

[翻訳] 大学における刑法とその実践

その他のタイトル	[Translation] Strafrecht in Universitat und Praxis
著者	ツァツィック ライナー, 飯島 暢
雑誌名	ノモス = Nomos
巻	49
ページ	119-135
発行年	2021-12-31
URL	http://doi.org/10.32286/00026407

大学における刑法とその実践

ライナー・ツァツィック (Rainer Zaczyk)

(飯島 暢 訳)

I.

Ingeborg Puppe は、その含蓄のある学問的業績において、刑法総論及び各論の多くの問いとともに、方法論の問題を繰り返し取り上げ、更には、法学一般及びその応用である刑法の任務とそのあり方に関する省察をも提示してきた¹⁾。教育上の問題をも彼女は絶えず視野に入れており、学問とその実践の関係は彼女にとり常に重大な関心事であった。Puppe によって取り扱われた刑法解釈学上の論点に寄与できる論稿を書くか（それによって、ボン大学の同僚である彼女からその誕生日の数日後に激しい学問上の論争の中で鋭く釈明を求められる危険を引き受けることになる）、それとも我々の間で多くの点でより迅速に意見の一致を見ることができテーマを論じるのかという選択肢の前で、私は後者を選ぶことにした。確かに、このテーマ（理論と実践の関係として定式化されることが多いものである）は既に頻繁に取り上げられてきた²⁾。しかし、研究及び教育における学問とその実践が「刑法」という両者を統合する課題を背景にして結び付けられる限りでは、本稿ではいくらか異なる方法で叙述がなされるべきである。学問自体における最近の新た

1) 後者については、*Puppe*, Vorwort, in: dies., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, 2006, S. 13 ff.; *dies.*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008; *dies.*, *Besorgter Brief an einen künftigen Strafrechtswissenschaftler*, GA 1999, S. 409 ff. (辛辣な内容である); *dies.*, *Gespräch in einem Wartezimmer über die Macht und die Wissenschaft*, in: *Festschrift für E. A. Wolff*, 1998, S. 417 ff. を見よ。*Ingeborg Puppe* は、彼女自身の師匠に関する多くのことを *Wilhelm Gallas als akademischer Lehrer*, in: *Küper* (Hrsg.), *In memoriam Wilhelm Gallas (1903-1989)*, 1991, S. 29 ff. において記しているが、このような叙述から大学教員としての彼女の問題意識を読みとることができる。

2) 刑法学と刑法の実践〔実務〕の関係に関する近時の文献としては、例えば、*Burkhardt*, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, in: *Hassemer u. a.* (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, S. 111 ff.; *Erb*, *Strafrechtswissenschaft, höchstrichterliche Rechtsprechung und tatrichterliche Praxis des Strafrechts*, in: *ZStW* 113 (2001), S. 1 ff.; *Frisch*, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in: *Tröndle-Festschrift*, 1989, S. 19 ff.; *Meyer-Goßner*, *Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren*, in: *ZRP* 2000, S. 345 ff.; *Radtke*, *Gestörte Wechselbezüge?*, in: *ZStW* 119 (2007), S. 69 ff. — 本稿の叙述は、私が以前に記した一連の業績である *Strafrecht als Wissenschaft an der Universität*, in: *Festgabe für Otto Theisen*, 1996, S. 35 ff.; *Über Theorie und Praxis im Recht*, in: *Festschrift für Hans Dahs*, 2005, S. 33 ff.; *Was ist Strafrechtsdogmatik?*, in: *Festschrift für Wilfried Küper*, 2007, S. 723 ff. を補充するものである。

な傾向もまたこの点の契機となるものであり³⁾、まずはこれらの傾向に対して一定の態度表明を行う必要がある。

II.

1. 大学において、刑法は法学の一部として研究及び教育の対象となる。(例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州の大学法35条によれば) 教授は自らの専門分野を研究と教育において担当しなければならない。特に大学外の領域では、「研究 (Forschung)」の概念には、深く考えることもなく特に自然科学のひな型に基づいた経験的な研究がまさに結び付けられてしまう。このような理解から「全刑法学」においては、例えば犯罪学、司法心理学、司法精神医学、或いは行刑における経験的な知見が研究されるべきとなった一方で、刑法の総論と各論はそのようなものではないとされたのであろう。そこにあるのは、最大多数の原理に基づいていつか「通説」を形成することになる見解の集合体でしかないとされたのであろう。そのような——最終的には侮蔑されるべき——考え方に対しては、法学においては精神科学が問題になっているとの指摘では何の助けにもならない。何故ならば、——現在において通常なされているように——精神科学について確固とした帰結に到達する可能性が認められない場合には⁴⁾、精神科学にはいわゆる書籍及び議論のための学問として片付けられてしまう運命しか残されていないからである。このような運命を法学について現実的なものとして明確にしようとしても、立法者はその鶴の一声で学問における全ての長談義を終了させてしまう。

(刑) 法学については、本質的に批判的な基礎研究であることをその内容に見いだすことによつてのみ、研究のための独自の領域を同学に保障するという試みが可能となる⁵⁾。つまり、学問として追求すべき事柄となるのは、刑法及び刑罰の(批判的な)正当化なのである。このことが刑法学の任務の一部分であることは確かなのだが、このような限定化には一つの危険性が潜んでいる。つまり、Reinhard von Frankのような注釈者を単なる「法の補助者」として扱い、学問は実務についても多少「配慮する」ことだけで十分であるとする場合には⁶⁾、刑法学の真のマイスターは重

3) この点については、Rotsch, Zur Hypertrophie des Rechts, in: ZIS 2008, S. 1 ff. (これに対しては既に Puppe, Eine strafrechtswissenschaftliche Bußpredigt, in: ZIS 2008, S. 67 ff.); Fischer, Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung - Fremde seltsame Welten, in: Festschrift für Rainer Hamm, 2008, S. 63 ff. を見よ。

4) この点につき、ここでは次のようなテーゼを意図したわけである。つまり、人間自身であるもの(それは自然法則ではあり得ない)においてではなく、人間よりも内容の乏しい(自然の)領域においてのみ、より確実な法則に至り得ると主張する態度において思考が崩壊していくことが示されるというテーゼである。このように見る限りでは、我々の時代は、Bertrand Russelが彼の祖母に語った「精神とは何か? それは決して物質ではない。物質とは何か? それは決して精神ではない」(Russel, Autobiographie I, 1972, S. 55) という言葉遊びに依拠しているのである。

5) この点については、Jakobs, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 ff. を参照。

