

# 刑罰の正当化根拠に関する一考察（2）

——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——

中 村 悠 人\*

## 目 次

### 序 章

第一節：問題の所在

第二節：予備的考察

第一款：消極的一般予防論

第二款：特別予防論

第三款：相対的応報刑論

第一章：戦後（西）ドイツの刑罰理論の概観

第一節：刑法改正作業

第一款：1962年草案と1966年対案

第二款：第一次刑法改正と第二次刑法改正

第二節：特別予防の行き詰まりと一般予防への重点移行

第三節：シュトラーターテンヴェルトによる問題設定

小 括

第二章：「積極的」一般予防論

第一節：「積極的」一般予防論の多様性

第二節：積極的一般予防論の萌芽

第一款：積極的一般予防論の萌芽

第二款：刑法による国民教育的発想

第三節：抑止刑論と「積極的」一般予防論（アンデネスの見解について）

第四節：規範心理の安定化と「積極的」一般予防論

第一款：統合予防論と「積極的」一般予防論

第二款：ロクシンの見解

第三款：シュトレックの見解

第五節：ハッセマーの見解

第六節：実証的な「積極的」一般予防論の問題点 (以上、341号)

第七節：ヤコプスの見解

第八節：「積極的」の意味——行動統制的予防の問題

第九節：積極的一般「予防」論の問題

---

\* なかむら・ゆうと 立命館大学大学院法学研究科研究生

小 括

第三章：近年の応報刑論について

第一節：応報刑論を再考する意義

第一款：応報刑論の見直し

第二款：刑罰の正当化根拠としての応報刑論

第二節：ハーシュおよびヘルンレの見解

第三節：刑罰による法の回復というモデル

第一款：社会心理学的理解

第二款：コミュニケーション論的理解

第四節：承認論に基づくモデル

第一款：E・A・ヴォルフの見解

第二款：ケーラーの見解

第五節：パヴリクの見解

第一款：人格の法

第二款：主体の法

第三款：市民の法

第六節：ヤコブスのさらなる展開

小 括

（以上、本号）

第四章：カントの刑罰論

第五章：フォイエルバッハの刑罰論

第六章：ヘーゲルの刑罰論

第七章：我が国における刑罰理論の検討

終 章

## 第七節：ヤコブスの見解

さて、今日の積極的一般予防論の構想をめぐる議論で、一番注目されるのは、ヤコ布斯によるシステム論的に基礎づけられた積極的一般予防論である。ヤコ布斯が最初に積極的一般予防論のモデルを打ち出したのは、1976年に出版された『責任と予防』においてであった<sup>284)</sup>。ヤコブスの構想は、将来の態度予期（Verhaltenswartungen）にとつての指針モデル（Orientierungsmuster）である規範に違反する態度への制裁を、侵害された規範の維持にとって必要不可欠なものとみる。処罰による規範への信頼の習熟と安定化効果が結びつけられ、その安定化効果は、刑法規範も根づ

---

284) Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976.

いている社会を支える規範システム全体に作用することになる。ここでは、社会学的理論が表に出てきている。社会の共同生活に必要な人間の態度予期と、その回避不可能な日常的違背 (Enttäuschungen), そして、それへの社会的リアクションから展開され、その規範安定化効果を明らかにすることになるのである<sup>285)</sup>。

ヤコブスはこの構想を、ニクラス・ルーマンにより展開された社会学的機能主義のシステム論と結びつけている。ルーマンによれば、規範の機能は、社会的に望ましくないと特徴づけられる行為を回避することにあるのではなく、社会において個々人に欠かせない指針モデルとして先行する (vorgefassten) 態度予期の安定化にある<sup>286)</sup>。高度に複雑化した世界では、社会的共同体の構成員の間のあらゆる行為が計算し得ないという危険が存在する。この種の見通すことのできない社会的な行為可能性を相互に制限していかなければならないが、ルーマンはこれを「複雑性の縮減 (Reduktion von Komplexität)」と呼んだ<sup>287)</sup>。現在する社会領域の広く行われている社会的特色における、人間の共同生活では回避し得ない社会的コンタクトの場面で個々人を保護するために、通常予期と予期を再び計算し得る予期の二つが形成されなければならない。そのため、社会の構成員全員にとって信頼でき、共同体を必要としている人間の共同生活において固有の態度モデル (Verhaltensmuster) を方向づける指針の可能性を創出することが目標となる<sup>288)</sup>。

もっとも、社会的コンタクトの際には、予期による態度が単に存在するだけでは足りない。相手の予期に応じて行動するという社会の構成員の努力への相互の信頼がなければ、人々は、多様な個々人の行動を予見し得な

---

285) Jakobs, a.a.O. (Fn. 6), 1/4 ff., 1/9 ff.

