

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(16)

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	
IV. 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 (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) (以上, 66巻3号)
 2. 禁止の錯誤のあらゆる現象形態の同価値性 (以上, 66巻4号)
 3. 狭義の禁止の錯誤 (以上, 67巻1号)
 4. 行為事情の錯誤 (広義の禁止の錯誤) (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

II. 帰属を阻却する禁止の錯誤 (承前)

4. 行為事情の錯誤 (広義の禁止の錯誤)

a) 注意義務違反としての過失?

具体的に重要な行為規範の内容に関する錯誤は、一方で、行為者が当該犯罪構成要件の存在又は射程を誤認する点にその原因を有することがある。このような場合についてはたった今、言及したところである。しかし、行為者の誤った評価が、行為規範の基準によれば構成要件的に重要な事情を彼が誤って認知した、或いは誤ってカテゴリー化したことに基づくこともある⁴⁶³⁾。狭義の禁止の錯誤における状況に対応して、その誤評

463) 上述 S. 311.

価が、客観的に行為規範に違反する行為の注意深い準備及び遂行に関するその者の責務違反に基づかない場合にのみ、それは行為者を免責する。これによって投げかけられた帰属の問いは過失解釈論⁴⁶⁴⁾の重点であり、その限りで、これが禁止の錯誤論の下位事例であることは明らかである⁴⁶⁵⁾。

もっとも、上で示したように、狭義の禁止の錯誤の取り扱いにおいて検討されるのが常である問題の相当な部分は、実際には帰属論ではなく、行為者の適法性判断がそれに則って行われるところの行為規範が個々にいかなる内容的な性質を持つか、という問題に属する。したがって、その限りでは、内容としては第2章の検討についての補足である。禁止の錯誤の解釈論と同じように従来⁴⁶⁶⁾の過失解釈論もまた、それがしばしば、行為者がそれを遵守するよう努めるべき行為規範の要請と、努力責務の範囲それ自体とを明確には十分に区別していないという問題を抱えている⁴⁶⁶⁾。その原因は、第一に「過失犯の中核」⁴⁶⁷⁾と呼ばれる注意義務違反の範疇の広大さと散漫さである。

既にエンギッシュは、注意概念の通例的な言い換えの「二面性」を指摘してい

464) アリストテレス (Aristoteles) にとって、既に過失は (法律または構成要件に関する) 不知を通じて特徴付けられている。それにもかかわらず、その過失が処罰され得るのは、必要な注意を払うかどうかは当人次第であるため、不知であるかどうかは彼次第であるからであるとする (Aristoteles, NE III, 7 [1114a], Werke Bd. 3, S. 56)。アリストテレスを継承する者に、なおクラインシュロートがいる。「つまり、過失行為者 (Culpose) は、自らが陥った錯誤を解消することができたために処罰されるのである。」 (Kleinschrod, Entwicklung, § 26 [S. 63])

465) ラッソンは具体的に次のように述べる (Lasson, System, S. 498)。「常に過失に属するのは、不注意な行為者に彼の行為の違法な性質に気付かせない、誘惑的な外観である。」より古い文献からはさらに、Binding, Normen, Bd. IV, S. 322, 350 f., 452, 454, 477; Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht, S. 55; Sauer, Grundlagen, S. 577 f. 新しい文献からは、Köhler, Fahrlässigkeit, S. 259; Velten, Normkenntnis, S. 235; Lesch, JA 1996, 508; Schröder, FS Sauer, S. 245; 認識なき過失の事例については、LK-Vogel, § 15 Rn. 11; Horn, Verbotsirrtum, S. 20; Herzberg, Jura 1984, 412 も参照。

466) 同旨, Frister, AT, § 12 Rn. 2; Renzikowski, Täterbegriff, S. 227 f.; Sauer, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 45 f.; Toepel, Kausalität, S. 37; Burkhardt, Verhalten, S. 113, 126, 129.

467) 例えば, Heinrich, AT 2, Rn. 1010, 1027; 類似の見解として, S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 121; Jescheck/Weigend, AT, § 54 I 3 (S. 565); Bringewat, Grundbegriffe, Rn. 692; Kamps, Arbeitsteilung, S. 25; Kretschmer, Jura 2000, 269.

る⁴⁶⁸)。「すなわち、一面では心理学的な注意概念、つまり『心情としての行為』の中に注意が存在する、『内心的な』注意の概念に逢着し、他面では、外部的な作為及び不作為を含む『外部的な注意』の概念に逢着する。」⁴⁶⁹)前者の概念を考える者は、注意(Aufmerksamkeit, Vorsicht, Sorgfalt)を精神集中の確実な履行、五感の集中、精神力の緊張、心身両面の全器官の規律(Inzuchtnehmen)であると理解する⁴⁷⁰)。「結局のところ、心理的な(psychisch)注意、つまり内心的な注意という概念は、ビンディングが事前調査義務の履行と呼んだものと同一視され得ると言うことができるであろう。」⁴⁷¹)他面において、注意することとは、正しく適切な行為、すなわち今日の一般的な用語では、許された危険の枠内でなされる外部的な行為である⁴⁷²)。

