

〔翻 訳〕

人的不法と責任と刑罰を関係づけることの根拠について

ライナー・ツァツィック (Rainer Zaczyk)

(飯島 暢 訳)

I.

本稿は同僚としての友誼に基づき、70歳を祝してハロー・オッターに献呈されるものである。彼は「全刑法学雑誌」において1975年にある論文を公刊していた。これは、そのすぐ後に（1976年）初版が公刊された教科書『刑法概説——一般的刑法論』の概要及びその基礎として理解されなければならないものである。つまり、「人的不法と責任と刑罰」という論文である¹⁾。論文のタイトルにおいて、「人的」という形容詞は専ら不法に結び付けられているように思われるが、しかしながらその後続くテキストは、オッターにとり「人的」という概念によって確立される、不法と責任と刑罰の内的な関係性が重要となることを示している。このことは必然的でもある。何故ならば、自らの固有の世界と他者の世界を形成する力（Kraft）における主体性に関する、つまりは人格性としての主体性に関する近代的な理解は、専ら不法のみが人的に規定されるだけで達成されるわけではなく、当該の原理の思考上の内実が全ての刑法上の中心概念にまで拡張されて、これらの概念がその原理から基礎づけられて初めてもたらされるからである。だが、この求められる基礎づけの過程においては一つの困難が生じる。これは、法の基礎づけにおける人格の際立った地位に対する洞察によって初めて、そしてこの点から近代において初めて生じることができたものである。法概念として理解する場合、「人格性」は個々の人格の自由と理性と洞察能力の承認に尽きるものではなく、むしろ同時に社会性及びこの社会性の形態との結び付き、関係が基礎づけられなければならない、当該の関係は同様に自由的に（freiheitlich）理解され得るものである必要がある。この点がうまくいくのであれば、包括的に展開された、法における人格性について語る事が可能となる。社会性の形態が同様に自由の原理から基礎づけられないとすると、人格性について語る全ての事柄は、法が問題となるや否や、慰めとなる機能しか有しなくなってしまう、真実では、他律的な絶対的な権力が諸人格の生活を統べるのである²⁾。オッターの論文の意義は、当該の問題を避けなかった点にも見受けられる。彼がこれをどのように解決したのかとい

1) ZStW 87 (1975) 539 ff. — この非常に成功を収めた教科書は7版（2004年）が出版されるまでになっている。その根本的な叙述の多くにおいて、いまだ常に1975年の論文のテキストとの結び付きが見受けられる。

2) オッターは、注1) で挙げた論文の中の幾つかの箇所でもこの問題に言及している。例えば、S. 563 ff., 571である。— オッターの見解の基礎は、啓蒙期の主体哲学に負っており、このことは彼の著作である Der Niedergang der Rechtsidee im utilitaristischen Zeitgeist, Kassel 1981, S. 12及びS. 14 ff. でも明白である。

う点については、以下において当該の論文の公刊後の議論をも参照しながら詳細に考察するが、その際には幾つかの観点を補充したい。

II.

1. 今まさに挙げた問題を刑罰の基礎づけという特殊な問いにまず結び付けてみると、特に当時の視点からすれば、次のようなオットーの見解は極めて意外なものである。「刑罰根拠（強調は原著による。著者記す）は、(…) 行為者に帰属され得る、重大な社会違反の態度に対する、直接的に不法を被った被害者の立場の側に立つ国家及びその諸制度による応報である」³⁾。これによりオットーは、刑罰の「絶対」論として通常示されている刑罰の基礎づけを主張しているのである。そのような基礎づけに対しては、まさにきつい言い方なのではあるが、それは人格の自由と理性を出発点とする考えと合致するものであるのかとの問いが提起されている。何故ならば、周知の如く、刑罰のこの基礎づけに対しては、繰り返し次のような異議が示されているからである。つまり、当該の基礎づけでは、応報的な刑罰により、最終的には超越的な根源に由来する、近代的・世俗的な思考とは合致し得ない一つの知識を不当に行使する国家という前近代的な理解が表されているとの異議である⁴⁾。この異議に対して実際のところ示されなければならないのは次のような基礎づけである。つまり、人格と社会性と法（刑罰に関する法を含む）の間での自由維持的な関係が明示される場合にのみ維持され得るような基礎づけである。

2. ここでなされるべき基礎づけの射程、更には可能となる選択肢を解明するためには、上述のオットーの見解をまずは刑法理論上の議論の当時の状況から考察し、それに後続する経過をそこに組み込むことが有益である。

1975年に論文が公刊された当時、上で引用した見解によってその著者が時代精神に服していたと主張することができなかったのは確実である。1968年にウルリッヒ・クルークが当時非常に注目された、いずれにせよ全ての点で極めて簡潔な論文において「カントとヘーゲルからの決別」を要求していたのである⁵⁾。両哲学者については、所為に対する「単なる」応報の思想が至る所で好んで連想されていた。当時刑法において支配的であったのは、特別予防論、つまり犯罪者の人格、経歴、将来に直接的に取り組む理論であった。刑法及びその任務に関する、このような——更に本稿の末尾で手短かに示すように——適切な観点は、1976年の行刑法（1977年1月1日から施

3) *Otto* (Fn. 1) 586.

