

〔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（1）

飯島 暢・川口浩一（編訳）

松生光正（訳）

目 次

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

1 20世紀への継承

トーマス・マイヤー（松生光正・訳）「20世紀における刑法上の
ヘーゲリアーナー」

I. 序 章

その最も初期の研究においてすでにヘーゲルは国家的刑罰という現象を扱っていた¹⁾。彼はその円熟した法哲学、つまり『法の哲学要綱』²⁾（1821）において、国家的刑罰に、

1) それは彼の生前公表された自然法に関する論文において („Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Wissenschaften“)、死後に初めて公表された断片集、つまりローゼンクランツによって名付けられた „System der Sittlichkeit“ において、断片集でもある „Jenaer Geistphilosophie“ において、最終的に „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ においてである。ヘーゲルの実践哲学的思考の発展についての全体的叙述に関しては、*Schnädelbach*, *Hegels praktische Philosophie*, 2000 を見よ。

2) 引用に関しては以下の版を使用する。*Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Auf der Grundlage der Edition des Textes in den Gesammelten Werken* (Bd. 14) hrsg. von Horst D. Brandt, 2013. 追加 (Zusatz) に関しては全く扱わない。というのは、これらの文章がしばしばよりわかりやすいが故に誘惑が大きいとしても、これらは正式のヘーゲルの言葉ではないからである。およそ常に全集↗

しかし突出して帰属の現象にも多大の注意を払った。とりわけヘーゲルの法哲学的思考と現存する法事情との密接な結びつきおよび法史や実定法に対する彼の関心に基づいて³⁾、『要綱』は、すでにヘーゲルの存命中に刑法学的な思考に影響を与えていた⁴⁾。それどころか19世紀には、刑法上の「ヘーゲリアナー」という言い方が確立していたのである⁵⁾。しかし、19世紀において新カント主義が強まっていく中では、哲学においても法学においてもヘーゲルを巡っては静かなものとなった⁶⁾。このことは、刑法学の内部においてフランツ・フォン・リストがその主唱者と呼びうる実証主義的思考の台頭によってなお強化されたかもしれない。このようなヘーゲリアナー的思考の排除に基づく、20世紀、特にその前半期において刑法上のヘーゲリアナーというようなものがおよそ存在したのかが問われうるのである。以下においては、この問題の真相が究められるべきである。

全くヘーゲリアナー的な刑法思考が見いだされるが、しかし、刑法上のヘーゲリアナーという明確な言い方が問題であることが示されるであろう。20世紀の前半期については、確かに20年代の中頃からヘーゲル・ルネッサンスが発生しているが、しかしこれは第一次的には法学的な法哲学の内部において起こったのであり、まさに刑法学の

↘ (Gesammelte Werke – GW) の批判的な版が利用されるべきであろう。やはりあまりにも頻繁に Moldenhauer/Michel の編集による版が援用されているが、それは編集上の欠陥と並んで追加を含んでいるものである。『要綱』の原初的テキストがその複雑な論証構造において一文一文徹底的に解釈されていない限り、私見によると講義の筆記録やノートは全く取り上げられるべきではないであろう。

- 3) この点については例えば *Hegel* (Fn. 2), § 3 を見よ。
- 4) 例としては、ヘーゲルが面倒を見て、1824年に完結した Karl Ludwig Michelet (1801-1893) の法律学の学位論文 „De Doli et Culpae in Jure Criminali Notionibus“ が挙げられるべきである。この点については *Moser, Hegels Schüler* C. L. Michelet, 2003, S. 84-85.
- 5) 例えば、すでにオイゲン・ズルツ (Eugen Sulz) が、アーベック、ケストリン、ヘルシュナーやベルナーについて記述したときに (*Sulz, ARWP* 3 [1909/1910], S. 1, 69)、「本来的なヘーゲリアナー」と述べていた。19世紀の刑法におけるヘーゲリアナーについてはさらに、*von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966 を見よ。
- 6) 新カント主義の発展と少なくとも哲学の学問的日常からのヘーゲルの排除については、*Köhnke, Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus*, 2013 を見よ。

内部においてではなかったことに困難が存している。しかし、それによって、広い意味でヘーゲル主義的と呼ばれる一定の考え方や論拠が受け入れられたのである。おそらくナチス政権の間の「民族法」に法哲学的なヘーゲリアナーが巻き込まれたことだけではないが、やはりそのことにも基づいて、連邦共和国の最初の20年において反ヘーゲル主義的な考え方が発展し、その最高潮が「カントとヘーゲルからの決別」に見いだされるのである。しかし、ヘーゲルを弁護し、その著作の新たな扱い方を支持する反対意見も存在した。その後1970年代の終わりから、再び活発で肯定的なヘーゲル受容が展開したのである。このような20世紀におけるヘーゲリアナー的な刑法思考の発展経路全体が以下において辿られることになる。まず、刑法的諸問題においても新たなヘーゲル論争の前提となった20世紀初めの新ヘーゲル主義が簡単に扱われる（Ⅱ）。その後で、20世紀の前半が帰属と刑罰の概念に基づいて詳しく探求される（Ⅲ）。その際、特に刑罰論においてヘーゲルに批判的な見解も示されるであろう。それから20世紀の後半がやや簡潔に叙述される（Ⅳ）⁷⁾。その後最期の終結部分はヘーゲリアナーの概念の用語法的な提案で終わることになる（Ⅴ）。

Ⅱ. 20世紀初めの法学上の（新）ヘーゲル主義

遅くとも1899年のベルナーの定年とフランツ・フォン・リストによる講座就任によってドイツ刑法におけるヘーゲル主義はさしあたり終わりを迎えた⁸⁾。いずれにせよ新カント主義がヘーゲル主義の妨げとなっていたのであり、実証主義の勃興とともに、ヘーゲルとの議論を時代遅れと思わせるような別の哲学的姿勢が広まりつつあったのである。しかし、20世紀の初めに、ヨゼフ・コーラー（Josef Kohler）（1849-1919）とフリッツ・ベロルツァイマー（Fritz Berolzheimer）（1869-1920）が登場し、明白に「新ヘーゲル主義」を告知した⁹⁾。「法哲学・経済哲学論叢」（ARWP）の創設者達は彼らの綱領

7) このような制限の判断をしたのは、特に1970年代の終わりからのヘーゲル受容が十分に解明されており、今日なお知られているという事実のためである。

8) その10年前にすでに、ヘーゲリアナーのフーゴー・ヘルシュナーが死亡していた。

9) コーラーについては *Schild*, ARSP-Beiheft 43 (1991), S. 46-65 を見よ。コーラーとベロルツァイマーの周辺領域にはオイゲン・ズルツの著作も組み入れられるが、それ自体は ARWP (1909/1910) において公表された (*Sulz*, [Fn. 5], S. 1)。ARWP 全体にわたる新ヘーゲル主義については *Stübinger*, Das „Idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 170 f. を見よ。

をその雑誌の複数の論文で説明していた。それらを読むと、コーラーとペロルツァイマーは確かにヘーゲル的と呼ばれうるいくつかのテーゼを主張していたが、しかしヘーゲルとは非常に曖昧な関係に立っていることがわかる。さらに彼らが弁証法を拒否していることが加わるが¹⁰⁾、そのことが再びラートブルフにとって彼らがヘーゲル主義的であることを否認する根拠となった¹¹⁾。それ故、彼らの著作は本稿ではヘーゲリアナー的とは理解されないであり、従って考慮されない¹²⁾。同じように本論文の目的にとって周辺的と見なされうるのが、1913年のリヒャルト・シュミット (Richard Schmidt) の著作である¹³⁾。

ヘーゲルへの最初の接近は、新生ワイマール共和国におけるユリウス・ビンダー (Julius Binder) (1870-1939) や彼により基礎づけられた「ゲッティンゲン学派¹⁴⁾」によって初めて達成されたヘーゲルとのより集中的な議論がどのようにして次第に発展していったかを理解するためにのみ触れられるべきである。ユリウス・ビンダーがヘーゲルの本来的な再発見者であり、ヘーゲル主義の革新者と呼ばれなければならない、そのため彼に新ヘーゲル主義の創始者という正当な称号が当然与えられるべきであることを、彼の最も有名な弟子であるカール・ラーレンツ (Karl Larenz) が1931年に初めて主張していた¹⁵⁾。その「法哲学」の第二版においてラーレンツは、コーラーが行い、おそらくペロルツァイマーも行った新ヘーゲリアナーという自己への称号付与の正当性を拒否し、その代わりに自ら本来的な新ヘーゲル主義の伝統に立つ権利を要求したのであ

10) *Kohler*, ARWP 2 (1908/1909), S. 39.

11) *Radbruch*, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, 2. Aufl. 2003, S. 24 Fn. 5.

12) このようなテーゼを *Stübinger* (Fn. 9), S. 170 f. も主張する。

13) *Schmidt*, Die „Rückkehr zu Hegel“ und die strafrechtliche Verbrechenslehre, 1913. シュミットは特にヘーゲルの刑罰論をそれが「汎論理主義の形而上学 (panlogistische Metaphysik)」であることに基づいて拒否する (*Schmidt*, Rückkehr, S. 11) が、それは *Berolzheimer*, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 1, 1963, S. 74 も使用する表現である。それに対して *Dulkeit*, Rechtsbegriff und Rechtsgestalt, 1936, S. 18 は、シュミットとペロルツァイマーの名を挙げていなくとも、「ヘーゲルに対する汎論理主義という非難は挫折する」と断言して反対している。

14) *Hürstel*, in: Bialas/Raulet (Hrsg.), Die Historismusdebatte in der Weimarer Republik, 1996, S. 124. 現在では最近の *Schirmer*, Die Göttinger Hegel-Schule, 2016. この一読に値する研究を、本論文では残念ながらせもはや顧慮することができなかつた。

15) *Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1. Aufl. 1931, S. 59.

る¹⁶⁾。「客観的観念論 (objektiver Idealismus)¹⁷⁾」という表現を利用することによって、ラーレンツは、暗黙のうちにユリウス・ビンダーを指し示している。刑法におけるヘーゲル主義に関して重要なのは、ビンダーがヘーゲルの法哲学との詳細な議論を促進し¹⁸⁾、彼の二人の弟子、カール・ラーレンツとゲルハルト・ドゥルカイト (Gerhard Dulckeit) が刑法的な問題提起にも取り組んだという事実である。しかし、ビンダー自身も、そのヘーゲリアナー的な法哲学の範囲内で刑罰の概念や刑罰正当化に注意を払い、それにより刑法的に重要なテーマを取り扱ったのである。コーラーやベロルツァイマーとは異なり、ビンダーやその弟子達については、彼らがヘーゲル哲学と集中的かつ詳細に取り組んだと言っているのである。以下においては、カール・ラーレンツとゲルハルト・ドゥルカイトが中心に置かれる。というのは、両者は特に帰属の概念に対しヘーゲリアナー的な寄与を行ったからである¹⁹⁾。帰属の概念に焦点を合わせること

16) *Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl. 1935, S. 72 f.

