

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 2 (1994)

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik
Annual Review of Law and Ethics

Band 2

Jahrbuch für Recht und Ethik
Annual Review of Law and Ethics

Herausgegeben von
B. Sharon Byrd · Joachim Hruschka · Jan C. Joerden

Band 2



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 2 (1994)

Themenschwerpunkt:

Zurechnung von Verhalten
Imputation of Conduct

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Jahrbuch für Recht und Ethik = Annual review of law
and ethics. — Berlin : Duncker und Humblot.

Erscheint jährl. – Aufnahme nach Bd. 2 (1994)

ISSN 0944-4610

NE: Annual review of law and ethics

Bd. 2. Zurechnung von Verhalten. – 1994

Zurechnung von Verhalten = Imputation of conduct / hrsg.
von B. Sharon Byrd . . . — Berlin : Duncker und Humblot, 1994
(Jahrbuch für Recht und Ethik ; Bd. 2)

ISBN 3-428-08038-6

NE: Byrd, B. Sharon [Hrsg.]; Imputation of conduct

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0944-4610

ISBN 3-428-08038-6

Preface

The conference articles included in this volume were originally presented at a symposium organized by the editors of the *Annual Review of Law and Ethics* on the topic "Imputation of Conduct in Law and Ethics", which was held at the Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg from October 3 to October 9, 1993. Participants included lawyers and philosophers from Germany, Spain and the United States: *Arno Baltes* (Erlangen), *Gunther Biewald* (Jena), *B. Sharon Byrd* (Augsburg), *Angelika Drescher* (Erlangen), *Maximilian Forschner* (Erlangen), *Mark F. Grady* (Los Angeles), *Klaus Günther* (Frankfurt am Main), *Thomas E. Hill, Jr.* (Chapel Hill), *Hans-Ulrich Hoche* (Bochum), *Hagen Hof* (Hannover), *Joachim Hruschka* (Erlangen), *Jan C. Joerden* (Frankfurt an der Oder), *Ujala Joshi Jubert* (Barcelona), *Leo Katz* (Philadelphia), *Matthias Kaufmann* (Erlangen), *Urs Kindhäuser* (Rostock), *Diego-Manuel Luzón Peña* (Alcalá de Henares), *Santiago Mir Puig* (Barcelona), *Jeffrie G. Murphy* (Tempe), *Ulfrid Neumann* (Saarbrücken), *Thomas Nisters* (Freiburg), *Nelson Potter* (Lincoln), *Andrews Reath* (Raleigh), *Gottfried Seebaß* (Konstanz), *Peter Stanglow* (Erlangen), *Franz Streng* (Erlangen), *Mark Timmons* (Memphis), *Friedrich Toepel* (Rostock).

The editors wish to express their gratitude to the Volkswagen-Stiftung (Hannover) for generously financing the symposium and to the Dr. Alfred Vinzli-Stiftung (Erlangen) for their charitable auxiliary support. We also wish to thank the University of Erlangen, which in 1993 celebrated its 250th anniversary, and in particular its Rektor, Professor Dr. Gotthard Jasper, for providing extensive support in conducting the symposium. Finally, our special thanks go to Frau Ayke Darius at the Institute for Criminal Law and Legal Philosophy in Erlangen and to Frau Ingrid Bührig and Frau Heike Frank at our publisher's Duncker & Humblot in Berlin for their assistance in the publication of this volume.

The third volume (1995) of the *Annual Review of Law and Ethics* will primarily concentrate on the issue of "Human Rights and the Rule of Law".

The Editors

Inhaltsverzeichnis

Tagungsbeiträge

<i>Gotthard Jasper</i> : Grußwort des Rektors der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg aus Anlaß des Symposions über „Zurechnung von Verhalten in Recht und Moral“ bei einem Empfang der Teilnehmer im Erlanger Schloß am 4. Oktober 1993	3
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Grundlagen der Zurechnung — Basic Issues of Imputation

