範論は、その全体において、その完結性および首尾一貫性において、他の場所では見出されないような、国家的な行為の正当性を批判的に再検討するための道具を提供する。この観点において、規範論的な刑法学の評価は、その重要性において、評価しすぎるものではありえない。むしろそれは、刑法解釈学の領域全体における作用を有するのであり<sup>53)</sup>、この方法で、刑法解釈学に、広まっている思考モデルおよび刻み込まれた論証のひな形に対する著しく高められた批判的なポテンシャルが与えられるのである。

53) 行為規範と制裁規範の分離あるいは規範と刑罰法規の分離を放棄しようとする理論の帰結については、*Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann* (Fn. 9), S. 82 ff. を見よ。

1. 規範論的に基礎づけられた犯罪概念の批判的ポテンシャル

規範論をその犯罪構造の出発点に選ぶ者は、この犯罪構造に、数多くのその他のコンセプトに対して、行なわれた所為を理由とする有罪判決および対応する刑罰の賦課という形で国家的な介入行為に関する真の修正機能を与える<sup>54)</sup>。犯罪構造は、この要件の下では、一部で一致しないものを緩やかに併存させることを排除する首尾一貫した理論によって保たれるのである。このことは、例えば、刑法における心情の位置価(Stellenwert)を手がかりに示される。すなわち、責任および不法を、結合させる理論的な基礎なく規定する者は、憲法的な背景の下では刑法において与えられていない場所を心情に与えるという危険に対して無力なのである<sup>55)</sup>。まさに、例えば、かの危険は、責任それ自体を(個別の行為の)心情として定義する、あるいは心情要素を理論的な基礎なく「重要なもの」と位置づける犯罪構造において実現される。これに対して、そのような余地は、規範論的に形作られた犯罪概念にはない。すなわち、そこで行為として理解されるべきなのは、責任能力者——すなわち、他行為への能力を備えた人格——により犯された規範違反なのである。個々人の態度の評価にとって、心情は、当事者に対してなされた非難を高める意味で考慮されてはならない。法治国家的な公共体において、人は、妨害的な形で他者の領域に影響を与えない程度で、その自由を行使しうるのである<sup>56)</sup>。しかし、思想やそれ自体特に不快な考え方は、他者を妨害的に侵害することには至らない。その都度の心情が外見上妨害的な振る舞いと重なる場合にも、このことは何ら変更されない。この振る舞いは、不快な態度が欠けること、あるいはそれが追加されることを通じて、別の質を得るのでもない。行為不法の上限は、減輕事由が存在しない規範違反の中に見出されるべきである<sup>57)</sup>。行為者がその自らの格率を社会的な規準格率を超えて設定し、同時にこの事情を相対化する事態が欠けているならば、ここにお

54) 規範論的に基礎づけられた犯罪概念の批判的ポテンシャルは、個々人の(刑)法的な態度の評価のあらゆる段階において示される。全体につき詳細には、Rostalski, Tatbegriff (Fn. 1)を見よ。

55) 刑法における心情の非重要性に関する基礎的なものとして、Timm, Gesinnung und Straftat (Fn. 37)を見よ。

56) Hobbes, Leviathan (Fn. 16), S. 100 f., 136 ff.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 44 ff.; Kersting, Wohlgeordnete Freiheit (Fn. 16), S. 222 ff.; Rousseau, in: Social Contract (Fn. 16), S. 237, 277 f.を参照。さらに、Timm, Gesinnung und Straftat (Fn. 37), S. 82 ff.およびその参考文献を見よ。

57) Timm, Gesinnung und Straftat (Fn. 37), S. 178 ff., 184, 並びに Hörnle, in: FS für Wolfgang Frisch, 2013, S. 653, 658 f.

いて、行為不法として個々人に対して非難されうるものの最大限の程度が見られうるのである<sup>58)</sup>。心情に導かれた行為の一定の事案において、まさにこのことが当てはまっているのは理解できる。しかし、繰り返しではあるが、このことと心情は何ら関係がなく、むしろ行為の根拠のなさ、もしくは行為者の作為あるいは不作為を何らかの形であとづけ可能とする、是認する価値のある根拠が考慮されえないという事情と関係しているだけである。しかしこの場合、例えば、*退屈しのぎでの身体傷害と人種差別主義からの身体傷害の間で違いはない*。その限りで、心情は、当事者が将来的に対応する行為を新たに犯す傾向にありうるのか否か、そこから、その者が危険であるか否かについての説明を与えるにすぎない。すなわち、心情は、原則的に、行為へと動機づける性格を示すのである<sup>59)</sup>。しかし、すでにペンディングが適切にも強調したように、危険性は、犯罪行為の評価にとって重要でない要素である<sup>60)</sup>。ここでは、人格の規範違反の単なる評価が重要であり、これに適切に反応がなされるべきなのである。行為者の将来の危険性の問題のような警察法的な考慮は、危険防除法という特別な法領域のために残されたままとなる<sup>61)</sup>。刑法は、これに対して、犯された犯罪行為を法の回復のために清算

