

〔翻 訳〕

刑法学におけるヘーゲルの遺産

20世紀以降のヘーゲル学派（2）

飯島 暢・川口浩一（編訳）

玄 守道（訳）

目 次

- 1 20世紀への継承（以上、71巻2号）
- 2 犯罪論における展開（以上、本号）
- 3 刑罰論における展開
- 4 帰属論における展開

2 犯罪論における展開

ミヒャエル・パヴリック（玄守道・訳）「最近の犯罪論における
ヘーゲルへの回帰？」

I. ヘーゲルの哲学的方法と今日の刑法思考の様式（Stil）

1. ゲーテ（Goethe）が我々に教えたように、卑劣な奴ら（die Lumpe）だけが人目を気にする（bescheiden）。ヘーゲル（Hegel）は、そのような卑劣な奴らの一人ではなかった。彼は、1821/22年の法哲学講義をとんでもない大言壮語で開始した：

「あらゆる哲学的な諸学問は、巨大な全体の諸部分である。哲学は宇宙（das Universale）、すなわち絶対的なものをその対象とする。法はこの絶対的なもの、つまり神の理念の顕現の一つの側面である。」¹⁾

「一枚岩のような強固な体系性（Systematizität）を要求する」²⁾、この力のこもった学問の理解は、ヘーゲルよりも、9年、生き長らえた。1840年初版の、賢明にも『論理の体系』ではなく、『論理的検討』とタイトルの付けられた著書³⁾において、フリード

1) *Hegel, Die Philosophie des Rechts (Vorlesung von 1821/1822)*, 2005, S. 39.

2) *Brandom, Wiedererinnerter Idealismus*, 2015, S. 227.

3) このタイトル選択のプログラムのな性格について、*Hansen, Geschichte der Logik des 19. Jahrhunderts*, 2000, S. 46, Fn. 66.

リヒ・アドルフ・トレンデレンブルク（Friedrich Adolf Trendelenburg）は、彼は今日なお専門家の中でだけ知られている、19世紀後半に非常に影響力を及ぼした哲学者であるが、世界の諸問題を一つの理論において把握することができるというヘーゲルの主張（Anspruch）を辛辣に批判した。その際、彼は、その体系思考が、哲学の開放性（Öffentlichkeit）において、その観点から、一般に、否定されたもの（widerlegt）と見なされるほどに、徹底的に批判を行った⁴⁾。トレンデレンブルクは、自著の前書きにおいて述べたように、「幸運にもその独自の方向〔を試みる〕」という個別学問の自律性に明白に帰依していた⁵⁾。実験を信頼しつつ、昨日、実験が承認したものを今日、退ける準備ができているという、完全に、探求（Suche）に依拠する、自然科学の凱旋行進によって示唆の与えられた「開かれた地平における活動」には、ヘルムート・プレスナー（Hellmuth Plessner）の考察によれば、「確たる理論建築物としての哲学は、もはや」適さ「なかった」のである⁶⁾。科学（Wissenschaft）と哲学との関係において、プレスナーによれば、むしろ諸階級と王権との間の関係におけるのと同様の運命が繰り返された。

「王権も学問の王〔訳注：哲学のこと〕もまた、かつて従属していたものの自立を長く阻止することはできない。これらは、敗北せざるを得ないと気付いている。啓蒙の原理が勝利する。王達は撤退中である。』⁷⁾

刑法総則についての学の領域において、その主唱者は、18世紀以来、法律上の規範の取り扱いを過少評価するのが通例で、それに代えて、哲学に支えられた体系諸構想の考案に専念していたところ⁸⁾、この撤退は、その、より大きな方法論上の無制約性（Freizügigkeit）ゆえの、何十年もの遅れを伴って、遂行された。しかも、遅くともライヒ刑法典の公布で、刑法において、ヘーゲル的な普遍学の説得性の蓄えが尽きた⁹⁾。

4) Köhnke, Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus, 1993, S. 56.

5) Trendelenburg, Logische Untersuchungen, Bd. 1, 2. Aufl. 1862, S. IV.

6) Plessner, Die verspätete Nation, 1959, S. 138. - 詳細は、Holzhey/Röd, Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts, 2. Halbband, 2004, S. 19 ff.

7) Plessner (Fn. 6), S. 136 f.

8) この点について、Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881 (ND 1997), S. 50 f.

9) 例えば、Merkel, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 2. Hälfte, 1899, S. 429 ff.; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 145; ders., Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 254; v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 88.

アルベルト・フリードリヒ・ベルナー (Albert Friedrich Berner)、刑法上のヘーゲル学派の中で最もオーソドックな彼は、確かに1871年になおあらゆる特殊学を「最高度の(哲学の) 知」に従属するものと見なしていた¹⁰⁾。

「というのも」——そうベルナーは続けて——「哲学に、思想の根源、すなわち特殊の諸学問の原理がある。このことを度外視するということは空中に築くということ、そして描写されるべき学問を基礎なしに始めるということを意味する、——学問性 (Wissenschaftlichkeit) の性格を否定するということを意味する。」¹¹⁾

もっとも、特記すべき共鳴が、この強力な諸文言に、もはや与えられなかった。より若い世代に属する者たちから、ベルナーは、ますますその時代が過ぎ去ったところの変わり者の老人と見なされた¹²⁾ ——そして、招待者 (訳注: ベルナーのこと) が切なる文言でもって、すなわち「私を忘れないでください!」¹³⁾ でもって締めくくったグスタフ・ラートブルフの就任訪問の描写が、ベルナーがこのことを意識していたということに対する疑念をいささかも抱かせないのである。

2. 撤退の哲学的英雄は、新カント主義者達だった——これらは、個々にまったく異質な潮流の支持者達であり、19世紀中盤以降に形作られ¹⁴⁾、帝国 (Kaiserreich) において哲学上の議論を支配したのであった¹⁵⁾。オリバー・レプジウス (Oliver Lepsius) が正当にも強調するように、ドイツの学問史の展開にとっての新カント主義の意義は、決して過大評価されてはならない¹⁶⁾。「あらゆる対象を同様の方法の拘束 (Zwang) に服させる普遍主義的な傾向 [...]」に、新カント主義達は、ヴィヘルム・ヴィンデルバンド (Wilhelm Windelband) が言うところの「個別の知の領域の自律性」テーゼを対置している¹⁷⁾。あらゆる評価は、それ自体の基準として、ある特定の目的を前提とし、そして、それはこの目的を承認する者にとってのみ、意味と意義を有するとする¹⁸⁾。

10) Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1871 (ND 1996), S. 2.

11) Berner (Fn. 10), S. 3.

12) v. Liszt (ZStW 6 [1886], S. 400) は、ベルナーを特に激しく非難した:「ドイツの法律文献において、ベルナーの刑法に匹敵するほど表面的な『教科書』は今日、もうないであろう。」。

13) Radbruch, Der innere Wege, 1951, S. 77.

14) 詳細につき、Köhnke (Fn. 4), S. 109 ff.

15) Köhnke (Fn. 4), S. 302 ff.

16) Lepsius, in: Oexle (Hrsg.), Kriese des Historismus – Kriese der Wirklichkeit, 2007, S. 330.

17) Windelband, Präudien, Bd. 2, 6. Aufl. 1919, S. 139.

それゆえ、指導的な概念の産出が個々の学問において行われる、その方法（Art）は、常に特別な認識目標によって規定されているとする¹⁹⁾。ヴィンデルバンドの定式化によれば、その限りで、あらゆる学問は、「ある意味において、それらの諸概念で初めてその対象さえも」²⁰⁾ 生み出すのである。この言明を法学の領域に転用したエミール・ラスク（Emil Lask）は、それに応じて、「法にとって接近可能な対象の全体をいわば目的論的に織りなされたもので覆われている」²¹⁾ と見なした。確かに、新カント主義者達の防衛戦は、まず第一に、唯物論者の一元論に対して向けられた²²⁾。しかし、それは、ヘーゲルのいわゆる「汎論理主義」²³⁾ の拒絶をも内容とした。理性の諸価値の連関が理性の統一の要請によって課せられるが、しかし所与のものではないとされるために²⁴⁾、哲学は、再度、ヴィンデルバンドの言葉を借りれば、「ヘーゲル主義の形而上学的な傾向と同様に形式的な特性と悪習に対して、きわめて注意深く振舞う強力な契機 […]」²⁵⁾ を有するとする。

刑法の学問分野上の、かつ範疇的な自律についての構成主義的な確信が、今日、ヘーゲルの思考過程に立ち返る刑法学者達にも共有されている。それによれば、自律性は、確かに、その独自の精妙さの輝きによって眩惑し、刑法の社会的環境を意に介する必要はないという誤解のとりこになっている、解釈論上の自足の意味における自給自足（Autarkie）を意味するものではない²⁶⁾。しかし自律は、刑法学が刑法以外のデータを、その特殊な諸課題（Probleme）と認識諸利益を手掛かりにしてフィルターにかけ、場合によっては変換しなければならないということを述べる²⁷⁾。そのため、今日の刑法学者の下で最も風当たりの強いヘーゲルの代弁者の一人、すなわちギュンター・ヤコブ

18) *Windelband*, Präludien, Bd. 1, 6. Aufl. 1919, S. 31.

19) *Windelband* (Fn. 17), S. 18.

20) *Windelband* (Fn. 17), S. 18.

21) *Lask*, Gesammelte Schriften Bd. 1, 1923, S. 316.

22) *Köhnke* (Fn. 4), S. 132 ff., 150 ff., 173 ff.

23) この用語の由来につき、*Bonsiepen*, in: Wyrwich (Hrsg.), *Hegel in der neueren Philosophie*, 2011, S. 52, Fn. 22.

24) *Windelband* (Fn. 18), S. 287.

25) *Windelband* (Fn. 18), S. 288.

26) それに対して、*Pawlik*, GA 2014, S. 369 ff.

27) この立場は、刑法上の議論において大抵はルーマンと結び付けられているが、しかし上記の説明が示すように、システム論の前提と関連させずとも基礎付け可能である。

ス (Günther Jakobs) が、文言選択の詳細に至るまで、対応する新カント主義的な立場決定に類似する定式化で刑法上の概念形成の独自性を認めているのは偶然ではない。例えば、ヤコブスが、

「外界と行為者の心理において生じるものは法的なものへと転換されなければならない、より正確には、法がそれに関係づけられることによって、転換されなければならない」²⁸⁾

と述べる場合、このことは、まさに次のようなラスクの考察と共鳴しているような感じを受ける。それによれば、心理的存在は、

「法的考察のため、身体世界と正しく同様の意味において、行為の実践的世界へまず組み入れ処理されるべき単なる素材である」²⁹⁾。

それに対して、ヘーゲルの哲学的方法は、あらゆる構成主義に対する厳格な拒否に基づいている。学問の対象は、対自的にそれ自体で理性的とされる。すなわち、法哲学は、「自由における精神、すなわち理性が自己に現実性を与え、現存在する世界として産出されるのは、自由においてある精神、自己意識的な理性の最高の頂点」³⁰⁾と僅かでもそれ以下のものと関わりがないとする。それゆえ、学問は、「対象に外から理性を持ち込んで、このことによって対象を加工する」という思い上がりに陥ってはならないとする。学問は、むしろ対象の自己の展開をいわば [みてとり]³¹⁾、「ことがらの理性の、この固有の働きを意識にもたらず」³²⁾ ことに限定しなければならないとする。「概念は活動し、展開していくもので、[...] わたしたちは概念にまかせ、その規定をとらえるのである」³³⁾。この確信と、今日の刑法学上の規範主義者の目的論的－構成主義的なやり方との間に、形而上学的かつ科学理論的に考察すれば、文字通り、全世界 (eine ganze Welt) がある。

3. 特に最近の刑法上の規範主義にとって構成的な、刑罰目的に方向付けされつつ犯罪概念を形成するという要請に関して³⁴⁾、そこで示されているのは、ヘーゲルではな

28) Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 16 f.

