

ヴォルフガング・フリッシュ「犯罪論と量刑における不法と責任」
ミュラー＝ディーツ70歳記念論文集(2001年)237 - 259頁

(訳) 岡 上 雅 美

責任概念は、犯罪論にとっても量刑にとっても重要な、刑法の基本概念に属する。違法行為に対する行為者の責任があつて初めて、行為は犯罪となる。そして、刑法典第46条第1項第1文によれば、量刑の基礎となるのもまた、責任である。このように、この概念への取り組み方は、犯罪論と量刑とで同じような中心的意義があるにもかかわらず、この両領域でまったく異なっている。犯罪論の責任概念は、ここ10年来、学問的論争の中心に、それもまさに基本的な内容の確定が問題となる限りでもまた、中心に位置してきた。これに対して、量刑の責任概念の基本的な探求への試みには、あまり努力は払われてこなかった¹。ここでは、論争は、多くの場合性急に、それどころか直ちに、量刑責任の決定にとって、どのような事情が重要かという問題へと集約されていたのである。このような控えめな取り組み方の主たる理由

1 ブルンスの基本的著作 *Bruns, Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2. Aufl. 1974, S. 395 f. においても、概念規定のページには、わずかなコメントしかなく、それはとりわけ許容されない道德化の問題性と「行為責任／行状責任」の対比に割かれている。最近では、*Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 151 ff., 324 ff.; *dies.*, *Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre*, JZ 1999, 1080 ff.; とくに *Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, ZStW 92 (1980), 637 ff.; *Grasnick, Über Schuld, Strafe und Sprache*, 1987, S. 59 ff., 67 ff. における基本的な考察を参照。

は、おそらく、量刑責任の概念が基本的な点において犯罪論のそれに従うということが認められていたことにある²。それによってすでにその間、不明確さの霞が残ることとなった。なぜならば、犯罪論の責任概念の内容についてもまた、決して見解の一致があるわけではなく——ここではむしろ、実は一連のさまざまな基礎が併存しているののである³。この不明確さは、以下のような通説的テーゼ——このテーゼには、敬愛する被献呈者も繰り返し取り組んできたのであり、その検討が以下の考察の重点でもある——によって、さらに拡大されている。このテーゼは、犯罪論の責任概念と量刑の責任概念とが、基本的に一致するということを否定する。すなわち、刑罰根拠づけ責任と量刑責任は、むしろ区別されるというのである⁴。このテーゼがしばしばそう考えられているように、あまり具体化されることなく、それにより、

2 これについては、例えば、LK-Gribbohm, 11. Aufl. 1995, § 46 Rn. 4:「法違反の非難可能性の量」; SK-Horn, 7. Aufl. 2000, § 46 Rn. 42; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 426 f.:「程度を高めることのできる(そしてこの側面で量刑においても関心を引く)概念としての責任」。Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 10における、この説についてのさらなる文献をも参照。

3 多くを挙げる代わりに、これについては、Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1997, § 19 Rn. 18 ff.; Achenbach (wie Anm. 2), S. 19 ff.

4 この意味で、例えば、Achenbach (wie Anm. 2), S. 5 ff., 11 ff.; Roxin, Strafrecht AT, § 19 Rn. 50 f.; Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 2. Aufl. 1995, Rn. 226; Zipf, Die Strafzumessung, 1977, S. 28; 判例からは、BGH JZ 1958, 174; これについて批判的なものとして、Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 43 f. (m. Fn. 72), 45, 46; Schünemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik, 1990, S. 147, 160; Hörnle (wie Anm. 1), JZ 1999, 1082 Fn. 28におけるさらなる文献を参照。

量刑責任でいったい正確には何が理解されるべきなのかということは、なお原則的に未解決のまま残されているのである。

I.

このような概念の不明確さを取り除き、とくに犯罪論の責任との関係でも、より詳細にその内容を決定しようとするとき、有意義であるように思われるのは、まず第1に、上記の区別説は、2重の点において確かに正しいということを意識することである。第46条第1項によれば量刑の基礎となっている責任の概念は、2つの意味で犯罪論の責任概念よりも広い。つまり第1に、明らかに、行為者によって行われた不法と行為者との関係のみならず、そもそも有責な不法が観念されている。なぜならば当然に、刑罰の量にとっては、(有責な) 不法の量が決定的に重要だからである⁵。もちろん、もはや体系的な量刑論の枠内で、有責な不法という包括的な意味で責任を理解するのではなく、あくまでも——責任という犯罪論のカテゴリーと一致して——「有責な」不法に量を与える責任(以下では、「狭義の責任」と称する)という意味で理解することによって、この違いを考慮しうる。その場合には、なお第2の相違が残る。すなわち、量刑責任にとって重要な事情の拡大に関するものである。この事情の範囲は、量刑の枠内で、明らかに犯罪論におけるよりも広い。何故ならば、少数の事情のみが(例えば、他行為可能性という意味での) 責任を完全に阻却するのに対して、もちろん責任を変化させ、責任を重くまたは軽く見せる比較

5 多くを挙げる代わりに、*Bruns* (wie Anm. 1), S. 392 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB m. Erl., 23. Aufl. 1999, § 46 Rn. 23; *LK-Gribbohm*, § 46 Rn. 9(脚注4の定義との一定の緊張状態において); *SK-Horn*, § 46 Rn. 41 ff., 46 f.; *Schäfer* (wie Anm. 4), Rn. 226, 228, 257; *Hörnle* (wie Anm. 1), JZ 1999, 1082 f. におけるさらなる文献を参照。

的多くの事情が存在する⁶。区別説が、単にこの2つの相違を強調したいのであれば、その説には全面的に賛成することができるだろう。このテーゼは、動揺させられる必要もないであろうし、いずれにせよ、量刑法の意味における責任概念を犯罪論における責任よりも不明確で争いあるものにするわけではない。

区別説の主張者は、この相違だけを指摘しようとしたわけではないことは、もちろん推測しうる。刑罰根拠づけ責任と量刑責任の相違を主張することは、むしろ明らかに、概念内容自体に関する相違をも求めている。とくにここでは量刑の枠内で、犯罪行為を根拠づける枠内では（なお）重要とはならない内容が一定の役割を演じる。このような方向で、とくに区別説の主張者によって語られている一定の例、例えば、「思慮のなさ」または「残忍さ」といった、刑罰根拠づけ責任とは「関係のない」事情が量刑上重要であることの指摘がなされる⁷。

方法論的な側面においては、そのように理解される区別説のテーゼは、次のやり方でもっとも容易に検討しうる。すなわち、刑罰根拠づけ責任の概念を（上述の狭義の）量刑責任についての承認された素材とつぎ合わせ、刑罰根拠づけ責任の単に程度または量的な評価について、この素材を把握できるかどうかを検討することによる。これが肯定できるのであれば、区別説に対する反論となろう。他方、その限りで生じる困難、および責任にとって重要な量刑素材を把握するために他の概念に代替する必要性があるならば、区別説のテーゼを正当だと認めることができるだろう。もちろん、その限りでは、一時的な帰結のみが問題である。これは、量刑責任の特定の概念がよりよく受け入

6 これについては、すでに *Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 385 f* を参照。

7 例えば、*Roxin, Strafrecht AT, § 19 Rn. 51* を参照。

れられるからといって、その他の適切性について何も語らないという理由によるばかりではない。また、とりわけ、量刑において評価される刑罰根拠づけ責任の一定の概念を把握するのが一見して困難であるということは、量刑の領域における責任概念の理解が不適切であることに必ずしも根拠がなければならないわけではなく、責任の外で（あるいは前で）の不十分な概念規定の結果でもありうるのである。

II.

