

違法性の意識—行為者の目から 裁判官の目から

Unrechtsbewußtsein Aus der Sicht des Täters

Aus der Sicht des Richters

Mit Beiträgen von

R. Deckers, K. R. Herold, D. Krauß, F. Petersohn und H.-J. Rudolphi

Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung Heft 7

Herausgeber: K. H. Bönner, und W. de Boor

1982 S. Karger Basel (Schweiz)

松 原 久 利

まえがき

違法性の意識の問題は、刑法学における重要な論点の一つである。本書は、この違法性の意識をテーマとして、一九八〇年

二月二—三日に行なわれたシンポジウムにおける報告者の論稿を収めたものである。報告者として法律家以外の者も参加していた。本書では、禁止の錯誤に関する西ドイツ刑法一七条と責任能力に関する同二〇条及び二一条の関係、激情犯、異文化世

違法性の意識—行為者の目から裁判官の目から

同志社法学 三六卷四号 一〇一（五五七）

界の構成員によるドイツ刑法違反、良心の問題などについて、法律学以外の立場からも違法性の意識が論じられている。そこでは、法理論の外の側面にも違法性の意識の問題性があることが指摘されている。本書は、医学、心理学、人間科学の側面からの違法性の意識に関する知識は、現代における刑事責任をめぐる議論の可能性をより大きなものにするとの見地から、人間の意識を扱う諸科学の協同の必要性を示すものといえよう。この意味で、議論の素材を提供するものであって、結論を示すものではない。

わが国と西ドイツでは、ガストアルバイターなどの異民族問題といった点で事情の異なる点も少なくないが、本書は違法性の意識の問題に関して、法律学にとどまらず広く議論の素材を提供するものとして、一つの資料として参考になると思われる。そこで以下順次紹介することとしたい。

ブーア (W. de Boor)

序言 Vorwort

違法性の意識と個人の良心とは、内面的価値(verinnerlichen Werte)とどう側面において、個人の内心的基盤(endothymen Urgrund)に根をもち共通の根源がある。両者の関係は

いて多くの研究が行なわれてきたが、本書ではこのうち二つの事例が詳細に論じられている。

研究によれば、我々の文化世界の人間には、ほとんど例外なく適法・不法、善悪の感情が生きていることが示されている。社会統制がゆるんだときには、完全な価値意識(Wertbewusstsein)のみが、法律違反を防止するのに最も役立つ違法性の意識を伝えるものである。価値意識の不確実化の結果、規範的方向性の喪失(normativer Orientierungslosigkeit)を招き、さらにこれが犯罪行為の決定的な共同原因(Mit-Ursache)となっている。不法感情や良心の存在とともに重要な抑止の土台(Hemmschwelle)が低下していることは、犯罪統計に現われている。

本書の研究は、法律家にとって重要であるばかりではない。違法性の意識の源としての青少年代の価値意識を分析する者にとっても意義がある。長期的には、そうすることによってのみ有効な犯罪抑止が可能である。

ルドルフィ (H.-J. Rudolph)

「可罰性の前提としての潜在的違法性の意識——責任と予防の対立の中で——」

Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraus-

setzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention
(S. 1-29)

一 刑罰の目的と基礎には二つの原理がある。第一に、刑罰は責任を前提とし、その程度は責任の量を超えてはならない(責任主義)。第二に、刑罰の目的は国家及び国民の法益を保護することである(法益保護原則)。両原則を結びつけて、刑罰の任務は責任に応じた刑罰の威嚇、科刑、執行によって予防的法益保護を実現することであると定義すれば、広く承認が得られよう。予防的法益保護の原則が責任主義によって限界づけられるのと同様に、責任主義の限界は刑罰の予防的必要性を欠くところに認められるのである。

近年、責任の実質的内容を一般——特別予防的考慮によって決定する見解が増えている。この考えが正しいとすれば、これは違法性の意識の理論にとって重要な帰結をもたらす。すなわち、違法性の意識の存否、禁止の錯誤の回避可能性の確定にとつては、個々の他行為可能性ではなく、予防的考慮が重要となる。なお、検討に入る前に、責任理念(具体的行為者の個々の他行為可能性——前法的責任概念)と刑法理論上の責任概念、また責任理念と予防的法益保護の思想は区別すべきである。このようにしてのみ、刑法理論上の責任概念の実質的内容が、いか

