

19世紀におけるヘーゲル学派（2）

飯島 暢・川口浩一（編訳）
山下裕樹（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、本号）
 - (3) ルーデン
 - (4) ヘルシュナー
 - (5) アーベック・その他
- 3 ま と め

2 19世紀のヘーゲル学派（承前）

- (2) ケストリン：ミヒャエル・クビチエール（山下裕樹・訳）「刑法における目的——クリスチャン・ラインホルト・ケストリンの刑法理論——」

I. 理念史的な変革に照らしてみたケストリンの生涯

1. ケストリンの業績——過渡期の業績か？

クリスチャン・ラインホルト・ケストリンは、パウル・ヨアヒム・アンゼラム・フォイエルバッハによって起草された1813年のバイエルン刑法典が施行された年に生まれた¹⁾。32歳の時、つまり1845年に、ケストリンは『刑法の基本概念の新たな改訂（Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts）』〔以下では、『レヴィジオン』と表記する：訳者記す〕を公刊したが、そのタイトルがフォイエルバッハの主要な業績を想起させるのは偶然ではない。その関連性は、外見上のものにはとどまらない。方法的にも、ケストリンは、法哲学的に基礎づけられた刑法理論から、刑法上の帰責の体

1) フォイエルバッハについては、Koch u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014 における諸論稿を見よ。

系を導き出すフォイエルバッハのアプローチに従っている。すなわち、「刑法に関する哲学の新時代の、大胆かつ偉大な創設者」であるフォイエルバッハは、哲学的な「自由論」を刑法体系のために作り上げたことによって、「決定球を投げ」たとケストリンは述べている²⁾。しかしながら、土台と具体的な形成において、フォイエルバッハとケストリンの体系は根本的に区別される³⁾。フォイエルバッハはカントやフィヒテの影響下にあったとするならば⁴⁾、ケストリンは、ヘーゲル学派に「刑法学者の一般的な基本となる考え」⁵⁾を持ち込んだ者とみなされるのである。

ケストリンは、その『レヴィジオン』を公刊した11年後の1856年に他界した。かの時代においては、すでに物質主義、現実主義および実証主義が、哲学および政策的な議論における解釈の主導権を担っていた。このことを明確にするのは、ケストリンが亡くなった年に、ベルリンのリベラルな新聞である国民新聞 (National-Zeitung) に載っていたあるエッセイである。

「誤った観念的な目的に関する不満足感において、つまり失敗に終わった観念的な努力に関する絶望の中で、国民の知的および物的な力が、取得の領域に集中した……。観念論的な努力を試みたが無駄に終わったことに、物質主義はわずか数ヶ月で成功した。すなわち、生活関係全体の変革、つまり重点および力関係を社会的共同生活という組織体へとずらすことである……。」⁶⁾

当時、一世を風靡していた書籍は、1853年に、さしあたり匿名で公刊された『現実的政策の諸原則』であった⁷⁾。それは、すでにタイトルにおいて、その時代の反観念論お

-
- 2) *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845, S. 2 f.
 - 3) *Köstlin* (Fn. 2), S. 1 ff. 両者を分類するものとして、*Naucke*, ZStW 87 (1975), S. 861, 888 ff.
 - 4) フォイエルバッハに哲学的な背景を提供した者たちに関しては、*Reulecke*, Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, 2007, S. 234 f. さらに、*Hilgendorf*, *Brandt*, *Jakobs*, in Koch u. a. (Fn. 1), S. 149 ff., 171 ff., 209 ff.
 - 5) *Loening*, ZStW 3 (1883), S. 219, 349; *Nagler*, Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung, 1918, S. 449. さらに、*Schmidt*, Einführung in der Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 295 を見よ。
 - 6) *Winkler*, Die Geschichte des Westens, Bd. 1: Von den Anfängen der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 2009, S. 687 から引用した。
 - 7) その意義については、*Winkler* (Fn. 6), S. 658 f.

よびポスト観念論の潮流を受け入れていたし、主として、社会的な目的の達成は理性の諸原則との一致に依存するのではなく、それを貫徹する手段、とりわけ政治的な力にのみ左右されるということを明らかにした。法学は、その大きな潮流の法学的受容にとって典型的であった、このような遅延を伴う変化に従ったのであった。つまり、1877年にイエーリングが、そのエポックメイキングな言葉を定式化したのである。すなわち、「法という基盤の上で見出される全てのことは、目的を通じて作り出され、目的のために存在する。つまり法全体は、唯一、目的から作り出されるものに他ならないのである……。」⁸⁾しかし、観念論的な哲学の影響は、すでに以前に、刑法学において、「うんざりした感情」⁹⁾を呼び起こしていたのであった。

したがって、ケストリンの——その当時としても——短い生涯の中で、19世紀の哲学的刑法学の頂点および哲学的観念論の崩壊、並びに観念論的に思考された（刑）法構想の衰退の開始があった。この衰退は、ケストリンの死後の数年の間に急激に速度を上げ、19世紀の最後の30年余りにおいて終結を迎えた¹⁰⁾。ケストリンの生存期間および創作期間と、素描した理念史的な変革の間の平行性に鑑みて明らかなことは、その業績が観念論的な刑法思想と「現実政治的」・目的合理的な刑法思想を結びつける刑法学上の過渡期の代表者の一人として、短く言えば、カントからヘーゲルを経由してイエーリングにまで橋渡しをする思想家の一人として、ケストリンを歴史的に位置づけるということである¹¹⁾。

2. 反対テーゼ

この位置づけには十分な根拠が存在する。すなわち、これから見ていくように、ケストリンはすでに早くから、意味論的に、方法論的に、そして構想に関して、明確にヘーゲルに依拠しているが（II）、しかし彼の『レヴィジオン』においては、個々人は国家（そして法）の中に、その者の福祉（Wohl）を見出さなければならないということを強調している¹²⁾。ケストリンが、法は「人間のためにも、つまりその福祉のためにも存在し」なければならないことを強調し¹³⁾、刑罰の目的——特別予防および一般予防

8) *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 1877, S. 442（ここで引用したのは、1884年の第2版である。）。

9) *Henke*, *Handbuch des Criminalrechts*, 1823, S. IX.

10) この意義の喪失については、*Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 32 f.; *Stübinger*, *Schuld, Strafrecht und Geschichte*, 2000, S. 187 ff.

11) *Pawlik*, *ZStW* 114 (2002), S. 259, 296 を参照。

12) *Köstlin* (Fn. 2), S. 789; *ders.*, *System*, S. 395.

