

[翻訳] 刑法学におけるヘーゲルの遺産 : 19世紀におけるヘーゲル学派 (6・完)

その他のタイトル	[Translation] Hegels Erben in der Strafrechtswissenschaft : Hegelianer im 19. Jahrhundert (6) Diethelm Kleszczewski, Kritik am hegelianischen Strafrechtsdenken
著者	飯島 暢, 川口 浩一
雑誌名	関西大学法学論集
巻	71
号	1
ページ	117-132
発行年	2021-05-24
URL	http://doi.org/10.32286/00024088

〔翻 訳〕

刑法学におけるヘーゲルの遺産

19世紀におけるヘーゲル学派（6・完）

飯島 暢・川口浩一（編訳）

飯島 暢（訳）

目 次

- 1 ま え が き
- 2 19世紀のヘーゲル学派
 - (1) ベルナー（以上、69巻2号）
 - (2) ケストリン（以上、69巻5号）
 - (3) ルーデン（以上、70巻4号）
 - (4) ヘルシュナー（以上、70巻5号）
- 3 ま と め
 - (1) 同時代における影響（以上、70巻6号）
 - (2) 批 判（以上、本号）

3 ま と め（承前）

(2) 批判：ディートヘルム・クレシェヴスキー（飯島暢・訳）「ヘーゲリアナー的な刑法思考に対する批判」

ヘーゲルの刑法思考は、19世紀の第2三半期において影響力のある刑事法学者達によって受容され、部分的には更に発展させられることになった。ここで特別な重要性を獲得するのは、アーベック、ケストリンと並んで、特にベルナーとヘルシュナーの存在である。彼らの見解は刑法学における支配的見解を一世代に渡り形成していたが、その後ドイツ帝国が成立してからすぐに批判的な議論が交わされるようになった。私は、まず今あげた刑法学者達による見解の中で最も重要なものを取り上げ、想起させるようにしたい（Ⅰ.）。そして、その後の時代において刑法上のヘーゲリアナーに対してなされた批判を取り上げる（Ⅱ.）。最後に、これらのヘーゲルの相続人達がある決定的な点において遺産の放棄を行ったことを示したい（Ⅲ.）。

I. ヘーゲリアーナーによる犯罪と刑罰に関するテーゼの概観

19世紀のドイツ刑法解釈学におけるヘーゲルの信奉者は、犯罪と刑罰の概念を抽象法との関係を無視して、すぐさま人倫的なものないしは国家を出発点にして展開していた。例えば、ケストリンは人倫的なものの中に個々人と一般意志の統一を見出していた。その際に、彼は法をこの統一の一形式として理解するが、但しこの形式を専ら「外的な生活」と「社会的な共同性の存在」に関係づけていた¹⁾。そこでは、法はその適切な表現を抽象的・一般的な法律の中において見出すとされたのである²⁾。もっとも実定法が社会において承認されるためには、権力が必要となる。この権力が国家であるとされた³⁾。従って、刑法上のヘーゲリアーナーにとり、国家はその市民の主観的な意志から、いずれにせよ本源的に導き出されるものではない⁴⁾。むしろ彼らは国家を人倫的な必然性として理解するのである⁵⁾。

1. 人倫的なもののこのような現実性は、自由な意志というヘーゲルの法哲学の原理からは殆ど説明のつくものではないが⁶⁾、刑法上のヘーゲリアーナーからは刑事不法を通じて特殊な方法で侵害されるものとされていた。ここでの彼らの見解は、ヘーゲルが抽象法において犯罪に与えた定義に極めて近いものである⁷⁾。例えば、ケストリンは犯罪を外面性の領域における一般意志への個別意志の意識的な対置として⁸⁾、「法をそのようなものとして侵害すること」⁹⁾として理解しており、他方でヘルシュナーは「法

1) *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, 1844, S. 1. ケストリンの刑罰論については、*R. Schmidt*, GS 81 (1913), S. 241 (257 ff.); *Sulz*, Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Aufbau in der Deutschen Rechtswissenschaft, 1910, S. 26 ff.; 最近の文献である *Ramb*, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 124 ff.

2) *Köstlin* (Fn. 1), S. 5.

3) *Köstlin* (Fn. 1), S. 26 f. 同様の見解として、*Hälschner*, System des preußischen Strafrechts, Bd. 2, 1858, Erster oder allgemeiner Teil, S. 10.

4) 明確な主張として *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1871, S. 17. *Hälschner* (Fn. 3), S. 15 f. も同旨である。

5) *Berner* (Fn. 4), S. 17; *Köstlin* (Fn. 1), S. 413.

6) *Hälschner* (Fn. 3), S. 437 は、「法の内的な実体 (Substanz) としての自由」に言及しているが、この限りでは例外をなしている。

7) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke, Bd. 7, 1970, § 95 (S. 181 f.).

8) *Köstlin* (Fn. 1), S. 1.

9) *Köstlin* (Fn. 1), S. 3.

