

ミハヤエル・パブリック 『市民の不法』 (2)

著者	飯島 暢, 川口 浩一
雑誌名	関西大学法学論集
巻	63
号	4
ページ	1125-1187
発行年	2013-11-30
その他のタイトル	Michael Pawlik, Das Unrecht des Burgers(2)
URL	http://hdl.handle.net/10112/8336

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(2)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

川口浩一・飯島 暢 (訳)

目 次

監訳者まえがき

文 献 (以上, 63巻2号)

導 入 (川口浩一)

第1章 犯罪の概念

A. 刑法学と実践哲学

I. 刑罰強制の不快さ

II. 実践哲学と法の実定法

III. 実践哲学に替わる法政策? (飯島暢) (以上, 本号)

IV. 出発点としての刑罰論

B. 予防の道具としての刑法?

C. 協働義務違反への応答としての刑罰

第2章 市民の管轄

A. 管轄の体系

B. 被害者の優先的管轄

第3章 刑法的協働義務違反

A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法

B. 帰属可能性の限界

C. 義務違反の範囲

導 入 Einleitung

モーゼス・メンデルスゾーン (Moses Mendelssohn) の「すべてを粉砕するカント (alles zermalmenden Kant)」という古典的形而上学にとどめを刺した言葉は有名である¹⁾。法学一般および特に刑法学のさらなる発展にとって非常に有用であるにもかかわらず、あまり知られていないのは、カント的思考のもう一つの側面、すなわち体系概念

1) *Mendelssohn, Morgenstunden*, S. 5.

の再評価 (Aufwertung) である²⁾。このことの基礎にある理念史的な状況は、二つのメルクマールによって特徴づけられる³⁾。第一にこの体系思考は存在のそれ自体の中に静止している秩序—*ordo*—から運動の中にある秩序、すなわち運動の法則性に対応した秩序への移行を反映したものである。このような体系概念は、そもそも天文学に由来するが、そこでは体系は運動する天体の秩序と理解されていた。その際、秩序原理は、その〔天体の〕運動とその運動関係の法則性に存している。第二にこのような体系概念は、*ordo* 的思考に対応する世界の直接的に理解される秩序という観念からの離反を意味している。そのような観念に対して体系としての世界の秩序は、秩序が無いように見える運動の多様性の背後の法則性を一番最初に発見することを意味する。事物の単なる写像から解き放されて、体系は人間の認識の秩序づける力に基づくものになったのである。

われわれの認識がその客体に従ってなされるのではなく「客体が……われわれの認識にしたがって方向づけられ」なければならない⁴⁾ という定式をもって、カントは認識主体と認識客体の関係のこの新たな規定を概念へともたらした——それは法理論にとっても大きな影響を与えた。18世紀の後半に至るまでこの規定はアリストテレス的な伝統の中で自らを技術論 (*ars* [技術] または *prudentia* [賢慮]) として理解していた。それゆえ「体系」は、法学においては教科書 (Lehrbuch) に他ならなかったのであり、そして法学的「体系家」の野望は主に新たな整序と記述の形式を作り出すことに向けられていたのである⁵⁾。これに対してカントのコペルニクス的転回の一つの新たな、純粋に学問的な思考の認識を生み出す力という理念に基づいた体系理解を法律家にもたらした⁶⁾。

2) カントの体系理論について一般的には *Baum*, Systemform, S. 25 ff.; *Fulda/Stolzenberg*, Einleitung, S. 11 ff.; *Haase*, Grundnorm, S. 141 ff.; *Höffe*, Architektonik, S. 617 ff., 627 ff.; *Kambartel*, System, S. 105 ff.; *P. König*, Selbsterkenntnis, S. 41 ff.; *Riedel*, Art. „System“, S. 306 ff.; *Somek*, Rechtssystem, S. 32 ff.; *Strub*, Art. „System“, Sp. 836 ff.; *Zöller*, Seele, S. 53 ff.

3) 以下の記述は *Moralphilosophie*, S. 56 および *Gerhardt*, Selbstüberschreitung, S. 246 ff. による。

4) *Kant*, KrV, B XV, Werke Bd. 3, S. 25.

5) *Schröder*, Recht, S. 246; *ders.*, Rechtswissenschaft, S. 17 f., 22 ff.; *ders.*, Wissenschaftstheorie, S. 99 f., 113, 129. —同様のことが哲学および神学にも妥当する: *Kambartel*, System, S. 104.

6) 基礎的に *Schröder*, Wissenschaftstheorie, S. 92 ff.; 要約的に *Vesting*, Rechtstheorie, S. 44. —これに対して *Jakl* (Recht, S. 146) はカントが18世紀の用語法——

すなわちカントによれば人間の理性は「その本性上、建築的なものである。すなわちその理性はすべての認識を一つのありうべき体系に属するものとみなしているのである。」⁷⁾ それゆえこの体系は、理性に内在する秩序づけられた関連への要求を実現するという任務を持つ。それに対応してカントは『純粹理性批判』において体系を「多様な諸認識を一つの理念のもとでの統一」⁸⁾ と定義している。システムにおいてはすべての部分は、「一つの統一された最上かつ内在的な目的から演繹される」⁹⁾ ので、互いに親近性を持ち、そしてその指導的目的によって「その多様性の範囲は、その諸部分の相互的な位置として、アプリアリに規定されている」¹⁰⁾ とする。それによればこの全体は「分節化される (gegliedert) のであり、[……] 単に積み重ねられるのではなく、その目的とその形式が構成される (kongruierten) のである」¹¹⁾。「共通の認識をまず最初に学問に [……] するものは」、このケーニッヒスベルクの思想家 [カント：訳者記す]

↘教育内容 (Inhalt von Lehrinhalten) としての体系——に捉われていたとする。

- 7) *Kant*, KrV, B 502, Werke Bd. 4, S. 449.
 8) *Kant*, KrV, B 860, Werke Bd. 4, S. 696.
 9) *Kant*, KrV, B 861, Werke Bd. 4, S. 696.
 10) *Kant*, KrV, B 860, Werke Bd. 4, S. 696.
 11) *Kant*, KrV, B 860 f., Werke Bd. 4, S. 696. ——*Peine* の用語 (Recht, S. 40 ff.)
 によればそれゆえカントは二面関係的体系概念を主張していた。カントは、既に同種の諸要素がさまざまな種類の諸要素から区別して取り出されることによって統一がなされる (一面関連的体系概念) のではなく、それを超えて個々の部分の相互の関係について詳細な説明が必要であるとする。この洞察がいかにか自明なものではないかは、コーイングの学長就任講演とその僅か数年後に公刊されたカナリスの著書「法学における体系思考と体系概念」を比較することによって学ぶことができよう。コーイングは、彼の体系定義、——すなわち、ある体系においては「一つの統一的な視点に従っての諸認識の整序 (Ordnung)」(*Coing*, Geschichte, S. 9) が重要となる——においてはなお全くカントの伝統に従ったものであった。これに対してカナリスは、彼が初めに「カントの古典的定義」が基準となるとしている (*Canaris*, Systemdenken, S. 11) にもかかわらず、その著書の後の部分においては、カントの要求からは遥かに後退した体系理解に基づいているのである。彼は、体系を「普遍的法原理の価値論的 (axiologisch) または目的論的秩序」(aaO, S. 47) と定義するが、この諸原理は例外なく妥当するものではなく、相互に対立または矛盾しうるとする (aaO, S. 52)。そのような体系は、*Peine* (aaO, S. 49 f.) が適切にも強調しているように、諸原理相互の関係に関するより詳細な言明を可能にする (類似のものとして *Parwowski*, Methodenlehre, Rn. 162) 秩序の観点欠缺しているので一面関係的なものに過ぎない。

の言葉によれば一つのそのように理解された体系へのその認識の組み入れによるものである¹²⁾。それによってある学問の体系は「今や偶然的な教科書的な形式に過ぎないものではなく、その内部的な構造ともなったのである。」¹³⁾

およそ初めて「学問の理念」を定立したのはカントであるとして、その功績を認め¹⁴⁾ヘーゲルは、その学問と体系形成の同置を継承した¹⁵⁾。「体系なき哲学は学問的なものたりえ」¹⁶⁾、それゆえ諸認識の単なる総和には学問という名称に相応しいものではないのである¹⁷⁾。ヘーゲルにおいてもまた全体と統一の概念はその体系概念と不可分なだけではなく、むしろその積極的に定義する要素と説明する要素である¹⁸⁾。しかしながらヘーゲルにおける体系は、カントにおけるそれとは異なり、(アプリアリに与えられている諸条件に依拠しているとはいえ)認識する主体の自ら作り出すプロダクトではなく、「客観的総体性 (objektive Totalität)」¹⁹⁾、すなわち「その純粋な本質性の中に提示された全体の構築物 (Bau des Ganzen)」²⁰⁾なのである。それゆえヘーゲルは、体系思考に勝るものなき包摂要求 (Inklusionsanspruch) を装備させた。学問的な認識——自然から主観的精神を経て客観的精神の出現形式 (法, 宗教, 芸術および哲学) に至る認識——のすべての内容は、その論理において把握された概念から直接かつ完全に推論可能な理念の諸要因 (Momente) に過ぎないとされた。すなわち「絶対的なものは普遍的な一つの理念であって、判断するものとして自らを規定された諸理念の体系へと特殊化しながらも、これらの理念は絶対的な一つの理念へとその真理へと還元されていく (in ihre Wahrheit zurückzugehen)」²¹⁾だけである²¹⁾。

カントの弟子であるフィヒテ、シュライエルマッハーおよびヴィルヘルム・フォン・フンボルトにおいて既に伝統的諸学部²²⁾の学問的性格の新たな規定は、大学の意味の

12) *Kant*, KrV, B 860, Werke Bd. 4, S. 695.

13) *Schröder*, Recht, S. 246.

14) *Hegel*, Wesen, Werke Bd. 4, S. 176.

15) *Vesting*, Rechtstheorie, Rn. 83.

16) *Hegel*, Enzyklopädie I, § 14 A, Werke Bd. 8, S. 59 f.

17) *Hegel*, Phänomenologie, Werke Bd. 3, S. 11.

18) *Edel*, Systemform, S. 45.

19) *Hegel*, Differenz, Werke Bd. 2, S. 46.

20) *Hegel*, Phänomenologie, Werke Bd. 3, S. 47.

21) *Hegel*, Enz. I, § 213 A, Werke Bd. 8, S. 368.

22) 要約的に *Schröder*, Wissenschaftstheorie, S. 146.

問いへと結び付けられた²³⁾。それゆえ、学問は体系としてのみ思考可能であるというカントとヘーゲルによって継受された確信が、この意味における学問になるという目標と結び付けられて19世紀のドイツ刑法理論の自己理解にとって特徴的なものとなったことはあまり驚くべきことではない。フォイエルバッハは、カントの構想を刑法学の分野に適用しようとした。単なる「諸認識の総計」ではまだ学問の名に値しない、と彼は強調する²⁴⁾。「学問は [……] 体系的に展開されなければなら」ず²⁵⁾、その任務は「法的概念の正当性、厳密な規定、鋭利な正確性、光に満ちた明確性 (lichtvolle Klarheit)」を通じて「法規範 (Rechtssätze) の内部的関連」と「法理論の体系的連関」²⁶⁾を明らかにし、既存の法素材の「未加工の大群 (rohe Masse)」を「組織化された、それ自体その全ての部分と関連する全体」を形成する²⁷⁾ ことであるとされる。あらゆる混乱と不調和は、「全てのもの、すなわち、認識および行為について調和と統一をその最高の任務とする理性の侮辱 (Beleidigung der Vernunft)」²⁸⁾である。ヘーゲル学派は、フォイエルバッハをその他のすべての点において批判しているが、この点においては彼の事物の視点を継承している。例えば、ハインリッヒ・ルーデン (Heinrich Luden) にとっては、「ドイツの刑法学は、[……] 単に偶然的に寄せ集められた複数の概念と原則の総体ではなく、あることが他のことによって条件づけられ、それと有機的に関連する一つの体系」なのであった²⁹⁾。この有機体のメタファーも、アルベルト・ベルナー (Albert Berner) に由来する。彼は、「刑事法の体系的取扱い」とは「一定の整序された構成部分の中に

23) *Wieacker, Wandlungen*, S. 7 ff.

24) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. 183.

25) *Feuerbach, Revision*, Bd. II, S. 246.

26) *Feuerbach, Philosophie*, S. 91.

27) *Feuerbach, Philosophie*, S. 104. —最近それに賛成するものとして *Augsberg, Methodendiskussion*, S. 184.

28) *Feuerbach, Philosophie*, S. 103 f. —類似した表明は民事法の分野においてもみられる。若きサビニーの言葉によれば (*Savigny, Methodenlehre*, S. 15) 「単なる枠組み (Fachwerk), 素材の安易な集合体を提供するだけの」法素材の取扱いは、「[……] 単なる記憶の容易化」にはなろうが、しかしそれ以外には「ほとんど価値はない」であろう。それが真の功績を残すためには、その内部的な連関が一つの統一体を創り出さなければならない。だがそのような法学の体系的な取扱いが可能とするためには、「法学は直接的に哲学と境を接するものにならなければならない、[……] それゆえ法学は哲学的な学問なのである。」

29) *Luden, Handbuch*, S. 141.

表れる有機的な生命の叙述」だとし、それ自体としては「当該事態がそれに固有の必然性および真理の力によって辿る過程の叙述なのであり、[そこでいう真理とは：記者記す] 作られた真理ではなく、永遠の客観的な真理なのである」³⁰⁾と述べている。

しかしながら一般哲学のレベルにおいては、この時点においてすでに包括的な体系構想からの〔よく知られている：記者記す〕離反のプロセスが始まっており、それは「観念論の崩壊」というドラマチックな標語のもとで定着していった³¹⁾。いずれにせよすぐに時代遅れとなるような個々の帰結よりも重要なのは、勢力を伸ばしつつあり次第に哲学的議論へも影響を増しつつあった自然科学の視点からの刷新の流れ (Fluß der Neuerungen) へと導くことであった。すなわち「価値があるのは、われわれを前進させるものであり、われわれを立ち止まらせるものではない」³²⁾のである。「思弁的哲学の喜劇 (Komödie der speculativen Philosophie)」の上演は終わったと、ルートヴィヒ・クナップ (Ludwig Knapp) は1857年に宣言した³³⁾。「現実の、すなわち真理を追究する学問」において共に語るというその哲学の願望は、ドラマにおいて軍司令官たちを押しつけて前に出た詩人のように、……直ぐにはねつけられてしまう」であろうとする³⁴⁾。自由に揺れ動いて演繹される体系カテゴリーへの進歩を無理やりに押し込むことができると思弁に対する疑念と共に、それが論理的・体系的演繹に焦点をあてた結果、それによって扱われているコンフリクトの原因から目をそらせているとする政治的な批判も登場した³⁵⁾。すなわち、急速に進展した工業化³⁶⁾に伴う犯罪率の脅威と感じられるほどの増加は、刑法学の活動に関する従来理解が不十分であり、時代に適合した——つまり、自然科学の科学理解を満足させるような——見解にとって替わられ

30) *Berner, Grundlinien*, S. 177.

31) *Schnädelbach, Philosophie*, S. 21 ff.

32) *Schnädelbach, Philosophie*, S. 114.

33) *Knapp, System*, S. 2.

34) *Knapp, System*, S. 5.

35) この科学概念をめぐる論争の政治的なサブテキストについては、例えば *Haverkate, Jurisprudenz*, S. 293; *Simon, RJ* 11 (1992), 356; *Wieacker, FS Gadamer, Bd. II*, S. 315 を参照。——これと同様の、たとえ異なる政治的な徴表の下で表明されたものであったとしても、不快感は、前世紀60年代末及び70年代に提起された、法律学を社会科学へと転換するという要請の背後に存在していた (例えば *Rottleuthner, Rechtswissenschaft*, S. 7 ff., 245 ff.; 広範囲にわたる更なる参照文献を示すものとして *R. Dreier, Rechtstheorie* 2 [1971], 37 f. Fn. 3)。

36) この知見の同時代的認識と議論について *Koch, Binding*, S. 129 m. w. N.

なければならないことの証憑とされた。それゆえ合目的で、効果的な犯罪との闘争については犯罪原因と刑罰の効果の正確な認識が前提とされたが、しかしこの認識は自然科学的方法の適用によってのみ獲得されるとされた³⁷⁾。それに対応してリスト（Liszt）は、1899年になされたベルリン大学教授就任講義において「隆盛を極めつつある世界観の大きな威力でもって（mit der ganzen Wucht einer siegreich heraufkommenden Weltanschauung）」³⁸⁾そして伝統を優勢に脇に追いやって本来の「刑法学の科学的任務」を「犯罪と刑罰の因果的な説明」へと限定した³⁹⁾。というのも因果的説明のみが科学的な認識というタイトルに相応しいらである。

その後、リストは「われわれの学問は、大抵は誤解されている弁証法の暗黒の上部構造から解放され⁴¹⁾」、「刑法は、[……] 共同体の生活にとって再び責任を持つようになり」そして「法の執行者には現実において成果をあげるように配慮しなければならなくなる⁴²⁾」ということを確認に認めるに至った。しかしながら、リストの狭い、自然科学を模範とした法律学の理解⁴³⁾は、今日に至るまで追随者が見出されるけれども⁴⁴⁾、ドイツにおいては浸透しなかった⁴⁵⁾。新カント主義と全ての精神的な表出の同価値性の

37) これについて v. Mayenburg, Rolle, S. 115 ff.

38) Georgakis, Studien, S. 10.

39) Liszt, Abhandlungen, Bd. II, S. 289（強調は原書）.

40) Liszt, Abhandlungen, Bd. II, S. 289.

41) Georgakis, Studien, S. 6.

42) そのように述べるものとして例えば v. Wedel, SchZStr 47 (1933), 337.

43) この観点におけるリストの重要な先駆者はフォン・キルヒマン（v. Kirchmann）であった。これについては Herberger, BerWissGesch 6 (1983), 84 ff.; Tripp, Einfluß, S. 210 f.; Simon, RJ 7 (1988), 143 ff.; より古い文献からは Binder, Kant-Studien 25 (1920), 322 ff.

44) それに対応する考慮から最近においてもなお Schurz (Einführung, S. 36 f.) は法学の価値・規範原則に学問的性格を認めていない。

45) これに対して英米法圏においては法律解釈学を科学 [学問] と考えることは少なからず本筋をそれたものと考えられている。ダッバー（Dubber）によれば、アメリカの法律家にとって「1920年および1930年代のリーガル・リアリスト達によってそのような考え方は徹底的に放逐されてしまったので、その結果、現代のアメリカの法学教師のなかでそのことを想起できるのはごく僅かになってしまっている」（Dubber, Strafrechtsdogmatik, S. 248; 詳しくは Dedek, JZ 2009, 543 ff.）。アメリカではドイツの意味における解釈学は、決定に本来の基準を与える諸ファクターを単に装飾する過ぎないレトリック的操作と見做されており、legal scholarship と

強調に始まり、実証的な法研究と並んで、解釈論的な法理論が科学〔学問〕であるかという問題は、純粹に定義の問題に過ぎないということが正当にも強調されている⁴⁶⁾。実証主義的な科学理論の経験的アプローチに従うことは可能であるが、それが必然だというわけではない⁴⁷⁾。むしろ最近の科学理論⁴⁸⁾とともに法律学は「一定の、この世界において意味のある認識課題、すなわち必要とされる具体的な法規則の探求を、合理的な方法によって追究する」という状況の確認をもって十分とされうるのである⁴⁹⁾。基礎づけへの方法論的に適切な法解釈学において制度化された強制は、この観点においては、事後的検証という観点の下で、実証的な意味基準と十分な等価物として機能するの

ゝしての表示は、本質的に他の、法学以外の科目の見地から法を取り扱う研究のみを指している (*Dedek*, aaO, 546 並びに *v. Bogdandy*, JZ 2011, 3)。このような理論的禁欲 (Theorieabstinenz) のあまり好ましくない法実務的な帰結については *Dubber*, ZStW 121 (2009), 977 ff.

- 46) *Aarnio*, Denkweisen, S. 37; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 77; *Ernst*, Recht, S. 22; *Hilgendorf*, FS Lampe, S. 289; *Arthur Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 426; *Neumann*, Wissenschaftstheorie, S. 386.
- 47) 同様に *Meyer-Cording*, Jurist, S. 43; *Weimar*, FS Troller, S. 353. —このような学問的定義の循環論法性を批判するものとしてまた *Arthur Kaufmann*, FS Bockelmann, S. 67 および *Schünemann*, GA 2011, 447. すでに *Binder* (Philosophie, S. 841) は、法律学にとって「自然科学的方法」が要請されるなら、それは「全く基礎づけられていない」前提であるとしていた (この時代—1925年! —の精神に対応して *Binder* [aaO, S. 846] は、そこに「ドイツ思想への破壊的な進行」を始めた「フランス実証主義」の陰險なテロ行為を見ていた。すなわち「いたるところでドイツ観念論が構築したものは破壊され、その深い思索は陳腐なキーワードによって置き換えられた」とされるのである。)
- 48) 参照 *Kambartel*, Art. „Wissenschaft“, S. 719; *Körner*, Art. „Wissenschaft“, S. 726 f.; *Tetens*, Art. „Wissenschaft“, S. 1763.
- 49) そのように解するものとして *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 77. —同様に *Emge*, Einführung, S. 383 f.; *ders.*, Philosophie, S. 60; *Ernst*, Recht, S. 22; *Horn*, Einführung, Rn. 50; *Larenz*, Unentbehrlichkeit, S. 11; *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, S. 8; *Meyer-Cording*, Jurist, S. 44 f.; *Schünemann*, GA 2011, 447; *Tammelö*, Aufsätze, S. 20 f.; *Damas*, ARSP 89 (2003), 186 (しかしながらここでは批判的合理主義の誤りの確認手続 [Falsifikationsverfahren] が学問的スタンダードを満たす方法として承認されている: aaO, 199); *Poscher*, ARSP 89 (2003), 213. —これに近い立場として (学問的性格にとって決定的なのは、自己の方法と給付の信頼に対する絶え間ない不信であるとする) *Bockelmann*, Rechtswissenschaft, S. 29.

