

## 刑法学の対象と課題について

ウルス・キントホイザー  
仲道祐樹・小池直希（訳）

### I. 理論と実践

1. 刑法学は、実践の学である。その対象たる刑法は、形式的には、刑法特有の制裁によって定義される。すなわち、刑法とは、法秩序のうち、刑罰の対象となる行為態様の要件と効果を規定するものである。学問分野としての刑法学は、これに対応して、刑法に関する知識、それも、方法論に裏打ちされ、体系的に整序され、客観的に安定し、かつ教え、学ぶことの可能な合理的知識を得るための枠組を示すものである。しかし、それだけではない。刑法学は刑法そのものを批判的に検証するものでもある。法は人間と、人間が有する利益のために存在するということを刑法学は忘れてはならない。このような自己理解によれば、刑法学は、現行法に縛られつつもこれを批判的に分析しうる学問分野である、ということになる。このように相反する要請の均衡を図るためには、それに適した方法論と概念が必要となるのである。

刑法学の実践的課題は、さらに次の2つの観点から明らかになる。第1の観点は、理解の対象となるべき法的な素材が、制度化された手続——とりわけ立法——を通じて定められるという点であり、第2の観点は、その法的素材は、学問的な観点からの整理に従い、立法目的に対応した形で、司法によって合理的に適用されるようなものでなければならないという点である。すなわち刑法学は、関連するルールや制度の内容のみではなく、それらがいかんにして生成されたか、実際にいかに運用されているかという社会的プロセスをもその対象とする。刑法学は、立法、行政、司法といった国家権力を結びつけ、相互のフィードバックを促進する役割を担うものなのであり、〔これを通じて〕法の発展や将来の法の改善・修正に寄与するのである。

このように設定された枠組の中で刑法学が、一方では議会によって主導される刑事政策の、他方では裁判所による判断の間に立つ存在であるということ自体はもちろん、刑法学の有用性やその自己理解について、あるいは問題を解決するにあたって刑法学が何をなするかということについて、多くのことを語らない。けれども刑法学には、限られた範囲のこととはいえ、重大な寄与をなすうる潜在能力がある。刑法学は、学問的な方法論を適用して結論を出すべし、という自身が提起する要求を実践することによって、このような寄与を果たすのである。学問的であることにより、一方では制度が持つ弱点を埋め合わせることができ、他方では、〔制度が〕存在する根拠や独自性を基礎づけることができる。学問的であるということは、ポジティブにとらえられるべきものである。これにより、固有の立場表明が、熟慮を経ておらず、奇抜で独断に基づく意見表明から区別されるし、同時に批判、すなわち〔一方の立場表明に〕否定的な立場表明が許されることになる。両立しない複数の主張が同時になされるということは、学問的ではないであろう。そのような主張は安定性と相当性を欠くであろうし、それどころかまったく非論理的であろう。その限りで、刑法学がまさに学問分野として、判例・立法と相互にメリットをもたらす形で共存していくための——カントのいう意味における——可能性の条件が何であるかを解明することが求められるのである。

2. 法学部は、神学部および医学部と並んで、実践のための教育と、実践を改善するための教育を行うことを使命とした古来の3学部の1つであった。それゆえ伝統的に、刑法に関する学は、法的な規定を方法論的に検証可能な形で適用する要件を対象とするのみならず、立法者の決定を限界づけ、コントロールすることのできる実践的分野として理解されてきた。すでに Feuerbach が警鐘をならしていたように、刑法学は、自らが作り上げた世界の中で世間から切り離されて生きようとするものではない。刑法学は、立法者に対して、これを制御する審級として対峙しようとするものである。その基準として刑法学が用いることができるのが、憲法上の基本原則と、社会倫理上の諸原則である。これらを基礎として、国家的制度としての刑法が存在する。このとき刑法学は、立法者による改変から法の理念を守り、それにより法に服する市民を恣意と不相当な刑罰から守る、法の管理者として表れるのである。

さらに刑法学は、立法者の判断が、社会学、心理学、生物学が対象とする経験的事実に合致しうるかを批判的に検証することができる。もちろん、刑法学

は、経験的手法を用いて調査結果を示し、これを評価するための理論道具を有していない。その限りで、刑法学ができるのは、隣接する経験諸科学の成果を取り上げ、これを参照することのみである。同様のことは、立法の場合以外でも、例えば責任無能力の生物学的要件と心理学的要件のように、刑法学がその固有の領域において経験的主張をする場合も妥当する。このような主張が学問的に安定性を欠くものとならないようにするためには、これらの主張が経験諸科学によって十分に確認されていなければならないのである。

3. 刑法という実践全体は、法倫理上の基本的価値に縛られると同時に、正義の要請に服しており、これは強調されるべきである。この点で、国家が制度として行う害悪賦課である刑事罰をいかにして正当化するかという課題も刑法学が担わなければならない。法律学が全体としてそうであるように、法律学の一部である刑法学も、社会技術に尽きるものではない。刑法学は、「正義の学」として人に資すべきことを求めるのであり、その時代時代でどのような刑法が正当な刑法であるかという問いへの回答を示し、またそれにより、その時に妥当している刑法が当該社会の規範的構造と合致しているかを検証しなければならない。このような作業を可能とするために、刑法学は、その時代がどのような規範によって動いていると考えられているのかを分析し、刑法規範や帰属規則といった指導原理については、これを正当化する根拠を見出さなければならないのである。

4. 刑法学は——その実務的性格もあいまって——常に次のような問いにさらされることになる。すなわち、刑法学が刑事政策や法適用に対してなしている寄与が真に学問的な内容を有しているとするれば、それはどのような点においてかという問いがこれである。というのは、実務上の判断のために法的な基礎を用意するだけでは、それ自体としては、職人が作業手順に則って作業しているのと同じで、学問的な営みとはいえないからである。また、刑事政策的な要求をまとめたり、立法者に批判的な見解を示したりすることも、それだけではまだ学問的な性質を有しない。それゆえ、現行法の解釈や批判、さらには法適用のコントロールも、学問としての性質を有しなければならないという要請を満たすような、特有の方法で行われなければならないのである。そのための最低条件は、刑法学が、一般化可能な命題を提示できるということ、それも、学問としての性質を要求すれば足りるのではなく、刑法学が示した帰結を実践的

に活用できるという点において一般化可能な命題を提示しうることである。

しかしながら刑法学は、その課題設定と自己理解からして、均質・単一な学問分野ではない。むしろ刑法学は、方法論的にも認識論的にも、多種多様な部分領域、それも、もちろん実際には重なりあうこともあり、またそれらを組み合わせた理論の構築に繋がることもあるけれども、それぞれがそれぞれの分野固有の学問性の基準を満たすことが求められるような部分領域を包摂している。科学論的にみると、刑法学を構成する部分領域として少なくとも4領域をあげることができる。