4) 基礎づけのために直接的に「超越的な (transzendent)」論拠が用いられるのだとすると、刑罰の「絶対」論に対する批判者の心配もアプローチ方法としては全く理解し得るものとなる。例えば、*Roxin Strafrecht AT I*, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 8及び*Schünemann GA* 1995, 226を参照。しかしながら、このような批判は、「経験的な」論拠づけと「超越的な」論拠づけの間には、その固有の法則、その固有の論理及びその固有の成果を有する実践理性からの基礎づけがあることを見誤っているのである。

5) In: Jürgen Baumann (Hrsg.) *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, S. 37-41. これについては、適切にも既に *Hellmuth Mayer FS Engisch*, 1969, S. 54 ff. が批判的であった。

行)においてその頂点を見出したが、同法は詳細な点についての(常にあり得る)批判にもかかわらず、ドイツ連邦共和国における刑法に関する法律の中でも最良の部類に属する⁶⁾。しかし、前世紀の80年代における経過の中で既に一つの転換が生じていた。いわゆるその「積極的な」バリエーションにおける一般予防論の凱旋行進である。特別予防論でもそうであったように、刑罰は確かに一つの目的連関へと組み込まれるとされたが、しかしながら、この目的は全体としての法共同体へと関係づけられるとされたのである。こうして、刑罰の目的は民衆の法的忠誠の安定化であるとされた。全くもって次のように言い得るであろう。その際には、伝統あるドイツ連邦共和国が確実に確立されているとの主張が、つまりは、その国家的な基礎が、多数派の法意識の安定化と確証がそれに乖離する態度の処罰を正当化し得ると言える程に、既に再び確実にしていたとの考えが表現されているのである。

但し、この良き市民像に適った確実性それ自体はすぐさま繰り返し提示されてきた論拠によって揺るがされる。それはカントに由来する論拠である。つまり、刑罰のそのような基礎づけにより、行為者は他者の目的の下位に位置づけられてしまい、一つの客体にされてしまうという論拠である⁷⁾。行為者に賦課される侵害としての刑罰は、それに付加的な目的が結び付けられ得るよりも前に、むしろそれ自体が行為者に対する法として基礎づけられなければならない。上記の目的自体を基礎づけのための論拠とするのでは不十分である。

しかしながら、いまだに一般予防論が学界で支配的であることから始めるべきであり、クラウス・ロクシンは彼の刑法総論教科書の第1巻の初版(1992年)において、いわゆる絶対的刑罰論は学問的に主張し得るものではないと書くことができたのである⁸⁾。しかし、その後の数年の間に改めて転換が生じた⁹⁾。刑罰は、行為者によってなされた不法との基礎づけの連関の中に、そして当該の不法と内的な関係性にある場合に限り、根拠と適正な程度を示すとの見解が次第に有力になっていったのである。この新たな転換は、「絶対理論のルネサンス」¹⁰⁾という標語で表記され、その際には、更に付加的に、そして見かけ上はそれに依拠しているかのように、この種の刑罰の基礎づけは英米圏においては(「応報主義」として)支配的なドクトリンになっていることが参照され得たのである¹¹⁾。

——本稿の著者のように——刑罰の根拠に関する議論に自ら参加し、自分と他の論者によって主張されながらも、学問的には維持し得ないとされる見解が少なくない者達により担われた「ル

6) その際の同法の成立に関する連邦憲法裁判所の関与については触れることができない。BVerfGE 33, 1 ff. 見よ。

7) *Kant* Metaphysik der Sitten, Werke Bd. 7, A 196/B 226. カントの著作については、10巻からなるヴァイシエーデル版(Weischedel, Darmstadt 1975 (u. ö.))から引用し、そこで示されている初版(A)と2版(B)の頁番号を表記する。この批判の包括的な叙述と基礎づけの代表的なものとして、E. A. Wolff ZStW 97 (1985) 786 ff.

8) AT 1. Aufl. 1992, § 3 Rn. 8.

9) 以下については、Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, 特にS. 45 ff. も見よ。

10) *Schünemann* FS Lüderssen, S. 328 ff.

