

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(4)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

安達光治 (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 (安達光治) (以上, 本号)

第2章 市民の管轄

A. 管轄の体系

B. 被害者の優先的管轄

第3章 刑法的協働義務違反

A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法

B. 帰属可能性の限界

C. 義務違反の範囲

## 第1章 犯罪の概念

### C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰（承前）

#### II. 協働義務の正当化根拠：自由であるという状態の維持

##### 1. 政治共同体に奉仕するものとしての刑法？

1785年の『犯罪と刑罰に関する立法の基礎』において、チュービンゲンの法学者クリスティアン・ゴットリーブ・グメーリンは、犯罪を次の2つのグループに区別した。一つは、基本体制を攻撃し、その腐敗のために何かを企み、歳出のために定められた財貨を掠め取ることによって、国家を直接的に傷つける犯罪であり、いま一つは、その市民の福祉と安全を阻害することにより、国家を間接的に傷つける犯罪である<sup>486)</sup>。臣民の生命が奪われ、ないしはその身体が傷害される場合、このことは、「一方では、国家から構成員が奪われ、ないしは使いものにならなくされ、他方では、市民にとってはもはや自己の身体や生命が安全ではないので、結果として、国家の安全がひどく害される」という2つの理由で国家を侵害するとされる<sup>487)</sup>。ここに表明されているのは、ドイツ後期啓蒙期の国家に視点を固定した (staatsfixiert) 道具主義的思想であった。その哲学上の王冠証人は、クリスティアン・ヴォルフである。彼は、政治的共同体も含めて、あらゆる社会は、「共同体にとっての最善のものへの促進」に資するので<sup>488)</sup>、個々の社会構成員は、「人格以外の何ものともみなされず、それに対応して、共同体の利益を有する」とする<sup>489)</sup>。一貫して、グメーリンとヴォルフは、グメーリンの著作とちょうど同年に出版されたカントの『道徳形而上学原論』が要求したように、市民を「彼ら自身を目的」として、すなわち「単に手段としてのみ用いることの許されないものとして」把握するのではなく<sup>490)</sup>、国家全体の構成員としての役割においてのみ保護するとしたのである<sup>491)</sup>。

486) *Gmelin*, Grundsätze, § 12 (S. 22).

487) *Gmelin*, Grundsätze, § 66 (S. 135).

488) *Ch. Wolff*, Gedanken, §§ 3 (S. 68), 213 (S. 172).

489) *Ch. Wolff*, Gedanken, §§ 6, (S. 69), 220 (S. 174).

490) *Kant*, GMS, BA 66, Werke Bd. 6, S. 60.

491) このような考え方についての数多くの同時代人による例のうちの一つは、進歩的なものとして称揚されるグラーフ・ゾーデンの1792年の『刑事立法の精神』に関する著作である。そこでは、立法の目的は社会の福祉の維持にあり (*Soden*, Geist, S. 16), それゆえ、すべての犯罪の等級づけの一般的基準は、「個別の行

これに対し、フォイエルバッハの刑罰理論は、カント主義的なリベラルなものを端緒としていた。「国家がその構成員に強制することができるための一般的法的根拠」という問いに対し、フォイエルバッハは、国家は「権利の保護のための社会」であり、「国家が保持しているすべての権利を、国家はこの目的のためにのみ有している」<sup>492)</sup>と答える。それゆえ、国家は「この目的に関連し、権利の保全を可能にし、ないしは促進する行為のいかなるものについても」権利を有するとされる<sup>493)</sup>。このような出発点は、相手方の主観的権利の侵害としての、ないしは（フォイエルバッハの教科書による有名な定式によると）「刑法典によって威嚇された、他人の権利と矛盾する行為」<sup>494)</sup>としての犯罪という、グメーリンの構想に対置される、厳密に個人主義的な犯罪論を予期させた。しかし、注目すべきことに、フォイエルバッハは、このような端緒を貫徹はしなかった。すなわち、彼は、「加害された者が、侵害によって奪われたものと等価なものを受け取る」<sup>495)</sup>べきとされる損害賠償と、結果として「いかなる加害も存在しないこと」<sup>496)</sup>となるべきとされる刑罰との間の範疇的な相違をよく知っていた。それゆえ、彼は刑罰と犯罪の一般的関係性を維持しようと試み、しかもそれがあまりに厳格であったので、彼のレヴィジオンの第2巻では、文字通り、風呂桶の水と一緒に子どもも流すようなことになってしまったのである。

国家が刑罰を科す場合、フォイエルバッハの同書の叙述によると、国家はそれを、相手方の市民の毀損された権利にかかわる立場（Rechtsposition）のためにではなく、国家自身の存立条件の維持のために行うのである<sup>497)</sup>。このことがフォイエルバッハを、カント的な着想による啓蒙思想よりも、むしろドイツ的な絶対主義思想によりよく適合する、市民の私的権利の国家功利主義的解釈へと導く<sup>498)</sup>。たとえば、他人の所有の侵害はなぜ可罰的なのか。フォイエルバッハの答えは、「これらの権利の侵害によって [……] 市民から、国家の目的のために彼らの力を使用する術が奪われ、その結果、[国家に対し、その目的達成の可能性が危殆化される] ことになるというものであ

ゝ為の国家の福祉に対する不利益」(aaO, S. 10) であるとされる。

492) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 31.

493) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 31.

494) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 21 (S. 45).

495) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 68.

496) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 68.

497) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 216 参照。

498) 適切にも, *Kubiciel*, JA 2011, 88.

る<sup>499)</sup>。まさに同じことは、身体の完全性に対する権利についても<sup>500)</sup>、いやまた、生命に対する権利についてさえも妥当する。「というのも、市民の一般的行為態様として考えられるこの権利の侵害は、国家を廃棄してしまうだろうからである。なぜなら、国家は、国家の構成員なしには、考えることができないからである」<sup>501)</sup>。自殺でさえ、このような視点においては、法的に否認に値する行為である。「国家の成員となった者は、国家に力を貸すことが義務付けられ、その者が自殺によって専断的にこのような力を国家から奪う場合、違法に行為している」<sup>502)</sup>。もともと市民の権利の保全のための手段として正当化された国家は、フォイエルバッハにおいては、グメーリンの場合と同じように、自己目的化してしまい、市民の保護は、公共のために市民を奉仕させるものに転換してしまった。

前期自由主義的・個人主義的思想が押し戻されてしまったために、フォイエルバッハのカント的試論は支持を失った。刑法を集团的利害に合わせるといふ、自由主義以前の伝統が根強く残っていたのである。たとえば、シュタールは、他の人間に対して行われた犯罪は、その人間の権利を侵害するという理由で、そしてそれにより犯罪であるのではなく、そこにおいて法秩序を侵害することにより犯罪なのであるとした<sup>503)</sup>。犯罪の客体は、一トゥルマーが補足するように一もっぱら「侵害され、ないしは、脅威にさらされ、危殆化された国家の存在、すなわち公共の危険 (Gemeingefährlichkeit)」<sup>504)</sup>である。個人主義的な反対説は、「何らかの教示に富んだ、それどころか正しい定義に至ることは絶対にあり」えない「ということ等を等閑にしている」だけでなく、「弱くなった国家の命脈を [……] 再び励起させ、死に絶えた共同体精神 (Gemeingeist) を [……] 新たに再生させるのに」<sup>505)</sup> 適していないので、法政策的にも危険であるとされる。生物学主義的な比喩は、ハインツェも用いた。すなわち、「国家が処罰をするのは、自己の利益、生存および発展の条件、自己の組織体の法則を充足させるためである」<sup>506)</sup> と。

499) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 238.

500) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 237.

501) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 236.

502) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 241 (S. 404).

503) *Stahl*, Philosophie, Bd. II/2, S. 693.

504) *Trummer*, Criminalistische Beyträge Bd. III/2, S. 145. — 実質的に同様のものとして、*Gerstäker*, NACrim 7 (1825), 379.

505) *Trummer*, Criminalistische Beyträge Bd. III/2, S. 135 f.

506) *Heinze*, GS 13 (1861), 437.