29) Lask (Fn. 21), S. 320.

30) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke, Bd. 7, 1986, § 379 Z (S. 14).

31) Hegel, Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften III, in: Moldenhauer/Michel (Fn. 30), Bd. 10, 1986, § 379 Z (S. 14).

32) Hegel (Fn. 30), § 31 A (S. 85).

33) Hegel, in: Ilting (Hrsg.), Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, Bd. 4, 1974, S. 158.

く、フォイエルバッハの遺産である。フォイエルバッハは、国家の批判的啓蒙に続いて、刑罰強制の憤り（Ärgernis）を刑法学上の理論形成の出発点として把握するがゆえに、彼の『レヴィジオン』の始めに、「処罰すること、つまり為された違法行為のために害を付与すること」³⁵⁾ がいかにして国家に可能なのかという問いを立てる。「市民的刑罰という概念」は、「全刑法が前提とし、すべてが立ち戻る根本的概念」³⁶⁾ である。すなわちこれから、刑法上の帰責論の全体が展開されなければならないとされる³⁷⁾。

ヘーゲルは、まったく異なる基礎づけプログラムを背景にして、彼の犯罪論及び刑罰論を起草している。彼にとって重要なのは、我々の今日の自己理解の中心的諸概念——まずは自己立法としての自由の概念——が不十分な抽象化の克服によって、その完全な意味内容を展開し、同時に現実世界の諸制度を構想する、その過程を描くことである³⁸⁾。この克服は、「特定の否定」³⁹⁾ の連鎖を通じて遂行されるとする。その産出力の認識が、ヘーゲルの方法論上の根本的な洞察を形成する⁴⁰⁾。『大論理学』の中心的な章句において、ヘーゲルは、矛盾することは、自らをゼロに、つまり抽象的な無へと解消するのではなく、本質的にはただその特別の内容の否定へと解消するものであることを明らかにしている。それゆえ、結果には、それが帰結するものが、本質的に含まれているとする⁴¹⁾。ヘーゲルがここで使用する論証形態は今日、「遂行的矛盾」という名称の下で知られている⁴²⁾。遂行的矛盾は、そこでは、記号の意味と使用が相違すること⁴³⁾——ヘーゲルの独自の用語では概念並びに判断の形式によって含意されているものと明示的に主張されているものとの間に相違が存在すること——によって特徴づけられる⁴⁴⁾。「概念は一つの規定を有し、この規定は限定されており、このことは概念の本性

34) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 17, Fn. 116 における文献参照。

35) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, 1799 (ND 1966), S. 24.

36) Feuerbach (Fn. 35), S. XIX.

37) Feuerbach (Fn. 35), S. XX.

38) Brandom (Fn. 2), S. 109 ff., 151 ff., 217 ff.; Hoffmann, Georg Friedrich Wilhelm Hegel, 2004, S. 16 ff., 413 ff., Vieweg, Das Denken der Freiheit, 2012, passim.

39) Hegel, Wissenschaft der Logik I, in: Moldenhauer/Michel (Fn. 30), Bd. 5, 1986, S. 49.

40) このことは、Brandom (Fn. 2), S. 316 f. もまた強調している。

41) Hegel (Fn. 39), S. 49.

42) 以下の解釈は Hösle, Hegels System, Bd. 1, 1987, S. 198 ff. に依拠している。

43) Müller, Wille und Gegenstand, 2006, S. 10.

に反する」⁴⁵⁾。「このような、具体的なものの内的矛盾」⁴⁶⁾、「形成の内的弁証法」⁴⁷⁾は、ヘーゲルによれば、それ自体で「展開へと駆り立てるもの」⁴⁸⁾である。論理的な過程は同時に現実的な過程であるとする確信——「現実の生々しい諸力の、非常に慎重さを要する操作」⁴⁹⁾——が、ヘーゲル及びその刑法上の弟子の客観的な観念論に本質的なものである。

それに対応して、ヘーゲルは、『綱要』において、仮象という——「本質なき存在」⁵⁰⁾として理解されている——論理的なカテゴリーを再び取り上げ、まず不法の様々な形式を導入し⁵¹⁾、それに基づいて、さらに、「そのような有限な諸規定の固有の止揚」を証明している⁵²⁾。犯罪は、以上によれば、法（権利）の特殊な否定を示しており、すなわち法（権利）としての法（権利）の違反（侵害）⁵³⁾であり、刑罰はこの否定の、ある特定の否定である⁵⁴⁾。それゆえ、ヘーゲルは、「刑罰において、犯罪に既にあるものと何ら異なるものが現れるのではない」⁵⁵⁾ということが出来る、すなわち、その必然的な無効（Vernichtung）ということが出来るのである⁵⁶⁾。それゆえ、刑法上の帰責論を正当な刑罰の前提条件から展開するのに代えて、この帰責論は、ヘーゲル的な理解によれば、犯罪の概念から導出されなければならない、しかもこの概念を具体化する展開（Entfaltung）の方向においてである⁵⁷⁾。

44) *Hösl* (Fn. 42), S. 198.

45) *Hegel* (Fn. 33), S. 158 f.

46) *Hegel*, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I, in: Moldenhauer/Michel (Fn. 30), Bd. 18, 1986, S. 44.

47) *Hegel* (Fn. 46), S. 56.

48) *Hegel* (Fn. 46), S. 44.

49) *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 37.

50) *Hegel*, Wissenschaft der Logik II, in: Moldenhauer/Michel (Fn. 30), Bd. 6, 1986, S. 37.

51) *Hegel* (Fn. 30), §§ 82 ff. (S. 172 ff.).

52) *Hegel*, Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften I, in: Moldenhauer/Michel (Fn. 30), Bd. 8, 1986, S. 172.

53) *Hegel* (Fn. 30), § 95 (S. 181).

54) *Hegel* (Fn. 30), § 97 Z (S. 186).

55) *Hegel*, in: Iltting (Hrsg.), Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, Bd. 3, 1974, S. 282.

56) *Hegel*, in: Iltting (Hrsg.), Die Philosophie des Rechts (Mitschriften Wannenmann und Homeyer), 1983, S. 238.

4. 以上で、今日の刑法学の学問理論上の背景的確信とヘーゲルの体系構想との間に克服しえない深淵が口をあけているということが示された。もっとも、この知見から、今日の刑法学者はヘーゲル主義からものは何も学びえないであろうという結論が、性急に引き出されるべきでないだろう。私の考えでは、とりわけヘーゲルの思考の一つの特異性は、減じられることのないアクチュアルなものである。すなわち、集団主義と個人主義、あるいは応報と予防の対置のように際立った対置を皮相的——ヘーゲルの独自の用語では、抽象的——なものとして示し、次いで推定上の正反対のものを複合的なジレンマへと止揚する、ヘーゲルの能力（Fähigkeit）のことである。私がブランダムに依拠して定式化しようとするように、理論ではなく、理論の形式が問題であるところの⁵⁸⁾、この思考様式の給付能力は、普遍的犯罪論（Allgemeine Verbrechenslehre）の二つの中心的なテーマ、すなわち犯罪不法の特殊な質及び刑罰の正当化根拠に関する問題を手掛かりにして、立証されるであろう。ヘーゲルによれば、犯罪の固有性は、あれこれの法益の侵害にではなく、法的に制度化された自由（Freiheitlichkeit）それ自体の状態の存続に対する、行為者の共同答責性違反にある。応報的な刑罰が、彼の確信によれば、正当である。なぜなら、それはこの普遍的なものを現実のものにする力（Wirklichkeitsmächtigkeit）を確証するからであり、かつその限りで、である。私は、このふたつの答えを本質的に正当と見なしており、私の意見は、今日のドイツ刑法学にとってヘーゲルの教えに、現状、主として行われているよりも、さらに、多くの関心を持たれることが、有益であろうというものである。

もっとも、上述し、そして、本講演の第2章においてさらに補強されるように、ヘーゲルの上記のポジションの基礎付けは、次のように、彼の論理に深く根差している。すなわち、その論理を引き継ぐ気がない刑法学に、ヘーゲルへの正真正銘の回帰の可能性が開かれていないほどに、その論理に根差しているのである。そのような刑法学には、単に——しかし常に——ヘーゲルの思考経過に結びつけるという選択が残されているに過ぎない、すなわち偉大な思想家の知見を、より控えめな、すなわちよりありふれたと言いうような方法において基礎づける試み、である。ヘーゲルの現代化に代えて、すなわち、私がボーフムの哲学史家であるクルト・フラッシュ（Kurt Flasch）と共に、現代の諸洞察を、より以前の哲学的諸命題の中に、本来的に意図されていたものとして読み取る試みとして理解し⁵⁹⁾、その結果、そのように形作られた諸構想を現代の苦境

57) 詳細につき、*Pawlik* (Fn. 34), S. 151 ff.

58) *Brandom*, in: Khurana/Menke (Hrsg.), *Paradoxien der Autonomie*, 2011, S. 89.

から救い出すものとしてアウトプットするのに代えて⁶⁰⁾、それゆえ、改めてフラッシュと共に言えば、ヘーゲルの考察の転移 (Transposition) がせいぜいのところなお余地があるのである。すなわち、このことから、刑法内部の諸議論に由来した諸問題を新奇に取り扱う気にさせるが、しかし、その独自の結論をヘーゲルに帰せさせる用意のない立場である⁶¹⁾。本講演の第3章において、私は、そのような転移が可能であることを詳述するだろう——もっとも、それに関するなお唱えられるべき基礎付けの主張のかなりの後退という対価を支払ってだが。

Ⅱ. ヘーゲルとヘーゲル学派における犯罪と刑罰

1. ヘーゲルの法哲学に対する長きにわたる伝統的な異議は、国家の神格化という非難である⁶²⁾。確かに、ドイツは——しかも決して刑法においてのみではないが——、西欧的思考のメインストリームから著しく逸脱する、個人の利益に対する共同体の利益を優先するという伝統を有しているということは、十分に知られている⁶³⁾。ビスマルクの権力政治に魅せられた1860年代の言説から1878年以後の「保守的転換」に由来する態度決定を経て、「1914年の理念」と1933年の大変革に至るまで、この傾向は常に仰々しい決まり文句で示された。もっとも、もっぱらあるいは主としてヘーゲルに影響を受けた著者が、このことに寄与したと言うことはできない。このことはすでにヘーゲル主義がこの見解の形成された段階において、第一次世界大戦の50年前に、ドイツ文化において周知的な役割しか果たしていなかったために、問題とならないのである⁶⁴⁾。それにもかかわらず、ヘーゲルは一般哲学だけでなく、刑法上の文献においても——しかも最近にいたるまで⁶⁵⁾——悪の権化 (Erzbösewicht) の役割を帰せられるのもまれではなかった⁶⁶⁾。

59) Flasch, Theorie der Philosophiehistorie, 2005, S. 22.

