



Title	[翻訳] 行動規範の概念に関する批判的覚書
Author(s)	飯島, 暢
Citation	関西大学法学論集, 65(2): 454-481
Issue Date	2015-07-10
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/9388">http://hdl.handle.net/10112/9388</a>
Rights	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	publisher

# 行動規範の概念に関する批判的覚書\*

ライナー・ツァツィック

飯 島 暢 (訳)

## 目 次

- I. 導 入
  - II. 行動, 行為, 規範, そして制裁
  - III. 行動規範と実質的な法原理
- [訳者のあとがき]

本稿は、今日において不法の基礎づけの際に様々な形で援用される行動〔行為〕規範 (Verhaltensnorm) の概念を分析するものである。本稿では、同概念及びその諸要素が内包する一定の内容は、主張されているような人格的な (personal) 不法論ではなく、非人格的な不法論に至るものであることが示される。行動規範の概念は、人格を自らの中枢部の一つの要素として捉える実質的な法論に組み込まれる場合にのみ、その意義も転換されて、自由に依拠する (freiheitlich) 法理解と調和できるようになる。

## I. 導 入

行動規範の概念は、過去数十年の間、刑法学の内部で重要な意義を益々獲得するようになった<sup>1)</sup>。現在のところ実際に主張されている一連の学説によれば、同概念は、不法

---

\* ヴォルフガング・フリッシュに対し、その70歳の誕生日 (2013年5月16日) を心より祝して本稿を献呈する。本稿は、祝賀論文集へ寄稿するために計画されたものであったが、重大な個人的理由により、間に合うことができなかった。執筆の最中、私は草稿をボン大学の同僚及びその助手達に提示し、内容について徹底的な議論を行うことができた。この点に、私は非常に感謝している。

1) モノグラフとしては、*Frisch, Vorsatz und Risiko*, 1983, 特に S. 59 ff., 502 ff. (*Köhler JZ* 1988, S. 671 及び *Küper GA* 1987, S. 479 ff. が同書に対する書評である); *ders., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988 (内容が同じ新版が2012年に出版されている), S. 23 ff. (*Wolter, GA* 1991, S. 531 ff. が同書に対する書評である); *Altenhain, Das Anschlussdelikt*, 2002, S. 282 ff.; *Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, S. 27 ff., 51 ff.; *Kindhäuser, 7*

の規定の中に本質的なものとして受け容れられ、その結果、不法は行動規範違反として理解されるようになって<sup>2)</sup>。また、その際に行動規範の概念は、(故意的な侵害から始まり、不能未遂を経て、結果のない過失までに至る)不法の全ての形態の中心的な要素として見なされることもある<sup>3)</sup>。当該の概念の重要性は、ここではまだ全く表面的に考察するにすぎないが、法学及び刑法学、そして法哲学の中心的な諸テーマが同概念によって語られているということだけから、既に理解可能となる。つまり、人間的な行動(Verhalten)とそれを通じて行為(Handlung)が問題とされるのであり、このような行動に関する法の一般的な規則、すなわち法規範が重要となっている。そして、全体としては、(法的な) 当為と人格の現実的な行動との間の特別な関係が問題となる。加えて、問題の背景には、刑罰それ自体の概念が存在している。これらの概念の諸要素の内容的な規定に応じて、(過失、不作為、未遂における)基礎づけが困難な諸問題について種々の帰結をもたらすことにもなるのは、明白である。従って、そのような概念とその諸要素をより精確な考察の下に置くことは、批判的及び体系的に執り行われるべき刑法学の任務となる<sup>4)</sup>。以下の叙述は、「批判的」なものではあるが、それは、検証、区別化、(部分的な)正当化という「批判」の根源的な意味に基づいている。

出発点として、ヴォルフガング・フリッシュが行動規範の概念を記述するときに用い

---

↘Gefährdung als Straftat, 1989, S. 13 ff., 29 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 78 ff.; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 118 ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 33 ff.; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 9 ff. を見よ。——個々の差異については、本稿では取り扱うことはできない。

2) *Freund*, AT, 2. Aufl. 2009, S. 33 ff.; *Kindhäuser*, AT, 5. Aufl. 2011, § 5; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 8 II (更に別の基礎づけのアプローチを付加的に考慮している。この点については、*ders.*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 159 ff. を見よ); *Jakobs*, AT, 2. Aufl. 1991, 2/1 ff.

3) *Frisch*, Vorsatz und Risiko (Fn 1), S. 503 (「全ての犯罪行為の中核」であるとする); *ders.*, Tatbestandsmäßiges Verhalten (Fn 1), S. 40 Fn 155 (危険創出を含めてのことではあるが、「故意犯と過失犯の構造的同一性」に言及している); 「全ての犯罪行為の最小の共通の分母」であるとする *Freund*, FS Maiwald, 2010, 211 ff. (211) を見よ。

4) この点については、*Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 3-9; *ders.*, Strafrechtswissenschaftstheorie, FS *Jakobs*, 2007, 469 ff.; *Robles Planas*, FS *Frisch*, 2013, 115 ff.; *Verf. ZStW* 123 (2011), 691 ff.

ている基本命題が挙げられるべきである。『故意と危険』<sup>5)</sup>において、次のような叙述がある。「行動規範とは、通常、その内容面からして、一定の行動の態様を正当なもの或いは誤っているものとして指示し、その目的からして、人間の行動の一定の制御へと向けられている規範のことである」(S. 59)。すぐ後に続く形で、具体例が挙げられている。「最も単純な例は、——まだ粗いものではあるが——『他人を殺すな』とか『他人の所有物を破壊するな』という命令である」(S. 59)。モノグラフである『構成要件該当行為と結果の帰属』では、このような行動規範の目的は、「危険創出及び危険増加の阻止」であるとされている<sup>6)</sup>。つまり、最終的には法益の保護が重要となる<sup>7)</sup>。フリッシュは、一多くの他の論者と同様に——行動規範と制裁規範を区別している。制裁規範は、法適用者に向けられており、「どのような条件の下で、一定の制裁が生じるべきか」を指図するものである(S. 59)。ここでは、刑法各則の様々な構成要件(総則の諸規定による補充はなされている)或いは民法の損害賠償が例として挙げられている。こうして、刑法が語られる限りでは、不法として捉えることの正当化に関する問いは、行動規範の概念と、そして刑罰の正当化に関する問いは、制裁規範と結び付けられることになる。——但し、その際には、両者が一つの関係性の中に存するものであるのかどうかについては、未確定のままである。

以上により、——個別の点では多くの差異があるにもかかわらず——他の論者達からも見て取ることができる<sup>8)</sup>、行動規範の概念に方向づけられた刑法の諸原則を定式化する最初の手掛かりが得られてくる。フロイントによって、このような基礎に基づいて構成された犯罪行為論は、「人格的な (personal)」ものであると表されている。このような考えの契機は、おそらくのところ、「行動 (Verhalten)」へと焦点を合わせることにより、行動を行う者が不法の基礎づけの中心に置かれるように思われる点にあるのであろう。これが妥当であるのか否かは、以下において、「行動規範」の概念だけでなく、これと一緒に言及される制裁規範の概念の種々の側面に対するより精確な考察を通じて探求されるべきである。そこで、後述のⅡ. 以下において、いずれにせよ「行動規範」の概念の一定の解釈が、どうして人格の自由に依拠する法概念(同時にヨーロッパ啓蒙主

5) (Fn 1). 以下の本文で挙げる頁数は、同書のものである。

6) (Fn 1), S. 510.

7) Vorsatz und Risiko, S. 46 ff.

8) Freund, AT, § 1 Rn 12 ff., § 2 Rn 10; ders., MüKo, 2. Aufl. 2011, Rn 69/70 vor §§ 13 ff.; Kindhäuser, AT, § 2 Rn 2-8; Murmann, Grundkurs, § 8 Rn 5-7. 更に、Fn. 1 での参照文献を見よ。

## 行動規範の概念に関する批判的覚書

義以降の法概念)と合致し得ないのか、そして、そこから人格に関して欠陥のある概念を根底に据えることになっているのかを詳細に示そう。むしろ上の解釈は、まさに法及び不法に関する反人格的な (a-personal) 概念に至るものである。批判的な異議を示した後、その全体から、何故にヴォルフガング・フリッシュは、本質的な考察を進める中で、行動規範に関する彼の理論を深化させ、拡張させたのが、Ⅲ. 1. 以下において導きだされる。刑法全体に関する様々な帰結についても、少なくとも示唆する形で言及する (Ⅲ. 2.)。

