

〔翻 訳〕

## ビンディングの刑法理論（2）

飯島 暢・川口浩一（監訳）

玄 守道（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、72巻2号)
- 2 ビンディングとメルケル (以上、本号)
- 3 ビンディングの法実証主義
- 4 ビンディングと刑罰論
- 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

## 2 ビンディングとメルケル

シュテファン・シュトゥービンガー（玄守道訳）『『わが友、アドルフ・メルケルが正当にもそれを主張したから』<sup>1)</sup>批判的な友情とあまり友好的ではない批判——カール・ビンディング（Karl Binding）とアドルフ・メルケル（Adolf Merkel）の関係について

### I. 批判的な友情

ビンディングの影響に捧げられる書は、彼の筆からなる著作だけを紹介することに限定されてはならない。著者のテキストと同時に、むしろこれが作られた関係性のネットワーク（Beziehungsgflecht）も描かれなければならない。ビンディングの立場に関するいかなる叙述も、同時代の議論に通じていなければ、不完全であるばかりか、結局の

---

1) *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 477 Fn. 1.

ところ理解もできないのである。その際、関心の中心にあるのは、大抵は、刑法学において、「学派の争い」というスローガンのもとで今日まで記憶されて、大きな影響を及ぼしたビンディングとフォン・リスト（v. Liszt）との論争である<sup>2)</sup>。ビンディングとフォン・リストの論争とは対照的に、他の著者との争いはむしろ忘れ去られているように思われる。このことは、ビンディングの、メルケルに対するまったくアンビバレントな関係にも当てはまる。ビンディング及びリストと異なり、メルケルは極端な立場には立たない。彼は、例えば、刑罰理論の論争において、2大「学派」の立場（Stühlen）の中間を占めている<sup>3)</sup>。すなわち、彼は古典的な応報理念と近代的な目的思想を組み合わせようとしている。しかし、彼にとっては、論争の対象は刑罰目的の規定に限定されるものではなく、むしろより大きな文脈の中に見出されなければならないのである。ある特定の学問的理想に関する方針が、二つの極端な立場——古典的立場と近代的立場——の間で揺れ動くのは、決して刑法に限ったことではない。全体として、「古びた古典主義という過去を代表する考察方法 […]」に頑なに固執することも、「最も近代的な研究の精神」に盲従することも、彼にとって念頭に置かれていない<sup>4)</sup>。

ある学派の新しさは、たとえそれが教条的な姿勢で現れたとしても、いかなる新たな確信を保障するものではない。当時新たに現れた研究分野の「特に若々しい」方向性は、メルケルにとって、その時代で、すでに「気取った自然主義という」憂慮すべき「特徴」を帯びている。この自然主義的——自然科学上の研究理念に方向づけられた——学派は、結局のところ、それ以前に創造され古くなったものは基本的に廃棄しうる古いガラクタであることを前提としていとされる。メルケルは、刑法の領域上で、この新たな諸研究が無批判になんの基準もなく採用されることを、分野固有の、独自の確信の欠如と見なしている。このことに応じて、メルケルは、「それらに同調する法律家たちを」、「彼らの法理解があまりにも乏しい(schwach)ものである——自然科学の側からやってくる気風によって消滅へともたらざられたゆらめく光として——」と非難する<sup>5)</sup>。メル

2) この点につき、例えば、*Koch*, in: Hilgendorf u. a. (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 127 ff.; *Naucke*, in FS für Winfried Hassemer, 2010, S. 559 ff.; *Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3. Aufl. 2016, S. 113 ff./131 ff. それぞれにおけるさらなる文献参照。

3) *Barth*, *Die Rechtslehre Adolf Merckels*, 1956, bes. S. 109 ff. これによれば、メルケルはフォン・リスト側の者とみられている。

4) *Merkel*, *Die Aula I*. Jahrgang Nr. 10 (1895), Sp. 290.

5) *Merkel*, *Preußische Jahrbücher* 78 (1894), 31/37.

ケルの視点からは、新たな学問信仰の祭壇の上に、法学的伝統の規範的信条が犠牲にされてはならないのである。とはいえ、メルケルにとって、自己目的としての法論の純粹性は重要ではない。様々な学問分野間での知識の伝達は、可能であるばかりでなく、まったくもって望ましい。もっとも、どのような認識が法において実を結びうるのかは、詳細に検討されなければならない。メルケルは、自己の専門分野を「古典主義者」からも「近代主義者」からも独り占めにされることを好まない。そうすることで、両陣営から正しいものを取り入れることができるとする。同様のことはまた、同時代の他の論争についても当てはまる。例えば、メルケルは、自然法と歴史学派の論争について、明示的に、「対立する一面性の克服」を提唱している<sup>6)</sup>。

このことは、単純なレッテル張りをそもそも不可能にする。それでも、メルケルは、特定の引き出しに収められるのもまれではない。堅実な刑法学者としての役割に加え、彼は、例えば、媒介的な刑罰目的論者としてすでに早くから認知されており<sup>7)</sup>、今日まで主流となっている統合理論の一バージョンを主張している<sup>8)</sup>。その限りで、ときおり、古典学派及び近代学派と並ぶ第三の学派の創始者とされることもある<sup>9)</sup>。また「[一般法論]の父」<sup>10)</sup>としての重要性が、特別なトレードマークとして強調されることもまれではない<sup>11)</sup>。それと並んで、彼は、ときおり素朴な「実証主義者」<sup>12)</sup>とみなされること

6) 例えば、*Merkel, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 4 (1877), 15.

7) この意味においてメルケルは、例えば、*Heinze, Strafrechtstheorien und Strafrechtssprinzip*, 1871, S. 73 f./75 f.; *Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1875, S. 5 m. Fn. 9; *v. Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, S. 23; *Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5. Aufl. 1898, S. 5 によって言及されている。

8) この意味において、例えば、*Thomsen, Das Deutsche Strafrecht*, 1906, S. 29; *v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Band I*, 1925, S. 477; *ders., ZStW* 55 (1936), 823; *Vormbaum, Einführung* (Fn. 2), S. 134.

9) 例えば、*Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2. Aufl. 1923, S. 434 Fn. 16; *Liepmann, ZStW* 18 (1908), 4 もみよ。

10) *Schönfeld, Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik*, 1943, S. 68.

11) この点に関し、例えば、*Funke, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, 2004, S. 1/10/21 ff.; *Brockmüller, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, 1997, S. 238; *Hofmann*, in: Pattaro u. a. (Hrsg.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 9, 2009, S. 324 ff. もみよ。

もあれば、法学部の講座を持つ最初の社会学者と名付けた者もいる<sup>13)</sup>。法における最初の唯物論者の一人を彼に見出す者も相当数いる<sup>14)</sup>。一部では、彼の時代の心理主義との関連が強調されており<sup>15)</sup>、そのため彼は心理学者とも表される<sup>16)</sup>。これらすべての記述は、確かに当たらずとも遠からずである。しかし、メルケルは、一つの方向だけの荷車にだけつなされることを許さないだろう。

上述のリストの「近代刑法学派」との抗争に比べれば、ビンディングがメルケルと繰り広げた決して少なくない小競り合いは、未だ幾分、陰に隠れたままである。このような影に隠れた存在から、ビンディングとメルケルのアンビバレントな関係が、本稿において、わずかではあるが引き出されることが意図されている。このため、特にメルケル説は、幾分多く、光を当てられるべきである。本稿は、メルケルの見解と密接に関連する、あるいは対立するビンディングの見解に焦点を当てることが意図されている。このために、網羅性（Vollständigkeit）が主張されるものではないことは、おのずと自明であろう。両著者の見解が互いに関連づけられうる限りで、両者の見解を選択し、叙述することに重点を置いているにすぎない。彼らの発言の多くは現代に通用するポテンシャルを有すると思われるにしても<sup>17)</sup>、ビンディング及び/あるいはメルケルから、現時点で、何が学ばれうるのかという問いに答えることを主題とすることは意図されてはいない。本テキストは、刑法学史への貢献を第一義としている。すなわち、それは、両著者に関する情報を提供し、せいぜいのところ、両者の思想への関心を喚起しようとするものである。

12) 例 えば、*Sternberg*, Allgemeine Rechtslehre, Erster Teil, 1904, S. 175; *Holzhauser*, Willensfreiheit und Strafe, 1970, S. 170; 区分するのは、*Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 46 f.

13) *Barth* (Fn. 3 ), S. 167.

14) この点につき、*Wittkau-Horgby*, Materialismus, 1998, S. 198 ff. をみよ。

15) *Schmidt-Recla*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs, 2009, S. 153 ff. の文献も含めて参照。

16) *Adams*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe im System Adolf Merckels, 1928, S. 15/25.