17) その際問題にされているのは1925年頃のビンダーの法哲学的立場の呼び方である。*Hüpers, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, 2010, S. 65-72; *Dreier, Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie* 2, 1991, S. 152 m. w. A. ビンダー自身は、彼の知的人生において何度かの変転を行った。すなわち実証主義から、カント主義や「カント主義とヘーゲル主義の中間的立場」(*Dreier, a. a. O.*, S. 152) としての客観的観念論を経て、ヘーゲルの意味での絶対的観念論へとである。このような発展をより正確に辿るためには、*Hürstel*, in: *Gangl (Hrsg.), Die Weimarer Staatsrechtsdebatte*, 2011, S. 159; さらに *Dreier, a. a. O.* を見よ。

18) それによりビンダーのヘーゲル主義は彼の弟子達に推進的効果を与え得たのである。カナリスは、彼のラーレンツの知的経歴についての概観的論文を「はじめにヘーゲルありき」という語り方で始めた。このような書き出しは、ゲッティンゲンにおけるユリウス・ビンダーとの出会いによって決定的影響を受けたものであり、そこでラーレンツは「ヘーゲルの影響下に」(*Canaris*, in: *Grundmann/Riesenhuber [Hrsg.], Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 2, 2010, S. 264) 入ったのである。同じことはおそらく他のビンダーの弟子達にも言うことができる。

19) ラーレンツとドゥルカイトは1933年以来次第に「民族法」の法学的基礎づけにとともに従事した。それどころかラーレンツはいわゆる「キール学派」の設立に決定的に関与した。本論文の目的のためにはこのような側面は考慮しない。というのは、第一にヘーゲルについての論稿は「民族法」の正当化の企図に対しては圧倒的に中立性を保っているからであり、第二にこれらの法律家達がナチス体制に巻き込まれたことについては明快な考察を必要とするが、しかしこれは本稿の範囲を超えてしまうであろうからである。当然にこのような不考慮は著者自身の評価に伴うもの

は、特にラーレンツの著作が20世紀全体を通じてヘーゲルの帰属論というテーマの基本文献となり、それが再三再四参照されていることを理由とする。ハンス・ヴェルツェルを簡単に扱うことにする。というのは、彼は仮令ヘーゲリアナーという特徴付けが不適切だとしても、ラーレンツやドゥルカイトと反因果主義という点で一致し、ヘーゲル哲学を受け継いでいるからである。

Ⅲ. 刑法上のヘーゲリアナー：20世紀の前半期

1. 帰属の概念：反因果主義的立場（ラーレンツ、ドゥルカイト、ヴェルツェル）

既に示したように、確かに20世紀の初めには新たなヘーゲル受容が始まった。しかし、このことは圧倒的に法哲学に制限されたままであった。これに対して刑法は強く「フランツ・フォン・リストの特別予防論」によって支配されたままであった²⁰⁾。しかし、ヘーゲルの法哲学的思考との新たな取り組みと、それに伴うところの実証主義と並んで影響力のある新カント主義に対する批判的態度は、遅かれ早かれ刑法的思考にも影響を及ぼすことになった基礎を作り出したのである。ヘーゲリアナー的刑法思考の幕開けとなるのがカール・ラーレンツの学位論文であり、それが以下においてより詳しく叙述されることになる。

a) カール・ラーレンツ—ヘーゲルの帰属論（1927）

カール・ラーレンツ（1903-1993）は、ユリウス・ビンダーによりゲッティンゲンにおいて1927年に「ヘーゲルの帰属論と客観的帰属の概念（Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung）」という論文で学位を授与された。この論文によってラーレンツは、20世紀におけるヘーゲルの法哲学との最初のより狭い意味での刑法的な議論を提示したのである²¹⁾。ラーレンツは刑法学者ではなかったにもかか

ゝではない。時折、ヘーゲルによって「民族法」の正当化を行おうとするテキスト部分がそれによってヘーゲルをまさに誤って再現していると思われることがあるのである。「新ヘーゲル主義」がナチス体制に巻きこまれたことについては、*Anderbrügge*, *Völkisches Rechtsdenken*, 1978, insb. S. 203-225; *Eckert*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, S. 37; *Hürstel* (Fn. 14) を見よ。

20) *Stübinger* (Fn. 9), S. 169.

21) この論文の意義は、その出版以来継続している議論において明らかとなっている。いまだにレッシュ (*Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999) はラーレンツの論文を利用している。それどころかハルトヴィヒ (*Hardwig*) は、1957年にヘーゲルの帰属概念についての章の中でケストリンやヘルシュナーと並んでラーレンツを参照

ならず、彼の著作は客観的帰属の概念を巡る刑法的議論に推進的な影響を与えたのである²²⁾。

ヘーゲルの法哲学との議論は、越えられてはいないヘーゲルの問題理解から学習するというラーレンツの確信に動機がある。しかしヘーゲルの哲学の全体としての適切な理解はもはや存しないのであるから、ラーレンツは一般的目的として、ヘーゲルの哲学を彼の時代の法学者らに理解させようとする²³⁾。そのために彼は、第一部においてカントを出発点とするヘーゲル哲学の再構成を行い、それがヘーゲルの帰属概念の分析へとつながるのである。その後第二部において初めてラーレンツは、その帰結を法律学的帰属論の当時の問題へと適用する。ラーレンツは、ヘーゲル哲学の叙述を、例えばヘーゲルの体系の端緒としての「大論理学 (Wissenschaft der Logik)」から開始するのではなく、より早くカント哲学の簡単な叙述で始めるのである²⁴⁾。ラーレンツは彼の著作の主要目的を以下のように記述している：

「客観的帰属、すなわち自身の所為を偶然的事象から限界づけることは、現在の法律

ゝしている (Hardwig, Die Zurechnung, 1957, S. 53-67)。

22) ホーニヒの議論 *Honig*, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 1, 1930, S. 174 を見よ。彼は客観的帰属の概念を哲学的手段を用いずには考察しようとした (*Honig*, a. a. O., S. 181 f.)。それからその後のロクシンの議論 *Roxin*, in: Festschrift für Richard Honig, 1970, S. 133 も見よ。

23) *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Heft IV, 1927.

24) カントとの密接な関係性は、ラーレンツの学問上の師であるユリウス・ビンダーがその時期「客観的観念論」の段階にあり、それがすでにヘーゲルへの視点を伴っていたとしてもなお強くカント的特徴を担ったことが理由となりうるであろう。この点については *Dreier* (Fn. 17), S. 152 を見よ。ラーレンツがビンダーの「法の哲学」(1925)を指示して、法哲学は経験的分野ではなく、哲学的分野として理解されなければならないことを強調するとき、彼は明確にビンダーを参照しているのである。ドライヤーによると、「法の哲学」は「客観的観念論」の時代の「卓越した文献」と見なされる (*Dreier*, a. a. O., S. 152 f.)。さらなる理由となりうるのは、ラーレンツが多く読者に対して学問的には未だになお優勢な新カント主義にもとづいてカント理解を前提とすることができ、その結果批判的観念論の拡張としてヘーゲル体系を叙述することがヘーゲル哲学のよりよい理解に達着しえたということである。最後に、ラーレンツは、首尾一貫したカント主義者としてはヘーゲル哲学へと駆り立てられなければならないというビンダーの確信によってすでに影響され得たのであり、それはビンダーが第四回国際法哲学学会議で行った主張であった。この点については *Hürstel* (Fn. 14), S. 129 f. を見よ。

学によってほとんどもっぱら因果関係という自然主義的観点の下で見られている。これに対して本論では、批判的観念論の学説、特にヘーゲルの帰属論に依拠して客観的帰属とそれと関連する所為、行為、不作為のような概念の目的論的な性質を証明し、それらがどのようにして法の倫理的-目的論的性質にその根拠を持つのかを示そうと試みられる。」²⁵⁾

帰属概念の分析のために、ラーレンツは、客観的精神の秩序原理である意志（*Wille*）の概念を取り上げる。特に思惟と意欲の関係、目的概念および自由の概念が、ラーレンツにとってはその関係性において重要性を持つ。それらに依拠して初めて、帰属の概念が導入されるのであり、それが論文の第二部において法における純粹に因果主義的な帰属論に対する批判手段として適用されるに至るのである。意志概念の分析の中で、ラーレンツは、思惟と意欲が理性を与えられた存在の二つの完全に分離された能力ではないというヘーゲルの定理を取り上げる。理論的知性と実践的知性は「そもそも二つの能力ではない²⁶⁾」というヘーゲルによる『要綱』第四節の欄外註に従って、ラーレンツは、どのようにして一方で思惟が常に意欲を含み、他方で意欲がまた常に思惟を含むかを説明している：

「すべての思惟は意欲でもある。というのは、それは行動（*Tätigkeit*）、活動（*Aktivität*）、自発性であるからである。つまり私は思惟するためには意欲しなければならず、すべて思惟されたことは意欲されたことでもある、すなわち得ようと思惟されたことでもあるからである。[...] しかし、すべての意欲は思惟でもある。というのは、それは意欲されたものの表象を前提とするからであり、また意欲されたことは思惟されていないからである。」²⁷⁾

その上意志は自己意識を前提とする。何かを意欲することは、原理的に、何かを意図している者が自身であることを反省しうることを前提とする。次に、ヘーゲルが『要綱』の第五節から第七節において与えた意志概念の再構成が続く。普遍性（*Allgemeinheit*）という最初の契機は、「何かを意欲すること」がこの何かを度外視するあるいはあらゆる可能な意志内容を度外視することができることを意味する。しかし、つぎに特殊性（*Besonderheit*）という第二の契機は、意欲するためには「何か」を意欲しなければ

25) *Larenz* (Fn. 23), Heft V, VI.

26) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Nordrh. -Westf. Akad. Wiss. (Hrsg.), Gesammelte Werke, Bd. 14, 2013, S. 317.

27) *Larenz* (Fn. 23), S. 39.

ならない、つまり多くの可能な意志内容からその意欲に特別な形態を与えるためにはやはりまさに一つの内容へと決意しなければならないということに存する。

「意志の内容、つまり目的はそれにとっては制限である。というのは、多くの可能な目的の中で一つが他方を排除するからである。その限りで、何かを意図する意志は、有限の制限された意志である。」²⁸⁾

しかし、意志のこれら二つの考察は、それ自体抽象化であるから、意志を両契機の統一体として理解する場合にはじめて意志概念を把握していることになるのであり、その統一体にヘーゲルは個別性という表現を使用している²⁹⁾。次にラーレンツが論じる目的の概念が、帰属概念を解明するためには中心的な概念的手段となる。ラーレンツは、主観的目的と客観的目的を区別する³⁰⁾。主観的目的は、「意志が自らに与える特殊な規定性」³¹⁾であるが、しかし、さしあたってはこのような規定性の表象に過ぎない。しかし、自らに目的を与えるということは、これをその後実行に移す、少なくともその実行を試みるということも意味する³²⁾。自己が与えた目的の実行において初めて、意志が実現されるのである。

「意志が自らに従って現実を作り上げ、現実を支配し、そして—その目的として—現実のうちに自己と統合するとき、意志が目的の実行によって実現されているのである。」³³⁾

小論理学、すなわち『エンチクロペディー (Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse)』³⁴⁾に見られるような「論理学」の見解を参照して、ラー

28) Larenz (Fn. 23), S. 41.

29) ヘーゲルの意志概念の現在の非常に解明的な分析的解釈に関しては、Quante, *Die Wirklichkeit des Geistes*, 2011, S. 176-195を見よ。

30) それによって彼は、ヘーゲル自身が行為概念の分析のために道徳への序章で利用する概念論理の中の区別を行っている。

31) Larenz (Fn. 23), S. 42.

32) 「意図は行為への(自己)決意(commitment)とも呼ばれる」(von Wright, in: Manninen/Tuomela [Hrsg.], *Essays on Explanation and Understanding. Studies in the Foundations of Humanities and Social Sciences*, 1976, S. 399)。これとゲートマンの「目的実現の試み(Zweckrealisierungsversuch)」としての行為の分析も一致する(Gethmann, *Was bleibt vom fundamentum inconcussum angesichts der modernen Naturwissenschaften vom Menschen?* in: Quante [Hrsg.], *Geschichte - Gesellschaft - Geltung*, 2017, S. 3-27)。

33) Larenz (Fn. 23), S. 42.

34) 1817年に最初に出版され、次に1827年に、第三版が1830年に出版された「エン

レントスは、目的概念と原因概念の間の区別を適切に把握しない因果理論を批判する。確かに個人の行動と結果の間には、例えば紙片の点火と消失した家屋の間には因果関係が存在する。しかし、まさに家屋の焼失が個人の自己設定的目的であったことは、行為者が、因果的に考察すると理解しえないであろう意味連関を打ち立てるということにいたる：

「支配する、つまり目的によって現実のうちに自己と統合する力としての意志は、その中では原因と結果が常に相互に「他者」にとどまる単なる因果性の克服なのである。つまりそれは因果経過に対する力なのである。」³⁵⁾

このような「単なる因果性の克服」が初めて「計画された事象、自身の所為」を生み出すのである³⁶⁾。それによってラーレンスは、所為という彼にとって中心的な概念を導入したのであり、しかも目的概念を媒介にしてである³⁷⁾。この所為という概念を経て、ラーレンスは、今度は、意志を原因と理解する因果主義的な帰属論を拒否する。意志が他の多くの原因と並んで一つの原因として重要であったならば、なぜまさにこの因果要因が帰属にとって決定的で、例えば他の因果要因がそうではないとされるのかという問題が残ったままなのである³⁸⁾。

「意志を単に個別的原因と同じように見なして、それを他の数ある原因と並ぶ一要素として因果連鎖に組み入れる通常の見解ほど誤っているものはない。」³⁹⁾

「チクロペディー」では、講義要約という形態でのヘーゲル体系の全体の叙述が行われている。エンチクロペディーは「論理学」で始まり、次に「自然哲学」が続き、「精神の哲学」で終結するが、その第二部にはいわゆる「客観的精神」を含んでいる。それは、ヘーゲルが『要綱』においても一度彼の講義のための手引き書としての独立した要約として公表した対象領域である。

35) *Larenz* (Fn. 23), S. 44.

36) *Larenz* (Fn. 23), S. 44.

37) ラーレンツの用語法に対するクヴァンテの正当な批判を見よ (*Quante, Hegels Begriff der Handlung*, 1993, S. 163).