## Ⅱ. 行動、行為、規範、そして制裁

### 1. 行動と行為

まず一見したところでは、行動という概念には、行為 (Handlung) の概念との関係で何も特別なものは存していないように思われる。双方の概念を同義として用いることは、通常の語法に対応している<sup>9)</sup>。但し、より精確な考察からは、重大な差異が示されることになる。行為の概念では、行為を行う人間が同時に想定されているが、「行動」の方は、動物についても語ることが可能である<sup>10)</sup>。それ故に、例えば、キントホイザーが、行為概念に関する論文<sup>11)</sup>において、「——そのように考察するならば——植物的な或いは動物的な行動から」区別されない、身体的な動静の空間的・時間的な事象をその基礎にして行動を規定するならば、これは全く首尾一貫したものである。行為概念とのこのような差異は指摘されはするが、法的な連関が問題となる場合に、すぐさま常に人間的な行動というものが語られることにより、差異は見かけの上では埋め合わされてしまう。しかしながら、そのようにしても、人間の存在を、自らを目的的に操縦し得るといことが加わるだけの単なる精神的・肉体的な統一体と見なす基本的な想定は何も変わるわけではない。これにより、そのような存在の行動を、正当な或いは誤った行動の判断に係るその者の独自の権限を基準として取り入れることなく、外部から制御可能なものとして把握する危険性が生じてしまう<sup>12)</sup>。「行動」について言及することの更

9) *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, Rn 7 vor § 13 も参照。

10) それ故に、正当にも *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. 1996, S. 205 は、行動の概念を通じた行為概念の「弱体化 (Abschwächung)」について言及している。

11) FS Puppe, 2011, S. 42. また *ders.*, Zur Logik des Verbrechensaufbaus, in: Koch (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?, 1997, S. 77 ff. (「肉体的な身体の経過」であるとする)。も見よ。

12) このような文脈では、いつも繰り返し、(後述 Fn 52-55 での参考文献が示すように)「刺激」、「影響」、「制御」、更には「操作」という概念が問題となるこ

なる側面がここに加わる。このような言及は、観察者のパースペクティブを採りがちであり、これにより、法的な行動を専ら経験的な認識（理論理性）の基準に基づいて、つまり決定的に切り詰めて規定してしまう傾向を伴っているのである。

## 2. 行為と結果

行動規範に関する理論の枠内で、多くの論者は行為と（より詳細に規定されるべきものである）結果の結合につき、重大な修正を行っている。このような展開は、最終的には事象の両側面の分離に至り得るものであったが、これは、全く異なる種々の考慮によって担われた、多くの段階を経ることによってなされたものである。

a) 因果的行為論では、行為と結果（これは外的な結果或いは単に外的な行動であるとされた）は、さもなければ行為が「原因（causa）」として把握され得なくなってしまうため、一連のものとして同時に想定されなければならなかった。行為は、外的な変化の惹起であるとされていた<sup>13)</sup>。このような外的な変化は、それ自身単に外的で客観的な事象でしかなかった。そのように、或いは異なって行動する意思は、当該の行為論では、身体の動静及びそれからの帰結の全てと同様に、それ自体としては単なる因果のファクターでしかない。意思は、常に特筆されるべき、有意味的に設定された根拠を事象に対して与え得るようには把握されないのである。ここで事象を束ねているのは、因果性のカテゴリーでしかない。これにより、学問的な検証の目的のために、行為と結果との結合を分析的な方法で切り離すことは確かに可能である。だが、そこから更に様々な結論を導き出す際には、常に行為とその帰結との必然的な結合は簡単に忘れ去られてしまうのである。

目的的行為論からすると、結果との関係は全く特別な意義を有していた。同理論の基本思想は、制御する意思に操縦されて、行為は目的実現であるという点にあった<sup>14)</sup>。これによって、確かに因果性の領域から離れることにはならなかったが、同領域は、意思実現という付加的な要素を通じて新たな階層へと高められた。但し、この新たな階層では、意思は専ら技術的な制御手段として目的・手段の関係性の中で捉えられていた。だ

↘とを想起せよ。

13) *v. Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, § 28 II 2, S. 158; *Mezger*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Neudruck der 3. Aufl. 1949, 2002, § 12.

14) *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961, S. 1-4; *ders.*, Kausalität und Handlung, in: *ders.*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 7 ff., 19.

が、そのような形で把握された行為概念からは、自ら自身を正当なものへ（或いは誤ったものへ）と規定するという、意思に本来的にある人間的な能力は排除されたままである<sup>15)</sup>。

b) 行為と結果の結合の緩和へと至らせたのは、ヴェルツェルが目的的行為論と不法論に与えた、まさに価値哲学的なより深い基礎づけであった。これによれば、個々人は、その者が価値実現的な行動を通じて共に担うことになる積極的な価値秩序の中へと組み込まれる<sup>16)</sup>。従って、個々人が道徳的 (sittlich)・法的に正当に行動することが、価値秩序の存続について積極的に意義を有しているのと同様に、その者が、価値秩序を侵害する場合には、消極的に意義が認められる。ヴェルツェル説については、刑法には「基本となる社会倫理的な心情（行為）価値の保護」が課せられているということが言われてはいるが<sup>17)</sup>、内容上、専ら行為価値だけが重要となるわけではない。価値哲学では、常に同時に客観的な価値秩序が前提とされており、そこから初めて、行為価値 (Aktwert) はその道徳的な実質 (sittliche Substanz) を獲得することができるのである。これに対応して、行為無価値には、このような道徳的な実質の侵害が存在する。但し、行動している人格が考察の中心に押し出されていたので、今や行為無価値という義務違反性が完全に前面に置かれるとの結論を主張できたのである。これに対し、結果は、少なくとも（単なる因果事象としてではなく）結果無価値として把握され得たが、専ら二次的な意義を有するにすぎなかった<sup>18)</sup>。

c) 行為と結果の分離へは、ヴェルツェルの不法概念を更に発展させることにより、一定の方法で首尾一貫的に至ることが可能であった。この点に大きな影響を与えたのが、アルミン・カウフマンの博士論文であり<sup>19)</sup>、そこでの諸帰結には他の論者も従った<sup>20)</sup>。また、アルミン・カウフマン自身も価値論を出発点にしている<sup>21)</sup>。これによると、社会的な秩序の全体は、第一の段階において、積極的な評価の定立として把握されるべき

15) これについては、E. A. Wolff, GedS Radbruch, 1968, 294.

16) 以下については、Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in: Abhandlungen (Fn 14), S. 29 ff.; Verf., Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 94 ff.

17) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 4.

18) Welzel, Strafrecht, S. 62. この点に存している、不法の道徳化の危険性については、Köhler, AT, 1997, S. 27 f.

19) Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954. なお、Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997.

20) 特に、Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

21) 以下については、Armin Kaufmann (Fn 19), S. 69 ff. を見よ。

とされ、第二段階において、諸価値を侵害する事象が消極的に評価されることになる。しかも、これが人間を通じてか、自然現象によって生じるかは問われない。第三段階で、人間の仕業である消極的な事象が選別されるのである。立法者は、一般的な形式で個人に対して、その者達は何を行い、或いは何を控える必要があるのかを語る諸規範の中へと様々な評価を移しかえる。こうして、「規範は法の現実性の中へと跳躍する」<sup>22)</sup>のであり、それは動機づけの手段なのである。規範は、行為者が「時間的及び空間的に特定された状況において禁止された行為を行い得る」<sup>23)</sup>場合に、義務へと具体化される。ここで規範は、その者に対し行為を差し控える義務を課す。「行為は、人的な不法メルクマールそのものである。」<sup>24)</sup>この点から、ツィーリンスキーと他の者達<sup>25)</sup>は、規範は名宛人に対して専ら作為或いは不作為のみを命令し得るのであり、結果についてそうではないとの結論を導きだした。彼らによれば、結果の発生或いは不発生は結局のところ偶然的なものであるから、結果はむしろ規範連関の外部にあることになる<sup>26)</sup>。こうして、不能未遂こそが不法のプロトタイプとなり<sup>27)</sup>、更には、結果を欠く過失を法に対する侵害として理解することも可能とされたのである<sup>28)</sup>。

d) いくらカンピバレントにロクシンによって「鋭い洞察である」と言い表された、このような基礎づけ<sup>29)</sup>は、学説において多くの批判を受けた。批判者達は、不法における行為と結果の必然的な関係を重視したのである<sup>30)</sup>。但し、実定法はこの点に関し

22) *Armin Kaufmann* (Fn 19), S. 76.

23) *Armin Kaufmann* (Fn 19), S. 105 を参照。

24) *Armin Kaufmann* (Fn 19), S. 139.

25) 差し当たり、アルミン・カウフマン自身の見解である FS Welzel, 1974, 393 ff., 410 f. (しかし、故意犯に関する 411 Fn 50 も参照) ; MüKo-Freund, Rn 306 ff., 323 ff. vor §§ 13 ff. ; Lüderssen, FS Bockelmann, 1979, 181 ff. (182 f.) を見よ。

26) 従って、結果は、不法責任連関の外部に位置づけられて、客観的処罰条件とされるべきことになる。例えば、この点については、MüKo-Freund, Rn 325, 327, 330 vor §§ 13 ff. ; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten (Fn 1), S. 513 ff. また、結果発生は専ら量刑について意義があると主張されることもある。

27) この点については、Zielinski (Fn 20), S. 136 を見よ。同 S. 134 Fn 14 での叙述によると、迷信犯の問題も不法の次元で解決されるべきではない。同様の見解として、MüKo-Freund, Rn 439/440 vor §§ 13 ff.