に対する異議¹⁰⁾を強調するのであった。

刑法上のヘーゲリアナーにとり、国家は人倫的な必然性であり、そのようなものとして自己目的であるのと同様に、刑罰もまた同様のものとされる¹¹⁾。従って、ベルナーは、刑罰を専ら犯罪に依拠させたことがヘーゲル刑罰論の大きな利点であると強調した¹²⁾。アーベックは、刑罰をその根拠と程度について専ら行為者の責任へと還元するのである¹³⁾。彼らと同様に、ケストリンとヘルシュナーもまた刑罰の性格が応報（Wiedervergeltung）であることを強調する¹⁴⁾。

2. しかしながら、刑法上のヘーゲリアナーもヘーゲルに対する一定の独自性を示しているが、それは、彼らがどのようにして応報原理を相対的刑罰目的と調停するのかという方法の点においてである。そもそも、それらの刑罰目的に関するヘーゲルの見解が単なる拒絶的なものではないことも確かである。むしろヘーゲルは、市民社会論の枠内での刑法の叙述において、社会の中での犯罪については、法律の効力に関する危険性の要素、つまり一般予防の側面に特別な意義が帰せられることも強調していた¹⁵⁾。またヘーゲルは、ある講義録において「犯罪者の改善」を犯罪の廃棄のより完全な形態であると表していたのである¹⁶⁾。しかしながら、ヘーゲルが公刊物の中でそのための論証の連鎖を明示することは決してなかった。この点につき、刑法上のヘーゲリアナーはより詳細な研究を提示している。

a) 責任清算と予防の間の分析的な連関を明示しようと試みたのがアーベックである¹⁷⁾。アーベックは、所為ないしは行為者の危険性はその者の意思とそれに基づく責任において基礎づけられるとする。所為が直接的に侵害される法益を超えて更に別の諸法益をも危殆化させることは、まさにこのような考えに基づいて、発現させられた犯罪者の意思の特別な強度と、それに基づいて所為が他者からして悪い手本になり得ること

10) *Hälschner* (Fn. 3), S. 11.

11) *Berner* (Fn. 4), S. 15.

12) *Berner* (Fn. 4), S. 21.

13) *Abegg*, Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zueinander und zu dem positiven Recht und dessen Geschichte, 1835, S. 22. アーベックについては、*Ramb* (Fn.1), S. 67 ff.; *Sulz* (Fn. 1), S. 16 ff.

14) *Hälschner* (Fn. 3), S. 440; *Köstlin* (Fn. 1), S. 389 f.

15) *Hegel* (Fn. 7), § 218 A (S. 372).

16) *Hegel*, in: *Ilting* (Hrsg.), *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Edition und Kommentar in 6 Bänden, Bd. 4, 1974, S. 550 (グリースハイム講義筆記録).

17) *Abegg* (Fn. 13), S. 42 ff.

や犯罪者にとり更なる犯罪を行う契機になり得ることに依拠するとされる。確かに、ヘーゲルにおいても、刑罰は犯罪の実例 (Exempel) に対する異議申し立てを表すとする旨の覚書がなされていた¹⁸⁾。しかしながら、アーベックによって展開された考えは、ある所為を行った各人に、その者から一つの模範を見て取った他者の犯罪を帰せしめることに至ってしまう。そのような安易な考察は、ヘーゲルによって非難の対象とされるものであった¹⁹⁾。これに対し、一度所為へと移し替えられた意思の強度から、機会があれば同種の所為を更に行う傾向が当該の犯罪者において継続的に存在することを導き出す点は、それを超える側面を内容とする。ヘルシュナーは、より精緻化して、この観点を犯罪者の意思の一般的な性質の中に見出していた²⁰⁾。これは、所為によって一つの法則を定立する性質のことであり、この法則の (異議が唱えられないまま存続する) 外観上の妥当がまさに行為者を所為の反復へともたらし得ることになる。特にヘーゲルも再犯に関する刑の加重をそのような考慮に依拠させていた²¹⁾。最後に述べておくと、アーベックに対するペルナーの批判はそれにもかかわらず正当な方向性を示すものである²²⁾。犯罪対策のための刑罰の有用性が専ら高められた責任と、これのみを理由にして加重された刑罰だけから導き出されてしまうと、問題点は不十分にしか把握されないのである。

b) ケストリンは、相対的な刑罰目的を一定の独自性の下で「福利 (Wohl) の原理」から演繹しようとするが、これはより多くの成果が見込まれる試みである²³⁾。これにより、ケストリンは、抽象法に基づいて刑罰の概念を規定する²⁴⁾ 応報の観点 (Moment) と並んで、その根源において特殊道徳的である刑罰の要素を挙げるのである。この要素は、ヘーゲル法哲学の枠内で徹頭徹尾考察された刑罰論においては、善で

18) *Hegel* (Fn. 7), § 218 Z (S. 373).

19) *Hegel* (Fn. 7), § 96 A (S. 184) 参照。

20) *Hälschner* (Fn. 3), S. 438. この点の詳細については、*Ramb* (Fn. 1), S. 204 ff.; *Sulz* (Fn. 1), S. 38 ff.

21) *Hegel*, in: *Iltting* (Hrsg.), *Die Philosophie des Rechts*, 1983, S. 132 (ヴァンネマン講義筆記録).

22) *Berner* (Fn. 4), S. 27.

23) *Köstlin* (Fn. 1), S. 413. 同様の見解として、*Ewing*, *The Morality of Punishment*, 1929, S. 22, 101 及び *Quinton*, in: *von Acton* (Hrsg.), *The Philosophy of Punishment*, 1969, S. 56. 批判的な見解として、*Mitias*, *Hegel-Studien* 13 (1978), S. 182 ff.; *Primoratz*, *Hegel-Studien* 15 (1980), S. 187 ff.

24) *Hegel* (Fn. 7), § 101 (S. 192).

