

ラレンツの客観的帰属論について

目次

第一章 議論の意味
第二章 出发点としてのヘーゲル『法の哲学』
 第一節 基本構造
 第二節 抽象的権利（人格性）
 第三節 道徳性
 第四節 人倫性
 第一款 序
 第二款 家族
 第三款 市民社会
 第四款 国家
第三章 ラレンツの客観的帰属論
 第一節 十九世紀ヘーゲル学派の帰属論

加藤 正明

- 第二節 ラレンツによるヘーゲル学派の再興
- 第四章 客観的帰属論に対する原理的批判
 - 第一節 小野清一郎の「普遍主義」的刑法学
 - 第二節 戦後刑法学における形而上学的意思概念の残存
 - 第三節 ヘーゲル市民社会論に欠けているもの
 - 第四節 理性から感情への視座転換
- 第五章 結語

第一章 議論の意味

一 法益侵害またはその危険結果を構成要件要素とする結果犯において、実行行為と構成要件的结果とのあいだに刑法上の因果関係が認められるためには、両者のあいだに条件関係が存するだけでは十分でなく、構成要件的结果へと至る因果経過を含む具体的結果の発生が客観的に予測可能でなければならぬ。「相当性説」とよばれるこの理論は、これまで通説的地位を占めてきた。^①

具体的結果が予測可能かどうかは、その判断資料として行為時に存する事情をどこまで考慮するかに左右されるところ、これに関して、折衷説という見解が存する。同説によれば、行為者が認識または認識しえた事情だけでなく、行為者に認識しえなくとも、「一般人ならば認識しえたであろう」という事情までは相当性の判断資料としてよいとされる。相当性の判断資料をめぐっては、行為者の認識または認識しえた事情に限定する主観説、行為時に存在する全事情を判断資料にしてよいとする客観説があつて、折衷説はそれらの中間的主張にあたる。

折衷説はどのようにして理論的に基礎づけられるのだろうか。この点、違法性の本質を、行為者が行為規範に違反したことにみいだすのならば、主観説を採用するのが順当であろう。行為者にとって認識不可能な事情をもとに、例えば「人が死ぬからやめてはいけない」と禁止したところで、行為者は当該規範に直面しえないからである。

ところが、折衷説に関しては、一般人にとって認識可能な事情を判断資料とすることよりも、特別知、すなわち、一般人には認識不可能ながら、行為者がとくに知っていた、ないし行為者には認識可能だったという事情を判断資料に加えることが、むしろ理論的に説明が必要であるとされてきた。團藤重光は、構成要件が違法類型であると同時に責任類型でもあるならば、構成要件要素としての因果関係において、行為者の主観面を顧慮して因果帰属の範囲を広

げてもかまわないと説明した。⁽²⁾

二 折衷説が一般人にとって認識可能な範囲にまで判断資料を拡張するのはなぜかの問いに一つの解答をあたえるのは、辰井聡子である。

その出発点は、刑罰が行為者への回顧的な非難をあらわすという伝統的見解である。辰井によれば、「人間の意思活動は、性格や環境に規定され影響を受けるが『決定』されてはいない。諸条件にもかかわらず、最終的に行動を『決定』するのは人間である」というのが、「自由意思論」の主張点である。そのような意味での自由意思は「責任の『根拠』というよりは責任の『前提』」である。⁽³⁾ たしかに自由意思の存在は実証されてはいないけれども、「証明されていないものを、刑罰を正当化するために用いることは、決して不当ではない」。⁽⁴⁾

結果犯に関しては、「身体の動静という意味での行為」をおこなうかどうかだけでなく、結果が発生するかどうかを左右しえなければ、非難の前提たる自由意思は認められないと辰井はいう。なぜなら、前者について「決定」しただけで、行為との条件関係が認められるあらゆる結果に対する責任を問うことは、「一度意思行為を行った人間を、万物の創造主の地位に置くようなもの」だからである。人間は神ではないので、「自己の意思で左右しうる」事象の範囲には限界がなければならない。⁽⁵⁾

かくして、相当性説の基礎は伝統的責任論にみいだされる。結果惹起が非難に値するかどうか責任論で判断されるのならば、相当因果関係は「刑事責任を基礎づける惹起の関係」へととらえなおされる。したがって、それは、行為者にとって外在的な事情によって帰責を限界づける要件ではなく、行為者の側に存する事情によって帰責を基礎づける要件だといっているのである。⁽⁶⁾

相当性説を責任論に結びつけることによって、折衷説は理論的に基礎づけられる。⁽⁷⁾ 相当因果関係が結果発生を行為

者が左右しえたかどうかの問題である以上、「問われるべきは、行為者自身の予見可能性である」ところ、規範的責任論に従えば、適法行為の期待可能性は行為者を標準としながらも、その下限については規範化がなされる。「社会というものは、成人である構成員には、一定の知識・能力とそれに応じた義務があることを前提として成り立って」おり、社会制度を成り立たせるためには、すべての者にそのような知識・能力が備わっているかのように扱う必要がある。

この「社会の諸制度を機能させるために必要最低限の、合理性のあるフィクション」の下では、「社会人として最低限要求される程度の知識・能力を有する者」としての「一般人」を行為者の認識能力が下回る場合は、行為者ではなく一般人が基準となる、と。⁽⁸⁾

三 以上の辰井説には論理の飛躍がある。たしかに規範的責任論は行為者心理を離れて責任判断をおこなうものだけれども、規範化されるのは法秩序への適応、すなわち、遵法の動機づけに關してである。問題の行為をおこなう際に、行為者が關連する法令を知ろうとしなかったり、知っていてもいい加減にあてはめたり、關連法令を知り、あてはめも間違えていないけれども、この程度の違反では処罰されることはないだろうと高をくくったりしたために違法性の意識を欠いたとする。それらの場合に、「違法性を意識しえた」ということを理由に故意責任を認めるのが規範的責任論なのである。⁽⁹⁾したがって、義務づけの前提になる認識可能性まで規範化されるわけではない。

したがって、辰井は、規範的責任論よりもさらに規範化された責任概念を因果關係論に落とし込むことよって折衷説を基礎づけたということになる。規範的責任論が意思自由論と両立不可能だとは思われないけれども、⁽¹⁰⁾辰井においては「意思」が行為者心理を超越したものであるかのようにとらえられており、したがって、彼女のいう「意思の自由」も、「結果発生を具体的に予見し、その予見を反対動機として、問題の行為を差しひかえることができる」という意味での自由ではもはやなくなっていることには相違ない。

問題は、これをどのように理論的に基礎づけるかにある。辰井は「社会の諸制度を機能させるために必要最低限の、合理性のあるフィクション」だというけれども、それでは答えになっていない。もつとも、「規範的に観察したから」という説明だけでは十分でないのは、規範的責任論にもいえることであって、なぜそのような「フィクション」が作り出されるのかを当の「規範」に立ち返って説明しなければならぬのである。残念ながら、この点について辰井はほとんど何も述べていないように思われる。¹¹⁾

四 ところで、辰井に近い見解はすでにドイツで主張されている。ラレンツによってヘーゲル哲学を基盤に構築された、「元祖」客観的帰属論がそれである。ラレンツもまた、行為者の主体性によって折衷説を理論的に基礎づけようとした。辰井がラレンツに同調するかはわからないが、少なくとも一つの考え方として、辰井説をラレンツの客観的帰属論に重ね合わせることは不可能ではないように思われる。何より、ラレンツの所説は、二十一世紀の刑法学においてもなお、取り上げる価値が十分にある。

そこで、本稿は、ヘーゲル『法の哲学』の内容を確認したうえで、十九世紀のヘーゲル学派との対比をとおして、二十世紀のヘーゲル学派であるラレンツの元祖客観的帰属論の解明を試みることにする。ラレンツの所説には、その理論的完成度の高さに驚かされると同時に、『法の哲学』に依拠するがゆえの問題性もまたみえてくる。それは、従来のわが国の学説が規範的責任論の基礎として暗黙裡に了解してきたものへの懐疑をいだかせるだろう。

(1) 学説の推移については、拙稿「刑法における因果帰属論の展開」神奈川法学四四卷一号(二〇一一)五一頁以下を参照。

(2) 團藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社、一九九〇)六三頁。

(3) 辰井聡子『因果関係論』(有斐閣、二〇〇六)八八―八九頁。

- (4) 辰井・前掲書九七頁。辰井は、刑罰制度の根幹には自由意思の観念によって基礎づけられた非難の感情があるという確信は「深くわれわれにしみ込んで」おり、「そのような観念が否定されることは、われわれのあり方すべてが否定されることであるといっても過言でない」とまで述べている。
- (5) 辰井・前掲書一〇六―一〇七頁。
- (6) 辰井・前掲書一〇八―一〇九頁。
- (7) 異見として、山口厚「書評」ジュリスト二二二八号(二〇〇七)四七頁。辰井が「おそらく妥当性の考慮からそれ(主観説——引用者注)を修正して折衷説に至っている」と述べる。小林・後掲『探究②』一四〇頁注一六は、同書評を「本書に関するものに限らず)、私の知る最も優れたもの」と絶賛しているけれども、山口が辰井説のポイントを的確に押さえているように思われない。
- (8) 辰井・前掲『因果関係論』一一七―一二二頁。
- (9) 辰井「因果関係論—川端博ほか編『理論刑法学の探究①』(成文堂、二〇〇八)三二―三三頁は、松宮孝明「過失の標準」再論」同「過失犯論の現代的課題」(成文堂、二〇〇四、初出一九九二)一五三頁を参照しながら、行為者における認識能力が一般人のそれに引き上げられるのは、「法が、規範心理的能力に個人差があることを認めていないから」だとも述べている。しかし、松宮が「自分はきれいな女性を見たとどうしてもそちらに目が行ってしまうので、脇見運転で被害者に気づかなかったのはしかたがない」と弁解しても、裁判所はこれをもって過失を否定してはくれないであろう」と述べるのは、前方注視が行為者に義務づけられることを前提に、上記の気質があろうとも義務遵守は期待可能であって、その意味で、有責性の段階における行為者基準は「原理的には完徹できない」という趣旨である。
- (10) 小林憲太郎「因果関係論と客観的帰属」川端ほか編『理論刑法学の探究②』(成文堂、二〇〇九)一三八―一四〇頁は、不法と責任を分離すれば、責任の内容は「刑法が意思にはたらきかけることで、その行為を(新たに形成された意思により)やめるよう要求できる」というものになって、これは「意思自由論を仮象問題化するために出てきた、やわらかな決定論の話」であるとし、辰井の試みは「刑法学の系譜を無視する牽強附会の類であり、端的にいつて誤り」とまで言い切った上で、白々しくも、辰井が「自説を全面展開できれば学界全体に本質的で致命的な衝撃を与えることが可能」で、「伝統派の私」としても、「ぜひともそのような衝撃のシーンに立ち会ってみたいと思う」と述べる。しかし、そもそも辰井は規範的責任論を否定しているわけではないので、所論は的外れだと思ふ。小林の辰井説批判は、さながら、山口・前掲書評の尻馬に乗ったかのような感がある。
- (11) 杉本一敏「書評」刑事法ジャーナル八号(二〇〇七)一五九頁は、辰井説が「意思的コントロール」を「客観化・社会化」するものだとした上で、「この観点は、行為主体の自由の所産のみが当人に帰属される、という本書の原則論を侵食する可能性を孕むだけ

に、明確な限界づけと説明を要するだろう」と述べる。

(12) 辰井「平らな鏡で世界を見れば④」『書齋の窓六七三号(二〇二二) 五―六頁』には、日本社会がエマニュエル・トッドのいう「直系家族」型の社会で、そこでは「公の機能を家族システムの内部に取り込むことで、近代国家の成立を待たずに、縦型の秩序によって統制された官僚制的な社会」が作り上げられていたとともに、「社会を統制し、安寧・秩序を維持する機能が社会のあちこちに偏在しており、決して中央に集中しているわけではない」ということが述べられている。

他方、辰井は自身のウェブサイトに、刑法学は「古典的リベラリズムといわれる、イギリス庶民(あるいはバンクロック)のよいうな素朴な自由主義思想(中略)に基づく分析をすれば、評価され、世の中の役に立つ(らしい)」という程度の了見で刑法学者になったものの、日本社会の現実を思い知るうちに、「教科書に書いてあることとて、全部フィクションだったのか」と、おなかの底からしじみと理解してしまった¹³⁾ため、法学者を続けられなくなったと述べている (<https://www.satokotatsui.com/category/teachers-office/> (二〇二二年六月三〇日最終閲覧))。ゆえに、「刑法学説」としての辰井説も、ラレンツとは思想的基盤を異にしていたのかもしれない。

(13) わが国の刑法学におけるヘーゲル理解の水準については、川口浩一「日本におけるヘーゲル刑罰論研究の最近の動向」ノモス四五号(二〇一九)三五頁以下を参照。『法の哲学』を刑法学者が紹介したものとしては、中義勝「ヘーゲルの刑法論と人間像(一)、(二、完)」関西大学法学論集三〇巻五号(一九八二)五八三頁以下、同巻六号(同年)七五六頁以下があるが、わが国におけるヘーゲル研究は当時から格段に進んでいる。とくに後掲の加藤(尚)『法』哲学、熊野「ヘーゲル」を参照しながら『法の哲学』を再読する必要は、刑法学者にもあるだろう。そこで、『法の哲学』の全体を刑法学上の関心に沿って詳しく紹介することにした。なお、ドイツ刑法学におけるヘーゲル哲学の受容と離脱、さらに再評価の歴史を概観したものととして、矢田陽一「Hegelとドイツ刑法学」篠原敏雄先生追悼論文集『市民法学の新たな地平を求めて』(成文堂、二〇一九)二二二頁以下。

第二章 出発点としてのヘーゲル『法の哲学』

第一節 基本構造

一 「自然法と国家の学概説」という副題の付いた、『法の哲学』（二八二二）は、ヘーゲル晩年の著作である。¹⁴
 その筋書きは、「自由」の概念に具体的内容をあたえていくうちに、国家という概念へと至るといえるものである。彼は自由を人間の内面における主観的意識にとどまらせないで、契約社会、さらには、家族とか、国家とかの共同体という「現実」を構成する客観的原理だとも解している。

本書「序論」において高らかと宣言されるのは、次の命題である。

理性的なものは現実的であり、また、現実的なものは理性的である。

この警句めいた命題は、当時からすでに、保守反動的な現状肯定であるとの誤解を招いたけれども、ヘーゲルにとって「現実的」(wirklich)とは、「現にあるもの(現存在)」によって実証されることではなく、任意の理念がそこに顕されていることを意味する。そうでないものは、移ろいゆく現象にすぎない（『小論理学』第六節¹⁵）。現にある制定法も、合理的でなければ存在価値を否定されるのである。もつとも、共和政を理想の政治形態とみる共和主義者にヘーゲルが批判的だったことには相違ない。国家がかくあることを等閑視して、あるべき国家像を構想するのは机上の空論でしかなく、頭脳の浪費だ、と彼は揶揄している。

ともかく、『法の哲学』は、『私は自由である』とは、どういうことか」を契約社会だとか、個人道徳だとか、共同体社会だとかといった段階（フェーズ）ごとに、批判的に問うていく。その作業は矛盾を暴くことだといつてよく、矛盾に直面するたびに、理性は新たな概念を錬成してその矛盾を解消し、¹⁶次の段階へと移行する。——ミネルヴァの梟は黄昏どきに飛び立ちはじめるのである。

二 『法の哲学』の骨子は、「個人は、普遍性の否定である特殊性を否定することによって自由になる」というものである。国家だとか、社会だとかといった集団（≡全体）によって定立された規範を個人に内面化させてよいとの結論を導くためのアプローチとして、ヘーゲルがとったのは、全体論（ホーリズム）¹⁷である。個人の意志を全体の意志へと高めることができれば、個人によって構成される全体が個人を抑圧することは論理的にありえない。逆説的にも、「あたかも個人が存在しないかのように生きること」が、自由への道を用意する。

自然および制定「法」の基盤となるのは、「意志」(Wille)である。意志とは、「私は**だ」と自己規定する思惟で、それは「自分自身に定在」(Dasein)を与えようとする衝動」¹⁸なのだ。精神的なるものの運動法則——それを探究するのがヘーゲル論理学である——に従えば、意志が「私は**だ」と普遍的な概念をもって自己規定するとき、私は「それ自体として存在する」(an sich sein)。ただし、その「普遍性」(Allgemeinheit)は、さしあたっては、自己の「特殊性」(Besonderheit)が捨象されているという意味で、抽象的なものでしかない。この段階では、「私とあなた」の区別、自他の区別そのものが否定されている。それは抽象的な自由にとどまる。

そこで、意志は自らの普遍性を否定し、自己と他を区別することで、自己の特殊性を悟る。すなわち、自己にとつて他なる社会的現実のなかに、意志は自己の定在をみいだそうとする。けれども、それは他によって浮き彫りにされた自己であり（対他存在）、自己と他は図と地の関係に立っている。そのような自己を関係の対象としたときには、私¹⁹は社会的現実によって規定された存在でしかない。いうなれば、私をみている「もうひとりの私」は、私には私自身を規定するものが何もないことを悟る。私が「独自に存在する」(für sich sein)とは、そういうことなのである。²⁰

ヘーゲルは「承認」の概念によってこれを乗りこえる。熊野純彦は、ヘーゲルにおける「他のものにたいする存在」という次元、他のものにたいする関係という存在の次元は、もともととはひととひととの〈あいだ〉の關係にこそ原型

をもつものであるはず」だと解説する。或るものの「ありかたは、当の或るものの對他存在にぞくする」が、そこには或るものと他のものを互いに関係づけるものがないくはならない。それは「人間の行為」であって、「人間の行為の連関はそして、それにあずかり、それを編みあげるひとびととのあいだの関係を前提しているはず」で、「関係そのものが、私と他者との存在のありかたを、同等の意味で、つまり関係にぞくして規定している」と。²²⁾

この熊野のヘーゲル哲学理解に従えば、「私があなたを承認すると同時に、あなたが私を承認する」のではなく、「私とあなたの関係を私もあなたも承認すること」が相互承認だということになる。「私」と「あなた」は死に、「私たち」へと生まれ変わる。この物語が『法の哲学』なのである。

