

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(13)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

一原亜貴子 (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 (以上, 65巻2号)
- III. 被害者の管轄の体系
 - 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. 正当防衛と防衛的緊急避難 (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 (以上, 66巻2号)

B. 帰属可能性の限界

- I. 管轄問題としての限界問題
- II. 帰属を阻却する禁止の錯誤
 - 1. 錯誤を回避する責務 (Obliegenheit) (一原亜貴子) (以上, 本号)

C. 義務違反の範囲

第3章 刑法的協働義務の違反

B. 帰属可能性の限界

I. 管轄問題としての限界問題

カントが道徳哲学に関する講義で述べたように、帰属可能であるのは、行為者の自由に由来する帰結のみである²⁷⁴⁾。そのような帰結が欠けるのは、一方では帰属無能力者の行為の場合——「狂った人間又は未成年者が、その者に帰属され得ないことを行う場合」²⁷⁵⁾——、他方では不可避な出来事 (eventus inevitabiles)、すなわち、それが人間の力が及ばないために、あるいはそれが人間には予見不可能であったために、行為者が回避することができないような出来事の場合である。つまり、「あらゆるこのような事態には何人も可能性を超えて義務付けられない (ultra posse nemo obligatur) という法則が適用され、それらは帰属することができない」²⁷⁶⁾。カントが挙げた事例群は、今日

274) *Kant*, MS Vigilantius, AA Bd. 27/2, S. 563.

275) *Kant*, Praktische Philosophie Powalski, AA Bd. 27/1, S. 156.

276) *Kant*, MS Vigilantius, AA Bd. 27/2, S. 563.

の刑法上の帰属に関する議論にも決定的な影響を与えている。帰属無能力（「責任無能力」）の場合に加えて、行為者が自らに要求されたことの内容について彼にとって回避不可能な錯誤に陥っている場合、あるいは彼に管轄違反行為の不作為を期待することができなかつたであろう場合にも、行為者の免責が可能であると考えられている。もっとも、カントがこれらの事例では基本的に行為者の限定的な心理的な能力（Leistungsfähigkeit）の容認が問題であるとの印象を呼び起こすのに対して²⁷⁷⁾、刑法の文献においては今日、その時々決定的な影響を与えるのは規範的な考量であることが広く認められている²⁷⁸⁾。

このことは、まず錯誤論に当てはまる。言葉どおりに受け取るならば、可能性を超えない（ne ultra posse）ことを心理学的に理解するアプローチ²⁷⁹⁾は、すべての市民に、行為事情もしくはその刑法的評価を誤って判断する危険を常に意識すること、及び、彼らが利用可能なあらゆる手段を用いてそれを阻止することを要求する。これに従うならば、回避不可能な錯誤はほとんど存在しないであろう。例えば、自らの認識能力が不足している場合でも、「計画の適法性を否定する根拠が見つかるまで照会を続けることで、理論上はいかなる禁止の錯誤をも回避する」²⁸⁰⁾ことができる。同様のことは、行為事情の錯誤の領域にも妥当する。つまり、「自らの想像力を幾らか働かせるならば、生活

277) カント (*Kant*, Reflexionen, AA Bd. 19, S. 158 [Nr. 6778]) もこの意味で次のように言う。「私は実用論的に必要な作為や不作為ではなく、傾向性の規則に従ってその反対の行うことが可能な作為や不作為のみを実用論的に帰属させる。」

278) これに対して、哲学者達はなお心理学的に表現しがちである（例えば、*Birnbacher*, Grenzen, S. 152; *Buchheim*, Verlangen, S. 67ff.; *Seebaß*, FS Mittelstraß, S. 372 参照。法理論的な視点から論じるのは、*Krawietz*, Theorie, S. 202)。この趣旨で反対するのは、*Lübbe*, Verantwortung, S. 25ff., 46ff.; *Thorp*, Will, S. 138f.

279) 例えば、狭義の禁止の錯誤については *Schöne*, GS Hilde Kaufmann, S. 670; 行為事情の過失の領域については *Schmidhäuser*, FS Schaffstein, S. 145, 157; *Schroeder*, JZ 1989, 780（後者に批判的であるのは、*Dehne-Niemann*, GA 2012, 91)。何人も可能性を超えて義務付けられないという原則（ultra posse-Grundsatz）を考慮しても、侵害的な因果経過を開始しないことは全ての——無知であっても——規範の名宛人に要求され得る、との主張もまた無反省な心理主義に基づいている（*Schünemann*, JA 1975, 514)。しかし、事情によっては侵害的であることが明らかになり得ることを全て行わないというのは、有用な生活（生存）戦略ではない（*Stratenwerth*, FS Jescheck, S. 292 も否定的である）。

280) *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 40; 本質において同旨、*ders.*, FS Mangakis, S. 252; *ders.*, FS Tiedemann, S. 389; さらに *Maurach/Zipf*, AT 1, § 38 Rn. 37; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 455; *Velten*, Normkenntnis, S. 372。19世紀の文献からは、*Geßler*, GS 10 (1858), 333.

状況が場合によってはしかるべき程度の事実の調査を適切に行うことでその手掛かりを掴むことができるであろう隠れたリスクを孕んでいることは、ほとんど排除され得ない²⁸¹⁾。しかしながら、このように厳格な要求は、确实性に配慮する市民の現実に利用可能な自由を何度も確認された日常の手続き（「スクリプト」）という狭い領域に制限し²⁸²⁾、また、このことによって社会生活を広範に麻痺させるであろう²⁸³⁾。

確かに、誰も刑法上の錯誤規定をこれほど厳格には運用しない。しかし、心理化された出発点の理解は、必要と考えられる限定が体系的に導き出され、また基礎付けられ得るのではなく、事例毎に即興でなされざるを得ないのであり²⁸⁴⁾、このことから「結局のところ全ての結論が正当化され得る」²⁸⁵⁾ ことになるという結果を伴う。「これは」、既にペンディングが見抜いていたように、「法的には誤りであると考えられている。錯誤の回避可能性はむしろ、まさしく疑わしい行為一般のために可能性が法的に要求される程度に従って規定される。」²⁸⁶⁾ それゆえ、法的意味における回避可能な錯誤とは、「錯誤者がその比例する要求を充足する場合には回避したであろうところの錯誤であり、したがって、まさに当該事例においてそれを回避しなかったことが彼に非難をもたらすところの錯誤である」²⁸⁷⁾。それゆえ、自由的な法秩序と調和し得るのは、市民の心理的

281) SK-Hoyer, Anh. zu § 16 Rn. 25; 事実上同意見であるのは, Giezek, FS Gössel, S. 119f.

