

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(18)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

佐竹宏章 (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) (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) (以上, 67巻3号)
 - III. 行為規範に従った行動への動機づけの重大な阻害 (以上, 67巻4号)
- C. 義務違反の範囲
- I. 帰属形式の統一性と多様性
 - II. 主観的・義務違反的態度の基本構造 (佐竹宏章) (以上, 本号)

第3章 刑法的協働義務の違反

C. 義務違反の範囲

I. 帰属形式の統一性と多様性

今日の、主観的帰属に関する解釈学の基本的なテキストといえるのは、グロールマンが1977年に公刊した『故意と過失の概念について』という著作である。グロールマンは、「すべての犯罪は、それがそもそも別の方法で帰属され得るならば、責任に帰属されなければならないということを」「想起する必要はない」という叙述からはじめている⁵⁹⁷⁾。それゆえ、帰属論の第一の課題は、「犯罪は、どの程度、人間の意思 (Willkür)

597) *Grolman, Begriffe*, S. 21.

に関連づけられ得るのであろうか?」⁵⁹⁸⁾という問いを基にして、責任と偶然の領域を互いに限界づけるといふ点に存在するとされる⁵⁹⁹⁾。グロールマンによれば、「すべての者に……区別された領域が割り当てられ、確定的な限界によって保障」されたあとではじめて⁶⁰⁰⁾、「責任の領域」の内部構造を作図するという課題に取り組むことができるとされる⁶⁰¹⁾。

この種の方法は、体系的に省察されたすべての主観的帰属論にとって妥当性を有するところの洞察を基礎とする。すなわち、主観的・義務違反的態度の個別の現象形式について言及され得る前に、その現象形式が帰属形式としての統一性 (Einheit) を負うことになる原理が挙げられなければならない——この点で、カントの影響を受けたフォイエルバッハの友人グロールマンは、ヘーゲル主義的及び新カント主義的な特徴を有する彼の後続者らと一致している⁶⁰²⁾。今日の刑法解釈学における文献では、帰属形式の相違は、その他のあらゆる相違と同様に、その基礎にある概念的統一性を前提にするという洞察がしばしば無視されている⁶⁰³⁾。確かに、過失は、故意とは「いささか異なるもの」であり⁶⁰⁴⁾、両

598) *Grolman*, Begriffe, S. 22.

599) *Grolman*, Begriffe, S. 22 ff.

600) *Grolman*, Begriffe, S. 25.

601) *Grolman*, Begriffe, S. 25.

602) ヘーゲリアーナーの見解の例として、その影響力が強い『帰属論の基礎』におけるベルナーの叙述がある。ベルナーがそこで設定している課題は、「故意と過失の理論」を、帰属の理論の「概念に適合した総体の真に不可欠の部分として」示すということ、したがって、先の概念の解釈学を、「学問の全体における完全に学問的な一構成部分として読者の目の前で提示する」ということにある (*Berner*, Grundlinien, S. V)。さらに、新カント主義から影響を受けたコールラウシュの見解は、言葉の言い回しに至るまで、グロールマンの説明と一致している。すなわち、「双方の『現象形式』について論じられる前に、『責任』の概念が確定される」べきというのである。この領域における多様な争点は、「演繹的に、すなわち責任という上位概念に立ち返ることによってのみ解決に」より近づく、というのである (*Kohlrausch*, Schuld, S. 192)。

603) *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 324 も「もはやほとんど提起されなくなった問題」が重要であるということを嘆いている。

604) *Jescheck/Weigend* (AT, § 54 I 2 [S. 563]) は、BGHSt 4, 340, 344 に依拠している。——故意と過失の間に、異種のもの (aliud) であるという関係があるということは、(おそらく、なお) 支配的な見解と一致する (*Fischer*, § 15 Rn. 12a; HK-GS-Duttge, § 15 Rn. 26; MK-Duttge, § 15 Rn. 103; *Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 56; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 3; *Haft*, AT, S. 149; *Krey/Esser*, AT, Ⅱ

者の分離は「根本的」なものである⁶⁰⁵⁾ということが強調されている。しかしながら、それらに共通の構成要素についての問いがなおざりにされており、時として、それぞれか明確に不毛であるとみなされている⁶⁰⁶⁾。保障人的地位の要件を一般的な管轄要件として承認することを拒絶するのと同様に⁶⁰⁷⁾、この点でも、厳格な体系的思考に対する類型学的思考の抵抗が示されている⁶⁰⁸⁾。これに対して、本書の考察は、グロールマンが示した方向性を追求するものである。それゆえ、この考察は、まず、主観的な義務違反の態度の一般的基本構造の探究を行うことにする(Ⅱ.)。その後ではじめて、本書でグロールマンの用語にならって、法敵対的であると示されている義務違反の領域が、どのようにして、行為者が単に法律に対する友好性の欠如を表しているにすぎない諸事例と限界づけることができるかという問いが検討される(Ⅲ.)。「当然のことながら——共通のものが基礎を成す」⁶⁰⁹⁾。

Ⅱ. 主観的・義務違反的態度の基本構造

1. 法学的・技術的概念としての故意と過失

ラインハルト・フランクは、1890年の影響力の強い論文において、故意論への最も重要な要請の一つとして、法学用語を心理学用語に一致させるということを述べていた。「心理学の分野で多くの観点においてなお不明確であるということが支配していたとしても、法律家において、心理学的問いを扱う際にできるだけ密接に専門分野に従うという傾向が認められうるとすれば、すでに、多くのことが達成されているのである」⁶¹⁰⁾。しかし、故意の概念を規定する際に、そして故意を過失と区別する際に、そもそも純粹

↘ Rn. 1338; *Rengier*, AT, § 52 Rn. 2; *Kudlich*, Unterstützung, S. 324 ff.; *ders.*, FS Benakis, S. 273 ff.; *Mühlhaus*, Fahrlässigkeit, S. 13 f.; *Safferling*, Vorsatz, S. 192 f.; *Boldt*, ZStW 68 [1956], 338, 346; *Hirsch*, FS Lampe, S. 523; *Kretschmer*, Jura 2000, 267; *Mylounopoulos*, ZStW 99 [1987], 695 f., 703 ff.; *Schaffstein*, NJW 1952, 729; *Schröder*, FS Sauer, S. 207 f.; *Struensee*, JZ 1987, 57 Fn. 47; *Wegscheider*, ZStW 98 [1986], 647)。

605) *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, Vor § 15 Rn. 1.

