

論説

# Die Entwicklung und einige aktuelle Probleme der Unrechtslehre in Japan

岡 上 雅 美

- I. Einleitung
- II. Rechtswidrigkeit und Schuld im japanischen Strafgesetzbuch
- III. Debatte um die Rechtswidrigkeit im Straftatssystem in Japan - Großer Unterschied zum deutschen Strafrecht
- IV. Einzelprobleme im Bereich der Rechtswidrigkeit
- V. Schlußwort

〔献辞〕

本稿は、2010年9月24日および25日に、トルコ共和国ディヤルバクルにあるディジレ大学法学部において開催された「第1回トルコ・日本刑法シンポジウム」における報告に加筆・訂正を加えたものである。同シンポジウムに同じく参加された小名木明宏教授（北海道大学）および森永真綱准教授（甲南大学）等の関係者の了解を得て、本学における国際交流の成果の一端として、ドイツ憲法学との交流に大きなご関心を寄せられ、多大の学問的貢献をされた青柳幸一教授へ謹呈させていただくことにした。なお、本報告に対応するトルコ側の報告については、別稿にて公開する予定である。

## I. Einleitung

Im Mittelpunkt meines Beitrages liegt die aktuelle Unrechtslehre in Japan. Dazu erwähne ich auch in diesem Zusammenhang einige dogmatische Probleme, die

wir in der letzten Zeit anlässlich einiger Urteile des Obersten Gerichtshofs besonders intensiv diskutieren. Ich habe bei der Vorbereitung dieses Symposiums das Thema, „Unrechtslehre in Japan“ gewählt, insbesondere aus dem Grund, dass es mir am geeignetsten erscheint, um das Staffatssystem in der japanischen Strafrechtswissenschaft vorzustellen, weil die Unrechtslehre gleichzeitig das ganze Strafrecht mitbestimmt, mit anderem Wort können wir von der Unrechtslehre sowohl auf den Tatbestand- als auch auf den Schuldbegriff schließen. Darüber hinaus reflektiert die Unrechtslehre vor allem unsere grundsätzliche Strafrechtsanschauung an sich. Im folgenden will ich vielmehr einen Überblick über Rechtsprechung und Literatur einerseits, und ihre Problematik andererseits geben, und anschließend meine eigene Stellungnahme im Hinblick darauf begründen, weil ich heute meine Aufgabe darin sehe, für unsere zukünftige weitere Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Japan zunächst das japanische Strafrecht vorzustellen.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld im japanischen Strafgesetzbuch

Einer der Anhaltspunkte für Überlegungen über das Unrecht ist sicher das geltende Strafgesetzbuch. Bevor ich die Unrechtsprobleme erörtere, stelle ich den Umriss unseres Strafgesetzbuchs vor. Zu einem befinden sich im japanischen StGB gar keine Vorschriften, die die Rechtswidrigkeit und die Schuld direkt und positiv definieren. Weiterhin drückt das StGB den Unterschied zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nicht aus. Weil das japanische StGB, zu anderem, so wenige und so einfache Vorschriften hat, werden uns alle die Möglichkeiten der sonstigen Rechtfertigung und des Schuldausschuldes außer dem Gesetz übertragen. Trotzdem war der Gesetzgeber sich gewiss des Unterschiedes zwischen Unrecht und Schuld bewußt, was zumindest die Reihe der Vorschriften im StGB zeigt.