である⁵⁰⁾。

但しリストもまた、決して刑法解釈学的体系思考を根底から (in Bausch und Bogen) 放棄しようとしていたわけではない。リストの確信によれば、法素材の体系的取り扱いを擁護する純粋に科学理論的根拠は存在せず、それは教育方法論的 (didaktisch) 及び法政策的な考慮に基づくものである⁵¹⁾。すなわち体系においては第一に「日々その詳細について変化する素材のより確実な支配」が可能であり⁵²⁾、第二にそこにおいてのみ人格的自由の利益の観点において放棄不可能な *nullum crimen* [罪刑法定主義] 原則を妥当させることができるとする⁵³⁾。同様の考慮は既に刑法体系の創設者においてもみられる。伝統的な様式の教育方法論志向的な刑法理論から体系的な考察を行う学科 (Disziplin) への変容は、フォイエルバッハの確信によれば決して学問的な威厳のためだけに必要なわけではない。むしろフォイエルバッハの『レヴィジオーン』の中心には実務的・法治国家的な関心事があったのである⁵⁴⁾。すなわち体系的・合理的な方法によってのみ、刑法学は、従来の耐えられない刑法適用の不確実性を克服することができ、裁判実務に「確固たる道」を指し示すことができるようになり、このことがより確実でより完全なものとなれば、刑法学もより明確でより完成されたものとなるのである。⁵⁵⁾

さらにリストの登場した時点においては、従来の刑法学の学問分野としての自己理解においても体系化の対象として実定法のみが考慮されるということには長らく争いはなかった⁵⁶⁾。このような枠組条件においてメルケル (Merkel) とピンディング (Binding) は、同業者の大多数が法の学問的な取扱いと〔理論的：訳者記す〕(要求に満ちたものとして理解された) 体系的な取扱いの同視に固執していたことに賛同した。メルケルによれば、一定の時代と社会の実定法を、既存の個々の立法を孤立させて把握し、諸原理と個別事項間のその原理において基礎づけられる連関を抽象化することに

50) この意味において *Larenz, Methodenlehre*, S. 240 f.; *Arthur Kaufmann, ARSP* 72 (1986), 432 f.; *Neumann, Wissenschaftstheorie*, S. 389 ff.

51) それゆえリストにとって解釈学は単なる技術論ないし技術的手法の地位を持つものにすぎなかった。これについては *Georgakis, Studien*, S. 13 m. w. N.; 批判的なものとして *Mittasch, Auswirkungen*, S. 113.

52) *Liszt, Abhandlungen*, Bd. II, S. 286.

53) *Liszt, Abhandlungen*, Bd. II, S. 60 ff., 79 ff., 434 f.

54) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. XV.

55) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. XV.

56) これについて詳しくは後述 S. 32 ff.

よってその時代の実定法を把握しうると信じることは欺瞞にすぎない。「例えばある刑法の教科書において刑法の原則についての一定の本質的に正しい見解から出発する者は、刑事立法の総則の規定を表面的で非学問的にただ並べたにすぎないものであるとするか、混乱した、過ちへと導く結び付けであると記述するかのいずれかであろう。その者は、ある事例においても他の事例においても、現行法の規定の内容に本当に正しくは対応できていないのである。」というのも、法規定は、一つの内的な連関の中に存立しており、この連関において把握され、そこから

全く同様であった。すでに彼の最初の大著である北ドイツ連邦刑法典草案に関する意見書において、ビンディングは、歴史的な立法者の意思からの法解釈の独立性を強調した。すなわち、「法律公布の時点でその法律全体は、自らの力と重さによって (durch die eigene Kraft und Schwere) ささえられ、立法者の考えよりも、しばしばより貧しく、しかし、しばしばより豊かに、自ら自身に依拠するようになる⁵⁷⁾。」それゆえビンディングは、彼の全刑法雑誌 (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*) 創刊記念論文で、刑法学を、法律の規定の個々の文に張り付けている (kleben) ものではないと特徴づけた。むしろその役割は、全法領域の大きな秩序を明らかにすることであるとする。すなわち「それは個々の部分相互の関連を解釈し、明示された法律と並んで潜在的な立法者の意思を明らかにすることによって、その欠缺を補填し、畏敬の念をもって細部、即ちその文、その語にまで言及し、但しそれが節度を保とうとするならば、重箱の隅をつつくようなこと (die Ecke nicht aus der Ecke betrachten) はせず、その細部を、その中心から、全体の部分として見て、それに従って、最も近くでそれを考察している者にとってはおそらく異なって見えるであろうような、その形態と関係を規定する⁵⁸⁾」ものとされるのである。

メルケルとビンディングの考え方を引き継いでドイツ刑法学は、今日に至るまでその核心において学問的分野 [学科] であると自己理解し、その根拠として自らによって課

57) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 416.

58) *Binding*, Entwurf, S. 1 f.

59) *Binding*, Abhandlungen, Bd. 1, S. 46.

60) イギリスやフランスの刑法思想においては、そのような体系に対する高い評価 (Hochschätzung) はなされていない (それに関して最近のものとして *Helmert*, ↗

された体系要求 (Systemanspruch) を援用している⁶⁰⁾。体系思考への告白はあらゆるところに見られ⁶¹⁾、体系概念のカント的な定義の引用の下においてそれがなされることさえも稀ではない⁶²⁾。しかしながら体系的な刑法解釈学を記述することが厳密に何を意味するのかという問いは、あまり深い考察の対象とはされてこなかった⁶³⁾。たいていの場合、それに関する記述は——最近ロクシンに関して証明されたように——「暗黙の体系観念 (implizite Systemvorstellung)」⁶⁴⁾ のレベルに留まっている。すなわち、体系概念は、そこではいくつかの一般論の箇所 (Allgemeinplätze) をこえては、「より詳細には説明されておらず、考えうる様々なアプローチの参照は散在的にのみなされ、

↳ Straftatbegriff, S. 203, 208)。

- 61) 例えば *Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 50 ff.; *Burchard*, Irren, S. 2 f.; *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik, S. 112 f.; *Frisch*, Verhalten, S. 6; *ders.*, Strafrechtsdogmatik, S. 161 f.; *ders.*, Wesenszüge, S. 160 ff.; *Gropp*, AT, § 2 Rn. 61; *Haft*, AT, S. 12 f.; *Herzberg*, Unterlassung, S. 8 f.; *Hirsch*, ZStW 93 (1981), 833; *ders.*, FS Köln, S. 402 f.; *ders.*, FS Spindel, S. 46; *ders.*, FS Tröndle, S. 38; *Hruschka*, GA 1981, 241 ff.; *ders.*, JZ 1985, 1 ff.; *Jakobs*, AT, 4/38; *Jescheck/Weigend*, AT, § 6 I 1 (S. 42); *Küpper*, FS Puppe, S. 144 ff.; *Langer*, GA 1990, 436 ff.; *Lippold*, Rechtslehre, S. 34, 431; *Neumann*, Strafrechtsdogmatik, S. 119; *Nitze*, Bedeutung, S. 45 ff.; *Puppe*, Schule, S. 177, 181; *Roxin*, AT 1, § 7 Rn. 38 ff.; *ders.*, FS Brito, S. 777 f.; *Schild*, Merkmale, S. 78 ff., 99 ff.; *Schmidhäuser*, AT, 6/1; *Schroeder*, Entwicklung, S. 106; *Schünemann*, Grund, S. 26, 81; *ders.*, Funktion, S. 1 ff.; *ders.*, JA 1975, 511; *ders.*, FS Schmitt, S. 117 ff.; *ders.*, GA 2001, 216 ff.; *ders.*, Abgrenzung, S. 154 f.; *ders.*, 1. FS Roxin, S. 7 f., 12 f.; *ders.*, GA 2006, 378 f.; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 136; *Zaczyk*, FS Dahs, S. 41. を参照。——ドイツ刑法学の(過去の)世界的妥当を認めていた外国の学者も、その理由として第一にその体系化の功績を挙げている(例えば最近では *Gimbernat-Ordeig*, Grunderfordernisse, S. 165; *Silva-Sánchez*, GA 2004, 682; *ders.*, FS Jakobs, S. 658, 661)。——伝統的な体系思考に対する疑念が表明されている場合、それは大抵はいわゆる概念法学の公理的・論理的方法のみを対象とした場合が殆どである(参照。例えば *Otto*, ARSP 55 [9], 497 ff., 508 ff.; *dens.*, Int. Jb. f. int. F. 2 [1975], 120 ff., 126; *dens.*, ZStW 87 [1975], 549 f.; *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen, S. 16 ff. 並びに *Maurach/Zipf*, AT 1, § 3 Rn. 26)。
- 62) そのように述べるものとして *Mittasch*, Auswirkungen, S. 1; *Erik Wolf*, Schuldlehre, S. 9; *Gropp*, AT, § 2 Rn. 61; *Küpper*, FS Puppe, S. 144; *Roxin*, AT 1, § 7 Rn. 3.
- 63) 特に *Hruschka*, GA 1981, 237 ff.; *ders.*, JZ 1985, 1 ff.
- 64) *Bumke*, Rechtswidrigkeit, S. 31 Fn. 39.

深化されてはいない⁶⁵⁾。伝統的な体系観念の観点から——カントの体系観念のような要求の多い (anspruchsvoll) 体系観念からでさえ——それにもかかわらず、秩序を創り出す構想 (Entwurf) というよりもむしろ重要な観点と徴表をまとめたもの (Zusammenstellung wichtiger Aspekte und Kennzeichen)」にすぎないものである⁶⁶⁾。最近の論者⁶⁷⁾ が今日の法解釈学に関して総じて確認していることは、いずれにせよ刑法の解釈学にも妥当する。すなわち、体系概念は、そこではいとも簡単に受容され (vergeben), しばしば暗黙のうちに前提とされ通常はそれ以上探索されることはないのである。

とはいえ、この曖昧な (unscharf) 概念形成は、偶然のものではない。むしろそれは、たしかに一方ではテキスト学 (Textwissenschaften) の領域に属するという要求をなし、他方で法実務の担い手でありかつ対話相手でもあり⁶⁸⁾、さらに——最後にしかし決して軽んじられないこととして (*last but not least*) ——大学における教育活動の担い手でもある⁶⁹⁾ という法解釈学の厄介な役割を反映したもののなのである。これらの諸要求は、

65) *Bumke*, *Rechtswidrigkeit*, S. 31 f.

66) *Bumke*, *Rechtswidrigkeit*, S. 32.

67) *Schroeder*, *Gemeinschaftsrechtssystem*, S. 46.

68) しかしながら大学の法解釈学によって提供されている (上告) 裁判所の判例に関する対話テーマが真摯な関心に値するものであるかどうかは、広く疑われている。実務的重要性を持つ法分野のほとんど全てが取り扱われないままになっているのが、刑法解釈学に対する典型的な批判となっており (参照。例えば *Arzt*, *GS Armin Kaufmann*, S. 846 f.; *Erb*, *ZStW* 113 [2001], 10 ff.; *Naucke*, *ZStW* 85 [1973], 404 ff.; *ders.*, *GA* 1998, 266 ff.), それに代えて「実務的意義の要請から見て疑問があり」、それゆえ実務にとっては「過剰な観点と見做される」対象に集中しているとされる (*Fischer*, *FS Hamm*, S. 74, 81; 同様に *Arzt*, *GS Armin Kaufmann*, S. 874 f.; *Rotsch*, *ZIS* 2008, 2 ff.)。

69) 法解釈学の理論と実務の間の二重の役割を強調するもとしてまた *Bydlinski*, *Methodenlehre*, S. 11; *Harenburg*, *Rechtsdogmatik*, S. 367; *Hassemer*, *Strafrechtsdogmatik*, S. 147 f.; *Jestaedt*, *Wissenschaft*, S. 20; *ders.*, *FS Mayer*, S. 169 ff.; *Lippold*, *Rechtslehre*, S. 188 f.; *v. Arnould*, *Wissenschaft*, S. 68 ff.; *Engel*, *Rechtswissenschaft*, S. 22 ff.; *Eser*, *Schlußbetrachtungen*, S. 444; *Mastronardi*, *Denken*, S. 33; *Schmidhäuser*, *AT*, 1/3; *Schmidt-Aßmann*, *JZ* 1995, 2; *Schulze-Fielitz*, *Staatslehre*, S. 16; *Weinberger*, *Wissenschaftsbegriff*, S. 114. ——一方で「学の理念」としての実定法の解釈論的浸透の意義を、他方で「教育的指導像 (pädagogisches Leitbild)」を *Dedek* (*JZ* 2009, 543) は強調している。

相互の摩擦なしに同時に満たされえないものである。すなわち実務的に使用可能な解釈技術を提供しようとする者は、「純粋な」テキスト学者には要求されない高度の抽象性（Abstraktionshöhe）、省察水準（Reflexionsniveau）および理論要求を放棄することを余儀なくされる⁷⁰⁾。専門的環境——およびそれらと共にまた受容慣習（Rezeptions-

70) *Harenburg*, Rechtsdogmatik, S. 162, 367; *Jestaedt*, Wissenschaft, S. 20f.; *Schild*, Merkmale, S. 81; *Schuhr*, Rechtsdogmatik, S. 148f.; *v. Arnould*, Wissenschaft, S. 85ff.; *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik, S. 120; *Trute*, Staatsrechtslehre, S. 121f.; *Vosgerau*, Rechtswissenschaft, S. 210f.; 70年代初期のイデオロギー批判的観点から *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft, S. 8ff. ——中世盛期に形成された大学の学部色（Fakultätsfarben）の実務においては法律家のローブの色は常に暗赤色であった。すなわち「そのことによっていずれにせよ生き生きとした、言い換えれば最終的にはまた「理論敵対的」要素が象徴されており、法律家は『血の通った（im Blut stehen）』ものでなければならぬとされていた」（*Vosgerau* aaO, S. 201）。19世紀の法学の大部分は、その学問的要求と実務志向との間の緊張関係をかなりの程度の規範的強調の動員の下に否定していた。他ならぬサビニーが理論と実務の「自然的統一」を宣言していたのである（*Savigny*, System, I, S. XXV）。オーストリーの著名な刑法学者グラザーは、確かに刑法解釈学は、実務学（praktische Wissenschaft）であると強調し、「それは、その成果が、単に知識だけでなく、生活、行為に意味を持つこと、本の世界から行動（Acten）の世界へ、教室（Lehrsaal）から法廷（Gerichtssaal）へと移行することを要求しうるものでなければならぬ」としていたが、このことによって、学問の概念を「あまり厳格に捉えないこと、すなわちその誇りある名称を単なる処理（Fertigkeiten）に付与することへと導いてはならない」（*Glaser*, Schriften, Bd. 1, S. 3f.）ともしていたのである。すなわち、「理論家と実務家を動かす精神的な雰囲気（geistige Atmosphäre）」は、むしろ一つの同一のものであり、そのやり方が異なっているだけなのである（aaO, S. 66）とするのである。ペンディングは、なお解釈学がその、立法および司法に対する制度的弱点をその学問性によって補完することができ、それゆえ全ての悪しき学問的給付は、それが「実務および立法に対するその強大な権力の座（Großmachtstellung）」を危うくするが故に、「一種の学問に対する文献上の内乱（eine Art Literarischen Landesverrats）」であるとしていた（*Binding*, Abhandlungen, Bd. 1, S. 59；最近でも同様に *Kindhäuser* (ZStW 121 [2009], 954)。メルケルは、より大きな現実的意義を証明した。彼は、「所与の法律を多様な関係に適用し、または国民の一定の確信あるいは欲求法律の規定の中に表現かつ充足させることに資する法律実務家の技術が「……」本来、学問的活動のごくわずかな要素しか含んでいない」ことについて確信していた（*Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1874, 405f.）。このことはそれ以来全く変わっていない（さしあたり *Naucke*, ZStW 85 [1973], 404ff.; *Erb*, ZStW 113 [2001], 1ff. 並びに一般的に *Jestaedt*, FS Mayer, S. 178f.: ↗

gewohnheiten) とキャリアコース (Karrierewege) —— が離れば離れるほど、この緊張関係は増大する⁷¹⁾。したがって一方で実務家は、当該学問の発展を大まかにフォローすることすら不可能にするような常に増加する文献の氾濫を嘆き、他方で議論への参加者数と公刊機関数の著しい増加は、以前の学派と理論のヒエラルキーの解体と相まって刑法解釈学の「アトム化 (Atomisierung)」⁷²⁾ へと導いた。すなわち、ナオケによれば学問的に公正性の確保されたレビュー・ボード (der wissenschaftlich gutwilligste Revisionsssenat) の検討を一度も経ずに⁷³⁾、その結論においてほとんど何でもあり (nahezu jede Ansicht und jede Entscheidung zulassen)⁷⁴⁾ の数多くの繊細に彫琢された学説が存在しているのである。

しかしながら、ラートブルフがなお認識価値と単なる記述形式並びにそれぞれに対応した学問的体系と教育方法的体系を区別していた⁷⁵⁾ 一方、学問的体系と教育方法的体

↘ *Simon*, RJ 7 [1988], 146f. を参照)。解決の大きな体系構想への結び付けは *Schmidhäuser* (AT, 5/30) の希望に反して実務にとって助けとなるものと感じられるどころか、その関心喪失を確かなものにする最も確実な道を示すものになってしまったのである (この意味において *Arzt*, GS Armin Kaufmann, S. 862; *Fischer*, FS Hamm, S. 66; *Loos*, Grenzen, S. 265)。ナオケの言葉によれば (*Naucke* ZStW 85 [1973], 415) 「正に刑法学者が [……] 上告審裁判所の実務において、実務が直面しているか、間もなく直面することになる困難に実務的に序用可能な概念をもたらしているという最高の評価を享受している。」

- 71) *Böckenförde* (Ethos, S. 34) は、法律家の活動をその作業の特殊な種類の制度と現行法とを結び付けることの中に見い出す。すなわち「この制度は、まず *ius suum cuique tribuere* と党派性に抗する思想である *audiatur et altera pars* を、さらに社会的現実の [……] 明確な把握を [……] 最終的には [……] 法の相互性と整序された手続きの鎮静力にとって意味を目標とする。

ゼガ、

その職業的な生き残りのために格闘している弁護士や過剰負担となっている下級審裁判官の日常実務に当て嵌まるかどうかはここではひとまず置く。

- 72) 法解釈学全体についてそのように述べるものとして *Würtenberger*, Grundlagenforschung, S. 11.

73) *Naucke*, GA 1998, 264.

- 74) *Arzt*, GS Armin Kaufmann, S. 878; *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik, S. 136, 152; *Rotsch*, ZIS 2007, 265; *ders.*, GS Eckert, S. 723; *Schroeder*, Beiträge, S. 122 f.; *Schünemann*, 1. FS Roxin, S. 6. —— 憲法の領域における対応したことを確認するものとして *Schulze-Fielitz*, Staatslehre, S. 21.

- 75) *Radbruch*, FG Frank, Bd. I, S. 159; 類似の見解として *Sauer*, Grundlagen, S. 203. ↗

系の区別にとっての意味とそれと関連した純粋に刑法学的活動と単なる法律の技術論 (Gesetzeskunde) の区別の意味は今日では次第に失われつつある⁷⁶⁾。全ての刑法教授によって書かれた文献に——たとえそれが、大抵のいわゆる教科書 (Lehrbücher) のように、「読者の想定された調理技術にレシピの質を合わせた」いわば「調理本的性格 (Charakter von Kochbüchern)」⁷⁷⁾を示しているにもかかわらず——包括的に刑法学の名称を付与するか、あるいは逆に解釈学の唯一の追求すべき目標として「ある平均的な知性、平均的な問題意識、平均的な義務意識そして平均的な熟練度を持った法律家に、刑法の操作可能性を保証する」ことが挙げられる。このようなグループに対して、解釈学は、解釈学的な公式と体系的なカテゴリーのルーティン的な適用が高い蓋然性をもって受容可能な結論に至る場合に、その任務を果たすことになる⁷⁸⁾。それによ

↘——この訴訟指揮の権限を持つ裁判官の手続は、とりわけ *Hall* (Lehre, S. 145 ff.) が明らかにしたように、しばしば学問的・体系的な手続による一般的犯罪論が予定しているようには進行しない。すなわち裁判官にとっては「刑法理論的な思索 (strafrechtstheoretische Spekulation) は必要ない。どこからでも始められる訴訟的な決定が必要となる」(aaO, S. 149)。「構成要件該当性/違法性/責任」という体系構成の成功は、ハル (Hall) にとっては、実体刑法の体系の目的論に対応しているからではなく、その訴訟の目的論に対応していることによるとされる (aaO, S. 159)。

76) これに対してこの区別を想起するものとして *Frisch*, Straftat, S. 187 f.; *Jakobs*, Strafrecht, S. 104 f., 134 f.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 224 f.; *Lippold*, Rechtslehre, S. 189 f.; *Otto*, ZStW 87 (1975), 571 f.; *Puppe*, FS Otto, S. 402; *Schild*, Merkmale, S. 80 f.; *ders.*, GA 1999, 118; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 207; *Stürner*, JZ 2012, 11 f.; *Würtenberger*, Grundlagenforschung, S. 7; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 236 f., 241. さらに *Engisch*, FS Welzel, S. 376 を参照。

77) 妥当なものとして *Kindhäuser*, ZStW 121 (2009), 959. —この「学生から好まれる教育用文献の一部における刑法の単純化 (Simplifizierung) と世俗化 (Vulgarisierung) を嘆くものとして、*Weigend*, Strafrecht, S. 63; 同様に *Rotsch*, ZIS 2008, 7; *Zaczyk*, FS Puppe, S. 316. *Burkhardt* (Strafrechtsdogmatik, S. 151) が妥当にも指摘しているように、ここには出版および販売利益が世俗的な同盟 (unheilige Allianz) を組んでいる。——同様に、公法学者の立場から同様に *Würtenberger*, Grundlagenforschung, S. 12; 民法の観点から *Stürner*, JZ 2012, 15.

78) *Schulz*, Strafrechtsdogmatik, S. 146 f. —そのように、他ならぬ *Jescheck* (ZStW 98 [1986], 5) が、犯罪概念の意味を「可罰的な行為を [……] フォーマルなカテゴリーによって、裁判官が可罰性の一般的な諸メルクマールを位置づけ、それによって法学的に信頼性のあるものとして把握しうるように分類する」ことを見い

れば解釈学とは教育方法であり、それ以上のものではない⁷⁹⁾。

さらに、カント的なモデルによる厳密な体系思考は今日の西欧社会の自己合意ディスクラス (Selbstverständigungsdiskurse) に順応させるには非常に手間がかかるという事情が加わる⁸⁰⁾。その社会に固有のヒエラルキー的な構造は、民主主義的な平等主義だけが有効な治癒力 (Heilswirksamkeit) を持つという信仰に基づいて社会化された判断能力にいらだたせる (irritierend) 形で作用する⁸¹⁾。しかし、とりわけ知識の著しい拡大と生活形式と世界構想の知識の多元化 (Pluralisierung) に直面して体系理念の基礎にある「多様性 (Mannigfaltigen) の親和力 (Affinität)」⁸²⁾ の想定——たとえそれが文化という部分領域においてのみであれ——は、先祖返りの (atavistisch) なもののように見え、ニーチェの言葉によれば、ほとんど「不道德の一形式 (eine Form der Unmoralität)」⁸³⁾ になっているのである。この種の疑念は、決して、ラディカルな他在性テーゼ (Alteritätsthesen) に固執するポストモダン哲学によってのみ提起されているわけではない⁸⁴⁾。疑いなく、法学の側からもまた論理的体系性と完全性という理念 (Ideal) は大規模な立法化という時代に緊密に結びついたものであるという指摘がなさ

ゝ出している。

- 79) 解釈学の学問的要求の放棄と技術論として古い自己理解への回帰に賛成するものとして *Henke*, JZ 1987, 686 ff.; *Kiesow*, JZ 2010, 591; *Mastronardi*, Theorie, S. 39; *Simon*, Es ist, S. 93 f.; 同様の傾向を持つものとしては *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 7; *Wieacker*, FS Gadamer, Bd. II, S. 333.
- 80) *Gloy* (Philosophie, S. 27) は、現代ほど、哲学史においてこれまでに体系化に対する軽視がこれほど酷くなったことはないということを確認する。今日、哲学的体系形成について語る者は、*Edel* (Systemform, S. 43) の評価によれば「多くの者、ひょっとしたらおそらく多数派の目から見てすら笑いものとされる。」その専門家の今日において支配的な自己理解によれば、哲学は「統一を迫る理性ではなく、複数のディテールとその間の衡量を行う判断力の事項なのである」(このように批判的に要約するものとして *Brandt*, D'Artagnon, S. 249)。
- 81) 類似のものとして *Brandt*, D'Artagnon, S. 243 f. — *Vesting* (Rechtstheorie, Rn. 96) は体系思考を端的に「古いヨーロッパ的意味論」の余波と見ている。アメリカ法において体系概念は、それが——*Lepsius* (Staatsrechtslehre, S. 326 f.) が指摘するように——そこでは「アンチ個人主義的、反自由主義的思考を促進するものである」という潜在的疑惑の下にある」という理由で回避されている。
- 82) そのように述べるものとして *P. König*, Selbsterkenntnis, S. 45.
- 83) *Nietzsche*, Fragmente 1887-1889, KSA Bd. 13, S. 189.
- 84) この立場に対する説得的な批判を行うものとして *Gloy*, Philosophie, S. 28 ff.