606) 例えば、このようなものとして、MK-*Duttge*, § 15 Rn. 101; *Bung*, Wissen, S. 187. 類似のものとして、*Sauer*, Fahrlässigkeitsdogmatik, S. 29.

607) 上述 S. 159 ff.

608) *Herzberg*, JZ 1988, 578.

609) *Herzberg*, JZ 1988, 578.

610) *Frank*, ZStW 10 (1890), 207.

な心理学的問いが重要なのであろうか？ほかでもないビンディングは、このような主張に対して、「変化に富む学問の潮流によって静かに洗われるものであるが (ruhig umspülen), しかし、それによって決して侵食されるのではなく、揺るがされることもほとんどない」⁶¹¹⁾ということをも可能にする彼の有名な、法の「秘教的な心理学 (esoterische Psychologie)」という定式を対置させた。さらに、フランクの要求は、とりわけ、わずかに後に現れてきた新カント主義者たちに抵抗を受けた。新カント主義者たちは、彼らによって危惧されている、刑法上の対象認識を自然科学の諸基準に委ねることに対し、法学を、その対象の独自の規定及び知覚へと促すことによって対抗しようと試みた。ラスクが法学における新カント主義の継受にとっての基本となるテキストにおいて説明したように、法概念全体の目的論的色付けは、「変化と——単なる自然主義的・心理学的見地によっては——正当ではない、法秩序が心理的現実に行うよう強いられているところの摂取によって、もっともよく学ぶことができる。精神的存在は、法学的考察にとって、身体世界とまったく同様の意味で、行為の実践的世界にまず加えられる単なる資料である」⁶¹²⁾。

新カント主義の見解によれば、故意は、自然的現象ではなく、——ケルゼンの見解によると、何らかの心理的事象の痕跡が見いだされない過失も同様であるが⁶¹³⁾——社会的な解釈の手段である。学問分野がどのような方法で解釈を行うかは、その基礎にある活動の解釈スキーマに依存する。解釈スキーマの選択は、当該学問がそれによって見いだされた資料に持ち込む特殊な問題に左右される。理論的学問である心理学の問題提起は、実践的判断を目的とする法学の問題提起とは異なるものであるので、「法学は、心理学者によって獲得された成果によって何もとりかかることはできないということ」⁶¹⁴⁾を知っているとされる。このことは、特に刑法学に妥当するとされる。「心理学上の問題に絶えず耽ること」は、刑法におけるすべての考察は、犯罪者の行動が「法によって介入され」、 「刑罰が科され得るか」⁶¹⁵⁾かどうかという問題に取り組んでいるということ⁶¹⁶⁾を顧慮しないのである。故意犯の場合には、通常、——そもそも処罰の対象となるのはきわめてまれである——過失行為の場合よりも著しく重く処罰される。刑法上の故

611) *Binding, Normen*, Bd. II/1, S. 4.

612) *Lask, Rechtsphilosophie*, S. 320.

613) *Kelsen, Grenzen*, S. 39.

614) *Kelsen, Hauptprobleme*, S. 107.

615) *Hold v. Ferneck, Idee*, S. 1.

616) *Hold v. Ferneck, Idee*, S. 41.

意概念は、その際に示される当罰性の相違を説得的に説明することが可能でなければならないとされている⁶¹⁷⁾。しかし、このことに関して、このような観点が自身の概念形成にとって重要でない心理学者において、拘束的な基準は見いだされない。一言で言えば、故意と過失では、心理学的概念ではなく、法学的・技術的概念が問題なのである⁶¹⁸⁾。

故意と過失において、刑法学がもっばら見出している、自己のカテゴリーシステムにあてはめられる前法的な所与ではなく、刑法学に独自の構成を行うこと (Konstituierungsleistung) を要求する実践的判断の一定の類型の諸前提が問題なのであるという洞察は、最も重要な敵対者を目的主義 (Finalismus) の中に見出していた。ヴェルツェルの弟子のニーゼの言葉によると、「高慢な自律性が、法学の概念形成において許容されるのかどうか、そして、法がその任務を達成する際に役に立つのかどうかは、非常に疑わしい」。法は、共同体における生活を秩序づけるべきであるとされる。このような秩序機能は、法が社会的現実において見出す現象を事物論理的に適切に把握するという必要とするとされる⁶¹⁹⁾。したがって、故意は、「目的性という存在論的上位概念の法学的な下位概念」以外の何ものでもない⁶²⁰⁾。故意の法学的な特殊性は、もっばら構成要件への内容的関連性の中にある、というのである⁶²¹⁾。

確かに、このような立場が、目的主義の全盛期においてさえも、争いがなかったわけではない⁶²²⁾。しかし、まず、刑罰目的に方向づけられた犯罪論は、最終的に「自然的な……現象」⁶²³⁾としての故意理解と手を切った。今日では、刑法の諸概念は、「その表示が、道徳と心理学の領域と対応する現象の名称と同様である場合でも (『責任』／『故意』)、倫理的又は心理学的教義を提示する課題を [有して] いない点で」も広範囲で一致している。むしろ、それらの概念は「人間の行為の法的評価の一定の諸前提についてのタイトル」⁶²⁴⁾である。それゆえ、刑法上の故意概念は、「機能概念」⁶²⁵⁾であり、

617) *Beling*, *Unschuld*, S. 30; *Löffler*, *Österr. Z. f. Strafr.* 2 (1911), 140; *Engisch*, *Untersuchung*, S. 31, 52, 58.

618) *M. E. Mayer*, *Handlung*, S. 139 f.