58) 行為者の心情によってその者の個人的な責任が上昇することは、同様に考慮されえない。すなわち、他に行為できたという能力は、完全に存在するか、制限的にのみ存在する。能力の完全な形成ついて程度づけをすることは、体系になじまない。これに関して詳細には、*Timm, Gesinnung und Straftat* (Fn. 37), S. 178 ff., 184 を参照。加えて、*Frisch*, in: FS für Heinz Müller-Dietz, S. 237, 240 ff., 249 f.; *ders.*, GA 1989, 338, 356; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 211 f.; *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 249 m. Fn. 62; *Horn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 50. Lfg. April 2000, § 211 Rn. 3; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 151 ff., 269; *dies.*, JZ 1999, 1080, 1084 を参照。

59) *Binder*, ZStrR 67 (1952), 307, 325 f.; *Herren*, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord, 1966, S. 74, 83; *McDougall*, Aufbaukräfte der Seele, 1937, S. 166 f.; *Pfänder*, Phänomenologie des Wollens, 2. Aufl. 1930, S. 136 ff.; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 56.

60) *Binding*, Abhandlungen, Bd. 1 (Fn. 6), S. 66, 68 ff.

61) *Binding*, Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1913, S. XIX は、自ら適切にも、警察法と刑法の厳格な分離の必要性を主張しており、この分離は特に刑法と処分法の二元主義において明らかになる。すなわち、「(……) 刑罰および保安処分は明確に区別されなければならないが、前者が後者の下位のもの (Unterart) に貶められてはならないのである。」

的に処罰することに向けられるのである<sup>62)</sup>。

2. 異なる誤った行為態様（特に、故意および過失）の関係の規範論的な規定

それに加えて、規範論は、特別な誤った行為態様の相互的な関係への重要な洞察を明らかにする。このことは、過失行為と故意行為の関係を手がかりに特に明らかにされる。すでにビンディングは、故意行為の行為者は過失の行為者と同じ規範に違反していることを認識していた。ビンディングの見解によれば、「もっぱらその故意的な違反を禁止する、あるいはもっぱら過失的な違反を禁止する」規範は証明されえない<sup>63)</sup>。規範の対象は、惹起の命令およびその禁止だとしている。すなわち、「禁止は惹起するなと命じ、命令は惹起しろと命じているのである」<sup>64)</sup>。あるいは、「汝らは死の原因を発生させてはならない、何らかの変更の原因を発生させてはならない」のである<sup>65)</sup>。ただし、そのように規範を理解する場合、ビンディングは、過失犯を考慮する際に困難にぶつかる。すなわち、その行為によって特別な結果に対する原因を設定したことを過失により見誤った者は、そのように定式化された規範によって訴えかけられえないのである<sup>66)</sup>。そのため、自らの立場のこの弱点の帳尻を合わせるために、ビンディングは、「注意義務」という追加的なカテゴリーを通じてその規範を具体化することを避けられなかったのである。この義務は、「規範によって根拠づけられるあらゆる個々の義務の恒常的な部分と何ら異ならないのであり、独自の命令ではない」とされる<sup>67)</sup>。その正当化に関して、ビンディングは、特定の目的を達成する（例えば、殺害禁止の維持）という意図で、「その達成のために必要不可欠な手段も欲しななければならない」立法者の意思を参照する<sup>68)</sup>。続いて、立法者は、その都度の態度の禁止の維持と並んで、「同時に、法に反する行為を避ける、かの手段の適用」を要求する。この手段は「思考力を緊張させる」ところに存在する。すなわち、「それゆえ、まさに、あらゆる禁止的な内容の規範は、その遵守という関心において、思考力を緊張させるという命令を含むのである」。

62) この刑罰論について詳細には、*Rostalski*, Tatbegriff (Fn. 1), Abschnitt B. I. 2. を見よ。

63) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 80.

64) 同書 S. 123.

65) 同書 S. 115.

66) *Kaufmann*, Lebendiges und Totes (Fn. 6), S. 110.

67) *Binding*, Normen, Bd. 2 (Fn. 37), S. 241.