三 特殊性、したがって、普遍性の否定が否定されたものが、「個性」(Einzelheit)²³⁾である。

意志は、右の両契機の統一である。特殊性が自己の内面に反映されて、それにより普遍性へと引き戻されたもの、それが個性である。私が自己規定するとは、「自己」においては、自分自身に対して否定的なものとして、すなわち、規定されたもの、制限されたものとして定立しながらも、自己のものを離れない、すなわち、自己と普遍性とのあいだの同一性を保ち続けること、「規定」においては、自己を自分自身のみと繋ぎあわせることをいう。私が自己規定するのは、否定性を自己に関係づける場合である。(中略)私は自分が規定されていることを、自分のものであるとともに理念的なもの、すなわち、単なる可能性であって、それにより拘束されるのではなく、そのように自己を定めたという理由でそうであるにすぎないものだと知る。これが意志の自由なのだ。自由は意志の概念ないし実体性を、いわば、重力が物体の実体性をなすのと同様に、意志の重さをなす(第七節)。

個性の内容は自分だけで規定できるものではないけれども、個性は「(特殊な存在としての)私を否定する自由な私」の存在を前提とするから、自由のあらわれなのだというわけである。個人は、家族だとか、社会だとか、国家だとかといった共同体から離脱することはできない。「自己を実現する」とは、共同体の内部で彼に期待された役割を果たすことなのである。だが、そのような役割を担っている私は、あなたの存在(＝他者との区別)を否定するのではなく、「あなたと区別された私」を否定すること、「私は私だ」という自由を謳歌する。⁽²⁴⁾

四 なお、ここで合わせて確認されるのは、ヘーゲルにとつて、真の自由へと至る鍵は、愛や友情といった「情感」にみいだされるということである(七節補遺)。それらの情感は、他者との関係の中で生じると同時に、他ならぬ「私」が感じるものだから、意志はそこに自己の定在をみいだすことができる。情感を人間の本性の発露とみるロマンティズムは、青年期から、彼の思想に大きな影響をあたえている。⁽²⁵⁾

我々の本性自体には以下のような感情が織り込まれている。すなわち、たしかに、道徳的ではない、すなわち、法則への尊重(Achtung)の念から生じたものではなく、したがって、完全に確固として確実なものでもなければ、それ自体として価値を有するものでもなく、また、尊重に値するものでもないけれど、なおも愛すべきものであり、悪い性向を妨げ、人間の最善を促進するような感情——すべての良性の傾向、すなわち、同情、厚情、友情、等々がこの類のものである。それらの諸傾向の仲間たちの内部に含まれている、この経験的な特性には道徳感情も欠かせないのであって、道徳感情は(同情等の良性の傾向を織物にたとえるとして、その織物が織られる際に——引用者注)そのしなやかな糸を織物全体に送り出さなければならぬのだ。⁽²⁶⁾

『法の哲学』はあまり多くを語らないけれども、共同体の一員として生きること、道徳性をこえた「人倫性」がみいだされるのは、本来的には、そのような共同性が人々の情感に裏打ちされたものだからであろう。自己にとって本質的なものが自己を離れて、自己にとって外在的な現実となることを「疎外」というが、ヘーゲル自身は疎外を「人間性の喪失」だとは考えてはいない。疎外をとおして、人は理想と現実を合致させることができる。²⁷⁾ 例えば、夫として生きることが妻を愛するということであり、ゆえに、それは人間の本性にかなった「善き生」なのである。

ただし、ロマンティズムを国家観に直結させる青年期の構想は、すでに放棄されている。²⁸⁾ 反逆者ゆえ埋葬を禁じられた兄の亡骸に砂をかけて彼を弔ったアンティゴネーに、叔父クレオンが国法に従い死刑を言い渡さなければならなかったという悲劇に、ヘーゲルは「愛による国民の統合」が古代社会においてさえ困難であったことをみてとる。ただ、彼のアンティゴネー論は、家族的愛情を女性原理（Ⅱアンティゴネー）とし、これに男性原理（Ⅱクレオン）の権化たる法律、すなわち、国家が対立するという、²⁹⁾ 当時はともかく現代では極めて問題のある構図をとる。³⁰⁾

(14) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), *Philosophische Bibliothek* 638, Felix Meiner Verlag, Neuausgabe, 2020.

引用箇所 訳出に際しては、下記の翻訳書も参照した。なお、傍点部は原文では隔字体。

藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅰ・Ⅱ』（中央公論新社、二〇〇一、初出一九六七）

上妻精・佐藤康邦・山田忠彰訳『法の哲学（上）・（下）』（岩波書店、岩波文庫版、二〇二二）

三浦和男訳『法権利の哲学』（未知谷、一九九一）

さらに、『法の哲学』の内容をわかりやすく解説したものとして、加藤尚武『ヘーゲルの「法」哲学（増補新版）』（青土社、一九九九）がある。本稿のテキスト理解は同書に大きく依拠している。その後、同書は『加藤尚武著作集第三卷』（未來社、二〇一八）に収録された。

- (15) 牧野紀之訳『小論理学』（未知谷、二〇一八）。
- (16) 滝口清栄『ヘーゲル「法（権利）の哲学」（御茶の水書房、二〇〇七）一九八〜二〇〇頁を参照。「共同の自由は、個人の意志の自発性と〈知るはたらき〉を通して、個々人の知るところとなって存立する。個々人は、そこで自己の自由が真に普遍的なものに通じていることを自覚する」。それは「内容豊かな共同体のあり方が像を結んでいく過程でもある」ところ、「ここではつねに〈知（Wissen）〉の契機がはたっている」。
- (17) 加藤（尚）『ヘーゲル哲学と近代社会の規範原理』前掲『著作集第三巻』二三八頁（初出一九九二）を参照。
- (18) 定在とは、「そこに在る」（*at sein*）を名詞にしたものであるが、それは、物体としてそこにあるということではなく、「規定されてある」ということをあらわす。ヘーゲルによれば、「在る」が存在する以上、その否定である「無い」も存在し、存在者は在ると無いのあいだを運動する。したがって、定在の否定である「非定在」（*Nichtsein*）もまた、そこにはないところに存在する。それは他の定在であって、ということは、定在はその裏で他の定在もあらわしている。したがって、定在は他なるもの定立となる。熊野純彦『ヘーゲル』（筑摩書房、二〇〇二）一三九〜一四〇頁を参照。
- (19) パートランド・ラッセル（市井三郎訳）『西洋哲学史 3』（みすず書房、一九七〇）七三七頁によれば、ヘーゲルは「ある事物を他のすべての事物から区別するに充分なことが知られていれば、当の事物のあらゆる性質は論理によって推論できると考えていた」とされる。ラッセルはこの点でヘーゲルは間違いをおかしているとみる。
- (20) 加藤（尚）『ヘーゲル哲学の形成と原理』『加藤尚武著作集第一巻』（未來社、二〇一七、初出一九八〇）一一二〜一一三頁を参照。意識が即自としての自己を対象化することで、対象化された自己は「『意識にとつて』対他存在」となるところ、そこでの「対象は観念化されている。意識の求める認識とは、触れれば枯れば定めのある花そのものに触れたいと思う不可能な願いなのだ」。さらに、同二六四〜二六五頁も参照。「自己を他に照らし合わせて自覚する」ことによつて「自己の単独性を回復したものが、対自（*für sich*）」である。即自も対自も、いずれにせよ他との関係を想定したうえで、自己関係というかたちで単独性をもつ段階を表しているのである。ただ、即自が他への無自覚によつて（したがって自己への無自覚によつて）そうであるのに対して、対自が自他への自覚によつて、そうであるというちがいが過ぎない」。
- (21) *an sich* と *für sich* には、「即自的」と「対自的」という定訳がある。前者は「自己に準拠すること」、後者は「自己を関係の対象とすること」を意味する。この訳語が頻繁に登場することが、筆者のような門外漢にとつてヘーゲルの社会理論のハードルをやたらと高くしている。そこで本稿では、哲学的正確性を犠牲にして、即自的を「それ自体として」、対自的を「独自に」と言い換えることにした。後掲の、ハイデルベルグ大学での一八一七／一八一年の講義録（ヴァンネンマン手稿）の翻訳である、高柳良治監訳『自然法

と国家学講義（法政大学出版局、二〇〇七）は *Er sich* を「それ自体で」、*Er sich* を「それだけで独立して」と訳しており、本稿の試みも、およそ不当であるというわけではなさそうである。

なお、加藤（尚）「ヘーゲル入門」『加藤尚武著作集第四卷』（未來社、二〇一八、初出一九九八～一九九九）三〇六～三〇七頁によれば、*an und für sich* は哲学用語でも何でもなく、日常会話で「一体全体」という意味で使われる表現であり、「ヘーゲルの弁証法論理では、事柄がアンジツヒ↓ヒューアジツヒ↓アンウントヒューアジツヒと展開される」というのは「デマ」だそうである。

(22) 熊野・前掲『ヘーゲル』一九四～一九六頁。

(23) *Einzelheit* は「個別性」が定訳だが、「全体と個（人）」という構図から「個性」と訳すことにした。

(24) 高山守「自由論の構築」（東京大学出版会、二〇一三）七六～七七頁によれば、ヘーゲルの自由論は、「理想的な共同体の一員としてふさわしい振る舞い」をすることに自由の定在をみいだすという意味で「共同体論的」であるが、その根底には、人々が自己決定に理由を求めることなく、「あるがままの自分をそのまま生きる」点に「全面的な自己解放」をみいだす、「人間論的」な自由論が存在するとされる。

(25) 加藤（尚）・前掲『法・哲学』『著作集第二巻』四〇頁を参照。

(26) 久野昭訳「民族宗教とキリスト教」ヘルマン・ノール編（久野・水野建雄訳）『ヘーゲル初期神学論集Ⅰ』（以文社、一九七三）三一頁。訳文は Hegel, *Gesammelte Werke* Bd. I, Felix Meiner Verlag, 1989, S. 101. を参照のもの、一部を変更した。

(27) 加藤（尚）編『ヘーゲル「精神現象学」入門』講談社、講談社学術文庫版、二〇一三、初出一九九六～二〇一三～二〇四頁〔滝口〕。

(28) 伊坂青司『ヘーゲルとドイツ・ロマン主義』（御茶の水書房、二〇〇〇）二四九頁を参照。

(29) 加藤（尚）編・前掲『入門』一九二頁（座小田豊）を参照。

(30) ただし、岡崎佑香「女性の欲望と共同体」寄川常路編著『ヘーゲルと現代社会』（晃洋書房、二〇一八）九六頁以下によるヘーゲル『アンティゴネ』論の再解釈も参照。アンティゴネが意図的に国法を犯したのは、その亡骸が彼女の夫でも子でもなく、兄のもだったからだったことから、ヘーゲルは、兄妹関係を、同じ血を分けて生まれた者同士で、かつ、それゆえに欲望が介在しないので、かけがえない関係ととらえる。だから、アンティゴネが兄に礼を尽くすことを「神々の掟」と称したのだ、と。これに対して、ジュデイス・パトラはアンティゴネの行動の背景に近親姦を読み取る。アンティゴネは国法という「人間の掟」だけでなく、近親姦の禁止という「神々の掟」にも背いているのに、ヘーゲルは後者の側面を隠蔽した、というのである。

岡崎は、パトラの『アンティゴネ』解釈を支持しながらも、次のように述べる。ヘーゲルもまた、「近親姦の禁止が存在するからこそ、血のつながらない男女の婚姻関係の可能性が開かれる」ことを読み取っており、しかも、ヘーゲルにおいて、女性は「血

のつながりのない男性に対しては無差別に欲望しなければならぬとされていた。さらに、劇では、アンティゴネーの死は彼女の許婚の死、彼の母親であるクレオンの妃の死へと連鎖し、「このようにしてクレオンは没落する。女性の欲望を人倫の名のもとで二重の意味で規制して管理する掟が、女性の死を賭した違反によって破られるとき、男性主体の共同体の没落もまた引き起こされる。したがって、ヘーゲルの功績は、共同体の再生産の原理を、女性の欲望がいかにして統制されているかという観点から解明した点に認められる」(同書一一八―一九頁)。

第二節 抽象的権利（人格性）

一 抽象的権利の部では、意志が権利主体たる「人格」(Person)としての自由へと至るまでがえがかれる。

この段階の意志は、普遍意志の存在を悟るまでには至っておらず、「特殊意志と普遍意志の対立が揚棄されるのではなく、捨象されているにすぎない」という意味で、抽象的な「私」を自己規定するにとどまる。ヘーゲルの人格概念はそのようなものでしかない。⁽³¹⁾

人格としての意志は外在的な「モノ」(Sache)を意のままにすることで、自由を得ようとする。モノとは、それ自体としては魂(目的)をもたないものであり、私の生命、身体さえも、意志との関係ではモノである。人格としての意志はモノのなかに自らを込めることによって、それを「私のもの」にする。かくして、人格は「領得の権利」(Zueignungsrecht)を有するのである。人格が任意の客体を実力支配することをヘーゲルは「占有」(Besitz)とよぶが、意志は、客体について「～したい」という欲求だとか、衝動だとか、恣意だとかの充足のために占有するだけでなく、占有すること自体に自由な意志の実現を認め、「この物を占有するか」によって「私は自由かどうか」を規定しようとする。これが「所有」(Eigentum)である。

所有は人格レベルにおける不自由の始まりであるとともに、自由への始まりでもある。不自由の始まりなのは、「私」のものが存在するのならば、概念上、「他人のもの」も同様に存在しなければならぬからである。人格としての意志は、自らの特殊性を認めざるをえない。他方で、意志は所有を介して、誰か他の人格の意志が存在することを認識できる。所有は、相手を人格として認めるとともに、自分も人格として認めてもらうという「相互承認」の契機なのである。

二 人格としての意志が自らの特殊性を否定するための手段は、「契約」である。日常語で契約とは、「両当事者の意思内容が合致すること」だが、ヘーゲルによれば、契約の対象となるモノは、「私のもの」であると同時に「あなたのもの」でもあるから、概念的には、契約は矛盾をはらむものだといわなければならない。そして、この矛盾こそが私の特殊性を否定する原動力となるのである。

私は所有を外在的なモノとして手放すことができるだけでなく、概念的に、所有を所有として手放さなければならぬ。そうすることで、私にとって、私の意志は、現に存在するものとして、対象たりえるからだ。だが、この契機ゆえ、手放されたものとしての私の意志は、同時に、他人の意志でもある。だから、概念のこの必然性が現実のものとなる右の契機は、異なる意志の統合であり、したがって、そこでは、両者の相違性と固有性が放棄されている。とはいえ、(この段階では)双方の意志が一致しながらも、「どちらも互いに同一でなく、相手に対して独自性をもった意志であり、またそのことに変わりはない」という側面も存する(第七三節)。

このように、契約における意志は、私と他人の「共同の」(gemeinsam)意志にとどまる。意志は普遍意志の存在を

悟るに至っていないのだから、契約による自由もまた普遍的な自由ではないのである。それゆえ、家族だとか、社会だとか、さらには国家だとかを契約関係に解消する社会契約説に、ヘーゲルは否定的である。この点はカントとの顕著な相違をなし、カントが婚姻を契約概念によって説明するのを、彼は「破廉恥なこと」だと非難している。

契約社会は、「それ自体として存在する共同意志と、共同意志に対してなお独自性を保っている意志とのあいだの対立が揚棄されていない」という意味で偶然的であり、両者の概念上の対立は「抽象的」権利侵害（Unrecht）というかたちで顕在化する。それにより、契約社会、したがって、人格としての意志の自由は仮象にすぎないことが判明するのである。権利侵害は、他人の所有するモノに自らの意志を込めることで抽象的権利の衝突を引き起こす「悪意なき（unbefangenen）権利侵害」、「私とあなたの」共同意志と主観的な「私の」意志とのあいだの同一性を欠いた「詐欺」（Betrug）、そして、契約社会の基盤たる自由そのものを否定する「犯罪」（Verbrechen）の三つに分類される。

意志が人格のレベルでの自由をえるためには、自由の否定を否定することで自由を肯定しなければならない。悪意なき権利侵害に関しては、民事裁判により、「それは私のものではない」という否定的判断が下される。詐欺に対しては、「客観的なもの、あるいは、普遍的なもの」と共通認識されているもの——それは、「真実」とよばれるものである——が、いわば「わがままな私」を否定する。

三 さて、犯罪を否定するのは「刑罰」（Strafe）である。

ヘーゲルは犯罪の本質を「強制」にみる。強制とは、端的にいえば、意志がモノのごとく扱われることである。人格としての意志が所有によって自由を規定するということは、他方で、私の所有するモノが他人によって意のままにされれば自由が否定される、という危険をはらむ。

所有において私の意志が外在的なモノに自らを込めるということは、意志がモノに反映されると同様に、意志がモノを足がかりに掌握されて、必然性の下に置かれるということである。それゆえに、意志は、あるいは、暴力そのものをこうむったり、あるいは、暴力により何かの占有あるいは実証的な存在を確保するのとひきかえに犠牲をはらわされたり、行為をさせられたりする。強制がくわえられるのだ（第九〇節）。

強制は、「意志がモノに自らを込めることで自由をあらわしながら、所有という自由の定在を否定している」という意味で自己否定だから、強制に対して、それを否定する第二の強制がくわえられることは概念的に必然であり、そのかぎりでのみ、意志は強制される権利を有する。第一の強制が「犯罪」であり、それに対する第二の強制が抽象的権利としての「刑罰」である。その意味では、たしかに、抽象的には刑罰とは応報なのだが、それは抽象論ではない。ヘーゲルにとって応報刑論は考究の出発点にすぎないのである。

ともかく、刑罰を科されることは、意志が自己否定から回復することを意味し、犯罪をなした犯罪者にとって、むしろ抽象的権利だということになる。

犯罪者に生じる侵害は、それ自体として正しい——それが正しいということは、同時に、侵害なるもののそれ自体として存在する意志、その自由の定在、その権利もそうなのだ——だけでなく、侵害は犯罪者自身の権利でもあり、したがって、定在する彼の意志、すなわち彼の行為 (Handlung) という形態で、侵害は（概念として——引用者注）定立される (gesetzt) のだ。なぜなら、ある理性的なものとしての彼の行為には、それは普遍的な何かであること、それによって立てられた定め (Gesetz) は、彼が自らの行為において独自に承認したものであり、

