

19世紀におけるヘーゲル学派（3）

飯島 暢・川口浩一（編訳）
西村哲也（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、本号)
 - (4) ヘルシュナー
- 3 ま と め

2 19世紀のヘーゲル学派（承前）

- (3) ルーデン：カール＝フリードリッヒ・シュトゥッケンベルク（西村哲也・訳）「ハインリッヒ・ルーデン」

I. 導 入

ハインリッヒ・ルーデン（Heinrich Luden）の場合、彼を実際に「ヘーゲルの後継者（Hegels Erben）」に数え入れることができるか、といった問いには理由がある。彼をヘーゲルの弟子と呼ぶ者はわずかしかなかった¹⁾、多くの者は「異端のヘーゲリアナー」²⁾もしくは「異端者」³⁾と呼び、他の者は彼をツァハリエ（Zachariä）と共にヴェヒター（Wächter）に近い立場として理解するが⁴⁾、「ヘーゲルの精神の明白な痕跡」

1) *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 173.

2) *Pawlik* (Fn. 1), S. 152.

3) *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903, S. 109.

4) *Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt. 2. Hb., 1910, S. 391.

を認める⁵⁾。他方、いまだ別の者は、彼へのヘーゲルの影響を制限的にのみ認める⁶⁾か、あるいは彼を黙示的⁷⁾もしくは明示的にヘーゲル学派に数え入れない⁸⁾。それどころか、ある著者は、彼をヘーゲリアナーとして特徴づけることは「どのような観点からも」およそ不可能であるとみなす⁹⁾。

後述のように、ルーデンはきわめて独特で強情な思想家であり、それゆえに、彼は確実に正統なヘーゲルの弟子ではなく、ヘーゲルの理論の信奉者 (Jünger)、受売りする者 (Nachbeter)、支持者 (Parteigänger)、模倣者ともほほ言えず、最も近いのは部分的な同調者である。しかし、最も好ましいのは、この判断を最終的に読者自身に委ねることである。

II. 人物について

ヨハン・ハインリッヒ・ゴットリーブ・ルーデン (Johann Heinrich Gottlieb Luden) は、1810年3月9日にイエーナにおいて、著名な歴史家ハインリッヒ・ルーデン (Heinrich Luden) (1778-1847) の第三子として生まれた。すでに15歳で彼は大学に入学し、イエーナ、ベルリンおよびゲッティンゲンにおいて初めに哲学を専攻し、後に法学を専攻した。彼がベルリンにおいてヘーゲルを聴講したか定かではない。1829年に彼はイエーナにおいて哲学の博士号を授与され¹⁰⁾、1831年に同所において、両法博士 (doctor ius utriusque) としての博士論文『ローマ法における窃盗概念について (De furti notione secundum ius Romanum)』により、法学の私講師に採用された¹¹⁾。ルー

5) 例えば、Loening, ZStW 3 (1883), S. 219, 339. 彼に従うのは、Landsberg (Fn. 4), S. 392.

6) von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1925, S. 309; Landsberg (Fn. 4), S. 668.

7) von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16./17. Aufl. 1908, § 10 S. 52; Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 267-271; Sulz, Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Ausbau in der Deutschen Strafrechtswissenschaft, 1910; Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 14 Fn. 8; Caspers, „Schuld“ im Kontext der Handlungslehre Hegels, 2012, S. 400 ff., 422 f. Stübinger, Das idealisierte Strafrecht, 2008, S. 162 も見よ。

8) Bloy, Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 84.

9) von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 88.

10) Universitäten-Chronik, Intelligenzblatt der Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung, Nr. 59 vom November 1829, Sp. 468.

11) Universitäten-Chronik, Intelligenzblatt der Jenaischen Allgemeinen Literatur-

デンは一生涯に渡りイエーナ大学に留まり、刑法と刑事訴訟法に加えて、教会法やドイツの私法と封建法をも講義し、1834年に員外教授に、1844年に正教授に就き、イエーナ上級上訴裁判所（Oberappellationsgericht）における審判人会（Schöffenstuhl）、およびそれに引き続き研究参与（akademischer Rat）の一員になり、1880年12月24日の夜に亡くなるまで何度も学部長と学長代理を務めた¹²⁾。

ルーデンは比較的著作の公刊数が少なく、その大部分は若い時期におけるものであった。なぜなら、彼の娘婿であるアウグスト・トーン（August Thon）による伝記の一項目が表すように¹³⁾、二つの裁判官職という実務上の活動および彼の大学の仕事があまりにも彼の時間を奪ったからである。ルーデンは1833年に全二巻でロマニョージ（Romagnosi）の『刑法の起源（Genesis des Strafrechts）』の翻訳を公刊し、彼はそこに長い前書きを置いたことで初めて有名になった¹⁴⁾。ルーデンの主たる業績は、500頁を超える形で1836年に公刊された、犯罪の未遂に費やされている第一巻と、さらに広範囲にわたって犯罪の構成要件を取り扱う、1840年の第二巻から成る『普通ドイツ刑法に関する諸論稿（Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte）』[以下では『諸論稿』と表記する：訳者記す]、およびいくつかの巻数が予定されていた内、第一巻のみが公刊された、『普通ドイツ刑法および領邦刑法の要覧（Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts）』[以下では、『要覧』と表記する：訳者記す]である。同書の公刊年には疑いがある。なぜなら、表題紙上では「1847年」と書いてあるが、ルーデンの前書き上では「1842年」付けになっており、ケストリン（Köstlin）は『要覧』を、すでに1844年には書き終えられていた自らの『刑法の基本概念の新たな改訂（Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts）』の中で頻繁に引用しており、それゆえに、1842年¹⁵⁾もしくは1843年¹⁶⁾がより正しいように思われるからであ

↘ Zeitung, Nr. 9 vom März 1832, Sp. 66 f. *Mattasch*, Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden, 2004, S. 14 f. における参照をも見よ。

12) *Thon*, Allgemeine Deutsche Biographie, 1884, Bd. 19, S. 375 f.; *Mattasch* (Fn. 11), S. 15 f.

13) *Thon* (Fn. 12), S. 376.

14) Rezension zu Romagnosi, Genesis des Strafrechts, aus dem Italiänischen von Luden, Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung, Nr. 50 vom März 1835, Sp. 393 参照。

15) 例えば, *Loening*, ZStW 3 (1883), S. 219, 340.

16) 例えば, *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 2. Aufl. 1914, S. 403 Fn. 3.

る。その傍ら、若干ではあるが雑誌にも寄稿していた¹⁷⁾。

ルーデンの叙述は緻密な概念性と論理的な一貫性への努力ゆえに傑出しており、その概念性と一貫性は、『諸論稿』においては、『要覧』ではいくらばかりか後退していた大胆な帰結にも、幾重にも繰り返して論じることにもひるむものではなかった。特徴的であるのは、実務上の¹⁸⁾、つまり手続上の結果と歴史的な関連の強調であり、そのために、普通法の法源が当時通例となっていたプフタ (Puchta)・サヴィニー (Savigny) 流の法源論 (Quellentheorie)¹⁹⁾に従って、常に疑いがなかったわけではないにもかかわらず、批判的かつ精密に練り上げられたのである。哲学には、後述の通り、重要ではあるが、明らかに限定された場が割り当てられており、——哲学上の理由から——実定法に優位性が認められている。著者の立場は冷静かつ批判的であり、権威にまったく感銘を受けず、自らの熟考によるものである。そのような独立した精神を一定の方向に位置づけることが成功するのは容易ではなく、外見上の特徴が広く欠けていたのではなおさらである。ヘーゲリアナーをヘーゲル的な言い回し (Idiom) や肯定的なヘーゲル引用 (Hegel-Zitaten) からのみ識別していると思っている者は、ルーデンをヘーゲリアナーに数え入れないだろう。なぜなら、その言い回しも引用も欠けている——「ヘーゲル」の名前は主要作の約1600頁上で、私が見逃していなければ、二回だけしか登場しておらず、そのうちの一つは肯定的に、もう一つは否定的に考慮されている²⁰⁾からである。

ルーデンを精神的な潮流に分類しうるために、彼の立場が研究されなければならない、その中から私は自らが最も重要だと思うこと、つまり哲学と刑法の関係および歴史の重要性に関するルーデンの見解、彼の刑罰論、彼の犯罪概念と行為概念ならびに *dolus* と *cupla* および緊急権に関するルーデンの立場を扱う。

17) *Thon* (Fn. 12), S. 375 f. を見よ。例えば、*Rezension zu von Preuschen, Die Gerechtigkeitstheorie, Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung, Nr. 162 f. vom September 1840, Sp. 329 ff.*; *Rezension zu Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Neue Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung, Nr. 32 ff. vom Februar 1842, S. 134 ff.*

18) *Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd. 2, 1840, S. VIII.*

19) *Landsberg* (Fn. 4), S. 392.

