

「機能主義的」犯罪体系について

— W・Frischの見解を中心として —

本 間 一 也

I はじめに

周知のように、わが国では1960年代後半に、法実証主義に基づく伝統的な犯罪論を批判し「刑法の機能的考察」を主張する「機能的刑法学」が平野により展開され¹、こうした立場は現在においても多くの学説の方法論的基礎を形成しているといつてよい²。しかし、「機能的刑法学」のその後の展開³では、とりわけ違法性論における「機能的考察」に基づく多大な理論的成果が達成されたものの、当初期待された「刑罰論の側から見た犯

1 平野『刑法の基礎』(1966年)93頁以下、同『刑法の機能的考察』(1984年)1頁以下等参照。

2 もっとも、松澤『機能主義刑法学の理論—デンマークの刑法学の思想—』(2001年)250頁は、「現在の我が国の刑法における機能主義には、実は大きく分けて二形態あると考えるのがよい。…裁判官への説得=価値判断にウエイトを置く機能主義と…判例重視=事実認識にウエイトを置く機能主義である。」と分析している。さらに、同「機能的解釈方法論再論」早稲田法学82巻3号(2007年)140頁参照。なお、松澤自身は、デンマーク刑法学の方法論をもとに、「事実認識のみで構想された」、「新しい機能主義的刑法解釈論」の展開を構想している。

3 この点に関しては、松澤・前掲書(註2)219頁以下参照。

罪論の再構成⁴は断片的なものに止まり⁵、刑罰の正当化根拠論、量刑論と整合する、いわば「機能的『犯罪体系』」が展開されるまでには至っていない。

その背景には、2つの事情が存在するように思われる。すなわち、第1に、平野の「機能的考察」が、伝統的な犯罪論の理論構成を「体系的思考」として排斥し、社会が提供する「問題（解決）的思考」を重視した⁶ことから、「刑罰法規の機能的解釈」、機能的観点からの「実質的犯罪概念」の構成に理論的関心の重点が置かれ、刑罰の正当化根拠論、量刑論と整合する「犯罪体系」の再構成に向けた学問的インパクトが弱かったように思われることである。第2に、わが国における従来の刑罰正当化根拠論が、いわゆる「相対的応報刑論」の曖昧な内容⁷で甘んじて、その理論的な深化が十分に行われてこなかったことから、こうした多様な観点を「寄せ集め

4 中山『現代刑法学の課題』（1970年）114頁は、「刑法の機能的考察は、伝統的刑法学の自己目的性と閉鎖的完結性のドグマを打ち破るという積極的な側面をもっている。それは犯罪学や刑事政策学の合目的的観点を固有の刑法学分野に貫徹してゆくことを意味し、具体的には犯罪論優位の構成ではなく、刑罰論の側から見た犯罪論の再構成を促進することになると思われる。」と分析していた。さらに、町野『犯罪論の展開Ⅰ』（1989年）10頁以下、前田『現代社会と実質的犯罪論』（1992年）3頁以下、183頁以下参照。

5 こうした方向からの理論的分析として、たとえば、所「抑止刑の科刑基準—犯罪論の抑止モデルとして—」平場ほか編『団藤重光博士古希祝賀論文集第二巻』（1984年）106頁以下などが存在する。

6 平野『刑法総論Ⅰ』（1972年）1頁、同・前掲書『刑法の機能的考察』（註1）2頁参照。

7 その内容には多様なものがあるが、中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）—日本とドイツにおける刑罰理論の展開—」立命館法学341号（2012年）254頁以下、同「刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）—日本とドイツにおける刑罰理論の展開—」立命館法学344号（2012年）180頁以下によれば、「相対的応報刑論」は、「併合説的見解」、「分配説的見解」に大別される。

た」刑罰論⁸は、どのような犯罪論ともそれなりに整合しやすく、とくに犯罪論との理論的整合性を明確な形で意識する必要性に乏しかったように思われることである。

しかしながら、「機能主義」という概念⁹と犯罪体系とは、少なくとも排斥し合うものではない¹⁰ことに加えて、刑罰の正当化根拠論に関しても新たな動向が存在する¹¹なか、現在の犯罪論が刑罰の正当化根拠論、量刑論と整合するかどうかを再検証し、上記のような意味での「機能的犯罪体系」の構築を試みる必要が十分あるように思われる¹²。

8 中村・前掲論文「刑罰の正当化根拠に関する一考察(4・完)」(註7) 198頁は、こうした理論を「『パッチワーク』的に刑罰理論を使うことを認める見解」とする。

9 この概念の意味内容の不明確性については後述するところである。

10 こうした方向から「規範体系的機能主義の犯罪論」、「目的合理的犯罪論体系」の必要性と重要性を主張する見解として、山中『犯罪論の機能と構造』(2010年) 11頁以下、33頁以下、37頁以下、同『刑法総論 [第3版]』(2015年) 126頁以下参照。

11 さしあたり、中村・前掲論文「刑罰の正当化根拠に関する一考察(4・完)」(註7) 165頁以下、同「刑罰目的論と刑罰正当化根拠論」現代法学28号(2015年) 175頁以下、松原「刑法と哲学—刑罰の正当化根拠をめぐって—」法と哲学1号(2015年) 57頁以下、飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(2016年) 21頁以下、59頁以下、87頁以下、高橋「刑罰論の現状と課題」刑事法ジャーナル54号(2017年) 4頁以下、同『刑法基礎理論の可能性』(2018年) 103頁以下、竹内「刑罰のコミュニケーション的機能について—表出的刑罰論は、第三の選択肢となり得るか—」伊東ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法増田豊先生古希祝賀論文集』(2018年) 261頁以下参照。

12 もっとも、井田『変革の時代における理論刑法学』(2007年) 87頁は、「犯罪論において、刑罰理論との関わりを強調することにより、従来知られていなかった新しい説得的な結論が得られると考えることは幻想にすぎないであろう。なぜなら、刑法学は、(それを意識的に行うにせよ、無意識的であるにせよ) ずっと以前から刑罰論から導かれる帰結との整合性を維持すべく理論構成を行ってきて現在に至っているのだからである。」としている。しかし、このような言明には十分な論証が欠けている。

本稿は、こうした作業を行う前提として、ドイツ刑法解釈学の最近の状況に着目しようとするものである。その理由は、周知のように、わが国とほぼ同時期である1970年代から始まったいわゆる「機能主義的」¹³犯罪体系を志向する立場が、現在のドイツ刑法解釈学における方法論的基盤を形成する大きな潮流の1つとなっていることに加えて、最近、刑罰正当化根拠論の新たな動向を踏まえた犯罪論の再構成が行われようとしているからである。もっとも、ドイツ刑法学においても「機能主義」という多義的な概念¹⁴の意味するところは明らかではないことに加えて、こうした思考方法を採用するものと位置づけられる立場にもニュアンスの差異が大きいものがある¹⁵。しかし、その共通項としては、ドイツ刑法学において、かつて一世を風靡したフィナリスムスの事物論理的思考、存在論的刑法解釈学¹⁶を否定し、犯罪体系・体系的カテゴリーを刑法上の目的設定、とりわけ刑罰論の刑事政策的基礎に合わせて理論的に構築するという特徴をもつ

13 「目的合理主義 [Zwecklational]」とも称される。vgl. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: dens. (Hrsg.), Grundlagen des modernenn Strafrechtssystems, 1984, S. 45ff. (本論文に関しては、松生「刑法上の体系思考に関する序論」中山ほか監訳『ベルント・シューネマン現代刑法体系の基本問題』〔1990年〕1頁以下、とくに50頁以下参照)

14 Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionismus, 2004, S. 13は、こうした概念の多義性と結びついた不確実性が内容上の不明瞭性を招いていると指摘している。なお、わが国においても、「機能主義」概念の意味内容については、一定のコンセンサスがみられない。この点に関しては、関『刑法解釈の研究』（2006年）209頁、244頁以下、松澤・前掲書（註2）6頁、同「機能的刑法解釈論の方法に関する一考察」刑法雑誌43巻3号（2004年）2頁参照。

15 こうした思考方法を多様な見解のモザイク像と形容するのは、Schneider, a.a.O. (Fn.14), S.19f.

16 この点に関しては、さしあたり井田『犯罪論の現在と目的的行爲論』（1995年）1頁以下参照。

ことが指摘されている¹⁷。

こうした立場のうち、その主流をなすのは、Jakobs、Roxin、Frisch（およびその学派の）見解であるとされており¹⁸、それぞれが異なる主張を行っていることから、「機能적犯罪体系」の意義、内容、問題点を明らかにするには各論者の見解に関する個別の分析が必要となる。しかし、本稿は、さしあたり、最近、この問題について再考し相次いで論稿を公にしているFrischの見解を中心に検討をすすめることにしたい¹⁹。

II Frischの見解の概要

1. 機能主義を採用する理由

Frischは、1980年代に、故意犯の処罰（国家による正当化される刑罰の使用）根拠という観点から故意概念の「機能적考察」を試みる²⁰ととも

17 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.I, Grundlagen · Der Verbrechenslehre, 4.Aufl., 2006, §7Rn.26ff. vgl.auch Schünemann, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, in: R · Schmitt-FS, 1992, S. 126.

