

〔翻 訳〕

ビンディングの刑法理論（3）

飯島 暢・川口浩一（監訳）

川口浩一（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、72号4号)
- 3 ビンディングの法実証主義 (以上、本号)
- 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

3 ビンディングの法実証主義

ギュンター・ヤコブス（川口浩一訳）「ビンディングの法実証主義」

I. 帝国刑法典（RStGB）までの法状況

18世紀末から19世紀初頭にかけて、[当時の]*現行刑法の取り扱いにおいて、すでに以前から感じられていた不確実性が支配的なものとなっていた（ただしプロイセンでは1794年のプロイセン一般ラント法〔ALR〕で終止符が打たれた）。ローマ法の適用とカロリナのほぼ文字通りの適用が、役立たない（社会的に受け入れがたい）結果を生み出していたからである¹⁾。このような状況を考えると、理論が古い普通法から離れ、哲学

* [] 内は訳者が補ったものである。

1) *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in ihrem normalen Verhältnis zueinander, ZStW 1 (1881), 4 ff. (ここでは若干変更が加えら

的な体系に新たな手がかりを求めるのも無理のないことであろう。よく知られているのは、フォイエルバッハがカントの理論に—— [その整合性については] ほとんど疑わしいものであるとはいえ²⁾—— 結びついていたことと、いわゆるヘーゲル主義者（アーベック、ケストリン、ヘルシュナー³⁾、ベルナー）の理論である。しかし、この不確定性が [神聖ローマ] 帝国の解体（1806年）以降も普通法が領邦法として存続している限りで、さらに増大し⁴⁾、旧帝国内の多くの諸邦では、固有の真の地域的な領邦刑法典が制定されることになった。これらは地域ごとの法源を確立するものであるが、共通するものは哲学的アプローチによってのみ確立されるものである。

このような不満足な状況下でも、諸邦の刑罰法規に関する歴史的意義を持つ著作は数多く残されているが⁵⁾、包括的に構築された法律においては確実性がないままであった。

ゝられている以下の再録による：*ders.*, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Erster Band, Strafrecht, 1915, S. 27 ff. (以下 „Abhandlungen“ として引用), S. 29 f.; 及び *ders.*, *Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen*, 1869 („Entwurf“ として引用), S. III. ——ビンディングからは次の著作を援用する：*ders.*, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, *Grünhuts Zeitschrift*, 4 (1877), 417 ff. (同様に上述の再録から引用 „Abhandlungen“, S. 61 ff.); *ders.*, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, 1885 (zitiert: „Handbuch“); *ders.*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl. 1902, Zweiter Band, 1. Abteilung, 2. Aufl. 1904 („BT I, II“ として引用); *ders.*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, Normen und Strafgesetze, 4. Aufl. 1922; Bd. 2, Schuld und Vorsatz, 1. Hälfte, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2. Aufl. 1914; Bd. 4, Die Fahrlässigkeit, 1919 (それぞれ各巻の巻数を付して „Normen“ として引用). ——ビンディングの著書一覧として *Westphalen*, Karl Binding (1841-1920), *Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten*, 1989, S. XXXIII-XLVII.

- 2) *Naucke*, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, S. 65 f. und passim; *Jakobs*, in: Koch u. a. (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, 2014, S. 209 ff, 214, 216.
- 3) ヘルシュナーは、ヘーゲル主義者に属してはいるが、それは弱い意味においてのみである。このことについては *Jakobs*, in: Kubiciel u.a. (Hrsg.), *Hegels Erben*, 2017, S. 163 ff [拙訳・本誌70巻5号377頁以下].
- 4) これについては *Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11. Aufl. 1832, § 3.
- 5) 例えば *Wächter*, *Das Königlich Sächsisches und das Thüringische Strafrecht*, 1855; *Hälschner*, *System des Preußischen Strafrechts*, Erster oder allgemeiner Teil des Systems, 1858; Zweiter Teil, *Die Verbrechen gegen das Recht der* ↗

実定法⁶⁾の排他的な立場を支持する方向への転換は、北ドイツ連邦の刑法典によって準備された1871年の帝国刑法典の導入で起こり、それまでのすべてが刑法史として残されることにされたのである。[刑法]理論と[刑法]学は、直ちに新法に猛然と飛びつき、『実用注釈書』でコメントし、教科書や野心的な注釈書で体系化するが、それまで最も注目されていた一つの問題、すなわち刑法の正当性の超実定的妥当根拠に関する問題をもはや全く提起しないか、せいぜいわずかしか提起しないものであった。この問題は作動的に閉じられた法システムの中では有意義に提起されないものであった（しかし法学ではそれは可能かもしれないが⁷⁾。

ヘーゲルは、市民社会を、その社会が自らの法を実定化しなければならないものであると規定したが⁸⁾、その際、彼は実定化されるのは強調された意味での法 (Recht) であるとし、それが正統な法であるか正統な擬似法 (Pseudorecht) であるかに関する決定を[法]学から取り上げようとしたことを示すものは何もなかった[それを哲学の問題であるとしたわけではなかった]。しかし、刑法学においては、この決定は、帝国の建国に続く陶酔の背景に追いやられ、刑法の正当性の問題は、国家の正当性の問題の単なる付録 (Appendix) となり、それ自体、あまり集中的に扱われることはなかった⁹⁾。

このような自然法的な考察の後退は、決して新しいものではない：実証主義の使徒であるホブズ (Hobbes) は、君主、ひいては彼の——当時の理解に従って——政府の行為を正当化し、君主はしかし、自らの利益のために自然法則 (leges naturales)¹⁰⁾に

↘Privatperson, 1868.

