

翻 訳

犯罪行為の中核としての不法

Das Unrecht als Kern der Straftat

クリスティアン・キュール*¹

訳 鈴木彰雄*²

高良幸哉*³ 樋笠堯士*⁴

谷井悟司*⁵ 根津洸希*⁶

目 次

訳者はしがき

- A. 不法と責任の関係について
- B. その他の不法と比較して犯罪行為の不法を詳細に規定すること
- C. 不法の中核
- D. 不法の要件から導かれる制限的な帰結
 - I. 殺人事犯における不法の制限
 - II. 不作為による不法

訳者はしがき

本稿は、Professor Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühn, Das Unrecht als Kern

*1 チュービンゲン大学教授

Kristian KÜHL

Professor an der Universität Tübingen

*2 所員・中央大学法学部教授

*3 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*4 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*5 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

*6 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

der Straftat, Festschrift für H. H. Kühne, hrsg. von R. Esser u.a., 2013, S. 15-29 を、著者の許諾を得て翻訳したものである。同教授の業績については、Festschrift für K. Kühl, hrsg. von M. Heger u.a., 2014, S. 977 ff. を参照されたい。

A. 不法と責任の関係について

謀殺のような犯罪行為はまずもって不法でなければならない、ということとは、事情に通じた人にのみならず、犯罪行為について考えようとする全ての人にとって、容易に理解されうるものであり、それどころか、自明なものでさえあるといえよう。『不法』という概念は、むしろ、犯罪行為のために用意されたものではない。たとえば BGB (ドイツ民法典, 以下同じ) 823条の不法行為が示しているように、民法上の不法もまた存在するのである。『犯罪行為』という概念においては、それに加えて、語の第一部分である Strafe が支配的なものであり、また、ほとんど反射的に刑罰と結び付けられるのが責任なのである。「責任なければ刑罰なし」という言葉は、ラテン語でも、*nulla poena sine culpa* (責任なければ刑罰なし) として一般に知られているものである。— *nulla poena sine lege* (法律なければ刑罰なし) という原則ほどは知られていないものであっても。つまり「*nulla poena sine lege*」という言葉は、いわゆる罪刑法定主義¹⁾であり、この罪刑法定主義は GG (基本法, 以下同じ) 103条2項によって、また、同じ文面で StGB (ドイツ刑法典, 以下同じ) 1条によって規定される。すなわち、「所為は、その遂行前に、それが処罰されうることが法律に定められていたときに限り、罰することができる。」

GG103条2項において保障することにより、罪刑法定主義は憲法上の地位を獲得することとなる。もっとも、このような憲法上の地位は、刑罰を科すためには行為者の責任が要件とされる、という責任主義²⁾にも付与さ

1) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, §1 Rn. 1.

2) Lackner/Kühl (Fn. 1), Rn. 22 vor §13.

れる。責任主義は、刑法上、学説における「支配的見解」のみならず、刑事判例における「支配的見解」によって一個別に見ればもちろん極めて多種多様な形ではあるが一承認されており³⁾、その支配的見解は、BVerfG（連邦憲法裁判所、以下同じ）の定着した判例によれば、憲法上も守られているのであり⁴⁾、GG1条の人間の尊厳の保障⁵⁾およびGG20条の法治国家主義⁶⁾にも支えられているのである。

刑法にとって憲法上の責任主義が有する意味と正当性は、刑罰の正しい理解から明らかになる。改善処分・保安処分—すなわち、刑法の制裁の体系がもついわゆる第2の路線—のみならず、刑罰—すなわち、自由刑・罰金刑—にも認められるあらゆる特別予防目的・一般予防目的にかかわりなく、責任を清算する抑止刑は特殊な制裁である⁷⁾。刑罰は、国家が市民に対して用意し、また、市民が犯罪行為を実行した場合に行使もする、最も峻厳な制裁である。刑罰が有するこの峻厳さは、刑罰に結び付けられた害悪に由来するものではない。この害悪とはたとえば、自由刑における移動の自由の一時的な剝奪であり、罰金刑における金銭支払義務である。このような害悪は、刑法やそれ以外の法も有するその他の制裁にも結び付けられているものである。

民法上、不法行為に対する反作用として、BGB823条1項において損害賠償、すなわち、金銭支払義務が予定されている。たとえば（「それ以外の権利」としてBGB823条1項において保護されている）一般的な人格権を侵害することに対しては、それに加えて、慰謝料（BGB253条1項による非物質的損害の際の「金銭補償」）、すなわち、更なる金銭支払義務が見

3) Lackner/Kühl (Fn. 1), Rn. 22 vor §13は反対意見の根拠を示すとともに、複数の批判的な論評を指摘している。

4) Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, §10 Rn. 2.

5) BVerfGE 123, 267 (413) =NJW 2009, 2267 (2289). いわゆる「リサボン判決」は近時このことを強調した。

6) BVerfGE 20, 323 (331) 以降の定着した判例である。

7) より詳細なものとして、Kühl, in: Kühl/Reichold/Ronellenfitsch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2011, §23 Rn. 20 ff.

込まれる。公法に分類される OWiG (秩序違反法, 以下同じ) によって違警罪および「比較的軽微な」軽罪が非犯罪化されたことに応じて, 同様に金銭支払義務を含む過料という制裁が創設された (OWiG1条1項, 17条)。刑法の領域に達するのは, 検察がすでに賦課事項が刑事訴追による公共の利益を消滅させうるものとなっており, かつ, 責任の重大さがこれを妨げない, という理由から, 裁判所および被疑者の同意を得て, 当該訴訟手続を停止する場合である (StPO (ドイツ刑事訴訟法, 以下同じ) 153条 a 1項)。これらの賦課事項の場合でも, StPO153条 a 1項 2文 2号と同じく, 金銭支払義務が問題となっている。最後に, 「被告人が有罪判決を下され…る理由となった犯罪行為に関する訴訟手続によって費用が生じた」場合には, 有罪判決を下された被告人に対して StPO465条1項に従い, 訴訟手続の費用が「課される」。