38) Bを射殺するというAの意志が射撃という行動の原因であると、確かに射撃は再びBの死に対する原因であるが、しかしまさに弾丸やピストルが機能している合法則性とちょうど同じように原因となるのであり、そうであれば、なぜAの意志が、Bの死がAに帰属されてよいことに対し決定的とされ、たとえば弾丸や重力がそうではないのか理解できなくなる。つまり、様々な因果要因の規範的な選択基準が欠けていると非難されているのである。

39) *Larenz* (Fn. 23), S. 44 f. 類似した反因果主義的論証は、後にハンス・ヴェルツェルに再び現れることになる。節 c) を見よ。

次にラーレンツが帰属の概念自体を導入する前に、彼はなお『要綱』にとって重要である自由という概念を必要とする⁴⁰⁾。「自由は意志の基本規定であり、その本質、その自己性 (Selbstheit) である。」⁴¹⁾ 自由意志の属性とは、自己規定、無条件性、本源性である。次にさらなる問題となるのは、個々の主体の意志にこのような属性が当然に帰せられるのか、あるいはその属性が意志にそもそも帰せられうるのかであり、帰せられるとした場合、どのようなやり方でそれが成功するのかである⁴²⁾。ヘーゲルにとって法は、「およそ定在が自由意志の定在であること」⁴³⁾に存するのであるから、このような自由意志の属性は、法という形態で現れなければならない。今や問題であるのは、我々が有限な存在として常にすでに一定の意志内容を与えているのであり、そのように確かに我々は振る舞いうるが、しかし無条件に自身で選び出したわけではないことである。単に既に与えられている内容に対して選択的に振る舞うだけの意志の概念に関して、ヘーゲルは恣意 (Willkür) の概念を使用している。これは、決定するのは常になお自己であるが、しかし内容がそれ自体与えられているわけではない限りで、意志なのである⁴⁴⁾。恣意は単に意志の決定主義的要素を含んでいるだけなのであるから、それは「形式的に自由」⁴⁵⁾であるだけである。その点について問題なことは、他者によって与えられた内容によって意志は自己規定的でも無条件でもあり得ないのである。「恣意の真実性、つまりこのような矛盾の解消は、自己自身から規定される真に自由な意志である。」⁴⁶⁾ 真に自由な意志の概念によって、ラーレンツは、ヘーゲルの帰属概念を導入するためのすべての手段を手中にしている。「帰属とは、ヘーゲルにとって客観的法による主体の、その自由の、したがって人格の承認なのである。」⁴⁷⁾そして、このような承

40) この概念は、帰属の概念が法の概念に結びつけられ、後者が再び自由の概念に結びつけられているが故に重要である。

41) *Larenz* (Fn. 23), S. 45.

42) 『要綱』をそれは、どのように自由な意志が、自己規定的、無条件かつ本源的であるという概念に対応しているかに対して方法論的に整序された順序で常に新たな答えを与えるものと理解することができる。

43) *Hegel* (Fn. 2), § 29.

44) 我々が夕食のための添加物を購入するためにスーパーマーケットに買い物に行く場合、我々是我々に与えられている新たな提供品から選択しており、我々が何かを食べたいという事実も自然的欲求として我々に与えられているのである。

45) *Larenz* (Fn. 23), S. 47.

46) *Larenz* (Fn. 23), S. 48.

47) *Larenz* (Fn. 23), S. 50.

認は、個人が、他ならぬ彼の所為として帰属され、それに対し責任を問われる権利を持つことにその表現を見いだすのである。それ故帰属は、「何が主体に対し彼の行為として帰せられ、何に対し主体が責任を問われうるのかという問いと関係している。」⁴⁸⁾ 重要なのは、このような問いにおいては、まだ行為の評価が問題なのではなく、「客観的連関」が問題であることである。「このような判断を我々は客観的帰属と呼びたい。」⁴⁹⁾ しかし、主観的目的、意識されたことおよび意欲されたことが初めて、行為の外面的なことの何が行為者に帰属されてよいかを確定するのである。しかし確かに生じたがしかし意識されなかったことはすべて、行為者の視点からは偶然であり、それ故ラーレンツのヘーゲル理解によると行為者にはもはや帰属されてはならないのである。このような再構成にもとづいて、その後ラーレンツは、ヘーゲルは、「故意による行為の帰属のみを」知っており、「そのような過失による行為など知らない」⁵⁰⁾ というテーゼにも至るのである。ラーレンツに従うと、ヘーゲルは過失帰属を基礎づけなかったのであるが、その理由は彼がある誤りを犯したからなのであるが、それは

「認識（Wissen）それ自体が自由の所為であることを見誤っていることである。それ故、私には意識されなかったことも、不認識（Nicht-Wissen）それ自体が私にとって偶然ではなく、私の自由の仕業であった限りで帰属されうるのである。つまり事情の認識（Wissen）が私にとって可能なことであった限りである。」⁵¹⁾

ラーレンツは、彼の考えではヘーゲルに反対して、所為の帰属可能性の限界は認識（Wissen）の終了ではなく、認識可能な（Wissbar）ことの終了であるというテーゼを主張している。

「しかし、ヘーゲルは、過失による行為を全く考慮しなかった一方で、彼は所為の帰

48) *Larenz* (Fn. 23), S. 51.

49) *Larenz* (Fn. 23), S. 51.

50) *Larenz* (Fn. 23), S. 52. それ故、その脚注においてラーレンツは、ゲオルグ・ラッソンに対し故意に関する最初の節においてすでに過失がテーマとされていることについて批判している。ミシュレが過失をその帰属論に組み込んだ最初のヘーゲリアナーであったとしているが、それによりこの者は、再びヘーゲリアナーのバルナーやケストリンに影響を与えたとしているのである。ラードブルフの『要綱』の § 116 が過失帰属を含んでいるというテーゼもラーレンツは拒否している (*Larenz, Zurechnungslehre* [Fn. 23], S. 52 f., Fn. 4)。ドゥルカイトは、後に示すように、10年後、ヘーゲルには過失帰属が欠けているというラーレンツの批判を拒否している。

51) *Larenz* (Fn. 23), S. 53.

属は知らないが、責任がなく、意欲されていない結果の帰属は知っている。つまり、我々が今日たとえば危険責任と呼ぶであろうものをである。』⁵²⁾

このことは、『要綱』の116節から明らかとなるのであるが、そこではまさに行爲なるものが存在しなかったにもかかわらず、帰属可能性が基礎づけられているのである。このような区別に関してラーレンツは、所爲の帰属からは区別するために、意志領域への帰属という言い方を導入する⁵³⁾。最後にラーレンツは、なお、事実上の認識および意欲と、個人の一般的に期待可能な認識との区別を把握できるようにするため、客観的帰属と主観的帰属との区別を持ち込むのである⁵⁴⁾。

次にその著作の第二部は、客観的帰属をラーレンツの時代の刑法解釈学の文脈において扱う。主要な敵対者は、単なる因果判断を使って主体の所爲を単なる偶然的な自然事象から限界づけようとするようなすべての帰属理論である。ラーレンツは第一部からの諸帰結を取り上げて以下のように要約している：

「我々が先行する叙述から得なければならない最初の洞察は、所爲への帰属が因果関係の存在に対する判断とは決して同じ意味ではないというものである。』⁵⁵⁾

帰属を純粹に因果的に理解しようとするすべての試みは、発起者 (Urheber) と原因を混同するという誤りを犯しているとする。ラーレンツは、彼の時代の大部分の刑法解釈論に対しこのような誤りがあると断言しているが、しかし、同じように「司法上の因果概念とされたものは因果概念ではなく、目的論的な概念である」⁵⁶⁾ と見たであろう論者たちは実際承認しているのである。さらにその後で彼は、19世紀のヘーゲリアーナー (アーベック、ケストリン、ベルナー) と彼らの行為概念を分析する。これらの者は、imputatio facti (行為帰責) と imputatio juris (法的帰責) の間の区別を平準化したのであるが、それは確かに正しい動機からではあったが、しかし誤った帰結を伴ってであった。彼らは、確かに行為を主観的な目的設定、転換 (Umsetzung) や目的実現から成る意味ある全体として理解しなければならず、その結果、行為や帰属の概念を純粹に因果的に解釈するならば、それらを捉え損なうことを全く正しく認識していた。その正しい動機は、彼らが imputatio facti を「心理的因果関係」⁵⁷⁾ に過ぎないとして拒否

52) Larenz (Fn. 23), S. 55.

53) Larenz (Fn. 23), S. 56 f.

54) それによりラーレンツは、客観的帰属を客観的予見可能性に結びつけた。

55) Larenz (Fn. 23), S. 61.

56) Larenz (Fn. 23), S. 63.

57) Larenz (Fn. 23), S. 69.

したことであった。しかし、*imputatio juris* の概念は同時に価値的要素を含んでいたから、彼らは、その区別によって、これが誤った帰結であったのであるが、同時に「所為についての判断と所為の価値についての判断」⁵⁸⁾の間の区別を放棄してしまったのである。誤りは、*imputatio facti* を単に因果関係と同置したことに存したのである。その代わりに、それを客観的帰属と理解しなければならず、それは一方で行為概念の統一性を、従って個人の自由を考慮すべきものであり、他方において客観的事実とこのような事実の評価の間を区別することを可能とするものであった⁵⁹⁾。しかしヘーゲリアナーについてのこのような理解すら、19世紀の終わりには、フォン・リストの学説において模範となる形態を獲得した実証主義的、分析的やり方の動向の中で失われてしまったのである。ヘーゲルの道徳論の研究に基づいて、ラーレンツは、相当な惹起の概念、つまりラーレンツの時代に支配的であったヨハネス・フォン・クリースの因果論を探求する。この規範的な色合いを持った理論は帰属問題を処理できるとされているものではあるが、その問題性は、ラーレンツによると、客観的可能性の概念によってはいつ何が相当な原因となるか理解されえず、さらになぜまさに相当に惹起されたことのみが帰属されるべきかが解明されえないという点にある。それにもかかわらず、相当な惹起の理論は「十分な意義」⁶⁰⁾を有する。この意義は、この理論がラーレンツ自身の方法にも関わるある問題を明白なものにしている点にある。

「つまり、『法的因果関係』（客観的帰属）の限界に対する問いがこの見解では蓋然性判断の形成の際に顧慮されるべき条件の限界に対する問いと成っている。」⁶¹⁾

この問いに対するラーレンツは答えは、トレーガーの提案と一致して、「行為者にとってあるいは彼と同じ状況にある理解力を持った人にとって認識可能なすべてのことが顧慮されるべきである」⁶²⁾ というものである。それ故、「ここでは一定の行為者の個

58) *Larenz* (Fn. 23), S. 70.

59) それによってラーレンツは、因果関係の存在を少なくとも結果犯に関しては必要な帰属条件として受け入れている。今日の客観的帰属の概念は、同じように因果関係の存在を「可能な帰属の最外郭の限界として」(*Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 46) 前提としている。ラーレンツは、彼の言う客観的帰属が何ら評価を前提としないと考えた点で、早まった判断を行ったのである。

60) *Larenz* (Fn. 23), S. 82.

61) *Larenz* (Fn. 23), S. 83.

62) *Larenz* (Fn. 23), S. 83. 当然に、そのときどきの場合において「理解力のある人」にとって一体何が認識可能で何がそうでなかったかという問題の内容的解釈は、異なる。

人的特殊性は問題にならない⁶³⁾のであり、そこに客観的基準が存するとするのである。まさにこの意味で客観的に帰属可能であるとされるのは、ラーレンツによると不作為もそうなのである。不作為という現象は昔から困難を生じさせてきたとする。というのは、少なくとも必要的な帰属条件としての因果関係が発時点とされてきたが、しかし生じなかったことは因果的に効果があったものと理解しうるのが困難であったからであるとする。ラーレンツの解決は、「因果的な連関ではなく、目的論的な連関が問題なのである」⁶⁴⁾という点に存する。つまり彼は、不作為の因果性を否定し、不作為の帰属可能性を純粹に目的連関によって基礎づけるのである。行為することができるということは何もしないこともできるということを含意するならば、人は意図的な何かをなし得ると同じように、まさに意図的に何かをしないということもできるのである⁶⁵⁾。したがって、ラーレンツの反因果主義的帰属論は、『要綱』の趣旨で目的、意志および自由の概念が援用されているという意味でヘーゲル的であると最終的に言われうるのである。

b) ゲルハルト・ドゥルカイト—法概念と法形態 (1936)

法哲学者ゲルハルト・ドゥルカイト (1904-1954) は、ラーレンツと同じようにビンダーの弟子であったが⁶⁶⁾、ビンダーの定年退職の年である1936年にヘーゲルの法の哲学における『法概念と法形態 (Rechtsbegriff und Rechtsgestalt)』についての論文を公表した。彼の論文の執筆に至るまでの10年の間、つまり1926年から1936年の間に、ヘーゲル研究は「活発で、決定的な躍進を遂げた」⁶⁷⁾のであるから、ヘーゲルを議論するための自身の正当化はもはや必要でないとしているのである。ドゥルカイトは、彼の著作によってヘーゲル哲学に関し未だに存在している誤解を一掃し、それからこれをさらに発展させることを意図している。すでにその著作の表題が示唆するように、ドゥルカイトは『要綱』の基本構想の記述を追求するのであるが、その構想をヘーゲル自身は以下

63) Larenz (Fn. 23), S. 84.

