



## 刑法学におけるヘーゲルの遺産 19世紀におけるヘーゲル学派 (1)

著者	飯島 暢, 川口 浩一, 山本 和輝
雑誌名	関西大学法学論集
巻	69
号	2
ページ	345-379
発行年	2019-07-18
その他のタイトル	Hegels Erben in der Strafrechtswissenschaft : Hegelianer im 19. Jahrhundert (1)
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00017430">http://hdl.handle.net/10112/00017430</a>

## 19世紀におけるヘーゲル学派（1）

飯島 暢・川口浩一（編訳）  
山本和輝（訳）

### 目 次

- 1 まえがき
- 2 19世紀のヘーゲル学派
  - (1) ベルナー（以上、本号）
  - (2) ケストリン
  - (3) ルーデン
  - (4) ヘルシュナー
  - (5) アーベック・その他
- 3 まとめ

### 1 ま え が き

平野龍一は、「ドイツにおける旧派は、1840年代にプロイセンの国家主義を背景としてあらわれたいわゆるヘーゲル学派によって大きな変更を受けた」として、フォイエールバッハらの前期旧派とヘーゲル学派以降の後期旧派を区別し、両者は（決定論に立つ新派とは異なり）共に自由意志を認めるものであるが、前者のそれは「利害を合理的に配慮し、これに従って行動する能力」であったのに対し、後者のいう自由意志とは「いわば形而上学的な、原因がないという意味での」ものであり、また前者は法と倫理を区別するのに対し、後者は「法と倫理とを同一視する」もので、「後期旧派は、国家主義・権威主義的傾向の強いものである」とする<sup>1)</sup>。この区別は、わが国においては多くの教科書において採用されるなど定着したものとなっている<sup>2)</sup>。さらに中義勝は、共に絶対的応報刑論を採るカントとヘーゲルの人間観を比較し、カントにおいては「絶対的価値

1) 平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣・1972年）11頁以下。

2) 例えば、山中敬一『刑法総論 [第3版]』（成文堂・2015年）27頁以下（§11「後期旧派の刑法思想」）など。これに対してこの区別に批判的な見解として斎藤誠二「いわゆる『前期旧派』と『後期旧派』をめぐって（刑事法をめぐる現代的課題）」日本大学法学部法学研究所法学紀要 40別巻9-28頁（1998年）。

としての人格、自己目的としての人間、あくまでも実質的に自由で平等な人間」が予定されているのに対し、ヘーゲルにおいては「国家的義務の履行を個人の最高価値を発揮するゆえんだとする人間」であるとする<sup>3)</sup>。しかし、このような刑法におけるヘーゲル学派やひいてはヘーゲルの刑法論自体の理解は妥当なものであろうか。周知のように哲学においては、ここ30年来、「ヘーゲル哲学のプラグマティズム的側面」に着目した「アメリカ発の〈ヘーゲル・ルネッサンス〉が世界を席卷」してきたが、最近では「ヘーゲル哲学を現代哲学の観点から一種の形而上学として解釈し再評価する動向が現れている」とされ<sup>4)</sup>、「ヘーゲル復権」<sup>5)</sup>が宣言されている。また刑法学においても特にゼールマン<sup>6)</sup>やヤコブス<sup>7)</sup>、レッシュ<sup>8)</sup>、パヴリックなどによるヘーゲルの再評価の動きが見られるところである。特にパヴリックは、最近の著書でこのような英米哲学の動向を踏まえ、ヘーゲルの行為論を再評価した新たな行為論を提唱している<sup>9)</sup>。このようなドイツ刑法学における現在の「ヘーゲル復権」の動向から見ても、上記のようなわが国におけるヘーゲルの刑法・刑罰理論および刑法学におけるヘーゲル学派に対する否定的な評価について少なくとも再検証する必要があるのではないかというのが今回の企画の問題意識である。そこでまずその第1部として19世紀におけるヘーゲル学派（ヘーゲリアナー）に属する刑法学者の理論の検討から初めてみたいと思う。検討の順序としては、2015年3月にケルン大学において開催されたシンポジウムをまとめた『ヘーゲ

- 
- 3) 中義勝『刑法における人間』（一粒社・1984年）169頁。なお同「ヘーゲルの刑法論と人間像（1）、（2）」本誌30巻5号583-603頁、30巻6号756-782頁（1981年）も参照。
  - 4) 飯泉祐介「復活するヘーゲル形而上学」思想2019年1号43頁。
  - 5) 雑誌『思想』2019年1号は「ヘーゲル復権」特集号となっている。
  - 6) Kurt *Seelmann*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Strafrecht*, 1995.
  - 7) Kurt *Seelmann*, Günther Jakobs und Hegel, in: Urs Kindhäuser/Claus Kieß/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg (Hrsg.) *Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, S. 85 ff.; Michael *Pawlik*, *Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken*, a. a. O. S. 217 ff. 参照。
  - 8) Heiko H. *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999.
  - 9) Michael *Pawlik*, *Normbestätigung und Identitätsbalance: Über die Legitimation staatlichen Strafs*, Baden-Baden 2017, S. 13 ff. und passim.

ルの遺産？19世紀から21世紀に至る刑法的ヘーゲル学派<sup>10)</sup>に掲載されている論文のうちベルナー<sup>11)</sup>、ケストリン<sup>12)</sup>、ルーデン<sup>13)</sup>およびヘルシュナー<sup>14)</sup>に関する論文とヘーゲリアナーが当時の刑法学に与えた影響を総括したシュテュービンガー論文<sup>15)</sup>を釈出する予定である。なおこれらの論者以外にも19世紀ドイツのヘーゲル学派に属する学者として一般にアーベックが挙げられるほか<sup>16)</sup>、フォン・ヒッペル<sup>17)</sup>はヤルケを、ズルツ<sup>18)</sup>はフォン・パールも、フォン・リスト<sup>19)</sup>に至ってはアドルフ・メルケルをもな

10) Michael *Kubiciel*/ Michael *Pawlik*/ Kurt *Seelmann* (Hrsg.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Tübingen 2017.

11) Benno *Zabel*, *Wissenschaft im Übergang: Zur Strafrechtsphilosophie Albert Friedrich Berners*, in: *Kubiciel/ Pawlik/ Seelmann* (Hrsg.), o. Fn. 6, S. 95-120.

12) Michael *Kubiciel*, *Der Zweck im Strafrecht: Die Strafrechtstheorie Christian Reinhold Köstlins*, in: *Kubiciel/ Pawlik/ Seelmann* (Hrsg.), o. Fn. 6, S. 121-137.

13) Carl-Friedrich *Stuckenberg*, *Heinrich Luden*, in: *Kubiciel/ Pawlik/ Seelmann* (Hrsg.), o. Fn. 5, S. 139-162.

14) Günther *Jakobs*, *Unrecht, Zurechnung, Notstand: Bemerkungen zur Lehre Hugo Hälschners*, in: *Kubiciel/ Pawlik/ Seelmann* (Hrsg.), o. Fn. 6, S. 163-179.

15) Stefan *Stübinger*, *Einfluss der Hegelianer auf die Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit*, in: *Kubiciel/ Pawlik/ Seelmann* (Hrsg.), o. Fn. 6, S. 181-169.

16) Michael *Ramb*, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer: Eine rechtsphilosophische Untersuchung zu den Straftheorien von Julius Abegg, Christian Reinhold Köstlin, Albert Friedrich Berner und Hugo Hälschner*, Berlin 2005, S. 13 はその研究の対象をアーベック、ケストリン、ベルナーおよびヘルシュナーに限定し、ルーデンはその対象から除いている。なお山口邦夫も「これら4人がヘーゲル学派に属するという点についてはほぼ見解が一致していると見てよい」とし(山口邦夫『一九世紀ドイツ刑法学研究——フォイエルバッハからメルケルへ——』[八千代出版・1979年] 115頁注3)、その中でもケストリンとベルナーを代表的人物として詳細に検討を加えている(ケストリンについては同書116頁以下、ベルナーについては126頁以下)。

17) Robert *von Hippel*, *Deutsches Strafrecht Bd. 1*, Hamburg 1925, S. 309 f. はまず初期のヘーゲリアナーとしてアーベックとヤルケを、そして限定的な範囲におけるヘーゲリアナーとしてルーデンを、そして盛期のヘーゲリアナーとしてケストリンとベルナーを、そして衰退期のヘーゲリアナーとしてヘルシュナーを挙げている。

18) Eugen *Sulz*, *Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Ausbau in der Deutschen Strafrechtswissenschaft*, Berlin und Leipzig 1910, S. 60 f. は、アーベック (a. a. O., S. 16 ff.)、ケストリン (S. 26 ff.)、ヘルシュナー (S. 38 ff.)、ベルナー (S. 49 ff.) とともにフォン・パールをもヘーゲリアナーの一人と

おヘーゲル主義の基盤に立つものと理解していた。しかしフォン・ヒッベルが指摘する<sup>20)</sup>ように、メルケルはむしろヘーゲル学派の中心的な批判者であり<sup>21)</sup>、彼をヘーゲル学派に加えることはできないであろう。一方、アーベックがヘーゲリアナーであったことは明らかであり、本稿では補論としてアーベックを中心としてその他のヘーゲル学派として挙げられることがある刑法学者についても若干のコメントを加える予定である。

なお以下では同時代のヘーゲル学派と関係するドイツの刑法学者の生没年月日（地）挙げ、さらにそれを年表にしたものを示しておく。

- ① Georg Wilhelm Friedrich Hegel 1770年8月27日（Stuttgart）-1831年11月14日（Berlin）
- ② Paul Johann Anselm von Feuerbach 1775年11月14日（Hainichen bei Jena）-1833年5月29日（Frankfurt am Main）
- ③ Julius Abegg, 1796年3月27日（Erlangen）-1868年5月29日（Breslau）
- ④ Carl Ernst Jarcke 1801年11月10日（Danzig）-1852年12月27日（Wien）
- ⑤ Heinrich Luden 1810年3月9日（Jena）-1880年12月24日（Jena）
- ⑥ Christian Reinhold Köstlin 1813年1月29日（Tübingen）-1856年9月14日（Tübingen）
- ⑦ Hugo Hälschner 1817年3月29日（Hirschberg /Schlesien）-1889年3月17日（Bonn）
- ⑧ Albert Friedrich Berner 1818年11月30日（Strasburg/Uckermark）-1907年1月13日（Berlin）
- ⑨ Adolf Merkel 1836年1月11日（Mainz）-1896年3月30日（Straßburg）

---

↘に数えている。

19) Franz von Liszt/ Eberhard Schmid, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927, S. 53 はケストリン、ヘルシュナー、ベルナーと並んでメルケルを「ヘーゲルの基盤の上に立っていた（standen auf dem Boden Hegels）」とする。

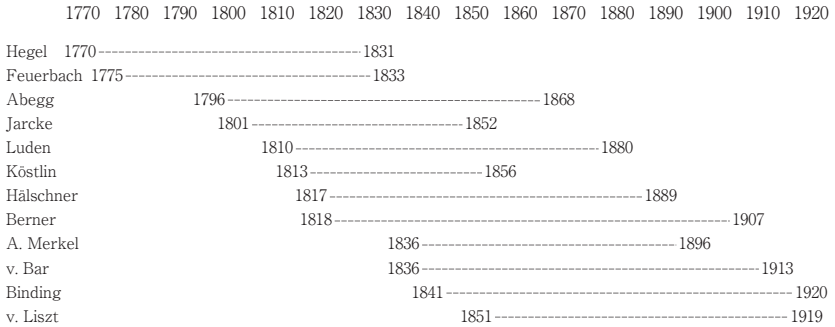
20) von Hippel, o. Fn. 13, S. 311 は、このような位置づけを「理解不能（nicht verständlich）」であると批判する。

21) この点については山口・前掲書（注12）171頁以下も参照（メルケルとペンディンクはヘーゲル学派の帰属論の影響を受けていないとするラレンツの評価を紹介する）。

19世紀におけるヘーゲル学派（1）

- ⑩ Carl Ludwig von Bar 1836年 7月24日（Hannover）-1913年 8月20日（Folkestone/England）
- ⑪ Karl Binding 1841年 6月 4日（Frankfurt am Main）-1920年 4月 7日（Freiburg im Breisgau）
- ⑫ Franz von Liszt 1851年 3月 2日（Wien）-1919年 6月21日（Seeheim）

【年 表】



（川口浩一 記）

2 19世紀のヘーゲル学派

- (1) ベルナー：ベンノ・ツァーベル（山本和輝・訳）「過渡期における学問——アルベルト・フリードリヒ・ベルナーの刑法哲学について——」

I. 近代初頭における法、社会および哲学

アルベルト・フリードリヒ・ベルナー（Albert Friedrich Berner）は、19世紀の最も著名な法律家および刑法哲学者の一人である。同時代の他の刑法学者たち、および彼の後に登場する刑法学者たち、例えば、アドルフ・メルケル（Adolf Merkel）、カール・ビンディング（Karl Binding）、あるいはフランツ・フォン・リスト（Franz v. Liszt）といったような者たちに対する彼の影響が過大評価されているということは決してない<sup>1)</sup>。そのことは、かの者たちががにべもない拒絶において、対立する立場を展開する場

1) アルベルト・フリードリヒ・ベルナーという人物について、詳細には、*Schild*, in: Nachwort zum Nachdruck der 18. Aufl. des „Lehrbuches des deutschen Strafrechts“, 1986, S. 769 ff.