282) Velten, Normkenntnis, S. 325.

283) 古い文献からは, Bekker, Theorie, S. 336; Hälschner, Deutsches Strafrecht, S. 317f.; Binding, Normen, Bd. II/1, S. 249 「全く何も為さざることが, 我らの全き宿命となろう」, Bd. IV, S. 501; Exner, Wesen, S. 195. 今日の文献からは, Roxin, AT 1, § 21 Rn. 40; Manso Porto, Normkenntnis, S. 114; Velten, Normkenntnis, S. 344ff.; Schöne, GS Hilde Kaufmann, S. 653 (狭義の禁止の錯誤について); MK-Duttge, § 15 Rn. 108, 130; ders., Bestimmtheit, S. 496f.; ders., FS Maiwald, S. 138f.; SK-Hoyer, Anh. zu § 16 Rn. 25, 33; Freund, AT, § 4 Rn. 61, § 5 Rn. 44; ders., FS Küper, S. 76; Frister, AT, § 12 Rn. 12; Jakobs, AT, 9/26; Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 4; Donatsch, Sorgfaltsbemessung, S. 111, 181; Hübner, Entwicklung, S. 265; Kremer-Bax, Verhaltensunrecht, S. 46; Sauer, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 33f., 54f.; S. Walter, Pflichten, S. 123f.; Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, S. 147; G. Wolf, FS Puppe, S. 1079 (行為事情の過失について)。

284) Velten, Normkenntnis, S. 110.

285) Velten, Normkenntnis, S. 119.

286) Binding, Normen, Bd. IV, S. 567.

287) Binding, Normen, Bd. IV, S. 567.

な能力から離れて、その代わりに規範的に限定された期待という制度を置くという回避不可能性の理解のみである²⁸⁸⁾。

この理解は、強制状況の考慮能力と類似の関係にある。文字通り是が非でも自らの滅亡の危険を免れたいという抗いがたい心理的素質は人間に固有のものである²⁸⁹⁾、との経験的に根拠のないテーゼは、既に19世紀に放棄されている²⁹⁰⁾。それゆえ、理論的には大抵の場合、行為者が相応の努力をすれば、自らの損害への恐怖を克服し、極限状態にもかかわらず自らを行為規範に一致した行為へと動機付けることができたであろう、と主張され得るであろう。しかしながら、このことは、社会的には通常は非日常的な「道徳上の英雄的行為」²⁹¹⁾とみなされるほどの克己を、刑法上は標準へと格上げすることを意味することになろう。確かに、軍隊や警察のような、緊急時にはその構成員に生存に関わる危険を克服することが要求されなければならない制度が存在する。しかし、このような場合以外に、特にポスト英雄主義的社会においては、市民への義務履行のための用意の要求は引き下げられなければならない。それゆえ、心理学的に理解された、何人も可能性を超えて義務付けられないという原則 (ne ultra posse-Grundsatz) の代

288) 既にこの趣旨で述べているのは、*Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S.318; *Engisch*, Untersuchungen, S.323 (法配慮義務は「理性に適った要求可能性の枠内でのみ」妥当するという)。今日の文献からは、NK-*Neumann*, § 17 Rn.54; *ders.*, JuS 1993, 797; S/S-*Sternberg-Lieben*, Vorbem. § § 32ff. Rn.108; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn.672; *Freund*, AT, § 7 Rn.21; *ders.*, FS Küper, S.76; *Jakobs*, AT, 19/35; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 38 Rn.38; *Furger*, Unrechtsbewußtsein, S.176; *Kretschmer*, Parteiverrat, S.304; *Manso Porto*, Normunkenntnis, S.114; *Velten*, Normkenntnis, S.78, 316; *Zabel*, Schuldtypisierung, S.428; *ders.*, GA 2008, 51; *Lesch*, JA 1996, 607; *Roxin*, FS Mangakis, S.253; *Timpe*, GA 1984, 61ff. (狭義の禁止の錯誤について); *MK-Duttge*, § 15 Rn.109; *ders.*, Bestimmtheit, S.105ff., 356, 479f.; *Frister*, AT, § 12 Rn.12; *Herzberg*, Verantwortung, S.165; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S.46, 93, 101, 106, 110; *Manso Porto*, Normunkenntnis, S.125; *Pfefferkorn*, Grenzen, S.185f.; *Sauer*, Fahrlässigkeitsdogmatik, S.33f., 57, 67, 150; *Burkhardt*, Verhalten, S.118f.; *Gössel*, FS Bengl, S.31; *Hruschka*, FS Bockelmann, S.425; *Otto*, GS Schlüchter, S.90; *Roxin*, Chengchi LR.50 (1994), 230 (行為事情の過失の領域について)。

289) 例えば、*Bauer*, Lehrbuch, § 129 (S.189); 原則的には *Geyer*, Krit. Vierteljahresschrift 5 (1863), 78ff. もそのように言う。近時の文献からは、*Brauneck*, GA 1959, 269 (これに説得的な反論として、*Roxin*, Ehrengabe Brauneck, S.388f., 393f.); *Koller*, Not, S.103。

290) 批判的であるのは、*Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S.499; *Wessely*, Befugnisse, S.15f.; 近時の包括的なものとして、*Bernsmann*, „Entschuldigung“, S.158ff。