17) とりわけ、自由の問題に関する議論の文脈におけるメルケル説の現実化可能性について、例えば、*K. Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 5 ff.; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, 2014, S. 46 ff.; *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 123 ff. をみよ。

1. 「全くの相違があるにも拘らず」

ビンディングとメルケルは友好的な関係にあった。本稿のタイトルとして用いた引用文においてだけ、ビンディングは同僚のメルケルのことを明確に「友人」と呼んでいるのではない。例えば1896年、ビンディングはメルケルの葬儀で挨拶をした。彼は、刑法学の代表としてだけでなく、メルケルの「友人」としても弔辞を述べたのである。その中で、彼は、非常に賞賛する言葉で、メルケルに別れを告げている。すなわち、「あなたが亡くなることによって、我々にとっての、最初の、そして最も普遍的な刑法学者を失ったのです」<sup>18)</sup>。このような尊敬の念は、Der Gerichtssaal 誌第53巻の短い寄稿文においても表明されている。1897年、その年の前年に亡くなったビンディングの弟子であるエミール・ブルンネンマイスター (Emil Brunnenmeister) を特に偲んで書かれた当該論説において、同じように友情の表明が見られる。この評価の中で、ビンディングはギーゼンにおいて私講師でイエーリンク (Jhering) の若き友人としてメルケルと知り合ってから以来、性格や考え方に全くの相違があるにも拘わらず、非常に親しい友人であったことを強調している。その中で、数ヶ月ほど前——「1896年3月30日にシュトラースブルクで——60歳手前で」——亡くなったメルケルに、異例の賛辞を贈っている。すなわち、彼は「ヘーゲリアーナー以後の最近のすべての刑法学者のなかでも […]、その思想の深さと豊かさでは、誰も太刀打ちできないほど重要な存在であった」<sup>19)</sup>。

ビンディングは、自ら自身を、少なくとも彼と対等に渡り合える、闘いに応じる権利のある相手だと考えていたのであろう。ビンディングの言う「性格」の「相違」というのは非常に注目すべきものである。このことは、特に、学問上の舞台への登場の仕方に関わるものである。ビンディングは、主に典型的な出版形態を通じて活動した<sup>20)</sup>。そのタイトルは、経験上好んで引用されるように、受け入れられている。この点で、数巻にわたる主著『規範とその違反』が中心である。この中では、当該分野の主要な標準的テーマの多くが詳細に扱われている。これと並んで、彼は、その他に、多くの版を重ねた『綱要 (Grundrisse)』を書いた。すなわち、『ドイツ刑法綱要——総則』——1878年初版、1913年第8版、——そして普通ドイツ刑事訴訟法——1881年初版、1904年第5版。加えて、ビンディングは、各則に関する、複数の (分冊の) 巻を含む普通ドイツ刑法の

18) *v. Hippel*, ZStW 55 (1936), 824 によって再現されている。

19) *Binding*, Der Gerichtssaal 53 (1897), 459.

20) 時系列でかつ分野別に整理された文献リストにつき、*Westphalen*, Karl Binding (1841-1920), 1989, S. XXXIII ff./ XL ff.

体系書を世に問うた（1. Auf. 1896 ff.; 2. Aufl. 1902 ff.）。教科書的な叙述形式は、一方で、少なからず顕著なビンディングの啓蒙への意思（Belehrungswill）にむしろ合致しており、他方で、その中に、引用に相応しい個所や当時のアクチュアルな議論状況に関するさらなる示唆を容易に見つけることができるのである。

メルケルは、自身の考えを普及させるために、別の出版形態を好んでいる。彼は、当初、主としてモノグラフィーで彼の研究者としてのキャリアを開始した。彼の教授資格請求論文である『連続犯の理論について』（1862年）の公刊と並んで、特に彼の『刑法論集』（全2巻、1867年）は様々に注目され、大いに受け入れられている。その後、彼は、確かに、同じように、『ドイツ刑法教科書』（1889年）を出版したが、しかし、それ以外には、——『法律百科事典』（1885年）という注目すべき例外を除いては——、ほとんど著書の企画を行わなかった。1860年代後半から、メルケルはほぼ鑑定意見、講演、論文、ハンドブックや辞書の記事並びに百科事典の論考、そして特に数多くの書評のみを発表している<sup>21)</sup>。特に、メルケルは一部には書評すべき書の紹介的な叙述に重点を置くのではない非常に詳細な書評において自己の考えを提示している。もっとも、このような自己の考えの発信形式は、専門分野内での受容という点で言えば、ほとんどうまくいっていない<sup>22)</sup>。すなわち、意見形成型の書評という文献ジャンルは、原則として引用されるのがより稀である。

ビンディングが彼のテキスト生産工房（Textwerkstatt）で書いた書籍についての二つの批評もまた、メルケルの書評に数えられる。一つは、全刑法学雑誌6巻（1886）496-521頁における1885年のビンディング著『刑法ハンドブック』に関する詳細な書評

21) *Liepmann*, ZStW 17 (1897), 654 ff. による、テーマ別の——なお、不完全ではあるが——書誌一覧；——もっとも、同様にまったく完全とはいえず、原典の指示がいくらか不正確だが——「アドルフ・メルケルの文献上の活動に関する年代別の概観」 in: *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen, Zweiter Teil: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, zweite Hälfte*, 1899, S. 893 ff. も参照。メルケルの死後に出版された「遺稿断片集（*Hinterlassene Fragmente*）」の二分冊第二巻において通しページが打たれている下巻は、以下では、HFGA と表記する。*L. Günther*, in: *Haupt* (ed.), *Hessische Biographien, Band I, Lieferung I*, 1912, S. 73.; *Barth* (Fn. 3), S. 193 において、著作リストへの追加記載がある——特にメルケルの *Deutsche Litteraturzeitung* での書評、そのすべてが HFGA にみられるわけではない。

22) 類似の見解は、*Dornseifer*, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, 1979, S. 16.

で、もう一つは、ドイツ文献新聞 (Deutsche Litteraturzeitung) 11巻 (1890)、1654-1657欄における『規範とその違反』1巻初版についての比較的短い批評である<sup>23)</sup>。ちなみに、前者の書評論文の中で、ビンディングはメルケルからさりげなく「友人B」と呼ばれてもいる<sup>24)</sup>。当該書評は——相当な数のお世辞も挿し込まれているが——全体としては驚くほど批判的である。というのも、このことは、ビンディングが『ハンドブック』の原稿を明らかに出版前にすでにメルケルに読ませるために託していたがゆえに、注目に値するようになる。そのため、ビンディングはおそらく好意的な書評を期待していた。さらに、メルケルはビンディングの『ハンドブック』の最終稿に、ある一定の影響を与えたといってよいであろう。このことは、タイトルにある引用文から読み取られた文脈から明らかである。すなわち、「わが友アドルフ・メルケルが正当にもそのように主張したから」。その後、ビンディングは、彼のハンドブックの、「第2巻」とされるタイトルの表題を——わが友メルケルの上述の「正当な強い勧め」によって初めて——『主観的刑法と刑法上の関係 (Das subjektive Strafrecht und das Strafrechtsverhältnis)』に変更したのである<sup>25)</sup>。その中心的な重要性ゆえに、メルケルはビンディングにも「法的関係」という概念を彼のハンドブックに受け入れるよう勧めたのかもしれない。メルケルがビンディングの『ハンドブック』をその出版前に知っていたことは、ビンディングによって示された影響力の行使に加えて、なお、別の示唆から推測することができる。メルケルは1885年の『法律百科事典』で、それまでまだ未公刊のビンディングのハンドブックを、すでに刑法の章に関する参考文献において挙げている。そこで彼は、「公刊予定」<sup>26)</sup>と注記している。またメルケルも、自分の著作についての相応の言及を望んでいたであろう。いずれにせよ、彼は、上記の書評において、ビンディングがそのハンドブックにおいて、彼の (すなわち、メルケルの) 『百科事典』が、これをビンディングは認識していたであろうし、テーマ的にも関連があったであろうから、検討に値するはずだったにも拘らず、「無視されていること」<sup>27)</sup>を嘆いている。しかし、公言された友好的な関係は、お互いの一方がさらに他方の部分的に非常に激しい批判を妨げるものでもなかった。両者は、その都度の相手方の学

23) 両書評について、HFGA (Fn. 21), S: 509 ff. bzw. S. 679 ff. における再版によってみられる。

24) *Merkel*, ZStW 6 (1886), 512.

25) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 477 Fn. 1/475.

26) *Merkel*, Juristische Encyclopädie, 1885, S. 308 (§ 717).

27) *Merkel*, ZStW 6 (1886), 497.

問的な意見と条件付きでのみ折り合いをつけることができた。ヤンドル（Jandl）による思考の見取り図で言えば、「ビンディングとメルケルの見解は、友好的なまま乖離している」<sup>28)</sup>。

## 2. ヘーゲリアーナー以後の基本的立場

まず、両者をつなぐいくつかの基本的な共通点が強調されなければならない。このことに、成立しつつある一般法論の内部及び刑法において、少なくとも部分的にパラレルな学問的な基本路線が含まれている。両分野は19世紀後半、それまで主に哲学的な学問として自らを理解する法学の構想から離れて自ら自身を方向づけている。両者が出版活動を始めた、上記の時期において、哲学的諸構成と、これによって遂行された継続的な改正プロジェクトの段階は、過ぎ去ったように思われた。ビンディングとメルケルは、その時代の息子であり、この時代を——特に刑法に関する限り——思想において捉えている。有名なヘーゲルの引用文<sup>29)</sup>への当てこすりでも、同時に両著者の思考を特徴づける共通性が指摘される。この、観念主義的な思考からの転換が、両者を結びつけるものである。メルケルに、彼の明白な拒絶がまさに「刑法におけるヘーゲルの克服者」としての名声をもたらした<sup>30)</sup>。上述のビンディングが上記の論考においてメルケルの特徴付けに用いた「ヘーゲリアーナー以後の刑法学者」という名称は、ビンディング自身の自己理解のためのラベルとしても容易く用いえたであろう。もっとも、「ヘーゲリアーナー以後的なもの」は、異なる方法で表明されている。メルケルは少なくとも当面、ヘーゲル及びその刑法上の学派へとどめを打つ攻撃を行う一方で、ビンディングはむしろ態度決定を差し控えることで、このことを試みている。すなわち、彼にとってヘーゲルはほとんど言及する価値がないものと思われている。ビンディングの名著『規範とその違反』において、ヘーゲルはいずれにせよ、むしろ付け足しで言及されているに過ぎない<sup>31)</sup>。すなわち、ヘーゲルの法理解との徹底的な取り組みを彼は明らかにもはや必要とは全く見なしていない。ビンディングは、論駁ではなく、忘却にまかせている。もっとも、様々な刑罰目的の教科書的な叙述が問題とされる場合、ヘーゲル刑罰論の相

28) *Jandl*, *der beschriftete sessel*, 1991, S. 96.

29) *Hegel*, *Grunlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Vorrede (S. XXI f): 「個人に関するものは、いずれにせよ時代の息子である。すなわち哲学もまたその時代を思考において捉えるのである」。

30) *v. Hippel*, *Strafrecht I* (Fn. 8), S. 311.

31) *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band I, 4. (Titel-) Aufl. 1922, S. 39/238/240/264/289.



