

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(12)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

森川智晶 (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. 被侵害者の優先的管轄
 - I. 罪体から実質的構成要件概念へ (以上, 65巻1号)
 - II. 構成要件と違法性の関係 (以上, 65巻2号)
 - III. 被侵害者の管轄の体系
 1. 統一的な評価問題としての管轄分配
 2. 自己答責的な自己侵害及び同意 (以上, 65巻4号)
 3. 正当防衛と防御的緊急避難 (以上, 65巻5号)
 4. 攻撃的緊急避難
- 第3章 刑法的協働義務の違反
 - A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法
 - I. 刑事不法の概念と帰属論の機能
 - II. 基本的なシステムカテゴリーとしての不法と責任か? (以上, 65巻6号)
 - III. 市民の不法としての犯罪
 - IV. 不法帰属の前提 (森川智晶) (以上, 本号)
 - B. 帰属可能性の限界
 - C. 義務違反の範囲

第3章 刑法的協働義務の違反

A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法 (承前)

III. 市民の不法としての犯罪

より古い解釈論史に目を向けると、いかに不法と責任の区別が自明ではなかったのかわかる。半世紀以上にわたって、独自の犯罪論上のカテゴリーとしての、責任に依存しない不法が承認に値することについての問題は、ドイツ語圏の刑法学で最も議論されたテーマの一つであった¹¹⁶⁾。

イエーリングは、彼の主観的不法と客観的不法の区別でもって、彼のギーセン大学法学部の同僚であったメルケルの、少し前に出版された著作に対応した¹¹⁷⁾。メルケルは、彼の『刑事論集 (*Kriminalistische Abhandlungen*)』の第一巻において、責任に依存しない不法の存在を原則として否定していた。メルケルはこの著作で、ヘーゲルに由来し、そして刑法におけるヘーゲル学派によって様々に変化させられた民事不法と刑事不法の

116) その議論の経緯に関する叙述は *Mezger*, GS 89 (1924), 208ff. および *Lampe*, *Unrecht*, S. 13ff. にみられる。

117) *Jhering*, *Schuldmoment*, S. 5 を参照。

区別を克服しようとした¹¹⁸⁾。彼はこの見解に、その法的効果を顧慮して区別されるだけの統一的不法というテーゼを対置した¹¹⁹⁾。それにもかかわらず、メルケルはヘーゲル学派の伝統から、法において一般意思 (Gemeinwille) が客観化されるという思考も¹²⁰⁾、「法の否定」としての不法の特徴づけも¹²¹⁾ 継承した。それによると、他者の法益客体に対する侵害のその実際上の適性ではなく¹²²⁾、その特殊なコミュニケーションの内容(「否定」)が、人間の態度に不法の烙印を押す。行為者によって表明された否定の関係客体は、法において体现された一般意思であり、それは本来的にはそれ自体に対する尊重、そして間接的にのみその保護の下にある個別意思 (Einzelwille) に対する尊重を要請するとされる¹²³⁾。そのように理解された不法は、メルケルによると、「帰属可能性のメルクマールをそれ自体に」含んでいる¹²⁴⁾。コミュニケーション能力がある——帰属能力がある——として法が承認する者のみが、法の命令と禁止に見過ごすことのできない方法で違反することができるという¹²⁵⁾。これに対して「自然現象」、そして「帰属能力者の意思に帰属されえない人間の活動の諸結果」も、法的重要性を欠くとされる¹²⁶⁾。「したがって、ある効果は、それが帰属可能なものである場合にのみかつその限りで常に、法を侵害するものとして特徴づけられうる。」¹²⁷⁾

メルケルの立場は、ヘーゲルとその学派が刑事不法に留保していた、かのメルクマールがもつばら不法の性質へと格上げされたという帰結に至った。このような極端な立場に対して、イェーリングは責任のない不法の諸事例の存在の証明を苦も無くやってのけ

118) *Merkel*, Lehre, S. 32 ff.

119) *Merkel*, Lehre, S. 49 ff., 57 ff.

120) *Merkel*, Lehre, S. 42.

121) *Merkel*, Lehre, S. 42.——それゆえ *v. ゲミンゲン*が、メルケルは「ヘーゲル学派の同一哲学 (Identitätsphilosophie) に心酔していた」と述べていたことには、理由がないわけではない (*v. Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit*, S. 25)。最近の文献においても、ヘーゲルの(刑事)不法の理解へのメルケルの依拠は、しばしば強調されている (*Poppe*, *Akzessorietät*, S. 249; *Loos*, *FS Maiwald*, S. 471 f.)。

122) *Merkel*, Lehre, S. 45 を参照。

123) *Merkel*, Lehre, S. 44.

124) *Merkel*, Lehre, S. 42.

125) *Merkel*, Lehre, S. 43 f.

126) *Merkel*, Lehre, S. 44. ——このことは帰属無能力者のみならず、錯誤、緊急状態または帰属可能性を妨げるその他の事情のために義務履行が不可能である全ての諸人格にも妥当する (これを明言しているのは *Poppe*, *Akzessorietät*, S. 249)。

127) *Merkel*, Lehre, S. 44.

た¹²⁸⁾。そのため、メルケルの追従者たちは、一方でその論証の実質を維持し、他方でイエーリングの発見を配慮した上で、責任に依存しない不法のカテゴリーに一定の余地を認めるという課題に直面した。二つの基礎づけの戦略が考慮されたのである。一つには、法は法服従者の意思に向けられた「禁止と命令の総体」¹²⁹⁾であるというメルケルの見解、そしてそこから生じる全不法の実質的な (sachlich) 統一性のテーゼが支持された。この場合、規範の名宛人に関する問題を、メルケルが行ったのとは異なる形で回答しなければならなかった。この逃げ道を選んだのがトーンであった。もう一つには、「客観的法に対する不服従」¹³⁰⁾ という意味で理解された不法は帰属能力者によってのみ犯されうるというメルケルの確信が堅持された。その場合、この不法の理解だけが決定的であること、すなわち全不法の統一性というメルケルのテーゼを放棄しなければならなかった。この道を行ったのがビンディングであった。

トーンは、メルケルの立場の一面性を自力救済の事例をもとに明らかとした。狼が私の羊を奪い取ったならば、私は、どのようなやり方にせよ私が行うことができるように、自力救済してよいことになる。メルケルの立場に従って、帰属無能力者の行為が一般に自然力の支配と同じ次元にあるとすると、帰属無能力者に対しては狼に関するのと同じことが妥当しなければならないことになる。すなわち、法的保護はその者に与えられないことになってしまう¹³¹⁾。しかしながら、それは問題となりえないとされる。「精神障害者も人間である。その者は、誰もが女性から生まれた者であるように国家共同体の構成員であり、全ての他人と同じ様に、法秩序はその者を保護する盾で守っている。手を取り合って、私はその者と対峙するのである。」¹³²⁾しかしながら、私の行為可能性はその点で制限を受けるが、それは、私とその代わりに国家の裁判所の助力を求めることができる場合にのみ、正当化されうるという。更にこのことは、帰属無能力者もまた法的義務の所有者でありうることを前提にするとされる¹³³⁾。しかし、あらゆる義務の根底には「汝はなすべきである」または「汝はなすべきではない」¹³⁴⁾ という規範があると

128) *Hälschner*, GS 21 (1869), 17ff.; *Liepmann*, Einleitung, S. 9ff. もこれを批判している。——最近の文献では *Sinn*, Straffreistellung, S. 248f., 253f.

129) *Merkel*, Lehre, S. 43.

130) *Merkel*, Encyklopädie, § 272 (S. 100).

131) *Thon*, Rechtsnorm, S. 91f.

132) *Thon*, Rechtsnorm, S. 92.

133) *Thon*, Rechtsnorm, S. 92.

134) *Thon*, Rechtsnorm, S. 93.

されるので、「規範は行為無能力者に、行為能力者と同じ程度十分に妥当し」¹³⁵⁾ なければならないことになる。

したがって、トーンは不法の問題に関するメルケルの立場を文字通り転倒させたのである。トーンによると、責任のない規範違反は可能であるのみならず、むしろ、責任に依存しない不法は一般的な規範論的カテゴリーへと格上げされるのである。特定の法的効果だけが、とりわけ刑罰は、責任のない規範違反のケースでは正義の諸根拠から科されてはならないとされる¹³⁶⁾。しかしながら、トーンはこの帰結を、維持しえない規範論的構成を代償として払って手に入れた。立法者が事前に帰属無能力であると宣言した名宛人にも自らの命令を向けるならば、自己矛盾に陥る。つまり、その立法者は一定の規範的期待を抱くこと（汝はなすべきである）とそれを抱かないこと（汝は帰属無能力者である）を、同時に宣言するのである¹³⁷⁾。それゆえメルケルのモチーフのトーンによる展開は、誤謬に至るのである。

ビンディングは異なるアプローチを選んだ。「彼は市民に、市民の道を歩ませた。」¹³⁸⁾ すなわち、彼は、責任のない不法の存在が決して否定されえないことを認めたのである¹³⁹⁾。しかしながら彼は、それが刑法上重要なカテゴリーであるとするを争った。このことを首尾一貫させて、彼はあらゆる法的な不法の同種性というメルケルのテーゼに反対したのである。ビンディングにとって不法は、その一般的な概念によると、専ら他者の主観的権利に対立するという形式的な性質によって特徴づけられた¹⁴⁰⁾。個々の問題となる主観的権利の内容と範囲に応じて、個々の違法の種類の内容と範囲が規定されなければならないというのである¹⁴¹⁾。多くの異なった種類の主観的権利が存在するため、不法の種類も多数存在するとされるのである¹⁴²⁾。その侵害が刑罰の賦課を正当

135) *Thon*, Rechtsnorm, S. 95.

136) *Thon*, Rechtsnorm, S. 76 ff.

137) それゆえ名宛人の問題に対するトーンの取り扱い方は、一般に否定されてもいる。

Binding, Normen, Bd. I, S. 245; *dens.*, GS 87 (1910), 9; *Hold v. Ferneck*, Rechtswidrigkeit, Bd. 2, S. 29; *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 6 (1879), 383; *Mezger*, GS 89 (1924), 222 f. のみを参照——最近の文献からは, *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 133; *Koriath*, Grundlagen, S. 285; *Lampe*, Unrecht, S. 22.