れている⁸⁵⁾。しかし、このエポックは完全に過ぎ去ってしまったとされるのである。現代の立法の条件——すなわち個々の問題の克服に合わさる形で、多様な政治的妥協の圧力の下で成立し、多数派関係の変化に基づく見直しを常に留保している条件⁸⁶⁾——の下では、「正義の全体を、一定の社会生活の形式の観点において、合理的な原則の総和として把握する」ことを試みる⁸⁷⁾ 体系思考は、「常に、『理性』の内容的に広すぎる大それた企て (Unterfangen)』⁸⁸⁾ であり、いずれにせよ対象相当的ではないとされるのである⁸⁹⁾。このことから公法は、特に連邦的憲法秩序においては、独立の形成の余地が残らざるをえないであろう法を創り出す行為者 (rechtserzeugende Akteure) の数の多さ故に、内容的に豊富な体系化を放棄している⁹⁰⁾。

「妥協的なこと、プラグマティズム、内容的偶有性 (Kontingenz) および政治的コンフリクトの負荷性 (Beladenheit) は、必然的に刑法へも移行して」⁹¹⁾、そこにおいても同様に解釈論的にはほとんど辻褃を合わせることはできない「点的な規範化の実務

85) *Baufeld*, *Rechtstheorie* 37 (2006), 173 f.

86) *Lepsius*, *Themen*, S. 43; *ders.*, *Relationen*, S. 29 f.; *Baufeld*, *Rechtstheorie* 37 (2006), 173 f.; *Fiolka*, *Rechtsgut*, S. 99; *Grimm*, *Rechtswissenschaft*, S. 10; *Lippold*, *Rechtslehre*, S. 34; *Schmidt-Abmann*, *JZ* 1995, 2.

87) *Coing*, *Geschichte*, S. 28.

88) そのように述べるものとしてよく引用される公式として *Emge*, *Einführung*, S. 378.

89) この意味において例えば *J. Braun*, *Rechtswissenschaft*, S. 360 ff. (遺憾であるとする); *Vesting*, *Rechtstheorie*, Rn. 296; *Kiesow*, *JZ* 2010, 590 (肯定的に促えている); *Baufeld*, *Rechtstheorie* 37 (2006), 173 f.; *Grimm*, *Rechtswissenschaft*, S. 10; *Weber-Grellet*, *Rechtstheorie* 34 (2003), 185 f. (記述的に促えている).

90) *Lepsius*, *Themen*, S. 36 ff.; *ders.*, *Relationen*, S. 26 f.; *Poscher*, *Kathedrale*, S. 110 ff.; この意味において既に *Lerche*, *VVDStRL* 21 (1964), 92. —このことは正に国際法に妥当する: *Hillgruber*, *Völkerrecht*, S. 125. —このことは正に国際法に妥当する: *Hillgruber*, *Völkerrecht*, S. 125. —連邦憲法裁判所の判例は *Schlinks* (*JZ* 2007, 160 ff.) の分析によれば目に見えて (zusehends) 体系的な手続による解釈学による自己拘束から解放されるようになってきており、カズイスティックなスタイルをとり、それらを訴訟の迅速化のために行っている。それゆえ多くの公法学者は、最近、要求の多い体系概念を援用する以外の方法によってその学問性を基礎づけようと試みている。そのような最近の議論状況について *v. Arnould*, *Wissenschaft*, S. 65 ff.; *Augsberg*, *Methodendiskussion*, S. 145 ff.; *Funke*, *Öffentliches Recht*, S. 1 ff.; *Jestaedt*, „*Öffentliches Recht*“, S. 241 ff.; *ders.*, *Wissenschaft*, S. 17 ff.; *Lepsius*, *Themen*, S. 1 ff.; *Möllers*, *Vorüberlegungen*, S. 151 ff.

91) *Gärditz*, *Staat* 49 (2010), 356.

(Praxis punktueller Normierung)』⁹²⁾へと導いているのである。しかしこの知見から、それをもって刑法の領域において野心をもった体系概念がすべて馬鹿げたものになったと評価するのは早計に過ぎる。確かに哲学的情報に基づく体系思考のメルクマールにはその思考に独自の論証力を共に省察し⁹³⁾、専ら実定的なものの固有権を承認することが含まれる⁹⁴⁾。しかし特に一般的犯罪論は以前から「特定の国にまさに今適用可能なものだけに限定されるものではない」と考えられていた⁹⁵⁾。すなわち「世界包括的 (weltumspannend) な意味」の問題によって把握されていることは⁹⁶⁾、単なる「法律技術論 (Gesetzeskunde)』⁹⁷⁾ではなく、それは「実定的な個別性において自らを満足させている」⁹⁸⁾ものではない。その要求は、ベルナーの言葉によれば、むしろ事物の概念に名前を与える (namhaft zu machen)⁹⁹⁾ことへと向かう。(いずれにせよ全く不十分な) 法律の諸規定は、この〔刑法の：訳者記す〕領域においては本質的に刑法学によって探求されたことの確定 (Festschreibung) と見做されるのであって、決して解釈学的努力の独立の出発点と見做されるわけではないのであり¹⁰⁰⁾、まさにそれゆえ、それは伝統

92) *Baufeld*, *Rechtstheorie* 37 (2006), 174.

93) *Fulda/Stolzenberg*, *Einleitung*, S. 1, 4.; v. *Wolff-Metternich*, *System*, S. 372.

94) 詳しくは後述 S. 45 ff.

95) パラダイムの (paradigmatisch) なものとして *Abegg*, *Lehrbuch*, S. 3 f.

96) *Binding*, *Lehrbuch*, S. 1. — 一般的犯罪論の国家を超えた (supranational) 性格は今日の文献においても、目的主義者と目的合理的刑法構想の主張者の双方から強調されている (一方で *Hirsch*, *ZStW* 116 [2004], 840 ff.; *dens.*, *FS Köln*, S. 417; *Armin Kaufmann*, *GS Tjong*, S. 100 f.; 他方で *Roxin*, *Strafrechtswissenschaft*, S. 380; 一定の制限をもってまた *Helmert*, *Straftatbegriff*, S. 279 f.; *Silva-Sánchez*, *Expansion*, S. 48 ff. 並びに *Kühl*, *ZStW* 109 [1997], 787, 805 を参照)。これに対して国際的に存在する共通性の過剰評価を警告するものとして *Perron*, *ZStW* 109 (1997), 300 f. — *Tiedemann* (*FS Lenckner*, S. 426) は、総論の問題は「主権を持つ議会が広範囲にわたって独立に (「事物の本姓」からも独立に) 形成しうる [……] 広く政治的な価値決定の対象である」とさえする。

97) この表現は *Berner*, *Lehrbuch*⁵, S. 5 によっても、また *Binding*, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 52 によっても用いられていた。——最近それを用いるものとして *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 58.

98) *Berner*, *Lehrbuch*⁵, S. V.

99) *Berner*, *Lehrbuch*⁵, S. V.

100) *Frisch*, *Wesenszüge*, S. 162; *ders.*, *Bedeutung*, S. 182; *ders.*, *FS Jung*, S. 212; *Armin Kaufmann*, *GS Tjong*, S. 103; *Robles*, *ZIS* 2010, 359 f.; 類似のものとして *Schmidhäuser*, *AT* 1/3; *Kühl*, *ZStW* 109 (1997), 805.

的に「刑事法学者の至福（*Seligkeit der Kriminalisten*）」¹⁰¹⁾と考えられてきたのである。それゆえ——「少なくとも法律が法律学を規定するのと同様に、逆に法律学が法律を規定する」¹⁰²⁾という——立法と法律学の適切な関係に関するラートブルフの注釈は、一般的犯罪論にとっても特によく妥当する¹⁰³⁾。

それゆえ、刑法ではなく、一般的犯罪論が要求の多い体系要求（*einem anspruchsvollen Systemanspruch*）の下におかれているかどうかが目下の問題である。そのような要求を満たすために払われなければならない代償は、少なくはない。ミュンヘンの哲学者ディーター・ヘンリッヒ（*Dieter Henrich*）の言葉によれば、大きな理論構想と統合的な全体把握（*synthetisierende Ausgriffe*）の信用低下は、「分裂、厳密にいえば一方で分割された問題領域の取り扱いに際して高度に専門的な精密機構と、他方では明白に日常的意義のあるテーマに関する同様に局地化されたエッセイ的な試論との間の分裂へと導く」¹⁰⁴⁾傾向を促進する。ベルリンの哲学者フォルカー・ゲルハルト（*Volker Gerhardt*）が証明したように、体系は、これに対して「人間の最高の諸能力の規律づけられた自己陶冶」¹⁰⁵⁾を求めている。一方で体系思考は人間の知識の推進エネルギーを駆り立て発展させる。「それによってそれぞれ求められる秩序において、前進し、より深くアプローチし、欠缺——すなわち体系的な先取りによってはじめてそれが認識されうる欠缺を補填する方法論的な挑戦がなされるのである」¹⁰⁶⁾。他方で、体系思考のダイナミック（*Dynamik*）はこの思考に目標を与えるだけでなく、リズム（*Rhythmus*）をも予め与える。すなわち「すでにその問いに駆り立てるインパルス（*Impuls*）が、この思考の秩序の中にそのタクト（*Takt*）とその節度（*Maß*）を持っている。体系は動機づけかつ制御するのである。」¹⁰⁷⁾ そのような長所をもつこの思考の態

101) *Sauer*, Grundlagen, S. 204.

102) *Radbruch*, Rechtsphilosophie II, S. 194. — 答責性意識を持った立法に対する解釈学の意義について詳しくは *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, S. 36 f.; *Maiwald*, Dogmatik, S. 125 ff.; *Meyer-Goßner*, ZRP 2000, 345; *Starck*, Bedeutung, S. 376 ff.; *Vogel*, 1. FS Roxin, S. 115 ff.

103) 同様に——批判的なトーンがその基礎にあるが——*Naucke*, Grundlinien, S. 13.

104) *Henrich*, Philosophie, S. 130 f. — 同様に *H.-D. Klein*, Studien, S. 4.

105) *Gerhardt*, Selbstüberschreitung, S. 261. — 類似のものとして *Fulda/Stolzenberg*, Einleitung, S. 1.

106) *Gerhardt*, Selbstüberschreitung, S. 261.

107) *Gerhardt*, Selbstüberschreitung, S. 261.

様 (Modus) は、性急に放棄されてはならない。それゆえ一般的犯罪論の本書における新たな測量 (Neuvermessung) は、この法領域においては統一的な体系思考をもってはじめて法的思考を学問的思考、すなわち、普遍妥当的に基礎づけられた思考となり¹⁰⁸⁾、そしてその限りにおいて「学問的な作業の不可欠の条件」である¹⁰⁹⁾とする、最終的に新カント学派によってこのような鋭さをもって定式化された確信を共有するものである。

しかし、そのような活動に関する関心は、「早く有名になり卓越したマイスターと賞賛される (angestaunt [zu] werden)」¹¹⁰⁾ だけではなく、一般的犯罪論が、——たとえ既存の建物の大部分を使用するものであったとしても——犯罪理論という建築物の新築 (Neubau des verbrechenstheoretischen Gebäudes) によってしか除去できないほど重大な、その現状における欠陥を指摘するということを証明しようとするもののみ期待されるのである¹¹¹⁾。このことは実際ここにあてはまる。……一般的犯罪論の任務は、まず第一に「受容省察規律 (Rezeptionsreflexionsdisziplin)」¹¹²⁾、一種の「インターフェース・マネジメント (Schnittstellenmanagement)」¹¹³⁾ として刑法解釈論と知識のストック、論証スタンダード (Argumentationsstandards) および隣接諸科学——特に哲学と社会科学——の正当化要求 (Legitimationsanforderungen) との関係を統制するというところにある¹¹⁴⁾。もう一つは、解釈論的な日常作業において、しばしば無意識に、それを概念的に入手することができ、あるいはそれを入手しようとさえすることなしに使用しているカテゴリー的枠組条件を省察することが一般犯罪論に求められてい

108) *Binder*, Philosophie, S. 839 ff.; *Mittasch*, Auswirkungen, S. 1 f.; *Stammler*, Wesen, S. 34; *Tesar*, Überwindung, S. 2, 4, 66; *Erik Wolf*, Schuldlehre, S. 1 f.

109) *Erik Wolf*, Schuldlehre, S. 1 f. — 同様に最近のものとして *Bock*, Rechtstheorie 36 (2005), 461, 477. — *Binder* (Philosophie, S. 836) にとっては、「法の学問的理論であること、いかに法の客観性が可能であるか、すなわち、いかに法についての学が可能であるかを示すこと」が法哲学の唯一の任務であるとすらされている。

110) そのように *Jordan* (NACrim 11 [1830], 213) は、彼の時代の体系構築者 (Systembaumeister) に対して批判している。

111) 適切にも *Greco*, GA 2009, 647.

112) この概念は *Jestaedt*, Wissenschaft, S. 26 に由来する。

113) *Vesting*, Rechtstheorie, Rn. 16 (そこでは法理論の任務と関係づけられている)。

114) *Jestaedt* (Wissenschaft, S. 26) の用語によれば、その限りで一般的犯罪論は、内因的 (endogen) 法学理論である。

る¹¹⁵⁾。この二つの任務を今日支配的なヴァージョンの一般犯罪論は、十分に果たしていない。

第一にそれは最近の解釈論内部の数多くの重要な展開に適切に対応したものではない。その展開から増大する内部的ないくつかの矛盾は、本書の以下の章で明らかにされる。第二に犯罪論的基本カテゴリーの今日基準となると考えられている指示は、刑罰論のこれまでに達成された水準に額面どおりに (al pari) で対応したものではない。犯罪概念が刑罰目的によって方向づけられたものとして構想されなければならないという洞察は、最近の刑法学が得た共通認識となっている¹¹⁶⁾。しかしこの認識はこれまでの伝統的な犯罪理解にマージナルな影響しか与えてこなかった¹¹⁷⁾。支配的な刑法解釈論は、疑い

115) 本質的に同旨のものとして HK-GS-Rössner, Vorbem. Zu § 1 Rn. 44; Kindhäuser, ZStW 121 (2009), 961; Zabel, Schuldtypisierung, S. 21, 25. —すべての法適用者はその活動に際してある一つの理論に従っていることは、この理論が不完全に展開された (rudimentär) ものであり、またしばしば無意識になされているかもしれないが、今日の方法論によっては広く承認されている (さしあたり Canaris, JZ 1993, 390 f.; Drath, Rechtsdogmatik, S. 200 f.; Duttge, Einflüsse, S. 167; Greco, Lebendiges, S. 204 f.; Hörnle, FS HU Berlin, S. 1269; Jestaedt, Perspektiven, S. 187; Marcic, Rechtsphilosophie, S. 41; Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, S. 209; Osterkamp, Gerechtigkeit, S. 12; Stübinger, Idealisiertes Strafrecht, S. 45, 50; 古い文献からは Schwinge/Zimmerl, Wesensschau, S. 5; Stammler, Theorie, S. 16 を参照)。しかし解釈論的な個別分析においてもまた全ての可能な、さらに踏み込んだ理論部分 (Theoriesegmente) に言及される。それらに対して一般的犯罪論は、同一分野内での分業の枠組みにおいて一方では批判的な啓蒙家の役割が (そのことを強調するものとして Stammler, aaO), そして他方では、専門家が特殊性のみを認識しようところに統一性を創り出す仲裁者の役割が与えられる。

116) 基本的に Noll, ZStW 77 (1965), 2 f.; Schmidhäuser, AT, 6/2; ders., GS Radbruch, S. 270, 276 ff.; ders., JuS 1987, 374; Jakobs, Schuld, S. 8 ff.; Roxin, FS Henkel, S. 181 ff.; ders., FS Bockelmann, S. 279 ff. —同様に MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 27; Bloy, Beteiligungsform, S. 23 f., 27, 40, 42; Derksen, Handeln, S. 172 ff.; Frisch, Strafrechtsdogmatik, S. 162; Greco, ZStW 117 (2005), 535; Hörnle, JZ 2006, 957; Hoerster, Strafe, S. 106; Lesch, Verbrechensbegriff, S. 15 f., 184 f.; Nitze, Bedeutung, S. 65 f.; Otto, ZStW 87 (1975), 539; Robles, ZIS 2010, 362 f.; Stuckenberg, Vorstudien, S. 485; Wolter, Zurechnung, S. 21. —古い文献からは: Radbruch, FG v. Frank, Bd. I, S. 160; Exner, FS Kohlrausch, S. 24; Mittasch, Auswirkungen, S. 32 f. —異なる見解として LK-T. Walter, Vor § 13 Rn. 7; Haas, Kausalität, S. 45 f.

117) 適切な指摘として Hörnle, JZ 2006, 956 f.: 「刑罰論の考察は、教科書においてノ

なく19世紀末および20世紀初頭において——「消し去られた理論の使い古された聖遺物 (ausgediente Reliquien erloschener Theorien)」¹¹⁸⁾ ——すでに時代遅れ (obsolet) とみなされていた前提の下で展開されたものである¹¹⁹⁾。それによれば、犯罪は、その実質的な内容上、法益侵害 (Rechtsgutverletzung) であり形式的な観点において構成要件該当性、違法性および責任というカテゴリーに分節化 (gliedert) される。そのうえ刑罰目的に方向づけられた犯罪論は、予防理論的な刑罰の基礎づけから出発する。応報理論のルネッサンス (Renaissance der Vergeltungstheorie) は一般的犯罪論においてはまだ十分適切には取り入れられていない。これらの知見は次のような統一的な総括 (Fazit) に合流する。すなわち現在、一般的犯罪論はその対象の適切な概念 (einen adäquaten Begriff ihres Gegenstandes) を入手しているとはいえない。しかし、法解釈学の方向づけの必要性にも、その隣接科学の理由づけの水準にも適切に対応していない一般的犯罪論は、コールラオシュの厳しい、しかし適切な評価によれば「価値のない装飾部分 (Dekorationsstück) の一つになるだけでなく、それは〔端的に：訳者記す〕誤りなのである。』¹²⁰⁾

このような事態に直面して、刑法解釈学は、確かに、それが「多すぎる理論にうんざりして (die Theorien satt bekommt)」¹²¹⁾、そしてその代わりに、主にその都度の判例の状況に依拠して「単に特別の領域部分を満足させるように構築する (eine zufriedene Bebauung lediglich spezieller Gebietsteile)」¹²²⁾ ことへと移行した (verlegt)

↘は大抵一種の考察文 (Besinnungsaufsatz) [テーマを与え、それについて考察させる作文：訳者記す] として最初におかれている。それに続く、刑法解釈論の章では刑罰論との結合が全くなされないか、非常に稀にしかなされない。——同様に *Burkhardt*, Strafrechtsdogmatik, S. 132 ff., 153; *Lüderssen*, 1. FS Roxin, S. 480; *Stübinger*, Idealisiertes Strafrecht, S. 289.

118) *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 48.

119) 同様に *Naucke*, Grundlinien, S. 29 ff.

120) *Kohlrausch*, Sollen, S. 7. ——困難なことにさらに「正に刑法の基礎領域において対立する構想の不快検討への関心のなさ」が支配している (*Avriganu*, *Ambivalenz*, S. 20)。

121) *Hardwig*, ZStW 78 (1966), 29. ——このことは、ドイツ刑法解釈学の日本の観察者 (*Ida*, *Ergebnisse*, S. 149) の次のような表現によく表されている。すなわち「知的なりソースをたっぷりと消費し、それにもかかわらず、成果のなかった体系議論は、われわれの消費社会において環境を脅かす態様で生産されている、贅沢品のようなものである。学者の自己規制による研究重点の変更が緊急に必要となる。」

122) 権威はここにおいては「方法に対する機能的等価物」として機能する (憲法)

としてもやむを得ない (nicht zu verargen)¹²³⁾。しかし、すべてのうわべ上は負担軽減的に見える措置と同様に、このことはその裏面 (ihre belastende Kehrseite) をもっている。すなわちそのような高度に繊細な「描写解釈学 (Nachzeichnungsdogmatik)」¹²⁴⁾ は、その「実定法に対する殆ど敬虔なスタンス (andächtige Haltung)」¹²⁵⁾ において、かつての栄光の日々の夕日に照らされて、わが国の〔ドイツの：訳者記す〕刑法学者の多くが自負しているよりも¹²⁶⁾、刑法体系の国際競争にとってより不十分な装備しかないものになってしまっているのである。さらに、それが刑法解釈論の「殆ど屈辱的な取扱い (fast demütigende Behandlung)」に慣れ¹²⁷⁾、その「高慢 (Übermut)」において¹²⁸⁾、刑法を危険防除の手段に組み換えたり (das Strafrecht zu einem Instrument der Gefahrenabwehr umzubauen)¹²⁹⁾、あるいは——ヨーロッパ [法] のレベルで増加

↘理論の連邦憲法裁判所実証主義に関してそのように述べるものとして *Schlink*, *Rechtstheorie* 7 [1976], 94) ——それは確かにプラグマティックな「決定準備学 (Entscheidungsvorbereitungswissenschaft)」にとっては理解可能であるが (*v. Arnault*, *Wissenschaft*, S. 87), しかし (もしそのような表現が許されるならば) 学問的学 (wissenschaftliche Wissenschaft) にとっては名誉なこと (Ruhmesblatt) ではない。

123) *Liepmann*, *Einleitung*, S. 1.

124) *Naucke*, *GA* 1998, 271.

125) *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 57.