13) *Köstlin* (Fn. 2), S. 789.

——をヘーゲルが行っていたよりも明確にはっきりと強調していた¹⁴⁾のは一度だけではない。その点に、ケストリンの死後から20年も経たないうちに、イエーリングおよびリストが、刑法学にパラダイムとして推奨した目的合理的でもある国家および刑罰の理解への接近が認められるかもしれない¹⁵⁾。それにもかかわらず、ケストリンが過渡期の刑法思想家であったという解釈は補足を必要とする。というのも、この見方は、ヘーゲルの法哲学および刑罰哲学は、それが登場した時点において、その時代の水準を満たしていたということを含意するからである。そうだとすると、ケストリンはヘーゲルのポジションを後の精神的風土の変更に適応させ、修正することで常に (a jour) 維持しなければならなかったであろう。仮に、このことが正しいのであれば、ケストリンの業績は実際に「橋渡しの機能」を有していたであろう。しかし、刑罰の無条件の必要性を前提とし、予防目的の達成を背後へ押しやるヘーゲルの刑罰論は、すでに、ヘーゲルの『法哲学綱要 (Grundlinien der Philosophie des Rechts)』の出版の際に、もはや刑法学の常識とは合致していなかった。これに応じて、刑法学において、ヘーゲルの考えには当初賛同者はほとんどいなかった。したがって、ケストリンの再解釈と新たな重要性の確認 (Neugewichtung) は、10年間という中心部分における彼自身の展開と歩調を合わせることに役立っていない。むしろ、ケストリンは——刑法学の視点からすれば——すでに『法哲学綱要』の出版の際に生じていたヘーゲルの刑法理論上の「遅れ (Rückstand)」を取り戻したのである (これに関しては III.)。つまり、さしあたり刑法理論および国法理論においてヘーゲルの受容が起こらなかったことは、法学においてしばしば見出される受容の遅延の表れ (だけ) ではなく¹⁶⁾、むしろ、ヘーゲルの国家哲学および刑法哲学における内容的な時代錯誤と、芝居がかった誇張の帰結で (も) あり、ケストリンはこれを修繕したのである。しかし、ケストリンはヘーゲルの刑法思想を、用心深く賢明な方法で修正した。すなわち、確かにケストリンは (主として芝居がかった) 一面性を修正したが、しかし、体系の価値論的な閉鎖性を破壊することなく、それによって、ヘーゲルが詳細に描かなかった体系的に首尾一貫した刑法的帰属論を展開さ

14) *Köstlin* (Fn. 2), S. 676. 境界線について、すでに述べているのは、*Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 103, 116.

15) この見方の代わりに、ポンの法学者であるランツベルク (*Landsberg*) は、ケストリンの生誕100周年の機会に、「『悪名高いヘーゲル学派』は、ケストリンにおいて、『近代精神 (Moderne)』に応じる形で現れた」と述べている。

16) そのように述べるものとして、*Ramb*, *Strafbegründung in der Systemen der Hegelianer*, 2005, S. 108 Fn. 37.

せるという可能性を維持したのである。この方法で、ケストリンの『レヴィジオン』は、ヘーゲルの哲学によってインスパイアされた帰属論を、最初に包括的に体系的に展開したもとなったのである。

見てきたように、ケストリンの『レヴィジオン』は正当にも、「ドイツ刑法におけるヘーゲルの支配にとって初めて決定的なものとなった」¹⁷⁾業績としてみなされる。さらに言えば、このテュービンゲンの学者は、刑法学が哲学を回避するというプロセスを、刑法的ヘーゲル解釈により、数十年は遅らせることができたことに対する基礎を築いたのである¹⁸⁾。そのため、ヘーゲルの思想は1870年代まで、刑法理論上および刑法解釈論上の問題への取り組みに影響を与えることができたのである¹⁹⁾。このことの全てをまとめるならば、今日ではあまり知られていないケストリンの業績は、彼の手本であった²⁰⁾、19世紀において最も重要な刑法学者として広く認められているフォイエルバッハの業績よりも大きな影響を、19世紀の刑法学へと及ぼしていたのである。以下では、ケストリンがヘーゲルに接近し、そしてヘーゲルから離れる際に歩んできた道のりを詳しく見ていくことにする。

II. ケストリンの初期の業績：ヘーゲルへの方法論的な接近

多くの偉大な刑法学者のように、ケストリンは、その法学的な研究を行なう際には、哲学および歴史にも打ち込んでいた²¹⁾。この関心は、1838年に公刊されたケストリンの最初のモノグラフィーのタイトルにも現れている。そのタイトルとは、『謀殺と故殺に関する理論——歴史的・哲学的な批判に基づくと同時に、解釈論的、解釈史のおよび新立法を考慮した記述——（Die Lehre vom Mord und Todtschlag, einer historisch-philosophischen Kritik unterworfen, zugleich dogmatisch, dogmengeschichtlich, und mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung dargestellt.）』というものである。すなわ

17) *Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Hb., 1910, S. 675.

18) *Pawlik* (Fn. 10), S. 32 を参照。

19) *Nagler* (Fn. 5), S. 435 を参照。そこでは、主要な影響は「帝国が設立される時まで」だったとされている。時間的に長く捉える見解として、*Ramb* (Fn. 16), S. 238. そこでは、「帝国設立の後も」影響があったとされている。

20) *Naucke*, *ZStW* 87 (1975), S. 861, 873.

21) *Klüpfel*, *Köstlin*, Christian Reinhold, in: *Allgemeine Deutsche Biographie*, 1882; *Walther*, *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 5 (1857), 117, 119.

