

I. ヴォルフガング・ナウケ 「『学派の争い』？」

本田 稔* (訳)

目 次

- 一 議論の状況
- 二 「学派の争い」を論ずる前提条件
- 三 刑罰による目的中立的応報と合目的的応報
- 四 古典と近代における平行的な刑事政策
- 五 国法による刑法の限界づけを軽視する古典学派と近代学派
- 六 刑法の限界づけに関する古典学派と近代学派の争いの更なる意味
- 七 現代の積極的一般予防：学派の争いの帰結からの解放？

一 議論の状況

19世紀末から20世紀の20年代半ばにかけて起こった正しい刑罰論に関する論争を「学派の争い」という。それは、古典学派の領袖カール・ビンディング（1841-1920年）と近代学派の領袖フランツ・フォン・リスト（1851-1919年）の間で行なわれた争いである。争点は、禁圧的な刑罰による行為の応報と予防的な刑罰による行為者の再社会化の間で繰り広げられた闘いであったと定義されている¹⁾。学派の争いは、最終的に妥協であったと記されている。それは、刑罰の統合理論、すなわち予防的な目的刑と禁圧的な応報刑との統合であった。その当時の人々は、学派の争いの経過をこのように見た²⁾。学派の争いの経過は、現在の文献に至るまでこのよう

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) 学派の争いの対象をこのように特徴づけるものとして、E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 387. 同様のものとして、Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., München 2002, Rn. 254ff.

2) 学派の争いに関する当時の文献について、資料的に概観するのは、R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht 1, Berlin 1925, S. 473ff, 487ff. Vgl. weiter Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907, S. 213ff.; E. Schmidt (Fn. 1), §§321, 322; H. Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953, S. 31f.; Rüping/Jerouschek (Fn. 1), Rn. 254ff.

に語られている³⁾。

しかし、ここ数年、刑法学の歴史において学派の争いを今一度見直す——まだ数少ないが——議論の潮流が現れている。学派の争いにおいて、正しい刑罰論が話題になったことは疑いない。しかし、争いの原理・原則のたぐいに関する議論は行なわれていない。古典学派と近代学派の違い（および応報と予防の違い、応報刑と目的刑の違い）は、これまでの学派の争いに関する議論において重視されてきたが、新しい議論の潮流においては、さほど重視されていない⁴⁾。以下においては、この新しい議論の潮流を確固たるものにするために、それを取り上げて検討する⁵⁾。

二 「学派の争い」を論ずる前提条件

刑法における学派の争いが成立するためには、その前提条件として、刑罰による応報と予防を理論的に対立させることが必要である。応報のもとで理解されている

3) 正確に記述しているのは、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 76f., und A. Koch, Binding vs. v. Liszt, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin 2007, S. 127ff. Vgl. auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 3. Aufl., München 1997, § 4 Rn. 3; H. Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 1967, S. 18 f.; Hassemer, NK-StGB, Baden-Baden 1995, Rn. 407-428 vor § 1; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984, S. 10f.

4) 時系列で列挙すると、Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Berlin 1975, S. 28ff.; H. Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1984, S. 296ff.; Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion, Berlin 1987, S. 42ff.; Westphalen, Karl Binding (1841-1920), Frankfurt/M. 1989, S. 475ff.; C. Bohnert, Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, Pfaffenweiler 1992, bes. S. 150ff.; Vormbaum, ZStW 116 (2004), S. 197; J. Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, Berlin 2004, S. 12ff.; A. Koch (Fn. 3), bes. S. 142ff.; Mushoff, Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung, Frankfurt/M. 2008, S. 12ff.; Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin 2009, S. 137. ff.; Germann, Zweispurige Verbrechensbekämpfung, Rechtsgeschichte 14 (2009), hrsg. v. Stolleis, S. 111.

5) 私はかつてその検討を試みたことがある。Vgl. Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden 2000, S. Vff. und S. 25f.; Rechtstheorie und Staatsverbrechen, in: Binding/Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens (1920), Berlin 2006, S. IXff., Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in: Hilgendorf/Weitzel (Fn. 3), S. 121 Anm. 80.

のは、過去の行為に対する刑罰的反作用であり、予防のもとで理解されているのは、将来のための行為者に対する刑罰的反作用である。ここには二つの全く異なる種類の刑法がある。すなわち、過去を指向する（古典学派の）刑法と未来を指向する（近代学派の）刑法である。この対立によって、論じ尽くせないほどの議論の領域が刑法学に開かれている。それぞれの学派の戦略は、二つの中心的な議論に集中している。古典学派は、行為者を処罰することによって不正な行為に作用する刑罰の概念を強調する。古典学派は、それによって近代学派が刑法を廃止し、警察的に整備された統制法をもたらそうとしていると非難することができる⁶⁾。近代学派は、応報刑は社会にとって有益ではなく、それゆえ現代に即した刑法の目的をなおざりにしていると強調する。近代学派は、それによって近代が求めている刑法は予防刑法であるという問題を古典学派に対して投げかけている⁷⁾。

刑法をめぐるこれらの姿勢は、お互い歩み寄れるものではない。学派の争いは、古典学派と近代学派の統合という形態で妥協に終わったと言われているが、それは理解できない。ただし、これらの学派が間違っていて書かれたり、両学派の対立が誤まって描かれたりしているならば、話は別である。妥協に終わったということは、もしかすると古典学派と近代学派には刑罰に関して共通する政策目的があったからではないだろうか。両学派は、学問的に論争していたのではなく、刑罰権を行使する国家権力へ接近するために政策的に競争していたのではないだろうか——学派の争いの妥協は、妥協のようなものではなく、応報的な禁圧と再社会化的な予防の権力的な総和なのではないだろうか。

三 刑罰による目的中立的応報と 合目的的応報

「全ての刑罰は目的刑である」——「刑罰は目的のための手段である」

この文章は、学派の争いの核心部分をなしている文献から引用したものである。これまでの学派の争いの記述が正しければ、これらの引用は近代学派に分類されねばならないであろう。

「全ての刑罰は目的刑である」。これは、ビンディングの定式である⁸⁾。「刑罰は

6) Birkmeyer, Was läßt Franz von Liszt vom Strafrecht übrig?, München 1907.