ビンディングの業績は、このような官憲国家的な立場を、今日に至るまで馴染のある法益という用語に言い換えたことにある。彼が強調するように、法は、共同生活の秩序としてのその特性において、人格、物および物件 (Gegenstände) をもつばら法共同体生活の部分としてのみ見なしており、立法者が法的価値を認めるすべてのものは、全体に対してのみ法的価値を有するにすぎない<sup>507)</sup>。ここで、個人主義的な考察法を用いて、たとえば、個人の財を、社会及び国家のそれと厳格に切り離そうとすること以上の誤りはないとされる<sup>508)</sup>。「法益は、たとえそれが見かけ上個人的なものであっても、常に全体の法益なのである。全体『利益』において、個人の感情、その生命、その名誉は保護されるのである」<sup>509)</sup>。

ビンディングの見解は、広く支持を得た。他の多くの論者も、あらゆる個人は、その行いととも公に属しており<sup>510)</sup>、可罰的行為によって侵害された利益の主体は、常に最終的には国家ないしは共同体である<sup>511)</sup>ことを強調した。たしかに、殺人や身体傷害

507) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 358.

508) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 341.

509) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 358.

510) *Finger*, Lehrbuch, S. 411 Fn. 535.

511) *Dohna*, Rechtswidrigkeit, S. 146 ff.; *Finger*, GS 40 (1888), 148; *Frank*, Strafgesetzbuch, S. 6; *ders.*, Vollendung, S. 171; *Hegler*, Prinzipien, S. 38; *Honig*, Einwilligung, S. 93; *Oetker*, ZStW 17 (1897), 508, 565; *Wachenfeld*, Lehrbuch, S. 70. — 近時の文献でも、なお時折、類似の表現がみられる。たとえば、アルトゥール・カウフマンによると法益は、「共同体のもののみなのであり、それは社会的財であって、その総和が社会秩序となる」(*Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 124)。シュミットホイザーの見解によると、社会は法益の承認を通じて、法益と呼ばれる価値のある事実 (Sachverhalte) の存立に対する自己の利益を示し、「そして、法益は、全体のものとしてのみ存在する」(*Schmidhäuser*, AT, 2/33)。ランガーも、犯罪行為によって「常に、法共同体は、それが特に価値があるとみなす利益において侵害される」とみている (*Langer*, Sonderstrafrecht, S. 39, 実質上一致するものとして, aaO, S. 54)。これに対応して、ランガーは法益を「法共同体にとって特に価値のある状態」と理解する (aaO, S. 40)。Weigend (ZStW 98 [1986], 57) も同様に、「法益は、必要な社会的機能統一として、原則的に個人にではなく共同体に [……] 帰属するものである」と強調する。もっとも、彼は、刑法上保護に値する「自由な共同生活の不可欠の前提」に、個人的な処分の自由を数えることで、そのような集団主義的な出発点をやんわりとかわしている (aaO, S. 59)。これは、とりわけ明確な構想というわけではない。もしかするとこれは、犯罪概念の構造の問いと、刑罰によって防護された態度義務の正当化根拠の問いとの混交に基づく

が可罰的であるのは、第一次的には、それが「利用可能な市民階層の減少」をもたらす得るからであるとするテーゼは、一部でしか主張されなかった<sup>512)</sup>。しかし、正当化緊急避難をめぐる議論は、個人が全体の主たる部分として取り扱われることがどれほど自明であるかを、最も分かりやすく説明する<sup>513)</sup>。すなわち、ある者がより価値の高い財を価値の劣る財の犠牲において救う場合、それは国家の利益に合致するとされる—そのようにして、かかる態度の適法性が基礎づけられた<sup>514)</sup>。人格的自由の固有の権利に関する意味は、このような集団主義的—帰結主義的な法益概念の使用においては、全く感じ取れない。

君主主義的官憲国家から民主主義への移行は、このような考察法をほとんど何も変えなかった。フィンガーは、それどころか、そのような政治的關係の変化からこれに対する付加的な論拠を練り上げようとした。すなわち、「脇に位置していた階級が、今日、国家の意思形成において最も影響力のある要因となっている。今は、国家とその権威に対する憎しみを放棄するときであり、新たな国家の権威を承認し強化することが、政治的賢明さの要請でさえある。国家組織への参画、国家の維持および国家の肯定は、今日、すべての政治家の最上の目標でなければならないであろう。個人主義的な立場からは離れ、個人が、彼が完全に組み入れられているところの全体の一部としての価値のみを有することを認識する必要もある」<sup>515)</sup>。

国家社会主義において、全体の利益のためのこのような個人の篡奪 (Enteignung) は最高潮に達した<sup>516)</sup>。このような集団は、そこではもはや、伝統的な保守的思想に対応するような、国家とではなく<sup>517)</sup>、[ヒトラーの—記者] 権力掌握以来「直接的経験と

くものであろうか？

512) 例えば, *Breithaupt*, Volenti, S. 42 (そこで引用されているもの), 55.

513) 詳細については, *Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 38 ff.; *Pawlik*, Notstand, S. 34 ff.

514) 典型的なものとして, *Stammler*, Darstellung, S. 75 f.; *Binding*, Handbuch, S. 760; *v. Tuhr*, Notstand, S. 79; *Rudolf Merkel*, Kollision, S. 41 f.

515) *Finger*, GS 95 (1927), S. 114.

516) 詳細には, *Cheng*, Ausnahme, S. 61 ff.; *Fiolka*, Rechtsgut, S. 520 ff.; *Hartl*, Willensstrafrecht, S. 47 ff.; *Marxen*, Kampf, S. 60 ff., 183; *Vogel*, Einflüsse, S. 73 f.; *Wrage*, Grenzen, S. 190 ff.

517) この意味において, 例えばエリック・ヴォルフは, 1933年に公刊された『危機と刑法改革の新構築』に関する彼の著作においてなお, 「民族の意思的集合体 (Verband)」であり「精神生活の有機的な全体」としての国家が, 「法益システマ

具体的現実性<sup>518)</sup>としてずっと曖昧なものとなった民族共同体と同置されたのである。個人は、主観的権利の保有者ではなく、「全体の一部」とみなされなければならないと、1934年にフライスラーは高らかに表明した。「個人の利害は、それが少なくとも間接的に民族全体の利害である限りでのみ正当化される。」<sup>519)</sup>それゆえ、根本的に、「民族の生 (Das Leben des Volkes)」<sup>520)</sup>というただ一つの刑法上の保護財のみが存在する。その他すべての「いわゆる法益」の保護は、「これらの法益が、唯一の保護に値する財、すなわち、民族の生の発現形式であるという理由で」のみ行われる<sup>521)</sup>。

このようなフライスラーの集団主義的見解は、学説において広く反響を呼び、しかもそれは、生粋の国家社会主義的なものとして今日まで通用する義務犯論<sup>522)</sup>の主張者

---

「ム全体の意味付与的な基本理念」となるべきであり、それゆえ、法秩序に対するあらゆる攻撃は、全体に対する攻撃とされねばならないとしていた (Erik Wolf, *Krisis*, S. 33)。

518) *Dahm*, FS Gleispach, S. 21.

519) *Freisler*, DStR 1934, 3.

520) *Freisler*, DStR 1934, 6.

521) *Freisler*, DStR 1934, 6. — フライスラーの刑法思想の詳細について詳細は、*Kasseckert*, *Straftheorie*, S. 18 ff.

522) 例えば、*Berges*, DStR 1934, 242; *Gallas*, FS Gleispach, S. 62 f.; *ders.*, ZStW 60 (1940), 379; *Schaffstein*, *Verbrechen*, S. 118, 123, 132 を参照。——義務犯と国家社会主義を結び付けることは (これは近時、たとえば、*Bung*, *Wissen*, S. 113; *Gkoutis*, *Autonomie*, S. 195; *Hefendehl*, *Rechtsgüter*, S. 49 ff.; *dems.*, JA 2011, 403; *K. Günther*, *Schuld*, S. 225 ff.; *Krüger*, *Entmaterialisierungstendenz*, S. 16; *Wrage*, *Grenzen*, S. 195 f.)、たしかに、国家社会主義刑法のたいていの宣伝者の自己表現に合致する (例えば、*Berges*, DStR 1934, 242; *Braun*, *Bedeutung*, S. 31 f.; *Gallas*, FS Gleispach, S. 53, 68; *Gleispach*, *Willensstrafrecht*, S. 1069; *Schaffstein*, *Verbrechen*, S. 110. これについて詳細は、*Cheng*, *Ausnahme*, S. 69 ff.; *Feldmüller-Bauerle*, *Schule*, S. 128 ff.; *Hartl*, *Willensstrafrecht*, S. 106 ff.)。しかし、犯罪を義務違反として理解することは、それ自身は、国家社会主義に特殊なものではない (適切にも、*Fiolka*, *Rechtsgut*, S. 511 ff.; *Kahlo*, *Handlungsform*, S. 172 Fn. 655)。たとえば、アドルフ・メルケルに倣い、責任能力のある者だけが法に具現化された共同意思を否定することができるという理由により、責任なき不法の可能性を否定する論者の立場は、犯罪を義務違反として理解することとなった (適切にも、*Heinitz*, *Problem*, S. 6. このような見解について、詳細は unten S. 266)。まさにホルト・フォン・フェルネックは、1922年においてはまだ、その作品において (*Hold v. Ferneck*, *Versuch*, S. 25)、そのような見解を集団主義ではなく、むしろ、——これとまったく逆に——「一般的主体主義および個人主義」と理解しており、

