

## ビンディングの規範論

——刑法学における規範論の史的展開 その一——

富 田 敬 一

- 一 序 言
- 二 規 範
- 三 規範違反Ⅱ犯行、可罰的規範違反Ⅱ犯罪、刑罰
- 四 結 語

本稿副題の「刑法学における規範論の史的展開」および本題の「ビンディングの規範論」というテーマは、御生前本学とも御縁深くあらせられた、恩師故斉藤金作先生にいただいたものである。常に御心配をいただきながら永きにわたって研究が涉らず、ようやく脱稿せんとするときに先生は急逝されてしまった。ここに、はなはだ貧しい作品であることを憚りつつも、深い悲しみと追慕の想いをもって、先生の御霊前に拙稿を捧げたてまつる。先生の御霊の御冥福と御尊きを祈りつつ。

## 一 序 言

刑法学的方法的基礎に思い及ぶとき、我々はビンディングにはじまる一連の規範論に注目せざるをえない。もとより、現在、その積極・消極の両面における社会的機能からする刑罰（あるいは刑事法的諸過程、すなわち、刑事司法、刑事判決の執行、さらには刑事立法の諸過程）の政策的価値の考慮という方向においてむしろ問題があることを意識しないわけではない。しかし、いずれにしても、刑罰（あるいは刑事法的諸過程）の政策的価値が刑罰の規範的意味（行為に対する非難の意味）をはなれてはあるものではないであろう。そこで、刑法学上の意義・成果との関連に留意しつつ、あらためて規範論の学説史的研究を試みようと考えるのである。

規範論の学説史においてまずとりあげなければならないのはビンディングのそれである。もっとも彼に先駆する見解がなかったわけではない。<sup>(一)</sup>しかし、その著作八千頁にもおよぶといわれる仕事量、徹底かつ詳細な研究内容、後世への影響力等からして、ビンディングのそれを、規範論の学説史的研究の最初としてよいであろう。

ビンディングは一般法学派の一人として、いわゆる論理的、分析的法実証主義に依拠し、法学は実定法学以外にはなく、法学の任務は実定法の構成部分の分析とその相互関係を明らかにすることであるとし、しかし、実定法といっても、『実定法は書かれた法につきるといふ誤りほど悪しきものはない』<sup>(二)</sup>として、成文法の中に『最初から潜在していた』<sup>(三)</sup>規範を『発見』したのであった。<sup>(四)(五)</sup>

(一) たよえば、ビンディング Handbuch, I, S. 156, Anm. 4  
 による。 Heinze が自分の規範論の先駆となつてゐると  
 主張してゐる。

(二) Karl Binding, Handbuch des Strafrechtes, I, S. 11.

(三) Binding, a.a.O.S. 10.

(四) 本稿において参照されたビンディングの著作は、Hand-  
 buch, I, II, 1885. Grundriss des deutschen Straf-  
 rechtes, Allgem. Teil, 3 Aufl. 1913. Normen und  
 ihre Übertretung, I, 4 Aufl. 1922. II, 2 Aufl. 1914—  
 1916. III, 1918. IV 1919 である。 ちよわは Handbuch,  
 I には齊藤博士の部分的翻訳「ビンディング刑法論」早稲  
 田法学別冊第七巻昭和十一年があり、さらにその他につい  
 ても竹田直平教授の「規範とその違反」昭和三六年に或程度  
 引用翻訳がなされているので、該当部分については、そのま

ま使用させていただいたところもある。その場合には註記  
 に明らかにされている。 ちよわは Armin Kaufmann,  
 Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,  
 1954. R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, I, 1925.

和田小次郎「法をめぐる闘争と法の生成」昭和二十八年、齊  
 藤金作「ビンディング」(木村亀二編「刑法学入門」)昭和  
 三十二年、木村亀二「法哲学と刑法理論」法哲学年報昭和四  
 三年、福田平「犯罪」法哲学講座第八巻昭和三十一年、大森  
 英太郎「犯罪によって違反される『規範』」刑法哲学研究昭  
 和二十九年、などを主として参照した。

(五) 第二節、第三節においてはビンディングの所論を甚しく  
 簡略化し、強引な再構成がはかられていることを明確にし  
 ておく。論述の便宜上やむをえなかった。

## 二 規 範

犯罪は法に違反する行為である。しかし、それは決して刑法違反の行為ではなく、刑法とは区別して考えられる別個の法への違反行為である。何故なら、犯罪は刑法各本条の構成要件を充足しこそすれ、これに違反するものではな

いからである。しかも、犯罪が違法行為であるということはゆるがすことのできない認識である。ここに刑法とは別個の、刑法に論理的に——通常時間的にも——先行するところの、行為を禁止し、命令する、換言すれば行為の規矩準繩を示す法の存在が考えられねばならない。

かようにして想定された、行為の命令・禁止に関する法を、ビンディングは、『これが行為能力者に対しその挙動の規矩となり、その自由の欄柵となるものであるが故に』、『規範 Norm』と名付け、ここに、彼のいわゆる規範論がはじまる。この間の論旨をしばらく彼の叙述にみることにしよう。

『昔の人々も近代の人々も犯罪人の本質は、平和、法 Recht または法規 Gesetz を犯し破る brechen ことにあると考えてきた。犯罪人 Verbrecher という呼び方は、このような考え方に由来する。犯罪者は法規を侵犯するとか、法規に違反して行為する、とかいわれ、または、彼は法規に適応していないとか、法規を軽侮するとかいわれている。これはギリシャ人やローマ人にばかりでなく、また現代のあらゆる民族においても共通に見られるところである』<sup>(二)</sup>しかし、『このいいあらわし方は、その根底において古いそして正しい思想を有するにも拘らず、今日においては殆んど例外なく誤った意味に転積されているので、刑法学のみならず、全法学の諸部門に不当な帰結をもたらすことになっている』<sup>(三)</sup>。何故なら、『犯罪がそれによって評価せられるところの刑罰法規を、犯人が犯すところの法規と同視しているからである』<sup>(四)</sup>『犯人は、彼の行為が、それによって評価される刑罰法規に違反したからでなく、むしろその法規の第一部に掲げられているところに合致しているから処罰せられるのである』<sup>(五)</sup>『刑罰法規は概念上先ず違法な行為を追撰する。換言すれば、刑法の目指す行為は既に違法とせられた行為であって、何が違法であるかを自ら規定

するものではない。刑法によって犯罪（違法行為）が処断されるのである。すべての犯罪は、刑罰法規とは根本的に異なるところの、近時、規範 Norm と呼ばれる一種の法規 Rechtssatz に違反するものである』<sup>(六)</sup>ここで、我々は、甚だ多義的な規範という概念を、ビンディングは、ただ、行為を禁止し命令する法を指すものとしてのみ用いていることを確認しておく必要がある。