判例によれば、そしておそらく通説によってもまた、犯罪論の意味における責任の本質は、行為者が(法に方向づけられることによって)法的に正しい態度をとることができたにもかかわらず、違法な行為を決意したということにある⁸。いわゆる責任阻却事由(Schuldausschließungsgrunde)とは、それが存在したとき、この能力、すなわち法的意味における他行為可能性が欠落する事情を特徴づける。そして、免責事由(Entschuldigungsgrunde)とは、それが存在すれば、この能力が(少なくとも)著しく減少し、責任の判断と刑罰とに結びつく重要な非難の高まりが不適切であるように思われるような事情を記述したものである⁹。

そのように理解される責任概念が、量刑の枠内においても、かなり

8 例えば、BGHSt 2, 194, 200; LK-Hirsch, 11. Aufl. 1994, vor § 32 Rn. 182; Schönke/Schröder-Lenckner, vor §§ 13 ff. Rn. 110および同所に掲げられた文献。行為時の行為者の「規範的な感銘可能性(AT, § 19 Rn. 36)」というロクシンの公式は、判例の立場に対するロクシンの批判(前掲 Rn. 20 ff.)にもかかわらず、私見によれば、このような見解とほとんど異ならない。

9 多くを挙げる代わりに、SK-Rudolphi, 7. Aufl. 1999, § 35 Rn. 1 ff.; Schönke/Schröder-Lenckner, vor § 32 ff. Rn. 108; LK-Hirsch, vor § 32 Rn. 194 f. における詳細な文献を参照。

の意味を付与されることは明らかである。他行為を行う能力、すなわち法の意向に沿って行為を行う能力は、それが存在するかしらないかの側面でのみ問題となりうるばかりではない。そのような能力は、明らかに程度の問題としてもさまざまに形作られる。すでに、そのような能力、とくに違法な否認を意のままにする能力の人的側面は、さまざまな程度に形成されうる。その能力は、行為の時点で心理的な負担を通じて、困惑または恐怖を通じて、あるいは習慣的な過程をまさに通じてのものであったために、決定的に低下していた等。しかし、状況的な事情もまた、正しい決意を行う能力を減弱させることがある。例えば、緊急避難類似の状況の場合、とくに著しい誘惑があった場合等、法的に正しい決意と行為を行う能力をそのように減弱させると理解できる量刑事情¹⁰は、——たとえそれが他の外見を装って(例えば、動機、目的または心情メルクマールという形で)あらわれるとしても¹¹——刑罰根拠づけ責任を基礎とする責任概念の線上にある。これらの量刑事情は、刑罰根拠づけ〔犯罪論〕の枠内で、犯罪の「成否」の側面で、それからさらに「程度」の領域で何が問題となるかを記述する。したがって、これは、刑罰根拠づけ責任と量刑責任との相違というテーマを裏づけるには不適切である。

以上のことが違ってくるのは、正しい決意および行為を行う能力の減弱化が多少なりとも強い領域、したがって、いっそう公式的にいえ

10 これらについては、すでに *Frisch*, *Straftatsystem und Strafzumessung*, in: *Wolter* (Hrsg.), *140 Jahre Goldammer's Archiv*, 1993, S. 14 ff.; *ders.* (wie Anm. 6), *ZStW* 99 (1987), 768 f. を参照。

11 動機、目的または行為から明らかとなる心情における〔犯罪行為〕回避能力が減弱していたことまたはしていなかったことの公式の書き換えについては、すでに、*Frisch* (wie Anm. 10), S. 15 m. Anm. 68; *ders.* (wie Anm. 6), *ZStW* 99 (1987), 767 ff. を参照。Schönke/Schröder-*Stree*, § 46 Rn. 13 をも参照。

ば、刑罰軽減事由の領域を離れて、通常は、刑罰加重事由として、それも、まさにまた(不法を超えて存在する)特別に責任に方向づけられた刑罰加重事由として考えられる量刑事由の領域に向けられる場合に限られる。良い例なのは、行為者によって、彼の違法な行為によって付随的に追及された非難すべきまたは違法な目的もしくはその他行為に表された卑しい心情である¹²。しかし、通説からは、刑罰加重事由だと評価される、当該前科があるにもかかわらず行為を遂行したこと¹³および特定の形態の犯行後の態度¹⁴もまた、ここに数えられるべきである。刑罰加重的な意味が責任の重さということから根拠づけられるこれらのそして類似の量刑事情が、なぜ、法的に正しい行為を行う能力に方向づけられた責任概念に困難を与えるのかは、容易には解らない。部分的にいえば、そのような事情が他の行為を行う能力の表れ方にとって重要であるというだけでは、説明が難しい。それは、例えば、非難すべきまたは違法な目的を追求した場合や、行為の遂行を繰り返した場合と同様である¹⁵。しかし、とくに以下のことを疑うこと

12 (判例および学説の概観も含めて) そのような場合における刑罰加重事由の意味で、*Bruns* (wie Anm. 1), S. 549 ff.; *LK-Gribbohm*, § 46 Rn. 75 ff., 78 ff.; *Schäfer* (wie Anm. 4), Rn. 246 ff., 249 ff.; *Schönke/Schröder-Stree*, § 46 Rn. 13 f., 16および同所に掲げられた文献を参照。

13 例えば、*Bruns* (wie Anm. 1), S. 578 ff.; *LK-Gribbohm*, § 46 Rn. 158 ff.; *Schäfer* (wie Anm. 4), Rn. 275 ff. を参照。補足として、*Erhard*, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992による包括的な記述を参照。

14 これについては *Bruns* (wie Anm. 1), S. 591 ff.; *LK-Gribbohm*, § 46 Rn. 186 ff., とくに191, 205; *Schäfer* (wie Anm. 4), Rn. 290; 判例からは、例えば、BGHSt 1, 105, 106 f. を参照。

15 非難すべき目的を追求するときには、他の行為を行う能力が、原則としてより高いと言うことはおそらくできないであろう。規範的な感銘可能性について、同旨、*Roxin*, *Strafrecht AT*, Rn. 51.

が重要である。能力は、確かに、完全を下回ったところで、減弱させられたものとして、そして限定された表れ方として、考えられうる。したがって、非常に多様に根拠づけられる刑罰軽減に余地を残している。これに対して、能力(特定の行為を要請する状況によりそれが減弱化する場合を含んで)には、自然のまたは概念上の上限のようなものがある。状況的な誘惑によっても減弱しなかった完全な能力または回避能力以上のものは存在しない¹⁶。このことから、他の行為を行う能力に方向づけられた責任概念は、まさに(または純粹に)責任に方向づけられた刑罰加重事由の根拠づけの点で、原則的に難点がある。このことは、頻繁に利用される公式の意味で、責任を(法違反の)非難可能性と書き換えても、何ら変わるところはない。このような非難可能性の程度だけを他の行為を行う能力だと考え、非難可能性の程度をこの能力の程度に従って決定する限りは¹⁷。

概略してきた知見から、さまざまな帰結を導き出すことができる。この知見を、以下へのきっかけにすることができよう。すなわち、特定の事実関係を刑罰加重事由だと評価することを、すでに原則において批判し、同時に、特定の量刑事実を新たに性質決定するよう要求することである(例えば、従来、責任に方向づけられた刑罰加重事由で

16 これについてはすでに、*Frisch* (wie Anm.6), ZStW 99 (1987), 381 ff., とくに382; 補足として *Erhard* (wie Anm.13), S.161 ff., 166 ff., 255 ff. i.V.m. 229 ff., 287 ff.; *Hörnle* (wie Anm.1), S.152 ff., 328 f.; *dies.*, JZ 1999, 1084, 1086, 1087; *SK-Horn*, § 46 Rn.42を参照。

17 非難可能性のもとで、この能力ではなく、程度を高める力のある事実(例えば、不法な心情)を理解する場合にはじめて、これは異なってくる。それによって、もちろん、犯罪論で用いられる用語法(すなわち、非難可能性)が一見したところ維持されているにもかかわらず、概念上、刑罰根拠づけ責任とはいささか別のことが観念され、それにより、その性質上、異なったテーゼに近づくことになる。

あると考えられてきた一定の事実関係が、今後は、能力が減弱したわけではないが故に、刑罰軽減事由が不存在であるにすぎない事案であると性質決定することができるという意味において)¹⁸。もちろんまた、——まさに逆に——当該性質決定を維持することもでき、伝統的な性質決定を説得的に根拠づけえないのは、従来、言及されてきた事実関係が量刑上重要であることを根拠づけるために持ち出されてきた根拠、したがって、法的に正しい行為を行う能力があったにもかかわらず、誤った態度をとったという意味での責任概念が不十分であったことに関係するのではないかを問題にすることもできよう。従来用いられてきた責任概念の代わりに、その限りでは柔軟な別の責任概念を用いれば、伝統的な性質決定の根拠づけについての明らかな困難さは、場合によってはなくなるのであろうか。

III.

