

論 説

規範論から見たドイツ刑事帰属論の 二つの潮流（上）

杉 本 一 敏

- 1 はじめに
- 2 刑法規範論と刑法帰属論
 - 2.1 言語行為論
 - 2.2 刑罰法規の言語行為論的分析
 - 2.3 規範論から帰結する犯罪論・帰属論
- 3 帰属論的潮流Ⅰ：志向の行為帰責論（「一次規範＝結果惹起禁止」説）
 - 3.1 J. ルシュカ：規則の階層化モデルによる犯罪論構想
 - 3.2 U. キントホイザー：コミュニケーション行為論的な帰属論構想
(以上、本号)
 - 3.3 U. ノイマン：対話（ダイアログ）的帰属論構想
 - 3.4 K. ギュンター：市民による答責性帰責論構想
- 4 帰属論的潮流Ⅱ：客観的結果帰属論（「一次規範＝危険創出禁止」説）
- 5 総 括

1 はじめに——本稿の目的——

「帰属」（Zurechnung）⁽¹⁾という思考法が現代の刑法理論に登場して既に久しい。ドイツ刑法学において、「目的的行為論」全盛の後に支配的理論の座を奪った所謂「客観的帰属論」は、近時我が国の刑法学に対しても徐々に影響力を強めつつある。しかし「帰属」がどんな思考法なのかというと、その回答は千差万別で帰する所を知らない。中には、「狭義の結果

（1）本稿ではZurechnungを帰属，Zuschreibungを帰責と訳す。これらの概念を区別して用いる論者もあるが、本稿では両者を特に区別しない。

と狭義の行為という出来事間の関係を、事實的基準のみならず様々な規範的基準を用いて判断するための上位カテゴリー」といったように、因果関係要件を単に若干規範化したかのような、殆ど弁別の特徴を持たない定義で以て「帰属」を規定する論調も見受けられる。「帰属」はこのように曖昧模糊とした概念にすぎないのだろうか。

本稿は、このような理論状況を受け、ドイツ刑法学における帰属論的見解を素材に、帰属論という思考法が如何なる理論的意義と射程を持つのかを見定めようと試みるものである。考察の端緒とするのは「刑法規範論」である。本稿の見るところ、帰属論は規範論と不可分のものだからである。その際、ドイツの帰属論には、帰属という同一の概念を用いていながら、明らかに思考方法の異なる二つの潮流が存在していることが判明する。筆者は以前、「客観的結果帰属論」と「志向的行為帰責論」という二つの帰属論モデルを行為理論的視点から対比したことがあるが⁽²⁾、本稿では両者を規範理論的視点から考察し直し、二つの帰属論が全く異なる犯罪論体系を指向するものであることを明らかにしたい。帰属概念の把握如何で刑法理論全体がどのように変貌し得るかを確認することは、我が国の刑法理論にとって、帰属論の導入に先立って必要な前提作業であろうと思われる。

2 刑法規範論と刑法帰属論

今日、ドイツ及び我が国の刑法理論においては、犯罪行為の認定判断を行うための「犯罪論体系」が構想されている。そして、犯罪各則の構成要件をなす各メルクマールは、犯罪論体系内の要件カテゴリーの各段階、即ち違法・責任・処罰条件などに逐一位置付けられ、少なくとも関連付けられている。これに対して刑法「規範論」は、各要件カテゴリーが具体的要

(2) 拙稿「相当因果関係と結果回避可能性(五)」早稲田大学大学院法研論集105号(2003)参照。

件論の実践的規制原理として機能している舞台裏で、専らこれら各要件カテゴリーの素性を理論的に正当化するための説明概念として援用されるのみであり、規範論が各要件カテゴリーに対して——或いは、直接に具体的要件論に対して——実質的な規制効果を発揮する場面は、犯罪論体系において殆ど見られなくなっているというのが現状であろう。しかし本稿は、以下の検討において、規範論における一定の態度決定が犯罪論体系の全体的な枠組・方向性を直接的に決定するだけの契機を孕んでいる、という主張を裏付けたいと思う。以下で詳述するドイツの二つの帰属論的潮流が、共に「帰属」という概念を援用しているにも拘わらず全く異なった理論体系に到達しているのも、規範論における理解の相違にその全ての理論的淵源を求めることが可能である。かくして本稿は、専ら「規範論」の観点に基づいて、ドイツ帰属論の二つの理論的趨勢を比較対照することを目的とするものである。同時にそれを通じて、犯罪論に対して規範論が有している意義と潜在力とが再発見されることになろう。

帰属論を規範論的に考察するにあたっては、その前提作業として所謂「言語行為論」を参照しなければならない。ドイツの二つの帰属論的立場のうち、少なくとも一方の陣営は、言語行為論、或いはその応用形態と言えるコミュニケーション行為論を意識した上で理論構成を行っており、二つの帰属論的立場の対立点を明確化するためにはこの点に関する考察が必要不可欠だからである。以下、前提作業として、本稿の考察に必要な限りで言語行為論を参照する（2.1）。その後、言語行為論の刑法規範論への援用可能性を確認した上で（2.2）、二つの相異なる帰属論が展開されてくる思考過程の原点を、各々の規範理解の方法の中に見出そうと思う（2.3）。

2.1 言語行為論

2.1.1 言語行為論の素描

「言語行為論」⁽³⁾とは、言語を発することを行う際に人が遂行している

行為を、三つの次元に分けて分析する学説である。例えば、AがBに向かって「窓を閉めろ」と発言した場合を考えよう。まずこの発言行動の側面として、①Aは「窓を閉めろ」と発言したことで、音声を発し、文法に適合した語彙を述べ、その音語を一定の「意味」(meaning)と一定の言及対象とを伴って使用した、ということが明らかである。発言が有意味な何事かを述べているというこの行動側面のことを「発語行為」(locutionary act)と呼ぶ。更に、発言は人における一定の結果を帰結することが通常である。ここでの例においても、Aの発言を聞き入れて、Bが窓を閉めたものとしよう。この場合、②Aは「窓を閉めろ」と発言したことによって、Bに窓を閉めさせている(或いは同時にBの感情を害したかもしれない)。このように発言を介して因果的或いは目的的に人の一定の動作・感情等を生起させたという行動側面のことを「発語媒介行為」(perlocutionary act)と呼ぶ。しかしAの発言行動には、更に①とも②とも異なる第三の行動側面が見出される。即ち、③Aは「窓を閉めろ」という発言行動においてBに対して「命令」している。このように発言行動が持つ間主体的な「力(趣旨)」(force)のことを「発語内の力(趣旨)」と呼び、発言行動がこのような一定の趣旨を帯びて現れてくる行動側面のことを「発語内行為」(illocutionary act)と呼ぶ。Aの発言を発語内行為として記述するならば、本件でAは「命令行為」を行ったことになる。以上のように、一個の発言行動が、①②③の三つの側面の下に(別の形で)行為として記述される、というのが言語行為論の主張であるが、ここで重要なのは③の発語内行為である。

③発語内行為は、①発語行為、②発語媒介行為の両者から原理上明確に区別されなければならない。

(3) 以下、本文の「言語行為論」に関する記述は、J. L. オースティン(坂本百大訳)『言語と行為』(大修館書店、1978)第八講(164頁)以下、J. R. サール(坂本百大=土屋俊訳)『言語行為』(勁草書房、1986)等に依拠したものであるが、理論の細部や論者間の種差を捨象し、本稿の目的にとって必要な限度で極めて大雑把なフォローを行ったものにすぎない。

