

Strafrechtswissenschaft als Ordnungsfaktor

Herausgegeben von
ERIC HILGENDORF
und MAKOTO IDA

*Schriften zum
Ostasiatischen Strafrecht*

11

Mohr Siebeck

Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht

herausgegeben von
Eric Hilgendorf und Genlin Liang

11



Strafrechtswissenschaft als Ordnungsfaktor

Texte zur Strafrechtswissenschaft
und Strafrechtstheorie
aus Japan

Herausgegeben von

Eric Hilgendorf und Makoto Ida

Mohr Siebeck

Eric Hilgendorf, geboren 1960; Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen, von 1997 bis 2001 Professor in Konstanz, seit 2001 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtslehre, Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Universität Würzburg.

Makoto Ida, geboren 1956; Studium der Rechtswissenschaft in Tokyo, von 1995–2016 Professor an der Keio-Universität in Tokyo, seit 2016 Professor an der Chuo Law School in Tokyo.

ISBN 978-3-16-161123-0 / eISBN 978-3-16-161124-7
DOI 10.1628/978-3-16-161124-7

ISSN 2195-5018 / eISSN 2569-4464 (Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Strafrechtswissenschaft Japans nimmt im Kontext der internationalen Strafrechtswissenschaft¹ eine herausragende Stellung ein, wie sie sonst wohl nur den Strafrechtswissenschaften Spaniens, Lateinamerikas sowie der deutschen Strafrechtswissenschaft zukommt. Japan hatte sich nach der durch äußere Einflüsse erzwungenen Öffnung des Landes zunächst dem französischen Strafrecht zugewandt. Das erste moderne Strafgesetzbuch Japans aus dem Jahr 1882 wurde zu großen Teilen von *Gustave Émile Boissonade* (1825–1910) entworfen, der das Japanische Justizministerium ab 1873 als Berater unterstützte.² Im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts wandte sich Japan dann aber immer mehr dem deutschen Strafrechtsdenken zu, wobei politische Gründe offenbar eine mindestens ebenso große Rolle spielten wie wissenschaftliche Gesichtspunkte. Das 1907 verkündete und 1908 in Kraft getretene neue Strafgesetzbuch wurde daher stark von der deutschen Strafrechtsdogmatik der Zeit, insbesondere der „modernen Schule“ der Strafrechtswissenschaft, geprägt.³

Das Strafgesetzbuch von 1908 ist bis heute in Geltung. Seine größten inhaltlichen Änderungen erfuhr es Ende der 40er Jahre, als nach dem verlorenen Weltkrieg das politische System Japans, ähnlich wie dasjenige Deutschlands, unter US-Amerikanischem Druck im Geiste von Liberalismus und Demokratie umgestaltet wurde. Der deutsche Einfluss auf System und Dogmatik hielt jedoch an und verstärkte sich in den nachfolgenden Jahrzehnten sogar noch.⁴ Dies beruhte nicht zuletzt auch auf längeren Auf-

¹ Zum Konzept einer „internationalen Strafrechtswissenschaft“ *Eric Hilgendorf*, in: E. Hilgendorf, H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2021, S. 153–184.

² *Keiichi Yamanaka*, Einführung in das japanische Strafrecht. Strafrecht auf der Basis der japanischen Sozialstruktur, 2018, S. 30.

³ *Makoto Ida*, Zur Rezeption des deutschen Strafrechts in Japan, GA 2017, S. 419 ff.; *Osamu Magata*, Zur Entwicklung des japanischen Strafrechts, in: E. Hilgendorf (Hrsg.), *Ostasiatisches Strafrecht*, 2010, S. 25 ff., insbes. S. 30 ff.

⁴ *Yamanaka*, Einführung in das japanische Strafrecht (Fn. 2), S. 55 ff. Seit den 80er Jahren fanden zahlreiche japanisch-deutsche Strafrechtstagungen statt, für ein Beispiel aus jüngerer Zeit *Eric Hilgendorf, Makoto Ida und Takuma Sato* (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West. Neue Beiträge zur internationalen Strafrechtswissenschaft*, 2019.

enthalten japanischer Wissenschaftler in Deutschland, welche oft von der Humboldt-Stiftung unterstützt wurden.⁵

Heute hat die japanische Strafrechtswissenschaft einen Grad an Differenziertheit und logischer Geschlossenheit erreicht, der es ihr erlaubt, mühelos mit Arbeiten aus der spanischsprechenden Welt und aus Deutschland zu konkurrieren. Eine ganz besondere Leistung liegt darin, das Modell der internationalen Strafrechtswissenschaft mit seiner Orientierung an Rechtsstaatlichkeit und Systematik in China heimisch gemacht zu haben. Nach der selbstzerstörerischen Kulturrevolution begann das „Reich der Mitte“ Ende der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts, ein neues, modernes Rechtssystem, auch und gerade für das Strafrecht, aufzubauen.⁶ Dabei orientierte es sich an den erfolgreichsten Vorbildern des ostasiatischen Kulturkreises, und damit naturgemäß vor allem an Japan.

Ein erhebliches Hindernis auf dem Weg zu einem intensiveren Austausch der Japanischen Strafrechtswissenschaft mit Deutschland und der spanisch sprechenden Welt bildet offenkundig die Sprache. Während sich japanische Gelehrte seit über 100 Jahren immer wieder der Mühe unterzogen haben, Deutsch zu lernen, gibt es kaum deutsche Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer, die des Japanischen mächtig sind. Dies steht der Rezeption des Japanischen Strafrechtsdenkens offenkundig im Wege. Um diese Lücke schließen zu helfen, habe ich meinen Japanischen Kollegen *Makoto Ida* gebeten, mit mir zusammen einen Band mit repräsentativen Texten aus der Japanischen Strafrechtswissenschaft herauszugeben.⁷ Zu meiner großen Freude hat sich Kollege *Ida*, einer der wirkmächtigsten Strafrechtslehrer Japans und langjähriger Brückenbauer zwischen Ost und West, bereitgefunden, an dem Projekt teilzunehmen. Das Ergebnis unserer Zusammenarbeit bildet der vorliegende Band, der nach fast 10jähriger Arbeit endlich fertiggestellt werden konnte.

Die Auswahl der Texte hat *Makoto Ida* übernommen, Übersetzung und redaktionelle Bearbeitung fanden in Würzburg statt. Der Band spiegelt die bis heute anhaltende Ausrichtung der Japanischen Strafrechtswissenschaft auf Fragen des Allgemeinen Teils wider. Er wird eingeleitet durch eine höchst informative Darstellung der Entwicklung des japanischen Strafrechts und der japanischen Strafrechtswissenschaft aus der Feder Makoto Idas, die auch neue und neueste Tendenzen umfasst.

⁵ Repräsentativ vielleicht die Autobiographie von *Taira Fukuda*, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, 2019, S. 99ff.

⁶ *Genlin Liang*, Einleitung, in: E. Hilgendorf, G. Liang (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft im Aufbruch. Texte zur Strafrechtswissenschaft und Strafrechtslehre aus der Volksrepublik China*, 2021, S. 1 (7ff.).

⁷ Siehe auch schon Gunnar Duttge, Makoto Tadaki (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert*, worin ebenfalls ausschließlich japanische Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler zu Wort kommen.