18 Vgl. Schünemann, a.a.O. (Fn.13), S. 46ff., Roxin, a.a.O. (Fn.17), Rn.32. Fn.55; Schneider, a.a.O. (Fn.14), S. 70ff., 147ff., 229ff.

19 なお、RoxinとJakobsの見解に関する邦文概説として、川口=葛原（訳）「Claus Roxin · Günter Jakobsドイツ刑法学の過去・現在・未来」関西大学法学論集50巻1号（2000年）168頁以下、クラウス・ロクシン（佐藤訳）「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」刑法雑誌49巻2・3号（2010年）191頁以下、アルントウ・ジン（只木監訳・富川訳）「ドイツ刑法における犯罪論の現況について Zum aktuellen Stand der Verbrechenstheorie im deutschen Strafrecht」比較法雑誌49巻1号（2015年）77頁以下、フランシスコ・ムニョス・コンデ（飯島訳）「現代的なものと同敵刑法の狭間にある刑法改正」ノモス36号（2015年）1頁以下参照。

20 Frisch, Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, S. 31ff., 46ff., 55ff.

に、その結果に基づき伝統的な犯罪体系に変わる、国家による処罰の内容およびその正当化根拠という実質的で基本的な観点から犯罪行為像を構想する「機能的体系」の必要性を指摘していた²¹が、最近に至り、そうした犯罪体系の全貌を公表するに至っている。そこで、その具体的内容を明らかにし、検討を加えることにしたい。

Frischは、まず、こうした意味での「機能的犯罪体系」を構想する必要性の根拠を次の点に求めている。すなわち、犯罪と刑罰とが構成要件とその法律効果の関係にある以上、両者は相互に密接に関連しており²²、した

21 Frisch, aa.O. (Fn.20), S. 502ff. ここでは、とりわけ、①構成要件該当性、違法性、有責性という体系的カテゴリーと、「行為態様の当罰性および要罰性という可罰性の実質的な基本的カテゴリー」との関連性を明らかにすることが必要であること、②規範論に基づく「機能的体系」構築の必要性が指摘されていたが、こうした問題点も後記のように最近の論文において解決策が提示されている。

22 Frisch, Straftat und Strafsystem, in: Wolter/Feund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 141.; ders., Geglückte und fogenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar), in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 162. vgl. Günter, Strfrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, S. 164f. さらに、Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, S. 17.は、犯罪概念を刑罰目的に照らして構想されなければならないという見解は最近の刑法学の中心的な成果となっていると指摘している(本書に関しては、飯島・川口監訳「ミヒヤエル・パヴリック『市民の不法』(2)」関西大学法学論集63巻2号〔2013年〕243頁以下参照)。また、Pawlik, Strafrechtswissenschaft, in: Jakobs-FS, 2007, S. 477も、犯罪概念の構成は、刑罰の正当化の種類と方法に決定的に依存していることを指摘する。なお、松原『犯罪概念と可罰性』(1997年)364頁も「『犯罪』概念は、まず、『刑罰』という法律効果に対する法律要件として、刑罰を科すという目的において構築されなければならない。さらに…『刑罰』は…とくに犯罪予防の目的を担っているものと観念される。それゆえ、『犯罪』概念は、刑罰により達成されるべき目的、とくに予防目

がって犯罪論と刑罰論、さらに量刑論は、切り離して個別に考察されるべきではなく、全体的な体系の一部として理解されなければならない²³。

ところが、Frischによれば、犯罪行為の基本要素として、法益侵害・危害化を中核とする不法概念と、そうした不法の実現に対する非難可能性を内容とする責任概念を中心とする従来の犯罪概念・体系は、犯罪論およびそのカテゴリーを構想する際に、刑罰論および量刑論をフェイドアウトして、全体的な体系の中で考察してこなかったことから、従来の犯罪概念・体系には2つの大きな問題点が存在する。第1の問題点は、従来の犯罪概念・体系が、刑罰論に関して主流をなす見解と矛盾しているかまたは十分に一致していないということである²⁴。確かに、こうした犯罪概念・体系は、伝統的な応報刑論には対応する²⁵。他人の法益に対する回避可能な侵

的をも視野に入れたものでなければならない。このように、『犯罪』概念は、二重の意味で目的論的な契機を含んでいる」としている。さらに、飯島・前掲書(註11)23頁も「刑罰が犯罪に対する反作用としての制裁である限り、その刑罰の前提にある、つまり、反作用の根拠である犯罪との関係性を等閑視したまま刑罰制度の正当化を論じることは許されない」としている。

23 Frisch, *Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat*, in: Beulke-FS, 2015, S. 104.; ders., *Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*, in: GA 2015, S. 68f., 81.

24 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 104. 同様の指摘を行うものとして、vgl. Hörnle, *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, in: JZ 2006, S. 956 f.; Pawlik, a.a.O. (Fn.22), S. 17f. (飯島・川口・前掲監訳文〔註22〕243頁)

25 Frischによれば、20世紀末まで支配的であった伝統的な犯罪概念は、応報刑論を基礎としていた。不法で有責な法益侵害である有害な所為は、害悪としての刑罰を加えることを相当とするものであるだけでなく、(正義という根拠から)必要とするものでもあったのである。その意味で、刑罰論と犯罪論とが相互に関連づけられていたのである。Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 73f., 81.

害行為は、行為者が他者に対して加えた害悪であり、その害悪に対する応報として、行為者自らが害悪を甘受しなければならない。しかし、こうした意味での刑罰論は現在では支持を失っている²⁶。その結果、(法益侵害・不法・責任という)従来の犯罪概念・体系の要件は、その理由づけに空白部分が生じてしまったのである²⁷。

また、BGHの判例では、刑罰の任務を行為者の責任を埋め合わせる〔清算する〕ことに求めている²⁸が、こうした任務は、法益侵害を中心とする

26 ただし、最近でも応報刑論を支持する論者として、vgl. Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 262ff.; Walter, Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, in: ZIS 2011, S. 636ff. Frischによれば、犯罪行為者も含む個人々人を基本的な権利主体として承認し、国家の任務を擁護するために必要な限りでこうした権利への干渉が許されるとしている国家においては、伝統的な応報刑論は認められる余地はなく、すでに「死んだ」理論である。なぜなら、国民に対して苦痛を与えることを目的として実際に苦痛を与えることは国家の任務ではないからである。また、このことは正義を持ち出しても事情は変わらない。むしろ苦痛を与えることが他の正当化される理由から不可欠である場合にのみそうした刑罰の正当化が問題となる。Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 70. なお、このような意味での「応報刑論のルネサンス」(Schünemann, Apolien der Straftheorie in Philosophie und Litalatur, in: Lüderssen-FS, 2002, S. 327.; Pawlik, a.a.O. [Fn.22], S. 17. [飯島=川口・前掲監訳文〔註22〕244頁)とも言うべき、「規範的な応報刑論」がドイツでは有力に展開されており、後述するFrischの見解もこうした潮流に位置づけられる。かかる潮流に属する見解に関しては、中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察(2)―日本とドイツにおける刑罰理論の展開―」立命館法学342号(2012年)230頁以下、飯島・前掲書(註11)21頁以下、同「応報刑論のルネサンスの射程と課題」刑事法ジャーナル54号11頁以下参照。

27 Frisch, a.a.O. (Fn.23), S.74.

28 BGHSt 24, 132 (134); 50, 40 (49) など。Frischによれば、BGHはそもそも責任の埋め合わせが刑罰によってなし得るかについて明らかにしていないだけでなく、実際には犯罪の予防の手段としての責任の埋め合わせを問題にしているにもかかわらず、手段と目的の関係も曖昧である。vgl. Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 70f. なお、BGHの刑罰論に関しては、vgl. Frisch,

犯罪論の不法概念とは一致しない。なぜなら、行為者に加えられるその諸権利への国家による干渉としての刑罰は、回避可能な不法である現実の法益侵害を埋め合わせるには相応しくないものであり、こうした不法の埋め合わせには刑罰とは異なる措置（修復・和解・損害賠償等）が必要である²⁹。さらに、潜在的な行為者に対する警告と威嚇を与えるとともに、国民の法意識を持続的に強化することにより将来の犯罪を予防することを目的とした予防論も広く支持されている。Frischによれば、こうした積極的一般予防論³⁰も、従来の不法および責任概念と正しく整合しているとは言えない。なぜなら、刑罰の正当化のためには、第三者に一定の心理的効果をもたらすのに刑罰が必要であるというだけでは不十分であるだけでなく、第三者に心理的効果をもたらすために行為者を処罰する正当な根拠が当該犯罪行為に存在しなければならない³¹にもかかわらず、回避可能（非

Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs—Eine kritisch-konstruktive Würdigung—, in: Camaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 269ff. (本論文に関しては、岡上「ヴォルフガング・フリッシュ『連邦通常裁判所判例における刑罰構想、量刑事実および量刑基準—1つの批判的かつ建設的評価—』」法政理論34巻3号〔2002年〕49頁以下参照)

29 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 105,107f.; ders., aa.O. (Fn.23), S. 71.

