

〈資 料〉

オーストリア犯罪論（５）

金 子 正 昭

目 次

はじめに

第１章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

第１節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

第２節 基本的なシェーマ：故意作為犯の犯罪構成（以上25巻3・4合併号）

第２章 刑法上の行為概念

Ⅰ．規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

Ⅱ．刑法上の行為概念の機能

Ⅲ．行為概念の内容

第３章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

Ⅰ．犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

Ⅱ．公式と学説

Ⅲ．具体的な行為と結果の結びつき

（以上26巻1号）

第４章 故意—故意の概念、種類および過失との限界

Ⅰ．総 説

１．故意と過失—主観的観点下における人的態度

２．人的不法の柱石としての故意

３．客観的構成要件の主観的「映像」としての故意

Ⅱ．故意の概念とその種類—過失との限界

１．「認識」と「意欲」

２．強弱の程度（Intensitätsgrade）

３．故意の種類

Ⅲ．故意の基準点

１．客観的構成要件（所為像）の主観的映像としての故意

２．超過的内心的傾向としての故意

Ⅳ．特殊な問題

１．概括的故意（Dolus generalis）

２．条件付き行為意思（Bedingter Handlungswille）

３．択一的故意（Alternativer Vorsatz）

4. 特別な所為事情に関する故意

第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義および解釈論的整序

I. 基礎

1. 概念と限界
2. 許容性

II. 犯罪構成における意義とその他位

1. 二面性
2. 責任連関から切り離された帰結 (以上26巻2号)

第6章 違法性—内容と阻却の可能性（正当化事由）

I. 犯罪構成における意義とその地位

1. 概念の決定
2. 犯罪構成における二分類説と三分類説
3. 構成要件の阻却と正当化の違い

II. 違法性の阻却、正当化事由

1. 法秩序の統一原理 (Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)
2. 正当化事由の一般的な基礎
3. 個々の正当化事由
 - (1) 明定されている正当化事由
 - (2) 明定されていない正当化事由

III. 錯誤の可能性 (以上26巻3号)

第7章 責任非難—一般的な前提条件と特別な前提条件、阻却および免責

I. 概念、対象および意義

1. 責任主義 (Das Schuldprinzip)
2. 意思の自由の意義
3. 故意責任か過失責任か

II. 責任の個々の構成要素

1. いかなる要素が責任に属するか
2. 帰責能力=責任能力 (Zurechnungsfähigkeit = Schuldfähigkeit)
 - (1) 一般的な規定
 1. 11条による阻却
 2. 帰責能力は「限定」されるか
 3. 9条の禁止の錯誤との関係
 4. 「所為の時に (Zur zeit der Tat)」
 - (2) 未成年者と少年 (Unmündige und Jugendliche)
 - (3) 比較対照
 - (4) 原因において自由な行為 (Die actio libera in causa)
 1. 基本思想と法的構成
 2. 現象形式

3. 原因において自由な行為の未遂

(5) 酩酊の影響下での犯罪行為 (Straftaten unter Rauscheinfluß)

3. 不法の意識 (Unrechtsbewußtsein)

(1) 概念

(2) 種類と程度

(3) 関連対象

(4) 確認方法 (Feststellungsmodus)

(5) 錯誤の可能性 (Irrtumsmöglichkeiten)

(6) 故意説と責任説

4. 特別な責任のメルクマール

(1) 不法のメルクマールとの識別

(2) 種類 (Arten)

Ⅲ. 免責事由 (Entschuldigungsgründe)

1. 総説

(1) 識別基準 — 責任阻却事由と免責事由

(2) 共通性

(3) 客観的な前提条件と主観的な前提条件の意味

2. 個々の免責事由

(1) 明定されている免責事由 (Ausdrückliche gesetzliche Entschuldigungsgründe)

1. 10条 — 免責する緊急避難

2. 3条2項 — 正当防衛の程度を超えること

(2) 明定されていない免責事由

1. 義務の抵触は免責されるか

2. 指図又は命令による行為の場合はどうか

3. 規範に適合する態度の期待不可能性

4. 国家基本法14条およびヨーロッパ人権協定9条による信教の事由と良心に従って行動する自由

Ⅳ. 特別の問題 — 所為答責性の理論

(以上本号)

第8章 過失犯 (Fahrlässige Straftaten)

(以下次号)

第7章 責任非難 — 一般的な前提条件と特別な前提条件、阻却および免責

I. 概念、対象および意義

一定の態様が構成要件に該当し且違法なものと判断された場合、そこには所為に関する無価値判断が存する。それに対して、「責任」という表現で特徴づけられる犯罪構成上の第三の局面では、行為者に関する判断を行う。その場合、特定の人の構成要件に該当し且違法な態度すなわち彼が実現した不法は、刑法上の観点の下で、この人物に人的な非難を加えることができるかどうかを検討することになる。したがって、責任を確認することによって「行為者に関する無価値判断」が下されるのである（例えば、ノヴァコフスキー、ツイツプ、モース）。

刑法上の責任は、これを倫理的又は個別的責任から厳格に区別しなければならない。なる程社会倫理的責任概念は、刑法と主要な関連性を持っているが、刑法上の責任概念と一致するものではなく、それを正当化するだけである。

「責任非難の内面的理由は、人間は自由に、答責的、倫理的に自ら決定するものであり、それ故、法に従い、不法に反対し、自らの態度を法的な当為規範に従うよう適合させ法的に禁止されたものを避ける能力を有する結果、人間は倫理的に成熟していった、その限りにおいて自由に倫理的に自ら決定する性向は一時的に麻痺することなくあるいは継続するものであって破壊されるものではない、という点にある。」

1. 責任主義 (Das Schuldprinzip)

責任は、犯罪構成上、構成要件該当性や違法性と並んで同一のランクに位置する。何故なら、オーストリア刑法は責任主義によって構成されているからである。この原則は二つの観点を持っている。この原則は、一方で、（違法であるだけでなく）行為者の有責な態度が証明されたときに限って、刑罰は科される必要があるということを意味する。この観点は、4条で次のように規定され

ている。曰く「有責に行為した者だけを罰する」と。さらに、13条では、「数人が所為に関与したとき、そのうちの各人はその者の責任に従ってこれを罰するものとする」ということを明らかにする。責任主義の第二の観点は32条から明らかになる。この規定によれば、責任は「刑の量定の基礎」である。

(1) 責任主義の第一の基本的な機能は、各人を処罰するための前提条件としての責任に関係する(4条、13条)。

刑罰は責任を前提とするという原則は、西ドイツでは憲法上の地位を持っている。この原則は法治国家主義に基づき、ボン基本法1条1項(Art 1 Abs 1 BGG)に基づいている。オーストリアでは、なる程法治国家主義は憲法上ははっきりと保証されていないが、一般的には認められている(アダモヴィツヒ・フンク)。「責任なければ刑罰なし(nulla poena sine culpa)」という命題は、刑罰はすべて「犯罪行為の重さに関係しかつ行為者の責任(Verschulden)に関係」しなければならない、という「公平の観念(Idee der Gerechtigkeit)に方向づける」のである。

所為と責任の結びつきは、特に、次の二つの結論を導くのである。

① 責任主義によって、立法者は(純粋な)「結果刑法(Erfolgsstrafrecht)」に反対した。すなわち、刑罰は、人的答責性と全く無関係に違法な態様を理由としてのみ主張されるものではないと。

結果刑法の残骸は、まだ「不真正な」可罰性の客観的条件に存在する。ただし、このような条件を法律上保証することは、(刑法典の場合と同様に)可罰性を一定の事案の状況に限定するとによって刑事政策的な目標設定を実現しなければならないとき、責任主義に反するものと考えすることはできないのである。

② 責任は構成要件に該当する不法を前提とする。これによれば、責任は、例えば、行為者の(単なる)心情又は行為者のこれまでの行状(Lebensführung)に従って、具体的な所為から切り離されて決定されるものではなく、判断を下すべき所為に基づいて決定しなければならないことになる。個別行為責任(Einzeltatschuld)である。

ただし、個別行為責任に関する基本的な認識は、この概念において純粋な正

犯者に関連する要素をも顧慮することを排除するものではない。すなわち、事情によっては、行為者が具体的な行為状況のなかで法に反対する決意をなしたことで非難されるのではない。むしろ、責任非難の内容は、行為者の人格状態が法に忠実な普通人の人格状態から踏みはずれ、これに所為が基づいているということにある。

(2) 責任主義の第二の機能によれば、責任は量定主義 (Maßprinzip) 又は刑の量定の基礎 (Grundlage für die Strafbemessung) である (32条)。

① 責任の程度に対する価値基準は所為の不法内容である (ブルクスタラー、クンスト、ロイカウフ＝シュタイニンガー、パリン、ツィツプ、ノヴァコフスキー)。不法と責任のこの結びつきは、とりわけ32条3項で明らかになる。これによれば、例えば、「加害又は危険が大きければ大きいほど」および「行為者がその行為により違反した義務が大きければ大きいほど」、それだけ厳格に刑を量定するものとされている。

実現されている不法の非難可能性の分量 (Ausmaß) は、一方で「所為責任 (Tatschuld)」を明らかにし、他方で「行為者責任 (Täterschuld)」を明らかにする。

所為責任は、具体的な事案のなかで行為者が不法を決定したということに結びつく。この要素によれば、行為者が犯行に対して克服しなければならなかった内面的抵抗が大きければ大きいほど、責任はそれだけ大きくなると考えられる (モース)。所為責任に対する思想的な前提条件は、行為者は別の態度をとることができた、すなわち適法な態度をとることができたのにとらなかった、ということである。

所為責任だけが顧慮されたのであれば、犯罪行為を実行するための企図に対する抵抗力が行為者の意向とおりになったとはいえないので、根深い加害的習癖 (eine eingewurzelte schädliche Neigung) は減刑の対象となるかも知れない。しかし、この種の結論は、立法者の意向と一致しない。むしろ、現行法によれば、責任の構成要素は、行為者の人格状態が「平均的な人間」の人格状態から踏みはずれているという点にある。すなわち、「法は一定の人格を要求し

ている。これに達していない者は、彼がこれを理由に可罰的行為を実行したとき、これに責任ありとして非難せざるを得ないのである」と（ノヴァコフスキー）。責任のこの構成要素は、「行為者責任」又は「性格状態責任（Charakterzustandsschuld）」と呼ばれる（モース、ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、パリン、クンスト、フォレッガー＝セリーニ）。

行為者責任の意味は、特に、32条2項で明らかにされている。それによれば、責任の程度（die Höhe der Schuld）については、「法的に保護された価値に対して拒否するか又は無関心な行為者の態度に、どの程度所為を帰することができるか、また、法的に保護された価値を伴う人をも所為に出でさせ得るような外部的事情又は動機に、どの程度所為を帰することができるかを、顧慮するものとする。」行為者責任の意味は、33条2号の加重事由でまだはっきりする。そこで顧慮されるのは、行為者が、「同様の加害的習癖に基づく所為の故により」すでに一度有罪の言い渡しを受けたことがあるかどうかであり、さらに、34条2号の減輕事由で問題となるのは、行為者が「従来、秩序に適った行状を続けてきていて、所為がその者の平常の挙動と目立って矛盾する」ことである。この構成要素は、39条の累犯の際の刑の加重の場合に最も顕著になる。さらに、39条による刑の加重は、すでに処分的性格を持っており、23条の危険な累犯者のための施設への収容を解釈論的に基礎づけるためのはっきりしない中間段階（fließenden Übergang）を示している（モース）。

所為責任と行為者責任は、相互に責任判断を補充し合うのである。その場合、抵抗力が欠ける観点下では、行為者の人格構造が平均人の人格構造からの隔たりが広ければ広いほど、所為責任はそれだけ小さくなる、ということを顧慮しなければならない。しかし、その場合、行為者責任はこの減少に関して相対的に大きくなる（モース）。モースはこの相互依存性を次のように特徴づけている。曰く、「所為責任と行為者責任は、対向的に作用し合いながら、共同して磨きあげられた切り石を構成する二つの鋭い要石のような状態にある」と。

② 所為に現れる性格の欠点だけを考慮に入れるとき、すなわち行為者責任

の範囲が行われた不法を通じて限定されるとき、個別行為責任の観点下で行為者責任をも顧慮することに疑問の余地はない。それに対して、責任は「不法と並んで独立した上昇概念 (selbständiger Steigerungsbegriff)」である (モース)、という見解には疑問がある。なる程この見解は39条の累犯の際の刑の加重を保証する。しかし、刑の範囲をこのように引き上げることは個別行為責任と一致しない。むしろ、この規定の内容は、実現された不法を通じて取り除くことのできない範囲内で行状責任を顧慮することにある。その点で、そこには事前行為 (Vortaten) を「二重に利用すること (Doppelverwertung)」にある。何故かという、事前行為が確定力のある有罪の言い渡しを受け刑を終えたにもかかわらず、事前行為がもう一度刑の範囲の引き上げに関係することになるからである。行為者責任を強調することに対しては、ブルクスタラーもまた疑問を提起している。

③ このような解釈論的なすべての努力がなされているにもかかわらず、具体的な事案の中で責任の程度は一般にどの程度まで正確に確認されなければならないのか、争いがある (ホルン、ブルンス)。しかし、正確に確認し得る責任の分量を前提とするにせよ、その場合に、いかなる刑罰が確認された責任と正確に一致するのかを決定するだけである。その場合、あらゆる責任は正確に決定された刑の範囲に相当するのかどうか、あるいは、責任の内部でそれぞれの刑の程度が責任に相当する「射程範囲 (Spielraum)」だけが責任から明らかになるのかどうか、争いがある (ツイツプ、ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ロクシン、シェーンケ＝シュレーダー)。

2. 意思の自由の意義

責任を用いて行為者を非難することができるのは、行為者が自らの態様を通して法に反対の態度をとったということである。このような非難すなわち責任刑法は人間の自由意思を前提とするのか。この問題にどう答えるかは、自然法則的な意味での自由意思 (絶対的非決定論か相対的な非決定論 (absoluter oder relativer Indeterminismus)) を必要とするのか又は刑法的な意味での

自由意思で足りるのか、に関係するのである。

(1) 人間の発展は、人間自身が影響を及ぼすことのできない諸事情、例えば、彼の身体的な体質、彼の知的素質や社会的環境によってもまた形成されるのである。しかし、遺伝子と環境に左右されることによって人間の態様に及ぼすこの明白な影響は、それだけではまだ自由意思を否定することにはならない。むしろ、すでに人間が自らの身体的・精神的な状態に基づいて一般的に問題となる多くの態様の中から一態様を選択する可能性を有するとき、かかる影響を肯定することができる（いわゆる「相対的非決定論」、ロエーダー）。実際に、このような「基本的な」非決定論は人的非難可能性を正当なものとするのできたのである。何故かというと、特別な人間的な「拘束状態 (Zwangssituation)」は、いずれにせよ刑法の中で顧慮されるからである。例えば、緊急状態又は帰責無能力の領域で顧慮されるからである。

(2) しかし、自然科学の視座からすると、(基本的な) 自由意思の問題はまだ依然として未解決のままである。「行為者が所為の瞬間に別の態度をとることができたのかどうかは、経験的な世界では解明することができない」(ノヴァコフスキー)。したがって、決定論と非決定論という二つの相反する哲学的観点は、二つとも立証することのできない、ましてや否定することもできない観点として相対立するものである(ロエーダー、リットラー、ハップトマン)。同旨として、ベルテル、ロクシン、モース)。

(3) しかし、自然科学的にいずれも実証することができないという事実は、立法者が自由意思を規範的に受け取り、そこに責任刑法のための前提条件を認めようとするのを妨げるものではない。この可能性は、すでに存在 (Sein) と当為 (Sollen) の相違に基づいている。

① オーストリアでは、とりわけノヴァコフスキーは、実際に疑う余地なく存在しない出発点又は事情をも仮定したり (法律上の擬制、gesetzliche Fiktion)、あるいはその存在が知られていない出発点又は事情をも仮定すること (法律上の推定、gesetzliche Vermutung) は立法者の自由であると指摘しているのである。つまり、「立法者が刑法の分野に対して非決定論的な見解又

は決定論的な見解を基礎にし、個々の意思活動をいずれか一方の意味で解釈する場合、立法者はそれに基づいて法的推定を立てているのである」(同旨、モース)。ヤコプスは意思の自由を「規範的な構成物 (normative Konstruktion)」と呼び、ロクシンは、その場合、「存在命題 (Seinsaussage)」ではなくて、法的な規制原理 (rechtliches Regelungsprinzip)」が問題であると指摘する*)。法においてはこの規範的な視座だけが問題であるということは、すでにケルゼンがこれを次のように説明している。曰く、「人間は自由であるが故に、自らに帰されるのではなく、自らに帰されるが故に、人間は自由なのだ」と。

* 第2版では、「ヤコプスは、意思の自由を『規範的な構成物』と呼ぶ。ロクシンもまた、『規範的な受領の自由 (normative Freiheitsannahme)』を前提とする。すなわち、彼は混成的な経験的・規範的な所与性を責任に認めるのである。自己操縦の原則的能力や『規範的な態度表明の可能性 (normative Ansprechbarkeit)』は経験的に確認可能なものであるが、適法な態度への可能性は責任の対象としなければならない」と改訂されている。

現行法によれば、意思の自由の法律上の推定は、これを否定することができる。この推定は、まず第一に、行為者は法に忠実な態度をとることができたのではないかと想定されるもの以上のことをいっているわけではない。それによって、特殊な場合には、行為者は特別な所与性に基づき別の態度をとる状態になかった、という可能性を排除するものではない。かかる視座のもとで、責任刑法を基礎づけるために、(特殊な場合に否定できる) 人間は一般的に非決定論的なものである、という規範的な前提を顧慮することで足りると思われる。

② 人的非難可能性はもっぱら意思の自由のこのような規範的な仮定に基づいているということは、すでに責任刑法に対して正当化できる基礎と考えられる(例えば、イエシュック)。それに対して、ノヴァコフスキーは、この点に被告人を不利益にする許されざる推定を認める。しかし、このような推定の許容性を基礎づけるために、次のような先験的な経験的事実が指摘されている。

