

論 説

## 規範論から見たドイツ刑事帰属論の 二つの潮流（中）

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、37巻2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（以上、本号）
- 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

### 3.3 U. ノイマン：対話（ダイアログ）的帰属論構想

ルシュカの規則階層モデルを「法的議論の理論」の知見と接合することで、独自の帰属論を展開しているのがノイマンである。ノイマンは、ルシュカの規則階層モデルを高く評価し、このモデルを基礎に置いて自らの帰属論構想を展開している。しかし他方で——「ルシュカに対する批判だと受け取られたならば誤解である」というノイマン自身の言葉<sup>(68)</sup>とは裏腹に——ルシュカ理論の特定の側面に対しては集中的な批判が加えられてお

(68) *Ulfrid Neumann, Normentheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985*（以下、Normentheorie), S. 399.

り、ノイマンに受容される過程においてルシュカの構想は根本的な変貌を遂げた、と評することができる。以下において、ノイマンがルシュカ理論のどの点を継受し、どの点に修正を加えたのかを考察することにしよう。

### 3.3.1 ルシュカ理論の批判的継受

3.3.1.1 ノイマンの考察の端緒：「犯罪阻却事由の存在について行為者に答責性が認められる事例群」

帰属論を論ずるにあたって、ノイマンが常にその出発点に据えている事例群がある。「犯罪阻却事由の存在について行為者に答責性が認められるような事例群」がそれである。つまり、自ら招いた責任無能力状態の下で殺人を行った事例（責任阻却事由に対する行為者の答責性が問われる事例、いわゆる狭義の「原因において自由な行為」）や、自ら挑発的に招いた正当防衛状況の下で、防衛行為として殺人を行った事例（正当化事由に対する行為者の答責性が問われる事例、いわゆる挑発防衛）、といったものがこれに該当する。これらの事例においては、殺人行為（結果行為）の時点では、犯罪阻却事由が存在するために犯罪成立要件が揃わない。そこで、これらの行為者に対して有罪判断を下すためには、構成要件該当行為（つまり結果犯の行為規範違反行為）自体を前倒しして、事前の自招行為を問責対象行為（構成要件該当行為）とするか、それとも、構成要件該当行為それ自体は原則通り殺人行為に求めつつも、犯罪阻却事由の判断（帰属規則）の方を例外的に操作するかのいずれかの方法を採用ことになる。周知の通り、前者の立場、所謂「構成要件モデル」と、後者の立場、所謂「例外モデル」との間には理論上の争いがあり<sup>(69)</sup>、ノイマンは後者の立場に与している。その際に彼が援用しているのが、前述のルシュカの規則分析である。

ルシュカによれば、結果犯規定における行為規範の内容とは「当該結果犯規定が定めている結果惹起の禁止」に他ならず（行為規範＝結果惹起禁止）、結果犯規定の行為規範違反（違法）を構成するのは端的に「当該結

(69) Vgl. *Neumann*, Normentheorie, S. 401.

果を惹起したこと」であった（前述2.3.2.2, 3.1.1.1）。従って、過失致死の際の注意義務違反行為（道路交通法に違反する運転行為）や、責任無能力状態で殺人に先立つ原因設定行為（飲酒行為）といった行為は全て、——結果犯の行為規範違反の十分条件をなす行為ではあっても——未だ結果犯の行為規範に違反する行為そのものではない。事前の「道交法違反の運転」行為や「飲酒」行為は、「殺害」行為ではないからである<sup>(70)</sup>。従って、これらの事前行為が殺害構成要件に該当する（結果犯規定の行為規範に違反する）行為だと考える「構成要件モデル」は、日常的語義に反するものである。ルシュカは、これらの事前行為を「責務」違反行為と呼んで「行為規範」違反行為そのものから区別し、責務違反を行為規範違反の「帰属」に関わる帰属規則（メタ規則）上の問題としたのであった（3.1.1.2, 3.1.1.3を参照）。

また、ルシュカの理論においては、挑発防衛（行為者が正当化事由を自招した事例）においても「構成要件モデル」が排除されていた。ルシュカによれば、「…せよ」という内容を持つ行為規範は、常に「『…せよ』を遵守せよ」という高次の行為規範遵守指令（メタ指令）を伴っている、ということであった。そしてこの行為規範遵守の指令が、法益主体（潜在的被害者）から行為者（潜在的加害者）に対して向けられている、とした。但し、そもそも法益主体側において規則違反がなされた場合には、両者間のバランス上、行為者側も行為規範遵守指令から解放されてしかるべきである。正当防衛を初めとした（体系外的）正当化事由とは、法益主体側の規則違反を受けて、行為規範の名宛人（行為者）を行為規範遵守指令から解放する事由を意味するのであり、被害者・行為者間の相関関係に依存する法的制度なのである<sup>(71)</sup>（以上、3.1.2参照）。従って、逆に、行為者側が法益主体側の規則違反を不正に招来（挑発）したのであれば、やはり両

(70) *Hruschka*, Tun und Unterlassen (Fn. 45), S. 434f.; *ders.*, “Actio libera in causa” und mittelbare Täterschaft, Festschrift für Karl Heinz Gössel, 2002, S. 153等の論旨にこの言語論理的な思考法が端的に現れている。

者の相関関係から、今度は行為者に対して正当化事由（メタ指令からの解放）が認められなくなり、行為者は罪責を免れない<sup>(72)</sup>。ここで重要なのは、この場合においても、挑発防衛者の問責対象行為（構成要件該当行為）はあくまで最終的な結果惹起行為に求められているのであり、決して事前の挑発行為に求められているのではない、という点である<sup>(73)</sup>。