28) MüKo-Freund, Rn 323/324 vor §§ 13 ff. そのような行動が現在のところ不処罰であるという事実は、専ら立法者の自己抑制から生じたものとされる。

29) *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn 94 Fn 144.

30) 例えば、Gallas, FS Bockelmann, 155 ff., Stratenwerth SchwZStR 1963, 7



て最良の証人となるものではない。何故ならば、そこでは、外的な「不法結果」を放棄している犯罪類型の増加が確認されるからである。しかし、行為と結果の関係は、前定的な規定から生じるものであり、その否定は理論的な構想の首尾一貫した展開よりも過剰なこと、この展開とは異なることを意味しており、むしろ当該の関係の否定は、人格の実践的な権限を本質的に減少させてしまう状況の一つであることを指摘し得るのである。

これは、行動が専らその技術的・実践的な側面から考察されるとき、既にそれだけですぐに明白となる。ここでは、——現実の犯罪に当てはめる形で——銀行強盗の企てを例にしてみよう。確かに、例えば金庫部屋が開かないというように、企図が失敗し得るといことは、一般的に通常の経験に合致する。しかし、失敗の可能性が原理にまで高められる場合、これは、不法結果だけではなく、全体の生（Leben）を人間存在に関わる賭け事の一種にしてしまうことを意味する。一杯の水をうまく飲むことですら、偶然ということになってしまうであろう<sup>31)</sup>。首尾一貫的に考え尽くすとすると、行動者の独自の動作の経過に対する支配についてすら語ることは全く不可能となるであろう。何故ならば、この経過自体も（見かけ上、偶然に服する）原因と結果の連鎖の中へと解消されてしまうからである<sup>32)</sup>。

以上のように、行為者の技術的・実践的能力を行為と結果の分離を通じて早計に過小評価することよりも、突き詰めたときに更に先にあるのは、その者の法的・実践的能力の過小評価である。このような帰結は隠蔽されており、その全容も規範概念について更になされるべき考察を行った上で初めて示され得るものである。しかし、その基本的な特徴を既にここで示しておきたい。上の帰結が隠蔽され得るのは、行為と結果の関係に関する通常の刑法的な考慮が、より精確に考察して、不法な行為と不法な結果に依拠しているからであり、しかも、それにより専ら法の否定だけを念頭に置いているからであ

---

↘273 ff.; ders., FS Schaffstein, 1975, 177 ff.; *Schünemann*, FS Schaffstein, 159 ff. (171 ff.); Schönke-Schröder-Lenckner/Eisele, StGB, 28. Aufl. 2010, Rn 58/59 vor §§ 13 ff.; *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, 1981, S. 67 ff.; *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 110 ff.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 24 ff.

31) *Verf.*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 102.

32) *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 329 Fn 8; ——異なる立場から——具体例を伴う *Jakobs ZStW* 97 (1985), 751 ff. (754 f.) も見よ。

る。このことは、——全く妥当なのではあるが——刑法が、権利と義務に関する積極的な秩序を前提とする二次的秩序として理解されることから容易に推測できるかもしれない<sup>33)</sup>。しかし、法生活 (Rechtsleben) は、人間を市民のグループと犯罪者のグループに分けるものではない。それぞれ、法的な人格として考察される同等の関与者 (Akteur) なのである。法が、制裁を備えた規範命令を通じて正当な行動へと制御される必要がある犯罪傾向を有する人間だけに取り組みなければならないとすることは、不十分な (reduziert) 刑法哲学における根本的な誤解である。この点は、既に民法の観点からしても正しいものではない。売買の際に、さもないと延滞利子、または更には損害賠償の危険性があることだけを理由に代金の支払いがなされると主張するのは、意識的な行動の現実性を捉えそこなうものである。「契約は守られるべし」は、法律家が最小限のこともそこに付け加えることなく、本来的には意識的な行動を通じて履行される法命題である。その内容は、契約の当事者自身によって洞察されている。

法は、そもそも諸人格の外的な行動のみを対象としている。——但し、ここで「行動」は上述の削減された意味によるものではなく、「事実として (als facta)」相互的な関係において諸人格に影響を持ち得る行為の総体である<sup>34)</sup>。これにより、法の世界の全体は、——しばしば現代の社会では高度に媒介された形態をとるが——法的諸人格の行為による産物として見なされ得ようになる。法における行為と結果の関係に対する、このような視点の変化により、「結果」を単に行為客体の感性的に知覚可能な変化としてだけでなく、より詳細に規定されるべき意味を有した、行為者及び被害者の双方の側に当てはまる関与者の意識的な生 (Leben) と結び付いた精神的な (geistig) 事象として見ることも可能となる。

しかし、このような次元が考慮されることなく、行為が結果から切り離されてしまう場合、——再び刑法的な思考過程の中へと移し戻すとすると——法的な人格の概念の削減だけでなく、それにより法益論がマージナル化されるという帰結に至ってしまう。法益論が、多くの者が主張するように<sup>35)</sup>、本当に単なるガラス玉遊戯にしかすぎないので

33) 例えば, *Freund*, AT § 1 Rn 12; *Murmann*, Grundkurs, § 8 Rn 6 m. w. Nachw. を見よ。

34) *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Ausgabe Weischedel, Band IV, 1975), § B (AB 32 f.) は、基本的にそのように規定している。

35) 法益論の成果に対して懐疑的なものとして、例えば *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — Zur Dogmatik »moderner« Gefährdungsdelikte, 2000, S. 213 ff.

## 行動規範の概念に関する批判的覚書

あれば、失うものは僅かであるのかもしれない。だが、フォイエルバッハ以来法益論の中に存在していた批判的なポテンシャルが排除されてしまう<sup>36)</sup>。現在、抽象的危険犯の範囲の拡大が懸念もなくなされていることが確認できるが、これも上の実体の喪失 (Substanzverlust) の間接的な効果なのである<sup>37)</sup>。

e) 行動規範の概念に対するより精確な理解にとって重要であるのは、今まさに示したような行為と結果の引き裂かれた関係が出発点となっている状況があることである。この裂け目の中へと規範概念が入り込んでおり、その「行動規範」という名称は、同概念が専ら (先述の削減された意味での) 行動に向けられていることだけを理由に、既に適切であるとされるものにしかならない。この点が、より詳細に探求されるべきである。

### 3. 規範と行動

規範の概念については、まずはその根源的な意味では、「指針」を表す一般的な規則として理解することが可能である。この意味における同概念は、立法者或いは裁判官のパースペクティブからの観察だけでなく、自己規定的に自らを規則に合わせる行動者のパースペクティブからの観察も許容する限りでは、中立的なものである。

a) しかし、刑法での行動規範に関する理解は、これに対応していない。そうではなく、命令主義的に染められて、削減されてしまっている。つまり、規範は決定規範としての外的な命令とされているのである。まさに刑法では、そのような規範概念の含意は、上のような理解と結び付いているのだが、これは、ビンディングが刑法から得た根源的な知見、つまりは、法に関する理論的な基本的理解及び人格と法全般との関係性からもつれるように導きだされた帰結である。

b) まだ今日においても、行動規範の概念を学問的に取り扱う際には、通常ビンディングとの関係づけの下で論じられている<sup>38)</sup>。ビンディングは、規範違反を刑法典

---

36) この点については、Kahlo, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 26 ff. — そのような基準がないまま、犯罪構成要件に関する基礎づけがどのようにに不確かな衡量の中に埋没しているかを明示する一例を提供するのが、連邦憲法裁判所のいわゆる近親相姦事件判決 (E 120, 224 ff. m. Sondervotum Hassemer) である。これについては、更に Noltenius, ZJS 2009, 15 も挙げておく。

37) これについて批判的なものとして、Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 380 ff.; Yang-Yi Chou, Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten, 2011, S. 52 ff.

