

[翻訳] 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(4)

| | |
|----------|--|
| その他のタイトル | [Translation] Hegels Erben in der Strafrechtswissenschaft : Hegelianer im 19. Jahrhundert (4) Gunther Jakobs, Unrecht, Zurechnung, Notstand. Bemerkungen zur Lehre Hugo Halschners |
| 著者 | 飯島 暢, 川口 浩一 |
| 雑誌名 | 関西大学法学論集 |
| 巻 | 70 |
| 号 | 5 |
| ページ | 1477-1497 |
| 発行年 | 2021-01-27 |
| URL | http://hdl.handle.net/10112/00022858 |

[翻 訳]

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（4）

飯島 暢・川口浩一（編訳）

川口浩一（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、69巻2号）
 - (2) ケストリン（以上、69巻5号）
 - (3) ルーデン（以上、70巻4号）
 - (4) ヘルシュナー（以上、本号）
- 3 ま と め

2 19世紀のヘーゲル学派（承前）

- (4) ヘルシュナー：ギュンター・ヤコブス（川口浩一・訳）「不法、帰属、緊急避難：フーゴ・ヘルシュナーの理論の考察」

I. 概観（Überblick）

ヘルシュナー¹⁾は、本論文で参照した文献²⁾を1858年から1881年の間に——大まかに

- 1) ヘルシュナーについての文献：*Stinzing/Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung 3 Halbband 2, 1910 (Nachdruck 1978), S. 687 ff.*; *Landsberg, Hälschner, Hugo, in: ADB, Bd. 49, 1904, S. 731 ff.*; *Oehler, Hälschner, Hugo Philipp Egmont, in: NDB, Bd. 7, 1966, S. 433 f.*; *von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 77 ff.*; *Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 200 ff.*
- 2) 次のヘルシュナーの業績が考察の対象とされる：*Hälschner, System des Preußischen Strafrechtes. Erster oder allgemeiner Theil des Systems, 1858 (Systemとして引用)*; *Hälschner, Die Lehre vom Unrecht und seinen* ↗

いえば——ヘーゲルの『法哲学』の刊行（1820/21年）から半世紀後に公刊している。このような状況では「一言一句」（„Punkt und Komma“）においての継承というものは期待され得ず、また忠実さに努めるエビゴネン（um Treue bemühter Gefolgsmann）だったとすれば、ヘルシュナーは、むしろ悪しき学者の一人であったであろう。というのも、学問のコード（Code der Wissenschaft）は忠誠関係（Treueverhältnis）のコードとは適合し得ないからである。

以下では刑法の三つの概念が取り扱われる。まず第一に、ヘルシュナーが法としての法の侵害（Verletzung des Rechts als Recht）というヘーゲルの最も有名な規定に対して異議を唱えたが、それについての首尾一貫した代替案を提示しなかった不法（刑事不法 [Kriminalunrecht]）の概念が挙げられる。第二に帰属の領域からは、以下のようないくつもの事項を取り上げる。すなわち(1)ヘルシュナーが少なくとも原則的に行為を人倫的責任の（*sittliche Schuld*）存在に結びつけていたこと、(2)典型的な行為結果（typische Handlungsfolgen）の問題においては、ヘルシュナーはヘーゲルがすでに達していた水準に及ばなかったが、しかし(3)過失（*Fahrlässigkeit*）については、社会生活上の安全義務（*Verkehrssicherungspflicht*）違反に自ら焦点を当てることによって、説得的な解決に至っていることである。第三にヘルシュナーの緊急避難論を取り上げる。そこでは再びヘーゲルの緊急避難論とは異なったアプローチがとられている。最後に短いコメントとして、ヘーゲルの刑罰理論とのヘルシュナーの対決を、簡潔に、本当に簡潔に、スケッチすることが試みられる。

II. 不法—帰属—緊急避難

1. 不法

ヘルシュナーは、犯罪的不法の概念（*Begriff des verbrecherischen Unrechts*）について（明らかな限りでは）4箇所ですべている。まず第一に『プロイセン刑法の体系』においては、民事不法（*Zivilunrecht*）の対象は、被害者の「私的恣意に服する財産権限（*die der Privatwillkür unterworfenen Vermögensberechtigung*）」であり、これに対

↘ verschiedenen Formen, GS 21 (1869), S. 11 ff., 81 ff. (Unrecht I として引用) ; *Hälschner*, Nochmals [,] das Unrecht und seine verschiedenen Formen, GS 28 (1876), S. 401 ff. (Unrecht II として引用) ; *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht. Erster Band. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881 (Nachdruck 1997) (Dt. Strafrecht として引用).

して犯罪的不法の対象は「法秩序それ自体（die Rechtsordnung selbst）」³⁾であり、それも「法律の形式において」のみならず——その場合には違警罪（Polizeidelikte）の不法が問題となるであろう——、「また定在し、それ自体として法律的に承認され、保護されるべき権利の形式（[Form] eines daseienden und als solches gesetzlich anzuerkennenden und zu schützenden Rechtes）において」⁴⁾なのである。「法秩序自体に対して」向けられたものとしての犯罪的不法においては、「法としての法の侵害」というヘーゲルの犯罪概念を参照し得たであろうが⁵⁾、しかしヘルシュナーはこれをあえて参照しなかった。これは主にヘーゲルがそのフレーズを使っていた文脈⁶⁾、すなわち「無邪気な（unbefangen）」⁷⁾、ヘルシュナーの定式化によれば「法に対する個別意思の無意識の対立に（auf einer unbewußten Entgegensetzung des Einzelwillens gegen das Recht）」に基づくもの⁸⁾としての民事不法の規定の文脈が故にであり、その結果、

「一方で全ての悪意（mala fides）と故意（dolus）の場合は民事的（ここで想定されているのは、民事的のみの：著者記す）不法から排除され、他方で全ての過失の法侵害（culpose Rechtsverletzungen）は刑事不法から排除されることになってしまうであろう。」⁹⁾

このような帰謬法（argumentum ad absurdum）による結論は、次のようなものである：

-
- 3) *Hälschner*, System, S. 1.
 - 4) *Hälschner*, System, S. 2（強調は原典にはない）.
 - 5) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1820/21, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke, Bd. 7, 1970, §§ 95, 97.
 - 6) 強く批判している箇所として *Hälschner*, Unrecht I, S. 13：ヘーゲルの試みが「失敗に終わっているのは全く明らかであるように見える」。ヘーゲルの犯罪的不法と民事不法の区別の分離の問題点については、*Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 87 f. をも参照。——ヘーゲルは、実際に契約違反と犯罪を近づけている（Fn. 5），§ 93 A：「私が他人の所有物や他人に与えなければならない給付を他人に与えず、あるいは他人から奪い取ってしまう限りで、第一の強制——少なくとも暴力」としての「協定されたものを履行しないこと」[契約違反]。
 - 7) *Hegel* (Fn. 5), § 83 及びそれに続く A [無邪気な（犯意のない）不法]。
 - 8) *Hälschner*, System, S. 5.
 - 9) *Hälschner*, System, S. 5.