(1) 教義学 (Dogmatik) : 最初にあげられるのは、狭義の刑法学、すなわちいわゆる刑法教義学 (Strafrechtsdogmatik) である。これは、その時々 of 現行刑法が、そこで承認されている枠組に則って適用される条件を提示し、基礎づけるものである (この点については後述Ⅲ.)。

(2) 法の理論 (Rechtstheorie) : 矛盾なく、論理的に正しく、概念上も正確に作業ができるためには、刑法教義学は、一般的な科学理論や〔法律学に〕固有の法の理論にも習熟し、これに意を払わなければならない。その限りで刑法学には、法の理論としての刑法のメタ・ドグマティーク、すなわち、論理的・分析的な基礎研究も含まれる。その目的はとりわけ、刑法の構造理論 (Strukturtheorie)、すなわち刑法を形成する種々のタイプの規則がどのような相互関係にあるのかを分析することにある (この点については後述Ⅳ.)。

(3) 経験的手法 (Empirie) : 法的規則を適用するには、当為の秩序としての法が結びつき、また法が時には維持し、時には変更する必要があるものにとらえている自然的事実および社会的事実を正しく把握することが求められる。このような領域は、経験的な法事実研究 (Rechtstatsachenforschung) と呼ばれる (この点については後述Ⅴ.)。

(4) 哲学 (Philosophie) : 最後に、刑法学には、法適用の理論が従うべき枠組や基本概念を扱う実体的な基礎研究が含まれる。実体的基礎研究として特に重要なのは、責任と刑罰というコンセプトの内容規定である (この点については後述Ⅵ.)。

ここにあげた4つの領域はそれぞれ、各分野に固有の論理的説得力を有している。それゆえ各領域は、程度こそ異なるが、それぞれが持つ真の学問性によって、一方では立法者を、他方では判例を拘束するのである。

## II. 史的概観

1. 刑法に関する学には、ある時代の規範的な自己理解の分析、すなわち法制度間の関係性を、それらを正統化する根拠へと立ち返らせることが属している。というのは、法律がその時代においても効力を発揮すべきものである限り、その根拠は立法者の自由になるものではないからである。学問は法をその時代の精神と結びつけ、その精神から法を整序し解釈する。それに対応して、法は時代ごとにきわめて多様な正統化の根拠や整序の根拠を有しうる。刑法学は、その課題と方法が形成された特有の伝承の中に関連づけられているのである。刑法学の今日的な自己理解によれば、刑法学は、世俗的でリベラルな国家論に影響を受けた合理的な学問であると自覚している。この思想の根源は、中世の秩序という神と関連づけられた世界像が解消され、法がその神学的に根拠づけられた基礎をなくした時代に遡る。社会の文化的発展にあわせ、その時代の学問上のもっともらしさの標準 (Plausibilitätsstandard) が法に統合されたのは必然であった。一般的なものとしての法、そのうち特別なものとしての刑法が、その原理と規則が十分合理的に正統化されうる土台と見ていたのは、一層世俗的に方向づけられ、理性の刻印を与えられた人間の本性なのである。

もっとも、人間の本性がどのように理解されるべきか、そしてその理解から国家と国家の刑罰の基礎づけにとってどのような帰結が導き出されうるのかということについて、自然法論の主張者たちは全く異なる回答をしていた。John Locke は、なお創造主たる神から出発する。それによって Locke は、自然状態を、規範的に織り上げられた被造物として解釈することができる。そのように理解された自然状態においては、第1段階の権利 (Rechte) の貫徹のために、自然的刑法がそこに属しているところの第2段階の法 (Rechte) も存在する。第2段階の法があることによって人間は、互いにそれぞれの権利を侵害し、互いに損害を与えることを防ぐ。人間は、第1段階の権利を保持するが、しかし第2段階の法／権利を国家に譲り渡さねばならないことから、国家刑法に人間の権利と安全を保障する任務が与えられる。その限りで、国家は、自然的法規の保障のための人工的に作り出されたもの (künstliche Veranstaltung)

として解釈されうる。

Thomas Hobbes の場合、合理的な利己主義者として解釈された人間が、国家の主権者に服するのは、その本質上平和なき自然状態から生じる危険から逃れるためである。この見方では、刑罰は、主権者が社会の平和を保障するために威嚇と服従の確立に向けて使用する害悪である。国家権力は、平和の確保に資するもの全てを手にしており、そしてその点についてはなんらの内在的限定もない。つまり、平和を乱すあらゆるきっかけは、——それが不快な態度によるものであれ、政治的ないし宗教的な意見表明によるものであれ、もしくは他人の権利の侵害によるものあれ——可罰的な犯罪の対象となりうるのである。

Pufendorf にとって、人間とは、自己保存を第一とする生き物であり、至る所に存在する脅威に対処するために他人との共同体を求めるものである。共同体内で暮らすことの必要性から、自然法の基本原理が生まれる。これによれば、各人は共同体を力の限り保護し、また援助することを義務づけられる。このような自然法的理解によれば、公共の福祉を促進することは、国家的結合および主権者のもとへ各人を従属させることについての決定的な根拠となる。この刑罰目的から、刑法の課題もまた導出される。つまり、刑罰は第一次的には、治安のための予防と公益の促進の手段なのである。この課題には、市民の道徳的な教育もまた属している。公共の福祉に沿うということは、したがって、——Hobbes の場合のように——なんらの内在的限定なき包括的な刑罰権へと至る。

Pufendorf による社会性 (socialitas) の強調は、刑法の課題を、専制君主制の福祉国家に適するように理解するための社会理論的基盤を提供した。刑法に関する学は、法的な素材の解釈および体系化に意を払わねばならなかった。法の基礎をなす理性が、学問的方法によって明らかにされ、体系的に整序されたのである。このような方向へ向かうものとして、さらに、すべての市民は、国家において、自らの立場と能力に応じて公共体の福祉と安全を援助する義務を負うという、Christian Wolff の主張がある。このような自然法の時代における刑法学にとって決定的であり大きく影響したのは、刑法を法哲学的な国家論および社会理論に結びつけることであった。刑法は、その内容に関しても正統性に関しても、合理的に展開されるべき国家哲学の構成要素となったのである。近代の国家哲学および法哲学へと刑法を組み込んだことが、刑法に関する学に、合理性を指標とするよう刺激を与えたのである。