以上がルシュカの論旨であるが、ノイマンは、ルシュカが「結果犯規定の行為規範は結果惹起禁止である」という前提を固持し、「構成要件モデル」を首尾一貫して排除している点に賛意を表している<sup>(74)</sup>。そしてまた、ルシュカが規則群を「行為規範」とそれを外部から規制する「メタ規則」（帰属規則や行為規範遵守指令）とに分けたように、規則の階層化を行うという方向性において<sup>(75)</sup>、ルシュカ理論を全面的に踏襲しているのである。

### 3.3.1.2 ルシュカ理論に対する批判

このようにノイマンは、ルシュカの規則階層モデルを大筋において受け

(71) ルシュカとは違法観を異にするが、同様に正当防衛の要件論を「当事者双方の相関関係」において把握するわが国の見解として、小田直樹「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害（三）」*広島法学*19巻2号（1995）99頁以下、「同（四・完）」（1997）118頁以下。

(72) Vgl. *Hruschka*, Rechtfertigungsgründe (Fn. 55), S. 207. しかしルシュカは、後の論稿では独自の遡及禁止論を主張し挑発防衛者の正当防衛を認めている。Vgl. *dens.*, Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat?, Zu den "Provokations-" und ähnlichen Fällen, *ZStW* 113, 2001 (以下, Provokation), S. 877ff.

(73) これに対し客観的結果帰属論は、「一次的行為規範=危険創出禁止」という前提から、挑発行為を行為規範違反行為（構成要件該当行為）とした上で、その行為と最終の結果との間の危険連関ないし保護目的連関を問う。Vgl. *Christian Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, *ZStW* 84, 1972, S. 34. また、後述4を参照。

(74) *Neumann*, Normentheorie, S. 394.

(75) Vgl. *Neumann*, Normentheorie, S. 390f.; *dens.*, Zurechnung und "Vorverschulden", Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985 (以下, Vorverschulden), S. 290; *dens.*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, in: Prittowitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 1999, (以下, Zukunft) S. 126f.

容れているのだが、他方において、ルシュカ理論の中心にある「責務」概念、「行為規範遵守指令」概念に対しては規範論的な異論を提起している<sup>(76)</sup>。

まず第一に、ルシュカの「責務」概念の理解には問題があるという<sup>(77)</sup>。ルシュカによれば、結果犯規定の行為規範は「当該結果惹起の禁止」にすぎない。しかし、行為規範が実効的な規制を目指すならば、行為規範は端的に結果惹起を禁止する（例えば、交通事故による殺害を禁止する）だけでなく、更に「責務規則」（二次的指令）として、この行為規範（一次的指令）を遵守する能力確保（例えば、適宜制動可能なように制限速度規則を遵守しておくこと）をも命じておかなければならない。つまり、一次的な行為規範から二次的な責務規則が「導出される」関係にある。ルシュカはこう論じていた（3.1.1.2参照）。しかしノイマンによれば、二次的な責務は、一次的な行為規範から単純に演繹・導出される類のものではない。万一ここでルシュカが、責務を一種の（他者との関係において命じられる）禁止・命令へと還元してしまい、同じく一つの（他者との関係において命じられる）禁止・命令である行為規範からこれを導出して問題がない、と考えているのだとすれば、それは「自分自身との関係における落度」という責務違反の本質を完全に放棄するものに他ならない。——本稿でも既に確認したように（3.1.1.3）——、一次法的な行為規範は「定言命法」、二次法的な責務規則は「仮言命法」として、両者は全く異なる種類の規範として性格付けられるべきものである。前者に対する違反は、「他者との関係における義務違反」として端的に行為者の違法を構成するが、後者に対する違反は、「自分自身との関係における落度」として、行

(76) この他、ルシュカの特例的帰属における犯罪メルクマールの「代用物」(Surrogat)という考え方にも批判が加えられている。Vgl. Neumann, Normentheorie, S. 397; dens., Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99, 1987 (以下, Neue Entwicklungen), S. 583.

(77) 以下, Neumann, Normentheorie, S. 395f.

為者に対し、自らが処罰を受ける危険をもたらずにすぎないのである<sup>(78)</sup>。このノイマンの説明を敷衍すれば、次のようになろう。例えば、飲酒によって自ら招いた責任無能力状態の下で殺人を行った場合において、行為規範：「人を殺害してはならない」から責務規則：「飲酒してはならない」が導出され、「飲酒行為」がこの前倒しされた行為規範としての責務規則に違反する行為だと考えるならば、それは結局ルシュカが批判していた「構成要件モデル」の思考法に陥ってしまうことになる。責務違反（飲酒行為）とは、前倒しされた行為規範違反として、他者との関係での違法の認定に関わるものではなく、行為者の落度として、行為規範違反（殺害行為）の非難に対して行為者が行う抗弁の成功如何に影響を及ぼすものとするべきなのである。そして、責任無能力状態が行為者自身の責務違反（飲酒）に起因する以上、本件での行為者の抗弁（責任阻却事由の主張）は不成功に終わる（聞き入れられない）、ということになるのである。

第二に、ルシュカの「行為規範遵守指令」という構想にも批判が加えられる<sup>(79)</sup>。「決定的な問題点は、ルシュカが〔規則の〕階層的モデルを構成するその具体的なやり方にある。即ち、一定の法規範がメタ言語的性格を有しているということ、『第三者〔法益主体〕との関係で存在する規範遵守義務』という観念で以て根拠付けている点が問題なのである」。ここでノイマンは、一次法的な行為規範と二次法的なメタ規則から成る「規範階層モデル」自体には賛同している。しかし、このメタ規則を「行為者が法益主体に対して負う行為規範遵守義務」として構成する方法に、疑義を唱えているのである。即ち第一に、このルシュカの見解に従えば、規範名宛人は、一次法的行為規範「…せよ」とメタ指令「『…せよ』を遵守せよ」から二重に規範的拘束を受けることになる。しかし、行為規範の名宛人となった者は「正にそのこと自体によって当該規範の遵守を義務付けられる」のであり、特別な「規範遵守義務」といった概念を承認する必要

(78) *Neumann*, *Zukunft*, S. 127; *ders.*, *Neue Entwicklungen*, S. 583.