自由刑一すなわち, 移動の自由の一時的な剝奪一がもつ害悪としての性格を有するに至る制裁は, 刑法の領域以外ではそれほど多くない。公法の分野でいえば, 警察拘置による自由の剝奪, たとえば, Baden - Württemberg 州警察法28条において定められているもの, あるいは, 州の収容法による自由の剝奪, たとえば, Baden - Württemberg 州収容法の1条で定められているものが挙げられる。民事法の領域においても, ZPO (ドイツ民事訴訟法) 802条 g 2項における勾留状の発布が, 宣誓に代わる保証の交付を強制するために予定されている。刑法の領域では, 自由の剝奪という害悪が, 自由刑以外でしばしば用いられる。たとえば, StPO112条以下による勾留の場合, あるいは, 改善・保安処分の場合である。保安監置を補充する形で, 連邦治療収容法が創設され, 2011年1月1日に発効した。同法1条によれば, 遡及効の禁止を理由に保安監置がもはや執行されてはならない人物を, 危険性の予測および公共の利益の保護が必要とする場合に, 「適当な閉鎖的施設」に収容することが許される。StGB63条による精神病院への収容の他に, ここではとりわけ, StGB66条による保安監置による収容が挙げられる。後者は, とりわけ, 事後的な保安監置の形式をとるもので, 多くの批判を浴びており, その結果, StGB66条 b は結局,

BVerfG の、2011年5月4日判決—BGBl. 2011 I 1003—によって、違憲であると宣言された。このことは、予想通り StGB66条 a による留保付きの保安監置に至った。したがって、将来の該当者にとっては何ら利益にあたるものではないであろう。もっとも、ここで設定された枠組み—すなわち、刑法の中核としての違法あるいは責任—は、これ以上論じなくとも良い。しかしながら、Straßburg の欧州人権裁判所が保安監置を刑罰として分類した、ということが注目されるべきである⁸⁾。このような分類よりもさらに注目すべきは、自由刑と保安処分である『保安監置』とが広範囲にわたって同様の形で執行されている、という指摘である。上述の自由を剝奪する制裁が有する害悪としての性格は、しかしながら、自由を剝奪する刑罰と自由を剝奪する処分とを区別することに資するものではない。どちらの制裁も、移動の自由を剝奪することにはなるが、このことはいまだ処分を刑罰に変えるものではないのである。

刑罰は、行為者の態度を刑罰と結び付けて社会倫理的に是認しないことによって、市民に対して国家が課す最も峻厳な制裁としての特殊性を獲得する⁹⁾。行為者に対しては、有罪判決によって、その者は根本的かつ必要不可欠なルールに違反して人間相互間の共同生活を侵害したということが「国民の名において」告げられる¹⁰⁾。害悪としての性格に更に付け加わった非是認としての性格がはじめて、刑罰に対して、その特殊な峻厳さを付与するのである。このような峻厳さが、保安監置には欠如しているのである。保安監置の場合、有責に実行されたわけではなく、制裁のきっかけに

8) EGMR, NJW 2010, 2495, 一部批判的な論評を加えているのは Eschelbach, NJW 2010, 2499; Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2011, 78; Kinzig, NStZ 2010, 233; Radtke, NStZ 2010, 537; Hörnle, FS Rissing - van Saan, 2011, S. 239; Renzikowski, FS Krey, 2010, S. 407.

9) より詳細なのは, Kühl, FS Eser, 2005, S. 149および ders., ZStW 116 (2004) 870 (876); Roxin, FS Volk, 2009, S. 601も参照; 批判的なものとして, Geiger, Die Rechtsnatur der Sanktion, 2006, S. 8および Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozeßstruktur, 2008, S. 235.

10) Kühl (Fn. 7), §30 Rn. 9 und §43 Rn. 35.

すぎない所為は、是認されていないわけではないのである。是認しないということは、すでに言語上、そして、成立史的にも刑罰の本質に属するものなのである¹¹⁾。もっとも、刑罰は、—上述したように—責任を要件としており、その結果、責任主義がそうした刑罰に由来するという命題は十分に裏付けられているのである。

すなわち、責任は犯罪行為の本質的要素なのである。このことは、今述べた、責任を刑罰から導出するということのみならず、その前に論じた、責任主義とGG1条の人間の尊厳の保障との関係からも導かれるのである。刑法にとって責任が大きな意義を有しているとはいえ、責任は犯罪行為の中核ではないのである。「イメージ」として考えるならば—このことは、常に魅惑的なものであり、また、必ずしも適当なものではないのであるが—、責任は中核を覆う表皮なのである。犯罪行為のこのような中核を形成するのは、—すでに本稿の表題において主張されているように—不法なのである。責任が、惹起されている不法に関連しないとすれば、責任は「宙に」浮いてしまうであろうということから、この中核が不可欠であることは、すでに明らかとなっている。このような主張は、少なくとも法律、より厳密に言えば刑法典に拠り所を求めることができる。StGB17条1文によれば、所為を実行する際に、行為者に「不法を行なう」認識が欠如している場合に、その者は「責任なく」行為している。不法の認識ないし（より良く知られた表現でいえば）不法の意識は、したがって、責任の構成要素として説明される。それでは、何が不法を形作っているのであろうか？

B. その他の不法と比較して犯罪行為の不法を詳細に規定すること

犯罪行為の不法を詳細に規定しようとする場合、まずもって、必ずしもあらゆる不法が、それを理由として犯罪行為になるわけではないということに注意しなければならない¹²⁾。あらゆる侵害、たとえば一般的な人格

11) Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 230.

12) 以下の論述のきっかけとなったのは、筆者の指導教授である Wilhelm Gallas

権に対する侵害が必ずしも犯罪にあたるわけではなく、多くの侵害は私法的な不法領域に留まり、— I ですでに述べたように— 刑罰ではなく私法的制裁、たとえば損害賠償請求や慰謝料を課される。一定の条件の下でのみ一般的な人格権の侵害は犯罪行為へと格上げされるのである。その侵害は抽象的・一般的に定式化すれば、当罰的かつ要罰的でなければならない¹³⁾。