30 Frisch自身は「積極的一般予防論」と明言してはいないものの、こうした理論の代表的な論者であるJakobsとRoxinの文献を引用している。なお、「積極的一般予防論」に関しては、中村・前掲論文「刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）」（註7）287頁以下、安田「一般予防論の現在と責任論の展望」法律時報88巻7号（2016年）8頁以下参照。

31 こうした観点から積極的一般予防論の問題点を指摘するものとして、vgl. Frisch, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positive Generalprävention. Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1996, S. 133 ff. (本論文に関しては、

難可能)な法益侵害という事情にはそうした根拠は見いだしがたいからである³²。また、特別予防論も、犯罪概念との理論的整合性を欠く点で妥当ではない³³。

次いでFrischによれば、従来の犯罪体系が抱える第2の問題点は、量刑実務との軋轢である。すなわち、従来の犯罪体系における不法および責任概念は、実務上量刑事情として重要とされている一連の諸事情(たとえば、犯行動機、目的、心情等)³⁴を十分にとらえることができていないのである³⁵。確かに、量刑において行為不法および結果不法の程度、たとえば法

田中ほか「積極的一般予防論の最近の動向(4)」比較法政研究23号〔2000年〕45頁以下参照)

32 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 105. Frischによれば, Kant (Die Metaphysik der Sitten. Der Streit der Fakultäten, in: Kellermann (Hrsg.), 1916, S.139) が指摘しているように、第三者のための目的を達成するために手段として行為者を利用することは、法的権利主体である人を物のように扱うことになり、そうしたことは、基本的自由および人権の主体としての尊厳を侵害することになる点で妥当性を欠く。Frisch., a.a.O. (Fn.23), S. 71f.; ders., a.a.O. (Fn.28), S. 277f., 305f.; ders., Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, in: GA 2009, S.387., ders., Vergeltung, Schuldausgleich des Rechts.—Zur Idee der Strafe, in: Koslowski (Hrsg.), Endangst und Erlösung. Rechtfertigung, Vergeltung, Erlösung, 2012, S. 67, 73, 78. なお、Kantのこうした見解の妥当性に関する考察として、高橋・前掲書(註11)190頁以下がある。

33 Frischによれば、いわゆる特別予防論も、行為者の所為により規範の妥当性が危殆化したにもかかわらず、当該行為者に予防の必要性がないという理由で刑罰を放棄することは受け入れがたいだけでなく、そもそも特別予防の存否は、従来の犯罪概念にとって重要性を欠く点で妥当ではない。Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 71. なお、城下「特別予防論の現在と責任論の展望」法律時報88巻7号(2016年)15頁以下参照。

34 こうした諸事情に関しては、vgl. Frisch, a.a.O. (Fn.28), S. 286ff.

35 Frisch, a.a.O. (Fn.28), S. 288ff.; ders., Beulke-FS (Fn.23), S. 106. vgl. dens., Über das Verhältnis von Strafsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung, in: GA 2014, S. 497f.

益侵害の強度、範囲を考慮することは可能であるし、同様に、(たとえば一定の緊急状態、情動等による)行為者の法益侵害回避能力の制限状態を考慮することも可能である。さらには、行為者の行為の正当化または免責には十分ではないものの不法または責任を減少させる諸事情を考慮することも可能である。しかし、こうした不法および責任概念では、実務上重要な量刑事情である犯行動機、目的、心情等をうまくとらえることができないのである³⁶。同様のことは、実務上重要な量刑事由となっている累犯性、(被害弁償、自首等の)犯行後の諸事情にも当てはまる。もとより、量刑論にも誤りがないわけではない³⁷ものの、犯罪体系論と刑罰論、さらには量刑論との相互関連性³⁸を考慮するならば、従来の犯罪体系論の再検討が必要である。

2. 「刑罰の使用を正当化する犯罪概念」

Frischは、以上のような理由から、犯罪概念自体が国家による刑罰の使

36 Frischによれば、こうした諸事情は、法益の危殆化の程度にとってはまったく重要性がない。確かに、こうした主観的諸事情は、それが行為者の回避能力を制限する原因となった諸事情である場合には、責任においてとらえられることになるが、行為者の回避能力は十分に存在したものの、行為者のとくに非難可能な目的設定や所為に現れた心情を考慮しなければならないような場合には、従来の犯罪体系における責任では把握できないのである。Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 106. vgl. dens., a.a.O. (Fn.35), S. 493ff.

37 こうした問題点を指摘する最近の文献としてvgl. Timm, Gessinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012, S. 143ff.

38 Vgl. Frisch, Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strazumessungsentscheidung, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Godtammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 1ff.; dens., a.a.O. (Fn.35), 492ff. なお、わが国においても、犯罪論と量刑論との連動の必要性を指摘するものとして、原田「量刑理論と量刑実務」龍岡ほか編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(2006年)285頁以下参照。

用を正当化する実体を内包していなければならないとして、こうした犯罪概念の構想を試みている³⁹。Frischによれば、刑罰の使用は、その正当化のための一定の要件⁴⁰を満たさなければならない。すなわち、刑罰は、許容し得る目的に資するものでなければならないし、刑罰を科すことが相応しくかつ必要であることに加えて、さらにその他の適正要件、とくに行為者の自律性と基本的な諸権利に照らして、目標達成に相当な手段でなければならないという要件を満たすことが必要（いわゆる「比例性原則」）である。したがって、犯罪行為の要件は、それに科せられる刑罰のこうした正当化要件を満たすようにその内容が規定されなければならない⁴¹。

そこでFrischは、こうした観点から刑罰の意義・目的について再検討に着手する。Frischによれば、確かに、刑罰が犯罪予防の手段として用いられる限り、許され得る目的を追求するものであり、適切で必要なものであると思われるかもしれない。しかし、行為者以外の第三者の心理に働きかけて犯罪を予防するという考え方では、その手段として行為者に刑罰を科すことがなぜ正当化されるのかという、Kantが予防論に加えた「人間を道具として扱うことになる」という上記の批判を回避できないという問

39 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 107ff., ders., a.a.O. (Fn.23), S. 81ff.; ders., Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem, in: GA 2017, S. 369f. (本論文は、井田ほか編『浅田和茂先生古希記念論文集 [上巻]』〔2016年〕25頁以下に掲載された同タイトルの論文〔戸浦（訳）「ヴォルフガング・フリッシュ『当罰性、要罰性、犯罪体系』』を修正したものであり、以下においては修正版を引用する。)

40 その詳細に関しては、vgl. Frisch, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip, in: NSTZ 2013, S. 249ff.

41 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 107. Frischによれば、犯罪概念と刑罰概念のどちらが主導権をにぎるべきなのかという問題（vgl. Pawlik, a.a.O. [Fn.22], S. 52ff. [飯島＝川口監訳「ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』(3) 関西大学法学論集63巻5号〔2014年〕231頁以下参照）ではなく、両者の適合性〔Kompatibilität〕の問題が重要である。

題がある⁴²。他の目的を達成するための単なる手段として利用されるとい
う問題点を回避し、他人の心理の安定化のために刑罰が用いられることが
許されるには、行為者の行った所為に特殊な意味合いが備わっていなけれ
ばならない。

ところが、Frischによれば、犯罪行為の実質ないし不法および責任を、
非難可能な（回避可能な）法益侵害または危殆化と記述することは、「刑
罰」法との脈絡では、まさに刑罰論と対応していないことから、不十分で
ある。こうした意味での犯罪行為は、別な次元のものとして理解されなけ
ればならない。すなわち、犯罪行為には、法⁴³の無視と同時に法の妥当性
の顕著な危殆化〔Infragestellung〕が示されているのであり、このことが、
刑罰の正当化にとって、本来決定的な観点なのである⁴⁴。Frischによれば、

42 Kantの刑罰論に関しては、中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察（3）
—日本とドイツにおける刑罰理論の展開—」立命館法学343号（2012年）
135頁以下参照。なお、このことは、いわゆる「積極的一般予防論」にも当
てはまる。この点に関しては、vgl. Hörnle/ von Hirsch, Positive Gene-
ralprävention und Tadel, in: GA 1995, S. 269.さらに、中村・前掲論文「刑
罰の正当化根拠に関する一考察（1）」（註7）288頁註145、中村・前掲論文
「刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）」（註7）188頁以下参照。しか
し、一定の目的達成のために、行為者個人に対して刑罰を使用することは
避けられないのであって、Kantの批判を貫徹することは困難であろう。こ
の点に関しては、vgl. Gössel, Grund-Folgeverhältnisse als Bausteine des
Srrafrechtssystems, in: Yamanaka-FS, 2017, S.410. なお、松原・前掲論文
（註11）76頁は、『人間の手段化』の禁止とは、害悪賦課の無目的性を要請
するものではなく、処罰対象者にとっての害悪の受認を納得できる理由の
存在を要請するものとして理解されるべき」としている。