Ein Werk wie das vorliegende kommt nicht ohne vielfältige Unterstützung zustande. Dank sagen die beiden Herausgeber zunächst Frau *Ina Helm*, die die Texte aus dem Japanischen in eine erste deutsche Fassung übertragen hat. Herr *Dr. Jochen Feldle*, Herr *Johannes Petersen*, Frau *Dr. Anna Lobmann* und Herr *Justin Völkel* haben die Übersetzung überarbeitet und gestraft. Auch ihnen sind wir zu herzlichem Dank verpflichtet. Der Band schließt an den bereits im Dezember 2021 erschienenen Sammelband mit Texten aus der Chinesischen Strafrechtswissenschaft an, welcher von *Genlin Liang* und *Eric Hilgendorf* herausgegeben wurde.⁸

Veitshöchheim, im Dezember 2021

Eric Hilgendorf

⁸ Siehe Fn. 6.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
MAKOTO IDA Einführung in das japanische Strafrecht	1
MAKOTO IDA Zum Begriff der „Adäquanz“ beim adäquaten Kausalzusammenhang im Strafrecht	43
ATSUSHI YAMAGUCHI Intervention des Opfers in den Tathergang sowie eine Betrachtung der Kausalität	73
HITOSHI SAEKI Vorsatzlehre – Teil 1	87
HITOSHI SAEKI Vorsatzlehre – Teil 2	109
HITOSHI SAEKI Vorsatzlehre – Teil 3	125
ATSUSHI YAMAGUCHI Über die Fahrlässigkeit	147
TAKASHI HASHIZUME Notwehrlehre	177
NORIYUKI NISHIDA Zur konspirativen Mittäterschaft	221
Fundstellennachweis	249
Autorenverzeichnis	251
Sachregister	253

Einführung in das japanische Strafrecht

MAKOTO IDA

I. Einleitung

In diesem Einführungsteil werde ich im ersten Abschnitt die Entwicklung des japanischen StGB unter historischen Gesichtspunkten beleuchten. Im zweiten Abschnitt werde ich die Eigenheiten des japanischen Strafrechts darstellen, insbesondere seine Charakteristika aus rechtsvergleichender Sicht. Hierbei lässt sich erkennen, wie ähnlich bzw. unterschiedlich das deutsche und das japanische Strafrecht sind. Im dritten Abschnitt wird es sodann einen Überblick über die derzeitigen kriminalpolitischen Tendenzen in Japan geben. Sie lassen sich durch einen eigenartigen Antagonismus zwischen stabiler Kriminalität einerseits und hoher Punitivität andererseits kennzeichnen. Schließlich wird dem Leser im vierten Abschnitt die Entwicklung der japanischen Strafrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg vorgestellt. Zu beobachten sind hier vor allem die allmähliche Abkopplung der japanischen Dogmatik von der deutschen Dogmatik und ihre starke Annäherung an die Praxis bis hin zu praxisrelevanten Problemen.¹

¹ Heutzutage gibt es einiges an deutschsprachiger Literatur über das japanische Strafrecht und die japanische Strafrechtswissenschaft. Als Dissertationen sind bspw. zu nennen: *Makoto Ida*, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, 1991; *Akihiro Onagi*, Die Notstandsregelung im japanischen und deutschen Strafrecht im Vergleich, 1993; *Hirokazu Kawaguchi*, Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan, 2000; *Mitsuru Iijima*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs in Japan, 2004.

Als Tagungsbände sind erschienen: Hans Joachim Hirsch/Thomas Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989; Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa (Hrsg.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995; Andrzej Szwarz/Andrzej Wasek (Hrsg.), Das erste deutsch-japanisch-polnische Strafrechtsskolloquium, 1998; Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000; Albin Eser/Keiichi Yamanaka (Hrsg.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan, 2001; Andrzej Szwarz (Hrsg.), Das dritte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtsskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2006; Jan C. Joerden/Andrzej Szwarz/Keiichi Yamanaka (Hrsg.), Das vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtsskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung,

II. Das japanische Strafrecht im Überblick

Die wichtigsten Vorschriften des japanischen Strafrechts sind im geltenden StGB von 1907 niedergelegt. Außerhalb des StGB existieren zudem zahlreiche Sonderstrafgesetze, darunter auch Vorschriften, die eigentlich im StGB zu finden sein sollten, wie beispielsweise die Bestimmungen der gefährlichen Körperverletzung mittels einer Waffe oder des gewohnheitsmäßigen Einbruchsdiebstahls. Die gesamten Sonderstrafgesetze lassen sich in Kriminal- und Verwaltungsstrafgesetze einteilen.

Das japanische StGB besteht – wie auch das deutsche – aus einem Allgemeinen (§§ 1–72) und einem Besonderen Teil (§§ 77–264). Im Allgemeinen Teil finden sich generelle Vorschriften über die örtliche und die zeitliche Geltung des Strafgesetzes, die Arten und die Anwendung der Strafen sowie die Straf voraussetzungen und -aufhebungsgründe. Im Besonderen Teil sind hingegen Bestimmungen über die einzelnen Straftaten niedergelegt. Eine deutsche Übersetzung des japanischen StGB liegt zwar vor, allerdings handelt es sich hierbei um eine Fassung vom 10. August 1953, die nur bis Mitte der 80er-Jahre des 20. Jahrhunderts galt.² Das japanische StGB ist seit 2001 vielfach – teilweise stark – reformiert worden. Dieser Trend einer fortschreitenden Reformierung wird auch weiterhin andauern, obwohl der Gesetzgeber bis zur Jahrtausendwende nur zögerlich in die Substanz des StGB eingriff. Eine Totalreform, wie sie derzeit in Korea geplant und vorbereitet wird, ist in Japan momentan jedoch nicht vorgesehen, obwohl das über 110 Jahre alte StGB durchaus Überholungsbedarf aufweist.

2011; Wolfgang Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011; Gunnar Duttge/Makoto Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, 2017; Christian Schwarzenegger/Makoto Ida (Hrsg.), Autonomie am Lebensende – Kultur und Recht. Die aktuelle Diskussion in der Schweiz und in Japan, 2018; Eric Hilgendorf/Makoto Ida/Takuma Sato (Hrsg.), Strafrecht zwischen Ost und West. Neue Beiträge zur internationalen Strafrechtswissenschaft, 2019.

Als Aufsatzsammlungen sind insbesondere hervorzuheben: *Keiichi Yamanaka*, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008; *ders.*, Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, 2012; „Japan-Heft“ des GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht) mit Beiträgen zum japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurs; Robert Esser/Makoto Ida (Hrsg.), Menschenrechtsschutz und Zusammenarbeit im Strafrecht als globale Herausforderung. Rezeption internationaler Standards in Deutschland und Japan, 2018.

² *Kinsaku Saito/Haruo Nishihara* (Übersetzer), Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 65. Die erste deutsche Übersetzung wurde bereits im Jahr 1907 durch den späteren Richter des japanischen Reichsgerichts *Shigema Oba*, der an der Universität Erlangen promovierte, fertiggestellt und im Jahr 1908 veröffentlicht: Strafgesetzbuch für das Kaiserlich Japanische Reich vom 23.4.1907, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung Nr. 23.