ち、ケストリンがヘーゲルに一度も言及せず、あるいはこれを引用していなかったとしても、ヘーゲルのケストリンの思想への影響は、すでに、この処女作において見過ごすことはできないのである。表面的には、このことは、刑法学によるヘーゲルの受容が、当初は控えめになされていたことを意味する²²⁾。アーベックが、この時代、ヘーゲルの刑罰概念を受け入れ拡充した唯一の著名な刑法学者であった²³⁾。

1. 方法論

ケストリンの殺人の罪に関する論文の序文は、ヘーゲルの影響だけでなく、ケストリンの野心もあらわにしている。すなわち、それは奇妙にも、本来のテーマである「謀殺と故殺」や、その法実践的でアクチュアルな意義についてはあまり言及せず、むしろ法学理論上のプログラムを素描している。それは導入部で、ヘーゲルを想起させるような言い回しで、法の概念は「カントの時代の形式主義の後、歴史学派の中で、再びより生き生きとした定在を与えられ、現実性へと適合した」²⁴⁾と述べている。法学においては、「歴史的考察が形式主義に取って代わった」²⁵⁾とされる。それによって、法学それ自体は、「精神が客観的な定在を自らに」与え、その自らの人生を生き、そして現実性が貫かれ、その結果、主観 (Subjekt) はまさに「精神の痕跡を法の現実性において示すことにほかならない」²⁶⁾ことを承認しなければならないのである。このことは、1838年において、刑法学の自己理解および方法 (Arbeitsweise) の現状描写を超えたプログラムであった。確かに、啓蒙哲学によってインスパイアされた世紀の転換期の法学の「教義的な要請」は、かなり以前から拒否されてきた²⁷⁾。そこから導かれるのは、例えば、ミッターマイヤーや他の者たちの、刑法学は文化や伝統を尊重しなければならず、歴史的に成長した法を理性法的な構造によって無視してはならないという警鐘である。しかし、その場合には、19世紀初期の刑法構想との区別に役立つ要請が重要だったのであり、

22) Schmidt (Fn. 5), S. 294 を参照。

23) Nagler (Fn. 5), S. 445. その存命中およびヘーゲルの死後数年間はヘーゲルの受容がなかったことについては、Loening, ZStW 3 (1883), S. 219, 349.

24) Köstlin, Die Lehre vom Mord und Todtschlag, einer historisch-philosophischen Kritik unterworfen, zugleich dogmatisch, dogmengeschichtlich, und mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung dargestellt, 1838, S. V.

25) 同書。

26) 同書 S. VI.

27) このこと、および以下のことについては、Mittermaier, Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts, 1819, S. 27.

それは哲学的に裏打ちされていたとか、包括的な刑法理論的構想の中に組み込まれるようなものではなかった。経験的な「素材（Material）」、すなわち現行法の中で理性を採求することをもくろむ刑法学は、この時代にはまだ存在していなかった。むしろ、伝承された法とその発展が記述され、場合によっては、それは哲学的な構想と対置されていたのである。

ケストリンは、——ヘーゲルのように——過去の法と現行法を、生の事実としてではなく、「世界に埋め込まれた」「現実化された理性」として理解しようとすることによって、現実性と理性との間のギャップを克服しようとしている²⁸⁾。まずケストリンは、「個々の民族生活は、あらゆる偶然性を伴って幅広く」現れるとする記述を非難する²⁹⁾。その場合、ケストリンが述べるには、法に影響を与える個々の部分および契機の全ては、「それ自体、再び、法概念の世界史的な展開の契機としてのみ」理解される³⁰⁾。法史学者が、「思弁的批判」の「現実の素材」を集めるという任務を有している一方で、法学は、現に活動し、特殊的な法に現れている理念を浮き彫りにし、これを非理性的な現象と区別しなければならないとされる³¹⁾。言い換えれば、「歴史的な部分」は「全体の本質性の通過モメント」として理解されるべきなのである³²⁾。このことが、ヴェルツェルがケストリンの他の業績に関連して述べたように、実際に刑法学的な文脈における「ヘーゲルの歴史構成の産物」であるのかどうかは³³⁾、ヘーゲルの歴史哲学の要求と多くの前提に鑑みれば、疑わしいであろう³⁴⁾。しかし、いずれにせよ、——後になって初めて広く受容されるようになった——現実の理性性に関するヘーゲルの格言を早くから引き受けていたことが重要なのである。

2. その実践

鳴り響くファンファーレの後に続くのは失望である。というのも、ケストリンは、そのヘーゲルからインスパイアを受けたプログラムを、序文に続く研究では実行しなかったからである。むしろ彼は、多くのページを割いて、ローマ法およびゲルマン法にお

28) *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2011, S. 329.

29) *Köstlin* (Fn. 24), S. VII f.

30) 同書 S. VIII.

31) 同書 S. X f.

32) *Koschorke*, Hegel und wir, 2015, S. 81.

33) *Welzel*, ZStW 58 (1938), S. 28, 29.

34) 後者のことについては、*Windelband/Heimsoeth*, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 14. Aufl. 1950, S. 526 ff.

る殺人の構成要件の起源と、同時代の著者たちの立場について述べている。そこでは、法概念の世界史的展開の痕跡は、素材の思弁的批判と同様、ほとんど見られない。ケストリンが紹介したことは、「当時現れた法規定の誕生と展開」である。しかし、このことは、まだ哲学的な省察ではない。むしろ、ヘーゲルが強調したように、

「純粹に歴史的な努力も、これと同様に、これら諸規定を既存の法関係と比較することから生まれるこれら諸規定の悟性的帰結の認識も、……それぞれの固有の領域においては、それなりの功績と価値」を有し、「哲学的考察の埒外にある……」³⁵⁾。

哲学的な考察が前提としているのは、「真の哲学的な観点」、すなわち「立法一般を、そしてその立法の特別な規定を、他から切り離して抽象的に考察するのではなく、むしろ一つの全体性の依存的なモメントとして、つまり、ある国民やある時代の性格を形成する他の全ての規定との関係の中で考察することである……」³⁶⁾。ケストリンの処女作には、このことが欠けている。

それゆえ、ランツベルク (Landsberg) は、実際に、正当にも、意地の悪い言い方ではあるが、「徹底性への幸福な衝動が、ケストリンを、由来を最も注意深く検討することへともたらした」とし、それゆえに、ケストリンの論文は、「従前の歴史学派の比較的優秀なローマ法学者の平均的な業績と同値され」うると評価した³⁷⁾。ケストリンの野心と、歴史学派とは一線を画するための彼の努力に鑑みると、このことは、興ざめさせる以上の評価である。

まるで25歳のケストリンが風呂敷を広げすぎていたかのように見えるかもしれない。しかし、そのような印象は、せいぜいのところ部分的にしか当てはまらないであろう。方法論的観点では、この若いテュービンゲンの学者は、刑法学における大部分の同僚よりも先進的であったが、ともかく、彼の多くの同時代人によって要求されていた、歴史的に伝えられ文化的に根付いた現行法へ目を向けることに対して、法哲学的な基礎づけを探し求めていたのである。ケストリンは、この基礎づけをヘーゲルの哲学に見出した。これに対して、ケストリンになお欠けていたのは、彼の哲学的前提をより良く表現することのできる適切な対象であった。というのも、謀殺と故殺に関する様々な限界づけモ

35) *Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), *Werke*, Bd. 7, 1986, § 3 [翻訳に際し、上妻精ほか訳『ヘーゲル全集 9a 法の哲学 上巻』(岩波書店、2000年) 28頁を参照した: 訳者記す]。

36) 同書。

37) *Landsberg* (Fn. 17), S. 674.