——彼らは法益思想をひとまとめに「合理主義的で、結局のところ物質主義である」として貶めたのだが<sup>523)</sup> ——だけでなく、伝統的な法益ドグマの支持者においてもそうであった<sup>524)</sup>。たとえば、法益概念を「今日なお基礎的でかつ不可欠なもの [と]」考えていた<sup>525)</sup>、マールブルク学派を代表するシュヴィンゲとツィンマールは、「大変革以前の時代の法益思想は」、「我々の時代の法益思想と同じではない」<sup>526)</sup>と強調していた。これまでの法益思想は、時折、個人の利益をあまりに強く前面に打ち出す傾向がみられたが<sup>527)</sup>、今や、「最後の避難場所にして最高の照準点は、[……] 常に共同体侵害性の思

それは、啓蒙に由来するが、特定の秩序を失墜させることが必要である場合に、昔から哲学者にとって起爆剤 (Sprengmittel) として役立つものであった (aaO, S. 25 f.)。刑法の国家社会主義的な再形成のラディカルな唱道者がはじめて、——*Klee* (DStR 1936, 5) がクレームを述べたように——それ自身「無色な」——義務違反としての犯罪の理解を、刑法学が18世紀以来自明のものと考えてきた国家権力の限界を解体するための手段とすることを狙って用いた。彼らは、漠然とした国家市民の忠誠という表象と、そこから導かれる、民族共同体のための個々人の全般的な義務づけを、具体的で、法律に記述された刑罰構成要件への刑罰権の拘束を疑問にさらすために利用した。「共同体に反する態度があるかどうかは、構成要件の形式的な充足ないしは非充足によって確認できるのではない。」(*Höhn*, DR 1935, 267) 加えて彼らは、「犯罪的な民族の敵」に対する「防衛」(*Freisler*, DStR 1934, 6) の大幅な早期化を積極的に支持した (これについて詳細に立ち入るものとして、*Spendel*, FS Weber, S. 4 ff.)。ビンディングはまだ、法律上の禁止および命令は、「法律に服する者たちに、彼らの忠誠ないしは非忠誠の心情を確定するための黙想 (Exercitien) をさせる」目的のためだけに公布されるものだとする考えを、「グロテスクなもの」として見下していたのに対して (*Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 232), シャフシュタインは、義務違反としての犯罪に関するプログラムの著作において、義務刑法と心情刑法を明示的に同置し (*Schaffstein*, Verbrechen, S. 110), ダームは、国家社会主義刑法の中核になければならない「反逆」の類型に関して簡潔に、「客観的犯行ではなく、心情が不法を基礎づける。」(*Dahm*, ZStW 95 [1935], 291; 後に、*ders.*, Recht, S. 426 f. ではこの考え方が弱められた)。しかし、そのような法文化上の反革命の危険に対して、法益侵害論も保護をなさない。「法益侵害、義務違反および行為原理は、三者それぞれ別のものである。」(*Jakobs*, AT, 2/18 Fn. 32)

523) 例えば、*Dahm*, Verbrechen, S. 79.

524) これについて詳細は、*M. Bock*, ZNR (1984), 144 f.

525) *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 72. (強調は原文中のもの。)

526) *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 72.

527) *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 72.

想〔で〕なければならず、その内容は、国家社会主義的世界観から規定されなければならない<sup>528)</sup>。「ドイツ民族の血統共同体 (Blutsgemeinschaft) が、基礎であると同時に、すべてのドイツの法思想が出発点としなければならない最高かつ最終的価値である」<sup>529)</sup>。「そして、国家社会主義のこのような偉大な到達点は」、法益概念のもう一人の影響力のある支持者としてクレーが確信していたのだが、「民族の思考において、もはや再び消え去ることはない」<sup>530)</sup>。それゆえ、エンギッシュが、シュヴィンゲとツィンマーは、キール学派の反対者に劣らず、「国家社会主義の精神における我々の法の刷新のために闘争する」「良心を」持っているといってもよい認められたのは、理由のあることである<sup>531)</sup>。シャフシュタインでさえ、法益概念を個人ではなく民族共同体に関係づけるのであれば無害だとしており、このように理解された法益概念に対しては異論はなかった<sup>532)</sup>。

しかしながら、シャフシュタインの目には好意的に映った、そのような特徴を持った集団主義的な法益思想は、実際には、人格の不可侵性 (Integrität) と自由の思想にまったく余地が認められないという中心的な弱点を示している。しかし、以下で示され

528) *Schwinge/Zimmerl*, *Wesensschau*, S. 74

529) *Schwinge/Zimmerl*, *Wesensschau*, S. 58

530) *Klee*, *DStR*, 1936, 13. — クレーの弟子であり、後に初期の連邦共和国の花形の弁護士となるシュミット-ライヒナーも彼に劣らずはっきりと、「国家と個人の区別について、新しい法秩序は何も維持することを許さない。個人は、それ自身のためにではなく、むしろ、民族共同体の持続の目的のためにのみ保護を受けるのである」(*Schmidt-Leichner*, *Unrechtsbewusstsein*, S. 5) と述べていた。

531) *Engisch*, *MschR* 29 (1938), 134.

532) *Schaffstein*, *DStR*, 1937, 338. — もっとも、個別には、より穏健な見解もあった。たとえば、H. マイヤーは、その著作『ドイツ民族の刑法 (Strafrecht des deutschen Volkes)』(1936年)の中で、たしかに、彼が「個人の放埒さに対する共同体の権利を支持すること」は自明であるとしていた。しかし、彼は、同じくらい強い調子で「集団主義の誤った道」に対して警告していた。「それゆえ、本書は、誤って理解された共同体思想が、誤った観念や要求に至るような場合には、人格の権利を支持し、異なる諸論拠の背後にこのような関心を隠すことはしない。」(*H. Mayer*, *Strafrecht*, S. 11) まさに個人の利益が保護される場合には、法益の概念は特別な価値を有する (aaO, S. 96)。マイヤーが実際に——彼が、戦後 (1953年) に自ら証明したように——「あらゆる面で人格の自由のための戦いに [受けて立つ]」た (*H. Mayer*, *AT*, S. XII はそのように言う) かどうかは、たしかに明らかでない。少なくとも、彼は、人格の全体的機能化 (Totalfunktionalisierung) には反対していた。



るように、近代の諸条件の下では、自由の理念なしには哲学的にも、社会理論的にも満足のできる刑罰理論を定式化することはできない。

## 2. 自由の理念と市民の地位

「人間とは行為する存在である。人間は [……] 『固定されて』 いない。すなわち、人間はそれ自身なお使命 (Aufgabe) であって [……], まさに使命である限り、自身に対しても態度を決め、『自らをあるものに変えていく』<sup>533)</sup>。つまり、人間は単に生を有するのではなく、成功したよき現存在に関する自らの表象に照らして、それを営むのである。「我々が何者であるかは、我々の関心、願望および評価とは関係なしに、すなわち、我々が何を望むのか、我々にとって何が重要なのか、我々がどのような生を営んでいるのか、我々はどのような社会に暮らしたいと思っているのかということとは関係なしに、明らかにすることはできない。」<sup>534)</sup> もっとも、個々人は、そのような表象を自己の内面から自発的に生み出すのではなく、むしろそれを、「常にすでに準備された解釈のひな型、価値の方向付け、評価の視点のストックから」<sup>535)</sup> 展開するのである。このことは、今日の西欧社会を特徴づけているような、自己決定と自己実現に対する多大な尊重についても妥当する。

ある者に対して決定するということは、その者に対し彼の行為の内容を指図し (vorzuschreiben), それによって彼に対する支配を行使することを意味する<sup>536)</sup>。自己決定の特殊性は、支配者と被支配者が同一であることにある<sup>537)</sup>。自己決定的に生きる者は、自己の行為の内容を他人から予め与えられるのではなく、むしろそれを、自己の価値確信と目標という指標に従って独自に定める<sup>538)</sup>。もっとも、「生活世界的に平準化された (geglättet) 通常の自律は」, 創造主たる神を模倣する、絶対的な開始としての自己決定とは何も共通するところはない<sup>539)</sup>。自律は、個人ごとの任意処分の枠組みの

533) *Gehlen, Mensch*, S. 32.