7) v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Aufsätze und Vorträge 1, Berlin 1905, S. 126ff.

8) Bindig (Fn. 2), S. 235 (im Original gesperrt).

目的のための手段である」。これは、フォン・リストの定式である⁹⁾。これらの定式に内容的な違いはない。

それにもかかわらず、違いがあると思われる。それは何故かという、古典学派の応報刑思想が不明瞭に理解されているからである。確かに、古典学派の文献において応報刑を求める声が実際にもしばしば聞かれる¹⁰⁾。しかし、刑罰による応報について論ずる場合、気をつけなければならないのは、応報刑には目的中立的な応報と合目的な応報という二つの形態があるということである。

目的中立的で、純粋な応報という刑罰のイメージの輪郭は、18世紀末から19世紀初頭にかけてカントから得られたものである。カントは、合目的な刑罰、すなわち目の前にある目的に奉仕する刑罰を政策としてしか見ていない。カントは言う。政策は、ある時代から他の時代にかけて変化する。それに拘束力はなく、また正義とも関係ない。合目的な刑法は、その刑法を必要としている合目的な政策と同じように拡大する。カントは、このように述べて、目的中立的な刑法を探求したのである。しかし、それは骨の折れる辛い作業であった。あらゆる経験的な目的が取り除かれた刑法こそが、認識論的に安定化された刑法こそが狭義の刑法であり、人権侵害に対する応報刑法である。このように定式化できるのは、カントだけである¹¹⁾。

カントに基づいて、この純粋で、非政策的で、目的中立的な刑法から出発して、長期にわたってそのような刑法を構築する努力をしたとき、学派の争いは起こる。個別的に言えば、必要経費に関する法的規定に関してまでそのような努力をして、そこで構築された刑法に対して現実的な政策目的の近くにいる刑法を対置させたときに、学派の争いは起こるのである。より厳密に言えば、そのようになったときに、刑法は果たして法として存在できるのかという問題をめぐる刑法原理の争いが起こるのである。この問題提起をきっかけにして、厳格に範囲が限定された学問的・実務的な態度とはどのようなものなのか、研究の方法をどのように確立すべきなのか、その組織はいかに構成されるべきなのか、それによって国家・社会に対してどのような影響が及ぶのかという問題を論ずることが可能になる。政策刑法と純粋刑法との争いというものは、そういうものであろう。それこそが妥協を許さない

9) v. Liszt (Fn. 7), S. 161.

10) Binding (Fn. 2), §92. - Vgl. die Nachweise bei Westphalen (Fn. 4), S. 144ff. und H. Müller (Fn. 4), S. 306ff.

11) Kant, *Metaphysik der Sitten*, Ausgabe Meiner, Hamburg 1954, S. 154ff., 158ff. - Einzelbelege: Naucke, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant*, SchlHA 1964, S. 203ff. und: *Kants Kritik der empirischen Rechtslehre*, Stuttgart 1996.

学派の争いというものであろう。しかし、古典学派と近代学派の対立は、まだそこには至っていない。

純粹の応報刑法は、19世紀において支持者を見出すことはできなかった。その後の時代においても同じである¹²⁾。この純粹な刑法は、実体法、手続法、裁判所構成法および行刑実務の定式化に影響を与え、多くの刑法論争の基礎的な理念になっているのかもしれないが、刑罰の現実面においては、合目的的な刑法が、こともあろうかにカントに依拠して成り立っているのである。

その一例として記憶に留めやすいのが、カール・ベンディングと古典学派である。次の素晴らしい文章を読んでみよう。刑罰は法違反に対する応報でしかない。犯罪は法律の権威への抵抗である。刑罰は行為者を崇高な法律に服従させることである¹³⁾。

この文章は、カントの定式、例えば「刑罰法規は定言的命令である」¹⁴⁾ という定式として暗に読まれている。つまり、純粹に目的から独立した刑法を示唆したものとして読まれている。しかし、古典学派をそのように理解するのは、無邪気な誤解である。

ベンディングの古典学派の刑法は、近代学派の刑法と同じように、合目的な刑事政策である¹⁵⁾。古典学派の刑法の基礎には何があるかということ、それは規範である。規範は、秩序づけられた道筋が安定するために、社会と国家が自らを方向づけるべきものである。規範は、時間的に法律に先行して成立している。法律は、その規範を受け入れる。そして、規範を確証し、安定化することが重要であると見なされれば、法律はそれを刑罰によって実行する。規範違反に対して、刑罰が明白かつ確実に科されれば、法律によって保護される規範もまた、明白かつ安定的なものになる。刑罰には、規範の安定化という目的があるのである。応報は、法律侵害に対して必要な処罰であり、それは規範を強化する効果的な手段である。

その一例が合目的な応報なのである。合目的な予防との間に原理的に違いは

12) 個別の資料については、Frommel (Fn. 4), S.104ff.; Naucke, Über den Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jahrhundert, in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1969, S. 27ff.

13) Binding (Fn. 2), S.226ff.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4.Aufl. Leipzig 1922, S. 419.

14) Kant (Fn. 11), S.159.

