

タイトル	過失における不法要素としての主観的注意違反(下)
著者	モース, ラインハルト; 吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 41(3): 521-534
発行日	2005-12-31

過失における不法要素としてのの

主観的注意違反（下）

ラインハルト・モース
吉田敏雄（訳）

過失における不法要素としての主観的注意違反（下）

目次	
一 序	四・一
二 学説の状況	四・二
三 不法の主観化	四・三
三・一 故意との対比	四・四
三・二 注意義務の個別化	四・五
三・三 不作為との対比	四・六
三・四 未必の故意と認識のある過失	五・一
三・五 特別の知識と注意義務	五・二
三・六 引き受け過失（以上前号）	五・三
四 責任の規範化	五・四
	五・五
	五・六
	五・七
	五・八
	五・九
	五・一〇
	五・一一
	五・一二
	五・一三
	五・一四
	五・一五
	五・一六
	五・一七
	五・一八
	五・一九
	五・二〇
	五・二一
	五・二二
	五・二三
	五・二四
	五・二五
	五・二六
	五・二七
	五・二八
	五・二九
	五・三〇
	五・三一
	五・三二
	五・三三
	五・三四
	五・三五
	五・三六
	五・三七
	五・三八
	五・三九
	五・四〇
	五・四一
	五・四二
	五・四三
	五・四四
	五・四五
	五・四六
	五・四七
	五・四八
	五・四九
	五・五〇
	五・五一
	五・五二
	五・五三
	五・五四
	五・五五
	五・五六
	五・五七
	五・五八
	五・五九
	五・六〇
	五・六一
	五・六二
	五・六三
	五・六四
	五・六五
	五・六六
	五・六七
	五・六八
	五・六九
	五・七〇
	五・七一
	五・七二
	五・七三
	五・七四
	五・七五
	五・七六
	五・七七
	五・七八
	五・七九
	五・八〇
	五・八一
	五・八二
	五・八三
	五・八四
	五・八五
	五・八六
	五・八七
	五・八八
	五・八九
	五・九〇
	五・九一
	五・九二
	五・九三
	五・九四
	五・九五
	五・九六
	五・九七
	五・九八
	五・九九
	五・一〇〇

四 責任の規範化

1 心理学的存在次元と規範的責任概念

一般的に承認された規範的責任概念は、責任の本質は、不法構成要件によって保護される価値に内心において依拠せずに行爲をした、という行爲者に対する個人的非難にあるというものである。⁽⁵⁷⁾ この責任概念は、一九世紀末及び二〇世紀初頭の古典的犯罪概念の責任定義、つまり、責任の本質を行爲者の行爲への心理学的関与の中にのみ見た責任概念を駆逐したのである。その体系は魅惑的なほど単純である。犯罪の客観的部分はすべて不法に属し、主観的部分はすべて責任に属する。⁽⁵⁸⁾ 二〇世紀前半におけるこの理論のさらなる発展において認識されたことは、責任においては故意、過失という心理学的要素に加えて、**意思形成の非難可能性**という包括的な、純粹に規範的要素が含まれるということである。故意と過失は責任をもちやそれだけでは構成できなくなったが、しかし、依然として**責任種類**として定義できた。一方で、心理学的要素と外からのその評価の間を区別することと並んで、他方で、**存在次元**に関係する、**不法の意識**という心理学的要素の分離が生じた。それは、不法の意識に故意と過失と並んで責任に

において特別の位置価値を割り当てる、いわゆる**責任説**によって承認された。責任説は、刑法九条において故意に対しても、刑法九条二項によって過失に対しても承認された。⁽⁶⁰⁾ いわゆる規範的責任概念は故意に対しては刑法一〇条の、過失に対しては刑法六条の基礎にある。この発展の結果として生じたことは、存在次元に関係する主観的責任要素をすべての規範的要素から徹底的に解き放つことだった。

故意が価値関係から解放されることによって、目的的行爲論の概念体系が前世紀後半に、故意を責任から不法構成要件に移すことができた。⁽⁶¹⁾ それ以来、責任は故意犯では**価値関係**の要素としか関係がない。責任能力、不法の意識及び誤った判断の非難可能性。

過失犯では、オーストリアの通説は、従来、**主観的存在関係**を不法へと位置変更させることはしなかった。しかし、何物も注意義務の主観的部分を責任に放置しておくことを強制しない。責任は、主観的過失構成要件が不法構成要件に切り替えられることで、空洞化されることはない、それは故意の場合と同じである。というのは、そうになると、責任はその本

