

〈翻 訳〉

法益論から自由の形態へ.  
刑法上の基本カテゴリーの存在論的深層構造について

Michael Pawlik (著)

玄 守道 (翻訳)

## 法益論から自由の形態へ。 刑法上の基本カテゴリーの存在論的深層構造について

Michael Pawlik (著)

玄 守道 (翻訳)

### ◆訳者はしがき

本稿は、フライブルグ大学教授Michael Pawlik氏によるVom Rechtsgut zur Freiheitsgestalt. Zur ontologischen Tiefenstruktur strafrechtlicher Grundkategorien, in: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 351-364.の翻訳である。

近時、法益論に対して、その立法限定ないし批判機能につき多くの批判がなされ、もはやそのような機能は法益論に認められないとの理解が日本でもかなり有力となっている。もっとも、では、法益論に代わる立法限定ないし批判機能を有する刑法上の原理・原則は何か、何が法益論に代わって立法に際しての指針となるのかについて代案はほとんど示されていない(近時、法益論に代わる構想として刑事立法学が主張され始めてはいるが)。他方で、法益論は立法限定ないし批判機能とともに解釈の指針としての機能も認められてきた。この点については、立法限定ないし批判機能とは異なり、その機能を認めることについて広く意見の一致があり、法益論の解釈の指針としての機能についてはほとんど疑問視されてこなかった。

ドイツにおいても類似の議論状況にある中で、本稿の著者は、法益の立法限定ないし批判機能のみならず、解釈論上の指針としての機能について

も疑問を提示し、法益論に代わるものとして、自由の定在形態の体系 (ein System der Daseinsgestalten von Freiheit) を提案する。この構想の詳細については本文を参照していただきたいのだが、この構想は著者によってすでに解釈論において展開されているものであり (例えば、正当防衛や緊急避難など)、これを一つの体系として展開するもので非常に興味深く、今後、法益論に代わるものとして検討に値する内容を有するものと思われる。本稿を翻訳し、紹介する所以である。

とりわけ、法益論の検討に際して存在論に基づく批判的検討という斬新な方法論を用いて、法益論の問題点、すなわち担い手と法益との分離、そしてそのことによって法益論が反リベラルな内容に親和的であること、つまり官僚主義的・集団主義的傾向を有するものとする批判は非常に鋭いものがあり、学ぶところが多い。

もっとも、その独自の方法論ゆえに、著者が言うところの「ただの解釈論者」にとってその批判的検討のハードルは高く、それがどの程度、受け入れられるのかは不透明である。このことは、ヘーゲル哲学に依拠する自由の定在形態論についても妥当する。それゆえ、著者が最後に主張するように、刑法学とその他の学問分野との関係 (ここでは哲学) を検討する必要がある。加えて、自由の定在形態論が立法限定ないし批判機能を有するのかどうか、どれほど有するのかどうかは今後の検討課題として残されている。

本稿の訳出に当たっては、立命館大学で (原則として) 毎月開催されている刑法読書会において、訳文の検討をしていただく機会を得た。その際、明治大学の川口浩一先生、立命館大学名誉教授の生田勝義先生から大変有益なアドバイスをいただいた。また、当日の研究会参加の皆さんからも大変貴重な批判・アドバイスをいただいた。記して感謝申し上げたい。

最後に、本稿の翻訳を快諾いただいたMichael Pawlik先生に深く感謝を申し上げたい。

◆本文

I

法益思想を啓蒙の最も成熟した果実として言祝ぎ<sup>1</sup>、法益保護を、法的に拘束力のある刑事立法を限界づけるものと称する声は、ますます小さくなっている<sup>2</sup>。最も明確なのは、観念史上（ideengeschichtlich）の知見である<sup>3</sup>。その考案者であるBirnbaumは法益概念をフォイエルバッハの権利侵害論に対して純粋な刑事不法の領域を拡大するのに役立てた。法益概念の再発見者であるBindingは、明示的に法益にいかなる法政策上の重要性をも否認していた。すなわち、立法者がいかなる事実を法益へと高め、刑法上の保護のもとに置こうとするのかについて、立法者は自由であるとしたのである。v. Lisztは確かに法益が人間の存在（Dasein）に根づくものであることを強調した。もっとも、彼はこの基準を結論において非常に広く捉え、その結果、Bindingの実証主義と同様にそれは刑事立法者をほとんど拘束するものではなかった。この時点までいかなる者も法益概念と啓蒙が相互に結びつくものという考えに至っていなかった。このことは、法益思想を明確に失墜させることを目指したキール学派の代表的存在である

---

1 So *Schünemann*, in: Puzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier/(Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2008, S. 47.