「民事不法と刑事不法の区別は[...]その法侵害の客体 (Objecte der Rechtsverletzung) 及び、それと必然的に関連して、その行為の法的意味 (rechtliche Bedeutung der Handlung) においてのみ存在しうる。」¹⁰⁾

特筆すべき長い論文「不法とその諸形式に関する理論 (Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen)」においてヘルシュナーは彼の理論を展開し、とりわけ主にアドルフ・メルケルのその少し前に公刊された論文「不法の基本区分とその法律効果 (Die Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen)」¹¹⁾に刺激されたものであった。A. メルケルは、周知のように¹²⁾民事的不法の犯罪的不法の区別との問題を逆転させ、——ヘルシュナーも認めるように¹³⁾——まず初めに全ての不法に共通のものを設定した¹⁴⁾。A. メルケルは、不法を客観的 (!) 法の「否定 (Verneinung)」¹⁵⁾として、コミュニケーション的権能 (kommunikative Kompetenz)、すなわち完全な帰属可能性 (volle Zurechenbarkeit) と完全な責任 (volle Verschuldung) を前提としたコミュニケーション的行為 (kommunikativer Akt)¹⁶⁾として理解した。言い換えれば、無邪気な不法について語ることは、このアプローチにおいてはそれ自体矛盾したものである。

ヘルシュナーは、A. メルケルの記述に殆ど呆然として反応している：

「非常に奇異な、通説にも一般的な用語法にも反する結論へと導くこの推論の中には、何らかの誤りが隠されているに違いないことは、法律家なら誰でも、一見するだけでわかることである」¹⁷⁾。

10) *Hälschner*, System, S. 5.

11) 1867 (Nachdruck 1971). ——これはメルケルの „Kriminalistische Abhandlungen“ という上位の表題 (Obertitel) を持つ二つの著書の第1巻である。しかしヘルシュナーは Unrecht I では明らかに誤ってその2巻: Die Lehre vom strafbaren Betrüge のみを引用している。

12) 詳細な記述として *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), S. 207 ff., 208 ff.; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967, S. 13 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien einer allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, S. 276 ff.

13) *Hälschner*, Unrecht I, S. 16.

14) *A. Merkel* (Fn. 11, 最初にあげた文献、そこでの説明も参照), S. 4 ff., 32 ff., 40.

15) *A. Merkel* (Fn. 11, 最初にあげた文献、そこでの説明も参照), S. 42 ff.

16) 妥当にもそのように指摘するものとして *Pawlik* (Fn. 12), S. 277.

17) *Hälschner*, Unrecht I, S. 18 f.

彼は、この誤りは「帰属可能性（Zurechenbarkeit）を[...]責任（Verschuldung）と」同置することにあるとする¹⁸⁾。確かに自然力（Naturgewalt）や動物は法の規則に服するものではないが、例えば善意の占有者（bonae fidei possessor）は、「自由な人間の行為」¹⁹⁾を通じて占有し、そしてそのような行為には法の規則が妥当するであろうし、その結果、それ（占有「行為」Besitz-„Handlung“）は不法なものでもありうるとされる。ヘルシュナーは、次のような結論を定式化する：

「全ての不真実（Unwahrheit）が嘘に基づくものに限定されるわけではなく、責任なき不真実（schuldlose Unwahrheit）の可能性も否定されないように、責任なき不法（schuldloses Unrecht）の可能性も否定されないのである。」²⁰⁾

—この問題については、本節の最後で再び検討する。

彼の『体系』においてなされた、私的恣意の侵害対客観的法の侵害[という基準：記者記す]による民法的不法と犯罪的不法の区別²¹⁾をヘルシュナーは「その全ての形式における不法」は「主観的な意思決定と法それ自体の分裂（Zwiespalt）」²²⁾に基づくものであるが、民法においては、この分裂に責任がない（unverschuldet）場合においてもまた法が反応しうる場合がありうるのに対し、犯罪的不法においてはその対応は常に責任（Verschuldung）を前提とする²³⁾ということの確認を通じて精密している。その際、ヘルシュナーは「法的責任（rechtliche Verschuldung）」を「人倫的責任（sittliche Verschuldung）」と「絶対的に同一のもの（absolut eins und identisch）」として理解している²⁴⁾。すなわち人倫の領域への法の完全な発展の位置づけにおいて、彼はヘーゲルに従っているのである。それにもかかわらず攻撃客体（Angriffsobjekte）の区別は、不法種類の区別の基礎になる。なぜならば、ヘルシュナーが財産侵害に専ら焦点を当てていた²⁵⁾民法的不法は、

18) *Hälschner*, Unrecht I, S. 22. すでに S. 19 f. においてもそのように述べられている。

19) *Hälschner*, Unrecht I, S. 19, 31, 35.

20) *Hälschner*, Unrecht I, S. 22; これについて詳細は *von Bubnoff* (Fn. 1), S. 78 ff.

21) 注3の付された上記本文を参照。

22) *Hälschner*, Unrecht I, S. 29, 89; S. 88 においては「権限者」の意思決定が語られている（強調は原著）が、『体系』の S. 1 においてヘルシュナーは「財産権限」としていた（強調は原著にはない）。

23) *Hälschner*, Unrecht I, S. 29.

24) *Hälschner*, Unrecht I, S. 34; *ders.*, Unrecht II, S. 402.

25) *Hälschner*, Unrecht I, S. 86 ff., 101 ff.