6) ここでの二つの表現は、Jakobs (Fn. 5), S. 135で用いられているものである。

要な諸問題に取り組む者だけであり、残りの者は法を単に「取扱い可能な」ものにしていただけである⁷⁾との誤解に接近してしまう。

しかし、ここで問われるのは、法における研究に値するのは専ら基礎研究だけであるのか否かである⁸⁾。既に以前より、いずれにせよヨーロッパ大陸では、法学はその活動の（相対的に）確固たる基盤を、法的な諸規則と実定法を自己の探求の対象として見なすことにより得てきたのである⁹⁾。法または不法の認識の一般的な基準に関する（最終的には法哲学的な）問いにおいても実定法は「適切な手引きとしては使える」とのKantの指摘¹⁰⁾を早計に無視すべきではない。故に、法律の内容を解釈し、体系化し、時折修正しながらそれを更に形成していくことは、十分な研究材料を提供するのである。だが、このことが本稿で論じるべき文脈においては単なる部分的な側面ではない点については、心に留めておかなければならない。

2. a) Puppeは、彼女の著書である『法学的思惟の小さな学校』において、今日決して自明ではない事柄を出発点として選んでいる。つまり、同書の第1章は「法における諸概念」とのタイトルが付されている¹¹⁾。これを方法論を扱った他者の著作と比較する場合、このような出発点の特殊性がまさに明らかとなる。Hans Martin Pawlowskiは、彼の著作である『法律家のための方法論』¹²⁾を導入部の後で「法規範の機能」という章から始めている。Reinhold Zippeliusの著書では第1章のタイトルは「法の問題と機能」である¹³⁾、Karl Larenzは、彼の『法学方法論』の体系の部の始まりを「法学の一般的特徴づけ」としている¹⁴⁾。Puppeが——上記の他の論者達とは異なり——刑法学者であり、そのため基本法103条2項を考慮して概念を中心に据える必要があったことだけを理由にして彼女がそのようなアプローチのやり方を採用したと推測するのは早計であろう。確かに、そのことは彼女の著書の構成の動機であったのかもしれないが、当該の構成の根拠は、たとえ憲法において実定化されていたとしても、実定的な諸規定の単なる参照を通じた場合と比較して、法的思考のより深い層から汲み取られるものであり得るのである。

b) 過去150年間に渡り法学においては方法論を巡って論争がなされてきたことからすると、概念を出発点にすることは一見すると幾らかナイーブであるように見えるかもしれない。何故なら

7) そのような表現を用いるのは、Schulz, Die Strafrechtsdogmatik nach dem Ende der vor- und außerjuristischen Gerechtigkeit, in: Engel/Schön (Fn. 5), S. 136 ff., S. 144等である。このような定式化が、専門技術的に (technokratisch) 誤解されない場合には、正当な内容を多少は含んでいることも確かである。

8) 当該の領域を全く正当により広く設定するのは、Kindhäuser, Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung - Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?, in: ZStW 121 (2009), S. 954 ff. である。

9) この点から、Frisch, Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens - am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts, in: Engel/Schön (Fn. 5), S. 156 ff. は法学を「解釈学的な学問」としてしている。

10) Kant, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, §B (Ak. Ausg. Bd. 6, S. 230) [引用文の翻訳については、樽井正義・池尾恭一訳「人倫の形而上学」(岩波書店版カント全集11、2002年) 48頁を参照した: 記者記す]。

11) Kleine Schule (Fn. 1), S. 15 ff.

12) 3. Aufl. 1999, S. 23 ff.

13) Zippelius, Juristische Methodenlehre¹⁰⁾, 2006, S. 1 ff.

14) 6. Aufl. 1991, S. 189 ff.

ばこの間、法学においては、哲学における方法論を巡る論争との関係でそれとパラレルな展開がなされてきたからである。まだ Hegel においては、概念はその核心部で力動性 (Dynamik) を含んでおり、概念は形式と内容を現実形成的な方法で媒介していた。このような方法の中身にはドイツ観念論の実際上の根源である Kant の実践哲学があったのである。19世紀の精神史の歩みの中でこのような結合は消失した。概念は単に言語上の記号或いは論理形式となり、それによって内容から分離されて、所与の世界を数学的・自然科学的に把握する領域へと押し込まれたのである。しかし、当為を通じて現実性を形成する型 (Größe) としての法は、そこに留まることはできなかつた。つまり、当為は——どのような方法であれ常に——生の現実性を自らと、そして法それ自体と結び付けなければならなかつたのである。このような結合は、(例えば、Rudolf von Ihering 或いは Franz von Liszt の場合には) 概念の形式が客観化される形で確定された距離をとるという前提の下、(生活利益の作用と反作用として想定される) 生の現実性を法概念に外的に結び付けるようにして確立されていた。このような展開の一つの表れが、20世紀初頭の概念法学と利益法学の間での論争である。確かに、この論争では利益法学の側から、法学は概念なしには立ちかかないことは常に認められていた¹⁵⁾。しかし、これでは概念の「法的であること (Rechtlichkeit)」の性質としては明らかに不十分である。何故ならば、独裁者の絶対服従を強いる裁定も概念を通じてなされるからである。生活利益の側面においても同様であり、より強い利益の力が支配する場であるため、そこで法が見いだされることは殆どない。法が社会進化論に委ねられるという不可抗力的な帰結は、立法及び「政治」が、しかも Heck が述べているように実質的正義の「考慮」の下で行うべき生活利益の編成とランク付けに法が至ることを通じて避けるべきとされた¹⁶⁾。これにより、法概念は最終的には社会的な現実性の機能概念となったのである。この思考の最も明白な表現は Hans Kelsen の純粋法学に見受けられた。しかし、そこではどのようにして正義が「考慮」され得るのかという問いが残されたままとする。

c) Puppe もまた、この問題に方向を定めて、法概念の形成においては「我々が我々の概念自体を形成し規定しなければならぬ」¹⁷⁾ことが重要になるとまずは語りながら、考えを更に進めている。但し、概念規定から「実践的な諸帰結」が導きだされるのであるから、上記の事柄は任意になされるものではあり得ないとする。この点につき、Puppe は次の三つの正当性の基準を提示している。つまり、立法者による概念の使用 (主観的解釈)、一般的な語法、そして最後に実践的に最も重要な基準である、「法適用に係る実践的な諸帰結」¹⁸⁾への方向づけ、つまり「いわゆる目的論的解釈」の三つである。このような背景の下、「所有権」、「公法上の契約」、「故意」のような任意の法概念の方法論的な研究はどのようなものであり得るのかを問おうとすると、Puppe によ

15) 例えば、Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 52 ff.; *Hombberger, Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, in: Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976, S. 252 ff.を見よ。

16) この点については、Heck (Fn. 15), S. 36 ff., 40を見よ。

17) *Kleine Schule* (Fn. 1), S. 18.

18) *Kleine Schule* (Fn. 1), S. 19.