15) Frommel (Fn. 4), S.104ff., 193.それは、この状態が「隠蔽された相対的」な刑罰の根拠づけであると分かり易く特徴づけている。

ない。ベンディングに負うところの多い規範論は、古典学派が独自に考案したものであると言われているが、フォン・リストはその規範論以上に、近代学派の目的刑を定式化する知的努力を行っていない¹⁶⁾。

古典学派と近代学派は、刑罰目的において同じ意向を持っている¹⁷⁾。合目的な応報と合目的な予防は、等しく将来に向けられ、目の前にある国家を将来的に安定化することを望んでいる。実際に適用できる手段は、様々に定式化されている。ある時には合目的な応報であり、またある時には合目的な再社会化である。しかし、それは表面的なことではない。古典学派と近代学派の領袖は、それを早くから知っていた。

「国家は……法の力を用いて法の敵と闘う。……(刑罰は国家にとって)目的のための手段でしかない」(ベンディング)¹⁸⁾。

「保護刑は正しく理解された応報刑である。……禁圧と予防は対立しない」(フォン・リスト)¹⁹⁾。

四 古典と近代における平行的な刑事政策

現在なされている刑法に関する叙述を全体として見るならば、そのほとんどにおいて、「刑法は法益保護である」という文章を見ることができる。この文章に関しては、ベンディングとフォン・リストのどちらでも、好みに応じて引き合いに出すことができる²⁰⁾。そこに違いはない。法益が、内容的に変化し、不足部分を補充し、要保護性がなくなれば消滅し、革命などによって新たに生成される一過性の構成物であることは、両学派には周知の事実である。法益を限定することがほとんどできないことは、両学派にとっては当然のことである。ベンディングとフォン・リストの教科書は、その時代の全体的な実体刑法を記録している。あまり考えることなく、植民地の財産、軍隊、保険制度、戦闘機関、経済機能、環境といったものが、刑法によって保護に値する法益になっている。

刑罰という保護手段は、両学派では様々に定式化されているが、実際はそうでもない。常に重要なのは、行為者を強制的に順応させることである。ベンディングに

16) Verblüffend v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14. Aufl. Berlin 1905, S. 65f.

17) 両学派の比較については、マルクセン(注4)28頁以下を見よ。

18) Binding (Fn. 2), S. 229.

19) v. Liszt (Fn. 7), S. 175.

20) Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, S. 169f.; v. Liszt (Fn. 7), S. 149, 163f.

よれば、行為者を法秩序に「服従」させることは、「勝利を収めた刑罰」²¹⁾ によって達成されると考えられている。フォン・リストは、行為者の「改善」が、合目的な刑罰によって達成されると考えている²²⁾。両者の考えに違いはない。

古典学派と近代学派は、危険な行為者、例えば限定責任能力の行為者との闘争領域においても、足並みをそろえて取り組み、また共同して作業を行なっている。危険な行為者に対して強力かつ厳格に対処すべきことは、両学派にとって自明のことである。伝統的な刑法の外側であれ、その内側であれ、「社会の安定化」は、両学派にとって当然のことである。ペンディングにとって、必要で、それゆえ正当な保安処分は、刑罰とは何ら関わりはない。フォン・リストにとって、刑法において必要で、それゆえに正当な保安処分を課すか、それとも刑罰と並行して課すかは重要なことではない²³⁾。後の二元主義は、近代学派の刑事政策目的と同じくらい、古典学派の刑事政策目的に近いところにいる²⁴⁾。

19世紀末から20世紀初頭にかけて行なわれた刑罰論の議論を「学派の争い」と名付けるならば、それは誤解を生むことになる。古典学派と近代学派の論争は、国家の予防技術が疑う余地がないほど必要なものとして受け容れられている時代の刑法を示している²⁵⁾。古典学派と近代学派は、犯罪を減少させることによって、社会の安全と安定を求める議論の余地のない要請を実現し、その代役を務める政策形態である²⁶⁾。

五 国法による刑法の限界づけを軽視する 古典学派と近代学派

古典学派と近代学派は、国家を刑罰目的論の側からしか見ていない。刑罰目的——規範の安定化と再社会化の両方、またはそのいずれか——を実現する権力を保

21) Binding (Fn. 2), S.227/228. S. auch Binding, Die Normen (Fn. 13), S. 419 Anm. 5. 「公刑罰は、常に、そして至る所において、社会的自己保全に奉仕する社会的な権力行使である」。

22) v. Liszt (Fn. 2), S. 166.

23) Binding, (Fn. 2), S. 226; ebenso Birkmeyer (Fn. 6), S. 52, 97. - v. Liszt (Fn. 7), S. 64ff., 73ff.

24) 解説的な資料については、Mushoff (Fn. 4), S. 12ff.

25) Frommel (Fn. 4), S. 135ff., 131ff. は、多くの資料によって学問的に類似の評価をしている。

26) 同じものとして、P.-A. Albrecht, Kriminologie, 3. Aufl., München 2005, S. 39, 44. 365.

障するのが国家であるという。学派の争いにおいては、合目的な刑法を制限し、統制する義務を負った国法上の国家論については論じられていない。刑罰目的は常に濫用のおそれがあり、この一面的な刑罰議論に対して抵抗がなされているにもかかわらず、この二つは厳密に区別されていない。刑法を常に制限する国家論を技術的な刑罰目的論によって克服することが、「学派の争い」において行なわれている。それは、刑法学のその時代の固有の成果であったが、それは現代にまで及んでゐる。

この問題に関して、あまり大きな程度ではないが、非常に証言力のある大胆な立場をビンディングのところで見ることができる。ビンディングは、19世紀末に、統制的な刑罰目的と国法上の理論の違いについて書き記している。国法上の理論とは、18世紀に遡る刑罰目的の取り扱いを制限する理論である。ビンディングは、国法の刑罰制限論には意味がないと論じ、モンテスキューが求めた権力分立の要請には、刑法にとっても「一風変わった思想」があると評している。その思想は、(刑法の)「全一的な権力」を引き裂き、合目的な刑事実務を弱体化させてしまう思想であり、モンテスキューは、合目的で実用的な刑罰にとって、誰も利用しえない原理主義者と見られているという²⁷⁾。