なる程意思の自由それ自体は自然科学的に証明することはできない。しかし、時には可罰的な行為を通じて利益となったり発散させたりする気持ちに駆られ

る、ということは証明することができる。けれども、たとえ「暴露」される危険が完全に排除されるとして、さらに大きな誘惑に耐えることに成功する場合が圧倒的である。ただし、「意識的に」負ける場合も多い。例えば、軽い詐欺（特に、自動販売機を濫用する範囲内の）の場合、しかも金融犯罪や経済犯罪あるいは政治的動機による犯罪の場合である。

この経験知識は、少なくとも固有の意欲や行動においては自由であるという主観的な感情を伝えてくれる。その感情には、固有の行動に対する人的答責性の次の感情が結びつくのである。世論調査によって裏付けられるのは、大部分の人間はこの点で同じような感情を持っているということである。なる程「われわれは決断する状況においては、実際にそうであると結論しないで、自由であると感ずる」事実を可能にする（ノヴァコフスキー）。しかし、このような結論は人的答責性を基礎づけるのに必要ではない。むしろ、人間は、「例外的な状況を除いて、自らの意思を支配することができるのであり、それ故に、責任に応じた刑罰を正当なものと感じる、すなわち所為に対する共同体の事物に即した反応と感じる」意識をもっているということだけで足りるのである（パリン）。何故かという、この意識に基づいて、行為者は、自分は法に従わないと決断したにもかかわらず、法に従うとの決断を下すことができたと信ずるからである。決定の自由のこの主観的な感情は、責任でもって人的非難を正当化するために、十分なる基礎となるのである（同旨、モース、パリン）。

ただし、以上を出発点とする場合、人間はだれしも決定の自由の（単なる）主観的な感情を自分だけで感じるができる、という困難性が存在する。それに対して、他人の感情を判断する場合、普遍化した経験だけを前提とすることができる（詳細は、モース）。それにもかかわらず、この出発点もまた責任主義を正当化するのに妥当する。すなわち、他人の側での同一の体験を主観的な心的体験からこのような普遍化した推論は、刑法ではよくあることである。例えば、行為概念の場合や故意の場合がそうである。

ただし、他人の感情に基づいた主観的な感情の推論は、立場が非常に類似しているところではじめて主張することができるのである。まさしくこのことを

理由として、人間が判断者の立場と十分に比較することができない立場に存する場合、意思の自由が感情へ移行することによって推察されることになる。例えば、一般的な経験知識によれば、「規範的な感性性 (normativeen Ansprechbarkeit)」を欠いている者の場合に、そのことはいえるのである (ロクシン)。以上の理由から、人的な非難可能性は、例えば、幼児の場合にはつねに問題とならず、また、精神病患者の場合には問題とならないのが普通である。

(4) しかし、刑法の前提としての意思の自由又は意思の自由の主観的な感情と責任主義との結合は、意思の自由自体が証明可能なものでもなく反論可能なものでもないということに関連して、予備的な理由付 (Hilfsbegründungen) に終わるものではない。むしろ、両者はすでに人間の尊厳 (Würde des Menschen) からも明らかになるのである。何故かというと、彼の行動に対する人的非難可能性を認めることは、それだけで「人として認知すること (Anerkennung als person)」を行為者に保障することである。そのことは、刑罰や処分を科す場合に等しく当てはまるのである。処分の場合もまた、彼の人格性が(再び)無制限に刑法上の答責性の対象とされたり、それによって特別な危険性もまた問題とならないとき、人間の尊厳は、例えば、処分の無効 (Aufhebung der Maßnahme) を要求することになる。以上の出発点に関してはじめて、純粋な処分権や行為者が「何らかの措置の単なる客体に」なるのではないかという危険もまた、防ぐことができるのである (シュトラーターテンウェルト)。

このような意思の自由を前提としてはじめて、行為者本人が「信用される」ということは、行刑 (Strafvollzug) においても現れるのである。主観的な意思の自由、答責性の原理及び人的非難可能性を前提とする刑法は、有罪判決を受けた者は自分の内面的態度を正しい方向に変えることができるものであり、また、すでにそのことを理由として遅くとも刑に服した後再び無条件に共同社会の構成員としての資格を備えた者として容認されるべき、有罪判決を受けた者にも当然に与えられなければならない。

(5) 要約すると、通説は実際に(自然科学的な意味での)意思の自由が存在することを責任非難の根拠としているのではなくて、ただ同一のものの規範

的な仮定を責任非難の根拠としている、ということである。したがって、刑法上の非難可能性には道徳的あるいは倫理的な非難可能性を認めるべきではない。

それ故に、有責の宣告 (Schuldausspruch)、すなわち裁判官による「人的非難」には有罪判決を受けた者の人格を過小評価すべきではなかった。カデチカは、(周知の通りどちらかといえば法律的というよりも世界観によって構成されている) 論文のなかで、「それ(刑罰)が科され執行される精神は復讐の精神ではなくて、厚情の精神、福音の精神、キリスト教的博愛の精神でなければならない」ということを要求した。そして、ハウプトマンは次のように呼びかけた。曰く、人間の意思の自由に関する不可知論 (Agnostizismus) は、裁判官を「高慢、道徳的な思い上がり又はさらに独善から…つねに防禦すべき」ではないかと。

3. 故意責任か過失責任か

刑法典は、なる程故意責任と過失責任を明確に区別していない。1968年改正刑法草案はその4条2項で予定していた区別、すなわち「有責に行為するということは故意によるか過失によるかのいずれかである」という区別は、法規に採用されるに至らなかった。それにもかかわらず、個々の刑罰規定における責任主義の具体的な構成はかかる区別を基礎としているのである。

通説のいうようにたとえ故意が主観的な構成要件の要素に限ると認められるにせよ、さらに過失の主観的な側面が構成要件に数えられるにせよ、故意責任と過失責任は区別しなければならないのである。何故かというと、不法の範囲と種類は主観的な実行方法によってはっきりと構成されるからである。しかし、不法は責任の関係対象であり、したがって構成要件の主観的な構成要素はこれをも内容的に具体化するのである。

故意責任と過失責任は、故意と過失の不法内容のようにプラスとマイナスの関係において相対するものではない。むしろ、故意責任は、過失責任と比べて異質のもの (ein aliud) である。ただし、故意になされた犯罪行為を理由とする責任非難は過失行為を理由とする責任非難より重いのが一般的である。

II. 責任の個々の構成要素

1. いかなる要素が責任に属するか

「責任」という犯罪メルクマールを肯定することによって行為者になされ得る責任非難は、多くの要素に基づいている。通説によればそれらの要素は故意責任や過失責任に対して、なる程広範囲なものであるが、しかしだからといって完全に一致するものではない。

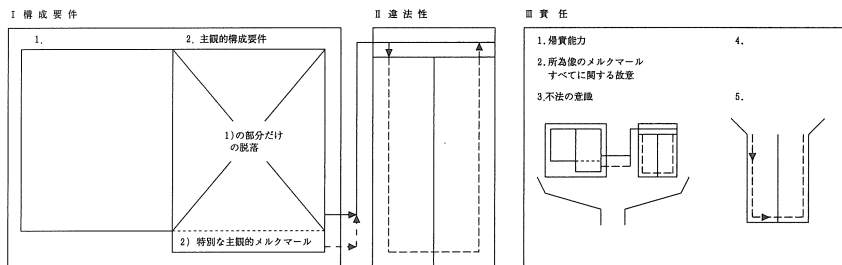
以前に有力であった「心理的責任概念 (psychologische Schuldberggriff)」は、責任をもっぱら心理的な事実関係 (故意又は過失) と見ていた。20世紀の初頭に至って、行為者の内心における事象を評価する「規範的責任概念 (normative Schuldberggriff)」が次第に主張されてきた。それによれば、(心理的な要素としての) 故意と過失は、まだ責任の部分的な観点を具体化するにすぎない。それと並んで、今日まず最初に免責事由の段階で用いられる帰責能力の生物学的な要素や期待可能性の規範的な要素と同一のランクに位置するのである (例えば、リットラー、ノヴァコフスキー、キーナツプフェル)。

その間に、人的不法論が登場するに至って、故意は責任から構成要件に移されたのである。それに対して、過失について、通説はこれまで犯罪構成上決定的な階層の変化を何も行っていなかったのである。むしろ、主観的な注意違反を独立した責任要素と考えるのが有力であった。ただし、これに関連して、ここで、過失の主観的な側面をも構成要件で検討する少数説が主張されている。

ここでは、特に、すべてを体系的に構成する際に顧慮すべきできる限り大きな統一性の原則およびこれと結びついた研究や実務に対する負担軽減という原則の利益のために、構成上故意犯と過失犯に対して一致する責任概念を提案することになる。この目標設定の内容は、次の通りである。

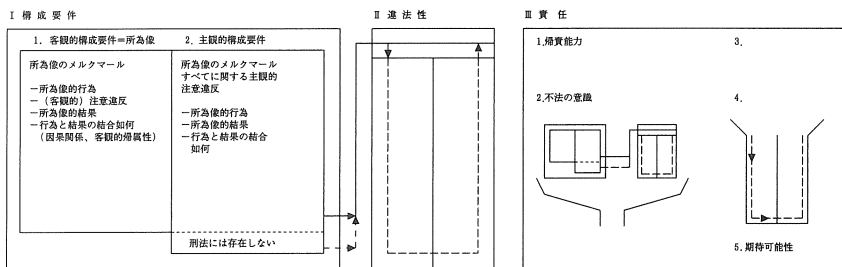
- 故意はすでに主観的構成要件で検討することになる (そして責任においてはじめて検討するものではない) ということ、
- 故意の「二重の地位」 (そして故意と結びついた行為故意と責任故意を分

2：因果的犯罪概念に基づく犯罪構成

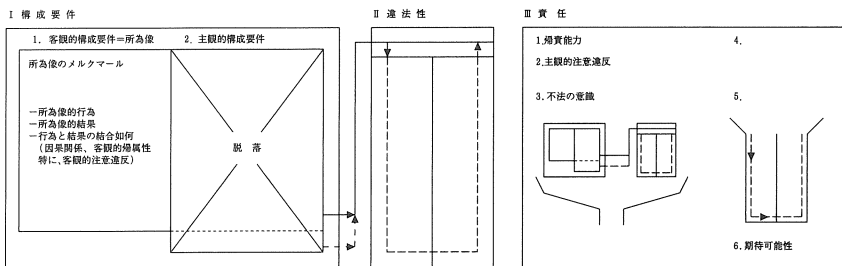


II. 過失犯における犯罪構成

1：ここで主張する少数説



2：支配説



2. 帰責能力 (Zurechnungsfähigkeit) (=責任能力 (Schuldfähigkeit))

刑法典によりあらゆる処罰の基礎として前提とされている帰責能力の基礎となっている承認は、人間の正常な生物学的・心理学的な発達過程と成長過程が満18歳に達しているということおよびこの過程を通じて生じた知的能力と情緒

的能力が後になっても障害とならないということである。したがって、成人に達した者の特定の態度が非難され得るかどうかを検討する場合、さしあたって前提となることは、まず第一に行為者は自らの知的能力に基づいて「自己の所為の不法を識別する」状態にあったということ（識別能力（Diskretionsfähigkeit））および、第二に、「この弁識に基づいて」行動することができたにもかかわらず行動しなかったということ（処分能力（Dispositionsfähigkeit））である。

立法者は「責任能力」という名称は誤解を招きやすいと考えた。それに対して、「帰責能力」という言葉は、この能力は「必ず特定の所為に関連して（はじめて）検討しなければならない」、ということを明らかにする。すなわちこの帰責能力を否認することは、必ずしも「責任無能力を一般に意味するものではない」のである。西ドイツにおいては、このような疑問はどうも存在しないようである。

（１）一般的な規定

帰責能力の前提条件は11条から推測することができる。11条によれば、「所為の当時、特定の障害の故をもって、自己の所為の不法を弁別し又はこの弁別に従って行為する能力がなかった者は、有責に行為したものではない」と。

ただし、この消極的な規定は、被疑者は全員反対の事柄が（疑いなく）証明されるまでは帰責能力あるものとみなされるということを意味するものではない。むしろ、職務上さらに検討を要するために、帰責能力に関する当然の懸念で足りる。ただし、その場合、「あらゆる犯罪に現れる法に忠実な平均人の標準的な態度と反対の行為には、…それだけではまだ十分とはいえない行為者の帰責能力に対する懸念の基礎」が示されているのである。だから被告人を無罪とするのは疑問である。

彼が所為を「帰責能力を排除する状態（11条）の影響下で行った」限りにおいて、罰されることにはならないから、彼は21条1項の一定の前提条件の下で精神的に異常な法侵害者のための施設に収容されることになる。けれども、この予防処分（vorbeugende Maßnahme）には人的非難は何も含んではない

のである。たとえ人的非難と必然的に自由剥奪にいう「苦痛を与えること (Übelszufugung)」が結びついているとしてもである。

1. 11条による阻却 (Ausschluß gemäß § 11)

11条には、帰責能力に対する前提条件が定められている。それによれば、法規に規定されている障害が自動的に帰責能力を阻却するものではない。むしろ、その障害は、具体的な事案においてその障害によって少なくとも所為の不法における弁別能力又は弁別に従って行為する能力が侵害されたときにはじめて、効果を発揮するのである(「混合的方法 (gemischte Methode)」又は「結合的方法 (kombinierende Methode)」; 例えば、ロイカウフ=シュタイニンガー、マウラッハ=ツイップ、ハルラー)。

以前、帰責能力を基礎づけるためのこの方法は、主として「生物学的・心理学的な方法」と呼ばれていた。何故なら、「生物学的」な異常が存在し、これが明示された「心理学的」な効果を持たなければならなかったからである。けれども、この対置は内容的に全克的確なものではない。すなわち、第一のグループは、その生物学的な原因が(まだ)詳細に知られていない精神的・心的な障害をも包括するのである。次に、障害が排除したのは弁別能力なのかこの弁別に従って行為する能力なのかを判断することは、行為者の精神に対する法的な評価を必要とする。したがって、帰責能力を決定するための「精神的・規範的な」方法を主張するのが正しいと考える(イエシュック、同旨として、ヤコプス、シュミットホイザー、ノル)。

(1) 帰責能力を判断する場合には、次のような障害を顧慮しなければならない。その障害とは、必ずしも厳格に切り離す必要はないが、その限界をめぐっては争いのある障害である。

① 「精神病 (Geisteskrankheit)」とは、精神的・心神的機能の病的な変更のすべてをいう。

これに含まれるのは、一方では、内因的精神異常 (die endogenen Psychosen) のような「真正な」精神病であり、例えば、精神分裂症や躁鬱病がこれである。しかもまた、精神病は、外因的精神異常 (例えば、脳が侵害されたことに

よる精神的外傷の精神異常、アルコール依存又は薬種依存による進行性麻痺、進行性精神異常、脳器質性の制約された人格構造〈痴呆〉)のような身体的病症の結果又はその付随的病症の場合もある。したがって、精神病は、身体的原因を持っていなければならないか、又は少なくとも現在の精神学の認識に従って要求されていなければならないもののいずれかである(詳細は、ハルラー、マウラッハ=ツィツブ)。

② 「精神薄弱 (Schwachsinn)」というメルクマールに属するのは、知能の欠如 (Intelligenzmängel) および白痴 (Idiotie) (人間形成能力のない、他人の援助や養育に完全に依頼するもの、言語能力習得がせいぜい断片的なもの)、愚鈍 (Imbezillität) (独立して生計を立てたり生業に従事したりする能力のないもの) や軽鈍 (Debilität) (特別な就労能力、臨時工的に活動したり限定された自立的行状の可能なもの) である。

この種の現象は、「疾患の概念に対する医学上の有力説が本質的なものと見る進行性 (Prozeßhafte)」を欠いている。この点で、この種の現象を精神病の概念に当てはめることはできない。

それ故にこそ (eo ipso)、精神薄弱の形式のどんなものでも帰責能力を排除するものではない。例えば、ある人が17歳の子供の知能段階で止まっているということの意味は、それによって彼の帰責能力は未成年者の帰責能力と同じように「自動的に」排除されるということではない。むしろ、この種の場合もまた、精神薄弱が行為者に所為の不法を弁別しこの弁別に従って行為するという二つの能力又はそのいずれか一つの能力を生ぜしめなかった、という程度の精神薄弱であるかどうかが決定的なものとなる。このことは、とりわけ軽鈍と正常との間の限界部分に当てはまる。

③ 11条の意味の意識障害 (Bewußtseinsstörung) が存在するのは、固有の存在や外界との関係に関する知的知識が侵害されるか消滅している場合である。自分の四囲で生ずるものを意識的に正しく捉えることのできない者は、有責に行為しているものではないという限度において、自己の弁別能力又は処分能力において侵害されているといえる場合である。このような障害は、行為者が

「自分をとりまく現実界を断片的にのみ理解し又は錯覚に基づいて判断を誤る」
ときにはじめて、深刻なものとなる（ベルテル、ロイカウフ＝シュタイニン
ガー）。

意識障害とは、病的なもの又は一時的なものともいえない。深刻な意識障害
という概念には、正常な心理学的障害すなわち激情的かつ精神作用に基づく意
識障害や病的な身体的意識障害が含まれる（睡眠不足、衰弱又は重大な疲労の
範囲内における意識障害。例えば、もうろう状態、癲癇性のもの又はそれ以外
のもの）。とりわけ高度の激情は、とくに例外的な状況においては、おそらく
深刻な意識障害の程度には達するといわれている（フォレグラー＝セリーニ、
ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、マウラッハ＝ツィツプ）。同じこと
はアルコールによる酩酊又は薬による酩酊にも当てはまる。このようなものは、
「概して血液中のアルコール濃度が3プロミールの場合にはじめて」想定され
るのである（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

