

刑法における発展思想（2・完）

朴 普 錫*

目 次

はじめに

第一章. マールブルク綱領における進化論的發展思想

一節. 出 発 点——進化主義理論としての統合論

二節. 目的刑の歴史的発展——衝動行為から目的意識的な行為へ

三節. 刑罰の客観化と発展の帰結

四節. 量刑決定原理

五節. 目的意識的な法益保護としての刑罰

六節. 帰 着 点

七節. リストの進化論的發展思想

一. 学的方法論としての実証主義的アプローチ

二. マールブルク綱領における「排除の原理」

三. 「近代性の構造」と「排除のメカニズム」

第二章. 刑法における「発展思想」

一節. フランツ・フォン・リストにおける科学（Wissenschaft）

一. リストにおける科学および決定論的立場

二. リストにおける価値判断

二節. 社会病理的現象としての犯罪

一. 社会的現象としての犯罪

二. 社会の生物学的擬制

三. 刑法学における優生学的アプローチ

（以上、373号）

三節. 刑事立法における「正法」

一. 法の比較と「正法」

二. フランツ・フォン・リストにおける「正法」

三. リストと新カント学派

四節. 刑法における発展思想

* バク・ボソク 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 一. フランツ・フォン・リストにおける一元論的世界観と発展論
 - 二. 刑法学における発展論的構想の定式化
 - 第三章. 刑事法学における「目的開放性」および「時代適合性」
 - 一節. 国家の理解に関する変化——全生活領域の政策問題化
 - 二節. 刑事法学における「目的的内容的開放性」
 - 三節. 目的刑の制限原理としての「マグナ・カルタ思想」
 - 四節. リストの学問観——「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付け
 - 一. 「正法」における「目的的内容的開放性」
 - 二. 「発展思想」と「時代相応的刑法」
- おわりに (以上, 本号)

三節. 刑事立法における「正法」²⁰⁷⁾

一. 法の比較と「正法」

実証主義者であるリストにとって、「当為の問題」に関する答えを出すための考察は、存在(者)(das Seiende)に基づいて行わなければならない作業であった。それは哲学上の実証主義の本質であると言える²⁰⁸⁾。彼はそのような実証主義的な立場から人間社会に関係するあらゆる事象を経験的・歴史的・比較的に考察することで、その背後にある「発展」という形而上学上の原理を導き出したのである。19世紀の時代的・精神史的な急変に対する、当時の哲学上の思潮は「万有の発展思想」という考え方によって支えられていたといえることができる。コントやスペンサーなどの哲学システムにおいて、「哲学上の世界像の統一原則としての発展思想」という観念が発見されるのであり、リストもそのような「発展思想」を彼の理論の中心に据えたのである²⁰⁹⁾。このように、リストにおいて、「統一的世界観の可能性」を保障する、もっぱら考えられる科学的な仮説は、「発展」という形而上学的原理であった。リストの発展論というのは、あらゆる事象の因果的な考察と目的論的価値の考察との間の統合を可能にするものである。つまり、彼は、価値関

207) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 553.

208) Jannis A. Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 13.

209) Ebd.

係的な因果関係の設定を通じて、人間の活動によって生ずる諸現象形態への目的意識的な介入を理論的に正当化し、そのような介入によって、あらゆる事象が最高の目的へと「發展」してゆくと観念したのである。それは、いわば、存在（者）から存在當為的なものを導き出すことである。このような考えは、彼にとって「目的思想」と「發展思想」を用いない限り、正当化できないものであった。したがって、リストにおける「發展」という原理は存在當為的なものに対する道標にならざるを得ないのである²¹⁰⁾。

そのような考え方からすれば、刑事立法においても、当然ながら、存在當為的なものから發展傾向を確定し、それを立法に反映させることになる。リストは実際それを刑事法学の果たすべき役割であると認識していたのである。そういうわけで、リストは法における正しい發展傾向を発見するためには、その前提として、あらゆる法的な状況を考察する必要がある、そのために実証的な法の比較が必要であるとする。このような法の比較を通じてのみ、法における正しい發展傾向が発見できるのであり、そうしない限り、当該時代の「正法」を確定することができないこととなる。

それゆえ、「正法」を確定するためには、法の比較に基づいて刑事立法の方法を究明し説明しなければならない。その際、もちろん、前もって一定の見解に有利な時期だけが選ばれてはいけないう²¹¹⁾。というのも、そのようなことは恣意以外のなんでもないからである。そして、「正法」を導き出すためには、どのような考察方法が用いられたのかを確認することが重要なのである。立法というのは、法の比較に携わる人たちの用いる諸方法の批判的比較を通じてだけ、最終的であつ正しい方法が見つかるものなのであり、そうすることではじめて法の確定ができる状態になるのである²¹²⁾。その際、方法の問いに関するあらゆる純理論的な論争は、リストにとって、もちろん「非生産的な弁証」にふける危険なことで

210) Ebd.

211) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 553.

212) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 553 f.

あり、したがって、避けるべきことであった²¹³⁾。そのような論争は無駄なことであると言わざるを得ず、実情に見合う「正法」を導き出すためには、さまざまな実証的な方法でもって持ち出された成果を引き合いに出して検討する必要がある、そうすることで立法というのは実質的なものとなるのである。なお、リストは、「正法」を確定する際に、その正式な基準として合目的性を要求する²¹⁴⁾。というのも、リストにとって、「刑罰というのは法秩序の維持のために必要であり、法秩序というのは、社会的共同生活における今日の最たる形態である国家の存立およびその発展のために必要」であり、それゆえ刑罰を「目的のシステム」に適合させようとする動きが発生すると同時に「正法」の基準が刑事立法の領域で生ずるしかない、思われたからである²¹⁵⁾。法規がそのような目的の獲得のための正しい手段ではないとすれば、それは不当であると言わなければならない。したがって法規の内容の確定は事前に設定されている目的を通じてなされる必要がある。

刑法の改正を主張していたリストにとって、刑事立法における「正法」に関する問題設定は決定的に重要であり、特別な関心を引くことであった。それというのも、刑法典の改正のときに、当時の刑事法学の分野で生じていた対立的な見解のいずれがその主導的な役割を果たすことになるのが、リストにとって重要なことであったからである。したがって、当時の帝国司法省の提案に基づいて出版された、「ドイツおよび外国の刑法の比較検討 (die vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts)」への参加は、刑事法学上の両見解にその可能性を実行に移す機会、つまり、対立する見解をもつ人たちの能力を立証する絶好の機会を与える場であったのである。このような試みは、リストにとって、決して解決されえないために非生産的である応報刑と保護刑に関する刑法における

213) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 554.

214) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 555.

215) Ebd.

あらゆる「学派の争い」よりも重要であったと言えよう²¹⁶⁾。

マールブルク綱領において指摘されているように、リストは当時の主導的な発展傾向としていわゆる刑法における新派の勢いを取り上げており、このような動きこそ「正法」の制定のための原動力であると考えたようである。既述したように、リストは「目的思想」と「発展思想」という彼の学問上の指導原理を用いて、価値関係的な因果関係の設定を行ったのであり、それは人間の活動によって生ずる諸現象形態への目的意識的な介入による最高の目的への発展を観念することであった。それは刑事法学における政策的な側面の重要性を明確に宣言したことであり、リストにとって、刑事立法において完結すべきことでもあった。もっとも、その際、「立法上の利用可能性」という観点が教育的な説明を与えるかもしれないが、それだけでは正しい刑事立法のための明確な基準を満たしているとは言えない。このような観点からも「法の比較」は必要となる²¹⁷⁾。リストにとって、時代に適する発展傾向を、法の比較を通じて、法に盛り込むことは当然のことであり、このような過程を踏んで出来上がるのが彼の目指す「正法」であると言える。「正法」およびそのあり方の理論的基礎付けというのは、後述のように、リストの学的試みが最終的に志向しているところであり、のちの作品において、「刑法における発展思想」という形で最終的にまとめられ正当化されることになる。

二. フランツ・フォン・リストにおける「正法」²¹⁸⁾

前述のように、実証主義者であるリストは存在（者）から存在当為的な

216) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 554.

217) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 555 f.

218) リストの発展思想はマールブルク綱領において、すでにその原型を見ることができ、
「刑事立法における『正法』」の議論においても、発展という観念は続いていた。でも、それ
までは、「発展」という概念にはまだ目的論的な要素が強調されておらず、リストは唯物論
的歴史観から「発展」を観念する程度であったと思われる。しかし、「刑法における発展思
想」という講演において、一歩の前進が認められると言える。それは、次のようなリストの

ものを求める。しかし、そのような当為の問題へのアプローチは、自身の学派の内部からも批判された。とりわけ、彼の弟子であるラートブルフが

の定式から察し得る。つまり、リストは「我々に今日統一的な世界観の可能性を保証する学問上の仮説は発展論 (die Entwicklungstheorie) である。発展論は因果的経過すべての内在的的目的性を確保するという形で、因果関係と目的との間の統一を確立する。発展論は生物学の領域で、自然法則的必然性でもって、単純で細分化されておらず、それゆえほとんど能力のない生命形態から徐々に移行して、合成されながらますます細分化されており、それゆえより適応能力の良い生命形態 (die leistungsfähigere Lebensform) が広がったということを教える。それは我々に遠く離れた過去を明かし、我々にとどまることなく高みへ導く未来への無限の展望を打ち明ける。それは同じ二重の規則性、つまり因果的および目的論的規則性において、個体 (Individuum) を万有の秩序 (die Sonnensysteme des Weltalls) に結びつける」とし、さらに、「一連の一元論的世界観が完成されるのは、発展論を生物学の領域から社会学の領域に移すことを通じてである。ここでもそれは、因果的経過すべての内在的的目的性に関する仮説を意味する。また、それが教えるのは、単純で細分化されておらず、それゆえほとんど能力のない社会形態から徐々に移行して、合成されながらますます細分化されており、それゆえより能力のある社会形態が広がったということである。ここでもそれは、社会生活の最初の発端から国家そして現在の国家共同体に至るまで我々を案内する、発生に関する関係を打ち明けるのである。自然選択説としての発展論は、ここでも現存の諸社会形態の間においてなされていた生存競争を、高みへ導く動きの決定的な要素であると見なすのである。家族間および種族間の張り合い、活動領域を巡る部族間および国家の間の張り合いにおいて、それほど能力のないものは破滅される一方で、能力のあるものは常に社会生活のより完全な存在形態になる。発展の概念は生物学の領域と社会学の領域とで同じである。しかし、動きのリズムは相互異なる。もちろん移動の境界線は完全明確に引かれえないだろう。生物学の領域で生存競争における武器が与えられるのは「自然的価値 (Naturwerte)」つまり動物の(適応)能力を通じてであり、それは遺伝という方法で伝承される。重なり合って生ずる社会間の競争 (Kampf) において、「自然的価値」に歩み寄ってくるのが、重要性の点です。それにまさる、精神的な武器、つまり社会自らが作り出す「文化的価値 (Kulturwerte)」であるが、これは遺伝を通じてではなくて、伝統という方法で、言葉と文字を通じて、教育と実例を通じて、世代から次の世代に移転される。それにさらに非常に重要な状況が進展するようになる。文化的価値に属するのは、社会自らそして社会の諸機関によって行われ、形成されるすべての生活諸機能であり、規範設定及び行政の全領域がそれに属するのである。それでもって与えられる可能性は、社会の内部で自然的な選択あるいはそれに代わる人為的で合目的な選択を設定することであり、社会に役立つない構成員を選び出し、少しでも役立つものは適合させ、役立つものをますます役立つものへと育成することである」として、「発展」の観念を明確に定式化しているのである (Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 498 f.)。なお、カルケーは、これでもってリストが発展概念に倫理的な内容を与えたとする。つまり、発展という概念が完全性を獲得したということである (Fritz von Calker, Vervollkommungsidee und Entwicklungsgedanke im Strafrecht, in: ZStW, Bd32, 1911, S. 150 f.)。

「存在当為的なものは……科学的に論ずる価値のない信念の事柄である」としていたが、リストはこれに対抗して論争する²¹⁹⁾。というのも、リストは、ラートブルフの見解からは、立法上の諸問題を解決するために用いる法比較の有する価値のほとんどが否定されてしまうのであり、そうであれば、彼が法比較に求めたこと、つまり「正法」が何であるのかということ述べるのが決してできないと思われたからである²²⁰⁾。すなわち、リストは、ラートブルフの考えに基づく、法の現実およびその發展傾向を考察することで、我々が得ることのできる情報というのは、ただ法政策的に可能な規定についてだけであり、したがって、可能な規定のどれかがドイツ立法者にとって正しいのかということについては、法比較が我々に与える情報は何もないということになるというのである。

さらに、リストは、次のように述べ、ラートブルフの見解を否定する。すなわち、「存在当為的なものというのは、もっぱら存在（者）から導かれ得る」とする。もっと詳しく言うと、「我々は存在（者）を歴史的に発生されたものとして看做し、それにしたがって発生中のもの（das *Werdendes*）を決める形で、存在当為的なもの（das *Seinsollende*）を認識する」のであり、「生成中のものと存在当為的なものとはその限りでは同一の概念である。認識された發展傾向だけが我々に存在当為的なものについて説明する」ことになるとしている²²¹⁾。その際、リストはどんなに重要であっても個々の国家制度（*Staatswesen*）の歴史において示されている發展傾向というのは指針にはできないとしている。というのも、「ますます増加しつつある国家間の接触によって、当該の国家の国家制度がその發展

219) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 556.

220) Ebd.

221) Ebd. 前述のように、このような發展思想からして、リストを「ラディカル自然主義者」とはいえないのであり、この点、ケトレとロンブローゾのような自然主義者とは区別されるのである。リストが実証主義的観念論者と称されるのも、このような發展思想に起因するだろう。なお、このようなリストの自然主義者との本質的な相違について、Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 14 f. を参照されたい。

過程において外部からの影響を受けるという理由からだけではなく、自国の発展経過を考察し評価する際に、観察者の先入観による主観的な間違いが評価の混濁の原因にもなる」からである²²²⁾。このような発言からも分かるように、リストは、法学における普遍的な考察としての法比較の重要性を明確にし、当為の問題に関する議論においても実証主義的な方法論を用いている。法の比較という方法を通じてのみ「典型的に反復される発展段階」、特に「法類型の樹立」が獲得されるのであり、これが一般に認められている考えであるとリストは確信している。

このようにして、リストは実証主義の立場からラートブルフの批判を退ける。「発展思想」を自身の学的構想の中心に据えているリストは、事象の発展を観念しそこから発展傾向を読み取るために、存在(者)の観察の重要性を唱えており、この点は、彼にとって決して信念の事柄ではないのである。存在(者)の観察と比較を通じてはじめて、その都度の発展傾向が決められるのであり、そのような発展傾向にしたがって定められたのがリストにおける「正法」なのである。国内の発展において獲得された発展段階を、さまざまな発展類型と比較考察しながら、評価することで、「生成中のもの、つまり存在当為的なものの認識」に到達することが許されるのである。つまり、「存在しているものを歴史的に発生されたものとして看做し、それにしたがって発生中のものを決める形で、我々は存在当為的なものを認識する」ことができるということである²²³⁾。

このように存在(者)の考察を通じて当為の問題を解決しようとしたのがリストであり、そのような方法論的なアプローチはマルブルク綱領において既に提案されていた。刑罰論における世界観による絶対説と相対説の対立は認められるとしても、刑罰の歴史的な考察を通じて導き出されたリストの保護刑の観念からはそのような対立はなくなる。絶対説と相対説のなかでどれが「正しい」のかということは哲学的な論争を通じては決して

222) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 556.

