

クラウス・ロクシン

『刑法総論』第一卷（第一版）

〔一〕

吉田 宣之

翻訳にあたって

これは、Claus Roxin 著 “Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I” 第一版の翻訳である。

この刑法体系書のことは、私が、同教授の刑事訴訟法に関する著作、“Strafverfahrensrecht(二二版)”の翻訳に際して生じた疑問を解決するため、ミュンヘン大学の研究室を訪れた時に、話題に上った。ロクシン教授によれば、刑法と刑事訴訟法とは車の両輪のようなもので、両法の理解なくして犯罪現象の正しい把握は望めない、とのことであった。そこで私は、機会があれば刑法体系書の翻訳も手掛けてみたい旨話したが、ロクシン教授は、時期が来たら連絡してくれるように、吉田教授になら喜んで許可したい、と答えて下さった。

一九九三年、桐蔭学園横浜大学に法学部法律学科が新設され、私は刑法を担当することになったが、同時に、鶴川

学長の「学問と教育の充実」という理想を実現するため、学術誌を編集することとなり、編集委員長を拝命することになった。そこで、何かこの新しい雑誌にふさわしい内容と価値を持った新しい企画はないかと考えた末、「目的論的—刑事政策的犯罪論」という新しい観点から犯罪論の展開を意図する、このロクシン教授の著作を翻訳することを思い立った。早速、学長に連続翻訳の許可をいたたく一方、ロクシン教授に手紙を書き、不本意ではあるが、連続翻訳を許可して下さるようをお願いした。一九九三年六月三〇日の返事には、いずれは一冊の訳書として出版されることが望ましいが、なによりもまず私の考えが日本の研究者の目にふれることが大切であるから、喜んで許可すると書かれていた。

無謀な試みなのかもしれない。しかし、一人の、世界的な刑法学者の思想を理解することを、これを越えるための一里塚とした。ロクシン教授に教えられた、学問研究者の本質的資質である「Fleiß」の意味を改めてかみしめながら、不退転の決意で臨みたい。

刑法総論 目次

第一章 刑法の基礎

第一節 形式的意味の刑法、定義と限界設定

I 刑法の形式的定義基準としての制裁（刑罰と処分）及び制裁制度の二元性

II 公法としての刑法、非刑法的制裁としての懲戒処分、過料及び秩序処置

III 特別刑法  
IV 全刑法学の部分領域としての実体刑法、その諸分野

1 刑事手続法

2 量刑法

3 行刑法

4 少年法

5 犯罪学  
I 実体的犯罪概念

V 実体刑法の総論

第二節 実体的犯罪概念、補充的法益保護としての刑罰と刑罰類似の制裁との内容的区別

II 可罰性の前提としての法益侵害

1 単なる道徳違反の刑法からの排除  
2 秩序違反の刑法からの排除

III 従来の法益の定義の非適切性  
IV 憲法からの法益概念の演繹

1 恣意的科刑は法益を保護しない  
2 純粹にイデオロギー的な目的設定は法益を保護しない

3 純粹な道徳違反は法益を侵害していない  
4 その他の結論

5 秩序違反も法益を侵害する  
V 法益概念の可変性

VI 法益保護の限界問題  
VII 法益侵害が欠如する場合

VIII 法益と行為の客体  
IX 法益の保護をしない刑法は無効か？

X 立法者は法益の侵害を処罰するよう義務づけられるのか？  
XI 法益保護の補充性

XII 文献に見られる種々の見解  
XIII 刑罰と刑罰類似の制裁との内容上の区別

1 秩序違反法の過料との区別

2 懲戒処分との区別

3 訴訟法及びその他類似の法律の秩序処置と強制処置との区別

4 私刑との区別

### 第三節 刑罰と処分の目的及び正当化

#### I 刑罰の目的、刑罰論

1 応報論(正義論、贖罪論)

2 特別予防論

3 一般予防論

4 応報的統合論

5 予防的統合論

(a) 刑罰の予防専一的目的

(b) 応報の全面的放棄

(c) 侵害の限界設定手段としての責任原則

(d) 要約

II 処分の目的と限界、刑罰と処分の関係

III 刑法の第三の道としての被害者補償?

### 第四節 一八七一年以後のドイツの刑法改正

I 一八七一年の帝国刑法典

II 第一次世界大戦までの発展

III ワイマール共和国の改正作業

IV 国家社会主義の時代

V 改正作業の再開

VI 一九六二年の草案と代案

VII 一九六九年から今日までの改正立法

VIII 改正の内容

1 懲役刑の廃止

2 六月未満の自由刑の抑制

3 刑の免除

4 保護観察付きの執行猶予

5 新罰金体系

6 行状監督

7 社会治療施設

### 第五節 解釈と刑法の時間的適用範囲に関係する罪刑法定主義

#### I 法律なければ犯罪も、刑罰もなし

1 法律なければ犯罪なし

2 法律なければ刑罰なし

II 罪刑法定主義の四つの作用

1 類推禁止(厳格な法律なければ、犯罪も刑罰もなし)

罰もなし)

2 刑罰創設的及び刑罰加重的慣習法の禁止

(成文の法律なければ、犯罪も刑罰もなし)

3 遡及効の禁止 (予め定められた法律なければ、犯罪も刑罰もなし)

4 不明確な刑法と刑罰の禁止 (明確な法律なければ、犯罪も刑罰もなし)

III 罪刑法定主義の歴史と国際的適用範囲について

IV 現在においてもまだ有効な、罪刑法定主義の

国家論的及び刑法的根拠

1 政治的自由主義

2 民主主義と三権分立

3 一般予防

4 責任主義

V 解釈と類推禁止

1 刑法における解釈の限界

(a) 解釈の限界としての可能的、日常用語的語義

(b) 判例

(c) 文献上の種々の見解

2 類推禁止の適用範囲

(a) 各論と科刑における効力

(b) 総論における効力

(c) 手続法における類推禁止?

(d) 行為者に有利な類推

VI 刑罰創設的及び刑罰加重的慣習法の禁止

VII 遡及効禁止と刑法の時間的効力

1 遡及効禁止の基礎

2 行為時に適用されている法律

3 処罰条件における遡及効禁止と処分に対するその原則的無効

4 遡及効禁止と手続法

5 遡及効禁止と判例

6 行為者に有利な遡及効

7 限時法

VIII 不明確な刑法と刑罰の禁止

1 処罰条件の確定性

2 犯罪に対する効果の領域における確定性の原則

## 第六節 行為刑法と行為者刑法

I 概念の解明、現行法の支配的傾向としての行為刑法

II Franz v. Lisztとその後継者における行為刑法と行為者刑法

III 三十年代の行為者刑法的傾向、行状責任、犯罪学的及び規範的行為者類型

1 Erik Wolf

2 一九三三年の常習犯人法

3 戦時立法と規範的行為者類型

IV 現行法における行為刑法と行為者刑法

1 行為者刑法の加重的影響

(a) 各論における行為者刑法的構成要件？

(b) 総論における行為者刑法的影響？

(c) 量刑における行為者刑法的影響？

2 行為者刑法の減輕的影響

3 行為者刑法的思想の表現としての処分

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

II 刑法体系の基本概念

1 行為

2 構成要件該当性

3 違法性

4 責任

III 新しい犯罪論の史的展開について

5 その他の処罰条件

1 基本概念の発見

2 立法者によるこの概念の継受

3 犯罪体系論の史的発展段階

(a) 古典的犯罪体系

(b) 新古典的体系

(c) 目的的行為論

4 古典的体系から目的論的体系への発展の精神史的—哲學的基礎

5 新古典的—目的論的統合としての支配的現行犯罪論

6 目的合理的(機能的)刑法体系

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

I 体系的思考の長所

(a) 事案審査の簡便化

(b) 均一的及び区別的法適用の前提としての体系的の整理

(c) 法の単純化と良好な操作可能性

(d) 法の発展的形成のための道標としての体

系的関連性

2 体系的思考の危険性

- (a) 個別事例の正義の等閑視
- (b) 問題解決の可能性の減少
- (c) 刑事政策的に正当化不可能な体系的推論
- (d) 超抽象的概念の使用

3 問題的思考

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

- (a) 行為
  - (b) 構成要件
  - (c) 不法
  - (d) 有責性
  - (e) その他の処罰条件
- 2 刑法解釈学と刑事政策
  - 3 評価の観点としての犯罪範疇
  - 4 目的論的—刑事政策的犯罪論と体系構築及び概念構築の方法

第八節 行為

I 行為概念の任務

- II 刑法解釈学の発展における行為概念、叙述と批判

1 前古典派の行為概念

2 古典派の体系における自然的(自然主義的、因果的)行為概念

3 目的的行為概念

4 社会的行為概念

5 消極的行為概念

6 構成要件における行為の止揚

III 人格的行為概念

1 人格の表現としての行為

2 類似の見解

3 基本要素としての人格的行為概念

4 結合要素としての人格的行為概念

5 限界要素としての人格的行為概念

6 人格的行為概念の本質

第九節 軽罪と重罪

I 区別の歴史について

II 現行法における規定と実践的意味

第二章 行為、軽罪、重罪

III 現行法における抽象的理論の実現と罪刑法定

主義におけるその基礎づけ

IV 限界設定の問題

### 第三章 構成要件

#### 第十節 構成要件論

I 体系構成要件、保障構成要件、錯誤構成要件  
II 体系的範疇としての構成要件の発展について

1 Belingの客観的及び没価値的な構成要件

2 主観的構成要件の発見

3 不法構成要件としての体系構成要件の認識

III 構成要件と違法性との関係

1 消極的構成要件要素論

2 二段階的あるいは三段階的犯罪構造

3 特別な見解

4 刑罰法規における違法性の指示、消極的に把握された構成要件要素

IV 社会的相当性と構成要件阻却

V 開かれた構成要件と総合的行為評価要素

1 開かれた構成要件

2 総合的行為評価要素

VI 客観的及び主観的構成要件

1 客観的構成要件

(a) 客観的構成要件の構造と内容

(b) 記述的及び規範的構成要件要素

2 主観的構成要件

(a) 構成要件の故意

(b) 主観的構成要件要素及び責任要素からの

区別

(c) 心情要素

(d) 構成要件の主観的要素との体系化について

VII 構成要件における行為無価値と結果無価値

VIII 構成要件の種類

1 結果犯と挙動犯

2 継続犯と状態犯

3 結果的加重犯

(a) 規則と法政策的評価

(b) 基本犯と結果との関連性

(c) 類似の構成要件形式

(d) 歴史について



4 侵害犯と危険犯

5 企行犯

6 単一及び結合犯

7 単数行為犯及び複数行為犯

8 一般犯と身分犯

9 基本犯、構成要件の変型、独立犯

## 第十一節 客観的構成要件への帰属

### A 因果関係論

I 因果概念の自然科学的及び哲学的問題性について

II 等価説(条件説)

