

ドイツ犯罪論体系の形成期（遺稿）

故 佐 久 間 基

目 次

序

第一章 フォイエルバハの理論体系

第一節 時代的背景

第二節 フォイエルバハの理論体系

第二章 ルーデンの理論体系

第一節 時代的背景

第二節 ルーデンの理論体系

むすびにかえて

あとがき………沢登 佳人

凡 例

一、敬称は省略した。

二、引用文中の「」内は筆者が補った訳である。

序

構成要件、違法、有責という三分的体系は、刑法理論体系の動揺・混乱が指摘され始めて久しい今日もなお、基本的には維持されていると言つてよい。現在では、むしろ行為論を別個に立てるか、またどこに位置づけるかといった争いはあるにしても、議論の中心は、この体系中の各概念の内容をいかなるものと理解するかにあるように思われる。しかしながら、この三分的体系が決して所与のものであるわけではない以上、それら各概念を論定するためには、当然この三分的体系自体の意義づけが為されていなくてはならないはずである。もちろんそういった視点から体系そのものを再検討しようとした論説は数多い⁽¹⁾。しかしそれらは主として理論面からの考察に主眼が置かれており、⁽²⁾歴史的側面からこの三分的体系の形成過程を辿ろうとしたものは見られない⁽³⁾。しかしながらこの体系は、リスト||ベールリン⁽⁴⁾グの体系とも呼ばれるように、リストとベールリン⁽⁵⁾グという二人の偉大な刑法理論家によってほぼ同時期に採用されたものであり、二人が偶然に類似した体系を考案したとは考えられない。即ち、この二人に先行するモデルが存在するはずである。そこでイエシエックによるならば、リストとベールリン⁽⁶⁾グが受け取り、仕上げる基となった体系としてルーデンの体系が浮かび上がってくるのである。即ちこのルーデンが一八四〇年の段階で既に、行為⁽⁷⁾(Handlung)、違法⁽⁸⁾(Rechtswidrigkeit)、責任⁽⁹⁾(Schuld)の三分肢から成る犯罪概念を見出したというのである。このルーデンに関して更に「バウマンも、「イエーリング以前に、…ルーデンが既に、一般的『帰責論』を違法性と責任との判断に分解しようとしていた」としている⁽⁷⁾。本稿はこのルーデンの刑法理論がいかなるものであったかを明らかにし、更にルーデンの前の世代からフォイエルバハを採り上げて、ルーデンの学説史上の位置を探ろうとするものである。

ところで、右のバウマンからの引用に見られる「帰責論」について、ここで一言しておくことにする。

ローマ法の継受(一四—一五世紀)以後、ドイツにおける法律学は、註釈と解釈との学問に止まっており、体系化への努力は目立った動きを示してはいなかった。⁽⁸⁾ 一八世紀に入り、理性法論が実定法学を席卷するに至って、完結した体系とその論理的な論証とが諸法典及び学問的叙述を支配するようになる。⁽⁹⁾ この間の事情は刑法においてもやはり見られ、普通法解釈学において、犯罪概念と実務上用いられるドルス(dolus)、クルパ(culpa)等の一般概念とを関係づけるという作業は、自然法の助けを借りてはじめて着手されたのである。自然法の学者は帰責論(Imputationslehre)を作り出し、この理論は一七世紀頃から、普通法上の刑法学者達に受け入れられていった。⁽¹⁰⁾ この帰責論は、プーフェンドルフ(一六三二—一六九四)に遡るとされている。⁽¹¹⁾ プーフェンドルフはその自然法観から、責任(Verantwortlichkeit)が問われるのは「自由な行為」でなければならぬとし、これを二段階に分けて考察する。即ち、まず物理的ないし事実的帰責(imputatio physica, imputatio facti)は、ある行為が行為者の意思に基づくものとしてその行為者に帰せられることを意味し、それ自体としては事実的判断であるとされる。これに対して、道徳的ないし法的帰責(imputatio moralis, imputatio juris)は、その人間に責任を負わされることを意味し、その際の帰責可能性(imputativitas)は評価的なものとして、自由な人間の道徳的責任を問う条件となる。こうしてプーフェンドルフは、一つの公理、即ち人間が責任を問われるのは、行なうか行なわなかが彼の自由である行為に關してのみであるという原則を立て、それによって強制、錯誤、正当防衛、緊急避難などが判断されることになる。しかし、違法性及び責任という概念はこの帰責論の中では現われておらず、従って、正当防衛あるいは緊急避難が行為の違法性を阻却するのか、責任を阻却するのかは、プーフェンドルフによっては研究されていない。彼にとっては、

説

正当防衛行為及び緊急避難行為の帰責可能性は生じないとすることで十分であった。⁽¹²⁾

論

人間の意思自由という原理に基づくプーフ・フェンドルフの帰責論は、その生命力をフォイエルバハに至るまで維持するのであるが、その生命力の言わば源は刑事手続にあったと考えられる。即ち、この事実的帰責と法的帰責という体系は、当時の刑事手続に対応するものであったと考えられる。⁽¹⁴⁾ そのことを示すために、当時の刑事手続即ち糺問手続について次に触れておきたい。

糺問手続 (Inquisitionsprozess) は、それまでの私的な告訴 (Privatklage) に基づく親告手続に代わって一三世紀以来、都市を中心として発達したものである。都市は公けの起訴官庁 (都市検察官) を設置し、十分な嫌疑があるときは犯人を逮捕させ、職権によって犯罪構成事実を調べさせた。⁽¹⁵⁾ その本質的特徴は、嫌疑の発生から判決に至るまでの全訴訟手続が職権的に運営されるということ、そして証明は、従来のように直接有罪か無罪かに関してなされるのではなく、具体的事実をまず明らかにするためになされるということである。⁽¹⁶⁾ 即ち、訴訟手続は、どのような事実があったのかという真実探求のための手続となり、その際自白が重視されたため (自白は証拠の女王である、*confessio est regina probationum*)、自白獲得の手段として拷問がしだいに重視されるようになった。⁽¹⁷⁾

この糺問手続は CCC (*constitutio criminalis calolina*, *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, カルル五世の刑事裁判令、一五三二年) に至って形式を整えられる。しかし更にその後の発展は、CCC の立場を越えて、糺問手続の構造がより厳格で裁判官の活動を拘束するようになる、ということによって特徴づけられる。この点で特に重要なのは、訴訟手続が、一般糺問 (*inquisitio generalis*) と特別糺問 (*inquisitio specialis*) との、厳格に区別された二つの部分に分解されることである。⁽¹⁸⁾ この一般糺問と特別糺問との区別は、既にカノン法の訴訟手続の中で行

なわれていたとされるが、⁽¹⁹⁾CCCはこの区別を規定していなかった。即ちその第六条は勾留をなすために必要な嫌疑を定めているが、どのようにしてこの嫌疑に達すべきか、誰が取り調べによってその嫌疑を調査すべきかを述べていない。⁽²⁰⁾しかし実際上は、CCC 第六条で挙げられている時点以前に、裁判官は取り調べを行なっていたのであり、立法上もしだいに認められるに至った。この勾留前手続がまさに一般糺問なのであって、それは勾留とともに始まる特別糺問から厳格に区別されていた。被疑者を勾留して特別糺問に取りかかることが許されるのは、一般糺問において極めて確定した結論が得られた場合、即ち *corpus delicti* 「罪体」が確定された場合のみなのである。そのことは、この区別が被疑者の保護を目的としていたことを意味する。裁判官は、ある特定の者 (Person) に対して容疑者としての処置をとる前に、一定の犯行がそもそも誰かある人間によって犯されたということについて確信を得ていなければならぬのである。この場合、*corpus delicti* として確定されていなければならないものは、様々な犯罪類型に応じて極めて多様である。例えば、殺人罪にあっては致命傷のある死体が発見されているということが、放火罪にあっては火災現場そのものから犯行が明らかにされるといふことが、*corpus delicti* に属する。これらは検証対象が犯罪の結果として存在しており、持続的事実の犯罪 (*delicta facti permanentis*) と呼ばれるが、これに対し、瀆神罪・侮辱罪などは一過性の事実の犯罪 (*delicta facti transeuntis*) と呼ばれ、犯罪の痕跡は後に残らないため、その罪体の確定 (*constare de corpore delicti*) は別の方法で行なわれる。即ちその場合には、証人ないし他の証拠方法によって十分な犯行容疑が基礎づけられることでよいとされた。このような一般糺問手続、即ち *corpus delicti* を確定する手続に対して、特別糺問手続では、勾留された特定の容疑者に対し、拷問による場合も含めて尋問 (*Verhören*) が行なわれた。その際尋問は、分節尋問 (*artikulierte Verhören*) によって行なわれる。即ち裁判官は容疑者

説を尋問する前に、一般糺問で得られた資料を個々の問題に分解しなければならず、しかもそれらは書面で予め確定され、尋問は厳格にこれらの問題に限定されなければならない。ここで得られた調書は判決高等法院(Spruchdikasterium)に送られ、ここでは容疑者の尋問手続を厳格に再審査し、拷問にかけてよいかどうかに関して、或いは終局判決に関して、提案(事実上は判決)がなされた。従って証人達もまた、分節的に審問されなければならなかった。⁴¹⁾被疑者の防禦は、予審判事すなわち取り調べにあたった裁判官の活動が完了してはじめてなされる。それは多くの場合、証拠手続が終わった後、判決高等法院へ送られる弁明文書(Verteidigungsschrift)を提出することであった。このような糺問手続は、例えばクールザクセンでは一五七九年の条令により、またバイエルンでは一七五一年のバイエルン刑事法典により、その基礎を与えられた。⁴²⁾

以上やや詳細に見てきたが、この糺問手続では、一般糺問と特別糺問との区別こそがその本質的特徴なのであり、先に述べたブーフェンドルフの帰責論における事実的帰責と法的帰責という体系は、まさにこの区別に対応していたと言ってよいであろう。そしてこうした、一般糺問と特別糺問との区別の反映は、次に述べるフォイエルバハの理論にも認めることができるのである。

第一章 フォイエルバハの理論体系

第一節 時代的背景

フォイエルバハ(一七七五—一八三三)をどの時代に位置づけるかは、それ自体一つの困難な問題である。フォイ

エルバハが啓蒙期以後に属することは明らかであるにしても、歴史区分は通例、啓蒙期ないし理性法論の時期、帝国の終焉以後の領邦国家期即ち私法の分野では歴史法学派によるパンデクテン法学の時期、そして法典編纂以後の時期に分けられ、⁽²³⁾ フォイエルバハが活動した時期は、ちょうど第一の啓蒙期と第二の歴史法学派の時期にまたがっているのである。⁽²⁴⁾ 事実また、彼は一方ではルソーへの傾倒を示し、⁽²⁵⁾ 他方ではサヴィニーの同時代人として、サヴィニーの綱領を批判してもいる。⁽²⁶⁾ ただしかし、サヴィニーを批判している点から見ても歴史法学派の影響下にはなかったのである、むしろ啓蒙期ないし理性法論の最後の時期の人として位置づけるのが適当と思われる。⁽²⁷⁾

さて、その啓蒙後期であるが、そもそもドイツにおける啓蒙主義は、フランスにおけるそれとは異なり、近代的統一国家の形成へただちには向かわず、むしろ官憲国家を基礎づける役割を果たした。⁽²⁸⁾ 磯村哲によれば、「西ヨーロッパの啓蒙思想が、既存の絶対主義的秩序に対する市民Ⅱ国民の立場からの原理的批判の性格をもつに對し、ドイツにおける啓蒙は、特殊Ⅱドイツ的形態をとって現われる。すなわち、ここでは、その実践的改革の志向は、社会・政治の基本的変革にかかわるよりも、既存の権力秩序の前提のもとにおける『枝葉的』領域の改革に限局され、かような未来的変革の性格の稀薄さに対応して問題を觀念化・内面化する傾向を強くもっている。かようなドイツ啓蒙思想の性格が、ドイツの政治的社会的条件によって規定されていることはいうまでもない」とされる。⁽²⁹⁾ そしてここに言う「政治的社会的条件」の重要な一つとして何よりも、特殊ドイツ的事情である政治的分裂が挙げられよう。即ちドイツでは、既に中世において、「国家内の諸国家」形成の萌芽が認められ、「帝国」と並んでその内部に諸「領邦国家」が存在するという特殊事情を有していた。⁽³⁰⁾ しかもこの政治的分裂は、まさに啓蒙期に、ある意味で頂点に達するのである。

「宗教改革から帝国の終末に至るまでの時期は、有力な帝国等族が不断にその自律性を強化していったということによって特徴づけられ、これらの有力等族は主権国家へと大きく発展していった」⁽³¹⁾。諸ラントは、まとまった一円の国家領域を形成するよう努めていた。他方、帝国の方は、しだいにその実質的権限を奪われていった。一六四八年のヴェストファーレン条約は、帝国等族に対してその領邦内での主権を承認している。一八世紀になると、ラント領主権の方がより本来的な国家権力を持っていると考えられ、帝国は諸国家から成る合成国家であるとされるに至る。プロイセン、オーストリアなどは、一八世紀には事実上既に帝国からの分離をとげていた。そうした中で、一八〇六年、ライン左岸の帝国諸侯たちはナポレオンの保護下にライン同盟を締結して帝国から離脱し、ナポレオンの圧迫のもとで皇帝が帝冠を放棄することにより、帝国は終焉する。

こうした、ラントの帝国からの分離に対応して、ラントの内部組織も変化していく。諸領邦は、一六世紀以来、ますます整備された行政機構を備えるようになる。有力な帝国等族は、しだいに帝国の裁判権を排除してラントの最高裁判所を設置するに至る（バイエルン一六二五年、プロイセン一七四八年）。他方、政治権力はもはや、伝統的慣習即ち古き良き法に由来するものではなくなった。君主は絶対的なものとなり、プロイセンではフリードリッヒ・ヴィルヘルム一世（在位一七一三—一七四〇）が等族の勢力を排除し、一つの統一国家が形成されていった。次のフリードリッヒ大王（在位一七四〇—一七八六）のもとで、君主の絶対主義は国家の絶対主義に変化してゆき、君主自身は国家機関（第一の公僕）とされるようになる。こうした新しい国家観念は、もはや国家の権力だけしか「正当な公権」として承認せず、従って例えば、都市の有していた裁判権などは廃止されていった。こうして、「ドイツ史において初めて、国家による権力の独占が成立したのである」。

しかしこれに対して、小さなラントは、なお従来のままの形態を維持しており、従って大きなラントが新たな国家制度を整えるにつれて、両者の差異はしだいに大きくなっていった。そしてこの、依然として慣習法的色彩を残している小ラントと、場合によっては法典をも有している大ラントとが混在する点に、法的不安定が生ずることになるのである。更にまた、移行過程にあるラント内部でも、当然法的安定性は害されたであろう。ドイツ全域に通用するものとしての普通法 (gemeines Recht) 即ち継受されたローマ法も、こうした状況を前にしてほとんど無力であった。

ラントの自律化、ラント国家による権力の独占と相前後して、他方では、「絶対主義の国家建設が、国家市民の国民意識および民族意識、すなわち国家への市民の『直属関係』を生ぜしめ」、そのことは「たとえばフリードリッヒ二世の七年戦争(一七五六—一七六三)に全ドイツが参与したことにおいて、示されていた」⁽³²⁾。更に、とりわけナポレオンに対する解放戦争を通じて、(領邦単位を越えた)ドイツ全体としての国民意識は一層高まった。「ナポレオンとその諸法典とがヨーロッパを支配して以来、もっともすぐれた人々のうちの多くが、フランスに目を向けた。解放戦争の最中しばらくのあいだは、ドイツに統一的国民民主主義の到来の機が熟したかのように見えた。そのときに、これらの人々は、一つの一般ドイツ的国家市民的憲法と一つの—もはや「上から」命ぜられるのではなく、フランスの場合と同様、国民によって作られるはずになっている—法典とへの道が拓けた、と信じた」⁽³³⁾。そしてこの時期現われたのは、例えばティボー(一七七二—一八四〇)に代表されるような、ドイツ啓蒙思想の系譜を引きつづ、よりフランスを志向した人達⁽³⁴⁾であった。フォイエルバハ(一七七五—一八三三)が生きたのは、まさにこの時代であっ