さて、ところでこの規範は、刑法にとって問題となる場合には成文化されていない。そこでこれは、刑罰法規より論理的に求めるほかはない。それでは、それはどのような形のものとして、いかなる方法により刑法から見出すか。

ビンディングによれば、刑法から規範を見出すに三つの方法が、従ってまた三つの型の命令が一応考えられる。<sup>(七)</sup>その第一は、構成要件の部分を命令に転化する方法であり、第二は、刑罰規定の部分を命令に転化する方法、第三は、刑罰規定との関連において構成要件を命令に転化する方法である。したがって、そこに命令の三つの型が出てくる。即ち、『汝殺すべからず』、『汝殺したるとき刑を受くべし』、『汝刑罰の故に bei Strafe 殺すべからず』の三である。<sup>(八)</sup>規範は、第一の構成要件の部分を転化して得られる『汝人を殺すべからず』という端的な命令である。何故なら、まず『汝殺したるとき刑を受くべし』という命令は犯罪とされる行為の禁止に関わるものではなく、犯人の受忍に関するものである。<sup>(九)</sup>次に『汝刑罰の故に殺すべからず』という命令は、まず、『汝刑罰を欲しないならば殺すべからず』という条件的な命令として理解される。しかしこれはその反面『汝刑罰を受くことを承知なら、欲するがごとくに行為せよ』ということにもなり、結局、犯罪を為さないか、または受刑の危険を冒して犯罪を為すかの選択を人々に課

しているものであり、もはや内容上命令ではない。国家もしくは自己の安穩を顧慮して犯罪を行なわないという忠告にすぎない<sup>(一〇)</sup>。また、『刑罰の故に汝殺すべからず』という命令は、『殺すべからず』という命令そのものは無条件であるが、同時にその命令に違反したときの刑罰に言及したものと理解できる。しかるときは、命令の権威も効力も刑罰に依存することになり、それ故、フォイエルバッハが行なったように、当罰性も、犯罪の抑止力も、かかつて、可罰性の意識にもとめなければならぬことになる。犯罪者は発覚しないことを期待しているのが通常であること、さらに、かような見解からすれば国家の刑事訴追を免れることの確実な者には、命令の妥当性そのものが欠如するに至るのではないかという疑いが生ずることから、この考えも正当とはいえない<sup>(一一)</sup>。

かくして、構成要件を命令に転化した場合、すなわち、『汝殺すべからず』という端的な命令を見出す場合が残<sup>(一二)</sup>る。かような命令は人の行為の規範たるべき要件を余すところなく充たしている。犯人は、かような命令の抑止しようとするところを、そのままそっくり行うものであり、従って、その行為と命ぜられた態度とは対立関係にある。規範は、かくして、『端的な、理由を示さない、とくに科刑ということを理由として示さない』<sup>(一四)</sup>『行為に関する禁止 Verbot もしくは命令 Gebot である』<sup>(一五)</sup>。それは法文となっていないときは、作為が罰せられるか若くは不作為が罰せられるかに従って、刑法法規の前段を、当該行為の禁止若くは命令に変化させることによって得られるのである<sup>(一六)</sup>。

規範をかようなものと認識することが正当なることは、次のことによっても証明される。すなわち、立法者が、法服従者が真に人格的に *höchstpersönlich* 果すべき義務を定立せんとするとき、要求することから、および、それを命じるということを、彼等に適確に示さなければならぬ。従って、その形式は命令 *Befehl* の形式であり、そ

の内容は、禁止 *Verbot* もしくは命令 *Gebot* と、なされざるべきもしくはなざるべき行為 *Handlung* でなければ<sup>(一七)</sup>ならない。構成要件から引き出した命令禁止はまさにかようなものであるから、これを規範としてよいことは明らかである。構成要件から規範を再構成することはしばしば困難であり、不明確である。何故なら、規範と構成要件が一對一の関係で対応している場合もあるが、殆んどの場合、一個の規範に対して数個の構成要件が、あるいは数個の規範に対して一個の構成要件が対応しているからである<sup>(一八)</sup>。しかしこの再構成のうえで残る不明確さは、立法者がその責を負うべきで、全く規範論のせいではない<sup>(一九)</sup>。

さて、論理的にかような命令すなわち規範が刑法の前提として存するはずだと考えることはよい。しかし、これを『法』としてよいかどうかが問われなければならない。法であるとするれば、明文なき規定をいかにして実定法とすることを得るのか。ビンディングは、規範をあくまで実定法としてとらえようとする。

第一に、成文法として、かような規範が存することが指摘される。これは疑いもなく法である。このことは、規範という形での法が存在することを証明するものである<sup>(二〇)</sup>。しかし、第二に、歴史的省察が、不文なる場合の規範も法たることを証明する。すなわち、規範は、かつては、多くの場合明文化されていたのであるが、漸次、刑法にとり重要な多くの部分が不文化され今日に至った。モーゼの十戒は法であった。それは、古代イスラエルの伝統にもとずき、神の言葉を再現したものであり、民族の最も神聖な義務であった。十戒は神の命令であるが、同時に法的に与えられた命令であり、神の法であるとともに民族の法であった。ところでイスラエルの民族に対して、このようにも痛烈に命令を与えたこの法典が違反者に対する刑罰については全く沈黙している。十戒は十の規範をかかげているが、

一の刑罰法規をも規定していない。それは現今の立法において、刑罰法規はあるが規範がないのと全く対照的である。それは、犯罪は極度に憎まれたが、刑罰制度が未発達であったからである。古代ゲルマンにおけるように『平和喪失 *Friedlosigkeit*』があらゆる犯罪に対する唯一の制裁であった当時において、さまざまの規範違反に対して、その法効果をいちいちかかげるといふことは、立法者にとって思いおよばなかったことであろう。古代ローマの法規においては、しばしば規範とこの規範違反に対する刑罰法規とが共に明示された。ゲルマンドイツの立法史を省りみれば、まず規範のみが成文法として規定されたが、刑はかかげられなかった。しかも、規範の違反に対しては実際に刑が科せられた。つぎに、規範と刑罰法規が明文の規定のなかに、併せかかげられた。最後に、現今のように、規範は成文法規から全く消失し去り、刑罰法規のみがかかげられる。かくして、今日においては、おおむねの規範は、不可捉的 *ungreifbar* でないにしても、不可視的 *unsichtbar* な領域に残されることになったのである。<sup>(二二)</sup> 実に、規範のなかで、最も重要なものは、数千年来の遺産として、各人に熟知せられ居るが故に、法文化は不必要なのである。<sup>(二三)</sup>