④ 等価的に重い「心神の障害」の類型は、当時、1971年改正刑法草案では
採用されていた。その草案によれば、すべて述べた3つのタイプのいずれかに該
当はしないが、弁別能力又は処分能力を同じように排除することができる身体
的・心神的異常もまた捉えられることになっていた。しかし、法規本文によれ
ば、このような障害は、それが前もって法規に規定されている3つの状態と等
価的なものであるときに限って、帰責能力を排除することになる*）。

*第2版では、「等価的に重い『心神の障害』」の類型を通じて、すでに述べた3つの
タイプのいずれにも該当しないが、弁別能力又は処分能力を同じように排除するこ
とができる身体的・心神的異常もまた捉えられることになっていた。それによって、
等価的に重い障害については、4種類のものにどのような原因があったかを正確に
決定するのは一般に問題ではないということを明確にするある種の変形された受け
皿（die Art Auffang-Variante）がつくり出されている。むしろ、決定的なこ
とは、11条で全く特徴づけられていない変形されたものを通じて弁別能力又は処分能
力が排除されたということである」と改訂している。

このような例外的な状況が存在するのは、それによって（これまでの）人格
形成（人格そのものではない！）が完全に破壊されたときに限られている（ロ

イカウフ＝シュタイニンガー)。「単なる反社会的な素質、意思薄弱、情緒不安定、粗暴な性格の異常、性的刺激に対する抑制能力の減退等々は、通常、11条の意味での心神的障害を基礎づけるとはいえないのである」(ハロー)。

障害は、弁別能力や処分能力に関して障害が影響を及ぼす可能なものだけでなく、すでにそれ自体等価的なものでなければならない(詳細は、ベルテル)。最高裁判所は、「等価性」を判断する場合に、医学的な観点や法的な観点をも顧慮している。これによれば、このような障害が存在するのは、その障害が「医学的のみならず、法的にも一刑法上の反応に対する意味能力の視座において一その重要性や意味に従って」11条であげられている他の状態のいずれか一つの状態と等価的な場合だけである(EvBI 1976/72)。それに対して、ベルテルはどちらかといえば(刑法的な)側面を強調する。すなわち、等価性は、「行為者を処罰することが…精神病患者を処罰する場合と同様に目的がなくまた不必要なものである場合に存在する」という。特に、犯罪行為を「類似の問題を解決するための手本と考えようとする」恐れがない場合に、実情である*)。

*第2版では、「すなわち、(障害は)『医学的のみならず法的にも一刑法上の反応に対する意味能力の視座において一それらの重要性や意味により』11条にあげられた他の状態のいずれか一つの状態と一致しなければならないのである(OGH EvBI 1976/72)」と改訂した後、『特に、犯罪行為を「類似の問題を解決するための手本と考えようとする」恐れがない場合に、実情である』という文章を削除している。

顧慮すべき他の重い心神障害の概念には、重い神経症、重い衝動障害、および特に重い精神病質と高度の激状が含まれる(詳細には、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マイエルホーフアー＝リーダー)。

特に高度の激情を「深刻な意識障害」と考えるか「別の心神的障害」と考えるかは、その激情が現実性をありのままに知覚する能力をどの程度侵害しているかに関係する。このことが実情であればあるほど、それだけ早急に意識障害を主張することができるのである。けれども、通常、それ自体高度の激情は帰責能力を排除しない。このことは、すでに「高度の激情における殺人」を固有の犯罪とする76条から明らかになる(詳細は、モース)。

(2) 11条に列挙されている4個の状態のいずれか一つが存在する場合、それによって自動的に帰責能力を想定してはならない。むしろ、第二の検討段階において研究すべきことは、この状態が、行為者は実際に自己の所為の不法を弁別することができなかったのか、あるいは弁別することが出来たにもかかわらず、それ相応の行為を行うことが出来なかったのかのいずれかを導いているのかどうかである。したがって、帰責無能力が生じているということについては、この二つの能力のいずれか一つが欠けるということだけで十分である。

処分能力を判断する場合、行為者は一般的に刑法上重要な不法を弁別す状態にあったかどうかは問題ではない。むしろ、決定的なことは、行為者は判断するために相当な所為の不法を弁別することができたのかどうかである（EBRV 1971, 76 r Sp）。すなわち、例えば、生命・身体に対する犯罪の不法はこれを弁別していたが、しかし横領とか動物虐待の不法はこれを弁別してはいなかった、ということが考えられる（いわゆる部分的な帰責能力（*partielle Zurechnungsunfähigkeit*）、ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー、ハロウ、トゥリフテラー）。

処分能力に関して一部で争われていることは、具体的な事件において、それが存在するか存在しないかは一般的に確認される必要があるといえるかということである。すなわち、しかるべき意思の緊張において自己の不法の弁別に相応する態度をとることができるといえるのかどうかは、自然科学的な意味における意思の自由と同じように正確に証明することはできないのではないかと。この疑問を取り除くために、処分能力の概念は、11条で規定されている状態の一つが行為者の処分に影響を及ぼすことが出来たのかどうかというように、内容的に限定されているのである（ノヴァコフスキー、ベルテル）。この見解には、11条であげられている障害の一つが存在する場合、34条1号の意味の「限定された帰責能力（*verminderte Zurechnungsfähigkeit*）」さえも介入する余地はないではないか、との反論がある。何故かというと、この障害が所為に影響を及ぼすのが最も些細なものである場合、これをもって帰責能力はすでに排除されたものとしてからである。しかし、この必然的な効果は、34条1号の

「異常な精神状態」に11条であげられている障害をも含ませようとする通説と矛盾する（ロイカウフ＝シュタイニンガー、パリン）。処分能力には、上で描き出した意思の自由の法的な概念と結びつけられるとき、独自の内容が与えられることになる。すなわち、その場合、行為の時点で行為者に（主観的に）別の態度をもとることのできる一般的な人的感情が欠けたとき、すなわち行為者が自ら反抗しようにもすることができなかつたとき、処分能力は排除されることになる。ただし、この感情は客観化することのできるものでなければならない。

2. 帰責能力は「限定」されるか。

11条の状態が全く存在しないか又はこの種の状態が処分能力も弁別能力も排除した場合、行為者には帰責能力はないものとなる。法規は刑の範囲を引き上げる限定帰責能力を認めていないのである（ドイツ刑法21条はこれを認める）。

ただし、この種の事案においては特別な減輕事由が介入する場合がある。34条1号は、所為が「異常な精神状態の影響を受けてなされた」場合又は行為者が「理解力において薄弱である」場合に存在する。所為が帰責能力を阻却する状態で行われるとき、34条11号が適用される。

34条1号は11条で規定された状態以外にも及ぶ（ロイカウフ＝シュタイニンガー、ツイツプ）。

同じことは、11号にも当てはまる。すなわち、本号では、影響力の行使が特に強い場合や11条の前提条件に少なくともほぼ達している場合に限って問題となる。

「精神又は心神の高度の異常」が実行に際して行為者に影響を及ぼした場合、21条2項が適用される。このような影響は34条1号で前提とされているものよりも強いのでなければならない。

3. 9条の禁止の錯誤との関係

弁別能力が所為の不法に該当する事案において、11条の規制内容は9条（法律の錯誤）の規制内容と重なり合う場合がある。その場合、この規定であげられている障害の一つが所為の一部に存在したということが11条では本質的なものであるのに対し、9条の責任阻却に対しては、法律の錯誤は行為者を非難す

ることはできなかったということが決定的な問題となる。

4. 「所為の時に (Zur Zeit der Tat)」

11条によれば、帰責能力は「所為の当時」存在しなければならない。けれども、この定義から、帰責能力は所為の既遂に至るまで存在しなければならないのかどうか、すなわち帰責能力は未遂の終了まで存在したということでも足りるのかどうか又はさらに行為者は可罰性の開始時に（15条の意味で「実行に直接先行する行為」の場合に）帰責能力者であったということでも足りるのかどうか、を推定することはできないのである。

特に、ガイレンは、未遂の開始を顧慮することに対して、次のような疑問を提起した。曰く、すなわち、行為者が事後的な帰責能力によって刑を免除する中止未遂の妨げとなると、行為者は差別して取り扱われることになる。ヴォルターは、そうでなければ「責任連関」を欠くために、実行未遂 (beendeten Versuch) を顧慮することで自らの研究を基礎づけている。

けれども、通説は、基本的には、行為者は可罰性の開始時に帰責能力者であった、ということでも十分であるとする (ルドルフィー、レンクナー)。「承継的帰責無能力 (sukzessiven Zurechnungsunfähigkeit)」の問題点は「表象した因果経過からの逸脱」の事案と考えられる (クラマー)。この解決策に従う場合、事象経過は目下のところ帰責無能力を客観的帰属可能なものの範囲内に保有していたのかどうかだけが問題であり、その結果、事象経過は本来的な帰責能力を有する行為者の作品と考えられ得るのである。

責任無能力の状態で行われた遂行行為の客観的帰属性は、所為がほぼ計画通りの経過を経てなされ、その経過については行為者がすでに責任能力のある状態において刑法上重要な方法で設定したときにはじめて、生じなければならない。それに対して、帰責無能力が行為者自身の事情によって誘発されたか外部的な事情の影響 (例えば、家宅侵入におけるガスの流出) によつて誘発されたかによって区別する必要はないと考える。

このような解決策に対するガイレンやヴォルターの反論は徹底したものではない。まさしく16条の中止未遂の規定から明らかになることは、「すでに行為

者が自らの行為決意を着手未遂の形式 (Form eines unbeendeten Versuch) においてさえも行動に移したとき、結果発生の危険性は完全に彼に関係する」ということである (ルドルフィー)。また補充的に指摘しておかなければならないことは、所為の既遂を理由とする可罰性については、行為者が自己の故意を刑法上重要な方法で行動に移し且それに引き続いて所為像を客観的に帰属可能な方法で実現したとき、一般的にはこれで十分であるということである。

(2) 未成年者と少年 (Unmündig und Jugendliche)*)

* 著者が第2版の「はしがき」で述べているように、第1版を公刊した後に発効した法律的な修正、特に少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz) を考慮しているため、本節における少年裁判所法9条がすべて4条1項に、また、同法10条が同法4条2項に修正されていることに注意を要する。したがって、以下、少年裁判所法9条は同法4条1項として、また同法10条は同法4条2項として理解していただきたい。

18歳未満のものの刑法上の答責性は、少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz, JGG) に規定されている。同法1条1号によれば、「まだ14歳に達していない者は未成年者」である。未成年者はいかなる場合にも罰してはならない (少年裁判所法9条)。「14歳には達しているが、まだ18歳に達していない」 (少年裁判所法1条2号) 少年がどのような前提条件の下で刑法上の答責性を負わされるのかは、少年裁判所法10条から明らかになる。

未だ成人になっていない行為者に関する二つの特別規定は、18歳に達するまでの発達過程や成熟過程はまだ完成したものではなく、したがって不法を弁別する能力もこの弁別に基づいて行為する能力も限定されたものであるか又は全く排除されたものである、という経験に基づいている。したがって、刑法11条と少年裁判所法10条 (1983年改正草案5条2項) は同じ内容の定義 (「… 所為の不法を弁別し又はこの弁別に従って行為する」という定義) を含んでいるのである。

1. 少年裁判所法9条 (1983年改正草案5条1項) に関係する規定は、未成年者は自己の成熟過程の完成前であるが故に、例外的に所為の不法を弁別し且この弁別に従って行為する立場にあるとしても、責任能力があるものとは見な

さない、という内容になっている*)。

*第2版では、「(1983年改正草案5条1項)」という文が削除された。

たとえ彼がさらに現実的に所為の賛否をそれぞれ考量し且そこで即座に生じた刑法上の成年を理由に、(自分が刑法上の未成年である限り) どちらかといえば以前に設定した自分の目標(例えば、金持ちの叔父を殺害すること)を実現しなければならないと決心したにせよ、彼は処罰されないのである。したがって、少年裁判所法9条は、責任能力があるかどうかを決定するための純粋な「生物学的」な方法の表現なのである(リットラー、ノヴァコフスキー、ロイカウフ=シュタイニンガー)。

未成年者に対しては、21条以下の「予防処分」でさえも科してはならない。

このような禁止は、すでにこの種の処分に対する前提条件は未成年者がこれを充足し得ないようなものである、ということから明らかになる。21条1項で顧慮されていることは、行為者は11条が介在するが故にのみ処罰されるものではないということである。21条2項は、22条と同じく、刑法上の有罪の言い渡しと結びつき、さらに23条は少なくとも24歳という年齢と結びついているのである。

少年裁判所法2条の「教育処分(Erziehungsmaßnahmen)」は、少なくとも行われた犯罪行為に対する原因の一つが不十分な教育にあったとき、刑法上の未成年者に対して科されることになる*)。特に考慮すべきことは、民法176条、177条の親としての権利や義務の取消又は制限、あるいは青少年福祉法26条(§26 JWG)の教育的扶助(Erziehungshilfe)のような青少年福祉法に基づく処分、青少年福祉法28条の保護観察(Erziehungsaufsicht)又は青少年福祉法29条の保護教育(Fürsorgeerziehung)である。後者は、青少年福祉法31条に関して危険が迫っている場合、一時的に指示される場合もある。

*第2版では、「少年裁判所法2条にいう『家族法的及び少年社会福祉法的処分(Familien- und jugendwohlfahrtsrechtliche Verfügungen)』が刑事未成年者に対して科されるのは、犯罪行為に基づいて『刑法上の未成年者の人格的發展の危険性』

を危惧する場合である」と改訂されている。

連邦司法省は「1983年の少年裁判所法の改正草案」を提出した。それによれば、所為が「不十分な教育」に起因していないとしても、将来的な処分は科されなければならないことになる*)。したがって、「教育処分」に関する第2章の標題は、「家族法的処分や少年福祉法的処分」に変更したほうがよい。それによって表現されることは、「家族法的処分と少年福祉法的処分を刑事司法の手段として理解すべきではなく、また、犯罪行為の実行をそのような処分に対する優越的結合点としてはならない」ということである。そのような処分が最初にあるいはさらに犯罪行為の種類と軽重だけを量定するとしても、それは誤っているといえよう。

*第2版では、「1988年少年裁判所法によれば、所為が『不十分な教育』に起因していないとしても、処分が科される可能性がある」と改訂している。

2. 少年裁判所法は、(未成年者と異なって)少年が犯罪行為を実行する場合、少年には刑法上の答責性を負わせるのが原則であるということを前提としている。ただ「少年が特別な事由から所為の不法を弁別し且この弁別に従って行為するのにまだ十分に成熟していない」ときにのみ、そのような答責性はもはや認められない(少年裁判所法10条=1983年改正草案5条2項*)。

*第2版では、『「少年がある特定の事由から所為の不法を弁別し且この弁別に従って行為するのにまだ十分に成熟していないとき」にのみ、このような答責性は少年裁判所法4条2項1号により脱落するのである」と改訂した後、次の文章を付け加えている。「この効果は、少年が『16歳に達する前に、少年の可罰的行為を妨げるために、彼に重大なる責任が関係せずまた特別の事由から少年法の適用を命ずることのできない軽罪を行った』とき、あるいは『刑法42条の前提条件が存在するとき』にも生ずるのである。少年裁判所法4条2項2号若しくは3号」と。

① ただし、責任能力のある少年には、少年裁判所法11条1号の法定刑が一般的に半分に減輕されている。無期自由刑の代わりに有期自由刑も認められる。それ以外の前提条件が存在する場合、刑の言い渡しがなされたかどうかに関係

なく、刑法21条以下の予防処分や少年裁判所法2条の教育処分が科せられることになる。けれども、刑法21条の処分に関して、誘因行為（Anlaßtat）に関しては少年裁判所法11条1号により少年に対して引き下げられた刑の範囲ではなくて、刑法各則で予定されている刑の範囲が決定的なものとなる、ということに注目しなければならない*）

*第2版では、「ただし、責任能力のある少年については、少年裁判所法5条2号から5号までによる法定刑が半分に減輕されるか又は別の方法で限縮されるのが一般的である」と改訂され、また、文末の部分は、「けれども、刑法21条の処分に関しては、誘因行為に関して少年裁判所法5条により少年に対して引き下げられた刑の範囲が基準となるということに注目すべきである。それは21条で触れられていない少年裁判所法5条7号から明らかになる」と改訂している。

② 少年裁判所法10条の規定内容は、部分的には刑法11条の規定内容と一致する。ただ少年裁判所法10条の意味での特別な成熟障害（Reifestörung）にも至る刑法11条の意味でのこのような原因だけが二つの規定のもとに含まれる。それ以外の成熟障害は、もっぱら少年裁判所法10条によって理解される。成熟過程それ自体に影響を及ぼさない刑法11条の意味での障害は、これをこの規定にのみ包括しなければならない。

少年の場合、「特別な事由から」少年裁判所法10条に規定されている成熟を欠くか又は刑法11条を適用するための前提条件が存在する場合、少年に対して刑罰を科すことはできない。具体的な事案において刑法11条を適用すべきか少年裁判所法10条を適用すべきかは、科される制裁に対して決定的なものとなる。すなわち、刑法11条を（その条項だけ又は少年裁判所法10条と一緒に）適用することができるときにはじめて、精神的に異常な法侵害者のための施設への収容とならなければならない。何故なら、21条1項は明らかに11条と結びついているからである（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。したがって、判決では、帰責無能力は11条を（も）基礎とするのかどうかを常にはっきりと確認しなければならない。帰責無能力は確実であるが、この問題に詳細に立ち入ることができないとき、疑わしきは被告人の利益にという原則に従い（nach dem Gru-

ndsatz in dubio pro reo) 当事者に有利な規定たる少年裁判所法10条を基礎としなければならない。それに応じて、それ以外にも刑法11条は、早めに汚名を着せないために、最大限の注意を払って少年に適用しなければならないのである。それ故に、裁判官は可能性に従って、すなわち障害が単なる発育の制約に止まり、同時に「後熟 (Nachreife)」の見込みが存する限り、成熟の欠陥を理由に刑法上の答責性を否認し、これに関して見込みのない事案にだけ11条を適用することになる。

3. 帰責能力に関しては、成人、未成年者及び少年だけを区別することになる。18歳から21歳までの年齢グループについては、その点で特別な規定は何も存在しない (ドイツ少年裁判所法105条1号は別である)。