III 等価説の個別問題

IV 相当性説と重要性説

### B 客観的構成要件へのその他の帰属

#### I 侵害犯

1 序

2 許されざる危険の作出

(a) 危険減少の場合の帰属の阻却

(b) 危険の作出のない場合の帰属の阻却

(c) 危険の作出と仮定的因果経過

(d) 許された危険の場合の帰属の阻却

3 許されざる危険の実現

(a) 危険の実現を欠く場合の帰属の阻却

(b) 許されざる危険の実現を欠く場合の帰属の阻却

(c) 注意規範の保護目的によってカバーできない結果の場合の帰属の阻却

(d) 合法的な択一的行為と危険増加論

(e) 危険増加論と保護目的論の結合について

4 構成要件の射程距離

(a) 故意の自己危殆への関与

(b) 合意に基づく他人の危殆

(c) 他人の責任領域への分類

(d) その他の場合

II 危険犯

1 具体的危険犯

2 抽象的危険犯

(a) 古典的抽象的危険犯

(b) 節度ある行為(特に、道路交通における)

(c) “精神化された中間法益”を持った犯罪

(d) 抽象的適格性犯罪

第十二節 故意と構成要件的錯誤、因果の逸脱の場合

故意と構成要件的錯誤、因果の逸脱の場合

における故意への帰属

I 故意の基礎と現象形態

1 意図

2 直接故意

3 条件つき故意(未必の故意)

(a) 可能的な法益の侵害の決意としての条件付き故意

(b) 類似の解決及び異なる解決

(aa) 同意説あるいは承諾説

(bb) 無関心説

(cc) 表象説あるいは可能性説

(dd) 蓋然性説

(ee) 回避意思不活動説

(ff) Frankの公式

(gg) 結合説

(hh) Frishの危険説

(ii) Jakobsの非蓋然的とはいえない結果

発生と危険の常態化

(jj) Herzbergの遮蔽されなかつた危険説

(kk) 総合的考察

(ll) 未必の故意と意識的過失の統一的処

理

(c) 新しい判例の発展について

4 故意の時間的次元(先行故意と後行故意)

5 故意の構成要件関連性と択一的故意

II 構成要件の錯誤

1 行為事情の知と不知

(a) 構成要件の錯誤と禁止の錯誤の限界

(b) 行為事情の“知”における意識の明瞭性

2 構成要件の故意の対象、§ 16の直接及び

類推適用

(a) § 16 I の法定構成要件の事情

(b) § 16 II の刑の減輕事情についての錯誤

(c) § 16の類推適用

(d) 他の規則によって取り扱われる錯誤

III 因果の逸脱の場合の故意への帰属

1 通常の因果の逸脱

2 打撃の錯誤

3 “故意の交換”(行為客体の交換)

4 “概括的故意”と類例

5 客体の錯誤(もしくは、人の錯誤)

第十三節 承諾

I 承諾論の状況について

1 歴史について

2 合意と承諾

3 個別化から導かれる差異

4 個別化の否定とその帰結

II 構成要件該当性阻却事由としての承諾

1 構成要件該当性阻却根拠としての承諾者の行動の自由

2 有効な承諾の場合の犯罪類型実現の欠如

3 一元的正当化に対する論拠としての利益

衡量の欠如

4 二分論理論の貫徹可能性の欠如

5 § 236aは反対の論拠ではない

6 “侵害を緩和する承諾”の正当化力は反対の論拠ではない

7 構成要件の個別的構造の結論としての有効な承諾の種々の条件

III 承諾の可能性が欠如したあるいは制限された構成要件

IV 承諾の告知、対象、時及び取り消し

1 有効な承諾の条件としての告知

2 承諾の対象としての行為と結果

3 承諾の時と取り消し可能性

V 理解力

VI 承諾における代理

VII 承諾における意思の欠如

1 欺罔

2 錯誤

3 脅迫と強制

VIII 承諾の存否に関する錯誤

第四章 違法性

第十四節 不法論の基礎

I 違法性と不法

II 形式的違法性と実質的違法性

III 被害者解釈学と実質的不法

IV 不法と法的に自由な領域

V 違法性と法秩序の単一性

VI 正当化事由の体系化について

VII 正当化事由の競合

VIII 正当化における錯誤の問題

1 不法故意

(a) 学説の状況

(aa) 消極的構成要件要素の理論

(bb) 制限責任説

(cc) 法律効果を指示する責任説

(dd) 法律効果の点で独立の責任説

(ee) 厳格責任説

(ff) 判例

(b) 立場決定

(aa) 制限責任説

(bb) 厳格責任説

(cc) 消極的構成要件要素論

(dd) 法律効果を指示する責任説

(ee) 法律効果の点で独立の責任説

(c) 許容構成要件の錯誤と禁止の錯誤の區別

2 正当化事由における検討義務?

3 不確実なあるいは将来の事情を目指す正当化要素

当化要素

4 正当化事由の存在の不確実性

5 主観的正当化要素

(a) 主観的正当化要素の必要性

(b) 主観的正当化要素の内容的条件

(c) 主観的正当化要素欠如の場合の未遂の容認

容認

IX 正当化事由の作用

X 個々の正当化事由の叙述と分類

第十五節 正当防衛

I 正当防衛権の基本原則

II 正当防衛権の歴史的発展について

III 正当防衛における侵害

IV 侵害の違法性

V 侵害の現在性

VI 正当防衛可能な法益

VII 防衛の必要性

VIII 正当防衛の被要請性

1 無責あるいは責任が著しく限定されている侵害

2 被侵害者によって違法に挑発された侵害

3 軽微な侵害

4 保障関係の範囲にある侵害

5 脅迫によって強要された侵害

IX 高権的行為と正当防衛権

X 緊急救助

XI 正当防衛の侵害者とその法益への限定

XII 主観的正当化要素としての防衛の意思

第十六節 正当化的緊急避難と類例

A 基本規定たる § 34

I 現行緊急避難権の発展

II 緊急避難の危険

III 対立する利益の衡量

1 衡量の観点

(a) 法定刑の比較

(b) 価値の格差

(c) 法益侵害の程度

(d) 生命対生命の衡量不可能

(e) 急迫の危険の程度

(f) 自律原則

(g) 法律の規定

(h) 緊急避難状況の責任

(i) 特別の義務のある地位

(j) 不法の側に立った活動

(k) 当事者ごとの守られた損害と発生した損

害の個別的意味

(1) 侵害の犠牲者からの危険の発生

2 保護利益の著しい優越

IV 相当性条項

V 正当化的緊急避難のその他の問題

1 対立する利益が同一の法益の担い手に帰せ

られる場合

2 高権の担い手の緊急避難権

3 主観的正当化要素

B 民法上の攻撃的緊急避難、§ 904 BGB

C 民法上の防衛的緊急避難、§ 228 BGB

D 正当化的義務の衝突

E 緊急避難類似の状況

F Art. 20 IV GGの抵抗権

第十七節 職権と強制権、官庁の許可

A 公務員の侵害権

B 違法拘束命令

C 公務者代理行為

I 仮留置

II 自助権

D 懲戒権

I 私的懲戒権

II 教師の懲戒権

E 官庁の許可

第十八節 許された危険による正当化事由

A 推定的承諾

I 正当化事由の構造

II 推定的承諾の補充性

III 利己的行為における推定的承諾？

IV 推定的意思確定のための基準

1 他人の利益のための行為

(a) 事物に拘束された決定

(b) 人格に拘束された決定

(c) 生存に関する決定

2 自己の利益のための行為

V 錯誤と検討義務

B 正当な理由の擁護

I § 193の構造について

II 正当化事由としての正当な理由の擁護

III 侮辱罪の構成要件を越えない § 193

IV 正当な理由の擁護の個別条件

第五章 責任と答責性

第十九節 答責性論の基本問題

I 刑法的答責性の条件としての責任と予防の必要性

要性

II 心理的責任概念から規範的責任概念へ

III 規範的責任概念の批判について

IV 刑法における責任の内容の決定（実体的責任概念）

概念

1 “他行行為の可能性”としての責任

2 法的に否認された心情としての責任

3 自己の性格に対する保証義務としての責任

4 一般予防の必要性によって書き加えられるものとしての責任

5 規範的呼び掛け可能性に反した不法な行為としての責任

6 責任主義の反対者

V 刑罰を基礎づける責任と刑罰の量定の責任

VI 責任阻却事由と免責事由？

VII Maurachの行為答責の理論

VIII 行為責任と行状責任

## 第二十節 責任能力

### A 成人の責任能力

#### I 法律上の規定の基礎

#### II 生物学的・心理学的関連所見

1 病的精神障害

2 重い意識障害

3 精神薄弱

4 その他の重い精神異常

#### III 弁別能力と制御能力

#### IV 著しく劣った責任能力

1 § 21の条件

2 刑の任意的減輕

3 § 7 WStGの特例

#### B 子供と少年の責任能力

#### C 原因において自由な行為

## 第二十一節 禁止の錯誤

#### I 禁止の錯誤の規定、理論史的発展と法政策的

問題性

#### II 不法の意識の対象

#### III 不法の意識の現象形式

1 禁止の存在についての錯誤

2 正当化事由の存在又は限界についての錯誤

3 包摂の錯誤

4 有効性の錯誤

#### IV 禁止の錯誤の意識形式

V 条件づけられた不法の意識

VI 禁止の錯誤の回避可能性

1 有責な行為の条件としての禁止の錯誤の回避可能性

2 刑法的答責性阻却の事例としての錯誤の責任阻却可能性

3 不法の認識獲得のための手段

4 行為責任あるいは行為者責任としての禁止の錯誤の回避可能性?

5 回避可能性の個別条件

(a) 確認のための“端緒”

(b) 確認努力に必要とされる程度

(c) 不十分な努力の事例における不法の認識の獲得可能性

VII 禁止の錯誤の法律効果

VIII 禁止の錯誤の特別規定

第二十二節 答責性阻却の緊急避難と類例

A § 33の緊急避難

- I 規定の体系的な位置づけと目的論的内容
- II 現在の他に防ぐことのできない危険
- III 緊急避難可能な法益
- IV 特権の与えられている人的範囲
- V 危険防衛のための行為
- VI § 35-1による答責性阻却の不許可
  - 1 例外的不許可の理由について
  - 2 特別の法律関係
  - 3 自招の危険
  - 4 危険の甘受が期待されるその他の事例
  - 5 危険の甘受が期待される場合の量刑
- VII 緊急避難状況の錯誤による承認
- VIII 緊急避難行為の共犯

B § 33の過剰防衛

- I 規定の体系的な位置づけと目的論的内容
- II 答責性阻却的情動
- III 意識的及び無意識の正当防衛の過剰質的及び量的過剰防衛
- IV 無関係な第三者の侵害

- VI 挑発された正当防衛状況に続く過剰防衛
- VII 誤想—過剰防衛
- VIII 他の正当化事由の過剰への§ 33の類推適用の可能性?