したがって、彼は自らの権利に包摂されるのと同じ意味で、その定めに包摂されてよいこと、が存するからである(第一〇〇節)。

もつとも、抽象的権利の段階では、意志は自らがさしあたっては特殊意志にすぎないということさえ、まだ知らないでいるから、犯罪者にとって刑罰は、彼にとってどうすることもできない、社会的現実として現前する。

ところが、刑罰による犯罪の否定(否定の否定)は、「権利侵害に権利侵害をもって報いる」という点で、抽象的には「復讐」と変わらない。復讐とは、概念上、「私とあなた」の共同意志ではなく、復讐者自身の特殊意志による強制であり、その意志が人格性を抛りどころに「私はあなたではない」という無限態に安住するかぎりは、新たな権利侵害となる。だから、復讐は復讐を招き、権利侵害は無限に繰り返される。ここに、契約社会は二律背反に陥るのである。

この矛盾(中略)を解決したいという要求は、主観的な利害や心理状態、また、たまたま実力を備えていたかどうかにかかわらず、正義、すなわち、復讐ではなく刑罰をおこなう正義を要求することである。そこにさしあたり存在する意志の要求は、「特殊な主観的意志として、普遍そのものを欲する」というものなのだ(第一〇三節)。

かくして、意志は、「人格としての私」をさしあたっては特殊なものともみられるようになる。この特殊性を否定する過程が、次の、道徳性の段階である。⁽³⁴⁾

(31) 加藤(尚)編・前掲『入門』一九四―一九六頁(座小田)を参照(「個人を人格と呼ぶのは侮辱することである」)。

(32) 異見として、今村健一郎「ヘーゲル刑罰論における〈犯罪者は犯行をつうじてひとつの法則を定立している〉というテーゼをめぐる」愛知教育大学研究報告、人文・社会科学編(二〇一八)七六―七七頁。人を殺した者は「その犯行をつうじて、『殺すな』という法の内容を破壊すると同時に、それと相反する新たな内容―『殺してもよい』―を備えた法を定立する」ことになり、その法は彼自身にも適用されなければならない。ゆえに、「殺人犯は、自らが定立した『殺してもよい』という法を自らに適用されることで、死刑に処せられる」とする。しかし、犯罪を普遍化が不可能な、その意味で特殊的な行動原理(定言命法)の定立としてとらえるのは道徳性の段階であって、抽象的権利の段階における「法」はそのような内容さえ捨象されている。犯罪が「法の否定」をあらわすならば、「法の否定」の否定である不法の否定(刑罰)が概念的に必然である以上、不法の定立は法の定立に等しい。ゆえに、犯罪行為は(法の)定立なのである。

(33) クルト・ゼールマン(中村悠人訳)「ヘーゲル『法哲学要綱』における刑罰論」関西大学法学論集六一巻三号(二〇一一)一〇一―一〇二頁は、第九七節に刑罰の「暗黙の基礎づけ」があるという。それによれば、犯罪は相互承認関係の否定、すなわち、「ある者が一方的に他者の上に立つ主体だと思いがつたということによって、特徴づけられる」ところ、相互承認は「同等な者たち(Gleichheit)の下でのみ獲得され得るもの」だから、刑罰は同等性の回復、したがって、「承認の喪失と同等のものを認識可能な形で」犯罪者にこうむらせるものでなければならない。刑罰が同害報復でなくてよいのはこのためで、「承認の喪失」という、侵害の「価値」において等しければ、応報の要請は満たされる、と。

(34) 中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察(三)」「立命館法学三四三三―三三三(二〇一一)一九九頁は、「法の哲学」においては人倫性が帰結であると同時に出発点でもあるから、「法秩序を前提に、その中で人格として相互承認関係を結び、そうして社会全体へと広がり、法秩序を形成していく」という、円環的な理解が妥当」だと述べる。けれども、そのような理解では、道徳性の段階が抜け落ちることになって、市民社会において刑罰が「和解」をあらわすというヘーゲル刑罰理論の帰結を導き出すことができないだろう。所論は端的に過ぎるようと思われる。

第三節 道徳性

一 道徳性の部でえがかれるのは、主観的意志のレベルにおける自由への道程である。

「～すべきだ」と自分で自分に言い聞かせるのが(個人)道徳だが、このとき、道徳的当為はそれ自体として存在する普遍意志の要請だとみることが出来る。したがって、意志は、さしあたっては、普遍意志を関係の対象として存在する特殊意志として出発する。普遍意志と特殊意志の対立が解消されないかぎり、道徳的に正しく行為することは自由に自由な意志決定にもとづくものとはいえない。そこで、意志は、自らを深く見つめていく中で遭遇する特殊性をその都度否定することで、主観性という存在基盤を保持したまま、普遍意志との同一性を確立していき、最後には、内心における絶対的な自由を得るのである。

意志は身体的動静によって引き起こされた外界変動を「己が所行」(eigene Tat)とすることによって定在をあたえられる。

たしかに、その所有者(Eigentümer)が私であって、かつ、外的なものとしてさまざまな連関に立って作用するところの物事(機械的な身体として、あるいは生き物としての私自身とも、同様のことがいいうる)が他の、それによる損害を惹起したときには、私の、己が所行は存しない。けれども、これ(損害——引用者注)が多少なりとも私の負担に帰せられるのは、かの物事はそもそも私のものであるが、それなのに、その所有物としての本性に従って、多少なりともという限度でのみ私の支配、注意、等々に服するからである(第一一六節)。

意志が外的なものである結果をも自己のものとしうるのは、任意の物事を私が所有しているからであって、あらゆる結果を意志は己が所行として引き受けるけれども、それは、「私の支配下にある」だとか、「私が注意しなければならぬ」というような規範的な意味でしかない。³⁶⁾ 例えば、我が社が売り出した商品がヒットして類似品を駆逐したために、ライバル会社が倒産し、同社の従業員だった人々が貧しくなったとする。彼らの貧困は我が社のせいなのだろうか。ヘーゲルはそうだというだろう。³⁶⁾ けれども、それは抽象的な意味でしかない。

二　そこで、意志は、自らを普遍的なものとするべく、まずは外部的な「行為」(Handlung)の内容を規定する。行為の内容はどのようにして規定されるのか。

行為の「企図」(Vorsatz)がどこにあったのかがまず問われなければならない、とヘーゲルはいう。自らの行為だといえる範囲でのみ、意志は「責任」(Schuld)を負う。そこで、意志は以下の「知の権利」を有する。

自ら行為する意志は、目の前の現実に向けて目的を設定する際に、周囲の事情を表象する。だが、右のもの(現実——引用者注)を前提とするがゆえに意志は有限なので、対象として何が現象するのは、意志にとつて偶然的であり、意志が表象したものは異なる内容になることもある。しかし、意志の権利とは、所行においては、自らの行為としての所行だけを承認し、先行して存在する諸事情のうち、目的の形態において知っているもの、すなわち、その企図の中にあつたものだけに關して責任を負うということなのだ(第一一七節)。

意志は、行為によつてもたらされた結果のなかに、「行為の目的」というかたちで自らを定めることにより、自由の定在を得るが、どのような結果が発生するのかは外在的な要因に左右されるのだから、自己規定という内的な必然性

は外的必然性、すなわち偶然の形態をとる。ヘーゲルは、企図にない結果は帰属されないといっているが、以下のようにも述べている。

有限なるものの必然性、が含む矛盾の展開は、まさに、定在において、必然性が偶然性に、またはその逆へとひっくりかえるということである。それゆえ、「行為する」とは、この観点にしたがえば、この法則に身をまかせ、ことを意味する。そのため、犯罪者の行為がさほど重大な結果をもたなかった場合には、彼にとって有利になるし、また、善行が何の結果も生まなかつたり、さほど効果がなかつたりしたとしても、それは仕方がないことである。また、犯罪は、(犯罪者が予想していたものよりも——引用者注)完全な顛末をたどった場合には、その責を負担するのだ(第一一八節)。

ここで述べられているのは、英米哲学で「道徳的な運」とよばれる問題だが、これは刑法学における未遂犯と既遂犯の相違の問題にまず重ね合わせるができる。殺意をもって首を絞めたけれども、たまたま死の結果が発生しなかった。結果が発生するかどうかは偶然であるけれども、結果に対する刑責はその偶然によって左右される。

さらに、ここから事実の錯誤の取扱いも導かれるものと思われる。私は溺死させるつもりで被害者を橋から突き落とすけれども、被害者は橋脚に頭を打ち付けて、溺れる前に死亡したとする。この場合に、私は「そのような顛末を予想しなかった」という理由で責を免れることはない。では、方法の錯誤はどうだろうか。私はAを殺害するつもりで銃の引き金を引いたけれども、弾はBに当たって、Bが死亡した。この場合も、私の行為は殺人であるか。そうだが、とヘーゲルは答えるものと思われる。³⁷⁾

三 企図の段階では、行為の具体的内容に踏み込むことなく責任の有無——「意志のもの」かどうか——を形式的に問うにすぎないため、引き続いて、意志は、行為の「意図」(Absicht)が何だったのかを問題とするようになる。「何かを意図する」とは、所行の特殊な一側面を取りあげて、この側面が行為の本性だと主張することで、個別具体的なものであった行為を、殺人だとか、放火だとかといった、普遍性の形式に高めることをいう。そこで、意志は「意図の権利」を有する。

意図の権利とは、行為の普遍的性質が単にそれ自体として存在するだけでなく、行為者によって知られており、それゆえ、すでに彼の主観的意志の中に存しているということなのだ。逆にいえば、行為が有する客観性の権利——そのようなものがあるとすれば、の話だが——とは、「私は、思惟する者である主体によって知られ、意志されてきたのだ」と主張することにある(第一二〇節)。

行為の中に存在するかぎりで特殊性を否定した意志は、今度は、他人との関係で特殊性を自覚するようになる。行為が「行為者」という主観性の契機を内に含みながら、その内容は普遍性の形式のもと現実存在するがゆえに、意志は自己実現の「満足」をおぼえることができる。そこで、意志は「満足の権利」を主張するのだが、満足の内容が欲求だとか、性向だとか、情念だとか、意見だとか、思いつきだとかいった、自然のままの主観的定在にとどまる段階では、行為は「私の幸福(Wohl)」を目的とするにすぎない。満足の権利は、概念上、他人の幸福との衝突をもたらすのである。⁽³⁸⁾

そこで、意志は自らの特殊性を否定するための理念たる「善」(Gute)を追求する。意志と善とのあいだには、「意

志は善を目的となし、これを成し遂げるべきだ」という関係がある。そのかぎりでのみ、意志が何を企図し、そこに何の意図があり、さらには何に満足をおぼえたのかは顧慮に値するのである。

かくして、以下の「洞察の権利」を意志は有する。

主観的意志の権利とは、自らが妥当として承認すべき事柄が「これは善だ」と洞察されるということ、その目的が外在的な客観性の形態にあるものとしての行為は、当該行為が右の（外在的な——引用者注）客観態において有する価値に関する知見に従い、正あるいは不正、善あるいは悪、適法あるいは違法なこととして意志に帰属されるということなのだ（第一三二節）。

かくして、行為の善悪を語ることが可能になるものの、善は、さしあたっては、「意志にとって本質的なものだ」というだけで、内容に具体性を欠く。この段階にとどまるのがカントで、彼は「義務は義務であるがゆえに遂行されるべきだ」と説く。彼の道徳哲学は、なるほど、意志の完全な自律性を確立するものではあるが、具体的に何が善なのかの問いに答えてはくれない。

行為は独自に、特殊な内容と特定の目的を必要とするが、義務なる抽象的概念はまだそのようなものを含まないのだから、次の問いが出てくる。義務とは何なのか。これを規定するについては、さしあたり、こう述べるよりほかない。正しいことをせよ。幸福のために、つまり、自己の幸福と、普遍的な規定における幸福、すなわち他者の幸福に配慮せよ、と（第一三四節）。

ここで確認されるのは、ヘーゲルが、「自己と他者」の差異を乗りこえられない点に、道徳性の限界をみいだしているということである。道徳性の段階は、意志が自己の特殊性を否定して普遍的なものになる過程であるが、それは裏をかえせば、究極の個人主義であり、他者との共同性が捨象されているにすぎない。その意味で、道徳性における自由はいまだ抽象的なものにとどまるのである。

四　ともかく、道徳性の段階で善に具体的内容をあたえるのは、自らの普遍性を確信しきった状態にある意志である。ヘーゲルはこれを「良心」(Gewissen)とよぶ。良心は、何が善なのかを具体的に規定すると同時に、意志が表象したにすぎない善に現実性をあたえる。ここに意志は、自らの特殊性を否定して、主観的意志のレベルにおける絶対的自由を得る。

悪とは意志が自らの特殊性を否定していない状態であり、だからこそ、意志は悪に対する責任を負う。³⁹⁾

悪は概念上存在すべきでないものとして規定される、すなわち、悪は揚棄されるべきだということになる。(中略) 主観性がそこ(普遍性と特殊性の対立——引用者注)にとどまる、すなわち悪しき場合、主観性は、普遍意志に対して独自に在し、特殊的なものであり続け、恣意と変わらない。それゆえ、特殊的な主観こそが、端的に、悪に対する責任を負うのだ(第一三九節補遺)。

良心という極致に達することで、道徳性の限界が露呈する。たしかに、良心は、所行や意図といったものにとらわれることなく、完全に主観的に、自己の行為が善であると規定するけれども、それが悪でないことの保障はどこにも

ない。つまり、自己の内部において自己を普遍にまで高めたとしても、それは「自己」という特殊性の域を出ることはないのである。したがって、自己を超えて行動に出た良心は（「道徳的天才」、特殊性を否定していないのに自らを善と規定するという点で偽善であり、偽善を恐れて、内向的にも、自己にとどまり続ける良心は（「美しい魂」、何もしないのに自らを善と規定するという点で、これもまた偽善だということになる。ここに「良心は己を悪として知る」のである。⁴⁰）

(35) 松生建「ヘーゲルの帰属論の射程」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、二〇〇六）二九頁によれば、Heliko Iesch, *Der Verbrechenbegriff*, 1999でレッシユは、第一一六節を「過失を作為としてではなく、不作為として、しかも規範的な考察の産物として把握している」と解釈するようだが、第一一六節は「所行」について述べられた部分なので、少なくともテキスト解釈としては無理があるように思われる。なお、松生は「物事が私のものである」に「私の支配、注意、等々に服する」を「しかも」で接続し、累加の関係に立たせているけれども、原文は *gedacht* なので、これは誤訳である。ここでの「注意」や「支配」は、責任の意味をあいまいにしつつ責任の範囲を拡張するための概念であって、それほど強い意味では用いられていない。

(36) 加藤(尚)『著作集第三巻』二二二頁を参照。

(37) この点に関して、松生・前掲神山古稀三二―三四頁によれば、レッシユは第一一八節が「間接故意」(*dolus indirectus*)について述べたものであって、したがって、ヘーゲルは第一一八―二〇節において「*dolus indirectus*」の形式における過失の帰属の可能性も承認していると解する。間接故意理論とは、一の結果を意図しておこなった意図的行為に付随して、意図せざる他の結果が発生した場合に、後者が生じるのが確実、ないしは生じると考えたほうがよいのならば、「間接的にはそれも意図していた」として、「故意」(*dolus*) が認められるというものだが、レッシユがいうには、間接故意理論は、主たる結果を意図したかどうかに関係なく、意図せざる不随の結果についても故意を認める理論であって、ヘーゲルは、間接故意理論に「必然的な(本質的な)結果」と「偶然的な結果」の区別を導入し、帰属を「行為の『本性』」の存する「普遍的なもの」に、すなわち「偶然ではなくそれ自身を通して」行為から生ずるものに、つまり「理性的な人格としての行為者にとって予見可能なもの」に制限した⁴¹のだ、と。

レッシユの、おそらく独自の間接故意理論の理解はともかくとして、所論はテキスト解釈としては無理がある。レッシユの解釈

は、おそらく、ベルリン大学における一八二二／三三年講義（ホトロー手稿）で、ヘーゲルが、意図は「直接的な故意」という直接的なものに、個別に、対立する「間接的な故意」（尼寺義弘訳『ヘーゲル教授殿の講義による法の哲学Ⅰ』（晃洋書房、二〇〇五）二一四頁）であると述べていることに依拠しているものと思われる。しかし、引用部分の趣意は、企図が定在に関する直接的判断であるのに対して、意図は反省的判断だという点にあり、意図が間接故意に等しいとまではヘーゲルはいっていない。とはいえ、ヘーゲルは間接故意の理論を念頭においていたのは確かである。第一一九節では次のとおり述べている。

外的な現実の個別化された規定性は、その本性であるものを外的な連関として示す。現実には、さしあたっては任意の個別的な点においてのみ接するけれど（放火が木材の小さな一点だけに直接あたるように、一つの命題だけに直接あたるものは何の判断もあたえない）、この点の普遍的な本性はその延長を含む。生きものにおいては、個別的なものは直接的には部分としてではなく、そこに普遍的なものがそのようなものとして現に存するところの機関として存するのであり、したがって、殺人の場合、肉の一片が何か個別的なものとして侵害されるのではなく、その中において生命さえもが侵害されるのだ。一方で諸々の個別的なるものや結果へとばらばらにすることに掛かりあうのが個別的なものと普遍的なものの論理的な本性を知らない主観的な反省であるところ、他方で、諸々の偶然的なものをそのように別々にすること（Absonderung）を含むのは、有限な（＝延長をもたない——引用者注）所行自体の本性なのだ。——間接故意の案出は上記のうちにその根拠をもつ。

（38） 一般的故意（dolus in genere）との混同がみられるのはさておき、ここには間接故意理論が、したがって、方法の錯誤におけるいわゆる法定的符合説が企図から意図への移行の契機とされていることがみてとれる。さらにいえば、ヘーゲルにとって、故意は構成要件該事実の認識に尽きるものではなく、錯誤論をも射程に入れたものだったのである。