223) Ebd.

決定されえない事柄であろうが、リストの学的構成のなかでそれらは保護刑という形で統合される。そこでは、最終的に「保護刑は正しく理解された応報刑」になり、これがリストにおける刑罰の正しい姿なのである。彼の見解からすれば、保護刑には合目的性という形式的な基準だけが重要であり、したがって、ある時代にある刑罰が、その他の時代には他の刑罰が妥当することになる。「秩序正しい共同生活の安全のための正しい手段」としての刑罰は、共同生活の安全という最終的な目的に合うかどうかによって変わるのである²²⁴⁾。したがって、リストにとって、「貫徹されるべきは応報刑なのか保護刑なのか」という問いは、来るべき将来が刑罰の歴史のなかで現れている諸現象形態のなかのどれを求めているのかという問いと合致すると言える。というのも、彼の発展思想から、来るべき将来の刑罰というのが、我々にとって、現在の刑罰ののちの、それだけにより高い発展類型であるからである。このようにして、当時のドイツ帝国にとって採用されるべき刑罰の正当化根拠が応報刑であるのか、それとも、リストの主張している保護刑であるのかという問いについて確実に安全な情報を与え得るのもまた「普遍史的な考察および法比較上の考察」だけなのである²²⁵⁾。

さらに、リストは、「国家において組織化された社会生活の経験的に与えられている発展傾向」を「正法」のしるしと見なすのであり、これに基づいてだけ「政策の科学的な体系 (ein wissenschaftliches System der Politik)」は築かれ得ると考える²²⁶⁾。このシステムは、絶対的妥当性を向目的的に要求する定言的命令を出発点とすることはできないのであり、リストにとって、そのようなシステムを構築するためには、「その時代・その国家制度に所与の諸関係によって課されているきわめて高い課題を出発点とする必要がある」のである²²⁷⁾。リストにとって問題なのは刑法であ

224) Liszt, a.a.O. (Anm. 8), S. 557.

225) Ebd.

226) Liszt, a.a.O. (Anm. 122), S. 95.

227) Ebd.

り、刑法における「正法」を捜し求める際に、必要であるのは発展傾向を歴史の考察と法の比較によって発見することである。リストによれば、そのような過程のなかで、我々は「我々に内在している犯罪に対する社会の本能的な反動（応報）がますます目的意識的な社会的反動へ、つまり衝動行為から目的意識的な意志行為になった」ということを教わったのである²²⁸⁾。したがって、合目的性を基準とするリストの「正法」というのは、発展思想に裏付けられている目的意識的な法のあり方であり、「正法」の定め方は実証主義の立場から存在（者）から存在当為的なものを導き出すこと以外はないのである。その意味で、リストの目的論はそれ自体として記述的ではなくて規範的であり、彼はこれを概念上必然的であると強調する²²⁹⁾。「正法」の確定課程は、リストにとって規範学としての刑法の体系でもあると言える。

リストの見解に対しては、当時の多くの人が批判を向けている。しかし、彼はそのような批判に対して、「肉体と精神」、「自然と目的」そして「形式と内容」という二元主義にその原因があるとし、このような見解をとる者に対しては、自身の考え、つまり、「存在（者）と存在当為的なものとの間の統合」、「あらゆる意識内容の統一的な見解」を説得させることができないとする²³⁰⁾。さらに、「存在当為的なものは存在（者）からもはや導かれえない」としたラートブルフの見解に追従する人たちが、たとえば、「決定というのが、感情的決定（Gefühlsentscheidung）」もしくは全組織体および議会政治の発言において「権力による決定および多数者の決定」を意味するとみていたとしても²³¹⁾、このような考えは、リスト自身の言う「規範学の破産宣言」を意味することになるだけでなく、法の比較を試みることも「人間共同体の歴史、つまり国家および法の歴史というの

228) Ebd.

229) Ebd.

230) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 91.

231) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 92.

は、大きな政治的な所産に対する教育的な例の集約以外のなんでもない」ということとなるだけなのである²³²⁾。

リストは、そのような理解が歴史的に生成されているすべての事象の比較の際にみられる内在的法則性を発見し、そこからその都度の状況に合う発展傾向を導き出し、それでもって「正法」を確定してゆくという彼自身の学的構成に対する理解不足に起因するに過ぎないと受け止めている。そのような作業なしには、リストの唱えているその都度の目的に整合的な「正法」は決して確定できなくなると言えよう。こうして、正法の定め方においても、リストは実証主義的な方法論を用いており、理性主義的なアプローチは考慮の対象とはなりえず、したがって、当時の自然主義的考え方の限界を克服すると期待を寄せられつつあった、いわゆる「新カント学派」の考え方も、彼にとって容認できるものにはならないのである。リストの刑法学における理性主義的なアプローチの排除は、彼のこの学派に対する批判的な見解からも、非常に明確である。リストの刑法学における法思想上の考え方を理解するためには、彼の新カント学派に対する批判を考察する必要がある。そうすることで、リストおよび彼の学問観に関する理解もより深まるだろう。

三. リストと新カント学派

理性の回復と新カント学派の成立

ドイツにおける自然科学的考察方法の進展は、思弁的哲学の否定をもたらし、さらに自然科学的唯物論を生み出す。このような過程のなかで、人間の精神は理想を失ってしまいショーペンハウアーに代表される悲観主義へと沈潜してゆく。存在(者)と理想の二元論を示し後者の価値をより高く見るカントの理想主義が、現実的なものと理想的なものとの距離を失ってしまうヘーゲル絶対的観念論へと改変され²³³⁾、これが遂には理想を否

232) Ebd.

233) このような改変は、「理性的なものは現実的なものであり、現実的なものは理想的なも

定する唯物論へといたる。さらに、自然科学的方法論が社会現象へ応用されるようになり、「理性否定主義的な必然論」が諸社会科学に見られるようになっていたのである²³⁴⁾。このような自然科学的機械論の強力な力に圧倒されていた時代的な状況に対抗するためにも、理想主義的な哲学の再来が必要であったのであり、そのような期待に副うべく「新カント学派」という動きが生じたのである。それは、カントにおける認識が自然においてのみ成立したのに対して、カントの批判精神を継承しつつも、カントの限界を乗り越え「社会的事象の真なる認識」を得ようとしたのである²³⁵⁾。

近代自然科学の急速な発展が可能となったのは、一切の自然現象を機械的な法則性という観点でとらえ、人間の知性的・理性的精神でもって作り変えることのできるものとして取り扱ってからのことである。このような人間精神は、次第に人間社会をも必然的な法則性を有するものとして想定させるようになり、それによって、ついに社会を経験的・実証的に考察し、人間の意図に沿うような形でつくりかえようとする社会工学的な見解が興隆することになった。そして、そのような潮流は自然と法学に影響するようになったのである。そういった状況のもとで、歴史法学という流れが現れ、「法の自然的な生成を主張した」のであり、「功利主義の法哲学は人の幸福追求という自然的傾向のもたらす調和としての法を語る。そして目的法学という流れは「人間社会の生存条件の実現としての法を考える」ようになったのである²³⁶⁾。さらに、19世紀初頭以後の成文法の急速な発展は、法実証主義の風潮を——分析法学（法学はあくまで実定法の学）、一般法学（自然法学の形而上学的傾向を排撃し、実定法の分析によって一般概念の発見を目指す）を——蔓延させた。すなわち、自然科学的思考の影響による哲学の喪失に対して、法学そのものの学としての成立を目指し、法の価値的な性格

「ものでもある」とするヘーゲルの言葉から容易に想定できる。

234) 阿南成一『講義 法思想史』（青林書院、1984年）、188頁。

235) 阿南、前掲書（注234）、188頁。

236) 阿南、前掲書（注234）、186頁。

を考慮する動きが出てきた、ということである。そこに見失われた理性の回復を試みるものが生じてきたのである。これは法の基盤である社会の理想を求めることでもある。このような背景から、法学においても社会科学の発展に寄与した新カント学派の哲学的な考察が現れてくるのであり、それは理想の回復を目指す理想主義的哲学の再生とも言えるのである²³⁷⁾。

そのような理想の回復はドイツにおいても明瞭な形で現れてくる。周知の通り、自然科学的知識の応用・実用化として、そして技術革命として成立した産業革命が根本的な社会変動をもたらした。とりわけ、産業革命に先進を切っていたイギリスやフランスからの外的な圧力によって、ドイツの民族意識や国民感情といったものが盛り上がったのであり、その結果として、政治・経済的な統一への動きが具体化されるようになった。とはいえ、注意すべきは、その際ドイツにおいて必要であるとされたのは、いわゆる「市民社会」ではなくて、あの列強からの圧力に対抗できるような有機的な全体としての国家社会であったということである。そのようなドイツの状況によって、自由主義ではなくて保護主義を必要とするドイツの産業構造が出来上がったのであり、1848年の革命の失敗もそのような産業構造によるものであったと言える。ところで、19世紀後半になると、ドイツは新たな局面に入る。すなわち、ドイツにおいて資本主義の躍進とともに急速な産業革命がなされ、ビスマルクの主導のもと、ドイツ帝国が成立したのである²³⁸⁾。そのような状況の下、ドイツは帝国のレベルで、急速に産業革命を進めたのであり、それに伴いあらゆる方面で資本主義的かつ合理的な機構の編成が必要となってきた。そして、そのような流れを促進させるために、世界観の基礎となり、唯物世界観によって見失われた理性の回復を目指し、さらに近代市民社会に内在する矛盾を克服する新しい理想をもたらす哲学が求められるようになったのである²³⁹⁾。新カント学派の成立を理解するには、このような

237) 阿南, 前掲書 (注234), 186頁。

238) 阿南, 前掲書 (注234), 187頁。

239) 阿南, 前掲書 (注234), 187頁。

思想史的不いしは時代的な状況を察する必要がある。とはいえ、そのような理性主義的な思想の流れは実証主義的アプローチを学問上の方法論としてとっているリストにとって違和感を覚えるものであったのである。学問上の方法論において実証主義のアプローチを志向していたリストにとって、そのような思想的な流れは批判の対象にならざるを得ない。

リストの新カント学派批判

新カント学派の方向性は、周知のとおり、二つに分けられている。いわゆるマールブルク学派と西南学派（バーデン学派）がそれである。前者はコヘンに代表されるものであり、それによれば、「一般に感覚の内容は認識に与えられる所与であると考えられているが、実はそれはわれわれの思惟と無関係に独立に与えられているものではなく、われわれの思惟に対する課題にほかならない」とされている²⁴⁰⁾。ということは、「一つの認識の素材を感覚によって捉えられるものの範囲に限るという制約を廃棄することであり、一切の認識の内容は人間の思惟能力により産出される」ということを意味するので、そこにおいて「現象としての自然の範囲を超えた認識が——当為認識が——可能となる」ということである²⁴¹⁾。換言すれば、それは、「カントにおいて、認識というのは感性（所与を受け取る能力）と悟性（所与を秩序づける先験的な思惟能力）との統合により成立するものとされたが、それらのアプリアリな直観形式やカテゴリーが「仮説」と考えるのなら、思惟が所与を前提とせずそれ自体の働きにより内容を産出し、合理化し、客観化することでの認識の成立も考えられる。このような思惟（純粹理性）を想定することで、それと原理的に同一に働く純粹意思も想定され、そこで純粹思惟が自然科学を基礎づけるように、純粹意思が論理学を構成し、法学・精神科学を基礎づける」とされるということである²⁴²⁾。

240) 岩崎武雄『西洋哲学史（再訂版）』（有斐閣、1975年）、278頁。

241) 阿南、前掲書（注234）、188頁。

242) 阿南、前掲書（注234）、188頁。

このような認識論は徹底的に「思惟一元論」であり、あらゆる認識内容を思惟の作り出すものと考えているのである。この学派は、このようにして、自然科学の基礎付けを試みたのである。

そして、後者、つまり西南学派の方向性は、経験によって与えられるものを現実一般と解し、現実をどのように見るかによって、それを成立させる認識も変わってくるとする。すなわち、それは「現実を単なる事実としてみるときは自然認識が、価値に関するものとしてみるときは文化事象の認識が、やはり先験的な方法を通じて成立する」ということである²⁴³⁾。つまり、ヴィンデルバントおよびリッケルトによれば、「歴史学ないし文化科学が自然科学から区別されるのは決してその取り扱う対象の相違によるものではなく、対象を取り扱う方法の相違によっているから」であり、それは、つまり、同一の対象である一つの建築物を考える際に、それは自然科学的研究の対象にも、歴史学的研究の対象にもなりうるということの意味する²⁴⁴⁾。リッケルトにおいて、経験科学というのは自然科学と文化科学とに分けられており、「前者は形式的・一般的（＝普遍的）認識により、後者は歴史的・個性的（＝個別化的）すなわち価値に関係させての認識により成立する」としている²⁴⁵⁾。このようにして、西南学派は価値および文化の論理を追究する「価値哲学」ないしは「文化哲学」について論ずることができたのである。

以上のような見解から明らかになるのは、認識の成立には形式と内容が必要となるということである。つまり、「認識とは決して対象のあるがままの把握ではなく、同一の対象でも異なった方法により異なった論理的・形式的の下に入れられることによって異なった認識内容が生ずるのであるから、認識の成立するためには必ず形式と内容との二つの要素が必要である」ということである²⁴⁶⁾。これは、形式と内容という完全に異質なもの

243) 阿南, 前掲書 (注234), 189頁。

244) 岩崎, 前掲書 (注240), 280頁。

245) 阿南, 前掲書 (注234), 189頁。

246) 岩崎, 前掲書 (注240), 280頁。

が相互関係することにより認識が成り立つということである。したがって、西南学派の認識論は「マルブルク学派の思惟一元論に対してあくまでも二元論的立場に立つという」ことができるのである²⁴⁷⁾。このように、いわゆる新カント学派はその内部においても、それが一元論的立場であれ、二元論的立場であれ、その基本的な方法論は理性主義的なアプローチであるということがわかる。つまり、「認識批判の立場に立つかぎり新カント学派は内容と形式を峻別するから、その価値論も、……、実質的内容的正義を主張する古典主義的自然法論とは異なり、価値そのものを論じ得ない」のであり、「シュタムラーの『変化する内容をもつ自然法』も、実質的内容を予定するものではなく、自然法という名称の下に価値付けられてきた法の理想の在りようを示すものであり、ケルゼンのいう当為は、倫理的義務ではなく、論理的な措定であり、法理念は彼の純粋法学の内においては語られず、ラートブルフは法の絶対的価値を考察しつつも、その普遍妥当的な認識が不可能である」とすることができる²⁴⁸⁾。このような概念と知識へのアプローチの方法は経験的な証拠ないしは物理的な証拠をもって語るわけではなくて、我々の感覚的経験から独立してそれを得ようとする方法をとっているので、理性主義的であると言わざるを得ず、したがって、このような理性主義的傾向は、経験論と実証主義の方法論に基づき、存在(者)から存在当為的なものを導き出し、それが発展という原理によって統合されるとするリストの考え方とは明確に拮抗していると言える。

さらに、形式と内容を分ける二元論的な思考形態をとる論者たちがリストの考え方による支持を受けることもできないだろう。それは、リストが、ヴァインデルバントおよびリッケルトの方向性を支持する人だけでなく、あらゆる法の原則として、いわゆる「正義」を主張する人たちに対して、彼らが『『規範的』な学問を『記述的』学問と明確に区別することを

247) 岩崎、前掲書(注240)、281頁。

248) 阿南、前掲書(注234)、193頁。

要求し、あらゆることを『単に』遺伝的もしくは因果的にしか説明しないことの不十分さを飽きもせず強調する」が、彼らは「目下、具体的な課題を成就するには無能力である」と、評することからも明らかである²⁴⁹⁾。さらに、リストは「正法」の議論との関係で、「シュタムラーの「形式的な基準 formaler Maßstab」は決して我々が探し求めることではない」として²⁵⁰⁾、法実証主義に基づき自然法を否定する者に反対するシュタムラー²⁵¹⁾の理性主義的な一元論に対しても、批判に取りかかる²⁵²⁾。リストにとって純形式という概念はまさに信念の世界ないし形而上学上の議論にすぎないのである。

249) Liszt, a.a.O. (Anm. 122), S. 92.