2. 刑法学を一般的な国家哲学および法哲学に組み入れることは、1世紀後に、観念論哲学の国家理解も直接に刑法学に影響を及ぼすという帰結をもたらした。Tittmannにとって、刑法学は、「純粹に哲学的な学問」である。刑法学は「理性の法則のみを源泉とする」ものであり、実定法は「刑罰法規の学問 (Strafgesetzkunde)」の対象であるにとどまる。これは、伝統的なものの権威および受け継がれてきた裁判実務から、Kantから着想を得た、Feuerbachの問い、すなわち彼の『自然法批判』(1796年)における自然法の可能性と限界の条件についての問いへと至った。1635年から1758年まで何度も改訂された自身の代表作、帝国ザクセン刑事新実務 (Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, 1635) の中で、ザクセンにおける判例、ローマ法、イタリア法学、そしてカロリナ刑法典を集成した、Benedikt Carpzov (1595-1666) の名は、伝統的な刑法を象徴している。そこでは、教父や聖書、カノン法も拾遺され、リスト化されている。個々の法の見解が詳細に示され、それらは、それに賛成する論証および反対する論証にしたがって評価された。

18世紀末葉の国家および社会の変革期においては、こうして受け継がれてきた刑法の理解とその叙述は、もはや時代遅れであり、かなりの部分で改革を要するものとみなされた。BeccariaやHommelが、人道的刑事政策 (humane Kriminalpolitik) のために戦ったことは、大きな影響を持った。Feuerbachにとっても、カロリナ刑法典と絶対王政の法典は、不当な厳格さによって特徴づけられており、その厳格さは、残虐さといえる程度に至ることもまれではなかった。犯罪カタログは非体系的に設計されており、軽微な犯罪と重大な犯罪がないまぜにされ、無視しえない間隙を露呈していた。それゆえ、判例は、あまりに苛烈であると感じられる法的帰結を減輕し、あまりに軽すぎると考えられる刑罰を厳しくしたのである。さらに判例は、不文の犯罪として当罰的ではあるが、しかし法的には把握されていない所為とされる、いわゆる「法外犯罪 (delicta extraordinaria)」をつくり出した。

それに対して、観念論哲学の主張者は、法と国家について根本的に異なる構想を対置させた。決定的な権威は、もはや伝統的なものではなく、一切を疑う理性であった。Kantの念頭にあったように、国家は、市民の個人の行為領域を保護し、および自由の妨げとなるものを乗り越えるためだけに法的強制を用いることが義務づけられている。公共の福祉を増進し、各人の道徳性がより完全なものに近づくよう促すことは、もはや法的な範疇ではなかった。道徳的行為は、むしろ各人の理性の義務の対象であり、その充足のために国家は保障し

なければならないのは、外的な条件のみなのである。

刑法学において、このような道徳国家に対する拒絶は、Feuerbach の次のような要請に至る。すなわち、国家が刑法という道具を用いてなすことが許されるのは、すべての市民の相互的な自由を保障することだけだ、というのがこれである。それゆえ刑罰は、社会的な制度としてだけではなく、処罰によってその自由に介入される犯罪者に対しても理性的なものとして正統化されなければならないのである。Pufendorf 同様、Feuerbach も、刑法の内容と正統化を国家秩序の目的の視点から規定する。しかしながら、Feuerbach は、国家目的を、Kant を引き合いに出して、各人の外的な自由の保護に限定し、道徳的秩序を保障する刑法の権限を否定する。むしろ、道徳的秩序は、国家が必要な自由の保護を貫徹するとき、おのずから実現するのである。刑罰賦課が許されるのは、原則として、消極的義務への違反、すなわちそれが禁止されているにもかかわらず、他者の法的に保障された自由へ介入する場合だけなのである。他者の状態の保護ないし改善を対象とする積極的義務への違反の可罰性は、追加的に、当該義務が特別の法的根拠に基づくことを要件とする。そして、道徳的拘束力それ自体は理由づけとして十分ではない。

しかしながら、半世紀もの間、刑法学にとって支配的となったのは、Hegel の法哲学および国家哲学であった。もちろん中には全く独善的な解釈もあったのだが。Hegel にとって、犯罪は、法の否定として「それ自体において無効 (in sich nichtig)」なものであって、刑罰によって再び否定されるものである。そうした法の否定の否定によって法が回復され、そこでは、刑罰はその程度において犯罪の無価値に相応しなければならない。Hegel は、社会にとっての行為の危険性に応じて刑量に予防的視点が混入しうることを認めた。この予防的考慮は、とりわけ Köstlin によって取り上げられた。彼は刑罰を行為者の責任への応報としてだけではなく、具体的な犯罪者から、あるいは当該犯罪行為を模倣する第三者から生み出される危険を除去する手段として理解する。しかしながら、そのような特別予防的観点および一般予防的観点は、行為者の責任によってはめ込まれた枠を超過してはならない。

3. 刑法学は、自然法の時代以降、19世紀末に至るまで、一般的な法哲学および国家哲学の継受によって形成されてきた。そこから、刑法学は、自己を世俗的であり合理的であり—— Feuerbach 以来——批判的でもある学問につくり変えるきっかけを得てきた。それゆえ Binding は、正当にも、刑法学を「哲

学の子息」として特徴づけている。哲学は刑法の源泉の1つとみなされ、そしてその総論規定は通常「哲学部分 (Philosophischer Teil)」といわれていた。実践哲学の帰属論と刑法上の基本概念の哲学的規定は、犯罪の本質と当罰性に関する省察と同様、刑法学に属したのである。

それに対して、20世紀初頭には、経験諸科学が法学の分野に侵攻をはじめ、「哲学の下への法の隷属」から法学を解放しようとしていた。それと結びつけられた実証主義は、——少なくともドイツにおいては——部分的にそれまで不文であった一般原則を法形式へと移行した包括的な法典編纂によってかなりの程度促進された。哲学を顧みることが、解釈理論を構築するために許されるにとどまった。それに対して、哲学理論を用いて現行法を拡大することは激しく拒絶された。綱領的に（とりわけヘーゲル学派に向けて）、Loening は次のことを要求した。刑法学は「その全範囲、全奥行において、現存し、現行法として実定化されている法の認識」にのみ奉仕すべきである、と。

19世紀末に、Binding は、現行法の解釈と、刑事政策上の態度表明を通じた刑法の批判的任務とを厳密に切り離し、後者に関して、法的規則の合理性 (Vernünftigkeit) について哲学的考察の余地を残した。刑法学はそれゆえ、ここではなお正統化可能な法を探求している。しかし、現行刑法の解釈については、歴史的な文脈と全法体系から導かれるのであり、日常言語と特定の時代の法生活とから導かれるものではないとするのである。