C 良心的行為

- I 刑法的評価の基礎としてのArt. 4 GG
- II 良心的行為の可罰性についての結論
- III 無罪となる良心的行為の体系的順序

D 各論における答責性阻却事由

I 個別的事例

- 1 近親者に対する告発の不作為、§ 139 III 1
- 2 未成年者の近親相姦、§ 173 III
- 3 他人と同時に自己のためになされた刑を無効にする行為、§ 258 V
- 4 近親者のための刑を無効にする行為、§ 258 VI

E 超法規的答責性阻却

- II このような事例の解釈論上の取り扱い
- I 超法規的責任阻却事由としての期待不可能性?
- II 答責性阻却事由としての危険共同体



1 超法規的答責阻却の基礎づけ

2 超法規的責任阻却としての支配的見解

3 刑罰阻却事由の承認

4 禁止の錯誤の承認

III 人の殺害の場合の答責阻却事由としての比較的軽微な害の選択?

## 第六章 その他の処罰条件

### 第二十三節 客観的処罰条件と処罰阻却事由

I 答責性の彼岸にある処罰条件、問題提起と事

例

II 支配的見解における第四番目の犯罪カテゴリーの肥大化

1 構成要件要素としての見せかけの処罰条件

2 正当化事由としての見せかけの処罰阻却事

由

3 答責性阻却事由としての見せかけの処罰阻却事由

III 可罰性の客観的条件と刑法外の目的設定が優越する場合としての処罰阻却事由

1 指導的観点

2 文献上の見解

3 実際上の結論

IV 他の考え

1 第四番目の犯罪カテゴリーの拒否

2 第四番目の犯罪カテゴリーの基準としての

当罰性

3 第四番目の犯罪カテゴリーの基準としての

処罰の必要性

V 処罰条件及び処罰阻却事由と訴訟条件との区

別

1 限界設定の問題性と困難性

2 “刑罰という害悪の貢献”を基準にする実

体法の決定

3 実体法と形式法の区別の基準としての刑事

訴訟なしの考察

4 実体法への所属の基準としての行為との直

接関連性

VI 展望、訴訟法における刑法的及び刑法外的目

的設定

第七章 過失

第二十四節 過失

前注

A 構成要件

I 責任形式から構成要件的犯罪類型へ

II 過失行為の基準

III 許されざる危険の惹起の具体化について

1 法規範

2 取り引き規範

3 信頼の原則

(a) 道路交通における

(b) 分業的共同作業において

(c) 他人の故意の犯罪行為を考慮して

4 種々の基準形態

5 検査義務と不作為義務

6 利益と危険の衡量

IV 構成要件的保護領域の具体化について

V 過失基準の一般化と個別化

VI 無意識的及び意識的過失

VII 過失犯の客観的及び主観的構成要件

VIII 故意、軽率、不法と責任を段階づける単純及び輕微過失

1 故意と過失

2 輕率

3 輕微過失

IX 過失犯と罪刑法定主義

B 違法性

I 基本的問題性

II 正当防衛

III 緊急避難

IV 推定的承諾と実在的承諾

C 責任と答責性

I 一般的責任阻却事由

II 附加的責任阻却事由

1 個別的不能

2 期待不可能性

事項索引

事項索引

## 第一章 刑法の基礎

### 第一節 形式的意味の刑法、定義と限界設定

#### I 刑法の形式的定義基準としての制裁（刑罰と処分）及び制裁制度の二元性

刑法は、刑罰あるいは改善及び保安処分によって威嚇された行為の条件または結果を定める法規の総体からなる。その条件は、特に、故殺 (§§ 211 ff.)、傷害 (§§ 223 ff.)、窃盗 (§§ 242 ff.) などの犯罪行為の記述、そして、又、例えば、錯誤 (§ 16 ff.)、責任能力 (§§ 19 ff.)、正当防衛 (§ 32) などの、何時犯罪の記述に一致する行為が刑法上の制裁を加えられるのが個別的に解る諸規定からなる。その結果は、§§ 38—76a の刑罰の量と種類、又は、処分の言い渡しと実施に関する全規定からなる。

それ故に、刑罰と処分は全刑法規定に共通の連結項である。このことは、形式的意味の刑法が制裁によって定義さ

れることを意味する。ある規定が、刑法に帰属するのは、それが命令又は禁止の侵害を規範化している—このことは多くの私法上及び行政法上の規定によってもなされている—との理由からではなく、むしろこの侵害に刑罰あるいは処分によって制裁が加えられるとの理由からである。

StGBは、二種類の主刑と二種類の付加刑を認めているが、主刑は自由刑と罰金刑で、その形態は §§ 38—43 に詳細に記述されており、付加刑とは、§ 44 に規定された運転禁止のことである。主刑と付加刑の違いは、主刑がいつも単独で科されるのに対し、付加刑は主刑の判決言い渡しの時、同時に科せられるところにある。それ故、誰も、交通犯罪を犯した時に、運転禁止のみに処せられることはなく、自由刑又は罰金刑が言い渡された時、同時に、運転禁止に処せられる。刑法典が二種類の主刑を認め、軍事刑法はこれに留置 (§ 9 WStG) を加えるのに対し、§ 61 は六種類の改善及び保安処分を列挙し、その態様の詳細を §§ 62—72 で規定している。

現代の刑法を理解するために決定的に重要なのは、これら二つの法律効果を区別することである。この区別を、刑罰と処分の機能についての争点(この点については、§ 3) をすべて捨象し、可能な限り簡潔に表現すれば、以下の様になる。即ち、刑罰は過去の犯行についての行為者の責任を前提とするのに対して、処分は行為者の将来へ向けての継続的危険性を前提としている。行為者の責任は量刑の基礎である」と § 46 I 1 で述べている。それ故、責任が、例えば、精神障害 (§ 20) によってあるいは回避不可能な禁止の錯誤 (§ 17) によって欠ける場合には、行為者の責任は阻却される。これに対して、責任が欠けた場合であっても、行為者がその状態のために、公衆にとって危険である場合には (§ 63 I)、もちろん処分を科すことができる。精神病である謀殺者は、例えば、責任が欠ける場合には罰せられないし、又、それ故に、可罰的殺人罪を犯したことを理由とする起訴では、無罪が言い渡される。これに代えて、彼には、§ 63 の要件のもとで「精神病院への収容」という処分が科せられる。刑罰と処分は相関関係にはある

が、必ずしも二者択一の関係に立つものではなく、しばしば併存することもある。有責に交通事犯を犯した時に、行為者が「自動車を運転する適性がない」 (§ 69 I c) という事情が明らかになつた場合には、自由刑又は罰金の言い渡しに加えて、彼に運転免許取消の処分が科せられる (この処分は上述の運転禁止の付加刑と混同されてはならない!)。それ故、責任は処分の条件ではないが、処分を妨げるものではない。むしろ、責任は刑罰の、危険性は処分の条件で、両者は相互に重なり合う円の関係にあるため、法律効果としての刑罰と処分は、時として、単独で、あるいは、併合して科すことが出来る。

こうだとすると、一般に定着している「刑法」と言う名称は本来正しくないということが解る。精確には、「刑罰」及び処分法」と呼ばれなければならないのではなからうか。歴史的に、「刑法」という略称の由来は、ここでもこの表現が簡潔なのでこれを使うが、処分が比較的遅れて、即ち、一九三三年一月二四日の法律によつて初めて一八七一年の旧刑法に導入されたという事実によつて説明される。したがつて刑罰が、まず、法律の唯一の制裁となつたのである。処分の導入以後、ドイツ刑法は「二元システム」と言われている——これは刑罰又は処分のみを認める一元主義システムに對置される (§ 3, Rn. 62 参照)。処分の基礎は、刑事政策的には、刑罰が責任に拘束されているために社会保護の任務を十分に果たすことが出来ないという点にある。危険ではあつても、責任のない行為者は処分されはしないが、住民の利益を考へて——つまり処分を科すことによつて——更に犯罪行為が犯されるのを防がなければならない。責任が軽い時にも (§ 46 に従つて相応の軽い) 刑罰を科すことは可能であるが、それは行為者から発生する危険に對する防御手段として十分でないことが多い。その様な場合には、法律に予定されている処分の一つを用いて犯罪行為が犯されるのを阻止しなければならぬ。それ故、処分は社会にとつて必要不可欠のものといえる。したがつて処分は、一九三三年に導入されたとはいへ、ナチの思想の所産によるものではなく、それ以前の準備作業によるものであ

るために、刑法改正にあたっても維持されるどころか、むしろ拡張されているのである。現代の大部分の刑法典は、今日、二元主義の原理に基礎を置いている。

## II 公法としての刑法、非刑法的制裁としての懲戒処分、過料及び秩序処置

刑法は、民法の様に、平等原則に基づいているのではなく、個人を（刑罰規範による命令を通じて個人に対置される）国家権力下に置く服従原則に基づいているので、公法を構成するものである。それにもかかわらず、法の素材が、一般的に、民法、公法と刑法の三大分野に区分される場合には、刑法は、伝統的に又その特別の意味から狭義の公法から区別され、独立させられる。けれども、それによって、刑法が広義の公法に属するものであることは何も変わらない。

規範違反行為を刑事刑法の制裁以外の制裁によって威嚇している諸規定は刑法にはなく、狭義の公法に属する。諸種の職業上の身分にある懲戒法は、過誤の懲戒が §§ 38 ff. StGB の意味の刑罰ではないので、刑法ではない。同様に、OWiG に規定されている秩序違反法は、刑法の規定に似ているか又は同じではあるが、その構成要件によって認められているのが「過料の処罰」のみであるために (§ 11 OWiG)、「刑法ではない。又、例えば、廷内での不服従あるいは侮辱を理由に科せられる制裁は、たとえその内容が自由剝奪あるいは金銭の支払いであったとしても、刑事法的意味での制裁ではない。それ故、立法者は、これら、以前の、所謂「秩序罰」を、誤解を避けるために、現在では単に「秩序処置」（「秩序拘禁」及び「秩序金」： §§ 177, 178 GVG 参照）と呼んでいる。立法者は、ほぼ一般的に「自由刑、拘留罰、秩序罰及び罰金の概念のみを犯罪の制裁に用いることにしているように思われる (Art. 5 EGVStGB)。