126) このような自己満足的態度の代表的なものとして *Schünemann*, 1. FS Roxin, S. 12. ——本書の疑念に近いものとして *Fischer*, FS Hamm, S. 80; *Perron*, FS Lenckner, S. 228 f.; *Rotsch*, *ZIS* 2008, 2; *ders.*, GS Eckert, S. 717 ff.; *Silva-Sánchez*, *Expansion*, S. 40; *Tiedemann*, FS Lenckner, S. 433; *Vogel*, *JZ* 2012, 26 ff.; 同様にドイツの法解釈学全体についての最近のものとして *v. Bogdandy*, *JZ* 2011, 4 ff. ——それと並んでドイツの解釈論の意味喪失にハードな権力政治的な事情も責めを負っていること (それを指摘するものとして *Arzt*, *ZStW* 111 [1999], 768 ff.; *v. Bogdandy*, *JZ* 2011, 3; *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 151; *Vogel*, *GA* 2002, 521 f.) は自明であるが、しかし、それはその原因の一部に過ぎないのである。

127) *Fischer*, FS Hamm, S. 76. ——このことには様々な批判がある (例えば *Arzt*, *ZStW* 111 [1999], 758; *Hasemer*, *Selbstverständnis*, S. 36; *Naucke*, *GA* 1998, 267; *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 52; *ders.*, *Strafrecht*, S. 141, 152, 161; *Vogel*, 1. FS Roxin, S. 106 f.; *Wrage*, *Grenzen*, S. 217 f.) が、原則的な自己批判の契機となるのは非常に稀である (しかし *Arzt* aaO, 764 ff.; *Fiolka*, *Rechtsgut*, S. 88 ff.; *Frisch*, *Bedeutung*, S. 187; *Naucke*, aaO, 266 ff.; *Stübinger*, aaO, S. 159 ff. を参照)。

128) *Emge*, *Philosophie*, S. 59.

129) このプロセスの分析は例えば *Hasemer*, *Selbstverständnis*, S. 244 ff. およびノ

して用いられるようになってきたように——理論なき拡張の圧力によって (in theoriefreiem Expansionsdrang)¹³⁰⁾ その経済政策的な統制目標の強行達成のための手段として投入すること¹³¹⁾ をし始めた立法者を制止するために構想的なリソースを動員すること (die konzeptionellen Ressourcen zu mobilisieren) ができるかどうかも疑問である。

どのようにすれば前に進めるのだろうか (Wie soll es weitergehen)? イギリスの法学者ブライアン・シェフィンス (Brian Cheffins) は、数年前に5つの可能な法学研究の解釈モデルを提示した (in Augenschein genommen)¹³²⁾。その射程 (Spannbreite) は、常に同じ問題提起の絶え間ない繰り返しのモデルから継続的な進歩プロセスの観念を経て、自然科学においてはパラダイム転換と呼ばれている、不規則的な間隔で生じる、ある説明モデルの他の説明モデルによる棄却のテーゼに至るものである。ドイツの刑法解釈学には、このすべての解釈モデルが存在している。すなわち刑罰目的に関する議論は、常に、既知の正当化モデルのバリエーションが繰り返されるものであり、法適用の継続的な発展と改善の例は、比較的に目立たない日常的問題のレベルにおいて多く見られるし、最後にヘーゲル主義から自然主義への移行のような、根本的なカテゴリー転換 (grundstürzender Kategorienwechsel) は、まったく正当にもパラダイム転換 (Paradigmenwechsel) と名付けられている。今日、新たなパラダイム転換がなされよ

↘ *Morguet*, Feindstrafrecht, S. 93 ff にみられる。——アクチュアルな例として：
Pawlik, Terrorist, S. 25 ff.

130) このことを強調するものとして *Frisch*, GA 2009, 403 ff.; 的確なものとしてまた *Avriganu*, Ambivalenz, S. 186 f.

131) これについて批判的なものとして例えば *Achenbach*, ZStW 119 (2007), 798; *P.-A. Albrecht/Braum*, KritV 2001, 347; *Braum*, wistra, 2006, 125; *Hefendehl*, ZStW 119 (2007), 831 f.——ヨーロッパ共同体に、その共同体の重要な目標——例えば「海上交通の安全の向上」(EuGH JZ 2008, 248 参照)——を達成するために必要な場合には、指針によって加盟国に犯罪構成要件の創設を命じることを認めるヨーロッパ裁判所の判例 (原則を示すものとして EuGH JZ 2006, 307 ff.) によってこの傾向に拍車がかかっている。それが刑法の純粹に道具的な理解に基づいており、それによってこの著しい拡張 (Expansion) を推進しているとして、この判例には正当な批判が加えられている (*Kubiciel*, NStZ 2007, 137 ff.; 批判的なものとしてまた *Schünemann*, ZIS 2007, 535 f. および *Weigend*, FS Sootak, S. 249 f.)。 *Heger*, JZ 2006, 313 は、ヨーロッパ裁判所を、国家の法確信および法伝統の表現としての刑事法の固有性を無視していると批判し、またそこから生じる受容問題について警告するのは *Frisch*, GA 2007, 264 ff.

132) *Cheffins*, Cambridge L. J. 63 (2004), 458ff.

うとしているのであろうか？ いや、そうではない。このことは既に、存在論的犯罪論から刑罰目的志向的犯罪論への移行（Übergang von einer ontologisierenden zu einer strafzweckorientierten Verbrechenslehre）によってなされていた¹³³⁾。いまはこのパラダイムが完全に展開されているのである。この様な試みに手間をかける価値があるかどうかは、以下の本研究によって明らかにされなければならない。いずれにせよ、その目標は全く制限的なものである。すなわちカントとフォイエルバッハの学問および体系理解と結び付いて、この様な試みは、刑罰論と一般的犯罪論の間の失われた同格性（Parität）を回復し、そしてそれに対応してフリッシュによって既に数十年前に定式化された「その素材と形式において継続的に互いに対立しあって分裂する（gegeneinanderlaufen）のではなく、その形式が、刑罰コンセプト（Strafkonzept）と刑罰投入の正当性が要請することを表現するような犯罪行為像を起草する」¹³⁴⁾ という要求に応じようとするものなのである。

たしかに「ある方法の有効性に関する最も確かな試金石は、[……]それが個別研究を促進するかどうかということである。」¹³⁵⁾ 但し、刑法学的イノベーションが浸透するかどうか、またそれが真摯な検討の対象となるかどうかはその説明力（Erklärungskraft）と正当性（Richtigkeit）のみに依存しているわけではない。「ただ単に変化を嫌うこと（Veränderungsunlust）からも抵抗は生じ、通常、その思考転換によって要請されることが多ければ多いほど、それはより困難となる。」¹³⁶⁾ たしかに新種の犯罪論的アプローチ——ここでは目的主義（Finalismus）〔目的的行為論：訳者記す〕や機能主義（Funktionalismus）だけを挙げておく——では、「[総論の：著者記す]内容にもまた、部分的には新たな光があてられ、部分的には従来の想定に矛盾しうるような帰結が展開されることが稀ではない。」¹³⁷⁾ ある「体系的思考によって正当化される結論」は、今や「実証的に採用されたものまたは往復的省察から抽象化されたものとは [……] 本質的に異なるもの」¹³⁸⁾ なのである。本書の構想は、一見、いくつかの点で通常とは異なり

133) ヤコブスの教科書初版の前書きにおける要綱的注釈（programmatische Bemerkungen）（*Jakobs, AT², S. VII*）を参照。

134) *Frisch, Vorsatz, S. 505 f.* ——しかしながらフリッシュは、この間、このプログラムが本質的に実現されたものと見做している（*Frisch, Strafrechtsdogmatik, S. 185*）。

135) *Schwinge/Zimmerl, Wesensschau, S. 15.*

136) *Herzberg, JZ 1988, 642 f.*

137) *Köstlin, Revision, S. 10.*

138) *Köstlin, Revision, S. 10.*

(ungewohnt), 既にそれゆえに難解に見えるかもしれないが¹³⁹⁾, 結論においては従来の視点よりも理解がより容易なものであることが保障されているといえよう。なぜならばそれは一般的犯罪論の部分制度 (Teilinstitutionen) 間の価値論的 (axiologisch) 結び付き (Verknüpfungen) をより一貫した検討を加えたものだからである。その際、できる限り「学問的な党派の指導者の悪い慣習 (Unsitte)」に屈し「化け物のような [極端に長い: 訳者記す] 単語という私的軍隊 (eine Privatarmee von Wortungeheuern) を利用する」¹⁴⁰⁾ のではなくできる限り馴染みのある用語を適切に用いることを心掛けた。

さらに、しばしば、本書の構想もまたそうであるが、一見新しいもののように見える思想がいつの間にか過去に埋没してしまった古い思想と何ら変わらないものであることがある。フォン・キルヒマン (v. Kirchmann) の有名な講演と共に過去を死んだものと、現在だけを権限のあるものと宣言する者は¹⁴¹⁾, そのことによって、自己の犯罪論のモダン性 (Modernität) を証明したのではなく、むしろいささかナイーブな自己の過剰評価 (Selbstüberschätzung) を曝け出したのである¹⁴²⁾。たしかに刑法は、当然「時代の変化に伴い変更される生活の必要性に適応していかなければ」¹⁴³⁾ ならない。それぞれの時代はそれに固有の理解地平 (Verständnishorizont) を持っているが故に、その時代はまたそれに固有の法学理論を必要とし¹⁴⁴⁾, まさに、法をその時代の精神と結び付け、この精神から正当化したり、批判したりすることは学問の任務であるあかし (Kennzeichen) である¹⁴⁵⁾。刑法思想において、伝統の束 (Traditionsstränge) 全体と同様に、厳密な意

139) *Welzel*, Handlungslehre, S. 29 を参照。

140) *Kantorowicz*, Tat, S. 3.

141) *v. Kirchmann*, Wertlosigkeit, S. 17 f.

142) *Hardwig*, Zurechnung, S. 240; *Sánchez-Ostiz*, 2. FS Roxin, S. 375.

143) *Allfeld*, Bedeutung, S. 5.

144) *Ernst*, Recht, S. 42; *Esser*, Vorverständnis, S. 90; *Württemberg*, Grundlagenforschung, S. 15 f. — 古典的なものとして *Max Weber* (Objektivität, S. 214): 「しかしいつか色は変わる。すなわち、省察されずに用いられた観点の意義は不確実なものになり、その道は黄昏の中へと見失われる。大きな文化的問題の光は消えることはない。その際、学問もまた、その立場とその概念装置を換える準備をする。[……] 学問は、それだけがその作業に意味と方向を示すことができるの星辰 (Gestirnen) の後を追うのである。」

145) *Jakobs*, Strafrecht, S. 106, *ders.*, FS Amelung, S. 47. — 但しこのことは(刑)法学が全ての知的流行をフォローしなければならないということの意味するわけで

味において論駁されることなく、抹消され、ケルステイング (Kersting) によって召喚された「引用脚注の煉獄 (Vorhölle)」¹⁴⁶⁾の中へと、それが変更された精神的環境と対応しなくなったことを理由として¹⁴⁷⁾、放逐されてしまった多くの例が存在するのは偶然ではない。しかし、それを考慮しなかったとしても、ここで扱われるべき素材は、その一般的犯罪論に共通する深層構造は従来の理論的努力のかなりの部分を特徴づけている¹⁴⁸⁾。「われわれの考察はわれわれ固有の考察に遡るわけではなく、われわれの望みも、われわれ固有の望みに、またわれわれの意思も、われわれ固有の意思に遡るものではない。それは他の時代における他者にとってのものが自分のものとされ、変化したものである。」¹⁴⁹⁾「全ての生成物は [……] 全てその生成の歴史からのみ認識され」うるのであり¹⁵⁰⁾、以前の解釈学と法素材の残余の存在は、その改正が問題となる場合には「その今日の現実」に属するものとなる¹⁵¹⁾。さらに、まさに一般的犯罪論のような分野においては、その時代を超えた問題の存在によって「過去の世代の思考力」と「過ぎ去った数百年、数千年の経験」が現在に生きる者の「弱い悟性」と「不十分な経験」¹⁵²⁾に

ゝはない（同様に *Engel*, Rechtswissenschaft, S. 25; *Möllers*, Leviathan, S. 111; *Württemberg*, Grundlagenforschung, S. 21)。政治・社会科学が、社会の展開を近くから観察し、場合によってはそれをテーゼの形で予見することを任務とするのに対し、法は反応的な社会メディアであり、そのことを法学は配慮しなければならない。「場合によっては一定の社会科学的な観察トレンドを単に無視することまたは法の延滞的な機能をポジティブなものともみることさえ適切なものと見做されうる」（*Möllers*, aaO）。加えて黄昏になって初めて飛ぶというヘーゲルのミネルヴァ像によれば、いかなる原則的な政治的、社会的および経済的变化が現実が生じたかを知るには時間的遅延をとまなうのである（*Württemberg*, Grundlagenforschung, S. 21; 同様に *Troje*, Wissenschaftlichkeit, S. 63）。法律学は、「精神の中心から離れた辺鄙な田舎 [であり]、その進歩の足取りは非常に遅れて足を引き摺りながら進む (nachzuhumpeln)」(*Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 4) という有名なケルゼンの嘲りの言葉は理論的関心を持つ論者の潜在的な劣等コンプレックスを非常によく表現しているが、実質的にはせいぜい物事の半面を示している (halbrichtig) ものに過ぎない。

146) *Kersting*, Macht, S. 190.

147) この例（目的主義）については：*Hassemer*, Strafrechtswissenschaft, S. 274.

148) *Naucke*, Grundlinien, S. 34.

149) 哲学的思考の視点からそのように解するものとして *Seel*, Theorien, S. 117.

150) *Loening*, ZStW 3 (1883), 227.

151) *Ernst*, Recht, S. 42.

152) 全ての引用は *Jhering*, Geist, Teil 2, Abt. 2, S. 319 からのものである。

優っており、それゆえ必ずしも賛同しなければならないわけではないが、いずれにせよ傾聴に値するものであるということ¹⁵³⁾の基本的推定が働くのである。

専門内部での伝承の尊重と現在の要請に対する注目——この二つが、その間を「いわゆる蜻蛉 (Eintagsfliegen) の命」¹⁵⁴⁾以上のものを持つとする¹⁵⁵⁾ 一般的犯罪論が揺れ動く両極なのである。一般的犯罪論がこの対立する傾向を持つ両面からの要請を調和させるための一般的公式は、存在せず、また存在しえないものである。ここにおいて厳密な思考規律の領域は終わり、判断力と常識の支配領域が始まる。但し、伝統の背景の認識なしには、これらは正常に作用することができない。それゆえ、現代のドイツ刑法学が「(その) 歴史に対するセンス (Sinn) も感情 (Gefühl) あまり多く」持っていないこと¹⁵⁶⁾は、嘆かわしいことである。そこで、今日一般に流布している、現代刑法の解釈学史 (Dogmengeschichte) をリストから始めるという傾向に反して、より古い文献に目を向けることが重要となる。すなわち一方でレフラー (Löffler) によれば、その成立条件が長らく廃れてしまってもなお継続的に作用し続ける「歴史的生成物の絶大な力」¹⁵⁷⁾から、われわれを「解放するのに、歴史を学ぶこと自体よりも」¹⁵⁸⁾ずっと適している。他方では19世紀前半の刑法的議論は、広く開かれた立法者的地平の前に操作するという利点を持っていた。その議論は、多様な理論構想を、後にはもはや達成できなくなった偏見のなさや気遣いのなさをもって試してみることによって、このことを享

153) 同様に *Hold v. Ferneck*, Idee, S. 59f. 並びに最近の一般的なものとして *Württemberg*, Grundlagenforschung, S. 7. — また妥当なものとして *Greco* (Lebendiges, S. 201): 「最終的に、学問的活動において自己表現されるのは理性であり、世代を超えた論証の競演 (Zusammenspiel) において展開されるのは集合的理性である。」

154) *Günther* (Archiv f. Krim. -Anthr. 28 [1907], 289) は、「元の法の歴史的根源との関連が完全に引き裂かれた果敢すぎる改革」に関してそのように述べている。

155) 同様に *Hassemer*, Strafrechtswissenschaft, S. 309.

156) *Volk*, FS Arthur Kaufmann, S. 611. — 「古典の喪失」について語るのは *Arzt*, GS Armin Kaufmann, S. 863. *Eser* (Schlußbetrachtungen, S. 447) は、「今日においてはしばしば30年ないし40年前に何が書かれていたかさえも知られてない」と嘆く。——この刑法解釈学の歴史の忘却への嘆きは長い伝統を持っている。例えば *Loening*, ZStW 3 (1883), 234 を参照。

157) これについて *Kohlrausch* (Irrtum, S. 85) は適切にも次のように述べている。すなわち「原則は残るが、その契機となった思想は、これに対する適切な表現の定式化が形成されなければ、すくなく忘れ去られてしまうのである。」

158) *Löffler*, Schuldformen, Vorrede.

受したのである。

すべての哲学的小よび解釈学史的裏づけは別としても、本書で提示する体系構想が過去の偉大な諸体系のレベルに達しえないかもしれないことはありうべきことであるのみならず、蓋然的でさえある。すべてのこのような大それた試み（Unternehmen dieser Größenordnung）はいささか尊大なものである（etwas Anmaßendes）。けれども、展望のなさが予感されるからといって、それを放置するのは（gleich sein zu lassen）敗北主義的（defätistisch）であろう。本研究は、初歩的な教科書（ein rudimentäres Lehrbuch）としてはなく「刑事法の学問的体系の基礎づけへの貢献（Beitrag zur Begründung eines wissenschaftlichen Systems des Criminal-Rechts）」¹⁵⁹⁾として理解されるのである。

ベルナー（Berner）とともに一般的犯罪論の体系的取り扱いは単に「徒に章を重ねること（Kapitelmacherei）」¹⁶⁰⁾ではないと確信する者であっても、この確信にディスクラス的にあとづけることが可能な形態を与えようとするならば、章立てすることの必要性を否定することはできない。したがって本書も3つの章から構成される。第1章においては刑罰理論と犯罪論の関連が説明され、自由論的に省察された刑罰の基礎づけ（eine freiheitstheoretisch reflektierte Strafbegründung）の概略が示され、そしてそれに対応した犯罪概念が提示される。それによれば犯罪を行うということは、既存の、法的に構成された自由の状態（Zustand rechtlich verfaßter Freiheitlichkeit）を維持することに協働する市民的義務（Bürgerpflicht）に違反することであり、刑罰はこの義務違反に報いることである（die Strafe vergilt einen Bruch dieser Verpflichtung）。このような犯罪概念を展開する一般的犯罪論は、2つの大きな複合的テーマを課題としている。第一に、それによってある具体的な行為状況における協働義務の内容（Inhalt der Mitwirkungspflicht）を探求する基準を検討することである。第二に、いかなる要件の下で行為者の行為〔行態〕がその行為者に義務違反の表現として帰属されうる（als Ausdruck seiner Pflichtverletzung zuzurechnen ist）のかということを探明することである。これらの問題は第2章と第3章で取り扱われる。

（川口浩一 訳）

159) Abegg, System, S. XLIII.

160) Berner, Grundlinien, S. 177.

第1章 犯罪の概念

フォイエルバッハは、彼の著書である『レヴィジオーン』の叙述を「多くの学説の最終的な根拠については、単に表面的に説明がなされただけであり、またより多くの真理性を伴って語り得る事柄について全く説明がなされていなかった」¹⁾ という嘆きでもって開始している。従って、犯罪論の一つの体系を構想するという意図を有する者には、まず最初のものとして、次のような問いが呈示されなければならない。どこから開始するのか？ 体系の残余が関係づけられなければならない起点は何であるのか？ どのようにして私は、——カント的な体系の定義に依拠して言えば——その他の「多様な諸認識」にその統一性をもたらすような指導理念を見いだすのか？

このような問いには、刑法解釈学の内側にある視点から答えることはできない。何故なら、刑法解釈学の体系的な統一性を可能にする諸条件がまさに問題となるからである²⁾。「秩序づけたい者は、[……] 秩序づける際に基準となる指導的な観点を既に持ち合わせていなければならない」³⁾ のである。従って、本章では、刑罰論の理論構成の出発点に関する様々な考察を開始することにしたい。最初の節では、刑罰強制の不快さ(Ärgernis)が、まず刑法学を実践哲学と結び付けることを、そして同時に犯罪論の体系を刑罰論から展開することを強いる点を論証する(A.)。

但し、それによつては、どの刑罰論及びどのような犯罪の理解が具体的に優先されるのにふさわしいのかということは、まだ明らかにはされていない。この問題にあてられるのが、その次に続く二つの節である。その際に示されるように、刑罰は予防的な財保護の手段ではなく(B.)、刑罰は、法的に構成された自由性(Freiheitlichkeit)に関わる現存の状態に対する侵害の応報に資するものである。このような考えによれば、ある犯罪を実行するという事は、当該の状態の維持に協働する市民の義務に対する違反を意味するのである(C.)。

1) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. XVII.

2) *Schuh*, Rechtsdogmatik, S. 78.

3) *F. v. Hippel*, Gesetzmäßigkeit, S. 2. ——このことは、全ての個別の学問(Einzelwissenschaft)に妥当する。これについては、*Buttermann*, Fiktion, S. 11; *Oberer*, Praxisgeltung, S. 87.

A. 刑法学と実践哲学

I. 刑罰強制の不快さ

カントの実践哲学での主張内容の中で最も有名なものとして、彼による法に関する諸義務と徳（Tugend）に関する諸義務の区別がある。徳に関する諸義務が、「専ら自由な自己強制」に基づくのに対し、法に関する諸義務の領域では、「一つの外的な強制が道徳的に可能である（moralisch-möglich）」⁴⁾とされる。物理的な強制の適用に関する権限の出発点には、「権力との連携」⁵⁾が存在するのであり、それは、法という社会制度の特別な厳しさ⁶⁾を特徴づけると同時に、自由の理念に方向づけられた全ての思考のために法を記述することへと誘う契機となっている。いかにすれば強制と自由は共通点を見いだし得るのか？ ある他の人間に暴力を行使することは、自由に基づきながら理論的に（freiheitstheoretisch）許容され得たり、それどころか要請され得るようになるのか？⁷⁾ カントの見解によれば、まず第一に説得的な回答を必要とするのは、このような問いである。それ故に、正当な強制の行使の諸前提の説明が、カントの法哲学の出発点となっているのである⁸⁾。

一定の制限を伴うが（*Cum grano salis*）、同様の事柄は刑法学にも妥当する。刑法学の対象を構成するのは、グラフ・フォン・ゾーデン（Graf v. Soden）の見解によれば、「人間性の苦悩」である⁹⁾。刑法学が体系構成を通じて支配しようと試みる苛立ちとは、いずれにせよ、悪の所為が発生する点にまずあるわけではない。何故なら、人間が若い頃から墮落していることについては、目を開いて世を渡る者であれば、何人も疑い得ないからである。刑法学が挑戦すべき中心となる事柄は、フォイエルバッハの言葉を借り

4) Kant, MS, Werke Bd. 7, S. 512.