11) *Pawlik* (Fn. 9) S. 45 Fn. 2における文献参照を見よ。

ネサンス」を遂げたことを突如体験することになった者は、歓喜の契機を見出したと言えるかもしれない——所為の応報について現実的に語る際に、応報のみを主張可能なものにする思考上の背景の全体が極めて単純にフェードアウトされているという疑いを差し挟むことはないのかもしれない。つまり、応報がいくらか多くの偶然的な法的保障によって抑制された、行為者によって設定された不法に対する単なる反撃として縮減されているとすると¹²⁾、更に考えなければならないのは、例えばアメリカ合衆国においては今もなお名目上法を理由にして死刑が執行されていることであり、この点から、そのような展開には「深い疑い」¹³⁾が向けられることも全く理解可能となる。従って、近代における自由概念から展開された「絶対的」理論が「応報」の概念と共に主張し得る事柄を適切に理解するために¹⁴⁾強制的に必要となるのは、基礎づけの連関を常に思考上伴わせることである。これがなされない場合には、刑罰からは法概念によって単に覆い隠されただけの純然たる権力装置が暴力的に投入されることになってしまう。全ての特別予防的或いは一般予防的な刑罰論は人道的及び（同じことではあるが）法的な内実の点ではそのように縮減された応報理論よりも優越的なのである。

同様にオッターは1975年の論文において、基本的な事柄を規定してそれらに関係づけることなしには所為応報に関するそのような理論は維持され得ないことを認め、その点を叙述していた。そこで、本稿は再びこの論文に立ち返り、以下では評価を加えた上で更に考察を進めていきたい。

III.

1. オッターが不法と責任と刑罰の関係性を規定する際の基となる根本的根拠は、理性、自由そして洞察能力によって特徴づけられた人格である。まずこれにより、タイトルにある三つの概念の関係が人的に基礎づけられたものとして理解可能になるための、その結果、犯罪を義務侵害として、責任を洞察の誤りとして、そして刑罰を人格自身によって引き起こされた不法の応報として理解し得るための出発点が見出される。その際に根本となる根拠が問題となり得るのは、専ら次のことが理由となる。つまり、刑法に関する三つの概念の全てはまさに法概念なのであり、これにより当該の概念に統合的に包含されている、社会性へと関係づけられ、この社会性から規定されもする、法の諸要素が付加的な根拠として同時に考慮されなければならないからである。

2. オッターは個々人の人格性を拡張するこのような要素を二通りに規定する。

12) Roxin in: ders./Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2006, S. 5
においてこの点は全く明白であり、行刑において「単なる応報は（…）反抗と鈍磨に」至るとされている。
ドイツにおいて刑罰の基礎づけの議論に参加し、刑罰を自由の法則から導き出す論者であれば、「応報」についてその種の制限された概念を主張することをしない。

13) Schönemann (Fn. 10) S. 328.

14) 「絶対的」理論と「応報」は概念としては極めて誤解を受けてきたものであるため、次のように言い換えなければならないであろう。つまり、正当な刑罰の理論と現存する自由な国家秩序における法関係の回復が問題になっていると。しかし、当面議論を進めていくにあたり、本稿では以前の概念に依拠しておく。

a) 思考上最初にあるのが¹⁵⁾、他の人格との関係を信頼の概念を通じてその際に含めることである。オットーは当該の概念をルーマン¹⁶⁾に依拠して展開するが、同時に批判的な態度もとっている。ルーマンにとり信頼とは、人格の自己安定化の手段であり、これにより人格には違背(Enttäuschung)を抗事実的に耐える可能性が付与される。(まずは更に基礎づけられるべき)法規範の妥当と貫徹は、その際に付加的で支持的な意義を有している。これに対しオットーは、信頼の概念は「より根源的に、人格の間での具体的な関係として視野の中へと入れられ(…)」なければならないと批判する¹⁷⁾。信頼は、「他者と内的に結び付いていることの感情を前提とし、この結び付きはその他の全ての差異にもかかわらず問題とはされないものである。それは他者の中に『自ら』を認識する活動であり、この活動が他者と共に一つの統一を形成し、そこでは『私』と『あなた』が問題なく『我々』として現れることを可能にするのである」。

まずルーマンに対する批判について言えば、それは支持されるべきである。ルーマンの概念規定では、他者に示されるものである信頼はその本来的な内実について縮減されてしまっている。つまり、ある者と他者の省察的な存在(Existenz)を積極的に含めるという点についてであり、そもそもこれによって初めて他者を信用することが可能になるのである。信頼を単なる社会的なメカニズムに縮減する点に、個別の概念におけるシステム論の全体的な欠陥が現れている。同理論は、省察的な人間的な意識の干からびた形式として記述されるものであり、その際に当該の形式の一般性はその根源の喪失から獲得されているのである。オットーも用いているような概念規定のやり方によって初めて、信頼は人格の自由の出発点となる思考と結合し得るのである。何故ならば、信頼に含まれる他者を信用できるということは、互いに前提とされた、正当なものへの自己規定の能力をそれ自体で前提とするのであり、このことを通じて相互的に確立されるものである共同体も可能となるからである¹⁸⁾。自由と信頼との間での緊密な結合は、まさにドイツ観念論哲学において信頼の概念と上記のような内実が間人格的な関係の規定のために活用されていた点にも表されている¹⁹⁾。

いずれにせよ、オットーは以上のように形成された、ある人格と他の人格との関係を更に展開し、諸人格間での相互的な独自性と現実的にも存在する距離の経験が、他者との差異の体験から不信を獲得する根拠であるとした。ここから初めて法の規則に至ることになるとされ、言わば当

15) オットーのテキストの順番ではこの観点は2番目に来るものである(S. 554 ff)。ここで順番を変えた理由は後において明らかとなる。

16) Niklas Luhmann *Vertrauen*, 2. Aufl. 1973参照。同書には「社会的な複雑性の縮減のメカニズム」という特徴的な副題が付されている。

17) 以下の二つの引用は、Otto (Fn. 1) 554にある。刑法に関して同様に実質化された信頼の概念については、既にE. A. Wolff *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, S. 72 f.も言及していた。同書を見よ。

18) これについてはまたE. A. Wolff (Fn. 17) S. 72 f.

