

ギュンター・ヤコブス「行為の主観面」

岡 上 雅 美 訳

〔解題〕

ここに訳出するのは、ドイツ連邦共和国ボン大学のギュンター・ヤコブス教授が二〇〇三年十一月四日に関西大学法学研究所第四十九回特別研究会「刑法における責任概念と行為の主観面」の報告原稿に加筆修正したものである。関西大学葛原力三教授他の関係各位のご厚意により、本誌にその翻訳を掲載させていただくことができた。厚く御礼申し上げる。なお、ドイツ語の原本は、関西大学法学研究所『ノモス』第十五号（二〇〇四年）六七頁以下に掲載されている。

ヤコブス教授の立論に見られる本稿の特色は、規範の妥当性を維持するためのものとしての刑罰観を出発点とし、この意味での規範的思考を徹底させて、ここでは行為の主観面すなわち故意・過失、禁止の錯誤したがってドイツ刑法一六および一七条の解釈論的帰結（無関心についての刑罰軽減の不要性）、法に対する無関心という態度の評価、責任無能力、

期待可能性または法への忠誠という諸問題を統一的な観点の下で、論理一貫的に論じたことにある。もちろんわが国の解釈学にとつても貴重な問題提起であることは疑いない。

* * *

一 序

犯罪を語るとき、現代の刑法では、いわゆる行為の主観面として最低限次の三つが要求される。すなわち、（一）責任能力、（二）（a）構成要件実現の認識または少なくとも認識可能性、並びに、（b）不法の認識または少なくとも認識可能性および（三）規範遵守の期待可能性である。行為の主観面のこれら三つの要素のうち一つでも欠ければ、行為が、ある者の外界形成（Weltgestaltung）に見えなくとも、しかし実際には、自然の所産である。（一）責任無能力は、客観

的な進行プログラムにより支配され、(二) 回避不可能な錯誤に陥っている者は、方向付けが欠け、そして(三) 期待不可能な場合には、行為の主要な理由が強制または畏怖である。別稿で展開した様に、犯罪とは、法的忠誠に欠ける態度と理解すれば、責任能力、認識(認識可能性)又は期待可能性といった、行為の主観面の各要因は、法への忠誠が欠けていることの一つの兆表であり、これらの要因すべてが、必然的に法への忠誠が欠如していることを示す。これらを兆表することが、行為の主観面の機能なのである。

現代刑法の発展史は長く、そしてつねに輝かしかったわけではない。人間の仕業においてはつねにそうであるように。したがって、責任に基づく負責(Schuldhaftung)の対極にあるもの、すなわち「宿命的責任(Schicksalhaftung)」「(結果責任(Erfolgshaftung))」の用語は誤りである)から始め(後述二)、その後、それからの訣別が如何に困難かを示すのが有益だろう。その後、行為の主観面へと目を転じることにしよう。これは、構成要件実現の認識または認識可能性および不法の認識または認識可能性にかなりの重点をおくことになる(後述三)。そこで、私は、次の非常に困難な問題に取り組むことにしたい。すなわち、関心の欠如のため目を閉ざすことによって、自らの行為の結果を知る者ではなくなってしまう行為者を如何に扱うべきかということである(後述四、五)。期

待可能性については、概観にとどめなければならない(後述六)。

二 宿命 対 責任

十三世紀の伝説集、ヤコブの黄金伝説の中で、ランゴバルディ王アルピンの妻、ロザムンデについては、次のような話がある。アルピンから酷く傷つけられたロザムンデは、王に仕える公爵のうちの一人が愛人とする者のベッドに横たわっていたところ、公爵は、疑いもせず直ちにロザムンデと性的関係を結んでしまった。その後、ロザムンデは公爵に告白し、次のように予言した。「さて、確かにお前がなしたことのために、お前は王を殺すか、または王の手によって死ななければならぬ」と。王に先んじて、公爵が王を殺害しなければ、行為について悪意のなかった公爵が死ななければならぬのは何故か。現代の理解によれば、故意もなく過失もない公爵を非難することはできないはずであるが、伝説は、それをテーマにしているわけではなく、むしろ、王の家長が王の妻と性的関係をもったことの非道さに照準を当てている。このようなことは、身分的ヒエラルヒー構成の基礎、そしてそれと共にランゴバルディ社会の基礎を根底から崩すものである。「すべての生活関係を形作るものへのこのような痛手(Viktor Achen)」は、その基礎にある矛盾を解消するときにだけ治癒される。すなわち王か公爵のどちらかがこの世から