「内心的な」注意と「外部的な」注意との併存は、外部的な注意が内心的注意の結果である非独立のカテゴリーである限りでは、犯罪論体系的には無害であろう。従来の過失解釈論は、そうであるかのような印象を呼び起こす。例えばイエシェックによると、一般的な注意命令から生じる第一の義務は、保護法益に対する危険を認識すること、及びそれを正しく評価することに存する⁴⁷³)。さらに、危険の認識可能性からは、構成要件の結果の発生を回避するための、適切な外部的行為をとる義務が生ずるとい⁴⁷⁴)。しかし、外部的な注意の意義は、内心的な注意の表出(Ausprägung)に尽きるものではない。むしろ、許された危険な行為であり、それゆえ外部的には注意深い行為は、行為者が極めて軽率に行為して偶然正しいことをしたに過ぎない場合であっても、構成要件には該当しない⁴⁷⁵)。このことは、外部的な注意と内心的な注意というカテゴリーは、犯罪論体系上の全く異なる文脈に属するという点に根拠がある。ある一定の行為が外部的に注意深いか否か、すなわち客観的に許されているか否かは、当該状況において基準となる行為規範に従って判定される。これに対して、客観的に行為規範に反して行為する行為者が、彼に対して要求される熟慮及び慎重さを示し、これによって彼の錯誤が彼

468) *Engisch*, Untersuchungen, S. 269.

469) *Engisch*, Untersuchungen, S. 269 f.

470) *Engisch*, Untersuchungen, S. 271.

471) *Engisch*, Untersuchungen, S. 272 f.

472) *Engisch*, Untersuchungen, S. 273.

473) *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 I 2 a (S. 578).

474) *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 I 3 (S. 580).

475) *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 19; *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung, S. 98; *Burkhardt*, Verhalten, S. 116 f.

を刑法上の答責性から免除するか否かは、(主観的な)帰属の問題である。冒頭で論じたことに即して言えば、過失解釈論に固有の産物 (Eigengut) に属するのは後者のみなのである⁴⁷⁶⁾。

これらの異なる犯罪論体系上の機能に応じて、一方では許された危険の射程、他方では努力責務の範囲を定める際の基準の検討は、内容的な点においても区別される。後続の節では、まず従来の、行為規範関係的な意味での許された危険を検討する(b)。それに続く考察(c)では努力責務の概略、すなわち、行為者は彼の客観的に行為規範に違反する行為が刑事不法の実現として帰属され得ないために、いかなる「内心的な」注意の要求を充たさなければならないかを示すことにする。

b) 許された危険

第2章で述べたように、具体的な行為の状況において重要な行為規範は管轄分析の所産である。従来の刑法解釈学によって支持されてきた、重要な判断の視点を構成要件該当性と違法性という段階へと分割することは、犯罪体系的に無意味である。したがって、正当化事由によってカバーされる行為は、外部的には注意義務に適合しており、この理由から既に過失ではない⁴⁷⁷⁾。しかし、外部的に注意義務に適合する行為の領域はこれ

476) 基本的に本稿と同様であるのは、HK-GS-Duttge, § 15 Rn. 27; MK-Duttge, § 15 Rn. 106 ff.; ders., FS Maiwald, S. 150; Freund, AT, § 5 Rn. 14 ff.; Frister, AT, § 12 Rn. 2 f.; Gropp, AT, § 12 Rn. 66 ff.; Jakobs, AT, 9/5 ff.; Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 6 ff.; Renzikowski, Täterbegriff, S. 224 ff.; Röttger, Unrechtsbegründung, S. 60 ff., 91 f.; Sauer, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 65; Toepel, Kausalität, S. 24 ff., 31 ff.; Burkhardt, Verhalten, S. 115; Dehne-Niemann, GA 2012, 94; Frisch, Straftat, S. 173; Weigend, FS Gössel, S. 133 ff. なお、Schmidhäuser, FS Schaffstein, S. 145, 157; Schroeder, JZ 1989, 776 ff. も、構成要件実現の(一面的に心理学化されて理解されたものではあるが)認識可能性というメルクマールへの、過失概念の制限に賛成する。主観的帰属の検討が、通説によって認められているように2段階ではなく——不法においては客観的な標準人に関連付けられ、責任においては行為者の個人的な能力に方向付けられる(上述 S. 261 f. Fn. 32 に挙げた諸文献)——、1段階で行われなければならないということは、上述の従来の不法と責任との区別への批判から既に明らかである。もっとも、このことは、本書の見解が注意義務の標準の一律的な個別化に与するであろうことを意味するわけではない。すなわち、法不忠実の習慣的な態度が有利にならないようにするために、狭義の禁止の錯誤の場合(これについては上述 S. 329 ff.)と全く同様に、判断基準の一定の客観化が不可欠なのである(詳しくは後述 S. 341 ff.)。

477) 上述 S. 213 Fn. 383.

よりもさらに広範囲に及んでいる。いかなる行為規範も、「それによって単に人から財を奪うことが可能となるに過ぎない」ような行為、より一般的に言えば、刑法上重要な結果を惹き起すような行為を全て絶対的に禁止しているのではない。つまり、既にシュトローベルが強調したように、そのような厳格な禁止は人間の外部的自由と相容れないであろう。「なぜなら、殆どの行為は、それらから生ずる権利侵害の可能性を排除しないという性質を持つからである。そのような行為の全てを行わないよう要請する法を認めようとするならば、人は自らの目的の追求を完全に妨げられ、また他人とのあらゆる交流を断念させられることになる。」⁴⁷⁸⁾

それゆえ、刑法上の禁止規範は禁止（若しくは命令）規範であるだけでなく、同時に許容規範でもある。すなわち、それらはある程度、危険な行為によって他人の利益に損害を与えるかも知れない状況を甘受して、その行為を許容するのである⁴⁷⁹⁾。「行為者の許された危険から、社会への他の関与者（Verkehrsteilnehmer）から抵抗されないような（unbewehrt）危険が導き出される。」⁴⁸⁰⁾このように理解される許された危険は、

478) Stübel, NACrim 8 (1825), 264.「あらゆる社会生活を窒息させる過保護社会（Ammenwirtschaft）」に言及するのは、Jakobs, FS Samson, S. 46.