Vergleicht man das japanische StGB mit dem deutschen StGB, erhält man den Eindruck, es handle sich um voneinander unabhängig entstandene Strafgesetzbücher. Zwar gibt es auch einander ähnelnde Vorschriften, wie beispielsweise § 38 Abs. 2 jaStGB. Dieser lautet:

„Der Täter, der eine schwerere Straftat verwirklicht, aber die Tatsachen nicht kennt, welche diese schwerere Tat ausmachen, darf nicht wegen dieser Straftat bestraft werden.“

Diese Bestimmung, die inhaltlich fast identisch mit § 16 Abs. 2 dtStGB ist, entstand aber gerade nicht aufgrund einer Rezeption des europäischen Rechts, sondern diese Vorschrift stammt aus dem chinesischen Strafrecht des 8. Jahrhunderts, das in dogmatischer Hinsicht bereits ein erstaunlich hohes Niveau aufwies. Trotzdem können sichtbare Unterschiede in vielen Details festgestellt werden. Beispielsweise erklärt das japanische StGB die allgemeine Straffreiheit der „aufgrund eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung“ vorgenommenen Handlung sowie der in Ausübung eines „legalen Geschäfts“ durchgeführten Handlung (§ 35 jaStGB)³. Der Gesetzgeber hielt diese allgemeine Erklärung, dass eine solche Geschäftshandlung rechtmäßig sei, für nötig, weil andernfalls beispielsweise Verletzungen beim Sumo- oder Judokampf die Strafbarkeit begründen könnten. Ein Vorbild hierfür war damals im schweizerischen StGB zu finden.

Wie beim Vergleich von Gesetzestexten der verschiedenen Rechtsordnungen üblich, finden sich auch hier nur äußerliche Ähnlichkeiten und kleine oder große Unterschiede im Gesetzeswortlaut. Um die zahlreichen Rätsel zu lösen, die dabei entstehen, muss man nicht Kenntnisse der deutschen und japanischen Strafgesetzbücher in der heutigen Fassung besitzen, sondern historisch vorgehen und sich über die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Gesetzbücher informieren. Zum Verständnis des japanischen Strafrechts ist es zudem wichtig, den Prozess der Modernisierung des Rechts und der Gesellschaft nach der Meiji-Restauration von 1868 näher zu betrachten.⁴ Japan mied seit Beginn des 17. Jahrhunderts über 200 Jahre lang Beziehungen mit dem Ausland, vornehmlich weil die Verbreitung des Christentums durch ausländische Missionare befürchtet wurde. Folge dieser zwei Jahrhunderte andauernden Isolation war, dass Japan, das von der Samurai-Herrschaft im Zeitalter des Feudalismus geprägt war, in dieser

³ § 35 jaStGB lautet: „Eine Handlung, welche auf Grund eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung oder in Ausübung eines legalen Geschäfts vorgenommen wird, ist nicht strafbar.“

⁴ Ein zuverlässiger Überblick findet sich in Harald Baum/Moritz Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 5 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. auch *Makoto Ida*, Wissenschaftstransfer zwischen Deutschland und Japan, in: Festschrift für Hans-Heiner Kühne, 2012, S. 759 ff.

Zeit mit der westlichen Kultur und Wissenschaft nur bedingt in Berührung kam und daher mit der rasanten Entwicklung der westlichen Welt nicht mithalten konnte. Dies betrifft beispielsweise die industrielle Revolution. Japan nahm schließlich die Meiji-Restauration von 1868 zum Anlass, die Feudalherrschaft zu beenden und sein Rechts- und Gesellschaftssystem von Grund auf zu modernisieren. Hierbei wurde ein möglichst zügiger „Totalumbau“ gefordert.⁵ Die Meiji-Regierung trieb deshalb die geforderte rasche Modernisierung durch einen umfassenden Transfer westlicher Kultur, Wissenschaften und Rechtsinstitute voran. Anfangs spielten die Japaner sogar mit dem Gedanken, das französische Zivilgesetzbuch ins Japanische zu übersetzen und es als eigenes Zivilgesetzbuch in Kraft treten zu lassen. Allerdings bewegten sich die chinesische Kultur und ihr Gedankengut, die die Japaner während der Isolationszeit gründlich rezipierten, auf hohem Niveau, sodass gegen Ende der feudalistischen Edo-Periode in Japan bereits subtile philosophische, ethische sowie religiöse Lehren und Ideen vorhanden waren. Sie verfügten zwar noch nicht über genügend Reife, um das moderne europäische Gedankengut in sich aufzunehmen und daraus eine Synthese hervorzubringen. Die japanischen Intellektuellen waren jedoch in abstraktem Denken und rationaler Argumentation geschult, sodass eine relativ reibungslose Übernahme westlicher Kultur und Wissenschaften vorstattengehen konnte. Nichtsdestotrotz mussten die Japaner vieles nachholen. Ihnen fehlte damals beispielsweise ein Verständnis vom Begriff des subjektiven Rechts; ihnen war nur die Pflicht oder der Status des Einzelnen bekannt. Das Konzept des subjektiven Rechts musste zunächst einmal von Japanern verstanden und das entsprechende Wort ins Japanische übersetzt und verbreitet werden. Auch die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht war in Japan nicht geläufig. So musste das japanische Justizministerium in der frühen Meiji-Periode häufig Anweisungen an die Gerichte senden und verbieten, bei Zivilsachen die unterlegene Partei mit einer Strafe zu belegen.

Die Japaner sind vor allem dem Pariser Professor *Gustave Émile Boissnade* zu größtem Dank für die Unterstützung bei der Modernisierung des Rechtssystems verpflichtet. Er hielt sich auf Einladung der japanischen Regierung von 1873 bis 1895 in Tokyo auf und leistete einen kaum zu überschätzenden Beitrag zur Gesetzgebung und zur Ausbildung von hohen Justizbeamten in Japan. Er unterrichtete handverlesene junge japanische Juristen und brachte ihnen das europäische Recht und das europäische Rechts-

⁵ Einerseits herrschte in der Öffentlichkeit allgemein eine starke Unzufriedenheit darüber, dass Japan wegen seiner Rückständigkeit von den westlichen Mächten nicht als gleichberechtigt anerkannt wurde. Andererseits bestand die ernst zu nehmende Gefahr, Japan könne bei einer Verzögerung der Umgestaltung des Landes in eine koloniale Abhängigkeit von den westlichen Mächten geraten.

denken näher. *Gustave Émile Boissonade* verfasste Entwürfe wichtiger Gesetzbücher, vor allem des BGB und StGB. Hinsichtlich des Strafrechts bemühte er sich zudem um die Abschaffung der zur Erlangung von Geständnissen ausgeübten Folter und stellte einen umfangreichen Strafgesetzentwurf fertig, bei dessen Abfassung er zwar den *Code pénal* Napoleons von 1810 zum Vorbild nahm, ihn aber unter Berücksichtigung der damaligen europäischen Strafgesetzbücher an vielen Stellen revidierte. Dieser Entwurf konnte jedoch erst in erheblich überarbeiteter Form als Gesetz in Kraft treten. Es handelte sich hierbei um das erste moderne japanische StGB von 1880, das 1882 Gesetzeskraft erlangte. Das StGB von 1880 zeichnete sich vor allem durch seine liberalen und objektivistischen Merkmale aus. Beispielsweise wurde das Gesetzlichkeitsprinzip – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – in diesem Gesetz zum ersten Mal ausdrücklich niedergelegt.⁶ Zudem wurden die gegen das Schuldprinzip verstoßenden Rechtsinstitute und die ständigen Privilegien entfernt. Das StGB von 1880 entschärfte und modernisierte auch das bisherige Strafsystem. Die Freiheitsstrafen wurden in den Mittelpunkt gerückt, die Leibesstrafen wurden abgeschafft. Charakteristisch für das StGB war, dass für die Realkonkurrenz das Prinzip der Absorption galt; wie heute bei der Tateinheit sollte diejenige Strafe herangezogen werden, die sich nach dem schwersten der begangenen Delikte richtet. Eine Erhöhung des Strafrahmens unterblieb dabei. Die Strafvorschriften des Besonderen Teils wurden detailliert und begrifflich klar gefasst. Außerdem wurden die einzelnen Delikte nach der Art und Weise der Tatausführung sowie nach der Schwere des eingetretenen Erfolges in Kategorien eingeteilt. Auch die jeweiligen Strafrahmen wurden relativ eng gefasst, um den Ermessensspielraum des Richters möglichst gering zu halten. Die Vorschriften, die *Boissonade* vermutlich unter besonderer Berücksichtigung des deutschen StGB von 1871 formulierte, fanden in diesem StGB Aufnahme und blieben fast unverändert im geltenden StGB von 1907 erhalten, so zum Beispiel § 38 Abs. 1 jaStGB. Dieser lautet:

„Eine Handlung, bei der der Wille, eine Straftat zu begehen, fehlt, ist [grundsätzlich] nicht strafbar.“

Das StGB von 1880 wurde jedoch bald durch das derzeit geltende StGB von 1907 ersetzt. Der Grund hierfür war die Unzufriedenheit der Praktiker. Diese kritisierten das StGB von 1880 vor allem wegen seiner schweren Verständlichkeit aufgrund detaillierter und komplizierter Regelungen, die ihnen das Gefühl vermittelten, in ihren Handlungsspielräumen stark eingeschränkt zu sein. Außerdem fand ab den 1880er-Jahren eine Hinwendung zu Deutschland und dessen Recht statt. Hier wird insbesondere 1881 als

⁶ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es damals noch kein Parlament gab und man deshalb nicht vom Gesetzlichkeitsprinzip im strengen Sinne sprechen konnte.

das entscheidende Jahr betrachtet. Damals errangen jene Politiker, die das deutsche Staatsmodell für das geeignetste hielten, innerhalb der Regierung den Sieg über die Liberalen, die Sympathien für das englische System hegten. Die Meiji-Regierung förderte somit zunehmend den Transfer der deutschen Wissenschaften.⁷ Damit begann die Blütezeit der deutschen Wissenschaften in Japan. Sie wurden mit Begeisterung gelehrt und gelernt. Dies wird auch durch eine damals geläufige Redewendung unterstrichen: „Hier gilt nur das Deutsche, alles andere zählt nicht.“

Doch den Japanern missfiel, dass das japanische StGB im Grunde ein französisches Produkt war. Auch der sogenannte Ōtsu-Zwischenfall, der sich im Jahre 1891 in Ōtsu ereignete, verstärkte die Kritik an diesem StGB. Es handelte sich um ein fehlgeschlagenes Attentat eines Polizisten auf den sich in Japan aufhaltenden russischen Kronprinzen. Dieser Mordversuch stellte nach dem StGB von 1880 einen obligatorischen Strafmilderungsgrund dar, sodass die Verhängung der Todesstrafe gegenüber dem Attentäter nicht möglich war.

Der Ōtsu-Zwischenfall hatte in Japan zudem große historische Bedeutung für die Etablierung der richterlichen Unabhängigkeit gegenüber einer politischen Einmischung. Die japanische Regierung hielt in diesem Fall die Verhängung der Todesstrafe für nötig, um den Zorn Russlands zu besänftigen und einen möglichen Krieg zu vermeiden. Im Zuge dessen übte die japanische Regierung auf die zuständigen Richter massiven Druck aus. Der damalige Präsident des japanischen Reichsgerichts *Korekata Kojima* wehrte sich jedoch konsequent und erfolgreich gegen eine derartige politische Einflussnahme.

In Japan war um die Jahrhundertwende eine moderne spezialpräventive Strafrechtslehre stark vertreten, auch durch den Einfluss des Streits zwischen der klassischen und der modernen Strafrechtsschule in Europa. Der Vergeltungsgedanke, wie er noch dem jaStGB von 1880 zugrunde lag, wurde als überholt und kriminalpolitisch steril kritisiert. Da es nicht so sehr darauf ankommen sollte, welche Handlung der Täter ausführte, sondern darauf, wie die Täterpersönlichkeit ausgeprägt sei, war es müßig, Deliktstatbestände genau und präzise zu typisieren. Die einflussreichen Strafrechtler forderten deshalb eine weit gefasste Formulierung des Deliktstatbestandes und eine

⁷ Es gab zwei Gründe, die die Regierung dazu veranlassten. Der erste ist die hohe Qualität der deutschen Wissenschaften. Den Japanern war insbesondere die weltweit führende Stellung der deutschen Medizin schon früh bekannt. Informationen darüber waren bereits vor der Meiji-Restauration durch die holländischen Ärzte verbreitet worden, die in Japan als Medizinprofessoren tätig waren. Zweitens erschien den einflussreicheren konservativen Politikern das deutsche Kaiserreich mit seiner konstitutionellen Monarchie hinsichtlich seines Staatssystems und seines Verhältnisses zu den Bürgern viel geeigneter als die Staatsformen Englands und Frankreichs.

entsprechende Erweiterung des Strafrahmens, damit eine der jeweiligen Täterpersönlichkeit angepasste Bestrafung ermöglicht werden konnte.

Das derzeit geltende japanische StGB wurde schließlich nach längeren Vorarbeiten im Jahre 1907 verkündet und trat am 1. Oktober 1908 in Kraft. Das jaStGB von 1907 wurde entwickelt, indem der Gesetzgeber ausführlich die damals geltenden Strafgesetzbücher und die ihm zugänglichen StGB-Entwürfe der europäischen Länder studierte und jeweils die am passendsten erscheinende Vorschrift auswählte. So formulierte er zum Beispiel den Notstandsparagraphen nach dem Vorbild des finnischen und schweizerischen StGB. Die Vorschriften über den Versuch standen hingegen unter französischem Einfluss, wobei der japanische Gesetzgeber bei der Übersetzung des Schlüsselbegriffs *commencement d'exécution*, also der Beginn der Ausführung, große Schwierigkeiten hatte. Ein anderes Beispiel: Das jaStGB kennt zwei Arten der Tateinheit. Neben der Idealkonkurrenz existiert auch die Fallgruppe der sogenannten zusammenhängenden Handlungen (§ 54 Abs. 1, 2. Hs. jaStGB)⁸. Diese Rechtsfigur wurde wiederum aus dem spanischen StGB übernommen. Mehrere Handlungen, die jeweils Straftatbestände konstituieren, bilden demnach dann eine Tateinheit, wenn sie so eng miteinander verknüpft sind, dass sie im Verhältnis von Mittel und Zweck bzw. Grund und Folge stehen, wie zum Beispiel Hausfriedensbruch (§ 130 jaStGB) und Diebstahl (§ 235 jaStGB) oder die Fälschung einer Urkunde (wie etwa § 155 jaStGB) und der Gebrauch der gefälschten Urkunde (§ 158 jaStGB). Bei der Systematisierung sämtlicher Vorschriften des Allgemeinen Teils ist hingegen der starke Einfluss des deutschen Rechts zu spüren, das beispielsweise zwischen Unrecht und Schuld differenziert.

Meines Erachtens ist das jaStGB von 1907 eine bewundernswerte gesetzgeberische Leistung. Aber was genau der Gesetzgeber unter den einzelnen Paragraphen verstand, ist nicht immer eindeutig, denn die Gesetzgebungsmaterialien sind nur äußerst fragmentarisch erhalten geblieben.