第三に、ビンディングは、立法者の推断行為 *konkludente Handlung* ということを言う。ビンディングによれば、法というものは全て、法思想 *Rechtsgedanken* の表示と法意思 *Rechtswillen* の表示の結合されたものである。<sup>(二四)</sup> ここに法思想というのは法の規制内容ともいえるところのものであり、法意思とはこの規制内容をもって法なりと権威づける意思をいうものと理解されよう。さて、元来、思想や決意を表示する手段として、言葉と、それとらんで、直接には帰結的部分を示すことによりその背景となつてい理由を推論せしめる行為——推断行為とがあるこ

とは古くから知られて来たことである。法思想の表示および法意思の表示についても、同じくこの二つの手段が存するのである。<sup>(二四)</sup> 従つて、法は、法思想と法意思が共に言葉をもつて表示されたものと、どちらか一方が成文化され、成文化されない部分については推断行為によつて表示されたもの、いずれも文書によつて表示されず、共に推断行為によつて表示されたものとに分つことができる。<sup>(二五)</sup> たとえば、刑罰法規は、法思想と法意思が共に表示されたものである。

また、法意思のみが表示され、法思想は推断行為による例としては、ユスティニアンの五三三年十二月十六日の勅法 *Constitutio Tanta* において為したることく明文をもつて著者の選集を現行法にまで高めた場合が、<sup>(二六)</sup> 法思想のみが表示され法意思は推断行為による例としては、裁判権をも有する立法議会が、その断案 *Urteil* において、その断案の基礎にある思想を表示し、議会はその思想に法としての権威を附与せんとしたことが知られうる場合が、<sup>(二七)</sup> それぞれあげられるのである。そして、規範は、成文化されていない場合には、その法思想も法意思も、刑罰法規を規定することにより、同時になされた立法部の推断行為によつて立法されたものである。法思想もこの法思想に法的権威が附与せられていること（法意思）も、共に明文において示されていない場合でも、或法規を通じて他の法規が認められる場合には、この法思想の法規としての承認が不文のうちになされたことが明々白々である。かような不文法の存在する場合には、訂正解釈によつて、不完全な法文の補完がなされるべき場合、明文の規定から論理必然的に明示せざる規制の内容が明らかとなる場合、一または複数の明文から類推によつて明文によらざる規制内容が明らかとなる場合とならんで、明文上規定されない他の法を前提とする成文法が発布せられた場合がある。刑法上問題となる規範の大部分は、この場合に属する不文法 *ungesetztes Recht* である。処断さるべき行為は予め禁止されなければなら

ない。何故なら罰しうるのは犯行 *Delikt* に限られるからである。即ち各刑罰法規はその構成要件の根底に横たわる規範を前提とするものであり、従って、この規範が成文法の中に見出されない場合には、その存在は、その違反に刑を科している刑罰法規を通して認められることになる。<sup>(二八)</sup>

ビンディングは、彼が規範と名づけた行為法があり、これが刑法の前提たることを主張したが、これは所詮刑法から見出されるものであるなら、刑法と区別する必要もないではないかという疑問が生ずる。しかし、彼はこの規範が、刑法とは別個のものでありかつ独立のものであることを主張する。すなわち、まず、刑罰法規と結びつかない憲法上の皇帝、元首などに対する規範の存在が指摘される。つぎに、規範の目的と内容は、刑罰法規のそれと本質的に異なるものであり、規範は決して刑罰法規を予定しなければありえない法ではないことが指摘される。さらに、規範と刑罰法規はその立法者を異にしうる点が指摘される。そして、また、人的、物的、時間的効力範囲において刑罰法規と規範は異なる場合がある。刑罰法規の廃止は規範の廃止を必ずしも意味せずあるいは規範の廃止が刑罰法規の廃止を意味しない場合もある（輸出禁止は今日解禁されても、刑罰法規は贖罪がなされるまで効力を有する）。また、規範は、刑罰法規から再構成する場合でも、刑罰法規が処罰する行為よりも広い範囲の行為を禁圧しているのである。<sup>(二九)</sup>

以上の論証において問題となるのは、規範と刑罰法規は本質的に異なる目的と内容を有するという点と、規範は刑罰法規が処罰するよりも広い範囲の行為を禁圧しているという点であろう。論述の便宜上第二の点から検討しよう。彼は、『国家からみれば、規範は答責可能の者の将来の侵害から法益を保護する一手段である』<sup>(三〇)</sup>と考へ、法益保護を中心に規範を構成する。その法益とは、『法的共同体の健全なる生活の条件として価値ありと立法者の目に映る全

てであり、立法者の見解からすれば、法的共同体がその維持、不可侵性に関心を抱く全てである』<sup>(三一)</sup>。個人の生命、身体、自由、貞操、信用、財産権の客体、官庁の権威、戦時における国家の戦闘力などとならんで、性風俗なども法益である。<sup>(三二)</sup>そして、『行為はそれが法的に有害なるがために禁じられ、必要なるが故に命ぜられる。したがって、行為のもっとも広い範囲にわたって禁令もしくは命令はなされているものと考えられる』<sup>(三三)</sup>から、可罰性の制限を規範の制限と考へない。<sup>(三四)</sup>そこでかりに構成要件の中に『故意』『過失』が明示されている場合でも、それは規範の内容とならない。<sup>(三五)</sup>同じ理由から、行為の可罰性がこれを營業的に *gewerbmässig* 行なうことにかからしめられている場合であっても、規範は、その行為を全く一般的に禁ずるものであり、<sup>(三六)</sup>また、既遂も未遂も共に同一の規範がこれを禁ずるのである。<sup>(三七)</sup>未遂的行為も殺害の手段として殺害禁止がすでにこれを禁じているからである。<sup>(三八)</sup>しかし、予備行為は定立せられた犯行という概念に含まれないが故に、それに固有の禁令がこれを取扱うのである。<sup>(三九)</sup>

さて、規範と刑罰法規は、本来異なる目的と内容を有するという点については、ビンディングのいわゆる肯定的法理論にさかのぼる必要がある。ビンディングは、イエーリング、トーン、ビヤリングによって主張される、すべての種類の法を規範（命令）とする見解を否定する。すなわち、許容規定の大部分は誰に対する命令でもなく、したがって決して『規範』といわれるべきものではない。すなわち許容規定は、命令になることもあるが、大部分は命令ではありえない。<sup>(四〇)</sup>さて、刑罰法規も、誰に対しても命令ではないのである。かりに、刑罰法規を命令であるとするなら、名宛者 *Adressat* が問題となる。命令をさしむけられた者のみが命令を犯しうるからである。そこで、名宛者として考えられるのは人民、裁判官その他の官吏、国家の三である。しかし、そのいずれも名宛者たりえない。第一