2 さしあたり、*Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht, ZStW 127 (2015), 616 ff.; *Jakobs*, Rechtsgüterschutz?, Paderborn, 2012, S. 13 ff.; *Kubiciel*, in: Duve/Ruppert(Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin, 2018, S. 374 ff.; *Stuckenberg*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 129 (2017), 349 ff. を参照。

3 以下について詳細は、*Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a. M., 1972 (“Rechtsgüterschutz”), S. 38 ff., 52 ff., 216 ff.; *Löffler*, Rechtsgut als Verfassungsbegriff, Berlin, 2017, S. 37 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, Tübingen, 2012 (Unrechtとして引用する); S. 127 ff.

SchaffsteinとDahmによって初めて行われたのである。彼らのこのような結びつけがいかに誤っているのかは、とりわけ、この思想の主張者らがその理論を1933年以後の政治的諸関係に適合させることを意識していたその融通性で示されている。要するに、啓蒙的でリベラルな法益概念神話がただ符号をまったく逆にして、刑法上の解釈論史の極端にイデオロギー化された見方を継続させている。これとの別れはそれゆえ遅きに失している。

一度たりとも法益概念に規範的中立性が証明されたことはなかった。それは単に次のような概念上の枠組み、すなわち、リベラルな内容を優先するものではないにしても、リベラルな内容と同時に反リベラルな内容をも常に等しく受け入れる用意のあるところの概念上の枠組みを示すものではない。むしろ、法益概念に刻まれた存在上の事前拘束性（Vorfestlegungen）が後者のタイプの基礎付けを優遇するものであることを喚起する（Ⅱ）。法益という形象の利用が、問題を孕むいかなる規範的帰結へと至りうるのかを、同意、正当防衛、正当化緊急避難の例で示そう（Ⅲ）。最後に、私見によれば優れていると思われる代案に言及しよう。それは法益概念を自由の定在形態の体系（ein System der Daseinsgestalten von Freiheit）によって置き換えるものである（Ⅳ）。

このことは、相当数の頑迷な解釈論者なら密教的だと思えるような通常ではないやり方である。もっとも、以下の考察を心からの感謝を込めて捧げるUrs Kindhäuserは「ただの解釈論者」をはるかに超えている。真の学問上の刑法解釈学は、一方で分析された情報に基づいた法理論の一概念を明晰化する一側面と、他方で、政治哲学の一正当化理論上の一側面を必要とするという確信によって、彼の著作は特徴づけられる。私は、以下の考察が彼の関心を引くであろうことを願っている。

## II

他の刑法上の基本概念と同様に、「財」概念もまた、刑法上は「法益」へと特殊化されるのだが、哲学的な起源を有する。これは目的論の徳倫理に由来するもので、その古典的な形式は古代ギリシャ、ローマに遡る。これによれば、財とは、人間が善き (gut)、すなわち首尾よき生を追求する状態である<sup>4</sup>。健康は財であるという言明が意味するのは、この考えによれば、健康であることは善いことである、したがって、健康の状態は病気の状態よりも好ましいという価値判断と異ならないということである<sup>5</sup>。これとは異なる「財」という文言の使用が、「法益保護」並びに「法益侵害」という言葉 (Rede) の基礎にある。「財」は、そこでは特殊な態様における性質を有する対象を示す<sup>6</sup>。これは、現実の所与性 (eine reale Gegebenheit)<sup>7</sup>、すなわち侵害の危険にさらされ<sup>8</sup>、かつその危険から生じる被害から可能な限り免れている状態でなければならないために、特別の保護を必要とするところの現実の所与性である<sup>9</sup>。法益と法益客体の区別に関するあらゆる努力にもかかわらず、刑法の意味における法益は、以上によれば、客体的性格 (eine objekthafte Charakter)、存在上の基体 (ein seinhaftes Substrat) を有する。法益は、主体を除く外界世界の現実存

4 古典的なのは、*Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1094a.

5 詳細は、*Ricken*, *Allgemeine Ethik*, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, Rn. 92 ff.

6 *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, S. 155; *Fiolka*, *Das Rechtsgut*, Basel, 2006, S. 164.

7 *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., München, 2006, § 3 Rn. 66; *Hohmann*, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt a. M., 1991, S. 114; *Stenberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.) *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, S. 67.

8 *Hefendel*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, S. 28; *Hohmann*, S. 115.

9 基礎的なのは、*Biding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig, 1922, S. 355.