43 Frischは、「法」、「法秩序」、「規範」を基本的に同義的に使用している。
なお、Frischが用いる「法」の意義については、後に明らかにする。

44 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 108. vgl. dens., aa.O. (Fn.28), S. 278f.; dens.
Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Zumessung, in:
Müller-Diez-FS, 2001, S. 253f.（本論文に関しては、岡上「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」法政理論35巻4号〔2003年〕342頁以下

このような意味での犯罪行為は、そのまま放置すると時間の経過とともに当該規範の侵蝕〔Erosion〕へと至る⁴⁵ことから、これを回避すると同時にこうした規範を補強する刑罰予告の本気度〔Ernst〕が確証されるために、国家は当該所為に反応し、予告したことを実行に移さなければならない⁴⁶。刑罰は、このような意味では、違反された規範の妥当性を危殆化(揺るが)した行為に対抗し、そうした行為を拒否し、このようにして規範の犯罪予防力を維持するために必要なのである⁴⁷。

参照); dens., a.a.O. (Fn.35), 495ff.; dens., a.a.O. (Fn.23), S. 67f. さらに、最近の同旨の見解として、vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13ff., 22f.; Pawlik, aa.O. (Fn.22), S. 55ff., 77ff. (飯島=川口・前掲監訳文〔註41〕235頁以下、262頁以下参照); Timm, aa.O. (Fn.37), S. 43ff., 55ff.

45 Vgl., Frisch, aa.O. (Fn.42), S.74.; dens., a.a.O. (Fn.23), S. 77.; dens., Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, in: NStZ 2016, S.18.

46 Frischによれば、刑罰により強化された法秩序の妥当性を無視した行為に対して国家が反応しないことは、刑罰予告と矛盾するだけでなく、当該規範の犯罪予防力を奪うことになり、当該保護法益も保護されないことになる。したがって、科刑は、違反された規範の妥当性(拘束力)を広く確証するために原理的に必要な反応なのである。Frisch, aa.O. (Fn.23), S. 77.; ders., a.a.O. (Fn.45), S.18. なお、Frischは、科刑目的と区別した刑罰予告の目的に関しても議論しているが、本稿では後者の問題には立ち入らない。この問題に関しては、vgl. Frisch, Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention, in: Schünemann-FS, 2014, S. 55ff., 63ff.

47 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 108. このことを若干敷衍すると、Frischによれば、刑罰は、国家的共同体の不可欠な制度を維持するために必要とされるのであり、当該行為者の将来の犯罪行為から国家を保護するためでも、また、潜在的行為者の犯罪を抑止するためのものではない。刑罰は、法ないし規範に関連して、その一定の状態、すなわちその妥当性と不可侵性を保障(法秩序を保護)するために必要とされるのであり、科刑を通じた刑罰予告の実現は、規範の妥当性および犯罪予防力の維持を確証するための手段なのである。Frisch, aa.O. (Fn.23), 72f., 82, 84. vgl. dens., a.a.O. (Fn.31), S. 140.; dens., a.a.O. (Fn.28), S. 278f.; dens., a.a.O. (Fn.39), S. 367. ただし、後

もつとも、刑罰の上記正当化要件を考慮する場合、刑罰予告および科刑は、第1に、より重要な法益の保護が前提となり、かかる法益を保護する規範の重大性を明らかにするために、刑罰という重大な権利干渉手段を使用することが相当であると思われる場合であることが必要であり、第2に、規範の妥当性を保障するのに必要かつ効果的なものでなければならない⁴⁸。さらに、Frischによれば、こうした意味で行為者に刑罰を科すことは必要であるだけでなく正当でもある。行為者に刑罰が科せられるのは、自律した人格としての行為者によって惹起された、法の妥当性に対する危害を回避するために必要かつ正当だからである⁴⁹。刑罰の使用は、第三者の心理に作用することが第一次的に問題となる目的のではなく、法の犯罪予防力の維持または回復が刑罰の重要な目的なのである。回復を要する状態を引き起こしたことの責任は、補正的正義の原則〔Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit〕により行為者に認められるのであり、その回避可能な所為が処罰されなければ規範の予防力の弱体化へと至ることになるのである⁵⁰。

このように、犯罪行為の効果としての刑罰を必要とし正当化するものは、行為者の所為に示された法の無視または危殆化ということになると、従来の犯罪体系のカテゴリーとの関係が問題となる。

従来の犯罪体系のカテゴリーは大きな変更を要するのであろうか。

記のように、Frischは、「法」を各人格の諸権利および自由の担い手として「相互に承認する関係」のネットワークとしてとらえたうえで、法ないし規範違反をこうした関係の破壊を意味するものとしており、抽象的・観念的な法ないし法秩序の保護に刑罰の機能を求めているわけではない。

48 Frisch, a.a.O. (Fn.23), 76, 82.

49 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 108. vgl. dens., a.a.O. (Fn.31), S. 142; dens., a.a.O. (Fn. 23), S. 77f; ders., a.a.O. (Fn.45), S.19.

50 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 108f. vgl. dens., a.a.O. (Fn.32), S. 74ff; dens., a.a.O. (Fn. 23), S. 77f.

3. 不法および責任概念の新たな機能

Frischによれば、従来の不法および責任概念が不要なものとなるわけではないものの、両概念、とりわけ責任概念は、従来とは異なった機能を果たすものとなる⁵¹。すなわち、新しい犯罪概念においても、犯罪構成要件の充足は必要であり、当該構成要件が前提としている行為規範の違反だけが、正当化事由の介在が認められないかぎり、刑法上重要な、法の無視または危殆化である⁵²。さらに、こうした規範違反（規範の妥当性の危殆化）が認められるには、行為者が同規範の内容を理解しそれに従うことができたものでなければならない⁵³。

これに対して、責任は二重の機能を果たすことになる。すなわち、責任は、法の妥当性の危殆化の不可欠な構成要素である⁵⁴。法からの逸脱は、法により導かれる能力を有しながらも法に反する意思決定を行った行為者の行為態様によるものであった場合に初めて認められるのである。こうした能力が欠けていた行為者の行為については、法の妥当性の無視または危殆化といえない⁵⁵。新しい犯罪概念の下では、責任⁵⁶は、さらに、かかる法

51 Vgl. Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 109; dens., aa.O. (Fn.23), S. 83.

52 Frisch, aa.O., (Fn.23), S. 78f, 82f.

53 したがって、精神疾患（あるいは、落ち度なく「禁止の錯誤」状態で行為した者）のように一行為時に正しいことを認識し、それに従って行為する能力が欠けていた場合、行為規範からの逸脱は、当該行為規範の妥当性を疑わしいものとしたとはみなすことができない。Frisch, aa.O. (Fn.23), S. 79; ders., aa.O. (Fn.42), S. 258. Fn.60.; ders., aa.O. (Fn. 39), S. 371f.

54 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 109. vgl. dens., aa.O. (Fn.42), S. 258.

55 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 109. Frischは、このような場合、「当該規範を否定する意思を表す活動という意味での犯罪行為が欠ける」としている。Frisch, aa.O. (Fn.23), S. 83. もっとも、後記のように、こうした主張は、犯罪体系上の問題点を生じさせる可能性がある。

56 Frischは、新しい犯罪概念のもとでは、責任は、「法を思慮し当該所為の実行を回避する力〔die Vermeidemacht der Tat mit Rücksicht auf das

の妥当性を危殆化させたことおよび法秩序に対して与えたその効果に対して、(答責的な)行為者の負担の下でこうした法の妥当性の無視に処罰を通じて対抗することを正当化する機能を果たすのである⁵⁷。

さらに、Frischによれば、新しい犯罪概念を前提とした場合、刑罰が不法と責任を基準とする理由も明瞭になる。すなわち、不法と責任は、法の無視および法の妥当性を危殆化した程度を測るバロメータとなる⁵⁸。たとえば、特に重要な法益を保護する基本的な規範の無視は、あまり重要ではない法益を保護する規範の無視よりも法秩序の妥当性をより強く危殆化する。規範の違反が意識的であったかどうかも法の無視の程度を決定するうえで一定の役割を演ずる。行為者の当該所為の実行回避力が状況の要素により制限されたのか、それとも行為者の個人的要素により制限されたのかということも重要である⁵⁹。確かに、従来の犯罪体系においてもこうした諸事情は考慮されてきたが、Frischによれば、新しい犯罪概念ではこうした諸事情の重要性に関する理由づけにおいて従来のものとは差異が出てくることになる。たとえば、従来の犯罪概念・犯罪体系においてはその重要性を基礎づけることができなかつた上記一定の心情要素等の重要性を基礎づけることが、後にあらためて論じるように、容易になる⁶⁰。もっとも、Frischによれば、たとえば、発生した結果とその程度のような一定の諸事情の重要性は、行為不法と結果不法が認められている従来の犯罪体系では容易に基礎づけることができるのに対して、新しい犯罪概念では、一定の

Recht)」という意味で理解されるとしている。Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 110.