250) Liszt, a.a.O. (Anm. 122), S. 93.

251) 「カントが「素材を原因－結果の因果律という範疇に従って整序したが、シュタムラーはここで目的－手段という範疇を考える」のであり、「自然ではなく人間の自然＝社会生活に向けた認識の成立を考えるとき、人間の社会的・経済的努力を素材とし、その法的規制を形式として考える」。さらに、シュタムラーは、法の認識については「歴史的経験の過程において『法』として生じたものを語ることからではなく、それらの具体的経験を統整する形式観念に、法の概念を求める」必要があるとし、「法的秩序は、目的実現のための手段であるという前提の下」、彼は個人の「目的（＝意欲）を素材として、これを整序し共同生活を可能ならしめるための手段としての法則を法として考える」（阿南、前掲書（注234）、190頁）。

252) シュタムラーにおける「法の概念は」、純粹形式的なものであり、「不可侵の自主的結合意欲」とされる。法の概念は、経験的な内容を持たないので、法の正当性の基準となるべき法理念が求められる。この法の理念が普遍妥当性を持つためには、これまた純粹な形式のうちに求められる必要がある。そこで、法の理念は「法の概念によって捉えられた一切の特殊的意欲を、意欲一般の全秩序のうちに合則的に位置する規正方法」であるとされる。そしてシュタムラーの定式化する「正法」とは、法理念で規制される法である。とはいえ、法理念というのはあくまでも純形式であるので、「正法」の実質的な内容如何については語るができない。もっとも、「『正法』は法の理想への接近であり、超実定的理想法ではない」ということには注意する必要がある。ということで、「正法」は実定法の正当性の判断のための「普遍的内容的基準」ではない。「正法」は「自然法ではなく、歴史的な状況に応じ、超経験的な法の理念に従って実行される法として示される。したがって、法の理念によって規制された実定法」こそ「正法」なのである。その内容は普遍的ではないが、その状況に応じて「客観的に正当なもの」とされる（以上は、阿南、前掲書（注234）、195頁以下）。

そして、リストは、そのようなシュタムラーの基準によって可能となるのは、「個々の目的の設定を諸目的の体系的な統一へ誘導し、それでもって個々の目的を評価する」ことであるが、それは、リストにとって、「社会生活の最終的目的というのが（これが無条件的な目的としてかあるいは経験に条件付けられた目的なのかは重要ではない）、内容的に決められる場合だけに可能である」にすぎない²⁵³⁾。リストは「我々人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されている」と考えており²⁵⁴⁾、それは彼の唱える「発展」という観念から正当化される。すなわち、「発展概念を人間の共同生活へ応用する場合に、最後かあるいは最高の社会目的は決して話題になり得ない」ということである²⁵⁵⁾。したがって、最終的目的は決められないのであり、到達することもできない。ただ合目的に発展傾向を発見し定めることで、次なる段階へと発展していだけなのである。リストは言う、「我々は現の発展傾向を認識し得、そしてそこから次の発展目的を確定できる」と²⁵⁶⁾。このようなリストの考えから、シュタムラーの言う「最終的な目的」というのは、リストにとって、想定できないものである。さらに、リストはシュタムラーの言う「社会的理想」というのも、「内容的に満たされている最終的な目的ではなくて、一つの基準である」に過ぎないとし、その形式性を批判している²⁵⁷⁾。

リストの考え方からすると、形式から内容が導き出されるという想定は無意味であろう。リストにとって、純粋な形式というのはまさに形而上学の世界であり、それはリストによって信念としては認められるとしても、学問においては退けられている。したがって、シュタムラーの「形式的な基準」は、その有する「無条件的な妥当価値 (Geltungswert)」であるにもかかわらず、たとえば我々が社会秩序を築く際に、その基準および方法

253) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 93.

254) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 94.

255) Ebd.

256) Ebd.

257) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 93.

については何も言えないということである²⁵⁸⁾。なお、リストにとって、我々が「正法」および目的の体系を探し求めるとしても、シュタムラーの言う「自由に意欲する人間の共同体（Gemeinschaft der Freiwollenden）」²⁵⁹⁾のようなことは、我々が得ようとすべき目的ではないのである²⁶⁰⁾。発展概念の認識論的な意味がまさに因果的考察と価値考察の統合を表すところにあると考えるリストの見解からすれば、シュタムラーの理性主義的形式からは、共同体的社会を築くための実践的な基準およびその方法はまったく導かれ得ないのである。リストは自身の「発展思想」と「目的思想」をもって、理性主義的形式を排斥する。新カント学派の考え方からは、リストの考える意味合いの「正法」は導かれえないと言えよう。

四節. 刑法における発展思想²⁶¹⁾

前節において検討したように、リストは実証主義の立場から「正法」を定式化した。その際、決定的な役割を果たしたのが「目的思想」と「発展思想」という指導原理であった。これらの原理は、のちに検討するよう

258) Ebd.

259) シュタムラーにおける「正法」の原則は「特殊な事情の下に必然的に生ずる多くの法的決定に対して、選択をなすに際してその方法的基準である」。シュタムラーはこれを「『自由に意欲する人間の共同体』という最高観念から、① 尊敬の原理、② 協力の原理」として表す。このことから、彼は「共同体成員がバラバラに各自の存立のための闘争を行う社会でなく、自由主義を基本としている共同体的社会の理想を求めた」といえる（阿南、前掲書（注234）、195頁以下）。

260) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 93.

261) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 497 ff. なお、リストの発展論はメルケルの発展概念を基礎としている。メルケルの意味における「発展」というのは、これを基礎づけるために無条件に現存しなければならないとされる3つの要素によって支えられている。つまり、可変性ないしは現実における変化という要素、連続性という要素、そして伝承という要素がそれである（伝承という要素は、連続する世代の状況に発展概念が適応される場合である）。3つの要素すべてがリストの発展概念において再発見される。もっとも、リストの場合、メルケルのように、発展というのは単純な進化論ではなくて、それはむしろ進行性の進化論（ein fortschreitende Evolutionismus）という意味で把握される（Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 15 f.）。

に、刑事司法における「目的の内容的開放性」という観念を導き出し、その実質的な内容として、いわゆる「時代相応的な刑法」を正当化することになる。そのようにして、リストは「正法」およびそのあり方を示すことで、自身の学的試みの志向するところを明らかにしたと言える。リストはそれにとどまらず、そのような思考の流れを最終的に「刑法における発展思想」という形でまとめている。それは彼が「マールブルク綱領」において綱領的に宣言されて以来一貫して彼の学問を方向づけたものを明確な言い方で定式化したものであると言える。そのようなリスト自身による「発展思想」の定式化を考察することで、我々は彼の志向する刑事法学の学問としてのあり方および学問観の真正なる姿に迫ることができよう。このようなアプローチはリストという人物を歴史的な文脈で再評価するためには欠かせない作業である。

一、フランツ・フォン・リストにおける一元論的世界観と発展論

リストがマールブルク綱領において行った、いわゆる世界観上の統合という試みは、結合的世界観の構成が追求される時代的精神に影響され、学問上の対立すべてを解消できるような原理を探し求めたことに由来すると言える²⁶²⁾。このような考え方は、リストが、自身の活動していた時代が「(ユダヤ教ないしはキリスト教のような) 啓示宗教 (die geoffenbarte Religion) の教理から解放されることを試み、世間離れした哲学の有意的な思弁 (die willkürliche Spekulation) においていかなる満足も得られない時代」であるとの認識の下、そのような時代的な状況を乗り越えようとした意気込みから生じてきたと言える。そのようにして得られたリストの一元論的な世界観の統合というのは、これまで見てきたように、刑事法学を形而上学的な議論から解放させ、その都度の必要な目的に対応できるような柔軟な学問に改変させるためのものであった。ここに見られるのは、リストが、

262) Georgakis, a.a.O. (Anm. 17), S. 13.

互いに還元することのできない独立の二つの実体または原理を認め、その二つの実体からあらゆる事柄を説明しようとする二元論的世界観を否定しているということである。前述したように、リストは——それをカントの認識論的立場であると言ってもいいと思われるが——学問の対象として成り立つのは現象界だけであり、形而上学上の議論は、我々の経験によっては決して把握することのできない信念の世界に属する事柄であるとして、これを退けた。したがって、このような考え方からすると、永遠不滅で真実在であるアイデアとして取り扱われる精神的なものないしは絶対的なものに関する議論は自ずと排斥されることになる。哲学不在という時代的思潮の流れに影響され、実証主義の立場から考えているリストにとって、二元論的世界観の問題点²⁶³⁾のなかでも、とりわけ、我々の認識で確かめることのできない、永遠不滅で真実在とされるアイデアを崇拝することで生じてくる現象界の非実在性とそれともなう人間的体験の無用性といったものは、到底容認できるものではなかったであろう。

したがって、リストは歴史経験的な実在としての現象界および人間を学問上の議論の中心に据え、そのような経験的現象界の現象形態のなかで絶対的なものを見つけ出すと同時に、価値の問題や当為の問題などに対する答えも導き出そうとしたのである。すなわち、彼は、現象界におけるあらゆる因果的出来事の内在的な目的性および法則的發展性を導き出すことで、因果関係と目的因との間の統合、つまり、価値関係の因果関係的發展性を確立しようとしたのである。このような考え方においては、形而上学上の議論も、真実在としてのアイデアに関する議論も行われる必要はない。リストは、そのような考えでもって、「現象界において与えられている（現象に関する）二元論」は、時空に拘束されている我々の経験を、時空を超越した永遠（彼岸）と結合させるような「一元論的世界観」によって²⁶⁴⁾、ようや

263) 精神的なもの（永遠不滅で真実在なアイデア）の優越性と現象界の劣等性という図式から、厭世主義や極端な禁欲主義などの問題点が生じ得る。

264) ここに言う「一元論的世界観」というのは、「發展」という形而上学的な原理の導入

く克服されるようになると考えたのである²⁶⁵⁾。

なお、リストは実証主義の立場から現象界の事柄を考察し、極めて広範な事実研究の幅広い基礎の上に立ちつつ、事実の因果的考察と規範的考察の統一を保証する力を有する学問的仮説である「発展論 (die Entwicklungstheorie)」を導き出し、そこから刑事法学における「一元論的世界観」を具現しようとした²⁶⁶⁾。その際、その中核をなしていたのが、周知のとおり、現象界における人間活動の経験歴史的な考察を通じて得られた、因果の流れのなかに内在している「合目的性」とその実現を具体化する「発展」のメカニズムであった。リストは、すでにマールブルク綱領においてなされていたそのような学問上の理論構成を、後述のように、生物学における発展ないし進歩を刑事法学の分野に擬制して、「刑法における発展思想」という形で定式化している。そこで注目すべきは、リストが「発展」という観念を自身の刑事法学上の議論の中心に据えたということである。というのも、リストは、そうすることで、可変的な時代状況に即して社会の安定に寄与できると思われる発展傾向を、「発展」という名の下で、適宜取捨選択できるような理論的根拠を取得できると考えたからである。

によって説明されているとしても、それはあくまでも経験と直観に基づいて導きだされたものであるにすぎないと言える。

265) すなわち、リストは「過去数百年の間にかつてよりも明確に我々の時代において、市民階層すべてにおいて強調されるのは、我々の意識内容 (die Bewußtseinsinhalte) すべての一元的な統合、つまり我々の認識すべてだけでなく我々の知覚することと意欲的に得ようとする、そのすべてを最後で最高に統合することへの憧れであり、自然と精神との間の、因果関係と目的との間の、所与のもの客観的な研究と極めて高い個人的な目的設定との間の、主知主義と主意主義との間の対立の調整への憧れでもある」、としている (Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 497.)。

266) 一元論というのは、その全体性と答えの単純性が魅力であると言える。それは、さらに、現象界における歴史経験的な考察から絶対性もある程度担保できるものであると言える。しかし、その結果、イデオロギー的な独断と理念に陥りやすいとも言わざるを得ない。もちろん、リストはそれを排除しようとして、「発展」という観念を取り入れたと思われるが、そこから逆に何の根拠もない楽観主義が生じてしまい、結局、事の本質は見えなくなっている。それは知的構造の上で、二元論よりも硬直しているとも言えるのである。

もっとも、このような見解からすると、既述のように、いわゆる「反動性」として読み取られる状況であっても、それはあくまでもその次の発展段階にいたるために一つの過程であるに過ぎないと考えられており、それが社会の構造的な問題の隠蔽ないし何の根拠もない楽観主義に流れてしまう恐れがあるということには注意すべきである。

リストにとって、「発展」という原理は統一的世界観の可能性を保障する科学的な仮説（eine wissenschaftliche Hypothese）なのである²⁶⁷⁾。というのも、彼の考える「発展論は因果的経過すべての内在的合目的性を確保するという形で、因果関係と目的との間の統一を確立する」と思われるからである²⁶⁸⁾。このような定式から読み取れるのは、リストが現象界の因果的事象に内在する合目的性を見つけ出すと同時に、現象界の背後で法則的に作用している歴史的発展という原理を認識し、そこから当為の問題に対する答えも導き出すことができるとみているということである²⁶⁹⁾。そこにこそリストの唱える「発展」という観念の認識論的意義があるといえよう。すなわち、それは、因果的な考察と価値論的考察との間の発展的統合という洞察によって、さらに、存在（者）から存在当為的なものの発展傾向を目的論的に確定するという考え方も導き出されるということである。「認識された発展傾向だけが我々に存在当為的なことについて説明する」のであり²⁷⁰⁾、

267) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 497 f.

268) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 498. リストにとって、歴史の成り行きというのは、彼自身の「発展思想」と「正法論」に立脚すれば、存在（者）と存在当為的なものとの間の統合、したがって、因果的考察と価値的考察との間の統合である。しかし、「このような歴史的な発展の経過および特に発展の頂点は、決定主体の評価に左右されないと思われるのであり、このような意味で『自然的』であると思われる」かもしれない（Jannis A. Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 14.）。

269) 存在（者）に基づき、存在（者）との結合においてだけに、当為の問題に答えることは、哲学上の実証主義の本質に含まれており、そのための手段が発展という概念であると言える（Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 13.）。

270) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 556. ここには典型的な自然主義的進化論が反映されている。しかし、後述のように、リストの発展論は盲目的な自然主義的進化論とは異なるということとは明らかである。なお、これについては、Jannis A. Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 14. ♪

したがって、リストにおける発展論はあらゆる事象から存在当為的なものを統一的に取りまとめる道標であると同時にその正当化の根拠でもある²⁷¹⁾。

リストは、後述のように、生物学領域における発展論を社会学の領域に移すことで、自身の発展論を定式化している。リストは、そのような過程を通じて、彼の唱えている一連の一元論的世界観が完成されることになるとしている²⁷²⁾。さらに、リストは、自身の発展論を刑事法学に用いることで、遠く離れた過去が明かされ、より高みへと導く無限の未来への展望もまた打ち明けられたとしている²⁷³⁾。それは、リストが、「刑法における発展思想」を定式化することで、それまでの自身の刑事法学における学的試みをまとめ上げただけでなく、刑事法学のあるべき姿を提示したということの意味するのである。したがって、我々がリストおよび彼の学問を理解し歴史的な文脈のなかで評価するためには、彼の唱える「刑法における発展思想」の含意を考察する必要がある。

二. 刑法学における発展論的構想の定式化

リストは、生物学領域における発展論が、我々に、「自然法則的必然性でもって、単純で細分化されておらず、それゆえほとんど能力のない生命形態から徐々に移行して、合成されながらもますます細分化され、それゆえ、より適応能力のある生命形態 (die leistungsfähigere Lebensform) が広がったということ教える」として²⁷⁴⁾、実証主義の立場からそれを支持

↘Fn. 26. を参照されたい。

271) 「進化」ないし「発展」という観念のなかには、そもそも永遠に生き続けたい、退化され淘汰されたくないという意味合いが内在的に含意されていると言える。リストは自身の学的構成のなかに、「発展」という観念を取り入れることで、ドイツ刑事司法および刑事法学に消えることのない永遠の生命力を与えようとしたと言える。

272) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 498.

273) Ebd.

274) もちろん、リストの発展論は、前述のように、メルケルの発展概念をまたその基礎とする。そのなかで、「可変性」という要素は持続的に前進するという意味での「発展」であるが、これは時間的な意味だけでなく、「価値概念」を含むものである。というのも、

している。したがって、リストにおける発展論というのは、当時の生物学領域で承認されていた「自然選択説 (Selektionstheorie)」、つまり「生存競争による選択 (Auslese)」というメカニズムをその中心概念として受け入れていると言える²⁷⁵⁾。とはいえ、このような発展論は、前述したように、リストにとって完結的なものではない。リストの一元論的世界観からすれば、生物学領域における発展論から現象界に属するもう一つの領域である社会学の領域に転用することで初めて、一元論という輪が完成することになるので、社会学の領域においても、自然選択説は中心的な要素として働く。そのような意味で、発展論というのは、生物学の領域においても社会学の領域においても、あらゆる事象の因果的経過すべてが何の目的もない偶然の出来事ではなくて、そのような因果的経過のなかに潜んでいる向目的性に関する仮説を意味することになる²⁷⁶⁾。発展論というのが、社会学の領域においても、生物学と同様の発展過程をたどるということは、換言すれば、社会というのも、単純で遂行能力のない形態からより高度で複雑な形態へと発展していくということである。そうであるとすれば、社会学の領域における発展論が、生物学領域で言われているのと同じく、「社会生活の最初の発端から国家そして現在の国家共同体に至るまでの発生に関する関係を打ち明ける」ことになる²⁷⁷⁾。したがって、社会的な関係にお

ㄨリストにおける「発展」という原理は「同じ二重の法則性、つまり因果的および目的論的法則性において、個体 (Individuum) を万有の秩序 (die Sonnensysteme des Weltalls) に結びつける」ことを意味するからである (Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 498.)。

275) ここで、「選択 (Auslese)」という言葉の意味は重義的である。つまり、それは「適応能力のないもの (die Untüchtigen) の排除的淘汰 (die ausscheidende Auslese)」そして「適応能力のあるもの (die Tüchtigen) の保存的な選別 (erhaltende Auslese)」であると同時に完成度の高い選別 (vervollkommendende Auslese)」という二重の意味合いをもっているのである。リストにとって、「発展のリズムというのは、「適応 (Anpassung)」および「伝承 (Vererbung)」という概念を通じて与えられている」ことになる (Liszt, aa. O. (Anm. 144), S. 498.)。ダーウィンの理論は没価値的であるが、ここでリストの考え方は、社会進化論的な考察を正当化していると言うことができよう。

276) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 498.

277) Ebd.

いても、発展のリズムによって「家族間および種族間の張り合い、活動領域を巡る部族間および国家の間の張り合いにおいて、それほど遂行能力のないものは破滅していく一方で、遂行能力のあるものは常に社会生活においてより完全な存在形態になる」との理解が成り立つのである²⁷⁸⁾。

このように、発展の流れは生物学領域と社会学領域で同様の発展過程をたどる。とはいえ、両領域における「運動リズム (der Rhythmus der Bewegung)」は、リストによれば、相互に異なっており、生物学領域においてその生存競争を左右するのは、「自然的価値 (Naturwerte)」つまり、遺伝という方法で継承される動物の能力であるのに対して、社会学領域の場合には、重なり合って生じてくる各々の社会の間の競争を左右するのは、社会自らが作り出す「文化的価値 (Kulturwerte)」という精神的な武器であるとする²⁷⁹⁾。この文化的価値というのは伝承という方法で、すなわち、言葉と文字を通じて、教育と模範を通じて、世代から世代へと移転されていくことになる。ここで重要なのが、「社会それ自体そして社会の諸機関によって行われ、形成される生活機能すべて、つまり、規範設定および行政の全領域が文化的価値に属する」のであり、それでもって「社会の内部で自然的な選択と並ぶかあるいはそれに代わって、人為的で合目的な選択を定め、社会にとって役立つない構成員を選び出し、少しでも役立つ構成員を適合させ、役立つものはますます役立つものへと育成していく可能性が与えられる」ことになるのである²⁸⁰⁾。

リストは、このような発展論の観点から、過去、現在そして将来における刑罰の社会的機能 (die soziale Funktion der Strafe) に対する理解も明らかになる、とする。つまり、リストの理解からすれば、「刑罰というのは、本来社会にそぐわない人 (Fremdkörper) を社会から追放する以外のなにものでもないものであり、肉体的もしくは精神的性状を理由に、社会の生活

278) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 499.

279) Ebd.

280) Ebd.

条件に適應することのできない、個々人を排除（Ausscheidung）する以外のなものでもない」ということである²⁸¹⁾。このような追放および排除は「社会の本能的な反動（triebartige Reaktion）」であり、リストの発展思想によれば、そのような反動から徐々に犯罪者を目的意識的に排除することへと発展していかなければならない。目的意識的な排除というのは、改変的な一定の条件ないしは一定の規則に従うということの意味するものであり、したがって、それは、たとえば無慈悲な公開処刑から長く続く一定の収容施設における拘禁にいたるまで、社会自体とともに変わってくるものである。リストは、「排除および適應という社会的手段としての刑罰を先進的に合理化することに、刑罰の将来が示される」としており、彼にとって、社会的手段の一つである刑罰は人為的な選択（die künstliche Selektion）という社会的手段のますます広がるシステムに適合されなければならないことになるのである²⁸²⁾。

リストは、このようにして、それまでの一連の自身の学的構想および学的立場を明確にしたのであり、それが1909年アムステルダム大学で行われた講演において宣言された「刑法における発展思想」なのである。マルブルク綱領において綱領的に宣言されていた「進化論的發展」という観念は、社会を生物学的に擬制し、生物学上の一個の有機体として把握することで、より具体化されている。このような理論構成によって、生物学における「適者生存」に内在する「進化」という自然法則的必然性がそのまま人間社会にも適用されるようになったのである。そのようにして、社会においては「文化的価値」による人為的な選択が正当化されるのである。つまり、人間社会における最も進化した形態である国家による合目的的な介入が「発展」という法則的必然性に根拠付けられ、正当化されるのである。とはいえ、リストにおける発展というのは、常に右上がり線上の上昇ではないことに注意する必要がある。それは、既述のように、最終段階の

281) Ebd.

282) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 500.

分らない発展であり、反動的な状態も含む過程としての発展である。リスト曰く、さまざまな動植物が死滅していたのであり、世界国家というのも破壊されているが、「発展はさらに進んだのであり、より完全な有機体そしてより細分化されより生命力のある社会を作った」と。したがって、リストは「時折発展が停止するかあるいは進展の時期の間の反動の期間が押し込まれるということが、本当に異議を増加させること」にはならないと認識している²⁸³⁾。リストにおける「発展」という観念は、結局、そのなかで弁証法的な発展を想定していると言わざるを得ず、しかも、それは限りのない発展を確信する楽観主義の証でもある。

もっとも、リストが自身の学的構成にみられる「反動性」の容認をまったく意識していないとはいえない。なぜなら、リストは、刑罰というのは国家の制裁システムに組み込まれていなければならないと考えているからである。つまり、リストは「排除および適応としての人為的選択は、今日の社会においては、国家行政の行為であり、立憲国においては、したがって、国家行政の合法的で規制された行為を意味するのである。この行為が生じうるために与えられなければならない諸条件、それが決定される手続き、そしてそれが執行される諸原則など、これらすべてが国法によって決定される」としている²⁸⁴⁾。これは、換言すれば、刑罰というのは国家的な制裁行為として、罪刑法定主義という法治国家的原則に服する必要があるということである。このようにして、リストは国家における支配勢力ないし国家刑罰権力による恣意的な判断の可能性を封鎖することで、考えられ得る反動的な状態を排除しようとはしていた。リストは「国家権力、司法的判断は合法的な限界に結びつけられていなければならない」のであり、介入の際には慎重な比例性が考慮される必要があるとしている²⁸⁵⁾。つまり、個人の自由への介入が強力であるほど、それだけに条件は綿密に

283) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 95.

284) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 500.

285) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 501.

なり、このような介入の方法と程度は法律において限定されている必要がある、ということである。したがって、そのような観点からは、「個々人の状態が人間の社会的共同生活にとって緊急な危険を意味する場合だけに、生涯の監視あるいは長く持続する強制治療が正当化される」とするリストの発言も²⁸⁶⁾、法的制限のもとで、当然ながら承認されよう。ただ、そのような処置が正当化されるためには、「危険な行為 (état dangereux)」の概念およびその性質が学問かつ立法上の関心の的とならざるを得ない²⁸⁷⁾。それは今日の我々にとっても同じである。

しかしながら、ここで考えなければならないのは、これまで検討してきたように、リストにとって、危険な行為の対象としてその主たる判断基準となるのは個々の人間ではなくて、社会という共同体である。したがって、社会の安全を現に害しているかそれとも将来的に害する可能性があるかと判断されるすべてが「危険な行為」に含まれるのであり、そのような行為を犯す人および社会的団体は社会の発展のために適宜処置されることになる。社会に対する「危険な行為」とそれを規定する基準はまさにその都度の諸状況によって変わってくるものであり、そのような「危険な行為」の確定およびそれに対する適切な処置というのは社会的なコンセンサスを得て適宜調整できるだろう。しかし、問題となるのは、「危険な行為」が政治的な意味合いで判断される場合であろう。リストの唱える「目的思想」と「発展思想」が罪刑法定主義という法治国家的原則をその土台としているとしても、それは可変的な諸状況に適合するように変化しなければならないので、いわば悪しき法実証主義を予定しているとも言える。しかも、リストの学的構想においては、あらゆることが「発展」という名の下で、正当化される恐れもあった。そのようなことは、リストが、マルブルク綱領において、そしてその後の作品においても、たとえば、社会病理的現象（としての犯罪）を引き起こすものとして、プロレタリアートとい

286) Ebd.

287) Ebd.

う社会的団体を取り上げ、そのような現象を社会構造的な問題としてではなくて、政策的な観点から接近し進化および発展という形で取り扱おうとしたことから、明確であると言える。リストが、自身の学的構成及び学的立場を「刑法における発展思想」と定式化し、刑事司法における楽観主義的な展望を提示したとしても、それは相対的な弱者に対する排除論理を正当化する理論的根拠を与える恐れがあるということには注意を払わなければならない。

第三章. 刑事法学における「目的開放性」および「時代適合性」

これまで、マールブルク綱領において、綱領的に宣言されたリストの「目的思想」と「発展思想」の意味合いが彼ののちの作品においてどのように定式化されていったのかを考察してきた。そのような定式化の過程というのは、言うまでもなく、リストの学問観ないしは世界観に支えられており、それを考察する作業は彼を刑事法史という歴史的な文脈のなかで評価する際に、中心に据えられるべき事柄である。リストにおける「発展」という原理は、一見して相反すると思われる「統合」と「排除」というメカニズムを有するものであった。それは、「刑法における発展思想」という定式で、一方では、一元論的な世界観を支える原理として、他方では発展にそぐわないものの「淘汰」という形で、より明確な形で具体化されることになった。つまり、リストにとって、「発展論というのは、因果的経過すべての内在的目的性を確保することによって、因果関係と目的との間の統一を確立する」ものであり²⁸⁸⁾、「発展」という名のもとで、人為的な「淘汰」をも正当化するものであったのである。さらに、リストにおける「発展論」の観点から肝要であるのは、ある事象の因果的流れというのが

288) Liszt, aa.O. (Anm. 144), S. 498. もっとも、リストにおける「排除」処置というのは、マールブルク綱領において確認されたように、「刑罰奴隷」という言葉に見られる「排除対象の効率的な利用」という意味合いをも含んでいることに注意する必要がある。

