

刑法ドグマティックとは何か？

ライナー・ツァツィック

飯島 暢 (訳)

1988年から1993年まで、ヴィルフリート・キューパーの同僚としてハイデルベルク大学法学部で働くことができたのは幸運であった。私の学者生活におけるこの時代が素晴らしいものであったことは、本質的に彼の人柄に負うものでもあった。彼の学問的な精密さと誠実さ、その人間的な気立ての良さと親切さが、彼と共にした仕事をより豊かなものにしていった。以下の文章は、彼の70歳を祝して献呈すると同時に、感謝の意を表するものである。

I.

非常に成功を取めたキューパーの著書である『刑法各論』¹⁾は、ドイツ刑法の各則の諸概念に関する「定義と説明」を内容とするものである。——一例を挙げれば——刑法211条における「陰湿さ (Heimtücke)」の概念の説明は次のように始まる。『「陰湿な」殺害の概念は、最も困難かつ実務上最も重要な謀殺メルクマルであるが、その内容は法律では詳しくは明示されていない。この点について特徴的である『陰湿・狡猾な (hinterhältig)』態度を規定するために、判例は基本となる定義を発展させたが、これは学説においても広く承認を受けている。この定義は、『陰湿さ』を二つの部分からなる『補助概念』の使用を通じて具体化するものであり (…)、これにより、行為者によって殺害のために利用される被害者状況が記述される。つまり、当事者の『無防備さ及び無力さ (Arg- und Wehrlosigkeit)』である』²⁾。このように、ここでは法律上の一つ概念が詳細に規定されるが、その際には一方で判例に基づいて既に見出されている解釈への依拠がなされており、他方でその解釈の適切さは、文献 (つまりは学説) においてそれが広範囲に賛同を得ていることを通じて裏づけられているのである。引用した文章をより精確に読んでみると、それに加えて、当該の文章は単純に受容されているの

1) 6. Aufl. 2005. 初版は1996年に公開された。

2) *Küper* (Fn. 1), S. 188 f. (強調は原典通りである)。

ではなく、著者により説明的な事物連関 (Sachzusammenhang) の中に置かれていることが認められる。この連関は、「陰湿さ」により単に輪郭づけられるだけではあるが、しかし、行為者と被害者の間を経過する行為事象として把握されることを通じて、付加的な生活現実性 (実践的直観) を獲得する。

以上は、ある法律概念の具体化及びより精確な規定の一例であるが、——最初のアプローチとしては——総論における大テーマの一つではないとは言え、刑法ドグマティック (Strafrechtsdogmatik) の一例として表することができよう³⁾。ヴィルフリート・キューパーの著作全体を概観してみれば、その大部分を刑法ドグマティカーの著作として表記することは誤りとは言えないであろう。このように「刑法ドグマティック」の概念は自明のものとして一般的に用いられてはいるが、同概念が何を正確に意味するのか、とりわけ、何が同概念によって表される思考上の操作を可能にするのかに関する精確な規定は困難なものでもある⁴⁾。つまり、刑法ドグマティックとは何か? が問題となるのである。

II.

1. この問題を解明するための一助となるのが、「ドグマティック」の概念としばしば結び付いている誤解に着目し、順を追って当該の誤解を解消していくことである。誤解は、「ドグマティック」の下においては疑い得ない命題の定立が同様に疑い得ない權威の働きに基づくものとして理解される点にある⁵⁾。とりわけ、近代の法理解及び学問理解からすれば、「ドグマティック」は、そのように理解される限りでは、必然的に時代遅れのものとして現れざるを得ない。何故ならば、近代的な意識は、その強みをなす多くの部分を疑い得ないとされた權威からの解放に基づかせてきたのであり、現

3) またこの点については、キューパーの著作から十分に例示を行うこともできるであろう。Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979 或いは Der ‚verschuldete‘ rechtfertigende Notstand, 1983 のみを見よ。ここで Fn. 1 で引用した文献から一例を選んだ理由については本稿の最後で明らかとなる。

4) この点については、基本法ドグマティックの概念に関する Volkman, JZ 2005, 261 (262) における叙述を見よ。

5) 一つの例として、Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/Main o. J. (1970), S. 88 を参照。この点については、すぐに本文でも更なる例示を行う。

刑法ドグマーティックとは何か？

在においてもそのように言えるからである。従って、「ドグマーティック」の概念は、「批判的・軽蔑的な (kritisch-pejorativ)」意味を獲得せざるを得なかったのである⁶⁾。

あらゆる種類の「ドグマ」に対する、このような敏感さは、18世紀の啓蒙主義に由来するものであり、そこでは全ての「独断主義 (Dogmatismus)」に対して、思考の自由を阻害するとの理由から戦端が開かれたのであった⁷⁾。加えて、啓蒙主義者にとり、ドグマーティックの主たる領域の一つが神学であった点も重要であった。これにより、当該の概念は彼らからすれば既に原理的に疑わしいものであったのである。このような懐疑の法学上のドグマーティックへの転用は、法律家が、権威 (支配的権力) の単なる奉仕者であり、それがためにお上に気に入られる命題のみを産出しているとの風評の下にずっと置かれていたことからすれば、もっともなものであった。