291) *Berner*, Lehrbuch, S.103。

わりに、規範的な期待可能性の考慮が行われなければならないのである²⁹²⁾。

したがって、両事例群には次のことが妥当する。すなわち、「名宛人を規範へと拘束することは、全面的なものではない。規範の名宛人は、自由的な秩序の安定を確保するのに十分な程度でのみ、自らの能力を規範遵守のために投入しなければならない。」²⁹³⁾ 個々の行為者個人の心理的な能力 (Leistungsfähigkeit) ではなく、その者の市民としての役割を基にして自由機能的に具体化された期待可能性の基準が、帰属可能性の限界を決定するのである²⁹⁴⁾。市民の自由は初めからその同胞たる市民の自由に関係付けられているため²⁹⁵⁾、義務適合的な態度を妨げる事情はいずれにせよ、行為者自身がその事情を支配することに配慮すべきことが刑法上の管轄分配の原則から明らかである場合には、帰属を阻却する効果を持たない。逆に言えば、潜在的な阻却要因の支配が初めからは行為者の管轄領域にない場合にのみ、その免責が帰属を遮断する形で考慮される。そのうえ、協働義務の確立によって到達されるべき目標は自由性という状態の維持に存するのであるから、行為者による客観的に管轄的な違反の態度は、その目標に対する彼の原則的な忠誠を疑わせるのには適していない。行為者の免責の基準を自由な法秩序の維持の条件から導き出すことは、一般的な管轄論の枠内で既に確証された自由機能的なアプローチを継続することを意味する²⁹⁶⁾。それゆえ、以下の検討の中でも管轄の根拠付けという形象に中心的な役割が与えられるのは、偶然ではない。以下では、まず帰属を阻却する禁止の錯誤の事例を (Ⅱ.)、続けて帰属を阻却する (「免責的」) 緊急避難及び過剰防衛の状況を扱う (Ⅲ.)。

Ⅱ. 帰属を阻却する禁止の錯誤

1. 錯誤を回避する責務 (Obliegenheit)

ヘーゲルが述べたように、意志が「個別のものについて知悉したこと、そのことのみが意志にその責を帰せられるべきである。このことは絶対的に自由な人間の権利である。」²⁹⁷⁾ それゆえ一見すると、この哲学者はいずれにせよ行為事情の錯誤の領域に関し

292) この点について詳しくは後述 S. 349ff., 353ff.

293) *Kindhäuser*, JRE 2 (1994), 342.

294) 既にこの趣旨で述べているのは、*GeBler*, GS 10 (1858), 334.

295) 上述 S. 143ff.

296) 上述 S. 174ff.

297) *Hegel*, Vorlesungen, Bd. 3, S. 359 (Nachschrift Hotho). [尾寺義弘 (訳) 『法・権利・正義の哲学——「法の哲学」第5回講義録1822/23年冬学期ベルリン』

て、帰属阻却という極めて行為者に好意的な規則の側に与する。すなわち、これによれば、落ち度があるか否かにかかわりなく、錯誤それ自体が既に帰属を遮断する効果を持つように見えるのである。

自由という観点の下では、このような規定は一見、非常に魅力的に見える。刑法的な葛藤を回避しようと留意する市民は、自らの企図する活動が許されざる危険を伴っており、それゆえ禁止されているかもしれないという懸念に対して二通りの方法で反応することができる。市民が、とりわけ疑わしい事例が頻発すると著しい消耗を伴う可能性があり得るが、当該状況に関して情報を入手しようと努めるか、それとも最初から当該活動を放棄するか、である。問題となっている行為が違法であるかも知れない限りでは、これを放棄することは自由の観点の下で特に問題があるというわけではない²⁹⁸⁾。事情が異なるのは、行為者によってまず企図されたが、その後には断念された行為が適法であったであろう場合である。刑罰への恐れから適法な行為オプションを放棄する者は、その自由の領域を法が彼に要求するよりも狭く制限する²⁹⁹⁾。このような「過剰」の危険は、市民が行為の時点で自らの行為の禁止を明確には知らなかった場合には直ちに刑法秩序が彼らに帰属の遮断を認めることによって、最も効果的に取り除かれ得るのである。そして、市民は独自調査の苦勞からも一挙に解放されるであろう。すなわち、知っていることを知っており、その知識を合秩序的に (ordnungsgemäß) 投入する限り、人は刑法上の制裁を恐れる必要はないのである。

しかし、より詳しく考察すれば、このモデルは「錯誤に陥りやすい行為者意識の奴隷となる」³⁰⁰⁾ ため、その皮相的な長所にもかかわらず規範的には受け入れられないことがすぐに明らかになる。それは第一に、無関心な者に特権を与えて慎重な者に負担をかけ (a)、第二に、自由主義的な法秩序の維持の諸条件を無視しているのである (b)。

a) 意欲に対する認識の非分離性

行為者の心理がそうであるという状態 (Ist-Zustand) のみに基づいてその帰属判断を行う者は、行為論的に不適切に意欲から認識を分離している。ヘーゲル自身の他には

〔209頁：訳者記す。〕

298) *Velten*, Normkenntnis, S. 321.

299) *Roxin*, AT 1, § 21 Rn. 33; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, S. 135; *ders.*, Strafbarkeitsvoraussetzung, S. 13; *Velten*, Normkenntnis, S. 126f., 315ff.

300) *Burchard*, Irren, S. 377.

誰も、思惟と意志とを分裂させて³⁰¹⁾、人間をあたかも「一方のポケットに思惟をもち、他方のポケットに意欲をもっている」³⁰²⁾かのようにみなす「広く普及した考え」を嘆く者はいない。ヘーゲルが示したように、これは「空虚な考え」³⁰³⁾であって、実際には、あらゆる活動において思惟と意欲とが互いに分かちがたく関連し合っている³⁰⁴⁾。一方では、人は知能なしに意志を持つことはできない。すなわち、我々は我々が意欲する対象を表象し、それを思惟しながら理解しなければならないため³⁰⁵⁾、思惟は意志の実体であり続けるのである³⁰⁶⁾。他方では、「あらゆる認識は認識の意欲を、あらゆる思惟は意思活動をその前提として備えている」³⁰⁷⁾。確かに、現れた表象内容の受容は、一部では意志の介在なしに進行する事象であるかも知れない³⁰⁸⁾。しかし、このことは、自らの行為の危険性、その予想すべき結果、及びその法的な評価に関する判断には妥当しない。判断とは思惟活動であり、思惟活動とは何ら不随意なものではなく、意志によって仲介される³⁰⁹⁾。「なぜなら、われわれは思惟することによって、まさに活動しているからである」³¹⁰⁾。