20) *Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, 1843, S. 36, 41 ff.*

Ⅲ. ルーデンの理論の中心的立場

1. 哲学と刑法

ルーデンにとって人間の理性は全ての法源であり、それゆえに、刑法の法源でもある。なぜなら、法は理性的存在のためにのみあり、また理性的存在の間にのみあるとするからである²¹⁾。「理性」は、善悪を区別し、善のために決断を下すことを可能にする能力であるとする²²⁾が、これは驚くべきことである。なぜなら、このような理解はヘーゲル的なものでもカント的なものでもなく、スコラ哲学上、つまり神学上の概念理解であり、この概念理解は、墮罪（Sündenfall）によって獲得され、伝統的には良心に分類されている、善悪の知識（scientia boni et mali）としての理性（ratio）を、自由な選択（liberum arbitrium）、つまり自由意志²³⁾と組み合わせるものであるからである。

「この能力の中に正義（Gerechtigkeit）とその理念が存在する。なぜなら、正義は、その者の行為において善のために決断を下すこと、もしくは理性的に行為することにおいて認められ、また正義の理念は認識された本質、もしくは正義のために必要な行為態様の認識だからである。それゆえに、正義の理念つまり理性の中に、客観的な意味における法が存在し、この法は、諸規定が正義の理念と適合するために、人間によって自らの行為態様で順守されなければならない諸規定を定立するのである。……この、理性の中に存在しており、それゆえに、そこから演繹されるべきである、法に刑法も属すること、もしくは処罰が、正義が満たされるために正義の理念が要求する行為であることは、単なる刑罰権力（Strafgewalt）ではなく本物の刑法権について語るならば、必要不可欠である。この正義の理念もしくは理性から演繹される刑法は哲学的な刑法であり、その法源はまさしく正義の理念に他ならない。そして、哲学的な刑法は普遍的な刑法であり、一定の国民もしくは国家に個別に属するものではない」²⁴⁾。

21) *Luden* (Fn. 20), S. 3 f.

22) *Luden* (Fn. 20), S. 4.

23) さしあたり、*Petrus Lombardus*, Libri IV sententiarum, lib. II, d. 24 c. 5 (ca. 1150, zit. Ausgabe: Löwen 1553) 参照。すなわち、「自由な選択は、慈悲の助力を伴う善を選ぶか、それを伴わない悪を選ぶかに際しての、理性と意志の能力である。そして、善悪のどちらか一方を選択できるのが、意志に関する自由である。一方で、善と悪を見分ける能力や力が、理性に関する選択である。」[翻訳に際し、英訳版である、*Peter Lombard* (2008), *The Sentences bk. 2. On Creation* (Translated by Giulio Silano), Toronto: Pontifical Institute of Mediaeval Studies, p.109. を参照した：訳者記す]。

24) *Luden* (Fn. 20), S. 4 f. 類似の記述としてすでに、*ders.*, *Einleitung zu Romagnosi*, ↗

すでに『諸論稿』の第一巻の前書きにおいて、26歳であったルーデンは以下のように書いていた。すなわち、

「人間の精神の必要かつ有用な方向であるのは、歴史や実定的なものの中に現れているように、理性が思弁の領域において認識する普遍的で必然的なことを、個々において再探求し、再発見することである……」²⁵⁾。

感覚世界においては普遍的なものは存在せず、特殊なもの個別のものだけが存在するので、普遍的な刑法はそれ自体としては現象としては現れず、一定の国民の実定刑法は、普遍的もしくは哲学的な刑法が一定の国民において現象として現れるところの、個別の形式に他ならないとする²⁶⁾。普遍的な刑法が存在しなければ、実定刑法は存在しえず、それゆえに、正義の理念から刑法を演繹することは、実定刑法の叙述の導入部に属するのであって、実定刑法の体系に属するのではないとする²⁷⁾。フォイエルバッハ (Feuerbach) に反して、哲学は単なる前提であって、ドイツ普通刑法の法源ではない²⁸⁾とする。それにもかかわらず、ルーデンは刑法の哲学的な基礎づけが実定刑法にとって「最も重要な結果」²⁹⁾をもたらすであろうことを承認する。

これが刑法学の理解にとって、どのような意味をもたらすかは、ルーデンの場合、アンビバレントであり続ける。すなわち、主観的な意味における学問は、ある事物をその事物の基礎に従って把握することである³⁰⁾。客観的な意味における学問は、ルーデンにとって、「……単に偶然的に合成された概念や原則の総体ではなく、あるものが他のものによって条件づけられていて、有機的に他のものと結合しているところの体系である」³¹⁾。

学問がドイツ刑法において、その最終根拠を正義の理念の中に有する哲学的な刑法の、特殊な現象形式のみを見出しうることによって、ドイツ刑法の最上位の諸原則は正義の

↘ Genesis des Strafrechts, 1833, Bd. 1, S. XVI.

25) *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd. 1, 1836, S. V.

26) *Luden* (Fn. 20), S. 5 f., 24; *ders.* (Fn. 24), S. XV ff. この見解に部分的に賛同し、部分的に批判するのは、*Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 15 f.

27) *Luden* (Fn. 20), S. 6 mit Fn. 3.

28) *Ebd.*, S. 99 Fn. 2.

29) *Ebd.*, S. 6 Fn. 3 a.E.

30) *Ebd.*, S. 140.

31) *Ebd.*, S. 141.

理念に服する。学問は、現実において妥当しているのは実定法に他ならないであろうことを知っているので、実定的なものを、それぞれの国民の国内的・歴史的状态に従って究明しようとする。端的に言えば、

「それゆえに、実定刑法の学問的な理解は、自然法に属する、実定刑法の哲学的な基礎づけを認識することなしには、不可能である」³²⁾。

「上述の哲学的な理解がなければ、実定法は単なる恣意と偶然の産物として現れる可能性があり、歴史的な理解がなければ、実定法はその本当の意味と精神に従って把握されえない。法の哲学的・歴史的な理解と取扱いは、結合もしくは媒介を必要とするような対立関係にあるのではなく、むしろ両者は固く結びついており、両者の統一の中に刑法の学問はある。この学問がなければ、刑法の正しい適用は不可能であり、また学問の意義はまさに、この適用を可能にすることに存在する」³³⁾。

ルーデンは、正しい概念の追求は自己目的ではなく、「正しくない概念」からは「実務にとっても耐えうる成果を得ることができない」ことを繰り返し強調している³⁴⁾。しかし、学問は、ヘフター（Heffter）やアーベック（Abegg）に反して、法源ではないとする³⁵⁾。自然法もしくは法哲学は、文献学上の知識や歴史上の知識のように、刑法学の補助学問（Hilfswissenschaft）であり³⁶⁾、刑法学もまた刑事政策の補助学問であると³⁷⁾。間隙を埋めるために、自然法を直接的に援用することをルーデンは排除する。なぜなら、一定の国家において妥当しているのは実定法に他ならないからである³⁸⁾。それゆえに、ルーデンは、ヘーゲルを引用せずとも、ヘーゲルの自然法と実定法との関係の規定³⁹⁾と、核心において一致する⁴⁰⁾。

哲学上の法と実定法との間の対立は、ルーデンにとっては、ほとんど考えられないと

32) Ebd., S. 153 f.

33) Ebd., S. 141 f.

34) *Luden* (Fn. 18), S. 85.

35) *Luden* (Fn. 20), S. 142 Fn. 4.

36) このことは、自然法と実定法は互いに法学提要と法学大全集の関係と同じであるというヘーゲルの言葉を思い出させる。Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke, Bd. 7, 1986, § 3 (S. 35) を見よ。

37) *Luden* (Fn. 20), S. 153 f. mit Fn. 3.

38) Ebd., S. 153. S. 10 も見よ。

39) *Hegel* (Fn. 36), § 3, S. 35 ff.

40) この点に関して矛盾しているのは、*Mattasch* (Fn. 11), S. 31 および 34.

見受けられる。人間の行為は、立法者が刑罰を課しているから可罰的であるのではなく、その行為が刑罰威嚇を必要とするような全ての特性を有するがゆえに、立法者がその行為を可罰的であると宣言するのであり⁴¹⁾、その結果として、実定法の立法者は理性的な者を見つけ出しただけであり、それを表明しているだけに見受けられる。それゆえに、自然法上の犯罪 (*delicta iuris naturalis*) と市民法上の犯罪 (*delicta iuris civilis*) を分類することは、哲学上価値を持たないとしている⁴²⁾。しかし、彼は、「全ての法律において、その必然性が健全な悟性に同じ程度で生じるわけではないこと」を否定しようとはしない⁴³⁾。

実定法が、もはや、支配的な見解によって変更を加えられず、それゆえに、その法の自然に即した妥当性が消滅し、新たな諸見解が未だ支配を獲得していないならば、「刑事司法が存在しうる中で最も悪い状態」は過渡期にあり、それはまさに1840年代における普通法の状態のようなものであるとする⁴⁴⁾。

もちろん立法において、ある者が刑罰の害悪 (*Strafübel*) に値したことのみを理由としてその害悪を課せられるという原理が放棄されるならば、実定刑法を、もはや、語ることはできないとする⁴⁵⁾。

すでに『諸論稿』の第一巻において、ルーデンは「私たちの普通法の実定上の原則以外何も示しえず」、それゆえに、彼は「もちろん、いくつかの謬念なしには、全ての哲学上の理性的判断 (*Räsonnement*) ……を抑えることはできない」⁴⁶⁾という見解を表明している。しかし、彼はこのことに成功していない。なぜなら、正しい概念の追求は、通常、法源の探究 (*Quellenarbeit*) より先行するからである。

ロスヒルト (*Roßhirt*) と一致しているのは、ルーデンが、フォイエルバッハに反して、総論の諸概念も「実定的な基盤の上で」構成されなければならないとする点である。なぜなら、総論の概念は哲学上の理論ではなく、各論の諸概念と同様に実定法上の概念とするからである⁴⁷⁾。

41) Luden (Fn. 18), S. 83, 117, 127 f.

42) Ebd., S. 138 f.

43) Ebd., S. 140.

44) Rezension zu Roßhirt, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, *Neue Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung*, Nr. 33 vom Februar 1842, S. 137.

45) *Luden* (Fn. 20), S. 25.