合でもなお妥当する<sup>2)</sup>。同時に、ベルナーは、時代の子であり、観察者である。19世紀は、変革、伝統の喪失の一つの、否それどころかまさしくその世紀である。他のエポックとは異なり、この転換期は、何よりも、その影響が20世紀にまで及ぶような、現に存在している秩序のラディカルな変動をもたらしたのである。法は、——規範的な方向づけの媒体として——特に強くその変動に見舞われた<sup>3)</sup>。いわゆる「はざま期 (Sattelzeit)」（コゼレック (Koselleck))、つまりは1750年から1850年までの時代における政治的、経済的および文化的変革によって、例えば、産業化及びプロレタリア化による社会構造の流動化、伝統的な権威の浸食、あるいは個人及びその法的地位の解放といったような全く新しい態様のダイナミクスおよび不確実性と戦わなければならない社会が生じた。マックス・ウェーバー (Max Weber) は、このような展開を、適切にも世界の脱魔術化と記述し、またそれによって、このような変革がどれほど強く前近代もしくは初期近代の正当性の核心に触れるかをも明らかにした<sup>4)</sup>。つまり、法が超越から内在へと置き換えられたという程度において、新たな機能が実践的に示される必要があるだけではなかった。同様に、適切な理論的位置づけと根拠づけが必要となった。このような洞察は、既にアンシャン・レジーム (ancien regime) において、例えば、モンテスキュー (Montesquieu) 及びベッカリーア (Beccaria)、フィランジエーリ (Filangieri)、ルソー (Rousseau)、あるいはカント (Kant) によって貫徹されはじめた<sup>5)</sup>。ヘーゲル (Hegel) ほど、19世紀 (初期) の法典化及び法治国家の構想に表れているような「法の近代化」のポテンシャルを認め、かつその爆発力をも認める者はほとんどいない。ここでの問いは、法治国家における法の正義についての問いと同様に重要である<sup>6)</sup>。哲学的な「処理」の詳細は、ここでは検討することはできない。もともと、ベルナーによるヘーゲルの理論設計の継受にとって中心的な意義を有しているので、二

2) さしあたり、Zabel, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Listzts, 2016, S. 87 ff. および以下で挙げる諸論文を見よ。

3) それについては、Kesper-Biermann, Einheit und Recht, 2009; Pawlik, Das Unrecht der Bürgers, 2012; Zabel, Rechtsgewährleistung, 2012, S. 75 ff. 参照。

4) Weber, Wissenschaft als Beruf, 1919, in: Mommsen (Hrsg.), Studienausgabe der Max-Weber-Gesamtausgabe, Abt. 1 Bd. 17, 1994, S. 9 ff.

5) 全体については、Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1981; Cattaneo, Aufklärung und Strafrecht, 1998; Becchi/Seelmann, Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung, 2000.

6) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, in: Nordrh.-Westf. Akad. Wiss. (Hrsg.), Gesammelte Werke, Bd. 14.1., 2009.

つの観点が強調されるべきである。第一に、それは方法論的な立脚点に対して妥当する。思弁的知というヘーゲルの観念は、本質的には、古典的なドイツ哲学の体系思想に従っているが、それによれば、原理的に承認された制度——例えば、法、あるいは刑罰——の現実的な意義を理解できるようにするためには、共同の行為及び判断の諸条件が概念的に把握されなければならない<sup>7)</sup>。もっとも、ヘーゲルは、カント、シェリング (Schelling)、あるいはフィヒテ (Fichte) よりもさらに、社会的制度ならびに実践の文脈依存性及び歴史性を強調する。その限りで、まさしく法及びその概念的な分析において、純形式的、分類学的 (taxonomisch)、あるいは分類法的な (klassifikatorisch) 観点だけが問題となるのではない。法は、ヘーゲルにとって、人間の条件 (condition humaine) の必然的かつ実体的な構成要素、すなわち、勝ち取られ、現実化された、そしてまた同時に変わりうる自由の表れである。詳しく言えば、あらゆる社会及びあらゆる時代だけでなく、(法) 哲学および法学も常に繰り返し新たに規定されつづけなければならないのである。ベルナーの関心事は、「刑法上のヘーゲリアナー」の関心事が総じてそうであるように、刑法における、具体的には帰属の体系及び刑罰の根拠づけにおける「自由の論理」を実り豊かなものにすることである。しかしその場合、このような企図に対する大いなる挑戦のためには——したがって以下の論述の中心点を先取りすれば——、ヘーゲル的な方法は、どのような形で刑法理論上の需要及び関心に適合することができるのか、およびどの程度まで犯罪解釈学の枠内で有意義に言葉で表すことができるのかという問題が生じる。

## II. 自然法、制定法及び歴史：過渡期における刑法学

ベルナーは、哲学的な基礎に基づく刑法学を欲している。つまり、犯罪行為論の概念的・体系的な (新たな) 測量 (Vermessung) である。このようなアイデアは、それ自体としては新しいものではない。パウル・ヨハン・アンゼルム・フォイエルバッハ (Paul Johann Anselm Feuerbach) もまた、ほぼ半世紀前にこのような関心を有していた。ただし、明示的にカントを参照したものではあるが<sup>8)</sup>。しかし、既にフォイエルバッハは、現行法の支配領域における「哲学の思い上がり」、「気まぐれな暴君」になら

7) さしあたり、*Stekeler-Weithofer*, Kritik der juristischen Vernunft, 2014 参照。

8) *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 2, S. 2 (第12版以降は、ミッターマイヤー (Mittermaier) によって編集及び補訂されている)。



ないよう警告していた<sup>9)</sup>。疑うまでもなく、法律家は、国家において、「実定法 (Positivgesetz) の奉仕者であり、そしてその者がこの法 (Gesetz) の神聖さに対して、少なくとも我を忘れる場合には、自らの仕事を侮辱している」<sup>10)</sup>。フォイエルバッハは、哲学と(刑)法、つまり正当化の需要と妥当要求との間の緊張関係をなお積極的に評価し、突き止めようとしたが、その関心の状況は、この世紀の中葉までに、多くの点で変化している。第一に、刑法の編纂と領邦の法典に対して、遅くとも1813年のバイエルン刑法典以降<sup>11)</sup>、刑事法律家に多大な注意を向けることが要求されており、近代国家の新たな形成力を日常的な法実務と調和させることが問題であった。このような焦点は、刑法が進行しつつある(および官憲によって推進された)共通の糾問手続の無力化以降、移行の困難な状態にあり<sup>12)</sup>、そしてその状態は、刑事手続が改革されたことによってようやく終わることができたのだとすれば<sup>13)</sup>、その分だけ重要である。それと並行して、ヘルベルト・シュネーデルバッハ (Herbert Schnädelbach) が的確にも学問の機能転換 (Funktionswandel der Wissenschaft)、学問の学問／科学化 (Verwissenschaftlichung der Wissenschaft) と特徴づけたような展開が進行する<sup>14)</sup>。次第に世俗的に方向づけられていく、そして——さらにそれゆえに——個人化された社会が、専門化された学問的エリートを登場させるが、しかもそれを不可避のものにしてしまうような独自の経験の空間においてのみ、自らの価値、関心および論争をめぐってコミュニケーションすることができる<sup>15)</sup>。学問の学問／科学化が意味するのは、第一に、市民秩序と文化の担い手のための個別科学の養成である。そのことは、とりわけ刑法学に対して

9) *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, 1799 (Teil 2, 1800, ND 1966), S. X.

10) *Feuerbach*, in: Haney (Hrsg.), Naturrecht und positives Recht, 1993, S. 84.

11) それについては、目下のところ、Koch u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813, 2014 参照。

12) 詳細には、Altenhain (Hrsg.), Die Geschichte der Folter nach ihrer Abschaffung, 2011; *Kesper-Biermann*, Einheit und Recht, 2009, S. 53 ff. 及び *Zabel*, in: Kahlo u. a. (Hrsg.), Wege zur Menschenwürde, 2015, S. 393 ff.

13) *Ignor*, Geschichte des deutschen Strafprozesses 1532 bis 1846, 2000; *Zabel* (Fn. 3).

14) *Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831-1933, 1983, S. 89 ff.

15) *Berman*, Recht und Revolution, 1991; *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981; *Legendre*, Über die Gesellschaft als Text, 2012; *ders.*, Die Fabrikation des abendländischen Menschen, 2000; *Prodi*, Eine Geschichte der Gerechtigkeit, 2003.

も妥当する。刑法学の課題は、今では絶えず頻繁に、以下のような点に認められている。すなわち、その理論的資源を、実定的な禁止規範の個別事案関係的な解釈、あるいは——ビルンバウム（Birnbäum）以降そういわれているように——十分に根拠づけられた法益保護のために動員する点である<sup>16)</sup>。まさに、「真の法学にもつぱら値する方法」がそこにあるとされたのである<sup>17)</sup>。刑法及び刑法学は、このような態様で、具体的な社会的コンフリクト、とりわけコンフリクトの解消のための解釈及び処理の独占を要求する。それが、我々が今日解釈学と名づけるものである<sup>18)</sup>。これとは反対に、それによって、哲学的な「抽象化」が刑法へと与える影響は限界づけられるべきとされる。哲学的には——すなわち、（形式）論理的には——、あらかじめ見いだされた素材を法律学的なカテゴリーへと移行するにすぎないとされる<sup>19)</sup>。

その限りで、哲学的な基礎に基づく刑法学というベルナーの構想は、——世紀の初めにフォイエールバッハにおいてそうであったのとは異なり——対立しているが、全くもって個別科学の専門的な自己の確立に応答するものである。そのベクトルは、おそらく二方向に存在した。一つは、理論的な要求に満ちた学問理解が擁護され、かつさらに展開されることになった。もっとも、それは刑法における哲学的な思弁という自己目的としてではなく、その内部で、19世紀の近代的な刑事立法も——それに属する解釈学も含めて——体系的な貫徹を経験することができたところの規範的な枠づけを作り出すためである<sup>20)</sup>。それにより、ベルナーは、徹頭徹尾「初期の」ヘーゲリアナー、とりわけユリウス・アーベック（Julius Abegg）およびクリスティアン・ラインホルト・ケストリン（Christian Reinhold Köstlin）の構想を継承する<sup>21)</sup>。その限りで、刑法上のヘーゲ

16) *Birnbäum*, Neues Archiv des Criminalrechts 1834, S. 149; 全体的に同様のことを述べるものとして、*Pawlik* (Fn. 3), S. 29 ff.