に人民を名宛者とする命令ではない。何故なら、仮にそう解すれば、人民が犯罪を犯したときには直ちに刑に服すべき義務を生ずることになり、これをまぬがれることに第二次の犯罪が考えられ、第二の服刑義務が生じ、というふうな刑に服しない者は無限の犯行を重ねることになるが、かような考えは無意味である。第二に、裁判官や刑の執行吏を名宛者と考えた場合、裁判官はたしかに刑罰法規にもとづいて判決をすべき義務があるが、その義務は刑罰法規によって生ずるのではなく、彼の任命行為、そしてそれに由来する服務義務によって生ずるのである。刑の執行吏の義務は判決に示されている刑を執行することであるが、これは刑罰法規から生ずるのではなく、彼の服務義務にもとづくのである。第三に国家または君主であるが、国家または君主にどうして法義務を課することができようか。従って、ここでも命令性は否定される。かくして刑罰法規は誰に対する命令でもなく、従って規範ではない。刑罰法規にある *sollen* は当為を意味するのではなく『法意思』の儀式的な表示にすぎないのである。<sup>(四二)</sup>

元来、法をすべて規範として（即ち命令として、義務づけを目的とする法として）理解するのは誤りである。<sup>(四二)</sup> 法は、（一般的には）むしろ、何らかの権利もしくは義務の発生、変更、消滅を規整する『肯定的法規 *bejahender Rechts-satz*』もしくははまれに、ある要件は法効果を全くまたは一定方向において生ぜしめないということを確認する『否定的法規 *verneinender Rechtsatz*』である。権利と義務とは相関的な概念である。権利附与には義務づけが、義務づけには、その履行に関する権利附与が相応し、これが同時に行なわれる。しかし、一応、専ら義務づけを行なう法規と専ら権利附与を行なう法規とは区別してもよいであろう。

さてそこで肯定的法規として規範と刑罰法規が目的と内容を異にすると主張されるのである。規範は、肯定的法規として、まずもって人々の服従義務 *Pflicht zum Gehorsam* を規定し、従って、これに対応するところの支配権（服従請求権）*Recht auf Befolgung der Norm, Recht auf Botmäßigkeit* を創設する。この義務は将来の行動もしくは不作為への義務、従って、意思活動への義務である。この義務に対応する権利の任務は、かような意思活動を促進するようもしくはこれを為さざるように注意することにつくされる。従って、規範の使命は予防的である。これに対して、刑罰法規は、刑罰権者と犯人との刑罰権関係の発生、内容、終了を規整する法規である。刑罰は、規範違反者に対して、法の権威 *Rechtsherrlichkeit* を確保するためのものであるから、それは、支配権の侵害を予定するものであって、予防には全く役立たない。規範はその違反がなされないように人々に義務を課するのであって、決して処罰するために義務を課するのではない。<sup>(四三)</sup>

以上の諸論証から、彼は、規範が、公法に属するものであるが、決して刑法に従属するものではない独立の法であるとするのである。<sup>(四四)</sup>

最後に、彼が規範を内容によっていくつかの種類に分けていることにふれておこう。<sup>(四五)</sup> 彼が規範を構成要件から再構成する際に、法益保護を中核とし、故意・過失・（未遂が不可罰の場合も含めて）未遂・既遂共通の規範を想定したことは先に述べたのでくり返さない。

まず、規範は、人の行為による法秩序にとってたえがたいあらゆる変更を禁ずるを使命とする、即ち、一定の作為を禁ずる禁止と、人の行為による法秩序に必要な変更を招来することを使命とする、即ち、一定の作為を命ずる命令とに分たれる。そしてそのそれぞれは、さらに三種に分たれる。すなわち、禁止においては、侵害禁止 *Verletzungs-*

verbote' 危殆化禁止 Gefährdungsverbote' 禁止そのもの Verbote schlechthin とが区別される。侵害禁止は、法益のそれぞれの侵害を禁止するものである。危殆化禁止<sup>(四六)</sup>は、侵害禁止を一步進め、特定法益の毀損を禁止するのではなくその危殆化を禁止するものであり、しかも、特定態様の危殆化を禁止するものである。たとえば、救助を要する者の身体生命の、遺棄による危殆化、禁制品の塔載による船舶もしくは積荷の危殆化を禁止するのである。禁止そのものは、危殆化禁止をさらに進め、具体的に特定法益を危殆化するかどうかを問わず、ただ特定法益に対する危険をその中に通常包含する行為を直ちに禁止するものである。たとえば、特定地域における発砲、人に犬をけしかけることの禁止がこれである。

つぎに命令は、法律の世界に有利なる結果との関係において、招果命令 Verursachungsgebote' 促進命令 Beförderungsgebote' 命令そのもの Gebote schlechthin とに分たれる。すなわち、招果命令は、法律の世界に有利なる結果を惹起することを命ずるものである。租税を納付すべし、兵役に服すべし。促進命令は、それが有利な結果を招来し能うかぎり特定行為を命ずるものである。たとえば、当該告知が官庁もしくは被害者をしてその犯罪を予防せしめうる限り、なされようとしている犯罪の告知が命ぜられるのである。命令そのものは、具体的に有利な結果を惹起する可能性を有するかどうかを問わず、ただ、さような結果を通常具現するところの行為を命ずるものである。たとえば、営業時間後、客を退去せしめることなど。

かような禁止、命令は、しかし、同時に、副次的な命令 säkunderes Gebot を包含する。たとえば、禁止には『注意深く行動せよ、行為の間に思考力を不断に緊張せしめよ』という命令が包含されているのである。<sup>(四七)</sup> 目的を追求

するものは、宜しく目的達成のために必要な手段を追求しなければならない。行為の合法性を担保するために必要な手段は行為の間において思考力を緊張せしめることである。従って、立法者は禁止とともにかような禁止が達成されんがために行為の間における思考力の緊張を命ずるのである。この命令が副次的という所以は、この命令は独立にこれを犯しえないからである（思考懈怠という犯行の如きは存しないから<sup>(四八)</sup>）。

規範は三種の禁止、三種の命令に分たれるほか、（これと重疊的に）条件なしの規範と条件付の規範、一般人に対する規範と特別者に対する規範に分たれる。通常、規範は、条件なしであるが、禁止もしくは命令された行為が特定の条件の下でのみ可能な場合、または、一般的に可能な行為が特定の条件の下においてのみ禁止もしくは命令される場合には、条件付の規範というものが生ずる。『——の場合には——すべし』という形式のものである。<sup>(四九)</sup> 一般人に対する規範 Norm in allgemeine と特別者に対する規範 Norm in besondere との区別は、規範の妥当する者の範囲が一般的であるか、たとえば公務員、軍人の如く特定されているかによる区別である。<sup>(五〇)</sup>

