

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(8)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

松生光正 (訳)

目 次

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

- 2. 他人の人格の尊重
 - 3. 人格的存在の基本的現実条件の保証
 - B. 被害者の優先的管轄
 - I. 罪体から実質的構成要件概念へ (以上, 65巻1号)
 - II. 構成要件と違法性の関係 (松生光正) (以上, 本号)
- 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2章 市民の管轄

B. 被害者の優先的管轄 (承前)

II. 構成要件と違法性の関係

1. 「禁札」としての構成要件か？

ベーリングは、彼の『犯罪論』を綱領宣言的な告白によって始める。彼はすでに序言において以下のように表明する。「私が特に重視する認識は、行為の構成要件該当性は、決して刑法の各論のみに関わるのではなく——そこに属するのは個々の構成要件（複数）のみである——、むしろそれは、犯罪の一般的メルクマールであること、つまり刑法の総論は単数的概念としての構成要件に結晶化（ankristallisieren）しなければならないことである。」²⁵¹⁾ ベーリングがそれに続けて展開する構成要件該当性のカテゴリーは、方法論的観点では分類学的思考の産物である²⁵²⁾。ベーリングは、「犯罪を上位概念の『行為』に組み入れ、犯罪を後者に対して五つの特別メルクマールによって特徴づけており」²⁵³⁾、その第一を成すのが構成要件該当性である²⁵⁴⁾。ベーリングの理解によると、構成要件が諸行為の領域から刑法的に重要な行為を取り出す。行為が存在するという要件にとっては、行為者が意図的に身体的運動を実行したか、あるいは筋肉を抑制したとことこの認定で既に十分である一方で、構成要件は、行為の一定の性質を要求とする。「それは、構成要件に該当して、それ以外の刑法的評価が考慮されるためには、

251) *Beling, Verbrechen*, S. V f.

252) これについては、上述 S. 152 f.

253) *Beling, Verbrechen*, S. 7.

254) *Beling, Verbrechen*, S. 21. ——それ以外のメルクマールとは、「違法性—責任—一定の刑罰威嚇の適合（*Passen einer bestimmten Strafdrohung*）——刑罰威嚇条件の存在（*Vorliegen der Strafdrohungsbedingungen*）」である（*Beling, aaO*, S. 7）。

何らかの性質を持つ行為、つまり一定の意味を持つ行為でなければならない。構成要件を通じて行為は初めていりどりを与えられるのである。²⁵⁵⁾「あらゆる違法で有責な行為が直ちに刑罰威嚇を発生させる」という時代は過ぎ去ったとする²⁵⁶⁾。むしろ、法定主義原則のゆえに、「確固として輪郭づけられた犯罪類型のみ」が刑罰威嚇の下に置かれるというのである²⁵⁷⁾。それゆえ、犯罪と「呼ばれうるのは、刑法の各則に〔……〕並んでいる構成要件の一つに一致する行為のみである」、簡単に言うと、「類型的な、構成要件該当的行為である」²⁵⁸⁾。

したがって、構成要件概念の定立の際にベーリングを導いているのは、まず第一に法治国家的考慮である²⁵⁹⁾。すなわち、彼にとっては、今まで刑事政策的、法技術的な意味しか帰せられていなかった「法律なければ犯罪なし（*nullum crimen*）」命題を刑法の解釈論に組み込むことが重要なのである²⁶⁰⁾。もっとも、ベーリングが構成要件論を「法律なければ犯罪なし」命題に還元したことは反駁されないままではありえない。ゴルトシュミットが問うように、「構成要件の明確性という法治国家的土壌の上に成長したこのような要件を独立した一般的メルクマールとして、しかもそれどころか刑法全体を基礎づける最も重要なメルクマールとして定立すること」は正しいのか？²⁶¹⁾ 実際また、それ以降の議論の経過の中で、（法定主義原則の適用領域に関係させて）「保障構成要件（*Garantietatbestand*）」を「体系構成要件（*Systemtatbestand*）」から区別することが学ばれている²⁶²⁾。それにもかかわらず、今日まで、刑法上の構成要件の特別な成果は、それが市民に対して刑罰的義務の範囲を教示したことに見だされている²⁶³⁾。すなわち、国家が社会にとって耐えがたい行為を処罰しようとするならば、——「法律なければ犯罪なし」の要求の正確な範囲とは無関係に——その前に何が耐えがたく、そ

255) *Beling, Verbrechen*, S. 144.

256) *Beling, Verbrechen*, S. 21.

257) *Beling, Verbrechen*, S. 21.

258) *Beling, Verbrechen*, S. 24.

259) 適切であるのは、*Dahm, Verbrechen*, S. 78; *Hall, Lehre*, S. 157; *ders.*, FS H. Mayer, S. 38.

260) *Hall, Lehre*, S. 155.

261) *Goldschmidt*, GA 54 (1907), 30.

262) *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 7 Rn. 5 f. のみ参照。——保障構成要件の概念は、*Lang-Hinrichsen*, JR 1952, 307 に由来する。様々な構成要件の種類に関して基本的なものとして、*Roxin, Tatbestände*, S. 106 ff.; *Gallas, FS Mezger*, S. 130 ff.

263) 比較的古い文献の中で強く主張するものとして、*Sauer, Grundlagen*, S. 294 ff.

れゆえ刑法的に重要かということをも具体化することが必要であるというのである²⁶⁴⁾。例えば、ヴェルツェルは、1944年においてなお国家社会主義的立法の無制限の傾向に対して以下のように強調する。つまり、刑法が倫理形成的機能——それは、法的行動の指針としての行為価値 (Aktwerte) の確固とした妥当を保障することに存する——を正しく果たすべきであるならば、その規範は、法的行動の侵害された行為価値を具体的に画定しなければならない、すなわち構成要件的 (tatbestandlich) でなければならないであろうとする²⁶⁵⁾。「このような消極的行為モデルの力によって初めて市民と裁判官は、どのような行為様式が禁止されているのかを認識することができる。」²⁶⁶⁾ ロクシンにとっても、構成要件はとりわけ社会教育的な任務を有する。すなわち、「それは、全ての者に知らせるために立てられた、抽象的な一種の禁札 (Verbotstafeln) によって一般的に禁止された行為様式の図像を描写している。」²⁶⁷⁾ 以上のように理解された構成要件論は、まだ支配的な刑罰基礎づけの予防的枠組みに継ぎ目なくはめ込むことができるように思われる。それは、市民に向けられ、彼らの方向づけに役立つ行為規範のモデルへの、この図式に特有の方向性²⁶⁸⁾ を犯罪論的なカテゴリーへと翻訳するのである。すなわち、刑法上の諸構成要件は、法的忠誠への一般的要求を市民にとって見通しうようなやり方で具体的な個別的禁止へと濃縮することによって、刑法の積極的一般予防的任務の履行への不可欠の寄与をもたらすとするのである²⁶⁹⁾。

明確に輪郭を描かれた犯罪記述の法治国家的価値は、今日誰によっても争われていない。これに対して、フランクやバウムガルテンによる正当化条件の「消極的構成要件メルクマール」としての解釈²⁷⁰⁾ 以来、犯罪論的な構成要件概念の範囲に関する問題は、非常に対立した議論となっている。もっとも、この問題の解決に対して、「禁札」論拠は、そのためにはあまりにも一般的 (unspezifisch) すぎるので、何ら寄与しない。各則の禁止構成要件は、ロクシンによって要求された方向づけを、そのもの自体からでは

264) Schweikert, Wandlungen, S. 30; Tiedemann, Tatbestandfunktionen, S. 37, 80.

265) Welzel, Abhandlungen, S. 235.

266) Welzel, Strafrecht, S. 49.

267) Roxin, AT 1, § 10 Rn. 20. — 構成要件の一般予防的機能の援用は、広範に普及している。Jescheck/Weigend, AT, § 25 III 2 b (S. 250), § 31 I 2 (S. 324); Krey/Esser, AT, Rn. 261; Sternberg-Lieben, Schranken, S. 60 のみ参照。

268) この点については上述 S. 66, 77 ff.

269) この趣旨であるのは、おそらく Safferling, Vorsatz, S. 170.