60) Flasch (Fn. 59), S. 30.

61) Flasch (Fn. 59), S. 23 参照。

62) とりわけ, Marx, Kritik des Hegelschen Staatsrechts, in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. 1, 15. Aufl. 1988, S. 215 ff. 及び Haym, Hegel und seine Zeit, 1857 (ND 1962), S. 357 ff. 参照: 刑法上のヘーゲル学派の中から、とりわけヘーゲルをこの観点の下で批判するのがケストリンである (Köstlin [Fn. 49], S. 21 f., 24, 592).

63) 詳細につき, Nolte, Die Ordnung der deutschen Gesellschaft, 2000, S. 61 ff.; Schwaabe, Die deutsche Modernitätskrise, 2005, S. 98 ff., 121 ff.

64) この点につき、教えるのは, Losuardo, Hegel und das deutsche Erbe, 1989, S. 411 ff.

65) 例えば, Hörnle, in: Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 4.

66) このことは, Losuardo (Fn. 64), S. 441 ff. において裏書されている。

今日の支配的犯罪論が、ヘーゲルなしであっても堅固な構想上の基礎の上に立つとすれば、このことを継受史の無数にある不当な点の一つとして、片づけうるであろう——当事者にとっては確かに残念だが、しかし全学問領域にとっては結局のところ重要ではない。しかし、このことは当てはまらない。今日の刑法学の、普遍的なものに対する不信は、むしろ、刑法学がその固有の対象を概念上もはや適切に把握できないことへと至るのである。予防理論的な刑罰の基礎付けが、刑法を警察法へと拡散させるように——法政策上、その他の点でも非常に問題を孕む拡大結果を伴い⁶⁷⁾——、刑法上の不法はその重点が法益侵害の既遂或は未遂にあるという言明が⁶⁸⁾、刑法と民法の限界を曖昧にする。例えば、所有、財産、身体などの侵害結果の清算(Regulierung)に対して、まずは、民法が管轄を有する。そのみならず、刑罰は、行為者に害悪を付与するのであり、そこから被害者に直接的な利益が生じるようなことはない、しかも行為者の処罰が、被害者の損害に対する相殺を得る機会をしばしば困難にするあるいは挫折させるという事情が、このようなものの見方をすると、最終的に刑罰行使の正統性を一般的に疑問視させることになる⁶⁹⁾。

それゆえ、刑法に独自の管轄領域を保障しようとする者は、確かに、普遍的利益との関連性を考慮に入れるが、しかし普遍性を——すなわちリベラルな伝統においてそれが慣例であるように——自由と対立するカテゴリーとしてではなく、その実現として理解する、犯罪概念を探求しなければならない。上述したヘーゲルによる犯罪を、法（権利）としての法（権利）の違反（侵害）として特徴付けることにおいて、そのような犯罪概念の輪郭が構想されている。もっとも、それを明確化するためには、改めて、ヘーゲルの論理学に相当程度、取り組まなければならない。

2. ヘーゲルは、法（権利）としての法（権利）の違反（侵害）として犯罪を概念規定することを、すでに彼の法哲学の体系的に初めの段階において導入している。すなわち、抽象法においてである。そこで、その概念規定は、法の、独自の超個人的な実体への具体化を内容とするものではなかった。逆に、それは犯罪を法益侵害とする今日の言い回し以上にはるかに先鋭的に、犯罪の性格を他の人格性への攻撃として際立たせるのである。その論理的構造によれば、犯罪は、否定的—無限判断である⁷⁰⁾。そのような判断において、

67) この点につき、Pawlik (Fn. 34), S. 82 f.

68) 例えば、Schönke/Schröder/Eisele, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 8 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1 ff.

69) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 90 における文献参照。

「諸規定は、主語と述語とに否定的に結び付けられ […], その一方の規定が他方の規定の規定性を含まないだけでなく、その普遍的領域もまた含まないのである」⁷¹⁾。

窃盗犯または強盗犯は、以上によれば、民事上の法的紛争の一方当事者のように、奪取された物の被害者の特殊意志への包摂を否定するだけではない。彼は自己の態度を通じて、被害者を彼が自己の願望促進のため、任意に金をまきあげても許される単なるリソースとしてみなしているということを表明することによって、その態度が彼によって害された者をむしろ物として扱い、人格として扱わず、そのことで同時に普遍的なものをその権利能力 (Rechtsfähigkeit) の形態において否認するのである⁷²⁾。それゆえ、ヘーゲルは、以下のように要約している。すなわち、

「犯罪において […], 私は人格として扱われない。人格性は根本規定であり、法それ自体である。窃盗によって私は害されるだけでなく、私の人格、私の所有権の妥当性が攻撃されている。」⁷³⁾

他の箇所でも、ヘーゲルはこの知見をより一層、簡潔に定式化している。すなわち、「人格性それ自体、つまり即自的に存在している意志が害されているのである。」⁷⁴⁾

ヘーゲルはもっとも、犯罪を最終的にあるいは第一義的に人格性攻撃としてだけ把握することから距離をおくことを当初から明らかにしている。犯罪的に行動する行為者の挑戦は、ヘーゲルによれば、具体的な被害者それ自体ではなく、全体としての法共同体に妥当するもので、承認を維持するその構成員間の関係の規制に関する法律的に制度化された意志に、彼は逆らうのである。「犯罪を遂行する者は、それで、以下のことを表明する、すなわち現行法は妥当しない、普遍的に承認されたものに私は反している、と。」⁷⁵⁾。もっとも、抽象法においてははまだ、犯罪の挑戦に適切に対処するために必要であるリソースを用いることはできない。「刑罰の形式は、[…] ここでははまだ非本質的である、なぜならこのことは国家において初めて存在することができるからである。」⁷⁶⁾。抽象法はすなわち人格の法であり、それゆえ理性的な者はここでは「個人の

70) *Hegel* (Fn. 50), S. 325; *ders.* (Fn. 30), § 95 (S. 181).

71) *Hegel* (Fn. 50), S. 324.

72) *Hegel* (Fn. 30), § 95 (S. 182).

73) *Hegel* (Fn. 55), S. 299 f.

74) *Hegel* (Fn. 1), S. 90.

75) *Hegel*, in: Henrich (Hrsg.), *Die Philosophie des Rechts* (Vorlesung von 1819/20), 1983, S. 176.

76) *Hegel* (Fn. 75), S. 86.

意志として」、すなわち犯罪者に対置される個別の人格として、「まずは設定されたに過ぎない」⁷⁷⁾。犯罪のリアクションにおいて、それゆえ、それが抽象法の段階で基礎づけられうるにしても、刑罰の執行ではなく、むしろ復讐のそれが問題となっている⁷⁸⁾。

市民社会において初めて、すなわち国家的構造の支配の下で、本来の意味における刑法と言っているのである⁷⁹⁾。例えば理念一般の展開におけるように、その際、確かに犯罪の性質が変化するのではないが、しかしその意味が変化するのである⁸⁰⁾。市民社会は、個人の生命と所有の安全をその基礎とする⁸¹⁾。その生命はその者自身の配慮にだけ委ねられるのではなく、「社会によって承認されているもの、すなわち正当なもの」⁸²⁾と見なされる。それゆえ、社会は個人の侵害を「それ自身の普遍的な侵害」⁸³⁾としても把握する。その完全な意味へと展開される犯罪は、したがってもはや主観的に無限なものだけの侵害を示すのではなく、「あらゆる者の自由が含まれている客観的な定在」⁸⁴⁾の侵害でもある。したがって、それは、さらに体系上、まずもって、「それ自体存在するもの」、すなわち全体としての法共同体に対する犯罪でもある⁸⁵⁾。

しかしながら、個別の被害者は、その際、決して抽象的な普遍性の担い手（Funktionär）の役割に縮減されるものではない。そのような解釈は、論理学の前提と両立しないであろう。その基本思想を具体化するために、ヘーゲルは有機体の成長の領域によるメタファーを特に好んで用いている。生きているものにおいて、すべてはすでに胚に含まれており、これによって、生み出され、つまり他の力によって生み出されるのではないように、「活動する精神のあらゆる特別な形式もまたその胚としての概念から生じ」なければならぬとする⁸⁶⁾。それゆえ、われわれは最初概念を決して放棄しないであろうし、それは、その中でのみより豊かになるとされる⁸⁷⁾。「概念はすなわちその独自の相違にのみ行きつく。そして、この規定するものは依然として内在しており、

77) *Hegel* (Fn. 1), S. 93.

78) *Hegel* (Fn. 30), § 102 (S. 196).

79) *Hegel* (Fn. 30), § 220 (S. 374).

80) *Hegel* (Fn. 75), S. 177.

81) *Hegel* (Fn. 56), S. 131.

82) *Hegel* (Fn. 55), S. 661.

83) *Hegel* (Fn. 56), S. 131.

84) *Hegel* (Fn. 56), S. 265.

85) *Hegel* (Fn. 75), S. 85.

86) *Hegel* (Fn. 31), § 379 Z (S. 14).

87) *Hegel* (Fn. 55), S. 165.

すなわち概念に適合しているのである。概念は何か新しいものへと至るのではない。』⁸⁸⁾。

理性的な国家は、それによれば、抽象法における人格及び道徳における主体と対置するものではない。その論理的構造ゆえに、国家はそれらとむしろ、法理念の形成、すなわち自由な意志の定在形式であるという特性を共有している⁸⁹⁾。先の下位の諸形態と比較して、国家は、単に、それが「組織へと作り上げ」⁹⁰⁾られるということによって特徴づけられる。以上によれば、人格が、「精神の現実存在 (Existenz)、すなわち自由」をその抽象的な形式において具体化する場合⁹¹⁾、国家は、「自由をそのもっとも具体的な形態において」⁹²⁾あらわすのである。その基礎には、アメリカの哲学者ロバート・ブランドム (Robert Brandom) が言語とのパラレルさを手掛かりにして明らかにしている自由理論的な立場がある。言語のルールと形式は、それによれば推定上の、言語以前のあるいは原言語の (vor- oder ursprachlich) 表現の自由を制限するのではなく、それらは、逆に、言語の表出能力なしには抱くことのできないような目標にあわせて、有意味な諸命題を生み出し、行為を遂行することを、個人に初めて可能ならしめるのである。同様に、十分に整序された国家という制度としての秩序は、市民の、前国家的な見かけ上の自由の制限として機能するのではなく、むしろそれは、なによりもまず、すべての市民に現実の自由に関する彼・彼女らの領分が与えられる枠組みを構成するのである⁹³⁾。したがって、主観的な正当性の形式における法は、「常に、他の個人の意思に向けられ、その実現においてその意思に依存する要請 (Forderung) の形式のみ」⁹⁴⁾を有する。それに対して国家において、「法は、その定在する秩序、すなわち個人の意思を支配する力へと形作られる」⁹⁵⁾——簡潔に言えば、自由の現実化へと形作られるのである。あらゆる犯罪は自由の定在に対する暴力であるとするヘーゲルの先の言明は⁹⁶⁾、犯罪概念のさらなる展開の過程において、撤回されるのではなく、具体化されるのである。

ジャーナリストでエッセイストのヘニング・リッター (Henning Ritter) の叙述によ

88) Hegel (Fn. 55), S. 165.