<i>Mark F. Grady</i> : Modern Accident Law Does Not Fit Corrective Justice Theory	7
<i>Hans-Ulrich Hoche</i> : Zur Komplementarität von Freiheit und Notwendigkeit des menschlichen Handelns	37
<i>Matthias Kaufmann</i> : <i>imputabilitas</i> als Merkmal des Moralischen. Die Diskussion bei Duns Scotus und Wilhelm von Ockham	55
<i>Jeffrie G. Murphy</i> : Cognitive and Moral Obstacles to Imputation	67
<i>Ulfrid Neumann</i> : Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral	81
<i>Nelson Potter</i> : Kant on Obligation and Motivation in Law and Ethics	95
<i>Mark Timmons</i> : Evil and Imputation in Kant's Ethics	113

Zurechnung und Verantwortung — Imputation and Responsibility

<i>Klaus Günther</i> : Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat	143
<i>Thomas E. Hill, Jr.</i> : Kant on Responsibility for Consequences	159
<i>Joachim Hruschka</i> : Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte	177
<i>Leo Katz</i> : Evading Responsibility: The Ethics of Ingenuity	191
<i>Santiago Mir Puig</i> : Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtsstaates	225
<i>Thomas Nisters</i> : Aquinas on Passions and Diminished Responsibility	239
<i>Andrews Reath</i> : Agency and the Imputation of Consequences in Kant's Ethics	259

Regeln der Zurechnung — Rules of Imputation

<i>B. Sharon Byrd: Putative Self-Defense and Rules of Imputation. In Defense of the Battered Woman</i>	283
<i>Jan C. Joerden: Wesentliche und unwesentliche Abweichungen zurechnungsrelevanter Urteile des Täters von denen des Richters</i>	307
<i>Ujala Joshi Jubert: Actio libera in causa: Ordentliche oder außerordentliche Zurechnung?</i>	327
<i>Urs Kindhäuser: Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht</i>	339
<i>Diego-Manuel Luzón: „Actio illicita in causa“ und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen</i>	353
<i>Gottfried Seebaß: Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit</i>	375
<i>Friedrich Toepel: Error in persona vel objecto und aberratio ictus</i>	413

Abhandlungen

<i>Karlfriedrich Herb / Bernd Ludwig: Kants kritisches Staatsrecht</i>	431
<i>Uwe Meixner: Eine Explikation des Begriffes der Zurechnung</i>	479
<i>Jesús-Maria Silva-Sánchez: Probleme der Zurechnung bei impulsivem Handeln</i>	505

Diskussionsforum

<i>Jan C. Joerden: Muß dieses Buch gelesen werden? — Zum Erscheinen der deutschen Ausgabe von Helga Kuhse / Peter Singer: <i>Should the Baby Live?</i></i>	529
<i>Ulrich Nortmann: Über einen vermuteten Zusammenhang von Müssen und Wollen — Diskussion der Monographie von Hans-Ulrich Hoche: <i>Elemente einer Anatomie der Verpflichtung</i></i>	539

Rezensionen

<i>Stephen Buckle: Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume (Mary Gregor)</i>	555
<i>Stanley Fish: There Is No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too (Drew Christie)</i>	558

Hasso Hofmann: Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 2. Aufl. (<i>Matthias Kaufmann</i>)	563
Adriaan T. Peperzak: Hegels praktische Philosophie. Ein Kommentar zur enzyklo- päischen Darstellung der menschlichen Freiheit und ihrer objektiven Verwirk- lichung (<i>Kenneth R. Westphal</i>)	565
Gottfried Seebaß: Wollen (<i>Uwe Meixner</i>)	573
Autorenverzeichnis	577
Hinweise für Autoren	579
Information for Authors	581

Tagungsbeiträge

Grußwort

des Rektors der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg aus Anlaß des Symposiums über „Zurechnung von Verhalten in Recht und Moral“ bei einem Empfang der Teilnehmer im Erlanger Schloß am 4. Oktober 1993.