1. 実際に、刑法上の責任のさまざまな解釈を概観すると、すぐに別の概念理解に突き当たる。これは、量刑上重要な素材を把握し、ここで通常の性質決定のために、従来持ち出されてきた責任概念の基礎には当てはまりにくい根拠づけを与えるのに、明らかにによりよく適した概念理解である。とくに心情に方向づけられた責任概念および予防に方向づけられた責任概念は、これに関して、効率的であることは明らかである。

18 Erhard (wie Anm.13), S.290 ff., 299 ff. (しかし、彼は、結局、この構想を非難している S.302); Hörnle (wie Anm.1), S.159 ff., 164における、(過去に刑罰を賦課されたことについての) この方向への考察をも参照。

a) 刑法上の責任の本質が行為者の不法な心情にあるということは、犯罪論においても、繰り返し主張されてきた¹⁹。とくに故意行為および過失行為を異なった形態の有責な行為であると理解する場合には、そのような説明は当然である²⁰。しかし、(1人の人間を死なせている場合のように)不法が明らかに同じであるにもかかわらず、異なった心情メルクマールが、まったく異なった刑罰の結果に至るということは²¹、そのような理解と馴染むものである。それによらなければ、責任の領域における違いということでは、不法が本質的に同じ場合、責任刑法において、いったい何をもって、そのような違いを説明できるというのだろうか。しかし、責任の領域における(元々の)多様性の背後に、それもすでに法律上の刑の適用において、多様性すなわち不法な心情のさまざまな表れ方が存在するならば、それは、おそらく裁判官の量刑の枠内で問題となる責任の(元々の)相違の根拠でもある。しかし、そればかりではない。もし、量刑責任がこのような意味で理解されるのであれば、これにより、不法の表れ方を超えて、明らかにすべての重要なことがらを把握することができ、さらに、特定の事実関係を——元来——責任

19 例えば、Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67(1955), 1, 45 f.; Schmidhäuser, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 172 ff.; ders., Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, 6/16 ff.; ders., Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtmliche Tatgesinnung, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 485, 490 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 421 f. を参照。他行為可能性と並ぶその他の観点の意味において、Schönke/Schröder-Lenckner, vor § 13 ff. Rn. 119をも参照。

20 例えば、Schmidhäuser, Strafrecht AT, 6/25; Schönke/Schröder-Lenckner, vor §§ 13 ff. Rn. 119を参照。

21 §§ 211, 212の法定刑のみを比較している。

を高めるもの(それ故に刑罰加重的である)と位置づけることを含めつつ、量刑論の伝統的な性質決定と両立できるような責任の理解もまた見いだされる。その根拠は、おそらくは、そのような責任の理解が長い間その背後にあったということによる²²。

不法な心情を把握する機能は、例えば、思慮のなさ、冷酷さ、意地の悪さの場合に当てはまるような、通常、さまざま形態の心情と特徴づけられる事実関係に限定されるばかりではない。行為者が追求した目的または犯罪行為のさまざまなきっかけ、行為遂行の特別な状況等もまた、最終的には、行為者の心情を特徴づける。行為に表れた、法益および法に対する態度は、行為者が非難されるべきまたは違法な目的を追求するために法秩序を無視したのか、それとも、了解しうる目的を追求したのか、あるいは行為者の行為は、ある特別な誘惑的状況において、単に一時的な拒絶として生じたのかに応じて、異なってくる。結局、正しい行為を行う能力を状況的に制限すると考えられるものの全段階づけが、当該状況で行為を行った者の、多かれ少なかれ法敵対的だと思われる心情へと形を変えうる²³。しかし、同種の前科の存否もまた、次の点で重要である。すなわち、(前の処罰という形で)行為者への警告が強力だったにもかかわらず、行為を繰り返して遂行したということは、このような警告も却下されたという理由から、行為者の法逸脱的態度を、——逸話にとどまることも多い——一度の逸脱の場合よりも、いっそう明白に、

22 特定の事情を責任加重的と性質決定することの、このような背景については、すでに *Frisch* (wie Anm. 6), ZStW 99 (1987), 384 f.; この展開への言及も含めて、詳細には、*Hörnle* (wie Anm. 1), S. 40 ff.; *dies.*, JZ 1999, 1085 f. を参照。

23 この関係については、前掲脚注11を参照。

表現力豊かに明らかにしたものである²⁴。一定の犯行後態度ですら、——判例が繰り返し記しているように——そこから、行為の時点での、法益または法に対する行為者の態度を推論することができるとき、そのように把握することができる²⁵。

しかし、責任の基礎としての不法な心情は、伝統的に量刑上重要だと考えられてきた、実にさまざまな事情を把握し、その重要性を説明するのに適切なだけではない。そのような心情は、他の行為を行う能力(または規範的な感銘可能性)において、純粋な責任要素を刑罰加重事由だと性質決定することを妨げる上限の限界づけを示すものでないのは明らかである。心情とは、比較的好きなように程度を付すことができ、——否定的な意味においても——程度を高めることができるものとしてイメージすることができる²⁶。これにより、不法な心情の程度に着目する責任の理解を基礎におく場合、責任にとって重要な量刑事実も(あるいはそれだけが)刑罰軽減事情であると共に刑罰加重事情であると性質決定することが、容易に可能となる。なるほど、そのような分類は、評価の出発点を前提とするが、それは、学説上の議論においても、法実務においても、た

24 常習犯人について、前掲脚注19に掲げた論者の中では、例えば、*Jescheck/Weigend*, *Strafrecht* AT, S. 892 f.: 「頑なな法敵対性」; *Schmidhäuser*, *Strafrecht* AT, 20/35: 当該累犯は、「(行為者が) 社会生活の基本的な要請を如何に真剣に受け取っていないかを示すものである。」

25 この意味で、すでに BGHSt 1, 105, 106 f.; より新しい判例の中では、例えば、BGH StV 1983, 102; NStZ 1985, 545. このような推論の経験的基礎がもつ問題性については、*Frisch* (wie Anm. 6), ZStW 99 (1987), 780 を参照。

26 この意味で明らかに、「不法な心情」に方向づけられた責任概念の主張者もまたそうである。例えば、*Gallas* (wie Anm. 19), ZStW 67 (1955), 45 f.; *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht* AT, S. 418 f., 426; *Schönke/Schröder-Lenckner*, vor §§ 13 ff. Rn. 119 を参照。

いては不明確なままである²⁷。その結果、この欠点は、一定の分類の合理性および説得力を損なう。これにより、上述の意味での分類が基本的に可能だということは、疑問視されることもない。一般に認められているように、特定の事実を一義的に刑罰加重的だと(例えば、とくに非難すべき目的の追求)または刑罰軽減的だと(例えば、同情または免責的な緊急から出た行為)性質決定することも同じく疑問とされるわけではない。

b) 他行為可能性に基づく責任の理解が、量刑の領域において直面する困難は、明らかに予防に方向づけられた責任の理解へと移行することによって、いっそう容易に払拭することができる。このような責任の理解は、まさにここ数十年の間に強力に形成されたものだが、それには長い伝統がある。そのような責任理解の元々の形成にとって、とくに問題となるのは、特別予防上、意味をもつ事実を同時に責任にとっても重要だと示すことであった²⁸。そのような努力の帰結が、例えば、性格論的な責任の理解、人格責任の理論、行状責任および実質的責任論であった²⁹。最近の予防に方向づけられた

27 評価の出発点の問題性については、とくに BGHSt 34, 345 ff. m. Anm. Bruns, NStZ 1987, 451および詳細には、Frisch, Über die „Bewertungsrichtung“ von Strafzumessungstatsachen, GA 1989, 338, 345 ff.; Erhard (wie Anm. 13), S. 291 ff.