違法性の意識——行為者の目から裁判官の目から

に責任理念の具体化またあるいは予防的必要性に負っているかを明らかにすることができるからである。

二 違法性の意識、禁止の錯誤及びその回避可能性の問題は、もっぱら責任原理から導き出されるものか、あるいは少なくとも予防的考慮にも基づくものであろうか。

(1) 第一に(潜在的)違法性の意識が可罰性の前提として承認されているのは、責任理念の具体化に負うものであることは、広く承認されている。しかし、すでに回避可能な禁止の錯誤の法律効果及び回避可能性の要件の確定は、予防的考慮によってもともに決定されていることを看過することはできない。

(2) a 違法性の意識の対象は、判例・通説によれば、具体的な行為者の行為の違法性である。これに対して行為の反社会性の認識で足りるとする見解(アルトゥール・カウフマン)、良心によって違法行為を義務づけられていると感じている場合は違法性の意識はないとする見解(アルミン・カウフマン)がある。この対立を責任と予防の観点で考えると、責任理念から良心犯(Gewissenstäter)の可罰性を導き出すことは困難であることが明らかになる。責任理念によれば、人間の自由で責任ある倫理的自己決定の素質を前提として、行為者が行為決意を自己の良心において義務づけるものとして認識した規範に適合させなかった場合にのみ責任非難が可能となるからである。良

心犯、確信犯の処罰の根拠は責任の考慮の内に見出すことはできず、予防的考慮の内にある。法の秩序形成力（Ordnungskraft）の確保、違反された刑罰法規が目的とする法益保護の貫徹の必要性から、厳格な意味での責任を欠くにもかかわらず処罰が要求されるのである。他方、反社会性の認識は違反した法規の価値内容及び規範の提訴（Sollensappell）によって自己の行為を動機づける自由を開くものではないから、具体的な行為の違法性の認識（可能性）を要求する点で責任の考慮がある。したがって、通説・判例は明らかに予防的考慮に基づいている。これに対して、責任の考慮は、その結論が予防的考慮と矛盾しない場合にはじめて重要性を得るのである。

b 違法性の意識の可分性の原則も責任理念の具体化に負うものである。これは予防的考慮とも一致しうる。第一に、複数犯罪の一部の違法性について回避不可能な錯誤があった場合、反復の危険性は示されておらず、特別予防の必要性はない。第二に、回避不可能な禁止の錯誤のために、規範的効力を弱体化させえなかったのであり、客観的に違反した行為規範の維持のための制裁は必要ないからである。なおここでは、行為者の責任と無関係な予防的考慮は排除すべきである。そうでないと責任主義を放棄し、予防的な刑罰の必要性を限定するという独自の機能を失う危険がある。

(3) (未必の) 違法性の意識と回避可能な禁止の錯誤の限界も責任の考慮によって画される。この責任主義からの結論は、たしかに実際上の帰結として、刑法的行為規範の拡大となり、保障された自由領域に付加的な制限を加えることになる。本来の刑法適用領域の周辺には適法・不法が明確でない行為があるが、もっぱら責任の観点から考えると、行為時における刑法規範の多義性のために行為の違法性の疑いが除去できなかったという事実では、責任阻却を基礎づけることはできない。この場合に不可罰になりうるとするためには、純粋な責任の考慮を超えて、行為者の利益と予防的法益保護の利益を較量しなければならぬ。前者が上まわれれば、予防的考慮から処罰は正当化されず、責任はあるが処罰はしないのである。この場合は、期待不可能な場合と同様に、責任ではなく刑法上重要な責任だけが阻却される。したがって、責任に刑法上の重要性を与え処罰の可否を決定するのは予防的考慮であるということが明らかになる。