(79) 以下、*Neumann*, *Normentheorie*, S. 398f., 400.

はない。第二に、ルシュカによれば、行為者は<sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup>「行為規範遵守義務」を負っているのであり、従って法益主体は、自分との関係で存している「行為規範遵守義務」から行為者を解放する権能を持つことになる。しかし、法益主体個人に対してこのように国家規範の拘束性を処分する権限を承認することはできない。第三に、ルシュカの説明では、正当化事由が一次法的行為規範との関係でメタ規則に属する、という点は理解されるものの、その点と、正当化事由の認定に際して挑発行為等の行為者の先行行為が顧慮され得る点との理論的関連性が明確にされていない。

以上、ノイマンの批判を概観したが、これらの批判はある一点に、即ち、一次法的行為規範に対するメタ規則として位置付けられた諸規則（責務規則・行為規範遵守指令）の性格付けの点に、集中していることが分かる。より精確に言えば、ルシュカがこれらのメタ規則を——一次法的行為規範と同じように——「行為者の<sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup><sup>・</sup>法益主体に対する義務」として把握し、その限りで一次法的行為規範とメタ規則との相違が曖昧にされたという点だが、批判対象となっているのである。ノイマンはこの点を踏まえ、これらのメタ規則を、他者との関係で行為義務を課す一次法的行為規範から理論上完全に分離するという方向で、ルシュカ理論を発展させて行く。ルシュカの理論体系は、法益主体に対する行為者の各種の義務違反を認定するという形で（つまり「行為規範違反」と「行為規範遵守指令違反」が違法を、「責務違反」が行為帰属及び責任帰属を規定する、という形で）、いわば俎上に乗った行為者の違反行動データを事後的判断者が「静的に」判定するという色彩が強かった<sup>(80)</sup>。これに対しノイマンは、後述のように、犯罪論体系全体を、「行為者に対する非難の提起」と「それに対抗する行為者の抗弁」という二つの実践的な行為（Akt）の応酬から成るものとして、「動態的に」把握することを提案する。このノイマンの構想は、彼が問題としている「犯罪阻却事由の存在について行為者に答責性が認められる事例

(80) Vgl. Neumann, Vorverschulden, S. 276f.

群」全てを射程に収めるものであるが、その理論構成の核心は、とりわけ「挑発防衛」事例（正当化事由の存在について行為者に答責性が認められる事例）に関する彼の論旨の中に鮮明に現れている。以下、挑発防衛事例を素材としてノイマンの論旨を追い、彼が一次法的行為規範とメタ規則との分離をどのように行っているかを確認してみよう。

### 3.3.2 ノイマンの規則階層モデル——挑発防衛事例を手掛かりに——

#### 3.3.2.1 権利濫用原理の再構成

ここで手掛かりとする（故意の）挑発防衛事例とは、行為者が、——自ららは刑法上の正当防衛規定の保護を受けながら——相手を侵害する、という目的で、相手の攻撃を意図的に挑発し、正当防衛状況の下でこの相手を侵害した、という場合である。なお、被挑発者による攻撃の時点においては、挑発者側に当該攻撃を回避する可能性は既に無かったものとする。

まず初めに、ノイマンにおいては、この種の挑発防衛者には正当化を認めることができない、という結論が先決されている。この種の挑発者を無罪とすることは「社会的に受け容れられない」からである<sup>(81)</sup>。そこで、挑発者を有罪とする理論構成が模索されるのだが、第一に、①挑発者の防衛行為が、正当防衛規定に定められた正当防衛の構成要件（つまり防衛意思・必要性・攻撃等の法定要件）のいずれかを充足しない、と解する方法は採用できない。というのも、挑発者の防衛行為それ自体は、完全に正当防衛要件を充足するものだからである<sup>(82)</sup>。そこで第二に、②問責対象行為を挑発者の防衛行為ではなく挑発行為に求める「構成要件モデル」の考え方（所謂「原因において違法な行為」の理論）が念頭に上る。しかし既述の通り、「構成要件モデル」による構成要件該当行為の前倒しは、日常的語義に反した常識外れな帰結を伴うがゆえに採用し得ない<sup>(83)</sup>。そこで第三

(81) *Neumann, Vorverschulden*, S. 176, 288. 刑法的帰属判断は社会規範から乖離し得ないというノイマンの前提理解からの帰結である。この点につき、後述 3.3.3.2。

(82) Vgl. *Neumann, Vorverschulden*, S. 143ff.