28 このように、量刑責任を行為者の性格的または心情上の欠陥、したがって第1に特別予防的に重要な事実の機能として理解する意味で、Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, 1909, S. 8, 59 ff., 146 ff.; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 645, 650 ff.; Eb. Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 9, 21, 25 f.

29 これらの見解については、Achenbach (wie Anm. 2), S. 123 ff.; Bruns (wie Anm. 1), S. 540 ff.; Müller-Dietz (wie Anm. 4), S. 51 ff. (批判について S. 62 f.); さらに、Schönke/Schröder-Lenckner, vor §§ 13 ff. Rn. 105 f.を参照。

責任の説明は、これに対して、一般予防にいつそう重点をおいている。すなわち、紛争処理のために刑罰が必要な場合に、責任が存在するというのである。責任は、このような規範の安定化(一般予防上の)必要性が存在する限度で存在するという³⁰。責任の程度を決定するのに、一般予防の必要性を示し、またはこれを大きくまたは小さく見せるすべての事情が重要となる。

そのような責任の理解が、今日、(狭義の)量刑責任を決定すると考えられているすべての事実を難なく包摂することには、多言を要しない。責任は、規範確証の必要性の程度の単なる同義語として機能し、そのような責任概念は、責任刑を量定するために、我々の思考によれば、規範確証の必要性に影響を与えるすべての事柄を総動員する。そして、これには、規範に従う能力(したがって、このような責任の理解)といくらか関係がある事実、および行為者の不法な心情にいくらか関係がある事実、したがって、この責任の理解に相当する事実が属する。

少なからず明らかなのは、このような意味で理解される責任概念は、(元々の)責任の要因の枠内でも刑罰軽減事情および刑罰加重事情への通常分類と、調和するということである。完全に形成され、あるいは限定されているかどうかであり、それ故に刑罰軽減の余地だけがある能力の場合と異なって、規範確証が必要な場合、

30 例えば、*Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 9, 31 f.; *ders.*, Strafrecht AT, 17/18 ff.; *Streng* (wie Anm. 1), S. 637 ff., 656 ff.; 他の見解は、責任を予防目的から規定するわけではなく、その点で責任を補充する。例えば、*Roxin*, Strafrecht AT, § 19 Rn. 3 ff. を参照。LK-*Hirsch*, vor § 32 Rn. 182a – 182d; *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 15 ff. (批判について S. 21 ff., 29); *Schönke/Schröder-Lenckner*, vor §§ 13 ff. Rn. 117における、これについてのアプローチおよびそれらのそれぞれ異なった強調の仕方についての詳しい概観を参照。

あまり明確にはならない「通常事例」によって、規範確証の必要性の程度を(行為の相対的な了解可能性のために)減少させる事実を刑罰軽減事由として分類し、(とくに明白なまたは強い法の軽視を理由として)適切であると思わせる事実を刑罰加重事由としてもたらし、とくに明らかにまたは執拗に反応することが容易に考えうる。

要約すると、次のようになる。刑罰根拠づけ責任の伝統的理解を用いて、狭義の責任に認められる特定の事情がもつ量刑上の重要性およびある事実について責任を重くし刑罰を加重するものとしての性質決定を根拠づけようとする場合に生じる困難は、上述したような心情に方向づけられた責任の理解または予防に方向づけられた責任の理解を基礎にする場合には解消するということである。いずれにせよ、一般に認められた法実務上の帰結という側面の下では、そこから、量刑責任の他の包括的な概念が妥当であるというテーゼが正しいように見える。

2. しかし、その正しさには、なお疑念が残る。まず第1に、その疑念は、量刑責任の、そのような包括的な概念を、刑罰根拠づけ責任の伝統的な概念と結び付けようとする構想に関するものである。ある犯罪行為を評価する際に、量刑は、ある出来事を犯罪行為だと評価することとは別物(*Aliud*)であり、犯罪行為の根拠づけ〔犯罪論〕および量刑の際に、原則的に異なったことが問題となるのであれば、2つの異なった責任の理解をそのように結び付けるということは、理解しやすいだろう。この方向への示唆は、確かにたまに見受けられる³¹。しかし、それは、通説的な見解ではほとんどなく、説得的でもない。敬愛する被献呈者〔ミュラー＝ディーツ教授〕は、

31 このような区別の意味で、例えば、*Bruns, Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl. 1985, S. 145; *ders.*, *Neues Strafzumessungsrecht?*, 1988, S. 15 ff.; *Hörnle*, JZ 1999, 1087 (dort Anm. 81) におけるさらなる文献; 補足として、*Frisch* (wie Anm. 10), S. 1, 8 ff. をも参照。

すでに1967年にこれを指摘していた³²。責任に応じた刑罰を求めることは、それが（刑罰の重さへあてはめる前に）行為の程度と意味との把握を対象とする限りで、ある事象を犯罪行為だと性質決定することの延長以外の何ものでもない。特定の基準をもとにして、何を犯罪行為と特定しうるかは、目下のところ、それが如何にして犯罪行為として形成されるかという点から検討される。犯罪行為を重さに従って把握することについては、そもそもその事象を犯罪行為として性質決定するためのものと異なった基準が妥当するということはありえない。正しいのは、唯一、この基準は、他の問題設定と共に視野に入れられるということである。すなわち、その問題設定から、犯罪行為の諸要件について何が明らかになるかは、もはや関心事ではない。むしろ、具体的に判断されるべき事象が、この基準によれば、重い犯行となるのか、軽い犯行となるのかが問題である。なぜならば、この基準によって犯罪行為を特徴づけるものが、その事象の中でより強くあるいはあまり強くないものとして形成されるからである。その場合、これは、確かに、基本的カテゴリーに関して、外延的に、ある概念へと至る。犯罪の「成否」にとってよりも、「量」または「程度」にとって、重要な事情の方がより多く存在するからである。しかし、基礎的な（内包的な）概念決定は、だからといって何ら変わるところはない。

犯罪行為の「成否」と「程度」とを統一的な基準で測定することの必要性は、上述の通りであるが、——量刑責任の包括的概念が適切かつ必然的だと考える場合には——もちろん、量刑の枠内で適切

32 これについては、Müller-Dietz (wie Anm.4), S.46および同所に掲げられた文献；同じく、すでに Frisch (wie Anm.6), ZStW 99 (1987), 386; ders. (wie Anm.26), GA 1989, 355 f; ders. (wie Anm.10), S.1 ff; 補足として Hörnle, JZ 1999, 1087 f

だと尊重された基準を、同時に、刑罰根拠づけ責任のために援用するということによっても考慮される。責任概念についての議論状況を基準にして評価すれば、これは異常で突飛な歩みではない。今しがた概略した責任の択一的な理解は、まさにその主張者達によって、量刑のみならず、犯罪行為根拠づけの基礎にも置かれ、さらには、大抵の場合、この理解は、この〔犯罪論の〕領域で展開されてきたのであり、統一的な実体を強調しながら、量刑へと持ち込まれた³³。通説は、犯罪行為を根拠づける際に、正しい行為を行う能力があったにもかかわらず不法な決意を行ったことについて、責任を特徴づけるが、量刑の際に(狭義の)責任の枠内で、そのような概念理解を台無しにし、その性質決定をも過大評価する組み込みを行うのだが、通説からのみ、この帰結が引き出されるわけではない³⁴。