### III 特別刑法

他方、刑法の範囲は刑法典をはるかに超えている。法秩序の全領域には、その領域に含まれている一定の規定の侵害を刑罰で威嚇している、極めて多くの法律がある。StGB 以外の特別法に含まれている全刑罰法規が「特別刑法」と呼ばれる。この法律は、一般に、大学の個別講義の対象ではない。けれども、本書で取り扱われる刑法総論はStGBの各論の犯罪の記述についてと同様に、そのまま特別刑法にも適用される (Art. 1 EGSStGB参照)。

### IV 全刑法学の部分領域としての実体刑法、その諸分野

刑法は、刑罰によつて威嚇された行為態様の条件と結果を取り扱う。それ故に、刑法は、本来の対象、「素材」、刑事司法に従事するものであり、そのために「実体刑法」とも呼ばれている。この実体刑法は類似の法領域、即ち、刑法と共同して初めて、刑事司法の全領域を法律によつて規定することの出来る、しかも、行為、行為者及び刑事訴追を立法者的及び学問的努力の対象としている法領域から区別されなければならない。近接する法領域の中で最も重要なのは、刑事手続法、量刑法、行刑法、少年刑法及び犯罪学である。

1 刑事手続法 (刑事訴訟法とも呼ばれる) は、犯罪の捜査と国家刑罰権の貫徹を定める諸規定を含んでいる。その主たる法的根拠は、一八七七年二月一日の刑事訴訟法 (StPO) と一八七七年一月二七日の裁判所構成法 (GVG) である。

文献…省略

2 これに対して、**量刑法**は、**科刑の種類と量の基準**となる、すべての規則を包含する。この法は、ここ数十年の間に、学問的に、更に独立した法領域へと発展したもので、**可罰的行為の結果を詳細に規定するために、体系的には、実体刑法に属する**。それ故、**量刑に関する法律の規定は、正当にも、StGB (§§ 46—51) に含まれている**。**量刑法は、体系的に実体刑法に属するものであるために、ここでも、概略が記述されることになろう(Band II)。**

文献…省略

3 **行刑法**は、**犯罪に刑事訴訟と量刑とを結び付けるもので、自由刑の執行並びに自由剝奪処分に関する法規定のすべてを含む**。この法は、一九七六年三月一六日の**行刑法(StVollG)**で初めて、**法律の規定として認められた**。

文献…省略

4 **少年法**は、**取り扱われる規範領域によってではなく、行為者の特性によって固有の法領域となる**。この法は少年の**犯罪行為(14—18才)**とその**(部分的には刑法上の)結果とを取り扱う**。その規定は一九五三年八月四日の**少年裁判所法(JGG)**にある。それは少年にとつての**(部分的には18—21才の未成年者にとつての)実体法上の、訴訟上の、量刑法上及び執行法上の特別規定を含んでおり、それ故に、法体系上、前述のすべての分野に部分的に分類されることになる**。

文献…省略



5 いままでに挙げられた五分野(刑法、刑事訴訟法、量刑法、行刑法、少年刑法)すべてが規範学である、即ち、法規とその適用に従事するものであるのに対して、犯罪学が現実の学として対置される。これは、包括的な記述に基づけば、犯罪、犯罪者、否定的な社会変化及びこれらの行為の統制に関する経験知の秩序ある総体である。これは、これまでに挙げられた法律分野すべての経験的側面を学問的に支えている。

文献・省略

Rn. 9-13で挙げられた法領域を実体刑法に含めるならば、その内容は、全体として、*「全刑法学」*と呼ぶことが出来る。この全刑法学の領域から限定された一部分のみを切り取ると実体刑法になる。それ故、刑事司法を学問的に理解するためには、実体刑法を知るだけでは決して十分ではないということを意識していなければならぬ。刑法は、どの様な行為が刑事法上禁止されているのか、そしてその行為がどの様な刑罰又は処分で威嚇されているのかを意味しているにすぎない。しかし、この様な認識は、国家刑罰権が実行可能かどうか又それほどの様な条件の下でか、万一刑罰が科せられるとどの様な観点から量刑されるのか、それがどの様に執行されるのか、犯罪の真の原因は何処にあるのか、及び、行為者をどの様にすれば適法な路に連れ戻すことが出来るのかを知らない者にとってはほとんど役に立たない。又、ある領域での(例えば、実体刑法での)法的问题解決は他の領域(場合によつては、訴訟上の所与あるいは犯罪学上の見解)の認識に依ることもあり得る。この点については、以下の叙述の中で、再び触れられなければならないであろう。現代の刑法は、*「全刑法学」*の全分野との恒常的かつ緊密な供働なしには考えられない。当然、実体刑法は、いわば全法領域の基礎学である。というのも、その規定によつて定められた行為の可罰性は—こ

のことは、大部分の著者によって少し広めに把握された、犯罪学の対象領域についても、ほぼいえることである(Rn. 13参照) — その他の、刑事司法に役立つ学問がおよそ事件に関わり得るための条件であるからである。

## V 実体刑法の総論

この本の対象となる刑法「総論」は、又、実体刑法の一部分にすぎない。総論は刑法典の §§ 1—79b に規定され、§§ 80—358には「各論」が収められている。刑法典が指示する素材の配分によれば、「各論」は個々の犯罪の記述を示し、個々の犯罪を威嚇するための刑罰を示すものである。それ故、故殺 (§ 212)、『傷害 (§§ 223 ff.)』、『窃盗 (§ 242)』、『詐欺 (§ 263)』などについて知りたい者は、何時も、各論を調べなければならない。これに対して「総論」は、可罰的行為の条件と結果についての、全犯罪に共通の規定を包括する。それ故、そこでは正当防衛 (§ 32) と錯誤 (§§ 16, 17)、『未遂 (§§ 22 ff.)』、『正犯と共犯 (§§ 25 ff.)』、『責任能力 (§§ 19—21)』などの法制度が取り扱われる一方で、行為の法律効果も、とりわけ種々の刑罰 (§§ 38 ff.) と処分 (§§ 61 ff.) とが個別的に規範化されている。それ故、刑法典の総論は抽象化の産物である。総論は、可罰的行為の条件と結果から各論に記述された個別犯罪のかすがいに至るすべてを含む。このことから、この素材領域の基本的性格が解る。刑法の機能と刑罰の目的に関する理論の様な刑法理論の中心の問題が、従来通り — そして此処でも又 — 総論の中で論究されることになるが、これは、その基本的性格に一致する。

## 第二節 実体的犯罪概念、補充的法益保護としての刑罰と刑罰類似の制裁との内容的区別

文献・省略

### I 実体的犯罪概念

立法者の、およそ刑罰を命ずる権利、刑罰権は、Art. 74 Nr. 1 GG から推測することができる。というのは、そこで刑法を憲法と競合する立法領域に指定することで、憲法の立法者が国家刑罰権の存在を前提としていると認識出来るからである。だからといって、それによって、国家が権限に基づいて刑罰を科するには、行為がどの様なものではないかならぬかについては何も述べられてはいない。これは、『実体的犯罪概念』、即ち、『可罰的行為の内容的質の問題』である。可罰的行為がこの本の第一節で述べられた様な『形式的犯罪概念』によって実定法の範囲内で定義されるのに対し、実体的犯罪概念は、その時々々の法典化された刑法の背後に遡って、可罰的行為の実質的基準を問うのである。それ故、実体的犯罪概念は刑法典に先行し、立法者に処罰の必要のあるものと、処罰しないでおかなければならないものについての刑事政策的基準を提供するのである。この概念は、ここで、『補充的法益保護』と理解されている刑法の任務によって明確にされる。けれどもこの様に述べたことが十分に明確な意味をもつためには、まず争点の迷路を通り抜けなければならない。

## II 可罰性の前提としての法益侵害

刑法に許されるのは、「法益」の保護に尽きるとの要請は過去数十年に亘る改正論議で重要な役割を演じてきた。刑法は、「生命 (§§ 211 ff.)」、身体の完全性 (§§ 223 ff.)、名誉 (§§ 185 ff.)、司法 (§§ 153 ff.) など、一定の「所与の財」を保護しなければならないとの仮定から出発し、二つの観点から可罰性の本質的制限の要請が導かれた。

### 1 単なる道徳違反の刑法からの排除

第一の点は性刑法に関係する。ここでは、一九六九年までに、一般に不道徳とみなされてはいるが、成人によって、しかも相互了解の下に多数人が関与して、更に他人を悩ませることもなく行われた場合であることを前提に、個人の権利を侵害するのでもなく、侵害可能な、保護可能な、有価値な状態を意味する「財」を侵害するのでもない成人間の同性愛 (§ 175 a. F.)、猥褻 (§ 175b a. F.)、淫行介入 (§ 180a a. F.)、ポルノグラフィの頒布 (§ 184 a. F.) 及びその他類似の行為態様が、処罰されることになった。それらの行為には「現実的侵害の因果性」が欠けている。それ故、それらは、これを認める学説によれば、道徳の様な「一般概念」に対する違反と理解されるのであって、法益侵害とは理解されない。この様に単に不道徳的ではあるが、法益侵害的ではない行為を罰することが許されるのかという問題は、長い間、刑事政策的議論の主要なテーマであった。一九六二年に連邦政府が提出した「刑法典の草案」(所謂一九六二年草案)は、例えば、同性愛の可罰性を肯定して、明確に、「倫理的に特に非難に値し、一般に破廉恥であると確信される行為の諸場合を、その行為が直接的に確定可能な法益を全く侵害していない場合であっても、刑

罰で威嚇すること”は出来ないわけでは無いとした。これに対して、一九六六年に一四人の教授達によって提出された『刑法典の代案』(=AE: § 4, Rn. 20 ff. 参照)は、基本方針通り、§ 2で、『刑罰と処分は法益の保護に奉仕する』のであるから、当然、道徳には違反するが誰の権利も侵害していない様な行為の無罪と性刑法の広範な自由化を擁護すると定めた。それに続く改正では法益論の立場が大幅に認められた。一九六九年六月二五日と一九七三年一月二三日の、刑法の改正のための第一及び第四法律は、この領域での可罰性を本質的に個人の自由の侵害と、若者に対する違反に限定した。各論の一三章が、以前、『倫理違反の重罪と軽罪』という表題としていたのを、現在、単に『性的自己決定に対する罪』としているのは、特徴的である。

## 2 秩序違反の刑法からの排除

法益のドグマが効果を発揮することのできた、第二の主題領域は、犯罪と秩序違反の階層的区別に関係する。秩序違反法の準備をした著者達(特に、James Goldschmidt, Erik Wolf, Eberhard Schmidt)は、その際、本質的には、刑法は所与の法益(それ故、特に、国家から独立の個人の権利という古典的基準)を守らなければならないのに対して、実在する法益を保護するためではなく、単に公の秩序及び福祉に資するという任務のために出された国家の命令に違反する行為は、倫理的に無色の不服従行為として、即ち、単なる秩序違反として非刑事的制裁によって罰せられるのであるとの思想の下に、決定に参与していたのである。それ故、この様な考えにあつては、例えば、身体の完全性又は所有権の侵害は、その本質に従えば、犯罪である。それに対して、自動車の違法駐車あるいは届け出義務違反は、禁止あるいは命令の対象がおよそ国家によって初めて作り出されたものであつて、所与のものでもなければ、その限りで法益でもないのであるから、実体的犯罪概念には包摂されない。立法者は、戦後、刑事刑法とは区別された