(4) 責任主義の帰結は、違法性の意識の顕在性の要求である。その意識形式について、行為者が自己の行為決意を理解し、与えられた義務動機を退け、意識的に不法を決意するというように行為の違法性を思い浮かべる（vergegenwärtigen）場合にのみ責任ありとするのが、最もよく責任理念に合致するであろう。

しかし、同時認識 (Mitbewusstsein) といった意識形式の場合も完全な責任ありといえる。可罰性の要件として同時認識で足りるかという問題は、純粹な責任の考慮によって決定することはできず、重要なのは予防的考慮である。同時認識を肯定することによって責任概念は拡大することにはなるが、これを否定すれば激情犯や常習犯などについて刑罰を放棄することになる。これは刑法規範の目的である法益保護にとって耐え難い損失となろう。

(5) 予防的考慮の重要性は、高度の激情と責任能力の問題を考えると明らかになる。不法の弁識に従って行為する能力を喪失するような高度の激情状態で行なわれた行為には、直接行為に関係づけられた責任非難を加えることはできない。しかしこの場合、行為以前に可能な予防措置によって激情を回避できたことから、間接的に責任無能力状態での行為に関係づけられた責任非難を基礎づけることができる。これが可罰性の前提として足りるかという問題にとって重要なのは予防的考慮である。その結論については争いがあるが、可能なかぎり經驗的に検証された基礎に基づいて、どのような責任が刑法上の重要性を得るかを決定するのは予防的考慮であることを確認しておくことが必要である。

(6) a 禁止の錯誤の回避可能性を責任の側面から考えれば、

違法性の意識—行為者の目から裁判官の目から

その本質は自己の行為の具体的違法性の認識可能性にある。これを一貫させるならば、行為者が、客観的に存在する自己の行為の違法性を明確にする契機を現実を理解し、これに基づいて行為の適法性に少なくともわずかな疑いを感じた場合にのみ、禁止の錯誤は回避可能となろう。しかし、これは刑法上の保護法益に無関心で特に危険な者に対して刑罰を放棄することになる。法益保護の利益のためには、最低限の「可能性」を前提とすることが必要である。行為の法的性質の検討のための契機とは、責任を自覚した人間にとって行為の法的性質を明らかにするのに十分な理由があったことを前提とする。ここでも、責任理念とは矛盾し、行為責任の一般化という結果にはなるが、禁止の錯誤の回避可能性概念とともに決定するのは予防的法益保護の理由である。

b 行為時に禁止の錯誤を回避しえなかった場合は、責任の側面から考えると、直接行為時に関係づけられた行為責任非難を加えることはできない。しかし、道路交通など特別の活動領域を規制する規範の錯誤の場合は、特に規制されている活動の引受 (Aufnahme) 後その活動を規制する規範を十分検討せず、そのため自らこの活動領域にある行為を法規範に適合させる可能性を奪ったという点で、間接的に行為に関係づけられた責任非難が可能である。そして予防的考慮から処罰の必要性を問え

ば、当該法益の保護、公共の安全 (öffentlicher Sicherheit)、秩序維持のために処罰が必要であることは疑いない。したがって、十分な可罰性の前提として承認せざるをえない。これに對して、一般的な刑法規範の錯誤の場合は、可能な責任非難は、行為者の具体的行為に全く関係づけられておらず、予防的法益保護の必要性も乏しい。

本稿で得た結論については反対がありうるが、可能な責任非難が処罰を正当化できるか否かについては、責任の重大性と並んで、有効な法益保護の保障のための処罰の必要性が重要である。

c 最後に、禁止の錯誤の回避可能性の限界に目を向けると、もっぱら責任主義から限界を導き出すことはできないことが確認できる。行為の違法性の認識可能性が全く与えられていない場合はまれである。回避不可能な禁止の錯誤に責任阻却事由として実際の意義を与えるべきであるとすれば、違法性の認識可能性があってもそれを利用することができなかった場合、たとえば法律情報や最高裁判例を信頼して検討を中止した場合も回避不可能として、さらに限定する必要がある。この場合には責任が軽微なのに対して、これを処罰することは法益保護目的のために必要ではない。ここでも、可能な責任非難に刑法上の重要性を認めないのは、予防的な刑罰の必要性を欠くからである。