68) 同書 S. 236 ff. 後に続く引用についても同所を見よ（強調は原典による）。

同様のことが、法的な命令にも妥当するとされる。

つまり、ペンディングが「注意義務」に独自の意義を与えず、これをむしろ各々の規範をさらに具体化する要素として位置づける一方で、彼より後の時代においては、他の規範論者において、まさに対立する展開が見られている。この場合、過失犯をその他の義務により補うという考えは、主に、ルシュカによって展開させられた例外的帰属 (außerordentliche Zurechnung) の理論にまで遡る。それによれば、故意の場合、犯罪構成的なメルクマールが重要であり、そのメルクマールの存在が、行為者に特別な行為の実行あるいは不実行を主観的に通常的に (ordentlich) 帰属することを許容するとされる<sup>69)</sup>。これに対して故意が欠ける場合、それにもかかわらず、行為の帰属は、行為者が問題となっている無知を取り除かず、それによって「無知を取り除くことをその者に課すところの責務 (Obliegenheit) に違反した」ときに可能だとされる<sup>70)</sup>。そのため、過失行為の基礎づけのために、例外的帰属の理論の主張者は、認識責務という追加的カテゴリーを持ち出すのである。確かに、彼らは、この認識責務を独自の規範として理解していないが、帰属について、この責務におそらく規範とは分離されるべき意義を与えている。すなわち、

「認識責務の違反は、(例外的) 帰属の要件であるが、それ自体は、帰属された態度を、行為規範を手がかりに評価するための要件である。(……) 認識責務および行為規範は、つまり相互的に関連するが、同時に内容的に相互に独立しているのである」<sup>71)</sup>。

その限りで、例外的帰属の主張者に生じている誤りは、故意行為者および過失行為者に向けられていた、特定の構成要件該当結果の回避に向けられた規範の特別な定式化の

69) *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 327, 338; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 32 f. 例外的帰属の理論に対する基礎的な批判については、*Neumann*, GA 1985, 389 ff. のみを参照。

70) *Hruschka*, Strafrecht (Fn. 69), S. 328. 同様の方向を示すのは、*Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 55 f., 92; *ders.*, GA 1994, 197, 199, 204, 207, 並びに彼に従うものとして、*Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 23 ff., 34 ff.; *Vogel*, Norm und Pflichtwidrigkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 249.

71) *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff (Fn. 1), S. 231.

中にある。過失行為者のように、自らの行為がこの結果を惹起しうることを認識していない者は、そのような規範によって訴えかけられず、それゆえに認識義務という更なるカテゴリーが必要になるのである。この困難は、ただし、故意行為の行為者および過失行為の行為者に向けられた（共通の）規範が適切にも定式化される限りで、すなわち、「法により許されていない他の人格の財および利益に対する損害の可能性を作り出すな！」という限りで<sup>72)</sup>、全体として解消される。そのため、規範違反を認めるためには、ある人格がその者に提供されている事態に基づいて、法的に否認された方法で、損害の可能性を作り出した、あるいは回避しなかったことで十分なのである<sup>73)</sup>。過失による行為遂行および故意による行為遂行の共通の規範を対応する形で形成する者は、過失による誤った行為の場合に、「責務違反」という問題のある構成を用いて処理することには頼らないのである。

ビンディング自身は、彼によって発展させられた注意義務というカテゴリーに、過失犯の場合における帰属に対する独自の意義を与えるという誤りを犯さなかったにもかかわらず、このことを背景に、彼の惹起の禁止としての規範の定式化は、それ自体において問題のあるものとして示されている。いずれにせよ、用語法上、このことは、特に例外的帰属の理論の形における更なる展開が示したように、危険な方向を示している。確かに、ビンディングの惹起の禁止および命令は、注意義務を取り込むことで、原則的に、この場合彼にとっては特定の損害可能性を創出することあるいは回避しないことが重要であるという意味で解釈されうる——しかも、対応する特別な態度の否認がそもそも可能であるという条件の下である。各規範と自らの思考力を緊張させるという命令との結びつきは、その限りで、規範形成は具体的な状況における人格の成果（Leistung）で

72) 全体につきすでに詳細には、Rostalski, GA 2016, 73, 83 ff. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 9/2 を参照。ヤコブスによれば、「それに応じて、構成要件実現が認識可能であるがゆえに過失的行為は不法のではなく（認識は過失を故意に変えるのみである）、認識可能な構成要件実現が回避可能であるがゆえに過失行為は不法なのである。」