Gotthard Jasper

Verehrte Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren,

es ist mir eine Ehre und Freude, Sie alle hier im markgräflichen Schloß, dem Sitz des Rektorates der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, begrüßen zu dürfen. Ich heiße Sie alle recht herzlich willkommen. Mein besonderer Willkommensgruß gilt den Referenten Ihrer Tagung, insbesondere den auswärtigen und ausländischen unter Ihnen, die dieser Tagung internationales Flair verleihen. Meine Begrüßung gilt ferner dem Vertreter des Verlages Duncker & Humblot, dessen Haus im eben erscheinenden ersten Band des Jahrbuchs für Recht und Ethik das letztjährige Symposium Ihres Kreises dokumentiert hat und Ihre jetzige Tagung im zweiten Band edieren wird. Mit dem herzlichen Dank für dieses verlegerische Engagement verbinde ich den Dank an die Herausgeber dieses Jahrbuches und die Organisatoren Ihrer Tagung. Wissenschaftlicher Fortschritt und wissenschaftliche Produktivität leben von der lebendigen Kommunikation und persönlichen Begegnung; sie zu organisieren und dann zu dokumentieren ist keine leichte Aufgabe. Daß Herr Kollege Hruschka mit seinen Mitstreitern, Frau Byrd und Herrn Joerden, sie übernommen hat, dafür gilt es zu danken.

Sie sind nach Erlangen gekommen im Jahr der 250. Wiederkehr der Universitätsgründung. Ihr Symposium ist damit Teil unseres Jubiläumsprogramms, worüber ich mich sehr freue. Wir wollen in diesem Jahr nicht nur rückblickend feiern, sondern uns auch den Aufgaben der Gegenwart und Zukunft stellen. Ihr Nachsinnen über das Verhältnis von Recht und Ethik allgemein und die Zurechnung von Verhalten in Recht und Moral halte ich — gerade im Zeitalter von Wertewandel und Werteverfall — für außerordentlich aktuell. Den hier sich stellenden Fragen im Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie nachzugehen, ist wichtig und aktuell, was den reflektierenden Blick zurück in die Geschichte philosophisch juristischen Denkens eben gerade nicht ausschließt.

Die intensive Beschäftigung, die Ihr Symposium dem großen Philosophen Kant widmet, veranlaßt mich zu der universitätshistorischen Bemerkung, daß die Erlanger Universität schon früh die Bedeutung des Königsberger Philosophen erkannt

hatte. Er erhielt einen Ruf nach Erlangen, nutzte ihn jedoch nur, um sich in Königsberg eine Professur zu erhandeln. Auch Hegel bekam übrigens einst einen Ruf auf einen altphilologischen Lehrstuhl an unserer Universität. Er ging aber lieber nach Heidelberg, wo man ihm gleichzeitig einen Lehrstuhl für Philosophie angeboten hatte. Auch Fichte hat einige Semester in Erlangen gelehrt und Schelling hielt 1821 bis 1823 in Erlangen Vorlesungen.

Die Verknüpfungen zwischen Philosophie und Recht waren freilich in der Frühgeschichte der Universität außerordentlich eng. Der vor genau 250 Jahren auf die zweite Professur der Juristischen Fakultät berufene Andreas Elias Roßmann zum Beispiel gehörte sowohl der Juristischen als auch der Philosophischen Fakultät an. Er behandelte in seinen Vorlesungen nicht nur Themen aus fast allen juristischen Teildisziplinen, sondern las auch über Geschichte, insbesondere Kirchengeschichte, sowie über „Logik, besonders *praecepta probabilium*“. Auch der Inhaber des fünften juristischen Lehrstuhls — die Fakultät startete 1743 mit fünf Lehrstühlen —, Johann Justin Schierschmidt, war zugleich Professor in der Philosophischen Fakultät, und zwar für „practische Philosophie“, dort las er empirische Psychologie, Natur- und Völkerrecht, Logik und Metaphysik sowie *jus sociale*. Schierschmidt hatte in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts einen erheblichen Einfluß. Er lehrte 35 Jahre an unserer Friderico-Alexandrina. Nicht weniger Bedeutung hatten in der frühen Universität der Pandektist Christian Friedrich Glück oder — für unser Thema einschlägiger — die Rechtsphilosophen Georg Friedrich Puchta und vor allem Friedrich Julius Stahl, der in Erlangen als Ordinarius von 1834 bis 1840 wirkte.

