

# Himeji Law Journal

## 姫路ロー・ジャーナル

No. 1 (2005.10)

### 目次:

#### 【講演】

不法原因給付と財産罪 中山研一 1

#### 【論説】

不法原因給付と詐欺罪 川口浩一 11

#### 【Vortrag】

Wie und was schützt das Strafrecht? -Widerspruch und Prävention;

Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung. Günther Jakobs 22

#### 【翻訳】

どのようにそして何を刑法は保護するのか？—否認と予防；法益保護と  
規範妥当の保護 川口浩一・訳 33

## 【講演】

## 不法原因給付と財産罪

中山研一

## 目次

1. はしがき
2. 不法原因給付と詐欺罪
3. 不法原因給付と横領罪
4. 盗品等の罪との関係
5. むすび

今日は「不法原因給付と財産罪」の話をします。レジュメがみなさんのところに配布されていると思いますが、目次の1は「はしがき」で5は「むすび」ですが、内容的には、2の「不法原因給付と詐欺罪」と3の「不法原因給付と横領罪」というのが中心で、4の「盗品等の罪との関係」は関連するものとして加えたものです。特に民法との関係を意識しながら、何が問題かをしっかり理解できるように話すつもりです。

## 1. はしがき



## 1. はしがき

不法原因給付が財産罪の成否にかかわるのは、財物や利益の「給付」(委託を含む)に関連して、民法708条との関係が問題になる場合なので、窃盗や強盗ではなく、主として詐欺罪と横領罪について争われ、盗品等の罪についても問題になる。

ここでは、民法708条の解釈が刑法上の犯罪の成否にどのように関係するのかという「民法と刑法との交錯」が起こる1つの重要な場面として位置づけられる。したがって、このような観点から、問題を分析しなければならない。

まず、はしがきのところですが、不法原因給付というのは、本来民法に関する用語で、民法708条は、「不法の原因のため給付をなしたる者はその給付したるものの返還を請求することを得ず。但し不法の原因が受益者についてのみ存したるときはこの限りにあらず」と定めています。この規定が、刑法上の財産罪の成否にどのように関係するのかというのが問題なのです。財産罪の客体には、財物と財産的利益がありますが、窃盗や横領では財物のみであるのに対して、強盗や詐欺などでは利益も含まれます。不法原因給付との関係では大部分が財物にかかわるものですが、利益詐欺の成否が問題になることもあります(後述の「売淫料の免脱事例」)。それから、不法原因「給付」が問題になりますので、意思に反する占有の移転である窃盗や強盗については直接問題になることはありません。窃盗犯人からの窃盗の事例で問題になるような、不法な占有の保護という問題とは違うのです。したがって、実際には、詐欺的な方法による物や利益の移転が不法原因に基づく場合にも「詐欺罪」が成立するのか、それから不法原因に基づいて給付された物の処分が「横領罪」を構成するのか、という形で問題が立てられることとなります。その場合に、民法708条が「不法原因給付」であるために、返還請求権を認めないという制約を科していますので、それがどのような影響を与えるのかという点が問われているのです。一方、盗品等の罪でも、盗品に対する追求権というものが問題になる限り、返還請求権との関連が出てきますが、これは盗品等の罪の成否というレベルの問題です(追求権説か違法状態維持説か)。ここで問題になるのは、盗品等の処分行為の過程で、盗品の処分を委託された者が売却代金を領得するという場合に、盗品等の罪のほかにも、横領罪も成立するのかという点です。それは、盗犯者に対しても横領罪(委託物横領罪)が成立するのかという問題であるといつてよいでしょう。したがってそれは、詐欺罪ではなく、横領罪の成否にかかわる関連問題であるといつてことができます。そこで、問題は民法708条との関係にあり、そこには最近いわれています「民法と刑法の交錯現象」が見られるのです。通常は、刑法の解釈に際して、民法の条文や民事的な効果考慮することの必要性は自覚されていないのですが、不法原因給付にかかわる財産の移転や処分について、刑法上の財産罪の成否を考える場合には、「不法原因給付」に関する民法の規定(708条)とその効果を無視することは出来ません。とくに、不法原因給付物には原則として返還請求権ないといわれる場合にも、「不法原因」とはどの範囲をいうのか、返還請求権がないとされる理由は何か、返還請求権があるという但し書きはどのような場合なのかといった問題、つまり民法上の判例・学説の状況をまずは慎重に考慮することが当然必要になってきます。後に述べますように、刑法の判例や学説の中には、民法の判例や学説による解釈には全面的に拘束されないとして、刑法の独自性を主張するものも有力に存在しますが、その立場からも、民法上の解釈とその効果を正確にフォローしておくことの必要性まで否定されているわけで

はなく、それが共通の前提として理解されていることを確認しておく必要があるでしょう。問題は、それを前提として、民法上の結論と効果を刑法上もできるだけ尊重し、民法と刑法との統一的な解釈を自覚的に展開するのか、それとも、民法上の結論や効果にもかかわらず、刑法の目的や独自性を理由として、異なった結論を導くのもやむを得ないとするのか、という立場の相違が存在するということにあります。

後に述べますように、不法原因給付と詐欺罪については、この矛盾は顕在化していませんが、不法原因給付と横領罪については、この対立が表面化することが避けられなくなっているのです。そのような観点から、この問題を見る必要があるでしょう。以上が前提的な問題に関する説明です。

## 2. 不法原因給付と詐欺罪

それでは、次に不法原因給付と詐欺罪とはどういう関係に立つのかという点を問題にします。レジメには、簡単にこれまでの判例と学説の状況を整理して記載してありますので、見て下さい。



### 2. 不法原因給付と詐欺罪

#### (1) 判例

##### ①紙幣偽造の資金名目で金員を騙取した事案(大判明39・6・1)

「詐欺罪は人を欺罔して財物を交付させることによって成立するものであるから、たとえその給付が不法の原因に基づいた場合でも、その給付者が民法上救済を求めることが出来ないだけで、加害者は不正に財物を得たものとして詐欺罪が成立する」。

##### ②統制法規違反の闇物資の授受に関する事案(最判昭25・7・4)

「欺罔手段によって財物の支配権を侵害した以上、たとい不法原因に基づいたもので民法上返還請求ができないものであっても詐欺罪の成立は妨げられない。財産権の侵害が処罰されるのは、単に被害者の財産権の保護だけでなく、違法な手段による行為が社会の秩序を乱す危険があるからである」。

##### ③前借金詐欺の事案(最判昭33・9・1)

「前借契約の民事的効力のいかんを問わず、詐欺罪を構成する」。

(ただし、詐欺罪を不成立とした下級審判例が2つ存在していた)

##### ④売淫料免脱の事案

消極判例(札幌高判昭27・11・20) 契約無効、債務負担なし

積極判例(名古屋高判昭30・12・13) 違法な手段による秩序違反

#### (2) 学説

戦前の学説－否定説が有力(小幡、瀧川) ①の判例を批判、不法の利益なし

戦後の学説－肯定説が有力

a) 占有侵害、刑法独自の観点(藤木、前田)

b) 財物の不法性なし(平野、林、山口)

c) 返還請求権の否定(西田) 行為者のイニシヤチブ

否定説(恒光)

\* 不法原因給付の範囲

\* 詐欺罪と横領罪の構造上の相違

\* ③の判例の評価

\* ④の判例の評価

#### (1) 判例

判例は、戦前の大審院判例と戦後の最高裁判例の代表的なもの、それから下級審の判例も含んでいます。また学説の方も、戦前の学説と戦後の学説に分けて、その主要なものをあげておきました。

##### ①紙幣偽造の資金名目で金員を騙取した事案(大判明39・6・1)

まず、①の戦前の判例ですが、これは明治39年という古い時代のもので、カタカナで書かれたものです。事案は、紙幣偽造の資金にするからとだまして相手から金員を交付させたというものです。お金を渡した人は、紙幣偽造のための資金に使われることを期待して渡したのですが、別の目的に費消されてしまったというわけです。この場合の金員の授受は、紙幣偽造という違法性の高い、犯罪的な行為にかかわるものですから、それが民法上の「不法原因給付」に当たることについてはおそらく異論がないといってよいでしょう。そうだとすると、民法708条によって、金員を交付した者には、そのものの返還を請

求することは民事上はできないということになります。では、民事上返還請求権のない金員をだまし取ったことが、刑法上の詐欺罪になるのかという点が問われることになります。この判例は、詐欺罪が人をだまして財物を交付させることによって成立するもので、不法原因給付であるために給付者が民法上の救済を求めることができないときでも、不正に財物を得た以上、詐欺罪は成立するとしたのです。その理由は明示されておらず、結論を示しただけのものともいえますが、その背後には、民事責任と刑事責任と相違が意識されているといつてよいと思われます。ただし、判旨の中には、「加害者は不正に財物を得た」という詐欺「行為の違法性」を指摘する部分とともに、給付者が「事実上の損害」をこうむっているとの指摘もありますので、給付者には保護されるべき利益があると考えていたのかもしれませんが、この点は、詐欺罪における「損害」とは何かという問題にかかわるものです。

#### ② 統制法規違反の闇物資の授受に関する事案(最判昭25・7・4)

次に、②は戦後の昭和25年に出た最高裁判決で、刑法判例百選にも入っているものですが、統制法規違反の闇取引に関わる事案です。当時は闇物資であった綿糸の取引で契約金に満たない金額の入っている鞆と交換に綿糸を交付したというのですが、最高裁は、統制法規に違反するいわゆる闇行為であるとしても、それによって詐欺罪の成立に消長をきたすことはないとし、それは相手方の財物に対する支配権を侵害した以上、たとえ不法原因給付によって民法上返還を請求することができない場合でも、詐欺罪の成立を妨げないと判示しました。ここまでは、大審院判例とほぼ同趣旨の判示とみることができますが、この判決は、さらに詐欺罪が処罰される理由として、「単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである」という点を付け加えているのが注目されるのです。

つまり、戦前の大審院判例の方は、民法上の救済とは別に、加害者が不正に財物を取得した点を理由とし、さらには事実上の損害にも言及していたのですが、戦後の最高裁判例の方は、相手方の財物に対する支配権の侵害のほかには損害には言及することなく、むしろ詐欺的な違法手段によって社会的秩序を乱す危険があるという点に処罰理由を求めていることが特徴であるということができそうです。それは、民法が保護する財産侵害の結果よりも刑法上の行為の違法性(行為無価値)を重視し、これを社会秩序違反としてとらえるという点で、刑法固有の法益という方向が顕在化している判例として、注目すべきものと思われます。なお、統制法規違反事件における取引が民法上の「不法原因給付」に当たるのかどうかという前提問題があることについては、後に述べます。

#### ③ 前借金詐欺の事案(最判昭33・9・1)

次は、③の昭和33年の前借金詐欺に関する最高裁判決ですが、これについてはいくつかの問題があります。事案は、売春婦が雇い主に対して売春をすと偽って前借金を交付させというものです。欺もう行為によって雇い主が金員を交付していますので、詐欺罪に当たるように見えますが、売春契約はまさに公序良俗違反の典型ですから、雇い主には返還請求権がないことは民法上明らかです(昭和30年の民事判例)。それでも、刑法上は詐欺罪が成立するのかという点が正面から問われたのです。そしてこの判決は、「前借契約の民事的効力の如何を問わず、刑事上詐欺罪を構成する」とした原判決の趣旨を認め、売春婦を有罪としました。これは、これまでの判例と同趣旨といつてよいでしょう。しかし、同種の事案について、逆に詐欺罪を不成立とした下級審判例が2つも存在していたことに注意する必要があります。第1は宮崎地裁日南支部の昭和29年の判決、第2は福岡地裁小倉支部の昭和31年の判決です。その趣旨がはっきりしているのは、後者の判決ですが、そこでは、金員の交付が不法原因給付に基づき民法上の返還請求権がない以上、財産上の損害がないとして無罪とされています。これらの無罪判決については、当時九州大学におられた井上正治教授がこれに賛成する立場から判例批評を書いて無罪判決を擁護されたことがあります。しかし、結論的には、これらの下級審の無罪判決は控訴審で破棄され、その上に③の最高裁判決が出て、決着が図られたという経過になっています。たしかに、雇い主には返還請求権を認めないだけで売春婦の方は詐欺罪で処罰するというのはバランスを失するという問題があり、次の④の事案では、売淫料の支払いを欺もう行為で免れた客には詐欺罪を否定することになると、売春婦に酷ではないかという批判にも理由があるように思われます。しかし、詐欺罪が問題になる場面では、本件でも売春婦の側から話を持ちかけているという点で、不法原因を自らが作り出すという構造になっていることに注意しなければなりません。欺もう行為者の方に事態の進行に関してイニシアチブがあるといつてもよいでしょう。これに対して、横領罪が問題になる場面では、相手が不法原因によって財物を交付してくれたことを前提として、いわば受動的にその状態を利用する形で、その物を事後的に処分するという構造になっているのは異なるのです。したがって、詐欺罪の場合には、たとえ不法原因給付であって返還請求権が否定される場合であっても、なお犯罪の成立する余地があるといわざるを得ないことになります。売春婦の事例でも、違法性や責任の程度が低いとはいえ、詐欺罪の成立自体を否定することは、かなり困難だといわざるを得ないように思われます。

#### ④ 売淫料免脱の事案

ところが、売春行為の後に支払うべき売淫料金を欺もう行為によって免れたという事案については、下級審の判例が詐欺罪の成立を否定したものと肯定したものとに分かれているという興味深い状況があります。第1は、昭和27年11月の札幌高裁判決で、これは欺もうによって売淫料の支払いを免れたという事案について、売淫行為が善良の風俗に違反するので、契約は無効であるから売淫料債務を負担することはないので、財産上不法の利益を得たことにはならず2項詐欺罪は成立しないとしました。一方、第2は、昭和30年12月の名古屋高裁判決で、それは同様な事案について、民事上の契約が無効であるか否かと刑事上の責任の有無とは関係がないとし、違法な手段によって社会秩序を乱す危険があるから2項

詐欺罪で処罰されるとしたのです。ここでも、売淫料債務の民事上の効力とは無関係に違法な手段で利益を得ようとした点に刑法上の詐欺罪の成立根拠があるとしても可能なように見えますが、ここでは1項詐欺と違って2項詐欺が問題になっているので、2項詐欺の前提となる債務の無効性を無視できなくなるという点に特色があります。それは、1項詐欺の場合には、財物の交付によって詐欺罪が成立するが、2項詐欺の場合には、事後の支払い免脱の時には民法上の返還請求権との関連を無視できなくなるという相違に基づくように思われます。そのように考えれば、2項詐欺の場合には、構造はむしろ「横領罪」の場合に類似するという理解(平野)にも理由があるといつてよいでしょう。1項で交付される財物の不法原因性は、いわば交付された後になって確認されるのに対して、2項で免脱される利益の不法原因性は、免脱する行為の際にすでに前提とされているものだということになります。以上が、判例の動向についての説明です。

## (2) 学説

では、次に不法原因給付と詐欺罪についての学説の動向をまとめておきます。まず注目されるのは、戦前には、詐欺罪を肯定する判例が支配的であったにもかかわらず、否定説も有力であったということです。私の先生の瀧川先生は、特にこの判例を批判して、人を騙して不法な利益を得るのが詐欺なので、損害や利益というものが民事上存在しないのに、なお刑法で処罰するというのは不当であるとされていました。法の保護を受けるべき財産的損害はないというのがその基本的な発想です。しかし、他方では、判例の傾向に同調して、詐欺罪の成立を肯定する見解も主張されていましたが、ここでは新派の牧野説が、財物の所持を保護するもので権利関係は問わないとして、社会に対する法益侵害(社会秩序違反)として可罰的であるとしていた点が注目されるどころです。

ところが、戦後の学説になりますと、否定説よりも肯定説が有力になりました。どうして戦後、肯定説が有力になったのかという点では、小野・団藤説が肯定説の結論を維持していたのを受けて、藤木説が登場して、民法の効果とは独立に、刑法では独自の観点を主張したことが大きいと見られます。しかも、前提は所持説ですから、占有の侵害があれば、本権の侵害がなくても窃盗や強盗が成立する。それを詐欺・横領にまで及ぼすと、損害がなくても、財物が交付されれば、それでも損害を認めるということになり、それが判例を支えるという関係が生まれたのです。前田説は、この線に立つものといつてよいでしょう。一方、平野説は、このような刑法独自性の主張には批判的ですが、横領とは違う詐欺罪の構造から、結論としては詐欺罪の成立を肯定します。その理由が問題なのですが、給付者がもっていた財物は相手方の欺もうによって交付するまでは、財物自体は何ら不法性はないので、たまたま騙されてその金を手放すときに、返還請求権がないことが後でわかるという構造になっていると理解する。そうすると、財物そのものに不法性がないのだから、財物の返還請求権の如何にかかわらず、不法な財産の騙取として詐欺罪が成立するというのです。これは平野さんが確か、法学セミナーの各論の連載の中で主張されて、それが広がりました。横領は不法原因給付があつてから、その不法原因給付物を処分する行為が問題になるので、当然、返還請求権に絡むのですが、詐欺は、事後の返還請求権の如何にかかわらず、すでに財物を騙取したときに、詐欺罪の違法性は完成していると考え、返還請求権があつたかなかったかは一応別問題である、というように分離する、この考え方は、平野シュール(林、山口)だけでなく、関大の葛原説によっても支持されています。これは、詐欺罪については、横領との関係を断ち切って、完璧に、いわば返還請求権と無関係に、しかも刑法独自の観点も入れることなく、詐欺罪の構成要件該当性の判断として、立派に犯罪が成立すると考えるのです。

しかし、これに対して、最近の西田説は、詐欺罪の場合にも、返還請求権が708条の本文によって否定されたら、詐欺罪は成立しないが、但書によって返還請求権が肯定されれば、詐欺罪は成立するというのです。これがなぜ肯定説に近いかといいますと、詐欺罪の場合には欺もう行為者のイニシアティブの方が大きく、つまり被害者の違法性よりも加害者の違法性の方が通常大きいことから、返還請求権は否定されず、大部分は詐欺罪が成立することになるからです。しかし、不法原因が受益者だけに存するような例外的な場合には、詐欺罪についても成立が否定されることがあるという趣旨と理解することができます。