619) *Niese*, *JZ* 1956, 457.

620) *Niese*, *JZ* 1956, 459.

621) *Niese*, *JZ* 1956, 459.

622) 例えば, *Hardwig* (*ZStW* 74 [1962], 42) 参照。「故意概念は自然的な概念ではなく、人工的概念である。」

623) *Maurach*, *AT*⁴, § 16 II A 3 (S. 171).

624) *Bockelmann*, *GS Radbruch*, S. 253 f.

625) *Frisch*, *Vorsatz*, S. 168.

「際立たされた当罰性、及び／又は、要罰性の事態を把握しなければならず」⁶²⁶⁾、それゆえ、その輪郭づけは心理学的もしくは存在論的考慮ではなく、規範的・目的論的考慮に負うのである⁶²⁷⁾。シュトゥッケンベルクは、近時、その理由を以下のように鮮明に述べている。すなわち、法概念が、規則システムにおける機能に基づいて、その内容を獲得するのであれば、主観的な行為面を特徴づける法概念は、主観的帰属の形式、最終的には刑罰要件としての機能に基づいて、その内容を導き出す⁶²⁸⁾、と述べている。それゆえ、故意概念の輪郭は、帰属の目的、最終的には刑罰の目的から演繹されなければならない⁶²⁹⁾。このような演繹の試みがない場合には、故意のあらゆる概念規定は、無

626) *Frisch*, Vorsatz, S. 42.

627) LK-Vogel, Vor § 15 Rn. 9, 68; *ders.*, GA 2006, 388; SK-Rudolphi, § 16 Rn. 2; SSW-Momsen, §§ 15, 16 Rn. 39; *Puppe*, AT, § 9 Rn. 5; *dies.*, ZStW 103 (1991), 2; *Roxin*, AT 1, § 12 Rn. 31; *ders.*, ZStW 74 (1962), 527; *ders.*, ZStW 76 (1964), 585 f.; *ders.*, FS Rudolphi, S. 244, 248 f.; *ders.*, FS Romano, S. 1214 f.; *Schmidhäuser*, AT, 6/4, 7/36; *ders.*, Vorsatzbegriff, S. 15, 17; *Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 130 ff., 157 ff., 167 ff., 319 f.; *Bung*, Wissen, S. 33; *Burchard*, Irren, S. 54; *Eule-Wechsler*, Vorsatz, S. 77; *Frisch*, Vorsatz, S. 40 ff., 168, 259; *ders.*, GS Armin Kaufmann, S. 320; *ders.*, Bedeutung, S. 174 f.; *González-Rivero*, Zurechnung, S. 173; *Hetzer*, Wahrheitsfindung, S. 85 f.; *Hsu*, Doppelindividualisierung, S. 131, 139, 175, 177, 201; *Jakobs*, Studien, S. 107; *ders.*, FS Bruns, S. 41 f.; *ders.*, Zurechnung, S. 68; *ders.*, RW 2010, 288 f.; *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 106; *ders.*, GA 1994, 203; *ders.*, GA 2007, 458; *Koriath*, Grundlagen, S. 640 ff.; *Martins*, Versuch, S. 59 ff.; *Müssig*, Mord, S. 177 ff.; *ders.*, FS Jakobs, S. 429 ff.; *Safferling*, Vorsatz, S. 113; *Schroth*, Vorsatz, S. 2 f., 15 ff., 31, 115 f.; *ders.*, JuS 1992, 6; *ders.*, FS Schmoller, S. 174 f.; *ders.*, Begriff, S. 474; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 210, 315, 406 f., 428; *Bockelmann*, GS Radbruch, S. 254; *Gaede*, ZStW 121 (2009), 265 f.; *Hassemer*, GS Armin Kaufmann, S. 294; *Hruschka*, FS Kleinknecht, S. 200 ff.; *Jescheck*, FS Erik Wolf, S. 480; *ders.*, ZStW 98 (1986), 9; *Krauß*, FS Bruns, S. 26; *Lampe*, ZStW 118 (2006), 23 f.; *Ragués*, GA 2004, 258; *Schild*, FS Stree/Wessels, S. 262, 265; *ders.*, FS Rehbinder, S. 134; *ders.*, JA 1991, 52; *Schünemann*, FS Hirsch, S. 371; *ders.*, Chengchi L. R. 50 (1994), 268; *E. A. Wolff*, FS Gallas, S. 206.

628) *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 406 f. — プリットヴィッツ (*Prittitz*, GA 1994, 459) は、この見解について、「自己の概念を自己の目的に従って形成することが許されるべきである刑法は、はじめから不当である [と思われる]」という理由づけによって、批判している。処罰を行う刑事法が目的に拘束されない (zweckfrei) ということは、正当なのであろうか?

629) このように、学問としての心理学は、意図されていない付随結果が「意欲され

意味なものにとどまる。なぜなら、見せかけの心理的知見という疑似自然主義的カテゴリーに方向づけられた説明は、「規範的基準及び関連点なしに常に存在する」⁶³⁰⁾からである。

2. 上位概念としての回避可能性

体系的に閉じられた犯罪論において、主観的帰属の一般的構造の特徴づけは、直前で述べたことによると決定的に、刑罰論の基準に依存している。不十分な刑罰論が帰属論の領域で直面する拒絶は、卓越した体系家であるフォイエルバッハの理論ほどはっきりとわかるものはない⁶³¹⁾。フォイエルバッハの犯罪論は、帰属の諸原則が「刑罰と刑罰法規の概念」から展開されるべきという確信によって担われている⁶³²⁾。故意と過失の理解も、ゲスラーの評価によると、威嚇という彼の「刑法理論」に「ささげられた生贄」⁶³³⁾である。威嚇は、それを実行することを考慮する行為者が少なくとも禁じられて