73) ここで主張されたモデルは、結果的に、通常侵害犯として分類される構成要件を危険犯としても理解することにつながる。しかし、ここには弱点はなく、むしろその強みが存在する。すなわち、ある態度がその都度保護されている法益の侵害に至るか否かは、事前的には、絶対的な確実性を伴う時点では語られえないのである。この理由から、侵害を禁止の対象に昇格させることにはあまり意味がない。むしろ、禁止されるのは、常に、特別な危険の創出のみである。同じことは、特定の損害の可能性を法的に否認された形で回避しないことにも妥当する。

あるということのみを示す。そのため、ペンディングが正当にも主張したように、追加的な義務は重要ではなく、義務としての行為規範が具体化されうる——より正確には、獲得されうる——道のりのみが重要なのである。そのため、我々がペンディングにおいて通常目にするような規範の定式化は、確かに次善のもの（suboptimal）であるが、しかし本質的には正しいことを把握している。すなわち、彼にとっては明らかに、損害の惹起に適した可能性（「損害可能性」）が法的に否認された方法で創出され、あるいは回避されなかったことが重要なのである。

そのため、故意行為の行為者も過失行為の行為者も、法により許容されていない損害可能性を創出しないという（共通の）規範に違反しているのである。それゆえ、故意行為および過失行為に対する統一的な一つの規範（違反）というペンディングの想定は、故意行為者は過失行為者に対して、確かに高められてはいるが、カテゴリー的に異なるのではない不法を犯しているという洞察を考慮している<sup>74)</sup>。見えているにもかかわらず規範に違反した者は、法への攻撃を、これを決定的な観点で誤っている過失行為者が行なうよりも強い形で行なっているのである。そのため、過失行為は、故意行為の中にマイナスなものとして含まれている。共通の要素を形成するのは、（作為犯のケースにおいて）法的に許容されていない損害可能性を創出するという規範への違反である。ペンディングによる惹起の命令あるいは禁止としての共通の規範の定式化は、これに基づいて、次善のものとして分類されうる。その限りで、今日の規範論者は、その適切な規定を通じて、ペンディングの遺産を一定の範囲でさらに具体化することができるのである。この場合、ただし、その偉大な先駆的思想家なしには不可能であったペンディングの規範論の拡大が重要なのである。

### 3. 規範および刑罰法規の独自の正当化の必要性

特に、ペンディングの遺産の刑法学に対する大きな意義は、区別された規範の類型——規範および刑罰法規あるいは行為規範および制裁規範——の正当化を分離的に考察するという規範論的な帰結にある。例えば近親相姦の禁止のような規範が正当化されるか否かは、本来的には憲法上の一つの問題であり、刑法に前置されている問題である<sup>75)</sup>。このことは、法的な態度の否認を刑法的な観点から考察できると主張するあら

74) *Rostalski*, GA 2016, 73, 82 f. およびその参考文献。

75) *Freund*, AT (Fn. 1), § 1 Rn. 5 ff.; *ders.*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 51 ff., 112 f.; *ders.*, GA 2010, 193, 195 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten ↗



ゆる刑法学者によって見落とされている。この方法で、確かに、全くもって正しいことが示されうる。それにもかかわらず、この場合、本来的な刑法的考慮による憲法的考察への重複という軽視されるべきでない危険が存在している。具体的に言えば、特別な禁止への違反に対して、刑罰でもって反応すべきか、国家的な権力行使という他の手段でもって反応すべきか、あるいは全く反応すべきでないかという全く独自の問題が重要なのである。これに伴って言及される問題性は、優先的に明らかにされるべき禁止それ自体の正当化に接続して初めて解決されうる。問題となっている規範が憲法上正当化されない限りで、後に続くテーマは全体として考慮されない。すなわち、正当化可能な禁止なしには、そのようなものに対する法的に重要な違反は存在しえず、その結果、単純に、刑罰に対する結節点は欠けるのである。刑法的なメガネで直接に見る者は、このことを無視する傾向にある。この場合、その違反が処罰を発動するとされる規範がそれ自身で正当化されうるのかは、重要な問題提起としては容易に考慮の対象から外されるのである。この場合、個々人の権利の維持のために最高程度で意義のあるテーマが重要であるがゆえに、そのようなやり方は実質的には説得的でありえないのである。

