

最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開

飯 島 暢

- 一 応報刑論のルネサンス—予防刑論に対する反省
- 二 ドイツにおける最近の応報刑論
 - (一) フォン・ヒルシュ(ハーシユ)とヘルンレの応報刑論
 - (二) ヴォルフ学派の規範的な応報刑論
 - (三) ヤコブス学派の規範的な応報刑論
 - (四) ヴォルフ学派とヤコブス学派の相違
- 三 規範的な応報刑論におけるいくつかの課題
 - (一) 「犯罪に規範的(価値的)に相応する刑罰」の意義
 - (二) 「苦痛(害悪)の賦課」としての刑罰?
 - (三) 他の刑罰目的との関係
- 四 結語

一 応報刑論のルネサンス—予防刑論に対する反省

最近のドイツ刑法学において、刑罰の基礎付けに関して応報刑論を積極的に再評価する立場が登場している。まさにシューネマンが絶対的応報刑論のルネサンス⁽¹⁾と呼ぶところのこのような状況が生じた背景には、いわゆる予防刑論（目的刑論）が内包する、刑罰の正当化理論としての弱点が意識されるようになった事情があると考えられる。しかし、従来から、刑罰の正当化根拠として刑罰の犯罪予防効果に着目する予防刑論は、伝統的な応報刑論が正義の実現という抽象的で形而上学的な論拠を持ち出してくるのに対して、刑法が果たすべき法益保護の任務に合致するものとして、「今日において主張可能な刑罰理論の出発点⁽²⁾」であるとの評価さえ受けていたはずである。つまり、刑罰が犯罪予防を目的として追及することは、それによって法益の保護を図ることになるので正当なものであるが、形而上学的な正義の理念の実現を刑罰という国家制度が図ることは、あくまで自由で平和な人間の共同生活を保障することに限定されるべき現代の国家の任務として相応しくないとされてきたのである⁽³⁾。

そこで、まず、このように肯定的に解されてきた予防刑論に対して、一体どのような理論的な弱点がそこにあると明確に意識されるようになったのが問題となる。確かに、以前からも、予防刑論が刑罰の正当化根拠の根幹に置く「予防の効果」というものが果たして本当にあるのか否かについて経験的に検証できないという弱点は意識されていた⁽⁴⁾。予防刑論は、応報刑論が現実世界から遊離した、正義の実現という形而上学的な目的を追求するものであると批判し、それに対する刑罰正当化理論としての自己の特色を現実の社会における犯罪予防効果に見出すのであるから、経験的に証明可能な成果を示さなければならぬのは当然と言える⁽⁵⁾。しかし、そのような明確な成果を示すことがで

きないというジレンマに同理論は陥っていたのである。また、消極的一般予防、つまり威嚇予防の「威嚇」という表現にあるネガティブなイメージが批判に結び付くこともあった。⁽⁶⁾

しかし、予防刑論全般に対する批判として最大のもは、同理論が、刑罰によって追求される目的である犯罪予防効果に着目するあまり、その効果の最適化に相応しい刑罰量の科刑を端的に許容し、⁽⁷⁾ 犯罪の大きさと不均衡な刑罰量さえも理論上肯定することに至らざるを得ないという批判ではないかと思われる。⁽⁸⁾ そもそも、刑罰が犯罪に対する反作用としての制裁である限り、その刑罰の前提にある、つまり、反作用の根拠である犯罪との関係性を等閑視したまま刑罰制度の正当化を論じることが許されないはずである。しかし、予防刑論は刑罰の効果に着目するばかりであり、このような刑罰の正当化問題に不可欠であるはずの刑罰と犯罪の関係性を配慮する契機を理論上有していない。刑罰の正当化根拠を現実の社会における犯罪予防効果にだけ見出す予防刑論からすると、犯罪行為そのものは、確かに、刑罰賦課の前提とされるかもしれないが、それ自体としてはあくまで単に事実上の前提とされるに留まるだけであり、⁽⁹⁾ 刑罰賦課の法的な根拠とは決して見なされないのである。

まさにこれこそが、予防刑論に見られる理論上の最大の弱点である。そこで、例えばロクシンのように応報思想の根幹にある責任主義の観点を刑罰量に対する外在的な制限枠として持ち込み、犯罪の大きさに見合った刑罰の量を維持しようとする論者もいるわけである。⁽¹⁰⁾ しかし、このような立場は、予防刑論を出発点としながら、本来否定されるはずの応報の観点を便宜的に持ち込むものであり、統一的な視点から理論的に説明のつくものではない。⁽¹¹⁾ そこで、そもそも応報の観点に、便宜的なかたちで刑罰量を制限する消極的な機能だけを認めるのではなく、⁽¹²⁾ 応報思想の内容そのものを見直すことを通じて、刑罰の正当化を積極的に担う役割を認めるべきではないかという主張がドイツにおいてはなされるようになっていく。

更に最近では、威嚇予防に比べてポジティブな意味合いがあるとされ、比較的好意的に受け取られてきた積極的一般予防や再社会化を念頭におく積極的特別予防を重視することに対しても批判の目が向けられるようになってきている。積極的一般予防とは、犯罪者の処罰を通じて、社会に在る一般人の規範意識乃至は規範への信頼を覚醒・強化させる、いわば社会教育的なものであると一般的に理解されている。しかし、最近では、このような内容の積極的一般予防とは、実は威嚇が説得のかたちに姿を変えただけで、犯罪者の処罰を通じて一般人に対して犯罪に出ないように感銘を与えるという介入的なモメント⁽¹³⁾はいまだあり、一般人の規範への信頼を高めるために当該犯罪者を処罰する、つまり、当該犯罪者を社会教育という目的のための単なる手段として扱う点において、実は威嚇予防と変わらないものであるとの批判がなされている⁽¹⁴⁾。また、仮に、積極的一般予防における犯罪者の処罰を通じた規範意識の覚醒・強化を、刑罰が追求すべき効果ではなく、事実上一般人がそのような刑罰の行使を受け入れ、法秩序への信頼を自発的に滋養するということの意味するだけのものとして捉えたとしても、それではもはや刑罰のあるべき姿を示す規範的な正当化の論拠を提供することにはならず、社会における事実上の刑罰の機能を単に外部の視点から記述しているに過ぎないことになるとの指摘もなされている⁽¹⁵⁾。

そして、積極的特別予防に対しては、犯罪者の社会復帰を助けるという人道主義的な意味合いが強調され、ポジティブに評価されることも多いが、そもそも強制的な刑罰の効果として再社会化の働きかけが要請されるという、受刑者の拒絶を許さない強制のモメントと結び付くものがそこにはあるはずであり、犯罪者個人の利益ではなく、むしろ犯罪者を改善させて社会復帰後は犯罪を行わないような人間に変えるという社会の側の公の利益を考慮するものであることを否定できないのではないかと疑問が提起されている⁽¹⁶⁾。

以上のような予防刑論に対する反省が強まっている状況下において、応報刑論の再評価に目が向けられるように

なったことは十分理解できるが、ただ同時に、応報刑論のルネサンスを積極的に主張するためには、同理論に対して従来なされてきた否定的評価を払拭するだけの、新たな視点からの理論的な再構成が必要になるはずである。そこで、最近のドイツにおいて主張されるようになった応報刑論の多くは、かつての応報思想を見直し、もはや抽象的な正義の実現などではなく、むしろ個人の自律性や自由の保障の達成を刑罰の目的としながら、従来の予防刑論の観点をも一定の範囲で理論的に取り込もうとしているのである。

本稿は、このようにして登場したドイツにおける最近の応報刑論の特徴を明らかにし、そこでいまだ十分には解明されていないと思われるいくつかの問題点について検討を試みるものである。

二 ドイツにおける最近の応報刑論

(一) フォン・ヒルシュ（ハーシュ）とヘルンレの応報刑論

まず最初に挙げるべきなのが、応報思想を人間社会の道徳に関する集合的確信に合致するものとして捉えるフォン・ヒルシュとヘルンレの見解である。⁽¹⁷⁾ 彼らは、ストロオンソンからの影響を受けながら、法的に是認されない行為に対して非難（Tadel）を伴って科されるような制裁、つまり、非難に見合った応報刑こそが道徳的に正当なものであると主張する。⁽¹⁸⁾ 彼らからすると、人が自由で道徳的な自己決定をなし得る人格（Person）として承認されるためには、その人が他者に対して害を加えた場合、非是認（Missbilligung）の判断を伝達されること、つまり、非難を受けることがそれと当然に結び付かなければならない。従って、犯罪者の是認されない行為に対して、非難を向けることな

く、威嚇や改善で対応することは猛獣に対する取り扱いと同じことになってしまい、道徳的な能力を有する存在である人格に対する制裁としては許されないことになる。⁽¹⁹⁾

このように、フォン・ヒルシュとヘルンレからすると、刑罰は、犯罪者を自由な人格として見なすという道徳的な立場を根拠とした、非難としての「非是認の判断表明」ということになるが、ただ、このような説明だけでは、何故刑罰が口頭による単なる「有罪の宣告」だけに尽きず、實際上、執行され、場合によっては受刑者に害悪・苦痛を与えること (hard treatment) になるのかについて説明ができないことになる。そこで、フォン・ヒルシュは刑罰には非難の機能と並んで、二次的に (威嚇) 予防的な機能があり、これを果たすために刑罰は害悪の賦課を通じたかたちで非是認の判断表明を行わなければならないと主張する。⁽²⁰⁾ また、ヘルンレは、フォン・ヒルシュの考えに基本的に賛同しながらも、害悪の賦課の根拠付けを刑罰の (威嚇) 予防の機能に依拠させることは、あくまで相対的に軽微な一定の犯罪類型に妥当するものでしかなく、殺人や性犯罪のような予防に対して耐性がある (präventionsresistent) 犯罪類型にはあてはまらなると主張する。⁽²¹⁾ そして、ヘルンレは、このような犯罪類型に関する害悪賦課の根拠付けを社会文化的な慣習 (Gebraüche) に基づかせている。つまり、一定の価値判断を真摯なものとするために、それを目に見えらるかたちで補完することは、我々の社会文化的なコンテクストにおいて慣習となっているのであり、それが刑罰の表現的な機能 (die expressive Funktion)、つまり、非難としての非是認の判断表明にもあてはまるといっているのである。従って、ヘルンレによれば、一定の重大な犯罪類型に対して、刑罰は具体的に執行され、しかも害悪の賦課と結合しなければならぬが、あくまで社会文化的な慣習こそがその根拠ということになり、それを無視してしまうと、刑罰の表現的な機能もうまく働かなくなるといっているのである。⁽²²⁾

以上のように、フォン・ヒルシュとヘルンレは応報刑論の正当性を根拠付けようとしているが、その論拠は、やは

り一定の道徳的な立場に関する、人間社会の集合的な確信に基づかせるものでしかない。つまり、あくまで集合的な確信（慣習）という経験的な事実上の論拠から、人間社会においては非難としての非是認の判断表明の伝達こそが、自由な人格に対する刑罰としての名に値すると主張するものでしかなく、確かに応報刑論の正当性を、人間の自由を保障する立場に関連付けようとはしているものの、それを規範的に根拠付けたとは言い難いのである。また、刑罰における害悪賦課の根拠付けに関して見られたように、フォン・ヒルシュとヘルンレは、刑罰が有する予防の機能乃至は社会的な慣習というものを、その正当性を論証することなく、害悪賦課の根拠付けのための論拠としてしまっている。やはり、この点からも、彼らの立場は刑罰の規範的な正当化理論としては不十分なものであると思われるのである。次に、より規範的に、刑罰の役割を「規範妥当の回復」と捉えながら応報刑論の根拠付けを試みる立場を見てみよう。

（二）ヴォルフ学派の規範的な応報刑論

ヴォルフ学派の応報刑論とは、エルンスト・アマデウス・ヴォルフとその弟子達（ケーラー、ツァイツク、カーロ、クレシエヴスキー等）によって主張されている見解であり、各人の間に重点の置き所の相違はあるものの、基本的にカント、フイヒテ、ヘーゲルに代表されるドイツ観念論法哲学の立場に依拠しながら、人間の自由・自律性の保障を（刑）法の課題として捉え、それに基づいて応報刑論の現代的な再評価を行っている学派である。彼らの刑罰論に関する主張をまとめると、以下のようになる。⁽²³⁾ 各人が現実の社会において自己の自由を享受するためには、まず他者との間で相互的に相手を自由な人格として認め合う相互承認関係を形成し、互いの自由な領域というものを尊重し合わなければならない。⁽²⁴⁾ そして、この相互的な承認関係は、いわゆる社会契約論を通じて国家の段階へと拡張され、

国家的な法秩序において普遍的な効力を保障されることになる⁽²⁵⁾。犯罪とは、他者の自由な領域の侵害を通じた相互的な承認関係の破壊であり、同時にその関係を保障している法秩序の効力の否定でもある。刑罰は、このように犯罪によって侵害・否定された、相互承認関係を普遍的に保障している法秩序の効力を回復（この回復は、被害者を含む各人に認められる自由の領域の保障の回復でもある）するために犯罪者に対して科されるものであり、その程度は、犯罪を通じて引き起こされた「被害者の自由の領域の侵害の程度」並びに「法秩序の普遍的な効力の否定の程度」に価値的に相応したものでなければならぬ。そして、刑罰は普遍的に保障されている他者の自由を侵害し、不当に自己の自由を拡張してしまった犯罪者に対する「自由の制限」というかたちで現れる⁽²⁶⁾、つまり執行されるものである。

このように、ヴォルフ学派の理解における刑罰とは、犯罪の程度に価値的に相応する「自由の制限」としての応報刑であり、それは自由を保障する法秩序の普遍的な効力を回復するために科されるものである。つまり、規範の効力の回復を念頭に置いた規範的な応報刑論である。刑罰を通じて、自由を普遍的に保障する法秩序の効力が回復されれば、その結果として、各人に認められる外的な自由の領域も再び保障されることになる。また、ヴォルフ学派においては、犯罪者も犯罪を行う以前は法秩序の構成者の一人として理性的で自由な人格であったことが、刑罰を法概念として根拠付ける上での前提とされるため、刑罰の執行の際にも犯罪者の（生得的な）人格性が配慮され、受刑者を予防目的達成のための単なる手段、道具としてしまうことは避けられることになる。

