

クラウス・ロクシン 『刑法総論』第一卷（第一版）〔四〕

吉田 宣之

第七節 刑法理論と刑法体系、犯罪論総論の基本問題

I 刑法における解釈論と体系論の任務

刑法解釈論は、刑法の領域内で法律の命令及び学説の解釈、体系化、更には、研鑽に携わる部門である。これは、現行法との関係とその方法論によって、刑法史及び比較刑法と区別されるし、刑事政策とも、その対象が合目的にはかくあるべしとされる法ではなくて、あるがままの法である点で区別される。ドイツの刑法解釈学は、喜ばしいことに、大変徹底した、しかも、精緻な（多数の批判者の言によれば、むしろ、そこ、ここで精緻過ぎる）仕上がりとなっており、Liszt (§3, Rn. 12), Binding (§4, Rn. 3) の時代から今日に至る迄、国際的にも、大きな影響を与えて

いる。このことは、特に、犯罪論という、即ち、各則の個別構成要件を抽象化して、可罰的行為の一般的前提条件を包括するものであるために、犯罪論総論とも呼ばれている中心領域についていえる。犯罪論総論の解釈論は、昔から、総則の、すべての叙述の中核である。この解釈論は、学生に対する大学教育にとつても、又、とても重要である。というのは、試験では、一定の事実関係が学生に示され、関与者が可罰的であるかどうか、可罰的であるとするとどのような理由からか、という点についての判定をするように要求されるからである。このような要求に適切に答え得るのは、確固たる、刑法解釈学上の認識を持つている場合に限られる。

犯罪論総論の解釈学の抱える、最も困難な課題の一つは、刑法体系の形成と、常に精緻にと発展していく点にある。“体系”というものは、Kantの周知の公式によつていうならば、“一つの理念の下における多様な認識の統一”、“原則によつて秩序づけられた認識の総体”である。それ故、刑法解釈学は、定理を併記又はそれを順次に詳論すること、で事足りるのではなく、犯罪論を構成する認識の全体を“秩序づけられた総体”の下に區別し、そうすると同時に、個々の教義の内的連関性を可視的にしようとするものである。このことは、少々抽象的であるように聞こえるが、刑法体系の内容と意味がその体系を叙述することによつてのみ(従つて“事前”ではなく)、全体的に認識可能になるとされるが、これは事物の本性に基づいているのである。又、この意味で必要とされる観念の最低限度のものは、以後犯罪論を詳細に展開する基となる刑法体系上の基本範疇とその問題に対する事例に基づいて説明された、スケッチ風の概観から予め得られる。

II 刑法体系の基本概念

現代の刑法解釈学にあつては、可罰的行為とは構成要件に該当する、違法、有責な行為であつて、かつ、万が一の、その他の処罰条件を満たす行為であると述べる点では、基本的に一致を見ている。それ故、可罰的行為は四つの共通の特徴（行為、構成要件該当性、違法性、責任）を示すが、更に、場合によっては、それ以外の処罰条件が付け加えられる。確かに、上で挙げられた基本カテゴリーは、元々は異質である法的素材に、かなり程度の秩序と共通の原則とを与えている。ところが、その個別的内容と相互関係は、争われており、学問的観点が異なることに異なつた光を放つように思える。このことは、以下の叙述で詳しく述べられる。けれども、暫定的な理解の基礎を作るために、以下で、先ず、この概念が、学問的に又実務上、大抵はどのように用いられているのかを最も基本的な形式と方法に限られるが、説明しておかなければならないと思う。

1 行為

それによれば、先ずは、行為が存在しなければならない（この点について詳しくは、§80。これは、最も広く行き渡っている見解によれば、意思によつて支配されているか、さもなければ、少なくとも、支配可能な、外界において意味のある人間の行為である。それ故、自然力或は動物に由来する作用、しかも、又、法人の活動も刑法上の意義としての行為ではない。単なる思想或は心情、しかも、又、一例えば、反射運動或は痙攣の発作のような——人間の意思にとつて全く支配不可能な外界の出来事も、行為ではない。

2 構成要件該当性

行為は、構成要件該当的でないならない、即ち、StGBの各則に最も重要なものが要約されている犯罪の記述の

一つに一致しなければならぬ(この点について詳しくは、§10)。それ故、例えば、一定の行為によって、動産を他人から違法に領得する意図で奪取した者は、窃盜の構成要件を満たしている (§242)。構成要件該当性に厳格に拘束することは、*nullum crimen sine lege* 原則の影響によるものである(この点についての詳細は、§5)。それ故、可罰的行為を確定された構成要件なしに、多くの私法上の法的帰結に見られるように、一般的法原則から導き出すことは、できない。

3 違法性

構成要件該当行為は、違法でなければ、即ち、禁止されていなければならない(この点について詳しくは、§14)。このことは、原則として、行為の構成要件該当性によって、既に、達せられている。というのは、立法者は、行為を、通常禁止されるべきである場合に限って、構成要件に類型化しているからである。従って、構成要件の充足は違法性を徴表するといわれる。とはいえ、この徴表は、否定され得る。というのは、構成要件に該当する行為は、個別的に正当化事由が存在している場合には、違法ではないからである。このような正当化事由は、全法秩序から生ずるものである。例えば、執行官が、債務者の家に強制的に立ち入った場合、構成要件に該当する住居侵入罪となる (§123)。しかし、彼は、執行法 (§758 ZPO) によって正当化される。父親が息子に、教育的理由から、平手打ちをくわせた場合、傷害の構成要件を満たす。しかし、家族法上の懲戒権が、彼に、正当化根拠を提供する。これに止まらず、StGB には、その他の正当化事由、特に、極めて重要な正当防衛 (§32) 及び正当化的緊急避難 (§34) が含まれている。構成要件に該当する、違法な行為は、刑法上、「不法」と呼ばれる。それ故、この概念は、犯罪の範疇の最初の三つものを包括的に把握している。

4 責任

構成要件に該当する、違法な行為は、最後に、有責、即ち、行為者は、その行為に責任を取らなければならないし、そのような行為は、一般にいわれているように、行為者に「非難」可能なものでなければならぬ（この点について詳しくは、§19）。その前提条件となるのは、責任能力 (§§19, 20)、例えば、回避不可能な禁止の錯誤 (§17) 或は責任阻却の緊急避難 (§35) に見られるような責任阻却事由の欠如である。違法性の欠如と責任の欠如の、正当化と責任阻却の違いは、正当化される行為は、立法者によって合法と認められ、許容され、すべての人によって甘受されなければならぬものであるのに対して、責任が阻却される行為は、是認されることもなく、それ故に、許容されることもなく、禁止されているのである。そのような行為は、処罰されただけなのであり、したがって、違法行為の犠牲者によって、原則として、受忍される必要はないのである。

5 その他の処罰条件

構成要件に該当し、違法、有責な行為は、一般に、可罰的である。例外的に、例えば、個別刑罰規定にあつては、処罰を可能にするには、更に処罰条件が加えられなければならない。そのような条件とは、所謂客観的処罰条件と刑罰阻却事由の欠如のことである（この点について詳しくは、§23）。客観的処罰条件とは、例えば、外国の代表者及び象徴を保護する際の相互性の保証 (§§102—104a) であり、刑罰阻却事由とは、国会における侮辱についての議員の発言免責 (§36) である。相互性が欠如していても、外国の国家の標章の毀損が構成要件に該当し、違法、有責であることに変わりはない。唯、処罰されないだけなのである。同様に、他人による議員に対する誹謗も、それが連邦議会

でなされた場合であっても、構成要件に該当する、違法、有責な侮辱ではある。唯、処罰され得ない。

III 新しい犯罪論の史的展開について

1 基本概念の発見

既述の基本的範疇——ここでは、又、「犯罪構造の段階」についても言及される(この点については、Rn. 76 参照)——は、数十年に及ぶ議論を通して、学問によって徐々に発展させられてきたのである。従って、行為概念は、先ず、Albert Friedrich Berner (1857) の教科書に、犯罪体系の礎石として登場しているのである。責任とは切り離された、客観的違法性の承認への要請は、その後まもなく、偉大な法律家 Rudolf von Jhering によって、その著書『ローマ私法における責任要素』(1867)の中で提起され、後世に路を開くことになった。構成要件の概念は、Ernst Beling によって、彼の、いまだに名高い論文「犯罪論」において、一九〇六年に創られたものである。責任論の発展については、偉大な注釈者 Reinhard Frank の著作「責任概念の構造について」(1907)が、特に重要な意味を持っている。体系全体の発展に特に持続的影響を与えているのは、今世紀前半でいえば、Franz v. Liszt と Ernst Beling、Max Ernst Mayer と Edmund Mezger 並びに、目的的行為論の創始者である Hans Welzel (Rn. 15) であることが判る。

2 立法者による、これら概念の継受

犯罪体系の基本概念は、今や、立法者によって、StGB の新総則に取り入れられている。従って、行為(Handlung)

の概念は、多様に使われていて（例えば、§§ 15, 16, 17, 20を参照）、故意と過失の行為（Tat）（§ 15）を、しかも、不作為（Unterlassen）（§ 13, ところが § 9は異なるが）をも含むべきものとされている。多くの規定で、構成要件」という術語が、明示的に述べられている（§§ 13, 16, 22）。立法者は、又、StGBの「違法な行為（Tat）」を「単に、刑法上の構成要件を実現するような行為に過ぎない」と定義している（§ 11 I Nr. 5）。そうすることで、立法者は、刑法上重要な違法性が、常に、構成要件の充足を前提にすべきであるということ述べているのである。同様に、旧StGBの知らなかった、正当化事由と責任阻却事由との区別も、新刑法総則に法律として確定された。従って、§ 32は、正当防衛をなした行為者について、行為は「違法とはいえない」（§ 34をも参照）としているが、他方、例えば、回避不可能な禁止の錯誤にある行為者の行為を、法律の術語によれば、「責任はない」（§§ 20, 35参照）としている。最後に、立法者は、一定の場合に、法律の文言上で正当化されるとも責任阻却されるともいわないで、単に、行為者は「処罰されない」（§ 33）或は「無罪」（§ 257 VI）であるとのみ述べることで、そこでは、場合によっては、「その他の可罰性の前提条件」が欠けていることを示唆しているのである。

3 犯罪体系論の史的発展段階

勿論、学問的―体系的作業は、これらの基礎的基本概念の提出を遙かに陵駕するものである。それは、更に、種々の犯罪の範疇の前提条件を個別に確定し、相互の関連を決定しなければならぬ。それ故、それは、構成要件の充足、違法性或は責任の観点にとってどのような事情が重要であるのか、そして、例えば、行為と構成要件或は違法性と責任がどのような関係にあるのかを説明するのである。しかも、又、個々の犯罪の範疇を体系化すること、同様に、多数の正当化事由をその内的関連性に従って分類すること、或は、責任阻却事由を統一した、しかも、その後の解釈に