た⁽³⁵⁾

第二節 フォイエルバハの理論体系

フォイエルバハの体系も基本的には、プーフェンドルフの帰責論を受け継いでいるとすることができる。彼の体系の骨子は、まず絶対的な可罰性の根拠と相対的な可罰性の根拠に分けられる。前者は今日言うところの犯罪論であり、後者は量刑論である。それぞれは更に客観的と主観的とに分けられ、絶対的な可罰性の客観的根拠と絶対的な可罰性の主観的根拠、及び相対的な可罰性の客観的根拠と相対的な可罰性の主観的根拠が区別される。

一 絶対的な可罰性の根拠とは、「刑罰法規を適用することが、従ってある刑罰を加えることが、そもそも法的に可能かどうかに係っている根拠⁽³⁶⁾」である。即ち、量的問題は考慮の外に置かれ、そもそも法適用があるか否かだけが問題とされる。従って、今日の謂わゆる違法性の量或いは責任の量といった問題は生じない。このことはそれ自体で意義を有していたと言える。というのは、当時何よりも刑法学が直面していた問題は、法的安定性の欠如であった。フォイエルバハ自身この間の事情を、「ドイツの普通刑法は、普通法一般と同様、帝国国制の解体に伴い法的に一般妥当性を失っており、それ故、普通法としての形式によって妥当しているとはもはや言えない。にも拘らず、かつてのドイツ領邦の地域法 (Particulargesetze) によって制限ないし廃棄されていない所では、そしてその限りでは、普通法はドイツにおいて存続している」と述べている⁽³⁷⁾。ところが、札問手続においては法定証拠主義が支配し、犯罪の証明が法定の量に達しない場合には、嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) ⁽³⁸⁾ として完全に証明された場合よりは軽い刑が科されたのであるが、ラント国家の拡大に伴うこの法状態の混乱の結果、裁判官の自由裁量による不公平が問題とされていた。そうした状況の中で刑法学者たちは、何とか法的安定性を作り出そうと努力したのであり、その一人で⁽³⁹⁾

あるフォイエエルバハも、裁判官の自由裁量の余地を極力制限しようと試みた。量刑の問題を相対的な可罰性の根拠として切り離し、そもそも刑罰法規の適用が問題となり得るか否かだけを、絶対的な可罰性の根拠として論じているのも、そのような努力の現われと見ることができる。即ち、犯罪の証明が法定の量に達しない場合には、嫌疑刑を科することはできず、そもそも刑罰の問題は生じないということになるのである。その意味で、この根拠の存否の問題は、まさに「絶対的」であると言うことができる。従って、「個別的な行為の可罰性はある犯罪の構成要件が存在することを条件としているが、ある行為が裁判上存在するかどうかはその法的証明に係っており、従って証明された行為が刑罰法規に全く該当しない場合には処罰してはならないし、同様に、ある法規に該当し告発がなされている行為の法定証拠が不十分である場合にも処罰してはならない。従って、証明が不完全である場合に処罰することは、法規に定められている刑罰が適用されようと、それとは異なるより軽い（非正規の *aufserordentlich*）刑罰（即ち嫌疑刑：筆者）が適用されようと、いずれにせよ違法である」（⁴¹傍点筆者）とされることになる。絶対的な可罰性の根拠と相対的な可罰性の根拠との区別が、嫌疑刑を排除するためのもの、その意味で裁判官の自由裁量を拘束するためのものであったことは明らかである。

二 ところで、右の引用では、可罰性は、「構成要件」の存否に係っているとされているのであるが、フォイエエルバハの場合、構成要件とはいかなるものであったろうか。

既に述べたように絶対的な可罰性の根拠は、客観的根拠と主観的根拠とに区別される。このうちの客観的根拠の方が、構成要件に関連しているのである。可罰性の客観的根拠は、「刑罰法規によって威嚇されている事実の存在すること」⁽⁴²⁾である。他方構成要件は、「一定の違法な行為についての法定概念の中に含まれている、個別的な行為ないし事実

説のメルクマールの総体⁽⁴³⁾」であるとされる。それ故「客観的な可罰性は、犯罰の構成要件がそもそも存在するか否かに係り⁽⁴⁴⁾ (Die objektive Strafbarkeit hängt von dem Daseyn des Thatbestandes eines Verbrechen's überhaupt) 個々の法規の特定の事案への適用は、適用されるべき法規がその法律効果の条件として前提している構成要件に係っていることになる⁽⁴⁴⁾」のである。ここで、構成要件は法定概念そのものではなく、その中に含まれているメルクマールの総体なのであるから、フォイエルバハにおける構成要件は、今日言うところのいわゆる「事実的構成要件」ないし「構成事実」或いは少なくともそれら各事実に対応する各犯罪ごとの個々の要件であると言える⁽⁴⁵⁾。「構成要件が存在すること」は、要件となっている「事実」が存在することなのである。

そのことは、フォイエルバハが「犯罪の構成要件」を「corpus delicti」と言い換えている⁽⁴⁶⁾ことから知られる。即ち、既に述べたように、糺問手続においては特別糺問にとりかかる前にまず一般糺問で corpus delicti 即ち罪体が確認されなければならず、この corpus delicti がフォイエルバハにあっては実体法上の用語ともされているのである⁽⁴⁷⁾が、それはなお訴訟法上の概念としての corpus delicti と切断されてはおらず、従って事実を指す言葉であったと考えられる⁽⁴⁸⁾。それは、彼の教科書の訴訟法を解説した章でやはり構成要件 (Thatbestand) の語が用いられている場合、何ら実体法上の構成要件と区別されていないことにも示されている。即ち、捜査に関してフォイエルバハは、「刑事上のすべての捜査には、二つの主要な対象が不可欠である」として、「違反それ自体の存在、即ち構成要件〔事実〕 (Thatbestand) の存在」と、「違反の主体」を挙げている⁽⁴⁹⁾。また、「自白が有効であるためには構成要件〔事実〕の確実性が必要である⁽⁵⁰⁾」とし、更に「有罪の証拠 (Anschuldigungs-Beweis)⁽⁵¹⁾」は、「それ自体罪とされる犯罪の概念に含まれる行為 (犯罪の構成要件 Thatbestand des Verbr.) の存在することと、被告人はその行為によって刑罰法

規に違反した者 (Person) であるということ (犯罪の主体) とを確実に提示しなければならぬ」としてゐる。ここに見られるように、Thatbestand の語は、それまでの corpus delicti の概念と内容そのものに基本的変化はなく、特定の容疑者に対して尋問が行なわれる前に、従つてまた拷問が行なわれる前に、一般糾問において予め確定されるべき事実を意味し、実体法上の用語としてもやはり事実ないし少なくともそれらの事実に対応する各犯罪ごとの要件を指すものであった。今日の「概念的」構成要件に対応するものは、むしろフォイエルバハの言う「法定概念」であろうが、これは全く論じられていないのである。

それでは、フォイエルバハが構成要件とするものには、どういう要素が含まれるか。フォイエルバハによれば、「通常、構成要件に属するのは、行為の法規に反する (gesetzwidrig) 結果であり、そしてまたしばしば属するのが、違法な (rechtswidrig) 行為の一定の主観的な (犯罪者の心情の中に在る) 事由で、これは一定の意図かある種の意思決定のどちらかである。常に犯罪の構成要件に属するものが、外部的行為それ自体の一定のメルクマールである」とされる。⁵³ 未遂の場合には「結果」を欠くことになる。⁵⁴ 特に注意を要するのは、「一定の意図」及び「ある種の意思決定」である。一定の意図というのは、例えば窃盗の際の animus lucri faciendi 「利得を図る意図」⁵⁵ 即ち今日の不法領得の意思などである。「ある種の意思決定」については、これに付されたフォイエルバハの注によると、「例えば、故殺の概念は、殺害が激情にかられた状態で行なわれるということに係つてゐる。ある法規が故意 (Dolus) を犯罪の概念に不可欠のものとしてゐるために、過失によるその種の犯罪は、全く不可能であるか或いはその「犯罪の」名称そのものを失ふことなくしては不可能であるという場合には、故意もまた犯罪の構成要件に属する。しかし過失によつても犯され得る犯罪にあっては、故意を構成要件に数え入れることはできない。故意はその場合には、過

失 (Culpa) と並んで、単に可罰性の程度を決定する事由であるにすぎない」とされている。しかし、構成要件は、(絶対的な可罰性の)「客観的」根拠の問題であったはずであり、なぜこれらの主観的要素が、しかもこれらの要素に限って、構成要件の要素とされるのであろうか。この点はその首尾一貫していない点を既に早くから批判され、例えばビルンバウムは「フォイエルバハ程の哲学的頭脳の人がかくの如き非論理的なひどい矛盾をどうしておかしたか全く理解に苦しむ」と非難したと言われる。⁽⁶⁷⁾

そこでも、同じく刑罰法規適用の可否の問題である絶対的な可罰性の根拠のうちで、なぜこれらの要素が、主観的要素であるにも拘らず、そのうちの客観的根拠の問題、即ち構成要件「事実」に属する要素とされるのであろうか。この点も実は、訴訟手続と無縁ではないように思われる。既に繰り返したように、札問手続は一般札問と特別札問とに区別され、それはフォイエルバハの時代にもなお維持されていた。即ち、「捜査手続は一般札問 (Generalinquisition) によって開始され、ここでは裁判官は、そもそも犯罪が存在するということの根拠と、ある特定の行為主体に対する容疑の根拠とを捜し出すのである。特別札問では、裁判官は、捜査の対象とされた容疑者に関して、一方では有罪の完全な証拠を基礎づけようとし、他方では容疑者の無罪ないしは可罰性の減少を証明するのに役立つものすべてを調書に取るよう努める」⁽⁶⁸⁾ものとされていた。従ってまた、捜査の主要な対象としてフォイエルバハは、「I) 違反それ自体の確認—構成要件「事実」(Thatbestand)の確認。この捜査は、1) 犯罪が犯されたか 2) どの犯罪が犯されたか 3) その犯罪が犯された際の個別的状况はどのようなものか、という三つの間に答えるものである。II) 違反の主体。ここでは 1) 犯罪の惹起者 (Utreber)⁽⁶⁹⁾は誰か 2) いかなる誘因からそしていかなる動機からその者は惹起者となったのか 3) 補助者がいるか、いるとすればどのような補助者か、という間に答えるのである」⁽⁶⁹⁾として、構

成要件〔事実〕の存否の問題とその主体の問題とを明確に区別している。そしてここで気づくことは、構成要件〔事実〕の確認こそが、「犯罪」が犯されたことを、しかもどの犯罪が犯されたかを確認することであったということである。構成要件は、一定の犯罪が犯されたことを示す諸事実の総体なのである。このように、絶対的な可罰性の根拠のうちの客観的な根拠の方が、即ち構成要件の存否の問題が、いかなる犯罪が犯されたかを区別する役割をも担っていたとするならば、故殺の場合の故意や *animus lucri faciendi* も、構成要件〔事実〕の要素とされざるを得ないことになる。確かにビルンバウムが非難するように、「客観的根拠」のところの主観的要素を要求することは、一見非論理的である。しかしフォイエルバハの意識の中では、やはり「客観的」な問題だったのでなかろうか。というのは、当時の構成は、「犯罪」が、「行為主体」に帰せられる、という形をとっているのであり、その犯罪、そして犯罪の存在を示すものとしての構成要件〔事実〕は、行為主体から切り離されているという意味でやはり「客観的」なのである。この点で、後に取り上げるルーデンが、フォイエルバハを擁護して、「構成要件の存在は、たとえ明瞭に主観的メルクマールから成っているといても、とにかく、ある客観的なものと呼ばれ得る」としているのも、同様の趣旨に理解することができよう。

それでは、なぜこれらの要素だけが、構成要件に属せしめられるのであろうか。これは彼の、絶対的可罰性の根拠という理論から来る帰結なのである。絶対的な可罰性は、そもそも刑罰法規の適用があるかどうかの問題である。故意によっても過失によっても犯され得る犯罪の場合には、故意であるか過失であるかに拘らずともかく何らかの意思決定（これは後に述べる、絶対的な可罰性の主観的根拠のところでは扱われている）があれば、刑罰法規の適用はあるのであるから、故意であるか過失であるかは、絶対的な可罰性の根拠の問題ではなく、従ってその客観的根拠に係っ

ている構成要件の問題でもない、ということになる。これに対して、故意である場合にのみ犯罪とされるものにあつては、刑罰法規がそもそも適用されるか否かは、まさに故意であつたか否かに係っているのであるから、その故意は構成要件に属さなくてはならないということになる。窃盜の際の *animus lucri faciendi* 即ち今日で言えば不法領得の意思の場合も、その有無が刑罰法規即ち窃盜の刑罰法規が適用されるか否かを決定するが故に、構成要件の要素とされるのである。

以上のことからまた同時に、フォイエルバハにあつては、犯罪概念、従つてまたそれに対応する構成要件において、故意犯罪と過失犯罪とが区別されていなかった、ということが明らかになる。言い換えると、一つの犯罪概念の中に故意犯罪と過失犯罪とがいっしょに含まれていたのである。そしてそれは、嫌疑刑を排除し裁判官を紀律することを目的とするところの、絶対的可罰性と相対的可罰性とを区別する体系に対応していたのである。⁽⁶³⁾

更にまた、フォイエルバハにおける構成要件は、犯罪そのものを構成している要素を意味しているのではなかった。あくまで、犯罪が犯されたかどうか、そしてどの犯罪が犯されたのか、を判別するためのメルクマールの総体であつて、それは訴訟手続と密接に関連していたのである。

それでは、手続上構成要件の確認の次に来る段階、即ち行為主体の取り調べに対応するものは何であろうか。これが絶対的可罰性の主観的根拠の問題である。

三 フォイエルバハによれば「帰責が、可罰性の一般的な主観的根拠としての責任 *Schuld* (負責 *Verschulden*) を決定する⁽⁶⁴⁾」とされる。即ち、絶対的な可罰性の主観的根拠は、責任である。この責任は、フォイエルバハ自身の注によると、「ローマの用語法では広義の *Culpa* である⁽⁶⁴⁾」が、それ以上は述べられていない。ただ、構成要件「事実」

が確認され従って客観的根拠があるとされた後に、この責任即ち主観的根拠があれば、それで絶対的な可罰性の根拠は存在することになる。問題はむしろ、その責任を決定するものとしての帰責の方にある。「作用 (Wirkung) としての (客観的に) 可罰的な行為の、行為者の刑罰法規に反するその作用の原因としての意思決定に対する関係を、帰責 (Zurechnung, Imputation) とし、⁽⁶⁵⁾ そしてある者 (Person) にある行為を帰責することができる、その者の (外面的及び内面的) 状態を帰責可能性 (Zurechnungsfähigkeit, Imputabilität) とし、⁽⁶⁶⁾ といふ」⁽⁶⁷⁾ といわれる。ここからも、フオイエルバハが基本的に、プーフェンドルフの帰責論を受け継いでいることがわかる。即ち外部的行為を意思の「作用」として捉え、その外部的行為が当人の (ということとは訴訟上は被告人の) 意思の作用として当人に (被告人に) 帰せられ得るか、その者が為したものと云えるかを問うのが、帰責 (事実的帰責とは区別された法的帰責) の問題なのである。