神学と法学を共通のものとして捉える見方、そして「批判的・軽蔑的な」態度におけるドグマーティックの拒絶に関する事例は容易に見つかる。グナエウス・フラフィウスという筆名による著書である『法学のための闘争』においてヘルマン・カントロヴィッツは次のように記していた。「解釈学的な法学と正統な神学との間での並行性が、——ここでは前者についてのみ言及するのではあるが——今日において存在することは一目瞭然である。あちらでは神が、こちらでは『立法者』がということであり、両者は経験的には到達し得ない存在である⁸⁾」と。そのほぼ70年後に社会学者のハンス・アルバートは次のように記した。「神学的な思考方法と法学的な思考方法の間の本質的な共通性の一つは、以下の点に存するようと思われる。つまり、両者は明確に認識の啓示モデル (Offenbarungsmodell) に服しているということであり、同モデルからすると、当該問題の解決については疑い得ない権威性を備えた審級による告知 (Verlautbarung) から真理を汲み取ることが重要となる⁹⁾」と。そして、最後になるが、既にも上記で示し

6) *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 3. Aufl. 1972, S. 487 を見よ (但し、このような批判に対しては批判的な立場をとっている)。

7) *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Bd. 2, 1972, Sp. 277 ff. における「独断主義」の項目を参照。

8) *Gnaeus Flavius*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, S. 35.

9) *Hans Albert*, *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2, 1972, S. 80 ff. (82 f.) (強調は原著通りである)。——アルバートは、その後でこの主張をいくらか細分化させてはいるが、その際に原則的な評価について何か変更するということはしていない。

た箇所において、ヨーゼフ・エッサーが次のように言ったのである¹⁰⁾。「ドグマーティックは完全に一般的には不変の権威性から出発するものなのであり、それはテキストであったり、それに係るその度ごとの理解であったりするが、そのような箇所に立ち返ることのない、つまりは固有の権威性を備えた基本決定なのである」と¹¹⁾。ドグマーティックに関するこのような理解が決定的であるとするならば、法学者を「ドグマーティッカー」として表することは確かに何の贅辞にもならないであろう。

しかしながら、「ドグマーティック」をこのように理解することは第一歩ではあるが、——いずれにせよ法ドグマーティックの領域について言えば——比較的容易に誤解であることが暴露されてしまう。何故ならば、先の引用で表された啓蒙的な精神が法学的なドグマーティックを攻撃したとしても、そのドグマーティックにおける固有の起源が有する効力と射程は視野から失われていたからである。近代における意識の変革は同時に法の理解に係る変革を共に生じさせなければならないものであり、実際にそれを行ったのである。これによれば、法は疑問を提起し得ない権威によって定立された規範秩序としてはもはや基礎づけられ得ない。個別の人格と根源的に結び付いた基本的な法的地位(Grund-Rechtsstellung)は少なくともその地位と共に基礎づけられた法を要求するのである。このような思考に近代における法及び国家の基礎づけは依拠しており、この基礎づけは国家の民主主義的な(より望ましく言えば、共和制的な)構成として表される。これによれば、国民(Volk)が主権者となる。そのような存在として、主権者は自らの共同生活における法・権利性(Rechtlichkeit)を、基本法20条2項において全く適切に述べられているように、専ら立法権だけでなく、全ての三つの権力において実現する。立法権においてこのことは、特に明白に表される。何故ならば、そこでは国民は自らの代表者を通じて(基本法38条1項)言わば目に見える形で影響力を及ぼすからである。だが、これは理念的には行政権と司法権についても同様に当てはまる。近代の国家性に関わる、これらの根本的な諸原理は国家における展開された自由の諸要素である¹²⁾。

10) Fn. 5.

11) このような見解の更なる事例は *Thul*, ARSP 46 (1960), 241 ff. (244 ff.) に見受けられる。

12) この点については、*Kant*, *Die Metaphysik der Sitten - Rechtslehre -*, § 45, in: *Werke in 10 Bänden*, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1975 u. ö., Bd. 7 を見よ。——ここでは近代的な国家性の根本的な諸原理が問題となる。——カントの著書における上述の箇所が特に明白に示すように——この諸原理はそれ自体で展開された自由概念の諸要素であるため、この諸原理に反することは、自由を無視することによ

刑法ドグマーティックとは何か？

既にこのことだけから、そのように成立した法の体系化、解釈、具体化を他律的に設定された、権威に対して隷属的に奉仕するものとして理解することは許されないことになる。「刑法ドグマーティック」を完全に把握するためには、更に段階を経る形で思考を付加的に進めていく必要があるが、その前に、つまりは思考を進めるにあたっての出発点であるここにおいて既に明白となるのが、法に関するそのような解釈作業は、正当な法の実現のための固有の寄与をなすことを求め得るということである¹³⁾。