れば、法学者には二重の任務が課されることになる。まず法学者は法概念を言語的に解釈しなければならぬが、他方でこの解釈に「実践的な諸帰結」を組み込まなければならぬのである。Puppeは次のような例を挙げる。民法では、人間の生命（より正確には、権利能力）の始期は出産の完了として理解される（民法1条）。これに対して、刑法では、当該の時点は出産の開始によって認められる。後者の取り扱いは、（出産介助者及び医師による）分娩の際の過ちを（過失的な）傷害或いは殺人として処罰し得るようにするためである。Puppeは、これにより循環的である（帰結からその根拠が得られている）との疑念が呼び起こされるとする。しかし、Puppeは、結論が「異なる方法で」基礎づけられることにより、そのような循環は破られると主張している。つまり、胎児は既に出産の最中において刑法211条と223条以下の意味での「人間」¹⁹⁾であるとのテーゼは、次の点に依拠し得るとするのである。「出産は、最高度の注意と配慮を出産の介助者に要求する、特に危険な生命の段階であり、それ故に、胎児は既に出産において過失行為からの刑法的保護を必要としているのである」²⁰⁾と。

しかし、このような方法で基礎づけにおける循環の廃棄に至る点については疑わしい。循環はより大きな枠組みへと移されているだけである。引き続き根拠は、帰結から規定されており、今度は、当初の循環の帰結（刑罰）はそれ自体で合目的な帰結として説明されているのである。しかしながら、刑罰がこのような目的をそもそも達成し得るのか否かだけが問われるのではなく、刑罰の威嚇が具体的な（侵害）事件の発生を阻止しなかったにもかかわらず、何故に刑罰がここで投入されるべきなのか、特に当該の事件との関係で問われなければならない。法概念の正当性は、目的論的な理解だけから説明し得るものではない。

d) Puppe自身は、そこから法学及び特に刑法学における概念の究明への拡張された視点が生じることになる思考上の手がかりを提示している。彼女は、最終的には概念の「精神的な (geistig) 理解」が重要であると述べている²¹⁾。これにより、重要な文言が文脈の中に導入されることは確かである。何故ならば、「精神的な理解」とは、外部から（例えば、立法者によって）創出された概念への接近を単に記述するよりも多くのものを含んでいるからであり、更にそこには、種々の解釈手法の単なる要約以上のものも、この要約は解釈学の一般的な理論によって完成度が高められているのかもしれないが、あるのである。「精神的な理解」には、概念、その内容、そして理解する者自身の間での結合が含まれており、加えてその際には、概念を設定した者の精神との結合も確立されるのである。同時にこれにより、法的な概念を「作ること」に関する特定の理解も克服される。何故ならば、この「作る」は、その成功が専ら「機能する」点に依存するような技術的な「機械的作業 (Gemächsel)」ではないからである。もしそうであるならば、法典集は自動車製作の手順書と区別されなくなってしまう。しかし、全くのところこれと同列であるのが、今日において流布している、社会に対する制御或いは操縦装置として法を理解する立場である。そのよ

19) 刑法典は223条以下において「人間 (Menschen)」ではなく、「人 (Person)」という文言を用いているはずであるが、この問題については、ここでは不問にする。

20) Kleine Schule (Fn. 1), S. 20.

21) Kleine Schule (Fn. 1), S. 22.

うな主体から切り離された機能主義は、国家理論的にはせいぜいのところ Hobbes に遡るものであり、いまだ自らの啓蒙に確実に向き合わなければならない²²⁾。この啓蒙の過程において、法概念には、実践概念として法主体の法理性的な意図と行動の表れであるという性質が（再び）獲得されなければならない。——法主体は、「法の適用者」であるし、一般的に「規範の名宛人」であり、共和国の理念に従えば、理性的な一般意思への関与者そのものである。従って、法概念を「作ること」は、法理性的な内容を概念において把握することを要求するものでなければならない。何故ならば、全ての法概念は実践概念であり、行動を規定すべきだからである。これにより、法概念に関する作業の中に正義に係る作業が統合されるのであり、後者は前者に対して外的に初めて付け加わるわけではない。民主主義的に構成された国家においては、立法者の作業それ自体もまた専ら法的な根拠に依拠する必要がある。そのような場合にのみ立法者は、一般的な拘束力を創出することを要求し得るのである。

そのように作られた法とその諸原理及びその諸概念の「精神的な理解」においては、概念の正当性と妥当性を際立たせるという要請が同時に含まれている²³⁾。Puppe が挙げた例に即して言えば、胎児の生命とその不可侵性は出産の最中に特別な配慮を要し（更には例えば、出産助産者が処罰される可能性とは完全に無関係にである）、それ故に、当該の配慮がなされない場合には不法として把握され得るのである。

このような根本的な課題に接続して初めて、例えば、概念の体系化や内的な統一性、適切な言語上の表現、更には、概念が行動を規定すべき場である生活領域の考慮のような方法論的な諸問題が展開されるのである。なお、最後に挙げた問題を解決する際には、法学の文化的な特殊性が組み込まれてくる²⁴⁾。当該の作業は、徹底さと根気強さが必要となるため、それらを兼ね備えることが可能な機関においてのみなされ得るものである。この機関が大学である。

3. 以上のように思考を進めてきたが、この時点で、多くの者は、早急に野次のようなものにとばすことが実際上必要であろうと主張するかもしれない。何故ならば、法学、特に刑法学について要求される実質的な作業は、それが承認される前提の下でなされなければならないからである。しかしながら、全く正当にも Fischer は、上述の脚注3)で引用した論文において、「刑法学がこの間に立法者から受けてきた、ほぼ屈辱といえる取扱い (…)²⁵⁾」を挙げている。学問的な助言

22) そのような法の理解については、例えば *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, 1995, bes. S. 124 ff.; 550 ff. 社会の自己制御について語ることによって、欠陥が取り除かれるわけではなく、単に隠されるだけである。 *Teubner, Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 81 ff. も見よ。

23) Fischer が主張するように (Fn. 3, S. 81)、法学にとっては、規定の帰結を評価し、結果に関する答責を引き受けることだけが決定的に重要にはなり得ない。なされるべき行為の帰結は決して完全には評価され得ないのであるから、帰結は学問的な解明のための原理にもなり得ない。いくら異なるのは、なされるべき行為の現実的可能性を基礎づけの中に組み込む点である。

24) 連邦憲法裁判所は、そのリスボン判決において、法思考におけるこのポイントを賞賛すべき方法で法の抽象的な一般的妥当性に対して際立たせた。Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a. -, Nr. 249, 363を見よ。

25) Fischer (Fn. 3), S. 77. — 現代における政治が示すこのような態度は、注目すべきことに（啓蒙化された）絶対主義と同様のものである。プロイセン諸邦に関する一般ラント法の作業開始のための1780年の Friedrich 2 世の政令では次のように述べられていた。「余が…余の最終目的（つまり、単純で民衆に受け入れられる完

は、もはや現実に求められているわけではなく、専ら政党政治的な観点から権力的な打算のために投入されるにしかすぎない。このような事態の原因は、——諸政党が自分たちを国家であると見なしている状況を除けば——明らかに Fischer が先の論文の中で述べていた「まさに流布しているところの理論及び知性に対する敵対性」²⁶⁾であり、その際にいくらか長い思考の連鎖について臆病になるのは、本質的に思考上の怠惰に基づくものでしかない。