在している<sup>10</sup>。

そのような実在の要請で、刑法学は存在上の言明と関わるのである。そのような言明の分析と評価は、刑法上の本来の事柄ではない。むしろこのことに関して管轄を有するのは存在論である。存在論は、「存在 (Sein) の意義 (Sinn)、すなわち (実際の) 現存 (Existenz) という言葉の意味 (Bedeutung) に関して」問うものである<sup>11</sup>。その主たる課題に属するのは、それゆえ、人間の生のあらゆる領域において、あらゆる個々の学問においても持続的に関わるものであるが、しかしほとんど詳細に反省が試みられていない存在言明を批判的検討に服せしめることである<sup>12</sup>。したがって存在論は「メタ理論的な試み、すなわち我々の、現実的なもののテーマ化のテーマ化、つまり理性の自己テーマ化」であり<sup>13</sup>、そしてそれ自体、いくらかの永遠論者 (Ewig-Gestriger) の突拍子もない思いつきではなく、反省の試みられた学問にとって放棄できないものである。

どのようにしてその検討は試みられるべきか。それは、まず初めに、当該存在言明がその基礎に置く、原理的な差異 (Leitdifferenz)—Hegel の用語では、「具体的否定」—を突きとめることである<sup>14</sup>。この回答は、一見して驚くべきものかもしれない。しかしながら、詳細に考慮すれば、それはほとんど自明の事柄にすぎない。対象に関する言明をうまく捕らえるためには、対象が特定されていなければならない。特定されたものであること

10 M.Marx, Zur Definition des Begriffs, „Rechtsgut“, Köln, 1972, S. 9; (批判的ニュアンスを含みつつ) 同様のものとしてKoriath, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, 565.

11 Stekeler-Weithofer, in: Erhard/Meißner/Noller (Hrsg.), Wozu Metaphysik?, Freiburg, 2017, S. 42.

12 Meincke, in: Erhard/Meißner/Noller (Hrsg.), Wozu Metaphysik?, Freiburg, 2017, S. 96; Meixner, Einführung in die Ontologie, Darmstadt, 2004, S. 16; Rapp, Metaphysik, München, 2016, S. 22.

13 Meincke, in: Erhard u. a. (Hrsg.), S. 105.

14 Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, Baden-Baden, 2017, S. 13 f.

は、しかし、他の同様に特定されたものと区別されることを示唆する。いかなる対象も—この言葉の広い意味において理解される—対象であるところのそれ自体から取り出されるのではない。特定性（Bestimmtheit）は、むしろ、この具体的な対象と他の対象との関係に関わる合理的な概念である。それゆえ、その試みにおいてすでに、法益の議論をただ一つの正しい概念定義に関する探究として優先的に行うことは誤っている。何が「本当のところ」法益なのかと問う代わりに、出発点となる問いは次のようなものでなければならぬ。すなわち、法益概念にその特殊な輪郭を付与する根本的な区別（Unterscheidung）はどこにあるのか？言い換えると、何が法益概念によって除外されるのか？

伝統的な刑法学の回答は、次の通りである。すなわち、法益概念を用いて、正当にも、刑罰に裏打ちされた態度規範の保護客体として考慮に値するところの対象と、このことが当てはまらない対象との間が区別されるべきとするものである<sup>15</sup>。この区別問題は、しかしながら、アプローチがあまりにも遅い。すなわち、この問題は、法益と非法益が「対象」としてのその性質において一致していることをあっさりと前提としている。しかし、このことを承認することで刑法学は、大抵は何の釈明もすることなく、より大きな射程の存在上の方向転換を行っている。このことは、財が「対象」として認められる場合に、これがそれ自体、何と区別されるのかという問いが投げかけられれば、直ちに明らかになる。回答は、一見して平凡なように思われる。財はそれによってその所有者、あるいはなおより素っ気なく定式化すれば、その担い手<sup>16</sup>と区別される<sup>17</sup>。担い手は、彼が担う

15 典型的なのは、*Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. § § 13 ff. Rn. 10; *Roxin*, § 2 Rn. 1 ff.

16 最近の文献において、この用語を用いているのは、例えば、*Heinrich*, in: ders./Jäger/Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 1, Berlin, 2011, S. 149 ff.

17 *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, Berlin, 1992, S. 83 f.

財と同じではない。むしろ、担い手と財は自立した、相互に独立の存在である。

このイメージはその皮相的な存在論上の説得性を、Kantが「外部的自己」と称する<sup>18</sup> ところの領域に基づく法益、すなわち特に所有物と財産に負っている。この領域を離れば、法益概念の説得力は急速に失われる。健康、身体の不可侵性あるいは生命を、人格が「所持する」とされる、あるいはその担い手にとって財であるとされるところの「財」として認定することが、存在論上適切であるのか？機能する身体を、人間の存在（*Das-ein*）を形成しうるために<sup>19</sup> 人間が必要とする物（*Ding*）に組み入れる場合、あるいはその存在を、「精神的自己」が生命を通じて運ぶ「移動手段」として特徴づける場合、このことは人間の身体の役割に相応しいのか<sup>20</sup>？人間の身体に「宿りかつ身体を支配する」<sup>21</sup> 精神というメタファーは、刑法上の保護客体のパラフレーズにつき、現代の精神の哲学を前にしてなお許されるのか？そのような定式化は、思惟する実体（*res cogitans*）と延長をもつ実体（*res extensa*）<sup>22</sup> との厳密な区別及びあらゆる法益を所有物の基準に応じて構成する有産市民的（*besitzbürgerlich*）な思考を有するデカルト哲学的な形而上学（*cartesische Metaphysik*）に基づくほとんど説得力のない混合物からもたらされる<sup>23</sup>。実際に、人格が肉体

18 Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *ders.*, *Werke in zehn Bänden*, hrsg. von Weischedel, Bd. 7, Darmstadt, 1983, S. 353 ff.