第一に、発語内行為（③）は、①の発語行為には解消され得ない。上の例では、Aの発言行動は、発語内行為（③）としては「命令行為」であった。ここでもし、Aの発言が命令となったのは、Aの発音した「窓を閉める」という命令形の命題それ自体が命令の意味を持つものだったからだと考えるならば、命令は発語行為（①）において発語された命題の「意味」に尽きることになり、別途、命令という「力（趣旨）」を帯びた「命令行為」という発語内行為（③）の側面を観念する必要も無さそうに思われる。確かにAの発言例のように、命令法を始めとした一定の文法・語彙上の方策が、命令等の発言の趣旨を特に明示してくれる場合はある。しかし、命令は発言された命題の意味の問題ではないのである。この点は、Aの発言が「窓が開いている」というものだった場合を想定すれば明白である。この場合、発言された「窓が開いている」という命題の「意味」自体は明瞭で一義的である。しかしこの「窓が開いている」という発言の「趣旨」は、文脈状況、言い方、A・Bの境遇や両者間の立場関係等によって、窓を閉めることの要求や命令であったり、窓が開いていることに対する承認や非難であったり、窓が開いているという事実の陳述や例示、或いは（侵入窃盗を画策していたBに対する）事実の報告や保証であったり、正に様々であり得る。これは、発語された命題の「意味」自体と発語の「趣旨」とが別次元のものであることを如実に表している。ここで命題内容を「p」、発語の趣旨を「F」と表すと、発語内行為（③）は「F（p）」という一般形式を持つ行為なのであり⁽⁴⁾、上のAの発言例は例えば「非難（窓が開いている）」、「報告（窓が開いている）」…として表されるべきものである。発語の趣旨（③）を表示する変項Fの部分と、発語された命題意味内容（①）を表示する変項pの部分とを、決して混同してはならないのである。

第二に、発語内行為（③）は、発語行為（①）から因果的或いは目的的

（４） サール（坂本＝土屋訳）・前掲注（3）52-54頁。

な帰結として生ずる行為ではない。従って発語内行為(③)は、②の発語媒介行為にも解消され得ない。発語媒介行為(②)とは、発語行為(①)を手段的行為(基礎行為)とし、自然的・社会的法則等を利用することによって因果的或いは目的的に一定の帰結をもたらすことをいう。従って、発語行為(①)と発語媒介行為(②)との関係は、原因-結果関係ないし手段-目的関係という、いわば因果的・偶有的関係(「～によって」関係)である。発語によって「窓を開けさせる」行為や、脅し文句を発語することによって相手を「怯えさせる」行為などは、発語媒介行為(②)の範疇に属する。これに対して、一定の発語行為(①)が一定の発語内の力(趣旨)を帯びるのは、自然的・社会的な因果関係を介してではなく、慣習的・制度的関係を介してである。発語内行為(③)は、常に慣習的な手段を介してしか遂行され得ず⁽⁵⁾、発語に発語内の力(趣旨)を授ける「制度=機構から独立しては存在しえない」⁽⁶⁾。即ち、発語内行為(③)は発語行為(①)によって(因果的に)遂行されるのではなく、通用している慣習・社会的制度に照らせば、一定の諸状況下においてある種の発語行為(①)を行うこと自体が一定の発語内行為(③)の遂行そのものなのである。例えばAが特定の状況下で「すみません」と発語した場合、社会的慣習・制度に照らしてAの発語行為それ自体が「謝罪行為」と定義ないし認定されるのであって、Aが当該発語行為によって(その結果として)謝罪をしたというわけではない。従って、発語行為(①)と発語内行為(③)とは、一定の慣習・社会的制度の下では、いわば概念的・必然的關係(「～である」関係)にあると言えよう。

2.1.2 刑法理論における言語行為論の意義

以上が、言語行為論による言語行為の三つの行為側面の分析である。こ

(5) オースティン(坂本訳)・前掲注(3)193, 196頁以下, サール(坂本=土屋訳)・前掲注(3)65頁以下。

(6) ビエール・ブルデュー(稲賀繁美訳)『話すということ』(藤原書店, 1993) 82, 84頁。

の分析の意義は、発語を(1)言語と(2)表現対象との「二項関係」のみで捉える「意味論」中心の考察を脱却し、——発語内行為 (3) という範疇の確立を通じて——更に(3)言語使用者を加えた「三項関係」を問題とする「語用論」的考察の可能性を開いたという点⁽⁷⁾、別の言い方をすれば、発語された命題の「意味」の問題（二項関係）と、その命題の発語が話し手-聞き手の間で帯びる「趣旨」の問題（三項関係）とを明確に分離したという点にある。この分離が規範論において持つ意義に関しては、以下で直ちに触れる（2.2）。しかし言語行為論は、規範分析に止まらず、犯罪論全体にインパクトを与える可能性を秘めている。人の全ての行動にはおよそ何らかの間主体的なコミュニケーション的意義が想定され得るのであり、言語行為も人のコミュニケーション行為の一つの下位事例にすぎない、という前提に立つならば、言語行為論の分析を言語行為以外のあらゆる人間行動へと敷衍し、いわば「コミュニケーション行為論」として一般化する余地も出てくる⁽⁸⁾。後述するキントホイザーの「規範的-コミュニケーションの犯罪モデル」（3.2）は、このような意味で、規範・犯罪行為・刑罰賦課を全て「コミュニケーション行為」の応酬として把握する犯罪論構成に他ならない。

2.2 刑罰法規の言語行為論的分析

2.2.1 刑罰法規の言語行為論

現行刑罰法規の条文（の運用）は、公的主体（国家・地方自治体等）の発する言語行為であると考えることができる。刑法199条：「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処する。」に言語行為論の分析を端的に適用してみよう。まず発語行為 (①) としての次元において見れば、同条は当然ながら有意味な命題を発している。命題それ自体の意味

(7) 森際康友「法・言語・行為(1)」法学協会雑誌98巻11号（1981）1449頁。

(8) オースティン（坂本訳）・前掲注(3)197頁，サール（坂本=土屋訳）・前掲注(3)28，70頁参照。

内容の分析（文面上の問題）——例えば「人を殺した」の意味に関連して人の始期や終期の基準設定の問題——や、具体的事例の「人を殺した」への包摂の当否（適用上の問題）などは、この次元の問題である⁽⁹⁾。更に、同条はその発語（公布）によって名宛人を威嚇し、殺人事件の抑止に貢献しているであろう。刑罰法規が持ち得るこの社会的実効性は発語媒介行為（②）としての次元の問題であり、この次元は法社会学の管轄である⁽¹⁰⁾。最後に、重要なのは発語内行為（③）の次元である。我が国の法制度・社会事情の下において、国民が（刑法典を素材として扱う刑法学者などとしてではなく）一人の刑法服従者という立場において同条を目の当たりにするとき、同条は「指令」——更に精確には、同条の前半で記述されている行為の「禁止」——という発語内の力（趣旨）を伴って立ち現れてくるだろう。上述の「F (p)」定式を用いれば、この場合の同条の発語内行為は「禁止（人を殺す）」と表される。しかし、殺人被告事件を前にした裁判官（或いはその他法務関係者）の立場において同条を見た場合、同条の文言は犯罪認定基準の「定式化」として立ち現れるのであり、この場合の同条の発語内行為は「定式化（人を殺す）」と表すことができる。即ち、制度の下で異なった立場にある個々人との関係で、一個の意味を持った命題である条文が、異なった力（趣旨）を帯びて立ち現れるのである。

2.2.2 刑法規範論との接合

刑罰法規は、その前半の犯罪構成要件提示部分が「行動規範」をなし、この行動規範は、一般に、(a)規範服従者を名宛人として、将来に向けた展望的な形成機能（名宛人の行動を規制する機能）を持つとともに、反面において、(b)判断者を名宛人として、回顧的視座において行動の判定基準を提示する機能を持ち、両機能間に論理的な先後関係はないとされている⁽¹¹⁾。

(9) *Joachim Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 34f. (以下Normと略す。)

(10) *Vogel*, Norm, S. 36.