534) *Kersting, Politik*, S. 133.

535) *Kersting, Politik*, S. 133.

536) *Fisch, Selbstbestimmungsrecht*, S. 26——自律概念のもともとの位置が国家論であることは、理由のあることである (詳細には, *Pohlmann, Art. „Autonomie“*, Sp. 701 f.; v. *Ungern-Sternberg, Autonomie*, S. 9 ff.)。

537) *Fisch, Selbstbestimmungsrecht*, S. 26; *Gerhardt, Selbstbestimmung*, S. 6; *Hollerbach, Selbstbestimmung*, S. 16; *Stratenwerth, Autonomie*, S. 39.

538) 典型的なものとして, *Hoffe, Art. „Freiheit“*, S. 70 ff.

539) *Kersting, Einleitung*, S. 79.

部分ではなく、むしろこれをおよそはじめに定義する多様な内面的、外面的条件に依存する<sup>540)</sup>。加えて、近代の個人は、自己決定と確かさ (Authentizität) に対するその努力において、前の時代の人間と同じように普遍的なもの (Allgemeinen) の力と現実性を示す。まさに、「確かな自己存在に (authentischem Selbstsein) に向けた努力において、すなわち、伝統的なものや慣習的なものから省察により (reflexiven) 距離を置く態度において」、そのような個人は、「価値の統合された、高度に統一のとれたそれ以前の文化の構成員に劣らず、普遍的な自己の止揚された一要素であり、既存の独立した人倫の自己意識である」<sup>541)</sup>。

自己決定の理念は、階層的分化から機能的分化への移行という、17世紀から19世紀の間に形成された近代社会の構造と不可分に結びついている<sup>542)</sup>。階層化された社会—貴族社会—では、「社会は位階秩序 (Rangordnung) によって代表される」<sup>543)</sup>。階層への所属は、ここでは多機能的に (multifunktional) 作用する。すなわち、それが、社会のほとんどすべての機能領域において同じように利益ないしは不利益を束ねる<sup>544)</sup>。これに対し、機能的に分化された社会においては、全体システムは、機能システム間の関係秩序をあらかじめ定めることを放棄する<sup>545)</sup>。それゆえ、個人がある機能システムにおいて果たす役割は、原則的に、彼が別の機能システムで引き受けている役割からは切り離される。分割可能なものとなった個人に対し、このような状況では、彼のアイデンティティの問題と<sup>546)</sup>、きわめて要求に満ちた協調と統合の任務が残される。個々人に期待されるのは、「彼が、自己の行為を複数の社会システムに関係づけ、その一様でない諸要求を一つの人格的な態度のジンテーゼ (Verhaltenssynthese) において統合することができること」<sup>547)</sup> である。すなわち、個々人は、前近代においては全く考えられなかったような形で、自己の生の主体として理解されなければならない<sup>548)</sup>。

540) *Vossenkuhl*, *Möglichkeit*, S. 169.

541) *Kersting*, *Macht*, S. 182.

542) *Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur*, Bd. 1, S. 72 ff.

543) *Luhmann*, *Gesellschaft*, S. 679.

544) *Luhmann*, *Gesellschaft*, S. 679.

545) *Luhmann*, *Gesellschaft*, S. 746.

546) *Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur*, Bd. 3, S. 223.

547) *Luhmann*, *Grundrechte*, S. 53; *dens.*, *Gesellschaftsstruktur*, Bd. 3, S. 235 も参照;  
*Kraus*, *Selbst*, S. 183.

548) *Luhmann* (*Gesellschaft*, S. 1027) は、それゆえ、主体を、まさに「統合モデル」



そのような主体——「ある点からみて、それ自身に現実化され、それにより他者にアクセス可能なものとされた世界」——は、ルーマンが強調するように、「自由の王国でのみ実現されうる。そうでなければ、主体は独立のものとしても、無比のものとしても表されないであろう」<sup>549)</sup>。基本権及び人権は、それゆえ、いかなる社会システムも、人間を全体として徴用しないことを保障する。基本権および人権は、人間をすべての機能システムの中での差異に据えることにより、人間に対し、個人の人格性を発展させ、個々の自己表現を意識的に選択し調整することを可能にする<sup>550)</sup>。人間の尊厳は、このような個別の保障を、あらゆる人間は、自由答責的な生き方をする十分な能力のある主体として尊重に値する（ないしは、まさにそれに値する）という普遍的な言明にまとめあげるものである<sup>551)</sup>。

法、とりわけ刑法は、それゆえ、あらゆる者がその生を自己の洞察に従って営むことができるべきであるという関心を確実なものとするを、主たる任務とする。たしかに、国家とその刑法は、個々人に対し満たされた生を保障しえない<sup>552)</sup>。「自律の実現に至るかどうか、それは、それぞれの人間自身にのみ関わることである」<sup>553)</sup>。しかし、刑法は次のことはできる。すなわち、個人に対し、自明のことながら厳格な相互性の条件のもとで、萎縮的な不安と抑圧的な他者による決定から自由な、固有の現存在 (Dasein) の形成を可能にすること、このことである<sup>554)</sup>。

↳の、近代的な、機能システムに特有の諸条件への転換にとっての解放公式」と呼ぶ。

549) *Luhmann, Gesellschaftsstruktur, Bd. 3, S. 214.*

550) *Luhmann, Grenzregime, S. 151.*

551) *Menke/Pollmann, Philosophie, S. 160.*

552) *Hildebrand, Rationalisierung, S. 270.*

553) *König, Begründung, S. 282.*

554) このような思想は、その古典的な定式化をスピノザに見出す。それによると、国家の最終目的は、「支配をし、人間を不安な状態に置き、ないしはこれを他者の権力に服させることではなく、むしろ、個々人ができる限り安全に生活し、また、彼の自然権が存在しかつ効力を有することを、自己または他人に対する損害なしに完全な形で主張することができるように、不安から解放すること」(*Spinoza, Theologisch-politischer Traktat, S. 31*)にある。——このような刑法の任務規定に賛同的なものとして、*Köhler, AT, S. 28 f.; ders., Begriff, S. 67 ff.; ders., ZStW 104 (1992), 15 ff.; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 818 ff.*——このようなりべラるな標準モデルに合致して選択された、主観的権利概念の出発点（これについては、*K. Günther, Pflichtverletzung, S. 445 ff.; Renzikowski, GA 2007, 565*）とは異なり、プーフェンドルフによって典型的に具体化されたような、より古い自然法の伝統

もっとも、自己決定を求める市民は、損害に対する自己の完全性の効果的な保護に関心のある、法の前に責任を負う私人の役割だけでなく、法に対して責任を負う国家市民の役割をも担う<sup>555)</sup>。法的自由の概念は、リベラルなだけでなく、民主的な意味の構成要素をも有する<sup>556)</sup>。国家市民のアイデンティティに属するのは、彼によって選ばれた代表を介して、基本法秩序の枠組みの中で、個人的な生活形成のオプションの最適化への利益に還元されないような政治的関心事を実現することである。自由的刑法の民主主義システムに対する制度的関連は、周知のとおり、刑法学によって過小評価されてい