「法それ自体、すなわち法秩序に対する、その法秩序がその定在 (Dasein) とその実効性 (Wirksamkeit) を権限者の意思においてのみ持っている限りにおいての[...]否認」²⁶⁾

を含むものであるが、いずれにせよそれは「法自体の」定在であるからである。

しかしながら権限者は、ヘルシュナーによれば、財産関係においては自己の (権限のある!) 恣意 (Willkür) においてのみ侵害されうるのみならず、——その権限者自身によっても処分可能ではない——「法主体性 (Rechtssubjektivität)」²⁷⁾においても侵害されうるのである。この後者の場合において、客観的意味における法に直接的に違反する犯罪的不法が民法的不法と競合するとされる。ヘルシュナーは次のように要約する：

「しかし不法は、法それ自体、すなわち共通意思 (Gemeinwillen) に対する否認においてのみその積極的な存在を持つものであり、決して被害者の個人的な意思に対する否認におけるものではないのである。けれども法それ自体は、民法の領域においては、そしてそこにおいてのみ、その定在とその実効性を権限者の意思の中に持つのである。」²⁸⁾

ここでは「不法Ⅱ」と呼ぶ論文「不法とその諸形式再論」においてヘルシュナーは自説を、その内容を実質的に変更することなく、その後なされた批判に対して擁護している²⁹⁾。それゆえその詳細と、その後のヘルシュナーの業績においてしばしば見られる (やや違和感を感じさせる) 将来の危険性の徴憑としての責任に関する記述³⁰⁾も、ここでは取り扱わない。ただヘルシュナーの犯罪と民法的請求の有責的な不履行の区別については触れておくべきであろう。給付する義務があるのに給付しない者は、不作為犯においては「積極的な態様で阻害的 (störend)、所与の法状態において侵害的 (beschädigend) に」介入する者である³¹⁾が、ある権限者が法的な規範に基づいて請求するものを給付しない者は、この規範を「間接的に、権限者の意思を媒介してのみ」否認する者とされるのである³²⁾。——けれどもこのことは、たとえ単なる契約違反の場合においても、そのまま維持することはできないであろう。なぜならば、たとえその不

26) Hälschner, Unrecht I, S. 90 (強調は原著), 94.

27) Hälschner, Unrecht I, S. 103.

28) Hälschner, Unrecht I, S. 112 (強調は原著).

29) Hälschner, Unrecht II, S. 401.

30) Hälschner, Unrecht II, S. 414 ff.

31) Hälschner, Unrecht II, S. 423.

32) Hälschner, Unrecht II, S. 423 f.

給付が権限者の意思を通じて媒介されていたとしても、その権限者が請求したならば、「約束は守られなければならない (pacta sunt servanda)」³³⁾という法原則の直接的な否認となるからである。——しかし単なる義務（その内容において恣意的に生成した契約義務）と——当該社会の構造を規定するがゆえに——保障された義務³⁴⁾の区別は、当時の解釈論においてはまだ十分に知られていなかった。

『共通ドイツ刑法』においては、上で多少の驚きをもって引用した行為者の将来の危険の徴憑としての責任の解釈が繰り返されている³⁵⁾が、それ以外に民事不法と犯罪的不法の区別についてはもはや、

「法侵害の客体」には求められていない：あらゆる有責な不法は、「法的な規範に対する意思の矛盾 (Widerspruch) の中に」に完全に存在している。「それゆえこの区別は、有責な意思決定の差異とそれによって条件づけられた不法の外部的現象の差異においてのみその根拠を持つのである。」³⁶⁾

「不法Ⅱ」の記述と同様にヘルシュナーは、一方で「有責で、否定的な意思の行動 (schuldhafte negatives Verhalten des Willens)」すなわち「義務として求められる慎重さの懈怠 (Versäumnis der pflichtmäßig aufzuwendenden diligentia)」と「ある給付をもたらさないことにおける故意的な違法性 (vorsätzliche Rechtswidrigkeit)」を区別している。これらの事例においては規範に反する意思は受動的 (passiv) なものであるが、規範を否定するものではない³⁷⁾。他方で、犯罪の事例においてはその意思は「積極的な (activ) 行動」³⁸⁾によって否認するものであり、この行動は「法に伴う強制 (ein dem Rechte angethaner Zwang) として」³⁹⁾現れる。——ここでは一見、自然主義的な根拠づけがなされているかのように思える。——しかしこの受動的なものと同様の積極的なものを、前者を法的に保障されていない権利を侵害するもの、後者を法的に保障された権利を侵害するものと捉えるならば、この権利の質を不法の「外部的な現象」と表現

33) ヘーゲルについては注6の付された上記本文を参照。

34) これについては *Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 27 f., 38, 84.

35) *Hälschner, Dt. Strafrecht*, S. 28.

36) *Hälschner, Dt. Strafrecht*, S. 25.

37) *Hälschner, Dt. Strafrecht*, S. 25.

38) *Hälschner, Dt. Strafrecht*, S. 26.

39) *Hälschner, Dt. Strafrecht*, S. 27.

する気まずさの前に立つことになろう。要するにヘルシュナーの不法に関する記述は、あまりスムーズなものではないのである。

この欠如したスムーズさには一つの理由がある。すなわち、それは前述の A. メルケルに対するヘルシュナーの反論にある。この反論は、すでに述べたように、たとえば善意の占有におけるような場合は、自然的なだけの事象とは、占有意思は「自由な行為」⁴⁰⁾であるという理由で異なるというものであった。しかしその——最大限の注意にも関わらず——善意の占有者は、およそ「自由 (frei)」に占有しているのであろうか？ 確かに、占有行動は自由であるが、「違法に持ち続ける行動 (rechtswidriges Vorenthaltungsverhalten)」は存在しない。というのもその行動の違法性は、占有者の視角に入っていないからである。イエーリンク (Jhering) が A. メルケルに対して、善意の占有者は適法に行為するものではなく不法なものであると反論した⁴¹⁾とき、彼は財秩序 (Güterzuordnung) のレベルで論証を行い、その不法の概念に意義を唱えたのである。ヘルシュナーが占有において「自由な行為」を強調したとき、回避不可能に善意の占有者が決して違反することのできない行動規則の領域において占有者は——「自由に」——行動していることになるのである。言い換えれば、A. メルケルは不法概念を帰責可能な規範違反に留保し、イエーリンクは法においても財秩序が規制されていることを想起させたのに対し、ヘルシュナーはあたかも両者において同じもの、すなわち「自由な行為」が問題になるかのごとく論証したのである。この A. メルケル／イエーリンク論争によって（これまでは明確に定式化されてこなかったものであるかもしれないが）明らかになった不法概念の機能性 (Funktionalität des Unrechtsbegriffs) をヘルシュナーは再びごちゃ混ぜにしたのである。——それと全く対応するものとして、責任のない不真実性の例⁴²⁾がある。最大限の注意を払ったにも関わらず、真実でないことを言ってしまったものは、誠実に (wahrhaftig) 話しているが、真実でないこと (Unwahres) を話している。しかしこの真実でないことは、話すことが「自由な行為」であるがゆえに真実でないわけではなく、言明された内容が誠実性の機能連関 (Funktionszusammenhang) とは異なる他の機能連関においては、それが「真実でない」 (unwahr) と表現されるがゆえにであるからである。

40) 注19の付された上記本文を参照。

41) *von Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, S. 4 ff. ——刑法におけるイエーリンク説の継受については *Pawlik* (Fn. 12), S. 267 ff. 参照。

42) 注20の付された上記本文を参照。

2. 帰属 (Zurechnung)

a) 行為 (Handlung)