フォン・リストの立場も同じ方向を向いているが、それはより短絡的で、同時により要領を得ないものである。彼は、国家論の考慮に関心がない。その刑罰論は、合目的な刑罰の概念でこと足りている。リストは言う。個人の自由を無防備な状態のまま、犯罪闘争に対して関心のある公衆に引き渡すならば、それは合目的であるとはいえない。そのようなことをするならば、「国民のなかに生きている法律観」がそれを悪く思うに違いない。このように明らかに刑罰目的を阻害する法律観には、もちろん賢明な措置によって「指導と教化」を講じていかなければならない。残虐な刑罰は、たとえ効果的であっても、合目的ではない。国民はそのような刑罰を了承しないであろう。フォン・リストは、このように言うのである。彼は、刑罰の限界づけの問題を取り上げているが、真面目に取り上げていない。合目的な国民教育の問題として捉えているだけである。合目的性という限界だけが、合目的な刑法が超えることができない唯一の限界である²⁸⁾。

27) Binding (Fn. 20), S. 21ff.

28) v. Liszt (Fn. 16), S. 79.

六 刑法の限界づけに関する 古典学派と近代学派の争いの更なる意味

古典学派と近代学派が同じ事柄を、つまり効果的な犯罪闘争を望んでいるということが認められたとき、この議論が作り出したものを初めて刑法学的に書き表すことができる。議論されたのは、刑罰効果の理論だけである。学派の争いは、一般的な国家政策への貢献であり、それは何でも制御できている楽観主義によって満たされている。

この議論には刑罰論の重要な部分が欠けている。それは、19世紀の刑法的考察において問題にされていた部分、すなわち刑法の国法的側面であり、刑法に対する外在的な法的限界づけである。それは消極的刑法と呼ばれるものである。

モンテスキューは、消極的刑法の領域を明確にした。その後の時代は、その領域を拡張した。刑事実体法と刑事手続法のための権力分立、処罰を阻害する最も厳格な法定主義（フォイエルバッハに見られる予防刑法の展開のようなものではない）²⁹⁾、限定解釈、類推禁止、遡及禁止、二重処罰の禁止、無罪推定、最も厳密な訴訟形態、刑事法曹の独立性、裁量権のない裁判所の構成。カントをモンテスキューと比較するならば、カントは消極的刑法をより強化している。政策的に回避できない手段・目的関係の刑罰が繰り返し実行されることは、カントによれば本来的な刑法ではない³⁰⁾。消極的刑法は、19世紀のモンテスキュー＝カントの伝統の中で広範に作りあげられたが、確固たるものにはならなかった。

「学派の争い」と呼ばれている議論が始まったときに、合目的な応報と合目的な再社会化は、その目的の実現を阻む法的障害に遭遇している。刑罰経済的、刑事政策的な目的を伴った刑法は、古典学派と近代学派のところで発展するが、その進展が上手くいくのは、国家論によって限界づけられた刑法の伝統がそれ以上は進展せず、それどころか獲得された状態が弱められたときだけである。それはどうであったかという、上手くいった。20世紀と21世紀に顔を覗かせている学派の争いの意味は、この成功のなかにある。限界づける国法上の刑法理論は、技術的な刑罰論によって克服されている。

29) 個別の資料については、拙稿を参照。Hilgendorf/Weitzel (Fn. 3), S. 101ff.

30) Kant, Gesammelte Schriften, herausgegeben von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. XXI, Dritte Abteilung: handschriftlicher Nachlaß, Achter Band, Berlin und Leipzig 1936, S. 178f.

個別的な点で最も重要なものは、以下の通りである。

古典学派を指導するビンディングは、刑法のための権力分立を全く評価していない³¹⁾。このような定式を否定する古典学派はいない。古典学派の領袖はビンディングであるが、その古典学派は、法律実証主義者、つまり法律をそれ自体として高く評価する刑法学者と見られている。しかし、古典学派は、法律のことを専ら規範を貫徹するための権力手段であると評価している。法律は、権力の必要性に応じて、規範の要求に従って——規範の由来は不明瞭であり、その作用と展開は未確定である——自由自在にできるものでなければならない。厳格さは、不必要である。それは、刑罰権を過度に固定化してしまう。ビンディングは、法律なければ犯罪なしの原則が妥当するならば、刑法に対する「専制」³²⁾ になってしまうと見ている。それが、その後の明確性の要請に関する多くの考察を無意識のうちに染める定式になっている。その規範を的確に受け止めることができるのは、客観的解釈だけである。権力分立から導き出されるのは主観的解釈であるが、それを求める法的要求は、ビンディングには馬鹿げたものでしかない。類推禁止は、古典学派の学説によれば、刑法にとって合目的なものではない。ビンディングは、法律で規定されている類推禁止を潜脱するために、強い調子で拡張解釈を推奨している。古典学派は、刑法上の慣習法に対しても異論を唱えない。古典学派は、遡及禁止原則を評価しない。それは、規範の安定化という刑罰目的にとって有害である³³⁾。

近代学派は、国家論的に必要な学問的な限定を刑法に加えることに熱心ではない。法律は、予防メカニズムの目的のために用いられる。さらに法律は、処罰による予防という目的に服する。刑法が危険な行為者を保護し、危険でない市民を保護しないならば、それは理屈に合わないおかしな話であると見なされる。「法律の形をした刑法」という逆説がどのようにして引き起こされるのかということが、フォン・リストのところで明瞭に描かれている。フォン・リストは、法律に結び付けられた法律家の概念的な技術について、距離を置いて見ている。それは、彼にとって「がらくた公式」である。「教科書と手引書、単行本と論争問題の価値」は、「掃き捨てられた」³⁴⁾ ものに属する。近代学派が処罰による予防を組織化するため

31) Binding (Fn. 20), S. 21ff.