消え去らなければならないのである。

すでに見たように、行為の主観面を抜きにしても犯罪を理解することが出来る。もちろん、黄金伝説の時代には、理解の文脈は今日とは異なっている。我々にとって「宿命」は、もはや説得力をもつ言葉ではなく、むしろ我々は、外界の形象を自然すなわち偶然——その場合、それには意味がない——か、または、行いと否定——その場合、それは功績または責任である——に帰する。今日、我々は、公爵が巻き込まれた出来事を、彼にとつては偶然であり、彼にとつては避けることはできなかったと考えるが、伝説は、それを公爵の悪しき宿命だと構成しているのである。伝説は、より高次の力が、人間とは独立して外界に有意義に作用することを認めるものであり (Max Weber)、したがって、行為の主観面がなくとも責任を認めるのである。このような見方は、例えば、フランシス・ベーコンの『ノヴム・オルガヌム』(Novum Organon「新機関」)以来つまり自然科学の台頭以来、我々には馴染まないものとなっている。

現代の刑法は、悪しき運命ではなく、責任すなわち外界の形成の否定に関連する。これは、いくらか現代的な国すべてにおいて、宿命的責任の残存が跡形もなくなっているという意味ではないが、そのような残存が存在する限り、法はお現代的ではない。とくにまったく困難なのは、ヴェルサリ

法理の古い法形象の思想を克服することである。ヴェルサリ法理では、行為者がまさに帰属可能に不法を行うということが問題となる。例えば、他者の身体を傷害し、さらに別の損害を予見すべきであつたとか予見可能であつたということではなく、さらに別の損害を生じさせたこと、また例えば、小さな侵害すなわち平手打ちが、不幸な状況で人の死亡に至つたことにより、不法を惹起したことが問題である。確かに、行為者が自らの知らない構造に介入したということから、悪い結果を考慮するきつかけがあつたというように構成できることもある。その限りで、行為者は過失ですなわち有責に行為したのである。行為者が、素人であるにもかかわらず複雑でよく判らない電気器具の改造を行った場合がある。その場合電気器具が壊れれば、明らかに過失である。しかし、ヴェルサリ法理の制度は、上述の、死を惹起した平手打ち事例のように、予見不可能な結果をも含むのである。

ドイツ刑法は、前世紀の半ば(一九五三年)まで、結果的加重犯において、重い結果が故意または単に過失で惹起されたかを問うことなく、一定の重い結果が発生すれば、基本犯——これ自体は有責に帰責しうる——が重く処罰されることを認めていた。したがって、平手打ち事例では傷害致死の責任を問うことができた。それもとて死が被害者のもつ認識し得ない不安定な状態を原因としてのみ生じるものであつた

としても。しかし、このような結果的加重犯でも、行為者は、基本犯を通じて、被害者の構造に新たな危険をもたらしただけでなければならぬ。行為者が被害者の一般的生活危険を生じさせたというだけでは十分でない。すなわち、例えば、被害者が平手打ちされた後、気分を害して旅に出かけ、その旅行中に交通事故で死亡した場合である。この場合には、行為者は、被害者の危険の残存 (Gefahrstand) を高めたわけではない。被害者が旅行中の危険に晒されたのと同様に、被害者が仮に旅行に出ることなくそこにとどまっていたならば被害者に生じていたはずの危険は免れていたからである。

ドイツ刑法は、五十年來、上述のような結果的加重犯をもはや認めてはいない。なぜならば、結果に刑罰加重的な作用を営ませようとする場合、その結果は、少なくとも過失により惹起されたものでなければならぬという規定 (刑法旧五六条、現一八条) が導入されたからである。それによれば、結果が、刑罰加重的に作用するときには少なくとも過失により惹起されたものでなければならぬ。判例および学説は、今や、死亡結果を伴う傷害および類似の形をもつ加重犯の場合に、構成要件上の加重的部分についても必要とされる行為の主観面を分析することにも力を注いでおり、それも、故意の基本犯が何らかの過失により過剰結果をもたらしただけでは足りず、むしろ、判例が公式化しているように、過剰結果が基本