286) Niklas Luhmann, Rechtssoziologie I, 1972, S. 43.

287) Niklas Luhmann, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 3. Aufl., 1973, S. 14 ff. を参照。

288) Neumann/Schroth, a.a.O. (Fn. 146), S. 102.

いからである。さらに、規範を保持するという一般的な意思では十分ではなく、いつ態度を規範に沿ったものにするのかを知っていなければならない。少なくとも、共同生活の様々な作動メカニズム（Wirkmechanismen）がどのように機能するのかについての基本的な知識がなければ、計画的な規範の遵守は生じ得ないことになる。ヤコブスの言葉を借りれば、「他の人間を危殆化することを望まない者は、その者がさらにそもそもどのような行為態様が危険として位置づけられるかを知っている場合にのみ、危険ではない形で行動することができる<sup>289)</sup>」のである。

これにつき獲得される自然関係についての基礎知識は、一致した知識がなければ誰も計画的な生活を行うことができないということを通じて、つまり、複雑な世界では失敗する運命にあったらう、ということを通じて、保証されるものである。もっとも、現に在る規範の遵守の準備については、一致した形で自然的保障が援助するものではないので、制裁を定め賦課することを通じて、予期の維持に結びつけられた様々なルールの遵守が図られることになる<sup>290)</sup>。この予期は、日常生活の経験から全ての人々にとって推論しようとすればするほど、態度の予期は同様に通常のものとなり、それが形成されて行くものである。

この予期が達成されない場合には、すなわち、他者が予め計算していたものとは異なる行動をした場合は、個々人がこの違背に対して反応するべきであるのか、あるいは、どのように反応するべきであるのかが問題となる。ヤコ布斯にとっては、ある者がその予期の違背に反応しなければならないのは、その社会の構造の中で、共同生活の継続に欠かせないものでなければならぬ場合である。そして、違背者の予期モデルは、将来にとってのその方向性とさらなる追及可能性に基づいて、検証を受けなければならない。そうでなければ、個々人は、彼の社会的「生存（Überleben）」に

289) Jakobs, a.a.O. (Fn. 6), 1/7.

290) Günther Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehler und Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), S. 516, 522 ff.

必要な指針と防護を失ってしまうからである<sup>291)</sup>。

それでは、態度の予期の違背への反応としては、どのようなものが考えられるのか<sup>292)</sup>。まず、社会的な予期の維持の違背に対して、将来にとって有する予期の任務により、現実の生活ではその違背が維持し得ないことを認識させることによって反応する、という可能性がある。ここでは、認知的な形で強制的に表れる必要がある。なぜなら、通常的生活で経験する知識から、将来にとって全く維持できるものではないことを示さなければならぬからである。ヤコブスはこのことを次のように根拠づけている。

「人は全て、その相手方がその身についたものから、そして自然法則に従っていることを知っている。すなわち、例えば彼が泳げなければ水が深い場所では溺死するし、強く押されれば倒れるし、てんかんの発作にかかれば痙攣を起こす。その限りでは、社会的コンタクトの相手方によって、その判断が全ての自然のルールに従うことだけが予期されるにすぎないのであり、法規範を護るかどうかは予期されない。……それと共に、法が泳げない者に水が深い場所での救助措置を命じることや、酩酊に陥った人間にガラス棚にぶつからないように、あるいは、てんかんに襲われている者に自ら打ちのめすように等々を命じることが決してできないし、またしてはならない、ということが保持されるべきなのではない。現在の形態の社会において、この精神状態が自然的なものとして扱われる、ということが保持されるべきなのである（その際、場合によっては、法的な協調をともなつて、この精神状態に入り込まないよう備えをしなければならないことは、排除されるものではない）。<sup>293)</sup>」

ヤコブスによれば、このような明らかに維持できない態度予期が、社会侵害的な効果があり得るにもかかわらず維持されるとするならば、一般的

---

291) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/4. さらに、Luhmann, aa.O. (Fn. 286), S. 40 ff.

292) ここではその反応は、社会的コンタクトにより把握される予期や、個々の場合の社会的行為の際には実現されない要求に基づいている。

293) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/5.