6) (法) 実証主義の精神的地位については *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 183 ff.

7) 刑法の正当化についての (をも含めての) 学問的検討については *Jakobs*, in: Engel u.a. (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 103 ff., 105 ff., 108 ff., 133 f.; 詳しくは *Pawlik*, in: FS für Günther Jakobs, 2007, S. 469 ff.

8) *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1820/21 (ここでは „Sämtliche Werke“ von Glöckner, Bd. 7, 3. Aufl. 1952 より引用), §§ 211 ff., 215 ff. und öfter.

9) 現代において賛同を示すものとして: *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 ff.; これについては *Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 18 Fn. 15; ゲルディッツに対して強く反対するものとして *Zaczyk*, *Der Staat* 50 (2011), 295 ff. —最近のものとして *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, 概観するものとして: *ders.*, *JZ* 2016, 641 ff.

10) *Hobbes*, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, 1651, ここでは1984年の Fetscher 版 (S. 99 ff., 110 ff.) に

政府の行為を沿わせることになるのである。なぜなら、そうしなければその君主は「統治に」挫折してしまうからである（挫折すべきであるからではない）。トマジウス（Thomasius）は、自然法を法の領域から除外し、その規範的命題を単なる助言（consilia）として扱った¹¹⁾。このアプローチは、プーフェンドルフ（Pufendorf）によって踏襲されているが、彼はそれにもかかわらず、国家権力の保持者に自然法を実定化し、それによって法的妥当性を自然法に与えることを義務づけていた¹²⁾。これらは、「自然法対実定法」という（表向きは）明確な対立の問題ではなく、むしろ多様な絡み合いがある事実のほんのいくつかの例にすぎないのである¹³⁾。

II. 法実定性に関する注釈

以下においては、実定法とは、一定の手続で制定され（gesetzt）、確定された（festgelegt）法を意味すると理解される。したがって、それは「理性推論的（vernunftschlüssig）」あるいは「思弁的（spekulativ）」に発展した法でもなければ、事実に過去に見出すことができる既存の法でもないのである。実定法は、その概念上、その制定に対応するが、内容的には反対の手続においてまた変更可能であり、このような変更可能性を実定法の主な特徴とみなすことができる¹⁴⁾。実定法が制定または変更される一定の手続、たとえば憲法適合的手続（verfassungsgemäßes Verfahren）が、ある一つの、それ自体実定的な法によって制定され変更されるのか、またなぜそうなのかについては（憲法も手続の変更方法が規定されている場合には、その限りでは認められることになろう）、そうした考察についてビンディングは関心を持っていなかったので、ここでは未決定としておく¹⁵⁾。これは規範ヒエラルキー（Normenhierarchie）

より引用する。

11) *Thomasius*, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex Sensu Communi Deducta*, 4. Aufl. 1718 (Neudruck 1979), I 5 § 34.

12) *Pufendorf*, *De Officio Homini et Civis juxta Legem Naturalem*, 1673, ここでは Luig. 1994, II 12 § 3 (S. 187) 版により引用する。

13) これについては *Binding*, *Handbuch* (Fn. 1), S. 8, 16.

14) *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 38 ff., 515 ff. und passim; 既に *ders.*, *Kontingenz und Recht*, 2013, S. 126 ff. (本書は „Das Recht der Gesellschaft“ よりずっと以前に書かれたものである; そのことについては F. K. シュミット (F. K. Schmidt) の注釈 S. 330 ff., 334 を参照).

15) ここでは実定性の理論が展開されるのではなく、ビンディングの実定法に関する理解が記述される。

の始まりの問題であり、おそらく最もよく知られた答えは、法秩序の「超越論的・論理的な前提 (transzendental-logische Voraussetzung)」を形成するものとしての根本規範 (Grundnorm) を想定したケルゼンである¹⁶⁾。

純粹な法実証主義は、いくつかの理由から不可能であるが、ここではそのいくつかを—— [その理論の] 一部は重複するものであるが——述べておく。第一に、立法者は適用者や他の解釈者に遭遇し、その先行理解 (Vorverständnis) を探知し、考慮することはできても、完全に操作することはできない。先行理解は、法律の内容を共に形成する。——第二に、社会には法律と並行して非公式の規範構造が発達しており、これが法律を「踏み躪る (überrollen)」ことがある。——例えば、墮胎や同性愛行為に対する規範の失効化などである。すなわち、一般的に実践されていることは、法律規範の範囲を共に決定するのである。これには許されない危険や保障人的地位の範囲など、許されない行為の判断基準も含まれ、それぞれの「良き慣行」によって変動する。——第三に、規範の最先端の問題は、実定法的には解決できない。非実定的な法的前提のみが、実定法の正当性を提供する。——第四に (第一から第三を要約すると)、既存の社会とそれとは乖離した実定法は、両立しない。

Ⅲ. ビンディングの法実証主義 (1)

1885年に出版された彼の——『規範論』全4巻と並んで——最も重要な著書の一つである『刑法ハンドブック』(Handbuch des Strafrechts)の序文で、ビンディングは、達成されるべき目標として「これは実定法学 (Wissenschaft des positiven Rechts)の構築である」¹⁷⁾と述べている。このことによって刑法学にとって哲学はいかなる意味も持つべきではないとされる¹⁸⁾。すなわち刑法学者について、ビンディングは次のように述べている。「実定法から引き出された真理が、先験的哲学の発露だとして非難される¹⁹⁾

16) *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 196 ff., 204.