盲目的で没価値的なものではなくて、それ自体内在的な目的性を有している」と想定しているということである。というのも、刑事法学における形而上学上の議論を排斥しようとするリストにとって、価値や当為などに関する問題は現象界の事象から導き出さなければならないからである。そうすると、あらゆる事象は存在（者）を基本とする一元論的な世界観に基づいて考察されることになるしかなく、そこに形而上学的な思弁による探求は排除されることになる。なお、リストにおける「発展論」は、そのような因果と目的との間を一元論的に統合するとともに、一定の方向性、つまり、目的意識的により高い段階へと合法則的に発展していくという方向性を想定するものでもあった。リストにおける「発展」という観念は、存在（者）を歴史的・発展的に生成したものとして考察するであり、そうすることで生成中のものを存在当為的なものとして認識する。したがって、リストにおける「発展」という観念からは、来るべきものがより価値のあるものであるだけでなく、存在必然的なものでもあるということが成り立つのである。

我々はフランツ・フォン・リストを「刑法における目的思想」というフレームで定型化してしまいがちである。しかし、彼の作品を学問観ないしは世界観という観点で考察した場合には、むしろ「発展思想」に主眼をおくべきであると思われる²⁸⁹⁾。というのも、「発展思想」に主眼をおくことで、「刑法における目的思想」の意味合い、そして彼の描いた刑法学のあり方ないしは学問観がよりはっきりと認識できるのであり、さらに冒頭で提起したリスト理解に関する異なる見解にもより正確な答えを出すことができると思われるからである。ということで、以下においては、これまで検討してきたリストの作品から読み取られる彼の学問上の立場ないしは学問観を中心に、彼の「目的思想」および「発展思想」からどのようなこと

289) とりわけ、リストは、「我々社会学派の刑法家たちまた発展論の与える世界観から成功への確実な希望を得る」とし、発展論が自身に限るものではなくて、広く受け入れられていると唱えている（Liszt, a.a.O. (Anm. 144), S. 501. ebenda.)。

が言えるのかを考察する。

一節. 国家の理解に関する変化——全生活領域の政策問題化

すでに検討したように、マールブルク綱領において主張されていたのは、人間社会のすべての発展段階において、刑罰が不可欠であるということであった²⁹⁰⁾。その根底にあるのは、「個人の自己主張 (Selbstbehauptung) と自己保存 (究極的には、種の保存)」という刑罰の絶対性であった²⁹¹⁾。リストはそれを形而上学上の考察からではなくて、経験的人間の歴史的考察を通じて確定した。そうすることで、刑罰は形而上学上の議論とは何の関係もないものになり、犯罪と刑罰の問題は自然科学的な考察方法を用いて取り扱うべき事柄となったのである²⁹²⁾。リストは「発展思想」に基づいて、衝動的な刑罰は人類の発展にともない、公的な国家的刑罰へと移行すると考えた。それは、彼の言葉で言うと、衝動行為の目的意識的な意思行為への移行、つまり、「刑罰の客観化」なのである²⁹³⁾。このような段階に入ると、「自己保存および種の保存」という処罰目的は、客観化された衝動的な処罰としての刑罰という形で、合目的な予防に供することとなる。応報刑に代わる予防、何よりも特別予防こそマールブルク綱領の目指す刑事政策である²⁹⁴⁾。このように、リストは特別予防を主張したが、それというのでも、刑罰というのが不可欠な衝動であり、特別予防はこのような衝動の、当時の人類発展状況において最も相応しい形態であるだけでなく、最も合目的な予防であったと思われるからである²⁹⁵⁾。

ところで、刑罰の客観化が意味するのは、私的な処罰が国家刑罰へと移行する際に現れる処罰の客観化の形態が刑法であり、処罰衝動の目的型が

290) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 133 f.

291) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 135.

292) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 135 ff, 140 f, 151 f.

293) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 145.

294) Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 224.

295) Ebd.

刑法であるということである²⁹⁶⁾。このような定式化から読み取ることが出来るのは、我々が衝動的処罰を意図的に目的に応じて使用することを学んだということであり、それを刑法が示しているということである²⁹⁷⁾。それが可能になるためには、諸社会的な生活様式が国家レベルで強化される必要があるだろう。このような条件が満たされたのち、自己保存のためのさまざまな生活条件が定式化され、それが「法益」へと客観化されるのである。さらに、法益というのは、リストによれば、個人および団体がその生活を営むするために必要な合目的な条件でもある²⁹⁸⁾。刑罰というのは、そのような生活条件をさまざまな妨害から保護する以外のなにもでもない。刑法というのは合目的な方法、つまり効果的方法を用いて、法益としての生活条件を守ることになる²⁹⁹⁾。換言すれば、刑法というのは特別予防的な法益保護なのである³⁰⁰⁾。

なお、ここにいう生活条件として理解される法益というのは、衝動的処罰の合目的な自己制限であり、そうすることで処罰は有効なものとなるのである。目的意識的な刑罰および法益の合目的な保護を定めている刑法というのは、法益を乱したものに対して、その程度にしたがって合目的な処置を行う。それは、たとえば、マールブルク綱領において、改善・威嚇・無害化という形で具体化されている。つまり、マールブルク綱領における刑法による刑事政策というのは、個人および団体の生活条件の妨害の数とその重さに対する目的意識的な反応なのである。リストはそれを標語的に、「正しい、即ち正当な刑罰というのは不可欠な刑罰である」としている³⁰¹⁾。このように、マールブルク綱領において、応報刑は合目的な予防刑へと取り替えられている。というのも、それは、リストが生活条

296) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 146 f.

297) Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 225.

298) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 147 f.

299) Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 225.

300) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 146 ff.

301) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 161.

件として認識された法益を保護するという目的のためだけでなく、目的になかった予防的な刑罰である目的刑が実践上より適切であると判断されているからである³⁰²⁾。この点に注目すれば、確かに、リストの刑罰論は、社会の秩序と安全を守るために、その都度の必要に応じて、適宜調整の可能な、正しい刑罰のあり方を提唱していると言えるので、その点では評価に値すると言えるだろう。

したがって、マールブルク綱領において行われたリストの刑事法学における方法論的な発想の転換によって、刑罰の問題が政策的に解決され得ることとなったと言える。マールブルク綱領はそのような観点からすると、表面的には非常に意義のある学的アプローチであると言える。というのも、それによって、リストが、それまでの刑事法学を主導していたいわゆる刑法学における古典学派の形而上学的な議論からは刑罰の量刑決定原理およびその程度に関しては何も得られないということを明らかにしたのであり、したがって、適切な刑罰による犯罪の克服を達成するためには、観念的な刑罰ではなくて、実践的な刑罰の確定が必要であるということを理論的に説明したからである。経験とは無関係な「正義」といった抽象的な観念からではなくて、歴史経験的な実際の人間に着目することではじめて、その都度の適切な政策的な判断を用いる刑罰のあり方が容認されるようになるのである。そのようにして、リストは、量刑の決定原理およびその程度に関する適切な答えが、形而上学上の議論に基づいてはもはや有効に求められえないものであるということを明らかにした³⁰³⁾。つまり、それは、我々が量刑の決定原理およびその程度を「正義」や「応報」などのような形而上学上の基準を用いては犯罪の増加に適切に対応することができないということであり、したがって、犯罪の増加を防ぐことで犯罪の克

302) リストの「発展思想」によれば、応報刑よりも発展した形態が目的刑なのである。応報刑法から合目的な予防刑法へ移行という発想の転換によって、刑罰の柔軟な刑事政策的運用という考えが定式化される。ここにリストの偉大さがあると言える (Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 232.)。

303) Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 232.

服を目指すためには、刑罰認定の政策的な見地からのアプローチが有効であるということである。そのような政策的な見地からのアプローチは、逆にタイムリーな対応には不適切な応報刑の無能さを批判する政策的な根拠でもあったのである。

リストの考えからすれば、刑罰論における応報刑の考え方は、犯罪に対するその都度の必要でかつ目的意識的な対応には適しておらず、むしろ刑罰体系を弱体化させるものであった。応報刑による刑罰体系の弱体化が発生した場合に、我々にとって可能なのは、ナウケ氏の言う通り、二つの刑罰のあり方であると言える。すなわち、それはそのときの権力者の手中にある単なる道具に過ぎない恣意的な刑罰か、それとも近代科学ないしは経験によって基礎付けられている刑罰なのかである³⁰⁴⁾。リストの選択は、周知のとおり、後者である。そのようにして、リストにおける刑罰のあり方は目的意識のないし目的志向的な、まさに政策的に有効に利用することのできる刑罰を作り上げることであった。リストは「不可欠な刑罰が正しい刑罰なのである」とし、これが、「絶対的な正義からの刑罰の認定と刑罰の経験的な不可欠性という推論とを機能的に同価値とみなす」ことであるとしたのである。彼は、そのように設定することで、当時の形而上学的思弁による刑罰の正当化根拠の「認定危機（eine Legitimationskrise）」を避けて³⁰⁵⁾、刑罰論および刑事法学における政策的アプローチを正当化したのである。

さらに、マールブルク綱領においてなされた前述のような方向転換は歴史的な脈絡に由来しているということを知っておくべきである。すなわち、マールブルク綱領というのが、リストの国家理解に関する変化、つまり自由主義的国家から国家的介入を正当とする行政国家への変化（ないしは、国家と共同体の関係の理解における変化）を、刑法に導き入れようとしたということである³⁰⁶⁾。リストの想定している刑法というのは、国家の手

304) Ebd.

305) Ebd.

306) Naucke, aa.O. (Anm. 7), S. 234.

中にある有効な手段として共同体の中へ組織化されていく刑法である。それは、すなわち、市民相互の行動に対して一番外側で境界線を引くような刑法ではなくて、さらに、政策の乗り越えることのできない柵としてでもなくて、政策的な目的を達成させる手段そのものなのであり、したがって、刑法を政策的に取り扱うことこそ、政策的な目的の達成を志向する刑罰の目標なのである³⁰⁷⁾。リストは、このような考え方を次のように定式化した。すなわち、「法治国家、ほかでもない諸力の自由な動きの安定的な進展を保障することで満足したか、もしくは、少なくともそれで満足しようとしたそのような法治国家、つまり、カントの決まり文句を用いれば、ある人の恣意が他の人の恣意とともに自由の一般法則に従って一緒に存在し得るということだけを配慮しようとする法治国家から、数十年の流れの中で、現在の行政国家が発展した³⁰⁸⁾。このような行政国家は意図的な目的設定を通じて諸力の自由な動きに干渉するのである。つまり、一方では弱い人を優越な人から守るために、他方では個々人の悪ふざけに対して全国民の利益を保護するために干渉するのである。我々に社会政策をもたらすこのような大きな精神的な流れが我々に刑事政策の概念をももたらす。……刑法上の近代学派が要求するのは、扱うべき問題を十分に認識して、国家側からの意図的な目的設定、つまり諸力の自由な動きへ意図的に介入することである。そして、それが国家に要求するのは、可能な限り個々人を保護し、彼の意識を向上させ、速い流れで変化する社会の諸関係にもとどおり適合させることである。そして、必要であるならば、適応能力のない個人に対しては、彼を共同体から締め出すことによって、全体を保護することを国家に要求するのである」、と³⁰⁹⁾。

この定式は、リストの国家、刑法そして刑罰のあり方に関する構想が、

307) Naucke, aa.O. (Anm. 7), S. 235.

308) このような発展図式はリストの「内在的合法則性による発展」という考え方によって支えられている。

309) Liszt, Mitteilungen der IKV, Bd. 19, S. 377 ff. なお、ケンベの指摘も参照されたい (Kempe, ZStW 81, S. 822.)。

とりわけ、個人、社会そして国家における新たな関係の形成を予告するものであるだけでなく³¹⁰⁾、そのような関係に基づく国家、刑法そして刑罰のあり方を確定するための具体的な綱領的な宣言でもあるといえよう。ここで言う新たな関係というのは、ナウケ氏の言うように、我々のすべての生活領域を政策問題として取り扱うことを可能にするそのような関係である³¹¹⁾。そして、このような関係の形成は、国家のあり方という観点からすれば、前述のように、法治国家から行政国家への移行を意味した。リストは、マールブルク綱領からはじまりそれ以降のあらゆる作品を通じて、全ての生活領域を「政策問題化」と表示できるような関係を予定しただけでなく、彼の時代の特徴として取り上げることのできる国家の理解に関する変化をも裏付けたと言える。ここで注意すべきは、新たに理解されている行政国家というのが、リストの「発展思想」からしても、法治国家より発展した形態として評価できるということである。リストは自身の唱える「目的思想」および「発展思想」という理論的枠組みを用いて、時代相応的な刑事政策だけでなく、時代の要求に符合する新たな国家のあり方で提示し正当化しようとしたのである。

もっとも、ここで確認しておくべきは、リストにおける「発展思想」からは、全生活領域への国家の自由な介入という意味合いをもつ行政国家というのが、最終的な発展形態ではないということである。既述のように、リストの「発展思想」が最終的な発展段階を明らかにしないものである以上、それで発展経過が全て終了したわけではないのである。しかも、我々はその次なる発展段階がどのような形態をとるかもわからないのである。ただ、リストの「発展思想」によって導かれた国家および刑法のあり方という観点でリストの学的試みを考察する場合に、我々にとって言えるのは次のようなことである。すなわち、リストの学的試みは我々の全生活領域を「政策問題化」し、その都度の時代的諸状況に適合するような理論体系

310) Naucke, aa.O. (Anm. 7), S. 236.

311) Ebd.

を作るものであり、したがって、リストの目指す刑事法学のあり方というのあらゆる状況に柔軟に対応できる刑法学の理論的な支えであり、それを一言で言えば、刑事法学における内容的開放性であると言える。

二節. 刑事法学における「目的の内容的開放性」

前述のように、リストにおける「目的思想」と「発展思想」の原理が、互いにあいまって、当時の国家理解に関する考え方の変化を理論的に裏付けるものであったということが明らかになった。言い換えれば、マルブルク綱領をはじめとするリストのすべての学的活動を貫く刑事法学における学的構想は、「全ての生活領域の政策問題化」という標語に表示できるような関係の形成を正当化したのである。とはいえ、リストはマルブルク綱領のなかで、「目的観念による刑罰権力の完全な拘束が刑罰的正義の理想である」とし³¹²⁾、刑罰が目的観念によって制御されるべきである旨また主張していたことにも注目する必要がある。それは、リストが自身の唱えている「刑法における目的思想」を実現するにあたって、生じ得る内在的な問題点、つまり目的設定における恣意性を認識しており、そのような問題点の発生を防ぐための制約原理を定めておこうとした反証でもある。しかしながら、このような制約原理が果たしてその実質性を担保できるものであったのかといえ、それほど簡単には答えることのできないものがあると言わざるを得ない。したがって、それを確かめるためには、何よりもまず、リストの考えている「目的」という観念にどのような意味合いが含まれているのかを考察する必要があるだろう。リストにおける「目的」の観念がどのように見なされているかを考察することによって、「目的」の恣意的取扱いについて論ずることができるだろう。したがって、それだけにこの「目的」という観念の有する意味合に関する論究は非常に重要であると言える。この論点との関係で、とりわけ、ナウケ氏のマルブル

312) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 161.