138) *v. Gemmingen*, Rechtswidrigkeit, S. 28.

139) ビンディング (*Binding* Normen, Bd. I, S. 245 ff.) は、『規範論』の初版の見解を放棄している。

140) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 298.

141) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 299.

化する権利とは、ビンディングによると、公共の代弁者としての国家に属する服従への権利、またはビンディング自身が好んで名付けた「従属 (Botmäßigkeit)」¹⁴³⁾ への権利であった。そのようにしてのみ法秩序がそれに期待される「平和の保証」¹⁴⁴⁾ をもたらしうるため、この服従を国家は要求してよいという。それゆえビンディングにとって、犯罪とは第一に「平和の破壊 (Friedbruch)」¹⁴⁵⁾ であって、犯罪者自身は「法律の侮蔑者」¹⁴⁶⁾ であった。したがって刑法の領域に関して、ビンディングは、第一に当罰的不法はコミュニケーションの性質を有しており(「侮蔑者」)、第二にそれが国家の法律の中で客観化された公共の関心事(公的平和の保全)に反するというメルケルの見解を堅持した。

刑法の領域における責任のない不法の存在の正当性についての問いに対するビンディングの見解は、以上のことによって素描されたのである。彼はメルケルとともに、服従義務はそれに相応する能力を有するとされる諸人格にのみ向けられうるということを強調した。「召使が就寝しているか酔っている、または熱を出して寝込んでいるとき、主人は召使に、この者が果たすと期待して言い付けをしないように、規範もまた、自己の個々の活動の際に行為能力のない者を拘束しない。」¹⁴⁷⁾ そのため、ビンディングによって「犯罪 (Delikt)」と呼ばれた、従属に対する国家の権利の侮蔑に存する不法の下位類型は、彼が強調したように、有責的にのみ実現されうる¹⁴⁸⁾。刑法の領域において責任のない不法がありうると思えることは、ビンディングにとって、この法領域の特殊な課題と刑罰の正当化要件を誤認することを意味する。すなわち「不当にもそれは不法と呼ばれている。」¹⁴⁹⁾

今日の読者は、ビンディングの官治国家的に (obrigkeitsstaatlich) 作られた用語に不快感を覚えるかもしれない¹⁵⁰⁾。しかし実質的に、ビンディングは決定的な点を捉え

142) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 298f.

143) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 308, 412ff.

144) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 417.

145) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 425.

146) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 419.

147) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 243f.

148) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 298.

149) *Binding*, Normen, Bd. I, S. 245.

150) そのように、たとえばヴェルツェルはビンディングの「命令的な」犯罪解釈を、まだ1938年には「保守的・権威的姿勢」の表れと称賛したが (*Welzel*, DRWiss 1938, 116)、後年になって「……我々ドイツの悲劇の要素」とみなした (*Welzel*, *↗*

ている。彼は正當にも、彼の概念による犯罪は第一次的に行為者と被害者の間人格的な出来事を意味するのではなく、行為者が「権力問題」を設定することによって¹⁵¹⁾ 共同体の平和の秩序それ自体を犯す、ということを強調している¹⁵²⁾。他者の権利領域への侵害に刑法上の制裁が加えられるのは、それ自体のためではなく、その侵害が行為者の公共との関係について表現しているためである。行為者は、自己の行為の中に法忠誠の欠如を表現することによって、法共同体に対する自己の協働義務に違反するのである。すなわち彼は、彼が自由性 (Freiheitlichkeit) の既存の状態の維持に寄与することを欲していない、ということを確認にする。

行為者と一般意思との矛盾——「當為それ自体への攻撃」¹⁵³⁾ ——を前面に押し出す犯罪概念の支配下では、一つの体系的に重要な不法概念のみが存在する。これによると、不法を実現するのは、一定の事態が——自己の行為であれ、または第三者の行為であれ——法共同体に対する自己の協働義務の違反として帰属されなければならない市民である¹⁵⁴⁾。そのような協働義務違反の基本となる通常の事例は、行為者が帰属可能な形

↘ ZStW 67 [1955], 200f.). 同様にアルトゥール・カウフマン (Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 132) は、「その極端な影響に我々が今日まだ苦しんでいる、19世紀に花開いた法実証主義の熟した果実」であるとする——最近の文献からは、Haas, Kausalität, S. 72ff.; Hörnle, Straftheorien, S. 8; dies., Unwerturteil, S. 113; Maier-Weigt, Verbrechensbegriff, S. 131; Renzikowski, Normentheorie, S. 119ff. (しかし ders., GA 2007, 565 はより控えめである)。——(若い頃の) シュミット＝ライヒナー (Schmidt-Leichner) のような国家社会主義的傾向のある著者は、規範に対する不服従としての犯罪の概念にさえ、消去されるべき「リベラルな個人主義」の顕現を感じ取っていた (Schmidt-Leichner, Unrechtsbewußtsein, S. 8f.)。

151) そのように主張するのが、Binding, Normen, Bd. II/1, S. 228.

152) 上述 S. 105ff.

153) Lesch, JA 2002, 608.

154) 類似のより最近の見解については上述 S. 258 Fn. 15 を参照。——不法と責任の犯罪体系的統合が、国家社会主義においても (ロースが最近初めて想起させたように [Loos, FS Maiwald, S. 477], とりわけシャフシュタインによって [これについては Feldmüller-Bäuerle, Schule, S. 143ff.; Marxen, Kampf, S. 222ff.]) 主張されていたにもかかわらず、その内容によると決して純粋に国家社会主義的ではないこと (正當にもそのように述べるのは T. Walter, Kern, S. 85) を強調することは余計ではないであろう。国家社会主義的であるのは、刑法が限界を超えて心情刑法へと至ることである。本書の構想はそのような傾向から当然に免れている。むしろ本書の構想は、(包括的な) 刑事不法というカテゴリーを、第一に市民の自由という理念に義務付けられることを自明とする刑法理論に用いるのである (上述 ↗

で、問題となる状況における管轄分配に客観的には適合したであろう場合とは異なる行為をした、という点に存する。もっとも——不能未遂の場合という——例外事例において、行為者は、彼に割り当てられた協働の負担分の提供の拒否を、客観的には目立たない (unauffällig) 行為によっても表明する。すなわち、現実の諸状況が行為者の誤想した内容と同じであったとすると管轄違反的であろう方法で、彼は行為するのである¹⁵⁵⁾。両事例群において、協働義務はその輪郭を前章で展開された管轄の基礎づけの一般的な諸形象を通じて維持するので、簡潔かつ明確には、刑法的に重要な市民の不法は帰属可能的・管轄違反的行為に存するともいえよう。

IV. 不法帰属の前提

1. 理由と原因

自律性と自己実現をその指導理念に高めた文化において、刑法の任務は、脱力させるような不安 (lähmende Furcht) と圧迫的な他者規定から免れた独自の現存在の形成を万人に可能とすることに存する¹⁵⁶⁾。この自明なことは、多様な帰結をもたらす理性性の推定 (Vernünftigkeitsspräsuntion) を含んでいる¹⁵⁷⁾。すなわち、成人でかつ精神的に通常の発達を遂げた法の仲間らは、その生活を送ることができる能力を互いに認め合うのである。自己の生活を送ることができる、つまり自己の生活に方向を与えることができるのは、任意に、そして自己と他者にとっても唐突にある決定を他の決定に飛躍する者ではなく¹⁵⁸⁾、熟慮して、すなわち諸理由の説得力への洞察に基づいて行動する(S.90 ff.)。

155) これに対して、行為者が当該行為規範の諸要請を過度に拡大する場合 (いわゆる幻覚犯のケース)、このことは彼の不利益にならない。すなわち、現実にはそもそも定立されていない諸要請に違反することの確信は、現実に存在する諸要請に対する不忠誠を示さないのである (類似の見解として *Jakobs, System, S. 70f.*)。

156) 上述 S.99 ff.

157) *Fischer, Vor § 13 Rn.9a; HK-GS-Rössner, Vorbem. zu § 1 Rn.28; SSW-Kudlich, Vor §§ 13ff. Rn.75; Murmann, Grundkurs, § 16 Rn.7; Braun, JZ 2004, 612f.; Duttge, Brücke, S.17; Hassemer, ZStW 121 (2009), 848ff.; Hirsch, ZIS 2010, 64f.; Hochhuth, JZ 2005, 746; Mastronardi, Theorie, S.41; Möllers, Willensfreiheit, S.253, 260; Mosbacher, JR 2005, 61f.; Rath, Aufweis, S.31; Roxin, FS Mangakis, S.245f.; Spranger, JZ 2009, 1033; Streng, Herausforderung, S.76; H. A. Wolff, JZ 2006, 926f.*

158) ヴィンガート (*Wingert, Gründe, S.197*) は、そのような自由の理解を適切にも「賽を振るモデル」と呼ぶ。——それに対する批判について基本的なものとし

とのできる者のみである¹⁵⁹⁾。諸理由は、「何を真理と考えるべきか、または何をなすべきか」という疑念の生じる問いへ対応する際の解答¹⁶⁰⁾として、「真理ないしは正当および虚偽の観点下で、本質的に適う形で否認、確認ないし確認されうるもの」¹⁶¹⁾である。諸理由によって自己の行為に自らを拘束する能力を、それらが意思自由のことを語るならば、道徳と(刑)法が意味する¹⁶²⁾。

「諸理由」と「自己拘束」は、価値あるいは規範関係的、すなわち社会的カテゴリーである。それゆえ、諸理由を通じた自己拘束の能力と理解された意思自由は、その存在が自然科学の方法で証明または反駁されうる生物学的事実ではなく、社会的制度である¹⁶³⁾。それには、答責性のモメントが初めから内在している。すなわち、個人は、その者によって行われた自己拘束へと、自己の社会的環境によって固定されてよい¹⁶⁴⁾。それゆえ、自己の行為に対して答責的とみなされる諸人格のみに、行為自由の余地が制

↘て *Bieri*, *Handwerk*, S. 230 ff.; これを簡潔に要約しているのは, *Kröber*, *Hirnforschung*, S. 106; 法学の文献からは, *Roxin*, AT 1, § 19 Rn. 45; *Herzberg*, FS Achenbach, S. 176.

