

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(20)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

玄 守道 (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 (以上、67巻6号)
 - III. 法敵対的な刑事不法の概要
 1. 法敵対性の概念
 2. 意思的構成要素の不要性 (以上、68巻1号)
 3. 帰属判断の基準人：理性的な市民
 - a) 間接故意から未必の故意へ (玄守道) (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

Ⅲ. 法敵対的な刑事不法の概要（承前）

3. 帰属判断の基準人：理性的な市民

a) 間接故意から未必の故意へ

「玉虫色の内容」⁷¹⁹⁾と「その知的な装いの無邪気さ」⁷²⁰⁾のため嘲笑された、間接故意という法制度⁷²¹⁾の、哲学的にもっとも野心的な擁護は、ヘーゲルに由来する。これまでの基礎付けの試みとは違い、ヘーゲルは、何らかの実用的な考慮、例えば証明問題ではなく、文字通りその弁証法（Dialektik）の核心へと導き、そして今日、「遂行的な矛盾」という名称の下で知られているところの論証形態に依拠している⁷²²⁾。遂行的な矛盾は、そこにおいて記号の意味と使用が異なることによって示される⁷²³⁾——ヘーゲル独自の用語では、概念並びに判断の形式によって含意されているものと明示的に主張されているものとの間の相違が存在するとされる⁷²⁴⁾。この構造は、ヘーゲルによれば次の場合に存在する、すなわち、行為する者として常にまた思考する者であり、そのような者として、「行為という事柄の普遍的なるもの⁷²⁵⁾を認識している」ことが期待されるべきところの理性的人間が、自己の行為の典型的な結果に対して心を閉ざしているという場合である。当該現象は「絶対的偶然ではなく、自己の内心の一般の本質の顕現」⁷²⁶⁾であるために、理性的な人間は、彼が自己の行為で呼び出すところの連関を認識すべきとされるのである⁷²⁷⁾。すなわち、「分散（Zersplittern）は私には断たれているのである」⁷²⁸⁾。個別化という視点に固執することは、ヘーゲリアーナーであるケストリ

719) *Hardwig*, ZStW 78 (1966), 28.

720) *Grossmann*, Grenze, S. 48.

721) 学説史について教えるのは、*Klee*, Dolus, S. 4 ff.; *Schaffstein*, Lehren, S. 110 ff.; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 542 ff.

722) ここでのヘーゲル解釈は、*Hösle*, System, S. 198 ff.の説明に従っている。——類似のものとして、*Seelmann*, Ebenen, S. 86.

723) *Müller*, Wille, S. 10.

724) *Hösle*, System, S. 198.

725) *Hegel*, Vorlesungen Bd. 3, S. 367 (Nachschrift Hotho).

726) *Hegel*, Vorlesungen Bd. 3, S. 366 (Nachschrift Hotho).

727) *Hegel*, Vorlesungen Bd. 4, S. 326 (Nachschrift v. Griesheim).

728) *Hegel*, Philosophie des Rechts (Vorlesung 1821/22), S. 117.

ンの言葉によれば、「本質的に思考するもの、つまり普遍的なるものとしての」「主観的精神という概念それ自体に対する矛盾」⁷²⁹⁾である。「自己の故意の主観的に意思的な程度が自己の犯行の帰属の程度ではありえないということ」を認識したとされるところの者は、それゆえ「事態の客観的な性質の点に〔……〕自己の法的な答責性の程度を」見出すとされる⁷³⁰⁾。これらのこと、すなわち行為する者が「自己の行為に固有の客観的性質に内在する結果を自ら拒否しない」とことと、この結果がそれゆえ彼に帰属されうるということは⁷³¹⁾、ヘーゲルにとつてと同様にすでにケストリンにとつても、間接故意を主張するその基礎に置かれるところの、「まったく正当な考え」である⁷³²⁾。

729) *Köstlin*, Revision, S. 304.

730) *Köstlin*, System, S. 182.