学問は、他の領域での知的な問題状況の解決は自らの任務ではないと尊大に構えて、ここで身を退くことをできるのかもしれない。しかし、これにより特に刑法は、当該の状況に関する自らの共同答責が増大することを見誤ってしまうであろう。関連する二つの観点を挙げることにしたい。

a) 刑法学は特に20世紀の70年代以降から刑事政策との関係を散漫な形で規定したため、刑事政策に次第に優位性が帰せられるようになった。このことは、最も名声の高い刑法学者の一人である Claus Roxin の著作である「刑事政策と刑法体系」²⁷⁾において具体的に示され得る事柄である。確かに、Roxin はその際に次のように強調している。「法的拘束性と刑事政策的な合目的性は互いに矛盾してよいものではなく、ジントーゼへともたらされなければならない (…)」²⁸⁾と。しかしながら、二つの要素の間でのジントーゼは常に両者を結合させる第3のものを必要とする。近代における国家理解に従えば、この第3のものは、刑事政策と刑法が同様に服する、自由的な法治国家の諸原理によって形成される。しかし、双方が無媒介のまま併存させられる場合には、——既に Roxin においてもタイトルでの順番が示唆していたように——（しかも、実地に行われているような単純な形で）刑事政策に優位性が帰せられる点をいぶかしく思うことはできなくなる。法には政策に対する拘束的な作用は認められず、政策の侍女となるのである。——そして、「侍女が明かりを掲げて貴婦人を先導するのか、それとも裳裾をとって後からついていくのか」²⁹⁾という点ももはや全くのところ疑いようがなくなる。その際には、刑法学に刑法上の問題に関する最終的な決定権限を認めることが重要となるわけでは決してない。しかし、法政策を示そうとする政治は、法学と現実的な対話を行う姿勢を示す必要があるのである。

Roxin も当時このことを同じように見ていたものと思われる。しかし、(刑事) 政策は明らかに異なる形で把握されてしまい、法と政治の不明確な関係性が理由となってどのような優越的地位を刑事政策が得ることができたかが次第に確認されるようになったのである。そして、実際に刑

全な法典) を達成できる場合には、多くの法学者がこの事柄の単純さ故に、そして全く些事に関わる点から彼らの深遠な名望を失うことになるであろうし、これまでの法理顧問団の全ては無用のものになるであろう。しかし、余は、(…) 国家により多くの利益をもたらすことを約束する、有能な商人、製造業者、芸術家がより一層増えることだけを期待するのである」(v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, wiederabgedruckt in: Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, 1973, S. 95 ff., 148 Fn. 1からの引用である)。

26) Fischer (Fn. 3), S. 64 Fn. 4.

27) 1973年の公刊である。

28) Roxin (Fn. 27), S. 10.

29) Kant, Zum ewigen Frieden, Ak. Ausg. Bd. 8, S. 369 (神学と哲学の関係に関する叙述である [引用文の翻訳については、遠山義孝訳「永遠平和のために」(岩波書店版カント全集14、2000年) 290頁を参照した：訳者記す])。

法学を屈服させる態様で刑事政策は関係性を規定していった。——第6次刑法改正法³⁰⁾、(事後的)保安監置の規定或いは刑法89a、89b、91条³¹⁾における思想警察的な犯罪構成要件の創出がその例である。

b) 見かけの上では外在的なものである第2のポイントとなるのは、しかも学問からはむしろ距離を置く者との関係で問題となる、法学(その学問的営為とする方が適切かもしれない)の外的な受容(Außenwahrnehmung)である。学問に論争があることだけではなく(この点は全ての学問に妥当し、必然的ですからある)、まさに公刊物の洪水と対峙していることにより³²⁾、まず学問が一つの意見について語り得るのか否かが問われることになり、他方ではそのような公刊物の質が問われることになる。二つの問いは関連し合っている。第1の問いは、個別の分野における研究者及び分野自体の自己理解を念頭に置いたものである。学問分野は、自らを当該分野で作業する全ての他者と結び付いていると把握する全ての研究者によって(個別問題における論拠づけが多種多様なものであったとしても)主張される場合にのみ、——ここでは——「刑法学」として現れてくる。こうして、研究者は確かに常に自己の論証の過程及びその結論を主張するが、これは、研究者が自己の主張を当該学問の論証の過程及びその結論として理解し、他の全ての関与者と結び付いているからである。ほら吹きどもの不快な合唱が問題となるのであれば、事情は異なるのかもしれないが、このような基礎に基づいてのみ学問上の論争全般は想定可能となる。従って、そもそも公刊され、論じられることは、——その量とは全く無関係に——生きた学問にとっては必然的なものであり、決して欠陥ではないのである。

但し、学問的な寄与の質にとり、その量が重要でないわけではない。学問の論証の質については、その学問自身のみが決定し得る点がまず強調されるべきである。しかし、量と質は均衡した関係にないことを、学問に従事する全ての者は知っている。学術的な出版が意味するのは、適切な方法で熟慮された対象に関するテキストを検証のために学問的な公の場に呈示することである。ここでは、数量が研究者自身の経歴を表し、同時にテキストを生みだした作業の期間を示唆する限りにおいて、その考慮の対象になり得る。第1の点について言えば、どれ程の若い年齢で今現在業績の公刊を行ったのかということが目を引くわけである³³⁾。Hans Welzel、Karl Engisch或いは Wilhelm Gallas³⁴⁾が最初の招聘を受けるまでの業績一覧を今日の多くの私講師達の業績リスト

30) この点については、Lacknerの注釈書の彼本人が関与していた最後の版(24. Aufl. 2001, Rn. 8, 10, 12 vor § 38)のみを見よ。

31) この点については、例えばNK³-Paeffgen, 2010, § 89a Rn. 1 ff., § 89b Rn. 3, § 91 Rn. 3 ff.等を参照。

32) この点については、例えばBurkhardt (Fn. 2), S. 125及びFn. 66を参照。

33) この点につき、一つの逸話を披露したい。筆者の刑法ゼミにおいて二人の学生が——二つの部分に分けられた——ゼミ報告を行った。報告——それ自体——はつつがなく成功し、私は「良(vollbefriedigend)」という評価を与えた。だが、驚嘆すべきことに、その報告は一文字も変わらずに非常に有名な法律雑誌に掲載されたのを私は目の当たりにしたのである。

34) (1937年に教授になった) Welzelについては、FS Welzel, 1974, S. 1 ff.における時系列に並べられた業績一覧を、(1934年に教授になった) Engischについては、FS Engisch, 1969, S. 725 ff.におけるリストを、(1934年に教授になった) Gallasについては、Küper (Hrsg.) (Fn. 1), S. 65 ff.における一覧を参照。

と比較してみるがいい。あるテキストに関する作業期間について言えば、良いものは時間を要するという単純な洞察を思い起こすべきである。かつて Wilhelm Gallas は、招聘手続において、何頁もあるような広範な業績リストを「これは何ら価値のないものであり得る」とのコメント付さなければならなかったのである。従って、ドイツ研究振興協会が研究助成の申請の際に申請者自身が重要と見なすテキストを五つ挙げることを求め、研究計画の成功の証として年間 2 本の論文だけを要求することは、非常に歓迎すべきである³⁵⁾。ここでは、数量と質は理性的な関係性の中へともたらされている。個別の研究者にとっては、Wilfried Küper によって定式化された次のような「定言禁止法」に従うので十分である。「仮に他人が執筆していた場合にあなたが無条件で読まなければならないことを完全には納得できないようなものは何も公刊してはならない！」³⁶⁾。

Ⅲ.