2. 上で記された根本的な連関が常に明確に提示されないとしても、法学上のドグマーティックに関するより徹底した作業は、当該ドグマーティックにより正統な方法で法実現に関与することになるとの確信をやはり背景とするのである。このような基礎から出発して、上記の作業は「ドグマーティック」をより正確に規定する。「法ドグマーティックの実践的な作用 (Leistung)」¹⁴⁾という論文において、フランツ・ヴィーアッカーはこの作用を次のように記している。「規範を具体的な事例に適用する際に必要となる判断に関する裁量の余地を運用していくための知的に検証可能で公的に洞察され得る基準を提示すること」¹⁵⁾であると。ヴィーアッカーは、ドグマーティックに関する上

∨外の何ものでもない。ドイツ連邦共和国における立法の明確な欠陥は、部分的であれ辛辣な批判に晒されるものであり（連邦憲法裁判所判事であるデイ・ファビオが Schorkopf [Hrsg.], Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006, S. 246 で示した、いわゆるヨーロッパ逮捕状における立法に対する叙述を見よ）、それ故に国家に関する「純粹な」理論との単なる矛盾として過小評価されるべきではなく、自由的な (freiheitlich) 法治国家の質に直面する問題である。この点につき、刑法との関係では *Hettinger*, *Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart*, 1997 を見よ（同書については、筆者による書評が GA 1998, 197 ff. にある）。また *Köhler*, FAZ vom 07. 03. 2000, S. 54（表題は「墮落した政治」）に鋭い批判がある。

13) この点については、*Drath*, *Rechtsdogmatik als Selbstzweck - oder fließende Anpassung des Rechts an die gesellschaftliche Wirklichkeit?*, in: *Das Rechtswesen - Lenker oder Spiegel der Gesellschaft?*, 1971, S. 187 ff. を既にここで参照せよ。残念ながら同論文のタイトルは（タイトルで挙げられた選択肢をまさに媒介するという）内容を反映させたものではない。

14) In: FS Gadamer, 1970, Bd. II, S. 311 ff. 本稿では、*Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Dieter Simon, Bd. 2, 1983, S. 59 ff. の再録から引用する。

15) Fn. 14, S. 63. ヴィーアッカーはこの叙述を注意深く「発見的な (heuristisch) テーゼ」と表している。

述の(確実な)独自性は「核心領域」においては「民事判例」に限定されると主張する¹⁶⁾。これにより明らかとなるのは、まずヴィーアッカーによれば、ドグマーティックは判例に対して助力をなすべきということであり、そしてドグマーティックの作用力はとりわけ民法という特定の法領域で展開されるべきということである。この第2の点を取り上げたのがオッコ・ペーレンツである。本稿のテーマにとり非常に有意義な書物である『立法とドグマーティック』¹⁷⁾に所収されている導入報告においてまずペーレンツは、立法との関係におけるドグマーティックの意義はとりわけ民法において取り扱われてきた点を指摘する¹⁸⁾。刑法及びそのドグマーティックについては、その後でペーレンツは明白に次のように述べるのである。「刑法は罪刑法定主義の原則があるため、条文に忠実で単なる解釈を内容とする、犯罪概念への集中がなされたドグマーティックへと進む傾向がより多くある(…)」¹⁹⁾と。これら二つの民事法を重視する見解を考慮する場合、まさに刑法ドグマーティックは立法という克服し得ない権威の前に、そしてその解釈へと同ドグマーティックの任務が制限されることになるテキストという岩壁の前に立ち止まらざるを得ないかのように思われてくる。これにより、刑法ドグマーティックは、拘束された思考としてのドグマーティックというしばしば主張されている見解に従うことになってしまう²⁰⁾。しかしながら、一見したところ罪刑法定主義の原則を理由にしてかなり明白であると思われるものも、よく注意して見ると再び疑わしいものとなる。何故ならば、刑法ドグマーティックのなし得ること(Leistung)の中心は、法律概念を解釈するだけであるかのように捉えられ得るものでは全くないからである。——一般的な犯罪概念、客観的帰属、故意或いは領得の概念を想起するだけで十分であろう。つまり、法律だけが刑法ドグマーティックの唯一の素材になるというわけでは全くないのである。より深淵にある、法の基盤(Fundament)がなければならぬのであり、この基盤から、立法それ自体、更には刑法ドグマーティックもが理解可能となる

16) Fn. 14, S. 63.

17) Gesetzgebung und Dogmatik, hrsg. von Okko Behrends/Wolfram Henckel, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse, 3. Folge, Nr. 178, Göttingen 1989 (同書については筆者による書評が GA 1991, 232 ff. にある)。

18) Einführungsreferat: Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen, (Fn. 17), S. 9 ff. (11).