単なる迷惑行為、たとえば嘲笑や厚かましい行為は、たしかに人格権の侵害であるが、その侵害ははまだ刑罰を受けるにふさわしい、すなわち当罰的であるという程度ではない。可罰的でない不法には、犯罪行為に必要とされる侵害の危険性が欠けることがある¹⁴⁾。たしかに、あらゆる不法には、たとえば財産のように一般的に認められた法益がかかっているが、その法益に対する侵害の性質と程度が、犯罪行為を認めるには至らないのである。契約上の義務に違反する者、たとえば借金を返済しない者、あるいは買い手に売った品物を納品しない売り手は、たしかに貸主あるいは買い手の財産に損害を与えている。しかし、その者はその財産を全く回収不能にしてしまったわけではない。なぜならば、貸主も買い手も民事裁判所に損害賠償を訴え出ることができるからである。しかし、詐欺師は、契約当事者が欺罔行為に基づく財産処分により損害を被ったということを、その契約当事者に気付かせないという方法で、このことを最初から妨げようとするのである。

しかしまた、当罰的な侵害は必ずしも侵害の程度を理由として犯罪とされるわけではない。当罰的な侵害には、要罰性が欠如している可能性もある。たとえば、有罪とするに相応しい態度が刑罰よりも緩やかな制裁でも同じぐらい良く「克服」される場合である。たとえば、慰謝料による威嚇が人格権の一定の侵害の抑止という意味において「克服」に十分なのであ

であった。Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 5 ff.

13) このような対となる概念については、Lackner/Kühl (Fn. 1), Rn. 3 vor §13およびStreng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 9を参照せよ。

14) より詳細なのは、Gallas (Fn. 12), S. 10 f.

れば、刑罰と刑法は必要にならないのである。刑法はこのような事例において民事法に対し「補充的」である。この刑法の補充性¹⁵⁾は安易に用いられるはならず、損害の事例において、このような手続きのコストの問題が考えられる場合、私法的手段で人格権を貫徹することは簡単ではないということを考慮しなければならない。これはたとえば比較的新しい犯罪行為である StGB201条 a—写真撮影による最もプライベートな生活領域の侵害—に妥当する。この201条 a はすでに長く刑法典に存在する刑罰法規「言葉の信頼性に対する侵害」— StGB201条—を有効に補充するのである。なぜならば、録音された言葉によっても写真によっても、ある瞬間の場面がピックアップされ、その当事者の承諾なしになされるべきではないものを長期間保存してしまうためである¹⁶⁾。

権限なく、すなわち当事者の承諾なしになされてしまう写真撮影にとって、人は当事者として当然に私法的手段に訴えることもでき、その上それとは別の慰謝料をも請求しうる。しかし、手続と費用の負担はその当事者の側に存する¹⁷⁾。同じく最近の犯罪構成要件、すなわち個人的な生活領域という形の人権を保護するものとしての StGB238条における「付きまとい」も事情は同じであり¹⁸⁾、それにより「ストーキング」という社会的現象の把握と可能な限りの解決がなされるのである。この点、立法者はすでにかねてより2001年12月11日の暴行保護法（Gewaltschutzgesetz）— BGBI. 2001 I 3515—による民法¹⁹⁾と刑法の結合的解決を考案し、その

15) これについてより詳細なのは、Kühl, FS Tiedemann, 2008, S. 29 (41 ff.).

16) StGB201条 a の典型的な不法内容については、Kühl, in: Bosch/Bung/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Strafrecht, 2011, S. 115 (124 ff.).

17) Kühl, AfP 2004, 190.

18) より詳細なのは、Kühl, FS Geppert, 2011, S. 311 ff. StGB238条の典型的な不法内容については、Kühl (Fn. 16), S. 129 ff.

19) StGB238条よりも暴力保護法4条を優先することに賛成する者としてたとえば Kraenz, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, 2008, S. 338, および Löhr, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking - Straftatbestands in Deutschland, 2008, S. 444.

解決は若干の成果をも挙げたといわれる。というのは、まず同法によって民事裁判官によりストーキング禁止が命じられ、そのあとで同法4条の違反行為が可罰的になると説明するのである。被害者にとってこの「難点」は、この結合的解決においても、第一段階の私法手続的に被害者がイニシアティブをもたなくてはならない、という点のみである。また、不作為命令が被害者を効果的に救済したとしても、ストーカーは不作為命令に捕捉されないように、「ストーキング行為」の方法を変更することによって民事裁判官の不作為命令を回避しうるのである。比較的緩やかな私法的代替手段に対する刑罰規定の補充性は、したがって安易に肯定されてはならない。—このことがそれ自体あるいは他にも有益であるとしても。

当罰性あるいは要罰性を無視して、「単純な」不法から一足飛びに犯罪行為の不法を認めることは、いわゆる刑法の断片的性格²⁰⁾にも反する。刑法の断片性とは、刑法には、それ自体一般に承認された法益であっても、法益の刑法的保護には間隙があることを指すのである。最も価値が高く、最も一身専属的な生命法益すら、隙間なく完全に保護されているわけではない。たしかに、生命法益は故意のみならず過失の侵害からも保護されており、たとえば未遂やStGB30条2項第3類型の申し合わせのような、一定の侵害予備も捕捉されるが、StGB221条における遺棄がこの方向の歩みとして理解されうるとしても、一般的な生命危殆化犯罪というのは存在しないのである。

典型的に危険で社会倫理的にみて反価値的な行為態様を浮き彫りにするための—GG103条2項の明確性の原則という憲法的原理によって義務付けられてもいる—努力がより明らかとなるのは、財産の刑法的保護の場面である。つまり、他人の財産侵害のあらゆる惹起がすなわち可罰的な行為となるわけではない。そうした財産的損害の惹起は他人の欺罔によって生じた場合に初めて可罰的行為となるのである。すなわち、StGB263条1項

20) より詳細なのは、Kühl, FS Tiedemann, 2008, S. 29 (35 ff.); ders., FS Schöch, 2010, S. 419 (430 ff).