(11) Statt vieler, *Joachim Hruschka*, Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, Rechtstheorie 22, 1991, S. 450f. (以下Verhaltensregelnと略す。)

行動規範の前者の側面に着目した場合には「意思決定規範」、後者の側面に着目した場合には「評価規範」という呼称も用いられている。

この通説的な行動規範理解に対しては、上述した刑罰法規の言語行為論的分析を援用して明晰な説明を与えることができる。一個の行動規範が名宛人を異にすることによって意思決定規範（「禁止」）と評価規範（「定式化」）とに分析されるのは、上述の通り、状況によって一個の規範命題が「禁止」と「定式化」という異なった発語内の力（趣旨）を持ち得るためである。また、両規範（機能）間に論理的な先後関係が無いという点も、言語行為論的視点からは当然のことである。論理的関係なるものは命題の「意味」論においてのみ問題となり得る事柄であるが、発語内の力（趣旨）である「禁止」と「定式化」は命題の間主体的な使用場面（語用論）の問題なのであって、この両場面の間の論理的な先後関係などそもそも想定する余地が無いからである⁽¹²⁾。

以上で、言語行為論を援用した規範分析という前提作業を終える。ここまでのところ、上記のような行動規範の一般論レベルにおいては、刑罰法規の言語行為論的分析は結局、従来の通説的な規範理解と全く同じの、当たり前な事柄を説明するにすぎないものにも見受けられる。そこで次に、本稿の本題に入り、規範の言語行為的分析に対する微妙な認識の差に起因して、全く異なった帰属論的犯罪論が帰結してくる理論的経緯を観察し、言語行為論的な規範論の持つ意義を確認することにしよう。

2.3 規範論から帰結する犯罪論・帰属論

本稿の冒頭（1）で、ドイツ刑法理論の潮流においては、大別して「客観的結果帰属論」と「志向的行為帰責論」という二つの帰属論的立場があると述べた。一言で言えば、前者は、結果事象と（狭義の）行為事象という二つの出来事間の連関を問う理論枠組、後者は、問題の事象経緯全体を

(12) Vogel, Norm, S. 44.

一つの「行為統一体」と把握してその内部連関を問う理論枠組，である。この名称は，専ら両者の行為・結果の把握法（行為理論）をめぐる理解の相違に着目したものであるが，以下ではこの点に加えて，規範論的基礎の相違と，それに起因する理論構成の方向性の相違とを視野に入れることで，両理論の対立点の全体像把握に努めよう。尤も，両理論の詳細の検討は3以下で行うので，ここでの整理は図式的・概略的なものに止める。

2.3.1 「客観的結果帰属論」の規範論的基礎と理論的展望

客観的結果帰属論の行為論的な出発点は，「行為と結果とを出来事として分離する」という考え方である。それに対応して，規範論的な出発点として「事前判断によって確定される行為規範」という観念が固持される。

2.3.1.1 客観的結果帰属論の行為概念

第一に，客観的結果帰属論の背後にある行為論的理解によれば，行為とは，結果と同様に外界に存在する一つの出来事である。しかし結果とは異なり，主体によって直接に支配可能な出来事でなければならない。行為の範囲は，（実行行為性，結果発生の一般的危険性，許されざる結果危険の創出，事前的規範違反性等の）一定の固定的な認定基準によって時間的・空間的に画定される。

2.3.1.2 客観的結果帰属論の行為規範概念

第二に，このような行為理解が刑法理論上重視されるのは，「行為規範は事前判断によって確定される」というドグマからの帰結である。客観的結果帰属論の思考法によれば，国民を名宛人とする刑法上の行為規範は，意思決定規範として国民の行為を展望的に指令・規制するものである以上，行為時点ないし決断時点（上で理解された如く結果から時間的に分離された行為の時点）に関連付けられることを要する⁽¹³⁾。従って，行為規範は行為時点において内容が具体的に確定していなければならない，例えば結果

(13) *Lothar Kuhlen*, Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, in: Heike Jung, u. a. (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 344.

犯である殺人罪の規定の行為規範も、行為時に明確となり得る「故意の或いは主観的に認識可能な、相当且つ許されざる殺人危険の創出」⁽¹⁴⁾のみをその内容とするのである（これに対し「人を殺す」ことの禁止を行為規範と考えることは許されない。何故ならこれは事後的に判明する「結果」の禁止に他ならないからである）。そして、この事前判断的な危険創出すら認められない場合には、既に「禁止された行為」、即ち結果犯の「構成要件該当行為」が無い、とされる⁽¹⁵⁾。つまりこの理論は、行為規範は行為時の行為者（一般人）にとって不可能な事柄を指令することができない、という観念を犯罪論（刑法理論）に持ち込み、事前判断的に定立された行為義務に違反する行為（許されざる危険創出行為）を、行為規範違反（行為不法・構成要件該当行為）要件として掲げるのである。この要件の認定に際しては、各種取締法規上の行為準則違反が援用される傾向も強い。

2.3.1.3 客観的結果帰属論の帰属概念

第三に、行為規範違反がこのように事前的危険創出行為と定義され、結果惹起から分離されたために、構成要件該当的な結果惹起は時空的に別個の出来事として要件化され、この結果惹起という出来事と先の危険創出（行為規範違反）という出来事との関連性が問われなければならなくなった。この関連性を確定する為に定立された範疇が、結果の行為規範違反への「客観的帰属」という要件であり、ここでは、創出された危険が（因果関係、相当性、危険増加、正当化事由の欠如、等を介して）「客観的に不法に対して帰属可能な形で」結果へと実現したことが、純粋に事後的・回顧的視点から問われる⁽¹⁶⁾。つまりこの理論において「帰属」とは、「結果の行

(14) *Jürgen Wolter*, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, in : Enrique Gimbernat-Ordeig, u.a. (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 11.

(15) *Wolfgang Frisch*, Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 232.

(16) *Wolter*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechts-

為への帰属」を意味するのである。この帰属判断に際しては、創出危険の結果への危険増加・実現を問う「危険原理」、或いは——創出危険の認定に取締規定が援用された点に対応して——「事前の取締規定の保護目的連関」がその指導原理となる。

2.3.1.4 客観的結果帰属論の理論的展望

第四に、この理論の犯罪論設計は、少なくとも表面上「一次法の増大」を指向するものとなる。この理論は、「行為規範（一次法）違反」という要件の次元において、行為者（一般人）によるその遵守可能性を考慮し、また反面において、一定の典型的な結果惹起経緯を危惧して一定の手段的行為を指令しておくという法の側の要請をも導入することで、結果犯規定が文面上規定している行為態様（例えば「人を死亡させた」）よりも遙かに多彩で具体的な行為態様（各種取締法規の規定する行為態様）を「行為規範」内容に含ませた。また「客観的結果帰属」要件も、危険原理や取締規定の保護目的連関といった形態を採り、正に行為規範が危惧していた危険の実現が当該結果惹起の中に認められるという場合に結果帰属が認められるので、結果帰属判断は個別具体的な行為規範に本質的に従属することになる。これは、国民を名宛人とした指令としての行為規範（一次法）を実定的にカタログ化すると共に、それによって取締にとって実効的な結果帰属判断をも可能にするという理論体系であり、各種取締法規の増大と結果犯帰属判断におけるその援用という近時の所謂「危険刑法」的思潮も、このような理論的方向性の延長線上に位置付けられる⁽¹⁷⁾。

2.3.2 「志向的行為帰責論」の規範論的基礎と理論的展望

しかし、以上のような客観的結果帰属論の規範論は、言語行為論的視座

system, in : ders., (Hrsg.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 272, 316f ; ders., Objektive Zurechnung (Fn.14), S. 11.

(17) Klaus Günther, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung, Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?, in : Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 445ff. (458f.) は、過失不作為犯形態を危険社会刑法の中核的犯罪類型と見なし、そ

に立つ「志向的行為帰責論」の立場からすれば、多くの点で誤謬に陥っていることになる。以下、言語行為論的に見て正当な理論構成を行う「志向的行為帰責論」の規範論を、客観的結果帰属論との対比において概観しよう。

2.3.2.1 志向的行為帰責論の行為概念

志向的行為帰責論による言語行為論的な規範論に入る前に、最初にその前提にある行為論について一点だけ付言しておく、志向的行為帰責論の行為理解は客観的結果帰属論のものとは全く異なり、行為を外界の出来事としてではなく、一定の外界の出来事（「行為結果」）に対する概念的関係（その出来事が行為主体の仕業として帰属されるという関係）として把握する。従って、問題の出来事が行為主体に帰属できる限り、その都度の問題関心の下で「行為」と認定される事象の範囲は伸縮自在のものとなる。例えば、Aが銃を発砲し、Bに重傷を負わせ、その後Bが死亡した場合、Aの行為は「発砲行為」となる——客観的結果帰属論はそう考えて疑わない——ばかりではない。Bの重傷を招いた迄の経緯に問題がなく、Bの重傷状態から死亡に至る迄の経緯に帰属上の問題関心が集まる場合には、Aの行為を当該重傷状態を起こした「傷害行為」と捉えてBの死亡結果と対置することが普通であるし、例えばBが外国要人であり、当該暗殺事件がその後の国際問題を招来したような文脈では、歴史学者はAの行為を端的に「暗殺行為」と記述してその後の国際情勢への影響如何を問うだろう。従ってこの理論では、行為の範囲に関して、アプリアリに時空の限界が設定されることはない⁽¹⁸⁾。