ただし、まだ20歳に達していない者には無期自由刑 (lebenslange Freiheitsstrafe) を科すことはできない (36条)。危険な累犯者のための施設への収容は、23条1項により24歳に達した後はじめて可能となる。

次に、18歳に達したけれども21歳になる前に犯罪行為を実行したとき、34条1号により減刑される場合がある。この特別規定に対する理由は、さまざまな発育段階のはっきりしない中間段階、例えば思春期や青年期にある。

この種の観点は、1983年少年裁判所法草案の1条により、少年に対する年齢の上限を19歳に引き上げなければならない、ということに起因している*)。少年刑法の中で未成年の一般的な境を逸脱する刑事政策的な必然性は全くないのである。さらに、それによって「すでに刑法改正の途中で繰り返し提起された、彼らの人格においてはまだ完熟していないいわゆる年長少年 (Heran wachsenden) の最下限グループを少年刑法に当てはめるべきだとの請願に応じることとなる。

* 第2版では、「この種の観点は、1988年に少年に対する年齢の上限が19歳に引き上げられたということに起因した」と改訂された。

(3) 比較対象

さまざまな制裁の可能性に対する帰責能力の意味は、これを図表7(2)で表すことができる。

(4) 原因において自由な行為 (Die actio libera in causa)

帰責無能力の状態で行われた違法な行為は、これをもって行為者自身を人的に非難し得るものではない。このことは、たとえ行為者が11条の意味での帰責無能力を自ら有責に招来したとしても、基本的に当てはまるのである。

ただし、この落ち度が故意又は過失による酩酊の招来にあるとき、行為者はそのような事案に対して特別に起草されている287条（完全な酩酊状態での刑を科されている行為の遂行）に基づいて処罰されることになる。287条に関する有罪の言い渡しと結びついた責任非難について、なる程酩酊でなされた所為の種類は全く重要でないわけではない。しかし、責任は、まず第一に、行為者が非難可能な方法で「帰責能力を排除する酩酊」状態においた、ということに基づく。しかし、このように責任非難の一部をそれだけで（すなわち故意又は過失による「自招酩酊 (Sich-Berauschen)」）は刑法上の責任を全く問えない態様に予め移したからといって、帰責無能力の状態でなされた違法な所為の責任内容を完全に捉えることができるとは必ずしもいえない。

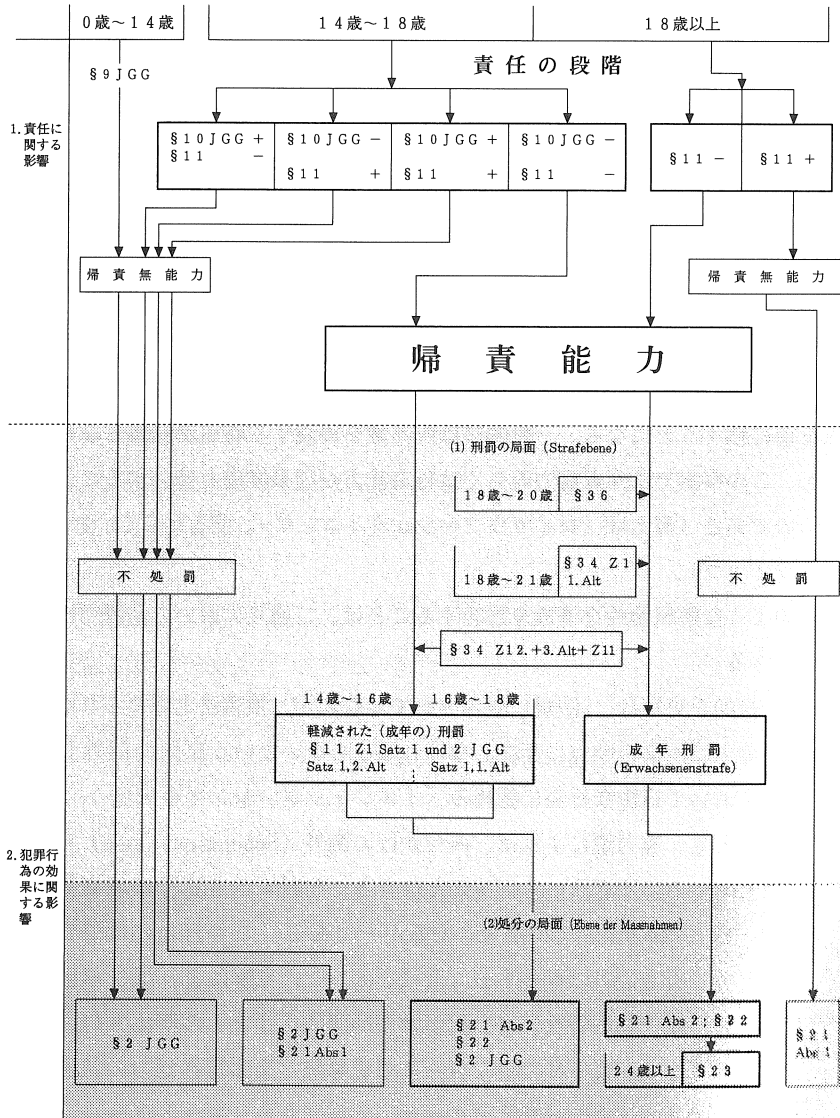
自ら計画を練り細部にわたって予め準備をおこなった謀殺を冷静な状態で敢えて遂行しないために、また、さらに完全酩酊の状態で自分の抑制を振り切り所為を実行したいと考えているために、例えば一杯飲んで「元気」づけた場合、彼はいわば固有の責任なく行為する道具となっているのである。例えば謀殺を実行するために精神病患者を利用するものよりも彼を優遇することは、刑事政策的にも擁護することはできないと思われる。

この種の事態を刑法的に捉えるために、「原因において自由な行為」の構成が展開されているのである。この構成は、直接所為を実行する際に帰責無能力又は行為無能力ともなった者に、この状態で彼が実現した所為像をあたかも直接実行する際に有責に行為したかのように帰属させようとするものである。

図表 7 (2)

図表7(2)では、責任の段階（図の上半分）である段階の年齢が帰責能力にどのような影響を及ぼすのかを表したものである。さらに、この図は犯罪行為の効果の段階（図の下半分）で帰責能力若しくは帰責能力と結びつくさまざま

な法的効果を示したものである。その場合、刑罰の局面(1)と処分の局面 (2, 図の最下部) とを区別することになる。



1. 基本思想と法的な構成

原因において自由な行為の基本的な考え方は、一定の事案において帰責無能力又は行為無能力の状態を科されている行為が実行されるとき、帰責無能力又は行為無能力を有責に招来せしめることを帰責能力又は責任能力のある状態でこの行為を着手することと同一視することである。

この種の状況が存在するのは、例えば、すでに述べたように、「一杯飲んで元気づける」場合、又は、対抗列車を迂回線路上に先導するに際して、踏切番が酔っぱらって完全な酩酊状態に陥り転轍するのを忘れた場合である。同じことは、例えば、眠っている間に自分の赤子が窒息死するだろうと期待して、母親が自分の赤子と添い寝する事案、あるいは、疲れ果てたドライバーが走行中に運転にかこつけて居眠りし事故を引き起こした事案にもいえるのである。

通説によれば、この種の事案では、行為能力若しくは責任能力を判断する時点を前に移すことになる。一般的には所為像を実現する時点が問題となるのに対し、この事案では帰責能力若しくは行為能力が因果経過と接合することで足りるのである（例えば、ロイカウフ＝シュタイニンガー、同旨として、マウラッハ＝ツイツプ）。

このような解釈論的な構成を許容することは、二通りにおいて基礎づけることができる。

- 一 伝統的な見解は、「法規に規定されていないが、慣習法上認められた、帰責能力は所為の時点に存在しなければならないという原則の例外」を原因において自由な行為に認める（イエシェック、レンクナー）。
- 一 けれども、有力説によれば、みせかけの例外（Scheinausnahme）を問題としているにすぎない。何故かというと、判断すべき犯行は瑕疵ある状態（Defektzustand）の招来にあるからである。この行為には帰責能力若しくは行為能力は存在することになる。この見解によれば、原因において自由な行為の特殊性は、行為者が時間的には自らの刑法上の「正常な」源となる態度の後で自らさらに帰責無能力又は行為能力の状態を因果連鎖の次の連鎖部分を設定するという点にある（リットラー、ノヴァ

コフスキー、ベルテル、マウラッハ＝ツイツプ、ヤコプス、シュミット
ホイザー、ブッベ)。

第二の理由づけが優れている。すなわち、法律上の根拠を有する責任主義は規定されていない規定を通じて限られた事案にさえもくぐり抜けることができる、とは主張することはできない。さらに、オーストリア連邦憲法によれば、慣習法は一般に禁じられており、この種の例外をそれ以外のものから導くことは刑法で（刑法各則でも）禁じられた行為者に負担を負わせる類推解釈という結果になるだろう。

犯行が瑕疵ある状態の招来である場合、これを形式的に考察すると、その状態においてまたその状態に直接先行する行為において未遂が存在することになる。まさしくこれを理由として、原因において自由な行為のこのような理由づけは、若干の論者によって拒否されているのである（レンクナー）。しかし、このような構成は、これを実質的に考察する場合、説得性がないのである。

2. 現象形式

有力説によれば、原因において自由な行為の場合、犯行は瑕疵ある状態の招来である。その結果、この出発点において、この時点ですでに犯行に際して存在するはずの犯罪的メルクマール、例えば、客観的義務違反、故意若しくは主観的な過失の要素、超過的内心的傾向又は特別な責任要素すべてが与えられるときにはじめて処罰されることになる（ヤコプス）。

この時点で故意犯のメルクマールが確認されれば、故意の原因において自由な行為が存在する。過失犯の要素が与えられるならば、過失による原因において自由な行為が問題となる。

（1）故意の原因において自由な行為の場合、通説によれば、故意は帰責無能力又は行為無能力の状態を招来し且この状態で特定の所為像を実現することに及ばなければならない（「二重の関連する故意（doppelter Vorsatzbezug）」、レンクナー、ルドルフィー、ウェッセル）。

少数説は、故意は瑕疵ある状態の招来やこれに続いて帰責無能力若しくは行為無能力の状態で犯罪を実現することにも関係しなければならないということ

を一般に否認する。むしろ、故意の原因において自由な行為の場合、故意の基準点は所為像の実現だけであるという。「例えば、住居侵入をしようと考えている家の住人が寝てしまうのを待ち、これが自分が予想したのよりも時間がかかったので、一本のビールを飲んで景気づけようとする (in der Pulle Trost und Wärme sucht) とき、所為を遂行する際に中毒症状の程度がどの程度に達していたか、また、飲酒したアルコールの作用に関してどのような表象をしていたのかを顧慮することなく重い窃盗の既遂の故に処罰されることになる」と (クラマー、同旨としてマウラッハ＝ツイツプ)。このような一般的な形式において、この見解は説得性がない。むしろ、以上と違った解決策が正しい。

- 一 通常の事案について、二重の関連する故意を要請する通説に賛成する。
すなわち、犯罪を実行するための計画は、行為者がそれを顕在的に現実化しようと決心するときにはじめて刑法上重要なものとなる。帰責無能力になることを計算に入れていない場合、犯罪を実行するための最終的な決定は、自らの表象に従って後になってはじめて当てはめられることになる。しかしながら、そこで「うっかりして」帰責無能力の状態に陥った場合、彼はこれを招来せしめることによって自分の所為決意をまだ顕在的に現実化しているとはいえず、それ故に故意ある実行の故に処罰されることにはならない (ルドルフィー)。せいぜい過失による原因において自由な行為が問題となるだけである。
- 一 帰責無能力又は行為無能力の状態を招来せしめることがすでに15条2項の意味でのまさしく実行に「直接先行する行為」を表すときにはじめて、以上と別のことが当てはまる。何故かというと、その場合、行為者はすでにこの行為によって未遂犯の一般的な規定により単なる予備行為の範囲を離れ直接遂行するための彼の決意を現在的に現実化しているからである。これは彼の故意が帰責無能力の発生に及ぶかどうかに関係なく当てはまるのである。それ故に、この時点から所為像の実現に関する故意は故意の原因において自由な行為により処罰すれば足りる。

通常、故意による原因において自由な行為の事案では、帰責無能力の状態で

も故意に行為していなければならない。しかし、故意による原因において自由な行為の本質的なメルクマールをこの点に認めるべきではない（反対説、イエシエック）。このことを示すのは、すでに直接的な遂行の時点でさらに行為無能力が排除された原因において自由な行為の事案との比較である。何故かという、行為無能力の者は故意に行為することができないからである。

行為者が帰責無能力の状態自ら決意した本来的な計画から逸脱する場合は、因果経過からの逸脱に関する一般的な規定が当てはまる。客観的な帰属性の一般的な問題については、特に、逸脱する事象経過の客観的予見可能性が問題となる。行為者が瑕疵ある状態で、この状態を招来せしめる時点で故意がその実行に及んだ犯罪を実現する場合、過失による原因において自由な行為が問題となるだけである。

（２）過失による原因において自由な行為となるのは、行為者が瑕疵ある状態を少なくとも過失で招来せしめ、この過失がさらにこの状態で一定の犯罪を実行するし得ることに及んだ場合である（通説、イエシエック、トゥリフテラー）。

瑕疵ある状態における犯罪行為に関する過失は、一般的な経験法則や行為者の特別な経験法則にも関係する。前者については、例えば酩酊状態における自動車運転手の危険性があげられ、後者については、例えば銃器を取り扱ったり故意に暴力行為を行う習癖のあることがあげられる。

故意による原因において自由な行為の場合と同じように、通常、すでに瑕疵ある状態は故意に招来されていなければならないとすれば、過失による原因において自由な行為の場合、過失はこの招来にもおよばなければならない。例えば、自分が飲むビールには火酒が混ざっていたということを知らなかったために、一度も過失で完全な酩酊状態にならなかった者は、瑕疵ある状態を自ら予見することはできず、この状態で犯行を予見することもできないのである。したがって、彼は原因において自由な行為で処罰されることはない。

3. 原因において自由な行為の未遂 (Die versuchte actio libera in cause)

有力説による原因において自由な行為の解釈論的な理由づけは、故意による原因において自由な行為の場合は、すでに瑕疵ある状態を招来せしめ実際にもこれに直接先行する行為（例えば、帰責無能力を呼び起こす飲酒若しくはコニャック一杯を注ぐという点）に（後になってはじめて）実現された犯罪の未遂が存するということにある。すなわち、行為者が瑕疵ある状態において自らの計画を放棄した場合、中止未遂 (Rücktritt vom versuch) が問題となるにすぎない（そう明言するのは、ベルテル、ヤコブス、ルドルフィー）。まさしくこのような帰結の故に、通説は批判されているのである。

すなわち、すでに上の1. 以下で拒否した少数説のように、原因において自由な行為が責任主義の「慣習法的な」例外と認められるならば、未遂の開始を最初から帰責無能力の状態において着手された行為に向けることを正当なものとするは簡単である（イエシェック、レンクナー）。この見解によれば、この行為がすでにこれに接続する所為の直接的な実行以前の最後の行為といえるとき、場合によっては、瑕疵ある状態の招来において未遂が考えられようが、通常、それは実情であるとはいえない。

ただし、この批判には次のように反論されている。有力に従ったとしても瑕疵ある状態の招来に無条件で可罰的未遂が認められるわけではない。すなわち、例えば、自制心を失った状態では第三者に対する殺害計画をも確実に遂行できる者を酩酊状態に置いたのかどうか、あるいは、殺人を容易に実行することができるように、自分自身をこのような状態に置いたのかどうかは、実体的な無価値内容から区別することはできない。したがって、原因において自由な行為の構成は、このような観点下では関与理論とのパラレルな関係を示すのである（ノヴァコフスキー、ヤコブス、シュモラー）。

上で述べた事案において、完全酩酊がすでに未遂段階に達することなく、他人によってのみ完全酩酊の状態が招来せしめられた場合、寄与正犯の不可罰的未遂 (straflose Vresuch) が存在するに過ぎない。この点において、原因において自由な行為の場合もまた、瑕疵ある状態を招来せしめたという点に後に

なって帰責無能力の状態における所為の直接的な実行への加功を認め、それ故、不可罰的な寄与の未遂に関する規定を類推適用することを主張することができると思われる。この類推解釈は、たしかに瑕疵ある状態を招来せしめた点に未遂を認めるが、この未遂は行為者が少なくとも直接実行をも行ってしまうまでは不可罰であるという結果になる。

ただし、行為無能力を招来せしめることについては以上とは異なったことが当てはまる。何故かという、行為無能力の状態における態度は刑法上の意味での行為とはいえないからである。その意味は、行為無能力の（客観的帰属可能な）招来と結果発生との間に客観的に帰属可能な次の行為はもはや設定されていないということである。しかし、それによって行為無能力を招来せしめることは客観的帰属可能な一番最後の行為であり、その結果として、直接正犯になるだけである。したがって、この種の事案では、寄与正犯に対する類推解釈はまったく生じない。さらに、帰責無能力が生じた後、少なくとも次の態様を決定する可能性が依然として存在するのである。しかし、この可能性は行為無能力が招来せしめられた後では存在しない。それ故に、行為無能力を招来し、実際にもこれに直接先行する行為には常に直接正犯の可罰的未遂が存在するのである。