確かに、ヴォルフ学派も、フォン・ヒルシユやヘルンレと同様に、犯罪者を含む全ての人間を自律的な人格と見なす立場に依拠している。しかし、それは単なる事実上の社会文化的な確信に基づく立場などではなく、正しい法（刑法も法の一つである）を構想する際に前提とされるべき、経験的な根拠から離れて形而上学的に基礎付けられた、人間存在に対する一つの哲学的な立場である。即ち、ヴォルフ学派における法の根拠付けは人間の自由・自律性を出発

点としているが、それは歴史的・文化的に規定された経験的な根拠とは無関係に妥当するものである。しかし、だからと言って、ヴォルフ学派における法の根拠付け（刑法の根拠付け、つまり、刑罰論をも含む）が現実社会から遊離したものであると結論付けるのは早計である。ヴォルフ学派においては、あくまで普遍的な法の根拠付けを行うために、その本性としては不安定なものである歴史的・文化的な要因から影響を受けない形而上学的な立場が前提とされているのであり、そのようにして根拠付けられる法は、現実の社会における実定法秩序に対して、いわばあるべき法としての正当化基準を提供するものである。言い換えれば、形而上学的に根拠付けられる法とは、それだけで完結するものではなく、現実の実定法秩序に対して正当化基準として適用されることが常に想定されているのであり、その内容も、決して現実社会から遊離した空理空論などではなく、現実的な妥当性を示し得るものであることを前提として構想されているのである⁽²⁷⁾。

（三） ヤコブス学派の規範的な応報刑論

ヤコブスは、わが国において、いわゆる積極的一般予防論の主張者として一般的に理解されているかもしれない。確かに、彼の刑法総論教科書二版においては、刑罰は全ての人間に対して向けられる「規範承認(Normanerkennung)」の習熟(Einübung)という効果のために科されるとされ、刑罰の社会教育的な効果が重視されていた⁽²⁸⁾。しかし、現在のヤコブスは、既にこのような見解を心理主義的すぎるとして後退させ⁽²⁹⁾、刑罰の意義を犯罪者による規範効力の否定に対する異議申し立て(Widerspruch)として理解する一種の応報刑論を主張している。以下では、彼の現在の刑罰論の内容を、主としてヘーゲルの刑罰論から多大な影響を受けている、論稿「応報の目的」⁽³⁰⁾並びに著書『国家刑罰…意義と目的』⁽³¹⁾を中心にしながら見てみよう。

ヤコブスの法秩序モデルにおいては、自己の利益状態に関心を置き、快苦の枠組み (Schema) に基づいて活動する個人 (Individuum) が、法規範に従う義務を社会における役割として受け入れることによって、法秩序の構成員である市民、即ち、権利と義務の担い手である自由な人格 (Person) となる。⁽³²⁾ 犯罪者とは、この人格でありながら法規範の効力を無視して、独自の法則 (行動基準) から自己の行為を規定し、犯罪を實行してしまう者である。ここで、いわば犯罪は「法規範は自分には妥当しない」という犯罪者の主張として捉えることができ、このような犯罪をそのまま放置しておく、法規範の効力が不安定になってしまう。⁽³³⁾ そこで、法秩序は、法規範の効力がいまだ妥当し、一般市民は法規範にだけ従って行動を方向付けることができ、犯罪者の法則はそのような接続可能性 (Anschlussfähigkeit) が欠けたそれ自体で無効なものであることを、刑罰という反作用によって明示しなければならぬとヤコブスは主張するのである。⁽³⁴⁾ ヤコブスは、このような論理をヘーゲルの『法の哲学』の§九七から§九九にかけての叙述を参考にしながら展開し、ヘーゲルの言う法の回復 (die Wiederherstellung des Rechts) を目指す応報刑は法の概念の論理からの帰結であるとしている。⁽³⁵⁾ このように、ヤコブスは刑罰の意義を犯罪者による規範妥当の否認に対する異議申し立てであると理解し、それを通じて、犯罪者によって答責的に発生させられた規範の効力の危殆化を相殺し、一般市民に対する方向付けの模範としての規範の効力を維持・確証することが刑罰の任務であるとする。そして、規範の効力・妥当性が維持されることを通じて、個々の市民が規範への信頼や法に対する忠誠的な心情を強化することは望ましい結果ではあるが、それは単なる派生物 (Derivate)⁽³⁶⁾ でしかないとし、かつて重視していた規範承認の習熟という社会教育的な刑罰効果の意義を後退させるのである。

以上のように、ヤコブスは規範の効力の維持を刑罰の任務として捉えるが、更にここから重要な帰結を導き出す。ヤコブスは、法の規範的効力はその社会的な効力に依拠するというアレクシーの見解⁽³⁷⁾ から特に影響を受け、法秩序に

おける規範が、犯罪者によって引き起こされた危殆化を相殺させ、市民に対する方向付けの効力を現実的に維持するためには、刑罰によって、その妥当性が規範的に確証されるだけでなく、認知的な補強 (die kognitive Untermauerung) がなされなければならないと主張する⁽³⁸⁾。つまり、刑罰による反作用は、犯罪者の独自の法則は社会のコミュニケーションにおいて接続不可能であり、法の効力こそが妥当し続けると単に宣言するだけでは足りず、現実一般人が認知的に納得するかたちで犯罪者からコミュニケーションの手段が剝奪され、更には、刑罰を通じた苦痛 (Strafschmerz) が賦課されなければならないことになる⁽³⁹⁾。ヤコブスによれば、例えば、殺人者は相手を殺すと宣言しただけではなく、実際に相手を殺しているのであるから、それに対して刑罰を通じて単なる異議申し立てを宣言するだけでは、規範による方向付けの効力を維持しようとする刑罰の働きも、客観化の度合いが釣り合わないために一般人から真摯なものとは受け取られず、結局のところ規範の効力は現実の社会において維持されなくなってしまうのである⁽⁴⁰⁾。そして、規範の効力が現実的に維持されていると言えるためには、一般人が規範の効力を真摯に信頼でき、自分は犯罪被害者になることもないと納得できる状況が刑罰を通じて生じなければならないが、その前提として、「行為者の役割において自己を方向付ける者達 (die sich in der Täterrolle Orientierende)」⁽⁴¹⁾に、「犯罪を行ったら処罰されるという洞察または恐怖心 (Angst) を生じさせて、犯罪の実行を思い止まらせなければならないとヤコブスは主張する⁽⁴²⁾。つまり、恐怖心を与えるということは威嚇を意味するのであるから、この限りで消極的一般予防が考慮されることになる。こうして、ヤコブスは、刑罰による規範の効力の現実的な維持のためには認知的な補強が必要であり、その具体的な内容として苦痛の賦課を伴う自由の剝奪と (間接的な) 消極的一般予防を挙げるが、このような理解から、規範の効力の認知的な保障こそが刑罰の目的であるとしている。まとめてみると、犯罪行為に対する反作用として異議申し立てを行うことが刑罰の意義であり、そこで犯罪者によって答責的に引き起こされた規範の効力の危殆化・不安定さに見合っ

た刑罰量（苦痛賦課の量）を（場合によっては）威嚇予防をも考慮しながら定め⁽⁴³⁾、そして実際に科すことにより、規範の効力の危殆化を相殺し、それを将来に向けて認知的に保障していくことが刑罰の目的ということになる⁽⁴⁴⁾。

以上のようなヤコブスの刑罰論が、応報刑論なのか、それともいまだ積極的一般予防論の範疇に属するものなのか
が問題となる。ヤコブス自身は、刑罰によって、消極的な単なる威嚇ではなく、行動を方向付ける模範としての規範
の効力の維持が図られるのであるから積極的なものであり、規範への忠誠⁽⁴⁵⁾の維持という目的が刑罰によって目指され
るのであるから予防論であるとして、自己の理論はいまだ積極的一般予防論と言えると主張しているが⁽⁴⁶⁾、同時に、刑
罰は、法の効力の危殆化を以前の状態に戻すことを目的として、答責的にそれを引き起こした犯罪者に対して強制的
に科される損害賠償（Schadensersatz）の一種であるとし、応報と予防の観点は彼の刑罰論においては合一することも
言っている⁽⁴⁸⁾。また、ヤコブスの弟子であるレシュは、認知的な補強については言及していないものの、ほぼ
同じ内容の刑罰論を「機能的応報論（eine funktionale Vergeltungstheorie）」と呼んでいる⁽⁴⁹⁾。こうなると、やはりヤコブ
スの見解も、規範の効力の回復を念頭に置いて構想された規範的な応報刑論の一種として評価できると思われる⁽⁵⁰⁾。

ヤコブスの弟子のパヴリクは、著書『人格、主体、市民・刑罰の正当化について』において、ヤコブスから影響を
受けながら、相互承認関係の侵害として犯罪を捉えるヴォルフ学派の見解をヘーゲルの思想に依拠して批判的に発展
させて、他者の承認要求に対する侵害である不法を人格の不法、主体の不法、市民の不法の三段階に分け、刑罰は市
民の不法に対する制裁であると結論付ける⁽⁵¹⁾。パヴリクによれば、各人は、現実の社会において自由を享受するために、
自由を現実化させる諸条件の存続に関して共同責任を負わなければならない⁽⁵²⁾。それは、法秩序に対して忠誠（Loyalität）
を示すという市民の役割を受け入れることによって達成されるものである⁽⁵²⁾。何故かと言うと、各人が自己の生（Leben）
を独自の意味付けに基づいて構想し、それを他人から邪魔されることなく実現できるためには、そもそも法的なもの

(Rechtlichkeit) が普遍的に保障されている状態が前提とされなければならない、しかもその状態の維持は法秩序に対して市民が示す忠誠に依存しているからである。⁽⁵³⁾ 法秩序に対して忠誠を示すという市民の役割を引き受けた段階においては、各人は市民として、法秩序が要請する行動基準に適ったかたちで他の市民と接しなければならず、⁽⁵⁴⁾ それに反するような、例えば他人の個人的法益を侵害する行為などは、具体的な被害者に対する侵害行為というだけではなく、法秩序全体に対する市民としての忠誠義務の不履行になる。パヴリクの見解において刑罰という制裁の対象となる市民の不法とは、以上のようなものである。つまり、犯罪として評価される市民の不法は、具体的な被害者が被った侵害だけを含意して犯罪者と被害者の二者間だけの葛藤に留まるものではなく、法秩序全体に対する忠誠義務の不履行という意味を有しているのである。このことをヘーゲル流に表現すれば、市民の不法としての犯罪によって、まさに法は法として侵害されることになる。⁽⁵⁵⁾

そもそも、各人は市民として法秩序への忠誠を示して、つまり、法の基準に適った行動によって他者と接することにより、共同に自由を保障する秩序の構成に参加して初めて自己の自由を安心して享受できたはずである。いわば、パヴリクの見解における法秩序への忠誠は、平和と自由を享受するための代償ということになる。⁽⁵⁶⁾ それにもかかわらず、犯罪者は、市民の義務に反する行為である市民の不法を行って、他者の自由を侵害し、自分だけ法秩序への忠誠を示さないで不当に自由を享受してしまう存在である。そこで、刑罰こそが、不当に自由を享受している犯罪者から自由を剥奪することを通じて、⁽⁵⁷⁾ 自由の享受と法秩序に対する忠誠的な行動をとる義務の履行が分かち難く結合していることを確認しながら、法を法として回復させるものとパヴリクは主張する。⁽⁵⁸⁾ そして、犯罪者もいまだ市民であるので、市民としての法秩序の維持に対する義務もまだ存続しており、それは法を回復させるための受刑を甘受する義務として現れることになる。⁽⁵⁹⁾ つまり、市民として法秩序の基準に適った行動を通じて忠誠を示す義務（一次的な

市民の義務)に違反することによって、犯罪者には受刑甘受義務という二次的な市民の義務が課せられることになる。以上のようなパヴリクの刑罰論は、忠誠義務の履行と自由の享受の牽連性(Konnexität)を明らかにして自由を保障する法秩序の規範的な効力を維持・安定化させるために、市民の不法に対して、彼自身の言葉を用いれば、「応報する(vergellen)⁽⁶¹⁾」ことを目指すものであるから、まさに規範的な応報刑論であると言えよう。

(四) ヴォルフ学派とヤコブス学派の相違

以上紹介してきたヴォルフ学派とヤコブス学派双方の規範的な応報刑論の間には、法秩序の根拠付けに関して、更には、その際における規範と個々人との間の関係付けに関して大きな考え方の相違があることは否定できないものである。⁽⁶¹⁾ ヴォルフ学派においては、基本的に個々人は生得的に自由で理性的な人格と見なされており、他者を自己と同等の自由な人格として扱って相互承認関係を形成することを要請する法的法則の内容も、あくまで各人の内にある理性が自らに対して課してくる自己立法(Selbstgesetzgebung)として把握されている。いわば、各人は自由で理性的な存在として自発的に、他者との間で法的な相互承認関係を形成することを、経験的には必ずしもそのような行動をとらないかもしれない自らに対して行動原則として課することができるのであるから、そうすべきであるとされ、そして、このような理性的な自発性に基づくべき法に合った行動原則は、更には社会契約を通じて国家段階に拡張されて普遍的な効力を保障され、法秩序における様々な法規範となつて登場することになる。⁽⁶²⁾ つまり、ヴォルフ学派においては、法秩序における規範並びに法秩序それ自体は、あくまで個々の人格の理性に由来するものとされているのであり、個々人は法秩序とその規範に対して、自律的な関係に立つことが強調されることになる。他方で、ヤコブス学派においては、法秩序は人格(Person)によって構成されるものとして捉えられているが、ここでの人格という概念に付与され