対的に詳細な取り扱いがビンディングの『ドイツ刑法綱要』の中に見出される<sup>32)</sup>。ヘーゲル自身はビンディングにとって脇役としてしか扱われな一方、刑法上のヘーゲルの弟子に数えられているかの著者らは、多くの箇所でも歓迎すべき軋轢の種 (Reibungspunkte) として引き合いに出されている。「ヘーゲリアナー」は、ビンディングにとって例えば「責任論全体を台無しにする人」としての役割を甘んじなければならぬのである<sup>33)</sup>。

a) ビンディングによるヘーゲル批判の手本となった者たち (Vorbilder)

その際、ビンディングはいわば (両親の) 家庭の影響でヘーゲルの思考に慣れ親しんでいたし、それと触れていた。このことをビンディングは例えば、彼が1909年に、ドイツ法律新聞のライプツヒヒ大学法学部に捧げられた号で自ら書いた短い自叙伝的なスケッチにおいて言及していた。それによれば、彼の父、ゲオルグ・クリストフ・ビンディングは「ヘーゲルの非常な崇拜者」だった。この父のヘーゲル崇拜はしかしながら息子には全く影響を与えなかった。彼が「歴史と法学」を学んだゲッティンゲンでの学生時代の間 (1860-1863)、若きカール・ビンディングはすなわちよりもよって著名なヘーゲル批判サークルに属した教授らにある一定の好意を示している。彼を「魅了した」<sup>34)</sup>のは、自身の言によれば、当時、とりわけ歴史家ゲオルグ・ヴァイツ (Georg Waitz)<sup>35)</sup>とこの時代に非常に有名で影響力のあった哲学者 (そして教授資格を取得した医師) ヘルマン・ロツツェ (Hermann Lotze)<sup>36)</sup>である。ロツツェは後に特に「昨今の価値哲学の父」<sup>37)</sup>として知られた。この観念史的な父性は特に、次のような新カント

32) *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1913, S. 217-219.

33) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2/2. Hälfte, 1916, S. 1155.

34) 引用として示されている箇所は、*Binding*, DJZ XIV (1909), Sp. 1005 f. にみられる。

35) メルケルもまた折に触れてヴァイツの著作を参照している、*Merkel*, Juristische Encyclopädie (Fn. 26), S. 180/194 (365/404)

36) ロツツェのヘーゲルとの取り組みについて、*Wagner*, Geltung und normativer Zwang, 1987, S. 76 ff.; *Pester*, Hermann Lotze, 1997, S. 38 ff.; *Woodward*, Hermann Lotze: an intellectual biography, 2015, S. 71 ff./92 ff. jeweils m. N.

37) *Lotz*, Zeitschrift für katholische Theologie 57 (1933), 572; *Wiederhold*, Wertbegriff und Wertphilosophie, 1920, S. V/36 ff.; *Windelband*, Einleitung in die Philosophie, 2. Aufl. 1920, S. 246; *Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831-1933, 1983, S. 197/206 ff.; *Krell/Mörschel*, in: *dies.* (Hrsg.), Werte und Politik, 2015, S.10 f.

学派のバリエーションにも当てはまる<sup>38)</sup>。すなわち、新カント学派は、繰り返し、20世紀前半の法哲学上及び刑法上の思考に大きな影響を与えたのである<sup>39)</sup>。この価値哲学上の文脈に、ビンディングもまた、後にとりわけアルミン・カウフマンによって組み入れられたのであるが、もっとも、カウフマンは、対応する専門用語をビンディングのテキストにおいて明確に示すことができないまま、むしろその用語を表題に用いている<sup>40)</sup>。

b) メルケルにおける価値哲学及び妥当理論

これに対して、プロト価値哲学上の観点において、ロツツェは、さりげなくにはあるが、すでにメルケルに必要とされている——まだ、刑法における価値哲学の本来の受容が始まる以前だった。そのため、メルケルは、価値哲学に、19世紀末に失われたと信じられた実践哲学のよりどころに対する積極的な代替を予感する先駆者の一人である。価値及び妥当理論の借用は、メルケルによって公にされてはならず、それはむしろひそかに扱われ、それゆえ、これまでほとんど注意を引かなかった。メルケルの死後、彼の息子、ルドルフ・メルケルによって公開された『社会科学断片集』は、彼の著作の多くの中に見出されるロツツェに由来する「価値の世界」<sup>41)</sup>という人目を引く言い回しを少なくとも含んでいる<sup>42)</sup>。メルケルは、確かに、ついでしたがた（注41において）引用された箇所、この表現の典拠としてロツツェへの参照を明示することを怠っている。しかしながら、メルケルは、この、「価値の世界」という特異な言い回しの出自を認識していたに違いなかったし、実際にロツツェから受け継いだことは、（彼によって同様に詳細に裏付けられていない）メルケルの「断片集」（注41）の22頁のロツツェの引用から推測されうる。そこで「(Lotze)」という括弧の補足で付け加えられた文章、すなわち「美しいこと (Schönen) の穏やかな幸福、情動なく動きのない気分の神聖さ」は、

38) この点につき、*Kraus*, *Die Wertheorien*, 1937, S. 281 ff をみよ；*Hellmich*, *Aufklärende Rationalisierung*, 2013, S. 117 f./120 f. も参照。

39) *Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zum Rechtsphilosophie*, 1975, S. 70 ff.; *Augsberg*, *ARSP* 89 (2003), 53 ff.; *Ziemann*, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, 2009, bes. S. 74 ff. 参照。

40) *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 67 ff. 参照。

41) *Merkel*, *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen*, Ertster Teil: *Fragmente zur Sozialwissenschaft*, 1898, S. 24.

42) *Lotze*, *Streitschriften*, Erstes Heft, 1857, S. 54; *Lotze*, *Mikrokosmos*, Band I, 1856, とりわけ S. 265 ff.; Band III, 1864, とりわけ S. 220 ff. もみよ。

1857年のロッツェの「論難書」の、「価値の世界」という言葉もまた記載されている、ちょうど同様のページから引用されているのである<sup>43)</sup>。

メルケルは、その際、価値哲学的な示唆において、特に多くの歴史的に相対的な価値、評価、価値基準の表象を用いている。彼は、明示的に以下のことを問うてはいない。すなわち、「理性的に拘束的なものとみなされうるために、法の命令が依拠すべき、客観的に妥当な価値判断とはどのようなものであるのか?」。それゆえ、彼にとって関心があるのは超時代的な価値妥当という、見かけ上の客観性ではなく、単に事実上の評価とそれに伴う次のような問い、すなわち、どのようなものが事実上、法の機能であるのか、どのようなものが事実上、その効力の源泉であるのか、という問いである。価値の規範的なものではなく、法—事実的なものがメルケルにとって関心事である。すなわち、「とは何かという問いを、観念主義的な教義の論理的あるいは倫理的な要請に基づいて何が理性的あるいは妥当なものと承認されるべきかという問いと」混同されてはならないとされる<sup>44)</sup>。価値の相対性は、彼にとって様々な利益状況への依存から帰結するものである。価値と利益は、基礎づけ理論上、相互に関連している。価値は利益の流動性によって相対化され、逆に言えば、メルケルにとって、「あらゆる法律は、[…] その制裁とともに、類似の価値の別の利益が対立しうる相対的な価値についての人間の利益の表現である」<sup>45)</sup>。このことを通じて、メルケルは、次のような価値相対主義的視点を基礎づけようとする、すなわち、彼にとってもはや検証不可能な絶対性の主張 (Absolutheitsansprüche) を付与する「学問の観念主義的な方向」に反する立場へともたらそうとするそれである<sup>46)</sup>。評価は歴史に無関連ではなく、時代と結びつけられている。それでもなお、倫理的及び法的な価値の発展依存性に関する歴史的啓蒙は、決してその規範的な「力 (Kraft)」を減じるものではない。というのも、

「自身の価値感情が、その発展条件につき明らかになることによって破壊されないのが確かであるように、その他のもの、すなわち社会的な諸制度及び国家の法律に関する価値感情が、それらに対応する正義に関する見方とともに、その核心によれば、その生成プロセスにおける我々の洞察の拡大を通じて失われるのではないだ

43) *Lotze*, *Streitschriften* (Fn. 42), S. 54.

44) *Merkel*, *Philosophische Monatshefte* XXIV (1888), 82 f.

45) *Merkel*, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, S. 28.

46) *Merkel*, *Fragments* (Fn. 41), S. 17. メルケルの「価値相対主義」について、*Dornseifer*, *Rechtstheorie* (Fn. 22), S. 21 f. もみよ。

ろうことは確かである」<sup>47)</sup>からである。

メルケルがロツツェとその学派に帰せられる、対応する概念を熟知していたことは、他のテキストを手掛かりにすれば、なお納得しうるものである。このことは、とりわけ、1890年刊行のホルツェンドルフ編『法学百科事典—その体系的編纂』第5版に書かれた彼の包括的で、内容の詰まった「一般法論の諸要素」とするタイトルの論考に当てはまる。彼はその第7パラグラフにおいて、法を種々の権力形式と結びつける様々な要因を区別する。一方で、法は「実体的な権力要素」を備えていなければならない。このことで考えられているのは、法がその助けでもって現実の貫徹力を手に入れることができる「機械的」あるいは「心理的な」強制手段の事実上の実効性である。このことと、メルケルは第二の権力形式、すなわち、実体的な態様において単に事実的かつ強制的に作用するのではなく、「価値に由来する」法的な「規範に与えられる」権力形式とを区別する。この価値的に影響を受ける権力要素が、さらに法にその概念のメルクマールとして与えられる。それゆえ、権力は、法に——実体的な強制の構成要素と同様に——外面的に結び付けられるだけではない。以上によれば、法は、メルケルによれば、その権力を少なくとも価値流入の、ある一定の形式を通じて得る規範の集合体としても把握されるのである。実体上の権力要素の事実上の実効性と比較して、法の概念的な価値の影響力（Wertmächtigkeit）は、固有の——それとは異なる——作用方法を有する。この価値に裏付けられた法権力のため、メルケルは、このテキストにおいて「妥当すること（Gelten）」並びに「妥当（Geltung）」という概念を用いている<sup>48)</sup>。

メルケルは、したがって、観念史的には同じようにヘルマン・ロツツェと結び付けられる先の用語を用いている。すなわち、ロツツェにおいて初めて、「妥当」というごく月並み言葉から、価値概念の成立と密接に結びつけられた哲学的な専門的概念が生じた。特に、ロツツェの『哲学の体系』の論理の部分における「理念世界」の章は<sup>49)</sup>、妥当概念の出生証明書とされている<sup>50)</sup>。その際、妥当はロツツェにとって「現実性」の特

47) *Merkel*, Elemente der allgemeinen Rechtslehre § 14, in: v. Holtzendorff (Hrsg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Erster, systematischer Teil, 5. Aufl. 1890, S. 25; この点につき、*Barth* (Fn.3), S. 38 f. 参照。

48) *Merkel*, Elemente § 7, in: Encyklopädie (Fn. 47), S. 11 f.