Binding がなお市民的-リベラルなモデルを想定して、公正な状況で社会が安定してバランスを保つことを考えているのに対して、彼の学問上の対蹠者である v. Liszt は、「形而上学的な思弁」のいかなる正当性も拒絶した。刑法によって守られており、そして刑法によって守られるべき法益は、実定法からの論理的抽象化によって獲得されるべきであり、単に法的素材の体系化のためだけに用いられるべきものであった。これにより、現行法を批判するための外的な、哲学的に基礎づけられた基準は、法学の手から奪い取られた。むしろ、学問上の視点は刑法の実務にも向けられた。v. Liszt は、刑法の社会的な影響を、進行する産業化の条件のもとで経験的に算出し、制御することができると主張した。彼は犯罪の犯罪学上の原因調査にも従事する刑法学を喧伝する。刑罰は、v. Liszt によれば、ただその（積極的）効果によってのみ正統化しうる。正当なのは必要な刑罰だけである。刑罰は改善可能性が存する行為者を改善し、改善が必要ではない行為者を威嚇し、そして改善可能性のない行為者を無害化することが可能でなければならない。犯罪行為それ自体は、もはや——へ

ーゲル学派の場合のように——帰属能力を有する人格の意味表現としてではなく、わずかに因果的事象として、すなわち人間の意思に基づく外界における変化としてのみ理解される。

一般的な刑事政策上の改革への努力の過程で、v. Liszt は、彼のいわゆるマールブルク綱領において、時代遅れとなった1871年のライヒ刑法典の刑罰編体系を修正するために、量刑のより強い個別化の可能性を要請する。彼は、少年刑法から成人刑法を明確に分離することを支持し、犯罪者を改善するというよりもむしろさらに墮落させる短期自由刑に対して激しく攻撃する。v. Liszt の思想の帰結には、行為刑法を行為者刑法に置き換えることと、責任応報から純粹な危険予防への転換が存在する。しかしながら、行為者刑法がナチズムの時代において優勢となった——心情の退廃、敵意、背信としての犯罪——ため、ナチズムの終焉の後、行為者刑法はイデオロギー上の誤りとみなされ、完全に拒絶された。

4. v. Liszt の実証主義的で自然主義的な方向性に対して、Welzel は、20世紀中葉、価値哲学および人類生物学的に特徴づけられた犯罪行為理解を対置させ、理論および実務に多大な影響を及ぼした。ヘーゲル学派のように、Welzel もまた犯罪行為の社会的意味を強調するが、それは個人的人間的な目的活動に還元されるものであった。犯罪は、行為者に要求される価値決定によれば回避可能であったはずの目的的態度として理解される。社会的意味は、Welzel の場合、さらに別の箇所の意味を持つ。彼は形式上犯罪の記述に該当する行為態様を、それが社会的に相当である場合、すなわち社会生活上通常であって取るに足らないものである場合には不法として評価しない。こうしたアプローチは、その後客観的帰属というキーワードの下で重大な意義を持つこととなった。客観的帰属は、侵害を与える行為態様に対する答責性を問うことを意味する。単なる損害の惹起は可罰的不法の基礎づけに十分ではない。それは可罰的な不作為は、事象経過への積極的な介入に基づいているのではなく、経過の阻止を怠ったことへの管轄を対象とすることからすでに明らかである。しかし、積極的な惹起もまた、それが——たとえば同意や自己の危険に基づく行為の場合のように——被害者自身がその責を負うべき場合には、侵害経過に対する可罰的な答責性をなお基礎づけはしないのである。

5. 刑事政策的観点において、第二次世界大戦後のドイツにおける刑法学の

努力も益なきものではない。たとえば、刑法におけるモラル重視の性犯罪規定は、特定の法益——たとえば青少年の保護や性的自己決定——にそって整理された刑法によって代置された。固有の経済刑法や環境刑法が創設された。総論においては、緊急権が体系的に把握され、錯誤規定が改正された。控えめな批判から激しい拒絶までトーンの差はあるが、刑法学は、とりわけ刑法上の構成要件の断続的な拡張とそれと結びついた危険犯の創設に対抗している。刑法は最も峻厳な国家的手段として、社会統制の「最後の手段 (ultima ratio)」としてのみ用いることが許されるという原則的な見解が、こうした批判の後ろ盾となっている。

これに対して、自然法論や観念論哲学が、法理解および刑法上の帰属の原理と基本概念においていまだに明確な痕跡を残しているとしても、法的な素材の認識、解釈および体系的整序が問題となる限りでは、今日の刑法学は、かなりの程度実証主義的方向に向かっている。とりわけ哲学的性質を持つ前実証の基礎への回帰は、憲法に成文化された基本原理に照らして、少なくとも余計なもののみなされている。

それにもかかわらず、責任と刑罰の基礎づけ、解釈方法の科学哲学的整理および社会学的・心理学的アプローチと並んだ刑事政策的議論という点に関して、哲学的立場は、依然として重要な役割を果たしている。この点で、過去数十年の刑法学を象徴するものとして、責任概念への徹底的な取組みがある。今日では責任は規範的に理解されている。すなわち、責任とは、具体的な所為の中にその表出を見出した、法に忠実な動機づけの欠落なのである。行為者は、所為を通じて、自身に対して期待された十分な法への忠誠の基準から逸脱する。次のような者は、有責に行為していない。(幼年である)年齢もしくは精神疾患により、法への忠誠を結果として持つことができない者、法の要求を具体的な状況下において不可避免的に知らなかった者(責任を負わない禁止の錯誤)、もしくは生死にかかわる衝突状況にある者(免責的緊急避難)がそれである。

規範的責任概念は、刑事訴訟や刑罰も含めた刑事法という社会的制度の包括的でコミュニケーション的な解釈の一部としても理解することができる。そうであるなら、犯罪行為と刑罰は、発言とそれに対する反論のように、相互にコミュニケーション的な関係にある。行為者は、その態度により規範に反し、——Hegelの格言に依拠すれば——規範妥当を否定する。これに対して刑罰は、規範はそれでも妥当しており、規範が社会的行為の動機、それも法であるがゆえに拘束力のある動機であるべきであることを表明する。これをはっきり

させるために、行為者には紛争のコストが課せられる。つまり、彼はいわば損害賠償をしなければならず、そこでは、侵害された規範の妥当性が、国家と社会における各人の自由の発展のためにどの程度の価値があるかが、刑罰の尺度に対する標準として用いられる。換言すれば、有罪判決を下された行為者は、——自由や金銭のような——財を、行為者の所為を行う決断が、あとになってみれば全く理解できないものとして見える程度に、犠牲にしなければならないのである。刑事訴訟においては、法によって保護された当事者の利益を守りつつ、紛争が主題とされ、定められた法的な可能性によって処理される。手続の形式化は、同時に教育的側面を有する。つまり、紛争の法的処理は、いかなる犠牲を払ってもよいのではなく、公正で、原理を指向しており、そして人間の尊厳を尊重した方法でのみ、なすことが許され、かつそうすべきであるということが示されなければならない。