る意味内容はヴォルフ学派とは大きく異なっている。つまり、ヤコブス学派においては、快苦の枠組みで行動する個人 (Individuum) が社会において法に適って行動するという役割を受け入れて初めて、法秩序の構成者である人格 (Person) となるが、法秩序におけるこの人格とは、自らはその構成に関与できない (unverfügbar) 規範によって、生の個々人としての主体的な自律性と無関係にいわば客観的に規定される存在とされているのである。⁽⁶³⁾ 確かに、ヤコブス学派の理論構成において、個人 (Individuum) は、法秩序における人格 (Person) となつて初めて、⁽⁶⁴⁾ 快苦の枠組みという経験的な規定根拠から解放され、人格としての義務を負う見返りに「自由」を獲得することができることとなる。⁽⁶⁵⁾ しかし、そこでの個人 (Individuum) は、あくまで快苦の枠組みに囚われながらいわば不自由な判断しかできないはずであり、そのような存在はそもそも何が自由なのか、自由が一体何を意味するのかを理解できないため、自由になるために自発的に人格 (Person) としての役割を引き受けることなどは不可能なはずである。⁽⁶⁶⁾ 従つて、ヤコブス学派の理論構成においてたとえ法秩序の構成者としての「自由な人格」というものが想定されたとしても、やはりそれは、生の個々人の自発的な主体性から分離させられたままの客観的に規定される存在でしかないと思われるのである。⁽⁶⁷⁾ 言い換えれば、個々人は法秩序における「自由な人格」となるために、法秩序が他律的に課してくる規範を受け入れなければならず、⁽⁶⁸⁾ そこでは個々人の自律性の契機を見出し難いのである。

ヴォルフ学派とヤコブス学派の間には、以上のように、背景にある法秩序とその構成者の捉え方について基本的な相違があるものの、両者の見解は共に、応報を、害悪である犯罪に対して刑罰という更なる害悪を同害報復的に賦課することとして理解するものではない。両学派における応報刑論とは、犯罪によって侵害され、不安定にさせられた、法秩序を規定する規範の効力を刑罰によって回復させ、それを将来に渡つて存続させていこうとするものであり、回顧的な視点と共に展望的な視点を有している、つまり、応報と予防を統合する可能性を示す刑罰論として評価できる

ものである。そして、ここでいわば刑罰の目的として観念される法秩序の回復というものは、単なる抽象的な正義の実現ではなく、あくまで「自由」の保障と結び付いた現実の法秩序における規範妥当の回復、維持、安定化を念頭に置くものである。故に、両学派の規範的な応報刑論は、かつて現実の社会との有益な関係性を見出せないとして批判されてきた古い応報刑論とは根本的に内容を異にすることになるが、そもそも刑罰が一つの法概念である以上、外界における自由の保障という法に固有の目的から拘束を受けて、それを自己の目的としても取り入れるべきことは当然の事柄であろう。ただ、このような規範妥当の回復を内容とする規範的な応報刑論を積極的に主張していくためには、まだいくつか考察すべき問題があると思われる。それを以下で検討してみよう。

三 規範的な応報刑論におけるいくつかの課題

(一) 「犯罪に規範的（価値的）に相応する刑罰」の意義

刑罰の役割（目的）は規範妥当の回復であると考え、規範的な応報刑論からすると、刑罰量は、まず、犯罪者が答責的に規範違反の行為を通じて引き起こした具体的な被害者の自由の侵害の程度、そして、それによって法秩序全体が被った規範の効力の危殆化の程度に対応するものであると⁽⁶⁹⁾考えられる。つまり、刑罰量は規範の効力の否定（危殆化）としての犯罪の量に規範的・価値的に相応するものとなる⁽⁷⁰⁾。しかし、これでは単なる抽象的な言明に過ぎない。そもそも、応報の基準を単なる抽象的な観点に依拠させて経験的考慮から離れた形式的なものとして捉えるだけで、その具体化は専ら実務にまかされている⁽⁷¹⁾とするわけにはいかないはずである。何故かと言うと、ヴォルフ学派におい

てもヤコブス学派においても、刑罰によって回復されるべき規範の効力とは、「現実的な法秩序」におけるものが想定されていたからであり、それ故、規範的な応報刑論も現実の法秩序の規範妥当の回復を念頭に置いた実質的な基準を示す必要性があるからである。

そこで、犯罪と刑罰の価値的相応性を具体化する実質的な基準というものが問題となる。この点につき、ヘーゲルは『法の哲学』の§二一八において、市民社会の安定度によって犯罪の質と量は規定され、社会が安定している場合には、重大な犯罪に対しても比較的軽い刑罰が科され、それに対して、社会が動揺している場合には、些細な犯罪に対しても重い刑罰が科されると主張しているが、このようなヘーゲルの見解を犯罪と刑罰の価値的相応性を具体化するための基準として、規範的な応報刑論の主張者達が受け入れているのである。例えば、ケーラーは、犯罪行為の重大性は、全体としての法の普遍性（die Rechtsallgemeinheit）が有する効力の具体的な安定性の程度に依存するとし、特定の種類の犯罪行為が頻繁に発生している状況下において同種の犯罪行為を行うことは、その犯罪行為を禁止する規範の効力が不安定になっていることから、それだけ社会全体に対する規範侵害としては不法の程度が重く評価され、当該規範の効力が安定している社会状況下と比べて重く処罰されることになる⁽⁷³⁾と主張している。このように、ケーラーにおいては、法秩序における規範妥当の安定性の具体的な程度に依拠して、犯罪と刑罰の価値的相応性の程度・内容も変化することになる⁽⁷⁴⁾。そもそも、ヴォルフ学派に属するケーラーからしてみれば、刑罰は相互承認的な法関係の侵害を通じて不安定にさせられた現実の法秩序の普遍的な効力を回復させるためである⁽⁷⁵⁾のであるから、当該法秩序における規範妥当の安定性の程度に具体的な刑罰量を依拠させるのは当然のことと言えよう。また、同じくヴォルフ学派に属するクレシエヴスキーとヤコブス学派のパヴリクも同様の立場をとっている⁽⁷⁶⁾。ヤコブスも刑罰量を規定する一つの要因として、侵害される規範の認知的な保障の状況というものを挙げ、社会の安定度によって同一の犯罪に対

する刑罰量も異なつて評価されるとするヘーゲルの考えを正当なものに見なしているが、ケーラー達とは異なり一定の制限をそこに課している⁽⁷⁷⁾。つまり、ヤコブスによれば、犯罪者に対する刑罰を通じて回復されるべき規範妥当の範囲は、あくまで犯罪者によつて答責的に引き起こされた範囲に限定されるべきであり、例えば、当該犯罪行為と無関係に同種の犯罪が頻発しているような状況を考慮して重罰化を肯定するのは、当該犯罪者の答責性が及ばない事情である他の潜在的犯罪者の存在を威嚇するための重罰化に他ならず、これでは犯罪予防という社会政策のための単なる手段として当該犯罪者を扱うことになつてしまい不当だとするのである⁽⁷⁸⁾。そこで、ヤコブスによれば、あくまで当該犯罪者が答責的に引き起こした規範妥当の危殆化からの帰結として生じる潜在的犯罪者、つまり、「行為者の役割において自己を方向付ける者達 (die sich in der Täterrolle Orientierende)」の存在のみが規範の認知的保障を不安定にさせる要因となり、場合によつては彼らに対する威嚇予防を考慮して、当該犯罪者に対する刑罰量を重く評価することが許されることになる⁽⁷⁹⁾。おそらくヤコブスからすれば、右のような潜在的犯罪者の存在は、当該犯罪者が答責的に引き起こした規範妥当の危殆化の内に含まれているのであり、彼らに対する威嚇予防を考慮して重罰化を行ったとしても、あくまで答責性の範囲内において刑罰を通じて規範妥当を回復させるといふ応報の枠組みはいまだ維持されることになるのであろう。

以上から、ケーラーの見解では、当該犯罪以前に既に発生している同種の犯罪行為の存在が規範の効力を不安定にし、当該犯罪（の不法の程度）を重く評価する（つまり、重罰化する）要因となるが、ヤコブスの見解では、当該犯罪以降にその影響を受けて登場する同種の犯罪傾向を有する潜在的犯罪者の存在しか刑罰量には影響しないこととなる。このようにヤコブスが法秩序における規範妥当の安定性の程度を考慮することを制限的に解している理由は、やはり、いくら当該犯罪以前に同種の犯罪行為が頻発していたとしても、それを当該犯罪の刑罰量を規定する際に考慮

してしまふと、当該犯罪者の答責性が及ばない事情を考慮の対象とすることになってしまふ、それでは責任主義の要請に反する虞が生じてしまふからであらう。⁽⁸⁰⁾ 確かに、当該犯罪者が、彼の全くあずかり知らぬところで同種の犯罪行為が頻発していることを理由に重く処罰されるのでは、責任主義の要請に反する虞があると言える。⁽⁸¹⁾ しかし、規範の効力が不安定になっていく状況を考慮する場合、ヤコブスのように、それを当該犯罪以降の潜在的犯罪者の存在に限定する必要性はないと思われる。そもそも、当該犯罪者にとって、自分の犯罪行為の影響を受けて潜在的犯罪者が発生するかどうかなどは通常予想できない事柄なのであるから、仮にそのような限定を行ったとしても責任主義の要請を本当に満たせるかどうかは疑問である。そして、当該犯罪以降に同種の犯罪行為を行う可能性がある潜在的犯罪者がどの程度発生するのかという判断も、当該犯罪以前から継続している具体的な社会情勢を考慮することなしには実際上困難なものであり、当該犯罪以降に限定するか、それともそれ以前も含めるのかという区別自体が貫徹できるものではないと思われる。このように考えると、ヤコブスのように当該犯罪以降の潜在的犯罪者の存在に限定して法秩序における規範妥当の安定性を量る必要もなく、たとえ同種の犯罪行為が当該犯罪以前に既に頻発していたとしても、当該犯罪者がそのような社会が動揺している状況を特に認識して犯罪を行った場合（例えば、同種の犯罪行為が頻発し、警察力が分散している状況を見越して、犯罪を行った場合）などでは、当該犯罪者の犯罪行為を規範的に重く評価して重罰化を認めても責任主義の要請に反しないのではないかと思われる。⁽⁸²⁾

(二) 「苦痛（害悪）の賦課」としての刑罰？

規範的な応報刑論からすると、刑罰は犯罪によって不安定にさせられた規範の効力を回復・確証するために科せられることになる。しかし、そのような規範妥当の回復・確証のため、何故に犯罪者に対して刑罰が執行されなければ

ならないのかを説明しなければならぬ。というのも、規範妥当を回復・確認するための手段として、刑罰ではなく、例えば、被害者に対する民事的な損害賠償を想定することも一応可能だからである。⁽⁸³⁾そして、民事的な損害賠償を超えた刑罰制度に基づく制裁を想定したとしても、何故に実際上の刑罰の執行までが要求され、単なる有罪宣告だけでは不十分なのかを検討する必要がある。例えば、ギョントナーなどは、刑罰のシンボリックで表現的な意義 (*die symbolisch-expressive Bedeutung*) を重視し、規範違反の行為に対する反作用としては、有罪宣告 (*Schuldpruch*) を公に示すことだけで十分であるとしているのである。⁽⁸⁴⁾

しかし、犯罪とは、ヴォルフ学派においてもヤコブス学派においても、犯罪者と被害者との間での単なる二者間の葛藤ではなく、法秩序全体への侵害という意義を有するものであった。それ故、犯罪に対する制裁である刑罰も、被害者が被った損害の回復だけに尽きるものではなく、法秩序全体との関係で、そこで否定された規範の効力を回復させるものでなければならぬはずである。ここから、刑罰を被害者に対する損害賠償に置き換えることが不当であることは明らかとなる。⁽⁸⁵⁾そして、規範的な応報刑論が刑罰の目的とする規範妥当の回復とは、現実の社会における規範の効力を念頭に置くものであるから、その回復の作用は、外界においてかたちを伴って立ち現れるものでなければならぬ。例えば、ヴォルフ学派からすれば、法秩序において、各人は平等的な相互承認関係に在ることが普遍的に保障され、各人は互いを尊重し合いながら平等的に自由を享受すべきであったのに、犯罪者は被害者に保障されている自由の領域を現実的に侵害して不当に多くの自由を獲得してしまう。そこで、平等的な法関係を保障する規範の効力を現実的に回復させるためには、単なる有罪宣告だけでは足りず、實際上、刑罰によって犯罪者から不当に獲得した分の自由を剥奪して平等的な関係を改めて作り出すことが必要となるわけである。この点につきヤコブス学派のパヴリクも、規範妥当の確認は、法秩序への忠誠義務に反した行為者から自由の一部を剥奪することによってなされると

主張しているが、刑罰には一定の激烈さが不可避であるとして、害悪の賦課という要素を自由の剥奪と結び付けていた。⁽⁸⁶⁾そして、ヤコブス自身は、刑罰の意義を規範妥当の回復のためになされる、犯罪という規範の効力の否認に対する異議申し立てとして捉えながら、同時に法秩序における規範の効力の認知的な補強 (die kognitive Untermauerung) の観点から、自由というコミュニケーションの手段が実際上犯罪者から剥奪され、⁽⁸⁷⁾それが犯罪に見合った苦痛の賦課として法秩序の他の構成員達から納得されるものでなければならぬとするのである。⁽⁸⁸⁾そこで問題となるのが、刑罰が実際上犯罪者に対して執行されるにしても、自由の剥奪を超えて害悪乃至は苦痛の賦課である必要性があるか否かである。確かに、刑罰による規範妥当の回復は、現実の社会における規範の効力を対象とする以上、一定程度その時々社会状況に左右されざるを得ないものであるかもしれない。しかし、刑罰の内容を不安定な経験的要素に大幅に依拠させてしまうとしたり、やはりそれに対しては疑念を抱かざるを得ない。ヤコブスの刑罰論において、苦痛の賦課の必要性は規範妥当を認知的に補強 (保障) することから導き出されているが、それは、現にいま在る社会における一般人が納得するかたちでもって刑罰は執行されなければならないということに他ならない。そして、ここでの一般人とは、ヤコブスの見解からすると、人格 (Person) ではなく、個人 (Individuum) としての人間であると思われる。何故なら人格に対しては規範的な確証だけで十分であり、認知的な補強などは必要ないからである。⁽⁸⁹⁾しかし、個人 (Individuum) は快苦の枠組みで行動し、判断を行うという経験的な諸条件に囚われたいわば非理性的な存在⁽⁹⁰⁾のほずであり、そのような存在の判断に刑罰の内容が左右されてしまう⁽⁹¹⁾ことは不当であると言わざるを得ない。そもそも、一般人が犯罪者に苦痛を与えることを望んでいるから、それを刑罰の内容として無批判に取り込むべきというのでは、刑罰に「害悪の賦課」が結合することは社会的な習慣であるとする、前に検討したヘルンレの見解と変わらないことになってしまう。⁽⁹²⁾刑罰論は法概念としての刑罰のあるべき姿を提示するものであり、いくら現実のいま目の前に