来の規範的本質内容に集中し、したがって、**意思形成の非難可能性**としてのその定義に集中するからである。⁽⁶²⁾これは、過失では、個別行為に現れた**価値結合**の欠如の観点から見た、客観的及び主観的に不注意の行為への欠陥のある**動機操縦**に關係する（心情と動機、刑法三二条二項二文）、他方、**行為操縦**は注意行為への精神的及び身体的能力を含めて構成要件における存在次元に属する。⁽⁶³⁾

2 期待可能性からの分離の帰結

主観的注意違反が通説によると責任にとどまり続けるとしても、それは期待可能性という規範的責任要素から概念的に厳格に分離されるべきである。内容と基準が異なっている。非難可能性の基準は、具体的状況にいる行為者の類の、法的に保護される価値と内的に結びついている、仮説的に考えられ得る**動機**によって決まる。外的事情の圧力の下にある比較人からも他行為が期待できない、又は、やはり比較人に他行為が考えられた場合、行為者は免責されるか、責任非難が減少する（刑法六条、三二条二項二文）。

義務遵守の認識と可能性の実際の個人的能力が非難可能性

に論理的に**先行**する。非難可能性はなるほど最後に個人的に注意違反の行為への負責を責任非難の脱落によって排除する、ないし、注意違反が量刑において低下した責任非難の故に完全には妥当しない、しかし、このことは、期待可能性が主観的注意違反それ自体を概念的に限定することを意味するものではない。刑法六条の過失の定義で期待可能性が触れられていることはその前に挙げられている主観的注意違反との概念的関連を生じさせない。立法者は、一〇条でも故意犯にそうしたように、期待可能性を分離して触れることもできたのである。

この分離を明確に浮彫にしたブルクシュタラーは、それにもかかわらず、イエシュックと一致して、期待可能性を「行為者に個人的に当てはまる注意義務の一般的限定付け」と理解することに賛成する。⁽⁶⁴⁾行為者が客観的注意義務を主観的にはもともと履行できたといえるが、行為者にはその要求が高すぎるとき、主観的注意義務は期待不可能性の故に否定されるべきである。このようにして、ブルクシュタラーはとりわけ「極めて軽い過失の事例を一般的に刑罰領域から排除」しようとする。しかし、これは、本来、行為不法における客観

料的注意義務の要求の減少に帰着する。理論的には、回避禁止の度を不当に越えさせることは客観的不法帰属における行為の社会的相当性という重要性閾を経由してのみ解決できる。⁽⁶⁵⁾期待可能性を主観的注意義務に統合することで、この

見解の擁護者には、責任における主観的注意義務の位置の正しさが確認される。しかし、諸概念を論理一貫させて扱うと、他でもなく主観的過失を責任へ組み込むことで体系が歪められる。

ドイツで表明されている見解によつて主観的注意義務と期待可能性を内的に一体を為しているという考えは次の事情、⁽⁶⁶⁾つまり、行為と動機の厳格な分離、及び、比較人を手段とする動機操縦の評価の明確な基準を伴う、独自に理論的要素としての期待不可能性が、還元された責任概念を伴うオーストリアほどにはこれまではつきりしていないこと、刑法一〇条及び三二条二項二文を範型とする期待不可能性の法的定義が欠けていることに基づくのである。

3 軽微な責任における行為無価値と心情無価値

ブルクシュタラーは簡明に述べているが、刑法四二条及び

八八条二項の責任の重さには、行為の「行為無価値及び心情無価値」が基準となる、何故なら、比較的少ない結果無価値はこれらの規定で特別に触れられているからだ⁽⁶⁷⁾。この簡潔明解な表現は通説によつて無批判に受け容れられた⁽⁶⁸⁾。それは、それどころか、比較的軽い結果無価値が法定されていない、比較的軽い責任の他の規定に拡張される⁽⁶⁹⁾。「行為無価値」の下で、責任の、全不法関係から結果無価値を排除した後で残る行為不法への関係として理解される。最高裁判所は時にそれどころか誤解を招きかねないのだが心情無価値とは言わないで、責任における「行為不法及び心情不法」と言っている⁽⁷⁰⁾。行為無価値はこの公式によると責任の心情無価値には含まれず、これと並立するが、責任は全体として行為無価値をも包含する心情無価値である⁽⁷¹⁾。上記の公式には心情無価値には期待可能性という責任に特殊の評価要素が残っている。