（38） 第一二七節では次のように述べられている。

自然の意志の諸々の利害の特殊性をその単純な総体性へとまとめるのは、生活（Leben）という人格的定在である。究極的な危険における、かつ、他人の法的な所有との衝突にあるそれは緊急権（衡平ではなく、権利としての）を求めなければならない。なぜなら、一方には、定在の無限の侵害、およびその中に、総体的な権利欠缺が、他方には、個別の限定的な、自由の定在の侵害のみが存するのであって、その場合には、同時に、そのようなもの（緊急権——引用者注）としての権利と、この所有においてのみ侵害をこうむった者の権利能力が承認される。

椿幸雄「ヘーゲルの刑法上の緊急行為論」国士館法学一〇号(一九七八)一八三〜一八五頁は、第一二七節を生命を保全するために他人の財産を犠牲にすることが許容されるという(違法性阻却事由としての)緊急避難の典型例を説明するものと読むけれども、「究極的な危険」とは、生命に対する危険というよりは、死活問題という意味であろう。そのように解さないと、次の段落で、借金を返せなくなった債務者から手工具や農具、衣服等、最低限度の生活を維持するのに必要な財を取り上げるのを債権者が差しひかえるという「生活費留保の利益」(beneficium competentiae)が緊急権から生じると述べられていることが接続しない。ヘーゲルは beneficium に Wohlat の語があてられることから、自他の幸福の衝突を乗りこえたところに善は横たわっていると説くのである。つまり、緊急権は、侵害をこうむる側からもとらえなければならぬ。緊急権はたしかにそれを行使する側からは「私の幸福」を追求する権利だけれども、緊急権を行使される側からは、他人の幸福のために自己の、個別的な自由の定在を犠牲にすることであって、それは善の追求なのである。ゆえに、第一二七節は、どちらかといえは、社会連帯に近い考え方で緊急避難を説明するものではないかと思われる。

(39)ゼールマン(川口訳)「ヘーゲルと帰責」奈良法学会雑誌一三卷一号(二〇〇〇)三九〜四〇頁は、ヘーゲルのいう良心が個人の「理性普遍」へのコミットメントをあらわしており、それゆえ、「もはや特殊意思を仮定する必要はなく、事実的意思を理性によって計ることのみが必要」とされるに至ると述べ、「道徳性におけるヘーゲルの帰属理論」に規範的責任論を読み取っている。

(40)座小田「共有知としての『良心』』についての一考察」栗原隆『共感と感応』(東北大学出版会、二〇一一)九五〜九九頁を参照。

第四節 人倫性

第一款 序

人倫性の部は、意志が自己と他者の差異を乗りこえるために、家族、市民社会、国家といった共同体を概念構築する過程をたどるというものである。良心に従い行為することが善であるためには、意志は「私とあなた」という抽象的な関係性から一步踏み出して、「私はあなたの**だ」という具体的内容をともなった共同性を確立しなければなら

ない。私は何者かを規定するのは共同体であり、例えば、家族という概念は「あなたは誰々の夫だ」というような解答を用意する。意志は、ここでも、普遍意志（共同体）に対して独自に存在する特殊意志（個人）として出発する。両者の対立が解消されないかぎり、自己の役割は他者から押しつけられた自己同一性（アイデンティティ）であり、それを果たしても、自分らしく生きることにはならないのである。

第二款 家族

人倫の第一歩は、家族、なかんずく婚姻である。家族という共同体を規定するのは愛情であり、それは実感することのできるものだから、「私はあなたの夫である」だとか、「私はあなたの息子である」だとかといったアイデンティティは、概念の上では、意識に直接的に与えられたものだけということになる。婚姻は、二人の人格が、自然のままの情欲をこえた、全人格的な「愛情、信頼、ならびに共同性」という精神的絆を概念へと高めることで、互いの特殊性を否定し、「一個の人格」を形成する人倫形態である。婚姻は、各人に役割をあたえるものだから自己制限をとまなうけれども、誰もそれを不自由だとはいわない。

婚姻という概念は、「男性と女性」という生物学的な性差に社会的な意味をあたえる。

一方は、独自に存在する人格としての自立性と、自由な普遍的なるものを知り、これを欲すること、すなわち、概念的にもごとを考えるという自己意識、および、客観的な最終目的への意志、とのあいだのジレンマに直面する精神的なるものであり、他方は、本質的なものを、具体的な特殊性や情緒の形態において知り、これを欲するという、調和を失わない精神的なるものである（第一六六節）。

これに引き続き、「男は外で働き、女は家庭を守るべきだ」とする性別役割分担論が展開されているが、この点ともかく、ここで確認されるのは、正しく生きるためのアプローチとしては、「人格としての自立性と、普遍的なるものへの意志との対立を克服する」男性的方法と、「本質的なものを感性によって具体的にとらえる」女性的方法とが考えられるということである。ただ、残念なことに、一八二二／二三年ベルリン大学講義録（ホト―手稿）によれば、ヘーゲルは後者を劣ったものとみる⁽⁴¹⁾。

ところで、子どもは、両親にとつて独自に存在する一個の現存在であるとともに、両親が二人の愛をかたちにしたもの、すなわち、婚姻による自由の実体的定在である。子どもの教育は、両親が惜しみない愛情を注ぐことにより子どもを家族の一員とする肯定的側面と、子どもを自由な人格として家族から自立させる否定的側面をあわせもつ。子どもはやがて成人して、誰かと婚姻し、自分の固有の家族を創始する。このように、家族は解体と創成を繰り返しながら増殖していき、一つの「民族」を形成するに至るのである。

家族は、それぞれが一個の自立した人格であり、他の家族との関係においては、「自己と他者」の差異ははまだ乗りこえられていないため、人倫性は家族という枠をこえ、人々のあいだに現れ出ようとする。それが「市民社会」である。

(41) 尼寺訳『ヘーゲル教授殿の講義による法の哲学Ⅱ』（晃洋書房、二〇〇五）三二五―三二六頁。

第三款 市民社会

第一項 経済と法

一 市民社会は、「欲求の塊」たる個人が利己的に生きる場だが、欲求を満足させるためには、他者との関わりの中で自らの特殊性を否定して、普遍的なものへと自らを高めなければならぬ。したがって、共同体としての市民社会は契約社会よりも高度な社会形態で、そこには、個人の幸福と行動原理とかが万人の幸福、行動原理との関連のなかで実現するという「全面的な相互依存」が存在する。

市民社会において個人が自己の利益を追求しながらも自らの特殊性を否定するための鍵となるのは、「陶冶」(Bildung)である。陶冶とは、人が共同生活をおくり、いわば世間の荒波にもまれるうちに一人前の人物になっていくことをいう。

市民社会のこれらの成員の意識内容そのものには関心がないのだとしたら、理念がそこに（他者との相互依存関係に——引用者注）みいだす関心事は、彼らの特殊性や自然性が、自然の必然性を介して、ならびに、欲求による恣意を介して、知と意欲における形式的自由および形式的な普遍性へと高められる過程、つまり、特殊性の形態にある主観性が陶冶される過程である。（中略）理性の目的は、それゆえ自然のままの習俗律 (Sitteneinfalt) でも、特殊性の展開における、陶冶によってえられる享樂でもなく、自然のままの純朴さ——それは、あるいは受動的な没我性だったり、あるいは知や意欲の粗雑さだったりする。要するに、精神が落ち込む直接性と特殊性——が取り除かれて、さしあたっては、かかる精神にとって外在的なものが合理的なものになって、精神に取り扱えるようになること、すなわち、普遍性の形式、悟性による分別なのだ（第一八七節）。

市民社会における振る舞いは普遍性の形式、すなわち、任意の「思想」(Gedanke)へと高められる。市民社会に生きるということは、何らかの思想を表明することでなければならぬ。その意味での自己解放が、この段階における自由なのである。

それゆえ、陶冶とは何かを純粹に定義するならば、それは解放であり、より高度な解放としては、労働である。無限に「私は私だ」という主観性を保ちながらも、もはや直接的な、自然的なものではなく、精神的な、すなわち、普遍性の内容へと高められた実体を人倫性が有するに至るための、純粹な通過点が労働なのだ。(中略)それと同時に、特殊性が加工されて、普遍性へと形成されるに至ると、この形式、すなわち、悟性による分別は、特殊性が真相ではあるものの、個人にとって独自に存在するものになることを可能にする。個人は、普遍性にあふればかりの内容とその無限の自己規定性をあたえ、人倫性の形態において、無限に独自に存在する、自由な主体として存在するのだ(第一八七節)。

ここで確認されるのは、市民社会に生きることが特殊性を普遍性へと「加工」するだけであって、実際は、特殊性をかかえて生きることを意味するという、ヘーゲルの認識である。市民社会は人々の個性を尊重するかにようにみえるけれども、その個性は自己関係的に規定されたものだから、独自性の域を出ない。だから、自己を解放すればするほど、市民的自由を謳歌すればするほど、市民は孤独になる。近代市民社会の病理をヘーゲルは的確に見抜いていたのである。

二 さて、市民社会における特殊性の原理は、「自らの欲求、思いつき、選好をあらゆる方向にさらけだしながら満足させること」で、これは経済学の原理である。ただし、市民社会における個人の欲求とは、人々のあいだで価値(利益)として認められているものであり、しかも、例えば、空腹を満たすために狩りに出る必要はなく、店で買えばよいように、欲求の実現手段は多様化している。その意味で、人間の欲求やその実現手段は社会性をおびるのである。社会的欲求は、自然のままの欲求をむき出しにするのではなく、「意見」というかたちで、そのかぎりでの普遍性をもって表出される。

人々は欲求を際限なく増大させていき(「贅沢」、市民社会に「相互」依存と必要)をもたらす。人間は必要に迫られて、すなわち、欲求を満たすための手段——つまり、財貨——を得るために、労働する。個々人の労働が分業により単純化されると、彼の技能と生産量が増大するとともに、何かの価値を創出するためには他者の協力を得なければならなくなることから、人々のあいだに相互依存のネットワークが出来あがる。個人はただ利己的に生きているだけなのに、それが他者の欲求の満足に寄与するようになる。万人が必然的に相互依存関係に入ることが、それ自体が、個人にとつて「普遍的な資産」なのである。特殊性はいつのまにか否定される。

ところで、市民社会において、個人はいくつかの「身分」(Stand)に分かれる。ヘーゲルはこれを農民、商工業者(職人、工場主、商人)、役人に分類をしている。個人は、ある者は農民としての、ある者は商人としての、誇りをもち、それぞれの道を極めることにアイデンティティをみいだす。経済的市民社会における人倫は、「律儀さ」(Rechtschaffenheit)と「職業人としての名誉心」(Standesehre)という心情に支えられているのである。もっとも、この段階では、個人的な欲求の満足が人々にとつて支配的な目的であるため、経済人としての道の追求(人倫性)と道徳性(他者の幸福への配慮)とのジレンマは、概念的には克服されないまま終わる。

三 以上の経済的市民社会は、人倫を抽象的に、すなわち、欲求とそれを満たすための労働との相互関係として共同体をとらえたもので、人々はこの相互関係に普遍性をあたえるべく、「法律」を制定する。経済から制定法へ。法律の制定は陶冶の第二段階である。

市民社会は人々の欲求に支配された社会であり、制定法が正しいのはなぜかとの問いには答えられない。その意味で、制定法のみを考察する法律学は權威主義的性格をおびる。

実定的な諸法においては、法律に適合的な (*gesetzmäßig*) ものは、法であるもの、というよりか、当然である (*Rechtens sein*) ものを認識するための確実な資料である。その意味で、実定法学は、權威をその原理とする、歴史上特筆すべき学問なのだ。(中略) 悟性が事物の本性そのものに立ち入るときに、悟性はあれやこれやの根拠を持ち出しては屁理屈をこね、もって何をしてかしたのかは、例えば刑法における諸理論(啓蒙主義刑法学のこと——引用者注)が教えるところである。実定法学が、一方では、法(の認識を学問対象とする——引用者注)だけでなく、問題の法規定の沿革、ならびに、それが個別具体的事案においていかに適用されて個別類型に細分化されてきたのかを、実証的なデータから導き出して、その帰結を示すことをも必然的な義務としながら、他方で、右の論証を尽くした後任意の法規定が合理的か否かを問われたときに、その問いを混ぜかえしとさえみなすのも、少なくともおよそ不可解なことではない(第二一二節)。

ヘーゲルにとって、制定法実証主義は市民社会特有の現象なのである。

法は、その定在にあつては（法源のこと——引用者注）、さしあたり掟として定められたものという形式をとるのだから、内容的にも、（制定法の——引用者注）適用として、所有や契約の事実関係、種類といった素材と関係するようになるが、それらは、市民社会においては、無限なるものへと個体化し、混みいつてくる。さらには、情緒的なもの、愛情、信頼にもとづく人倫的な事実関係とも。ただし、これらは、抽象的権利の側面を含む場合（一五九節参照）に限られる。道徳的な側面や道徳的命令は、意志が自己の主体性と特殊性の極致に向かったものに關わるので、実定的な立法行為の客體たりえない。その他の素材を提供するのは、司法そのものだとか、国家だとかから出てくる権利義務である（第二二三節）。

自由は、抽象的権利をこえて、現存する普遍的な意志と知において承認されたもの、すなわち制定法に、その定在がみいだされるようになる。契約社会が法制度化されるのである。

第二項 市民社会における刑罰——応報刑論と抑止刑論の統合

一 それにともない、人々は、「犯罪に対する報いとしての刑罰」を抽象的に語るのではなく、応報という枠組を維持しながらも、「市民社会に対する危険性」という観点から「犯罪」をとらえるようになる。

所有および人格性が市民社会において法律上の承認と妥当性を有するため、犯罪とは、もはや主観レベルの無限的なものの侵害ではなく、自身のうちに強固な現存在を有する、普遍的な事物である。それにともない登場するのは、「行為が社会に対してどのような危険性をはらんでいるのか」という観点である。そうすると、一方では、

犯罪の程度 (Grade) が強化されたり、他方では、社会権力が安定的になりさえすれば、侵害の外形上の重大性の占めるウェイトが低くなって、それゆえに、社会権力による処罰 (Ahndung) に際して、刑がかなりの程度緩和されたりする。(中略) 犯罪は、それ自体としては、無限の侵害であり、定在としては、質的および量的区別に従って量定されなければならないのだが (九六節参照)、いまや、犯罪は、本質的には、法規の妥当 (Gelten der Gesetze) をどのように表象するのか、および、それをどのように意識するのかとして規定される。だから、市民社会に対する危険性が、犯罪の量的限定 (法定刑のこと——引用者注)、あるいは、そもそも犯罪にあたるかどうかの質的限定となるのだ (第二一八節)。

ここでは二点のことが確認される。

第一、ヘーゲルの刑罰論は抑止刑論と解せなくもない。⁽⁴²⁾ 刑罰は、抽象論としては「犯罪に対する刑罰」という応報だけれども、具体論としては、社会秩序を維持するために科される。ゆえに、社会が安定している場合にはむしろ寛刑主義が望ましい。その意味では、刑罰は社会統制手段だということになるのである。⁽⁴³⁾ 従来、カント『人倫の形而上学』のごとく、自己と他者を等しく扱うため、同害報復 (タリオ) の域を抜け出せなかったし、逆に、従来、威嚇刑論は「他人を犬のように扱うもの」だった。これらは、「私とあなた」という差異を棚上げにしたまま、抽象的に刑罰論を語った点に問題がある。市民社会という共同体の段階では、いまだ抽象的ではあるにせよ、この差異は解消されている。それにともない、「応報か抑止か」という対立も克服されるのである。

第二、市民としての犯罪者に帰属されるのは、制定法の妥当性の否認である。一八二二／二三年ベルリン大学講義録 (ホトー手稿) によれば、安定した市民社会において、犯罪は普遍性をよそおった悪としてではなく、——道徳性

の部分ではその前段階にあるものとされている——「情念、意志の自然的側面」から生じるものとして扱われる。⁴⁴したがって、犯罪は、道徳的な善悪の問題から、「出来心で犯行に及んでしまった」というように、「自然現象」の問題へと矮小化される。⁴⁵

二 かくして、刑罰は、加害（抽象的権利侵害）者と被害者という、人格同士の関係（復讐としての刑罰）を乗りこえて、個人と市民社会の関係の段階に至る。

復讐という形式における、犯罪に対向する権利は（一〇二節参照）、それ自体として権利であるにすぎず、権利の形式をとっていない、すなわち、その現存在において正しくはない。そこで、被害をこうむった当事者に代わって、被害をこうむった普遍的なるものが登場して、裁判において固有の現実性を有し、犯罪の訴追と処罰を引き受ける。これをもって、訴追・処罰は、復讐による単に主観的で、偶然的なものにとどまる報復であることをやめて、権利と自分自身とのあいだの、ほんとうの和解（*Versöhnung*）へと、刑罰へと変貌を遂げる。というのも、客観的にみれば、法規が犯罪の揚棄を通して自分自身を回復し、もって、妥当するものとして実現するという和解であるとともに、犯罪者の立場から主観的にみれば、彼の意識にのぼった法規は彼に対しても妥当して、彼を保護するものとなるため、その法規が彼の身に執行されたときには、犯罪者はおのずと正義の満足を認め、そこに「彼のもの」たる所行しか見出さないからである（第二二〇節）。

市民社会における「刑罰」とは、犯罪者が市民としてのアイデンティティを再確立するための制度なのである。⁴⁶

(42) 井田良「ドイツ刑法の現状と比較刑法研究の今日的意義」ジュリスト二三四八号(二〇〇八)一七八頁によれば、ドイツではヘーゲルの刑罰論が「一種の一般予防論であるとの解釈が普及」しているとのことである。

(43) 異見として、松生「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰(二・完)」海保大研究報告・法文学系四四卷二号(一九九八)三八～四一頁。ヘーゲルは社会にとつての危険性よりも、「報復の原理に基づく犯罪と刑罰の価値的同等性の原則」にもとづく刑罰賦科を優先しているとした上で、市民社会における貧民の発生が「市民社会の動揺の原因」であるところ、それを除去するのは司法活動ではなくポリツァイだから、刑事司法によつて科される「刑罰はあくまで価値的同等性の原則を含む(少なくとも、刑罰を課すためには過去の犯罪行為が前提となるという意味での)報復の原理を維持すべきである」と(ヘーゲルは——引用者注)考えていた。つまり、犯罪の予防は主として行政の社会政策に委ねていたと解するのが、ヘーゲルの立場に忠実な解釈ではないかと述べている。