57 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 110.

58 Frisch, aa.O. (Fn.35), S. 496.

59 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 110.; ders., aa.O. (Fn.35), S. 496.

60 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 110. Frischによれば、こうした諸事情は、法秩序(規範)の無視、規範の妥当性の危殆化・損害の程度を測る要素として考慮されることになる。vgl. dens., aa.O. (Fn.35), S. 501.

結果が発生した場合（そしてその程度に応じて）、当該所為がより重く評価されることの理由を基礎づけることが困難となるが、このことは新しい犯罪概念の正しさを否定する理由とはならない⁶¹。

4. 「機能主義的犯罪概念・体系」の特色

以上のように、こうした新しい犯罪概念は、第1に、刑罰論と密接に関連した形で「機能主義的犯罪体系」を展開できるという特色を持つことに加えて、第2の特色として、従来の犯罪概念およびその体系において位置づけることが困難であった一連の諸事情をスムーズに、しかも正しく位置づけることが可能となる⁶²。

たとえば、中止未遂の位置づけである。この場合、実行の着手により行為不法が存在したという事実を否定することはできないし、こうした不法を回避できたかぎりで責任も否定できないことから、従来の通説は、中止未遂を刑罰阻却事由〔Strafaufhebungsgrund〕という形式的なカテゴリーに位置づけることで甘んじている。学説の中には、責任概念を刑罰の機能という観点から理解する「機能的責任概念」のもとで中止未遂を一種の免責事由として位置づけようとするものもある⁶³。しかし、こうした責任概

61 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 111.; ders., aa.O. (Fn.23), S. 80. Frischは、当該規範により阻止しようとした結果が発生した場合には、侵害された規範の意義がとくに印象深く示されること、法的平和〔der Rechtsfrieden〕が揺るがされる程度は所為の結果の程度によることは自明であることを主たる根拠として、「結果は刑罰使用の正当化基盤を拡張するものである」としている。Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 516 ff. vgl. dens, aa.O. (Fn.35), S. 496, 500f.

62 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 111ff.; ders., aa.O. (Fn.23), S. 84.

63 Vgl. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1972, S. 36ff. (本書に関しては、齋藤「クラウス・ロクシン—刑事政策と刑法体系—」成蹊法学3号〔1972年〕135頁以下参照), dens., Strafrecht Allgemeiner Teil,

念自体が批判の対象となっており⁶⁴、中止未遂をこの概念のもとに位置づけることは、すでに従来とは異質の予防的観点に基づく内容が豊富に盛り込まれた概念をさらに複雑化するものであり、やはり中止未遂の位置づけに成功しているとは言いがたい。

そこでFrischは、新しい犯罪概念における中止未遂の位置づけを次のように基礎づけようとする。すなわち、新しい犯罪概念では、行為者が法を無視した場合のすべてが処罰に至るわけではなく、刑罰の上記正当化要件を満たすことが必要であることから、処罰が許されるのは、法の妥当力を維持するためにそれを危殆化した行為者の行為を拒否すること〔Zurückweisung〕が必要である場合だけであることになる⁶⁵。Frischによれば、中止未遂行為者の場合、当該規範の妥当性の危殆化を自ら撤回し、差し迫った結果の発生を阻止したのであり、そうした行為に刑罰を使用して明示的な拒否の態度を国家が示すことは不要となるのである⁶⁶。

Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, Rn.29ff zu §30.
なお、鈴木「中止犯の根拠論について」早稲田法学会雑誌66巻2号(2016年)288頁以下、曾「犯罪成立と制裁適合性評価(3) — 刑の免除を手がかりとして —」早稲田大学大学院法研論集157号(2016年)173頁以下参照。

64 Vgl. Frisch, a.a.O. (Fn.32), S. 130f., 135ff. なお、いわゆる「機能的責任概念」に対する批判を簡略にまとめたものとして、vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 48.Aufl., 2018, Rn.628.

65 Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 84.

66 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 112.; ders., a.a.O. (Fn.39), S. 375. Frischによれば、中止未遂において刑罰の使用を放棄することは、行為者に対して当該所為を中止し当該規範を有効なものとする動機づけを与える点でも妥当であるとしている。vgl. dens., a.a.O. (Fn.23), S. 85. これに対して、Schünemannは、Frischのような説明は循環論法であると批判するとともに、Frischの挙げている事例は、規範の妥当性という観点から説明することに何の優位性も認めることができないとしている。Schünemann, Sinn und Zweck der Strafe — ein unendliche Geschichte?, in: Yamanaka-FS, 2017, S. 508ff.

また、Frischによれば、一連の免責事由〔Entschuldigungsgründe〕についても新しい犯罪体系ではいっそう適切に位置づけることが可能となる。従来の犯罪体系では、責任無能力およびいわゆる「避けられない禁止の錯誤」に関わる責任阻却事由〔Schuldausschließungsgründe〕と、行為者の異常な動機づけ状態に鑑み当該所為の不法および責任内容が著しく減少し、当罰性の下限に達しなかったと判断されることから責任非難が放棄されるという意味での免責事由とが区別されてきた⁶⁷。しかし、Frischによれば、免責事由の問題も新しい犯罪概念と整合する形で次のように説明することができる。すなわち、こうした事案では、行為者による法の妥当性に対する危殆化は否定できないものの、例外的な状況におけるかかる危殆化行為に対して刑罰を放棄しても法の妥当性および犯罪予防力は本質的に弱体化するものではないのであり、したがって刑罰を使用する必要性が否定されるのである⁶⁸。

さらに、新しい犯罪概念では、量刑事情として従来とは全く異なる諸事情を問題にするわけではなく⁶⁹、むしろ従来の量刑実務において重要であるにもかかわらず、従来の犯罪概念・体系において考慮することができなかった諸事情、たとえば、すでに論じたような心情を初めとする一連の主

67 Vgl. Frisch, a.a.O. (Fn.44), S. 240.; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn.64), Rn.683 ff.

68 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 113.; ders., a.a.O. (Fn.32), S. 85.; ders., a.a.O. (Fn.39), S. 376. なお、Frischによれば、このことは一連の従来、「刑罰阻却事由」とされてきた事案にも妥当する。

69 Frischによれば、新しい犯罪概念に対応した量刑論においても、行為者の行為の危険性、強度、義務違反の程度、当該所為を回避して正しく意思決定する可能性に加えて、被害者に対する行為者の行為態様も当然考慮の対象となる。被害者を保護する規範の妥当性の危殆化の程度を決定するうえで、被害者に対する行為者の行為態様は中心的な観点となるからである。Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 80. vgl. dens., a.a.O. (Fn.28), S. 306.; dens., a.a.O. (Fn.43), S. 254ff.; dens., a.a.O. (Fn.35), S. 496, 499.; dens., Beulke-FS (Fn.23), S. 113f.

観的諸事情の他に、累犯性、(被害弁償、自首等の) 犯行後の諸事情等も考慮することができる⁷⁰ことから、犯罪論と量刑論との軋轢のない連動も達成することができるようになる。これが、「機能的犯罪概念・体系」の特色の3つめである。たとえば、累犯性に関しては、初犯行為者の場合よりも法の無視をより明瞭な形で示しているとともに法秩序に対して比較的深刻な(より大きな)ダメージを与えたと言えることができることから、より重い刑罰に値する⁷¹。さらに、犯行後の諸事情についても、次のように説明することが可能である⁷²。すなわち、刑罰は、行為者の所為に示された法およびその妥当性の無視に対する単なるリアクションではなく、当該所為と結びついた法の妥当性に対するダメージ自体を基準に使用されなければならない。こうしたダメージは、行為者自身による行為後の行いによっても変化し得るのである⁷³。

70 Frischによれば、新しい犯罪概念・犯罪体系のもとでは、従来のように、ある量刑事情が不法および責任の程度にとって重要かどうかという問題設定はもはや基本的なものではなく、むしろ行為者が違反した行為規範の妥当性に対する危殆化の程度という観点のもとで当該事情がいかなる重要性をもつのかという問題設定が決定的なものとなる。こうした問題設定の結果、従来の犯罪概念・犯罪体系と連動させることが困難であった諸事情も容易に考慮することができるようになる。vgl. Frisch, aa.O. (Fn.23), S. 80.