では、帰責の要件は何か。フオイエルバハによれば、「帰責の本質に必要とされるのは、I) 外面的現象としてのその犯罪が (直接的ないしは間接的に) その者 (Person) の欲求能力に根拠を有すること、II) 犯罪の原因である (消極的ないし積極的) 意思決定が、内面的にも即ち行為者の心情においても刑罰法規に反していること」⁽⁶⁸⁾ である。

第一の要件からして、その者が意欲したとは言えない場合、つまり「その者がそもそも任意に (nach Willkür) 行為することができない…状態が存在する場合には、可罰性は必然的に排除される」⁽⁶⁹⁾ ことになる。従って、帰責が排除される場合の一番目として、「意思が全く関与せずその法規違反が行なわれた場合には、いかなる責任も存在しない。より正確に言うと、I) 作為犯にあっては、その行為が、自らひき起こしたのではない (nicht selbst ver-

schinder) 状態において、他人の責任も与って或いは他人の責任は与らずに、その者の単に機械的に規定されているにすぎない身体力を用いて行なわれた場合であり、II) 不作為犯にあっては、その者が、外部的な自らひき起こしたのではない妨害のために、ないしは必要な物理的力を欠いていたために、命じられている作為を為すことができなかった場合である」とされる。⁽⁷⁰⁾これは、例えば第三者によりナイフを握られ、腕をつかまれて力づくで相手を刺すよう強制されたような場合と考えられる (vis absoluta 絶対的強制)。⁽⁷¹⁾今日こうしたケースでは、おそらく行為がないとされるであろうが、⁽⁷²⁾フォイエルバハにあっては帰責が排除される二大理由のうちの一方であったということは、注目値しよう。

帰責の要件の第二、即ち意思決定が刑罰法規に反していること、の内容は「行為者が1) 犯罪及びその市民的可罰性 (bürgerliche Strafbarkeit) ⁽⁷³⁾を知っており、2) 自己の意思を刑罰法規に従って決定することができる状態にあったが、それにも拘らず3) 犯罪の原因となっている意思決定をなしたくないしは怠った」ということである。この第二の要件からして、「その者が…自己の任意性 (Willkür) を刑罰法規に従って決定することができない状態が存在する場合には、可罰性は必然的に排除される」⁽⁷⁴⁾ことになる。従って、帰責が排除される場合の二番目としてまず、「帰責は、可罰性を意識すること (法規を表象すること、法規及び行為の結果に従って行為を評価すること) ⁽⁷⁵⁾が不可能であるところの、自らひき起こしたのではない心情状態が存在する場合には常に排除される」⁽⁷⁶⁾。この条件にあたる場合として、年少者・精神的伝達に必要な器官を欠いている者 (例えば瘡唾者)、未開人として育った者・白痴・精神病者・高度の酩酊・睡眠などが挙げられており、更に行為の違法性ないし危険性に関する錯誤及び不知は、それらが法的に許容されておりかつ克服しがたいものである限り、この条件にあたるものとして免責される。⁽⁷⁶⁾更に帰責の

要件の第二の2)から、帰責が排除される場合の三番目として、帰責は「刑罰法規を意識していても、その意識が欲求に対して有効に働き得ないような、自らひき起こしたのではない、その者の状態」が存在する場合には排除される。この条件にあたるのは、「その行為が、通常の人間の忍耐力では耐えられない苦悩が存在する状態において、その苦悩を取り除く唯一の手段となされた場合」、例えば妻子が飢えているのを見かねて食料を盗んだという場合と、⁽⁷⁷⁾「生命ないしはその他のかけがえない人的財(Gut)に対する現在の急迫した危険に際して、唯一の救済手段としてその行為がなされた場合」即ち今日の緊急避難の場合である。⁽⁷⁸⁾

以上が絶対的な可罰性の主観的根拠の問題であるが、ここで一見奇異な要件が含まれていることに気づく。「ある者にある行為を帰することができる…状態」(傍点筆者)が、帰責可能性であった。従ってそれは、帰責可能な状態にあったかかったかの問題であるはずである。ところが右で見たように、帰責が排除されるためには全て、「自らひき起こしたのではなく、(nicht selbst verschuldet)」とすることが前提とされている。それ故、帰責可能性の判断は必ずしも行為時には置かれていないことになる。即ちフォイエルバハは、帰責を直接的帰責と間接的帰責とに分け、帰責が排除されるためには「直接違法な行為に関連して即ち犯行の際にないしは犯行の間(故意または過失への直接的帰責)法規に反する意思の可能性が廃棄されていた、ということだけでなく、法規に反する意思—違法な故意または過失—が、その直接的帰責を排除する状態の基礎になっている」⁽⁷⁹⁾「その場合には間接的帰責がある…筆者」のではないこと」が前提であるとしている。これは一見、今日原因において自由な行為をめぐって論じられている責任主義の原理を全く意に介していないかのような扱ひである。しかし、ただちにそう断定することもできないように思われる。というのは、「自己の意思を刑罰法規に従って決定する」⁽⁸⁰⁾という表現、或いは「自己の任意性を刑罰

法規に従って決定する⁽⁸¹⁾」という表現が用いられているからである。このように言うためには、「意思」を「決定する」もうひとつの意思、或いは「任意性」を「決定する」もうひとつの任意性、というよりは自由意思の存在することが前提となる。フォイエルバハが決定論であったのか非決定論であったのかをめぐっては多くの議論がなされているが、いずれにせよ右の表現に着目する限り、彼は任意性 (Willkür) と並んでもうひとつの意思を前提としていたと考へざるを得ない。従って彼の言う間接的帰責は、このもうひとつの意思に基づいていたと考へられるのである。そこであればこそ、今日では行為論の問題とされる絶対的強制が、帰責の問題として扱われているのである。即ち、その状態を「自らひき起こした」場合には、なお間接的帰責の問題が生ずるのである⁽⁸²⁾。

他方、故意・過失の問題はここでも取り上げられていない。即ち、故意であろうと過失であろうと、いずれにせよ何らかの意思決定が認められ帰責が可能であると判断されたならば、ある一個の事件に何らかの刑罰法規が適用し得ることが明らかにされたのであり、以後は量刑の問題である相対的可罰性の根拠に移るのである。

四 相対的可罰性の根拠の問題は、既に述べたように量刑の問題である。これはまず、法規が確定的刑罰を定めている場合と不確定的刑罰を定めている場合とに分けられる。

前者の場合に主として問題となるのは、構成要件「事実」の欠缺の場合である。即ち、「法律上一般的な減輕事由は、刑罰法規の性質からして、構成要件「事実」の欠缺であることは明らかである。即ち犯罪の本質に属する権利侵害が一部は遂行されているが、やはり犯罪の完全な概念に属する何らかの可罰的属性が証拠上存在しないかあるいは法的に不確実である場合である。というのは、完全な刑罰はこれらの法定要素全体にのみ対応しているのである。それ故、それらの法定要素のうち、あるものだけが存在し他のものが存在しない場合には、その行為は、存在している

可罰的屬性を通じてやはり法規に服することから、全く不可罰というわけではないが、しかし法定の刑罰の総量を科するための全条件が存在しているのではないことから、完全に可罰的というわけでもない」とされる。⁽⁸⁴⁾ フォイエルバハは例として「Aがある者に強盜をはたらくために、彼をなぐり、猿ぐつわをはめ、傷を負わせたのだが、Aが取ったはずのものが見つからない」という場合を挙げている。しかしながら構成要件の欠缺による減輕を認めることは、フォイエルバハのそもそもの出発点に反するのではなからうか。フォイエルバハは、可罰性の絶対的根拠と相対的根拠とを区別し、構成要件「事実」が存在しなければそもそも刑罰法規の適用がないとしたはずである。にも拘らず構成要件の欠缺を認めることは、彼が排除しようとした嫌疑刑的思考を残していると言わざるを得ない。この点では、ミッテルマイヤーが注で述べているように、「強盜の既遂に物の奪取を要求するか否かに応じて、強盜の未遂か既遂になるにすぎない」とし、「吟味しなければならないのは、欠けているしは不確実な要素がそもそも犯罪の構成要件に属するか否かということだけであり、従ってその要素なくしては可罰性の根拠が存在しないのかどうか、ということだけである」とする方が、一貫していよう。

しかし実は、フォイエルバハとしてはそのように言うことはできなかったのである。というのは、フォイエルバハにとっては、既遂であるか未遂であるかは、あくまで相対的可罰性の根拠の問題であり、そもそも犯罪が存在するかどうかの問題である構成要件では未遂は扱えないのである。言い換えると、強盜未遂という犯罪ないし構成要件は無いのである。未遂の構成要件を認めることは、これもまた嫌疑刑を排除しようとするところの、絶対的な可罰性の根拠と相対的な可罰性の根拠との区別自体を脅かすことになる。従って、未遂の構成要件というものを認めない以上、確定的刑罰が定められている場合にはその刑罰は既遂に対する刑罰を意味し、不当な結論を避けるためには構成要件

説

の欠缺を考えざるを得なかつたのである。ここに、フォイエルバハの一つのジレンマを認めることができよう。

次に、不確定な刑罰が定められている場合であるが、ここでは、相対的な可罰性の根拠は客観的と主観的とに区別される。客観的根拠は「外面的な感性界において行為が持っているメルクマール（行為の量）」によって規定され、主観的根拠は「その行為の基礎にある心理的原因によって規定される、その行為の特性（行為の質）」に由来する。⁽⁸⁷⁾

論

具体的には、客観的根拠は、行為が向けられている対象（即ちフォイエルバハにあっては権利）・法規に反する結果それ自体に対する行為の關係（既遂と未遂）・違反を実現した態様（共犯關係）の三要素によって左右される。⁽⁸⁸⁾ 主観的根拠は、故意であるか過失であるかによって規定される。⁽⁸⁹⁾ このうち特に故意の場合には、更に行為の基礎にある感性的動機に従って判断される。例えば、どれほど大きな困難を排して遂行したか、どれほどその欲求が確固たる性向に基づいているか、また向けられている権利侵害の種類と数はどれほどか、などに従って判断される。⁽⁹⁰⁾

主観的根拠の主たる内容は、故意・過失の問題であるが、客観的根拠の方で特に興味深いのは、権利侵害というメルクマールである。一般に、今日の法益侵害説に対してフォイエルバハは権利侵害説であったと言われる。しかしその場合は、犯罪の実質は何かという問題である。ところが、法益侵害の概念は他方で違法性の内容でもあるとされているのに対し、フォイエルバハにあっては違法論は存在せず、権利侵害の概念は、体系上は量刑事由の一つとして扱われているにすぎない。即ち、今日の体系とフォイエルバハの体系とで最大の相異と目し得るものは、違法論の有無である。この違法論が犯罪論体系のうちに独立の地位を獲得するに至って犯罪の本質論を吸収し、そこにはじめて今日のような三分的体系が成立したのであり、ベーリング以後も主観的違法要素論或いは目的的行為論などを通じて、更にその内容を拡大してきたのである。そしてまたこの違法論こそが、そもそもドイツ刑法学の特徴を成している

と言えよう。⁽⁹²⁾そこでフォイエルバハの権利侵害説をめぐって、若干彼の説くところを参照しておきたい。

フォイエルバハは、まず「法的自由の限界を越える者は、権利侵害即ち加害 (Beleidigung) を為しているのである」とした上で、「国家契約によって保障され刑罰法規によって確保されている自由を侵害する者は、犯罪を犯しているのである」り、「それ故犯罪は、最広義においては、刑罰法規のもとに包含される加害、ないし刑罰法規によって威嚇された、他人の権利に反する行為である」と定義する。⁽⁹³⁾従って、犯罪は権利の侵害であり自由の侵害である。ただししかし注意すべきは、権利の侵害があればただちに犯罪なのではない。刑罰法規によって保護されている権利を侵害することが犯罪なのである。従って「加害は国家の外でも可能であるが、犯罪は国家の中においてのみ可能である」とされることになる。⁽⁹⁴⁾即ち、フォイエルバハの権利侵害説では、犯罪とされるか否かは確かに刑罰法規の有無に係っており、したがってまた国家を前提とするものであったが、しかし侵害される権利そのものは、国家以前に存在すると考えられているのである。「国家によって宣言されることとは無関係に：権利は存在する」⁽⁹⁵⁾のである。国家は「権利保護装置」⁽⁹⁶⁾であるにすぎない。これに対して今日の法益は、「刑法により保障された一定の生活上の利益または客観的な価値」⁽⁹⁷⁾と理解されている。従って法益の概念そのものが、既に法の存在を、それ故国家の存在を前提としたものである。この点で、フォイエルバハの権利侵害説とその後の法益侵害説との間には、大きな相異があると言わなければならない。フォイエルバハの Recht は主観的法 (subjektives Recht)⁽⁹⁸⁾であり、それは国家以前に存在するものとされた。これに対して法益侵害説は、客観的法 (objektives Recht) から出発する考え方であると言える。そしてこの、主観的法から客観的法への移行の過程が、次に扱うルーデンにおいて、明瞭に示されているのである。

第二章 ルーデンの理論体系

第一節 時代的背景

ナポレオンに対する解放戦争の間、統一的国民民主主義に寄せられた期待は、しかし、裏切られることになる。「実際には、ドイツは、その内部的発展段階に依じて、別の道を歩んだ⁽⁹⁹⁾」。ナポレオンに対する解放戦争後のドイツでは、ウィーン同盟規約（一八一五年）に基づき、ドイツ同盟が成立した。この時期のドイツを指導したのは、オーストリア宰相メッテルニヒであり、彼の連邦政策は、ドイツ諸国を政治的に固く組織することを望まず諸国の上に立つ中央権力を欲せず、にもかかわらず諸国とその内部的発展を統御しようとする試みであった⁽¹⁰⁰⁾。当時、一方では、諸勢力がオーストリアとプロイセンとの間に分割されている状態にあって、諸邦の国際法的関係、諸国家同盟のみが可能であり、法主体性をもつ統一国家の創造は不可能であった。従ってまた、ラントの境界を越えて法の統一は存在せず、法の分裂は依然として続いていた。農民解放、或いは営業の自由への移行も、各ラントにおいて不揃いであった。しかし他面では、まさにこの時期からドイツの産業革命が進行しつつあったのであり、⁽¹⁰¹⁾鉄道・運河の建設と情報伝達の容易化（一八三六年のモールス電信）は、知識や財貨の交換を迅速化し、市場生産を拡大することを可能にした。住居、土地取得等に関しては、連邦規約によってドイツ人全体に認められており、その限りでは、彼らはラントの境界を越えて相互に結合されていた。「自足的な国民国家というのが世紀の規定的な理想であり、それは諸邦間の国境を、以前にはかつて知られなかった程度にまで、障害物と感ぜさせ⁽¹⁰²⁾」た。当時の状況は、言わば、一方で各ラン

トが近代国家を形成しつつある中で、他方では国民的統一国家が望まれつつも未だ諸条件が整ってはいなかった、と言い得るであらう。

以上のようなドイツにおいて、ティボー（一七七二—一八四〇）とサヴィニー（一七七九—一八六一）とのいわゆる民法典論争、即ち全ドイツにわたる統一法典を作るか否かの論争を経て、自己を貫徹したのは、サヴィニー及びその歴史法学派であった。この歴史法学派は、私法を支配したのみならず「法学の他のすべての分野にとって—刑法および国家論にとつてすらも—文句のない模範とされていた」⁽¹⁰³⁾のであり、ここで若干述べておく必要があると思われる。