秩序違反法を作るとの要請に答えることが多くなってきた。まず、一九四九年の経済刑法、次に、一九五二年のOWIG、最後に、包括的で、しかも全面的に改正された一九六八年のOWIGが、それである。また、一九七五年一月一日より、五〇〇DMまでの罰金または六週間までの拘留に処せられていた従前の違警罪がStGB (§§ 360 ff. a. F.) から削除され、その大部分は秩序違反に変えられた。その他、過料のみに処せられる秩序違反の数が上昇の一途を辿っている。

### III 従来の法益の定義の非適切性

この様な発展にもかかわらず、実体的犯罪概念への理論的問いは、依然として解明されていない。というのも、*「法益」*概念を、それが法的に基礎づけられ、しかも内容的に十分な限界設定をなし得る程に定義出来なかつたからである。この概念を個人的財に限ることは出来ない。それは、StGBが、国家 (§§ 81 ff.)、通貨 (§§ 146 ff.) 又は司法 (§§ 153 ff.) の様に、その侵害が実体的犯罪概念からしても問題なく刑罰に値する、多くの公的法益を保護しているからである。その場合、何故、例えば、*「支配的道德上の見解が公的法益と説明出来ないのか、あるいは、何故、このことは不明確過ぎる様にも思われるが、性的関係における異性愛の構造」という法益が同性愛の可罰性の裏打ちとなり得ないのか、という疑問が浮んでくる。一定の道德上の見解に法益になるための質が欠けているのを、単なる感情あるいは一般的価値表象を法益として是認することを拒否することによって、理由づけることはできない。という*のも、StGBは単なる、尊崇の念の侵害 (§ 168) または公序良俗違反を、ここでの侵害は単に感覺的世界及び礼儀作法の領域であるにもかかわらず、無条件に罰しているからである。

また、事前に把握した法益概念を用いて犯罪と秩序違反とを相互に区別しようとの試みも貫徹不可能である。とい

うのは、一面で、人の健康を害する程の騒音の惹起 (§ 117 OWiG) の様に、全く所与として個人に与えられた法益を侵害する秩序違反が存在するし、他面で、経済犯、税法違反罪及び環境犯罪の領域には、その対象が国家の命令によって初めて作られ、しかも、それにもかかわらず、その可罰性についておよそ疑いの余地のない多くの行為があるからである。そもそも、現代社会における国家の給付義務が持つ決定的意味について考える時、何故、行政の、妨げられてはならない機能<sup>7</sup>が法益と見なされてはならないのか、明らかではない。

この様に考えると、法益を「個々の刑罰法規の意義と目的」のための統括的思考形式、「目的思想の略語」、それ故に個々の構成要件の「法理」と理解する所謂「方法的」法益概念の立場に至る。とはいえ、この場合には、実体的犯罪概念に対して持つ法益概念の意味がおよそ放棄されたものと考えて良いのではなからうか。というのも、立法者が個々の規定によって当然何等かの目的を追求しているとすれば、それによって必然的に法益が存在することになるからであり、又、Rn. 24に書かれた努力が虚構された問題に向けられていたことにもなるからである。この様な概念といえども目的論的解釈の手段（「保護法益に従って」）としての機能を持っており、各論の体系的区分にとつては意味があるが、刑事政策的には無意味である。けれども、純粹に解釈学的な法益概念のために刑事政策的法益概念と訣別することは諸要請に答えることにならないといえるのではなからうか。というのは、その様な概念構成は、一面では、いずれにせよ周知のものとなっている目的論的解釈原理を越えるものではなく、他面では、刑事政策的議論の背後にある事実問題が内容的に説得力のある、刑法に限界を設定しようとする法益概念の継続的努力を正当化するからである。

Birnbaumの創造になるとされる法益概念が創造時の一九世紀に、すでに可罰性を限界づける、自由主義的な内容を持つていたのかとの問いは、しばしば主張される法益論と、可罰性を「社会的侵害」に限定しようとし、そこから、

また、単なる道徳違反を無罪とする要請を導いた啓蒙期の刑法との関連性の問題同様、争われている。けれどもこの様な関連性における内容の問題は、いずれにしろ、法益概念がこのような機能を、現今の議論がどうしても言及しなればならない、近時の改正論議の中で、既に継受しているものであるから、重要ではない。

#### IV 憲法からの法益概念の演繹

正しい端緒は、刑法の立法者にとって所与として与えられている唯一の制限は憲法の原理の中にある、という認識にある。それ故、刑事政策的に拘束力を持つ法益概念は、憲法に記載され、個人の自由を基礎に国家刑罰権に限界を設定する法治国家の任務からのみ明らかにすることが出来る。これによれば、「法益は、この様な目的の表象を基にして構築された全体系の範囲内にあつて個人とその自由な発展にとつて、あるいは、この体系自体の機能にとつて有用な所与と目的設定である」といわれる。この様に、一般的に「利益」と書かないで、「所与と目的設定」と書換えた意図は、この法益概念が法によつて既に存在するものとされた状態と全く同様に、法によつて初めて作り出された規範遵守義務とを包括し、それ故、前者に限定されないということを表現することにある。刑法の立法者に所与として与えられているが、憲法に先行するものではない法益概念から、次の様な、一連の具体的な命題が導かれる。

##### 1 恣意的科刑は法益を保護しない

恣意的科刑は法益を保護せず、許されない。それ故、例えば、刑罰で市民にゲスラーの帽子あるいはその他の、何等かの象徴に敬意を表することを命ずるのは許されない。というのは、このことは自由主義国家の個人の自由にも、



その様な原理を基に構築された社会的体系の機能性に資するものでもないからである。

## 2 純粹にイデオロギー的な目的設定は法益を保護しない

同様の理由からイデオロギー的な目的設定を刑法規範で保護するのは禁止されるであろう。例えば、所謂民族保護法違反に含まれる国家社会主義的禁止の基礎にある「ドイツの血の純潔の維持」は、ここで記述された意味での法益ではない。同様のことが、およそ非難の余地のない世界観上の教義を義務づけることについてもいえる。

## 3 純粹な道德違反は法益を侵害していない

最後に、Rn. 3で叙述された学説には、結果的に、単なる道德違反は法益を侵害していないので、不可罰でなければならぬという点では、賛成できる。例えば、成人間の同性関係、あるいは、その他反倫理的と見なされる関係の処罰は、個人の自由を制限することになり、社会体系の機能化にとって余分であるばかりではなく、処罰によって烙印が押され、社会に組み込まれている人間に不必要な社会的葛藤を引き起こしてしまうことになるため、むしろ有害でさえある。刑法から純粹の道德違反を排除することを命ずるからといって、「感情及び類似のもの」が、どのような場合であっても、刑法上保護されてはならないということまでも意味しているわけではない。他人の世界観的信条を公然と誹謗した者 (§ 166)、死体の一部を領得した者 (§ 168)、あるいは、公然と猥褻行為をした者 (§ 193a) は、そうすることによって当事者あるいは一般大衆に憤激の情を起こさせ、自由な、社会体系にとって必要不可欠な公平和を乱すのである。公然と行なわれたのではない、同意のある道德違反には、正に、この点が欠けている。

#### 4 その他の結論

この様に少ない例で法益概念の実践的能力がいく尽くされていないことは説明を待つまでもない。であるから、人間の不平等を保障したり、作ったりする刑罰法規は法益を保護するものではない。同様のことは Art. 5 GG に違反する、意見表明の処罰などについてもいえる。この様にして、法益概念からは、国家の任務及び基本権から導くことのできる何かがこれによって初めて明らかにされるわけではないが、この概念は種々の結論を収束し、すべての刑罰法規に最初から憲法上の限界というライトを当てざるを得なくするのである。

#### 5 秩序違反も法益を侵害する

これに対して、犯罪と秩序違反とを、行為が所与の法益を侵害したのか、あるいは、国家によって作られた規範に違反するに過ぎないのかとの基準によって区別することはできない。というのは秩序違反も、個人に害を加えたり(静寂を妨げる騒音)、あるいは、公安上(と同時に市民にとっても又)有害な行為であるために、法益を侵害しているからである。駐車禁止でさえも道路の渋滞を防ぎ、それによって日々の営みを保障しようとする目的を持っている。それ故、この禁止も法益を保護しているのである。刑罰を強化した、国家の命令が社会的保護及び秩序づけの任務との関係を全く認識させない場合は事情が異なる。しかし、その様な時には *Provo* の所で説明された視点から不許可とされる、恣意的な規定が問題となるのであって、犯罪と秩序違反の区別が問題となるのではない。

## V 法益概念の可変性

叙述された法益の観念は、規範的な性質のものではあるが、静的なものではない。というよりは憲法の目的設定の範囲内で歴史的な変転と経験的認識の進歩に開かれているのである。したがって、例えば、露出行為の処罰 (§ 183) は、公の平和を危殆化するものであるから、許される。とはいえ、時の流れのなかで、その様な行為は公衆にとって危険性のない、精神障害の兆候にすぎないとする見解が国民に浸透したとするならば、その処罰は法益保護にはなく、単なる道徳違反の防止に役立つに過ぎず、不要とならなければならぬことになる。刑罰権をその時々を経験的認識の水準に結びつけることがポルノグラフィの取り扱い (§ 188) の際にみられる。ポルノグラフィを成人に譲り渡す点について、立法者はここで主張された法益論にそって、本質的に、その様な文書の閲覧及び購読は、いつもの様に道徳的に評価して、社会的に無害であつて、多くの場合精神的緊張を衰えさせるものであるために、不可罰とした。けれどもポルノグラフィの需要あるいはその現象形式の一つ一つが性犯罪に一層拍車をかけるものであることが解つた場合には、刑法を法益保護に限定していることが、それ以後も引き続き刑罰を科すことの障害になるわけではなからう。

## VI 法益保護の限界問題

上記の法益概念は完成された結論を導くことの出来る様な定義を提供しない。その様な概念は不可能であるし、又、

正しい発展の道筋を追求するという困難な試みを短縮して概念の盲目的な演繹に陥ってしまったため、当を得ないものとなってしまうにちがいない。むしろ法益概念は、法の素材について展開され、個々の法規の創造と解釈にあたって立法者と法適用者に助言することになる判断基準を与えるのである。それ故、法益概念は各論で真価を発揮しなければならぬが、此処では徹底して追求することはできない。