270) Frank, FS Gießen, S. 533 ff.; Baumgarten, Aufbau, S. 219 ff. 参照。

なく、その事實的射程範圍を決定する一般的な法制度との共働によってのみ提供することが出来るのである²⁷¹⁾。伝統的見解と一致するのは、構成要件では主として行為者の管轄を基礎づける基準を論じ、場合によってあり得る被害者の共同管轄を違法性の枠内で扱うことである。しかし、前者のグループの観点が、後者のグループの観点よりも市民の方向づけにとって、現実に例外なく重要であろうか？ むしろ、しばしば、その範圍や実現について市民に不明確性が存しているのは、まさに対抗権（Gegenrechte）ではないのか？²⁷²⁾

管轄を基礎づける要素に焦点を合わせるために、疑わしい場合には、市民は、必要以下ではなく、必要以上に警告される方がより好ましい一面性であることが挙げられるかもしれない²⁷³⁾。それにもかかわらず、たった今挙げた出発点は、支配的見解によって、とりわけロクシン自身によっても一貫して維持されてはいない。被害者の自己答責性に基づいた管轄の議論の多く——例えば、合意による他者危殆化について——は、客観的帰属論にしたがって既に構成要件の枠内で扱われている²⁷⁴⁾。同意も——とりわけロクシンの論述の結果として²⁷⁵⁾——ますます客観的帰属の適用事例であると²⁷⁶⁾、したがって、すでに構成要件阻却事由であるとみなされている²⁷⁷⁾。しかし、なぜ、合意に

271) 簡明的確であるのは、*T. Walter* (Kern, S. 91)。「法仲間は刑法の文言を知らず、個別事案において処罰を免れさせるのが、構成要件の欠如か正当化事由かを気にかけることもない」——同旨 *MK-Schlehofer*, Vor §§ 32 ff. Rn. 36. ——基本的に一致するのが、*Rönnau* (Willensmängel, S. 136) 及び *Sternberg-Lieben* (Schranken, S. 69), しかし、彼らは、それにもかかわらず構成要件の独自の「教育的機能」(*LK-Rönnau*, Vor § 32 Rn. 16) をその「価値表」(Werttafeln) (*Sternberg-Lieben*, Schranken, S. 60) における機能において承認する。

272) 同旨 *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 462.

273) このような基礎づけを考慮するのが、*Rödig*, FS Lange, S. 55.

274) 詳しくは、*Roxin*, AT 1, § 13 Rn. 121 ff.

275) *Roxin*, AT 1, § 13 Rn. 12 ff.; *ders.*, FS Amelung, S. 271 ff.

276) *Kindhäuser*, AT, § 12 Rn. 4; *ders.*, FS Rudolphi, S. 139 f.; *Puppe*, AT, § 11 Rn. 1; *Derksen*, Handeln, S. 240 ff.; *Fateh-Moghadam*, Einwilligung, S. 88; *C. Jäger*, Zurechnung, S. 22 f.

277) *MK-Schlehofer*, Vor §§ 32 ff. Rn. 104; *Kindhäuser*, AT, § 12 Rn. 5; *ders.*, FS Rudolphi, S. 136 (しかし、最近は異なる *ders.*, GA 2010, 499 ff.); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 Rn. 32 f.; *Zipf*, Einwilligung, S. 29; *Schmidhäuser*, AT, 8/123 ff.; *ders.*, FS Engisch, S. 452; *ders.*, Form, S. 57; *ders.*, FS Lackner, S. 90; *Derksen*, Handeln, S. 91; *Fateh-Moghadam*, Einwilligung, S. 88; *Ingelfinger*, Grundlagen, S. 208 ff.; *C. Jäger*, Zurechnung, S. 22 f.; *Kientzy*, Mangel, S. 66 ff.; *Kioupis*, ↗

基づく他者危殆化という法形象が正当防衛という法形象よりも方向づけを求める法仲間にとってより大きな関心を有すべきことになるのであろうか？ また、なぜ、同意という制度の方向づけ機能が、構成要件阻却事由として分類されるか、正当化事由として分類される²⁷⁸⁾かに依存すべきことになるのであろうか？²⁷⁹⁾

最終的に、「禁札」論拠が全く時代遅れとなるのは、——シュレーダーの言によると——「原則が例外となり、例外が原則となる」場合である。「すなわち原則とは、構成要件該当的行為が同時に違法であり、例外的にのみ正当化事由により違法性が排除されることである。」²⁸⁰⁾ そのような状態であるのが、例えば自由剥奪（刑法第239条）の場合である。つまり、行為者の職務権限によって許容された適法な拘禁の数に比較すると、許容されない拘禁は、ドーナの言葉によると、「大海の中の数滴のような」例外である²⁸¹⁾。そのような場合、構成要件は、許容されることと禁止されたことの限界について何ら決定的なことを述べないのである²⁸²⁾。そこから発する方向づけ効果もそれに対応してわずかである。

すでに前述の場所で²⁸³⁾、積極的一般予防という基礎づけモデルの達成能力が全く限定的なものであることを指摘した。すなわち、積極的一般予防を用いることにより、以前既に別の理由から肯定された規範的考慮の説得力は、単に（疑似）経験的に高められるだけであって、欠けている規範的説得力を埋め合わせることはできないのである。

↘Notwehr, S. 95 ff., 140; Kühne, JZ 1979, 242; Langer, Sonderstraftat, S. 77; Müssig, Schutz, S. 182 f.; Rönnau, Willensmängel, S. 141 ff.; ders., Jura 2002, 598; Gropengießer, JR 1998, 91 f.; Hoyer, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 113; Rudolphi, ZStW 86 (1974), 87; Schroth, Rechtsgut, S. 127; Weigend, ZStW 98 (1986), 45, 61.

278) 支配的見解は（まだ）同旨。S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 33 f.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 95; Frister, AT, § 13 Rn. 3; Gropp, AT, § 6 Rn. 57; Heinrich, AT 1, Rn. 453; Jescheck/Weigend, AT, § 34 II c (S. 373); Köhler, AT, S. 245 f.; Krey/Esser, AT, Rn. 655 ff.; Kühl, AT, § 9 Rn. 22; Wessels/Beulke, AT, Rn. 363.

279) 適切なものは、LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 13; ders., Willensmängel, S. 136.

280) Schröder, ZStW 65 (1953), 204.

281) Dohna, Recht, S. 2. —同旨 Otto, Jura 1995, 469; Schlehofer, Vorsatz, 5. 65; Schmidhäuser, FS Lackner, S. 83. —更なる例については、MK-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 36 に。

282) Schröder, ZStW 65 (1953), 205.

283) 上述 S. 80 ff.

同様に、その解釈論の内部での正当性が疑わしくなったカテゴリーが、それに帰せられる外部的効果という回り道によって救われることもありえないのである。それゆえ、方向づけ支援という見かけ上の価値を援用するだけでは、「構成要件該当性」という独立した犯罪カテゴリーの存在を正当化することはできないのである。

2. 構成要件：「純粹に記述的な次元（Größe）」あるいは「不法類型」か？

ベーリング自身は、構成要件の特別性を、そこでは違法性と異なり、「純粹に記述的な」次元²⁸⁴⁾が問題になっていることに見いだしている。ヴェルツェルの判断によると、ベーリングの文章でこの主張ほど、「誤解を招きやすく、その影響において重大であった」ものはない²⁸⁵⁾。その際、ベーリングがその主張により表現しようとしている考え方は非常に単純なものである。彼は、その後期の著作である『構成要件論』（1930年）において、それによって単に、「人間の行為は構成要件によってその特性にしたがって特徴づけられているだけであって、すでに違法なものとして規範化されているわけではないこと」だけが述べられているにすぎないことを明らかにしている²⁸⁶⁾。ベーリングによると、構成要件の段階では、——カントの判断形式の表の用語法²⁸⁷⁾で表現すると——確然的な（apodiktisch）価値判断ではなく、単に蓋然的な（problematisch）価値

284) *Beling, Verbrechen*, S. 112.

285) *Weizel, ZStW* 67 (1955), 211 Fn. 30

286) *Beling, Lehre*, S. 10. ——ベーリングによる構成要件の「価値自由的（wertfrei）」という特徴づけは、いわゆる規範的構成要件メルクマールの存在によって既に反駁されているという誤解（最近でもなお同趣旨であるのは、LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 7; *Roxin, AT* 1, § 10 Rn. 10; *C. Jäger, Zurechnung*, S. 3) は、M. E. マイヤー（*M. E. Mayer, AT*, S. 182 ff.）に遡る。ロクシン（*Roxin, Tatbestände*, S. 36 ff.）が示したように、第一に、構成要件は価値自由的であるという判断によって、構成要件は何ら立法者の評価を含まないことが意味されうる。第二に、このような特徴づけは、構成要件の裁判官の評価からの解放ということを表現しうる。つまり、裁判官の評価がこの場合「純粹に記述的な評価の明白な帰結」とされる（ラートブルフの批判的注釈は同旨。*Radbruch, FG Frank*, Bd. I, S. 166）。規範的構成要件メルクマールの存在は、後者の意味での価値自由性を排除する。これに対して、ベーリングの価値自由概念は、前者として挙げた意味形態に関係している（*Plate, Beling*, S. 126）。それによると、規範的構成要件メルクマールは、違法性判断の記述的对象と同様であるが、しかし、違法性判断自体には属さないのである。「それは、価値的な存在についての判断は含むが、当為についての判断は含まない」（*Schweikert, Wandlungen*, S. 44）

287) *Kant, KrV* B 95, Werke Bd. 3, S. 111.