89) Hegel (Fn. 30), § 29 (S. 80) 参照。

90) Hegel (Fn. 1), S. 88.

91) Hegel (Fn. 56), S. 220.

92) Hegel (Fn. 30), § 33 Z (S. 91).

93) Brandom (Fn. 58), S. 82 ff.

94) Hälschner, Das preußische Strafrecht, Teil 2, 1858 (ND 1975), S. 216.

95) Hälschner (Fn. 94), S. 216.

96) Hegel (Fn. 1), S. 85.

れば、ヘーゲルの精密さは確かに時としてあいまいという印象を生み出している⁹⁷⁾。もっとも、このことに、ヘーゲルの業績の評価において、惑わされるべきでないであろう。ヘーゲルは、普遍的犯罪論に次のような構想を実現させている。すなわち、可能な限りあらゆる社会的な義務付けを賢明な自己利益という分母へと還元しようとする個人主義の抽象化からと同時に、——本来、ヘーゲルに対して突きつけられた若きマルクスの表現で把握すると——個人の中に、「主観化された国家」⁹⁸⁾ 以上のものを、もはや見出す用意のない集団主義の抽象化からも距離を置く構想である。ヘーゲルにとって、同一の法理念を打ち出したものとしての人格的自由と国家体制はむしろ相互の依存及び依拠の関係にある。以上によれば、現在の条件の下では、市民の自由の尊重のない正当な国家は存在しない——まさにその刑法の形態においても、である。しかしまた、逆に、そのように制度化された自由（Freiheitlichkeit）の状態の存続に対する共同答責（Mitverantwortung）を引き受ける用意のない市民の自由も存在しないのである。

3. ヘーゲルが法的自由の概念をどの程度、具体的に考えているのかは、相互尊重の抽象法を超えて、非常に狭くとも、ある一定の範囲において、緊急避難による介入から犯罪的不法の性質を取り去りうるとする福祉の法を承認しようとする点より他に明らかな個所はない⁹⁹⁾。逆に、ヘーゲルが、普遍的なものに対する個人の答責を求める真摯さは、例えばフォイエルバッハの心理主義を通じてすでに揺るがされた間接故意の復権において明らかである¹⁰⁰⁾。先行する基礎付けの試みとは異なり、ヘーゲルは何らかのプラグマティックな考慮、例えば証明問題に依拠するのではなく、彼の弁証法の核心、すなわち具体的な否定の方法へと再度、導く考察に依拠している。上述の通り、この否定は、外部から、否定される概念要素に持ち込まれるのではない。それはむしろ、ヘーゲルが述べるように、「内在的なやり方」¹⁰¹⁾ の帰結である。行為者はその活動において、確かに「有限の目的、特別な利益」を有するが、しかしその者は同時に「知る者（Wissende）、思考する者（Denkende）」でもあるとされる¹⁰²⁾。この特性において、行

97) Ritter, Notizhefte, 2010, S. 96 f.

98) Marx (Fn. 62), S. 231.

99) Hegel (Fn. 30), § 127 (S. 239 f.). – この点についての詳細は（当該問題の、ヘーゲルによる体系的な位置づけに関する批判も含めて）、Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 80 ff.

100) この法形象に関するフォイエルバッハの批判については、Pawlik (Fn. 34), S. 383 f.

101) Hegel (Fn. 30), § 32 Z (S. 86).

102) Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie der Geschichte, in: Moldenhauer/

為者には、以下のことが期待されるべきとする。すなわち、彼の事實的意識及び意思内容の穴へ潜り込むのではなく、「行為という事物の普遍的なもの」¹⁰³⁾、すなわち「事態の客觀的性質」¹⁰⁴⁾ から明らかになる、その行為の結果を認識し¹⁰⁵⁾、自らに対し妥当させることが、期待されるべきである。「分離することが私にはできない」¹⁰⁶⁾。行為者が「自己の行為の、固有の客觀的性格に内在する結果」を自らでは拒否できないことと、この結果がそれゆえ彼に帰責されうことは¹⁰⁷⁾、もっとも重要な刑法上のヘーゲル学派の論者であるラインホルト・ケストリン (Reinhold Köstlin) の言葉を用いれば、間接故意の確立の基礎にある「全く正当な思想」である¹⁰⁸⁾。

緊急避難及び故意の問題に対するヘーゲルの立場決定において、今日の基準によれば、非常に極端との感じを与える、刑法学上の活動に対する理解が表明されている。法が、ヘーゲルにとって「自由」そのもので、自由を「世界の現実へと形成する」¹⁰⁹⁾ ために、法に関する学の対象は、実定法上の規範とそれを解釈する裁判所の決定の総体だけでなく、自由の理念をしかるべき制度の側から認識した、特殊な形態における自由の理念である。自由の理念は、以下の点で我々を取り巻く自然の客体と異なる。すなわち、その理念が単にそのように存在するもの (ein So-und-so-Seiendes) としてわれわれに對峙するのではなく、われわれに我々固有の精神のしるしを与える点で異なるのである¹¹⁰⁾。この精神の生み出すものに、現行刑法の解釈に従事する者たちの活動もまた属する。刑法学者はそれゆえ自由の理念の現実の展開状況をその専門領域の上で確かめるだけでなく、むしろこの理念の継続とさらなる展開に協働するのである。

この点、刑法学は政治哲学及び社会哲学に対して、一見すると、冒頭で扱われた個々

↘ Michel (Fn. 30), Bd. 12, 1986, S. 44.

103) Hegel (Fn. 55), S. 367.

104) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1855, S. 182.

105) Hegel (Fn. 55), S. 367.

106) Hegel (Fn. 1), S. 117.

107) Hegel (Fn. 55), S. 366 参照。

108) Köstlin (Fn. 104), S. 192. Hegel (Fn. 30), § 119 A (S. 224) ; dens. (Fn. 55), S. 367 ff. ; dens. (Fn. 33), S. 326 f. 参照。

109) Hegel (Fn. 52), S. 303.

110) Hegel (Fn. 30), §§ 146 f. (S. 294 f.). - 完璧を期するために、「社会的 - 客觀的 (sozial - objektiv)」という区別それ自体が客觀的なあるいは存在的な区別ではなく、社会的区別であり、そこでは歴史的に変更可能であるということがコメントとして加えられている (Brandom [Fn. 58], S. 72 ff.).

の諸学の自律性の確信と両立し得ない態様において開かれている。ドイツ刑法学の最近の展開は、しかしながら、事態がそれほど単純に置かれているのではないということを示している。一連の指導的な主張者らは、システム論の用語でいえば、操作的な閉鎖性と認知的開放性の統一として特徴づけられうる方法論上の操作（Vorgehen）を求め、実践している。ヤコブスは、上述のように、確かに、一方で刑法学上の概念形成の独自性を強調している¹¹¹⁾。他方で、しかし、彼は、このことが、組織化された体制並びに全体社会の表象及び確信のやりくり（Vorstellungs- und Überzeugungshaushalt）——簡潔に言えば、時代精神——に鑑みて、行われなければならないことを強調している¹¹²⁾。ヤコブスによれば、真の刑法学者は、その者が時代精神を把握し、それを解釈論上の問題の処理に役立てることによって刑法と時代を一つの概念にもたらしことに成功することによって、単なる解釈論者よりも傑出するのである¹¹³⁾。確かに、ヤコブスのこのプログラムの実行は、彼が、真実には評価の帰結であるものを認識の産物としてもたらしめていることによって、時おり、阻害されている。しかしながら、このことは、ヤコブスにおける刑法学という分野の独自性が社会的環境の諸問題と価値表象に対する注目を何かしら妨げるのではなく、反対に、これらを明示的に含んでいる点では何ら変わりはない。ヘーゲルの用語でいえば、刑法学は、その限りで、ヤコブスの理解によっても、刑法の概念の学問ではなく、刑法の理念のそれである。以上によれば、刑法は、それが特殊化の程度が高いにもかかわらず個別の問題の取り扱いにおいて最終的に適合しなければならない、包括的な集合的生活形式——ヘーゲルの「客観的精神」——の構成部分であることは明らかである。

4. 私は、いまや、今日の刑法学がヘーゲルの示唆から利益を享受することのできる第2の領域、すなわち刑罰の基礎づけの問題と取り組む。刑罰理論は、独自の、局地的にのみ妥当する諸原理の天空（Prinzipienhimmel）に位置する特別な倫理ではない¹¹⁴⁾。考慮に値する刑罰の基礎づけのひな型は、刑法上の議論参加者に対してむしろ哲学によりあらかじめ示されている。「将来の犯罪行為の阻止」対「生じた規範違反に対する応報」は原則的な道德哲学上の、目的論的アプローチと義務論的アプローチの間の理論競

111) Fn. 28に関する上記叙述。

112) *Jakobs*, in: Eser u. a. (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2005, S. 47; *ders.*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 106.

113) *Jakobs* (Fn. 112 – Eser), S. 47.

114) *Kersting*, *Macht und Moral*, 2010, S. 212.

争に立ち返る¹¹⁵⁾。

「あらゆる目的論的な倫理アプローチは、それが一定の基準に応じ、かつ包括的な意味において善と評価される目標の、行為による実現を道徳的要請へと高めることによって際立つ。」¹¹⁶⁾

予防論はこの意味における目的論上の構想である。それは、犯罪行為が将来において可能な限り抑制されることに貢献することを求め、この目標達成のためのその貢献によって刑罰を正当化するのである。応報論は、それに対して、義務論上の構想の類型に属する。ジョン・ロールズ (John Rawls) に由来する概念規定によれば、「善いものを正しいものと無関係に規定しないか、あるいは正しいものを善いものの最大化として規定しない」¹¹⁷⁾ あらゆる理論は義務論である。カントが『人倫の形而上学』の有名な章句において、犯罪者は、「処罰すべし」という認定が、犯罪者自身あるいは同朋市民にその刑罰によってもたらされる利益について考えることに、先行」¹¹⁸⁾ しなければならないと説明する場合、彼は後者の基礎づけプログラムに従っている。確かに、科刑の利益は、それによれば、まったく考慮されないわけではない。しかし刑罰の正当化は、罰せられる者 (der Bestrafte) が「犯した」¹¹⁹⁾ ことにのみ依存するのであり、その一方で刑罰が先の利益を可能なかぎり最大限、実現することに依存するのではない。

この整理は、様々な刑罰論に対する疑念を、初めから、一般的に把握された異議の下位事例として把握することを可能ならしめる。それに応じて、予防論に関して、次のような中核的な批判が述べられている。すなわち、行為は——刑罰的性格を伴う行為——、それによって期待されうる帰結によってのみ正当化されうるのか？という批判である。周知のように、カントにとって、そのような戦略を通じて、犯罪者は、「単に他者の目的のための手段として取り扱われ、物権法の対象の下へと混ぜ合わせ」¹²⁰⁾ られるのである。応報論に対しては、逆に、社会的に善いもの、一般的には、有用なものの促進に寄与することから切り離された刑罰正義の概念には、宗教上の含意から解放された道徳哲学において、ましてや世俗の刑罰論においては、居場所はないと非難されている。国家の強制権力は、近代において、それが市民のために提供する給付によってしかなお正

115) *Kersting* (Fn. 114), S. 212.