### Ⅲ. 教義学

1. 現行法を均一に適用し、かつこれを検証可能なものとするための内容的条件を手に入れることは、狭義の刑法学、いわゆる刑法教義学の活動領域に属する。刑法教義学は、特定の行為態様の可罰性の有無および程度に関する法的要件を解明することをその対象とする。教義学は、解釈を通じて、個々の法命題の意味や、命題相互の基礎づけ関係を示し、これらの命題を基本的な法思想に遡って位置づけ、1つの整合した体系にまとめ上げるものである。刑法教義学の学問的性質は、一方ではその方法が合理的であるという点に、他方ではその認識が体系的に集約されているという点にある。

教義学的機能という観点からみれば、刑法学は刑法の実践的適用に関する学問である。その課題は、裁判所および捜査機関が行う判断に向けた準備をする点にある。刑法学はまずもって、法適用に必要かつ有益な情報を蓄積して判断主体が使えるようにすることによって、この機能を果たす。刑法学はそのようにして法適用をシンプルにし、思考経済にかなう意思決定を可能とする。意思決定の基準となる法的素材は、教育上の基準にしたがって体系的に加工され、法実務のみならず大学における教育においても、学校で教えられるような学説の形式で引き継がれているのである。

教義学は、関連する法のテキスト——ここでは法律上の規定であったり裁判所の先例であったりする——について、その可能な解釈を問うとともに、解釈

可能性に関する相当に重要な基盤を法実務に提供することによって、判決の基準となる法の内容を探求しようとするものである。〔教義学によって〕提案された解釈可能性に基づいて、法実務は、法命題と具体的事案とを結びつける。そのような法適用に関する基礎づけを伴った提案のことを、通常「理論」「学説」あるいは「見解」と呼んでいる。時折、次のような理解が示されることがある。そのような理論に基づき、かつ一般的な法原則の助けを借りれば、法的问题に対する客観的に正しい回答が常に得られるというのがこれである。その場合法適用者は、解釈上ありうる選択肢をシミュレートし、個々の理論を、それが筋が通ったものであるか、適切なものであるかに照らして検証しなければならない。このような、法適用者が、頭の中で様々な立場からの論証を注意深く衡量し、これを通じて1つの明確な結論に到達するという意思決定のあり方が現実離れしていると考えられるとしても、教義学のモデルが不要となるわけではない。そのようなモデルは、判断の際の根拠を提供するとともに、そのような判断が法適用者個人の勝手な解釈ではないことを明らかにし、その意思決定が、整序され確立している規則に従っていること、それゆえ間主観的な検証が可能であることを示すのである。その意味で、刑法教義学は法実務に「リーガル・ニーズ」を提供するものなのである。

教義学上の理論が、正しい法適用の準備をし、これを可能にするという目標設定の下に展開されるものであるとしても、そのような理論自体が要求しうる妥当性は相対的なものにとどまる。教義学上の理論は、程度の差こそあれ、各規定の文言、体系、成立過程、目的に基づくとともに、他害原理や法益保護、責任主義や刑法上の保障原理といった基本的なパラダイムに即して構成される。そのようなパラダイムが妥当であるという相対的な範囲でのみ、教義学上の理論は妥当性を要求しうるのである。多くの場合、教義学上の理論は、程度の差こそあれ、結論として明白な主張に至る程度の、あるいは適切な権威——通説、立法者、あるいは確立した判例——を持ち出す程度の短い推論をなすことで満足している。その限りで、刑法教義学の方法と帰結は、法適用のレベルにおいては、トピック的であるということができる。

2. 法の適用可能性に資する教義学上の理論を展開する（少なくとも観念的な）第一歩は、重要な法的テキスト、とりわけ関連する法律上の規定における概念を解釈することである。解釈の標準的な方法とは、法的テキストが特定の事例群に該当するか否かを確定するために、言葉によって書かれたものの目

的、意味、趣旨を可能な限り適切に把握することを目指す、特殊な解釈学上の営みである。それゆえ、解釈の重要な仕事は、法的テキストを具体化することである。このことは、法律の明確性という保障原理に服する刑法にとって、次のことを意味する。すなわち、当該テキストは、その可能な文言、歴史的経緯、体系的連関という限度内で、目的に適した形で適用されるように解釈されなければならないというのがこれである。このような意味で、文法的、歴史的、体系的、目的論的観点に従って、解釈は行われるのである。

概念の文法的解釈は、その概念の日常的意味を明らかにすることに資する。この観念によれば、あらゆる市民は、自らに関係する法律上の規定を理解するということになる。それゆえこれらの規定は——原理的には——誰にでも理解できるものでなければならない。他方で、ある刑法上の概念が持つ日常用語の意味は、その概念を適用しうる大外の限界を設定するものである。ある刑法上の法規定を、この限界を超えて、事件に関わる市民の不利益に（！）適用することは許されない。その限りで、成文刑法には、成文性の原則（*nullum crimen sine lege scripta*）、慣習法の禁止の原則（*nullum crimen sine lege stricta*）および遡及効の禁止の原則（*nullum crimen sine lege praevia*）と並んで、法律の明確性（*nullum crimen sine lege certa*）という保障原理が妥当する。

このような日常用語の意味に基づいて、程度の差はあるものの完全な定義が与えられる。もちろん、法適用にとって有効なものとするためにはなお大きな——制限する方向での——修正が必要である。例えば、立法資料から、立法者がある事案において問題となる概念によってごく限られた事態のみを規制することを意図していたということが読み取られるような場合に、歴史的観点からそのような修正が行われることがある。

ある法概念は、それが法体系の中でどこに位置づけられるかによってさらに（限定する方向で）精密化される。それゆえ例えば、破産（Bankrott）〔ドイツ刑法283条〕という実行行為は、私法上の要請との矛盾を避け、保護の方向性を一致させるために、倒産法の用語法にあわせて解釈されなければならない。しかし、概念を解明する際に中心となるのは、概念の意味を、その概念を含んだ規範の目的に即して解釈する、いわゆる目的論的解釈である。このような意味において、例えば、贈収賄における「利益（Vorteile）」と評価される公務担当者（Amtsträger）への利益供与は、行政が党派性とは関わりなく規則に従って機能するということへの信頼を揺るがすようなものに限られることになる。