あり正当である刑罰という理念を構成する不可欠のものであり²⁵⁾、この理念は、市民社会論における刑罰が受容する現象形式においても根本的な意義を有している²⁶⁾。ヘーゲルからすれば、現実化された自由は、善の理念において法と福利の統一体として存在するものである²⁷⁾。抽象法は特殊な人格の福利における現実存在 (Existenz) なくしては継続的な存続を有しないことが示されるが²⁸⁾、これと同様に応報原理は、それが行為者及び被害者の福利及び主体性において定在 (Dasein) を獲得するように適用されなければならない²⁹⁾。ヘーゲルからすれば、人間が自らの行為において生に現実性を付与することにより、人倫において善は生によって満たされるのであるから³⁰⁾、そしてその限りにおいて、市民社会の制度としての刑事司法の活動にも善であり正当である刑罰の理念が根底にあることになる³¹⁾。従って、善であり正当である刑罰は、刑罰によって賦課される権利毀損 (Rechtseinbuße) 全般が犯罪によって実行された権利侵害と適切な関係にあることのみを目を向ける必要はない³²⁾。市民社会の構成員は、法の回復を単に抽象的ではなく、生命身体及び全財産が攻撃から保障される点において具体的に体験するのである³³⁾。ここで刑罰が被害者及び公共のための法の回復として理解されるために、犯罪者に賦課される権利毀損は所為によって設定された再犯の危険性からの保安の要素をも何らかの方法で有していなければならない。同時に法の回復は、それが法に対する行為者の態度 (Haltung) の改善を念頭に置かない場合には不完全となる³⁴⁾。ここにケストリンは、自由刑とりわけ懲治監 (Zuchthaus) でのその執行における重懲役 (Zucht) の側面を正当化するための出発点を見出していた。しかし、これによりケストリンが当時において普通に行われていた懲役刑 (Gefängnisstrafe) をどの程度まで正当化しようとしていたのかは不明確である。何故なら、同時に彼は、刑罰が道徳的な改善強制と絶対に結び付いてはならないことを強調していたからであ

25) この点の詳細については、Kluszczewski, Die Rolle der Strafe in der Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 272 ff.

26) 詳細については、Kluszczewski (Fn. 25), S. 285 ff.

27) Hegel (Fn. 7), § 129 (S. 243).

28) Hegel (Fn. 7), § 128 (S. 241).

29) Kluszczewski (Fn. 25), S. 264 ff.

30) Hegel (Fn. 7), § 142 (S. 292).

31) Kluszczewski (Fn. 25), S. 285 ff.

32) Köstlin (Fn. 1), S. 389 f., 413 f. 参照。

33) Kluszczewski (Fn. 25), S. 300 ff.

34) Kluszczewski (Fn. 25), S. 301 ff.

る³⁵⁾。

c) 最後に、刑法上のヘーゲリアナーは、刑罰を具体的に規定する際に種々の刑罰目的を相互的に関係づける点について思考を巡らせていた³⁶⁾。彼らにとって出発点であったのは、ヘーゲルが侵害の価値に基づいて応報を主張していたことである³⁷⁾。この点に関する最も生産的な考察は、ベルナーにおいて見受けられる。まずもって彼は、被害者の侵害の価値だけではなく、一般意志の侵害の価値も基準として重要となることを強調する³⁸⁾。これに対応させて、ベルナーはその都度の刑量の規定を所為が実行された社会の状態に依存させたヘーゲルの観点を受容するのである³⁹⁾。ここから、立法者は法的帰結を規定する際には有効な「刑罰の公定価格 (Straftaxe)」をその都度確定しなければならないことになる⁴⁰⁾。そして、裁判官の任務は、この歴史的に具体化された刑罰の公定価格の枠内において、被告人の責任に対応する刑罰を見出すこととなる⁴¹⁾。アリストテレスの中庸 (メソテース) 論⁴²⁾を指示しながら、ベルナーは裁判官の美德を、軽すぎる刑罰と重すぎる刑罰という極端さを回避する点に見ていた⁴³⁾。ベルナーからすれば、刑罰の正義が許容するものと、同正義が命令するものとの間には「裁量の余地」が生じるのであり、その枠内で相対的刑罰目的は量刑の際に有効なものとして考慮されるようになる⁴⁴⁾。この構想と共に、ベルナーは今日において連邦通常裁判所⁴⁵⁾によって用いられている幅の理論の始祖となったのである⁴⁶⁾。

35) *Köstlin* (Fn. 1), S. 413.

36) *Abegg* (Fn. 13), S. 55 ff.; *Berner* (Fn. 4), S. 30 ff.; *Hälschner* (Fn. 3), S. 438 ff.; *Köstlin* (Fn. 1), S. 387 ff.

37) *Hegel* (Fn. 7), § 101 (S. 192).

38) *Berner* (Fn. 4), S. 29. 詳細については、*Ramb* (Fn. 1), S. 192 ff.; *Sulz* (Fn. 1), S. 49 ff.

39) *Hegel* (Fn. 7), § 218 A (S. 372); *Berner* (Fn. 4), S. 29 f.

40) *Berner*, *Neues Archiv des Criminalrechts* 1845, S. 144, 169 ff.

41) *Berner* (Fn. 4), S. 29 参照。

42) *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, zitiert nach der von Bien hrsg. Ausgabe, 4. Aufl. 1985, 1107a 1 ff.