（５）酩酊の影響下での犯罪行為（Straftaten unter Rauscheinfluß）

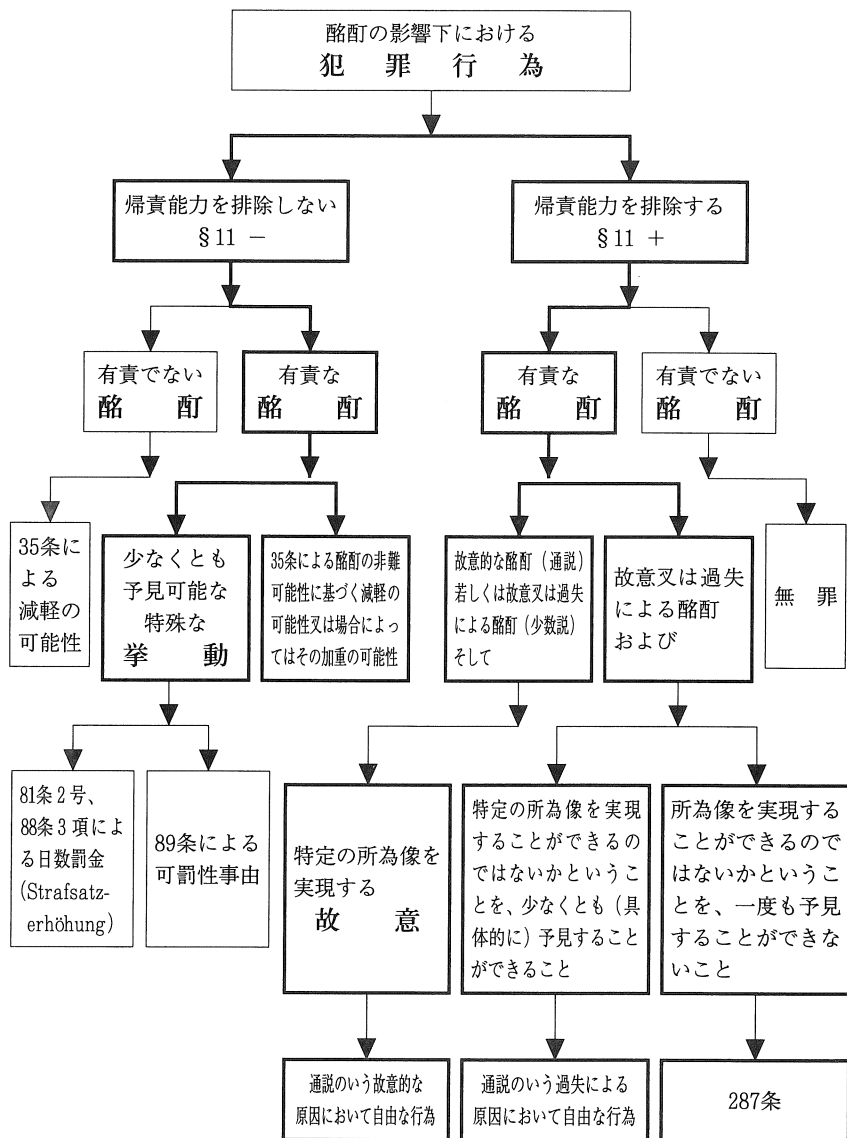
酩酊の影響を受けて犯罪行為が実行されたとき、どのような刑法上の結論が生じるか、次の図表 7(3) が示している。

実務において帰責能力を阻却する事由のうち最も高い事由は完全酩酊である。全体的な概要を容易にするために、図表 7(3) では、酩酊の影響を受けて行為する犯罪行為のうち刑法典に予定されているさまざまな取扱い方法を組み合わせている。その場合、完全酩酊と並んで、帰責能力を排除しない単なる「不完全酩酊（Minderrausches）」を刑法上どのように捉えるべきかも現している。

原因において自由な行為に関して注目すべきことは、完全酩酊は一つの適用事案に過ぎないということである。原因において自由な行為は、他の手段を用いて招来された帰責無能力又は行為無能力の場合と同じように適用することが

できるのである。

図 表 7 (3)



3. 不法の意識 (Unrechtsbewußtsein)

通説によれば、責任の第二の要素は不法の意識である。ただ故意を少なくとも責任に分類する論者だけは、不法の意識を帰責無能力と行為無能力の間で検討する。

(1) 概 念

1. 「不法の意識」とは、すでに純言語的には、自分の所為は不法であるという行為者の意識を、すなわち法秩序に反することを意味する（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。この点で、不法の意識は、一定の態度はたしかに違法なものとなるのが普通であるが、具体的な事案では、例えば正当防衛によって正当なものとなるという仮定によってもまた阻却される場合がある。

不法の意識の概念は、態度の可罰性の意識と同じ意味ではない（OGH ÖJZ-LSK 1979/152, 1978/345; キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。したがって、行為者は自分が違反する法規定を具体的に知る必要はない（OGH ÖJZ-LSK 1976/261; ロイカウフ＝シュタイニンガー）。むしろ、不法の意識は法的に保護された利益の実質的な侵害としての所為の全体的な評価だけを前提とする（プラッツグンマー、マイエルホーファー＝リーダー）。

この点で、態度を通じて一定の所為像が実現されるという認識は不法の意識をも内容として含んでいるのは確かである。しかし、この認識を欠いていたことは必ずしも不法の意識を排除するものではない。この意味においてのみ「知らなかったからといって罰は免れない (Unkenntnis schützt vor Strafe nicht)」という命題が当てはまる。

倫理的に非難されているということの表象又は「道義的に許されざることの弁識」は、少なくとも不法の意識を基礎づけるのに十分ではない（OGH JBI 1978, 436; ÖJZ-LSK 1978/308; キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ルドルフィー）。

不法の意識について、「社会的に耐え難きものすなわち刑法上重要なもの」

の表象を考慮に入れるという最高裁判所の定義づけは曖昧である。社会的に耐え難きものの認識は、この社会違反性が法的に理解され、それ故違法性と合致するということが行為者に認識されるときにはじめて、不法の意識として評価され得るのである。すなわち、社会的に耐え難きものすべては違法なものになるという結論は必然的なものではない。さらに、最高裁判所の定義づけは、行為者は自分の態度が刑法上重要であるかどうかを知っている必要はないためにも、誤解を招きやすい。次に、「社会的に耐え難きものすなわち刑法上重要なもの」という推論は刑法独特のものであって、行為者がこれを引き出さなければならないものではない。

たとえ人が自らの道徳的、道義的あるいは倫理的な表象（自己の「良心」）に合うように行爲したにせよ、不法の意識はこれを肯定することができるのである（ルドルフィー、反対説—アルミン・カウフマン）。したがって、良心犯人又は確信犯人（Gewissens- oder Überzeugungstäter）として行爲したからといって不法の意識を排除するものではない（キーナップフェル、マイエルホフラー＝リーダー）。

ただし、禁止規範それ自体は、それがより高い規範に違反するが故に、違法になる（例えば、法規は憲法に違反する）ということを行爲者が本気で信じた場合、不法の意識はもはや認められない（「有効性の錯誤（Gültigkeitsirrtum）」；キーナップフェル）。

2. 不法の意識は法秩序に違反するものとしての所爲の一括した全体的な評価に過ぎない。したがって、行為者が自分の態度を法律上正確に当該所爲像に含ませなかったとしても、不法の意識はこれを肯定することができるのである。むしろ「素人的な不法の意識（ein laienhaftes Unrechtsbewußtsein）」で足りるのである（キーナップフェル、同旨として、イエシェック）。

したがって、もっぱら所爲の法的判断にのみ関する錯誤もまた、不法の意識については重要ではない（OGH ÖJZ-LSK 1983/70；RZ 1976/63；ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

この「素人的な不法な意識」は、規範的な構成要件のメルクマールに関して

は故意で足りるとする「素人間の平行な評価」と似たようなものである。両者の違いは関連対象にある。故意にあつては行為者は一定の外部的な事実関係の社会的な意味だけを理解すればよかつた（例えば、文書犯罪における自動車の登録標識板の機能）のに対し、不法の意識にあつては行為者は固有の態様を一括して法的に許されざるものと評価していなければならないのである。

(2) 種類と程度

9条では、違法性の意識を持って行為する事案が非難可能な法律の錯誤の故に不法な意識が欠ける事案と同一視されている。このような法律の錯誤が非難可能なものであるとき、9条2項に従う。この法律上の規定から、不法の意識は「顕在的な (aktuelle)」ものと「可能な (potentielle)」ものの二つに分類される（ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、プラッツグンマー、マウラッハ＝ツイツプ）。

1. 顕在的な不法の意識は、特定の態様が法的に禁止されているということの積極的な知識である。したがって、その場合に問題になるのは心理学的な事象、すなわち所為は不法であるということに関する行為者の認識如何 (Orientiertsein) である。

① 自己の態度が禁止されているということに関する行為者の表象がどの程度内向的に認識されているかに従って、能動的な (aktive) 不法の意識と潜在的 (latente) な不法の意識が区別される。能動的な不法の意識の場合、行為者は自分が考えている自分の態度の違法性をはっきりと思ひ浮かべているのである。しかし、このような認識の程度は必要ではない。むしろ、故意の場合と同じように、単なる「付随意識」つまり潜在的意識で足りるのである。このようなものは、「所為の表象に伴う無価値感情が自動的に現れる」とときには必ず存在するものである（プラッツグンマー、同旨として、キーナップフェル、ルドルフィー、イエシュック）。激情犯人又は常習犯人 (Affekt- oder Gewohnheitstätern) の場合、潜在的な不法の意識だけが存在しているのが普通である（キーナップフェル）。

ここで行った、「顕在的な不法の意識」を上位概念とし、不法の意識を能動的

なものと潜在的なものに区別する概念構成は、通説と合い通じるものがある。これに対して、イエシェックは「顕在的な不法の意識」という概念を狭い意味で使用する、すなわち「能動的な不法の意識」に対してのみ名称として使用する。

② 故意に種類がある場合のように、確実な (sicher) 不法の意識と単なる条件付き (bloß bedingte) 不法の意識が区別され得る。前者の場合、行為者は自分の態度の違法性を確実なものと考え、後者の場合には少なくとも真摯に可能と考え且これに満足するのである (OGH RZ 1979/62; ÖJZ-LSK 1976/261; キーナツプフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ルドルフィー)。

2. (例えば、法律の錯誤の結果) 顕在的な不法の意識が行為者に欠け、9条2項の意味でのこの欠如が行為者を非難可能なものであるとき、行為者は可能な不法の意識を持って行為したものである (モース、プラッツゲンマー)。この (まさしく現存しない) 不法の意識は仮想的なもの (virtuekkes) とも呼ばれる (例えば、ブルクスタラー、キーナツプフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー)。

「仮想的な不法の意識」という名称は、内容的に満足させ得ない具象的なものと考えられる。これに対して、「可能な不法の意識」という概念は、その際に専ら「個人的な可能性 (individuelles Können)」だけが重要問題だというような印象を呼び起こす可能性がある (キーナツプフェル)。しかもまた、9条2項の意味での「非難可能性」は規範的な基準によって決定されるのである。

顕在的な不法の意識を欠くことは、34条12号により減輕事由を現すに過ぎない。それ故に、二つの「異なった重い責任段階」を顕在的な不法の意識と可能な不法の意識に認めることは刑の量定の意味においてのみ正当なものとなる (ルドルフィー)。

この種の事案において法の否定が明文の反映に基づいていないために、単なる潜在的な不法の意識の場合にもまた軽減すべしというシュエネマンの提案は、ドイツの場合と同じように、オーストリアではこれまで共鳴を受けてはいない。しかし、この提案に従うことは裁判官各自の自由である。

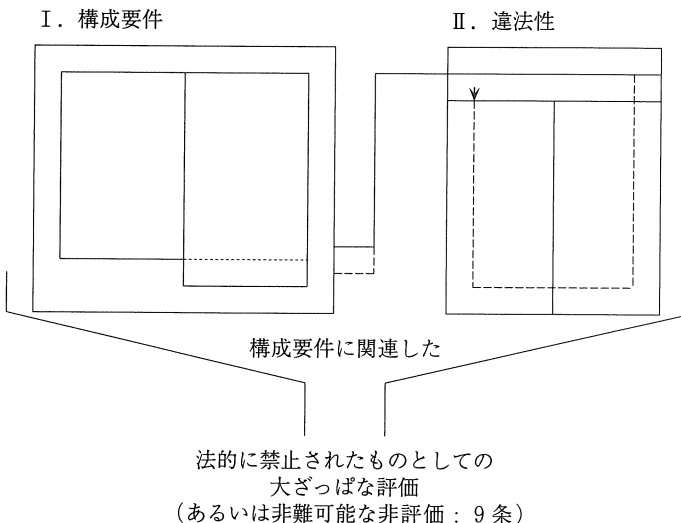
可能な不法の意識の根本的な問題は、法律の錯誤の非難可能性に対する有効な基準を確認する点にある。

③ 不法の意識のすべての種類と程度は故意犯の場合も認識ある過失犯の場合も存在し得る。認識なき過失に関してのみ、自分の態度により所為像を実現し得ると一度も認識しなかった者は必然的に所為像の実現に存する不法をも識別することはできないものであると言えるのである。それ故に、認識なき過失の場合には、専ら可能な不法の意識だけが問題になるのである（ブルクスター）。

（3）関連対象

顕在的な不法の意識と可能な不法の意識は、その都度特別に特定の刑法上の構成要件に関係し、それ故この実現された構成要件を通じて徴表された違法性に関係しなければならない。可罰性の客観的な条件は、それが同時に不法を構成するとしても、不法の意識についてはこれを無視してもよい。不法の構成要件との関係は、視覚的には図表7(4)により次のように具体的に説明することができる。

図 表 7 (4)



不法の意識は構成要件に関連しなければならないので、同時に複数の実行行為からなる犯罪の場合 (bei mehreren gleichzeitig begangenen Delikten)、ある所為そのものに対しては存在するのに対し、それ以外の所為に対しては存在しない。通説は「不法の意識を分割することができる」という (例えば、キーナップフェル、マウラッハ＝ツイツプ、ルドルフィー)。

さらに、不法の意識をこのように分割することができるのは、多行為犯の場合分割されたある一個の行為に対しては不法の意識が肯定されるのに対し、それ以外の所為に対しては否認される場合である (例えば、暴力を用いる「強盗」はたしかに傷害を違法なものと考えるが、自分が既に購入した物を奪取することを違法なものとは考えず、この法律の錯誤は彼を非難することが出来ない場合である)。

(4) 確認方法 (Feststellungsmodus)

1. 刑法の中心的領域では、成人に至った行為者の場合、不法の意識を別々に検討する必要はない。むしろ、認識ある過失犯の場合と同様に故意犯の場合には顕在的な不法の意識で補完されるのが普通であるが、認識なき過失の場合には少なくとも可能な不法の意識で補完されることになる (OGH EvBI 1979/145; ÖJZ-LSK 1976/261; フォレグガー＝セリーニ、ロイカウフ＝シュタインINGER)。

最高裁判所や上にあげた論者は、成人に達した行為者の禁止されているということの認識は「推測される」のが普通であると定義する。ただし、この定義は誤解を招きやすい。何故なら、この定義は、リットラーがこれを刑罰法規3条、233条について提案したように、「法律上の推定」を (立証責任の転換として) 承認する方向に誘うことになるからである。それではこの結論は間違っているのだろうか。不法の意識はたしかに特別な基準点が存在する場合に限って検討しなければならないが、疑問がある場合には処罰される行為者が少なくとも可能な不法の意識を積極的に立証しなければならないのである。

2. 典型的な事案においては、不法の意識を別々に検討する必要はないとい

うことは、刑法の中心的領域に対してのみ無条件にいえることである。これに対して、特別刑法では別々に検討しなければならない場合が多い（キーナップフェル、ロйкаウフ＝シュタイニンガー、プラッツグンマー）。何故かという、この領域では、とくに新たに法律上の規定を導入する場合、立法資料を信頼した者に対してもまた法秩序に反するかどうかということは、刑法の主要領域におけるほど明白でないからである。次に、刑罰規範を解釈する際に疑いが生じた場合、数個の解釈のなかから自分に都合の悪い解釈を不法なものと認めることが行為者に可能であったかどうかを検討しなければならない。ここで法律の錯誤の非難可能性は期待可能性の境界と隣接している。

（５）錯誤の可能性

事実関係を不法と評価することは、事実関係そのものが感覚的に且その社会的意味において正しく理解されているということを前提にする。

１．知覚における錯誤はそれに続く法的評価に対する事実的な基礎を変更し、責任に必要な特別の不法の意識の発生を最初から阻止するのである。何故かという、行為者が事実的な「不法状態」を正当なものとして理解するときにはじめて、評価事象が不法の意識を形成するという意味に組み込むのである。

（所為像のメルクマールが存在すること又はそれが実現されているということが認められなかったために）事実関係に関する錯誤はすでに故意を認めなくてもよいという点で、その錯誤は不法の意識のなかでもはや考慮する必要はないものとなる。ただし、（正当化する事実関係の誤認の場合と同じように）これが実情であれば、誤った知覚が不法の意識を排除する。例えば、行為者が誤って正当防衛の事情が存在すると信じた場合、彼は、事態の感覚知覚を誤ったが故に、最初から正しい評価を下すことはできなかったものである。

この状況は、行為者が所為像のメルクマールに気づいていなかったが故に、故意に行為したものではないという状況と比較することができる。以上の理由から、立法者は、８条にいう正当化する事実関係の誤認に、行為者は故意犯を理由に処罰されることはないという法的効果を与えたのである。ただし、錯誤が過失に基づく場合、それに対応する過失犯を理由に処罰される可能性がある。

2. それ以外の判断が行われるのは、行為者がすでに知覚においてではなくて評価に際してはじめて誤った場合である。この場合に限って、非難可能な評価が肯定され得るという効果をともなって、9条が介入することになる。これに対して、8条による知覚の錯誤（Wahrnehmungsirrtum）の場合には可能な不法の意識のための余地はまったくない。

（6）故意説と責任説

今日の支配的な責任説に対応して、不法の意識は独立した責任要素として認められ、故意の一部としては（もはや）認められていない。

以前に支配的であった故意説は、不法の意識に故意の（非独立した）構成要素を認めていた（例えば、リットラー、ノヴァコフスキー、マラニウク）。不法の意識が存在しなかった場合には、故意もまた必ず問題とならなかった。このように言うことができたのは、可能な不法の意識は基本的にはそれで足りるものと認められていた（ノヴァコフスキー）のか否か（以前の通説）に関係なかったのである。