19) Fn. 18 と同様。

20) *Thul*, ARSP 46 (1960), 241 ff. のみを参照。

刑法ドグマーティックとは何か？

のである。当該の基盤が見出されて初めて、刑法ドグマーティックが独自になし得ることの可能性が明らかとなる。

3. マンフレート・マイヴァルトは、既に挙げた論文集である『立法とドグマーティック』に「現代の刑法におけるドグマーティックと立法」というタイトルの論文を寄稿していた²¹⁾。同論文において、彼は刑法ドグマーティックの体系化(systematisierend)機能を批判的機能から区別している²²⁾。体系化機能は、「実定法の諸規定をより明確に、より理解可能に、より良く用いることができるようにする」²³⁾点にあるとされる。批判的機能の方は、次の点が問題になるときに認められるとされる。つまり、「法が接続しなければならない事態を分析し、刑法という概念上の道具をこれらの前置された事態と調和させること、或いはそれに適う当該道具を創出することであり、こうして実定法は極端な事例においては、それが正当な規定或いは誤った規定を含むか否かという観点の下で比較素材としてのみ考察されることになる。言わば為当状態としての刑法が目指されるわけであり、実定法はその傍らで偶然性と一過性という性質を有するのである」²⁴⁾。

機能の二分というマイヴァルトの見解にまず一度従ってみると、どのような素材、そしてどのような思考上の手段によって刑法ドグマーティックはこれらの働きをなすのかという問いが生じることになる。体系化機能においては、両者は比較的簡単に規定可能であるように思われる。つまり、まず素材としては法律のテキストとその概念が用意されており、更には法律の適用である判例という個別事案に関する決定も挙げることができるのである。これにより、例えば、誰が殺人罪の意味における「人間」であるのかという問いについては、刑法211条以下、旧217条、及び218条以下をライヒ裁判所及び連邦通常裁判所による個々の判決と結び付けて概観することを通じてその解明に至るのである²⁵⁾。

21) Fn. 17, S. 120 ff.

22) Fn. 21, S. 121 f. 私は機能(Funktion)ではなく、「任務」或いは「作用(Leistung)」という表現を用いたい。

23) Fn. 21, S. 121. —法に関する前実定的な体系思考の意義については、Köhler, Das angeborene Recht ist nur ein einziges..., in: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung, Hamburger Ringvorlesung, 1994, S. 61 ff.を見よ。

24) Fn. 21, S. 121 f.

25) この点については、(旧規定に関する文献参照をも伴っている) Küper (Fn. 1), S. 146 ff. (見出し語は「出産、開始」である)及び ders., GA 2001, 515 ff.を見よ。

このような体系化を担う思考上の手段について考えてみると、当該の手段は全ての学問的な作業におけるのと同様に、秩序づけを行い、論理的に推論をする悟性によって、解釈の方法に基づいて諸概念が矛盾のない連関へともたらされる点にまずは見出されるように思われるのである。

しかし、このような捉え方は法概念においては単純すぎる。というのも、法概念では、人間的な実践を視野に入れて考察されるべき概念、当該実践に関係づけられるべき概念、まさに当該実践からそもそも自らの意義を得るような概念が問題となるからである。つまり、——常に媒介されながらも——当為へと関係づけられ、総じて法概念として正当な（正しい、理性的な）活動を記述して規定するという要求の下に置かれながら、これにより固有の実践論理に服するような概念が重要となる。このことは、「法に服する者」（＝国家市民）の行動に関係する規範形成的な概念のみではなく、法適用者自身の行動を対象とする概念にも同様に妥当する。適切にもパヴリックは次の点を指し示す。つまり、法適用者は「その道徳的な統合性が理由となり（…）自らの行動の基礎づけのために『その者の』法秩序の事実上の作用力（Wirkungsmächtigkeit）だけに依拠することは、文字通り（でき）ない」²⁶⁾と。

それ故に、法概念は人間及びその実践的な生活に対し冷淡に理論的な距離を置くことを全くできないのである。むしろ、法概念は歴史的にも生成し、文化的にも規定される現実性を、自ら自身がこの現実性の規定的な一部となり得るために、常に同時に配慮しなければならないのである。また、人間的な実践の基本条件に関する理解は、次のような法概念の体系化のみを前提とする。つまり、法律によるあらゆる実定化よりも以前に在り、人間全般の、更には同時に学者の意識的な生活をも規定することだけを既に理由として到達可能である体系化である²⁷⁾。

既に以上により、刑法ドグマティックの体系化機能が自らを可能にする、より深く基礎づけられた諸連関への視点を開かせるのだとすると、マイヴァルトがそのように主

26) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 13 f.