における詐欺の構成要件の厄介な専門用語でいえば、行為者が、「虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせまたは維持させることにより、他人の財産に損害を与えた」場合である。もし、欺罔行為の構成要件要素を、たとえば処分権に関連する事実に関する欺罔²¹⁾あるいは被害者が真実を知らされる権利の侵害²²⁾に限るとすれば²³⁾、可罰的な財産侵害の範囲、したがって「詐欺」という犯罪行為の不法の範囲が限定され、財産の刑法的保護の間隙はさらに拡大されるのである。もしそれによって惹起されあるいは維持されなければならない錯誤が限定的に解釈される場合には、同じく間隙を拡げる効果が生じる。たとえば、軽率な被害者はより注意深くすることによって自分を守ることができ、そしてそのため補充的な刑法によって保護が不要であるということを経由して、被害者が疑念を抱いていたり、軽率であった場合には錯誤にあたらぬとする場合がこれにあたる（いわゆる被害者学的見解²⁴⁾）。緩やかに解釈されている StGB266条の背任にはあまり間隙が存しない。StGB266条はとりわけ、他の者の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に損害を与えた者を処罰するのである。厳格に解釈することによってその規定を憲法的に一すなわち GG103条2項の明確性の原則—維持するために、制限的な解釈の試みが積み重ねられるということは、何ら驚くべきことではない²⁵⁾。このことは266条1項の意味における「損害」、すなわち財産的損

21) (原文では Fn. 22) たとえば, Gaul, FS Brandner, 1996, S. 801 (813).

22) (原文では Fn. 23) たとえば, Kindhäuser, ZStW 103 (1991) 398,あるいは Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 143.

23) (原文では Fn. 21) その試みを概観するものとして Küper, Strafrecht Besonderer Teil – Definitionen mit Erläuterungen, 8. Aufl. 2012, S. 287, また Lackner/Kühl (Fn. 1), §263 Rn. 6も同旨。

24) このような被害者学的な試みについては, Küper (Fn. 21), S. 226 f. および Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht – Besonderer Teil, 11. Aufl. 2009, S. 146 f. 参照; 詳細なのは, Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 18.

25) これを概観するものとして Lackner/Kühl (Fn. 1), §266 Rn. 1.

害において現実的なものとなり、常に幾度となく刑法に介入する BVerfG がこれまで損害として認めてきた財産危殆化に重大な関心を寄せていることから、制限的な解釈は成功の見込みがないというわけではないのである²⁶⁾。無論、StGB266条のみならず StGB263条においても危殆化損害を放棄すべきではないとする、多数の学説が「大挙して」押し寄せたのである²⁷⁾。

刑法の断片性は、刑法上の所有権保護にも現れる。たしかに StGB242条によって明確に規定された窃盗罪にとって、広い範囲を画する横領罪の StGB246条が「受け皿構成要件」²⁸⁾として役に立つのである。しかしながら、より「明確な」242条でさえ、長い間、明らかな間隙を有しているのである。たとえばいわゆる *furtum usus* (使用窃盗) がこれであり²⁹⁾、そこでは、持ち去られる物が、重大な物的損害なく、単に一時的に、権限なく用いられるのである。この場合、242条で当然に意図されているであろう領得が認められず、そのためかかる使用窃盗は不処罰である。刑法典は、乗り物と担保物の無権限使用に関する248条 b と290条という例外³⁰⁾だけを認めているのである。そのため、これらは同時に刑法典上実現された断片性に関する事例でもあるのである。

刑法の断片的性格を強調することは常に必要であるが、とりわけ刑法上の法益保護における欠缺が、再三確認されている場合にはより不可欠である。というのは、欠缺はすでにその概念(断片性・断片的性格)からその

26) BVerfG NJW 2009, 2370 (2373) und 2010, 3209 (3217 ff.); BVerfGE 126, 170 (221 ff.).

27) BVerfG に対して批判的なのは、Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil, 35. Aufl. 2012, Rn. 776 (778) und LK StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2012, §266 Rn. 27 f.; 詳細なのは、Fischer, NStZ - Sonderheft 2009, 8 f. (11 ff.).

28) 同旨のものとして BT - Drucks. 13/8587, S. 43; Lackner/Kühl (Fn. 1), §246 Rn. 1. 参照。

29) Lackner/Kühl (Fn. 1), §242 Rn. 24.

30) このような法律上規定されている使用窃盗については、Wessels/Hillenkamp (Fn. 27), Rn. 431.

欠缺の補充を要求するからである。「断片性」という概念の形成に貢献した Karl Binding も、法の欠缺性とそれに応じた立法者の自制を法治国家的刑法の所産として称賛するのではなく、「大きな不備」であると感じていたのである³¹⁾。刑法がある不備に対処しようということは当然に認められる。たとえば、特定の当罰的かつ要罰的な態度が「意図的に」不処罰のままである一方で、それと同等の態度が罰せられるような場合である。

たとえばすでに上で言及した犯罪構成要件である、StGB201条 a の権限なき撮影の場合がそれにあたる。この犯罪構成要件は長い間問題になってきた刑法上の人格権の保護の欠缺に対処している。かかる欠缺への対処は正当である。というのも、「言葉の内密性」の侵害はすでに長い間可罰的であり、しかも、その瞬間が権限なき者の撮影によって固定化されることは、ある「一瞬の生活上の発言をいつでも再生可能な媒体」に変化させる録音による瞬間の固定化と同様に、当罰的かつ要罰的なのである³²⁾。ここまではそれでよい。しかし、今日、比較的新しい StGB201条 a は、そこに問題となる欠缺を示している。というのも、201条 a は撮影の禁止を、「住居の中や、覗き見から特別に保護された空間にいる他人」に制限しているからである（StGB201条 a 1項）。最後の個人的退去領域（persönlichen Rückzugsbereich³³⁾）における保護は StGB201条 a の保護法益と行為客体³⁴⁾—きわめて高度に個人的な生活領域—にまさに妥当しうるのであるが、かかる「退去領域」外における権限なき撮影による人格権侵害もそれと同等に当罰的かつ要罰的である。たとえば、重度の負傷で変貌した事故の被害者や事故現場の路上での写真撮影の場合、あるいは、自身の子供の墓前で悲しみにくれる両親の写真の撮影の場合である³⁵⁾。このような事

31) Binding, Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil, Bd. I, 2. Aufl. 1902, S. 20 ff.; これについては、Maiwald, FS Maurach, 1972, S. 9.

32) Gallas (Fn. 12), S. 205.

33) 法文の理由については BT - Drucks. 15/2995, S. 5.

34) 法益と行為客体とをこのような形で関連させることに対して批判的なのは、Lackner/Kühl (Fn. 1), §201a Rn. 3.