とつて有用になり得る関点から考察することに努めるのである。又、例えば、正犯の種類は、不法の現象形態として正犯論の体系の中で事細かに開陳されているのである。これらすべては、以後の叙述の対象となる。その際、意識しておかなければならないのは、体系化の原則が非常に多様であり得るし、それ自身が刑法解釈学の基本問題でもあるということである。このことを、三つの、特に重要な、今日では既に歴史上のものであるが、しかし、多様な作用を与え続けている体系案―後に、より深化した形で再三関係しなければならぬものであるが―を手掛かりにして、以下、二、三の特に特徴的な差異を明らかにしたいと思う。

(a) 古典的犯罪体系

Listz と Bebing の「古典的」犯罪体系は、今世紀の始めにあつて支配的であつたが、今日においても、なお、外国で種々の影響を与えており、しかも、その基本的範疇は、現在のドイツ解釈学にあつても妥当している、不法と責任は犯罪の外面と内面のような関係にあるとの仮定に基づいている。それによると、犯罪の客観的条件のすべてのものは、構成要件と違法に属するのに対し、責任は全主観的犯罪要素の総体として妥当するのである（所謂心理学的責任概念）。それ故、故意は、この理論の立場からすると、責任形式と見なされる。

(b) 新古典的体系

このような、とりわけ明確かつ単純な犯罪論の崩壊は、「新古典的」体系によつてもたらされた。これによつて引き起こされた、犯罪構造の再構成の原因は、不法は、必ずしも、常に、純客観的要素によつてのみ説明可能なのではなく、責任も又、逆に、専ら主観的要素のみによつて構成されているものでもないとの認識にあつた。例えば、窃盗

242 I) の構成要件は、—客観的な—他人の動産の奪取、これは、むしろ、刑法上では、全く重要性のない物の略奪(§ 2, Rn. 26) にすぎないが、それ以上のものを要求している。領得の意思という内的精神的要素なしには、窃盜の構成要件も不法も正当に理解することはできない。それ故に、主観的な不法要素を承認することは不可避であると見なされている。他方、責任は、例えば、現在の *§ 323* の緊急避難状況のような場合には、実際のところ、客観的事情にも依存しているのであり、それどころか、かつて責任形式と理解されていた無意識的過失にあつても、そこに、およそ意思的要素を見出し得るか否か、疑わしいのである。

従つて、今日、一般に「新古典的」とされる犯罪概念は、一九三〇年代に支配的であつて、Mezger の教科書 (Fn. 14) に、その典型を見出すことができるものであるが、客観的不法と主観的責任の原則的区別を維持し、故意を責任形式であると主張してはいるものの、例外を承認し、それ故に、不法と責任の区別のための新しい説明をしようとしているのである。この区別は、—そしてこの点に以後の発展があるのであるが—評価の種類が異なっている点に見出されている。即ち、不法を肯定する場合、行為は、社会的有害性の観点から、責任を確定する場合には、非難可能性の観点から評価されるのである。責任を「非難可能性」と理解することは、一般に受け入れられ、近時になつて初めて修正と更なる展開に服すべきであるとされている (Rn. 26, 64 f. 参照)、所謂規範的責任概念を指示しているのである。

(c) 目的的行為論

再度形態を異にする刑法体系としては、所謂目的的行為論があるが、これは、戦後二十年の刑法解釈学上の議論を決定づけたものである。その出発点は、従前の体系的構想とは異なり、本質的に内容豊かな行為概念であつた。この

理論にとて、全体系構造を決定する行為の「本質」は、人間が因果の流れを観念的に予測し、それにふさわしい手段の選択によって一定の目的へと向けること、それを「目的的に被覆決定する」ことにあるとされている。それによれば、殺害行為は、行為者が目標を知り、かつ、意欲して操縦した、それ故、故意に殺した場合にのみ、存在することになる。このことから、体系的帰結として、古典的体系及び新古典的体系においても、又、責任の形式と理解されていた故意が、そして、又、故意の不可欠の構成要素と理解されていた不法の意識も、因果の操縦に還元される形式として、既に、構成要件の構成要素として立ち現れるとされるのである。これは、不法を更に主観化することに、それに対して、責任にとつては、一層の反主観化と規範化が進行することに、その結果、その限りで、目的的体系は、それ故、古典的体系の正に対極に立つという意味なのである。目的的理論は、一部分的には、v. Weber 及び Graf zu Dohna によって準備され、影響されてはいるが——本質的には Welzel (Fn. 15 参照) によって基礎づけられたものである。しかも、又、この理論は、Maurach の大著である教科書及び Stratenwerth の叙述、同様に、内外の多くの著述(種々の変遷を経つつも)の基礎となっているのである。

4 古典的体系から目的論的体系への発展の精神的—哲学的基礎

20 世紀の犯罪論の発展については、ここでは、ほんの簡単に概要を素描するに留め、詳細については、以後の叙述で触れ直すことにするが、この発展は、単に刑法内部の議論としてではなく、哲学と精神史を背景にして展開されたものなのである。

従って、古典的犯罪概念は、Liszt に見られるように、精神科学を自然科学の厳格性の理念に服従させ、それ故に、刑法体系を計測可能な、経験的に検証できる現実の構成要素に還元することを望む、19 世紀初頭の精神史上の自然主

義の本質的影響によって決定的刻印を押されていたのである。そのような基準は、単に、客観的な外界の要素であるか、主観的な、内的、精神的経過であるかなのであり、その結果、このような観点からは、客観的要素と主観的要素によって区別された、刑法体系の二分化が正に勧められることになる。

これに対し、新古典的体系は、主として、今世紀の初頭数十年に渡って、多大な影響を与えて来た新カント学派の価値哲学 (Windelband, Rickert, Lask) によって基礎づけられたのである。この哲学は、自然主義に背を向けて、精神科学に独自の基礎を与え直さんとするもので、その特徴は、現実性を一定の、その時々々の学問分野の基礎に横たわっている最高価値に関係づけること、形式化し、限界づけること、及び、その価値の視点から体系化することにある。

このような観点からの帰結として、不法と責任を社会有害性と非難可能性という価値基準から説明することになるが、これは、それ以後も、実際的に有意義な方法として、今日まで、大部分の体系構想の中に用いられているものである。これに対して、目的的行為論は、哲学的には、現象学的—存在論に基礎を置くもので、この哲学理論は、人間存在の一定の構造を提示し、それを人間に関する科学の基礎に据えようとしているのである。このような構想は、当然のこととして、前法的、人間学的基本概念、例えば、人間の行為の概念を一般的犯罪論の中心に移し、行為の存在の属性から立法者に先置された (Wezel の所謂) 事物論理的構造の体系、即ち、主張者の見解に従えば、刑法解釈学にとっても不変的かつ不動の洞察を媒介することになる体系を構築することになる。

5 新古典的—目的論的統合としての支配的現行犯罪論

近時の解釈学にとって未だ支配的な意見は、新古典的体系及び目的体系によって指示された範囲内で、これらの体系の構想と軌を一にしている。現代の学説の記述は、未だ、時折ではあるが（しかし、だんだん稀になっているが）、

新古典的構想による犯罪構造に結び付いているし (Baumann / Weber) 部分的には、目的的行為論にも従っている (Welzel, Maurach / Zipf, Stratenwerth)。けれども、大部分の著者は、目的主義のお蔭である新しい刺激と、先行していた、価値と目的思想によって決定された、われわれの学問の、即ち、新古典主義的犯罪論の「発展段階の持つ、一定の放棄することのできない成果の間」の統合に努めている。

この統合は、大抵は、行為論としての目的的行為論を拒否しながらも、その最も重要な体系的帰結である、故意の構成要件への移動は承継しているように見える。その際、目的的行為論の拒否は、一般に、存在論的な行為の構想は価値決定によって基礎づけられた刑法体系を拘束することはできないし、一定の目的に向けられた、因果経過の操縦としての行為の定義は過失行為及び不作為犯には適さない、と理由づけられている。故意を主観的構成要件に位置づけることは、行為概念とは独立に、種々の論拠によって、特に、構成要件的行為の社会的意味は、故意を無視しては、しばしば、およそ、把握できないのであり、それ故に、詐欺の場合には偽りの事実による欺罔 (§ 263)、或は、文書の変造 (§ 265) は行為者の故意を無条件に前提にしているのである、と理由づけられている。上で挙げた著者の中の二、三の者は、更に、故意を責任形式でもあると見なしている。

不法と責任とは、新古典主義的—目的的統合の基礎によれば、不法は行為無価値(と場合によっては、結果無価値)を示すが、責任は「心情無価値 (Gallas, Jescheck, Wessels)」或は、違法な構成要件の実現に対する行為者の「阻止可能性 (Dafürkönnen)」を示す、というように区別される。新古典的体系に由来する、不法を社会的有害性、責任を非難可能性とする実体的理解は、目的的体系に反するものでもなく、現代の犯罪論に維持されている。しばしば、不法と責任の差が、不法は行為に対する無価値判断であるのに対して、責任は行為者に対する無価値判断を表現している、と説明されてもいる。

6 目的合理的（機能的）刑法体系

およそ一九七〇年以來、「目的合理的」或は「機能的」刑法体系の発展のための努力が、種々なされてきた。このような方向の支持者は、目的的体系を端緒とすることを拒否している点では、—その他の点では多くの相違があるが—唯一、一致しているのであり、刑法上の体系構築は存在する所与（行為、因果関係、事物論理的構造等）に結び付けられるのではなく、専ら、刑法上の目的設定によつて導かれることの許されるものである、との仮定から出発している。

このような基礎に基づいて、以前出版した本の中で、新古典的体系として、十分に展開されることなく、ナチの時代には捨て去られた、第一次世界大戦と第二次世界大戦の中間期に存在した新カント学派的（及び新ヘーゲル学派的）端緒を完成させ、それに内容的に新しい形を与えて、更に展開させようと試みた。この展開は、特に、およそ漠然とした、新カント学派的な、文化価値への志向性を特殊刑法的な体系化基準、即ち、現代の刑罰目的理論の持つ刑事政策的基礎に取り替える点にある。そうすることで、刑法の解釈学と体系学に個別具体的に何が帰結されるのかを、ここで先取りすることはできないが、基本となる体系範疇の機能について、この節で、その概観を取り敢えず明らかにする（Rn. 53ff.）。ここでは、実際の作用の点で特に重要な、この構想の二つの核心に言及されるであろうが、その一部は既に行われているものであり、又、一部は特に活発な議論の対象となっているものである。