ルク綱領に関する先行研究が示唆に富んでいるので、以下においては、彼の見解に基づき、リストの唱えている刑法における「目的」という観念の実際について検討する。

リストにおける「目的」という概念は、抵抗することのできない客観的な力として想定されている³¹³⁾。リストは、周知の通り、イエーリングから影響を受けており、彼の主張する「目的は法の創造者である」という定式を引き継いでいる³¹⁴⁾。ところで、この定式は非常に不思議であると言わざるを得ない。というのも、リストの刑罰論によれば、法の成立は客観的な機関へと移ることになるが、前述の定式によれば、そのような機関が「創造者」として取り扱われることになっており、したがって、そこにはいわゆる「民主的な立法の経過」という意識は形骸化されていると言える³¹⁵⁾。それは、「目的観念は法を産出する力である」とするリストの発言からも推察できるといえよう³¹⁶⁾。このような強力な法の目的というのは、ナウケ氏によれば、「役に立つ諸手段でもって貫徹された、個々人あるいは集団の利益の保護」なのであり、その際、それがどのような利益を保護するのかということとはもはやどうでもよく、「利益を保護するための手段の許容は、手段の効果を基準に判定される」ことになるに過ぎない³¹⁷⁾。「『刑法の目的』というのは開放的な目的 (ein offener Zweck), つまり社会の変化に刑法を常に適合させるための方法である」³¹⁸⁾。リストは、「その時代、その国民にとって、国民の生活条件の妨害として現れるような行動は、刑罰の下に置かれなければならない」と考えているのであり³¹⁹⁾、し

313) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 150, 153 f.

314) Liszt, Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie, 1910, S. 610 f., Naucke, aa.O. (Anm. 7), S. 237.

315) Naucke, aa.O. (Anm. 7), S. 237.

316) Liszt, Lehrbuch des Strafrechts 14/15. Aufl., S. 64., ders, Lehrbuch des Strafrechts 21/22. Aufl., S. 28.

317) Naucke, aa.O. (Anm. 7), S. 237.

318) Ebd.

319) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 152.

たがって、彼にとって、目的観念だけが処罰の対象となる行為の境界線を引くことになるのである。「目的観念から生まれるのが、……刑罰の程度である」³²⁰⁾とリストは言う。

それらのリストの発言が意味するのは、個人ないし団体が「刑法」という道具を手取るだけの十分に強い力を有する場合に、合目的刑法となるものはそのような個人ないし団体の意志に左右されることになるということである³²¹⁾。そのような場合、量刑の基準またその都度の必要な「目的」になろう。ナウケ氏は、そのようなリストの「目的思想」から生じてくる諸現象形態を標語的に、「刑法における目的の内容的開放性 (die inhaltliche Offenheit des Zwecks)」と言っている³²²⁾。それは的を射ていると言えよう。このような「目的開放性」というのは、次のようなリストの発言からも承認されよう。すなわち、自身の利益が妨害されたと判断する全ての団体は、身の安全を守るために、処罰にとりかかるとなるのであり、したがって、犯罪者となったものは、常にその法益が剥奪されることになる³²³⁾。逆に、「国家が……犯罪者に罰される権利、即ち刑罰を受けることで法共同体に残る権利を認める」ことにもなるが³²⁴⁾、それはただ合目的性の基礎に基づいて行われるだけのことになるのである。そうすると、「目的思想」というのは、刑法を限定する原理として是認されるよりは、むしろ刑法にその都度の諸状況に相応するような理論的な根拠を与える原理として作用すると言える。リストにおける「目的」観念はその価値を認められた法的利益を表明する刑法をより効果的にするものなのである³²⁵⁾。

ナウケ氏の言うように、「マールブルク綱領の偉大さは、……それが時

320) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 153 f.

321) Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 237.

322) Ebd.

323) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 152.

324) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 153. なお, Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 237 f.

325) Naucke, a.a.O. (Anm. 7), S. 238.

代の必要としている刑法の目的解放性（die Zweckoffenheit des Strafrechts）を断固に表明し、それでもって刑法の目的開放性を実践的に運用できるようにしたということにあるかもしれない」のである³²⁶⁾。従って、マールブルク綱領を範とした刑事政策というのは、刑法を用いて、その都度の国家そして社会の安全な状態を防衛することだけをその目標とするだろう。そう考えると、リストにおける「その都度の状況に有利な結果となるような合目的刑事政策というのは、あらゆるところで観察できることを記述するだけでなく、何が行われるべきであることを命令することでもあろう。そして、それは行われることを正当と認めることでもあろう。現存している刑法は、それが効果をもつ限りにおいて、筋の通った（vernünftig）刑法であろう」³²⁷⁾。

リストの目指している刑事法学のあり方とは、その都度の必要な目的によって操縦される法の理論的根拠づけであり、そうすることで、時代の変化とともにその姿を変えてゆく「目的開放的な刑法」を手に入れることになる。それが時代の変化に柔軟に対応できるという点で、肯定的な側面があるということは否定できない。とはいえ、そのような刑法はリストの言ういわゆる「創造者」によって牛耳られるものであると解することができ、そこに民主的な立法の過程といった意識は色あせていたことには充分に注意する必要がある。ちなみに、それとの関係で検討しなければならないことがある。すなわち、リストが刑法の法治国家性を、いわゆる刑法におけるマグナ・カルタ思想でもって、守ることができると唱えているが、果たしてそれが「目的開放的な刑法」の危険性に対する懸念を完全に払拭することになるかどうかということである。もちろん、これまでの考察で、リストの「目的思想」が「目的開放性」を導き出してはいるが、これ

326) Ebd.

327) Ebd. 存在（者）から存在当為的なものを求めるリストにとって、有効な現行刑法こそ「正法」なのであろう。なお、マールブルク綱領が影響を持ちうる政治的な幅に対しては、「リストの復来」を参照されたい（ZStW 81, S. 685 ff.）。

を制限する原理としては十分な役割を果たせないことが分かったが、さらに、リストの定式化した「刑法におけるマグナ・カルタ思想」を吟味することで、彼の考えている刑法の法治国家性に関する意識をより明確に読み取ることができるので、彼のマグナ・カルタ定式を検討する必要がある。

三節. 目的刑の制限原理としての「マグナ・カルタ思想」

既述したように、リストの唱える刑法における「目的の内容的開放性」という定式は「目的思想」から導き出された。そのような開放性は、自由主義に基づく法治国家の立場から、内容的「反動性」をも生じさせるものであった。しかしながら、リストはそれを「発展思想」を用いて正当化している。してみれば、そのような「刑法における目的開放性」というのは、彼の主張するいわゆる「犯罪者のマグナ・カルタ」および「刑事政策の乗り越えることのできない限界としての刑法」という定式とは明らかに拮抗していると言える。というのも、リストが「私の考えによれば、きわめて逆説的に聞こえるかもしれないが、刑法典は犯罪者のマグナ・カルタである。それは、法秩序全体を保護するものではなく、これに反する個人を保護するものである。それは、犯罪者に対して、法的条件の下で、法定の限度でのみ、処罰されることを認める」ものであるとし、さらに、「刑法は法的に限定付けられた国家の刑罰権力である」とすると同時に、「刑法は刑事政策の乗り越えることのできない策である」としているが³²⁸⁾、このような発言にもとづき「犯罪者のマグナ・カルタ」を唱える自由主義者としてのリストを評価している場合が少なからず存在しているとしても、そこに「目的の内容的開放性」を容認しているような意味合いは含まれていないからである。刑法における「目的の内容的開放性」というのは、自由主義的法治国家性に基づく刑法にはふさわしくないのである³²⁹⁾。では、

328) A.u.V.II, aa.O. (Anm. 139), S. 60 und A.u.V.II, aa.O. (Anm. 135), S. 80.

329) 既述のように、リストは法治国家性を守る古典学派の業績を認めてはいる。さらに、罪刑法定主義の政治的な意味をも指摘している (A.u.V.II, aa.O. (Anm. 139), S. 434.)。

リストにおけるこのような矛盾はどのように理解すべきであろうか。

我々が、リストの学的試みのなかで生じているそのような対立ないし矛盾を理解し評価するためには、リストにおける法治国家性の意味合いを把握すれば、それで足りるだろう。リストは、前述のような発言で法治国家性の重要性を唱えただけではない。彼は、「私は、犯罪社会学が刑法にとって代わるのに相応しいという主張を重大な間違いであるとする。我々が市民個々人の自由を国家権力の恣意から守ろうとする限り、我々が「法律なくして犯罪なし、法律なくして刑罰なし」という命題に固執する限り、同じだけ確実な学問的原理に従って作動する厳格な法解釈術もそのきわめて政策的な重要性を維持するだろう」とも言っている³³⁰⁾。このような発言を素直に受け止めるのであれば、リストの刑法における法治国家性に対する信念には何の疑いも持てないと思われる。しかし、そのような法治国家性というの、マールブルク綱領以降続いている彼の刑事政策的な考えとの関係ではそれが形骸化してしまうと言わざるを得ない。

マールブルク綱領において検討したように、リストは犯罪者を刑事政策の目的に合わせて分類したのであり、とりわけ、機会犯と常習犯との区別を想起する必要がある。リストの刑事政策において、それらは異なる基準でもって罰せられることになる。つまり、マールブルク綱領においては、社会的に危険な常習犯は不定期刑に処されるべきであって、「その刑罰は、刑法総則において一般的に不定期刑として規定され、各則で犯罪の重さに比例してその種類・程度が個別化され限界づけられた刑罰も、それ自体としての意味を失う」ことになり、法律効果の面での法治国家性は放棄されることになる³³¹⁾。さらに、無害化の対象と判断される常習犯の場合にも、可罰的行為が既に存在していなければならず、この限りで法律要件における法治国家性は維持されているとしても、それが刑罰の問題の開始するにあたっての要件であるに過ぎないことになるのである。したがって、改善

330) A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 13), S. 434.

331) 藤尾, 前掲書(注8), 125頁。

可能性のいかんを問わず、常習犯の場合には行為と刑罰の間の内的関連がないと言わざるを得ず、刑罰に直接つながるものは該当行為によって徴表される危険性の判断だけになってしまうだろう。そして、それに関する判断は「裁判官の主観的な臆見（ドクサ）」に委ねられることになる³³²⁾。このようなドクサはその真実性が検証できなければ、恣意以外のなにものでもないだろう。それは、危険な常習犯の類型に属する犯罪者にとっては、「『恣意』を要件として「無制限の自由の剥奪」を内容とする法律効果が科されると解するほかない結果となる」のである³³³⁾。結局、リストのマグナ・カルタ思想は危険な常習犯に対しては全く機能しないことが明らかであり、リストを真の自由主義者と称することには違和感を覚えることになるだろう。つまり、いわゆるリストのマグナ・カルタ思想というのは、彼の唱える刑事政策上の目的という観点からは、その限界を露呈するしかないと言わざるを得ない。その限りで、それは乗り越えることのできない柵でなくなるのである。リストの言う危険な常習犯罪者についての基準は単なる犯行の回数だけであって、常習犯という烙印を押されてしまうと、「目的」によって変わりうる刑罰の対象となるだけなのである。したがって、刑罰を行うための要件が定められているとしても、刑罰がその刑事政策上の目的によって変わりうるものであるとすれば、自由主義的な法治国家性は無意味なことになると言える。「目的」によって、刑法の法治国家性は形骸化されてしまうのである。

そうであるとすれば、リストはその都度の諸状況に適切に対応できる刑法を目指していたのであり、樂觀主義的な発展思想をもっていた彼にとって、自由主義的法治国家の確保は、そのような目的を達成するために、ある程度譲ってもいいと思われたかもしれない。自由主義的な伝統を受け継いでいるリストにとって、刑法における法治国家性というのは守られるべき価値であったということは否定できないだろう。しかしながら、前述の

332) 藤尾, 前掲書(注8), 126頁。

333) 藤尾, 前掲書(注8), 126頁。

ように、法解釈術が罪刑法定主義の観点から厳格に行われるべきであるとするリストにとって、刑法の法治国家性というのは「政策的な重要性」を維持するものであったとしても、「法律なくして刑罰なし」という罪刑法定主義が守られないような法治国家の刑法が流動的で可変的な社会的諸状況に適宜対応していくことを志向する柔軟な刑事司法に内在している暴走可能性を止めるには力不足であると言わなければならないのである。

リストが自身の学的試みのなかで生じているこのような問題をどのように解決しようとしたのかは明らかではないと言える。とはいえ、我々はこれまで考察してきた彼の唱える「目的思想」と「発展思想」という指導原理に基づいてそれを明確にすることができよう。それによれば、目的意識的な行為は「発展」という法則性に導かれ次なる発展段階へと向かうのであり、そのなかでは、反動的にみられる状況ですら「発展」の一過程に過ぎないのである。そのような指導原理のもとでは、刑事政策においてその恣意的な側面が否定されないとしても、それが「発展」という楽観的な結果を生み出すための必要なものであると思われるしかないだろう。このように考えると、刑罰論における法治国家性が表面的には形骸化されるようにみえても、つまるところ、「発展思想」に導かれた刑事政策が刑法の法治国家性をむしろ補強するものであるとも考えられるだろう。というのも、リストの学的試みに基づいて考えると、柔軟な刑罰が用いられることで、法定されている犯罪はますます克服されていくようになるだろうし、それで社会の安全は実質的な形で守られるようになり、社会はより高い発展段階へと進むと想定できるからである。リストにとって、自身の唱える「楽観主義的な発展思想」のもとでは、「目的の内容的開放性」と「法治国家性」というのが相対立するものではなくて、矛盾なく融合できるものであると考えられたようである。そうすることで、リストは法治国家性を有する「時代相応的な刑法」という一挙両得的な観念の成立を獲得しようしたと思われる。というのも、リストの唱える「発展」という原理の下では、相対立する事柄は統合されるからである。

もっとも、そのようにして、リストの唱える「目的思想」と「発展思想」という指導原理から、「目的の内容的開放性」と「法治国家性」との間の矛盾性は解決されることになるとしても、そのような解決の真正なる基準となるものは、結局のところ、合理的で中立的な国家刑罰権力を前提とする楽観主義だけであるということである。楽観主義は彼の学的試みを担保できるものではない。つまり、それは、リストの学的試みにおいて、彼の「マグナ・カルタ思想」が形骸化されるものであるというより、むしろ彼自身の学的試みが自由主義的伝統のなかに生きていることを明らかにするものであるとしても、既述の楽観主義が彼の唱えている刑事政策における「目的の内容的開放性」に内在している恣意性を阻止できるものではないということである。彼の主張する「犯罪者のマグナ・カルタ」および「刑事政策の乗り越えることのできない限界としての刑法」という定式は中身のない空虚なものにならざるを得ない。

四節. リストの学問観——「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付け

前述したように、「目的思想」によって導かれる「目的の内容的開放性」というのは「発展思想」の観点から見れば、近代刑法における法治国家性と拮抗するものではなかった。リストの学的試みの指導原理である「目的思想」と「発展思想」から、そのような結論が導き出されるのはある意味で当然であると言える。リストがそのような結論を導き出したのは、近代刑法における自由主義の伝統を守りながら、時代相応的な刑法の正当化をはかろうとしたためであろう。それはリストの志向する刑事法学のあり方でもある。そのような学的アプローチは、最終的には、立法において具体化される必要がある。すなわち、リストにおけるそのような刑事司法のあり方は彼の学的構想の目指している終着点である「刑事立法における『正法』」の確定のためのものであるということである。したがって、リストの目指している「正法」の定め方また彼の学的指導原理である「目的思想」と「発展思想」によって方向づけられることになり、そのようにして

確定された刑法は、「正法」という名の下で、時代相応的なものとして正当化されるのである。本稿の狙いは、冒頭で述べたように、リストに関する多面的な理解、そして彼を刑事法史のなかに新たに位置づけるため、立証することにある。それはリストの学的構想のなかで現われている前述のようなリストの学的試みを理解することで可能となろう。本節は、そのような理解のもと、これまで検討してきたように、リストの学的指導原理である「目的思想」と「発展思想」から導き出された「目的の内容的開放性」というものがいかにして「正法」として成り立つのかをもう一度説明し、リストの学的試みの志向点であると言える「正法」のあり方を、彼の学問観という観点で、結論的に取りまとめたものである。

一、「正法」における「目的の内容的開放性」

リストの見解からすると、刑法が守るべきは法益としての生活条件であり、そのために、合目的的でかつきわめて効果的方法を用いる必要があった。したがって、刑法というのは特別予防的な法益保護とも言えるのである³³⁴⁾。このように、リストにおける刑法というのは必要で目的意識的に定められた法益としての生活条件を守るために成立したものである。生活条件というのは、それを規定している諸状況によって変わり得る可変的なものである。したがって、リストの唱える有効で合目的的な刑法というのは、その都度のさまざまな生活状況に適合できるように法益の内容を変容できるものなのである。そのようにして確定された刑法が、まさにリストの考える刑事立法における「正法」なのである。

そのような「正法」は国家の存立およびその発展のために必要なものであり、それが守ろうとする法秩序を確実なものとするためには、刑罰を目的のシステムに組み入れるしかなく、法秩序の維持こそ刑事立法の領域における「正法」の基準となるのである。法規の正当性が確保されるのもそ

334) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 146 ff.