在る社会における一般人が苦痛の賦課を望んでいても、無批判にそれを刑罰概念の内容とするわけにはいかない。⁽⁹³⁾ 刑罰が各人の自由を普遍的に保障する法秩序の効力を回復させる役割を担う限りは、あくまで自由を不当に拡張した犯罪者から自由を実際に剥奪するという事に刑罰概念の内容を留めるべきではないかと思われる。⁽⁹⁴⁾ 確かに、刑罰執行の対象である犯罪者本人にとって、自由の剥奪は苦痛として感じられるものであるかもしれない。しかし、それは犯罪者の主観の問題でしかなく、本来あるべき刑罰概念の内容とは関係がないのである。⁽⁹⁵⁾

(三) 他の刑罰目的との関係

規範的な応報刑論は、刑罰によって規範妥当を回復させ、それを展望的に維持・継続させていく契機を有するものである。規範妥当の維持・継続のために刑罰が科されるのであるから、まずは規範妥当を回復させることこそが刑罰の目的ということになる。このように規範的な応報刑論も刑罰が追及すべき目的を観念できることになるが、ここから、従来主張されてきた予防刑論が着目する他の刑罰目的との関係が問題となる。一般市民の規範への信頼を高める社会教育効果を刑罰の目的として追求する積極的一般予防の観点について、例えば、ケーラーやヤコブスは、あくまでそれを規範妥当の回復を目指す刑罰における経験的な事実上の派生効果に留めている。⁽⁹⁶⁾ そして、犯罪者に対する再社会化の効果を刑罰の目的とする積極的特別予防については、それを強制を伴う刑罰概念の内容に含めることにヤコブスは否定的であるし、⁽⁹⁷⁾ ケーラーも、再社会化のための働きかけを、あくまで強制的ではない再社会化プログラムへ任意に参加するように受刑者に対して申し出るといった内容に留めている。⁽⁹⁸⁾

確かに、一般市民の規範への信頼を高めるような社会教育効果を単なる事実上の効果に留めておき、その追求を刑罰概念の内容に含めないことは正当であると思われる。何故なら、そのような社会教育効果のために犯罪者を処罰す

ることは、犯罪者が答責的に引き起こした規範妥当の危殆化を相殺させて当該犯罪以前における規範の効力を回復させるという範囲を超え出るかたちで、法秩序の規範妥当状態の改善を目指すことに他ならず、まさにカント風に言えば、犯罪者は、そのような彼の答責性とは関係のない社会政策的な目的のための単なる手段とされてしまうからである。犯罪者もいまだ法秩序の構成者の一人である人格と見なされる限り、⁽⁹⁹⁾ 刑罰を通じて追求することが許されるのは、あくまで犯罪者が答責的に引き起こした規範妥当の危殆化を相殺し、規範の効力を当該犯罪以前と同様のレベルで回復させることに留まるものでなければならない。但し、刑罰が犯罪者から自由を剝奪すること自体が、たとえ答責的に引き起こされた規範妥当の危殆化の範囲に限られたとしても、法秩序の回復という目的のためにその犯罪者を手段として扱うことを表しているのも事実である。この意味で、犯罪者を特定の目的のための手段とすることは、そもそも刑罰を考える際には不可避の事柄であると言える。しかし、後に再社会化との関連で述べるように、法秩序の回復を目指す規範的な応報刑論の論理からすれば、ここでは処罰を通じて犯罪者は単なる手段ではなく、同時に目的として扱われるため、物権の対象と混同されることもなく、法秩序の構成者である人格としての地位を保持できることになる。また、答責性の及ぶ危殆化の範囲に法秩序の回復を限定することは、いわば消極的なかたちではあるが、答責性の観点を通じて犯罪者の人格性を考慮することを含意するものである。従って、犯罪者はあくまで答責的に引き起こした規範妥当の危殆化の範囲でのみ、人格として保障された法的地位を部分的に喪失し、その限りでのみ一時的に法秩序の回復という目的のための「手段」とされるだけであり、その範囲を超える手段化は、そもそも犯罪者も人格であり続ける限り許されることではないという結論になる。⁽¹⁰⁰⁾ もし仮に、一般市民に対する社会教育効果を通じた規範妥当状態の改善のような犯罪者の答責性の範囲を超える目的が刑罰を通じて追求されてしまう場合には、その犯罪者も犯罪を執行する以前は当然に法秩序の構成者の一人であったはずなのに、もはや（完全に）人格ではない物権の対

象、つまり、目的のための単なる手段として扱われてしまい、その結果、当該犯罪者だけが法秩序の構成者である人格の範疇から排除されてしまうことになる。しかし、それでは、各人（その中には当該犯罪者も含まれていた）を自律的な人格として扱い、その自由を保障していた法秩序を回復させるための刑罰概念とはもはや言えなくなってしまうのである。

また、ヤコブスが規範の効力の認知的な補強（保障）という観点から一定の範囲で消極的一般予防を考慮していることは既に述べた通りである。しかし、特に認知的な補強という観点から刑罰概念の内容に威嚇の要素を持ち込むことは、刑罰を苦痛の賦課とすることが問題であったのと同様に、そもそも非理性的な一般人の処罰欲求を刑罰概念の内容に含めることになってしまったため疑問であると言わざるを得ない。仮に潜在的犯罪者に対して、違法行為を行えば処罰されることになるという恐怖心や洞察を呼び起こす働きかけが、当該犯罪者の処罰を通じてなされるとしても、あくまでそれは事実上の効果に留まるべきである。何故なら、やはりそれを目的として刑罰概念を構成してしまうと、当該犯罪者は彼の答責性の範囲とは関係のない消極的一般予防の効果達成するための単なる手段とされてしまいかねないからである。⁽¹⁰²⁾確かに、当該犯罪者の処罰を見た他の市民が、違法行為からの帰結を洞察して犯罪行為に出ることを思い留まるとすれば、それは望ましい事態である。しかし、あくまでそれも刑罰法規の行為規範としての性格に基づく一般人への働きかけと同様のもの⁽¹⁰³⁾でしかなく、当該犯罪者を処罰することから直接的に生じる法的な効果として追及して良いものではないと思われる。

受刑者に対する再社会化の働きかけを、強制を伴う刑罰概念の直接的な内容としないで、せいぜいのところ任意参加の申し出に留めることについては、規範的な応報刑論の論者の間でも大まかな意見の一致が見られると思われる。⁽¹⁰⁴⁾このような理解の背景には、再社会化を行刑の目標として掲げるドイツ行刑法二条、再社会化に適ったかたちでの行

刑の執行を求める基本法上の権利、正確に言えば、基本法一条一項（人間の尊厳の保障）と結び付いた同法二条一項（人格の自由な発展を求める権利の保障）に基づく右のような権利を受刑者に認めた連邦憲法裁判所の判決に依拠して、再社会化の働きかけを提示することはあくまで国家の側の義務であるとする立場があるように思われる。つまり、受刑者の側には国家が行刑において義務の履行として再社会化の手助けをするように求める権利があるだけで、いわば国家からの働きかけに服する義務はなく、再社会化のための行刑プログラムに参加するか否かはあくまで権利行使の問題として受刑者にとって任意のものでしかないということである。⁽¹⁰⁶⁾しかし、こうなると、再社会化の働きかけを拒絶する受刑者に対しては何もできないことになってしまう。⁽¹⁰⁷⁾この点につき、ヤコブス学派のパヴリクは、受刑者も市民としての地位を保持しているのであるから、国家はその市民としての地位を配慮して行刑を執り行わなければならない、受刑者の側にも自分が将来において市民としての義務を果たすことができるようになるための手助けを法共同体である国家に対して求める権利があるとするが、同時に受刑者は、市民の役割を課せられたままなのであるから、自己を再社会化させる行刑に参加するように義務付けられていると主張する。⁽¹⁰⁸⁾つまり、パヴリクからすると、再社会化の働きかけを受け入れるように促すことを、受刑者に対する義務付けというかたちで、刑罰に固有の性質である強制の契機と結び付けて説明することが可能となるのである。

そもそも、規範的な応報刑論からすると、刑罰を通じて犯罪者から自由を剥奪することは、それ自体に意味があるわけではなく、あくまで、法秩序の規範妥当を犯罪以前の状態に回復させるためになされるものである。そうになると、刑罰を通じて、犯罪行為を行う以前のような、法秩序の規範に従って生活していた市民・人格の状態に当該犯罪者を立ち返らせてこそ、刑罰によって法秩序は回復されたと言えるのではないだろうか。このように考えると、刑罰を執行するに際して、犯罪者が自発的に望む場合は当然のことであるが、仮に拒絶する場合であったとしても、国家（法

秩序)は再社会化の行刑プログラムに強制的に服させることによつて当該犯罪者を社会に立ち返らせて、法秩序における規範妥当の回復を追求すべきであると思われる。つまり、再社会化の働きかけを拒絶する犯罪者もそれに服する義務があることになる。ただ、ここでは、拒絶する犯罪者には一方的に義務があるだけではなく、一定の範囲で再社会化の働きかけに関して権利も当然に認められなければならない。そもそも、国家が当該犯罪者に対して法秩序回復の一環として再社会化の働きかけを、拒絶された場合には強制的にでもなすべきであるのは、まずは犯罪者以外の法秩序の構成員達こそが国家に対して犯罪の被害に遭うことなく安全に生活できるように求める権利を有していて、それに対応する義務が国家の側にあるからであると思われる。しかし、このような再社会化の働きかけが、犯罪者によつて答責性に引き起こされた規範妥当の危殆化の範囲を超えたかたちで過度になさねないように配慮することを求める権利というものも、当該犯罪者の側に人間の尊厳の保障に基づいて認められなければならないはずである。⁽¹⁰⁾つまり、ここでの犯罪者の権利とは、強制的な再社会化の働きかけに関して、構成的ではない、あくまで制限的な意義しか有しないものと言えよう。これに対して、最初から自発的に再社会化の援助を国家に対して求める権利も同様に人間の尊厳の保障に基づいて犯罪者には認められると思われるが、この場合には、犯罪者の権利は再社会化の働きかけに関して構成的な意義を有することになる。再社会化の働きかけに関する犯罪者の義務と権利は以上のようなかたちで想定することができるだろう。

しかし、ここで注意すべきなのは、刑罰が一つの法概念である限り、再社会化の働きかけも法概念に特有の制約の下に服さざるを得ないということである。つまり、刑罰執行に伴う再社会化の働きかけは、当該犯罪者が内心の動機はどのようなものであれ外面的には法規範に従った生活を送れるようになることしか目標として設定することができないし、犯罪者も、自らが答責的に引き起こした規範妥当の危殆化を回復させるために、少なくともそのような外面

性の領域の範囲だけで再社会化の働きかけに服する義務があるにしか過ぎないのである。結論としては、再社会化という効果の追求は外面性の領域に限定される範囲において強制の契機を伴う刑罰概念の内容に含めて良いことになるが、このように外面性の範囲に制限される理由は、刑罰も一つの法概念として、内心における動機の内容ではなく行為の外面性に着目するという法に特有の性質を備えていなければならないからである。⁽¹¹⁾つまり、当該犯罪者が再社会化の働きかけを受けた結果、仮に内心では法規範の内容を動機とすることがなくても、少なくとも外面上は法規範に従った生活を送れるようになれば再社会化という積極的特別予防効果の達成としては十分ということになり、その範囲に限っては、そのための働きかけを拒絶する犯罪者に対しても再社会化のための行刑プログラムへの参加を強制することが可能なのである。⁽¹²⁾これに対して、犯罪者の内心への強制的な働きかけは、刑罰が道徳と厳格に区別される法概念の一つである限り到底許されることではない。⁽¹³⁾

ここでは、犯罪者は法秩序の回復という目的のために（答責性の範囲内で）再社会化の働きかけを受けるのであるから、確かに、目的のための手段として扱われることになる、しかし、単なる手段ではない。何故なら、犯罪者の法秩序への立ち返りを通じて法秩序の回復を図るということは、当該犯罪者もその法秩序の構成者としての自由な人格・市民の地位を再び完全に獲得することが目指されることに他ならず、当該犯罪者は常に同時に目的としても扱われることになるからである。⁽¹⁴⁾つまり、積極的一般予防や消極的一般予防におけるような「単なる手段化」という問題がここで生じることはない。従来、応報の観点は、正しい応報こそが法秩序への信頼を維持・強化できるというかたちで、積極的一般予防と親和性を有するものとして意識されてきたかもしれない。しかし、むしろ再社会化という積極的特別予防こそが応報刑論の内容と結び付くことができるのである。以上から、自由な法秩序の回復を目指す規範的な応報刑論の立場からすれば、一定の範囲では再社会化という積極的特別予防効果を刑罰の目的とすることが許さ

れるのではないかと思われる。

四 結 語

以上、最近のドイツにおいて応報刑論を再評価する見解を検討してきたが、特にヴォルフ学派並びにヤコブス学派の見解に見られたように、その主たる特徴は、応報刑論の内容を、従来のイメージのように「目には目を」という物理的な同害報復として捉えることなく、むしろ現実の法秩序の規範妥当の回復を念頭に置いた規範的な刑罰論として理解する立場であった。更に、そこでは、もはや抽象的な正義の実現などではなく、法秩序における規範妥当の回復・維持を通じた、その法秩序の構成者達の自由・自律性の保障こそが刑罰の機能・役割であるとする共通認識も一応見受けられる。既に論じてきたように、いまだ検討課題は多く残されているものの、応報刑論を再評価し、それを積極的に展開していくためには、応報の内実を規範的に理解するこのような方向で今後も議論を進めていく必要があるように思われる。

(二〇〇六「平成一八」年一二月二五日脱稿)

- (1) Bernd Schünemann, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in: Cornelius Pritwitz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 327.
- (2) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 37.