判断が可能なのであるから、誰かが構成要件を充足したという認定は、「それだけではまだ誰にも」罪を負わせるものではない。「構成要件に価値判断は存しない。おそらく、その実現が原則として違法でもある構成要件は存在するが、しかし、決して、典型的特性 (Typizität) から、ただちに、行為者が不法に行為したという完全な判断が得られるわけではない。違法性は固有の問題を成しているのである。」²⁸⁸⁾ 違法性がはじめて行為者の行為についての価値判断を内容とするとされる。「違法であることは、規範違反的であることと、法秩序に反することと、法との不一致と等価なのである。」²⁸⁹⁾ それゆえ、構成要件の中立性に関するベーリングのテーゼは、構成要件該当性を違法性から分離することに基づいている。それらの中には、ベーリングの考えでは、一種の分業が支配している。すなわち、構成要件は類型化するが、しかし、評価はしない。これに対して、規範は「評価のみを行い、行為に類型の烙印を押すものではない」²⁹⁰⁾ とするのである。

このような分離の犯罪体系的な重要性を否認するのがビンディングである。彼は、「非常に厄介で (übel)」かつ「ほとんど理解しがたい」とベーリングの立場を糾弾している²⁹¹⁾。このような厳しい言葉は、規範論的考慮に基づく²⁹²⁾。ビンディングの規範論の核心を成すのが、よく知られているように、刑法典の基礎には規範があるという命題である²⁹³⁾。規範の目的は、「一定の行為をその法侵害的な性質ないし効果の故に禁止し、他の行為をその不可欠性のゆえに強く命令すること」に存するとする²⁹⁴⁾。「法的に耐え難いこと」が「規範公布の唯一の動機」である²⁹⁵⁾。それゆえ、同時に適法であり且つ違法な行為の構成要件となりうるような構成要件の定立は、学問的には価値がないとする²⁹⁶⁾。殺人、放火等々の客観的構成要件は、人が他者を殺害した、あるいは住居に火をつけたことに存するのではない。むしろ、それらが法的否認の下で行われたのでなければならないとするのである²⁹⁷⁾。「この意味で客観的な犯罪構成要件は、常に『違

288) *Beling*, *Verbrechen*, S. 147.

289) *Beling*, *Verbrechen*, S. 128.

290) *Beling*, *Verbrechen*, S. 120.

291) *Binding*, GS 76 (1910), 11 Fn. 1.

292) 詳しくは, *Heinitz*, *Problem*, S. 20.

293) *Binding*, *Normen*, Bd. I, S. 19 ff., 35 ff.

294) *Binding*, *Normen*, Bd. II/1, S. 231.

295) *Binding*, *Normen*, Bd. II/1, S. 231.

296) *Binding*, *Normen*, Bd. II/1, S. 161.

297) *Binding*, GS 76 (1910), 11 (強調は原文のまま).

法性』のメルクマールを含んでいる。[……] 違法性が脱落する根拠は存在すれば全て、客観的構成要件が存在するという判断を不可能にするのである。』²⁹⁸⁾ もっとも、それよりはるかに影響力のあることがわかるのが、ベーリングの中立性テーゼに対する反論の第二グループである。この異論は、分類論的思考から目的論的思考へとドイツ刑法学が方法論上の方向転換を行ったことに由来する²⁹⁹⁾。構成要件該当性と違法性をその論理的關係を理由として独立させて並置することは、今や一般に適切ではないと見なされている。「なぜなら」、ヘグラーが述べているように、「構成要件の機能は、目的論的にはやはり、通常は存在し、より利益侵害の性質を持つ『違法性』を予告するというものだからである」³⁰⁰⁾。目的論的考察方法は、不法概念の実質化と不可分に結びついている。なぜなら、指導的な目的 (telos) としての役割を果たす「利益」は、——それを個別的にどのように規定するかに関係なく——立法者の規範命令の実質的な正当化根拠と理解されるからである。目的論的でない思索者としてベーリングは、純粋に形式的な不法概念に与することを認める³⁰¹⁾。しかしながら、厳格に形式的な不法理解には、区分能力の明白な欠落という欠陥がある。「およそ犯罪的な不法をその他の不法から初めて区別することになる、行為の特別な当罰内容は、単に禁止されているという形式的なカテゴリーでは把握されえないのである。』³⁰²⁾ 器物損壊か謀殺かにかかわらず、つまり規範違反というその性質に関しては、全ての犯罪は、互いに同等である。ビンディングは、既に述べたように³⁰³⁾、この問題に法益というカテゴリーの導入によって対応しようとした。ベーリングも、「犯罪における実質的なもの、いわばその具象性」を規範違反性という形式的要素と並んで効果を発揮させる努力の現れとして構成要件論を解釈している³⁰⁴⁾。

298) *Binding*, GS 76 (1910), 11; 同旨 *ders.*, Normen, Bd. II/1, S. 161 (強調は原文のまま)。——同じ帰結に達するのが、*Dohna* (Rechtswidrigkeit, S. 38) : 行為の違法な性質が、「特殊な行為事情の総体が可罰的構成要件を成すための、一般的、客観的条件」となるとする。それゆえ、「違法な行為が存在するか否かが最初に吟味されるべきであり、その後初めてそもそも可罰的な構成要件が存在するかという問いが提起されうる」という。——今日の文献で同様の立場を主張するのは、*Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, S. 424.

299) *Plate*, *Beling*, S. 128; *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen, S. 81.

300) *Hegler*, ZStW 36 (1915), 35 Fn. 43.

301) *Beling*, Tatbestand, S. 119, 136 参照。

302) *Gallas*, Beiträge, S. 38.

303) 上述 S. 129 f.

304) *Beling*, Verbrechen, S. VI.

しかしながら、構成要件論のその後の発展の動機 (Movens) を成しているのは、ベールリングが不十分にしかそれに成功していないという後続の論者たちの確信である。

マックス・エルンスト・マイヤー (Max Ernst Mayer) の刑法体系は、「理念構造においてベールリングの構成要件論を意識的に援用し、それを刑法上の基本カテゴリーとして利用しようと努めた、最初の雄大な構想を持つ企て」³⁰⁵⁾ [を成している] が、そのマイヤーが既に、違法性の本質は「外部的なもの」のみ、つまり刑法条文の基礎にある前法的な基体 (Substrat) の考察によってのみ規定しうることを強調する³⁰⁶⁾。それゆえ、彼は、ベールリングの構成要件論を彼自身の文化規範論と結びつける。すなわち、彼は、構成要件を「どのような文化規範が承認を受け、それがどの範囲まで承認を受けているのかということの認識根拠」と理解するのである³⁰⁷⁾。しかし、このような実質化傾向にもかかわらず、マイヤーも、構成要件充足に何ら独立した不法内容を認めない。単なる「違法性の徴表」³⁰⁸⁾ として、構成要件は、「才能に満ちた表現者」³⁰⁹⁾ であるマイヤーにとっては煙が炎と一致しないのと同じように、不法と一致しないのである³¹⁰⁾。しかし議論参加者の大多数にとって、このような物の見方、つまり「典型的な折衷的解決」³¹¹⁾ は、不十分なものと思われている。マイヤーの『総論』が出版される10年ほど前に既にフランクは、中立性テーゼに対する影響力のある批判を述べている。彼は、違

305) *Class, Grenzen*, S. 72 f.

306) *M. E. Mayer*, AT, S. 37 ff.

307) *M. E. Mayer*, AT, S. 52.

308) *M. E. Mayer*, AT, S. 52.

309) *Wegner*, Unrecht, S. 45.

310) *M. E. Mayer*, AT, S. 10. — 構成要件該当性が違法性を徴表しているという公式は、今日の(教育的)文献においてもなお広まっている(例えば, *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 12 Rn. 11; *Haft*, AT, S. 64; *Krey/Esser*, AT, Rn. 261; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 24 Rn. 7 参照). しかし、これと構成要件の単なる認識機能という M. E. マイヤーの見解への支持表明はたいてい結びつけられていない。むしろ、「徴表」公式はしばしば学説史的にはそれと対置させられる不法類型としての構成要件という学説(これについては直ちに本文で扱う)と結びつけられる(そうであるのは、例えば, *Fischer*, Vor § 13 Rn. 13; *HK-GS-Duttge*, Vorbem. zu §§ 32-35 Rn. 2; *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32-35 Rn. 14 [不法類型] bzw. 15 [徴表機能]; *Lackner/Kühl*, Vor § 13 Rn. 15; *Jescheck/Weigend*, AT, §§ 25 I [S. 244 ff]; 31 I 1 [S. 323] bzw. § 31 I 3 [S. 324]; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 119 bzw. 122; *Henn*, JA 2008, 699).

311) *Class, Grenzen*, S. 43.

法性の段階では、行為者が構成要件を充足したという判断には、それ以上の積極的なメルクマールが付け加えられないことを指摘している。検討されるのは、単に、行為の不法を脱落させるであろう正当化事由が介入したかということだけだとする。しかし、以前に存在したことのみが脱落しうるのである。したがって、不法は構成要件充足によって既に成立していなければならないというのである³¹²⁾。「無価値が例えば、人の殺害によって既に基礎づけられないとすれば、その場合、単なる正当防衛の欠落から、その無価値はどのように生じることになるのか？ そこに全く無価値が存在しないならば、その場合なぜそもそも正当化が問題となるのか？」——このようにシュミットホイザー³¹³⁾はフランクの論拠の要点を示している。

ヘグラー、ザウアー、とりわけメツガーにおいて、このような考慮は実質的不法論と結びつく。ヘグラーにとって、「犯罪記述」は、社会侵害的な——それゆえヘグラーの理解によると不法な——行為態様のメルクマールを統合したものである³¹⁴⁾。ザウアーは、構成要件を明示的に「実質的違法の類型化」と呼ぶ³¹⁵⁾。最終的にメツガーが、刑法的に重要な侵害行為の一つを法典化する構成要件は不法判断の単なる徴表ではなく、「妥当根拠であり、实在根拠」³¹⁶⁾であるという結論に達しうるのは、彼にとって不法とは、立法者の規範命令に対する行為者の不服従に尽きるものではなく、「人間の利益の侵害」³¹⁷⁾を成すという理由のみによる。従って、メツガーの手により構成要件は、ベーリングの言う記述的・中立的類型から「不法類型」³¹⁸⁾へと変貌している。構成要件がまだ正当化事由の介入という留保の下にあるという事情は、それが「刑法的不法評価の本来の担い手」³¹⁹⁾であり、その点で「決して（特殊的）違法の単なる認識根拠（ratio cognoscendi）ではなく、その真の存在根拠（ratio essendi）」³²⁰⁾であることを何も変えないとするのである。

1931年に由来する評価の一つによると、構成要件を不法類型と解釈することによって、

312) Frank, FS Gießen, S. 535 f.