な規範の安定化が生じることはなく、反対に、個人々がコントロールできない状況に自らを陥らせないということが信頼できなくなってしまうため、その限りでは、予期の安定が少なくとも潜在意識の下で廃棄されてしまうことになる。それ故、ヤコブスは、この種の予期の回避不能な違背を、行為概念の問題でありそして責任の問題であると考えていた<sup>294)</sup>。

これとは対照的であるのが、ヤコブスにおいては、社会的コンタクトの領域で多くを占める規範的予期である。ヤコブスにとっては、その予期は、相手方が社会的状況において必要なものとして持ち出された要求を知っているという、相手方への予期から生じる予期と特徴づけられる。その規範的予期は、社会化というその他の構成員への要求の基礎も構成することになり、違背が生じた場合でも維持されなければならないものである。そのため、社会的な構造の形成という機能を有し、ルールや規範の下で理解されるべきものにまで展開されることになる<sup>295)</sup>。

その際、社会によって無条件に保持される、認知的な経験に基づく要求についての予期と違背については、注意を要する<sup>296)</sup>。ここでは、予期の維持の批判的な検討が、それは正しいという結論に必然的に至らなければならない。ここでは、行為規範に違背した者は、その所為によって規範違反を犯しているのである。

その際、態度の要求が認知的に経験したものと矛盾し得る。ヤコブスにとっては、アルコールを飲んだ運転手には、彼に権限があり必要な安全な運転への要求をそれでもなお、いわば事実反して、断念されることはないのである<sup>297)</sup>。そこから、一般の人々に正当だと考えられる規範の違反への消極的なりアクションが生じなければならないことになる。

ヤコブスにとっては、予期の維持の対象領域ごとに区別がされなければ

---

294) Jakobs, a.a.O. (Fn. 6), 1/6.

295) Jakobs, a.a.O. (Fn. 6), 1/6.

296) Neumann/Schroth, a.a.O. (Fn. 146), S. 102.

297) Jakobs, a.a.O. (Fn. 6), 1/6.

ならない。一方では、予期は、ネガティブ(消極的)に輪郭づけられる形で、その他の社会の構成員がそれぞれの「組織化領域 (Organisationskreis)」をもつばら、他者との争いに陥らないように、損害を与えないように、計画し展開することに関係づけられる。予期は、組織化領域が相互に区分されたままであるというものであり、ヤコブスは、その予期の刑法上重要な違背を支配犯ないしは組織化管轄に基づく犯罪と呼ぶ<sup>298)</sup>。他方で、ポジティブ(積極的)な意味で輪郭づけられる予期は、社会の構成員が共同生活に必要な「根本的諸制度 (elementare Institutionen)」を規則通り機能させるというものである。この根本的諸制度が個々人の組織化領域と調和することにある信頼の違背は、義務犯ないし制度的管轄に基づく犯罪と呼ばれる<sup>299)</sup>。

社会的規範システムの展開にとっては、予期の維持の射程と違背行為の射程が区別されなければならない。もつばら個々人の社会的レベルでの純粹私的な予期の維持に基づく社会的関係における純粹私的な違背は、その他の関係ない、社会の構成員によって関わるものではない。一般的規範システムの展開にとって必要なものは、ヤコブスの構想においては、それに対して、常に、違背者の個人領域を超えて、このように広がった社会的関係を伴う出来事が扱われなければならないということである。というのも、直接に関係する個人の予期の違反によっては他人の利益・関心に基づかない場合には、一定の社会的コンセンサスは形成され得ないからである。それは社会のその他の構成員にとって全くの無関心のものにとどまることになる<sup>300)</sup>。

確固とした法システムの発生の更なる条件は、共同体がその共同の意識において「社会的日常の偶然性や多彩な任意性」から強調しようとする、

---

298) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/7.

299) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/7.

300) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/7. を参照。

予期について的一致した領域が形成されることである<sup>301)</sup>。特定のルールは、その違反が誤謬であったことに基づいて、一般的なものとされ、そして、単に拘束力の無いモラルのレベルを超えて強調されることになる。特定のルールは、いまや、社会化された構成員にとって統一の規範システムにおいて「公的に」保障されることになる。

通常その領域は、社会の存続のためにそれを尊重することが社会の本質的形態において重要であるとみなされる領域である。刑法上その意味を獲得するのは、社会においてはなかならず部分領域であり、その無条件の保持が共同体における共同生活にとって絶対に不可欠なものとして個々人からみなされる領域である。