116) *Hübenthal*, in: Düwell u. a. (Hrsg.), *Handbuch Ethik*, 2002, S. 61.

117) *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 10. Aufl. 1998, S. 48.

118) *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, in: Weischedel (Hrsg.), *Werke*, Bd. 7, 1983, S. 453.

119) *Kant* (Fn. 118), S. 453.

120) *Kant* (Fn. 118), S. 453.

当化されえないとされる。しかしながら、今やこの給付の構成要素は応報論によって体系上、排除されているとされる。「謀殺者が殺害されることによって何がよくなるのであろうか？」と、古典文献学者のヴァルター・ブルケルト（Walter Burkert）はこの異議を明確に述べている¹²¹⁾。

後者の批判は、興味深いことに、他でもないヘーゲルその人によって先取りされている。ある害悪を、すでに他の害悪が存在しているという理由だけで、欲することは、非理性的であるとされる¹²²⁾。「ある者が謀殺を行い、その謀殺者を再び別の者が謀殺する場合、害悪は除去されない」¹²³⁾。ヘーゲルは、それにもかかわらず、応報思想（Retributionsgedanke）に帰依しているため、彼は二つの害悪の並列に組み尽くされるのではなく、応報という行いに肯定的な意味形態を付与することを許容する応報論のヴァージョンが存在することを前提としていることは明らかである。この構想の叙述において、ヘーゲルは改めて中心的な論理形象、すなわち具体的な否定の給付力を立証する。一方で、刑罰は「否定の否定」¹²⁴⁾として生じた法違反の無効を顕現する。他方で、法は刑罰によって——再度、ヘーゲルの論理で言えば——「自ら自身への回帰」¹²⁵⁾を遂行する。否定の否定は肯定であるという一般的命題は¹²⁶⁾、ヘーゲルによれば、すなわち、刑罰にも妥当するのである。その目的は、それゆえ、「犯罪の否定に起因する法の提示（Position）」¹²⁷⁾であるとされる。

この提示では、侵害された被害者の法的地位の回復（Restitution）は考えられていない。犯罪が人格性攻撃ではないように、刑罰は具体的な被害者への奉仕ではない¹²⁸⁾。しかしながら、法の再確立公式は何を正確に意味するのか？19世紀の刑法上のヘーゲリアーナの最後の者であるフーゴ・ヘルシュナー（Hugo Hälschner）は、この問題に、法規範の妥当性（Gültigkeit）とその妥当（Geltung）の間を区別することによって答えている。確かに、犯罪によって侵された規範はその妥当性について何も失わない。すなわち、これは破壊できず、不可侵であるとする。もっとも、規範はその妥当から何かし

121) Burkert, „Vergeltung“ zwischen Ethologie und Ethik, 1994, S. 27.

122) Hegel (Fn. 30), § 99 A (S. 187).

123) Hegel (Fn. 1), S. 91.

124) Hegel (Fn. 30), § 97 Z (S. 186).

125) Hegel (Fn. 39), S. 160.

126) Hegel (Fn. 56), S. 70.

127) Hälschner (Fn. 94), S. 15.

128) Hegel (Fn. 56), S. 70.

らを失うのも確かであるとされる。妥当は、規範が、それが妥当すべき者によって、諸規範の拘束力において承認されること、そしてそれが現実に人間の行為を規定し、制御するものとして示されることに依存するとされる。規範は、このことが規範によってうまくいく限りでのみ妥当し、その妥当は、規範が人間の意欲と行為をものは標準化することができない場合、失われるとされる¹²⁹⁾。犯罪によってなされる、「国家の法的権力の下への従属関係 (Verhältniß der Unterordnung) からの、自分勝手な優先関係 (Verhältniß eigenmächtiger Ueberordnung) への転換」¹³⁰⁾を通じて、犯罪者は彼によって違反される法規範の妥当を否認するとされるのである。この「矛盾の関係」¹³¹⁾は、ヘーゲリアーナの理解によれば、刑罰を通じて異議が唱えられるものである。

もっとも、あらゆる具体的な矛盾と同様に、この矛盾もまた、矛盾とされるものの拒否に汲み尽くされない。

この拒否の裏面として、否定はむしろ同時に肯定的な要素をその内容とする。それは、集合的な自己決定と自己肯定の行い (Akt) でもある。犯罪を通じた挑戦に直面して、法共同体は改めて、厳格に定式化された検討の後でその従来の規範的な自己理解を確認し、いっそう明確に示す¹³²⁾。ある一定の態様において、このことは犯罪の価値の引き上げを意味する。否定はそれを止揚する、より高い段階の必要条件であるため、あらゆる否定に産出力が内在しているように¹³³⁾、犯罪もまたヘーゲルにとって、偶然の、人間の弱さゆえの、控えるのがよいとされるような事象だけでなく、人間の文化の諸制度における精神のより安定的な客観化の過程での、論理的に必然的な通過段階である。このことは、犯罪が単に消し去れるのではないということを示唆している。むしろ、犯罪は潜在的に現在している——うまく克服された挑戦としてだけでなく、後の時点、例えば、文化的枠組み条件の変更に、改めて取り上げられ、その後、刑法によって、場合によっては現在とは異なる評価がされうる、社会实践のありうる形成形式としても、である¹³⁴⁾。

もっとも、犯罪と刑罰の関係は、ヘーゲルとその学派によって、発話と応答という純

129) Hälschner (Fn. 8), S. 30.

130) Hälschner (Fn. 8), S. 31.

131) Hälschner (Fn. 8), S. 31.

132) Hegel (Fn. 55), S. 283 f.

133) 例えば, Hegel (Fn. 33), S. 159.

134) 正当にも Pippin, Die Verwirklichung der Freiheit, 2005, S. 121 は以下のように述べている。すなわち、「ある [...] 規範を確立する試みの失敗を想起することは、我々の実践の不可欠な構成部分である。」

粹コミュニケーション上の連続へと薄められるのではなく、二つの力の表出の衝突として把握されるのは全く自明である。力（Macht）は、ヘーゲルによれば、自らに対する否定的なものにおいて自らを維持する点¹³⁵⁾、すなわち、抵抗に対して自らを貫徹する点に本質がある。犯罪者が自己の違法な意志を強制的に現実的なものとすることによって、彼は力を行使し¹³⁶⁾、そして、法秩序が刑罰を科すことを通じて、犯罪を「低劣なもの（Untergeordnetes）でかつ克服されるもの」へと引き下げることによって、法秩序もまた力を示すのである¹³⁷⁾。犯罪者によって行使された強制が犯罪者自身に立ち戻ってくることが、この「不法の法への転換」¹³⁸⁾に属する。それゆえ、有罪者は抽象的な非難だけでなく、彼の定在する意志、すなわち感性的な現実への介入をも甘受しなければならない¹³⁹⁾。彼から、処罰によって、彼が保持しようとするものが剥奪される¹⁴⁰⁾。すなわち、彼の自由、所有及び財産、極端な場合にはその身体的存在である¹⁴¹⁾。「というのも、この実際のプロセスなしには、それに対するあらゆる宣告にもかかわらず、不法が存続し続け、妥当するものとして安定し」、それによって法の現実規定力——妥当——を縮減する「であろうからである」¹⁴²⁾。

ヘルシュナーは、後者を、積極的一般予防論とのその近さがまったく明白でありうる考慮で基礎づけている。ヘーゲル¹⁴³⁾とともに（そして、カントとは異なり¹⁴⁴⁾）、ヘルシュナーは、国家の安定性に対する、市民の政治的心情の意義について認識している。国家の力は、本質的に、国民が大筋において自由な服従のもと、法に従属し、違法行為が散発的な現象にとどまることに依拠しているとする。この、あらゆる法的秩序の人倫的基礎はしかしながら持続的な定着化と強化を必要とする。

「確かによく秩序付けられた、健全な国家の下での生活（Staatsleben）において、個

135) *Hegel, Vorlesungen über die Ästhetik I*, in: Moldenhauer/Michel (Fn. 30), Bd. 13, 1986, S. 234.

136) *Hegel* (Fn. 1), S. 85.

137) *Hegel* (Fn. 102), S. 28（そこでは、世界史における悪の役割に関連付けられている）参照。

138) *Hegel* (Fn. 56), S. 237.

139) *Hegel* (Fn. 33), S. 550, 552.

140) *Hegel* (Fn. 33), S. 285.

141) *Hegel* (Fn. 33), S. 550.

142) *Köstlin* (Fn. 49), S. 36.

143) *Hegel* (Fn. 30), § 268 (S. 413).

144) この点につき、*Pawlik*, JRE 14 (2006), S. 269 ff.

別の犯罪行為が、即、国家権力をその権力の地位において危殆化しうるのではないが、しかしこのことは、法が継続的にその力を犯罪の除去において確証し、他のあらゆる者と同様に犯罪者の意識においてその權威と権力の地位を確保するという条件の下でのみ、である。」¹⁴⁵⁾。

犯罪の止揚として¹⁴⁶⁾、刑罰は、以上によれば、「終止符を打つこと」と同時に「維持すること (erhalten)」を意味する、犯罪概念の二重の意味を担う¹⁴⁷⁾。刑罰は犯罪と手を切り、それによってまさしく法秩序の強化に寄与する。したがって、犯罪者の意志表出ではなく、一般意志の表出が現実を形成するものであるということの暴力による (tätlich) 証明ということの中に、ヘーゲリアーナの理解によれば、刑罰の中心的な積極的給付があるのである。

5. 以上のスケッチは、ヘーゲル哲学が自由を重視する犯罪論と刑罰論に対して有している、概念装置の複雑性および示唆の多様性の、おおざっぱな印象以上のものを得させることはできないであろう。ヘーゲルの基礎づけの描写は、しかしまた、彼の立場の論理的な補強が、内容上の実質に関する特記すべき喪失なしには取り除くことができないような滑稽なものではないことを示したのである。ヘーゲルにおける論理は、自己決定の理論、すなわち自由の近代的な理解そのものの理論と同等のものを示しているために¹⁴⁸⁾、そのなかでむしろヘーゲルの法哲学——またその刑法理論——の自由的な (freiheitlich) 基本構造が基礎づけられている¹⁴⁹⁾。この並外れた、要求の高い基礎づけモデルを、今日の時代の嗜好によりよく合い、よりつつましい導出に取って替えることが可能なかどうか、場合によってどの程度可能なかどうかを、私は以下の本講演の第三章において検討する。

Ⅲ. 今日の刑法上のヘーゲル主義？

1. 確かに、ヘーゲルの示唆を取り上げたいが、しかし言語能力の喪失なしにはほぼ帰って来れないとされる「暗くかつ危険な森」に入り込むことを懸念するために、その

145) Hälschner (Fn. 8), S. 32.