Ich will die Aufzählung einschlägiger bedeutender Namen hier nicht fortsetzen. Der universalere Zuschnitt der Professuren, die unbekümmerte Überschreitung der Disziplinengrenzen hat heute, im Zeitalter der Spezialisierung, eine nicht zu verkennende faszinierende Wirkung. Sie sollte uns ermuntern, in immer neuen Anläufen das interdisziplinäre Gespräch, die interdisziplinäre Problemlösung zu suchen. Es ist ein Vorzug der Institution Universität, die die ganze Vielfalt wissenschaftlicher Disziplinen in sich birgt, daß sie die Chance und Möglichkeit zu solcher interdisziplinärer Zusammenarbeit bietet. Die Friedrich-Alexander-Universität ist aus dieser Perspektive heraus besonders stolz darauf, daß sie als einzige klassische Universität in Westdeutschland im Jahre 1966 eine Technische Fakultät mit inzwischen fünf ingenieurwissenschaftlichen Studiengängen und über 5500 Studenten gründete. Dabei war die Auffassung maßgebend, daß die technisch-wissenschaftlichen Disziplinen in den Kanon der klassischen Universitätsfächer hineingehören, und zwar zum beiderseitigen Vorteil. Wir hoffen, die sich hier bietenden Chancen zu nutzen und davon alle Fakultäten profitieren zu lassen, was freilich nicht ohne Anstrengung gelingen kann.

Ihr Symposium ist lobenswert auf dieses Disziplinübergreifende hin angelegt, und darum empfinde ich Ihre Tagung als eine besonders schöne Blüte im Strauß

unseres Jubiläumsprogramms. Ich wünsche Ihnen einen produktiven und ertragreichen Verlauf für Ihr wissenschaftliches Programm und einen schönen Aufenthalt im herbstlichen Erlangen.

Modern Accident Law Does Not Fit Corrective Justice Theory

Mark F. Grady

I. Corrective vs. Distributive Justice

As is well known, Aristotle distinguished between corrective and distributive justice. Distributive justice is concerned with the just distribution of goods among members of society. Aristotle's idea was that distributions should be justified according to merit.¹ In his *Nicomachean Ethics*, Aristotle explains that if one person injures another by an act of injustice, the injury is wrongful, and rectification in some form is required, even if the injurer is a better person than the victim.² Hence, corrective justice is concerned with the rectification of wrongs, for instance, batteries or, possibly, negligently inflicted wrongs.

This article is concerned with whether either corrective or distributive justice can account for accident law. Most legal philosophers now believe that Aristotle's notion of corrective justice can explain accident law. The major parts of this article criticize this view. On the other hand, most legal philosophers believe that Aristotle's notion of distributive justice is inadequate to explain or justify accident law. This article adopts their view. Finally, the conclusion explains where we are left in the theory of accident law if Aristotle's ethical theories are not good guides. The focus here is on American law, but I believe that my argument probably also applies to other systems of accident law, for instance, German accident law.

II. Weinrib's Relational Theory and his Critique of Other Corrective Justice Theories

Ernest Weinrib, a leading corrective justice theorist, has argued that corrective justice specifies a mode of justice, not the content of the decision rule by which

¹ *Aristotle*, *Nicomachean Ethics* Book V at 1130b (J. A. K. Thomson trans. rev. ed 1976) (rev. trans. by H. Tredennick).

² See *Richard A. Posner*, *The Economics of Justice* 73 (1983) [hereinafter *Economics of Justice*]. Posner's corrective justice theory is considered *infra* text accompanying note 62.

corrective justice is achieved.³ Thus, in Weinrib's view, corrective justice rules could have several potential forms. Nevertheless, Weinrib stresses that not every type of liability rule can conform to the requirements of his theory. Although Ernest Weinrib's theory of corrective justice is not the only one, it is a leading theory and an ideal starting point for this discussion.

The keystone of Ernest Weinrib's theory — and he argues of Aristotle's theory as well — is the requirement of "bipolarity." According to Weinrib, corrective justice is "essentially bipolar." He writes, "Corrective justice treats the defendant's unjust gain as correlative to the plaintiff's unjust loss. The disturbance of the [prior] equality [between them] connects two, and only two, persons. The injustice that corrective justice corrects is essentially bipolar."⁴ Weinrib argues throughout his work that for law to satisfy corrective justice it must focus relentlessly on the two parties who are immediately affected by the transaction that has led to the lawsuit — in tort, the injurer and the victim.

Weinrib criticizes other theories of law for their failure to satisfy his "bipolarity" criterion. These criticisms, especially his criticism of Richard Posner's theory, make the stringent requirements of Weinrib's own theory clear.