歴史法学派は、「法の素材が民族自体およびその歴史の深奥の本質から生ずる」⁽¹⁰⁴⁾とし、文化民族の歴史的法意識から正しい法を得ようとするものであるが、他方では、極めて概念的・体系的であることを特徴とし、それはやがて、いわゆる概念法学へと向かっていった。歴史主義のテーゼと体系性との関係には立ち入らず、⁽¹⁰⁵⁾まず後者に関して見るならば、歴史法学即ちパンデクテン法学の出発点である諸概念は、諸公理より一般概念へ、そして一般諸概念より特殊な諸概念ないし命題へという断続のない下降線即ち演繹により獲得されるのであり、例えばプフタ（一七九六—一八四六）の手順は、概念からドグマ的な命題と判例とを抽出するやり方であつて、諸法律、伝来の諸命題ないし諸判例から概念構成を導き出すではなかつた。この歴史法学派の体系的手法は、啓蒙期の自然法論つまり理論的理性性法論の公理主義・体系・および方法を、本質的変更を加えることなしに、受容したのであり、その概念形成も、クリスティアン・ヴォルフ（一六七九—一七五四）の「論証的」方法に依存していた、⁽¹⁰⁶⁾とされている。更にまた、「権利についてサヴィニーがなした有名な規定は、カントの—すべての他人の可能最大の自由とでもなお共存しうるような自由を求める—要請に、正確に照応していた。∴自律的で自由に意欲する人格の道義的責任は、歴史学派にとつても

また、…カント的自由に照応するものであった⁽¹⁰⁷⁾のであり、権利に対する理解も基本的に理性法論から受容されていた。しかしながら、もちろん、歴史法学派は、理性法論の単なる連続的展開ではない。理性法論においては、法の正しさは、まさに理性の中に求められていたのに対して、歴史法学派においては、それは、「民族的文化共同体としての精神の実在」⁽¹⁰⁸⁾即ちいわゆる民族精神の中に求められた。ただし、その民族精神は民衆そのものの法意識ではなく、法曹の法意識であった。例えばプフタは、「素朴な時期」、「多様性の時期」（すなわち経験的な判例の時期）、および「学問性」が多様性を「高次の統一性」に統合する時期—すなわち学者的法律家の支配する時期—を順番にならべ、その最後の時期においては、もはや学者的法律家のみが法を作り出すのであるとし、民族の「機関」としてのこの学者的法律家が学説および判例における法形成を独占することを認めた。更にサヴィニーは、ローマ法継受を内的必然性によるものとすることによって、ドイツの民族精神をローマ法に求めた。「理性法論の諸要請と諸類型…を統制しかつ繊細化することは、ヨーロッパ的法律学の諸法源すなわちローマ法源にあらためて立入ることによってのみ、可能であった⁽¹⁰⁹⁾」のである。

以上のような、ローマ法に基礎を置き法曹によって担われたパンデクテン法学はいかなる役割を果たしたか。ヴィーアッカーによれば、まず、ドイツ連邦において持続していた法の分裂状態の中で、パンデクテン法学は、法理論・法学教育および専門法学の統一を保障していたのであり、一九〇〇年の民法典より先に、しかも民法典よりずっと大きな精神的自由のうちに、統一を實行していたのである。「ドイツの統一性という人目につかないが強固な紐帯は、パンデクテン法学によって結ばれ、この統一性が、ドイツの地域的分裂主義を克服したのである」。更に、特に権利概念について明らかな通り、パンデクテン法学の諸概念は、カントの自由概念から派生したものであり、ここに見

られるように、この普通法的学問は、当時の自由主義的時代の、政治的及び経済的個人主義と気脈を通じたものであった。抽象的諸概念は「実のところ、経済の拡大化と経済の合理化への産業革命の傾向にとって、特別に好都合であった」のである。

この歴史法学派の時期は、私法学の威光にかくれて、刑法学は必ずしも注目されているとは言えない。この点はその次に来るヘーゲル学派において、必ずしも私法学への影響が認められていないのとは対照的である。しかしながら、刑法学もまた時代と無関係ではあり得ないとするならば、この時期に対応した刑法理論を無視することはできないであろう。次に見るルーデンは、まさにこの歴史法学派に属する刑法理論家であった。⁽¹¹⁰⁾

第二節 ルーデンの理論体系

ルーデン(Heinrich Luden 一八一〇—一八八〇)の著作には、Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechts Band 1, 1836; Band 2, 1840⁽¹¹¹⁾及び Handbuch, 1847⁽¹¹²⁾があるが、⁽¹¹³⁾本稿で取り上げるのは「Abhandlungenの第一巻である。これは副題が「犯罪の構成要件について(Ueber den Tatbestand des Verbrechen)」となっているように、構成要件を論じたものである。ただし注意すべきは、ベーリング以前(ただしフォイエルバハ以後)の構成要件概念は非常に包括的なものであって、処罰の前提となる要件のほとんどの部分を含んでいた。⁽¹¹³⁾したがって、ルーデンが構成要件について論じ、その構造を論ずる場合にも、今日の犯罪論体系の主要部分が対象とされているのである。そしてルーデンがここで、構成要件の構造として論じたものが、現在の三分的体系の原型であると目し得るのである。そこでまず、ルーデンの説くところを彼の論述に拠りながら、以下で検討していきたい。

一 既に述べたように、ルーデンが活動した時期は、法の分裂状態、とりわけ各ラントごとに異なった立法がなされている状態を前にして、ドイツ全体としての法統一を学問によってまず達成しようという試みが続けられていた。そのような問題意識はルーデン自身の言葉からも知られる。即ち、「普通法は様々な構成要素から成っており、それらはその起源に関して様々な時代と様々な民族に属しているのである」⁽¹⁴⁾。「これらの様々な法の中に、犯罪の実質的概念を構成する諸要素が存する」⁽¹⁵⁾のであり、「犯罪の実質的な概念を得ようとするならば、我々の実定立法の中でそう宣言されている犯罪的現象が帯びている一般的客観的性格を詳細に調べることが不可欠である」。「この性格は、我々の実定法の中で承認されている個々の犯罪全体からの抽象によってのみ認識され得る」⁽¹⁶⁾のであり、そのようにして犯罪の一般概念を「提示し、その構成要素を…考察することが、刑法学の総論の主要任務なのである」⁽¹⁷⁾。

この分裂状態に対するルーデンの手順は、右の言葉にも既に現れているように、個々の法規から概念を抽象し、その概念を更に抽象して犯罪の一般概念を得ようとするものである。その際まず前提とされるのは、「ある民族の実定法はその民族に内在する法感情の表現である」⁽¹⁸⁾ということである。この法感情の現われとしての犯罪は、法規の中では、例えば殺人・窃盗・強盗といった類概念として存在するものとされる。そしてこの「犯罪類の概念を定立することは、本来法規の責務ではなくて学問の責務であり、学問はこの概念を法規に挙げられている諸メルクマールから抽象しなければならないのである」⁽¹⁹⁾。それだけでなく、立法者が一定の行為を犯罪とする場合には、「犯罪の一般概念から出発した」はずなのであるから、学問は更に「法規の中に現れている様々な類から犯罪の一般概念を導き出さなければならない」⁽²⁰⁾。各々の犯罪の中には、犯罪の一般概念が完全に含まれていなければならないのであり、「この概念を把握することなくしては、様々な刑罰法規は恣意的なものにすぎないとみなされるであろう」から、「決して

空虚な概念ではない⁽¹²¹⁾とされるのである。

以上から明らかなように、ルーデンの手順はまさに歴史法学派のそれであった。多様な実定法の中から概念を抽象し、それらの概念を通じて学問によって、ドイツ全体の法統一を確保しようという意図を窺うことは、困難ではないであろう。

二 このようにして抽象された「犯罪の一般概念」に属するメルクマールの総体が、ルーデンにおける「一般構成要件」なのである⁽¹²²⁾ところがこのことは、フォイエルバハと比較するとき、既に相異のあることに気づく。フォイエルバハにあっては、構成要件は個々の犯罪の構成要件であって、その際構成要件という語は、ある犯罪の要件事実全体を指していた。或いは少なくとも、各犯罪を区別するために必要な限りでの、各個別犯罪の概念（フォイエルバハの言う法定概念）に対応するそれぞれの要件全体を指していた。そして、それは同時に訴訟手続上の要件「事実」でもあった。これに対して、ルーデンが、一般構成要件は「犯罪の一般概念に属するメルクマールの総体」であると言うとき、それらのメルクマールはもはや、一般糾問で確認されるべき要件ないし事実を指し示してはいない。各犯罪に共通するメルクマールであるにすぎず、従って、それ自体では訴訟手続上の要件にはなり得ないのである。事実、訴訟法との関連についてルーデンは、「ここでは固有の意味における刑事法の中の corpus delicti（即ち構成要件）」に、即ち刑事訴訟とは異なった、そして刑事訴訟を除いた意味における刑事法の中の corpus delicti に与えられなければならない意義が問題なのである⁽¹²³⁾としているのである。ルーデンがこのように述べていることは、訴訟法と実体法とがそれだけ切り離されていることを意味する。事実また、少なくとも私法に關しては、まさに歴史法学派の時期に、ヴィントシャイトによって実体法と訴訟法とが分離されたのであり、ルーデンもそのことを前提とした⁽¹²⁴⁾

上で、一般構成要件の概念を求めていると考えられる。その際、特に問題とされているのは、帰責可能性、故意・過失及び犯罪の非本質的メルクマールである。

構成要件のもつて、刑罰法規を適用するための前提条件を理解する場合には、帰責可能性も構成要件に数え入れざるを得ない。「というのは、刑罰法規の適用は処罰に等しく、処罰は当然、帰責不可能な人間には課され得ないのである」⁽¹²⁵⁾。しかしルーデンによれば、帰責可能性は人間が在るところの状態にほかならず、犯罪を行う場合にも許されている行為を行う場合にも変化はなく、従って犯罪に犯罪としての性格を与えることはないのであるから、一般構成要件にも属さない⁽¹²⁶⁾、とされる。このようにしてまず帰責可能性が構成要件から排除されるのであるが、これは、フォイエルバハの体系との比較からも明らかのように、従来からの、構成要件と帰責とを区別するという思考方法を踏襲したものにはほかならない。そのことはルーデン自身の言葉からも明らかである。即ち「犯罪は、それが帰せられる、(zugerechnet) 客体である限りで帰責の対象であり、他方、被告人に彼の帰責可能性が帰せられるとは決して言えない」⁽¹²⁷⁾ (傍点筆者) と述べている。従って、「犯罪」が行為者に「帰せられる」という構成をとるのであり、プーフェンドルフに始まりフォイエルバハにも認められた帰責論が維持されていると言えよう⁽¹²⁸⁾。そしてまたその限りでは、ルーデンにあつてもなお、訴訟手続が考慮されているのである。そのことは、「帰責されるべき者によって犯罪が犯されたということが確定されなければ、ある人間の帰責可能性は問題にならず、帰責の判断へのいかなるきつかけも存在しない」⁽¹²⁹⁾と述べているところにも窺うことができる。従来の観念では、一般糾問で確定されるべきものが、「犯罪」だったのである。

同様に、故意・過失が構成要件に属するか否かに関しても訴訟手続が援用されている。故意・過失も帰責の問題と

するならば、「故意・過失の存在は、特別糺問なくしては不可能であるところの帰責によってはじめて確定され得る」ことになるが、実際には、裁判官の判断は、故意・過失については帰責可能性とは異なった時点で下されるのであるから、「それらは学問的叙述においても区別されなければならない」と言うのである。⁽¹³¹⁾このようにしてルーデンにあっては、実体法上の理論と訴訟手続とは、なお関係を失ってはいなかった。しかしまた逆に、訴訟手続は実体法を「叙述」する際のモデルにすぎず原理上は明確に切り離され、従ってまさにこの時期から、両者の乖離が始まったとも言えるのである。

次に「犯罪の非本質的メルクマール」について見れば、これは「その存在が刑罰の大きさに影響を及ぼすが、しかしそれが欠けていることによって犯罪の概念及び存在が無効とされることはないメルクマール」⁽¹³²⁾である。これに対して、ルーデンは構成要件を「それなくしては犯罪行為がそもそも存在しないところのメルクマールの総体」⁽¹³³⁾と理解するのであり、従って非本質的メルクマールは当然、構成要件には属さないことになる。ここからしてルーデンにあっても、量刑事由は構成要件から排除されており、その限りではフォイエルバハの思考が維持されていると言えよう。構成要件は、犯罪の存否の問題なのである。そしてこの点でも、特別糺問に移るための条件としての、構成要件の觀念が、尾を引いていたと考えられる。⁽¹³⁴⁾

以上のようにして構成要件の要素を検討した結果ルーデンは、構成要件の要素として、外面的犯罪現象、違法性、故意・過失の三つを挙げる。従って犯罪は、「故意または過失によってひき起こされた違法な現象」⁽¹³⁵⁾であるときされる。しかしこれは、犯罪の「形式的概念」でしかない。ルーデンにとってはむしろ、「立法者がそこから出発した」⁽¹³⁶⁾犯罪の「実質的概念」が重要なのである。

三 即ち、「犯罪は、それが刑罰をもって威嚇されているが故に犯罪ではなく、立法者によって当罰的であると、犯罪であるとみなされたが故に刑罰をもって威嚇されている」⁽¹³⁷⁾のであるから、「犯罪の実質的概念」を求めなければならぬと言うのである。このことは、当時の法の分裂状態から理解される。統一法典を欠く状態で、学間が法の統一を担うとすれば、各領邦個別法に共通し且つそれら以前に存在する統一規範を想定せねばならず、従って、ある行為は刑罰をもって威嚇される以前にその規範に反していることになり、その限りで既に犯罪なのである。つまり、「犯罪は刑罰法規によってはじめて生み出されるのではなく、刑罰法規の前に既に存在していた違法性 (Rechtswidrigkeit) を前提としているのであり、その違法性によってのみ、立法者は刑罰威嚇を発することができたのである」⁽¹³⁸⁾とされることになる。そしてその際、既に述べたように、その規範を獲得する手順としては、「我々の実定法の中で承認されている個々の犯罪全体からの抽象」⁽¹³⁹⁾によって得られるのだとされる。それでは、その規範ないし犯罪の実質的概念は何であろうか。

ルーデンによれば、「我々が法の本質にそれほど深く通曉せず：法をなおそれが最も直接的に現われる側面から把握する限りは、即ち主観的法として把握する限りは、ある行為の法または不法 (Recht oder Unrecht) に関する判断も、その行為によって誰かが自己の主観的法を侵害されたか否かということだけによって測られることになる」⁽¹⁴⁰⁾。「しかるに歴史と実定法は、犯罪的なるもの及び可罰的なるものの概念は、決して権利侵害及びその未遂に限定されないとすることを教える。あらゆる種類の不道徳・悪習並びに、全く不道徳というのではないがしかし政策的理由から非難すべきものと思われる他の行為もまた、刑罰をもって威嚇されており、犯罪であると宣言されている」⁽¹⁴¹⁾。例えば、違警罪 (Polizeiverbrechen) によっては誰も権利を侵害されてはいない。しかも、「厳密に言えば、そもそも

