

# ビンディングの刑法理論（1）

飯島 暢・川口浩一（監訳）

松生光正（訳）

## 目 次

〈監訳者前書き〉

- 1 ビンディングとヘーゲル主義（以上、本号）
- 2 ビンディングとメルケル
- 3 ビンディングの法実証主義
- 4 ビンディングの刑罰論
- 5 ビンディングと法益論
- 6 ビンディングの故意過失論
- 7 ビンディングの規範論と現代刑法学
- 8 刑法学に対するビンディングの影響
- 9 今日の刑法学におけるビンディングの意義
- 10 ビンディングと安楽死問題

## 〈監訳者前書き〉

カール・ビンディング（Karl Binding, 1841-1920）<sup>1)</sup>は、これまで紹介してきたヘーゲル学派によって形成された（国家主義的な）「旧派刑法学の完成者」であり、「国民の権利の侵害を犯罪とするフォイエルバッハの権利侵害説の内容を、180度転回させた」<sup>2)</sup>と町野朔は評価している。これはフォイエルバッハを「前期旧派」とし、ヘーゲル学派やビンディングを「後期旧派」とする平野龍一の理解<sup>3)</sup>に基づいた評価である。しかしヘーゲル学派とビンディングを連続的に捉えることには、その方法論におけるアプロー

- 
- 1) ビンディングの経歴については Michael Stolleis, Binding, Karl, in: Frankfurter Personenlexikon (Onlineausgabe), <https://frankfurter-personenlexikon.de/node/5902> を参照
  - 2) 三井誠・町野朔・中森喜彦『刑法学のあゆみ』（有斐閣・1978年）20頁以下（町野執筆部分）。
  - 3) 平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣・1972年）11頁以下参照。

チの大きな相違に鑑みると、一定の留保が必要であるようにも思われる<sup>4)</sup>。そのような観点から、ドイツにおけるビンディングの刑法理論に関する研究の最近の動向を紹介し、ドイツ刑法学説史におけるビンディングの意義を再検討するための資料とすることが、今回の翻訳シリーズの目的である。翻訳の対象とする論文は、若き日のビンディングがバーゼル大学法学部で行った教授就任講演の150周年を記念して2016年にバーゼルで開催されたシンポジウムに基づき、ビンディングの逝去後100年にあたる2020年に公刊された論文集『「実定法の強力な出現」：カール・ビンディングの規範論と刑法論』<sup>5)</sup>から選び出された刑法理論上の重要なテーマに関するものである。具体的には、ビンディングの刑法学説史上の位置づけに関する論文3つと、ビンディングの刑罰論、法益論、故意過失論に関する3本の論文、そしてビンディングの規範論・刑法論の現代の刑法理論への影響と意義に関する論文3つを選び、更には補論としてナチス安楽死政策の理論的支柱としてビンディングの果たした役割を問う論文を加えて順に全訳していく予定である。特に最後に挙げた安楽死の問題については、わが国でもビンディングの見解の翻訳及びそれに対する批判的考察が公にされており<sup>6)</sup>、ドイツにおける同問題に対する評価を日本語化することの意義は大きいと思量される。

4) この点に関して詳しくは、川口浩一「カール・ビンディングにおける犯罪論と刑罰論の関係」犯罪と刑罰30号（2021年）113頁以下。

5) Michael Kubiciel, Martin Löhnig, Michael Pawlik, Carl-Friedrich Stuckenberg u. Wolfgang Wohlers (Hrsg.), »Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts« Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie, 2020. 同書の書評として Michael Heghmanns, GA 2021, S. 649 ff.

6) 森下直貴・佐野誠編著『新版「生きるに値しない命」とは誰のことか——ナチス安楽死思想の原典からの考察——』（中央公論新社・2020年）。

## 1 ビンディングとヘーゲル主義

トーマス・マイヤー（松生光正・訳）「実定法と理性の間——カール・ビンディングとヘーゲルおよび19世紀のヘーゲリアナーとの関係——」

1872年の『規範とその違反』の第一巻の初版の発行に始まるカール・ビンディングの主要な創作時期<sup>1)</sup>は1919年にまで達し、したがってドイツの刑法学において、実証主義が発展し、ついで自然主義が強く発展した時代の大部分に及んでいる。したがって、ビンディングの創作は、刑法上のヘーゲル主義<sup>2)</sup>が衰退し始めていた時点<sup>3)</sup>から始まるのである。それに加えて、ビンディングが主要な学派の争いの中ではリストの全くの反対者であったのであり、彼の実証主義によって自然主義に対しバランスをとっていたこと<sup>4)</sup>を考慮するならば、ヘーゲル主義は、ビンディングにとって役割をより一層果たしていなかったように思われる。また、当然に自然主義とは重なり合わない実証主義は、哲学的に基礎づけられた刑法学とは対立させられていた。なぜなら、後者は自然法の形式と解釈されていたからである<sup>5)</sup>。このような対立像をビンディング自身が助長していた：

「今や、人間が知りうるような不変の法は存在せず、妥当してきたあるいは今だに妥

- 1) ビンディングの出版活動、特に『規範』（『規範とその違反』を以下『規範』と略す—訳注）の成立については、*Westphalen*, Karl Binding (1841-1920), 1989 を見よ。
- 2) 刑法上のヘーゲル主義とは、以下においては、アーベック、ベルナー、ケストリン、ヘルシュナーの著作のことでありと理解されている。当然にこれは大まかな分類であり、詳細においてはこれらの刑法学者は彼らの精神的な模範であるヘーゲルとは程度の大小はあっても異なっているのである。個々の論者とそのヘーゲルとの関係についての様々な議論については、Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017 の諸論稿、特にツァーベル、クビツイエル、ヤコブスの論稿を見よ。
- 3) この点については、*Ramb*, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005, S. 200-201; *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 23-33 を見よ。
- 4) *Koch*, *Binding vs. v. Liszt - Klassische und moderne Strafrechtsschule*, in: *Hilgendorf/Weitzel* (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 127-145.
- 5) 同様であるのは、例えば *Sulz*, *Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Ausbau in der Deutschen Strafrechtswissenschaft*, *ARWP* 3 (1909/1910), 1, 69 における対置である。もっともズルツは、ヘーゲル哲学をまさに自然法論ではなく、第三の理論類型と同一視している。

当している法の最高度の基本思想とは異なるものを提供できるような確固たる法哲学は存在せず、法律学とは異なったものであるような法哲学は存在せず、実定法の学問とは異なったものであるような法律学も存在しないのである。それゆえ、刑法学を何らかの哲学的な体系という自然法論に従わせようとするあらゆる試みは、その素材に厳格に拘束されるものと把握される刑法学の自由に対する、そしてその対象の統一性に対する断固として拒否されるべき攻撃なのである<sup>6)</sup>。」

あらゆる法哲学の完全な拒否を考慮すると、最初から、ビンディングがヘーゲルと、同じく19世紀の刑法上のヘーゲリアナーと——まさにそれらの拒否以外は——共有するものがないことは確定しているように思われる。まさにヘーゲルの哲学との諸連関が存在しえたであろうということは、例えば以下のようなヘーゲルの『法哲学綱要』からの一節を今引用したことと対置させると、一層強く排除されようように思われる：

「それ故、実定法においては、法律に適ったものが、何が法であるか、あるいは本来何が合法的なものであるかについての認識の源泉である——その点で実定法学は権威をその原理とするところの歴史的な学である。それ以外に行うことは、悟性の仕事であり、外的に整理したり、編成したり、整合性をはかったり、さらには一層進んだ適用を行ったりすること等にかかわるのである。悟性そのものが事物の本性自体に関わると、悟性は屁理屈によって何らかの根拠から何かをでっちあげてを諸理論、例えば刑法のそれが示しているところである。——実定学問は、一方ではその実定的な資料に基づいて所与の法規定の歴史的進展とともにその適用や細分化を詳細にわたって演繹したり、その帰結を示すという権利を持つだけでなく、そうする必然的な義務をも有しているのであるから、他方では、今度はこれらのすべての証拠に基づくと一体法規定は理性的なものであるかと問われる場合、このような質問はみずからの職務に対する妨害質問だと思っても、この学問は少なくとも驚いてばかりはいられないのである。<sup>7)</sup>」

もっとも、あらゆる外面的な拒否にもかかわらず、ヘーゲルが全く確固たる地位につけられていた環境でビンディングが成長したこと、つまり彼の父がビンディング自身の

6) *Binding*, Handbuch des Strafrechts. Erster Band, 1885, S. 9.

7) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 212 Anm. 『要綱』によって以下においては、常に『法哲学要綱』を指示することにする。引用されるのは以下の版である：G. W. F. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Herausgegeben von Klaus Grotzsch auf der Grundlage der Edition des Textes in den Gesammelten Werken Band 14, 2017.