第一のものは、客観的構成要件への帰属理論である。客観的構成要件は、古典的体系にとつては、構成要件の内容そのものであり、新古典的構想はこれに主観的構成要件を、目的主義は故意を追加したのであるが、これら、三つの構想のいずれにあつても、結果犯の場合 (§§ 212, 223, 230, 303 のような)、本質的に、純粹の因果関係に還元されているのに対し、目的合理的端緒によれば、客観的構成要件への結果の帰属は、「規範の保護目的内での不許可の危険の実

現”であるか否かに依るのであり、それによって、因果関係の自然科学的な、又は、論理的な範疇が、まず、法的な価値判断に向けられた規則の仕業に取って代わられるのである(詳しくは、以下§11)。この点についての理論的な基礎は、既に、一九三〇年に、新カント主義と新ヘーゲル主義によって置かれている。しかし、このような思想の解釈学的展開は、当時、初歩的なものに留まっていたのであり、まもなく、再度、忘れられることとなった。

ここで主張されているような形での、目的合理的体系の、第二番目の、中心的な革新によって、“責任”が、“答責性”の範疇へと拡大されたのである。それは、すべての刑罰にとつて不可欠の条件である責任には、常に、刑罰制裁にとつての(特別―或は一般―)予防の必然性も付け加えられなければならない(更に、以下の Rn. 64 ff.、及び、詳細は § 19, Rn. 11 ff. 参照)、その結果、責任と予防の必要性は相互に限界づけを行い、両者が共同して、初めて、行為者の刑罰を発動させる、個人的な“答責性”を明らかにするからである。このような、数多くの解釈問題にとつて有意義な、従来の責任の範疇と予防的目的設定との連結は、責任と予防の必要性とを、同様に、刑罰にとつて必要ではあるが、個別的に、そのみでは十分な条件ではないとされる、ここで展開された刑罰目的論(上述、§ 3, Rn. 36 ff.)に解釈論上一致するのである。

刑法体系の目的合理的基礎づけの努力は、他の著者にあつては、一部では、類似した構想に、又、一部では、異なった構想になっている。Jakobs は、彼の注目を集めている教科書の中で、師である Welzel の構想を、因果関係、能力、行為等の概念は刑法に対して前法的内容を持つものではなく、唯一、法律による規律の必要性によって定められるべきものであると考えることで、逆さまにしている。方法論的に、彼の体系構想の特別の独創性は、彼が刑法解釈学を社会システム論(特に、Luhmann)の概念及び範疇によって定式化している点にある。彼の犯罪論の、最も議論の余地のある、内容的な特異性は、責任を刑罰目的論(この点については、§ 3, Rn. 23, Rn. 26 ff.)と一致させ、全面的に、

一般予防の概念に編入させ、それ故に、責任をなにか客観的に与えられたものと見なすのではなく、「法的誠実さを覚えこませる」ために必要なものという基準によつて、行為者の能力を考慮することなく、単純に、責を「帰す」点にある。

Schmidhäuserも、大變個性的な犯罪論を主張しているが、それによれば、彼は、既に、ずっと前から、「犯罪の要素は、まず、法的効果としての刑罰を尋ねて初めて」判るものである、と主張している。彼は、不法と責任は中心概念であるが、行為概念は全く控え目なものに過ぎないとすることによつて、徹底した、目的論的方向性を持った体系を展開している。不法は、「法益侵害的意思行為」と、責任は「法益侵害的精神的行為」、即ち、「不法な心情」と理解している。これは、その限りでは、支配的見解の範囲に、かろうじて入っている。Schmidhäuserの見解の際立った特異性は、むしろ、故意を分解し、その意思的構成要素は不法に、けれども、その知的モメント（彼は、行為の意識と同様に不法の意識もその一つであると考えている）は責任に帰属するものである点にある。そうすること、彼は、今日の支配的見解よりも新古典的体系に近づいているのであるし、又、こうすることで多くの個別問題について新しい帰結に達しているのである。

目的合理的、「機能的」解釈学の影響は広まりを見せている。膨大な教科書の著者達の中で、Rudolphは、このような方向性を持つ者といえる。即ち、彼は、ここで主張された構想に近似している。又、その有意義な論文は、このような端緒が実り豊かであることを証明している。けれど、新しい、このような基礎に基づいてものされた全体系が貫徹されるのは、まだ、待たなければならない。それは、とりわけ、目的合理的体系の努力が、未だ、発展の途上にあることによる。それ以外には、又、新刑法体系の違いは、この体系の主張者自身が、お互いに、しばしば、対立する「学派」の代表者として、学問的に論争していたのであるから、過大評価されるべきでもない。この体系は、どの

ような弁証法的方向転換によっても妨げられることもなく、一直線に、継続的に発展するものである。即ち、基本範疇は、自然主義から今日まで、どのような内容的変更がなされようと、そのまま維持され続けてきているのである。そして、*「体系の時代」*は、いつでも、それに先行する、発展、修正或は離反という努力を自省の対象としている。その点に、何故、世紀の転換期以来、現時点の議論状況を理解したいと思う場合に、刑法の体系的思考の発展を知らなければならぬのか、という根本的な理由がある。もちろん、体系的な問題と「正しい」体系を巡る戦いに、ドイツ刑法学が伝統的にそれに意味を認めているのであるが、およそ意味があるのかという問いは、我々がこれから関わらなければならぬ、もう一つの問題である。

IV 伝統的刑法体系論の成果と限界、刑法解釈学における体系的思考と問題的思考

学生或は門外漢として刑法に係わろうとした者は、誰でも、往々にして、刑法の体系的努力の多様性の前に、決まっ
て戸惑いを覚えてたたずみ、何故体系的努力に学問的議論の中でそれほど広範なスペースを割かなければならぬのか、と問うことであろう。ここでは、法の実務家が当然無視することの許されている、正に、アカデミックな性格の問題が重要なのであるとの見解に出会うことも希ではない。このような原則的な疑問に出会い、解釈学的―体系的な要問題の評価に際して自己の立場を獲得できるのは、唯一、刑法体系を、従来、しばしば、そうであったように、有力な、歴史的現象形態を、そのまま無批判的に受け入れるのではなく、体系に拘束された刑法的思考の利益と不利益を、先ず、可能な限り明らかにし、具体例に依りつつ、可視化する場合に限られるのである。それ故、以下の問題提起は、引き続きいて概要の説明がなされる構想を、利益と不利益の衡量の観点から準備するという目的を持っている。

1 体系的思考の長所

スペインの刑法家 Gimbernat Ordeig は、州間における、あまり発達していない法体系との関係について印象深い指摘をした上で、解釈学的思考の長所を次のように集約し、記述している。即ち、「刑法解釈学は限界を設定し、概念を構築することによって、刑法の安全で、計算可能な適用を可能にし、非合理性、恣意性及び即興性を排除するのである。解釈学の発達が貧困であれば、それだけ、裁判所の判決が予測不可能に……」彼は、誓って、事件の判決が「富くじの問題」になる危険がある、という。「解釈学的发展が遅れば、それだけ、このような富くじの問題が大きくなり、刑法の混乱した、無目的的適用状態に至る……」そこで、彼は、概念的—体系的思考の長所を否定的なものから正当な光の中に移すべきであるとする、私の箴言を引用している。即ち、「人間の激しい感情が働くところでは—そして、どのような刑事訴訟であろうと、そうではないであろうが—、概念的に明確に表現できない法感情が認識の最も不確かな源泉である。」このような、強調されてはいるが、傾向としては正鵠を射ているテーゼは、以下の観点から、説明される、というよりも、更に、体系的思考の持つ、それ以上の機能によって補充されるのである。

(a) 事案審査の簡便化

一つの解釈体系における可罰性の全条件の総合と分析は、先ず、事案審査の簡略化と指揮の点に、実際上の長所がある。行為の可罰性についての判定を作成しなければならぬ学生、そして、弁護士或は裁判官も又、犯罪構造を示した、提出された事情の評価を順序だてて行うことになる。行為が存在する場合、それ故、先ず、構成要件の充足が、続いて、違法性、責任及びその他の可罰条件が検討される。一定の、しかも、論理的な順序に並べられた思考過程を持った構造は、先ず、可罰性の判断にとって重要な問題のすべても、又、現実に審査されることを保障するのである。

事案の問題点について体系的に区別することもなく、見境もなく「ほじくり返すこと」が行われた場合には、決定的な観点が看過されたり、誤判がなされたりする危険が存在することになろう。これに加えて、体系的事案審理の形式は、思考経済性にも役立つのである。例えば、構成要件が充足されていなければ、違法性及び責任の検討は、およそ、全くされる必要がないことが明らかになる。正当化事由が存在する場合、(場合によっては、困難な、時間の掛る)責任阻却事由の検討を、最初から、しないでおくことができる。

(b) 均一的及び区別の法適用の前提としての体系の整理

しかし、実践的な作業の軽減という点を除いても、体系によってのみ、法的素材を实体に沿って、分類しながら秩序づけることができる。例えば、罪にならない構成要件の充足を正当化事由及び責任阻却事由に体系的に分類することによって、予測不可能な程多数の「緊急状態下の行為」の事案に対して、単一の評価基準による区別がなされる。これに対して、体系によらない個別事案の判断にあつては、結論が不確実で、不安定になるであろう。例えば、誰かが強盗に襲われた場合、彼は、正当防衛 (§35) を行うことが許され、防衛のため必要があるとして侵害者を射殺するような場合であっても、正当化されるのである。けれども、その場合に、無関係な第三者が関係するような場合には、その限りで、彼は正当化されない。むしろ、彼は、違法に行為しているのであつて、§35 の条件によって責任が阻却されるに過ぎないのである。このことは、侵害者以外の第三者が、彼にとっては違法な(責任は阻却されるが)侵害である被侵害者の行為に対して、正当防衛を行い、そうすることで被侵害者を適法に侵害することが許されるという意味なのである。それ故、正当化事由及び責任阻却事由の体系的秩序づけは、刑事政策的に満足のいく、その時々々の利益状況を考慮した決定によって実体について十二分に述べ得るようになるのである。もしも、我々が体系を持って

いなかっただとしたならば、個々の、思考可能な緊急状況がすべて、法的条件と効果の点で、個別的な規定を必要とすることになる。このことは、数多くの規定を必要とするであろうし、指導的かつ体系的原理が欠けている場合のように全体を見渡すことのできない、又、不均衡で、欠陥のある、多くの条文を生み出してしまふであろう。それ故、体系の秩序づけは、既に、この一つの例が示しているように、本質的に、法適用の均一性と合理性に寄与するのである。