一方、恒光説は、瀧川説に親近感があるように見えますが、やはり場合によりけりであると考えているようで、そこには民法学説(谷口説など)の考慮が働いているように思われます。それは、違法性のバランス論といつてもよく、結論的には、大部分は詐欺罪が成立するけれども、場合によっては詐欺罪が成立しない場合もあるということになるようです。戦前の学説の方が、否定説としては徹底していたのですが、その後肯定説が台頭し、戦後の学説は肯定説一辺倒になった後、やや最近、少し揺れ戻しがあつて、否定できる場合もあるのではないかとこのところまで来ているように思います。以上が、詐欺罪についての私の整理です。

そこで、問題点として4つほどそこに挙げておきました。第1は、不法原因給付の範囲ですが、②の判例のように統制経済違反のケースは、すでに現在の民法学説でも不法原因給付から除いているようですから、刑法の判例や学説もそれに従うべきだと思います。第2は、詐欺罪と横領罪の構造上の相違という点ですが、先程申しましたが、これはイニシアティブが、詐欺罪の場合には必ず加害者の方にあるのに対して、横領罪の場合には、イニシアティブはむしろ被害者の方にあるという相違があるという趣旨で、この点は原則として妥当すると思われます。第3は、③の判例の評価ですが、売淫料の免脱については、判例が割れており、学説はむしろ消極の方へ傾いています。1項詐欺の成立を認める平野説も、このケースでは、事後処理なので、むしろ横領罪に近いとして否定説となっていることに注目すべきでしょう。第4は、④の判例の評価ですが、そこには微妙な問題があり、学説にも批判が出ていました。たしかに、女性の処罰には社会的な問題もありますが、自分の方から積極的に働きかけてお金をだまし取るというのを詐欺に当たらないとはいいいくいのではないかと思ひます。可罰的違法性とか、責任の期待可能性の問題で処理すべきものではないかという感じを持っていますが、いずれにしても、こ

では、売春婦の違法性と雇い主の側の違法性とのバランスが問題になって、それを民法の方がどう判断するかを後で聞きたいところです。

### 3. 不法原因給付と横領罪

次は横領です。横領罪の方は、詐欺罪の場合と比べると、そんなに複雑なことはなく、筋道を立てやすいと思います。ここでも、戦前と戦後の判例と学説の流れを確かめておくことにします。



#### 3. 不法原因給付と横領罪

##### (1) 判例

###### ① 委託された贈賄資金の費消(大判明43・9・22)

「不法の原因により給付された場合にその物を民法により返還を請求することができないときでも、所有権を喪失することはないので、これを不法に領得すれば横領罪が成立する」。

###### ② 委託された贈賄資金の費消(最判昭23・6・5)

「横領罪の目的物は単に犯人の占有する他人の物であって、必ずしも民法上返還を請求することができるものであることを要せず、本件金員は被告人の物ということはできないので、横領罪が成立する」。

###### ③ 不法原因給付物の所有権に関する民事判決(最判昭45・10・21)

「不法原因物の所有権は、給付者がその返還を請求できないことの反射的效果として被給付者に帰属する」。

この判決以後、関連する判例なし。

##### (2) 学説

###### 肯定説

a) 所有権を刑法独自の観点から認める(藤木、前田)

b) 不法原因寄託物は返還請求権あり(林、大谷、西田)

###### 否定説

返還請求権がなければ保護に値する利益がない(団藤、平野、山口、佐伯)

###### 遺失物横領説

所有権は移転しないが、委託を欠くので、占有離脱物横領となる(野村)

\* 判例の論理の破綻と今後の帰趨

\* 誤振込みのケースとの関係(民法と刑法の齟齬)

\* 寄託と給付の関係

##### (1) 判例

###### ① 委託された賄賂資金の費消(大判明43・9・22)

これは、明治43年の古い大審院の判例ですが、横領罪の成立を肯定しています。不法原因給付であるために民法上の返還請求権がなくても、横領罪が成立する。なぜなら、給付者はその物の所有権を喪失することはないから、委託された者がこれを処分すれば、他人の物を横領したことになるというのです。贈賄のための資金を委託した場合には、民法上の返還請求権はないが、給付者には、なおその物の所有権は残っていることが横領罪を肯定する根拠になっているという点が重要です。これは、民法上の効果と刑法上の効果を区別するのではなくて、民法上の所有権の帰属にしたがって刑法上の横領罪の成否を論じるという構造になっている点に注意する必要があります。

###### ② 委託された贈賄資金の費消(最判昭23・6・5)

これは、戦後の最高裁判例ですが、事案は上の判例と類似したものです。そして、結論としては、横領罪の成立を肯定している点でも、①の大審院判決と同様です。しかし、その理由の点では、①とは微妙に違うところがあることに注意しなければなりません。それは、この判例が、給付者はが所有権を喪失することはないとはいってないわけで、その点で、戦前の判例を単純に踏襲したとはいえません。AとBの間に不法原因給付物の委託関係があったとしますと、①の判例は、Aには所有権があり、BはAの所有権を侵害して、Aの物を横領したという構成をとったことは明らかです。これに対して、②の判例は、Aに所有権があるとはいっておらず、むしろBの側について、Aから委託された物は「被告人たるBの物」とはいえないとして

いるのです。つまり、BはBの物とはいえない「他人の物」を処分したのだから、横領罪が成立するという構成をとったのです。結局、結論においては同じ肯定説に至るのですが、①が所有権の帰属を明確にAにあるとしたのに対して、②はその点をはっきり明示せず、いわば裏側から、少なくともBの所有物ではないとすることによって、「他人の物」の横領という同じ結論を導き出したこととなります。しかし、なぜの最高裁判決が不法原因給付物の所有権の帰属を明示しなかったのが問題になるでしょう。この点は、必ずしもはっきりしませんが、所有権がAにあって不法原因によっても移転しないことを正面から認めることを明言しなくても、「他人の物」と言えば横領罪を肯定できるので、あえてそこまで踏みこまなかったということもできるでしょう。しかし、では誰の所有物かということになれば、Bの物でなければAの物といわざるをえず、そこにジレンマがあったといえるでしょう。

### ③ 不法原因給付物の所有権に関する民事判決(最判昭45・10・21)

そこで、いよいよ不法原因給付物の所有権の帰属を問題にした最高裁の民事判決が現れることとなります。

この事案は、妾関係を維持するために建物を贈与したというのですが、判決はそれが不法原因給付であって贈与した者にはその返還請求権はないとしつつ、さらに不法原因給付物の所有権は、給付者がその返還を請求できないことの反射的效果として被給付者に帰属すると判示したのです。妾契約は「公序良俗違反」ですから、建物の贈与は不法原因給付であることは明らかですから、返還請求権が否定されるだけでなく、所有権も給付された者に移転すると明言されてしまったのです。しかし、そうすると、給付を受けた者がこれを自己のために処分しても、刑法上の横領罪は成立することはないといわざるを得ず、それはこれまで横領罪の成立を肯定してきた\_や\_の判例と正面から衝突することになることは避けられことになりました。

したがって、この\_の民事判例が出た後の刑事判例の帰趨が注目されたのですが、幸か不幸か、これまで不法原因給付と横領罪との関係が問われたケースは最高裁判決としれば現れていません。まだ、問題は未解決のままおかれているといつてよいでしょう。

ただ、下級審には、③の最高裁民事判決後のものとして、昭和45年の東京高裁判決が、導入預金の謝礼金の着服事件というケースについて、横領罪を肯定したのがあります。これは不法原因給付物であると認めた上での判断ではありませんので、判決としてはいわゆる「傍論」にすぎないもので、積極的な関連判例とはいえません。

将来の判例の予測は難しいところですが、不法原因給付による所有権の移転を贈与契約のケースを超えて、委託契約にまで広げることになれば、横領罪が一般に否定される可能性が出てくるものと思われます。

## (2) 学説

次に学説ですが、ここでは委託物横領罪の成否についての肯定説と否定説に対立のほか、遺失物横領罪説もありますので、その関係はやや複雑です。しかし、一般的にいいますと、詐欺罪の場合と異なって、最近の学説はむしろ否定説の方が多数になる傾向があるといつてよいでしょう。

まず、委託物横領罪の成立を肯定する説は、これまでの①と②の判例のように、所有権が不法原因給付者の側にあるという前提では維持できたのですが、③の最高裁民事判例が所有権が移るとしてからは、そのままでは肯定説を維持することが困難になります。そこで、民事上の効果と刑法上の効果は別であり、刑法独自の観点から横領罪の成立を肯定しようとする説が現れます(藤木、前田)。とくに前田説は、盗品の不法な占有も窃盗罪から保護されるのだから、不法な原因給付物も詐欺罪や横領罪によって保護されるべきだといわれるのです。これは、いわゆる「占有説」(所持説)からのアプローチですが、しかし、不法な占有が第3者から保護されることと、不法給付物が所有者から保護されることは構造的にも異なります。しかもここでは、民法上は受領者に所有権があるのに、刑法上は給付者に所有権があるというはいかにも強引な論理で、賛成者を得ることは難しい状況にあります。

そこで、第2の肯定説は、不法原因による「給付」と、不法原因による「委託」とを区別して、不法原因の「委託物」については708条が適用されて返還請求権はなく、所有権は被委託者に移るので横領罪は成立しないけれども、不法原因の「寄託物」については別であって民法708条の適用はなく、給付者には返還請求権があるので、所有権も移転せず、被委託者による処分は横領罪を成立させるという新しい説が主張されました。これは、二分説で、物の占有を終局的に移転してしまえば「給付」となって、もはや横領罪は成立しないが、単に物の保管を一時「委託」するにすぎない場合には所有権は留保されており、委託された者が処分しても横領罪は成立しないとするものです。これは、興味のある考え方で、林説によって主張されたところ、早速有力な賛成者が出ました(大谷、西田)。

これでいくと、たとえば判例にありましたような賄賂資金の費消のようなケースでも、資金をを一時預けるといった状態ではまだ「寄託」の段階であれば不法原因「給付」とはいえないので、返還請求権はなく、横領罪は成立するという判例の結論を根拠づけることができることとなります。

しかし、残念ながら、このように「給付」と「寄託」を分けて、その効果を二分するという見解は、通説的な民法学説によって承認されず、このような形での2分には合理的な根拠を欠くという批判が出ていることに注目しなければなりません。物が相手の占有に移転しているのに、その際の趣旨のいかんによって、まだ給付でなく寄託にすぎないというようなことはいい難いといわれるのです。したがって、この2分説にこれ以上固執しようとするれば、民法と刑法では違うという論理に向かわざるを得ないことになるでしょう。

そこで、結局、否定説にいかざるを得ないこととなります。それは、不法原因給付物について返還請求権がなければその反射的效果として給付者は所有権を失い、受領者との関係で保護される利益がないことになるので、その物を処分しても横

領罪は成立しないとするもので、最近ではこれが多数説になっています(団藤、平野、山口、佐伯)。その背後には、民法と刑法の統一性を前提とするという点に共通の理解があり、民法で保護しないものを刑法で保護することは疑問であるという考え方があるという点が重要だと思われます。

ただし、この場合に、委託物横領罪は成立しないが、遺失物横領罪が成立するという説もあります。これは、他人の所有物だけれども委託物といえないから、占有離脱物横領罪になるとするのです(野村)。しかし、所有権の移転が争われており、移転するといという民事判例があるのに、他人の所有物であることを前提としたこの説は、成り立ち難いと思われます。

以上の検討の結果として、4つほど問題点を挙げておきましたが、第1の判例の論理の破綻と今後の帰趨としては、判例の論理が詐欺罪では維持されるとしても、横領罪では所有権の所在が民法で否定されてしまうと、刑法の独自性をこれを肯定することは大変難しくなるのではないかという問題があります。今後の判例の帰趨ががとくに注目される理由がそこにあります。第2は、最近問題になった「誤振込みのケース」との関係ですが、ここでも民法と刑法の交錯の問題がありました。これは、振込み人のミスで、誤って自分の口座に大金が振り込まれていることを知り、これを届け出ないで黙って引き出したという事案で、民法上の預金債権が成立しているのに、刑法上の詐欺罪が成立するのかが問題になりました。最高裁は、民法上の預金債権の成立にもかかわらず、刑法上の詐欺罪が成立するとはしましたが、そこでは銀行の利益があるのか、銀行に対する届け出の義務があるのかという点が争われ、疑問が提起されています。この事件との関係も今後さらに検討する必要があります。第3は、寄託と給付の関係ですが、これは先ほども申しましたように、区別説は民法学説との整合性を欠くという点に疑問があります。最後に、第4は、民法708条の解釈についてですが、「不法原因給付」と評価されるべき範囲として、統制法規違反事件を除くという点は刑法でも尊重すべきであるほか、贈与契約についての民事判例が委託契約にも適用されるのかどうかについても、今後の民法学説と判例の動向にしたがって、刑法上の横領罪の成否を考えて行くべきものというべきでしょう。安易に刑法の独自性を先行させることには、疑問があると思われます。

#### 4. 盗品等の罪との関係



##### 4. 盗品等の罪との関係

###### (1) 判例

###### 肯定判例

###### ① 盗品有償斡旋の売却代金の着服(大判大4・10・8)

「委託された金員は窃盗犯人から被告人に返還請求できないものであるが、依然被告人以外の者の所有物であるから、横領罪が成立する」。

###### ② 盗品有償斡旋の売却代金の着服(最判昭36・10・10)

「窃盗犯人は被告人に対して返還を請求し得ないとしても、被告人が自己以外の者のために占有中に着服する行為は横領にあたる」。

###### 否定判例

###### ① 盗品有償斡旋の売却代金の領得(大判大8・11・19)

「委託契約は公序良俗に反して無効だから、代金の所有権を取得しないので、代金を領得しても横領罪は成立しない」。

###### ② 盗品の保管者による不法処分(大判大11・7・12)

「委託者は所有者ではなく、不法原因のため返還請求権もないので、盗品(保管)罪のほかは、委託者に対して横領罪は成立しない」。

###### ③ 盗品の売却代金の費消(福岡高判昭26・10・6)

「委託者には所有権がなく、委託契約は公序良俗違反で当然無効なので、委託者との間で横領罪は成立しない」。

###### (2) 学説

###### 肯定説

受託者にとって「他人の財物」であり、委託物横領罪になる(大谷、前田)

###### 否定説

違法な委託は保護に値しないので委託物横領罪は成立せず、被害者との関係で盗品等の罪とともに、遺失物横領罪が成立し、包括1罪となる(山口、曾根、西田)

\* 不法原因給付物と盗品等との関係

\* 昭和45年の民事判例の影響

\* 盗品等の罪と横領罪との関係

だいぶ時間が経ちましたので、あと盗品等の罪との関係について簡単にふれておきます。ここでは、盗品等の処分について、とくに横領罪との関連が出てきますが、そのわけは、次の通りです。

盗品等の罪は、本来、本犯が領得した物を犯人が有償・無償で譲り受け、または保管し、あるいは有償の譲り受けの斡旋をすることによって成立するのですが、その際に、本犯に盗品等について追求権があるかどうかが問題で、この点で、追求権説と違法状態維持説の対立があることは、周知のところですが。問題は、この盗品等にその他の財産罪がからむ場合です。盗品の窃盗も窃盗であることについては、所持説と本権説とも結論的には肯定しますが、盗品等を騙し取った場合には単純に詐欺罪になるとはいえず、被害者との間に「三角詐欺」に当たるような関係がない限り不成立というべきでしょう。問題は横領罪で、ここでは盗品等の保管や処分をさらに委託された者が保管物や売買代金等を着服した場合にも横領罪が成立するののかという形で争われ、判例もいくつか存在するのです。いわば盗品等の罪の延長線上にある問題だといってよいでしょう。

#### (1) 判例

まず、肯定判例としては、①の大審院判決、②の最高裁判決がありますが、いずれも盗品の有償斡旋のために委託された金員を着服したという同種の事案にかかわるものです。

そして、横領罪が成立する理由は、窃盗犯人から被告人に返還を請求できないとしても、被告人は「自己以外の者の所有物」を横領したものであるとしているのです。これは、物の所有権の所在を明示せず、「被告人以外の物」であれば足りるとしていた横領罪に関する昭和23年の最高裁判決の立場と共通しているといえるでしょう。

しかし、この問題については、有力な否定判例も存在するのが注目されます。①は盗品の有償斡旋の売却代金を着服したという同種の事案について、委託契約は公序良俗に違反し無効だから代金の所有権は委託者には帰属しないことを理由として、委託者に対する横領罪は成立しないと、また②の判例も、委託者は所有者ではなく、不法原因給付のため返還請求権もないから、盗品保管罪のほかには、委託者に対して横領罪は成立しないとしています。また、上述しました昭和36年の最高裁の肯定判例にもかかわらず、戦後の下級審判決にも③のような否定判例もあるのです。

そこには、盗品等の罪の成立範囲との限界、委託関係の当事者、横領罪の相手方、所有権の帰属といった問題が混同されているように思われます。そのことを抜きにして、「被告人以外の物」の処分は横領にあたるとする判例の包括的な肯定論には、原則的な疑問があるといえるべきでしょう。

#### (2) 学説

肯定説は、受託者にとって「他人の物」であれば、委託物横領罪が成立するとするものです(大塚、大谷)。これは、上述しました昭和36年の最高裁判決の趣旨と符合し、これを支持するものといえるでしょう。

しかし、否定説は、違法な委託関係は保護に値しないので、委託者との関係では少なくとも委託物横領罪は成立しないことを明確に指摘した上で、本犯の被害者との関係では、盗品等の罪とともに、場合によっては遺失物横領罪が成立し得るが、両者は包括一罪を構成するという構成方法を提示しています(山口、曾根、西田)。この否定説の立場が原則的に妥当だと思われます。

## 5. むすび



### 5. むすび

判例の対応に一貫性があるとするれば、それは民事上の返還請求権のいかんにかかわらず、行為自体の違法性(行為無価値)を根拠に詐欺罪も横領罪も肯定するという論理であるといえよう。しかし、昭和45年の最高裁判例は、返還請求権がないことの反射的效果として所有権が移転するとしたので、とくに横領罪の成立を根拠づけることがきわめて困難になったことは否定できない。判例の今後の展開が注目される所以である。一方、学説は、すでに横領罪については否定説が多数となり、この傾向は動かし難いように思われる。

しかし、詐欺罪については、昭和45年の判例にもかかわらず、学説の多数は肯定説が支配的となっているが、その理由が問われなければならない。

盗品等の罪との関係も、まだ検討を要するものが残されている。

最後に、むすびのところでは、判例の対応に一貫性があるとするれば、それは民事上の返還請求権のいかんにかかわらず、行為自体の違法性(行為無価値)を根拠に詐欺罪も横領罪も肯定するというものであったことを確認し、しかし、このままでは、昭和45年の最高裁の民事判例とは矛盾することになりかねず、詐欺罪についてはともかく、横領罪の成立を根拠づけることは極めて困難になることが予測されることを指摘しておきます。今後の判例の動向に注目しなければなりません。一方、詐欺罪についても、その成否や限界が問題になるのですが、詐欺罪については所有権の帰属とは直接が関係があ