17) *Gerstärker*, Neues Archiv des Criminalrechts 1825, S. 364.

18) それについては、近く公刊される予定である、*Zabel*, in: Reydon/Lohse (Hrsg.), *Philosophie der Wissenschaften*, 2016 (im Erscheinen).

19) *Jordan*, Neues Archiv des Criminalrechts 1830, S. 225.

20) *Berner*, Neues Archiv des Criminalrechts 1849, S. 442 ff. 参照。

21) *Abegg*, *System der Criminalrechtswissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen über das gemeine und Preussische Criminalrecht*, 1826; *ders.*, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, 1835; *ders.*, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836; *Köstlin*, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845; *ders.*, *System des deutschen Strafrechts*. 1. Abt., ↗

ル主義について語ることができ、その伝統には、フーゴ・ヘルシュナー (Hugo Hälschner) も連なっていた<sup>22)</sup>。しかしながら、このようなヘーゲル主義の形式を、結局のところ、今日まで行われているような固有の学問上の要求のために挫折した、重要ではあるが、しかし問題のある唯一の学派と特徴づけることは、新たに構築された刑法学の理解と歴史的な位置づけにとってあまり有益なものではないだろう<sup>23)</sup>。実際に、ここでは、決定的には、アドルフ・メルケル、フランツ・フォン・リスト、カール・ビンディングおよびリヒャルト・レーニンク (Richard Loening) によって世に知らしめられ、そしてとりわけ19世紀の終わりには、——少なくともそのように吹聴されたのだが——「反形而上学的な」学問プログラムに力を持たせることに役立ったという解釈だけが主張され続けてきた<sup>24)</sup>。しかし、見誤ってはならないのは、相対立する理論上の論争および刑事政策的な影響をめぐる「闘争」によって形成されたということであり、それは、19世紀の大部分がどちらかといえば、既に先に素描された、この世紀の前半における刑法学の新たな調整 (Neujustierung) から読み取ることができ<sup>25)</sup>、また、ハイน์リッヒ・アルベルト・ツァハリエ (Heinrich Albert Zachariae)、ユリウス・グラザー (Julius Glaser)、あるいはカール・ヨーゼフ・アントン・ミッターマイヤー (Carl Joseph Anton Mittermaier) のような立場でも示されている。ミッターマイヤーは、周知のように、著しい変更を加えているが、フォエルバッハの教科書を受け継いだ<sup>26)</sup>。

もっとも、ヘーゲル主義が、とりわけベルナーのヴァリエーションにおいて、19世紀のその他の学派から際立っているのは、それがこのような学問理解によって、同時に、

↘ Allgemeiner Teil, 1855; *ders.*, in: Geföler (Hrsg.), Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1858.

22) *Hälschner*, Das Preußische Strafrecht, Teil 1/2, 1855/1858; *ders.*, Gerichtssaal 21 (1869), S. 11 ff. 及び 81 ff.; *ders.*, Gerichtssaal 28 (1876), S. 401 ff.; *ders.*, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 2, 1881-1884.

23) それについては、例えば、*Klug*, in: *ders.* (Hrsg.), Skeptische Rechtsphilosophie, 1981, S. 149 ff. を見よ。

24) *Merkel*, ZStW 1 (1881), S. 553 ff.; *v. Liszt*, ZStW 1 (1881), S. 337 f.; *ders.*, ZStW 3 (1883), S. 1 ff.; *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 1872; Bd. 2, 1877; *Loening*, ZStW 3 (1883), S. 219 ff.

25) これについて有益なのは、*Ignor* (Fn. 13).

26) *Zachariae*, Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846; *Glaser*, Gesammelte kleinere Schriften, 1. Teil: Über Strafrecht und Strafprozeß, 2. Aufl. 1883; *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847.

先ほど言及された、科学的な実証主義へと向かう傾向に逆らうような法および自由の構想を主張したという点である。そのことから、その構想の継受は、遅くとも1882/83年の『マルブルク綱領』によって、形而上学的な思考スタイルと反形而上学的なそれ、つまり超越論的な刑法理論と目的合理的・帰結志向的な解釈学との対立をもたらしたが、今日に至るまで、そのような言明の耐久能力については十分に釈明されていない<sup>27)</sup>。理論的に全能であるかのような印象が持たれ続けてきたが<sup>28)</sup>、そのような印象から、「現実主義的な刑法」(H. マイヤー [H. Meyer]) は、ようやくやっとの思いで自らを解放しなければならなかった<sup>29)</sup>。ベルナーは、それについて、決して明確に立場を示さなかった。彼は、おそらく、このような展開の推進力を過小評価すらしていた。そのことを推測させるのは、少なくとも、彼の教科書の後の版においていくつかの定式化である<sup>30)</sup>。それに代えて、彼は、例えば、1843年の『刑事帰責論綱要 (Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre)』、1847年の『犯罪に対する共犯の理論 (Lehre von der Teilnahme am Verbrechen)』、1845年の『これまでの刑罰論の現象論的叙述のための草稿 (Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen

27) 別の箇所でも、再度、このことを扱うこととする。この議論については、さしあたり *Schmidt*, *Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, S. 294. もっとも、これに反対するものとして既に、*v. Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 1, 1925, S. 309.

28) 刑法におけるヘーゲルの専制について最初に語ったのは、ランツベルク (*Landsberg*) であった。*Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt., 2. Hb, 1910, S. 383, 668 ff.

29) マイヤーにおいては、以下のようなことが述べられている。すなわち、「刑法における観念論的な方向づけと現実主義的な方向づけとの間のかつての争いは、長きにわたり、前者の有利に判定されているように見えたあとで、今では、喧騒を伴い、現実主義的な方向づけの時代が到来している。」*H. Meyer*, *Gerichtssaal* 33 (1881), S. 101 ff., 161 ff. (Inhaltsangabe in der Zeitschrift I, S. 604). *v. Liszt*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1882/83), S. 7 においても引用されている。

30) 刑法各則に目を向けると、ベルナーは、16版のためのはしがきにおいて以下のように記述している。すなわち、「これまで以上に各則の詳細に立ち入ることを、教科書の目的が許さない。私は、本書に向けられた期待に沿うことができないことを残念に思っている。私からすれば、本書は、既に拡張よりも縮小する方が適切であるほど分量を増してしまった。」本書（だけではないが）の批判及び議論において明らかになるのは、刑法の教科書が果たさなければならないとされることに関するイメージは、遅くとも1880年代以降、様々な学派および派閥との間で全くばらばらになったということである。

Straftheorien)』といった自身の初期の公刊物以降<sup>31)</sup>、自らの『刑法教科書 (Lehrbuch des Strafrecht)』——初版は1857年、最終的には18版が1898年に出版された——に至るまで、制定法と概念適合的な刑法を相互に媒介する、すなわち哲学的基礎の上に立つ刑法学を構想する試みを堅持した<sup>32)</sup>。このような衝動 (Impuls) は、既に彼の共犯に關する著作において明らかにされているが、そこでベルナーは、断固として、自らがとろうとしている立場を強調する。そこでは、以下のように述べられている。

「しかし学問は現在、危機に陥っている。学問は、かつての自らの基礎を無にすることにより、新たな立脚点を作り出しつつある。この作業を行っている者たちの数は、きわめてわずかである。それゆえに、このようなわずかな数の者たちが相互に意思を疎通させようとする必要がある。……最近の哲学 [つまり、ヘーゲル的な思弁の哲学：ペンノ・ツァーベル記す] があらゆる新たな学問の基礎、つまり刑法の基礎にもならなければならないということは、学問の一般的な連関にほんのわずか一瞥をくれた者にとってさえ自明の理である。」<sup>33)</sup>

教科書において——および、ここでは特に総論との関係において——、我々は、最終的にさらなる精緻化を見出す。というのは、あらゆる学問にとって、さらにはあらゆる個別科学にとっても、学問は原理の導出でもってのはじめて、構造物の基礎であることをはじめるということが妥当するとされるからである。もっとも、その限りで、二つの態様が存在するとされる。

「これ [個別科学：訳者記す] を自分自身のうちで完全に円環をなしており、かつ閉じられた全体として取り扱おうとするか、あるいはその最高度の知識への従属を考慮し、そこからそれによって、それ [個別科学：訳者記す] をこのような (哲学の) 知識から導出することをはじめるかのいずれかである」<sup>34)</sup>

第一の態様が、ベルナーにとって経験的な記述方法に対応するのに対して、第二の態様においては、「真の学問的な記述方法」が問題となっている<sup>35)</sup>。というのは、ベル

31) *Berner*, Neues Archiv des Criminalrechts, 1845, S. 144 ff.

32) さらに、1849年の彼の論文についても考慮すべきである。*Berner*, Über den Begriff des Verbrechens, Neues Archiv des Criminalrechts, 1849, S. 442 ff.

33) *Berner*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847, S. 21 f.

34) *Berner*, Lehrbuch des Strafrechts, 1. Aufl. 1857, S. 2 f.

35) Ebd.

ナーが引き続き述べるように、哲学の中に「個別科学の思想的根源、基礎があるからである。それを等閑視するならば、空中に建築すること、さらには記述されるべき学問を基礎なしに始めることを意味する——学問性という性格を否定することを意味する」<sup>36)</sup>。

いかに密接にベルナーが、学問に関する自らの理解を、ヘーゲルの『エンツィクロペディ』に表れているような思弁的体系に依拠しているかは看過されるべきではない。ケストリンは、自らの『レヴィジオン (Neue Revision)』で、アーベックによって選別的にしか行われていないヘーゲルの理論設計の継承を<sup>37)</sup>、刑法の体系全体へと拡張し、そしてそれにより、哲学的に根拠づけられた時代の転換を宣言する<sup>38)</sup>という意図を追求した。そして、ベルナーにおいては、遅くとも教科書で、制定法に関連づけられた犯罪論および専門化された法適用の文脈におけるヘーゲルのカテゴリーの適応も重要な位置を占めている。実定的かつ純粋に概念適合的な刑法という表題の下で述べられているところによれば、「ここで我々の関心事とされる刑法が実定的であることは、その学問的性格を損なうものではない。実定性は、法概念それ自体の要求である。それ自身の性質及び任務によれば、法は実定的であるべきである」<sup>39)</sup>。ベルナーは、このような(刑)法の学問性と実定性が互いに排除しあわない、否それどころか相互に必然的に結びつきあうという洞察を、このことは特定の実定法がいたるところで「哲学的」学問の諸要求を充足することを意味するわけではないという制限と同様に、ヘーゲルの『法哲

36) Ebd.