ゝは、義務の優先から出発している（詳細には、*Denzer*, *Moralphilosophie*, S. 86 ff.; *Ikadatsu* [筏津安恕], *Paradigmenwechsel*, S. 1 ff.; *Auer*, *AcP* 208 [2008], 592 f., 601 ff.)。すなわち、——プーフェンドルフの有名な入門的著作のタイトルが示すように——権利ではなく、むしろ「自然の法則に従った人間と市民の義務」に、自然法的な著作者の優先的関心が認められる。このような構造は、彼らに対し、あらゆる法に内在する公共の福祉による拘束を特に強調することを可能にする。たとえば、プーフェンドルフによると、自己の責任なくして苦境や困窮に陥った者に対し、帝国は、人間的な態度に対する一般的義務に基づき、援助を行わなければならない。それどころか、それは、極端な場合に食物の盗みをも正当化する義務とされる (*Pufendorf*, *Pflicht*, I/5, § 23 [S. 70])。これに対し、市民は国家に対し、「その安全および福祉よりも何も高く見積もらず、生命、全財産およびすべての手段をその発展のために進んで利用させ、また、心身のすべての能力を国家の栄華の増進およびその福祉の促進に傾ける」 (*Pufendorf*, *Pflicht*, II/18, § 4 [S. 211]) 義務を有する。これに対し、カントは、権利概念を個々人の自由と結びつけ、これに一貫して、義務概念を主観的権利という新たな根本カテゴリーに置き換えた（これについては、*Auer*, *aaO*, 618 ff.; *Hruschka*, *JZ* 2004, 1085 ff.; *Ikadatsu*, *aaO*, S. 76 ff.; *König*, *Begründung*, S. 101, 139; *Wieacker*, *Formalismus*, S. 143 f.)。純分析的には自由主義的な法秩序においても、義務概念をより根本的なものとし（そのようなものとして例えば、*Horn*, *Untersuchungen*, S. 55 f; 近時では、*Jakobs*, *Norm*, S. 36 f. および *v. d. Pfordten*, *Differenzierung* S. 44), 主観的権利を *v. d. Pfordten* (*aaO*) のように、「義務の根源を整理する道具」として把握することが可能であるとしても、そのような説明は正当化理論上の関連を歪めてしまうであろう（憲法理論上の視点から同様に言うものとして、*Götz*, *VVDStRL* 41 [1983], S. 54 f.)。その限りで、カントによってなされた概念の転換は、*Auer* (*aaO*, S. 634) の適切な評価によれば、「近代の哲学上のディスクルスのもはや撤回することのできない基本要素 (*Grundbestand*)」に属する。

555) *Forst*, *Kontexte*, S. 395 ff.; *Pocock*, *Bürgergesellschaft*, S. 141 ff.; *Richter*, *Politik*, S. 19 ff., S. 156; *Walzer*, *Gesellschaft*, S. 171 ff. 参照。

556) 典型的には、*Pocock*, *Bürgergesellschaft*, S. 143 ff.; *Sandel*, *Liberalismus*, S. 55 ff.

る<sup>557)</sup>。それゆえ、法益論は、名目上、現行憲法秩序との接続を図ろうとする場合でも<sup>558)</sup>、正当な刑・法益の範囲を「個々人の自由な発展、その基本権の展開、およびこのような目標イメージのうえに構築する国家システムが機能するために必要である所与ないしは目的設定」<sup>559)</sup>に限定する傾向がある。そのような概念規定には、刑法理論上

557) 正当にも、支配的な刑法学説の立法者に対する「不信」を言うものとして、*Appel*, KritV. 1999, 286; *Amelung*, Begriff, S. 163; *Stuckenberg*, GA 2011, 659. さらに、立法の純手続的な正当化に対する刑法学の「不快感」をあらわに示すものとして、*Fiolka*, Rechtsgut, S. 75 f. —その実例による説明のために、最も著名なドイツの刑法学者の一人による最近の発言だけが挙げられる。ロクシンの言葉においては、「近代的な立法者は、たとえ彼が民主的に正当化されとしても、あることが彼にとって気に入らないという理由だけで、刑罰による威嚇をしてはならないということのために、[多くのことが]言われている」。すなわち、「我々の西欧文明の今日到達した標準」によると、ある態度の処罰には、「立法者の単なる恣意がそれを提起するのは別の正当化が」必要であるとされる (*Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 135)。このことを争う者はいるであろうか？

558) 法益侵害という犯罪行為要件には、憲法上の要求の理論に組み込まれることなしには、「それ自身、伝統以上のものはあまりない」(たとえば、*Bottke*, FS Lampe, S. 488) ことが、ますます承認されている(最近ではたとえば、*Kühl*, FS Puppe, S. 666)。そのような憲法上省察された法益論がどのような様相を呈しうるかを、*Hefendehl* (JA 2011, 403 ff.) は印象的な形で素描する。それによると、ある保護に値する法益の同定は、憲法上の検討の入り口的前提である。その重点は、後に続く比例性の検討にある。

559) たとえば、*Roxin*, AT 1, §2 Rn. 7. —「もともとの意味における、すなわち素晴らしい個人」(*Jakobs*, FS Amelung, S. 41) への、このような一方的な焦点化は、*Frister* (AT, §3, Rn. 32) においてよりはっきりとしている。彼は、憲法による定義が問題となるという事情の明示的な強調の下に、法益概念を「平等な権利のある人格の発展の、法によって保障されるべき条件についての記憶に残りやすい短い公式」として理解しようとする。—特にはっきりと表れているのは、増大する現実の拒絶の賞賛を(これについては、*HK-GS-Rössner*, Vorbem. zu §1 Rn. 18, *Fiolka*, Rechtsgut, S. 88; *Frisch*, Rechtsgut, S. 221; *Schünemann*, GA 1995, 207 f.; これにはすでに、*Tiedemann*, Tatbestandfunktionen, S. 119 が立ち入っていた。)、自ら作った刑事政策上のコーナークッション (Kuschelecke) の中で備え付けるために、いわゆる人格的法益論の主張者において、それは、個人的利益の集団的利益に対する正当化理論上の優位と、諸制度の保護の「人格保護の可能性の[諸]条件」への制限を主張する (*NK-Hassemer/Neumann*, Vor §1 Rn. 133 ff.; *Hassemer*, Grundlinien, S. 91 f. [基礎づけるものとして]; さらに、*Marx*, Definition, S. 62 ff., 79 ff.; *Chatzikostas*, Disponibilität, S. 134; *Herzog*, Unsicherheit, S. 73; *ders.*, ↗

の哲人王たちがそのために考え出してきた (できる限り人格性に近い) 「財」のリストに (議会主主義的な代表の形態で) 固定化されないことに表わされる, 市民の政治的自由<sup>560)</sup> のためのいかなる余地もない。むしろ, 立法者は, 憲法以前の形において, これを抑制する必要があるほとんど唯一の審級 (Instanz) として認知される。「これに対し, 立法者が, 唯一の国家的審級として直接に民主主義的に正当化されること, すなわち, 立法者が, 憲法上拘束されたものであって, 民主主義的法治国家においては, そもそもその憲法上の拘束力なしには考えられないことは, 背後に退いている」<sup>561)</sup>。伝統的法益論の「まさに攪乱を呼び起こすような民主主義との懸隔」<sup>562)</sup> は, 「一種の規範的なパラレルワールド」に捉われ<sup>563)</sup>, 「憲法的なディスクルスとの接続を多くのところで失ってしまっている」<sup>564)</sup> が, これに対し, 自由理論的に省察された犯罪論は立ち向かう。憲法上あらかじめ与えられた刑事立法者の形成の余地は, 上記の犯罪論にとって不可避の害悪などではなく, むしろ, 真の高く評価される市民的自由の表われなのである<sup>565)</sup>。

↘ Prävention, S. 57 ff.; Hohmann, Rechtsgut, S. 66 ff., 117 f.; ders., GA 1992, 77 ff.; Sarhan, Wiedergutmachung, S. 242; Stächelin, Strafgesetzgebung, S. 77 ff.; Sternberg-Lieben, Schranken, S. 377 ff.; ders., Rechtsgut, S. 67 ff.; Kargl, JA 2003, 609; Mir Puig, Grenzen, S. 90 f.; Prittwitz, Rechtsgutslehre, S. 100 ff.; 結論において同様のものとして, Kahlo, Handlungsform, S. 171; Roxin, Rechtsgüterschutz, S. 139 f.; Wrage, Grenzen, S. 279, 376 f.)。これに対し, Hefendehl (Rechtsgüter, S. 113 ff.) は正当にも, 集団的法益の意義が, 個人の生活計画の実現のための自由領域を創出することにあるのではなく, 国家が刑法によって自己の機能能力を保障することもできなければならないことを強調する。しかし, 本書の見解によると, 民主主義理論の根拠からは, さらに一歩先を行かねばならず, ——ヘフェンデルによって承認された狭い限界のさらに向こう側にも——憲法上の許容の枠組みでは, 我々が, そのルールを尊重する社会の中で生活したいと思っていること以外に理由のないような刑罰規範を, 原則的に正当なものとして承認しなければならない (Stratenwerth, FS Amelung, S. 363; 同様のことはすでに, ders., FS Lenckner, S. 390 f. が述べていた。; 類似のものとして, Volk, 2. FS Roxin, S. 224)。

560) この概念は, ここでは, Aron, Freiheiten, S. 97 の意味で理解されている。

561) Appel, Verfassung, S. 330; ders., KritV 1999, 287.