ゝていた (gewollt)」かどうかという問題について、以下の理由からしてすでに、回答を与えることはできない。すなわち、そのような問いは心理学に提示されることはないという理由である (適切なものとして、*Stuckenberg, Vorstudien*, S. 150; さらに、*Bleckmann, Strafrechtsdogmatik*, S. 79 も参照)。条件付き故意の理論は、専門心理学の面から、「高度に心理学的ではない……空想の産物」と批判されているのは偶然ではない (*Ostermeyer, Strafrecht*, S. 25)。これに対して、この理論は、刑法学者によって、「典型的な立証困難性の帰結」として、「何人も自らを告発する義務を負わないこと (nemo tenetur se ipsum accusare) の機能」として正当化されている (*Krauß, Funktion*, S. 6)。さらに、その他の点で、「構成要件実現の認識と意思」について論じられる場合には、「行為者の精神の中で行われるプロセスのおびただしい簡略化」が問題であり (*Vest, Vorsatznachweis*, S. 94)、心理学は、それを明らかにすることに努めている。しかし、社会的に了解可能で、かつ、実務上処理可能な判断基準を定式化することを目的とする解釈学は、その種の厳格な複雑性の縮減なしには、不可能であろうとされている (*Burchard, Irren*, S. 126 f.)。故意と不法の意識の分離もまた、心理学的な洞察ではなく、見せかけの解釈学的必要性、並びに、包摂における段階的方法を求める実務上の需要に負っているのである (*Krauß, FS Bruns*, S. 26)。

630) *Stuckenberg, Vorstudien*, S. 407.

631) *Binding, Normen*, Bd. IV, S. 216 f. — フォイエルバッハの過失論の展開について示しているのは、*Exner, Wesen*, S. 15 ff.

632) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. XX; ほほ一致する表現として、*ders.*, *Revision*, Bd. II, S. 68. — 一般的に、フォイエルバッハの犯罪論における刑罰目的考慮論の優位性については、上述 S. 58.

633) *Geßler, Begriff*, S. 58. — 同旨、*Storch, Begriff*, S. 5.

いるかもしれないと認識している行為に関してのみ考慮される。すなわち、このことがあてはまらない場合には、当事者は、問題になっている行為を差し控えることを考慮することについてさえもきっかけを有しておらず、動機に関する反対の錘とみなされる刑罰威嚇は空虚なものとなる⁶³⁴⁾。

しかし、「ある義務 (Verbindlichkeit) が、ある人間によって違反」されうるのは、その者が「その義務が自身に負わされている (obliegen) という事」と同様に「その義務が自身が実行する行為によって違反されるということ」も知っている「……場合のみ」であるならば⁶³⁵⁾、そのことから必然的に、構想全体で強く故意に重点を置いていることが導かれる⁶³⁶⁾。したがって、故意だけではなく、過失も、「欲求の、法律に反する決定」を前提にしているが⁶³⁷⁾、不法の意識が、故意犯の場合には違反された刑罰法規そのものに関係づけられるのに対して⁶³⁸⁾、過失の場合には、「適切に努力する義務

634) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 211.

635) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 209.

636) 比較的古い文献からは、*Michelet*, System, S. 76; *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 217; *Storch*, Begriff, S. 4 f.; *Wahlberg*, Schriften, Bd. 1, S. 51 f. — 近時の文献からは、*Greco*, Lebendiges, S. 64; *Hardwig*, Zurechnung, S. 50; *Kaminski*, Maßstab, S. 42; *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 311. — このような帰結の必然性は、とりわけ、フォイエルバッハの友人であり、同志でもあったフォン・アルメンディンゲンが、過失の体系的な独自性を維持し得るためには、威嚇理論を放棄し、特別予防の考えの余地を認めることが強いられるとみていたことに示されている。過失行為者は、「刑罰権の対象となる、平穩ではあるが、無知な、思慮のない臣民である。彼は刑罰権の雷鳴を耳にせず、その雷光は彼を照らすものではない」(*v. Almendingen*, Verbrechen, S. 83)。それゆえ、ここでは、処罰の目的は、「国家社会全体に関する刑罰法規の心理学的支配を維持することではなく、経験によって犯罪者自身に対するこのような支配を作り出すこと」である (aaO, S. 183)。被った害悪を想起させることによって、彼には「将来の同様の諸事例において、熟慮するための刺激が呼び起こ」され、そのようにして「新たな違法行為 (Illegalität) が防止」される、というのである (aaO, S. 115)。同旨、*Stübel*, NACrim 8 (1825), 284 ff., 307; *Baumgarten*, Aufbau, S. 121 f.; *ders.*, SchwZStr 34 (1921), 69; *Löffler*, Schuldformen, S. 9. 妥当な批判として、ビンディングは、フォン・アルメンディンゲンが「刑罰の概念と同様の、犯罪の概念を用いて、濫用している」と非難している (*Binding*, Normen, Bd. IV, S. 225)。より穏やかな表現ではあるが、実質的に一致するのは、*Schlüchter*, Grenzen, S. 57 f.

637) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 207.

638) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 199.

(obligatio ad diligentiam)』⁶³⁹⁾に関係づけられる点でのみ異なっている⁶⁴⁰⁾。もっとも、このような「過失犯の故意的基礎に関する理論 (Lehre von der dolosen Grundlage des culposen Verbrechens)』⁶⁴¹⁾は、動機心理学的にのみ説得力がないというだけではない⁶⁴²⁾。この理論は、刑事政策的観点でも、高い代償を要求している。それによって、認識なき過失が、可罰的な態度の範囲から排除されるだけではなく⁶⁴³⁾、その他の過失犯の不法内容も甚だしく歪められる。この理論によれば、過失による虚偽の宣誓 (刑法163条) から過失による核エネルギー爆発の惹起 (刑法307条2項から4項) に至るまで、常に、同一の義務、すなわち注意義務に違反しているのに対して、結果惹起は、単なる付属物、すなわち可罰性の客観的条件へと引き下げられる⁶⁴⁴⁾。それゆえ、このような思考過程のロジックにあるのは、複数の過失犯が、ただ一つの過失犯——極端な広さの故に、19世紀以降「警察国家思想の典型的な所産」⁶⁴⁵⁾として拒否され⁶⁴⁶⁾、自由的な刑法には不適切である犯罪——によって置き換えられるということである。

639) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 208. —これに関してすでに、上述 S. 307.

640) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 213.

641) *Storch*, Begriff, S. 15.

642) クラインがすでに19世紀初頭に確認していたように、犯罪者は、それによれば「注意していない、あるいは注意を払うことに熟練していないという決定」をしなければならなかったことになろう。クラインが「私は、世界が存在する限り、このような故意は把握されないと考えている。」(*Klein*, ACrim 3 [1801], 134) と要約することは、冷静であると同時に適切である。

643) *Exner*, Wesen, S. 17; *Holl*, Entwicklungen, S. 9; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 72; *Löffler*, Schuldformen, S. 213 f.; *Schlüchter*, Grenzen, S. 51 f.; *Storch*, Begriff, S. 5.

644) *Binding*, Normen, Bd. IV, S. 219; *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 311.

645) *Boldt*, ZStW 55 (1936), 72.

646) このことは、すでにフォイエルバッハと同時代の者にもあてはまる。さしあたり、*Konopka*, ACrim 4 (1802), 36 ff.; *Gebler*, Begriff, S. 56 参照。——20世紀初期の文献からは、*Binding*, Normen, Bd. IV, S. 221 f.; *Boldt*, ZStW 55 (1936), 53 f., 72; *Exner*, Wesen, S. 78 ff.; *Mittermaier*, ZStW 32 (1911), 433. —今日の学説からは、*MK-Duttge*, § 15 Rn. 29; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 14; *Jakobs*, Studien, S. 110; *Arthur Kaufmann*, Parallelwertung, S. 14 f.; *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 359 f.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 72; *T. Walter*, Kern, S. 438 f.; *Gaede*, ZStW 121 (2009), 273. —もっとも、このような犯罪の創設に賛成するのは、1936年草案16条2項; *Oeker*, GS 93 (1926), 47; *Lang*, ZStW 63 (1951), 348 f.; 同様の傾向を示すものとして、*Koriath*, Jura 1996, 120.

しかしながら、「過失において故意を追求すること (Jagd)」⁶⁴⁷⁾——より慎重に表現すると、主観的帰属の諸前提を故意という模範から展開する傾向——は、予防論者フォイエルバッハに限られることではない。応報論的に方向づけられた論者たちも、彼らが発点とする刑罰論の立場からすると、威嚇論者と真っ向から対立するにもかかわらず、時折、同様の一面性へと向かう傾向にある。彼らが、法秩序の要請に対して行為者が意図的に拒否することを、犯罪の構成要素であるとみなすことを強調すればするほど、過失とりわけ認識なき過失に、彼らの体系において場所を認めることがより困難になる⁶⁴⁸⁾。

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

648) 適切なものとして、*Dohna*, ZStW 32 (1911), 330. —確かに、過失の刑事上の性格をすべて否定するという帰結は、比較的古い文献において時折見出される」(たとえば、*Hommel*, Werk, S. 15 f.; *RoBhirt*, NACrim 8 [1826], 379; *Temme*, Lehrbuch, S. 151 f.; *Lasson*, System, S. 532; *Baumgarten*, Aufbau, S. 116 ff.; *ders.*, SchwZStr 34 [1921], 66; *Galliner*, Bedeutung, S. 29; 近時批判的なものとして、さらに *T. Walter*, Kern, S. 128 ff., 164; *Koriath*, Grundlagen, S. 656 ff.; *ders.*, FS Jung, S. 408 f.)。これに対して、たびたび、過失の処罰を認識ある過失に制限することが認められる(このような趣旨を示すものとして、たとえば、*v. Buri*, Causalität, S. 28; *Hertz*, Unrecht, S. 155 ff.; *Kohlrausch*, Irrtum, S. 33 ff.; *ders.*, Schuld, S. 194 f., 197, 208 f.; *Thon*, Rechtsnorm, S. 78 ff. Fn. 20; 近時の学説からは、*Köhler*, AT, S. 171 ff., 177 ff., 191, 200 ff.; *ders.*, FS Hirsch, S. 74 ff.; *ders.*, Recht, S. 62; *Bockelmann*, Aufsätze, S. 213 ff.; *Arthur Kaufmann*, Unrechtsbewußtsein, S. 98 f.; *ders.*, Schuldprinzip, S. 162; *ders.*, Jura 1986, 231 f.; *Rath*, Rechtfertigungselement, S. 532, 651; *Wrage*, Grenzen, S. 350; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 407; *Seelmann*, Rechtsgutskonzept, S. 265; *G. Wolf*, FS Puppe, S. 1070, 1077 ff.; 同様の傾向を示すものとして、*Kelker*, Legitimität, S. 419 f.)。しかし、そのような過失犯の処罰の制限は、外面的なことに拘泥するものであり、犯罪体系的に正当化することはできない。犯罪者が、法に忠実で、合理的な決定をする市民に対して、当該態度を差し控えることを動機づけることになるであろうという認識を有していたにもかかわらず、実行することを決断したかどうか——認識ある過失の現象類型——、あるいは、先行する努力を怠っていたために、犯罪者にはすでにこのような認識が欠けていたかどうか——認識なき過失の現象類型——は、規範的に重要ではない(同旨、*Saffeling*, Vorsatz, S. 263 f.; *Kindhäuser*, JRE 2 [1994], 345 f.)。認識ある過失は、通常、より重大といえる事例ですらない(異なる見解として、*Beling*, Unschuld, S. 58; *Roth*, Strafbarkeit, S. 78; *Webel*, Strafbarkeit, S. 189 f.; *Arzt*, GS Schröder, S. 128; 同様の傾向を示すものとして、*Roxin*, AT 1, § 24 Rn. 68)。「慎重かつ博識な人間は、起こりうる結果の表象が軽率な者や教養のない者に欠けている諸事例において、このような表象をもってしばしば行為する。しかし、そうだからといって、彼の不注意の程度がより大きなものであるとは限ら