犯の直接の結果でなければならぬとされている。これにより、故意行為の危険がとくに実現しなければならぬということが意図されているのである。したがって、基本犯の危険に関して行為者の量的錯誤が問題となる。例えば、行為者が傷害の故意はあったが殺害の故意がなく、被害者の頭を棍棒で殴ったところ、頭蓋骨が損傷し、被害者の死亡という結果が生じた場合には、死亡結果を伴う傷害罪となるが、被害者が失神して路上に倒れ、車に轢かれた場合には同罪にはならない。後者は、過失致死と行為単一の故意の傷害罪であり、ずつと軽くすなわち五年以下の自由刑でのみ処罰される。これに対して、結果的加重犯として過失で惹起された死亡結果を伴う加重的傷害罪では十五年以下の自由刑を科すことができる (刑法二二二条、二二三条一項、二二七条一項、三八条二項)。したがって、過失により惹起された過剰結果と特定の故意行為つまり故意の傷害との連結が考えられる。実現した何らかの危険を誤って評価することが加重的に作用するのではなく、むしろ、とくに、故意により包摂され、実際に生じた危険の誤った評価のみが加重的に作用するのである。

三 認識の欠如 対 意思の欠如

上述のところでは、過失で直接に惹起された死亡結果を伴う傷害について、宿命的責任または結果責任の克服とりわけ

ヴェルサリ法理の克服の結果として概略した。さらに別の根拠がある。すなわち間接的故意である。これについてなお取り上げることにしよう。確かに、かつてのように宿命を基準とするのではなく、受けるに値するもの (Verdienen) または責任を基準とする世界観を通じて行為の主観面を要求するという出発点となるテーゼの根拠をさらに掘り下げて検討しなければならぬ。そこで、決定的な問題は、もはや「運命がお前をどんな酷い目にあわせたか?」ではなく、「お前は一体何をしたのか?」である。世界で何かをするためには、世界を知らなければならず、それも社会 (socialer Welt) およびそれに劣らず自然界をも知らなければならない。志向がなければ、偶然の結果が生じたにすぎない。他者を傷害してはならないということを認識してただけでは十分ではない。さらに「傷害する」とは何か、したがって、強く突いて傷害する、毒物がありこれを提供することで傷害する、転落させて傷害させる、アルコールを子どもに与えて酔っ払わせる等々も認識していなければならない。とくに論理法則および数学的法則が使いこなされなければならない。薬の二滴は効果がないが、十滴では健康を増進させ、三十滴は有害であるとき、計画可能な結果を目指すにはこれを数えることができる。目指す目的を実現しようとするときには、すべての人間にとって有害な手段は、Xが人間であ

れば、Xにとつても有害であるという三段論法にも通じていなければならない。

別の言葉でいえば、ある者が規範に適った態度をとろうという意思をもつ場合、第一に規範がどのような内容かを認識し、第二に如何にそれに従うかを知っている場合に限ってそれはうまくいく。規範遵守の意思、とくに規範の認識並びに自然界の経過および論理法則・数学的法則についての志向——これらの諸条件は規範遵守の結果のためにまさに等価的であるにもかかわらず、その存在が同様に保障されるわけではない。むしろ、意思の誤りは基本的に不利に働くが、認識の誤りは負担を軽減するということが妥当する。例えば、二人の者が毒入りの食べ物を与えることにより他者を傷害した。一方は、被害者を酷く嫌っているもので、何度もそのような行為を行う確信があり、他を望むことは出来ないと説明した。これに対して、第二の者は、食べ物への毒物混入について何も知らなかったと言った。帰結はどうなるだろうか。第一の者は、その頑なさのためにとくに重く処罰され、これに対して、第二の者は、いづれにせよ過失犯を理由に処罰される。したがって、ある態度の意思的な正しさは、法によって強く保護されるが、これに対して認識的な正しさは軽く保護されるにすぎない。過失傷害および過失致死は、故意行為よりもはるかに頻繁に起こり、したがって、過失犯がより危険

な類型であるように思われるにもかかわらず、このように軽く処罰されるのである。

なぜ、故意と過失がこのように違うのかを問題にする場合、多くはこれが故意と過失の相違によるという。故意行為者は、自分の仕業を判っていたのに対して、過失行為者はそうではないと。これ自体は答えになっていない。なぜ意思の不存在が不認識よりも重く評価されるのかという問題の単なる反覆にすぎない。意思不存在の場合の一般的帰結並びに認識不存在の一般的帰結を問題とすれば、解決は明らかである。自分のすることを認識しており、他の者を侵害することを認容しまたはそれをまさに目指した者は、その結果が自分に適合するように自らの損得勘定でこれらの侵害をもたらしただけである。侵害がその者にまさに有益でない場合、その発生の危険は、その態度をとる利益よりも小さい。これから起こることを知りながら行為を行う行為者は、したがって自らの原理に従い合理的に前進している。行為者が自らのなすことを認識しなかった場合には、事情は異なる。その場合、行為者は自らを侵害することを、そして直接自分自身にはなくともおそらく他者を侵害することを確信していない。その者を侵害することには、彼はまったく関心がなく、あるいはさらにその者を侵害しないことに非常に関心がある。しかし、例えば、事情を知らずに毒入りの食べ物を提供する者は、おそらくそ