562) Stuckenberg, GA 2011, 658.

563) Stuckenberg, GA 2011, 655.

564) Gärditz, Staat 49 (2010), 332; Fiolka, Rechtsgut, S. 295, 343 f.; Gaede, Kraft, S. 183 も参照。

565) 結論においてこれと同様のものとして, BVerfGE 120, 224, 240 ff.; LK- $\nearrow$

法秩序は、自由保障の任務に、それが——ヴェルツェルが定式化したように——「現実を形成する力を有する」場合にのみ適うものになりうる<sup>566)</sup>。ホップズと同様に、ヴェルツェルも法の第一の最も重要な任務を、「あからさまな、ないしは絶えずひそかに迫る万人の万人に対する内戦を克服し、ないしは制圧し、すべての者の生命を保障する秩序に置き換えること」<sup>567)</sup>とみている。個々の市民が、たえず自己の態度の生存にかかわるリスクを計算に入れるという、強制の負担から解放される場合にのみ、市民は他の「より高次の」任務に自らを振り向けることができる<sup>568)</sup>。「人が、その現在を過去と未来に伸長し、そのような伸長の理解においてその生活を実践的に形成する能力のあることは、人格的存立の本質的規定である。このようにして、人は、生存の偶然性をその人格的生活の継続性に変えていく」<sup>569)</sup>。このような継続性は、その明確な刻印を理性的な生活プランに見出す<sup>570)</sup>。法・権利をあらゆる個々の市民の周りで張りつめる「シンボリックな覆い」が、他人によって格別に破られることはないという期待は、その限りで、「人格性の前条件」<sup>571)</sup>であり、それとともに、人格的自由の理念のあらゆるものに責任を負う国家の正当性の前条件でもある<sup>572)</sup>。このことは、法秩序は、「正常性の支

↘ Weigend, Einl. Rn. 3, 6 f.; LK-Walter, Vor § 13 Rn. 9; NK-Paeffgen, Vor §§ 32 ff. Rn. 11; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 2 Rn. 8; Stratenwerth, Kriminalisierung, S. 256 ff.; ders., FS Amelung, S. 362 f.; Appel, Verfassung, S. 362 f.; ders., KritV 1999, 286 f., 299 f., 306, 309 f.; Fiolka, Rechtsgut, S. 76, 87, 144, 340 f., 390 f.; Lagodny, Strafrecht, S. 144, 147, 153, 162 f.; Amelung, Begriff, S. 162 f.; Androulakis, FS Hassemer, S. 278; Bacigalupo, FS Jakobs, S. 14, Frisch, Rechtsgut, 221 f.; Gärditz, Staat 49, (2010), 342; Hilgendorf, NK 2010, 128; F. Meyer, ZStW 123 (2011), 10 f.; Stuckenberg, GA 2011, 658 ff.; Vogel, GA 2002, 529 f.

566) Welzel, Abhandlungen, S. 282.

567) Welzel, Abhandlungen, S. 282.

568) Jakobs, FS Amelung, S. 48; Boehme-Neßler, Rechtstheorie, 39 (2008), 549; Winkler, Freiheit, S. 30. —それゆえ、ヴァイントシャイトが、法を「人倫の世界秩序の基礎」と呼んだのは十分な理由のあることである。「地上が堅固な構造物の上であり、そしてこれがなければ、地上に生い茂り、花咲かせるものは何もないのと同じように、人倫の世界秩序は法という構造物の上であり、その上に花咲かせるものは、その存在をまず法に負っているのである。」(Windscheid, Recht, S. 4)

569) Sturma, Philosophie, S. 352.

570) Sturma, Philosophie, S. 352.

571) Kargl, Rechtsgüterschutz, S. 60.

572) Frankenberg, KJ 2005, 376.



配」を貫徹しなければならない<sup>573)</sup> という短い公式に示される。「正常性とは、規範的なもののビオトープである」<sup>574)</sup>。しかし、正常性が支配するのは、「人間的幸福と行為結果についての、すなわち、人格的自己発展と倫理的自己実現についての諸前提が、特別ではない当然のものとなる場合、つまり、暴力が人間の世界 (Raum) から追放され、将来に対する信頼が存続し、行為を導く安定性の予期が獲得され、相互の信用が支配する」<sup>575)</sup> 場合である。

法的正常性の状態は、それゆえ、抽象的な規範秩序の存在以上のものを要求する。個々の市民は、その状態において、「その権利に与から」ねばならず<sup>576)</sup>、すなわち、彼と共にいる市民によるその法的立場の尊重を広く信頼することができる。法規範は、認知的補強 (der kognitiven Untermauerung) を必要とする<sup>577)</sup>。「というのも、国家の法の諸法則、すなわち、公的な自由が、力のない規定によってのみ支えられる場合、市民には、そのような法律が守られるという保証が欠けるだけでなく、[……] それは、自由の没落でもあるからである」<sup>578)</sup>。それゆえ、具体的・現実的自由性の状態は、とりわけその安定性、すなわち、その持続性によって個別の法的経験の総和と区別される<sup>579)</sup>。

保障された自由であるという (Freiheitlichkeit) 状態の創出および維持のために、諸制度、とりわけ国家が必要であるという確信は、いわば近代政治思想の定旋律 (*cantus firmus*) をなす<sup>580)</sup>。もっとも、不可欠性と独占性は混同されてはならない。外形的秩序の維持は、もっぱら国家の官庁の効果的な網状組織 (Netz) によって成し遂げられる——すでにカントにみられ<sup>581)</sup>、一時は「超近代 (Hochmoderne)」の信仰にまでなった<sup>582)</sup> 見方である——という信念は、やはり誤っている。いかなる法共同体も、す

573) *Kersting*, Politik, S. 128; *ders.*, Macht, S. 76. — 適切にも, *Bleckmann* (Strafrechtsdogmatik, S. 61) は、「暴力の禁止は、第一次的に暴力を阻止するものではなく、それは、あたかも世界が暴力的なものではないかのようにすることができる行為の可能性の条件である。」とする。

574) *Kersting*, Politik, S. 128.

575) *Kersting*, Politik, S. 128; *ders.*, Macht, S. 76.

576) *Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 423.

577) 最近のものとして, *Jakobs*, Rechtszwang, S. 33.

578) *Spinoza*, Politischer Traktat, S. 97.

579) *Pawlik*, Person, S. 81.

580) 典型的には, *Kersting*, FAZ v. 7. 6. 2008, 15.

581) これについては, *Pawlik*, JRE 14 (2006), 269 ff.

582) *Garland*, Kultur, S. 92 参照

でその行為のキャパシティがきわめて限られているという理由からして、もっぱら制度の力によって成立し得るわけではない<sup>583)</sup>。それゆえ、自由であるという状態の維持についての共同責任は、あらゆる個々の市民にも課される<sup>584)</sup>。このような共同責任を承認することは、結局、公正さの要請である。「法的秩序の自由を要求しようとする者は、自らのものを、このような自由の保護と防衛のために役立てることも要求される」<sup>585)</sup>。

たしかに、市民の責任は民主主義立憲国家においては、公共体全体にかかわるものではけっしてない。市民には国家の公共の福利について責任は課されない<sup>586)</sup>。そのような責任は、近代社会の複雑性に鑑みると、文字通り測定不能であろうから、個々の市民ではこれにとってまったく満足させることはできないであろう<sup>587)</sup>。しかし、市民はおそらくは、その社会的な役割による具体的な任務について責任を負うことになる<sup>588)</sup>。ゲルハルトが適切にも強調するように、それゆえ、立法や司法だけではなく、日常的な法の遵守も代表性 (repräsentativen Charakter) を有するのである。「制定法は、制度的な共同体の態度予期を代表し、裁判官は制定法を代表し、合法的に行動する市民は、模範的に制定法の妥当を代表している」<sup>589)</sup>。「というのも」、——ロベルト・シュペーマン

583) 詳細には、*Pawlik*, JRE 14 (2006), 279 ff.