17) *Binding*, *Handbuch* (Fn. 1), S. VII; これについて *Westphalen*, *Binding* (Fn. 1), S. 162 ff. ——ビンディングにおける学と解釈論に関する常に一義的ではない区別については *A. Merkel*, *ZStW* 6 (1886), 496 ff., 506 f. を参照。

18) *Binding*, *Handbuch* (Fn. 1), S. 6 ff.; 心理学、法医学なども除外されている; また *ders.*, *Normen* II, 1 (Fn. 1), S. VIII; 「純化された法学としての法哲学」のみが存続するとされる, *ders.*, *Problem, Abhandlungen* (Fn. 1), S. 72; これについては *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 34.

19) おそらくここで想定されているのは、ある超実定的な起源という主張が実定性を

のは、特定の哲学的観念や法的想像力の産物を法命題として扱うよう求められるのと同じくらい耐え難いことである。』²⁰⁾ビンディングによれば、刑法という新しい科学が「歴史的に哲学の産物」²¹⁾であることは事実であり、——これはおそらく皮肉を込めているのであろうが——「哲学的（命題）の価値が法命題よりも無限に優れている」ためである²²⁾。しかし「疑いの虫（Wurm des Zweifels）」がその優位性を蝕んでいるのである。と言うのも、「自然法は、それが実定的な形態をとらなければ何にもならない」からである²³⁾。

その「蝕み」の後の残余、すなわち実定法については、ビンディングにとっては一つの学しか存在しない²⁴⁾。ここでは区別がなされなければならない。そこで想定されているのは、——後のケルゼン²⁵⁾やあるいはビンディングの時代にはビアリング（Bierling）²⁶⁾がそうであったように——、ある実定法がその内容に関係なく、また内容に関して何も学問的に決定できない場合であつてさえも、なおさら、そこにおいて実定法が生成しうる形式や原理を探り出すこと（Herausarbeiten）としての一つの学と考えることもできよう。言い換えれば、この考え方においては、その学とは、すべての実定法の理論の中にある。ビンディングは、このような考え方を共有するのではなく、むしろ、当時ドイツで施行されていた法律の内容²⁷⁾を学問的に扱い、しかも類推によって推論しようとしたのであり（これについては後述する）、しかも「永遠で不変の法律」

の唯一の決定力（die allein maßgebliche Kraft der Positivität）を否定することであらう。

20) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 6.

21) Ebd., S. 7. - ビンディングはカントとフォエルバッハ、ヘーゲルとヘーゲル学派等を例として挙げている。

22) Ebd., S. 8.

23) Ebd., S. 8. 強調は原典——実定的なものの優先を「哲学にとらわれた」時代に認識していた学者としてヴェヒター（*Wächter*, Strafgesetzgebung. Abhandlungen [Fn. 1], S. 49: 「残るべき功績 [bleibendes Verdienst]」); auch S. 57 und Handbuch [Fn. 1], S. 8). *Binding* (insbesondere: BT I [Fn. 1], S. 1) も *Wächter*, Strafrecht (wie Fn. 5) を援用している; *ders.*, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, Erster Theil, 1825, § 14 Anm. 44, § 41 Anm. 93 f. も参照。

24) 前掲脚注17) に関する本文。

25) *Kelsen*, Rechtslehre (Fn. 16), S. 1; 既に *ders.*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923, S. 510 ff.

26) *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, S. 5; Bd. 5, 1917, S. 25 ff.

27) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. VII.

は存在しないことを認識した上のことであった²⁸⁾。

彼の法命題の内容に向けられた考察方法を明確化するためには、学の課題としての批判についての彼の一義的なオプションが引用されるべきであろう²⁹⁾：

批判において、「理論は、個々の法命題の上に立ち上がるだけでなく、自由な無制限性において、実定法全体の上に立ち上がるのである。……生活の需要とそのために計算された実定的な法規 (Satzung) との間の不調和の証明から、非難の義務、改善のための提案、立法者に開かれた道を踏むよう要求する権利が引き出される。』³⁰⁾

こうしてビンディングは、実定的実体法の学問化というほとんど途方もないプログラムを追求し、そのプログラムの命題に照らして評価されることになる。

IV. 回顧

一旦立ち止まって振り返ることが必要である³¹⁾。既に見たように、ビンディングによれば、哲学を一切排除した「実定法学」であるべきだが³²⁾、それは内部的実定法学のみならず、「実定法全体の上に」立ち上がる³³⁾ものなのである。言い換えれば、彼は「法律手引 (Gesetzeskunde)」ではなくを「法学」を追求しようとしたのである³⁴⁾。——法の内部的取り扱いに関しては、ビンディングによれば、特に彼の想定するある程度不完全な立法者においては、狭すぎるものであってはならない³⁵⁾。法システムは、第一に、一貫した命題を形成するという要請に従うこと、第二に、他の社会システムの評価を取り入れることを妨げるものではない。最初の、いわば形式的な可能性に関しては、実定法の中 [内部] の規則として、矛盾のない理解が可能であり続けなければならない。この場合、無矛盾性あるいは矛盾性という所与の社会的理解が、法規則として法の中に「滑り込んで」くる。第二の可能性の場合、これは基本

28) Ebd., S. 9.

29) 同様に彼の解釈論は説明すべきことについて役立つものとされた：ebd., S. 450 ff.

30) *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 47.

31) 以下のテキストに関しては *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (Fn. 14), S. 38 ff.

32) *Binding*, wie Fn. 17.

33) *Binding*, wie Fn. 30.

34) *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 52; これに関しては *Pawlik*, Unrecht (Fn. 18), S. 34.

35) *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 32.