64) Larenz (Fn. 23), S. 86.

65) Larenz (Fn. 23), S. 87.

66) ドゥルカイトは1931年にゲッティンゲンにおいてビンダーにより „Naturrecht und positives Recht bei Kant“ についての著作によって学位を授与された。ビンダーに捧げられた彼の最後の著作の序言において、彼は自らまだ彼の「師」であると述べている (*Dulckeit*, Philosophie der Rechtsgeschichte, 1950, S. 8)。

67) *Dulckeit* (Fn. 13), S. 13. 大いにありうるのは、ドゥルカイトがこのような躍進の開始を1927年の帰属論についてのラーレンツの著作によって時期設定したことである。しかし、彼はビンダーの „Philosophie des Rechts“ (1925) については考慮できなかったのであろう。

のように表現している：「哲学的法学が対象とするのは、法の理念、法概念およびその実現である。」⁶⁸⁾ それによってドゥルカイトは強く内在的な解釈企図を追求しているのである。従ってこれは帰属の概念にも当てはまる。ラーレンツの著作に関連させると、ドゥルカイトの帰属の概念に関する叙述は、特により強くヘーゲル内在的な方法の点で関心を引くのである。

第一章においてヘーゲルの全体系の範囲で法が設定された後⁶⁹⁾、ドゥルカイトは、第二章において意志概念の発展を跡づける⁷⁰⁾。所有に関する章および刑罰に関する章の後に、ドゥルカイトは、第五章において行為の概念およびそれに伴う帰属の概念に、さらにはその弁証法的発展に専念している。法概念が抽象的な法において意志概念の外面性と普遍性を経て展開され、その結果まず所有の概念が、次に契約の概念が、最後に不法の概念が導入された後、道徳においてはヘーゲルが意志の概念に対する新たな視点を示している。今までは一定の意志内容を度外視するというあらゆる理性的な意志主体の能力が前面に出ていたが、道徳においてはまさに個人の特殊な意志規定が問題とされている。しかし、それぞれ自身の意志規定は、ヘーゲルが主観的目的の客観化と理解する行為においてのみ実現されるのである。ドゥルカイトによると道徳の「基底的な基本概念」⁷¹⁾を成す行為の概念は、様々な帰属形態の展開にとって意義を有する。というのは主観的意志の表出としての行為は、少なくとも概念的には、実行された行為において主観的目的が行為者にとって今なお彼のものであること、つまり目的と実行の間に一致が存在しうる、成果のあった行為の場合にも存在していることを可能としている

68) *Hegel* (Fn. 2), § 1.

69) その際ドゥルカイトは、『精神の現象学 (Phänomenologie des Geistes)』をともに体系に取り込んでいるが、それは全く問題がないとはいえない決断である。というのは、ヘーゲルは最終的に『現象学』の正確な位置づけを後のエンチクロペディアの体系に関しては全く明らかにしなかったからである。ドゥルカイトがしかしたラーレンツやビンダーも『現象学』を含めたことは、別のビンダーの弟子であるマルチン・ブッセ (Martin Busse) の博士論文によって強く影響されているのである：Busse, *Hegels Phänomenologie des Geistes und der Staat*, 1931.

70) ラーレンツと比較すると、ドゥルカイトはより徹底したやり方をとっており、ヘーゲルを先行するカント分析を行うことなく内在的に解釈している。このことは、新たに強まったヘーゲル主義と絶対的観念論へのビンダーの発展によって基礎づけられるかもしれない。

71) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 149. 後になっても同様であるのは *Dulckheit*, *Rechtsgeschichte* (Fn. 66), S. 108 の中の「内的法の基本概念である行為」であり、その際ドゥルカイトは、内的法によって、ヘーゲルにおいては道徳を意味する領域を意味している。

からである。外的世界において自身の目的を保持し続けるというこのような可能性に基づく、同時に、行為におけるそのときどきの表出はそれぞれ自身の意志だけではなく、たとえば法律の形態におけるような、なおより詳しく明確化されるべき客観的意志にも一致しうる可能性が存在している⁷²⁾。いわゆる「普遍的主体性」は、もはや「単なる共通の意志へと至る二つの意志の一致」⁷³⁾ ではなく、「主観的意志のそのすべての表出における他者の意志との一貫した統一」⁷⁴⁾ に存在しているのである。ドゥルカイトがここで強調する区別は、ペーター・ヤニツヒの用語によって単なる間主観的な (*intersubjektiv*) (「事実上の一致」) 妥当と超越主観的な (*transsubjektiv*) (「普遍化可能性要求」) 妥当の間の区別として記述しうるであろう⁷⁵⁾。今度は道徳の内部における帰属の三段階の展開は、個別的な主観的意志に考慮を払う超越主観的な妥当の増大的実現と理解されうるのである。認識の最初の法は、「道徳的意志が必然的にその表出においても主体性を完全に保持しなければならない」⁷⁶⁾ ことによって基礎づけられている。このことはふたたび『要綱』の法の定義から導かれる。ヘーゲルは法を「およそ定在が自由な意志の定在であること」⁷⁷⁾ によって規定している。しかし、道徳の次元での自由な意志の定在は、それぞれ個々の行為主体の行為によって実現され、行為はまさに主観的目的と客観的目的の間的一致に存在している。今度は、帰属を拒否してよいという主体性の権利に関しては、行為の結果的性質に基づいて、以前目的として設定されていたものとは異なることが生じることが重要である。それにもかかわらず、そのような失敗した行為の事例に関して自由な意志の定在を認めるためには、個人は、まさに彼がその前に實際上認識して (*wissen*) いたことのみが、つまり彼が実際上前提としたことのみが帰属されうるという権利を持たなければならない。しかし、帰属させる普遍性 (*Allgemeinheit*) も、抽象的にはすべての他者の意志という形態での道徳の次元で、具体的には司法という形態での人倫の次元で、同じように個人の一定の認識を要求する権利を持っているのである。このことは特に、そのときどきの所為の結果について合法的な⁷⁸⁾

72) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 146 f.

73) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 147.

74) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 147.

75) *Janich*, *Logisch-pragmatische Propädeutik*, 2001, 5. 182, そこではヤニツヒにとつて認識要求の妥当が問題になっているとしてもである。

76) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 151.

77) *Hegel* (Fn. 2), § 29.

78) おそらくドゥルカイトは第一義的には自然法則的な結果のことを考えているの

結果が問題になっている場合に当てはまる。これに関して次にドゥルカイトは、ヘーゲルの帰属論から、しかも既に故意の次元で過失帰属可能性が明らかとなることを基礎づける。

「過失による行為の帰属は、行為に対する故意によらない（意識されず、意欲もされない）結果であるが必然的な結果であることが明らかとなった結果の帰属に含まれる。」⁷⁹⁾

それによってドゥルカイトは、ヘーゲルは「過失による行為」の帰属を知らないというラーレンツのとの明白な関連性において彼のテーゼ⁸⁰⁾を拒否するのである。故意の権利が意図（Absicht）の権利へと移行するのは、ドゥルカイトによるとすでに故意の概念のうちで行われる。故意概念は、行為する者が行為とその結果をその直接的な定在において認識し、意欲することを意味するとする。しかし、このような直接的なことそれ自体の考察は抽象化であるとする。我々の所為がそれ以上に及ぶ結果を持つことに基づくと、行為は「普遍的な内容」⁸¹⁾を含むとするのである。行為言語に基づいて、このような普遍の内容は、直接的所為が単にたとえばライターで一片の紙に火をつけることだけに存するとしても、放火の行為であるといえるというような例⁸²⁾で読み取ることができるのである。哲学者のジョエル・ファインバーグ（Joel Feinberg）は後に「アクション」効果の概念を作り出したが、それはまさに我々の行為言語の現象を表しているものであり、「それによると行為の記述はほとんど任意に狭くも広くも『一連の結果を包括』しうるのである。」⁸³⁾ 我々の行為についてのこのような普遍性の側面を介して、それからヘーゲルは、福祉の概念も導入することができる。というのは、我々が直接的に行うことを我々はたいいてい、我々の福祉または他者の福祉となるそれ以上のことのために行っているからである。福祉の概念によって再びヘーゲルは、その後、既に認識論的次元から、善と良心に関する第三章における対象である評価の主観的次元への移

ㄨであろうが、しかし、そこには社会的な結果も入りうるであろう。たとえば、一定の社会的文脈では一定の身振りを実行することが侮辱とみなされるとするような結果である。

79) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 154.

80) *Larenz* (Fn. 23), S. 52.

81) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 155.

82) この例は、ヘーゲル自身が *Hegel* (Fn. 2), § 119 A において使用するものである。

83) *Feinberg*, in: Meggle (Hrsg.), *Analytische Handlungstheorie 1. Handlungsbeschreibungen*, 1977, S. 204.

行を遂行したのである。「行為の普遍性に対する意図の権利が善に対する洞察の権利へと高められたのである。」⁸⁴⁾ ドゥルカイトによると、この次元において初めて、「道徳責任への帰属可能性」⁸⁵⁾ について論じられうるのである。行為の善と悪に対する個人の洞察可能性が概念として導入されて初めて、責任ある行為の理解が確立されるのである。

最後に、ドゥルカイトはなお、ヘーゲルが『要綱』の133節において行ったように義務の概念を導入すると、ヘーゲルの帰属概念によって不作為の帰属可能性が基礎づけられようと主張する。その場合彼は行為の概念を普遍的に把握し、その結果それが不作為をも含むことになる。次いで彼は不作為を本来の意味での行為から区別するために、所為 (Tun) と不所為 (Nichttun) の概念を使用し、そこでは不作為とは、義務に違反する、つまりその積極的対立物としてある義務が存在したであろう不所為なのである。それによりドゥルカイトは同時に、あらゆる行為者について行為拘束的 (kommissiv) 要素がなければ、いつでも無限に多くの行為が不作為となるであろうという問題を解決する⁸⁶⁾。

「つまり道徳において義務という概念が現れる場合、同時に行為概念は、不作為という要素だけ充実させられることになり、不作為はそれにより当然に行為のすべての要素をも持つことになるのである。」⁸⁷⁾

最後の短い章で、次に、ドゥルカイトは、さらに法学的な解釈論の行為概念に立ち入る。因果論、特に当時支配的であった相当的惹起の理論に対するラーレンツの批判⁸⁸⁾と一致して、ドゥルカイトは、「自然法則的因果結合」は帰属を基礎づけることはできず、単にその前提条件となるだけであるというテーゼを主張する。

「しかし、因果関係は、単なる前提条件として決して結果の帰属には十分ではなく、

84) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 158.

85) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 159.

86) この点については *Dulckheit* (Fn. 13), S. 82, Fn. 82. を見よ。そもそもドゥルカイトはヘーゲル的手段により不作為概念を確立しているが、それは非常に現実的である。例えば、*Bottek, Unterlassungen und ihre Folgen*, 2014. を見よ。ボツテクは、同じように、不作為行為と実行行為をうちに含む行為概念を主張する。最も彼の不作為に関する中心的な個別化基準は、義務ではなく、行為者の意図である。しかし、このような相違は、「義務によって命ぜられている」というドゥルカイトの表現を広い意味で理解し、例えば目論むこと (das Beabsichtigen) を行為拘束的態度と理解するならば、はるかに小さくなる。

87) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 167.

88) ラーレンツは、「法律的因果論が内的に根拠を欠くことをヘーゲルの学説に基づいて指摘した」とする (*Dulckheit, Rechtsbegriff* [Fn. 13], S. 169, Fn. 88).