- (3) 例えは、Roxin, AT (前掲注(2)) §3 Rn. 8.
- (4) 刑罰の予防効果に関しては、最近の文献として Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Aufl. 2006, S. 27 ff. を参照。マイヤーによれば、刑罰が有する威嚇と再社会化の効果は、あくまで限られた範囲においてのみ経験的に確認されるものである (S. 29, S. 33 を見よ)。そして、Heinz Schöch, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in: Theo Vogler u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag*, Zweiter Halbband, 1985, S. 1103 ff. は、刑法の一般予防機能を経験的に根拠付けられるものではないとする。Thomas Weigend, *Resozialisierung - die gute Seite der Strafe?*, in: Henning Radtke u. a. (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 186 ff. も再社会化の効果が皆無であるとする主張は誤りであるとしている。また、いわゆる積極的一般予防論は、刑罰の効果も、規範妥当に関する一般人の信頼を維持乃至回復させることに見出す見解であるが、そもそも法秩序に対する信頼の形成は、社会的な様々な要素の影響を受けるものであるため、それが刑罰の効果からの帰結か否かを経験的に検証することは最初から困難であることを前提とせざるを得ないと思われる。但しこの問題については、特に Michael Baumann, *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, GA 1994, S. 376 ff. を参照。
- (5) 再社会化の効果に関するものでは、Winfried Hassemer, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen?*, in: Cornelius Pritwitz u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, S. 235 ff. の叙述を参照。
- (6) 例えは、Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (in: *Werke in 20 Bänden*, hrsgg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 1986, Band 7), S. 190 (§99 Zusatz = 藤野渉・赤沢正敏訳『ヘーゲル法の哲学Ⅰ』[二〇〇一年]二七四頁以下) における犬に向かって杖を振り上げて脅かすのと同じではないかという批判を想起せよ。ヘーゲルは、このような脅かしによる刑罰の根拠付けは、人間を自由な存在として扱うものではないとして批判していた。但し、例えは Heinz Kohrah, *Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze*, in: Henning Radtke u. a. (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 65 ff.; 70 のように、消極的一般予防論を肯定的に評価する見解もある。
- (7) 例えは、Michael Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, S. 21; ders., *Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen*, in: Klaus Rogall u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 214 は、予防刑論からすれば刑罰システムは技術的な最適化の問題に狭められてしまうことになるとして、同理論を批判している。
- (8) つまり、予防刑論のロジックからすると、刑罰量を規定する基準は、想定される予防効果の達成に相応しいか否かという視点からのみ得られることになり、その際に、犯罪、言い換えれば、不法と責任の量が刑罰量の規定根拠として考慮されることはな

いのである。Hassmer, *Darf der strafende Staat Verurteilte besser wollen?* (前掲注(5)) S. 226 f. 参照。ハッセマーもこのような予防刑論のロジックは法治国家的に耐え難いものであるとし、応報刑論に基づく罪刑均衡性を積極的一般予防論に結び付けるかたちで援用している (S. 227 Fn. 35, S. 239 参照)。

- (6) 特に、Heiko H. Lesch, *Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens* (2. Teil), JA 1994, S. 596 を参照。言うなれば、予防刑論が刑罰を正当化する際に着目する犯罪予防目的とは、あくまで規範システムの外に在る、現実の社会への影響力だけを念頭に置くものであり、その際、規範システムの内に在る規範侵害としての犯罪行為そのものは等閑視されてしまうのである。これについては、Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger* (前掲注(7)) S. 12 f. を参照。そもそも一般予防目的であり、特別予防目的であり、刑罰の効果を考慮する場合においても、科刑の対象はあくまで犯罪を引き起こした者なのであるから、そのような科刑の対象者が犯罪を発生させたことがまずは前提とされなければならない。つまり、このような「応報の論理」は予防刑論の立場からも否定できないものである。

- (10) Roxin, *AT* (前掲注(2)) § 3 Rn. 51 ff. また、拙稿「法概念としての刑罰」法学政治学論究五四号(二〇〇二年)七三頁以下注(6)で挙げられている文献も参照。

- (11) ロクシンの見解に対する最近の批判としては、例えば、Michael Pawlik, *»Der Täter ist um der Gemeinschaft willen verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen« Überlegungen zur Strafbegründung im Anschluss an Claus Roxin*, GA 2006, S. 345 ff. を参照。また、Lesch, *Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens* (2. Teil) (前掲注(6)) S. 595. も見よ。再社会化という積極的特別予防効果に関するものであるが、Hassmer, *Darf der strafende Staat Verurteilte besser wollen?* (前掲注(5)) S. 237 も予防目的に罪刑均衡性という外在的な制限を課すことは理論的には不整合なものであることを認めている。

- (12) Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger* (前掲注(7)) S. 45 ff.; ders., *Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen* (前掲注(7)) S. 215 を参照。

- (13) Winfried Hassmer, *Variationen der positiven Generalprävention*, in: ders., *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, S. 214 を参照。ハッセマーは (S. 214 ff.)、刑法各則の禁止・命令規範に対する信頼の覚醒のみを念頭におく積極的一般予防のバリエーションを「統合予防」と呼び、その実体は威嚇予防と変わらないと批判する。そして、このような統合予防とは異なり、刑法各則の行為規範だけではなく、刑法総則の諸規範、刑法上重要な法治国家的な諸原則(例えば罪刑均衡性の原則、責任主義、無罪推定の法理その他)をも刑罰を通じて一般人に伝達するような刑罰論、換言すれば、犯罪者を人権保障の配慮の下で法治国家的に取り扱うという法文

化としてのあるべき姿を示すような刑罰論こそが真の積極的一般予防論であるとする。確かに、このようなかたちで積極的一般予防論を構成する方が、一般市民の賛同を得やすく、結果として法秩序への信頼の維持・強化という目指すべき刑罰の効果も達成しやすいものとなるかもしれない。しかし、犯罪者の処罰を通じて一般人への社会教育効果が目指される場合、いくらそこで犯罪者に対する法国家的な取り扱いが要請されたとしても、そのような取り扱いは、ハッセマーの見解において専ら一般人を納得させるためのものでしかなく、当該犯罪者はやはりいまだ目的を達成するための単なる手段としてのみ扱われてしまう危険性があるように思われる。ハッセマーの見解については、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年)二〇頁以下も参照。

- (14) つまり、犯罪者は、処罰を通じて法秩序への信頼の維持・強化という目的達成のための単なる手段・客体とされてしまい、その法における主体性が等閑視されてしまうのではないかというカント的な批判である。これについては、特に、Michael Köhler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, S. 40 ff.; ders., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 44 ff. を参照。周知の如く、カントは、刑罰が市民社会の善を促進させるための手段に過ぎない場合、犯罪者は物権の対象と混同されてしまうと批判していた。Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, A 197/B 227 (樽井正義・池尾恭一訳「人倫の形而上学」)「岩波書店版カント全集」11、二〇〇二年]一七八頁)参照。以下では、本書をMdsと略すことにする。また、カントの著作についてはヴァイシェーデル版(*Werke in 12 Bänden*, hrg. von Wilhelm Weischedel, 1968)を定本とした。

- (15) 特に、Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger* (前掲注(7)) S. 40 ff. を参照。但し、このような規範意識乃至は規範への信頼の覚醒・強化を刑罰の「事実上の効果」として捉えること自体は、後に述べるように正当なものであると思われる。

- (16) つまり、積極的特別予防においても、犯罪者の処罰はあくまで社会の側の利益を達成するための手段でしかなく、その意味で犯罪者は目的のための単なる手段とされてしまう虞があるのである。例えば、Lesch, *Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafs (2. Teil)* (前掲注(9)) S. 593 ff. は、再社会化の働きかけにおいて、犯罪者は自由な人格ではなく、社会の多数派にとって好ましい生活の形態を強制される対象としてしか取り扱われず、そのような強制の達成のために国家による干渉の最大化を要請することになる再社会化の理念はリベラルな伝統に基づくものではないとする。また、Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger* (前掲注(7)) S. 29 ff.; ders., *Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen* (前掲注(7)) S. 219 ff. は、犯罪者の処罰を通じて社会の一般人に働きかけて犯罪の減少を図るといふ社会の側の利益を強調する威嚇予防と比べて、実は働きかける対象が社会の一般人ではなく犯罪者本人になっただけであり、社会の側の利益に着目する点で、積極的特別予防の実体は威嚇予防と変わるものではなく、あくまで社会政策的に有用な戦略を配慮したものでしかないとする。そもそも積極的特別予防の擁護者も社会の側の利益がそこにあるこ

とは認めている(例えば、Dieter Dölling, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts, in: ders., (Hrsg.), Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, 607 f.)。社会の側の利益の過度の強調から、犯罪者個人の利益を守るためには、応報刑論の根幹にある罪刑均衡性の枠内で再社会化を追及するしかないが、そのような制限枠は、予防刑論の出発点からするとあくまで外在的な便宜上のものに留まらざるを得ないことになる。また、再社会化の効果を刑罰の目的とする場合において、再社会化のための働きかけの際に受刑者側の任意性を前提とすべきか否かという問題については後に言及する。

- (17) 以下については特に、Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 48 ff. 参照。また、鈴木晃「非難と制裁ーアンドリュウ・フォン・ヒルシュの見解を中心として」社会科学研究一九卷一号(一九九八年)一一九頁以下、同「量刑と非難」社会科学研究二〇卷一号(二〇〇〇年)四一頁以下、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(上)」慶應法学六号(二〇〇六年)六九頁以下も参照。

- (18) 特に、Andrew von Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel (zusammen mit Tajana Hörnle), in: ders., Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005, S. 29 ff.; ders., Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Wolfgang Frisch u. a. (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 52 ff. 参照。

- (19) von Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel (前掲注(18)) S. 31; ders., Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen (前掲注(18)) S. 54 参照。

- (20) 特に、von Hirsch, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen (前掲注(18)) S. 54 ff. 参照。フォン・ヒルシュは、あくまで非難の機能が中心的な役割を果たすのであり、威嚇による予防的な機能は、非難の機能の枠内でのみ作用すると主張している(S. 57)。しかし、フォン・ヒルシュは刑法上の制裁である刑罰と他の領域の制裁を区別するメルクマールとして刑罰の予防的側面を挙げており(S. 55 参照)、彼の理論においては、むしろ予防的機能(とそれに基づく害悪の賦課)こそが刑罰にとって構成的な要素になるはずである。では、何故にそのような刑罰にとつてむしろ構成的な(本質的な)要素が非難の機能の制約下に服することになるのであろうか。フォン・ヒルシュはこのことを十分には根拠付けていないように思われるのである。

- (21) Tajana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 121 ff. 参照。

- (22) Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung (前掲注(21)) S. 123 f.; dies., Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, S. 956 参照。

(23) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW Bd. 97, 1985, S. 786 ff.; ders., Die Abgrenzung von Kriminalrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassamer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 162 ff., 185 ff.; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (前掲注(14)) S. 11 ff.; ders., Der Begriff der Strafe, 1986, S. 44 ff.; ders., Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, in: Wilfried Küper u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 11 ff.; ders., AT (前掲注(14)) S. 37 ff.; Rainer Zaczyk, Staat und Strafe - Bemerkungen zum sogenannten „Inselbeispiel“ in Kants Metaphysik der Sitten, in: Götz Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, 1999, S. 73 ff.; ders., Sieben Thesen zur Begründung von Strafe, in: Peter Siller u. a. (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, 1999, S. 139 f.; ders., Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafers, in: Jörg Arnold u. a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 207 ff. (＝飯島暢訳「人間的な刑罰における正義の根拠付けについて」香川法学二五巻一・二号〔二〇〇五年〕一―三頁以下)；Michael Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 176 ff., 224 ff.; Diethelm Klieszewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 232 ff. 参照。また、拙稿「法概念としての刑罰」(前掲注(10)) 五五頁以下も参照。

(24) 承認の対象となるのは、現実の世界において他者が自由な存在であり、その者には独自の自由の領域が認められているということである。つまり、ここでは現実の実体化された自由に関する相互的な関係性が問題となる。また、承認するということは、単に口頭で「他者を自由な存在として承認する」と宣言するだけでは足りず、実際に他者をそのような存在として外的な活動を通じて取り扱うことが必要となる。

(25) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 71, 73 f. は、ヴォルフとケーラーの見解を検討し、彼らが、刑罰によって回復されるべき法秩序の中核を犯罪者と被害者の二者間の関係として捉えていると批判する。何故なら、パヴリクにしてみれば刑罰はあくまで個々の被害者の損害回復のためではなく、法秩序全体の回復のために科されるはずだからである。確かに、ヴォルフ学派の理論においては、人格二者間の相互承認関係が法の根拠付けの出発点とされているが、それは社会契約論を通じて、国家段階という普遍的な法秩序へと拡張されているのであり、犯罪は具体的な被害者の自由の侵害であると同時にその自由を普遍的に保障する法秩序の効力侵害(否定)を含蓄するものとして捉えられている。つまり、ヴォルフ学派からすれば、刑罰によって回復されるのは、常に、法秩序の効力それ自体とそれによって保障されている被害者の自由なのである(勿論、以上は具体的な

被害者を想定できる個人的法益に対する犯罪に關する場合であり、社会的法益、国家的法益に対する犯罪については一定の修正が必要となる。詳しくは、特に Rainer Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 198 ff. 参照。そもそも、法秩序を個々の人格から構成されているものとして捉える限り、法秩序の回復を個々の人格の側面から切り離して論じることができないはずである。故に、ヴォルフ学派の見解に正当な視点が含まれていることは否定できないと思われる。ヤコブス学派に属するパヴリクの問題意識は、刑罰を通じた法秩序の回復を論じる際に、法秩序そのものを重視すべきか、それとも法秩序を構成している個々の人格同士の関係性に重点を置くべきかという考え方の相違に基づくものであるが、ここにヤコブス学派とヴォルフ学派の間にある一つの隔たりを見て取ることができる。

- (26) 例えば、Zaczyk, *Staat und Strafe* (前掲注(23)) S. 85; ders., *Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens* (前掲注(23)) S. 216 f. (邦訳一二三頁) は、刑罰概念の内容を人格に保障される法的地位の低下 (Minderung) として捉えている。ヴォルフ学派の立場からすれば、各人格には法秩序において自由が法的に保障されているのであるから、ここでの法的地位とは自由が保障されている地位のことをさす。つまり、法的地位の低下とは、自由の制限に他ならないことになる。これについては、拙稿「法概念としての刑罰」(前掲注(10)) 六五頁以下も参照。
- (27) これについては、Rainer Zaczyk, *Über Begründung im Recht*, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998*, 1998, S. 521 ff. 参照。この論稿においてツマツィツクは、単に経験に基づくだけの法の理論は頭脳を欠くものであるが、純粹な原理からのみ成り立つ法は手足を欠いている (S. 523) と述べている。また、彼は最近の業績である ders., „*Fiat iustitia, percat mundus*“ - *Zu Kant's Übersetzung der Sentenz*, in: Maximilian Wallerath (Hrsg.), *Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft. Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 660 ff. にあつても、法が全ての人間に自由を保障することを念頭に置きながら現実の世界を形成する原理であることを強調している。
- (28) Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Studienausgabe, 2. Aufl. 1993, I/15. 44d; ders., *Über die Behandlung von Willensfehlern und von Wissensfehlern*, *ZStW* Bd. 101, 1989, S. 517 ff. 参照。
- (29) Günther Jakobs, *Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie*, in: Klaus-M. Kodalle (Hrsg.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1998, S. 39 参照。
- (30) Günther Jakobs, *Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Strafrechtstheorie Hegels*, in: Kotsalis (Hrsg.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Athen 2003, S. 251 ff.