しかし、松生の右解釈は、自然法と国家学についての一八一七/一八年ハイデルベルグ大学講義(ヴァンネンマン手稿)で、市民社会においては「窃盗が死刑に処せられるのは均衡を失するようと思われる」とヘーゲルが自身の主張を述べたと誤読したことにともなっている。原文(Hegel Vorlesungen, Band 1, 1983, S.150)は、窃盗が死刑に処せられるのが均衡を失する「かのようにみえる」(scheinend)。したがって、市民社会では実は均衡を失していない。窃盗が死刑になつてもおかしくないのは、「犯罪と刑罰の価値的同等性」が社会にとつての危険性によつて規定されるからである。

ゆえに、市民社会においては、「普遍性の侵害の側面はただ一契機としてのみ(nur als ein Moment)入つてこなければならぬ」のであって、この段階では犯罪はまだ「無規定的な抽象的普遍性へと高められはしない」。なぜなら、市民社会における犯罪と刑罰は、その時々々の市民社会の状態によつて規定されるからである。以上、尼寺訳『自然法および国家学に関する講義』(見洋書房、二〇〇二)一七八頁、高柳監訳・前掲『講義』一六六頁(同訳)も参照。

また、犯罪対応を刑事司法(報復)と行政(社会政策による犯罪予防)に分離する松生の解釈が「ヘーゲルの立場に忠実な解釈」だとも思われない。ポリツァイは犯罪自体を「官憲の命令に違反すること」へと変容させるからである。おそらしくは、ポリツァイへの移行によつて、市民社会における犯罪は「無規定的な抽象的普遍性」へと高められるのではないかと思われる。

(44) 尼寺訳・前掲『講義II』四〇〇頁。

(45) ゼールマン(川口訳)・前掲奈良法学会雑誌二三卷一四四五頁によれば、市民社会において責任の問題が「合目的性の問題」に切り詰められて、責任「帰属の必要性に関する他律的・予防的な決定がその社会の安定性に応じてなされる」ことに、ヘーゲルは市民社会の限界をみいだしており、それゆえ、国家の段階において、「合目的性とは別のレベルでの帰属の取り下げ」が君主によつておこなわれる。それが恩赦である。

- (46) 重松博之「体系構想Ⅲ「精神哲学」における犯罪・刑罰の機能と位置」「ヘーゲル承認論と法」(成文堂、二〇二二、初出一九九四)一九〇～一九一頁によれば、イエーナ後期の精神哲学草稿「体系構想Ⅲ」(一八〇五／一八〇六)以降、ヘーゲルは、「普遍的なもの侵害(＝犯罪)と回復(Widerrueckung)(＝刑罰)の過程として」の基本構造を維持しながら、刑罰論を「運命としての罰」から「承認論的刑罰論として再構成・再定式化」したという。ただ、「体系構想Ⅲ」では、刑罰による和解は恩赦を含むものにとらえられているようなので、「法の哲学」でいえば、まだ市民社会と国家の段階が未分化だったといえるのかもしれない。なお、同書一九一頁には、「刑罰の過程が、犯罪者という主体を捨象し、概念の運動として見てみるならば、法律が硬直性や抽象性を脱し、状況に応じてより具体的に「実現」される過程、法律の概念的な自己充実の過程」が法規における自分自身との和解であるとの理解が示されている。
- 第三項 市民社会における政治と法——ポリツァイとコルポラツィオーン
- 一 市民社会が、自己を保存しながら共同性の構築に取り組むのが、「ポリツァイ(内務行政)」と「コルポラツィー(職業団体)」である。市民社会の限界は、自己の幸福だけでなく、他者の幸福にも配慮することを要請する道徳性が捨象されている点にある。自由な経済活動は、人々のあいだに貧富の差をもたらし、やがて公共性の自覚を欠いた「貧民」が発生することになる。他方で、富める者は、富の増殖が自己目的化して、強欲に陥る⁴⁷。誰も制定法を破っていないのに、社会が解体していくのである。そこで、市民社会においては、ポリツァイによる後見的な介入がおこなわれるが、これは、市民が限定的な範囲において団結する契機となる。
- ポリツァイは、個人が他者の権利を侵害することなく自己の幸福を追求するための事前規制である。権利侵害は犯罪に限られない。行為者自身にとっては権利行為であるけれども、これが他人だとか、公共だとかの利害とも関係する場合には、他方で、自己の行為が他人に損害をあたえ、権利侵害になってしまう可能性がある。犯罪が「悪人の恣意」だとすれば、これは「許された恣意」(erlaubte Willkür)だといえる。したがって、犯罪者を刑事裁判にかけるの

と並んで、許された行為から損害が発生しないように事前規制をおこなない、違反者を処罰することが、ポリツァイの任務となるのである。

このこと（権利行為が他人に損害をあたえること——引用者注）は、たしかに、損害をあたえる可能性があると
いうにすぎないのだけれども、事物が何ら損害をあたえないというのもまた、偶然以上のことではないのである。
このことがそのような行為に存する権利侵害の側面であるとともに、ポリツァイ上刑罰を科すことが正当である
（この究極的根拠なのだ（第二三三節））。

ポリツァイによる事前規制の限界は、ケース・バイ・ケースでそれがなされる点にある。

外部的な定在と関係することは、悟性の無限に属する。それゆえ、何が侵害的で何が侵害的でないのか、犯罪に
関しても、何が疑わしくて何が疑わしくないのか、何が禁止されるべきで、何が監視されるべきか、何が禁止、
監視、嫌疑を、また、照会、説明責任を免れているのかの限界は、それ自体としては存しない。より詳細な規定
をあたえるのは、習律だとか、その他の制度の精神だとか、そのときどきの情勢だとか、その時の危難だとかと
いったものなのだ（二三四節）。

このようなポリツァイによる共同性の構築は、市民社会における家族の解体に由来している。市民社会は、個人を
独立した人格として承認し、家族を法制度として再構成する。家族関係は「市民と市民のあいだの親族法上の権利義

務関係」に置き換わるのである。市民社会は「普遍的家族」の性格をおび、学校を設けて子どもを教育したり、救貧施設を運営して貧者の面倒をみたりするようになる。

二 ポリツァイからコルポラツィオンへの移行は、市民社会の成員が自らの欲求の特殊性を否定して、——市民社会における——普遍性へと至る過程である。

ポリツァイによる事前的配慮が実現して、特殊な目的や利害から公衆を保護したり保障したりするための任意、外在的な秩序や施設として、普遍性を獲得し、市民社会における特殊性のなかに含まれると同時に、特殊な目的や利害はこの普遍性のなかに、その成立をみる。(中略) 理念に従えば、特殊性自体は、それに内在する利害である右の普遍性を、彼の意志や彼の活動の目的だとか対象だとかにし、かくして、人倫的なものが市民社会に内在的なものとして復帰する。これがコルポラツィオンの規定を形成するのだ(第二四九節)。

要するに、ポリツァイによる後見的介入をコルポラツィオンによる自主規制へと変換することで、個人は、市民としての自由を享受しながら他者の幸福にも配慮できるようになる。また、コルポラツィオンは、ポリツァイのごとく後見的に、したがって、市民の自尊心を犠牲にするのではなく、「成員同士の互助」というかたちで、(特定多数の)市民の福利厚生を保障することができる。

かくして、市民社会は幸福主義的な共同体秩序の——意識的な——構築へと至る。ヘーゲルがたどり着いた市民社会における政治モデルは、政府とコルポラツィオン諸団体が連携して政策を実現する、コーポラティズムである。⁴⁸⁾

家族に次いで、コルポラツイオンは国家の第二の、市民社会を地盤とする人倫的な根をなす。第一の根は、実体的な統一のなかに主観的な特殊性と客観的な普遍性の契機を含む。これに対して、第二の根は、右の二契機が市民社会においては、さしあたり、欲求と享受という自己の内に反照される、特殊性と抽象的権利とに分裂しているのを、特殊的な幸福が権利として存在し、実現されるように、内部的に結合するのである（第二五五節）。

その意味で、「ポリツアイとコルポラツイオン」の節は、制定法から、それを生み出す政治への、陶冶の第三段階だといえる。徒弟制度による個人の束縛をもたらした、中世のツンフトのような閉鎖的組織にコルポラツイオンが成り下がらないためには、上からの監督が必要だともヘーゲルは説いている。監督行政が過度にわたればファシズム型の管理統制社会になるのかもしれないが、それはともかく、ヘーゲルの構想においては、自治組織としてのコルポラツイオンが、家族に次ぐ第二の有機的組織体として、国家の基盤をなすのである。

(47) 富裕層については、イェーナ前期の草稿「人倫の体系」（一八〇二／一八〇三）に記載がある。加藤（尚）「市民社会観の転回」『加藤尚武著作集第二巻』（未來社、二〇一七、初出一九九二）六八頁を参照。

(48) 高柳「ヘーゲル社会理論の射程」（御茶の水書房、二〇〇〇、初出一九九二）二二八～二二九頁を参照。ヘーゲルは国家における官僚層の主導性を前提に、「官僚主義に対する抑止機能」を諸団体に期待したのであって、「ヘーゲルの国家論をブルーラリストイック（多元主義的、複数主義的）なものとする人々も少なくないが、それも一定の限定つきということになるであろう」としながらも、ヘーゲルの議論は、中間団体を憲法論に取り込もうとする「多極共存型デモクラシー」（樋口陽一）と、その方向性において「大きな隔たりはない」と評価する。なお、福吉勝男「公共福祉哲学の現代的展望」『現代の公共哲学とヘーゲル』（未來社、二〇一〇、初出二〇〇八）一四二～一四六頁。国家の構成素は「für sichに Kreisである」とヘーゲルが述べているところ（第二八八節、für sichを「政治的には『自治的』の意味のもの」ととらえること）、Kreisは「政治的には国家」という有機的全体の部分を構成しつつも相

当に自立性に富んだ、自治的、性格の強い「コ、ミュ、ニ、テイ」(強調は原文に従う)であるとまで解する。

第四款 国家

市民社会は国家へと移行する。市民社会は「私の幸福追求があなたの幸福にもなる」共同体秩序は形成できても、「私とあなた」の差異を概念上克服するまでには至らないし、コルポラツイオンも、市民社会の段階にとどまるかぎり、特殊な利益団体の域を出ない。この特殊性を否定するための装置が、「国家」という概念なのである。

個人は「市民としての私」を否定し、国家の成員たる「国民」として生きること、普遍的なアイデンティティを確立するに至る。「国家」の章は憲法論、すなわち、国家主権、統治機構および個人(臣民)の基本権を論じるもので、詳細は省く。

ここで確認されるのは、国家の段階における「義務」の概念である。

人倫的なもの、したがって、実体的なものが特殊なものへと浸透したものとしての国家においては、私が実体的なものに縛られることは、同時に私の特殊な自由でもある。すなわち、前者は、義務と権利というかたちで、同一の関係において後者と統合される。(中略)私法や道徳の領域においては、関係性という現実的な必然性が欠けており、それゆえ、(義務と権利は——引用者注)抽象的に同一内容であるにすぎない。これらの抽象的領域においては、甲にとって権利であるものは、乙にとっても権利だし、甲にとって義務であるものは乙にとっても義務である。義務と権利の、この絶対的同一性は、内容が無差別に同一なだけだから、それが成立するのは、当該内容自体が完全に普遍的な内容、すなわち、義務と権利の件の原理——人間の人格としての自由——である

と規定した場合なのだ。(中略)義務の抽象的側面は、特殊な利害を、非本質的、どこか反価値的な契機だと
して無視したり、追いつたりする。これに対して、具体的に観察すれば、理念は、特殊性の契機が(普遍性と
——引用者注)同様に本質的であるとともに、その充足がそのまま必然的であることを示す。個人は、自らの義
務を何らかの方法で履行することに、同時に自分自身の利益を、満足を、あるいは勘定をみいださなければなら
ないし、普遍的な事物が個人における自らの特殊な事物となるためには、個人が国家において取り結ぶ関係か
ら、権利が彼に生じなければならない。特殊な利害は、実は、脇に押しやられたり、ましてや抑圧されたりす
るのではなく、普遍的なるものと一致させられて、特殊の利害自体と普遍的なるものが維持されるようになる。
個人は、義務という点では配下だが、市民としては、義務をはたすことに彼の人格と所有の保護を、彼の特殊
な幸福への顧慮を、この全体(国家——引用者注)の一員であるとの意識および自己感情を、みいだすのだ(第
二六一節)。

ヘーゲルは、市民社会における権利を個人と個人の関係を規律するものとしながら、義務を個人と国家の関係を規律
するものにとらえる。「甲が乙に対して権利を有する」ということは、裏を返せば、「乙は甲に対して義務を負う」と
いうことである。それでも「不自由でない」とするために、カントは、義務(＝道德法則)をそれ自体として尊ぶこ
とを説いた。これに対して、ヘーゲルは、義務を権利とは別次元のものにとらえることで、市民社会に権利だけを残
した。裏を返せば、市民社会における権利が特殊の欲求を充足するものでありながら、それでいて普遍的なるものと
一致するためには、国家への臣従を待たなければならぬのである。

なお、恩赦は、「起こったことを起こらなかつたものとし、赦しと忘却の中へと犯罪を無化する」作用であるからと

いう理由で、恩赦権は市民社会よりも高い次元である国家のうち、さらに、君主権に位置づけられている（第二八二節）。

第三章 ラレンツの客観的帰属論

第一節 十九世紀ヘーゲル学派の帰属論

一 ヘーゲル『法の哲学』は、十九世紀半ばのドイツ刑法学に「帰属」の概念をめぐる論争をもたらした。⁽⁴⁹⁾

十九世紀初頭の啓蒙主義的刑法理論において、犯罪の本質は、多かれ少なかれ蒙昧、すなわち、理性的な判断を間違えたことにみいだされていた。だから、そもそも理性を働かせることができない者、あるいは、一時的にそのような状況にある者に犯罪はなしえない。この場合、行為者には「帰属（帰責）能力が欠ける」とされた。

ある意味でその極致にいたるのが、フォイエルバッハである。彼は、カントの『人倫の形而上学』に依拠して次のように説いた。人間には道德的な、したがって、自由な存在たる「本体人」と、自己の行動選択を感性に依存させる「現象人」の二側面があるところ、刑法が措定する人間像は後者であり、問題の行為によって得られる利益（快）が損失（苦）を上回るならば、人間は躊躇なく当該行為に出るものとみななければならない、と。犯罪は蒙昧どころか、およそ理性の関知しない領域に属するのである。したがって、道德的自律、およびその可能性は帰属の問題にならない。その背景には、「法を語る裁判官が道德問題にとらわれることなく法的判断を下せることが、裁判官による恣意（独善）を防止することに繋がる」という、彼の信念があったとされる。⁽⁵⁰⁾

そのため、フォイエエルバッハのいう「帰属」とは、もはや法的効果の帰属、したがって、「刑罰が科されること」しか意味しない。伝統的帰属概念は、現実には正負の業績を行為者の自由に帰する「因果帰属」(imputatio facti)と、因果帰属を理由に当該業績に相応する賞罰を彼に帰する「責任帰属」(imputatio juris)に分析される⁽⁵¹⁾ところ、さしあたり、後者が刑法上の帰属概念にあたる。けれども、先に述べたように行為者が「自由」だったかどうかは刑法における責任帰属に関係ないから、その意味で伝統的帰属論は失当だという。「実務的帰属」(practische Imputation)とよばれるこの構想は、行為の客観面において行為の物理的危険性を、主観面において、「刑罰予告が威嚇効果を發揮できなかった個人的要因」という意味での行為者性格の危険性を顧慮するというものだった。

二 これに対して、十九世紀ヘーゲル学派は、『法の哲学』に忠実に、帰属とは「それは行為 (Handlung) だ」といえること、つまり、「問題の所行に対して意思責任が及ぶこと」だと解する。ケストリンは、行為を①所為要素 (Tatmoment)、②意思内容 (Gewollte)、③両要素の連関から成るものと構成した。ベルナーも右とほぼ同内容の行為論を犯罪概念の中心に位置づけている⁽⁵²⁾。彼らは刑法上の帰属概念を実務的帰属に切り詰めることを許さないため、現在でいうところの「責任なき不法」現象は認められない。例えば、責任無能力者は、それ自体として存在する普遍意思というものに直面しえないのだから、彼の振る舞いは「行為」でさえないことになる。行為と因果帰属 (不法) と有責性は三位一体なのである。

問題は、十九世紀ヘーゲル学派が、素朴にも、企図を刑法学上の概念たる「故意」(Vorsatz)と同義だとした点にある。これでは、刑法が故意犯だけでなく過失犯も処罰しているにもかかわらず、『法の哲学』は過失については何も言及していないことになる。

そこで十九世紀ヘーゲル学派が試みたのは、過失を「故意の仮の姿」ととらえるということだった⁽⁵³⁾。例えばヘルシ

ユナーは、「企図された活動の、意図した結果、すなわち、その自由な原因は自分だと知るところの結果」でなければ帰責されないという権利が行為者にあるのだしたら、他方で、行為者は「意図を形成するに際して、現実でも、結果の可能性を単に自身の活動に即して見積もるのではなく、それと同時に、意図が実現するすべての展開過程を可能な限り支配すべく、所与の実際に存する前提および作動させられる共働原因に即してもそうする義務を負うのが相当だ」と述べる。したがって、行為者には「一定の思考活動の要求、すなわち、意図を形成する際に用心深く・慎重に振る舞えとの要求」がなされる。⁽⁵³⁾その上で、ヘルシュナーは以下のように述べる。

過失によって引き起こされた結果の帰属は、それが企図された活動の可能なものだったにもかかわらず、かつ、行為者が、自らの意欲するかぎりこの可能なものを識別してこれを回避しえたにもかかわらず、結果を在るべからざるもの (nichtsensollend) として定立したことにもとづく。したがって、過失への帰属は少なくとも、意思に向けられた、用心深く行為せよとの要求が、行為者に与えられた次の可能性、すなわち、意図せざる結果と自らの活動の因果関係を認識し、意図せざるものの実現を回避する可能性、に相応することを前提とする。(中略)ただし、責任の程度は過失においては常に意図におけるよりも少ないものである。なぜなら、その客観性において出現する意思内容と出来事の統一は、行為者との主観的關係づけにおいては同程度でなく、次の限度でのみ存したから。すなわち、行為者は、意図を形成するに際して確かに現実の結果を意図から除外した。けれども、活動を形成するに際しては、意図という有責な仕方では活動しなかったにせよ、間接的に意思の中に(現実の結果を——引用者注)含めていた、と。以上の限度でのみである。⁽⁵⁴⁾