今日の学説において、このような立場⁶⁴⁹⁾と同様の思考方法を示すのは、ケーラーの説である。ケーラーは、カントに依拠しているが、実質的には、自由的な法秩序では「行動する主体の法理性的な自己規定は、原則的に法規範とともに〔構成する〕」⁶⁵⁰⁾というルソー的な前提を出発点にして、犯罪を「主観・客観の普遍性要求からなる法の妥当性の行為による否定」⁶⁵¹⁾と理解している。しかしながら、このような「基礎的・普遍的な妥当性の否定」については、「法関係の共通根拠として規範を省察している主体の意識的な反対決定の」諸事例においてのみ論じられうとする⁶⁵²⁾。「なぜなら、法的な行為格率を意識的に自己否定することによってはじめて、普遍性に対して発生した客観的な根本的矛盾は、主体の矛盾でもあり、自らに刑罰自体を招来させるからである。」⁶⁵³⁾ケーラーによれば、主観的帰属は、「現実的な主観的妥当遂行 (Geltungsvollzug)」⁶⁵⁴⁾を前提にしており、主観的帰属内部で故意に「構成的な地位」が与えられ⁶⁵⁵⁾、かつ認識なき過失の処罰は不法なものであるという不可避な帰結を伴っている⁶⁵⁶⁾。

法秩序に対する現実的かつ意識的な反抗という行為類型にこのように焦点を合わせる

ゝらない。」(v. Hippel, ZStW 31 [1911], 584) ——比較的古い文献において同旨であるのは, *Dohna*, ZStW 32 (1911), 327; *P. Merkel*, Grundriß, S. 130. ——近時の文献からは, *Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 53; *LK-Vogel*, § 15 Rn. 149; *NK-Puppe*, § 15 Rn. 9; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 22 Rn. 66; *Jakobs*, AT, 9/3; *ders.*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, S. 32; *Jescheck/Weigend*, AT, § 54 II 1 (S. 568 f.); *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 43 Rn. 21; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 15 Rn. 33; *Hübner*, *Entwicklung*, S. 103 f.; *Roeder*, *Einhaltung*, S. 47; *Sauer*, *Strafrechtsdogmatik*, S. 149, 215; *Schlüchter*, *Grenzen*, S. 84; *Hirsch*, FS *Limpe*, S. 535; *Hruschka*, FS *Bockelmann*, S. 429; *Koch*, ZIS 2010, 181; *Schroeder*, ZStW 91 (1979), 266; *Tenckhoff*, ZStW 88 (1976), 904 ff.

649) レフラー (*Löffler*, *Schuldformen*, S. 221) は、この立場を、痛烈であるが、適切に、「何者も自らのお気に入りの理念を放棄することができない理論家の恐ろしい帰結」と特徴づけている。

650) *Köhler*, FS *Hirsch*, S. 71.

651) *Köhler*, FS *Hirsch*, S. 74.

652) *Köhler*, FS *Hirsch*, S. 81; 同旨, *ders.*, AT, S. 179.

653) *Köhler*, AT, S. 349.

654) *Köhler*, FS *Hirsch*, S. 70.

655) *Köhler*, FS *Hirsch*, S. 72; すでにそのことを示すものとして, *dens.* (*Fahrlässigkeit*, S. 334) を参照。故意は「人的不法の主たる形式」である、とされている。

656) これに関する文献については、上述 S. 369 f. Fn. 648. ——不法の意識の解釈についてのケーラーの見解の帰結については、上述 S. 305 f. Fn. 314.

ことは⁶⁵⁷⁾、自由的存在形式の諸条件の不十分な考慮に基づいている⁶⁵⁸⁾。ホブスの記述によれば、戦争の本質は、実際の戦闘行為にあるのではなく、反対のことが保証されない期間に、それについての明らかな準備をすることにある。「それ以外のすべての期間が、平和である。」⁶⁵⁹⁾ 自由性(Freiheitlichkeit)という状態も、——どのような理由であれ常に——意識的な規範侵害に至らない(あるいは、少なくとも例外的な場合)にのみ至る)時点の経過としてのみ記述される場合には、適切には特徴づけられているとはいえない。むしろ、個人がその法的地位の現実の価値性を信頼できることが必要である。しかし、個人がこのような信頼を抱くことができるのは、自身の法仲間(Rechtsgenosse)が、通常、管轄違反的態度を避けるように努める⁶⁶⁰⁾ということを知っている場合のみである。それゆえ、努力の欠如それ自体を処罰することは、自由な法秩序にとってあまりふさわしいものではないとしても⁶⁶⁰⁾、——恐れずに言えば——自由機能的にアプローチする主観的帰属の理論は、かのような努力責務の不十分な履行という思考をその出発点に定めることを回避することはできない⁶⁶¹⁾。以上によれば、行為者が、法的忠誠

657) 故意犯が犯罪論の基本現象とみなさなされるということを、最近では、*Bung*, Wissen, S. 178 が確認している。

658) 上述 S. 104 ff.

659) *Hobbes*, *Leviathan*, 13. Kapitel (S. 96).

660) これに関して上述 S. 307 f., 369.

661) これに対して、ブンク(*Bung*, Wissen, S. 113)は「帰属を、人が意欲していたものではなく、人が意欲しなければならなかったであろうものに結びつけるということ」は、「リベラルな刑法の意味においては、確実にあり得ない」と主張している。この際、彼は、自由な秩序が法・権利性に関する市民の持続的な努力なしに生き延びることはできないということを見落としている。さもなくば、国家の監督及び介入権限を力づくで拡大することが回避されないことになる。この帰結は、まさにリベラルな国家と正反対なものであろう。これに関して、上述 S. 105 f.——カーロ(*Kahlo*, *Handlungsform*, S. 54)は、回避可能性のアプローチを非難しており、同アプローチは、「人格間における社会实践は、回避される、及び／又は、回避されない状態、そして事象経過という世界を形成するのではなく、……『侵害の意味』によって変化させられたものであろうと、本来的には、有意味的に形成された『現実』であるということ」を見誤っているとす。現象学的所見として、これは適切であるかもしれない。本文で論じられたことによれば、それは特殊規範的な問題を見過ごしている。——同様のことが、故意行為者は回避のための動機を有しているのではなく、反対に実現のための動機を有しているというザッファリンクの異議(*Safferling*, *Vorsatz*, S. 198)にも妥当する。さらに、この主張は、一面的に、意図行為者(Absichtstäter)を念頭に置いている。