731) *Hegel*, Vorlesungen Bd. 3, S. 366 (Hotho) 参照。

732) *Köstlin*, System, S. 192; *Hegel*, Grundlinien, § 119 A, Werke Bd. 7, S. 224 参照; *dens.*, Vorlesungen Bd. 3, S. 367 ff. (Nachschrift Hotho); Bd. 4, S. 326 f. (Nachschrift v. Griesheim).—それに対して、ケーラーは (Fahrlässigkeit, S. 202)、ヘーゲルの「意図の法・権利」を、すべての客観化する行為結果の帰属に対する防波堤として理解する。道徳的主体はヘーゲルによれば、「彼の主観的な目的にあるものでかつその限りでのみ、彼のものとして帰属される」権利を有するとする。この抽象的な主観主義は、ヘーゲルの思考経過の核心、すなわち、理性的なものとして承認されるよう要求をする者は、そこでは必然的に、その社会において理性的な市民の振る舞いに当てがわれるのが常であるところの解釈基準の下にいるという見解から逸れている。「意図と主観的自由の法は」、すでにヘーゲルの弟子のミシェレが強調したように、この種の帰属によって決して危殆化「されない」。「というのも、行為の一般的な性質は、個々の事情のように人間に外部から与えられるであろうところの感覚的なものではなく、彼固有の内的なもの、すなわち思考する者であるために、行為の一般的な性質は常に彼の中にあるからである。それを思慮と熟慮を通じて意識することだけが重要である。このことは人間の最高度の義務なのである。というのも、彼は感覚的な個別者としてではなく、思考する者として、つまり一般人として振る舞わなければならないからである」(*Michelet*, System, S. 88) 行為する主体の、彼が行為と関係を持つところの普遍性に関与することを〔……〕真剣に受け止めれば、シュトゥビンガーとともに結論はなおいっそう「主観的帰属」として示されるかもしれない (*Stübinger*, Idealisiertes Strafrecht, S. 331)。いずれにせよ、この主観性は、カテゴリー上、心理主義の主観性と区別される。——ケーラーの師匠である E. A. ヴォルフは、なるほど、理性的な意思の給付を、それが行為の全体連関、つまりその「普遍性」を把握する点に見出している (*E. A. Wolff*, FS Gallas, S. 214 ff.)。しかしながら、彼はまた、ヘーゲルの客観化プログラムに対して広範な主観主義的な留保を次のように定式化している。すなわち、自己の態度の危険を知る行為者が、大きかろうが小さかろうが一般的な危殆化それ自体の中にある活

同時代の刑法学において、ヘーゲルとケストリンの考察はいかなる成果ももたらさなかった⁷³³⁾。ケストリンは、悪名高い間接故意を擁護することはおよそ展望のない目論みであると明らかに認めた⁷³⁴⁾。間接故意論の信用失墜に対して責任を負うのは、まず第一にフォイエルバッハであった⁷³⁵⁾。「過去の形而上学的にあれこれ考えること」に対して、フォイエルバッハは、「偏見にとらわれない観察という真理」に依拠した⁷³⁶⁾。これに関する能力は、第一に、刑法にとって最も重要な補助科学の一つとしての心理学によって刑法に媒介されるとする⁷³⁷⁾。フォイエルバッハによって進められた帰属論の心理学化の背景にあったのは、またもや刑罰に関する彼の威嚇理論であった。威嚇のメカニズムは、計算する人間 (homo calculans) を前提としており、この者は関連するすべての演算数の現実の認識を必要とする。それゆえ、フォイエルバッハは一貫して、被告人が「現に意欲した」⁷³⁸⁾、つまり彼が実際に自己の表象内容に受け入れた結果だけが故意の検討の基礎に置かれてよいと強調した。このことからの帰結は、明らかである。すなわち、「間接故意というものは考えられないのである」⁷³⁹⁾。

フォイエルバッハの心理主義は、「心理学者であること」⁷⁴⁰⁾と、「行為する者の精神 (Seele) への発見の旅を試みること」⁷⁴¹⁾が、「刑法学者にとって最高の名声」とみなさ

↘動 (Leben) を正当とみなす限り、彼は故意に行為していない (aaO, S. 221)。それゆえ、軽率な者と注意深い者は、「理解の比較の意味において同様の危険認識を有する場合であっても、「何かしら異なること」を行為しているとされる (aaO, S. 222)。普遍性に対して、許された危殆化と許されない危殆化との間の限界に関する個々の理解に依拠させることについての、個人的権限は、ヘーゲルの制度的思考と、ケーラーの解釈よりもなおいっそう一致しないのである (ヘーゲルの法の錯誤に対する厳格な立場について、上述 S. 313.)。

733) *Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 278.

734) *Köstlin*, Revision, S. 295.

735) *Hemmen*, Begriff, S. 35; *Klee*, Dolus, S. 21; *Schaffstein*, Lehren, S. 131; *Storch*, Begriff, S. 34. — 比較的近時の文献から、*NK-Puppe*, § 15 Rn. 17 ff.; *dies.*, Vorsatz, S. 42 Fn. 87; *Greco*, Lebendiges, S. 62; *Köhler*, Fahrlässigkeit, S. 27; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 61 f.; *ders.*, JA 1997, 804 f., 809.

736) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 196.

737) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 193.

738) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 60 (S. 116).

739) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 60 (S. 116).

740) そのように述べるのは *Gönner*, Revision, S. 26.