(c) 法の単純化と良好な操作可能性

既に、上述のことから、体系的思考が、更に、法適用の本質的単純化を意味し、それ故に、裁判官から（同様に学生から）方針を決定する作業、即ち、広範な法的素材が体系的に整序されていない、無数の個別規定に分類されるか、或は、問題の解決を多数の、先例となつてゐる、類似の事案について下された裁判所の決定の中から取り出さなければならぬ場合に必要であると思われる、作業の負担をも軽減することが明らかである。従つて、例えば、§§ 63 ff. の改善処分を科するのは、いずれにしろ、違法な行為」という条件によるとされてゐるし、又、§ 111 Nr. 5 では、明確に、構成要件に該当する「違法な行為」と定義されてゐる。このことから、同時に、これらの関係においては行為者の責任は重要ではないという逆の結論が導かれる。改善処分の条件が、体系的に整序されることもなく、構成要件該当性、違法性及び責任というカテゴリーとは無関係に、個別的に記述されなければならないとしたならば、法適用が殊更に複雑になるのではなからうか。

(d) 法の発展的形成のための道標としての体系的関連性

法的素材を体系化することによって、個々の法規範の内在的関連性への洞察と、法規範の目的論的基礎が提示され、むしろ、創造的な、法の発展的形成が可能となる。この点についての、歴史的に知られている例は、以前は所謂超法規的緊急避難であったものが新しい正当化事由として発展したことである。個別的には違いのある多数の正当化事由に共通のものはなにかと問われたならば、それらは、常に、二人の人間の間にある利益衝突の解決を対象としていると断言できる。二つの、良く知られている民法上の正当化事由を選び出すとすれば、例えば、§228 BGB は、危険を及ぼす物（或は動物）の所有者と被侵害者の間の利益衝突を、又、§904 BGB は、危険からの救助に努めている者の必要性と無関係な所有者、即ち、彼の物が救助行為に必要とされたり、或は、損壊されたりするのであるが、この所有者の必要性の間の衝突を規定しているのである。このような衝突とこれ以外の、正当化事由の構築によって規定される衝突を、立法者は、何時も、社会的な害と益とを考量してより利益をもたらず、そのような行為を正当化することと解決している。このことから、違法な行為の基礎にある、内容的な共通性、即ち、所謂実体的違法性が行為の社会的有害性にあることが、そして、社会的益が害に優越するような衝突の解決が正当化されなければならないということが帰結される。これは、財衡量論や義務衡量論を正当化事由の体系的指導原理として発展させることになり、遂には、RG のセンチシヨナルな判決 (RGSt 61, 242 (245), vom 11. 3. 1927. — 訳者挿入) によって承認された。即ち、"外面的構成要件を…充足するような行為が法益を保護するための、或は、法によって課せられた、又は、承認された義務を満たすための、唯一の手段であるような生の状況にあつては、行為が適法か、又は、禁止されていないか、はた又、違法であるかという問いは、現行法から取り出された、対立している法益或は義務の価値関係の助けを借りて、決定されなければならない。"このことによって、一九七五年に法律によって規定されるよりもずっと以前から、医学上の適応を理由とする墮胎 (§ 218 a I Nr. 1, 2) を、妊婦の生命及び健康と胎児の生命とが相互に対立している場

合に、母親の生命の高価値性を引き合いに出して正当化することが可能になった。さもなければ、医者は、当時の法に従えば、成文の正当化事由或は責任阻却事由は使えなかつたのであるから、墮胎の罪（§216）で処罰されなければならなかつたであろう。それ以後、*「超法規的」*正当化的緊急避難は、判例によって、急速にすべての生活領域へと拡大され、一九七五年一月一日より適用された、StGBの新総則に§34として詳細な規定形式で採用された。かくして、認識を指導的理念の下に秩序づけるという特殊体系的な作業は、この領域における法の発展を決定的に促進したのである。

2 体系的思考の危険性

上記のような長所があるとはいえ、全法素材を包括する体系の範囲内でなされる法発見は、独立の手続きでもなければ、必ずしも、あらゆる事案を満足させるような手続きであるわけでもないのである。再三、体系は法的素材をねじ曲げかねないとの意見、及び、それ故、法律学に相応しい、決定のための方法論は個々の事例に関係づけた問題の論究であるとの意見が、主張されている。それ故、体系による思考が、とにかく、どのような困難に導くことになるのかを明らかにする必要がある。

(a) 個別事案の正義の等閑視

かくして、先ず、法的问题の解決が体系的な演繹的推論の相関関係によつて得られるということによつて、特殊な個別事案における正義が損なわれる。種々議論された禁止の錯誤、即ち、行為者が彼の行為の違法性を意識しなかつたという事例が例に挙げられる。一九三〇年頃、学問上では、所謂故意説、即ち、それによれば、故意は行為事情の

知識と意欲、及び、更に、行為者の不法の意識を前提にするとする説が支配的であった。この「悪意」が、(行為の内面に属する)責任形式と見なされていた(Rn. 13f.)。それ故、客観的に禁止された行為を誤って許されていると思つた者は、それによれば、故意行為としてではなく、せいぜい過失行為として処罰されることに、しかも、過失に対する科刑が無い場合には、回避可能な禁止の錯誤の場合であっても、原則として、不処罰であることになってしまう、というのである。

これに対して、目的的行為論は、その体系を基礎に、全く異なった結果に到達することになる所謂責任説を展開した。この行為論にとつては、人間の行為の存在構造を基礎にすれば、故意行為の本質は、行為者が因果経過を知識と意欲を持つて構成要件に該当する結果に向けて操縦することのみあるのであるから(Rn. 15参照)、目的性と関係のない違法性の意識は、故意の前提条件ではありえない。むしろ、故意は、構成要件の主観的部分として、上記の意味での目的性をのみ包括するものであるのに対して、他方、不法の意識が欠けている場合には、それが不可避な場合に限り、端的に責任が阻却されるのである。それ故、行為が禁止されていることを知らない者は、その錯誤が回避可能な場合には、にもかかわらず、故意に行為しているのであり、故意責任のある行為を理由に、可罰的である。たとえ責任の減輕を仮定したとしても、それ故、刑罰は、常に、故意犯の法定刑の範囲から取り出されるのであるが、一方、故意説によれば、同じ事案について、無罪か、あるいは、せいぜい過失の刑となるのである。

「責任説」は、最近数十年間にわたる学問的議論の中で、支配的に自己を貫徹したので、立法者は、新§11を作るにあたって、その錯誤論を基礎にした。又、その錯誤論は、多くの事案において、妥当な解決へと導いた。例えば、誰かが自分の子供をひどく虐待したり (§223b)、あるいは、他人から法外な利子 (§302a) を搾取したような場合には、禁止を知らなかったとの行為者の主張が故意行為としての処罰を全く変更することのないのは、至極当然なので

ある。これに対して、それ程良く知られているわけではなく、特別法に属し、社会倫理的に、かなり不明確に基礎づけられている刑罰規定の場合には、不法を知らない行為者が、その錯誤の端的な回避可能性を理由に、§17によって故意の犯罪者として処罰されなければならないという結論は、自明のことであるわけではない。そのような行為者は、十分に問い合わせていなかったのかもしれないし、不注意であったのかもしれないが、彼が解釈上の評価によって、法律に意識的に違反した者と同置されるのは、不満である。それ故、体系（ここでは、目的的行為論）からは、具体的な事案について不適切かつ非合目的と思われる結論に至ることもある。行為者の行為を体系的関連性の中に組み入れないで、個別の状況に従って判断するとすれば、容易に、实体に則した解決に到達することになるのではなからうか（詳しくは、§21以下の禁止の錯誤の問題性を）。

(b) 問題解決の可能性の減少

体系に拘束された解釈学の更なる困難は、体系的な端緒は法発見を単純化し、容易にはするが（Rn. 32, 34 参照）、同時に、問題解決の可能性をも減少させ、それによってより良い構想への視点を狂わせてしまうこともあるのである。私は、正犯と共犯の区別に関し、精神科学的自然主義（Rn. 17）に基礎を置く、古典的「体系」（Rn. 12, 17）によった場合どのようなかを明らかにした。客観的な事情がすべて不法に属し、外界の因果的変動の原理に還元し得るとする前提から出発するならば、正犯、教唆及び従犯（§§ 25, 26, 27）の間には客観的な差は全くないことになる。それは、三つの関与形態がすべて結果について因果的に同じであるからである。従って、必然的に区別を行為の主観面に求めざるを得ないことになる。これは、当初帝国裁判所も行っていたもので、行為の寄与の客観的重要性とは無関係に、正犯を「正犯者意思」によって、共犯を共働者の「共犯者意思」によって特徴づけられると見ていたのである。

この所謂主観的共犯論は、今日まで判例を（本質的に弱体化しているもの）支配しているもので、それ故、完全に上述の体系的端緒の論理の中にあるのである。これに対して、今日学問的にはほぼ支配的である学説が行っているように、正犯と共犯を行為の寄与の客観的重要性によって区別し、例えば事象経過の「支配」を正犯と共犯を区別する基準に高める可能性は、そのような体系的構想の思想的起点によれば、当初から閉ざされてしまっている。この可能性の方が、法律の文言と意味に馴染むものであるのに対し、「正犯者意思」は、心理学的現実性という内実のない一要素に過ぎず、実務的には、重大な法の不安定性を導くことになっている。

(c) 刑事政策的に正当化不可能な体系的推論

しばしば、体系から導かれた結論は、既に、一定の事案の状況の刑事政策的問題が他の観点から形成された演繹関連性によっては、およそ把握されないために、満足のいくものではないことも確認されるのである。例としては、正犯者の故意に関係する錯誤の事案が役に立つであろう。即ち、A は、B に装填した催涙ガス銃を渡し、それで C の足を撃つように勧めた。A は、その際、B が装填されていることを知っているものと考えていた。けれども、B はそれを知らず、ほんの冗談で C に向けて引き金を引いたため、C は身体傷害 (§ 223 a) を被った。B は、故意なしで行為しているのだから、いずれにしても過失傷害 (§ 230) で処罰されることは、明らかである。しかし、A の可罰性については、問題は、実行行為者の故意を誤って表象していたに過ぎない者を、武器による故意の身体傷害 (§ 223 a) の教唆で処罰できるか否か、の点にある。古典的及び新古典的体系の支持者と以前の判例 (BGHSt 4, 355; 5, 47) によって、これを基礎づけるのは容易であった。即ち、旧 StGB の §§ 48, 49 による共犯は、構成要件に該当し、違法ではあるが、有責ではない正犯行為を前提にしており、故意は責任の構成要素と見なされていたのであるから (Rn. 12—14)。