- (31) Günther Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004.
- (32) 特に、Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1999, S. 29 ff.; ders., Individuum und Person, ZStW Bd. 117, 2005, S. 255 ff. 参照。また、ders., Strafbegründung und positive Generalprävention, in: Peter Siller u.a. (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, 1999, S. 136 ff. も見よ。ヤコブスの見解において法秩序を構成するのは人格 (Person) としての人間である。しかし、同時にその個人 (Individuum) の側面も法秩序の効力に関して間接的ではあるが重要な役割を果たしている。
- (33) ここで、法規範の効力が不安定になるということは、法秩序の他の構成員達にとって今後も法の法則を妥当する行動基準として扱い、それに自己の活動を方向付けてよいか否かが不明確になってしまうことを意味するものである。特に、Jakobs, Der Zweck der Vergeltung (前掲注(30)) S. 264 参照。
- (34) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 24 ff. 参照。ここでは、犯罪と刑罰はコミュニケーション的な意義において捉えられ、いわば両者の関係は、対話または二つの世界観の衝突として描き出されることになる。そして、刑罰によって、犯罪という犯罪者の主張は退けられ、社会の他の構成員に対して、法規範は行為を方向付ける基準として今後も妥当するということが明示されることになる。また、Lesch, Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafers (2. Teil) (前掲注(9)) S. 598 も見よ。
- (35) Jakobs, Der Zweck der Vergeltung (前掲注(30)) S. 263. 刑罰の意義を規範の効力の確証として規定するヤコブスの見解は、ヘーゲルの法哲学のいわゆる抽象法の段階における犯罪と刑罰の捉え方から影響を受けたものであるが、同時にルーマンの規範的予期と認知的予期を区別する考えからの影響もあること (S. 264 ff.) を明記しておかなければならない。認知的予期の違背に対する場合とは異なり、例えば、人格は法的に振舞うべきという規範的予期の違背に対しては、規範の安定性を維持するために、そのような規範に対する期待が誤っていたのではなく、あくまで違背した者の過ちによって期待が破られただけであるとして、その規範がまだ行動基準として信頼に値するものであることを明示する必要がある。犯罪に対する刑罰の意義とはこのようなものに他ならない。ルーマンの見解については、Niklas Luhmann, Rechtssoziologie 1, 1972, S. 40 ff., 53 ff. 参照。また、ヤコブスによれば、人格によるコミュニケーションにおいてのみ規範的予期が問題となる。認知的なものである道具的コミュニケーションと権利と義務の関係によって構造化される人格的コミュニケーションとの関係については、Günther Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW Bd. 107, 1995, S. 867 ff. (＝松宮孝明・金尚均訳「機能主義と古きヨーロッパの原則思考の狭間に立つ刑法・はたまた『古きヨーロッパ』刑法との決別か?」立命館法学二四七号「一九九六年」四

五二頁以下) 参照。

- (36) Jakobs, Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie (前掲注(29)) S. 39.
- (37)アレクシーの見解については、Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2002, S. 139 ff. 参照。アレクシーは、法秩序全体としての法の効力の有効性については、内容的な正当性よりもその社会的な実効性(Wirkamkeit)の方が決定的に重要であるとし、法秩序に属する個々の規範の効力も、その規範が極端に不法な内容を有しない限りは(故に、多少不法な内容であっても良い)、それが属する法秩序が社会的な実効性の観点から有効なものであることを根拠として、有効なものになると主張している。つまり、法秩序全体、そして個々の規範の双方の効力の有効性に関して社会的な実効性が重視されているわけであるが、このような考えがヤコブスの見解に影響を与えているのである。
- (38) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 28 ff. 参照。この認知的な補強(die kognitive Ufermauerung)は、ヘーゲルの法哲学における道徳(die Moralität)の段階に位置付けられるものである(S. 29 Fn. 142)。また、認知的な補強はいわゆる敵味方刑法(Feindstrafrecht)論の文脈の中で重要な役割を果たすと思われるが、ヤコブスにおいては、既に人格に対する刑罰、つまり、市民刑法の領域でも考慮されているのである。また、川口浩一「敵に対する刑法と刑罰論」法律時報七八巻三号(二〇〇六年)一四頁以下も参照。敵味方刑法論については、別稿で改めて検討する。
- (39) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 29 f.; ders., Individuum und Person (前掲注(32)) S. 261 f. 但し、ders., Der Zweck der Vergeltung (前掲注(30)) S. 266では、人格としての犯罪者を現実的にコミュニケーションの名宛人から排除することが要請されているのみであり、刑罰を通じた苦痛に関する直接的な言及はない。また、ders., Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie (前掲注(29)) S. 36では、「身体的活動の手段の剥奪」が刑罰の内容として挙げられていた。身体的活動とはまさに外的自由の行使のことを指すはずであるから、ここでは刑罰の内容として外的自由の剥奪だけが念頭に置かれていたと思われる。後に述べるように、外的自由の制限が刑罰概念を構成する要素として法的に重要なものであるとしても、苦痛の賦課という要素は刑罰概念にとって法的には無意味なのではないかと思われる。
- (40) 例えば、Jakobs, Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie (前掲注(29)) S. 36; ders., Norm, Person, Gesellschaft (前掲注(32)) S. 105 f.; ders., Individuum und Person (前掲注(32)) S. 257 f.
- (41) これは、犯罪者が打ち立てた法則(例えば、窃盗を禁止する規範は自分には妥当しないので他人のものを盗んでも良いとする法則)に従う者のことであろう。つまり、これから犯罪者の模倣をしようとする者、一種の模倣犯のような存在が念頭に置かれ

ているのではないかと思われる。

- (42) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 32 f. 但し、ヤコブスはこのような消極的一般予防を間接的なものとして捉えている。つまり、あくまで刑罰の名宛人は社会における法に対して忠誠的な不特定多数の人格であるが、彼らが規範への信頼を現実的に維持するために、当該犯罪者の影響を受けてその法則に従う者に対して恐怖心を生じさせる威嚇が刑罰の間接的な効果として要請されるのである。刑罰の主たる関心はあくまで規範の効力（に対する信頼）の現実的な維持であり、その範囲内で消極的一般予防も間接的に考慮されるに過ぎないことになる。

- (43) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 31 f. は、刑罰量は当該犯罪行為が社会、つまり、法秩序全体に対して有する重大性に依拠するとし、具体的に、(一) 違反される規範の重要性とその違反の程度、(二) 当該規範の認知的な保障の状況、(三) 犯罪者の答責性という三つの基準を挙げている。

- (44) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 29 f. 参照。

- (45) この規範への忠誠 (Normtreue) の維持というものは、当該犯罪者の影響を受けて、将来模倣的に行動する潜在的犯罪者に対して問題となる。ヤコブスにおいては、規範への忠誠 (Normtreue) と規範への信頼 (Normvertrauen) という文言が区別されて用いられていることに注意を要する (例えば、ders., Staatliche Strafe [前掲注(31)] S. 33 参照)。つまり、刑罰によって一般人の規範への信頼を維持するための前提として、潜在的犯罪者における規範への忠誠の維持が問題となるのである。

- (46) この文脈においては、かつてのような社会教育的な効果によって人々の法に対する信頼を強化するというニュアンスはもはやないと思われる。つまり、いま現に在る一般人の規範への信頼を犯罪前の状態のレベルで維持することしか問題にはならないのである。ヤコブス自身、犯罪前の状態のレベルを超えて、法の効力の程度を刑罰を通じて改善する必要はないと主張している (ders., Staatliche Strafe [前掲注(31)] S. 34)。

- (47) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 31 参照。但し、ders., Zur gegenwärtigen Strafrechtstheorie (前掲注(29)) S. 39 f. も参照。

- (48) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 33 f. 以下、ders., Der Zweck der Vergeltung (前掲注(30)) S. 266 f. 参照。

- (49) Lesch, Über den Sinn und Zweck staatlichen Straffens (2. Teil) (前掲注(6)) S. 596 ff., 598 f.

- (50) 但し、松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」法律時報七八巻三号（二〇〇六年）一〇頁は、ヤコブスの刑罰論を、「絶対的」刑罰論との混同を回避するために「積極的一般予防論」の一つとして扱っている。また、同「刑罰目的と刑事立法」広渡清吾他編『小田中聰樹先生古稀記念論文集民主主義法学・刑事法学の展望下巻』（二〇〇五年）七五頁は、積極的一般予防とは、「社会の規

範を安定させてその規範的アイデンティティを維持することを『予防』と呼ぶものである」が、「この場合の『予防』は、法の否定としての犯罪を刑罰で否定するというヘーゲル流の『応報刑論』に近いものになる」として、八〇頁注(15)においてヤコブスの見解を参照している。

- (51) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 20, 75 ff., 88 ff. 参照。このパヴリクの見解において、ヘーゲルの法哲学からの影響は明らかである。また、同書に対する辛辣な書評として、Norbert Hoerster, GA 2006, S. 710 ff. があるが、その内容はあまりにも皮相的な批判でしかない。

- (52) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 82 ff. 参照。

- (53) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 81, 83 f.

- (54) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 90. パヴリクによれば (S. 82 f.)、市民は法秩序に対する関係において二重の地位を有することになる。つまり、まず市民は法秩序が課してくる義務の受取人 (Destinatär) としての地位に立ち、法秩序が要請する法に適った行動基準に従って他の市民と接しなければならぬ。この場面では、まさに目の前にいる具体的な他の市民に対する義務の履行が問題となる。そして、同時に市民は、法秩序の共同の担い手 (Mittäter) としての地位を有し、自由を現実的に保障する秩序の存続のためには、自分を含めた全ての市民が共同で、法秩序が課してくる義務(具体的に言えば、右の法に適った行動で他者と接する義務)を履行すべきことを認識しなければならない。この場面では、法共同体に結合している他の市民全体、つまり、法秩序全体に対する義務の履行が問題となる。以上から、ある市民が犯罪行為を行う場合には、まさに二重の意味で法秩序における市民としての義務を果たさなければならないことになるわけである。

- (55) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 86, 87. パヴリクは S. 86 Fn. 44において、以上のような彼の見解はカント並びにヘーゲルの立場と一致すると述べているが、実は、ヴォルフ学派における犯罪の捉え方とも重点の置き所の相違があるだけで、結論的にはそれ程の違いはないと思われる。実際、パヴリクも S. 87 Fn. 46において、自説と類似の見解の論者の一人として、ヴォルフ学派のツァイツィックの名前を挙げている。但し、前掲注(25)も参照。

- (56) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 90. また、Jakobs, Strafbegründung und positive Generalprävention (前掲注(22)) S. 136 も同旨である。

- (57) 自由の剥奪の程度、つまり、刑罰量は市民の不法の程度に対応する。パヴリクによれば (S. 91 f.)、具体的被害者が受けた自由の侵害の程度と法秩序全体に対する非忠誠の程度の双方が市民の不法の程度を量る基準となる。また、パヴリクは、刑罰という

制裁に関しては一定の激烈さ (Drastik) が不可避であるとして (S. 91) 、「善悪の賦課を刑罰の内容としている (S. 89 参照)。

- (58) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 90 f., S. 97.
- (59) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 90 f. 参照。
- (60) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 95.
- (61) 両学派の間にある相違と類似点については、特に、Tudor Avriganu, Ambivalenz und Einheit. Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlegendiskussion der Gegenwart anhand ihrer Bezüge zu Kants Philosophie, 2006, S. 52 f. 参照。また、前掲注(25)も参照。

- (62) 特に、拙稿「法概念の基礎としての相互承認関係」法学政治学論究四七号 (二〇〇〇年) 一五八頁以下、同「刑法上の不法概念の法哲学的基礎づけ」法学政治学論究四八号 (二〇〇一年) 一九二頁以下、同「法概念としての刑罰」(前掲注(10)) 五九頁以下参照。つまり、各人が法の原則に適った行動を自発的にとることが法秩序のそもその出発点ということになり、そのためには、全ての人間は法に適った正しい行動に自発的に出ることができると有していなければならないことになる。カントの実践哲学は、そのような能力が生得的に全ての人間に備わっていることをまさに前提としているが、このことはヴォルフ学派においても同様である。例えば、Zaczyk, „Fiat iustitia, percat mundus“ (前掲注(27)) S. 659, 660 f. を見よ。

- (63) 例えば、Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft (前掲注(32)) S. 42 参照。

- (64) 但し、ヤコブスの理論においては、既に人格 (Person) によって構成されている法秩序が現存することが前提とされるため、個人 (Individuum) と人格 (Person) のどちらの存在が時間的に先行するのとか、どちらの存在が基本となるものか、といった問いはあまり重視されていない。例えば、Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft (前掲注(32)) S. 49 参照。

- (65) Jakobs, Individuum und Person (前掲注(32)) S. 261.