146) Hegel (Fn. 30), § 97 Z (S. 186).

147) Hegel (Fn. 39), S. 114.

148) 文献も含め上記の Fn. 38.

149) ヘーゲルは、実際にまた、自己の法哲学はその基本構造におけるだけでなく、その詳細においても論理の精神に依拠し、この側面から判断されるべきということを、特に強調している (Hegel, [Fn. 30], Vorrede, S. 12 f.)。

示唆の論理的な裏付けに関わりあうつもりがない犯罪論は、どのように振舞うべきか¹⁵⁰⁾？ 犯罪論は、この言明をヘーゲル体系の全体の文脈の中に係留させる（Verankerung）のに代えて、犯罪論が処罰行為の重荷を担うことができるほどに説得的とその名宛人に思われるほどの性質の異なる哲学的枠組み構想にそれを埋め込むことを考慮しなければならない。

この種の第一の試みは、ヘーゲルの精神哲学、すなわちその刑法理論を、カントの主観の哲学のさらなる展開として、——強調的に言えば、完遂（Vollendung）として——把握するという帰結に至る。すなわち、この試みのもっとも著名な主張者は、ミヒャエル・ケーラー（Michael Köhler）とライナー・ツァツィク（Rainer Zaczyk）である。ヘーゲルと同様に、ケーラーもまた次の課題の解明に取り組む、

「規範を基礎づける刑罰のアイデンティティーは、悪に悪で報いる、否定にさらなる否定を付け加える点にあるのではなく、規範に反する態度に対する刑罰の否定的要素が善の実現における必要な手続き的要素として止揚されるという点にある」¹⁵¹⁾。

この善を、しかしながらケーラーはヘーゲルと同様に客観的精神のカテゴリーにおいてではなく、主観哲学的に判読し尽くす。ヘーゲルの見解によっても、客観的精神は、確かに、自発的で行為能力を有する大きな主体ではなく¹⁵²⁾、共通の実践方法（Praktiken）へと組み合わせられた、多くの個人の行為寄与の総体である¹⁵³⁾。しかしながら——そしてこのことはヘーゲリアーナの理解によれば決定的である——集合的実践方法は、個々の主体がそれを、その協働において「第二の」、つまり精神的性格を形成する、種々の行為体系及び象徴体系の形態の中にすでに見出しているという意味において、個々の主体に「前提とされて」いるのである¹⁵⁴⁾。そのため、いかなる音声記号あるいは文字記号を私が用いるのかは、確かに、私の決断力に服する。これに対して、これらの諸記号と私によって確立されたそれらの結びつきが何を意味するのかは、「常に既に行われている、共同体の言語実践方法」¹⁵⁵⁾）に応じて規定され、そこでは私の解釈高権ははく奪されているのである¹⁵⁶⁾。社会的－普遍的なるものの、この特殊ブラク

150) この隠喩は *Pippin* (Fn. 134), S. 60 による。

151) *Köhler, Der Begriff der Strafe*, 1986, S. 17.

152) *Hegel* (Fn. 102), S. 36.

153) 例えば, *Hegel* (Fn. 75), S. 49 参照。

154) *Köstlin* (Fn. 49), S. 114.

155) *Brandom* (Fn. 2), S. 74.

156) *McDowell, Geist und Welt*, 2012, S. 216 f.; *ders., Wert und Wirklichkeit*, 2002, S. 62.

シオロジー的な性質 (praxeologische Qualität) がケーラーにおいては、失われているのである。

ケーラーをヘーゲルから区別する隔たりは、すでにその法概念で明らかになる。「間主観的－選択意志に媒介された定在の行為に対する格率形成の、十分に基礎づけられた規範」¹⁵⁷⁾ の総体としての、ケーラーの法の定義は、ヘーゲルによって、周知のとおり、厳しく批判されたカントの法概念との看過し得ない近さを示している¹⁵⁸⁾。これに劣らず一面的と思われるのは、主観的な心情と客観的な構造の、相互的な貫徹を伴うヘーゲルの人倫のパースペクティブからすれば¹⁵⁹⁾、法の構成根拠及び妥当根拠は、「その主観的理性－媒介性 (Subjektvernunft-vermitteltheit)」における善だけがありうるとするケーラーのテーゼである¹⁶⁰⁾。

ケーラーと同様にツァツイクにとっても、自己意識と自由は「法の中心的概念」である¹⁶¹⁾。確かに、個人の意識的な生活は常にすでに、個人が、「休暇の旅に出るようには」、秩序に「任意に飛び込むこと、あるいは飛び出すことが[でき]ない」¹⁶²⁾ ために、単なる偶然としてあるいは単なる形式として把握することが許さないとされる、既存の秩序の中で営まれることをツァツイクは強調している¹⁶³⁾。ツァツイクはしかしながら、先の秩序モデルの同一性を形成する権力を概念化するために必要な構想上の手段を用いることができない。彼はその限りで間主観性 (Intersubjektivität) という構想のカテゴリーで済ませることを考えている。フィヒテ (Fichte) から学んだ間主観構想の基礎は、自己生成 (Selbstwerdung) というプロセスが、ある主体と、その主体に承認されることの経験を媒介し、その主体にそれ自身の側で承認行為を遂行する能力を与える具体的な他の諸主体との関わり合いとして把握されうるという想定である¹⁶⁴⁾。このアプローチは、しかしながらあまりに狭い¹⁶⁵⁾。ある一定の個人の同一性を形成する様々な影響について、一部だけが、明白な他の人格の態度並びに意識の給付に還元されうるとし

157) Köhler (Fn. 151), S. 45.

158) Kant (Fn. 118), S. 337; Hegel (Fn. 30), § 29A (S. 80 f.) 参照。

159) Hegel (Fn. 30), § 268 (S. 413).

160) Köhler, (Fn. 151), S. 45.

161) Zaczek, Selbstsein und Recht, 2014, S. 21.

162) (訳注: 本文の注163) Zaczek, (Fn. 161), S. 57.

163) (訳注: 本文の注162) Zaczek, (Fn. 161), S. 40.

164) Zaczek (Fn. 161), S. 53 ff.

165) 詳細は、Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 27 ff.

ないのである——そしてその場合であっても、これらの人格はしばしば超個人的なものの見方と精神性の単なる媒介者にすぎない。いわば個々の相互作用の相手方を通じて見通し（hindurchscheinen）、その関係を初めからある特定の、歴史的に変わりうる態様において色づける、この集合的な形成の影響は、分析に組み入れられる意識の所有者を単に二倍にすることによっては適切に捉えることはできないのである。ヘーゲルによって十分な根拠から主観的精神の哲学へ組み入れられた間主観主義は、ツァツィクによって厳しく批判されている社会契約論¹⁶⁶⁾の抽象性をその限りで半分だけ克服したものにすぎない。したがって、ケーラーの構想と同様にツァツィクの構想において、欠けているものは、客観的精神の説得的な理論である。

この——ヘーゲルでいえば、不相当に抽象的な——個人並びに他の個人との間主観的な拘束性への焦点化は、ケーラー及びツァツィクの犯罪論と刑罰論に連なっている。犯罪はケーラーによれば、「主観的——客観的な普遍性要求に関する、行為による法妥当の否定」¹⁶⁷⁾として把握される。それに応じて、彼は刑罰を、「自由な、自己によって基礎づけられた法違反に対する、権利の減殺（Rechtsminderung）」¹⁶⁸⁾として理解する。刑罰を科すことを正当化する「根本的——普遍的な妥当の否定」は、ケーラーによれば、法的関係の共通根拠としての、規範反省的主体の、意識的な反対決定の事例におけるのみ問題となりうる¹⁶⁹⁾。

「というのも、法的な行為格率の意識的な自己否定で初めて、発生した、普遍性に対する客観的根本矛盾は主体自身の矛盾でもあり、主体は自ら刑罰それ自体を招来するからである。」¹⁷⁰⁾

主観的帰属は、以上によれば、「現実の、主観的な妥当遂行」¹⁷¹⁾を、次のような必然的な帰結とともに、前提とする。すなわち、ケーラーは、認識なき過失の当罰性¹⁷²⁾と同時に回避可能な禁止の錯誤の有責性¹⁷³⁾をも否認するという帰結である。ケーラーによるヘーゲルのカント化的再解釈に対する代償は、以上によれば、相当なものである。

166) Zaczyk (Fn. 161), S. 52 f., 70 参照。

167) Köhler, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 74.

168) Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 411.

169) Köhler (Fn. 167), S. 81; 同旨 ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 179.

170) Köhler (Fn. 169), S. 349.

171) Köhler (Fn. 167), S. 70.

172) Köhler (Fn. 169), S. 171 ff., 177 ff., 191, 200 ff.; ders. (Fn. 167), S. 74 ff.

173) Köhler (Fn. 169), S. 406 ff.

それは、ヘーゲルの中心的な犯罪理論上のイノベーションの一つ、つまり反心理主義の放棄にある。同様のことはツァツィクにも当てはまる。刑法における被害者の答責性についての彼の取り扱いの点で、問主観主義の、伝統的な方式の心理主義への転換が特に明らかになる。損害結果の被害者への帰属に対する標準的な基準は、ツァツィクによれば、「意識的な自己侵害」の諸事例においては、「行為の最終的な遂行についての決定が被害者に残されている」こと並びに「意識的な自己危殆化」の事例においては、被害者が「自己の態度のありうる結果として予見するが、しかしそれにもかかわらず自らを危険にさらし、あるいは危険から逃れない」¹⁷⁴⁾ という場合である。

したがって、ケーラーとツァツィクが理性の正当化の審級に頻繁に依拠するにもかかわらず、彼らにおいて刑法上の帰属判断に関して決定するのは、客観的——普遍的な理性の要求ではなく、純粹に個人的にとどまる意識の事実である。そのような立場を内容上の諸根拠から正当とみなすことができるのは自明である。この点について、私は、ここで、非難するつもりはない¹⁷⁵⁾。もっとも、私は、そのような帰結に至るアプローチをヘーゲリアーナ的なものとして特徴づけるべきでないということを堅持したい。

2. 私の見方によれば、表出主義的なものとして示めそうとし、その、最も説得的な哲学的基礎付けをロバート・ブランダム、ジョン・マクダウェル (John McDowell)、ロバート・ピピン (Robert Pippin)、そしてテリー・ピンカード (Terry Pinkard) といったアメリカの哲学者たちに由来する、第2の再構築モデルが、ヘーゲルの犯罪理論上のプログラムの核心により接近している。この、広義におけるプラグマティズム的な、ヘーゲルと並んで特にヴィトゲンシュタインの後期哲学に負っている解釈は、ヘーゲルによる基礎付けの離れ業を、それがその論理的な考慮を社会的な実践方法の分析へと置き換えることによって、脱神話化することを試みている。

それによれば、確かにヘーゲルは、ブランダムが言う、カントの「最も深く最もオリジナルな思想 (Idee)」¹⁷⁶⁾ を受け継いでいる¹⁷⁷⁾。この思想によれば、諸判断と意図的行為は、その判断と意図的行為において、認識主体および行為主体が特殊な意味において答責的であり、それゆえ場合によっては基礎付けを義務付けられているところのもの

174) Zaczek, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 64.