造作なく、行為者に故意が欠けているような場合にも、§ 223 a に対する教唆で処罰することができた。

けれども、目的の体系からは異なった解決が導かれている。この構想によれば、故意は構成要件に属するのであるから (Rn. 15)、我々の事例にあっては、法律によってすべての共犯の前提条件として必要とされている構成要件該格的—違法な正犯行為が欠けている。それ故、共犯は問題外となり、Aは、間接正犯による身体傷害 (§ 251: "他人による" 犯行) 或は教唆の未遂 (§ 30 I) を理由にする処罰が不可能なので、無罪となってしまう。このような目的構想は、一九五六年以来、判例上 (BGHSt 9, 370) 確固たる地位を占めて来たのであり、新刑法総則の立法者によって受け継がれてもいるのであるが、さて、それによれば § 26, 27 は、明示的に、教唆と幫助について故意的になされた正犯行為が必要であるのである。これは、多くの事案において有意義な結論を保障してくれる。というのは、背後者 (我々の事案の A) が自分によって挑発された者 (ここでの B) が故意に行為しているのではないということを知っているような場合には、彼は、§ 223 a の犯罪に対する教唆者としてではなく、正に危険な身体傷害の (間接) 正犯として処罰されるからである。

しかし、少なくとも、ここで例として選んだ、正犯者の故意を錯誤により仮定したような事例群にあっては、現行法によれば、今後、Aの無罪が認められなければならないことになるであろうが、それは、刑事政策的に誤った結論に導くことになる。というのは、Bが、Aの仮定したように、ピストルが装填されていることを知っていたような場合には、Aは、疑いもなく教唆者として処罰されるであろうからである。とはいえ、Bが、Aがこのことを認識しているということさえ知らず、全く事情の判らないままであったとするならば、事象の経過についてのAの客観的責任は、更に大きいものであるし、体系から解き放たれた考察にとっては、主観的事情は同じではあるが、関与の客観的重要性が増大している場合に、突如として、無罪判決を言い渡さなければならないというのは、納得がいかない。こ

のような、誰しも認めている、不幸な結論の理由として、既に、(a) と (b) で述べられた観点が働いているのである。その点と、明らかに深い関係にある主要原因は、協働することによって誤った解決を惹起することになる、二つの前提（故意の構成要件への分類と共犯に対する構成要件該当の「違法行為の前提」）が、正に、客観的には、正犯者故意についての錯誤の事例群といかほどかは関りのある、それ故に、又、この事例群に納得のいく決定を提供することのできないような根拠から選ばれていることにあるのである。それ故、しばしば、体系からは、その前提が担うことのできる以上の解決が導かれるのである。結論が刑事政策的に不適格であることが、そこに示されている。

(d) 抽象的概念の使用

体系的思考の最後の危険は、結局、すべての生活現象を少数の指導的観点の下に判り易く秩序づけようと努力する際に、抽象的概念を選択し、法的素材の異なった構造を等閑視したり、ねじ曲げてしまう点にある。例えば、犯罪の現象形態のすべてに等しく適合するような単一の行為概念を求めることが、故意の作為、過失の作為及び単純な不作為の間にある基本的な事物の差異を解釈が無視し、その概念の選択にあたって余りにも抽象的に定めてしまうことになるのである。長い間、例えば、予備と未遂 (§22)、或は、正犯と共犯 (§§25—27) の区別を一貫して同一の基準によつてなさなければならぬという学説が、支配的であった。今日においても、まだ、法律はこれらの区別を認識させるものではないし、判例も又、刑罰に見合った、多様な解決を展開しようとし始めているところなのである。存在する差異を無視する場合には、余りにも一般的であるために、およそ発言力というものを全く持たない、それ故に、かなりの法的不安定性に導くことになる概念を選択せざるを得なくなるのである。

又、抽象性を余りにも愛することに、主観的共犯論の持久力の原因の一つがある (Rn. 40)。法的素材の差異のすべ

てを等閑視することは、見掛けは同じだが、真実は内容のない基準の適用を許すことになる。正当にも、故意の作為犯という比較的狭い類型にあつても、既に、単一の区別の特徴は、構成要件の構造の本質的差を見逃している。というのは、これらの類型は、身体傷害（§ 223）、器物損壊（§ 303）等のような禁止された行為を唯部分的にのみ記述しているに過ぎないのに対して、背任（§ 266）或は私秘の侵害（§ 203）のような、他の類型は、一定の刑法外の義務に対する違反に刑を科しているからである。作為犯と義務犯の性質上の相違から正犯と共犯の区別にとつて重要な差異が生ずる。というのは、作為が構成要件を構成している所のみ、その作為の支配（所謂行為支配）が、正犯の特徴であり得るのに対して、義務犯の場合には、正犯は、なんらかの外的な支配によつてではなく、義務違反によつて基礎づけられ、それが欠けた場合には、行為事象の支配も共犯になるに過ぎないからである。

例として、精神科学の基本的問題を指摘する。Bollnowは、かつて、すべての体系構築の危険として、*「現実性の欠けた空間の気ままに、安易な構築」*について記述し、*「ある例について発見された端緒を無造作に他の例へと転用できる」*ところでは、用心しなければならぬ、と述べている。*「事実の障害」*が欠けるところでは、体系は、しばしば、*「現実との関係」*を失つてしまう。それによつて、すべての精神科学的構築の危険が示されており、又、法律的体系構築の努力もあまりにも、しばしば、その危険に敗れているのである。

3 問題的思考

従つて、体系的思考が、いずれにしろ、結果として持たざるを得ない欠陥のある展開に直面するとき、当然、今まで以上に具体的個別問題から出発し、そこからその問題を正しく、かつ、合目的に解決することを可能にする学問方法論が、求められることになる。そのような「問題的思考」の技術として、戦後、既にAristotelesに見られ、後に、

特に Cicero と Vico によって修辭学的目的のために展開されたトポスの手法が、種々に議論された。これは、とりわけ民法の領域で大きな反響を得た。その際、トポスは、「Topoi」の助けを借りた問題解決の方法論と理解されていた。即ち、これは、「多面的に使用可能で、どこでも受け入れられる観点で、しかも、意見類似のものに対する賛否を決する際に使用可能であり、それを保護することもできるものである。」このような「観点」は、「トポスのカタログ」として集約され、具体的事案に適用される際に、解決についての見解の一致、即ち、*sensus communis* が得られる迄、賛否の決定のために議論されるのである。実際の適用についていえば、これは、今日の状況下では、学問的な話し合いや裁判官による協議の際の議論にしばしば行われる様に、一定の問題について、先ずは、あらゆる、思考可能な解決と論拠を考えて、それから賛否の論議について一致可能な決定に達することになるであろうと思われる。

このような手法は、刑法においても機能する。刑法においても存在する、立法者が未解決のままにしている領域(§ 5, Rn. 46—48, 76)への「最初の追求」と、体系化に先行する、不確定概念及び一般条項の決疑論的充足にとつて有効である。又、体系から獲得された解決策を制御するのにとでも適している。結果が満足のいくものであるのか否かの認識を、体系的な脈絡を度外視して、可能な、法政策的なすべての観点を使得、結果の当否を検査することで、逸早く持つことができるのである。

しかし、トポス論は、刑法における体系的思考を代替することはできない。というのは、この理論は、事案検討の簡略化、及び、素材の概括的な、法発見を容易にする秩序づけのような、体系的思考の実践的長所を、むしろ見捨てるものであるからであるし、又、この理論は、その端緒によれば、刑法が他の法領域以上に、法的安定性のために命じている、裁判官による決定の算定可能性及び均一性の妨げにもなるからである。結局は、刑法外の批判も強調しているように、法律学の法律拘束性を、トポス論的手続は、一般的法発見の方法論としては不適切であるとすることからで

ある。その…な、その時々に取り上げられた観点の拘束性についての問題、及び、それらの観点の中からの選択についての問題を、トポス論は、…、すべての人々の、或は、大多数の、或は、賢者の意見、を、或は、常識を考慮することによつてのみ解決できるが、そうすることで、この理論は、法学上の妥当性論或は法源論と鋭く対立することになる。刑法において、このような問題は、すべての、即ち、類推による、法律外の、慣習法による（この点については、上記§5刑罰創設的（トポス的思考に好意的な）法発見に対する憲法上の禁止のために、非常に切実なものとなっており、この問題に答えることができない理由は、正に、何故トポス論の議論が刑法でほとんど取り上げられないのかの点にある。法律の確定性の要請は、最初から、体系に拘束された思考に優先権を与えている。けれども、しばしば、体系的思考と問題的思考の統合が実り豊かで、一定限度で可能であるということを見落としている。

V 目的論的—刑事政策的体系構想の基礎

1 評価に方向づけられた体系の構想のために

体系は、それ故、法治国家的刑法の必要不可欠な要素である。けれども、Hellmuth Mayerが、理論史が示しているように、素材は種々様々な枠組で把握することができる。これらすべての枠組は、矛盾なく適用されさえすれば、有用である”という場合、無条件に賛成できるのは、最初の命題だけである。第二番目の命題は、素材の外的秩序の問題になつている場合にのみ、正しいといえようか。というのは、見て来たように、異なる体系的端緒が解釈問題の解決に多大な影響を与えるために、更には、体系的思考の長所と危険が一定の構想の刻印としていつも立ち現れるために、正しい体系への問いは、度々主張されているような、無益なガラス玉演技に過ぎないのではなく、正しい法に

関る研究である。

現代の刑法体系が目的論的に構築されている、即ち、評価を伴う目的設定の上に立てられなければならないというテーゼから出発しなければならぬ。というのは、体系的に正しい解決が前述の評価の結果と思われる場合、体系的に一貫性と目指された事物の的確性と的一致が、それが欠けた場合には非常に多くの困難に行き着くことになるのであるが、最初から、保持されているからである。例えば、*„Jochbeck“* が、決定的なのは、事物の問題の解決でなければならないのであって、体系化の要請は低順位にすえられなければならないという場合、それによって *Rn. 36 ff.* で叙述された、一定の体系的端緒の欠陥が、個別事案では訂正されるものの、長所をも一緒に犠牲にしてしまう、体系の無視という付けを払うことになる。これに対して、指導的目的設定が直接的に体系を構築するようなところでは、個別事案の正当性 (*Rn. 37—39*) は、最初から、法律に拘束された法の中でおよそ可能である限りではあるが、保持されているのである。というのは、事案の事情はすべて、法律の目的に言及されるからである。このような理由から、体系は、その目的と一致することのできない問題解決をのみ妨げ得るのである (*Rn. 40*)。又、解決が価値と無関係な体系強制の結果である (*Rn. 41 ff.*) とでもいう可能性も、そのような場合にあっては、既に、その解決が体系的端緒によって到底カバーできないであろうから、失われるのである。勿論、目的論的体系にあっては、個別事案にあっては、いつでも、不満足な価値の矛盾を露呈することはある。しかし、この矛盾は、体系の改良によって取り除かれるか—そこには、正に、この領域における学問的進歩が存在している—、或は、その矛盾が拘束力のある、法律の命令に基づいているようなところでは、将来の法律改正の下準備をすることとして、保留しておくことができる。