ヘルシュナーの帰属理論についてのこれ以降の検討は、彼の『体系』に集中している。なぜなら、その中核、すなわち行為の規定をヘルシュナーが『ドイツ刑法』においていかに説明しているかは、すでにフォン・ブプノフの著書に記述されているからである⁴³⁾。以下の記述においては、ヘーゲルも扱う問題、すなわち彼の法哲学の「道徳」において取り扱われた問題に重点が置かれる⁴⁴⁾。

ヘルシュナーによれば、犯罪 (Verbrechen) は、

「その根拠を意思または自由の中に持つものである。すなわち、それは行為能力の前提の下で可能なものであり、行為の形式において現実的なものになる。」⁴⁵⁾

帰属は、「ある法的な財の損害がその原因をある人間の意思の中に持つという判断」⁴⁶⁾として理解されるが、その際、原因としての意思を理解することに関してはなお詳しく述べることにする。ヘルシュナーは、衝動、恣意そして積極的な自由という段階づけをもって論証している⁴⁷⁾。衝動は、それが「自己意識の行為において」世界に「思考する自我」を対置させ、それを通じて「選択する力」としての恣意が生じることによって「現実の意思」となるのである。しかし、それによって自由の現実性ではなく、その可能性だけが提供されるに過ぎないとされる。「なぜならば恣意においては自由は決定されることの否定としてのみ現れるからである。」⁴⁸⁾ 意思是、その「人倫的發展」(!)を通じて初めて「積極的な自由」へと達し、「知性」の陶冶、意識の思考する秩序、要するに「人倫的理念」⁴⁹⁾の実現となるとされるのである。

犯罪は、ヘルシュナーによれば、自由でない・自然的意思からは生じない。なぜなら、それは人倫的に中立的だからである⁵⁰⁾。しかし積極的に自由な意思も犯罪の根拠とは考えられない。なぜならば、「その行為のあらゆる点において良きものであり人倫的な

43) *von Bubnoff* (Fn. 1), S. 77-87.

44) *Hegel* (Fn. 5), §§ 105 ff.

45) *Hälschner*, System, S. 95.

46) *Hälschner*, System, S. 97.

47) *Hälschner*, System, S. 99 f.

48) *Hälschner*, System, alles S. 99.

49) *Hälschner*, System, alles S. 100.

50) *Hälschner*, System, S. 100.

ものとして」現れるからである⁵¹⁾。むしろ犯罪の根拠は、「理性的目的を設定すること」において成立し、そして、善ではなく悪を選択することによって自らそれを否認する恣意である。すなわちそれは選択であり、自然や衝動ではなく、達成された人倫的發展を否認する選択なのである⁵²⁾。

「この否認の設定において自然的意志の無辜と、そして人倫的意志の責任の無さと対置される非人倫的な悪しき意志の責任が存する。」⁵³⁾

この悪いという判断の基準は、「単に客観的にだけでなく、同時に行為者にとって主観的妥当と意味」を持つものでなければならず、そしてそれをこの行為者は、ここにおいてはなお「良心 (Gewissen)」(sic!) の形成に関与する既に略述した「人倫的發展」によって持つのである⁵⁴⁾。

中間的考察：この意思の段階づけの記述は、おそらくヘーゲルの『法哲学』の第4-29節の自由意志の理論に負っているものであるが、その記述においては量的な差異があることは、明らかにヘーゲルが刑法の教科書を書こうとしたのではないことに、これも明らかにヘルシュナーがそれを書こうとしたことに基づくものである。しかしヘーゲルにおいて「道徳的観点は[...]主観的な意志の法」であり⁵⁵⁾、この意志は、対自的に自由な意志として、また主観性の条件として、自由の形式的な現実性として理解されている⁵⁶⁾のに対し、ヘルシュナーはその意志を実質的な現実性として、「人倫的な理念」⁵⁷⁾として扱っている。言い換えれば、ヘーゲルにおいては、犯罪の意志的側面は、主観性⁵⁸⁾で十分なのにに対し、ヘルシュナーにおいては、実質的な自由の人倫的状态に、犯罪においては否認がそれに対して表示されていなければならないとしても、達してい

51) Hälschner, System, S. 100. — 同様に Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Erste Abtheilung. Allgemeiner Teil, 1855 (Nachdruck 1978), S. 128 (§ 47 a. E.).

52) Hälschner, System, S. 101, 280 f. — しかし S. 286 においては「それ自体非人倫的所為」は「不自由な」ものとされるが、この不自由さは「自由をもって設定された」ものであり「絶対的ではない」とされる。

53) Hälschner, System, S. 101, 281.

54) Hälschner, System, S. 102.

55) Hegel (Fn. 5), § 107 (強調は原著).

56) Hegel (Fn. 5), §§ 105, 106, 108 Z (S. 141).

57) Hälschner, System, S. 99.

58) Hegel (Fn. 5), § 113 A.

なければならないのである。この差異は、ヘーゲルにおいては、道德性の段階では良心は形式的なものに止まり⁵⁹⁾、真実の（wahrhaft）のものではない（それは国家市民的意識と政治的心情において初めて真実のものとなるのである⁶⁰⁾）のに対し、ヘルシュナーは、良心形成（あるいはむしろその有責的な不形成）を行為者に対する法の妥当根拠としているのである⁶¹⁾。

この区別は、帰属能力に関し、特に子供の例によって説明されよう。ヘーゲルは帰属能力を意図（Absicht）の枠内において取り扱っている。すなわち子供は自分の行いの普遍性に関する洞察能力を欠くとする⁶²⁾。これは、やや説得性を欠く想定である（例えば、9歳の鶏泥棒は、自分の行いの普遍性を知らずに行なっているに違いないといえるのだろうか？）が、人倫的な成熟の欠如という説得的な理由づけは、道德性の段階では論拠とはならないであろう⁶³⁾。ヘルシュナーは、ヘーゲルに従わず、子供には「法的良心」が欠けるとした⁶⁴⁾。彼は、いかにこの良心が領域的には進んだ教育と自己陶冶によって、例えば家庭や学校においては、刑法的な責任を問うことなしに、問題行動については懲戒権が行使されることにより、形成されるかを詳細に論じている⁶⁵⁾。

59) *Hegel* (Fn. 5), § 137 A.

60) *Hegel* (Fn. 5), § 267 f. und öfter.

61) *Hälschner*, System S. 100.

62) *Hegel* (Fn. 5), § 120 A.

63) *Jermann* (Die Moralität, in: *ders.* [Hrsg.], Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie, 1987, S. 101 ff., 107) は、帰属無能力者のみに「思考するものであり意志である名誉」が欠けるとするヘーゲルの定式化（[Fn. 5], § 120 A a.E）を指示している。しかしこの欠陥は認知的な過ちのみならず、道德性の段階に位置づけられる意志の過ちに基づくのである。

64) *Hälschner*, System, S. 104.