何らかの犯罪によってある権利が剥奪ないし減少させられ得ると言うことはできない。というのは、権利ではなく権利の客体が、犯罪によって失われる対象なのである。被盜者は自己の所有権を保持しており、その客体のみを失うにすぎない⁽¹⁴²⁾。他方、「国家は不道徳なものを、それが不道徳であるが故に処罰するのではなく、不道徳な行為態様は国家における人間が遵守すべきようなものではないが故に処罰するのである」⁽¹⁴³⁾。ではその際侵害されるのは何かというと、ルーデンによれば、侵害されるのは客観的法 (objektives Recht) なのである。「不道徳に対して科される刑罰は、権利侵害を含む他の犯罪が処罰されるのと同じ根拠を有しており、そしてこの根拠は：客観的法が侵害されたということにほかならない」⁽¹⁴⁴⁾。ただし繰り返し述べるならば、当時、統一法典は存在しなかった。従ってここに言う客観的法も、制定法を意味せず、それとは別個のものである。ルーデンによればその内容は、「人間が共存しようとするところの」「理性的全体意思」⁽¹⁴⁵⁾である。犯罪が犯罪と宣言されるのは「人間がその生活を相互に適合させるべき客観的法〔即ち〕理性的全体意思を侵害するから」⁽¹⁴⁶⁾なのであり、この客観的法は「その究極の源を理性の中に有し、所与の民族にあってはその実定法へと形成されるもの」⁽¹⁴⁷⁾なのである。この客観的法の侵害が、即ち犯罪の実質的概念なのである。

ここにもまた、ルーデンが歴史法学派に属しているということが示されていると言えよう。というのは、村上淳一によれば、サヴィニーは、「私法の歴史的な前国家性 (自然状態) を否定し」「国家のみが、国民精神 (Volkgeist)⁽¹⁴⁸⁾すなわち全体意思と抵触する個人の意思を―偶然的にはなく規則的確実性をもって―禁圧しうる」とし、更にまたヴィントシャイトは、ある人に権利がみとめられるということは、⁽¹⁴⁹⁾かれの意思が全体意思に高められ、この全体すなわち「国家」によって表現されるということである、とした。ルーデンもまた、「個々人の権利侵害はそれ自体

としてではなく、同時に客観的法の侵害がその中に在るといふ理由からのみ、問題とされるのである」とし、更にフ
 オイエルバハが違警罪を国家の権利の侵害と構成したのに対して、「服従を要求するこの権利は、いずれにせよ国家
 のすべての法規に関して「従つてまた」他人の権利を侵害することを禁ずる法規に關しても、国家に帰属している」
 のであり、むしろ「服従を要求する権利は法規の根拠ではなく帰結にすぎないのであり、同様に、犯罪による権利侵
 害は：法規が侵害されることの根拠ではなく帰結にすぎないのである」として⁽¹⁵¹⁾いる。ここに、主観的法から客観的
 法の轉換が、明確に示されていると言えよう。

しかし他方、サヴィニーが、一般に権利を「意思の力」として定義したことは、「自権者の自力により担保された
 前国家的権利という觀念とのつながりを示すものであった」と⁽¹⁵²⁾されている。そのことはルーデンが、「客観的法の侵
 害という根拠は、犯罪の直接的(nächst)根拠であるにすぎない」と述べている点にも窺われる。即ち、ルーデンは、
 「どのような理由から、その犯罪が客観的法の侵害を形づくっているか」⁽¹⁵⁴⁾により、犯罪を、権利犯罪(Rechtsver-
 brechen)と法規犯罪(Gesetzesverbrechen)とに分ける。権利犯罪は、「それが主観的法の侵害に向けられている
 が故に客観的法の侵害を含んでいる」のであり、従つてこの種の犯罪にあつては、「確かに「客観的法の」侵害の
 中にまず第一に犯罪が存するのであるが、しかし「客観的法によつて課される」禁止は、主観的法の侵害に向けら
 れた、行為の方向(Richtung)によつてのみ侵害され得るのであり、従つてこの点に、犯罪の、確かにより間接
 的(entfernt)ではあるがしかし本来の根拠が在る」⁽¹⁵⁵⁾のである。これに対して法規犯罪は「不道德及びその他の政策
 上非難すべき行為」であるが、ここでは犯罪とされる直接的根拠と間接的根拠は一致し、客観的法の侵害に尽きると
 される。⁽¹⁵⁶⁾この分類に基づいて、例えば未遂の場合などで異なつた取り扱いがなされるのであるが、こうした区別自体

から、ルーデンにあっては、主観的法の侵害としての犯罪から客観的法の侵害としての犯罪へまさに移行しつつあったことが知られるであろう。

四 こうした犯罪の実質的概念は、ルーデンの未遂論に関してとりわけ特徴的である。客観的法が「理性的全体意思」であり、その結果、犯罪を形づくるのは「もはや単に客観的に犯罪的な現象ではなく、まず第一に意思なのである」とするならば、犯罪とされるためには「もはや主観的法が完全に侵害されることも必要でない」。従って、主観的法の侵害が完了していなくても「侵害を行なう意思が所為を通じて示されていたならば、やはり客観的法の侵害が、犯罪が認められなければならない」とされることになる。⁽¹⁵⁷⁾ 従って権利犯罪の場合には、「主観的法の侵害に向けられた方向 (Richtung)」が認められれば、犯罪は成立する。⁽¹⁵⁸⁾ 他方法規犯罪の場合には、禁止の中で挙げられている行為をしてはならないという客観的法に反するという点のみ、犯罪とされる根拠が存するのであるから、犯罪を形成するのは「禁止に違反することへの方向ではなく、禁止に違反することそれ自体」である。それ故、「いかなる瞬間から、禁止されている行為が開始されたと言えるか」だけが問題となる。⁽¹⁵⁹⁾ しかしいずれの場合でも、「侵害が現実既に既遂となるということは……行為者に全く関係ない事情によって条件づけられており、そしてその事情は行為者に無関係であるが故に、その事情の存否により既遂が可能となるか否かに応じて、その行為が適法になったり法違反的になったりすることはない」のであって、「むしろある行為が適法か法違反的かは、その根拠を行為者自身の中にのみ有するのであり、彼とは無関係な外部的事情の中に有するのではない」のである。⁽¹⁶¹⁾ こうして未遂はそれ自体として根拠づけられることになる。

このことは他方で、別の意義をも有している。というのは、既遂となる事情の有無に拘らず未遂がそれ自体とし

て犯罪とされるならば、「未遂もまた犯罪の構成要件を有する」⁽¹⁶²⁾ことになる。既に見たようにフォイエルバハの場合には、構成要件と言えは既遂犯罪の構成要件であった。従って、構成要件の欠缺という考え方を排除することができなかった。これに対してルーデンの場合には、「既遂犯罪に属するメルクマールの総体だけを構成要件と呼ぶならば、既遂に至らない犯罪の場合にはもちろん構成要件の欠缺が存在する」が、「犯罪の未遂にもまた、その構成要件が欠けてはならない」とするならば、「未遂は構成要件の欠缺ではない」とされることになるのである。⁽¹⁶³⁾このことは、現に処罰されている個々の行為から共通要素を抽象するというルーデンの手順からの帰結でもあるが、より根本的には、ルーデンが、犯罪の一般概念（従ってそれに属するメルクマールの総体としての一般構成要件）を把握することなくしては、「様々な刑罰法規は恣意的なものにすぎないとみなされるであろう」と述べている点からも知られるように、構成要件をより確定的なものとする試みであったと言えよう。⁽¹⁶⁴⁾

同様の思考は更に、故意・過失を構成要件に属せしめていることにも窺われる。この点に関しても既に見たように、フォイエルバハにあっては、故意・過失は原則として構成要件に属さず、従ってまた、故意犯罪と過失犯罪とは構成要件の中で区別されていなかった。これに対してルーデンは、「故意と過失は犯罪の〔従ってまた構成要件の〕本質的構成要素でなければならない」⁽¹⁶⁵⁾としている。これはまず第一には、犯罪を「理性的全体意思」に対する侵害と捉えることからの帰結である。即ち、「過失もまた、悟性のいかなる欠如でもなく、現実の意思表示」⁽¹⁶⁶⁾であって、故意と過失は「犯罪的意思決定」であるという点で共通するのであり、そして「この犯罪的意思決定は、客観的法に含まれている理性的全体意思に対する個別意思の対立にはかならない」⁽¹⁶⁸⁾とされるのであるから、ルーデンにとって、故意・過失が構成要件の要素とされることは必然的であった。しかしその際ルーデンは、「故意犯罪と過失犯罪とが、

その構成要件の多くの部分において：互いに等しい場合には、なるほど法規の言葉使いにとっても一般生活の言葉使いにとっても、それらをいっしょに共通の名称のもとで理解するきっかけとなるかもしれ⁽¹⁶⁹⁾ず、その場合には、「なるほど犯罪は過失によっても犯され得るのであるから、犯罪の概念には必ずしも故意が不可欠であるわけではなく、同様に、故意によっても犯され得るのであるから、必ずしも常に過失が不可欠なわけではない」とした上で、そのことから逆に「両者は同程度に「犯罪の」概念を作り出すことに寄与しているということが帰結され」、従って両者は犯罪の一般概念及び構成要件に収容されなければならない⁽¹⁷⁰⁾、としている。そして「故意犯罪と過失犯罪とは、その各々が自己の構成要件を有するところの、二つの全く異なった犯罪なのである⁽¹⁷¹⁾」とされることになるのである。従ってここにも、各可罰的行為の共通要素の抽象と構成要件の細分化傾向が認められると言えよう⁽¹⁷²⁾。

五　そこで次に、ルーデンが一般構成要件の要素として挙げているメルクマール、即ち外面的犯罪現象、違法性、故意・過失について見てみることにしたい。これらの各メルクマールは「互いに順次的に続いて例えば時間的にある一つが他の一つより先に存在するという方で、犯罪の概念の中に在るというわけではない。むしろ犯罪は不可分の一体であり、それはまさにこれら三つの要件が同時に存在することによって作り出されるのである⁽¹⁷³⁾」とされる。従って、これら三つの要件が同時に存在するときに、「客観的法」が侵害されたとみなされることになるのである。ただしその場合、「学問的叙述は、これらのメルクマールを同時に論ずる必要はない」のであり、「他のメルクマールの存在にとって不可欠の前提条件をなしているメルクマールを常に先に置くことが、論理法則に最も適っている⁽¹⁷⁴⁾」とされ、犯罪の現象、違法性、故意・過失の順序で論じられている。そしてこの順序は、既に見たように、訴訟手続をモデルとしているのである。

(1) そこでまず最初に論じられているのは、「犯罪の外面的現象及びその原因としての行為」である。これはベールリング自身が、彼の構成要件に相当すると述べているものである。⁽¹⁷⁶⁾ここで「外面的 (äusser) 」とされていることに注意を要する。ルーデンは、「外面的な、感覚的に知覚し得る所為 (Thun) として認識され得ない単なる思考 (Gedanke) は法の領域には属さない、ということはいふまでもない」のであって、法学者達はこの点については「一致している⁽¹⁷⁶⁾」としている。ただしこれは、「単なる思考は証明することができない、ということに在るのではない」。⁽¹⁷⁷⁾なぜなら「自由や文書によって確定できるから」。⁽¹⁷⁷⁾そうではなくて、「法的効果は、ある人間が他人と関係を持つ場合にのみ発生し得るのであり、他人との関係は思考が言わば人間から外に出て、他人と何らかのし方で接触することによってのみ生じ得るから」⁽¹⁷⁸⁾なのである。従って、「あらゆる犯罪に際して、犯罪者の人格 (Person) の外に在り、そして行為によって生み出された何かが生じている⁽¹⁷⁹⁾」ということが必要である。それが外面的犯罪現象であり、「必ずしも常に、犯罪によって他人の権利が侵害されることや、犯罪が一定の結果を持っているということを意味する必要はない」が、何らかの「他人に加えられた作用 (Einwirkung)」でなければならぬ。⁽¹⁸⁰⁾他方、犯罪は客観的法の侵害即ち理性的全体意思の侵害なのであるから、この犯罪的現象は「それによって違法な意思の存在と性質を推定することができるといふ意義」⁽¹⁸¹⁾を有することになる。「単なる思考は処罰されないが、しかし法の侵害は、法規の意思に反する意思がその基礎となるところのあらゆる行為態様において存するのである」⁽¹⁸²⁾とされるのである。こうして、未遂もまた犯罪的現象を有することになる。

ルーデンは、外面的に認識し得ない単なる思考は法の領域に属さないという点で法学者達は一致していると言う場合、その一人としてフォイエルバハを引いている。右のような「外面性」に対する理解のし方は、フォイエルバハが

「外面的行為のみが権利を侵害し得る」⁽¹⁸³⁾としているのと、一見類似してはいる。しかしながら内容的には、フォイエルバハとルーデンとは、大きな相異があると言ふべきであろう。フォイエルバハでは、侵害される対象は「権利」であり、国家の権利に対する犯罪は別として、法なし国家の立場から、個人の権利が侵害されたということを「外面的に認識できること」⁽¹⁸⁴⁾が必要であった。それ故に、外面的に明確に認識できる既遂が原則であったと考えられる。これに対してルーデンでは、侵害される対象は客観的法であり、従つて法の立場からすれば、既遂の場合でも未遂の場合でも相異はないことになるのである。それ故、未遂も当然外面性を有するとされることになるのである。

ところで、「人間の行為以外では、犯罪は決してひき起こされ得ない」のであるから、「まず何よりも、彼が行為したということが問題となる」⁽¹⁸⁵⁾。そしてその際特に問題とされているのは、*vis absoluta* 即ち絶対的強制 (*absolute Gewalt*) である。既に見たようにフォイエルバハでは、この絶対的強制は帰責可能性を廃棄する事由とされていた。

これに対してルーデンは、フォイエルバハが挙げている「自らひき起こしたのではなく (*nicht selbst verschuldet*)」という要件を批判する⁽¹⁸⁶⁾。即ち、帰責可能性という状態が可罰性に必要であるとすれば、「どのような方で帰責不可能な状態に陥ったか、自己の責 (*Verschuldung*) によつてか、自己の責なくしてか、⁽¹⁸⁷⁾ ということは全く問題になり得ない」⁽¹⁸⁷⁾ のであつて、従つて逆に、「その人間が自己の責なくしてその状態にあったという前提のもとでのみほんとうに可罰性を廃棄する状態は、帰責可能性という状態「の問題」に数え入れることはできない」⁽¹⁸⁸⁾ とされる。その結果、「絶対的強制は、道具として用いられた者に関しては自然法則にほかならず、「犯罪的現象が、人間とは全く無関係に単に自然法則によつて生じたにすぎない場合には、人間の活動に関連づけられ得ないのであるから」、⁽¹⁸⁹⁾ 「いかなる行為も彼によつてなされなかつた」⁽¹⁹⁰⁾ ことになるのである。こうして絶対的強制はルーデンにあつては、帰責可

能性の問題から外されて、構成要件のうちの行為の問題とされることになった。

同様のことは、錯誤の問題にも示されている。フォイエルバハの体系では、錯誤の問題も、帰責のところでは扱われていた。これに対してルーデンは、「自己の責によらずしてその状態にある、という前提のもとでのみ帰責及び可罰性を無効とする状態は、決して帰責不可能ないし不帰責性(Zurechnungslosigkeit)の事由の中に数え入れることはできない⁽¹⁹¹⁾」とした上で、これを因果関係の問題であるとしている。即ち、「ある犯罪が問題となり得る場合には、犯罪の現象は、原因としての行為によって結果として生じていなければならない⁽¹⁹²⁾」であり、この因果関係についての判断は、彼が、その現象を生じさせるだろうと「予見ないし予感できたか否かに係っている」のであるが、彼が実際に「予見していなかった⁽¹⁹³⁾」ということは、事実の錯誤(factische Irrtum)に陥っていたことを前提とする」とされる。このようにして、錯誤も、帰責可能性の問題から外されて構成要件の中で扱われることになった。

以上のようにして、絶対的強制と錯誤が、帰責可能性から構成要件へと移し変えられている。このことは、フォイエルバハの間接的帰責という考え方、即ち「自己の責による」場合には、そこにも意思を認めるという考え方自体が、ルーデンの時代においてはなくなっていることを示すものであろう。