46) *Luden* (Fn. 25), S. VI.

47) *Luden* (Fn. 20), S. 99.

「その際、たしかに、その学問は、実定法の根底に置かれているということを想定しなくてはならない諸概念以外の何も定立することが許されない限りにおいて、実定的なものによって拘束される。しかし、この点を、学問上の自由の制限、もしくは学問上の概念の、実定法の指示への従属とみなすことはできない。なぜなら、学問が実定刑法を学問的に作り上げることを任務とするならば、自身でこの制約を課さなければならないからである。学問がこの制約を超えたならば、それはもはや実定刑法学ではない」⁴⁸⁾。

2. 歴史と刑法

歴史的考察の重要な役割は、以上によってすでに明らかであるが、ルーデンはその役割を繰り返し強調している。

「新たな刑法典を必然的に求める私たちの時代は、他の時代よりもなお一層、これまでの刑法の歴史への回顧を必要とする。……それに基づいて刑法が用いられていたところの諸原則の発展過程を示す刑法の歴史は、同時に、その諸原則なしではその要求や需要を伴う現在は理解されえないという刑法の批判を同時に含む」⁴⁹⁾。

まさしく、かの嘆かわしい (beklagt) 過渡期⁵⁰⁾が支配していたので、新たな刑法典を彼は歴史的に必要なものとみなし、そして、彼の時代の立法の使命を否認する歴史法学派の立場を強く拒絶する⁵¹⁾。

彼が刑法の歴史の下で理解していることは、以下のとおりである。すなわち、普遍的な刑法は実定刑法としてのみ、そして、国民において法がたどってきた展開の一部として姿を現しうる。そして、むしろ、その限りでルーデンがヘーゲリアナー達、とりわけアーベックと一致し、実定刑法は犯罪および刑罰の概念を創出するのではなく、これらの概念は現存のものとして (als vorhanden) 前提とされる。

したがって、刑法の歴史は犯罪概念の発生や発展の歴史ではなく、ある時代が刑法に關して有する、多かれ少なかれ明白なものの方の歴史である⁵²⁾。

48) Rezension zu Roßhirt, System des deutschen Strafrechts, Neue Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung, Nr. 32 vom Februar 1842, S. 134.

49) Ebd., S. 134.

50) *Luden* (Fn. 44).

51) Ebd., S. 134 ff. [*Luden* (Fn. 48), S. 134 ff. の誤りであると思われる：訳者記す]; *ders.*, (Fn. 20), S. 95 f.

52) *Luden* (Fn. 20), S. 60 f.; *ders.* (Fn. 44), S. 139 f.:「なぜなら、刑法の歴史は、刑法が以前に実施されたという注意を喚起する点ではなく、どの行為が犯罪として」

「しかし、その完全な支配および妥当に至るといふ、概念の必然的な規定と同様に、歴史的発展過程の目的は、以下の点に見出されなければならない。すなわち、犯罪概念に属する全ての行為は処罰されるが、それ以外の行為は犯罪概念に包摂されない点、そしてその刑罰は、客観的な権利が侵害された程度および範囲に適應する形で科されるといふ点である」⁵³⁾。

それゆえに、ルーデンは概念が完全に実現された状態を記述するが、ヘーゲルの用語を用いること、もしくはヘーゲル——さもなければ、例えばシェリング (Schelling) といった他の者——と関連づけることはない。もっとも、彼は自らの見解をむしろ簡潔に基礎づけている。すなわち、犯罪や刑罰の概念なしには、「刑法は決して存在せず、それゆえに、刑法の歴史も存在しないであろう」⁵⁴⁾。

したがって、実定法は、ルーデンにとって、一定の時代に妥当していること⁵⁵⁾、そしてその時代の支配的な見解を表すこと⁵⁶⁾に意義を有する。それにもかかわらず、このことは「……哲学上、そうかもしれないし、そうでないかもしれないといった、気まぐれや偶然的仕業ではなく、必然性および理性的な全体意志の所産ともつばらみなされる……」⁵⁷⁾。

すでにロマニョージの『[刑法の：訳者記す] 起源』の序章において、ルーデンはそ

、把握され、刑罰が課されているのかという原則の歴史的発展過程が叙述される点にのみ存在するからである。そして、客観的意味における刑法が、行為が犯罪とみなされ、刑罰が課されるのかという諸原則の総体に他ならないように、刑法の歴史も犯罪と刑罰の概念の歴史に他ならないからである。これらの諸概念自体は、たしかに、必然的に全ての時代においても同一のものである。しかし、これらの諸概念の歴史は、これらの概念に包摂されなければならないものが、全ての時代において同等に認識されていない、ということに存在する。[……]そして、どのような方法で、時代の経過の中で犯罪と刑罰の概念が支配し、妥当するに至ったのかを証明することは、まさに、刑法の歴史の叙述が負っている任務である……しかし、それに従えば、その歴史が叙述されなければならない諸概念に基づくことなしに、刑法の歴史が記述されえないことは、明らかである」。

53) *Luden* (Fn. 20), S. 61 ; *ders.* (Fn. 44), S. 144. [Rezension zu Roßhirt, System des deutschen Strafrechts, Neue Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung, Nr. 34 vom Februar 1842, S. 144. の誤りであると思われる：訳者記す]。

54) *Luden* (Fn. 20), S. 60 Fn. 1 (auf S. 61).

55) *Luden* (Fn. 44), S. 137.

56) Ebd.

57) *Luden* (Fn. 18), S. 140.

の時々状況や情勢との依存性を強調していたので、同一の行為が、ある地域においてはまったく罰せられず、[他方では：訳者記す]他の地域に比べて厳しく罰せられること、そして何が、どの程度可罰的であるのかに関する解釈が、歴史の流れの中で変化することは、正当であり、理性的でありうる⁵⁸⁾。

3. 刑罰論

ロマニョージの『刑法の起源』の翻訳の前書きにおいて、ルーデンは刑罰の復讐理論(Rachetheorie)を支持する。その理論は、国家が犯罪の被害者に主観的で恣意的な私的復讐を禁止し、その代わりに客観的で正当な範囲に「精練された復讐」としての刑罰を行使するというものである⁵⁹⁾が、彼はこの復讐理論を『要覧』において明確に放棄している⁶⁰⁾。

そこで、彼は以下のような「刑法の哲学的な基礎づけ」⁶¹⁾を行う。すなわち、処罰されるべき者が刑罰を受けることを強制されうことは、刑罰の概念の中にあるとする。しかし、人間は基本的に処罰されない権利を有するので、処罰される者から、その者に即自的かつ対自的に認められている権利を取り上げることには、個人に認められている権利の本質や基礎から生じるという特別な理由がなければならないとする。

「個人に認められている全ての個々の権利は、自由意志によって行為をするという、その者に認められている一般的な権利の単なる現われもしくは特殊な現象形式であり、個人には自由意志によって行為する権限があるという一定の關係性を、権利が個人に保証することに還元されう。意志は特定の行為の自己決定もしくは決意であり、そして自由は、人間がこの決意に際して自らの理性を有していた点に存在する。そして、人間は理性的存在であり、自由意志によってのみ理性的に行為することができるので、人間は自由意志を持つ。……そして、人間は理性的存在として、自由意志をもって行為する能力を持つので、自由意志によって行為する権利をも有し、それゆえに、理性的存在として生存する権利を確実に有するだろう……」⁶²⁾。

「それゆえに、客観的な法は、自らに課せられている、理性的に行為せよという義務を果たすために、実際に自由意志を持っている全ての者に、自由意志によって行為する

58) *Luden* (Fn. 24), S. XVI f.

59) *Ebd.*, S. LV ff., insb. LXVIII ff. この点に関して、比較的にまともな理由づけを行うのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 47.

60) *Luden* (Fn. 20), S. 11 Fn. 2.

61) *Ebd.*, S. 7 ff.

62) *Ebd.*, S. 7 f.

権利を与えなければならない」⁶³⁾。

しかし、人間はこの権利を、理性的な行為の義務を果たす目的でのみ有しており、さもなければ、矛盾が生じるので、その者がこの義務を果たす範囲でのみ権利をも認められるとする⁶⁴⁾。

「それゆえに、客観的な法は、自らに課されている義務に違反した者には必然的に、自由意志によって行為する権利を認めてはならない」⁶⁵⁾。

この点に、正義の理念において基礎づけられている刑罰の正当化および必要性が存在するとされる。これと同様のことが、個別の特殊な規定を定立する実定法に対して妥当する。

「なぜなら、実定法に背く行為者に、実定法に従う行為者のみが有しうる権利を認めようとするならば、実定法も自らを廃棄し、自分自身が妥当していないことを明らかにするであろうからである」⁶⁶⁾。

たとえ実定法の多くの刑罰が、自由意思によって行為する権利の剥奪であるという刑罰の理念に適合しないものであるとしても、これらの刑罰は必然的に妥当性を有したままである。

「なぜなら、その規定の遵守が、その規定の不遵守と同一の法的効果をもってしまうので、違反に対する刑罰規定のない法規定は法律的にナンセンスなものであり、自らの不妥当性を明らかにするであろうからである。つまり、刑罰は、法がおよそ存在しているという必要性とともに存在する。なぜなら、違反に対する刑罰が規定されることなしに、法的な規定が想定されることは決してありえないからである」⁶⁷⁾。

立法者が刑罰の根拠に関してどのような見解を持とうとも、真の根拠を変更することはできないとする。なぜなら、刑罰の目的を刑法典の中に明確に表すことは無駄なことであり、非合目的ですらあるとするからである⁶⁸⁾。

63) Ebd., S. 8.