三 十九世紀ヘーゲル学派の過失論の出発点となったのは、当時ヘーゲル研究の第一人者だったカール・ミシユレによる、企図は反省的判断だとする『法の哲学』の注釈⁽⁵⁵⁾であると思われる。ヘーゲル論理学によれば、判断は、定在に関する直接的判断、反省的判断、必然性判断、概念に関する判断に分類される。文は主辞（主語）・賓辞（述語）・繫辞に分かれる。例えば「AはBである」という文で、Aがこの文で述べられる対象（主辞）、BがAについて述べる内容（賓辞）だとすると、その文から主辞と賓辞を取り去って残る「は である」が繫辞にあたるどころ、直接的判断は、主辞について述べていく判断である。これに対して、反省的判断は、賓辞の普遍性——「このバラは赤い」の「赤い」だけを取り出したら、「赤い」はこのバラだけでなくあらゆる赤いものに使われる——を手がかりに主辞を普遍へと高める判断である。

『小論理学』第一七三節付録には、窃盗は他人の特定の物に対する特定の権利を侵害するだけでなく、他人の権利そのものを侵害しているので、盗んだ物を返さなければならぬだけでなく、刑罰が科されると述べられている。これが直接的判断であるのは、特定の、この行為についてそれが犯罪であるかどうかを判断するときである。当該行為と同種の行為も犯罪であると判断するとき、主辞は「この」という単称性から「いくつかの」（特称性）、さらに「すべての」（全称性）へと進展していく。

反省的判断において区別されるのは、本質と仮象である。ヘーゲルによれば、本質（Wesen）は、seinの過去分詞形である gewesen の内に含まれるものだとされる。そこで、存在の形式としての在る（das Sein）によって、本質を「在ったもの」、仮象を「在らぬもの」と置き換えるならば、仮象は在らぬものとして存在する。したがって、仮象は本質が自らを否定して現れたものであるから、本質と仮象は異なるものではない⁽⁵⁶⁾。

故意（＝企図）が反省的判断なのだとすれば、過失における結果の不知は、結果を「在ったのを在らぬものとして

定立したこと」であって、反省的思惟により、過失は仮象、したがって、本質的に故意と変わらないということになる。「結果を在るべからざるものとして定立する」とはこのことを意味しているものと思われる。

四 過失も故意の一種であるという十九世紀ヘーゲル学派の主張を詭弁とみるかどうかはともかく、十九世紀後半には、ヘーゲル学派の不法論とは反対の立場が優勢となった。

その先駆けがA・メルケルで、彼は十九世紀ヘーゲル学派による民事不法と刑事不法の区別を否定した。両者は、損害賠償、原状回復といった民事責任が発生するか、それとも国家刑罰権が発生するかの法効果において相違するだけで、不法は統一的に把握されるべきだというのである。不法は内心における法の否定（命令・禁止違反）であって、不法判断は結果から身体の動静たる行態、さらには行為者の心理へと因果関係を遡っていくことに尽きる。その上で、行為者に刑罰を科すのが相当かどうかの価値判断をおこなうのが責任帰属なのだ、と⁵⁷。もともと、A・メルケルの立場からは、命令・禁止に従って行為することができる者のみが内心において命令・禁止に違反しうるので、責任なき不法は否定される。

その後、現代における客観的違法論への嚆矢がイエーリングによって放たれる。彼は『法の哲学』を根底からくつがえした。不法とはヘーゲルのいう悪意なき権利侵害であって、だから責任なき不法は存在するというのである。『法の哲学』によれば、抽象的権利侵害が犯罪でなければ、法そのものの回復としての刑罰にも、さらにその道徳的正当化としての責任にも、したがってその先にある人倫性にもつながらない。同書は抽象的権利侵害（人格性）の部で終わることになる。⁵⁸

A・メルケルの犯罪論体系を換骨奪胎して、客観的違法論から組みなおしたのが、リストである。彼は「違法な所為に対する行為者の答責性」を広義の責任形式ととらえる⁵⁹。リストは以下のように述べている。

この広い意味にみいだされるのは、陪審員の有罪宣告における、行為者による結果の惹起および所為の違法性をも含む（責任——引用者注）概念である。犯罪概念の諸要素を別々に観察する科学は、より狭く、所為と行為者との間の主観的連関のみを含む意味に責任概念を受け止める。この連関は具体的な所為と結びつかなければならなければならない。同時に、それ（答責性——引用者注）を通過したその先を指し示さなければならぬのは（über sie hinausweisen）、それが所為を行為者の特性の表現として特徴づけ、したがって、責任のメタ法学的な（metajuristisch）内容を明らかにすることによってなのだ。⁽⁶⁰⁾

かくして、故意・過失および責任能力（狭義の責任形式）は、所為の不法を「遂行された所為（反社会的行態）から認識可能な、行為者の反社会的性情」へと変換するための装置ととらえられる。「処罰されるのは、行為ではなく行為者である」という行為者刑法は、責任なき不法がありえない、ヘーゲル学派的な *Schuld* としての責任から答責性への、責任概念の転換を意味していたのである。⁽⁶²⁾

- (49) 一九世紀後半における行為ないし帰属の概念をめぐる議論を概観するものとして、内田文昭「紹介」エックハルト・フォン・ブノッフ著『刑法的行為概念の発展』同『犯罪概念と犯罪論の体系』（信山社出版、一九九〇、初出一九六九）四九頁以下、山田道郎「刑法学説史における帰属概念の意義」法律論叢五二巻二二三号（一九七九）五七頁以下、山中・前掲『客観的帰属』二八五頁以下。
- (50) フォイエルバッハの刑法理論については、さらに、山口邦夫「フォイエルバッハの刑法理論」同『一九世紀ドイツ刑法学研究』（八千代出版、一九七九、初出一九六五）三頁以下、高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意」立命館法学三〇七号（二〇〇六）三七頁以下も参照。

- (51) 山口(邦)「刑法学におけるヘーゲル学派」同・前掲「研究」(初出一九七三)一一〇〇～一一二二、一一二八～一一三〇頁を参照。なお、ケストリンについては、ミヒヤエル・クビチエール(山下裕樹訳)「刑法における目的」関西大学法学論集六九巻五号(二〇二〇)一七二頁以下、ベルナーについては、ベンノ・ツァーベル(山本和輝訳)「過渡期における学問」関西大学法学論集六九巻二号(二〇一九)二〇五頁以下に彼らの理論についての考察がなされている。
- (52) 平場安治「刑法における行為概念と行為論の地位」同「刑法における行為概念の研究」(有信堂、一九六一、初出一九五二)五九頁は、ヘーゲル学派が「過失により招来された結果も意欲されなかった訳ではないとの二重否定を用いて肯定に達しようとする詭弁を用いたりした」と述べる。
- (53) Hugo Hälschner, System des preußischen Strafrechts, Bd. 2, 1858, S. 149. ヘルシュナーについては、ギュンター・ヤコブス(川口 訳)「不法、帰属、緊急避難」関西大学法学論集七〇巻五号(二〇二二)三七七頁以下、および、川口「ヘーゲル学派における帰属論」法律論叢九三巻二・三号(二〇二〇)八三頁以下も参照。
- (54) Hälschner, a.a.O., S. 157-158.
- (55) ミヒヤエル・クヴァンテ(高田純ほか訳)『ヘーゲルの行為概念』(リベルトス出版、二〇一〇)一六一頁を参照。クヴァンテによれば、ミシュレの解釈は道徳性の部をヘーゲルの『大論理学』の順序に強引にあてはめたもので、原典に忠実かどうかは疑問だとされる。
- (56) 海老澤善一『ヘーゲル論理学と弁証法』(粹出版社、二〇一六)一五〇～一五一頁を参照。
- (57) 佐伯千仞「主観的違法と客観的違法」同「刑法における違法性の理論」(有斐閣、一九七四、初出一九三二)五八頁以下、山口(邦)「不法と責任との分離的思考の源流」駒澤法学一四巻二号(二〇一五)一四二頁、同「メルケル刑法理論の現代的意義」同・前掲「研究」一五九頁以下を参照。A・メルケルの理論をめぐる考察をおこなうものとして、川端博訳「ゲルハルト・ドルンザイファー著『アドルフ・メルケルの法理論と刑法解釈学』」法律論叢五三巻五・六号(一九八一)一四七頁以下。
- (58) 山口(邦)・前掲駒澤法学一四巻二号一四三～一四四頁を参照。ただし、山口(邦)は悪意なき不法と責任なき不法を同一視したことは、「法学的に見ても、哲学的に考えても大きな疑義を残す」と述べる。なお、山口(邦)は、unbetragenes Unrechtを「漠然とした不確定な不法」と意識する。それは「いまだ不法か否かを、市民あるいは、社会・国家が決めかねている状況」であって、裁判所への訴えの提起をもってはじめて「不法が顕在化する過程へと進むと考えられる」(強調は原文では圏点)。
- (59) Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., 1919, S. 151.
- (60) Liszt, a.a.O. 傍点部は原文では太字。

(61) Listz, aaO., S. 152. 傍点部は原文では太字。

(62) 小坂亮『フランツ・フォン・リストの刑法理論』(成文堂、二〇二二)一六八―一七〇頁は、リストが「責任の実質的意味」という「行為者の反社会的情操」は、犯罪の成立要件としての責任ではなく、リストは「行為者の反社会的情操の強さに従って量刑を行うべきであると主張したにすぎ」ないし、答責性も「犯罪論体系上の『責任』とはまったく異なるもの」だとする。小坂のテキスト理解は、「責任の実質的意味」が metajuristisch と表現されていることに依拠するところが大きいように思われる。すなわち、責任の実質的意味である反社会的な心情は「法 (juristisch) を超えた (meta) ものだから、答責性は「法的な」意味での責任ではない、*juristisch* はユリステン (法律家)、したがって、陪審員との対比で用いられていると解するのが独文解釈としては自然で、*metajuristisch* は小坂のように解釈するには飛躍があるように思われる。狭義の責任形式 (主観的連関) と広義の責任形式 (答責性) は、現代にいうところの意味論的關係に立つというのがリストの主張であって、リストはこれを *über sie hinausweisen* と表現したのではないだろうか。

第二節 ラレンツによるヘーゲル学派の再興

一 ラレンツが「客観的帰属論」を提唱したのは、ヴァイマル体制が爛熟期にあつた一九二七年である。

彼が刑法学にもたらした功績は、『法の哲学』によって犯罪論体系を再構築したことにある。すなわち、抽象的権利侵害に係る客観的違法性と、主観的な、行為の道徳性 (善悪) に関係する有責性という、犯罪の段階的評価を維持しながら、なおかつ、評価対象たる因果帰属 (行為) が、違法性だけでなく有責性の評価の契機にもなるように、帰属概念を構成したのである。

そこで問題となるのが過失の取扱いで、十九世紀ヘーゲル学派と同様、ラレンツも企図を故意と同義だと解するが、同学派と異なり、彼はテキストの修正を要求する。過失の存在を顧慮しなかったのは『法の哲学』の欠陥だとい

である。彼は、知の権利に関する一一七節補遺の一部引用に続けて、以下のごとく述べている。

ヘーゲルのおかした間違いは、知そのものが自由の所行であるということ、それゆえ、知らなかったこともまた、不知自体が私にとって偶然でなく、私の自由の所産であるというかぎりでは、すなわち、周囲の事情を知ることが私にとって可能だったというかぎりでは、私に帰属されうるということを見過ごしたことだ。⁶³

では、私はどこまで知ることが「可能」なのか。この問いに対して、「現実の認識能力が及ぶ範囲だ」と答えるならば、『「知らなかった」ということは、『知りえなかった』ということだ』として、過失行為の有責性を否定しなければならなくなる。

二　そこで、ラレンツは、『小論理学』一四二節以下に依拠して、可能性を主体性へと昇華することを試みる。

起点になるのは現実性である。ヘーゲルにとって、それは本質と「現存在」(Existenz)が相即していることをあらかず。先述のように、直接的判断、反省的判断を経た主辞Aと賓辞Bはともに普遍へと高められる。残るは繫辞で、任意の繫辞に対応して、AとBのあいだのさまざまな関係が定立される。例えば、「はである」という繫辞は同一律によってAとBを関係づける。もちろん、同一律だけで直接的判断、反省的判断がなされるわけではない。差異、対立、矛盾といった繫辞でも関係づけられながら、それらの判断はなされる。さて、AとBが理由律によって関係づけられて、かつ、ともに普遍へと高められているとき、Bは本質Aが外に現れ出たものになる。この場合のBを現存在⁶⁴という。

頭の中でだけ考えられている論理的可能性(「形式的可能性」)は現実性が捨象されているために抽象的なものでし

かないけれども、逆に、論理的可能性が捨象された現実性は、現存在にあたるものがそのまま受け止められているだけである。その意味での「現実」を直視するということは偶然に身を委ねてにすぎない。このように、現実性はまずは可能性として、したがって、偶然性としてあらわれる。『小論理学』一四五節付録には次のように述べられている。

特に重要なのは意志との関連で偶然性というものを正しく評価することです。意志の自由について云々する時、多くの場合、単なる恣意、即ち偶然性という形を取った意志が理解されているようです。(中略)しかし、それは決して意志そのものではなく、さしあたっては形式的な自由〔形式面だけの自由〕にすぎません。恣意を自己内に止揚している真に自由な意志〔内容上でも自由な意志〕は、自己の内容を絶対的な内容として意識しており、その内容は又絶対的に見て「自分自身が持つべき内容」だということを知っているのです。⁽⁶⁶⁾

論理的に可能なものの中には、本質と現存在の相即という現実性の「内容」に照らして、「可能的にすぎないもの」(nur ein Mögliches)がある。それが可能的に「すぎない」のは、すべての「条件」(Bedingung)がそろえば実現しなければならぬからである。この意味での「実在的可能性」は必然性である。したがって、実在的に可能なものは条件が複合して全体をなしたものであり、その中に可能的にすぎないものである「事柄」(Sache)は現存在を獲得するが、それにともない、諸条件は没落する。この運動が「活動」(Tätigkeit)である。ちなみに、古代人が過酷な運命にあってもなお自由であったのは、事柄を知り「そういうものだ」(Es ist so)と受け入れていたからで、それゆえに彼らはどんな慰めも必要としなかった。でも、それは抽象的な自由にはすぎない。⁽⁶⁶⁾

能性を真の可能性、すなわち、意思自由が及ぶことと解するならば、行為時に存する事情のうち、行為者が認識し、または認識しえたものだけでなく、「行為者に認識不可能でも、最も洞察力のある (einsichtigste) 人ならば認識しえただろう」という事情を相当性の判断資料に加える折衷説の意味が明らかになる。「最も洞察力のある人」云々とは、他の誰でもなく、行為者を自由な意思主体として扱えということなのだ、というわけである。ラレンツは次のように述べている。

行為者または彼の状況に置かれた洞察力のある人にとって認識可能だったもの全てが考慮されなければならない。この前提の下で、発生した結果が多少の蓋然性をもって予見されるのならば、(中略) それは彼に(行為者に——引用者注)客観的に、彼の所為として帰属されなければならない。なぜなら、こう言うてよいのだが、結果の予見、したがって因果経過の支配が、ここでは行為者にとって可能であり、事象はその限りで彼の意思によって左右される、すなわち、彼自身の所為だからである。それゆえ、相当惹起の理論によって適用される、いわゆる「客観的可能性」は、正しく理解されるどころ、主観的可能性、主体にとっての可能性(予見、知)なのだ。それも、個別具体的に規定された主体にとってではなく、思想上の (gedacht) 主体、すなわち、彼の状況に置かれた「洞察力のある人」にとっての⁹⁹。

行為者にとって認識不可能な事情と相まって問題の行為から結果が発生したが、当該事情は最も洞察力のある人には認識可能であったという場合、行為者は、結果発生を具体的に予見しえないにもかかわらず、因果経過を自らの意思によって左右したとされる。これがラレンツのいう「客観的帰属」なのである。

四 要するに、ラレンツは、「行為者の（表層）心理をこえたところに、『一般人と同様に行為せよ』と命じる行為規範が定立される」とのテーゼを打ち立てた。この規範はメタレベルで定立される。⁽⁷⁰⁾ 一般人を基準とする行為規範は、「それ自体として存在する普遍意思」として、行為者の心理（＝個別具体的に規定された主体）を特殊なものにする。ここに、悪に対する責任としての有責任が導かれる。⁽⁷¹⁾ これは『法の哲学』の筋書きどおりである。さらに、彼は以下のように述べる。

責任帰属は刑法を支配し、因果帰属は私法にその居場所を見いだす。そこで想起されるのが、刑法と私法とのあいだに存する理念の相違である。法は個人を共同体の力（Macht）に従わせる。個人は完全な人格性をもって共同体と固く結びついており、だから、自らの所為に関する答責任を共同体に対して担い、彼の自由と名誉、それどころか自らの人生をもって所為に対する保証責任を負う（einsetzen）のだ。刑罰の理念にあらわれるのは、個人に対する共同体の威厳（Hohheit）である（中略）。法は秩序であるが、秩序は部分全体の中に有意義に組み込むものであり、部分に対する全体の支配であるがゆえに力である。刑罰は、この関係でいえば、法共同体による、その構成員に対する力の優越性の表現なのだ。⁽⁷²⁾

ここで確認されるのは、ラレンツが実は責任原理の強力な擁護者だったということである。答責任は行為者の人格性に、Schuldの意味での有責任は道徳性、さらには「共同体という全体に属すること」（人倫性）に関係する。所論が「ナチズムそのもの」⁽⁷³⁾ かどうかはともかく、刑罰賦科が道徳的・人倫的に正しくあるためには、刑事責任は答責任に切り詰められてはならない。⁽⁷⁴⁾ ゆえに、ラレンツによるヘーゲル学派の再興には、「人倫の復興」というメッセージを読み