逃走者を追うために、警察官に自己の自動車を使わせた者は、この警察官に対して汚職に関わるような利得を与えるものではないのである。

3. 刑法教義学の学問としての性質は、その手法の合理性のみならず、包括的な体系的連関を打ち立てるという点に基づいている。刑法が規制する領域における概念や規範は、いわば一貫性を持って張りめぐらされた網の一部でなければならない。このことを示す例として、財産上の損害概念を取り上げるのがよいであろう。この概念は、損害という概念の意味と財産という概念の意味とを指示しており、その際後者は、またも財産権や所有権、不当利得といった私法上の概念と関連している。ここで問題となる網は、経済システムに関わる法秩序の大部分にまたがる。そのような教義学上の網の目は、新たな法律を一般的な法的状況の中に組み込み、承認されている基準や価値との一致をもたらすことも可能にする。あらゆる網の目に共通するのは、それがその枠内では矛盾があってはならないという要請を満たさなければならないという点である。とりわけ、ある規範が許容するもの、あるいはそれが命じているようなことを、他の規範が禁止するということはあってはならない。〔規範相互の〕衝突は、様々な原則、例えば後法は前法を破るといった原則によって取り除かれることになる。義務同士が衝突する場合には、より重要な義務の充足が、重要ではない方の義務に優先する、あるいは、——義務同士が等価値である場合には——片方の義務の充足が他方の義務の不充足を正当化すると規則が妥当する（いわゆる正当化的義務衝突）。

教義学の網の目は、それが行動規範に関わるのか、帰属システムに関わるのかに応じて様々な幅を持つ。行動規範は、規範内容を定める規則であり、いかなる行為態様が禁止され、許容され、命じられ、あるいは免除されているかを述べるものである。これに対して帰属規則は、誰に／何に帰するかに関するものであり、ある者が（侵害的な）出来事について、あるいは行動規範に反する態度について、いかなる要件の下で責任があるかを述べるものである。

このような規範が組み込まれた理論の網の目は通常、分類されて並んでおり、その分類は各々の保護目的を基準として行われている。このような意味において、規範は、生命、身体の完全性、名誉、性的自己決定、財産といった法益の保護に即して整序されるのである。これは分類学的な整序であるから、そのような教義学上の網の目はすべてを包摂するような、全体としての体系的連関の中にあるものではない。行動規範を教科書的に体系化することは、通常、

レシピ本のような性質を有している。そこでは、想定読者がどの程度の調理技術を備えているかにあわせてレシピの質が決まっているのである。その限りで、この領域における刑法教義学の方法論と帰結は、トピック的であるということができる。

これに対して、帰属規則に関する教義学の網の目は、可罰的責任の要件の全領域をほとんど包摂するものである。帰属規則は、ドイツ刑法学に影響を受けた教義学においては通常、ある哲学的——認識論的、あるいは倫理的——基盤に基づいている（後述 VI）。教義学上の網が展開するベースとなる基盤を選択することによって、個々のルールは、全く異なる内容を持ちうる。この例として、外的な変化に着目する v. Liszt の因果的理論から行為者の意思に着目した Welzel の目的的構想へのパラダイムシフトを挙げることができるだろう。行為者の目的や表象は、v. Liszt においては、現実化した不法にとって重要ではなかったが、Welzel においてこれらは不法の中核となったのである。

4. 教義学上の理論は、次のような場合には比較的容易に支持不可能であることが示される。すなわち、それが価値矛盾に陥っていることがある程度明らかかな場合、明らかに文言に反している場合、体系的な連関を無視している場合、あるいは、規範的に明らかにそぐわない帰結に至る場合がこれである。その逆のことは、ここでは妥当しない：ある理論が正しいかどうかは、検証できない。教義学上の討議以外に、決定的なポイントは存在しない。したがって、互いに競合する 2 つの理論は、真偽という意味で互いに排斥し合うわけではない。むしろ、消極的側面からいえば、現在のパラダイムとの抵触を可能な限り少なくした理論が勝つのである。あるいは積極的側面からいえば次のようになる：より大きな説明力を有するのは、解釈の標準や根本的なパラダイムと最も親和的な理論である、と。従来の問題解決を継続することによって確実な判断が保障されるといった外的な基準が果たす役割も、ここでの関係では、まったく不当なものとはいえない。

競合する理論がそれぞれプラスポイントを得て、各ポイントの重さが事案ごとにまちまちでありうるということはまれではない。それゆえ、トピック的な法教義学の領域においては、それが説得的であるとされる範囲で、一定の決断が不可避である。そこからはもちろん、学問としての刑法教義学が持つ、司法と立法とに影響を及ぼすという可能性も制限されるということが帰結する。たとえ判例が、批判を考慮し、〔刑法〕学からの提案を取り上げるとしても、新し

い方向性が古い方向性よりも優れているということになるわけではない。また、司法が制度的権力 (institutionelle Macht) として法律を適用するような場合でも、司法によって——ここでも事案ごとにのみ——説明される理論は、学問的見地から見た場合には、他の法理解と同じように、批判にさらされるのである。

#### IV. 分析的な基礎研究

1. 刑法学は、学問的でなければならないとの要請を充足するために、分析哲学や科学哲学の成果のうち、刑法に関係するものを考慮しなければならない。刑法学が、対応する洞察や方法の助けを特に求めなければならない場合は、教義学上の理論の意味論的条件、プラグマティックな条件、義務論的条件を分析し、再構築することが主題となる場合である。

意味論の領域において刑法学は、概念分析の結果を援用することで、一定の成果を得ることができる。このことは、学問上の定義や説明の基礎部分だけではなく、質、比較、評価に関わる概念を適切に把握する際にも妥当する。重要なのは、傾向性に関わる述語である。これは、条文を作成する際、特に心理的要素によって犯罪事実を特徴づけるために用いられるものであり、例えば、「無謀な (rücksichtslos)」運転により、道路交通において生命を危殆化したという場合〔の「無謀な」〕がこれにあたる。そのような述語は、それ自体で完結した定義を有するものではなく、類型的な行為態様を示すことによって説明されるものなのである。学問上の要請を満たす教義学はさらに、その推論過程が、命題論理学や述語論理学の演算に変換可能なものでなければならないという条件下で行われるべきものである。規範論理学の成果も考慮されるべきであろう。

2. 一般的で分析的な刑法の構造理論は、これまで研究分野としては、ごく限られたアプローチのもとで発展してきた。教義学への入り口を、分析哲学は、第一に行為論の領域に見いだした。ここでは、行為としての態度の解釈、および行為の同一性に関する問題が重要である。因果性と行為との関係、またそれと同時に、行為の因果的説明と志向的説明の要件も解明されなければならない。ここにはさらに、心と身体の関係という犯罪行為の把握の基礎にあるものの解明および他人の心に関わるものの経験可能性が関わってくる。最後に、