2.3.2.2 志向的行為帰責論の行為規範概念

志向的行為帰責論は、刑罰法規の言語行為論的な分析から出発する。前

こに義務違反的思考の拡大を看取する。だがこのような見方は必ずしも精確ではない（後述3.1.1.3）。

(18) ウリクト、キントホイザーによる志向的行為論につき、拙稿「相当因果関係と結果回避可能性（四）」早稲田大学大学院法研論集104号（2002）（187）頁以下参照。

述のように(2.2.2), 刑罰法規の前半部分(犯罪構成要件の提示部分)は, 行為規範として, 国民を名宛人とする「指令」(禁止・命令)としての発語内趣旨を持ち(意思決定規範, 行為規範の形成機能), また, 裁判官を名宛人とする「定式化」(評価基準の提示)としての発語内趣旨を持つ(評価規範, 行為規範の基準機能)。両者は刑罰法規の機能として不可欠であるが, 機能する場面が全く異なる⁽¹⁹⁾。犯罪論(刑法理論)は, 裁判官が犯罪行為を認定する為の理論体系であり, この視点を通して刑罰法規を見る場合, 刑罰法規は原理上「定式化」という発語内趣旨を伴った評価規範という姿でしか立ち現れていない。刑罰法規の「指令」としての発語内趣旨は, 刑法服従者たる国民の立場でしか見えないのである。従って, 犯罪論上での行為規範とは常に評価規範であり, 発語内行為の定式「F (p)」で表せば, 例えば殺人罪規定は犯罪論において「定式化(人を殺す)」という形式で現れる。そして評価規範は, 行為者が定式化された基準(構成要件)に該当する行動を行ったのか否かという, 裁判官の法適用の問題に関わる以上, その視線は常に事後判断的・回顧的なものとなる⁽²⁰⁾。

ここから, 客観的結果帰属論の行為規範理解の誤り(少なくとも不精確さ)が明らかになる。言語行為論的分析からすれば, 彼らの行為規範の内容規定は妥当ではない。彼らは, 行為規範の「指令」機能に着目し, 指令は行為時の国民にとって可能な事柄しか対象となし得ないという前提から, 犯罪論上における行為規範違反性(構成要件該当性)要件を「事前判断的な行為義務違反(許されざる危険創出)」だと考えた。つまり, 上記の定式「F (p)」で表せば, 殺人罪規定は犯罪論上において「定式化(故意の或いは主観的に認識可能な, 相当且つ許されざる殺人危険の創出)」という形式の評価規範として現れる, というのである。しかし, 「人を殺す」と

(19) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S. 451.

(20) *Hruschka*, Imputation, in : Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. I, 1987, S. 130ff.; *ders./Jan C. Joerden*, Supererogation, Vom deontologischen Secheck zum deontologischen Zehneck, ARSP73, 1987, S. 96.

いう行動命題しか発語していない殺人罪規定から、「故意の或いは主観的に認識可能な、相当且つ許されざる殺人危険の創出」という行動命題が如何にして導出されるというのであろうか。このような行為規範論は、帰属的・政策的考慮によって条文の行動命題の内容自体を勝手に改変するもので、「憲法論上正統化し得ない大胆な企て」である⁽²¹⁾。

そこで客観的結果帰属論者は、行為指令としての意思決定規範と結果不法判定基準としての評価規範とを完全に分断し、前者は「禁止（故意の或いは主観的に認識可能な、相当且つ許されざる殺人危険の創出）」として機能し、後者は「定式化（人を殺す）」として機能するものとして、両規範の命題内容を別物だと考える。この場合、評価規範の内容としては条文の命題内容それ自体が堅持されるし、指令として国民に向けられる意思決定規範の内容は、条文の命題内容よりも遙かに具体的で限定的なのであるから、罪刑法定主義上の問題はないと言えるかもしれない。しかしこの考え方は誤りであろう。何故なら、意思決定規範と評価規範というのは、一個の刑罰規定の異なった機能の仕方、つまり刑罰規定の定めた一つの命題が帯びる異なった発語内の力（趣旨）のことであり、言語行為論的分析に照らせば（2.1.1）、発語内趣旨が変化したことによって刑罰規定の命題内容それ自体に変化が生ずることなどあり得ないからである⁽²²⁾。このように規範命題内容を分化することは、言語行為論的な規範分析から見れば根拠のない立論である。

かくして、言語行為論的・論理的に正当な規範理解によれば、殺人罪規定の行為規範の命題内容は端的に「人を殺す」であって、同規定の意思決定規範は「禁止（人を殺す）」、評価規範は「定式化（人を殺す）」として立ち現れる他ないのである。志向的行為帰責論者はこの見解に従い、犯罪論上の行為規範違反の内容は「当該構成要件に該当する結果を因果的に惹起

(21) *Urs Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 61. (以下Gefährdungと略す。)

(22) *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 58.

すること」という「結果不法」そのものであり、決して保護法益に対する危険を創出することではない、とする⁽²³⁾。そこで、敢えて言葉を変えて「行為」(Handlung：意図的なものとして解釈された動作)ではなく「行動」(Verhalten：物理的な運動事象)という語を用い、「行動規範」という言い方もなされる⁽²⁴⁾。この結果不法としての行動規範違反は、事実として純粹に客觀的に認定される。

このような理解に対しては、先の客觀的結果帰属論の立場から、意思決定規範は「事後的に初めて不法と定められる事柄を事前に禁止することなどできない」のだから、事後的に判明する「結果惹起」の禁止を命ずることなど許されない⁽²⁵⁾、との批判がある。しかし志向的行為帰責論からすれば、これは不当な批判であることになる。犯罪論は過去の行動規範違反の処理体系であり、結果犯規定はそこでは常に判断者に対する「定式化」機能を担った評価規範としてのみ現れる。犯罪論内で、結果犯規定が「指令」(「禁止」)という機能を伴った意思決定規範として現れることは原理上あり得ない。従って、国民に対する「指令」機能との関係において問題となる、「指令内容は行為者の認識可能な事柄に限られる」といった考慮が、犯罪論において、評価規範違反としての行動規範違反性の要件論を直接に規制することも原理上あり得ないのである。

しかしそれでは、行為時における行為者の認識可能性など、意思決定規範との関係において問題となる事前判断的な行為(者)事情は、犯罪論において一切考慮されないのだろうか。志向的行為帰責論においては、事実的な結果惹起のみが問題とされるのであろうか。そうではない。事前判断的な行為(者)事情等は、直接に行動規範違反という要件に影響を及ぼす

(23) Kindhäuser, Gefährdung, S. 60.; Vogel, Norm, S. 45.

(24) Kindhäuser, Zur Logik des Verbrechensaufbaus, in: Die juristische Fakultät der Universität Rostock (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?, 1997, S. 77, Fn.2. (以下Logikと略す。)

(25) Wolter, Objektive Zurechnung (Fn.14), S. 11.; Kuhlen, Rezension von U. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, GA1990, S. 480.