三 違法性の意識及び禁止の錯誤は、裁判実務ではどのような意味をもっているのであろうか。刑事訴訟法(二四四条二項)上、違法性の意識及び禁止の錯誤の回避可能性の要件については、常に職権により証拠調べを行わなければならない。しかし実務では、被告人が違法性の意識の欠如及び禁止の錯誤の回避不可能をできるかぎり具体的に裁判所に説明しなければ考慮されない。裁判所に疑いを生じさせた場合にはじめてより詳細に検討されるのである。裁判所は、規範の効力及び予防的法益保護の確保のために、回避不可能な禁止の錯誤を理由とする無罪を少なくともとめようとする。これは明らかに一般予防的理由に基づくものである。日常裁判実務の目的は、禁止の錯誤によって、刑法規範の目的とする予防的法益保護の被る損害が多くなるらないよう保障することにあるのである。

四 以上のように、刑法上の責任概念の具体的、実質的形成は、責任理念にも予防的法益保護の原理にも負っているのである。責任は予防的考慮だけでは説明できないし、また逆に予防原理も責任の考慮によって十分に規定することはできない。他方刑罰によって追求されるべき予防目的も責任主義によってともに規定されていることを誤解してはならない。将来の課題は、刑法上の責任概念をもとに形成する予防的考慮を社会的にコントロールすることである。すなわち経験的な検証により刑法上

の予防的要素を明確にし (herausdestillieren) 経験的にコントロールできるようにすることである。

クラウス (D. Krauß)

「違法性の意識——二つの判例研究——」

Das Unrechtsbewußtsein. Studie an zwei Gerichtsurteilen (S. 30-57)

本稿の素材は、一九七八年ハーゲン地方裁判所の二つの判決である。

一 ヴァインホルト事件 (Urt. d. I. Schwurgerichtskammer d. Landgerichts Hagen v. 1. 12. 1978)

(一) 事実概要 被告人ヴァインホルト (Weinhold) は、一九七五年に東ドイツ人民軍 (NVA) に入隊し、射撃の名手であったが、シュトレムベルグ (Strenberg) で風俗犯罪 (Sittlichkeitsdelikt) を犯し、刑事訴追を免れようと決意して、自動小銃、弾丸を盗んで逃走し、途中自動車を盗んで国境を越えようとした。一月一五日から三日間国境付近に隠れ、一九日午前二時ごろ、国境警備兵二名を射殺して西ドイツ領内に入った。これが、故殺罪 (刑法二二二条)、武器による窃盗罪 (刑法二四四条) に問われたものである。

違法性の意識——行為者の目から裁判官の目から

(二) 判決 判決はまず謀殺罪の成立を否定し、次に正当防衛、緊急避難を否定した。違法性の意識については、事前に、対面したら射殺するかどうかの決定をしており、行為時に適法・不法について重大な決定をするには及ばなかったのであり、この不法の弁識は動機づけに作用しうるものであるから、違法性の意識はあったとした。しかし、行為時の著しい恐怖、是が非でも脱出しようとの目的設定から意識が狭窄し、その結果殺人の抑制ができなかったものであり、刑法二二条 (限定責任能力) の意味での責任減輕事由と評価した。さらに量刑事由として、彼の判断の基礎には東側の宣伝と西側のマスメディアがあり、そのため西ドイツでは暴力による逃亡も訴追されないと確信していた点を評価して、有罪として五年六月の自由刑を宣告した。

(三) 違法性の意識の問題 判決は二つの問題を提起する。第一に、裁判所は違法性の意識の顕在性の要件を巧妙にかわした (überspielen) のではないか。第二に、被告人は本当に事前に適法・不法について正しい結論に達していたといえるのであるか。第一の点については、通説は事実思考 (Sachdenken) という形で蓄積された価値決定が行為状況において呼び戻されるとしており、問題はない。問題は第二点に集中する。行為者の事前の価値決定がどのようなものであったかは必ずしも明らかではない。とすれば、彼が正しい不法の認識に達しえたか、

同志社法学 三六卷四号 一〇七 (五六三)