38) 例えば, Frisch, Vorsatz und Risiko (Fn 1), S. 72 ff.; Vogel (Fn 1), S. 28, 8

の構成要件から直接的に読み取ることができない旨を指摘した。何故なら、彼からすれば、行為者はまさに構成要件のメルクマールを満たしているからである<sup>39)</sup>。だが、行為者はその際に、その者に一定の行動を禁止或いは命令する、構成要件の背後にある規範に違反しているとする。この規範は、全ての可能な生活領域に由来し、共同体的に構成された、公法の規範である。その（道徳的な拘束性だけでなく）法的な性質（*Rechtlichkeit*）を、ペンディングは注目すべき方法で行動者の日常的な洞察から導きだしている。「それは、全ての思考する能力がある者に対して、多くの行為が我々の法的生活の諸利益とどのように合致しないのかということの認識を課してくる。そして、通常その者達は、他の者達と同様に、それらの行為は上の理由から禁止されており、自らにはその実行の権限があり得ないという結論を導きだすことになる。何故なら、その者達は、自らが国家に対して要求しなければならないと信じているものが、国家においては生じていることを前提にするであろうからである。」<sup>40)</sup> このような基礎づけがどの程度衝撃的なものであるのかは、議論されるべきではない。決定的であるのは、ここでは、個々人の洞察がまだ規範の内容と結び付けられていることである。

c) 行動規範と命令を同義的に理解することを通じて語られる事柄は、二つの側面から展開させられ得る。まずは、法の側面からであり、次に人格の側面からである。

aa) 「命令」の概念は、その背景にある法理解を見据えながら、行動規範論と命令説の関係を語ることを促すものである。確かに、命令説の理論連関の全体が現在では明示的には受容されていないことは確固たる事実である<sup>41)</sup>。ペンディングも同説を激しく批判していた<sup>42)</sup>。しかし、この命令説の基礎への視線は、明らかに存在し続けている。命令説の基礎は、ホプズの国家論の中に見いだされ得るが、臣民に対する命令である

<sup>39)</sup> 45 ff.; *Lagodny* (Fn 1), S. 80 f. を見よ。

39) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 4. Aufl. 1922 (Nachdruck 1965), S. 7, 42 ff.

40) *Binding* (Fn 39), S. 44. 全体については、*Verf.*, Das Unrecht der versuchten Tat, S. 69 ff. も参照。——ペンディングは、このことを十戒の命令を基に説明しているが、そこでの命令は、より精確に考察すれば、「(汝は、……すべきではない)」というように) 社会的な行動が念頭に置かれている限りでは、禁止である。

41) 根本的な批判については、*Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 253 ff. を見よ。更に、*Vesting*, Rechtstheorie, 2007, Rn 35/36 も見よ。

42) *Binding*, Rezension Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Aufsätze, Band I, 1915, 522 ff.

という法律に対する近代のイメージは、ホッブズに遡るものである<sup>43)</sup>。「市民的な法律は、国家が全ての臣民に対して、言葉、文字、或いはその他の十分な意思を表す記号を通じて命令した規則であり、それによって法と不法、つまり、規則違反のものと規則に合致したものを区別するためにある。」<sup>44)</sup> 総じてこのような方法で法的な地位が基礎づけられ、人格は法の中へと措定されている。「臣民」という表現が、国家市民と国家に関する今日の理解には合致しないと説明する<sup>45)</sup> だけでは、このような立場に対する批判がなされたことにはならない。何故ならば、今日においてもなお、個別の意思と一般的意思の関係をどのように規定し、そして、どのようにすれば両者を相互的に媒介させ得るのかという、ホッブズによって投げかけられた問題は、存在し続けているからである。法の原初的秩序を行動規範の体系、つまり、禁止と命令の体系として把握する者がいたとしても、それだけでは、この原初的秩序の起源を説明するという任務からはまだ免れたことにはならない。この点につき、リヴァイアサンという「人工的動物」が法的人格を創造するのか、法的人格を義務づける規則が「社会のふところで『孵化』してくるのか<sup>46)</sup>、或いは個々の人格の個別的な存在性が、確かに一般的な意思へと媒介される必要があるが、この一般的な意思によって初めて創出されるものとは理解され得ない法的根拠を既に自らの中に常に有するとするのかでは相違がある。ホッブズの立場は、その法の基礎づけについては、今日の法理解にまで継続的に影響を与え続けているが、同立場の特殊な他律性は、法律が根源的には国家において創出されるということだけではなく、これに加えて、ホッブズの見解では当為と存在の対立が特定の方法で形成されている点にも由来している。ここで、この「存在」が単に何らかの事実性として理解されるのではなく、人間の存在自体であるとされている場合には、個人のこのような存在に（規範性としての）当為の世界を対置する道が既にこれによって準備されている。

43) *Hobbes, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates*, übersetzt von *Euchner*, 1966, 26. Kapitel »Von den bürgerlichen Gesetzen«, S. 203 ff. この点に関する理論史的な叙述として、*Riedel, Moral- und Rechtsnormen*, in: *ders.*, *Norm und Werturteil*, 1979, S. 48 ff.; *Renzikowski ARSP* 87 (2001), 110 ff.

44) *Hobbes* (Fn 43), S. 203.

45) そのような傾向を持つものとして、*Krüger, Der Adressat der Rechtsnorm*, 1969. この点については、*Hörnle, Straftheorien*, 2011, S. 12 が適切である。

46) ホッブズが用いる隠喩については、*ders.*, (Fn 43), S. 5 f.; *Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 30.

この異質な世界において初めて、個人は人格へと転換されるが、その際に、対自的に自ら自身で法の下にあるということはない。こうして、所有権は、命令説からすると規範領域における裂け目である（つまり、全く積極的に規定されたものではない）とするベンディングの嘲りは、人間全体との関係ではるかに致命的な意義を獲得する。すなわち、人間には、一般的に指定された法に対して法的な独自性が欠けているのである。

bb) 個々人のパースペクティブから考察すると、これにより、このような法思考の帰結が特に明瞭となる。法における個々人は、法が単にその者からなすものでしかない。ホブズのこのような構想の影響は、ホブズと行動規範論の現代における主張者達の自由の概念が注目すべき類似性を示している点からはっきりと見て取れる。自由とは、ホブズからすれば、動作に対する外的な阻害から自由であることである。これは、理性的でない、更には生命のない事物にも、理性的な被造物にも妥当する<sup>47)</sup>。この明白に自然的に規定された自由に対し、人間は、——国家的秩序の支配を通じて——人工的な束縛をかけたのである。つまり、市民的法律のことである<sup>48)</sup>。ミュンヘナーコンメンタルにおいて、全く同様の意味でフロイントは、行動規範は市民の行為の自由を制限すると述べている。従って、殺害の禁止は、他人を殺害する「自由」の制限を表すという意味においてのみ理解され得ることになる。そして、次の段階で初めて、そのように規定された自由の制限に関する正当化が比例性の基準からなされるべき点が主張されているのである<sup>49)</sup>。

自由に関するそのような概念が空虚であり、いまだ説明を必要としていることは明白である。この点を意識して、新たな段階へと至って初めて、自由はその根拠からして必然的に、道徳及び法というより狭い領域において、正当なものへの自己規定とこのような洞察の実現を含む形で結び付いているという思考が理解できるようになってくる。自己規定が単に知的で内的な事情に尽きずに、対応する行為の中に表出されることにより、存在と当為の差異も違った形態を獲得する。人間自身の存在は、その者によって洞察さ

47) *Hobbes* (Fn 43), S. 163.

48) 法律による命令の作用の内容については、*Hobbes* (Fn 43), 25. Kap. (»Vom Rat«), S. 196 ff. を見よ。この点については、また *H. L. A. Hart*, *Commands and authoritative legal reasons*, in: *ders.*, *Essays on Bentham*, 1982, S. 243 ff. (253).

49) *MüKo-Freund*, Rn 155 vor §§ 13 ff.; *ders.*, AT, § 2 Rn 10. ——憲法的な観点から、そのような行動規範を自由の侵害（基本法2条）として見なしたとしても、当該の構成を僅かにしか隠蔽することにならない。例えば、*Lagodny* (Fn 1), S. 78; *Altenhain* (Fn 1), S. 282 f. を見よ。

れた当為と結び付いており、行為を通じて現実化されるのである。これは、法及び刑法秩序にとり、全く新たな、異なる方向づけを伴う問題の設定を提起するものである。ここでは、行動規範の概念も付加的な次元を獲得する<sup>50)</sup>。

cc) しかし、このように考察を進めない場合には、規範の外面的な概念は、内容の空虚な自由の概念を対象とすることになり、同概念には一定の内容が外部から付与されてしまう<sup>51)</sup>。これにより、法は社会生活の単なる技術へと矮小化されてしまい、立法者はテクノクラートとなってしまふ。ここでは、冒頭で述べた個人々々に対する理論的・客観的な視点が容易に見て取れる。このことは、行動規範の作用連関を記述するために学説上用いられている多くの表現から明瞭である。つまり、刺激<sup>52)</sup>、操縦<sup>53)</sup>、制御<sup>54)</sup>、更には操作<sup>55)</sup> までもが言及されているのである。このことは、制裁それ自体も侵害及び危殆化に対する防御装置であると専ら見なされていることを通じて更に高められる。これにより、単に消極的に（「禁止」として）想定されただけの行動規範と制裁を科すと威嚇する制裁規範が、不法から防御するための巨大な防御戦略<sup>56)</sup>へと最終的には融合していく。こうなると、必然的な様々な帰結を伴いながら、刑法と警察法はもはや区別が不可能となる<sup>57)</sup>。民法ですら、（例えば、損害賠償法を通じて）この戦略の中へと統合される。その際に考慮されているのは、その者が、犯罪行為からの不利益が最終的に利益よりも大きいということを世故にたけて知っているが故に、そのような行為から手を引くという市民像である<sup>58)</sup>。こうして、人格の実践的な能力は、単なる賢