43) *Berner* (Fn. 4), S. 32.

44) *Berner* (Fn. 4), S. 33 f.

45) BGHSt 7, 28, 32; 57, 123. 詳細については、*Schäfer/Sander/van Gemmeren*, *Praxis der Strafzumessung*, 5. Aufl. 2012, Rn. 823 ff. 及びそこで参照されている諸文献。部分的に批判的なものとして、*Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 584 f.

46) そのような見解として、*Spendel*, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, S. 179 ff. 及

II. 同時代の批判

刑法上のヘーゲリアナーは、まさにその概略をこれまで示してきたわけであるが、彼らによって発展させられた学説により1840年から大まかに言ってライヒ成立までの間、刑法解釈学の議論を支配した⁴⁷⁾。確かに、同期間においては他の刑法学者達も活動を開始していた。ここで名を挙げ得るとすれば、とりわけミッターマイヤー、ヴェヒター、メルケルであり⁴⁸⁾、後にはビンディングも加わることになる⁴⁹⁾。しかしながら、彼らの研究はヘーゲルとの明確な批判的対決によって形成されたものではなかった。この点の理由は多層的である。決定的であったのは、本質的に同様のレベルで人道主義的な人間像を共有していたことであろう⁵⁰⁾。このような事情は、刑法において近代学派が登場することによって変わっていった。近代学派の普及は、社会的現実性及び同学派への精神的な取り組みにおける複数の展開の道筋を通じて促進されていった。

1. とりわけその前半期において、19世紀は下層階級と貧困の異常な程の増大によって特徴づけられる⁵¹⁾。このような社会的貧困は、同時代の者達にとり、盛んに論じられる問題となった。同世紀の半ば以降の工業化は絶え間なく労働の需要を増大させ、失業者数を再び減少させたが⁵²⁾、同時に新たな社会層が生み出されることになり、彼らの生活は低賃金、劣悪な労働条件及び住環境⁵³⁾、更には将来の著しい不安定さ⁵⁴⁾によって形成されるものであった。このような状態は、まず莫大な規模で疎外及び頹廃をもたらし、それはアルコール依存、売春、犯罪の事例数を非常に増大させるものであった⁵⁵⁾。

↘びそこで参照されている諸文献。

47) *von Holtzendorff*, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1871, S. 290; *Kohlrausch*, Über Strafrechtsreform, 1927, S. 12; *Loening*, ZStW 3 (1883), S. 219 (256); *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 267; *Stintzing/Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1880-1910, 3. Abteilung, 2. Halbband, 1910, S. 668. 相対化させる見解として *von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1: Allgemeine Grundlagen, 1925, S. 309.

48) *von Hippel* (Fn. 47), S. 311.

49) *Eb. Schmidt* (Fn. 47), § 273.

50) *Eb. Schmidt* (Fn. 47), § 272.

51) *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800-1866, 1994, S. 220.

52) *Nipperdey* (Fn. 51), S. 220 f., 236.

53) *Nipperdey* (Fn. 51), S. 238 f.

54) *Kuczynski*, Geschichte des Alltags des deutschen Volkes, Studien Bd. 3, 1982, S. 73, 335.

55) *Blasius*, Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität, 1976, S. 29 ff.; *ders.*, ↗

このような社会的諸条件はドイツの統一の過程で少しずつ改善されはしたが、当該の不安定さはドイツ帝国においても全般的に存続し、「あらゆる危機は(…)迅速に生存の危機」となったのである⁵⁶⁾。社会的な発展の裏側では、当時見受けられた会社設立ブームに続く経済恐慌において広範囲に渡る株式詐欺(Aktienschwindel)の実態が明らかになった⁵⁷⁾。つまり、今日我々が「経済犯罪」という見出し語をあてるものである。ヘーゲルは、イギリスにおいてその始まりを見せたような、この産業革命の行き過ぎを徹頭徹尾考察していたが⁵⁸⁾、これに対し刑法上のヘーゲリアナーの著作ではこの点に関する叙述はほぼ皆無である。

2. a) 同様に変革をもたらしたものとして明らかであったのは、学問における発展である。ヘーゲルの死後、彼の学派は年配のヘーゲリアナーと若手のそれに分裂した⁵⁹⁾。この点につき歴史的に注目すべきであるのは、ヘーゲル的な体系が崩壊したことだけではなく、最終基礎づけ審級として哲学を捉える同時代の一般意識全般が破綻したことである⁶⁰⁾。哲学が姿を消すことはなかった。但し、哲学はどちらかと言えばショーペンハウアーやニーチェにおけるように現実的にはアウトサイダーとして存在しているだけだったのである⁶¹⁾。つまり、歴史研究或いは抽象的な根本問題への取り組みがなされないときの話である⁶²⁾。若手のヘーゲリアナーの思考の動きは、自己満足的な理論からの乖離、実践、「現実的な人間」のリアルな生活関係の探求及びその不十分さに係る批判への取り組みへと向けられていったが⁶³⁾、これに対して経験科学が哲学の相続人の地位に就いたのであった⁶⁴⁾。因果関係的思考一般への傾倒と並んで、

↘Kriminalität und Alltag, 1978, S. 19 ff.; Roth, Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten 1850-1914, 1997, S. 24 ff., 249 ff.における同時代の犯罪学研究に関する概観。

56) Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866-1918, Band I, 2. Aufl. 1991, S. 313.

57) Schmoekel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 278.