(83) *Neumann, Vorverschulden*, S. 150f., 153, 181f. また *Hruschka, Provoka-*

に、③問責対象行為をあくまで防衛行為自体に求めつつも、「権利濫用原理」という、刑法上の個別要件論の外にある一般原理に訴えることで挑発者の有罪を確保しようとする発想に、解決の手掛かりが求められることになる<sup>(84)</sup>。但しノイマンは、従来の権利濫用説に対して以下のような根本的修正を加え、それを自らの帰属構造論の基礎とするのである。

従来の権利濫用説とは、「故意の挑発防衛の如く、正当防衛権が法益侵害の為に利用されているような場合には、この種の防衛行為は正当防衛権の濫用である」、と主張するものであった。つまり、挑発者の防衛行為が、正当防衛権の濫用だ、とされるのである。しかしノイマンによれば、このような権利濫用の理解は、以下のような理由から不精確なものである。

第一に、本件事例では、挑発者の防衛行為それ自体は、正当防衛要件を完全に充足するものである。即ち、挑発者は被挑発者の攻撃を受け、且つ当該攻撃を回避する可能性も無かったのであるから、かような状況下での防衛行為を正当防衛権の濫用（即ち違法）であると認めることはできない<sup>(85)</sup>。さもなければ、相手を挑発した者が攻撃を受けたという場合、彼は例外なく、この相手に対抗して違法とされるか、それとも無抵抗に攻撃に甘んじるか、という「規範的に見て逃げ場のない」二者択一状況に陥ってしまう<sup>(86)</sup>。しかし挑発者をこのように進退窮まる状況に陥れるというのは、法秩序として適切なものではない。

第二に、「権利を濫用する」という概念は、少なくとも当該権利自体は存在し続けていることを前提とする。例えば「所有権の濫用」と言う場合、濫用（即ち無効）とされるのは単に所有権の具体的な行使だけであって、所有権自体の存在に影響が及ぶわけではない<sup>(87)</sup>。従って、権利濫用

---

tion, S. 876.

(84) 以下, *Neumann*, Vorverschulden, S. 154ff.

(85) *Neumann*, Vorverschulden, S. 157.

(86) *Neumann*, Vorverschulden, S. 157f., 181. また *Hruschka*, Provokation, S. 871, 874f., 878はこれを *Verstrickung*: 「進退窮まる相反状況」と呼び、排除すべき事態だとする。

という概念は、(権利の) 存在の次元と (権利の) 具体的な行使の次元とを区別するような階層的な理解を前提とし、且つ、後者の次元にのみ関わる概念なのである。それゆえ、「権利濫用ゆえに防衛行為は違法である」と端的に結論づけ、初めから正当化事由の成立自体を否定してしまっている従来の権限濫用説は、権限濫用の思考と相容れないものである<sup>(88)</sup>。

第三に——決定的な点であるが——、権利濫用の効果とは、濫用とされた法律行為 (Rechtsakt) の「無効」(Unwirksamkeit) である。しかし、防衛行為による他者侵害は、実際に行われた現実世界の事実行為 (Realakt) であって、対抗された被挑発者には現に侵害が生じている。これが権利濫用ゆえに無効である、などということは意味をなさない。「濫用」として「無効」となるのは、行為者が防衛行為によって他者を侵害したという事実ではなく、悪意で正当防衛状況を自招しておきながら、自分の不可罰性を獲得するために正当防衛状況を援用しようとする行為者の法的抗弁なのである。つまり、行為者が権利を笠に着て——濫用して——達成しようと望んだ目標とは、攻撃者を侵害することではなく——このためには何も権利を笠に着る必要など無い——、自分の無罪を得ることなのである<sup>(89)</sup>。従って権利濫用は、行為者の侵害行為という構成要件該当事実の存否に関わる原理ではなく、行為者の抗弁 (犯罪成立阻却事由の主張) の認容如何に関わる原理として、再構成されなければならないのである。

### 3.3.2.2 「第一階層の理論的規則」と「答責判断における論証規則」

以上から、権利濫用と言えるのは、挑発者の「防衛行為」ではなく挑発者の「自己弁護の抗弁」であることが判明した。即ち、客観的事実レベルにおける正当防衛の成立自体は否定できないのであって、議論の焦点は、行為者に対する答責判断の中で、当該犯罪阻却事由を援用することを行為者に許すかどうか、という点に移るのである。ノイマンは、前者の客観的

(87) *Neumann, Vorverschulden*, S. 159f.

(88) *Neumann, Vorverschulden*, S. 156f., 159f.

(89) *Neumann, Vorverschulden*, S. 180f.

事実レベルを規制する規則のことを「第一階層の理論的規則」<sup>(90)</sup>と呼んでいる。刑法各則の犯罪構成要件，正当化事由の「構成要件」<sup>(91)</sup>（例えば正当防衛の法定の要件など），或いは「責任構成要件」<sup>(92)</sup>（法定の責任要件など）の存否に関わる刑法上の理論は，この範疇に属する。つまりこれは，静的に犯罪（阻却）事実を認定する次元で問題とされる刑法上の要件論のことであり，「概念的・理論的な文脈に関わる命題を表現するもの」である<sup>(93)</sup>。しかし，挑発防衛事例を解決するためには，この「第一階層の理論的規則」とは別個に，行為者に対する答責判断の中で，行為者が抗弁として「第一階層の理論的規則」を援用することが許容されるか否かを決定する——その限りで「第一階層の理論的規則」に対する「メタ規則」の立場にある——規則が導入されなければならない。ノイマンはこの規則を「論証規則」（Argumentationsregel）と呼ぶ。そして挑発防衛事例においては，「正当防衛状況を，悪意を以て，被害者を侵害する目的で惹起した者は，正当防衛を援用することができない」という「論証規則」が妥当するのだという<sup>(94)</sup>。かくして挑発防衛事例においては，「第一階層の理論的規則」の適用次元で見れば，挑発者が正当防衛状況下で適法に行動したことに疑いはないが，しかし答責判断の次元では，「論証規則」の適用によって，挑発者が正当防衛を抗弁として主張しても聞き入れられないことになるのである<sup>(95)</sup>。

このノイマンの規則階層構造に基づく解決法は，全ての事例に共通のものとして適用される。上に挙げた挑発防衛に関する論証規則は，今や一般化されて，「状況Xを邪心を以て（或いは，意図的に，軽率に，非難可能な

(90) Vgl. Neumann, Vorverschulden, S. 178, 181f.