5) Kaulbach, Studien, S. 200.

6) この点につき、*Binding* (Normen, Bd. II/1, S. 224) が、次のような簡にして要を得た叙述を行っている。「そのような創始者と権力を伴った拘束性の他には、さらにまだ義務という尊大な名称を使用するものはいない」と。

7) Byrd, FG Lampert, S. 142; Fleischacker, Theory, S. 191 f.; Greco, Lebendiges, S. 191, 203; Jakobs, Strafrecht, S. 118; Köhler, Begründung, S. 93; Lindner, RW 2011, 8; Mohr, Person, S. 30; Müller, Wille, S. 61 を参照。

8) このようなカント解釈の基礎的な文献として、Kersting, Freiheit, S. 127 ff. また決定的なものとして、ders., Kant, S. 37 ff.

9) v. Soden, Geist, § 4 (S. 14).

れば、むしろ以下のような状況の中にある。刑罰は「強制手段全般の一種である」が、「正当な主体に対する [……] 制限となる強制として、それに関する法的根拠が存在する場合にのみ、適用され(得)るものである。何故なら、さもないと当該の強制は、法に反してしまい、それによって加害 (Beleidigung) となるからである」¹⁰⁾。プロイセンの保守的な国家思想家であるフリードリッヒ・ユリウス・シュタール (Friedrich Julius Stahl) にとって、刑罰とはその強制的な性格故に、そもそも神による設定を通じてのみ正当化され得るものである。人間的な目的のための人間的な結合として、国家は「刑罰の行使を、自らが与えたわけではない財の剥奪を決してしない」¹¹⁾ のである。「刑罰におけるほど、国家の荘厳さが表明されるものは他にはない。しかし、同時に国家の権力が上から付与されたものであり、人間から与えられたものではない点を明確に示すのも他にはないのである」¹²⁾。

10) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 31. 実質的に同旨の見解として, *Luden*, Handbuch, S. 7. — 妥当にも *Bumke* (Ausgestaltung, S. 38) は, 「暴力は単に権力の形態のみ正当化可能である。正当な権力は, 法治国家において法の基準に従ってのみ存在する」と述べている。——ヘルンレは, 適切にも以下の点を指摘する。つまり, 刑事司法の存在は, 議会における代表者を通じてその維持のための財政的手段を供給する, 国家市民の共同体に対する正当化を必要とするのである (*Hörnle*, Straftheorien, S. 3 f., 55; *dies.*, 2. FS Roxin, S. 7; *dies.*, Strafbegründungstheorien, S. 29 f.)。そして, ヘルンレは, このような正当化が, 将来における犯罪行為の予防という形態による集合的な利益の考慮を通じてのみ見いだされると主張している (そのような見解を示すものとして, 特に *Hörnle*, 2. FS Roxin, S. 7)。このような主張は, 基準となる観点において不完全な内容を示すものでしかない。世俗的な, 自由の理念に適合化された法秩序では, むしろ探究される正当化は, 刑事司法という制度が, 自由な (freiheitlich) 生活形態の存続にとって不可欠である点から生じるのである。刑事司法自体が, この生活形態の構成部分なのであるから, 刑事司法はそれ自体で自由に合致する形で形成されなければならない。これにより, 正義の考慮に基づく個別の処罰行為の正当化を刑罰制度の正当化の場合とは異なる基礎づけモデルに依拠させるという (そのような見解として, 例えば *Hörnle*, Straftheorien, S. 6; *dies.*, 2. FS Roxin, S. 10 f., 20), 価値論的に疑わしいヘルンレの論拠の進め方は, 不要であることが明らかとなる。法共同体に対する基礎づけは, 最終的には, 処罰に服する個別の市民に対する基礎づけと収斂するのである (この点については, 後述 S. 90 ff.)。

11) *Stahl*, Philosophie, Bd. II/2, S. 682.

12) *Stahl*, Philosophie, Bd. II/2, S. 682.

13) これは, 刑罰が今日に至るまで宗教的な連想と結び付けられていることを変更

このようなシュタールの回答は、世俗的な刑法学とは相容れないものである¹³⁾。しかし、彼の問題意識の先鋭さは、今日に至ってもなお模範となるものである。粗野な誤った行動に対する非難に基づいて、自己の個々の市民から基本的な財を強制的に剥奪する権限を国家に与えるものは何なのであろうか？ 手短かに言えば、何故に国家は処罰することが許されるのか？ このような問いが、以前からずっと、全ての自由的な法秩序の肉体に突き刺さった痛々しい棘を形成しているのであり¹⁴⁾、自己の対象を単純に所与のものとして受け容れることのない、全ての刑法学者は、当該の問いから出発しなければならないのである（IV.）。これに対する一つの適切な回答は、刑罰の基礎づけ問題との関連では、——もう一度フォイエルバッハの言葉を借りれば——専ら「哲学的な諸原理」¹⁵⁾、「国家の本性と諸権利」¹⁶⁾に関する省察の中に見いだされ得るのである¹⁷⁾。厳密に言えば、「法哲学が処罰する法を基礎づけられない場合には、実定刑法なるものは全く存在し」得「ない」¹⁸⁾ことになるであろう。それ故に、刑法学の「根の最深部」は、「実践哲学の基本的な諸概念にまで」¹⁹⁾達するのである。このような見方は、最近

↘するものではない。この点につき、*Montenbruck* (FS Weber, S. 198 ff.) は、まさに刑罰を「宗教的な供犠 (Opferung)」であると捉えている (aaO, S. 208)。更に、*Lüderssen*, FS Hassemer, S. 479 f.

14) このような意味では、*Duttge*, *Brücke*, S. 58; *Gierhake*, *Rechtsphilosophie*, Rn. 1; *Greco*, *Lebendiges*, S. 203, 287 ff.; *Gimbernat-Ordeig*, *ZStW* 82 (1970), 408; *Hoerster*, *Strafe*, S. 21 f.; *Kindhäuser*, *ZStW* 121 (2009), 961; *Kühl*, *Bedeutung*, S. 9; *Kunz*, *Strafe*, S. 79 f.; *Robles*, *ZIS* 2010, 357, 363; *Schmidhäuser*, *AT*, 3/8; *Zaczyk*, FS Eser, S. 217 も同旨である。

15) *Feuerbach*, *Revision*, Bd. I, S. XVIII.

16) *Feuerbach*, *Revision*, Bd. I, S. 24.

17) これに対して、ルシュカの確信によれば、刑法解釈学の体系性への要求は、実定法の諸規則の根底にある「諸カテゴリーの体系」を分析するという構造論的な探求を通じて主に果たされるものとなる (*Hruschka*, GA 1981, 237 f., 241)。その種の探求の重要性は疑い得ないものではある。しかし、それは刑罰論上の諸考慮と切り離されたまま、一般的な法理論の次元に留まってしまっているため、その規範的な重要性は十分には基礎づけられていないのである (同旨の批判として、*Robles*, *ZIS* 2010, 360)。

18) *Luden*, *Handbuch*, S. 153.

19) *Welzel*, *Strafrecht*, S. 1. ——同旨として、*H. Mayer*, *AT*, S. 27.

20) *Köhler*, *AT*, S. 8; *Avrigeanu*, *Ambivalenz*, S. 36 f.; *Greco*, *Lebendiges*, S. 203 f.; *Kahlo*, *Handlungsform*, S. 59; *Mushoff*, *Strafe*, S. 100; *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 293; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 316; *Duttge*, *Strafen*, S. 11; ↗

の文献において、確かに次第に賛同²⁰⁾を得るようにはなっているが、しかしながら、いまだ一般的な承認からはほど遠いのが現状である²¹⁾。むしろ支配的であるのは、レプジウス (Lepsius) が簡明に確定しているように、優性とされる解釈学上のディスクルスとこれからかなり厳格に分離された法哲学上のディスクルスの分業を認める立場である。「実定法は、[……] 広範囲に全ての理論的な関連物から純化されて、非歴史的、非政治的、そしてまさに非哲学的に取り扱われるのである」²²⁾。哲学的な諸考慮を刑法学上の基礎づけモデルの不可欠の構成要素として承認する要請は、それ故に、より詳細な説明を必要とすることになる。その際には、一方でそのように理解された刑法学の実定法に対する関係が問題となり (Ⅱ.)、他方では、実践哲学の替わりに刑事政策を念頭に置こうとする構想との限界づけが重要となる (Ⅲ.)。

↘ *Frisch*, *Bedeutung*, S. 176 f.; *Robles*, *ZIS* 2010, 357, 360 f., 363 f.; *Schünemann*, *GA* 2011, 459 f.; *Zaczyk*, *FS Eser*, S. 211; *ders.*, *FS Küper*, S. 729; *ders.*, *FS Maiwald*, S. 896; *ders.*, *FS Dahs*, S. 40; *ders.*, *FS Puppe*, S. 310; *ders.*, *Staat* 50 (2011), 298 ff. — *Frisch* *GA* 2007, 251 ff. 及び *Seebaß*, *FS Mittelstraß*, S. 359 も刑法の基本問題について(法)哲学が構成的な意義を有する点を強調している。 — *Somek* (*Unbestimmtheit*, S. 62) は、一般的に法律的な概念形成を「哲学が実践的となる社会的に最も重要な場の一つ」として表している。

21) *Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 46 ff. — これに対して、哲学の刑法に対する影響力の喪失は歴然と認められる (そのような見解として、例えば *Bung*, *Formen*, S. 127 f.)。このことは、今日の哲学が刑法的な諸問題に対して多くの場合にあまり関心を払わないという現状がある限りでは、あまり驚くべき事柄ではない。指導的役割を果たす大理論では、刑法的な諸問題は、大抵の場合、全く下位の役割しか果たさないのである (*Stübinger*, aaO, S. 49)。哲学の専門家達は、長きに渡り、刑法の精神的な貫徹と発展に決定的な形で関与していたが (このことを *Frisch*, *Bedeutung*, S. 177 f. は適切にも指摘している)、ヘーゲルの死後は、彼らは法哲学から身を引くようになり、それを法律家達に委ねてしまったのである (*R. Dreier*, *FS Starck*, S. 30; *Lübbe*, *Verantwortung*, S. 20, 34; *Mayer-Maly*, *Rechtswissenschaft*, S. 209)。彼らの手によって、法哲学は少なからざる場合に「抑制を欠いて誇張されたディレッタントイズムと美辞麗句の間にある一種の知的な趣味」(*Bung*, aaO, S. 128) へと萎縮したのである。特にこのような「免疫を与えられた素人性への傾向」(*Bung*, aaO) というものが、法哲学のマージナル化の原因となっている。

22) *Lepsius*, *Relationen*, S. 21.

II. 実践哲学と法の実定性

1. 「哲学と解釈学は、異なる存在の関係にある」

18世紀のドイツの刑事司法は、「殆ど信じられないくらいの零落さ」を示していたと、ビンディングは、次のように彼に特有の露骨な表現を用いて断を下している²³⁾。つまり、「成文法である普通法の刑罰の体系は、その厳しさに関して改善を必要とするものになっていたが、それにもかかわらず、立法は怠惰なものに留まり、意味のない厳格さを内容としていた²⁴⁾。そこで、「古くなった基盤の完全な解体²⁵⁾」に直面して、「客観的な法から離れた」刑事実務²⁶⁾は、啓蒙期の自然法に対応する事柄を法律の形をとった法（Gesetzesrecht）から読み取る、或いは自然法を直接的に法源の地位に高めるという迂回路を進むようになった。そこでは「故に、哲学は、法の適用に道を照らす下女ではなく、むしろ法の適用にそのやり方を指し示す女主人なのである²⁷⁾」。

そのような「哲学による刑法学の占拠²⁸⁾」の中に、「浮ついた恣意²⁹⁾」の活動を見いだしたのは、実証主義者であるビンディングが初めてではなかった。刑法以外の分野では、自然法が実定法の効力基準として機能するという見解は、既に18世紀において激しい抵抗に、しかも自然法に友好的なはずのヴォルフ学派自身からも遭っていたのである³⁰⁾。カントも完全にこのような伝統に従っていた。カントは、彼の著書『人倫の形而上学』では、「単なる経験的な法論」—「綺麗であるかもしれないが、残念ながら頭脳を欠いた身体」と哲学的に基礎づけられた法律学を厳格に区別していたが³¹⁾、それにもかかわらず、数年後『諸学部の争い』では、法学者は政府の権威を維持するために自己の理論を自然法ではなく、ラント法からくみ取らなければならず、大学の哲学部の「自由な詭弁」に関わり合うことは許されない旨を明記していたのである³²⁾。18世紀

23) *Binding*, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 29. —今日の視点から見た簡潔な（同様に非常に批判的な）概観を与えるものとして, *Koch*, *ZStW* 122 (2010), 744 f.

24) *Binding*, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 30.

25) *Baumgarten*, *GS* 81 (1913), 106.

26) *Binding*, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 30.

27) *Eb. Schmidt*, *Einführung*, S. 224. —実質的に一致する見解として, *Baumgarten*, *GS* 81 (1913), 107.

28) *Schwinge/Zimmerl*, *Wesensschau*, S. 2.

29) *Binding*, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 30.

30) *Schröder*, *Rechtswissenschaft*, S. 289 ff.

31) *Kant*, *MS*, *Werke* Bd. 7, S. 336.

32) *Kant*, *SF*, *Werke* Bd. 9, S. 285.

から19世紀への転換期は、まさに哲学において体系の諸構想が「雨後の竹の子のように生え」³³⁾、そして「ほぼ毎年刑法の新たな最上位の原理」をもたらした³⁴⁾ 時期であったが、フォイエルバッハは、上記のような立場を明確な形で刑法の領域へと拡張した。フォイエルバッハは、彼の著書『レヴィジオン』において「哲学の専横」に対して激しい論駁を行い、「実定法ではかの気難しい暴君の支配に抵抗する形で作業する」³⁵⁾ ことを要請したのである。「国家における法学者」は「実定化された法律の奉仕者であり、その者がこの法律の神聖さに対して最小の限度であっても我を忘れる場合には、自己の職業を汚すことになる」³⁶⁾ としたのである。

但し、刑事司法については実定法を基準とする旨の主張がなされるようになったのと同時に、一般的には、そしてフォイエルバッハの場合にもそうであったのだが、より新しく、より良い法典を作るべきであるとの諸政府に対する圧力の増大が見受けられるようになった。まさに「人間が頭で立つ、つまり、思想をまず前提に置いて、それに基づいて現実を構築する」³⁷⁾ という前代未聞の出来事が、その数年前のフランス革命で起こっていたのと同様に、新たに築かれるべき刑法の構造物 (Strafrechtsgebäude) も、思想に、つまり哲学的に確定された理性法に合わせて作られるべきとされたのである³⁸⁾。従って、その際に設計図の基になるのは法哲学であるべきとされ、このような理由から、法哲学は世紀の転換期において、短い期間ではあったが、刑法の指導的な学問分野へと高められたのである³⁹⁾。実定的に効力を有する刑法に関する叙述からも、法哲学が完全に消え去ることはなかった。そこで、ザクセンの上級宗務顧問官 (Oberkonsistorialrat) であったカール・アウグスト・ティットマン (Carl August Tittmann) は、「法の名に値するものは、変更不能な形で法でなければならず、これは

33) *Fulda/Stolzenberg*, Einleitung, S. 24.

34) *Glaser*, Schriften, Bd. 1, S. 14.

35) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. X.

36) *Feuerbach*, Philosophie, S. 84.

37) *Hegel*, Philosophie der Geschichte, Werke Bd. 12, S. 529.

38) 代表的な見解として、*v. Almendingen*, Darstellung, S. 25; *Feuerbach*, Philosophie, S. 82; *Henke*, Zustand, S. 5. — *Loening*, ZStW 3 (1883), 248 ff., 273 ff. が、このような動向に関して非常に批判的ではあるが、多くの具体例の提示を伴った叙述を行っている。

39) この点の詳細については、*Kesper-Biermann*, Einheit, S. 102 ff., 411 ff.; *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 313 ff; *Stübinger*, Schuld, S. 155 ff.; *ders.*, Idealisieretes Strafrecht, S. 204; *ders.*, Strafrecht, S. 160 f.; *Vormbaum*, Einführung, S. 72 ff.

実定的な法律にはあてはまらないことを理由に、「現行の」実定的な刑法を「一般的に効力を有する」哲学的な刑法で評価することを要請したのである⁴⁰⁾。実定法を基準とすることを肝に銘じていたフォイエルバッハは、確かにそのような立場には至らなかったが、彼の教科書には哲学的な発想が、しかも三重にも渡り登場していたのである⁴¹⁾。最上級の超実定的な次元では、「一般的な」刑法は、フォイエルバッハの確信によれば完全に哲学（の部分）である⁴²⁾。「実定的な刑法（das positive peinliche Recht）」の次元においては、フォイエルバッハは、「違法な行為全般の処罰に関する一般的な諸原則」を「哲学的な部分（総論）」の下でまとめて取り扱っていた⁴³⁾。そして、実定刑法の部分領域、つまり、「ドイツ普通刑法（das „gemeine deutsche Criminalrecht“）」について、彼は第一の法源として「刑法の哲学」というものを挙げていたのである⁴⁴⁾。

いずれにせよ1820年代以降、このような基礎づけの戦略は、次第に、より批判的に見られていった⁴⁵⁾。例えば、フォイエルバッハのような哲学的な法学者の精力的な助力の下で、新たな複数の刑法典の制定が着手され、同世紀の半ば頃までには、それらの大部分も議会で可決されるようになり⁴⁶⁾、啓蒙思想や世紀の転換期に見られた思弁的な合理主義に対してまだ少しばかりのシンパシーを示す時代精神も見られたが、上記のような見解は時代遅れの危険なものとなるようになっていった。それ故に、エアランゲ

40) *Tittmann*, Handbuch, § 5 (S. 9). — いずれにせよ、ティットマンは、同様の形で論拠づけを行う同時代の他の多くの論者達と同様に（これについては、*Schröder*, Rechtswissenschaft, S. 295 f.）、実定法の自然法違反性が現実にその無効性を導き出すべきなのか、或いは専らその改正の必要性だけを帰結とすべきなのか、という点については不明確な立場に留まっていた。

41) 従って、フォイエルバッハが刑事法に関する哲学と実定法の間での厳格な分離を擁護していたとする *Maier-Weigts* (Verbrechensbegriff, S. 93) の主張は、非常に一面的なものである。いずれにせよ、フォイエルバッハは、彼の方針となる要求に反して、哲学的な法論と実定的な法論の緊張関係を「調和された統合」の意味で解消することに成功しなかったとするのが妥当なのである（適切な批判として *Blühdorn*, Kant-Studien 64 [1973], 378. より以前の文献に見られる同様の批判として、*Loening*, ZStW 3 [1883], 293 ff.）。

42) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 2 (S. 2).

43) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 4 (S. 4).

44) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 5 (S. 5).

45) 詳細については、*Loening*, ZStW 3 (1883), 330 ff. 並びに *Stübinger*, Schuld, S. 161 ff.

46) この点については、*Kesper-Biermann*, Einheit, S. 119 ff.

ンの法学教授であったヨルダン (Jordan) は、1830年において、フォリエルバッハの総論の中にはもはや単なる「哲学的な諸原則と実定的な一般理論の奇妙な混合」しかないとしたわけである⁴⁷⁾。こうして次第に、専門的な学問としての刑法を——まさに次のように言われたわけであるが⁴⁸⁾——「体系性への中毒」,「思弁のガラクタ」,「自己愛」を伴った哲学から解放する動きが高まり、特にこのことは、実定法がもはや学問に相応しいものであると承認されるようになった点で明白となっていた。ティットマンは、単に理性法則を源とし、全ての実定的な事柄から完全に異質である刑法学と、実定的な刑法典に含まれる諸原則の集積として「専ら一つの学問に関する集合物 (Aggregat)」でしかない刑法典の知識 (Strafgesetzkunde) をまだ厳格に区別していた⁴⁹⁾。これに対し、1820年代の半ばでは、「真の法学に専ら適った方法」は、実定法規範の解釈の中に見いだされるようになった⁵⁰⁾。哲学的であるべきなのは、実定法上の素材を加工する際の体系的な方法だけであるともはやされたのである。そこで、ヨルダンは、「一般的或いは哲学的な刑法」を「一般的或いは実定的な刑法の哲学的或いは学問的な処理」によって置き換えることを要請し、このような処理は、「個別の諸部分の秩序づけられた全体との学問的 (論理的) な結合、つまり、体系性」をもたらすことにあるとしたのである⁵¹⁾。

1840年代から1860年代にかけての「ヘーゲル主義者達の専制」⁵²⁾ は、繰り返し批判的に捉えられてきたが、その影響力の点ではおそらくは過大な評価に基づくものであった⁵³⁾。しかし、それが上記のような穏当な実証主義的動向をまず押し返すことになったのも確かである。ヘーゲル主義者達にとっては、全ての個別の学問は「(哲学という) 最高度の知識」に依存するものであった⁵⁴⁾。「何故ならば、哲学には個別の諸学問の思

47) *Jordan*, NACrim 11 (1830), 218.

48) *Roßhirt*, NACrim 9 (1827), 491.

49) *Tittmann*, Handbuch, § 2 (S. 5).

50) *Gerstäker*, NACrim 7 (1825), 364. — 但し、このことは専ら「秩序が保たれた国家」の刑法だけに妥当すべきとされた。「何故ならば、トルコに支配された諸国家の刑法は、大小様々な権力者の単なる動物的な怒りを表すものでしかないからである」(aaO, 382)。

51) *Jordan*, NACrim 11 (1830), 225.

52) この標語は、*Stintzing/Landsberg*, Geschichte, Bd. III/2, S. 383 に由来するものである。

53) この意味において、特に *Frommel*, Präventionsmodelle, S. 163 ff.

54) そのような見解として、*Berner*, Lehrbuch⁵, S. 2.

考の根幹、基礎があるからである。それを度外視することは、空中に楼閣を建造すること、記述されるべき学問を基礎がないまま開始することを意味する。つまり、学問であることの性格の否認を意味するのである⁵⁵⁾。しかしながら、ヘーゲル主義者達は、その限りで穏健な実証主義を信奉する対抗者達と殆ど変らなかつたのであるが、「当為の傲慢」には強く反対していた。彼らは、そのような当為の傲慢さを批判哲学だけでなく、フォイエルバッハの見解からも見て取っていたが⁵⁶⁾、それは「空想の産物」以外の何物ももたらさないであろうとしていたのである⁵⁷⁾。現実的な哲学、実定法の歴史及び体系は、「相互敵対的な関係及び闘争ではなく、本質的な統一」に存するであろうとされた⁵⁸⁾。「浄化された哲学的取扱い」に依拠する実務に関して言えば、真の哲学の指標となるのは、それが「実定法をそのようなものとして承認し、実定法自体の中に存在する」ことであるとされた⁵⁹⁾。これによって導き出された定式化は、結論の上では実証主義的な立場から殆ど区別され得ないものであった。それ故に、1871年にベルナーは、ライヒ刑法典の公布に伴い、学説が「いまや所与のものに対する肯定的な加工を主たる任務」にしている点を理由に、それは「相当程度実定化された水準に」とあると確定していたのである⁶⁰⁾。

1870年代になると、刑法の領域でも、「ドイツ哲学の古典期をもたらした活気は失われ」そして、後に残されたのは「現実性への理解を欠いた霧に包まれた観念論」でしか

55) *Berner, Lehrbuch*⁵, S. 3.