今日、故意説はほぼ一致して拒否されている（例えば、ノヴァコフスキー）。可能な不法の意識を一般にそれで足りるものとは認められないというときにはじめて、故意説は解釈論的に首尾一貫したものといえる。このように限定する場合、まだ非難の余地のあるものであれ、そのような法律の錯誤はそれぞれ故意犯を理由に可罰性を阻却することになり、刑事政策的にも耐え難い結論になるだろう。しかし通説のように、9条により可能な不法の意識を認めるならば、不法の意識は故意と同じように心的事象のみならず規範的なカテゴリーでもある。しかし、それ自体として、故意説は厳格に故意から切り離さなければならない（同旨、マウラッハ＝ツイツプ）。今日、通説に従い、故意は（もはや）責任の構成要素ではなくて不法の構成要素であるだけに、なおさらかう言えるのである。

4. 特別な責任のメルクマール

帰責能力や（顕在的な又は可能な）不法の意識が存在することにより責任の

一般的なメルクマールが充足される。けれども、刑法各則の若干の規定には、補充的に「特別な責任のメルクマール」が含まれている。特別な責任のメルクマールは所為の不法ではなくて、専ら人的な責任非難だけを構成する、すなわちこの特別な犯罪に関連した行為者の「非難すべき内心的態度 (tadelnswerte Einstellung)」に関係する。一般に責任非難が提起されるのかどうか、又はそれに対応して修正された責任非難が提起されるのかどうかは、非難すべき内心的態度が存在するかどうかに関係する。特別な責任のメルクマールを不法の意識に包括してはならないのであって、不法の意識の後で検討しなければならないものである。

(1) 不法のメルクマールとの識別

法規に記述された可罰性の前提条件を不法のメルクマールとして位置づけるのか責任のメルクマールとして位置づけるのかは、当該規定の文言からはっきりと読みとれるものではない。特別な責任のメルクマールの多くは、定義づけからして、例えば、79条の「出産の際に」というメルクマールのように、所為像のメルクマールとの類似性を持っている。とくに、メルクマールが行為者の内心的態度だけを特徴づけるのか特定の外部的な態様をも特徴づけ、それ故、行為不法に影響を与えるのかどうか、曖昧な場合が時としてある。例えば、93条の無思慮という要件 (Erfordernis der Rücksichtslosigkeit) や22条の粗暴という要件 (Erfordernis der Roheit) の場合がこれである。この種のメルクマールが法律上の定義づけからして主観的な不法要素との類似性を有する事案においては、これを識別するのは特に困難である。このことは、例えば、127条に必要な利得故意と比較して、141条の「欲望を満足させるために」というメルクマールについても言えるのである。

不法に位置づけるのか責任に位置づけるのかということに対して決定的なことは、当該メルクマールは (すでに) 法益侵害の範囲を構成するのがあるいはその種類を (同時に) 構成するのか、又は、所為に関する行為者の内心的態度だけを明らかにするのかどうかである。

具体的には、しばしば困難な解釈を通じて識別することになる。だから、例

えば、最高裁判所は「粗暴な (roh)」というメルクマールを「明らかに冷酷な心情に起因したもの (ersichtlich einer gefühllosen Gesinnung entsprungen)」と定義する。それにもかかわらず、このメルクマールの場合にもまた所為像のメルクマールが問題になるのである。何故なら、有力説のいう粗暴なとは「ある種の相当性 (von einer gewissen Erheblichkeit)」を前提として虐待を明らかにするからである (パリン、ロイカウフ=シュタイニンガー)。

127条2項3号の役務上の窃盗 (Dienstdiebstahl) における加重事由たるメルクマール (Qualifikationsmerkmale) は不法なのか責任なのかもまた争いがある*)。加重事由の源を窃盗については雇用関係の内部で「付加的な障害 (zusätzliche Hemmungen)」が克服されねばならないという点に帰するならば、このことから特別な責任のメルクマールとして位置づけることになる (ノヴァコフスキー、同旨として、ロイカウフ=シュタイニンガー、マイエルホッフ=リーダー、OGH EvBI 1977/104)。これに対して、「限定的な予防の可能性 (verminderten Abwehrmöglichkeiten) や所為の実行の客観的な緩和」を強調すれば、127条2項3号の加重事由たる事情は所為像のメルクマールとして位置づけることになる (キーナップフェル)。

*第2版では、1987年まで効力を有していた旧規定127条2項3号の役務上の窃盗の加重事由たるメルクマールが処罰の対象とするのは不法なのか責任なのかも争いがあった」と改訂されている。

不法のメルクマールと責任のメルクマールとの間をどう識別するかは、犯罪行為への数人の関与についても重要である。すなわち、14条によれば、犯罪が不法に関係する行為者の「特別な一身的な資格又は関係」を前提とする場合、このメルクマールは関与者の一人に存在すれば足りる。これに対して、このようなメルクマールが責任に関係する場合、このようなメルクマールが存在する関与者だけが処罰されることになる。ただし、このようなメルクマールは客観的に理解された責任のメルクマールに対してのみ用いられるのが一般的であるために、この意味を過大評価すべきではない。何故かという、オーストリア

の統一的正犯者の体系では、主観的なメルクマールはすべて、それらが不法に関係するのか責任に関係するののかに関係なく、どっちみち関与者各人に存在しなければならないからである。

ドイツでは、ごく希ではあるが、特別な責任のメルクマールを少なくとも不法を構成するものとも認めたり（ヤコプス）、あるいはさらに構成要件に位置づけたりする（マウラッハ＝ツイツプ）傾向にある。構成要件に位置づける見解は、14条1項と2項で不法のメルクマールと責任のメルクマールに区別することがはっきりと予定されているため、オーストリアではこれを認めることはできない。

（2）種 類

範疇化する形式は、外部的な事実関係あるいは内部的な事象との結合如何に関係する。それに対応して、純主観的な責任のメルクマール、限定された主観的な責任のメルクマール及び客観的に理解された責任のメルクマールを区別することができる。

初期の分類（例えば、リットラーの分類）は、すでに主観的なメルクマールすべてが責任で検討されていた当時の犯罪論に基づいていたために、今日、まだ限定的に適用することができるにすぎない。この点で、当時は主観的な不法のメルクマールと責任のメルクマールを区別する必要はなかったのである。客観的な責任のメルクマールは、責任だけは主観的に決定すべきであるという原則の例外を意味したために、客観的な責任のメルクマールだけは特別なものであった。

それらの構造により以上のような分類以外に、特別な責任のメルクマールは、それが具体的に示すのは刑罰を基礎づける作用であるか、刑の減輕作用か、刑の加重作用かあるいは刑を阻却する作用かによってもまたこれを分類することができるのである。刑を阻却する作用の類型は、刑罰阻却作用の故に特別な免責事由によく算入されている。

1. 外部的な事実関係と内部的な事象の両者の結合如何あるいはそのいずれかとの結合如何により類型化するためには、次のようにいうことができる。

(1) 純主観的な責任のメルクマール（心情のメルクマール（Gesinnungsmerkmale））は、行為者の所為に対する内心的な態度そのものを特徴づけるのであって、行為者が法規に予定されている「心情（Gesinnung）」を有しているか又は外部的な動機なくしても有しているかはどうでもよいのである。それ故、純主観的な責任のメルクマールには、例えば、93条の「悪意から（aus Bosheit）」とか「無思慮に（rücksichtslos）」というメルクマール及び141条の「無頓着から（aus Unbesonnenheit）」とか、「欲望を満足させるために（zur Befriedigung eines Gelüstes）」というメルクマールがある。これに対応して、例えば、最後にあげたメルクマールの場合、欲望がどのようにして生じたのか、また、行為者はこの目的のために生じた盗取を通じて一般に満足させることができたのかどうかはどうでもよいのである。まさしく後者の観点に関しては、超過的内心的傾向との相違がでてくる。何故かというと、法規に定義づけられていることと比較可能な127条の意味での利得故意（Bereicherungsvorsatz）は、行為者を動機づけた表象が事実の世界に移されて現実的にも不法な利得になったときにはじめて、肯定されるからである。

純主観的な責任のメルクマールの場合、それらが行為者の決定過程を形成したということの証明だけがなされる限りにおいて、それらが何らかの形で外部に現れたのかどうかは問題にならない。

まさしくその純主観的な志向性の故に、時折、このメルクマールは「直接に介入することによってではなくて、それが別の客観的・主観的な事実（in anderen, objektiven und subjektiven Daten）に反映することによってはじめて理解される」場合があると強調されている（シュトラテンヴェルト、同旨として、イエシェック）。「結局、心情ではなく、純主観的なメルクマールと一致する事実関係」が重要なのである（シュトラテンヴェルト）。ただし、このように主張する核心的な内容は、解釈論的な構成に当てはまるというよりも、純主観的なメルクマールの大部分が外部的な事情の存在如何だけによって証明され得るという事実には当てはまるのである。しかし、この証明の困難性は主観的な犯罪要素すべてにいえることであり、例えば、故意や顕在的な不法の意識

に関してもいえるのである。純主観的な責任のメルクマールは、責任主義と一致する可能性がある。したがって、純主観的な責任のメルクマールは、刑罰を基礎づけたり、刑罰を加重したり、刑罰を減輕したりあるいは刑罰を免除 (Straferlaß) したりするのに用いられる場合がある。

純主観的な責任のメルクマールを適用することによって「コントロールできない解釈の作業範囲を選択して評価するために構成要件の明確性」(ヤコプス、同旨として、シュトラテンヴェルト) を損なう、という時折提起された反論もまた、部分的に納得させるだけである。たしかに責任主義を構成する明確性の原則は、この種のメルクマールの場合には客観的な構成要件のメルクマールの場合と同じように適用することはできない。それにもかかわらず、明確性の原則によって限定された法治国家性の損失は、他の多くの犯罪要素の場合よりも重大ではない。だから、例えば、100条にいう「わいせつ行為に利用するために」という超過的内心的傾向は、少なくとも141条にいう「欲望を満足させるために」という主観的な責任のメルクマールと同じように解釈する必要がある。

(2) 限定された主観的な責任のメルクマールもまた、行為者の内心的な態度が考慮される限りにおいて、主観的なものである。しかし、限定された主観的な責任のメルクマールは、法規が付加的にこの内心的態度に至らなければならない一定の外部的な動機状況を前提とすることによって、純主観的な責任のメルクマールから区別されるのである。

例えば、76条では、著しい興奮状態のみならず、このことが「一般的に明白」であるということもまた重要である。すなわち、限定された主観的な責任のメルクマールは、「外部的な事情のなかで基礎づけられなければならない、その場合、一般的に納得できるかどうかは客観的な基準に従って判断されねばならない」(ロイカウフ=シュタイニンガー)*)。同じことは、79条の「まだ出産の影響を受けている間に」という段落又は141条の意味での「困窮から」という要件にもいえるのである。これらの場合にもまた、行為者の内心的な態度に実際に影響を与えた特別な動機状況が存在しなければならない。

*第2版では、「客観的な基準に従って判断されねばならない」という個所が「客観的・規範的基準に従って判断されねばならない」と修正され、引用文献としてキーナツプフェルをもあげている。

限定された主観的な責任のメルクマールは、客観的に理解された責任要素と共に外部的な動機状況を有し、また、純主観的なメルクマールと共に行為者の内心的な態度への事実上の影響を与えるのである。

客観的に限定して規定されているにもかかわらず、行為者にとっては動機状況だけが決定的なものである。このことは、規定されている外部的な諸事情の誤認の場合、事実的な現存在の場合と同じように重大なものとなる。その結果、二つの状況は同じように取り扱われることになる（「動機の相当性（Motivationsadäquanz）」、キーナツプフェル、モース、シルト）。

限定された主観的な責任のメルクマールもまた責任主義と調和しなければならない。したがって、限定された主観的な責任のメルクマールは、刑罰を基礎づけたり、刑罰の加重、刑罰の軽減あるいは刑罰の阻却を規定するために設けられていることになる。

限定された主観的な責任のメルクマールの場合、客観的に規定されている動機状況との関連が、より正確に確認したり明確性を高めることを保証する基準点を示すのである。したがって、純主観的な責任のメルクマールに対して提起されている懸念は、限定された主観的な責任のメルクマールの場合には非常に弱くなる。

(3) 客観的に理解された責任のメルクマールは、このメルクマールの場合には行為者の内心的な態度への現実的な影響は重要ではないということによって、純主観的な責任のメルクマールや限定された主観的な責任のメルクマールから区別される。むしろ、立法者は、客観的に理解された責任のメルクマールの場合には、一般的な生活経験に基づいて一定の外部的な諸事情（例えば、特別な事情）から「自動的に」責任への影響如何を推論する。

このような影響力の行使が生じると推測するのは否定できない。それ故、「推定的な責任のメルクマール（präsumtiven Schuldmerkmalen）」もまた何

度か主張されている（ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース）。

客観的に理解された責任のメルクマールは、79条では、「出産の際に」という規定である。この規定は、産婦（eine gebärende Frau）は新生児を殺害したとしても責任を軽減するのが一般的であるという特別な身体的・心身的な負担を負っているという経験に基づく。79条こそは、客観的に理解された責任のメルクマールと限定された主観的な責任のメルクマールの違いを特別に明らかにしているのである。出産の際の殺害の場合には、裁判官は出産の際に殺人が生じているということに限定して確認しなければならない。それに対して（母親がまだ出産という事象の影響を受けている限りにおいて）、79条後段（zweiten Alternative des § 79）の場合に、裁判官がはっきりと確認しなければならないことは、特殊な事案のなかで出産という事象がまだ母親に影響を及ぼしているかどうかである。客観的に理解された次の責任のメルクマールは、166条の家庭内での遂行における親族たる資格（Angehörigeneigenschaft）である。ただし、14条に関連して不法の重要性（Unrechtsrelevanz）もまたこの基準とされている（ノヴァコフスキー、キーナツプフェル、フォレグガー＝セリーニ）。

責任が推定されることによって、客観的に理解された責任のメルクマールは、刑罰を基礎づけたりあるいは刑罰を加重したりするのに用いられるわけではないのである。刑罰を軽減したり刑罰を排除したりするメルクマールの場合、行為者が有利になるだけだから、以上のような懸念は存在しない。

しかし、客観的に理解された責任のメルクマールの場合には、それ相応の諸事情が客観的に存在するかどうかだけが問題となるのではない。むしろ、次のように分類しなければならない。

- 原則的には行為者と関係なく、行為者を動機づける作用に関してはじめて行為者の責任に影響を及ぼすのにふさわしいメルクマールが法規にあげられている場合、これらの諸事情が存在するかあるいは行為者がそれらを誤認したときには、行為者に対する動機状況は同一である。この点で、このような諸事情が現実的に存在するかどうかというよりも、行為

者の表象にそのような諸事情が存在していたかどうかが問題である（「客観的に理解された責任のメルクマールの主観化」、イエシェック）。例えば、166条にいう財産犯を家庭内で実行しようと誤認したものは、それに対応して、この規定に予定されている刑の範囲の軽いものに従って責任を負わされることになる（ノヴァコフスキー、キーナップフェル、ただし、反対説として、ロйкаウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ、シルト）。

- 一 これに対して、責任が行為者の心身の状態に想像上反映したかどうかに関係なく、客観的に理解された責任のメルクマールが責任に影響を及ぼす特別な行為者の心身の状態の特徴を示す場合、このメルクマールが存在するかどうかに関する行為者の表象には注目する必要はない。79条の「出産の際に」という基準がこれである。その場合に問題となるのは「責任非難に対する基準点であって、動機に影響を及ぼし得る状況ではない」のである（イエシェック）。

2. 次の図表7(5)では、もっとも重要な特別の責任のメルクマールを刑法典から作成したものであり、それらの構造に基づいて純主観的なもの、限定された主観的なもの及び客観的に理解されたものに分類したものである。

図 表 7 (5)

純主観的な責任のメルクマール 例えば、	限定された主観的な責任のメルクマール 例えば、	客観的に理解された責任のメルクマール 例えば、
<ul style="list-style-type: none"> — 悪意から（93条） — 無頓着から（141条） — 欲望を満足させるために（141条） 	<ul style="list-style-type: none"> — 一般的に明白な著しい興奮状態において（76条） — まだ出産の影響を受けている間に（79条） — 困窮から（141条） 	<ul style="list-style-type: none"> — 家族内での遂行（例えば、166条） — 出産の間に（79条）

Ⅲ. 免責事由 (Entschuldigungsgründe)

1. 総 説

たとえ一般的に要求されたり場合によっては要求されている特別な責任のメルクマールが存在するとしても、(それにもかかわらず) 例外的に当罰的な「責任非難」が認められない場合がある。この種の例外は、行為者の行動を納得させるのに適した、すなわち責任非難を「免責する (entschuldigen)」のに適した諸事情に基づいている。その場合、行為者の責任は、場合によっては当罰的な責任非難はもはや認められないという範囲内で減輕されることになる。

免責事由は、違反した不法を排除するのではない。所為は違法なままである。免責事由は、具体的な基準点が存在するときに限って、(正当化事由のように) 規制の例外として検討されるのである。

(1) 識別基準 — 責任阻却事由と免責事由

広い意味での責任阻却事由もしくは免責事由と呼ばれるものは、人的非難可能性が存在しないため処罰しなくてもよいとされている規定すべてである (ロイカウフ=シュタイニンガー、ノヴァコフスキー)。けれども、細分化しないで考察する代わりに責任阻却事由と免責事由を区別するのが賢明であると考えられる (例えば、イエシェック)。

責任阻却事由が存在するのは、構成的な責任要素 (帰責能力、不法の意識又は特別に責任を基礎づけるメルクマール) の一つが存在しない場合である。この種の事案では、責任非難は完全に排除される。これに対して、免責事由は所為は当然のこととするに過ぎない。すなわち免責事由は責任を完全に排除するのではなくて、当罰的な責任非難の分量以下まで (bis unter das Maß) 責任を減輕するのである。

通説と反対に、ロクシンは、免責事由を一般に責任の領域から除外することを支持する。免責事由の前提条件のもとで行動した者は、それにもかかわらず有責に行為したものである。しかし、彼を処罰してはならない。何故なら予防