れを自分でも食べるし、自らの子どもに与える。たとえ受け取り側がそれに無関心であったとしても、例えば、その食べ物がレストランで誰か知らない者に提供される場合には、客の被害は彼にはまったく利益をもたらずわけではなく、煩わしさだけをもたらす。生活上の不認識を通じて成功するには多くの幸運の積み重ねが必要である。一般的に侵害をもたらず自然の経過の危険は切迫しており、したがって、無知は、社会においては無能力と同視される。要するに——すべての事例でそうだというわけではないが、それでもやはり——自然、論理および数学の法則は、それを執拗に濫用する者がその計画に確かに失敗するのだから、安定的である傾向にある。少なくとも構成要件実現の不認識に関して、これが、認識の誤りは軽減的な効果をもつ理由である。

このように考えると、なぜ過失犯の場合においては、故意犯の場合よりも軽く処罰されるのかは問題ではない。むしろ説明の必要があるのは、そもそも何故過失犯が処罰されるのかであろう。これについては、三つの理由があり、これについて手短かに説明しよう。第一に、他者および自分自身の法益に対する危険の大きさは、各個人の意向で決められるものではないということである。例を挙げてみよう。危険を好むアマチュア・レーサーは、道路交通の公共の危険の上限をとくに知っているわけでないし、またとくにコストを意識する事

業家が、労働保護の場合に妥当する危険の上限を知っているわけではない。第二に、危険の最低限の認識は確定的に設定されるべきである。とりわけ個人の危険の経験が稀であるような場合においてである。とくにあってはならないのは、行為者が公的に危険だと考えられる態度を表面的な理由をもって危険ではないと考えるような事態である。これについても一つ例を挙げてみよう。あまり酩酊することなく自動車運転することは、一度きりの事例であれば危険ではない。このような態度が度重なって初めて、相当程度の危険がもたらされる。しかし、その度重なりは、その者が危険を認識して初めて回避しうるのであり、個人の危険の経験を待たなければならぬのであれば、この認識に到達されることはないであろう。第三にそしておそらく主に、過失行為者を処罰すること、行為者が選択的に認識を得る、すなわち、自己侵害の危険のある状況を回避するのみで、他者侵害の危険のある状況は回避しないということを避けるべきである。そのような注意を選択的に払う場合には、過失は、間接的故意となる。これについては、なお取り上げることにしよう。

構成要件実現の誤認の根拠は、よく考えて見ると (cum grano salis)、不法の意識の不存在すなわちいわゆる禁止の錯誤または命令の錯誤の事例に転用することができる。現代社会に属し、通常的能力をもつ者が、うっかりしてまたは興奮

若しくは過重負担その他のために、理由ない殺人もしくは傷害または窃盗もしくは反逆の禁止を知りえなかつたという事態がありえないのは、そのような行為態様は端的に不法だと知ることができるからである。錯誤は、むしろ社会化を規定する制度が特徴づけ、したがってもっぱら実定法が形成する領域でのみ考えることができる。主に考えられるべきは、特定の活動の認可を受ける義務を誤認したような事例である。井戸掘りから、危険な薬剤の販売、籤の開催に至るまでなどのように。このような実体法は、文字通りに受け取られるべきである。実定法に従うべきであるという義務を基本的に受け入れたのに、法の錯誤が生じたとき、行為者は、その者に何らの利益ももたらさない状況にいる。行為者は、適法性の領域にいうようにしているにもかかわらず、警察の措置および刑事手続を考慮しなければならない。そのように考えると、構成要件の過失の場合と同様に、問題は、なぜそれを軽く処罰するのかではなく、なぜそもそもそれを処罰するのかである。その解答は、回避可能な不法の認識においては、構成要件の過失の場合とまったく同じである。すなわち、最低限の認識をもつように保障するためであり、錯誤の危険を最小限にするためであり、選択的な認識をさせないためであり、したがって、その者が法を尊重することが他者にとってだけ有益である場合でも、法を認識するようにと配慮するためである。