19) 例えば、Hegel *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriss* (Moldenhauer/Michel [Hrsg.], Werke in 20 Bänden, 1971 u. ö. Bd. 8-10), § 515; 更に(当該の概念を用いてはいないが)Fichte *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre* (Werke, hrsg. von Immanuel Hermann Fichte, Bd. 3, §§ 3, 4)を見よ。

該の規則は根源的な信頼を取り入れたものとなる。こうして、オットーは、法は信頼に基づいていると主張し得たのである²⁰⁾。但し、この主張は更に精確に考察されるべきである。

b) 社会性へと向けられた（思考上の）二つめのものとなる歩みをオットーは、フェルディナント・テンニースによって発展させられた概念（Begrifflichkeit）に依拠して行っている。つまり、共同社会（Gemeinschaft）及び利益社会（Gesellschaft）として社会性の形態を規定することである²¹⁾。いずれにせよ当該の規定については、オットーは「極めて注意した上で控えめに」²²⁾のみ受容すべきであると述べている。テンニースはその著書において上記の二つの概念を次のように区別していた。つまり、共同社会として人間の間での本質的に有機的な結合は特徴づけられるべきであり、それは「根源的で自然的な状態（…）としての人間的な意志の完全な統一」の形態であり、「その状態は経験的な分離にもかかわらず、そしてそのような分離を通じても、自らを維持する（…）のである」²³⁾。この種の結合の最良の例となるのが家族であり、例えば村落共同体のようにより大きな社会的統一体もそれに当てはまる。これに対し、テンニースは利益社会の概念を「（…）本質的に結合しているのではなく、本質的に分離している人間の集団（Kreis）」²⁴⁾によって形成されるものとして設定する。それは確かに平和的であるが、外的な対立の社会性であり、——そのように言うことができるであろうが——所有、賃金労働及び資本に関する領域である。オットーは両概念を読み解く際に、両概念を刑法について役立てることに尽力していたヴェルナー・ハルトヴィッヒの解釈に依拠していた²⁵⁾。何故ならば、人間が社会的な結合に関する両方の形態の中で生活していることが理由となり、それぞれの結合的な諸要素は刑法を通じてその規制領域の中へと取り込まれ得るからである。これにより例えば、何故刑法では人間の心情も重要であり得るのかについて、共同社会における現存の結合感情から説明することが可能となるのであり、利益社会における単なる外的な関係（Miteinander）ではこの点を説明できないのである。

既に述べたように、オットーは上記の区分に完全には賛同しないとしても、それでもなお彼は当該の概念の区別におけるいくつかの側面を取り込もうとしている。このことは次のようになされている。共同社会の概念を通じて社会的な実体（Substanz）を伴うように信頼の概念を充足させようとし、他方では利益社会の概念といずれにせよ一見したところではそれと十分に適合し得るシステム論的な考えを結合させるのである²⁶⁾。これにより次のように言うことができる。法は確かに信頼に依拠するが、しかし、不信が法規則の必然性を生み出し、そうして（規範違反として

20) *Otto* (Fn. 1) 554 f.

21) *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1963 (Neudruck der 8. Aufl. 1935).

22) *Otto* (Fn. 1) 553.

23) *Tönnies* (Fn. 21) S. 8.

24) *Tönnies* (Fn. 21) S. 40.

25) *Hardwig ZStW* 68 (1956) 14 ff; *ders. Monatsschrift für Kriminologie* 44 (1961) S. 194 ff. 特にその基礎となっているのは1949年にハンブルク大学に提出されたハルトヴィッヒの未公開の博士論文 *Der materiale Gehalt des Verbrechens* である（同書は未見である）。

26) *Otto* (Fn. 1) 553 ff.

の不法を通じて) 違背された信頼を再び安定化させる一つの社会的システムが発生するのである。實際上、オットーは少なくともこのような筆致により個別の人格と他の諸人格を伴う社会性との間の結合を記述したのである。

IV.