49) *Lotze*, System der Philosophie, Erster Theil: Drei Bücher der Logik, 1874, S. 493 ff.

50) *Herrschaft*, Theoretische Geltung, 1995, S. 38 参照: すでに、*Windelband*, ↗

殊形式である——すなわち諸命題に関わりうるそれである。諸命題において、いかなる事態あるいは出来事も記述されず、いかなる関係規定も試みられていない。諸命題が妥当することは、事態の存在、出来事の発生、そして諸事情の存続と並んで固有の根拠に由来する。それゆえ、それらはその都度、固有の現実性—形式を形成する<sup>51)</sup>。諸命題は、それらによって提示された妥当要求を通じて作用する。とりわけ、物的な世界の存在態様と、固有の価値領域内の特殊な妥当の種類<sup>52)</sup>の区別が、価値概念の意味と価値の妥当と取り組む1900年前後の数十年の哲学上の議論に持続的に影響を与えた。

メルケルは、妥当概念の哲学上の全体的な意味をなお不十分にしか見通せていなかった。それは、彼の死後に初めて解明された。それにも拘らず、彼は、この用語で法の異なる作用態様の区別とその権力概念との関係を詳細に展開しうる可能性を明らかに感じ取っている。メルケルにとって、価値並びに評価から流入する妥当の概念メルクマルと、まさに強いることのできない「任意の従属への擁護」は結びついている。それによって、法は「「妥当する」規範の総体」として示されうるのである。法の、価値が妥当することは、固有の規範的正当性で従属を求めるのである。その意味で「妥当している」規範は、一般的な承認が求められる社会的な価値評価を通じて作用する。このことからメルケルは以下のことを導き出す。すなわち、「規範は国民において妥当を有する」ということは、国民によって規範に価値が承認されるということと同様のことを意味する」。この価値負荷性は、しかしながら、純粋に事実上の実効性を通じては説明しえない。価値妥当は、メルケルにとって純粋事実性に還元されることはできない。「法規範の価値」という表現は、さらになお進んで細分化されうる。このことで、「一方では合目的性価値」が考えられている、すなわち、そのなかで、関与者に意識されている、共通利益との諸関係において正当化されうる価値が考えられているのである。その他にも、国民を一体としてまとめる、利益に基づく共通性が、その限りで、単なる合目的な根拠から、価値として設定される。次いで、この第一の戦略的な価値評価に、倫理的なもの<sup>53)</sup>とされる第二の価値概念が使用に供されなければならない。法規範の価値のこの側面は、メルケルにとって、この規範と倫理的な国民観、特に公正なるもの<sup>54)</sup>についての見方との関係に照準を当てるものである<sup>52)</sup>。国民において、個人と集団の利益の均衡

↘ Einleitung (Fn. 37), S. 212 もみよ。

51) Lotze, System I (Fn. 49), S. 499 f.

52) Merkel, Elemente § 7, in: Encyclopädie (Fn. 47), S. 12; この点に関して、正義と合目的性と並んで第3の価値としてなお法的安定性を加える、ラートブルフの法

の合目的性だけが目指されているわけではない。常に、共同体の正義表象もまた重要なのである。「所与のものとして」取り扱われるべきで、「もっばらあるべきもの」として「価値」それ自体を要求することのできないところの「公正なるものについての単なる見方」が問題であるにもかかわらず、このことは、「法の形成とその実効性」に関わる規定要因の一つとしての正義の規範的「意味」を、決して損なわないとされる<sup>53)</sup>。

上述の価値承認によって、法は概念として初めて把握される。それゆえ、一方で、法的ルールの単なる事実上の——強制に裏付けられた——貫徹可能性以上のものが考えられている。他方で、特定の国民の範囲内での事実上の価値承認への参照を通じて、そのような法の価値が妥当するという歴史的に検証可能な事実性もまた保たれている。価値哲学の後のいくつかのバリエーションと異なり、諸価値は、メルケル以後、以上によれば、哲学的手段だけで認識しうのような固有の領域の中で取り扱われるものではない。この権力要素（Machtelement）もまた、結局のところ、その時々法が妥当する、具体的国民の現実の生活世界の中での「作用力と事実上の実効性」を必要とする。法の、価値評価的妥当は、その限りで相対的に、特定の時代及び特定の場所の観点にとどまる。しかしながら、この価値評価の相対性はそれによって決して恣意的なものとして現れない。そこでは、とりわけ、自然法上の規範が伝統的に結び付けられる純粹な当為—妥当とはいくらか異なるものが考えられている。上述の「任意の」規範「従属への擁護」は少なくともそのように事実的なものとして唱えられなければならない<sup>54)</sup>。というのも、「法に属するのは、法秩序の側の承認および個人の側の実践的な承認のための保障の存在であるからである」<sup>55)</sup>。メルケルは、したがって単なる抗事実的な思考の遊戯に関わりあうつもりはない。そのような妥当理論上の言明に基づいて、メルケルはときおり「一般的な承認理論」にも分類される<sup>56)</sup>。しかしまたその限りでメルケルは、単純な分

---

↘ 理念論とある一定の類似性を指摘する *Brockmüller, Entstehung* (Fn. 11), S. 241 m. Fn. 192 もみよ。

53) *Merkel, Elemente* §12, in: *Encyclopädie* (Fn. 47), S. 20.

54) *Merkel, Elemente* § 7, in: *Encyclopädie* (Fn. 47), S. 12.

55) *Merkel, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 6 (1879), 386.

56) 例えば、*Welzel, An den Grenzen des Rechts*, 1966, S. 10 f.; *Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966, S. 105 f.; *Ott, Der Rechtspositivismus*, 1976, S. 63 ff.; *Kubes, Ontologie des Rechts*, 1986, S. 183; *Brockmüller, Entstehung* (Fn. 11), S. 240.

類の試みでは表現できないほど多様であることを示している。彼は明示的に「区別する」よう促す。一方で、「義務付け力の概念」は「承認の要素を」十分に「含んでいる」。しかしながら、このことは彼にとって、いまだ法規範の義務付け力が、法規範が妥当すべきものの側の承認から一般的に導出されうることを意味するのではない。「ある現象をそれ自身から導出されえないことは確実であるように」、そのような導出がそれほど単純に機能するのではないことは「自明」である。さらに、この要素に付け加えられなければならないのは、——他方で——あるルールが、これがそれまで有していない義務付け力を未来に向けて（*pro futuro*）得ることによって決定的でありうる「事実」である。

このことに、「ある該当ルールによって義務が認められる、その者の意思表示もまた属するのである。ここでいう意思表示は、今後のルール従属についての明示的あるいは黙示的な承諾、あるいは、欲するのであれば、将来の規準としてのルールの承認を含むものである」。

しかしながら、この承認する「意思表示」はメルケルにとって「この種の最も重要な事実では決してなかった。そして、意思表示はその側で、これが特徴的な意味を有すべきとするならば、義務付け力を有する諸原則の存在を既に前提とする」<sup>57)</sup>。

メルケルは、上記の百科事典の論考において強制を裏付ける実効性と価値に支えられる法の妥当という上述の両権力要素と、それに続いてなお、法規範が把握されうる第三の形式、すなわち実定法の単なる「通用性（*Gültigkeit*）」とを区別する。この——第三の——法要素はメルケルにとって国家権力の「支配意思」から帰結する。したがって、「通用する」というラベルに法規範は——いわば上から——それを緊急状況では強制的に貫徹するという約束を行っている。「通用性」は、この公的な表示によって実効性と区別される。通用性はまず、現実への転化とは無関係に生じる。それはいわば法典に視線を向けることによって確認されうる。確かに3つの権力要素の一致が理想的であろう。しかしながら、いかなる歴史的経験によっても、「権利と妥当を求めることが難なく」実効的にかつ通用する権力要素の意味における「法であるわけではない」ということは稀ではない。実定の「通用している」法は、「人間の規約として」価値的な「権利と公

57) *Merkel*, *Juristische Enzyklopädie* (Fn. 26), S. 32 f. (§ 49).