りませんので、判例の肯定説はおそらくかなり長く続くのではないかと思います。一方、学説の方は、すでに横領罪については否定説が多数となり、この傾向は動かし難いと思われます。民法上の所有権と刑法上の所有権の帰属が違うというのはいいにくいでしょうから、所有権が動いてもなおかつ横領罪が成立するということは困難になると思います。ところが、詐欺罪については、昭和45年の民事判決にもかかわらず、刑法学説はなお肯定説が支配的であります。なぜ、同じ財産罪なのに、不法原因給付物の返還請求権が否定され所有権も移転するという民事判例にもかかわらず、横領罪は否定されても、詐欺罪は否定されないのかという問題が、最後に残ることになります。今後は、不法原因給付と認められるものの「範囲」とその理由が問われることなるように思われるのです。では、なお不十分ですが、本日の話はこれで終わります。

## 不法原因給付と詐欺罪—特に売春関係詐欺について

川口浩一

## 1 問題の所在

不法原因給付と財産犯の関係は、特に横領罪<sup>1</sup>を中心として最近盛んに論じられているテーマの一つである。詐欺罪との関係についても、本論文の主要考察対象である売春関係詐欺など、いくつかの事例で問題とされていた。またアクチュアルな事例としては、いわゆる殺人請負ネット詐欺事例がある。この問題に関し判例は①紙幣偽造、②闇物資取引、③賭博関係詐欺、④売春関係詐欺などかなり広い範囲に渡って詐欺罪の成立を認めているのに対して、学説は、判例に賛成するものと、その成立範囲を限定しようとするものに分かれている<sup>2</sup>。特に④の売春関係詐欺について最高裁は、前借金詐欺の事案について「前借契約の民事的効力の如何を問わず、詐欺罪を構成する」（最判昭 33・9・1）とし、学説も、現在では理由づけは異なるが肯定説が圧倒的に有力である<sup>3</sup>。一方、売春代金（売淫料）免脱の事案については、最高裁の判例はなく、高裁レベルで契約は無効であり債務負担なしとする消極判例（札幌高判昭 27・11・20）と違法な手段による秩序違反を強調する積極判例（名古屋高判昭 30・12・13）に分かれているが、最近の学説は消極説が有力である<sup>4</sup>。注目すべきことにドイツの従来 BGH 判例も売春客が売春婦を欺罔した場合は詐欺罪の成立を否定しているのに対し（BGHSt 4, 373=後述 3（2））、売春婦が売春客を欺罔した場合には詐欺罪の成立を認めているのである（BGH, MDR/D 1975, 23 など.）。しかしドイツの従来学説には、この判例の区別説に賛成するものもあったが、区別に批判的なものも有力であった。Ziethen<sup>5</sup>の分析によればこの批判説における多数説<sup>6</sup>は、規範的財産論（normativierende Vermögenslehren）により両者とも詐欺罪の成立を否定すべきであるとするのに対し、経済的考察方法に基づく少数説（Mindermeinung auf der Grundlage

1 田山聡美「不法原因給付と横領罪の成否—刑法と民法の交錯(1)-(4 完)」早稲田大学大学院法研論集 90 号～93 号（1999 年～2000 年）、林幹人「不法原因給付における『給付』の意義—批判に答えて」上法 45 卷 2 号（2001 年）41 頁以下、中山研一「不法原因給付と財産罪」（講演）本誌 1 頁以下

2 これらの日本の判例・学説について最も詳しく論じたものとして、田山聡美「不法原因給付と詐欺罪の成否」早稲田大学大学院法研論集 106 号（2003 年）183 頁以下。

3 中山・前掲(注 1)本誌 2 頁以下参照。

4 中山・前掲(注 1)本誌 3 頁以下参照。

5 Ziethen, Dogmatische Konsequenzen des Prostitutionsgesetzes für Dirnen- und Freierbetrug, NStZ 2003, 184.

6 S/S-Cramer § 263 Rn 93; Lackner/Kühl § 263 Rn 35 und LK § 263 Rn 132; Renzikowski, Wertungswidersprüche als (straf-) rechtsmethodisches Problem, GA 1992, 174f. m.w.N.; SK-Samson/Günther § 263 Rn 113f.; Wessels/Hillenkamp BT/2, Rn 567ff. Ziethen はこれを通説としているが、後述するように Tiedemann のように判例に賛成する有力説もあるので、通説とまでいえるかどうかには疑問がある。

einer wirtschaftlichen Betrachtung) <sup>7</sup>は両者とも詐欺罪の成立を認めるべきだとするのがある。但し、ドイツにおいては 2002 年に施行された売春法 (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten = ProstG) により、この状況に決定的な変化がもたらされた。本稿では、ドイツにおける売春関係の詐欺事例に関するこのような興味深い動向を紹介・検討することにより、日本の判例、通説を批判したい。

## 2 ドイツにおける民法上の前提問題

まず前提問題として、売春契約に基づく給付が民法上の不法原因給付になるかという問題についてドイツの民法上の議論をみておこう。ドイツにおいても上述の売春法の成立までは、売春契約自体が民法 138 条 1 項の意味において「良俗違反」 („sittenwidrig“) であり (BGHZ 67, 122)、その評価は両当事者に同等になされ、従って契約は無効であると考えられてきた。このような不法原因給付についての返還請求権<sup>8</sup>についてはドイツ民法 817 条<sup>9</sup>において規定が置かれている。ドイツ民法は原則として不法原因給付におけるその第 1 文において、給付の目的が、受領者が受領によって法律の禁止または善良の風俗に反することになるように定められた場合には、受領者は返還の義務を負うと規定し、日本民法 708 条とは異なり原則的に返還を義務づけているのに対し、その第 2 文において例外として、給付者にも同様の違反が存する場合には、返還請求はできないと規定している<sup>10</sup>。ドイツ法と日本法とは原則と例外が逆になっていることに注意が必要である。しかし実際は、売春の例が示すように第 2 文の例外がかなり広く適用され、従来は売春契約に基づく給付については返還請求権は両当事者ともに排除されていた。売春婦と売春客との間では、相方共に将来の給付を要求することはできず、既に給付したことについては法律上 (de jure) 権利を失うという戦略的「手だて」 (ein strategisches „Patt“) <sup>11</sup>が民法上採られていたのである。この民法

<sup>7</sup> Krey BT, Rn 435; Tröndle/Fischer § 263 Rn 29a., それに近い見解として Arzt/Weber LH 3, Rn 504.

<sup>8</sup> この問題に関するドイツ民法学上の重要なモノグラフィーとして Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974.

<sup>9</sup> 原文は以下のとおりである。

§ 817 Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten

<sup>1</sup>War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. <sup>2</sup>Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

<sup>10</sup> さらに但書として、その給付が債務の締結 (Eingehung einer Verbindlichkeit) に存する場合は除く ; そのような債務の履行のために既に給付されたものは返還請求できないと規定されている。

<sup>11</sup> Ziethen, Dogmatische Konsequenzen des Prostitutionsgesetzes für Dirnen- und Freierbetrug, NSStZ 2003, 184

817条第2文の規定は、多くの事例で妥当な結論を導くものと考えられている<sup>12</sup>。従って刑法上とは異なり、民法上は、売春婦と売春客の間の不均衡という問題は生じていなかった。しかし売春については、別の方向からの法律改正が実現した。それは以下のような社会的現実が背景にあった<sup>13</sup>。すなわち現在ドイツにおいては約40万人の売春従事者、その大部分は女性(売春婦)が存在しており、年間の約65億ユーロの取引高に及んでいる。そのような実態に対して売春従事者の法的地位は保護されていなかった。とりわけ民法上公序良俗違反とされ契約自体が無効とされてきたために合意があってもその報酬に対する請求権は認められず、社会保障法・労働法上の保護も受けることができなかった。また憲法上も職業選択の自由との関係についての議論が生じた。この状況に対して特に売春婦の労働組合やSPDおよび緑の党の議員などから批判が提起され、立法の必要性が主張された。その結果1999年に最初の草案が提案され、議会での議論を経て2001年12月20日に「売春従事者の法的関係の規制に関する法律(売春法- Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz - ProstG))<sup>14</sup>が成立し2001年1月1日から施行された。この法律は3条の条文からなるが<sup>15</sup>、その第1条において「事前に合意された対価によ

<sup>12</sup> これに対して返還請求の禁止については古くから批判も存在していた。例えば、当時のイエズス会の腐敗したモラルに対する批判者として知られる *Pascal* はローマ法上の返還請求禁止を殺し屋などに権限を認める „*décision horrible*“ であるとしてこの原則を批判していた (*Pascal, Lettres a un provincial, 8me lettre (Paris 1889), p. 112.*) が、*Honsell* はそれは決して授權規定ではなく誤解であり、今後もドイツ民法817条第2文の規定は維持すべきであるとしている (*Honsell* 前掲書注) S.154)。Vgl. *ders.*, Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JZ 1975, 439

<sup>13</sup> Vgl. *Laskowski*, Die Ausübung der Prostitution - ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf iS des Art. 12 I GG, S. 80 f., S. 91 Fn. 240; BT-Drucks. 14/5958, S. 1, 4 (Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, angenommen durch BT-Beschluss vom 19. 10. 2001, BR-Drucks. 817/01; BT-Drucks. 14/4456, S. 5 (Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion der PDS); VG Berlin NJW 2001, 983, 987; *Wesel* NJW 1999, 2865, 2866; 犯罪学的な文献としては *Gleiß*, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, (Kriminologische und sanktionsrechtliche Forschungen, Bd. 10), 1999; *Kühne*, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, ZRP2001, 383

<sup>14</sup> BGBl. I S. 3983. この法律の実務に与える影響を包括的に論じた著書として *Gräfin von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution: Das ProstG und seine Auswirkungen, 2004 がある。

<sup>15</sup> 原文は以下のとおりである。

§ 1 [Rechtswirksame Forderung]

1 Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. 2 Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.

§ 2 [Abtretung der Forderung; Geltendmachung]

1 Die Forderung kann nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. 2 Gegen eine Forderung gemäß § 1 Satz 1 kann nur die vollständige, gegen eine Forderung nach § 1 Satz 2 auch die

って性行為が行われた場合には、この合意によって法的に有効な債務が成立する。」と規定し、この法律の成立によってもはや売春契約自体は公序良俗違反で無効とはされなくなった。このことから刑法においても現在では、以前に盛んに議論された公序良俗違反の契約に基づく行為としての売春関係詐欺罪の議論は実務的意義を失ったとして、それに関する記述自体が削除された教科書すらある。しかし日本においてはまだ売春に関する法的議論は、その内容的当否は別としてドイツの売春法成立以前の状況に対比できる状況であり、その刑法上の議論を参照する意義は失われていない。したがって以下においては、売春法成立以前のドイツ刑法における議論を紹介する。

### 3 ドイツにおける刑事判例の状況

ドイツの判例は伝統的にこの問題を、違法または公序良俗違反の法律行為に関する詐欺罪における損害概念の問題として位置づけてきた。戦前の RG の判例は有名な堕胎薬販売事例において経済的財産概念を採用し、違法な取引においても純粹に経済的な利益の侵害があれば詐欺罪においても損害が認められるとした<sup>16</sup>が、戦後の BGH の判例もその立場を基本的に踏襲した。リーディング・ケースとされるのは 1951 年のいわゆる「旋盤事件 (Drehbank-Fall)」判決である。その判決の紹介に続けて、私の知る限り 10 件ある戦後の売春関係詐欺 (一部強盗・恐喝をも含む) に関する OLG・BGH の公刊判決<sup>17</sup>の中から理論的に重要と思われる判例の紹介を行い、全体的な検討を行う。

---

teilweise Nichterfüllung, soweit sie die vereinbarte Zeitdauer betrifft, eingewendet werden. 3Mit Ausnahme des Erfüllungseinwandes gemäß des § 362 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Einrede der Verjährung sind weitere Einwendungen und Einreden ausgeschlossen.

§ 3 [Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts]

Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen.

なお、本法に関する注釈としては Müko-BGB- *Armbrüster*, 4. Aufl. 2003 ProstG §§ 1 ff.

<sup>16</sup> RGSt 44, 230. この判決については林幹人・財産犯の保護法益 (1984 年) 117 頁以下に紹介がある。

<sup>17</sup> 判決年月日順に整理すると、①BGH1953年5月7日判決 (3 StR 485/52) =BGHSt 6,377;②BGH1953年10月9日判決 (2 StR 402/53) =BGHSt 4,373;③OLG Hamburg1966年6月8日判決(1 Ss 97/65), NJW 1966, 1525; ④OLG Köln 1972年4月11日判決(Ss 13/72), NJW 1972, 1823;⑤BGH1974 年6月11日決定(4 StR 83/74), MDR/D 1975, 23; ⑥OLG Karlsruhe 1975年12月18日判決(1 Ss 343/75),NJW 1976, 904; ⑦OLG Saarbrücken 1975年10月16日判決(Ss 55/75), NJW 1976, 65;⑧BGH1987年4月28日判決(5 StR 566/86), JZ 1987, 684 = NStZ 87, 407 = JR 1988, 125 mit Anm. Tenckhoff = StV 1987, 485 mit Anm. Barton;⑨BGH1988年12月20日判決(1 StR 654/88), wistra 1989, 142; ⑩BGH2002年2月21日決定(4 StR 578/01), NStZ 2002, 481

(1) BGH1951年11月25日判決(4 StR 574/51) = 「旋盤事件(Drehbank-Fall)」<sup>18</sup>

【事案】KとCは共同で旋盤(Drehbank)を盗んだ。Kは、ある会社にこの旋盤を4200DMで売り、仲介者に仲介料400DMを支払った。その結果Kの手元には3800DMが残った。ところがCには3800DMではなくて3000DMしか残らなかったと欺き、その半分の1500DMのみを渡した。結局、Kは2300DMを手に入れた。LG Dortmundは、KにCに対する詐欺罪の成立も認めた。

【判旨】BGHは、RG(RGSt 44, 230 ff)の経済的財産概念に依拠し、盗犯の無効な債権であっても事実上の財産的価値があれば財産といえ、財産性を否定する見解にたいしてはそれは公共の法的安全(allgemeine Rechtssicherheit)の保障という観点を看過し、その様な行為を処罰しないことは犯罪者に対して倫理的弱さを持つ者の集団の中に被害者を探す sich seine Opfer in den Kreisen der sittlich schwachen Personen zu suchen 契機になってしまうとして(RGSt 44, 248f)、詐欺罪による処罰を肯定した。

(2) BGH1953年5月7日判決(3 StR 485/52)<sup>19</sup>

【事案】被告人Aとその随伴者Bは売春婦Cと5マルクで性交することを約束し、まずBがCに5マルクを渡して、ある廃屋の地下室で初めにBが、続いてAがCと性交をし、5マルクを支払った。しかしAはそのような場所での性交を不快に思い、ボールペンを武器にしてCへの支払を拒否し、二人の払った10マルクをCから取り返した。LG Kasselは、この行為は民法138条1項により良俗違反で無効であることから、強盗の既遂ではなく未遂のみが成立するとしたが、検察側から上告がなされた。

【判旨】原因行為の良俗違反・不法性は、いわゆる無因性(sog. abstrakter Charakter)により所有権移転の無効性と結びつかず、民法929条により所有権はCに移転しており、強盗の未遂ではなく既遂が成立する。

(3) BGH1953年10月9日判決(2 StR 402/53)<sup>20</sup>

【事案】両被告人は売春宿で売春婦に性交後、偽札で支払った。この偽札は、被告人Wが偽造し、被告人Hもそれが偽札であることを知っていた。LG Bremenは、両被告人を詐欺罪で有罪とした。これに対して上告がなされた。

【判旨】売春婦には財産的損害は認められない。法的にみて「性交には金銭に換算されるべき価値はない(kein in Geld zu verschlagender Wert)」。性交は売春婦にとっても売春客にとっても財産的利益ではない。この理由から売春婦の売春客に対する合意した報酬への

---

<sup>18</sup> BGHSt 2,364. この判決については林幹人・前掲書 121 頁に紹介がある(「純粹経済的財産説の論理が端的に表現されている」とする)。

<sup>19</sup> BGHSt 6,377

<sup>20</sup> BGHSt 4,373. この判決については林幹人・前掲書 121 頁以下に紹介がある。

「請求権」は、良俗違反の法律行為によって得られた利益と同じではない。従って被告人には、BGHSt 2,364 ff (上述(1)判決) の原則によっても詐欺罪は成立しない。

(4) OLG Köln 1972 年 4 月 11 日判決<sup>21</sup>

【事案】被告人は、あるトルコ人労働者 (Gastarbeiter) に 20 マルクの売春婦を紹介すると欺罔し、15 マルクの仲介料を支払わせた。

【判旨】被告人は詐欺罪で処罰される。なぜならば刑法 263 条は、欺罔によって惹起された法的に保護された財産に関する処分のみを保護しているのではなく、むしろ欺罔によって禁止されたまたは良俗違反の法律行為において自己侵害 (Selbstschädigung) の契機を与えられた者もまた保護しているからである (BGH, 9. Oktober 1953, 2 StR 402/53, MDR 1954, 53 参照)。

(5) OLG Karlsruhe 1975 年 12 月 18 日判決<sup>22</sup>

【事案】被告人は、売春婦への報酬の先払いとして被害者から 50 マルク札を取得したが、その方法が、被告人の欺罔によって被害者が自ら手渡したのか、被害者が望む性交の態様が可能かどうか分からなかったので 50 マルク札を渡そうかどうか躊躇していたところを、被告人が領得の意思をもってそれを奪取したのかのいずれかであると事実認定され他のために、詐欺罪と窃盗罪の択一的認定による有罪判決が可能かどうか問題となった。

【判旨】OLG は被告人に対して詐欺罪と窃盗罪の択一的認定による有罪判決が可能であるとしたが、その際、詐欺罪の成否については、前掲 (4) 判決などを引用して、売春料金の前払いが良俗違反であることは、263 条の意味における財産的損害性を否定する理由にはならないとした。

(6) BGH 1987 年 4 月 28 日判決 (5 StR 566/86) <sup>23</sup>

【事案】被告人 (男性) は 4 人の路上売春婦 (Prostituierte des Straßenstrichs) とオーラルセックスと 2 件については性交を相当な金額の対価の約束の上、行わせたが、その支払いをしなかった。被告人はそれを、最初から意図していた。原審の LG は詐欺罪で被告人を有罪とした。

【判旨】これに対して上告審の BGH 第 5 刑事部は、原審を破棄した。「売春婦に合意した報酬をごまかした者は、詐欺罪を犯していない (Wer eine Prostituierte um den vereinbarten Lohn prellt, begeht keinen Betrug.)。これは BGH が既に BGHSt.4,347 [上述 (3) 判決] において明らかにしている。この結論は LG の見解に反して維持されるべき

<sup>21</sup> OLG Köln NJW 1972, 1823.