デルは、法概念の世界史的展開の痕跡を示しうるものとしては、あまりにも多くの偶然的・非理性的な特殊性を含んでいたからである³⁸⁾。謀殺と故殺を区別しうるか否か、区別すべきか否か、どのようにして区別しうるか、どのようにして区別すべきかは、その特別な価値表象を伴う具体的な社会に対して立法者が的確に示さなければならない（それぞれ独自の問題点を有する）オプション間の刑事政策的な決定の対象でしかない³⁹⁾。法概念からの演繹によっては、謀殺と故殺の区別は答えられえない。ケストリンの師であるヘーゲルが、犯罪構成要件、あるいはそれどころか、刑法典の具体的な形成に関する言明を控えていたのは、理由がない訳ではない。すなわち、ある刑罰規範集（Strafkodex）は、ヘーゲルが述べるには、「その時代と、その時代の市民社会の状態」に属するのである⁴⁰⁾。

Ⅲ. ヘーゲルとの距離の保持：刑法の基本概念の新たな改定（1845年）とドイツ刑法の体系（1855年）

ケストリンのその後の業績である『レヴィジョン』は、素材を「学問的・理性的」に首尾一貫させるための明確に良い前提をもたらすテーマに向けられた。すなわち、一般的犯罪論である⁴¹⁾。というも、刑法上の帰属論は、その大きな実践的な意義にもかかわらず、一方でこの時代にとって特徴的な体系性への意思の転用を許容し⁴²⁾、他方でヘーゲルの『法哲学綱要』の具体化ポテンシャルを使い切らないような程度の抽象的なものだったからである。『レヴィジョン』において、ヘーゲルは、ケストリンの刑法

38) *von Liszt*, in: Birkmeyer u. a. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Bd. 5, 1905, S. 68の要約を参照。

39) これに関しては、*Müssig* [MüssigではなくPaeffgenの間違いであろう：訳者記す], in: *Festschrift für Kargl*, 2015, S. 301 ff.; *Kubiciel*, *ZRP* 2015, S. 194 ff.

40) *Hegel* (Fn. 35), § 218 [翻訳に際し、上妻精ほか訳『ヘーゲル全集 9b 法の哲学 下巻』（岩波書店、2001年）437頁を参照：訳者記す]。

41) *Naucke*, *ZStW* 85 (1973), S. 399, 422を見よ。ナウケは、ケストリンが犯罪論へ目を向けることを、学者の「手元から消えていく」特殊さや実務からの後退として解釈している。一般的犯罪論の領域上での体系性への要求の転用可能性についての詳細は、*Pawlik* (Fn. 10), S. 1 ff. (特に S. 15 f.)。各則の領域において体系性への要求が縮減する可能性については、*Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 115 ff.

42) これに関して最後のものとして、*Koschorke* (Fn. 32), S. 26 f. さらに、*Naucke*, *ZStW* 85 (1973), 399, 422.

理論上および刑法体系上の考察の保証人として明確に現れている。それにもかかわらず、二次文献においては、ヘーゲルの受容に関する評価について、見解の一致が見られない。ランツベルク、ラートブルフおよびエバーハルト・シュミットが、『レヴィジオン』をヘーゲルの『法哲学綱要』を首尾一貫する形で刑法上貫徹したものと見なす⁴³⁾一方で、ナウケは、ケストリンは——「ヘーゲルの言葉、概念的枠組みおよび哲学的体系性を精力的に受容している」にもかかわらず——「強引な解釈」のままであるとする⁴⁴⁾。二つの解釈の間の決断は、理念史的な意義を有するだけでなく、本シンポジウムにおいて中心となる問い、すなわち、現行法をめぐる解釈論上のディスクルスに対するその言明力を失うことなく、どの程度、刑法学がヘーゲルの法哲学へと接近しうるのであるのか？という問いへと至るのである。

1. 方法論

彼の『レヴィジオン』の序文において、ケストリンは、以下の記述の哲学的性質を強調している。つまり、彼は刑法総則を「哲学的な方法」で取り扱おうとしたのである。容易に思いつく反論、つまり「歴史的要素を犠牲にすることによって、思弁的要素を優遇する」という反論を避けるために、ケストリンは、第三巻で「その他の新しいドイツ刑事立法の類似の規定や異なる規定を参照することによって、ヴイルテンベルク刑法（Wirtembergische Strafrecht）の解釈論的な叙述がなされる」前に、第二巻で総則の歴史的な根源を明らかにすることを意図した⁴⁵⁾。ケストリンの第一巻の方向性は、フォイエルバッハの『レヴィジオン』において転換された、国家哲学および法哲学的に裏打ちされた刑法理論からの刑法上の帰属の体系というアプローチと合致する。しかし、三巻本として予定されたケストリンのプログラムはそれを越えるものであり、彼は——第二巻では——歴史法学派の方法、および——第三巻では——実定上の現行の刑法規定の解釈に対する解釈論的指針への実務的需要を考慮しようとする。後に続く二冊はもはや公刊されなかったのも、哲学的な第一巻のみが、ケストリンの早い死の後も残り続けることができたのであった。ケストリンが真摯に他の二冊に取り組んでいたのかは疑問である。なぜなら、彼はすぐに第一巻を更に展開させることに傾注したからである。

43) *Landsberg*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Hb., 1910, S. 675; *Radbruch*, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 11: *Strafrechtsgeschichte*, bearbeitet von Neumann, 2001, S. 255, 373; *Schmidt* (Fn. 5), S. 295.

44) *Naucke*, *NDB* Bd. 12 (1980), S. 408, 409.