正なものに関する見方」から、以上によれば、「逸脱する」こともできる<sup>58)</sup>。そのような状況において、特に、「正義の概念」の欠如が問題である。というのも、「正義に応じて各人に与えられるものが、ここでは権利に応じて各人に与えられるものと同一ではないからである」、例えば、後者が現時点で「通用している」ものとされうように<sup>59)</sup>。法は、その場合、その本来の有価値的な概念を逸しており、その限りで、現実の「妥当」を得ていない。このことは、しかしながら、その歴史的に裏打ちされた実効性と「通用性」の点でいかなるものも変えるものではない。このことによって、「妥当」は相対的に弱い権力要素として示される。諸価値は、上述された法の権力トライアングルにおいて最も弱い構成要素である。純粋に事実的な同意に依存することによって、「倫理的価値」に内心上の説得力が欠けうるのである。すなわち、メルケルの見解において法形態上の規範の同意能力に対するいかなる基準も存在しない。正義の価値が内容上の規範に欠けるがゆえにいずれにせよ法に安定を与えることができない。法と不法の限界は、それによって流動的である。一方で、「慣習とその他の媒介的要因の影響のもとで国民の良心の力が、慣習などを通じて創出された諸事実と促進的な関係に至る」場合、「法は不法と暴力に由来し」うるのである。しかしまた、逆に、「法がその展開において国民の倫理観の展開に従わない」場合、同様に十分に、「法から不法が生じ」うるのである。この場合、「法は法的性格を削り取っている」<sup>60)</sup>。メルケルは正義概念から規範的気風（Luft）を吸い取ってしまったので、結局のところ、内容空虚な形式への国民の信仰という事実性だけが常に法の妥当をもたらすのである。

いつ、そしてどのような過程でメルケルはこの価値哲学のおよび妥当理論的な概念を自覚的に発見したのかは、確実なところは明らかにすることができない。ただ明らかと思われるのは、彼が、上記の諸概念——実効性、妥当、通用性——を1880年代後半以降になって初めて区別しているということである。もっとも、いかにメルケルがロツツェ及び彼の弟子並びにライバルたちの哲学上の用語と常に接していようと、そのことで

58) *Merkel*, Elemente § 12, in: Encyklopädie (Fn. 47), S. 18 f.; メルケルの、この「HFGA」(Fn. 21), S. 601 における論考の再版において、「Gültigkeit」にかえて「Giltigkeit」とする一編者、すなわちメルケルの息子であるルドルフに明らかに好まれ、アドルフ・メルケルによっても用いられた、この時代に普通に行われていなくはないバリエーション：例えば、*Merkel*, Juristische Encyklopädie (Fn. 26), S. 80 (§ 142) 参照。

59) *Merkel*, Elemente § 14, in: Encyklopädie (Fn. 47), S. 22 f.

60) *Merkel*, Elemente § 8, in: Encyklopädie (Fn. 47), S. 12 f.



メルケルを、隠された、これまで知られていない「ロツツェ主義者」と決してみなすべきでない。すなわち、ただ時々の文言の受け入れと副次的なロツツェの著作<sup>61)</sup>への参照以上ことを、そのことで主張することはできない。同様に、ヘーゲルの観念主義的な哲学に対するメルケルの反感がこれらの典拠から与えられるとは思われないのである。それは価値哲学および妥当理論上の概念の明示された痕跡を超えて遡及するものである。もしかすると、ヘーゲル批判の視点は、周知のとおりヘーゲルの最も厳しい批判者として数えられるショーベンハウアー哲学を事前に知っていたことによって動機づけられているのかもしれない<sup>62)</sup>。メルケルは、明らかに若き学生の時にすでにショーベンハウアーに関心を持ち、彼の思考と取り組んできた。しかしながら、いくつかの具体的な影響が明示可能であるにもかかわらず、メルケルが彼の犯罪論を「ショーベンハウアー哲学に依拠して」定式化したと主張することは、行き過ぎであろう<sup>63)</sup>。

c) メルケルの初期ヘーゲル批判

メルケルの示唆と対照的に、ビンディングにおいては、折に触れて表明されているロツツェへの支持 (Hinwendung) にも拘らず、そのような概念上の類似性は浮かび上がってはこない。しかしながら、彼によって言及されている、学生の間のヴァイツヤロツツェのような学問上の先駆者への魅了によって、彼の「ヘーゲリアナー以後」の自己理解の観点において影響が与えられたのかもしれない。少なくとも、相応する方向付けが、ビンディングにとってヘーゲル哲学への自由な「アクセス」を最終的に妨げたとすべきである<sup>64)</sup>。ビンディングの慎重で密かな距離の取り方と比較して、メルケル

61) メルケルの『社会科学に関する断片集』(Fn. 41), S. 22 における上述のロツツェの引用と並んで、さらに *ders.*, *Elemente* § 19, in: *Encyklopädie* (Fn. 47), S. 35 における「ロツツェ『小宇宙 (Mikrokosmos)』」への言及を参照; *Encyklopädie* (Fn. 47), S. 89 (§ 26) におけるアウグスト・ガイアー (August Geyer) の論考に対するメルケルの補足における „Lotze, *Mikrokosmos*, 3. Aufl. 1878“ への文献指示、及び彼の „*Juristische Encyklopädie*“ (Fn. 26), S. 72 (§ 122); *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 4 (1877), 2 のメルケルの論考における「ロツツェの『小宇宙 (Mikrokosmos)』」の言及をみよ。

62) ショーベンハウアーのヘーゲル批判につき、例えば、*A. Schmidt*, *Idee und Weltwille*, 1988, S. 11 ff. und *passim* を参照。

63) しかし、*Kollmann*, *ZStW* 28 (1908), 452.

64) このことを診断するのは、例えば、*E. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 2. ND der 3. Aufl. 1965, 1995, S. 305 (§ 273); *Westphalen*, *Karl Binding* (Fn. 20), S. 21; 同様なのは、すでに *Nagler*, *Der Gerichtssaal* 91 (1925), 5 f.

## ビンディングの刑法理論（2）

は少なくとも時折、ヘーゲル及び彼の刑法上の弟子たち（Ableger）とのまさに公然たる対決を追求している。このことは、とりわけ彼の学問上のキャリアの開始時点で明らかになる。例えば、メルケルが1862年2月5日、ギーセン大学で大学教授資格（*venia legendi*）を得るため彼の教授資格取得手続きの最後に公然と擁護しなければならなかった「テーゼ」の一つによれば、「特にヘーゲル以降の近代法哲学が国家に帰しているその地位は、虚構であり、依拠しえないのである」とされたのである<sup>65)</sup>。このテーゼの詳細な基礎付けと、論争の間のその擁護の過程については、残念ながらも突き止めることができていない。

メルケルは国家に彼がそれをヘーゲルおよびその法哲学上の後継者らにおいて見出したと信じたよりも控えめな地位を与えようとしたことは、しかしながら、同年に公刊された教授資格請求論文である「連続犯の理論について」において読み取りうる。その中では、国家はいずれにせよ過度に大きな役割を果たさない。刑罰目的の観点において、メルケルはこのテキストにおいて例えば「国家は法的平和の維持及び再確立だけを行わなければならない」という指摘で満足している。その際、しかし、刑罰は同時に「有罪判決を受けた者の性格」にも働きかけなければならないとする。それによって国家は「社会に役立つ構成員を再度、得ようとする」<sup>66)</sup>。ここでは、刑罰理論上の観点において、メルケルが後のテキストにおいて詳細に基礎づけた統合説の形式が示唆されている<sup>67)</sup>。著名なのは、その限りで、メルケルがヘーゲルおよびヘーゲリアーナに対して、「不法とその法効果の根本的分割の理論」について論じた最初の『刑事法論集』において試みている先の正面攻撃である。当時の不法論内部での、メルケルの「様々な見方に対する批判」は「正当にもヘーゲルに端を」発しているとされる。というのも、彼は彼の時代の刑法学をこの観点においてだけヘーゲル哲学によって支配されているわけではないとみているからである<sup>68)</sup>。19世紀半ばの10年の刑法学はいわゆる「ヘーゲリアー

---

65) *Merkel*, 「[彼が] 1862年2月5日水曜日、ギーセン大学での大学教授資格獲得のため [...] 公然と擁護するだろう「テーゼ」、教授資格請求論文の印刷の発刊に対する復刻 - Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen (1862) - Bayerische Staatsbibliothek (Crim 177 Ib - デジタル化されている : urn:ubn:de:bv-b:12-bsb 10395018-0)

66) *Merkel*, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen, 1862, S. 56.

67) とりわけ、*Merkel*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S. 187 ff.; *ders.*, Vergeltungsidee (Fn. 45), S. 10 ff. 参照。

68) *Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen I (以下、KA-I として引用される), 8

ナー」によって形作られた<sup>69)</sup>。その全く異質な見方がメルケルの論集において同様に詳細に批判されている<sup>70)</sup>。当該批判は、とりわけ彼の視点からすれば、上述の著者らによる可罰の不法と単なる民事不法との区別のために挙げられた、不十分な——客観的及び主観的な——基準に対して向けられている<sup>71)</sup>。

3. 不法の統一性について

a) メルケルのテーゼ

彼の『刑事法論集』において投げかけられた、異なる不法形式間での可能な境界付けに関する問いをメルケルは法解釈論上の有り合わせの素材で明らかにすることを試みている。決定的な諸概念はただすでにあるものとして受け入れられ、それ自体初めて導出されるものではない。このように、メルケルは彼の「学説の独自の展開」を単純な確認で始める。すなわち、「不法の概念は、法の概念を通じて与えられ、その否定として不法が示される」。もっとも、既存の法概念は導出されるのではなく、純粹形式的にかつ冗長に「法的性格の命令及び禁止の総体」として定義され、その際、「不法は、すなわちそのような命令及び禁止の違反」でなければならない<sup>72)</sup>。しかしながらその後、この、概念上の準則の、飾り気のない骨格に、メルケルは、以前批判された見方の弱点を除去することが意図された不法概念の大胆な構築を連結している。刑事不法と民事不法との間の定まった境界が、それが純粹に客観的にも主観的にも耐えうる区別を示せないために、見いだせない場合、当該相違は放棄されなければならない。——客観的な——不法の規定について、主観的な犯行側面は、常にすでに概念上統合されなければならない。それに応じて、メルケルにとって不法は、「法の否定」として「[...] a) 法において自らを客観化する共同意思またはその法の中に表明を見出す共同利益の侵害、b) 帰責可能性の要素を自らの内に」組み込んでいる<sup>73)</sup>。後者の不法要素はメルケルにとって上述の法の規定から直接的に導かれる。法が唯一、命令と禁止からなる場合、これらの命令 (Imperative) は、帰責能力を有する者にだけ向けられることが意図されている。思考上の逆の検討によって、彼は帰責不可能な不法という言い回しの無意味さを

↘1867, S. 4.

69) この点に関する詳細は、*Ramb*, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005.

70) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 6 ff.

71) メルケルの、対応する彼の批判的叙述の「要約」: KA-I (Fn. 68), S. 6 参照。

72) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 41f./43.

73) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 42.