Das japanische StGB sieht im Kapitel 7. „Nichtbestehen eines Delikts und

Strafmilderung und Absehen von der Strafe“ vor. Es herrscht Einigkeit darüber, dass § 35 „Tat aus Gesetz oder Verordnung, rechtmäßige Geschäfte“ und § 36 „Notwehr“ Rechtfertigungsgründe sind. Man stritt in der Vergangenheit darüber, ob § 37 „Notstand“ zur Folge entweder Rechtfertigung oder Schuldausschluß hat. Anders als das deutsche StGB, das zwei Arten von Notstand, d.h. den rechtfertigenden und den entschuldigenden Notstand, getrennt vorsieht, hat das japanische StGB hingegen nur eine Vorschrift. Die absolut herrschende Meinung und die Rechtsprechung erkennen an, dass der Notstand bei § 37 ein Rechtfertigungsgrund ist. Bis dahin sind es Vorschriften mit Beziehung auf Rechtfertigung. Ferner sieht man in der Regel außergesetzliche Rechtfertigungsgründe vor in z.B. Einwilligung des Opfers, seine mutmaßliche Einwilligung, sonstige subjektive Rechtfertigungsgründe. Über die Letzteren erzähle ich später.

Danach regeln § 38 „Vorsatz“ und daneben Irrtum und §§ 39-41 Schuldfähigkeit (§ 40 fällt aus<sup>1)</sup>).

### III. Debatte um die Rechtswidrigkeit im Straftatssystem in Japan – Großer Unterschied zum deutschen Strafrecht

1 Wir haben auch in Japan unter dem sehr großen Einfluß des deutschen Strafrechts den dreistufigen Deliktsaufbau entwickelt. Er besteht nämlich aus Tatbestandmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Nach der herrschenden Meinung ist der Tatbestand sogenannte Unrechtstatbestand. Ein tatbestandmäßige Verhalten ist im Prinzip rechtswidrig, aber sein Rechtswidrigkeit wird ausnahmsweise vom Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen. Nach dem deutschen Recht und auch nach dem japanischen Recht soll die

---

1) § 40, der in der alten Fassung Schuldunfähigkeit der Blinden und Tauben vorsah, ist 1995 weggefallen.

Rechtswidrigkeit als „Unwertwertung“ der Rechtsordnung gelten<sup>2)</sup>.

Auch wenn diese Erscheinungen im allgemeinen anerkannt wäre, könnte ihre Bedeutung anders als einander sein. Wie ich am Anfang gesagt habe, standen und stehen nicht nur das japanische StGB, sondern auch die japanische Strafrechtswissenschaft dauernd unter dem großen Einfluß des deutschen Strafrechts. Das gilt jedoch nicht für unsere Unrechtslehre, die sich in Japan sozusagen „selbständig“ entwickelt hat.

Es geht hier vor allem um die Bedeutung des „Unwerts“. Man diskutiert in diesem Bereich, ob der strafrechtliche Unwert Handlungsunwert oder Erfolgswert sein soll. Die Handlungsunwertlehre und die Erfolgswertlehre halten sich gegenwärtig in der japanischen Literatur einander die Waage. Oder die Erfolgswertlehre ist vielmehr überlegen. Die Rechtsprechung nimmt dazu nicht (wissenschaftlich) Stellung, weil es zu weit geht, wenn es einen Beitrag zur Lösung des wissenschaftlichen Streits leisten will. Aber das Gericht zieht jeweils auf der Suche nach der gewünschten Lösung in konkretem Fall seinen Folge, teils aufgrund der Handlungsunwertlehre, teils aufgrund der Erfolgswertlehre.

Die Handlungsunwertlehre teilt sich wiederum in zwei: die sogenannte Einheitstheorie und den Dualismus. Der Dualismus ist von der absoluten Mehrheit der Handlungsunwertlehre unterstützt. Nach der dualistischen Ansicht findet der Unrechtsgehalt der Straftat seinen Ausdruck in sowohl Handlungsunwert als auch Erfolgswert des Geschehens, während die Einheitstheorie bei der Rechtswidrigkeit nur auf den Handlungsunwert abstellt und sie jetzt nur die Mindermeinung in Japan ist. Hingegen hält die Erfolgswertlehre, die niemand in der Gegenwart in Deutschland mehr annimmt, die Rechtswidrigkeit für die Rechtsgutverletzung und -gefährdung.

---

2) Z. B. Dando, Keiho Koyo Soron (strafrecht. AT), 3. Aufl, 1990, S. 184 ff.