479) 議論のきっかけを作ったのは Binding, Normen, Bd. IV, S. 432 ff. であり、さらに重要な学説史の段階を概観するのは、Schürer-Mohr, Risiken, S. 30 ff. である。今日の文献では、この考察は至る所で賛同されている。例えば、MK-Duttge, § 15 Rn. 134; Ebert, AT, S. 166; Haft, AT, S. 167; Heinrich, AT 2, Rn. 1035; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 823; Jakobs, AT, 7/35 ff.; ders., System, S. 29; Jescheck/Weigend, AT, § 25 IV 1 (S. 251 f.), § 55 I 2 (S. 579); Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 8, 26; Köhler, AT, S. 173 f., 185 f.; Kühl, AT, § 17 Rn. 16; Roxin, AT 1, § 11 Rn. 66 参照。

480) Krümpelmann, FS Lackner, S. 299. 許された危険の制度は、過失犯と故意犯に同様に妥当する（後述 S. 343 f. Fn. 528, 373）。それとともに為される、一般的犯罪論における注意〔義務：訳者記す〕の要件の体系的な固定は、ヴェルツェル（Welzel, Strafrecht, S. 131; ders., Abhandlungen, S. 324; 同旨, Jescheck/Weigend, AT, § 54 I 3 [S. 564]; Krey/Esser, AT, Rn. 1350; Wessels/Beulke, AT, Rn. 660; Schroeder, JZ 1989, 779）に起源を有する、「開かれた」性質もしくは「補充を必要とする」性質を持つ過失犯という見解の根拠を失わせる（同様の見解として、Freund, AT, § 5 Rn. 3; Gropp, AT, § 12 Rn. 75, 97; Jakobs, AT, 9/12; Bohmert, ZStW 94 [1982], 80）。故意犯でも過失犯でも、行為者は正確な禁止の内容を法律上定められた惹起の禁止そのものから導き出さなければならない（Jakobs, aaO）。確かに、犯罪的な目的設定が欠けるために、過失行為は故意行為よりも頻繁に帰属の限界領域で揺れ動いているというのは正しいかも知れない。しかし、このことからロクシン（Roxin, AT 1, § 24 Rn. 95）及びフォーゲル（LK- μ

緊急避難に類似した根拠付けの構造を示す⁴⁸¹⁾。すなわち、他人が「緊急状況」——つまり、その者の行為の余地の過度な制限——から開放されるために、「責任のない者 (Unschuldige)」が (一定の法的地位の現存の確保 (Daseinssicherheit) の形態における) 自らの自由の一部を奪われるのである⁴⁸²⁾。もっとも、特異な葛藤状態を念頭に置く緊急避難の正当化とは異なって、許された危険は全体としての一定の社会的な実践に関わるものである⁴⁸³⁾。そこに存在する個別事例の考量から「包括的な考量」⁴⁸⁴⁾への推移は、行為者にとって、省察義務 (Reflexionspflicht) の免除を意味する⁴⁸⁵⁾。行為者は、危険減少のために自らの (しばしば優越することのある) 能力を完全に投入する必要なしに⁴⁸⁶⁾、また、彼らが追求する利益が彼らの行為によって危殆化される者の利益に対して具体的に優先に値することを説明する必要なしに⁴⁸⁷⁾、許された危険の領域を利用

↘ *Vogel*, § 15 Rn. 204) によって双方の犯罪カテゴリー間の明確性の相違が推論されたことは、質的な問題 (「規範的な基準はどの程度明確か?」) を量化された命題 (「行為の法的評価の際に不確実性がどの程度生ずるか?」) と混同することを意味する。確かに、規範適用の際の問題の類発が不十分な規範の表現方法に基づくことはあり得るが、しかし、このことは決してそうに違いないということではなく、また、ここで関心のある文脈においては確実にそうではない。すなわち、刑法第212条の規範の表現方法は、その客観的な構成要件的行為の記述 (Umschreibung) において第222条のそれよりも明確であるわけではなく、また、この内容の乏しい (karg) 基準を客観的帰属論によって法学的に具体化することを、緻密さが足りないといふ非難することはできない。

481) 例えば、既に *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 432 Fn. 1 がそのように述べている。今日の文献からは、*Jakobs*, AT, 7/35; *ders.*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 13; *ders.*, FS Bruns, S. 34 Fn. 8; *Lübbe*, Verantwortung, S. 185 f.; *dies.*, DZPhil 1995, 953 ff.; *Schlehofer*, NJW 1989, 2021; *Schmidhäuser*, FS Schaffstein, S. 139. 批判するのは、*Duttge*, FS Maiwald, S. 139.

482) 実質的に本書と同様の主張をするのは、*Schürer-Mohr*, Risiken, S. 97.

483) *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 432 Fn. 1. 今日の文献からは、*Roxin*, AT 1, § 11 Rn. 66; *Lübbe*, Verantwortung, S. 184, 192; *Schürer-Mohr*, Risiken, S. 99.

484) *Roxin*, AT 1 § 11 Rn. 66.

485) *Lübbe*, DZPhil 1995, 953; 同旨、*Duttge*, FS Maiwald, S. 139.