人が、十分な認識をもとめて配慮するのは、通常は自身の利益のためである。したがって、認識の誤りは責任を軽くする。より正確に言えば、回避可能な錯誤の場合には、刑が軽くなる。人が、十分な規範遵守の意思のために配慮するのは、もちろん自身の利益からではない。あらゆる犯罪行為が示すように。自然、論理、数学に敵対して生きてゆくことはできず、いずれにせよ計画的には生きてゆくことはできないが、捕まらないようにのみ注意すれば、おそらく法に反して生きることが出来る。したがって、法規範は、構造的な弱点をもっている。すなわち——必然的に生じる不利益という帰結がなければ——法規範に従いたくはないということである。例えば、二十二七ということから出発する者は、直ちに失敗するであろうが、詐欺の禁止は自らに妥当しないという態度をとる者は、上手に隠蔽すれば金持ちになれるだろう。法にはこのような弱点があり、各人の調整のために十分な規範遵守の意思や十分な法に対する意識に配慮する義務を課している。上で挙げた例、すなわち、行為者が、憎悪に基づいて行為を行わなければならない、このような事情の下では行為を繰り返し行うだろうと述べた場合には、したがって、法は次のように答える。「それを行うことについて、お前には管轄がある」と。ちなみに言えば、自らの意思に対するこのような管轄は、刑法の機能の用語法によれば、その他のところで「意

思自由」と呼ばれているものである。

四 意思の誤りによる認識の誤り

認識の誤りと意思の誤りを対置したことから、次の問題が残った。すなわち、有利に斟酌されない意思の誤りが、それ自体が有利に働く認識の誤りの理由となっているときには、どうすべきなのかということである。最初はいささか作り話のように思われる、このような心理状況において問題となるのは、いささか日常的なことである。すなわち、ある者が何らかの認識に無関心であり、したがって、当該領域についておおよそ考えることがなかった。例を挙げよう。皆さんもご存知のように、イスラムの規則によれば、豚肉を食べることが禁じられている。あなた方がこの宗教に近しくないのであれば、あなた方は、最後に豚肉を食べたときに、この禁止のことを考えたであろうか。考えても見なかったことであろう！さて、この宗教の裁判官の立場に立ってみて欲しい。あなた方は、無関心から来るあなたの不認識を軽減的に扱うべきであらうか。そうだとすれば、禁止されているのでないかという疑いをもった者が、ためらいつつそして良心の呵責をもって、この禁止を乗り越えたときよりも、無関心な者はより有利に扱われることになる。それは、奇妙な帰結である。

上で挙げた例を、現代の刑法にあてはめてみよう。これに

は三つの事例が挙げられよう。一つは、無関心により構成要件を認識しなかった二つの事例と、同じく条件付きの禁止の不認識の事例である。(一)(不作為の事例)炭鉱事故の後、管轄あるエンジニアは何もしなかった。そこでは、閉じ込められた機械類、つまり高額で品薄の商品がだめになってしまっていることが、彼には明らかだったからであり、閉じ込められた労働者のことを彼は考えもしなかった。労働者には十分に代わりがいて、したがって、彼らのことを心配しても割に合わないためである。(二)ある者が、駐車場でガラスのピンを地面に叩きつけ、ピンは壊れてしまった。車のタイヤが、ガラス片で壊れてしまうことがあろうということをし、その者は無関心から考えもしなかった。(一)と(二)では問題は、これが有利に働く構成要件の不認識なのか、それとも有利には作用しない意思の誤りなのかである。そして、規範の不認識については、(三)さまざまな種類の薬物を分け合うパーティーで、ある客に、かなり軽い薬物が提供された。彼は、それを受け取り消費したが、彼は無関心からこのような態度が麻薬法に違反するとは考えもしなかった。

同一の関連がつねに重要である。行為者は、興味がなかったために、自らの態度の特定の性格に心を留めなかった。態度の犯罪性が依存する態度の性格、すなわち構成要素要素か(炭鉱事故の事例では危険に晒された人命、ガラス破壊の

事例では器物損壊の虞)または行為の不法それ自体(麻薬法違反)のどちらかが問題であるが、これは行為者には関係ない。過失行為者であれば行為の前になお自らの落ち度に注意を払っていれば、驚いて自らの態度を変えるであろうが、これとは異なって、ここで挙げた行為者たちは、肩をすくめて、次のように答えるであろう。「それがどうした?」つまり、過失行為者の錯誤は、無関心な者の無関心さとは異なっている。