35) すでに Kühl と Schöch が2003年9月24日の BT - Rechtsausschuss の公聴会

例における当事者には、高度に個人的な生活領域に退去することにより、可能かつ優先的な自己保全を要求することはできないのである。このことはたとえば、水浴可能な川辺で裸になっている者の場合には可能である。一しかし、ここでも権限なき撮影に対する自身の人格権を主張する場合には、裸体水浴をしている者に日焼け用ベンチやスイミングプールのある隔離されたフィットネススタジオに行くよう指示することができるかという疑問が生じる。

刑法における欠缺に対処することの要求は、汚職や贈収賄の領域においても高まる。刑事立法者は1997年8月13日の汚職対策法で、ある明確な欠缺に対処した。この法律によって、ビジネス上の交渉における買収が刑法典へと引き継がれた—もっともこれは特別刑法において前身となるものがあったのではあるが—のであり、それによって、公務員に対する、「古い」贈収賄罪（331条以下）が補充されたのである。もちろん、欠缺は残っていたのである。このような欠缺は、多くの見解によれば、少なくとも、表面上欠缺を含んで規定された108条eの議員への贈収賄の場合にも存するとされる。StGB108条aは確かに、すでに欠缺への対処として位置づけられるが³⁶⁾、しかし、犯罪となる票の売買以外ではなおも欠缺が問題となるのである。多くの改正法案が、すでに立法段階へは達したが³⁷⁾、今日まで制定には至っていないのである。

さらに学説上の議論においては、フランス刑法の「影響力を有する濫用的行為 (Trafic d'influence)」の構成要件を範として、贈収賄犯罪の拡大が主張される。かかる規定によって、現に存在し、維持される、公的機関への影響力が「買われ」あるいは「売られ」るのだと理解されているのである³⁸⁾。それによって、ドイツ刑法によって不処罰である様々な態度が

においてそのように述べている。; Lackner/Kühl (Fn. 1), §201a Rn. 1.

36) Heisz, Die Abgeordnetenbestechung im parlamentarischen Bereich – Schließung einer Regelungslücke, 1998.

37) Lackner/Kühl (Fn. 1), §108e Rn 1 参照。

38) Zeiser, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handelns

罰せられるとされるのである。ドイツ刑法におけるかかる「欠缺」が対処されるべきであるかどうかは、StGB331条以下の贈収賄罪³⁹⁾の場合のように公共の法益を介するにせよ、とりわけ他人の自由領域への専断的な干渉という意味で不法を有するかどうかということに依拠するのである。さらに、当罰的不法が問題となるかどうかを検討されるべきである⁴⁰⁾。最後に、要罰性も明らかにされるべきであり、刑法の断片的性格も顧慮されるべきである。

C. 不法の中核

具体的概念である「中核」は、ここではたしかに、すでに犯罪行為に関する論稿の表題において用いられており、それゆえ、すでに論じられたようにみられうるであろう。しかし、実際は、犯罪行為の中核は、それが不法であるとしても、不法の中核とはいささか異なるものを意味するのである。それにもかかわらず、「中核」という語を二重に用いることは多くの混乱を生むが、第一に、そうしなければ形而上学的な説明を期待させるような、不法の「本質」という概念を使わざるをえなかったことを意味する。本質という概念は、犯罪行為においては、すでにふさわしくないものとして排除されているのである。なぜなら、犯罪行為においても、不法においても本質直観は問題とすべきではないからである。むしろ、そのつど、不可欠であり「確固たる」構成部分を浮き彫りにすることが重要なのである。責任もまた犯罪行為に属するものであるとしても、犯罪行為のこのような「確固たる」構成部分として、不法が重要な意味をもつ。しかし、「確固たる」構成部分を、論者はさらに、一言語上より美麗かつ具象的に「中核」と呼ぶことができるのである。不法の中核を追究する場合は、論者が、不法の本質を特定するのに比べて容易である。不法の本質を

mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, 2012.

39) この複合的な法益については Lackner/Kühl(Fn. 1),§331 Rn. 1参照。

40) このことに注目するのは、Zeiser (Fn. 38), S. 162 ff.

問題とすると、古い解釈学上の塹壕戦に即座に陥ってしまうので、ここでは関心を起こさせるようなものではない。そこでたとえば、不法は主観的構成要素も有するのか、という問題を取り上げてみよう。そのことは、刑法学上の圧倒的多数の見解によって、StGB242条の窃盗における領得意思のような意図や故意を受け入れるよう、肯定的な意味で判断されてきた。だが、本質の規定を問題とする場合には、多数説もまた、その根拠を検証されなければならないのである。そして少なくとも、いまだ故意が「責任形式」として位置付けられている、評価の高い総論教科書もある⁴¹⁾。許容所為事情に関する錯誤の際に、表向きは存在しないが不可欠であるような故意責任⁴²⁾は、学説の多くによっても、近時刑事事件におけるBGH（ドイツ連邦通常裁判所、以下同じ）によっても取り上げられているのである⁴³⁾—むろんより詳細な理由付けはないが—。故意責任は、通常はどこにも表向き存在せず、かかる事例状況に限定されるような概念である⁴⁴⁾。

仮に、不法の本質を検討しようとするならば、これに加えて実行未遂の行為無価値において犯罪行為の不法は汲み尽くされているのか、それとも、結果無価値が犯罪行為の不法をともに決定するのかという、長きにわ

41) たとえば、Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, §20; 同一の教科書の中でこれと異なるのが、Mitsch in §26 III.

Mitsch は、故意を未遂犯において主観的構成要件に位置付ける。
 42) (原文では Fn. 43) 通説に賛成するものとして Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, §30 Rn. 20, および Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 478 f. 参照。

43) (原文では Fn. 42) BGH NStZ 2012, 272, その評釈として Hecker, JuS 2012, 263, Jäger, JA 2012, 227 および判例に賛成するものとして Satzger, JK 6/12, StGB §32/37.

44) 対応する批判については、vgl. Kühl (Fn. 4), §13 Rn. 73 Fn. 87; より詳細なのは、Kühl/Hinderer, Jura 2012, 488 (490); とりわけ鋭く指摘するものとして Schünemann, ZStW 124 (2012) 1 (8 f.) - 同じく批判的なのは、Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, 14. Kapitel Rn. 34, und Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, §29 Rn. 23.