明らかにする。すなわち、我々が、他者に対する帰責不可能な不利の取り扱いもまたそのもとに属するという内容において、不法概念を把握する場合、我々は実践的にも倫理的にも意味のない概念を得ることになる<sup>74)</sup>。客観的に違法な犯行は、不法として妥当しうするためには、主観的にも帰責可能でなければならない。帰責能力を有さない者は、以上によれば、法規範の名宛人でありえず、しがって、法を否定することもできないのである。以上のことから、少なくとも責任なき不法の不可能性が導かれる。この強烈なテーゼで、メルケルは、19世紀最後の三半期の極めて著名な刑法上の論争の一つを引き起こし<sup>75)</sup>、それは、今日まで、再三再四、好んで再述されている<sup>76)</sup>。

#### b) ビンディングの立場の転換

ビンディングもまたこの問題と詳細に取り組み、この問題において、友人のメルケルに当初は広範に従っていた。しかしながら、彼はその賛同を後に少なくとも部分的に撤回した。1872年に刊行された彼の『規範論』の第1巻の初版において、メルケルと同様にビンディングもまたヘーゲルに決定的に帰せられる、「3種の不法」の区別を——しかし、特に、民事不法と刑事不法の分割を——単なる「見かけ上の種類」として批判する。加えて、先の相違を放棄したことをビンディングはメルケルの「最も重要な結論」と見なしている。メルケルの『刑事法論集』への明文上の言及のもとで、ビンディングも同様に、以上のことから、以下のことを結論する。すなわち、「有責な不法だけが存在し、責任なき不法は存在しない」<sup>77)</sup>、と。「現代の私法及び公法雑誌 第4巻」（1877）、417-437頁において公表された「今日の学問における刑罰の問題」に関する叙述を、ビ

74) *Merkel*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 13 (1871), 35.

75) この議論の同時代的な推移については、*v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III, 1909, S. 9 ff.; *Nagler*, in: FS für Karl Binding, 1911, S. 333 ff.; *Mezger*, Der Gerichtssaal 89 (1924), 208 ff. をみよ。

76) *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 260 ff.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 193 ff.; *Stübinger*, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 2000, S. 399 ff.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 81 ff.; *Simm*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007, S. 245 ff.; *Paulik*, in: FS für Harro Otto, 2007, S. 133 ff., bes. S. 137 ff./144 ff.; *ders.*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 275 ff.; *Saffeling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 26 ff. 及び *Wilenmann*, Freiheitsdistribution (Fn. 17), S. 44 ff. における叙述及び各参考文献も含めて参照。

77) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 1872, S. 132 f./134 m. Fn. 235/135 f. m. Fn. 237.

ンディングは再度、賞賛している。「責任 (Verschuldung) なき不法は [...] 思考不可能」であるということを示したことは、「メルケルの後世に残る功績」であるとする。この発見からビンディングは「あらゆる不法は国家による禁止の有責な違反である」<sup>78)</sup>ことを演繹する。彼は1885年の彼の『ハンドブック』の中でも同様に定式化している。すなわち「責任なき不法、つまり客観的不法は存在しない」<sup>79)</sup>。

まず1890年、その後、再度、二つのさらなる——変更なしの——1916年及び1922年の版において刊行された『規範論』第1巻の2版で、ビンディングはこの見解をしかしながら部分的に修正している。の中で、彼は彼及びメルケルのかつての、「不法の統一」についての見解を批判している。初版において主張された、「『客観的不法』の決定的な敵」とされた「観点」を、彼はもはや「維持しえない」ものとした。それゆえ、ビンディングはいまや加えて「自己の過去を論駁する」ことを義務付けられていると自覚している。特に、彼は「[...] 民事不法と処罰のない不法が一致すること」を「誤った信念」と見なしている。にもかかわらず、彼は、徹頭徹尾、これまでの——メルケルによっても共有されていた——テーゼ、すなわち「有責な不法だけが存在し、責任なき不法は存在しない」というテーゼに固執しようとする。ビンディングはしかしいまやそれによって「耐えられない損失」が迫っていることを感じ取っている。なぜならあらゆる誤って想定された不法の統一からのその有責性の必要性への論理的推論もまた「法に対する矛盾を取り除く」ことができ「ない」からとする。そのようなことはしかも責任なく生じた不法状態においても現れるとされる。それゆえ、責任なき不法の不可能性テーゼは、犯罪 (Delikt)、すなわち刑法上の不法の領域に限定されなければならないとする。このことから、しかしながら「統一的な不法の、非常に様々な構成要件を持つ多様な違法性への解消」の必要性が導き出される<sup>80)</sup>。それゆえ、統一は多様へと溶解するのである。

78) *Binding*, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 4 (1877), 425.

79) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 159.

80) *Binding*, Normen 1, 4. Aufl. (Fn. 31), S. 239/245 f./252 Fn. 1/244 f./291. この点に批判的なのは、第2版に対するメルケルの書評: *Deutsche Literaturzeitung* 11 (1890), Sp. 1656 f. ビンディングの立場の転換については、*Westphalen*, Karl Binding, (Fn. 20), S. 205 f.; *Pawlik*, Unrecht (Fn. 76), S. 279 ff. もみよ。

4. 犯罪概念の規定について

a) メルケルにおける利益保護

不法の種類に関する区別可能性及び区別不可能性の問題では、同時に他のテーマもまた投げかけられている。すなわち、不法の様々な形式に関わりうる先の客体の特別な独自性に関する、より一般的な問題である。その限りで、多数の現象形態にもかかわらず、犯罪概念の統一が問題となるのである。ここでは、その場合、とりわけ、可罰的不法の観点において、可能な限り一般的な要素を探求することが適切である。これにより、実質的な犯罪概念の規定が考えられることになる<sup>81)</sup>。その限りで、19世紀の最初の数十年において支配的だったのは、フォイエルバッハによって決定的なものとして主張された見解、すなわち可罰的行為の最も一般的要素を主観的権利の侵害として特徴づけるものだった。この概念規定は、19世紀の進む中でますます圧力にさらされるようになった。権利侵害という言い回しの代替として、複数の概念上の選択肢が提案された。その際、中心にあるのは、二つの等しくあいまいな概念、すなわち財（Gut）概念と利益（Interesse）概念である。一方で法システムによってあらかじめ見出され、その限りで法から独立して考慮されうるが、しかし他方でまさに（客観的な）法を通じて特別な意義を得るものが、両文言で特徴づけられうる。メルケルは当初、財と利益の間で揺れ動いた。しかしながら、最終的に彼は、むしろ利益概念を支持することにした<sup>82)</sup>。すでに上述の1867年の『刑事法論集』においてメルケルは不法を一般的に「法において自らを客観化する共通意思または法の中にその表明を見出す共通利益の侵害」と定義している。その際、彼は法侵害のありうる「客体」の特徴において、「利益と財」を真っ先に直後に挙げている<sup>83)</sup>。より正確な区別の必要性を彼は明らかに感じていない。後に芽生える議論、すなわち「財あるいは利益が一方で法的保護の、他方で犯罪的な攻撃の直接的な対象として考慮されるべき」なのかどうかは、それ自体「不毛な争い」であるとされる。すなわち両概念は、通常、互換的であるとされ、完全に同置されうることになる。それらは、その限りで真の選択肢として機能していない。決定が重要であるべきとすれば、しかしメルケルにとって最終的に「利益概念が優先に」値した。少なくとも、

81) この点及び以下については、*Stübinger*, in: FS für Hans-Ulrich Paeffgen, 2015, S. 49 ff. m. N.

82) この点については、すでに、*Oppenheim*, Die Objekte des Verbrechens, 1891, S. 52 ff. をみよ。オッペンハイムとメルケルの関係については、*Schmoeckel*, EJIL 11 (2000), 707 f. をみよ。

83) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 42/101.

若干の犯罪にとってすなわち「強いられた態様においてのみ」「財」は問題となりうるとする<sup>84)</sup>。利益概念は、メルケルにとってその限りで、法と不法の定義が問題となっている場合、より包括的なものもしくはより融通の利くものである。メルケルはそれを例えば、衝突している利益間の調整の公式として機能する法に対する概念要素として用いている<sup>85)</sup>。それは、しかし最終的に、とりわけ、すべての種類の可罰的態度に適しているとする。

b) ビンディングの法益概念

それに対して、カール・ビンディングは周知のように財概念に依拠した。際立った専門用語である「法益」で、彼は今日まで刑法学において支配的な、一般的な犯罪概念の要素を決定的なものとして作り上げた<sup>86)</sup>。その際、彼もまた、徹頭徹尾、可罰的態度の規定に際して役割を果たしうる「法の利益」に言及する。財もしくは法益の概念はしかしながらビンディングにとってより根本的なものである。なぜならそれはより一層広範囲に法的利益の客体として同一化されなければならないからとする。法益とは、以上によれば、

「変更されず、かつ妨害されずに維持されることについて、実定法がその見方によれば利益を有するすべてのもの、それゆえその規範を通じて望ましくない侵害あるいは危殆化から守られようとするもの。まず最初に規範を通じて、規範が保障しようとする対象が法益になる」<sup>87)</sup>。

ビンディングはその限りで、すでに19世紀三半期の最初にフォイエルバッハの「権利侵害説」との批判的取り組みの流れにおいて定式化された、それまでほとんど注目されていなかった概念 (Begrifflichkeit) と結び付けている。財概念を「犯罪における侵害」の本来の客体の規定要素として最初に「発見した」とみなしたのは、ビンディングによ

84) *Merkel*, Lehrbuch (Fn. 67), S. 20.

85) *Merkel*, Juristische Blätter II (1873), 237.

86) *Oppenheim*, Objekte (Fn. 82), S. 24; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962, S. 41 f.; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968, S. 443; *Schulte*, Rechtsgutsbegriff und Öffentliches Recht, 1980, S. 66/80; *Eser*, in: FS für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 1013; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 673; *Wohlers*, GA 2012, 601; *Paeffgen*, in: FS für Jürgen Wolter, 2013, S. 126 Fn. 4/128 参照。

87) *Binding*, Normen 1, 1. Aufl. (Fn. 77), S. 188 f./ 193 f.