65) *Hälschner*, System, S. 104 f., 287; 行状責任（Lebensführungsschuld）については S. 293. — 同旨、既に *Abegg*, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, S. 104 (§ 69 a. E.), 123 (§ 78, Anm.), 124 (§ 79, Anm.); *Köstlin* (Fn. 51), S. 134 (§ 50): ケストリンは、成熟 (!) を帰属能力の要件とする、S. 133 (§ 49); 既に *ders.*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845 (Nachdruck 1997), S. 132 f. (§ 72 mit Anm.). — ルーデン (*Luden*, Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts, 1847, S. 233 ff. [§ 32/2]) は、帰属能力を行為概念から取り除いているが、それは「当該人間が自己の作為なしに置かれている状態」として帰属能力は「行為のメルクマル」ではない (S. 233) という奇妙な論拠に基づくものである。だとすれば人間であること（人格であること）も行為メルクマルではなくなってしまうであろう！ ルーデンに対する詳細な反論として ▶

この中間考察において記述した差異は、行為概念にも影響を与える。ヘルシュナーは積極的自由においてアプローチしたので、帰属能力のない者は行為できないとされた⁶⁶⁾のに対し、ヘーゲルにおいては道徳性での自由の形式的な現実性の問題とされるので、——非常に年少の者でなければ——子供も完全に行為しうることになる⁶⁷⁾。その論証としては、『法哲学』の第120節を挙げることができる。すなわち、そこでは二回にわたって帰属能力のない者の行為が語られているのである。——ヘルシュナーの理論においては、既にその不法概念に関して触れた次のような問題がある。もし帰属無能力者が行為できないのならば、なぜ「その他の」責任のない者、例えば回避不可能な錯誤者は行為するのか?⁶⁸⁾ヘルシュナーは、明示的に回避不可能な錯誤者は行為すると述べており⁶⁹⁾、ビンディングの反対説⁷⁰⁾を「奇妙な」ものとしている⁷¹⁾が、この批判を深めてはいない⁷²⁾。

行為の要素は、ヘルシュナーにおいては(1)外部的結果、(2)「内部的意思決定」および(3)結果と意思間の原因と効果の関係である⁷³⁾。この「結果と意思決定の媒介」は、密度の異なるものでありうる。すなわち、完全な一致の場合には、責任もまた「完全な」ものであるが、意思の側面または結果の側面で不完全な一致となれば、責任は減少する⁷⁴⁾。すなわち、故意、過失および未遂の問題である。

b) 典型的な結果

彼の時代には、周知のように故意 (Vorsatz) と意図 (Absicht) は区別されていたが、

↘Köstlin, Neue Revision (この脚注の上部) S. 132 ff. (§ 72, Anm.).

66) Hälschner, System, S. 120 f.

67) これに反対する von Bubnoff ([Fn. 1], S. 83) の見解は、道徳性と人倫における自由の異なった段階を考慮していない。

68) 正当化され、その他許された行為については Jakobs (Fn. 34), S. 22 f., 59 f. を参照。

69) Hälschner, Unrecht II, S. 403, Fn. *.

70) Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 2. Schuld und Vorsatz. 1. Hälfte. Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2. Aufl. 1914 (Nachdruck 1965), S. 161 ff. これについては Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 25 ff.

71) これについては von Bubnoff (Fn. 1), S. 78 ff. も参照。

72) 不法については上述 II. A. を参照——今日における不法と責任の混合については Jakobs (Fn. 34), S. 55, Fn. 113 およびとりわけ Pawlik (Fn. 12), S. 259 ff. 及びそこで挙げられている文献を参照。

73) Hälschner, System, S. 121.

74) Hälschner, System, S. 121.

ヘルシュナーは「意図を[……]結果 (Erfolg) に、[……]故意を活動 (Thätigkeit) に」結びつけていた⁷⁵⁾。この区別は、用語的にも実体的にも、——主に刑法に関して述べたものでなかったが——ヘーゲルにおいても見られる次のような困難性が示すように、不適切なものであった。すなわちヘーゲルは、『法哲学』における道徳性の部（第119節以下）の中頃において意図を福利 (Wohl) と結びつけ、その限りでは説得的なことであるが、目的追求 (Zweckverfolgung) と幸福 (Glückseligkeit)⁷⁶⁾をあたかも兄弟姉妹のように同行させた。しかし意図は、ヘーゲルにおいては「行為の普遍的な性質」⁷⁷⁾を際立たせる任務を持ち、暫定的に言えば、そのような行為と典型的に結びつく効果の考慮なのである。

注目すべきことに、ヘーゲルはこの考慮を、その問題を意識しつつ (problembewusst) 行っていた。すなわちむしろ付随的な、しかし批判的ではない間接故意 (dolus indirectus) への言及⁷⁸⁾の後で、彼は「意図の法」と並んで「行為の客観性」の法を提示し、しかもそれを「思考する者」⁷⁹⁾の行為としたのである。しかしヘーゲルは、——彼は刑法の教科書を書こうとしていたわけではないことを今一度想起すべきであるが——この問題が意図だけではなく、既に彼が道徳性の部の最初の章「故意と責任」において取り扱った故意にもあることを十分考えていなかった。彼は行為の必然の結果と偶然の結果を区別し⁸⁰⁾、その際、前者（必然の結果）を「行為の自己の内在的な形成と

75) *Hälschner*, System, S. 123; *ders.*, Dt. Strafrecht, S. 278.

76) 権限のある幸福としての福利 (Das Wohl als die berechtigte Glückseligkeit) : *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 1830. Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes, ここでの引用は : Werke (Fn. 5), Bd. 10, System der Philosophie. Teil 3, 1970, § 505 a. E. による。

77) *Hegel* (Fn. 5), § 120.

78) *Hegel* (Fn. 5), § 119 A (a. E.) ; これについては *Michelet*, Das System der philosophischen Moral mit Rücksicht auf die juristische Imputation [...] die Geschichte der Moral und das christliche Moralprinzip, 1828 (Nachdruck 1968), S. 87 f., 89 ff.; *Pawlik* (Fn. 12), S. 396 mit Fn. 816; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 148 f.; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik, 2007, S. 572 ff.

79) *Hegel* (Fn. 5), § 120 (強調は原著).