またその「正しい」価値関係の理解が決定的な動機を伝えられたかが問題となる。行為当時の法律状態は明らかでないこと、また当時の政治状況や東ドイツの平均人の意識からすると、違法性の意識の存在には疑いが生じる。シュトラーターテンベルトは、違法性の意識の徴表として、行為者が国家機関による訴追(Verfolgung)を予想していたかどうかという基準を掲げる。

行為者は、逃亡が成功すれば西ドイツでは訴追されないと考えていたのであるから、この点で錯誤があったのではないか。本件では二人の殺害という結果の重大性が違法性の意識を決定したのであろう。しかし判決は違法性の意識の存在に対する反証を量刑段階で考慮した。それでも完全な違法性の意識を前提とした点で疑問が残る。

II アスラン事件 (Urt. d. Hilsschwurgerichtskammer d. Landgerichts Hagen v. 8. 12. 1978)

(一) 事実概要 被告人アスラン (Aslan) はトルコ出身で、一九五四年にドイツに渡ったが、言葉・生活様式・慣習になじめないでいた。一方彼の妻はドイツ語をよく話し、職場や生活様式によく順応した。彼女は夫と同郷の被害者と親しくなり、アスランは二人の関係を疑うようになった。そして、彼はついに妻の不貞を確信し、一九七八年四月二〇日、妻の後をつけ、路上で被害者を襲い負傷させた。これが故殺未遂罪(刑法二一

二条一項、二三条一項)に問われたものである。

(二) 判決 判決は、被告人は自己の行為を、婚姻・家族の維持を脅かす場合は、夫や家長から厳しい返報を受けるという故郷の文化規範に合わせたもので、行為は正当だと感じていたと認定した。しかし、トルコ法も西ドイツ法同様、紛争において人の殺害を禁止していることは意識していたのであるから、行為に関係づけられた違法性の意識はあったとした。次に刑法二一条について、被告人は故郷の文化観念の規範の力のために攻撃的ないらだち状態、情緒的緊張状態となり、心理状況において行為の不法を弁識しこれに従って行為する能力は著しく減少していたとした。判決は有罪で、二年九月の自由刑を宣告した。

(三) 違法性の意識の問題 民族学の専門家の意見によれば、アスランは、「ごまなお血讐 (Blutrache) が支配する」文化領域で育ち、慣習法 (Adel)・教会法 (Sariat) 上、姦通の相手方の殺人は正当とされている。とすれば、裁判所は、事件の心理学上の問題を知りながら、何故に一七条の適用を避け、違法性の意識の欠如を示す事情を二一条、二二三条(故殺者の軽い情状)の範囲でのみ評価したのかという問題が生じる。

三 違法性の意識の特別な問題 両事件に共通するのは、行為が対立する規範秩序の交点 (Schnittpunkt) で行なわれたため、不法を(完全には)意識せず、その可能性も少なかったこ

とである。刑法一七条の問題は、行為者は行為状況において彼等にとって拘束力ある決定 (verbindliche Entscheidung) を、価値問題の正しい解決として先取りする (vorwegnehmen) ことができたかどうかである。両事件では、これは非常に疑わしい。

(一) 刑法一七条回避 (Umgehung) の基礎 裁判官が一七条の問題を避ける理由の第一は、刑法の核心領域における禁止の錯誤の無意味さである。「倫理的最小限」の刑法領域では違法性の意識を前提としてよく、禁止の錯誤を考慮する必要はないとされる。しかし、状況と結びついた客観的事情によって、違法性の意識に疑いのあることが十分立証された場合は、この根拠づけでは十分ではない。

第二は実際の理由である。刑法の核心領域において違法性の意識の疑いを認めると、規範自体、法意識、正しい法の理解のための方法などについて徹底的な説明が必要となる。ここから、「可もなく不可もない解決 (mittlere Lösung)」をめざす裁判所は一七条を避けるのである。

第三は正当化の強制 (Legitimierungszwang) と一般予防である。刑法の核心領域における違法性の意識の欠如は、法律の明確性及び正当性の問題に直面していることを示すものである。裁判所は、法的矛盾や法秩序の不統一を承認することはできない。