(2) 以上のような犯罪の現象が存在しなければ、犯罪はそもそも問題とされない⁽¹⁹⁴⁾。しかし他方、犯罪的現象はルーデンによれば、そこから何らかの意思が推定されるところの、ひとつの「証拠」にすぎない⁽¹⁹⁵⁾。従って、「あらゆる証拠は反証によって覆されるように、行為もまた、それが外面的現象からすれば法違反的と認められるにも拘らず：行為者に権能が与えられていたことが明らかにされるや否や、決して法違反的とはみなされ得ない」のであり、同様に「その外面的現象からすれば法違反的ではなかった行為も：特別な理由からそれをなさない義務が課されているとい

うことが証明される場合には、決して適法とはみなされ得ない⁽¹⁹⁶⁾のである。このように、訴訟手続をモデルとして、反証の問題として⁽¹⁹⁷⁾違法性が論じられ、ここでは被害者の同意と正当防衛が論じられている。

フォイエルバハでは違法性という要件が、体系上独立に取り上げられていなかったのに対して、ルーデンではほぼ今日の体系に近い、違法阻却の機能をも担った違法性の要件が現れている。というのもフォイエルバハの場合には、侵害されるものは権利であり、しかもそれは国家(従って法)以前のものであった。従って例えば正当防衛は、フォイエルバハにあっては、「犯罪の不可欠な諸条件について」という章の中で、外国人に対する加害などと並べて論じられることになる。フォイエルバハによれば、「犯罪は、刑罰法規のもとに包含される加害(Beleidigung)であるから、あらゆる行為は、それが犯罪と判断されるためには、…法的根拠が欠けていることを前提とする。というのは、法的根拠により規定されている行為は適法であるから」⁽¹⁹⁸⁾。従ってまた、「侵害を対象としている[「規定している」]法が、特別な法的根拠によって相殺されて(aufgehoben)いた場合には、犯罪の概念は排除される」⁽¹⁹⁹⁾。それ故この場合はむしろ、法の規定がなくなり、法以前の状態に戻ることになると言えよう。正当防衛は、この、法を相殺する特別な法的根拠の一つとされている。自己防衛権(das Recht der Vertheidigung)は、「国家に対する私的権力の委譲が及び得なかった場合」⁽²⁰⁰⁾に認められるのであり、従って正当防衛それ自体は、法以前の問題であると言えよう。そうであればこそ、外国人即ち国家の保護が及んでいない者に対する権利侵害と並べて論じられているのである。従ってフォイエルバハにとっては正当防衛は、法を前提としてはじめて成立する「犯罪」(これは権利侵害それ自体を意味する「加害(Beleidigung)」とは異なる)の問題ではなく、また「犯罪の」構成要件の問題でもなかった。

これに対してルーデンの場合には、侵害されるものは権利（主観的法）ではなく客観的法であり、それは国家を前提としたものである。そこで、正当防衛は外国人に対する権利侵害などから区別されるとともに、客観的法の侵害である「犯罪」の概念に、従ってまた構成要件の要素に含められ、法の観点から違法かどうか判断されることになった。

他方ルーデンにおいても権利（主観的法）は、権利犯罪と法規犯罪との区別に現れているようになお比重を保っていた。従って、（特に権利犯罪で）違法でなくなるのは権利が失なわれるからであると構成することになり、その結果、「ある者が緊急状態にあるということによって他人が自己の権利を失うわけではなく、同様に、上官が自己に服従する責任のある部下に権利侵害の命令を与えたということによって誰かが権利を失うわけではない」⁽²⁰¹⁾のであるから、緊急避難及び拘束的命令は、違法の問題ではないとされることになる。それらは次の犯罪的意思決定のところ
で論じられている。

(3) ルーデンによれば、「すべての違法な行為は客観的法によって課されている義務の侵害であり、この義務侵害なくしては客観的法の侵害自体も考えられない」⁽²⁰²⁾のであり、従って、「客観的法が、他人の権利を侵害することを禁止している」⁽²⁰³⁾以上、「この権利を侵害するすべての行為は違法な行為に違いない」⁽²⁰⁴⁾。しかしその場合、「客観的法によって課されている義務は、客観的法そのものとは異なっており、従って別にして侵害され得る」⁽²⁰⁵⁾のである。それ故、「被害者の主観的法に対しては、その行為はあくまで違法である」⁽²⁰⁶⁾が、「客観的法に対しては、客観的法が明示的にその行為をなすことを許している場合には、その行為は違法ではあり得ない」⁽²⁰⁷⁾とされる。他方、「犯罪は、客観的法に
対立する意思決定〔即ち故意・過失〕によってのみ犯され得る」⁽²⁰⁸⁾のであり、従って、「その意思は、客観的法によ

って許されていない権利侵害に向けられていなくてはならない。そこで、緊急避難の場合には、「その人間は客観的の法により、他人を侵害する権利を与えられて」⁽²⁰⁾おり、それ故その場合には、「犯罪的意思決定が欠けている」のである。同様に拘束的命令についても、「行為者が、客観的の法によれば服従するよう拘束されているところの命令を得て行為する場合」⁽²¹⁾には、「他人の権利を侵害することが、客観的の法自身を維持するために不可欠である」⁽²¹⁾から、その行為を行なってもやはり犯罪的意思決定が欠けることになるのである。

このようにしてルーデンの体系では、今日の故意阻却的思考も既に存在していたことになる。更にまた、客観的違法論の先駆をなす思考も認めることができる。それは、もちろん「違法性」が犯罪の要素とされることにより可能となったのであるが、他方では権利侵害的考え方がなお残存していたことに基づいていたと言えよう。

他方ルーデンでは既に、「⁽²²⁾犯罪的意思決定を不可能にする限りでは、明らかにこの理論との関連において論じられなければならない」という理由から、帰責可能性の問題が同時に故意・過失のところでも扱われている。従って、今日の責任論に相当するものも既に存在していたと言える。

六 以上のようなルーデンの構成要件をフォエルバハのそれと比較して何より明白であるのは、その内容の豊富さである。後にベーリングによって批判されることになる構成要件概念は、このルーデンの時期から始まったと言えよう。しかしそのベーリングの批判も、ルーデンの時代においては為し得なかったのではなからうか。当時は統一法典が存在しなかったのである。

むすびにかえて

以上の検討に基づき、フォリエルバハとルーデンとの比較をもって、むすびにかえることとしたい。

体系として見るならば、フォリエルバハは基本的には、プーフェンドルフ以来の二分的体系であった。それは「犯罪」の存否及びどの犯罪かを識別するための構成要件と、帰責とに分けられ、それは同時に訴訟手続と密接に関連していた。他方、ルーデンもまた、体系の大枠としては、この帰責論を維持している。しかしながら、フォリエルバハでは一部分しか属せしめられていなかった故意・過失が全面的に構成要件の要素とされ、更に絶対的強制や錯誤が帰責の問題から構成要件の問題へと移された。こうして大きく肥大した構成要件の内部で実は、今日の三分的体系の萌芽が形成されていたのである。

その際それが三分的であり得たのは、とりわけ、フォリエルバハでは存在しなかった違法論が現われたことによる。この違法論がまさに、犯罪の本質に関するフォリエルバハからルーデンへの変化、即ち権利の侵害から客観的法の侵害への移行に基づくものであった。この移行は、一般的には、フォリエルバハの言う「私的権力 Privatgewalt」²¹³が国家に集中していく過程であったと言つてよいであろう。ただし、ルーデンの時期にはいまだドイツの統一国家は成立していなかった。従つてその客観的法も、国家制定法そのものではなく、分裂している各領邦法に内在しつつ制定法以前に在るもの、として想定された。即ち、各ラント国家から統一国家への過渡的段階で、まさにその分裂状態を克服するものとして現われたのである。

同様に、構成要件の概念そのものの変化も、この分裂状態と無関係ではないように思われる。当時は学問上の理論

が統一法典を言わば代替していたのであり、従っていわゆる「予測可能性」⁽²¹⁴⁾を確保するためには、犯罪の実質的概念を、しかも明確に、示さなければならなかったと言えよう。フォイエルバハの構成要件がなお訴訟手続と結びつき、犯罪の概念そのものを表すものではなかったのに対して、ルーデンの「一般」構成要件は原理上手続と切り離され、分裂している各個別犯罪類型を統一するものであったのである。既遂犯罪と未遂犯罪、また故意犯罪と過失犯罪とが区別された上で、それぞれ独立の構成要件を持つとされたのも、犯罪概念従ってまた構成要件を（学問上）より明確にする試みであったと見ることもできよう。もっともこのことは、フォイエルバハによる絶対的・可罰性の根拠と相対的・可罰性の根拠という区別を崩すものであった。しかしそれもまた、法曹が法を担うという歴史法学派の傾向に対応していたと考えられる。

他方この構成要件は更に、強制や錯誤など、フォイエルバハでは帰責の問題とされていたものをも吸収した。その結果それまでの構成要件（Ⅱ「犯罪」に属するメルクマールの総体）と帰責との比重は、大きく構成要件に移ることになる。従って今日のような意味における「犯罪」の概念は、このルーデンの時期から形成され始めたと言えよう。そしてこの「犯罪」の内部で、実質的にはむしろ従来の *corpus delicti* に近い「外面的犯罪現象」と、故意・過失（それと同時に帰責可能性）とが、構成要件即ち犯罪の問題として扱われることになるのである。

従って、帰責の比重が小さくなるにつれて今日の責任概念に近づくと考えられるのであるが、この責任概念はアーヘンバハによれば、ビンディングに至ってはじめて成立する⁽²¹⁵⁾。そこにおいて、すべての要素が「犯罪」とされるのである。他方、その「犯罪」の内部で、ベーリングにより今日のような構成要件概念が作られることになる。しかしそれらの過程の検討は、他の機会としたい。

[注]

- (1) 我が国において例えば、柏木千秋「犯罪論の体系」滝川還暦(上)二〇五頁以下、夏目文雄「犯罪構成要件構造論序説」愛知大学法経論集一七一九号二八七頁以下、同「犯罪体系論」愛知大学法経論集三七・三八合併号一四六頁以下。
- (2) ただし、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌八〇巻五号三九頁以下、莊子邦雄「故意の体系的地位」(刑法雑誌一四卷一、二頁以下、同「犯罪論の基本思想」昭和五四年、内田文昭「形式的犯罪概念と構成要件の機能」平場還暦(上)一三九頁以下)は、史的考察をも配慮している。
- (3) 右に挙げた諸論文も考察の中心は、むしろ三分の体系成立期以降に置かれている。
- (4) H. H. Jescheck, *Allg. Teil* 3. Aufl., 1978, S. 163.
- (5) 言うまでもなく、ノーリングにより構成要件理論が創始されるまでは現在のそのような構成要件概念は知られておらず、従ってリスツの体系は行為・違法・有責という三分体系であった(Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21/22. Aufl. 1919, S. 110 ff.)。しかし少なくともリスツ自身の言葉によれば、ノーリングの構成要件該当性というメルカールの「リスツの述べるところ」と「実質的には一致する」とされるのであり(Liszt, a. a. O., S. 111, Anm. 4)「三分の体系」として考へる限り同一に扱ってよいであろう。
- (6) H. H. Jescheck, a. a. O., S. 160.
- (7) Baumann, *Allg. Teil* 8. Aufl., 1977, S. 179, Anm. 6.
- (8) F. ヴィーアッカー著、鈴木祿弥訳「近世私法史」二五〇頁、三二〇頁。
- (9) 同書「三二〇頁、三二七頁、三九二頁。なお「理性法論」という言葉はヴィーアッカーに従ったものであるが、ここでは自然法論と同義に解してよいかなら(同書、二九九頁参照)。
- (10) F. Schaffstein, *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930, Neudruck 1973, S. 36, 37.
- (11) H. H. Jescheck, a. a. O., S. 160.
- (12) 本邦に於て Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965, S. 169ff. 以下を、尤も vgl. F. Schaffstein, a. a. O., S. 37.; H. H. Jescheck, a. a. O., S. 338, 343, Anm. 1. 及び「平場

安治「刑法における行為概念の研究」昭和四年、五二頁注³。

- (13) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 171.; H. H. Jescheck, a. a. O., S. 344.
- (14) 上記の如く vgl. Hall, Entwicklung des Verbrechensbegriffes aus dem Geist des Prozesses, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 37f.
- (15) ミッタイス＝リーベリッピ、世良晃志郎訳「ドイツ法制史概説」改訂版、四二六頁、Eb. Schmidt, a. a. O., S. 87, 105.
- (16) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 86.
- (17) ミッタイス＝リーベリッピ、前掲書、四二七頁。
- (18) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 195.
- (19) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 93.
- (20) 靖浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」神戸法学雑誌一八卷二号二一〇頁(二二六頁)によって、第六条全文を掲げておく。「ちなみに、ある者が、ある非行につきて、一般の風聞、風評により、もしくはその他の信すべき徴表、嫌疑または疑惑によりて、司直により職権をもって勾留せらるるときは、彼は、それにもかかわらず、拷問をもって攻撃せらるべからずして、まずもつて、順序が踏まるべく、しかして、そのためには、当該非行を彼に帰するための充全なる徴表と推定根拠とが、信ぜらるるものとなさるべきなり。そのためには、各裁判官もまた、この大いなる事件にさいしては、拷問を行なう以前に、力を尽くして、かつ、各事件の形態と状況に應じて可能なる限り、調査をなすべく、しかしてまた、被勾留者が風評または嫌疑を受くるに至りたる非行が生じたるや否やにつきても、朕の本令の中に見受けらるごとくに、入念に、検証すべし。」
- (21) 当時は、訴訟記録を法科大学などに送付して照会をなすことが広く行なわれていた。その照会は、問題とされている要件事実、ある学問的命題を適用することが法理論的に正当か不当かについて学問的権威者の教示を求めることを、目的としていた。この要件事実、普通法の手続によれば、文書化されていることを要したから、鑑定は、書類送付にもついでなされた。書類送付は、原理的には、鑑定的な法教示を求めることであつたが、実質的かつ結果的には、判決を求めることであつたから、決定的な審級(＝法科大学、判決高等法院等)における判決は、まったく書類の検分だけにもついでなされたことになつた。従つて、この決定的な審級で掘りどころとされた事実観察技術は、従来とはちがつて、できるだけ要点にかぎつて観察するものであつた。従つて、「法的にみて重要な」要件事実を「自然的な」要件事実から分離することを、うながす。分節的尋

問はこうした事態に対応するものであった(ヴァーアッカー、前掲書、一八二頁以下、特に一九四頁以下参照)。

(22) 以上は主として、Eb. Schmidt, a. a. O., S. 195ff. による。

論

(23) H. H. Jescheck, a. a. O., S. 72ff. この区分はヴァーアッカー、前掲書においても、基本的に同じである。ここで問題となる第一と第二の時期の区別に関して、ミッタースリーベリッヒ、前掲書、一一頁より引用しておく。「一五〇〇年以後の近世は、一八〇〇年ごろに大きな段落をもっている(フランス革命、帝国の終焉)。したがって、われわれは、この時代をさらに次のように区分したい。(a)、一八〇〇年ごろまでの初期近世。この時代には、信仰の分裂に促進されて、法思想の徹底的な合理化と世俗化とが遂行された。社会秩序や政治秩序の意味は目的的に捉えられ、法生活は文書主義によって導かれた。(b)、一九三〇年ごろまでの市民時代。この時代は、人間の法的平等を目ざしている。同時に、一方で伝統的な社会秩序が保持されるとともに、他方で、諸力の自由な活動が要求された(自由主義)。……」。

(24) この点については、中山研一「ホンメル刑法思想」刑法雑誌一四卷一号一一三頁も疑問を示している。

(25) フォイエルバハの日記の中には、ルソーに宛てて次のような謝辞が述べられている。「あなたが私の心に施してくれた恩恵に感謝致します。あなたが愛したように私も善を愛そうと心から決心しつづなす感謝を受け取って下さい。あなたの熱情で私の心は暖まり、あなたの力によって私の徳は力づけられました」(Anselm Ritter v. Feuerbachs Leben und Wirken, herausgegeben von Ludwig Feuerbach, Band I, Leipzig 1852, S. 5, zit. Richard Hartmann, P. J. A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1961, S. 3.)