主観的注意違反は通説によると責任要素であるべきだから、それは責任における「不法の代表者」としての行為無価値⁽⁷²⁾とも関係がないし、別個に考慮されるべき心情無価値の下にも入らない。心情無価値は心理学的事態の充足を前提とする。したがって、「行為無価値及び心情無価値」という公式には主

観的行為無価値は取り上げられない。正しい解決策は、「行為無価値」が、過失の客観的構成要件及び主観的構成要件を包含する複合概念として理解されるところにしかない。したがって、行為無価値を不法構成要件に属させることがどうしても必要になることが明らかとなる。過失犯の主観的構成要件が最初から行為不法の一部として理解されたなら、この欠陥は生じなかったのである。

4 責任能力からの独立性

故意が刑法二二条の責任能力から概念的に独立していることに争いはない、それは、責任能力と不法の意識を例外としてあらゆる犯罪要素の充足を要求している刑法二二条一項及び二八七条から分かることである。⁽⁷³⁾ 独立のより深い理由は、責任能力は不法関係的な生物学・心理学的要素であるが、故意は存在次元に關係しているところにある。故意は不法の概念を造るのであり、次いでこれに責任能力が第一の責任要素として關係する。故意を依然として責任に整序する新古典的犯罪概念の擁護者は、故意が責任能力と独立していることから、故意が責任能力の前に調査されるべきとの帰結を引き出さないとき、理論的首尾一貫性を欠いているとの非難に甘ん

じなければならない。同じことは、主観的注意違反が責任で調査されるときにも当てはまる。それは体系的には責任能力の前にある。責任への問題が提起される前に、客観的及び主観的注意違反が積極的に答えられていなければならない。それ故、両者は不法構成要件に属さねばならない。主観的注意違反が否定されるべきとき、不法を洞察し、これに従って行為する、刑法二二条の能力の問題はその対象が無くなる。

5 責任における主観的構成要件要素の二重の地位

故意行為、過失行為の客観的、主観的要素が構成要件で調べられるとき、故意と過失は責任において外的逸脱行為への過った動機操縦ないし内的態度の個人的非難可能性の観点の下でもう一度独自の役割を果たす。ただし、そもそも故意や過失があるのか否かが責任でもう一度調査されるべきと言うことではない、対応の不法は前提とされている。故意と過失は責任において不法を反映するだけでなく、責任の真正の構成要素でもある、ただし、故意と過失が心理学的責任概念を構成した古典的犯罪概念とは異なる。今は、心理学的部分は客観的部分と一緒に不法に属する、責任では不注意が避けられたことの非難が付け加わる。すなわち、過失の二重

料の地位は、従前の通説とは異なり、過失を不法の部分と責任の部分に分割して、ある部分は不法に故郷がありある部分は責任に故郷があるというのではなく、過失は全体としてそれぞれ不法と責任に関する。

故意の二重の地位は広く承認されている。⁽⁷⁴⁾ 過失にも同じ事が妥当しなければならない、というのは概念の相互連携は構造的には同じだからである。⁽⁷⁵⁾ 責任非難では、性格的、感情的属性と並んで、非難を高める、減少させる又は排除しうる様々な過失形態が評価される。

主観的注意違反を構成要件に移す場合でも、責任とは「特定の生活領域における特別の危険への人の心構えに欠陥があることから生ずる」と言ったりリットラーの確認は依然として正しい。⁽⁷⁶⁾ この複合は、主観的行為無価値への関係性を越える過失責任にとり独自の意味をもつ。

五 犯罪概念の他の要素への影響

不法要素としての主観的注意違反の主要な意義は行為不法の体系的理解に得るところがあるというところにあり、これ

は故意の地位を巡る数十年の論争に鑑み顕著である。⁽⁷⁷⁾ 具体的には、犯罪概念の様々な段階への要請に、重要な影響がある。

1 客観的帰属への地位

客観的帰属で調査されるのは、行為に内在する、保護される保護法益に対する社会的不相当の危険が、犯罪の意味、目的から他でもなく具体的に生じた結果の中に実現したか否かである。⁽⁷⁸⁾ 客観的帰属はこのようにして行為と結果の間の自然科学的因果関係の規範的修正をもたらす。結果に対する行為の社会的不相当の危険はすでに注意違反という概念の中に含まれている。⁽⁷⁹⁾ したがって、客観的帰属の特別の調査は、事後の視点から、過失犯では具体的に生じた結果の帰属にだけ関係する。それ故、簡単に「客観的結果帰属」⁽⁸⁰⁾ としか言われなことが多い。しかし、このことにより、客観的帰属が先ずは常に行為の帰属が前提となることが隠されてしまふ。⁽⁸¹⁾ 行為の帰属事態が法的に是認されない主要危険を含んでいないとき、発生した結果との危険関連の調査は不要となる。