しかし、人が対象について熟慮するか否かだけではなく、どの程度十分に熟慮するかということもまた、自らの意志の影響下にある³¹¹⁾。特に努力する者は、時折、普通の

301) *Hegel*, Enzyklopädie III, § 468 Z, Werke Bd. 10, S. 288. [船山信一 (訳) 『精神哲学 改訳 ヘーゲル全集 3』 394頁を参照した：訳者記す。]

302) *Hegel*, Grundlinien, § 4 Z, Werke Bd. 7, S. 46. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』 36頁：訳者記す。]

303) *Hegel*, Grundlinien, § 4 Z, Werke Bd. 7, S. 46. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』 36頁：訳者記す。]

304) *Hegel*, Grundlinien, § 4 Z, Werke Bd. 7, S. 48.

305) *Hegel*, Grundlinien, § 4 Z, Werke Bd. 7, S. 47.

306) *Hegel*, Enzyklopädie III, § 468 Z, Werke Bd. 10, S. 288. *ビンディング (Binding, Normen, Bd. IV, S. 361)* は具象的に次のように言う。「いまだ一度も知識の木の実を食べたことがない精神においては、何も、あるいはほとんど何も起こらない。」

307) *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S. 311.

308) もっとも、このことですら決して無制限なわけではない。認知心理学はむしろ、我々はしばしば自分が見たいものを見るのだということを教える (同所が挙げる諸文献と共に、*T. Walter, Kern*, S. 233)。

309) そのように的確に言うのは、ヘーゲルの同時代人である *Baumeister*, *Bemerkungen*, S. 21.

310) *Hegel*, Grundlinien, § 4 Z, Werke Bd. 7, S. 48. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』 38頁：訳者記す。]

311) 説得力があるのは、*ヴァールベルク (Wahlberg, Schriften, Bd. III, S. 272f.)* で

状況下では不可能と思われるであろうほどの知的な成果を挙げる。反対に、「およそ熟慮する気がなく、熟慮を強いられることもない者は、熟慮せず、それゆえいづれにせよ目の前にあるもの他には何も認識しない」³¹²⁾。行為者の行為の規範的重要性に関する判断を、行為者が行為時に実際に認識していた事情に限定することは、初めから意思と意欲との間のこの相関関係を視野から除き、行為者を彼自身の過去から分離することを意味する³¹³⁾。このことは、不注意及び無関心が有利に働くのに対して、社会的に期待される通常の程度を超える注意は不利になるという結果に至る。これは価値論的に説得力に欠ける³¹⁴⁾。

ある。「かなり長く継続して注意することは、意志の関与なしに、関心なしには考えられない。……任意の注意はまさに注意する意欲、すなわち我々の精神力と意志力とを集中させた、ある事柄についてまさにそれに関わりたいという切望を前提とする。」

312) *Jakobs*, AT, 8/22.

313) 正当にも批判的であるのは、*Jakobs*, Studien, S.109; *Hsu*, Doppelindividualisierung, S. 156, 173; *ders.*, FS Puppe, S.543f.; *Manso Porto*, Normunkenntnis, S. 40.

314) 的確であるのは、最近では *Burchard*, Irren, S.368; *Manso Porto*, Normunkenntnis, S. 30, 40. この観点は、故意と過失との区別においても、また故意説と責任説との間の論争においても重要な役割を果たす。この点について詳しくは、後述 S.377ff, 388ff, 397ff. この観点からは、行為者の事実上の知識水準を克服不可能な帰属の障壁であるとみなす、(行為事情の) 過失と禁止の錯誤の構想には、議論の余地があることも明らかになる。このような見解は、特に主観主義的に先鋭化された目的主義 (Finalismus) の支持者に見られる。例えば、シュトゥルエンゼー (*Struensee*, JZ 1987, 60; 近いものとして、SK-*Hoyer*, Anh. zu § 16 Rn. 35; *ders.*, Strafrechtsdogmatik, S. 249ff.; *Frister*, AT, § 12 Rn. 17; *Lippold*, Rechtslehre, S. 282; *Löw*, Erkundigungspflicht, S. 160f, 286; *Serrano Gonzáles*, 2. FS Roxin, S. 360) は、あらゆる過失について、法秩序の評価によれば甘受できない危険を生ぜしめる結果条件の、構成要件的に重要な一部分を知って行為することを要求する。これによれば、行為者は、問題となっている行為をしないための契機を彼に与えるはずの諸事情を全て知っていなければならない。シュトゥルエンゼーは、このことは責めを負うべき理由から契機となる知識を欠く者の不当な特権を含む、との批判に対して、メルクマルにより乏しい構成要件を作ることは立法者の裁量に委ねられている、と指摘して反論する (*Struensee*, aaO, 61f.)。しかし、特定の解釈論上の立場の価値論的な不整合を修正することが、本当に立法者のなすべきことなのであろうか (LK-*Vogel*, § 15 Rn. 154, 263; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 112; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 75; *ders.*, GS Armin Kaufmann, S. 249f.; *ders.*, Chengchi LR. 50 [1994], 233; *Mikus*, Verhaltensnorm, S. 163; *Pfefferkorn*, Grenzen, S. 197f.; *Wieseler*, Sorgfaltspflichtmaßstab, S. 158; *Herzberg*, JZ 1987, 537; *Hirsch*, FS Lampe, S. 527f. も否定的である)。アルミン・カウフマン及びホルンは、行為者と彼の不法な行為との間に心理的關係が不可欠であるとする。ホルンは、「心理的な知見