彼はこのように規範を分類するが、禁止相互の間の妥当関係について次のように説明を補足する。危殆化禁止は侵害禁止に対して補充的なもののみ考えられる。殺人未遂行為は生命侵害禁止が禁止しているのであって、危殆化禁止が禁止しているのではない。また、遺棄致死のごとき生命危殆化による過失致死も生命侵害禁止が禁止しているのであって、ただ危殆化の故意ということが刑罰加重事由となっているにすぎない。これに対して禁止そのものと侵害禁止もしくは危殆化禁止は、競合的に妥当するのである。<sup>(五一)</sup>

(一) Handbuch, I, S. 156. 齊藤前掲訳 一一〇二頁 (二) Normen, I, S. 3. 竹田前掲 七三頁



- |  |  |
|--|--|
| (三) Normen, I, S. 3f. 竹田前掲 七四頁         | (四) Handbuch, I, S. 198.   |
| (四) Normen, I, S. 4f. 竹田前掲 七四頁         | (五) Handbuch, I, S. 198f.  |
| (五) Normen, I, S. 4f.                  | (六) Handbuch, I, S. 199.   |
| (六) Handbuch, I, S. 155.               | (七) Handbuch, I, S. 199.   |
| (七) Normen, I, S. 35 ff. 和田前掲 一三三頁     | (八) Handbuch, I, S. 201.   |
| (八) Normen, I, S. 36f.                 | (九) Handbuch, I, S. 161—164.   |
| (九) Normen, I, S. 37.                  | (一〇) Normen, I, S. 54.   |
| (一〇) Normen, I, S. 39.                 | (一一) Normen, I, S. 353f.   |
| (一一) Normen, I, S. 41f.                | (一二) Normen, I, S. 169. Normen, I, S. 347.   |
| (一二) Normen, I, S. 42f.                | (一三) Handbuch, I, S. 172.  |
| (一三) Normen, I, S. 42.                 | (一四) Handbuch, I, S. 173. 名譽 Kaufmann, S. 198 がら<br>の点を他の命令説と異なるビンディングの規範論の重要な<br>テーゼであることである。 |
| (一四) Handbuch, I, S. 164.              | (一五) Normen, I, S. 80.   |
| (一五) Handbuch, I, S. 156. 齊藤前掲訳二〇二頁    | (一六) Handbuch, I, S. 172f.   |
| (一六) Handbuch, I, S. 159.              | (一七) Handbuch, I, S. 173.  |
| (一七) Normen, I, S. 51.                 | (一八) Handbuch, I, S. 171.  |
| (一八) Normen, I, S. 188—225.            | (一九) Handbuch, I, S. 173.  |
| (一九) Handbuch, I, S. 159 Anm. 11.      | (二〇) Handbuch, I, S. 173.  |
| (二〇) Handbuch, I, S. 160.              | (二一) Handbuch, I, S. 157f. Handbuch, I, S. 157 Anm. 8.   |
| (二一) Normen, I, SS. 135—148. 和田前掲一〇頁以下 | (二二) Normen, I, SS. 8—18. 和田前掲一八頁以下  |
| (二二) Normen, I, S. 159.                | (二三) Handbuch, I, S. 157 Anm. 8.   |
| (二三) Handbuch, I, S. 197.              |  |

- (四) Handbuch, I, SS. 181-184.
- (五) Handbuch, I, S. 164.
- (六) Handbuch, I, S. 170 ff.
- (七) 彼は、侵害禁止が既に危殆化禁止を包含すると見ること  
を否定し、その見解を採る Liszt, Lehrbuch, S. 101 を法  
益に対する不断の危殆化は不可避であること、従って禁止  
し得ないものであることを看過したとして非難する Hand-  
buch, I, S. 170 Anm. 14 しかしこのような見解と可罰  
性の制限を規範の制限と考えず、既遂も未遂も共に同一の  
規範が禁止しているとし、また、危殆化は侵害の手段とし  
て既に侵害禁止によって禁ぜられているが故に、危殆化禁  
止を侵害禁止に対して補充的なものとする **Hand-**  
(八) Handbuch, I, S. 166. これが過失犯論の伏線となってい  
ることはいうまでもない。第三節参照。
- (九) Handbuch, I, S. 166.
- (一〇) Handbuch, I, S. 164f.
- (一一) Handbuch, I, S. 158. 特別者に対する規範は、特別の  
者のみが正犯者として違反しうるのである。
- (一二) Handbuch, I, S. 171 f.

### 三 規範違反Ⅱ犯行、可罰的規範違反Ⅱ犯罪、刑罰

規範に違反する行為は、全て処罰してよい *straffähig* ものであるが、現実にはその全てが可罰的なわけではな  
い。(1)これを可罰的なものとするのは、罪刑法定主義の下、刑罰法規はほとんどの場合、規範違反  
の一部のみを可罰的なものとしている。しかも、規範違反の可罰的な部分を数個に類型化し、あるいは、競合する可  
罰的規範違反を一個に類型化して、刑罰の種類と量を法定している。規範違反を犯行 *Delikt* 刑罰法規によって類型

化され可罰的ならしめられた規範違反を犯罪 *Verbrechen* と區別してよぶことにしよう。規範違反を犯行とよぶ所以は、ローマ人が広義において、全ての違法行為に関してこの語を用いたからである。<sup>(三)</sup>

### (一) 規範違反Ⅱ犯行について

ビンディングは犯行論を客観的犯行要件、主観的犯行要件、帰責の三に分つが、ここでは一応これをはなれ、規範論との関連において最小限のことを述べるに止める。

行為が規範の例外として存する是認にあたるときには規範違反はありえない。規範は例外をもつ原則なのである。<sup>(三)</sup> 元来、『如何なる例外をも認めぬような単純な禁止もしくは命令というものは断じて存在しない。蓋し、違法性が除去される一般的原因、たとえば、正当防衛、緊急避難、羈束的命令の如きものは、その数だけの一般的な、換言すれば凡ての規範を打破するものとして現われるのである。<sup>(四)</sup> 『然かも、その外に、規範の大部分は、特別な、換言すれば、それに特に従属する例外を有する』<sup>(五)</sup> 『規範の例外は、或は再びそれ自身規範であるか、さもなければ是認 *Gewährung* である。すなわち、通常禁ぜられる行為は行なわれなければならないか、行なわれてもよいことになる (死刑執行——正当防衛における殺害行為)<sup>(六)</sup> 』実に『其時代時代の法的秩序存続の担保は、ただ、是認と規範の正常な関係の中にのみ存するのである』<sup>(七)</sup> 『この例外は、通常禁ぜられる行為が命令もしくは許容されるという形をとらず、禁ぜられていない *unverboten* のものと認められるという形をとることは甚だ稀である。しかし、尚、存するのである』<sup>(八)</sup> たとえば緊急避難の如く『禁止と許容の間には禁止されず許容もされない法的に不偏不党の行為の広い領域が存在するの