事前の視点からの規範的行為危険は、通説では、過失犯で

は客観的注意違反から生ずる。筆者の見解では、主観的注意違反も行為不法にはいるから、行為の社会的相当性の判断は客観的、主観的注意違反の全体から出立するのか、又は、客観的部分だけが重要なかが問われる。

故意犯では、故意の確定無しに法益侵害に係る行為の目的方向は確定できない。⁽⁸²⁾ それ故、規範的不法重要性の調査のためには故意の行為が前提とされなければならない。⁽⁸³⁾ したがって、「客観的」帰属は、客観的構成要件にのみ、そこでは特に因果関係に係ることを意味するのではなく、客観的基準による不法の帰属が問題となる。これに対して、過失犯では故意犯とは異なり、行為に内在する一定の法益に対する抽象的危殆化はすでに可能な結果の客観的予見可能性（経験的相当性）から生ずる、これにこの危険の規範的非是認が付け加わる（社会的相当性）。両者が客観的注意違反を構成する。⁽⁸⁵⁾ したがって、行為禁止の遵守のための行為者の具体的主観的能力、特に、結果の個人的予見可能性は行為の客観的帰属判断のための前提要件ではない。行為不法を主観化することで、従来、客観的帰属が専ら客観的注意違反に係るづけられていたこと、ないしこの概念へ統合されていたことに変化が生ず

るものではない。

事後的观点からの生じた結果の客観的帰属の調査では事情は異なる。この場合、犯罪構造では主観的注意違反が客観的帰属の前に調査されるべきである、というのは、行為者が個人的に注意適合の行為の能力が全くない、そして、結果を予見できなかったなら、行為者には結果回避義務はないからである。したがって、すでに行為不法が脱落するなら、ますます、行為と生じた結果の間の経験的相当性関連と規範的危険関連の調査は不要になる。これに対して、通説は、欠如している個人注意違反のこれらの場合の負責を「責任構成要件」の所でやつと否定する。主観的注意違反が不法構成要件に組み込まれ、しかし、具体的事例では存在しないとき、客観的結果帰属の問題性の詳論は不要であるばかりか、理論的にも不適切である。

2 正当化事由の位置

過失の主観的要素を行為不法に組み入れることは、故意を責任から行為概念に移すことと同じく、主観的能力が欠けているとき、正当化事由はもはや調査されるべきでないという

実践的帰結をもつ。⁽⁸⁶⁾主観的注意違反が否定されうるとき、行為は注意違反ではなく、違法性は徴表されない。これに對して、主観的注意違反が責任で初めて正当化事由というしばしばかなりの問題性の後で調査されるなら、事前に知り得たことなのだが、すでに個人的逸脱行為の非難に欠けていること、正当化事由の調査が無用だったことが後になって判明する。

3 正当化事由の主観化

主観的注意違反が行為不法に属し、これが具体的事例で存在するとき、正当化事由の主張に当たって、構成要件該当の行為を正当化するためには客観的存在で十分なのか、主観的正当化要素も必要なのか問題となる。⁽⁸⁷⁾故意犯では、通説は正当にも、行為者が故意に倣って正当化状況を認識している場合にだけ、正当化は認められると考えている、⁽⁸⁸⁾というのは、正当化事由によって構成要件該当行為の結果無価値も行為無価値も消滅するからである。⁽⁸⁹⁾過失犯で主観的正当化要素と必要とすべきか否かは、客観的不法論、主観的不法論の論者によってそれぞれ全くバラバラに答えられている。⁽⁹⁰⁾ここでこの問題に詳しく立ち入ることはできない。それでも、主観的正