486) *Bockelmann*, Aufsätze, S. 203; *Herzberg*, Verantwortung, S. 171.

487) それゆえ、例えば自動車の運転が許された危険の枠内で為されたか否かという問題を検討する際に、運転者の動機付けは何ら役割を果たし得ない。したがって、シューネマン (*Schünemann*, JA 1975, 576) に反対して、運転の実行の際に「エキセントリックな個人的関心」しか存在していなかったかどうか、或いは運転者が社会の中で平均的な能力を持つ者として仕事に向かう道中であったか否かは問題で

することができるのである。

正当化的緊急避難⁴⁸⁸⁾との類似は、これと同様に、許された危険の制度をも双務契約の一種であると解することを想起させる。つまり、この架空の契約の対象は、緊急事態のための追加的な保全の選択肢を認容することではなく、反対にその他の処分可能な行為の余地を拡張することに過ぎないのである。それゆえ、生活危険の上昇を対価として行為の余地を拡張することは、おおよそ全ての市民に対して自由の獲得をもたらさなければならぬ⁴⁸⁹⁾。このことは、またしても正当化的緊急避難の際の状況に類似して、行為自由の利益が保護利益を明確に上回る場合にのみ当てはまる⁴⁹⁰⁾。したがって、一方では、問題になっている実践が社会的な組織の構造及び期待の構造の基準に従えば自由的な生活形成 (Daseinsgestaltung) にとっていかなる意味を有するか⁴⁹¹⁾、並びに、

ゝはない。同様に言うのは、*Duttge*, Bestimmtheit, S. 431; *Schürer-Mohr*, Risiken, S. 99; *Roxin*, AT 1, § 11 Rn. 66 (但し, § 24 Rn. 39 は異なる)。ある特定の活動の「社会的価値」若しくはそれが社会的な承認に値すること、という見出されることが稀ではない言及もまた、不適切に道徳化された混ざり物 (Beigeschmack) を含んでいる (LK-*Vogel*, § 15 Rn. 217; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 39; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 58)。その者に法的に存在する行為の自由は、個々の市民に対して、その者の (違法でない) 計画をその社会的な承認にかかわらず追求することを可能にすべきである (既に *Oehler*, FS Eb. Schmidt, S. 245 が明らかにしている)。

488) その正当化については上述 S. 249 f.

489) 類似の見解として、MK-*Duttge*, § 15 Rn. 134; *Jakobs*, AT, 7/35; *Schürer-Mohr*, Risiken, S. 100 (もっとも彼女は、——自由論的に熟考された緊急避難の構想を基礎とする際には不要な——推定的同意との類似を引き合いに出す [aaO, S. 86, 146])。

490) これに対して P. フリッシュ (*P. Frisch*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 99) は、単純な優越のみで足るとする。許された危険についての文献は主に、基礎となっている葛藤 (行為自由対法益保護) を挙げること、考量の必要性を指摘すること、及び重要な考量の要因を挙げることで満足している。これとは反対に、一般化された行為の許可の承認を正統化するためには、行為自由の側にどの程度均衡が傾かなければならないかを定めることを怠られたままである (類似の見解として、*Lübbe*, Verantwortung, S. 194)。この叙述の背景には、正当化的緊急避難においても知られているように、功利主義的な着想に基づく費用便益分析 (Kosten-Nutzen-Analyse) が存在するのであろう (この点について詳しくは、*Pawlik*, Notstand, S. 34 ff., 45 ff.)。しかしながら、功利主義的な根拠付けは、この場合においても説得力を持たない (このような解釈のアプローチを正当に批判するのは、*Schürer-Mohr*, Risiken, S. 83 ff.)。

491) *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung, S. 183 ff.; *P. Frisch*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 87

危険排除のための万一の措置はいかなる労力を必然的に伴うであろうか⁴⁹²⁾、が重要である。他方で、この実践の損害ポテンシャル——いかなる法的利益がどの程度危殆化されるか⁴⁹³⁾——、並びにその実践の当事者の回避可能性も考慮されなければならない。すなわち、社会的接触の大幅な放棄を対価としなければ免れることのできない危険（典型例は道路交通の危険）は、他の条件が等しいならば、その引受けが社会的な慣行に従って完全に個人の意向に存在する危険（例えばボクシングの試合への参加）よりも厳格に判断されなければならないのである⁴⁹⁴⁾。

もっとも、通常、自身が行為を為す世界は「答責的に形成された世界」⁴⁹⁵⁾である。それゆえ、検討の対象となる行為の実践には原則的に、他者の自己答責的な誤った行為に由来する危険の割り当ては帰属され得ない。さもなければ、許された危険の負担軽減効果は、分業的な共同作業を必要とする（そして、それに応じて誤りやすい）複雑な事象経過の広範な領域において、結局のところ大幅に時代遅れのもの（obsolet）になるであろう⁴⁹⁶⁾。したがって、許された危険の限界を確定する際には、原則としてそのような誤った行為の可能性が度外視されたままでなければならない。つまり、その限りで信

499 ff.; *Schürer-Mohr*, Risiken, S. 108 ff.

492) LK-Vogel, § 15 Rn. 217; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 40; *Kretschmer*, Jura 2000, 271; *Lenckner*, FS Engisch, S. 500; *Schünemann*, JA 1975, 576; *Seebaß*, JRE 2 (1994), 391.