64) Ebd., S. 8.

65) Ebd., S. 9.

66) Ebd., S. 10.

67) Ebd., S. 10 f.

68) Ebd., S. 25 mit Fn. 1.

ここで注意すべきことは、刑罰をいわば規範論理的に必然的なものであると証明しようとするこの試みが、ともすれば完全法（leges perfectae）の普遍的必然性を基礎づけ、その際すでに多くのことを基礎づけ過ぎている点である。ルーデンはその試みの思考過程の前提をそれ以上説明せず、理性的行為の義務については、彼においては一つの参照指示⁶⁹⁾で十分だとしており、その指示対象は彼の義理の父であるカール・エルンスト・シュミット（Karl Ernst Schmid）の国家法の教科書である⁷⁰⁾。なにゆえ、理性的に行為する権利の過去の濫用に関するサンクションとして、この権利の剥奪が将来に必要であるのかは、いずれにせよ、決して論理的に必然的なものではない。

それゆえに、ルーデンは絶対的刑罰論に、その理論が刑罰を正義の理念から必然的に生じるものとしてみなす限りにおいて賛成している⁷¹⁾が、それまで唱えられていたいずれの結論、特にカントの同害報復の法に関する見解を拒絶する。なぜなら、一方では、権利の侵害のみが可罰的であるのではなく⁷²⁾、他方では、正義によって要求される同等性はギブアンドテイクなものではなく、ましてや応報でもないとするからである⁷³⁾。ヘーゲルの理論は、以下の点において認められるべきであるとする。すなわち、不法はそれ自身無効であるが、この無効の宣言のために刑罰が必要であるのではなく、むしろ単なる無効の表示もしくは補償ですでに十分であるし、さらに犯罪者が行為した際に従った非理性的な原理を法則として承認し、その法則を適用することは国家にふさわしくないので、犯罪および刑罰は不法として現れる、という点である——ここで、ヘーゲルの法哲学綱要の100節は、アーベック⁷⁴⁾と共に [ルーデンによって：訳者記す] 非難されているが、両者とも明らかに誤解しているだろう。——ケストリンはルーデンがヘーゲルを基本的に承認していることを、後に満足げに（mit Genugtuung）強調し、ルーデンの批判を、無効の表示⁷⁵⁾の誤解および犯罪者自身の法則への包摂⁷⁶⁾の誤解だ

69) Ebd., S. 8 Fn. 3.

70) Schmid, Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts, 1821. シュミット自身は単に文献を参照指示するにとどまる。

71) Luden (Fn. 20), S. 37.

72) Luden (Fn. 20), S. 15 Fn. 1 (auf S. 16), S. 39 Fn. 5. それゆえに、フォイエルバッハにも反対している ([Fn. 18], S. 135 ff.)。

73) Luden (Fn. 20), S. 38 ff.

74) Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, § 48 (S. 72 f.).

75) Köstlin (Fn. 26), S. 33, 41 および S. 34-37.

76) Köstlin (Fn. 26), S. 776 ff.

として事細かに退けている。——犯罪者による権利の侵害と刑罰の中に存在する侵害の同等性は「まったく考えられない」であろうから、ルーデンは価値に従った応報というヘーゲルの思考も拒絶する⁷⁷⁾——このことをケストリンはまたしても「不可解である」⁷⁸⁾としている。

ルーデンは相対的な諸理論を、刑罰の目的が法秩序の維持に存する点にあるという限りにおいて正当であると認めているが、これらの相対的な諸理論が刑罰の内在的な必要性ではなく、——一般予防および特別予防という——証明不可能な外在的な作用に着目しているために、これらの理論を全体的に退けている⁷⁹⁾。結合的な諸理論は絶対的な理論か相対的な理論かのどちらかにしか帰着しないので、絶対的な刑罰の基礎づけと相対的な刑罰の基礎づけを組み合わせることは論理的に不可能であるとして、彼はこの結合的な諸理論を非難している⁸⁰⁾。

自由意思によって行為する権利の剥奪として、たしかに刑罰は害悪であるが、犯罪に存する害悪の応報でも、損害賠償でも、威嚇手段や復讐でもなく、国家のみに刑罰の権限を与え、またこれを義務づけるところの客観的な法の必然的な帰結であるとする⁸¹⁾。これは刑罰の種類についての帰結をもたらす。すなわち、

「哲学的に正当化されるべきである全ての刑罰の害悪は、被処罰者を自らの意志に従って行為するという自由において制約することに還元されなければならない」⁸²⁾。

刑罰の害悪の他の全ての種類、とりわけ単なる苦難もしくは苦痛、身体的懲罰、特に死刑は「哲学的に非難すべき」である。「なぜなら、刑罰がその本性からして射程とすべきことを超えてしまうからである」⁸³⁾。刑罰の基準は処罰されるべき行為の非理性性の程度に従わなければならないとする⁸⁴⁾——この点にケストリンは実質的に同害報復

77) *Luden* (Fn. 20), S. 42 f.

78) *Köstlin* (Fn. 26), S. 772 ff.

79) *Luden* (Fn. 20), S. 52 ff. マルティン (Martin)、フォイエルバッハ、ロマニョージについては、Einleitung (Fn. 24), S. XIX ff., XLIV ff., LIII ff. も見よ。

80) Rezension zu von Preuschen, Die Gerechtigkeitstheorie, Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung, Nr. 162 vom September 1840, Sp. 329, 333 f.; *ders.* (Fn. 20), S. 57 ff.

81) *Luden* (Fn. 20), S.11 ff.

82) Ebd., S. 22.

83) Ebd., S. 22.

84) Ebd., S. 22.

と同様のことを見出す⁸⁵⁾。その限りでルーデンはツァハリエに賛同しており⁸⁶⁾、ツァハリエはカント的な理論を基礎に、法は外面的な自由のみとかかわり合うので、全ての刑罰は自由刑でなければならないと結論づけた⁸⁷⁾。

4. 犯罪概念

上述の通り、犯罪概念は不変である。なぜなら、それを規定するのは立法者の事柄ではなく、学問の事柄だからである⁸⁸⁾。『要覧』において、ルーデンは、「犯罪は、理性的な全体意志の表れとしてみなされなければならない禁止の違反であるがゆえに、非理性的な行為」⁸⁹⁾として犯罪を定義している。

彼は、どの行為が刑罰を科されるのかという問題を刑罰の法的根拠の規定に依存させることを、非論理的な手順だとみなす⁹⁰⁾。なぜなら、客観的な法に違反し、それによって、理性の法廷の前で何ら正当化を見出されないような全ての行為は、刑法理論によって処罰されなければならない、さらに主観的な権利を侵害せず、もっぱら道徳や公共の福祉と矛盾するだけのものも処罰されなければならないからである⁹¹⁾。この点に、法律 (Rechtsgesetz) と道徳律 (Sittengesetz) の境界の止揚は存在しないとする。なぜなら、この限界はむしろ、法律は行為について、そして道徳律は心情について、理性的な規範を定立する点に存するからである⁹²⁾。しかし、既定の国家において、犯罪は、実定刑法においてあらかじめ刑罰の対象とされているもののみであるとする。なぜなら、現実において妥当しているのは実定法に他ならないからである。しかし、その実定法は、

85) *Köstlin* (Fn. 26), S. 773 f.

86) *Luden* (Fn. 20), S. 42 Fn. 10.

87) *Zachariä*, Anfangsgründe des philosophischen Criminal-Rechtes, 1805, § 44 (S. 30 ff).

88) *Luden* (Fn. 25), S. 5 Fn. 1.

89) *Luden* (Fn. 20), S. 1 [*Luden* (Fn. 20), S. 19 の誤りであると思われる：訳者記す]。

90) *Ebd.*, S. 27 Fn. 1.

91) *Luden* (Fn. 20), S. 14 ff. *ders.* (Fn. 18), S. 131. 参照。すなわち、哲学的見地から、客観的な法のいずれの侵害も犯罪であらねばならないことは確実であるとされている——しかし、このことがそれ以上基礎づけられることはありえないとする。なぜなら、哲学的視点からの犯罪の考察はこの論稿の目的ではないとされているからである。

92) *Luden* (Fn. 20), S. 15 f. Fn. 1. 以前 (*ders.* [Fn. 18], S. 241.) では、彼は、例えば他人の犯罪計画に異議を唱えるといったような道徳律のみをもっぱら定立するような禁止に従って区別しており、その禁止は処罰されうるが、処罰する必要のないものであった。

理性法の単なる現象形式であるので、当罰性 (Strafwürdigkeit) の規定の際には、同様の観点から出発しなければならないとする⁹³⁾。

犯罪に属するのは、客観的な法に反して行為するという意思とこれに対応する外部的な行為である。ここに、刑事不法と、損害賠償を義務づける民事不法の区別がある。すなわち、刑事不法の基礎にのみ非理性的な意思はあるが、損害はそれを欲することなく与えられうるとする⁹⁴⁾。しかし、後に彼は刑事不法を客観的な法の侵害と定義し、民事不法を主観的な権利の単なる侵害と定義した⁹⁵⁾。

ルーデンは、実定的な法律からもたらされる形式的な犯罪概念と、実定法の全ての犯罪構成要件の「一般的・客観的な性質」から構成され、そして「全ての個別の犯罪からの抽象化」によってのみ認識されうる実質的な犯罪概念とを区別している⁹⁶⁾。『要覧』において、彼は形式的な概念の下に、ある領邦の実定法によれば処罰されるべきである犯罪の外部的な要素、つまりあらゆる行為と不作為を入れ込み⁹⁷⁾、実質的な概念の下に、以下の二つが犯罪たる根拠、つまりその犯罪の方向が主観的な権利の侵害に向いている——彼はこのグループを「権利犯罪 (Rechtsverbrechen)」と呼ぶ——ためなのか、あるいはその他の、客観的な法の違反である——彼によればいわゆる「法規犯罪 (Gesetzesverbrechen)」——ためなのかを把握する根拠を入れ込む⁹⁸⁾。権利犯罪の場合、可罰性の直接的な根拠は、それが禁止の違反であって、主観的な権利の侵害に方向づけられていることは間接的な根拠であるとする。他方、法規犯罪の場合、[可罰性の：訳者記す] 直接的、そして間接的でもある根拠は、客観的な法の侵害に存し、その根拠は重なっていると⁹⁹⁾。彼が、通常、犯罪行為や違警行為 (Polizeivergehen) およびこれに類似するものにおいてなされている区別よりも優れているとしているこの区別は、『諸論稿』においてはまだ実質的・法的意義を有しているが¹⁰⁰⁾、『要覧』においてはもはや意義を有していない。ケストリンはこの区別をルーデンの「気まぐ

93) *Luden* (Fn. 20), S. 17.