すでにアリストテレスは、この問題を取り扱っていた(ニコラ倫理学一一〇b)。彼は、行為者が犯行後にどのような態度だったかによって区別をしていた。不認識の状態で行う行為を行い、犯行後にそれを後悔した者は、まったく不快感をもたなかった者より、したがって——アリストテレスにより事後判断で決められる——無関心な者よりも軽減的に扱われるべきであるという。さらに別の解決の道が、十七世紀から十九世紀までの刑法解釈学において、間接的故意という法形象で試みられた。基本的な考え方は、以下の通りである。他者に対して意地悪くあたる者(したがって他人の幸福に明らかに無関心な者)は、自らのせいで生じた自らの行為の結果に思いを至らせなかったとき、軽く処罰されることはない。とくに十七世紀半ばの学者ベネディクト・カルプツォフ(一六六六年死去)は、次のような見解を主張していた。悪しき意思で、その性質上不可避免的に死をもたらす傷

害を与えた者は、たとえ死の結果について考えなかったとしても、殺害の故意があったというのである。このような見解は、一九三〇年代における（一八二八年）ヘーゲリアーナールのミヘレットにおいてもまた見出すことができ、さらにヘーゲルの帰責論にもその痕跡が残っている。フォイエルバッハの心理強制説が初めて、そのような理論に終止符を打った。ドイツ刑法においては、まったく言語道断な結論は、すでに言及した結果的加重犯を通じて回避されている。それらにおいては、過失により惹起された重い結果が加重的に作用することになる。

そのほかに、ドイツ刑法ではその限りでよい例はない。ドイツ刑法の中には、不認識について二つの規定がある、すなわち一つは構成要件の不認識と、いま一つは不法の不認識である（刑法一六条、一七条）。不法の不認識に関する規定の内容は、不法の不認識が回避できなかったときには処罰しないが、不法の不認識が回避できた場合には、刑を軽減することができるというものであるが、軽減は義務的ではない。この柔軟な規定は、法に対する無関心の問題を考慮したものである。錯誤による誤った志向の場合に減輕されるべきであるのに対し、無関心の場合には減輕はなされない。構成要件の不認識に関する規制は、これと異なっている。すなわち、何らかの理由から——たとえ純粹な無関心からであっても——すべての構成要件要素の実現を認識しなかった者は、せいぜ

い過失犯を理由にして、つまり、過失構成要件が存在する場合にしか、処罰しうるにすぎない。過失構成要件は、故意行為に対する構成要件よりもずっと少数であり、とくにずっと軽い法定刑が定められているのが通常である。例えば、過失致死の刑の上限は五年であるが、同時にこれは故意に対する刑の下限でもある。したがって、その限りで、規制は「認識」という心理的要素に結び付けられている。すでに掲げた三つの例に関しては次のとおりとなる。ドイツ刑法によれば、炭鉱事故の事例では不作為による過失致死が成立し、ガラス片事例では、器物損壊罪は故意犯のみが処罰されるので、行為者は不処罰となり、薬物摂取の場合に不法を知らなかった事例では、処罰が軽くなることはないだろう。なぜならば、すでに述べたように、これに関する当該規定は、刑罰軽減の義務はなく、減輕の可能性を定めたにすぎず、この事例では、その可能性を用いる契機は存在しないからである。

五 行為の主観的および客観的意味

ここまで述べてきたことは、全刑法理論に組み込まれるべきである。他の講演でも述べてきたように、刑罰とは、規範の妥当性を維持するためのものである。行為は、単なる事実ではなく、意味に満ちた、それもコミュニケーションの意味をもつ出来事として理解されるのであり、同様に、刑罰は、

規範を氣にかけなくてよいとか、自分は法への忠誠に配慮しなくてよいという行為者の主張に対する反作用として理解される。行為者の主張をより正確に見てみると、第一に故意および不法の意識をもつて行為を行った行為者は、自らの「言う」ことを認識していることが明らかである。より正確には、客観的意味がコミュニケーションとして探求され、すなわち、規範は、構成要件を実現する障害とはならなかったということである。客観的意味と主観的意味は、彼の態度の客観的意味から行為者が離れる可能性がないように合致する。回避可能な錯誤に陥っている行為者の場合には事情が異なる。

彼は、構成要件の過失の状態で、または彼の態度の不法について錯誤した状態で行為を行ったのである。客観的には、そのような行為者は規範を遵守しなくてよいという、同様の意味を表わしている。しかし、主観的には、行為者はそのようなことを意図してはいない。上述のような自然の刑罰の危険を引き起こしたということはすでに判っている。なぜならば、この危険は意欲していない規範違反の認識論的結論だからである。確かに、認識をもつて行為を行った行為者のみならず、回避可能な錯誤に陥った行為者もまた、十分な法への忠誠を欠いている。なぜならば、そうでなければ錯誤は回避不可能であろうから。しかし、認識をもつて行為を行った者の場合、正しい態度をとるために欠けているのは、正しい意思のみで