取ることができらる。

- (63) Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, S. 53. 傍点部は原文では隔字体。なお、ラレンツの客観的帰属論については、平場・前掲『行為概念』七〇頁以下、山中・前掲『客観的帰属』二九二頁以下も参照。
- (64) 海老澤『ヘーゲル「大論理学」』(見洋書房、二〇一四)六九頁以下も参照。なお、Existenzは、牧野(紀)訳では「現出存在」と訳されている。
- (65) 牧野(紀)訳・八五六頁(亀甲括弧内は訳者による加筆)。
- (66) カール・ヘーゲル筆記、ウド・ラーマイル編(牧野広義ほか訳)『論理学講義ベルリン大学一八三一年』(文理閣、二〇一〇)一七六―一八四頁を参照。
- (67) Larenz, *Zurechnungslehre*, S. 79-80.
- (68) 「予見可能性が所謂真の可能性だとするのはいささか言葉の上のごまかしがある」とするのは、平場・前掲『研究』七二頁。平場は「可能なる条件を可能なものとして結合し実在的可能性たらしめるところに自由意思の可能性、真の可能性は存するように見える」と述べるが、そのように解したのは十九世紀ヘーゲル学派であって、だから、彼らは過失の概念を説明するために、故意(企図)の概念を操作しなけりなかつたのである。
- (69) Vgl. Larenz, *Zurechnungslehre*, S. 3-84.
- (70) 平場・前掲『研究』七三頁は、いみじくも、「ラレンツにとって「帰属性問題は主体と離れて考え得られないのであるが、その主体は、ある場合は個人的主体と考えられ、ある場合は超個人的主体と考えられる」と述べる。
- (71) 山中・前掲『客観的帰属』二九九頁は、ラレンツが客観的帰属(不法)は主観的帰属(故意・過失)に解消されると述べるのは「客観的帰属に主観的なものが混入しすぎているということの意味すると読めるかもしれない」との疑問をさしはさむ。しかし、ラレンツによる不法と責任の区別は、前者を人格性、後者を道徳性の問題として位置づけるところにその特徴があるのではないかと思われる。²⁹
- (72) Larenz, *Zurechnungslehre*, S. 98-99.
- (73) 山中・前掲『客観的帰属』三〇〇頁。しかし、引用部分は、「なぜその法(制度)を遵守しなければならないのか」という問いに「ドイツ人の血が流れているからだ」と答える血統主義まで主張するものではなく、その意味での「ナチズム」とまでいえるかどうか

かは、見解が分かれるところであらう。

(74) 山中・前掲『客観的帰属』一七四頁は、「答責性の原理」(Prinzip der Verantwortlichkeit)こそが、ラーレンツの帰属論の構想の基礎となるものである」と述べるが、山中が参照しているのはラレンツの債権法の教科書等である(同書一九一頁注二〇五)。

第四章 客観的帰属論に対する原理的批判

第一節 小野清一郎の「普遍主義」的刑法学

一 わが国で、ラレンツと似て非なる思想から出発しながら、彼と同様の主張に至ったと思われるのが、小野清一郎である。

中国侵略に端を発してアジア・太平洋戦争という破滅への道を日本が突き進むなか、小野はナチス法学に関心をもちつつが、個人主義を否定し、ドイツ人は何よりもまず民族共同体の成員としての義務をはたさなければならぬとするナチスの全体主義的思想に、彼は終始批判的だった。その論調としては、罪刑法定主義など「自由主義思想の下に於て発達した刑法総則の諸概念が法律的文化として相当の価値を有すること」を銘記すべきだというものや、ナチス法学者は「世界観的乃至政治的立場の民族的、否、党派的偏狭に陥る」のではないか、さらには、「結局ナチス権力の擁護に終るのではないか」と喝破するものまである⁽⁷⁵⁾。

ただ、小野がナチス法学に触発されたといえそうな、思想の深化はみられる。それは、普遍主義による自由主義の超克である。彼は、罪刑法定主義を「単純な自由主義的立場」から擁護しようとする瀧川幸辰の行論を評して、「今や

殆ど迫力がない」と断じ、自らは罪刑法定主義を「普遍主義の立場から」堅持することを宣言した。⁽⁷⁷⁾

小野にとってラレンツ流ヘーゲル主義は、たとえ原典に忠実だとしても、「形而上学的にすべてを一の精神の発展たる実在として把握する」あまり、「共同体と個人との間に於ける対立・矛盾を充分把握せざる弱点」があった。人間の意思とは「理性が支配すると同時に非合理的なものの存在する」ものであり、後者が捨象されてしまっているのではないか。それは「要するに道義的・政治的統一に偏し、人類文化の多様性を泯亡する弊」がある、と小野はいう。⁽⁷⁸⁾この「非合理的なもの」を狂信的な国粹主義、あるいは、天皇親政による秩序形成を標榜する皇道主義をあらわすものとさえみることが、読み方によっては可能なかもしれないが、そのような非現実的な主張に小野が走ったとも思えない。

小野がかねてより構想してきた「法理学的普遍主義」とは、国家の営みを、党派的な権力闘争をこえた、文化的価値の創成としてとらえるというものである。経験によって認識することのできない「超越的文化」としての（法）理念の実現を目指して、国家は法律を制定する。逆にいえば、法理念は法律そのものからは引き出されえず、法律適用の過程において、「価値そのものの直観」により「発見」される。そうして発見されたものが、正義である。つまり、文化国家において、法律を適用するということは正義を実現するということと等価だ、と彼は説く。⁽⁸⁰⁾

これを敷衍すれば、あるべき法秩序とは、文化的価値として経験に先立って存在する法理念に嚮導されながら、現行制度（＝法律）の解釈適用を通じて現在進行的に生成されるものなのである。法律がなければ文化国家における正義の実現は不可能なのだから、罪刑法定主義は原理的な要請だということになる。

二 問題は、小野のいう道義的責任の前提である。小野が「普遍主義」と称していたものは、ナチスの全体主義思想とは全く別ものだと思われる。では、「先験的な」法理念を人々ほどのようにして発見できるのだろうか。それがで

きなければ、人々が「法律を遵守する」ということは「正義を実現する」ということにはならず、文化国家の構想は破綻する。この問題は小野刑法学の根幹に関わるといつてよい。

小野が出した答えは、「無心になること」である。西洋思想にいう全体主義が個人の否定の上に全体的秩序を存立させるのに対して、「東洋の全体主義・普遍主義」は、個人の「自覚によって自からに実現さるべき秩序」を語るものである。⁽⁸¹⁾ 聖徳太子が制定した十七条憲法（六〇四年）は、これを「以和為貴」との文言にあらわした。「和」の倫理を實踐するためには、個人が「さとり」を開かなければならない、と。⁽⁸²⁾ 小野は以下のように述べる。

我々の偶然の利害好悪によって人倫の大義を自覚せざることが悪の根本である。もし我々が私心を去って我々が共同体において一心同体であり、一体不二なることをさとり、自他の本質的同一を自覚するならば、すなわち和の倫理が実現される。何故ならばそのときに、我々は虚心坦懐、己を空しくして事を論ずることができるからである。⁽⁸³⁾

ところが、「無心になれば、何が善で、何が悪なのかは自ずと判断できる」というテーゼをこえて、「日本民族にとっての『あるべき秩序』は個人的利益の否定の先にある」ということまで小野は主張した。彼は次のように説く。十七条憲法の「以和為貴」は論語の「礼之用和為貴」（学而第一の二二）からとられているが、論語と比較すれば、十七条憲法は和を礼の「用」、すなわち、「社会的軌範として風俗的・制度的なもの」であり、「社交的円滑というようなもの」⁽⁸⁴⁾でもある礼を実現するための手段とはみておらず、和の実現をそれ自体として目的としている。「日本民族は有史以前より血統的・国土的な生活共同体として生存」してきたため、日本には和を何よりも重んじる「文化」が古くか

らあったのだ、と。⁸⁵⁾「日本的和」の精神を迂回路にして、小野は個の否定へと至るのである。

(75) 小野清一郎「ナチス刑法学の一体系」同『法学評論上』(弘文堂書房、一九三八、初出一九三四) 九七頁。

(76) 小野「『政治的』刑法学」同『法学評論下』(弘文堂書房、一九三九、初出一九三四) 三四七頁。

(77) 小野「法理学的普遍主義」前掲『評論下』(初出一九三六) 六〇頁。

(78) 小野「ヘーゲル主義的法律哲学」前掲『評論下』(初出一九三五) 七〇～七二頁。

(79) 本田稔「刑法のイデオロギー的基礎と法学方法論」立命館法学三四四号(二〇一二) 六〇七頁は、「非合理的なるもの」が「現人神」として崇拜の対象となっていた天皇のほかに考えられないと決めつけ、戦時体制下の小野の「右傾化」は、「文化的共同体の理念」によって現実の国家と刑法を批判的に認識してきた「彼が天皇制という「非合理的な現実」を受け入れたため」とみる。そこまで極端ではないものの、小野が自由主義から全体主義へとその「イデオロギー」を変遷させたとみるのは、宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』(日本評論社、一九九四、初出一九八〇) 五〇一～五〇二頁。ただし、宮澤は戦時中の小野の著作を本格的に検討してはいない。その作業は「日本の狂気の時代を見つめること」を意味し、戦時教育を受けた、自身の「苦い思い出と重なる」から、途中で「断念」したとのことである(同書五〇三頁)。

「小野が右傾化した」という認識は、おそらく、瀧川との対比に由来するものであろう。瀧川は法を階級闘争の産物と考えており、このリアリスティック側面が、戦前は瀧川事件に繋がりが、戦後は反転して、「リベラルな政治的態度ゆえに弾圧された良心的法学者」として、瀧川は美濃部達吉と並んで顕彰されることになった。そのあおりを受けたのが小野であり、瀧川説を「自由主義的」と批判した彼は「戦時軍国主義の翼賛者」に貶められたのである。

(80) 小野「法理学と「文化」の概念」(有斐閣、一九二八) 三七〇～三七二頁。

(81) 小野に近い考え方のように思われるのは、椿「ヘーゲル『刑法学』の世界」鹿兒島大学法学論集二五卷一・二号(一九九〇) 六六～六八頁。それによれば、齊藤金作の刑法理論は、ヘーゲル哲学を出発点としながら、ヘーゲルが「有の弁証法」を用いたのに対して、「無の弁証法」にもとづいて「全・個」の理論を打ち立てたとする。無の弁証法とは、矛盾対立を解消することなしに「無」においてそれを成り立たせることによって、矛盾対立を超越するというものらしく、無の弁証法によって、齊藤は「個人はその自由な意思にもとずき全体に奉仕し、全体は個人の積極的な活動によってのみその完きを得るとともに、個人は全体の繁栄によって、はじめて、その精神・物質の両側面を充実・向上せしめ得る」(齊藤金作『刑法総論』改訂版)(有斐閣、一九五五) 四四頁)と喝破

したのだ、と。ただし、齊藤が無の弁証法に依拠していたことを裏づける直接の資料を椿は挙げていない。齊藤の「全と個の統一と調和」というフレーズは、西田幾多郎を連想させるらしく、中山研一が「ある意味で西田哲学に依存するような考え」と述べたのを受けて（中山研一「早稲田刑法学を語る」早稲田法学五八巻二号（一九八三）二二六頁）、椿が齊藤説に西田哲学を重ね合わせただけなのかもしれない。

(82) 小野「和の倫理」同・前掲『評論下』（初出一九三七）二二三～二二四頁。

(83) 小野・前掲書二二四頁。

(84) 学而第一の第一二を、礼と和の中庸を説くものと解釈するのは、宮崎市定『論語の新研究』（岩波書店、一九七四）二六八～二六九頁。それによれば、礼の実践のために和を用いるという読み方は、漢代以後の儒学が礼の絶対的優位を説いたこととの平仄を合わせるもので、「文章全体の構想から見て、礼と和とを対立させ、その一方に偏してはならぬと解釈しなければ、筋道が通らなくなる」。以下は、宮崎による学而第一の第一二の意識である。

有子曰く、礼を実行するには妥協性が大切だ。（中略）物事を一から十まで礼の規則すくめでやろうとすれば、行きづまることが出てくるためだ。（これに反し）妥協が大事なことだけ知って、もし融通無碍に流れて、礼の規則でけじめをつけることがなければ、これも亦きつと行きづまるものだ。

道徳的行為実践は、礼と和の二定点を焦点とする楕円のようなものに見立てられる。親密な関係であればあるほど人は和合しやすけれども、その行きすぎは、礼によって抑制される。「親しき仲にも礼儀あり」というわけである。他方で、見知らぬ人同士あいだでは礼の規則に従いさえすればよいかのようにみえるけれども、それは他者への思いやりに根ざしたものでなければならず、そうであれば、礼の実践は規則すくめに終わることはない、と。

(85) 小野・前掲『評論下』二二六頁。

第二節 戦後刑法学における形而上学的意思概念の残存

一 戦後の学説においては、小野の説いた「無心になること」は忘れ去られていく。

それは、一方で、違法性の意識を故意ではなく別個の責任要素とする責任説の有力化となってあらわれた。福田平は、故意が「事実の認識という心理的事実」であるのに対して、違法性の意識は「犯罪的意思決定に抵抗する規範的な意識」として、問題の行為を「やろう」との意思決定の背後に退いた——したがって、表層心理に上るとはかぎらない——「やめよう」との反対動機が形成される「過程」が存するかどうかの問題である等と主張する⁽⁸⁶⁾。

小野にとって、責任説は、人としての行為実践（道徳）の延長線上に国民としての法令遵守（法秩序）を位置づけることの放棄を意味する。小野によれば、責任説は真正の責任概念から展開されたものではない。「違法性の意識は、少なくとも刑法犯に関する限り、構成要件該当事実の認識に随伴するのが通常」であり、それゆえ、故意は単なる個人的主観をこえて、「その根本において、倫理的理念・法的な価値」との関係性を有する。これを看過しているのが、故意を不法要素としながら、責任要素ではないとするヴェルツェルの目的的行為論で、そのしわ寄せは、彼が責任説を支持し、責任論を Verantwortungsprinzip に服させていること⁽⁸⁷⁾にあらわれている。Verantwortung とは「むしろまず客観的・社会的に非難に答える、又は答えなければならないという意味」であり、それは「社会倫理的責任ではあるが、いつも行為者の内心的・主観的な道義意識にかかわる概念」たる Schuld とは似て非なるものだ、と⁽⁸⁸⁾。

他方で、認識なき過失を行為責任ではなく人格形成責任に置き換えることも試みられた。その試み自体は戦前に不破武夫によってなされていた。「平常に於ける義務尊重の心掛け」をしていれば、とりたてて精神を緊張させなくとも、「通常要求せられる注意義務」を無意識に履行することは可能であり、認識なき過失における道義的非難は、その

ような人格の形成を怠った点にみいだされるのだというのである。⁽⁸⁹⁾戦後は、井上正治がこれを引き継ぎ、構成要件は不法な「行為類型」であるとともに、さらにその前提として、「* * * するような人になつてはならない」という不法な「行為者類型」をも内容とし、したがって、過失行為は全体的「法秩序にあつて一般的に無関心な心構えが複雑に積み重ねられて、時に応じて不注意な態度として顕現」したものと説いている。⁽⁹⁰⁾

これに対して小野は、「行為者の性格」という意味での人格が道義的責任に関係することを認めながらも、行為者性格を「行為の種子（しゅうじ）」として意識構造に取り込もうとする。⁽⁹¹⁾人が何か行為をするとき、その印象は無意識（阿頼耶識）の中に痕跡としてとどめられて（熏習）、それが新たな行為を決定する。ある行為は、その時点では決定されているけれども、その原因は行為者が創り出したものだともいえ、この連鎖が永遠に続く。これが「決定されつつ決定する業」である。小野は、行為者にはどうすることもできない「宿業」の存在を認めながらも、その中で自己決定する「自由」があると説く。⁽⁹²⁾人間は「業的存在」として自由であり、それゆえに道義的責任の主体たりえるのだ、というのである。⁽⁹³⁾

深層心理を「意識」の範疇に含める小野流の認識論が、学説の理解を得られたとはいいがたい。小野は違法性の意識を故意の要素と解する嚴格故意説の支持者に数えられるのが一般的だが、どちらかといえば違法性の意識の可能性を故意の要素とする制限故意説に近かつたのではないかと思われる。そもそも、小野のいう善悪（＝違法性）の分別自体が、究極的には認識でなく悟りというか、直観の問題だったのだから、戦後学説にとって小野説は理解の範囲をこえていたとさえいえるのかもしれない。

二 ポスト戦後の学説は、小野刑法学からのさらなる脱却をはかった。

その動きに拍車をかけたのが、平野龍一の提唱した機能主義刑法学の台頭である。それによれば、「犯罪論の理論構

成も、刑法各則の解釈も」、刑法の犯罪防止「機能を、その必要性、他の手段の可能性等を考慮して、評価し、限定する」という視点から『目的論的』に行われなければならない⁽⁹⁴⁾。基礎理論の正統性は、それが——「存在する規範」と平野がよぶ——「国民の多数のもつ価値規準」や「社会の指導的な人々」の考えに反するものでもないかぎり、不問に付される⁽⁹⁶⁾。

機能主義の下では、行為者の道徳的行為実践主体としての意思自由だとか、意思自由にもとづく道義的責任だとかはもはやアルキメデスの点ではない。平野は、問題の行為が、経験的にとらえられた「行為者がそのような行動をとることの法則性」としての行為者人格に相当であればあるほど責任が重くなるとする「性格論的責任」を主張した。そこでは、「意思の自由とは、何ものにも決定されないということだ」と説く非決定論は「道義的責任という魔術的な観念によって無反省に前提されていたもの」にすぎず、「意思の自由とは、外部からの強制がないということだ」と説く「やわらかい決定論」こそが「刑罰の正当な限界をひくのに役立つ」のだとする、自説の機能主義的正当化がおこなわれている⁽⁹⁷⁾。