94) *Ebd.*, S. 18 mit Fn. 1.

95) *Ebd.*, S. 198 Fn. 1; ケストリン (*Köstlin* [Fn. 26], S. 30 Fn. 2) は、これに関して「明確な表象」が欠けていると断言する。

96) *Luden* (Fn. 18), S. 117; S. 72 f., 103.

97) *Luden* (Fn. 20), S. 167.

98) *Ebd.*, S. 165 f., 198 ff., 203 ff.

99) *Luden* (Fn. 18), S. 167 ff., 200.

100) 禁止の認識が *dolus* について必要か否かという問題については、Fn. 146 を見よ。

れ¹⁰¹⁾だと言い、権利犯罪と法規犯罪の区別を、依然として主観的な観念論にとらわれているもの一種だとみなす¹⁰²⁾。

ルーデンは、歴史と実定法が、決して主観的な権利の侵害のみが刑罰の対象となるわけではなく、「あらゆる種類の不道徳や悪徳」ならびに必ずしも不道徳ではないが、政策的理由から非難すべきであると思われる、その他の行為も刑罰の対象となることを示していた点を繰り返し固執している¹⁰³⁾。このことは哲学的には正当化されるとする。なぜなら、不道徳な行為は必然的に同時に非理性的なものである、つまり客観的な法に矛盾し、それゆえに、犯罪であるからであるとする¹⁰⁴⁾。同様に国家は、たしかに不道徳ではないが、公共体もしくは個人の繁栄に合致しないように見え、それゆえに、武器の所有や所持、禁止薬物の販売、暴利行為、穀物暴利行為等の、客観的な法や理性的な全体意志と矛盾する行為を処罰することができるとする¹⁰⁵⁾。

5. 構成要件の概念と行為の概念

ルーデンは構成要件を、「犯罪概念に包摂されるために、行為それ自体が備えなければならぬ」¹⁰⁶⁾諸要素の総体と理解している。構成要件要素の分け方は、『諸論稿』と『要覧』において異なっており、『諸論稿』においては犯罪概念と犯罪構成要件は同一視されている¹⁰⁷⁾が、『要覧』においては区別されている¹⁰⁸⁾。

『諸論稿』の第二巻において、ルーデンは構成要件を三つの要素に分け、それらの順序を論理的に必然的であると言う。なぜなら、常に以下のような必然的な要件を形成する要素がまず先になければならないとするからである。

「第一に、犯罪的で、人間の行為によって惹起された現象。第二に、この行為の違法性。第三に、この行為の *dolus* 的もしくは *culpa* 的な特徴」¹⁰⁹⁾。

これらの、形式的な犯罪概念の他ならぬその諸要素は、上述のように、個別の犯罪の

101) *Köstlin* (Fn. 26), S. 286.

102) *Köstlin* (Fn. 26), S. 26, 29 f.

103) *Luden* (Fn. 18), S. 123.

104) *Ebd.*, S. 124 f.

105) *Ebd.*, S. 127 f. mit Fn. 4.

106) *Luden* (Fn. 20), S. 225 f.

107) *Luden* (Fn. 18), S. 72, 109 ff.

108) *Luden* (Fn. 20), S. 225 f.

109) *Luden* (Fn. 18), S. 100.

抽象化によって獲得される。

「しかし、あらゆる個別で特殊な犯罪において存在するものは、まさに犯罪の特殊な形式もしくは形態が取り除かれることによつてのみ、一般的な犯罪概念へと属する」¹¹⁰⁾。

犯罪的な現象であるとする第一の要素は必然的である。なぜなら、単なる思考は可罰的でありえないからである¹¹¹⁾。しかし、その現象が人間の行為によつて惹起され、そして禁止の違反¹¹²⁾、つまりもっぱら法に背こうとする非理性的な意思の証拠として資する限りにおいてのみ、関心の対象となるものである。それによつて、第一の要素はまたしても三つの構成要素に分かれる。すなわち、感覚世界への作用としての犯罪的な現象¹¹³⁾、人間の行為および両者の間の因果関係である。

これに対して、帰属能力はルーデンにとつて、たしかに、「人間を実際に権利主体ないし人間にするもの」¹¹⁴⁾であるが、ヘーゲルやヘーゲリアナーとは対照的に、彼は帰属能力を行為の構成要素とも、犯罪構成要件全体の構成要素ともみなしていない¹¹⁵⁾。なぜなら、帰属能力は特殊な犯罪構成要件に存在するのではなく、どのような犯罪でも同一のものであるからであり¹¹⁶⁾、同様のことが可罰性にも妥当する¹¹⁷⁾。このことは、事物の本性とこの概念の内在的な本質からも導かれる。なぜなら、帰属は、犯罪行為に対して下される判断に他ならず、犯罪行為それ自体とは若干異なるものであり¹¹⁸⁾、さもなくばあらゆる者が自らの帰属能力に関して有責であると宣言されてしまうことになるからである¹¹⁹⁾。さらに、実務的な論証が為なされている。すなわち、帰属能力が、当時においてもいまだ被糾問者に著しい負担を強いていた特別糾問の過程で審理される前に、構成要件——一般糾問の対象としての罪体 (corpus delicti) ——が確定されなければならず、そしてこの逆は言えないという論拠である¹²⁰⁾。その結果、帰属能力およ

110) Ebd., S. 103.

111) Ebd., S. 114.

112) Ebd., S. 122, 193, 197, 201, 401.

113) Ebd., S. 214.

114) Ebd., S. 213.

115) Ebd., S. 72 ff., 202 ff.

116) Ebd., S. 80.

117) Ebd., S. 83 ff.

118) Ebd., S. 78, 81 f.

119) Ebd., S. 81.

120) Ebd., S. 80 ff., 88, 203. これに批判的なのは、Köstlin (Fn. 26).

び帰属を体系の中の後の方まで維持しなければならないとされる¹²¹⁾。普通法上の法源と一致して、帰属能力のない者も行為することが可能で、それゆえに、犯罪を犯しうる¹²²⁾。アーベックに反対して、ルーデンは以下のように記述している。すなわち、

「哲学上では、行為と犯罪について、両者は帰属可能な人間に由来するものである限りにおいて、言及することができる。しかし、法学上では、これらの諸概念は有用ではない。なぜなら、ここで行為と犯罪は帰属能力から切り離されて考慮されるからである。」¹²³⁾。

行為は人間の活動、もしくは人間の肉体的あるいは知的な力の動作に他ならず、この行為が原因を有効なものにし、その原因から犯罪的な現象が生じるとする¹²⁴⁾。——フォン・リスト (von Liszt) の「運動神経の刺激伝達 (Innervation der Bewegungsnerven)」や「筋肉の収縮 (Muskelkontraktion)」のものはや一步手前であることが見受けられる。——しかし、行為は人間自身の中にその根拠を有していなければならない。なぜなら、絶対的強制 (bis absoluta) の場合、いかなる行為も存在しないからである¹²⁵⁾。ただし、それは人間が自らの行為によらずこの状態に投入された場合のみである¹²⁶⁾。行為は不作為の形態によっても行われうるとする¹²⁷⁾。

因果関係に際して、ルーデンは物理的な見地と法律的な見地とを区別する¹²⁸⁾。法律的な意味において因果性が存在するのは、結果が直接に人間の活動に起因する場合であり、人間が、自らが結果を惹起することを予見していた、もしくは予見しえた場合、常に該当する¹²⁹⁾。それゆえに、事実の無関心や事実の錯誤の理論は因果関係論の中に正

121) Ebd., S. 81 f.

122) Ebd., S. 76, 88, 203.

123) Ebd., S. 204 mit S. 76.

124) Ebd., S. 215.

125) Ebd., S. 205 ff.

126) Ebd., S. 213 f., 216 ff.

127) Ebd., S. 219 ff., 258 f. その際、ルーデンは二つの種類、つまり禁止法則に違反する不作為による遂行と、命令法則に違反し、そして法規犯罪である、本来の意味での不作為犯とを区別している。そのため、彼は真正不作為犯と不真正不作為犯を区分した先駆者とみなされている。しかし、ケストリン (*Köstlin* [Fn. 26], S. 151.) は、区別に「価値はない」としている。

128) *Luden* (Fn. 18), S. 288 ff., 322.

129) Ebd., S. 296, 311.