175) もっとも、否定的なのは、Pawlik (Fn. 34), S. 302 ff., 367 ff. (Köhler に対して); ders. (Fn. 165), S. 30 f. (Zaczek に対して).

176) Brandom (Fn. 2), S. 23.

177) Brandom (Fn. 2), S. 281.

が問題となっていることを通じて、理性なき生物の活動と区別される¹⁷⁸⁾。しかしながら、ヘーゲルは、この基礎付けが、定言命法的方式に応じて、純粹に形式的な諸規定という歴史を奪われた空間から手に入れられえないことを理解しているとされる¹⁷⁹⁾。むしろ、実践理性の行使は、理由が与えられ且つ求められる、内容上、中身がありかつダイナミックな社会的実践方法の存在を前提にしているとされる¹⁸⁰⁾。この実践方法の共有は、認識し、行為する理性主体としての存在にとって、まさしく根本的なものであるとされる¹⁸¹⁾、なぜなら、われわれはそれによって社会文化上、標準的な規範とそれとの適切な関わり合いへの能力を自らのものにしたからである。それらの相互作用において、上記の実践方法は、ヘーゲルが「客観的精神」という名で示す、独自の、制度上、様々に構成される現実を形成するとされる¹⁸²⁾。

ピピン¹⁸³⁾ はこのようなヘーゲルの読み方を「精神性と規範性の非形而上学的、非心理主義的な叙述」として賞賛している。もっとも、これは、ヘーゲル及び彼の初期の弟子の思考に、今日の、相当数のヘーゲル注釈家が意識している以上に、かなりの程度、類似している。すでに、ヘーゲルは理念が独自の行為主体であるという表象を拒否していた¹⁸⁴⁾。ケストリンは、それ以上に、同時に個々の行為に起因する（von）産物でありかつ個々の行為にとって（für）それを可能とする準則（Vorgabe）である、客観的精神の特殊な性格を非常に鮮明に浮き彫りにした。一方で、人倫の実体（Substanz）は、個々の主体に基づく自由な産物を通じて初めて精神へ変容させられるとされる。他方で、各個人はそれを既に「精神的性質として自らの中に、そして自らの周囲に対して見出し、このあらかじめ見出されたものの点でまさに自由な活動の内容を得るのである」¹⁸⁵⁾。もっとも、客観的精神は、ヘーゲルの分析によれば、それがなお「有限性の地平」に立つ限り、不十分である。それゆえ、その現実には理性的であることは、外面的な現象、す

178) *Brandom* (Fn. 2), S. 27 ff. *McDowell*, *Die Welt im Blick*, 2015, S. 22, 109.

179) *Pippin* (Fn. 134), S. 178; *McDowell* (Fn. 178), S. 240.

180) *Brandom* (Fn. 2), S. 281.; *ders.*, in: Halbig u.a. (Hrsg.), *Hegels Erbe*, 2004, S. 76 f.; *McDowell* (Fn. 178), S. 241 ff.; *Pippin* (Fn. 134), S. 43.

181) *Brandom*, *Expressive Vernunft*, 2000, S. 898; *McDowell* (Fn. 178), S. 155 f., 234.

182) *Brandom* (Fn. 2), S. 73, 302; *Pinkard*, in: Halbig u.a. (Hrsg.), *Hegels Erbe*, 2004, S. 276 ff.; *Pippin* (Fn. 134), S. 124.

183) *Pippin* (Fn. 134), S. 37; 類似するのは、*Brandom* (Fn. 58), S. 88.

184) 上記 Fn. 152.

185) *Köstlin* (Fn. 49), S. 114.

なわち単に定立されていることの側面をその有限性の点で維持しているとされる¹⁸⁶⁾。この批判及び、ヘーゲルの、それから導出された結論、すなわち、理念は絶対的な、自ら自身で全体を見通しているようになる精神において初めてその最終的な完成形態に達するとする結論を、プラグマティズムの後継者たちは重要視しない。彼らは、ヘーゲルの体系において最後から二番目のものだったものを最後のものとして扱うのである¹⁸⁷⁾。その限りで、プラグマティズム的な解釈もまたいわば括弧付きにおいてのみヘーゲリアーナ的なものとして特徴づけられうる。もっとも、レッテル張りの問題に関しては常に争われうる¹⁸⁸⁾。より重要なのは、この文脈においてこのアプローチから生じる犯罪理論上の帰結に関する問題である。

鍵となる役割が、この観点の下で行為の概念に付与される。マクダウェルが説明するように、認知的判断と同様に、行為もまた

「理由を通じて、すなわち精神状態を持ち出すことを通じて説明されるが、それらに照らして、我々はどのようにして、説明された行為が行為者に合理的に生じえたのだらうかということを認識することができる」¹⁸⁹⁾。

理由の空間において行動する生き物だけが——「それらは合理的なものである（あるいは、そのようなものとして取り扱われる）」¹⁹⁰⁾——、以上によれば、完全な意味において行為能力を有する。行為能力と理由付け能力は同一である。あらゆる行為は、その限りでコミュニケーション上の有意義な行い、つまりディスクルスによる自己確立(diskursive Selbstfestlegung)である¹⁹¹⁾。「そうあるべきであるし、このことを私は問い返すことで理由を与えることができる。」。このことは犯罪行為にも当てはまる。ヤコブスの言葉で言えば、この解釈における犯罪はそれゆえ同じく「発話」¹⁹²⁾、すなわち次のような規範違反の意味内容を持つ「規範妥当への態度決定」¹⁹³⁾である。つまり、「この社会ではない！」¹⁹⁴⁾と。犯罪者によって破られた規範に対する彼の異議に対して、

186) *Hegel* (Fn. 31), S. 303.

187) 同旨 *Halbig/Quante/Siep*, in: dies, (Hrgs.), *Hegels Erbe*, 2004, S. 16.

188) *Jaeschke*, in: *Halbig u.a.* (Hrsg.), *Hegels Erbe*, 2004, S. 164 f.

189) *McDowell* (Fn. 156 – Wert), S. 95.

190) *Brandom* (Fn. 181), S. 359; 同旨、*McDowell* (Fn. 178), S. 183.

191) *Brandom* (Fn. 181), S. 873 参照。

192) *Jakobs* (Fn. 28), S. 13.

193) *Jakobs*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 34.

194) *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. Aufl. 2008, S. 111; *ders.*, *Rechtswang und* ↗

処罰において、彼自身に異議が申し立てられる、しかも規範違反に匹敵する強度をもって、すなわち、法益の喪失の賦課あるいは少なくともその威嚇の下で、である¹⁹⁵⁾。

ケーラーとツァツィクの主観化するアプローチと比較して、このような理解は、意図的行動の解釈は客観的基準を手掛かりにして行われなければならないというヘーゲルの確信を堅持している¹⁹⁶⁾。すなわち、行為が言語形式である場合¹⁹⁷⁾、行為にもあらゆる言語と同様に、私は自己の態度の構成部分に行為が有する意味の性質を独断で与えることはできないということが当てはまるのである。

「行為の意味は、行為において、概念のもつ諸能力の実践的な行使が問題となる点にあり、概念のもつ諸能力の観念（Idee）は共有された実践のコンテキストにおいてのみ有意味である」¹⁹⁸⁾

ピピンの言によれば、

「私が行為とみなすもの、その意味、目的、含意は、我々が直観的に行為する者に帰せる、いかなる特権の権威も保持しない。そのようなアプローチにおいて、私は決して法律上保護された、所為に対する占有を有さず、行われたことを一面的に規定することができないのである」¹⁹⁹⁾

所為の意味内容は、それゆえ、一種の内省あるいは「誠実性テスト」²⁰⁰⁾によって確かめることができるのではなく、それが行われた、具体的な社会的共同体の内部で討議して決められなければならない²⁰¹⁾。

3. もっとも、「真摯に受け止められるべき言明」²⁰²⁾としての規範違反の解釈及び、規範違反と「コミュニケーション上の連続」²⁰³⁾としての刑罰との関連の解釈で、ヘーゲルの示唆を考慮に入れる犯罪理論と刑罰理論の出発点が初めて同定される。刑法の特

↘ Personalität. 2008, S. 32.

195) *Jakobs* (Fn. 194 – Norm), S. 112; *ders.* (Fn. 194 – Rechtszwang), S. 32 f.; *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 25 f.; *ders.* (Fn. 28), S. 13 f.

196) Fn. 100–108 についての上記参照。

197) Fn. 155 f. についての上記参照。

198) *McDowell* (Fn. 178), S. 251.

199) *Pippin*, in: Halbig u.a. (Hrsg.), *Hegels Erbe*, 2004, S. 311.

200) *Pippin* (Fn. 199), S. 308.

201) *Pippin* (Fn. 199), S. 311; 同旨 *Jakobs* (Fn. 194 – Norm), S. 95 ff.; *ders.* (Fn. 28), S. 17, 34, 53, 61.

202) *Jakobs* (Fn. 194 – Norm), S. 112.

203) *Jakobs* (Fn. 28), S. 9.

異性（^{原文ママ}diffientia specifica）は、この連続局面がある一定の法的役割の分配の枠組みにおいて、行われているという点にある。私が自著『市民の不法』において示すことを試みたように、国家として制度化された法共同体は、刑法を用いて、その成員（Angehörige）に、構成員の地位（Mitgliedschaftsstatus）において、責任を負わせる。言い換えれば、刑法はその成員を市民と、すなわち、その者の、ヘーゲルが言うところの「実体的なものに対する拘束性」²⁰⁴⁾において、市民と称し、その構成員を、自由（Freiheitlichkeit）が現存している状態の共同の担い手として、その答責性と固く結び付けている²⁰⁵⁾。

確かに、「緊密な国家（der nähere Staat）」は、ヘーゲルの言葉を借りれば、「国家のための心情を直接に」求めるのではなく、多くは、履行（Leistung）だけを」²⁰⁶⁾求める。個々の市民が、いかなる動機上の原因（Quelle）から、法への忠誠に対する姿勢を生み出すのかは、すなわち、彼の側の問題である。また、民主主義的な憲法国家における市民の責任は、公共体全体に及ぶものではない²⁰⁷⁾。市民に、国家的な公益に対する直接的な責任は帰せられない。そのような責任は近代社会の複雑性に直面して文字通り計り知ることができないであろうから、個々の市民はその責任を全く果たすことができないであろう。しかし、市民は社会的役割の具体的課題の、外形上適切な履行に対する責任を担うのである²⁰⁸⁾。「習慣になった状態と生活諸関係における」この確証を、ヘーゲルはパトリオティズムと名付けている²⁰⁹⁾。ここでの理解における刑法はこのパトリオティズム以外のものを求めるのではない。しかしながら、既存の規範的枠組みにおいて遂行されるあらゆる行為は、この枠組みの妥当を再生産するがゆえに²¹⁰⁾、立法および判決だけが代理的性格を有するのではなく、ベルリンの哲学者であるフォルカー・ゲルハルト（Volker Gerhard）がまさにヘーゲリアーナ的に強調するように、日常的な法の遵守もまたその性格を有するのである。すなわち、ヘーゲルの言葉で言えば、あらゆる個人が実体（Substanz）の代理人である場合²¹¹⁾、法の領域において、以

204) Hegel (Fn. 30), § 216 A (S. 408).