493) LK-Vogel, § 15 Rn. 217; *Roxin*, AT 1 § 24 Rn. 40; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 58; *Schlüchter*, Grenzen, S. 16; *Ida*, FS Hirsch, S. 237; *Kretschmer*, Jura 2000, 271; *Lenckner*, FS Engisch, S. 500; *Schünemann*, JA 1975, 576; *Seebaß*, JRE 2 (1994), 391.

494) *Schürer-Mohr*, Risiken, S. 116, 146.

495) *Jakobs*, Zurechnung, S. 66.

496) *Jakobs*, AT, 7/53; *ders.*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 17; *Ida*, FS Hirsch, S. 238. 自己答責性の原則を指摘するだけでは（例えば *Schumann*, Handlungsunrecht, S. 10 がそうである）不十分である。「第三者が自らの行為について答責的であることは、決してそれが正しいであろうことを意味しない。」（*Peter*, Arbeitsteilung, S. 15）それゆえ、通常は他人が自らの法的な行為自由を義務適合的もしくは（被侵害者自身の態度が問題となる限りでは）責務適合的に行使する、ということを追加的に想定する必要がある。この追加的な想定にはもっともな根拠がある（同旨、*Frisch*, Verhalten, S. 190 f.）。自由の理念に従って組織化された市民共同体の構成員は、互いに原則として適法に行為する者と見なさなければならないとされている。——今日の法理論よりもむしろ人類学においても——同様に確実に根拠付けられているのは、人は通常、自損行為を回避しようと務めるという推測である。

頼の原則について語られるのである⁴⁹⁷⁾。「言葉の雰囲気上の印象に反して、信頼の原則は自由主義の厳しさの表現である。つまり、人は『信頼できる人物』の救助や保護の用意を信頼するのではなく、制約のない成功を収めるために他人の社会的な有能さ及び自己保存意思を信頼するのである。」⁴⁹⁸⁾正当化事由の領域における状況に対応して⁴⁹⁹⁾、当然ながらここでもまた、連帯思想が自己答責性の原理に優越する⁵⁰⁰⁾。それゆえ、いづれにせよ他人の誤った行為の可能性は、その者が帰属不能である場合には度外視されてはならない⁵⁰¹⁾。しかし、法的な意味で自己答責的であるにもかかわらず、明らかに規則の認識又はそれを遵守する可能性を欠く者もまた、連帯の視点の下でより高い配慮に値する⁵⁰²⁾。何人も、時折無分別に行為することに抵抗できないのであるから⁵⁰³⁾、自身の僅かな労力でもって——例えば運転速度を下げることで——明らかに方向付けを失った同胞たる市民から重大な損害の切迫した危険を逸らすことができる者は、その者の自己答責性が指摘される場合にそれを無視することが許されないということは、適切に理解された全ての市民の利益に適うのである。

もっとも、衡量の手段は、そのパラメーターの多くが不可避的に曖昧であることを考慮すると、信頼できる「適法な行為のシエマ (Schemata)」⁵⁰⁴⁾を市民が利用できるようにするという目的と全く不完全にしか調和しない⁵⁰⁵⁾。それゆえ、容易に思い付くのは、「なかなか解消されない不一致の場合に正当化を断念する代わりに別の選択肢として残しておく、正当化の形式にルーティン通りに合わせることである。すなわちそれは、その都度妥当する適法な決定手続の結果を指示することによる正当化であ

497) この原則は今日ではほぼ一般的に認められている。LK-Vogel, § 15 Rn. 224 ff.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 148 ff.; SK-Hoyer, Anh. zu § 16, Rn. 39 ff.; Gropp, AT, § 12 Rn. 36 ff.; Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 30 ff.; Kühl, AT, § 17 Rn. 36 ff.; Roxin, AT 1, § 24 Rn. 21 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 671.

498) Herzberg, Verantwortung, S. 172.

499) 上述 S. 244 ff.

500) 同旨, Kuhlen, Fragen, S. 134.

501) Kuhlen, Fragen, S. 134.

502) 適切にもこのように言うのは Kuhlen, Fragen, S. 134. 普通は、信頼が明らかに正当化されない場合には信頼されないであろうことが、包括的に指摘される (LK-Vogel, § 15 Rn. 227; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 150, 213; Kindhäuser, AT, § 33 Rn. 33; Kühl, AT, § 17 Rn. 39; Roxin, AT 1, § 24 Rn. 23).

503) この点について詳しくは、後述 S. 342, 411.

504) Lübbe, Verantwortung, S. 193; dies., DZPhil 1995, 957.

505) Schürer-Mohr, Risiken, S. 176 f.

る。]⁵⁰⁶⁾それゆえ、発生する結果に応じた結果の阻止を目的とする法規範に違反することは、通常は許されざる危険の創出と評価され得るのである⁵⁰⁷⁾。より弱いのは、私的な団体によって作られた行為規範の感銘力 (Prägekraft) である⁵⁰⁸⁾。それらには、法律上の特別規範の特別な權威を基礎付ける民主的正当性という要因が欠けている。それにもかかわらず、それらは単なる「平均的な判断の集合体」⁵⁰⁹⁾か或いは「法適用者にとっての観念的な遊びのための材料」⁵¹⁰⁾以上のものである。それらはむしろ、「信頼のおける実践の記録」⁵¹¹⁾として、「説得力のある根拠なしには排除する契機のない、日々の生活という現実において確証された合理性」⁵¹²⁾を体现する。

もっとも、広範な生活領域についてそのような規範化は存在しない。確かに、市民はそこではしばしば判例の規準に従って自らを方向付けることができるが、それにもかかわらず、なお多くの場合には適切な根拠によって異なる衡量の結果に至ることがあり得るであろう。市民から支持されない規範の不確実性というこの状況は、既に狭義の禁止の錯誤によって知られており⁵¹³⁾、また、その場合と同じ方法で取り扱われなければならない。すなわち、「実践されている法秩序」が解釈の余地をそのままにしておく限り、法学上の規則に従った方法でその範囲内で解釈する市民は、行為の時点において重要な

506) *Lübbe*, DZPhil 1995, 962. 同旨, *MK-Duttge*, § 15 Rn. 139; *ders.*, FS Maiwald, S. 141 f.