- (66) 特に、Walter Kargl, Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?, GA 1999, S. 66; Fritz Loos, Literaturbericht: Rechtsphilosophie, ZStW Bd. 114, 2002, S. 674 を見よ。

- (67) ヤコブスにおいて、人格 (Person) と個人 (Individuum) は一人の人間の内で結び付いているため、その個人の側面は法秩序において完全に等閑視されてしまうわけではなく、後に本文内でも言及するが、認知的な補強 (die kognitive Untermauerung) の観点に見られるように一定の意義が与えられている (ders., Individuum und Person [前掲注(32)] S. 256)。また、快苦の枠組みに囚われた個人が、法秩序が課してくる義務の遵守を自己の役割として受け入れる前提として、それはあくまで個人にとって折り合い

(Auskommen) を付けられるものでなければならぬとされており (ders., Norm, Person, Gesellschaft [前掲注(32)] S. 46 f.)、その限界を超える役割の賦課は、法秩序を現実において機能させなくしてしまうことになる (Individuum und Person, S. 260 参照)。この意味でヤコブスにしてみれば、個人にとって満足できるものが法秩序において保障されなければ、個人が人格としての義務・役割を引き受けることもないのであるから、個人 (Individuum) と人格 (Person) の間には一定の関係性があることになる (Norm, Person, Gesellschaft, S. 98)。しかし、個人が快苦の枠組みに囚われた存在とされる限り、法秩序が課してくる役割の範囲が個人との折り合いを考慮したものであったとしても、場合によっては、結局それは法秩序への参加を勧誘するために個人の快楽の側面に阿ることにしかならず (但し、Norm, Person, Gesellschaft, S. 48 も参照)、個人 (Individuum) という存在に対するこのようなかたちでの配慮も所詮は、生の個々人を自律的な存在と見なし、その主体性を考慮することから大きく掛け離れたものではない。ヴォルフ学派においては、本来的に個々人は自由な存在であることが前提にされ、その自律性をより強固なものとするために、社会契約を通じて法秩序が構成されることになる。これに対して、ヤコブス学派においては、法秩序における役割を受け入れた人格だけが自由で答責的な存在として扱われる。しかし、それはあくまで、規範による方向付けの効力を維持するために人格に対して規範を配慮する義務を課す前提として、本来的に自由であるかどうかは不明にしたまま、その者には規範を配慮することを欲する自由があると便宜的に取り扱うことを意味するだけであり、結局のところ、たとえ「自由な人格」について語られたとしても、それは規範的な法秩序における単なる約束事にしか過ぎないのではないかと思われる。また、Individuum und Person, S. 260 Fn. 43, 263 f. も参照

(68) ヤコブスの見解では、社会契約論的な法秩序の構成は消極的に解されており、いわば事実としての法秩序の存在が前提とされている (例えば、ders., Norm, Person, Gesellschaft [前掲注(32)] S. 40 f., 48 f. 参照)。個人 (Individuum) は、そのような事実として存在する法秩序から規範を配慮する義務・役割を課されて人格 (Person) となるわけであるが、やはり自己がその構成に関与していない法秩序からの義務の賦課は他律的な性格のものであると言わざるを得ないように思われる。例えば、ヤコブスは、ders., Individuum und Person (前掲注(32)) S. 265, 266 において、個人 (Individuum) は子供のようなもの (Kindlich) であり、法秩序からの役割の賦課を通じた社会教育的なプロセスを経て自己を人格 (Person) として意識するようになるとしており、やはり、法秩序が上から他律的に義務を賦課してくるというイメージがヤコブスの理論には見受けられるのである。また、パヴリクも、社会契約論のように法秩序の成り立ちを重視するのではなく、各人の自由への要求に安定性を付与するという法秩序の効果に着目してその正当性を論じるべきとするアウトプット型の思考を提唱しているが、そこではあくまで法秩序が支配的・他律的な性格を

有することが前提とされている。これについては、特に、Michael Pawlik, „Selbstgesetzgebung der Regierten“: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur, in: Jan C. Joerden u. a. (Hrsg.), *Recht und Politik, ARSP Beiheft 93*, 2004, S. 128 ff. 参照。

- (69) 但し、ヤコブスの刑罰論においては、具体的な被害者が受けた被害(その者が被った自由の侵害)の程度は刑罰量に関係しないと思われる。前掲注(43)参照。それに対して、ヴォルフ学派の見解、ヤコブス学派でもパウリクの見解では、具体的な被害者における自由の侵害の程度も刑罰量に影響することになる。パウリクの見解については、特にPawlik, *Person, Subjekt, Bürger* (前掲注(7)) S. 92を見よ。

- (70) 一般的にカントは「目には目を、歯には歯を」という物理的な同害報復の主張者として理解されている。しかし、カント自身は、犯罪者には、彼が他人に対して犯したものが、文字通りの同害報復ではなく、刑罰法則の精神に従って応報されると主張しており(MDS, B 172, 173 [邦訳二二九頁]参照)、「あなたが人から盗めば、あなた自身から盗むことになる」とカントが述べている内容も、物理的な同害報復を意味するものではなく、窃盗によって窃盗行為を禁止する規範が不安定にさせられてしまい、今度は窃盗犯人自身が窃盗の被害者になるかもしれないというかたちで犯人自身に被害が立ち返ってくることを表しているとすることができる(MDS, A 198, 199/B 228, 229 [邦訳一八〇頁]参照)。このように、カントも犯罪を法秩序における規範の効力を不安定にさせるものとして捉えていたのであり、彼の刑罰論も規範妥当を回復させるための規範的な応報刑論の先駆として評価できると思われる。ドイツにおいても、右のような意味でカント刑罰論の内容を捉える見解が有力となっている。詳しくは、拙稿「法概念としての刑罰」(前掲注(10))八一頁注(74)で挙げられている文献を参照。

- (71) 例えば、Heiner Bielefeldt, *Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen*, GA 1990, S. 119; Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, 1999, S. 81.

- (72) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (前掲注(6)) S. 371 ff. (S 218 m. Anm. || 藤野渉・赤沢正敏訳『ヘーゲル法の哲学Ⅱ』[二〇〇一年]一六〇頁以下) 参照。ヘーゲルは、市民社会にとっての危険性が犯罪の質と量を規定する基準の一つになるとし、市民社会の「状態いかによっては、二、三銭の窃盗ないしは一株の蕪かぶらの盗みに死刑が科せられることも是認されるし、こうした有価物の百数倍にもなる窃盗に軽い刑が科せられることも是認される」としている。このヘーゲルの見解については、特に、松生建「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰(一・完)」海上保安大学校研究報告四四卷二号(一九九九年)三二頁以下参照。

- (73) Köhler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung* (前掲注(14)) S. 53 ff., 59 f.; ders., AT (前掲注

- (14) S. 582 f., 599, 602 参照。
- (74) ケーラーが依拠する『法の哲学』におけるヘーゲルの叙述に関しては異なる理解も提起されている。例えば、松生「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰(二・完)」(前掲注(72))三七頁以下は、応報における価値的相応性をあくまで犯罪によって直接の被害者が被った侵害と刑罰との間での均衡性と解し、法秩序の安定性の程度に基づく重罰化は、価値的相応性の原則を超えて一般予防の観点と結び付いてしまうものであると批判している。つまり、法秩序における規範妥当の安定性の程度は、ケーラーの見解とは異なり、犯罪と刑罰の応報的な価値的相応性を具体化するための基準とは解されていないのである。
- (75) 例えば、Köhler, AT (前掲注(14)) S. 51.
- (76) Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft (前掲注(23)) S. 333 f. m. Fn. 8; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 94 m. Fn. 66 参照。
- (77) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 35 f. 参照。
- (78) Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 33 参照。
- (79) 特に、Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 32, 34.
- (80) 特に、Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 36. また、Günter Stratenwerth, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, S. 8 f. (＝真鍋毅「シユトラーテンヴェルト『刑罰目的の理論は何を為すのか』」佐賀大学教養部研究紀要二九卷「一九九六年」五二頁)は同種の批判をケーラーに向けている。
- (81) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 94 Fn. 66において、行為者は一定の安定性を伴った具体的な社会状況に立ち入るかたちで犯罪を行うのであり、その行為者の市民としての役割から見て、当該社会における当該犯罪行為の意義に内容を与える、右のような社会全体の安定性というコンテクストから行為者は離れることができないとされている。犯罪者に対しても法秩序を維持する役割が課せられたままなのであるから、法秩序の具体的な安定性の状況に応じて、場合によってはより多くの負担がその役割に関して課せられるのは当然であるということなのだろう。しかし、問題は、そのような安定性の状況の変化が当該行為者にとって全く予想も付かなかった場合である。ここで国家的法秩序における刑罰制度を単純に消極的な配分的 (negativ-distributiv) 正義の観点から捉えてしまうと (例えば、Köhler, AT [前掲注(14)] S. 7 f., 53, 582. 但し、ケーラーが以下のような結論をとる者ではないことは勿論である)、仮に当該行為者に予想が付かなかった場合でも、彼に対してより多くの負担を課すことが許されないわけではないという結論を導き出してしまう。配分的正義とは簡単に言えば、各人の間にある不平等状態を法秩

序全体の観点からは是正するものであり、税金制度に見られるように、より多くの富を有する者からより多くの税金を徴収し、例えばそれを福祉のかたちで全体に再配分することがこれにあたる。そこで、ある共同体の経済状態が極度に悪化した場合には、より多くの富を有する者がたとえその悪化について責任がなかったとしても、その者から、経済状態が安定していた時期と比較してより多額の税金を徴収することも許されるであろう。刑罰制度をこのような税金制度の裏返しとして消極的な配分的正義の観点から考えた場合、犯罪者とは違法行為を通じて不当により多くの自由を獲得した者であり、法秩序全体における自由の平等状態を回復するために、刑罰を通じて当該犯罪者から自由を剥奪することが許されるわけであるが、その法秩序において自由を保障する規範の効力の安定性が悪化している状況下においては、それが安定している時期と比べて、たとえ当該犯罪者にそのような悪化に関して全く責めを負わせるような事情がなかったとしても、より多くの自由の剥奪、つまり、重罰化を認めてもさしつかえないことになってしまう。勿論、税金制度と刑罰制度ではその負担の性質が異なるため、完全に裏返しの問題として捉えることができないのは当然である。ただ、そう主張できるためには、正義論の観点から刑法(刑罰)制度に特有の性質(例えば責任主義)を詳細に規定し、他の国家制度との相違を明らかにする必要があると思われる。

(82) 実はこのような結論こそがケーラーの真意であると思われる。何故なら、Köhler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung* (前掲注(14)) S. 60において、社会の変化に基づく犯罪行為の重大性に関する意義の変動を個々の行為者に帰せしめることは、彼の行為がこのように変化した犯罪行為の意義を自己の内に取り入れる(in sich einbeziehen)限りにおいて、責任の観点からも正当なものであると主張しているからである。

(83) 例えは、Klaus Lüderssen, *Opfer im Zweifelt*, in: Thomas Weigend u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 889 ff., 892 f. 参照。また、民事的な制裁による刑罰の代替に関しては、Kurt Seelmann, *Schwierigkeiten der Alternativendebeate im Strafrecht*, in: Henning Radtke u. a. (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 152 ff. 参照。ゼーラムンは既遂犯の領域に限ってはあるが、民事的な制裁を刑罰の代わりとする(こと)を一応のところ肯定している(S. 155)。

(84) Klaus Günther, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in: Cornelius Prittwitz u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, S. 206 f., 219. 特に「ギンターは、犯罪に対する非是認のリアクションに含まれるシンボリックで表現的な意味内容を伝達する手段としては、害悪の賦課と結び付いた刑罰の執行を不必要なものであるとしている。また、ギンターによるヴォルフ学派並びにヤコブス学派の刑罰論の背景にある基本思想に対する批判として、ders., *Jenseits von idealistischer und rollenfunktionaler Strafbegründung*, in: Peter Siller u. a. (Hrsg.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, 1999, S. 141 ff. 参照。

- (85) 特に、Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 88 f. 但し、パヴリクは、社会の安定期においては、刑罰による制裁を重大犯罪に対する場合だけに限定して良く、それ程重大ではない犯罪については、行為者に損害回復を義務付けることを通じた対応等で市民の不法に対する十分なりアクションになり得るとしている (S. 96 f.)。ここで当該行為者に損害回復を義務付ける主体として想定されるのは国家的法秩序のほずである。そもそも犯罪と刑罰を法秩序全体の観点から捉えるパヴリクにしてみれば、当該行為者が私的なたちで損害回復を行うだけでは足りず、やはり国家によるコントロールの下での損害回復でなければならぬのである。また、ケーラーも軽微な犯罪の場合に限って、被害者に対する損害回復に処罰減輕、更に場合によって不処罰の効果というものを認めているが、そこでは行為者の自発性・任意性が重視されている (Köhler, AT [前掲注(14)] S. 669 参照)。
- つまり、損害回復はあくまで自律的な性質を有していなければならず、それは犯罪後に私的なたちで相手方に直接的に媒介されることで十分とされているのである。このようなパヴリクとケーラーの間に見られる見解の相違は、前掲注(25)で指摘したように、刑罰の作用を考える際において生じる、犯罪者と被害者という個々の人格同士の関係性を法秩序の内部でどのように位置付けるのかという問題に対する考え方の違いに由来するものであると思われる。これについては、特にPawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 89 Fn. 50を参照。
- (86) 前掲注(57)参照。
- (87) また、ヴォルフ学派の立場からすると、ヤコブスのように自由の剝奪を認知的な補強の観点に結び付ける必要性はない。何故なら、外界における自由の普遍的な保障を回復するために犯罪者から自由を剝奪することは、カント的に言えば、(法的な)実践理性の観点からいわば既に規範的に要請されるものであり、それは現実社会の一般人が納得するかどうかとは関係がないからである。勿論、このような哲学的な前提に依拠することが、外界における自由の剝奪に関する刑罰論の根拠付けとして十分なものであるか否かは一つの問題となろう。
- (88) 前掲注(39)参照。
- (89) 例えば、Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft (前掲注(32)) S. 33において、認知的な補強を欠いた実存的な財 (existentielle Güter) の規範的保障は、人格 (Person) には全てのものを与えるが、通常、個人 (Individuum) には不満足しかもたらさず、そのような状況においては、規範とそれに基づく社会が現実のものになることも殆どないとされている。つまり、認知的な補強は、人間における個人 (Individuum) の側面を対象とするものなのである。
- (90) 認知的な補強の名宛人は、既に法秩序の構成者なのであるから、個人 (Individuum) の側面と同時に人格 (Person) の側面を有