それ故『責任への帰属』のための基礎も提供することはできない。』⁸⁹⁾

不作為の帰属可能性に関しては、ラーレンツと同様にドゥルカイトは、因果関係を前提条件として拒否している⁹⁰⁾。

c) ヘーゲルの特徴を持つヘーゲリアナー的でない刑法学者：ハンス・ヴェルツェル
ハンス・ヴェルツェル (Hans Welzel)⁹¹⁾ (1904-1977) は、ドイツ刑法学におけるヘーゲル的思考に関しては特別な地位を占める、それもヴェルツェルが確かに明白にヘーゲリアナーとは呼ばれえないが、しかしそれにもかかわらずいくつかのヘーゲル的な哲学学説に従っているという観点においてである⁹²⁾。しかし、彼は他方でたとえばヘーゲルの形而上学は拒否している⁹³⁾。1931年の非常に早い時期の論文において直ちに、ヘーゲル的な思考過程が辿られうる。「因果関係と行為 (Kausalität und Handlung)」において、ヴェルツェルは、ラーレンツやドゥルカイトと同じように、刑法解釈論的な文献の範囲内で因果主義的な方法に反対する論証を展開している。ヴェルツェルの論証のヘーゲル的なところは、特に、目的論の概念によって、-ヴェルツェルは意味-志向性 (Intentionalität) という表現を好んで使用している⁹⁴⁾ - 行為や責任の概念

89) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 171. ラーレンツの叙述と同じように、この発言は、純粹に因果主義的な帰属論を背景にして理解されなければならない。

90) 「というのは、不作為の場合、最初から、事象の経過それ自体に介入する外的な所為がではなく、まさに不作為が問題となっており、従ってここで何らかの因果関係について語ることはできないからである」*Dulckheit* (Fn. 13), S. 171. 当然にこのような判断自体、全く特定の因果理解を前提としており、それはもはやすべての因果論特に条件説と共有するものはないのである。特に *Birnbacher/Hommen, Negative Kausalität*, 2012 m. w. N. を見よ。

91) ヴェルツェル一般に関しては *Engisch, ZStW* 90 (1978), S. 1; *Loos, JZ* 2004, S. 1115.

92) このことは特に彼の目的的行為論にあてはまる。それについては最近もロクシンが「ヘーゲルの行為概念との類似性が目に」(*Roxin* [Fn. 59], 8/18) つくと述べている。

93) 「その点に、より以前の形而上学的な体系-ヘーゲルのそのような体系-を再び呼び覚ますことが最終的には我々を前進させえないこと理由もある。ヘーゲルによる「理念」と現実の統合は我々の問題にもはや解答を与え得ない。というのは、我々は、自然に関する我々の知識の途方もない拡張と深化によって自然を『理念の異なったあり方』におけるよりも、無限に多くの特徴を持ち、より独自の、『精神』に対しより関係する力があり、より根本的に基礎づけるものと見ているからである。」(*Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, S. VIII).

94) 彼が目的論の概念を使用しない主要な理由は、目的論が「カントにとっては特

の純粹に因果的な考察方法の出過ぎた真似を批判する傾向である。そのような方法は、我々の志向的な意識によって構成される意味連関を純粹に因果的に把握することはできないのである。

「結局、因果関係が現実の事象のただひとつだけの決定方法であるという因果論一般の基本前提を疑問視すること以外に残されていないのである。」⁹⁵⁾

行為は、意欲の有意味な方向付けによって初めて構成される、つまりそれによって初めておおよそ行為となるのである。設定された目的と結びついた行為のこのような有意味的統一性が初めて帰属のための基礎を成すのであり、

「主体の有意味的な設定に依存しているような事象のみが、この主体に功績あるいは責任として帰属される資格があるのである。」⁹⁶⁾

従ってヴェルツェルは、ラーレンツの学位論文からの帰結と同一見解であったのであり、たとえラーレンツが「超越論的哲学から出発」し、「[彼の考えでは] L [ラーレンツ] の叙述を損なっている形而上学的な負荷を度外視するべきである」⁹⁷⁾ と信じたとしてもである。

4年後ヴェルツェルは、ケルンの教授資格取得論文『刑法における自然主義と価値哲

別の決定方法ではなく、因果関係を唯一の経過順序として」前提としているとすることにある (Welzel, ZStW 51 [1931], S. 707, Fn. 18)。それによってヴェルツェルは『判断力批判』においてカントが目的論をテーマとしたことを参照している。ここでは目的の概念が単に認識発見的機能を引き受けるだけだが、しかし現実世界においてはこれに対応するものは何もないのである。ヴェルツェルの行為概念に関しては *Sticht, Sachlogik als Naturrecht?*, 2000, S. 272-280 を見よ。

95) Welzel, ZStW 51 (1931), S. 708.

96) Welzel, ZStW 51 (1931), S. 718 f.

97) Welzel, ZStW 51 (1931), S. 719, Fn. 30. 彼が目的論に固有の自身の存在領域を割り当てているにも拘わらず、どこに厳密にこのような形而上学的負荷が存在し、なぜヴェルツェル自身はそれに捉えられていないのかは、明らかとならないままである。ピョルン・ブルクハルト (Björn Burkhardt) が確認しているように、ヴェルツェルの目的的行為論と志向的-因果的な哲学的行為論との同一視が妥当である限り、ヘーゲルの帰属思考との近接性は見かけが持つ以上にはるかにわずかなものであろう (Burkhardt, in: Frisch u. a. [Hrsg.], *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, S. 21)。というのは、意図が行為を惹起する、しかも純粹な作用因果関係という意味でそうであるとする志向的-因果的行為分析をおそらくヘーゲルは拒否したであろうからである。というのは、彼によると最終的には逆に作用因果関係の理解は目的論の適切な理解を通じてのみ確立されうるからである。

学（Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht）』において19世紀末と20世紀初めにおける実証主義と新カント主義の法哲学的潮流とその刑法学への影響に対する詳細な批判を企てた。それによってヴェルツェルのその著作は、ラーレンツのそれと類似して一部は法哲学に、一部は刑法学に分類されうる。しかし、ヴェルツェルがヘーゲルの思考に分類されうるのはより離れた意味においてのみである。というのは、彼は少なくともドイツ観念論に対し、従ってなお一層ヘーゲルの哲学に対し「挫折」を確認したからである。19世紀の哲学的実証主義のわかりやすい検討の後、ヴェルツェルは、第二章においてフランツ・フォン・リストの思考に対するその影響を探求する。著作の第二部は、新カント主義とその価値哲学さらに刑法解釈論に対するその影響に当てられている。著作の半ばで初めてヴェルツェルは、自身の企図を明確に述べている：

「この有名なヘーゲルの言葉⁹⁸⁾は非常に深いものであって、その即物的な（gegenständlich）意味を探求することが我々に課せられているのであり、その言葉が、実証主義が理性的なものを抹消して、理性的ない現実が残され、カント主義が現実的なことを墮落させ、理性的なものが概念的－非現実的なものへと雲散霧消した後は、まさに我々の作業の基本綱領となるのである。」⁹⁹⁾

まずこのような言い方は、少なくともヴェルツェルが『要綱』の序言の同一テーゼを確認したとき、ヘーゲルの理念を受け入れていることを示している。しかし、同時に彼がやはりヘーゲルとは一線を画しているのは、「即物的」という表現を使用して「ヘーゲルの弁証法はわれわれにとって魔力を失ったから」¹⁰⁰⁾という理由付けを行ったときである。既に触れたように、ラートブルフはコーラーやペロルツァイマーがヘーゲリアナーであることを否定した。というのは彼らの哲学には弁証法が欠けているからで

98) ヴェルツェルは、『要綱』(Fn. 2)の序言の中のしばしば引用されるヘーゲルの章句を参照している：「理性的なものは現実的であり、現実的なものは理性的である。」

99) *Welzel* (Fn. 93), S. 57.

100) *Welzel* (Fn. 93), S. 57 Fn. 74. 追加脚注の74aにおいて、ヴェルツェルは、なおラーレンツの著作「法革新と法哲学（Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie）」(1934)に触れており、それが、ヴェルツェル自身の企図に最も近いのであるが、しかし弁証法と客観的精神の概念を使用していることにより「真に歴史上のもの」となっているとす。「これらの概念が我々により求められている価値－現実性の統合をいかに示唆しようと、それにもかかわらずそれらは、我々の問題状態から必要とされる哲学的人間学やその上に構築された形而上学的価値論には代わり得ないのである。」(*Welzel* [Fn. 93], S. 57 Fn. 74a)

あるとした。これにラーレンツは彼の『今日の法哲学と国家哲学 (Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart)』の第二版で賛意を表明した。そのことによって、既に示したようにまさに弁証法を拒否するヴェルツェルのヘーゲル主義は維持しがたいのである。他方において、まさに実証主義と新カント主義の拒否は、やはりビンダー流のヘーゲル学派とのつながりを打ち立てている。しかし、ヴェルツェルをヘーゲリアーナーと呼ぶことが不適切であることは、ヘーゲルの形而上学の断固とした拒否とニコライ・ハルトマン (Nicolai Hartmann) の人間学を参照していることが証明しており、その人間学によってヴェルツェルは法の理性性と現実性とを把握するというヘーゲル的な計画を実行しようとするのである。

このようなヘーゲルの帰属概念との詳細な議論と並んで、ヘーゲルの刑罰概念に対する論稿も存在したのであるから¹⁰¹⁾、以下の章ではさらにこれらの文献を扱うことにする。

2. 刑罰の概念：意味あるいは目的か？

a) 目的ではなく意味 (ラーレンツ、ドゥルカイト、ビンダー)

ラーレンツ、ドゥルカイト、ビンダーによる刑罰概念に対するヘーゲリアーナー的な論稿は以下のようなテーゼを共有している：ヘーゲル刑罰論にあつては経験的な理論ではなく、不法と刑罰の概念的な分析が問題とされており、それに従うと両者は互いに必然的に結びついているのである。それ故、それらを目的論と呼ぶべきではない。というのは、目的とは因果的に実現されうる結果と理解されうるからであるとする¹⁰²⁾。刑罰概念に関するラーレンツの論稿に依拠してここでは目的ではなく意味テーゼと言うことにする。

このテーゼを明示的に名指しているラーレンツは、彼の ZDK [ドイツ文化哲学雑誌：訳者記す] における論文「刑罰の本質について (Vom Wesen der Strafe)」の中で国家による処罰の意味を説明することを追求している。刑罰の目的に対する問いを彼が拒否するのは、目的とは常に道具的に理解されなければならないであろうという仮定を

101) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 26; *Dulckeit* (Fn. 13), S. 114; *Flechtheim*, *Hegels Strafrechtstheorie*, 1975; *Binder*, *System der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1937, S. 355; *Klug*, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Bd. 2, 1981, S. 16.

102) *Binder* (Fn. 101), S. 357; *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 26; *Dulckeit* (Fn. 13), S. 126 Fn. 42.

通じて根拠づけられる。それ故、刑罰目的に対する問いは、刑罰とは、その際なおより詳しく規定されるべきではあるが、しかし恣意的な目的に奉仕するものであるということに至ることになるであろうとする。「法規範とは処分となる、つまりそれによって立法者が恣意的に設定した彼の目的を実現する手段となるのである。」¹⁰³⁾しかし、目的は再び別の目的的手段であると見なされうであろうから、自己目的の唯一の規定は個人主義ということになる。これは同じく新カント主義の刑罰理論のような実証主義的なものの欠陥であるとする¹⁰⁴⁾。それに代わって刑罰の意味（Sinn）が問われなければならないとし、それをラーレンツは、犯罪、刑罰および法の間の非道具的な、内容的な連関と理解している。刑罰とは、「所為の必然的帰結である。刑罰においては、所為の帰結が行為者にいわば跳ね返っているのである。つまりここで彼の答責（Verantwortung）が実現しているのである」とする¹⁰⁵⁾。このような刑罰の非道具的理解はカント主義的刑罰思考にもヘーゲル主義的思考にも共通のものであるとする。それらの法哲学は多くの点で区別されるのであるから、このことは、刑罰の意味とは、ラーレンツの把握するところによると「いずれかの体系とは無関係に有効なものとなる」ことを示している¹⁰⁶⁾。刑罰の意味は犯罪の意味に依存するが、しかし犯罪の本質は再び法自体どこに存するかということに依存するのであるから、法の本質が探求されなければならない、「それが法的答責の表現としての刑罰に現象しなければならない」とする¹⁰⁷⁾。このことは実際、観念論的な刑罰論とは全く無関係に妥当とするのである¹⁰⁸⁾。新カント主義に対するヴェルツェルの批判と一致して、ラーレンツは、犯罪概念を「意味とは無縁の行為それ自体、違法性および責任へと」分解してはならないことを出発点とする。これが、「単なる因果関係の過大評価」へと至るのであり、次いで「因果関係と帰属の抽象的な分離」に現れることになるとする¹⁰⁹⁾。

「これに対して正当にもヴェルツェルは、新たな統一的行為概念を主張しており、そ

103) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 27.

104) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 27. 応報論ですら、応報がそれ自体一つの目的であるというように見なされたとする (*Larenz*, ZDK 2 [1936], S. 28).

105) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 30.

106) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 30.

107) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 31.

108) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 30. これはラーレンツがしだいにヘーゲルからは離れていく徴候と理解されう（この点については *Hürstel* [Fn. 14], S. 134を見よ）.

109) すべての引用は *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 34.