たって解決されたとみなされてきた疑問が投げかけられるのである。この問題は、最近再び幾度が登場するが⁴⁵⁾、ここでテーマとして扱われるべきではない⁴⁶⁾。結果を無視して構わない偶然の構成要素として評価することは、もはや説得力がない。なぜならば、結果は、行為者の行為に因果的に還元されなければならないのみならず、客観的帰属の原則に従って、行為者の「しわざ (Werk)」としても考えられなければならないからである⁴⁷⁾。そしてそれは、たとえば因果経過の逸脱の場合に、結果の帰属を妨げ得るものなのである⁴⁸⁾。さらに、Welzel (Jokobs によれば口頭であったとされるが) に由来する命題「死体はあらゆる殺人に欠かせない」がつけ加わる。一大げさに一不法の本質を問題とするのではなく、一月並みに一不法の中核を問題にすれば、不法と呼ばれるべき態度とは、法に反する、違法な態度でなければならないということがすぐに理解されるであろう。この形式的な特徴付けで満足しないならば、一実質的な観点で—他人の自由領域への行為者の専断的な侵害を不法の中核の一部として挙げて良いであろう。このことは、他人が殺され、あるいは傷害を負わされた場合、つまり、他人の個人的法益である生命や身体は無傷性が侵害された場合に、他人への直接的な侵害によって生じうるのである⁴⁹⁾。しかしながら、このことは、たとえば StGB316条—交通における酩酊—によって保

45) Kühl (Fn. 4), §3 Rn. 6参照; Schünemann, ZStW 124 (2012) 1 (6 f.) による簡潔ながら的確な批判を参照せよ。Schünemann は、Welzel の弟子である Hirsch (FS Meurer, 2002, S. 3, 7) を次の文章を挙げて引用している。「結果もまた、不法と関連して重要なものである。なぜならば、被害者が殺されている場合にはじめて、殺害行為という言葉、その言葉がもつ完全な意味において用いることができるからである。」

46) より詳細なのは、Roxin, ZStW 116 (2004) 929 (937 ff.) および in: Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, §10 Rn. 88 - 101; モノグラフィーとして Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981.

47) Kühl (Fn. 4), §4 Rn. 4.

48) Kühl (Fn. 4), §4 Rn. 29 f., 35, 37, 61.

49) Lackner/Kühl (Fn. 1), §316 Rn. 1; 批判的なのは、Hefendehl, Kollektive Rechts-

護されている道路交通の安全のような公共の法益によっても媒介されているのである。個人の自由領域は、この規定によっても保護されているのである。もっとも、酒酔い運転者が StGB316条による処罰を恐れて運転を断念する場合には、個人の身体と生命に関して利益となるような道路交通の安全が、ただ間接的に保護されているのである。それゆえ、交通における酒酔い運転の不法については疑問の余地がない。(より高い法定刑を備えた) StGB315条 c—道路交通の危殆化—に、他人の自由領域への直接的・間接的な侵害が有するこの相乗効果が、はっきりと反映されている⁵⁰⁾。この規定によっても、他の個々人の自由が保護されているのである。たとえば、アルコール飲料の過剰摂取による—それはすでにして StGB316条による可罰的な飲酒運転を満たしているが—他人の身体と生命の危殆化が道路交通の安全への侵害につけ加わるならば、個人の法益と公共の法益が危険にさらされ、侵害されているのであるから、高められた不法が存在するのである。

環境犯罪を純粹に生態学的な保護利益への侵害として理解するならば、その犯罪行為の不法内容について疑いが生じうる。しかしながら、このような理解は、行為者によって惹起された『大気の変動』につき『他人の健康…を害すること』という特性を要求する StGB325条—大気汚染—とは異なった犯罪行為においてすら、刑法学における支配的な見解ではないのである。大気、水、土壌のような独立した環境保護客体を承認することは、人間との関連が失われない場合にのみ、同意に値する⁵¹⁾。環境は、それ自体に保護の利益があるわけではなく、現在の人間に、最も広い意味における人間的な生存条件を維持させ、また、将来の世代にもそれを保障するという機能に利益があるのである⁵²⁾。GG20条 a が、自然の生活基盤

güter im Strafrecht, 2002, S. 140.

50) Lackner/Kühl (Fn. 1), §315c Rn. 1. によれば „Daneben”.

51) Lackner/Kühl (Fn. 1), Rn. 7 vor §324.

52) Kühl, in: Nida - Rümelin (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 1995, S. 249.

の保護について将来の世代をも観念しているとするならば、同条aもそのように理解され得るのである。それゆえ、環境の利益は一すでに争いが無いわけではないが—公共の利益という独立した法益である。しかしながら、この法益は、生命や身体的無傷性のような実存的な個人法益の前に位置付けられ、共同社会の責務として、全ての（そしてそれゆえあらゆる個人も）人間の生物学的な発展のための危険の回避を目的としているという意味で広く周知されている⁵³⁾。

環境ではなく、自然がそれ自体として保護されるならば、本稿で要求された人間との関連について疑念が生ずる。動物や植物、たとえば綺麗な蝶や青いリンドウのように人間の生活基盤にとって認める程の意味がないにもかかわらず、刑法の保護に含まれる／含まれた場合がそうである。GG20条aが、国家は自然の生活基盤と並んで「動物」も保護すると定めているならば、それは動物を取り込むことに賛成しているのである。すでに例として—むろんまだ不完全ではあるが—引用したStGB325条が、大気の変動が『動物、植物又はその他の重要な価値を有する物を害する』という性質がある場合に、すでにして大気の変質を因果的に惹起することを刑罰をもって禁止しているのであれば、それも同様のやり方をとっているのである。

それゆえ、人間との関連は、最小限の関係性としても放棄されてしまうかもしれない。動物保護についていえば、動物保護法17条において罰せられる動物虐待はおよそ法益を侵害しているのかという刑法における議論は、たしかに、社会や刑法学に多大な注意を喚起することなくすでに長きにわたって行われているのである。本稿の執筆者は、20世紀の60年代のHeidelberg大学での学部ゼミで、刑法の師匠であるWilhelm Gallasが動物虐待を、反社会的な行為の「耐え難い例」として再三挙げたことを思い出すのである。しかしながら、Gallasは、このことに関して可罰性に賛成する基礎付けへと直ちに至ったわけではない。1964年11月28日のHei-