159) *Habermas*, *Freiheit*, S. 105ff.; *Wingert*, *Grenzen*, S. 248.

160) *Wingert*, *Gründe*, S. 200.

161) *Wingert*, *Grenzen*, S. 244.

162) 哲学の文献からは, *Bieri*, *Handwerk*, S. 80ff.; *Buchheim*, *Wer*, S. 163; *Gerhardt*, *Partizipation*, S. 224; *Habermas*, *Freiheit*, S. 104f.; *ders.*, *Urheberschaft*, S. 270; *Heidbrink*, *Autonomie*, S. 267f.; *Sturma*, *Ausdruck*, S. 211f.; *Wingert*, *Gründe*, S. 108. — 哲学以外の, 主に法学の文献からは, *NK-Schild*, § 20 Rn. 13; *Braun*, JZ 2004, 611; *Hochhuth*, JZ 2005, 747; *Kröber*, *Hirnforschung*, S. 109; *Laufs*, *MedR* 2011, 3; *Möllers*, *Willensfreiheit*, S. 272f.

163) 同旨のものとして, *NK-Schild*, § 20 Rn. 16; *NK-Paeffgen*, Vor §§ 32ff. Rn. 230i; *Hassemer*, *Strafe*, S. 221ff.; *Prinz*, *Willensfreiheit*, S. 62; *Kempermann*, *Infektion*, S. 236; *Krauß*, FS *Brunns*, S. 23f.; *ders.*, FS *Jung*, S. 429.

164) 確固とした自己拘束行為の存在は、社会的(本書の文脈では、刑法的)規範をもとにして決定される。それゆえ、個々の行為者の個人的な自由の意識を責任非難の決定的な結節点と説明することは、誤りである(しかしそのように解するものとして *Burkhardt*, FS *Lackner*, S. 21ff.; *ders.*, FS *Eser*, S. 100; *ders.*, FS *Maiwald*, S. 92ff.; 同旨のものとして *LK-Schöch*, § 20 Rn. 22ff.; *Ebert*, AT, S. 95; *Kühl*, AT, § 10 Rn. 4; *Murmann*, *Grundkurs*, § 16 Rn. 8; *Hirsch*, FS *Otto*, S. 321; *ders.*, ZIS 2010, 65; 否定的であるのは, *Duttge*, *Brücke*, S. 40f.; *Herzberg*, *Willensunfreiheit*, S. 68; *Hillenkamp*, JZ 2005, 320; *Hoyer*, 2. FS *Roxin*, S. 730; *Merkel*, *Willensfreiheit*, S. 120f.; *Ruske*, *Schuld*, S. 215f.; *Seelmann*, *Grundannahmen*, S. 98)。

度的に保障されうるのである。これに対して、そのような答責性が認められない者は、「自由を享受できない」¹⁶⁵⁾ のであり、それゆえ未成年者や強度の知的ないし精神的な欠陥を有する人間は、多かれ少なかれ広範に及ぶ他者管理に服する。

したがって、本書の根幹に置かれた意味での自由的な刑法は、「答責的な起因者性 (Urheberschaft) の言語ゲーム」¹⁶⁶⁾ の還元不可能な独自性の承認を要求する。

この言語ゲームを放棄することは、刑法を「無慈悲でより決定的に好ましくない処分法」に置き換えることに帰着する¹⁶⁷⁾。「人間の自律性の意義を規範的に減少させるならば、まさに自己の重大な法益に対する国家の介入を阻止するために、個人が依拠することのできる法的地位を減少させる。」¹⁶⁸⁾ もっとも、自由と答責性の意味論は、自由を制限するファクターの例外的考慮と難なく両立可能である¹⁶⁹⁾。すなわち、このような制限においては、「限定されるものが」——納得のいく諸理由に基づいた意思の自己拘束のための原則的な能力が——「未だ前提とされている」¹⁷⁰⁾。それとは反対に、この言語ゲームの枠内では、人間の行為を全て自然法則によって決定された事象に還元することは排除される。そのような還元主義は正当でありうるが、それは別種の——自然科学的・因果主義的——記述言語の内部においてのみである。その記述言語が実り豊かであることは、自然科学の成果に鑑みれば疑問の余地がない。しかし諸理論は常に現実の特定の諸観点のみを解釈させ、構成的理由からその他の諸観点を除外または考慮させない

165) *Kröber*, *Hirnforschung*, S. 103. — 同旨のものとして *Jakobs*, *System*, S. 66; *ders.*, *ZStW* 117 (2005), 261 ff.; *ders.*, *Schuld*, S. 260 f.; *Mosbacher*, *JR* 2005, 62. — より古い文献からは *Köhler*, *GS* 95 (1927), 456; *v. Weber*, *Aufbau*, S. 18.

166) *Habermas*, *Urheberschaft*, S. 270.

167) *Hassemer*, *ZStW* 121 (2009), 841.

168) *H. A. Wolff*, *JZ* 2006, 930. — 同様に責任 (刑) 法から処分 (刑) 法へのパラダイム転換のリスクを警告しているのは *LK-Schöch*, § 20 Rn. 30; *NK-Schild*, § 20 Rn. 5, 11; *NK-Paeffgen*, *Vor §§ 32ff.* Rn. 230; *S/S-Lenkner/Eisele*, *Vorbem.* §§ 13 ff. Rn. 110b; *Bung*, *Wissen*, S. 7f., 11 ff.; *Dölling*, *Willensfreiheit*, S. 386 f.; *Duttge*, *Brücke*, S. 53 ff.; *Gebring*, *PhR* 51 (2004), 291; *Gschwend*, *Verantwortung*, S. 304 f.; *K. Günther*, *Herausforderung*, S. 72; *Hillenkamp*, *System*, S. 98 ff.; *Laufs*, *MedR* 2011, 4; *Lüderssen*, *Subjekt*, S. 192. — これに対して、賛同しているのは *Detlefsen*, *Grenzen*, S. 341 ff.

169) *Habermas*, *Urheberschaft*, S. 270; *Wingert*, *Grenzen*, S. 258. — このことを見誤っているのは *Spilgies*, *HRRS* 2005, 46 f.; 正当にも彼に反対しているのは *Kudlich*, *HRRS* 2004, 219 f.; *ders.*, *HRRS* 2005, 51 f.

170) *Habermas*, *Urheberschaft*, S. 271.

必要があるので¹⁷¹⁾、このことは、その現実では複数のありうる記述言語の中での一つの記述言語のみが重要となる、ということは何ら変更しない。(刑)法の領域におけるように社会的実践の自己解釈が重要となる場合、諸理由の言語ゲームは、存在論的および認識論的に諸原因の言語ゲームと同等の権利をもって現れる¹⁷²⁾。

これに対して数年前から脳研究の成果を援用した下でルネサンスを経験した還元主義的・自然主義的理論は、それが当然であるという外観を伴って諸原因の言語ゲームの優

171) 典型的であるのは、*Sturma*, Ausdruck, S. 198.

172) *Habermas*, Freiheit, S. 112; *ders.*, Urheberschaft, S. 279ff.; *Brandt*, Ick, S. 175; *Cruse*, Gehirn, S. 225ff.; *ders.*, Substrate, S. 71f.; *Janich*, Streit, S. 93; *Schockenhoff*, Phantomwesen, S. 168; *Seel*, Neue Rundschau 116/4 (2005), 152; *Sturma*, Ausdruck, S. 192, 197f., 205ff.; *Wingert*, Gründe, S. 201; *ders.*, Grenzen, S. 252. — 刑法の側からは、*Fischer*, Vor § 13 Rn. 10; NK-*Schild*, § 20 Rn. 14f.; *Bung*, Formen, S. 131; *Hassemer*, ZStW 121 (2009), 848; *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 584ff.; *Jakobs*, System, S. 66f.; *Krauß*, FS Jung, S. 420; *Mosbacher*, JR 2005, 61f.; *Stübinger*, Idealisiertes Strafrecht, S. 384ff. — それゆえ刑法の論者らが、原状 (*status quo ante*) に固執することの根拠を、「意思自由が存在しないことは証明されないが、それが存在することも同様に証明されない」(*Hillenkamp*, JZ 2005, 319; 類似の見解として HK-GS-*Rössner*, Vorbem. zu § 1 Rn. 26; *Lackner/Kühl*, Vor § 13 Rn. 26; LK-*Schöch*, § 20 Rn. 30; NK-*Paeffgen*, Vor §§ 32ff. Rn. 230i; SSW-*Kudlich*, Vor §§ 13ff. Rn. 75; *Krey/Esser*, AT, Rn. 689; *Roxin*, AT 1, § 19 Rn. 37; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 397) というノン・リケット (*non liquet*) の主張に依拠するならば、それはカテゴリー的誤謬である。ノン・リケットの援用が考慮されるのは、それが、統一的な存在論的かつ認識論的なカテゴリー・システム内部に位置づけられるという主張について関係する場合のみである。このことは、諸原因の言語ゲームとの関係における諸理由の言語ゲームにはまさに妥当しない。— 刑法学者に広まっている、意思自由を規範的設定として語ることも誤解である (*Lackner/Kühl*, Vor § 13 Rn. 26; LK-*Schöch*, § 20 Rn. 26; SK-*Rudolphi*, Vor § 19 Rn. 1; S/S-*Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13ff. Rn. 110; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 556; *Jescheck/Weigend*, AT, § 37 I 2 b [S. 411]; *Roxin*, AT 1, § 19 Rn. 37; *ders.*, FS Mangakis, S. 245f.)。諸理由の言語ゲームは、意思自由というその前提とともに、まさに自然科学的な諸原因の言語ゲームと全く同じように、規範的設定である、この点については以下の本文も参照。

173) *Sturma*, Ausdruck, S. 197. — 一連の刑法学者は、その点で還元主義者に従っている。たとえばヘルツベルクは、「経験的研究と学問的認識の今日の水準によると確実性に境を接する蓋然性をもって、全ての事象は自然的根拠を有している」(*Herzberg*, Willensunfreiheit, S. 32) という知見から、あっさりと意思自由は存在しないと結論づける (*Herzberg*, aaO, S. 92; *ders.*, FS Achenbach, S. 183)。ドゥツメ