違法性の意識—行為者の目から裁判官の目から

いから、法的安定性の点からもこのような困難を避けるのである。また刑罰目的については、個々の行為責任についての疑いは法の一般原理を貫徹する必要性の背後に退き、一般予防が強調されるということが出来る。

(二) 一七条回避の根拠 ヴァインホルト事件判決は、行為者の複雑な法律状態の認識を考えようとせず、自己の行為の適法性を確信していなかったとの疑いから、正しい法認識が可能だとした。しかし、実質的責任の理解からは、行為者には、疑わしい状況で「正しい」法秩序の決定を自己にとって拘束力ありと認めるために、どのような可能性があったかが問われなければならないであろう。

アスラン事件判決は、行為者が、西ドイツ実定法が彼に何を要求しているかを意識していれば足りるとした。しかし、実質的意味での責任は実定化された禁止規範の認識に尽きるのではなく、規範を支える価値に反対する決定である。共同体の価値秩序を理解しない者に対して刑法上の責任非難は加えられないのである。単に法規の認識をとらえるだけでは、一七条及び実質的責任概念を閉塞させてしまう。

(三) 二一条への問題の移行 刑法一七条と二〇・二一条の接点 (Berührungspunkt) は、責任を阻却あるいは減輕する弁識能力にある。両規定は密接な関係にあり、その限界は流動的で

同志社法学 三六卷四号 一〇九 (五六五)

ある。それは、弁識能力と制御能力が明確に区別されていないからである。そのために一七条と二一条は自由に交換できることになる。学説及び実務が、二一条においては、二〇条に規定されている法的「病型 (Krankheitsbilder)」という要件ほど厳格に考えておらず、精神的な過大な要求 (Überforderung) の場合をすべてこの責任減輕事由とすることから明らかになる。

両判決は、結論としては正しいのであろうが、依然として問題は残る。たとえば、東西ドイツの国境で評価が一致しない場合、行為者はどの範囲で行動してよいかは未解決である。法に従うことのできない行為者の人格的問題は、結局「病的」として修正される。これは、将来確信犯に対する方策を準備しようとするものなのであろうか。

デッカーズ (R. Deckers)

「違法性の意識」

Unrechtsbewußtsein (S. 58-68)

一 違法性の意識の概念の定義にあたっては、国家刑罰請求権の拡大・縮小にかかわる重大な問題がある。一方で判例は、実際の・刑事政策的観点から事案を決定し、他方学説は、包括的、概念的思考方法で違法性の意識概念の具体化をはかる。こ

れまでは、禁止の錯誤と認められるのは何かという問題がカズイスティックに展開され、違法性の意識概念及び立法者の決定の意義や処罰を免れる場合一般については、それほどの展開はみられなかった。現在は、刑事手続の改革などがあり、新たな局面をむかえている。本稿でいいたいのは、違法性の意識という法概念は常に変化し、その規定 (Bestimmung) は政治的変化により新たに形成されうることである。

二 現在の学説の状況に基づいて、違法性の意識の概念を明らかにしてみよう。違法性の意識とは行為の違法性の認識であり、倫理的非難性や反社会性の意識では足りないが、他方違反した特定規範 (Norm) の認識は必要でなく、法秩序違反の意識で足りる (Dreher-Tröndle, BGH St. 4, 3)。また、行為者が規範を支える価値——意味内容を意識し、あるいは意識できたことを前提として、自己の行為の反価値性と、それによって引き起こされる、円滑な共同生活の保障に必要な秩序・安全に対する障害 (Störung) を認識しなければならぬ (Rudolphi)。この違法性の意識は、不法の弁識能力 (刑法二〇条) と区別すべきである。二〇条は責任能力の承認のための生物学的限界を画すのに対して、違法性の意識は精神的——知的領域に属する。これを構成するのは、客観的価値——規範秩序を拘束力あるものとして認識させ、特定行為の実行あるいは避止を義務づ