37) *Abegg*, *Strafrechtstheorien* (Fn. 21); *Abegg*, *Lehrbuch* (Fn. 21); *ebd.*, *Die Berechtigung der deutschen Criminalwissenschaft der Gegenwart*, 1859. アーベックの構想の欠陥については、本稿では適切な形で論じることではできない。この点については、さしあたり *Ramb*, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005, S. 56 ff. 参照。ただし、個別の問い、および問題 (Einzelfrage und -probleme) については、——それがベルナーの構想と関連する限りで——次章で言及する。

38) *Köstlin*, *Neue Revision* (Fn. 21), S. 10. それにもかかわらず、ケストリンの『レヴィジオン』が、ベルナーの教科書と比べて、当時、刑法、刑法学および刑法上のヘーゲル主義の発展に対してほとんど影響を与えなかったことは、彼が早逝したことにより、理論的な前提を首尾一貫して刑法に応用することを妨げられたことも関係しているといつてよいだろう。さしあたり、*Landsberg*, (Fn. 28), S. 680; *Nagler*, *Die Strafe*, 1918, S. 451 参照。

39) *Berner*, (Fn. 21), S. 2. [*Berner*, (Fn. 34), S. 5 の誤りであると思われる：訳者記す]。例えば、ランツベルクは、興味深いことに、ベルナーの教科書の「教授法の明確さ、および巧みさ」、さらに「実践的有用性」を強調する。*Landsberg* (Fn. 28), S. 686 f. 参照。

学綱要』から継承している。「いたるところで、純粋な概念がその経験的存在の中で程度の差こそあれ濁らされているようにみえるのと同様に、我々は、実定刑法が学問の要求から逸脱していることがめずらしくないことにも気づくであろう」<sup>40)</sup>。法の純粋な——超越論的な、ア・プリオリな——側面と経験的な側面、理論と実践との間のこのような緊張は、ベルナーにとって、第一の法の問題もしくは隠れた盲点というわけではなく、現実<sup>41)</sup>に作用しているものとしての法に属する。そのため、このような両極間の緊張が、それ自体、再び理論的に処理されるだけでなく、理論と実践の相互関係を考慮する実務家という属性も真摯に受け止められなければならない。ベルナーが自身の著書である『犯罪に対する共犯の理論』において記しているところによれば、「何よりもまず実務家が要求するのは、自らに与えられる理論が、わざとらしく、不自然に気取った概念の組み合わせに依拠しないこと、むしろその理論が、現実性が内に含んでいる現実の(real)思考構造を、その現実性から出してきた、直観へと至らせることである。というのは、実務家は、自らが物事の現実の原理を掌握するや否や、自らがカズイスティックの使い手であることを知るからである」<sup>41)</sup>。そして、同じ著作において、彼がこのような物の見方をさらに先鋭化するの、彼がまさにカント的に以下のように定式化する場合である。

「理論が実践的でない場合、その理論家は、悪い理論家である。これに対して、その者が有能な理論家である場合、その理論は実践的でもある。理論において正しいものは、実践においても正しいのであり、実践において誤っているものは、既に理論において誤っているのである」<sup>42)</sup>。

哲学的な基礎に基づく刑法学というベルナーの構想は、明らかに、しばしば闘争概念の意味において用いられるヘーゲル主義という名称が推測させるよりも多層的かつ接続可能なものである<sup>43)</sup>。それによって、基礎に置かれる理論枠組みの全ての想定が我々の賛成を得るべきであったということが述べられるわけではない。最も重要な問題のいくつかについては、後に述べることにする。しかし、ベルナーの学問哲学的な立場は、

40) *Berner* (Fn. 34), S. 5. さらに、*Hegel* (Fn. 6), §§ 1, 3 及び33も参照。

41) *Berner*, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, 1845, Vorrede, S. III ff.

42) A. a. O., S. 5.

43) 前述の検討も見よ。このような方向において同様であるのは、*Frommel*, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, S. 163; *Schild* (Fn. 1), S. 755 ff.

19世紀後半においては、法律家の間ではどちらかといえば珍しい目標設定（*Programmatik*）の下で、きわめて攻撃的に自然法、法則性および歴史を結びつけるものである。自然法は、ここでは、人間の行為、政治体制および社会制度に関する根本的な理性の要求をあらわしており、法則性は、国家による法典化という形での必然的な実定性および客観性をあらわしている。あらゆる（実定）法の歴史性を強調することによって、ベルナーは、形式及び形態が変更しうることへの注意を喚起する。しかし、刑法学にとっては、まさに、新たな形態——制定法および解釈学——において理性的な核心を把握し、あるいはまたそれが欠けていることをも批判することが重要であるということである。ベルナーが自身の『帰責論』において述べるところによれば、

「……真であるのは、真の思弁的な考察全体が、理性的なものが既に存在しているものの中にあることを前提としているということ、およびある物が把握される、つまり概念適合的なものとして示されることを通じて、そのある物が正当化されるように見える限りで、その考察が現に存在しているものを正当化しようとするということである。しかしこれによって、歴史的な解明は、原則的に、それがそれどころかこのような立脚点でのみ可能になるという程度で切り出されるものでしかない。まさにこれが、ア・プリオリな考察方法とア・ポストエリオリな取り扱い方の一面性を止揚するという最近の哲学の大きな利点なのである。」<sup>44)</sup>

彼の刑法学の構想における自然法、法則性および歴史との間のこのような結びつきは、ベルナーに、そのつどの歴史的状況およびそこに沈積された刑法政策、とりわけ帝国の統一性が失われていく経過の中で生じる法律学的な個別主義（*Partikularismus*）との攻撃的な態様を可能にする。その効果が過渡期における学問である。その下で、学問の基礎と対象の絶えざる反省の過程が理解されるならば、結局のところ、あらゆる学問は、根本において、いかなる時代でも過渡期における学問である。そして、（実定）法は、それ自身の客観性と歴史によって、周知のような著しい変化の推進力（*Transformationsdynamiken*）を高める。その限りで、ヘーゲル的な学問プロジェクトは、少なくとも、部分的に、内裂しているドイツ普通刑法にとって代わるような重心をもたらす。とりわけ、確かなにおお発展している（ヘーゲルの用語で言えば、未だ即自かつ対自的に

44) *Berner*, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843, S. 233. 全体について同様であるのは、*Stübinger*, *Schuld, Strafrecht und Geschichte*, 2000, S. 178, 182 ff.; さらに *Ramb* (Fn. 37), S. 240 f.



存在していない)が、しかし即自的には既に存在する法理念へと立ち返ることは、——ケストリンとベルナーが述べるところによれば——刑法学に連続性、方向づけ及び統一を保障するとされる<sup>45)</sup>。ただし、刑法学は、理性的であり、かつ行為実働的な(handlungswirksam)法原理の認識だけでなく、実定法の(新たな)形成をも促進することができる歴史哲学へと組み入れられる。ケストリンが述べるところによれば、哲学的な反省によって保障された洞察は、

「克服された文化段階を暴力的に保持する、精神と良心なき全ての試みに対するのと同様に、現にあるものをすべて覆すあらゆるラディカルな試みに対して、法律家に抵抗力をもたすことができるような風潮を、もっぱら法律家に[与える]」とされる<sup>46)</sup>。

どのようにして、そのことがヘーゲル主義的な学問プロジェクトにおいて表れるのかは、ベルナーの教科書の刊行歴からよく見てとることができる。ヴォルフガング・シルト(Wolfgang Schild)は、第18版の復刻版についての解説において、正当にも、教科書の初版とそれ以降の版の間で重点がどのように変遷しているかを指摘した<sup>47)</sup>。ベルナーは、はじめのうちは、哲学的基礎、あるいは彼がしばしば言及しているように、実定刑法と純概念的な刑法の関係を明らかにするために、きわめて多くのスペースを割いており、ここでは、明らかに(expressis verbis)、「哲学的な立脚点の不可欠さ」が語られているが<sup>48)</sup>、しかし、このような関心は、1871年の第5版以降、そのときには現行法となっていたライヒ刑法典の批判的再構成のために後退している。1874年に教科書の第7版では、以下のように述べられている。

「今日のドイツ刑法は、[多数の領邦法典に浮遊する蜃気楼(Fata Morgana)ではなく]ドイツ刑法典という刑法である。その理論は、もはや実定性から離れた抽象である

45) ケストリンにとって、それがどのような結果になるのか、すなわち「実定刑法の内部における発展の要素、およびその普遍的な歴史としてのあらゆる実定刑法は、練り上げられた哲学的体系と一致するということ」も明らかである。Köstlin, Neue Revision (Fn. 21), S. 15f. 参照。その限りで、法理念は、「あらゆる時代の発展段階の価値に対する偽りのない試金石」となり、そして「どのようにしてこの時代の陶冶がさらに促進されるのかを認識するための手段」になる。Köstlin, Neue Revision (Fn. 21), S. 652.

46) Köstlin, System (Fn. 21), S. 7.

47) Schild (Fn. 1), S. 755 ff.

48) Berner (Fn. 34), S. 2.

ことは許されないのであり、実在を貫通する法典の規定を出発点として、厳密な解釈によって法律の射程を推し量らなければならない<sup>49)</sup>。

そして、学問的な批判すら相対化される。ベルナーが述べるによれば、確かに学問は絶えず批判にさらされているが、「しかし優れた法典の出現により、かなり実在性を伴った水準にあり、そしていまや少なくとも主として所与のものを改良するという課題を有するのである<sup>50)</sup>。それによって、哲学的な（法）学、つまり自然法、法則性及び歴史という複数の主題の重なり（Engführung）は現実へと到達した。しかしながら、ベルナーにとって、そのことは、——今日的な見地からすれば、もしかするとそのように解されうるかもしれないが——いずれにせよどのように理解したとしても、法実証主義、もしくはそれどころか法律実証主義と理解されるものへの変節と同じことを意味するわけではない。刑法上のヘーゲル主義という観点からすれば、法理念、法概念および法規（ライヒ刑法典）の同一化に顕現するのは、むしろ近代的な法の理性による進歩の約束、つまりは阻止することのできない弁証法の約束事なのである<sup>51)</sup>。それがヘーゲルのカテゴリー、とりわけヘーゲル論理学の正確な理解に対応するのは、ここでは措いておく<sup>52)</sup>。また、たとえそうだとすると、そこから引き出された、哲学的な情報を得た刑法学がいまや現行法の解釈に限定されうるといふ帰結は、理論的な反省という批判的な潜在力をあまりにも価値の小さいものであると見込み違いしているかどうか未確定のままにしておこう。しかし、学問史の皮肉は、まさに、理論が終焉を迎えているように見えるその瞬間において——おそらくベルナーを、もしかするとより強くいえば、さらにヘルシュナーをもそのように理解することが許されるだろうが——<sup>53)</sup>、

49) *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1874, Vorwort, S. VI. ベルナーは、第18版において、その際に断固として以下のように定式化する。すなわち、「しかし、学問は、事物の本性からあらゆる犯罪の種類の種類構成要件を導くことができるにもかかわらず、立法者が厳密に確定することは、裁判官による恣意に対する安定性という支配者による要請である。……実定法が与えようとする理論的記述は、自己創出的な定義から出発することを許さず、法定の定義を厳格に保持し、かつそこから構成要件を展開しなければならない。」

50) *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1871, Vorwort, S. VIII.

51) *Berner* (Fn. 50), Vorwort, S. VII.

52) *Stekeler-Weithofer* (Fn. 7).