313) Schmidhäuser, FS Engisch, S. 438 f.

314) Hegler, ZStW 36 (1915), 35 Fn. 43.

315) Sauer, ZStW 36 (1915), 463; より詳しくは, ders., Grundlagen, S. 309 ff.

316) Mezger, Strafrecht, S. 182.

317) Mezger, GS 89 (1924), 248.

318) Mezger, FS Traeger, S. 191.

319) Mezger, Strafrecht, S. 176.

320) Mezger, FS Traeger, S. 195.

「構成要件論の発展は完了」³²¹⁾ している。いずれにせよ刑法学は今日に至るまでこの見解を堅持している³²²⁾。しかしながら、メツガーの立場は、その今日における支持者の大多数にとって好ましいこと以上のことを基礎づけている。つまり、それは最後まで考え抜くと、構成要件の犯罪体系的な独立性からその基礎を奪うことになるのである³²³⁾。既にメツガー自身が、彼の構想を基礎にすると、構成要件の不法阻却事由に対する関係が実質的な意義を持たない原則—例外関係となることをはっきり述べている³²⁴⁾。つまり、シュビンゲとツインマールが補足しているように、合目的性と実際の有用性の観点で決定されなければならず³²⁵⁾、そこから「実際の事案の決定の際には全く内容的相違は生じえない」³²⁶⁾、純粋に法技術的問題となることをである。実際、ロクシンが以前の著作で確認しているように、確かに構成要件該当的であるが、しかし正

321) *H. Bruns*, Kritik, S. 16.

322) *Lackner/Kühl*, Vor § 13 Rn. 15; *LK-Rönnau*, Vor § 32 Rn. 7; *LK-Hirsch*¹¹⁾, Vor § 32 Rn. 6; *LK-T. Walter*, Vor §13 Rn. 41; *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32 ff. Rn. 14 f.; *S/S-Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 18; *SSW-Kudlich*, Vor §§ 13 ff. Rn. 4; *Jescheck/Weigend*, AT, § 25 I (S. 244 ff.), § 31 I 1 (S. 323); *Kindhäuser*, AT, § 8 Rn. 2; *Murmann*, Grundkurs, §§ 12 Rn. 7; 14 Rn. 1; *Rengier*, AT, § 8 Rn. 2; *Roxin*, AT 1, § 10 Rn. 12, 23; *ders.*, Tatbestände, S. 170 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 7 Rn. 9, 14; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 118 ff.; *Gallas*, Beiträge, S. 32 ff.; *Kientzy*, Mangel, S. 83 f.; *Perron*, Rechtfertigung, S. 89; *Platzgummer*, Vorsatz, S.41; *Rönnau*, Willensmängel, S. 117 f.; *Schweikert*, Wandlungen, S.69, 145; *Otto*, Jura 1995, 473 f.; *Spendel*, FS Küper, S. 599; 原則として, *Maiwald* (FS Puppe, S. 699) も。もっとも、彼は、この理解が多くの(特に最近の) 刑罰規範の解釈に対してもたらず困難も指摘する (aaO, S. 702 ff.)。

323) その点で、*Lesch* (Verbrechensbegriff, S. 240) が、具体的違法性から客観的—抽象的構成要件が分離されてきた歴史は、違法性が徐々に修正されてきた歴史に他ならないと述べているのは、適切である。

324) *Mezger*, Strafrecht, S. 184.

325) *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 80. —ハイニッツ (*Heinitz*, Problem, S. 24) は、構成要件該当性と違法性の分離に関する彼の意見表明に際して、「構造の明白性」に着目している。

326) *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 81. —ベーリング自身が、その構成要件問題について締めくくる議論の中で、構成要件の独立化はとりわり教授法的根拠から推奨されることを強調している。つまり、実際の事案の処理に関しては、「合目的な裁量公式 (Dispositionsformel)」が必要であり、「これを手に入れるのは、刑法典上の指導像 (Leitbild)、つまり法的構成要件を引き綱 (Leitseil) として利用する場合である」(*Beling*, Tatbestand, S. 20 [強調は原文のまま])。

当化された行為の場合に、確かに違法性の存在根拠は存在するが、しかしそれにもかかわらず適法な行為が存在するということを受け入れなければならないとするならば、理解は困難である³²⁷⁾。それゆえ、メツガーとともに構成要件を不法判断の担い手と見なす者にとって、不法判断にとって意義のある全てのメルクマールを——それぞれの不法類型を基礎づけるメルクマールと並んで、その範囲を制限するメルクマールも——構成要件の構成要素と解することがどうしても浮かんでくる³²⁸⁾。

このような結論を導き出すのが、いわゆる消極的構成要件メルクマール論の主張者であるが、それは、プッペが述べるように、全体不法構成要件（Gesamtunrechtstatbestand）論と呼ぶことがより適切であろう³²⁹⁾。これによると、違法性吟味の機能は、構成要件

327) *Roxin*, Tatbestände, S. 175.

328) 適切であるのは、*Gropp*, AT, § 6 Rn. 2; *Hirsch*, Tatbestandsmerkmale, S. 107 f.; *Plate*, *Beling*, S. 129; *Roxin*, Tatbestände, S. 175. ——ガラス (*Gallas*, Beiträge, S. 38 Fn. 53a) は、この帰結を、構成要件充足には確かに行為が不法類型に属しているための存在根拠があると見ているが、これに対し具体的事例におけるその違法性に関しては認識根拠のみがあると見ることによって回避しようとしている。もっとも、彼はそれに対し、高い代償を払うことになる。つまり、彼によって単にメツガーのテーゼの明確化であると意図されていたことが、よく考えてみるとその広範にわたる撤回に帰着するのである。「その場合、構成要件は、まさに、もはや可罰的不法の存在根拠ではなく、わずかに不法類型の存在根拠にすぎないのである」(*Roxin*, aaO)。

329) *Puppe*, FS Stree/Wessels, S. 188. ——比較的古い文献の中では、*Baumgarten*, *Aufbau*, S. 182 ff., 219 ff.; *ders.*, SchwZStr 34 (1921), 86 ff.; *Engisch*, Untersuchungen, S. 10 ff.; *Mirička*, Formen, S. 124 f.; *Weinberg*, Verbotsirrtum, S. 85; *Hardwig*, Zurechnung, S. 181 ff., 208 f., 232; *ders.*, ZStW 68 (1956), 35; *ders.*, ZStW 78 (1966), 171 Fn. 24; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, 655 ff.; *ders.*, JZ 1956, 354 ff.; *ders.*, ZStW 76 (1964), 568 f.; *Lang-Hinrichsen*, ZStW 63 (1951), 338; *ders.*, JR 1952, 307; *ders.*, JZ 1953, 363; *Maihofer*, FS Rittler, S. 156; *Roxin*, Tatbestände, S. 173 ff.; *ders.*, ZStW 74 (1962), 548 f. (しかし、今は異なる *ders.*, AT 1, § 10 Rn. 19 ff.); *Schaffstein*, ZStW 72 (1960), 386 ff.; *ders.*, FS OLG Celle, S. 185; *Schröder*, ZStW 65 (1953), 193; *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau, S. 79 ff.; *v. Weber*, FS Mezger, S. 189. ——比較的最近の文献で全体不法構成要件を支持するのは、MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 197; *ders.*, AT, § 3 Rn. 24; § 7 Rn. 106 f.; MK-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 33 ff.; *ders.*, Vorsatz, S. 74; NK-Puppe, Vor § 13 Rn. 11 ff.; § 16 Rn. 13; *dies.*, FS Otto, S. 392 f.; SK-Rudolphi, Vor § 1 Rn. 37; *Köhler*, AT, S. 236, 240; *Otto*, AT, § 5 Rn. 23 ff.; *ders.*, ZStW 87 (1975), 589; *ders.*, GS Meyer, S. 604 f.; *ders.*, Jura 1995, 469 ff.; *Koriath*, Grundlagen, S. ↗