トッゲは、「存在の所与」を一括して援用し、意思自由を「単なる想定 [……]、集団的『信念』」として片づける (*Duttge, Brücke, S. 41f.*)。しかし伝統的な刑法を堅持しうるために、両者はかなり苦し紛れの基礎づけの戦略に手を付けざるを得ない。ヘルツベルクは人間の性格を援用している。すなわち、その性格について人間は「良くも悪くも答責的」であり、「決定についてその者の性格へ還元されるべきものは、人間に帰属されてよく、かつその者には帰属されなければならない」という (*Herzberg, aaO, S. 125*; 同旨のものとして *ders., FS Achenbach, S. 184f.*)。しかし、このことには単に問題の先延ばしにすぎないのではないかと。ヘルツベルクの前提に従うと、人間の性格は、個別行為と同様に逃れることのできない宿命である (その限りで適切であるのは *Duttge, aaO, S. 46*)。もっともヘルツベルクは、そのテーマに関する自身の最近の論考において、このことは実践的には重要でないという主張へと後退している。「道徳的評価、要求および責任非難が意思不自由を基礎としても至るところで行われ、そして唱えられるならば、その理論的定義は個人の良心、社会生活および法秩序に対して有効なものとなりえない。」 (*Herzberg, FS Achenbach, S. 178*) しかし、このことは、生活の現実性の中で問題を解決しなければならない全ての者は——法律家も同様に——例外のない因果法則の有効性を前提としなければならない (*Herzberg, FS Achenbach, S. 168*) というヘルツベルクの出発点となる主張に矛盾するのみならず、むしろ彼の論証全体からその基盤を奪い取る。すなわち、実践はどのみち理論によって方向づけられるわけではないとすれば、個別行為の次元からその性格の次元への視点の変更は、不必要な複雑化以外の何ものでもない。ドゥットッゲは、「具体的に責任の問われる人間自身の『内部における』自由の客観的領域の発見」を望んでいる (*Duttge, aaO, S. 59*)。しかし、事前に存在の所与を因果関係に縮減することを確定した者が、どのようにして「自由の客観的領域」を発見するつもりであるのか (*Schockenhoff, Phantomwesen, S. 167f.* を参照)? ——事実、ルスケはあっさりと刑法の撤廃に賛成している。「人間の尊厳と決して相容れないのは、人間をその事実的能力で評価することではなく、人間を規範的帰属 (*normative Zuschreibungen*) の客体とすることである。」 (*Ruske, Schuld, S. 217*) ——はるかに緻密な論証をしているのはメルケルである。たしかにメルケルも、あっさりと自然科学的知見が存在論的な基準であることを前提としている。たとえば、彼は諸理由の言語ゲームの独自性を、そのように心的な事象として多弁を弄することは脳内でのニューロンの (「決定された」) プロセスを基礎としてのみ行われるという論拠で退け (*Merkel, Willensfreiheit, S. 48*)、そして意思自由を、学問的には論破されたキメラであると非難している (*aaO, S. 114f.*)。しかしながら、彼は責任刑法の維持に賛成している。なされた行為に対する罪と刑罰を行為者に負わせるための有用な代替案は、見つけることはできないであろうとする。そのような立場が納得のいく形で基礎づけられうるのか、つまりその立場はそもそも矛盾のない定式化がなされるのか? メルケルの答えはイエスである。なぜなら、そのようにしてのみ刑法の任務は適切に考慮されうるからであるという。全ての違法な行為は違反された規範を侵害するとされる。「法秩序の有効範囲内では

常にそして万人に対して妥当せよという要求は具体的場合には通らなかったのである、つまりその要求は行為者によって尊重されず、否認されたのである。(aaO, S. 125) 行為者はこの規範違反の代償を、彼が刑罰を甘受することによって、支払わなければならないという。さもなければ、規範妥当の信すべき原状回復が不可能になってしまうとされる (aaO, S. 125ff)。このような論述は不可解である。ヘーゲルの刑罰論の中に「古びて俗悪な公式、腐った臭いがするパトス」(aaO, S. 133) を感じ取る著者が、よりによってヘーゲル主義に触発された刑法の任務に関する見解を、どのようにして自説とするに至ったのか？そして、メルケルの決定論の装いからすれば、不尊重や否認のような言葉は何を意味することになるのか？規範の不尊重をなしうるのは、その尊重のための能力を用いることのできる者のみである。しかしそうであるならば、自己の行為の時点では違反した規定を尊重する能力がなかった者には、いかなる法によってこの規定の不尊重が非難されうるのか？(同様の批判を加えるものとしてNK-Schild, § 20 Rn. 5)メルケルが自身の本来的な基礎づけの補足に努めているのには、もっともな理由がある。正義の観点下では、そのように彼が述べているのであるが、犯罪者が自己の犯行に対して何かをなしうるかという問題のみならず、被害者の正当な諸利益が危険にさらされることになるということも重要であるという。「その点に示されているのは、行為者が自己の能力と無能力によると人的に値するものと、行為者について彼の行為を『悪いものだと思ひ』、それに関する負担を彼に期待するという反応の公正さの間には、埋めることはできないが規範的には許容可能な溝が存在しうるということである。そのような制裁を賦課する負担の公正さは、たとえ行為者がこれを厳密な意味では人的に値しないものであったとしても、肯定されうる。」(aaO, S. 127)しかしながら、この基礎づけも非常に不十分なものである、というのもその前提が結論をカバーしていないからである。たしかに、他人を脅かす者は、たとえその者に自己の行為が人的に非難不可能であるとしても防除の対象とされ、そして場合によっては社会生活から引き離されて然るべきである。しかし、このことは刑罰によるのではなく、危険防除という方法で行われる。潜在的被害者の保護の必要性から責任刑法を抽出しようとすることは、成功の見込みのない企図である。ただしメルケルは、自己の責任刑法の構想を救おうと更に試みている。損なわれた規範妥当と刑罰の苦痛を通じたその回復の間の連関の意識は、我々が相互に判断し取扱うという考えの深くに根付いているという。「我々の社会的な生活様式の制度的構造の一要素が重要となる。そしてこの要素とは現実世界であり、この中で刑法は規範妥当を保障しなければならない。ゆえに、刑法はその世界の前提条件を無視してはならない。刑法は、法共同体の、この根底にある諸規範の違反に対して反応する際の態度を制度化する。」(aaO, S. 131)しかし、メルケルはこの態度を非理性的であるとみなす。それゆえ、彼が結論として強調しているのだが、規範保護の考慮は功利主義に由来するものとされる (aaO, S. 135)。これを前提とすると、責任は基礎づけられうるのではなく、単に社会的有用性という根拠からのみ擬制されうるといふ。たしかに、法秩序内部における人格の権利への重大な介入に関する功利主義的な正当化は、基本的

位を前提とし、それゆえ哲学者ディーター・シュトゥルマ (Dieter Sturma) の対概念に従えば認識論的構成に基づいて存在論的消去を行う¹⁷³⁾。しかしながら、ニューロンに生じる出来事にはその人間的行為者の行為指導的な諸理由よりも高度な現実の実質が認められるとするテーゼは、「決して現実の中立的な記述ではなく、具象化された存在論」¹⁷⁴⁾、すなわち——加えてその具体的形態の点ではこの上なく納得のいかない¹⁷⁵⁾

に受け入れることができないとされる。しかし、規範秩序の存立が全体として危険にさらされるような場合には、限定的にそのような正当化が受け入れられるものとなりうるとされる。「ここで話はつながる。というのも国家刑罰の問題では、この存立が危険にさらされているからである。」(aaO, S. 135f.) この場合、公正と正義についての言及はもはやなされていない。メルケルの意味での刑法は、自由にカール・シュミットに依拠して、強大な力によって絶えず放逐されてきた例外状態であることが明らかとなる (この理解に賛同しているのは NK-Schild, § 20 Rn. 5)。

174) Schockenhoff, Phantomwesen, S. 168.

175) 還元主義的・自然主義的立場の大抵の主張者は、人間の行為の起因者性に関する問題に対しては、二つの解答のみが考慮に値するとの確信を持っている。一つには、肉体、感情および生活の営みから解放された無制限の主権によって決断を下し、その実行を肉体に強いデカルト的な自我の想定を使用するという解答である。しかし、そのような場所のない・非物質的で、更にいえばどのようにして物質世界に作用を及ぼしうるとされるのかが全く不明確な自我は、形而上学的なキメラとして容易に片づけられうる。他方、それならば、自然化の戦略 (Naturalisierungsstrategie) の主張者がこのように続けるのであるが、脳自体を行為の起因者とみなす可能性のみが残ることになる。しかしながら、想定されるこのような二者択一の必然性には、哲学の根本問題が存在する。精神科医で哲学者のトーマス・フクス (Thomas Fuchs) が指摘しているように、今日の神経科学の標準理論の根底には、「一方では肉体のない主体性と世界のない主体性、他方で物理主義的に限定された、物質的な世界への世界の二元的分割」(Fuchs, Gehirn, S. 48) が存在し、それは、デカルトの有名だが悪評高い思惟するもの (*res cogitans*) と延長するもの (*res extensa*) という二元性とあまり変わらないものである (aaO, S. 79f.; 類似の見解として NK-Schild, § 20 Rn. 8; Kröber, Hirnforschung, S. 104; Krüger, Naturalisierung, S. 185, 192f.)。脳に関して、神経科学者はまさに主観的な観念論において自我に留保された世界創造機能に異議を申し立てている。「意識という内部空間において、主体、すなわち自己の宮殿の中に居る孤独な囚人は、到達しえない外界に関する像を受け取る。この像は、もはやカント的な悟性能力という構成物ではなく、根本的な脳のプロセスの構成物であるにすぎない。」(aaO, S. 30) ヘーゲルは、たしかにデカルトやカントの主体思想を一面的であると非難したが、同時にそれを無視できない近代哲学の出発点として認めた。これに対して、形而上学でない想定されている神経科学者の形而上学は、フクスが示しているように、全く「概念的なナンセメ