27) この点に、——国家市民の側から考察してみると——医学や物理学の問いとは異なり、法における問いについては、全ての者が共に発言する権利（Mitspracherecht）があると感じる根拠があり、核心においては——単に民主主義理論だけではなく、現実（real）に有していることの根拠もあるのである。但し、共に発言することは、何について語るのかという点につき一定の知識を得ていることを前提にするということをも法は指示し得るのである。アドホックな理念では十分なものとはなり得ない。

刑法ドグマーティックとは何か？

張るところの刑法ドグマーティックの批判的機能を考察してみれば、そのような諸根拠を取り入れることの必然性がより明瞭となる。仮に法設定及び法実現が専ら三権の活動のみからなされるのだとすると、この法設定のプロセス外で法を考える思考上の可能性は全くないことになってしまう。その諸概念を内容的に独自に基礎づけて限界づけるという意味で刑法を現実的に批判することは不可能となろう。せいぜいのところ、三権の機能分担者 (Funktionsträger) に対し新種の理念を、それが受容されるとの希望の下で非拘束的にそっと伝えることぐらいしか問題になり得ないであろう。しかし、そのような理念は、その実質においては受容されることに依存しているのである。批判に基づいた反対構想は、それが法素材全体についてであれ、個別問題についてであれ、立法、司法、行政の活動がその下にあるという実質的な法思考の基礎と同様のものに基づいて展開されることが暗黙裡に前提とされて承認される場合のみ学問的な有効性が認められ得るのである。その際に、三権の協働のみが法命題に対し一般的効力を付与し得るということは、共和制的な法設定プロセスの必要性と必然的に結合しており、このプロセスを個人 (個々の市民または学者) が自らの手中に収めることはできないのである。この法設定プロセスの外部において、内容的に真である法命題を展開させる可能性があったとしても、上記の点が変わることはない。

ここまで考察を進めてくれば、刑法ドグマーティックを執り行う際の基盤に対するより精確な考察を行うことも可能となる。

Ⅲ.

1. そのような目的のためいくらか更に考察を進める準備として、改めてドグマーティックの概念それ自体をより詳細に取り扱うべきである。最初の哲学史家と呼ばれるディオゲネス・ラエルティウスはドグマーティッカーを、「事物を我々の悟性に把握可能にするという前提から出発する」²⁸⁾者であると評していた。ドグマーティックの概念は、このような (特に啓蒙期における哲学の更なる発展からはまだ調整を受けていない) 視点からすれば、認識は個別の命題において具体化し、そのようにして理論もそもそも可能になるという指摘以外の何ものでもないことになる。18世紀の啓蒙哲学もこの点を見過ごすことはできなかった。それ故にカントは確かに独断主義 (Dogmatismus) を (それが認識の可能性の諸条件を無批判に前提としていることから) 激しく批判したが、

28) *Diogenes Laertius, Leben und Meinungen berühmter Philosophen, übersetzt von Otto Apelt, hrsg. von Klaus Reich, 2. Aufl. 1967, 1. Buch, Einleitung, 16 (S. 9 f).*

しかし同時に、理性認識は「常に独断的 (dogmatisch)、つまりは確実な諸原理から厳密に証明的」でなければならない²⁹⁾ことを強調したのである。但し、この叙述はいずれにせよ理論的な認識に関わるものである。これに対し法は実践哲学の一分野である。法に関する命題の真理性は、法的実践理性の諸原理に還元され得るものでなければならない。基礎にある法概念 (例えば、ある者の外的な自由が他の者の外的な自由と結合すること) は、全ての人間にとり理性によって洞察可能な理性法則である³⁰⁾。しかしながら、法全般は、実践概念の複合体であり、人間の (外的な) 行動に関係するものである。従って、法の命題は常に——どのような形式で媒介されることがあったとしても——社会性における人間の生活現実性を含んでいる。冒頭で挙げた全く単純な例である陰湿さについて言えば、それは、無防備さ及び無力さによって言い換えられる被害者の状態を表すと同時に、この状態を利用し尽くし、それ故に陰湿で狡猾なものと記述され得る行為者の態度を示すものなのである³¹⁾。

ここに至り、法ドグマーティックの概念としばしば結び付いている更なる誤解を除去することが可能となる。その誤解とは、法ドグマーティックは現実性から隔絶しており、

29) Kritik der reinen Vernunft, Werke Band 3, B XXXV (翻訳に際し、原佑訳『純粋理性批判上』[理想社版カント選書、1981年] 54頁を参考にした：訳者記す)。この点については、*Rothacker*, Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus, Akademie der Wissenschaften und der Literatur (Mainz), Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse, Jahrgang 1954, Nr. 6, S. 11 f. (249 f.) も見よ。

30) *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Werke Bd. 7, AB 63 を見よ。ここでは「全ての法命題はアプリアリな命題である。何故ならばそれは理性法則 (dictamina rationis 理性の命令) だからである」とされている (翻訳に際し、樽井正義・池尾恭一訳『人倫の形而上学』[岩波書店版カント全集11、2002年] 72頁を参考にした：訳者記す)。このことに対応して「自然法」は、真実は「理性法」なのであり、「アプリアリに全ての者の理性によって認識可能な法」であるとされている (AB 139：翻訳に際し、上記訳書の135頁を参考にした：訳者記す)。