しかし、行為規範と制裁規範を分離しないかの者全てが、示された問題状況を適切に分割することに成功するとされる場合でさえも（というのも、いずれにせよ思想上は、まさに分離は行なわれているからである！）、ビンディングの理論は、我々に正当化の問題に関する二つ目の重要な観点を示している。規範だけがその正当化において単独で検討される必要はないのである。同様のことは刑罰法規にも当てはまり、このことは、第一に、独自の機能規定を必要とするのである。行為規範および制裁規範は——そのようにすでにビンディングは述べているが——異なる目的に資するのである<sup>76)</sup>。しかし、このことを規範論的な相違を維持しない者は見過ごしうるのである。そして、すぐに、現実的な法益保護という一般的な目的が刑罰法規に負わされているのであり、この場合、犯罪行為の被害者となる人格の財および利益が回復不能な形で侵害されることが認識されることはないのである<sup>77)</sup>。そのような制裁規範の正当化根拠としての法益保護の考

↘(Fn. 1), S. 77 ff., 348, 356 ff.; *ders.*, in: FS für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 69, 82 f.; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat (Fn. 70), S. 132 ff.; *Renzikowski*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 115, 116 ff.; *ders.*, Restriktiver Täterbegriff (Fn. 1), S. 55 f.; *Rostalski*, GA 2016, 73, 74 ff.; *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 37), S. 41 ff. のみを見よ。

76) *Binding*, Normen, Bd. 1 (Fn. 2), S. 51, 60.

77) *Binding*, Abhandlungen, Bd. 1 (Fn. 6), S. 74 (「刑罰の任務が治療することおよび

えは、この論理的な関係に適していない<sup>78)</sup>。対応する機能は、本来的な法益侵害の前段階において財を維持するような行為へと動機づける予防的に志向された行為規範にのみ与えられるのである。これに対して、刑罰法規の正当化にとっては、それとは無関係な独自の目的が必要なのである。いずれにせよその内容は、規範的・機能的な犯罪論 (Straftatlehre) の主張者らにとって、刑法解釈学全体に対する広範な帰結を有している。この関係へと、対応する洞察を強いるペンディングの理論は我々を導くのである。

### Ⅲ. おわりに

カール・ペンディングという名前は、規範論とは切り離せない形で結びついている。規範論は、同時に、ペンディングの包括的な業績に一貫して流れており、それに、多くの部分で、高い程度の首尾一貫性と内部的な完結性を与えている。規範論は、これまで一般的に貫徹されえなかったが、しかし近年では、次第に多くの支持者を集めている。この展開は、ペンディングの理論が刑法学のために準備しておいた価値の高い遺産に鑑みると、特に歓迎すべきことである。規範論的な考え方が古くから知られている問題に新しい視点を投げかけることは珍しいことではなく、それはこの観点において、これまでの考えに説得力のある解決提案を示すことに適している。あらゆる刑法解釈論の任務は、実質的に同じように位置づけられた事案の平等な取り扱いを保証することである。そのため、それ自体で矛盾のない体系を、刑法解釈論の基礎に関して選択することは、刑法学者の目的設定でなければならない。規範論という形態において、そのような体系を準備する道具が、刑法学者の手に与えられるのである。規範と刑罰法規の必然的な分離あるいは行為規範と制裁規範の必然的な分離という規範論的な前提は、今日まで論駁されていなかった<sup>79)</sup>。そのため、刑法学に対する重大な利点を伴っているがゆえに、

---

「\び回復させることにあるならば、それは犯罪を治療しえない。犯罪は発生し、そして生じたままなのである。」[強調は原典による]；Freund, AT (Fn. 1), § 1 Rn. 6, 12；ders., Erfolgsdelikt (Fn. 75), S. 80 f.；MünchKommStGB/ders. (Fn. 37), Vor §§ 13 ff. Rn. 66；ders., GA 2010, 193, 195；Lesch, Verbrechensbegriff (Fn. 38), S. 181；Timm, Gesinnung und Straftat (Fn. 37), S. 40 f.

78) それに加えて、法益保護思想を刑罰威嚇 (Strafandrohung) および害悪賦課の推定上の威嚇機能に依拠させることは説得的でない。そのような考慮は、憲法的な背景の下では維持されえない。これに関して、すでに上述の A. I. 1. を見よ。

79) 依然として、ペーリングの名言 (Beling, Verbrechen [Fn. 1], S. 115) が妥当性を示している。すなわち、「ペンディングの天才的な規範論は、今日なお、それを拒絶する反対者を有している。しかし、ペンディングが築いた基礎は、その反駁メ

## ビンディングの刑法理論（8）

今までよりも強くそれを利用する——そして、ビンディングの規範論を逆風に晒すよりもより多くの陽の光をあてる——時が来たように思われるのである。

---

↘に成功したことがなく、これまで真剣に試みられたこともない覆すことのできない真実なのである。」（強調は原典による。）