たとえ、通説が、この最後の点において、刑罰根拠づけの枠内で伝統的な責任概念に固執することに徹していないとしても、賛同に値する。なるほど、不法な心情または法からの逸脱は、まさに刑罰根拠づけの枠内では一定の役割を演じる(後述 IV.) 事柄の言い換えである。犯罪行為となる事象に対しては、通常、刑罰によって規範を確証する必要性がある一方で、これは(少なくとも、まったく特定の意味での³⁵) 犯罪行為を否定した場合には必要でないということもまた、正しい。しかし、このような一致が、上述の事実を刑

33 例えば、Schmidhäuser, in: Festschrift für Jescheck (wie Anm.19), S. 496 f. を参照。

34 今一度、前掲 II. および Hörnle (wie Anm.1), JZ 1999, 1086 ff. を参照。Hörnle は、それ故に、犯罪論の責任概念から明らかとなった知見へと、量刑責任の枠内で決定および評価を合わせることを要求する。

35 すなわち、犯罪行為の構造もまた基礎におく「純化された」基準にしたがって、規範確証を規定する場合、規範確証の必要性が欠けるという意味で!

罰根拠づけ責任の中核だと称することが正しいということは、なお長い間、裏づけられていなかった。その点で、むしろ——たとえ公式化された条件を受け入れるとしても——法に適った決意を行う能力があったにもかかわらず、法から逸脱したという実質は、通説によって、そして、ハインツ・ミュラー＝ディーツによっても³⁶基礎に置かれてきたが、これを放棄することはできない。なぜならば、このような要件の下でのみ、行為の刑法的非難および（犯罪行為を認めることによって、通常、示される）犯罪行為に対する反作用としての刑罰の賦課が正当化されるが³⁷、これに対して、このような（公式化されて承認されている）要件が欠ける場合には、正当化されないのである。「不法な心情」や予防の必要性を責任の中核として強調すれば、責任の中心的内容が覆い隠され、その代わりに、一部には他のレベルに属し、不明確であり、または単なる付随現象と特徴づけられるものを基礎にする虞がある。要約的に言えば、次のようになる。「不法な心情」は、なお後述するように、実際には、理想的に理解された不法の中心的部分である³⁸。それを責任の基礎と称することは、責任の本来の意味を歪めてしまい、処罰の正当化の前提という意味において、（一定の一般的な経験を援用する）我々の考えによれば、法に適った方向づけをすることによって、特

36 Müller-Dietz (wie Anm.4), S.63 ff. を参照。また、dens. (wie Anm.30), S.12 ff. をも参照。

37 これについては Frisch, Schwächen und berechnigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg(Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S.125, 138 f., 141; ders., Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgeseztgebung, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1992, S.201, 236 ff. を参照。

38 これについては、後述 IV を参照。

定の心情によって特徴づけられる行為を回避できた者だけが有責に行為するということを認めにくくする。しかし、責任を予防の必要性と同視すれば、ある特定の責任の基礎に方向づけられる、責任の存在、形態または欠如に関する我々のイメージを予防の必要性の領域で反映したものと責任を取り違えることになる。したがって、そのような見解は、責任と関連するに過ぎない併発現象に目を向けるものである³⁹——これは、概念的に不十分であるばかりでなく、上で述べた関連性を視野から外し、規範に適った決意を行う行為者の能力を考慮することなく導き出される予防の必要性が、犯罪行為の存否（あるいはその量刑上重要な重大性）を決定するとすれば、危険にもなりうるものである⁴⁰。

3. 上述の考慮から、次のような面白味のない中間的帰結が明らかとなる。すなわち、一方では、犯罪行為根拠づけの枠内で用いられる伝統的な責任概念は、一定の狭義の量刑責任にあてはめられる事実を説得的に把握し、特定の事実がもつ刑罰加重的な意味を根拠づけるのに不適切であるということである。他方では、〔刑罰根拠づけ責任と量刑責任との〕併存的な責任概念は、その限りでは給付能力があるように思われるが、現実には説得的な選択肢ではないということである。量刑の指導的な概念としての刑罰根拠づけ責任の伝統的な概念と端的に結び付けると、併存的な責任概念は、犯罪行為の根拠づけと、犯罪行為の程度と意味に方向づけられる量刑との統一性を損なわせる。しかし、規範に適った態度をとる行為者の能力に着目する伝統的な責任概念が、正当化に関連した理由から放棄できないという理由から、刑罰根拠づけと量刑にとって包括的な指導的

39 積極的一般予防の必要性について、より詳細には *Frisch* (wie Anm. 37), S. 125, 135 f. を参照。

40 これについては *Frisch* (wie Anm. 37), S. 136 f. を参照。

概念として、したがって、伝統的な刑罰根拠づけ責任の代替物として、それは、受け入れがたい。

もちろん、以上のような知見が、現実にはディレンマとなるのは、もっぱら、従来取り扱われてきた選択肢によって、考えうる調和の試みおよび説明の試みの範囲が使い尽くされている場合だけである。これすらも、疑わしいように思われる。従来、検討されてきた試みのすべては、責任レベルで展開されてきたものであったし、ここでは、責任概念を何かと結合させまたは変化させることにより進められようとしてきた。刑罰根拠づけ責任の伝統的概念が(狭義の)量刑責任を決定する際に行き当たる(または行き当たるように思われる)諸問題は、一定の量刑事実の誤った組み込みと、すなわち、ある特定の事実が、実際には別のカテゴリーつまり不法に属するにもかかわらず、責任に割り当てられるということと、いくらかでも関係しないのかという問題がほとんど検討されてこなかったのは驚くべきことである⁴¹。この問題を解明するのは、不法概念が上限に向かって開かれた、程度を高める力のある概念であり⁴²、特定の事実を刑罰加重的であると性質決定することをまさに可能にするという理由からすでに取り組むべき価値がある。

41 もちろん、(これについては)過去に刑罰が賦課されたことについて *Erhard* (wie Anm. 13), S. 260 ff. 並びに、最近では、*Hörnle* (wie Anm. 1), JZ 1999, 1089; *dies.* (wie Anm. 1), S. 265 ff. (動機、目的および意図について)を参照。

42 これについては、例えば、*Bruns* (wie Anm. 1), S. 394; *Hörnle* (wie Anm. 1), JZ 1999, 1084; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 234; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 262 ff.; *Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 499をも参照。

IV.