確定の際にまだ個々の禁止規範とそれに対応する事実関係に制限されていた、不法判断の基礎を、法秩序の存立している規範全体と違法性にとって重要な事実の全てに拡張することにあるが³³⁰⁾、その際、吟味の出発点となった禁止は、表現されているほどには一般的に妥当しないことがなお明らかとなるとする。「それゆえ、不法構成要件と正当化事由は、法関係から規範を具体化する異なった段階という論理的、実質的關係にあり³³¹⁾、したがって、「例えば、評価に対する評価対象のようなではなく、全体に対する部分のような」関係にある³³²⁾。それによれば、その区別は、体系を担う機能ではなく、実用的、教授法的な機能を果たすだけである³³³⁾。その点で以下のようなクラスの評価は適切であることがわかる。すなわち、構成要件概念は、不法論の領域に組み入れられることによって、これに完全に埋没し、その結果、それは「犯罪的行為の理論的解明のための特別な、別個の任務をもはや果たす必要はないのである。」³³⁴⁾

326 ff.; *Kuhlen*, Unterscheidung, S. 317; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 264 ff.; *ders.*, *Dona Scripta*, S. 283 ff.; *ders.*, FS Jakobs, S. 339 ff.; *Lippold*, Rechtslehre, S. 344 ff., 364, 425; *Minas-v. Savigny*, Tatbestandslehre, S. 111 f., 118; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 89, 309 ff.; *Ch. Schmid*, Verhältnis, S. 95; *T. Walter*, Kern, S. 92 ff.; *Rödig*, FS Lange, S. 48; *Schroth*, FS Arthur Kaufmann, S. 598 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 348 ff.; *ders.*, Funktion, S. 174; *ders./Greco*, GA 2006, 788 ff. — 結果的にこの学説に一致するのは、また、*Hruschka*, Strafrecht, S. 196 f.; *ders.*, GA 1980, 19; *ders.*, 1. FS Roxin, S. 451 ff.; *Renzikowski*, Notstand, S. 156 f. — 近いのは、*Frisch*, Vorsatz, S. 150 ff.

330) *NK-Puppe*, Vor § 13 Rn. 11; *dies.*, FS Otto, S. 393; *Otto*, Jura 1995, 470. — したがって、消極的 (= 正当化する) メルクマールは、エンギッシュにより (*Engisch*, Untersuchungen, S. 11; *dems.*, ZStW 70 [1958], 587; 賛成するのは、*Roxin*, Tatbestände, S. 174; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, 657) 提案された、高度に誤解を招きやすい用語法に反して、積極的 (= 構成要件を基礎づける) メルクマールを全く制限するものではなく、むしろこれを補充するのである。「その法効果の妥当に関して積極的メルクマールによって完全には画定されていない構成要件が、構成要件をその法効果のために十分なものとする消極的メルクマールによって完全なものとする。」 (*Minas-v. Savigny*, Tatbestandsmerkmale, S. 80)

331) *Köhler*, AT, S. 236.

332) *NK-Puppe*, Vor § 13 Rn. 12.

333) 同旨 *Otto*, Jura 1995, 475.

334) *Class*, Grenzen, S. 147.

3. 構成要件不該当と正当化の間に法的な構造的相違はあるのか？

ある行為が各則の犯罪記述のどれにも該当しないか、正当化事由が当てはまるかは、その法的評価にとっては、両場合とも禁止されず、それゆえ当罰的でないと見なされる限り、何ら役割を果たさない³³⁵⁾。しかし、正当化事由の意義は、行為が禁止されていないことを基礎づけることに尽きないと広く主張されている。構成要件不該当の行為は、必ずしも許されているわけではなく、「法的に自由な領域」に位置することもありうるのであり、それどころか違法でもあり得るとされる。これに対して、正当化された行為は、法秩序によって許容されているのであり、被害者により原則として受け入れられなければならないとする。このような相違を全体不法構成要件論は適切に顧慮することが出来ないのである。正当化事由が「単に禁止を制限するメルクマールにすぎず、それに該当する行為が法的に重要でないという帰結を伴うものであるならば、それは受忍へと義務づけることはできない。受忍義務は、正当化行為者の主観的権利が肯定される場合にのみ承認されうる。すなわち、その場合には、受忍義務は正当化行為者に与えられた権利の効果であることが明らかとなるのである。」³³⁶⁾ それゆえ、「許容命題の独立性」³³⁷⁾ を承認することが不可避だとする³³⁸⁾。それによると、構成要件該当性と違法性の関係は、禁止と命令ないし許容との衝突であることが明らかとなる³³⁹⁾。つまり、こ

335) 代表的なのは、*Stratenwerth/Kuhlen* (AT, § 7 Rn. 14): 「確かに構成要件該当的であるが、しかし正当化事由があてはまる行為は、最初から全く構成要件該当的ではないのと同じように全く適法ではない」及び *Frisch* (Vorsatz, S. 414): 「正当化事由の前提条件を充足する者は、行為規範によると通常はもはや容認されない危険の背後に既にとどまる者と同じように、構成要件に融合した行為規範には違反していない。」

336) *Hirsch*, Lehre, S. 276.

337) *Hirsch*, Lehre, S. 238.

338) *LK-Rönau*, Vor § 32 Rn. 16; *SK-Günther*, Vor § 32 Rn. 26; *S/S-Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 18; *Gropp*, AT, § 6 Rn. 7 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 25 III 2 a (S. 250); *Krey/Esser*, AT, Rn. 270; *Roxin*, AT 1, § 10 Rn. 21; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 126.

339) 同旨であるのは、たとえば *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32 ff. Rn. 8; *SSW-Kudlich*, Vor §§ 13 ff. Rn. 4, 6, 67; *Heinrich*, AT 1, Rn. 311; *Jescheck/Weigend*, AT, § 25 III 2 a (S. 250); § 31 I 2 (S. 323); *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 44 Rn. 8; *Welzel*, Strafrecht, S. 50, 80; *ders.*, ZStW 67 (1955), 211; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 271; *Hirsch*, Lehre, S. 238, 277; *ders.*, Stellung, S. 32 f.; *ders.*, FS Schroeder, S. 233; *Armin Kaufmann*, Lebendiges, S. 248, 286; *Mañalich*, Nötigung, S. 29 f.; ↗

の衝突は、両規範の一つ——通常は許容規範——の優先を画定する、論理的に上位のメタ規則によって解消されるとするのである³⁴⁰⁾。

しかし、この論拠は、規範論的構成がそのときどきそれらの基礎にある問題提起に依存していることを見誤っている³⁴¹⁾。「ある法命題が独立しているか、独立していないかは、どのような法効果をまさに念頭に置くかに依存する。」³⁴²⁾ 許容命題がその適用範囲を制限する構成要件との関係において独立していないという事情は、その許容命題がこの関係の外においては固有の、独立した機能を有するという可能性を排除しない³⁴³⁾。したがって、行為者が彼自身の管轄領域の限界内に止まっているがゆえに彼が公共に対する協働義務に違反しなかったことを彼に証明することと、これに対し二人の当事者の人格間の関係において受忍義務の存在を確定することとは別のことである³⁴⁴⁾。これらの問題範囲が重なり合わないことは、他人の財の侵害が正当化され、それゆえ受忍義務を基礎づけるが、しかし、刑法上の犯罪構成要件には属さない多くの事例が存在することですでに明らかとなる³⁴⁵⁾。とりわけ両場合の価値論的な枠付け条件は異なる。したがって、行為者が彼の客観的に管轄に適合した行為によって彼の法共同体の協働要求に対し同意する態度をとったと言いうるための最低条件は、管轄判断を基礎づける行為事情についての彼の認識である。それゆえ、——誤ってはいるが——管轄を基礎づける行為事情を前提とする者は、未遂を理由として処罰されうる。これに対し、侵害者の受忍義務（刑法第32条）は、そのような主観的要素からは独立している。すなわち、攻撃された他人の権利領域の保護価値性は、攻撃された者が反応する時点で自らに何が迫っているかに（まだ）気づかなかったという理由でより低いものとなるわけではない³⁴⁶⁾。

↘ *Perron*, Rechtfertigung, S. 131; *Schweikert*, Wandlungen, S. 36 f.; *Krimpelmann*, GA 1968, 130; *Noll*, ZStW 77 (1965), 8 f. — 類似しているのは, *Grosse-Wilde*, ZIS 2011, 86 f.

340) *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 107 f.; *ders.*, GA 2010, 494; *ders.*, FS Maiwald, S. 405 f.

341) *Frisch*, Vorsatz, S. 154; *Perron*, Rechtfertigung, S. 86 f.

342) *Minas-v. Savigny*, Tatbestandsmerkmale, S. 94.

343) *Minas-v. Savigny*, Tatbestandsmerkmale, S. 95; *T. Walter*, Kern, S. 61.

344) *Frisch*, Vorsatz, S. 424 f.

345) より詳しくは, *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 457; さらに *Schlehofer*, Vorsatz, S. 66.

346) 結論においてこれと同旨であるのは, S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 10a; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 189; *Frisch*, FS Lackner, S. 120 f. — 未決定であるのは, *Perron*, Rechtfertigung, S. 127 f.