19 この語法は、*Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln, 2004, S. 38.に由来する - 非常に類似するのは、*M. Marx*, S. 68: 主体は、「身体と生命（ひいては自分自身）について決定することができるために、自由に使えるそれらを持たなければならない。」

20 このパラフレーズを選択するのは、*Wortmann*, *Inhalt und Bedeutung der „Umzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, S. 91.

21 So *Roxin*, § 13 Rn. 14.

22 *Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, S. 365.

23 後者を警告するものとしてまた *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* S. 71; *ders.*, in: ↗

を有するのではない。—人格は、この肉体を衣服のように所持しうるような、そして、これを「コートのようにある日、脱ぎ捨てることができる」<sup>24</sup> 精神的な何かではなく—、人格とはこの肉体である<sup>25</sup>。

多くの刑法解釈論者にとって法益という用語は、上記の例証された歪みが彼らにとってもはや奇異に感じないほどに自明である—Wittgensteinによって診断された、「我々の言語という手段を通じて我々の理解に魔法をかけること」<sup>26</sup> についてのひとつの印象的な例である。よりによって学問が概念を有することを最も必要とするところで、—その根本的、理論的な方向転換のレベルで—法益概念は刑法解釈学にそれゆえただ言葉 (Worte) を与えるにすぎない。

### III

上記の異議に対しては、これは個別の定式化の瑕疵の点に尽きており、しかも一方で刑法上の法益思想の歴史において提示された解釈の様々なバリエーションを把握し尽くしておらず、他方で法益概念の解釈論上の重要性にとってはいずれにせよ無意味であると反論されるかもしれない。しかしながら事態はそれほど単純ではない。

第一に、法益と担い手の分離において、決して言葉使い (façon de parler) だけが問題でない。上述のように、この分離はむしろ財の意味論の存在上の基盤に書き込まれている。確かに「法益」という用語をこの基

---

↘ Hefendehl u. a. (Hrsg.), S. 164; ders, in: Arnold/Brukhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München, 2005, S. 3; Fiolka, S. 39.

24 Plessner, in: ders., Gesammelte Schriften, hrsg. von Dux, Bd. 5, Frankfurt a. M., 1981, S. 226.

25 印象的なのは、Plessner, S. 226.

26 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, hrsg. von Schulte, Frankfurt a. M., 2003, S. 81.

本構造が消え失せてしまうよう再定義する（脱物質化する）ことはできる。これに該当する一連の提案はHonigおよびGrünhutによる、ある規範の法益をその保護目的と同置する試み<sup>27</sup>から、法益概念を、そのなかで犯罪規範の正当性に関して議論することができるとされる理由の空間（space of reason）と解するKudlichの解釈<sup>28</sup>にまで達する。しかしながらこの再解釈の弱点は、例えて言えば、それは子供を風呂の水と一緒に流すという点にある。すなわち法益がこの文言へ依拠することがなくても同じく十分に営まれ（記述され）うる活動の表示に関する単なる相関詞にすぎないとすれば、Schaffsteinがすでに1937年に述べていたように、独自の犯罪理論上のカテゴリーとしては過剰である<sup>29</sup>。加えて、法益侵害あるいは法益保護のような概念はあらゆる意味を失う。というのも、立法上の目的あるいは法政策上の考慮はそれ自体として侵害されないし、これらは特別な保護を必要とするものでもないからである<sup>30</sup>。

第二に、法益と担い手の間の区別は、法益の側面に一義的に焦点を当てることと結び付けられることで、まったくもって重大な解釈論上の帰結をもたらす。短く定式化すれば、それは法益の担い手として現れるに過ぎない個々の法的人格を存在的にだけでなく、規範的にも二番手の地位へと押しやることへと至る<sup>31</sup>。このことからの帰結は広範であると同時に疑問で

27 Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Mannheim, 1919, S. 94; Grünhut, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1 Tübingen, 1930, S. 8.

28 Kudlich, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 127 (2015), 651.

29 Schaffstein, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 4 (1937), 346 f.

30 この問題をRoxinとともに二つの相対立する法益理解を単に並列する（それに応じて事実性あるいは目的設定として定義する [Roxin, § 2 Rn. 7]）ことによって取り除こうとすることは、任意のもの（Beliebiges）、すなわち、よく見れば、そもそものいかなるものも導出しえない反概念（Unbegriff）の創出に至る。

31 同旨、Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 359 f.