の必要性を欠くからである。特別な例外の状況にあったとしても、反復継続の危険性（Wiederholungsfahr）は存在せず、公衆の目で見た規範的妥当性（Normgeltung）も侵害していないからである。このように責任の領域から除外するというのは納得できない。たとえ免責事由が予防的衡量に基づくとしても、免責事由に対する決定的な基準は、免責事由が介在する場合には刑法上行行為者を非難してはならないということである。しかし、このように決断するかどうかは、それらが同質的なものであるが故に、犯罪構成上帰責能力や不法の意識を検討する章で行うべきであった。

（２）共通性

１．免責事由すべての基本的な考え方は、一定の例外的な状況のなかでは確かに規範に適った態度が要求されるが、しかし刑法という手段によって強制してはならないということである。この点で、免責事由すべては期待不可能性の衡量（Erwägungen der Unzumutbarkeit）に基づく（レンクナー、マウラッハ＝ツイツプ、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、リットラー、ノヴァコフスキー）。

例えば、A・B 両人のザイル登山において、A が登山中の生命の危険から脱出するためには、B が確実に死んでくれる場合だけであって、実際にそうした場合、たしかに A はこの態度を刑法上の判断の対象から完全に除外することはできない。どうすることもできずザイルにぶら下がっている仲間を切り落とすことは、故意の違法な殺人になる。そのような行為に対して被侵害者は正当防衛を行使してもよいし、また、第三者は 3 条にいう緊急救助を行ってもよい。ただし、このような危険な状況や強制された状況にある態様は、刑法の意味での人的非難可能なものとして段階づけてはならない。刑法は、法の保護する諸価値を備えた人間自身に英雄的行為や献身的行為を要求してはいないのである。むしろ法益の保護については、所為は違法である（がまだ有責とはいえない）ということだけで足りると考えているのである。

２．最近、この期待可能の観点と並んで、不法をほとんど限定してしまうことが免責事由の次の共通性であると次第に考えられている（イエシェック、レ

ンクナー、マウラッハ＝ツイツプ、ウエッセル、ルドルフィー、ヤコプス、シュミットホイザー)。この見解によれば、免責事由は、一方で動機づけの重圧の故に (wegen des Motivationsdrucks)、他方では免責事由が緩和された不法に関係するが故に (weil sie sich auf ein abgeschwächtes Unrecht beziehen)、「二重の責任の減輕 (doppelten Schildmilderung)」に基づくことになる。

オーストリアでは、一定の免責事由が存在する場合にのみ不法もまた一括して減少すると限定を付することによってのみ、この見解に従ってもよい。

例えば、免責する緊急避難の場合、救助行為が成功したとき、結果無価値は救助された財の価値を減少させるのである (イエシェック)。それにもかかわらず、結果無価値の減少が免責する緊急避難になるとは限らない。何故かという、「客観的には事前に必要であるが、失敗に終わった未遂もまた死活にかかわる困窮から救出する」のを免責するからである (ヤコプス)。最後にあげた事案では、行為無価値だけを「行為者が追求した正当な目的を通して」減少するのである (イエシェック)。

少なくともオーストリアでは、免責事由すべてが不法を減少させるわけではないということは、例えば、一般に免責事由と考えられている290条の供述緊急状態 (Aussagenotstand) に関する規定から明らかになる (OGH RZ 1978 /143; フォレグガー＝セリーニ、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、パリン、テューリック)。何故かという、例えば、近親者から刑事訴追の危険を回避するために、偽りの証言を行った者は法益の侵害を阻止したものではないからである。この点に行為無価値の減少はまったく存在しない。しかも行為者は正当な目的に基づいて行為したわけでもない。この点で行為無価値の減少さえも問題にならない。それ故に、供述緊急状態の免責事由は不法ではなくて、責任だけにかかわるのである。

したがって、結果無価値と行為無価値という両無価値の減少又はそのいずれか一つの無価値の減少は、オーストリア法の免責事由すべてに共通するものではない。

(3) 客観的な前提条件と主観的な前提条件の意味

立法者は、(特別な責任のメルクマールの場合と同じように) 免責事由に対する前提条件を客観的且主観的に理解するか、あるいはそのいずれか一つに理解する。現行法の大部分の免責事由は、構造上、限定された主観的な責任のメルクマールと合致する。たしかに行為者の内心的な態度を考慮してはいるが、この内心的な態度は外部的な動機状況によって引き起こされたものでなければならぬ。免責事由の介入については動機づけの重圧が決定的なものとなるので、動機状況が単に外部的に存在したというだけでは問題にならない。むしろ、決定的なことは動機状況が行為者に意識されていたかどうかである。動機づけの重圧は同じ強弱の程度に存在するので、行為者が相応する動機状況を誤認したに過ぎないとしても、相応する免責事由は介入するのである。これを基礎づけるために、限定された主観的な責任のメルクマールに関する詳説を参照されたい(結論においてこれに賛同するのは、マイエルホーファー＝リーダーとシルトである)。

2. 個々の免責事由

正当化事由と同じように、免責事由ははっきりと法規に規定されているか、あるいは法的類推解釈により明らかになるに過ぎない。刑法と並んで、刑法以外の法領域もまた免責事由に対する法源として考慮される。例えば、憲法や民法がこれである。「(「信教の自由や良心の自由」という免責事由に対する憲法がこれである)。

(1) 明定されている免責事由 (Ausdrückliche gesetzliche Entschuldigungsgründe)

刑法典に明定されている一般的な免責事由には、10条の免責する緊急避難と3条2項の正当防衛の程度を超えた特別な事案がある。特定の犯罪に限定された特別な免責事由には、例えば、94条3項(被害者の放置)、95条1項及び2項(援助を怠ること)、115条3項(侮辱)、286条2項1号(刑を科されている行為の阻止の懈怠)、290条(偽りの供述)及び299条3項前段と4項(犯罪庇

護)が含まれる。

殴り合いに参加した者を処罰しない91条2項もまた、「この参加につきいかなる非難もなされ得ない」とき、度々免責事由に数えられている(ロイカウフ＝シュタイニンガー、テューリック)。けれども、ここではキーナツプフェルの見解が正しいと思う。キーナツプフェルの見解によれば、91条2項は「解釈論的にはいかなる独立した機能を持っておらず、むしろ殴り合いへの関与が違法で且有責であったときにはじめて、これを処罰するということをはっきりさせるだけである。

1. 10条 — 免責する緊急避難

10条に根拠をもつ免責する緊急避難は、実務上重要な免責事由である。その免責する緊急避難は正当化する緊急避難と広範囲にわたって類似する。この点で、これから述べることの補足として、第11章(連載中の本資料第6章)Ⅱ3(2)1を参照することになる。正当化する緊急避難との本質的な違いは、免責する緊急避難の場合に救助される財は犠牲となった財よりもはっきりと高い価値である必要はないということである。さらに、より低い価値である場合もある。

この異なった要請に対する理由は、関与していない第三者に対する効果如何にある。第三者の法益への介入が緊急避難によって正当化される場合、これに対してはいかなる正当防衛をも許されない。むしろ、この第三者に対しては、ある種の「受認義務又は容認義務 (Stilhalte- oder Duldungspflicht)」が生ずるだけである。しかし、この義務は、明白なより高い価値の法益を救助しなければならないときにはじめて、連帯思想 (Solidaritätsgedanken) によって理由づけることができる。

それに対して、免責する緊急避難の場合、救助行為は違法に変わりない。それ故、3条の防衛権は当事者やその緊急救助者の自由になる。10条が免責する「だけ」であり、適法な抵抗を許容するために、10条がより高い価値の法益に介入する場合にも用いられるとき、問題はなにもない。

(1) 免責する緊急避難は、次のような前提条件のもとで認めることができる。

① 緊急避難の状態 (Notstandssituation) (=緊急避難の状況 (Notsatndslage)) は、正当化する緊急避難の場合と同じように、「直接に緊迫した著しい不利益 (unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil)」にある。それがどのように理解されるかは、第11章 (連載中の本資料第6章) II 3(2) 1 ① 以下です。すでに詳細に述べたところである。補充的にはまだ次のことが指摘されるにすぎない。著しい不利益の要請は、正当化する緊急避難の場合には、著しくない不利益における連帯義務は関与していない者にいかなる犠牲をも要求してはならないということによって基礎づけることができた。免責する緊急避難の場合には、この要請は法律上保護された価値とかかわりを持つ者が場合によっては著しく緊迫した不利益を通じて法律違反に誘発される場合があるが故に、提起されるのである (EBRV 1971, 73f; キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー)。

② 救助行為は、(現実的に又は推定的にのみ) 緊迫した不利益を除去するのに必要なものでなければならない。ただし、この「必要性」の要請は、正当化する緊急避難の場合よりも厳格なものではない。この要請は、「行為者の状態にあれば、法律上保護された価値にかかわりを持つ者からも他の挙動を期待できなかった」(10条1項) のかどうかに向けられる。この判断の基準をなすのは、行為者に可能なかぎり類似した仮想人物 (例えば、同じ年齢、同じ健康状態及び同じ社会的領域にいる者) である。ただ法律上保護された価値とかかわりを持つかどうかということだけは、行為者の現実的な価値とかかわりを持つことから切り離して求めなければならないのである。すなわち、行為者に仮定された価値とのかかわりに基づいて、仮想人物も同じように法律にかなった態度を期待することがまったくできなかったのかどうかの問題になるのである (ロイカウフ=シュタイニンガー、モース)。

法律上保護された価値とかかわりを持つ者は、多数の同一程度の有効な手段のなかから、(現実的な又は推定されるに過ぎない) 緊迫した不利益を避けるために最も軽微な手段だけを計算に入れているのが普通である。しかし、例外的な事案においては、たしかにより軽微な手段を自由に用いたが、これは行為

者にとってはあずかり知らないことであった場合、又は、ある何らかの人的理由から（例えば、宗教的観点下において）この手段を用いることが行為者に期待されるものではなかったとき、免責されることになる。

たとえ行為者が選択可能なものとして侵害者に対する正当防衛を有するとしても、彼がこれを選択する代わりに、この侵害を避けるために無関係な第三者の法益に介入する場合も、事情によっては彼を免責することになる（EBRV 1971; ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル）。この基礎となっている考え方は、侵害者自身に向けられる防禦は、3条により防禦が正当なものとなるにもかかわらず、時には防禦者に対する危険を負わされ、また、あらゆる状態のなかで誰にでも期待され得る人的傾注（persönlichen Einsatz）を要求するということである。しかし、例えば、誰でも307条のいう買収を実行してはならない、さもなければ彼は委託授与（Auftragsvergabe）に際して考慮することもなかろうし、それによって売上の減少（Umsatzrückgang）が緊迫するにせよ、やはり買収を実行してはならないと期待されているのである。

③ 10条は、緊迫する不利益と救助行為による侵害との間の特定の均衡性（Verhältnismäßigkeit）を前提とする。これによれば、この侵害は急迫する不利益よりも「不相当に重大なものではない」ことを要する。すなわち緊急避難行為は、かなり重大な損害を引き起こし、さらに3条1項後段のいう「不相当な」ものをいう。すなわち、緊急避難行為は急迫する不利益よりも不相当に重大なものであってはならないだけである。

10条のいう「不相当な（unverhältnismäßig）」ということは、3条1項後段のいう「不相当な（unangemessen）」というほど厳格な財の衡量（Güterabwägung）をいうのではない。両者の違いは両規定の異なった法的性質による。何故かというと、10条の場合には、3条の場合のように法益侵害を許容することが問題となるのではなくて、この種の侵害を人的に非難してもよいのかどうか問題となるに過ぎないからである。例えば、10条のいう不相当性は、自分の故国の境遇に「不満をもつこと」から特有の状況に変革するためにハイジャックを実行する場合に存する（OGH JBI 1972）。

④ 免責事由としてその本質に相応して、10条は、緊急避難の状況が行為者に認識されているときにはじめて介入するか、もしくは行為者が緊急避難の状況を誤認した場合に介入するのである。このことは、急迫した不利益にも救助行為とかかわりを持つ介入の度合にもいえるのである。さらに、救助意思の主観的な前提条件としても要求されている。何故かという、10条では、(3条の定義づけと異なって) 行為者は急迫した不利益を「避けるために」行為した、ということが前提とされているからである(キーナップフェル、マイエルホッフ＝リーダー、マウラッハ＝ツィツプ、レンクナー)。

それに対して、急迫した不利益かどうかの判断に関して特別に「検討しなければならないこと」あるいはさらに相当性を検討することは、正当化する緊急避難の場合ほど要求されてはいない(トゥリフテラー)。

(2) たとえば(1)以下で述べた前提条件すべてが充足されたとしても、行為者が法秩序の承認する理由がないのに意識して危険に身をさらしたとき、彼は10条2項前段により免責されることはない。ある者が作為(akive Handeln)によって招来せしめた場合だけでなく、実際に難なく不利益を回避する可能性があったのにそれをしなかった場合及び法律上保護された価値とかかわりを持つ者がこの回避可能性を利用することができたのに利用しなかった場合もまた、不利益に「身をさらした(ausgesetzt)」ことになる。

このような限定は、行為者が自分は危険に身をさらしているということを意識したときにはじめて言えることである。それは「意識して(bewußt)」という言葉から明らかになる。すなわち行為者は故意を持って危険を冒すことが求められているのではない。ここでもまた、常に「認識」が問題となる場合のように、附随的意識(Mitbewußtsein)で足りるのである。

10条の2項のような限定は、行為者が「法秩序の承認する理由がないのに意識して危険に身をさらした」事案についてのみ言えるのである。法秩序が承認するのは、例えば、警察や消防隊の活動のようなあらゆる危険な業務活動である。さらに、これには、例えば、スポーツ行事への参加や自発的な救助行為への着手といった社会的相当性の範囲内にあるあらゆる活動が当てはまる。

これに対して、「軽薄で無思慮に又は下劣な動機から無意味な冒険を行い、これとかかわりを持つ危険を意識して甘受した」者は、10条2項前段によれば、免責されるものではない。

(3) 免責する緊急避難に該当する事案を構成するのは、義務が抵触する一定の型 (bestimmte Varianten der Pflichtenkollision) である。ここで主張する見解によれば、二つの抵触する義務のなかから些細な価値を有する義務が充足されるか又は不作為義務と同価値的な行為義務が抵触する場合の同価値的な行為義務が充足される事案だけは、まだ解明しなければならないものである。何故かという、それ以外のすべての事案の状況では、正当化する緊急避難が正当化する義務の抵触のいずれかが介入するからである。

解明を要すべきものとして残されている事案については、義務の抵触を独自の免責事由とする必要はまったくない。むしろ、作為犯に関係する問題であるという点で、10条により満足のゆくように解明することができるのである。

正当化する義務の抵触の場合、少なくとも適法な態度をとる一つの可能性が義務者に開いているかどうかが問われるのに対し、義務が抵触する範囲内で免責されるためには、被義務者が自分に法律上許された可能性を直接にはまったく利用しなかった事案がまだ残っているに過ぎない。しかし、この点で、ある者が「見せかけだけの」義務を充足したとき、他のすべての違法な行為者と同じように、10条により一般的に明白な動機づけの重圧に負けたときにはじめて免責されることになる。

(4) 客観的な緊急避難の前提条件に関する誤認は、これを免責する。ただし、行為者が、「錯誤によって、その条件があれば自己の行為が免責されるところの条件が存在するものと考え、その錯誤につき過失がありかつその過失の遂行が刑を科されている場合には、過失の遂行の故をもってこれを罰する」ものとする (10条2項後段。)

2. 3条2項 — 正当防衛の程度を超えること

(1) 3条2項によれば、「専ら狼狽、恐怖又は驚愕から」故意犯の故に罰されるものではないのは、

—「正当とされる防禦の程度を超え」又は

—「明らかに不相当な防禦」を行ったものである。

二つの事案において、正当防衛の前提条件が直接に存在しないために、行為者は違法に行為したものではない。

前者には、正当防衛それ自体は許されるが必要な防禦の程度を超えている状況すべてが当てはまる。後者の場合には3条1項後段に関係する。すなわち相当性の原則に関してそれ自体必要な防禦を適法なものとはしない事案をも包括する。したがって、ノヴァコフスキーは後段の場合を前段に該当する事案であると見ている。

3条2項は免責事由として位置づけられる。何故かという、無力な激情の影響を受けて行為する者を人的に非難してはならないからである（リットラー、ライスイヒ＝クンスト）。

ただし、ドイツでは、正当防衛の程度を超えた場合を不可罰とする理由をどこに求めるべきか争いがある（マウラッハ＝ツイツプとヤコプスによする証明がある）。けれども、ドイツでも、通説は、33条に匹敵し得る規定については免責事由を前提とする。

（2）3条2項を適用するためには、次のような前提条件を充足しなければならない。

① 現実的な正当防衛の状況が存在しなければならない（内包的過剰防衛（intensiver Notwehrexzeß））。そうでなければ、正当とされる程度はまったく存在しないことになり、この程度を超えたともいえない。

内包的過剰防衛から、外延的な過剰防衛（extensive Notwehrexzeß）を区別しなければならない。外延的な過剰防衛はいかなる事情のもとであれ免責しない。何故なら、侵害はまだ直接に急迫したものではないし、また、もはや現在のものでもないからである。その場合に、侵害の状況がまったく現存しなかったかあるいは視野のなかになかったとしても、「外延的過剰防衛」を主張することができるのかどうかについては争いがある（マウラッハ＝ツイツプ、ルドルフィー）。通説によれば、外延的な過剰防衛は正当防衛の時間的な程度を超

えた場合だけである。正当防衛の状況がまったく存在しなかったのか又は視野に入れてなかった場合、一般に「過剰防衛」は存在しない。むしろ誤想防衛若しくは誤想過剰防衛 (Putativenotwehr bzw Putativnotwehrüberschreitung) が問題になるだけである (イエシェック、レンクナー、シュトラテンヴェルト、ウエッセルス、ヤコプス)。ドイツにおいても通説が優れている。何故ならドイツ刑法33条は正当防衛の程度を超えたことをはっきりと挙げているからである。