80) 「必然的」と「偶然的」は、可能な帰結の領域においては一致しない。想定されているのは、行為の性質から説明されうる、すなわち典型的な帰結と、「行為の性質には何の関係も持たない」(*Hegel* [Fn. 5], § 118 A)、その外部から帰結する

して[⋯]その性質 (Natur) のみを」示すものであり、「それ自身に他ならない」ものであるとした。すなわち「それゆえに、行為もこれらの結果を否認したり、軽視したりすることはできない。」⁸¹⁾ (心理学化された主観主義とは全く異なり、必然的な結果に

、非典型的な帰結の差異である。

- 81) *Hegel* (Fn. 5), § 118 A ; これについては *Derbolav*, *Hegels Theorie der Handlung*, in: Riedel (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, 1975, S. 201 ff., 206 f.; *Schnädelbach*, in: ders. (Hrsg.), *Hegels Philosophie. Kommentare zu den Hauptwerken*, Bd. 2: *Praktische Philosophie*, 2000, S. 219 ff., 232 f. - ヘーゲルが「意図の法」と「行為の客観性」([Fn. 5], § 120) との緊張を解消したかどうか、解消したとすればいかにそれを行なったかについて理解することは容易ではない。「意図の法」が「客観性」を飲み込んだとする見解 (しかしそのように解するものとして *Köhler*, *Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, S. 199 ff., 373 ff. und öfter; *ders.*, *Buchbesprechung*, *ZStW* 114 [2002], S. 183 ff.) またはその反対の見解 (だとすれば「必然的な」[典型的な, Fn. 79 参照] 結果においては、過失は存在しないであろう) による極端な見解は排除される。ヘーゲルは、彼の講義において「酷い (furchtbar) ものとなりうる衝突」生じる (*Hegel*, in: *Angehrn u.a.* [Hrsg.], *Vorlesungen über die Philosophie des Rechts. Berlin 1819/1820*, nachgeschrieben von Ringier, 2000, S. 55; *ders.*, in: *Henrich* [Hrsg.], *Philosophie des Rechts. Berlin 1819/20 in einer Nachschrift*, 1983, S. 94; それぞれ故意について; さらなる文献を含め *Pawlik* [Fn. 12], S. 382 参照) と述べている場合もあれば、おそらくより客観主義的に: 「[...]常に、犯罪をこの普遍性の側面から認識していると想定しなければならず——想定することによってその人間に名誉を付与しなければならないのである」(*Hegel*, in: *Itling* [Hrsg.], *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann, Heidelberg 1817/18, und Hohmeyer, Berlin 1818/19*, 1983, S. 79 [betr. Wannemann])。——この緊張の一つの説得的な解決案として „*Rechtsphilosophie*“ (Fn. 5) の § 132 が提供しているといえよう。すなわちその Anm. (以下の強調は原典) においてヘーゲルは、「そのものとしての行為を見た洞察の法 (§ 117)」を「善への洞察の法」と対置させている。後者にとっては、「周知のこととしての認識 (Kenntnis als Bekanntschaft)」で十分であるしているが、それはおそらく「その素材に馴染みがあること (Vertrautheit mit der Materie)」として理解され、前者にも当てはまるものであろう。言い換えれば、「周知性 (Bekanntschaft)」は、行為者にとって、当該領域においての方向づけに役立つ、熟慮の必要なく、周知のデータによって形成されている——この問題について詳しくは、故意と意図をその認知的側面において説得的に適応させる *Quante*, *Hegels Begriff der Handlung*, 1993, S. 166 ff.; 「実行された目的としての行為は[...]主観性と客観性の具体的な統一性として理解されるべき」とし、その結果「目的を単なる内面的な者とする一面的な規定」は刻されなければならないとする *Caspers*, ↗

よる責任は発生しなかった結果による減免と結びつく：未遂はより軽く処罰される⁸²⁾。)

この問題意識は、ヘルシュナーにおいては考察においてはわずかにしか見られず、その結論においては全く見られない——これは他の刑法上のヘーゲリアナーにおいても通常は同様のことである⁸³⁾。確かにヘルシュナーはフォイエルバッハ以来否定されるべきものとみなされてきた間接故意（*dolus indirectus*）を参照している⁸⁴⁾が、これを——彼の時代の初期自然主義的潮流において——行為の個人的な意味とその社会的意味を架橋する試みとして理解することは全くなかったのである。

c) 過失

既にミシュレ（Michelet）は、過失（「見逃し（*Versehen*）」）をヘーゲルの帰属論へと、とりわけ「慎重義務（*obligatio ad diligentiam*）」の導入によって、統合しようと試みた⁸⁵⁾。ケストリンも彼に従った⁸⁶⁾。過失行為に関する、成功した、まさにヘーゲルの精神に由来する理由づけを示したのがヘルシュナーである。すなわち、

「行為者が、その行為者に故意と意図として[...]その自由な原因を行為者自身が認識したことのみ」が帰属されるならば、「この権利に他面では、意図の実現においても現実自由な態様で行動する行為者の義務が対応する。」⁸⁷⁾

ここにおいてヘルシュナーは、行為者を——ついに——その行為者について「あてもなく（*ins Blaue drauf-los*）」行為したとか、考えなしに行爲した⁸⁸⁾ということのできない思考する者として取り扱っている。慎重義務を通じてその思考の瑕疵は間接的な意思の瑕疵になり、それゆえ過失によって惹起された結果は、帰属されうるのである。——現代の理論に即していえば——行為するものはその活動に対し、社会生活上の安全義務⁸⁹⁾

「„Schuld“ im Kontext der Handlungslehre Hegels, 2012, S. 19（詳細については S. 183 ff., 要約として S. 439 ff.）; *Lesch* (Fn. 78), S. 75 ff., 99 ff. およびそこで参照されているさらなる文献; *Pawlik* (Fn. 12), S. 382 ff.

82) *Hegel* (Fn. 5), § 118 A. [訳は『ヘーゲル全集』190頁による。]

83) これについては *Köhler* (Fn. 81), S. 201 ff.; *Stuckenberg* (Fn. 78), S. 573 f.

84) *Hälschner*, System, S. 132 f.

85) *Michelet* (Fn. 78), S. 62.

86) *Köstlin*, Neue Revision (Fn. 65), S. 227 ff., 229 (§ 98 f.).

87) *Hälschner*, System, S. 148（強調は原著にはない）。

88) *Jakobs*, in: Festschrift für Kristian Kühl, 2014, S. 279 ff., 287 ff.

89) *Jakobs* (Fn. 88), S. 288; *Pawlik* (Fn. 12), S. 302 ff., 341 ff.