53) Lackner/Kühl (Fn. 1), Rn. 7 vor §324.

delberg 大学の第578回創立記念祭での Gallas の学長就任講演で、彼は、動物虐待を犯罪行為とすることについて、むしろ疑念をもって語り出したのである。彼はまず、動物虐待を、道義的な非難性が処罰の基礎とされる問題のある事例の一つに数え入れた。この点に「注意が必要である。というのも、利益保護という前提条件から切り離された刑罰による威嚇は、いとも簡単に『道義的な』処罰の危険、すなわち自由領域の不相応な縮減という危険へと陥ってしまうからである。それゆえ、自由領域の不相応な縮減に至るのである」⁵⁴⁾。犯罪行為の中核としての不法、そして不法の中核としての他人の自由領域への侵害という中核として、不法についてここでとられた観点によると、このことは次のことを意味している。すなわち、潜在的な行為者の自由は、他人の自由領域の保護がこれを要求している場合にのみ、刑罰威嚇を手段として制限されることが許されるのである。しかしながら、この「他人」は、動物を「他人」と呼びたくなければ、動物虐待においては、存在しないのである。誰の自由領域が侵害されているのだろうか？ いずれにせよ、他人の自由領域ではないのである。

もちろん Gallas も、このことに留意している。すなわち、「動物は人間ではなく、それゆえ、それ自体として法益の担い手ではありえないのである」と⁵⁵⁾。その際、Gallas によって用意された、「人間が自らを不品行たらしめること」を禁止するという公共の利益の侵害があるという解決策は、作り物めいているのである。とりわけいつも要求されるが、証明が難しい、この「非難しうる行為」の「社会的危険性」が主張される場合がそうである。

それゆえ、最近の議論において、動物虐待が法益を欠いた犯罪として分類されるのは⁵⁶⁾、驚くに値しない。そしてこれにあたる刑罰法規を同時

54) Gallas (Fn. 12), S. 14.

55) Gallas (Fn. 12), S. 15.

56) Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 219 ff. – 動物虐待と、個人的法益論が抱えるその他の諸問題については NK - StGB/ Hassemer/Neumann, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl.

に擁護する際にもそうである。ここで示した不法の観点からは、次のことが問われなければならない。すなわち、行為者が他人の自由領域への侵害をしない場合に、いかにして動物虐待の不法が基礎付けられるのだろうか、ということである。上述の、Gallasによってなされた公共の法益を害するというとりなしは、あまりに曖昧で、納得できない。法益を欠いた犯罪行為の問題は、なお満足させる解決を待っているのである。この問題の解決は、本稿でこれ以上試みられるべきでない。むしろ、最後に、手短に不法の問題に立ち戻り、次のような問いが投げかけられるべきであろう。すなわち、本稿で主張する、他人の自由領域への一方的な侵害という実質的な不法概念から、人間相互間の領域においても、刑法の適正な領域への制限が導かれうるかどうかという問題である。

D. 不法の要件から導かれる制限的な帰結

もし—本稿B以下のように—不法を他人の自由領域への専断的な侵害として定義するならば、自然保護および動物保護について制限することのみならず(上述のB以下を参照)、被害者としての「他人」が欠如しているとはいえない場合にも制限することになる。たとえば、殺人罪において—これについては、Iにおいてすぐに—あるいは、同様に不作為事犯において—これについてはIIにおいて—も。

I. 殺人事犯における不法の制限

刑法典上の殺人罪においては、—不法に関していえば—常に、他人を殺害することが問題となっている。もっとも、このことは、法律により明文をもって述べられるわけではない—StGB211条2項は、謀殺者が「人を殺した」ということのみを要求しているにすぎない。これは、StGB212条1項が故殺の冒頭に据えているものである。すなわち、「人を殺した者…」

2010, Vor §1 Rn. 117. 参照—近時, Gimbernat, GA 2011, 284 (289 f.) は、もっとも不快感からの保護に焦点を当てている。

という文言である。傷害罪の諸規定は、その点で、より情報提供をいとわないものである。そのような形で定式化しているものとして、StGB223条1項という基本犯がある。すなわち、「他人を…した…者」という文言である。それにもかかわらず、StGB212条1項の文構造からすでに、「…した者」は、その者が殺害した者以外の者でなければならない、ということが明らかとなる。したがって、殺人罪は他人を殺害することを前提としていることは、ごく一般的な見解でもあるのである⁵⁷⁾。

以上のことを起点とすれば、殺人の不法は、他人の一あらゆる自由の行使の基盤としての一生命に対する専断的な侵害に制限されているのである。したがって、自殺は殺人罪によって捕捉されないのである。もっとも、自殺者が自殺を遂行したのではなく、自殺者が他人に自分を殺害するよう求める場合には、現行法上、StGB216条により要求に基づく可罰的な殺人として位置付けられる。自殺者に「十分に正しく理解された利益」があるとはいえないと考える、このようなパターンリスティックな規定は、たしかに、批判に値するものである。しかしながら、この規定は、自殺するためには他人を必要とせず、自分自身で自殺する者は、StGB216条に該当しない、ということを確認するものである。—すなわち、自殺者は、すでに他人を殺害していない、という理由から、StGB211条、212条によって捕捉されていないのである。

判例はたしかに、自殺を単に不可罰的なものとみなしているにすぎないが、自殺は法的に禁止されるべきものであるとする⁵⁸⁾。この点では、BGHの比較的古い判例は、より慎重なものであったが、これは道德化し、また、自然法的に論証している裁判であるとしてしばしば批判の対象とされてきた⁵⁹⁾。この判例によって、自殺は、「単に」道德的に非難すべきも

57) 数ある文献の中でも Lackner/Kühl (Fn. 1), Rn. 9 Vor §211; 同様に Kühl, JA 2009, 321 (324). 参照。

58) BGHSt 46, 279 (285). これには、Duttge, NSTz 2001, 546および Sternberg - Lieben, JZ 2002, 152による正当な批判的評釈が寄せられている。