56) *Köstlin, Revision*, S. 13 を参照。

57) *Berner, Grundlinien*, S. 233. — 詳細については *Stübinger, Idealisirtes Strafrecht*, S. 167 f.

58) *Abegg, Krit. Zeitschr. f. Rechtswiss.* 2 (1827), 500.

59) *Abegg, System*, S. XV. 同様の意味で *ders.*, *Strafrechtstheorien*, S. 5 ff. ; *ders.*, *Lehrbuch*, S. 56 f. ; *Berner, ACrim (N.F.)* 16 (1849), 447; *Köstlin, Revision*, S. 14 f. ; *Luden, Handbuch*, S. 16 f., 141 f. —ヘーゲル主義的な構想に見られる、このような方向性は、実証主義的な或いは歴史主義的な批判者達から広範囲に過小評価されていた（その限りで *Loening, ZStW* 3 [1883], 330 ff. は、その範例となるものである）。

60) *Berner, Lehrbuch*⁵ S. VIII. —むろんベルナーの主張は簡便になされたものであったが、彼は、ライヒ刑法典「の大部分」が「本教科書の第4版までで主張されていた諸見解を再現」したものであることを確信していた（*Berner, Lehrbuch*¹⁸, § 31 [S. 58] でもまだ同様に考えていた）。

61) そのように主張するのは、*Nagler, FS Binding*, S. 277 である。

ないという確信が貫徹されるようになった⁶¹⁾。若き日のイエリネックの皮肉に満ちた表現を借りれば、刑法上の基本となる諸概念は、「漆黒の度合いを増すだけの哲学のベールを必要としており、その点で明るい光によって周囲を囲まれたものではない」とされていた⁶²⁾。刑法におけるヘーゲル主義の疲弊は、実証主義の伝統的な流れとの接続を明らかな形で可能にした。それにより、「古いスタイルの法哲学」が「体系において用いられている諸概念それ自体に対する無前提の処理から」生じているのではなく、それは専らそれぞれの論者の個別の哲学的な確信を反映させたものでしかないと批判されるようになったのである⁶³⁾。「しかし、そのような形で成立した体系は、たとえ独創的に想定されたものであったとしても、一時しのぎの価値のみを要求し得る人為的なものであることが常に証明されてしまう。自然的で決定的な体系は、整序づけられるべき諸概念それ自体或いはその歴史的な基礎を出発点とするような他の方法によってのみ獲得される」とされた⁶⁴⁾。ここで引用している上記の見解を主張したメルケルからすれば、ヨルダンの立場と同様に、哲学というものは、なおもまだ「学問的な活動」全般「の一般的な要素」を表す際の名称であった⁶⁵⁾。しかし、そうなると、強化され、規律化された自己意識を享受するようになった法学が、何故そのような名称を完全に断念すべきではないのか？ この点に賛同を示したのがメルケルであった。ヘーゲル主義的な感じの言い回しでもって、彼は刑法におけるヘーゲル主義の終焉を促進させたのである⁶⁶⁾。つまり、彼によれば、一般と特殊の関係にある哲学と法哲学の任務は、「現実世界に他の、哲学によって構成された世界を対置させる必要があるという形で規定されるべきではない。むしろ哲学の目標は、学問全般の目標と同様に、世界はどのように把握

62) *Jellinek*, Schriften, Bd. I, S. 124.

63) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 406.

64) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 407.

65) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 6. —メルケルの先導者としての役割に関する一般的な叙述として、*Ehret*, Liszt, S. 98 f. 並びに *Tripp*, Einfluß, S. 246 ff.

66) メルケルが、彼によって用いられた「観念論的な単語を [……] 観念論的な意味では明らかに (主張していない)」と *Tripp*, Einfluß, S. 249 も断言している。

67) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 418. —全く同様に *Jellinek* (Schriften, Bd. I, S. 162 f.) は以下のように主張している。「おそらくは、人間の精神の最高度の目標は、現実の世界を思考によって支配することである。しかし、このような支配は、思考自体が現実性の地表から発芽している場合にのみ獲得され得るのである。虚空からやって来るよそ者に対して、粗野な現実性は服従を拒むが、自分の息子には従順に従うのである。法の哲学も、これまでのように、外見上の理性的な事柄ノ

され得るのかという点だけに存するのである」⁶⁷⁾。このような理解に基づいて、慣習的に法哲学と呼ばれてきたものの地位に「所与の法素材に対する歴史的及び解釈学的な処理を出発点とする、以前から実定法学と呼ばれてきたものの一般的な理論」が取って代わるような時代が到来したとされた⁶⁸⁾。法哲学には「理性的な内容は何も残されていないし、その領域に属さない諸問題は、全く法哲学には示されることはない」とされたのである⁶⁹⁾。

刑法学の領域からの法哲学の放逐は、メルケルの場合には、まだアカデミックな作法による通常の形態でなされていたが、ビンディングでは、まさに悪魔祓いであるかのような形で行われた。確かにビンディングも、法律と法を混同し、法学（Jurisprudenz）とは異なって、単なる法律の知識を提供するだけの実証主義に反対していた⁷⁰⁾。ビンディングは、まさに法実証主義者であり、法律実証主義者ではなかった⁷¹⁾。しかしながら、実定法の学問ではないような法学は存在しないとされた⁷²⁾。彼からすれば、「純化された法学」としてのみ、——ビンディングの場合では、本質的には規範論としてのみ——法哲学をまだ行うことが許されるのである⁷³⁾。これに対して、哲学的な、そして他の外来の学問上の見解などは、法学の巢の中のカッコウの卵を表すものでしかなく、それらから導き出されるのは、まずは歪曲と混乱であり、最終的には常に同様の大きさの失望以外の何ものでもないと言われた⁷⁴⁾。従って、メルケルとビンディングは結論的には一致しており、法哲学があった場所で、一般的な法理論がなされるべきとしたのである⁷⁵⁾。

確かにこれまで、法哲学の廃止に至ることはなかった。もっとも、アルトゥール・カウフマンのような自然法的な思考に全く好意的な論者自身が、断定的な形で、哲学と解

「から現実的なものを導き出すことを欲しようとするのではなく、現実性の中で理性的な事柄を把握し、確定しようとするのであれば、法律学の領域における支配者となるであろう」。

68) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 408.

69) *Merkel*, Grünhut's Zeitschrift 1 (1874), 402 f.

70) *Binding*, Abhandlungen, Bd. 1, S. 51 f.

71) *Jakobs*, FS de Figueiredo Dias, S. 395.

72) *Binding*, Abhandlungen, Bd. 1, S. 46.

73) *Binding*, Abhandlungen, Bd. 1, S. 72.

74) *Binding*, Normen, Bd. II, S. VIII.

75) *Vormbaum*, Einführung, S. 120.

76) *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 3. ——同様の意味の主張として

釈学は「異なる存在の関係」にあるのであろうと定式化している⁷⁶⁾。このような断言は、今日の法律学の内部では広い賛同を当てにし得るものである。その際には、解釈学は、(特に裁判所による)判決の実務を導くという自己の任務を、厳格に実定法の立場に依拠する場合にのみ適切に履行し得るとされることになる⁷⁷⁾。「現代の法律家の神は、立法者なのである」⁷⁸⁾。このような任務の分配を前提とする限り、いずれにせよ法学的な活動の中核領域は解釈学によって占められているのであるから、その枠内では哲学的な考慮を行う余地はないように見える⁷⁹⁾。さもなければ、主観的な独断が介入する危険性があるとされている——これは、上述のように、自己の役割を忘れた法学者に対するカントの警告が既に根拠づけを行っていた懸念であり、刑法においては、罪刑法定主義を理由に特に重視されるものである⁸⁰⁾。従って、哲学への依拠は、任意的なものという疑いの下に置かれることになり、そのような依拠は、「見通しのきかない、思弁的なテキストの集合物からの恣意的な引用に」陥るとされている⁸¹⁾。しかし、独自の熟慮に基づいて法を設定することは、法律家の権限には属さないのであり⁸²⁾、法学は、「法的な構成要件と非法的な構成要件を混同して、ある事態 (Sachverhalt) に対して当該の法的な構成要件に基づくだけの分析を行わない旨の要求を掲げるやいなや」自己の権限領域を超えてしまうとされるのである⁸³⁾。哲学的な方向性へと義務づけられた

↘ *Engisch*, Einführung, S. 262 f.; *Naucke/Harzer*, Grundbegriffe, Rn. 4; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 106; *Mairwald*, Dogmatik, S. 137; *Starck*, Bedeutung, S. 381.

77) *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 10; *Henkel*, Einführung, S. 1; *Horn*, Einführung, Rn. 40; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 106; *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 311; *R. Dreier*, Standpunktprobleme, S. 331 のみを参照。

78) *Neumann*, Recht, S. 319.

79) *Somek*, Wissen, S. 55.

80) 例えば *Loos*, Rechtsphilosophie, S. 156 を参照。

81) *Engel/Schön*, Vorwort, S. X. —— 「特定の哲学上の見解に引き渡されてしまうことと否応なしに結び付く」更なる危険として *Schwinge* と *Zimmerl* (*Wesensschau*, S. 8) は、「このような哲学上の動向と刑法上の作業の諸帰結の結合、当該の動向に対するあらゆる抗弁を伴った法的な作業に負担をかけること、個別の研究の無視、理論と実務の間に生じる疎遠」を挙げている。従って、*H. Mayer* (*Strafrecht*, S. 14) によれば、「特定の哲学的な見解を個別の学問の中で貫徹させる試みは、[……] 全て多かれ少なかれ挫折を伴う形で終わった」のである。

82) *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 10, 34, 40; *Ernst*, Recht, S. 19; *Haas*, Kausalität, S. 81.

83) *Ernst*, Recht, S. 17.

諸論拠は、一般的な実質上の論拠の単なる美化か、結局のところ權威に基づいた (*ab auctoritate*) 悪い論拠でしかないとされるのである⁸⁴⁾。

一見したところ、以上のような疑念は決定的なものであるかのように思われる。しかしながら、より詳細に考察してみると、ここで推測される説得力も誰からも疑われない自明な事柄をトートロジーの形で結合させて得られたものであることが分かる。偉大な哲学者の名前への依拠が、それ自体で法的な論拠として適さないのは自明である⁸⁵⁾。また、ある概念或いはある指導理念を他の(サブ)分野から受容することが、起源となる分野ではなく、継受する側の分野の基準に従ってなされることも自明である⁸⁶⁾。法律学上の議論は、その独自の法則性に従っており、哲学の側に自己を植民地にしてもらう契機を有するものではない。その出発点となるのは、「一般的で自由なディスクルスではなく、制度化された法」なのである⁸⁷⁾。それ故に、法解釈学上の諸問題については、哲学的な諸考慮への性急な立ち返りを通じて回答することは許されない⁸⁸⁾。これに対して、「非法的な構成要件」の考慮に反対する際の語法は、類語反復的である。その積極的な言明の内容は、法的なものが法的であるという定義づけに尽きるものでしかない。これに対し、法的な——本稿の文脈で言えば、刑法学上の——諸考慮が本来なされるべき領域 (*Einzugsbereich*) はどの範囲にまで及ぶのか? という実際には決定的となる問いは、未回答のままなのである。

84) *Greco*, ZIS 2009, 815.

85) *Duttge*, Einflüsse, S. 168; *Hirsch*, ZStW 116 (2004), 850; *Jakl*, Recht, S. 89; *Zaczyk*, FS E. A. Wolff, S. 520 f. 詳細な最近の文献として *Hörnle*, FS HU Berlin, S. 1270 ff. ——但し、特定の哲学的な見解——具体的にはカント及びヘーゲルの見解——を、それが基本法の施行よりも以前に構想された点だけを理由にして、刑法理論的には不毛であると宣言することも同様に不十分なものでしかない(しかし、*Hörnle* [2. FS Roxin, S. 4] は、このような意味で、これらの見解が「君主制の恣意を承認するか、或いは国家を賛美する」結果になるとの主張は残念ながら断念し得ないものであるとも述べている [aaO]。だが、相当の期間をかけて真摯になされてきた、カント及びヘーゲルに関する解釈は、その種の論争的な (*polemisch*) 非難をはるかに超えるものである)。

86) *Funke*, Recht, S. 9; *Jakobs*, RW 2010, 287; *Jestaedt*, Wissenschaft, S. 46; *ders.*, Disziplin, S. 279; *Lüdemann*, Rechtsetzung, S. 136; *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre, S. 129.

87) *Osterkamp*, Gerechtigkeit, S. 112.

88) *Aichele*, Rechtslehre, S. 31; *Bottke*, Methodik, S. 10 f.; *Duttge*, Bestimmtheit, S. 228 f.; *W. Bock*, Rechtslehre 36 (2005), 472, 482.

この点に関しては、すぐに普遍的な効力を有する、内容的に豊かな回答というものは存在しない。法の基準に適った問題の解決は、むしろ全く変化し得るものなのである⁸⁹⁾。「諸利益に関する類型化された評価と対応する専門的な概念の新たな種類の結合の全ての段階、特定の秩序領域の枠内での当該の専門的な諸概念の新たな形でのグループ分けの全ては、[……] その根源的な発見的な (inventorisch) 意義に関して言えば、いわば一つの提案でしかなく、その実践的な承認は、その際に見受けられる評価に対するコンセンサスを通じて初めてなされるものなのである」⁹⁰⁾。確かに、法律の解釈については、[刑法に携わる：訳者記す] 職業に属する全ての者から真に刑法的なものであるとの承認を受けているような解釈の集成は存在する。しかし、革新的な論者達が、そのようなもので満足することは決してない⁹¹⁾。前世期における刑法解釈学の最も重要な刷新のいくつかを見れば分かるように、それらは通常 of 解釈の手法ではなく、(法)哲学的な様々な考慮に依拠するものであった。このような形で、ヴェルツェルの目的的行為概念も、アリストテレスからプーフェンドルフを経て、ニコライ・ハルトマンに至るまでの古典的及び同時代的な行為論の積極的な受容に基づいているのである⁹²⁾。客観的帰属の理論——例えば、許された危険或いは遡及禁止の制度——の根底にある、法共同体の枠内における自由及び答責の配分に関する諸考慮も、事柄の本質に従えば、法哲学的な性質のものである⁹³⁾。いずれにせよ、このような由来がそれらの理論の解釈学

89) v. *Arnauld*, *Wissenschaft*, S. 101 f.

90) *Esser*, *FS Raiser*, S. 534. —その限りでは、刑法学において、法学の他の部分領域とは何も異ならない事柄が妥当することになる。つまり、「職業上のコンセンサスが、解釈学的な正当性の基準となる」(*Rottleuthner*, *Rechtswissenschaft*, S. 178 [イデオロギー批判の意図の下での叙述である])。従って、専門家仲間達によって示される、ある理論を確証、或いは誤りを証明するという結果が、最終的に当該の基準となる (*Benedict*, *Rechtstheorie* 40 [2009], 373)。

91) この点を強調する最近の文献として、*Stübinger*, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 51 並びに *Frisch*, *Bedeutung*, S. 172 ff. 更に *Haney*, *FS E. A. Wolff*, S. 64. —*Esser* (*FS Raiser*, S. 532 f.) によれば、同様の事柄は民法の領域でも妥当する。

92) 詳細については、*Sticht*, *Sachlogik*, S. 261 ff.

93) 同様の見解として、*Frisch*, *Bedeutung*, S. 174. —このような立ち返りの方法が、哲学プロパーの基準には完全に一致しないことはしばしばある。しかし、この点についての答責性は、刑法的な諸問題に対する哲学者の無関心さにある (上述の S. 28 Fn. 21)。法律家による哲学と真の哲学の関係は、「魚の骨とマスというタイトルのピアノ五重奏曲 (Forellenquintett) と [……] 同様」であるというロットロイトナーの突き離れた判断は (*Rottleuthner*, *Rechtswissenschaft*, S. 210) は、

的な成功を阻むことはなかった。それらは刑法解釈学者の大半にとって内容的に納得できるものとして登場したが故に、刑法学上のディスクルスの重要な構成部分として承認されたのである⁹⁴⁾。当該の諸理論を当然視するコミュニケーションのルーチン化が生じ、これにより、元々の理念史的な関係枠組みは時代の経過と共に忘却の彼方に押しやられ、それらの諸理論は、哲学的な裏付けをもはや必要としない、いわば自己完結した解釈学上の型として次第に扱われるようになったのである⁹⁵⁾。

既存の解釈学への新たな概念及びスタイル (Figur) の成果を伴う形での補充が、それらの基礎づけの諸連関の短縮を同時に起こすことが不可避であればある程、これが無反省のままなされる場合には、次のような危険性がある。まず、導入部で既に述べたような、学問的な概念構築物の「ミイラ化 (Mumifizierung)」⁹⁶⁾ が気づかれなまま生じたり、更には、新たな種類の提案を非解釈学的であるとして、簡便に拒絶してしまうおそれが出てくる。従って、学問的な解釈学には、自己が哲学的な世界観に関わる包括的な座標系に組み込まれている点を意識し続けることが、その内容として含まれるのである⁹⁷⁾。確かに、解釈学的な諸公式の機能の本質は、それらによる負担軽減の働きの中に存している⁹⁸⁾。エッサーの明瞭な定式化によれば、当該の機能は、「基本となる評価問題を公式の中に組み込んで、それをその都度新たに議論することなく、規範に関する問いへの統一的で認識に適った回答を許容する」一つのひな型を実務に与えることを通じて⁹⁹⁾、評価に関する問題を思考に関する問題に転換させるのである¹⁰⁰⁾。しかし、——同様にエッサーも強調する点であるが——「完全に密閉された形での解釈学の権威

↳ 純粋に哲学的な議論に対する法律家哲学の大きな利点、つまり、可能な事例状況の多様性に関するその意義と生活への密着性という利点を無視するものである。

94) この意味で、また *Burchard, Irren*, S. 429 f.

95) この種のプロセスに関する一般的な叙述として、*Pöcker, Rechtstheorie* 37 (2006), 162 ff.

96) *Tesar, Überwindung*, S. VIII. *Drath, Rechtsdogmatik*, S. 207 も参照。

97) 同様の見解として、*W. Bock, Rechtstheorie* 36 (2005), 458, 472; *R. Dreier, Rechtstheorie* 2 (1971), 52; *Lindner, RW* 2011, 20; *Pöcker, Rechtstheorie* 37 (2006), 158 ff.; *Stürner, JZ* 2012, 12, 17.

98) *Esser, Vorverständnis*, S. 88; *Grimm, Rechtswissenschaft*, S. 14; *Jestaedt, FS Mayer*, S. 173; *Stürner, JZ* 2012, 11; *Vesting, Rechtstheorie*, Rn. 21; *Würtenberger, Grundlagenforschung*, S. 7.

99) *Esser, FS Raiser*, S. 522.

100) *Esser, AcP* 172 (1972), 103, 113.

性や新たなコンセンサスなしに社会における新たなコンフリクトを解決することへの要求の中には、諸規範及び解釈学的技法のストックからだけでは両立し得ないもの」があることが見いだされなければならない¹⁰¹⁾。解釈学を教条主義——自足したルーチン化による硬直¹⁰²⁾——から守るためには、解釈学の枠内に、現存の解釈学的な体系の含意を精査し、場合によっては対案を提示することを自己の任務とする(サブ)分野の余地が同時に認められる必要がある。このような機能を引き受けるのが、刑法の領域では、一般的な犯罪論 (Allgemeine Verbrechenslehre) である。

刑法解釈学に対して、その活動のための規範的に十分に基礎づけられた枠となる諸条件を与える任務を一般的な犯罪論が果たすことは、哲学との対話を探求する場合にのみ可能となる。「哲学することは、翻訳を意味する。——より古い思想を時代の流れを経る形でより新たな言語の中へと持ち込むことである」¹⁰³⁾。一般的な犯罪論は、まず思考上可能な事柄に関する自己の意義を活発に保つと同時に修練するために、更には、その正当化のディスクルスをいわば額面通りにその社会と時代の知的な文化を伴って行えるためにリソースを必要とするが、哲学でないとしたら、一体何が一般的な犯罪論に当該のリソースを供給できるのであろうか?¹⁰⁴⁾ 従って、哲学は「その時代の生活の諸関係に [……] 敏感な、大学における専門分野以外の何ものでもない」¹⁰⁵⁾ というヘンリッヒの誇らしげな言葉は、疑問符が付せられるものであるかもしれないが、自らを——ベルナーが1871年に定式化したように——「恒常的に哲学と共通の生成の流れの中に維持する」¹⁰⁶⁾ ことは、一般的な犯罪論の実際上の関心事となるのである。

このような関係を見捨てる一般的な犯罪論は、自己の文化的な周辺 (Umwelt) との境を維持した交流 (Grenzverkehr) の代わりに、その制御されない紛れ込みを甘受することになる。哲学との関係を配慮する一般的な犯罪論は、これに対して、既存の刑法

101) *Esser*, AcP 172 (1972), 101.

102) *Jestaedt*, FS Mayer, S. 182. ——同旨の最近の文献として *Jakl*, Recht, S. 5 f.

103) *Seel*, Theorien, S. 198.

104) 正当にも *Stübinger* (Idealisiertes Strafrecht, S. 44) は、哲学を「一種の『窓』」として表現しており、「[……] それを通じて、解釈学には、自己の活動のための基礎づけに関する多様な諸要素を発見することができる他の世界への展望が可能にされるべきである」としている。

105) *Henrich*, Philosophie, S. 126.

106) *Berner*, Lehrbuch⁵, S. 3.

体系〔システム〕の社会的な媒介可能性及び当該の刑法体系〔システム〕に捧げられた学問の学際的な承認を単に促進させるだけではない。このような一般的な犯罪論は、既存のモデルの変革のための哲学的に基礎づけられた提案を通じて、「実定法と正義要求の間でその都度より説得力のある関係を確立すること」¹⁰⁷⁾を自らに留保することにより、専ら現象学及び同一性に関する理論の（identitätstheoretisch）観点に無頓着な教条主義の代償の下でのみ重要性が否認されるような、実定法が有する一つの特異性（Eigenheit）を特に配慮するのである。つまり、実定法の正義要求である（2.）。但し、この要求を配慮することは、クリスティアン・ヴォルフ（Christian Wolff）が行ったような演繹の追求に没頭し、いくつかの法哲学的な基本となる諸前提から完璧な刑法典をでっちあげてを意味するものではない。むしろ、体系的に省察された犯罪論は、「主要となる原理」を通じて、多くの場合には「熟慮に最初の方向性だけが付与される」¹⁰⁸⁾点を承認し、更には、専ら実定的であることの固有の権利（Eigenrecht des Nur-Positiven）を——必然的な害悪としてではなく、その際に規制の主体となるべき生命と同様に偶有性なしには有し得ない複雑な全体構造の中にある同等の正当な部分的要素として配慮するのである（3.）。

2. 実定法の正義要求

我々は全員生まれながらに自然法論者であるという名文句を残したのはベルクボーム（Bergbom）である¹⁰⁹⁾。従って、任意的な規範服従への市民の準備は、その大部分において、彼らがある規則を「正当で理性的で、少なくとも不正ではない法」として承認することに依存する¹¹⁰⁾。確かに、法規範は「積極的に倫理的」なものではあり得ないし、そうあるべきでもない。しかし、「それは倫理的な秩序に対して戦争をしかけるような

107) *Esser*, FS Raiser, S. 522.