刑法体系を本質的に規定する指導的目的設定は、刑事政策的種類のものとしてのみ可能である。というのは、可罰性の前提が、当然、刑法の目的によって決められなければならないからである。このような観点にあっては、従前の

体系の主要な範疇は、刑事政策的評価の道具とされ、その結果、この範疇自体も目的論的体系にとって放棄することのできないものである。

(a) 行為

誰かが行為をしたという表現は、従って、誰かが彼に由来する出来事或は不行為を自己の行為として責任を負わなければならぬ、という内容の評価の結果なのである。それ故、行為の単一性は、経験的に見出すことのできる何か（因果関係であれ、意思行為であれ、或は、目的性であれ）、それは可罰的行為のすべての現象形態の基礎に等しく横たわっているとされてはいるのであるが、それによってではなく、むしろ、評価の観点の同一性によって定義されるのである。即ち、人間は、一定の、彼に起因する或は起因しない作用が、人としての、即ち、精神活動の中心としての彼に分類され、そのために、*「作為」* 或は *「不作為」*、と同時に *「人格の表現」* について語ることができる（この点についての詳細は、§ 8, Rn. 42 ff.）場合に、行為しているのである。行為の肯定には、まだ否定的な評価は全く（単に暫定的なものでさえも）結び付けられていない（社会的に有効な行為態様も有害な行為態様も、等しく、行為である）にもかかわらず、これらの範疇の背後には、刑事政策的目的が潜んでいる。人間存在の外面的な見せかけや因果的結果とは無関係に、評価によって、刑法的に許容されたもの或は禁止されたものという範疇に、最初から、服していないすべてのものを非行為として除去するのである。

(b) 構成要件

構成要件において、行為は、抽象的な当罰性の観点によって、評価される。即ち、行為は、具体的な行為者の人格

及び具体的な行為事情とは無関係に、通常の場合に（即ち、特別の状況や生活状態は留保して）可罰的であると宣言されている。そのような抽象的な刑罰威嚇の刑事政策的な目的は、一般予防的なものである。刑罰構成要件に一定の行為を取り入れることによって、個人は、そこに記述された行為をしないように（もしくは、不作為犯の場合には、命ぜられた行為を行うように）動機づけられるべきである。

一般予防的目的の設定は、当初から、解釈の複雑に導くのである。一面で、如何なる構成要件も、いかなれば、法律によって否定された行為態様が完全に把握されるように、それ故、一般予防的動機づけ効果が完璧であるように解釈されなければならない。他面、効果的な一般予防は、しかし、又、*nullum crimen sine lege* 原則がえて憲法上で命じてもいる(*nullum-crimen* 命題、構成要件、及び、一般予防間の歴史的関係については、§ 5, Rn. 22 f. 参照)ように、可能な限り精確な、文言に忠実な法律の確定性を前提にしている。これによって、構成要件は、最初から、法律的目的と法律の確定性の緊張の場に立っているのである。一般予防に内在する、二つの目的設定間の争いを如何に解決するかについては、既に、叙述された（前記 § 5, Rn. 28）。

しかし、反対の複数の傾向を持った一般予防のみならず、責任主義も又、既に、構成要件に刻印を押し込んでいるのである。客観的帰属論(Rn. 25)の本質的使命は、従前の、純因果的理解に対して、偶然の、或は、不正な状態に置かれているが故に生じた、法益の侵害作用を責任主義に反するとして客観的構成要件から除去しようとする点にある。それ故、一般予防の観点の下での抽象的処罰要求と責任主義は、構成要件にとって、指導的刑事政策的基準なのである。特別予防のみが、構成要件解釈にとって無関係であるが、それは、この予防機能がここでは、まだ、如何なる役割も果たしていない具体的な行為者を前提にしているからである。

(c) 不法

不法の範疇には、具体的な、構成要件該当的行為が、その時々状況の現実的要素を取り込んで、許容或は禁止の観点から判断されるのである。この第三の「犯罪の段階」では、「不法」について語られるべきであって、単なる「違法性」ではない。というのは、構成要件が行為を内包している（行為のみが構成要件該当であり得る）ように、不法は、行為と構成要件を含んでいるからである。即ち、構成要件該当的行為のみが、刑法的不法であり得る。これに對して、違法性は、特殊刑法的範疇ではなく、全法秩序の範疇である。行為態様は、民法上或は刑法上で違法であり得たとしても、刑法的観点では、重要でないこともある。又、正当化事由は、すべての法領域に由来するもので、このことは、不法の指導的基準にとって少なからず意味がある（Rn. 61—63）。

刑事政策的視点の下では、不法判断は、以下の三つの機能によって特徴づけられている。即ち、その判断は、一人或はそれ以上の関与者の可罰性にとって重要な形式で（Rn. 59）、利益衝突を解決する。その判断は、改善処分及びその他の法的作用の連結点として働く（Rn. 60）。そして、それは、刑法と全法秩序をつなぎ、それらの重要な評価を統合する（Rn. 61—63）。

先ず、不法は、行為に構成要件の抽象的な類型化を免除する。不法は、行為を社会的関係の中に起き、禁止されたもの或は許されたもの（この場合、不法阻却として）という観点からなされる、社会の相互作用から生ずる利益衝突の評価を内含する。例えば、侵害者と防衛者（§ 32）の間、救助者と救助のために自己の所有権やその他の法益が犠牲に供せられなければならない者（§§ 904 BGB, 34）の間、刑事訴追を行う国家と嫌疑をかけられた市民（§ 127 StPO）の間等。そのような利益衝突にあつて、構成要件によって保護された法益を侵害する者は、正当化事由によってカバーされない限り、不法を犯している。このことを実体的に言えば、彼は、甘受不可能な仕方、社会的に有害に振る舞っ

たのである。それによつては、確かに、(正に、構成要件の充足によるように) 可罰性について何も最終的なことは、述べられていない(というのも、更に、責任阻却事由或は刑罰阻却事由が介入できるからである)。しかし、とわいえ、不法は、行為の具体的な、耐え難い社会的有害性としての類型的可罰性(所謂例外は留保して)を、構成要件という少なからず抽象的な形式で表わしているものであり、その限りで、構成要件がそうであるように、刑事政策的評価によつて決定されているのである(更に、Rn. 61f. 参照)。不法が阻却されるころでは、その上、相手の構成要件該当的抵抗を不法と、それ故に、典型的に可罰的であると思わせる、相手方の忍受義務が基礎づけられる。その結果、刑事政策的評価は、常に、一方の刑法的負担軽減は他方の刑法的負担増になるという二重の観点を念頭に置いていなければならないのである。

不法は、第二に、すべての改善処分の基本条件として、刑事政策的に意味がある (§§ 61ff. 参照)。不法の実体的内容をなすのは耐えることのできない社会的有害性であるから、行為者の継続的な危険性が、国家の改善或は保安処分を發動させるためには、付け加えられる必要がある。危険性は、しばしば、正に、不法の実現の態様によつても懲表されるものであるが故に、不法論に、先ずは、特別予防的評価が入らなければならぬ。その外、既にここで言及されたように、共犯 (§§ 26, 27) も犯人庇護 (§ 257) も本犯の不法に結び付けられているのであり、禁止の錯誤 (§ 17) も、又、不法に関係づけられているのである。即ち、不法に付け加わる危険性が改善処分を必要にするように、不法を協動すること、及び、不法を自ら犯すことに付け加わる責任と予防的処罰の必要性という要素は、個々の行為者の、刑罰を發動させる有責性を基礎づけるのである。

最後に、第三として、刑法は、不法評価の際に、法秩序の全領域からのあらゆる種類の正当化事由を承認するものであるため、他の法領域の利益を考慮し、そうすることで、法秩序の単一性と無矛盾性を保障しているのである。刑

法は、正当化事由で、社会との関連性を含んだ、個人の利益（§§ 32, 34）、家族政策的目的設定（両親の教育権や懲戒権のような）、刑事訴訟上の必要性（逮捕権やその他多くの侵害権のような）、強制執行法上の処分（執行官！）、及び、多くの、それ以外の、公法的種類の侵害を保護しているのである。

なるほど、正当化事由は、大抵は、刑法に規定されていないし、その正当化力も、刑法にのみ妥当するものではない（むしろ、例えば、同様に、不可罰的であるが、民法上では禁止されている、占有の侵奪或は人格権に対する侵害のような行為にも妥当する）。このことから、刑事政策的目的設定が正当化事由の解釈論や体系論にとって重要ではないとの結論を導くことができる、といわれるかもしれない。しかし、これは、あまりにも短絡的な理解ではなからうか。というのも、一方で、既に、構成要件の領域で、社会的に重要な個人的利益と一般的利益の保護が、必要な場合には、刑法の任務となつていくからである。この任務は、不法における正当化事由を考慮することによってのみ、継続されるのである。そして、他方で、正当化事由が実践的に最大の意味を獲得するのは刑法的に保護された法益の侵害の際であり、そこで、正当化事由は、解釈を決定する、部分的には物議を醸す、相対立する諸傾向の緊張の場に陥ることも否定できない。従つて、例えば、訴訟的及びその他の、公的侵害権は、重要な、国家的機能を保障すべきである。これを目的にかなつた、公務員を保護するような、そして、抵抗を妨げるような解釈によつて保障することが、確かに、正当な、刑事政策的目的設定なのである。他方、国家の不当な干渉及び不均衡な侵害に対する個人の自由の保護は、刑事政策的に、少なからず重要であり、同じくらい重要な、解釈の任務である。このような規範的調和の再建は、確かに、刑法に属するのみならず、憲法上及び行政法上の前提が決定に関与しているのである。しかし、このことは、刑事政策的目的を解釈の基準とすることに反対を唱えているのではなく、種々の法領域が孤立的に対立しているのではなく、相互に補充し、支援していることの証しなのである。

正当化事由の体系化は、これが種々の、社会的秩序原理（法益衡量原則、保護主義、法確証の原理、自律原理等）の組み合わせによって説明される限りで、可能である（詳しくは、§ 14, Rn. 37 ff. 参照）及び、正当化的緊急避難の中心的侵害規範について詳しいのは、§ 16, Rn. 3 ff.）。これらの原理は、社会的有用性と有害性、及び、それと同時に、法或は不法についての、その時々、異なった、刑事政策的指導的表象に従って決定されるのである。これらの原理は、*nulla poena sine lege* 命題をも修正するが、それは、この命題が、ここでは、必ずしも無条件に文言に拘束されているわけではなく、むしろ、秩序原理の基礎にある目的設定に拘束されているからである。このような修正は、正当化事由が全法領域に属するもので、それ故に、専ら、刑法規定についていえるような厳格な確定性の要請には服していないからである（詳しくは、§ 5, Rn. 42）。