III. Eigenheiten des japanischen Strafrechts

1. Rechtsvergleichende Propädeutik

Spricht man über die japanische Gesellschaft, wird bis heute immer wieder auf ihre kulturelle Einzigartigkeit hingewiesen. Zahlreiche Bücher sind den sogenannten „Japaner-Diskursen“ gewidmet. Ich möchte hier nur die geläu-

⁸ § 54 Abs. 1 jaStGB lautet: „Verletzt eine Handlung mehrere Vorschriften dieses Gesetzes oder konstituiert diejenige Handlung, welche als Mittel oder als Folge einer Straftat vorgenommen wird, eine andere Straftat, kommt diejenige Vorschrift, welche die schwerste Strafe androht, zur Anwendung.“

figsten Stichworte nennen, die zur Charakterisierung der Japaner und der japanischen Gesellschaft gebraucht werden:

- gruppenorientiertes Denken
- vertikale Gesellschaftsstruktur
- Inselmentalität
- starkes Anlehnungsbedürfnis (*Amae*) als Besonderheit der japanischen Psyche
- mütterliche, alle Personen einschließende, jedwede klare Zäsur vermeidende Gesellschaft im Gegensatz zur väterlichen westlichen Welt
- Japaner als Agrarvolk
- Moratorium (*Erik H. Erikson*) als allgemeines Merkmal der Japaner, wobei die geistige Verselbstständigung aufgeschoben wird

Diese und andere Thesen sind interessant und entsprechen auch dem Selbstbild vieler Japaner. Sie sind aber wegen ihrer Unbestimmtheit wissenschaftlich schwer überprüfbar. Bisher handelt es sich nur um mehr oder weniger mit empirischen Befunden harmonisierende Hypothesen. Diese „Theorien“ sind kurzlebig; Thesen, die heute Hochkonjunktur haben, werden morgen wieder in Vergessenheit geraten. Aus ihnen lassen sich weder dogmatische noch rechtspolitische Konsequenzen für die strafrechtlichen Probleme ableiten.

Die Kultur und die damit einhergehenden Stereotypen werden jedoch häufig zur Legitimation des Status quo sowie gegen die Modernisierung des Rechtssystems nach ausländischem Vorbild benutzt und wirken damit kontraproduktiv und politisch reaktionär. Obwohl es sich bei Japan um ein „Rechtsimportland“ handelt, berufen sich viele Gegner von Reformen zur Verteidigung des vormodernen Rechtszustandes auf die Kultur und Tradition Japans. Die Argumentation mit den Besonderheiten der japanischen Kultur stellt eine Flucht in einen wissenschaftlich schwer nachweisbaren und damit gegen Kritik immunen Bereich dar.⁹ Eine solche Immunisierungsstrategie ist etwa dann anzutreffen, wenn die Beibehaltung der Todesstrafe mit der kulturellen Eigenständigkeit der japanischen Gesellschaft begründet wird.¹⁰ Ein Beispiel, das eine dogmatische Frage betrifft, soll dies verdeutlichen. Eine Entscheidung des japanischen Obersten Gerichtshofs (OGH) aus dem

⁹ Vgl. auch *Makoto Ida*, Wozu Rechtsvergleichung heute?, *Zeitschrift für Japanisches Recht* Nr. 46, 2018, 321, 322 ff.

¹⁰ Bekanntlich verteidigte *Haruo Nishihara* die im Allgemeinen positive Einstellung der Japaner gegenüber der Todesstrafe, obwohl er selbst eine Position der Mitte zwischen den Befürwortern und Gegnern dieser Strafe einnimmt, vgl. *Haruo Nishihara*, Die Idee des Lebens im japanischen Strafrechtsdenken, *Augsburger Universitätsreden*, Heft 32, 1997, S. 27 ff.

Jahre 1957 verneinte die Freiwilligkeit des Rücktritts (§ 43, 2. Hs. jaStGB)¹¹ in einem Fall, in dem der Täter, der mit Tötungswillen einmal auf den Kopf des Opfers eingeschlagen hatte, durch die dabei entstandene stark blutende Wunde erschrak und deshalb von seinem Vorhaben abließ.¹² Ein Autor versuchte damals, die Verneinung der Freiwilligkeit damit zu begründen, dass die Japaner ein Agrarvolk und deshalb nicht daran gewöhnt seien, Blut zu sehen, sodass der Anblick von Blut bei Japanern eine stark tathemmende, den freien Willen ausschließende Wirkung hätte. Diese Argumentation wird heute in Strafrechtsvorlesungen nur noch zu dem Zweck erwähnt, die studentischen Zuhörer zum Lachen zu bringen und die Vorlesung aufzulockern.

Der Kulturdeterminismus verringert die Vergleichsbasis verschiedener Lösungen der jeweiligen Länder, erschwert einen über das kulturalanthropologische Gespräch hinausgehenden, auch auf einen Rechtstransfer abzielenden Diskurs und entwertet damit die Rechtsvergleichung. Von einer Erweiterung der Lösungsmöglichkeiten, die als Sinn und Zweck der Rechtsvergleichung immer wieder hervorgehoben wird, kann dann kaum die Rede sein. Deshalb sollte im juristischen Diskurs bei einer Bezugnahme auf die jeweilige Kultur mit Bedacht vorgegangen werden. Die Kultur sollte bei der Rechtsvergleichung gewissermaßen als *ultima ratio* für die Erklärung von Lösungsdifferenzen herangezogen werden. Allerdings ist die Rechts- bzw. Justizkultur von der Kultur im allgemeinen Sinne zu unterscheiden.¹³ Erstere ist auf einer konkreteren Ebene lokalisiert und kann bei der Rechtsvergleichung und damit bei der Erklärung von Lösungsdifferenzen aussagekräftiger sein als die allgemeine Kultur. Das Charakteristische an der Rechts- bzw. Justizkultur ist, dass sie durch allerlei Zufallsmomente bestimmt wird. Dazu gehören in diesem Zusammenhang beispielsweise politische Machtkonstellationen, die hinter der Kodifikation oder der Rezeption des Rechts stehen; die geografische oder geistige Nähe der Herkunftsländer der Rechtsfiguren und der Rechtsinstitute; die von der Persönlichkeit der einzelnen Wissenschaftler herrührende Gestaltungskraft der Dogmengeschichte sowie einige weitere Punkte. Die Zufälligkeit, die Einseitigkeit und die Voreingenommenheit jeder Rechtsordnung, die ihre Ursachen in diesen oder anderen rechtskulturellen Zufallsfaktoren haben, können durch die Rechtsvergleichung korrigiert oder behoben werden.

¹¹ § 43 jaStGB lautet: „Bei dem Täter, der die Ausführung einer Straftat begonnen, aber nicht vollendet hat, kann die Strafe gemildert werden; wenn der Täter aus eigenem Willen mit der Ausführung der Straftat aufhört, so tritt Strafmilderung ein oder es kann von Strafe abgesehen werden.“

¹² Beschluss des OGH v. 10.9.1957, Keishū, Bd. 11, Nr. 9, S. 2202.

¹³ Hierzu vgl. *Makoto Ida*, Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich? – dargestellt am Beispiel der Versuchsstrafbarkeit, in: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich, 2012, S. 26 ff.