2 Der Grund dafür, dass an der Erfolgsunwertlehre in Japan so vehement festgehalten wird, scheint mir ausreichend nachvollziehbar, und zwar auch historisch begründet. In der Vorkriegszeit, nämlich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, hat der Subjektivismus unter dem großen Einfluß von Franz von Liszt das japanische Strafrecht beherrscht. Der japanische Subjektivismus war dabei über den deutschen Subjektivismus hinausgegangen und extremer geworden. Die Bestrafung nur wegen der Gefährlichkeit des Täters hat sich auch in Verbindung mit dem damaligen japanischen Faschismus extrem erweitert. Zu Beginn der Nachkriegszeit hatte die Strafrechtswissenschaft sicher ihr Hauptinteresse an der Beschränkung des Bestehens und der Bestrafung von Straftaten. Vor diesem Hintergrund wurde zunächst der Objektivismus vorgezogen. Nach dem zweiten Weltkrieg hat man das erste Ziel des Strafrecht auf die Verdeutlichung der Bestrafung gelegt.

Diese Tendenz wurde durch die Reformarbeit am Strafgesetzbuch verstärkt. Es war fast gleichzeitig wie in Deutschland, nämlich in den Sechziger und Siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts. Damals war die Handlungsunwertslehre herrschend. Die Gegenmeinung, d.h. die Erfolgsunwertslehre hat hingegen sehr starke Kritik ausgeübt und ist inzwischen allmählich mächtiger geworden. Einerseits wurde es erneut bei der Gesetzgebung erkannt, auf Rechtsgüterverletzung großes Gewicht legen zu sollen; andererseits war man der Aussicht, dass der Handlungsunwert wegen seiner subjektiven Neigung zu bewachen sei. Z.B. hat Hans Welzel im Bezug auf subjektive Rechtfertigungselemente ein Beispiel wie folgt angeführt: Ein Lehrer hat mit einem erziehenden Zweck einem Schüler geschlagen. Ist sein Verhalten unrecht oder rechtmäßig? Ich möchte hier einen berichtigten Fall in der Rechtsprechung hinzufügen. Der Angeklagte hat aus Rache eine Frau nacht ausgezogen und fotografiert. Der japanische Oberstegerichthof hat im Bezug auf Nötigung zur Unzucht freigesprochen<sup>3)</sup>. Seine Begründung war: Um ein Sexualdelikt zu bestrafen, soll der Täter mit einer

sexuellen Neigung als subjektes Element handeln. Fast alle die Strafrechtler sind gegen diesen Urteil, weil der Täter das sexuelle Rechtsgut des Opfers, d.h. seine sexuelle Selbstbestimmung sicher verletzt hat. Auch bei diesem Fall müßte man in Japan einen solchen Eindruck gehabt haben, dass subjektive Rechtfertigungselemente doch anscheinend nur unklar und unerwünscht sind<sup>4)</sup>. Nach dieser Denkweise sollen subjektive Elemente von der Wertung der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden, und sollen diese subjektiven Elemente nicht zur Rechtswidrigkeit, sondern zur Schuld gehören.

3 Nach dem damaligen Verstand träge die Erfolgusunwertslehre zur Verdeutlichung der Strafbarkeit bei, während die Handlungsunwertslehre die Moral und das Recht miteinander verwechsle. Als die Handlungsunwertslehre die herrschende Meinung war, hat die Erfolgusunwertslehre einigermaßen überzeugend und beschränkender als die Handlungsunwertslehre ihren eigenen Delikttaufbau gebildet.

Ich möchte nun zwei Beispiele des Unterschiedes zwischen den beiden Ansichten ausführen. Erstens: Wer auf den Handlungsunwert achtet, wählt ex ante die Überlegungsweise, um bei der Tat eine Normverletzung zu beurteilen. Zweitens sind die subjektiven Merkmale nach der Handlungsunwertslehre unerlässlich, weil man ohne sie nicht bestätigen kann, um welche Normverletzung es geht. Wer sich auf den Erfolgusunwert stützt, denkt dagegen ex post, um beim Gericht eine Rechtsgüterverletzung zu schätzen. Nach der Erfolgusunrechtslehre braucht man regelmäßig bei vollendeten Verbrechen keine subjektiven Merkmale, um das Ob der Rechtsgüterverletzung, z.B. Tod oder Körperverletzung eines Menschen, zu beurteilen.