ある。

このことはまず同意の例で示される。法益の、その担い手からの独立は、彼の意思なくあるいは意思に反して法益を保護することを可能ならしめる。Neumannはその限りで全く適切にも「その所有者に対する法益の専制」と言う<sup>32</sup>。このことはとりわけ「生命」と「身体は無傷さ」において実際に重要である。担い手からの独立のオプションが、様々にラディカルなやり方で行われうる。最も広範に行われているのは、法益の担い手の意思を、まさしく彼がただ担い手にすぎないために、第三者の（見かけ上の）関心に従属させ、したがって当事者に課せられた財の負担（Güterlast）を、彼がそれを望むと望まざるとにかかわらず、引き続き担うよう求めることである。この基礎づけ構造は、いわゆるタブーの保護による論拠をその基礎としており、それは刑法典第216条において依然として重要な役割を果たしている<sup>33</sup>。それほど広範囲ではないが、しかし自由の観点の下で、問題を孕まざるを得ないのが、パターナリスティックなバリエーションである。法益の担い手—常に成人の、取引能力があり、かつ責任能力のある人間—は、以上によれば、自己の無分別さ（Unverstand）の結果に対して保護されるとされるのである。この考慮を、刑法典第228条に関する最近の判例も裏打ちしており<sup>34</sup>、しかもこの考慮は刑法典第216条によって周知のものとなっている<sup>35</sup>。確かに、自ら自身に対するタブーの保護および人間の保護の狙いは、法益概念とは無関係に定式化されうる。法益におけるこの考えは、しかしながらこの見解の主張者らに基礎付け作業を容易にする。というのも、法益は彼らに、彼らの考察がスムーズかつ目立たずに

32 Neumann, in: ders./Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt a. M., 2007, S. 93.

33 この点に関して、Pawlik, in: Becker/Roch (Hrsg.), Recht der Älteren, Berlin, 2013, S. 150 ff.

34 基礎的なのは、BGHSt 49, 34 und 166.

35 詳細は、Pawlik, in: Becker/Roch (Hrsg.), S. 154 ff.

適合する概念上の枠組みを自由に用いさせるからである。それによって、解釈論上の通常性（Norimartät）の外観が作り出されるが、それは上記の立場の自由理論上の要求内容（Zumutungsgehalt）を覆い隠す恐れがある。

法益概念の無反省な使用の帰結は、正当防衛権においても示される、しかも、正当防衛が独自の厳格さを「個人主義的に」十分に説明しえないということを承認する形で、である<sup>36</sup>。この承認は、法的に保護された防衛者の行為自由に代えて、まずもって攻撃によって危殆化された法益と関連付けられるということに依拠している。例えば、防衛者が退避を義務付けられないという事情は、法益関連的な考察方法に基づけば、説得的に説明しえない。法益保護は、常にリスクと結びつく防衛よりも退避によって効率的に行われうるのがしばしばである。すなわち、防衛は、そのような場合に、財保護の観点の下で機能しないものと思われるし、それは「目的が達成できなくても（zwecklos）法益を害するであろう」ために、むしろ「有害なもの」とと思われる<sup>37</sup>。法益保護思想を背景にしたとき、正当防衛者が自己の財を擁護するために、均衡を超えてより大きな程度の他人の財を否認してよいということは当惑の感を与える。というのも、防衛者の、法益への脅威に対する防衛という利益は、それ自体としては、正当防衛においてその他の防衛的な危険防除の場合におけるよりも大きくないからである。

この基礎づけの瑕疵を埋めるために—Bernerの引用句<sup>38</sup>の濫用的な再

36 以下に関して、Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), 262 f.

37 Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 77.

38 この点につき、Kindhäuser, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin, 2013, S. 499 f.; Pawlik, ZStW 114 (2002), 292 f.

解釈の下で—「超個人的な」正当防衛の支柱が加えられる。この構成は、防衛者がその自由を、彼が同時に「法秩序の擁護者」として振舞うためにのみ、効率的に防衛してよいという結果に至る<sup>39</sup>。ここで改めて示されているのは、法益概念は規範的に決して中立ではなく、その存在上の構造的ゆえに官僚国家的（*obrigkeitsstaatlich*）—集団主義的な論証モデルを優遇する傾向にあるということである。法益概念は、この論証モデルを採用者を、リベラルな立場よりも性急に、すなわちより乏しい基礎づけでもって（mit geringerem Begründungsaufwand）、そのような見解へと導く基礎づけの道筋（Begründungspfad）を示している。

正当化緊急避難の伝統的な理解は、この知見を証明する。すでに正当防衛の制限の検討において際立たせたように、法益思想にとって特徴的な人格に対する財の優位は必然的にコンフリクト状況において自由のコンフリクトではなく、財のコンフリクトが問題であり、それゆえ、財の衡量でもって解消されるべきであると説明する。財の衡量は、衝突する財が同じ所有者に帰せられる限り、規範的に問題を孕むものではない。この所有者はの場合、理性的な形でより価値の高い財を維持するよう決定するだろう。もっとも緊急避難事例においては、危機にある財と、その救助のため犠牲を強いられる財が、異なる所有者に割り当てられることによって特徴づけられる。19世紀後半から20世紀前半の刑法解釈学は財衡量モデルを緊急避難にも及ぼすことによって、正当化理論上容易ならぬ、集団主義的、より正確には社会功利主義的な基礎づけ類型への道を歩んだ。それは言葉通りに受け取れば、個々の人格を社会全体（*gesamtgesellschaftlich*）の財の最適化への関心の下に置くものである<sup>40</sup>。確かに、財の衡量から、介入の名宛人の「自律性の利益」に重要な位置づけが与えられる利益衡量へ

39 例えば、*Roxin*, § 15 Rn.2.