507) *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 135; *Jakobs*, AT, 7/44; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 48; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 17; *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung, S. 121 f.; *Herzberg*, Verantwortung, S. 159; *Mikus*, Verhaltensnorm, S. 66 ff., 132; *Kretschmer*, Jura 2000, 270; *Lenckner*, FS Engisch, S. 494. もっとも、具体的に問題となる行為の危険性が特別規範においてシェーマとして先取りされている危険性予測から著しく逸脱することが、時折あるかもしれない。この場合には——そして、この場合にのみ——、一般的な注意規範の感銘力は、その限界に至る (詳しくは, *Bohnert*, JR 1982, 9 f.; *Jakobs*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 20)。

508) *Jakobs*, AT, 7/45; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 54; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 19; *Kretschmer*, Jura 2000, 270.

509) *Mirička*, Formen, S. 159.

510) 例えば, *Schünemann*, FS Lackner, S. 389.

511) *LK-Vogel*, § 15 Rn. 223.

512) *LK-Vogel*, § 15 Rn. 223. 類似の見解としては, *Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 39; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 54; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 52; *Frisch*, Verhalten, S. 112 f.; *Herzberg*, Verantwortung, S. 159 f.; *Kuhlen*, Fragen, S. 121 f.; *Mikus*, Verhaltensnorm, S. 106, 132; *Lenckner*, FS Engisch, S. 498.

513) 上述 S. 323 ff.

禁止に客観的には違反しない。つまり、その限りで市民には判断の余地が与えられているのである⁵¹⁴⁾。

c) 努力責務の限界

法益保護という目的を厳格に志向する構想と比べると、許された危険の制度は法に忠実な市民の行為の余地を著しく拡張する。しかし、全ての市民が場合によっては刑法の対象となることを回避するために「何らかの面で自らの行為から有害な結果が生じ得るか否かを、至るところでその都度まず事前に熟考しなければならない」⁵¹⁵⁾とすれば、そこに認められる免責効果は結局のところ、おおかた無に帰せしめられるであろう。例えば、あらゆる行為事情を詳しく調査すれば、一見したところ遠くに見える損害が近いところにあることが証明されるかも知れない、ということを市民が常に考慮しなければならないのならば、遠くの損害の可能性についての責任 (Haftung) の免除は、その価値の大部分を失う⁵¹⁶⁾。したがって、狭義の禁止の錯誤の領域におけるのと同様に行為事情の錯誤の領域でも、努力の要請を誇張することは、法に忠実な市民が自らの法的な行為自由を部分的にしか利用できない、ということを導く。このような事態を防ぐために、ここでも同様に、主観面での免責は客観面での免責を伴うのでなければならない⁵¹⁷⁾。

514) 同旨, *Mikus*, Verhaltensnorm, S. 182. 判例には、この結論を導き出す用意がない。狭義の禁止の錯誤の場合と同様に、判例は行為者の衡量判断を全面的にチェックする。詳しくは、*Mikus*, aaO, S. 169.

515) *A. Köhler*, GS 95 (1927), 121.

516) これは決して単なる理論上の危険ではなく、实际的に極めて意味のある危険である。このことについて答責的であるのは、とりわけ原因関係に関する著しく拡大された知識に、実践可能な回避戦略の相応の増大が対応しないという事情である。それゆえ、市民はしばしば「良心の呵責なく自動性を信頼するには多過ぎる」事柄を知っており、「意識的な、それによって必然的に時間のかかる自省を通じてルーティン行為を効果的に制御するには少な過ぎる」事柄を知っている (*Roth*, Strafbarkeit, S. 13)。

517) 不当にも、ロクシン (*Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 10 ff.; *ders.*, Chengchi L.R. 50 [1994], 229 ff.) は過失犯の構成要件を専ら客観的帰属論によって満たそうとする。そのため、彼は過失の種類之差 (*differentia specifica*) を失うだけでなく、この不法カテゴリーという概念を用いることができないのである (同旨, *MK-Duttge*, § 15 Rn. 102; *ders.*, Bestimmtheit, S. 28 f.; *Sauer*, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 203)。とりわけ、彼の立場は本文に挙げた理由から、市民への潜在的な過大要求という結果に至る。

さらに、多くの生活領域において、不注意はより長期的な視点からは避けられないものである⁵¹⁸⁾。「誰もが知っているように、例えば極めて誠実な自動車運転者ですら時折過ちを犯す。」⁵¹⁹⁾努力責務の輪郭付けを行う際にこの事情が考慮され得ないならば、このことは個々の市民に対して、自らの行為オプションのドラスティックな制限——しかし、生活現実において長くは持ちこたえられない態度——を受け入れるか、それとも、少なくとも「何も悪いことが起こらない」、つまり構成要件の結果が生じないよう期待するか、というあまり好ましくない選択肢をもたらす。したがって、刑法上の過失の体系は（確かに個々の事例における解釈論上の形態においてはそうではないが、だがおそらく）、その実践的な全体的効果において、ラートブルフが忌み嫌った「恥ずべき偶然責任（verschämte Zufallshaftung）」⁵²⁰⁾に憂慮すべきほどに接近する。このことは、刑法的に要求される注意義務を、現実的に見て持続できる程度に制限することを支持する⁵²¹⁾。それゆえ、誰にでも時折起こるような軽微な過ちは、刑法の観点では単なる「見かけ上の過失」の事例であって⁵²²⁾、それらは当罰的でない⁵²³⁾。