2. Ein weiter Beurteilungsrahmen für die Richter

Das geltende japanische StGB ist einerseits gekennzeichnet durch die Abstraktheit seiner Vorschriften und die Weite der Strafrahmen sowie andererseits durch einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Berücksichtigung von Strafmilderung und -erhöhung. Während das jaStGB von 1880 beispielsweise acht verschiedene Typen des Diebstahls kannte, ist im geltenden jaStGB nur ein einziger Diebstahlsparagraf (§ 235 jaStGB) zu finden, der lediglich 40 Schriftzeichen umfasst und dessen Strafdrohung eine Zuchthausstrafe von einem Monat bis zu zehn Jahren und eine Geldstrafe von 10.000 Yen (etwa 84 Euro) bis 500.000 Yen (etwa 4.180 Euro) vorsieht. Im Übrigen differenziert Japan, anders als Deutschland, das von einer einheitlichen Freiheitsstrafe ausgeht, zwischen einer Zuchthausstrafe und Gefängnisstrafe. Mit Ersterer ist eine Pflicht zur Arbeit verbunden (§§ 12 f. jaStGB). Auch die Körperverletzungsvorschrift (§ 204 jaStGB), die sogar nur 34 Schriftzeichen umfasst, bestimmt einen Strafrahmen von einer Zuchthausstrafe von einem Monat bis zu 15 Jahren und einer Geldstrafe von 10.000 bis 500.000 Yen. Das japanische StGB unterscheidet zudem nicht zwischen Mord und Totschlag. § 199 jaStGB sieht für die vorsätzliche Tötung einen Strafrahmen von einer fünfjährigen Zuchthausstrafe bis zur Todesstrafe vor.¹⁴

Das japanische StGB enthält zahlreiche fakultative Strafmilderungsgründe sowie die großzügig gestalteten Rechtsinstitute der bedingten Strafaussetzung und der bedingten Entlassung aus der Strafanstalt. Diese entstanden aufgrund der oben erwähnten starken Einflussnahme der spezialpräventiven Strafrechtslehre. Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift, die allgemein nach den Umständen eine fakultative Strafmilderung zulässt (§§ 66 f. jaStGB). Sie kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein oder mehrere gesetzliche Strafmilderungsgründe vorliegen. Bei der zeitigen Freiheitsstrafe kann das Gericht deshalb die gesetzliche Strafe bis auf ein Viertel der Strafe herabsetzen. Liegt ein Fall der Realkonkurrenz vor, die das geltende jaStGB im Gegensatz zum früheren jaStGB von 1880 als einen Straferhöhungsgrund ansieht, kann eine Freiheitsstrafe von bis zu 30 Jahren verhängt werden.¹⁵ Das Rechtsinstitut der Strafaussetzung ist hingegen großzügig gestaltet. Dieses kann angewendet werden, wenn der Angeklagte zu einer Freiheits-

¹⁴ Qualifizierende und privilegierende Tatbestände sind viel seltener anzutreffen als im deutschen StGB. Eine Abstufung der Strafrahmen in besonders schwere und minder schwere Fälle mit der Regelbeispieltechnik fehlt im japanischen StGB.

¹⁵ Beispielsweise wird die Körperverletzung mit Todesfolge mit Zuchthausstrafe bis zu 20 Jahren bestraft (§ 205 jaStGB). Wenn der Täter zwei derartige Taten in Realkonkurrenz begeht, beträgt die Höchststrafe eine Zuchthausstrafe von 30 Jahren.

strafe von bis zu drei Jahren verurteilt wurde (§ 25 jaStGB). Zudem gibt es in Japan auch die Möglichkeit der Todesstrafe. Aus alledem lässt sich der Schluss ziehen, dass das japanische Gericht im Vergleich zum deutschen einen großen Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Strafzumessung innehat. Wenn der Angeklagte zum Beispiel wegen vorsätzlicher Tötung (§ 199 jaStGB) zu verurteilen ist, hat das Gericht die Wahl zwischen der Todesstrafe, einer unbefristeten Zuchthausstrafe oder einer zeitigen Zuchthausstrafe von zweieinhalb bis 30 Jahren. Kommen ein oder mehrere Strafmilderungsgründe in Betracht, so beläuft sich die Strafrahmenuntergrenze auf eine Zuchthausstrafe von einem Jahr und drei Monaten. Die Gesichtspunkte, an denen sich die Strafzumessung orientiert, sind im Gesetz jedoch nicht zu finden. Die Einzelheiten der Strafzumessung werden vielmehr der juristischen Praxis überlassen. Von besonderem Interesse ist deshalb die Frage, wie die japanischen Richter diesen großen Beurteilungsspielraum ausfüllen. Die japanische Gerichtspraxis betrachtet bei der Strafzumessung den *Schuldausgleich* bzw. die *Tatproportionalität* als Leitprinzip und lässt präventive Überlegungen nicht in den Vordergrund treten. Vielmehr ist die *Dichotomie von Tatumständen und sonstigen allgemeinen Begleitumständen* von fundamentaler Bedeutung. Unter Letzteren versteht man zum Beispiel das Verhalten nach begangener Tat, beispielsweise Bemühungen zur Wiedergutmachung, sowie die für die präventiven Überlegungen bedeutsamen Tatsachen. In der Gerichtspraxis wird das Strafmaß also im Wesentlichen anhand der Tatumstände bestimmt und unter Berücksichtigung der allgemeinen Begleitumstände in gewissen Grenzen – nach oben oder nach unten – modifiziert.

Die japanischen Praktiker legen großen Wert auf eine einheitliche Strafzumessung.¹⁶ Deshalb steht in Straffragen überwiegend die Proportionalität zwischen Tat und Strafe im Vordergrund und spezialpräventive Überlegungen erlangen fast nur bei Rückfalltätern Gewicht. Die Spezialprävention kommt beispielsweise erst im Stadium des Strafvollzugs zum Zuge. Die Schwereskala zur Quantifizierung des Strafmaßes bestimmt in Japan nicht der gesetzliche Strafrahmen, sondern der *Strafkurs*, der sich in jahrelanger Praxiserfahrung allmählich gebildet hat. Deshalb betrachtet das Gericht bei der Strafzumessung einen oder mehrere verwandte Fälle aus der Vergangenheit anhand der in ganz Japan gesammelten bisherigen Entscheidungen und orientiert sich schließlich für die Bestimmung der Strafhöhe stark an den dort ausgesprochenen Strafen. Dadurch wird eine einheitliche Strafzumessung erzielt. Der Grund für dieses Verlangen ist nicht nur die Neigung zur Einheitlichkeit, die bei Japanern oft zu be-

¹⁶ Diese Forderung wird auch in der japanischen Gerichtspraxis nach Meinung der Praktiker mehr oder weniger gut erfüllt.

obachten ist, sondern auch das zentralisierte Justizwesen. Eine große Rolle spielen ebenfalls häufige Versetzungen der Richter und Staatsanwälte innerhalb Japans sowie eingehende Kontrollen hinsichtlich Straffragen durch die höheren Gerichte.

3. Einstellung zum Gesetzlichkeitsprinzip

Ein weiteres Charakteristikum des japanischen Strafrechts stellt die flexible Handhabung des geschriebenen Gesetzestextes dar.¹⁷ Die japanischen Strafrechtswissenschaftler nehmen, anders als ihre deutschen Kollegen, den Gesetzeswortlaut manchmal weniger ernst. Sie messen dem Gesetzeswortlaut im Vergleich zu den Deutschen keinen derart hohen Stellenwert unter den verschiedenen Anforderungen bei, die an die Rechtsfindung gestellt werden. Folglich nehmen japanische Richter häufig eine analogieverdächtige Auslegung vor, obwohl auch in Japan das Gesetzlichkeitsprinzip heute als Verfassungsgrundsatz (Art. 31, 39 japanische Verfassung) gilt. Problematisch daran ist, dass sie nur selten unter Berufung auf das Analogieverbot zum Ergebnis eines Freispruchs gelangen. Dazu möchte ich drei Beispiele anführen.