への明らかな指向」をまさに「一貫した現代の犯罪体系における決定的な革新」であるとして称賛する (*Horn, Verbotssirrtum*, S. 149)。それゆえ、両論者は、行為者に心理的關係が——それが「僅かな不法の疑い」の形でしか現れないとしても——あることが証明され得ない場合には、常に禁止の錯誤を回避不可能であるとみなす (*Armin Kaufmann, Dogmatik*, S. 146; *Horn, aaO*, S. 151; 賛成するのは、*Zaczyk, JuS* 1990, 893; 結論において同旨、*Tiedemann, Tatbestandsfunktionen*, S. 330f, 402)。これもまた、軽率な者や無関心な者を優遇し、慎重な者を不利にすることになる (NK-Neumann, § 17 Rn. 55; *ders.*, FG BGH, S. 101; *Stratenwerth/Kuhlen, AT*, § 10 Rn. 87; *Stratenwerth, ZStW* 85 [1973], 483ff.; *Manso Porto, Normunkenntnis*, S. 26ff.; *Rudolphi, Unrechtsbewußtsein*, S. 264; *ders.*, JBl 1981, 295f.; *Lesch, JA* 1996, 611; *Timpe, GA* 1984, 58ff.)。ホルン自身もこの問題を認識している。しかし、彼は、この場合には「刑罰の代わりに処分が課され」得る、と総括的に指摘することで満足し (*Horn, aaO*, S. 151)、これによって、「あまりにも広範にその実践的な帰結に免疫力がついてしまった解釈学は、実際には進歩しない」(*Stratenwerth, aaO*, 488) との反論に晒されている。心理学的に方向付けられ——そして、それゆえ基本的にはたった今検討した見解と同じ反論に晒され——ているのは、ケーラーの構想である (同様の指摘をするものとして、例えば、*Manso Porto, Normunkenntnis*, S. 36ff.)。ケーラー (*Köhler, Fahrlässigkeit*, S. 411) によって「自らによって自由に基礎付けられた法・権利侵害と引き替えの権利の低下」と解される刑罰 (この刑罰論に批判的であるのは、*Pawlik, Person*, S. 73f.) は、その実践的な知識が最初は正しいと認識されたものを墮落する過程において隠蔽し、偽るような過失行為者に対してのみ基礎付けられるという (*Köhler, aaO*, S. 191, 375, 397, 406f.)。この「意識的な過失的侵害の認識という、自らが招いた事前の決意に基づく正しい認識の立場に由来する習慣化」は、せいぜい予防的な措置によって対応され得る「実践的な知識の本来的な欠如から」際立たされるべきであるという (*Köhler, aaO*, S. 410f, 414)。禁止の錯誤の領域においても、ケーラー及び彼の弟子であるグロテグートによれば、当為に対する主体の態度は彼の意識によって決定されている (適切な指摘として、*Manso Porto, Normunkenntnis*, S. 32)。すなわち、「意思的な違反 (*voluntarium peccatum*) であって初めて」可罰性を完全に基礎付ける (*Köhler, AT*, S. 349)。それゆえ、結局は客観的な規範と主観的な妥当知識 (*Geltungswissen*) が現実の不法洞察に収斂するはずであるというのである (*Köhler, aaO*, S. 403)。「その上で初めて、行為者の決意した侵害行為が彼自身によって共に構成された一般意思に対して特別なもの、したがって自己矛盾として説明され得るのである」(*Groteguth, Verbots (un)kenntnis*, S. 74)。これに対して、不法意識の潜在的な可能性は、「自己矛盾の根拠付けの意味ではそれ自体として責任非難にとって有用な基礎」を形成し「ない」(*Groteguth, aaO*, S. 36)。確かに、ケーラー及びグロテグートは「現実の不法洞察ある決意」を超えて「間接的な不法意識の責任」の場合をも認める (*Köhler, aaO*, S. 407; *Groteguth, aaO*, S. 133)。しかし、後者は、行為者が主観的・客観的な妥当の疑いを契機として法の明確化の

もつとも、ヘーゲルはこのような馬鹿げたことではなく、帰属主体の「法と名誉」そのもの³¹⁵⁾に着目する。すなわち、個人を「明晰な表象というヴォルフ流の心理学的形態」に結び付けることは、個人に内在する理知的本性を彼に対して認めないことを意味するのであるが、この本性は、「まさに人間が本質的に普遍的な知識をもっているのであって、抽象的に瞬間的で、ばらばらな知識をもっているのではないということにある」³¹⁶⁾。知識が理性の普遍性へ関与することにより、主体は、「まさにそれが考えるものであるが故に、個別的なものの中で同時に普遍的なものを知ることを要求される」³¹⁷⁾ことになる。主体が「その特殊な知識の権利」を有するのみならず、客観的なもの、すなわち法共同体は、主体が「行為することによって何を行っているのか」³¹⁸⁾をも知る権利を有する。行為者が特には考えなかった結果が、それにもかかわらず彼に帰属され得るのは、そのような結果は単に「行為に固有で内在的な形態化」を顕在化させるものでしかない³¹⁹⁾ため、適切に考える努力をすれば認識され、また考慮に入れられたであろうからであり、またその限りにおいてである、とするのである³²⁰⁾。

↘要請への規範洞察を有することを前提とする (Köhler, aaO, S. 410; ders., FS Hirsch, S. 74)。ツァツィック (Zaczyk, aaO) は、この結論の価値論的な説得力に対する疑念を、禁止の錯誤の基準は「観念上必然的に、そして政策・目的合理的にはなく」決定されなければならない、という言葉で片付ける。しかし、不当な優遇に固執することが本当に観念的に必然的なのであろうか。そのようなことは、プロイセンの王宮哲学者シュタール (Stahl) ですら、あえて主張しなかったであろう。

315) Hegel, Grundlinien, § 132 A, Werke Bd. 7, S. 247. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』 209頁：訳者記す。]

316) Hegel, Grundlinien, § 132 A, Werke Bd. 7, S. 247. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』 209頁以下：訳者記す。]