証言によるとやはり「ヘーゲルの大変な崇拜者<sup>8)</sup>」であったことを考慮すると既にイメージは変化する<sup>9)</sup>。ビンディングの追悼論集において、ナーグラーが、「ビンディングは彼の父の意図通りにヘーゲルを崇拜しており、論証の自身のやり方の中で通常の量(Dosis)のヘーゲル的方法を継続的に取り入れた<sup>10)</sup>」と記述するとき本質的により強く表現しているのである。このような印象は、彼の論文の中における刑法上のヘーゲリアナーとの批判的な議論を考慮すると一層強くなる。しかし、これはもしかすると単なる外面的な特徴にすぎないだけではないのではないか？ 以下においては、ビンディングと初期の刑法上のヘーゲリアナーとの間が全く内容的に一致することが確認されることを示すことにする。尤も、既にこの場所で述べられるべき限りでは、ビンディングのヘーゲリアナーとの議論は純粋に刑法解釈論的に行われているのである——その点でビンディングは哲学的反省を拒否していることにおいて全く一貫している。なお解明されるべきことは、その一致がビンディングの思考におけるヘーゲル的な特徴を持つ主張を基礎づけるような性質のものなのか、あるいはビンディングとヘーゲリアナーと呼ばれる何人かの刑法理論家の間に単なる外面的な関係が存在しているだけなのかという問題である<sup>11)</sup>。

ありうる関係および内容的な一致あるいはいずれかの探求に関しては、第一次的にビンディングの主要著作の最初の二巻に制限することにする。つまり彼が1870年代の初めから『規範とその違反』の中で展開してきた規範の理論にである。自身の構想の発展と彼の時代の刑法解釈学全体に対するその影響と並んで、ビンディングは、既に存在する競合的な理論提案とも批判的に対峙した。それには19世紀のいわゆる刑法上のヘーゲリ

8) *Binding*, DJZ 14 (1909), 1005-1006 (原文における強調は隔字体)。

9) それにもかかわらず、既に1860年代には観念論は、従って刑法学におけるヘーゲルの影響も衰退し始めていた、*Pawlik* (Fn. 3), S. 32-33。

10) *Nagler*, Karl Binding zum Gedächtnis (4. Juni 1841 bis 7. April 1920), Der Gerichtssaal 91 (1925), 1-66. もっともナーグラーは以下のように付け加える：「同様に彼は、彼の〔ヘーゲルの(著者記す)〕仕組み(Mechanismus)をロツツェの下で内的に克服した」(ebd.)。

11) 同様にシュトゥービンガーは、19世紀のヘーゲリアナーに関して以下のように示唆していた。「通常ヘーゲリアナー的と特徴付けられる一定の命題を人物と〔結びつける〕危険を冒すことがあるのであるが、「しかしそれがヘーゲルの哲学に着想を得た、その影響が問題とされるべき内容であったことが示されなければならないであろう。」*Stübinger*, Einfluss der Hegelianer auf die Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit, in: Kubiciel u. a. (Hrsg.), Hegels Erben (Fn. 2), S. 185, insb. S. 181-196。

アーナーが数えられる。その際議論の方法は、例外がないわけではないが、主として脚注における批判的議論というやり方である。ここでビンディングは、特に、後で名前が挙げられるべき論者の哲学的基礎というよりむしろ刑法解釈論上の提案を扱っており、後者が確実に前者により規定されていたとしてもそうしている。「ヘーゲル学派」の特質は、第一に国家的刑罰の概念と正当化に関係しており、第二に行為と帰属の概念に関係している。その場合後者のテーマ領域には、故意、意図及び過失というテーマも入れられる。このような二つのテーマ群が以下において、比較の対象とされることになる。そのために私は四つの段階で進める：まずヘーゲルとヘーゲリアナーの最も重要な諸見解についての、特にユリウス・フリードリッヒ・アーベック、ラインホルト・ケストリン、アルベルト・フリードリッヒ・ベルナーおよびフーゴー・ヘルシュナーという論者についての概観が与えられる（Ⅰ）<sup>12)</sup>。それからヘーゲリアナーの言及されたテーマに関するビンディングの見解の叙述がそれに続く（Ⅱ）。その後第三の段階において初めて、それぞれの共通性と相違および個々の論者についてのビンディングによるそれぞれの批判が挙げられる（Ⅲ）。最後の第四の章において、ヘーゲルおよび刑法上のヘーゲリアナーに対するビンディングの一般の特徴付けが行われる（Ⅳ）。その点については、一方の論者に対する他方の論者の関係についての陳述の二種類の解釈が扱われる。

### Ⅰ. 19世紀の刑法上のヘーゲリアナー

刑法学上の文献の文脈におけるヘーゲリアナーという言い方はかなり早くから行われていた<sup>13)</sup>。確かに、このようなヘーゲル主義が正確にどこに存在しているのかという問題が提起されうる。もっとも、この問題は以下においては前面にはだされない<sup>14)</sup>。その代わりに、19世紀においてはアーベック、ベルナー、ケストリンおよびヘルシュナーという論者と結びつけられている刑法上のヘーゲル主義が存在したことが仮定され

12) その際私は、行為と帰属のテーマ設定に関しては、フォン・ブープノフの叙述に従っている。*von Bubnoff: Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966.*

13) *Loening, ZStW 1883, 349* は、「ドイツ刑法学のヘーゲル的時期」という言い方をしている。

14) この点について詳しくは、Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Hegels Erben* (Fn. 2) における諸論稿。

ているのである。このことを前提として、この節では、ヘーゲルおよびたった今挙げた論者らのそのときどきの刑罰の基礎付けと行為論および帰属論についての簡潔な概観が、ビンディング自身の方法との比較にとって十分な程度に与えられることになる。

### 1. ヘーゲルの刑罰論と帰属論

しかしヘーゲルの刑罰論については膨大な量の文献が生み出されてきた。その点についての文献はここでは、全く顧慮しないし、顧慮することもできない。その代わりに、『要綱』の中の箇所を参照することによって、ヘーゲルの基本的な見解を簡潔に報告することにする。ヘーゲルの法哲学は、全体としては出版された版では『エンチクロペディー (Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse)』(1817, 1827, 1830) にのみ存在する全体体系に組み込まれている。第一の体系部分は、「論理学」から、第二は、「自然の哲学」から、第三部は、「精神の哲学」から成り立っている<sup>15)</sup>。最後の部は再び三つの編に、すなわち主観的精神、客観的精神、絶対的精神に分けられている。そこでヘーゲルの法哲学は第二の部分、つまり客観的精神を成している。体系全体が、精神の自己展開の進展する諸形態の分析である。その際基本原理は主観性の構造を受け継いでいる。このことは、体系において、最も抽象的なカテゴリー（質、量、存在、単一、因果関係あるいは実体のようなそれ）から、自然の形式（機械的連関から化学的連関を経て生命有機体までのそれ）を経て、精神の諸形態（感覚、表象、思考、意欲、文化実践）に至るまでテーマ化されている様々な現象が自己実現する精神の定在形態として理解されなければならないことを意味する。したがってこのことは客観的精神にも当てはまる。これに関しては、意志の概念が中心的な組織化原理を形成している。法の全ての形態（所有と契約の抽象的・法的諸関係、刑罰、つまり答責の帰属を経て、共同体的、市民的、最終的に国家的な組織に至るまでのそれ）は、ヘーゲルによると自由な意志の実現形式として理解されなければならない。それ故、ヘーゲルの刑罰論とまた彼の行為論および帰属論<sup>16)</sup>も、それらが自由な意志の実現形式として国家的刑罰、行為および行為の帰属を証示するものというように理解されなければならない。刑罰に関して論証は、犯罪に対する反作用としての

15) ヘーゲルの哲学全体についての簡潔で非常に優れた概観としては、*Emundts/Horstmann, G. W. F. Hegel. Eine Einführung*, 2002 を見よ。

16) それは、『要綱』のなかでも、「刑罰論」、「帰属論」あるいはまた「行為論」という表題の下で議論されている論議に対するヘーゲルの立場と取り組み部分であると理解されるべきである。

刑罰が違反された規範の現実性を強化するというように進められる。刑罰とは、「そうでなければ妥当することになったであろう犯罪を揚棄するものであり、法の回復である<sup>17)</sup>。」この場合犯罪は、妥当している禁止規則の、このような規則の妥当を明示的に承認しないような規範違反であると把握されうる。次に規則の現実性が、ヘーゲルによると、それが実際にも遵守されることに必然的に結びつけられている。犯罪とは、今やこのような規則がまさに遵守されない、それどころかそれが明示的に疑われている場合なのである。したがって、規範違反の場合に規範それ自体を続けて主張しうるためには、この主張を確認する別の規則が実現されなければならない。そこでは規範違反を処罰する法が問題とされているのである。「要綱」の第一部、つまり「抽象法」において適用されているこのような論証は、同時に第二部、つまり「道徳」への移行を動機づけるものである。なぜなら、処罰する法は、それに対し処罰される規範違反が実際にも意志に基づいて行われたことを暗黙のうちに前提とするからである。それによってヘーゲルは、「道徳」において個人による行為の主観的意志条件と取り組んでいるのである。つまり意志の内的側面にてある。そしてヘーゲルは、このような意志の内的側面を経て初めて行為の概念を導入する。つまり「主観的あるいは道徳的な意志としての意志の外化が行為である<sup>18)</sup>。」それによってヘーゲルは、行為概念に、行動による外化は行われた事が内的な、つまり主観的な意欲の表現である場合にのみ行為であるということをつぎつける。彼はこのような条件を、行為とは「私によってその外面性において私のものとして意識されている<sup>19)</sup>」のでなければならないというように表現している。当然にこのことは、内的な、主観的な意欲がどのようにして規定されうるのかという問題を投げかける。今や行為はヘーゲルによると、行われたことを帰する (zuschreiben) ことによって行われたことをその都度意志表現として承認しなければならない他の主体の意志に必然的に関係しているのであるから、主体の側には、事実上自身の内的で主観的な意欲であったことのみが帰属されうる法が生ずるのである：

「しかし意志の法は、自らの所為の中でこのことのみを彼の行為として承認することであり、その諸前提の中で彼の目的のなかにあるものと知っているもの、彼の故意のうちにあったものみに責任を持つということである。——所為は意志の責任とし

17) *Hegel, Grundlinien* (Fn. 7), § 99.