<sup>22</sup> OLG Karlsruhe NJW 1976, 904.

<sup>23</sup> BGH JZ 1987, 684 = NStZ 87, 407 = JR 1988, 125 mit Anm. Tenckhoff; Barton, StV 1987, 485

である。自己の労働力を、役務 (Dienstleistungen) の提供のために投入する可能性は、それがそれが通常有償でのみその給付がもたらされる場合には、刑法263条の意味における財産に属する (RGSt.68,380)。しかし禁止された又は良俗違反目的の給付についてはそうとはいえない (Schönke/Shröder/Cramer, StGB 22.Aufl. § 263 Rdn. 97)。もし刑法が詐欺構成要件の枠内で、禁止された又は良俗違反の法律行為から導かれた無効な請求権を保護するならば、他の法秩序との矛盾を生じるであろう。売春は今日の見解によれば通常良俗に違反する (BGHZ 67, 122 ff.)。それゆえ売春婦の性的給付により約束された又はその他の報酬を受け取る期待は、刑法的保護を受けない。売春婦が対価として既に受け取ったものは保護される。それ以上の刑罰化の契機は存しない。」

(7) BGH2002年2月21日決定 (4 StR 578/01) <sup>24</sup>

【事案】売春を行った相被告人 G は、被告人 W に 2001 年 2 月に真実に反して商人 K が性的行為の反対給付として約 20000 マルクの債務を負い、その支払いを拒否しているかのごとく見せ掛けた。G の提案により、両者は K を倉庫に呼び出し、その「債務」を脅して取り立てようとした。被告人は、とりわけゴム製の棒 (Gummiknüppel) で数回殴りつけ、さらに暴行させることを恐れた K をして所持していた装飾品と 1300 から 1500 マルクの現金を交付させた。さらに口座から現金を下ろさせるために W と G は、K を中央郵便局まで連れて行った。しかし K はその郵便局で業務窓口 (Bedientheke) の後ろに逃げ込んだ。原審の LG Dortmund は被告人 W を恐喝的人身奪取罪<sup>25</sup>と強盜的恐喝罪の観念的競合を認め、3 年の自由刑で有罪とした。

【決定要旨】上告に対し、BGH は、恐喝においては財産的利益の違法性は規範的構成要件要素であり (BGHSt 4, 105; BGH NStZ-RR 1999, 6; BGH StV 2000, 79 参照)、(少なくとも未必的) 故意の認識の対象であるとし、その錯誤は、刑法 16 条 1 項 1 文の意味における構成要件の錯誤である (BGH StV 2000, 79 参照) とした。被告人は、売春関連の環境に長年いたので、たとえそれが通常の道德観念からは違法だとされているとしても法的に有効な請求権があると認識していた可能性がある。確かに行為時にはまだ売春法は施行されていなかったが、その内容は既に BGH の第 3 民事部などによって認められていた (BGH 第 3 民事部 2001 年 11 月 22 日判決 in: NJW 2002, 361 及び連邦財務裁判所の 2000 年 2 月 23 日判決 in: NJW 2000, 2919; 連邦行政裁判所の 2001 年 9 月 18 日判決 in: DVBl 2002, 54) ので、このような状況においては、被告人が適法な請求権に基づくものであると考えており、要求している財産的利益は違法でないとしていた (BGH StV 2000, 79, 80 参照) 可能性は否定できず、構成要件の錯誤ににより恐喝の故意が否定される可能性があるとして原審の有罪判決を破棄して差し戻した。

<sup>24</sup> BGH, NStZ 2002, 481

<sup>25</sup> この規定については萩原由美恵「我が国における略取・誘拐罪の一考察 (二・完)」上法 47 卷 1 号 84 頁以下参照

以上の売春法成立前のドイツの判例においては、Gräfin von Galenの整理<sup>26</sup>に従えば、①売春客側の売春者に不利な詐欺(Betrug zum Nachteil der Prostituierten)についてはBGH(上述(3)判例)の「性交には金銭に換算されるべき価値はない」という原則により、売春者側の対価を請求する権利は刑法的に保護された財産権ではないので否定されるが、②売春者側の既に対価を支払った売春客に不利な詐欺(Betrug zum Nachteil des Kunden)は、BGHの依拠する経済的財産概念(前掲(1)判例)により民法の817条により返還請求権はないとしても刑法上の財産であることは否定されないため詐欺罪は肯定されてきたのである。注目されるのは売春法にも言及している最後の(7)判例であるが、既に売春法の施行以前から、売春対価の請求権は有効であった可能性を示唆しており、いずれにせよ売春法の施行後は、そのことを前提として有効な請求権があるとすれば、その反面支払いを受けたのに売春行為を欺罔によりなさなかった場合は詐欺罪の成立の余地があろう。現在では、この①と②の両者の不均衡は存在しないといつてよい。

#### 4 ドイツにおける学説の状況

ドイツにおける学説上の議論は、「禁止された法律行為」や「法または良俗違反の労務給付」と詐欺罪の関係の問題として売春関係詐欺を位置づけている。Kindhäuserは、さらに学説を①欺罔行為、②処分行為及び③損害概念に位置づけるものに分類している<sup>27</sup>。通説は、判例と同じくこの問題を損害概念の文脈で議論しているため、売春婦側の詐欺(いわゆるDirnenbetrug)と売春客側の詐欺(いわゆるFreierbetrug)について問題となる損害概念に関する議論をまず見ておこう。まず第一に問題となるのは純粹経済的財産概念の評価の問題である。これに関して売春婦側の詐欺については、判例と同様に売春客に損害を肯定するの見解と損害を否定する見解が対立していた。逆に売春客が売春婦を欺罔して売春料金を支払わなかったという場合は判例は売春婦側の損害を否定しているが、学説はこれに賛成する多数説と、この場合にも損害を肯定する少数説に分かれていた。この文脈で興味深い論文としてRenzikowskiの「(刑)法方法論的問題としての評価矛盾」<sup>28</sup>がある。この論文でRenzikowskiは、英米を含めた哲学的議論を幅広く参照して、価値判断についても理性的ディスコースが可能であり、その目的は一般化可能性・論理学の原則に矛盾せず最も広範囲に可能なコンセンサスを得ることであるとして、基本法第3条の平等原則の下、できるだけ評価矛盾を回避する解釈・立法がなされるべきだとし、その例としてこの売春婦詐欺/売春客詐欺の損害概念に関する評価矛盾と故意の嬰兒殺と過失致死の刑の下限の矛盾<sup>29</sup>を挙げている。そして結論的にはそのような評価矛盾を避けるために売春婦詐欺/売春客詐欺は平等に無罪としなければならないとするのである。これに対してTiedemannは、

<sup>26</sup> Gräfin von Galen, 前掲書(注14)S. 131.

<sup>27</sup> Kindhäuser, LPK§263 Rn205

<sup>28</sup> Renzikowski, Wertungswidersprüche als (straf-) rechtsmethodisches Problem, GA 1992, 159

<sup>29</sup> この後者の矛盾については現在では嬰兒殺規定の廃止により立法的に解決されている。

これは決して評価矛盾ではなく、正当な区別だとする<sup>30</sup>。この区別説の論拠は、いかなるものであろうか。それについて Neumann は、「使用価値ではなく交換価値である金銭は、内在的財 (Wirtschaftsgut) としての性質を、それが違法な目的のために投入されたからとして失うわけではない」<sup>31</sup>からだとする。しかし同じ違法な取引への関与者が金銭を支払う側は、保護され、その対価としての役務の提供者は保護されないとするのは、Renzikowski の批判するように評価矛盾であると思われる。さらにこの問題を検討するためには、その位置づけを確定する必要があるだろう。ドイツの通説・判例は、この問題を専ら損害概念に位置づけているが、純粋な経済的損害概念に依拠するなら、目的の違法性は一切考慮すべきでないし、区別説も上述のように評価矛盾を免れないであろう。確かにこの問題を専ら損害概念に位置づければ、Tiedemann や Neumann のいうように金銭的損害と違法な目的のための役務の提供という損害を区別することは可能であろうが、生じた損害の性質のみがこの問題の解決にとって重要なのかについては疑問がある。これに対して Bergmann/Freund<sup>32</sup> は、この問題を処分行為に位置づけた上で、結論的には法的規範秩序によって保護に値する一般的行為自由の行使を基準として詐欺罪の成立を否定している<sup>33</sup>。処分の対象が金銭かそうでないかの違いで、一般的行為自由の行使かどうかは左右されないから、その結論は妥当であろう。しかし処分行為は欺罔行為によって惹き起された錯誤の結果であるからむしろこの問題は、さらにその前段階の欺罔行為に位置づけられるべきであろう。Pawlik は、この問題を違法給付と詐欺関連の真実義務という文脈に位置づけ、欺罔行為性を否定している。法律上禁止された行為の相手方は、真実に適合した情報を得ることを信賴することはできないからである<sup>34</sup>。以下ではこの見解の理由づけをもう少し詳しくみておこう。

Pawlik によれば、被害者はその権利を、心理・身体システムとしてではなく、法的人格として主張する (wahrnehmen)。この法的な主張水平 (Wahrnehmungshorizont) を確定する基準は、自由理論的に正当化されなければならない。この前提の下においてのみ (違背された) 被害者利益が現実の自由の世界への所属性が行為者に対して説得的に理由づけられうる。事後的期待などの行為者に対して外部化された被害者の現実の心理的な状態によって被害者の真実を求める権利の範囲が決定されてはならない。(Frisch<sup>35</sup> や Freund/Bergmann<sup>36</sup> が主張するように) 一般的法的法則 (Rechtsgesetz) によって規範的に拘

<sup>30</sup> LK-Tiedemann § 264 Rn. 138 (11.Aufl., 33.Lieferung, 2000).

<sup>31</sup> Neumann, JuS 1993 746, 749.

<sup>32</sup> Bergmann/Freund, Zur Reichweite der Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften, JR 1988, 189.

<sup>33</sup> Tiedemann は、この問題を処分行為に位置づけることはその解決にはならないと批判する (LK-Tiedemann § 264 Rn. 138)。

<sup>34</sup> Pawlik は、違法な給付に関する期待はできない (Keine Inaussichtstellung einer rechtswidrigen Leistung) とする (Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 146 f.)。

<sup>35</sup> Frisch, Funktion und Inhalt des »Irrtums« im Betrugstatbestand, FS für Bockelmann, 1979, S. 647 ff.

<sup>36</sup> Freund/Bergmann, Betrügerische Schädigung des Auftragsgebers eines Mordes? JR 1991,

束された法的自由の表現として把握されるような、被害者の投入目的や情報の必要性のみが基準となる。行為者が被害者に違法な給付を期待していることを理由として被害者が財産投入を決意した場合は、この前提を満たさず、刑法的に保護に値しない<sup>37</sup>。ここで基準となるのは Bergmann/Freund<sup>38</sup>がいうように、何からの違法があれば自動的に保護を失うのではなく、その法が正に財産投入と結びついた「目的」(Zweck)を否認しているかどうかである。したがって給付の一定の態様のみを禁止しようとしているものや、警察秩序的利益を追求する法的禁止の場合には直ちに被害者が(真実を求める)権利を失うとはいえない。これに対して公務員に違法な行為を行わせる期待とか、殺し屋に対する信頼等は保護されないのである<sup>39</sup>。

以上の考察によれば、法が売春という財産投入に結びついた「目的」を否認しているとすれば、公務員に違法な行為を行わせる期待とか、殺し屋に対する信頼と同様に売春代金の支払いやその代金の反対給付としての性交への期待は保護されないのである。しかし現在のドイツ法は売春という目的自体は否認していないことは、売春法の成立によって明らかとなった。従って現在のドイツの法状況においては Pawlik 説に拠っても詐欺罪の成立は肯定されることになろう。

## 5 日本法における議論

このような状況にあるドイツの学説とは異なり、日本の学説においては、売春客側の詐欺については否定説も有力であるが、売春婦側の詐欺について否定説は、現在ではほとんど見られないのが現状である。しかし、中山講演でも指摘されているように、同種の事案について、詐欺罪を不成立とした下級審判例<sup>40</sup>が存在していたこと、およびそれを支持する見解(井上正治)もあったことに注意する必要がある。その理由づけとしては、金員の交付が不法原因給付に基づき民法上の返還請求権がない以上、財産上の損害がないとして無罪とされていたこと注目される<sup>41</sup>。しかし、結論的には、これらの下級審の無罪判決は控訴審

---

357.

<sup>37</sup> Pawlik, 前掲書(注 34) S. 147 注 32 に同旨の学説(主な論者として①Bockelmann、②Samson/Günther、③Maiwald、④Bommer、④Cadus、⑤Ellmer、⑥Fischer、⑦Merkel、⑧Binding、⑨Geerds、⑩Hegler、⑪Kohler、⑫Kohlrausch、⑬Samson、⑭Seelmann、⑮Schünemann 等)および反対説(①Lackner、②Tröndle、③Arzt/Wber、④Blei、⑤Haft、⑥Liszt/Schmidt、⑦Rengier、⑧Triffterer、⑨Welzel、⑩Wessels、⑪Hartmann、⑫Hillenkamp、⑬Hirschberg、⑭Otto、⑮Bruns、⑯Dölling、⑰Grünhut、⑱Tenckhoff 等、数的にはこちらが多数説)の包括的文献リストがあるのでそれを参照。

<sup>38</sup> Bergmann/Freund, Betrügerliche Schädigung des Auftraggebers eines Mordes? JR 1991, 357.

<sup>39</sup> Freund/Bergmann, JR 1991, 357?.

<sup>40</sup> 福岡地小倉支判昭和 31・6・18 判時 87 号 27 頁など。田山・前掲(注 2) 186 頁以下参照。

<sup>41</sup> 井上正治「不法原因給付と詐欺・横領」判例に現れた財産犯の理論(1965年) 172 頁。中山教授も「たしかに、雇い主には返還請求権を認めないだけで売春婦の方は詐欺罪で処罰するというのはバランスを失するという問題があり、いわゆる売淫料の支払いを欺罔行

で破棄され、現在では中山説を含め、詐欺罪が問題になる場面では、本件でも売春婦の側から話を持ちかけているという点で、不法原因を自らが作り出すという構造になっており、欺罔行為者の方に事態の進行に関してイニシアティブがあるので、詐欺罪の場合には、たとえ不法原因給付であって返還請求権が否定される場合であっても、なお犯罪の成立する余地があるといわざるを得ないとされ、詐欺罪の成立が肯定されているのである。これと同様にいわゆる詐欺賭博や最近話題になっている殺人請負ネット詐欺事例においても詐欺罪の成立については当然視されている<sup>42</sup>。ここで問題となるのはこの論点の位置づけであるが、それがドイツの通説のように損害概念の問題だとすると、それが、その原因になったイニシアティブの違いによって異なってくるとするのには疑問がある。損害はあくまで結果であり、原因になったイニシアティブの違いを評価するとしても、それはその前の段階に位置づけられるべきだからである。やはり、ここにおいても欺罔行為の存否とその前提となる詐欺関係の真実義務が問題となろう。その判断において前述のPawlik説に従えば、日本法が売春という財産投入に結びついた「目的」を否認している場合には、公務員に違法な行為を行わせる期待とか、殺し屋に対する信頼と同様に売春代金の支払いやその代金の反対給付としての性交への期待は保護されないのである。現在の日本法は、少なくとも建前としては売春という目的自体を否認している。従ってその代金の反対給付としての性交への期待は保護されないと解釈せざるを得ず、詐欺関係の真実義務の存在を前提とした欺罔行為の存在は否定されるのである。確かに実態としては、いわゆる風俗産業において売春行為が行われていることは公知の事実である。売春目的自体が否認されているのではなく、風俗営業法の規制の範囲内で事実上容認されているとも考えられるかもしれない。しかしこのような建前と実態が乖離した制度は、法的にみて望ましくないであろう。風俗営業法の枠内で事実上容認されている売春行為において、売春客側が対価支払いを拒否できるかという問題も生じよう。ドイツの売春法のような立法により、売春従事者の法的関係を明確化することが望ましいが、現在の法的状況においては売春防止法で成立によって売春目的自体が禁止されていると解さざるを得ない以上、欺罔行為の前提となる詐欺関係の真実義務の存在は否定せざるを得ないのではないだろうか。被害者の側も法的に禁止されている売春目的行為に関与しているということは認識している以上、その違法で法的に無効な対価の支払いについての真実請求権は、双方ともに認められないと解さざるを得ないのではないだろうか。売春と同様に賭博についても問題があろう。これらの領域においては、詐欺罪による（部分的）処罰による対処よりも、より根本的に法制度自体を見直すことが必要であろう。いずれにせよ売春関係詐欺に関する最近の有力説のように売春客側の

---

為で免れた客には詐欺罪を否定するということになる」と、売春婦に酷ではないかという批判にも理由があるように思われ」る（中山・前掲注1）3頁）とされており、前述のRenzikowskiの批判と同様の考慮が既に日本でなされていたことは興味深い。

<sup>42</sup> 中山教授も「売春婦の事例でも、違法性や責任の程度が低いとはいえ、詐欺罪の成立自体を否定することは、かなり困難だといわざるを得ないように思われ」る（中山・前掲注）3頁）とされる。

対価不払いにのみ詐欺を否定するのは、井上正治博士が指摘されていたように、不当であり、現行法が売春目的自体を否認していると考えれば、両者共に詐欺罪の成立を否定すべきであろう<sup>43</sup>。そして詐欺的に重要な欺罔行為が欠けることが、その根拠とされるべきなのである。

---

<sup>43</sup> もちろん民法上の学説がドイツのように、売春契約も基本的に公序良俗に違反せず、有効であるというコンセンサスが日本でも形成されるなら、状況は異なり現在のドイツ法と同様に両者とも詐欺罪で処罰することは可能となろう。

## **Wie und was schützt das Strafrecht?**

### **Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung.**

von *Günther Jakobs*, Bonn

#### **I. Überblick**

Der etwas umständliche Titel meines Referats resultiert aus dem Bemühen, in ihm zwei verwandte, aber zur Zeit meist getrennt abgehandelte Probleme zu verbinden, nämlich erstens die üblicherweise so genannte Frage nach den Strafzwecken und zweitens diejenige nach dem Schutzzweck des ganzen *Strafrechtsbetriebs*. Der auszubreitende Gedankengang lautet als Skizze wie folgt: Die Tat bedeutet eine Auflehnung gegen die Norm, und die Strafe weist diese Auflehnung zurück; zugleich beseitigt sie durch den Strafschmerz die Gefahr einer allgemeinen Erosion der Normgeltung: Man nennt das *positive Generalprävention*. Dieses Ergebnis des ersten Teils zeichnet dasjenige zum zweiten Teil bereits vor: Es geht um Normgeltungsschutz. Zur weiteren Begründung wird dargelegt, daß die Rechtsgüterschutzthese mit ihrem Ausgang bei einem Gut falsch ansetzt; denn das Recht ist eine Beziehung zwischen Personen und allenfalls dadurch vermittelt auch zu Gütern.