古くはアリストテレスに遡り、最近の分析哲学によってさらに発展した実践的三段論法も、故意と過失とを行為論からみて精密に把握するのに適した道具立てである。

3. 今日では、刑法の構造理論の重点は規範論の領域にある。そこでは、多くの問題群が議論されている。例えば、存在と当為の関係、具体的には、刑法上の行動規範の要求を充足するためにある者が事実上有する能力相互の関係が問題となる。とりわけ、過失責任の領域では、何人も可能なこと以上のことは義務づけられない (*ultra posse nemo obligatur*) との原則の妥当範囲が確定されなければならない。

さらに、特定のルールの類型がいかなる特殊性を有するかも分析しなければならない。例えば、一次規範を、一次規範相互の関係を規制する二次規範（メタ規範）から区別しなければならない。対象言語で記述された命題は、メタ言語で記述された命題とは異なる地位を有するので、その結果、〔規範相互の〕競合・衝突に関するルールは犯罪を構成するルールとは異なる論理的レベルに属することとなる。これ以外にも、責任を帰属させるルールは、価値を定めるルールや、何をなすべきかを規定するルールとは異なる論理法則に従っている。これに対応して、正当化的緊急避難のルールと免責的緊急避難のルールとは、論理的レベルにおいてすでに区別されるのである。あるいは他の例として、正当化的義務衝突は、それが行為能力に関わり、行為記述には関わらないがゆえに、一般的な許容規範とは論理的に異なる、という点を挙げることができる。

4. 刑法の構造理論は、まさに学問である。すなわち、それに内在するロジックは、そこから逃れることを許さず、同時にその分析的真理に基づいて立法や司法をも拘束する。さらに刑法の構造理論は、現行法が今現在偶然にとっているその形とは無関係であるから、各国の刑法の地域性を超えた、世界的な議論を許容するものである。

## V. 経験的な基礎研究

1. 法は、当為の秩序であり、それゆえ自然の世界の上に制度の世界を築くものである：法は自然の事実を制度の事実に変換するのである。例えば、人の

責任能力は、血液の組成のような自然の特性ではなく、一定の自然的特性を示した、あるいは示さなかった者は責任能力があると見なされるとする様々な規則ゆえに、帰せられるものである。ある人に責任能力があるとの評価はそれゆえ、一次的特性である自然的特性に対する二次的特性であり、その際、特性を構築するプロセスに内在的な限界はない。二次的特性からは、三次的特性が構築され、それがさらに続いていくということもありうる。

対応する一次的事実の主張が誤っている場合、あるいはそれが保証されているとしても欠陥がある場合、刑法上重要な制度的特性を帰せしめることは適当ではない。この意味で、経験的に知ることのできる現実を適切に把握することは、法的な事実を適切に構築する必要条件である。法と道徳について西洋が何がしかの発展をもたらしたとすれば、それは何よりも、人間の生物学的、人類学的、社会的条件に関する誤謬を経験的に明らかにした点にある：魔女信仰や、同性愛に対する誤った解釈はこの点に関するわかりやすい例である。

経験諸科学との関係でいえばもちろん、刑法学はこれらに一方的に依存している。刑法学が、世界を法の価値に従って構築しようとする限り、現実の変化を実際に条件づけているメカニズムに頼るほかない。すなわち、刑法学は、因果プロセスに関する認識を必要とする。もちろん、教義学は、自らの興味を引く問題を、関連する経験諸科学に提出し、それによって当該学問分野の研究対象や研究目的に対してポイントごとに影響を与え、あるいは、例えば犯罪学や法医学で起こっているように、学際的な研究領域を提唱することができる。このようなことはここでも、結論として、間接的に立法や司法に影響を及ぼすことができる。その点で刑法教義学は、経験諸科学へと問題に即した疑問を提出することによって、立法と司法が有益な情報を使えるよう寄与するのである。

2. 刑法は社会的実践に関わるものであるため、その経験的基礎は——いわば：その性質上——その実践が根本的なものであればあるほど、貧弱になっていく。社会の基礎的な状態や反応は、実験室条件下で、ごく限られた範囲でテストされるに過ぎない。このことは〔今ある刑罰から〕考え得るその修正パターンやその代替物までも含めたものとして、刑罰による効果的なコントロールが可能かを検証する場合に特に妥当する。その限りで、経験という地図上にある白紙部分を、形而上学的なパトスによってカラフルに色づけし、経験の侵食に抵抗しようとするときにはそれなりの魅力がある——学問的には疑問のある逃げ道ではあるが。刑法学においては、あるいは判例（あるいは立法手続）に

においても、直感的に正しそうに見えるが、——多くの場合、学問的な処理が可能でないために——十分に証明されていない論証が果たす役割は無視できるものではない。このことは例えば、計画的な犯罪行為者には、突発的に行為した者よりも大きな犯罪エネルギーがあるとすると、未だに経験的なテストにかけられていない想定に妥当する。

## VI. 実体的（哲学的）な基礎研究

1. もちろん、単にトピックとして問題を解決するだけでは十分ではないが、それは〔その問題解決が〕よって立つところが不確かであるというだけではなく、そのような解決が、刑法という制度を社会的現実の機能的要素として理解することを許容しないからである。しかし、そのような視点にあってこそ、教義学上の理論が動いているパラダイムを詳細に規定することができるのである。学問として行われる教義学は、概念を整然と分類するだけで、すなわち——比喩的にいえば——道具箱の中身をねじ、くぎ、道具の順に並べるだけで終わってはならない。目的論的体系を構築する——道具をその使用順という目的に即して整理する——としても、なお十分ではない。学問として行われる教義学にはむしろ、学問であるために、自らのパラダイムの内省を内容とする実体的な基礎研究が不可欠である。狭義の刑法教義学が、可罰性の有無と程度を解明しなければならないのに対して、実体的基礎研究においては、なぜ処罰が可能なのかという問題への解答を探究することがテーマとなる。ある法的規制を行う根拠が提示されなければ、その意味を探究することは困難となる。実体的基礎研究はそれゆえ、刑法を学問的に取り扱う際の重要な構成要素なのである。

分析的な構造理論とは逆に、実体的基礎研究は刑法学上の関心の中心にある。ここでは、様々な原理が定式化され、検証され、承認され、あるいは非難され、その基礎の上に、刑法の一般的な発展に対する立場が示される。刑法学はこの領域において、多くの場合、精神史的発展、とりわけ哲学、社会科学、医学の領域における現在の潮流を取り上げる。最近のキーワードとして、その中でも特に、脳科学、機能的責任概念、危険社会を挙げておく。