317) Hegel, Philosophie des Rechts (Vorlesung 1819/20), S. 95. [中村浩爾／牧野広義／形野清貴／田中幸世 (訳) 『ヘーゲル法哲学講義録 1819/20』 49頁を参照した：訳者記す。] ゼールマンはこれに関して、ハンス・ファイヒンガー (Hans Vaihinger) のかのようなの哲学 (Philosophie des Als-Ob) の意味で実践的な、あるいは倫理的な虚構という言葉を用いる。「このような実践的な、あるいは倫理的な虚構は、真でも偽でもなく実践的に不可欠であり、また、人間の相互作用を最初に可能にすることを自ら要求する想定である。」 (Seelmann, FS Müller-Dietz, S. 862)

318) Hegel, Philosophie des Rechts (Vorlesung 1819/20), S. 95. [中村浩爾／牧野広義／形野清貴／田中幸世 (訳) 『ヘーゲル法哲学講義録 1819/20』 49頁：訳者記す。]

319) Hegel, Grundlinien, § 118 A, Werke Bd. 7, S. 218. [上妻精／佐藤康邦／山田忠彰 (訳) 『法の哲学 (上) ヘーゲル全集 9a』 190頁を参照した：訳者記す。]

320) ヘーゲルの間接故意の擁護はこの見解に基づいている。この点について詳しく

この立場に現れる「客観的なものと主観的なもの」（おそらくより適切には、個人的なもの）との「衝突」は完全には取り除くことができず、存在し続けるという。「ここでは、単に両者の接近が起ころうに過ぎない。」³²¹⁾ そこで、ヘーゲルは、個人に適切に注意するよう努力することを期待する厳密な範囲を、社会の自己理解の変遷に偶然的に服するものとして現実的に把握する。しかし、原則的に彼とその弟子達は、帰属の条件のこのような拡張を規範的に必然的なものと考えた。自らの知力を働かせない者は誠実に行為し得ないのであるから、ベルナーにとっては、「人の義務である事柄」に注意を向けることは「人の道徳的な原初的行為」そのものですらある³²²⁾。認識に溢れた意欲のみが、真の善き意欲なのである。

b) 「調査する慎重さ——忠実な行為の必要条件」

この第一の観点よりもいっそう重要であるのが、第二の観点である。第二の観点は、フォイエルバッハに決定的に由来する。彼は、その後の議論の基礎となっている自身の『故意と過失の考察 (Betrachtungen über dolus und culpa)』（1800年）において、禁止する法律の内容は「汝、それを意欲し、行うことなかれ！」という言明に尽きるものではないことを示している。むしろ、国家はさらにまた同時に、その実現を国家が禁止するところの結果の存在が、およそその意思に反するものであることを表明するというのである。「このことによって、市民に対し、その違法な結果を直接的に意欲しない義務だけでなく、その意図に反してそのような結果を生じさせないように、あらゆることを行う義務、或いは行わない義務もまた根拠付けられる。この強制は、適切に努力する義務 (obligatio ad diligentiam) である。」³²³⁾

もっとも、フォイエルバッハは威嚇説への支持を表明することで努力義務 (Dilignzpflicht) を独立させ、それゆえ複数の個々の過失犯 (crimina culposa) を統一

↘は、後述 S. 382ff.

321) Hegel, Philosophie des Rechts (Vorlesung 1819/20), S. 95. [中村浩爾／牧野広義／形野清貴／田中幸世 (訳) 『ヘーゲル法哲学講義録 1819/20』49頁を参照した：訳者記す。]

322) Berner, Grundlinien, S. 228.

323) Feuerbach, Betrachtungen, S. 208. フォイエルバッハは努力義務 (Dilignzpflicht) を1813年のバイエルン刑法典にも引き継いだ。その第64条は次のとおりである。「すべて臣民は、危険な行為を慎み、意図的ではないにせよ他人の権利を侵害すること、あるいは国家の法律に違反することのないよう、一切の企てにおいて適切な注意と思慮をもって振る舞わなければならない。」

的な過失犯 (crimen culpa) に統合させることになった³²⁴⁾。ビンディングは確かに100年後にこの構成を「奇怪」³²⁵⁾であると糾弾したものの、フォイエルバッハの思想の内容的な核心に固執した。すなわち、何人も、許されているか少なくとも禁止されていない内容を持つ意思のみを実現することが許されるが、個々人は自らの熟慮によってのみその決意の法的な意味内容についての明確性を得ることができるのであるから、行為前及び行為中に注意深く熟慮することがその行為に適法性を維持する唯一の手段であるとするのである³²⁶⁾。「行動に表れた意思の常に変わらぬ同志、新たに生じる意思の常に変わらぬ源は、——法がそう望むように——調査する慎重さである。」³²⁷⁾ その際に問題となるのは、忠実な行為の必要条件³²⁸⁾以外の何ものでもなく、したがって——数年後にエンゲルマンが説明したように——「現実の原存在、あらゆる規範の現実の拘束力、及び法秩序一般」³²⁹⁾の必要条件である。

これは、まさしく抗しがたい説得力をもつ所見である。法秩序、とりわけその諸規定を社会の文化的な共有財産と見なすことを大部分においてもはや信頼することができないような法秩序は、その構成員に法に従う用意がなければ存続できないのと同様に、彼らが法の内容を知る用意を持たなければ存続することができない³³⁰⁾。「それゆえ、不知の規範の遵守に対する管轄がない場合には立ち行かなくなる。」³³¹⁾ 一定の制限の下で (cum grano salis)、行為事情の調査に関しても同じことが妥当する。その限りで、「一定の臆病さ」³³²⁾が必要であるのは、法違反の熟慮された回避は行為事情の適切な知覚を前提とするからである。

しかしながら、注意の用意は、行為の強制が非常に強まったために個々の市民がもはやその強制を免れることができなくなる時点に限定されたままであってはならない³³³⁾。

324) この点について詳しくは後述 S.367ff. さらに、エルンスト・フェルディナンド・クラインが直ちに咎めたように、フォイエルバッハはこの義務 (Verbindlichkeit) を過大に拡張した (Klein, ACrim 3 [1801], 129ff.)。

325) *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 502.

326) *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 236.

327) *Binding*, Normen, Bd. II/1, S. 252.

328) *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 501.

329) *Engelmann*, Rechtsbeachtungspflicht, S. 41.