45) *Köstlin* (Fn. 2), Vorrede, S. IX f [S. I f. の間違いだと思われる：訳者記す]。

予定されていた巻の順番——初めに哲学的な基礎、次に伝統的な法素材、最後に現行法への解釈論的転用——は、ケストリンが哲学的に構想され、つまるところ主観的・任意的な原理を刑法に持ち込んでいるという批判を適切であるかのように思わせる⁴⁶⁾。それにもかかわらず、この批判は、ケストリンがその二つ目のモノグラフィーにおいて、その処女作と比較して、ヘーゲルの方法論と概念理解に、より合致したものになっているということを見誤っている。というのも、上述のように、ヘーゲルは立法を全体性の依存的なモメントとして記述することを要求し、すぐ後に、法の基盤は「一般的にいて精神的なものであり、法のより正確な場所と出発点は自由なものである意志」だということを強調しているからである⁴⁷⁾。それによれば、歴史的に伝えられてきた法素材および哲学的に基礎づけられた法概念は、確かに相互に結びつかないものではない。しかし、歴史の中で展開される法の現実性が、分析的な基盤を築くのではない。むしろ基盤は、哲学的・形而上学的なもの、すなわち自由な精神の中に見出されるのである。短く言えば、ケストリンは、彼の『レヴィジオン』を、哲学的な原理を用いて始めるべきか、あるいは歴史的に伝えられた法を用いて始めるべきかという問いを、殺人に関する著書におけるのとは異なり、すなわち彼の師〔ヘーゲルのことを指す：訳者記す〕の意味において答えたのである。

このことは別にしても、ケストリンは「外部から」哲学的な原理を刑法に持ち込むことによって、現実離れた論証をしたとの批判は根拠がない。むしろケストリンは、後述するように、一方で、彼の時代に支配的であった国家理解および刑事実務と、他方で、哲学的に省察された国家概念および刑罰概念の間のバランスを保っていた。まさに、彼の時代の国家および刑罰の現実性に対する注意深さによって、ケストリンは、ヘーゲルからインスパイアを受けた彼の帰属論の展開に対する説得的で接続可能な基礎を獲得してきたのである。それゆえ、最初の、この意味で哲学的な巻の前に、歴史的に伝えられた法素材を用いた概説を置くことは必要ではなかった。むしろ、ケストリンは、その殺人に関する業績から、現代の刑法に関する基礎的な言明は、まず、国家およびその刑法の現実性を反映する哲学的諸原理に立ち戻らなければならないということを学んでいたかのように思わせる⁴⁸⁾。これに対して、歴史と、その歴史と現代の関係は、後回しにで

46) Schmidt (Fn. 5), S. 296.

47) Hegel (Fn. 35), § 4 [翻訳に際し、上妻精ほか訳（前掲注35）36頁を参照した：訳者記す].

48) Jakobs (Fn. 14), S. 110.

きるのである。

2. 国家理解

刑法の基本概念的な新たな改訂の時代であることを、ケストリンは、フォイエルバッハの刑法理論の欠陥を指摘することによって（消極的に）根拠づけただけではない⁴⁹⁾。むしろ彼は、「刑法の学問的な根拠づけ」の「新時代」の始まりに対する積極的な理由を挙げている。すなわち、「ヘーゲルの法哲学のエポックメイキングな意義」、特に、それを通じて「新たに得られる国家の本質への洞察」である⁵⁰⁾。

a) ケストリンとヘーゲルの平行性

まず、ケストリンは国家を「自我の産物に」するという国家理解には反対⁵¹⁾、そしてその後、刑罰論的な帰結を示している。国家の正当化を社会契約から導くならば直ちに国家的な刑法もこの契約に帰するのでなければならず、目的合理的に根拠づけられなければならないとされる。しかし、このことが示すのは、国家の実体性 (Substantialität) を否定し、刑罰の無条件的な必要性を否定するということである⁵²⁾。しかし国家の実体性は、歴史法学派とは対照的に、その生の「自然発生性」の中にだけ見られるのではない⁵³⁾。これにより、ケストリンは、彼の師であるヘーゲルに従ったのであり、ヘーゲルの国家の根拠づけは、リベラリズム、歴史法学派および王政復古という大雑把な形式に対する「多正面戦 (Mehrfrentenkampf)」⁵⁴⁾として特徴づけられたのである。ヘーゲルにとって、国家は、歴史的に生じた存在でもなく、個人によって、契約構成を通じて創出され維持された、より高次の欲求を満足させるための審級でもない⁵⁵⁾。むしろ、ヘーゲルは国家を、社会の分裂を架橋し、個人

49) *Köstlin* (Fn. 2), S. 4 f.

50) *Köstlin* (Fn. 2), S. 5. そのように適切に述べるものとして、*Ramb* (Fn. 16), S. 119. すなわち、「一般的な法哲学的な時代の変遷への刑法による対応である」。

51) *Köstlin* (Fn. 2), S. 7. これに関して、*Ramb* (Fn. 16), S. 108 ff.

52) *Köstlin* (Fn. 2), S. 7.

53) *Köstlin* (Fn. 2), S. 7. より批判的に（そしてより政治的に）述べるのは、*ders.*, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens*, 1849, S. 2 f. すなわち、「反動的歴史学派」は、「法を単に自然の産物にし、その発展から可能な限り自由を排除すること」を試みている。彼らは、自らを民族精神から遠ざけるだけでなく、「法および国家の英知」と共に「ドイツ的な国家関係」の指導に身を委ねたとされる。

54) そのように適切に述べるものとして、*Hoffmann*, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 2004, S. 414 f.

55) *Hoffmann* (Fn. 54), S. 432 f.

に「その特殊性にもかかわらず、実体的な統一の意識を与える」⁵⁶⁾制度として特徴づける。近代国家は、主観性を「人格的特殊性へと完成させ」、これを同時に「実体的な統一に還元する」力を有しているがゆえに、国家は具体的な自由の現実性とされる⁵⁷⁾。それゆえ、個々人あるいは社会的なグループの利益の対立は、国家による市民の統制あるいは市民の利益の整備（誘導）を通じて、市民の国家への政治的な関与によっても解決されないとされる。むしろ市民は、全てを包括する倫理を伴う国家の一部として自らを理解することによって、国家の中でその利益の対立をやめることを学ぶとされる⁵⁸⁾。したがって、国家の正当性は、国家は市民の全体意志によって支えられ、そして「超個人的な秩序関係」⁵⁹⁾としての人倫によって、社会における問題を克服するためのインフラを自由に使わせるということの中にある。統一をもたらす国家市民の人倫的意志は、個々人がその利益の矛盾を克服することができるための決定的な要因なのである。

b) 同時代人のヘーゲルに対する批判

それによって、確かにヘーゲルは、(リベラルな)社会契約論の一面性とは区別され、歴史法学派のコンセプトからすると開かれていた存在と当為の間の溝を埋める。しかし、その根拠づけの路線は、ヘーゲルを、国家の本質と正当化に関するある種の叙述へと導き、それが同時代人にとって異質な感じを与えたのである⁶⁰⁾。