18) *Ebd.*, § 113 (原文における強調は隔字体).

19) *Ebd.*

でのみ帰属されるのである。つまりこれが<sup>知</sup>の法である。<sup>20)</sup>」

したがって、帰属とは、行われた事が自身の、主観的な意欲の表現であるという承認なのである。空間的・時間的に有限な世界における事象として行われたことが主観的意欲に一致しない場合、それは主観的意欲の表現をも成さないのであり、それ故、それがまさに主観的意欲の表現でないことを指摘して行われたことを行為として帰属することを拒否する法が生ずる。同時に、ヘーゲルが続けて論証し続けることになるのは、我々の行為帰属の間主観的性質から、個々の行為主体に対する彼らが行うことを知ろうとする社会的な予期の態度が生ずるということである。その際そこから、一定の条件の下で行われたことを、主観的に規定されたことが知られなかった場合にも意志表現として解釈する権利が導かれる。もっとも、過失の可罰性を基礎づけるこのような権利は、主体が疑わしい場合には行為の前に習得しなければならなかったであろうような一般的に獲得できる知識に関わる問題であることを前提とする。

ヘーゲルの立場の理解に関し重要であるのは、哲学的正当化の対象が最終的には、個々の行為ではなく、我々の帰属実践の基礎にある規則だということである。そしてこのような規則自体は、自由な意志の表現として理解されなければならないのである<sup>21)</sup>。

## 2. 刑法上のヘーゲリアナー

次に19世紀の刑法上のヘーゲル主義を精確に際立たせるものは何か？ 刑法上のヘーゲル主義の端緒は、いくらか制限付きで（cum grano salis）まだヘーゲルの存命中に位置づけることができる。なぜなら、1824年にヘーゲルは、カール・ルドヴィヒ・ミシュレにベルリンで刑法における故意と責任の概念に関する著作で学位を授与していたからである<sup>22)</sup>。そしてユリウス・フリードリッヒ・アーベック（1796-1868）

20) Ebd., § 117（原文における強調は隔字体）。

21) 哲学的視点からの帰属に関する道徳の章の詳しい研究に関しては、*Meyer, Verantwortung und Verursachung in Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“*（タイプ原稿冊子、出版準備中〔訳注：Hegel-Studien Beiheft 69〕）を見よ。

22) *De doli et culpa in jure criminali notionibus*。ミシュレ全体については、*Moser, Hegels Schüler C. L. Michelet, 2003*を見よ。もっとも私はこの著作においてはミシュレを刑法上のヘーゲリアナーには数えない。なぜなら、彼は第一次的には学問的、制度的分類では哲学者であったからである。また、彼の著作には——学位論文は例外として——本来法解釈論的文献はないのである。それにもかかわらずビンディングは、この文献も、ビンディングの時代に存在した故意に関する文献を列挙している長い脚注において触れている（*Binding, Die Normen und ihre* ↗

も彼の二つの比較的重要な文献、つまり『教科書 (Lehrbuch)』と『諸研究 (Untersuchungen)』を既にヘーゲルの存命中に出版していた。それどころかヘーゲルは少なくともアーベックの学位論文を所有していたことが証明できる<sup>23)</sup>。アーベックは、彼の「とりわけプロイセン刑法の解釈論に対するその促進的意義を誤解しようがない刑法解釈論上の主要著作（『刑法学の体系』 [System der Kriminalrechtswissenschaft] 1826; 『刑法学の教科書』 [Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft] 1836) の中で […] 全くヘーゲルの思考世界に由来する応報的正義の理論<sup>24)</sup>」を主張したのである。アーベックは、彼にとっても国家的刑罰の正当化根拠は実行された不法に存するという意味でヘーゲルの刑罰の基礎付けに従っているのである。このような不法はまた普遍妥当的な法との矛盾であると理解されている<sup>25)</sup>。アーベックは、彼が刑罰と犯罪を強制の概念を経て規定するとき、文言に至るまでヘーゲルに従っている。犯罪が実行される場合、「正義それ自体によって抵抗する意志の法律への屈服が要求され、犯罪者は自由意志で法律に服従しているわけではないから、これは必然的に強制であり、この強制は、彼が法と自由に対し彼の特殊的存在の領域において強制を加えたのと同じ程度に彼に対する法的反作用であることが示されるのである。<sup>26)</sup>」

刑罰論に引き続いて、アーベックは教科書の中で彼の犯罪論を展開する。その際彼にとってはあるものが五つの条件を充足する場合に犯罪であると見なされる：(1)「その意志が変化を引き起こす個人」、(2)「意志——主体の知と意志から成る行為の起源」、(3)「行動 (Thätigkeit) による意志の表出」、(4)「違法性」および (5)「可罰性」である<sup>27)</sup>。もっとも、基礎にある行為は最後の二つのメルクマールによって初めて完全なものとなるのであり、したがってその結果行為の概念は価値中立的には規定されていない。「むしろ行為とはこの範囲では有責で違法な行為と同じ、すなわち犯罪と同義であ

↘ Übertretung, Bd. 2/2, 2. Aufl. 1916, S. 785, Fn. 1)。

23) このことは、ヘーゲルの死後競売にかけられた彼の私的図書室からの書物の競売リストから明らかとなる。現在は GW 31, 1 および 31, 2 におけるこれらのリストの二巻本の版を見よ。アーベックについての文献は 31, 2, 975 に見られる。

24) Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, zweiter unveränderter Nachdruck der dritten Auflage, 1995, S. 297.

25) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836, § 63; ders., System der Kriminalrechtswissenschaft, 1826, § 61.

26) Abegg, Lehrbuch (Fn. 25), § 48.

27) Abegg, System (Fn. 25), § 68, 37; ders., Lehrbuch (Fn. 25), §§ 68-69 も参照。

る。<sup>28)</sup>次にそこから、帰属も既に、客観的に帰属可能で<sup>29)</sup>、違法かつ有責な行為についての判断であることが結論として出てくる。アーベックにおいて既に、それから続いて他のヘーゲリアーナーについてもそうであるように、過失による行為がいかにしてなお帰属可能な行為であると示されるのかという困難が生じる。その点で問題をはらむのは、特に行為の概念に対するヘーゲルを指向した意志理論的アプローチである。ヘーゲルにとっては意志の概念にあらゆる答責帰属の根拠が存したのである。しかし、過失による行為の事案では、その場合、これがなお意志の表現として理解されるのかが問われる。アーベックの解決は、過失による行為の事案では意志の責任（Willensschuld）が存在することを指示することにある。当然に、事実上生じたことが意欲されたことと一致しない場合、なんとしてもまさにこの「意志の有責性（Verschuldung）<sup>30)</sup>」がどこに存在するのかが問われるのであり、それは後でようやく取り上げられた問題である。

アーベックが、国家的刑罰の特別に応報論的な正当化を、意志の概念による行為論と帰属論の基礎付けおよび内的意志および外的意志という二つの側面と同じように、ヘーゲルから受け継いでいることを依然として確定しうる。

クリスティアン・ラインホルト・ケストリン（1813-1856）は、特に二つの文献において、強くヘーゲルの法哲学を指向した刑法の理論を展開した。まず彼は、『刑法の基本概念の新改訂（Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts）』（1845）を、次に『ドイツ刑法の体系（Das System des deutschen Strafrechts）』（1855）を公表した<sup>31)</sup>。ケストリンが初めて、刑法学に対しヘーゲル的思考を学会で通用するものとした<sup>32)</sup>、つまり彼が「ヘーゲル哲学に基づいて、[...] 表現方法に至るまで刑法上の思考構造をこれらの原則に従って<sup>33)</sup>」貫徹したのである。アーベックと同じように、ケストリンも積極的・一般予防的応報理論の、すなわち犯罪に個々の恣意的意志と普遍的か

28) *von Bubnoff*, *Entwicklung* (Fn. 12), S. 53. それゆえフォン・ブープノフによるとアーベックの行為概念には体系を支える能力が欠けている、つまりこの能力は、その場合どのような追加的メルクマルが行為を犯罪としたのかを解明しうるためには、やはり価値中立的な行為概念を前提とするとする。

29) 今日の意味で。

30) *Abegg*, *Lehrbuch* (Fn. 25), § 85.

31) ケストリンとヘーゲリアーナーとの関係については、ごく最近の *Kubiciel*, *Der Zweck im Strafrecht. Die Strafrechtstheorie Christian Reinhold Köstlins*, in: *Kubiciel u. a. (Hrsg.), Hegels Erben* (Fn. 2), S. 121-137.

32) *Ebd.* m. w. A.