のではなく、犯罪論による独自の加工を経て、回顧的観点からする別個の要件として整序されるのである。ハフケが適切に述べるように、「刑法体系を単に行為規範〔＝意思決定規範〕違反性という視座でのみ構成しようとする立場は全て誤り」であって、「犯罪構造、刑法体系、刑法理論等といったものを論ずる場合、我々は制裁規範の領域に居るのであり、それは即ち行為規範違反性の全メルクマールが、まずもってフィルターを、つまり制裁規範という半透性の隔壁を通過させられるということである」⁽²⁶⁾。そして、志向的行為帰責論において「行動規範違反」判断が結果惹起の判定に尽きるものとされる一方で、犯罪論内で諸々の回顧的な答責・阻却判断を引き受けることになるのが「帰属論」なのである。

2.3.2.3 志向的行為帰責論の帰属概念

志向的行為帰責論によれば、結果犯の行動規範違反として認定される事柄は「因果的結果惹起」だけである。しかし、単に他人の死の惹起が認定されたからといって殺人罪・過失致死罪が成立するわけではない。では危険創出や過失や責任能力等（の欠如）を考慮する答責（阻却）判断は、結果犯規定の適用に際してどのように行われるのか。これについて、結果犯規定自体は何も述べていない⁽²⁷⁾。この、行動規範違反（結果惹起）という事実に対する行為者の帰属（答責性）判断は、裁判官に向けられた結果犯規定運用細目としての「帰属規則」が規制するのである⁽²⁸⁾。帰属規則は、結果犯規定の行動規範（一次規則）に外部から言及してその運用を規制する規則であるから、一次規則に対する高次の規則（二次規則・メタ規則）

(26) *Bernhard Haffke*, Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung, in : Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 93.

(27) Vgl. *Kindhäuser*, Logik, S. 80.; *ders.*, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, JRE Bd.2, 1994, S. 341. (以下 Rechtfertigung と略す。)

(28) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S. 451.; *Kindhäuser*, Rechtfertigung, S. 341.; *ders.*, Logik, S. 80.; *Vogel*, Norm, S. 61f.

であり、一次法である行動規範の安定化・事實的妥当に資する目的を持つ「制裁規範」の一部である⁽²⁹⁾。帰属規則は、刑法典上において適用が指示されている場合もあるし（責任能力、故意・過失規定等）、そうでない場合もある（過失結果犯認定における取締法規等。後述3.1.1.3参照）。裁判官に向けられる帰属規則は、国民に対する意思決定規範としても機能する行動規範とは異なり、直接に国民行動の展望的規制を目的とするものではない。尤も、帰属判断において予測される結論が間接的に行動規制的效果を持つことはある⁽³⁰⁾。例えば、過失致死罪規定において国民に向けられる禁止内容は「人を死亡させる」ことだけであるが、一定の行政取締規定に違反したことで過失が認定され最終的に過失致死罪が成立する（帰属判断）のだとすれば、過失致死罪規定（一次法）によって処罰されることへの恐怖から、過失致死罪規定にとっての帰属規則（二次法）である当該行政取締規定の規定内容が一次法さながらに遵守されることは考えられる。

かくして、志向的行為帰責論における「帰属」とは、結果惹起という裸の事態の実現としての行動規範違反を、制裁目的に鑑みて行為者に答責し、最終的に処罰に値するものであったことを確定する為の答責判断体系であり、換言すれば、行動規範という一次法の爾後の安定化の為にその運用規則である二次法が行う事後処理判断全体を指すのである。

2.3.2.4 志向的行為帰責論の理論的展望

この理論の犯罪論設計は、「二次法の増大」を指向するものとなる。結果犯規定（一次法）の行動規範が端的に「結果惹起」のみをその内容とし、その他の犯罪論的諸判断が全て帰属規則に委ねられる以上、一次法運用規則としての二次法の多様化に至ることは必然である。客観的結果帰属論の「一次法」重視が立法（取締規定立法による行為義務の確立）を介した結果犯帰属判断の機動化を指向したのに対し、志向的行為帰責論の「二次

(29) Vogel, Norm, S. 76. 後述3.2.1参照。

(30) Vgl. Haffke, Coimbra-Symposium (Fn.26), S. 92f., 96.

(31) Kindhäuser, Logik, S. 94.

法」重視は裁判の場における帰属（制裁）判断の柔軟化を指向し、（その当否は別として）正に具体的事例毎の「形式張らない」事例解決⁽³¹⁾への道を開くだろう。この傾向はノイマンの理論（3.3参照）に特に顕著であり、彼の所見によれば、現代的刑法の「中核的カテゴリーとなるのは命令や禁止といったカテゴリーではなく、答責性というカテゴリー」であり、「ドイツ刑法理論は、…『行動規範への〔関心の〕集中』について著しい削減を余儀なくされる」⁽³²⁾というのである。

以上で、二つの帰属論的立場の簡単な紹介を終える。以下では、双方の論者の具体的な理論内容を「志向的行為帰責論」（3）、「客観的結果帰属論」（4）の順に検討し、2で示した両理論の概要に肉付けを行う。その後、両理論体系の比較及び総括を試みる（5）。

3 帰属論の潮流Ⅰ：志向的行為帰責論 （「一次規範＝結果惹起禁止」説）

3.1 J. ルシュカ：規則の階層モデルによる犯罪論構想

志向的行為帰責論による犯罪論体系全体を構築したのはルシュカである。彼の犯罪論構造は、彼の形式論理的・分析法学的な規範論を支柱としており、この規範分析は他の志向的行為帰責論者の共通の出発点をなしている。以下で概観しよう。

3.1.1 規則の階層化と行為・責任帰属論⁽³³⁾

3.1.1.1 ルシュカの階層的規則分析

(32) *Ulfrid Neumann*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, Cornelius Prittowitz/Ioannis Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, S. 126f.

(33) 本文3.1.1の記述は、拙稿「相当因果関係と結果回避可能性（五）」早稲田大学大学院法研論集105号（2003）（180）頁以下のルシュカ帰属論の紹介検討と部分的に重複するが、本稿の検討においても必須の事項であるためここで再論する。

ルシュカは、刑法規則の階層的把握に基づいて、(1)行為帰属、(2)違法・正当化、(3)責任帰属の三段階要件から成る犯罪論を構想する。ルシュカはまず任意の刑罰法規を行動規範（ルシュカの用語では「行為規則」、以下「Ro」と記載する）と見ることから出発し、過去の行為の事後的・回顧的判定である犯罪論においてはRoの基準機能（評価規範的側面）のみを問題とする⁽³⁴⁾。Roの構成要件に該当する行為（Roの規定する結果惹起）の認定判断がRo違反判断（違法判断）であり、例えば「人を殺した」という構成要件を述べる殺人罪規定における違法は、端的に「人を殺した」ことである。犯罪論においてRoが果たす役割はここまでであるが、Roは原理上必然的にその適用上の規則を要請する。第一に、Roの適用判断を行ってよい場面を確定する規則がなければ、そもそもRoがいつ適用可能なのが分からない（たとえ「Roの適用場面に制限など無い」と答えるとしても、この場合には、適用場面に制限が無いということ自体が当該Roの適用上の規則となっていることが分かる）。Ro適用の前提条件を定める規則を「第一段階の帰属規則」と呼ぶ⁽³⁵⁾。刑法規則の適用場面は「人間の行為が問題となる場面」に限られるのだから、刑法規則Roの適用場面を定める第一段階帰属は、対象事実が人間の行為であったこと、即ちRoに該当した結果惹起事象が「自由な行為主体（起因者）」たる人間の行為として帰属できることの確定を意味し（行為帰属判断）、この行為帰属を経て初めてRoの適用如何（違法判断）を問題にすることができるのである⁽³⁶⁾。第二に、結果惹起の認定としてのRo適用（違法）が認められたとしても、その事態が実践的にどう評価されるかは様々である（客観的には同じ結果惹起であっても、事情によって非難を受けたり非難を免れたりする）。この評価の仕方を、Ro自身は述べていない。そこで「第二段階の帰属規則」が要請される。刑法的

(34) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S. 450f.; *ders.*, Imputation, S. 138; *ders./Joerden*, Supererogation, S. 96f.

(35) *Hruschka*, Imputation, S. 140; *ders./Joerden*, Supererogation, S. 98.

(36) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S.452f.; *ders./Joerden*, Supererogation, S. 99.