50) ヴォルフガング・フリッシュは、後に挙げる文献において、このような帰結が実践理性の作用であると要約している。この点については、後述のⅢ。

51) 決定規範とは別に評価規範が考慮される必要があることは確かである。「何故ならば、他者を何らかのことへと決定したい者は、何へとその者を決定したいのか……をあらかじめ知らなければならないからである」（*Mezger GS 89 [1924], 240 f.*）。だが、この点は決定規範の命令的な作用を何ら変更するものではない。

52) *Hörnle (Fn 45), S. 12.*

53) *Hoyer (Fn 19), S. 68.*

54) *Frisch, Vorsatz und Risiko (Fn 1), S. 59.* 但し、後述のⅢ。も見よ。

55) *Hoyer (Fn 19), S. 335, 380, 383.*

56) 明快に「防御柵」であると語るのは、*Hoyer (Fn 19), S. 189* である。

57) 既にずっと以前から、刑法及び刑事訴訟法でのこのような展開には批判がなされている。例えば、*Paeffgen, JZ 1991, 437 ff.; ders., FS Amelung, 2009, 81 ff.; ders., SK-StPO, 4. Aufl. 2010, Rn 12 ff. vor §§ 112 ff.; ders., NK, 4. Aufl. 2013, § 89a Rn 1-10a.*

58) *Hörnle (Fn 45), S. 12 f.* を見よ。——そこでの計算は、法が法として当該計算を

慮の規則と損得計算へと更に削減されてしまうが、これは、いずれにせよ当該の人格に禁止の意味への洞察力が認められ、そして人格の行動が単に刺激と反応からなる動物的なメカニズムから際立たされることによって相殺されるものではない<sup>59)</sup>。何故なら、禁止を洞察することと、そのような禁止を内容的に共に基礎づけ、そして当該の洞察に従って自己規定的に行動することは、全く別の事柄だからである。後者のような結合が確立される場合にのみ、先ほど bb) で叙述した展開が進められて、人格は法においても即自的に目的それ自体として見なされるようになり、他者の幸福のための目的とはされなくなるのである。

d) 改めて以上の点から直接的に刑法における行動規範の理解へと立ち返って考察する場合、上述の行動制御の技術という観点から、行動規範の違反が不法の核心であるとする見解の問題点が示されてくる。構成要件の背後にある行動規範の目的が、侵害或いは危殆化からの法益の保護であり、(威嚇あるいは予告 [Ankündigung]<sup>60)</sup>として理解される) 制裁が、行動規範の作用を強化する手段として想定されるとすると、行為者の所為を通じて、目的合理的な全体の構造が崩壊させられることになる。行動規範と制裁の威嚇は目的を達成できなかったのであり、簡単に定式化すれば、刑法は常に遅れて登場するのである<sup>61)</sup>。このようなモデルにおいて意図されている制裁規範の存在は、いわばその中で刑罰の基礎づけの二つめの起動 (Anlauf) を見いだすことを余儀なくさせる。つまり、制裁規範の存在については、同規範が名目的には唯一向けられている法適用者 (Rechtsstab) こそが可罰性の諸前提を構成要件のメルクマールに基づいて確定しなければならない点が指摘され得るのである。しかし、これによって基礎づけにある明らかな間隙が閉じられるわけではない。何故ならば、制裁規範が現実的に専ら「法適用者」に向けられる場合、まさにその者は、自らの措置の正当化に至らないまま、「刑罰」という強制手段を司ることになるからである。例えば、積極的一般予防を参照するように指示がなされ、刑罰が専ら他の全ての者 (但し、行為者は除かれる) の法意

---

↘の内容の中に含まれることはあり得ないのであるから、常に法に合致した結論になる必然性がないことは明白である。

59) *Jakobs*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 23 f. を参照。

60) このような表現を提案しているのは、*Hörnle* (Fn 45), S. 12 である。

61) *Welzel*, *Strafrecht*, S. 3; *Freund*, *AT*, § 1 Rn 6. —この点に、警察法ともはや変わらなくなってしまっている刑法が、害悪を芽の段階で既につむんでおくために、処罰の更なる前倒しに常に専念してしまっている理由がある。これについては、*Gierhake*, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013.



識に関係づけられるという周知の迂回路を通じて、このような間隙は事後的に隠蔽されるのかもしれない。だが、所為それ自体との関係での正当化は、当該のモデルでは遮断されている。このような正当化は、所為の不法と制裁が結び付けられる、つまり、制裁が不法それ自体に依拠するという要請に合致する場合にのみ確立される。

#### 4. 行動規範、規範妥当、そして制裁

a) 「法益保護」という規範目的が、行動規範違反の状況では、もはや達成され得ない中、それでも不法と制裁の基礎づけに関する目的プログラムが維持されるべきとすると、規範の概念それ自体を拡張し、より高次の目的を思考過程の中に導入することが推奨されるはずである。この点につき、規範の評価、その妥当は、隔絶されたまま一人歩きしてしまっている。そのような構成の理論的枠組みを提示するのが、以下のような(刑)法の機能的な基礎づけである<sup>62)</sup>。規範が、社会の存続を形成し、固定化させるのであり、つまりは、社会の構成員の方向づけの目標である当為の状態を定義する。規範の妥当は制裁を通じて安定化される。(例えば、犯罪行為による)規範への異議が生じた場合、社会の当為状態のために、この規範への異議それ自体に対して異議が示されなければならない。何故ならば、行為者による先の異議をそのままにしてしまうと、規範はいわば有効的に否認されてしまいかねないからである。規範への異議に対する回答は、行為者に刑罰による苦痛が賦課されることを通じて行われる。このような事象の観察によって、社会の他の構成員達は、違反された規範の効力が堅持されるべきことを知るのである。

本稿のテーマからすると、機能的な刑法及び法の理論を全体的に批判することは不要である。そのような批判は、徹底的に十分な形で行われている<sup>63)</sup>。ここでは、規範概

62) 特にこれについては、個々の点ではニュアンスの違いが多々あるが、AT (1. Aufl. 1983, 2. Aufl. 1991) から System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012 (その間の文献については、同書の S. 96-98 に一覧がある) にまで至る、ギュンター・ヤコブスの著作を見よ。——最近の二つの著作において、ヤコブスは人格のポジションを修正し、人格、社会、国家の同時根源的な三位一体について語っている (Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 25 ff., 37 及び FS Frisch, 93)。これにより、指導的な体系概念の全てについて新たな調整が、まさに本文で論じた文脈との関係でも必要となるが、これをここで扱うことはできない。

63) 例えば、Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 192 ff.; Murmann, in: Koriath u. a. (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, S. 189 ff. を見よ。

念のそのような機能化が行動規範の概念に与える影響のみが示されるべきである。また、規範概念の当該の構想によって、一方では不法の、そして他方では制裁の首尾一貫した基礎づけが成功しているのか否かという問題に取り組むべきである。

b) この問題をより精確に考え尽す場合に、まず目を引くのが、これまでに本稿で提示された一連の諸問題の全体が、規範から規範妥当へと乗り換えがなされることによって、その意義を失ってしまう点である。所為は、規範妥当の弱体化の徴表にもはやすぎないのであるから、確かに、行動規範の違反について語ることはできるのかもしれないが、内容的にはもはやそれは問題とはされない。つまり、決定的であるのは、規範妥当への攻撃なのである<sup>64)</sup>。こうなると、行為と結果の関係も無視できるテーマでしかなくなる。「結果」とは、ヤコブスによれば、侵害された法益の眞の姿であるとされている、規範妥当の弱体化にしかすぎないからである<sup>65)</sup>。このように見た場合、法益に関する議論も無益なものとなる。何故ならば、社会のどのような規範が社会のふところ「孵化」するのかは、歴史的に見て、変転し得る事柄であり、法からは単に観察し得るだけのものではないからである。例えば、近代において自由に特別な意義が帰せられたことは、認められる事実であるが、法にとって構成的となるわけではないのである。更に、最終的には、「人的不法論」という表記も有名無実となる。何故かと言えば、人格はその法的な定在において規範によって初めて構成される存在となるからである。

以上の全てが、本稿では、根本的な批判という形で問題とされるべきではない。むしろ専ら探求されるべきなのは、このような基礎づけによって、刑法にとって所為と制裁の結合が創出されるのか、当該の構想を、フロイントや他の論者達が提案するように「人格的な犯罪行為論 (personale Straftatlehre)」と表するのが果たして正当なのか否かということである。

aa) 行動規範は、社会によって創出され、そして個人について一定の行動を要求すると主張される。規範妥当の承認も、個人に対する要求の一つであり、規範にとって構成的なものでは全くないし、その妥当にとっても違うことになる。個人は、規範に事実的に従って、それにより、承認を行うことになる。しかし、その者達が、規範の