33) *Schmidt*, *Einführung* (Fn. 24), S. 295.

つ理性的な意志秩序との矛盾を見いだす理論の主張者である。「刑罰は、a) その違反からの法の客観的な復旧を含む。<sup>34)</sup>」そして次に後の場所で、以下のように書かれている：「それゆえ、国家における刑罰の原理は——他の倫理的領域における処罰とは区別されて——価値に従った客観的補償（応報）であることが明らかとなる。<sup>35)</sup>」

彼のヘーゲル主義に基づくと、ケストリンにとって、意志の概念が犯罪論の基礎を成していることも確定している。ヘーゲルの『要綱』の序論における意志概念の概念展開に続いて<sup>36)</sup>、ケストリンは、意志の第二段階、つまり「形式的に自由な意志」あるいは恣意を犯罪的行為の基礎であると規定する<sup>37)</sup>。ケストリンは、帰属の三つの形式を区別する、すなわち形式的帰属<sup>38)</sup>、実質的帰属<sup>39)</sup>、普遍的帰属<sup>40)</sup>をである。「形式的帰属の対象は、客観的定在の世界において定立された変更、つまり外的に生じたことと、意志、すなわち原理としての主観的に内的なものとの関係である。<sup>41)</sup>」フォン・ブーフは、三つの帰属形式を以下のように規定している：

「形式的帰属は、定在の外的な客観性に生じた事象の人間の自由な意志に対する関係を把握する。[...] 我々がヘーゲルの場合には主観的帰属と説明していた実質的帰属は、自身の福祉及び他者の福祉との関係に関わる。[...] 普遍的帰属は、行為の挙げられた内容と実体的意志、つまり法に対する関係を述べている。<sup>42)</sup>」

行為と帰属の概念にとっては、ある事が主体の行為であるという確定に存在するところの形式的帰属が中心的であり、その際行為の概念はあることが「主体の自由な所為<sup>43)</sup>」であることを意味するのである。その上ケストリンには以下のことがあてはまる：

「帰属と行為の概念は重なり合うのであり、それ故帰属可能性については、常に、行

34) *Köstlin*, System des Deutschen Strafrechts, 1855, § 116; すでに *ders.*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 38-50 も見よ（原文における強調は隔字体）。

35) *Köstlin*, System (Fn. 34), § 122（原文における強調は隔字体）。

36) その点については特に、*Hegel*, Grundlinien (Fn. 7), §§ 14-20 を見よ。

37) *Köstlin*, System (Fn. 34), § 46, *Berner*, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843, S. 11-12 も見よ。

38) *Köstlin*, N. Rev. (Fn. 34), §§ 76-151.

39) *Ebd.*, §§ 152-155.

40) *Ebd.*, §§ 156-159.

41) *Ebd.*, § 76.

42) *von Bubnoff*, Entwicklung (Fn. 12), S. 58.

43) *Ebd.*, S. 60; *Köstlin*, N. Rev. (Fn. 34), §§ 76-78 を参照。

為の概念がすなわち客観性において自己と一致する自由な主体性の概念が見いだされる場合にのみ語るができるのである<sup>44)</sup>」ことができる。

違法性は、アーベックとは逆に、まだそれ自体は行為概念の構成要素ではないのであるから<sup>45)</sup>、あらゆる行為はすでに意志表現として解釈される。過失による行為は、ケストリンにおいては、後のヘルシュナーにおけるのと同じように、この場合その者が計画された所為の重要な側面（条件、帰結）を反省するという義務に応じなかったことを経て基礎づけられている。「つまり行為する者の責任は、過失の場合、結果の現実の可能性がその知るところまでに高められなかったことに存する。<sup>46)</sup>」確かに、過失による行為の場合結果が意欲されていたということとはできない、しかし、結果はそれにもかかわらず「意志に帰属されうる<sup>47)</sup>」とする。ケストリンは、その過失論においてミシュレの道徳の体系における構想に方向づけており<sup>48)</sup>、そこでミシュレも既に現実的、可能的帰結という概念を通じて過失をもはや帰属されえない所為から限界づけているのである。

要約すると、以上によりケストリンについても、彼が、犯罪を止揚する法の回復という意味での刑罰の応報理論の主張者であると言うことができる。同様に、彼の行為概念は、したがって帰属概念もヘーゲルの三分的分析によって形成されており、その分析においては対応するように内的、主観的意欲、その行為による実現、および客観的に実現されたことの間が区別されている。アーベックとは異なり、ケストリンからは——その点で彼は全く一貫したヘーゲリアナーである——行為の概念は形式的帰属と結びつけられて価値中立的に理解される。このような方法論的歩みが、必要な可罰性条件としての行為の存在をその後さらに続く正当化と責任阻却の問題から分離して考察することを可能とするのである。

アルベルト・フリードリヒ・バルナー（1818-1907）は、すでに彼の初期の創作段階においてその帰責論（1843）で犯罪論の行為部分と故意および責任部分の間を区別したのである。確かに、バルナーの創作段階は、この初期の著作から彼の1898年の教科書の18版にまで及ぶ。しかし、特に行為に重要な観点と帰属に重要な観点は同じものにとど

44) *Köstlin*, N. Rev. (Fn. 34), § 72; *ders.*, System (Fn. 34), § 57 も参照。

45) *Köstlin*, System (Fn. 34), § 73, S. 193-194.

46) *von Bubnoff*, Entwicklung (Fn. 12), S. 64.

47) *Ebd.*, S. 64.

48) *Ebd.*, S. 65.

まっている<sup>49)</sup>。ベルナーの場合、行為の概念が犯罪論全体の基礎である。「帰属することは、さしあたり言うことができることだが、何か客観的なことを主体に帰することを意味する。<sup>50)</sup>」客観的なこととは、ベルナーの例では、火をつけられた家であり、それはベルナーによると「単なる事実<sup>51)</sup>」、つまり「所為 (That)」と言うことができる。

「これに対して、意志は、われわれがそれを現実の事象から引き離して考察する限り、独立した要素を成している。その場合、所為、すなわち事象を意志と関係づけることに、帰属が存在する。[...] したがって帰属は、行為が存在するという判断を意味する。単に意欲されたことも純粋な所為も帰属されえず、行為のみが帰属されうるのである。<sup>52)</sup>」

したがって、主観的に意欲されたことと客観的に行われたことの一致が存在しなければならない。そのことを通じてベルナーは未遂と過失の概念を規定する。前者の場合は、主観的に意欲されたことより以下の事象が、後者の場合には、逆にそれ以上の事象が生じている。ベルナーが「帰属と責任帰属<sup>53)</sup>」を互いに同一視している点で、彼が責任概念を、今日の吟味構成 (Prüfaufbau) の第三の要素としては使用していないことが明らかとなる。もっとも彼は帰属を排除する根拠から彼の帰責論の第二章で免責事由 (Entschuldigungsgründe) を区別しており<sup>54)</sup>、それは今日の吟味構成における責任とほぼ一致する。行為概念は、確かに犯罪論の基礎ではあるが、しかし可罰性からは区別されなければならないのであるから、ベルナーは、行為の悪意性 (Bösartigkeit) や不法性 (Widerrechtlichkeit) をまだ考慮の外に置く故意行為の理解を有しているのである。

「それによるとあらゆる行為は、因果関係を目的設定的な人間の意志によって利用するものである。結果的に意志と所為との媒介が成立するのは、a) 因果経過がそれに意志が与えた方向性を守っている場合、つまり因果経過、すなわち事象経過が最終結果に

49) 同旨であるのは、*von Bubnoff*, *Entwicklung* (Fn. 12), S. 68 におけるフォン・ブープノフの判断。

50) *Berner*, *Imputationslehre* (Fn. 37), S. 39.

51) *Ebd.*, S. 39.

52) *von Bubnoff*, *Entwicklung* (Fn. 12), S. 70. それによってベルナーにとっては、ケストリンにとってと同じように、帰属判断が同時に、行為が存在するという判断となっている。

53) *Ebd.*, S. 70.

54) *Berner*, *Imputationslehre* (Fn. 37), S. 48-173.