個々の場合に限界づけが困難であるからといって法益概念の原理的能力を疑問視することは出来ないという点を指摘しておきたい。むしろ、その能力は、正に、法益原理が国家の科刑権の限界に関する問題を明らかにし、合理的に解決出来る点で証明されるのである。以下の記述は各論に比重の置かれている議論に二、三のきっかけを与えようとするものである。

1 嘱託殺人(§219)の可罰性は、しばしば、この行為が法益を侵害していないとの理由で無罪が求められるのであるが、自己の生命についての自己決定の存在が、被害者の死後、第三者の手によるのではなく、自らの手で行われた自殺の事案において確実に示されること、及び、生命の保護命令が他人の生命を原則的にタブー視していることを考慮するならば、維持される。

2 薬物の販売等の可罰性は、もしなければ生ずることになる薬物の蔓延の制御不可能性と責任無能力な服用者、特に未成年の若者にたいする危険のゆえに正当化される。

3 §218によって保護されている“胎児”は、確かに、まだ“人間”ではない。それにもかかわらず法益とみなさ

なければならないが、それは、基本法(Art. 2 II 1)が胎児も人間存在の前段階の形態として保護しているからである(BVerGE 39, 1)。それ故、立法者は墮胎を刑罰で禁止することを許しているのである(更に、立法者がそうする義務があるのかの問題については以下のRn. 26 f.参照)。

4 弱点といえば、法益の侵害がなくても科刑は許されなければならないとの主張の証拠として再三引用される、動物虐待の構成要件 (§ 17 TierSchG)である。実際、何故、TierSchGが独自の表明によって貢献しようとした (§ 1 TierSchG) 動物の生命と健康の保護が個人の自由又は社会システムの保全に役立つのかと問われる。それにもかかわらず、動物の虐待の処罰は許されていると見なされなければならないであろう。けれどもこのことは、ここで単なる道徳的見解が保護されるともいう様な意味ではない。むしろ、立法者は生ある物に特有の連帯感の一種として高等動物を同胞と、異国の仲間と見なし、その様なものとして保護しているとの考えに基づいている。この様に考えると人間の共同生活の保護に、強弱の差はあるが、胎児と並んで高等動物の生命も加えられる。それらの苦痛の感情は、ある程度まで人間のそれと同じである。§ 90a BGBはこの様な意見にそのものである。

5 法益保護に向けられた刑法の限界は近時議論されることの多い「象徴的立法」の事例にも関係する。そこでは、具体的な保護作用を示すのではなく、一定の価値への信仰、あるいは非難に値すると見なされる態度の忌避によって、政治的及び世界観的集団の自己顕示に役立つはずの刑罰規定が問題となっている。しばしば、有権者を宥めるといふ目的が、効果のないことが予想出来るような法律によってではあっても、好ましくない行為や状態に立

ち向かうために「何かがなされる」という印象を呼び起こすことで、追求されることがある。すべての刑罰法規は、国民の意識形成に作用しなければならぬものであるために、多少の差はあるものの、大変象徴的であるが、「象徴的」立法要素が一般的に許されないわけではない。どの程度の法益関連性が守られれば十分なのかの問題が重要である。可罰性を具体的な行為の準備段階にまで広く拡大したり、単なる心情の表現を処罰したりする規定は、法治国家的に見て、その許容性に大いに疑問の余地がある。今まで主として法理論的に又社会科学的に分析された問題点を刑法的に又憲法的に包括して片付けてしまおうとは、まだ、されていない。

## VII 法益侵害が欠如する場合

刑法を法益保護に結びつけることは、可罰性を法益侵害の発生の場合に限定することを要求しているのではない。法益の危殆化で十分であるが、具体的危険犯の場合であれば (§ 315: 交通の危殆化) 法益の危殆化が構成要件自体によって可罰条件にされているのに、他方、抽象的危険犯の場合には (例えば、§ 316: 酩酊運転) 保護法益 (ここでは…生命、身体、有形の資産) は構成要件には挙げられていず、刑罰規定を作る動機となつてはいるにすぎない。又、未遂の可罰性は—ここでは法益の侵害は、定義に従えば、発生していないが—法益論と矛盾するものではない。この理論は可罰性の前提として、ある行為がその客観的又は主観的性質からして法益の侵害に向けられているということ以上のことを要求していない。法益保護の要求は、更に、刑法がその禁止で行為価値 (生命あるいは他人の所有権の尊重などの様な) を保障しようとしているという点を強調したとしても、放棄されるわけではない。このことは、行為価値の維持が関連する法益の保護に役立つ限りで、全く、正しい。禁止されるのは、「根無し草の様な」

即ち、その侵害が法益との関連性を全く持たない行為価値あるいは心情価値の保護である。

## VIII 法益と行為の客体

法益は行為の客体とは異なる。例えば、文書偽造 (§ 267) の保護法益は、証拠取引 (Beweisverkehr) の純粋性であって、行為の客体は個々に偽造された文書である。窃盗罪の行為の客体は領得された、他人の物で、保護法益は所有権及び占有である。多くの場合、行為の客体と保護法益は、人の生命が侵害の対象であると同時に保護法益でもある殺人罪の様に重なっているかに見える。しかし、それは外観にすぎない。というのも、行為の客体は具体的な人間で、その個別的な生命が侵害されるのだが、保護法益は人間の生命そのものであるからである。それ故、法益は具体的な侵害対象の中に具現された、観念的財である。それは、正に個々の行為の客体に害を加えることよってのみ侵害可能である。

## IX 法益の保護をしない刑法は無効か?

まだ明らかにされていない問題は、法益保護に限定されることよって得られた実体的犯罪概念の具体化が単に刑事政策的な作用を営むにすぎないのか、それとも、それに反する刑法規範を無効にする様な法拘束的な作用を営むのか、である。なるほど、恣意的な法律が (Rn. 10) 無効であることに異論はない。けれども、道徳<sup>25</sup>あるいは一定の価値<sup>26</sup>を保護してゐる (Rn. 11 f.) 刑罰規範の場合には、その法的妥当性を、Art. 21 GG に従えば人格の自由な発展を制

限することになる。『道徳律』を援用することで基礎づけようとの試みが、種々、なされている。したがって、又、BVerfG (F. 6, 389 ff., 434) は、一九六九年まで適用されていた成人間の同性愛を処罰する規定 (§ 175, a. F.) を肯定した際に、道徳律が「さもなければ許されないか、あるいは、許したことに疑いのある立法者の人間の自由に対する侵害を正当化出来る」との命題を援用している。しかし、これには、道徳的、宗教的あるいは世界観的規範の保護は、その違反が社会的に影響を及ぼさない限り、およそ、逆に、異なる少数意見とその活動をも保護すべきである民主的法治国家の任務ではないとの理由で、従いえない。それ故、Art. 21 GG の、一般的行動の自由を制限する道徳律の概念は、憲法の文脈から、この概念が「そのように基本的な、即ち、それを守ることがそれ自体のためにだけでなく、社会的に有害な影響を避けるためにも」命ぜられていると考えられる道徳規範のみを包摂するにすぎないと、解釈されなければならない。

#### X 立法者は法益の侵害を処罰するよう義務づけられるのか？

類似の未解決の問題に、立法者が法益侵害行為を処罰するように義務づけられるのかどうか、それどころか義務づけられているとすればどのような条件の下でか、との疑問がある。通常の場合、Art. 26 I GG を超える憲法上の科刑要請は、確かに存在しない。むしろ、公安と個人の自由の考量、同様に、衝突する個人の自由権の限界づけが立法者の仕事であり、その決定裁量の範囲は彼の拘束領域よりはるかに広い。又、更に、法益を刑法的に保護するか、あるいは、私法的所有いは公法的手段によって保護するかは立法者の裁量の問題である。むしろ、十分効果のある刑法以外の保護の可能性が優先されるべきである(この点については、Rn. 28 ff. 参照)。例えば、物の奪取、即ち、領得の意



思のない他人の物の取得は、ドイツ法によれば、原則的に不可罰である(なるほど禁止されている自力救済として§ 858 I BGBによれば違法で、しかも場合によれば損害賠償の義務を負うことになるが)。それ故、バイオリニストから大変重要な演奏会の前に、彼が習熟している唯一の楽器を奪った者が、その後でこれを返却しようとした場合に、このことから不可罰性が帰結される。この様な場合に処罰することは不適當であるのかが争われている。しかし、立法者にその様な規定を作る義務があるという事は出来ない。

それにもかかわらず、BverfGは墮胎の立法をめぐる周知の訴訟において所謂期間による解決(即ち、妊娠第三週目の墮胎を無罪とすること)を、立法者は刑法による保護を全面的に放棄することは許されず、最悪の場合、即ち、他の方法では憲法によって要請されている保護を達成出来ないと思われる様な場合には成長過程にある生命を保護するために刑法の手段を持ち込むことを立法者の義務とすることができ、(BverfGE 39, 1, 45)との理由で憲法違反であると言明した。この様な考えには、基本的な法益が破壊された事例として既に指摘された条件のもとでのみ賛成しなければならぬであろう。さもなければ、国家は市民の平和な共存を保障するとの任務を拒んでもよいことになり、それ故に、自らの存在を放棄してしまうことにもなるであろう。もちろん、墮胎の場合に、生成過程にある生命の保護は刑法以外の手段では達成できないのか、あるいは、むしろより良く出来るのではないかの問題は争われている。

## XI 法益保護の補充性

前述したことから、法益保護は刑法によって実現されるだけではなく、全法秩序の手段方法を総動員してかからなければならぬということが解つた。むしろ、刑法はすべての保護処分の中で最後に考えられるものである。即ち、

刑法は、社会の問題解決のための他の手段—民事訴訟、警察法又は営業規則の命令、非刑法的制裁など—が期待どおりの役割を果たし得ない様な場合に限って、持ち込むことが許される。それ故、刑罰は「社会政策の最後の手段」と呼ばれ、その使命は補充的法益保護であると定義されている。刑法が法益の一部のみを、しかも、これを必ずしも一般的にはなく、むしろ、しばしば（財産の様に）個々の侵害の種類に限って保護しようとしているので、そのために、刑法の性質は「断片的」であるともいわれる。