Richard Posner has argued that a concern with economic efficiency is consistent with Aristotle's idea of corrective justice.⁵ Posner's detailed theory of tort law, which he developed with William M. Landes,⁶ hypothesizes that courts decide tort cases as if they were seeking to maximize social wealth. Posner's theory of the economics of justice, which Weinrib criticizes, seeks to put Landes's and his detailed economic theory of tort into a broader philosophical frame. Weinrib offers three criticisms. First, Weinrib says that Posner's concern with economic efficiency magnifies the moral unattractiveness of utilitarianism, because wealth maximization "retains utilitarianism's suspect consequentialism and aggregation while discarding the comprehensiveness and the neutrality which give utilitarianism whatever plausibility it has."⁷ Weinrib argues that it would be wrong for

³ Ernest J. Weinrib, "Corrective Justice," 77 Iowa L. Rev. 403 (1992).

⁴ Id. at 410. According to Weinrib, this bipolarity affects all aspects of doing corrective justice. He writes, "[T]he bipolar nature of corrective justice has many aspects. Corrective justice embraces: a bipolar conception of interaction that relates the doer of harm to the sufferer of that harm; a bipolar conception of injustice as a violation of quantitative equality; a bipolar conception of damage as a loss by the plaintiff correlative to the defendant's gain; a bipolar conception of the quantitative equality of the litigants; and a bipolar conception of the remedy as the annulment of the parties' correlative gain and loss." Id. at 411.

⁵ Posner, *Economics of Justice*, *supra* note 2, at 73-74.

Ronald Dworkin, on the other hand, has maintained that Posner's own economic theory of tort inevitably rests on distributive justice and is deficient for that reason. Ronald Dworkin, *Law's Empire* 286 et seq. (1986).

⁶ William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987) [hereinafter *Economic Structure*].

⁷ Ernest J. Weinrib, "Toward a Moral Theory of Negligence Law," 2 J. Law & Philos. 37, 44 (1983) [hereinafter *Moral Theory*].

courts to decide accident cases by aggregating different persons' interests. If people are allowed to use aggregative justifications, they would be permitted to act so long as the gains to themselves and third parties outweigh the losses to the person who was hurt. In this way, someone seeking to attain many interests would be able use other people as her instruments. Since Posner's theory justifies this type of aggregation by the courts, Weinrib argues that Posner's theory is wrong.

Second, Weinrib stresses that Posner's theory "conceives of negligence as an offence against a maximizing scheme rather than as an injury against a particular victim, and plaintiff's compensation is regarded not as an entitlement but as a bounty to induce his cooperation in the process of maximization." Weinrib argues that this focus on the negligence rule as a social-wealth-maximizing scheme is incompatible with corrective justice because under a proper conception of its requirements "the plaintiff has a right to the restoration of the antecedent equality, and his standing is not merely an administrative adjunct to the process of imposing costs on the defendant."⁸

Posner's main defense is that a hypothetical agreement by parties to maximize social wealth is a reasonable bargain that could be imputed to injurers and victims before they know which they will be. He says that if potential victims and injurers would agree to be bound by the rule of negligence (if, for instance, it is social wealth maximizing), then this liability rule can be justified using notions of corrective justice. Nevertheless, according to Weinrib's third criticism, this aspect of Posner's theory is also deficient, because hypothetical exchange is not the same as real exchange, presumably because hypothetical exchange is much less voluntary.⁹

Weinrib has criticized the traditional Legal Realist theories of accident law¹⁰ in much the same way that he has criticized Richard Posner.¹¹ Weinrib correctly notes that many Legal Realists have thought that the justification for accident liability is to provide insurance for underinsured victims. He takes Justice Traynor's statement in *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*¹² as typical. In that famous exploding bottle case, Traynor wrote that compensation of the victim was justified partly because "the cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public

⁸ Id.

⁹ Weinrib writes, "[T]here is no plausible argument for having tort litigation mirror an actual exchange, as the theory requires, since the ethical foundations of the hypothetical exchange differ from those of the real exchange which it is supposed to mirror. Id. at 45.

¹⁰ See, e. g., *Leon Green*, "Tort Law: Public Law in Disguise," 38 Tex. L. Rev. 1, 258 (1959).

¹¹ See *Ernest J. Weinrib*, "The Insurance Justification and Private Law," 14 J. Legal Stud. 681 (1985) [hereinafter *Insurance Justification*].

¹² 150 P. 2d 436 (Cal. 1944).