れはヘーゲリアナーのそれと同じように、その存在とその意味の統一体として把握するものである。」¹¹⁰⁾

したがって、ラーレンツによると、刑罰とはそれ自体やはり個人に帰属可能なのである。というのは、それは犯罪の必然的帰結であるからであり、その点に刑罰の意味が現れているのであって、別の因果的結果に存するのではないというのである。

目的ではなく意味テーゼに対するドゥルカイトの論稿は、抽象法の第三段階としての不法がどのようにして所有と契約の統一として理解されるのかという問題から始まる。その点について問題とされているのは、ヘーゲル理論に対するゲオルグ・ラッソン (Georg Lasson) の批判が言うように、『要綱』の様々な段階がまさに自由な意志の定在の形式である、つまり法であるということになることである。このようなヘーゲルの「抽象法」に対する批判が「皮相的かつ無理解」¹¹¹⁾であることを示すために、ドゥルカイトは、不法概念それ自体を分析し、自由な意志の定在としての法が「不法を通り抜け、そこに自己を保持する」¹¹²⁾ことを指摘する。とにかく所有は必然的に人格であることに属するが¹¹³⁾、しかし必然的に複数の人格が存在するのであるから、複数の所有者も存在しなければならない。二つの意志の媒介は、契約において初めて行われる。「したがって、所有は契約において初めてある(普遍的)人格の意志から二人の(普遍的)人格の間の共通の意志への媒介をみいだすのである。」¹¹⁴⁾つまり契約においては、上で述べたように、事実上の合意という意味での間主観的な妥当が問題となっているのである。しかし今度はこのような妥当が事実上も定在を有するか、つまり契約法が事実上貫徹されるかは、「契約の履行」¹¹⁵⁾に依存している。だがそれによって、「犯意なき(unbefangen)不法」と「詐欺」の概念を経て犯罪の概念を導入する手段がすでに存在していることになる¹¹⁶⁾。

110) *Larenz*, ZDK 2 (1936), S. 34. この箇所は、ヴェルツェルが当時すでにヘーゲリアナー的思考に近い立場であると見なされていたことを示している。

111) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 114.

112) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 114.

113) ヘーゲルの所有概念とこの必然性主張については、今は *Mohseni*, *Abstrakte Freiheit*, 2015 を見よ。

114) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 118.

115) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 121.

116) 論証の詳しい再構成に関しては、*Mohr*, in: *Siep* (Hrsg.), *Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts - Klassiker Auslegen* 9, 2. Aufl. 2005, S. 95 を見よ。

「したがって、法から不法への移行と同じように、不法に対する法の回復も概念に存在する必然性である。今度はこの回復によって同時に所有は、普遍的意志の定在としてのその本来の確証と媒介を見いだすのである。つまりそれは、法が通り抜けた他のあり方としての法であることを自己主張するのである。」¹¹⁷⁾

ドゥルカイトの見解は、以下のように再構成しうるであろう。所有と契約に関する論証を最初の抽象的な法形式として受容する場合、どのようにしてこのような法がさらに、ある者がそれに違反し、つまりある者が「人格であれ、そして他のもろもろの者を人格として尊重せよ」¹¹⁸⁾ という法命令にまさに従わない場合にも、法でありうるのかが問われうるのである。不法の概念は、ドゥルカイトによると、法違反のそのような状況を記述する機能に役立つのである。しかし、不法に対する反作用としての刑罰が、初めて、自由な意志の定在の第三段階を成す。彼の解釈の確認のために、ドゥルカイトは、不法を扱う『エンチクロペディー』第三版の496節から502節の表題を引用している。つまり「不法に対する法」¹¹⁹⁾ である。必然性テーゼは、以下のように表現しうるであろう。すなわち刑罰と回復の間の関係は、例えば投票用紙に×印をつけて投入することと選挙の間の関係と同じように理解されるというようにである。×印をつけて、投票用紙を投入することによって、投票をしているのである¹²⁰⁾。そして同様に、犯罪に対し処罰することによって法を法として復元しているのである。それによって、ドゥルカイトは、不法は所有と契約との統一であるという誤解を排除できている。つまり厳密に見ると、刑罰とは不法に対する法の回復としてこのような統一なのであるとである。

ユリウス・ビンダーは、彼の『法哲学の体系 (System der Rechtsphilosophie)』(1937) においてヘーゲルを指向した彼の刑法思想を展開した¹²¹⁾。ビンダーは、刑罰目的の絶対的理論も相対的理論も拒否する。というのは、それらは「経験的目的の範囲内で」¹²²⁾ 議論しているからである。それに代えて彼にとっては唯一以下のような問いが

117) *Dulckheit* (Fn. 13), S. 125.

118) *Hegel*, (Fn. 2), § 36.

119) *Hegel*, Enzyklopädie, GW (Fn. 26), Bd. 20, S. 485.

120) このような類比を、私は、ジョン・サール (John Searle) から借用しているが、彼は他方選挙事例によって、発語内行為に対する発話行為と命題行為の間の関係を説明している。(Searle, *Sprechakte*, 1983, S. 41).

121) *Binder* (Fn. 101), S. 355-373.

122) *Binder* (Fn. 101), S. 357. これは、ゲームやシャフシュタインの論文における「新たな刑法学」にも当てはまる。したがってビンダーは、カール・ラーレンツによ

問題となる。すなわち

「刑罰はそもそも理性の法廷の面前で、すなわち法の概念から正当化されうるのか、刑罰がこれと一致すべきであるならば、刑罰はどのようなものでなければならないか、さらにそれが故に刑法はどのような目的あるいは諸目的を追求してよいのか」¹²³⁾

したがって、刑罰の概念は法の概念から発展しなければならない、すなわち刑罰自体が、「不法に対する反作用」¹²⁴⁾ であることによって法として理解されなければならないとする。それによりビンダーも、彼の弟子と同じように、刑罰を犯罪と必然的に結びつけているものと理解しており、それはまさに意味の概念によって特徴づけられなければならないとするのである。それ故彼は、ラーレンツやドゥルカイトとそのヘーゲリアナーの刑罰論とも実際関連している、つまり彼はドゥルカイトには全面的に、ラーレンツには「より多くの留保を伴って」同意しているのである¹²⁵⁾。

b) 意味ではなく目的か？（クルーク、フレヒトハイム）

ヘーゲルの帰属論がラーレンツの個別論文により媒介されてきわめて広範に受け入れられ、しばしば評価されていたとき、ヘーゲルの刑罰論に対しては1936年にすでに最初の批判的な立場が示され、しかもそれはオシップ・K・フレヒトハイム（Ossip K. Flechtheim）の個別論文においてであった。もっともそれはすでに2年前にケルンにおいて¹²⁶⁾ カール・シュミットの指導の下¹²⁷⁾ 学位論文として提出されたものである¹²⁸⁾。この論文においてすでにフレヒトハイムは、ヘーゲルの刑法思想に対し批判的態度を

〳つて編集された新たな刑法学の基本問題の中で両論者の論稿を参照しているのである（*Dahm*, in: Larenz [Hrsg.], Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935; *Schaffstein*, in: Larenz [Hrsg.], Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935)。すでに触れたように、これらの論者、キール学派及び新たな「民族法」についてはここでは扱うことができない。それについて一般的には *Anderbrügge* (Fn. 19), insb. S. 203-225; *Eckert* (Fn. 19)。

123) *Binder* (Fn. 101), S. 357.

124) *Binder* (Fn. 101), S. 358.

125) *Binder* (Fn. 101), S. 358 Fn. 32.

126) 1975年の第二版 (*Flechtheim* [Fn. 101], S. 118) のフレヒトハイムによるあとがきを見よ。

127) *KeBler*, Ossip K. Flechtheim, 2007, S. 38-42.

128) フレヒトハイムも、「彼の〔ヘーゲルの（筆者註）〕客観的帰属論は既に個別論文において詳細な評価を見いだした」と述べたとき (*Flechtheim*, *Strafrechtstheorie* [Fn. 101], S. 88)、ヘーゲルの帰属論を認めているのである。個別論文とは当然にラーレンツの学位論文のことである。

とった¹²⁹⁾。「古典哲学とその『強大な』体系が世界を理性的な自由の帝国であると証明しようとする努力において挫折しているように、ヘーゲルの刑法理論も、特に犯罪と刑罰をそのような自由領域の部分現象として理解させようとする試みにおいて同様である。」¹³⁰⁾ それによってフレヒトハイムは特に、ラーレンツ、ドゥルカイトやビンダーが主張した犯罪と刑罰との間の非経験的、概念必然的な結びつきを攻撃しているのである。フレヒトハイムは、ヘーゲルの理論が応報論と理解されてはならないことを受け入れている。というのは、その場合には真にヘーゲル的な特徴が見えなくなってしまうからである。ただしこれを視野に入れるならば、ヘーゲルは単純に存在している諸関係を彼の体系へと組み込むことにより理性的なものであることを証明しようと努力したと見られる。

「ヘーゲル哲学の本質が、非理性と不自由を思弁的弁証法的演繹によって理性と自由へと高め、それ故現実におけるそれらに触れることさえもないことに存するように、彼は、実定法の世界においても犯罪と刑罰をそれらがあるがままに存在させ、それらを世俗的な法律家とは異なるように－彼の信ずるところによるとより理性的に－『見なす』ことに甘んじているのである。しかしそれによつては、社会的現実において、不法から法が生じることも強制的権力から自由が生ずることもないのである。」¹³¹⁾

それによりフレヒトハイムは、目的ではなく意味テーゼを批判している。それによると、刑罰の意味について語ることは、単に本来的に非理性的なことを理性的であると事後的に解釈することに過ぎないとするのである。

ビンダーによる体系の出版の2年後、後のケルンの刑法学者ウルリッヒ・クルーク¹³²⁾ (Ulrich Klug) (1913-1993) は、その学位論文で「刑罰の目的に対する保護思想の中心的意義 (Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der

129) それ故、フレヒトハイムは「彼の最初の解釈」から1963年の論集におけるヘーゲルの刑法思想についての論文においてすでに逸脱していたとするホツェヴァール (Hočevar) の観察 (Hočevar, Hegel und der preußische Staat, 1973, S. 128) は適切ではない。彼は、フレヒトハイムの『ヘーゲルからケルゼンへ (Von Hegel zu Kelsen)』における論稿自体、その個別論文と同じく1936年に現れていること (Flechtheim, Von Hegel zu Kelsen, 1963, S. 5) も見落としている。

130) Flechtheim (Fn. 101), S. 113.

131) Flechtheim (Fn. 101), S. 117. 彼は、彼の学位論文の第二版のあとがきにおいてもなおこの見解を確認している (Flechtheim, Strafrechtstheorie, Nachwort [Fn. 126], S. 118).

132) Pawlik, Ulrich Klug (1913-1993), 2013, S. 132.

Strafe) (1939) を探求した。クルークは、その著作によってドイツ刑法における20世紀の前半及び後半とヘーゲル受容との間の結びつきを描写する。彼は、絶対的刑罰論の第二の「重要な形態」として、ヘーゲルの刑罰思想を簡潔に紹介し、「最近の文献でヘーゲルの理論」¹³³⁾ を主張するビンダーを参照する。クルークはビンダーを彼がヘーゲルの刑罰理論について誤って応報的性格を否認していると批判する。というのは、ヘーゲルはその理論を自身は「ただしより広い意味での」応報論として理解していたからであるとする。ヘーゲルの拒否、従ってビンダーの理論の拒否も、クルークによると「絶対的な刑罰目的というものは全く見いだされ得ない」¹³⁴⁾ ということから暗黙のうちに生じているのである。絶対的な目的をラーレントスが意味と呼んだものであると理解するならば、クルークもフレヒトハイムと同じように目的ではなく意味テーゼを拒否し、その代わりに相対的な刑罰目的論に賛成しているのである。それ故クルークの立場は過渡期を特徴付けている。1960年代の終わりに彼は、ヘーゲルからの「決別」を説いて回ることになる。

IV. 刑法上のヘーゲリアナー：20世紀の後半

第二次世界大戦後、ドイツ連邦共和国 (BRD) とドイツ民主共和国 (DDR) の設立時期の傾向の中では当然のことながらわずかな (刑法哲学的) 文献が公表されただけであった¹³⁵⁾。もっとも1947年にはフレヒトハイムの文章がアメリカの「思想史雑誌 (Journal of the History of Ideas)」において公表された。そこでフレヒトハイムは、主としてすでに10年前に述べていた彼の批判を詳説している¹³⁶⁾。1950年にドゥルカイトの個別論文が刊行され、そこで彼は『法史の哲学 (Philosophie der Rechtsgeschichte)』に関する彼の基本綱領を紹介しているが、それは1936年の彼によるヘーゲルの再構成の大まかな叙述に尽きている。さらに1952年 DDR において刑法における因果関係についてのヨン・レクシャス (John Lekschas) の著作が刊行され、そこでレクシャスは一部肯定的にヘーゲルの因果思想に理解を示している¹³⁷⁾。もっともそのような文献は稀なものに止まった。1960年代にはじめて BRD では再びヘーゲルの刑法思想との比較的

133) *Klug* (Fn. 101), S. 23.

134) *Klug* (Fn. 101), S. 17.