58) Hegel (Fn. 7), §§ 244, 245, 253 (S. 389 ff., 395 f.).

59) Gebhardt, Studien zur Geschichte der Hegelschen Schulen 1830-1840, 1963, S. 69 ff., 97 ff.

60) Nipperdey (Fn. 51), S. 531.

61) Schnädelbach, Philosophie in Deutschland 1831-1933, 1983, S. 85 ff.

62) 今日においてもなお解明的であるものとして Windelband, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 6. Aufl. 1912, S. 523 ff.

63) Ottmann, Individuum und Gemeinschaft bei Hegel, 1977, S. 29 ff.

64) Nipperdey (Fn. 51), S. 532.

特にダーウィンの発見及びそれに基づいた進化論がまさに世界像を転倒させた⁶⁵⁾。これとは独立して、経験的な分析から出発して経済活動、つまりは人間の主たる活動の一つであるものの運動法則を定式化することに国民経済学が成功し、これにより学問として確立されていた。この点に関連して、ヘーゲルも彼の時代の古典経済学には敬意を払っており、そこから学び取ろうとしていた⁶⁶⁾。いまだヘーゲルに心酔していたローレンツ・フォン・シュタインと共に、社会学はドイツにおいて最初の一步を踏み出していた⁶⁷⁾。テンニースとジンメルを経て、この分野はマックス・ヴェーバーの活動に基づいた新たな装いの下、20世紀への転換期において、独自の学問分野として確立されようとしていた⁶⁸⁾。

b) 19世紀の後半期において、遂に犯罪学も独自の学問領域として確立することに成功した⁶⁹⁾。その際、ロンブローゾの研究は主として犯罪生物学的な性格を有するものであったが⁷⁰⁾、タルドは環境説 (Milieutheorie) を議論の俎上に載せたし⁷¹⁾、デュルケームは犯罪をより広く内容が充たされた社会学的な枠組みの中で捉えたのであった⁷²⁾。さて、既にヘーゲルの時代において犯罪に関して経験的に方向づけられた個別研究が存在していたのは確かである⁷³⁾。ここでは、モンテスキューの『ペルシア人の手紙』及びベッカリアの『犯罪と刑罰』の他、特にケトレーの道徳統計学を挙げることができる。またヘーゲルにおいても、経済危機が人間の法意識に作用することに触れた叙述が見受けられる⁷⁴⁾。しかしながら、国民経済学のときとは異なり、犯罪の現実

65) *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 2013, S. 114 f.

66) *Hegel* (Fn. 7), § 189 (S. 346 f.).

67) *von Stein*, Geschichte der sozialen Bewegungen in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, 1850. 本稿では、ザロモン編集による1921年版の S. 13 ff. を参照した。

68) *Nipperdey* (Fn. 51), S. 613 f.

69) *Kaiser*, Kriminologie, Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, § 14 Rn. 9.

70) *Lombroso*, Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung, Erster Band, 1894, S. 253 ff.

71) *Tardé*, La criminalité comparée, 1882, S. 61 ff. Archives d'anthropologie criminelle 1913, S. 321 (364) におけるように、環境説を犯罪学の分野に受容したのは、ラカサーニュであった。

72) *Durkeim*, Der Selbstmord, 1933, S. 355.

73) *Kaiser* (Fn. 69), § 14 Rn. 5 ff. 及びそれに続く欄外番号。

74) とりわけ *Hegel* (Fn. 7), § 241 (S. 388). 詳細については、*Kluszczewski* (Fn. 25), S. 214 ff.

性に関し体系的な評価に基づく経験的研究をものにするにはヘーゲルにはできなかった。従って、刑法上のヘーゲリアナーにおいても同様の事柄がほぼなされなかったことは驚くべきことではないのである。

フェリーからインスピレーションを受けながらも、それとは異なる形で、近代学派の頭目であるフランツ・フォン・リストは上述のような研究の方向性を、犯罪は犯罪者の素質と環境の産物であるとする結合説へと向かわせた⁷⁵⁾。その際に、フォン・リストの根本にあった確信に含まれていたのは、刑罰の本質は概念からではなく、「生活現象の経験的な基礎に基づいて」⁷⁶⁾展開されなければならないということであり、その分析が彼を、刑罰は責任清算に資するのではなく、まさに特別予防のための合目的な犯罪対策手段でなければならないとの見解に至らせたのであった⁷⁷⁾。1882年以来全国で広く実施された犯罪統計を手掛かりにして、19世紀の最後の数十年における所為応報へと方向づけられた刑事実務が再犯予防に役立たないだけでなく、それ自体が真実は再犯の原因になっていた点を証明することはフォン・リストには容易なことであった⁷⁸⁾。彼及び同時代人らによってヘーゲリアナー的な刑法思考に対してなされた批判は、特にこのような背景を照らす明かりの下で考察されなければならない。

3. 刑法上のヘーゲリアナーに対する批判は、その方法論及び主張内容に向けられている。

a) まず批判の対象となったのは、刑法上のヘーゲリアナーが法典編纂の基礎におく刑罰論を実定法の綿密な解釈を通じて獲得するのではなく、それとは逆に彼らが主張する哲学的な概念性を直接的に法律の中に落とし込んだ点である⁷⁹⁾。確立された解釈基準から判断する限り、これは主観主義であると非難された⁸⁰⁾。同様の根拠から、ヘーゲリアナーの法制史的な業績もあまり賛同を得ることはなかった。歴史の中からその発展傾向を見出す作業が、アーバック⁸¹⁾のように全く事実に依拠されていないこ

75) *von Liszt*, Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung, 1905, S. 284 ff.
この点については、*Vormbaum* (Fn. 65), S. 119 ff.