至るまで意志により支配されている場合である。そのことを今日我々は（マウラッハの言う）行為支配と呼んでいる。さらに、b) 最終結果が意志に一致している場合である。それによりベルナーの場合にも、因果関係がではなく、目的性が行為の最上位の原理となっているのである。<sup>55)</sup>」

違法性の問題を考慮に入れると、それは帰属可能性の問題を新たに生み出す。「帰属は今や、違法と評価された所為を義務違反的と認識された意志に関係づけることを意味する。<sup>56)</sup>」したがってその犯罪規定は、所為の側面での行為概念に違法性のメルクマールを、意志の側面での行為概念に義務違反性を付け加えるのである。次にベルナーの刑罰論に関しては、彼はケストリンやアーベックと同じようにヘーゲリアナーである。絶対的刑罰論と相対的刑罰論の叙述の後で、ベルナーは、絶対的理論と一致して、「刑法の最終基礎としての内的正義を承認する<sup>57)</sup>」と確言している。もっとも彼は相対的理論に対して、「法秩序の維持が第二の基礎<sup>58)</sup>として承認されるべきである」限りで真実のあることを承認している。しかし、彼は、「応報とそこに存在する正義がそれらの結びつきにおいてその意義を失って「はなら」ない<sup>59)</sup>」ことを誤解の余地なく明らかにしている。

それにより、第三の仲間も、国家的刑罰に関しても、行為と帰属の概念に関してもヘーゲリアナーであることが証明されている。刑罰とは、実行された不法に対する正当な応報である。これはそれ自体意志表現である、それ故刑罰は、このような意志に基づく妥当要求の止揚であると理解されうるのである。行為自体とそれに対する判断としての帰属は、主観的目的設定、行為による目的実現およびその結果を有する既遂の間の関係にも同様に存在している。

19世紀の刑法上のヘーゲル主義の第四の、そして最後の仲間として、フーゴー・フィリップ・エグモント・ヘルシュナー（1817-1889）が挙げられうる。ヘルシュナーにとっても、帰属概念が中心的役割を果たし、彼も帰属を所為とその基礎にある意志の関係についての判断と理解している。ヘルシュナーにとっても、可罰的行為は、ある者が知って、かつ意志によって、法的な、したがって普遍妥当的な規範に反して行為するこ

55) *von Bubnoff*, *Entwicklung* (Fn. 12), S. 73-74.

56) *von Bubnoff*, *Entwicklung* (Fn. 12), S. 72.

57) *Berner*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 1898, § 7; 最新の18版により引用する。

58) *Ebd.*, § 7.

59) *Ebd.*, § 7.

とに存するのである。その際意志実現が帰属の基礎であるが、しかし有責な意志実現が初めて刑法的非難の基礎となるのである。「責任は、行為者が義務命令によって規定されえなかったという非難である。<sup>60)</sup>」それ故ヘルシュナーにとっても、行為の存在の確定に、非難可能性というさらに続く問題が重要となる前にまず答えられなければならない基本的な問題が存している。その点で彼は、形式的な帰属理解と実質的な帰属理解の間を区別している。形式的にはまず最初に、問題となっている行為が、しかもヘーゲルの意味で事実上遂行されたかが解明されなければならない。それに基づいて初めて、これが刑法上も非難可能かが検討されうる。「ヘルシュナーの場合、ケストリンの場合より一層はっきりと行為概念の基本的意義が明らかとなるのであり、それがここではベルナーの場合と同じように体系の中心的概念とされているのである。<sup>61)</sup>」行為の概念は、全くヘーゲリアナー的に、意欲、外界における事象経過、意欲とそのときどきの変更との関係という三つの要素の結合として理解されうるのである。変更がその原因としての意志に帰せられうる場合にのみ、行為が存在するとする。刑罰は、ヘルシュナーにとっては、犯罪の「取り消し (Tilgung)」として犯罪の止揚の概念からの必然的帰結であることが明らかとなる<sup>62)</sup>。それ故刑罰による犯罪の止揚というヘーゲルの理念は、ヘルシュナーにとって全く首尾一貫していることが明らかとなる：

「犯罪の法的意義は、その法的な無意味性であり、それは、それ自体無効なものの見かけ上の存在が破棄されることにより認められるのである。このような矛盾の解決、つまりこのような無効なものの取り消しが我々が刑罰と呼ぶものである。<sup>63)</sup>」

刑罰の目的としては、ヘルシュナーによりもっぱら法と正義が挙げられている<sup>64)</sup>。したがって刑罰が犯罪の取り消しであり、それによりその目的としての法に役立つ限りで、刑罰は法の妥当の維持であると理解されなければならない。このことも、まさにヘーゲル的な刑罰論の応報思想と一致しているのである。

以上により、4人のヘーゲリアナー全員にとって、彼らが刑罰の正当化に関する応報主義 (Retributivismus) の主張者であることがあてはまる。全員にとって、すでにヘーゲルに関して同じであるように、刑罰の応報性が大きな役割を果たしている。それ

60) *von Bubnoff*, Entwicklung (Fn. 12), S. 81.

61) *Ebd.*, S. 83.

62) *Hälschner*, Das Preußische Strafrecht, 1858, § 116, S. 435.

63) *Ebd.*, § 116, S. 435-436.

64) *Ebd.*, § 119, S. 439.

故国家的刑罰は、処罰されるべき犯罪が客観的に妥当する規範に違反したが故に正当化されるのである。その際正当化の基礎は、個別的行為および一定の行為を処罰する法秩序の基礎としての意志の概念およびその自己実現に存在するのである。ヘーゲリアナーの犯罪の基礎、特に行為論と帰属論は、まず最初に反因果主義的であると理解される。確かに、一定の意味で意志がその行為による実現に対し因果的役割を果たしているが、ただしこの関係は単に因果的有効の意味で理解されるべきではなく、ヘーゲルの目的論的に構成された意志概念の範囲の中で理解されるべきである。刑法解釈論的には、当然に1840年代からその世紀の終わりに至るまでヘーゲル主義の内部で発展があった、例えばアーベックの規範的内容を持った行為概念から客観的構成要件レベルと規範的な正当化および責任レベルの間の明確な区別に至るまでのそれである。それにもかかわらず、挙げた全ての方法は、刑罰論と犯罪論のヘーゲルの基礎という一貫したモチーフ（roter Faden）によって結びついているのである。それによりビンディング自身の方法へと移ることができる。

## II. ビンディングの規範論とその刑罰論及び犯罪論

既に述べたように、ヘーゲリアナー達は、テーマと概念の一定のまとまりを通じて確定される。刑罰とその正当化と並んで、一般的犯罪論の因果的、行為論的および帰属論的な基礎がそれである。ビンディングは、これらのテーマ全てについて実際発言したのであり、それらを彼の規範論の範囲内で規定しようと試みたのである。それ故今度はこれらのテーマについての彼の基本的な立場に関する概観が与えられることになる。

### 1. ビンディングの規範論

ビンディングの基本的理解は、ある者が違反するのは決して刑罰法規ではありえないということにある<sup>65)</sup>。なぜなら、刑法典の各則の刑罰法規は犯罪行為が実行された場合まさに充足されているからである。例えば刑法第212条第1項を取り上げると：「人を殺害した者 [...] は、[...] 5年以上の自由刑に処せられる。」そこである者Aが人を殺害した場合、その者はこの法律に違反したのではなく、まさに充足したのである、少なくとも含意された条件文の前件を充足した<sup>66)</sup>、つまりその者は「この法律の前半部分

65) ただし、ビンディングは、このような以下において叙述されるべき全く基本的な規範論的理解に、過失問題という回り道をして達している：*Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, V-VI.*

66) その規範はそのような条件文に変形することが許される。すなわち「ある者が」

にしたがってこれと合致して行為した<sup>67)</sup>」のでなければならぬのである。しかし、誰かがそれに反して行為したものが刑罰法規ではないならば、その場合何に対して違反したのかが問われる、つまり「犯罪者が法律に違反した、彼はそれに反して行為した、彼はそれに従わなかった、彼はそれを軽視した<sup>68)</sup>」とは何を意味するのかが問われる。それぞれの場合に違反されたものを、ビンディングは規範 (Norm) と呼ぶ、「なぜなら、犯罪者は、彼に行為の指針を指示する命題にのみ違反しうるのである。<sup>69)</sup>」規範はまさに法律の文言とは一致しないのであるから、それは、書かれざる法命題であり、したがって現行の法律を通じてのみ推論されうるのである。したがって、前提の解釈により、あるいはビンディングが実際に言うように各則の刑罰法規の「叙述する」部分の解釈により、その時々々の法律の基礎にある規範の内容がどこに存するのかが推論されなければならない。その場合法効果を指定する結論あるいは「指示する」部分は、——規範が違反されたのであり、したがって叙述する部分が充足されていることを前提として——規範違反に対し処罰せよという要求を指示しているのである。この刑罰法規の第二の部分の名宛て人は誰かという問題に関して、ビンディングは、三つの、彼によれば支持しえない解答の批判的議論の後に、彼の後の責任についての文献において簡明的確に表現する結果に至っている；

「刑罰法規は決して職務上 (ex professo)、法仲間に義務を課するという任務を有しない。つまりそれはまったく彼らには向けられておらず、処罰義務ないし処罰権を与えられる国家および、刑罰受忍義務を課せられる有罪判決を受けた者に向けられているのである。<sup>70)</sup>」

次に、規範は、「その要求を充足し、背くことができる人間のみを拘束し [うる]<sup>71)</sup>」ということが重要である。それにより規範違反は、またそれとともに規範違反の帰属も行為能力を前提とするのである。規範違反は、ビンディングにとって、意志的行為が、規範の内容の中でそのときどき規定された回避しうる状態に対し因果的に原因となった場合に既に存在するのであるから、故意と過失の内部区分は、規範の内容メルクマール

---

「人を殺害した場合、その場合にはその者は故殺者として5年以上の自由刑に処せられる。」

67) *Binding*, Normen 1 (Fn. 65), S. 4.

68) *Ebd.*, S. 3.

69) *Ebd.*, S. 7.

70) *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 6.

71) *Binding*, Normen 1 (Fn. 65), S. 99.