(Rechtstreue) であろうと努める自身の責務を秩序にかなって履行する際に、自らの誤った態度を回避できたであろう場合に、行為規範に反する行為は、義務違反として行為者に帰属可能である。それゆえ、フォイエルバッハとケーラーの故意のモデルの方向づけに対して、主観的帰属の基本構造は、過失の解釈学に由来する基準を手がかりに記述し直されなければならない⁶⁶²⁾。

このような物の見方は、決して新しいものではない。過失だけではなく、故意も、努力義務の懈怠を基礎にしているという洞察は、すでに19世紀に一部で検討されており⁶⁶³⁾、20世紀初頭に一連の重要な業績においてまとめられた⁶⁶⁴⁾。それによると、すべての責任は、「構成要件該当結果の表象が反対動機になることが可能であり、なるべきであった」が、そうならなかったことに基づいている⁶⁶⁵⁾。過失行為者は、自身の行為

662) 上述 S. 302 ff.

663) たとえば、クラインシュロート (*Kleinschrod, Entwicklung*, § 26 [S. 58]) は、課されている努力 (*Fleiß*) を怠ることは、過失で生じうるだけではなく、故意でも生じうると主張する。*マルティン (Martin, Lehrbuch*, § 32 [S. 70]) は、「ある人が、正当に、自身の行為を責任に帰属させられる最終的な根拠は、自身の理性を適切に使用することによって、その時点で評価されるべき、自身が行う個々の義務違反性を回避する能力を使わないことに依拠している」と述べている。*ツェルプスト (Zerbst, ACrim [N.F.] 23, [1856], 419 f.)* は、故意と過失の共通の要素は、「持続的に、犯罪行為を実行しないこと、違法な結果を惹起しないことに向けられた意思を持つ」という国家市民的義務の違反に存在する、という。——フォン・ヴィックはこの考えを最も詳細に展開している。すなわち、「刑罰法規は、刑罰によって威嚇されている行為を実行することを禁じている。より適切に言い換えれば、刑罰法規は、その行為を回避することを命じている」と述べている (*v. Wick, ACrim [N.F.] 46 [1857], 581*)。さらに彼は次のように言う。人の意思は、二重の方法でこのような命令に服従しないことが可能である。人は、禁じられた行為を回避しないという意思を有していることがあり得る。そこに故意が存在する。しかし、単に、行為者には、可罰的な行為を回避するという意思が欠けているということもあり得る。この場合が過失である (*aaO, 581 f., 600*)。

664) 特に挙げておかなければならないのは、*Binding, Normen*, Bd. IV, S. 341, 350; *Exner, Wesen*, S. 170, 232 f.; *Engisch, Untersuchungen*, S. 231 ff., 267, 348, 406; *M. E. Mayer, Handlung*, S. 151 ff.; *ders.*, *ZStW 32 (1911), 511 ff.*; さらに、*Dohna, GS 65 (1905), 314*; *Mittermaier, ZStW 32 (1911), 425 f.*——法的意味の責任は「『主観的関連』ではなく、一般的な予見可能性」であり、それゆえ、法的責任は「[故意よりも：著者ミヒャエル・パヴリックによる補足] はるかに純粹に、ある種の過失犯において」体现しているということ、*Hold v. Ferneck, Idee*, S. 55, 91 も強調している。

665) *M. E. Mayer, ZStW 32 (1911), 514*。——同旨、*Pietsch, Gesichtspunkt*, S. 94。

によって、自身が法的に保護された他者の利益を軽視するという、すなわち、自身の義務がそのことを要求しているように評価していないということを示すとされる⁶⁶⁶⁾。同様なことが故意犯にも妥当するとされる。ここでは、同様に「すべての責任は……行為者が法益の保全を法が要求しているほど高く評価しておらず、それを法的に承認されていない自らの利益よりも劣後させている……という点に」⁶⁶⁷⁾認められる。犯罪論を、目的的に形成する世界把握のモデル (Modell zweckhaft-gestaltender Weltbemächtigung) から展開しようとし、それによって不法を一定の目的設定の実現に見出す目的的行為論は⁶⁶⁸⁾、このようなアプローチを展開することはできなかった。もっとも、近時の学説において、状況は変化しつつある。正当にも、そこでは、行為規範違反⁶⁶⁹⁾並びに回避可能性⁶⁷⁰⁾の要件は、同様に故意と過失に妥当するということが大

666) *Exner*, Wesen, S. 170.

667) *Exner*, Wesen, S. 232 f.

668) 当然の帰結として、ヴェルツェルは、故意を行為者の実際の意図と一致させることになった (*Welzel*, Strafrecht, S. 62, 64 ff. 参照)。