(91) Vgl. Neumann, Vorverschulden, S. 154, 155.

(92) Vgl. Neumann, Vorverschulden, S. 271.

(93) Neumann, Vorverschulden, S. 178.

(94) Neumann, Vorverschulden, S. 178. 「論証規則」という名称には，答責対話モデル，法的議論の理論との関係が窺われる。

(95) Neumann, Vorverschulden, S. 182.

形で、等) 招来した者は、自己弁護(正当化或いは免責)の為にこの状況を援用することができない」<sup>(96)</sup> という形で定式化される。従って、例えば「自ら招いた責任無能力状態下での違法行為」の事例においても、第一階層レベルにおいては責任無能力状態が肯定されるが、責務に違反して自ら責任無能力状態を惹起した行為者は、論証規則によって責任阻却事由の援用を認められない<sup>(97)</sup>。かくして、問題がこのように行為者の抗弁の許容性如何である以上、「正当化事由と免責・責任阻却事由とで相異なった取り扱いをする根拠も無い」ものとされ<sup>(98)</sup>、双方の阻却事由の間の区別もその限りで相対化されることになる。

以上が、ノイマンの規則階層モデルの概要である。ノイマンのいう「第一階層の理論的規則」(一次規則)とは、(構成要件・違法・責任の各段階の区別を問わず)およそ理論的平面における要件事実の静的な存在判断に関わる規則であり、「論証規則」(メタ規則)とは、「行為者に対する非難提起」と「それに対する行為者からの抗弁」との応酬として把握される動的な答責判断において、各々の主張・論拠をいわば適正に交通整理するための規則である。では、ノイマン理論において、何故このような規則階層モデルが着想されたのであろうか。次にその思想的背景について考察しよう。

### 3.3.3 論証規則・答責対話・議論理論

#### 3.3.3.1 語用論的規則としての「論証規則」

上で見たように、「犯罪阻却事由の存在について行為者に答責性が認められる事例」において、それ自体存在している犯罪阻却事由を行為者が援用できるか否か、という点に問題の焦点を定めるとき、このような解決法は刑法的答責判断の「対話的な(dialogisch)モデル」を前提とするもの

(96) Neumann, Vorverschulden, S. 275.

(97) Vgl. Neumann, Vorverschulden, S. 178; dens., Neue Entwicklungen, S. 584f., 594; dens., Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 586.

(98) Neumann, Normentheorie, S. 400.

である（後述3.3.3.2）。しかしノイマンによれば、従来の刑法理論は、刑法的帰属判断を、「行為者の行動事実を、刑法典ないし刑法理論の定める基準へと包摂する判断」として、換言すれば、事後的判定者（裁判官）による静的な要件事実の認定として、把握してきた。このように、ただ独り裁判官のみが事実認定主体として登場するような判断モデルを、ノイマンは答責判断の「独話的な（monologisch）モデル」と呼ぶ<sup>(99)</sup>。この独話的モデルにおいては、「行為者が犯罪阻却事由の存在を援用できるか」という視点が入り込む余地は無い。何故なら、この独話的モデルにおいては、「被告人の言語的表現の法的重要性は…その証明力に尽き、その表現は事実の主張として理解され、その真実の内容が証拠評価の過程において決定されなければならない」<sup>(100)</sup>からである。つまりこのモデルは、被告人の主張を専ら、事実内容の真実性（実在性）を訴える言説として捉えており、従って、被告人が正当防衛状況を援用した場合、裁判所としては、正当防衛規定及び正当防衛理論の定める外部的・内心的要件事実が存在するか否かを審理できるのみである<sup>(101)</sup>。ここで審理対象となっているのは、主張された事実内容の真偽（要件事実の存否）という意味論レベルの問題だけである。

ノイマンによれば、この独話的モデルは、被告人の抗弁の言語行為的意義を見誤っている。「正当防衛を援用する者は、単に事実主張を行っているのではない。同時に…自分の行動を正当化することを試みているのである。『誕生日に自転車をプレゼントしてやろう』という父親の子供に対する発言が、将来の出来事の発生に関する事実主張に還元されるものではないのと同様に、被告人の正当防衛状況の援用もまた、過去の事情の事実主

(99) Vgl. Neumann, Vorverschulden, S. 276, 283.

(100) Neumann, Vorverschulden, S. 283. 傍点は筆者。

(101) Neumann, Vorverschulden, S. 283. 従って——本稿で既に触れた言語行為の表現定式「F (p)」で表せば（上記2.1.1参照）——、ここで被告人の抗弁は「事実主張（正当化状況が存在する）」という形で理解されているわけである。