59) 第二次世界大戦以降の自然法判例についてより詳細なのは、Kühl, Freiheitli-

のとして宣言されたにすぎず、違法なものとして宣言されたわけではなかった。もっとも、すでに当時から—1954年に—自殺をこのように道徳的に非難することは、何らの法的帰結を伴わないわけではなかった。というのも、道徳に反するにすぎない自殺もまた、旧 StGB330条 c による処罰の対象となる救助義務を生ぜしめるものとされていたからである。すなわち、「誰一人として独断で自己の生命を自由に処分し、自ら死ぬことは許されないことから、道徳律はあらゆる自殺を…厳格に拒否しているので、法は第三者の救助義務が、自己の死を望むという、道徳的に拒否されている自殺者の意思に劣後しなければならない、ということ承認できない (BGHSt 6, 147[153])」のである。このことは、結論において今日まで StGB323条 c が通用する状況下でそのまま妥当し続けているのであり、また、刑法学上も完全に賛同を得ているのである⁶⁰⁾。このことは、自殺者の意識不明状態にまで至った自殺未遂の場合には、むしろ、当該未遂の自由答責性が明らかにされる段階より前に、まずもって当該自殺者が救助されるべきであろう、という考慮からも理解される。もっとも、当該自殺未遂の自由答責性が確実なものであり、自由答責的な自殺がすぐ間近に迫っている場合には、323条 c に依拠するあらゆる救助的介入は禁じられているのである⁶¹⁾。

BGH の近時の判例による自殺が違法であるとの主張には、しかしながら、いかなる根拠も存在しない。自殺の反道徳性から自殺の違法性を推論することは、法と道徳の不可欠な分離⁶²⁾という点に鑑みると、許されざるものである。本稿で主張されている不法概念から考察すれば、他人の自由領域への侵害が欠如しているのである。自殺者は、自分自身の自由領域

che Rechtsphilosophie, 2011, S. 128.

60) Lackner/Kühl (Fn. 1), §323c Rn. 2 該当箇所参照。

61) この議論状況については Lackner/Kühl (Fn. 1), §323c Rn. 2 参照。

62) いわゆる分離テーゼについては, Kirste, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2010, S. 21, 103; Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2012, §20 Rn. 8 ff., 16 参照。

にとどまっているのであり、他人を「邪魔していない」のである。

II. 不作為による不法

—自殺者のように—他人を「邪魔していない」者は、なお刑法による介入の範囲外に位置する。もっとも刑法は、StGB323条cでいうところの事故に際して何の救助も行わない者のみならず、StGB13条1項に従い「結果不発生につき法的に責任を負わなければならない」者、すなわち、その者にとって可能であったが行わなかった結果防止につき法的に責任を負わなければならない者をも捕捉しているのである。後者は、正当にも、更に厳しく処罰されるのである。死の危険を認識し、かつ、死亡結果を阻止することができたにもかかわらず、差し迫った死亡結果が発生しないことにつき、保障人として「法的に責任を負わなければならない」者は、StGB212条1項による「故殺者」と同様に、「5年以上の自由刑に処される」のである。StGB13条2項は、その者に対して、StGB49条1項による刑の「任意的」減軽のみを認めているにすぎない。それに対して、死の危険を伴う事故に際して何らの救助も行わない「者」、すなわち、「すべての者」は、「1年以下の自由刑又は罰金に処される」にすぎないのである（StGB323条c）。そのとき死亡結果が生じたかどうかは、何らの救助も行わない「すべての者」の可罰性にとって重要でないのである。すなわち、死亡結果の発生は、せいぜいのところ量刑において、つまり、1年の自由刑までの法定刑の範囲内で考慮されうるにすぎないのである⁶³⁾。

不法という観点のもとでは、法的義務を負っている保障人が結果防止を怠ったことは、他人の自由領域への積極的な侵害と同様に位置付けられる。このことは、誰かが事態を成り行きに任せるというときには、「侵害」という言葉がほとんど用いられない、という点では驚くべきものであるかもしれない。そのように同等に取り扱うことが、このような言語上の難点があるにもかかわらず正当化されるのは、法による結果防止の義務付けが

63) Kühl, JuS 2007, 497 (499); Lackner/Kühl (Fn. 1), §323c Rn. 10.

正当なものとみなされる場合である。たとえば、母親が、生存のためには母親による世話に頼らざるをえない自分の幼児を餓死させる場合である。その母親は、子供に対して、すなわち他人に対して、不法を行なっているのである。というのも、その母親は、生命を維持するという自己の法的義務に違反しているからである。

このように同等に取り扱うことの問題性には、本稿ではこれ以上立ち入らない。むしろ、StGB323条cによる不救助の不法を一瞥することとする。ここでは、他人の自由領域への「侵害」という不法の定義が、不作為による故殺の場合と同様に難点を生じさせる。とはいえ、不救助の不法は、不作為による故殺と同じく保障人にとってのStGB13条1項の特別な法的義務を直ちに抛り所とすることができる、というわけではないのである。それゆえ、更にStGB323条cにおいて規定された救助義務がすべての者にあてはまり、その結果、当該義務に違反することが不法を意味するのか、という問題が提起される。不救助の不法は、同胞としての最小限度の連帯という付加的観点なくしては立ち行かないのである⁶⁴⁾。

連帯とは、確かに道徳的な要素として広く一般に承認されているにすぎないものであるが、法領域においても、それは様々な場所で立ち現れる観点なのである。たとえば、GG14条2項において規定された所有権の社会的義務や、正当防衛の(もちろん異論の余地がないわけではない)社会倫理的な制限においてである⁶⁵⁾。連帯は、法原則としていまだ一般的な承認を受けるには至っていない。法領域は、自由原理によって支配されるものである。連帯を道徳の領域から法の領域に転用することを擁護するのは、とりわけ以下のことである。すなわち、2つの領域—すなわち、道徳の領域と法の領域—は、分離されることが必要であるとはいえ、普遍化可能性という原理に基づくものである、という考え方である。法領域においては、この原理はとりわけ自由の行使は普遍化可能なものでなければなら

64) より詳細なのは、Kühl, FS Frisch, 2013 (本稿公刊時には出版予定)。

65) Kühl (Fn. 4), §7 Rn. 157 ff.

ない，ということの意味する。自由は，互いに制限されなければならないのである。自由は，法領域においては以下のことをも意味するものでもある。それは，人は事故の際には同じく救助してもらうことを欲するという理由から，そのような場合には救助する義務を負っている，ということである。このことは，普遍化可能という意味において，道理にかなったものである。