この様な刑法の制限は、我々の憲法の法治国家原理から当然に導かれる均衡性の原則の帰結である。即ち、刑法は市民の自由への国家によるすべての侵害の内でも最も厳しいものを可能にするのであるから、比較的寛容な手段が十分な成果を約束出来ない所のみ持ち込むべきである。というのは、国家が他の社会政策的処分で一定の法益を同じ様に又はむしろそれ以上に保護することが出来る場所で、刑法という切れ味鋭い剣に手を伸ばすとしたならば、過剰禁止に違反することになる。例えば、通常の契約違反は、民事訴訟と強制執行処分によって十分解決出来る。その様なものを刑法で規制することは不適切ではなからうか。取引相手を不法利得の目的で欺罔し、損害を与えた時に、初めて、個人の財産という法益が、刑法の詐欺罪の構成要件 (§ 263) が問題になる程まで、持続的に侵害されたことになる。

ここには、犯罪と秩序違反の区別という刑事政策的な問題が分類される。刑法の保護法益の補充性のために、立法者は、追求されている目的の保護が非刑法的制裁で十分出来るところでは、秩序違反を定めなければならない。このことは、主として、軽微な法益の侵害を示しているにすぎないような犯罪の場合に、問題になる (§§ III ff. OWiG 参照)。しかも、このことは、行為が、しばしば、法益に対する相当程度の害を示しているにもかかわらず、社会倫理的無価値内容は軽微であるような場合にも、考慮されなければならない。したがって、現在、しばしば、刑事犯罪とし

て刑罰が科せられている軽微過失の場合にも、とくに、民事損害賠償義務がかなりの予防的作用を果たしているので、秩序違反として制裁を加えることによって、同様の保護機能が充足されるのではなからうか。他の場合—例えば、環境侵害的行為のかなりの形態の場合—営業規則上の賦課事項と制裁は、個人責任を明らかにする際に、このような場合にしばしば困難となる刑事訴追よりも、往々にしてより効果的である。法政策的に刑法的解決を民法的解決に代替することによって、他の解決手段の可能性が尽くされたことには、とうていならない。したがって—累犯の場合を除いて—些細な万引きを店主にお金を弁済することで償うことも有意義ではなからうか。又、企業内の窃盗には、刑事司法に委ねる代わりに、現在大部分の場合に—十分な法的保障はないが—実践されているように、内部的な「企業内司法」についての法的規定が提供されるべきではなからうか。

立法者が、比較的厳格に縛られている法益の問題とは違って、補充思想には立法裁量にかなり広範な余地をみとめている。なるほど、理論的に、均衡性の原則は憲法原則で、そのために軽微な違反の刑罰化は、過剰禁止違反を理由に、無効であるといえよう。しかし、立法者が軽微な違反に、それにふさわしい寛容な刑罰を用いる限りにおいて、実際には、憲法違反とはならない。比較的寛容な手段（例えば、単なる民事制裁）で十分な成果を期待出来るか否か不明な場合には、立法者には、さらに評価特権が与えられる。それ故に、補充の原則は強制命令以上の、刑事政策的基準である。立法者が犯罪をどの程度秩序違反に切り替えるのか、あるいは、商店又は企業内での、例えば、窃盗を非犯罪化することを合目的であると考えるか、という問題は、社会政策的決定の問題である。とにかく、実体的犯罪概念は、その限りで、刑法の進歩にとって不可欠の、基本的な立法批判を可能にしてくれる。

Ⅻ 文献に見られる種々の見解

ここで主張された見解に反して、文献の一部の者は、法益保護思想には実体的犯罪概念を定めるための適性がないという(このことは、方法的法益概念の支持者の場合にあつても必然的でなければならぬ、Rn. 7参照)。したがつて Jescheck は、法益概念は、現在、様々に、共同体にとつて有害な(単に無作法にすぎないものではなく)行為に限定するのに役立つているが、問題の中心は、法益概念の問題ではなく、もちろん、憲法の価値秩序、そこから派生する保護義務及び刑法の補充の原則に結び付けられている刑事政策の問題である」という。類似の方法で、しかも法益保護思想に遡ることなく、Zinf は、《実体的犯罪概念》は《憲法秩序と刑罰理論によつてあらかじめ刻印されている》という。《その際、特に、多元的な国家観及び社会観に対する信仰に：意味が与えられることになる。》《我々の、現在の社会秩序において犯罪は異なつた世界観あるいは異なつた道徳観からは生じ得ない》という。これらはすべて、ここで主張された学説の本質的要素を含んでいる。しかし、これらの要素を補充的法益保護の原理に整序することによつて、さもなければ前の論述が容易に拘束力を持たないことになつてしまふ、種々の観点の体系化と具体化がなされることになる。したがつて、Zinf も、又、実体的犯罪概念を《刑事立法者に対する法的制約》であると考えるのではなく、むしろ、これに単なる《指導形象機能》を認めるにすぎないのである。

他方、Annelung は実体的犯罪概念を、現在の社会体系論(特に、Parsons の)を手掛かりに、内容的な明確化がなされる一刑罰威嚇によつて予防されるべき一社会的損害の理論によつて基礎づけようとしている。けれども、このように行爲の体系的機能性を指摘することによつて、人は自己のためではなく、社会のためにのみ保護されることになつ

てしまふし、それ故に、又、社会の全体系が侵害されずにいるためには、人が社会のために犠牲にされることも許されることになる。このような法益保護思想の自由主義的推進方向と正反対の関係に立つ結論から逃れるために、Annelungは、その構想を基本法の基本的価値決定(特にArt. 1 und 2 GG)によって限定しようとしている。このような方法によつて、彼は、ここで主張されたものに似た結論に到達出来ることになる。しかし、— 事実に必然的な— 限定は出発点と矛盾し、国家が個人のために存在し、個人は個人として、社会の全体系の一部にすぎないものとしてではなく、保護されなければならないという認識を隠蔽してしまふ。

Welzelは、刑法の「中心的任務」は法益保護ではなく、「他人の生命、健康、自由、所有権などの尊重のような積極的な、社会倫理的行為価値の妥当性」を保護することにある。「刑法の主たる任務」は当世風の法益保護ではない。むしろ、本質的なのは「法的心情の行為価値」を遵守するよう保障することであるという。とはいえ、彼は「個々の法益の保護」が基本的な心情価値の優先的保護に「含まれている」と見ている。

このような見解に対して、しばしば、それは行為刑法から離れ、心情刑法に墮するとの批判がなされている。しかし、おそらく間違いである。即ち、というのは、Welzelは、任意の「積極的」心情を刑法の助けを借りて貫徹しようとしているのではなく、ただStGBで保護されている法益の尊重と規範の承認を貫徹しようとしているからである。また、その点に、Welzelが手段と目的とを取り違え、結果的にここで主張された学説とほとんど差が無いことが示されている。というのは、一般大衆の中に規範を定着させることは、所謂「積極的な一般予防」として疑いもなく刑法の任務(詳しくは§ 3, Rn. 26 f. 参照)に属し、Welzelの定式的表現は変わることはない。しかし、他人の生命、所有権などを尊重するようにすることは、それ自身のためではなく、法益の侵害を防ぐためなのである。それ故、

これを尊重することは法益保護という目的のための手段にすぎない。

法益の侵害と「義務違反」とを同じレベルに併置することは誤りではないが、前述類似の誤解である。例えば、Jes. Checkeが「法益保護と社会倫理的行為価値の保護」を「刑法の同価値的な：任務」であると理解しようとする場合には、それはWelzelの見解と、行為価値の保護を優先することを断念するという点に区別はあるものの、一致する。Welzelの学説についていえることは、又、このような見解についてもいえる。即ち、法的心情の改善は法益保護の手段であつて、それと併存する独立のものではない。他方、Lancknerが、犯罪は「義務違反」という概念に包摂出来る行為価値と心情価値を示すと指摘する場合には、それによつていわれているのは、犯罪は違法かつ有責でなければならぬという以上ではない（詳しくは、§7）。しかし、このことは、犯罪の処罰（当然、違法性と責任を前提とする）が法益保護にのみ寄与するという点について何も変更を加えるものではない。

Jakobsは、身分犯の様な「法益侵害にとつて重要でない客観的及び主観的種類の行為態様」は規範の目的を法益の保護のみに求める時には、説明出来ないといっている。実際、例えば、利得の意思のない財産上の侵害及び領得の意思のない物の奪取は、その法益の侵害が詐欺罪 (§ 263) あるいは窃盗罪 (§ 242) におけるものと同じであるけれども、不可罰である。しかし、刑法の任務を法益の侵害とみる場合であっても、すべての法益の侵害がその態様への考慮なしに処罰されなければならないとまでいっているわけではない。むしろ、刑法が法益をただ補充的にのみ保護していること、利得の意思及び領得の意思が欠けている場合の様に、民法の手段で間に合うところでは刑法は問題にならないことを想起しなければならない。又、法の歪曲罪 (§ 33) 及び背任罪 (§ 266) の様な真正身分犯も法益を保護しているという事は争いのないことである。ただこの様な法益は誰でも侵害出来るというものではないのである。

この種の（中心的ではない）見解の相違は別として、法益保護としての刑罰の任務は近時の文献では広く承認され

ている。しかしながら、だからといって多くのものが得られたわけではない。それは、法益概念が、法律の理念(Rn. 30)にまで遡ることはないにしても、多様に記述され、実体的犯罪概念を構築するには、しばしば、漠然としていて、その能力がないからである。したがって、法益は、社会的に価値があると認められた“生活財”、“法的価値”又は“法的利益”、“一般的な現象形態で立ち現れた一定の財について”法的に認められた利益、“侵害された時に国家机关が法律効果で応えなければならぬという限度での、価値的事実関係から生じた尊重要請”又は“価値的機能統一性”と特徴づけられている。Kienapfelは、法益を“秩序ある人間の共同生活にとって不可欠の、刑法上保護された価値、制度及び状態”と呼んでいる。その射程を決定することをしばしば困難にする概念定義のために、法益保護の任務についての相対的な意見の一致でさえも不確実な基礎に立脚せざるを得ないのである。それ故に、実体的犯罪概念及び法益論は今日でもなお、刑法の基本問題のうちで精緻な説明が最もなされていないものに属する。

## XII 刑罰と刑罰類似の制裁との内容上の区別

### 1 秩序違反法の過料との区別

文献・省略

実体的犯罪概念について詳述することによって、既に、犯罪と秩序違反が法益の存否によって区別できないということが判った(Rn. 4.6)。というのは、両者共に法益を侵害しているからである。これに対して、既に説明された様に(Rn. 30)、補充の原則は、限界づけの内容的基準になる。立法者は、社会を乱す行為を秩序違反法の比較的軽い(自