53) さしあたり *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881 を参照。ヘーゲル的な不法概念に対するヘルシュナーの批判・修正、それから対立的に議論された、責任ある不法と責任なき不法

多くの点で、まさしくヘーゲル主義が標榜したものの反対を表現する学問の構想が強力な意義を獲得したという点に存する<sup>54)</sup>。確かに、二つの学問構想、つまり思弁的・觀念論的なそれと進化論的・自然主義的なそれは、既に比較的長い期間どちらも重要な役割を果たしていたということは否定できない<sup>55)</sup>。しかし、法の新たな実定性は、いまや、いわば、理性の進歩の約束事が国家的に保護された秩序政策の方向づけの独占に変化する際の頂点かつ交差点になる。その限りで、法の新たな実定性は、即座に、新たな学問、すなわち学問上の実証主義という学問——のちに、ラートブルフのところでそうなるように、新カント主義の理論設計の中に埋め込まれた<sup>56)</sup>——を始動させるために、過渡期にある学問、すなわち刑法上のヘーゲル主義という学問を終わらせた。それにより、周知のように、刑法学内部における自然法的な根拠づけモデルのあらゆる形態に対するその反感を隠さないプロジェクトが始動することになる<sup>57)</sup>。

### Ⅲ. 不法論、犯罪論及び刑罰の根拠づけ

#### 1. 不法論と犯罪論

ベルナーにおける不法論、犯罪論及び刑罰の基礎づけは、先ほど素描された哲学的な

---

↘という彼の区別については、ここでは深く立ち入ることはできない（それについては、*Hälschner*, *Gerichtssaal* 21 [1869], S. 11 ff. 及び S. 81 ff.）。この点を既に述べていた *Nagler*, in: *Festschrift Binding*, 1911, S. 333 ff.; *Ramb* (Fn. 44), S. 204 ff., 214 ff. を見よ。同様に、刑罰の根拠づけの枠組みにおける退避行動について議論することもできない。それについての詳細は、*v. Bar*, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, 1882, S. 293 に見受けられる。

54) しかしながら、ここでもまた、当時の論者たち、例えば、メルケル、レーニク、ビンディング及びフォン・リストの共通の反対の立場の根底をなしているのは、ヘーゲル主義との理論的な対決ではなかったということは考えられるべきである。フォン・リストが主張しているように、正反対の前提を出発点とする全く異なる構想、つまり反形而上学的な構想が問題とされていた。さしあたり、*Frommel* (Fn. 43), S. 163 参照。

55) それについては、再度、*Schnädelbach* (Fn. 14), S. 94 ff. 参照。

56) 以下の諸文献が有益である。*Böckenförde*, *ARSP-Beiheft* 37 (1990), S. 33, 35 ff.; *Schmitt*, in: *Buve/Forsthoff* (Hrsg.), *Säkularisation und Utopie*, *Ebracher Studien*, 1967, S. 37 ff. ラートブルフについて具体的には、*Wiegand*, *Unrichtiges Recht*, 2004, *passim*.

57) メルケル、ビンディングおよびフォン・リストの学問構想の共通点と相違点については、再度、*Frommel* (Fn. 43), S. 42 ff. および 169 ff. 参照。

情報を得た刑法学の理念なしには理解されない。その限りで、絶えず既に基礎に置かれた意味論、概念という道具、および可変的な理論的文脈が重要である。まず、不法論と犯罪論を見ていくこととする。既に不法論の枠組みにおいて、ベルナーは、ヘーゲルの思弁的な論証プログラムを法律学的な帰属の論理でもって媒介しようと努めている<sup>58)</sup>。ここで出発点をなすのは、ヘーゲルによって、抽象法において展開された不法の形式、とりわけ民事（「無邪気な」）不法、詐欺および犯罪である<sup>59)</sup>。もっとも、ヘーゲルは、この脈絡において、法律学的・解釈学的な概念性を整序することを問題としていたわけではない、少なくとも第一次的にはそうではないということについては、明確にしておかなければならない。特定の葛藤状況における不法と不法の中和の関係を規定することは、一方で、現実哲学（Realphilosophie）が依拠する（本質に関する）論理的なカテゴリーを背景にして行われる。ヘーゲルにとって、このような不法と不法に対する応答に関する関係の規定では、何よりもまず、意志の形態において普遍性と特殊性の弁証法が示されている。というのは、弁証法は、同時に、承認された社会領域としての、つまり自由な意志の定在としての法の自己発展の前提だからである<sup>60)</sup>。他方で、そして少なからず重要なことなのだが、抽象法の規範的な考慮は、あらゆる法秩序の超越論的な基礎を、すなわち自由を確保する制裁力の必然性を示し、その輪郭を与えるとされる。ベルナーは、その他の刑法上のヘーゲル主義者と同様に、それと同時に現れている意味論上の翻訳の必要性を——一方では哲学的な形式および概念の分析があり、他方では法律学的な刑罰の正当化がある——完全に自覚している。それにもかかわらず、そこには、苛立ちが隠し切れないことを見落とすべきではない。そこで、ベルナーは、詐欺の箇所に、シカーネ（Chikane）〔悪意による権利行使・権利行使に藉口した加害：訳者記す〕を置くというヘーゲルの図式を修正した。そして、対案として、詐欺を犯罪不法の下位

58) 以下で述べることについては、*Berner* (Fn. 20), 467 ff.; *ders.*, (Fn. 34) S. 38 ff. 参照。

59) *Hegel* (Fn. 6), §§ 82 ff.

60) さしあたり、『法哲学綱要』31節を参照。すなわち、「方法についていえば、学問においては、概念がそれ自身から自らを展開するのであり、ただ概念の諸規定の内面的な前進と産出があるだけである。つまりその進行は、様々な関係が存在することを断言することによって、しかも他のところから拾い上げられた素材に対して、普遍的なものを適用することによって行われるわけではない。右の方法は、これまで本書では論理学から前提されている。」〔翻訳に際し、藤野渉＝赤沢正敏訳『法の哲学 I』（中央公論新社・2001年）126頁を参照した。：訳者記す〕

形式の一つにする<sup>61)</sup>。シカーネという概念は、一方の側が自らの請求権の不法性について知っているが、それにもかかわらず、かかる請求権の貫徹をさらに追求するような状況を明らかに捉えるものとされている。

ベルナーによれば、「民事訴訟における双方当事者は、自らの権利以外の何も欲していない限りでのみ、不法は、純然たる民事不法にとどまっている。例えば、いずれかの当事者が、自らが民事訴訟において自己の物として請求している物が自らに属するものではないことを知っている場合、その民事不法は、シカーネという中間概念へと移行し、さらにそれどころか詐欺、およびそれに伴い刑事不法へと移行する。シカーネは、要するに、「民事不法から刑事不法への架け橋である」<sup>62)</sup>。

ベルナーの関心事は——他の刑法哲学者と同じく——、おそらく、刑法の側、つまり法律学的な分類から概念上の連関性を作り出す点にある。もっとも、このようなアプローチは、既に言及したように、本来のヘーゲルの根拠づけの関心を見誤っている<sup>63)</sup>。そのことは、ヘーゲルが刑法上重要な詐欺という逸脱行為を刑法解釈学の対象とすることについて全く留意していなかったであろうということの意味するわけではない<sup>64)</sup>。しかし、ヘーゲルにとっては、抽象法における三つに分かれた不法の（止揚の）意味論を手がかりにして、特に形式的な自由の標準という第一の必然的なトポグラフィーが重要であった。しかし、まさに、ベルナーにおいて、そしてアーベック、ケストリン及びヘルシュナーにおいても確認することができる、ヘーゲル的な意味論の法学化は、哲学的及び（本質に関する）論理的な根拠づけの関心から距離を置いているだけではない。それは、刑法理論上の議論においても批判されている。とりわけアドルフ・メルケルは、内的な概念上の摩擦への注意を喚起している。

61) *Berner* (Fn. 34), S. 103 f. 参照。独自の不法形式としての詐欺のカテゴリーの一般的な拒絶（しかも、ヘーゲリアナーにおいてだけではない）については、*Ramb* (Fn. 37), S. 27.

62) *Berner* (Fn. 34), S. 38. さらに *Michelet*, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie als die praktische Philosophie enthaltend Rechts-, Sitten- und Gesellschaftslehre*, Bd. 1, 1866, S. 233 も見よ。

63) このような方向において同様であるのは、*von Bar*, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 1882 (ND 1992), S. 279.

64) 19世紀前半において進展していた解釈学については、*Schild*, *ÖzöR* 29 (1978), S. 8 参照。

## 19世紀におけるヘーゲル学派（1）

メルケルによれば、「何が、一般意志の内的承認とその不承認との中間なのか？ 一般意志からの特殊意志の外的逸脱は、特殊意志にとって存在するかしないかのいずれかである。その間には、架け橋が存在するかしないかのいずれかである。シカーネについてはいまや、メルケルがひきつづき述べるところによれば、「明らかに前者の場合にあてはまる。それゆえに、もちろんシカーネは、——ベルナーは否定するが——『法に対する拒絶』を内容としており、したがってベルナーの見解によれば、刑罰を結果としてもたらさなければならないだろう」<sup>65)</sup>。

つまり、メルケルは、いかにヘーゲルの概念性の機能化が法律学的分類の内的連関性をも掘りくずす恐れがあるのかに気づいている。というのは、シカーネを不法体系上、民事不法と犯罪との中間概念と位置づけるベルナーのアイデアは、どの程度、一方で個人の組織化領域、他方で全体としての共同体に関係づけられる、法＝権利侵害の質的に異なる形態間での概念的限界づけも果たされるのかを広範囲にわたり説明しないままにしているからである。完全に法律学的論証のレベルに依拠するメルケルが自らの批判によって注意を喚起するのは、ベルナーは二つの異なる「論理」、すなわち概念（および理念）というヘーゲル的な論理と刑法体系上の帰属という論理を同一化しようとしているが、それは少なくともそのようには同一化されえないということである。そのことは、関連する概念性とのかわりにおいて、例えば、一般意志と特殊意志において、法に対する「無邪気な」矛盾と自覚的な矛盾の規定において、あるいは論理的な判断の質の具体的な分類において生じる苛立ちをも——ときおり混乱状態をも——明らかにする。その限りで、ベルナーが自身の教科書の後の版で、シカーネという不法の形式を次第に周辺に追いやっているということはさほど不思議ではないように思われる<sup>66)</sup>。

犯罪のカテゴリーによって、ベルナーは、再び、直接的にヘーゲルの不法の意味論に依拠する。それによれば、犯罪は、「否定・無限判断、すなわちその普遍性における法

65) *Merkel, Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, 1867, S. 9; 要約的であるのは、*Ramb* (Fn. 37), S. 170 f.

66) 例えば、*Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 9. Aufl. 1877, S. 39 参照。そこでは、以下のように述べられている。すなわち、「国家は、（履行もしくは賠償のための）民事強制が法秩序の維持にとって十分ではない場合に限り、刑罰強制を行う。可罰性においては、故意（*Dolus*）と過失（*Kulpa*）の区別が本質的であり、賠償義務においては、その区別は重要ではない」。

の否定、法としての法の否定」である<sup>67)</sup>。犯罪において、刑事不法は、民事不法との関係において、——ヘーゲルおよびベルナーからすれば——人格の権利能力の否定を特徴づける点で対照をなしている。ベルナーが述べるところによれば、犯罪においては、共同の生活の承認が止揚され、「その結果、主体は、述語の領域を完全に否定し、そして退ける……。犯罪者は、法という基盤の上で、このような基盤を絶対的に否定する行為を行う」<sup>68)</sup>。このような脈絡における行為の言及は、同時に、広い意味における犯罪論を参照する。ベルナーにとって、法＝権利侵害の形式としての犯罪の規範的な分類だけが問題なのではない。というのは、少なくとも、それを超えて——そしてその限りで、彼の構想は全くもって近代的であるのだが——実体的な具体化、そして我々が今日述べるように、犯罪解釈学的な具体化が同様に重要だからである。実体的な具体化は、刑法にとっての内的なものとの外的なもの、つまり道徳と法の必然的な区別を強調する。「個別の行為だけが、その人全体と同じように」、ベルナーが述べるには、「裁かれるべきである」[引用は、*Berner* (Fn. 20), 456 による。：訳者注]。まさしくこのような行動(Akt)に表れるような悪性だけが可罰的なものとして考慮されるのであり、従前の経歴全体(die ganze Vita antea)は、それが個人の行為の中に復活しておらず、かつ観念的に現在しない限りで考慮されないのである。

「単に内側にとどまっており、何らかの方法で個別の行為という現実の生きたモメントをなさないものはすべて」、ベルナーがさらに述べるところでは、「動機、目的などとしてある。——それは、完全に刑法裁判官の判断からは免れている。というのは、国家は、客観性の領域上の支配者にすぎず、そして自らの人倫性を有する主体は、それが自らの行為によって客観性へと外化する(entäußern)限りでのみ国家の手に委ねられるからである」<sup>69)</sup>。

これに対して、行為の犯罪解釈学的具体化は、特殊な刑法上の帰属プログラムを把握する。ベルナーは、今日においても我々によく知られている構成要件という概念においてこのプログラムを明確にするが、それはいまだ何かしら異なる意味領域を有している<sup>70)</sup>。

67) *Berner* (Fn. 20), 468 f.