64) この点は、未遂の問題の解決において見受けられる。これについては、*Jakobs* (Fn 62), S. 72 を見よ。窃盗の不能未遂の場合、常に「潜在的被害者」がいるとされている。つまり、所有という制度のことである。——しかし、「盗む」という行為がない場合に、何故そのように言えるのだろうか？

65) そのように明確に主張するのは、*Rechtsgüterschutz?* (Fn 62), S. 20 である。

法的な構成について何も寄与していないとすると、いかなる理由から、その者達の所為を通じた承認の拒絶にそれ程までに大きな意味が認められるのかという問いが提起されざるを得なくなる。つまり、その拒絶に社会全体の規範の妥当を動揺させ得るような重大な意味があるのは何故なのかということである<sup>66)</sup>。確かに、ホプブズの国家モデルにおけるように、秩序の存続に関する行為者の独自の利益というものとは想定できるのかもしれない。しかし、それにより、秩序の存続に関して、その者の意義が高められるわけではなく、せいぜいのところ教示を行うきっかけが与えられ得るのかもしれないが、法的損害（刑罰）についてそのようなことは言えないのである。

規範秩序の根拠及び、それを正当化する唯一の原理は、社会の存続であるとされる。これは、明らかに、更なる何らかの内容が前置されていることとは無関係になされる、規範の形式的な実体化でしかない。このような前置されるもの自体、例えば、自由に依拠する諸制度の存在は、正当化のための要素の一つとなるものではなく、外的に付与された内容でしかない。つまり、自らの存続を精力的に保護しようとする、非自由的な社会秩序というものも十分に機能する形で存在してしまうのである。

bb) 規範の内容自体から分断された妥当、及びこれに依拠した、規範に対する異議としての不法の規定は、制裁に関する基礎づけ作業の全体に関して、更なる難点を含んでいる。法益の——常に綿密に規定されるべき——侵害或いは危殆化ではなく、つまり、所為それ自体の不法ではなく、規範信頼の動揺が制裁の根拠となるのであれば、当然の帰結として、いつ規範妥当に関わる異議が存在するのかという点に関する諸基準は、具体的な所為のそれとは全く異なる思考上の領域において探求されなければならないになってしまう。いわば、所為に対する社会的な反響が問題とならざるを得なくなる<sup>67)</sup>。つまり、当該所為によって惹き起こされた公の関心や、社会の一部の者が犯罪に対して理解を表明しているとか、行為者がその所為を超えて他の社会秩序に戦いを挑んでいると

66) ヘーゲルの法哲学では、このような思想は、不法と刑罰の基礎づけにおいて初めて登場する。但し、法に関する主体性の意義が際立たせられる、彼の法哲学（「道徳性」）の部分との架橋においてである点が特徴的である（G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Werke in 20 Bänden, Band 7, 1995, §§ 100, 104 を見よ）。これについては、Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 77 ff.

67) 未遂論では、いわゆる印象説が同じ帰結に至る。同説の弱点は、ドイツにおいて一段と認識されるようになっていく。Roxin, FS Jung, 2007, 829 ff., 841 f. 及び NK-Zaczyk, § 22 Rn 11 Fn 54 において参照されている諸文献を見よ。

か、社会的に価値が低いと評価されるグループに被害者が属しているといった事実が考慮されてしまう。こうなると、所為による侵害は、社会における実際の感情及び興奮の状態に応じて、より重大なもの或いはそれ程重大ではないものとの評価を受けることになってしまうのである。

そのような基礎づけは、制裁の種類に対しても必然的に影響を及ぼしてしまう。内容的に規定された諸権利（自由或いは所有）の侵害でもって、それ自体は具体化された諸権利の侵害ではなく、一般的な規範妥当に関するその意義によって特徴づけられる事象に対応することは、一つの矛盾である。このような事象を認知的なもの、すなわち他者の経験的知識の次元<sup>68)</sup>に持ち込む試みは、法的帰結はまさに法的な帰結であって、自然現象ではなく、それ故、単なる経験的事実に縮減され得ないものなのであるから、成功し得ない。そのように規定された法秩序からすれば、例えば、選挙権或いは被選挙権の剥奪や社会的な給付からの排除、または市民権の剥奪の方が首尾一貫したものとなるであろう。

cc) 結局のところ、そのようにして基礎づけられた制裁は、所為の有責的な不法に対する限度を失ってしまう。このことは、過失不法において示される。同不法の問題性は、行動規範論の現代における発展の主たる要因となっていた。過失不法が、そのようにしてのみ注意義務に対する意識は十分に鋭敏化され得るとの理由で、故意不法よりも重く処罰されざるを得ない場合が多くあることは拒絶できない。ヤコブスは、手短に以下のような方法で、この結論の回避を試みている。つまり、ヤコブスは、一方で故意行為者について、規範妥当に対する決然とした強度の異議を非難するが、過失行為者には、いわばその者が自然による刑罰〔天罰〕(poena naturalis)を招く危険をあえて行っている点を斟酌するのである<sup>69)</sup>。しかし、このような考えは、特に条件付き故意の事例における故意行為者の行為の現実性を見誤っており、また過失犯を偶然的な形象に結び付けてしまっている。つまり、全ての過失犯が、見通せないカーブでの追い越しに類似しているわけではないのである。

c) 法の侵害との関係で法概念の規範化がどんどん進められていく、以上のような方向性は、最終的には、規範が特定化されるべき方法で頂点に達するという最終面に至ることになる<sup>70)</sup>。問題となるのは、このような概念領域で主張される刑法上の行為概念

68) *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 29.

69) *Jakobs* (Fn 62), S. 56, 27 f.

70) このような展開も, *Armin Kaufmann* (Fn 19), S. 140 f. にその基礎が見受けられる。

であるが、これは侵害的な結果の回避可能性を本質的に念頭に置く行為概念である。本稿の批判的な部分は、こうして一定の方法でその冒頭へと立ち返ることになる。但し、これまでに論じてきた諸観点によって問題意識は濃縮化されている。

既にヴェルツェル祝賀論文集において、ヤコブスは、行為論の「サイバネティック的」アプローチを出発点にして、次のテーゼを定式化していた。「サイバネティック的アプローチは、回避可能性によって、規範の機能に対応する行動の概念を提供する……。」<sup>71)</sup> こうなると、行動による規範違反にとり決定的であるのは、そのようなものとしての活動性 (Aktivität) ではもはやなく、当該の活動性の不回避が重視されてしまう。回避の当為は、行動規範によって要請されることになる。こうして、行為は規範的な構成物と化すのである。最近このことは、行為を「事態 (Sachverhalt)」として言い表すキントホイザーによっても、明確に述べられている<sup>72)</sup>。それによると、個人々は、行動に関わる諸規範がその者を取り巻いている状況下に置かれている。当該の諸規範から、その者は、置かれた状況下でいまだのように行動してはいけないのか (だが、これを行ってしまう)、或いは行動しなければならないのか (しかし、これをしない) を読み取り得るとされる。キントホイザーは次のような例を挙げている。「高い足場の上で家の壁の塗装を行っているAが、不注意で、塗料の入ったバケツを蹴飛ばしてしまい、これが落ちて、通りを歩いていた通行人にけがを負わせた。」<sup>73)</sup> ここでは、「疑いなく」過失傷害の犯罪があるが<sup>74)</sup>、身体の傷害については意図の実現はなく、むしろ専らあるのは、行動する者が回避できたのか否か、そしてそれを回避しなかったのか否かが問われるべき身体の動静だけであるとする<sup>75)</sup>。こうして、行為は「解釈による構成物」<sup>76)</sup>となるのである。

しかし、このような構成は、その耐久力 (Tragfähigkeit) の全体が問題となり、そ

71) FS Welzel, 308 (Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 39 ff. に依拠している)。

72) FS Puppe, 39 ff. を見よ。——プッペ自身も行為を事態 (NK, Rn 61 vor §§ 13 ff.) 或いは「事実 (Tatsache)」(NK, Rn 56 vor §§ 13 ff.) として表現している。両者の構想にある様々な差異については、本稿ではこれ以上取り上げることはできない。

73) FS Puppe, 57.

74) しかし、Köhler (Fn 32), S. 373 ff.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 177 ff. は、可罰性を認識ある過失に制限すること (但し、民法上の帰結は除外する) を主張する。

75) FS Puppe, 59 f.

76) Kindhäuser, FS Puppe, 41 ff.