確かにウィーン会議の後、再び、国家は、政治的および社会的な対立を調停し、この方法で安定性を保障する審級としてみなされた⁶¹⁾。国家は——市民の契約の構成によって——作り出された人工物ではないとされていたという点でも一致が見られた⁶²⁾。それにもかかわらず、ヘーゲルによって強調された国家の本質的特徴は、政治的支配の十分な正当化根拠として認められることを、もはや対自的に要求しえなかった。なぜな

56) *Henrich*, Hegel im Kontext, 1971, S. 203. さらに、*Hoffmann* (Fn. 54), S. 414 を見よ。

57) *Hegel* (Fn. 35), § 260. ——ヘーゲルにおける国家のこの力の存在論的根拠づけについては、*Pawlik*, Der Staat 41 (2002), S. 183, 192 を見よ。

58) そのように適切に述べるものとして、*Pawlik*, Der Staat 38 (1999), S. 21, 27. すなわち、市民は国家に対してではなく、それを媒介にして定義づけられるとされる。

59) *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl. 2015, § 7 Rn. 6.

60) *Pawlik*, Der Staat 41 (2002), S. 183, 184; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2: 1800-1914, 1992, S. 133 f.

61) *Stolleis* (Fn. 60), S. 138, 141 f.

62) この点、および以下については、*Stolleis* (Fn. 60), S. 141 f.

ら、ヘーゲルは、市民の政治的な参加の必要性に（あるいは、可能性すらも）詳細に扱うことなく、それによって、社会の大部分に目覚めていた政治的自己意識をなおざりにしたからである⁶³⁾。同様に、ヘーゲルの国家理論は、プロイセンの改革官僚主義や他の進歩的な国家の内部で追求されていた「上からの」社会変革の戦略をあまり考慮していない。この戦略は、核心において、市民のために進められる国家の近代化を通じて、国家を正当化するという結果になった⁶⁴⁾。国家への政治的参加および国家を通じた社会の進化——この二つの正当化の路線に、ヘーゲルはあまり注意を払っていなかったのである。確かに、『法哲学綱要』の中には、個人の福祉の意義に関する叙述が見られる⁶⁵⁾。ただし、この叙述は、とりわけ福祉と法の関係に取り組むものであり⁶⁶⁾、緊急避難の問題の解決に向けられている⁶⁷⁾。国家論的なレベルでは、ヘーゲルは、個人の福祉を全ての者の福祉と均衡させるという任務を「必要国家および悟性国家」⁶⁸⁾と結びつけ、一方で、福祉の保障という任務を、明確に、理性的な国家の「内在的な理念」⁶⁹⁾から切り離すのである。

c) ケストリンによる離反 (Distanzierung)

ケストリンは、明確な言葉で、ヘーゲルの「誇張した表現」を批判し、——これには論争があるのだが——その立場を「国家絶対主義」と示し、「ヘーゲルにおいては不当に扱われていたモメントに、再びその正しさを認めること」を宣言する⁷⁰⁾。特に、自

63) 「一度世界へと置かれた」新しい、しかし今も残り続けている19世紀の理念について簡潔にまとめたものとして、*Osterhammel, Die Verwandlung der Welt*, 2009, S. 849. つまり、「今や、誰が、いかなる範囲で、公共の福祉に関するいかなる決断に参加してよいのか、あるいはそれをしなければならないとされるのか」が重要であった。」

64) プロイセンをそのように見ていたのは、*Winkler* (Fn. 6), S. 397. 進歩主義的な官吏によるバイエルンの近代化に関しては、*Demel, Der bayerische Staatsabsolutismus*, 1983; *Stolleis* (Fn. 14), S. 59; *Weis, Montgelas: Architekt des modernen bayerischen Staates*, 2005.

65) *Hegel* (Fn. 35), § 123.

66) *Hegel* (Fn. 35), § 125.

67) *Hegel* (Fn. 35), § 127 f. これについて包括的なものとして、*Pawlik, Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 86 ff.

68) *Hegel* (Fn. 35), § 183 [翻訳に際し、上妻精ほか訳（前掲注35）352頁を参照した：訳者記す].

69) *Hegel* (Fn. 35), §§ 258, 281.

70) *Köstlin* (Fn. 2), S. 8.

我は「実体的な意志の現実化に関する自由な器官（Organ）」として理解されなければならないとする⁷¹⁾。しかし、この要求は、内容的な重要性の移行というよりも、むしろアクセントの移行を意味する。というのも、ヘーゲルは、「自己の満足を見出すという主観的特殊性の法」の中に「古代と近代とを区別する上での転換点および中心点を」見ていたからである⁷²⁾。近代国家の原理は、ヘーゲルが述べるには、「主観性の原理がみずからを人格的特殊性の自立的極にまで完成することを許すと同時に、この主観性の原理を実体的統一につれ戻し、こうして主観性の原理そのもののうちにこの統一を保持するという驚嘆すべき強さと深さ」⁷³⁾を有するとされる。つまり、ヘーゲルは、個別意志を国家の意志の下に自由敵対的に従属させるということを決して述べていないのである⁷⁴⁾。むしろヘーゲルは、個人の主観性が同時に完成され、実体的な統一へと還元されることが（必ずしもそうしなければならないのではないが）あり得るという著しくより複雑な事象を記述しているのである⁷⁵⁾。

それにもかかわらず、ケストリンは、自らの読者の賛同を得ることに確信を持つことができた。なぜなら、彼は国家絶対主義という非難を用いて、ヘーゲルに対する流布された批判を取り上げたからである⁷⁶⁾。確かに、この批判はヘーゲルにとって——上述のとおり——内容的に不当なものである。それにもかかわらず、ヘーゲルは、彼の叙述の方法を通じて、特に彼が強調することを怠ったことより、まさに、この批判を自らに招いたのである。それゆえ、ケストリンは、ヘーゲルの中に、「国家の実体性の抽象さ」を見出すことができたのである⁷⁷⁾。なぜなら、ヘーゲルの時代では、国家の指導者や奉仕者は、その国家を、個人がその実体の中に吸収されうるような制度以上のものとしては理解していないからである。むしろ国家は、もっぱら具体的な国家目的を追求し、それを通じて市民に対して正当化される、とされていたのである。このことは、ヘーゲ

71) *Köstlin* (Fn. 2), S. 8.