40 詳細は、*Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002, S. 34 ff.

のさらなる展開は<sup>41</sup>、上記の試みに多くの実践的な困難を取り除いた。しかしながらこの集団主義的な基本的な方向付けは利益衡量モデルにおいても生きながらえている。犠牲義務者の自由がその他と並ぶ一つの利益へと切り詰められることによって、その社会的な拘束が、方法論上および価値論上、自己決定権に対して優位するものとして取り扱われるのである<sup>42</sup>。改めて、法益パラダイムは、その所有者に対する財の独立で、この序列の自由理論上の居心地の悪さ（Anstößigkeit）を覆い隠すことへと寄与する。

#### IV

上述のように、法益概念は、官僚国家主義的で集団主義的な論証モデルの潜在的な持続的帰結を優遇するもので、それが発生し貫徹していた時代では、確かに広範な同意があったと考えてよいが、しかし今日の法意識からはかけ離れている。この知見は、刑法学にとって無関心であることはできない。刑法学の課題は、Kindhäuserとともに言えば、「ある特定の時代の規範的な自己イメージを分析し、刑法規範の指導的原理と帰責のルールをその正当化の基礎から導くこと」に見出される<sup>43</sup>。このように理解された刑法学は、その時代の規範的自己理解を可能な限り最善の態様において考慮に入れる一般的犯罪論の型（Zuschnitt）を得るよう努力しなければならない。この目的のため、刑法学は既存の解釈論上のストックを、まず、その中に古い時代階層あるいは意識階層の沈殿が維持されているのかどう

41 Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 38; Roxin, § 16 Rn. 46 ff.

42 Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 237; Pawlik, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie, JRE 22 (2014), 144 ff.

43 Kindhäuser, Criminal Law Science (Strafrechtswissenschaft). Revista portuguesa de Ciencia criminal 26 (2016), 6.

かという形で検討しなければならず、次いで、現代の規範的自己理解にもはや対応しない残滓を一貫して捨て去らなければならない。この残滓に属するのが法益概念である。

しかし、如何なる、その他の存在論上説得的な基本カテゴリーに取って代えられるべきなのか？存在論上一次いで規範的にも一法益というカテゴリーの欠点はその担い手である人格からの分離に基づくものであるという事情に直面して、容易に思い浮かぶのは、この「存在論上の疎外化」<sup>44</sup>の克服を目的とする構想の出現に目配りすることである。歴史上もっとも有力なこの種の理論は、Hegelの具現化の存在論 (Ontologie der Verkörperung) である<sup>45</sup>。その中心を形成するのは観念論である。今日の通常の言語使用に反して、観念とはHegelにとって「空虚な表象ではなく」<sup>46</sup>、「彼岸にあるものでもなく」<sup>47</sup>、概念を通じた一定の存在領域の完全な相互浸透状態である<sup>48</sup>。法の観念は、以上によれば、その実現における法の概念 (Begriff des Rechts in seiner Verwirklichung) である<sup>49</sup>。前者は、自由な意志に定在を与える点にその本質があるために<sup>50</sup>、Hegelは、法を「実現された自由の帝国」として特徴づけることができる<sup>51</sup>。Hegelがその『綱要』の中で展開する制度は一人格から国家まで一したがって自由の定在形

44 Chitty, in: Jaeggi/Loick (Hrsg.), Nach Marx, 3 Aufl., Berlin, 2017, S. 56.

45 基礎的なのは、Taylor, Hegel, 1. Aufl., Frankfurt a. M., 1983, S. 121 ff., 127 ff., 477 ff.

46 Hegel, Philosophie des Rechts, hrsg. von Henrich, Frankfurt a. M., 1983, S. 47.

47 Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, hrsg. von Iltting, Bd. 3, Stuttgart, 1974 (Vorlesungenとして引用する), S. 104.

48 Hegel, Vorlesungen, S. 104. – 詳細は、Taylor, S. 428 ff.

49 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: ders., Werke, hrsg. von Moldenhausner/Michel, Bd. 7, Frankfurt a. M., 1986 (Grundlinienとして引用する), § 1 (S. 29).