(26) 河上倫逸「ドイツ市民思想と法理論」昭和五三年三二頁以下、ヴァーアッカー、前掲書、四六二頁。

(27) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 234, 237. H. H. Jescheck, a. a. O., S. 75.

(28) ヴァーアッカー、前掲書、三三三頁、三八〇頁、三九一頁、三〇八頁。

(29) 磯村哲「啓蒙期自然法理論の現代的意義(一)」法律時報二八卷四号一一頁。なお河上倫逸、前掲書、一二三頁以下参照。

(30) ミッタースリーベリッヒ、前掲書、三七一頁。

(31) 以下は主として、ミッタースリーベリッヒ、前掲書、四三三頁以下による。

(32) ヴァーアッカー、前掲書、四四五頁。

- (33) ヴィーアッカー、前掲書、四四六頁。
- (34) ヴィーアッカー、前掲書、四七五頁、四三七頁参照。
- (35) ヴィーアッカー、前掲書、四八五頁注一一参照。
- (36) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, mit Anmerkungen u. herausgegeben von Mittermaier, 13. Ausgabe, 1840, §. 79. 同書のうが、注を除く本文については、西村克彦、保倉和彦「フォイエルバハ『ドイツ普通刑法綱要』から(一)(二)(四)(五)警察研究四八巻一一号〜四九巻三号(一四版の翻訳)を参照した。ただし、引用訳は筆者による。
- (37) Feuerbach, a. a. O., §. 3.
- (38) 普通法の時代には、CCC 及びその後の法規が刑罰適用のための要件を余すところなく規定していたわけではなく、また可罰的と評價されるべき行為の完全なカテゴリーを定めていたわけでもなかった。更に加えて、CCC の中でしばしば絶対的に確定されていた刑罰は、その後の数世紀において必ずしも常に当時の法感覚に適しているとは思われなかった。そこで裁判官は、伝統的な法規に規定されるところとは異なる *poena extraordinaria* 「非正規の刑罰」を科するようになる。そしてその際、裁判官に基準となる法的観点を展開することが、当時の刑法学の主要な任務であった。特に精巧な体系構成を作り上げたポーター (Joh. S. Fr. Böhmner 一七〇四—一七七二) にあっては、故意・既遂及び「正規の *ordentlich*」共犯は *poena ordinaria* 「正規の刑罰」の前提条件をなし、過失・未遂及び「非正規の *außerordentlich*」共犯は、*poena extraordinaria* が科されるものとされる。ところで当時は実体法と訴訟法は今日のように分離してはおらず、従ってポーターは *poena ordinaria* の要件として、故意や既遂といった実体法上の要素と並べて、「余す所のない証拠提出」という訴訟法上の要素を挙げている。この点はカルプツォフ (Benedikt Carpzov 一五九五—一六六六) にあっても明らかであり、例えば *occism* 「殺人」のかわで責を負わされるのは、カルプツォフによれば、加えられた傷が致命的であったということが証明された場合のみである。この致命性が証明できない場合には、*homicidium* 「殺害」の *corpus delicti* 「罪体」が存在しないことになり、従って（殺人の故意が自白されているにも拘らず）殺害に基づく責ではなく傷害に基づく責が負われ、そしてその処罰は、殺人の結果が発生しているということからすれば、*poena extraordinaria* とみなされる。このような場合、即ち証明が完全になされなかった場

合に科される刑が、嫌疑刑であり、それは *poena ordinaria* より軽くなければならず、そして決して死刑に処してはならなかつた (Eb. Schmidt, a. a. O., S. 166ff., 176ff. など、*シッタイス—リー—ベリッヒ*、前掲書、四九九頁以下参照)。

- (39) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 224.
- (40) Feuerbach, a. a. O., § 79.
- (41) Feuerbach, a. a. O., § 83. など § 83, Anm. b) 参照。
- (42) Feuerbach, a. a. O., § 80.
- (43) Feuerbach, a. a. O., § 81.
- (44) Feuerbach, a. a. O., § 81.
- (45) フォイエルバハの言葉使ひからは、例えば「不法領得の意思が存在すること」という要件と、「不法領得の意思」そのもの(即ち事実)とが區別されているのかどうか、必ずしも明らかではない。
- (46) Feuerbach, a. a. O., § 81.
- (47) 知られていぬところ、*corpus delicti* を実体法上の概念として初めて用いたのは、フォイエルバハと同時代人であるシュテューベル (Christoph Carl Stübel 一七六四—一八二七) の *Über den Tatbestand der Verbrechen*, 1805. とあるとされている (滝川幸辰「刑法における構成要件の機能」*刑法雑誌*一卷二号六頁)。
- (48) フォイエルバハにあつては実体法と訴訟法とが密接に関連していたといふことは、Feuerbach, a. a. O., § 83. に於いて「証明が不完全である場合に処罰することは、法規に定められている刑罰が適用されよう」と、それとは異なるより軽い(非正規の *außerordentlich*) 刑罰が適用されよう」と、いずれにせよ違法である」として、証拠上の問題が実体法上の理論の中に現われようすることからも知られる。この点につき、前記注 38 参照。
- (49) Feuerbach, a. a. O., § 601.
- (50) Feuerbach, a. a. O., § 587.
- (51) 有罪を基礎とせしむる証拠とあるが (Feuerbach, a. a. O., § 567) これに対して、正当防衛・激しい飢え・帰責の欠如などは、反証とあるところ (Feuerbach, a. a. O., § 568, Anm. a)。
- (52) Feuerbach, a. a. O., § 568.

- (53) Feuerbach, a. a. O., § 82. このような表現からも、フォイエルバハが構成要件と言う場合、各犯罪ごとに個別的に觀念しつたことが知られる。
- (54) Feuerbach, a. a. O., § 82, Anm. a).
- (55) Feuerbach, a. a. O., § 82, Anm. b).
- (56) Feuerbach, a. a. O., § 82, Anm. c).
- (57) 佐伯千仞「corpus delicti について」立命館法学一冊二六頁。
- (58) Feuerbach, a. a. O., § 624.
- (59) Urheber 正犯のドイツ語が「Thäter」と区別するため、山口邦夫「一九世紀のドイツ刑法学研究」九六頁注一三に従って「惹起者」とした。
- (60) Feuerbach, a. a. O., § 601.
- (61) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Band 2, 1840, S. 102, Anm. 1.
- (62) 従来、過失犯の場合には、poena extraordinaria が科されていた（前記注38参照）。なお、このことからして、故意犯罪と過失犯罪とを併せてひとつの犯罪と觀念する、というよりは、故意犯罪を原則とすることが、それまでの思考であったと考えられる。H. H. Jescheck, a. a. O., S. 459. によれば、「自然法においては、過失はまだいかなる責任形式でもなく、準犯罪（Quasidelikt）とみなされ刑罰が減輕された。これに対してフォイエルバハは、意思決定を想定することにより過失論を、犯罪の意思に関係づけられた彼の刑法理論（心理強制説）と調和させた」とされる。
- (63) Feuerbach, a. a. O., § 84.
- (64) Feuerbach, a. a. O., § 84 Anm. a).
- (65) 当時の文献の中には、Person 及 Mensch が区別して用いられ、Person は、同じく人間を指す場合でも、人間の内面に關するものに用いられるようである。また、山口邦夫「一九世紀ドイツ刑法学研究」昭和五四年九六頁注一二参照。
- (66) Feuerbach, a. a. O., § 84.
- (67) 明示的な説明は見当たらないが、過失と故意のこととを区別する。vgl. Feuerbach, a. a. O., § 116.
- (68) Feuerbach, a. a. O., § 85.

- (69) Feuerbach, a. a. O., § 88.
- (70) Feuerbach, a. a. O., § 89.
- (71) Feuerbach, a. a. O., § 89, Anm. b).
- (72) 例えは、莊子邦雄「刑法総論」昭和四四年一二四頁。
- (73) エーベルハルト・シュミットによれば、「フォイエルバハにとっては、彼の刑罰概念を国家的な、ないしは彼が表現するよ
うに『市民的な』刑罰であると宣言することが重要であった。しかるにその本質が、刑罰で威嚇し刑罰を執行するところの国
家の本質によつて条件づけられていることは間違いない。ここに、カントから受け継がれた国家概念が全面的に展開されるの
である。この『権利保護装置』としての国家は、市民の心情には関わらず、外面的行為だけに関心を持つべきなのである」と
云へり (Eb. Schmidt, a. a. O., S. 243)°
- (74) Feuerbach, a. a. O., § 88.
- (75) Feuerbach, a. a. O., § 90.
- (76) ebd.
- (77) Feuerbach, a. a. O., § 90, Anm. b).
- (78) Feuerbach, a. a. O., § 90. なお、第二の要件の 3) 即ち「犯罪の原因となつて意思決定を為したくないしは怠つた」こと
に対応する帰責排除事由は挙げられていない。この内容は結局、構成要件事実が存在することによつて肯定されている。
- (79) Feuerbach, a. a. O., § 88.
- (80) „seinen Willen dem Strafgesetze gemäss bestimmen“ この表現だけならば問題はないとも言えるが、次注の表現と併せ
て読むと、疑問が生ずる。
- (81) „ihre Willkür den Strafgesetzen gemäss zu bestimmen“
- (82) 沢登佳人によれば、当時は任意性のほかにその任意性を左右する意思の存在が考えられていたとされる (ドイツ近代犯罪
論体系の史的变化) 法政理論一四卷二号七五頁以下)。なお山口邦夫、前掲書二〇頁は「フォイエルバハは、自由、道徳的自
由に対しても否定的である。ただ、カントにならつて、彼も、自由を考へ得るということまでをも否定したのであつて、特
に、法の領域から自由を追放したことに注意する必要がある」としている。

- (83) 言うまでもなく、以上のことは更に検討を要することであるが、一つの理解の可能性として述べておいた。
- (84) Feuerbach, a. a. O., § 97.
- (85) Feuerbach, a. a. O., § 97, Anm. b).
- (86) Mittermaier, Note I. des Herausg. zu Feuerbachs Lehrbuch § 97.
- (87) Feuerbach, a. a. O., § 105.
- (88) Feuerbach, a. a. O., § 106 ff.
- (89) Feuerbach, a. a. O., § 116.
- (90) Feuerbach, a. a. O., § 118 ff.
- (91) 小暮, 前掲論文、六三頁。
- (92) 特にフランスとの対比に関して、沢登佳人「フランス犯罪論に学ぶもの」法政理論一三卷三号一八三頁以下参照。
- (93) Feuerbach, a. a. O., § 21.
- (94) ebd.
- (95) Feuerbach, a. a. O., § 22. ここでしかしフォイエルバハ、正確には「統治行為が行使されること及び国家によって宣言されることとは無関係に、(国家における臣民或いは国家自身の) 権利は存在する」(傍点筆者)と述べている。しかしこれは矛盾であろう。国家以前の権利と国家自身の権利とを同列に置くことはできないはずである。この点が、後にビルンバウムによって批判されることになる(内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開」『東京都立大学法学会雑誌六卷二号六七頁参照)。
- (96) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 235.
- (97) 荘子邦雄「刑法総論」一三〇頁。
- (98) 内藤、前掲論文、五九頁注七。
- (99) ヴィーアッカー、前掲書、四四六頁。
- (100) F・ハルトツング、成瀬治・坂井栄八郎訳「ドイツ国制史」二五三頁。

- (101) 角山榮編「講座西洋経済史Ⅱ、産業革命の時代」一二八頁以下。なお、ヴィーアッカー、前掲書、五二五頁参照。
- (102) 以上は主として、ミッタースリーベリッヒ、前掲書、五〇七頁以下による。
- (103) ヴィーアッカー、前掲書、六四一頁。以下の叙述は、主として同書による。
- (104) 磯村哲「啓蒙期自然法理論の現代的意義(一)」法律時報二八巻六号七一頁。
- (105) この点については、河上倫逸、前掲書、一二頁以下参照。
- (106) 即ち、「すべての自然法法規を—公理からもっとも細かい部分に至るまで—あます所なく演繹することによって、帰納的かつ経験的諸要素をすっかり排除した。…個々の命題は、すべて、もっとも厳密な論理の手順によって、最終的諸命題から導出され、これとともに幾何学的証明…の厳格さが、要求された。こういうやり方で、一の完結した体系が成立し、この体系の妥当性の根拠は、その体系の立言がすべて論理的に非のうちどころがないことにあった」(ヴィーアッカー、前掲書、三九一頁)。
- (107) ヴィーアッカー、前掲書、四六六頁。
- (108) 磯村哲、前掲論文(一)、七〇頁。
- (109) ヴィーアッカー、前掲書、四六七頁。
- (110) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S. 309. は「限定された範囲で」ヘーゲルの影響を受けているとする。Eb. Schmidt, a. a. O., S. 283. は「ヘーゲル学派と区別している。なお斉藤金作「ヘーゲル学派の刑罰理論」(「共犯判例と共犯立法」昭和三四年所収)二四九頁参照。

(111) この一八四〇年という年はまた、一〇の転換点でもあった。Hippel, a. a. O., S. 304. によれば「一八四〇年頃の時期は、発展への重要な分岐点を意味している。」各領邦で新たな諸刑法典が成立し、「それとともに、普通法の領域は、ドイツの極めて小さな部分に制限され、従来通用していた普通法学は不可能となった。しかしもちろん、学問は統一的基礎の放棄に安んずることはできなかった。学問には、通用している領邦法(Partikularrecht)の裁判権を越えて、ドイツ刑法の法統一を守り維持するという大きな任務が与えられていた」のである。また Eb. Schmidt, a. a. O., S. 294. が「一八三八年から一八四八年の間の十年間において、諸領邦の刑法典が成立し」たことにより、「新たな領邦法に『共通なもの』を『新たな普通法』と

して捜し求めること」が学問の任務となったことである。

(112) Shinzing=Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Band II, Halbband 2, S. 391f. 以下。なお、ルーデンの Handbuch は、同書に於ては、第一巻しか残っていない。

(113) ベーリングが批判したのはまさにそのような構成要件概念であった。vgl. Beiling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 11. ただしフォイエルバッハについて既に見たように、本来構成要件は「犯罪」の要件の総体だったのであり、かつては「犯罪」のほかに、更に帰責の要件があった。従ってむしろ、フォイエルバッハからペンディングへの過程で、「犯罪」外の要件がしだいに「犯罪」の中に取り込まれていったのである。

(114) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Band 2, 1840, S. 117f.

(115) Luden, a. a. O., S. 119.

(116) Luden, a. a. O., S. 117.

(117) Luden, a. a. O., S. 69.

(118) Luden, a. a. O., S. 66.

(119) Luden, a. a. O., S. 65

(120) ebd.

(121) Luden, a. a. O., S. 68.

(122) Luden, a. a. O., S. 72.

(123) Luden, a. a. O., S. 63.