である』<sup>(九)</sup>

かくして是認の存する場合は、規範違反ということはありません。

次に、規範は、これを遵守し能う者 (行為能力者) のみに妥当するが故に、それ以外の者については規範違反Ⅱ犯行ということはありません。『蓋し、規範なるものは、行為を禁止し若くは命令するものであるが故に、その妥当する範囲は、行為能力者 *Handlungsfähige* すなわち、人のみに限られる。しかし全ゆる人間に妥当するものではない』<sup>(一〇)</sup> 『立法者の理性は彼を駆って、彼の命令を遵守し能う者のみを標的とする。即ち、精神病者や少年は、恰も風や、雲や、水と同様、彼の意思に隷属せしめることが出来得ない。常人は断じて狂人を吟味し得ない。』<sup>(一一)</sup> 『(服従)義務は、ただ一個の主体をもつ、即ち、それは人に限り、しかもその義務を履行しうる人に限られる (中略) *Impossibulum nulla obligatio* (不能は義務を生じない)<sup>(一二)</sup>』『此思想を端的に表現すれば、規範の無答責な侵犯 *schuldlose Übertretung* は、法律にとっては一つの事件にしかすぎない。すなわち、結局は侵犯でないのである。規範違反 *Normwidrigkeit* は有責な規範違反 *schuldhafte Normwidrigkeit* と同義である』<sup>(一三)</sup> と。規範遵守の可能性 (行為能力) は、また責任能力でもある。その責任能力 *Schuldfähigkeit* を彼は次のように分析する。<sup>(一四)</sup>

責任能力は、『自己の行為を規範との関係において認識し、規範と一致して振舞う能力』<sup>(一五)</sup> である。さような能力の条件は、まず『自己決定の能力』<sup>(一六)</sup> である。それは自由意思に他ならない。次に、『規範の認識』<sup>(一七)</sup> がなければならぬ。法を知らない者が法の要求するように行うことは殆んど不可能である。法は、合理的だから、不可能を要求することはできない。服従の可能性したがって個人的な服従義務は、それ故、義務を根拠づける法の認識と共に、そし

て、その認識によって、はじめて生ずる。しかし、その認識は、そのような法があるにちがいない、もしくは少くともありうるという想定でもよいのである。規範を知らなかったという主張は殆んどの場合野暮なみえすいた嘘である。規範は、警察命令の場合を除いては、大抵の場合、我々の理性が導きうるものであり、また、会話、書物、新聞などによって知る途は無数にあり、殆んど常に人間の行為に対する人々の判断が我々を教え、さらに、しばしばいわゆる道徳の姿をとって我々に立ち向かっているものであって、その内容が現実に法と一致している限り、さような認識をもって、規範の認識というに十分なのである。

しかし、かような規範の認識ある者も、行為の時にこれをあらゆる努力にも拘らず意識できない者は、やはりこの規範に対して行為無能力者である。そこで、『行為の時の義務意識の可能性<sup>(一八)</sup>』が責任能力の一条件となるのである。さらに、義務認識があっても、その内容を全然自己の行動様式の規矩となしえない者もしばしばある。そこで義務能力は人の相当度の成熟を前提とする。この『規範に従う能力<sup>(一九)</sup>』もまた責任能力の条件である。最後に、『義務履行の能力<sup>(二〇)</sup>』が条件となる。すなわち、法義務を履行しうるとされる者は、まえもって、自己の惹起意思の内容を適確に意識にのぼらせうる者でなければならぬ。まさに惹起せんとしているところを知り得る者でなければならぬ。そして、自己の決意を規範にあてはめる能力がなければならぬ。しかし、これは——それが規範の内容と一致する限りにおいて——世間的な考えでしてよいのかしてはならないのかと吟味する *Laienassumption mit Laienmittel* 能力で足りるのである。さらに、因果法則を承知し人の作為の影響についての十分の経験、意図達成のために選択された手段を規範にてらし、その反法性を知る能力——これは、自己の意思的決意および活動の能力、すなわち意思決

定の自由を前提とするものであるが——が必要とされるのである。

規範の妥当しない者が規範に違反するということはありえないが故に、上にあげた行為能力・責任能力のない場合は、規範違反はなく犯行は成立しない。このような見解が彼を主観的違法論者と考える根拠となっており、彼自身も最初は客観的不法というものは存しないとしていた<sup>(二二)</sup>。『規範の発布の唯一の理由である法的なたえがたさ *Rechtsunerträglichkeit* は、<sup>(二二)</sup> たことを看過してはならない<sup>(二二)</sup>。』規範の発布の唯一の理由である法的なたえがたさ *Rechtsunerträglichkeit* は、ひとり行為能力のある者によってのみではなく、行為能力なき者によっても、盲目的な自然物によってすら招来される。規範の発布によって、疑いもなく行為能力者の規範違反は否定せられる。しかし、規範がこのような否定 *Missbilligung* の他にさらに何を告知するものが関心と呼ぶ。禁ぜられた結果の招来が——それがどのようなようにして生じたか、行為能力者によるのか行為無能力者によるのか、人によるのか、盲目的自然物によるのか、を問わず——法秩序にとって否定的価値を有するのみならず、現実にこれをさまたげるといふことの表明、すなわち、出来事の法秩序違反性 *Rechtsordnungswidrigkeit des Vorganges* の表明が、それであるように思われる。偶発的事故でさえも全ての不法構成要件 *alle Unrechtstatbestand* の惹起者でありうる。しかし、犯行 *Delikt* にとっては、その原因が人の行為のうちにあることが不可欠のことなのである<sup>(二三)</sup>。もっとも、彼は、規範違反はあくまでも規範の妥当する者、すなわち行為能力者のみに成立しえ、従って、このような *Rechtsordnungswidrigkeit* を規範違反と呼ばなかったことに変りはない。*Rechtsordnungswidrigkeit* は、また *Rechtswidrigkeit*, *Rechtsunerträglichkeit* などとよんだ。

ところで、人の行為は意思にもとづくもの（意思実現）であり、従って、行為を合法的ならしめうるのは意思である。そこで、規範は、行為能力者に、なさんとする行為、なしつつある行為、およびその招来する結果とそれらの法的性質を注意深く吟味して行為することを命じている（副次的命令——本稿第二節六六頁）。その吟味の結果、自己の行為の違法性を意識する者は、決意を放棄せねばならない。これをあえて行なう者は故意の犯行者である。また行為の違法性を意識しない者も十分の吟味をすればこれを意識しえた場合には、責を免れない。すなわち、過失の犯行者である。<sup>(二四)</sup> 実に『各規範は、その深き理解においては、そのさけうる違反の全てを否定するものである<sup>(二五)</sup>。しかし、吟味がつくされてなお意識しえなかった場合には、過失がないというより、責任能力・犯行能力・行為能力そのものが欠如しているのである<sup>(二六)</sup>。行為者が実際には違法な行為を、違法なのか、許容されているのか、または禁じられていないにとどまるのか——放任されているのか——を疑う場合には、自己が違法な行為をすることを意識しているのであり、故意がある *Vorsatz im Zweifelsfallen*<sup>(二七)</sup>。行為者が、実際には違法な行為を禁ぜられているのか、命ぜられていないのか——義務なのか——と疑う場合にはもはや故意はない。<sup>(二八)</sup>