50 Hegel, Grundlinien, § 29 (S. 80).

51 Hegel, Grundlinien, § 4 (S. 46).

態を表現するものである<sup>52</sup>。

一見して、法益論を自由の定在形態の理論に代えるという提案は<sup>53</sup>、確かに慣習の力を得る法益論よりもかなり前提の多い—より形而上学的な—ものと思われる。しかしながら、一方で法益論との取り組みが示すのは、最も啓蒙された学問でさえ形而上学的な—より正確には存在論的な—基本的な想定なくして履行することはできないということである。他方で、Robert Brandom, John McDowell, Robert Pippin, Terry Pinkardのような哲学者らが、Hegelの論理的な基礎づけの芸当を以下のことを通じて脱神話化することが可能であることを示した。すなわち、Hegelの客観的精神論を社会的な実践方法の分析 (Eine Analyse sozialer Praktiken) として再構成することを通じて、である<sup>54</sup>。

例えば、自由の定在形態の根本に対応するのが人格であるとされる。「人格は」、Hegelが綱領に則してそう定義するように、「観念であるべきである」<sup>55</sup>。観念の現象形式として、人格は自らにその自由の外部的領域を与えなければならない<sup>56</sup>。人格を抽象的一般的なものとして把握し、それに対して法益を存在的に独立した実在として対置する法益論とは異なり、Hegelは人格をそれゆえ、先の外部的領域を観念化し、それによってジン

52 この点につき詳細は、*Hoffmann*, Georg Wilhelm Friedlich Hegel, Wiesbaden, 2004, S. 413 ff.; *Vieweg*, Das Denken der Freiheit, München, 2012, passim.

53 結論においてこの提案に近いのは、*Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, 2009, § 1 Rn. 2; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl., München, 2013, § 8; *Kahlo*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2010, S. 409 ff.; *Zaczek*, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin, 1989, S. 165.

54 詳細は、*Pawlik*, in: Kubiciel/Pawlik/Seelmann (Hrsg.), Hegels Erben?, Tübingen, 2017, S. 268 ff.

55 *Hegel*, Philosophie des Rechts, hrsg. von Hoppe, Frankfurt a. M., 2005, S. 60.

56 *Hegel*, Grundlinien, § 41 (S. 105).

テーゼ化する「特殊な普遍性」、すなわち個性として<sup>57</sup> 記述する<sup>58</sup>。この反二元主義的な人格概念に基づいて、Hegelはまず身体の役割を、法益論よりはるかに説得的な形式において考慮に入れることができる。Hegelが説明するように、私は私の身体において自由なものとして生きている<sup>59</sup>。このことが意味するのは、一方で、私の身体になされた暴力は直接に私になされた暴力であるということである<sup>60</sup>。他方で、それは、私が「この五体を、生命を、ただ私が意志する限りにおいてのみ、[有している]」ことをいうものである<sup>61</sup>。それゆえ、除外されるのは、私の身体を刑法上、私に反して決定することである。したがって、私が自由答責的に私の身体を用いている限り、自発的であれ、他者の介入によってであれ（刑法典216条の状況）、刑法上重要な不可侵性の侵害ということはできない。

人格の外部的領域に属するのは、しかしその身体だけでなく、等しくその所有物も、である。それゆえ、これもまたHegelは人格の放散（Emanation）として把握する<sup>62</sup>。「所有が真であること（Das Wahrhafte des Eigentums）」<sup>63</sup>は、以下の点にその本質があるとされる。すなわち、私が自由な意志としての私にとってその所有物において「対象的であり、このことによってまた初めて現実的な意志」であるとされる点に、である<sup>64</sup>。所有物と財産は人格が法的な生活において現れる形態とともに構成するために、所有犯罪および財産犯罪は、身体の不可侵性あるいは移動の自由に対

57 *Hegel, Wissenschaft der Logik II*, in: *ders.*, Werke, hrsg. von Moldenhausner/Michel, Bd. 6, Frankfurt a. M., 1986, S. 296.

58 *Müller, Wille und Gegenstand*, Berlin, 2006, S. 84, 242.

59 *Hegel, Grundlinien*, § 48 A (S. 112).

60 *Hegel, Grundlinien*, § 48 A (S. 112).

61 *Hegel, Grundlinien*, § 47 A (S. 111).

62 *Müller*, S. 5, 83.

63 *Hegel, Grundlinien*, § 45 (S. 107).

64 *Hegel, Grundlinien*, § 45 (S. 107).