1. もちろん、このような不法への組み込みには、当面、犯罪行為の不法についての比較的固い理解が対立する。(まさに法益保護刑法の構想においては当然の)このような理解によれば、たいてい法益侵害または法益の危殆化もしくはそれにつながる行為が不法の中核であると考えられる⁴³。なるほど、刑法典の初期のころになお、まったく客観的に理解された不法概念には、時が経つにつれて主観的要素が取り入れられてきた。まず最初に、いわゆる主観的不法要素の形において、次に、故意を故意行為の不法の主観的側面として認め、故意がない場合に、行為者の注意義務違反を認めたことによってである。しかし、このような不法の人的相対化は、特定の場面にとどまっていた。それは、故意を取り入れたこと、もしくは過失犯のパラレルな機能概念、ならびに、例えば、それは不法状態の予期された終点を特徴づけるという理由で、法益侵害の類型をなお性格づけるものとして考慮される主観的要素⁴⁴という形に尽きる。不法概念は、これにより、——人とその者の法益関係的な決意および目的を取り入れたにもかかわらず——依然としていくらか客観的であり、人の決意によって引き起こされたまたは誤った態度に帰属可能な外界の(法)状態の変動であった。そ

43 多くを挙げる代わりに、例えば、*Jescheck/Weigend*, *Strafrecht AT*, S. 233 ff., 239 f., 425 f.; *Roxin*, *Strafrecht AT*, § 2 Rn. 2 ff., § 7 Rn. 6 f., § 14 Rn. 4, 13, § 19 Rn. 8 ff., 13 f. および同所で掲げられた文献を参照。量刑についてこのような不法の理解に積極的なものとして、*Hörnle* (wie Anm. 1), S. 195 ff., 270 ff. をも参照。

44 このような基本線の意味で、*Weigend*, *Strafrecht AT*, S. 318 f.; *Roxin*, *Strafrecht AT*, S. § 10 Rn. 71 ff.; *Schmidhäuser*, *Strafrecht AT*, S. 319; *Schönke/Schröder-Lenckner*, vor §§ 13 ff. Rn. 63, 122 および同所で掲げられた文献を参照。

のような不法の理解が、量刑上重要だと考えられる事実——これが我々の考察の出発点であり、〔犯罪論の責任とは〕異なった量刑責任の概念の考え方を生み出すものとなったものであるが——を統合することはほぼありえないということは、長い説明を要しない。前に概略した不法の理解によれば、——利益侵害、事象および行為者の行為の結果をめぐる行為者の認識が同じ場合には——行為者が初犯であれ、あるいは（行為がその他の点で一致している場合）当該犯罪の有罪判決後5度目の累犯であれ、不法は同じである。行為者が自らの行為を同情から行ったのか、（正当化には至らなくとも）緊急状態から行ったのか、それともまったく非難すべきまたは違法な目的を追求したのかも、その理解によれば、故意に行った法益侵害が同じであれば、不法には何ら影響しない。そのような不法の理解を基礎にすれば、このような事情には、むしろ不法以外のところで、すなわち、責任の枠内で初めて余地がある。もちろん、上述のように責任のところで却下されるものである。

2. この重要な指摘が正しいのか否かは、その前提の正しさ、すなわち、概略した不法概念の正しさ次第である。これは、刑法では⁴⁵激しく争われるべきである。概略した不法の理解が、非常に長い間、ほぼ異論のない形で維持しえたということは、犯罪論が看過しえないほどに内部で完結したがること、犯罪論以外では特定の概念形成の帰結を認めないこと、および、機能的で正当化に関わる、犯罪論の抽象性と刑罰理論上の基本構想との間の関連性について、犯罪論の概念の発展が不十分であることと関係がある。この欠陥は、この視野の狭さがな

45 このような客観的な不法の理解が、他の法領域では不適切であるか否かは、全く別の問題である。例えば、民法上の損害賠償法によれば、（現物給付または金銭給付により賠償されるべき）不法のどのような観念像がまさに適切なものが問題となる。

くなくて初めて明白に除去しうるものとなる。その場合、もちろんすぐに理解しうるように、不法を——故意であっても——客観的に考えられる法益侵害と決定するのは、国家刑罰のいくらか有意義な構想において、不法から決定的な側面を取り去ってしまうという理由から、正しいものではありえない。なぜならば、たとえ故意で非難可能であっても、客観的に考えられる法益侵害、したがって、そのように理解された非難可能な不法の後に、新たな法益侵害、今度は行為者に関する法益侵害を続かせることに、どのような意味があるというのだろうか⁴⁶。客観的に理解され、被害者その他の法益の担い手にもたらされた不法は、それによっては除去されず、決して変化することはない。そのような不法は、刑罰によってではなく、もっぱら和解と被害者援助、つまりとくに民法上の措置によってのみ、除去されうる。

もちろん、その限度であり脆弱ではない刑罰の予防目的に注意を喚起することによって、この異論をかわし、処罰によって、同種の行為が将来行われるのを防ぐことが重要だということに着目させるのは、当然である。しかし、これにより、刑罰の無意味さという非難は免れた。その代わり、今度は、他人への影響を目的とする構想の正当化という手ごわい問題が現れた。なぜならば、単に、他の者がその正しい態度のためにそれが必要だからという理由では、なぜ、ある者が権利への介入を甘受しなければならないのかは、いずれにせよ理解し得な

46 刑罰が、(侵害された) 具体的な対象物には何ら有益ではない(すなわち、それを保護するには刑罰の介入は遅すぎ、現実の侵害を回復するものではない) ことについては、例えば、*Welzel, Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. 1969, S.3を参照。

いからである⁴⁷。行為者が（故意にまたは非難すべきやり方で）法益の担い手に侵害を与え、そのような侵害を将来に渡って妨げたいということもまた、その限りでは、正当化にはならない。すでにそこから見て取れるのは、この一見したところ可能に思われる正当化の基礎が、外部の法状況が回復された場合には、直ちに根拠を失うことになるということである⁴⁸。

行為の（有責な）不法に対して、まさに刑罰による、このような対処が有意義で正当化しうると思わせる実質を見る場合にむしろ、行われた不法に刑罰を持って対処することが有意義で同時に正当化可能となる。このためには、次のことだけが考慮される。すなわち、行為の中にある法の動揺、ないし、法の妥当性を疑わせ規範を侵害する、法からの逸脱である⁴⁹。行為者は、（行為が非難可能である場合）法の

47 このことは、（しばしば論じられている。例えば、*Badura*, JZ 1964, 339 ff.; *Bruns* [wie Anm. 1], S. 207 f.）第三者の威嚇という（消極的）一般予防の構想のみならず、原則的に、まさに（好意的に賛同できる）積極的一般予防のモデルについてもまた妥当する（これについて詳細には、*Frisch* [wie Anm. 37], S. 125, 137 f. および同所に掲げられた文献を参照。

48 そして、（広い意味での）当該法益の担い手は、通常、それを要求する！

49 犯罪行為のこのような意味については、例えば、*Frisch*, *Straftat und Straftatsystem*, in: *Wolter/Freund* (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, S. 135, 145 ff.; *ders.*, *Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH*, in: *Canaris u. a.* (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, S. 269, 278 ff.; *Jakobs*, *Strafrecht AT*, I/19; *ders.*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 33 f.; *Köhler*, *Der Begriff der Strafe*, 1986, S. 47 ff.; *ders.*, *Strafrecht AT*, S. 48 ff., 580 f.; *Seelmann*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, S. 66 ff.; *E. A. Wolff*, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, ZStW 97 (1985), 786, 820 f.; *Zaczyk*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 161 ff. を参照。

妥当性侵害に答責的である。そこから、行為者は、刑罰を科されることによって、法の妥当性侵害を除去するため、さらにこの侵害を除去し、法状況を回復し、法を確証するために引き合いに出されるのである⁵⁰。筋の通った、有意義で、正当化可能なそのような構想に照らして、刑法上の不法の本質は何かが明らかとなる。それは、すなわち、法を動揺させること、否認することまたは軽視することである。このような事案およびその他のこれに類する事案⁵¹において、これらを放置すれば、これらは、だんだんと法の妥当性と承認を法から取り去ってしまう虞れがある。その際、問題とされる法とは、抽象的な法秩序だけを意味しているわけではないのは、もちろんである。犯罪行為によって動揺させられる法とは、犯罪行為によって侵害された、被害者との法関係または一般人との法関係を含む。不法は、まさにこの法関係を動揺させることである。

内容的にいえば、以上述べた不法と伝統的な理解による客観的不法概念との間には、明らかな横のつながりがある。これは、法の否認の中にある不法は、——その理念的な内容は別として——行われた行為と利益侵害の形で現実的な側面をもつという意味でのみ妥当するわけではない。明らかな横のつながりは、まさに量刑において関心の対象となる、不法の重さの問題についても存在する。いっそう客観的に理解される(程度を高めることのできる)不法の重さを決定する基準は、