68) Ebd.

69) *Berner* (Fn. 20), 442, 456.

70) これは、ベルナーの時代では、今日通用している犯罪のシェーマ、すなわち構成要件、違法性、責任がそのような形式ではいまだ用いられていなかったというこ

## 19世紀におけるヘーゲル学派（1）

「一般構成要件を通じて……概観を得ようとする場合、犯罪は行為であるということ  
を前提にしなければならない。それ以外なお犯罪について言明するものはすべて、行  
為、つまり主体に与えられる評価にすぎない」。

それゆえに、行為という概念は、犯罪論、あるいは一般構成要件論の構成を規定する  
確固たる骨組みでなければならないとされる。行為としての犯罪の諸要件は、ベルナー  
が述べるには、

「1）行為の起因たる主体、2）行為が向けられる客体、3）主体が用いる、客体に効果  
を及ぼしうる手段」である。しかしながら、ベルナーが明確にするように、「主体、客  
体及び手段は、なお現実の行為ではなく、そのための条件にすぎない。しかしこのよう  
な条件が備わっている場合、主体の犯罪意志は手段を用いて、そしてそれによって客体  
にその犯罪意志を実現することができる」<sup>71)</sup>。

ここでは、ベルナーが体系的な行為・帰属論の中に犯罪意志、およびそれによってい  
わば法＝権利を侵害する意思をどのように位置づけようとしているのを見ることができ  
る。これに対応して、そこでは、以下のように述べられている。

「そのような意志の所為（That）への生きた媒介を行為（Handlung）と呼ぶ。行為は、  
外界という土台の上にある意志の運動であり、このような運動の客観的に積み重ねられ  
た結果のみを特徴づける所為とは異なる」<sup>72)</sup>。

犯罪的な（帰属可能な）意志は、刑法におけるあらゆる帰属の構成要素である。すな  
わち、行為という概念が及ぶ限り、ベルナーが自らの教科書の第1版において綱領的に  
記しているように、「帰属の概念も及ぶのである。そして行為という概念が終わるとこ  
ろでは、帰属の概念もとだえるのである」<sup>73)</sup>。犯罪は、帰属可能な行為であり、それに  
伴い責任非難の根拠であり、それと結びつく刑罰による制裁の規範的な結節点である。  
帰属論は、その展開においていかさまを行った。今日、このようなベルナーの洞察は、  
少なくともその根本においては争われていないといってよいだろう<sup>74)</sup>。

---

↘とである。

71) *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, S. 108.

72) *Berner* (Fn. 34), S. 138.

73) *Berner* (Fn. 34), S. 138.

74) さしあたり *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *Schild*, GA ↗



2. 刑罰の根拠づけ

ベルナーの刑罰の根拠づけの理念は、他のヘーゲル主義者のそれと同様に、過渡期にある学問の特徴的な現れである。一方で、ヘーゲル的な哲学的前提が引き続き記述されているが、他方で、ますます多様化している社会における制裁の需要が理論的に考慮されるべきとされている。つまり、(思弁的な)哲学と個別学という主題の重なり、すなわち既に述べたように、19世紀後半以降、絶えずほとんど支持者が見られず、そして最終的にはビンディング的、あるいはリスト的な実証主義によって取って代わられるプロジェクトが改めて問題となっている。ベルナーは、刑罰の基礎づけについての自らの考察と、本稿では付言的にしか立ち入ることができないが、アーベックとケストリンの先行研究を結びつけている。両者が繰り返し強調していたのは、相対的な刑罰目的の効果によって、ヘーゲル的な理論設計を強化し、内容を豊かにすることが、所為に相応した刑罰理論の目標でなければならないということであった<sup>75)</sup>。アーベックとケストリンにとって、それは、とりわけ、抽象法から市民社会、そして国家に関する人倫的な脈絡に至る過程で、ヘーゲルの刑罰論の論理的・思弁的な展開が概念的に異なって基礎づけられるという帰結をもたらす<sup>76)</sup>。とりわけケストリンは、ヘーゲルの理論設計と一線を画して、主観的かつ客観的に方向づけられた刑罰の目的規定の体系を展開する。それによれば、犯罪の一般的な危険性という観点も、行為者の個別の動機づけも、一般予防的及び特別予防的な制裁メカニズムの重奏の中に——公共の福祉もしくは個人の福祉に関連づけて——その対応関係を見出さなければならない犯罪概念の部分要素を構成する<sup>77)</sup>。しかし、アーベック、それから、のちのベルナーとヘルシュナーと同様に、ケストリンもまた、相対的な刑罰目的の重奏が根本的な刑罰原理内部でのみ完全な効果を発揮しようということを明確にしている。ケストリンが『ドイツ刑法の体系』において強調するのは、「したがって刑罰が、社会にとって絶対的な防衛手段になるという目的を維持すべきだとすれば」、「犯罪は、行為者が、それによって、人倫的な共同体におい

↘1995, S. 101; *Zabel*, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, 2007 を参照。それから *Hörnle*, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf?*, 2013 も見よ。

75) *Abegg* (Fn. 21); *ders.* *Strafrechtstheorien* (Fn. 21); *Köstlin*, *System* (Fn. 21); *ders.*, *Neue Revision* (Fn. 21) を見よ。全体については、*Seelmann*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1996, *passim* も見よ。

76) *Abegg*, *Strafrechtstheorien* (Fn. 21), S. 18f. 等; *Köstlin*, *Neue Revision* (Fn. 21), S. 32 ff., S. 389 f., S. 48 ff., S. 389 f. 及び S. 764 ff.

77) *Köstlin*, *System* (Fn. 21), S. 17.; *ders.* *Neue Revision* (Fn. 21), S. 626 ff.

て活動するという自らの権利を完全に実現したのでなければならないといえる、そこまでの深みをもっていなければならない」ということである。そしてさらに続けて以下のように述べる。

「刑罰が威嚇、調教および改善というカテゴリーの下で示されることが許されるとする場合、行為における主体性は、人倫的未成熟という状態に逆戻りしており、それゆえに懲らしめ（Zucht）を必要とするものとしてあらわれなければならない」<sup>78)</sup>。

ベルナーは、アーベックとケストリンの刑罰（目的）の根拠づけを継承する限りにおいて、彼は、このことを二重の態様で、つまり系譜学的観点と体系的観点で行っている。系譜学的観点についていえば、ベルナーにとっては、構造及び反省史（Struktur- und Reflexionsgeschichte）の方法で、概念的必然、換言すれば、絶対刑論の自由理論的な優位性を示すことが重要である。それゆえに、ベルナーは、以下のように述べる。

「様々な刑罰理論の記述は、単なる分類であってはならず、刑罰理論の現象学でなければならない。換言すれば、後続の理論が先行する理論の何かしらの欠陥を把握し、これに論駁する一方で、後続の理論自身、つまり論駁する理論もまた同様に後の理論によって欠陥あるものと認識され、それにより打倒されるということによって、いかに、あらゆる後続の理論が常に先行する理論に対して進歩をなしているかが示される必要がある。相手に後続する試みのこのような否定的な態度によって、」ベルナーの結論が示すように、「先行する全てのものは、過去のもの、一時的に現れるもの、現象になる」<sup>79)</sup>。

このプロジェクトの叙述において、本質的、歴史的に影響のある理論モデル、とりわけ「旧威嚇説（alte Abschreckungstheorie）」、「刑罰の賦課および刑罰法規による威嚇説（Zufügungs- und Androhungstheorien）」、「補償説（Vergütungstheorien）」、そして最後にカントとヘーゲルの絶対刑論が議論され、徹底的に検討しつくされている（abgearbeitet）<sup>80)</sup>。ベルナーは、刑罰論の現象学的発展を用いて、罪が犯されたという理由でしか処罰されてはならないという犯罪に対する全ての応答の法原理的な基礎に対する洞察として、絶対刑論の概念的必然を主張しようとしている。犯罪行為それ自体の中に、刑罰の根拠が探究されなければならないというのである<sup>81)</sup>。ベルナーの現象学

78) *Köstlin*, System (Fn. 21), S. 414.

79) *Berner*, Neues Archiv des Criminalrechts 1845, S. 146.

80) *Berner* (Fn. 79), 159.

81) *Berner* (Fn. 79), 157.

は、明らかに、『精神現象学』、およびその後の『歴史哲学』におけるヘーゲルのプログラムを参照しており、また一見すると、これと同様の関心すら有している。まず第一に、共同体的な知および行為の反省史を概念へと至らせることがやはり問題となっている。もっとも、認識関心と方法、「刑罰理論史」と原理の基礎づけというベルナーの複数の主題の重なりには、ヘーゲル的な実践形式の分析との相違もある。既に不法論及び犯罪論の再定式化において見たように、再度、論証の機能的な漂流 (Drift) を見ることができる<sup>82)</sup>。理性的根拠に依拠する人間の条件 (conditio humana) の自己反省というパラダイムは、程度の差こそあれ、直接的に、刑法という狭く限界づけられた領域と、それと並行して現れる制裁の実践へと押し込められる。ところで、ヘーゲルにおいても、法は、理性の歴史へと組み込まれた規範的秩序の一部である<sup>83)</sup>。しかし、包括的な実践形式の分析というヘーゲルの観念は、先に述べたように、法、および特に刑罰に関する可変的な実践もそこに服する思弁的な論理という前提に依拠している。存在論理的、本質論理的および概念論理的なカテゴリーへの立ち返りにおいてはじめて、このような理論枠組みにおいて、法の妥当要求と方向づけの給付が、市民社会と国家という人倫の脈絡において後づけ可能なものになる。論理に基づく実践形式の分析のこのプロジェクトは、ヘーゲルの時代では、徹底的に相対立する論争の対象であった。これに対して、ベルナーは、批判的な対決にも、独自のさらなる展開にも関心を持っていない。むしろ、関心の中心にあるのは、首尾一貫した正当化の連関の構成である。これは、ヘーゲルの思弁的な基本想定から広範囲にわたり離れた構成である。ヘーゲルとベルナーが、同じように絶対的刑罰論しか法的に根拠づけることはできないと見なしていることを前提とする場合でも、そのことは何ら変わらない。というのは、ヘーゲルの精神の自由史の再構成——その内部では、刑罰論は、何よりもまず法概念の反省論理的な要素である——に代えて、ベルナーにおいては、学問的な理論の争いの機能的図式化があるからである<sup>84)</sup>。しかしながら、このような機能的図式化は、(ヘーゲルの意味における) 概念的基礎を欠く。すなわち、そのような機能的図式化は、個別学の理論的な給付力、およびそれと同時に現れる、そのつどの社会的および国家的な枠組みにおいて承認された、コンフリクトを克服する技術を用いることができるという刑法の潜在力にしか焦点をあて

82) 既に上述した検討を参照。

83) *Hegel, Phänomenologie des Geistes*, in: Nordrh.-Westf. Akad. Wiss. (Fn. 1), Bd. 9, 1980; ;ders. (Fn. 6), §§ 341 ff.

84) *Berner* (Fn. 79), 148 f.