機能主義刑法学からは、現行制度の解釈適用を通じた「あるべき秩序」は行為者心理を離れて客観的に形成される。そのことをうかがえるのが平野の過失論である。

彼は、過失犯における予見可能性を客観的なものと主観的なものとに分け、前者を不法の段階に位置づけた。たとえ行為者自身にはその「人一倍予見の能力」ゆえに予見可能であっても、一般人に予見しえない結果を発生させることは構成要件に該当しないのだ、と⁽⁹⁸⁾。その後、右主張は、過失犯の成立要件として「実質的な危険」の創出を要求するものと言い換えられた⁽⁹⁹⁾。過失処罰を基礎づけるのは、行為者が単に現行規制に従わなかった——だけで足りるとするのが新過失論だ、と平野は解する——というのではなく、それが具体的な状況下で法益侵害の「客観的予見可能性」

たる「危険」をはらむことでなければならぬ、と。⁽¹⁰⁾

三 問題は、そのような客観的秩序に従うことを行為者に期待できるかである。認識なき過失とは、危険状況を認識しながら、それが「実質的危険」であること、したがって、現行制度が「あるべき秩序」として妥当することの判断に至らなかつた場合であり、その理由としては、「知識が不足していたから」だとか、「判断能力が恒常的、ないしは、疲労、酩酊、興奮等により一時的に低下していたから」だとかということのほか、「現行制度自体を気にとめなかつたから」ということが考えられる。最後の理由は主観的予見可能性の否定を導くのだろうか。

平野によれば、現行制度を顧慮するよう規範意識がはたらかなかつたからといって、主観的予見可能性は否定されない。精神を緊張させて具体的結果の発生を予見する能力のうち、判断能力の減退を招く「生理的」条件ならざる、「規範心理的なものは客観的基準によるべき」だ、というのである。⁽¹¹⁾

そのような取扱いをする理由として平野が説いたのは、皮肉にも、小野のいう「業的存在としての自由」とさして変わらないものである。平野は、「やわらかい決定論」に依拠して次のように述べる。行為者を「対象的な人格ではなく、主體的な人格、超越的な人格」とみるならば、素質や環境による制約を受けながら、曲がりなりにも存在する「自由意思の限度で」、彼は責任を負うのであり、それゆえに、主観的予見可能性としての過失を語ることができる、と。⁽¹²⁾

(86) 福田平『違法性の錯誤』(有斐閣、一九六〇、初出一九五五)一九三頁。責任説を支持する理由としては、その他に、(厳格) 故意説に従って違法性の意識を欠いたことに落度がある場合に、行為者が構成要件該当事実を認識しているのに過失犯の成立を認めることは、故意犯と過失犯の「本質構造の差異」を無視するものだ、というのがある。

- (87) 自由意思を否定する決定論的立場から、責任説を支持するのは、木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論(増補版)』(有斐閣、一九七八、初版一九五九)三二二～三二四頁。
- (88) 小野「刑法における責任の原理といわゆる『責任説』」同『法哲学』(有斐閣、一九七二、初出一九六六)二三〇～三二一頁。
- (89) 不破武夫「過失論」同『刑事責任論』(弘文堂、一九四八、初出一九四三)一七三～一七四頁。
- (90) 井上正治「過失概念の体系的構造」同『過失犯の構造』(有斐閣、一九五八、初出一九五〇)九五～九七頁。
- (91) 小野「近代日本刑法における過失犯の諸問題」前掲『法哲学』(初出一九六一)二七六頁。すでに、同「犯罪の本質について」前掲書(初出一九五二)三九～四〇頁。
- (92) なお、行為者の「人格的態度」は表層心理をこえて深層心理にまで及ぶものであり、「人格」は深層心理さえもコントロールできるとして、認識なき過失を深層心理における「主体的な人格態度」とみるのは、團藤重光「過失犯と人格責任論」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯(1)』(有斐閣、一九六六)七六～七七頁。
- (93) 小野「仏教における業観と意志の自由」同・前掲『法哲学』(初出一九六八)五〇七～五〇八頁。
- (94) 平野龍一「刑法の機能的考察」同『刑法の帰納的考察』(有斐閣、一九八四)四頁。
- (95) 平野「刑法と判例と学説」同『刑法の基礎』(東京大学出版会、一九六六、初出同年)二四五頁。
- (96) 過度の機能主義は理論の放棄になりかねないことから、平野自身は自説が「機能主義」とよばれることを警戒していた(平野・前掲「機能的考察」五頁註一)。このため、彼の意図が、「権威主義に対抗する」という意味での自由主義の徹底にあったのか、それとも、法学方法論としての機能主義の確立にあったのかは見解が分かれるところである。後者とみるのは、松澤伸「機能主義刑法学の理論」(二〇〇一、信山社出版)二三〇頁。これに対して、前者とみるのは、佐伯仁志「書評」法律時報七三卷九号(二〇〇一)一六頁。佐伯(仁)への反論として、松澤「機能的刑法解釈方法論再論」早稲田法学八二巻三号(二〇〇七)一四三頁。
- (97) 平野「意思の自由と刑事責任」同・前掲『基礎』(初出一九六三)二八～二九頁。
- (98) 平野「過失についての覚書」同『犯罪論の諸問題(上)』(有斐閣、一九八一、初出一九五三)八七頁。
- (99) 平野『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、一九七二)一九四頁。
- (100) 平野「過失犯の構造について」同・前掲『諸問題(上)』九八頁。
- (101) 平野・前掲『総論Ⅰ』二〇六頁。
- (102) 平野・前掲『覚書』『諸問題(上)』八九頁。

第三節 ヘーゲル市民社会論に欠けているもの

一 さて、『法の哲学』、したがって、ラレンツの客観的帰属論は、プラトンの「魂は身体から離れて存在する」という思想の系譜を引くといわれる。⁽¹⁰⁾ プラトンは身体、したがって感情にとらわれない、理性的な思考によって身体を支配できる者である「哲人」こそが「あるべき秩序」を形成する資格を有すると説いた。国家法を「客観的精神」とみる立場は、人々の身体を離れた精神活動が「法秩序」というかたちで人々を支配することにより、「精神が身体を支配する」という構図を実現するものといえる。

この点、カール・ポパーは、プラトン、また「プラトンの末裔」たるヘーゲル、マルクスのように、社会制度を理性的な精神活動の所産ととらえることが全体主義を生み出したと主張している。ポパーがいうには、ヘーゲルの弁証法の背景にあるのは、矛盾を解消するための努力を放棄し、「進歩」と称して、新たな形而上学的な概念——しまいは、「国家」だとか、「民族精神」だとかにたどり着く——をもって矛盾を糊塗する（政治）思想だとされる。それがヘーゲル流の「弁証法」なのだ。⁽¹¹⁾

ただ、ポパーに限らず一般に思われているほどには、ヘーゲルは弁証法にこだわっていたわけではないようである。加藤尚武によれば、ヘーゲルは自筆の著作の中で「弁証法」という言葉をあまり使っておらず、このことから、弁証法が「ヘーゲル哲学のなかで、厳密な意味では、基本的な方法的原理として扱われていない」ことが推測されるという。⁽¹²⁾

そうだとすれば、『法の哲学』は、人類が国家を、そして歴史を創成する、怪物的な「理性の発展過程」の物語とは

違ったものとして読まれてもよいのではないか。アクセル・ホネットは、『法の哲学』における道徳性の段階を「無規定性の苦しみ」という病理過程とみる。人は道徳的であればあるほど、「何のために行為するのか」という目的を失っていく。道徳的立場の受容は、その人が個人的に企図していたものを他者だとか、社会だとか、果ては人類だとかの全体に埋没させ、人々を自己確信の喪失へと陥らせるのだ、と。⁽¹⁶⁾「特殊な自己を否定する」こと、すなわち個の否定は、人の革新をもたらすものではなく、精神が身体から乖離していく「病苦」でしかない。

二 では、「国家」は、したがって、国民としての義務をはたすことに自己実現をみいだすことは、人々が無規定性の苦しみから解放される処方箋となりうるのだろうか。

憲法一三条前段は、「すべて国民は、個人として尊重される」と規定し、個人主義を政治原理として掲げている。個人主義とは何かは議論が尽きないけれども、それが全体主義とは反対の政治原理でなければならぬという点で争いはないだろう。全体主義とは、何人も個人である前に一人の国民であって、国民である以上、「国民としての義務」をはたさなければならぬとする思想である。戦前の日本社会が全体主義社会だったかどうかはともかくとして、現行憲法がこの全体主義を否定しているのは間違いない。

現行憲法上、「国民」としての自己実現への道が閉ざされているのだとすれば、自己実現の場は、『法の哲学』にいう市民社会の段階に求めざるをえない。市民社会とは何かも、これまた議論が尽きず、本稿で扱うにはテーマがあまりにも大きすぎる。ただ、次のことだけはいえる。私見は、現代の日本社会を、「国家が人々を上から義務づけること」によって秩序形成がなされるもの」としてはとらえない、と。⁽¹⁷⁾

ところが、ヘーゲルによれば、市民社会によつては「あるべき秩序」は形成されない。なぜなら、市民社会は「無限の独自性」、すなわち、個人が、悪くいえば、好き勝手に生きているだけの状態だとされているからである。市民は

「孤独」という病苦からの解放を集団に求める。それが「家族」に次ぐ、第二の「人倫性の根」としての「コルボラツイオン」である。だが、それは市民社会の分節化ないし解体を意味し、客観的精神としての「国家」の成立を必然的なものにする。

ヘーゲルのこの市民社会観は、アダム・スミス『国富論』を下敷きにして¹⁰⁸いる。ヘーゲルがスミスから学んだのは、「分業生産と市場交換」を内容とする経済システムが、万人を相互依存の関係に立たせるということだった。近代市民社会は、労働を貨幣価値によって中性的に規定することで封建的制度を打破し、市民を「自由」にする。それと同時に、商人的「律儀さ」は市民社会に法をもたらすのではないかとヘーゲルは考えた。だが、他方で、貧民の発生は、市民社会が「理性的なもの」でないことの証左でもあったのである。

三 しかし、そこには重要な視点が欠けている。それは、「市民社会にあつては、『見えざる手』により自律的に秩序が形成される」とスミスが説いていたことである。この命題は「何もしくとも、自由主義経済の成長にともない貧富の差は自ずと解消される。だから、自己利益の追求に専念するのは、むしろよいことだ」と説くものと誤解されて、それは彼の名著『道徳感情論』と矛盾するのではないかという、「アダム・スミス問題」とよばれる論議を引き起こした。けれども、スミスが「神の見えざる手」と賛嘆したのは、そのような超自然的な予定調和ではなく、次に述べるような方法で、「人間は自然に、利己心と利他性を調和させることができる。だから、市民社会は破綻しない」ということにある。

スミスは、道徳的判断を次のように定式化した。他人の立場にわが身を置き換えたとき、自分の行為はどのように感じられるのか。不快と感じられるならば、それは悪である、と。¹⁰⁹これは同感判断とよばれる。ただ、「他人の立場に身を置く」といっても、それが被害者（になるかもしれない人）の立場だったら、「被害をこうむるかもしれない」と

いうだけで不快感が増幅されるかもしれないし、あるいは逆に、「他人の立場に身を置く」といいながら、自己に都合よく不快を感じなさずすることもありうる。中庸をえた同感をいだくためには、中立性、したがって、適度の「感受性」と「自己規制」をはたらかせることが要請される。そのようにして、行為者、相手方、さらには第三者（観察者）の同感判断が協和した場合、彼らは「相互的同感の喜び」を感じる。そのような行為が「適宜な行為」なのである。

同感判断が、とくに親密でないどころか「見知らぬ人」を観察者としてなされるとき、社会的に適宜な行為に関する「一般規則」が出来る。そうすると、人々は一般規則を遵守することに「義務感」をおぼえ、これに従うようになる。かくして、社会には秩序がもたらされる。ここで義務感が優越するのは、宗教の命じるような自己否定（禁欲）ゆえではない。人々が自己規制するのは、「目先の利益ではなく、『心の平穩』こそが真の幸福をもたらすのだ」との「慎慮」が働くゆえなのである。¹⁰⁾ だから、人間の利己心は利他性を排除しない。

四 以上の「相互的同感の共同体」というスミス流の市民社会論を『法の哲学』で展開するには、感情という要素を「市民」に埋め込まなければならぬ。それなのに、ヘーゲルは、「本質的なものを感性によって具体的にとらえる」円満な共同体構築の「女性的」アプローチを、固定的性役割観の下、「家族」の段階だけにとどめて、市民社会を男性社会にしてしまった。

そのため、市民生活はもはや「人格としての自立性と、普遍的なるものへの意志との対立を克服する」ことにしか向けられなくなる。それに、ホネットが指摘するように、ヘーゲルは友情による陶冶の可能性を等閑に付している。¹¹⁾ 『法の哲学』における市民社会は、友人をつくらず、心の安らぎを配偶者との円満な家庭生活にしかみいだせない人々によって形成された共同体であるように思えてならない。ヘーゲルの構想する市民には、感情がないのである。

- (103) 加藤(尚)「法における身心問題」前掲『著作集第三卷』二六七～二六八頁(初出一九八六)を参照。ただし、加藤(尚)はこの理解は間違っていると述べる。ヘーゲルは「他者こそが身心を統一する」と考えていたのだから、デカルト的な身心二元論はとっていないし、そもそも、「デカルトの二元論が近代哲学の基本的な設定として支配的であるというドクマがほとんどなんの根拠もないものである」と。
- (104) カール・ポパー(内田詔夫・小河原誠訳)『開かれた社会とその敵・第二部』(未來社、一九八〇)四三～四四頁。
- (105) 加藤(尚)「ヘーゲルとマルクス」前掲『著作集第四卷』七九～八〇頁(初出二〇一〇)。
- (106) アクセル・ホネット(島崎隆ほか訳)『自由であることの苦しみ』(未來社、二〇〇九)七七～七八頁。
- (107) 広渡清吾『講演』民法と市民社会』名城法学七〇巻一号(二〇二〇)六三～六四頁は、「社会を秩序づける国家というものを観念することが統治者を神に選ばれし者あるいは神そのものと措定することを意味するのに対して、国家の存立を社会契約によって原理的に基礎づけるのが市民社会論であり、「そのゆえに、一人ひとりが自立して責任を負う主権者だと認識しなければならない」と述べる。けれども、契約モデルとは異なるアプローチで市民社会における秩序形成を説明することは不可能ではないように思われる。なお、広渡は、余談ながらも、大嘗祭が「神としての天皇の代替わりの儀式」であって「市民社会のコンセプトからすれば認めがたい」とも述べている(同論文六四～六五頁)。しかし、自らを神とする祭祀を天皇がおこなうことに国費が支出されたからといって、天皇が「統治者」であることを承認したわけではないだろう。また、象徴天皇制を市民社会論に定位させることの可能性をめぐっては、議論の余地があるのではないかとも思う。
- (108) 加藤(尚)・前掲『著作集第二卷』六〇～六四頁を参照。
- (109) 井上匡子「アダム・スミス同感判断論における相互性の構造と自然法学(四)」、「(五)」北大法学論集四七巻四号(一九九六)九八六頁以下、同巻五号(同年)一四五七頁以下を参照。
- (110) 水田洋「適宜性の道徳哲学」同『アダム・スミス論集』(ミネルヴァ書房、二〇〇九、初出一九七三)八七～八九頁。
- (111) ホネット・前掲『苦しみ』一二〇～一二二頁。

第四節 理性から感情への視座転換

市民としてのアイデンティティ確立の鍵を感情にみいだすことは、ロマンティシズムの復活を意味する。チャールズ・テイラーによれば、ロマンティシズムの哲学は、感情を、何かの価値をおびたものとしての行為を動機づけるための手段とみるアリストテレスとは違って、感情そのものに価値をみいだして、「あることを目指したり行ったりすることだけでなく、感情を抱くことこそが重要」だと説く。¹⁰⁾

テイラーがいうには、「人間は道徳感覚を授かっている、つまり、何が正しく何が間違っているか直観的に感じとる能力を授かっているという十八世紀の概念」は、そのような「道徳感情との触れ合い」を、「正しく行動するという目的のための手段」にとどまらず、「本当の人間、完全な人間になるために達成すべきもの」ととらえる倫理観をもたした。この「ほんもの」(authenticity)という理想はカントにいう「自律」、すなわち、「自分に関することを自分で決めたときにこそわたしは自由であって、外からの影響で方向付けられるときにはそうではない」という「自己決定的自由」の概念が「純粹に道徳的なことばで」打ちなおされたもの、とは区別される。¹¹⁾

ここに一つの視座転換が刑法学にもたらされる。従来、「正しい法律に従うこと」は「普遍性を志向する意思」の客観化であり、それは身体から離れて存在する精神による身体性の支配を意味していた。小野にとっても、平野にとっても、感情は、「意思」によってコントロールしきれず、したがって、「意思支配」という意味での自由を阻害するやつかいものでしかない。そこで彼らが用意したのは、「意思の弱さ」を自己のものとして引き受ける「もうひとりの自分」、感情にとらわれた自己を超越する形而上学的な意思であった。

これに対して、「感情こそが道徳的行為実践の源泉であって、行為とは感情の表現なのだ」ととらえるならば、人は

自らのおかれた状況下でしかるべき感情をいदैてはじめて、何をなすべきかがわかる。したがって、しかるべき感情をいだかなかつたことが、すべきでないことをした行為者の責任を基礎づける。かくして、わが国では現在支持者がないといつてもよさそうな感性責任論が再評価されるのである。

(112) チャールズ・テイラー（下川潔ほか訳）『自我の源泉』（名古屋大学出版会、二〇一〇）四一五頁。傍点は原文に従う。

(113) テイラー（田中智彦訳）『ほんもの』という倫理』（産業図書、二〇〇四）三六―三九頁。

第五章 結語

本稿は次の結論を得た。ラレンツの客観的帰属論は、ヘーゲルに依拠して「行為者の（表層）心理をこえたところに、『一般人と同様に行為せよ』と命じる行為規範が付与される」というテーゼを打ち立てた。その前提に横たわっている形而上学的意思概念は、わが国の刑法学説にもかたちを変えてみられるところ、「身体性（感情）によつては法秩序は形成されない」との前提を争つてみる価値は十分にある。

ラレンツの客観的帰属論はホーニツヒによつて換骨奪胎されて、それから四〇年後、いわゆる「対案世代」のロクシンが、ラレンツではなくホーニツヒ説の再生というかたちで客観的帰属論を展開することになる。現在のドイツ刑法学において通説とされる、現代版客観的帰属論の検討は、今後の課題である。