32) Binding (Fn. 20), S. 17.

33) Binding (Fn. 20), S. 17ff. 古典学派出身の刑法学者として、ナーグラウ、エトカー、フォン・ウェーバーの三人がいる。1933年のヴァン・デル・ルッペ法の遡及適用は、鑑定意見書のなかで、取るに足りないことであると評価されている。規範論的には首尾一貫している。

34) v. Liszt (Fn. 7 Bd. 2), S. 80.

には、「公共危険なあらゆる人間は、全体の利益のために必要な時間をかけて無害化されねばならない」³⁵⁾ という一つの規定があれば十分である。このような提案によって、危険な人間の法律による保護という逆説的な状況が取り除かれる。解釈論、類推禁止、遡及禁止は、興味のないテーマになり³⁶⁾、そのような問題から学問的な重要性は得られないという³⁷⁾。

繰り返そう。学派の争いは、合目的な刑罰を論ずる場合には意味はない。両学派は、その点に関して一致している。禁圧と予防の間には「深い溝」³⁸⁾ はなかった。合目的な刑事政策が、全体として刑法を支配している。

学派の争いは、刑事政策を限界づける問題に関しては、今なおアクチュアルなテーマである。国法によって根拠づけられた、あらゆる刑事政策を限界づける理論は始まっているが、それ以上は続いていない。それは放置され、刑事政策によって捉えられ、そして無害なものにされてしまっている³⁹⁾。

七 現代の積極的一般予防： 学派の争いの帰結からの解放？

学派の争いの帰結は、刑罰と刑事政策に関する考察を凝縮したものである。学派の争いは、この考察のための枠組を定めたのである。応報的な消極的および積極的一般予防、改善および保安の処分、これら全体の総和は、学派の争いがその後にく議論に与えた可能性である。20世紀と21世紀の初頭の政治の時代は、学派の争いの成果の枠内にとどまった刑事政策の時代である。ワイマール共和国において再社会化が優先された。ナチ時代においては刑罰目的が統合された。連邦共和国の初期

35) v. Liszt wie Fn. 34.

36) 古典学派と近代学派によって遡及禁止原則が無視されたことは、後に保安処分の場合における禁止原則の排除を準備する(刑法2条6項)。S. Dietz, Die Problematik der Rückwirkung von Strafgesetzen bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung in der Strafrechtsreform, Diss. Frankfurt/M. 1977.

37) 法定主義原則に対するフォン・リストの態度について、幅広い文献に基づいて検討しているのは、Ehret, Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip, Frankfurt/M. 1996.

38) Hassemer, Warum Strafe sein muß?, Ein Plädoyer, Berlin 2009, S. 50.

39) ヘルムート・マイヤーが、古典学派が前世紀の20年代以降に学派の争いを「意思的に人間の自由のために行なったのではないか」と指摘しながら考えたことを (Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953, S. 31)、つまり刑法を限界づける固有の理論を展開したことを検討しなければならない。

においては再社会化への関心を伴った一般予防的応報が現れた。1960年代から80年代にかけて再社会化が強調された。その後、積極的一般予防が優位に立ち、それに伴って一般予防のあらゆる変種へと移り、再社会化思想が容認された⁴⁰⁾。ドイツ民主共和国においては、再社会的適応と一般予防的応報を手段にして、社会主義社会を必ず保護し、その国家に忠誠的な市民を必ず保護することが、刑罰目的論において支配的であった⁴¹⁾。

さらに、積極的な刑事政策と国法による刑事政策の消極的限定とを融合したこともまた、同じように学派の争いの帰結である。学派の争いは、まず最初に合目的な刑事政策を確定して、その次にその刑事政策を国法によって外部から限界づける問題には関心を示すことなく、合目的な刑事政策は、国家政策によってわずかな限界づけしか受け入れられないか、まったく受け入れられないかのいずれかであるという一つの答えを出す。このモデルは、近代の刑事政策の時代を形作る構成部分である。刑事政策的議論がそれ自体として同じ方向をたどったため、このモデルの取り扱いは非常に簡単である。ペンディングの見解によれば、国法に基づく考慮によって合目的な刑法を外部的に限界づけることは、「滅多にない」非実務的発想である⁴²⁾という。フォン・リストは、合目的な制裁はただ自ずと限界づけられる⁴³⁾という曖昧な補足をしている。これらの見解は、刑事政策思想の中心的な部分になっている。国法上、あらゆる国家には合目的刑罰の限定が求められているという理論は、もはや刑事政策のしがらみから解放されることはない。

それとも、解放されるのか。おそらく、刑罰目的およびその効果の限界づけの關係についての新しいイメージを提示するのが、ハッセマーによって解説された現代の積極的一般予防論⁴⁴⁾であろう。それは、確かに新しいイメージを提示している。しかし、刑罰目的はなおも主導的であり、刑罰の限界づけは、刑罰目的が阻害され

40) 現在の状況を概観するのは、Vormbaum (Fn.4), §§4. 5.

41) Autorenkollektiv, Strafrecht der DDR, Lehrbuch, Berlin 1988, S. 103ff, 108f.