71 Frisch, aa.O. (Fn.35), S. 501f.; ders., aa.O. (Fn.28), S. 288ff.; aa.O. (Fn.43), S. 255f.; ders., Beulke-FS (Fn.23), S. 114.

72 Frisch, aa.O. (Fn.35), S. 502. なお、犯行後の行為者の行いが量刑において持つ意義に関しては、vgl. Murmann, Strafzumessung und Strafverfahren, im: Frisch-FS, 2013, S. 1145ff.; Dölling, Zur Bedeutung des Nachtatverhalten des Täters für die Zumessung, in: Frisch-FS, S. 1186ff.

73 Frischによれば、たとえば被害者と和解する等して当該規範の妥当性を承認する態度を示した場合には、規範の妥当性に対するダメージが減少するとしている。Frisch, aa.O. (Fn.35), S. 502. なお、同旨の見解として、Pawlik, aa.O. (Fn.22), S. 118f. (飯島・川口監訳「ミヒヤエル・パヴリック『市民の不法』(5)」関大法学64巻2号〔2014年〕243-244頁参照)

5. 機能的犯罪体系の展開

以上のように、Frischは、刑罰論および量刑論と密接に連動させた、「法の妥当性の危殆化」という新しい犯罪概念をもとに、機能的犯罪体系を展開するものである。こうした体系は、従来の犯罪体系のカテゴリー自体を否定するものではなく、その内容に機能的な観点から修正を加えようとするものである。すなわち、Frischは、比例性原則と責任主義を基礎とした⁷⁴当罰性〔Strafwürdigkeit〕⁷⁵および要罰性〔Strafbedürftigkeit〕⁷⁶という観点から犯罪体系の規範的・機能的再構成を試みる⁷⁷。

Frischによれば、法実証主義に基づく従来の犯罪体系は、法実証主義が隆盛であった頃の自然主義的、概念法学的痕跡をとどめている⁷⁸。たとえば、こうした痕跡は、すでに（結果犯の）構成要件解釈に現れていたものの、かかる犯罪体系上の問題状況は、いわゆる「結果の客観的帰属論」⁷⁹により規範的な次元からの処理がなされたことから一定程度改善したといつてよい。しかしながら、Frischによれば、このような体系では、「因果的に惹起された結果は、当該結果の阻止に向けられる正当化された行為

74 Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 368.

75 Frischによれば、当罰性とは、当該行為態様に対して刑罰を使用することが有益であり、処罰に値することである。Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 366.

76 Frischによれば、要罰性とは、刑罰を使用することが必要であることを意味するが、こうした要罰性は、それにより追求される目的を達成するうえで、または促進するうえで刑罰が適切であることを前提としている。換言すれば、要罰性とは、規範の妥当性を維持するうえで刑罰の使用が必要であるという意味になる。Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 367.; ders., An den Grenzen des Strafrecht, in: Stree/Wessels-FS, 1993, S. 77ff.

77 Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 376, 379.

78 Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 378f.

79 同理論に関するFrischの理論的評価に関しては、vgl. Frisch, Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: Roxin-FS, 2001, S. 213ff.

規範違反に基づくものでなければならない」という、規範論からは自明の要件⁸⁰を十分に考慮することができない⁸¹。したがって、構成要件という概念を今後も維持するにしても⁸²、(当該構成要件の前提となる)構成要件の結果の発生を阻止するために(正当化可能な)行為規範違反の有無という観点から考察を加えて、当該構成要件該当性の判断を「補充する」必要があり得るのである⁸³。

次いで、Frischによれば、不法概念は、従来のような法益侵害・危殆化を基礎とした「具象的不法概念」ではなく、法の妥当性の危殆化という「観念的不法概念」を基礎としなければならない⁸⁴。法とは、各人格を法的人格、すなわち諸権利および自由の担い手として「相互に承認する関係」のネットワークであり、個々人の諸権利および自由を直接的に相互承認するだけでなく、国家や法人もそうした相互承認の主体と考えることができ

80 Vgl. Frisch, a.a.O. (Fn.20), S. 59ff., 75ff., 118ff.; dens., a.a.O. (Fn.61), S. 71ff.; dens., Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, in: GA 2003, S. 733ff. (本論文に関しては、岡上(訳)「ヴォルフガング・フリッシュ『客観的帰属論をめぐる議論の現状とその問題性について』」比較法学39巻1号〔2005年〕161頁以下参照)

81 Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 379f.

82 Frischは、この問題についてはさしあたり検討を回避している。Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 379.Fn.67.

83 Frisch, a.a.O. (Fn.39), S. 377, 379f. ただし、「補充」の意味は明らかではなく、後記のように、「構成要件」と「行為規範」との関係に関する掘り下げた分析が必要である。

84 こうした比喩は、Frischが、意思に基づく具体的な運動から始まり一定の財の侵害で終わる事象として犯罪行為を理解する伝統的な犯罪概念を「具象的犯罪概念〔ein gegenständliches Straftatsbegriff〕」と称し、むしろ行為者の所為に法との関係で一定の意味内容、すなわち、刑罰論と連動して、法ないし規範の妥当性に対する危殆化を認める「観念的犯罪概念〔ein ideeles Straftatsbegriff〕」から出発すべきであると主張することに由来する。Frisch, a.a.O. (Fn.23), S. 65ff.

る⁸⁵。したがって、刑法上の不法とは、各種取締規則の単なる違反ではなく、加重された不法、すなわち、こうした相互承認関係の破壊、換言すれば、各人格の法的な諸権利および自由の相互承認の拒絶を意味する行為態様である⁸⁶。法はかかる法的人格の諸権利および自由の相互的承認を保障するために、一定の行為を禁止または命令することを内容とする（法的に正当化された）行為規範⁸⁷を手段としてその機能を果たすことから、不法とはこうした行為規範の妥当性に対する無視ないし危殆化を前提とすることになる。

次いで、Frischによれば、従来、「責任阻却事由」と「免責事由」という本来的に異なる概念を責任という同一のカテゴリーに位置づけてきたが、後者の類型に属するとされてきた事案に欠けているのは当罰性および要罰性であり、法秩序の妥当力を維持するのに一般的には無条件で必要とされる法の妥当性の危殆化なのである⁸⁸。このように、新しい犯罪概念に基づく体系では、免責事由、さらには刑罰阻却事由を軋轢なく位置づけることが可能である。

85 Frisch, Straftat und Strafsystem (Fn.22), 146. こうした考え方は、Wolff (Die Abgrenzung von Kriminalunrecht und anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strarechtsreform, 1987, S. 178ff, 182ff.) およびその学派の見解を基礎としている。vgl. Bloy, Symbolik im Strafrecht, in: Frisch-FS, 2013, S.71f. なお、Wolffらの見解に関しては、飯島・前掲書（註10）28頁以下、104頁以下、中村・前掲論文「刑罰の正当化根拠に関する一考察（2）」（註26）248頁以下参照。

86 Frisch, Straftat und Strafsystem (Fn.22), 146f.; ders., a.a.O. (Fn.44), S. 254; ders., a.a.O. (Fn.31), S.140.

87 Frisch, a.a.O. (Fn.61), S. 77f.

88 Frisch, Beulke-FS (Fn.23), S. 113, ; ders, a.a.O. (Fn.23), S. 85; ders., a.a.O. (Fn.39), S. 376.

Ⅲ Frischの見解の意義

以上が、Frischの「機能的犯罪体系」の概要であるが、以下において、いくつかの点について若干の検討を加えたい。

1. 機能主義

国家による処罰の内容およびその正当化根拠という実質的で基本的な観点から犯罪概念・体系の構築をめざす機能的犯罪体系構想自体は、上記のように、ドイツ刑法解釈学における方法論的基盤を形成する一大潮流となっているが、こうした流れに棹さず立場も存在する。たとえば、Walter⁸⁹によれば、犯罪論が寄与する問題は、犯罪を構成する要素は何かということであって、犯罪行為に刑罰を科す理由は何かということではない。Eisleも、機能的犯罪体系によって、従来の体系的カテゴリーに対して何か本質的なものが得られたのかは疑問であり、また、責任を予防目的から構成する上記「規範的責任」概念には大きな疑問がある⁹⁰。

こうした批判は、いずれもJakobsおよびRoxinの見解、とりわけ両者の主張する「規範的責任」概念に向けられたものである⁹¹。しかし、上記

89 Walter, in: LK, 12.Aufl., 2006, Bd.1, Vor §13 Rn.7, 172ff., ders., a.a.O. (Fn.26) S. 645f.

90 Eisle, in: Schönke/Schröder, StGB, 29.Aufl., 2014, Vorbem. §§13Rn.22, 117f.

91 同旨の批判として、vgl. Jescheck, Grundfragen der Dogmatik und der Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, in: ZStW 93 (1981), S. 25.; dens., in: LK, 11.Aufl., 11. Lieferung, 1993, Vor§13 Rn.23.; Haas, Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, 2002, S. 45ff.; Schneider, a.a.O. (Fn.14), S. 121ff., 294ff., 341ff.; Spindel, Zum Begriff des Verbrechen, in: Küpper-FS,