当化要素を要するという筆者の考えでは、故意犯におけるのと同じことが、つまり、不法の消滅のためには、鏡像のように不法を基礎づけるのと同じ要素が必要である。したがって、正当化事由では正当化事情の実際の認識（認識のある過失）又は認識の可能性（認識のない過失）が必要である。したがって、構成要件該当行為が実際に正当化状況において生じたこと、例えば、防衛行為は正当防衛にあつたことを認識しなかった、あるいは、その個人的能力から認識できなかった行為者は正当化されない。通常、なるほど、客観的構成要件の注意要請を認識できる者は、正当化事情を認識する能力もある、疑わしいときは行為者の利益に扱われるべきである。しかし、それは、事情によつては、故意行為における正当化事情の認識ほどには確かでない。

故意犯では主観的正当化要素が欠けているとき、行為者は「半分」だけ正当化される。正当化事由の客観的存在によって結果無価値は脱落するが、構成要件の行為不法は消滅しない。行為者は、実際にも散発的に主張されているのだが、本来、既遂で処罰されるべきである。しかし、公平の理由から、未遂規定を類推適用して刑の軽減が適切である。⁽⁹⁰⁾

過失において主観的注意違反が構成要件に取り入れられ、これに対応して正当化事情において故意に倣った認識が認識可能性の必要性によって置き換えられると、主観的正当化要素が欠けると、出立状況は先ず理論的には同じである。結果不法は消滅するが、個人的回避可能性という主観的行為不法は依然として残る。⁽⁹¹⁾それ故、正当化事由は故意犯におけるのと同じく全体としては働かないのか否か、行為者は処罰されるべきかが問われる。未遂処罰の可能性はなるほど脱落するが、しかし、公平の理由から刑法三四条一号の刑の軽減が介入しうる、何故なら、こういった行為はそれでも正当化事由に近いからである。⁽⁹²⁾

これに対して、正当にもこういう反論が為される、なるほど、行為不法は主観的正当化要素の欠如の場合消滅しないが、しかし、行為不法だけでは過失犯における構成要件の不法基礎付け作用に十分でない、何故なら、未遂は現行法上可罰的でないからである。⁽⁹³⁾したがって、過失行為の正当化のためには正当化事由の客観的存在で十分であり、過失構成要件の主観化は正当化事由のためには重要でない。

体系論理からの議論だけではこの問題を解決できない。諸解決代替案の背後には、過失のある行為をするが、しかし、客観的に正当化される者は、自分の「幸運」について事の状態からして何も認識できなかった場合でも、処罰されるべきでないという公平の感情がある。この見解は刑事政策的にも理性的である。しかし、過失犯における不法の主観化を支持する議論に影響を与えるものではない。

主観的注意違反を行為不法に移すこと一般に対して最後になるがツイップが異論を述べる、「正当化事由の主観化の危険が不可避である」、そして、「正当化事情の存在についての行為者の主観的確信が基準になる」。⁽⁹⁴⁾これにより、正当防衛権が限定されすぎる。しかし、上述したように、主観的不法論の支持者も過失犯における正当化事由の主観化を適切だとは考えていない。更に、「主観的確信」は問題となりえない、というのは、この正当化要素は過失構成要件の不法基礎付けの主観的要素の対応物だからである、つまり、要求はそこよりも高いはずがない。

4 「刑罰で警告された行為」の制裁前提

資

過失構成要件の主観化に反対の意見、つまり、それにより、構成要件該当性と違法性で十分な「刑罰で警告された行為」の概念が拡張され、その結果、様々な制裁前提要件が脱落するという見解は、オーストリア刑法には当てはまらない。⁽⁹⁵⁾ 刑罰で警告された行為」の適用領域は刑法二〇条、二〇条b二項、二二条一項及び二六条の処分、一六四条の贓物取得の事前行為、二八七条の酩酊行為である。刑法二二条一項及び二八七条では主観的注意違反の構成要件への整序は働かない、何故なら、それらは明白に、責任能力を例外として、あらゆる責任要素の存在を要求しているからである。⁽⁹⁶⁾ 刑罰で警告された行為」に由来する財産価値や物件の返還や取り立ては、刑法二〇条、二〇条b二項及び二六条では結合行為の構成要件該当性、違法性で十分である。したがって、行為者がその注意義務に従うことができなかったとき、過失犯における法律効果は可能でない。しかし、過失の財産犯は存在しない。それ故、刑法一六四条もこれには触れない。刑法二六条の没収においても、さらなる犯罪行為に役立つ物件の由来する、あるいは、これらが役立った誘因行為は過失犯ではなかったことが考えられるべきである。