42) 注27を見よ。

43) その文言は、「目的思想は、自ら限界づけ、かつ保護する」(v.Liszt - Fn. 2 - S. 79) というものである。

44) 同時に、この学説の発展的歩みを示す総括については、Hassemer, Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt/M. 1979, S. 29ff.; Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, S. 323ff.; Einige Bemerkungen über „positive“ Generalprävention, FS Buchala, Krakau 1994, S. 133ff.; Nomos-Kommentar zum StGB, Baden-Baden 1995, Rn. 243ff. vor §1; Warum Strafe sein muß. Ein Plädoyer, Berlin 2009, S. 96ff.

ない場合にしか許されない。啓蒙主義以来の機能的な刑法思想が持っている磁力は、ハッセマーのありとあらゆるところで確認できる⁴⁵⁾。学派の争いの成果は近代化されているが、除去されていない。

現代の積極的一般予防の主要な目的は、「予防の衣」⁴⁶⁾をまといながら、基本的な規範を応報によって安定化することである。積極的一般予防は、それによってペンディングの伝統にとどまる。ただし、積極的一般予防は、この刑罰目的に距離をおいて取り組むことによって、その伝統から離れる。

古典学派と近代学派が簡単に可能であると見なしたもの(社会成員への刑罰の直接的な作用)は、積極的一般予防の現在の学説では、経験的に論破されたものと見なされている。刑罰には、社会統制の他のメカニズムと連動して有効な効果を発揮する間接的な機能以上のものはない。社会統制の全般を見る視点は、刑罰の過程において再社会化と抑圧の統合を可能にする⁴⁷⁾。刑罰の目的がもつば基本的な社会的規範を安定化させることである理由は、この刑罰目的の経験にある。この刑罰目的は、古典学派において捉えられているよりも抽象的に捉えられる。重要なのは、刑罰と呼ばれる「滑らかなコミュニケーションのための技術手段の輝き」によって「社会に対して全般的な作用を及ぼすこと」だけである⁴⁸⁾。このメカニズムは、経験的には論破できない。もちろん確証することもできない⁴⁹⁾。つまり、それは可能性があるというだけである。刑罰目的の経験に対するこのような態度は、刑法の限界を論ずる上で決定的に重要な意味を持っている。本来的にいえば、学派の争いの政策的に揺るぎない姿勢は、刑罰は実現可能な目的を持っているというものであったが、その姿勢では厳格な経験に基づく統制を維持することはできない。刑罰は無益であると主張する反論に対して、ハッセマーの着想は、経験的な検証を受け入れない目的を定式化することによって合目的な刑罰に助け舟を出しているのである。その着想が学派の争いの思考枠組と成果を維持し続けるならば、弱体化されるのは、安全性だけである。それは、この争いの中心人物がその時々を目的を疑いもなく実現可能であると見なしたがゆえに、共通して有していたものであ

45) Beispiel: Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 142, 147; Hassemer, Unverfügbares im Strafprozeß, FS Maihofer, Frankfurt/M., 1988, S. 187f.)

46) Hassemer, Einführng (Fn. 44), S. 326 und FS Buchala (Fn. 44), S. 135.

47) 解説が付された概観については、Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 133ff., bes. S. 139.

48) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 145.

49) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 145f.

る⁵⁰⁾。この新しい不安が形となって現れたときにのみ、刑法の限界づけに関する結論が起る。それは一方では限界づけることもあるし、他方では限界づけないこともある。

積極的一般予防の目的が実現可能か否かという疑問は、学派の争い以降に見慣れてきたものとは違う視線を犯罪行為に向けさせる。実現可能な目的が処罰する手段を適法化するという意味における安全性は、実現可能性が安定的でないために消えている。

そのために、ハッセマーのところでは、ペンディングと古典学派を切り離して読み、またフォン・リストと近代学派を同じように切り離して読んだことを表す定式が見られる。それは、合目的的な積極的一般予防は、「慎重に」対処されねばならない。合目的的な刑罰には「曖昧」な側面があり⁵¹⁾、「テロ化」する可能性があり⁵²⁾、「恐怖と苦痛」になるかもしれない⁵³⁾。刑罰は、その側から「権利侵害」になりうる⁵⁴⁾という定式である。

それは、近代の刑事政策の伝統のなかでも重大な変化である。近代の刑事政策は、常に自己確信的で楽観主義的な色彩を持っていたし、また持っている。刑事政策によって制御された刑法は、国家と社会にとっては、言うまでもなく有益であるがゆえに、効果的であり、かつ正当なものである。この自信に満ちた楽観主義という点では、学派の争いにおける古典学派と近代学派は一致している⁵⁵⁾。ハッセマーのところでは、今や刑罰論の自立的な主題として、合目的な刑法に対して悲観的に距離が置かれている。

このような距離の取り方が喚起する期待は大きい。しかし、歴史の情報が与えられたペシミスティックな積極的一般予防ならば、刑法の法的統制の自立的で活発な領域を發展させるのではないかと期待されるかもしれないが、それが実現されることはない。積極的一般予防が依拠する合目的な刑罰の力強い伝統は、刑法を固く

50) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 145f.この線に沿って厳格な分析を行うものとして、Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Frankfurt/M. 1987.

51) Hassemer, Einführung (Fn. 44), S. 326; Warum Strafe sein muß (Fn. 44), S. 17.

52) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 145.

53) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 145; Warum Strafe sein muß (Fn. 44), S. 87.

54) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 311 vor §1.