ある。錯誤に陥った者においては、これが欠如しており、認識論的に誤った行い、すなわち錯誤の修正が欠けているのである。言い換えれば、認識のある場合には明らかな意思の誤りが問題であり、錯誤の場合には認識の欠如の背後で、これが潜在しているのである。

さて、無関心な者に再度戻ろう。このような者は、自らの態度の客観的な意味がわかっているのだろうか。明らかに否である。なぜならば、彼はそれを考えていないのだから。では、錯誤に陥っているのだろうか。これも明らかに否である。なぜならば、彼は生じた事態に無関心なのだから、不法が発生しても彼が驚くことはないからである。しかし、驚きがない、自然の刑罰に至ることができるわけではなく、自損がなければ、欠如した能力の判断は、無関心の者には行えないのであり、完全な刑罰が課されなければならない。これは、すでに説明したように、ドイツにおいては、もっぱら法的無関心の場合にのみ、実定法により可能とされているが、他方、構成要件の実現に対する無関心の場合には、法律上は争いのない解釈により故意の刑罰を科すことはない。これは、不十分な規制である。

六 概観：責任無能力、十分な法的忠誠の期待可能性

本稿の冒頭で述べたように、現代の刑法は、もはや宿命的責任ではなく、外界形成における有責不全すなわち法への

忠誠の欠如に関連する。回避不可能な錯誤に陥った者は、有責に不全に陥ったのではなく、その者が責任を負うべきではない自然の強制のせいだとすることができ。ここまで取扱ってきた事柄、故意、過失および少なくとも不法の認識可能性は、それ故に、刑法上はそれ自体意味があるわけではなく——それ自体は、心理的な要因または処理すなわち自然である——刑法上の帰責が最重要となる要因を兆表するもの、すなわち法的忠誠の欠如として意味がある。

しかし、認識または認識可能性さえあれば、十分なわけではない。行為をそのコミュニケーションの意味において捉えれば、犯罪行為を行うことができるのは、もっぱら、その寄与によって真剣に受け取られる者に限られる。すなわち、子どもではなく、精神病者ではなく、その他重い精神障害を負った者ではない。それらの者の行為が引き起こした葛藤は、規範の妥当性に関わるものではなく、法益の安全に関わるものである。行為は、人的に形成される主張としてではなく、人を特徴付ける客観的基準の表現としてのみ理解されうる（そして、その限りで、行為者は固有の意味の人ではない）。したがって、——例えば、自然災害の場合のように——反作用は純粹に認識的なものとなる。すなわち、教育、治療または隔離である。これについては、ここではこれ以上立ち入ることはできない。このような関連においてより興味深いのは、いわゆる期

待可能性の領域である。問題となるのは、行為者が行為を行う特別の強制に晒されている場合である。このような強制は、一定の脈絡においては承認することができるが、他の脈絡においてはおよそ認め得ない。社会哲学から出されたものとも著名な例は、ギリシャの哲学者カルネアデスが考案した事例である。すなわち、船舶事故の後に、遭難者の一人が、救助の木板を借りて生き延びるために、その板から他の者を突き落としたという事例である。行為者に他行為が期待できたであろうか。一方で、権利義務の担い手としての法的人間を考えることができ、この場合には、その問題は肯定される。正当化についてはまったく問題になりえない。行為者は、子どもでもなく、精神病者でもない。したがって、行為者は規範を遵守しなければならず、有責な行為が存在する。しかし他方では、畏怖を感じる生き物という点を強調することもできる。生きることができるかの畏怖は、人間を生き物に変える。このような状況でなお刑法規範は何をすべきか。したがって、人として形作られたものが支配するのではなく、自然が支配する。したがって、責任が欠落する。これらの議論の筋道のうちどれを選ぶべきであろうか。