50 これについて、より詳細には、*Frisch*, BGH-Festgabe (wie Anm.49), S.278 ff. を参照。このような刑罰構想の哲学的な根源と今日の主張者達については、同所に掲げられた文献を参照。刑罰を通じての回復の思想については、被献呈者の興味深い研究をも参照。*Müller-Dietz*, „Vom intellektuellen Verbrechenschaden“, GA 1983, 481 ff. をも参照。

51 当該手続の態様の場合、平等原則からこれが必要となるという！

ここで関心の対象である、行為の中に表れた、理念的な不法の重さも共に構成する。したがって、法の否認の程度は、例えば、故意犯において、決定的には、故意によって包摂された法益侵害の程度、多少なりとも危険な事象に向けた決意、または行為者だけが生じた結果について答責的であるのか、それとも被害者も共に答責的であるのか等に依存する。いっそう客観的な不法の理解を基礎にしても、量刑の重要な諸領域を推論できる理由は、重要な基準がこのように相対的に同一だという点にある。

もちろん、ここで関心の対象としている不法にとって重要な要素の範囲は、客観的に理解される不法を決定する事実で評価し尽くされているわけではない。法を動揺させた程度、法の妥当性に対して規範違反のもつ意味にとって、なお別の観点もまた、一定の役割を演じる。これらの観点とは、例えば、法の否認が持続的または強いものであるか、特定の規範および法の基本的な否認が部分的なものか全面的なものかということに関係する。これらの観点は、ここで概略した不法概念に、程度を高める力の諸側面を与え、それらは、冒頭のところで概略した事実がもつ刑罰加重効果を認め、説明するためにまさに意味がある。

3. 例を挙げてみよう。ある行為が、緊急状況または異常な誘惑的状況で行われたとき、その行為が意味するのは、すでにその意味連関によれば、法の否認がまったく限定的で、おそらくその場限りの契機にすぎないのであり、侵害された規範の妥当性は、どのみち侵害されていないということである。したがって、その行為は、規範の妥当性の動揺という側面では、行為者がささいなきっかけから法に違反した、（客観的な観点において）同様の行為よりもずっと小さな意味しかもたない。なぜならば、後者の行為は、軽視された規範の拘束力を重要な面でそして根本的に疑わせるからである。したがって、よく知られているように、ある事実が刑罰軽減的に、そしてある別の事実が刑罰

加重的に評価される⁵²ということの根拠づけは——そのような評価の出発点が多少定まっていらないということを度外視しても⁵³——、まさにこの点にある。非難されるべき目的の追求、非難されるべき心情から出た行為または違法な目的を実現するための規範違反が刑罰加重的に評価されるのは、以上のような背景でいっそう理解しうるものとなる。なぜならば、通常は規範遵守を容易にする事情(例えば、非難すべきまたは同様に違法だと評価される事実または目的を実現することがためられるといったように)が、行為者にその行為を思いとどまらせることができなかった場合、これは、規範をまったく特別に過小評価したということになる⁵⁴。

また、いずれにせよ累犯性が刑罰加重的に性質決定されるのも、そのような不法の理解に基づけば明白である。行為者が、一度ならずも、繰り返しまたは何度も、特定の規範に違反したとき、そのことで、そ

52 これについては例えば、*Bruns* (wie Anm. 1), S. 549 ff.; *LK-Gribbohm*, § 46 Rn. 75 ff.; *Schäfer* (wie Anm. 4), Rn. 246 ff., 249f., 251f.; *Schönke/Schröder-Stree*, § 46 Rn. 13 ff. を参照。

53 したがって、刑罰加重的にも刑罰軽減的にも評価し得ない「通常事例」であるもの。この点での判例の控えめさについて、およびこのような出発点の把握がもつ問題について、*Frisch* (wie Anm. 27), *passim*; *Neumann*, *Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts* („Punktstrafe“, „Spielraumtheorie“, „Normalfall“), in: *Festschrift für Spendel*, 1992, S. 435, 444 ff. を参照。

54 これに対して、非難すべきまたは違法な目的の追求という事情それ自体は、刑罰加重を根拠づけるのに不十分である。非難すべき目的の追求に存在する道徳観念の侵害は、刑罰を正当化せず(そして、根拠のある刑罰加重でもない)、同じく違法目的の追求もそれ自体が処罰には不適切である。これについては、すでに *Frisch* (wie Anm. 6), *ZStW* 99 (1987), 769 f. (wo freilich eine Weiterführung i. S. d. obigen Textes noch fehlt) を参照。

の行為が、もしかしたら一度きりのものであるから〔量刑事情としての〕表現力が弱く、軽率で、出来心のもので、あるいは誤った決意についてその間にとくに反省していると説明する一定の可能性が欠落する。繰り返され、とくに何度も記録に残されている違反は、少なくとも最後の行為を特定の状況における非常に明らかな法の否認だと考えさせる⁵⁵。つまり、その限りでは通常はあまり表現力の強くない初犯の行為よりは、法の妥当性を強く疑わせる⁵⁶。当該犯罪について過去に有罪判決を受けた累犯が問題となる場合、不法の領域における知見はいっそう重大である⁵⁷。この場合には、法の動揺の程度および規範に加えられた妥当性侵害にとって重要な、さらなる事実から、法の否認がとくに明白だということになる。行為者は、彼の行為を通じて、従来、もっぱら抽象的に知られていた法規範を——明白なやり方で——疑わせたばかりではない。むしろ、当該法規範が行為者に明白によく知らされ、組織化社会が行使しうる、法規範の拘束力が示されたのにもかかわらず、行為者は法に背いた。つまり、行為者自身として

55 もちろん、これは、伝統的には狭義の責任で処理される、特定のさらなる要件（例えば、規範の認識、法による感銘可能性）が満たされる限りで妥当する。しかし、これは、通常はあてはまらない。それが欠ける場合または特定の条件がもっぱら限定的に充足される場合、法に対する明らかな拒否から、場合によっては、無関心その他が明らかに裏づけられよう。補足として、なお、後述 V. をも参照。

56 これもまた、原則的な意味でのみ妥当する。個別事例では、特別な事情から、弁済が法に対する明らかな頑な拒否だとされることもありうる。

57 高められた不法という観点のもとで、これらの事実がもつ量刑上の重要性については、Köhler, Strafrecht AT, § 46, 364 f., 604, 612をも参照。さらに Jakobs, Strafrecht AT, 17/26並びに補足として、Frisch, BGH-Festgabe (wie Anm. 49), S. 291 f. ここで述べた事情が量刑上重要であることへの批判として、Erhard (wie Anm. 13), S. 259 ff., 302 f.; Hörnle (wie Anm. 1), S. 159 ff.

(当該の誤った態度のために) 法規範の射程と不可侵性とが具体的に明白となり、行為者に対して確証された法規範である。法秩序に対する行為者の否認の中でも、このような形態での行為者に対して明らかに確証された法の否認ほど、明らかかつ持続的なものは想像し得ない。

V.

1. もちろん、上述のように、一連の量刑事実を(理想的な形で理解された)不法へと組み込むのは、差し当たり、これらを責任の枠内で処理しようとする場合に生じる一定の困難さをなくすだけではない。この組み込みは、また次の理由からも学問的な体系化の努力を満足させるものである。つまり、それは同時に、上述のように、特定の事実を量刑上重要であると性質決定し、とくに刑罰加重的に仮の判断を形成することへと目を向けるからである。そのような事実が現実に行行為者に不利であり、刑罰加重に役立つか否か、そしてこれがどの程度までそうなのかは、むしろ決定的に、それ自体行為者に不利な事実に関して、行為者に責任非難がなしうるか否か、なしうるとすればどの程度かということに依存する。これは、まさに(事象の特別な残酷性または危険性といったような)客観的量刑事実について妥当する。それについては、判例が繰り返し肯定してきたところである⁵⁸。責任概念は、そこでは量が存在し、刑罰根拠づけ責任の概念に相応する。したがって、重要なのは、行為者が、(当初は)法の否認の特別な表現である犯罪行為またはその点で特別に行行為者に不利だと思われる事柄を回避することができたか否か、できたとすればどの程度かである。

このようにとくに責任に方向づけられる評価が必要なことは、ここに関心の対象とした事実に関して、それを(理想的に理解された)不

58 例えば, BGH bei *Mösl*, NStZ 1984, 494; BGH bei *Holtz*, MDR 1986, 96; 1987, 444; 1988, 98, 626; 1990, 676.