#### **II. Widerspruch und Prävention**

##### **A. Abstraktes Recht**

Wer sich in der Welt zurechtfinden will, muß ihre Regeln kennen, und das in einem doppelten Verständnis: einmal die Regeln der Natur sowie der Logik und Mathematik, und zudem die Regeln, besser: die Normen, der Gesellschaft. Die Grenze zwischen der natürlichen Welt, wie ich den Bereich der Natur nebst der Logik und der Mathematik kurzerhand nenne, und der gesellschaftlichen Welt liegt nicht ein für allemal fest - davon wird noch in einem Vortrag zur subjektiven Tatseite gehandelt werden -, aber ein für allemal liegt sehr wohl fest, wie Enttäuschungen in der einen Welt oder der anderen Welt verarbeitet werden. Läuft die natürliche Welt nicht so, wie es sich ein Mensch ausgedacht hat, so liegt dieser Mensch mit seiner Prognose eben falsch; er hat die Naturgesetze nicht richtig gekannt, vielleicht auch die Komplexität der Situation falsch eingeschätzt, vielleicht sich verrechnet, vielleicht ist ihm ein Fehler beim Versuch des logischen Schließens unterlaufen - wie dem auch sei, er muß es zukünftig besser machen, muß umlernen, notfalls Situationen, die er nicht beherrscht, zu meiden trachten. Beispielhaft, wer bei drohendem Sturm weit ins Meer hinausschwimmt und dann auch prompt in eine prekäre Situation kommt, wird, so er die Angelegenheit überhaupt überlebt, das nächste Mal die Wetterlage genauer prüfen oder auf weites Hinausschwimmen sogar völlig verzichten. - Solche Erwartungen, deren Enttäuschung durch eine Verbesserung des kognitiven Materials verarbeitet wird - man hat dazugelernt -, heißen kognitive Erwartungen. Der klassische Fall einer oft enttäuschten kognitiven Erwartung ist die selbst erstellte langfristige Wetterprognose: Man hat die Komplexität der Situation unterschätzt; man muß eben noch eine ganze Menge mehr wissen, um verlässliche Voraussagen geben zu können.

Anders verhält es sich in der gesellschaftlichen Welt: Soweit die Personen durch Normen gebunden sind - nach modernem Verständnis gehört dazu auch die Fähigkeit, Normen zu befolgen -, richtet sich an sie die Erwartung normgemäßen Verhaltens; aber diese Erwartung, die normative Erwartung genannt wird, wird im Fall der Enttäuschung nicht preisgegeben, es wird nicht umgelernt, vielmehr wird an der Erwartung festgehalten und das falsche Verhalten des Normbrechers als maßgeblicher Grund der Enttäuschung thematisiert. Beispielhaft, wer grundlos körperlich verletzt wird, begnügt sich nicht damit, demnächst vorsichtiger sein zu wollen, sondern wird auf seinem Recht beharren, nicht verletzt zu werden, wird also den Täter als Grund seiner Enttäuschung kennzeichnen und dessen Bestrafung und das heißt: die Bestätigung seiner Erwartung, verlangen.

Nun könnte man einwenden, die Bestrafung sei doch auch eine kognitive Art und Weise der Erledigung; denn der Täter selbst und potentielle weitere Täter würden abgeschreckt, so daß man mit dem Unterbleiben weiterer Taten rechnen könne. Solche und ähnliche Überlegungen spielen bei der staatlichen Strafe gewiß mit, bilden aber nicht deren Anfang. Abschrecken kann man jedes Lebewesen, das dressurfähig ist, nicht nur schuldhaft handelnde Täter, sondern auch Kinder, seelisch kranke Menschen oder geistig zurückgebliebene, zudem manche Tiere, etwa Hunde. Wenn Strafe nur Dressur durch Schrecken wäre, was sollte dann das Schuldprinzip, das von jedem kultivierten modernen Strafrecht berücksichtigt wird?

Das Schuldprinzip garantiert zweierlei, nämlich erstens, daß die Tat nicht als Zufall oder Schicksal zu deuten ist, sondern als Werk, Artefakt, einer Person, und zweitens, daß diese Person kompetent ist, in öffentlichen Angelegenheiten mitzureden; kurz und knapp, eine schuldhaft Tat ist eine Weltgestaltung mit Anspruch auf Maßgeblichkeit. Mit dieser Deutung der Tat wird die eigentlich gesellschaftliche Ebene erreicht: Kommunikation; der Täter behauptet mit seiner Tat, die Welt sei so zu gestalten, wie er sich verhält, also gegen die Norm und nicht anders.

Bei diesem Verständnis - die Tat wird nicht wie eine Bedrohung durch die Natur, sondern spezifisch gesellschaftlich, als Auseinandersetzung über die Gestalt der Gesellschaft, begriffen, eben als kommunikativer Beitrag -, bei diesem Verständnis also dürfte deutlich werden, daß auch die Strafe noch etwas anderes sein muß als Zwang, als ein Schmerz, nämlich eine Antwort mit dem Inhalt, der Angriff des Täters auf die normative Struktur der Gesellschaft sei unmaßgeblich und diese Struktur behalte ihre unveränderte Gestalt; mit anderen Worten, der Täter behauptet, an den kommunikativen Gehalt seines Verhaltens könne angeschlossen werden, aber die Bestrafung stellt klar, daß dem nicht so ist. Beispielhaft, der Totschläger erklärt durch seine Tat, auch ein Töten sei - *sit venia verbo* - gesellschaftsfähig, aber die Strafe bedeutet, dem sei eben nicht so. Mehr noch, schon indem eine Straftat auch nur verfolgt wird, zeigt sich, daß die bisherige Gestalt der Gesellschaft erhalten bleiben soll, ja schon die bloße Bezeichnung einer Straftat als Straftat bedeutet ihre kommunikative Marginalisierung; eine Verständigung über die normative Struktur der Gesellschaft kann also auch ohne verhängte Strafe, ohne Schmerz, stattfinden.

Freilich ist eine bloß durch Bezeichnung erfolgende Verständigung über die normative Struktur der Gesellschaft eine flüchtige Sache, und solches mag nicht genug sein gegen eine Tat, die sich nicht in irgendeiner bloßen Behauptung gegen die Geltung einer Norm erschöpft, sondern den geltungsverletzenden Akt auch vollzieht und in dem Sinne objektiviert (übrigens fällt diese Objektivierung beim Versuch schwächer aus; das ist der Grund für die Möglichkeit,

eine Versuchsstrafe zu mildern). Vielmehr muß auch die geltungsbestätigende Antwort objektiviert werden, und zwar auf Kosten des Täters, da dieser der Gesellschaft für den zugefügten Normgeltungsschaden Ersatz schuldet, und die Kosten werden dem Täter auferlegt, indem ihm Entfaltungsmittel weggenommen werden - alle: bei der Todesstrafe; zeitweise die meisten: bei der Freiheitsstrafe; einige: bei der Geldstrafe. Es ist das durchaus Eindrucksvolle an der Talion, der artgleichen Vergeltung, wie sie noch Kant (MdS, Akad.-Ausg. S.332ff) vertreten hat, daß - zumindest dem Gedanken nach - die Objektivierungen von Tat und Strafe genau gleich ausfallen.

### ***B. Rechtlichkeit und Wohl***

Nun denkt seit Hegels Spott über spiegelnde Strafen - Aug= um Aug=, Zahn um Zahn, wobei man sich vollends den Täter als einäugig oder zahnlos vorstellen kann (Rechtsphilosophie § 101 Anm.) niemand mehr ernsthaft an Talion, und deshalb stellt sich dringlich die Frage, wie denn die Strafhöhe bestimmt werden soll. Eine Antwort läßt sich allein mit den hier bisher entwickelten Gedanken nicht geben; denn diese Gedanken beschränken sich noch auf rein abstrakte Bedingungen der Rechtlichkeit: Normen werden zurechenbar gebrochen, und Normgeltung wird durch Strafe bestätigt - ein bloß formaler Zusammenhang. Zu seiner Erweiterung, Materialisierung, ist zunächst die normative Erwartung genauer zu untersuchen, also diejenige Erwartung, deren Enttäuschung nicht durch Umlernen, sondern durch Zurechnung zu einem Normbrecher erledigt wird. Allein als normative Erwartung ist sie in aller Regel nicht praktikabel; denn Personen brauchen nicht nur die Gewißheit, im Recht zu sein, sondern auch diejenige, mit ihren Interessen, ihrem Wohl, zumindest einigermaßen durchzukommen. Beispielhaft gesprochen, wenn in einer verrufenen Gegend die Wahrscheinlichkeit hoch ist, überfallen, beraubt, verletzt, vielleicht sogar getötet zu werden, wird man diese Gegend nach Möglichkeit meiden, auch wenn im Fall einer solchen Tat diese dem Täter zugerechnet und dem Opfer damit bestätigt wird, zu Recht eine normative Erwartung gehegt zu haben.

Alle normativen Gebilde bedürfen im großen und ganzen einer kognitiven Untermauerung; ansonsten sind sie eben nicht wirklich, sondern nur an sich, dem Begriff nach, vorhanden. Der größte Normativist des vergangenen Jahrhunderts, Hans Kelsen, begreift den Staat als „im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung“ (RR, 2.Auflg., S. 205 u. passim); ein nur gedachter Staat ist eben kein wirklicher Staat. Oder, die Person im Recht, also die Trägerin von Pflichten und Rechten, kann nur als Person behandelt werden, wenn sie sich im großen und ganzen pflichtgemäß benimmt; führt sie sich permanent wie ein Teufel auf, so wird sie zum Feind, und das heißt, zur Unperson. Nicht anders verhält es sich mit jeder normativen Erwartung: Sie muß im großen und ganzen kognitiv untermauert sein, wenn sich eine Person auf sie soll einlassen können.

Deshalb ist es nicht damit getan, dem Täter nach seiner Tat durch Strafe zu widersprechen und damit die Gestalt der Gesellschaft zu bestätigen, vielmehr muß auch dafür gesorgt werden, daß die Wahrscheinlichkeit weiterer Normbrüche nicht steigt und daß nicht die um ihre berechtigten Interessen, ihr Wohl, fürchtenden Personen beginnen, an der Wirklichkeit der Rechtsordnung zu zweifeln. Gewiß, eine Norm gilt auch, wenn sie gebrochen wird; schon daß der Normbruch als ein solcher bezeichnet wird, ist ja ein Fall offenbarer Normgeltung. Aber

Normgeltung ist kein Selbstzweck; Personen wollen sich in der Rechtsordnung einrichten und dort ihre Freiheit wie ihr Wohl finden. Das Opfer einer Straftat ist freilich nur dem Begriff nach frei - es ist im Recht -, nicht jedoch wirklich, und ein Wohl läßt sich kontrafaktisch überhaupt nicht verwirklichen. Kurzum, daß Normbrüche sanktioniert werden, genügt zur Erhaltung einer Ordnung per se nicht, vielmehr muß auch die primäre Norm im großen und ganzen befolgt werden. Zur Verdeutlichung: Betrachtet man beiseitsweise die primäre Norm „du sollst nicht töten“ und läßt die sekundäre folgen, „und wenn du es doch tust, sollst du bestraft werden“, so ist es nicht damit getan, daß bei massenhaften Tötungen auch massenhaft gestraft wird; vielmehr darf es zu massenhaften Tötungen nicht erst kommen, wenn die Wirklichkeit des Rechts keinen Schaden leiden soll. Beiläufig, allzu massenhafte Bestrafungen könnten auch schon deshalb nicht vollzogen werden, weil staatlicher Zwang ein Ressource ist, die sich nicht beliebig vermehren läßt. Erodieren die primäre Norm, ist es also aus einem doppelten Grund mit ihrer Geltung vorbei: Niemand kann die normative Erwartung mehr ernstnehmen, und eine regelmäßige Sanktion wird nicht folgen.

Berücksichtigt man diese Notwendigkeit, für die unmittelbare Geltung der primären Norm zu sorgen, so bekommt der Strafschmerz neben seiner symbolischen Bedeutung ein quantifizierbares Gewicht: Er muß so stark sein, daß ein Sich-schuldig-Machen generell als ein Verhalten dargestellt werden kann, bei dem per Saldo mehr Nachteile als Vorteile zu erwarten sind.

Aber wie soll dieser Umgang mit dem Täter ihm gegenüber gerechtfertigt werden? Der Täter ist ja nicht aus dem Rechtsband entlassen, sondern immer noch Person im Recht und darf deshalb - in Kantischer Terminologie (aaO. S. 331) - nicht unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt, sondern muß allezeit als selbstzweckhaft behandelt werden. Kann ihm unter diesen Bedingungen für die Freiheit und das Wohl der anderen ein Strafschmerz zugefügt werden? Die Antwort lautet, die Zufügung des Schmerzes sei möglich, wenn dadurch nur dasjenige ausgeglichen werde, was der Täter durch seine Tat zurechenbar verschlechtert hat, und da er nun einmal ein Beispiel für die Mißachtung von Freiheit und Wohl abgegeben hat, muß er jetzt dafür sorgen, daß dieses Beispiel nicht die Wirklichkeit bestimmt. - Wenn hier soeben formuliert wurde, er selbst müsse dafür sorgen, so durchaus bewußt: Als Person im Recht hat er selbst die Aufgabe, von ihm angerichteten Schaden zu ersetzen. Als einsichtige Person muß er sich der Bestrafung unterwerfen, und deshalb wird er durch die Bestrafung so wenig unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt wie ein säumiger Schuldner im Zivilrecht, gegen den sein Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt.

Es geht also nicht darum, irgendwelche sowieso tatgeneigte Personen durch harte Behandlung des Täters abzuschrecken, und auch nicht darum, den Täter von weiteren Taten abzuhalten, sondern es geht einzig um einen Ausgleich für die vom Täter ramponierte Wirklichkeit der Geltung der primären Norm. Im wohlgeordneten Staat reicht als Ausgleich eine Strafe, die im Blick auf die Schuld allgemein als schon ernsthafte Einbuße verstanden wird; dann gilt deliktisches Verhalten als eine nicht diskutabile Alternative und es stellt sich eine Haltung selbstverständlicher Rechtstreue ein. Man spricht insoweit von positiver Generalprävention, und zwar soll die Allgemeinheit Adressat des Vorgangs sein und in ihrer rechtstreuen Haltung bestätigt werden - deshalb Generalprävention -, aber - und deshalb „positiv“ - nicht durch Abschreckung, sondern durch ein Erlernen von Rechtstreue als selbstverständlicher Haltung. Strafe bedeutet also einen Widerspruch gegen die Bedeutung der Tat, und der Strafschmerz soll eine positive Generalprävention bewirken.

### ***C. Person und Feind***

Aber soll die Strafe nicht auch eine spezialpräventive Wirkung entfalten, mehr noch, hätte die Freiheitsstrafe ihren Siegeszug überhaupt angetreten, wenn der Freiheitsentzug den Täter nicht sicher von Delikten außerhalb des Gefängnisses abgehalten hätte? In nicht wenigen Fällen mag auf der spezialpräventiven Wirkung der Schwerpunkt liegen, aber diese präventive Wirkung gehört zu einem anderen Legitimationszusammenhang als diejenige der positiven Generalprävention. Diese Trennung ist freilich auf den ersten Blick nicht sogleich zu erkennen; denn, so scheint es, der Täter wird ja jedenfalls zu etwas gezwungen, was er rechtens leisten muß: bei der positiven Generalprävention zum Ersatz des angerichteten Normgeltungsschadens und bei der Spezialprävention zu zumindest äußerlich legalem Verhalten. Diese Gleichsetzung verbirgt jedoch eine gewaltige Differenz: Bei der positiven Generalprävention gilt der Strafschmerz einer kompetenten, schuldfähigen Person, gerade nicht einem Kind oder seelisch kranken oder geistesschwachen Menschen; denn an letztere richten sich keine normativen Erwartungen, und deshalb können auch keine enttäuscht werden. Hegel hat das - etwas pathetisch, aber im Kern völlig richtig - dahin formuliert, mit der Strafe werde der Verbrecher „als Vernünftiges“ geehrt (aaO. § 100 Anm.); er wird eben nur bestraft, weil er als Gleicher, als Vollbürger, verstanden wird. Anders verhält es sich bei der vor kommenden Taten sichernden Wirkung durch Einschließung: Sie hängt nicht von der Schuldhafteigkeit der kommenden Taten ab und auch nicht von der Schuldhafteigkeit der zurückliegenden, sondern einzig von der Gefährlichkeit des Individuums. Auch vor gefährlichen Kindern oder gefährlichen seelisch kranken Menschen muß die Gesellschaft geschützt werden, nicht anders als vor gefährlichen Tieren oder Naturgefahren etc.

Bei der spezialpräventiv sichernden Wirkung der Freiheitsstrafe wird der Täter also nicht als kompetente Person begriffen, sondern als Gefahrenherd. Der Sache nach geht es um eine „Strafe“ genannte Maßregel: Sicherungsverwahrung. Ein solcher Umgang mit einem Täter muß nicht illegitim sein. Kant lehrt, daß jeder jeden anderen unter eine bürgerliche Verfassung zwingen darf, um der Ausübung seiner Rechte (seines intelligiblen Besitzes) sicher sein zu können (aaO. S. 256), und sofort erhebt sich die Frage, was mit demjenigen zu geschehen hat, der sich nicht zwingen läßt; Kant gibt auch darauf eine Antwort: Man muß sich von ihm trennen (Zum ewigen Frieden, 2. Abschn., 1. Fn.), und eine solche Trennung geschieht etwa durch Sicherungsverwahrung. Dabei wird der potentiell Gefährliche gerade nicht als Person ernstgenommen - ansonsten gälten ihm normative Erwartungen; an deren Fehlen läßt sich erkennen, daß der Gefährliche insoweit aus dem Bereich der Personen exkludiert worden ist und den Feinden zugerechnet wird.