ていないのである。

しかし、ベルナーにとって、まさしくこのような「準弁証法的な（quasidialektische）」刑罰論の図式化が、彼自身の刑罰の根拠づけ構想の出発点、すなわち目的から解き放たれた刑罰の根拠づけと、目的に基づく量刑解釈の原理的結合である<sup>85)</sup>。アーベックとケストリンと同様に、ベルナーは、刑罰の任務を不法否認的な所為の清算（Tatausgleich）に認めている。

「犯罪、つまり法としての法の侵害は、無効なものである」。ベルナーがヘーゲルに密接に依拠して述べるところによれば、「このような内的無効性において、それは刑罰によって顕現される。犯罪は、廃棄することができない法を廃棄することを欲する限りにおいて無効なものである。このような無効性は、そのようなものとして顕現する、つまりそれは否定される。したがって、刑罰は否定の否定であり、それゆえに肯定的な法の肯定である。」<sup>86)</sup>

とりわけ刑罰目的の体系化に尽力したアーベック及びケストリンとは異なり、ベルナーは、応報の程度とその手続的（prozedural）・概念的な規定に特に注目している<sup>87)</sup>。確かに、ベルナーにとって、応報の構想を通じて、刑罰の質が具体化されることは明白である。しかし、ベルナーにとっては、このような態様で、刑罰的正義——所為に対する応報の質——がそれ自体損なわれることなく、制裁の量が相対的な刑罰目的によって影響されうるということもまた明らかである。ベルナーは、自らの量刑の根拠づけのために、明らかにヘーゲルの論理、とりわけ存在論を援用している<sup>88)</sup>。

ヘーゲルは、存在論において、特に、質（Qualität）、量（Quantität）及び度量（Maß）のカテゴリーを展開する。「自然の数学（Mathematik der Natur）」（シユテ

85) Berner (Fn. 79), 168 f. さらに、ders. (Fn. 34), S. 30 ff. 参照。

86) Berner (Fn. 79), 160.

87) ただし、これと並んで、ベルナーは、アーベック、ヴィルト（Wirth）、ケストリンにならって、刑罰目的の独自の正当化をも議論する。さしあたり、Berner (Fn. 34), S. 27 f., 31 を参照。しかし、これに関する彼の考察および提言は、ほとんど、先に挙げた論者たちの構想を超えるものではない。これとは全く反対に、刑罰目的の独自性というベルナーの理念は、自身が「古典的」予防論に対しても持ち出していたものと同じ批判にさらされる。というのは、どのような概念形式で所為に対する応報と目的規定が相互に存在するのかが確定されていないからである。

88) Berner (Fn. 79), S. 168 f.; ders. (Fn. 34), S. 33; それについては、さらに Ramb (Fn. 37), S. 193 ff. 参照。

ケーラー・ヴァイトホーファー (Stekeler-Weithofer) の意味であると言ってもよい。それによって、ヘーゲルは、質的及び量的な度量の規定 (Maßbestimmung)、例えば、(0度から100度までの) 水の尺度 (Maßbestimmung) が具体的な存在形式および実体形式を特徴づけることができるということを示そうとしている。しかし、ヘーゲルは、この説明によって、とりわけ存在論理——精神の存在規定の分析——がその限りで常に既に最終的には化学と物理に対しても妥当するような、自然的な度量の恣意的でない座標系を参照することに固執している<sup>89)</sup>。

ベルナーは、いまや、このような存在論理的な度量概念を刑罰の根拠づけ構想へと転用する。その根拠づけの目標を認識することは困難ではない。すなわち、度量概念は、具体的な刑罰要求の法律学的・実用主義的な形式への(抽象的な)応報原理の概念的な適応を可能にするときされる。度量の質的側面は、犯罪と刑罰の必然的な規範的結合、すなわち自由の侵害と自由の回復の相互性を表すとされる。他方で、量的側面は、あらゆる応報の形式が、「経験的な」人及び具体的なコンフリクトにも関係しており(今日の法は、誤って、自然人と述べている)、そしてそれゆえに感性的な害悪の賦課の段階化可能な度量を含んでいなければならないという事実を考慮するとされる。確かに、ベルナーは、その度量の規定の中に沈積する緊張状態を認めている。というのは、応報の量が正しい刑罰(質)を上書きし、そしてそれによって制裁の度量の喪失へと導いてしまう可能性が常に残りつづけるからである<sup>90)</sup>。しかし、その「概念上の独自の論理」において、応報の度量の規定は、ベルナーにとって、その内部で賦課される苦痛の量が、それにもかかわらず正当な刑罰を保障することができる(判断の)余地の想定を可能にするとされる。教科書において、ベルナーは、以下のように定式化する。

「同じような態様で、応報的正義という概念は、それによって要求される感性的な苦痛の量に比例する。この量は、絶対的に規定されるのではなく、最大値と最小値の間にある。裁判官と立法者は、その双方の限界点の内部で加重ないし減輕する限りで、それは、依然として正義の要請を充たしている。」[引用は、*Berner* (Fn. 34), S. 33 による。: 訳者注]

ベルナーが引き続き述べるところによれば、そのように保障されたこの余地において、

89) *Hegel*, *Wissenschaft der Logik*, in: *Nordrh.-Westf. Akad. Wiss.* (Fn. 1), Bd. 11, 1978, S. 1-409.

90) *Berner* (Fn. 79), 169.

絶対論は、「いわば堅固で重厚な基音」を奏で、これに対して、相対論は、「軽快な和音を付随的に鳴らして、絶対論との調和を図ろうとする」<sup>91)</sup>。ベルナーの「系譜学上の現象学」においても同様に、ここでも——刑罰の根拠づけの脈絡で——、そして結論的には、ヘーゲルの構想との相違は極端に大きいものではない。周知のように、ヘーゲルは、自らの刑罰論を、(市民社会における) 制度化された司法という前提の下ではじめて、完全に展開していた。しかし、そこでは、このような脈絡において、所為に対する応報を超える刑罰目的の承認も強調している<sup>92)</sup>。もっとも、ヘーゲルは、同時に、制定法によってあらかじめ与えられた(可変的な) 制裁による威嚇と結びつく、相対的な刑罰目的の手續化(Prozeduralisierung)は、論理的・概念的な根拠づけにもはや到達できないということを指摘していた<sup>93)</sup>。ベルナーが自らの側で、ヘーゲルのアプローチを修正することができる考えたことは、第一には、おそらく存在論理の誤った解釈に依拠するものであろうが<sup>94)</sup>、さらには刑法上のヘーゲル主義者の法律学的な立場のせいでもある。ベルナーの誤りは、とりわけ彼が自らの「手續化された」刑量及び自然的な度量を同置する点に存する。しかし、ヘーゲルにとって、刑量は自然的な度量ではなく、そしてさらに存在論理というカテゴリーによって説明することができないということは明らかである。むしろ、刑量は、多次元的な刑罰概念の一要素を有効化させるものであり、その具体的な量は、特殊法律学的な——哲学的ではない——活動と専門化された手續の結果なのである。実際、ベルナーも、その中で正しい(応報)刑が規定されなければならないところの裁判官の裁量について言及するときにそのことを認める。その際、

91) *Berner* (Fn. 34), S. 33. [*Berner* (Fn. 79), 171 の誤りである。：訳者記す]

92) *Hegel* (Fn. 6), §§ 209 ff., 218.

93) *Hegel* (Fn. 6), § 218 A: 「犯罪、つまりいまや本質的には法律が妥当していることに関する表象及び意識として規定されるような即自的に無限な侵害は、定在として、質的及び量的な相違に従って測られなければならないので(96節)、市民社会にとっての危険性は、大きさの規定であるか、あるいはその質的な諸規定の規定でもある。——しかし、このような質にせよ、大きさにせよ、市民社会の状態に応じて変わるものである。[……] 市民社会にとっての危険性という観点は、犯罪を重大化させるように見えるが、むしろ、とりわけこの観点がその処罰を軽減したのである。そのため、刑法典は、とりわけその時代と、その時代の市民社会の状態に依存するのである」[翻訳に際し、藤野渉=赤沢正敏訳『法の哲学Ⅱ』(中央公論新社・2001年) 161頁を参照した。：訳者記す]。

94) *Ramb* (Fn. 37), S. 195 もそのことを見誤っている。ヘーゲルとベルナーの相違は、この点では、まさしく用語法のものだけではないのである。

もっばら、まさしく論理的・概念的な導出が問題となっているわけではないのである<sup>95)</sup>。

ベルナーの刑罰の根拠づけ、とりわけ応報的な基礎と目的関係的な度量の規定の結合は、刑事司法上の論証過程及び判断過程の理論的合理化の試みとして全く後づけることができる。ベルナーは、全ての関連する概念および実践の哲学的な浸透によって、19世紀において法治国家および立法国家の制御に関する多くの関心、さらには市民社会の新しい期待にさらされていた刑法の自由的な潜在力を確かなものにしようとしていた<sup>96)</sup>。もっとも、このような試みは、再度、哲学的な情報を得た刑法理論が直面する問題を示している。というのは、そのような刑法理論は、一方で、それなしでは、不法、帰属、犯罪及び刑罰について有意味に語るができないような概念的・規範的枠組みを示さなければならず、他方で、その理論的焦点から必然的に、個別学的、かつ刑罰解釈学的なコンフリクトの処理の哲学的分析に余地を与えなければならない限界を規定しなければならないからである。あるいは換言すれば、個別学としての刑法が適切な帰結を獲得するとされるのであれば、それは、まさしく具体的な法及び法律の適用の領域において、(窃盗、故殺、あるいは恐喝としての)可罰性の実体的規定、あるいは(「手続的真实」を守るという意味における)証拠法の形式的な組織化だけが考えられるとされる、他の論証の論理に従わなければならない。しかし、そのことは、解釈学の論証手続及び判断手続が恣意的になってしまうことを意味するわけではない。これらは、自明のことであるが、個別学的合理性、対象関係的な一貫性および説得性の基準で測られる。加えて、それらは、社会に関する一般的な社会道徳的なイメージと矛盾しない、もしくは根拠なく矛盾しないとされた。哲学的分析と個別学的合理性は、その限りで緊張関係及び補充関係にある。しかし、このような異なる根拠づけ及び論証の標準の組み合わせに対し、ベルナーは、懐疑的な立場をとっているようにみえる。厳密に解すれば、彼は、法律学的な理論のフォーマットに限られた正当化可能性しか認めておらず、そしてそれゆえに哲学的・概念的根拠づけの領域を可能な限り拡張しようとする。ヘーゲル主義者の多くの解釈学的立場、およびとりわけベルナーのそれは、後の法実証主義的に、すなわち「反形而上学的に」方向づけられた刑法学にとっても少なくとも受け入れ可能であった、

95) もっとも、量刑法は、法律上の基礎に基づいて(今日では、刑法46条1項)、量刑裁量の構想を解釈学的に専門化した。さしあたり、Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2015, S. 255 ff. を参照。

96) Zabel (Fn. 3), S. 151 ff.