注

- (57) Burgstaller (FN 1), 189; ders, Zum Stand der österreichischen Strafrechtsdogmatik, JAP 1995/96, 83 ff, 85 ff; Nowakowski, WK-StGB 1. Aufl. Vorbem §3 Rz 38; Jescheck/Weigend, 420, 426.
- (58) So noch Rittler (FN 5) VII (Vorwort), 73, 78, 109.
- (59) Siehe zur Entwicklungsgeschichte Jescheck/Weigend, 202 ff, 207, 420; eingehend Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Bebing im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179 ff, 186 ff, 194 ff; ders, Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, JBl 1998, 809 ff; Moos, StPDG 2 (1974), 5 ff.
- (60) Vgl. E. Steininger, Triffterer-Kom §5 Rz 4, §8 Rz 4 ff, §9 Rz 2 ff; Moos, StPDG 2 (1974), 23 f.
- (61) Siehe näher Moos, StPDG 2 (1974), 9 ff.
- (62) Vgl. EBRV StGB 1971, 64 und für alle *Leukauf/Steininger* (FN 11) §4 Rz 1.
- (63) *Stratenwerth, Jescheck-FS*, 290. ショットラーテンヴェルトは「この意味で、不法答責と責任答責を構成要件における「道義的能力」と責任における「道徳的能力」で分ける。このことは「一般的注意命令と個人的注意命令の対置とは全く関係がない」(二八七)。
- (64) *Burgstaller* (FN 1), 198 f; ders, WK §6 Rz 101; *Jescheck/*

Weigend, 505, 597.

- (59) Vgl. *Burgstaller* (FN 1), 39 f. ヘルクシュタラーは過失の構成要件を社会的に相当の危険とする「意味のある規準」に限定すべきである。ders, Normative Lehren der objektiven Zurechnung, JAP 1992/93, 136 ff, 138 f; ders, WK §6 Rz 37; s. näher *Moos*, WK-StGB, 2. Aufl. §75 Rz 15 Abs 3 mwN und Rz 16 zum normativen Handlungsrisiko; *Jescheck/Weigend*, 252: 「轉込要件の田舎無田舎無」° Vgl. auch *Schlachter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit (1996), 75 ff, 83, 89 zur Toleranzgrenze bei geringfügiger Fahrlässigkeit.

- (99) 期待可能性の犯罪体系的地位とその種の罪状で *Cremer/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. §15 Rz 204.

- (69) *Burgstaller* (FN 1), 204 zu §88 Abs 2 StGB; ders, WK § 88 Rz 20 mwN; ders, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung (1981), 57 zu §42 und in zahlreichen weiteren Veröffentlichungen.

- (39) Vgl. etwa *Leukauf/Steininger* (FN 11) §42 Rz 14, §88 Rz 11; *Schroll*, WK-StGB, 2. Aufl. §42 Rz 13 f, 62; *Ebner*, WK-StGB, 2. Aufl. §32 Rz 4. - AM *Moos*, Der Begriff der „geringen Schuld“ in §42 StGB, Platzgummer-FS (1995), 71 ff, 91 ff; ders, Der Schuldbegriff im österreichischen StGB, Triffterer-FS (1996), 169 ff, 162 f, zusammenfassend ders,

Triffterer-Kom §4 Rz 132 ff: 軽微な責任を法律上減つた結果不法の範囲内を動く°

- (69) Vgl. *Burgstaller*, Das „schwere Verschulden“ des berufsmäßigen Parteienvertreters in §34 Abs 3 FinstrG, ÖStZ 1982, 108 ff, 11 ff; *Medigovic*, Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß §159 StGB, ÖJZ 2003, 261, 264; dazu kritisch *Moos*, Triffterer-Kom §4 Rz 138ff.

- (70) EvtBl 2001/46JBl 2001, 328. 「予備不法」による予備的予備不法°

- (17) Vgl. kritisch *Moos* wie vorstehend in FN 68.

- (72) Anschaulich *Schroll* (FN 68) §42 Rz 18.

- (73) Vgl. *H. Steininger*, WK-StGB, 2. Aufl §287 Rz 26: 「致害原因」を論ず。Ratz, WK-StGB, 2. Aufl. §21 Rz 14 f.