1. この点で、刑法の異なる側面である大学での教学 (Lehre) の意義に立ち入ることには十分な理由が見いだされる。何故ならば、出版の洪水の一部は教育用の著書だからである³⁷⁾。しかし、本節では、教学に関するこのような側面は全面にだされるべきでは全くない。そうではなく、大学における教学の任務とその状況を論じるべきである。

教学の任務は、研究について言及した点から発展させられ得るものである。大学生は、実定法概念を用いて答責的な方法で仕事をなし得る能力を獲得しなければならない。この仕事は答責的なものでなければならないので、教学は、外面的に学習すべき素材の無批判の受容 (「調教」) に向けられたものであってはならない。教学は、学問を通じた教育でなければならず、学問のためのものである必要はない³⁸⁾。大学における教学は、法曹という職業の基盤を担うものではあるが、決して職業教育ではない (大学がそれを行うことは全くもって不可能である)。しかしながら、一瞬たりとも忘れてはならないのは、それが将来法曹という職業のいずれかにおいて活動す

35) この点については、Schmoll, Qualität statt Quantität, FAZ v. 24.02.2010, S. 6; Osel, Qualität durch die Hintertür, SZ v. 24.02.2010, S. 13を見よ。

36) Küper, Theorie und Praxis des Strafrechts in wissenschaftlicher Solidarität (FS Tröndle の書評である), in: GA 1991, 193, 199を見よ。

37) 前節において述べた質に関するメルクマールの言及をくり返す必要はない。それは更に先鋭化された形でここでも妥当するのである。その限りでのみ次のように言い得る。講義用原稿は、それが製本された形態で販売されることによりそのまま教科書となるべきではない。真逆の例として、Hans-Heinrich Jescheck の教科書の初版における前書きの冒頭を引用する。「前提となる多くの作業を経て、私は刑法総論の教科書の出版を決意した。この本の基本となる考えは1954年から1959年までの間に着想されたものである…」前書きが書かれたのは1969年である。

38) この点については、Kahlo, Wozu heute Rechtswissenschaft lehren und studieren?, in: Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 583 ff. — 意外なものであるのが、当時のノルトライン・ヴェストファーレン州の科学大臣であったPinkwartの発言である。彼は、あるインタビューにおいて大学の任務について問われ、それは圧倒的に学問の後継者を獲得することにあると答えたのである (Generalanzeiger Bonn 13./14.02.2010, S. 5)。

る者のための教学であるという点である。これは、本稿の最終節において重要となる事柄である。

このように単純に記述された任務を現在の大学の授業の中で現実へと移し替えることは、極めて困難である。このような状況は多種多様なファクターによって条件づけられたものではあるが、これらにより有意義な学習はますます困難にされてしまい、Fischerが嘆いた、政党政治及び社会から影響を受けた理論及び知性に対する敵対性（精神性からの乖離とも言い得る）が現われ出ているのである。挙げられるべきなのは、今日学生が（おそらくは意図的に）その下に置かれている莫大な時間的圧迫であり、学生達に課せられる大量の教材がますます形式を失っていき、原理を欠いたものになっていること、誘惑的な「空うち受験制度（Freischuss）」（迷信の語彙からの言葉である）の導入、大学がいくらか高級な職業教育の場であるという誤解の増大、そして最後に、教える者と学ぶ者の関係を（特に法学において）全く不適切なものにしてしまう大学の大量化である³⁹⁾。しかし、大学が自ら自身を放棄すべきではないとすると、冒頭で掲げた目標を投げだすことは許されない。特に法学において見落としてはならないのは、そこでは将来の裁判官、検察官、弁護士、行政機関における法律家の養成がなされていることである。

2. 学問を通じた原理的に批判的で概念に方向づけられた教育に固執する場合、教学からすれば、特に（上記のファクターによって条件づけられた）現在の教育状況下では重大な帰結を伴う困難さが生じることになる。

刑法規範の要素としての法概念は実践概念である（上述 II. を見よ）。そのようなものとして、法概念は個別の事例との関係で活性化することになる。基本となる教育と比較すれば、この「個別事例への：訳者記す」適用は、全く独自の付加的な性質の、つまりは法的な判断力の教育を必要とする。教育のこの部分の特殊性は、その際に当該の教育が再び一般的な規則へと抽象化されることがない点にある。「判断力（iudicium 判別力）は教えこむことができず、ただ訓練することができるだけである…。判断力がこのようなもの以外ではあり得ないのは、また容易に理解することができる。何故ならば、教えこむことは規則の伝達によって成立するからである。つまりもし判断力のための教則（Lehren）があるというのであれば、何かが規則の事例であるのかどうかを判別することができるための普遍的な規則が存在しなければならないことになるが、これでは無限に問いを繰り返すことになるからである」⁴⁰⁾。

これまでの30年近くの間、この点において学問と教育に関する文献では根本的な重心の置き所の変動がなされていた。評価が筆記試験に益々方向づけられていったこと（これには大学も同様に責めを負うものである）、またおそらくはドイツで好まれている、英米法への従属化によっても条件づけられて、事例処理が次第に教育の中心になっていったのである。根源的には事例は概念にとって単なるものの見方の素材であったはずなのだが、事例自体及びその（あたかも一つの謎とかが重要であるかのように）「解決」が法学教育の中心になったのである。事例に関する判断

39) いわゆるポローニャプロセスについては、本祝賀論文集において言及する価値は皆無である。この点については、Verf., Rechtswissenschaft oder McLaw?, Myops 2008, S. 56 ff. を参照。

40) Kant, Anthropologie, AK. Ausg. Bd. 7, S. 199 [翻訳の際には、渋谷治美訳「実用的見地における人間学」（岩波書店版カント全集15、2003年）129頁を参考にした：訳者記す]。

に係る修練がなされる代わりに、既に判断がなされた事例が学習の対象となるのである。このような発展は、教育上の文献と相互的な関係にある。教科書は圧倒的に学習用或いは試験用の本となっており、従来の予備校本とこれらを区別するのは、手堅い出版社から公刊されたことと、大学教授がその全体を執筆したことだけなのである。このことはいずれにせよ一面では肯定すべきである。何故ならば、学生達に対し、試験の際に提示され得る素材の複雑さの程度を（わずかも）提供するからである⁴¹⁾。しかし、他方で現実的に重要となるのは、それによって生じる教育の形のゆがみであり、まさにそれは学習者の利益にはなり得ないものである。というのも、このような方法によって大学教育のより高次の要求が失われるだけではなく、既にそれ自体だけで十分に良くないからである。加えて、学習者に対し、教育においてなされなければならないことが、つまり十分な知識を基礎として判断力を訓練するということがこのような仕方では全くなされ得なくなる点について甘言を弄して安心させることになる。