しい地位を有する。つまり、行為者に結果予見が欠けており、さらに期待もできなかつた場合¹³⁰⁾、もしくは行為者の錯誤が、行為の中でもっぱら行為の発生の根拠を有していないような事情に起因した場合¹³¹⁾、因果関係は欠けている。第二の構成要件要素は違法性である。違法であるのは、他人の権利との関係で、もしくは道徳や良俗 (gute Ordnung) が必要とすることの配慮から、人間にしてはならないと義務づけられているあらゆる行為であり¹³²⁾、他人が権利を有していない、もしくは被害者が自らの権利を、例えば同意によって¹³³⁾放棄していた場合はその限りでない。

一般的構成要件の第三の要素は犯罪的な意思決定であり、この意思決定は *dolus* もしくは *culpa* の形式で、あらゆる犯罪に必要不可欠である¹³⁴⁾。犯罪の全ての三つの要素は不可分一体であり、同時になければならない、つまり決して順番に続いて起こるものではないとする¹³⁵⁾。

帰属能力はあらゆる可罰性の無条件の前提であり、その結果、帰属無能力は「その無能力の発生の原因を全く考慮することなしに」——つまりその無能力が本人の責めに帰するか否かにかかわらず——可罰性を阻却する¹³⁶⁾。帰属の唯一の基礎は人間の理性であり、その結果、その者から理性が完全にもしくは部分的に奪われている場合、帰属は認められない¹³⁷⁾。

『要覧』において、ルーデンは犯罪行為の要素を二つに削減し、さらに順序を逆転させた。ここでは、第一に犯罪的な意思決定があり、この段階において個人の非理性的な意思と、あらゆる禁止に存在している理性的な全体意志との矛盾が存在しているとする。——これは「主観的構成要件」と呼ばれ、この主観的構成要件は *dolus* と *culpa* 両方の種類を包括し、ここでは違法性を組み入れるものである。——第二の要素もしくは「客

130) Ebd., S. 296 ff.

131) Ebd., S. 315 ff. これらの例においても、行為のもっぱら「結果の中で」生じているのであって、行為の「結果として」は生じていないとする損害に関する区別は説得的ではない。

132) Ebd., S. 399.

133) Ebd., S. 412 ff. 彼は『諸論稿』において、放棄できる権利に生命をも数え入れている (S. 415 ff.) が、不処罰性を導くものではないとする (より限定的なのは、*Luden* [Fn. 20], S. 321 ff.)。これに批判的なのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 687 ff.

134) *Luden* (Fn. 18), S. 112.

135) Ebd., S. 109, 130.

136) Ebd., S. 210.

137) Ebd., S. 212.

観的構成要件」は、行為が、犯罪的な意思決定から惹起されたものであるとみなされう
 ような外部的状況を有することであるとする¹³⁸⁾。

6. dolus と culpa

dolus と culpa の概念を規定することは、ルーデンによれば、学問の任務であり、立
 法の任務ではない。なぜなら、立法は学問によって定立させられた概念以外のものを承
 認する意図を決して有しえないとするからである¹³⁹⁾。

客観的な法は理性的な全体意思であり、客観的な法に従って人間は自らの行為態様を
 規定するので、客観的な法はそれに対立する意思によってのみ侵害されうる——なお、
 それゆえに、未遂犯は「既遂犯と同程度の、客観的な法の強力な破壊」を示し、同一の
 刑罰に値するとする¹⁴⁰⁾。自らの自由な意思によってのみ、人間は理性的存在として、
 法律を順守すること、もしくは法律に背いて行為することが可能であるとする¹⁴¹⁾。意
 思は常に人間の自己の活動にのみ関係づけられるとされ、そして自らをそれへと規定し
 た行為からある特定の結果が惹起されるという思考がここで述べられている¹⁴²⁾。犯罪
 的な意思内容は、ルーデンによれば、『要覧』において二つのことから規定されるとし
 ている。すなわち、(1)特定の結果もしくは外界への一定の作用を惹起するであろう、
 特定の行為を完遂しようとする表象、および、(2)決断された行為の現実的な違法性で
 ある¹⁴³⁾。人間は自らが思考することのみを意欲しうるので、意思は、その者の行為と
 ある結果との因果関係の表象を、たとえその表象が不正確であるとしても、必要として
 いるとする¹⁴⁴⁾。

この表象は二つの場合においてありうるとする。すなわち、一つには、因果関係が確
 定的に存在し、そしてルーデンによれば dolus、つまり意図もしくは故意が存在する場
 合、もう一つには、単に因果関係の可能性があるに過ぎない場合、culpa、つまり過失

138) *Luden* (Fn. 20), S. 228 ff.

139) *Ebd.*, S. 243 Fn. 1, S. 258 Fn. 1.

140) *Luden* (Fn. 18), S. 195 によれば、「なぜなら、違法な意思は両者ともに同じもの
 だったからである。それに基づけば、既遂と未遂に同等の刑罰が課せられている
 ……ことは、哲学的に正当化される」。それゆえに、不能未遂もなんなく可罰的
 あるが、幻覚犯は可罰的でないとするのは、*Ebd.*, S. 194 Fn. 1.

141) *Luden* (Fn. 18), S. 501; *ders.* (Fn. 20), S. 17 f.

142) *Luden* (Fn. 18), S. 526.

143) *Luden* (Fn. 18), S. 528 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 237 ff.

144) *Luden* (Fn. 18), S. 526 f.; *ders.* (Fn. 20), S. 238, 245.

が存在する場合である¹⁴⁵⁾。

a) 意図された行為は客観的に示されていなければならない、それゆえに、幻覚犯は不処罰であり、禁止の錯誤は重要ではない¹⁴⁶⁾。なおさら、可罰性の意識は *dolus* に属さない¹⁴⁷⁾。ルーデンは、本人の責めに帰さない法律の錯誤のみが免責されるべきであるとする従来の見解を非難する。なぜなら、表象は単に持ちうるか、もしくは持ちえないかのみであり、この表象は責めに帰すか否かをなんら変更することはないとするからである¹⁴⁸⁾。

当時、盛んに議論されていた不特定の故意 (*dolus indeterminatus*) は存在しえず、そこではその証明の問題と概念が混同されていたとする¹⁴⁹⁾。つまり、*dolus* は常に事例の諸事情から証明されるものであり、推定 (*Präsumtion*) と混合されてはならないものだとする¹⁵⁰⁾。ただし、「……一般的な経験もしくは行為者の特殊な経験によれば、法の侵害へと至る原因もしくは諸力が現実化されざるをえない態様で、行為者が行動した場合……」¹⁵¹⁾、*dolus* による犯罪は常に認められなければならないとする。

被告人自らの言明、とりわけ被告人の否認は常に考慮されないとする¹⁵²⁾。——それゆえに、ケストリンは、ルーデンがまさに行為の客観性の法を承認する立場に近かったと考えるのである¹⁵³⁾。——彼と同時代人達が非常に強く非難していた間接故意 (*dolus indirectus*) は、正しく理解すれば間接証拠に他ならないとする¹⁵⁴⁾が、これはそれほど

145) *Luden* (Fn. 18), S.104 ff., 570; *ders.* (Fn. 20), S. 240 f., 258 ff.

146) *Luden* (Fn. 18), S. 517 ff., 549; *ders.* (Fn. 20), S. 239 f., 245 f. これに賛成するのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 255. 法規犯罪に関して、まだ異なる取扱いをしていたのは、*Luden* (Fn. 18), S. 94 ff., 564 f. であり、この取扱いは、(Fn. 20), S. 246 Fn. 5 において放棄された。適切にも、ルーデンの法律の錯誤に関するローマの法源の解釈に反対するのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 615 ff., 617 f.

147) *Luden* (Fn.18), S. 94 ff.ルーデン (*ders.* [Fn. 20], S. 245 f.) は、フォイエルバッハの推定にも反対している (S. 96 ff.)。

148) *Luden* (Fn. 18), S. 521 ff., 529, 569.

149) *Luden* (Fn. 18), S. 557 Fn.1; *ders.* (Fn.20), S. 247 ff. なぜなら、諸事情から証明される *dolus* は、常に明確な *dolus* であるとするからである (S. 253 f.)。結論において賛成するのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 261.

150) *Luden* (Fn. 25), S. 263 Fn. 2; *ders.* (Fn. 18), S. 555 Fn. 1.

151) *Luden* (Fn. 18), S. 557.

152) *Luden* (Fn. 18), S. 557; *ders.* (Fn. 20), S. 253 f.

153) *Köstlin* (Fn. 26), S. 262 f.

154) *Luden* (Fn. 20), S. 254 Fn. 11.

適切ではない。最終的に、*dolus*の程度が様々あることは「考えられない」としている¹⁵⁵⁾。

b) *culpa* においても、可能であると表象された結果は、その結果が発生した場合（のみ！）¹⁵⁶⁾、行為者の意思に存するとされる。それゆえに、*culpa* は単なる知識の誤りではなく、意思の誤りであることが証明されるとする¹⁵⁷⁾。つまりルーデンは、当時の見解によれば未必の故意（*dolus eventualis*）もしくは間接故意であったもの¹⁵⁸⁾、今日の支配的な見解によれば未必の故意と認識ある過失に含められるものを *culpa* と呼んでいた。認識なき過失は民事法においてのみありうとする。なぜなら、刑事上の *culpa* は常に原因に関する認識を前提としているとするからである¹⁵⁹⁾。それは錯誤に関する事例ではなく、それとは区別された、結果が発生しないという不知の事例であるとする¹⁶⁰⁾（より正確には、処罰の対象となる結果が排除されていることを確実に認識していないという意識の事例）。それゆえに、*culpa* の程度が様々あることもありえないとする¹⁶¹⁾。誤って、いかなる禁止された結果をも惹起しないことが確実であると表象する者は、たとえこの錯誤が適切な注意があれば回避可能であったとしても、不処罰となる¹⁶²⁾。これとは反対に、*culpa* に必要な原因に関する認識は、因果関係が発生しているか否かに関する「認識ある不知」の事例の場合、すでに存在する。なぜなら、禁止された結果に至りえないことを表象された行為のみ行ってもよいとするからである¹⁶³⁾。——この点にケストリンはルーデンの「重大な譲歩」のみならず、*culpa* の疑わしい推

155) *Luden* (Fn. 20), S. 255 ff. これに賛成するのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 299.