的に異なるものではなく、より実質的なものであるが、法律外の規制複合体は、多かれ少なかれ明確に定式化された形で法律に組み込まれる。この最もよく知られた例は、民法典242条の「信義誠実」条項であるが、ビンディングの「生活需要」への言及もまた、真に外的な文脈を取り入れたものである。少なくとも部分的に真に外的な価値の文脈を取り入れた刑法の例として、（Ⅱの最後に挙げた）許された危険、許される信頼〔信頼の原則〕、「被害者」の自らの危険による行為、または遡及禁止の規則を挙げることができる。このような法への取り込みによって——それ自体（少なくとも部分的には）法外部の——評価連関が、法の、しかも実定法の評価連関となるのである³⁶⁾。

しかし、ビンディングによってもまた推進された「実定法全体の上に」³⁷⁾自らを立ち上げることは、実定法の内容を決定するものではありえない。なぜならばビンディングによればこのようなやり方は、実定法の内容を批判することへ向かうとされるからである。二つの問題について、少なくとも簡潔に説明する必要がある。第一に、結果に関する規則や「生活需要」という評価連関を実定法に取り入れることと、この法律の上に自らを立ち上げることの境界がどこにあるのかは、特に明確ではない。第二に、より重要なことは、ビンディングは、実定法が批判されるべきかどうかの判断基準を明示していないことである。この点で、ビンディングは、明確ではないが、おそらく社会機能主義者であり、社会の規範的なあり方、言い換えれば、事実性に「計算し尽くされた」自然法に目を向けていると推測される。

V. ビンディングの法実証主義（2）

1. 立法者の不完全性

ビンディングにおいて、何が実定法を構成するのかという長年の疑問に対して、彼は次のような答えを与えている：すなわち、法律実証主義を排除するために、まず、あらゆる拡張解釈や類推すら排除する、主にフォイエールバッハによるいわゆる「バランス理論」³⁸⁾

36) 「社会生活の事象 (Vorgänge des sozialen Lebens)」としての行為と処罰についてビンディングは (Handbuch [Fn. 1], S. 453) は、そのような構成、すなわち「法解釈の構成部分」としての「生活解釈 (Lebensauslegung)」を承認していた。

37) Wie Fn. 30.

38) これは、刑法が「犯罪傾向とのバランスをとるために (de balancer les penchants criminels)」任務を負うとする理論に当時付けられた名称であった：Binding, Handbuch (Fn. 1), S. 20 f. Fn. 13 における多くの文献も参照。

に、この説は「疑いなく」否定されるべきだ³⁹⁾として反対する。これに続いて、モンテスキューの有名なテーゼ（[権力] 分立論⁴⁰⁾）、すなわち、司法権は厳密な意味での権力ではなく、むしろ「いわば無効（en quelque façon nulle）」であり、「法の言葉を語る口（la bouche, qui prononce les paroles de la loi）」⁴¹⁾に過ぎないというテーゼが批判される。この見解は（フォイエルバッハと同様に）立法者に「神の力」、すなわち「完全でそれ故完璧な法を作り出す」能力を前提にするからである⁴²⁾。この理由づけには、ビンディングが自分はそうではないという自己規定が含まれており、それはつまり法文の文法的解釈を許容する法律実証主義者ではないという自己規定である⁴³⁾——ビンディングにとって、法律実証主義とは「刑事立法をその能力とその成果において過大評価」していることが明らかな場合である⁴⁴⁾。

ビンディングによれば、立法能力に対する誤った評価、さらに悪いことに理論の欠如という非難は、「法の個々の言葉に対する果てしない、単調で退屈な解釈」に尽きる⁴⁵⁾。注釈文献、つまり「法律学の代わりとなる法律の知識」にも当てはまる⁴⁶⁾。ビンディングによれば、語源学的な研究も、法の概念に浸透することができないため、役に立たない⁴⁷⁾。ビンディングは、自然法への訴えに劣らず、いかなる形の法律実証主義にも反発している。最後に、彼は、法律の先例や動機・素材に従った解釈を、すなわち——この点ではビンディングは一貫している——これらは実定法ではないから、今日「客観的解釈」と呼ばれるもので得られたものが拘束力を持つことになると強調し、強く再三に渡り否定している⁴⁸⁾。「法律が公布された瞬間から、…法全体が…そこからは

39) Ebd., S. 21. 確かに、抑止力として機能するために、立法府は、例示によって明確にされた禁止複合体ではなく、なぜ細部まで細分化された禁止を示さなければならぬのか、理解され得ないのである。

40) Ebd., S. 25.

41) Ebd., S. 22 による引用。

42) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 23; *ders.*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 33.

43) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 24.

44) *Binding*, wie Fn. 35.

45) *Binding*, BT I (Fn. 1), S. 3; 「不健全な文言解釈（ungesunde Buchstabenauslegung）」, S. 459.

46) *Binding*, wie Fn. 34.

47) *Binding*, BT I (Fn. 1), S. 3. この言明は賛成に値する；現在の関連するパラダイムは暴力概念である；これに関して *Jakobs*, *Nötigung*, 2015, S. 14 ff., 24 ff.

48) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 36 及び解釈理論については S. 450 ff., 454 ff., ↗

自分自身に基づくものとなり、法はそれ自身の力と重力によって保持される]⁴⁹⁾ので、合理的に解釈する法共同体構成員がそれからえるものを「法律が考え、意志する」]⁵⁰⁾。しかし、彼は自らの実定法論として何を説いているのだろうか？

2. 健康な生命 [生活]

この問いに直接的に答えようとする前に、間接的な論証が必要である。ビンディングの作品では、「生命・生活 (Leben)」と「健康・健全性 (Gesundheit)」という2つの肯定的な概念が繰り返し使われている。以下は、完全性に近付こうとする要求に答えるものですが、その一覧である：「生活の事実」、「生活から疎外された理論」に対する「生きた法」]⁵¹⁾、「生活の需要」]⁵²⁾、「生活の豊かさ」]⁵³⁾、「権利と義務の活性化 (Lebendigwerden)」]⁵⁴⁾、「生き生きとした関係性」]⁵⁵⁾、「生活現象」、「生活形式」、「生活を調節する賢明さ」]⁵⁶⁾、「生活関係」そして再び [別の箇所において] 「生活現象」]⁵⁷⁾、さらには「生活と法律の解釈」]⁵⁸⁾が見られる。——さらに、「すべての法生活の健全性」]⁵⁹⁾、「判例の健全性」]⁶⁰⁾、法の欠缺を塞ぐ「健全な傾向」あるいは「健全な意欲 (Drang)」]⁶¹⁾、「健全な解釈論」]⁶²⁾、あるいは「現行刑法の健全な解釈論的処理」]⁶³⁾、

↘ 469 ff., 473 Fn. 14; ders., Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 53 und öfter.

49) *Binding*, Entwurf (Fn. 1), S. 1 (完全に同文のものとして: Handbuch [Fn. 1], S. 454, Thöl を再現した引用)。しかし、以下のように、ビンディングは、まだ法律ではなく見解上の争いであるためか、草案の批判においては、このことは確立されていない。

50) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 456f. mit Fn. 7.-批判として *Merkel*, ZStW 6 (1886), 499.

51) *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 45, ヴイントシャイト (Windscheid) が援用されている。

52) Ebd., S. 47.

53) Ebd., S. 57.

54) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 3.

55) Ebd., S. 10.

56) Ebd., S. 33 f.

57) Ebd., S. 214.

58) Ebd., S. 34.

59) *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 31.

60) Ebd., S. 43.

61) *Binding*, BT 1 (Fn. 1), S. 21.

62) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 35.

63) Ebd., S. VIII.

力強く「健康な現実の始まりとしての病的夢の終わり」⁶⁴⁾などが挙げられる。

つまり、ビンディングによれば、「健全な法生活」は、法律によって (mit) のみ明示的に規制されているものだけでなく、それと並行して (neben) 展開される⁶⁵⁾。規範的に構成された社会の生活としての「生活」という言葉の部分には、その生活の規則に従って生死が決まることが暗示されており、実定法との関連は説明されなければならないであろう。ビンディングの言明は、彼が社会機能主義的、あるいは社会実証主義的なアプローチをとっているが、法実証主義的アプローチではないという前述の仮説 (IV. 末尾) を裏付けるものなのである。ビンディングの明示的な実定法の選択肢は、立法者が「健全な生活」に対抗しないという強い前提との関連においてのみ、彼の定式化に適合する。この前提は、ビンディングの時代の社会の自己保障から生み出されるものであった。

3. 「潜在的法命題」と認容立法

いよいよ、ビンディングの実証主義を直接扱うことにしよう！——法命題は、「法思想の表現と法的意志の表現」という2つの命題からなるものとされているが⁶⁶⁾、このことは、両者が常に(文字通りの意味で)明示的でなければならないということの意味しない⁶⁷⁾。むしろ、ビンディングは、明示的に(文字通りに)宣言された法的命題に加えて、推断的に (konkludent) 宣言された命題、さらに法律で宣言されていない法的思想への言及(将来の判例等)に起因する法命題を知っており⁶⁸⁾、ビンディングによれば「潜在的法」は明るみに出ることがあり⁶⁹⁾、しかも実定法としてなのである。

64) *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 41.

65) おそらく、この「生活」と「健全」という言葉の夥しい (üppig)、またおそらくはやや軽薄な使用は、彼の(第一次世界大戦の惨禍によって文化的にも経済的にも破綻していた時代という文脈で解釈するしかない)晩年の著作: *Binding/Hoche*, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 1920 (posthum); 2. Aufl. 1922 と同じ根、すなわち格律としての社会的効用の最大化に由来するものであろう。

66) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 197; いくらか異なるのが S. 457: 思想、意志及びこれら両者の構成部分の宣言。

67) このことは、やや不適切な用語ではあるが「必ずしも明示的でない表現」を生み出す。

68) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 198 f.

69) *Ebd.*, S. 11, 202, 214, 217; *Binding*, Strafgesetzgebung, Abhandlungen (Fn. 1), S. 46. この点及び以下については *Schreiber*, *Gesetz und Richter*, 1976, S. 169 ff.

これを説明するために、ビンディングが慣習法を否定する理由を見ておこう。単なる慣習は、実定法には至らず、法的な代用品に過ぎない。慣習が法律になるのは、次のような場合である。

「裁判または取引慣習の基礎となる命題は、法源によって黙示的に是認されることがあり、法源はその命題の適用の認容によって、すなわちその慣習が知られていても反対しないことによって、この是認を表明する。」⁷⁰⁾

このように、立法府は、ある命題をその適用を「眺める」ことによって、法の規則として承認することができる⁷¹⁾。再び、「慣習そのものではなく、慣習の黙示的な認容が法命題を生み出す」⁷²⁾——この眺めることまたは認容（Duldugung [受忍]）が、他に要求される「共通意志の祝祭的宣言」と両立するかどうかは、ここでは未決定のままにしておく。

その結果、法思想や法意志は、(a)明示的に（文字通りの意味で）、あるいは(b)推断的に、あるいは(c)法命題の適用の認容によって、あるいはさらに弱く、ただ眺めているだけで宣言できるのである。いずれにせよ、これがビンディングの実証主義であるが、法は立法者によって設定（承認）されたものとして立法者に帰属される⁷³⁾。

ビンディングは、立法者が推断的に宣言していることを具体化することに非常に寛大であるため、A.メルケルがいうように、[ビンディングには] 解釈者にできる限り自由に行わせようとする「傾向」があるということができよう⁷⁴⁾。ビンディングは、法が「言うべきこと」を述べていない場合には、修正解釈を許容する⁷⁵⁾。再び A.メルケル⁷⁶⁾によれば：

70) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 202.