現状のような形での展開が更に進む場合、それは大学論の理解と任務にも作用を及ぼす。教授の理想形態は、例えば、刑法における行為論の問題には、それが試験では重要ではないという理由で煩わされる必要がないような長い年数の経験がある採点助手となろう。法学が、以前から既に提案されていた、研究教授と教育教授の分離に巻き込まれることは決してないのである⁴²⁾。このことは、現在の精神的状況に鑑みて、法学において研究を行うとの主張が殆ど聞き入れられるものではない点からして既に否なのである。こうして、近い将来においては教育教授だけとなるであろう。但し、特に先の分離は、まさに法学においては単なる外的な知識の伝達だけが重要となるのではないことからしても拒絶されるべきなのである。そのような分離は、法律家を卑下した下僕の地位に至らせるものであり、それは全ての権力政治家の夢ではあるが⁴³⁾、しかし法治国家の壊滅に他ならない。批判的な距離を学べるのは、自らの活動においてその距離を獲得し、継続的に改めて獲得する者だけである。精神の領域において下僕は下僕を生むだけである。

3. 大学における教学は、試験を受けることにより片づけられてしまうような自足した目的ではない。大学では、(刑)法の理解に関する根拠が示されるのであり、それによって学習者は自ら

41) 教材の図表化が同様に最近では散見されるようになっているが、カントの人間学の脚注から見て取れるように、これは以前から既にあつたものである ([Fn. 40], S. 183 Fn.*)。[だから、例えば絵入りの聖書とか絵付きで解説されている『ローマ法典体系』などがまさにそうだが、絵入り入門読本の類いは幼稚な教師の「覗き眼鏡」であって、生徒をそれまでよりもいっそう幼稚にしてしまうのが落ちである。それは、後者の『ローマ法典体系』のなかに収録されている「自由相続人と法定相続人について de heredibus suis et legitimis」というローマ法のタイトルがどのように絵入りで記憶に委ねられているかを見ると分かる。すなわち、最初の単語 [heredibus 相続人] は南京錠がたくさんぶらさがっている箱の絵によって、第二の単語 [suis 自権の] は一頭の雌豚によって、第三の単語 [legitimis 合法的な] はモーゼの二つの石板によって具象化される、といった具合なのだ [翻訳に際しては、渋谷訳「実用的見地における人間学」(前掲注40)] 106頁以下を参照した]。

42) この点については、例えば *Gutzwiller, Der Universitätslehrer*, in: ders., *Elemente der Rechtsidee*, 1964, S. 289 ff. を見よ。

43) ボリビアの大統領である *Evo Morales* は、彼の措置が違憲であるとした法律家達に対し、違憲なのであれば、合憲にすればいい、君たちは一体何のために勉強をしたのかと文句を言った。

の職業生活を引き受けるのである（彼らは、引退した後になって初めて自分を欺くことはなかったと再び根本的な熟慮に至る）。このことを標語的に定式化すれば、教育が貧弱になればなるほど、実践（Praxis）もそれだけ貧弱になるのである。もちろん、ここでの実践〔実務〕とは、日常的な技能と賢慮さの法則（Klugheitsregeln）の集合としてではなく、法の領域における答責的な作業として理解されるものである。刑法にとり、この点は極めて重要である。何故ならば、この分野では感情的なもの及び非合理的なもの⁴⁴⁾への脱線は特別な危険性を意味するからである。まさに刑法教育において多くの連邦州では試験問題に関する要求だけがなされるようになっていくという沈下が見られ、しかもその内容がしばしば多くの場合に一種の機械的な知識だけで処理できる問題になっていること（改善を行えとの改めての我々教授陣に対するアピールである）を考えると、次の事柄がおそらくのところ（密かに語られていることに基づけば）既に現実的となっているとの帰結に対する警告が許されよう。つまり、「素晴らしい」法律家達が刑法の領域でも責任ある高い地位について活動しており、当該の法律家達はその「素晴らしさ」を別の法領域で獲得したのであって、刑法については単に受験予備校レベルの知識しか持ち合わせていないのである⁴⁵⁾。

このような主張は、大学教授の（周知？の）横柄さの表れ以外の何ものでもないと容易に誤解されてしまうものであり得る。私は、実務（Praxis）における刑法についての言及を始めることにより、そのような疑念を吹き飛ばせると考える。

IV.

1. では、そもそも大学教員は法実践〔法実務〕について何か権限のある事柄を語り得るのかという問いがなされ得るのかもしれない。先に何度も言及した、刑法学と刑法実務の関係に関する論文の表題において、既に Fischer は、「異質で奇妙な〔二つの：訳者記す〕世界」が問題になると述べていた⁴⁶⁾。しかし、彼は——論文の末尾では⁴⁷⁾——両者を結合するもの、つまりは法それ自体を指摘していた。このことは、見かけ上月並みなものであり、以前から言及されていた事柄である。ところで、本稿においては、両方の世界の更なる架橋を指し示しておいた。つまり、どの実務家も一度は大学での学習を一通りこなしていたのである。このような指摘も陳腐であるように思われるかもしれないが、しかしながら、上述の結合は重要であり、法における理論と実践の関係に関する全ての考慮の根底に置かれるべきなのである。

44) これら双方は異なる形で主張され得る。例えば、前世紀の70年代では、犯罪者に対する感情的な思いやりが妥当し、その所為は「逸脱行為」として過小評価されたが、今日では完全に被害者が中心に置かれ、犯罪者は鍵をかけて閉じ込めておくべき何らかのものとして扱われている。どちらもやり方としては誤っている。

45) 職業実践の中で、例えば刑事訴訟法の基本的な理解が獲得され得ることについては、誰も真剣に語ることをしないで（刑事訴訟法153条aと257条cを見れば分かるように、刑事訴訟法の中に組み込まれるようになった法の買収性〔Käuflichkeit〕に鑑みると、そのような理解が必要であるのか否かについてはあきらめ顔で問うことができるにしかすぎないであろう）。

46) Fischer (Fn. 3), S. 63.

47) Fischer (Fn. 3), S. 81.