許容規範の独立性というテーゼは、受忍義務問題に基づいて展開されてきたのであり、それゆえその証明力はそのことに制限されているのである。それは、一般的な協働義務にそのときどき具体的な輪郭を与える諸基準の性質という、ここで関心をひく問題に関しては何の意味も持たない。その統一的な体系的機能に基づくと、むしろ当該諸基準は、互いに体系的には同等であり、関心をひくのは、それらの共働によって生ずる最終結果のみである³⁴⁷⁾。

しかしながら、もしかすると正当化事由の規範的な内部構造が、構成要件該当性というカテゴリーとそれとの統合を妨げるのかもしれない。アルミン・カウフマンによると、事態がそうであることは、緊急権全体に共通する必要性というメルクマールから明らかとなる。必要性の吟味の範囲内で、行為者は彼が自由に使える救助行為の中で最も軽いものを選択したかが探求されるとする。このような探求の対象は、消極的構成要件メルクマール論が言う全体不法構成要件ではなく、このように包括的に理解された構成要件の中で従来構成要件該当行為と呼ばれている、かの部分に過ぎないというのである。カウフマンによると、それを正当化することが問題となる構成要件該当行為は、適法性あるいは違法性についての究極的判断の前に行われる必要性吟味の参照対象として機能することによって、固有の法的重要性を持つのである³⁴⁸⁾。

評価対象と評価基準の区別は、形式的観点では必然的である。しかし、それは、構成要件の体系的独立性の証明のためには十分ではない。第一に、カウフマンによって浮き彫りにされた事物論理的な関係は、構成要件該当行為と必要性基準の間に存するだけではなく、構成要件の内部においても見いだされるのである³⁴⁹⁾。たとえば、物という概念は、その他人性についての判断の参照対象として機能する。第二に、構成要件全体が、違法性吟味における評価の対象とされるわけではない。むしろ、構成要件実現の個々の要素が正当化事由の個別的要件と関係させられるのである。すなわち、構成要件実現の客観的要素（結果無価値）がそれらに対応する客観的正当化要素（結果価値）と、また行為者の表象内容（行為無価値）がいわゆる主観的正当化要素（行為価値）と関係させ

347) 同旨 MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 196 f.; Frister, AT, 14 Rn. 33; Lesch, Verbrechensbegriff, S. 265; Lippold, Rechtslehre, S. 350; Renzikowski, Notstand, S. 129; ders., FS Hruschka, S. 664 f.; Hruschka, 1. FS Roxin, S. 453 f.; Otto, GS Meyer, S. 604; ders., Jura 1995, 474.

348) Armin Kaufmann, JZ 1955, 40. —最近なお同様なのは, LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 16.

349) Ch. Schmid, Verhältnis, S. 91.

られるのである³⁵⁰⁾。これらの場合には、単に、構成要件該当性の吟味の際に行われた個別言明の具体化が問題になっているだけである。つまり、元の評価範囲は踏み越えられておらず、単に具体化して充足されているだけなのである³⁵¹⁾。

アルミン・カウフマンは、彼の出發論拠を實際また別の考慮によって補充している。彼が主張するには、構成要件禁止の範囲の外では、必要性を顧慮せずに、あらゆる防衛が許容されている。これに対して、禁止規範の構成要件を実現した者は、単に必要性の限界内においてのみ他人の財を侵害してよいとする³⁵²⁾。これによると、構成要件該当性の体系的な特性は、構成要件充足が行為者の自由に使える行為選択肢の広範に及ぶ萎縮をもたらすことに存するのである。

しかしながら、このことも、構成要件該当性と違法性との間の境界線の特性 (Proprium) ではない³⁵³⁾。たとえば、刑法第263条の意味で他人を欺く者の刑法的に許容された行為選択肢は、すでに構成要件的に侵害的な結果を惹起しないことに制限されている。特別義務を負わない者は、他人の秘密を任意に漏らしても良い。これに対して、彼が刑法第203条に挙げられた職業グループの一員としての地位において秘密を聞き知る場合³⁵⁴⁾、彼の許容された行為選択肢は構成要件的には唯一の行為態様に限定される。すなわち、彼は沈黙しなければならない。その上、アルミン・カウフマンによって強調された、侵害の必要なものへの制限は、もっぱら当該侵害の犯罪構成要件該当性によってもたらされるわけではない³⁵⁵⁾。このことは、まさに民法にもあてはまる多くの許容規範³⁵⁶⁾の場合にきわめて明白となる。しかし、刑法の範囲内においても、侵害の適法性は、しばしば、「構成要件該当か構成要件不該当か」という対立語によってではなく、むしろ

350) NK-Puppe, Vor § 13 Rn. 13.

351) 上述 S. 205 Fn. 330.

352) Armin Kaufmann, Lebendiges, S. 255. — 同旨 Hirsch, Lehre, S. 277. — 最近結論において一致するのは、ホイヤーであり、彼は、単にアルミン・カウフマンによって強調された必要性という構造要素を比例性のそれによって置き換えているだけである (Hoyer, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 104 f.).

353) 同旨 Rinck, Deliktsaufbau, S. 319 f.

354) それ以外の刑罰制裁を備えた守秘義務は、刑法第93条以下、353条bおよび355条並びに不正競争防止法 (UWG) 第17条に見いだされる。

355) MK-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 36; Jakobs, AT, 6/58 Fn. 125. — 同旨 Ch. Schmid, Verhältnis, S. 90 f.

356) 適切であるのは、MK-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 36. — たとえば、民法 (BGB) 第227条, 228条, 229条, 859条, 904条参照。

構成要件とは無関係な利益衡量に基づいて量定される。たとえば、——ヤコブス³⁵⁷⁾に由来する例によると——危険を防衛するため、最小限の（しかし構成要件に該当する）器物損壊と重大な（しかし構成要件不該当の）物の剥奪とが選択されるべき場合、判定は侵害の重大性の基準に基づいて行われるのであって、構成要件該当性のそれによってではない。したがって、アルミン・カウフマンの形式的な構造分析は、目指した目的——（よりによって）構成要件該当性と違法性の間の区別の体系的に際だった地位の証明——に到達するためには、あまりにも固有のものではないことが明らかとなるのである。

4. 構成要件不該当と正当化の間には異なった社会的意味内容があるのか？

「価値的考察と存在的考察は、独立した、それぞれがそれ自体閉じた領域として並立している」——このようにラートブルフ³⁵⁸⁾は、当為から存在は導きえないという、新カント派的な確信を定式化している。これに対して、ヴェルツェルの犯罪論の基本公理に属するのは、価値判断は存在判断に基礎をおいており³⁵⁹⁾、法律、裁判官や学者の概念形成は、形成され、意味に満ちた世界を既に目の前に見いだしている³⁶⁰⁾という確信である。「存在は最初から秩序と形態をそれ自身の内に有しており、これを非現実的な公式から初めて借用して獲得する訳ではない。そして同様に、人間の共同体的現存在は、原初的な秩序と結びつきの内に存しており、それらが、変形させるような理論的概念形成行為によって初めて変形された現存在へと持って行かれるわけではない。」³⁶¹⁾ 構成要件該当性と違法性の間の区別においても、ヴェルツェルによると、「歴史的に形成された社会生活」の構造が反映しており、そのような社会生活は、「あらゆる立法上の類型化の前に既に規則と秩序をそれ自身の内に」担っているのである³⁶²⁾。構成要件に不該当の行為態様は、完全に社会生活の秩序の内に止まっているのに対し、刑法上の構成要件は、社会生活の秩序から耐えがたい形で外れており、極端な状況においてのみ正当化されうるような行為を画定しているとする³⁶³⁾。説明のためにヴェルツェルは、コールラウシュに由来する例を援用する。「正当防衛で実行された人の個々の殺害は」、コール

357) *Jakobs*, AT, 6/58 Fn. 125.

358) *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 13.

359) *Welzel*, Abhandlungen, S. 9.

360) *Welzel*, Abhandlungen, S. 104.

361) *Welzel*, Abhandlungen, S. 103.

362) *Welzel*, Bild, S. 52 Anm.

363) *Welzel*, Bild, S. 52 Anm.

ラウシュによると「全く適法であり、蚊の殺害と全く異なる。」³⁶⁴⁾ このような見解の現象学的な関心を持たない規範主義にヴェルツェルは、激しく反論する³⁶⁵⁾。「農夫が鶏をつぶすか、それとも彼が正当防衛で人を殺害するかは、刑法解釈論上は雲泥の差のあること (toto coelo etwas Verschiedenes)」だとするのである³⁶⁶⁾。

このような「宣伝力のある、つまりあらゆる可能な異議を萌芽のうちに摘み取るような」例³⁶⁷⁾の示唆的影響力は、「前者には、刑法外的なものも含めてあらゆる不法が欠けるが、これに対し人の殺害は通常はまさに最高度の不法を具現していること」³⁶⁸⁾から供給されている。しかし、決して常にそのような状態であるわけではない。第一に、構成要件該当行為と構成要件不該当で適法な行為とは、しばしば単に程度の点で区別されるだけである³⁶⁹⁾。たとえば、多くの場合許された商売上手と許されない詐欺の間にはきわめて狭い稜線が走るだけである。第二に、決してあらゆる犯罪構成要件に不該当の行為が、社会的に注目されず、害にもならないとは位置づけられないのである。意図的な契約違反の例が教えるように、社会的、法的には否認されるが、しかしそれにもかかわらず犯罪構成要件には不該当の行為態様が数多く存在する³⁷⁰⁾。それ以外にも、遅

364) *Kohlrausch*, Irrtum, S. 64.