584) このことに対し、*Bustos Ramírez* (FS Tiedemann, S. 348) と *Salinger* (JZ 2006, 762) は、そのような立場は権威主義的ないしは全体主義的であるという主張をもって争う。この非難は誤っている。むしろ逆で、規範適合性を強制機構によってのみ保障しようとする国家こそ、全体主義的であろう (*Pawlik*, JRE 14 [2006], 280 f.; 同様のものとして、*Baurmann*, Normativität, S. 173; *Jakobs*, Norm, S. 78; *ders.*, Rechtszwang, S. 39; *ders.*, Theorie, S. 180; *Kräfte*, Apriorität, S. 102)。——ここで述べていることと本質的に同様のものとして、*Link*, VVDStRL 48 (1990), S. 31; *Noll*, Begründung, S. 14 f.; *Saladin*, Verantwortung, S. 70; *Ziekow*, FS v. Arnim, S. 203. *Murmann*, GA 2004, 70 も端緒において同様である。

585) *Huber*, FAZ v. 22.1.2011, 8.

586) *Depenheuer*, VVDStR 55 (1996), S. 96 f.; *Weber-Grellet*, Rechtstheorie, 34 (2003), 182.

587) *Depenheuer*, VVDStR 55 (1996), S. 107.

588) *Depenheuer*, VVDStR 55 (1996), S. 111, 123; *Gärditz*, Staat 49 (2010), 356.

589) *Gerhardt*, Prinzipiation, S. 343。——法共同体が、その構成員に合法な行為を要求してよいという確認は、市民は外面的な法適合性以上のことを義務づけられないという、それと劣らず有意義な裏面を有している。その際に行動のきっかけとなった動機は、彼ら自身の事柄である (これを明確にするものとして、*Gärditz*, Staat ↗



がそのように説明するのだが——「所与の規範的枠組みにおいて遂行されるすべての行為は、この枠組みの妥当を再生産するからである」<sup>590)</sup>。

自由であるという状態に対する攻撃は、それゆえ、行為者が、刑法上の行為秩序に反して行為することによって、法共同体の代表者としての——端的には市民としての——役割に背くことに表明される。彼は、現存する法状態の維持に協働する義務に違反している<sup>591)</sup>。その限りで、犯罪は概念上、法共同体全体に対する不法である<sup>592)</sup>。それは、

↘49 [2010], 356; 誤解を招きやすいものとして, *Weber-Grellet*, *Rechtstheorie* 34 [2003], 190)。

590) *Spaemann*, *Kritik*, S. 180 ——内容的に一致するものとして, *Haas* (Kausalität, S. 78 f.) は, 「態度規範を尊重する者は, 一般意思に服し, これを代理するものとして, 生業を営む。個々人は共同体の成員として行為するのであり, 個人としてするのではない」とする。

591) 類似のものとして, *Köhler*, *AT*, S. 48 f; *Appel*, *Verfassung*, S. 467 ff.; *Kersting*, *Macht*, S. 252 ff.; *Kleinert*, *Betroffenheit*, S. 127 ff., 218; *Müssig*, *Mord*, S. 142; *Otto*, *ZStW* 87 (1975), 563; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 119; *Frisch*, *FS Müller-Dietz*, S. 254; *Kindhäuser*, *ZStW* 107 (1995), 722; *Renzikowski*, *GA* 2007, 564, 566; *Roxin*, *JuS* 1966, 385; *Schild*, *FS Lenckner*, S. 305 f.; *Zaczyk*, *Staat*, S. 80 ff.

592) 現存する自由の秩序の維持に関与する義務は、個々の市民の実体刑法的のみならず、手続法的な地位をも形成する。この義務から、法共同体はこれに属する者すべてに、犯罪行為の解明に関与することを要求することが許される（同様のものとして、*Köhler*, *ZStW* 107 [1995], 20; *Lesch*, *GA* 2000, 364）。「個人が、市民としての、すなわち自由で権限のある人間としての安定した存在について負っている国家は、被疑者・被告人自身も含めたあらゆる者に、法秩序に対する攻撃の発見と除去について義務を負っていることを説明することにつき、根拠のある要求をする。」(*Sundelin*, *GA* 6 [1858], 628) たしかに、刑事訴追を行う国家は、関連する義務の形成において、自己の権力に服する者たちの基本権に配慮しなければならない。そうでなければ、国家は、自由の維持者としてあらわれるという自己の要求を妨げることになる。しかし、市民の義務と個人の基本権との関係は、刑事手続の枠組みにおけるあらゆる市民の要求が、彼にとって関係のない目的のための関係者の道具化という一般的な疑いの下で立てられる場合には、歪められる。それは、「刑事手続における被疑者・被告人を [……] 共同体の外部にあるものとして、すなわち、これに敵意を持って、正当な敵対者として対立的に」考えるという、誤った表象となる (*Sundelin*, aaO)。むしろ、個々人の基本権の主体としての立場は、共同体に拘束される市民としての法的役割と根源は同じである。それゆえ、被疑者・被告人は、たしかに制裁の威嚇の下で、自己の有罪立証に協働することを強要されてはならない。刑事訴追を行う国家には、供述強制とほとんど同じような状態に彼を置

カントの言葉によると、「単に個々の人ではなく、共同存在を」<sup>593)</sup> 危殆化する。しかし、刑罰によって防護される協働義務は、その正当化根拠を、貫徹力のある法秩序の枠組みにおいてのみ現実にも価値が保持されていること (reale Werthaltigkeit) にまで強化される市民の自由に見出す<sup>594)</sup>。

なくことは許されない。しかし、自己負罪拒否のルール (*nemo tenetur* Regel) は、国家に対し、協力が拒絶される場合に代替を行うことを阻止するものではない (Volk, FG BGH, S. 740)。その際、被疑者・被告人は、国家によって誘発されたあらゆる自己負罪からの保護を要求できるわけではない。(詳細には, Pawlik, GA, 1998, 380 ff. 要約的なものとして, Erb, FS Otto, S. 7874 ff.; Verrel, FS Puppe, S. 1638 ff.)

593) Kant, MS, Werke Bd. 7, S. 452. —これにつき、最近のものとして, Hruschka, FS Stöckel, S. 88 ff.

594) 時として、民主的な意思形成に対する関与の権利は、刑法上の義務賦課の基礎とされることがある (K. Günther, Schuld, S. 245 ff.; ders., Personenbegriff, S. 93 ff. [基礎付けるものとして]; Gómez-Jara Díez, ZStW 119 [2007], 327 f.; Kindhäuser, FS Schroeder, S. 89 ff.; ders., FS Hassemer, S. 770 ff.; Mañalich, Nötigung, S. 34; Milton Peralta, ZIS 2008, 509 ff.; Müssig, Mord, S. 234 ff.; ders., FS Jakobs, S. 427 ff.; Rath, Rechtfertigungselement, S. 124 f.; 131 f.)。規範が否認しているにもかかわらず、不法を回避する義務は、「法的人格が、国家市民の役割へと移り、そのようなものとして、自らの熟慮する能力を、明らかに規範に反する立場をとる形で使用する権利と可能性を有している場合に」のみ正当なものとする (K. Günther, Personenbegriff, S. 95)。「そのような手続なしに、いかなる規範遵守義務も、規範違反の場合の責任もない。」(K. Günther, Schuld, S. 256)。もっとも、このような見解は、現実に存在する法秩序の正当化のためよりも、正当化の否認にずっと役立つ。ローマ法から1851年のプロイセン刑法典に至るまで——すべての正当でないものについてである (同様のものとして, Kersting, Macht, S. 253 Fn. 72; Pawlik, FAZ v. 14. 3. 2005, 40 はすでに、ギュンターの立場に対し批判的である)。その種の正義論の高揚は、人間の存在の根本的な秩序政策的な前提をきわめて低く評価するという不幸な傾向を有する。「可能化は最適化に、存在 (*esse*) の保障は、よき存在 (*bene esse*) の要求に先行する。」(Kersting, Politik, S. 129)。個々人にとって、選挙期日までの間、日常において安全かつ平和に暮らすことができるという見通しは、民主的な協働に対する権利と比較できないほど大きな自由との関連性を有する。それゆえ、自由理論的に最優位の選択肢は、民主主義か非民主主義かではなく、むしろ、市民の状態にあるか自然状態にあるかである。民主国家も、まずもって国家でなければならない。それゆえ、国家は、国家に期待されていること——何よりも平和の保障——をしなければならない。国家は、その市民の服従義務が疑問にさらされている限り、この任務に失敗するであろう。したがって、市民の服従義務は、国家の国家性に結びつくのであり、その民主的立憲性に最初に結びつくので