135) 例えば全刑法学雑誌 (ZStW) は、1942年と1950年の間全く出版されなかった。

136) *Flechtheim*, *Journal of the History of Ideas* 8 (1947), S. 293.

137) *Lekschas*, *Die Kausalität bei der verbrecherischen Handlung*, 1952, insb. S. 41-46.

強固な議論が生じたが、ただし今回は拒否的に論争のとまどいえる形においてであった。その際特にフレヒトハイムとクルークが指導的であった。しかし、さらなるビンダーの周辺にいた刑法学者であるヘルムート・マイヤー（Hellmuth Mayer）の応答も生じた。1970年代の終盤になってはじめて刑法における新たな肯定的なヘーゲル受容が始まった。次にこのような発展全体が以下において迎えられることになる。

1. ヘーゲルからの「決別」か？（1968-1975）

ヘーゲル批判の潮流の幕開けとなったのがフレヒトハイムである。1968年に「法哲学・社会哲学論叢（Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie）」において公表された論文において彼は、「とりわけヘーゲルの刑法構想において明らかとなるヘーゲルの国家と法の弁明の疑わしさ」¹³⁸⁾を示すという目的を追求する。この文章は大部分その英語の論文と『ヘーゲルからケルゼンへ（Von Hegel zu Kelsen）』において公表された論文と一致している¹³⁹⁾。一般に刑法の廃止への努力を歓迎するフレヒトハイムは、それゆえ、当然にヘーゲルの刑罰理論に対しても批判的な立場をとっている。彼は、すでにその学位論文におけるのとおなじように、ヘーゲルの初期の刑罰思想には一定の刑罰批判的な要素のあることは認めている。しかし、『要綱』の後期ヘーゲルには不合理な点があるとす。というのは、彼は国家的刑罰を彼の体系という手段によって合理化しようとしているからであるという。ヘーゲルにおいては、

「刑罰の理想化は、まず第一に、- 犯罪者に対してと同じくとりわけ公衆や哲学者自身にとっても - それを受け入れうるものとすることに」役立っているとする¹⁴⁰⁾。

したがって、現実に理性的な社会という目的に近づくためには、「刑法のあらゆる神秘化」¹⁴¹⁾が放棄されなければならないとする。1975年にもまだ、廃止論者フレヒトハイムは、その学位論文の第二版のあとがきにおいてヘーゲルとの決別を以下のように述べている：

「人類がいつか言葉と行いにおいて〔刑法が『反社会的で時代遅れの技術』であるということ、筆者註〕を理解するところまで行き着くであろうかということをお我々は知らない。しかし、それがいつの日か実現されたならば、エンゲルスが糸車や青銅の斧と並んで国家機関全体を収納しようとしたあの古代遺産の博物館に、ヘーゲルの『法哲学』

138) *Flechtheim*, ARSP 54 (1968), S. 539.

139) *Flechtheim*, Hegel (Fn. 129), S. 9.

140) *Flechtheim*, ARSP 54 (1968), S. 542.

141) *Flechtheim*, ARSP 54 (1968), S. 547.

の本と一緒に絞首台や処刑台の見本、鎖や監獄の錠の見本をも見いだしたとしてもほとんど驚かないであろう。』¹⁴²⁾

既に1年後、ドイツ刑法の大改正の流れの中で断固としてヘーゲルからの「決別」が宣伝された。連邦議会の刑法改正委員会により提出された草案 (E 1962) に対して、1968年ドイツとスイスの刑法学者が対案を提出した¹⁴³⁾。特にここでは、ウルリッヒ・クルークの論稿「カントとヘーゲルからの決別」が触れられるべきである。すでに1939年のベルリンの学位論文において¹⁴⁴⁾ 刑罰についてのあらゆる応報論を拒否し、したがってヘーゲルの方法をも拒否していたクルークは、その論稿においてカントおよびヘーゲルの刑罰目的論に対し厳しい批判を行っていた。ヘーゲルの理論は、カントの理論と同じく刑罰の応報論であるとする。刑罰とは、その所為により現行法に違反した行為者の不法に報復するものであるとする。「処罰することそれ自体に再び存する、犯罪者の権利—特に自由権—の侵害」¹⁴⁵⁾ のみが正義をふたたび確立しようというのである。クルークによると、ヘーゲルの刑罰論は認識論的に、論理的にまた道徳的にも疑わしい¹⁴⁶⁾。認識論的疑わしさは不当前提 (petitio principii) に存する。というのは、クルークに従うと、ヘーゲルは「刑罰の意味が応報であること」を単純に前提としているだけだからである¹⁴⁷⁾。同じようにヘーゲルの刑罰論は、論理的観点からも疑わしいとする。というのは、自由な意志の定在条件としての刑罰の基礎づけが否定の否定¹⁴⁸⁾ という概念を経て行われているからである。つまりその場合、問題とされているのは、「ヘーゲルの場合に何度も見られるものである、概念のそれ自体への適用という疑似論理学」¹⁴⁹⁾ である。クルークは、最初の強制を第二の強制によって止揚するという言い

142) *Flechtheim*, ARSP 54 (1968), S. 547. フレヒトハイムの学位論文の第二版へのあとがきもまだほとんど同じように終わっている (*Flechtheim*, *Strafrechtstheorie*, Nachwort [Fn. 126], S. 133)。

143) *Baumann*, Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968.

144) *Klug* (Fn. 101).

145) *Klug*, in: *Baumann* (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 38.

146) *Klug* (Fn. 145), S. 41.

147) *Klug* (Fn. 145), S. 39.

148) クルーク自身「否定の否定」という表現を使用しているが、それは彼自身認めているように、『要綱』のヘーゲルの文章には見いだし得ないものである。

149) *Klug* (Fn. 145), S. 40. 自身が論理学を、また現代の形式論理学をも扱ったクルークではあるが、ヘーゲル的な弁証法的方法を形式論理学で把握するためには、お

方を攻撃する。同様に、第二の強制は害悪を高めるだけである、つまり不強制が強制を止揚するという見解を十分とりうとする。さらに、否定の否定と言うことは誤解させるものだという。

「犯罪によって引き起こされた社会の平穏な秩序に対する侵害を排除することは、矯正的、積極的活動を前提とする。否定の否定は言語的構造を持ったものであり、具体的—即物的構造を持つものではないのである。」¹⁵⁰⁾

最後に、ヘーゲルの刑罰論は、道徳的根拠からも疑わしいとする。というのは、それは「犯罪者の応報的処罰」にのみ「敬意を表すること」¹⁵¹⁾を見ているからである。

「まさに人間の尊厳への尊重が社会に対し、単純に無意味に応報的に反撃することではなく、再社会化するよう努力することを要求する。その場合に初めて行為者が『理性的な者として』敬意を表されるのである。」¹⁵²⁾

確かにクルークの文章においては、法的—政策的な論稿が問題とされているのであり、その限りでその短さや論駁も跡づけうる。しかし、多分彼は、少なくともヘーゲルに不当に負わされている争いを戦っているのである。クルークの反対者は、刑罰の意味を応報に見ている刑罰理論である。少なくともヘーゲルに関しては、クルークは、国家的刑罰の妥当問題を主要対象としたその本来の論証を無視しているのである。ヘーゲルの問いとは、刑罰という国家的制度は自由な意志の定在条件であると理解されるのか？というものである。法は、既に述べたように「およそ定在である、自由な意志の定在であること」¹⁵³⁾に存しているとされる。仮にある者が法規範に違反したとする。法規範が自由な意志の表現であることが前提とされる場合、法違反がどのように扱われるべきかと問われうる。なぜなら、法違反はやはり定在ではあるが、しかしまさに自由な意志の定在ではないからである。単に事実的なことを考慮するだけの場合には、法規範と法規

↘そらく古典的な二値論理学を放棄しなければならないであろうということは考慮していなかった。ヘーゲルの思考に対する可能な形式論理学的方法についての最初の確かな展望に関しては *Engelhard*, in: *Jamme/Kubo* (Hrsg.), *Logik und Realität*, 2012, S. 207 を見よ。

150) *Klug* (Fn. 145), S. 40. クルークは、ヘーゲルの矛盾や否定の概念がやはり存在的に理解されなければならないことを、改めて考慮していない。これが有意義かどうかは議論されなければならないが、しかしクルークはこのような批判によってみずから不当前提を犯しているのである。

151) *Klug* (Fn. 145), S. 41.

152) *Klug* (Fn. 145), S. 41.

153) *Hegel* (Fn. 2), S. 29.

範の違反は同じレベルにある。刑罰が初めて、法規範が妥当する法であることの適切な表現となるのである。その論証は批判されるかもしれないが、これに対してヘーゲルは論証せず、単に前提としているだけであると非難することはできないのである。むしろクルーク自身、応報思想がすべての後継者の思想も含めて誤っていることから単純に出発するとき、不当前提を犯しているのである¹⁵⁴⁾。

カール・エンギッシュ (Karl Engisch) の記念論文集 (1969) におけるその寄稿論文において、ヘルムート・マイヤー (Hellmuth Mayer) はクルークの批判を退けた¹⁵⁵⁾。その際特にクルークの、両哲学者の応報論は形而上学を背負い込んでおり、基礎づけられていないという第一の非難がマイヤーの応答の中心点となる。その場合、カントの刑罰論との議論やクルークに対するその弁護がより一層多くの範囲を占めている。彼は確かに、カントが彼の絶対的刑罰論を少なくとも積極の意味では基礎づけず前提としているという判断は受け入れている。しかしカントはそれに対する根拠は有していたとする。というのは、彼の「刑法的な論述は注釈としてのみ考えられるだけ」¹⁵⁶⁾ だからである。しかしその後カント的な意味での絶対的な刑罰目的の積極的な基礎づけ¹⁵⁷⁾をヘーゲルが企てたとする¹⁵⁸⁾。確かにヘーゲルは刑事刑法を『法哲学』の三つのすべてのレベルで、すなわち抽象的法、道徳、人倫において扱ったが¹⁵⁹⁾、しかし「抽象的法の段階の内部における論述」¹⁶⁰⁾が基本的なものであるとする。マイヤーは、道徳を同じようにヘーゲルの刑罰論に対する寄与であると理解する。というのは、それがヘーゲルの「帰属論と責任論」¹⁶¹⁾を取り扱っているからである。それからマイヤーは、ヘーゲルの犯

154) 彼のヘーゲルに対する道徳的批判は、ヘーゲルが再社会化をそれがおよそ必要である限り同じように重要であると見なした点で疑わしい。彼は単に、これが国家的刑罰を正当化しうることを拒否しただけである。

155) Mayer, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, S. 54.

156) Mayer (Fn. 155), S. 54, 69.

157) マイヤーは、カントとヘーゲルはその他の大きな相違にもかかわらず刑罰論に関しては区別されえないというラーレンツの論文「刑罰の本質について (Vom Wesen der Strafe)」(1936)の中の彼のテーゼを受け入れている。(Mayer [Fn. 155], S. 54, 74 Fn. 76).

158) Mayer (Fn. 155), S. 54, 74.

159) マイヤーは、ヘーゲルが「刑法をたいい引用される [90筆者註] 節以下の場所だけではなく、弁証法的体系の三つのすべての段階で」扱ったことを顧慮することに価値を置いている。(Mayer [Fn. 155], S. 54, 75).

160) Mayer (Fn. 155), S. 54, 75.

161) Mayer (Fn. 155), S. 54, 75. 紙面上の理由からマイヤーは、道徳の分析を省略し

罪概念についてのいくつかの一般的な注釈の後で、その刑罰の積極的基礎づけに立ち入る、つまりまさにちようどカントには欠けていたとする基礎づけにである。カントは、「犯罪者は罪を犯したが故に、処罰される」と主張していたとし、「ヘーゲルはカントにおける『が故に』が何を意味するかを詳述した」とする。その基礎づけは、ヘーゲルによると、クルークが主張していたテーゼである応報に存するのではなく、応報は単に「基準原理（Maßprinzip）にすぎず、刑罰の根拠ではない」¹⁶²⁾とする。刑罰の基礎づけは、刑罰は「犯罪が無効であることを明示することによる法の回復」¹⁶³⁾であることに存するというのである。すでにクルーク批判の議論において触れたように、ヘーゲルの言う刑罰とは妥当理論的問題なのであり、しかも正当な規範性の領域におけるそれなのである。相対的刑罰論の拒否は、ヘーゲルの場合カントと似たようなやり方で進められるとする。特にフォイエルバッハの予防論的な刑罰の基礎づけに対して、ヘーゲルは、個人にとって尊厳を傷つけるものとしてこれを拒否する。というのは、犯罪者に対して刑罰は、犬をその調教の目的で殴ることと同じような関係に立つからである¹⁶⁴⁾。マイヤーはその論稿を慎重な確認で終えている。

「カントやヘーゲルからは『決別』すべきではない。しかしおそらく彼らを引用する誤ったやり方からは決別すべきである。大変偉大な哲学者も無謬の学問的権威者ではない。」¹⁶⁵⁾

この決別をいくらかより一般的に把握すると、マイヤーは、ヘーゲルの新たな、批判的な扱い方に賛成しており、したがってヘーゲルの法哲学のより根本的な議論にも賛成しているのである。1970年代の終わりから再び発展してきているヘーゲルに対する刑法

ゝているが、それに関してはラーレンツの個別論文を参照指示している。マイヤーはラーレンツやビンダー学派とも接触を持っていたが、実際ラーレンツによって編集されたビンダーの記念論文集（1930）において自ら論稿を公表し、それをこの論文でも参照指示しているのである（Mayer [Fn. 155], S. 54, 73 Fn. 73）。そこで問題とされているのは Mayer, in: Festgabe für Binder, 1930, S. 77.