あるいは受け入れ可能であったであろうにもかかわらず、もしかすると、このような刑法における「哲学的な過剰」も<sup>97)</sup>、既に最初に言及した刑法哲学の周辺化に寄与したのかもしれない<sup>98)</sup>。

#### IV. 反省された正義の政策としての刑事政策

これまで見てきたように、たとえベルナーが刑法における哲学的な根拠づけに広い余地を与えており、かつそこに彼の認識関心の重点をも認めていたとしても、彼は、早い時期から刑事政策を自らの理論的な論述へと組み込んでいた<sup>99)</sup>。もしかすると、このような形をとっているのは、刑法上のヘーゲル主義者でただ一人かもしれない。もちろん、それによって、1880年代以降に、フランツ・フォン・リストが主張し、そして今日に至るまで我々のイメージに刻み込まれているような学問的な刑事政策のプロジェクトが論じられているわけではない<sup>100)</sup>。というのは、ベルナーの哲学的な学問理解ときわめて自然科学（「反形而上学」）が充填されているフォン・リストのそれとの間には大きな隔たりがあるからである。ベルナーは、政策的なものを、（もっぱら）効果的な法益保護という目的合理的な約束として理解するような態様で刑事政策に取り組んでいない。刑事政策は、ベルナーにとって、むしろ社会相応的な刑罰正義を表したものである。その限りで、ベルナーは、所為に対する絶対的応報と相対的な刑罰目的の結合という自らの構想のもとでもアプローチすることができる<sup>101)</sup>。ベルナーが述べるように、刑事政策は、「有用さ、福祉、社会目的と刑事司法の要求を調和させる技術である」。それゆえに、ベルナーが引き続き述べているところによれば、刑法との関係は、抽象的に正しいものと合目的なものとの関係として規定することができるだろう<sup>102)</sup>。このような定式化は、のちの機能的及び介入主義的な刑事政策の理解、およびそれと学問との関係の

97) もちろん、ヘーゲル主義的な刑法構想に対するその後の拒絶についてのその他の根拠がさらに存在したのではあるが、ここで論じることはできない。

98) IIの下での検討を見よ。

99) この論述は、ベルナーの立法学と併せて読まれなければならない。*Berner* (Fn. 34), S. 79 ff. 参照。（この箇所には、後に「ドイツ帝国法典（Gesetzbuch für das Deutsche Reich）」についての注釈が入る。そのようなものとして、*Berner* [Fn. 71], S. 34 ff.）

100) それは、とりわけ、フォン・リストによって、1882/83年に公表されたマルブルク綱領（ZStW 3 [1883], S. 1 ff.）によって打ち出された。

101) このような構想の批判については、それ以前の叙述を参照。

102) *Berner* (Fn. 34), S. 31 f., 39.



理解を先取りしているがゆえに注目に値する。しかし、ベルナーは、二つの異なる認識的及び社会的世界の中に、刑法と刑事政策を位置づけようとは全くしていない。というのは、ベルナーにとって、刑法は、決して抽象的な正しさの学問ではないからである。これとは全く反対に、有用さ、福祉および社会の目的をも刑法の全体構想へと統合することを可能にするために、刑罰目的と正義を統合することによって、基礎が創出されるとされる。

「我々が見てきたのは」、教科書の第1版において述べられているところによれば、「どのようにして合目的なものもは正しさの内なる生から生じるのか、どのようにして合目的性の考慮は正義と結びつくのか、またどのようにして合目的性の考慮は、それによって刑罰がその内なる核心において単なる有用性の規則へと墮落することなく、刑罰の態様と程度から影響を行使するのか、である」。

それがために、応報的な正義は、「内的に組織された目的活動」としても把握されるのだろう。「そのような刑罰論に依拠する刑法体系」は、ベルナーが結論づけているように、「刑事政策と反対をなすことはもはやできない。というのも、それは、自らのうちに同じものを含んでいるからである」<sup>103)</sup>。しかし、ベルナーの（量）刑の根拠づけの構想について述べることができる批判を度外視すれば、その方法論的な方向性は興味深い。今日通常そうであるように、認識的社会的に異なる世界における刑事政策並びに刑法を両極化することに対して、ベルナーは、同様の哲学的かつ法規範的な刑事政策の埋め込みを行う。そのことは、少なくとも、犯罪化と非犯罪化の形式であるとされる刑事政策的な目標であっても、包括的な正義の標準を充足しようと欲するならば、一般的に承認された原理に方向づけられていなければならないという限りで説得的である<sup>104)</sup>。ベルナーは、ドイツの法治国家および立法国家が——規範的な基礎をも含めて——ようやく、我々が今日、自由的で民主主義的な立憲国家と名づけるものへと発展しはじめた時代に自らの刑法の構想を定式化しただけに、彼にとって、そのような立ち返りはなおさら重要である。ベルナーは、過渡期の理論家であったが、しかしまさしくそのことによって、近代刑法の構築に対して（例えば、ライヒ刑法典という形で）多大な影響を有していたことが、再度明らかになる。しかし、たとえ刑法の正当化問題がその間、憲法

103) *Berner* (Fn. 34), S. 39 f.

104) ベルナーは、1869年の北ドイツ連邦刑法典のための準備に関与し、それにきわめて詳細な批判を行っていた。

理論および民主主義理論の脈絡で論じられる（必要がある）、また刑事政策が何よりもまず民主主義的な討議の実践の対象であるとしても、現在の刑法理論にとっても、法律上、および自由の確保に関するこのような実践の要求を哲学的に反省し、かつこの要求の誤りを批判するという課題は残り続ける。——そしてそうだとすれば、ベルナーの考え方のアクチュアリティはその点に存する。

## V. ベルナーの意義と継受

ベルナーは、当時の半世紀以上、刑法学上の議論に参加していた。帰責論と犯罪論、共犯、およびもちろん刑罰の基礎づけについての彼の著作と並んで、とりわけ彼の教科書があり、それは、刑法学だけでなく、刑法教育にも影響を与えた。それにもかかわらず、——あるいは、まさにそれがゆえに——ベルナーは、学者コミュニティ（scientific community）の中で評価が定まらないままである。ベルナーは、おそらく、哲学的な、つまり超越論的な刑法の基礎づけに固執していたが、しかし同時に、（これまで見てきたように、刑法哲学及び解釈学に関する関心が常に適切に探究されているわけではないのではあるが）ますます前面に出ている、機能的、事例および手続関係的な個別学としての刑法の性格に気づいていたがゆえに、両極化した。犯罪論および刑罰論をめぐる論争、また総則および各則の体系化をめぐる論争において、それは明確に反映されている<sup>105)</sup>。ベルナーの刑法に関する構想に対する評価がどのように異なりえたのかは、例えば、フォン・リストとゴルトシュミットの立場に示されている<sup>106)</sup>。フランツ・フォン・リストは、1886年に全刑法学雑誌（ZStW）において〔ベルナーの：訳者記す〕教科書の第14版を書評している。その書評では、徹底的な批判が行われている。それによって、フォン・リストは、明らかに、ベルナーの学識がもはやその時代の水準に達していないということを論証しようとしている。彼は、現在の学説、立法及び判例が不完全にしか組み込まれていなかったということを難なく示すことができる<sup>107)</sup>。そのこと

105) 例えば、*Landsberg* (Fn. 28), 3. Abt., 2. Hb., S. 383, 668 ff.; *Loening* (Fn. 24), 219 ff.; *Schmidt* (Fn. 27), S. 300 参照。これに対して、*Radbruch*, in: *Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld*, 1949, S. 7 ff., 16 は、傾向として、このことを好意的に述べている。現在の議論については、*Köhler*, in: *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, S. 11 ff., 17.

106) *v. Liszt*, ZStW 6 (1886), S. 399 および *Goldschmidt*, DJZ 1907, S. 170 f. 参照。

107) しかし、その限りで、版を重ねることにより、またそれによって生じる、加筆されるべき規範の総体（Normbestand）の範囲の変化により、教科書のコンセプト

は、彼に、今日のドイツの法律文献において、「浅薄さで、ベルナーの教科書に匹敵する」教科書を示すことはできないだろうという結論へと至らせるきっかけとなっている。さらに、彼は辛辣な皮肉を続け、「しかし、そのため、絶えずほとんど労力をかけることなく、本書を読むことができる」と述べる<sup>108)</sup>。フォン・リストとベルナーの学問的見解は最高度に異なるものであり、このことに我々はすでに注目してきた。しかし、この書評において、特に明らかになるのは、フォン・リストは、自らの理論設計と相対立する刑法哲学の前提と帰結に対峙するつもりが全くないということである。それゆえに、フォン・リストは、(もはや)ベルナーの刑法構想の体系的基礎、刑法理論と刑法解釈学の結合を——批判的にですら——考慮に入れる必要はないとさえ見なしている。このように、刑法の教科書は、法に関する技術者にとって知識の貯蔵庫であると宣言されているが、そのことは問題ではない。というのは、本来の学問的関心は、フォン・リストが述べるところによれば、哲学的な形而上学のいかなる「縛り」からも逃れた刑事政策に向けられているからである。これに対して、J. ゴルトシュミットは異なる。すなわち、彼は、ベルナーの構想に関する自らの叙述の中で、まず、刑法上のヘーゲル主義も含めて、基礎にある理論枠組みのいくぶん大雑把なイメージを素描する。しかし同時に、彼は、このような構想の基礎づけ要求及び体系化要求を明確に述べようと努めている。ゴルトシュミットによれば、刑法学は、ベルナーに、「フォイエエルバッハ以来、彼〔ベルナー：訳者記す〕以前には誰もなしえなかったような心理学的かつ倫理的な基礎の深化」を負っている。さらに述べられているところによれば、ベルナーにとって、「彼の諸概念は、彼が物事の本質へと突き進むための手段でしかなか」った。そして、とりわけ、刑法の倫理的基盤への概念のジンテーゼの適用は、もっぱら、「中間なるもの、すなわち正しいことを探究すること」に役立った。もっとも、ゴルトシュミットの最終的な判断によれば、ベルナーは、決して純粋な経験主義者ではなかったとされる。というのも、「しかし、これは、形式的な側面においてではなく、むしろその本質の形而上学的な特徴において、その最終的な原因を有していた」からである<sup>109)</sup>。いまやこの点に関して、ベルナーおよびその刑法理論の位置づけについて議論することができるだろう。

---

↘トに関する問題が示されている。そのことは、とりわけ、刑法の基礎理論上の問題も、帰属論および犯罪解釈学という個別問題および現行の実定法も取り扱われるべきであったという点にあった。

108) *v. Liszt* (Fn. 106), S. 399 f. 参照。

109) *Goldschmidt* (Fn. 106), S. 170 f.

しかしそれでもやはり、ベルナーがそれを基にしており、かつそれなしには彼の刑法理論をほとんど理解することができないような思想的および哲学的な資源が明らかになる。

彼が19世紀後半において構築したような哲学および個別学的な実証主義は、もはや、カント及びヘーゲルに由来する観念論的な理論設計、その形而上学的な基本的想定を出発点とすることはできない。法、とりわけ刑法は、他の学問の理論的な要求を充足すべきであるとされた<sup>110)</sup>。今日では周知のように、哲学的及び個別学的な実証主義は最終的な結論ではなかった。そのことは、刑法では、このような思想が跡形もなく看過されているということの意味しない。例えば、罪刑法定主義（Gesetzlichkeitsprinzip）の強化、手続の形式性要件、あるいは規範解釈の文化を想起すれば、事情はそれとは反対である。それにもかかわらず、現代刑法学は、実証主義の意義及び影響を相対化した。刑法学は、フランツ・フォン・リストが考えたように、まさしく社会科学、社会技術および解釈学との間だけで展開されているというものではない。しかし、刑法及び刑法学は、「自由浮動的な自然法（freischwebendes Naturrecht）」の履行補助者でもない——もちろん、ヘーゲルもベルナーもそのようには主張していなかった——のであり、社会的に承認された、自由を保障する制度なのである。ベルナーの関心事は、まさしく、このような自由の保障という理念を、まさに近代国家の刑罰権がそうであるように、個人の主観的権利を尊重する刑法にとって実りの多いものにするににあった。そのために行った彼の中心的な論証が、彼が行為論として形成した帰属論であり、またこれと同様に、社会的及び法律学的な需要を目標とする刑罰論である。ヘーゲル哲学によって、このようなプロジェクトを追求する道に対しては、懐疑的な態度をとる者もいるかもしれないし、そうでない者もいるかもしれない。同様のことは、個別の点における根拠づけにもいえる。だが、全ての刑法学がその概念と実践の理論的基礎づけを必要とするという確信については、おそらくのところ争いはないだろう。

110) このような学問的要求は、ほとんどまだ解明されていない、一連の形而上学的な想定とも結びつけられないかは、ここで、これ以上論じられることのできない問題である。