31) どれほど非常に多くのより複雑な、生活の現実性に係る諸関係が法概念に沈殿し得るのかということマルティン・ドラートは行政行為の概念を例にして示している (Fn. 13, S. 205 ff.)。——ヘルベルガーは、豊富な素材を含んだ著書である „Dogmatik - Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz“ (1981) において「法律家はそのドグマーティックの概念を医学的に方向づけられた、経験科学の学問論から受容した」(S. 5) とのテーゼを定立している。これは確かに神学からより距離を置くものであるのかもしれないが、法概念の独自の質にまで至るものではない。

刑法ドグマーティックとは何か？

現実性及びその変転に対し免疫的であると主張される点に存するものである³²⁾。仮にこのような見方に従うとすると、生活現実性は付加的な段階で初めて法の中に付け加わることになる³³⁾。法が実践哲学の一部として把握され、実践哲学それ自身が、人間の行為がそこで記述され、規定される思考上の形式として理解されるや否や、法の命題に関するそのような縮減された理解は維持できなくなる。何故ならば、法の命題には、生活現実性が常に既に書き込まれているからである³⁴⁾。

2. 従って、法的実践理性を伴って原理的に全ての人間に、法の洞察と法の諸命題を自らのものとするのが可能であり、その際におよそ法ドグマーティックが法律それ自体の側に根拠を有するのだとすると、刑法における状況は異なっていることが改めて明らかとなる。確かに今や、例えば故意のような概念、更には犯罪に関する一般的な概念さえもが、法律的な確定それ自体よりも先行し、まさにそのような確定とその必然性をまず基礎づけている根源から獲得され得ることが明白となっている。しかし、刑罰を言い渡すという具体的な権限が問題となるや否や、法命題の直接的な発見と個別の決定の間いずれにせよヨーロッパ大陸法上の伝統においては法律が押し入ってくるのである。法律において刑罰の法は、一般意思を通じて形成され、例えば、個別の構成要件及びその諸概念として具体化される。従って、刑法の命題は本質的に法律に方向づけられなければならない。再び、「陰湿さ」という単純な例に基づいて示してみると以下のように

32) このような誤解の記述については（その主張者の一人というわけではないが）*Otto, Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Internationales Jahrbuch für interdisziplinäre Forschung, Bd. II, 1975, 116 ff. (119)*を参照。

33) 存在と当為に関するこのような厳格な峻別の新カント主義的な基礎を明らかにすることは、それ自体で固有の研究テーマとなるものであろう。

34) 以上述べたことと、カントにおける（全ての経験に先行する）「アプリアリ」の概念の使用は、法命題に関係させたとしても、矛盾しているように思われるかもしれない。しかし、本文中で述べた事柄は、カント法哲学のより精確な解釈と全く合致するものである。この点については、*Verfasser, Untersuchungen zum rechtlichen Postulat der praktischen Vernunft in Kants Metaphysik der Sitten, in: Fricke/König/Petersen (Hrsg.), Das Recht der Vernunft (FS Fulda), 1995, S. 311 ff.* — その際により複雑な生活の諸関係において、（例えば環境保護における）自然の法則性或いは（経済法における）経済の法則性について固有の仕上げが必要となることは自明である。（*Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972*の試みとは異なり）単にそのようなものとしての経験のみが法の起源になることはないというだけなのである。

なる。実質的に見て、法律上の規定がなかったとしても、殺害の不法及び殺害の責任が陰湿さによって記述される態度を通じて高められるとの見解を基礎づけることはできるかもしれない。これは「批判的な」ドグマーティックの任務であろう。法律の中への概念の受容には、いくら異なる状況の任務が結び付いている。つまり、その概念の実質的な内容を浮き彫りにし、これにより当該の概念をより理解可能なものにし、個別の事例における法適用に対しても手助けを行うという任務である。「体系化」という表現では、刑法ドグマーティックの当該の作用は不十分にしか把握されない。むしろそれは規定的な (*bestimmend*) 作用として表されるべきものであろう³⁵⁾。この作用は、ある概念の単なる解釈に尽きるものではない。従って、争いなく重要ではあるが、ヘルメノイティックの洞察もここで生じている事柄を不十分にしか記述しないのである³⁶⁾。何故ならば、刑法ドグマーティックの規定的な作用は、当該の規定の正当性を主張し、それによって、個別の事例において処罰の肯定（或いは否定）に至ることについて答責を負う点にも存するからである。このような作用によって初めて、法概念との分析的で精緻な関わり合いが可能になるのであり、これがコモンローの伝統に対するヨーロッパ大陸法上の、特にドイツ的な刑法ドグマーティックの強みなのである。ここで、刑法ドグマーティカーによる当該の任務の追求が確かに法律を中心に置かなければならないとしても、何故彼らの作業の素材がそれに制限されないのかということも明らかとなる。重要となるのは、同一の事案における裁判所による諸判決であり、同様の方向に向かう努力に基づいた他の論者の学問的な主張であり、更には独自の実践的な直観 (*Anschauung*)、そしてまた法史的な展開であるが、これらのものが示しているのは、人がどのように法概念を理解し、どのようにしてそれらの法概念と共に生きてきたのかということなのである。最終的には、その際に立法それ自体についても遡及的に確固たる土台が創出されることになり、これにより法律の条文が展開の中に組み込まれ、恣意性から免れるのである。