108) *Thibaut*, Beiträge, S. 104.

109) *Braun*, Rechtsphilosophie, S. 11 から引用した。

110) *Böckenförde*, Staat, S. 216. ——同様の見解として *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3 Rn. 30; *Frister*, AT, § 2 Rn. 11; *Gropp*, AT, § 1 Rn. 75; *Hassemer*, Strafe, S. 20 ff.; *Osterkamp*, Gerechtigkeit, S. 137 f.; *Pichler/Giese*, Rechtsakzeptanz, S. 262; *Raiser*, Grundlagen, S. 258 f.; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 116; v. *Arnauld*, Verantwortung, S. 194; *Burmeister*, Dilemma, S. 355, 360 f.; *Engel*, Rechtswissenschaft, S. 15; *Frisch*, GA 2007, 263; *Isensee*, NJW 1977, 548 ff.; *Kindhäuser*, FS Schroeder, S. 85; *Würtenberger*, Akzeptanz, S. 381 ff. ——より以前の文献では, *Merkel*, Encyclopädie, § 35 (S. 30); *Hälschner*, GS 21 (1869), 88.

ものであるべきではない¹¹¹⁾。法に服従する大抵の者達から極端に不正なものとして認められる法秩序については、——いずれにせよ、それがテロリスト的な動向を明白には示さない限りにおいて——自己の存続に必要な程度の服従を確実に得るという点では、継続的には困難が生じることになるであろう。その限りで、国家は「常に自己の市民の実践理性 [……] のコントロールの下に¹¹²⁾」あるのであり、それ故「現実的な政治的秩序を単なる権力関係として自ら自身に与えてこなかったし、自ら自身に関する政治的な理論をイデオロギー的にも定義してこなかった¹¹³⁾」のである。しかし、正義に関する市民の確信との一致は、実定的な法秩序の安定性についてのみ本当に意味があるであろうか？ この点を争うのが、アレクシーである。彼によれば、ある法システムへの参加者は、自己の法的な主張について正当性への要求を掲げる以外の存在では全くのところあり得ない¹¹⁴⁾。この要求は、道徳的な正当性への要求をも含むものである¹¹⁵⁾。国家社会主義的な人種理論及び総統原理を適用しようとする裁判官ですら、自己の判決を（単に実定法的な観点だけからではなく）道徳的に基礎づけ可能なものとして言い渡すのである¹¹⁶⁾。例えば、憲法の中に、国家Xは「不正な共和国」であるという命題を入れる憲法制定者のように、このような正当性への要求を明白に取り下げる者は、自己を遂行的な（performativ）矛盾に陥らせることになる。何故なら、その者による憲法を制定する活動の内容は、当該の活動の実行と共に掲げられる正当性の要求を否定するものだからである¹¹⁷⁾。

いずれにせよ、このようなテーゼは循環的である。遂行的自己矛盾という論拠は、正当性の要求が掲げられるという前提の下でのみ機能するものであり、よって、この要求を基礎づけることはできないからである¹¹⁸⁾。それでもなお、アレクシーは、自らを一

111) *Beling*, Rechtswissenschaft, S. 31.

112) *R. Schmidt*, Strafrechtsreform, S. 42. ——この点に関する最近の文献としては、*Schröder*, JZ 2010, 874 f.

113) *Welzel*, Naturrecht, S. 248.

114) *Alexy*, Begriff, S. 69; *ders.*, FS Aarnio, S. 4 ff. ——同様の見解として、*Osterkamp*, Gerechtigkeit, S. 68 f. また、刑法の分野における最近の文献では *Greco*, Lebendiges, S. 128 が同旨である。

115) *Alexy*, Begriff, S. 132; *ders.*, FS Aarnio, S. 13 ff.

116) *Alexy*, Begriff, S. 132.

117) *Alexy*, Begriff, S. 67 f.; *ders.*, Kritik, S. 19 f.; *ders.*, FS Aarnio, S. 7 ff.

118) *Engländer*, Diskurs, S. 43 ff.; *Gril*, ARSP 83 (1997), 206 ff.; *Neumann*, ↗

面的に実証主義的に理解する法実践に対する批判としては意義があるとしている。いずれにせよ、實際上重要であるのは、言語活動の問題¹¹⁹⁾ではあまりなく、むしろ発話者の実践的なアイデンティティーの問題である。裁判官及び憲法制定者は、自己の道徳的な潔白性及び自己配慮のために、自己の活動の基礎づけについては、専ら「彼らの」法秩序が作用する際の事実的な権力性（faktische Wirkungsmächtigkeit）に依拠することを文字通りなし得ないのである¹²⁰⁾。むしろ彼らは、当該の法秩序を原理的に正当な秩序として捉えざるを得ない¹²¹⁾。さもないと、彼らは法と暴力の差異を解消して、単なる権力のカルテルの活動家（Funktionär）の地位を自らに認めることになってしまうからである。これにより、彼らからは、自己の固有の道徳的な地位と競合する（彼らによって「犯罪的」であるとの烙印を押された）権力カルテルの加担者の地位との違いを際立たせる可能性が奪われてしまう。彼らがこの点を配慮しないまま、引き続き自己を道徳的な主体として把握することを欲する場合には、彼らはこれを、自己の職業上の活動について実践的なアイデンティティーに関する重要性を否認し、自己の経歴（Biographie）の統一性を文字通り破壊することによってのみなし得るのである。独自の職業上の役割における個別の側面から自ら距離を置くことは、現代社会では日常的な行動のレパートリーに含まれるが、上のような全体性の分裂は、それをはるかに超えるものである。当該役割の受容及び更なる実行は、その持ち主の自由な決定に基づくものであるから、いずれにせよ彼らは、既にこのような理由からして自己を保つことはできなくなる。実践的な主体には、その者独自の自由答責的な行動との関係を完全に断つことは不可能なのである。

このような考慮は、アレクシーの論拠づけとは異なり、当該の考慮を等閑視する者は、一般的に承認された理性のスタンダードからすれば誤りを行うことを、言語分析的或い

↘ Protosoziologie 6 (1994), 243; Wesche, Rechtstheorie 30 (1999), 83 ff. — このような批判に十分な説得力があることを、Alexy (FS Aarnio, S. 10 f.) は明確に認めている。従って、もはや彼は遂行的矛盾を、一定の規則が必然的に妥当する点を指し示すことができる一つ的手段としてしか理解していない。「指し示すこととは、ある規則の必然的な妥当性に依拠する以外の方法では説明し得ない、不可避の不合理性（Absurdität）の指摘を意味する」（aaO, S. 11）。

119) このような問題点の捉え方に対する正当な批判は、Bulygin, FS Krawietz S. 22 ff. 及び Neumann, Protosoziologie 6 (1994), 244 に見受けられる。

120) 同様の見解として、Braun, Rechtsphilosophie, S. 12.

121) Höffe, Rechtsprinzipien, S. 72 ff.; Duttge, RW 2011, 449.

は法概念上必然的に意味するという要求を掲げるものではない。何人も、道徳的な立場の受容を道徳的には強制され得ないのである。つまり、道徳的な立場——道徳的な論拠によって感銘を受けることへの準備——は、非道徳的な観点から演繹されるものではなく、道徳的な議論を可能にするための基本となる諸条件として前提とされなければならないのである¹²²⁾。自己をひねくれた形で様式化し、権力の手先として自分を順応させた者は、人権の基準性の承認を拒絶する者と同等の程度で反駁され得ない存在となる¹²³⁾。当該の者は、そもそも反駁を初めて想定可能なものにするであろうような、共同性の根本的な基盤を否認しているのである。しかしながら、このような道を進むことの心理的及び社会的なコストは大きい。この点を想起させることが、これまで本書が行ってきた思考経過の目標であった。

以上から、自らの実践的なアイデンティティーを維持するために、法の適用者は、法と暴力の区別を維持する点について十分な根拠を有するのである。しかし、法の概念に関する問いは、法秩序の内容 (*Gehalt*) に関する問いに論理的に前置される¹²⁴⁾。確かに、法は、立法という法的活動を自己の規制領域を通じて自らで確定することを要求する。これに対して、法は、当該の要求——例えば、法によって要求される、市民に刑罰を科すという権限——が承認に値するか否かについては決定し得ない。法律実証主義者は、自らの職業上の活動の品位を決定する、このような問いを一度たりとも定式化し得

122) この点は、最近の道徳哲学の文献では殆ど争われていない。Bayertz, *Moralisch sein*, S. 249 ff.; Höffe, *Lebenskunst*, S. 307, 357; Kersting, *Macht*, S. 156; Kliemt, *Institutionen*, S. 226, 252 f.; Pilot, *Identität*, S. 291; Tugendhat, *Vorlesungen*, S. 89 のみを参照。

123) 適切にも Menke/Pollmann (*Philosophie*, S. 63 f.) は以下のように記している。「人権を基礎づける際に、全ての他者を承認するという立場は、——ルートヴィヒ・ヴィットゲンシュタインの比喻で言えば——鋏が打ち返されてしまう『固い岩』である。何故ならば、それが最終的な根拠だからである」。従って、人権に特化した、他者に対する承認の形態を是認することができるためには、既に承認する態度 (*Haltung*) を受容していなければならないのである。その限りでは、人間の尊厳を否定することは、道徳的な観点 (*moral point of view*) の廃棄を含意している。しかし、その観点の枠外では、道徳的な諸要求を定式化することも、否認することも不可能なのである (*Honnfelder, Begriff*, S. 60)。

124) Marcic, *Rechtsphilosophie*, S. 41 ff., 55 f., 65; Stübinger, *Idealisiertes Strafrecht*, S. 50; Köhler, *Recht*, S. 61; Neumann, *Theorie*, S. 233. ——より以前の文献では, *Beling, Rechtswissenschaft*, S. 12 f.; *Binder, Grundlegung*, S. 4; *v. Gemmingen, Rechtswidrigkeit*, S. 6 f.; *Stammler, Theorie*, S. 12, 15.

ない。何故ならば、そのために彼は法律の内在部（Gesetzesimmanenz）から超出しなければならぬからである¹²⁵⁾。むしろ、当該の問いは、伝統的に法哲学の領域を形成してきた、法に関する省察の次元でのみ定立及び回答され得るものである¹²⁶⁾。自己の職業的活動について、「正義を模範として、互いに対立する諸利益を中立的に衡量し、『恣意』ではなく、『法』として表される秩序を選択した」¹²⁷⁾という要求を掲げる法の適用者は、それにより実証主義的な法概念との関係を絶ったことになる。当該の適用者は、適用及び創出について対応する授權を必要とする社会的な諸規範に関する強制を備えた秩序として法を特徴づけるが、その際には、暗黙の裡に、彼らによって設定された強制的な活動のメタ実定的な正当化可能性という観点による補充を行ったのである¹²⁸⁾。

但し、これは、法の適用者達が、自己の統合性を維持するために、彼らの最高度に個人的な正義要求に可能な限り最高の方法で対応する法的な諸規則だけを適用できる、ということの意味するものではない。法律家は、「自分が創出し、運用、執行するような法は、人間的な条件といえる諸条件の下では、完成された秩序を定立するものではなく、——より控えめに——實際上の人間を念頭に置いた平和的で秩序づけられた共同生活を維持する秩序であることに甘んじるものである」¹²⁹⁾点を意識している。民主主義的な社会の政治文化は、「宗教、哲学、道徳に関わる包括的で理性的な教説の多様性」によって特徴づけられるということが、更にこの点に付け加わる¹³⁰⁾。「当該の教説は、単純に自己又は階級の諸利益から、或いは、政治的な世界を限定された立場から考察するという人間についてもっともな傾向から結果として生じるものではない。むしろそれは、自由な諸制度のシステムの枠内での自由で実践的な理性の使用の帰結なのである」¹³¹⁾。従って、民主主義的な秩序では、多数者の意思は、特に様々な基本権によって境界づけ

125) Bloy, Strafrechtsdogmatik, S. 37 Fn. 34.

126) Neumann, Theorie, S. 233. — 同様の見解として, Jakl, Recht, S. 86; Krawietz, Entscheidung, S. IX; W. Bock, Rechtstheorie 36 (2005), 472. — 過去の文献では, Beling, Rechtswissenschaft, S. 12; Binder, Grundlegung, S. 4.

127) F. v. Hippel, Gesetzmäßigkeit, S. 2 f.

128) 同様の見解として, Koller, Theorie, S. 43; ders., Begriff, S. 170 f., 177 f.; Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, 5/9; Kirste, FS Fischer, S. 165, 170.

129) Böckenförde, Ethos, S. 35.

130) Rawls, Liberalismus, S. 106.

131) Rawls, Liberalismus, S. 107.

られた限界の枠内において少数者に対しても道徳的な正当性を要求できるのである。

全ての意思は、自己を表出するために媒介物 (Medium) を必要とする。刑法の場合には、それは法律である。具体的な個別の事例について適用され得るためには、法律は解釈されなければならない。しかし、上述した様々な理由により、法律には「非理性的及び不当な事柄は無理には要求されない」¹³²⁾ のであるから、その法律について権威を有する適用者には、自己の解釈活動——法秩序の基本的な諸概念及び指導的な諸原理から日常における法的な細部の諸問題に至るまで——を、実定・法的にあらかじめ設定されたもの (Vorgabe) をメタ実定的な諸基準に従って可能な限り最善に正当化するという格率に方向づけることが求められるのである¹³³⁾。

一見したところでは、このような考慮は、いずれにせよ同等の程度では刑法学者には妥当しないように思われる。刑法学者には、上のように考察された職務担当者の地位を特徴づけている、権威的な決定のための権限が欠けているのである。では、何故学者は、——ヤコブスが自己の見解について要求するように——「これはそうあるべきであるとの主張」を明らかに度外視する形で、問題点の「関与のない記述」¹³⁴⁾ に自己の立場を限定し得るべきではないのであろうか？ ——イギリスの法理論家 H.L.A. ハートによって作られた用語を用いるとすれば——距離をとった規範的な表明 (*detached normative statement*) において、学者は、所与の法秩序に従えば (場合によっては、その法秩序の根底にある道徳的諸確信の考慮の下で) 一定の事例群はどのように決定されるべきであるのかを、この法秩序に対する独自の道徳的な是認を明らかにすることなく陳述することになるが、何故学者は上のような表明をなし得るべきではないのであろうか？¹³⁵⁾

上のような表明の類型の存在が否定し得ないことは、例えば、法制史学者及び比較法学者の活動によって示されるし、一定の事態 (例えば、逃亡の試み) が東ドイツの刑法によってどのように判断されていたのかという問題の事後的な再構成を試みる者が行う

132) *Esser*, FS Raiser, S. 522.

133) *Böckenförde*, *Ethos*, S. 24. ——類似の見解として *Dworkin*, *Law's Empire*, S. 95 f.; *Osterkamp*, *Gerechtigkeit*, S. 34 ff., 145 ff. ——より以前の文献では、例えば *v. Gemmingen*, *Rechtswidrigkeit*, S. 45.

134) *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), 867. ——イエシュテットは、実際に法学の役割をこのような純粋に記述的な意味で理解する (*Jestaedt*, *Perspektiven*, S. 201; *ders.*, *Disziplin*, S. 264)。

135) *Hart*, *Essays*, S. 154 f. を参照。この点については、*Parwlik*, *Rechtslehre*, S. 178 ff.

様々な考慮からも見て取れる¹³⁶⁾。もっとも、これらの場合では、当該の研究者をその者によって探求された法的内容の道徳的な含意から距離を置かせることは、特に容易な事柄でもある。つまり、ここでは、その者の活動が示す実践的な作用の度合いは、「通常の」刑法解釈学の領域で問題となる場合と比べて著しく僅少なのである。関連づけられた法秩序が既に没落しているときには、法学者は、その者の解釈がもはや影響を与え得ない過去である、当該の法秩序が妥当していた時代に、どのように決定がなされるべきであったのかを専らを探求し得るだけである。また、比較の観点から前面にでる場合には、研究者の関心は圧倒的に、他の競合する法秩序と比較して特定の法秩序を特徴づけている方向性や、場合によっては問題解決に関わるその受容力 (Problemlösungskapazität) に向けられる。しかし、——いずれにせよまず第一に——当該の法秩序のその時々々の規範的な内在論理の発展に目が向けられることはないのである。

これに対して、通常の法解釈学的な活動の場合には事情は異なる。法の自己参照的な性格は、例えば歴史科学とは異なり、法源に基づいて観察された現実性 (Realität) とその学問的な加工からの帰結である専門テキストとの間での精確な分離を不可能にする¹³⁷⁾。むしろ、実定法に関する全ての新たなテキストは、その出版によって、自己が扱った資料の一部となるのであり、それ故に、当該のテキストは既にその単なる存在だけで素材に修正を加えている。将来の解釈者は、この修正された素材との関係で自己の解釈を正当化しなければならないのである¹³⁸⁾。この限りにおいて、「法学はその対象を単に記述するだけでなく、記述することによって、むしろこの対象を変容させてもいるのである」¹³⁹⁾。これは、体系の理念へと義務づけられた法的思考に特に妥当する。体系〔システム〕は、個別の法制度をそれらそれぞれの背景にある歴史的な成立根拠から切り離して、統一的な全体へと構築することにより、否応なしに法を作り変えることに

136) この点に関する基本的な文献として、*Jakobs*, GA 1994, 1 ff. 更に *Parwlik*, *Rechtstheorie* 25 (1994), 109 ff. を参照。

137) 本稿のような傾向を示すものとして、*Möllers*, *Leviathan*, S. 120.

138) *Schön*, *Quellenforscher*, S. 314.

139) *Ernst*, *Recht*, S. 10. ——同様の見解として、*Adomeit/Hähnchen*, *Rechtstheorie*, Rn. 15; *Braun*, *Rechtswissenschaft*, S. 373; *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 195; *Schuhr*, *Rechtsdogmatik*, S. 30 f.; *R. Dreier*, *Rechtstheorie* 2 (1971), 46; *Esser*, *FS Raiser*, S. 530 f.; *Greco*, GA 2006, 108; *Arthur Kaufmann*, *ARSP* 72 (1986), 432; *Neumann*, *Theorie*, S. 342; *T. Walter*, *FS Schroeder*, S. 143.

なる¹⁴⁰⁾。法律学は、実定法の形態を共に形作るものであるし、更に言えば、国際的に比較すれば、あらゆる制限にもかかわらず理論と実務の間には稀なほど緊密な相互関係がドイツの法文化では認められているので¹⁴¹⁾、(上級の)裁判所は、学説の見解を配慮することが求められているため¹⁴²⁾、法律学も支配を実行しているのである¹⁴³⁾。実務が判決に対する自己の提案を取り上げる場合に、それを成功と見なさない理論家がいるであろうか?¹⁴⁴⁾ 刑法解釈学には、このような共に規定する作用というものが認められるのであるから、「個別の事案において刑罰の肯定(あるいは場合によっては否定)に至る」¹⁴⁵⁾点について、刑法解釈学も共に答責的でなければならないのである。従って、刑法学者も自己の役割を完全に意識するときには、専ら実定法の奉仕者であることだけを欲するのは不可能なのである¹⁴⁶⁾。

3. 実定的であることの固有の権利

ラートブルフによれば、法学は自らの位置を「我々の憧憬が向かう先である、無条件的であることの情熱と現実的であることの豊穡さという両方の世界の間に」¹⁴⁷⁾設定する。まさに自己が実践哲学に根づくものである点を意識する刑法学は、自らの背景にあ

140) *Coing*, *Geschichte*, S. 20 f.; *Jestaedt*, FS Mayer, S. 175 ff.

141) *Dedek*, JZ 2009, 541; *Erb*, ZStW 113 (2001), 5; *Hirsch*, FS Tröndle, S. 19; *Jestaedt*, FS Mayer, S. 170 f.; *ders.*, JZ 2012, 2 f.; *Loos*, *Grenzen*, S. 263 f.; *Neumann*, *Wahrheit*, S. 48 f.; *Roxin*, *Strafrechtswissenschaft*, S. 383; *Schünemann*, 1. FS Roxin, S. 5.

142) この点に関する包括的な最近の文献として、*Radtko*, *Wechselbezüge*, S. 121 ff.

143) 同様の見解として、*Engel*, *Rechtswissenschaft*, S. 31, 40; *ders.*, *Herrschaftsausübung*, S. 233; *Esser*, FS Raiser, S. 531; *Greco*, GA 2006, 108; *Harenburg*, *Rechtsdogmatik*, S. 196 f.; *Schmidhäuser*, AT, 1/3. —このような連関は *Schünemann*, FS Herzberg, S. 45 によって見誤られている。

144) *Radtko*, *Wechselbezüge*, S. 125 及び *Roxin*, *Strafrechtswissenschaft*, S. 383 f. が、そのような受容に関する様々な例を提示している。

145) *Zaczyk*, FS Küper, S. 731. — 実際上同一の帰結を示すものとして、*Ernst*, *Recht*, S. 16 f.; *Jescheck*, ZStW 73 (1961), 208; *Mastronardi*, *Theorie*, S. 59 f.; *Neumann*, *Recht*, S. 331. 更に、イデオロギー批判の意図の下での主張として *Rottleuthner*, *Rechtswissenschaft*, S. 209.

146) 適切にも *Mayer-Maly* (*Rechtswissenschaft*, S. 209) は次のように述べている。法律上の問題の哲学的な深層構造を意識することは、「法文化の単なる要請ではなく、答責への準備に関わる問いである」。

147) *Radbruch*, *Rechtsphilosophie II*, S. 200.