れば、ビルンバウム（Birnbaum）が刑法論叢（Archiv des Criminalrechts）（新版、1834年度、149-194頁）において公表した「犯罪概念に関する権利侵害の必要性について」という論考である<sup>88)</sup>。この捉え方（Zuschreibung）において、ビンディングは確かに同様のアプローチをとる幾人かの注目すべき先駆者らを見逃した<sup>89)</sup>。それでもなお、彼はこの時期の捉え方で、今日まで法益論の歴史に決定的な影響を与えている。いずれにせよ、これまで大抵の論者がこの歴史的な規定において彼に従っている<sup>90)</sup>。

メルケルは彼の刑事法論集の第1巻において、ありうる犯罪「客体」としての「すべての利益と財」への指摘に際して、脚注においてビルンバウムの上記論考への参照を示しているために<sup>91)</sup>、ビンディングは彼を同様に「ビルンバウムに影響された」ものと見なしている<sup>92)</sup>。実際にメルケルは、すでにビンディング以前にビルンバウムを明示して財概念を想起させたわずかながらの刑法学者のひとりであった。ちなみに、上記のビルンバウムの論考は確かに折に触れて批判されていたが<sup>93)</sup>、しかしさらにむしろ黙

88) *Binding*, Normen I, 4. Aufl. (Fn. 31), S. 328 参照。

89) ここに数えられるのは、特に、*Richter*, Das philosophische Strafrecht, 1829, bes. S. 112 ff. の詳細な基礎付けである。この点につき、詳細は、*Stübinger*, in: FS für Walter Kargl, 2015, S. 578 ff.; *ders.*, in: FS für Hans-Ulrich Paeffgen (Fn. 81), S. 69 ff. 文献も含めて。

90) *Herz*, Das Unrecht und die Allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1880, S. 60; *Oppenheim*, Objekte (Fn. 82), S. 8; *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht I (Fn. 8), S. 11; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, S. 29; *Sina*, Dogmengeschichte (Fn. 86), S. 19 ff.; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 39/43 ff.; *ders.*, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, S. 349; *Koriath*, GA 1999, 561; *Neubacher*, JURA 2000, 514; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 15; *Fiolka*, Das Rechtsgut, 2006, S. 5/15; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 27 f.; *Vormbaum*, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, 2011, S. 58 f.; *Pawlik*, Unrecht (Fn. 76), S. 127 ff.; *Paeffgen*, in: FS für Jürgen Wolter (Fn. 86), S. 126 Fn. 4; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 6 における同様の捉え方を参照。しかし、すでに若干の他の先駆者を挙げる *Moos*, Verbrechensbegriff (Fn. 86), S. 92 f./151 ff./515 ff.; *Schulte*, Rechtsgutsbegriff (Fn. 86), S. 58 ff.; *ders.*, Archiv für Begriffsgeschichte 35 (1992), 26 ff. もみよ。

91) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 101 m. Fn. 11.

92) *Binding*, Normen I, 1. Aufl. (Fn.77), S. 189 Fn. 312; 同旨、4. Aufl. (Fn. 31), S. 328 Fn. 17; *ders.*, Handbuch (Fn. 1), S. 169 m. Fn. 11 もみよ。

93) *RoBhirt*, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Zweiter Theil/↗



殺されていた。メルケルがビルンバウムの当該論考を引用することは、とりわけ、ビルンバウムに対して特に恩義を感じていることによるのかもしれない。ともかく、メルケルが1858年に博士論文を書かずにギーセンで博士学位を授与されることができたのは、ビルンバウムの配慮が決定的だったと言われている<sup>94)</sup>。

ビンディングが(再一)発見された概念を大きな成果として賞賛する一方で、メルケルは上述の「利益と財」を挙示することの中に、最終的にそもそも「支配的見解との衝突に至ら」ないように見える、「そのありうる客体の観点における権利侵害概念の拡大」を見出している。それゆえ、(権利一)財一侵害としての犯罪概念の見かけ上の革新力は彼にとって限界のあるものである。いずれにせよ、メルケルは、フォエイルバッハの権利侵害説に対するビルンバウムの批判によって、「犯罪及び様々な犯罪の種類」の定義における『権利侵害』という文言の使用につき、決して阻まれていなかったように見える<sup>95)</sup>。後のテキストにおいても、メルケルは「特定の法益の侵害」という言い回しを「権利侵害」の概念とパラレルに用いている<sup>96)</sup>。それゆえ、「権利侵害という概念」はメルケルにとってこれまでと同様に「可罰的行為を結びつける紐帯」を形成している。しかしながら、そのような「権利侵害」において、法の保護を要求する利益の意味を有する行為態様が常に問題となる。犯罪概念の決定的な要素は、メルケルによれば、それゆえ、さらに主観的権利侵害の中にも見出されうるとする<sup>97)</sup>。このことを彼はしかし後の叙述において相対化する。確かに、メルケルは1889年の教科書においてなお可罰的行為を利益侵害と同様に権利侵害としても規定しており、その際、繰り返し、「財あるいは利益」と選択的に「法益」も同様に犯罪のありうる客体として挙げられていた。しかしながら、また、この時点においてなお見出されうる次のテーゼ、すなわちあらゆる犯罪の本質を主観的権利の侵害の中に見出そうとするテーゼを、メルケルは「間違っている」と見ている。この特徴付けは、特に、それによって、「社会的利益に対する犯罪

---

↘ Erste Abteilung, 1839, S. 261 f.; *Escher*, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, 1840, S. 86 f.; *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 26 参照。

94) このことについて、少なくとも *Wolf*, Nachwort, in: *Merkel*, Strafrecht und Kulturentwicklung, Wolf (Hrsg.), 2. Aufl. 1958, S. 42; *Frommel*, Adolf Merkel, in: Neue Deutsche Biographie (NDB), Band 17, 1994, S. 148 が報告している。

95) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 100 f./45 m. Fn. 3.

96) *Merkel*, ZStW 1 (1881), 575/580.

97) *Merkel*, Juristische Encyclopädie (Fn. 26), S. 313/128 f. (§§ 727/267/270).

の意味が、権利という形象との関連づけの背後に「…失せて」しまいかねないという危険が存在するために、誤っているとす<sup>98)</sup>。

## II. あまり友好的でない批判

### 1. 規範理論上の重なり（Überlagerung）に対するメルケルの批判

同様の理由から、メルケルは、とりわけ、その教科書の叙述において、明確にビンディングの犯罪概念の規定と距離を置いている<sup>99)</sup>。すなわち、メルケルは、ビンディングが不法の基礎づけをその「規範論」へと埋め込むことを非難している。ビンディングの規範論は、主として、刑法の形式的な基礎づけを目指し、ただ副次的に、不法及び犯罪概念の実質の規定に捧げられているにすぎないとす。このことによって、メルケルの見方によれば、区別された段階において行われうる犯罪と刑罰の基礎が融合しているのである。不法論及び刑罰論は彼にとってすなわち、任意に互換可能ではなく、ある一定の方向においてのみ積み重なっていく、二つの異なる基礎づけレベルにある。ビンディングの規範論は、非常に性急に、見かけ上はストレートに独自の不法の基礎づけの迂回路を経ずに刑罰への権利を基礎づけようとする、刑罰論の一形態に通じている。それによってしかしひそかに「犯罪の唯一の攻撃客体として、国家の服従権」が想定されているとする。メルケルは、ビンディングの視点は「事態の自然な連関を逆転させている」と非難している。すなわち「有責的で当罰的行為は、一般にその行為を理由とするその独自の性質に基づいてそうなのであり、その行為が被る否認を理由として初めてそうなるものではない」<sup>100)</sup>。犯罪論及び帰責論の課題は、以上によれば、まず初めに不法と責任のこの「性質」を見つけ出し、概念へともたらずことでなければならぬ。

事実、ビンディングは全（法的）規範の背後に、常にこの基礎にある「服従義務」を推定した。この、規範服従者への義務付けの裏面として、規範を創出する国家の側には、これまた同様に、規範従属を求める権利が認められなければならない。この服従を求める権利から、その後、国家あるいはその他の然るべき機関が有する刑罰への権利（ein subjektives Recht）が導かれるとされる。この導出連関の特別な特徴について、ビン

98) *Merkel*, Lehrbuch (Fn. 67), S. 10/12/14/21.

99) *v. Buri* はさらにメルケルによる「規範論及び法益論への反駁」という：Der Gerichtssaal 42 (1889), 275; *ders.*, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, 1894, S. 343.

100) *Merkel*, Lehrbuch (Fn. 67), S. 15/69.

ディングはさらに彼の豊富な語彙リストの奥から少し古臭く響く表現を取り出している。すなわち、服従権と服従義務をビンディングは「支配 (Botmäßigkeit) への権利と義務」とも称するのである。この扱いにくいのが、しかし特異な文言——支配 (Botmäßigkeit) ——が、望ましい形で適用することができるためには、ビンディングはそれをさしあたりいくらか異質な意味で再解釈しなければならない。すなわち彼がそれ自体について述べるように、それはそれまで大抵はむしろ逆の形で——すなわち、「臣民ではなく、支配者の特質として」機能しており<sup>101)</sup>、支配は、その権力 (Herrschaft) の特徴としてお上に認められ、その臣民に対して求められるべきいかなる特性を示すものでもない。

この言葉の意味は後にねじ曲げられる。ビンディングによって新たに提案された解釈において、支配 (Botmäßigkeit) という表現は、いまや、臣民あるいは命令の受け手としての役割を記述する規範の名宛人の特性を表すことが意図されている。規範の名宛人が規範に服従する場合、すなわちその態度を規範に準拠する場合、それらは「支配 (服従) 的 (botmäßig)」であり、支配 (服従) 的 (botmäßig) に振る舞っている。支配 (Botmäßigkeit) はこの解釈によればビンディングにとって、現実化された規範従属への備えの意味における実際になされた服従 (Gehorsam) である。非支配 (不服従) (Unbotmäßigkeit) が犯罪的態度の本質を特徴づける。この特徴は、その場合、同時に刑罰への権利の本来的な基礎になる。というのも、規範を与える者は規範従属を求め、対応する不服従に制裁を科す権限を有するからである。

不法の基礎付けと刑罰理論的に基礎づけられた服従義務侵害とのこのような混合に応じて、法益概念はしかしその場合、メルケルの視点からすれば、せいぜいのところなお、この本来の規範の基礎づけあるいは刑罰の基礎付けを前にして誤って想定された不法論として築かれる、一つの単なる側面として現れうるに過ぎない。このことで、メルケルにとって、犯罪概念の導出は、刑罰理論上の考慮と、許されない形で混成されているのである。不法論と刑罰理論の結合によって、ビンディングをして、メルケルの見方によれば、単に全くの「形式的な犯罪概念」へと至せることができたのである<sup>102)</sup>。確かに、

101) *Binding*, Handbuch (Fn.1), S.183 m. Fn. 1; 支配の権利と義務については *ders.*, Normen I, 4. Aufl. (Fn. 31), S. 96 (ff.) も参照: *ders.*, Grundriss (Fn. 32), bes. S. 112/227 もみよ。

102) *Merkel*, ZStW 6 (1886), 512; 同旨、先んじてすでに *Wach*, Der Gerichtssaal 25 (1873), 457 f.; *Hertz* (Fn. 90), S. 17 f.