張に尽きるものではない」。ノイマンのこの論旨は「言語行為論」の基本認識に則ったものである（これについて上述 2.1 を参照）。彼によれば、被告人の言説が帯びている「発語内の力（趣旨）」は「事実主張」ではなく「正当化（自己弁護）」なのである。そして、被告人の言説が「一定の事情の事実主張に尽きるものでない以上、正当防衛の援用が失敗するのも、事実主張が内容的に誤っているという場合に限られない。…正当防衛状況の主張においては、真理の主張だけでなく正当化の主張…〔即ち〕自己弁護もまた存している、という点を認識するならば、正当化事由の援用が、主張〔内容〕の真偽の問題とは無関係な理由に基づいて失敗に終わることもあり得る、ということが明らかになる」<sup>(102)</sup>。ここでノイマンが指摘する被告人の抗弁失敗のうち、前者の「事実主張が内容的に誤っている場合」とは、被告人の抗弁内容が誤っていた（正当防衛要件が存在しなかった）という場合である。これは、独話的モデルでも問題とされた、被告人の主張事実の真偽（要件事実の存否）という意味論レベルの問題である。これに対し後者の場合とは、確かに正当防衛要件の存在は認められる（主張事実の真偽レベルには問題がない）が、行為者がその事実を援用しても「正当化（自己弁護）」としては成功しない、という場合である。行為者が邪念を持って犯罪阻却事由を自招しておきながら、この阻却事由を援用して免罪を求めることは、「著しい社会的非難を受ける」事柄であり、このような抗弁を刑法上認容するならば社会的帰属観念と刑法的帰属との間に乖離を生じ、法秩序への信頼を著しく動揺させるだろう<sup>(103)</sup>。従って、このような行為者の抗弁は——彼の「自己矛盾」（“venire contra factum proprium”）<sup>(104)</sup> ゆえに——、いわば語用論レベルにおいて「正当化（自己弁護）」の言説としては受け容れられないのである<sup>(105)</sup>。

(102) 以上、Neumann, Vorverschulden, S. 283f. 引用文中の傍点は筆者。

(103) Neumann, Vorverschulden, S. 274. 一般予防的観点からすれば、刑法的帰属規則が社会的帰属規則から乖離してはならない（3.3.3.2）。

(104) Neumann, Vorverschulden, S. 175, 280.

(105) 言語行為論においては、言説が、真偽（意味論）のレベルとは別の次元で、

さて、ここで確認した事柄を先のノイマンの規則分析（3.3.2.2 参照）と照合してみると、被告人の主張内容の真偽（存否）の認定という、主張の意味論レベルに関わる規則が「第一階層の理論的規則」であり、そこで認定された事実を被告人が主張したとして、それが果たして自己弁護として成立するかという、主張の語用論レベルを規制するのが「論証規則」であることになる。従来の刑法理論においては前者のタイプの規則適用のみが念頭に置かれてきたのに対し、ノイマンがそれとは別個に後者の規則を導入した背景には、答責判断の「対話的モデル」、更には「法的議論の理論」に関する知見がある。最後にこれらの点を概観して、ノイマン帰属論の全体像把握に努めよう。

### 3.3.3.2 答責判断の「対話的モデル」

ノイマンが「論証規則」というカテゴリーを導入した背景の第一として、彼の主張する答責判断の「対話的モデル」がある。既に見たように、ノイマンによれば、「答責判断」は単なる要件事実の静的な認定判断ではない。それは、行為者に対する「非難の提起」と、行為者による「非難の承認、或いは非難に対する正当化・免責の抗弁」という二つの言語行為から成る、動的な「対話的構造」を持つのである<sup>(106)</sup>。敷衍すれば、従来の刑法理論の「独話的モデル」が、(A)「構成要件該当事実、犯罪阻却事由該当事実の存否の判断」に終始していたのに対し、ノイマンの「対話的モデル」によれば、(A)の点に加えて、(B)「構成要件該当事実の主張、犯罪阻却事由該当事実の主張が、それぞれ『非難の提起』、『非難に対する抗弁』という言語行為として成立し得るか」という点が、更に問われるわけであ

---

語用論的に「不適切」となるような諸事例が論じられているが（オースティン（坂本訳）・前掲注（3）第二講（22頁以下）を参照）、ここでの被告人の「正当化の失敗」も正にこのような一例と言えるだろう。

(106) *Neumann, Vorverschulden*, S. 277f., 282f.; *ders.*, *Normentheorie*, S. 400. 尚、この対話的構造は当事者主義に基づく刑事手続上の構造ではなく、刑法上の答責それ自体の構造である（詳細につき *Neumann, Vorverschulden*, S. 280 f. 参照）。

る。(B)の判断を規制するのが、答責対話における「論証規則」である。従って——繰り返しになるが——、ノイマンの言う論証規則とは、理論的平面上において要件自体の存否を左右する規則ではなく、答責対話において、一定の要件援用形式が有効な論証として成り立ち得るかを規制する規則にすぎない。正に論証規則と呼称される所以であろう。

では、この論証規則の具体的内容はどのように決められるのか。ノイマンによれば、それを決定するのは「社会的（日常道義的）な帰属規則」である。答責が、静的な責任概念によって規定されるのではなく、答責帰責という一つの社会的実践行為として理解される以上、答責判断の限界を巡る問題も「概念的—理論的な次元から、社会的な合目的性の領域へと移る」のである<sup>(107)</sup>。ここにいう「社会的（日常道義的）な帰属規則」とは、「社会がその成員に対して答責判断を下すための、一般予防上重要な規則」を意味する<sup>(108)</sup>。そして、刑法が「法への信頼の安定化」という意味での一般予防目標を達成し得るためには、刑事帰属ないし制裁は「公正な刑罰に関する社会的表象と一致する」ものでなければならない——法秩序への信頼は、犯罪の放置のみならず、不公正と感じられる刑罰によっても同様に蝕まれるのである<sup>(109)</sup>。従って、論証規則の内容は、社会的な公正の観念に従うものでなければならない、ということになる。ノイマンは、論証規則の具体的内容についてこれ以上論じていない。だがこれだけでは、論証規則を定立するための具体的基準というには程遠いだろう。しかし、ノイマンの主たる関心は、現実の答責判断が「対話的構造」を有しているというその分析的・記述的主張にあり、実際に公正な帰属原理を（規範的

(107) *Neumann, Neue Entwicklungen*, S. 579.; *ders.*, *Zukunft*, S. 124.