- (74) Vgl. ua *Jescheck/Weigend*, 243, 430 mwN; *Jescheck*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986), 1 ff, 11ff; *Nowakowski* (FN 57) Vorbem §3 Rz 11; *Leukauf/Steininger* (FN 11) Vorbem §1 Rz 57; eingehend *Moos*, Zum Stand der österreichischen Verbrechenstheorie aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition, ZStW 93 (1981), 1023 ff, 1031 ff, 1035 mwN.

- (75) Vgl. auch *Wolter*, in: 150 Jahre GA, 279 f.

- (76) *Rittler* (FN 5) 216. So auch *Nowakowski*, Grundzüge, 71

zur "echten Schuld" der unbewußten Fahrlässigkeit. Vgl. auch *Triffterer*, *Triffterer-Kom* §6 Rz 6. ユーレンハイマーは、過失において「規範の提訴機能による呼びかけられる可能性が欠けているか、欠陥がある」という言い方をし、認識のある過失の根拠を感情的に呼びかけられないことに求める。これが、独自の位置価値を責任の中に見、主観的注意違反を前提とする動機操縦の規準である。しかし、主観的注意違反は、行為操縦の形態として、故意と同じく、責任の中にあつてはならない。

- (77) Vgl. *Dutge*, *Münchener-Kom* §15 Rz 92: "……その意義においてほとんど過大評価できない認識利益"。主観的注意を構成要件にすらしことに反対する論者に、*Schünemann*, JA 1975, 513. ショーネマンは、「……伝来の過失理論ばかりでなく、不法と責任の区別に立脚する、犯罪理論全体が完全に傾く恐れがある」、そして、主観的注意を構成要件に移した後で、如何なる機能を責任がなお果たすべきなのか、それが分らない。

- (78) *Kienapfel*, ZVR 1977, 163; *Nowakowski* (FN 57) Vorbem §3 Rz 24; *Moos* (FN 65) §75 Rz 15 Abs 2; *E. Steininger*, *Triffterer-Kom* Vorbem §2 Rz 58, 63, *Fuchs* (FN 11) Kap 13 Rz 29; *Jescheck/Weigend*, 287 mwN.
- (79) *Bungstaller* (FN 1), 39 ff, *ders*, JAP 1992/93, 138, *ders*, WK §6 Rz 37; *Triffterer*, AT Kap 8 Rz 103 ff; *ders*, *Triffterer-Kom* §6 Rz 48, 52 ff, *Moos*, Sozialadäquat und

objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht, in: *Leitner* (Hrsg), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht* 1996, 85 ff, 90, 98, *E. Steininger*, *Triffterer-Kom* Vorbem §2 Rz 69, 74 ff, 77; *Fuchs* (FN 11) Kap 12 Rz 11.

- (80) *Grundlegend Bungstaller* (FN 1), 69 ff; *ders*, JAP 1992/93, 136 ff; *ders*, WK §6 Rz 60 ff; *H. Steininger*, ÖJZ 1981, 369; *Leukauf/Steininger* (FN 11) Vorbem §1 Rz 25 ff mwN; *Triffterer*, AT Kap 8 Rz 48 ff; *Fuchs* (FN 11) Kap 13 Rz 23 ff; *Reitmaier* (FN 3), 66 ff; *Jescheck/Weigend*, 287.

- (81) *Moos* (FN 65) §75 Rz 15 Abs 3; *ders*, in *Leitner* (FN 79), 90, 94 ff; auch *Kienapfel*, ZVR 1977, 163; *Bungstaller*, JAP 1992/93, 138 f; *Triffterer*, AT Kap 8 Rz 81; *E. Steininger*, *Triffterer-Kom* Vorbem §2 Rz 60, 63 ff, 69; *Reitmaier* (FN 3), 242; *Jescheck/Weigend*, 252.

- (82) *Nowakowski*, JBl 1972, 23, 26.

- (83) *Moos* (FN 65) §75 Rz 15 Abs 4, Rz 16; *ders*, in *Leitner* (FN 79), 96 ff; *Reitmaier* (FN 3), 246: 「説得力のある解決策」。s. auch *Bungstaller*, JAP 1992/93, 139.

- (84) *Moos* (FN 65) §75 Rz 15 Abs 4.