——形而上学的の想定である¹⁷⁶⁾。その想定自体は哲学の管轄領域に属する¹⁷⁷⁾。よりによって、その存在論的地位が問題となる自然科学的所見を参照して、その想定を存在論的に優越しているとするのは、基礎づけの理論としては破滅的なカテゴリーの誤謬を意味する。

しかし、たとえ我々が自然科学的・客観的な科学主義の有利になるように、諸理由と諸原因、理解と説明、関与者のパースペクティブと観察者のパースペクティブという二元論を、放棄したくとも——我々はこれをなしえないであろう。観察者のパースペクティブに対する関与者のパースペクティブの従属が可能であるのは、我々が我々を、自らに向けられた認識行為の実行の中で、認識をなす主体として客観化して手に入れ、虚構的などでもない所 (fiktives Nirgendwo) から観察可能となる場合だけであろう¹⁷⁸⁾。しかしこれは不可能である。なぜなら、その正当化の実践への参加するための能力が、全ての認識——および納得のいく認識概念の全て——の根本的なものであるからである¹⁷⁹⁾。認

「 Unsinn (begrifflicher Unsinn)」である。脳は決断を下すことも、行為を実行することもできない。なぜなら熟慮すること、知覚すること、意欲することそして決断することのような諸概念は、生理学的記述の次元へは初めから適用されえないからである (aaO, S. 68, 80; 同旨のものとして *Buchheim*, *Wer*, S. 161; *Krüger*, aaO., S. 187; *Sturma*, *Ausdruck*, S. 196; *Wingert*, *Gründe*, S. 198f.; 法学の文献からは *NK-Schild*, § 20 Rn. 7; *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 381)。脳内のニューロンのプロセスにも、コンピューター内のある電気的狀態から他の状態への移行にも、志向性がほとんどみられない。「本の文章は我々に対して事態を現前化し、アルバムの写真は我々に対して思い出を現前化する。しかし脳内には、ニューロンの活動パターンを、現前化されたものとして把握すること、写像として見ることもまたは思い出の痕跡として読み取ることを行なうホムンクルスは存在しないのである。」(aaO, S. 63) 志向的行為の実行が、生物の特定の有機的構造に、更に脳の活動に結び付けられるのは、当然のことである。しかしながら、この行為の内容は、物理学的ないし生理学的記述に解消されない (aaO, S. 65)。その限りで、思考、決断および行為をなす脳を話題にすることが一般になされているが、この根底にあるのは、フクスが、ベネットとハッカーの基本的な研究 (*Bennett/Hacker*, *Grundlagen*, S. 87 ff.) に倣って「メレオロジ的な誤った結論」と呼ぶカテゴリーの誤謬である。「有機体の一部である脳には、総体として人間にのみ認められる心理的および人格的活動が帰属されるのである。」(aaO, S. 66)

176) ヴィンガート (*Wingert*, *Gründe*, S. 204) は、これを直截に「先入観」という。

177) *Brandt*, *Ick*, S. 175.

178) *Habermas*, *Urheberschaft*, S. 281.

179) *Seel*, *Neue Rundschau* 116/4 (2005), 145f.

識と、認識としてそれが承認されることの予期は表裏一体となっているため¹⁸⁰⁾、自然科学者も、自己の実験の構造、測定法、自ら突き止めたデータの解釈に関する諸理由を述べなければならない。更にいえば、自然科学者は、諸理由に方向づけられた関与者のパースペクティブの独自性を否定する際に、その独自性を承認している¹⁸¹⁾。

刑法は、熟考された「説明の放棄」¹⁸²⁾ というその戦略によって、その基本的なテキストがニコマコス倫理学の第三巻である伝統のラインに乗る¹⁸³⁾。アリストテレスはそこで随意と不随意の概念を論じている。彼は、意思自由というテーマを一言も使わずに、前置きとして次のことを確認している。「強制によって起ってくることや、無知のゆえに起ってくることは不随意な行為であると思われる。」¹⁸⁴⁾ 「錯誤、疾病および強要が何事も説明しないならば」、このことは、今日の刑法からしても、「所為に現れた行為者人格（である）」と判断するためには十分である¹⁸⁵⁾。「刑法典のプログラムは裁判官の認識可能性に縮小される」¹⁸⁶⁾ とは、強調でもなく厭人的でもない¹⁸⁷⁾。したがって、非難的な帰属のためには、「上述のパラメーターによって規定された他者と行為者の平等のみが」¹⁸⁸⁾ 必要となる。以上のことをもって、冒頭で定式化された所見が確認される。すなわち、刑法上の言語ゲームによると、人間は、権利と義務を有するのと同じ意味で、自由な意思を有するのである。権利と義務と全く同じ様に、自由な意思もまた、人間が生活する自然的环境という事実と類似の方法で、人間の行為余地に影響を及ぼす社会的事実である。

180) *Seel*, Neue Rundschau 116/4 (2005), 146.

181) 哲学の文献からは, *Fuchs*, Gehirn, S. 21, 91f.; *Janich*, Menschenbild, S. 160f.; *ders.*, Streit, S. 87, 92f.; *Schockenhoff*, Phantomwesen, S. 168ff.; *Seel*, Neue Rundschau 116/4 (2005), 146. — (刑) 法の文献からは, NK-Schild, § 20 Rn. 7; *Braun*, JZ 2004, 611f.; *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 586; *KrauB*, FS Jung, S. 425f.; *Rath*, Aufweis, S. 6f., 87ff.

182) この用語は *Prinz*, Willensfreiheit, S. 53 に由来する。

183) *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 600f.

184) *Aristoteles*, Nikomachische Ethik 1110a, Werke Bd. 3, S. 44 [加藤信郎訳「ニコマコス倫理学」『アリストテレス全集 13』岩波書店 1977年 64頁を参照した。: 訳者記す]。

185) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 263.

186) *Hassemer*, ZStW 121 (2009), 852.

187) *Lüderssen*, Subjekt, S. 204.

188) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 263. — 結論において、このことは、行為者の意思形成と意思実現が個々の場合に前提とされる標準人のそれらに適合しなかったことを責任判断の基礎とする、伝統的な刑法解釈学の客観化的立場に対応している（文献の参照指示は上述 S. 260 Fn. 27）。

2. 古典的帰属論とその運命

実践哲学におけるカントの新たなアプローチとクリスティアン・ヴォルフ学派が強固したものとの間にある深い溝は、ケーニヒスベルク出身の大家の見解と伝統的見解の間の多くの個別問題における一致を見落とさせることへ誘導する。前者が後者の伝統の拘束をどのくらい強く受けていたのかの一例となるのが、カントの帰属論である¹⁸⁹⁾。カントは帰属を、「自由な行為が功績 (meritum) または罪過 (demeritum)、つまり功労または罪とみなされる限りで」、「自由な行為に関する判断 (Judicium)」と理解した¹⁹⁰⁾。すなわち彼は、彼の保障人であるアッヘンヴァルに従ったのであり、後者の言葉によると、帰属では、ある者に「道徳的な (すなわち自由な¹⁹¹⁾、筆者記す) 行為およびそれに関する功績が」帰せられうるか否かの判断が問題となる¹⁹²⁾。カントはこの問題を、彼の先駆者と同じ様に二段階の検討によって処理しようとした。第一段階、つまり事実の帰属 (*imputatio facti*) では、行為が「自然原因から生じ」たのか、それとも行為が「自由の法則から自由な意思によって選択」された¹⁹³⁾ がゆえに、行為 (*factum*) あるいは「所為 (Tat)」としての表示がふさわしいのかが考察されなければならないという¹⁹⁴⁾。ただし、その帰属で検討されるのは、「自由から借用されるような単なる行為……ではなく、法的な法則と関連するような行為」¹⁹⁵⁾ であるという。そのため、事実

189) これについては *Aichele*, *Rechtstheorie*, S. 34ff.; *Buttermann*, *Fiktion*, S. 79ff.; *Hruschka*, *Zurechnung*, S. 18ff.; *ders.*, *ZStW* 96 (1984), 692ff.; *ders.*, *Interpretation*, S. 182ff.; *Hübner*, *Entwicklung*, S. 29ff.; *Krawietz*, *Theorie*, S. 204.; *Stübinger*, *RW* 2011, 163ff.

190) *Kant*, *Praktische Philosophie* Powalski, AA Bd. 27/1, S. 153.

191) *Achenwall/Pütter*, *Anfangsgründe*, § 122 (S. 49) を参照。

192) *Achenwall/Pütter*, *Anfangsgründe*, § 158 (S. 55)。たとえば実質的に見解の一致しているドルン (*Dorn*, *Versuch*, § 33 [S. 69]) によると、ある行為が帰属されうるのは、その原因が行為者の道徳的選択意思と自由に存在する場合であるとされ、クライン (*Klein*, *ACrim* 2 [1800], 67f.) によると、法的帰属とは、「法的結果を有することになる作用の起因者 (自由原因) であるとする判断」とされる。

193) *Kant*, *MS Vigilantius*, AA Bd. 27/2, S. 561.

194) *Kant*, *MS*, *Werke* Bd. 7, S. 334; *ders.*, *Moralphilosophie* Collins, AA Bd. 27/1, S. 288; *ders.*, *MS Vigilantius*, AA Bd. 27/2, S. 561; *ders.*, *Vorlesung*, S. 87。——正当にもミュラー (*Müller*, *Wille*, S. 55f.) は、その帰属論の根底にある自由概念が道徳的な自律性のそれとは異なるものである点を指摘している。前提とされているのは人間の理性的な自己決定ではなく、単に選択の自由である。

195) *Kant*, *Praktische Philosophie* Powalski, AA Bd. 27/1, S. 154.