205) Pawlik (Fn. 34), S. 105 ff.

206) Hegel (Fn. 55), S. 723.

207) Hegel (Fn. 135), S. 241.

208) Hegel (Fn. 135), S. 241.

209) Hegel (Fn. 30), § 268 A (S. 413).

210) Spaemann, Zur Kritik der politischen Utopia, 1977, S. 180.

211) Hegel (Fn. 75), S. 124.

下のことが妥当する。

「法律は制度化した共同体の態度予期を代表し、裁判官は法律を代表し、合法的にふるまう市民は法律の妥当を例証的に表すのである」²¹²⁾

したがって、私がヘーゲルに依拠して定式化しようとするならば、個々の市民は、その者が協働義務を履行することによって、「自由の概念の組織化」²¹³⁾へと寄与しているのである。

自由 (Freiheitlichkeit) という状態への攻撃は、したがって、行為者が彼が刑法上の態度秩序に反することによって、法共同体の代理人としての——簡潔に言えば、市民としての——役割に違反するという点において示されるのである。行為者は、現存する法状態の維持に協働する義務に反する。その限りで、犯罪は——再び、ヘーゲルが言うように——その概念によれば、普遍性に対する不法である²¹⁴⁾。もっとも、普遍性とは、「義務と法の単一の原理、すなわち人間の人格的自由」²¹⁵⁾が具体的な定在を得た普遍性である。

このような不法行為は、もっとも、犯罪者が市民であり、あり続けることを何ら変えるものではない。それゆえ、その者は、現実を含む自由の秩序というプロジェクトの成就に対する責任から解放されないものである。その義務づけの内容だけが変化する。合法的に振る舞う市民は、現実の自由 (Freiheitlichkeit) という状態の安定化に、市民が他の市民に自由に関する彼の領分を任せることによって寄与する。犯罪者の場合、一次的な履行義務は二次的な甘受義務へと転換する。犯罪者はあらゆる法的なものの根本原理 (Grundaxiom) に——義務履行の代償を払ってのみ保障された自由が存在するという命題に——反したために、犯罪者は、自らのコストにおいて、自由の享受と協働義務履行の連関性が解消されていないことが確認されることを甘受しなければならない。確認する行為 (Akt) の名が、刑罰である²¹⁶⁾。

4. 既述の通り、理性的主体だけに行為遂行への能力を付与するブランダム及びマクダウェルと²¹⁷⁾、行為概念が、その見解によれば、刑法の全プログラムを蓄えていると

212) Gerhardt, Partizipation, 2007, S. 343; Hegel (Fn. 135), S. 240参照、これによれば、法律に合致する市民の行為は、普遍性の「実例」として示されている。

213) Hegel (Fn. 55), S. 719.

214) 同旨 Jakobs (Fn. 28), S. 22, Fn. 29.

215) Hegel (Fn. 30), § 261 A (S. 408 f.).

216) 詳細は、Pawlik (Fn.34), S. 116 ff.; 近い立場なのが、Jakobs (Fn. 194 – Norm), S. 114; ders. (Fn. 195), S. 32; ders. (Fn. 194 – Rechtszwang), S. 33 f.

217) 上記 Fn. 189–191.

の立場のヤコブスは²¹⁸⁾、それによって、広範にわたって刑法上のヘーゲリアーナの立場に対応する立場を定式化している²¹⁹⁾。ヘーゲリアーナの包括的な行為概念は、かつて帝国の実証主義的な犯罪理論家——フォン・リスト (v. Liszt)、ラートブルフ (Radbruch)、ペーリンク (Beling) ——の批判の犠牲になった²²⁰⁾。それゆえ、あらゆるルネッサンスにおけるのと同様に、この場合においても、ヘーゲリアーナの全体論の排除へと至った異議が、今日の視点からは、なぜ、もはや決定的なものとして評価することができないとすべきかということが問われる。

この観点の下で行為概念に関するラートブルフの著作を吟味する場合、ラートブルフはヘーゲル思想の形而上学的深層構造をほとんど問題視しておらず——このことは遅くともヘルシュナーの後期著作である『ドイツ刑法』においてすでにほぼ完全に除去されていた——、むしろ、彼によって過度と感じられる、ヘーゲリアーナの行為概念の集約性 (Kompaktheit) を問題視していた。その背後にあったのは、根本的だが、しかしそれ自体ほとんど反省されていない指導的な問題設定の転換があった。個別性と全体性との緊張関係をきめ細かく区別された統一へと解消する、ヘーゲリアーナの尽力に、フォン・リストとその学派において、刑事政策上の合目的性と形式論理的な説得力 (Schlüssigkeit) の極端 (Pole) が取って代わったのである²²¹⁾。それゆえ、ラートブルフは自己の課題を単に犯罪の諸要素の「体系的な分類」という構想の中に見出した²²²⁾。「ある一つ概念に、ここでは、区分をする包摂判断の結果を通じて、その他の一定数の概念が、その種と下位種として、従属させられるのである²²³⁾。」ある概念の体系上の位置づけが高ければ高いほど、それはますます内容に乏しくなる。それゆえ、行為概念は最も無色である。というのも、それはラートブルフによれば、犯罪論の最高度の種概念、すなわち「その他のすべての犯罪要素が単なる付加語であるところの名詞 (Substantivum)」²²⁴⁾ であるからである。

218) 基礎的なのは、*Jakobs* (Fn. 193), S. 44; 最近では、*ders.* (Fn. 28), S. 24.

219) この点につき、*Pawlik* (Fn. 34) S. 290.

220) 詳細は、*Pawlik*, in: *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen*, 2015, S. 18 ff.

221) v. Liszt の立場について、*Pawlik*, in: *Koch/Löhnig* (Hrsg.), *Die Schule Franz von Liszt*, 2016, S. 66 ff.

222) *Radbruch*, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904 (ND 1967), S. 9. —ところで、後期ラートブルフは、彼によって「範疇的」とされたこのやり方と徹頭徹尾、批判的に対峙した (*Radbruch*, in: *Festgabe für Reinhard von Frank*, Bd. 1, 1930 [ND 1969], S. 160 ff.).

223) *Radbruch* (Fn. 222 – Handlungsbegriff), S. 9.

224) *Radbruch* (Fn. 222 – Handlungsbegriff), S. 71.

ラートブルフの、任意の内容を持つ意思に担われた身体挙動としての行為概念の特徴は²²⁵⁾、この観点からは、行為概念と人間の自由との接続は、分析的な価値はないとする、ヘーゲリアーナへの非難でもあるように、首尾一貫したものである²²⁶⁾。

もっとも、批判された側は、その哲学的始祖がラートブルフ方式に応じたやり方を十分な諸根拠から拒否したと反駁しえたであろう。なぜなら、その全体性において——表面上——犯罪を特徴づける個別要素を指称することで充分とする方法は、その対象の統一を考慮することができないからである²²⁷⁾。しかしながら、20世紀の初めに、ラートブルフの著書が出版されたとき、ラートブルフの攻撃に対してヘーゲルの学説を擁護することができるような刑法上のヘーゲリアーナはもはや存在していなかった。シルト(Schild)²²⁸⁾とヤコブスがようやく、多様なものをその概念の統一性において考慮するという要請に、改めて、普遍的犯罪論の枠内での根本的役割を与えている。ヤコブスは彼の、刑罰目的から犯罪概念を規定する点では、ヘーゲル主義からもかなりの隔たりがあるとはいえ——刑法上の概念としての行為概念は、刑法上帰属可能な態度において常に生じる、異質な要素の集合体が問題なのではなく、一つの意味統一が問題であるということを保証しなければならないという彼の要請には²²⁹⁾、まぎれもないヘーゲルの精神がみなぎっている²³⁰⁾。

もっともこの要請を説得的と感じるのは、刑法解釈学は観察者、注釈者、そして——うまくいけば——刑法実務の指導者としての、その争いのない重要な役割を超えて、真の学問的な使命を有しているという点でヤコブスに同意する者だけであろう²³¹⁾。その功名心が、「平均的に聡明で、平均的に問題意識があり、平均的に義務意識があり、平均的にルーティン化された法律家」²³²⁾に、十分に適用を確実にする、問題解決のための図式を提供するという点に汲み尽くされる刑法解釈学は、多様性における統一に関

225) Radbruch (Fn. 222 – Handlungsbegriff), S. 129 f.

226) Radbruch (Fn. 222 – Handlungsbegriff), S. 85 ff.

227) この点につき、Pawlik (Fn. 34) S. 152 f.

228) Schild, Die „Merkmale“ der Straftat und ihres Begriffs, 1979, S. 6 ff.

229) Jakobs (Fn. 193), S. 13 (強調は原文).

230) Jakobs (Fn. 112 – Engel/Schön), S. 121.

231) Jakobs (Fn. 112 – Engel/Schön), S. 104 ff.; 刑法解釈論の学問的要請について、Pawlik (Fn. 34), S. 1 ff.

232) Schulz, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 146 f.

する問題を気にかける必要はない。自己の活動への、反省的な、第二の視点で初めて、個々の刑法解釈学者を、ヘーゲリアーナの思考経過の認識が、その定式化と解答に対して有益であるところの問いに直面させる。もっとも、すべてが間違いでないとするれば、この自己反省の方式は現在ドイツの刑法解釈学において、極めて逆行的なものとなる。それゆえ、帰属論のヘーゲルへの、持続的に影響を与えるような回帰は、現在の学問分野の枠組み条件の下では、ドイツ社会の宗教への回帰と同様に、起こりそうにない。

IV. 終わりにあたっての警告

ヘニング・リッターの注釈によれば、今日もはや、現在のためのうつわとして十分とされるような過去は存在しない²³³⁾——我々はその過去を超えたからではなく、われわれはそれと疎遠になったからである。初めから、自己の分野の理論史から学ぶ機会を奪うつもりのない今日の刑法学者は、それゆえ、なによりもまずこの疎遠化の範囲と原因について釈明すべきであろう。すなわち、今日の刑法学者は、過去の思想家が我々に語り掛ける環境が、我々がその思想家を理解しようと試みる環境といかに異なるのかについてはっきり認識し²³⁴⁾、この理由から、「過去の側へと単に放浪するという幻想」²³⁵⁾に陥らないように注意しなければならないであろう。過去の思考体系のルネッサンスを、そのように教えられた刑法学者は期待もしなければ、危惧もしないであろう。刑法学者にとって、未だ、この思考体系の置き換えが、それがいかに縮小されようとも、我々の現在の理論集積に少しでも多く明確性と秩序を付与することに貢献するという期待で十分である。このことはヘーゲルの、刑法の基本問題に対する寄与の観点においては、十分に根拠のある期待であることを、私は描こうと試みたのである——それ以上でも、しかしまたそれ以下でもない。

233) Ritter (Fn. 97), S. 31.

234) McDowell (Fn. 178), S. 357.

235) Flasch (Fn. 59), S. 22.