しかし、ここで問われる——そして、我々のテーマとの関係でオットーの見解を更にここで考察すべきである——のが、このような方法により現実的に、オットーの関心事と一致する形での、人格の自由と他の諸人格を伴う社会におけるその人格の生活との間の結合が思想上確立されるのか否かである。人格の自由と結合し得る、社会性の作用 (Aktionen) のみが法的作用であり、それは単なる権力による暴力ではないとする原則的に全く適切であるオットーの考えが失われるべきではないとするのであれば、当該の結合はなされなければならない。そこで、オットーのテキストにおける主要な諸命題の内の一つがその内的な整合性について検証されるべきである。同命題は次のように言う。「故に法が信頼の中にその基礎を有するのであれば、やはり他者の異質性という体験とその限りでの不信が法規則を作り上げる誘因となるのである」²⁷⁾と。他の人間の「異質性」は、その者達を信頼しない理由として十分なものであるだろうか？或いは、「異質性」はある者の個別性とその際に一緒に理解される、他者の個別性を把握することとしてまずは単純に理解されてはならないのではないか？

特徴的であるのは、オットーが自己の見解についてトマス・ホプズにおける国家の基礎づけと言語的及び思想的に平行なものを用いていることである。つまり、「万人の万人に対する闘争」は、(オットーの規定においても明白にそう言われているが) 他者がなお同等であるものとして承認されることによって阻止されるが、「『人間は人間にとって狼である』という可能性は明白に念頭に置かれるのであり (不信)、共同生活の基礎はそれに応じて制裁を伴う法命題を通じて防衛されるのである (システム不信)」²⁸⁾としているのである。

人格と国家に関する上記のような規定に留まらなければならないのかという問いとはまだ無関係に、やはり既にここで次の点が強調されるべきである。つまり、オットーは不法と責任と刑罰の関係の確立を、これらの三つの概念を第一のものとして、出発点として受容するという形では行っていないことである。何故ならば、当該の関係の根拠は否定 (不・法) から規定されてしまうからであり、その際には、この関係を作り出す概念 (人格の自由) が積極的概念であって、否定である不法と責任と刑罰よりも常に既に多くのことを含んでいる点が等閑視されてしまう。その他のオットーによって援用される概念の全て (信頼、システム、共同社会、利益社会、そして更には特定の用いられ方における「不信」) はまずもって人間 (人格) の意識的な生活に組み込まれ、そこに割り当てられる概念である。ここでは次のように言い得る。不法と責任と刑罰の関係

27) *Otto* (Fn. 1) 554 f.

28) *Otto* (Fn. 1) 557.

は、それに先行する、人格とその自由と人格がそこで生活する社会性の関係が規定されて初めて有効的に規定され得ると。

既にテンニース自身において、——これは少なくとも手短かに言及されるべきことではあるが——思考過程のこのようなより深い基礎づけは見受けられるものであった。このことは共同社会と利益社会の概念、そしてテンニースがそれらを——積極的に——規定する方法だけから既に明らかとなる。しかし、テンニース自身は更に先を進み、それらのある統一概念へと還元させていた。つまり、意志（Wille）の概念である。ここで決定的であるのは、テンニースが意志を規定する際に付与する個々の内容ではなく、専ら次の事実である。つまり、これにより人間的な意識の全般が語られて、関係性の中へと基礎づけながら導入され、このことを通じて異なる結合の形式をとる社会性と関係する核となるものが提示され、ここから共同社会と利益社会の区別を更に展開させることが可能になる点である²⁹⁾。

さて、ここにおいてオッターにおける人格の概念への架橋もまた可能となる。既に強調したように、オッターは当該の概念を、啓蒙期及び観念論の哲学から受け継がれているものとして、つまり、ホップズ以来の精神史において強調されてきたものとして理解している。ちなみに、テンニース自身からすると、そのような架橋はどちらかと言うと隠された根拠を通じて可能となる。テンニースは彼の著書の初版における序文において、彼に決定的な影響を与えた3人の論者を挙げている。まず、サー・ヘンリー・メインとオッター・フォン・ギールケであり、つまりはイギリスとドイツの法学者である。そして、「最も奇異で最も深い社会哲学者であるカール・マルクス」³⁰⁾が挙げられている。しかし、彼にとっての本来的な保証人については、その著作においても挙げられていない。その者は、ゲオルク・ヴィルヘルム・フリードリッヒ・ヘーゲルであり、特にその著作である1820/21年の『法哲学綱要』が重要なのである。最後に挙げた2人の哲学者のテキストを学習した者であれば、両者ともカントによって開かれた問題連関を思考していることに気づくことができるはずである。つまり、どのようにして人間の自由はその意識的な生活の全体存在の展開として適切に理解され得るのか——その者自身とその者が生活する共同体と諸制度の展開として、という問題である³¹⁾。このような課題を克服する際には、それが人間の実践それ自体と結合していることが斟酌されなければならない。従って、ここでの克服は、該当する領域について思想上既になされたことの表明である、哲学的な伝統において見かけ上化石化しているテキストの解釈に限定されるものではなく、それを超えて、自由の思考それ自体のダイナミズムと接触する必要がある。この自由の思考こそが最終的には全体の活動の根源と目標となり、それによ

29) *Tönnies* (Fn. 21) S. 87 ff. を見よ。

30) *Tönnies* (Fn. 21) S. XXIV.