156) ルーデンは結果を更なる要素として付け加え、それゆえに、*culpa* は、結果が発生した場合のみ存在するとされる。なぜなら、その場合にのみ、結果は行為者の意思に存し、それゆえに、*culpa* による犯罪の未遂は存在しえないとするからである（*Luden* [Fn. 18], S. 553 f., 560 Fn. 2.）。

157) *Luden* (Fn. 18), S. 534 Fn. 1 は、アルメンディングゲン（Almendingen）に批判的である。ders. (Fn. 20), S. 260 Fn. 5 (auf S. 261).

158) 例えば、*Köstlin* (Fn. 26), S. 231, 348.

159) このことをローマの法源も述べているとするルーデンの主張（*Luden* [Fn. 20], S. 261 Fn. 6 [auf S. 262]）は、部分的にのみ説得的なものである。このテーゼ全体に対して批判的であるのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 229 ff.

160) *Luden* (Fn. 18), S. 299 ff., 301 Fn.1; ders. (Fn. 20), S. 262 Fn. 7, 291.

161) *Luden* (Fn. 20), S. 267 ff. 普通法において *culpa* の程度は、刑法については認められないとするのは、S. 271 であるが、このことは疑わしい。このことに賛成するのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 239.

162) *Luden* (Fn. 20), S. 262, 290 f.

163) *Luden* (Fn. 18), S. 309 f., 313, 531 ff.; ders. (Fn. 20), S. 260.

定をも見出す。なぜなら、自らの行為の際に、全てのありうる悪しき結果が積極的に排除されると考えていたことを、誰も証明できないであろうからである¹⁶⁴⁾。

c) 因果関係の必要な表象が強く打ち消された意識により欠如している場合¹⁶⁵⁾、および意図された行為が犯罪的でなく、正当防衛、緊急避難、拘束的な命令もしくは同意によって許容されるような場合¹⁶⁶⁾、ルーデンによれば犯罪的な意思決定は阻却されている。

7. 正当防衛と緊急避難

a) 正当防衛の不処罰性は、ルーデンによれば、「事物の本性に」基づく。なぜなら、客観的な法は人間に、その者の責任なしに法侵害を被らせるという拘束性を課することはできず、それゆえに、人間は自らへの侵害を、そうする他ない場合には、攻撃者への侵害によって回避する権利を有さなければならないとするからである¹⁶⁷⁾。しかし、彼は正当防衛を、補償しえない権利の防衛に際してのみ認めようとする。つまりその本性によれば、補償の対象となりうる財産権への攻撃に対する正当防衛を認めようとしな——このことは個別事例においては偶然の状況によって異なりうるにもかかわらず、そうするのである¹⁶⁸⁾。名誉への攻撃は、いずれにせよ、攻撃者への侵害によって防衛されえないとする¹⁶⁹⁾。

彼は『諸論稿』において緊急救助を認めないとする¹⁷⁰⁾一方で、『要覧』において許容している¹⁷¹⁾。正当防衛は、客観的な法に背かない、もしくはいずれにせよ可罰的でないような（主観的に）違法な行為に対する場合でも排除されない。そしてそれに帰属無能力者の攻撃に並んで緊急避難行為も含まれている。

b) 緊急避難を彼は以下のように基礎づける。すなわち、緊急においても客観的な法

164) *Köstlin* (Fn. 26), S. 232 ff., 275 f.

165) *Luden* (Fn. 20), S.273 f., 274 ff.

166) *Ebd.*, S. 273 f., 291 ff.

167) *Ebd.*, S. 291 f.

168) *Luden* (Fn. 18), S. 481 ff.; *ders.* (Fn. 20), S. 294 ff. しかし、実務的な影響は、ルーデン (*Luden* [Fn. 18], S. 485 ff.) によれば、物の所有者が犯罪者に対して、物の引渡しを拒んだり、物を固守したり、もう一度奪い返したりしてもよく、その際に犯罪者が暴力を用いたならば、健康への攻撃ゆえに正当防衛が認められるので、限定的である。逃走中の窃盗もしくは強盗に対してすら、正当防衛はもはや適用されえない (S. 488)。このことに反対しているのは、*Köstlin* (Fn. 26), S. 728 ff.

169) *Luden* (Fn. 20), S. 299 f.

170) *Luden* (Fn. 18), S. 492 ff.

171) *Luden* (Fn. 20), S. 296 Fn. 10 (S. 297), 325 ff.

は、さもなくば矛盾してしまうので、自らの主観的な権利の侵害を切迫させる暴力もしくは優越的な力（Übermacht）に屈することを要求しないとする。それゆえに、人間は他人を侵害することを、これが自らを傷つけないまま維持する唯一の手段である場合、権利として有するとしている¹⁷²⁾。その他においては、正当防衛と本質的に同一の条件が妥当するとしている。緊急避難と正当防衛の相違は、後者においては攻撃者の権利が侵害されない点にあるとする。なぜなら、攻撃者は自らの権利を、不正な攻撃の限りで失うとするからである¹⁷³⁾。客観的な法が許容するので、緊急避難行為は犯罪ではない¹⁷⁴⁾が、ただし被侵害者の主観的な権利に対しては違法なままであるとする。ヘーゲルとは異なり、ルーデンはこの矛盾を解決せず¹⁷⁵⁾、また、この基礎づけによって民法不法が存在することを認め、損害賠償請求を認める、後のヘルシュナー（Hälschner）とは異なり¹⁷⁶⁾、ルーデンは被侵害者の正当防衛さえも認める。なぜなら、理性的存在の間で法的関係は廃棄されえず、そして「……もっぱら他者が自らに及んでいる差し迫った危険に瀕しているということだけを理由として、ある者が、その者の主観的な権利を廃棄されているとみなさなければならないという結論にどのようにして至るのか¹⁷⁷⁾」ということは導出されないからである。

『要覧』において、もっぱら以下のように述べられている。緊急避難行為はたしかに許されている。というのも、緊急避難の権利は、「禁止された行為を処罰されないまま行ってもよい¹⁷⁸⁾」という点に存するからである。しかし、被攻撃者に、その行為を甘受することを期待できないとしている¹⁷⁹⁾。この点から、ルーデンはその他では頻繁に尽力されていた概念上の緻密さや論理を放棄しているように見受けられる。なぜなら、緊急避難が他人の権利を侵害することの「権限¹⁸⁰⁾」、「許可¹⁸¹⁾」、もしくは「許容」を承

172) *Luden* (Fn. 18), S. 510. 適切にも批判的であるのは、*Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 102 Fn. 135.

173) *Luden* (Fn. 18), S. 481, 510 Fn. 1.

174) *Ebd.*, S. 515 f.

175) その点に関してはさらなる文献参照とともに、*Pawlik* (Fn. 172), S. 80 ff. のみを参照。

176) *Hälschner*, *Das Preußische Strafrecht*, Zweiter Theil, 1858, § 68 S. 271 ff.

177) *Luden* (Fn. 18), S. 514; また S. 411 Fn. 1; *ders.* (Fn. 20), S. 308.

178) *Luden* (Fn. 20), S. 304.

179) *Luden* (Fn. 20), S. 301 mit Fn. 17. 類似の記述としてすでに、*ders.* (Fn. 18), S. 510 ff.

180) *Luden* (Fn. 18), S. 510.

181) *Ebd.*, S. 509.

認する場合、これらの表現はもっぱらそれが受忍義務を含意するという価値しか有せず¹⁸²⁾、その他の点では、ルーデンがもっぱら刑罰阻却を定式化しようとしていたのな別として、規範論理的な矛盾が存在するからである¹⁸³⁾。

『諸論稿』においてルーデンは、正当防衛は行為の違法性を阻却すると記述していた¹⁸⁴⁾が、『要覧』において修正している。なぜなら、違法性はもはや行為の特別な要素とは捉えられておらず、そのために正当防衛と緊急避難は犯罪的な意思決定を阻却するとしているからである¹⁸⁵⁾。それゆえに、当然の帰結として、正当防衛状況については、それが誤りであるかもしれないが、もっぱら侵害者の表象が重要となる¹⁸⁶⁾。

IV. 作用史 (Wirkungsgeschichte)

ヘーゲリアーナーの中で、筆者が見た限りルーデンの理論に集中的に取り組んでいたのはケストリンのみである。彼はルーデンの業績を、たとえこの業績が「当初は単に自明な理性的判断の産物として」登場したものであったとしても¹⁸⁷⁾、ミッターマイヤー (Mittermaier) の業績と同様に、喜ばしい先行研究 (Vorarbeit) に数え入れている。たとえルーデンが普遍性を明らかに抽象性と解釈する限りにおいて、事物を何らかのものとしてあまりにも軽く考え、そして実定刑法と哲学的な刑法との関係を不適切に規定しているとしても、思弁的哲学の基本的真理の「率直な承認」を捉えていることも、また喜ばしいとする¹⁸⁸⁾。全体的にケストリンはルーデンの鋭い洞察力をかなりの頻度で認めるが、同じくらいその癖のある方法を批判している。ヘーゲルと同様に、ケストリンは行為を有責な行為のみであると理解する。その結果、行為と帰属は同じことを意味し、それゆえに、彼はルーデンの行為概念を「奇妙なもの」であり、この概念の更なる

182) 例えば、ルーデン自身が別の場所 ([Fn. 18], S. 505.) でそのように述べている。ケストリン (Köstlin [Fn. 26], S. 727.) は、緊急避難をそのように拡大する場合、不整合は必然的であるとする。

183) Pawlik (Fn. 172) も見よ。

184) *Luden* (Fn. 18), S. 475 ff.