る偉大な思考の伝統に適合することだけを試みるものではない。同時に刑法学は、自らに与えられた基礎づけのためのリソースが制限されたものである点を認め、それ故に、厳格な意味で学問的・体系的な刑法解釈学への諸要求が、過剰な形ではなし得ないことも知るのである¹⁴⁸⁾。正当にもヘーゲルは、哲学的な法概念の体系的な展開を通じて「現実の国家が必要とするような実定的な法典が作り出される」ことが可能であるとの表象に対して異議を唱えていた¹⁴⁹⁾。刑法における一連のヘーゲル主義者達の最後の人物であるヘルシュナー（Hälschner）の言葉で言えば、立法については「事物の概念的な本質だけが基準となることは決してなく、確かにその具体的な形（Gestalt）は、全ての個別の点で明確なものとなるであろうが、何らかの非合理的な残滓は何も残らないという合理的で教条的な定式化の中に押し込められるものではない」¹⁵⁰⁾。従って、再びヘーゲルの主張に依拠すれば、実定法の諸規定に関する「分別のある諸帰結」の認識は、「既に存在する法関係との比較から生じるのであり、[……] その独自の領域において功績と評価を得るのである」。当該の認識は、専ら「哲学的な考察との関係の外部に」ある¹⁵¹⁾。

このような洞察は、特に刑法各則の個別の構成要件の解釈の際に用いられるものである¹⁵²⁾。確かに、刑法各論が学問的・体系的な取扱いから完全に免れるであろうという言明は不可能である。「各論の色彩性に対する理解及び批判は、一つの事柄を前提とする。総論における色彩論の発展である」¹⁵³⁾。それ故に、既にエーリク・ヴォルフ（Erik

148) 最終的にはこの点を強調するものとして、*Duttge*, *Bestimmtheit*, S. 228 f.; *Jestaedt*, *Theorie*, S. 82 ff. 更に、強く訴えかけているものとして、*Oberer*, *Praxisgeltung*, S. 108 f. 並びに *Zaczyk*, FS E. A. Wolff, S. 516, 523.

149) *Hegel*, *Grundlinien*, § 3 A, *Werke* Bd. 7, S. 35. — 具体的な形で *Hold v. Ferneck* (*Idee*, S. 32) も次のように述べている。「我々はもはや、パラスアテネがゼウスの頭から生まれ出たように理論家の頭の中から確固とした法典が生じるのを待つことはできないのである」。

150) *Hälschner*, *Deutsches Strafrecht*, S. 24 f. — *Finger* (*Allg. österr. Gerichts-Z. N.F.* 25 [1888], 147) の言葉によれば、個別の刑法典の全ては「多数の原理の妥協である」。 *Lask* (*Rechtsphilosophie*, S. 284) は、このような文脈で「暗い、諸価値によっては決して照らされ得ない予測不能な事実性の内容的な過剰」について言及する。

151) *Hegel*, *Grundlinien*, § 3 A, *Werke* Bd. 7, S. 35.

152) 同様の見解として、*Frisch*, *Wesenszüge*, S. 157 f.; *Hirsch*, *ZStW* 116 (2004), 846 f.; *Armin Kaufmann*, GS Tjong, S. 110; *Kühl*, *ZStW* 109 (1997), 787.

153) *Jakobs*, 1. FS Roxin, S. 810.

Wolf) は、各論の解釈学の目標として、各論における諸構成要件が犯罪の一般的なカテゴリーに依存している点を明らかにすることを挙げていたのであり¹⁵⁴⁾、最近公刊されている一連の著作もこの点で彼に従っている¹⁵⁵⁾。それでもなお、この領域での多くの争点は、刑法上の基本カテゴリーを具体化する形で把握することによって回答できるものではなく、あくまでも実定法の立法者によって、まずはそのように違った形ではなされなかった決定に対する思慮ある解釈を通じてのみ可能となるのである。このような活動には、犯罪論上の基本問題の議論と比較してより僅少な価値しか認められないわけではない。当該の活動では、既に以前から、大理論という上段から言い渡される体系性に関わる諸要求とは関係なしに、方法論的に専ら節度ある形で規律されたトピカ (Topik) がその正当な適用領域を有している¹⁵⁶⁾。その際には、重要となる判断のための諸基準は、同定され、互いに衡量される形で先例の網の目の中に組み込まれる必要がある。

刑法総論の領域においても、演繹へ向けられた狂乱が極度に学問的に振る舞う場合には、それは不適切な事柄となる¹⁵⁷⁾。ここでは、体系的に許容される諸帰結と体系的に要請される諸帰結との差異が特に著しく重視される。そこで、攻撃的緊急避難という正当化事由を規定することは、立法者の自由にまかされることになる。この攻撃的緊急避難という法制度は、正当防衛とは異なり、全ての刑法システムにとって必然的な核となる構成部分に属するものではない¹⁵⁸⁾。しかしながら、連帯性に強いアクセントを置いた社会では、緊急権は、それ程連帯的ではない社会の場合よりも広く拡張されることに

154) Erik Wolf, Typen, S. 3 f.

155) 一般的なものとして, Köhler, AT, S. 65; Robles, ZIS 2010, 360. —一般的な犯罪論の知見を各論の解釈学に適用する最近の試みとしては, Frisch, FS Herzberg, S. 729 ff.; ders., FS Jakobs, S. 97 ff.; Grünwald, Tötungsdelikt; Jakobs, Begriff, S. 63 ff.; ders., Tötung; ders., Urkundenfälschung; ders., FS Eser, S. 323 ff.; ders., FS Dahs, S. 49 ff.; ders., FS Schroeder, S. 507 ff.; Laufen, Wucher; Müssig, Mord; Pawlik, Verhalten. —異なる見解として, Tiedemann, FS Baumann, S. 20 (いずれにせよ, 刑法総論は本質的に帰属の諸規則に限定されるという, 本書が組まない前提を出発点としている)。

156) 法的思考に関するトピカの意義については, 最近の文献である Schröder, Recht, S. 23 ff. を参照。古典的な著作としては Viehweg, Topik.

157) 的を射たものとして, Loos, Rechtsphilosophie, S. 161.

158) Pawlik, Notstand, S. 122 f. 同様の見解を唱える最近の文献として, Grünwald, Tötungsdelikt, S. 282 f.

なるであろう¹⁵⁹⁾。自己が実践哲学の中に定着する点を意識する刑法学こそが、犯罪の概念及びその基本的な体系カテゴリーに関する言明をなし得る。更にそれは、個別の法制度の解釈のための構想的な枠組みを固定化することもできる。しかし、当該の刑法学は、通常の意味での解釈学に完全に置き換わり得るものではなく、それを欲することもしないのである。

従って、刑法解釈学という覆いの下では、——様々な混合の割合があるかもしれないが——体系的・基礎的であると同時に、理論的にあまり過度ではない、技法上適切な形での実定法の解釈を自負するアプローチ方法が認められることになる。比較的古い文献では、この点はまさに自明の事柄として妥当していたが、後者の側面の追求については、完全には満足できないものであるとする傾向が伴っていた。それは単なる「刑法典の解釈術」として真の学問ではないとされたのである¹⁶⁰⁾。しかしながら、そのような優越感には何の根拠もない。単なるテキストに関する学（Textwissenschaft）ではなく、法治国家的に納得できる判決実務を共同に保障することを意図する刑法解釈学は、一般的な犯罪論の側から与えられた俯瞰といささかも劣らぬ程度で、偶有的なディテールへの沈思を切迫した形で当然に必要とする。このような洞察は、刑法解釈学の様々な活動領域の間にある実質的及び方法論的な差異の承認を、以前にはあった敵意から解放する形で許容するものである。とりとめのない統一性への要求の名の下に当該の洞察を否認することは、全ての点において、より悪い代案でしかないであろう。現実には無頓着に統一性を求める公式の全ては、いかなる側面にも適合できずに、配慮されないまま脇へ追いやられる運命をたどるのである。様々な種類の事柄の相互性を省察する形態をとって初めて、刑法論は完全に自己を保てるようになる。

Ⅲ. 実践哲学に替わる法政策？

1961年の論文において、マウラッハは「犯罪の構造と刑事政策に関する議論には関係がないとまでは言えないが、この点には非常に大きな自明性があるとの印象 [を受ける：訳者記す]」¹⁶¹⁾と述べた。實際上、両者の間には明確な作業の分担があるとして、「何が犯罪であり、それがどのようなメルクマールを含むのかを我々に告げるのが、犯

159) *Frisch*, FS Jung, S. 212.

160) 上述 S. 31.

161) *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 301.

罪の構造論としての解釈学である」¹⁶²⁾としたのである。彼によれば、刑事政策は、「既に形成された犯罪の概念を受容して、この犯罪に最適な成果を伴う形で対抗する手段を企てなければならない」¹⁶³⁾。従って、「主導的な役割」は、解釈学にあり、刑事政策は「従属的な」ものとなる¹⁶⁴⁾。そのように理解された解釈学の特別な利点として、ヴェルツェルは、マウラッハ祝賀論文集の中でその非政治的な性格を強調した。彼は、「解釈学が政治的な激動を乗り越え、学説が第三帝国の崩壊後も実践的に無傷のまま解釈学に接続して、それを更に発展させることができた理由は、解釈学がイデオロギー的に中立的な空間を創出していた点にある」¹⁶⁵⁾と述べている。刑法解釈学に認められる、このような脱政治化¹⁶⁶⁾は、同時代の観察者達によってドイツの（戦後）社会が示した特徴的な動向の一つとされた、コンフリクトを排除する傾向に対応するものであった¹⁶⁷⁾。

ヴェルツェルのテキストは、1972年に公刊されたものである。周知のごとく、その数年前には「学問的な（或いは、それだけに限られない：著書記す）関心の対象としての政治〔政策〕の再発見」がなされていた¹⁶⁸⁾。刑法解釈学と刑事政策は、「その下に同じ考えを持つ者達が集結する目印となる旗（Feldzeichen）」¹⁶⁹⁾となったが、前者には、受け継がれてきた体系の更なる発展に注意深く接する、伝統に方向づけられた刑法解釈学者達が集まり、後者には、根本的な変革を追求する進歩的な者達が集った。もっとも若手の刑法学者の中でも慎重な者達からすれば、解釈学の刑事政策による置き換えは、それにより立法と判例の間にある機能的な差異が解消されてしまい、刑法上の類推の禁止が骨抜きになりかねない点を理由にして、既に考慮されないものであることは明白で

162) *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 302.

163) *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 316.

164) *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 302.

165) *Welzel*, FS Maurach, S. 5.

166) これについては、*Hassemer*, Strafrechtswissenschaft, S. 266 ff.; *Amelung*, JZ 1982, 617. —適切にも *Muñoz Conde* (FS Hassemer, S. 552) は、このような自己理解を、第三帝国において刑事政策に関して様々な罪を犯していた者達のための避難先 (*refugium peccatorum*) として表している。—ヴェルツェルの「事物論理構造」などは、当該の傾向の最も顕著な表現である。この点については、*Sticht*, Sachlogik, S. 272 ff., 297 ff.

167) 具体例として、*Dahrendorf*, Gesellschaft, S. 159 ff.

168) *Amelung*, JZ 1982, 617.

169) *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, S. 12.

あった¹⁷⁰⁾。そこで、刑事政策を解釈学に対抗させるのではなく、刑事政策は解釈学の中に組み入れられる必要があるとされたのである。1969年にティーデマンが示した綱領宣言的な（programmatisch）定式化によると、「生産的な解釈学は、[……]それが恒常的に刑事政策の要求に [……] 直面する場合にのみ可能となる」¹⁷¹⁾。このようなプログラムの実施の最も影響力のある形での試みは、特にミュンヘンにおけるマウラッハの後任者によってなされた。つまり、ロクシンは、後に頻繁に引用されることになる1970年の講演において、次のように述べた。「刑法」とは、「法的な妥当の様式（Modus）へと刑事政策的な目的設定を移行させる形式」である¹⁷²⁾。刑事政策の側は、「一般的な社会政策の単なる部分領域」であり、「社会政策的な規制メカニズムという全体的な道具性のコンテクストで解釈される」必要がある¹⁷³⁾。但し、刑事立法者が、本質的には様々な刑事政策上の目的設定によって導かれるという点は、自明の事柄とほぼ変わらない。そして、生活の諸関係の改善を「平穏な形によってだが、確実に目指す社会政策は、同時に最善且つ最も効果的な刑事政策でもある」ことは、既にリストによって認識されていた¹⁷⁴⁾。いずれにせよ、ロクシンの関心にあったのは、より野心的なものであった。彼にとって重要であったのは、リストに見られた刑事政策と刑法解釈学の分離を破壊し¹⁷⁵⁾、法政策に実定法の解釈への関わりを許可することであった。つまり、刑事政策上の諸問題は、「一般的な犯罪論の実際上の内容をもなしている」としたのである¹⁷⁶⁾。

しかし、法政策的な論拠に関する拘束性の要求はどのように捉えられるのであろうか？ 確かに、政策的な事柄の領域においても、様々な根拠というものは不可避である。何故ならば、根拠による以外の形では、自己意識的な諸個人が一般的な諸目的へと義務づけられることはないからである¹⁷⁷⁾。従って、政策も「固有の論理から、全ての者にとって拘束的な正当化を要求する相互的な理由づけの環境（Klima）の中へと」¹⁷⁸⁾ 立ち入ることになる。これにより、確かに刑事政策も刑法の投入に関して様々な根拠を挙げ

170) 個々の点については、*Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, S. 166 ff.

171) *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen, S. 22.

172) *Roxin*, Kriminalpolitik, S. 40.

173) *Roxin*, Kriminalpolitik, S. 47.

174) *Liszt*, Abhandlungen, Bd. II, S. 246.

175) *Roxin*, Kriminalpolitik, S. 1 ff. 参照。

176) *Roxin*, Kriminalpolitik, S. 8.

177) *Gerhardt*, Partizipation, S. 303 f.

178) *Gerhardt*, Partizipation, S. 304.

得るし、それを行うことになるのであろう。しかしながら、政策的な事柄の論理からの帰結は、これらの根拠が政治的な意見と取り換えられてしまうことである。判決基準の標準化を任務とする解釈学にとって連続性が重要となる¹⁷⁹⁾ のとはまさに反対に、「刑事政策は偶有的なのである」¹⁸⁰⁾。前者に鑑みれば、法とはゆっくりしたものである¹⁸¹⁾。従って、裁判所による判決とは異なり、立法活動が遡及禁止に服する点には十分な理由がある¹⁸²⁾。裁判所は、それまでの判例の中に組み入れ、そしてその時代における法学の論拠づけの標準に十分に合った形で判断を基礎づけるという自己の義務を通じて、十分に規律化される。これに対して、法政策は、体系的・価値論的な閉鎖性へとは義務づけられていないし、そのようなものでもあり得ない¹⁸³⁾。政策において全ての事柄を媒介する要素は、むしろ妥協なのである¹⁸⁴⁾。「刑法解釈学から刑事政策への立ち返りが意味するのは、以上のように見る限り、フィクションによって作業を行うことか、全ての偶有的な法改正に屈服し、それによってあらゆる理由づけ (Rationalisierung) を犠牲にすることなのである」¹⁸⁵⁾。ロクシンが、自己の教科書においてカント的な体系概念に依拠する一方で¹⁸⁶⁾、同時に——上述の講演で示した精神に完全に従って——「刑法システムを構成する指導的な目的の諸設定は、[……] 刑事政策的な種類のものであり」得る¹⁸⁷⁾ 点を強調する場合には、彼は、相容れないもの同士を無理矢理一緒にしようとしているのである¹⁸⁸⁾。

ロクシンの刑事政策に関する理解の範囲は非常に広く¹⁸⁹⁾、そのおかげで、いずれせ

179) *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, S. 178 f.

180) *Martins*, Versuch, S. 85.

181) 適切な叙述として, *Lege*, Juristen, S. 232.

182) これに対して, *Puppe*, AT, § 19 Rn. 32 m. w. N. は, それまでの判例を変更して重く処罰することへの遡及禁止の拡張を擁護する。

183) 類似の見解として, *Jakobs*, AT, 4/81 m. w. N.

184) *Gerhardt*, Partizipation, S. 426.

185) *Martins*, Versuch, S. 85. 類似の見解として, *Haas*, Kausalität, S. 44; *Stübinger*, Idealisierendes Strafrecht, S. 56; *Moreno Hernández*, 1. FS Roxin, S. 82 f.

186) *Roxin*, AT 1, § 7 Rn. 3.

187) *Roxin*, AT 1, § 7 Rn. 59.

188) 本稿と類似の見解として, *Haas*, Kausalität, S. 44 f.; *Pattoello Mantovani*, ZStW 109 (1997), 17 ff.; *Zabel*, Schuldtypisierung, S. 195; *Zaczyk*, FS Puppe, S. 312.

189) 刑事政策は、「我々の憲法及び刑事立法に基づいて、可罰性の諸前提並びに制裁を確定し、具体化する際に基準となる価値の諸観点の総体である」(*Roxin*, ↗

よ彼の思考は、多くの場合、用いられる用語の見かけ上のモダンさから推測されるよりも、はるかに伝統的な軌道の上を動いている¹⁹⁰⁾。ロクシンにとっても、実質的に重要であるのは、特定の法哲学的な基本思想の貫徹である¹⁹¹⁾。彼は、社会契約的な思考モデルから、刑法の任務——副次的で人権擁護的な法益保護——を導き出しているが、彼自身が明確に認めるように、それは「一つの哲学的・国家論的な構想そのもの」である¹⁹²⁾。そして、彼は、厳格な体系拘束的な思考に対して、「確かに明確で均一的な帰結につながるが、実体に即した帰結を保障し」得「ない」ものであり¹⁹³⁾、むしろ「特別な個別事例では正義を毀損し」得るものである¹⁹⁴⁾と非難するが、これも、刑法解釈学の任務を、正義に勝利を得させるといふ法哲学上の古典的な指導理念から何ら下回らない点に見いだすという自明とされる前提に基づいている。

法哲学に対するロクシンの帰依は歓迎すべき事柄でもあるが、しかし、それだけに、彼が自己の構想の法哲学的な基礎を扱う際に一貫して示す簡潔さが問題となる。例えば、問題解決のための一つの提案が、「正当である（実体に即している）」という評価に相応しいものとなるためには、どのような要求を満たさなければならないのであろうか？ロクシンは、本質的には、明確な形で彼の読者のいわば前理論的な正義感情に訴えかけること¹⁹⁵⁾、或いは黙示の形で自己の評価の直観的なもってもらしさを信頼することで満足してしまっている。これにより、彼は、自己の犯罪論上中心となるテーゼの正当化のための基礎づけの言葉を失わないですんでいる。このテーゼというのは、従来の犯罪カテゴリーには、異なる「刑事政策的な機能」が配分されるべきとするものであり¹⁹⁶⁾、

↘Strafrechtsdogmatik, S. 22)。

190) 同様の見解として、Naucke, ZStW 85 (1973), 426 Fn. 54.

191) 既により以前の文献でも、我々が「法哲学を、実践的な活動の領域へと高められる法価値に関する理論として、法政策と呼ぶことには根拠がある」との見解が主張されていた（そのような見解として、Schwarzschild, v. Liszt, S. 6)。

192) Roxin, FS Küper, S. 494. ——但し、このような主張がほぼ同時代にロクシンによってなされた次のような弾効とどのように適合するのかは不確かである。つまり、ロクシンは、神学、哲学或いは社会学のような諸科学への刑法の準拠では、「誤った道」が問題となるのであり、法哲学は哲学の部分領域であって、法学のそれではない、としていたのである（Roxin, FS Mangakis, S. 237 f.)。

193) Roxin, Kriminalpolitik, S. 4.

194) Roxin, AT 1, § 7 Rn. 44.

195) Roxin, AT 1, § 7 Rn. 46 参照。

196) 基礎となる文献として Roxin, Kriminalpolitik, S. 15 ff. 最近のものとしては、↗

構成要件該当性には法律の明確性の側面¹⁹⁷⁾が、違法性には「利益と反対利益の社会的に正当な調整」の側面¹⁹⁸⁾が、そして責任には狭義の「刑罰目的論」の側面¹⁹⁹⁾が割り当てられている。このような、いわば気ままに漂い動くだけの直観主義は、少しずつではあるが、必然的に問題に巻き込まれざるを得なくなる。例として、刑罰目的論を取り上げてみよう。ロクシンは、自己の教科書において、本の数頁先で、純粹に予防的な諸目的が刑罰を正当化し得ない²⁰⁰⁾点を確認するために、刑罰論の叙述を「刑罰の専ら予防的な目的」²⁰¹⁾への支持でもって開始しているが、その際、確かに双方の叙述は、直接的な文脈との関係で考察する限りでは、それぞれもっともらしく基礎づけられているように見える。ロクシンは、前者では、責任主義の処罰限定機能に依拠し、後者では、自由の保障という刑法の任務に依拠しているのである。しかしながら、両者の間にある矛盾をないものとして論じることにはできない²⁰²⁾。ここでは、ロクシンの論拠づけ或いは記述方法に見られる一般的な傾向が現れている。彼の叙述は、個々の点に関して自明と思わせる体験の創出に向けられたものである。しかしながら、その際に、個々の部分的な構成要素の体系的で説得的な形での噛み合わせは、欠けていることが稀ではないのである。

ある程度極端に表現すれば、法哲学と法政策という関係づけの対象となる両システムの間でなされる、ロクシンに特有の重点の置きどころの変更 (Changieren) は、とりわけ次のような機能を有するよう見えるのである。つまり、理論的な基礎づけを行う際に、実践哲学の彫琢された構想に依拠するときよりも、より高度な柔軟性が可能になるという機能である。その代償は、いずれにせよ小さくない。体系的な閉鎖性の相当程

ゝ例えば *ders.*, *Strafrechtsdogmatik*, S. 31 ff. — 基本的にロクシンの見解に同意するが、個々の犯罪カテゴリーへの刑事政策的な機能に関する諸規定の配分をより柔軟な形で認める論者として、*Moccia*, *Funktion*, S. 60 ff. — 反対に、ロクシンによって提案された目的による諸規定という考えの説得力に対して批判的なものとして、*Amelung*, *JZ* 1982, 617 ff. 及び *Stratenwerth*, *MSchrKrim* 55 (1972), 197.

197) *Roxin*, *Kriminalpolitik*, S. 15.

198) *Roxin*, *Kriminalpolitik*, S. 15.

199) *Roxin*, *Kriminalpolitik*, S. 33.

200) *Roxin*, *AT* 1, § 3 Rn. 61 (強調の傍点は、付け加えたものである).

201) *Roxin*, *AT* 1, § 3 Rn. 37.

202) 同様の見解として、*Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 167 ff. — ロクシンの刑罰論に対する批判の詳細については、*Pawlik*, *GA* 2006, 345 ff. ロクシン学派における責任主義の役割については、後述の S. 85 Fn. 448.

度の消失が認められるからである²⁰³⁾。そして、当該の構想には、この代償を支払う準備もないのである。確かに、ルーマンの妥当な所見によれば、理論の有する様々な強制力 (Theoriezwänge) は選別的に作用する²⁰⁴⁾。そして、その際に維持されるべき価値のあるものが失われる点は、最初から排除され得ない。しかしながら、当該の危険性と比べて、哲学的に指導された体系概念への依拠が約束する収穫の方が大きく²⁰⁵⁾、このようなアプローチによってこそ、刑法解釈学と正義或いは自由の理念の相互作用が、方法論的に管理され、且つ内容的に要求の高い方法を通じて生じる点が配慮されることになる。これにより、過去の時代の遺産として引きずってきた、「刑事政策」に関するスローガンに依拠するよりも、最終的にはロクシンの関心事もよりベターな形で考慮されるのである。

(飯島暢 訳)

203) *Bumke*, *Rechtswidrigkeit*, S. 31 f. を参照。

204) *Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur*, Bd. 3, S. 153.

205) これについては、上述の S. 15 f.