31) このテーゼは、カントに対するヘーゲルの批判及びヘーゲルに対する（若き）マルクスの批判にもかかわらず維持される。その背景については、次の著作が参照されるべきである。Dieter Henrich, Karl Marx als Schüler Hegels, in: ders., Hegel im Kontext, 1971, S. 187 ff. 更に ders. Konstellationen 等。また詳細な分析として、ders. Grundlegung aus dem Ich, 2004. 刑法というより狭い領域については、Verf. FS Eser, S. 207 ff, 209 ff.

り常に既に直接的に作用しているものなのである。こうして初めて、(法) 哲学の偉大なテキストも適切に評価できるようになる。

本稿の枠内では、この課題に対し、より適切な克服のために必要となる精確さでもって取り組むことはできない。特に法においては自由的な生活の部分領域のみが問題となっており、刑法それ自体が当該の領域の更に一部分にすぎないからである。しかし、まさにその法命題及び法的帰結は直接的に人格の統一性に関係するのであり、これにより少なくとも輪郭においては、人格、その答責性、その社会的な拘束との間にある結び付きを示すことが可能になる(同時にまたそれを必然的にもする)。こうして初めて、人的な不法と責任と刑罰からなる関係性が基礎づけられたことになるのである。

オットーに依拠して、ここでは自由と理性と人格の洞察能力を念頭に置くべきである。これは恣意的ではなく、必然的なアプローチ方法である。思考それ自体については常に、主体の思考である(それにより省察的でもある)ことに気づかなければならないのと同様に、自由的な法の基礎づけは人格を考察の中心に置いてその帰結の出発点としなければならない。その際に人格はその実践的な能力において考察されなければならない。つまり、生活を意識的に行動によって形成するという我々人間の能力のことである。時折強力に形成する力を伴う、我々の生活に関する全ての付加的な諸条件及び諸拘束に関わりなく、人間の自己存在の当該の中心部は無視し得ないものである。そこでは省察的な自己方向づけにより、固有の洞察に基づいて、諸条件とは距離を置いて歩み、自ら自身を正当なものへと規定することが可能なのである。人間はそのような道徳的な主体なのであり、当該の能力を通じてその自由を経験する。これがカントの実践哲学のエッセンスであり、その思考上の働きについては、同哲学を読者及び共に思考する者として自ら自身に引き寄せる、つまりは一人称の単数形において読み込むことによって初めて完全に解明されるのである³²⁾。

既にカント自身はその法哲学³³⁾において(より複雑な)間人格的な関係に対する道徳的な自己関係を更に発展させており、そこから法的な共同体の形式である国家を規定し、この地表における全ての人間の共同生活の形態を世界法思考に至るまでに構想した。これにより、個別の人間の省察的な統一から全体としての人間性の法的な関係までの首尾一貫したラインが引かれることになる。この思考の過程を目の当たりにしたとき、オットーの構想との原理的な差異が認められてくる。(それが個別の人間であれ、文化全体であれ)他者の異質性の体験が既に彼または彼らに対

32) このようにしてカント哲学に到達することの最も素晴らしい例証の一つとして、1796年1月5日付のヨハン・ブリュッカーからカントへ宛てた手紙がある。名文ではないが、心に深く突き刺さることが明白な筆致でブリュッカーは書いている。「私が思いますに、あなたは私に何も新しいことを言っていません。——何故ならばそれは私の中にあつたものだからです——そのものではなく、どのようにしてそれが整序されるのかを私は知らなかったのです。全ては私の内にあつたのです。——不明確なままそれはあつたと言えましょうか?」——全く見知らぬ者に対する当時ヨーロッパで広く知られていた哲学者の(1796年1月26日付の)回答は、その人間性が表れたものとして少なからず読む価値を有している。両書簡は、アカデミー版カント全集12巻のS. 55 f.及び57 f.に掲載されている。

33) Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Fn. 7).

する「不信」の根拠になるわけではない。反対に、それぞれの固有の生活の形態を相互的に意識していることへの根源的な信頼があるのであり、これにより全ての人間の間での結合を思考し得るようになり、そのような結合が実践的に可能となるのである。