(d) 有責性

「有責性」（この点については、既に、上記 Rn. 26）という犯罪の範疇にあつて重要なのは、個別行為者が彼によって実現された不法について刑罰に値するかどうかということである。有責性の最も重要な条件は、周知のように、行為者の責任である（責任主義と、この主義が、支配的見解によれば、それどころか憲法的にも基礎づけられているとの点については、§ 3, Rn. 46 ff. 参照；責任についての詳細は、§ 19, Rn. 16 ff.）。しかし、この責任が、唯一の条件ではない。むしろ、予防的処罰の必然性が付け加えられなければならない（Rn. 26 と、詳細については、§ 19, Rn. 1 ff. 参照）。所謂免責的緊急避難の場合（§ 35）、例えば、行為者は、違法に行方しているだけではない。彼は、他の行為をすることも可能であるので、有責に振る舞っているのである。このことは、既に、彼が、§ 35 I 2 の場合には、危険を甘受しなければならず、そうしなかった場合には処罰されるということから、明らかである。その様な例外的な事案が存

在しない場合、それ故に、不処罰は、責任の欠如を理由に基礎づけられない。むしろ、不処罰は、立法者が、そのような極端な状況の場合に、特別予防的刑罰の必要性も一般予防的刑罰の必要性も肯定せず、その結果、このような理由で刑法上の有責性が欠落することから結論づけられるものなのである（詳細は、下記の§22, Rn. 4 ff.）。同様のことは、過剰防衛（§33）及びその他の、更に説明されることになる事態についても、当てはまる。

有責性は、それ故、処罰規定の領域にあつては刑事政策的刑罰目的論の解釈学上の実現である（上記、Rn. 26）かのような、又、原則的な場合には、裁判官に対する制裁の指示であるかのような印象を与える。刑事政策的な基本構想は、この範疇の領域においては、行為（その抽象的な刑罰の必要性、或は、その具体的な禁止の意味での）ではなく、その個人的な刑罰の必要性が問われることによって、行為者に適用されるのである。

(e) その他の処罰条件

最後に、その他の処罰条件、これは数少ない刑罰規定において機能しているに過ぎないのであるが、それは、刑罰目的論の外部にある、刑法とは異質の（例えば、政策的或は国法的な）考慮によって刑罰の目的をまさしく妨げようとする（詳細は、§23, Rn. 21 ff.）観点の下で行われる、処罰の必然性についての決定を含んでいる。それ故、この条件は、刑法にあつては異物なのであり、正当化事由（Rn. 61—63）よりも強く、かつ、異なった方法で、純粹に刑法的な目的設定よりもむしろ、ここで優先されるべき、その他の利益を引き立たせようとしているのである。

上で（Rn. 8）用いられた例によって、このことを明らかにする。即ち、行為者が、有責に行爲して、外国の代表者を襲撃するか、或は、シンボルを侮辱した場合、彼は、刑罰に値する。§104aが処罰を、更に、相互性の保証に依拠させているという事情は、純粹に外交上の動機から、即ち、外国でもドイツの利益が同様に保護されていると判断で

きるといふ願ひから出たものである。そして、国会内での侮辱が不処罰であるのは(§36)、刑法的視点からではなく、唯一、国家の業務と立法をする委員会での自由な発言が数多くの侮辱に対する手続或はそれに対する恐れによつて妨げられるべきではないということによつてのみ説明可能である。それ故、この刑罰阻却事由の背後には、政治的―国法上の目的設定が存在するのである。

2 刑法解釈学と刑事政策

従つて、刑事政策的評価が刑法体系とその範疇の解釈を指導するとすれば、必然的に、刑法解釈学と刑事政策との関係が問われることになる。従来の方法によれば、これ等の分野は、むしろ、相互に対立する関係にあつた。刑法は、刑事政策の乗り越えることのできない垣根である。との Liszt の定言的箴言は、今日まで影響を及ぼしている。けれども、Liszt の、この有名な命題は、社会学的刑法学派によつて始められた「刑事政策の大胆な新構築」が「我々が刑法と呼んでいる、錯綜した概念によつて作られた、このような軽侮に値する建築物」を取り壊し、「社会的に危険な人間はすべて、全体の利益のために、必要な範囲で無害化できる。」という唯一無二の命題で代替される必要はないのか、という問いに対する解答のように思える。これに対して Liszt は、続いて、自由主義的―法治国家的理由から「リバイアサンの国家」に対する市民の堡壘としての「犯罪者のマグナ・カルタ」という刑法思想 (§5, Rn. 3 参照) を対置しているのである。この点について、確かに、予防的な犯罪の制圧と自由主義的な自由の保護との間にある緊張は、今日も Liszt の時代に劣らない意味が与えられる問題である、というのは正しい(詳細は §3 参照)。けれども、この緊張の中に刑事政策と刑法の対立が表現されている、と仮定するのは時代遅れである。というのは、「nullum crimen sine lege」といふ命題は、犯罪の制圧に成功するようにといふ命令に比較して、少なからず刑事政策的な要請であるからで

ある。この命題が、一般予防の要素であるばかりではなく（Rn. 55; § 3, Rn. 21 ff.; § 5, Rn. 22 f.）刑罰権の法的な制限自体も又法治国家的刑事政策の最も重要な目標である。それ故、法治国家的要請を体系的に加工することによって、刑法と刑事政策の対立の論拠、或は、刑事政策的観点による体系化に反対する論拠も得られない。

けれども、刑了解釈学的思考と刑事政策的思考を厳格に区別するという仮定には、一端緒としては正当である（Rn. 「参照」——現行法（あるがままの法）を刑了解釈学の対象と、これに対して、法の望ましい状態（あるべき法）を刑事政策の対象と見なす場合にも到達し得るのである。解釈論と体系的思考は、その場合、解釈学、即ち、存在するテキストを理解できるように解釈すること、の形式であるのに対して、刑事政策は新しい、刑法上の目的観を發展させ、貫徹させようと努めるのである。しかし、それによって解釈論と刑事政策との（現存する）差異があまりにも強調され過ぎている。というのは、我々が知っているような（§ 5, Rn. 27—32）法発見は、本質的に、既に詳細について規定されている法律を論理的推論手続によって包摂して適用することを越えているのである。むしろ、法発見は、法律の規定の範囲の具体化なのであり、立法者の目的表象を創造的に完成させる（即ち、發展と体系化）という点で、解釈学という衣を纏った刑事政策そのものなのである。それ故、目的論的——刑事政策的観点の下における体系化は、既に、解釈学の解釈の任務によって必要とされているのである。従って、あるがままの法とあるべき法は、解釈的に現行法として得られたものを立法者の刑事政策的目的表象を追体験しつつ、更に発展的に思考した結果であると述べる限りにおいては、対立関係にはない。それ故、解釈論者は（学者であれ、或は、裁判官であれ）、立法者のように刑事政策的に議論しなければならない。彼は、ある程度、立法者がその概略しか示すことのできなかつた現行法の形象を詳細に可視的に描き出さなければならないのである。

このことは、明らかに、解釈学的及び立法上の刑事政策が同じ権限を持つていかともいうような意味ではない。

その様な仮定は、裁判官を立法者に等置してしまい、権力分立原則及び罪刑法定主義に違反することになるであろう。むしろ、解釈学（又、一般的犯罪論の体系も）は、法律の範囲で、即ち、解釈の限界内でなされなければならないのである。それ故に、解釈学は、現行法の解釈の際に、我々が、既に、知っている（§5, Rn. 27—32）二つの制約に出会うのである。即ち、法律の刑事政策的目的表象を自己の表象によって代替することは許されないし、総則上、罪刑法定主義の文言の制約が妥当しているところでは、法律の目的をそれに対立する文言にもかかわらず、貫徹させようとすることも許されない。この二点について簡単に説明する必要がある。

立法者の刑事政策的目的表象への解釈学の拘束から、例えば、利益衝突の場合に、社会的有用性或は有害性について、同時に、行為の違法性について決定する（Rn. 63 参照）秩序原則を展開する際には、法秩序から読み取ることのできる原則が決定的なのであって、解釈者の個人的な価値表象ではない、という結論が導かれる。同様に、有責性の範疇を刑罰目的論の刑事政策的視点から解釈し、体系化しようとする時には（Rn. 64 参照）、学者或は裁判官が刑罰目的について持っている意見が重要なのではなくて、法律に明記された責任阻却事由と場合によってはその事由を越える、憲法上の観点から得ることのできる目的が基礎に置かれなければならないのである。

けれども、このような拘束は、他面で、刑事政策的に議論される解釈論に新しい認識を明確にする自由を許すものでもある。というのは、立法者は、正に、総則においては、多くの素材を漠然とした輪郭で規定しているに過ぎないか、或は、およそ全く規定していないかであるために（§5, Rn. 46—48, 76 参照）、ここでは、指導的刑法原則の適用可能な法への転換がほぼ全面的に解釈論に委ねられているからである。それどころか、その外に、立法者を指導する原則が、当然個人ではない立法者に、しばしば意識されていないどころか、むしろ、多くの個別規定の解釈によって初めて獲得され、認識の光に引き寄せられなければならないのである。あたかも、文学的原典を、場合によれば、解

釈者の方が著者自身よりも良く理解することができるよう、学者或は裁判官が立法者に、彼の規範から明らかであるにもかかわらず、彼自身にははつきりしていない原則を教えることもあり得るのである。例えば、超法規的緊急避難(Rn. 35)の発展は、法律の範囲内にあるにもかかわらず、立法者が考えていなかった社会的衝突の解決を可能にする創造的、解釈論的業績であった。

これに対して、解釈論的に許される限界は、一賞賛に値するようなものであれ一刑事政策的理由から、間違いでないと認識された立法者の目的設定の効果を失わせるために、ある解決が選定されるようなところでは、愉越されているのである。この点についての、周知の例は、謀殺 (§211) に予定されている終身自由刑の硬直性である。この硬直性は、(正当にも)多くの事案について裁判所によって硬直的過ぎるし、刑事政策的に間違いでであると感ぜられていた。それ故に、裁判所は、法律 (§§ 25—27) を、時折、自らの手で行った謀殺の場合においても、より軽い刑の範囲 (§27 II) を適用可能にするために、単に幫助を認めるというように、解釈している。このことは、望ましい結論にはなっているが、解釈論的には、誤りである。というのは、行為を“自ら：行った”者は、§25 I の文言に従ってのみならず、構成要件該当性 (Rn. 45 参照) という正犯性の意味からしても、正犯者であるからである。法律に違反する幫助への解釈の変更は、§211 について立法者によってなされた(間違っている) 刑罰の範囲に関する決定を訂正することになるが、これは裁判官には禁止されている。この様な場合、解釈論に残されているのは、唯一立法者に警告することである。BGHSt 30, 105 ff. によって、それ以後取られた解決策である、責任の程度を越えている終身自由刑の不相当性を §49 I 1 の減輕された刑の範囲で回避することも又、同様の疑問に晒されるのである。というのは、およそ憲法違反であると思われるような、終身処罰であっても、裁判官は、勝手に新しい刑の範囲を定めて、立法者の地位を篡奪してはならない。正しい解決は、§211 の構成要件を責任主義に合うように限定的に解釈することにあるよ