さて、しかし、現存しない規範に違反するつもりで行為することが規範に違反しないのは勿論であるが（幻覚犯）、たとえば、自己が殺人的なりと考えたが、客観的に殺人的でない行為も殺人禁止の規範に違反しないのである。かようなものを規範違反とするなら、その反法律的情操の故に規範違反とすることになり幻覚犯不処罰の根拠がなくなるばかりか、自ら正当な行為なりと信じて行なうかぎりすべての行為を規範違反としえなくなるからである。殺人禁止は、客観的に殺人的な行為を禁じているのである。<sup>(二九)</sup>

## (二) 可罰的規範違反<sup>II</sup>犯罪、可罰メルクマイル

犯罪は犯行のなかで刑罰法規によって可罰的なものとされ、個別化されたものである。従って犯罪のメルクマイルは、犯行のメルクマイルと、これにつけ加わり犯行の可罰的部分を不可罰的な部分から分かち、犯罪を個別化する——従って刑罰の軽重を決定する——ところの、可罰メルクマイル *Strafbarkeitsmerkmal* とよりなる。ここに犯罪について特に論ずべきは可罰メルクマイルということになる。

犯行メルクマイルであるとともに可罰メルクマイルであるものもある。故意、過失はそれのもっとも主要な例である。何故なら、それは、犯行の可罰的部分と不可罰的部分を分かち、また、可罰的犯行の形罰の種類と量に決定的な影響を及ぼすのであるから。しかし、すでに犯行メルクマイルでもあるものを除くと、刑事学的にのみ意味がある行為者の主観にかかわらない客観的可罰メルクマイルと、行為者の主観にかかわる主観的可罰メルクマイルとに分かれる。<sup>(三〇)</sup> たとえば二二四条における重い傷害は客観的可罰メルクマイルであり、嬰兒殺しにおける嬰兒たることの認識は主観的可罰メルクマイルである。この主観的可罰メルクマイルは故意の強度を示す。<sup>(三一)</sup> 主観的可罰メルクマイルが錯誤——*Nebenirrtum*——によって欠けるときは形罰の加重減輕はなくなる。<sup>(三二)</sup>

## (三) 刑罰について<sup>(三三)</sup>

特別予防は刑罰の副次的目的にすぎない。しかも適切な刑罰執行による『受刑者の改善、もしくは威嚇の試み』の

みを刑罰の副次目的として見ることをうる。何故なら、犯罪反復のおそれなき者も、改善もしくは威嚇の期待しえぬ者も処罰され、また、特別予防の目的が達成されたかどうかに関わりなく形の執行は終了するからである。<sup>(三四)</sup>さらに一般予防の目的ということも肯定できない。何故なら、一般人への威嚇にとっては、精神病者に対する刑の執行もまさしく非常に役立ちうるが、しかしそうするときには、その者は第三者のために苦痛を受けることになり、そのことは、法の前の万人の平等ということに反するからである。<sup>(三五)</sup>かくして一般予防は規範の目的ではあるが、処罰の目的ではない。<sup>(三六)</sup>浄化説も肯定できない。犯罪者の行為が処罰されるのではなく、犯罪者がその行為の故に処罰されるのである。<sup>(三七)</sup>刑罰による行為の浄化は犯罪の事後的除去と同じく不可能である。<sup>(三七)</sup>

刑罰の目的は支配権の侵害に対する応報、支配権を軽蔑した『責任ある者へのその責任の量に応じた法の權威の確証にある』。規範は肯定的法規の一種として行為能力者に服従義務——人々が規範に服従する義務——を、そしてこれに対応して、国家に支配権——人々を規範に服従せしめる権利——を生ぜしめる。しかし、いったん行なわれた不服従はもはや無いものとすることはできない。それ故、さような場合には、支配権は、軽侮せられた権力の下に責任ある者を服従せしめ、これを法的強制の下に屈服せしめて法の權威を確証することによってのみ貫徹される。かくして、軽侮された支配権は、不服従者に対して、不服従の故の一種の強制権、法の權威確証の権利へと変更するのである。かような権利の変更が生じるのは、現物給付に対する債権が、賠償請求権へと変形するのと事情を同じくする。刑罰権はただ変更された支配権にすぎない。支配権の侵害が刑罰権の源であり、刑罰権は刑罰法規がこれを確定するのである。<sup>(三八)</sup>

- (一) Handbuch, II, S. 498.  
 (二) Handbuch, II, S. 499.  
 (三) Kaufmann, S. 239 以下 Normen, I の第一版三二頁においてはビンディングは『人を殺す権限もしくは義務を与える事情なくば人を殺すな』という形で規範を考へたのである。  
 (四) Handbuch, I, S. 174.  
 (五) Handbuch, I, S. 174.  
 (六) Handbuch, I, S. 174.  
 (七) Handbuch, I, S. 157. 齊藤前掲訳二〇二頁  
 (八) Handbuch, I, S. 174.  
 (九) Handbuch, I, S. 158.  
 (一〇) Handbuch, I, S. 158. 齊藤前掲訳二〇二頁  
 (一一) Handbuch, I, S. 158. 齊藤前掲訳二〇二頁  
 (一二) Handbuch, I, S. 184.  
 (一三) Handbuch, I, S. 158f.  
 (一四) 上の部分の要約は Kaufmann, S. 25f を参考とした。  
 (一五) Normen, II, S. 170.  
 (一六) Normen, II, S. 16ff.  
 (一七) Normen, II, S. 140—152.  
 (一八) Normen, II, S. 161. 以下のようないくつかのタイトルは文  
 (一九) Normen, II, S. 161. 以下のようないくつかのタイトルは文  
 (二〇) Normen, II, S. 231. Ann. 8.  
 (二一) Normen, II, S. 167—170. Normen, II, S. 148f. 同右  
 (二二) Normen, II, S. 159.  
 (二三) たとえば Handbuch, I, S. 159.  
 (二四) 高橋敏雄「違法性の研究」一六頁によれば Normen, I, の第二版以来のことであるとされる。  
 (二五) Normen, II, S. 231. Ann. 8.  
 (二六) Normen, II, S. 235—255 ただしこの場合は彼の所説を極端に単純化した。  
 (二七) Normen, IV, S. 341.  
 (二八) Normen, IV, S. 423  
 (二九) Kaufmann, S. 32.  
 (三〇) Kaufmann, S. 32.  
 (三一) Handbuch, II, SS. 691—695.  
 (三二) 彼は故意を犯行故意と犯罪故意とに区別するが Normen, II S. 915. 犯行故意に主観的可罰メルクマールをあわせたものが犯罪故意であるといつてよいであろう。  
 (三三) Normen, III, S. 186.  
 (三四) Normen, III, S. 184 ff.  
 (三五) 刑罰論については、ほとんどカウフマンの研究のみを参照した。

- (III) Normen, I, S. 221f. Kaufmann, S. 17.  
(III) Normen, I, S. 51. 邦訳 S. 419.  
(III) Normen, I, S. 517.