おそらく大抵の先進的な法秩序は、双方の筋道を選び、文脈毎に個別化するだろう。一般化することのできない稀な特別状況が問題なのであり、その場合には自然が強調され、し

たがって免責されることになる。しかし、行過ぎが懸念されまたは定められた手続が紛争解決を生み出すということであれば、免責すれば既存の秩序が乱れるのであれば、違反遵守はなお期待可能となる。例を挙げれば次のようになる。危険を帰属可能に惹起した者は、免責されない。そうでなければ、きちんとした備えを怠った者が、他の場合で保障されうることとなり、なるほど適法ではないが免責的であるのだから、このような犯行の氾濫が危惧されるであろう。さらに具体的にいえば、したがって、ヨットツアーで救命着をもっていないかかった者は、緊急時に他の者から救命着を奪ったとき、寛大な処置を期待することはできない。さらに、特別義務を負う者として、危険を甘受しなければならない者、すなわち、兵士、消防士、危険な活動の際のその他の者は、免責されない。その他、命令を受けた兵隊や災害救助者のような者は、あらかじめ備えることはできない。とくに、特定の手続を通じてのみ危険を転嫁することのできる者は、その手続を離れば、免責されることはない。したがって、無罪で収容された未決勾留者および受刑者でさえ、その自由を守るために看守の一人を傷害しまたは殴打したとき、免責されることはない。そのような者は、手続上定められた法的手段と法的救済に拘束される。なぜならば、そうでなければ命じられた訴訟手続の代わりに、無秩序が支配することになるからである。

したがって、免責的であるのは、端的な畏怖ではなく、寛大な処置をとつても秩序を乱さない状況における畏怖のみである。その場合には、それは、抵抗し難い自然だとされる。その他、同じ強さの畏怖が、法への忠誠が欠如していることの確認を妨げるわけではない。責任についてのあらゆる理論のうち、このような機能的責任概念、すなわち、責任を行為者に帰責することによつて社会の乱れに対して反作用を加える必要性から演繹しうる概念のみが、畏怖のこのような二律背反的な処理を説明することができる。

まったく同様に、確信犯人の場合をも論証することができる。確信犯人においては、なるほど完全な免責は問題としないが、脈絡に応じて、責任軽減が問題となりうる。その他についてはもつとも社会に適合した、ある特定の宗教団体の構成員が、ある個別の状況でその宗教的確信から、彼の義務の一つを果たさなかつたのか、それとも、テロリストが深く根ざした彼の政治的革新から、国家を完全に戦っているのか、ここでは区別される。良心の葛藤として刑罰軽減的に考慮されうるものすなわち確信からの行為は、頑なさとして彼に加重的に責任を負わせられる。免責は、行為者における個人的葛藤の程度すなわち彼の確信の程度に依存するのではなく、行為があまり脅威ではなく、一般に広まりえないものとして記述されるか、それとも危険だと記述されるかの可能性

に依存する。したがって、どのような場合に、法への忠誠は完全に欠如するのか。それは、秩序が、有責者の完全な責に帰し、その者を処罰するというのとは異なったやり方で紛争を解決できる場合である。

したがって、期待可能性においてまさに同様に、畏怖や法の遵守を妨げる確信といった心理的要素が、完全なまたは部分的な自然、したがって責任の不存在または軽減された責任の兆表でありうる。心理的要素がこれを兆表するか否かは、もちろんコンテクストに依存する。畏怖を考慮することが秩序を乱す場合には、この自然の性質は問題とならない。

七 まとめ

一、現代の世界は、自然の意味を認めない。したがって、もはや宿命的責任は存在せず、計画可能な外界形成に対する責任のみがなお存在する(二)。

二、a 計画は、方向付けを必要とする。社会および自然界の状態についての方向付けが生じるということは、すでに活動を行う者自身の利益により確保される。そうでなければ、それはその目的を失う。認識の欠如は、したがって、許容される傾向にある。

b 個人が法を遵守する必要があるかは、明らかにされない。したがって、法は、十分な規範遵守の用意に配慮

することを各個人に負わせている。意思の誤りは、許容されない(三)。

三、無関心や意思の欠如に基づく認識の欠如もまた、許容されない。ドイツ刑法は、その限りでは体系的でないやり方をとっている(四、五)。

四、期待可能か不可能かは、緊急状態の強さではなく、自然の産物としての紛争を解決する可能性に依存する。とりわけ、紛争を解決するために特定の手續が存在する場合には、これが優先し、免責(自然についての解決)は排除される(六)。

八 文献についてのコメント

責任主義について: *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip, 2. Auflage, 1976; *Günther Jakobs* Das Schuldprinzip, 1993; 間接的故意については *ders.* ZStW 114 (2002) S. 584 ff.; 意思の誤りと認識の誤りの区別については *ders.* ZStW 101 (1989) S. 516 ff.; 期待可能性については *Claus Roxin* Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA 1990 S. 97 ff., 137 ff.; *Gerhard Trimpe* Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) und zum Notwehrerzehl (§ 33 StGB), JuS 1984 S. 859 ff., JuS 1985 S. 35 ff., 117 ff.; 一般的には *Günther Jakobs* Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1991.

(人文社会科学研究所助教授)