## **III. Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung**

### ***A. Güter und Rechtsgüter***

Die Frage nach dem Zweck der Strafe läßt sich noch in einem anderen Sinn stellen als dem bislang hier thematisierten: Wem dient der ganze „Strafrechtsbetrieb“? Die heute in Deutschland wohl am meisten verbreitete Antwort lautet: dem Rechtsgüterschutz. Diese Antwort soll nunmehr, im zweiten Teil dieses Vortrags, kritisch beleuchtet werden, wobei das Ergebnis des vorigen Abschnitts, wonach Strafe als ein Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm zu verstehen ist, das hiesige Resultat schon vorzeichnet: Strafe sichert nicht Rechtsgüter und noch weniger repariert sie diese, sondern sie sichert Normgeltung. Allenfalls mittelbar mag ein Rechtsgüterschutz herauspringen.

Mit der These vom Rechtsgüterschutz ist gemeint, es gebe dem Strafrecht vorgehende oder durch das Strafrecht konstituierte Güter - Leben, Leib, Eigentum, aber auch das Funktionieren staatlicher Organe und anderes mehr - um deren Integrität sich das Strafrecht zu kümmern habe. Schon ein flüchtiger Blick auf Güter dieser Art lehrt freilich, daß sie zumeist überhaupt nicht in strafrechtlich relevanter Weise und nicht einmal in rechtlich relevanter Weise verletzt werden - hinzuzufügen ist: zum Glück! -, sondern schlicht durch das Walten der Natur: Menschen sterben an Altersschwäche oder Erkranken durch eine Infektion; Rost zerfrißt Bahnanlagen, Schiffe, Autos; Naturkatastrophen vernichten die Ernte. Handelt es sich bei allen diesen Vorgängen um Rechtsgutsverletzungen?

Selbstredend nicht! Und die Vertreter der Rechtsgüterschutzthese werden erläutern, gemeint sei einzig, das Recht habe einen Schutz der Güter vor menschlichen Angriffen zu gewährleisten, genauer, vor Angriffen von Personen im strafrechtlichen Sinn (Schuldunfähige, also etwa Kinder oder seelisch Kranke, „zählen“ nicht mit). Beispielhaft, eine Grippeinfektion ist eine Gutsbeeinträchtigung, aber ein Fußtritt gegen das Schienbein eine Rechtsgutsverletzung; der Hagelschlag, der ein Feld verdirbt, bewirkt eine Gutsverletzung, aber die Menschenmeute, die es mutwillig zertrampelt, verletzt ein Rechtsgut.

Die Angelegenheit soll noch ein bißchen weiter ausgebreitet werden: Wann ist ein Gut ein Rechtsgut? Die Antwort lautet: Wenn es als Recht des Inhabers ausgestaltet ist. Es gibt keine frei schwebenden, keinem Inhaber zugeordneten Rechtsgüter, sondern nur solche, auf deren Gebrauch ein einzelner oder ein Kollektiv ein Recht hat, und nicht das Gut, sondern der Inhaber ist es, der, weil er ein Recht hat, verlangen kann, daß sein Gut nicht verletzt wird. Mit anderen Worten, das Recht ist kein Schutzwall, der um Güter gelegt wird, sondern es ist eine Beziehung zwischen Personen. Strafrecht als Rechtsgüterschutz kann also nur heißen, eine Person oder die Allgemeinheit als ein gedachtes Kollektiv aller Personen werde in ihrer Beziehung zu einer anderen Person gegen eine Verletzung der Rechte an ihren Gütern geschützt.

### ***B. Positive Pflichten***

Aber auch in dieser Gestalt, scil. von der Ebene der Güter auf die Ebene des Rechts als Beziehung zwischen Personen gehoben, ist die Rechtsgüterschutzthese noch in mehrfacher Hinsicht angreifbar. Zunächst, Güter haben bestimmte Bestandsbedingungen, ohne die sie wertlos oder zumindest gefährdet sind. Beispielhaft, Gesundheit kann nur erhalten werden, wenn es Kliniken gibt, aber auch Polizei, die vor gewaltsamen, verletzenden Überfällen

schützt, und Eigentum ist nur in einem Staat mit einer funktionierenden Rechtsprechung ein gesichertes Eigentum etc. Mit anderen Worten, was die Rechtsgüterschutzthese artikuliert, ist die negative Beziehung, die zwischen allen Rechtspersonen besteht: Niemand darf die Rechte der anderen verletzen. Aber daneben tritt für bestimmte Personen, solche in besonderen Rollen, eine positive Beziehung: Manche müssen auch bei Gefahren helfen, die sie nicht verursacht haben, müssen sich also den Personen solidarisch zuwenden; zu nennen sind etwa Eltern im Verhältnis zu ihren Kindern, die Polizei im Verhältnis zu den Bürgern, der öffentliche Gesundheitsdienst, der Richter bei seiner streitentscheidenden Tätigkeit, und andere mehr könnten angefügt werden. Wenn solche Träger einer besonderen Rolle ihre Pflicht verletzen - Eltern lassen ihr Kind seelisch verkommen, die Polizei verhütet Verbrechen nicht, der Arzt beläßt seinen Patienten in seiner Krankheit, der Richter ist bestechlich - bei solchen Pflichtverletzungen also mögen auch Rechtsgüter verletzt werden, aber das ist nicht der Witz der Angelegenheit, vielmehr wird ein von dritter Seite oder von der Natur angelegter Verlauf zum Schlechten vom Täter nicht gestoppt: Eine Institution, die solidarische Zuwendung leisten sollte, hat sich verweigert, anders formuliert, es geht darum, daß ein Gut, das erst einmal hergestellt werden sollte, nicht hergestellt wird - also nicht die gute Entwicklung eines Kindes, nicht Gesundheit, nicht Durchsetzung des Rechts - kurzum, es geht um Verweigerung solidarischer Zuwendung. Mit Rechtsgüterschutz läßt sich das nur sehr unvollkommen kennzeichnen, und es ist auch bereits zu sehen, wie sich die Angelegenheit besser erfassen läßt, scil. als Rollenbruch, Pflichtverletzung, und damit wird deutlich, was das Strafrecht in einem umfassenden Sinn schützt, scil. nicht Güter, sondern Normgeltung.

Gesellschaft besteht eben nicht nur aus güteranhäufenden Subjekten, sondern kennt positive, zur Zuwendung verpflichtende Institutionen, und in einer entwickelten Gesellschaft bestimmen diese positiven Institutionen die Struktur der Gesellschaft nicht weniger als das Verbot, fremde Güter zu verletzen. Jedenfalls kann Rechtsgüterschutz nicht der Oberbegriff des vom Strafrecht Bezweckten sein; dieser Begriff ist also zumindest theoretisch unzulänglich, ohne daß mit dieser Kritik behauptet würde, der Begriff des Rechtsguts könne nicht bereichsweise, aber eben auch nur bereichsweise, die Struktur der Gesellschaft abbilden.

### ***C. Unerlaubtes Verhalten***

Aber selbst diese Abbildung beschränkter Bereiche fällt ungenau aus. Seit den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts ist bekannt, daß Güter nicht dafür da sind, in musealer Art und Weise verwaltet, sondern im täglichen Leben eingesetzt zu werden (Welzel ZStW 58 S. 491 ff. 516). Wiederum beispielhaft, auch ordnungsgemäßes Autofahren gefährdet Leben und Gesundheit von Insassen wie Passanten und ist doch erlaubt. Wie verträgt sich das mit der Rechtsgüterschutzthese? Die moderne Dogmatik hat, beginnend mit dem Fahrlässigkeitsdelikt, aber mittlerweile das Vorsatzdelikt umfassend, die Lehre vom unerlaubten Verhalten entwickelt, teils auch (zusammen mit der Lehre von der Erfolgszurechnung) „Lehre von der objektiven Zurechnung“ genannt. Ihr Ausgangspunkt ist die Einsicht, daß „verletzen“ etwas anderes ist als „irgendwie eine Verletzung verursachen“, genauer, daß nicht jede Verursachung einer Verletzung auch „verletzen“ bedeutet; so mag, um beim letztgenannten Beispiel zu bleiben, ordnungsgemäßes Autofahren eine Verletzung bewirken, aber es bedeutet nicht „verletzen“.

Die Angelegenheit hängt durchaus mit dem eingangs dieses Referats erörterten Zusammenhang zwischen der Tat als Behauptung und der Strafe als Antwort zusammen, also mit der Deutung der Sequenz von Tat und Strafe als symbolische Interaktion. Die Bedeutung der Symbole wird weder von der Natur hergestellt - also auch nicht per se durch die Ursächlichkeit eines Verhaltens - noch von den jeweiligen Akteuren nach deren Willkür, sondern sie ist ein Produkt der gesellschaftlichen Verständigung. Wiederum beispielhaft, wer versucht, seinen Nachbarn totzuzaubern, agiert für sich selbst tödend, aber für die anderen als Dummkopf, und wer stark betrunken ein Kraftfahrzeug lenkt, mag das für sich als harmlos verstehen, die Gesellschaft versteht es hingegen als gefährlich. Es ist also die gesellschaftliche und in diesem Sinn objektive Bedeutung des Täterverhaltens herauszuarbeiten, ausgehend von folgendem Ansatz: Wenn ein schädigender Verlauf von mehreren Personen verursacht oder nicht gehindert wird, so sind unterschiedliche Zuordnungen der Zuständigkeiten für diesen Verlauf möglich. Abgesehen von dem Fall, daß alle oder einige Personen kumulativ zuständig sind, kann es um folgende, hier nur in aller Kürze zu skizzierende Aufteilungen gehen:

Erstens kann eine Person als einzige ein unerlaubtes Risiko gesetzt haben, während alle anderen im Rahmen ihrer Rollen geblieben sind; die Person ist dann allein zuständig. Beispielhaft, wegen einer Mißachtung des Vorfahrtsrechts durch eine Person kommt es zu einem Verkehrsunfall, bei dem eine andere, ihrerseits korrekt fahrende Person verletzt wird. - Zweitens, es ist gar nicht so selten, daß eine Person ein Vorfahrtsrecht mißachtet, - müßte also das Opfer nicht seienerseits damit rechnen, daß so etwas passiert? Es muß nicht; denn es darf, solange keine besonderen Indizien für das Gegenteil sprechen, darauf vertrauen, daß jedermann seine Pflichten erfüllt: Vertrauensgrundsatz. - Drittens, es ist freilich möglich, daß ein Opfer gegen sich selbst obliegenheitswidrig handelt, eben auf eigene Gefahr. Auch dafür ein Beispiel: Mein stets etwas fahriger Nachbar borgt sich bei mir eine Axt, auf deren besondere Schärfe ich ihn hinweise; er hantiert mit dem Objekt unvorsichtig und verletzt sich, wie ich vorausgesehen hatte. - Viertens und letztlich kann eine Person eine stereotyp harmlose Leistung erbringen, die dann freilich - wie zu erwarten war - von einer anderen Person für deliktische Zwecke eingesetzt wird. Als Beispiel mag der Fall dienen, daß in einem Ausflugslokal der Wirt einem mit dem Auto angereisten Gast eine größere Menge alkoholischer Getränke serviert, der Gast sich danach ans Steuer setzt und einen Unfall verursacht. Dieser Unfall ist das Werk des Gastes und zum Wirt besteht ein Regreßverbot, da es sich bei Alkohol um ein ubiquitär verfügbares Mittel handelt und deshalb die konsumierende Person, sofern sie schuldfähig ist, selbst für die Schadlosigkeit der Folgen des Genusses zu sorgen hat.

Ist niemand zuständig, so bleibt der Schaden am Opfer hängen, dies aber nicht, weil ein Organisationsversagen festzustellen wäre (dann ginge es um das schon erwähnte Handeln auf eigene Gefahr), sondern im Sinne des alten Prinzips „casum sentit dominus“. - Ist eine Person zuständig, weil kein Vertrauensgrundsatz eingreift, das Opfer nicht auf eigene Gefahr gehandelt hat, nicht der Fall eines Regreßverbots vorliegt, vielmehr das erlaubte Risiko überschritten wurde, so bedeutet das Verhalten der Person nach der gesellschaftlichen Semantik „verletzen“; handelt das Opfer auf eigene Gefahr, so bedeutet sein Verhalten „sich selbst verletzen“, so daß das Verhalten der anderen - sofern eine kumulative Zuständigkeit ausscheidet - eben nicht „verletzen“ bedeutet etc.

Die Zuständigkeiten werden demnach nicht über Güter geordnet, sondern über Rollen, also über Beziehungen zwischen Personen (die freilich bereichsweise durchaus auch als Inhaber

von Gütern erscheinen mögen) oder mit anderen Worten, über bestimmte normative Erwartungen, also über Normen, die nicht ihrerseits Güter einzelner Personen sind. Eine soziale Ordnung läßt sich nur in engen Bereichen als eine Güterordnung darstellen, vielmehr handelt es sich generell und diese Bereiche umfassend um eine Ordnung zwischen Personen, bei denen das Gut teilweise, scil. bei den positiven Pflichten, von allenfalls nachgeordneter Bedeutung ist. Strafrecht schützt Normgeltung und nur dadurch vermittelt teils auch Güter.

#### ***D. Dogmatik und Rechtspolitik***

Gegen diese Aussage wird von den Vertretern der Rechtsgüterschutzthese eingewendet, sie bleibe, was die Norm angeht, formal und beraube sich so jeder kritischen Potenz, dies insbesondere im Blick auf die in wohl allen entwickelten Rechtsordnungen immer mehr zunehmenden, für ein interventionistisches Strafrecht typischen abstrakten Gefährdungsdelikte. Dieser Einwand verwundert; denn wenn es um Rechtsgüterschutz gehen soll, ist nichts effektiver als ein möglichst frühzeitiges Zugreifen. Gerade abstrakte Gefährdungsdelikte können mit dem Gedanken des Güterschutzes verbunden werden; man denke an das Verbot, in Trunkenheit ein Kraftfahrzeug zu führen - dieses Verbot schützt Leben, Leib und Eigentum.

Weiteres kommt hinzu. In einer freiheitlichen und anonyme Kontakte ermöglichenden Gesellschaft kann der Gesetzgeber den Bürgern nicht jeden Handgriff vorschreiben - dann wäre die Gesellschaft weder freiheitlich noch ermöglichte sie anonyme Kontakte -, vielmehr kann er ihnen nur ein Ziel vorgeben (etwa: nichts zu tun, was „töten“ bedeutet) und sie ansonsten die Wege zum Ziel dezentral suchen und beschreiten, kurzum die Zielerreichung dezentral verwalten lassen. Nun haben die Bürger individuell von der Bedeutung ihres Verhaltens ganz unterschiedliche Vorstellungen; so ist etwa für den jugendlichen Draufgänger ein Tempo im motorisierten Straßenverkehr noch völlig „normal“, das eine risikobewußte Person bereits als deutlich „unfallgeneigt“, also „verletzend“ einstuft. In einer anonymen Gesellschaft - man denke an den Straßenverkehr - ist es unmöglich, die individuelle Risikoeinschätzung dessen, der jeweils begegnet, zu erkennen und sich darauf einzustellen. Beispielhaft, niemand kann wissen, bei welchem Gehalt an Blutalkohol ein entgegenkommender Kraftfahrer sich individuell noch für fahrfähig hält. Bei dieser Lage muß der Gesetzgeber dafür sorgen, daß alle Personen die gesellschaftlich gültige Risikosicht zugrunde legen, und eben das geschieht durch das Verbot abstrakter Gefährdungen, etwa das Verbot, in einem bestimmten Zustand der Berausung noch ein Kraftfahrzeug zu lenken, oder die Verbote, ein Wohnhaus anzuzünden oder vor Gericht als Zeuge falsch auszusagen etc.

Es ist auch keineswegs verfehlt, diese Gefährdungsverbote, sofern sie von einigem Gewicht sind, im Kriminalstrafrecht anzusiedeln; denn Güter - soweit es um solche geht - sind nur bei einiger kognitiver Sicherheit eigentlich „gut“. Wegen dieses Zusammenhangs ist im deutschsprachigen Schrifttum diese erforderliche Sicherheit ihrerseits zum Gut deklariert worden - ein überflüssiger aber für das Ergebnis unschädlicher Umweg; denn es geht der Sache nach um die Bestimmung derjenigen Normen, welche die unverzichtbare Struktur der Gesellschaft bilden. Freilich zeigt der Umweg treffend die Beliebigkeit der Rechtsgüterschutzthese: Man mag jeden erwünschten Zustand zum Gut deklarieren.

Neben dem hier herausgestellten Muster des Verbots abstrakter Gefährdung gibt es weitere Muster, insbesondere das Verbot der Produktion typischen Deliktmaterials wie etwa Waffen, Falschgeld, unechte Pässe, Rauschgift etc. Das kann hier nicht weiter verfolgt werden. Jedenfalls liegt auf der Hand, daß insoweit auch dem sehr kritischen Auge einige Verbote als durchaus legitimierbar, ja völlig unverzichtbar erscheinen müssen; denn ohne kognitive Sicherheit in den skizzierten Bereichen läßt sich eine geordnete Gesellschaft schwer vorstellen. Um abstrakte Gefährdungsdelikte ist also nicht heranzukommen.

Wenn die Vertreter der Rechtsgüterschutzthese für ein bestimmt geartetes, scil. restriktives Strafrecht optieren, so handelt es sich um rechtspolitische Optionen, die ein Vertreter der These, es gehe um den Schutz der Normgeltung, durchaus teilen kann. Zudem ist das Rechtsgüterschutzkonzept keineswegs nur restriktiv. In bestimmten politischen Fahrwassern mag es weit ausufern: Man kann auch den Bestand einer bestimmten Partei, die Reinheit einer menschlichen Rasse und anderes mehr zum Gut erklären, wie es de facto im Deutschland der nationalsozialistischen Zeit geschehen ist. Die Abwehr solcher Zumutungen ist gleichfalls eine politische Aufgabe, jedenfalls keine rein dogmatische. Für die Rechtsgüterschutzthese gilt also eben das, was auch für die These vom Normenschutz gilt: Beide Konzepte sind nur so legitim, wie es der Stand der Gesellschaft ist, deren Recht sie abbilden. Aber die Normenschutzthese bildet das Recht genauer ab, indem sie den Gedanken des Güterbesitzes überschreitet und auf die Beziehung zwischen Personen abstellt.