の否定へと至らざるを得なくさせる疑念に晒される。結果の非回避を（回避可能性を前提にして）法的帰結（刑罰）の基礎にすることは、行動の単なる可能性から侵害の現実性を導出することを意味する<sup>77)</sup>。論理的に考察すると、不確かな判断が断定的なものへと転換するのである。このような見解の根拠は、一定の志向性（Intentionalität）を要求する行動規範に求められているように見受けられる。しかし、これにより、このような志向性が現実には存在していない点が変わるわけではない。以上に対し、行動規範論の主張者達は、「規範的な」現実性が重要なのであって、「実際の（real）」のものは全くそうではないと回答し得るのかもしれない。しかし、キントホイザーの事例における実際に被害を受けた通行人からすれば、被害が規範的には起こってはならないものであり、それ故に損害賠償、更には刑罰に至るということでは、殆ど慰めにはなり得ないはずである。このように、世界を自然的なもの（身体の動静）と規範的なもの（当為）へと分割することは、行動する人格の統一性にはそぐわない。当該の人格は、自らの行動によって結果を産出するのであり、この人格に対しては、（これが可能であるならば）その者の行動が当罰的な不法であって、他者に加えられている点が基礎づけられなければならないのである。人格は、バケツを蹴飛ばす自然的存在と、それをすべきではない規範人（Normmensch）に分割され得ない。誤った行動を行ったのは、同一の人格なのであり、その統一性を法における存在と当為は出発点としなければならないのである<sup>78)</sup>。このような統一性が解消される場合、同時に、真実であるはずの規範性に関する

77) このような転換が容易になされ得ることは、*Armin Kaufmann* (Fn 19), S. 140 の以下の叙述が示している。「機会は、窃盗を単に作り出すだけではなく、窃盗に関する義務をも創出するのである」（つまり、犯行を行わないという義務である）。しかし、このような窃盗は、まだ窃盗では全くない。

78) キントホイザーは、このような統一性を「ディスクルスの責任概念」によって果たそうとしており（ZStW 107 [1995], 701 ff., 725 ff.; *ders.*, FS Hassemer, 2010, 761 ff.）、その際には、クラウス・ギュンターに依拠する（*Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 [1994], 143 ff.）。こうして、責任は法共同体に対する忠誠の欠如となる（*Kindhäuser*, AT, § 21 Rn 9）。しかし、そこで要請されているのは、単に刑法上の責任のディスクルスの基礎づけだけではなく、全体としての法そのものの基礎づけであることは明白である。個々人が、その者が違反する規範の「執筆者（Autor）」として理解されたとしても、当該の基礎づけは単に見かけ上なされるだけでしかない。以上と結び付いたその他全ての（特に、規範の内容的な正当性に関わる）基礎づけ上の困難さを脇に置いたとしても、法的な当為が活動的な生（*Leben*）において実現される点が、そのような見解によって十分に考慮されるのか否かが問われよう。十分に考慮されていると言うのであれば、不法において行

る実践概念が法の仮想性の中へと溶解してしまう。この点の不都合は、刑法における考慮の全てが最終的に行き着く箇所において、特に明瞭に示される。行為者に対して、刑罰は純粋な規範の領域での事象として生じるのではなく、刑罰では、その者は、当該の総体的な人格として責めを負わされるからである。

### Ⅲ. 行動規範と実質的な法原理

#### 1. 実質的な法原理への移行

ヴォルフガング・フリッシュは、彼の論文である「犯罪行為と犯罪行為体系 (Straftat und Straftatsystem)」<sup>79)</sup>において、実質的な犯罪概念の必然性について叙述し、それによって同時に行動規範の概念をより掘り下げられた基礎づけに到達できるようにした。明らかにその誘因であったのは、刑法において実質的な犯罪概念がなければ、「実際の刑事不法と刑罰の形態をまとめた、規則から逸脱する行動に対する社会技術的なコントロールとの奇妙な混合に」至るとの観察であった<sup>80)</sup>。この引用文では、先のⅡ.で述べた、行動規範の縮減された概念に対する批判点のいくつかが暗示されている。刑法が、「(現代的な) 合目的性」<sup>81)</sup>において根拠も限界もない刑事政策<sup>82)</sup>の中へと解消される

---

ゝ動は、現実性に関わる上の側面について縮減され得ないことになる。だが、殺害の中に専ら非殺害の不作為が見いだされる場合には (*Kindhäuser*, AT, § 5 Rn 13), まさに縮減がなされているのである。このような単なる消極的な把握は、責任の段階でも繰り返される。そこでは、内容的に誤った動機づけではなく、専ら動機づけ能力が重要であるとされるからである (a.a.O., § 21 Rn 5)。

79) In: Wolter/Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, S. 135 ff. このようなフリッシュのより掘り下げられたアプローチについては、更に以下の彼の著作を見よ。FS Stree/Wessels, 1993, 69 ff., 79 ff.; in: Schünemann u. a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, 125 ff., 133 ff.; FS BGH, 2000, 269 ff., 277 ff.; in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 215 ff., 224 ff.

80) *Straftat und Straftatsystem* (Fn 79), S. 150.

81) *Straftat und Straftatsystem* (Fn 79), S. 210.

82) ナウケは、このような展開を既に以前から予見し、批判していた。Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985 の特に S. 27 Fn 25 を参照。そのような根本的な疑いに惑わされることなく、「新たな刑法学」は、刑法を「テーマ的及び方法論的により広く」設定すべきであり、同刑法学は、大きくヨーロッパ全体に関わる制御のための学問へと発展していかなければならないとの意見がある (これについては, *Engelhart*, *Rechtswissenschaft* 2013, 208 ff. を

ことが避けられるべきとすれば、内容に拘束された、つまり、実質的で「前実定的・批判的な」<sup>83)</sup> 犯罪行為の概念が必要となる。同概念の規定も、不法の概念の根底に実質的な法概念が置かれて初めてなされ得るものである。これにより、法律学は自らを不当にも立法者の地位に据えることになるとの批判は、本稿の文脈では、フリッシュと共に<sup>84)</sup> 退けられるべきである。何故ならば、まず、ここでは法的な思考は、三つの形態(権力) 全てにおける国家の法的支配権 (Rechtsmacht) それ自体が依拠する基盤の上でなされており、立法はそのような権力の一つでしかないからである。更には、自らの正当性のために、正しい法を設定することは、あらゆる立法の関心事でなければならない点も理由となる。こうして、立法は、刑法を学問的・職業的に取扱い、その作業においても専ら「正しい法」だけを念頭に置く論者達の考慮に耳を傾ける用意を必ずしておかなければならないのである。

実質的な法——同時に不法——の概念の基盤をフリッシュは次のように記している。

「法とは、その違反がなされた場合に組織化された強制によって貫徹される単なる規範ではない(そうであるとすると、規則の重要性とその貫徹の必要性に応じて、何らかのものが犯罪行為になったり、ならなかったりしてしまう)。法は、より深く見ると、相互的な承認の諸関係が網状に重なり合ったものであり、ここでは、法的な人格、つまり諸権利と自由の担い手としての諸人格による相互的な承認が重要となる。その際、諸個人 (Individuen) とその特殊的自由の直接的な相互承認だけが問題とされるわけでは決していない。国家、法人その他もそのような(媒介された)相互的な承認の主体として想定され得るのであり、いわゆる普遍的な財についても同様のことが当てはまる。このような相互承認だけが、国家による貫徹の強制が欠ける場においても、個々人が法的な人格として存続し得ることを保障する(何故なら、当該の強制は常に最終的な解決としてのみ有り得るからである)。

このように法を相互的な承認関係の網目状のものとして基本的に理解することは、不法の問題についても意義を有している。このような理解からすれば、本来の意味における不法とは、この承認関係の破壊であり、法的な自由と法的に構成された諸財の拒絶を

参照。引用は、S. 215 からである)。このような方法によって、政治や経済への心地よい接近が図られることは、歴然としている。そのようなテクノクラートの専横が個々人の自由に対してどのような危険を有しているかは、配慮されないうまでである。

83) Straftat und Straftatsystem (Fn 79), S. 139.

84) Straftat und Straftatsystem (Fn 79), S. 143.