もっともカントの『人倫の形而上学』には二つの重要な箇所があり、これらは相互的な不信という考えをもっともなものであるかのように示している。そのどちらも自然状態（これはカントでは——ホッブズとは全く異なり——既に暫定的な法の状態であり、そこからカントは「私法」とも呼んだのである）から完全な意味での法状態である市民状態への移行に関するものである。つまり、問題となるのは法論の§42と§44である。カントはそこで次のように書いている。個別の各人は、その者が正当と考えることを行う権利を有するという事実は、相互的に制限を行い、侵害しあう可能性に必然的に行きつく。何故ならば、単なる個性の状態においては、何人も有効的にどこで彼の行為領域が終了し、他者のそれが始まるのかを知らないからである。加えてカントは、各人の自己批判を呼びかける論拠を更に用いている。各人は——カントはそのように主張するのだが——自ら自身の内に「他者に対して主人であろうとするという人間全般の傾向（権力或いは策略に基づいて、他者より自分が優越的であると感じるときに、他者の権利の優越性を配慮しないこと）」³⁴⁾を十分に認めるのであると。従って、そこからカントが導き出す、人格の間での一般的に強固にされた法的な状態の必然性は、万人の万人に対する闘争という想定から生まれるものでは決してない。むしろ、当該の必然性は各々の実践的な省察の意義深さへの固執に依拠しているが、但し、あり得る主観的な弱さを認めること及び相互的な人間の間における主観的な洞察の不可避的な限定性の認識と結び付いている。このことはそれ自体で自由に基づいた認識なのであるから、他者との関係における自由は、制限された自由であるとするのでは不適切にしかり理解され得なくなる。そうではなく、展開された共同的な自由の特別な形式として把握されなければならないのである。従って、カントにおける法の概念は（古い自然法或いは所与の「価値秩序」の意味での）所与の秩序を内容とする概念としてではなく、その下で共同的な自由と個別の自由が同時に展開し得る諸条件の総体として把握されるものなのである³⁵⁾。こうして、法という制度はその現実性においては一般的なものの表れであると同時に主体の作用の表れとなるのである。

以上に基づきカントの法哲学は、実践的な生活を共同体において自由なものとして構築するための基盤を展開した。ヘーゲルの法哲学は次のようにも理解され得るのである。つまり、カントによって創出された基盤がより決然とした形で意識的な生活の根拠とダイナミズムに結合させられていると同法哲学の内容を理解することもできるのである。そうであるからこそ、ヘーゲルにおいては人間の間での生きた諸関係（家族と市民社会と国家）の生成と存在が法思考の中に統合され得たのであり、同時に、これらの社会的統一体自身の全てが生きている精神の形態であることが洞察されたのである。更にマルクスについて言及すれば、マルクスはまさにヘーゲルの精神

34) Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Fn. 7) AB 157 (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〕149頁を参考にした：訳者記す)。

35) Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Fn. 7) § B (AB 30 ff)。

哲学の中に、「現実的な」諸関係、生活の素材を視点から喪失し、世界を単に解釈することへと哲学を限定し、これにより自由の現実を変化させるダイナミズムを忘却する危険を見て取ったのである。マルクスによるこのようなヘーゲル解釈が的を射たものであるのかは疑われるべきである。しかしながら、考慮すべきであるのは、予期せぬ形でカントの全く近くに再び到達したことである。何故ならば、人間が自由を通じてその生活の現実性を形成するときに、その自由から何が可能となるのかを示すというカントの関心事がまさに提示されたからである³⁶⁾。自由と（その全ての形態における）人間の意識的な生活は同一である。この生活は、自ら自身を理解し、他者と共に共同性へと秩序づけられる生活として特徴づけられる。従って、社会と国家は単に外的な諸権力へと縮減され得ない。何故ならば、冷たい他律的な権力としてでは、それらは自由の形態ではないからである。同様に、個々の人格の単なる形式的な自由に直面して、そのような諸権力は互いに破壊しあってしまう。人格の自由と、その人格が他者と共に生きる法則的な状態の関係によって初めて、法の規則を自ら自身により設定された規則として経験的に可能にするための基盤が創出されるのである。このような思考がカントにおいて明確に立ち現れている。つまり、国家市民は「自分が同意を与えたものとは異なる別の法則には従わない法則的自由」³⁷⁾を有しているとされるのである。以上述べたことはヘーゲルにおいて特に明白となる。ヘーゲルでは、このような関係がまさに人倫の中核とされている³⁸⁾。「人倫は、自由の理念であり、生ける善として存在する。この善は、自己意識のうちに、みずからの知と意欲とをもつとともに、自己意識の行為によって、みずからの現実性をもつ。このことは、自己意識が人倫的存在において自分の即自的かつ対自的に存在する基盤と自分を動かす目的とをもつと同様である。——したがって、人倫は、現存する世界となり、自己意識の本性となった自由の概念である」³⁹⁾とされているのである。

人格の自由とその人格が生きる社会性の関係をこうして貫徹させることには、当該の社会性の

36) カントを「心情倫理学者」として表記することは、好んで繰り返されてきたものではあるが、誤りである。このことが、カントが意志を抽象的に捉えたのではなく、意志を人間の実現の可能性と結び付けていた点をばやけさせている。これについては、Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke Bd. 6, BA 3を見よ。意志は単なる願望としてではなく、「それらが我々の力の内にある限りで、そのような全ての手段を与えること」として理解され得るとされている（翻訳に際し、平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」[岩波書店版カント全集7、2000年] 14頁を参考にした：訳者記す）。更に法論からは§ 2 (Fn. 7, AB 56 ff) の実践理性の法的要請を見よ。

37) Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Fn. 7) § 46（翻訳に際し、樽井・池尾訳『人倫の形而上学』[前掲注34] 156頁を参考にした：訳者記す）。——そのような言明には、今日そのような単純な思考をもはや許容しない現代世界の複雑性が好んで対置される。しかし、配慮しないでよい専門家のうぬぼれよりも多くの事柄がそこにある限りでは、やはり次の点が示されるべきである。また現代の人間も分裂させられた役割と諸関係の全てに直面しながら一つの統一体に留まっており、このような統一体にカントの諸原則は関係し得るままなのであり、そうであり続けなければならないのである。また世界の諸関係はより複雑なものになっているのかもしれないが、自己関係はそうではないのである。

38) ここで誤解されてはならないのは、ヘーゲルの体系における「人倫」は更なる付加的な思考なしにはカントにおける公の法則の状態と一致させられるわけではないことである。

39) Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts (Werke [Fn. 19], Bd. 7), § 142（翻訳に際し、上妻精・佐藤康邦・山田忠彰訳『法の哲学（下）』[岩波文庫、2021年] 13頁を参照した）。

拡張と付加的な規定が同時に結び付いている。単に「システム」として記述するのでは、この社会性は人間の社会的な定在に適切に合致し得ないのであり、むしろ根本的に誤ってしまう。人間の共同的生活の記述の中へと、個別の人格であると同時に社会的な人格としての人間の特殊な性格が必然的に書き込まれなければならない。そのような体系において初めて、人間は自らを再び認識するのであり、当該の体系においてのみ真に生きることが可能となるのである。

V.

以上の叙述を背景にすることにより、何故に不法においては人的な不法のみが問題となり得るのか、そして何故に法はそれに加えて所為に関する個々人の答責性から出発しなければならないのかが理解され得るのである。このことは——専ら消極面にだけ目を向ければ——その者の固有の定在の諸前提である。人格に対して非難がなされ得るべきであるとするならば、人格によって実現された不法だけが不法であり得るし、有責的に設定された不法だけが不法であり得るのである。

上で示された関係は「応報的」対応として刑罰を理解することにとり特に重要となる。その際に、行為者と被害者と社会性を結合させる紐帯が共に考慮されないのであれば、応報は法の仮面をかぶった復讐以外の何ものでもない。繰り返して言えば、特別予防或いは一般予防の全ての理論は、そのような誤った概念と比べれば行為者及び更に被害者との社会的な結合性の点でより多くのものを含んでいる。何故ならば、当該の理論は行為者への配慮の必然性を同時に考慮するか、或いはいずれにせよ行為者の所為とそれへの対応を全体における社会性との基礎づけの関係性の中で見ているからである。正当な所為清算としての応報は、法の共同体において諸人格が前もって結合していることを前提とする。このことだけが応報に根拠と程度を与えるのであり、こうするときだけに応報は特別予防或いは一般予防と比して基礎づけの点でより深みに達するのである。思考上の破綻なしに、また応報には（積極的）特別予防と（積極的）一般予防の関心事が結び付いている。1975年のハロー・オットーの論文ではこれらの全てが着想されていたのであり、このことが同論文の変わることのない学問的価値をなしている。

〈訳者後書き〉

本稿は、Rainer Zaczyk, Über den Grund des Zusammenhangs von personalem Unrecht, Schuld und Strafe, in: Gerhard Dannecker u. a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 191 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。

本稿の内容は、人的不法と責任と刑罰の関係性を理性と自由と洞察能力によって特徴づけられた人格の概念を軸にして展開したオットーの（1975年に公刊された）論文を評価した上で、オットーの着想をより徹底化させるものであると言えよう。論旨の根底には、ツァツィック教授が一

貫して主張してきた思考がある。つまり、犯罪（不法）はそれ自体で存在するものではなく、あくまでも法の裏返しとして初めて存在することから、まずは法の在り方を、換言すれば、考察の出発点である自由な人格と法秩序の関係性をその自由に反しない形で規定する必要があるという考えである。それ故に、不法と責任と刑罰の関係は先行する人格とその自由と社会性の関係の規定に依存することになる。特に人格と社会性の関係を考察する上で、オットーがルーマンとテンニースに依拠しながら論じている内容が批判の俎上に上げられているが、これは最終的にはいわゆるシステム論的な発想に対するドイツ観念論的な（カント的な自由的な法の基礎づけの）立場からの異議に帰着する批判であろう。

また、本稿では自由で理性的な洞察能力を備えた人格を法の基礎づけの出発点にして初めて、人的不法と責任非難と応報としての刑罰という刑法上の重要な諸概念のそれぞれが法概念として統一的な視座から基礎づけられ、相互的に関係づけられることが明らかになるとされている。法における自由な人格の概念から刑法における概念の形成を規定するという、このような発想は、本稿と同時期に公刊された Rainer Zaczyk, Was ist Strafrechtsdogmatik?, in: Michael Hettinger u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 723 ff. においても（異なる次元で）展開されている。同論文の拙訳「刑法ドグマティックと何か？」は、関西大学法学論集72巻3号（2022年）135頁以下にあるのであわせて参照されたい。