のように、Frisch自身もこうした責任概念を批判していることに加えて、犯罪論と刑罰論の分離を主張する上記Walterの見解および機能的犯罪体系の理論的「成果」に疑問を呈するEisleの見解には、いずれも具体的な論証が欠けており、説得力を有しない。

もっとも、犯罪論に刑罰論を密接に連動させようとする機能的犯罪体系に対して、刑罰論の現状を前提として刑罰の目的・機能に対する一定の懐疑心から、こうした考え方自体を批判する見解もある。たとえば、Stratenwerth⁹²によれば、そうした機能的な刑法解釈学が成立するためには、犯罪論と結合すべき刑罰目的論自体が強固で明確な理論的基盤に支えられていることが必要であるにもかかわらず、現実の刑罰目的論は、その内容について争いがあるだけでなく、刑罰による犯罪予防効果に関して、経験的知識に基づいて実証されていない仮説を基礎としているに過ぎないという欠陥をもつ。したがって、こうした刑罰目的論から刑法解釈学の個別問題を帰納的に解決しようとすることは、まさに「宙に浮いた議論」に他ならない⁹³。

しかしながら、現在の刑罰目的論の理論状況は、Stratenwerthが批判的見解を示した当時の刑罰目的論の状況とは異なることは格別、刑罰目的論が経験的知識に基づく論証を必要とするという前提に基づく

2007, S. 605.

92 Stratenwerth, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995 (= Aebersold u.a. [Hrsg.], Günter Stratenwerth, Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrecht, 2017, S. 240f., 248ff.)

93 Stratenwerth, aa.O. (Fn.92), S. 249ff. なお、本論文に関しては、真鍋（訳）「シュトラーターテンヴェルト『刑罰目的の理論は何を為すのか』」佐賀大学教養部研究紀要29巻（1996年）49頁以下、同「機能的刑法観の後退と挫折—ドイツ刑法学における刑罰論の帰趨—」中山研一先生古希祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古希祝賀記念論文集第3巻刑法の理論』（1997年）47頁以下、中村・前掲論文「刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）」（註7）277頁以下参照。

Stratenwerthの批判は、後記のように、その前提自体が1つの仮説に過ぎず、適切ではないように思われる⁹⁴。

以上のように、機能的犯罪体系に対する上記批判は、いずれも説得力を有するものではない。むしろ、Frischが主張するような意味での上記機能的犯罪体系の構築は必要かつ有益な理論的成果をもたらすものであることは否定できないように思われる。

2. 刑罰論

次いで、Frischの刑罰論は、刑罰の目的を、行為者の所為に現れた規範違反による法状態（法的な諸権利自由等の重要な諸法益の相互承認関係）の破壊、すなわち、「事実上妥当している」⁹⁵法秩序に対する危殆化・動搖に対抗して、破壊された状態を回復し、法秩序の妥当性を確認すること、換言すれば、法秩序は、個々人の諸権利および自由を保障する信頼にたる

94 同様の観点から、機能的犯罪体系論者の前提とする刑罰論は、犯罪学的・経験主義的な基盤に基づく主張ではなく、規範的な考察に過ぎず、結局はその理由づけにおいて循環論法に陥ることになると指摘する見解として、vgl. Walter, aa.O. (Fn.89), Vor §13 Rn.7. なお、松原「刑法における違法性と責任」伊東ほか編・前掲書（註11）101頁も「刑罰の経験的な効果に関する検証可能性・批判可能性を原理的に奪う」ことになると批判する。しかし、「犯罪学的・経験主義的な基盤」、「刑罰の経験的な効果」ということがいかなる意味をもつものなのかは必ずしも明らかではないが、少なくとも刑罰の効果に関する確実な経験的知識が欠けていること、さらに、量刑においても確実な経験的基礎が欠けていることは、否定できないように思われる。この点に関しては、vgl. Frisch, *Difizite empirischen Wissen und ihre Bewältigung im Strafrecht*, in: Maiwald-FS, 2010, S. 246ff.

95 Frischによれば、「事実上妥当性を有している」とは、本質的な部分において維持された状態を意味し、こうした法秩序だけが、個々人の諸権利および自由を現実に保障しているのであり、市民の諸権利の行使および自由の信頼のおける基礎を形成している。Frisch, aa.O. (Fn.32), S. 74.

基礎として現に存在することの確証に求め⁹⁶、その使用を憲法上の原則(比例性原則)により正当化しようとするものである。Frischの刑罰論は、上記のように、Stratenwerthが批判の対象とした経験的実証を欠く従来の予防目的刑論を基礎としたものではなく、最近、ドイツ刑法学において有力に主張されている「自由を保障する法秩序の普遍的な規範の効力…の回復を念頭に置いた規範的応報刑論」⁹⁷の立場に位置づけられよう。

こうした「規範的応報刑論」にも上記のように多様な見解があり⁹⁸、Frischの見解との異同をここで詳述する余裕はないが、少なくともFrischの刑罰論は、従来の刑罰論の問題点を犯罪論との整合性さらには、法の意義・機能という観点から説得力のある形で論証しており、個々人の諸権利および自由の保障に刑罰の意義・機能を認めようとする点でも基本的に妥当であるように思われる。もっとも、「規範的応報刑論」において課題となるものの1つは、法・規範の妥当性の回復に要する量刑の基準である⁹⁹。Frischもこうした課題に取り組んでいる¹⁰⁰ものの、必ずしも十分とは言えない¹⁰¹ように思われる。法・規範の妥当性に対する損害自体は観念的なものであり、それ自体を量刑の直接的な基準とすることはできない¹⁰²。確か

96 Frischによれば、国家が法秩序の動揺行為にそのように対抗した場合にのみ市民から付託された保護任務を果たすことができる。Frisch, aa.O. (Fn.32), S. 75.

97 飯島・前掲書(註10)30頁。

98 その詳細に関しては、飯島・前掲書(註10)26頁以下、42頁以下、103頁以下参照。

99 飯島・前掲書(註10)42頁以下、同・前掲論文(註26)18頁参照。

100 Vgl. Frisch, aa.O. (Fn.28), S. 280ff.; dens., aa.O. (Fn.43), S. 254ff.; dens., aa.O. (Fn. 31), S. 141ff.; dens., aa.O. (Fn.23), S. 79ff.; dens., aa.O. (Fn.39), S. 372ff.; dens., aa.O. (Fn.32), S. 75ff.

101 Frisch, aa.O. (Fn.39), S. 376.

102 Frischによれば、(特に重要な法益の侵害または危殆化を通じた)基本的規範の無視は、比較的重要性の低い規範からの逸脱と比較して法秩序の危殆化の度合いが強く、したがって刑罰による反応の度合いも強くな

に、上記のように、従来も考慮されてきた諸事情がこうした刑罰論においても「法の回復」に必要な刑量を検討する諸事情として考慮されることになる。しかし、従来の刑罰論においては直接的に考慮されなかった諸事情、たとえば、「法秩序の状態」¹⁰³、行為者と被害者との関係、行為者と法共同体との関係¹⁰⁴等の判断の基礎となる諸事情の広範かつ掘り下げた分析が必要であろう。しかし、こうした問題点は、Frischの刑罰論自体の説得力を弱める効果をもたらす程に重要なものではないように思われる。

3. 犯罪概念および犯罪体系

Frischの見解の理論的意義は、以上のような規範的応報刑論を基礎とした刑罰論だけでなく量刑論とも密接に連動した犯罪概念および犯罪体系の構築を志向する点にある。Frischは、その前提として、上記刑罰の意義・機能に対応して、法の妥当性の危殆化という観念的な犯罪概念を提示する。こうした犯罪概念¹⁰⁵は、確かに、機能的なものではあるが、文字通り抽象的・形式的であり、犯罪行為の社会的実在性〔die soziale Realität〕を無視する、いわば「血がかよわない」犯罪概念ではないかという疑問¹⁰⁶

るものの、こうした観念的損害は原則的に、一定の規範違反に対して一定の時間を越えて国家が反応しなかった場合に初めて顕在化するとしている。Frisch, aa.O. (Fn.32), S. 75 Fn.85., S.77.

103 Vgl. Frisch, aa.O. (Fn.28), S. 280f.

104 Vgl. Frisch, aa.O. (Fn.28), S. 281f.

105 Frisch自身が指摘しているように、こうした犯罪概念はまったく新しいものではなく、Hegelの考え方 (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, §§96, 99, 101. なお、長谷川訳『ヘーゲル法哲学講義』〔2000年〕641-642頁参照) に基づいている。こうした犯罪概念が新たな装いのもとに再登場した背景には、上記のような刑罰論の変化とそれに連動した犯罪概念の動向がある。vgl. Frisch, aa.O. (Fn.32), S. 68f., 74.