669) *MK-Freund*, Vor §§ 13 ff. Rn. 270; *ders.*, AT, § 5 Rn. 18; *ders.*, Unterlassen, S. 167; *ders.*, GA 1991, 404; *ders.*, FS Maiwald, S. 211 ff.; *MK-Hardtung*, § 222 Rn. 1; *ders.*, Versuch, S. 174 f.; *NK-Puppe*, § 15 R. 5; *dies.*, FS Otto, S. 398; *Frister*, AT, § 12 Rn. 2; *Gropp*, AT, § 12 Rn. 70 ff.; *Frisch*, Verhalten, S. 40; *ders.*, Straftat, S. 172 f., 197; *Helmert*, Straftatbegriff, S. 275; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik, S. 289; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 20 ff., 162; *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 224 ff., 259; *Röttger*, Unrechtsbegründung, S. 61; *S. Walter*, Pflichten, S. 102 f.; *Bohnert*, ZStW 94 (1982), 78; *Burkhardt*, Verhalten, S. 128; *Dehne-Niemann*, GA 2012, 93 ff.; *Herzberg*, JR 1986, 7 f.; *ders.*, JuS 1996, 381; *ders.*, GA 1996, 14; *ders.*, GA 2001, 570 f.; *ders.*, FG BGH, S. 60, 70; *ders.*, FS Jakobs, S. 170; *Jakobs*, FS Hirsch, S. 53; *ders.*, FS Nishihara, S. 120 f.; *Krauβ*, ZStW 76 (1964), 47 f.; *Küper*, GA 1987, 505; *Mitsch*, JuS 2001, 107 f.; *Murmann*, FS Herzberg, S. 123 f.; *Putzke*, 2. FS. Roxin, S. 434; *Schild*, FS Jakobs, S. 604 f.; *Schmoller*, ÖJZ, 1984, 657 f.; *Wolter*, 140 Jahre GA, S. 317.

670) *LK-Vogel*, § 15 Rn. 19; *Jakobs*, AT, 9/2, 4; *ders.*, Studien, S. 47; *ders.*, Zurechnung, S. 67; *Otto*, AT, § 10 Rn. 2; *Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 143, 174 f.; *Hardwig*, Zurechnung, S. 120, 133; *Hardtung*, Versuch, S. 175 f.; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik, S. 339 f., 398; *Hsu*, Doppelindividualisierung, S. 157 f.; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 45 f.; *Wolter*, Zurechnung, S. 30, 42 f.; *Herzberg*, JuS 1996, 383; *ders.*, FG BGH, S. 60 f.; *Kindhäuser*, JRE 2 (1994), 343; *ders.*, GA 1994, 203, 208; *ders.*, Logik, S. 93 f.; *ders.*, FS Hruschka, S. 530 f.; *ders.*, FS Eser, S. 353 ff.; *ders.*, GA 2007, 451 ff.; *ders.*, FS Puppe, S. 59 f. — 比ノ

いに強調されており、それゆえ、故意不法は、過失不法とおおよそ異なるものではなく、同じ性質のものなのである⁶⁷¹⁾。

グロールマンによって形成された対概念は、このようなプラス・マイナスの関係を、きわめて的確に表している。グロールマンは、故意と過失の帰属形象を、刑罰法規に對するそれぞれの行為者の立場を手がかりにして区別する。故意的に行為する行為者は、「敵対」的な態度を示しているのに対して、過失の行為者は、単に「法律に対する友好性の欠如」を示している⁶⁷²⁾。それゆえ、敵対性は、加重された友好性の欠如とは何ら異ならないので、故意不法は、加重された過失不法を意味する。しかし、どこに加重するモメントが存在するのか、法敵対性と法友好性の欠如の限界は、実際に、伝統的な故意と過失の区別と一致するのであろうか？以下の論述は、この問題を検討する。

(佐竹宏章 訳)

↘ 較的古い文献からは、*H. Mayer*, *Strafrecht*, S. 291 f.; *ders.*, *AT*, S. 244.

671) *MK-Freund*, *Vor §§ 13 ff. Rn. 270, 273*; *ders.*, *AT*, § 7 Rn. 39; *ders.*, *FS Küper*, S. 80; *ders.*, *FS Maiwald*, S. 215 Fn. 13; *MK-Hardtung*, § 222 Rn. 1 f.; *ders.*, *Versuch*, S. 177; *NK-Puppe*, § 15 Rn. 5; *dies.*, *AT*, § 7 Rn. 2; *dies.*, *FS Otto*, S. 398, 401; *SK-Hoyer*, *Anh. zu § 16*, Rn. 3, 5; *Jakobs*, *AT*, 9/4; *ders.*, *GA* 1971, 260; *Schmidhäuser*, *AT*, 10/78; *ders.*, *JuS* 1980, 251; *Bleckmann*, *Strafrechtsdogmatik*, S. 14; *Kramer-Bax*, *Verhaltensunrecht*, S. 12 f. Fn. 13, 46; *Lippold*, *Rechtslehre*, S. 277; *Gössel*, *FS Bruns*, S. 48; *Herzberg*, *GA* 1996, 14; *ders.*, *GA* 2001, 570 ff.; *ders.*, *NStZ* 2004, 595 ff.; *ders.*, *FG BGH*, S. 61; *ders.*, *FS Schwind*, S. 320; *Otto*, *FS Peters*, S. 378 f.; *Schild*, *FS Jakobs*, S. 604, 607. — 哲学的視点からは、*Seebaß*, *JRE* 2 (1994), 392 f. — すでに同様のことを述べていたのは、*H. Mayer*, *Strafrecht*, S. 292; *Hall*, *FS Mezger*, S. 241; *ders.*, *Fahrlässigkeit*, S. 21, 62 (故意は「硬直化した過失 (verkrampte Fahrlässigkeit)」というみごとな表現を用いている); *Hardwig*, *ZStW* 78 (1966), 3; *Oehler*, *FS Sauer*, S. 272; 実質的に同様な見解として、*Krauß*, *ZStW* 76 (1964), 48.

672) *Grolman*, *Begriffe*, S. 28. — 的確であるのは *Stübel*, (*NACrim* 8 [1825], 294) : 「前者は悪い (böse) ものであり、後者は単に弱い (schwach) ものである。」 — 比較的古い文献において、相当数の類似の表現が見受けられる。ビンディングによれば、故意行為者は「法に対する敵意のある攻撃」を実行しているのに対して、過失行為者は、「法的義務に対する、このような……根本的な敵意を欠いている」(*Binding*, *Normen*, Bd. IV, S. 453)。ベッカーの表現では、故意と過失は、「直接的な抵抗と不完全な服従」と同様に、相対している (*Bekker*, *Theorie*, S. 332)。ペーリングは、「不忠誠な行為」を、「忠誠的な、そして単に義務に注意を払っていない違法な行為」と対置する (*Beling*, *Unschuld*, S. 34)。