Demzufolge hängt z.B. das Problem des Verteidigungswillens bei der Notwehr

---

3) OGH vom 29. 1. 1970 Keishu 24. 1. 1

4) Wie Spindel, LK, 11. Auff., § 32 Rn. 138 ff.

unmittelbar vom Erfolgs- oder Handlungsunwert ab. Es handelt sich dabei nach der Erfolgsunwertslehre darum, ob der Verteidigungserfolg eingetroffen ist. Wenn ja, ist die Verteidigungshandlung gerechtfertigt, oder ein Versuch wird erkannt, unabhängig vom Willen des Täters.

4 Ein vollkommen anderes Kennzeichen der japanischen Unrechtslehre ist die sogenannte Strafwürdigkeit im Unrechtsurteil. Nach der herrschenden Meinung und auch der Rechtsprechung soll die Rechtswidrigkeit auch innerhalb davon zwei Stufe haben; d.h. die Rechtswidrigkeit und die strafwürdige Rechtswidrigkeit bzw. strafrechtliche Rechtswidrigkeit. Wegen der Einheit der Rechtsordnung soll das Urteil der Rechtswidrigkeit gemeinsam in allen Rechtsbereichen sein. Aber danach soll man auch überlegen, ob die einschlägige Straftat so schwer ist, dass sie eine Strafe verdient. Die Strafwürdigkeit wird auch die substantive Rechtswidrigkeit genannt. Das Gericht hat mit dieser Begründung viele Täter von Verurteilungen ausgeschlossen, vor allem in Bagatellfällen wie bei dem unerlaubten Konsum eines Tabakblattes<sup>5)</sup>, oder in Fällen solcher Arbeitsstreitigkeiten, die gewiss irgendein öffentliches Gesetz verletzt haben<sup>6)</sup>. In diesen Fällen wurde teilweise freigesprochen, und zwar mit dem Argument, dass „die (Straf-) Tat nach der Rechtsordnung zwar rechtswidrig, aber nicht strafwürdig“ sei. Weil das Gericht keine Möglichkeit einer Einstellung von Verfahren hat, hatte es sich einige Zeit lang auf dieses Argument berufen, um freizusprechen. Aber diese Praxis dauerte nicht lange. In der letzten Zeit spricht der Oberste Gerichtshof keineswegs in diesen Fällen frei, in dem der Schaden nur zehn Yen war<sup>7)</sup>. Damit schätzt man, dass die Zeit der Strafwürdigkeit schon vorbei ist, während die Literatur die Möglichkeit theo-

---

5) OGH vom 11. 10. 1910 Keiroku 16. 1620.

6) OGH vom 26. 10. 1966 Keishu 20. 8. 901.

7) OGH vom 24. 6. 1986 Keishu 40. 4. 29.

retisch noch bejaht.

5 Ich fasse nun nur kurz diesen Teil zusammen. Die zwei großen Kennzeichen des japanischen Strafrechts sind erstens einflußreiche oder gar übermächtige Erfolgswertslehre, und zweitens Überlegungen zur Strafwürdigkeit im Deliktsaufbau.

#### IV. Einzelprobleme im Bereich der Rechtswidrigkeit

1 Dann arbeite ich in diesem Teil einige Probleme vor allem bei der Erfolgswertslehre heraus. Wie ich im Kapitel III gesagt habe, lag das Hauptinteresse der Erfolgswertslehre in der Verdeutlichung und die Beschränkung der Strafbarkeit. Aber dass es nicht immer gilt, hat sich mittlerweile von selbst verstanden. In diesem Teil möchte ich zwei Beispiele nennen.