365) *Welzel*, ZStW 67 (1955), 210 f.

366) *Welzel*, Bild, S. 52 Anm. — 同旨 *LK-Hirsch*¹¹, Vor § 32 Rn. 8; *ders.*, FS Schroeder, S. 233; *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32-35 Rn. 17; *SSW-Rosenau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 4; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 16 Rn. 32; *Hassemer*, Einführung, S. 212; *Krey/Esser*, AT, Rn. 269; 結論においては, *Kindhäuser*, GA 2010, 495; *ders.*, FS Maiwald, S. 406 も。——ヤコブスの社会的に注目されない (= 構成要件に不該当の) 事象と社会的に注目される (構成要件該当的な) 事象の間の区別も類似する (*Jakobs*, AT, 6/51 [しかし, 最近は *dens.*, System, S. 46 参照]; 同旨 *Perron*, Stellung, S. 70; *Safferling*, Vorsatz, S. 96)。

367) *Lesch*, Dona Scripta, S. 302; *ders.*, FS *Jakobs*, S. 343.

368) *T. Walter*, Kern, S. 88.

369) 適切であるのは, *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 459.

370) 同旨 *LK-Rönnau*, Vor § 32 Rn. 13; *Hoyer*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 102; *Renzikowski*, FS Hruschka, S. 664; *T. Walter*, Kern, S. 88. — ヴェルツェルは、彼の論拠の弱点に自ら気づいているように思われる。いずれにせよ、彼は、行為は「構成要件に不該当であるが故に、法的に重要ではない」(*Welzel*, ZStW 67 [1955], 211) という——明らかに不適切な——陳述から、構成要件に不該当の行為は特殊刑法的には重要でない (aaO, Fn. 30) という陳述へと黙って移行している。しかし、それによって、彼は、彼の最初のテーゼをそれ以上の説明内実なしに全くのトートロジーへと縮減しているのである。

くとも刑法における保護目的論の承認が、構成要件に不該当の行為と社会的に注目されない行為との同置を時代遅れのものとしたのである³⁷¹⁾。第三に、逆に、最初見たところは構成要件該当的な行為がすべて社会生活の秩序から脱落するわけではないのである³⁷²⁾。

ヴェルツェル自身、彼の社会的相当性論によって、「社会相当な行為は、それが——たとえば、因果的な観点の下で——構成要件になお包摂されうる場合にも常に刑法上の犯罪構成要件からは [排除される]」という事情を強く示唆したのである³⁷³⁾。このことが、肯定的な社会倫理的評価が正当化事由の前提条件を確定することによって確認される場合になぜ異なった結果となるべきなのか？³⁷⁴⁾ 法が正当化事由を承認する場合、「このことは、やはり、行為が社会倫理的秩序に合致していることを証明している」³⁷⁵⁾。まさにこのような秩序一般あるいは秩序それ自体に矛盾する法益侵害は存在しない。むしろ、その判断は、「事象という全く個別的な複合体全体に関してのみ行われうるのである³⁷⁶⁾。その点で、「あらゆる正当化された構成要件該当的な行為は社会相当である」³⁷⁷⁾ ことがあてはまる。それゆえ、ヴェルツェルの中心的な理解、つまり社会的な意味連関を一般的犯罪論の基本カテゴリーに、特に構成要件該当行為の概念に含めることを堅持すべきであるならば、このことは、ヴェルツェルによって主張された構成要件該当性と違法性の分離には反する主張となるのである³⁷⁸⁾。

ヴェルツェルの社会的相当性という考えは、「現在の刑法の正当化に対する本質的寄与」³⁷⁹⁾

371) C. Jäger, Zurechnung, S. 17; 最近類似するのは, Jakobs, System, S. 46.

372) LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 13; Hoyer, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 102.

373) Welzel, Strafrecht, S. 57 参照。

374) 適切であるのは, v. Weber, FS Mezger, S. 188; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 304, 306; Lesch, FS Jakobs, S. 341 f. — ガラス (Gallas, Beiträge, S. 37) とロクシン (Roxin, FS Klug, Bd. II, S. 305) も, 社会的相当性論がその最初の構成要件を排除するという形態では構成要件の欠如と正当化事由の間の限界を不明確なものにすることを強調している。

375) v. Weber, FS Mezger, S. 188.

376) Lang-Hinrichsen, JR 1952, 306. — 同旨, Lesch, FS Jakobs, S. 343.

377) v. Weber, FS Mezger, S. 188. — 同旨 Lesch, Verbrechensbegriff, S. 267 f.; ders., Dona Scripta, S. 300.

378) 同旨 Lesch, Verbrechensbegriff, S. 266 ff.; ders., Dona Scripta, S. 298 f.; ders., FS Jakobs, S. 341 ff.; Rinck, Deliktaufbau, S. 459 Fn. 410; Schaffstein, ZStW 72 (1960), 386.

379) Jakobs, Strafrecht, S. 126.

であり、今日の客観的帰属論の基礎の一つである³⁸⁰⁾。社会的相当性に関し当てはまることは、同じように、いやそれどころか先鋭化された形で客観的帰属論に当てはまる。つまり、客観的帰属論は、構成要件該当性と違法性の間の伝統的な区別を、根本的ではあるが、ただし今まではまれにしか気づかれなかったやり方で疑問とするのである。一般に行われている表現に従うと、構成要件の結果は、行為者に、この者が構成要件的に保護された法益に対する「法的に否認された」ないし「法的に禁止された」危険を創出した場合にのみ、客観的に帰属可能である³⁸¹⁾。しかし、行為者がその権限を有する正当防衛行為あるいは管轄のある公務員がそれどころかその遂行を義務づけられている強制処分は、「法的に否認された」とは全く資格づけられえないのである³⁸²⁾。すなわち、

380) 詳しくは、*Cancio Meliá*, GA 1995, 179 ff.

381) *Lackner/Kühl*, Vor 13 Rn. 14; *S/S-Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 92; *Frister*, AT, §§, 9 Rn. 4; 10 Rn. 1; *Gropp*, § 5 Rn. 42; *Heinrich*, AT 1, Rn. 243; *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 IV (S. 287).

382) NK-ペフゲン (*Paeffgen*, Vor §§ 32 ff. Rn. 25) も、正当化事由の実現に構造的には完全に許された危険による行為を見ることが出来ることを承認している。もっとも、客観的帰属論と正当化事由論の間には重大な本質的区別が存在するとする。正当化事由は、客観的帰属の制度よりも内容的にはより明確な輪郭を与えられているという。その上、特に社会的相当性のカテゴリーに関しては、それによりもたらされた構成要件制限は主観的行為側面に依存していないというのである (aaO, Rn. 34)。しかし、最後の点は、ペフゲン自身数行後で認めているように、限定的にのみ正しい。行為をもはや社会相当的とは思わせない行為事情を誤って表象する行為者は、通常の未遂規則によって処罰されうる。逆に、瑕疵ある評価に基づいて自らの (実際は社会相当的な) 行為が社会相当的でないと表象する行為者は構成要件該当的に行為していないことは、同じように特別なことではない。つまりそのことは、迷信犯の一般的不処罰から明らかとなるのである。いずれにせよ、客観的帰属の輪郭の曖昧さに対するペフゲンの指摘は、本書の構想には当てはまらない。つまり、管轄の基礎づけという一般的形象は、客観的帰属論も正当化論も同じように体系化し、規律するのである。——C. イェーガーは、同じように、客観的帰属論が構成要件該当性と違法性の間の区別に対する挑戦となることを認識している (*C. Jäger*, *Zurechnung*, S. VII, 1, 7, 35)。しかしそれにもかかわらず、彼も伝統的な三段階の犯罪構造を堅持する (aaO, S. 43)。この目的のために、彼は「客観的帰属論を答責原理 (Verantwortungsprinzip) を利用して充実したものとし、この原理を個々の許容命題の解釈論的位置づけのために役立て」ようとする (aaO, S. 43)。それに対応して、彼は、行為者の結果に対する答責性の欠如に根拠を有する許容命題を構成要件阻却事由として位置づけ、正当化事由の領域を比例性考慮に基づくような許容命題に制限することを提案している (aaO, S. 18)。このような

正当化事由は、単に、禁止された——法的に否認された——行為を例外的に遂行することを許容するのではなく、不法——法的否認——それ自体を排除するのである³⁸³⁾。なぜ、——リップoldt (Lippold) が正当にも問うているように——規範的価値構造を現にそうであるように捉えようとせずに、法的に許容された行為の一定の場合を擬似的に禁止された行為の事例と説明することが好まれるのであろうか？³⁸⁴⁾ そのような見かけ上の解決によって欺かれない者は、正当化事由を帰属阻却の特別事例として把握し、従ってそれを客観的帰属という周知のカテゴリーと同じ体系的段階に置くことを回避しないのである³⁸⁵⁾。したがって、メツガーによる構成要件概念の実質化に従うと、現代の構成要件論の第二の中心的理解——その最も顕著な現れが客観的帰属論であるところの、社会的な意味構造を犯罪論的基本概念の解釈へと含めること——も、「構成要件メルクマールと違法性メルクマールの間に類別的な相違は存しない」という結論を容易に導くのである³⁸⁶⁾。