法に割り当てることによって初めて、正しく理解可能となるのだが、そのような評価の枠内で、当初の判断をまさに修正または訂正することになる。そこで考えられうるのは、例えば、犯罪行為が憎悪または復讐心から行われた場合のように、行為に表れた、それ自体は否定的な心情の発生は、行為に至った事情に鑑みて、一定限度、理解可能に思われ、または行為者にとって一定の人格の欠点のために、他の者にとってよりもいっそう犯罪行為が回避困難であったことである。また、行為者が、それ自体違法なまたは非難しうる目的を追求したということにも理由がある場合もあり、そこから、それ自体刑罰加重的な事実、そうでなければあるはずの重要性の一部を欠落させることができる。このようなつねになお必要な、それ自体行為者に不利な事実の評価には、責任の側面で、とくに累犯および過去の有罪判決(の軽視)の領域において、大きな意義がある。ここで、まさに考えられるように思われるのは、責任の領域において、法に従った方向づけを通じて犯罪行為を回避する能力として、習慣的な欠陥、慣れとなった誤った態度および弱さは、特定の法規範に対する、とくに明白なまたは執拗な否認に与えられる、行為者に不利なまたは刑罰加重的な効果と対置するものであり、これらは、刑罰加重効果を減弱させ、またはそれどころかまったく欠落させる⁵⁹。実際、もちろんそこにおいて初めて、(客観的不法の非難可能性というモデルにおけるように)特定の(比較的高度な)法の妥当性の侵害が行為者に限定的に非難されうるということが、問題となるわけではない。規範に対する否認を繰り返

59 誤った態度の習慣化もしくは阻止閾の減少を理由とする、行為時における正しい行為を行う能力(それとともに狭義の責任)の減少について、例えば、BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumsstände Nr. 8; BGH bei *Detter*, NStZ 1991 475, 477; *Köhler*, Strafrecht AT S. 46, 365, 612 f.; *Müller-Dietz*, Grundfragen (wie Anm. 30), S. 14; *SK-Horn*, § 46 Rn. 124, 127および *Frisch* (wie Anm. 27), 338, 359を参照。

したということが、行為の時点で規範に従う能力が減弱していたことの表現であり、その減弱した能力のために、継続的に明らかな場合、行為者自身は規範の遵守が困難であったという認識は、むしろすでに法の動揺に波及し、法の動揺はあまり重大でないように思わせる。しかし、不法と責任との共同というこの問題は、とくに責任の減少が理想的な不法概念へと明らかに遡及するものである⁶⁰が、ここではこれ以上立ち入らない。

本論文は、私がミュラー＝ディーツ氏に70歳の誕生日の心からのお祝いとして捧げるものだが、その帰結は、次のように要約することができよう。刑罰根拠づけ責任および量刑責任の基礎は、——繰り返し

60 このような推論の理由は、次の点にある。法の動揺は刑罰によって止揚されるべきであるが、伝統的に狭義の責任の中で扱われてきた（そして、その程度が法の動揺の量または大きさに影響する）能力が存在する場合にのみであるということである。すでに、*Frisch*, *Strafbarkeitsvoraussetzungen* (wie Anm.37), S.241 f. を参照。事実上、一致するのは、*Jakobs*, *Handlungsbegriff* (wie Anm.49), S.34 (「責任を前提とする」), 37 f., 43 f. 刑法上の不法を、伝統的に責任の枠内で取り扱われてきた諸要件に依存させることを回避しうるのは、客観的な意味での不法概念（したがって、例えば法益侵害）によって、決定的に準備され、共に根拠づけられるもの、すなわち、行為に表れた、法の動揺ではなく、刑法理論上は重要ではあるが、その限りで条件づけられた質とは独立して、刑法上の不法を特徴づけるものを示唆することを通じてのみである。もちろん、そのような試み(例えば、法に違反し、または、法益を侵害する、故意の態度として不法を定義すること)においては、再び、本来重要な事柄を取り扱わずに残すという危険が生じる。不法を、列挙可能な特定の要件の下における、法の動揺または法違反であると書き換えることは、このディレンマにおいて、おそらくより優れた解決であるように私には思われる。なぜならば、このような書き換えは、客観的な不法の定義によって、実際に重要な一定の側面を視野から外し、または他の関連で混乱を引き起こすという危険を回避するからである。

なされる主張とは異なって——同じものであり、つねに法による方向づけを通じて、犯罪行為を行わないという行為者の能力が問題となる。一方では、これはもちろん「成否」の問題であり、他方では、その量が問題となる。一見必要だと思われる、量刑の領域における責任の拡大は、刑罰根拠づけ責任と量刑責任の二元論か、あるいは刑罰根拠づけ責任の伝統的理解をすでに代替することへのきっかけを与えたものだが、短絡的で客観的に過ぎる不法概念に端を発するものである。(犯罪論と量刑の双方に妥当する) 不法概念を適切に決定すれば、すなわち、その限りで刑法にとって、行為に表れたさまざまな重要な法の否認が問題となるということを認めるならば、このような量刑の領域における責任の拡大は、不要なものとなる。

【解説】 本論は、ハインツ・ミュラー＝ディーツ教授の70歳の記念論文集『国家刑罰の基本問題 (Grundfragen staatlichen Strafrechts)』に掲載されたフライブルク大学ヴォルフガング・フリッシュ教授の論文である。原題は、Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung という。

一方では、犯罪論体系上、構成要件・違法性に次ぐ、第三のカテゴリーとしての責任と、他方では、「量刑の基礎となる(ドイツ刑法典第46条第1項)」責任またはわが国の刑法改正草案でいうところの、刑罰が「応じる」べき責任、すなわちいわゆる量刑責任との関係は、同一なのか、それとも異なったものであるのか、異なっているとすれば、各概念はそれぞれどのような内容をもつのか、という問題は、量刑論の根本問題に属し、さらには、犯罪論の責任を明確化することにもつながるものである。この点で、ドイツでも有力であり、また、日本でも支持者が多いと思われるのが、刑罰根拠づけ責任(犯罪論上の責任)と量刑責任とを分離する見解である。その代表的主張者は、クラウス・ロクシン教授である(これについては、例えば、ロクシン(中

空壽雅・訳)「刑法における責任、予防、答責性をめぐる最近の論争について」宮澤浩一・監訳『刑法における責任と予防』179頁以下所収)。その場合、両責任概念の意味内容および相違など、さまざまな問題もまた、付随してくる。本論文は、犯罪論と量刑とで、責任判断においても考慮される量刑事実が異なることは認めながらも、両責任概念の区別には否定的であり、その理由づけは、全く説得的であるように思われる。

また、さらにそこから、犯罪論と量刑論の双方を視野に入れつつ、不法および責任の本質論にまで、論証は展開されてゆき、これが、本論文の主張の重点となっている。詳細は、本文に委ねるが、フリッシュ教授が、ここで「理想的に理解され」たものではないとして、批判的に検討している不法概念、すなわち、「客観的な不法概念」として念頭においているのは、わが国の違法論で現在通説的地位にあるといってよい法益侵害説である。フリッシュ教授の問題提起は、まさにわが国においてこそ、真剣に受け取られる必要がある。

なお、本文中、〔 〕内は、訳者が付した訳注である。