判断の実践的評価は行為者に対する「非難」であるから、第二段階の帰属判断は、結果惹起に対する行為者の非難可能性の確定を行うのである（責任帰属判断）⁽³⁷⁾。第一・第二の帰属規則（「Rz①・②」と記載する）は、概念上Roの内容には含まれ得ないRoの「適用条件」と「適用帰結」を外部から規制する規則であり、Roに対してメタ規則の地位にある独自の規則体系である⁽³⁸⁾。そしてRz①・②は、犯行の事後的判断者（裁判官）だけに向けられている⁽³⁹⁾。以上の規範分析から、裁判官による①Rz①適用判断（行為帰属）、②Ro適用判断（違法）、③Rz②適用判断（責任帰属）という三段階の犯罪論構造が帰結する⁽⁴⁰⁾。また、正当化は違法と表裏の関係にあるので、②のRo適用の段階の問題である⁽⁴¹⁾（但し、3.1.2の「体系外的正当化事由」参照）。

3.1.1.2 ルシュカの帰属論

かくしてルシュカのいう帰属とは、行為規則に対するメタ規則（二次規則）としての帰属規則の適用判断である。注意すべき点は、ルシュカのこの規範分析的な帰属概念からは、帰属判断の具体的な内容は一切導出されない、ということである。従って、帰属規則の内容をどう規定するかは（刑法上に規定がある場合を除き）解釈の問題であり、ルシュカはその内容として「自由」という観念を持ち出し、人に帰属できるのは「自由な」（人の支配力内にある）行為だとする⁽⁴²⁾。ここから、①の行為帰属段階では、(1)物理的に行為裁量が欠ける場合、(2)行為が物理的必然性の下にある

(37) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S. 455.; *ders.*, Imputation, S. 141f.; *ders./Joerden*, Supererogation, S. 99f.

(38) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S. 451.; *Vogel*, Norm, S. 62.

(39) *Hruschka*, Verhaltensregeln, S. 451.; *ders.*, Imputation, S. 129ff., 138f.

(40) *Hruschka*, Imputation, S. 136f.; *ders.*, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW96, 1984, S.672ff.（以下Pufendorfと略す。）; *ders./Joerden*, Supererogation, S. 100f.

(41) *Hruschka*, Imputation, S.164.

(42) *Hruschka*, Pufendorf, S.663, 665f.; *ders.*, Imputation, S.167ff.; *ders.*, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW110, 1998, S. 584ff.

場合（絶対的強制），(3)重要な事実の認識（故意）が欠ける場合（事実の錯誤）には，当該行為は不自由であって行為帰属が阻却され，③の責任帰属段階では，(1)緊急状況下における違法行為（免責的緊急避難），(2)責任無能力，(3)法律の錯誤の場合には，行為の自由は認められるが，重大な反対動機による自由裁量の制限ゆえに行為者を非難し得ないため⁽⁴³⁾，責任帰属が阻却されるとする。

そしてルシュカは，「自由」つまり帰属が肯定される場合には，二種類の形があるという。(a)「現状において自由な行為」(actio libera in se)と(b)「原因において自由な行為」(actio libera in sua causa)がそれである。前者は結果惹起行為の際に「自由」である場合，後者は結果惹起行為時の現状では不自由だった（帰属阻却事由を有していた）が，その不自由（帰属阻却事由）を招いた点について行為者自身に事前に落度があった場合を指し，いずれの場合も行為者への帰属が認められる（前者は「通常の帰属」，後者は「特例的帰属」とも呼ばれる）⁽⁴⁴⁾。ここで重要なのは，(b)の「原因において自由な行為」(特例的帰属)という帰属態様である。

「原因において自由な行為」という帰属が意味するのは，行為時の不自由（帰属阻却事由）を自らの落度で招いた行為者は，不自由の下で犯した結果惹起行為（Ro違反）に関して帰属阻却事由を援用することができない，ということである。このような帰属態様が認められる実質的根拠は，大要以下の点にあると言えよう。行為規則Roは結果惹起（或いは結果防止懈怠）を禁止するが，場合により，決定的時点になってしまつては結果惹起の回避が既に不可能なこともある。期せずして決定的時点に立ち至つても結果回避を履行できるだけの「自由」を事前から確保しておかなければ，Roの遵守はままならない。そこで，Roが「規制領域を最大限の範囲・強度で以て規制する」⁽⁴⁵⁾ことを目指すならば，Roは単に結果惹起（結

(43) Hruschka, Verhaltensregeln, S. 456.

(44) Hruschka, Pufendorf, S. 664.

(45) Hruschka, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Festschrift

果防止懈怠)を禁止するだけでなく、その禁止を遵守する能力確保をも命じておかねばならない道理である、と。行為者がこの事前の能力確保を命じられることを「責務」(Obliegenheit)⁽⁴⁶⁾と呼び、一次的な行為規則Roから二次的な事前の「責務」が導出(ableiten)されるという⁽⁴⁷⁾。行為者に事前の責務違反があったことが、行為時点における(現実には欠けている)「自由」の代用物(Surrogat)となり、帰属が肯定される。この代用物としての責務違反は、上で列挙した全ての行為帰属・責任帰属要件に対応して想定され、例えば行為自由に対して「責務違反的に行為時点での絶対的強制状況を招いたこと」が、故意に対して「責務違反的に行為時点での事実不認識(錯誤)を招いたこと」(即ち「過失」)が、責任能力に対して「責務違反的に行為時点での責任無能力を招いたこと」が、それぞれ役割を果たして帰属肯定を導く。

3.1.1.3 「責務」規則の規範論的地位と過失帰属について

しかし、一次的な行為規則Roから「責務」規則が「導出される」、という点には語弊がある⁽⁴⁸⁾。責務規則は帰属規則(二次法)であって、一次法たるRoから演繹されるものではないし、ましてRoと同じ意味において国民に行動指令を発するものでもない。以下、他の志向的行為帰責論者の論旨も適宜参照しつつ、過失帰属の場면을素材として、責務規定の規範論的地位を確認しておこう。

過失結果犯とは、決定的行為時点において事実認識(故意)を欠いた点につき事前に行行為者の責務(事実認識責務)の違反があった場合に、この認識責務違反を故意の代用物として行為帰属が肯定され、結果犯成立が認められる場合である。従って、過失犯成立は常に「原因において自由な行

für Paul Bockelmann, 1979, S. 426f. (以下Tun und Unterlassenと略す。)

(46) *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2 Aufl., 1988, S. 415ff.

(47) *Hruschka*, Tun und Unterlassen, S. 427f.

(48) Vgl. *Neumann*, Normentheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA1985, S. 396.; *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 81f.; *Vogel*, Norm, S. 80.

為」という帰属形態を持つ。また過失結果犯では、決定的行為時点において、認識の欠如のみならず、同時に物理的・現実的行為能力の欠如を伴う場合もあり、これについては行為能力維持責務の違反を行為能力の代用物として行為帰属が肯定される。例えば、自動車運転者が車間距離規則に違反して走行していたために、先行車両が突然ブレーキをかけた際に、もはやそれに対処する物理的可能性が無い状態で先行車両に追突した場合がそれである⁽⁴⁹⁾。この例からも明らかなように、過失犯における責務（とりわけ行為能力維持責務）違反の認定基準となるのは、道路交通法等の行政取締規定に対する違反である。このように所謂「注意義務違反」としての行政取締規定違反を介した過失認定は、別段珍しいものではない。客観的結果帰属論も、行政取締規定の違反行為を以て、彼らの言う「行為規範違反（許されざる危険創出）」を認定している（後述する「規範の保護目的論」帰属類型の解決法を参照）。彼らの理解では、この注意義務（取締規定）内容が、行為規範として国民に向けられているのである。しかし志向的行為帰責論の立場からすれば、注意義務のこのような規範論的位置づけは誤りである。既述の通り、結果犯規定が国民に向ける指令内容は、当該結果犯の規定する結果惹起の禁止でしかないからである（2.3.2.2）。では、過失結果犯の認定に際して、注意義務（取締規定）、例えば道路交通法上の制限速度規定等は、規範論的に如何なる地位にあるのか。

過失結果犯（例えば業務上過失致死罪）規定の禁止内容は「人を死亡させる」ことのみであり、制限速度違反運転は同罪規定の行動規範違反ではない。制限速度規定をはじめ、注意規定とは、決定的行動時点（「人を死亡させる」時点）における行動規範の遵守能力（例えば、飛び出してきた人を回避する物理的可能性）を確保する為に必要な先行行為を規定するものであり、その遵守は、未だ行動規範自体の遵守を意味せず、単に行動規範遵守の能力維持を保証するにすぎない⁽⁵⁰⁾。この関係は、志向的行為帰責論者に

(49) Vogel, Norm, S. 51, 75.