741) 論争的な性格付けをしているのは、*v. Bars*, ZStW 18 (1898), 551 である。

れた時代の流れの下にあったために、威嚇思考への彼の信仰告白以上に活力のあるものであった⁷⁴²⁾。間接故意論の拒否のため挙げられた根拠は——その多くは簡潔でかつ断定的である——19世紀半ば、刑法学者の大多数から、どの程度、ヘーゲルの思弁的概念性が遠ざかっていったのかを認識させる。クルーク (Krug) の説明が例証的である。いかなる予断も抱かない者が、自己の行為の不都合な結果を蓋然的なものとみなしたとしても——具体的な行為者が「この結果を予見しかつ意図したことを、そうはいっても我々は、次のような場合にのみ主張しうる。すなわち、一般的かつ客観的で、事態の通常の経過から得られる考慮が、彼にも蓋然性の印象を与えた」⁷⁴³⁾場合である。独自の実質的な概念としての間接故意はそれゆえ、「完全に放棄されなければならない」⁷⁴⁴⁾とする。

もっとも、すでにクラインシュロートは、間接故意をその基礎に置く事例形態を心理主義的な用語を用いることによって把握する試みを行っていた。クラインシュロートによれば、私は自己の行為から容易に結果が生じうることを予見しなければならず、私はこの結果を主としてまったく望んでいないが、しかし私の行為もまた差し控えない場合、つまり「結果が招来されるとすれば」、その結果を認容している場合、私は何かしらを間接的に意思しているのである⁷⁴⁵⁾。間接故意の犯罪者は、すなわち「自己の行為を止めるよりも行うのがより好ましいものとして意欲するものとされ、そして、重要なのは、この結果がその行為から生じるのかあるいは生じないのか、であるとされる。彼は結果の考慮においてそれが生じるのかどうかにつき無関心である。自己の行為が、彼がそれをあえて行い、それが異ならないとすれば、悪しき結果がそこから生じることについてなるようになることを意思するほどに彼にとって重要である」⁷⁴⁶⁾。

742) NK-*Puppe*, § 15 Rn. 19.——いまや「低級な」ものとされる間接故意への転換に対する「心理学の目覚め」が有する意味を力説するのは、*Grossmann*, Grenze, S. 55.

743) *Krug*, Dolus, S. 32.

744) *Krug*, Dolus, S. 36.

745) *Kleinschrod*, Entwicklung, § 18 (S. 40 f.).

746) *Kleinschrod*, Entwicklung, § 18 (S. 41).——「心理学的な誤り」として、クリスティアニ (*Christiani*) (Niedersächs. Archiv 1 [1788], 8) はこの叙述を批判された。「経験が教えるのは、人間は非常にしばしば、結果が重大な蓋然性でもって予見される場合でさえ、同時にその結果を意欲することなく、行為を意欲するということである。人間は、この種の事例において、結果は発生しないだろうと望み、そして、望んだことを願い、容易に信じる」(aaO, 9)。このことは、多くの行為

間接故意のタイトルの下で、クラインシュロートは、のちの著者達が未必の故意を特徴づけるために用いることになることの大部分を先のスローガンによって表わしていた⁷⁴⁷⁾。

フォイエルバッハは、間接故意論の狙いをクラインシュロートと全く同じように理解していた。間接故意がその把握のため展開された事例は、次のとおりである。すなわち、犯罪者がある特定の法律に反する効果を将来しようとするが、しかしその行為から、当該犯罪者が蓋然的あるいはともするとありうるものとして予見しえたしかつしなければならぬところのより一層の可罰的な効果が生じる、というものである⁷⁴⁸⁾。犯罪者が違法な効果の彼にとってありうるものとの予見にもかかわらず、「自己の行為を止めなければ、彼はその結果を認容している、是認している。というも、彼が当該結果を、行為を行わないことによって回避しようとするれば、自己の法律に反する意図を達成しえないからである」⁷⁴⁹⁾。もっとも、自らによって主張された故意の目的行為への限定⁷⁵⁰⁾に基づいて、彼はこの是認を故意として分類することができなくなるとみていた⁷⁵¹⁾。故意概念のこの限定は理論的に基礎づけられていないことをフォイエルバッハはしかしながら自己の友人でかつ同僚のフォン・アルメンディンゲンによって次のように非難されていた。すなわち、「私が行為のありうるあるいは蓋然的な因果連関を予見し、それでもなお行為を行う場合、私はこの因果連関を意欲した」のであり、したがって故意に行為したのである⁷⁵²⁾。フォイエルバッハの刑法解釈論以後は単にフォイエルバッハとフォン・アルメンディンゲンの分析を相互に結び付けなければならなかったにすぎず、すでに間接故意から未必の故意への変換は果たされたのである⁷⁵³⁾。

ㄨ者の心理状態に、クラインシュロートの説明よりも正確に当てはまるであろう。しかしながら、この点に、あらゆる心理学的な故意論の規範的な弱点が際立って明らかになる。すなわち、そのような免責メカニズムで安心する行為者が、刑法上の優遇に値するのかどうかということは、ここでの見地からはもはや問題として提起されない。

747) 同様の態度をとったのは、一世代後の *Mittermaier*, NACrim 2 (1818), 526 である。

748) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 234. — 同旨 *Stübel*, System, Bd. II, § 291 (S. 74 f.).

749) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 235.

750) 上述 S. 374.

751) *Feuerbach*, Betrachtungen, S. 235. — 同旨 *Stübel*, System, Bd. II, § 293 (S. 77).

752) *v. Almendingen*, Verbrechen, S. 46. — 同旨 *Salchow*, Lehrbuch, § 61 (S. 42).

753) ベーマー (この点につき、*Scheffler*, Jura 1995, 352 ff.) と並んで未必の故意の

故意論に新たな、「両親に心配ばかりかける子ども (Schmerzenskind)』⁷⁵⁴⁾が生まれたのである。

構成的な観点において、間接故意と未必の故意は確かに相互に根本的に異なる。しかしながら、間接故意論の成立に至った問題は継続していたために、未必の故意は実質的には(少なくとも部分的に)忌み嫌われた間接故意の代替物として機能した⁷⁵⁵⁾。クラインシュロートとフォイエルバッハにおいてだけでなく、新たな故意のカテゴリーを基礎づけた者たちにおいても、この類似の関係は、ときおり明白にされうる。ヘンケは確かに未必の故意と間接故意の相違を強調した⁷⁵⁶⁾。現実になった結果を予見しそれを認容した者にだけ、未必の故意は認められうるとした⁷⁵⁷⁾。しかしながら、行為者が結果を認めていないし、ましてや予見していなかったと主張する場合には、どうなるのか? この場合において、「行為者の意図を彼の行為から認識すること」⁷⁵⁸⁾以外の異なるものはなにも残されていない。「犯行、すなわち行為と、通常あるいは必然的なものとして生じるところの、その結果との因果連関の諸事情が〔……〕犯罪者の嘘を〔暴露する〕場合、彼はそれゆえ故意行為者として処罰されるのである⁷⁵⁹⁾。古い間接故意の明白に規範的な特徴は、行為者の実際の意思に依拠することの背後に隠されたのである。もちろんそれは、たいていの場合、諸徴表を手掛かりにして推論されなければならないのだが。すなわち間接的に証明された故意が間接故意にとってかえられた

↘創始者のひとりとみなされているところの、その時代の影響力のある法哲学者であるフォン・グロースの叙述は、有益である (*Hemmen, Begriff, S. 54* 参照)。まず、フォン・グロースは、故意概念をフォイエルバッハと同様に狭く定義する。すなわち、故意は悪しき意図、法律に反する結果の意図であるとするのである (*v. Gros, Lehrbuch, S. 252*)。ほんの数行後、フォン・グロースはこれに対して、フォン・アルメンディンゲンと一致して、故意を未必的に意欲されたものにまで拡張する (*aaO, S. 253*)。

754) *Liepmann, Einleitung, S. 139*.

755) 例えば *Grossmann Grenze, S. 39 ff., 55 ff* 参照; *Hemmen, Begriff, S. 39, 43*; *Löffler, Schuldformen, S. 172 ff.*; *ders., Österr. Z. f. Strafr. 2 (1911), 165*; *Lucas, Verschuldung, S. 19*; *Storch, Begriff, S. 34*; *v. Weber, NACrim 8 (1825), 566, 574*. —比較的最近の文献から *Ecker, Verwendung, S. 82 ff.*; *Stuckenberg, Vorstudien, S. 542*

756) *Henke, Handbuch, 1. Theil, S. 364*.

757) *Henke, Handbuch, 1. Theil, S. 363*.

758) *Gönner, Revision, S. 36*.

759) *Henke, Handbuch, 1. Theil, S. 379*; 同旨 *Gönner, Revision, S. 43*.

のである⁷⁶⁰⁾。

(玄守道 訳)

760) *Henke*, Handbuch, S. 379; *Krug*, Dolus, S. 36.—この転換は、証拠法のその間に行われた根本的に改定された規定によって可能になった (*Volk*, FS Arthur Kaufmann, S. 614 f.)。CCC [Constitutio Criminalis Carolina: 訳者記す] 22条によれば、故意を懲表から推論してはならないとされた。すなわち自白が必要とされていたのである。それに対して、法定証拠理論の崩壊後に、間接証拠は、全面的に許容された。