#### **IV. Zusammenfassung**

##### **A. Allgemeines**

Blickt man nach diesen Überlegungen zum Schutzzweck des Strafrechts auf diejenigen zum Strafzweck im engeren Sinne zurück, so zeigt sich ein homogenes Bild: Strafe erhält die normative Struktur der Gesellschaft, und diese Struktur ist nicht eine solche zwischen Gütern, sondern zwischen Personen, die freilich teils, aber eben auch nur teils, die Rolle von Güterinhabern spielen mögen, umfassend jedoch als Träger von Rechten und Pflichten zu begreifen sind. Der Inhalt der Rechte und der Pflichten richtet sich, auch soweit er auf Güter bezogen ist, nach der gesellschaftlichen Semantik; diese legt fest, was „verletzen“ bedeutet, ohne sich dabei einzig von den Bedingungen des Gütererhalts leiten zu lassen: Eine Rede von Rechtsgütern unter Verzicht auf die Nennung der Regeln zur Bestimmung des erlaubten und des unerlaubten Verhaltens sowie auf die Unterscheidung der positiven und negativen Pflichten ist schlechthin wertlos.

Die personale Beziehung bleibt auch bei der Bestrafung erhalten: Die Tat wird als kommunikativer Beitrag eines kompetenten Täters begriffen und die Strafe als Widerspruch gegen diese Behauptung. Der Strafschmerz gleicht denjenigen Schaden aus, den der Täter an der kognitiven Basis der verletzten normativen Erwartung zurechenbar angerichtet hat; es handelt sich bei der Vollstreckung der so bestimmten Strafe also um die Durchsetzung eines rechtlichen Anspruchs und nicht um eine Entpersonalisierung des Täters.

##### **B. Einzelheiten**

- 1.a.) Die rein rechtliche Bedeutung der Strafe ist Widerspruch gegen den Normbruch (II. A.).
- 1.b.) Das Wohl der Personen wird durch die Tat insoweit verletzt, als der Täter die auch bei normativen Erwartungen immer notwendige kognitive Absicherung gefährdet. Zum Ersatz dieses Schadens wird dem Täter ein Schmerz zugefügt, so daß die Tat allgemein als nicht erwägenswerte Verhaltensalternative verstanden wird - positive Generalprävention (II.B.).
- 1.c.) Abschreckung tatgeneigter anderer (negative Generalprävention) und Sicherung des Täters (Spezialprävention) entpersonalisieren diesen (II.C.).
- 2.a.) Rechtsgüter lassen sich nur als Beziehungen zwischen Personen darstellen, aber dieser Satz ist nicht umkehrbar: Bei diesen Beziehungen geht es nicht stets auch um Güter (III.A.).
- 2.b.) Bei der Garantie positiver Pflichten sollen Institutionen verwirklicht und allenfalls darüber vermittelt Güter erhalten werden (III.B.).
- 2.c.) Güter verletzendes Verhalten und unerlaubtes Verhalten sind nicht dasselbe, und damit treten die Güter endgültig hinter die Beziehungen der Personen zurück (III.C.).
- 2.d.) Auf abstrakte Gefährdungsdelikte kann in einer freiheitlichen und zudem anonyme Kontakte ermöglichenden Gesellschaft nicht verzichtet werden. Man mag dies dahin formulieren, Sicherheit sei ihrerseits ein Rechtsgut; damit hat man freilich die Beliebigkeit der Rechtsgüterschutzthese demonstriert. Gegen die heute üblichen Ausuferungen im Bereich der Verbote abstrakter Gefährdungen verfügen auch die Anhänger der Rechtsgüterschutzthese nur über rechtspolitische, nicht aber über rechtsdogmatische oder rechtstheoretische Argumente (III.D.).

## V. Bemerkungen zur Literatur

Zu Teil II: zur positiven Generalprävention siehe die Beiträge in Schünemann u.a., Positive Generalprävention, 1988; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1991, 1/4 ff, jeweils mit Nachweisen; zur abstraktrechtlichen Bedeutung der Strafe Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Auflage, 1999, S. 98 ff.- Im hiesigen Teil II. werden die beiden Stränge erstmals verbunden. - Zur Entpersonalisierung Jakobs in Courakis, Hrsg., Festschrift für Dionysios Spinellis, Athen, 2001, Bd. 2, S. 447 ff.

Zu Teil III: Jakobs Que proteche el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma? Mendoza, o.J.; ders. Derecho Penal aaO., 2/1 ff, 7 ff, jeweils mit weiteren Nachweisen.

## どのようにそして何を刑法は保護するのか？

一否認と予防；法益保護と規範妥当の保護

Günther Jakobs (翻訳・川口浩一)

### I. 展望

私の講演のすこしわかりにくいタイトルは二つの類似した、しかし今ではたいてい切り離されて扱われている問題を結び付けようとする試みに由来している。すなわちその二つの問題とは、通常、刑罰目的と呼ばれている問題と、刑法の営み全体の保護目的という問題である。その考察順序をスケッチすると、次のようになる：行為とは規範に対する否認 (Auflehnung) を意味し、刑罰はこの否認を退ける；同時に刑罰は刑罰的苦痛によって規範妥当の一般的な浸蝕の危険を除去する；それを人は積極的一般予防と名付けている。この第一部の結論は、すでに次のような第二部の結論を先取りしている：すなわち、重要なのは規範妥当の保護である。さらなる基礎づけとして、次のことが論証される：法益保護テーゼは財の扱い方について誤ったアプローチをしている；なぜなら法とは人格間の関係であり、いずれにせよそれによって財についての媒介が行われるからである。

### II. 否認と予防 (Widerspruch und Prävention)

#### A. 抽象的法 (Abstraktes Recht)

世界において見当をつけたいと思う者は、その規則を知らなければならない。それも次のような二重の意味において：まず、自然ならびに論理及び数学の規則、そしてそれに加えて、社会の規則、というよりも、規範の二つである。先程私が挙げた自然、ならびに論理及び数学のような自然的世界と社会的世界の限界は、一主観的行為側面に関する別の講演で取り扱うように一きっちりと確定したものではないが、それぞれの世界で違背がいかんにか処理されるかについては、おそらくきっちりと確定している。自然的世界が、ある人間が考えたように経過しなかったならば、この人間の予測が誤っていたということになる；彼は当該自然法則を正しく認識しておらず、おそらくその状況の複雑性の評価を誤っていたり、論理的推論を誤っていたりしていたのである—たとえそうであったとしても、彼は将来よりよくやっていき、学びなおし、必要ならば彼が支配していない状況を避けるように努力しなければならないのである。例えば、迫りくる嵐の前に海に入って遠くまで泳ごうとして、その困難な状況にまきこまれたが、この状況を何とか乗り越えて助かった者は、次の機会には、天候を十分検討するか、遠泳を今後一切放棄するということになるだろう。そのような予期 (期待)、すなわちその違背 (失望) を認知的な素材の改善によって処理しなければならないような予期を、認知的期待という。違背された認知的予期の古典的事例は自ら行った長期的天気予測である：そこでは、状況の複雑性が過小評価されたのである；そのような予測をするためにはもっと多くの知識が必要だったのである。

社会的世界においては、事情は異なる：人格が規範に拘束されている限り、一現代の理解によれば規範に従う能力もそれに属するが一規範適合的な行為の予期 (期待) が彼らに向けられている；しかしこの、規範的予期と呼ばれる予期は、その違背があつた場合にも放棄されず、学びなおされたりすることはなく、むしろその予期は維持され、規範違反者の誤った行為が違背 (失望) の決定的な理由として主題化される。例えば、理由なく身体的傷害を加えられた者は、次回により慎重に傷害されないようにしようとするだけでいいとはできず、傷害されない権利を維持しようとし、行為者をその違背 (失望) の理由として示し、その処罰、すなわち彼の予期の確認を要求する。

いまや処罰はまた認知的な種類の処理であると反論しうるであろう：なぜならば行為者自身および潜在的なさらなる行為者たちは、威嚇され、その結果、さらなる行為の防止が可能になるからであるとされるのである。そのような、そして類似した考慮が国家的刑罰においては確か

に働いてはいるが、しかしその始まりを形成するものではない。威嚇は、調教可能なあらゆる生物に対して可能であり、有責的に行為する行為者だけでなく、子供、精神病者又は精神的遅滞者、さらには犬などのいくらかの動物にも可能である。もし刑罰が威嚇による調教にすぎないのなら、すべての文化的な近代刑法によって取りいれられてきた責任主義はいったい何だったのであろうか？

責任主義は二重の保障を与える。すなわち第一に行為は偶然又は運命として解釈されるのではなく、ある人格の仕業 (Werk, Artefakt) として解釈されるということ、第二に、この人格は、公的な機会において意見を述べる権限を有しているというを保障している。要約すると、有責的行為は、決定権を持った世界形成であるといえる。行為のこの解釈をもって本来の社会のレベル：すなわちコミュニケーションに到達したのである。行為者は、自己の行為によって、世界は彼が行為するように、すなわち、他ならず、規範に反した形で形成されるべきであるということをも主張している。

この理解—行為は 自然による脅威のようなものではなく、社会に特有のものとして、社会の形成に関するディベートとして、すなわちコミュニケーション的寄与として理解される—においては、それゆえ刑罰もまた強制、苦痛とは異なったものでなければならない。すなわちそれは、行為者による社会の規範的構造への攻撃は、決定的なものではなく、この構造はその意味内容において変更されることなく維持されるという内容を伴った一つの答えなのである。言い換えれば、行為者は彼の行為の規範的意味内容が維持されうると主張するのに対して、刑罰は、そうではないことを明示するのである。例えば、殺人者は、殺すことは、一言葉には寛容であれ—社会適合可能であるということをも自己の行為によって意思表示しているが、刑罰を科すということによって、そうではないという意味が示されるのである。さらにいえば、犯罪が訴追されることによって既に、これまでの社会の意味内容が維持されるべきであるということが示される。すなわち単に犯罪行為を犯罪行為であると表示することが既にそのコミュニケーション的マージナル化を意味するのである。社会の規範的構造に関する合意は、それゆえまた刑罰を実際に科すことなしにも可能なのである。

しかし社会の規範的構造に関する単に表示によってなされた合意は一時的なものであり、そのようなものは規範の妥当に対する何らかの単なる主張に尽きておらず、妥当を侵害する行為も実行され、その意味で客観化された行為に対しては十分でないのである（ところでこの客観化は、未遂においては弱いものであり、このことが未遂の刑罰を軽減しうる理由なのである）。むしろ妥当確証的な答えも客観化されなければならない、しかもそれは行為者のコストにおいてなされるのである。なぜならばその行為者が社会に対して付加された規範妥当の損害を補償する責めを負っており、そのコストは、行為者からその展開手段を剥奪することによって、行為者に科されるからである。死刑においては、すべてが剥奪され、自由刑においては、一定期間、大部分が剥奪され、罰金刑においては、その一部が剥奪される。カント (MdS, Akad. -Ausg. S. 332ff) がなお主張していたようなタリオ、すなわち同種応報においては、一少なくともその思想上—行為と刑罰の客観化が厳密に同種になされることを最も印象深く示すものなのである。

## B. 権利性と福利 (Rechtlichkeit und Wohl)

ヘーゲルの目には目を、歯には歯をと—という応報刑においては片眼や歯のない行為者が想定されることになるという嘲り (Rechtsphilosophie § 101 Anm.) 以来、もはや誰もタリオを真摯に考えなくなり、それゆえ、それならばいかに刑罰の量が定められるべきなのかという問いが急を要するようになった。ここでこれまで展開してきた考察だけでは答えは与えられない。なぜならばこの考察は、なお権利性の純粹に抽象的な条件に限定されていたからである。その拡大、マージナル化については、規範的期待、すなわちその違背が学習の仕直しによってではなく、規範違反者への帰属によって処理される期待についてより厳密な考察が必要となる。規範的期待としてだけでは、それは、通常は実践不可能ではない。なぜならば人格は法の中にいるという確信だけではなく、その利益、その福利が少なくともある程度は実現するという確信も必要だからである。例えば、いかがわしい地域で強盗にあたり、それだけでなく殺される蓋然性すら高い場合には、この地域に行くことは、たとえそのような行為があった場合、その行為が行

為者に帰属され、それによって被害者に、規範的期待を抱いたことが正当であったと確証されるとしても、その場所に行くことはできるだけ避けられるであろう。

すべての規範の束は大体において認知的基礎補強を必要とする；そうでなければそれらは現実のものではなく、即自的にのみ、概念上、存在するに過ぎない。前世紀の最大の規範主義者、ハンス・ケルゼンは国家を「大体において実効的な強制秩序」として把握した；想定されたのみの国家は、決して現実の国家ではない。あるいは、法における人格、すなわち義務と権利の担い手は、その人格が大体において合義務的に行動している場合にのみ、人格として扱われる；その人格が恒久的に悪魔のように振る舞うならば、敵、すなわち非人格となるのである。すべての規範的期待においても事情は同じである：その期待は、ある人格がそれに関わり合えるようになるためには、大体において認知的に基礎補強されていなければならないのである。

それゆえ行為者にその行為後に刑罰によって否認し、それによって社会の形態を確証することはなされておらず、むしろさらなる規範違反の蓋然性が高められず、自己の正当な利益、その福利に不安を持つ人格に、法秩序の現実性に疑問を持ち始めさせないことにも配慮が必要なのである。確かに規範は、その違反があっても妥当し、規範違反ということが示されること自体が、規範の妥当のひとつのあかしである。しかし規範妥当は、刑罰目的ではなく、人格は自らを法秩序の中に置き、そこで自らの自由と自らの福利を見つけようとする。犯罪行為の被害者は、その概念上自由である—すなわち法の中にいる—が、現実ではなく、福利は抗事実にまったく実現されていない。明確化のために：例えば「汝殺すなかれ」という第一次規範を考え、第二次的に「もし汝がそれをなしたなら、汝は処罰されねばならぬ」ということが導き出されるならば、そのことによって大量の殺害がまた大量に罰されるということがなされるわけではなく、むしろ、法の現実が害されていないときに始めて大量の殺害には至らないのである。例えば、大量の処罰は国家の強制が、任意には増加させえないリソースであるという理由だけで、実行されないこともありうるのである。第一規範が浸食されると二重の理由でその妥当も消滅する：だれもその規範的期待をもはや真面目に考えないし、規則的な制裁も将来行われなくなるのである。

この、第一次規範の直接的妥当を配慮する必要性を考慮するならば、刑罰による苦痛は、その象徴的な意味と並んで、量化可能なウエイトを得る：すなわち、責任を問うことが総計して利益よりも不利益を予期させる行為として記述させうるほど強いものでなければならない。

しかしこのような行為者の取り扱い、行為者に対しても正当化されるのだろうか？行為者は法の紐帯から解き放されてはおらず、それゆえ—カントの用語(aa0, S. 331)によれば—常に自己目的的に扱われなければならない。行為者にこのような条件の下で他者の自由と福利のために刑罰という苦痛を科すことができるのであろうか？答えは次のようなものである。苦痛の賦課は、行為者が自己の行為によって帰属可能的に悪化させたことをそのことによってのみ均衡する場合には、可能であり、行為者が自由と福利の不尊重の例をまさに示したがゆえに、この例が現実を規定しないように配慮しなければならないのである。ここにおいて定式化されたように、行為者自身がそれに配慮しなければならない、法における人格として行為者自身が自らによってなされた損害を償う任務を負うことを完全に意識しているのである。洞察的人格として行為者は自らを処罰の下に置かなければならず、それゆえ行為者は処罰によって、物権法における客体とも、債権者が強制執行をおこなう民法における債務不履行者とも混同されないのである。

なんらかのいずれにせよ行為傾向をもった人格を、行為者を厳しく取り扱うことにより威嚇したり、行為者をさらなる行為か引き止めるのではなく、行為者によって侵害された (ramponiert) 第一次規範の妥当の現実に対する補償が重要なのである。安定した (wohlgeordnet) 国家においては補償として責任を考慮して一般的に既に真摯な損失 (Einbuße) として理解される刑罰で十分である；そこでは犯罪行為は議論に値しない選択肢とみなされ自明な法忠誠の態度がとられる。その限りで積極的一般予防が語られ、一般人 (Allgemeinheit) がその名宛人であり、その法忠誠的態度が確証されるとされ、それゆえ一般予防であるが、威嚇によるのではなく、法忠誠を自明な態度として学習することによるが故に「積極的」なのである。それゆえ刑罰は行為の意味に対する否認を意味し、刑罰による苦痛は積

極的一般予防を作用するのである。

### C. 人格と敵 (Person und Feind)

しかし刑罰が特別予防的な作用を展開すべきなのか、さらにより進んで、自由刑は、その自由剥奪が行為者を確実に犯罪から引き止めなくなっても、その勝利を維持することになるのであろうか？ 多くの事例で特別予防的作用に重点が置かれるが、この予防的作用は、積極的一般予防の作用とは異なった正当化文脈に属するのである。しかしこの分離は一見したところ直ぐには認識されない。なぜなら行為者は、いずれにせよ当然に (rechters) 行わなければならないことを 強制されているように見えるからである。即ち積極的一般予防では付加された規範損害の補償が特別予防においては少なくとも外見的に合法的な行為が [強制されているように見えるのである]。しかしこの同置は重大な区別を隠蔽する。即ち、積極的一般予防においては、刑罰による苦痛は、能力があり (kompetent) で、責任能力のある人格に妥当するのであって、子供や精神病や精神薄弱の人間には妥当しないのである。なぜなら後者には規範的期待が向けられておらず、それゆえ違背もありえないからである。ヘーゲルは、一やや感情的に (pathetisch) に、しかしその核心においてはまったく正当に一刑罰をもって犯罪者は「理性的なものとして」名誉を与えられていると定式化した(aa0. § 100 Anm.);犯罪者は、同じ者として、完全な市民として理解されている。拘禁 (Einschließung) による将来の行為からの保証的作用においては事情は異なる。それは将来の行為の責任とも、過去の行為の責任とも関係なく、唯一個人の危険性によるのである。例えば、危険な子供や危険な精神病の人間からも社会は保護されなければならない、それは危険な動物や自然の危険から保護されなければならないことと変わらないのである