ではないのである。フォン・ブーフノフはそれを以下のように表現している：

「それによれば、ビンディングに従うと、『汝、殺害してはならない』あるいは『汝、他者を身体的に傷つけてはならない』という禁止は、以下のように内容的に明確化しうる：汝、人の死亡に対し、身体傷害に対し、あるいは全く一般的に何らかの望ましくない変更に対して原因となってはならない（原因を設定してはならない）。<sup>72)</sup>」

したがって、必要であるのは、意志的に遂行され、そのときどきに重要な、規範に表現されている状態を惹起した行動が存したことである。ただし、このような惹起された状態自体が意欲されたことも必要となるわけではない。このような理論決断に基づいて、ビンディングは、今度は、故意による行為も過失による行為も含意するような意欲（Wollen）の概念を展開しなければならない。その点に、目的的な行為が核心が存在するのだと、目的的行為論の創始者であるハンス・ヴェルツェルの判断が述べる<sup>73)</sup>。

「しかし、違法なことの意欲についても、たった今述べたこと以上のことは決して必要ではない。特に、いわゆる結果は、表象されたことのみが意志の対象となる心理学的意味で全く意欲されることは必要ないのである。まさに結果は、意欲された惹起行為によって惹起されたが故に意志の仕業となるのである。<sup>74)</sup>」

次に、彼の犯罪論と刑罰論は、その規範論に立脚している。

## 2. 刑罰、不正行為及び犯罪：ビンディングにおける刑法的基礎

今やビンディングの規範論が彼の刑法理論の基礎である。したがって規範の概念から刑法それ自体へと至らなければならない。刑罰法規の基礎にある規範に対する違反が、刑罰法規の叙述する部分を充足し、その指示する部分が効力を発揮するに至るのである。しかし、そのような違反は、ビンディングにより不正行為（Delikt）と呼ばれている、つまり「有責に規範違反的な行為<sup>75)</sup>」とである。不正行為がそれ以上に刑罰法規の基礎にある規範に対する違反となる場合に、このような不正行為は犯罪となる。「したがって犯罪とは可罰的な不正行為である。<sup>76)</sup>」その後、ビンディングは、『ハンドブック』において、犯罪を、代わりに「責任に帰属可能で、その実行の前に刑罰法規によって一定の公的な刑罰をもって威嚇された規範違反的所為<sup>77)</sup>」と規定している。特

72) von Bubnoff, Entwicklung (Fn. 12), S. 112.

73) ヴェルツェルについては、Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949 を見よ。

74) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.4, 1919, S. 364.

75) Binding, Handbuch (Fn. 6), S. 499.

76) von Bubnoff, Entwicklung (Fn. 12), S. 110.

77) Binding, Handbuch (Fn. 6), S. 503.

に不正行為の概念は、行為の概念を導入し、それをビンディングは彼の『規範』の第2巻で議論している。彼はまず行為を「実現された人間の意志<sup>78)</sup>」であると理解している。しかし、実証主義者としての彼にとっては実定法のみが重要であるから、彼は、「法的に重要な意志<sup>79)</sup>」という概念を必要とする。それ故、刑法上の行為概念にとって重要なものとしてビンディングに認められているのは以下のことである：「それは、法領域において変更を惹起することに向けられていなければならない、同時にその担い手は法律の前に、この変更を法律上意欲する能力がある者でなければならない。<sup>80)</sup>」それによって、ビンディングは、行為概念を定義する全ての手段を集めていたのである：「行為とは、実現された法的に重要な意志である。<sup>81)</sup>」結局、行為を構成するメルクマールとしてはなお帰属が欠けているのである。「それは、法的意味での行為が存在すること以上のことも、以下のことも述べていない。<sup>82)</sup>」ビンディングが、行為と帰属の概念を、刑法に制限されてはならない、法に関し一般的に妥当する概念として規定していることが重要である。「それ故、帰属の概念は、法学の総論に属するのであり、全く不正行為論にのみ属するわけではなく、より一層刑法論にだけ属するわけではない。<sup>83)</sup>」次に再び、規範の違法性を規定するために、ビンディングは、それぞれの規範の内容を規定し、かつ規範が保護すべき法益についての彼の理論を展開する。法的に固定された規範に対する違反があった場合の処罰の根拠は、再び、まさにこのような保護すべき財の不受容に存在するのである：

「そこからは、規範違反は本来、行為者が純粹に形式的に規範に違反したが故に刑罰を科せられるのではなく、彼が、その不服従によって、立法者が規範公布の際に出発点とし、規範の基礎にあるところの『価値表象の実現』を挫折させるが故に刑罰を科せられることも明らかとなる。<sup>84)</sup>」

したがってビンディングは、刑罰の目的として、所為によりまさに疑問とされる価値の妥当の表出としての応報を見ているのである。もっとも、このことは、ビンディングにとって予防的考慮を完全に排除するものではない：「予防は、規範の目的であり、刑

78) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2/1, 2. Aufl. 1914, S. 88.

79) Ebd., S. 92.

80) Ebd., S. 92.

81) Ebd., S. 92.

82) Ebd., S. 93.

83) *Binding*, Normen 2/2 (Fn. 22), S. 94, Fn. 18.

84) *von Bubnoff*, Entwicklung (Fn. 12), S. 114.

罰法規の目的でもあるが、しかし処罰の目的ではない。<sup>85)</sup>」ビンディングの刑罰理論の応報的性質は、以下のように明らかとなる：

「刑罰とは、常に、法の支配性（Rechtsherrlichkeit）に犯罪者を強制的に従わせることである。彼の所為が処罰されるのではなく、彼の所為を理由として彼が処罰されるのである。[...] このような疑いのない刑罰目的を応報の目的と呼ぶことに人は慣れてしまっているのである。<sup>86)</sup>」

もっともビンディングは、代わりの表現を意図している：「私は、そのように簡単に誤解された応報よりも、犯罪者を法的強制に屈服させることによる法支配性の保持と言う方をはるかに好む。<sup>87)</sup>」今度は、不正行為と犯罪の区別から、犯罪としての所為の規定は、現行の刑罰法規によって初めて行われるのであり、社会的に一般的に承認されただけの規範によって既に行われるのではないことが明らかとなる。それによってビンディングは、犯罪の構成的なテーゼを主張している：

ある行為 *H* は、それが刑罰法規の叙述する部分を充足する場合に初めて犯罪と見なされる<sup>88)</sup>。

「従って刑事立法者が、当然に犯罪概念として把握される、犯罪を生み出すのである。<sup>89)</sup>」したがって、刑罰法規による規範の固定の前は、このような規範に違反する行為は、実際犯罪ではないのである。このことは当然に、行為が規範違反はあっても刑罰法規の叙述する部分を何ら充足しなかったにも拘わらず、ある者が犯罪を実行したと日常的に言われうることを排除しない。もっともその際、このような場合には用語法上明確な言い方が問題になっているわけではない。そして次にそのようなことがビンディングにとって重要となる。構成的テーゼは、それが帰属による法的に重要な行為という構成から直ちに結論として出てくる限りでのみ首尾一貫しているのである。それ故ビンディングは、既に行為概念に関し構成的テーゼを主張しており、それを帰属主義（Askriptivismus）と呼ぶことができるであろう。法的に重要な行為が存在しているという判断としての帰属は、そのときどきの振る舞いをまず最初に法的に重要な行為とし

85) Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 16, m. w. A.

86) Binding, Normen 1 (Fn. 65), S. 419.

87) Ebd., S. 420.

88) このような言い方によって、叙述する部分を充足する行為を禁止する規範も存在しなければならないという条件が既に把握されている。

89) Binding, Normen 1 (Fn. 65), S. 133-134.

て構成するのである。

以上により、すぐ次の段階で刑法上のヘーゲリアナーとの比較を実行しうるために、ビンディングの規範論と彼の刑罰論及び犯罪論の全ての構成部分も展開されているであろう。

### Ⅲ. 共通点と相違点

つぎにビンディングは19世紀のヘーゲリアナーとどのような関係にあるのか？ 実際には、彼は刑法に対する哲学や哲学的反省を厳格に拒否したことに基いて同時にヘーゲリアナーの提案も拒否しているということになるのか？ 内容的には、共通点や相違点も確定されるのであり、それが以下において述べられることになる。

最初の共通点は、ビンディングもヘーゲリアナーも、明白に刑法上の応報主義者と、つまり応報理論家と呼ばれうることにある。その点でヘーゲリアナーは、全く彼らの師ヘーゲルに従っているのであり、そのヘーゲルは彼の『要綱』の中で刑罰を、それが普遍的に存在する法に違反し、それにより同時にこれを無視した個々の者の所為に対しこのような普遍的に存在する法の妥当を維持することで正当化したのである。ビンディングも犯罪にそのようなことを見いだしている。彼の言い方は、その陳述内容に従うと、彼が刑罰の目的について、「法的強制への犯罪者の屈服による法的支配性の保護<sup>90)</sup>」と述べているのであるから、したがって、ヘーゲリアナーからもやはり同意されうるのであろう。

行為論と帰属論では、いくらか区別される点が見られる。まず、両方の方法が共通しているように見えるのは、双方が反自然主義的であり、行為の存在を、それによりその行為の帰属可能性を純粹に自然的——因果的に規定可能なものではないと見なしている点である。ビンディングにとっては、まさに彼の所為——行為の区別によって、所為であることは全て、自由な意志を欠いているという意味で偶然に服するのである。このことは、行為の場合は常に自由な意志が含まれているということの意味している。しかし、自然的、因果的に生ずることは全てまさにこの自由な意志というメルクマールを欠いているのであるから、行為はまさに自然的、因果的には規定されえないのである。同じように、意志実現という行為概念の一致がなお存在しているように見える。それでビンディングは、「意志経過は結果によって初めて終了に達する<sup>91)</sup>」という彼の時代の心理学的テーゼを確認している。同様に、ヘーゲリアナーもヘーゲル自身と同じように主

90) *Binding*, Normen 1 (Fn. 65), S. 420.