だが、刑法実務の適切な理解のために、刑法学との関係の正しい姿を本質的に顕現させるような一つの点が付加される。(法としての)刑法実務は、裁判所の判決を中心とするものである。というのも、専ら裁判所のみが刑法上の制裁を科すことができるからである。従って、Fischerは根拠があって刑法上の判例を彼の考察の中心点に据えたのである⁴⁸⁾。この事実は全くもって重要ではあるが、判例では法治国家における第3の権力が問題になるという点が付け加わることにより初めて意識されるものである。Fischerが、立法者は辱めを与えながら刑法学を扱っていると主張する場合、刑法学者は、(いずれにせよ慰めにはならないが)判例(及び司法全体、つまり検察も含む)も同様に(財政を配慮する)立法者及び財務省によって毎年屈辱的な取扱いを受けていることを指摘し得る。その人的及び物的手段の恒常的な枯渇は法治国家にふさわしいものではない⁴⁹⁾。但し、第3の権力としての判例の[・][・][・]実質的な(sachlich)意義が変わることはないのであり、本稿ではこのような意義を重視すれば良いだけである。もっとも判例は同時に法治国家における法実現の一部なのであるから、全ての法学者に対し配慮を要求できる質というものが帰せられる。法学者とは異なり、判例は法的諸関係を直接的に形成する。その判決は確定力の中で生じるという特徴を有するが、どのような権威ある著作もこの点で判例と同列ではないのである(「幸いなことに」と皮肉屋は——但し、その他の者達も——言うのであろう)。これにより、法学とは対照的に、裁判官が法律と法への拘束の下で遵守しなければならない全く特別の答責が示されるのである。

2. a) この点を堅持するならば、法学はその固有の答責を引き受けなければならない(上述のIIとIIIを見よ)といううぬぼれを一度捨て去ることになる。しかし、同時にこの点に、現在においても特別な激しきで進行している誤った展開の根源がある。何故ならば、Fischerが見立てた理論及び知性に対する敵対性は(この根本的な欠陥の帰結として)プラグマティズムと結び付いており、これによると、何らかのことが生じるという事実が、その生じ方が善であり正当でもあるのかという問いよりもより重視されてしまうからである。これは法実践にとり(特にどんどん枯渇していくその手段に鑑みると)、全ての根本的な上乘せ(Überlegen)を特殊な時間の浪費としてしまう危険性を孕んでいる。また法学との関係でも次のような危険がある。つまり、案件に直接的には影響を与えられないというその見過ごせない無力を自らの過ちとしてしまい、専ら不自然に「実務的に」なろうと試みるようになる危険である。その際に、そのような試みは無意味であるため学問自身を弱め、更には、研究と教学においてその実際の任務であるものから学問を引き離してしまうことが意識されないのである⁵⁰⁾。

b) 理論が実務から乖離していると称されていることへの理論の側における誤った対応の具体

48) このことは、検察と弁護士が刑法の実現における不可欠の要素である点を何ら変更するものではない。

49) これについては、Köhler, Zur Stellung der Justiz in der Gerechtigkeitsordnung, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2001, S. 201 ff. も見よ。

50) これにより理論と実践〔実務〕の交流の(例えばカールスルーエの刑法ディアログを通じての)可能性が否定されることは決してない。しかし、だからと言って、本文で述べた見立てについては何も変わらない。何故ならば、そのような催しでは、専ら人的な対話により、テキストの学習と同様のものが行われるにすぎないからである。

例として Rotsch の論文が参照されるべきである。披献呈者も既に同論文を取り上げて、「法の肥大化 (Hypertrophie) について」で論じていた⁵¹⁾。Rotsch は次のように述べる。「世界の他の刑法システムのどこを見ても、そのような厳密さでもって、刑法学者が実務的には重要ではない理論の精緻化の仕上げを行っているところはない」⁵²⁾と。Rotsch は理論によって生じているとされる刑法の肥大化を六つの例を挙げて裏づけようとする。これらの例の内、三つが爽快な調子で連邦通常裁判所の判例の中から、一つが立法から、そして二つだけが学説から持ち出されており、その際に二つの内の一つでは Rotsch 自身が「最終的な精緻化」に寄与していたのである⁵³⁾。学説からの他の例は、「敵刑法」の概念に関する議論である。しかし、そこで問題とされたのは、細分化の意味での「精緻化」ではなく、学問としてなされるべきであり、そして実際になされていた基礎的な議論であったことは確実である。

Rotsch が彼のテーゼについて説得的な例を全く見つけだしていない点は驚くべきことではない。そのテーゼが誤りだからである。学問が、その問題設定に学問的に関わり合わない場合、つまりは根本的に、粘り強く、綿密に学ぶ姿勢を示してそのような関わり合いを行わない場合には、それはもはや学問ではない⁵⁴⁾。学問は誤った展開を自ら自身によって正さなければならず、当然にその際には法適用に関わる実務の意見にも耳を傾けなければならない。Rotsch が彼の論稿の末尾において、—— Fischer の意見と一致して、そしてそれは正当なことでもあるのではあるが—— 彼によって表面的であると批判された時代精神に大学でいそしまれている「沈思黙考 (Nachdenklichkeit) への喜び」を対置させて、学問的な深化等について語るのであれば、彼がそれまでに述べた事柄によって正確には何を主張しているのかが問われることになる。額にしわを寄せて考えるそぶりをするだけで学問になるわけではない。特殊なことの中に普遍的なことを認識することは、厳格な思考的作業であり、まさにそれにかかる手間故に日常的な法適用においては全くなされ得ないものなのである。

c) 特にドイツ刑法学の自己制限への更なる、いくらばかりか奇妙な傾向性が少なくとも周縁部において問題となっている。広くそのように呼ばれている、刑法の「ヨーロッパ化」及び「国際化」が進む中、ドイツ刑法学はその理論的な主張では世界の全ての場所において理解されることにはならないと自らを批判している。ここでは、それでも自己のイメージをまさに貫徹させ、そしてそのような方法で「マーケットリーダー (Marktführer)」であろうとする内容面で劣化した試みを見いだせるのかもしれない⁵⁵⁾。しかし、それでは学問はただ笑われるだけである。例えば、「条件的故意」はあるのかという問いは、この問いが全ての刑法文化において同じように真摯に受

51) ZIS 2008, S. 1-8. これについては *Puppe*, ZIS 2008, S. 67 ff.

52) *Rotsch* (Fn. 51), S. 2.

53) *Rotsch/Sahan*, § 3 StPO und die materiell-rechtlichen Regelungen von Täterschaft und Teilnahme oder: Gibt es einen strafprozessualen „Beteiligungsbegriff“? in: ZIS 2007, S. 142 ff.

54) これについては、*Puppe* (Fn. 51), S. 67も参照。

55) このような学問に関する風変わりな概念は、*Klip*, *European Criminal Law - An Integrative Approach* という著書に対する書評の中で *Vogel*, GA 2009, S. 606が用いたものであり、「…マーケット及び言論において支配的地位を得ようとする者は、英語で執筆しなければならない…」とされていた。

け取られているか否かとは無関係に定立され、取り組まれなければならない。他の全ての学問領域ではそのような自己制限は侮蔑でもって扱われる。Einsteinは、全ての人が彼と同様の見解を持つまで、一般相対性理論の主張を先延ばしにすべきだったのであろうか？

V.