の帰属には、「法則の適用、つまり功績か罪過——法律の帰属 (*imputatio legis*) ——が続かなければならないとされる¹⁹⁶⁾。それによると、法律的帰属は二つの前提を有する。すなわち、一つには「行為が法則の下にあること」、もう一つには「行為がこの法則に包摂されうること」である¹⁹⁷⁾。

この帰属モデルは、19世紀には学問的議論から姿を消していた。事実の帰属は、「単なる説明」として、すなわち、「ある者が自己の外的行動を通じて刑罰法規に反する結果を惹起した」¹⁹⁸⁾、それゆえにその「物理的起因者」である¹⁹⁹⁾と批判されており、それは規範的にはどうでもよいとされる²⁰⁰⁾。「なぜならこの種の因果性は、まさしく純粋な自然原因によっても十分に説明されうるからである」²⁰¹⁾。しかし、この異議は——これは、ヘーゲルが所為 (*Tat*) と行為 (*Handlung*) の概念の使用の点で、カントの用語を文字通り逆転させたことに由来しているのであろうか²⁰²⁾ ——より古い帰属論との適切な議論よりも、むしろその後の自然主義的な行為概念および構成要件概念への先取りした批判を意味していた。すなわち、事実の帰属は、特定の結果の因果帰属に役立ったわけでは決してなく²⁰³⁾、反対に、単なる自然原因それ自体 (*causa naturalis qua talis*) に対する自由原因それ自体 (*causa libera qua talis*) の特殊な地位の確保を目的としていたのである²⁰⁴⁾。

この特殊な地位に、19世紀のヘーゲリアーナーは、事実の帰属という形象への自らの

196) *Kant*, Praktische Philosophie Powalski, AA Bd. 27/1, S. 153.

197) *Kant*, MS Vigilantius, AA Bd. 27/2, S. 562. ——カントにおける法律の帰属と伝統的な法的帰属 (*imputatio iuris*) というカテゴリーの間の相違を示しているのは、*Stübinger*, RW 2001, 164f.

198) *Bauer*, Abhandlungen, S. 250.

199) *Abegg*, Lehrbuch, S. 124. ——同旨のものとして *Henke*, Handbuch, Erster Theil, S. 291; *Luden*, Abhandlungen, Bd. II, S. 91; *v. Weber*, NACrim 7 (1825), 556.

200) そのように解するものとしてたとえば *Martin*, Lehrbuch, § 31 (S. 68f).

201) *Köstlin*, Revision, S. 138.

202) 所為 (*Tat*) の下でヘーゲルは、「外的な事件」(*Hegel*, Grundlinien, § 118 A, Werke Bd. 7, S. 219 [上妻 精・佐藤康邦・山田忠彰訳『ヘーゲル全集 9a 法の哲学 上巻』岩波書店 2000年 191頁を参照した。: 訳者記す。]), つまり前提された外的な対象に加えられた変更 (aaO, § 115, Werke Bd. 7, S. 215, [上妻ほか訳『ヘーゲル全集 9a』187頁を参照]) を理解し、彼は道徳的に自由な意思の所為による発現を、行為と名付けている (*Hegel*, Entyklopädie, § 503, Werke Bd. 10, S. 312 [船山信一訳『ヘーゲル全集 3 精神哲学』岩波書店 1996年 431頁を参照])。

203) 最近においてこの点を明示するものとして、*Stübinger*, RW 2011, 160.

204) *Kant*, MS Vigilantius, AA Bd. 27/2, S. 561 を参照。

批判を顧慮することなく、より古い帰属の理論家に劣らず明確に固執していた。帰属は主体の自由な自己決定を基礎とするとのヘーゲリアナーの見解²⁰⁵⁾に、少なくとも18世紀の理性法学者(Vernunftrechtler)は無条件に賛同していたであろう。より古い論者らの所為には、今や行為という名称が用いられているにすぎなかったのである²⁰⁶⁾。アベックによると「主体のみ、つまり自己の活動について理性的に思考する者として振舞う人間のみが」、「行為、それゆえ犯罪行為も行う」²⁰⁷⁾ことができる。行為を「原因としての主体の意思に帰する所為」と定義する²⁰⁸⁾ケストリンも、そこでは当然のように「自由の概念と一致する」²⁰⁹⁾意思の概念を前提としている。同様にヘルシュナーにとって、犯罪は「その起源を不自由な自然的に決定された意思に」有するのでは「ない。なぜならこの意思は、人倫的展開(sittliche Entwicklung)が由来するが、それ自体が人倫のプロセス(sittlicher Prozess)の外で存在する基礎であるからである」²¹⁰⁾。むしろ、犯罪がその基礎を有するのは「自由であり、それは行為能力という前提条件下で可能なものであって、行為という形式の中で現実的なものとなる」²¹¹⁾。

このような理解によると、帰属は「行為と並んで外的に付け加わるものではなく、行為自体の中に含(まれている)」²¹²⁾ので²¹²⁾、より古い文献においては事実の帰属という上位概念の下で取り扱われていたファクター——特に帰属無能力、強要および不知——は、ヘーゲリアナーの見解によると、行為の存在を疑わしいものにする²¹³⁾。「帰属がなき

205) Abegg, Lehrbuch, § 80 (S. 125); Köstlin, Revision, S. 145. —ヘーゲリアナーという狭い集団以外にもこの出発点は共有されていた、たとえば Henke, Handbuch, Erster Theil, S. 291 を参照。

206) Stübinger, RW 2011, 172. —もっとも、ルーデンは異なる立場を主張していた。哲学的には、行為と犯罪が論じられるのは、両者が帰属能力のある人間に由来する場合のみであろうとされる。「しかし法律的には、両概念は有用性を持たない」(Luden, Abhandlungen, Bd. II, S. 204)。「人間の行動……つまりその原因が効力を発揮し、犯罪の現象を結果として生じなければならない」こと以上のことは、何も理解されない(aaO, S. 215)。すなわちルーデンは、実質的にその後の自然主義的行為論の理解を先取りしていたのである。

207) Abegg, Lehrbuch, § 78 (S. 122).

208) Köstlin, System, S. 119.

209) Köstlin, System, S. 123; 同様に ders., Revision, S. 69.

210) Hälschner, Preußisches Strafrecht, S. 100.

211) Hälschner, Preußisches Strafrecht, S. 95.

212) Abegg, Lehrbuch, § 79 A (S. 124).

213) Köstlin, Revision, S. 148 ff.; Hälschner, Preußisches Strafrecht, S. 98 ff., 120 ff.; ↗

れない者は、行為していない」。なぜならその者の行いは、法秩序の妥当要求に対する真摯に捉えられるべき態度表明を形成しないからである。これに加えてヘーゲリアナーにおいては、カントの法律の帰属の根本思想も維持され続けていた。このことはアベック²¹⁴⁾とベルナー²¹⁵⁾には明らかであるが、更に実質的にはヘルシュナーにおいても同様である。ヘルシュナーの言葉によると、「ある作用が、その原因よりも人間の自由な意思に帰せられるべきであるという判断」²¹⁶⁾のほかに、帰属概念の更なる使用方法が承認されている。その方法とは、「意欲されたものとして帰属される者の倫理的価値に関する判断」であるという。すなわちこの判断は、「意欲されそして行われたことが当為、つまり義務に対して責任を負う関係」²¹⁷⁾から生じる。

その上、「偶然の領域に属する」²¹⁸⁾所為と「実現された法的に重要な意思」²¹⁹⁾とされる行為の区別が、更にペンディングの帰属論を形成していた。法的帰属はまさしく行為が法的意味で存在することであって、それ以上でもそれ以下でもないとされ、この真理の広まりを助けたのはヘーゲル学派の功績であるという²²⁰⁾。

古典的帰属概念との決定的な訣別は、自然主義的な行為・犯罪の理解の浸透によって初めて行われたのである。たしかに、自然主義者たちは表面的には用語の継続に努めていた。たとえばラートブルフは、ベルナーを「刑法体系における行為に、それ以来行為が二度と失われなかった地位を認めた初めての者」²²¹⁾として称賛した。そしてリスト学派のハイネマンは——同様にベルナーを明示的に引き合いに出して²²²⁾——帰属論に「現実の行為が存在するのか」という問題を割り当て、そこでは行為を「意思と所為の媒介」と理解すべきであるとした²²³⁾。しかしながら、自然主義者たちの形而上学的な基本的確信とその分析的・分類的な思考様式は、自由原因と自然原因という古典的区別

↘ *ders.*, Deutsches Strafrecht, S. 201 ff., 227 ff.; *Berner*, Grundlinien, S. 53 ff., 67 ff.; *Lasson*, System, S. 492 を参照。

214) *Abegg*, Lehrbuch, § 78 A (S. 124).

215) *Berner*, Grundlinien, S. 41 f.

216) *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S. 201.

217) *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S. 199.

218) *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 83.

219) *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 92.

220) *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 93 f.

221) *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 95.

222) *Berner*, Lehrbuch, S. 113.

223) *Heinemann*, Schuldlehre, S. 46 f.

とも、具体的なものは普遍的なものから発展されうるというヘーゲリアナーの方法とも相容れなかった。

「意味世界に属する現象」²²⁴⁾として、意思は、むしろ自然主義的な読み方によると、意味世界を支配する因果関係の網の中へ完全に取込まれ、意思は「因果の結び付きの結節点としてのみ役立つ」²²⁵⁾。それゆえ、ベリンクが行為を「意思に担われた人間の態度 (Verhalten)」と定義して、「どこにそれが存在するのかは関わらない、それを制御する意思がどこを目指していたのかは関わらない」²²⁶⁾とするならば、「意思的 (willkürlich)」が意味するのは、「表象を通じて動機づけられたもの」²²⁷⁾以外の何ものでもない。この見解によれば、帰属するとは、「自由な所為と義務付ける法則の関係を作り出すことになる判断への規範的到達というよりも、むしろ行為者心理に関係づけられた経験的な検証手続き」²²⁸⁾に等しい。古典的帰属論およびヘーゲリアナー²²⁹⁾は、そのような行為と帰属の理解を、せいぜいのところ法外の前提概念 (außerrechtlicher Vorbegriff)、すなわちそこから法的に重要な事実 (facta) が第一に抽出されなければならない一定の事態の専ら現象学的にのみ有意味な画定とみなしていたのであろう。

ヘーゲリアナーの方法論上の諸前提にも、自然主義者らは理解を示さないままに対峙していた。それに従うと、真理が「自己を自己のうちで繰り広げ、そしてその自己を一つに総括する」²³⁰⁾ものとして存在し、「対象に固有な発展をいわばただ見守る」²³¹⁾ことに自らを制限しようとする哲学が、一歩ずつ具体化させる抽象的概念——ここでは行為の概念——で始まるのは全く自明のことである。これに対して、ラートブルフはどのように理解された行為概念には分析的価値がないと非難する。「その場合『行為』は違法有責な行為であるにすぎず、したがって当該の行為は犯罪の同義語であって、犯罪の諸メルクマールの下ではその地位を失い、それゆえに犯罪論、つまり犯罪概念の分析か

224) *Heinemann*, Schuldlehre, S. 36.