- (III) Kaufmann, S. 16f.  
(III) Kaufmann, S. 15f.

#### 四 結 語

ビンディングの規範論は、その提起した名宛者の問題を通して、一般法学もしくは法哲学の分野に大きな影響を与えた。<sup>(二)</sup> 木村(亀)教授はこれらの分野に影響を与えた唯一の刑法理論であるとまでされるのである。<sup>(三)</sup> しかし、ここでは刑法学の領域において彼の規範論がどのような意義をもち、成果をもたらしたかということのみに注目しよう。

当時、従来も何が禁じられ何が命じられているのかということは常に考えられてきたところであるとも言われたものであったが、そこに規範の存在を明確に意識し、刑法学に持ち込んでその基礎として、それまでの平面的な行為<sup>二</sup>帰責論であった刑法学に新たな局面を開いたことこそ、彼の規範論の最大の功績であったというべきであろう。後世の刑法学の発展に彼の規範論が寄与したところを示すことによってこのことを明かにするため、ここに斉藤博士の『ビンディング』と題してもものされた論策の一節を引用させていただこう。

『ビンディングが後世に残した影響はきわめて大きい。その最たるものは、何といっても、犯人が侵犯するものとしての規範の発見従って違法性の概念の深化であろう。すなわち、後世の刑法学は、まず第一に、規範の性格の探求

に努力を続けた。エム・エー・マイヤーが規範を文化規範と法規範とに分ち、文化規範違反をもって違法性を基礎づけるものと考えたこと、また、メッツガーが違法性を依然規範違反と把握しつつこの規範を評価規範と決定規範に分ち、客観的違法論に決定的貢献を与えたことなど、多種多様な規範説の展開がそのよき例証と考えることができよう。』

『後世の刑法学は、第二に、ビンディングにおいて規範から厳密に区別されたところの刑罰法規を追求し続けている。いわゆる構成要件論の展開がこれである。ビンディングは、前述のごとく、犯人は一方において刑罰法規の第一部に該当し、他方において規範を侵犯するものであると主張したが、のち、この、刑罰法規の第一部に該当することの犯罪論上の意義が強調され、ベリングにおいて、明白に、違法・有責行為の構成要件該当性と特徴づけられたこと、そして、このような見解が、エム・エー・マイヤー、メッツガー等を通して構成要件の理論として展開していったこと、さらに、この構成要件の理論がわが国にも導入され、ほとんど通説たる地位を確保しつつあることは、周知のごとくである。刑法学は、第三に、右と関連しつつ、規範と構成要件との関係を分析し続けている。この問題は、現在、構成要件と違法性との関係に関する問題として提出されており、主として、構成要件(刑罰法規)は違法性(規範違反性)とは無関係な記述的・没価値的なものなのか否か、それとも、違法性の認識根拠ないしは実在根拠なのか否かという形で論ぜられている。この問題は、(略)規範は刑罰法規の彼方にあるか否かの問題と交錯して、さらに後世に発展していくものと思われる。以上述べた点を考慮するだけでも、いかにビンディングの規範説が後世の刑法学に論点を与え、いかにその発展を促進したかを理解することができるであろう。かくして、近代刑法学を建設した偉大な学者として、ビンディングを特筆大書することができるのである。<sup>(三)</sup>』

次に、遵守不可能な者には規範は妥当しないという論理と具体的な形で把握された規範を基盤として実質化した責任論を、彼の規範論がもたらした刑法学上の具体的成果としてあげねばなるまい。もともとビンディングは彼の規範論を責任論の先決問題としても構想したのであり、<sup>(四)</sup>実際に彼が規範論との関係において構成した責任論は、時代にはるかに先駆したものであつて、<sup>(五)</sup>それまでの責任論にみられなかつた実質化を果したものとされているのである。<sup>(六)</sup>しかも、その責任論はその後久しく通説とされてきたいわゆる嚴格故意説に立つ責任論の内容を殆んどつくっていたといつても過言ではあるまい。

さらに、違法論に立ち帰れば、彼によって違法論が実定法の違法論となつたこと、また、後に客観的違法論に依つたとき、そこにあきらかにメツガー等のいわゆる規範の評価機能が意識されていたことが——あまり注目されていないが——指摘されるべきであらう。<sup>(七)</sup>なお、違法論との関連においては、すぐれて個人的な利益とみえるものでも、彼が法的共同体の関心ということをもつてこれを法益にまでたかめさせる契機としたことは彼の特別の功績であるとされるのである。<sup>(八)</sup>

最後にビンディングが刑罰論をも規範論をもつて基礎づけ、ここに刑法学全体にわたつて一貫した体系を提示していることも見逃してはならないことであらう。<sup>(九)</sup>

彼が規範を論理的に——通常は時間的にも——刑罰法規に先行するところの、刑罰法規とは別個独立の法としたこと、また、規範が不文なる場合も法であるということの立証過程において刑法上重要な規範は人類数千年来の遺産であり、各人の熟知するところであるが故に法文化されていないだけのことであるとしたこと等は、刑法の断片性の指摘とともに、それだけをみれば彼の規範論・刑法学に社会的色彩を疑わせるものがある。しかし、結局、構成要件からの規範のひきだし方——とくに法益のとらえ方——等の点からみても、そこに社会的色彩は殆んどないといつてよいであらう。彼のよつて立つところが、リスト等のいわゆる社会的・心理学的法実証主義とは異なるものであつたから当然といえよそれまでである。ただこの点は、彼の刑法各論をも参照せねばならない問題であらうから、なお後日の研究課題とするものである。

- |                         |                                 |
|-------------------------|---------------------------------|
| (一) 木村前掲 一四頁            | (六) 福田平「違法性の錯誤」二九頁              |
| (二) 木村前掲 一四頁            | (七) 本稿第三節七三頁参照                  |
| (三) 齊藤前掲論文「ビンディング」六三頁以下 | (八) Kaufmann, S. 171. Anm. 214. |
| (四) Normen, I, S. 7.    | (九) Kaufmann, S. 290.           |
| (五) Kaufmann, S. 174.   |                                 |

(昭和四四年二月一日)