ロクシンは、構成要件該当性と違法性の異なった社会的意味内容という主張を、二つ

↘提案は、きわめて異例の位置づけへと至る。たとえば、イエーガーによると、正当防衛はすでに構成要件該当性を排除する。なぜなら、攻撃者は「彼の法益を攻撃することにより衡量しえないような形で失った」からである (aaO, S. 32)。しかし、上の S. 174 ff. で展開した、管轄構成要件の体系化は、「答責原理」(他の人格の尊重) と並んで、人格的存在の基本的な現実条件の保障という考えに基づく管轄基礎づけの形象も同じ資格を持つことを示した。それ故、イエーガーにより「答責原理」に対し要求された特別の地位は恣意的であり、それに課された区別機能を説得的に引き受けることができないのである。

383) *Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 265; *Otto*, *Jura* 1995, 474. —同じことは、伝統的見解によると過失犯の構成要件の核心を成す注意義務違反 (この点についての批判は後述 S. 333 ff.) に関して当てはまる。つまり、正当化された行為は、最初から注意義務違反ではないのである (同旨 *Arzt*, *ZStW* 91 [1979], 885; *Donatsch*, *Sorgfaltsbemessung*, S. 79 ff.; *P. Frisch*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, S. 85; *Hardwig*, *Zurechnung*, S. 197; *Lesch*, aaO, S. 248; *T. Walter*, *Kern*, S. 96, 169 f.; *Otto*, *GS Schlüchter*, S. 90 f., 95; その傾向を示すのは、また *Freund*, *AT*, § 5 Rn. 59; *Stratenwerth/Kuhlen*, *AT*, § 15 Rn. 35; 反対はたとえば, *Maurach/Gössel/Zipf*, *AT* 2, § 44 Rn. 7 f.).

384) *Lippold*, *Rechtslehre*, S. 344 Fn. 12.

385) 同旨 *Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 263 f., 269; *ders.*, *Dona Scripta*, S. 283 ff.; *ders.*, *FS Jakobs*, S. 39 ff.; *Müssig*, *ZStW* 115 (2003), 232; *Reyes*, *ZStW* 105 (1993), 120; *Schlehofer*, *Vorsatz*, S. 61.

386) *Engisch*, *Untersuchungen*, S. 11.

の・カ・テ・ゴ・リ・ーに異なった刑事政策的機能を与えることによって救おうとする³⁸⁷⁾。構成要件は法の明確性というライトモチーフの下にあり、これに対し違法性とは社会的な紛争解決の領域であるとする³⁸⁸⁾。正当化事由によって、社会的変化のダイナミズムが犯罪論に入り込む³⁸⁹⁾。すなわち、そこでは、「利益と反対利益の社会的に正しい調整」³⁹⁰⁾が問題になっており、それは自己保護原理、法確証原理や財衡量原理のような一般的な社会秩序原理に基づいて行われるとする³⁹¹⁾。このような秩序原理こそが、「様々な変化形において正当化事由の内容を規定し、具体的事例でそれらが共働することによって行為の社会的有用性あるいは侵害性について、すなわち正当化かあるいは不法かについての判断が確定される」とするのである³⁹²⁾。これらの原理は、ロクシンの叙述によると構成要件論には何ら対応するものを持たない。むしろ、それらの決定的な力は、彼にとってはまさに違法性という評価段階の独立性を基礎づけるのである³⁹³⁾。

ロクシンと同じように、圧倒的に優勢な刑法解釈論も、正当化の諸原理と構成要件的な帰属論を二つの独立した、互いに無関係なテーマ複合体として扱う。行為者側の管轄構成要件と被害者側の管轄構成要件との間の平行関係は、今日まで刑法解釈論からは広範に見逃されていることは、保障人論と正当化論の欠陥に起因する。第一に、支配的見解は、保障人的地位論を依然として不真正不作為犯の特別財 (Sondergut) と見なしている³⁹⁴⁾。第二に、支配的見解は、正当化原理の問題では一般に、メツガーによる「利益欠如」の事例と「優越的利益」の事例の間の区別を受け継ぐことに甘んじている³⁹⁵⁾。

387) 基本となるのは、Roxin, Kriminalpolitik, S. 15 ff.

388) Roxin, Kriminalpolitik, S. 15.

389) Roxin, AT 1, § 14 Rn. 38.

390) Roxin, Kriminalpolitik, S. 15; 同旨 ders., AT 1, § 14 Rn. 41.

391) Roxin, Kriminalpolitik, S. 26 f.

392) Roxin, Kriminalpolitik, S. 26.

393) Roxin, AT 1, § 10 Rn. 20; dens., FS Amelung, S. 271 参照。

394) 上述 S. 159.

395) 基本となるのは、Mezger, Strafrecht, S. 204 ff.; さらに、Heinitz, Problem, S. 117 f. — 最近の文献では、S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 7; SSW-Kudlich, Vor §§ 13 ff. Rn. 69; SSW-Rosenau, Vor §§ 32 ff. Rn. 8; Frister, AT, § 13 Rn. 1; Gropp, AT, § 6 Rn. 26; Haft, AT, S. 67 f.; Lippold, Rechtslehre, S. 391. — 優越的利益の原理への制限を支持するのは、MK-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 53 ff.; ders., Vorsatz, S. 69 f.; NK-Paeffgen, Vor §§ 32-35 Rn. 46; SK-Günther, Vor § 32 Rn. 49, 73 f.; § 32 Rn. 106; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 16 Rn. 51 f.; Mitsch, Rechtfertigung, S. 157 f., 165 f., ↗

これらの原理が無内容であることと、そこから生じるのは、内容的に中身のある体系形成に対する無意味性であることははっきり認められており³⁹⁶⁾、周知の保障人的地位とのなんらかの接点も認識させない。ただし、不作為犯にも作為犯にも管轄論が基本的意義を有することへのますます地歩を固めている理解は³⁹⁷⁾、保障人的地位の今までの周辺グループ的状态に終止符を打ったのである。最近の見解は、それ以上に、内容的に中身のある正当化原理の確認を目指して努力しており³⁹⁸⁾、そのような原理は、さらに、断片的に並べるのではなく、体系的に正しく³⁹⁹⁾、法概念の構造から展開されるのである⁴⁰⁰⁾。被害者管轄の体系に対する一般的な管轄構成要件の重要性を認識するためには、これら二つの思考路線を互いに結びつけること以外に必要なことはないのである。

（松生光正 訳）

↘175; *Freund*, AT, § 3 Rn. 4; *Otto*, AT, § 8 Rn. 5 ff.; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen, S. 428 f., 444; *Helmert*, Straftatbegriff, S. 247; *Perron*, Rechtfertigung, S. 96; 結論においては, *Langer*, Sonderstraftat, S. 96 も。——正当化論の「最小限可能な利益侵害の原理」への還元を試みるのは, *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 53 ff. ——この方法の規範論的含意を展開するのが, *Mir Puig*, FS Herzberg, S. 66 ff.

396) 世界観上の敵対者の辛辣さをもってこれを既に非難しているのが, *Dahm*, Verbrechen, S. 70 f. ——今日の文献の中では, LK-Hirsch¹¹, Vor § 32 Rn. 48 (同旨 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 80); *ders.*, Stellung, S. 47; *ders.*, FG BGH, S. 199; NK-*Paeffgen*, Vor §§ 32 ff. Rn. 47; SK-*Günther*, Vor § 32 Rn. 74; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 7; *Gropp*, AT, § 6 Rn. 25; *Mitsch*, Rechtfertigung, S. 176.

397) 上述 S. 159 ff.

398) 特に *Jakobs*, AT, 11/3; *ders.*, System, S. 44 ff.; *ders.*, Kommentar, S. 145 f.; *Kindhäuser*, AT, 15/4; *Köhler*, AT, S. 237 f.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 263 f.; *Merkel*, JZ 2007, 377 ff.; 端緒的にはまた HK-GS-*Duttge*, Vorbem. zu §§ 32-35 Rn. 8; *Murmann*, Grundkurs, § 15 Rn. 6 ff.

399) ラート (*Rath*, Rechtfertigungselement, S. 624 f.; *ders.*, Aufweis, S. 78 f.; *ders.*, FS Küper, S. 459 ff.) は, 正当にも, 多様性は, それに先行する統一性の地平においてのみ遂行されうることを想起させる。それゆえ, 正当化も, 「諸原理, 諸原則, 秩序基準等々の最終的な二元性, それどころかそれ以上の多元性に帰せられ得ない」のである (aaO [Rechtfertigungselement], S. 624; そのようなやり方に批判的であるのは, また, *Schmidhäuser*, FS Lackner, S. 87 ff.)。統一性をもたらし, 実質的な中身のある (法) 概念がなければ, これらの諸原理は, 全く相互関係性を欠いた (Unzusammengehörigkeit) 状態にある (*Rath*, aaO [Rechtfertigungselement])。

400) 基本となるのは, *Köhler*, AT, S. 237 ff.