特別予防的に保証する作用においては、行為者は能力のある (kompetent) 人格としては理解されず、危険源とみなされるのである。それは、実体的には「刑罰」と名づけられた処分：拘禁監置なのである。そのような行為者の取り扱いは正当なものである必要はない。カントは、各人が全ての他者を、自己の権利 (彼の叡知的占有 intelligibler Besitz) の行使を確実にしうるために市民的な憲法の下に強制することができると教えている(aa0. S. 256)が、直ぐに自らを強制できない者をどのように取り扱うかという問題が生じる。カントはそれに次のような答えを与えている。即ちその者を分離しなければならず(Zum ewigen Frieden, 2. Abschn., 1. Fn.)、その分離は、保安監置などによるのである。そこにおいては潜在的に危険な者は、まさに人格としては真摯に受けとめられず、一そうでなければその者に規範的期待が妥当するはずだからであり一それが欠けていることによって、危険な者が、その限りにおいて人格の領域から排斥されており敵とされているのである。

## III. 法益の保護と規範妥当の保護 (Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung)

### A. 財と法益の保護 (Güter und Rechtsgüter)

刑罰の目的に関する問題は、「刑法活動」全体は誰に役に立つかは異なる意味において主題化されうる。今日ドイツにおいておそらく最も流布している答えは、法益保護であろう。この答えは、この講演の第二部において、批判的に検討し、その際、前節の結論、即ち規範の否認 (Desavouierung) に対する否認として理解するということが、ここにおける結論を既に先取りしている：刑罰は、法益保護を保護するものではなく、またそれを回復するものでもなく、規範妥当を保証するものである。せいぜい間接的に法益保護が生ずる (herausspringen) にすぎないのである。

この法益に関するテーゼをもって、刑法に先行する又は刑法によって構成されている財、一生命、身体、所有権、国家機関等の機能することも含まれる一が存在しており、その統合性を刑法は配慮しなければならないということが想定されている。しかしすでにこの種の財への畏敬の眼差しが、少なくとも刑法において重要な態様でも、法的に重要な態様においても、一付け加えていいうならば幸運にも一、侵害されなかったのではなく、自然の管理 (Walten) によってであるということを教えている：即ち人間は老衰又は感染による病気により、死亡するし、鏝が鉄道施設や船や車を浸食するし、自然災害が収穫を台無しにするのである。これらすべてに

において法益侵害が問題とされるのであろうか？

もちろんそうではない！そして法益保護テーゼの主張者は、想定されているのは、法が人間の攻撃から、厳密に言えば刑法的意味における人格（例えば子供や精神病患者のような責任無能力者はそれに「算入」されない）の攻撃から法益の保護を保証しなければならない。例えば、インフルエンザの感染は、財の侵害であるが、向こう脛を踏むことは法益侵害であり、畑をだめにする雹は財の侵害であるが、人間の集団（Menschenmeute）が悪ふざけをしてそれを踏み荒らすことは法益侵害である。

このことはさらにもう少し明確にされなければならない：いつ財は法益になるのか？その答えは、それがその所有者の権利として形成されているときであるというものである。中に浮いた、いかなる所有者にも属さない法益は存在せず、その使用について個人または集団が権利を持つものだけが法益なのであり、そして財ではなく、その所有が、権利者であるが故に、自己の財が侵害されないことを要求しうるのである。言い換えれば、財の周りに張り巡らされた防護壁ではなく、人格間の関係が権利〔法〕なのである。それ故、法益保護としての刑法は、一人の人格又はすべての人格の集合として想定されたものとしての公共はその財への権利の侵害を他の人格との関係において保護するとすることをいっているだけなのである。

### B. 積極的義務 (Positive Pflichten)

しかしこの形態、即ち財のレベルから人格間の関係としての法のレベルに引き上げられても、法益保護テーゼは多くの観点から攻撃可能である。まず財は、それなくしては価値がないか少なくとも危殆化される存立の条件を持っている。例えば健康は、医療機関がある場合にのみ維持されうるし、暴力的、侵害的な襲撃から保護する警察もその維持に貢献しており、所有権は機能する司法を持った国家においてのみ保証された所有権となることなどである。言い換えれば、法益保護テーゼで表明されているのは、法的な人格間に存在する消極的な関係：即ち、何人も他人の権利を侵害してはならないという関係である。しかしそれと並んで一定の人格、即ち特定の役割を持った人格には積極的な関係：即ち、一定の人は自分が惹き起したものでなくても危険が生じた際に救助したり、即ちその人格に連带的に配慮（*zuwenden*）しなければならないのである。例えば、両親は子供との関係において、警察官は市民との関係において、公共保健サービス、紛争を判決により処理する行為を行い裁判官などが例はいくらでも挙げうる。そのような特別の役割の担い手が、その義務に違反した場合、一両親がその子供を精神的に墮落させ、警察官が犯罪を防止せず、意思が病気の患者を治療せず、裁判官が賄賂を受け取る—そのような義務違反においても法益は侵害されうるが、ここではそれが重要なのではなく、第三者または自然による悪化を行為者が止めなかったことが問題なのである：連帯的な配慮をなさなければならない制度が拒絶されたのである。言い換えれば、新たに形成されるべき財が形成されなかったことが問題なのである—子供の良い成長が、健康が、法の執行がなされなかったのである—要約すれば連帯的な配慮の拒否が重要なのである。法益侵害ということによっては、このことは非常に不完全にしか表示されえず、そしてこのことは、役割違反、義務侵害と表示したほうがよいことは既にみたとおりであり、包括的意味における刑法が保護するものは財ではなく規範の妥当だということが明らかになるのである。

社会は財を集積する主体からのみ成り立っているのではなく、積極的で、配慮を義務づける制度があり、そして発展した社会においてはこの積極的な制度が社会の構造を、他人の財を侵害することの禁止と同様に規定しているのである。いずれにせよ法益保護は刑法の目的とされているものの上位概念ではない。それ故、この概念は、少なくとも理論的に不十分であり、たとえこの批判によって法益の概念は社会の構造の領域をまったく映し出していないと主張するのではなくても、その一面だけを映し出しているにすぎないのである。

### C. 許されない行為 (Unerlaubtes Verhalten)

しかしこの制約された領域の写像ですら厳密にはなされていない。前世紀の30年代以来、財は博物館的な態様において管理されるのではなく、日常生活の上において投入される形で存在しているのだということが知られている (Welzel ZStW 58 S. 491 ff. 516)。再び例を挙げれば、

規則を守った車の運転も乗車者や歩行者の生命および健康を危険にさらすことがあるが、しかし許されている。このことは法益保護テーゼとどのような関係にあるのだろうか？現在の解釈論は、過失犯に始まり、しかしその後、故意犯を包括して、許されない行為の理論を展開した。それは部分的には（結果帰属の理論と共に）「客観的帰属論」と名付けられているのである。その出発点は、「侵害する」ということは「何らかの侵害を惹起する」ということとはいささか異なるものであり、後者の例として、規則に沿った車の運転は侵害を惹き起しているが、それは「侵害する」ことを意味しないのである。

このことはこの報告の最初に議論した主張としての好意と答えとしての刑罰の関係、即ち象徴的相互行為としての行為の刑罰のシークエンス (Sequenz) の意味と非常に関連が深いのである。象徴の意味は、自然によって作られたものでも、一それ故、行為の原因性それ自体によるものでも一その恣意による各行為者によってでもなく、社会における合意の産物なのである。再び例を挙げれば、隣人に死の呪いをかけるものは、自分自身は殺人行為をしているつもりであるが他の者にとっては馬鹿者とみなされ、高度に斟酌して自動車を運転するものは、自分自身では害のないものと思っても、社会はそれを危険なものと理解するのである。それ故、社会的な、その意味において客観的な行為者の行為の意味が、次のようなアプローチによって明らかにされる：複数の人格によって侵害的な経過が惹起されたり、或いは防止されなかった場合には、この経過に対する管轄の異なった帰属がなされる。すべての人格又は一部の人格が累積的に管轄を持っている事例を除いて、ここではごく簡単にのみスケッチされる区別がなされる：

- ・まず第一にある唯一の人格が許されない危険を設定した場合、他のすべての者は、その役割の枠内にとどまっている。その人格のみが管轄を持つ。例えば、一人の人格による優先走行権の無視により、交通事故が発生し、他の正しく走行していた人格が侵害された。

- ・第二に、ある人格が優先走行権の無視ということはそう稀なことではないので、被害者が自分の側で、そのようなことがおこることを計算に入れておかなければならないのであろうか？そうではない。なぜならば、それに反対の特別の徴候がない限り、総ての者が自分の義務を履行することを信頼することが許されるからである。これが信頼の原則である。

- ・第三に、しかしながら被害者が自分自身に対して義務違反的に行為する、即ち自己危険に基づいて行為することがある。これについても例を挙げれば、私の常にややそっかしい (fahrig) 隣人が私から斧を借りたが、その際私は特に切れやすいので気をつけるように注意した。しかし彼は、私が予見したようにそれで怪我をした。

- ・第四にそして最後にある人格がステレオタイプの害のない行為をしたが、それによって一予想通りに一他の人格によってそれが犯罪目的に利用された場合である。例としては、ある郊外の店において、店主が、車でやってきた客が大量のアルコール飲料を出し、その後でその客が車を運転し、事故を起こした。この事故は客の仕業 (Werk) であり、店主に対しては遡及禁止が妥当する。なぜならばアルコールは遍在的に存在する飲料であり、それゆえそれを消費する人格が、責任能力がある限り、その消費の結果から損害が生じないように配慮しなければならないからである。

誰も管轄を持たない場合は、損害は被害者が処理しなければならないが、これは組織化の誤りがあったからではなく（もしそうなら上述の自己危険に基づく行為である）、「偶然を所有権者は担わなければならない」という古い原則の意味においてである。ある人格が、信頼の原則が介入せず、被害者が自己危険に基づいて行為せず、遡及禁止の事例が存在せず、許された危険を越えているが故に、管轄を持つならば、その人格の行為は、社会的意味論においては「侵害する」ことを意味する。例えば、被害者が自己危険に基づいて行為するならば、その行為は「自分自身を侵害する」ことを意味し、他者の行為は、一累積的管轄が排除されている限り一「侵害する」ことを意味しないのである。

それによれば管轄は、財を整序するのではなく、役割、即ち人格間の関係（その人格はしかしながら領域的には財の所有者として現れうる）を通じて、言い換えれば一定の規範的期待を通じて、即ち、個々の人格の側の財ではない規範を通じて整序するのである。ある社会秩序は、狭い領域においてのみ財の秩序して記述することができるに過ぎず、むしろ一般的にそしてこの領域を

も包括して、そこにおいてその財が部分的に、即ち積極的な義務において、せいぜい事後的に整序された意味を持つ人格間の関係なのである。刑法は、規範の妥当を保護するものであり、それによって間接的にのみ財をも保護する。

#### D. 解釈論と法政策 (Dogmatik und Rechtspolitik)

この命題に対して法益保護テーゼの主張者によって、それは規範に関して、形式的に止まっており、特におそらくすべての発展した法秩序において、常に増加している、介入主義的刑法にとって典型的な抽象的危険犯について、批判的な観点を欠くという反論がある。この批判は、驚くべきもの (verwundert) である；なぜならばもし法益保護が重要ならば、できるだけ早い時点で介入したほうが効率的だからである。まさに抽象的危険犯は財の保護という思想と結びついたものである；たとえば酩酊運転の禁止は、生命、身体、所有権を保護するものである。さらに付け加えられることがある。さらにこのことは自由で匿名のコンタクトを可能にする社会においては、立法者は市民にすべての所作を規定することはできず、— そうだとするとその社会は自由でもなく、匿名のコンタクトを可能にするものではなく、むしろ市民にただ一定の目標をしめすこと (例えば「殺す」と意味することをやるな) ができるにすぎず、そのほかには非中央集権的にその目的への方法を模索する、短く言えば目的達成を非中央集権的に管理させることができるにすぎない。今や市民は個人的にその行為の意味について非常に異なる考えをもっている；例えばモータライズされた道路交通において若い向こう見ずな者 (Draufgänger) はある速度をまったく「普通」と考えているが、危険を意識した者にとっては、それは既に「事故を惹き起しやすい」もの、即ち「侵害的な」と位置づける。匿名の社会においては、— 例えば道路交通— 個別になされる個人の危険評価を認識し、それに合わせることは不可能である。例えば、誰もいかなるアルコール血中濃度の内容において遭遇する運転者が個人的に自らなお運転能力を持つと考えているかについて知ることはできない。このような状況においては、立法者は、すべての人格が社会的に妥当する危険評価を基礎におくことに配慮しなければならず、そしてまさにこのことが抽象的危険犯、例えば、一定の酩酊状態での運転の禁止、現住建造物放火の禁止、裁判所における承認の偽証の禁止などによって行われるのである。

このような危険化禁止は、それが一定の重要性を持っている限りにおいては、それを刑事刑法 (Kriminalstrafrecht) に位置づけることは決して不当ではない；なぜならば財は—それが問題となる限りにおいて— 本来それが一定の認知的な安定 [全] 性を持っている場合にのみ「良き」 („ gut “) ものであるからである。この関連が故にドイツ語圏の文献においてはこの必要な安全性をそれ自体、財 (Gut) であると宣言されている—これは過剰なものであるが、結論においては害のない迂回路である；なぜならば、実体的には、それは端的に社会の放棄できない構造を形成する規範なのであるからである。しかしながらこの迂回路は法益保護テーゼの恣意性を示している：なぜならあらゆる望ましい状態を財と宣言することができるからである。

ここで挙げた典型的な抽象的危険犯とならんで、さらにいくつかの典型例がある。特に武器、偽造通貨、偽造パス、麻薬などの特定の犯罪に使われやすい製造物の禁止が挙げられる。ここではそれらについて詳しく述べることはできない。いずれにせよ非常に批判的な目で見てもこれらの禁止が完全に正当化されえ、放棄できないものであることは明らかである；なぜならばここでスケッチした領域における認知的安全性なしに整序された社会は想定し難いからである。抽象的危険犯を回避する (herumkommen) ことはできないのである。

法益保護テーゼの主張者が、一定の性質を持つ (geartet)、即ち制限的な刑法を擁護する場合、それは法政策的なオプション (rechtspolitische Optionen) であり、規範妥当が重要であるとするテーゼの主張者もそれに全く賛成しうる。加えて法益保護説は決して制限的なものであるわけではない。一定の [政治的] 方向 (Fahrwasser) においては、より拡張的にもなりうる。例えば実際ナチス時代にドイツがそうであったように、一定の政党の存立、人種の純粋性などを財であることさえ可能である。同様にそのような無理な要求 (Zumutungen) の拒否は、一つの政策的な課題であって、純粋な解釈論的課題ではないのである。法益保護テーゼにとっては、規範保護のテーゼにとってと同じことが妥当する；両説とも、法を形成する社会の現状を

基礎とした場合にのみ正当化されるということである。しかし規範保護テーゼのほうが、財の所持ということを超えて、人格間の関係に着目しているので、この法関係をより厳密に記述できるのである。

#### IV. 要約

##### A. 総論的事項

刑法の保護目的に関するこの考察の後で狭義の刑罰目的に関する考察を回顧してみると、次のような同質の像が現れる：刑罰は、社会の規範的構造を含んでおり、この構造は財の間の構造ではなく、人格間の構造なのである。とはいえ、その人格は、部分的に、ただしそれはまさに部分的にのみそうなのであるが、財の所持者としての役割を果たすことがあるが、しかし包括的には権利と義務の担い手としてみなされるのである。権利と義務の内容は、財にも関連している限りにおいて、社会的意味論に従うものである。何が「侵害すること」を意味するかを、財の維持の条件のみによって導出することなしに確定する：許された行為と許されない行為の規定の規則を挙げること及び積極的義務と消極的義務の区別を放棄して法益について語ることは、全く価値がない。

人格的關係は、処罰においても維持される：行為は能力のある行為者のコミュニケーションの寄与として把握され、刑罰はこの主張に対する反論として把握される。刑罰による苦痛は、行為者が侵害された規範的予期（期待）の認知的基礎において帰属可能的に惹起した損害を補填する；それゆえ、そのように規定された刑罰の執行においては法的請求権が実施されるのであって、行為者の非人格化が行われるのではない。

##### B. 個別的事項

1. a.) 刑罰の純粹に法的な意義は、規範違反に対する否認である (II. A.).

1. b.) 人格の福利は、行為によって、行為者が規範的な予期において常に必要な認知的保障が危殆化される限りにおいて、侵害される。この損害を補充するために、行為者に苦痛が賦課され、その結果、当該行為が一般的に考慮の価値のない行為の選択肢として理解される一積極的一般予防 (II. B.).

1. c.) 行為に傾いている他者の威嚇（消極的一般予防）と行為者の安全化（特別予防）は、行為者を非人格化する (II. C.).

2. a.) 法益は、人格間の関係としてのみ記述されるが、この命題の逆は真ではない：この関係において常に財だけが問題になるわけではない (III. A.).

2. b.) 積極的義務の保障においては制度が実現され、せいぜいそれを通じて財が維持されることになる (III. B.).

2. c.) 財を侵害する行為と許されない行為は、同一ではなく、そしてそれによって財は最終的に人格間の関係の背後に退く (III. C.).

2. d.) 抽象的危険犯は自由で、それに加えて匿名の接触を可能にする社会においては放棄できない。このことは、安全はそれ自体一つの法益あるという形で定式化される；しかしそれによって法益保護テーゼの恣意性が示されてしまう。この今日よく見られる抽象的危険犯の禁止における拡大に反対して法益保護テーゼの支持者は、法政策的な論拠を使用するが、法解釈論的又は法理論的な論拠を使用しない (III. D.).

##### V. 文献 (Bemerkungen zur Literatur)

Zu Teil II: 積極的一般予防については Schünemann u. a., Positive Generalprävention, 1988 所収の論文; Jakobs AT 2. Aufl. 1991, 1/4 ff, それぞれにさらなる文献の指示がある; 刑罰の抽象法的意味については Jakobs Norm, Person, Gesellschaft, 2. Auflage, 1999, S. 98 ff. - 本報告の II. において初めてこの二つの事項が結び付けられた。- 非人格化については Jakobs in Courakis, Hrsg., Festschrift für Dionysios Spinellis, Athen, 2001, Bd. 2, S. 447 ff. Zu Teil III: Jakobs Que proteche el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma? Mendoza, o. J.; ders. Jakobs AT, 2/1 ff, 7 ff, それぞれにさらなる文献の指示が

ある。