する犯罪に劣ることのない人格に対する犯罪行為である<sup>65</sup>。私の意思決定を蔑ろにすることで私の所有物あるいは財産に介入する者は、以上によれば、人格としての私を侵害している。

もっとも、人格は自由の第一の、最も抽象的な定在形態である。あらゆる人格は、その言語と振る舞いで活動する、しかもその思考、感情、認知で文化的にすでに様々な態様においてあらかじめ形成された世界において活動するのである<sup>66</sup>。「人格として社会的に条件づけられている、権利を尊重しなければならない、そして権利を有するという洞察」<sup>67</sup>を、個人は、制度化された承認の実践方法の枠組みにおいてのみ作り上げることができる。権利と義務を有するということが意味するものは、理論的に説明されるのではない。すなわち、権利と義務を有することは、次のような相応しい集団的な実践方法の中で経験されなければならないのである<sup>68</sup>、すなわち次代を担う社会の成員に、相応しい自己理解とそれと並行する行為権限の獲得を可能ならしめ、信頼とそれとともに行為の現実性を広範に匿名化された社会関係において可能ならしめる社会的基盤を維持するところの集団的な実践方法の中で、である。この実践方法の全体性で初めて—これに対するHegelの命名でいえば、「客観的精神」<sup>69</sup>—個々の人格に現実の自

65 Jakobs, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Köln, 2003, S. 63 ff. – *Kindhäuser* は、すなわち、このアプローチの帰結を詐欺構成要件について包括的に展開した（基礎的なのは、in: *Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug*, ZStW 103 1991, 398 ff.）。

66 印象的なのは、Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, in: ders., *Werke*, hrsg. von Moldenhauer/Michel, Bd. 18, Frankfurt a. M., 1986, S. 21.

67 Jakobs, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, S. 796.

68 Dreyfus/Taylor, *Die Wiedergewinnung des Realismus*, Berlin, 2016, S. 228 ff.

69 Brandom, in: Khurana/Menke (Hrsg.), *Paradoxien der Autonomie*, Berlin, 2012, S. 61 ff.; Pinkard, in: Halbig/Quante/Siep (Hrsg.), *Hegels Erbe*, Frankfurt a. M., 2004, S. 276 ff.; Pipin, *Die Aktualität des Deutschen Idealismus*, Berlin, 2016, S. 49 f., 103, 147 ff., 273 f.; Stekeler-Weithofer, *Philosophie des Selbstbe-*

由の生活形式が可能となる。多くの社会契約論の抽象的な個人主義が容易に思い起こすのとは異なり、市民の自由の当該実践方法はそれゆえ外部的、潜在的に敵対的な諸力として相対するのではなく、「自由をその最も具体的な形成（Gestaltung）において」体现するのである<sup>70</sup>。刑事立法者は、民主主義的な熟慮手続きおよび決定手続きに基づき、逸脱する世界構想に対してその不可侵性を擁護する場合、当該犯罪構成要件は自由論上、人格への攻撃に対する処罰と同様に十分に正当化される。

## V

法益論との取り組みにおいて示されたのは、存在論上の基本モデルは規範的に中立ではないということである。このことは具現化の存在論およびそれから生じる自由の定形形態理論にも妥当する。すべての刑法上重要な帰属形象はこの見解によれば最終的に自由の観念の意味論から導出されなければならない<sup>71</sup> — 刑法学者がその固有の分野の伝統と並んで市民の自由、義務、そして責任（Verantwortung）に関する哲学的議論をも考慮する場合のみ、適切に克服することができる課題である。しかし、この方法で達成されうる言説上の透明性について付加的に得られるものは、余分な労力をかけるに値する。決着をつけるべき自由理論上の問題を独自の財の意味論の基礎づけ論理へと翻訳しなければならない代わりに、それは一上述の通り一初めから当該問題の歪曲された認知へと至るのだが、個々の議論参加者はそれを直接にそれ自体として視野に入れ、専門分野の議論にさらすことができる<sup>72</sup>。

---

↘ wußtseins, Frankfurt a. M., 2005, S. 28 f., 62 f.

70 *Hegel*, Grundlinien, § 33 Z(S. 91). – 詳細は、*Pawlik*, in: Kubicieł u. a. (Hrsg.), S. 256 ff.

71 *Pawlik*, Unrecht, S. 158 ff.において、私は同様の試みを行っている。

72 結論において本稿と同旨なものとして、*Fiolka*, S. 509; *Hörnle*, Grob an-ノ

もっとも、以上でスケッチされた法益パラダイムに対する代案はその個々の言明に対しても、その一般的な方向付けに対してだけでも最高の知恵（Weisheit letzter Schluss）であることを求めるものではない。本稿の主たる狙いは、別のものであった。私にとって重要なのは、刑法学者は、その独自の基本概念の適切な理解を得るために、どれほどの哲学的な深さ（あるいは浅さ）に立ち入らなければならないのかということを例証的に際立たせることである。このことは、まぎれもないボン学派の結論である。Urs Kindhäuserはこのことに同意するだろう！

---

↘ stößiges Verhalten, Frankfurt a. M., 2005, S: 19; *Löffler*, S: 87; *Stuckenberg*, in: Diskussionsbeiträge der 36. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer 2015 in Augsburg, ZStW 127 (2015), 711 f.; *ders.*, ZStW 129 (2017), 360.