を負うのである。——ヘルシュナーは、さらに非常に鋭く、過失行為者の過ちは自己の行いの結果への洞察を持たなかったことではなく（そのような洞察があれば故意行為になるであろう）、洞察が可能であったにも拘らず行為し、結果を回避しなかったことになるとしたのである⁹⁰⁾。

不作為犯は、ヘルシュナーの『体系』にとって何の役割も果たさず、『ドイツ刑法』においては、因果関係の枠内で扱われた（行為衝動の行為による抑圧による不作為犯⁹¹⁾。これに関してはフォン・ブブノフが既に批判している⁹²⁾ので、ここではそれを繰り返すことから得るものはないであろう。

3. 緊急避難

最後に、ヘーゲルが『法哲学』の「道德」の「意図と福利」の章で扱った問題、すなわち緊急避難⁹³⁾の問題に目を向けてみよう。ヘーゲルは、生命の維持のためには、他者の「自由の個別的で制限された定在〔存在：訳者記す〕」を侵害する、そこで想定されているのはとりわけ他者の所有へと介入する（厳密な意味における）権利が存在すると論じている。それを導き出す論拠は、切迫する「その定在〔生命存在：訳者記す〕の無限の毀損」とその結果としての「全面的な権利喪失」に、個々の所有への介入が、「法それ自体」および対象者の「権利能力」の承認において対立すること⁹⁴⁾、言い換えれば法が「法として」侵されないこと⁹⁵⁾なのである。この論拠の問題性は、とりわけパヴリックにより探求され、ここでは詳細に扱うことができない解決が提案されている⁹⁶⁾。

ヘルシュナーは、彼の『体系』においては、——『ドイツ刑法』においては帝国刑法典第52条を（徹底的に批判的に）扱っている⁹⁷⁾のに対し——僅かではあるが、同様に、緊急避難行為には「刑事不法にとって完全に本質的な法それ自体、法秩序に対する対

90) *Hälschner*, System, S. 157.

91) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 234 ff.

92) *von Bubnoff* (Fn. 1), S. 86 f.

93) *Hegel* (Fn. 5), § 127.

94) *Hegel* (Fn. 5), § 127.

95) *Hegel* (Fn. 5), §§ 95, 97.

96) *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2002, S. 80 ff. (ヘーゲルとヘーゲリアナー), S. 103 ff., 125 ff.

97) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 485 ff.

立」が欠けるが、法秩序は損害賠償を義務づける「民事不法」を残している⁹⁸⁾と論じている。ヘルシュナーにおいて、緊急避難は、その介入が当該コンフリクトの解決のための唯一の手段にとどまること、質的により高く、量的により大きな、または——注意すべきことであるが (nota bene) ——「少なくとも質的および量的に同じ権利を他者の負担で維持する」ことを要件とするものなのである⁹⁹⁾。ヘルシュナーは、ヘーゲルの緊急避難論を、「生命権対所有権」の衝突への限定する理由が欠けている点で不十分であるとする。

詳細に見れば、法は福利と分離されえず、むしろ「人間の福利がそこで実現される」、「人間の共同生活の人倫的形式」¹⁰⁰⁾を体現したものである。すなわち、たとえ福利と法のコンフリクトが生じた場合に、とりわけ生命の窮状の事例への限定なしに、法的な解決として最大の範囲での福利の保護を承認する「正義の要請」¹⁰¹⁾であれ、それを体現したものであるとする。このことによって概略を示された制度は、プロイセンにおいて現行法となった。すなわち1851年のプロイセン刑法は、強要緊急避難のみを、帰属無能力の根拠とともに規定しただけであった¹⁰²⁾が、ヘルシュナーはそれをさらに批判することではなく、緊急が帰属能力を否定するのではなく——その限りでヘルシュナーはヘーゲルに従う¹⁰³⁾——むしろ状況の形態に応じて緊急避難へと導き、強要緊急避難の法的な規定は一般的な制度を排除することにはならない¹⁰⁴⁾としたのである。

ヘルシュナーの演繹の評価に際しては、あらかじめ次のように要約できよう。すなわち、彼は——ヘーゲルとは異なり——合法的な緊急避難行為を根拠づけること¹⁰⁵⁾ではなく、民事的不法の性質は完全に備えているが、犯罪的不法である性質を欠いた緊急避

98) *Hälschner*, System, S. 271, 276.

99) *Hälschner*, System, S. 271, 276.

100) *Hälschner*, System, S. 276.

101) *Hälschner*, System, S. 276 f. ——福利を減少させる（しかし、それにもかかわらず、いくらかのものは維持される）コンフリクトの解決は、量刑（Strafmaß）に作用するとされる。

102) 1851年のプロイセン刑法40条（§ 40 Preuß. StGB 1851）。

103) *Hegel* (Fn. 5), § 91. ——プロイセン刑法の規定は、おそらくフォイエルバッハに由来するものであろう。*Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Auflage, 1832, § 91; このことを適切に指摘するものとして *Köstlin* (Fn. 65), S. 599 f.

104) *Hälschner*, System, S. 278 ff., 290.

105) 上述、本文注95付近参照。

難行為が基礎づけようとしたのである。ヘルシュナーの緊急避難によって把握されている領域については、次の三つの非常に異なった事例グループに要約されよう¹⁰⁶⁾。第一のグループは、生命と（主に）物的な所有との衝突の事例であり、ここにおいてヘーゲルは介入者に一つの権利（*Recht*）を認めることを擁護し、被介入者（*Eingriffsoffer*）の介入者に対する正当防衛をその帰結として否定した。第二のグループは、生命対生命の場合である。ここにおいては、被介入者に介入者に対する緊急権を認めないのは不当であろう¹⁰⁷⁾。なぜならば、その生命は、介入によって守られるものよりも価値の低い（*minder*）ものではないからである。このコンフリクトが民法上いかに適切に規定されるのかも不明である。第三のグループにおいては、同価値の、生存に関わらない自由が対立する。ここでは—前のグループのように—差し迫る介入が差し迫る反応（*Rückgriff*）を生ぜしめるということは度外視しても、いかに、ある福利が、救われる福利と同じ高さのコストを完全に担わなければならない者の介入によって維持されるかは認識されえない。例えば、高価な職場の機械を救うために同価値の同僚の機械を破壊しなければならなくなった者が、その同僚にその機械の損害を賠償しなければならんとするならば、そのような救助などせず、場合によっては自分自身のために新しい機械を購入することができよう。——第一と第二のグループとここで強調した〔第三の：訳者記す〕グループの混同に関していえば、〔その後の学説が：訳者記す〕（正当化的緊急避難と免責的緊急避難を区別すべきとする）区別説への長き道を歩んだ¹⁰⁸⁾ことから見れば、ヘルシュナーがそのように考えたことはやむを得なかったと考えることもできよう。しかし何れにせよこの第三のグループ（同価値の生存に関係のない自由）の追加は、いわば明らかな誤りといえよう。言い換えればヘーゲルは彼の理論を自分自身を把握する人格の概念、すなわち主体の概念から展開した。ヘルシュナーはこのことを財のパラメータへと変化させ、その限りで、明らかにヘーゲリアナーではないのである。