225) *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 30.

226) *Beling*, Verbrechen, S. 17.

227) *Liszt*, Lehrbuch, S. 120. —— この行為の理解は、近時 T. ヴァルター (*T. Walter*, Kern, S. 27 ff.) という雄弁な擁護者を見出した。

228) *Stübinger*, RW 2011, 173.

229) ルーデンは例外である。

230) *Hegel*, Enzyklopädie I, § 14, Werke Bd. 8, S. 59 (真下信一・宮本十蔵訳『ヘーゲル全集 1 小論理学』岩波書店 1996年 80頁)。

231) *Hegel*, Enzyklopädie III, § 379 Z, Werke Bd. 10, S. 14 [翻訳にあたっては船山信一訳『ヘーゲル全集 3 精神哲学』岩波書店 1996年 8頁を参照した：訳者記す]。

らはほとんど登場しないまま、再び排除されなければならない。』²³²⁾ ヘーゲリアーナーは次のように反駁を加えることができたであろう、すなわち、彼らの師はラートブルフの分類の方法を十分な根拠から否定しており²³³⁾、それゆえにヘーゲリアーナーがこのような方法に自らの概念形成を合わせなかったであろうとして自分たちを非難することは誤りである、と。ただし、ラートブルフが著作を出版した20世紀初頭では、先のような反論をなしえたであろう刑法上のヘーゲリアーナーは、もはや存在しなかった。

したがって自然主義者たちが支配する下では、年代を経て威厳を備えていた帰属概念と行為概念は、そう年数を経ることなく知られなくなっていった。一般的犯罪概念の統一性を構築する基本カテゴリーというより以前のその役割を、両概念は失ったのである。「そこに因果理論が登場したのに対して、帰属能力は一般的帰属論との連関をもはや弱さなくなった。この展開の帰結が現代的な刑法体系である。』²³⁴⁾

自然主義的な行為理解は、二重の観点で還元主義的であった²³⁵⁾。すなわち、一つには自由答責性に関する問題をフェードアウトさせることによって、もう一つには行為の目的を単なる「動機」、「意思衝動」に引き下げることによってである²³⁶⁾。ヴェルツェルは、行為概念から志向的要素をフェードアウトさせることに対して、彼が行為を「目的活動の遂行」と規定することによって反駁した²³⁷⁾。ただしこれによって、ヴェルツェルは、自然主義における行為論上の複数の主題の重なり (Engführung)のうち第二のもののみを修正した。現象学的意味での行為と法律的意思での行為 (カントの所為)の相違は、より古い帰属論にとっては中心的なものであったが、自然主義者らによって均質化された。先の点に対して、ヴェルツェルはこの点を、平然と堅持していたのである²³⁸⁾。自身の先駆者と同様にヴェルツェルも、行為する主体を純粹に道具的な仕方

232) *Radbruch*, Handlungsbegriff, S. 88.

233) これについては上述 S. 152f.

234) *Hardwig*, Zurechnung, S. 174.

235) *Burkhardt*, Wille, S. 330.

236) そのように解するのは、*Liszt*, Lehrbuch, S. 116.

237) *Welzel*, Strafrecht, S. 33.

238) *Bacigalpo*, FS Eser, S. 63; *Jakobs*, Zurechnung, S. 64. —それゆえに、ヴェルツェル自身が説き (*Welzel*, JuS 1966, 422 を参照), そして学説において度々取り上げられている、フィナリストの (finalistisch) 行為の理解が事実の帰属の所為概念 (*Sánchez-Ostiz*, FS Hruschka, S. 671)あるいはカントの行為概念 (*Hruschka*, ZStW 110 [1998], 583) およびヘーゲルの行為概念 (*Haas*, Kausalität, S. 25; *Hardwig*, Zurechnung, S. 56; *Küpper*, Grenzen, S. 87; *Lampe*, ZStW 118 ↗

つまり外界の諸財の存立を自己の目的に役立ちうるようにしようとを試みる個人として理解していた。この諸財について規範的に基礎づけられた不可侵性の予期が客観化されることは、ヴェルツェルによると、行為概念の観点下では (*sub specie*) 重要ではないという。したがって行為する者は、ヴェルツェルによれば、自己に向けられた義務規範に対する態度決定をするのではなく、単に目的を目指して他者の諸財の事実的な存立条件へ作用するにすぎない。この点で再び示されているのは、フィナリストの行為概念は自然主義から離されたのではなく、依然として自然主義的に特徴づけられた基本的確信に対して、より繊細な形態のみを与えたにすぎなかった、ということである²³⁹⁾。

このような技術主義的な主題の重なり (*technizistische Engführung*) は、それが、ヴェルツェルが彼の行為概念のために挙げる諸論拠によっては決して必然的なものではなかっただけに、より一層驚くべきものであった。反対に、ヴェルツェルの存在論的テーゼ——目的性は「存在の客観的な構造法則」であり、「発明されるのではなく、ただ発見され」うる²⁴⁰⁾——は、目的性カテゴリーの内容が満たされているという観点では開かれており、その規範的考慮は、規範的に満たされた目的性の理解を生じさせる²⁴¹⁾。あらゆる法秩序では、ヴェルツェルがカントを引き合いに出して述べているように、「本質的な部分では、様々な法主体の法的領域を相互に限界づけることが重要で」²⁴²⁾ なければならないという。したがって法秩序は、「一方の法仲間にこの者が行ってよいことと行ってはならないことを述べ、他方の者にこの者が甘受しなければならないことと甘受する必要のないことを述べなければならない」²⁴³⁾ とされる。法秩序が特定の行為を期待しうるとされるのは、「その行為が因果的となることを将来へ向けて適応させることのできる、決定を行うファクターに対してのみ、すなわち意思に対してのみである。

↘[2006], 7; *Maihofer*, Handlungsbegriff, S. 45) に対応しているとの主張は、不適切である。ヘーゲルの行為概念とフィナリスト (*Finalisten*) の行為概念のあらゆる共通点を否定するアヴリゲアヌ (*Avrigeanu*, *Amivalenz*, S. 207) の立場も極論である。これに対してケーラー (*Köhler*, FS Hirsch, S. 70) は、正当にも、フィナリスト的な行為理解とヘーゲリアナー的な行為理解の間のパラレル——故意行為は単なる自然事象ではなく、現実性の自己意識的な構想である——も、相違——ヴェルツェルによって行われた道具主義的な短縮——も指摘している。

239) これについては上述 S. 265f.

240) *Welzel*, Handlungslehre, S. 7.

241) この趣旨で *Köhler*, FS Hirsch, S. 70 も述べている。

242) *Welzel*, Abhandlungen, S. 336.

243) *Welzel*, Abhandlungen, S. 336.

それゆえ、保護秩序の当為に対象となる行為たりうるのは、唯一意思的行為のみである。]²⁴⁴⁾ しかしながら、この意思性では、ヴェルツェルの意図には反するが、単なる目的合理性以上のことが問題とならざるをえない。自己に要求されることを認識しかつそれを実現しうる者のみが、規範的予期に対して意思的・合目的に行動することができる——すなわち、その者の行為は、彼に対して主観的には完全に帰属可能な「保護秩序の当為」に対する応答を表わすのである。不法と責任の区別を人類学で維持しようというヴェルツェルの試みと同様に、ここでもまた、彼の根拠付けは、彼によって主張された結論を否定することになるのである。

個別化された個人の外にあるものは全て、この個人が取り組まなければならない素材であるという道具的な見方に対応するのは、個人が外部の支配あるいは外部に対する主張が成功する程度に、その者のままであり続けることができるという自由概念である²⁴⁵⁾。これによると、自由とは、「敵対者、慣性質量、援助がないこと等の形での」]²⁴⁶⁾ 障害に対して強力に自己を貫徹する選択意思 (Willkür) に他ならない。このようにラディカルに自然主義的な自由概念を展開し、首尾一貫させたのはホブズであった²⁴⁷⁾——ホブズは、妨げられずに流れる水にも自由を認める程に一貫していた²⁴⁸⁾。「合理的な利己主義者の戦略的・道具的理性」へと縮減された個人²⁴⁹⁾ は、刑法上の構成要件に見出される法律上の行為規制を、単に外的な制限としてのみ、つまりせいぜいのところ競合する他の個人の利益の不可避の容認として理解するが、いずれにせよ共通の法的理性の表れとは理解しない。そのため、当該の個人が規範に違反する場合、このことはその者に、このような「社会について最初に練り上げられた経済理論」]²⁵⁰⁾ の枠内では、専ら賢明でないこととして非難されうるにすぎず、その他の利害者がそのような合意に反する行為を、異議申し立てすることなく甘受しないであろうということを、その個人は予見しなければならなかったであろう。このような自由と行為の理解の枠内

244) *Welzel*, *Abhandlungen*, S. 114.

245) *Baruzzi*, *Philosophie*, S. 137f. を参照。

246) *Schimank*, *Theorien*, S. 245.

247) *Steinworth*, *Freiheitstheorien*, S. 181. ——ホブズの自由概念が、ロックからヴォルテールに至るまでの経験哲学において、作用を及ぼし続けたことについては、*Spaemann*, *Art. „Freiheit“*, Sp. 1090f.

248) *Hobbes*, *Leviathan*, 21. Kapitel (S. 163).

249) *Hofmann*, *Bilder*, S. 46.

250) *Hofmann*, *Bilder*, S. 45.