刑法学が恒常的に基礎的なものを追究することには、少なくとも2つの理由から価値がある。1つには、それによって基礎的な議論が時勢に伴って進むことになり、さらなる刺激が得られること。もう1つは、常に変化する視点か

ら、自分は害悪賦課の要件に取り組んでいるのだという不変の根本的洞察に、教義学者が直面させられることである。ここで刑法教義学は、常に正当化の圧力にさらされるのであり、その圧力は注意深い仕事へと促すのみならず、自らの専門分野がもたらしてきたものに対する深い懐疑へも導くのである。

2. このようにして研ぎ澄まされた、刑罰は正当化が絶対に必要な害悪であるとの意識を伴って、自らのよって立つ基盤を自省することは、全く異なる政治的立場や世界観を持つ刑法学者たちを、刑事政策には限界が示されなければならないという基本的態度の部分では一致させることになる。これにより、一方で慎重な傾向を持つ教義学と、他方で思い悩むことなどないかのように活発な刑事政策との間の対立を、ある程度体系的に条件づけることができるようになる。

そこから刑法教義学者は、いわゆる刑法の断片性を自らの体系的な仕事の障壁であると簡単に受け入れる。トピク的な法適用のレベルにおける断絶や間隙が承認されるのは、刑法による保護が不完全である、あるいは断片的であることの現れであると位置づけられる場合である。これに対して刑事政策的には、断片性ゆえに、同じないし同程度の不法に対して異なる取扱いをすることが不当であると感じられる一方、断片的な扱いがウルティマ・ラティオ原理には合致しているという場合には、これをやむなく受け入れるということになる。

3. このような対立は、教義学の側から、次のような形で攻撃的に解決されることがある。すなわち、よい刑法と悪い刑法が区別され、固有の、啓蒙的で内省的であると理解される刑法はそれ自体で利点があるとする理解がこれである。このような観点からは、現行法が発展することすらも、持続的な悪化とみられることになる。刑法典は、法治国家によって制御され、個人のものとしてされた財を侵害から保護することに限定された刑法からますます遠ざかる方向へと、いわば盲目的に進んでしまっているというのである。例えば、抽象的危険犯の拡大、責任主義の後退、手続法の警察法化といった徴候から、現在の刑法は「ありえない」状態と診断されている。

しかしながらこのような診断は、著しい不明瞭さに苦しむことになる。それは、今日の状態と、およそ有意味に比較される対象となるのはどのような状態の刑法であるのか、に関する不明瞭さである。歴史的なテーゼが問題になるのであれば、そのテーゼは——我々が今日持つ基準に従って——端的に誤

りであるとする。啓蒙思想の大きな功績が、国家刑罰の形式、内容、実行を人道的なものとするに寄与した点にもあることは確かである。しかし、そのリベラルさで賞賛されている1813年のバイエルン刑法典でさえ、死刑、鎖刑（Kettenstrafen）、重懲役刑（Zuchthäuser）および懲役刑（Arbeitshäuser）、身体懲罰刑（körperliche Züchtigung）、晒し台（Pranger）、交渉から断ち切られての拘禁（isolierte Kerkerhaft）を規定しており<sup>(1)</sup>、真剣に模範とするにはほど遠いものである。歴史的にみれば、今日の刑法は、人間の自由と尊厳を尊重する点、責任に相当する刑罰という理解の点において、近代におけるその前例のいずれにも大きく勝るものである。

これに対して、そのテーゼが想定された状態に関わるものであるとするならば、まずもって次の問いへの回答が与えられなければならない。なぜ、理想的な状態となった刑法が、およそ刑罰による害悪賦課の存在しない状態よりもよいものであるべきなのか、というのがこれである。〔刑罰の〕存否の正統化は、具体的な〔刑罰の〕程度の正統化よりも遙かに困難である。しかし、ひとたび〔刑罰の〕存在が正統化されれば、法治国家的価値および人道的価値に即して採られる刑事政策がとどまるべき範囲を示すパラダイムは、承認されている憲法上の原理と何ら異なるところはない。刑法が範囲の問題としては可能な限り狭いものと構成され、内容の問題としては責任主義に則したものでなければならないとする要求がここでも常に妥当するのは、自明のことである。しかしこのような要求は、価値論的に十分に基礎づけられ、基礎づけ可能である要請ではあるがそれ以上のものではなく、刑法が今日よりもより問題の少なかつた状態にあったという、現実の、あるいは想像上の時期を指摘して思い出させるようなものでは決してないのである。

正しい刑法をめぐる討議において、刑法教義学者が、関連する技術的な問題に適切に、かつ合理的な基準にしたがって回答することのできる地位にあるのは確かである。しかし、刑法を基礎づけるパラダイムについての一般的な民主的討議において、教義学者が他の市民に対していわば特別知識を有しているということを主張することは困難である。むしろ、刑法典に記録された個々の犯罪がある程度まだらに寄り集まっているということは、民主的に構成された社会において、その社会的問題と価値表象とを表すものである。刑法典は同時

---

(1) 訳注：日本語訳について、中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典 (I)」龍谷法学 2 卷 2・3・4 号（1970年）234頁以下参照。

に、その社会の価値と欠点を反映するものであり、—— Hegel の定式によれば—— 「特にその時代、およびその時代における市民社会の状態の一部なのである」。

〔訳者あとがき〕

本稿は、ボン大学法学・国家学部（法学分野）ウルス・キントホイザー教授（Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser）が、2017年10月7日に比較法研究所で講演された際の講演原稿の翻訳である。本講演の基となった論文（„Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft”）は、山中敬一教授（関西大学）のドイツでの古稀祝賀論文集（Rechtsstaatliches Strafen, 2017）に寄稿されたものである。講演原稿においては原論文に付されていた注が省略されているため、翻訳にあたってはこの形式を維持している。また原文中のキッコーは訳者による。

講演会ではⅡの部分は割愛されたが、キントホイザー教授から訳出の許可をいただき、その全体を訳出した。翻訳にあたり、Ⅰ、Ⅲ、Ⅳ、Ⅴ、Ⅵについては仲道が、Ⅱについては、小池直希（早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程）がそれぞれ訳出を行い、全体を仲道が校閲した。なお残る誤訳等の責任は仲道にある。

キントホイザー教授は分析哲学の方法論を用いた規範論研究で世界的にその名が知られているが、日本での講演は今回が初めてである（2017年10月9日に行われた講演については、比較法学51巻3号に掲載されているのであわせてご参照いただきたい）。当日は多くの参加者が得られ、非常に活発な議論が行われた。本講演を快くお引き受けくださったキントホイザー教授に心から感謝を申し上げる次第である。