185) *Luden* (Fn. 20), S. 302 f. mit Fn. 20, S. 305.

186) *Luden* (Fn. 18), S. 549 mit Fn. 1; *ders.* (Fn. 20), S. 303.

187) *Köstlin* (Fn. 26), S. 9. 同様の見解として、*Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847, S. 19.

188) *Köstlin* (Fn. 26), S. 15 f.

区別を「空虚なもの」とみなし¹⁸⁹⁾、そして概念の取り違え¹⁹⁰⁾だと判断する。帰属不可能な状態において犯された *dolus* 的な行為や *culpa* 的な行為は「まったく考えられない」¹⁹¹⁾とし、そのうえさらに帰属能力を一般構成要件から取り除くことは「少なからず無謀なもの」¹⁹²⁾とする。ルーデンの実務的な考慮は「確固としたものでない」¹⁹³⁾とし、そのうえさらに帰結は実務的に「最高度に危険である」¹⁹⁴⁾とする。ルーデンの行為概念は、純粋な自然原因を取り込んでいるがゆえに、価値がないとする¹⁹⁵⁾。なぜなら、*dolus* や *culpa* を除外することで、「……行為の概念から魂が奪い去られ、そして魂の有機的な生は機械の歯車仕掛けへと作り変えられ、この仕掛けはまさにそれを通じてそれ自体非真理となってしまう」¹⁹⁶⁾からである。

帰属能力の根拠と、絶対的強制のような、犯罪的な意思を阻却するものの根拠とを区別することで、ルーデンはその一体性を引き割いている¹⁹⁷⁾。意識の喪失や錯誤の場合に、それらが本人の責めに帰するか否かは重要でないとすることは、ケストリンを驚かせるものであるが、その驚きは以下の点を通じてさらに弱まる¹⁹⁸⁾。すなわち、ルーデンが原因において自由な行為を寛大に認める点である¹⁹⁹⁾。同様に、ケストリンはその他の多くのルーデンの異なる立場については、最終的には単なる言葉の争いや言い換えにすぎないとしている²⁰⁰⁾。

ビンディング (*Binding*) もルーデンの責任論を、詳細かつ頻繁にケストリンと一致する形で批判する²⁰¹⁾。後においてもルーデンの業績はいまだわずかのみしか価値を認められていない。つまり特に、フォン・ブーリ (*von Buri*) の因果連関と責任連関の分

189) Ebd., S. 132 ff.

190) Ebd., S. 134.

191) Ebd., S. 134.

192) Ebd., S. 135.

193) Ebd., S. 135 ff.

194) Ebd., S. 137. S. 150, 184, 191 も見よ。

195) Ebd., S. 138, 149.

196) Ebd., S. 184.

197) Ebd., S. 185 ff.

198) Ebd., S. 189 f.

199) *Luden* (Fn. 18), S. 544 f. mit Fn. 2. なぜなら、ここでは全ての犯罪要素を充足する先行の行為が存在しているからである。

200) *Köstlin* (Fn. 26), S. 190 ff.

201) *Binding* (Fn. 16), S. 403 ff. S. 410 Fn. 16 も見よ。

離、フォン・リストの自然主義的行為概念²⁰²⁾、ならびにスチューベル (Stübel) と並んで、フォン・リストとベーリング (Beling) の分類的な²⁰³⁾構成要件構造の先駆者としてのみである²⁰⁴⁾。ラートブルフ (Radbruch) の「同心円の体系」²⁰⁵⁾としての犯罪要素の整理は、ルーデンの論理的な帰結に他ならず、ラートブルフはそのような整理の中に手続き上の帰結を見出すことができた。後者に、彼の後継者の概念に携わる尽力との相違も存在する。すわなち、ルーデンは自らの法律上の行為概念を明確に実務的な目的、つまり予審判事の仕事にも適合させ、より包括的な哲学上の行為概念の正当性を否定することはなかった。

最後にルーデンは不作為犯²⁰⁶⁾や共犯論²⁰⁷⁾の領域においても今日の分類づけや解釈の先駆者として配慮されている。

V. ま と め

さて、ハインリッヒ・ルーデンはヘーゲルの後継者に属するのであろうか。彼は明らかに思弁的な思考に賛同し、非理性的な意思による客観的な法の侵害として犯罪の理解を理解するのと同様に、實際上、概念と現実性、刑罰の正義の歴史的相対性、体系への意思の理解においても、上述の「ヘーゲルの精神の明白な痕跡」が現れている。しかし、痕跡は残ってはいるが、ルーデンは徹底したヘーゲリアナーではない。なぜなら、彼の思弁的な法哲学の見解は内実が乏しく、また多くの箇所で逸脱しているものだからである。例えば彼の客観的な法という概念は内容的に全く規定されていないままである。概念の弁証法的な固有運動は生じておらず、ヘーゲルの法哲学由来の用語やテーゼは、

202) この点についてはさらに、*Radbruch* (Fn. 3), S. 109 f., 115; *von Bubnoff* (Fn. 9), S. 88 ff.; *Mattasch* (Fn. 11), S. 78 ff.; *Caspers* (Fn. 7), S. 422 f.

203) *Pawlik* (Fn. 1), S. 152 f. 参照。

204) *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 22 I, S. 200.

205) *Radbruch* (Fn. 3), S. 115.

206) *Mattasch* (Fn. 11), S. 152 ff.; *Pawlik* (Fn. 1), S. 173 f.; *Berster*, Das unechte Unterlassungsdelikt, 2014, S. 22. もっとも、ルーデンは保障人的地位の構想を厳格に否定している (*Luden* [Fn. 18], S. 222 ff., 242 ff.; *Luden* [Fn. 20], S. 359 Fn. 3.)。

207) *Bloy* (Fn. 8), S. 84 ff.; *Ebrahim-Nesbat*, Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert, 2006, S. 80 ff.; *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 69 ff.

刑罰の基礎づけのほんの小さな部分に至るまで一度たりとも言及されていない。たしかにルーデンが何に反対しているのかわかるかもしれないであろうが、どこから彼が独自の概念を獲得するのかはしばしば不明確なままであり、彼は自らの哲学上の²⁰⁸⁾証人を打ち明けていない。多くは、かの時代に通俗化していた理性法上の法思想に属し、そして多くは彼の理性概念のように、いまだ講壇哲学（Schulphilosophie）に止まるものであった。

ヘーゲリアーナーの行為概念を役に立たないとして非難することによって、ルーデンは、法実務（Juristerei）の概念道具（Begriffswerkzeug）が、哲学の概念道具の要請に比べ、より技術的なものであるという法実務の要請が存在する点を認識している。今から見れば、実務上の帰結の点では彼の言うことは正しいように見えるが、もっとも構成要件の構造は、実務上の結果にとって、ルーデンが想定していたよりもそれほど重要ではない²⁰⁹⁾。

全くヘーゲリアーナー的でないのは、主観的構成要件と帰属能力を自然主義的に取扱う点、つまりあらゆる規範化を厳格に拒絶する点である。この規範化は、ヘーゲルの場合、行為の客観性の法における犯罪者の理性にその者を固定する点²¹⁰⁾及び、一時的な帰属無能力を重要視しない点²¹¹⁾において生じるものである。もっとも、すでにケストリンが確認したように、ルーデンは *dolus* や *culpa* の場合、自らの立証法則に従って、直前の自由な行為との結びつきによって帰属能力がある場合や絶対的強制の場合に、ほぼ同じ帰結に至っている——そしてこのことは、刑法においては手続法上の確実性ではなく、実体法上の確実性が重要である²¹²⁾とする彼の見解に合致しないものである——。

さて、ルーデンはヘーゲリアーナーであろうか。ヘーゲル流の思考の重要部分と弁証法的方法とを共有しなければならないのであれば、答えは否定的なものとならざるを

208) 法律家の中から彼は、クリストフ・ラインハルト・ディートリッヒ・マルティン（Christoph Reinhart Dietrich Martin [1772-1857]）を、「敬愛する師」と呼んでいながら、マルティンの刑罰論を *Einleitung* (Fn. 24), S. XXIX ff. においてさらに綿密に論駁している。

209) *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 497 ff. およびさらなる文献参照。

210) *Hegel* (Fn. 36), §§ 119f. この点についてはさらに、*Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 140 ff.; *Stuckenberg* (Fn. 209), S. 571 ff. およびそれぞれのさらなる文献参照。

211) *Hegel* (Fn. 36), § 132 S. 247.

212) *Luden* (Fn. 18), S. 404 Fn. 1.

えない。ほんの少しでも、ヘーゲルの中核的な立場に近いことで、すでに十分とするならば、答えは肯定的なものとなる。