では、責任非難——ヴェルツェルによると、法規範に対する行為者の誤った内心的態度に「心情無価値」が現れるとされる判断²⁵¹⁾——の余地はない。自己の諸利益を強力に貫徹する能力によって定義された行為者には、その責任や尊厳といった本来の属性は外的なものにとどまり、その者は他の自然に囲まれた一つの自然であり、その者の将来を見据える計画立案の能力によってのみ際立たせられる²⁵²⁾。市民の価値論的には統一的なプロフィール——それは体系的に閉じられた市民刑法の必要不可欠の前提である——は、このような混合主義 (Synkretismus) を基礎にすると獲得されえない。

幾分か割り引けば (*cum grano salis*)、同様のことは今日的な客観的帰属論に妥当する。この理論の創始者であるカール・ラーレンツは、明確にヘーゲルの思考に倣って²⁵³⁾、たしかに帰属をもう一度包括的に「意識的で自由な総体性」としての人格の「意思への所為の関連付けに関する判断」と理解した²⁵⁴⁾。それゆえ帰属一般の可能性は、ラーレンツからすれば、人格的自由の存在に依存していた。「決して責任帰属のみならず、法的な因果性の考察、つまり客観的帰属は、自由な、自らを規定する主体としての人格概念を前提とする。」²⁵⁵⁾ しかしながらホーニヒは、客観的帰属のカテゴリーを初めて刑法学にとって実り豊かなものにしようと試みた²⁵⁶⁾ が、ラーレンツの構想から彼の哲学的基礎を切り取ってしまった。ホーニヒは客観的帰属論に、全く予測不可能で、この意味において偶然的な因果経過を構成要件から排除するという狭く限定された任務を割り当てた²⁵⁷⁾。つまり、客観的帰属に関する判断は、更なる独立の判断として因果判断と並存していなければならない、その任務の本質は、法秩序にとっての因果関係の価値論的重要性を吟味する点に存するという²⁵⁸⁾。それゆえヘーゲル的な伝統に反して、ホーニヒは、およそ全体的な帰属のプログラムを、自由な行為の存在に関する問題へと読み取ることからは、遠く離れていた。それゆえむしろ彼は、行為者が因果的であった

251) 典型例としては *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 400 f.

252) 正当にもケーラー (*Köhler*, Begründung, S. 102; 引用の際に文法上の修正を加えている) は、ホップスのモデルに基づく自然状態の論理を「複数の自然原因 (自然力) が相互に作用する自然権」と特徴づけている。

253) *Larenz*, Zurechnungslehre, S. 68 を参照。——ヘーゲルの模範からのラーレンツの逸脱を示しているのは、*Hübner*, Entwicklung, S. 67 ff.

254) *Larenz*, Zurechnungslehre, S. 64 (第一の引用), S. 68 (第二の引用)。

255) *Larenz*, Zurechnungslehre, S. 66.

256) これについて詳細に論じているのは、*Weiglin*, Honig, S. 130 ff.

257) *Roxin*, Chengchi L. R. 50 (1994), 235; *ders.*, FS Maiwald, S. 715.

258) *Honig*, FG Frank, Bd. I, S. 179.

無数の結果の帰属可能性に、同様に「極端に (exorbitant) 開かれている」²⁵⁹⁾ にすぎない客観的・目的的可能性という帰属原理でもって、最外部の制限を加えることで満足した²⁶⁰⁾。それ以外の全ての帰属の考慮を、彼はポスト古典的な刑法定義論と一致して、「不法」と「責任」の評価段階の領域にとどめておいた²⁶¹⁾。

ホーニヒの見解を一代後になって取り上げたロクシンは、かの限定基準を、最終的に行為概念から行為評価の領域へと移した。いかなる要件下で事象がある者の所為あるいは行為としてみなされるのかという古典的な帰属の問題の代わりに、彼は「我々が特定の諸結果をある者に帰属しようとする基準」²⁶²⁾ についての問題を設定し、その問題を「構成要件上の法益侵害の法的に重要な危険」²⁶³⁾ という基準で答えた。その基準から演繹される規範的考慮の重要性が増すことに対応して、ロクシンにおいては、必然的に行為概念が空疎化していた。ロクシンの「人格性の表明」²⁶⁴⁾ としての行為の理解は、たしかに用語上ではヘーゲル主義との類似点を示しているが、この行為概念はその内容上、一般的な見解によると初めから刑法的重要性が認められない絶対的強制 (*vis absoluta*)、ひきつけの発作および反射運動のような出来事の除外以上のことを成し遂げないことになる²⁶⁵⁾。しかしこの目的を達成するためには、我々は、T・ヴァルターが主張するように、おそらくは「我々の自然的行為概念に基づく『態度 (Verhalten)』を使用した方が良く、より正確なニュアンスを表わすことができる」²⁶⁶⁾。したがって、ロクシンの客観的帰属論は、全体として古典的な帰属の思考と何ら関係しておらず、反対に彼の理論においてこの偉大な伝統からの離反が完了するのである。

3. 古典的帰属論の現代性

これに対して、古典的理論の途絶えることのない現代性は、それが、刑法的帰属論が自由な行為という概念の含蓄が徐々に発展することに他ならないということに固執する

259) *Koriath*, Grundlagen, S. 142. — 同じくこれを批判しているのは, *Frisch*, GA 2003, 735 ff.; *Roxin*, FS Maiwald, S. 719 f.

260) *Honig*, FG Frank, Bd. I, S. 184 を参照。

261) これに賛成しているのは *Maiwald*, FS Miyazawa, S. 472 ff.

262) *Roxin*, FS Honig, S. 133.

263) *Roxin*, FS Honig, S. 135; 最近では, この点は *ders.*, FS Maiwald, S. 715 でも確認されている。

264) *Roxin*, AT 1, § 8 Rn. 44.

265) *Roxin*, AT 1, § 8 Rn. 46.

266) *T. Walter*, Kern, S. 38.

ことに存する。それゆえ、その理論は学問的な体系思考の要求にのみ適っているのではない²⁶⁷⁾。むしろその理論は、更にいえば最初から (*ab initio*)、次の事情も考慮に入れている。すなわちそれは、社会的行為の適切な理解が諸理由の言語ゲームの独自性の承認を必要とし、その言語ゲーム自体が自らの生活の自由答責的な形成者として関与者を相互的に承認することに基づいている、という事情である²⁶⁸⁾。したがって、方法と実質の適切性は、古典的帰属論においては結びついている。

諸理由のやり取りがコミュニケーション行為であるように、自己の法共同体の協力要請に対する行為者の刑法的に重要な拒否も、コミュニケーション行為である。この拒否は刑法的行為である²⁶⁹⁾。刑法的行為では、構成要件該当性、違法性および有責性というその属性が後から付け加わる「神経の刺激 (Innervation)」²⁷⁰⁾ の表出だけが問題となるのではない。むしろ刑法的行為は、初めからカントの意味での所為 (*factum*) として、すなわち「道徳的法則によって引き起こされない自由な行為」²⁷¹⁾ として理解されなければならない。

ただし、すでにカントによると、所為の概念は、(何らかの) 所為が存在するのかは、これを基礎とした独立の第二段階において、この所為が法則に違反することになるのか否かを確かめるために、先ずもっていわば自由浮動的に探究されなければならない、というように理解されるべきでなかった。むしろ「所為にかかる状況を探り出す」際には「……法則を顧慮することが必要」であるという。「なぜなら、ここでは法則が未だ帰属されないにもかかわらず、それでも、それは所為自体のより完全な規定に寄与するからである」²⁷²⁾ とされる。同様に本書が行為者行為に関心を持つのは、初めから、そのありうる刑事不法の性格という観点のみである。それゆえに、行為の自由の要件は、刑法の特殊な価値論から展開されなければならない。したがって、刑法は行為者を市民としての自己の役割において捉えるので、決定的な問いとは、彼がこの役割の要請に応えたのか否かである。

市民の自由は、概念必然的に同胞たる市民の自由に関連しており、ゆえにこの市民の

267) 上述 S. 1 ff., 154 ff.

268) 上述 S. 281 ff.

269) 同旨のものとして、*Jakobs*, System, S. 24; *ders.*, Handlungsbegriff, S. 44; *Köhler*, FS Schroeder, S. 260 ff.; *Schild*, GA 1999, 111; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 408.

270) *Liszt*, Lehrbuch, S. 116.

271) *Kant*, Reflexionen, AA Bd. 19, S. 159 (Nr. 6783).

272) *Kant*, MS Vigilantius, AA Bd. 27/1, S. 563.

自由を考慮せずには規定されえない²⁷³⁾。したがって市民が自ら行為をなす際に考慮しなければならないのは、刑法がその同胞たる市民の諸権利をその者独自の展開領域という外在的な阻止要素としてではなく、その法的地位の内在的制限として構想しているという事情である。もちろん、この役割を果たすこと、すなわち管轄に適合した行為をすることには——自己の管轄の範囲を確認する場合もあるし、犯罪実行の内的傾向を克服する場合もある——努力を必要とするであろう。それゆえに、市民の規範的プロフィールは、管轄の基礎づけの諸形象と並存して、自己の義務を履行するためのどの程度の努力がその時々期待されてよいのかが確かめられうる基準も包括するものでなければならない。

一般的にいうと、犯罪者は、法的に期待された程度で義務適合的行為を努力しなかったため、自らの状況における市民の基準となる行為規範の諸要求を満たしていない。このような所為によって表明された行為者の否定、つまり彼によって示された法忠誠の欠如は、彼に対して自己の行為を協働義務違反として、すなわち刑事不法として帰属することを許容する。それゆえ帰属の遮断が考慮されるのは、帰属無能力の場合を除くと、義務適合的行為を内的ないし外的な阻止要素が、当該要素に圧倒されている事情が被訴追者 (Beschuldigter) の法忠誠を疑わせない程に重大であった場合のみである。このことは次節で論じる (B: 記者記す)。そうでなければ、当該者が刑事不法を犯したことが確定する。ただし、あらゆる法忠誠の不足が同一の重要性を有するわけではない。自由な状態の維持というプロジェクトに対して、行為者行為に表明された不忠誠がより大きければ、それだけ一層その拒否は重大となる。不注意性の程度は、行為者が法的な努力要請にどの程度達していなかったのかに左右される。それゆえ、不忠誠の諸基準は、義務違反の有無に関する判断のみならず、その程度、つまりその重大性に関する判断をも形成する。このことは最終節 [C: 記者記す] で詳細に論じる。

(森川智晶 訳)

273) 上述 S. 143 ff.