3. 以上の叙述から総括を引き出す前に、そのような叙述の背景の下で、冒頭で引用した著書におけるキューパーの方法論に対して具体的に提示された異議に取り組むべきであろう。ヴァルター・グラスニクは書評論文において、当該の著書におけるキュー

35) この点については（いずれにせよまだ十分に練り上げられたものでは全くないが）Fn. 17 で挙げた論文集に対する、同様にそこで挙げた書評を参照。

36) この点については、改めて *Gadamer* (Fn. 6), S. 307 ff. を参照。

刑法ドグマーティックとは何か？

パーのやり方は方法論的にナイーブであるとの見解を表明した³⁷⁾。刑法ドグマーティックをとりわけ法律を解釈することとして把握しようとする点は、方法論的に時代遅れのものであるとされたのである。むしろ法的な事案に関する決定の際には専ら論拠づけ (Argumentation) が重要になるとされたのであった。「論拠づけは、そこから十分な法的作業がなされるところの素材である。そして、——厳密に言えば——論拠づけは解釈というものに関わり合う必要性は全くないのである」と³⁸⁾。

論拠づけとは、概念的に把握された根拠に基づく論証である。グラスニックによれば、論証は決定の基礎づけ、しかも裁判官によるそれに関係づけられるべきとされる。しかし、法的な決定としての (更には、例えば賢者であるカーディー [イスラム法の裁判官：訳者記] によって恣意的にさしはさまれるような単なる判決力ではない³⁹⁾) 当該の決断の質については、同時にその正当性、すなわち当該の決断に関する法的な権限そのものが思想的に導入されていなければならない。但し、この決断に関する権限それ自体は法の下にあり、刑法ではより正確には刑法典への拘束の下にある。——その際には、裁判官の決定においては独自の作用、まさに第3の権力のそれがある点については否定されるべきではない。従って、「刑法」はその前提とその帰結について、当該の決定との関係で初めて問題となるものではなく、思考上この決定に先行して存在するのである。オッコ・ペーレンツは、既に何度も引用した論文集において民法に関連づけてこの点を次のように明確に述べていたが、これは刑法にも妥当するものである。つまり「ドグマーティックの決断論的な見解は、それが専ら一つの関係性だけを、つまりは自らの前に持ち出されたコンフリクトに決断を下すという裁判官の管轄のみを特権化し、厳格な意味で有効なものとして看做しながら、他方で私法関係を秩序づける諸規定を原理的な意味で決断の下位に置く、つまりは決断を理性的なものとして正当化する目的を有する論拠としてのみ扱うという欠陥を抱えているのである」⁴⁰⁾と。刑法においては更に、

37) JZ 2004, 232 ff.

38) Fn. 37, 234 f. —— 適切にもキューパーはグラスニックの論文に対し、すぐに第6版の前書きにおいて全くほんの僅かのテキストの補充によって次のように応答した。「『定義』は解釈に単純に前置されるのではなく、解釈及び論拠づけの成果それ自体なのである」(Fn. 1, S. VI. 変更がなされたのは私ライナー・ツァツィックによって強調された部分である)。

39) グラスニックの書評よりもずっと以前の時点でのこの点に関する適切なものとして、*Otto* (Fn. 32), S. 118.

40) Fn. 18, S. 15. ——ペーレンツはこのことが誤りである論拠として、そのような

個別事案に関する決定を背後にある法律⁴¹⁾への拘束なしに行うことは全く正当化され得ないという点が付け加わる。当該の決定は、この観点において他の法領域との関係でも更に特に高度な基礎づけの要求の下にあるのである。全く表面的な考察からしても、それぞれの刑罰の過酷さが成功した論拠づけの魅力さから導き出され得ないことは確実と言えるであろう⁴²⁾。そのような刑罰は、賦課することが許されるべきとするならば、むしろ近代の法及び国家の理解からすればそれ自体で自由法則的に (freiheitsgesetzlich) 基礎づけられなければならないのである。しかし当該の基礎づけは、ヨーロッパ大陸法上の理解によれば本質的に実定法を通じてなされてきたのであるから、個別の決定において法律への依拠がなされることは強制的に必要な事柄なのである⁴³⁾。この点に刑法ドグマーティックの作用の一つがある。その際に論拠づけがなされることは、自明の事柄以外の何ものでもない。

IV.