71) *Ebd.*, S. 202 f.

72) *Ebd.*, S. 212.

73) A. *Merkel*, ZStW 6 (1886), 508: 「単に『反対しないこと』によって基礎付けられる奇妙な父性 (Eine seltsame Vaterschaft) !」

74) A. *Merkel*, ZStW 6 (1886), 499.

75) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 201

76) A. *Merkel*, ZStW 6 (1886), 504. — A.メルケルは、特に次のような非難を明確にしている (S. 503 f.)。ビンディングは、帝国刑法典 (RStGB) の緊急避難規定 (RStGB の52条および一主に—54条) を、その詳細な論証 (*Binding*, Handbuch [Fn. 1], S. 754-788) において、より広範な緊急避難複合体の中の部分的規制に過ぎないとしている。——法的発展の進展 (民法典228, 904条; RGSt 61, 243 ff; 刑法典34条) は、ビンディングがすべての詳細を把握していたわけではないが、少な

「不合理なことは、その不合理さを証明することによってそれを除外して解釈され、理性的なものは、この解釈者にとって、ヘーゲルの言葉を借りれば、現実的なものでもある。…法律は、ここで解釈者に柔らかい蠟のように現れる。」

また、ビンディングは、ある法律がその付随物なしに考えられない場合には、法規則を共に規定するものとする。ここでの主な例は、刑法の命題によって必然的に前提とされる規範で、ビンディングによれば、そのほとんどは当初は規定されてない法に属するものである⁷⁷⁾。また、とりわけ、ビンディングは（そして彼はこれに関して非難を受けることも少なくないのだが⁷⁸⁾「潜在的法命題」、——実定法の命題であることに注意せよ（nota bene）——をめぐって、——当時の現行法によって既に除外されてはいたものではあるが——類推という手続も見い出されると答えている⁷⁹⁾。

ビンディングの既に述べた（V.1.）類推についての見解を明確にする必要がある。彼は実定法の法源である立法者しか知らないので、解釈者を、立法者が扱わない新しい法分野⁸⁰⁾を開拓して立法者の代わりにすることはできず（法類推 [Rechtsanalogie] は

↘くともその傾向は正しく把握していたことを教えている。

77) *Binding, Handbuch* (Fn. 1), S. 201; *ders.*, *Normen* 1 (Fn. 1), S. 153 ff., 187 ff. und öfter. —ここで想定されているのは、立法者によって文言通りに定式化された法律ではないが、文言通りに定式化された法の前提条件として、立法者に帰属し、それによって実定的な法である。したがって、この法は、実際には「制定されていない」のではなく（実証主義者はこのような法をどのように認識すればよいのだろうか?）、むしろ文言通り制定されていないのである。——少なくとも人身に対する犯罪の場合、今日の規範はおそらく文字通り憲法と民法によって（も）定められているのだろう。

78) 類推の問題は、改めて議論される時期に来ているであろう。いずれにせよ、（関連法が制定された当時はまだ存在していなかった）トラックを森林窃盗の〔馬に〕引かれた運搬車と同一視できるかという問題に答えるために多大なエネルギーを費やした法学は、模範とされるべきものではなく、むしろ徒勞に終わった（despektierlich）ものとされるべきものであろう。特に、総論（不作為犯、客観的帰属論、責任概念！）では明確性についてほとんど語られないので、（各論における）法律明確性の合理性（Vernunft）もナンセンスになりかねない。——総論と各論の違いを説明する試みとして *Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 4/43 ff.

79) *Binding, Handbuch* (Fn. 1), S. 202. — *A. Merkel, ZStW* 6 (1886), 509: 立法者の「単にフィクシオ的な知識表明（bloß fiktive Wissenserklärunen）」。

80) 以下については *Schreiber, Gesetz* (Fn. 69), S. 172 ff. —法律類推と法類推の区別は、関連する抽象化のレベルについての事前の想定なしには固定され得ない。↗

認められず）、むしろ解釈者は法律を一貫して検討し、最後まで考え抜く（法律類推 [Gesetzesanalogie] を行う）権限⁸¹⁾を持つのみである。この法律類推のプロセスは、具体的には次のように進む。(a)ある法律が解釈され、その結果、それが「より高次の思考」に基づいていることが判明する。(b)この思考（原則）は、当該法律において、あまりにも狭く、すなわち規制されるべき領域の一部に対してのみ策定されたと確実に結論づけることができる。(c)法律には一貫した意志があると推定されるので、原則は正しく、すなわち包括的に策定されていなければならない、(d)その結果、「潜在的法」として、実定化された法命題としての「兄弟・姉妹の法命題」をも含まれる⁸²⁾。ビンディングは、この類推（新しい法分野を開く法律類推ではなく、法類推）が実定法によって明示的に排除されていることにまさに驚愕し、これを（これはしかし、今でも妥当する）学の翼の過酷な縮小、あるいは逆に言えば、「刑事立法に対する過大評価」⁸³⁾とみなし、特にこれが単なる「機会的法律」を生み出すことが少なくないとする⁸⁴⁾。彼の発言からは、いつの日かこの抑制が、少なくとも部分的には「認容立法」⁸⁵⁾によって解決されることを期待する声を読み取れる。