していることになる。しかし、人格 (Person) の側面が個人 (Individuum) の側面に浸透し、法秩序においては個人 (Individuum) も理性的な判断を行えるということはヤコブスの理論ではあり得ないことである（例えば、ders., Norm, Person, Gesellschaft [前掲注(32)] S. 49 は、人格と個人の関係において「いずれにせよ世界に関する互いに結び付き合うことのできない二つの解釈の枠組みが問題となる」としている）。もし個人 (Individuum) に対して理性的な判断を期待するのであれば、その者には生得的に理性の能力が、少なくとも潜在的には備わっていることを前提としなければならぬことになる。まさにそのような前提に依拠するのがヴォルフ学派の基本思想である。

(91) 結局のところ、いわゆる法感情、国民感情といったものに刑罰の内容が左右されると主張するのと同じことになってしまおうと思われる。

(92) このような批判として、Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 68. 但し、前掲注(57)で示したように、パヴリク自身、害悪の賦課を刑罰の内容としているが、その根拠付けはかなり不明確なものである。ヘルンレの見解については、前掲注(22)参照。

(93) 勿論、刑罰論が法概念としての刑罰のあるべき姿を提示し、現状を批判する基準を提供するものであるとしても、現行法秩序における現実の刑罰が苦痛乃至は害悪の賦課と結び付いていることは否定できない事実であるかもしれない。しかし、だからと言って苦痛の賦課を無批判に刑罰の内容に取り込むのでは現状を単に分析するだけの立場に留まることになってしまう。やはり刑罰を法概念として規範的に構想するということは、現状分析を超えて、それを批判する基準を提供するものでなければならぬはずである。そして、現状の刑罰制度を批判する基準を提供すると言っても、それが全く実現不可能な理想的で高尚過ぎるものであつては意味がなく、あくまで現実の法秩序において実現可能な代替案を示すものでなくてはならない。実はこのような前提に立つのがヴォルフ学派の刑罰論における基本思想である。ヴォルフ学派が依拠する哲学者の一人であるカントの歴史哲学に基づけば、現状の刑罰制度を理性的なあるべき姿に少しでも近づけ、その姿に適ったかたちの刑罰制度の実現に向けて努力すべきことは、いつか達成できるものであることを前提とした、人類に課せられた使命ということになり（これについては、Immanuel Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, A 395 ff. (＝福田喜一郎訳「世界市民的地における普遍史の理念」[岩波書店版カント全集14、二〇〇〇年]一〇頁以下) 参照)、その達成度に応じてその法秩序がどの程度理性的なものであるかが測られることになる。つまり、ヴォルフ学派においては、このようなカントの歴史哲学的な立場を踏まえながら、刑罰論を展開する際にもその内容の漸次的な実現可能性が常に理論上の前提とされているのである。また、ヤコブス学派の立場か

らしても、例えば社会の啓蒙化が進み、苦痛（害悪）の賦課がなくても認知的な補強（保障）として十分であると一般人が納得できるような「進歩的」な時代が仮に将来やって来たら、自由の剥奪だけが刑罰の内容とされることになるであろう。従って、ヴォルフ学派、ヤコブス学派のどちらにおいても、結局のところ歴史の進歩が刑罰概念の内容を規定する上で一定の重要な役割を果たすことになる。

- (94) 自由の剥奪とは、法秩序によって保障された、外的自由の行使に関する法的地位の剥奪のことであるが、しかし、それは完全に剥奪されるものではなく、そのような法的地位の一定の低下乃至は限定化に留まるものでなければならぬ。これについては、拙稿「法概念としての刑罰」（前掲注(10)）六五頁以下参照。刑罰によって、自由を行使できる法的に保障された地位を失うのであるから、確かにそれを「害悪」として捉えることも可能であるかもしれない。しかし、あくまでもそれは法的な意味での自由の制限を表すものでしかなく、身体的な苦痛までも内容的に含む必要はないのである。

- (95) Zaczyk, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens (前掲注(23)) S. 216 f. (邦訳一二三頁) は、自由の剥奪に基づく「ある人格の法的地位の低下 (Minderung)」が「『害悪』として感じられることは、刑罰の結果ではあるが、しかし、その根拠ではない」としている。また、現時点において未公刊の論稿であるが、ders., „Hat er aber gemordet, so muss er sterben.“ Kant und das Strafrecht, S. 14において、刑罰によって賦課されるのは法的な意味での自由の損失であり、身体的な苦痛ではないことが強調されている。更に、Koriat, Zum Streit um die positive Generalprävention (前掲注(6)) S. 55も刑罰は単に主観的な意味において害悪というだけであり、客観的な意味においてはそうではないと主張する。

- (96) ヤコブスについては前掲注(36)参照。ケーラーについては、ders., AT (前掲注(14)) S. 50; ders., Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (前掲注(14)) S. 62参照。

- (97) 例えば、Jakobs, Staatliche Strafe (前掲注(31)) S. 37.

- (98) Köhler, AT (前掲注(14)) S. 633参照。また、ヤコブス学派のレシユ (ders., Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (2. Teil) [前掲注(6)] S. 595) も任意の参加を勧めることに留めるべきとする。

- (99) このことは、ヴォルフ学派においても、そしてヤコブス学派においても前提とされていた。

- (100) この点につき、カントは「裁判による刑罰は、…市民社会にとって、別の善を促進する手段にすぎない」ということはけっしてありえず、つねにもっぱらその人が犯罪を犯したがゆえにその人に課されるのでなければならぬ。というのも、人間が他の人の意図のための手段としてのみ扱われること、物権の対象と一緒にされることはできないのであり、市民的人格であることを剥

奪する判決が下されても、生得的人格であることが、そうした扱いからその人を守るからである」(MDS, A 197, B 227 [邦訳一七八頁])と主張していた。つまり、犯罪者は答責的に引き起こした規範妥当の危殆化の範囲内でのみ市民的人格性を喪失し、その限りでのみ法秩序回復のための一時的な「手段」とされるが、その範囲を超える処罰は、犯罪者もいまだ生得的人格性を有していることから、許されないことになる。このように考えると、許される処罰の範囲をそれが許されない範囲から絶対的に區別して、許される範囲の限界を設定するためには、そもそも全ての人間には生得的な人格性が備わっているとするヴォルフ学派の基本思想が正しいように思われるのである。また前掲注(90)も参照。

(101) 確かに、ヤコブスにおいては、刑罰による威嚇の追求の前提として当該犯罪者の答責性が一応考慮されていた。しかし、既に本文内で言及したように、それが責任主義の要請に合致するものとして十分と言えるかどうかは疑問がある。

(102) 確かに、ケーラーにおいては、同種の犯罪が頻発している状況が、場合によっては、当該犯罪者に対する刑罰量の規定に影響することになる。しかし、それは既に述べたように、他の潜在的犯罪者に対する威嚇を考慮したものではなく、あくまで当該犯罪行為の違法性がより重く評価されることからの帰結であり、しかも責任主義に適ったかたち(前掲注(82)参照)で犯罪に相応しい刑罰を要請する応報の理念を具体化したものであると思われる。

(103) 勿論、厳密に言えば、このような作用は行為規範による働きかけと同じものではない。何故なら、それは裁判規範によって媒介されるものであるし、処罰という帰結の確実度に関しても働きかけの影響力が異なるからである。

(104) ドイツ刑法法二条第一文では、「自由刑の執行にあたり、受刑者は、将来において社会的な答責性の下、犯罪行為を行わないで生活を送ることができるようになるべきである」と規定されており、再社会化が行刑の目標とされている。

(105) 例えば、Urtell v. 1. 7. 98, BVerfGE 98, 169.

(106) ドイツ刑法法四条一項は、「受刑者は自分に対する取り扱いの具体化(Gestaltung)並びに行刑目標の達成に関与する。受刑者のそれへの準備は呼び起こされ、促進されるべきである」として受刑者の地位を規定している。ここからも、再社会化のための行刑プログラムへの受刑者の参加は強制的なものであつてはならず、あくまでも受刑者の自発性に依拠すべきことが導き出されるのだろう。

(107) 例えば、Hassmer, Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? (前掲注(5)) S. 237は、受刑者に対して積極的な関与を求め、それがうまくいかなくても冷静に対応できる解放的な社会治療のようなものを、再社会化に関する行刑の内容として推奨している。

- (108) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 94; ders., »Der Täter ist um der Gemeinschaft willen verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen« (前掲注(11)) S. 349.
- (109) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger (前掲注(7)) S. 95 参照。パウリクからすれば、ドイツ刑法四条一項において受刑者の自発性を促すことが前提とされているのは、あくまでもその方が再社会化の効果を達成しやすいというプラグマティックな理由があるからに過ぎない。
- (110) 特に Weigend, Resozialisierung - die gute Seite der Strafe? (前掲注(4)) S. 190 f. 参照。
- (111) このように法に特有のメルクマールを外面性に求める見解の思想的背景として重要なのが、カントにおける合法性 (die Legalität) と道徳性 (die Moralität) の区別である (Mds, AB 15 ff. [邦訳三三頁以下] 参照)。カントによれば法における義務は外的な義務でしかなく、内心において義務の内容を動機とすることは必要ではない。合法性と道徳性の区別については、特に Rainer Zaaczyk, Einheit des Grundes, Grund der Differenz von Moralität und Legalität, Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 14 (2006), S. 311 ff. 参照。
- (112) 再社会化の働きかけにおいては、受刑者に社会の側が正当と見なす価値観を伝達するプロセスが問題となるとされている (例 えび Hassenner, Darf der strafende Staat Verurteilte besser wollen? [前掲注(5)] S. 236 f.)。人々の価値観が多様化している現代社会において、確かに特定の内容と結び付く価値観を受刑者に対して押し付けることは慎まなければならない。しかし、本稿の立場からすると、社会の多数派だけが好むような特定の価値観を受刑者の内面に対して押し付けることは問題とならない。何故なら、ここでは、あくまで外面的な範囲において他者を侵害することなく社会生活を営めるようにする働きかけだけが要請されるからである。他者を侵害しないで社会生活を送るということも一つの価値観かもしれないが、それに異論を唱える者はいないだろう。確かに、ここでも外面的な範囲とはいえ、価値観の植え付けのようなものが問題にはなるが、その内容は人間社会において普遍的に妥当する、自由を保障する法秩序の回復・維持にとって不可欠のものである。また、外国人受刑者に対する再社会化の働きかけの際には、当該犯罪地の社会への立ち返りか、または出身地の社会への立ち返りのどちらを念頭に置くべきかということが問題となる。特に、出身地の社会への復帰だけを念頭に置いて、その地域的文化的な特徴を過度に考慮した再社会化の働きかけだけを行う場合には、何故それが当該犯罪地の法秩序の回復と結び付くのかという疑念が生じるかもしれない。しかし、再社会化の働きかけが、どのように具体化されようとも、右で示したような、地域的文化的な差異を超えて普遍的に妥当する、自由を保障する法秩序の回復という核心部とのつながりを維持している限りは、たとえ出身地への立ち返りを念頭に置いた

再社会化の働きかけであったとしても、当該犯罪地の法秩序の回復に結び付くことは可能となろう。

(113) たとえ外面的な範囲であったとしても、再社会化の働きかけが強制的になされる場合、確かにその効果の達成の点では問題がなくはないだろう。そこで、強制的な働きかけであっても、實際上その内容の具体化にあたっては、自発性を促すことが試みられるべきかもしれない。しかし、そのような促しはパウリクが指摘したように（前掲注(109)参照）、実用論上のものでしかないと思われる。

(114) しかし、再社会化の働きかけがこのような限定を受ける以上、完全な再社会化の効果などというものはそもそもあまり期待できないことになる。何故なら、受刑後、当該犯罪者が再び犯罪を行う可能性は、彼が（道徳的に）自由な存在である限り否定できないからである。例えば、カントは、法または不法という区分にとつて最上位の区分概念は、自由な選択意志（Willkür）の作用一般であるとし（MDS, AB 14 Ann.*[邦訳三三頁]参照）、いわば自由な意思が不法をなすことを肯定していた。つまり、人間が自由な存在である限り、常に不法への自由があることは否定できないのである。この意味で、松宮「刑罰目的と刑事立法」（前掲注(50)）七六頁以下が、「行為者に選択の『自由』があつたのなら、彼は、刑罰を受けても、なお、犯罪行為を選択する『自由』を失わないことになろう。刑罰を受けようが受けまいが、彼は自由に犯罪へと意思決定できるのでなければ、彼は『自由』であつたとはいえない」とするのは正当な指摘である。しかし、以上のような悲観的な見通しは、再社会化の働きかけが法概念としての刑罰に伴うものであることからの不可避の帰結である。ここに法の限界の一つがあるのかもしれない。

(115) 再社会化の働きかけの対象者を法秩序の構成者としての主体的な地位に立ち返らせること自体が、再社会化の働きかけの目的でもあるから、ここではその対象者が法秩序回復のための単なる手段とされることはないのである。この点につき、カントの定言命法は、「自分の人格のうちにも他の誰もの人格のうちにもある人間性を、自分がいつでも同時に目的として必要とし、決してただ手段としてだけ必要としないように、行為しなさい。」（Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 67（＝平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」〔岩波書店版カント全集7、二〇〇〇年〕六五頁））と言っていた。つまり、理性的存在者である人格は、単なる手段とされることなく、それ自身常に目的として扱われるものでなくてはならないのである。