あらゆる刑罰理論と同様に、ここで提起された構想も、特有の根拠づけの限界を有する。その侵害が、行為者に対し市民の役割において帰属可能な不法とされる構成要件の正当性については、本書の構想は、そこに固定された不法が顕著に重いものでなければならぬという程度のことだけを（しかしともかくこのことは）述べている。「刑罰を特に重い否定的効果として把握する限りで、それに相応しい不法に対してのみ刑罰によってリアクションすることができる」<sup>595)</sup>。たしかに、これによりここでの見解は予防論を超えている。というのも、予防論は、道具主義的な方向性に対応し、ある刑法秩序が威嚇、規範忠誠の修練ないしは犯罪者の再教育によって安定化されるに相応しいかについてのいかなる基準も用意しないからである<sup>596)</sup>。それでもなお、本書の構想は、いわゆる実質的犯罪概念をめぐる議論に寄与するものと理解されることを欲していない。許される犯罪化の限界を詳細に規定することは、有意義な憲法的課題であるが、それは、刑罰理論というタイトルの下で論じられるべき問題とは主として別の問いを投げかける<sup>597)</sup>。

また、ある別の点で、本書の理論は、自己抑制に努めている。本理論にとって重要なのは、実体刑法の関係するルールにより市民の不法として解釈される犯行に対して、刑罰によってリアクションすることに対し、いかなる原理的な疑念も存在しないという証明だけである。しかし、それはけっして、市民のあらゆる不法に刑罰を科さねばならないと主張するものではない<sup>598)</sup>。「処罰義務ではなく処罰権 (Strafrecht) だけが犯罪の

---

ではない。——これと同様のものとして、Keller, FS Lüderssen, S. 427 f. 近いものとして、Jakobs, ZStW 118 (2006), 845. ——安全の利益の国家哲学的優越性に関する基礎的なものとして、Isensee, Grundrecht, S. 3 ff. (歴史的な面で), 17 ff. (体系的な面で)。

595) Frisch, Straftat, S. 145.

596) 適切にも、Neumann, Feindstrafrecht, S. 307 f.; Stübinger, Idealisiertes Strafrecht, S. 308 f.

597) 同様のものとして、Jakobs, AT 1/18; ders., FS Amelung, S. 47; Jescheck/Weigend, AT, § 8 II 3 (S. 68); Appel, Verfassung, S. 442; Beck, Unrechtsbegründung, S. 39 ff.; Greco, Lebendiges, S. 304; Haffke, Tiefenpsychologie, S. 82; Kalous, Generalprävention, S. 117; Müssig, Schutz, S. 142 f.; Gärditz, Staat 49 (2010), 353; Kindhäuser, GA 1989, 493; Perron, Rechtfertigung, S. 24, 30; Vogler, ZStW 90 (1978), 141. ——かつての文献として、Liepmann, Einleitung, S. 199; Salomon, ZStW 33 (1912), 16.

598) 刑罰は規範違反に範疇的に連ならなければならない (例えば, Henkel, 7

必然的帰結 [である]<sup>599)</sup>。ある安定した社会は、刑罰の大幅な緩和の傾向を有するであろうというだけではない。それは、自由の現実的な存立条件の重大な侵害に刑罰というリアクション形式を留保しておき、それほど重くない不法行為に対しては別の形で——たとえば、行為者に損害回復を義務付けることによって——応答することも可能にする。一言でいうと、本書の構想は、単に刑罰を可能にする理論の要求だけを提示するのであり、犯罪化の理論や必罰論の要求を提起するものではない<sup>600)</sup>。

以上のことから、応報理論の基礎づけモデルに対する伝統的異論にさらされない、刑罰のこの理論の基本的特徴が素描される。本書の構想は、「人間の基本権の中にある、目的とは切り離された威厳をむやみに振り振りかざすこと」<sup>601)</sup>からは距離を置いている。この意味で絶対的な、「すなわち、人間的なおよび社会的な目標設定から解き放たれた刑罰理論が、憲法上も日常道徳的にも耐え難いもの」<sup>602)</sup>であろうということについては、争いは存在しない。むしろ、本書の構想も社会秩序の維持が重要であることは、予防論と異ならない<sup>603)</sup>。しかし、両者の構想がこのような関心を概念化していこうとする際の基礎づけのモデルは異なっている。予防論の視点からは、刑法は、——ハッセマーによって述べられたように——「世界をよくすること」<sup>604)</sup>に奉仕する。その場合、刑法は社会的な利益保護の道具であり、犯罪行為によって惹起された最適でない

↘Einführung, S. 411 f; ders., Strafe, S. 8; Hoerster, Strafe, S. 49; Papageorgiou, Schaden, S. 47 ff.; Hassemer, Selbstverständnis, S. 52; Jakobs, Norm, S. 107) とする、「絶対的な」理論として伝統的な意味に理解された応報説に対する異論からは、それにより、基礎が奪われる。すでに、Nagler (Strafe, S. 723) は、犯罪者の絶対的な処罰義務の主張（最近ではこれは、Greco, Lebendiges, S. 423 f. によって新たな形で言われる）を、「書齋の中の無謬性に対する自惚れの」特権にとどまっておき、実務ではまったく役に立たない頑迷な「教条主義」として非難していた。

599) Binding, Grundriss, S. 230.

600) これと本質的に同様のことはすでに、Nagler, Strafe, S. 585 ff., 721 ff. が述べていた。

601) Hassemer, WestEnd 2006, 77 の応報論に対する異論はそのようなものである。(Hassemer はここで、Maurach, AT<sup>4</sup>, S. 77 にあてこすりをしている。)

602) Hassemer, Selbstverständnis, S. 47. —BVerfGE 72, 105, 114; Hörnle, Straftheorien, S 16; dies., Strafbegründungstheorien, S. 30; Gärditz, Staat 49 (2010), 351, 359 f.; Roxin, Schlussbericht, S. 178; ders., AöR 59 (2011), 13; Weigend, Kommentar, S. 31 f. も同様である。

603) その限りで同意するものとして、Stuckenberg, Vorstudien, S. 487.

604) Hassemer, WestEnd 2006, 75.

(suboptimal) 状況から、将来の社会生活の点で最善を作り出すことに寄与するものとされる。これに対し、本書の理解によると、刑罰の法的根拠は、「犯罪そのもののみ」<sup>605)</sup>であるが、もっともそれは、具体的な被害者にとってだけでなく、当該の法共同体全体にとってのその意義という視角によるものである。ここで提案される基礎づけのモデルは、刑罰を神話化するものではないが、刑罰の正当化という課題は技術的な最適化の問題の地位に低く見積もられるという正反対の誤った信念にも陥るものではない。その基本思想は、行為者は、彼が生活する自由であるという状態の存続につき法的な共同責任が課されるという、きわめて単純なものである。彼は、自らの負担において協働義務の履行と自由の享受の相互関連が確証されることにより、刑罰においてこのような共同責任に繋ぎ止められる<sup>606)</sup>。正当な刑法は、定義上、市民刑法なのであり、それ以外のものは存在しない<sup>607)</sup>。

(安達光治 訳)

---

605) Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 31.

606) その限りで、Hegel (Grundlinien, § 100 A, Werke Bd. 7, S. 191) に依拠し、有罪判決を受けた者は、彼の処罰において、理性的な者として尊敬されることが出来る。Merkel (Willensfreiheit, S. 133) が、このような言い回しにおいて、単に「時効にかかった大衆的公式の古臭い情念」を味わうのを避けるとき、彼は、犯罪行為者も市民として承認されるという、これに結び付けられた要求を誤解している。予防思想が花盛りの時には、この関心は、減じられることのない現実性を有していた。——ヘーゲル流の公式の名誉の救済を企てるものとして、Sinn, Funktion, S. 127.

607) 敵刑法 (Feindstrafrecht) に対するこのような立場からの批判については、Pawlik, Terrorist, S. 38 ff.