- (85) *Moos* (FN 65) §75 Rz 16 f. 経験的危険と規範的危険の調査の順番が交代している。Vgl. auch *E. Steininger*, *Triffterer-Kom* Vorbem §2 Rz 69, 73: 「交互作用」。*Kienapfel/Höpfel*, Z 26 Rz 13 f.

- (86) Siehe zum Vorsatz *Moos*, StPdTg 2 (1974), 37; *Maibaum-*

fall.

- (87) この関連で、刑法三条の正当防衛で違法な攻撃の概念に独自の行為無価値がそろわなければならないが、これが過失の攻撃では主観的注意違反も要求するの否か、ここでは立ち入らない。トリフテラーは肯定する⁸⁸ Triffterer, AT Kap 11 Rz 62; ders, Triffterer-Kom §6 Rz 34. 「今やへんや」客観的注意違反は⁸⁹ Fuchs (FN 11) Kap 17 Rz 15. 否定する者に、Nowakowski (FN 57) §3 Rz 13; Lewisch, WK-StGB, 2. Aufl. §3 Rz 25 f; s zum Meinungsspektrum Leukauf/Steininger (FN 11) §3 Rz 74 f; E. Steininger, Triffterer-Kom §3 Rz 18 ff; Jescheck/Weigend, 341; Kaminski (FN 13), 97 f. 正当防衛の特殊の問題が関係する⁹⁰ といふのは、攻撃の違法性の概念は刑法三条の目的と関係する⁹¹ といふべき⁹²。
- (88) Burgstaller (FN 1), 175 f; ders, Urteilsam, JBl 1980, 495; Leukauf/Steininger (FN 11) §3 Rz 5; Triffterer, AT Kap 11 Rz 35; Nowakowski (FN 57) Vorbem §3 Rz 77; Jescheck/Weigend, 328 mwN; E. Steininger, Triffterer-Kom §3; Fuchs (FN 11) Kap 19 Rz 1 f; Lewisch (FN 87) §3 Rz 146 und Nachbem zu §3 rz 11; im Ergebnis auch Kienapfel/Höpfel, Z 11 Rz 23, Z 12 Rz 26.
- (89) Vgl. die Nachweise bei Jescheck/Weigend, 589.
- (90) Burgstaller (FN 1), 177, 179; ders, JBl 1980, 496; Jescheck/Weigend, 329 f mwN; E. Steininger, Triffterer-Kom §3 Rz

88 ff; ähnlich Nowakowski (FN 57) Vorbem §3 Rz 78; Fuchs (FN 11) Kap 19 Rz 2, 7 : 直接は未終⁹³ aM Leukauf/Steininger (FN 11) §3 Rz 7 ff, 9 f; Lewisch (FN 87) §3 Rz 151 ff : 不処罰。

- (91) 客観的行為不法の存続を指示するのなべんてんマター⁹⁴ ⁹⁵ Burgstaller (FN 1), 180; so auch Leukauf/Steininger (FN 11) §3 Rz 6.

- (92) 終論⁹⁶、Kienapfel/Höpfel, Z 11 Rz 24; Triffterer, AT Kap 11 Rz 39 ff, 50.

- (93) HM; Vgl. Burgstaller (FN 1), 179, 181; ders, JBl 1980, 496; Jescheck/Weigend, 589 mwN; ebenso aus der Sicht der subjektiven Lehre etwa Dutge, Münchener-Kom §15 Rz 198; Otto, Grundkurs (FN 13) §10 Rz 29; ders, Schlüchter-GS, 84 ff mwN, 96 zum Meinungsspektrum; Stratenwerth (FN 13) §15 Rz 40 ff; Jakobs (FN 13), 11/30.

- (94) Maurach/Zipf (FN 11) §17 Rz 2; zustimmend Jescheck, Heinz Zipf (FN 17), 30.

- (95) Vgl. etwa Schünemann, JA 1975, 515; Herzberg, Die Schuld beim Fahrlässigkeit, JA 1984, 402 ff, 407; Kaminski (FN 13), 93 ff; Jescheck/Weigend, 565.

- (96) Vgl. Triffterer, AT Kap 13 Rz 27.

* 本拙訳はオーストリアはリンツ大学のライニンハート・モース教授 (Prof. Dr. Reinhard Moos) の論文「Die subjektive

Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement, in: Burgstaller-Festschrift 2004」を、同教授の快諾を得て翻訳したものである。本翻訳（上）は前号に掲載されている。