76) *von Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 2, 1905, S. 64.

77) *von Liszt*, ZStW 3 (1883), S. 1, 31, 33 f.

78) *Schmidt* (Fn. 47), § 332.

79) *Schmidt* (Fn. 47), § 268.

80) *von Hippel* (Fn. 47), S. 309.

81) *Abegg*, Untersuchungen auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 2. Abhandlung: Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tötungen, 1830, ↗

と⁸²⁾、或いはケストリン⁸³⁾におけるように主として二次資料の評価に負っているだけであることが非難された⁸⁴⁾。細部に渡った綿密な業績であることが確認されるかもしれないが、しかし、それは、ベルナー⁸⁵⁾の場合のように良い意味でも悪い意味でもどちらかと言えば会計士が行う記録のようなものに留まっているか⁸⁶⁾、或いはヘルシュナー⁸⁷⁾のようにヘーゲルとは距離をとり、方法論的に歴史法学派に接近していること⁸⁸⁾が明白なのである。

批判の全てが正当というわけではない。法制史的な業績の判断が問題となる限りでは、批判は歴史主義の観点からのものではあるが、そのような立場の優越性の理由づけはなされないままである。正当であるのは、歴史哲学的アプローチは綿密な資料批判的作業の代わりにはなり得ないということである。しかしながら、逆に歴史法学派の方法論も全ての疑念から超然としているものではない。まず、全ての個別のものをそのもの自身から一つの個別のものとして理解するという要求は認識論上の困難さに直面する⁸⁹⁾。次に、それによって不可避となる相対主義⁹⁰⁾がアプローチ方法の固有性を示す客観性の要求の中に浸透していってしまう。最後に、刑法上のヘーゲリアナーが彼らの理論

↘S. 55 ff.

82) *Schmidt* (Fn. 47), § 269.

83) 例えば *Köstlin*, *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß*, hrsg. von Geßler, 1859, S. 1, 3, 37-39 u. ö. における文献リストを参照。中世の刑法に関する叙述 (a. a. O. S. 114 ff.) は、広範囲に *Eichhorn*, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 1834, Bd. 2, 1821, Bd. 3, 1822 に基づいている。

84) *Schmidt* (Fn. 47), § 268.

85) *Berner*, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart*, 1867, S. 1 ff.

86) *Schmidt* (Fn. 47), § 270.

87) *Hälschner*, *Das preußische Strafrecht. Erster Teil: Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts*, 1855, S. 1 ff. の方法論に関する予備的考察を参照。その S. 1 では、ブランデンブルク・プロイセン刑法は、「ドイツ刑法の個別的に規定された現象形態」であるとされている。

88) *Schmidt* (Fn. 47), § 271.

89) *Schnädelbach* (Fn. 61), S. 81; *Iggers*, *Deutsche Geschichtswissenschaft*, 1997, S. 175 ff., 203 ff.

90) *Weber*, *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, 1904. 本稿では *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. 1988, S. 146 ff. を参照した。更に *Seiffert*, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, Bd. 2, 11. Aufl. 2006, S. 207 ff. を参照。

を法律から導き出す代わりに、理論を法律の中に投入しているとの批判は少しばかり啾然とさせられるものである。まず「これこれをした者は、これこれのように処罰される」という今日まで通常見受けられる刑法の条文構造は所為応報の意味での解釈をまさに想起させるものである⁹¹⁾。また、専ら実定法の抽象化だけから獲得される、(犯罪と刑罰のような)ある法領域における最上位概念は意味の空疎化の傾向を示すものである⁹²⁾。従って、他の刑罰論もまた前実定的な借り入れなしには成り立ち得ない。このことは、特にフォン・リストの目的刑論に妥当する。

しかしながら、ヘーゲルの刑罰論に対する同時代の違和感は正しい核心を有している。刑法上のヘーゲリアナーが、彼らの哲学的な根本前提が歴史的事実と結合し得るのかという点について証明責任を負っている事実から示されるのは、彼らには当時の社会的現実性(特に産業革命を引き起こした革新的な社会的転換)⁹³⁾を自己の解釈学の中に投入することについて認識する関心が欠けていたのである。それ故、刑罰論に関する彼らの論稿は、どのようにして法の拘束性を行為において理性主体によって示された競合する不当な妥当要求に対して貫徹させ得るのかといった抽象的な分析に縮減されたものだったのである。従って、刑罰論に関する叙述がしばしば不毛な概念作業として受け取られたのは驚くべきことではない⁹⁴⁾。そのような概念作業は、「否定の否定」というスローガンによって生活の実態からかけ離れたものとして増々悪く捉えられてしまったものだったのである⁹⁵⁾。

b) もっとも刑法上のヘーゲリアナーによって主張されたテーゼは、内容面においても抵抗を受けるものであった。

aa) そこで、ベーリングは、国家がより高次の正義に奉仕しなければならないとする点に疑念を抱き、「現実政治的な目的考慮」による刑罰の正当化が欠けているとしたのである⁹⁶⁾。ゲルラントからは、法の顕現がまさに応報的である作用を通じて実行され

91) Köhler, Über den Zusammenhang zwischen Strafbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 18.

92) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl. 1995, S. 282 ff. 参照。

93) Schmidt (Fn. 47), § 270.

94) 例えば Kohlrausch, Über Strafrechtsreform, 1927, S. 12.

95) von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 330 f.

96) Beling, Grundzüge des Strafrechts, 8./9. Aufl. 1925, S. 3. 当該の論拠は、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 8

なければならぬ点が表示されていないとされた⁹⁷⁾。更には、犯罪によって表された不当な妥当要求に対抗するためには既に有罪判決だけで十分としなければならないのではないかということが推測されていた⁹⁸⁾。行為者が後悔を示す場合には、彼に対して刑罰を執行する理由はもはやないとされたのである⁹⁹⁾。加えて、刑法上のヘーゲリアナーに対しては、ヘーゲル刑罰論の中に含まれていた贖罪の側面を、刑罰をより詳細に形象化するために生産的に活用することを怠ったとの非難がなされた¹⁰⁰⁾。そして、彼らによって主張された諸原則については、量刑について具体的な言明をなす能力はないとされた。つまり、価値に従った応報原理は「生きた犯罪価値の算定」には適していないとされたのである¹⁰¹⁾。刑の査定(Straftaxen)は、有罪判決の対象となる所為の特性を把握しない「外的な対称性」だけを保障し得るものでしかないとされていた¹⁰²⁾。最後になるが、ヘーゲリアナーが刑量の規定について相対的な刑罰目的を承認することから導き出した諸帰結も極めて不十分なものであると判断されたのである¹⁰³⁾。

bb) これらの異議は刑法上のヘーゲリアナーを論駁するものではなかったが、彼らの弱点を露呈させた。彼らが国家をその市民の特別な利益だけから導き出していないと見ることは適切である。しかし、国家が彼らにおいて専ら超世俗的な正義から正当化されるとの帰結はそこから出てこない。彼らは国家を人倫的な必然性として際立たせているのである。但し、ヘーゲル的な思考のコンテクストでは、人倫は人間の合法的な慣習を意味し、その慣習において人間の自由は現実性を獲得するのである¹⁰⁴⁾。これと同様に、ヘーゲル刑罰論では犯罪によって侵害された、被害者の権利能力の回復がまさに重要となる¹⁰⁵⁾。従って国家は、このようなコンテクストに従って犯罪行為に対す

↘71; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 240 におけるように、今日においてもある程度支持を得ているものである。

97) *Gerland*, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932, S. 21.

98) *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1907, S. 219; *von Holtendorff*, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1871, S. 298.

99) *von Holtendorff* (Fn. 98), S. 299.

100) *Schmidt* (Fn. 47), §§ 267, 268, 270.

101) *von Holtendorff* (Fn. 98), S. 288.

102) *von Holtendorff* (Fn. 98), S. 299. また *Schmidt* (Fn. 47), § 270 も懐疑的である。

103) *Schmidt* (Fn. 47), § 268.

104) *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes, in: (Fn. 7), Bd. 10, 1970, § 485 (S. 303 f.).

105) *Hegel* (Fn. 7), §§ 95, 99 (S. 181 f., 187).

る追及を引き受けることにより、自由な者として承認されたいというその市民の一般利益を自らのものとする。これにより、ヘーゲルからすれば刑罰的正義はここでは完全に世俗的な目的に資するのである。しかしながら、刑法上のヘーゲリアナーに対してこのような非難がなされることにつき、彼らに全く責任がないわけではない。上述のように、国家を法の原理、自由の原理から導出することを彼らはあまり強調していなかったのである。

法の回復のための応報的な反作用の必然性に対する批判は、分裂したものである。一方では、その批判は適切ではない。犯罪が意味表現として理解されるとき、そこからは、犯罪が単にコミュニケーション的に対抗しなければならぬような言語活動に尽きるものであるとの帰結が出てくるわけではない。むしろ犯罪者は、彼によって妥当であると主張された不法格率をその所為と共に直接的に実行し、これによって被害者の定在をダイレクトに攻撃する。法が単に抽象的に再定立されるのではなく、現実的に現存的な (exisziell) ものになるためには、この攻撃に対し、不法格率の一般化を行為者の領域との関係でも同様に実践的なものにするることによってのみ対処すべきなのである¹⁰⁶⁾。これに対応するのが社会学的な知見である。それによると、法は、社会的な共存を可能にする、普遍化された行為予期から成り立つのである¹⁰⁷⁾。他者に対する専断的な侵害は、同時にこの侵害はあるべきであるとの予期を表出している¹⁰⁸⁾。唯一暴力だけが、その分析に従えば、互いに排斥しあう予期のどちらが引き続き妥当するのにかつき不明確にさせないような違背処理の態様 (Modus) を用意する¹⁰⁹⁾。

他方で、先の批判は考慮に値する点を捉えている。つまり、犯罪と他律的な刑罰に関するメカニズムは、直接的に抽象 - 法的な諸関係にのみ妥当するものであり、その際には自由はまだ完全には現実のものとはなっていないのである。道徳的な観点からすると、本質的に自由の定在をなしているのは、主体がその者において活動するものとしても自らを体験することである¹¹⁰⁾。従って、私が他の箇所ですべたように、後悔を通じて動機づけられた任意の償いは、一般的な妥当性を有する法の回復としても完全に理解され得るのである¹¹¹⁾。国家的な刑事司法もこのような側面につき余地を残しておかなければ

106) Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 54 f.

107) Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 53 ff, 64 ff, 80 ff.

108) 逸脱行動のこのような側面については、Luhmann (Fn. 107), S. 116 u. ö. を参照。

109) Luhmann (Fn. 107), S. 107.

110) Hegel (Fn. 7), § 123 (S. 230).

111) Klieschewski (Fn. 25), S. 265 ff.

ばならない¹¹²⁾。

結局のところ、量刑に関する考慮に対して表明された異議も相対化されなければならない。価値に従った応報という公式の作用が一見すると精彩を欠いたものであることは確かである。ヘーゲル自身は契約における給付と反対給付の同等性と平行なものとしてその内容を充填するが¹¹³⁾、詳細な仕上げについては立法者に委ねている¹¹⁴⁾。前者の点については、それ自体では実際にはあまり生産的ではない。財産犯が問題となる限りでは、金銭価値を基準にすることは、まだ量刑のファクターを提供できるのかもしれない。しかし、非物質的な法益に対する所為における責任清算が語られるときには、当該のファクターは役に立たない。後者の点について言えば、刑の査定に関する自らの理論を発展させるために、ベルナーはこれを用いているのである。但し、この刑の査定は、個別の量刑については専ら枠組みを提示するものでしかない。しかし、価値同等性というヘーゲルの構想は、ある一点において具体化可能なものである。犯罪が権利能力に対する一定の攻撃であるのと同様に、法的帰結もまた権利能力の部分的な剥奪を含まなければならない¹¹⁵⁾。この点において、例えば現行法における罰金刑は過料（Geldbuße）から区別され得るのである¹¹⁶⁾。過料とは異なり、罰金刑は刑法41条により日数罰金制によって量刑される。その際には、罰金一日分の額は、月の手取り収入の30分の1の金額として規定される。従って、罰金日数からは、犯罪者は彼の元に入ってくる財産の増加分をどの程度の期間、納付しなければならないのかが明らかとなる。換言すれば、彼からは一定の期間、収入を得るための権利能力が剥奪されるのである。従って、権利能力の剥奪のこのような側面において、罰金刑は傷害行為と同等のものなのであり、当該の所為故に責任清算のために科され得るのである。

これがまずは大まかな方向性を示すものであることは認めなければならない。詳細な具体化のためには、更なる考察が必要となる。その際、全ての事柄について抽象法の原理だけで対応できるわけではない。しかしながら、当該の次元では、全ての犯罪は自己矛盾を含んでおり、それにより自己廃棄の傾向を内在しているとの観点が、少なくとも犯罪者を消去する制裁はそれと共に法の回復の構成的な主体を同時に滅失させてしまう

112) *Kluszczewski* (Fn. 25), S. 288 ff., 296 f.

113) *Hegel* (Fn. 7), § 101 A (S. 194).

114) *Hegel* (Fn. 7), § 101 Z (S. 197).

115) *Hegel* (Fn. 7), § 101 A (S. 194) 参照。

116) この点の詳細については、*Kluszczewski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Aufl. 2016, Rn. 36 ff.

ため、法刑罰をおよそ表すものではあり得ないことを示すことになる¹¹⁷⁾。従って、死刑を拒絶することにおいては、ベルナーは彼の師よりもより首尾一貫していたことが明らかとなる。その他の点では、他の箇所でも示したように、ヘーゲルが道徳性及び市民社会論において展開した諸原則が役立つことになる¹¹⁸⁾。

最後に、量刑に関する知見の獲得はヘーゲリアナーにおいては不十分なままであるとの非難は、アンフェアなものとして退けられるべきである。但し、彼らが当該のテーマについてその教科書の枠内でのみしか見解を述べていないのは確かである。しかも、その叙述はどちらかと言えば僅かなものでしかない。だが、同様のことは近代学派の教科書にも当てはまる。例えば、フォン・リストとシュミットの著作における狭義の量刑に関する叙述は2頁を超えるものではないのである。その際には、唯一のファクターとして特別予防が前置されており、その他の点では行為者類型論の参照が指示されている。例えば、ベルナーが量刑について論じた節 (Abschnitt) は、量的にも内容的にもそれに劣後するものではない¹¹⁹⁾。

4. 以上のことをまとめてみると、同時代における批判はその目的を超えていることが稀ではない。しかし、批判は一つの点においては正しさを保持している。つまり、刑法上のヘーゲリアナーの著作には、当時の社会的な現実性を自己の解釈学上の理論へ組み込むことが欠けているとの指摘である。

III. 結語

刑法上のヘーゲリアナーは、せいぜいのところ受動的な意味において後継者であることが判明する。彼らはその模範から方法論及び本質的な内容面での諸テーゼを受容したのである。しかし、生産的な修得は殆ど起こらなかった。法意識及び犯罪性の展開に対する産業革命の影響を原理的に省察するアプローチがヘーゲルの著作では見受けられたにもかかわらず、その刑法上のエピゴーネン達はこのような社会的な現実性をフェードアウトさせたのである。従って、彼らの時代を思考の中で捉えることに、彼らは成功しなかった。このヘーゲルの遺産を彼らは放棄したのである。

117) 詳細については、*Kluszczewski* (Fn. 25), S. 238 ff.

118) *Kluszczewski* (Fn. 25), S. 264 ff., 283 ff.

119) *Berner* (Fn. 4), S. 27 ff.