由刑及び少なくとも「前科」を避けるのであるから、制裁でより良く又は良く除去出来るのであれば、犯罪化と刑罰の代わりに、秩序違反と過料に訴えるべきである。時々制裁としての刑罰が最初から問題にならないことがある。それは刑罰が人へのみ科せられるものであるために(詳しくは、§ 8, Rn. 54 ff. 参照)、法人や団体には—事情によっては非常に高額—過料のみが科せられる (§ 30 OWiG)。けれども、法律違反が国家の反作用を必要としてはいるが、社会的危険が軽微であるために刑事罰を必要としない大概の場合には、行為は秩序違反として処罰されることになる (§§ 111 ff. OWiG の諸場合参照)。したがって、例えば、官庁への虚偽の氏名申告 (§ 111 OWiG)、軍施設への禁止違反の立ち入り (§ 114 OWiG)、許容すべきない騒音の惹起 (§ 117 OWiG) あるいはそれ以外の公衆に対する到底許すことの出来ない迷惑 (§ 118 OWiG) は、安易に甘受出来るものではない。けれども、このような行為を防止するには過料で十分である。

このことから、犯罪と秩序違反の明確な、質的区別が存在しないことがわかる。(前の Rn. 4, 14 参照)。なるほど BGHSt. 11, 264 号、Goldschmidt v. Erik Wolf (Rn. 4) を引き合ひに出して、文献は、「不法が二種類あることに事実的区別を見出している。刑事不法は特定の無価値判断に従うが、行政不法は行政命令に対する単なる不服従に尽きる」といつてはいる。しかし、道路交通法の秩序違反 (§§ 49 StVO, 69a StVZO) の大部分が、抽象的危险犯という形態ではあるが、生命と健康を保護していて、とうてい「行政命令に対する単なる不服従」と見なすことは出来ないと思にわたるのである。他方、「行政命令」に対する違反ではあるが、犯罪的性格を有している多くの環境犯罪がある。又、刑事犯罪は必然的に倫理的に非難に値するが、秩序違反は倫理的に中立であるということもできない。というのは、例えば、道路を走行中に左側の車線を使ったり、許容最高速度を意識的に超える者 (§§ 2, 3, 49 I Nr. 2, 3 StVO) は、社会倫理的に、決して非難の余地がないわけではない。むしろ、秩序違反における倫理的無価値判断が犯罪に比



べて、その社会的危険性が低い分だけ軽いのである。

それ故、犯罪と秩序違反との違いは、専ら量的性質のものであって、質的なものではない。このことは、—区別の根源的基礎となつてゐる仮定とは異なり—、今日の通説に一致する。しかしながら、量が質に転換する限界がある。即ち、謀殺、人質、あるいは銀行強盗を単なる秩序違反として処罰するということは考えられない。刑法の中心的領域では、補充的な法益保護の必要性は、一定の重要性を持った犯罪の場合に、必然的に、科刑を要求する。たとえ、窃盗、詐欺の様な行為態様がこの「中心的領域」に数えられ、それ故に刑法に割り当てられたとしても、この領域の軽微な場合（現在§ 248aで親告罪という修正形式が与えられている旧「軽微窃盗」の様に）を秩序違反と性格づけることは何も難しいことではない。

このことから、犯罪と秩序違反の区別は、補充の原則が常に適用されてはいても、広い限界領域で立法者の裁量に従つてゐる(Rn. 31参照)こと、犯罪の中心的領域にある重大なものの場合には処罰が内容的基準によつて事前に、全面的に示されていることが解る。それ故に、内容的区別の際には量的考察方法に代えて、質と量との混合的考察方法がむしろ推奨されるべきであらう。

## 2 懲戒処分との区別

文献・省略

懲戒処分は、特に重要な国家の組織（特に、公務員、連邦国防軍及び行刑の）と職業による社会的身分（例えば、弁護士と医師）の機能を發揮させるのに役立つてゐる。懲戒法は、その場合、組織と職業上の地位ごとに区別され、

いつも個別的に規定されているので、ここでは、法の根拠をある程度網羅的に列挙することさえも出来ない。二、三の、重要な例を挙げてみよう。即ち、連邦の公務員には、懲戒法上の制裁（戒告、過料、減給、配置転換、免職及び退職金の減額・剝奪）とその手続を定める、一九六七年七月二〇日公布の文言による連邦懲戒規則が適用されるのに對して、懲戒処分を加えられることになる職務上の過誤は §§ 52 ff. BBG と 35 ff. BRRG に含まれている。軍人には軍懲戒規則が適用されるが、職務犯罪の概念は § 23 SoldG に含まれている。単純な懲戒処分は、戒告、訓告、懲戒金、外出制限、懲戒拘留 (§ 18 WDO) である。裁判官には §§ 63 ff. DRiG が、女性受刑者には §§ 102 ff. StVollzG (§ 1, Rn. II 参照) が関係する。

懲戒不法は、例外なく、刑事不法に対する単なるマイナスではなく、原則的他者と見なされる。刑事罰に對して懲戒処分は行われた行為に對する報復であつてはならず、単なる懲戒手段と保護処置であることだけが許される。しかし、この様な、刑罰と懲戒処分の併存を正当化し、二重処罰の禁止 (Art. 103 III GG) を回避しようとの理論構成は、刑罰を報復と理解することが許されないものであるから、既に破綻している(詳しくは、§ 3, Rn. 8 ff.)。実際、落ち度の対象からの区別は、むしろ、量的性質のもので、補充の原則に従う。重要なのは、組織あるいは職業上の地位の範囲での過誤が刑事罰で対応しなければならぬような公衆との関係にあるのか否か、あるいは、内部的懲戒というもつと寛大な手段で済ますことができるのかどうかである。例えば、買取のきく公務員は国家行政の信頼性に對する公衆の信頼を非常に動揺させるので、そのような行為は刑事罰を科せられなければならない。これに對してその他の職務犯罪は、公衆の利益に関わることが少ないので、内部的な懲戒処分だけで済ますことが出来る。

もちろん、懲戒法は外形的に、広く、厳格に規定された構成要件を断念し、行為者關係的である点で、刑法と區別される。例えば、§ 54 BBGによれば、公務員は、献身的に職務につくさなければならぬ。彼は公務を私心なく誠

心誠意つかさどらなければならぬ。職務内外の彼の行為は、彼の職業が必要とする尊敬と信頼に応えるものでなければならぬ」と命じているので、この規定に違反する行為は、刑罰構成要件について Art. 103 III GG が前提とする程厳格には記述されていない。又、懲戒処分は行為者に一面的に働きかける（特別予防）のに対して、刑事罰は本質的に公衆に対する働きかけ（一般予防）をも目指すものである。

現行法によれば、刑罰と懲戒処分は併科できるが、それは、Art. 103 III GG が、行為を「一般刑法によって複数回処罰する」ことを禁止しているにすぎないからである。これは種々の観点から満足できることではない。それは、事実として二重処罰になってしまうからである。BVerfGE 21, 379 ff. は、それ故に、少なくとも懲戒による自由の剝奪（軍人の懲戒拘留）は自由刑に算入するとの判決を下した。§ 8 WDO は、逆の場合について、現在では、「懲戒拘留に処する時は：他の自由の剝奪をこれに算入しなければならぬ」と強行法規を定めている。あるいは又、それ以外には、刑罰には「減給や年金の減額の様な単純な懲戒処分を、これが軍規を維持するのに附加的に必要である場合、あるいは、連邦軍の名声をいたく傷つけた場合に限って併科される」べきであるとも定めている。類似の規定が公務員に対する連邦懲戒規則 § 14 に含まれている。

### 3 訴訟法及びその他類似の法律の秩序処置と強制処置との区別

秩序処置は、訴訟法に違反する行為を理由に科せられる制裁である。したがって、例えば、無断で欠席したり、証言や宣誓を拒んだ証人に対しては秩序金及び場合によって秩序拘禁を科すことが出来る（例えば、§§ 51, 70 I, 77 StPO, 380, 390, 409 ZPO 参照）。その上、一定の行為を強制することになる強制処置がある。したがって証言を強制するために勾留を命ずることが出来る (§§ 70 II StPO, 390 II ZPO)。代理不可能な行為をさせるために債務者を強制

金と強制拘禁に処することが出来る (§ 888 ZPO)。刑事訴訟では、物の引渡を強制処置で行うことが出来る (§ 95 II SPO) など。秩序処置が常に執行されなければならない(例えば、証人が遅れて出廷したとか、後に証言したとしても)のに対し、強制処置は、強制されるべき行為がなされたり、あるいは、不要になつた場合には即座に取り消されなければならない。

秩序処置のみが刑罰との類似性をなにか持つているのに対して、強制処置は、専ら将来を指しているものであるので、むしろ刑法の処分に比較される。これに対して秩序処置は禁止された行為に対応する制裁である。例えば、§ 178 I GVGは、法廷内で軽罪を犯した者に、…刑事裁判所の訴追を留保して、200DMまでの秩序金あるいは一週間までの秩序勾留を科し、即座に執行する”ことが出来る。可罰的行為との内容的区別はここでも又、補充の原則によつて明らかにされる。立法者は手続規則にそつた進行を比較的寛容な非刑法的制裁手段で達成出来ると考えている。勿論軽罪が犯罪であるのならば、懲戒処罰の様に二重処罰の問題が起こる。立法者は § 178 III GVGで解決の試みをしている。即ち、”同じ行為について後に刑罰が認められるならば、秩序金あるいは秩序勾留は刑罰に算入される”と。

#### 4 私刑との区別

文献：省略

私刑は刑事罰と、前者が当事者の任意の服従に基づいていてる点で区別される。古典的な例は § 339 BGBの違約金である。即ち、債務者が債権者に、債務を履行しないか、あるいは適切に履行しない場合に一定の金額の支払いを刑罰とする旨の約束をしたときには、遅れた場合には刑罰が科せられる。“私刑は、又、多くの社団の定款にあり、加入し

た構成員の承認によって許される社団刑である。Art. 92 GG違反は、裁判行為によって失効するものではないので、私刑には含まれない。

私刑の実際的意味は増加している。その際に、刑事政策的に注目し値するのは、私刑が多く領域で刑事罰に取って替っていることである。このことは、特に、就業規則に基づく企業内司法についていえるが、それは企業内の軽微犯罪を裁判官抜きで企業の内規に服せしめようとするものである。又、万引きの場合には、捕まえた際に加算される報奨金を含めて何倍にもなった損害賠償債権が、この領域で従来効果の薄かった刑事訴追に替ってきている。原則上、そのような「領域的」非犯罪化は、補充の原則にさらに広い適用分野を開拓するものであるため、歓迎されるべきである。けれども、濫用を防ぐために、具体的な、法的枠組みの条件が作られなければならないであろうし、法治国家的保障も設置されなければならないであろう。そのような試みは、代案グループの教授達(Sy. Fr. 33参照)によって出版された、万引きに対する法律の草案(一九七四)と企業司法規定のための法律の草案(一九七五)に著されている。けれども、この様な、あるいは類似の努力は、今まで、立法者を動かすまでには至ってない。

〈第一回了〉

(よしだ のぶゆき・本学法学部教授)