ける基本的価値感情 (Originären Wertgefühl) と、考慮を要する種々のグループ規範 (Gruppennormen) とである。

三 違法性の意識とは、違反した規範の法的性格の認識をいう。行為者は規範の實質的な価値内容を認識しあるいはできないければならない。これによってそこから規範の義務づけの力、当為の効力 (Sollgeltung) が生まれるからである。しかし、価値体験 (Werterfahren) は相対的、主観的なものであり、価値は倫理の変化、新たな認識や行動様式によって変化する。他方法秩序は特別な秩序価値 (Ordnungswert) を要求し、その状態の維持、実現に向けられている。国民の多くの価値観 (Wertvorstellung) の変化が明らかになれば、最後に法律の改正が必要となる。その例としては、旧刑法一八一条一項二号 (特定関係における猥褻行為の媒合) が掲げられる。この違反行為は広く行なわれており、規範の意味——価値内容の認識可能性についての疑いが特に大きくなったために刑法改正で放棄されたいえる。しかし、法秩序は規範によって確定される価値内容を承認する国民の存在を理解することを行為者に期待する。したがって、違反した規範の法的性格を知っていれば、違法性の意識を有するのである。

四 問題は、実務では違法性の意識の欠如はほとんど主張されていらないことである。原因の一つは、立証困難ということである。

違法性の意識——行為者の目から裁判官の目から

あろう。また、違法性の意識の問題は必然的に違反した規範の意味内容の問題を生じさせることから、量刑で不利となる危険がある。さらに、違法性の意識の欠如を理由として免責することとは、客観的に違反された規範を弱めることになることから、実務は、二〇条、二一条により責任を阻却あるいは減輕する傾向にある。一七条と二〇条、二一条は、理論的には区別されなければならぬが、実際の適用においては不明確である。付属刑法においてだけでなく、刑事刑法においてもより以上に違法性の意識を考慮すべきである。たとえば刑法八八条 a (犯罪行為の憲法敵対的な支援) のように、言論の自由と見解の発表による犯罪 (Meinungsausßerungsdelikte) との緊張領域では、広く一七条を適用した方がむしろ国民の政治的意思形成への積極的参加を促進し、憲法上疑いのある法律の適用を問題にすることもできることになる。すなわち、私見によれば、一七条によって、実務は法理論的に疑いのある場合に調整の可能性を与えられるのであり、ここにその本来の機能があるのである。

ペーターゾーン (F. Petersohn)

「違法性の意識——刑事学的、医学・心理学的観点から——」
Unrechtsbewußtsein aus kriminologischer und medizinisch-psychologischer Sicht (S. 69-76)

本稿では、刑事学的、心理学的観点から、違法性の意識に関して生じる問題を検討することとする。

違法性の意識については、個人的要因と超個人的要因を区別しなければならない。超個人的要因は、「一般的模範(Vorbild)」に従って発展するものと理解され、文化固有の「グループ世界観的 (gruppenweltanschaulichen)」性格を有し、当該文化—生活領域におけるモデルとして形成された判断を含むものである。個人的要因で重要なものは、思考、判断、行為の背景となり、また自ら個人的体験によって発展させた価値表象 (Wertvorstellung) である。民族学の研究によれば、違法性の意識の構造は文化や民族によって異なる。そこで二つの文化世界が競合する場合、グループ規範は不安定になり、その結果個人の価値表象の構造 (Aufbau) も不安定となる。個人的要因が強く現われれば、価値表象は自己中心的・利己的に形成され、違法行為への性向が生じる。個人の理解 (Selbstverständnis) が自己の文化世界の理解に方向づけられていけば、確立した価値表象は違法性の意識とともに存続する。

違法性の意識の発展にあたって、人格の中心としての自我 (Ich) の機能は二つに区別できる。第一に、超個人的規範が要求するような、行為態様に関する要求 (Anspruch) の存在・不在の検討、第二に、このような超個人的規範の必要性及び