刑法ドグマーティックは、刑法及び刑法典の基本概念と細部の概念を発展させるもの

↘ 見解の帰結に従うとすると、離婚裁判官の前に立つときに初めて婚姻がなされていたことになってしまう旨を付け加えている。

- 41) その際に法律の一般性は、英米法圏において原理的にそうであるように、一般的方法論的に確定された判例の伝統によって完全に代替され得る。オッターは (Fn. 32, S. 118 f.)、全く適切にも、この種の拘束性は、グラスニックの見解もそこに行く着くことになる「賢者であるカーディー」とは全く関係がない点を指摘している。
- 42) グラスニック自身も彼の論稿の末尾において、「論拠づけ」それだけではうまくいかないことを認めている。そのような論拠づけは一般的な「法及び刑法の文化」によって支えられるべきとされている。同文化は、——あたかも既に十分には細分化されていないかのように——いまだ「開かれたコスモス」として境界線を失ってほやけているとされている (どちらの引用も JZ 2004, 236 にある)。
- 43) オッターはカールスルーエの法律研究協会 (Juristische Studiengesellschaft) にて行われたルーマンの講演を引用しており (Fn. 32, S. 116 f.)、同講演においてルーマンはドグマーティックの正義保障機能にこだわっていた (*Böhm, Deutsche Richterzeitung* 1973, 269 ff. の報告も見よ)。議論の多くの参加者 (特に法律家!) からルーマンは、ドグマーティックは余計な構成であるとの理由により攻撃を受けた。オッターは正当にもこのことをぞっとする (makaber) と評している。——言葉の意味からして (ここでは学問の) 死と結び付いており、それ故に恐ろしいわけである——。講演での思考過程は、*Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart u. a. 1974 として公刊されている。

刑法ドグマーティックとは何か？

であり、これにより刑法学の本質的な部分となっている。刑法ドグマーティックはその際に原則的には規定的に作用し、但し同時に体系化的にも働くのであり、更には批判的な力も有している。何故ならばそのような力の可能性の前提条件となっているのは法学的実践理性全般だからである。以上により、刑法ドグマーティックは、正当な法が問題となる場合に、立法及び判例がその固有の任務の遂行の下では全く同様にはなし得ないが、断念することもできない寄与を行うのである。

<訳者後書き>

本稿は、Rainer Zaczyk, Was ist Strafrechtsdogmatik?, in: Michael Hettinger u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 723 ff. の翻訳である。訳者がツァツィック教授の一連の業績の翻訳を行っている経緯については、ノモス（関西大学法学研究所）49号（2021年）134頁に記した通りである。今回翻訳を行うにあたって、まず困難に直面したのは、原著論文のタイトルにある Strafrechtsdogmatik という原語をどのように日本語化するかであった。同語は、「刑法解釈学」や「刑法教義学」と訳される場合が多く、更には「理論刑法学」という意識もある。そもそも Dogmatik という語自体、哲学における一定の文脈では「独断論」と訳されているのである。これらの訳語は当然にそれらが組み込まれているコンテキストとの関係では全て適切なものなのであろう。しかし、本稿においては帯に短したすきに長しという感はどうしてもあり、結局は上記の訳語に込められた趣旨の全てを飲み込むニュアンスで「刑法ドグマーティック」という表現を用いることにした。

本稿の末尾において、刑法ドグマーティックは規定的（体系化的）作用と批判的作用を有しており、立法と判例ではなし得ない独自の寄与を刑法の発展に対してなすとされている。また同時に、刑法ドグマーティックはあくまでも実定法を前提にした作業であることが再三再四強調されていた。ここで注意すべき点は、実定法である法律（Rechtsgesetz）はまさに法に関わる法則として、法学的実践理性に関する能力を備えた各人の一般意思に基づいた、法的な自由を保障する法則であるとの理解が前提にあることである。本稿において、国家が民主主義的（共和制的）な体制であること、刑罰の基礎づけは自由法則的になされる必要があることが言及されていたのもそのような理解が背景にあるからである。法律（刑法典）がそのような自由保障を目指す法則である限り、まずはそれに基づいて刑法ドグマーティックが規定的・体系的に作用することは当然であらう。だが、そこに批判すべき点が確定されるときには、批判的な作用もあり得る

ことになる。しかし、これらの作用において立法及び判例ではなし得ない「固有の寄与」が強調されたとしても、立法者・法律適用者（主に裁判官）に対する刑法ドグマティカーの地位の特権化に必然的につながるわけではないと思われる。立法者・法律適用者・刑法ドグマティカーの全てに平等的に理性的な能力が（潜在的に）備わっているとされる限り、（誰の目から見ても極めて明白な悪法は除くが）せいぜいのところ差異があるとしても、最終的にはそれは個々人の（例えば職業的な背景に基づいた）「生活現実性」を作業の際に投影するときに現れる「特性」、「個性」の違いに収斂し得るのではないか。よって、刑法ドグマティカーによる批判もそれが完全に正当である保障はなく、常に補整を必要とするし、そのためには継続的に議論が交わされることが必須になるのだと思われる。