2 Die erste Frage lautet, ob der Rechtsgütergedanke wirklich zur Verdeutlichung der Strafbarkeit beiträgt. Die Antwort erscheint in der letzten Zeit sicher zweifelhaft. Die erste Problematik ist der Rechtsgüterbegriff. Er ist noch gar nicht offensichtlich geworden. Auch die Fachleute, die sich mit den Rechtsgütern befassen, können wissenschaftlich überhaupt nicht aufklären, was zu Rechtsgütern werden kann und was nicht. Sie können gegebenenfalls sehr abstrakt werden, und in diesem oder einem anderen Fall verfügen sie nicht mehr über effektive Mittel zur Verdeutlichung der Strafbarkeit. Beispielhaft ist die sogenannte Vorfeldkriminalisierung bzw. die Vorverlagerung der Strafbarkeit. Auch in Japan ist diese Tendenz immer weiter verbreitet, vor allem im Bereich des Verkehrsstrafrechts oder bei der einmal versuchten Gesetzgebung zur verbrecherischen Konspiration. Ein anderes Beispiel ist die Kriminalisierung der Vielzahl von Bagatelldelikten. Das Wegwerfen von Zigaretten ist in der Gegenwart durch viele kommunale öffentliche Körperschaften mit folgender Begründung strafrechtlich geregelt; d.h. auch wenn jeder Raucher nur eine Zigarette wegwirft, wird eine Vielzahl solcher Verhaltensweisen die Umwelt stark verschmutzen. In



diesen Beispielen kann der Rechtsgütergedanke die Strafbarkeit nicht mehr beschränken. Man muß nach einer anderen möglichen Begründung suchen.

3 Zunächst erwähne ich hier wieder den Verteidigungswillen bei der Notwehr. Die Erfolgswertlehre berücksichtigt diese Voraussetzung nicht aus dem vor kurzen erwähnten Grund. Hingegen bemerkt die Rechtsprechung seit langem die subjektive Seite der Notwehr. Wenn der Täter mit dem aktiv eingreifenden Wille handelt, verneint sie die Notwehr. Auch vor zwei Jahren hat das Oberste Gerichtshof bei einer Notwehrprovokation die Notwehr nicht anerkannt<sup>8)</sup>. Einige Vertreter der Erfolgswertlehre behaupten, dass eine Notwehr in einem solchen Fall zu negieren sei, und dass es dabei nicht um die subjektive Seite, d.h. um den Verteidigungswillen, gehe, sondern um die objektive Seite, d.h. um das Bestehen oder das Nichtbestehen einer Notwehrlage, in der eine Notwehr zu erlauben sei. Bei einer Notwehrprovokation gebe es keine Notwehrlage. Die Erfolgswertlehre versucht, diesen Fall unter Berufung auf objektive Voraussetzungen zu begründen. Die Frage ist die Angemessenheit dieser Weise.

## V. Schlußwort

Und damit will ich meinen Beitrag beenden. Ich finde es selber geradezu illusionär und zu viel erwartet, dass Rechtsgütergedanken normative Betrachtungsweisen vermeiden können und sollen. Die Entwicklung einer Theorie wird selbstverständlich auch von dem historischen Hintergrund vorausgesetzt. Trotzdem bedeutet es nicht unbedingt, dass ihre Folge auch dogmatisch zu bejahen ist. Aus meiner Sicht scheint unsere Unrechtslehre zur Zeit stillzu stehen, und nicht mehr das Wesen der Rechtswidrigkeit an sich, sondern nur einzelne Probleme zu diskutieren. Sie ist jedoch in absehbarer Zeit wieder aus der wissenschaftlichen Sicht nochmals überzudenken und infolgedessen zu

---

8) OGH vom 20. 5. 2008 Keishu 62. 6. 1786.

ändern, weil die Erfolgsunwertlehre in nicht wenigen Problemen unter Begründungsmangel leidet. Dabei sollte man die Fragestellung, „entweder Erfolgsunwert oder Handlungsunwert“ selbst in Frage stellen.