ドイツでは、外延的な過剰防衛もこれが無力な激情による限り免責することができるという見解が主張されている (レンクナーの証明)。けれどもこの見解は、オーストリアで用いることはできない。何故かというと、ドイツ刑法33条では、「行為者が正当防衛の程度を超えたときは…」と一般的に定義しているのに対し、超える可能性をはっきりと二つの特定の事例に関係させる3条2項の定義づけは、内包的な過剰防衛だけに限定することを明白に保証するからである。

② このような状況において、行為者は違法でない防禦の程度を超えていなければならない。これは二通りにおいて生ずる。

(i) 正当とされる防禦の程度を超えたというのは、防禦が必要でなかったときである。一定の手段を傾注することは、侵害を防御するために一般に適当でなかった場合又はほとんど決定的なものとはいえない可能性を自由に用いた場合には、必要なものとはいえない。それに対して、人が「将来の侵害をも防止するよう自己の防禦を遂行した」とき、3条2項のいう免責は最初からまったく生じない。何故かということ、人が将来の侵害を「正当防衛の種類と程度においてのみならず、その目標設定においてもまた選択を誤っている」からである (ノヴァコフスキー)。行為者が侵害の強度を過大評価したためにあるいは正しいものと判断した侵害を防御するために最も効き目のある手段を選択したために、必要な程度を超えたといえるかどうかは問題ではない。

(ii) 不相当な防禦を利用するものは、「こうむる恐れのある不利益が単に些細なものである」とき、相当性の程度を超えた者である。それ以外に、「こ

うむる恐れのある不利益が単に些細なもの」といえない侵害の場合もまた、防禦は不相当なものになる。何故なら正当防衛権を社会倫理的に制限することは免責（Ausweichen）を要求するからである。

二つの事例グループにおいて、不相当性は明らかなものといえるものでなければならない。何故ならそうでなければすでに正当なものとなっているからである。

③ 正当とされる防禦の程度を超えたときは、「専ら狼狽、恐怖又は驚愕から」生じたものでなければならない。すなわち法規に正確に評価して列挙されているこれらの無力な激情の一つは、行為者をこのような態様に誘発したものでなければならない。それに対しては、正当防衛の程度を超えたことが専ら無力な激情に原因を求める必要がある（根拠として「専ら（lediglich）」、EBRV 1971, 63 r Sp; 同旨として、ノヴァコフスキー、これ以外にドイツ刑法33条、これについてはイエシェックの刑法総論第3版398頁参照）。

狼狽（Bestürzung）については、被侵害者が所為の瞬間に侵害をどのようにして回避したらいいのかわ正確に認識しておらず又は「軽はずみに（unüberlegt）」反応したというだけでは足りない。3条2項のいう恐怖（Furcht）とは、実際にあらゆる漠然とした恐れ（Angst）をいうのではなくて、決定の自由がそれによって侵害を受けたが取るに足りないものではなかったというように高められた漠然とした恐れを前提とするものである。驚愕（Schrecken）とは単なる驚き以上のものである。3つの激情すべてにいええることは、それらは侵害の強弱の判断又は防禦の必要性に影響をもたらさなければならないということである。二つの事例については、3条2項が適用されるべき防禦行為への影響力の行使が存在する。

それに対して、行為者が立腹、復讐、激怒等のような強力な激情により行為した場合、3条2項はまったく適用されない（SSt 47/56; ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

④ 3条2項により免責するための主観的な前提条件は、正当防衛の状況を認識しているかどうかである。何故かということ、この状況を（少なくとも直感

的に) 理解した者だけが狼狽、恐怖あるいは驚愕から反応することができるからである。正当防衛の状況を通じて生じた動機づけによる重圧は、行為者がこのような状況の存在を誤認しただけであったとしても、行為者に関係する (8 条参照)。したがって、このような事案においてもまた、この錯誤も程度を超えていることも過失に基づくものでない限り、この表象に基づいて正当防衛の許された程度を超えたとき、行為者は 3 条 2 項により免責されるのである。

意識的であれ無意識的であれ、正当防衛の程度を超える場合がある。実際にこのことから不法の意識が存在しているということが明らかになる (ノヴァコフスキー、イエシェック、マウラッハ＝ツィツプ)。確かに無力的な激情は、直接的にはある一定の強度からして、普通どちらかといえば無意識的な防衛反応 (それと同時に、不法の意識がもはや認められないもの) になるといってよいだろう。しかし、侵害者は身体的に自分より劣っているということを知っているにもかかわらず、侵害者を恐れ、それでもなお必要な防禦の程度を意識的に超えた者もまた、3 条 2 項により免責されるといえるかである (イエシェック、無意識的に程度を超えたことに限定するのはレンクナーである)。

(3) 上の (1) と (2) で述べた前提条件が存在するとき、あらゆる事案において、故意犯を理由に無罪 (Straflosigkeit) となる。過失犯で処罰されるかどうかは、「超えたことが過失に基づき且過失行為が処罰される」かどうかに関係する (3 条 2 項)。この超えたことの原因を「専ら無力的な激情に帰するものでなければならないので、過失は行為者が自分の激情をそれ相応に支配していなかったという点にのみ基礎づけることになる。彼は、法が要求しているようにこれをなし得たといえるとき、彼は自己の正当防衛の必要とされる程度を認識し且これに向けることが出来たということになる」(EBRV 1971, 63 r Sp)。

上の (2) ④ で挙げた、正当防衛の状況を誤認してその程度を超えた事案については、この誤認も程度を超えたこと自体も過失に基づかないときにはじめて、刑が免除 (Straffreiheit) されることになる。何故かという、最初の錯誤が過失であったとき、行為者がその場合もまた正当防衛の程度を超えたと

認識していたといえるかぎり、第二の錯誤にも影響を及ぼすからである。

(2) 明定されていない免責事由 (Nicht ausdrücklich geregelte Entschuldigungsgründe)

1. 義務の抵触は免責されるか

ここで主張する見解によれば、義務が抵触する場合の独立した免責事由というものとはまったく存在しない。時折、これに該当する事案のグループは、部分的に正当化する義務の抵触として位置づけられるか、あるいは10条若しくは不作為犯における期待可能性の基準を用いて解決されているのである。

2. 指図 (Weisung) 又は命令 (Befehl) による行為の場合はどうか

違法な職務上の指図又はそれ相応の命令により行動する者は、適法に行為したものとはいえない。この種の態度は、場合によっては、一般的な規定により免責されることになる。

例えば、指図が脅迫を備えている場合、免責する緊急避難の規定が介入することになる (マウラッハ=ツイツプ)。指図が実際には管轄違いの組織から発せられたか又は刑罰法規上の規定に違反しているにもかかわらず、部下が指図を誤って義務的なもの (verbindlich) と考えた場合、部下には不法の意識が欠けていることになる。彼の錯誤が誤った知覚に基づくとき、8条が適用されることになる。彼が指図を法的に誤って評価した場合、9条が介入することになる。

ドイツでは、部分的に、「職務上の指図に基づいて行為すること」は、非義務的なことを部下が十分に識別することができなかったとき、適用される「一種独特の免責事由」になるという見解が主張されている。「部下に対しては、上官の權威を信賴することおよび服従するという慣行が決定的なものである。…したがって、公務員や軍人における権利と義務は、必然的な従属関係を考慮して、それ以外のものと異なった方法で形成されるので、職務上の指図に基づいて行為する場合の免責事由もまた固有の規定に基づいて処理されなければならない」(イエシェック、これに賛成するのにウエッセル)。

この見解には従うことができない。むしろ、指図が義務化されていることの

誤認は法律の錯誤に関する規定を用いて解決すべきである（マウラッハ＝ツイツプ、ヤコプス、レンクナー、シュレーダー）。このことは、オーストリアにおける9条の法律の錯誤にいう「非難可能性（Vorwerfbarkeit）」の範囲内での部下との関係を考慮することがドイツ刑法17条に関する錯誤の「回避可能性（Vermeidbarkeit）」の些細な規範的基準の範囲内で考慮することよりも十分に考慮される場合があるだけに、なおさらいえることである。

それ故に、「命令又は指図に基づいて行為した」場合の固有の免責事由を承認する必要性はまったく存在しないのである。

3. 規範に適合する態度の期待不可能性

① 通説によれば、10条の程度を超えてすべての犯罪類型に当てはまる「適法な態度の期待不可能性」という免責事由はまったく存在しない（リットラー、マウニク、マウラッハ＝ツイツプ、ノヴァコフスキー）。むしろ、立方者は、10条で直接にこの一般的な免責事由に対する程度を正確に定めているのである。

② ただし、過失犯における「適法な態度の期待不可能性」は、通説によれば、10条を超えて独立した免責事由を現している。これを理由づけるために指摘されていることは、6条で「期待可能性」の要件がはっきりと挙げられているということである。このこと及び、期待可能性の観点は責任の領域においてのみ重要なのだという事実は、過失犯における期待可能性は責任の独立した構成要素と考えられるということになる（ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、ノヴァコフスキー）。ただし、その場合、期待可能性は実際に主観的な注意義務をどの範囲において限定するのか、争いがある。

ブルクスタラーによれば、期待可能性の基準を用いて、一般的に「最も軽微な過失」の事案を可罰的なものの領域から除外する。それに対して、キーナップフェルは、これに関して、この種の事案はすでに主観的にも義務に違反しているとはいえないという見解を主張する。ここでもまた、具体的な事案に関連してはじめて決定するのが正しいと考える。

③ 不作為犯の場合もまた、期待可能性の基準には独立した意味がある。最も重要な真正不作為犯については、期待可能性がはっきりと定められており、また、部分的には、さらに明確な言葉で (*expressis verbis*) 免責事由として特徴づけられている。例えば、94条3項、95条1項及び2項、286条2項1号がこれである。

それによって同時に、不作為犯においてもまた期待可能性は責任に関係するものであって、すでに不法に関係するとはいえないということが明らかになる (キーナップフェル、ノヴァコフスキー、ロイカウフ=シュタイニンガー、モース、すでに不法において考慮されているとするのにイエシェック、ストリー)。

不真正不作為犯については、10条を超えて期待不可能性を考慮することが2条から導かれるのである。

以上の見解は、不作為が作為を通じて所為像を実現するのと「同視される」ときにはじめて、可罰的なものとなるという法律上の公式に基づいている (キーナップフェル、ノヴァコフスキー、この演繹に反対するのはモースである)。不作為犯における期待可能性の正確な内容については、第14章 (連載中の本資料第9章) を参照すること。

4. 国家基本法14条およびヨーロッパ人権協定9条による信教の自由と良心に従って行動する自由 (Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäß Artikel 14 StGG und Artikel 9 EMRK)

信教の自由と良心に従って行動する自由は、オーストリアでは、国家基本法14条及びヨーロッパ人権協定9条を通じて (ただし、限定的に) 憲法上保証されている。行為者は必然的に「信教というより高度の戒律」に従うべきだということに、「一般的な法秩序が一身的な信教の戒律」と相いれないとき、彼を人的に非難することができるかどうか問題になる場合がある。

例えば、宗教団体が輸血のような特定の態様を禁ずる場合がある。行為者がこの禁令に従う場合、彼は94条により又はさらに2条と関連する75条により不作為犯を実行したことになる。良心に従って行動する自由は、例えば、兵役を拒否する場合に当てはまる。

オーストリアの文献や判例では、確信犯人や良心犯人 (Überzeugungs- und Gewissenstäter) に関するこの問題提起は、不法の意識の観点下ではじめて論じられている (キーナツプフェル、ルドルフィー)。しかし、通説によれば、可能な不法の意識を認めるのが通常である。

ドイツでは、この種の事案について、免責事由の介入如何を論じている。これを理由づけるために指摘されているのは、国家はあらゆる信教上の確信や良心に基づいた確信を尊重する義務を負うということである。これによって、少なくとも有罪の言渡しはすべてが「過度な反作用として、また、それ故、自己の人間の尊厳を侵害する社会的な反作用として表れたといえる」ような「心神苦痛」に行為者が陥っているとき、刑法についてもまた人的非難可能性は抑制されることになるのである。

とくに、ピーターズとルドルフィーはこのような免責事由について賛成している。ヤコプスはこれに十分に同調している。ただし、「自分の本質的な動向において権利を承認する場合に個々の規範に違反している」事案に限定を付してである。例えば、父親が未成年の子どもの健康に対する違法な侵害を阻止しなかったという事案がこれである。「何故なら、父親は — 正当なものとなる — 侵害者を殺害することによってのみ違法な侵害を拒絶することができるとはいえないが、しかし、生命を破壊するあらゆる暴力を用いて信念から拒絶するからである。したがって、子どもが重い傷害を受けたという場合である。」

マウラッハ＝ツィツプは、信教の自由と良心に従って行動する自由を独立した免責事由とするのに反対する。ただし、この基本権が「犯罪を構成する多くの個所で重要になる」ということを指摘してである (同旨として、レンクナー)。

オーストリアでは、刑法上信教の自由と良心に従って行動する自由を考慮する場合、極度の自制が命じられている。これは、すでにこの基本権の憲法上の明白な制限から明らかである。

すなわち、国家基本法14条2項では、信教の自由と良心に従って行動する自由を通して「…国民の義務を損なってはならない」と定められている。ヨーロッパ人権協定9条もまた、一定の「民主主義社会において必要な処分 (Maßnah-

men)」を通して基本権を法律上制限することが認められている。したがって、(すくなくとも作為犯については)上にあげた諸規定から信教の自由と良心に従って行動する自由に関する固有の免責事由はどのようなものであれ推定することはできない。

しかし、信教の自由と良心に従って行動する自由の問題点は、どっちみちまず第一に、不作為犯の場合に出てくる。刑法と抵触する可能性のある信教の戒律というものが通常特定の態様を禁じているという場合である。確かに、場合によっては起こり得る良心の葛藤にもかかわらず、行動しなことが各人に要求されている場合がある。しかし、信教の戒律と良心上の戒律とは反対に消極的な態度(Passivität)から積極的な態度を現すべきであった事案については、以上の事柄と別のことがいえるのである。この種の積極性は、上で述べたヤコプスのあげている事案と同じように、しばしば期待するのが無理である。しかし、この種の事案については、不作為犯における期待可能性の基準が良心の葛藤の有無を考慮する十分なる可能性を呈示する。

IV. 特別の問題 — 所為答責性の理論 (Die Lehre von der Tatverantwortung)

1. ここで描いた責任の構成は通説と一致する。ただし、マルラッハが基礎づけた「所為答責性の理論」を用いるマウラッハ＝ツイツプは、以上と異なった構成を提案する。

所為答責性の理論は、若干の責任要素だけ、例えば帰責能力が個別化され、同時に行為者に関係づけられるものということに基づく。それに対して、それ以外の責任要素は、どちらかといえばむしろ標準的なものとされ、同時に所為に関係づけられるものである。この場合、法律的に保護されている諸価値を備えた者が行為者の立場ではどのような態度をとることができたかを考慮することになる。このグループには、特に、免責事由、客観的に理解された責任のメルクマール及び正当化する事実関係の誤認がある。オーストリア法によれば、

可能な不法の意識を肯定するための前提条件もまたドイツ法ほど個別化されてはいない（マウラッハ＝ツイツプ）。

マウラッハ＝ツイツプは、通説と異なって、所為に関係づけられた責任要素を純粹に所為に関係づけられた責任要素の前に検討するよう提案する。すなわち、所為に関係づけられた責任要素を肯定することにより、責任の分野では、「行為者は具体的な状況において別の態度をとることができたのに、それより悪い態度をとった」という命題内容をもった「所為答責性」の若干の犯罪段階を充足することができるという（マウラッハ＝ツイツプ）。

2. 所為答責性の構成は、固有の犯罪段階として合目的なものとは考えられておらず、それ自体としてもまた、ツイツプ自身オーストリアで主張してはいない。

すでに上で現したように、例えば、免責事由は、例えば帰責無能力と同じように、人的非難可能性を阻止するものではない。免責事由は、むしろ、基本的に現存する非難可能性が刑法上重要な責任の限度より下方に抑圧されることになるだけである。しかし、非難が生じているかどうかは、論理的には非難が減少しているにすぎないかどうかに先行するのである。この点で、このような減少は、非難が生じる前には独立したメルクマールとして関係させてはならなかったのである。

3. それにもかかわらず、所為答責性の理論は、オーストリア刑法についてもまた無価値ではないように思われる。確かに責任の標準的な観点と個別的な観点を解釈論的に区別することには、有責な所為の実行に対して刑が科されている事案ではまったく意義がない。何故かというと、責任の内部では、価値的な考察によれば、個々の要素は全く独立した内容を持っていないからである（アルミン・カウフマン、マウラッハ＝ツイツプ）。

しかし、有責な所為の実行なしに、例えば、21条1項の「精神的に異常な法侵害者のための施設への収容」という処分、又は、26条の「没収」が命じられ若しくは有責な直接的遂行なくして287条の「完全な酩酊状態での刑を科されている行為」の構成要件が充足される諸事案については、以上と別のことがい

える。すなわち、まさしく処分法 (Maßnahmenrecht) については、所為答責性論が考案されたのである (マウラッハ=ツイツプ)。したがって、すでにリットラーやノヴァコフスキーは所為答責性の概念を (少なくとも) 処分法に役立てるように提案したのである (リットラー、ノヴァコフスキー)。このように限定する場合、所為答責性の概念はノヴァコフスキーやモースが処分法について提案した「保安責任 (Sicherungsschuld)」という表現とほぼ等しくなるだろう (ノヴァコフスキー、モース)。すなわち、二つの概念は、免責する緊急避難あるいは8条又は9条に関する帰責無能力を事由とすることによって影響を受けなかった錯誤において行為した行為者が未成年である事案について、つぎのような統一的な命題を可能なものとする。すなわち、その場合、所為答責的に行為する基準を常に欠いている結果、当事者は287条により責任を負わされることもなく、また、彼に対しては21条1項により処分が科されたりあるいは26条により没収が命じられたりすることはないという統一的な命題である。

(以下次号)