(108) *Neumann, Vorverschulden*, S. 275.

(109) *Neumann, Vorverschulden*, S. 270, 272ff.; *ders.*, *Neue Entwicklungen*, S. 591. 従って、統合予防論的な指向性を持つ刑法理論においても直ちに「責任原理」が放棄されるべきではない (Vgl. *Neumann, Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention-10 Thesen* -, in: Bernd Schünemann u. a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 150.).

に) 展開する点にはない<sup>(110)</sup>。ノイマンのモデル自体は「規則の内容を規定するものではない」のである<sup>(111)</sup>。尤もノイマンも、「犯罪阻却事由を故意に自招した者が阻却事由を援用することは禁止される」という先に挙げた規則は、社会的合意を得た論証規則として容認されるとしている。

### 3.3.3.3 「法的議論の理論」からの影響

ノイマンが「論証規則」というカテゴリーを導入した背景の第二として、彼の「法的議論の理論」に対する知見が挙げられる。ノイマン（或いは「議論理論」の支持者ら）によれば、裁判官の法的判断は、事実を法定要件に包摂することに尽きる（「法的決定論・包摂ドグマ」）、というものではない。法律規定は全称命題の形式を持っており、例えば殺人罪規定は全ての殺人者に言及するものであるが、正当化事由・免責事由等の妥当する例外事例も存在するのであるから、全ての殺人事例に適用されることが同規定の意図するところではない。しかし「これらの例外事例は、法規範の定式化を相応に修正すること、例えば、各種の正当化事由を消極的構成要件として取り込むことによっても、顧慮され得ない。というのは、それによって全ての例外的規制が把捉されているという保証は決してないからである」<sup>(112)</sup>。このようにして、裁判官の法的判断とは、「法律に定位しているけれども、法律によって完全には決定づけられない決定」なのである<sup>(113)</sup>。そこで、法律規定に定められていない例外的規制が社会的に要請される場合には、常に、前法律的な社会的規則が参照される可能性が生ずる。ノイマンが挙げた、犯罪阻却事由を自招した者に関する論証規則は、このような前法律的な社会的規則だと解することができる。

尤もノイマンは、法的判断が——純然たる価値判断によって実践的な正

(110) *Neumann, Vorverschulden*, S. 291. 規範モデルと分析モデルとの区別につき、ノイマン（亀本洋ほか訳）『法的議論の理論』（法律文化社、1997）16頁参照。

(111) *Neumann, Vorverschulden*, S. 279.

(112) ノイマン（亀本ほか訳）・前掲注(110)29頁。

(113) ノイマン（亀本ほか訳）・前掲注(110)2-3, 7, 8-9頁。

当性を争う「実践的討議」ではなく——「理論的討議」であるという点を強調する。曰く、「裁判官は、判断の拠り所を正しい認識…に求めるのであって、決定自体が実質的正義に適っているという点に直接求めるのではない。…法解釈学の自己理解によれば、実践的な正当性（だけ）ではなく、理論的な正当性も問われているのである」<sup>(114)</sup>。従って、刑法的答責判断においても、理論化されていない前法律的な社会通念に直ちに判断根拠が求められるのではなく、第一義的に重要なのは「第一階層における理論的規則」である。刑法（理論）上の阻却事由は、被告人が自己弁護の為に援用でき、且つ、刑法理論的規則の体系にも統合できるような<sup>(115)</sup> 論証形式を選び出し、「理論的規則」へと変形させたものである。つまり「責任無能力」のような法定された犯罪阻却事由は、既に「第一階層の理論的規則」の次元に定着しており、その認定判断に際しても、「責任無能力の行為者には責任阻却を認めるべきだ」という実践的価値判断が援用されているのではなく、単に「責任無能力者は責任阻却される」という理論上正当な確定が行われているにすぎない<sup>(116)</sup>。

しかし、独占的に社会紛争処理を引き受け、社会的な答責帰責観念をも無視できない刑法としては、既に理論化された「第一階層の理論的規則」を適用するだけでは足りない。「一定の事例においては、公正な帰属に関する社会的・前法律的規則を引き受けることを余儀なくされる」のである<sup>(117)</sup>。

### 3.3.4 小括

以上でノイマン理論の概観を終えるが、ルシュカの規則階層モデルから出発したノイマンが、ルシュカとは全く異なる帰属構造・帰属概念に至っ

(114) ノイマン（亀本ほか訳）・前掲注(110)92頁。

(115) *Neumann, Vorverschulden*, S. 284f. 例えば、構成要件該当行為の時点に違法・責任の基準時を措定する刑法理論体系においては、「事後的な行為者の損害賠償」を免責事由として理論的規則に統合させることはできない（S. 285）。

(116) Vgl. *Neumann, Vorverschulden*, S. 285.

(117) *Neumann, Vorverschulden*, S. 287. ノイマン（亀本ほか訳）・前掲注(110)

たことが確認された。

ルシュカ理論では、規則が「行為規範」（一次規則）と「帰属規則」（メタ規則）とに階層化され、後者のメタ規則の適用判断が「帰属」と定義された。ここには行為帰属・責任帰属（厳密には帰属とは異なるが、同じくメタ規則の適用である）体系外的正当化の各判断が配属された。しかしノイマンは、この配属方法を変えた。即ち、規則を「第一階層の理論的規則」と「論証規則」（メタ規則）とに階層化し、前者には、構成要件該当性（行為規範違反性）・正当化・責任の各カテゴリーを区別せず、ともかく法定的・理論的次元に定着したメルクマールを配属し、後者には前法律的・社会的な答責対話規則を配属したのである。従ってノイマン理論では、ルシュカのいう意味での——例えば「責任帰属」といった——「帰属」判断は、「第一階層の理論的規則」適用の次元と「論証規則」適用の次元とに分層化されることになる。こうしてノイマンにおける「帰属」とは、これら規則群の適用判断「全体」<sup>(118)</sup>——結局、純粋な「違法」判断を除いた犯罪論全体——を指す名称となるのである。