表す一つの行動である。以上のことから、より広い意味での不法が、法的な予期から逸脱するその他の行動を含まないとは主張されるべきはない。また、そのような行動が、場合によっては対応されなければならないという帰結に至り得ることもあまり想定できない。しかし、そのような、例えば不注意による規則違反と、他者に対してその者の自由の承認が拒絶される事例との間には、やはり根本的な相違がある。従って、特定の不法に対してのみ対応を行う刑法からすれば、法的な自由と法的に構成された諸財の非承認を意味する加重された不法に集中することが当然の帰結である。つまり、それは、実際に重大なものではあるが、法秩序の承認の意味での妥当にとっても問題のある不法なのである。]<sup>85)</sup>

## 2. 刑法に関する諸帰結

以上のように、法概念をより深く基礎づけることにより、社会テクノロジーであると自らを誤解している刑法を封じ込めるための単なる基準よりも多くの事柄が獲得される。当該の基礎づけは、むしろ人格と法の関係のラディカルな転換と結び付いている。「行動規範」に関わる一定の概念が、脱人格化的な傾向を有するという、先のⅡ. 以下で叙述した個別の批判点は、その基礎づけをなす根源に至るのである。こうして、人格は、他律的な当為を通じて初めて法的人格へと作出される所与の存在 (Seinsgegebenheit) としてはもはや想定され得なくなる。そうではなく、人格は、その自由に基づいた行動による展開から、他の諸人格との生活が法的な秩序として説明が可能となる統一体である。その際に、人格は、契約によって初めて他者と共に法へと拘束される隔絶された存在としては規定されない。そうではなく、人格は、その自己存在において常に既に他者と関係づけられている。つまり、常に社会的な人格でもあることになる<sup>86)</sup>。人格は、その諸行為を通じて、社会的な秩序と、更にはこの秩序を形成し、支える諸制度の答責的な共同形成者となる。そして、このような基礎から、人格の積極的な概念の廃棄を念頭

85) Straftat und Straftatsystem (Fn 79), 146 (強調は原著でなされている。なお、脚注番号は削除した)。その際に依拠されているのは、E. A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 ff.; Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 296 ff.; Verf., Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 161 ff. である。

86) 法哲学的な基礎づけについては、Verf., Selbstsein und Recht, 2014.

に置く人格的な不法論も展開されるのである。行為は、外的な変化（自由への作用）と結合しなければならない。これ以外の形では、当該の行為を不法な行為として規定することは全く不可能である。このような、行為の社会的重要性は、更に、他者或いは制度の現実的な侵害であるという内容的な意義を有しており、この点から、何故に危殆化が既に不法であるのかという問題も説明されなければならない。また、結果の帰属も行為者がそれ以前に何らの結び付きもなかった外的な変化を単に負わせること（Zuschreibung）ではなく、一つの判断となる。

行動規範の概念については、上記のように法の基礎づけの変化を通じて、その意義と正当化も変わることになる。法的な行動規範は、その根拠からすれば、ある者の自由の領域と他者の自由の領域を結合させるものであり、それ故に、正しい行動に関する内容的な指針となる。このような基礎づけにより、同規範は、行動（Handeln）に関して積極的な意義を有するのであって、単なる禁止ではない。そして、行動規範の違反は、——そのように主張したいのであれば——他者の侵害の中に「社会的な」側面を、そして同時に、正当な事柄を誤ることの中に「個別的な」側面を持つ。同規範は規範なのであるから、その違反は総体的には社会関係的な意義も有している。——但し、その意義は、専ら所為を通じてのみ認められるのであり、それなくしては否である。所為を通じて、法関係の破壊がなされるが、この破壊は、所為を行った者の権利〔法〕喪失である刑罰によって元の状態に相殺される。従って、刑罰の量は、不法と責任によって規定されるのである。

以上のような基礎に依拠して初めて、人格の概念を真摯に捉えている、人格的な不法論について語り得るのである。このような構想の影響は、行刑にまで及ぶことになる<sup>87)</sup>。何故ならば、そのような「人格的な不法論」では、人格はいわば根源的に「犯罪者」として刑法の視野の中に入ってくるわけではなく、法的な人格として現れるからである。従って、その者については、他者と同等の重要性が意識され続ける。従って、「犯罪者」による拒絶は、悪そのものというわけではない。むしろそれは、「有限の理性者」という存在性と共に生じて、多くの場合に悲劇となって「犯罪者」と「市民」を結び付ける運命という側面を内に含んでいる。犯罪者と犯罪に関する上記の理解を通じて、その者の法的人格性に基づいて、全く異なる形で犯罪者を取り扱うための道が切り開かれる。

87) *Verf.*, FS Seebode, 2008, 589 ff.

〔訳者のあとがき〕

本稿は、ボン大学のライナー・ツァツィック (Rainer Zaczky) 教授が、ゴルトダンマー刑法雑誌に寄稿した論文 *Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm*, GA 2014, S. 73-90 の翻訳である。

同論文は、行動(行為)規範 (Verhaltensnorm) を中心にして刑法上の不法概念を構想する立場に対する根本的な批判を意図するものである。Verhalten というドイツ語については、Handlung との違いが意識されないまま「行為」と訳されることが多いと思われる。しかし、同論文では、Verhalten と Handlung の差異が明確に意識されて、前者は動物についても語り得る、とされていたことから、あえて「行動」と訳した。Handeln という用語も登場しているが、これについては文脈に合わせて、行動或いは行為と訳して臨機応変に対応した。

行動(行為)規範論に対しては、道徳規範との混合につながる、或いは主観面の重視になるとの批判がおきまりのものである。しかし、ツァツィック論文による批判はそのようなものではない。むしろ、「人的不法論」が前提とする法秩序観(個々の人格と法秩序の関係性に関する基本的な視座)では、個々の人格が客体として規定されてしまい、それでは命令主義的に理解される他律的な行動規範の単なる操作・コントロールの対象に墮してしまう、つまりは、人格を対象とする不法論としては不適切であるという批判が主眼にある。従って、いわゆる結果無価値論型不法論が前提とする保護法益及びその集合体が、法秩序の構成者である個々の人格から切り離されて構成されている限りでは、同じ批判が同不法論にも当てはまる。そもそも、決定規範の作用を責任段階に限定したとしても、人格の主体性が法秩序との関係で基礎づけられていなければ、その作用は、やはり命令主義的なものになってしまう。

ツァツィック説の批判の切り口は、主観的・客観的或いは事實的(因果的、自然的)・規範的という二分法に依拠して、どちらかの観点を採用して不法論を批判或いは構想するものではない。出発点となるのは、人格主義的な不法論を主張するのであるから、個々の(生得的な自律性を備えた)人格である。法における主体たる人格は、単なる操作の客体ではなく、自ら規範の内容を洞察して、それによって他者との平等的・相互的な関係の下、意識的に自己の自由を展開・実現して、実践的に法秩序を形成していく存在である。その際には、規範と事実は人格の実践的な行動を通じて統合されるし、主観(体)と客観(体)の分離も観察者の視点からの理論的なものにすぎないとして退けられる。

このように、人格を出発点にして、まずは法・法秩序の在り方を構想し、その裏返しとして不法を把握するツァツィック説からは、様々な帰結が導きだされる。例えば、行為（Tat）主義の重視も、そもそも法そのものが他者との現実的な関係性を念頭に置いた相互承認という「行為」を通じて構成されている点からの帰結である。また、法益概念の批判的な機能についても言及がなされているが、ここでの法益概念が、個々の人格との関係で、当該の人格がその構成に関与していない単なる客体を意味するものではないことも明白である。法益侵害である結果概念は、「行為者及び被害者双方の側に当てはまる関与者の意識的な生（Leben）と結び付いた精神的な（geistig）事象」であって、単なる因果的な事象ではないとされている。つまり、法益及びその侵害は、法秩序の基盤に他ならない他者との法関係という観点の下で、いわば「規範的」に捉えられていることになる。但し、ボン大学を訪問した折に、ツァツィック教授から直接聞いたのだが、「規範的（normativ）」という表現の使用には批判的とのことであった。これは、人格の構成を法秩序にかからしめ、専ら法秩序の規範妥当の保護に重点を置くヤコブス説との差異を明らかにする意図からのものであろう。あくまでも、法及び不法の概念を構想する際に出発点となるのは、人格と諸人格の間での法関係であり、法秩序における規範の妥当状態それ自体ではないわけである。そこで、用いられるのが、「規範的」ではなく、ドイツ観念論に由来する「精神的（geistig）」という用語である。このような哲学的な含意こそが、ツァツィック説（ヴォルフ学派）の持ち味であり、行間を読み解く際の注意点となる。

なお、今回翻訳したツァツィック論文は、元々はフリッシュ祝賀論文集への掲載を予定して執筆されたものであり、そのためフリッシュ説を意識した叙述が多くなされている。フリッシュ説については、「マイルドな機能主義」という印象がもたれることが多いと思われるので、いわゆるヤコブス説との親近性が意識されるかもしれない。しかし、本文でなされているフリッシュ説の長い引用（及び注の85）からは、人格と法秩序の関係的前提にした刑罰・刑法観について言えば、むしろヴォルフ学派に近い立場であることが推察されて、大変興味深い。

このように新たな観点からの行動（行為）規範論に対する批判など、原著論文は、私に読了後の思索のための刺激を大いに提供してくれるものであった。そこで、日本語に翻訳する意義も大きいと思し、ツァツィック教授にお話ししたところ、快諾されるだけでなく、出版社から翻訳の許可もすぐにとってくださった。この場を借りて、感謝申し上げます。

## 行動規範の概念に関する批判的覚書

[付記] 本研究は、平成27年度関西大学研修員研修費によって行ったものである。