91) *Binding*, Normen 2/1 (Fn. 78), S. 90, Fn. 10.

観的目的、活動による実現および客観的目的から成る複合体を意思実現の過程として把握している。それによると、行為は、例えば一定の身体運動の終結によって既に終了するのではないのである。

相違点は、ビンディングのヘーゲリアーナーに対する批判を通じて確定されうる。ビンディングは、ヘーゲリアーナーのベルナー、ケストリンおよびヘルシュナーを同じように、彼らがその行為概念によって法的に重要な行為と法的に重要でない行為の間の区別を消し去ったと非難している<sup>92)</sup>。ビンディングは彼らの形式主義を批判しているのである。つまりビンディングは、ベルナー、ケストリンおよびヘルシュナーに対し、『規範Ⅱ』の前半部において、彼らは、行為の存在に関して、「何か生じたことが意欲されていた<sup>93)</sup>」ことで十分であると見なしていると批判したのである。このような概念規定は、法的な行為概念と日常的な行為概念の間の区別も所為と行為の間の区別もきれいに獲得されえないという点で欠陥があるとする。後者に関しては、確かに、ベルナー、ケストリンおよびヘルシュナーらは彼らの意志概念によって把握されうるであろうが、ただし前者に関しては把握され得ないとする。もっともこのことは、ビンディングにとっては中心的意義を有する。なぜなら、彼は実証主義者としての当然の帰結としてあらゆる重要な用語を実定法から引きださなければならず、したがって刑法内在的な行為概念と法にとっては外在的な日常的行為概念の間の区別に頼らざるをえないからである。もっともその際ヘーゲリアーナーは、再び、ビンディングから、その判断によると帰属の正しい概念を「流布させた<sup>94)</sup>」ことに対し、大変な賞賛を得たのである。その際彼は、アーベック、ベルナー、ケストリンおよびヘルシュナーの四人全てに触れている。それにもかかわらず、このような賞賛は批判を受けずには済まなかったのであり、そのような批判は、論者らがその形式的な帰属概念に基づいてたとえば小児の所為も行為として構想することになるという批判の繰り返しにあった。さらにビンディングは、四人の中で特にヘルシュナーに対し、犯罪の構成的テーゼを拒否していることを批判している。それに代えて、刑罰法規は、「その〔犯罪の：著者記す〕以前に確定している性質のみを明示的に承認していることになる<sup>95)</sup>」とするのである。もっともビンディングは、上で示したように、刑法的行為概念の構成的テーゼも主張しているのであるから、それ

92) Ebd., S. 91.

93) Ebd., S. 91.

94) Ebd., S. 93, Fn. 17.

95) *Binding*, Normen 1 (Fn. 65), S. 133.

にはヘーゲリアーナーに対するそれ以上の異議も伴っているのである。

特別に触れるに値するのが、『規範Ⅱ』の前半部の88節である。この節はヘーゲリアーナーの故意 (dolus) と過失 (culpa) についてのアプローチの拒否に当てられている。節全体において、「責任、特に禁止されたものと表象された結果の意欲としての故意<sup>96)</sup>」が問題となっている。その際ビンディングは、この表題に付け加えられた注の中で、この部分における証明目標を説明している：

「以前、この学説のルーデン、ケストリン、バルナーおよびヘルシュナーらによる完全な基礎付けが与えられており、後の文献はこの基礎付けを受け入れたが、しかし補充しなかった。したがって理論全体の克服のためにはヘーゲリアーナーの論駁で十分であろう。その上、ヘーゲリアーナーの責任論がその後の責任論に非常に大きな影響を一般に及ぼしたのであり、彼らの理念はなお非常に強く現在に至るまで鳴り響いているのである。<sup>97)</sup>」

ビンディングが率直に誤っているものとしてヘーゲリアーナーを拒否することにより証明しようとする立場は以下のようなものである：「それによると、故意とは、客観的立場から禁止された結果、つまり行為する者が彼の行為の目的として、意欲されたことが禁止されているという意識を持ってあるいは持たずに表象した結果の意欲である。<sup>98)</sup>」この見解は、強くヘーゲルの法哲学によって促進されてきたとする<sup>99)</sup>。ビンディングは、脚注でいくらかより詳しくヘーゲルも扱っており、誤った見解を『要綱』の117節に位置づけている。そこでヘーゲルは知の法 (das Recht des Wissens) を基礎づけている<sup>100)</sup>。その故意規定 (すなわち dolus) の基本問題は、それが責任 (すなわち culpa) に対し何ら余地を残さないことであるとする。その方法は全く本質的な相違を取り入れることはできないとする：「したがって意志および表象として考察されると、この見解によれば適法な意志と違法な意志は完全に一致するのである。<sup>101)</sup>」しかし、

96) *Binding*, Normen 2/1 (Fn. 78), S. 402.

97) *Ebd.*, S. 402, Fn. 1. 興味深いのは、ビンディングがここでルーデンもヘーゲリアーナーに数えているように見えることである。ヘーゲリアーナーとしてのルーデンについては、*Stuckenberg*, Heinrich Luden, in: Kubiciel u. a. (Hrsg.), *Hegels Erben* (Fn. 2), S. 139-162 を見よ。

98) *Binding*, Normen 2/1 (Fn. 78), S. 402-403.

99) *Ebd.*, S. 402, Fn. 2.

100) ビンディングは、既に追加を含む1833年の第2版を引用している。

101) *Binding*, Normen 2/1 (Fn. 78), S. 405.

## ビンディングの刑法理論（1）

ビンディングが言うように、行為と故意による行いの帰属の概念が所為の不法的性質についての認識に対して中立的であるならば、このような分析は刑法のあらゆる意義を失うことになるとする。なぜなら違法性の認識としての責任が初めて刑罰による威嚇が有効となる条件だからである<sup>102)</sup>。

「今や非常に奇妙なのは以下のような首尾一貫性のなさである。すなわちヘーゲルの見解によると、責任は、全体意志に対する個別意志の意識的な対立であるが、それにもかかわらずヘーゲルは違法性の意識を故意の本質的メルクマールとは見なしておらず、むしろその本質を所為と意欲された表象との一致に見ているのである（S. 156 ff.; 私はここでも法の錯誤は害せず [error juris nocet] という誤解された命題の影響を推定している）。[...] このようなヘーゲルの理論は、哲学者の側では特にミシュレによってさらに形成されたのであり、彼はたとえ効果がなくとも過失の存在を救おうと努力したことに功績があるのである。彼の De doli et culpae in jure criminali notionibus 1824; Naturrecht 1866 I S. 105 ff. を見よ（特に S. 120 ff. の反論を見よ）。<sup>103)</sup>」

ビンディングが少なくともヘーゲルに関して犯している誤りは、故意規定を可罰性の十分な主観的メルクマールと見なしている点である。しかし、故意はヘーゲルの場合単に必要的な主観的メルクマールとして機能するだけである。それ故、それは、故意が存在しなかった場合、答責を拒否するという認識の否認権も生み出すのである。この誤りは、多分ヘーゲルの場合に「責任」という表現が使用されているためである可能性がある。しかしこのことは当然に、ビンディングの言う責任が、ヘーゲルの法哲学における主観性の法に対する役割も演じないということ意味しない。ビンディングが道德の章の後の部分を参照していたならば、彼は、ヘーゲルが自身の所為の不法的性質についての認識を決して考慮しないことはなかったことがわかったであろう。まったく反対に、その認識はそれどころか主観性の法を生み出すのである。

「主観的意志の法とは、その意志が妥当するものとして承認すべきものが意志により善として洞察されるということであり、そして行為が、外的客観性において現れる目的として、行為がこのような客観性において有するその価値についての意志の認識に従って、正当あるいは不当として、善あるいは悪として、合法的あるいは違法的なものとして意志に帰属されるということである。<sup>104)</sup>」

102) *Binding*, Normen 2/1 (En. 78), S. 405-406.

103) *Ebd.*, S. 403, Fn. 2.

104) *Hegel*, Grundlinien (Fn. 7), § 132.