うに思われる。

同様のことは、刑事政策的に方向づけされた解釈論と体系論の基礎にある第二の拘束についてもいえる。即ち、文言の限界は、それが法律の目的の実現の邪魔になるようなところであつても、その妥当領域の範囲（この点については、§5, Rn. 40 ff.）を越えることは許されない。このことは、既に、幾度も (§5, Rn. 41, 上記; Rn. 41—43) 例として引用された、錯誤に基づいて正犯者の故意を認めた事案で明らかにされる。目的論的に、その様な事案においては無罪を言い渡すのではなくて、むしろ、共犯として処罰することのほうが正しいように思われる (Rn. 43 を見よ)。しかし、とにかく紛うことなく正犯者の故意を要求している法律の文言は、これを禁止しているのである (§5, Rn. 41 を見よ)。このような場合にあって、解釈論にとつての任務は、とにかく、立法者の目的表象に従うならば、他の解決策が正しいのではないかということを示すことである。しかし、解釈論は、正しいと認識されたからといって、それを現行法として使うことは許されない。

3 評価の観点としての犯罪範疇

犯罪の一般理論を上述のように体系化する場合、それは課題を意味するのではなく、従来の犯罪範疇に異なつた構造を持たせることを意味するに過ぎない（そこでは、もちろん、責任を「答責性」と理解することによって、評価の視点を全刑罰目的論に拡大し、目的論的帰結も導かれるのである）。それ故、Weizel の、「私は、犯罪を構成要件、違法性、責任の三要素に分析することを最近の二、三代代のなした最も重要な解釈論的進歩であると見ている」との箴言は、原則的には、正当である。又、目的論的刑事政策的体系も、新古典的「目的的統合を發展させたものに過ぎず、理論史的伝統との関連性を払拭できないのである」。

しかも、他の試み（ここでは、この方法論上の差が、原則的に、少なくとも不明確であるが）との本質的、方法論的違いは、刑事政策的体系が犯罪行為を、犯罪構造のいづれかの「段階」に「分類」されなければならぬような多数の「要素」に「分析」しない点にあるのである。むしろ、犯罪行為は、ここで主張された観点からすれば、常に、不可分一体のものであるし、犯罪範疇の意味は、後になって初めて部品が再度「犯罪」という構築物へと組み合わされることになるように、精神的・肉体的・社会的意味の統一体をばらばらに引き裂くことにあるのではない。犯罪範疇によって表現されているのは、端的に、種々の評価的観点のもとで、その時々、事象の種々の「要素」が刑法上重要になるといふことなのである。

従って、例えば、§35の緊急避難状況は、主として、（阻却される）答責性の観点で重要なのであって、それ故に、原則として、このような範疇の範囲の刻印が押されているのである。けれども、緊急避難行為は、なんといつても、更に、存在する（より価値があるとは限らない）法益の保護と、それから帰結される、そのような行為の持つより少ない社会的有害性によって、違法性という価値的観点の下では、他の法的相関関係にあっても一例えば、共犯の評価にのっとって同一様に意味のある、不法減少事由と見なされることにもなる。それ故、価値的観点によってではなく、むしろ、素材となる「要素」に分類する体系によって、しばしば、引き起こされるのであるが、責任阻却的緊急避難を答責性の範疇に整序することから、この緊急避難を前もって一それ故、不法の段階で一取り扱うことは、およそ許されることではないなどという結論を導くとすれば、それは誤りであるといえるのではなからうか。むしろ、この緊急避難は、不法の観点からも、その方法を異にはするが、重要なのである。又、故意は不法に「属する」のか、或は、責任にかという、幾度となく議論された問題（Rn. 12, 14, 15, 21, 37—39 参照）は、刑事政策的体系にとつては、誤って設定された二者択一である。故意は、両観点の下にあって、その時々異なる法的な相関関係において意味がある

のである。

同様に、目的論的・刑事政策的端緒は、個々の「素材となる」要素を一定の犯罪の範疇に帰属させることから、基準となる刑事政策的価値判断に矛盾するような結論を導くことを阻止する。従って、例えば、このような構想の視点からは、犯罪の客観的及び主観的構成要素を素材として分離することから正犯と共犯の区別を展開すること (Rn. 40 参照)、或は、錯誤の問題解決を故意の体系的位置づけによって基礎づけることは (Rn. 37-39 参照)、許されない。むしろ、そのような問題は、当初から、犯罪範疇の中に入り込んでいる指導的刑事政策的価値判断によってのみ解決可能なのである。これに対して、法律の個別規定の基礎にあることが明らかにされた評価原則から法発展的な、新しい解決を導くことは、当然のこと許されている。そのような手続で行われた (Rn. 35) 超法規的緊急避難の発展は、この点についての格好の例である。

4 目的論的・刑事政策的犯罪論と体系構築及び概念構成の方法論

ここで擁護した構想は、明らかに、体系的思考を脅かしている、個別事例における正義の等閑視、問題解決の可能性の減少、及び、体系的演繹と評価の正当性の分岐という危険を、既に、端緒の段階で、立法者の利用に供せられる刑事政策的原則の範囲で可能な限り (Rn. 51 f. 参照)、除去しているのである。しかし、又、古い体系化の努力によってもたらされた過剰に抽象化された概念性から生ずる困難性 (Rn. 44-46) は、ここで提案された体系化の道を歩む場合には回避される。

もともと、最初から、現代の学問論が数学や論理学の理想として際立たせて来たような、わずかの公理的上位概念から導かれた完結的演繹の体系は、法学にあっては、真剣に取り組みもしなかったし、又、貫徹可能でもない

思われるが、この点が明らかにされなければならない。その限りで、法律学における体系的思考に対する多くの批判（特に、トポス論による）は、ここでは最初から考慮の対象とされることのない手続に向けられているのである。それはそうであるが、古典的⁴体系の父の一人であるLisztは、最後まで、刑法学に次のような課題を課したのである。それは、即ち、刑法学の課題とは、……純法律的・技術的に考察すれば、犯罪と刑罰を概念の普遍化として注目すること、法律の個別規定を、最後の基本概念及び基本命題にまで高めつつ、完結した体系へと発展させることである。Radbruchは、この点について、特徴を示す要素を加えることで類概念から種概念へと、そして、更に限定された種概念へと降りて来る分類の体系化に言及している。その際、行為は、特徴を示す種概念(differentia specifica)としての構成要件該当性、違法性及び責任が結び付けられる類概念(genus proximum)として機能する。

そのような、厳格に定義された、論理的に結合された概念の体系は、実際、容易に、外見的には必然的な包摂と演繹の方法によって、刑事政策的に正しい結果を逃したり、上で述べたように(Rn. 36—46)体系的思考にとつて至極当然であると認識されている危険に屈することにもなり得るのである。これに対して、評価的観点によつた体系化の構想は、専ら、各則の構成要件の場合に限つてであるが、常に不可欠であるとされる特徴を網羅的に指示することによつて内容が厳格に限界づけられるよう定義された概念によつて、作業しているのである。従つて、例えば、不法を社会的有害性の視点から、又、責任を刑罰の目的に方向づけられた答責性の観点から体系化しようとする場合、そこでは、包摂することのできる概念的定義が重要なのではなく、指導的観点、即ち、先ずは法の素材に則して展開されなければならない価値基準が重要なのである。このような手続は、必然的に、生活事情に立ち入り、法的目的設定が現実の所与の多様性に対して多様に変化し、その時々⁵の事情に適合した結論をもたらすことができるように、可能な限り厳密に仕上げられることになるのである。それ故、このような体系は、相当程度、結果に方向づけられているのである。

又、この体系にとつては、最上位にある犯罪範疇を除けば、原則による秩序づけと、一般的目的設定と特別の法素材を貫徹することによつて生まれる可変的な結論に融合する内容を持った「具体的—一般的概念」の使用の方が、一般に行われている概念による演繹よりは、相応しいものである。

その様な方法論は、本質的に、定義に縛られた体系のそれよりも、実生活に即しているし、事案に適しているし、弾力的であるのである。Lisztによつて仮定された「閉じられた」体系に対し本質的に優れている点は、目的の端緒が新しい生活実体に開かれていることにもある。そこでは、今まで考慮されることのなかつた生活実体が体系にはめ込まれないとか、法的に解決不可能であると判明するなどということは、起こり得ない。むしろ、法的に基準となる価値観点に立つて新たに形成することが、又、その観点に合った解決に至ることが可能となる。それ故、ここでは、体系から解き放たれたトポス論の片面性と同様に旧来型の概念体系のそれを回避し、両者の長所の統合とされる「開かれた」体系が注目される。

それ故、抽象的定義による体系が無視することを常としていた「事物の抵抗」(上述 Rn. 46)が、むしろ、目的刑、事政策的構想にとつては正しい解決のための案内人なのである。Gustav Radbruchは、彼の根源的な「Lisztの下で学んだ体系理念に矛盾する、このような考察結果を晩年になって、次のように述べようとしていた。即ち、「芸術の理念は、それを大理石に実現しなければならぬ場合と、青銅に実現しなければならない場合とでは、全く別物である。従つて、法の理念も本質的に法素材のために、又、それによつて規定されている。」と。それ故、ここで支持される目的合理的体系は、所与に対する考察を抜きにした解決を展開するようなものではない。なるほど、「事物論理」或は「事物の本性」は、法的な評価基準を提起するものではない。しかし、具体的な結果は、指導的な規範的視点自体からではなく、むしろ、常に、異なる事態の特殊性にこの視点を適用することから生ずるのである。そのために、

以下では、しばしば、事案の類型別の解決がなされることになろう。これらすべてのことは、先走って述べられてはならない。ここでは、唯、その方法論と基準となる価値設定が示されているに過ぎないのであって、その他のものは広範な法素材の検討を通じて、一步一步展開されなければならない。真なるものは、全なるものである（Hegel）。

〈第四回了〉

（よしだ のぶゆき・本法学部教授）