特定行為に関する要求の履行・不履行の程度の検討である。規範に原則的な疑いが生じれば、さらにその正当性が検討される。ここで秩序原理 (Ordnungsprinzip) が否定されれば、人格はその指示機能 (Weisungsfunktion) を離れて「自律的」となり、価値表象の形成は主観が支配する。この場合、現実のコントロールを受けず、たとえ法律上の規範を認識していたとしても、文化世界への帰属とは無関係に価値表象が生じる。したがって、よく問題となる異質グループ (Fremdgruppen) の場合、刑法一七条については、特定事情の下で法規定の有効性の合理的理解ができなかったのでなければならない。

刑事学的には、特に責任刑法では、展望的、現在の、回顧的違法性の意識を区別すべきである。それぞれにおいて意識内容が変化しうるのである。特に回顧的違法性の意識は、後の行為についての矯正 (Korrektur) のための前提をなすものである。個人的要因は、種々の要素とともに、刑事学的に大きな役割を果たす。さらに学習理論、深層心理学の点からは、二点を考慮すべきである。第一に法規の基礎となっている、当該文化世界で支配的な観念の、認識的——理性的な理解可能性、第二に個人の形成 (Prägung) に作用する自我の機能である。

以上のことを刑法一七条の議論に還元すれば、超個人的な違法性の意識の要因が認められることについては何ら疑いはない。

その前提は、法規の適用領域で生活する者が、法及び秩序の要求 (Ordnungsinstanz) の正当性を認識していることである。

違法性の意識は特定行為に対する規制と解され、良心と非常に近い。それは一方で超個人的、民族的、文化的要因と、他方で個人的要因との合力 (Resultante aus der Dynamik) である。刑法的観点からは、非難可能性の意味での責任を基礎づける命令 (Weisung) の認識及び正当性のみが重要である。なお、良心犯については、重要なのは、行為者が生活する社会の一員であることを意識していることである。したがって、正当な法の要求を無視すれば、責任が基礎づけられる。この場合、責任とは現行法についての責任であって、道徳的——倫理的な非難や良心の責任ではない。

このように、違法性の意識は、刑法一七条と二〇条、二一条の内容として確定された両概念の間にあるものとして示される。それは人格、及びその価値機能、良心と密接な関係にある。

く ロルズ (R. Herold)

「結び——違法性の意識の議論：人間及びその意識に関する諸科学との対話のための責任法理論の開始」

Schlusswort: Unrechtsbewußtsein in der Diskussion:
Öffnung der Schuldrechtsdogmatik für einen Dialog mit

違法性の意識——行為者の目から裁判官の目から

den Wissenschaften vom Menschen und seinem Bewußtsein (S. 77-81)

違法性の意識について、特に議論の対象となるのは、体系的には刑法二〇条・二一条との関係における一七条の位置づけである。ここでは、連邦裁判所の要求する良心の緊張、激情行為が問題となる。さらに、他国籍人、異なる文化・世界観・倫理・習慣の世界の構成員によるドイツ刑法違反の場合は、ペーターゾーン教授の論文にあるように、法理論以外にも違法性の意識の問題性が示される。

違法性の意識は人間の自意識 (Selbstbewußtsein) の一部である。そして自意識は人間の発展の原動力 (Antrieb) であると同時にその産物である。この自意識の発展に伴って、まわりと世界との分離が生じる。その結果環境及び他の生命体 (Lebewesen) との共同意識 (Mitbewußtsein) を喪失し、自己の方向性の欠如へと至る。この問題を克服するのは、個人に再び法主体と共同体との結びつきを伝える「法」である。意識内部では、それは正しい「方向」によって、自意識に「調整 (Richten)」を可能にする違法性の意識である。このように違法性の意識が人間の自意識の一部として示されるのであれば、正しい方向としての法の科学は、人間及びその意識に関する科学を放棄する

ことはできない。これにより他の人間科学の道を開くことになった。医学・心理学・人間学から得られた違法性の意識に関する知識は、行為者人格の判断、責任判断において、現代責任法の可能性を著しく増大させるであろう。このような知識に基づいて責任法が限界に達したところで、法理論は処分法 (Maßnahmenrecht) のための確かな基礎を得るであろう。このことは、行為者の意識をあまりにも静的に考え、人間及びその精神の発展に関する諸科学を考えない責任法より、犯罪行為者及び違法性の意識・自意識について、よりよくてあはまるであろう。