大学と実践〔実務〕の任務が異なり、またそれぞれが独自に執り行われなければならないことが確実であるように、それらの任務が互いに内的に結合していることもまた確実なのである。つまりは、人的にも内容的にも重要となるのは、(刑)法に関わる作業以外の何ものでもないのである。従って、この相互関係が実質的に相互対話を通じても現れ得ることは自明なのである。Fischerが、学術雑誌は実務では読まれないと語るのであれば⁵⁶⁾、(もしかすると予期せぬものであるかもしれないが)それには次のように答えることができよう。そんなことは全く不要であり、裁判官は書類を読むのであると。しかし、「実務家」もまた、より難しい問題については単に手短な注釈書を覗き込むだけでなく、そこで引用されている多くの論文或いは参照されている判例のあれやこれやを援用するのではないかとの推測が成り立つかもしれない。ある刑事弁護人は筆者に対し、我々の論文や評釈を誰も読まないであろうと嘆いてきたが、次のような反駁は筆者を落ち着かせるものであった。つまり、手続において自己の立場を理論的にも補強しなければならない場合には、学問的な文献に取り組むことも絶対に必要なのであると。

そして逆の方向性において、裁判所の判決もその事例状況及び論拠づけの行い方については刑法学の重要な対象となる。自明のことではあるが、そのような判決は批判的な検証の下に置かれ得る。いずれにせよ、その際には学説は次のような過ちに対して用心しなければならない。つまり、実務家、例えば連邦通常裁判所の刑事部の判事を一種の早期に脱落した学生、逃げ出すことにより十分な学習から免れた学生として扱ってはいけないのである。彼らの任務の独自性及び重大性は常に明確に認識されるべきであり、その前提の下で初めて論争が現実的になされ得るのである。

プラトンの『国家』⁵⁷⁾においてソクラテスが言ったのであるが、正義とは「自分のことをする」場合のことである。これは、法実現という共通の任務があることを前提にして、刑法学と刑法実務の関係をも形成すべきものである。このような関係については先駆者がいる。1857年にオーストリア文芸草紙 (Österreichische Blätter für Literatur und Kunst) に掲載された Julius Glaser の論文であり、その中で彼は刑事裁判による判例の蓄積数を挙げていた⁵⁸⁾。少し長いが同論文から

56) Fischer (Fn. 3), S. 65を見よ。

57) Platon, Der Staat, übersetzt von Otto Apelt, 4. Buch, 433 b [翻訳については藤沢令夫訳『国家(上)』[1979年] 298頁を参考にした: 訳者記す]。

58) ここでは、Glaser, Gesammelte Schriften I, 1868, S. 65 ff. から引用した。— Glaserはウィーンの刑法学者であり、後に司法大臣となり、更に最高裁判所の最高位行政官 (Generalprokurator) になった。彼の人となりに関しては、R. v. Jehring, Der Zweck im Recht, 2. Aufl. S. XV ff. の前書きにおける親密な友人関係に

の引用でもって、ボン大学における尊敬すべき同僚である Ingeborg Puppe の70歳を祝して献呈する本論文を終えることにしたい。

「むろんその解決が重要となる課題を法律家は常に担わなければならない。ある者が自らと他者に対し法規を明確化することに尽力する一方で、他の者は個々の事例を既に明らかにされた法規と正当な関係にもたらしことにより多く傾注する。その限りでは、いずれにせよ理論家と実務家の間での対立がある。実務にとって基準となるのに適切で正当な結論を獲得するという任務を自らに再三再四課そうとはしないそのような理論だけでは誤りであろう。そして、個別の事例について法規及びその規範が属する全体の領域との関係性を法的に評価することなく当該の個別事例を処理できると主張するそのような実務は職人的 (handwerksmäßig) で非法律的なものであろう。「まさに示唆したことについては、多くの場合に誤解を受けている。つまり、理論家と実務家が活動する精神的環境は同一なのであり、これをどのようにして生じさせるのかというやり方だけが、この者とかの者を区別するにすぎないのである」。

〈訳者後書き〉

本稿は、Rainer Zaczyk, Strafrecht in Universität und Praxis, in: Hans-Ullrich Paeffgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 305 ff. の翻訳である。元々は訳者の Doktorvater である Zaczyk 教授が70歳になるのを記念して、同教授の論文の翻訳集を日本語で公刊することを計画していたことが本稿を作成する動機であった。しかし、私の怠惰が原因となり、翻訳論文集の公刊はいまだ果たせないまま Zaczyk 教授の古稀を迎えることになってしまった。そこで、遅ればせながら完成している翻訳原稿だけでも順次本学の紀要に掲載していこうと決意した次第である。ドイツではゴルトダンマー刑法雑誌において Jürgen Wolter と Michael Hettinger の手による70歳の祝賀記事が公表されている (GA 2021, S. 185, 186 ff.)。なおドイツでの古稀祝賀論文集の公刊はご本人が謝絶されたと伝え聞かすが、いずれにせよ70歳をお祝いして (訳者をも含む) 多くの関係者でプライベートなお祝い文集を作成してお渡ししたところ、大変喜ばれたとのことである。

本稿の内容は、刑法における理論と実践〔実務〕の関係性という古くて新しいテーマを論じるものである。翻訳に際し、ドイツの大学における法学教育の現場でも日本と同様の問題があることが分かり、大変興味深かった。むろん、教育が本来のあり方と乖離している事情は、日本の方が状況はむしろ深刻なのではないかと肝に銘じるべきであろう。本稿でも触れられているように、(ありきたりのことではあるが) 学説と実務の適切な距離感の維持、バランスの保持が大切なのだと思う。しかし、これが難しい。研究者の目に映る実務のありようは多種多様であり、ある者には真理の宝庫に見え、またある者には批判すべき悪の巣窟になるのかもしれない。本稿では、理論と実務の共通目的として「法の実現」という観点が挙げられている。「法の実現」の内実につ

基づいた記述を見よ。その際の *Glaser* に関する文章は、慣れ合うことなく現実的な要求を示すものであり、「…彼がなした成果によってのみ、彼は大臣として認められたのである」(S. XVII) としていた (1916年の5. Aufl., Bd. 2: 1916からの引用)。

いても当然に多くの議論があり、共通理解に至ることは困難であろうが、まずは共通項の確認という問題意識を堅持して、研究者及び実務家が刑法実践をしていくことが肝要なのであると解される。

本稿の翻訳に際しては、Praxis というドイツ語を「実践」或いは「実務」と文脈に応じて訳し分けることを試みているが、多くの場合に「実践〔実務〕」としている。日本語では実務と言えば、法律に係る文脈では法律家である裁判官、検察官、弁護士の裁判に関する具体的な活動及びその帰結を指していると解されるが、Praxis には本来より広い意味があると思われたので上記のように訳した次第である。もう20年以上前になるが、訳者がドイツ留学中に Zaczek 教授に質問をしたところ、話がうまくかみ合わないことがあった。私は「実務」の意味で質問をし、同教授は「実践」の意味で回答をしていたのである。テーマは刑法学と Praxis (実践〔実務]) の関係についてであった。Rechtspraxis は裁判実務に限定されるものではなく Rechtsvernunft (法的な理性) を実現するものである旨を教示されたことをいまだに鮮明に覚えている。このようなことを通じて、私の実務に対する見方も変わっていった。これも留学の成果であると考えている。