330) *Hardwig*, ZStW 78 (1966), 3; *Lesch*, JA 1996, 608; *Timpe*, GA 1984, 66.

331) *Velten*, Normkenntnis, S. 348.

332) *Engisch*, Untersuchungen, S. 474.

333) 同旨, *Stratenwerth*, GS Armin Kaufmann, S. 499.

刑法がそれを保持すべく務めるところの具体的で現実的な自由性の状態は、とりわけその永続性の点で個別の自由体験の総体とは異なる³³⁴⁾。いわば運命に身を委ねるようにその日その日の任務に追い立てられ、さらにどうかそれらを法に合った方法で上手く処理しようとする市民は、そのような安定性を保障することができない。加えて、自らに明日生じるかも知れない問題を解決できるよう今日のうちに努力するような、先見の明のある市民性がむしろ必要なのである³³⁵⁾。もっとも、このことは市民が、万一の場合に法や事実の知識がその克服のために必要となるような状況を解決することができないというリスクを排除するためだけに、いわば闇雲にそれらの知識を蓄えるよう要求されるであろうことを意味しない³³⁶⁾。しかし、何人も、通常ではない危険と結び付いており、それゆえ特別な法規制の下に置かれているであろうことが推測される活動を引き受ける前には、法に忠実な市民に期待されるべき注意を払って、自らが当該活動を適法に (in rechtskonformer Weise) なし遂げるといふ任務を果たすことができるか否かを調べなければならないのである³³⁷⁾。

334) 上述 S. 105.

335) 権利侵害を行わないという法的義務が相応の注意命令及び照会命令であることを強調する論者としてさらに、MK-Duttge, § 15 Rn. 7, 111; Burchard, Irren, S. 366ff.; Köhler, Fahrlässigkeit, S. 337; Dehne-Niemann, GA 2012, 95; Hardwig, ZStW 78 (1966), 3; Sternberg-Lieben, GS Schlüchter, S. 223f. 異なる見解として、禁止の錯誤の領域について Grotteguth, Verbots (un) kenntnis, S. 60 は、個人は確かに必要な法知識を獲得する倫理的又は国家市民的・政治的義務を負うが、個人には少なくともそのような内容の刑法上重要な義務は課せられないという。万が一の仲介の間隙は、「一部は共同体の仲介行為の不足に帰せられ得るが、一部は自由な体制においてもまた想定されており、その体制がこれを負担しなければならない」とするのである。社会的に期待される法調査の努力を怠ることそれ自体を処罰することは自由主義的な刑法にそぐわない、というのは正しい。そのような過失犯 (crimen culpaе) の創出は、無論、今日ではもはや誰からも求められていない (この点については後述 S. 369)。重要であるのは、帰属阻却の基準を適切にモデル化することによって、怠惰な者は自らの不注意によって法的に有利にはならないという結果がもたらされることのみである。このような大胆な主張は、——グロテグートの意図を一貫して用いるならば——市民を現存する秩序を共に担う者として認めて信頼する刑法体系においては、不当であるとは評価され得ない (結論においてこれと同旨であるのは、Manso Porto, Normunkenntnis, S. 36)。

336) Manso Porto, Normunkenntnis, S. 100, 143f.

337) 行為者が上記の期待に反したのが、彼の行為規範違反行為の直前であるのか、それともより早い時点、例えば彼の職業上の活動の開始の前であるのかは、価値論

したがって、自由機能的に構想された刑法上の帰属理論は、「管轄違反の行為をするな！」という市民への要請を、「期待可能な枠内で、十分に信頼できる程度にこの要請に従うことができるよう努力せよ！」との第二順位の期待によって補足しなければならない。この補足的な期待が社会的に確立されることで初めて、単なる無味乾燥な秩序から現実の自由の状態への移行が最終的になされるのである。もっとも、禁止の錯誤に関する大刑事部の有名な基本判決³³⁸⁾や過失解釈論において定着した「注意義務」といっ

ゝ的な観点の下では重要でない。行為事情の過失については、注意義務違反の非難を本来の実行行為の前段階へと移動させる可能性が以前から認められている(LK-Vogel, § 15 Rn. 303ff.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 136; Roxin, AT 1, § 24 Rn. 36ff.; 哲学的観点からは Seebaß, JRE 2 [1994], 406 のみ参照)。禁止の過失にも、それが回避可能な禁止の錯誤の事例に現れるように、同じことが妥当する(同旨, LK-Vogel, § 17 Rn. 43; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 17; Roxin, AT 1, § 21 Rn. 49f.; Puppe, FS Rudolphi, S. 240)。結局のところやはり、確かに行為時点にはもはやその禁止の錯誤を回避することはできなかったが、過去における怠慢によって自らをその点について無能力にした行為者は責任阻却に値しない、という点に関して、広範にわたる見解の一致が存在する(BGHSt 2, 194, 208f.; LK-Vogel, § 17 Rn. 43ff.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 17; Jakobs, AT, 19/37; Maurach/Zipf, AT 1, § 38 Rn. 35; Roxin, AT 1, § 21 Rn. 48ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 94; Safferling, Vorsatz, S. 232ff.; Donatsch, SchZSt 102 [1985], 26; Puppe, FS Rudolphi, S. 239f.; Timpe, GA 1984, 63; 条件付きで, MK-Joecks, § 17 Rn. 64 f.; SK-Rudolphi, § 17 Rn. 44ff.; ders., Unrechtsbewußtsein, S. 253ff.; ders., Strafbarkeitsvoraussetzung, S. 21 も)。その際に、生活行状責任という問題のある形象に立ち戻る必要はない(とは言え、そのように言うのは, SK-Rudolphi, § 17 Rn. 45; ders., Unrechtsbewußtsein, S. 264; ders., JBl 1981, 297; ders., Strafbarkeitsvoraussetzung aaO; 同旨, Donatsch, aaO; Hardwig, Zurechnung, S. 236; 本書と同様に反対するのは, LK-Vogel, § 17 Rn. 44; MK-Joecks, § 17 Rn. 66; Roxin, aaO, Rn. 50; Hübner, Entwicklung, S. 111; Manso Porto, Normkenntnis, S. 58ff.; Velten, Normkenntnis, S. 125f.; Stratenwerth, ZStW 85 [1973], 495; Timpe, aaO, 63)。第一に、行為者は彼の法的な誤った判断そのものに関してではなく、それから生じた管轄違反の行為に関して処罰される(Stratenwerth, aaO; この点については直ちに本文中で論じる)。行為者に対して、決して彼の不注意を理由とする非難はなされない。つまり、彼からは彼の管轄違反の行為からの免責(Entlastung)の可能性が奪われるに過ぎない(Neumann, Zurechnung, S. 206)。第二に、行為者の一般的な生活行状が考慮されるのではなく、彼は彼自身によって選択され、役割に応じて制限された自己表出の含意に結び付けられるのである。

338) BGHSt 2, 194, 201.