72) *Hegel* (Fn. 35), § 124 [翻訳に際し、上妻精ほか訳（前掲注35）198頁を参照した：訳者記す]。

73) *Hegel* (Fn. 35), § 260 [翻訳に際し、上妻精ほか訳（前掲注40）437頁を参照した：訳者記す]。

74) すでに従来のヘーゲル解釈に反対していた文献として、*Lübbe-Wolf*, ARSP 68 (1982), S. 223, 224; *Pawlik*, *Der Staat* 41 (2002), S. 183, 193 f.

75) Fn. 57 を見よ。

76) *Pawlik*, *Der Staat* 41 (2002), S. 183, 184 ff.

77) *Köstlin* (Fn. 2), S. 788.

ルにおいては明らかに不十分であった。

これに対して、ケストリンは国家概念を、始めから福祉という概念と結びつける⁷⁸⁾。加えて、ケストリンは、個人は「国家の実体に付随する偶有的なもの (Accidenz) であるだけでなく、その精神の自由な器官」であり、それゆえに、法も「人間のために、つまりその福祉のために存在し」なければならない、「この質が国家における本質的能力を形成しなければならない」ということを強調することによって、市民の高まった自己意識を考慮する⁷⁹⁾。実際に、確かに、その法を持つ国家は、市民に対して、国家が長期にわたって同一の存在であることを保障しなければならないとヘーゲルは強調している。しかし日常において、市民は、その福祉の本質的にはより具体的かつより自然な促進を要求する——そこには、第一に、犯罪行為からの安全と保護がある。国家が市民の福祉の側に立つならば、国家論的なアクセントの移行と同時に刑罰論的なアクセントの移行も現れる。すなわち、予防論は刑罰の正当化の内に場所を求めるのである。ケストリンは国家目的と刑罰目的の関係を、次のような、今日においてもなお接続可能な言葉で言い表している。

「それゆえ、あらゆる国家活動が個人の福祉の媒介のために開かれなければならないように、国家による刑事司法も、全体の福祉や個人の福祉のための刑罰の目的を承認し、その実現の可能性を、もし国家がその目的を自らの本質に従って直接に追求することはできず、してはならないとするところでは、少なくとも消極的に承認しなければならない。」⁸⁰⁾

3. 刑罰の基礎づけ

そのような命題をヘーゲルにおいて探し求めるのは無駄である。むしろヘーゲルは——彼以前のカントのように——その刑罰の根拠づけにおいて、明確に、相対的な刑罰論から距離を置いている。相対的刑罰論は、ヘーゲルが述べるには、「道徳的な見地」を、感覚的な衝動の刺激や強度についての陳腐な心理学的表象と混同しており、それゆえに、人間を「自由なもの」として前提しておらず、したがって「本来的な基礎」を欠いている⁸¹⁾。その際、本来的な基礎とされるのは、犯罪行為やその後に続く刑罰の

78) *Ramb* (Fn. 16), S. 153 もそのように述べている。

79) *Köstlin* (Fn. 2), S. 789.

80) *Köstlin*, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 121.

81) *Hegel* (Fn. 35), § 99 [翻訳に際し、上妻精ほか訳(前掲注35) 163頁以下を参照した：訳者記す].

中で体现する自らの所為である⁸²⁾。ケストリンは、この中心的命題を固持することに成功し、それにもかかわらず、「啓蒙期の関心事としての予防」⁸³⁾を考慮し、ヘーゲルの刑罰論の中に追加することに成功したのである。ケストリンにとって重要なのは、予防目的に関するヘーゲルの「過小評価」を修正し、しかし、単にこれを刑罰に「付随させる」のではなく、本来的には応報的な刑罰概念の「より具体的な規定」として示すことである⁸⁴⁾。学問上の戦略的な観点では、この技巧は、彼の時代に支配的である（国家論的および刑罰論的）有用性の理論の枠組みから抜け落ちた⁸⁵⁾応報刑論を、予防目的の統合によって復権させること、短く言えば、時代錯誤だと思われていたヘーゲルの刑罰論に、接続可能な形態を与えること⁸⁶⁾に資するのである。

ケストリンは、さしあたり、その哲学上の師に従って、犯罪は「法それ自体、すなわち外部的な定在の領域における意志の本質」に対する行為者の意志の抵抗であるとす⁸⁷⁾。この「犯罪の理念」は、「あらゆる犯罪の中に、同時に、普遍的なものの侵害が見出され、そのように評価され」なければならないとするところにある⁸⁸⁾。刑罰は、（法としての）法の侵害へのリアクションであるが⁸⁹⁾、その場合、法は「普遍的な意志と個人の意志の統一」であり⁹⁰⁾、それは、「その類の外部的な生活とその社会的な生活」に関係する限りにおいてである。ケストリンが続けて述べるところによれば、法は、「意志の無条件の規範」として個人に対して妥当することのできるように、法律として現れるとされる。しかし、それによって、法は「空間や時間という条件」の下に置かれ、「社会的な欲求や福祉に関する」事柄となり、全体的に「特定の国家に属するという必

82) *Hegel* (Fn. 35), § 101.

83) *Jakobs* (Fn. 14), S. 115.

84) *Köstlin* (Fn. 2), § 201.

85) これに関しては、*Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 229 [Fn. 5 の誤りであろう：訳者記す]。

86) 「純粋な応報刑論」の意義が僅かであることについては、*Frommel*, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*, 1987, S. 104 ff.; *Naucke*, in *Blühdorn/Ritter* (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969, S. 27 ff.; *Reulecke*, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, 2007, S. 288 ff.

87) *Köstlin* (Fn. 2), S. 8. *Hegel* (Fn. 35), § 97 を参照。

88) *Köstlin*, *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, Bd. 14 (1853), S. 367, 380 f.

89) *Köstlin* (Fn. 80), § 4.

90) *Köstlin* (Fn. 2), § 1.