(50) Kindhäuser, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, Zur Struktur

よって「定言命法」（端的な行動指令）と「仮言命法」（条件付きの指令）との区別を用いて説明されている。過失致死罪規定の行動規範は「人を死なせてはならない」という定言命法である。これに対し、過失致死罪認定の際に制限速度規定が述べる指令内容とは、「もし、制限速度の不遵守によって決定的行動時点での行為自由を喪失して人を死なせれば、責務違反として過失致死罪の帰属は妨げられず、同罪での処罰に至るだろう。それが嫌ならば、制限速度を遵守しておかなければならないことになる」、という仮言命法である⁽⁵¹⁾。つまり、問題の結果犯の行動規範（一次規則）が、名宛人が「何をすべきで、何をすべきでないか」を端的に述べるのに対し、責務規則（注意規定）は、もし名宛人がそれを遵守しなければ結果犯の帰属判断上どんな不利益（制裁）を受けるかを述べ、それによってせいぜい間接的に規制効果を持つにすぎないのである⁽⁵²⁾。従って、過失結果犯における注意規定とは、一次的な行動規範ではなく、その違反（「人を死亡させた」）の帰属に関わる帰属規則なのである。尤も、端的に制限速度違反の罪が問われるような場面では同規定が一次的な行動規範に他ならない。即ち、任意の規定が行動規範（一次規則）となるか帰属規則（二次規則）となるかは、文脈によって変わる⁽⁵³⁾。以上の理解によって、過失結果犯認定における注意義務（取締規定）の規範論的意義が初めて説明される。しかしここでも、この規範論的分析は、責務違反として援用できる注意義務の具体的内容には一切言及するものでない点に注意を要する。

3.1.2 規則の階層化と正当化事由論

以上、ルシュカ（及びその他の志向的行為帰責論者）の規範論・帰属論を概観した。彼（ら）のいう「帰属」とは、問題の行動規範の適用に際して

strafrechtlicher Fahrlässigkeit, GA1994, S. 206. (以下Erlaubtes Risikoと略す。)

(51) Vgl. *Kindhäuser*, Rechtfertigung, S. 345, Fn.19.; *ders.*, Erlaubtes Risiko, S. 211; *Hruschka*, Tun und Unterlassen, S. 425f.

(52) Vgl. *Hruschka*, Imputation, S. 139.

(53) *Kindhäuser*, Rechtfertigung, S. 345, Fn.20.

外部からその運用方法を規制するメタ規則（帰属規則）の作動のことに他ならず、このような帰属概念は、規則（一次法）-メタ規則（二次法）という階層的な規則体系構想の所産である⁽⁵⁴⁾。このような階層的な規則体系構想に基づく思考法は、ルシュカの犯罪論において、行動規範違反の帰属（行為帰属・責任帰属）においてのみならず、行動規範違反の正当化（体系外的正当化事由）においても現れる。最後にこれを概観しておく。

ルシュカによれば、正当化事由には概念上「体系内的正当化事由」と「体系外的正当化事由」の二種類があり得る。前者は、一次法である行動規範と同じ規範階層にあって、行動規範違反（違法）と表裏の関係にある事由をいう（3.1.1.1参照）。この種の正当化事由が認定された場合には、行動規範違反の存在自体が否定されていることになる⁽⁵⁵⁾。これに対し後者は、一次規則である行動規範と同じ規範階層ではなく、高次の規範階層にあって、行為者の一次規則遵守義務（Regelbefolgungspflicht）を解除する場合をいう⁽⁵⁶⁾。この双方の正当化事由を、誤解を恐れず簡単に説明すれば、次のようになる。——例えば殺人罪規定（一次法的行動規範）は、国民に対して「人を殺してはならない」と指令するだけでなく、実は同時に「『人を殺してはならない』という指令を遵守せよ」という指令遵守指令（メタ指令）も発しているのである。体系内的正当化事由の存在は、一次法的な行動規範に対する違反評価（「人を殺した」という評価）を、同じ次元において覆らせる。つまりこの場合、行為者は「人を殺していない」も

(54) Joachim Renzikowski, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, Festschrift für Karl Heinz Gössel, 2002, S. 3ff.は、一次的行動規範と二次的制裁規範という二元論的規範構想をホップズ、ベンサム、ハートらの規範論に淵源を求めつつ論じている。

(55) Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S.189f.（以下Rechtfertigungsgründeと略す。）

(56) Hruschka, Rechtfertigungsgründe, S. 190. 両正当化事由の区別につき Kindhäuser, Rechtfertigung, S. 347f.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 137ff.も参照。

のと評価される。これに対し、体系外的正当化事由の前提条件が存在する場合には、行為者の殺人惹起は、一次法的な行動規範に違反した（「人を殺した」）ものと評価されるべきものである。しかし行為者は、当該行動規範よりも高次の次元において、そもそもこの行動規範を遵守する義務から解放されているので、彼の行動に対しては行動規範違反という評価を下すプロセス自体が停止させられるのである——、と。つまり「体系外的正当化事由」とは、名宛人がそもそも当該行動規範の埒外に置かれるという例外的場合を定めることで、当該行動規範の適用可能領域を外部から狭める「メタ規則」である。ルシュカは、①「被害者の同意」と②「正当防衛」とを体系外的正当化事由の実例と考えている。その趣旨をごく簡単に見ておく。

①被害者の同意。規範名宛人が「規範遵守義務」を負う、という観念は、彼がこの義務を負う「相手方」、即ち彼に対して「規範遵守を求める権利者」が居る、という対応関係が無ければ成り立たないものである。そして、この権利者に、規範名宛人に対して規範遵守を求める権利があると言うからには、この権利者には規範名宛人を規範遵守への拘束から解放する権利もなければならない。従って任意の主体は、「同意」を与えることによって、規範名宛人を自分との関係で規則遵守義務から解放することができる。これが被害者の同意という正当化事由の本質である。被害者の同意は、行為者を一次法的行動規範の遵守義務から解放し、彼に「侵害権限」を承認する体系外的正当化事由なのである⁽⁵⁷⁾。

②正当防衛。ルシュカ曰く、規範名宛人が規範遵守義務を負うのは、規範遵守の要求権利者との「対等関係において」（im Verhältnis der Koordination）である、と考えた場合、規範遵守義務者（加害者）と規範遵守要求権利者（被害者）とが双務関係にあることになり、規範遵守要求権利者（被害者）側の規則違反がある場合には、規範遵守義務者（加害者）

(57) Hruschka, Rechtfertigungsgründe, S. 197f.

側に対処権限が承認されてしかるべきである。これが正当防衛という正当化事由の本質である。正当防衛は、規範遵守要求権利者の側からの攻撃という規則違反を受けて、行為者を一次法的行動規範の遵守義務から解放し、彼に「防衛権限」を承認する体系外的正当化事由なのである⁽⁵⁸⁾。

その他、「推定的同意」と「防衛的緊急避難」、「慫慂（拐かし）による同意」と「挑発による防衛」の処理も一貫して体系外的正当化事由として説明される。とりわけ、慫慂に基づく同意・挑発に基づく防衛に対する処理は、メタ規則（体系外的正当化事由）による一次的行動規範適用の外的規制・操作を考えなければ説明できないとされるが、ここでは詳細には立ち入らない（3.3のノイマン説も参照）。

3.1.3 小 括

ルシュカの分析法的な規範論は、志向的行為帰責論の理論的基礎をなしている。他の志向的行為帰責論者も——細部に関して批判もあるが⁽⁵⁹⁾——ルシュカの規範の階層化モデルをほぼ全面的に承認した上で、その基礎の上に独自の理論展開を打ち出している。以下、志向的行為帰責論者の中で特徴的な帰属論を展開する論者に限って、その理論の特徴を描き出そう。これにより、ルシュカの帰属論構想が様々な理論展開の可能性を内蔵する基礎理論であることが確認されるだろう。

3.2 U. キントホイザー：コミュニケーション行為論的な 帰属論構想

キントホイザーも、行為規則（国民を名宛人とする一次法）と帰属規則（裁判官を名宛人とする二次法）とによる階層的規範論を基礎として帰属論を展開し、「責務」概念に基づく「原因において自由な行為」（特例的帰属）といった帰属形態（3.1.1.3）を承認する点で、ルシュカとの間に違いは全くない。キントホイザー理論の重要な特徴の一つは、その分析哲学

(58) *Hruschka*, Rechtfertigungsgründe, S. 198ff.