106 こうした理由から実在的次元を重視しない犯罪概念に批判的な見解として、vgl. Walther, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und

が生じ得よう。しかし、上記のように、Frischが提示する犯罪概念における不法は、犯された所為および法益の毀損という形での実面的側面を当然考慮して行うものであり、考慮されるべき諸事情の範囲は広がるものの、従来の犯罪概念において量刑における重要な要素の1つである不法の程度・重さを決定する基準自体を基本的に変更するものでもない¹⁰⁷。

また、Frischは、観念的な犯罪概念を具体化するために、比例性原則と責任主義を基礎とした当罰性と要罰性という観点から規範的・機能的に再構成した犯罪体系を提示している。こうした犯罪体系は、従来の犯罪体系のカテゴリーを維持していることから、一見すると、従来の犯罪体系との相違点を見いだしがたいように思われるかもしれない。しかし、同一のカテゴリーであっても、上記のように、観念的犯罪概念の具体化に向けて、規範的・機能的に再構成されることから、刑罰論および量刑論とのスムーズな連動が実現できるようになったことにFrischの犯罪体系論の大きな意義が存在する。

もっとも、Frischの体系構想には、次のような問題点が存在するように思われる。すなわち、第1の問題点は、観念的犯罪概念を具体化するにあたり重要なキーワードとなる当罰性と要罰性の判断の基礎となる諸事情の

Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, 2000, S. 214ff. なお、Jakobsの犯罪論に対するものであるが、同様の方向からの批判として、vgl. Roxin, Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, in: GA 2011, S. 691. (本論文に関しては、佐藤 [訳]「クラウス・ロクシン『ドイツ理論刑法学の最近の状況について』」刑法雑誌49巻2=3号〔2010年〕191頁以下、211頁以下参照); Schönemann, Ein neues Bild des Strarechtssystems? Zugleich Rezension von Günter Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, in: ZSt W 126 (2014), S. 9f.; さらに、松原・前掲論文(註94)101頁も「犯罪と刑罰の事實的側面の意義を看過する」と批判する。

107 Frisch, aa.O. (Fn.44), S. 254f.

範囲および下位基準が必ずしも明確ではないことから、Frischの体系構想には観念的な犯罪概念の具体化が達成できないおそれがあることは否定できないという点である¹⁰⁸。

第2の問題点は、法（法秩序）・規範の妥当性の危殆化と構成要件該当性との相互関係に関わる。上記のように、Frischの見解には、「行為規範」と、それを「前提とする」刑罰法規の構成要件との相互関係について、必ずしも明確でないところがある。具体的には、行為規範は当該構成要件に含まれており、当該刑罰法規から一定の命令・禁止が解釈という手法を通じて導かれるものなのか、それとも行為規範は、構成要件から独立して「具体化される」ことになるのか、具体化されるとした場合、その方法と基準はどのようなものかという問題である¹⁰⁹。

第3の問題点は、不法と責任との相互関係に関わる。上記のように、

108 松原・前掲論文（註94）101頁は、Jakobs（学派）の見解を対象として、「すべての犯罪を規範の否認として平板化し、未遂犯と既遂犯の区別や危険犯と侵害犯の区別を失わせるのではないか」という疑問を呈している。しかし、こうした疑問は多分に感覚的なものであるように思われる点は別として、Frischの上記見解には直接的には妥当しない。なお、井田・前掲書（註12）88頁は、Hirschの見解（Kohlmann〔Hrsg.〕, *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, S. 82ff）に基づいて、「当罰性の考慮のためには、すでに刑事訴訟法上の諸制度が用意されている。当罰性の考慮を無制限に犯罪論に持ち込むことは、このような実体法と手続法の役割分担を無視することにもなり得よう。…犯罪論と刑罰理論とをダイレクトに結びつけようとすることは解決困難な問題をもたらすことになる」としている。しかし、こうした批判には具体的な論証が欠けている。

109 Frisch学派のFreundとRostalski（旧姓Timm）がこの問題について詳細な分析を行っている。Freund/Rostalski, *Normkonkretisierung und Mormbeefokung, Zu den Entstehungsbedingungen konkret-und adressatenspezifischer Ver-und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen*, in: GA 2018, S. 264ff. この問題は、別稿であらためて検討を予定している。

Frischは、責任概念を機能的に再構成し、責任能力は従来とは異なった機能を果たすものとしている。Frischによれば、責任能力がない者の所為には、行為規範違反性が認められるとしても、規範の妥当性を拒否するというシンボリックな(表現的)意味が否定されることになる¹¹⁰。しかし、そうなると、不法と責任との区別¹¹¹が曖昧・相対化し、「責任なき不法」の存在が否定されることになるのではなかろうか。Frisch自身は明言しない¹¹²ものの、現にFrisch学派に属するFreundとRostalskiは「責任のない人的行為不法は概念矛盾である」とまでのべている¹¹³。こうした結論が

110 Frisch, aa.O. (Fn.32), S. 79, 83.; ders., aa.O. (Fn.44), S. 258 Fn.60.

111 その学説史的分析に基づき両概念を区別する従来の論拠が曖昧であることを指摘するものとして、vgl. Pawlik, aa.O. (Fn.22), S. 259ff. (飯島=川口監訳「ミヒャエル・バヴリック『市民の不法』(11)」関西大学法学論集65巻6号〔2016年〕253頁以下参照); dens., Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, in: Otto-FS, 2007, S. 133ff. (本論文に関しては、振津「紹介ミヒャエル・バヴリック『最近一世代(30年)の最も重要なドグマティックな前進?』—刑法における不法と責任との間の区別についての論評」金沢法学52巻2号〔2010年〕159頁以下参照)さらに、不法と責任の区別をめぐる最近の議論の状況に関しては、vgl. Greco, Wieder die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, in: GA 2009, S. 636ff. (本論文に関しては、松原「外国文献紹介グレコ『不法と責任の区別を相対化する近時の見解に対する批判』」早稲田法学86巻2号〔2011年〕419頁以下参照)

112 もっとも、Frischは、「das verschuldete Unrecht」という表現で「責任なき不法」の否定を示唆しているし、後記のように、こうした概念を否定する論者の文献を引用している。Frisch, aa.O. (Fn.35), S. 489f, ders., Beulke-FS (Fn.23), S. 109, 111.

113 Freund/Rostalski, aa.O. (Fn.109), S. 267. なお、Jakobs学派に属するLeschも刑事不法は、責任を確認するための単なる「補助概念」ではなく、刑事責任それ自体に他ならないと主張している。Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinie einer funktionalen Revision, 1999, S. 205. vgl. Pawlik, aa.O. (Fn.22), S. 266f., 281f. (飯島=川口・前掲監訳〔註111〕)

Frisch自身の規範論からの論理的帰結といえるのか、また不法と責任の区別を否定することにより生ずる犯罪体系上の問題点については、ここで言及する余裕がなく、別稿であらためて検討することにした。

以上のように、Frischの見解には、上記の3つの問題点がある。しかし、こうした問題点もFrischの犯罪概念・犯罪体系構想の上記意義・重要性を大きく減殺するような効果をもつものではない。

IV おわりに

本稿が考察の対象としたFrischの「機能的犯罪体系」は、あくまで「機能的犯罪体系」の1つのモデルにすぎないし、上記のように、Frischのモデルをさらに掘り下げて分析するには、その基礎にある(行為)規範論を重点的に考察することが必要である。また、他のモデル、とりわけJakobs(学派)およびRoxin(学派)のモデルと比較検討しその異同を明らかにすることも不可欠である。ドイツはもとより、わが国においても、Jakobsモデルに対する一種の「アレルギー反応」が「機能主義」、「機能的犯罪体系」に関する懐疑の念を生んでいるように思われる。しかし、Frischのモデルは、「完成形」とは言えないものの、少なくとも「機能的犯罪体系」が、多くの有益な理論的成果をもたらし得るものであることは、以上の考察から十分に示されたといえよう¹¹⁴。

261-262頁、飯島＝川口監訳「ミヒャエル・バヴリック『市民の不法』(12)」関西大学法学論集66巻2号〔2016年〕176頁以下参照); dens., a.a.O. (Fn.111), S. 147ff. なお、ドイツ刑法学におけるこうした立場に対する批判的考察を行うものとして、松原・前掲論文(註94)95頁以下参照。

114 もっとも、本稿では、Frischの「機能的犯罪体系」モデルの内容の分析に重点を置いたことから、わが国の理論状況への影響という点についての考察は、規範論の分析とあわせて別稿であらためて行うことにしたい。

なお、Frisch学派に属するRostalskiが、近々「機能的犯罪体系」に関する新たなモデル¹¹⁵を公にする予定であることから、別稿において併せて検討することにした。

以上

115 Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normative-funktionalen Begriffs der Tat (Habilitationsschrift, im Erscheinen).