た言い直しにもかかわらず、この期待については義務 (Pflicht) ではなく責務 (Obliegenheit) が問題となる³³⁹⁾。つまり、それは「まさに規範によって基礎付けられるあらゆる個々の義務の不変的な部分そのものであって、決して独立した命令ではない」ため³⁴⁰⁾、それを顧慮しないことは義務違反ではないのである。個々の市民が責務付けられるのは、刑事不法を犯さないこと、すなわち帰属可能かつ管轄違反的に振舞わないことのみである³⁴¹⁾。それゆえ、市民の禁止の不知もしくは行為事情の不知が管轄違反行為に現れない限り、その行為は「完全に適法」³⁴²⁾なままである。努力不足の法的な意義が明らかになるのは、錯誤者の客観的に管轄に違反する行為が生じてからで

339) 禁止の錯誤の領域について同旨、MK-Joecks, § 17 Rn. 35; NK-Neumann, § 17 Rn. 56; Hruschka, Strafrecht, S. 245, 319ff.; ders., Strukturen, S. 49f.; ders., Rechtstheorie 22 (1981), 457; K. Günther, Schuld, S. 109ff.; Mañalich, Nötigung, S. 69f., 74; Velten, Normkenntnis, S. 81, 226f., 451, 454; Kindhäuser, JRE 2 (1994), S. 345; Lesch, JA 1996, 608; H.-W. Schönemann, NJW 1980, 741 Fn. 66. 行為事情の過失の領域については、LK-Vogel, § 15 Rn. 174; Hruschka, Strafrecht, S. 418; ders., FS Bockelmann, S. 426; Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 2f.; ders., Gefährdung, S. 65ff.; ders., JRE 2 (1994), 343f.; ders., GA 1994, 204; Mikus, Verhaltensnorm, S. 62; Neumann, Zurechnung, S. 202ff.; Sauer, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 41, 134; S. Walter, Pflichten, S. 103, 106, 120; Sternberg-Lieben, GS Schlüchter, S. 220f.; 事実上, Renzikowski, Täterbegriff, S. 228; Burkhardt, Verhalten, S. 122; Hardwig, ZStW 78 (1966), 25f.; Schöne, GS Hilde Kaufmann, S. 653 も同旨である。

340) Binding, Normen, Bd. II/1, S. 241.

341) Binding, Normen, Bd. IV, S. 372. 今日の文献からは、Gropp, AT, § 12 Rn. 67; Hruschka, Strafrecht, S. 418; Jakobs, AT, 9/2; ders., System, S. 59; Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 43 Rn. 19, 23; Gössel, FS Bengl, S. 30; Roxin, AT 1, § 24 Rn. 12; Horn, Verbotsirrtum, S. 100; Hsu, Doppelindividualisierung, S. 149; Kremer-Bax, Verhaltensunrecht, S. 48f.; Pfefferkorn, Grenzen, S. 196; Röttger, Unrechtsbegründung, S. 59; Dehne-Niemann, GA 2012, 93; Hardwig, ZStW 78 (1966), 26; Hirsch, ZStW 93 (1981), 858; ders., FS Lampe, S. 518 Fn. 14; Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, S. 140; Nowakowski, JZ 1958, 337; Otto, GS Schlüchter, S. 91; Roxin, Chengchi LR. 50 (1994), 230f.; Schöne, GS Hilde Kaufmann, S. 653.

342) Binding, Normen, Bd. II/1, S. 242; 実質的に同旨, ders., Normen, Bd. IV, S. 503f.; Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht, S. 38. 今日の文献からは、Jakobs, AT, 19/41; Velten, Normkenntnis, S. 226f.; T. Walter, Kern, S. 438f.; Dehne-Niemann, GA 2012, 93; Stratenwerth, GS Armin Kaufmann, S. 489; Timpe, GA 1984, 56 (禁止の錯誤について); Jakobs, aaO, 9/6; Kindhäuser, Gefährdung, S. 67; ders., JRE 2 (1994), 344f.; ders., GA 1994, 204f. (行為事情の過失について)。

ある。この場合には確かに、認識を欠いたことが決して抗事実に彼に帰属されることはないが、しかし、彼には自らの免責のために、責務に反してなされた誤った評価を引き合いに出す可能性が絶たれている³⁴³⁾。それゆえ、市民に対して自身の役割においてそれを知るよう期待することができる事柄を知らない行為者は、原則として、自己の管轄違反の行為が義務違反として自らに帰属されることを甘受しなければならないのである³⁴⁴⁾。

(一原亜貴子 訳)

343) ゴンザレス＝リベロ (*González-Rivero*, *Zurechnung*, S. 89, 94f.) とは異なり、責務という構成 (*Obliegenheitskonstruktion*) には人間相互の法と間人格的な道徳性との混同はない。なぜなら、責務の対象を成す注意義務は、市民に対して、彼が道徳的に完全になるためではなく、彼の同胞たる市民の法的な諸利益を効果的に保護するために要求されるからである。

344) 既にこの趣旨で述べているのは、*Stübel*, *NACrim* 8 (1825), 281f.; *Binding*, *Normen*, Bd. IV, S. 505; *Engelmann*, *Rechtbeachtungspflicht*, S. 39f.