れを通じて法秩序が守られるかどうかにかかる。法規というのがそのような目的達成のための正しい手段でないとするれば、それは不当である。したがって、法規の内容は必要とされる目的によって定められる必要があり、リストにとっての「正法」の基準は法秩序の維持という合目的性にあることになる³³⁵⁾。

では、そのような合目的性を基準とする「正法」というのはいかにして獲得できるのか。経験論および実証主義の立場をとっているリストにとって、方法の問いに関するあらゆる純理論的な論争は、非生産的な弁証にふける危険があるだけであり、したがって、「正法」の獲得の方法を確定する際に用いられるのが諸方法の批判的な比較という方法になるのである。それは存在(者)から存在当為的なものを導き出すと同時に、正しい「発展」の道を探る過程を保障するものでもある³³⁶⁾。それは、すなわち、法の比較において重要となるのはその普遍史的考察であるということである。法の比較という方法を用いない限り、典型的に反復される発展段階、つまり法の類型というのは樹立できないのである。リストは、法の発展類型を認識しない限り、「我々の国内の発展において全体的かつ個別的に獲得された発展段階を正しく評価し、そしてそれをもって生成中のもの、つまり存在当為的なものの認識に到達すること」はできないと信じている³³⁷⁾。したがって、リストにおける「正法」というのは、法の比較によって樹立された法類型の発展段階を意味するのであり、「正法」の獲得は世界史的考察による法の比較という方法を用いることではじめて可能となるのである。発展の典型的な状態を認識することで、「正法」は確立するのである³³⁸⁾。

335) Liszt, a.a.O. (Anm. 8), S. 555.

336) Liszt, a.a.O. (Anm. 8), S. 556.

337) Ebd.

338) Georgakias, a.a.O. (Anm. 17), S. 16. リストは比較法的考察のために、刑事司法領域における国際的な協力を求めた。それが、やがて国際刑事学協会 (I. K. V.) の設立によって結晶したといえよう。

なお、ここで注目すべきは、リストが「発展」という観念を、「正法」およびそれを獲得するための方法論的アプローチの確定の際にも、その主たる指導原理としているということである。それが言えるのは、何度も言うように、経験論者で実証主義者であるリストは現象界において観察される因果の流れから「発展」という法則的原理を観念できると確信しており、彼の唱える「正法」のあり方またその都度の状況に合う主導的な発展傾向を見つけることにあるからである。リストは、「我々は存在しているものを歴史的に発生されたものとして看做し、そのあとで発生中のものを決める形で、我々は存在当為的なものを認識する」とするが³³⁹⁾、それは「正法」というのが合目的な選択によって定められた主たる発展傾向であるということの意味するのであり、したがって、あらゆる事象に内在している「発展」という法則的動きをモメントとする合目的性が「正法」における発展の仕組みを決めることになるということである。

このようにして、リストの唱える「正法」ないしそのあり方においても、「目的思想」と「発展思想」がその指導原理として働いていることが明らかとなる。リストの観念する「正法」というのは、「目的思想」と「発展思想」によって正当化され、その都度の諸状況に最も適切な法として認められるものである。すなわち、リストにおける「正法」というのは、彼の学的試みの指導原理である「目的思想」から導き出され「発展思想」によって正当化される「目的の内容的開放性」をその実質的な内容としているということである。それは、リストが「発展」の概念は最後ないしは最高の社会目的については何も語らないとしたこと、さらに、人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されているとしたことから明らかである³⁴⁰⁾。このようにして、リストは刑事法学のなかに「目的の内容的開放性」という観念を取り入れ、可変的な時代の状況に適宜相応できるという意味合いで、刑事立法における「正法」を正当化しようとしたのである。

339) Liszt, aa.O. (Anm. 8), S. 556.

340) Liszt, aa.O. (Anm. 122), S. 94.

二. 「発展思想」と「時代相応の刑法」

本稿のように、刑法史のなかで大きな足跡を残したリストを歴史的な文脈のなかで再評価しようとする場合には、学問観という切り口から考察しなければならない。これまで、リストの唱える「目的思想」と「発展思想」に基づき、それがどのような意味合いをもっていたのか、さらに、そこからリストがどのような刑事法学のあり方を志向していたのかを考察してきたが、それはリストの学問観を探し求める作業であるとも言える。これまでの考察からリストの志向している刑事法学の学問としてのあり方ないしは彼の学問観を標語的にまとめて言うと、「目的思想と発展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」であるということが出来る。

前述したリストの言う「正法」の観念も、そのような学問観に基づき、導き出されたのである。それは、リストの学問観から導き出されているもう一つの観念、つまり「目的の内容的開放性」によって刑事司法のあり方が左右されることになった場合に「正法」として承認されるのはその都度の時代的な要請に相応しい法であるということの意味する。換言すれば、リストにおける「正法」というのは、「目的思想」と「発展思想」を指導原理とする目的開放的な刑事司法によって求められる「時代相応的な刑法」であるということである。そのように考えると、「時代相応的な刑法」という観念も、まさに、彼の学問観から導かれるものであると言わざるを得ない。このような観点に立つと、我々はリストの学問観から「目的の内容的開放性」、刑事立法における「正法」、そして「時代相応的な刑法」という観念がどのような関係性をもって導き出されるのかが理解できる。リストの刑事法学上の試みは、そのような関係性に基づいて考察されない限り、その全体像を理解することができないだけでなく、リストという歴史的な人物を刑法史という歴史的な文脈のなかで理解することもできないのである。

ということで、そのような関係性に基づき、これまで考察してきたリス

トの学的試みから読み取られることをもう一度まとめると、次のようなことが言える。すなわち、これまで検討してきたように、リストの唱える刑法における「目的思想」とこれを支える世界観としての「発展思想」は彼の学問上の指導原理となっており、これによって組み立てられたリストの学的試みは刑事法学のあり方を一定の型に嵌めようとするものでは決してなく、むしろ刑法における「目的開放性」を正当化することで、その都度の時代の要求に即応できるような刑事法学を目指すものであったということである。それゆえに、リストの志向している学問観はその都度の目的遂行に必要かつ有効な手段を正当化するような刑事法学の理論的基礎付けであるから、「目的」という名の下では、刑事法学上の考えられるあらゆる学的試みが容認され得るということである。例えば、リストが自身の学的構想において犯罪と刑罰の間の因果関係を究明するためにその方法として実証主義的アプローチを用いてその科学性を強調しているとしても、さらに、そのような科学的な考察によって得られた成果が信じるのできるものであるとしても、それがその都度の「目的」にそぐわないと判断されるや否や、便宜的に切り捨てられることも想定できるということである³⁴¹⁾。すなわち、リストの学問観にもとづく刑法学上の学的試みは、一定の固まった枠組みを想定するものでは決していないということである。

しかしながら、一見して非常に恣意的にも見られるそのようなリストの学的試みは、リスト自身の観点からすれば、決して恣意的なものではない。というのも、「目的思想」と「発展思想」を自身の学問上の指導原理としているリストにとって、「発展」というのは現象界におけるあらゆる事象を法則的に支配するものであり、したがって、それには退化ないし反動性という観念はまったく排除されているからである。それは楽観主義以

341) 「便宜的」であるという言葉を用いることができるのは、「目的」の決定においてその主要な役割をするものとして、リストが政治的「支配階級」を承認しているからである。政治的支配階級の理念というのは、その都度の状況にしたがって改変するようなものである。政治的な目的を最も確実に、最も効率的に達成するためには、一番有効な手段を「便宜的に」選択するしかない。

外の何ものでもない。それは、既述したように、法治国家刑法と「目的的内容的開放性」との関係からも明らかである。すなわち、刑法の法治国家性というのが刑事政策における「目的的内容的開放性」に内在している恣意性を完全に制御できるものではないにもかかわらず、「発展思想」を自身の学問の指導原理とするリストにとって、そのような問題点は彼の関心の外にあったということである。というのも、彼は実証主義の立場から人間社会を経験歴史的なものとして考察し、そのなかで「発展」という原理を導き出しており、そのような「発展」原理にしたがって広げられている社会的現象というのは常に発展の道をたどるに決まっているからである³⁴²⁾。したがって、「発展思想」に導かれるそのような思考の流れからすれば、中世時代のような刑事司法への逆戻りはもはや想定できない。リストにとって、例の恣意性といった問題は言及する必要のないことであつたであろう。彼にとって、一見して反動的に見える現象も「発展」の一部にすぎないのである。リストにおける「発展思想」の目指す点は、「発展」という名のもとで、その都度の諸状況に最も効率的で必要とされる刑事司法の獲得だけなのである。排除による差別のメカニズムから生ずる問題も、「目的的内容的開放性」による法治国家性の形骸化という問題も、リストの唱える「目的思想」と「発展思想」の観点からは、反動的なものでは決してなくて、単なる発展過程のなかの一部分であるにすぎず、問題となるのは何もないのである。

したがって、このような観点に立った場合に、冒頭で述べられたようなこれまでのリスト理解および評価はどのように理解することができるか。前述したリストの学問観からすれば、それは彼の一面的で短絡的な評価であるに過ぎないと言わざるを得ない。というのも、リストの学的構想を、そのもっている一面的な側面を強調して、例えば自由主義的であると

342) リストの「目的思想」および「発展思想」は自由主義的法治国家性を揺るがすような状態を容認するものであると言わざるを得ない。そこにおいては、罪刑法定主義も政策的な意味合いでしか述べられないことになる。

か、国家主義的であるとか、人道主義的であるとか、さらに排除にと差別を正当化するものであるとするようなリスト評価は、「目的思想と發展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」を自身の学問観とするリストにとって、次なる段階へと發展していく過程のなかの一部分の強調であるに過ぎないからである。

もっとも、我々がはっきりと意識しておくべきは、あらゆる変化に柔軟に対応できる理論の基礎づけという言葉の意味のなかには、試みられるあらゆる学的構想において、政治・経済的な状況や思想的・哲学的な考察などのさまざまな諸条件が必要に応じて選択的に処理され得るという意味合いも含まれているということである。「我々人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されている」とするリストの見解からは、その都度の状況がいかに生じ、そして、どのような發展過程をたどるかには誰にもわからない。事前に決められている方向性も探知できない。そのようなリストの見解からは、選択された事柄がその都度の状況に合う主たる發展傾向として正当化されるしかないのである。リストの学問観というのは、まさにどのような状況にも適応できるような学的試みを可能にするものなのである。「發展思想」と「目的思想」をその指導原理とするリストの学問観というのは、今現在の状態を發展過程の一部であるとする限りで、それを正当化するものである。したがって、仮にある状況が反動的であるとしても、彼の發展論的学問観からは、それはまた次なる發展段階へ進むための一過程であるにすぎないということである。さらに、最終的な發展段階を示さない彼の發展論は、極端な言い方をすれば、次なる發展段階がどのように想定されても構わないことになる。もちろん、前述のように、リストの「樂觀主義」からすれば、彼の發展論は恣意性を想定するものではなかった³⁴³⁾。しかしながら、注意すべきは、「發展思想」の原動力である

343) もちろん、このようなリストの学問観の基礎には非常に樂觀的な世界観があるとしても、支配階級ないし支配勢力の暴走を止める歯止めのようなものを想定していない限り、その限界は明らかであると言わざるを得ないのである。この点、リストの学的構想がそ

「楽観主義」というのがまさに信念以外の何ものでもないということである。リストは「刑法における発展思想」を唱えただけであり、そのような楽観主義を正当化する理論的な根拠を明確に提示したとは言い切れない。

ということは、つまるところ、刑事法学の実質化をはかるために、その議論において形而上学上の思弁を退け、さらに実証主義的アプローチをその方法論として取り入れることで、刑事法学における科学性の重要性を唱えたりリストが「目的思想と発展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」という自身の学問観の正当化根拠を「楽観主義」という信念に依拠させているということである。このようなことに思い至ると、リストの学問観は砂の上の楼閣になりかねないといえよう。リストは「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付けをはかったものの、その成功には至らなかったといえる。リストの学問観および刑事法学上の試みはまさに綱領的に宣言された政策的なプロパガンダであったかもしれない。それは、リストがどのような事柄が「発展」と言えるのかについて具体的で理論的な根拠を示さない限り、支配勢力による政策的な試みの正当化に供するものとして使われやすい構想となっており、真正なる社会秩序の保護を見込んでいたとは言えないことになる。そこに、リストの学問的構想の理論的な限界がある。フランツ・フォン・リストの学問観というのは、「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付けを試みたが、それは確信に満ちた発展的な未来を夢見た、まさに、未完のプロジェクトであったかもしれない。