518) *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 15 Rn. 16; *Greiff*, Notwendigkeit, S. 132; *Herzberg*, Verantwortung, S. 201; *Koch*, Entkriminalisierung, S. 84 f.; *Frisch*, FS Stree/Wessels, S. 97; *Volk*, GA 1976, 176 f.

519) *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 15 Rn. 54.

520) *Radbruch*, Aussetzung, S. 201 Fn. 2. 同旨, *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn. 203a; 技術的進歩の人的コストの軽微化（Bagatellisierung）について述べるのは、*Roth*, Strafbarkeit, S. 228. 加えて、強く要請される意思の緊張（Willensanstrengung）は長期的には疲労現象をもたらすため、その事故回避効果を阻害し、リスク要因にすらなり得る（*Roth*, aaO, S. 14）。

521) 類似の見解として（「一般的にさらに相当の消耗」に着目しなければならないとする）*Jakobs*, AT, 9/26; *Pfefferkorn*, Grenzen, S. 186.

522) このように言うのは *Jakobs*, AT, 9/26.

523) 結局のところ、これは文献において普及している、代案草案第16条第2項を模範として軽度の過失の包括的な不可罰を求める立場にほぼ一致する（そのように言うのは、LK-T. *Walter*, Vor § 13 Rn. 166; *ders.*, Kern, S. 439; LK-Vogel, Vor § 15 Rn. 38; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 22 Rn. 67; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 92; *Köhler*, AT, S. 177, 189 ff.; *ders.*, Kriminalpolitik, S. 45 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 15 Rn. 56; *Bockelmann*, Aufsätze, S. 216 ff.; *Greiff*, Notwendigkeit, S. 150, 355（もっとも、過失致死について例外を認める）; *Koch*, Entkriminalisierung, S. 246 ff.; *ders.*, ZIS 2010, 182; *Roth*, Strafbarkeit, S. 113 ff., 226; *Schlüchter*, Grenzen, S. 83 f., 90, 93 f.; *Freund*, FS Küper, S. 68; *Frisch*, FS Stree/Wessels, S. 97 f.; *ders.*, Straftat, S. 147 ff.; *ders.*, Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 226 f.; ↗

その他の点で、努力義務の範囲についての基準形成は、狭義の禁止の錯誤によって既に知られている指針に従う。したがって、一方では、行為者によって誤認された事情が現実の自由性の状態に対して持つ意義が重要であり、その限りで、特に差し迫った損害の大きさ並びに危険の程度が問題となる。他方では、その内部で努力義務が重要であるような法的関係がどのように形成されているかが一つの役割を果たす。すなわち、特殊な専門知識の期待、或いは幅広い保護義務によって特徴付けられる特別な法的関係の外側で行動する者は、そのような特別な関係の枠内で活動する者よりもより低い程度の努力を示しさえすれば良いのである⁵²⁴⁾。

それゆえ、誰でも持っているかもしれない特別知識や特別能力を全面的に投入しなければならない、との普及している主張⁵²⁵⁾は包括的に過ぎる。他人を尊重する義務に分類されるのは、むしろ、当該種類の生活状況を損害なく乗り切るために、典型的に必要であり、また十分でもある能力を投入する責務のみである⁵²⁶⁾。これに対して、より大幅な能力及びそれに基づく特別知識の投入は、尊重原則によって支配される法的関係において要求され得ることの範囲外である。それゆえ、そのような知識及び能力に関しては、他の全ての潜在的に他人にとって有益なリソースに関するのと何ら異ならないことが妥当する。すなわち、ある者のリソースの所持は原則として、他人に対して彼の有利になるようリソースの投入に関する権原を与えない⁵²⁷⁾。この自由的な法的思考の基本的公理において、管轄論と帰属論は収斂する⁵²⁸⁾。

↘ *Hirsch*, FS Lampe, S. 536; *Ida*, FS Hirsch, S. 239; *Volk*, GA 1976, 177)。異なる見解として、*Webel*, Strafbarkeit, S. 235 ff.

524) 既にこの趣旨で述べていたのは、*Lasson*, System, S. 490 f. 今日の文献からは、*Kindhäuser*, GA 1994, 212 ff.

525) 学説の状況に関する文献の詳細については上述 S. 261 Fn. 32. [原文では S. 262 であるが S. 261 の誤りであろう：訳者記す。]

526) 詳しくは *Jakobs*, System, S. 32 f.

527) *Pawlik*, Notstand, S. 14 ff.