メルケルにとっても、「犯罪」にあるのは、徹頭徹尾、「法律において表される支配意思に対する不服従の要素」である<sup>103)</sup>。とはいえ、この概念要素は彼にとって歴史的に相対的であり、様々なコンテキストにおいてみることができる。単に「形式的な不服従要素」において、メルケルは、例えば、危険防除の側面の下で「評価の実質的基準に形式的な基準が取って代え」られることのできる警察不法の基準を識別することができる<sup>104)</sup>。この形式的な概念規定が——ビンディングにおけるように——全刑事不法へと転用されるべきとすれば、「有害行為は […] いわばその実質的な意味を」払い落とすのである。純粋形式的なものに欠けるのは刑罰理論によって汚されていない不法の基礎付けの実質性である。これとは対照的に、メルケルは「可罰的行為の本質を共同体に対する実質的な不利益の中に見出す」ところのものを算入する。実際に、しかし犯罪概念の形成はまずつねに「社会の利益に対する意味」を引き合いに出さなければならないのである<sup>105)</sup>。

## 2. ビンディングの反批判

犯罪概念の形成の枠組みにおいてすでに、メルケルが、規範理論上および刑罰理論上の基礎と不法論の構想を混同することによって、せいぜいのところ犯罪の純粹形式的な概念に達し得るにすぎないとビンディングを直接的に非難していることが示されている。誤って考えられた法益侵害としての犯罪概念の規定は、ビンディングにおいて、犯罪者の非支配（不服従）（Unbotmäßigkeit）へのリアクションとして理解されるべき純粋な不服従刑の単なる形式へと消え失せてしまうのである。その場合、しかし法益の侵害は、態度の可罰性を規定するための基準ではなく、本来の処罰根拠にただ後から押し付けられるにすぎない偶然的な要件である。

ビンディングは、この——メルケルによってだけ唱えられたのではない——「形式主義という非難」に鋭く反応した。1890年に『規範論』第1巻の第二版において、彼はもう一度、メルケルその他が求める基礎付け連鎖の順序付けが自身にも妥当することを明らかにしようとする。最も大事なものは、犯罪を法益侵害として基礎に置くことであるとする——その後、初めて不服従ゆえの刑罰への権利の導出が続くとする。ビンディングは、さらに「不服従要素を権利侵害あるいは財侵害の要因の背後へと後退させることと後者に応じて犯罪の重大さを評価する必要性とを、より精力的に強調した者は他にいな

103) *Merkel*, Juristische Blätter II (1873), 236.

104) *Merkel*, KA-I (Fn. 68), S. 95 f.

105) *Merkel*, ZStW 6 (1886), 512 f.

い」と自画自賛している。それゆえ、彼は彼が「侵害された法益の意味を処罰にとって重要ではないものと考えよう」としたという「想定に対して」異議を唱えている。法が求める「規範に対する服従」は、彼の規範理論によれば、最終的に「法的財をその不可侵性において維持するための手段に過ぎない」とすべきである。すなわち「財侵害は個別事例において法が規範で追求する目的を無に帰せしめ、この点で、不服従は非難的手段に過ぎないのである」。ベンディングもまた常に、犯罪概念の内容上の規定を前提とし、当該規定が、それに応じて、初めて、服従義務違反もしくは服従 (Botmaßigkeit) を求める権利侵害としての犯罪 (Delikt) の抽象的特徴付けへと至ろうとすることを明確化するために、彼は、形式主義という非難から免れるために通俗的なイメージを引き合いに出すのである。すなわち、「不従順の殻の中には、財侵害が核として隠されている」。もっとも、この比較でベンディングは、最初に視野に入るのは常に不服従刑という可視的な殻であり、その一方で大抵の不可視な不法の核がその中に依然として隠されているということを誤って認めている。この核は、——必要であれば——刑法学上の分析を通じて初めて、殻から取り出される。したがって、軽妙な弁明にも拘らず、主張を変えていないのである。すなわち、「社会学者は当該事態を彼の視点で見ようとも——、法律家にとって不服従は、彼にとって唯一犯罪であるところの不可欠の要素である」<sup>106)</sup>。

そのためベンディングは、形式主義という非難の単なる防衛から即座に反撃へと移行する。彼は、とりわけ、メルケルのアプローチをむしろ法的に色づけられた社会学あるいはいはずれにせよ社会学的に混濁された法学 (Jurisprudenz) と見なしている。社会的な見方と法的な見方の混同という非難は、多くの箇所で見られている。例えば、彼の『ドイツ刑法綱要』においてであり、その中で、彼は、——メルケルを明示的に名指すことなく——、次のように考えている：

「『社会学者』は、犯罪を、法律を用いるのとは異なって規定するよう試みることを好んでいる。彼は法律的に常に不純な作業を行っている。法学は、その領域のためにその考察方法を軽率にも犠牲に供しない誇りを十分に持つべきである」。

メルケルその他の傾向、すなわち、社会学的、歴史的、心理学的諸認識を刑法上のテーマの取り扱いに流れ込ませる傾向によって、ベンディングはしたがって法的方法の

106) *Binding, Normen* 1, 4. Aufl. (Fn. 31), S. 365 f. m. Fn. 1.

## ビンディングの刑法理論（2）

純粋性を危険にさらすとみている。そのような学際性は方法論上の不純性へと至るとする。学際的とは、ビンディングにとって固有の分野の解釈論上の非規律性（Undiszipliniertheit）に対するご立派な名称でしかない。それに対して、彼（すなわち、ビンディング）固有の次のような理論が優位しているとする、すなわち

「あらゆる犯罪は規範違反であり、それゆえ、[...] 行為に違法なものとの烙印を押すことのできる唯一の源泉の正確な法律上の表示における非支配（不服従）（Unbotmäßigkeit）、不服従という理論。その共同侵害的な、流行の言葉で言えば、反社会的性質をそれが違法とするのではなく、唯一法律だけがその行為についてそれを宣言するのである」<sup>107)</sup>。

それゆえ、社会学者、心理学者、自然科学者、あるいは哲学者は可罰的なものの規定に対して管轄を有さず、唯一、立法者とその立法者に助言する法学だけが管轄を有するのである。批判もまた全くもって法学的助言の営みに数えられる。ビンディングにとってもまた、刑法学者の書く手が、立法者の延長された腕の単なるアクセサリーでは断じてない。ビンディングは、メルケル及びその他において偽装された社会学者と向き合っていることを示唆したいのかもしれないが、彼はとりわけ自身を純粋な法律家と見なしている。すなわち、追求された、他の学問への方向付け（Orientierung）の中に、ビンディングは、「固有のものの価値評価の」一般的な「欠如」を見出し、学問的に活動する法律家、特にそれらの者の下にある刑法学者という「立場全体の誇り」を失くしていることを「痛いほどに（schmerzlich）」感じている。彼の同僚の多くは、分野に異質な「カッコウの卵（Kukukseier）」の「孵化」と好んで取り組んでおり、「法律家としての」活動に専念する代わりに、「他の領域からの借用」ばかりに骨を折っている。彼らに対して、ビンディングは、「法と正義の人であること」を「いかなるときも誇らしく思う」ことを強調している。というのも彼は、以下のことを確信しているからである。すなわち、「あらゆる学問は真実の探求者として、等価値であり、等しく謙虚でなければならず、等しく誇らしく思っていなければならない [...]。したがって私は、自身の立場およびその反対の立場を誇らしく思う」<sup>108)</sup>からである。この告白は、特にメルケルに対して向けられたものではない。ビンディングは、まったく一般的に1900年前後の数十年においてことさらに学際的に、そして国際的に方向づけられることを望む、先の新

107) *Binding*, Grundriss (Fn. 32), S. 64.

108) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2/1. Hälfte, 1914, S. VIII.

たな研究動向を想定している。これは、ビンディングにとって、不文の学問の格率に反するものであり、それによれば、各学問分野は自身の門前だけを掃くべきであり他の分野の関心事に配慮する必要はないとされるのである。

ビンディングの非難が、その後、あわせて、以下のことへと導いたのかもしれない。すなわち、メルケルが、1890年頃の刑罰理論上および刑事政策上の文献において、ますます、刑事法学内での人類学および社会的な傾向に対する境界付けの可能性を求めていたということに、である。これらの方向性と、メルケルはまさに混同されたいとは思っていない。彼は、その限りで重大な不一致を——特に帰責論と刑罰目的規定の枠組みにおいて——認識している。にも拘らず、メルケルは刑法学の他の学問分野への依拠に固執している。この点にあるのは、おそらく、ビンディングとメルケルの間にあるもっとも基礎的な相違である。メルケルは、刑法上の認識の学際的な擁護を追求し、その一方で、ビンディングは、刑法自身の理論的な過去とは異なり、もはや哲学上の分野として自らを理解するのではなく、当時、発展していた心理学、社会学、人類学の流行りの理論からの借用に頼る必要のない、純粋な刑法学を確立することを望んでいるのである。