### 3.4 K. ギュンター：市民による答責性帰責論構想

ノイマンは、ルシュカの規則階層モデルを改組して、刑法的帰属判断の中に社会的な実践的討議を取り込む可能性を示した。これに対し、ルシュカのモデルに立脚しつつ法的帰属論と社会的な実践的討議との関係を整理したものととして、K. ギュンターの答責性帰責論がある。志向的行為帰責論に立つ見解として、最後に彼の構想を一瞥しておく。

ギュンター曰く、人の行為事象に遭遇したとき、我々は必ず決断を強いられる。即ち、当該事象がその「人」のせい、「状況」のせい、いずれ

136頁は、法的議論と実践的討議との隔たりは法分野によって異なり、刑法的帰責論においては——高度に技術化された有価証券法・会社法等とは異なり——実践的（前法律的・社会的）議論と法的議論とが強い類似性を見せるといふ。

(118) Vgl. *Neumann*, Vorverschulden, S. 13.

かに決めなければならない。我々は、他者の行為に直面したときこの「二値コード化」(binäre Codierung)によって瞬時に社会的認知を行い、この他者に対するその後のコミュニケーションの仕方を決めているのである<sup>(119)</sup>。この二者択一的な帰責構造は刑法的帰責にも妥当する。行為者の教育・生活上の境遇、物質的・社会的条件、精神・身体疾患など、行為事象の原因を「状況」面から説明できる場合は多い。しかし、そこから直ちに行為者本人への(刑法的)答責が阻却されるのではなく、「事情 X が存在する場合には常に、人 P の行為 H に対する個人的答責性は阻却される」という「免責規則」(Exkulpationsregel)<sup>(120)</sup>が妥当する場合に初めて、この事情 X に該当するような要因が行為者への答責を阻却し得るのだという<sup>(121)</sup>。

ここでギュンターは、「行為規則」と「帰属規則」とを区別するルシユカ流の規則階層モデルに依拠している。ギュンターのいう免責規則とは、行為規範違反の帰属如何に関わる帰属規則を指すものに他ならない<sup>(122)</sup>。そして、刑法的な答責帰責を阻却するのは、法定された——般化された——免責規則のみだとされる<sup>(123)</sup>。

しかし、免責規則は社会的・歴史的に変化する。その内容も必然的に決

(119) *Klaus Günther, Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens*, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I. *Legitimation*, 1998 (以下, *Zuschreibung*), S. 323ff.; *ders.*, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*, in: Prittowitz/Manoledakis (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000 (以下, *Verantwortlichkeit*), S. 31 f. また, Vgl. *dens.*, *Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*, in: Jung (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S.144ff.

(120) *Günther, Zuschreibung*, S. 326ほか。Exkulpationsregelは、同所の説明の中で行為阻却規則・正当化規則から区別され「人格(の制御能力)にとって重要な事情に関わる」阻却規則とされているので、ここでは「免責規則」という訳語をあてた。

(121) 答責阻却に際しては、免責規則(帰属規則)という規則クラスが論理的に必要である(S. *Günther, Zuschreibung*, S. 326ff., 340f.)

(122) *Günther, Zuschreibung*, S. 333f.

(123) *Günther, Zuschreibung*, S. 331, 339, 342.

まっているものではなく、「決定」されるべきものである<sup>(124)</sup>。免責規則の内容は、決定者が抱いている「答責性観念」ひいては「帰属能力ある人（格）」概念に左右されるが、これらの観念・概念を巡っては社会内に絶えず争いがある<sup>(125)</sup>。従って我々は、免責規則を採用〔立法化〕する際に、この過程を公的な合理的議論の対象として主題化し<sup>(126)</sup>、全ての国家市民の共同の自己解釈から生じてくるような「答責的な法的人格」観念を不断に問い続け<sup>(127)</sup>、合意の達成を目指さねばならないのである<sup>(128)</sup>。

ここでギュンターも、ノイマン同様、答責観念（帰属規則）に関する社会的合意の必要性を説いている。しかし、それはさしあたり、専ら帰属規則（免責規則）を法定する際の、立法論次元における主張のようである。その限りで、ギュンターの論旨は、帰属規則の立法のみならず行為規則の立法にも共通する立法原理を示したものであるといえるべきかもしれない。〔2004年3月29日脱稿〕

(124) Günther, Zuschreibung, S. 328f., 331.

(125) Günther, Zuschreibung, S. 329, 334.

(126) Vgl. Günther, Zuschreibung, S. 328; dens., Verantwortlichkeit, S. 36.

(127) Vgl. Günther, Zuschreibung, S. 336; dens., Verantwortlichkeit, S. 39f.

(128) ギュンターはこの「合意」の成功/失敗を決める手段も結局「合意」しかないと主張する点で、所謂「真理の合意説」的発想に依拠している。Vgl. Günther, Zuschreibung, S. 348. また S. 343ff. なお、ギュンターの構想は刑法規範法・帰属論に尽きるものでなく、刑罰論、議論理論を背景とした包括的なものである。その総合的な検討は他日を期したい。彼の刑罰論の紹介検討として、高橋則夫「被害者関係の刑罰論の在り方と修復的司法の可能性」同『修復的司法の探求』（成文堂、2003）33頁以下参照。