528) 反対説は、「侵害結果の惹起が、行為者がそれを個人的に予見し得た場合であっても、構成要件に該当すらない場合には」、刑法が目的とする法益保護は「耐え難い形で失われる」であろうと反論する (*Oehler*, FS Eb. Schmidt, S. 237)。したがって、この見解は、管轄考量を視野の外に置くという法益思想そのものの基本的欠陥を抱えている (上述 S. 137 ff.)。「より多くを知る者はより多くを行うこともでき、それゆえに、より多くを行うべきでもある」や、より先鋭化された、「全ての者は、法益侵害を回避するために為し得ることを為すべきである」(*Greco*, ZStW 117 [2005], 542 bzw. 550) といったグレコの命題の基礎には、結局のところ、

もっとも、一般的な期待の水準の変動は、狭義の禁止の錯誤の領域におけるのと同様に、行為者によって明らかにされる自己表出から生じ得る。専門家として振る舞う者は、専門家として扱われ得るのでなければならぬ⁵²⁹⁾。専門家の役割には、その者が特別な知識や能力を有していることだけでなく、その者に信頼を寄せている人々の福祉のためにそれらを投入することもまた含まれる。このことはとりわけ、それらの人々は自らの専門知識不足のために、しばしば非常に制限的にしか専門家の注意不足の作用を自らの反対活動によって打ち消すことができない、という理由により妥当する。

しかし、行為者が危機的な状況において、確かに正しい行為のために力の限り努力したが、それにもかかわらず、自らの役割を規則にあって果たすために必要な知識若しくは能力を欠いたために、行為規範に反して行為した場合はどうか。このような事例では、あり得べき責務違反の検討は直接的な侵害行為の前域において開始されなければならない。先の箇所でも説明したように⁵³⁰⁾、努力責務は行為遂行の際の注意の他に、市民への、危機的な状況において管轄に即して行為することができるようにする知識及び能力を獲得することの期待をも内容とする。「自分が理解していない事柄から手を引かなかつ

、功利主義的な根拠付けの構造がある。前提とされているのは、あらゆる個人がその維持のために力の限り寄与すべき、集合的な財の全体の存続である。このような根拠付けは、その間、かつては同様に論証されていた正当化的緊急避難の解釈論から (Pawlik, Notstand, S. 32 ff. 所掲の文献参照) 消えてなくなった。他方で、それらは過失の解釈論の中に潜在的に残っている (Jakobs, AT 7/49 ff.; ders., System, S. 32 Fn. 56, 34; ders., RW 2010, 309 ff.; P. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 80, 94; Weigend, FS Gössel, S. 143 f. も批判的である)。管轄の考慮による心理的事実の制限は、過失的な犯行に基づく可罰性に対してのみならず、故意的な犯行に基づくそれに対しても妥当する (同旨, Jakobs, AT, 7/49 f.; ders., Norm, S. 98; ders., RW 2010, 309 ff.; Manso Porto, Normkenntnis, S. 126; Müssig, Mord, S. 182 f.; ders., FS Jakobs, S. 432; Voßgätter, Handlungslehren, S. 185 f.; Cornacchia, FS Jakobs, S. 57, 65; 最近の異なる見解として, Kindhäuser, FS Maiwald, S. 410)。故意と過失は、プラスとマイナスの関係にある。すなわち、故意犯は加重された過失犯なのである (後述 S. 373)。行為者に過失非難をなし得ない限りでは、彼は自らの努力責務に違反していないのであるから、故意非難も排除される。それゆえ、容易に回避できる大きな事故を防がなかったが、責務違反を非難され得ない行為者は、不救助のかどでのみ——だが、いずれにせよ——可罰的となるのである (Jakobs, System, S. 33; ders., RW 2010, 312 f.)。

529) Lesch, Verbrechensbegriff, S. 262; Jakobs, System, S. 34; ders., GS Armin Kaufmann, S. 286; ders., RW 2010, 314; Lampe, ZStW 118 (2006), 17 f. Fn. 66.

530) 上述 S. 307 ff.

た]⁵³¹⁾者、つまり詳しく言えば、自己表出の根拠付け又は維持の経過の中で負責的な理由から、自分が役割の要求を満たしていないことを誤認する者は、このことによって既に、自らの可罰性の結節点となり得る責務違反を犯しているのである⁵³²⁾。

確かに努力はしたが認知的又は技術的な欠陥のために法的に要求されたことに添えない行為者と、精神的に、置かれた状況において法に忠実な市民に期待される程度に注意を示すことが素質的にできない犯罪者は区別されなければならない。その他の無能力の場合と同様に、ここでもまた、その原因が行為者に負責的に帰属され得るか否か、つまり、それらが社会的に彼の「仕業」とであると解釈されるか否か、或いは無能力が運命的である、つまり当事者の意のままにならないとされる要因に基づくか否かが重要である。負責的な要因は、とりわけ無関心と無謀である⁵³³⁾。これらの場合に個人的な無能力を引き合いに出して行為者を免責させようとすることは、既に v. バールが明らかにしたように、「自然法則及びその傍らで生ずる事柄の関連を気に掛ける傾向を有しない」「者への……報奨]⁵³⁴⁾という結果になろう。法的忠誠の個別の欠如は犯罪者に負責するが、反対にこれに相当する気質は犯罪者を免責するのであれば、それは価値論的に不合理であろう。

(一原重貴子 訳)

531) *Horn*, GS 53 (1897), 90.

532) 普通は引き受け過失について述べられることである。差し当たり、LK-Vogel, § 15 Rn. 303 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 55I 3 a (S. 580), II 3 (S. 595); *Kühl*, AT, § 17 Rn. 91; *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 36, 38, 117 f. 参照。

533) *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 712; *Jescheck/Weigend*, AT, § 57 II 1 (S. 594); *Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 121; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 189 f.; *Herzberg*, Verantwortung, S. 199 f.; *ders.*, Jura 1984, 413.

534) *v. Bar*, Gesetz, Bd. II, S. 450.