162) Mayer (Fn. 155), S. 54, 78.

163) Mayer (Fn. 155), S. 54, 77.

164) 因みに、新たな刑法典の綱領（Programm für ein neues Strafgesetzbuch）の編集者であるバウマンは、まさにヘーゲルの刑罰論のこの場所に賛同して参照している。Baumann, Programm (Fn. 143), S. 33.

165) Mayer (Fn. 155), S. 54, 79. 逆に、当然のことながら偉大な哲学者に対しても学問的水準にある批判で十分であろう。ルシユカはまさにクルークの批判にこれが欠けているとする。Hruschka, ZStW 124 (2012), S. 232.

学者の肯定的な態度は、全体的に見てまさにヘーゲルのそのような新たな扱い方であると理解されうる。それをつぎになお簡単に扱うことにする。

2. ドイツ刑法における最近のヘーゲル受容

刑法学においてはしばらくの間ヘーゲルを巡っては静かとなった後、1970年代の終わりにすでに、しかしその後1980年代には強い程度にドイツ刑法学においてヘーゲルとの新たな—この度は肯定的な—議論が始まった¹⁶⁶⁾。それを次にやはり簡単に展望着に扱うことにする。1970年代の末以来、クルト・ゼールマン (Kurt Seelmann) は、再三ヘーゲルの刑罰哲学について意見を述べてきた。複数の論文で¹⁶⁷⁾、ゼールマンは特にヘーゲルの二つの異なった刑罰の基礎づけと取り組んだが、それは彼が『要綱』において、しかしまた既に以前のヘーゲルの論文に見いだしたものである。そこで、ゼールマンは、刑罰の法則論拠 (Gesetzesargument) と承認論拠 (Anerkennungsargument) を区別し、批判的に議論している¹⁶⁸⁾。同様に1970年代の終わりより、ヴォルフガング・シルト (Wolfgang Schild) は、ヘーゲルの法哲学についての論稿を生み出してきたが、その際刑罰¹⁶⁹⁾ や帰属¹⁷⁰⁾ の概念とそれがアクチュアルであることが中心にあった。ライナー・ツァチック (Rainer Zaczyk) は、その1981年の学位論文においてフィヒテの刑罰論と取り組み、これをフィヒテ自身の基準に従って内在的に批判した、つまりそれ自体確かにフィヒテの方法に対する反応であるところのヘーゲルの刑罰論と関連づけずにである¹⁷¹⁾。それから1985年にエルンスト・アマデウス・ヴォルフ (Ernst Amadeus Wolff) が比較的長い論文によって一般的予防の概念について論稿を生み出した¹⁷²⁾。その際ヴォルフの方法は、たとえ彼がよりカントの綱領に縛られているとして

166) それどころかクレシェヴスキーは、1991年に「現在のルネサンス」と述べている (Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 19).

167) Seelmann, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, 1995.

168) Seelmann (Fn. 167), S. 88.

169) Schild, in: Heintel (Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, S. 199.

170) Schild, ZphF 35 (1981), S. 445.

171) しかし、この著作は、ヘーゲルとフィヒテの観念論的な哲学が当然に互いに非常に類似しており、まさにヘーゲルの『要綱』が部分的にはフィヒテの法哲学の制限であり、かつ拡張であると理解されうるが故に挙げられるべきである。その上この著作は観念論的な刑罰論に対する開放性を促進したかもしれない。

172) Wolff, ZStW 97 (1985), S. 786.

も、全くヘーゲル的であると呼ばれうるのである¹⁷³⁾。ツァチックとヴォルフがヘーゲリアナーというよりむしろフィヒテナー（Fichteener）と呼ばれる傾向があるならば、ミヒヤエル・ケーラー（Michael Köhler）は既にむしろヘーゲリアナーと位置づけられうる¹⁷⁴⁾。同様にヘーゲリアナー的であると評価されうるのが、『ヘーゲルの市民社会における刑罰の役割』（1991）についてのディートヘルム・クレシェヴスキー（Diethelm Kleszczewski）の著作であり、それは、たとえすでにヘルムート・マイヤーがヘーゲルの刑法理論は『要綱』の三つの部分のすべてに及ぶことを指摘していたとしても、以前はどちらかという光を当てられていなかったヘーゲルの刑罰理論の次元をテーマとするものであった¹⁷⁵⁾。クレシェヴスキーは、「ヘーゲルの『法の回復』としての刑罰の理解が、彼により記述された市民社会の発展段階のすべてにおいてどこまで妥当を要求しうるのかを検討する」という目的を追求する¹⁷⁶⁾。ツァチックは再びクレシェヴスキーの著作に非常に好意的で高く評価する書評¹⁷⁷⁾を与えたが、その中で彼は特にヘーゲルに対する徹底しているが批判的な扱いを賞賛した¹⁷⁸⁾。最後になお最近の刑法上のヘーゲル受容の支流に触れられるべきであり、それはギュンター・ヤコプス（Günther Jakobs）、ミヒヤエル・パヴリック（Michael Pawlik）およびハイコ・レッシュ（Heiko Lesch）らの名前と結びつくものである。このような思潮が例となるような現れ方を見たのが1999年のレッシュの教授資格取得論文においてであり¹⁷⁹⁾、その中

173) *Wolff*, ZStW 97 (1985), S. 830. しかし、ヴォルフは実際フィヒテの承認理論に従っている。

174) *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention, 1983; *ders.*, Der Begriff der Strafe, 1986.

175) 特に司法については、同様にシルトが二つの論稿を表していた。*Schild*, in: Festschrift für Erich Heintel, 1982, S. 267; 最後に *Schild*, in: Seelmann/Zabel (Hrsg.), Autonomie und Normativität, 2014, S. 207.

176) *Kleszczewski* (Fn. 166), S. 19.

177) *Zaczyk*, GA 1993, S. 786.

178) このことは、1960年代の終わりの激しい論難の後のヘーゲルとの新たな議論がヘーゲルのより理性的な扱いであると理解されうるのであり、その結果ヘーゲリアナー的思考における進歩が記されうるという私のテーゼを確認するものであろう。

179) *Lesch* (Fn. 21), insb. S. 75-152; それと並んでなお以下のものが挙げられるべきである: *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln 1999; *ders.*, Person, Subjekt, Bürger, 2004; 最後に非常に注目される個別論文 *ders.*, Das Unrecht des Bürgers, 2012.

でレッシュは、ヘーゲルの刑法思考の機能主義的な修正を行っている。ごく最近シュテファン・ステュービンガー (Stephan Stübinger) は、レッシュの著作に大規模で批判的な議論を行った¹⁸⁰⁾。しかし、この著作は既に21世紀に入るので、このような言及のままでよいであろう。

V. 最終的考察：20世紀のドイツ刑法におけるヘーゲリアナー

いったい20世紀における刑法上のヘーゲリアナーについて語ることができるのか、もしそうであるならばどのような意味においてか？ それに答えるためには、次にヘーゲリアナーという言い方に関するいくつかの概念解明が行われなければならない。ヘーゲリアナーについては固有名詞という意味でも類型的表示という意味でも語るができる。例えば固有名詞としては、その表現は、アーベック、ケストリン、ベルナーおよびヘルシュナーという刑法学者に適用されてきた。というのは、「ヘーゲリアナー」という表現は20世紀の最初の30年の文献においてはまさにこれらの論者を表示していた、つまり個人を指し示していたのであり、その点で固有名詞として使用されていたからである¹⁸¹⁾。しかし、「ヘーゲリアナー」は、同じように類型的表示としても使用される。刑法におけるヘーゲリアナーに対する問いは、その表現を一般的名辞として使用している。というのは、その問いは、まさにヘーゲリアナーであるためにある者ないしある者達が充足しなければならない一定の一般のメルクマールが存在することから出発しているからである。最後に、「ヘーゲリアナー」という表現のこのような一般的用法が20世紀における跡づけてきた発展に関して少し解明されるべきである。その際私は、この表現の究極的に妥当する解明を提供することは求めないのであり、それはおそらく既に言語的表現の意味論的理由から不可能であろう。ウィトゲンシュタインの、概念の明確性と精確性はそのときどきの一定の目的と認識関心に対し相対的に存在するという観察に従うと¹⁸²⁾、ドイツ刑法における個々のヘーゲル受容者を位置づけることを許すようないくつかの区別が行われるべきである。哲学あるいは刑法理論は、多かれ

180) *Stübinger* (Fn. 9), S. 177-211.

181) その理由から、なおたとえば、コーラーやベロルツァイマーは、まさに挙げられた論者から限界づけるために、「新ヘーゲリアナー」という表現を使用したのである。(Sulz, ARWP 3 [1909/1910], S. 1, 75 も見よ). 今日でもこの表現はまだ挙げられた論者に関して固有名詞として使用されている。そうであるのはたとえば *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 82.

182) *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 2003, § 88.

少なかれヘーゲリアナー的でありうるという假定の中で、ここではヘーゲリアナーの三つの異なった概念が区別されるべきである。第一の意味では（ヘーゲリアナー₁）、ヘーゲルの全体系をその形而上学的方向性と従って『要綱』の法哲学も含めて受け入れる場合である¹⁸³⁾。第二の意味では（ヘーゲリアナー₂）、ヘーゲル法哲学をそれにより同時に全体系を持ち込まずに広範な部分受け入れる場合である。最後に、ヘーゲリアナーの第三の意味は（ヘーゲリアナー₃）、法哲学におけるヘーゲルの多くあるいは少なくともいくつかの哲学学説を承認することに存する。ビンダーとドゥルカイトは、彼らの『要綱』の強く内在的な解釈と全体系への入り込みに基づいて最もヘーゲリアナー₁であるといえる。カール・ラーレンツは、第二のグループに位置づけられうるであろう。というのは、彼は少なくともその学位論文において『要綱』の最初の二つの部をその基本的特徴において是認しているからである。彼はおそらく最初のグループにはもはや位置づけられえない。というのは、彼は確かに形而上学的基礎には同意しているが、しかしその際強くカント的な特徴を持っているからである。第三のグループは、是認されたヘーゲルの哲学学説の量に関して程度の差を許すものである。このグループにはハンス・ヴェルツェルが位置づけられうるが、その際この場合における「ヘーゲリアナー」という表現の使用は誤解させうるものでであろう。というのは、それはたいていむしろ第一か第二の意味が意図されているからである¹⁸⁴⁾。フレヒトハイムとクルークは、当然に反ヘーゲリアナーではあるが、批判者と呼ばれうる。比較的新しいヘーゲル類似の刑法学は、第二のグループと第三のグループの間に置かれなければならないであろうが、全く強い意味でのヘーゲリアナーは、おそらく今日もはや誰もいないであろう。

仕上げとして、論文全体を通じて明確にされなかった困難が指摘されるべきである。刑法上のヘーゲリアナーと刑法解釈論的な問題へのヘーゲル的思考の影響と言うことが言われる場合、二つの重点が置かれうる。すなわち、(i)ある者がヘーゲリアナーであり、そのヘーゲリアナー的な哲学的観点から彼の刑法解釈論的な思考に対する影響を考察することに着目することができる（この方向がここではとられた）か、あるいは(ii)ある者を刑法学者として考察し、どのようにヘーゲリアナー的思考が役割を果

183) それによって、ヘーゲリアナーとしてはヘーゲル体系の修正ができないあるいは拡張もできないということは意味されていない。

184) そのことにより、ヴェルツェルは、ヘーゲリアナーの概念に関してはすでに限界事例と成っている。

たしているかを観察するかである。今や問題は、一見したところでは法哲学と刑法解釈論がその共通点にもかかわらず異なった目的を追求しているということに存している。とにかくある理論の適切性はそれにより追求される目的に依存しているのであるから、そのようなものの評価はこの目的に対し相対的に異なりうるのである。ヘーゲル主義に対して拒否するあるいは同意することに関しては、この相違が無条件に顧慮されなければならない。結局のところ、常に、どのような目的のためにある論者のヘーゲリアナーとしての位置づけが行われているのかという問いが解明されるべきであろう。