(59) Vgl. *Neumann*, Normentheorie (Fn.48), S. 394ff. 詳細は後述 3.3 を参照。

的な行為理論（志向的行為論）の援用であるが、それについてはここでは触れない。以下、キントホイザー理論のもう一つの重要な特徴である、犯罪の「言語行為論」的・「コミュニケーション行為論」的把握に注意を傾けよう。

3.2.1 コミュニケーション行為論的な帰属論把握

キントホイザーの犯罪論体系は、行動規範違反（違法）と、二つの帰属段階とから成っている。まず、①帰属判断の対象となる事態として「行動規範違反」が、即ち犯罪構成要件の実現という客観的状态が認定されなければならない。これは結果犯規定が述べる結果惹起（例えば「人を殺した」こと）そのものの認定であり、結果不法の存在判断である⁽⁶⁰⁾。この行動規範違反が認定された後、帰属判断に入り、②第一帰属段階として行為帰属（キントホイザーの用語では「義務違反性」）判断が、③第二段階帰属として責任帰属判断が行われる。若干順序は異なるものの、これはルシュカの犯罪論体系と大差ないものである。しかし、ルシュカが行動規範違反（違法）と帰属（行為・責任）との区別を専ら「一次法的行動規範と二次法的帰属規則との区別」という極めて形式論理的な規範論分析の帰結として提示したのに対し、キントホイザーは、そのみならず、犯罪行為をいわば一つの「言語行為」として捉え⁽⁶¹⁾、その意味論的（発語行為的）側面を「違法」要件に、その語用論的（発語内行為的）側面を「帰属」要件に見立てることによって、両要件で扱っている事柄の違いを完全に際立たせて見せた。この構想を簡単に説明すれば、次のようになる。

例えば「殺人」は、言語行為論における発語行為と発語内行為との区別（2.1.1参照）を援用すれば、次のように分析できる。第一に、殺人は殺人犯による「殺害惹起」という事実である。従って、殺人罪規定が定める殺害惹起（「人を殺した」）という事実が存在するか否かという問題は、発生事実それ自体の純粋な意味内容に関わる、いわば「発語行為」次元の間

(60) Kindhäuser, Logik, S. 88f.; ders., Gefährdung, S. 60.; Vogel, Norm, S. 49ff.

(61) Kindhäuser, Logik, S. 86.

題である。第二にこれに対し、同じ「殺害惹起」という意味を持つ出来事であっても、例えば責任能力者の故意ある殺害惹起と責任無能力者の殺害惹起とでは、その出来事が社会内で帯びる「趣旨」は全く異なる。前者は法への反抗精神の現れと見なされ得るが、後者は非難不可能なものと思なされよう。意味論的に全く同じ事実が帯びる、これらの相異なった「趣旨」は、いわば「発語内行為」次元の「発語内の力（趣旨）」の問題である。キントホイザーの犯罪論では、前者の「出来事の意味内容」の純粋な確定が「違法」判断、後者の「出来事の趣旨」の確定による行為者非難が「帰属」判断なのである。

では、帰属（非難）が行われ得るためには、犯罪行為事実とはどんな「趣旨」を帯びるものでなければならないか。キントホイザー曰く、「犯罪とは、規範への反論である。行為者は彼の行動により、自分は当該規範を自分の行動の拘束力ある根拠として承認しない、ということを表明しているのである」。他方で「刑罰とは、行為者による規範への反論に対する反論であり、否認された規範妥当の回復というシンボリックな行いである」⁽⁶²⁾。つまり犯罪行為事実は、それが行為者の「規範への反論」（法への忠誠の欠如）の現れであるという趣旨を帯びる場合に帰属（非難）に値し、「規範への反論への再反論」という趣旨を帯びた刑罰制裁によって報いられるのである。かくしてこの帰属論は、積極的一般予防（統合予防）論という刑罰目的と直結することが分かる。帰属規則は制裁規範の一部と思なされ、その内容も刑罰目的によって直接規制される。帰属が肯定されるべきなのは、行為者が、刑罰目的に反する形で、行動規範の拘束性から離脱することを表明したという場合だ、ということになる⁽⁶³⁾。反対に帰属阻却が認められるのは、「行為者行動における規範承認の欠如が、刑罰目的から見て、否定的評価を受けるべき法への忠誠の欠如とは思なされない場合」である⁽⁶⁴⁾。

(62) Kindhäuser, Logik, S. 85.; ders., Gefährdung, S. 34f.

(63) Kindhäuser, Logik, S. 82f.; ders., Rechtfertigung, S. 341.; ders., Erlaubtes Risiko, S. 200f.; Vogel, Norm, S. 61, 63.

3.2.2 意図の階層化モデルと帰属段階論

キントホイザーの帰属判断は二段階に分けられているが、これは、行動の際に行為者が「二段階の意図」を有していることに対応するのだという。即ち行為者は、(1)一定の行動を実行する意図（第一段階の意図）と、(2)第一段階の意図を他の意図に優先して形成する意図（第二段階の意図）とを以て行動している。(1)第一段階の意図とは、行為者自身が望む事柄を実行する——いわば裸の——意図であり、行為者が自分の意図を正しくないと考えていようと、このような意図を持つことに悩みを抱いていようと、この意図の存在自体に影響はない。第一段階帰属（「義務違反帰属」）は行動のこの段階を問題とし、犯行がこのような裸の意図の実現であるか、即ち行為者が彼の願望を知的・身体的能力（「行為能力」）を以て実現したか、という点だけを判断する。(2)第二段階の意図とは、第一段階の意図を定立し、評価し、行動に移すという高次の意図である。第二段階帰属（「責任帰属」）はこの段階の意図に焦点を当て、第一段階の意図として犯罪的意図を選択・形成したこと——反対に言えば、構成要件実現回避の意図を選択・形成しなかったこと——に対する責任を問うのである⁽⁶⁵⁾。犯行時に行為能力・責任能力が存在したにも拘わらず、行為者が規範合致的な行動選択肢を採らなかったことで、彼の規範承認の欠如が確認されるのである。

3.2.3 責務違反のコミュニケーション行為論的意義

キントホイザーは、事前の責務違反を介した「原因において自由な行為」形態の帰属にもコミュニケーション行為論的意義を与える。彼によれば、行動規範違反（結果惹起）という「事実」が行為者による「規範承認の欠如」という「趣旨」を伴っている、ということが帰属（制裁）肯定の決定的基準であったが、行為者行動に規範承認の欠如が見出されるのは、

(64) *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 37.

(65) 以上, *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 46ff.; *ders.*, Logik S. 86ff.; *Vogel*, Norm, S. 68ff.

犯行時の行為者に行為能力・責任能力が存在する場合に限られない。「行為者が、回避されるべき構成要件実現を予見できたにも拘わらず、回避能力を保持するよう配慮しなかった」場合、即ち、決定的時点における能力欠如が事前の責務違反に起因する場合には、この責務違反は「法に対する不誠実の契機」であり、責務違反に基づく能力欠如状態での結果惹起は、行為者の規範承認の欠如表明に他ならないのである⁽⁶⁶⁾。

3.2.4 小 括

キントホイザーは、犯罪事実が制裁に値する「趣旨」を帯びているかという判定を「帰属」要件に割り当て、帰属判断を制裁（刑罰）目的に直結させたわけであるが、このような帰属観の背景には、裁判官の発する言明は常に非難・答責という「趣旨」を帯びた帰責言語である、という言語行為論的認識がある。これに対し、（狭義の）行為-結果間の（事實的）因果連関の確定を以て刑法的「帰属」の問題とするような見解は、帰属が帰責的言明であり事実確定的言明ではないことを看過している、とされるのである⁽⁶⁷⁾。

——〔2003年9月23日脱稿〕

(66) *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 39.; *ders.*, Logik, S. 91.; *ders.*, Erlaubtes Risiko, S. 211.

(67) Vgl. *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 83.; *Vogel*, Norm, S. 60f.