この限りにおいて、最後に、ビンディングの時代に存在したものであり、一部は現在

例えば、窃盗、横領、器物損壊が「所有権への攻撃」という一つの保護領域の現れであるとすれば、この領域は不完全に規制され、例えば財物の排除については、原則的に法律類推が可能となることになる。しかし、窃盗や横領の領域が「領得的な所有権攻撃」であり、器物損壊が「実質 [物理] 的に変更する所有権攻撃」であるとすれば、これらの領域はその側においては不完全に規制されているかもしれないが、それらの間、すなわち、非領得的、非物質変更、例えば、単に財物を排除する攻撃については、法類推によってしか埋められない規制領域ではないであろう——ビンディングによれば、これは実証主義とは相容れないのである。——より極端に、人に対するすべての犯罪の規制領域を「人格の保障された権利への攻撃」という全体領域の表現として理解すれば、これらの権利に対するすべての非形式的な攻撃は、法律類推によって獲得することができる。——ビンディングにおける規制分野の規定が不正確であることは、非難されるべきではない。なぜならば社会的理解を目的とするすべての問いに正確に答えられるわけではないからである。しかし、驚くべきは、規制領域の抽象度を決定する際の問題意識の欠如である。

81) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 214.

82) *Ebd.*, S.215 f., 217.

83) *Binding*, Strafgesetzbuch, Abhandlungen (Fn. 1), S. 32 ff. —— 上述の脚注42付近の本文参照。

84) *Binding*, BT 1 (Fn. 1), S. 20.

85) 上述の脚注72) 付近の本文参照。

も存在している次のようなビンディングによれば類推可能な法律状況を挙げておきたい⁸⁶⁾：すなわち「他人の狩猟場での」ウサギの狩猟は罰せられるが、狩猟動物全体を毒殺することは罰せられない、電気の取得は罰せられるが、水力の取得は罰せられない、不真正の文書の作成は罰せられ、真実でない文書の作成は原則として罰せられない⁸⁷⁾、法律を枉げた裁判官は厳しく罰せられるが、参審員と陪審員（当時の法律のバージョンによる、帝国刑法典 [RStGB] 336条⁸⁸⁾は罰せられない。

VI. 法と社会

結論的に、ビンディングは確かに *lex scripta* [書かれた法] のみを認める法律実証主義者ではなく、むしろ、立法者によって法として制定された法命題を過大評価することに警告を発しており、もし法律が完全なものであるならば、それは「精神的死を蔓延させる怪物 (ein geistigen Tod verbreitendes Monstrum)」となるだろうとする⁸⁹⁾。

結局、不完全な法律の場合、裁判官は「具体的な生活現象」の法を「学問的な…同時に法を確認する活動の行為 (Akt wissenschaftlicher...und zugleich rechtsfeststellender Tätigkeit)」の中に見出さなければならぬとされ⁹⁰⁾、その際「(裁判官は) …規範を与える権力に非常に近いものとなる⁹¹⁾」のである。学 [問] (Wissenschaft) については、「刑法学の対象は、(判例とは異なり：著者記す) 積極的に書かれた、あるいは書かれざる (!：著者記す) 刑法全体であり、その通常の法部分との関係においてであり、単なる「法律技術論」に過ぎないものではないと述べられている⁹²⁾。しかし、書かれた法と並んで生じる、書かれざる潜在的な法の啓示は、それ固有の [法] 源として扱われるのではなく、すでに説明したように、容認する、あるいは単に着目する立法者に関連

86) すべて *Binding*, BT I (Fn. 1), S. 21.

87) しかし、ビンディングは、すべての虚偽の私文書の作成を処罰の対象とすることを求めてはいない。それゆえ、彼は、包括的な *falsum* [偽罪] の示唆力に屈しなかった；これについては *Binding*, BT II (Fn. 1), S. 108 ff., 277 ff., 279 f., 293 ff. — ナーグラ (Nagler, *Der Gerichtssaal* 91 [1925], 1 ff. 26) は、正当にもビンディングの偽造犯罪論の「輝かしい部分 (Glanzpartie)」と呼んでいる。

88) 現行法では、名誉職裁判官も職業裁判官と同等である：刑法典11条1項3号。

89) *Binding*, *Strafgesetzgebung, Abhandlungen* (Fn. 1), S. 39.

90) *Ebd.*, S. 41, 強調は原文。

91) *Ebd.*, S. 42.

92) *Ebd.*, S. 45 f., 強調は原文。

し、それによって実定化される⁹³⁾。言い換えれば、「健全な生活（Rechtsleben）」の産物は、この立法者への帰属を通じて実定法に体现され、すなわち制定されるのである。——この意味で、ビンディングは法実証主義者である。

しかし、このように立法者が「法生活」の事象を容認したり、「着目」したりすることを援用することで、何が起っているのかの全体像を把握することはできない。lex scripta の解釈者である〔法〕学や判例も、その両者、または立法者が作り出した訳ではない素材を解釈の中で使用している。例えば、ある社会で何が、これまでにすでに何度も述べた許された危険〔リスク〕（ビンディングはこれを「適度のリスク（maßvolles Risiko）」⁹⁴⁾と呼んでいる）に属するかは、上述の三つの権力者のいずれも、その社会で孵化した（ausgebrütet）（良き）慣行に目を向け、それに従って行動することなしに決定することはできない。この——極めて法的に構成された——社会形態は、その三者がさらに活動するためにそれぞれに与えられる。限定的な修正は権威的に行われるかもしれないが、その核心は立法者とその解釈者の自由にはならない。