Der erste Fall betrifft den Elektrizitätsdiebstahl. Hier subsumierte das japanische Reichsgericht in einem Urteil von 1903 die Elektrizität unter den Begriff der Sache und bestrafte den Angeklagten, der elektrische Energie von seinem Nachbarn entwendet hatte, wegen Diebstahls nach § 366 jaStGB von 1880.¹⁸ Das Urteil fiel in die Zeit, in der sich auch der deutsche Gesetzgeber mit diesem Problem beschäftigte und auf dem Wege einer Gesetzesänderung die bis dahin vorliegende Strafbarkeitslücke beseitigte, nachdem das deutsche Reichsgericht die Subsumtion der Elektrizität unter den Begriff der Sache verweigert hatte.¹⁹ Das japanische Reichsgericht argumentierte daraufhin folgendermaßen: Das Diebstahlsubjekt müsse weggenommen werden können. Damit man es wegnehmen könne, müsse das Objekt zwei Merkmale aufweisen; zum einen die Fähigkeit, es aufzubewahren, und zum anderen die Transportfähigkeit. Da beide Merkmale bei der Elektrizität vorhanden seien, stelle sie eine Sache im Sinne des Diebstahlparagrafen dar. Hier handelte es sich um eine an sich tadellose logische Argumentation. Man schenkte allerdings dem Gesetzeswortlaut zu wenig Beachtung.

¹⁷ Vgl. hierzu *Makoto Ida*, Methodik der Rechtsfindung – insbesondere im japanischen Strafrecht, in: *Vergleichende Strafrechtswissenschaft: Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc*, 2009, S. 3 ff.; *Makoto Tadaki*, Faktische Gesetzgebung durch „freie“ richterliche Auslegung von Strafgesetzen in Japan, in: *Gunnar Duttge/Makoto Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert*, 2017, S. 75, 15 ff.

¹⁸ Urteil v. 21.5.1903, Keiroku, Bd. 9, S. 874.

¹⁹ RGSt 29, 111; 32, 165.

Das zweite Beispiel stammt aus dem Urkundenstrafrecht. Der japanische OGH bewertete im Jahre 1976 – im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung – die Herstellung einer nur scheinbar originalgetreuen Fotokopie einer amtlichen Urkunde als Urkundenfälschung.²⁰ Der OGH berief sich dabei auf eine teleologische Auslegung. Die Fotokopie einer originalen amtlichen Urkunde stelle demzufolge insofern eine amtliche Urkunde dar, als sie eine dem Original vergleichbare soziale Funktion als Beweismittel innehat.

Beim dritten Beispiel handelt es sich um den strafrechtlichen Lebensschutz. In den 50er- und 60er-Jahren des 20. Jahrhunderts verursachten in Fabrikabwässern enthaltene Quecksilberverbindungen eine schwere Umweltvergiftung, Minamata-Krankheit, genannt. In der Folgezeit kamen viele Kinder schwer krank zur Welt und verstarben schließlich an dieser Krankheit, die sukzessiv die Gesundheit schädigende Wirkung entfaltete. Der OGH befasste sich hier mit der Frage, ob diese pränatale Verletzung der Leibesfrucht, die erst nach der Geburt allmählich den Tod bewirkte, wegen fahrlässiger Tötung eines Menschen (§ 211 jaStGB a. F.) bestraft werden könne. Er bejahte dies in einer Entscheidung aus dem Jahre 1988.²¹ Auch dies steht im Gegensatz zur Stellungnahme des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH).²² Dem üblichen Einwand gegen die bejahende Auffassung, man könne von einer Verletzung eines menschlichen Körpers erst dann reden, wenn zum Tatzeitpunkt nicht nur eine Leibesfrucht, sondern ein Mensch existiert habe, wollte der OGH mit folgender Argumentation begegnen: Durch die Tat sei durchaus in einen Teil eines Menschen eingegriffen worden, nämlich der Mutter. Dieser verletzte Mensch oder, genauer gesagt, dieser verletzte Teil eines Menschen könne als identisch mit dem später geborenen, verletzten Opfer angesehen werden.

Wie die dargestellten Beispiele verdeutlichen, bemüht sich auch die japanische Judikatur um eine logische Argumentation und eine rationale Begründung des Ergebnisses. Jedoch gehen die japanischen Juristen mit dem Gesetzeswortlaut flexibel um und betrachten offenbar die Bindung der Justiz an die Wortlautgrenze nur als relativen Wert neben anderen Werten. Wenn also japanische Juristen das Ergebnis der Straflosigkeit als ungerecht empfinden, dann zögern sie nicht, auch über die Grenze des Wortlauts des Gesetzes hinauszugehen. Warum die Japaner dem Gesetzeswortlaut kein bedingungsloses Vertrauen entgegenbringen, ist eine schwer zu beantwortende Frage. Möglicherweise hat die Rezeption des europäischen Rechts und des Rechtsstaatsgedankens in Japan eine zu kurze Geschichte, um

²⁰ Urteil v. 30.4.1976, Keishū, Bd. 30, Nr. 3, S. 453.

²¹ Beschluss v. 29.2.1988, Keishū, Bd. 42, Nr. 2, S. 314.

²² BGHSt 31, 348.

Wurzeln schlagen zu können. Andererseits lässt sich eine gewisse Parallele zu der alltäglich zu beobachtenden Tatsache ziehen, dass die Japaner dem geschriebenen oder auch dem gesprochenen Wort keine entscheidende Bedeutung beimessen. Eine schweigende Verständigung ist die höchste Tugend im interpersonalen Umgang in Japan.²³

4. *Rechtsschöpfung durch die Gerichte*

Diese flexible Handhabung des Gesetzeswortlauts durch die japanischen Richter hängt mit der – jedenfalls bis zur Jahrtausendwende – relativ zurückhaltenden Tätigkeit des Gesetzgebers zusammen. Ein Paradebeispiel hierfür ist das Folgende: Nach § 200 jaStGB ist ein Aszendentenmörder mit der Todesstrafe oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe zu bestrafen. Obwohl der OGH diese Vorschrift in seiner Plenarentscheidung vom 4. April 1973 wegen ihres übermäßig strengen Strafrahmens für verfassungswidrig erklärt hatte, wurde sie bis 1995 weder aufgehoben noch entsprechend abgeändert. So kam es zu der kuriosen Situation, dass diese Vorschrift zwar in der Praxis nicht mehr angewandt wurde, aber dennoch über 20 Jahre lang bestehen blieb. Ein weiteres Beispiel bieten die Abtreibungsvorschriften der §§ 212 ff. jaStGB. Danach wird die Abtreibung in ihren sämtlichen Erscheinungsformen (einschließlich der durch die Schwangere selbst vorgenommenen Abtreibung) bestraft. Die Bestimmung des Mutterschutzgesetzes, die die Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch vorsieht, wird