おわりに

本稿で行われた以上のような考察によって、フランツ・フォン・リストという歴史的人物の評価についての、これまでとは違った新たな知見が提

示の都度の支配勢力の正当化に供するものであるにすぎないということを反証しているとも言えよう。

示できたと思われる。しかし、歴史的人物としてのリストを評価する際に看過してはいけないことがもう一つある。それは、すなわち、リストの主張する学問観から正当化される「差別と排除のメカニズム」を「近代性の構造」³⁴⁴⁾という観点から考察しなければならないということである。というのも、そのようなメカニズムが当時の社会構成員の認識において承認されているだけでなく³⁴⁵⁾、刑事法学上の議論においても黙認されていると言えるのであり、それがリストの学的構想だけに見られる特徴ではないと思うからである。近代性の要素としての「差別と排除のメカニズム」という観点到立たない限り、冒頭で取り上げたりストの学的構想とナチズムとは影響関係にあるとの認識が説得力を得ることになるだろう。しかし、近代性の要素としての「差別と排除のメカニズム」という観点到立つと、それらは影響関係にあるというより、むしろ「近代性の構造」から生ずる必然的な結果であると思われる。言い換えれば、近代性の要素としての「排除と差別のメカニズム」というものがどのように形成されるようになったのかを検討することで、リストの思想及び理論体系にみられる「反動性」というのがリストの学問観自体に由来するにとどまらず、現在も含む近代刑法史のなかで現れている「近代性の構造」のもつ構造的な問題に由来するということが自ずとはっきり見えてくる、ということである。とはいえ、それ自体あまりにも大きなテーマであり、筆者の力量の限界もあるので、以下においては、近代性論に関して非常に示唆に富んでいる今村仁司氏の先行研究に基づき³⁴⁶⁾、「近代性の構造」とそれに必然的に随伴する「排除と差別のメカニズム」について述べることで本稿を終わらせたい。

周知のとおり、近代の思想ないし精神の理念からすれば、近代世界は自

344) 近代性の構造を構成するものとして、「機械論の世界像」,「前望的（進歩的）時間意識」,「予測と企ての市民社会」などが言われている（今村, 前掲書（注127）, 189頁）。

345) 今村, 前掲書（注127）, 187頁以下。

346) 今村, 前掲書（注127）。

己規律と計算合理的判断によって調和すると考えられていたのであり、これは封建的制度和それを支える宗教イデオロギーを克服するための当然の理論的要求であった³⁴⁷⁾。フランス革命において結晶した自由・平等・友愛という近代思想の理念は近代的精神からの結果そのものである。しかし、時は流れ、近代世界、とりわけ資本主義近代はそのような近代精神の真髄を否定してしまう。「多くの人々にとって、自由は貧困と没落への自由となり、平等は不平等を隠すイデオロギーに変質し、友愛は階級敵対にしかならなかった」のである³⁴⁸⁾。ここにこそ十九世紀における社会主義や共産主義の生誕の理由があり、さらに無政府主義による資本主義近代への批判が生まれたのである。

このような批判の時代にその特徴として取り上げられ得るのは、さまざまな思想体系において、そのイデオロギーの差異を超える一つの行動パターンが出来上がったということである。それは、すなわち、「計画・統制・管理のシステム」の到来であると言える。それは、伝統的な近代システムである自由主義的資本主義が終焉し、それに代わる「計画・統制・管理の政治・経済システム」が登場することを意味する。「この管理・計画主義は、「社会主義」あるいは「共産主義」の名前で呼ばれていたり、「厚生・福祉国家」主義とも呼ばれているが、どちらでも同じ」であり、「問題は、どちらも資本主義近代の第二局面についての別々の名前でしかない。資本主義と社会主義の対立などは、原理上存在しなかった」といい得る³⁴⁹⁾。従って、「社会主義」も「資本主義」もその根っこは同じであり、二つの間の相違は単なる「管理体制上の量的な違い」でしかないことになる³⁵⁰⁾。このような観点に立つと、ナチズムやスターリニズムやファシズムなども、結局、「近代世界の内在的で慢性的な矛盾への対応の諸類型」

347) 今村、前掲書（注127）、184頁。

348) 今村、前掲書（注127）、181頁。

349) 今村、前掲書（注127）、185頁。

350) 今村、前掲書（注127）、186頁。

にすぎないのであり、そのような矛盾を克服するために生まれたのが「同一のシステム、つまり、管理・統制のシステム」なのである³⁵¹⁾。近代世界は、どのような段階にあっても、常に排他的でかつ差別的であり、それが最近に至るまで「排除の力学と差別のヒエラルキーを強化してきた」のである。政治・経済・イデオロギーといったあらゆる分野が抱えているのが「排除と差別のメカニズム」であり、これを通じて社会における矛盾ないしは危機の克服がはかられたのである³⁵²⁾。それを我々ははっきりと認識しなければならないのである。

さらに、よく言われるように、自由、平等、博愛が近代的精神の産物であったにもかかわらず、実際の近代の政治・経済システムはその理念を十分に生かせなかった。近代社会の政治・経済システムは人間を平等に扱うことができないのであり、したがって、それはたとえデモクラシー国家になっても人間を平等に扱えないのである。「近代システムが強力に定着すればするほど、このシステムに包摂できない要素を、外部へとはじき出すという解決しかできない」のである³⁵³⁾。ナチズムもファシズムもレーニン・スターリン主義も、社会民主主義も、リベラリズムも、さらにどのような思想形態も、人種差別あるいは民族差別に対しては、共通の反応を示していたということは歴史的な事実である。従って、近代世界におけるあらゆる制度が、「階級的経済・政治、民族と人種の差別を助長するイデオロギー的装置」、つまり排除の構造をもっていると言えるのである³⁵⁴⁾。そのように、民族ないしは人種の差別というのは、まさに近代システムの有する負の側面であると言える。しかし、それは近代世界のあらゆる制度が抱えている問題であるといっただけでは済まない。それは、つまり、展望的時間意識に基づく予測と企てを遂行する近代的市民社会と近代の要請す

351) 今村、前掲書（注127）、186頁。

352) 今村、前掲書（注127）、186頁。

353) 今村、前掲書（注127）、187頁。

354) 今村、前掲書（注127）、191頁。

る自己規律的で自己立法的に行動する人間、つまり理性的な人間そして理性的につくられた近代世界を見つめ直すことで可能となる。

それは、すなわち、排除と差別の問題が生ずるのは、近代市民社会の人間の倫理が合理的でないからでもなければ、自己立法的でないからでもないということである。むしろ、近代世界があまりにも合理的であるからこそ、近代的市民の内面が自己規律的でかつ自己立法的であるからこそ、かえって近代性は排除的なものを生むことになるのである。近代的合理性は、人間と自然を計算可能な量的な対象として必要に応じて処理するのであり、日常生活においては、資本主義経済がつねに計算合理的な精神構造を強化する。近代の知性も、行動も計算合理的になるが、それは結局人間を含むあらゆるものを「物体」として処理することを含意する³⁵⁵⁾。そして、近代市民の内面の「自己規律」ないしは「自己立法」というのは、「経験的な我」を「法」にもとづいて徹底的に「訓練し」「鍛え上げて」、より高度な「純粋な我」へと上昇させていくことを意味するのであり、それは、すなわち「近代人の内部は分裂しており、「純粋な我」が「不純で経験的な我」を管理するという、いわば「自我の階級構造」を、成立の当初からかかえている」ということを明らかにするのである³⁵⁶⁾。「純粋な我」による「経験我」の管理・統制ということばのなかには、身体と欲望をもつ我、つまり、「経験我」を抹殺したいという欲望が潜んでいるという意味合いが含まれているとすることができる。そのような自己規律的な人間たちが互いに対面をしたときに、相手を物体として取扱い、それを計算的に処理するだけでなく、必要に応じて徹底的に排除することもまた十分考えられる。このように、近代性の構造には、近代人の内面にある排除の階級構造と近代のあらゆる制度のもつ排除の構造という二重の排除性が存在する。つまり、近代性の構造のなかには排除と差別が原理的に内在化しているということである。

355) 今村、前掲書(注127)、189頁以下。

356) 今村、前掲書(注127)、190頁。

そのうえ、さらに、近代性の要素としての「排除と差別のメカニズム」を説明するものとして、「国民国家とナショナリズム」を取り上げなければならない。というのも、それは近代の根本問題の一つであり、近代性の本質にかかわるものであるからである。

政治現象でもあり、思想現象でもあるナショナリズムの根底を突き詰めていくと、「排除の構造」が露出してくると言われるが³⁵⁷⁾、ナショナリズムの存在基盤はほかでもない国民国家であるので、まず、これを成立させている構図を明らかにする必要がある。国民国家成立というのは、結論的に言えば、実質のない一つの幻想的な共同体の成立であるに過ぎないと言える。つまり、国民国家というのは、たとえば言語論や国家契約論などに見られるように、原理上同質化できない異質なものを同質的な標準語ないしは同質的な市民へと作り変える機能を果たしたに過ぎないのである。このように、国家というのが、無理をしてまで、異質な諸個人ないし諸集団を同質的なものに改変していくが、これを原理的に突き詰めていくと、排除の問題が露呈する³⁵⁸⁾。同質ではない個人の排除も異質な集団の排除も、原理上同じ問題なのである。「共同体というのは、それがどのような形態をとろうが、異質性の消去ということがポイントとなる」³⁵⁹⁾。

もちろん、近代国民国家というのは両義性を持っており、理想的・理想主義的な肯定的な側面がある。それは、いわば、「理念としての共同体」を意味し、そのなかに入ることで「差別なき人間共同体という理想主義的理念」を生み出すことができる。それにはヒューマニズムやコスモポリタニズムなどのような肯定的な側面も否定できない。とはいえ、既述のように、国民国家の機能には、そのような肯定的な理念性をカットするような

357) 今村、前掲書（注127）、196頁。

358) 今村、前掲書（注127）、198頁以下。なお、国民国家という共同体が一般的な利害を代表するとしても、実際には、「一部の人間の特殊な利害を僭称している」だけであり、したがって、国家共同体というのは、まさに「支配階級の道具」であるに過ぎないということになる。そのような国家理解がリストにも見られる。

359) 今村、前掲書（注127）、200頁。

「異質性の排除」という否定的な側面があり、肯定的な側面はこれによりつねに空洞化してしまう。「現実的には理想的理念が空洞化され、このような形骸化された理念が排除の構造を隠蔽するような機能しか果たさなかった」のであり、これは歴史的にも確認される事実なのである³⁶⁰⁾。それを鑑みると、国民国家は、実質的には対等ではない人を分離するための装置になったと言わなければならない。そのようにして、さまざまな人間集団の分類も、意識するしないにかかわらず、内面化されていく。そのような作業こそ近代国家の働きであったと言わなければならない。近代国民国家の否定的な側面が人間の同一化と非同一化の基準を作ることになり、それがやがてさまざまな人種概念を生むことになる。近代国民国家というのは同一化のロジックで働いており、非同一なるものを排除することで成立したともいい得る。国民国家を作り上げるといことは、そこに内在化している分類装置を作用させることでもあり、したがって、人種という差別的な観念は国民国家に必然的に同伴するものである。結論的に言えば、「国民国家が健全な形で成立し、そこに入りさえすればみな平等であるというような国家であるとしても、実はそのような平等性はあくまでも同質的な平等の観念であって、原理上、非常に強い異物の排除の原理で働いている」、ということになる³⁶¹⁾。

以上のように、「排除と差別のメカニズム」は「近代性の構造」から必然的に生じてくるものであったと言える。そのようなメカニズムは、刑事法学における方法論としての実証主義的アプローチを志向していたリストにとって、承認された発展傾向であり、彼の学的構想においても自然に取り入れられることになる。そうすると、リスト理論の「反動性」というのは、「近代性の構造」の有する構造的な問題と運動しており、リストの学的構想に特徴的なものではないということがわかる。既述のように、リスト自身、自身の理論構成における排除性にそれほど問題意識を持っていな

360) 今村、前掲書(注127)、201頁。

361) 今村、前掲書(注127)、206頁以下。

かったのも、「近代性の構造」という枠組みのなかに生きていた彼の素直な態度であったと言えよう。

リストの唱える「刑法における目的思想」というのも、結局のところ、既成の秩序に根をおきながら、その都度の変化を、「目的」という形で区別ないし選択しつつ、いわゆる支配階級の意向に沿うように、適切に取り入れることを目指すものであったと言える。リストにおける「目的」というのは、「計画・統制・管理のシステム」を構築するに役立つものであり、ある対象を「計画・統制・管理」という名の下で、「排除と差別のシステム」を、むしろ正当化するものでもある。リストの「目的思想」ないし「発展思想」というのは、それがリスト自身の楽観主義に基礎づけられているとしても、そこにおいてあらゆる事象が発展過程の一部であるとされる限り、そのような「反動性」を隠蔽し正当化するための理論的な装置であったに過ぎないだろう。したがって、そのような結果を招きかねないリストの学的試みは、結局、その都度の支配権力にとって、都合のよい正当化の理論的根拠として使われやすいことを含意していると言えるのである。

このようにして、リストの学的構想を近代および「近代性の構造」という歴史的な文脈において眺めた場合には、彼の唱える学問上の指導原理である「目的思想」および「発展思想」によって容認されている「排除と差別のメカニズム」の構造が彼自身の固有の学的試みであると想定され、しかもそのような学的試みが、たとえば、ナチス刑法学に直接影響したと簡単に取りまとめることはできないと言わなければならない。ナチス刑法学というものがこれまで検討してきたリストの学問観からして正当化されるかもしれない。しかし、「我々人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されているのであり、そのままである」とし、発展によってより完全な有機体そしてより細分化されより生命力のある社会が作られたとするリストの見解からもわかるように、「発展思想」によって観念できる将来の状況というのも、開かれたままであり、特定されることではない。そ

うすると、リスト刑法学とナチス刑法学の間の類似性は「近代性の構造」から導き出されたものであるとは言えても、それらの間の直接の影響関係を正当化する必然性はないと言えよう。したがって、そのような類似性に関しては、「近代性の構造」という観点に立って説明しない限り、はっきりと見えてこないところがあると思われる。

本稿のなかで、リストの学問上の指導原理である「目的思想」および「発展思想」によって導き出される「排除と差別のメカニズム」の構造と「近代性の構造」との間の関係性を主たる論点として取り上げることはできなかった。しかし、少なくともこれまでの考察のなかで明らかとなったのは、彼の理論のもつ歴史的な意味合いを正確に理解するためには、我々がリストの学的試みおよび学問観を彼の時代の思考の枠組みのなかで読み直す必要があるということである。すなわち、リストという人物を、正しく理解し評価するためには、彼の唱えている学的試みの理論的な側面だけでなく、その基礎となる学問観そして「近代」及び「近代性の構造」を歴史的な文脈という切り口で考察する必要がある、ということである。そうしない限り、歴史的な人物としてのリストおよび彼の学問観の真相に迫ることはできないだろう。もっとも、本稿がリスト研究におけるそのような方向性の重要性を提示できたとはいえ、そのような意識のもと本格的な研究がなされるのはいま始まったばかりであると言わざるを得ない。したがって、「近代」という歴史的な枠組みのなかで彼および彼の作品を読み直すためのより具体的な作業が今後の課題となる。本稿は、そのような作業にとりかかる前に、リストおよび彼の学問観を正確に理解するための学的方向性をまず明らかにしたものである。