したがって、特定の社会に適合する法において、社会の状態やその変化に弾力的に対応する諸制度が展開されなければならない。ビンディングの「認容立法（Duldungsgesetzgebung）」は、単なる法の草案の事後的な（黙認の時期に関係する）法化につながるだけで、しかしその状態や変化を最初から法と結びついているものとして理解される。そうすると、ビンディングの用語では、許された危険の認識といった「健全な生活」の需要は、「容認立法」によって初めて実定法の構成要素となるのではなく、実定法は常にこの生活の需要をその具体化としてすでに取り込んできたことになる。

これまで述べてきたことは、最後に、M.E. マイヤーの文化規範論に対するビンディングの意見⁹⁵⁾を見ることによって明らかにされるべきである⁹⁶⁾。ビンディングは、

「もし、法律家が、その存在が、共同体の規制という自由認められた必要性（！：著者記す）から共同意志自体から見てとれる以上の『正当化』を必要とすると考えるな

93) 上述の脚注72) 付近の本文参照。

94) *Binding*, Normen IV (Fn. 1), S. 432 ff.

95) *M.E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, durchgehend; *ders.*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 37 ff, 44 f.; *ders.*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1933, S. 37 ff.

96) このこと及び以下のことについては *Jakobs*, in: *Ars Iudicandi* (Festschrift für Figueiredo Dias), Coimbra 2009, S. 387 ff, 394 ff.

ら、それは法律家による法に対するふさわしからぬ屈辱⁹⁷⁾とみなしている。

しかし、「生活」と「実定性」の関係は、そう簡単に決着がつくものではない。今引用した引用文の中で、ビンディング自身が「共同体規制の必要性」と語っているが、これはおそらく「法的規制に対する必要性」を意味し、この必要性〔需要〕は法によって満たされるかもしれないが、それ自体は法ではない。「社会実証主義」がなければ、実定法と社会はなじまない。言い換えれば、社会的慣行から実定法に取り込むべきものは一体何なのかを見極める必要がある。

「法」はオートポイエティックな社会システムであり、それゆえビンディングはそれに「威厳」を与えることができる。しかし、法と並んで「政治」、「経済」、「学問」⁹⁸⁾、「芸術」、「宗教」などのシステムがあり、それらは法と構造的にカップリングして両立する形で機能しなければならない。構造的にカップリングした環境の多様性の中でこそ、社会に適合した法が展開されるのである。このカップリングは、文化規範⁹⁹⁾から自らを締め出す必要はなかったが、実定法と社会との適合性を保証するために、おそらく別の名称（「良い習慣」など）で、それらを実定法の具体化として認めることができた、いや、認められなければならなかったであろう。

ビンディングは、自己のシステムに取り込まないまでも、おそらくそのことを認識していたのであろう。彼は、「人類の秩序に関する学は、それ（秩序：著者記す）をその合理性において理解し、その合目的性を検討することなしには成り立たない」、したがって、「なぜ及び何のために（Warum und Wozu）」についての「思考（Gedanken）」を「法意志の命題を超えて」展開しなければならず¹⁰⁰⁾、さらに「進んで（aufsteigend）」、学は「法一般の理由と目的について問わねば」ならないと述べている¹⁰¹⁾。ビンディングが実定法に先行する国家哲学を選択することを想定し得ないので、具体的な社会生活を形成するための適合性にこの「合理性（Vernünftigkeit）」を結び付けて良いであろう。なぜならば——法は、それが「法（Recht）」と名付けられているがゆえにのみ、合理的な（vernünftig）ものとして妥当しうることにはならない。——しかし、ビン

97) *Binding*, Normen II, 1 (Fn. 1), S. 369.

98) 法律学も！法律学が、——それがそうであるべきように——正当性の問題に答えようとする限り（これについては *Jakobs*, Proprium [wie Fn. 7]), すでに法において論理的には解決されえない。

99) その抵抗の鋭さから、分離（Abschottung）が認識されうる。

100) *Binding*, Handbuch (Fn. 1), S. 13.

101) *Ebd.*, S. 14.

ディングはこの思考をさらに発展させることはなかった。

M.E. マイヤーにおいては、社会はその法的構造よりも先に文化規範を生み出すものである。ビンディングの場合、立法者が文化的規範を考慮せずに法的構造を作り出している。少なくとも彼は、法と文化の関連について「健全な法生活」という間違いではないが、決まり文句に過ぎない語（das zwar nicht falsche, aber doch nur floskelhafte Wort）を使っている。——文化実証主義者のマイヤーと法実証主義者のビンディング、どちらの学説も、それぞれ一面的な見方に陥っているのである。

VII. 要約

ビンディングは、法律の文言だけを解釈の基礎とすることに鋭く反対し（法律実証主義ではない）、立法者により-多かれ少なかれ正確に-規制された法の領域を選択することを拘束的と考えた（法実証主義）。もし法が特定の社会に適合するもの、すなわちその社会の中で機能するべきものであれば、法にとって、解釈の「健全な生活」の需要への方向付けは必須である。

書かれざる法も考慮したこのような解釈は、例えば法律の欠缺を補填することで得られる法を、立法者がそれを認容することによって、実定性を獲得するのである：すなわちこれが認容立法（Duldungsgesetzgebung）であり、それが慣習法の妥当根拠をも生み出すものでもある。

全体として、ビンディングが解釈論的な論証に用いるウェイト（Wucht）は、彼の法理論的基礎づけの重さ（Gewicht）を明らかに上回っている。よく言えば、部分的にややもつれた根を持つ木でさえ、そしてそれらはここで扱われたものであるが、豊かな実を結ぶことができるのである。