²³ An dieser Stelle möchte ich ein weiteres Beispiel für eine flexible Handhabung der Gesetzessprache nennen. Es handelt sich um das Bestimmtheitsgebot, dem die Lehre und die Judikatur in Japan Verfassungsrang einräumen. Zum Verständnis dieses Falles ist es wichtig zu wissen, dass in Japan jede Präfektur ermächtigt ist, Strafgesetze zu erlassen, deren Strafandrohung Zuchthausstrafe bis zu zwei Jahren beinhaltet. Fast alle Präfekturen besitzen entsprechende Strafvorschriften, die unzüchtige Handlungen an Jugendlichen unter 18 Jahren unter Strafe stellen. Der OGH befasste sich in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1985 (Urteil des Großen Senats v. 23.10.1985, Keishū, Bd. 39, Nr. 6, S. 413) mit der Frage, ob folgende durch eine Präfektur erlassene Strafvorschrift wegen ihrer Uferlosigkeit und Unbestimmtheit für verfassungswidrig erklärt werden muss: „Wer an einem Jugendlichen oder an einer Jugendlichen unter 18 Jahren eine unzüchtige Handlung vornimmt, wird mit Zuchthausstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.“ Es ist klar, dass diese unzüchtigen Handlungen nicht mit dem Geschlechtsverkehr oder anderen sexuellen Handlungen gleichgesetzt werden können, zumal in Japan Mädchen ab 16 Jahren und Jungen ab 18 Jahren heiraten dürfen. Der OGH vermied es aber, dieses offensichtlich unbestimmte Strafgesetz für verfassungswidrig zu erklären, und versuchte, seine Verfassungskonformität durch eine einschränkende Auslegung zu retten. Danach stellen der Geschlechtsverkehr oder andere sexuelle Handlungen mit einem oder einer Jugendlichen dann unzüchtige Handlungen dar, wenn Letztere ausschließlich zur Befriedigung des Geschlechtstriebes – praktisch ohne Liebe – vorgenommen werden.

extensiv ausgelegt bzw. als Eingrenzung nicht ernst genommen, wodurch das Abtreibungsverbot des StGB seit langer Zeit leerrläuft. Auch hier hat der Gesetzgeber bis heute nichts unternommen.

Wenn der Gesetzgeber eine Regelungslücke nicht füllt, müssen die japanischen Gerichte unweigerlich rechtsschöpferisch tätig werden. Die oben dargestellten drei Fälle dienen hierfür als Beispiele. Die Anpassung des Rechts an veränderte soziale Verhältnisse wird häufig den Richtern aufgegeben. Doch nach dem Selbstverständnis der japanischen Richter ist ihre Arbeit streng auf den konkreten Fall bezogen. Generalisierbare, allgemeine Regeln aufzustellen, sei die Aufgabe des Gesetzgebers, nicht die des Richters. Diese Überzeugung der japanischen Richter spiegelt sich auch in der Tatsache wider, dass in der vom Gericht herausgegebenen Entscheidungssammlung ausführlich der jeweilige Sachverhalt geschildert wird. Die japanischen Richter orientieren sich stark an früheren Entscheidungen, obwohl im japanischen Rechtssystem das kodifizierte Recht die wichtigste Rechtsquelle darstellt. Dies lässt sich, etwas vereinfacht, wie folgt erläutern: Die Wissenschaftler suchen auf einem höheren Abstraktionsniveau nach Lösungsprinzipien, die in allen theoretisch denkbaren Fällen zu widerspruchsfreien Resultaten führen. Die Einzelfallgerechtigkeit dürfe nur innerhalb dieses systematischen Rahmens Bedeutung haben. Demgegenüber sind die japanischen Praktiker der Ansicht, die Einzelfallgerechtigkeit genieße absoluten Vorrang. Man dürfe zwar keine Ad-hoc-Lösung herbeiführen wollen; dennoch müssten gleiche Fälle auch gleich gelöst werden. Doch den Kreis der gleichen Fälle müsse man eng ziehen. Wie und mit welchen Prinzipien man die vom vorliegenden zu unterscheidenden Fälle lösen solle, sei hingegen nicht wichtig.

Die auf die Einzelfallgerechtigkeit abstellende, faktenbezogene Betrachtungsweise der japanischen Praktiker entwickelte sich insbesondere unter dem Einfluss der Theorien von *Eugen Ehrlich* und der angloamerikanischen Rechtsdenker. Diese hatte u. a. *Izutaro Suehiro*, Zivilrechtler und Rechtssoziologe, bereits seit den 1920er-Jahren in die Methodendiskussion eingeführt. Das angloamerikanische Rechtsdenken übte bereits vor dem Zweiten Weltkrieg einen starken Einfluss insbesondere auf die Denkweise der japanischen Richter aus. Die Aussage, das angloamerikanische Recht habe in Japan erst ab der Nachkriegszeit eine hohe Bedeutung erlangt, ist deshalb unzutreffend.

5. Deutsche und japanische Strafrechtstheorien im Vergleich

a. Differenzen in der Versuchsproblematik

Im Folgenden werden zunächst die japanischen Strafrechtstheorien thematisiert. Die strafrechtliche Grundanschauung ist bei der Lösung der Versuchsproblematik am deutlichsten erkennbar. Insbesondere stellt der untaugliche Versuch einen wichtigen Prüfstein für die strafrechtliche Unrechtslehre dar. In diesem Problembereich weist die japanische Strafrechtsdogmatik eine deutlich objektivere Tendenz als die deutsche auf.²⁴ Obwohl die Versuchsvorschriften des geltenden japanischen StGB den untauglichen Versuch unerwähnt lassen, ist in Lehre und Rechtsprechung einstimmig anerkannt, dass dieser teilweise straflos ist. Das japanische Reichsgericht erklärte in einem Urteil aus dem Jahre 1917 den Tötungsversuch durch die Verabreichung von Schwefelpulver für straflos.²⁵ Auch der von der Beratungskommission im Justizministerium verfasste Reformentwurf von 1974²⁶ wollte die „ihrer Natur nach“ untaugliche Versuchshandlung ausdrücklich straflos lassen (§ 25 des Entwurfs).²⁷

Die in Japan lange überwiegend vertretene Position entwickelte sich aufgrund der Rezeption der deutschen Dogmatik – genauer gesagt, der sogenannten neueren objektiven Theorie, die von *Franz von Liszt* begründet wurde²⁸ und bis in die 1930er-Jahre hinein auch in Deutschland vorherrschend war.²⁹ Diese Auffassung orientiert sich an einer Ex-ante-Betrachtungsweise. Bei der Untauglichkeit des Tatmittels und des Objekts fragt sie danach, ob der Erfolgseintritt wegen der Tatumstände, die der Täter sich zum Zeitpunkt der Tat vorstellte, überhaupt möglich war. In dieser Hinsicht entspricht sie der heute in Deutschland herrschenden subjektiven oder gemischt subjektiv-objektiven Versuchstheorie. Dabei nimmt die japanische Lehre eine Einschränkung und somit ein Stück Objektivierung vor. Sie berücksichtigt unter den vom Täter irrigerweise vorgestellten Umständen nur diejenigen, von deren Vorliegen auch ein hypothetischer Durchschnittsmensch in der gleichen Tatsituation ausgegangen

²⁴ Vgl. auch hierzu *Takuma Sato*, Entwicklung der japanischen Versuchsdogmatik, GA 2017, S. 432 ff.

²⁵ Urteil des japanischen Reichsgerichts v. 10.9.1917, Keiroku, Bd. 23, S. 999.

²⁶ Entwurf zu einem Japanischen Strafgesetzbuch vom 29. Mai 1974, übers. v. *Haruo Nishihara*, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 102.

²⁷ § 25 des Reformentwurfs von 1974 lautet: „Wenn eine Handlung ihrer Natur nach überhaupt unmöglich ist, den Erfolg herbeizuführen, so wird sie nicht wegen Versuchs bestraft.“

²⁸ *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 199 f.

²⁹ Vgl. *Hans Joachim Hirsch*, Strafrechtliche Probleme, Band II, 2009, S. 245 ff., 285 ff.