(124) 奥田昌道「請求権概念の生成と展開」昭和五四年五六頁によれば、「ヴィントシャイトは、…実体的および訴訟法的両要素を分離し、当時存在した Anspruch なる語の意味を限定して、『請求権』という術語概念を定立し、この概念によってアクチオの実体的要素を捉え、かつ、この請求権概念を私法体系の中に導入することにより、実体法上の権利の構造を、訴訟と離れて、自足的なものとして構成しようとした」とされる。この変化は、村上淳一「法律の『一般性』について」（鈴木禄弥他編、概観ドイツ法所収）一〇九頁によれば、「普通法上、権利の本質が『裁判官により認められた訴』から『法律に基礎づけられた請求権』に変質したことを意味する。それは、より一般的には、権利を『法的に保護された利益』として理解す

る一九世紀中葉以降の傾向…に符号するものであって、「その背後には「主権国家による強制の契機の貫徹」がある、とされる。なおヴィーアッカー、前掲書、一九九頁注一五参照。

論

- (125) Luden, a. a. O., S. 71.
 (126) Luden, a. a. O., S. 80, 82.
 (127) Luden, a. a. O., S. 78f. vgl. S. 89 Anm. 2).
 (128) Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 20. によれば、「刑法上のヘーゲル主義の体系においては、全帰責論は行為論に吸収された」とされており、この点からも、ルーデンをヘーゲル学派に位置づけるのは適当でない。アーヘンバハもルーデンをヘーゲル学派から区別している。なお平場安治、前掲書、五三頁参照。
- (129) Luden, a. a. O., S. 80.
 (130) Luden, a. a. O., S. 88.
 (131) Luden, a. a. O., S. 82.
 (132) Luden, a. a. O., S. 100.
 (133) Luden, a. a. O., S. 100.
 (134) なおそのほか「可罰性が構成要件から排除され、それを理由として可罰性の意識は故意には不要である」としている(Luden, a. a. O., S. 83ff., 95ff.)。
- (135) Luden, a. a. O., S. 117.
 (136) vgl. Luden, a. a. O., S. 66.
 (137) Luden, a. a. O., S. 117.
 (138) Luden, a. a. O., S. 128.
 (139) Luden, a. a. O., S. 117.
 (140) Luden, a. a. O., S. 120.
 (141) Luden, a. a. O., S. 123.

(142) Luden, a. a. O., S. 135, Anm. 3). 更に続けて「殺人によってもまた、まず第一には生命に対する権利が侵害されるのではなく、その客体即ち生命そのものが奪われるのであり、生命とともに生命に対する権利もまた終わりになる」ということはこの出来事 of 自然な帰結にすぎない」としている。

このように言うためには、物を保持している状態と権利それ自体とが既に分離していることを前提とする。この点につき、川島武宣「所有権法の理論」昭和二四年によれば、封建制社会は「物(特に土地)の具体的な、特定人の間の関係」であり、「土地支配と土地支配との交渉関係は常に特定の個人的な関係そのものであった(一一二頁)のに対して、「近代的所有権は常に現象的にはまず第一次的に私的支配でありながら、同時にそれは単なる現象、単なる *Schein* にすぎぬものであり、その背後にあつて目に見えないところの、すなわち全資本制社会の生産・再生産の構造によって一般的に抽象的に規定され基礎づけられているところの、社会的関係それ自身に解消され、更にこれに移行」する(一一七頁)。これに対応して「物支配の保護を物支配の事実と不可分のみ認めるということが基本原理となつている」ゲヴェールから、「独立に、物支配の事実をはなれて保護され」る「観念的な」近代的所有権に移行する(一一八頁)とされる。これに基づくならば、フォイエルバハの権利侵害説にあつては事実的支配と観念的権利そのものが未だ完全には分離していなかったのに対し、ルーデンが「被盜者は自己の所有権を保持しており、その客体のみを失うにすぎない」としているのは、事実的支配と観念的権利そのものが完全に分離したことを前提としてはじめて言い得たのだと考えることができよう。この点は、ビルンバウムが「われわれの権利の対象」すなわち「財」が「奪い取られ、もしくは減少させられる」場合にも、「われわれの権利それ自体は減少もさせられず、奪い取られもしない」とした(内藤、前掲論文(一)、六七頁による)のも、同様であろう。

(143) Luden, a. a. O., S. 125, Anm. 1).

(144) Luden, a. a. O., S. 125.

(145) Luden, a. a. O., S. 124f.

(146) Luden, a. a. O., S. 129.

(147) Luden, a. a. O., S. 120.

(148) 村上淳一、前掲「近代法の形成」一八七頁。

(149) 村上淳一「ドイツ『市民社会』の成立」法学協会雑誌八六卷八号五二頁。

説論

- (150) Luden, a. a. O., S. 135, Anm. 3).
 (151) Luden, a. a. O., S. 169f.
 (152) 村十淳一「前掲「近代法の形成」一九三頁注九。
 (153) Luden, a. a. O., S. 167.
 (154) ebd.
 (155) Luden, a. a. O., S. 172f.
 (156) Luden, a. a. O., S. 169, 173.
 (157) Luden, a. a. O., S. 122f. なおルーデンは、未遂論の章を特に設けてはいない。
 (158) Luden, a. a. O., S. 186.
 (159) Luden, a. a. O., S. 173, 191.
 (160) ルーデンは rechtswidrig (違法な) と widerrechtlich (法違反的) という表現を区別せず使っているが、引用の際には訳語を変えていく。
 (161) Luden, a. a. O., S. 408.
 なお未遂をそれ自体として可罰的とする考え方は、沢登佳人の教示によればフランスの新古典学派において現われたものとされるが、ルーデンたちの新古典学派の代表者である Rossi の教科書 (一八二九年) を引いており (S. 195, Anm. 1.)、かゝルーデンの Abhandlungen の第一巻が未遂論を扱っていることを考えあわせると、フランス理論からの影響も考えられると言えよう。新古典学派のミューン刑法学に対する影響については vgl. v. Bar, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882, S. 270ff.
- (162) Luden, a. a. O., S. 193, Anm. 1).
 (163) ebd.
 (164) Luden, a. a. O., S. 66.
 (165) Luden, a. a. O., S. 103.
 (166) Luden, a. a. O., S. 104, Anm. 1).

- (167) Luden, a. a. O., S. 104.
 (168) Luden, a. a. O., S. 503.
 (169) Luden, a. a. O., S. 105.
 (170) Luden, a. a. O., S. 106.
 (171) Luden, a. a. O., S. 105.
 (172) 本稿では触れ得なかったが、更に正犯と共犯も、「犯罪現象をひき起こした行為は必然的にこれらの形態の一つを有していなければならぬ」(S. 112.)という理由から、構成要件の問題として論じられている。これに対してフォイエルバハでは、正犯か共犯かは量刑の問題であった。
 (173) Luden, a. a. O., S. 109, 130.
 (174) Luden, a. a. O., S. 110.
 (175) Beling, a. a. O., S. 30, Anm. 1, S. 111, Anm. 2.
 (176) Luden, a. a. O., S. 113.
 (177) Luden, a. a. O., S. 113f.
 (178) Luden, a. a. O., S. 114.
 (179) ebd. ことに明確に現れているように、Person は人間の内面に関係した概念であるように思われる。この点で、村上淳一、前掲「ドイツ『市民社会』の成立」五四頁は、「近代の形式的な法は身分制的な義務のカタログから解放され、形式的な権利は原理的に自由権として現れた。形式的な法が個人の自由意思の領域を承認するためには、諸個人の自由意思の領域が全体のために制限され、調和が達成される必要がある。しかし形式的な法が倫理的にも無色な領域における個人の行為を内面的義務による動機づけから解放し、自己の利益を追求する自由をみとめたという、まさにその理由によって、右の制限は外部から課されるほかはない」(傍点原文)としているが、参考となろう。これに従えば、Person は、言わば自由意思の領域における人間関係において用いられるということになろう。
- (180) Luden, a. a. O., S. 114.
 (181) Luden, a. a. O., S. 122.

説

論

- (182) Luden, a. a. O., S. 187.
- (183) Feuerbach, a. a. O., § 32.
- (184) ebd.
- (185) Luden, a. a. O., S. 205.
- (186) Luden, a. a. O., S. 208ff.
- (187) Luden, a. a. O., S. 209.
- (188) Luden, a. a. O., S. 210, vgl. S. 89, Anm. 2).
- (189) Luden, a. a. O., S. 216.
- (190) Luden, a. a. O., S. 218.
- (191) Luden, a. a. O., S. 298.
- (192) Luden, a. a. O., S. 262.
- (193) Luden, a. a. O., S. 296.
- (194) Luden, a. a. O., S. 131.
- (195) Luden, a. a. O., S. 186f., 400f.
- (196) Luden, a. a. O., S. 401.
- (197) ただし組問手続ではこれらの反証も裁判官自身が調べるのであり、従つて實際の手続上は、むしろ必ずしもこの順序ではなからぬ。その理由はルートの由を特記しては (Luden, a. a. O., S. 404, Anm. 1.)。
- (198) Feuerbach, a. a. O., § 32. (殊に「筆録」)。
- (199) Feuerbach, a. a. O., § 33.
- (200) Feuerbach, a. a. O., § 36.
- (201) Luden, a. a. O., S. 411, Anm. 1).
- (202) Luden, a. a. O., S. 397.
- (203) Luden, a. a. O., S. 505.

- (204) ebd.
- (205) Luden, a. a. O., S. 398, Anm. 1).
- (206) Luden, a. a. O., S. 507. しかしこの点でルーデンは、必ずしも首尾一貫していないように思われる。違法はいずれにせよ、客観的法に対する違法のみならず主観的である。
- (207) Luden, a. a. O., S. 503.
- (208) Luden, a. a. O., S. 510.
- (209) Luden, a. a. O., S. 411, Anm. 1).
- (210) Luden, a. a. O., S. 513.
- (211) Luden, a. a. O., S. 511f.
- (212) Luden, a. a. O., S. 536.
- (213) Feuerbach, a. a. O., § 36.
- (214) 庄千邦雄、前掲「犯罪論の基本思想」三八頁以下、磯村哲、前掲論文(二)、七三頁参照。
- (215) Achenbach, a. a. O., S. 21, 26.
- (216) Achenbach, a. a. O., S. 34.

あとがき

この論文は、故・佐久間基君の修士論文です。

一九八〇年四月。当時私は、現代刑法学の閉塞状況打開のため、近代刑法学の歴史をその淵源に遡って研究する必要ありと、痛感していました。ご存じのように、日本の刑法学は、旧憲法制定以後、ドイツ帝国成立以降のドイツ刑法学の歩みを数歩遅れて追うという形で、展開されてきました。その結果、ドイツ帝国以前のドイツ刑法学者らの学説がどんなものであったかについては、ドイツ刑法学者の著作からの断片的な聞き伝え以外には、全く知られていませんでした。また、近代大陸法の祖法は大革命期から第一帝制期にかけて創られたフランス近代法ですから、ドイツ刑法学の近代化に対して、フランスの近代刑法・近代刑法学が何らかの強い影響を与えていないはずはなく、それゆえドイツ近代刑法学の歴史を深く知るためには、フランスの刑法・刑法学の歴史をも大革命期まで遡って研究する必要があります。日本では少数の研究者が思い思いに、その歴史の一面・一断面を対象にして研究しているにすぎませんでした。今の日本刑法学の底を浅くし発展を妨げている根本原因の一つはそこに在る。そう気づいて私は、仏独近代刑法・刑法学の歴史的形成・発展過程の全体像を捉えるべく、未知の領域に眼を向け始めたのですが、一人で行くにはあまりにも遠い旅路ゆえ、誰か一緒に行ってくれる良い仲間が現われないのか、と念じていました。

佐久間君が、東北大学法学部を卒業して私の勤務する新潟大学大学院法学研究科に進学されたのは、ちょうどその時です。私の指導を受けたいと申し出た彼に、早速研究計画を尋ねますと、彼は即座に「刑法の歴史と哲学を研究し

たいのです。また、ドイツ法のほかにフランス法も学びたいのです」と答えました。何と、私が三十年の勉学の果てに辿りついた問題意識を、法学部を卒業したばかりの青年が抱いていたのです。

二人の共同研究が直ちに開始されました。佐久間君のドイツ語の読解力は、当時すでに私より上でしたから、彼は私の意見を参考にして、フォイエルバッハを始めドイツ帝国以前の刑法学者の諸文献を、次々に探し出しては読破して行きました。その過程で彼は、従来のドイツ刑法学史のミッシング・リンクに相当する幾編かの文献を、諸大学図書館のほりの中から発掘しました。中でも衝撃的だったのは、ルーデンの著作でした。読むにつれて、ルーデンの学説こそ、フォイエルバッハの古典的体系をベーリング以降の近代的体系に繋ぐ決定的な媒体・中間項だったことが、わかってきたのです。

他方、一か月足らずでフランス語の基礎をマスターした彼は、私と一緒にフランス刑事法の教科書や論文を精力的に読み、それらと照らし合わせることによって、フランス刑法理論のフォイエルバッハやルーデンに対する影響も、次第に推測できるようになりました。私一人では何年かかっても手に入れえなかったであろうこのような成果を、彼との共同作業と討論とのお蔭で、わずか一年足らずで手に入れたことを見ても、彼の才能と勤勉とが常人の追従を許さぬものだったことを、知ることができます。

こうして佐久間君と私とは、近代仏独刑法理論史の全体的把握に対するかなり明確な見通しを持つことができましたので、次にこの見通しに従い、主として私がフランスを、彼がドイツを担当して、一步一步着実に研究を進めて行くこうと、誓い合いました。そしてその第一着手として彼は、先述のようなルーデン理論の歴史的意義を明らかにした論文を作成し、これを修士論文として提出したのです。

佐久間君が東北大学大学院博士課程に進学した後、私は彼の新発見を学界共通の宝とするために、新潟大学法学会の機関誌に掲載するよう勧誘しましたが、彼は「このテーマの追求を自分のライフ・ワークにしたいので、もっと研究を深めてから逐次公表して行きたい」と答えました。東北大学では、彼は専ら別テーマの博士論文の作成に携り、ライフ・ワークはしばらく中断されましたが、博士論文完成後再びこれに着手し、大阪経済法科大学に赴任してから、初めて経験する教職の激務の中で研究の手を緩めず、昨年（一九九三年）発行された私の新潟大学退官記念論文集に、修士論文の前半「フォリエルバツハの理論体系を解明した部分にその後の研究成果を加えた論文を、寄稿してくれました（「フォリエルバツハの刑法体系」法政理論二五巻三号三三〇頁以下）。私が電話して謝意を述べた時、佐久間君は、「仕事にも次第に馴れゆとりができてきましたから、これからいよいよ、先生と約束したライフ・ワークに本格的にとりかかるつもりです」と、将来の抱負を楽しそうに語っていたのですが……。

唐の天才詩人李賀の夭折は、天帝が天上に築いた白玉樓の記を書かしめるべく、彼を招き寄せたためだと、語り伝えられています。天帝は基君を招いて、再び如何なる記を書かしめようとするのでしょうか。それを知るすべはありませんが、彼が地上に遺したこの論文が、たとえ彼の意に満つる仕上げの研磨を經ていないとは言え、たとえ彼が大きな希望を以て書き継ぐことを夢見ていたルーデンよりベーリングに至る体系の変遷過程は、後学の筆に待たざるをえなくなつたとは言え、刑法学の金字塔に深く刻み込まれるべき大文章であることは、疑いを容れません。

幸い「フォリエルバツハ」に関する第一章は、著者自身による研磨彫琢を經て独立論文として上梓されましたが、佐久間君の最大の発見であり刑法学の進歩に対し多大の寄与が期待されるルーデンに関する第二章は、未刊のまま残されました。今、その部分を含む論文の全体が、大阪経済法科大学法学部長橋本久先生を始め同学部諸先生の御理解と

御厚情により、公表の機会を与えられましたことは、ひとり佐久間君の御遺族と知友のみならず、刑法学界全体の幸福であります。誌上を借りて、厚く御礼申し上げます。

沢 登 佳 人