III 最後の考察としての刑罰論の検討

このヘルシュナーとヘーゲルの差異の指摘の後に残るのは両者の共通点に関する問い

106) 緊急避難について彼の時代に主張されていた見解については、*Köstlin* (Fn. 51), S. 112 ff.; *ders.* (Fn. 65), S. 596 ff. 参照。

107) 緊急避難の拡大と侵害を防御する権利との関係については既に *Luden* (Fn. 65), S. 308 (§ 46/1)。

108) *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. 1991, 12/1-8。

である。それはその外観、例えばその素材の秩序における主要な章の名称の選択におけるもの以上のものだろうか？この問いに答えるための、他の問い、重要な問いとなるのが、刑罰論をどう考えるのかという問いである。その答えは、ここでは非常に短く示される。なぜならば、既にラムプによって文字どおり根本的な研究がなされているからである¹⁰⁹⁾。ヘルシュナーは、思弁的な概念論理——何れにせよヘーゲルの構成（抽象的法、道徳、人倫）におけるそのような概念論理——からできる限り距離を保とうとし¹¹⁰⁾、それはケストリンの次のような要請と完全に一致しているのである。

すなわちそれは「国家絶対主義を他の客観的・人倫的権力の権限と主観的自由の良く根拠づけられた請求に対して再び正しい程度に引き戻す」¹¹¹⁾という要請なのである。

ヘーゲルとともにヘルシュナーは、犯罪は「その概念的な普遍性における法を決して把握し得ず、むしろ「その定在の具体的な形式におけるのみ」¹¹²⁾のものであると判断するが、彼はヘーゲル¹¹³⁾とは異なり、そこから「否定的無限判断」（例えば、法の規範は私の恣意の格律ではない！）としての犯罪ではなく、まさに妥当実証的（geltungsempirisch）に「普遍的な法根拠に対する否定的な傾向」を導き出すのである。ヘーゲル¹¹⁴⁾への依拠を断言しているにもかかわらず、概念論理的な導出への批判を今一度明確化する。すなわちヘーゲルにおいては刑罰は「犯罪の論理的に必然的な帰結」¹¹⁵⁾であるが、ヘルシュナーは「法の観念的な本質」は「強制とは何一つ共通点のないものである」¹¹⁶⁾とし、法的強制は、むしろ「法の有限の歴史的に条件づけられた定在の帰結」¹¹⁷⁾であり、まさにその概念の帰結ではないとしたのである。法の定在は、「人倫的生活の諸要件である法的秩序」を保障するために必要であり¹¹⁸⁾、そしてそのよう

109) *Ramb* (Fn. 1), S. 215 ff.

110) *Landsberg* (Fn. 1), S. 687 f.; *Ramb* (Fn. 1), S. 215 ff.

111) *Köstlin* (Fn. 65), S. 8.

112) *Hälschner*, System, S. 18.

113) *Hegel* (Fn. 5), § 95; *ders.*, Wissenschaft der Logik II. Erster Teil. Die objektive Logik. Zweites Buch. Zweiter Teil. Die subjektive Logik: ここでは引用は Werke (Fn. 5), Bd. 6, 1970, S. 324 f. による。

114) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 4.

115) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 6.

116) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 10.

117) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 10（強調は原典ではない）。——実際、純粋な（！）天使の社会においては強制は必要でないであろう。

118) *Hälschner*, Dt. Strafrecht, S. 11.

な保障は、「法の機構（Organismus）がその有限の定在を獲得しているような」国家においてのみ提供される¹¹⁹⁾とする。言い換えれば、刑罰やその他の法的強制は、諸人格の人倫的定在の経験的な要件である。——それはまさに思弁的な哲学ではないのである。

ヘルシュナーがその『ドイツ刑法』においてヘーゲルからどれだけ離反していったかは、犯罪者が、その行いによって、その執行に首尾一貫するならばその犯罪者が同意しなければならない一つの法律を定立したとするヘーゲルの論証¹²⁰⁾は「弁証法的作り物」¹²¹⁾の結果であるとするヘルシュナーの完全に否定的な言明に見ることができるであろう。最後に、ここにおいて本稿の著者はヘルシュナーに反論したい。このヘーゲルにおける一見奇妙に見える個々の人格、それも犯罪者を立法者としていることは、それを刑罰の基礎づけとして理解するのではなく、刑罰を受忍しなければならない義務の理論¹²²⁾として理解すれば、その奇妙さは解消される。理性的な者¹²³⁾は、首尾一貫して行為しなければならず、それゆえ刑罰が（それを犯罪者が援用できない！）普遍的に妥当する根拠から、その犯罪者に課されるならば——まさに首尾一貫して——その刑罰を受忍しなければならないのである。それゆえそれは「思考者」の概念の展開なのであって、すべての者にとって妥当する法律の概念の展開ではないのである。

IV 結 論

1. 不 法

- a) 「無邪気な [犯意のない]」刑事的不法も存在する。
- b) 民法的にのみ不法は、「法それ自体」が「その定在とその実効性を権限者の恣意にのみ」持つ場合に存在する。
- c) A. メルケル／イエーリンク論争における不法概念の機能性 (Funktionalität des Unrechtsbegriffs) は、善意の占有を「自由な行為」と理解したならば、見誤る。

2. 帰 属

- a) 自由でない・自然的意思是に人倫的に中立的であり、積極的に自由な意志は犯罪の根拠ではなく、むしろ犯罪は「人倫的發展」を否認する恣意に基づく。

119) Hälschner, Dt. Strafrecht, S. 12.

120) Hegel (Fn. 5), § 100.

121) Hälschner, Dt. Strafrecht, S. 7; 之について Ramb (Fn. 1), S. 227, Fn. 100, S. 230.

122) これについては Jakobs, in: Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 251 ff., 260.

123) Hegel (Fn. 5), § 100, auch § 100 A.

19世紀におけるヘーゲル学派（4）

- b) 帰属無能力は、有責でない根拠からの人倫的良心の欠如である。
- c) 帰属無能力者は、刑法的意味においては行為できない。
- d) 典型的な行為結果の問題は認識されなかった。——過失は、自らの人格に対する社会生活上の安全義務（「慎重義務」）違反である。

3. 緊急避難

- a) 緊急避難は生存に関する緊急状態に限定されない。
- b) 緊急避難は、同等利益の場合にまで及ぶが、そこでは刑事的不法のみが阻却され、民事的不法は残る。

4. 刑罰論

犯罪の概念からの刑罰の思弁的な基礎づけは否定される。