要性」に服することになるとされる⁹¹⁾。犯罪は法律に反対するものであるがゆえに、それは、個人および法共同体の福祉も危険にさらすのである⁹²⁾。まさに、この福祉が、ヘーゲルの刑罰論における予防目的の統合のための「キー概念」として機能するのである⁹³⁾。

どのくらい鮮やかにケストリンがこの統合を果たすことに成功したのかは、刑罰による法の回復が、鏡像のように、犯罪行為によって生じた「法秩序全体の動揺」の除去を意味するという指摘によって、すでに示されている。法の動揺の除去は、「あらゆるものの保全」に資する。というのも、「全ての者の意識の中で、法の不法に対する力」が明確になるからである⁹⁴⁾。ヘーゲルから引き継がれた応報的刑罰概念および刑の執行の応報刑的な正当化を超えることなしに、ケストリンは——ヘーゲルにおいて十分に構想されていた⁹⁵⁾——刑罰の表出的・コミュニケーション的性格を強調した。積極的一般予防論の現代的バリエーションへの近さは、応報的に正当化された刑罰に公共の福祉を促進させる作用を認めるという不当な要求と同じように、見過ごすことのできない⁹⁶⁾ものである。

特別予防の目的もケストリンは考慮している。不法の除去は、「犯罪者自身にとっての最善」にもなる⁹⁷⁾。所為へのリアクションは、同時に犯罪者に対するリアクションであるが、それは客観的な償いへと至り（応報的要素）、「加えられた意志の侵害によって、犯罪者に、その者の法敵対的な心情を変更する」よう規定するとされる（積極的特別予防の要素⁹⁸⁾）。ここでもケストリンは、本来的に応報論的に刑罰を正当化するという枠組みにとどまっている。加えて、個人の意志にアプローチする犯罪と刑罰の基礎づけの場合に、ヘーゲルやケストリンが提示するように、首尾一貫した形で要求されるべ

91) *Köstlin* (Fn. 80), § 11.

92) *Köstlin* (Fn. 80), § 19.

93) 適切にも、そのように述べるものとして、*Ramb* (Fn. 16), S. 152.

94) *Köstlin* (Fn. 2), § 181.

95) *Hegel* (Fn. 35), § 99 を参照。「つまり、定在する意思としての犯罪者の特定の意志を侵害することは、さもなければ通用してしまうであろう犯罪を廃棄することであり、したがって、法を回復することである。」[翻訳に際し、上妻精ほか訳（前掲注35）162頁以下を参照した：訳者記す]

96) さらに参照文献を含め、そのような刑罰論については、*Hörnle*, *Straftheorien*, 2011, S. 29 ff.; *Kubiciel* (Fn. 41), S. 152 ff.; *Pawlik* (Fn. 10), S. 77 ff.

97) *Köstlin* (Fn. 2), § 161.

98) *Köstlin* (Fn. 2), §§ 161, 203.

きなのは、「犯罪の除去は、犯罪者の主観性の中での不法の除去になり、ここに犯罪者の認識と意志のプロセスがあるとされる」⁹⁹⁾ことである。行為者の改善は、行為責任の応報よりも大きな刑の害悪の賦課を必要とするのかという周知の問題から、ケストリンはなお逃れることができる。すなわち、国家は、そのリアクションによって、「犯罪者の主観性に、この者がそれを特定の行為において自らで放棄したような程度でのみ介入」してもよいとされる¹⁰⁰⁾。この原則は、今日まで妥当している。つまり、量刑は、行為者の心情や前歴も、これらが所為に現れたように考慮してよいのである¹⁰¹⁾。

しかしながら、この場合に、ケストリンは立ち止まっていない。むしろ、彼は、犯罪者に加えられた懲罰は、「それが犯罪者を、この者の法敵対的な心情への固執をやめさせるように威嚇し、そして、場合によっては、この者に全てのさらなる同様の違反を不可能にしなければならない」という結果にならなければならないとする¹⁰²⁾。後者のことは、改善不能者からの社会の保全を可能にし、消極的特別予防の目的と一致する。

ここで、絶対的刑罰論の限界に達する。なぜなら、改善不能者からの社会の保護は、明確に、もはや責任には相当しえず、ますます犯罪者の福祉との関係では正当化されない程度の強制の執行を必要にしているからである。しかし、この説明の欠陥はケストリンの場合にのみ存在するのではない。行為責任にアプローチする刑法は、時に必要となる危険な行為者からの保全の程度を保障しえない。首尾一貫して、刑法典は（改善や保安という）処分を、刑法の「第二の路線」として掲げており、これを法的結果である刑罰と区別しているのである。

IV. 要 約

その先駆者であるフォイエルバッハにおけるように、ケストリンの刑罰論も、国家論からの決定的な衝撃を受ける。時代適合的な国家理解に対するケストリンのセンスは、同時に、刑罰目的の意義に対する彼の感覚も研ぎ澄ました。この覚醒が、彼に、かの巨大な「概念のための労力」¹⁰³⁾を可能にしたのであり、それを用いて、ケストリンは予防に適切な場所を、応報論的な刑罰の基礎づけの中で与えたのである。それによって、ケ

99) *Köstlin* の同箇所。これに関して、*Ramb* (Fn. 16), S. 155 f.

100) *Köstlin* (Fn. 80), § 121. また、*ders.*, (Fn. 2), § 164 も参照。

101) さらに参照文献を含め、これに関しては、*Kubiciel* (Fn. 41), S. 249.

102) *Köstlin* (Fn. 2), § 163.

103) *Jakobs* (Fn. 14), S. 117.

ストリンは、国家論のおよび刑罰論的なヘーゲルの残留物を拾い上げ、この方法で、ヘーゲルの業績を、刑法学の大部分について、初めて受容可能なものとしたのである。エーベルハルト・シュミットが、予防目的を刑罰論へ組み込むことから得られる実践的な帰結は不十分であり、ケストリンの理論は応報論を越えるものでないと非難するとき¹⁰⁴⁾、彼は、最も重要な実践的作用を見落としている。しかし、ケストリンの最も大きな功績は、ヘーゲルの基礎の上に近代的な建造物を構築した点にある。ヘーゲルの刑罰論の「純粹さ」は失われておらず¹⁰⁵⁾、むしろ刑罰論の価値論的な完結性は維持されているのである。このことはケストリンに、哲学が用意していた「最も甘美な報酬」への道を開いたのである。すなわち、犯罪論のような領域において、「あらゆるものを……何もバラバラにしないで、その関係の中で」見つけること、つまり「全てが必要であり、それゆえに適切に見つけること」である¹⁰⁶⁾。

104) 同様に、*Schmidt* (Fn. 6), S. 296 [Fn. 5 の誤りであろう：訳者記す]。

105) 一方でそのように述べるものとして、*Müller*, *Der Begriff Generalprävention im 19. Jahrhundert*, 1984, S. 229. また、*Ramb* (Fn. 16), S. 160 も見よ。

106) *Fichte*, *Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters*, 4. Aufl. 1978, S. 17.