55) この刑罰の楽観主義の基本構造は、二つの並行的に論争する文献によって、学派の争いのなかに最初から刻み込まれていた。その文献とは、v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1ff.; Binding, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht, Leipzig 1909. である。

限界づける努力を弱めてしまう⁵⁶⁾。

ハッセマーは、次のような表題の二つの論文において、抑制不可能な合目的な積極的一般予防に対して注意を喚起した。それは、「刑法による社会統制の形式化」と刑法における「自由にできないもの」である⁵⁷⁾。これらの表題のもとにおいて、全く同じ主題が論ぜられている。形式化された自由にできないものとは、法治国家の刑法のことであり⁵⁸⁾。懐疑的な積極的一般予防に対して決定的に問われるべきことは、積極的一般予防が、形式化され自由自在に行使できない法治国家の刑法を、合目的な刑法に対する自立的な対立物として改造することに着手するか否かである⁵⁹⁾。二つの決定的に重要な事柄に基づいていうならば、「形式化された自由にできないもの」は、そのように広範囲にわたって法的エネルギーを展開することはできないし、その意図もないというように読まれるべきである。

方向転換は、目的中立的な法的価値を断固として拒絶することによってなされた。学派の争いにおける古典学派の立場が繰り返される。「自由にできないもの」とは、自然法であり、それは刑法の絶対的なもの、不動の存在論的構造のように聞こえるようである⁶⁰⁾。ハッセマーは、そのような連想に対してははっきりと反論す

56) そのような努力は、もちろん積極的一般予防の強化に時間的に並行して見られる。『一般予防の主要問題』(フランクフルト・アム・マイン・1979年)には、ハッセマーが一般予防に関する彼の着想を初めて明確にまとめた論稿が取められているだけでなく、どのような合目的な一般予防も法的限界を超えざるをえないことを示した私の試論も取められている(9頁以下)。積極的一般予防論の形成を指導する現在の文献では、合目的な刑罰の自立的な限界づけに関して、様々に論ずる見解が見られる。vgl. P.-A. Albrecht, *die vergessene Freiheit*, Berlin 2003, S. 47ff.; Sander, *Grenzen instrumenteller Vernunft im Stfatrecht*, Frankfurt/M. 2007, S. 281ff., 307ff.; Naucke, *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit*, in: Quanderni Fiorentini, Bd. 36/1 (2007), S. 321ff.; Vormbaum (Fn. 4), S. 273f.; Naucke, *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts*, in: Vormbaum (hrsg.), *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, Bd. 10 (2009).

57) 定式化の着想に関するまとめとして、Hassemer, *Nomos-Kommentar zum StGB* (Fn. 44), Rn. 291ff. vor §1 und *Warum Strafe sein muß* (Fn. 44), S. 118. 刑法における「自由にできないもの」の着想については、Hassemer, *FS Maihofer* (Fn. 45), S. 138ff.

58) Hassemer, *Nomos-Kommentar zum StGB* (Fn. 44), Rn. 293. vor §1; *FS Maihofer* (Fn. 45), S. 200. そこで述べられた刑法の「法文化」というのは、法治国家刑法のことであり。その現代的なまとめは、*Warum Strafe sein muß* (Fn. 44), S. 115ff.

59) 問題提起の正当性は、ハッセマーが行なった若干の定式化から明らかにされる。例えば、*Einführung* (Fn. 44), S. 326; *FS Buchala* (Fn. 44), S. 148f.

60) Hassemer, *FS Maihofer* (Fn. 45), S. 184ff. その論証を強化したものは、*FS Buchala* (Fn. 44), S. 135.

る。どうやらラートブルフから引き継がれた刑法的相対主義から逃れられないようである⁶¹⁾。刑法においては絶対的なものなど存在しない。ハッセマーは言う。「自然法による法の根拠づけの時代は、我々の前から過ぎ去り、それと共に自由にできない法の理念もまた過ぎ去った」⁶²⁾。形式化された自由にできないものの歴史性は、慎重な積極的一般予防にとっても確固として確立しているが、せいぜい変化する内容を伴った自然法へ行き着くだけである⁶³⁾。同じ刑法原理が堅持されているにもかかわらず、「自由にできないもの」は、モンテスキュー流の自然法よりも物腰が柔らかい。「自由にできないもの」は、その言葉によって述べられ得ることよりも、わずかなことしか述べない。形式化された自由自在に行使できないものは、同質的な今日に妥当するだけである⁶⁴⁾。自由自在に行使できないものは、歴史的な状況に応じて自由自在にできる。それは社会状況が変化するにつれて、効果的な刑事政策にとって「煩わしい障害」になるだけである⁶⁵⁾。

第二の決定的な態度決定は、第一の態度決定から導き出された帰結である。その帰結は、刑法上の個別論点が問題にされるやいなや示される。合目的な刑法に対する慎重な態度は、形式化された「保護技術」⁶⁶⁾に行き着く。それは、「法治国家の憲法と伝統」⁶⁷⁾の枠内の刑罰と同一視できる。しかし、刑法の歴史性は、この限界を絶対化することを排除する。限界を踏み越えることは、単に「容認」できないだけではない。法治国家の「利益」にも反する⁶⁸⁾。限界を守ることは、政策的

61) Hassemer, FS Maihofer (Fn. 45), S. 197.

62) Hassemer, FS Maihofer (Fn. 45), S. 185; Warum Strafe sein muß (Fn. 44), S. 150f. そのような命題に対して、彼の曖昧な条件に対して、そして彼の説明のない刑法的結論に対して明確に矛盾する事柄は、「フランクフルト学派」として示された議論に向かったし、また向かっている。

63) Hassemer, FS Maihofer (Fn. 45), S. 192.

64) Hassemer, FS Maihofer (Fn.45), S. 186, 197ff.; Warum Strafe sein muß (Fn. 44), S. 152f.

65) Hassemer, FS Maihofer (Fn. 45), S. 204. このように法哲学的に確定することによって、「刑罰による規範の安定化」という公式において、間違った規範が存在するか否かという点について疑問が生じないことの理由が説明される。その結果として、間違った規範を支える間違った刑罰法規が存在するか否かという疑問もまた生じない。刑罰法規は、それが不意打ち的ではないか否か、それが訂正可能で検証可能か否かという疑問だけを受け止めるだけでよいのである (Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB [Fn. 44], Rn. 20 zu §1). この疑問で挙げられている基準は、簡単に満たしうる。

66) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 312ff. vor §1.

67) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 293 vor §1.

68) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn.44), Rn. 293 vor §1; s. auch FS Buchala

に実際に「できることの範囲」に結びつけられる⁶⁹⁾。そうだからこそ、刑罰法規は、「正当な」漠然性を維持し、「厳密性と柔軟性の結合」を受け入れるのである⁷⁰⁾。類推禁止は、消極的刑法の核心部分であるが、それは刑罰法規の意味のない周辺部分にしか及ばない⁷¹⁾。ハッセマーが、刑法思想が細かく厳密にされたために、「刑法規範の体系をあまりにも複雑化しすぎている」かもしれないと定式化したときには、もうすでに総括は終わっている。定式化がなされた脈絡には、刑法思想があまりにも過剰に複雑になっているために——私にとっては、過度な処罰準備に対する防護柵であるが——、ハッセマーの構想において、積極的一般予防の効果が阻害されかけていることが予想される⁷²⁾。

再び学派の争いに戻ろう。学派の争いは、刑法の中心的な対象として刑事政策を位置付け、法的限界づけが刑罰目的の効果を支える場合には、刑罰目的の効果は法的限界づけを受け入れるというものであった。刑罰の限界づけは、刑罰の効果を害してはならない。それが学派の争いの帰結なのである。ハッセマーが形作った現代的な積極的一般予防は、問題を先鋭化する。おそらく、刑罰目的から分離された刑法の限界づけはあるのだが、それは可能性の定式にとどまっている。相対的に形式化された自由自在にできないものに関する思考形態は、学派の争いのモデルに従うならば、合目的な刑罰の思考形態と刑罰の限界づけの思考形態とを統合し、合目的な刑罰に優位性を与える。刑法の限界づけは、社会的統制の「手段」⁷³⁾の一つでしかなく、刑法家が行なう任意の自己限定になる。それは、古典学派と近代学派の場合のように、「刑罰を限界づける規範的原理と法治国家とを刑罰目的へと再編すること」⁷⁴⁾に変わりはない。その再編は、「法治国家の安全保障刑法」⁷⁵⁾という名称によって、より近代的なものになり、より受け入れやすくなる。しかし、古典学派や近代学派以上に、刑法に確固とした限定を与えるものではない。ハッセ

↘(Fn. 44), S. 149.

69) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 311 vor §1.

70) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 18 („berechtigter Bedarf an Vagheit“ des Strafrechtssystems), 19, 20 zu §1; s. auch Rn. 487 vor §1.

71) S. die Beispiele: Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 21ff. vor §1.

72) Hassemer, Nomos-Kommentar zum StGB (Fn. 44), Rn. 315.

73) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 148f.

74) Hassemer, Einführung (Fn. 44), S. 324.

75) Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, in: Hassemer, Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt, Berlin 2008, S. 239ff., 269.

マーは、刑法の限界は国民教育の問題である⁷⁶⁾というフォン・リストの議論でさえ、国民を賢明に指導することによって規定されうるといふに現代的な表現で再び取り上げている。積極的一般予防の規則に基づいて予防が上手くいくのは、「情緒的なメッセージ：信頼と賛同」⁷⁷⁾が国民に伝えられた場合だけである。ハッセマーが想定しているのは、法治国家刑法である。しかし、時代に左右される刑法の彼の構想は、それとは別の刑法によってあの信頼と賛同を獲得できることを排除できない⁷⁸⁾。学派の争いにおいて、すでに認識されていたものが（正しく組織された刑法。国民に納得のいく刑法。予防を強化する刑法）、強調されている。学派の争いの後に続いた刑法学説の流れは、近代の議論において確固たるものになっている。刑法の限界づけは、刑罰目的の強化としてのみ根拠づけられうる⁷⁹⁾。消極的な刑法の自立的な学説の形成は、あらゆる刑罰目的に対して、ますます困難になっている。

76) v. Liszt, Lehrbuch (Fn. 16), S. 79.

77) Hassemer, Warum Strafe sein muß (Fn. 44), S. 113, 286; FS Buchala (Fn. 44), S. 149.

78) ハッセマーの着想の中には、間違った刑法はない。あるのは、積極的一般予防目的に適した合目的ではない刑法、その利益に反した刑法だけである。それは、現代の安全保障刑法に関するハッセマーの批判的な分析に集約的に見ることができる (Warum Strafe sein muß - Fn. 44 -, S. 285-287)。

79) Hassemer, FS Buchala (Fn. 44), S. 149; Warum Strafe sein muß (Fn. 44), S.114. おそらくこれが、積極的一般予防理論にとって回避できない結論であろう。学派の争いに基づいて、この理論のために説明された最初の事例は、「刑罰の倫理形成力」に関するヘルムート・マイヤーの見解である (H. Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, Stuttgart 1936, S. 18ff., 32ff.; Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953, S. 23)。ヘルムート・マイヤーは、今日において「法治国家的」と名付けられた方針に則した刑法の限界づけの理論に対して、彼の見解を積極的一般予防に明示的に結びつけた (Strafrecht des deutschen Volkes, S. 53ff.)。しかしながら、この限界づけは、積極的一般予防の目的を強化することにしかなかった。つまり、コントロールされた刑罰だけが効果的な刑罰であるという結論である (Strafrecht des deutschen Volkes, S. 49f., 59; Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 25)。ハッセマーがヘルムート・マイヤーの業績を積極的一般予防の現代理解の先駆者に数え上げているのは正当である (FS Buchala - Fn.44 - S. 136)。