結局ビンディングは、ヘーゲルのテキストを誤った読者の思い込みによって受け入れたように思われる。たとえばヘーゲルが生み出す個々の権利の順序は、精神の自己実現の方法的秩序付けに従う、法哲学の場合には即自かつ対自的に自由な意志の形態でのそれに従うのである。その際刑法解釈論的に適切な分析が問題になっているのではない。逆にビンディングは、彼の行為概念を、既にそれが違法性を前提とするように決めているのである。しかし、ヘーゲルの分析の利点は、まさに行為のなお規範中立的で価値中立的な概念を展開しうることにあるのである<sup>105)</sup>。

最後に、全く基本的な相違が、ビンディングとヘーゲリアナーの間の一部は一致する帰結の基礎付けの手續きになお見いだされうる。ヘーゲリアナーは、その刑法解釈論を哲学的考慮の上に構築する。特に刑罰論に関しては、正義の概念が大きな役割を果たす<sup>106)</sup>。これに対してビンディングは、実証主義者として完全に現行の実定法に関わっているのである。その再構成が彼の関心を惹くのであり、その際哲学的諸理論は分析の妥当性の基準とはならないのである。反対に彼はそれらを、本論文の冒頭の引用が示しているように、むしろ拒否しているように思われる。なぜなら、哲学的諸理論には、彼の考え方によると誤った永遠の承認が伴うからである。その上、実証主義者としての彼にとっては、自然法的伝統の意味での法のあらゆる法律外の基礎付け手法は当然に疑わしいのである。以上により最後の章に移ることができる。

#### IV. ビンディング、ヘーゲルおよび19世紀の刑法上のヘーゲリアナー

先行する章でビンディングと刑法上のヘーゲリアナーの間の共通点と相違点が挙げられ得たにもかかわらず、それによってはまだビンディングとヘーゲルおよびヘーゲリアナーとの関係は解明されていない。それ故今最後の章で、ビンディングと19世紀のヘーゲリアナーとの関係が叙述されることになる。そのために私は、ある論者その他の論者ないしは論者のグループとの関係を対象とする異なる類型の命題についてより明白性を得るために、言語哲学的な区別を援用する。言表的 (de dicto) 命題と事象的 (de re) 命題の間の区別が以下の概観にとって得るところがある。真なる事象的命題は、それにより何か物事について陳述される言語的表現が代替的な記述によって置き換えられ

105) この点については今なお標準的な *Quante, Hegels Begriff der Handlung*, 1993 を見よ。

106) *Abegg*, Lehrbuch (Fn. 25), § 48; *Berner*, Lehrbuch (Fn. 57), § 7; *Hälschner*, Das Preußische Strafrecht (Fn. 62), § 119, S. 439.

でも、真のままである。このことは、真なる言表的命題には当てはまらない。したがって、「ビンディングは19世紀の刑法上のヘーゲリアナーに対し肯定的に対した」という命題は、少なくとも二義的である。それは、あるときは「ビンディングは、（『ヘーゲリアナー』という特徴付けにかかわらず）（事象的）ヘーゲリアナーと呼ばれている19世紀の刑法学者に対し肯定的に対した」ことを意味しうるが、またあるときは「ビンディング、ヘーゲリアナーとしての19世紀の刑法上のヘーゲリアナーに対し肯定的に対した（彼はヘーゲル主義に対し肯定的な立場をとった）（言表的）」ことを意味しうる。今度はビンディングのヘーゲリアナーに対する関係がそれぞれの読み方の下で考察されるべきである。そのために前の章で得られた共通点と相違点が援用されることになる。

### 1. 事象上のビンディングとヘーゲリアナー

事象的読み方は、今やまずよりわかりやすい。なぜなら、ビンディングは、既に序文で示したように、法についての哲学的反省を拒否しているからである。もしそうであれば、その場合にはしたがって、彼は、刑法解釈論的問題に関心があったように思われる。そして実際、彼は彼の著作の中で刑法解釈論者としてのヘーゲリアナーを援用していたことも明らかとなった。既に引用された脚注における批判的議論は、ビンディングの議論がむしろ事象上の議論として理解されるべきことを示している。彼は非常に区別的に判断している、つまりある者は批判し、別の者は肯定しているのである。このような純粹に事物関係的な議論は、さらに、挙げられた論者らが脚注において非常に多くの他の論者と並んで挙げられ、議論されている点で明らかとなる。テキストの箇所では事象上の関係規定が問題になっている事に対する徴候としては、ビンディングが単にそれぞれの刑法学者の固有名詞を使用しているという事実が評価されうる。哲学者としての彼らに対する言及は全くないのである。しかし、言表上のヘーゲリアナーについての明白な言明も現れているのである。

### 2. 言表上のビンディングとヘーゲリアナー

いくつかの箇所でビンディングは、その際、たとえば「ヘーゲル学派<sup>107)</sup>」と、「法学上のヘーゲリアナー<sup>108)</sup>」と、あるいは単に「ヘーゲリアナー<sup>109)</sup>」と述べている。これらの言明は、非常に乏しい内容しか持っていない。第一に、ビンディングは、事象

107) *Binding*, Normen 2/1 (Fn. 78), S. 94, Fn. 17.

108) *Ebd.*, S. 96-97, Fn. 20.

109) *Ebd.*, S. 84, Fn. 1.

上のヘーゲリアーナーについての肯定的な言明を行っている。特に行為概念に関し、彼は、彼らに、当然に自身の提案において頂点に達する適切な行為理解に対する必要な準備作業を帰しているのである：「しかし、このような真実に突破口を開くことに助力した事が、ヘーゲル学派の功績である。<sup>110)</sup>」これに対して第二に、比較的詳しく論じられた第88節の中で、ヘーゲリアーナーは、ビンディングによると誤った故意についての見解の主要な敵となる。この場合、彼は、誤った見解を彼が引用もしているヘーゲルに遡らせている。このような批判は、言表上のヘーゲリアーナーに対する強く拒否的な関係の特徴づけている。もっとも、その種の詳しい批判と議論は承認の表現でもあることが考慮されなければならない。既に示したように、ビンディングによるヘーゲル自身の読み方は不適切である、そのためこの場所は、明白に反ヘーゲル主義的態度を証明してはいるわけではないのである。最後に、なおヘーゲル自身に対するビンディングの関係が一瞥されるべきである。

### 3. ヘーゲルの刑法哲学に対するビンディングの近接性

本論文の最初に、ビンディングはヘーゲルとはほとんどすでに際だった対立を成しているように思われることが述べられた。もっとも、刑法上のヘーゲリアーナーと比較すると、やはり人が最初に考えうる以上の一致が存在していることが示されえたであろう。ヘーゲル法哲学の十分な知識がビンディングにあることは、おそらく父親が熱狂していたことだけですでに受け入れられうるのである。しかし、『規範』には、ときおりヘーゲルへの明示的な参照も存在している。たとえば、彼はヘーゲルを『要綱』の第118節を参照して「表象されていないものは意欲されていない」というテーゼについて批判している<sup>111)</sup>。第88節で、その場合、ビンディングがヘーゲルをより一層詳しく扱っているのが、彼が刑法上の行為概念が不法の意識に対しやはり中立的であるという誤ったテーゼの起源をヘーゲルに帰している場合である。このような批判の適切性と無関係に、あらゆる法哲学に反対する冒頭の引用にも反して、この箇所は、ビンディングが法学者としてのヘーゲルを全く真剣に受け取っていたことを示している。このことが冒頭の引用と対立するものではないことは、ビンディングがそこで、本来ヘーゲル自身が彼の法哲学において展開した全てのことの拒否を主張しているのではなく、単に刑法についてのこのような哲学的反省の帰結を永遠の真理と理解することの拒否を主張しているだけであることで明らかとなる。そして今やその点で基本的な共通性が明らかとなるのであ

110) Ebd., S. 93-94, Fn. 17.

111) *Binding*, Normen 2/1 (En. 78), S. 304 und Fn. 12.

## ビンディングの刑法理論（1）

る。ヘーゲルの哲学理解は、少なくとも、彼の哲学思索の帰結が、常に既に存在していたような永遠の、アプリアリな真理を成しているという意味では理解されえないのである。概念の展開の歴史的次元が、まさに、哲学的反省が反省の対象の、この場合には刑法のその時々々の発展段階とは全く無関係には行われ得ないことを示しているのである。ヘーゲルは、既に達成されたことの批判的再構成に関心があるのである。その点で、最低限の法実証主義が彼の哲学の特徴なのである。事実として妥当していないものは、自由な意志の自己実現という意味で理性的なものともやはり見なされえないのである。

ビンディングが、最終的に企てようとしているのは、現行の刑法や法律適用の刑法実務等々を基礎に置いて、これらが全体的に首尾一貫してどのようにすると最も良く理解されうるのかを反省することなのである。それにより彼は、たとえば各則の刑法規範の結論の名宛て人は市民であるというテーゼのような誤解を招きやすい解釈も拒否しており、名宛て人は裁判官らであることの拒否も同様なのである<sup>112)</sup>。

もつとも、本論文の最初のヘーゲルの引用からは、ビンディングが全く断固として反対しなければならなかったであろうメルクマールが読み取られうる。なぜなら、ヘーゲルは実定的な法学と法哲学の間の重大な相違として、前者の帰結に対しては常に、「これらの証明が全て行われた後にいったい法律規定が理性的なものか<sup>113)</sup>」という問いが提起されるのでなければならぬことを挙げているのである。そのことにより、おそらくあらゆる内容的な類似性や一致にもかかわらず、最終的にはビンディングの実証主義が、彼の刑法に対するアプローチとヘーゲルやヘーゲリアーナーのアプローチとの決定的な相違として残るのである。

---

112) *Binding*, Normen 1 (Fn. 65), S. 13-16.

113) *Hegel*, Grundlinien (Fn. 7), § 212 Anm.