行動のルールとしての規範を一般的に拘束力を持つものとして打ち立てるといふ、社会安定化機能は、ヤコブスにとっては、予め記述された社会の個々の構成員の予期の維持を確固たるものとすることで効果をあらわすものである。それとともに明らかにされた違背の誤謬により、社会は全体として安定化されるのである。

その際の基礎的条件は、共同体によって、彼らの共同の意識で獲得された、ある個人により違背された予期であるがそれは正しいものであり、以降の共同生活に欠かせないものであるという認識である。規範によって、このやり方で、いわば、社会の予期ではなく、行為者の違背行動が間違ったものであって、それ故に事実反して（抗事実的に）、その予期が以後も維持されるということが、表明されるのである。

同様に、共同体で展開された規範システムによって、全ての構成員にとっても第三者にとっても、共同生活における社会的結合にとってどのような点が重要であるのかについて明確に予告される。社会がただのモラル上の誤りとして評価するものは、共同生活にとって必要不可欠なものとし

---

301) Wolfgang Schild, Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ 1980, S. 597, 602. シルトは、この文脈で、いかに答責性を基礎づけるかということと結びつけている。

て認識される行為態様から、規範によって象徴的にも区別される。必要な行動のルールは、それを承認すること (Festschreibung) によって将来にわたり一般的に妥当するものとして保障されるべき事になる。

ヤコブスによれば、刑罰それ自体には、システムにおいては社会安定化的作用が与えられる。規範システムにおいて承認 (festgeschrieben) された刑罰威嚇と並んで、犯罪後に生じる刑罰賦課は、同様に意見表明的に共同の意識に作用する。個々の場合では、執行したことを周知のものとすることによって、法律で抽象的に威嚇することによる以上に極めて高い作用が獲得されても良いことになる。

処罰によって、規範に違反した態度の意味は基準とはならず、規範が相も変わらずに基準となっているということが明らかにされる。行為者は正しい形で組織化したのではなかったということが、表明されるのである。

この表明が効果を二つの方向性へと展開する。一方が、制裁は規範安定化的に効果を現すというものであり、他方が、制裁 (ないし意見表明) は社会的統合に至るといふものである。

行為者を処罰する以外の方法で規範違反によって生じた違背の状況进行处理することも、このシステム論的モデルによれば可能である<sup>302)</sup>。とりわけ、行為者に規範を違反したことを明らかにする権限が否定されるべき場合には、法違反者に対して刑罰が放棄され得るのである。刑罰欲求はその場合には存在しない。ヤコブスは、例えば犯罪が子供や精神病患者により行われていて、いずれにせよ彼らが「基準とはならない (unmaßgeblich)」場合を挙げている。帰属ができない者は、合法的にも違法にも行動することができる者ではなく、自然災害のような妨げの要素と扱われる。そのような阻害が生じた場合には、さらなる違背から人々が保護されるために、(犯罪行為の) 帰属主体とならない者は、治療や、場合によっては拘禁の対象となり得るのであり (なお、再犯の危険性がない限りでは、病気であ

---

302) この点に批判的なのは、Schumann, a.a.O. (Fn. 195), S. 8 f.

ることの解明で十分であり）、そこでは、犯罪は自然による災厄へと、つまり、規範的予期の違背が不可能な領域へと定義しなおされるのである<sup>303)</sup>。

規範を否認する能力がない場合というのは、例えば、死の苦しみにある中で行動したような、答責的であることが否定される一般に承認された特別な状況において、認められる<sup>304)</sup>。「刑法についてのラディカルな選択肢<sup>305)</sup>」であるシステム安定化についてのさらなる手法は、いわゆる機能的に等価な戦略によって処罰を代用することにある<sup>306)</sup>。例えば、被害者の自己答責性であったり、規範の維持によって安定化することが事実上不可能であるために予期の違背を放置することであったり、軽微な違反として最初から犯罪としないようにしたり、国家による全体的ではないシステムにおいて強制的な形では不十分にしか知覚されない保護の任務と並んで、最善の法益の「認知的保護」による私的な予防をすることである<sup>307)</sup>。

さらに、ヤコブスは、認知的な予期の保全の領域でも規範的な予期の保全の領域でも、処罰を放棄することで反応する可能性を示している。例えば、保護観察付の刑の執行猶予や刑の留保付警告の場合に否認をさらに強めるということもあり得るとして、公判で否認を明らかにすることは、部分的には認知的な処理であり、部分的には規範的な処理であるとされる<sup>308)</sup>。

この点で、民法も規範を安定化する選択肢の一つである。もっとも、民法は、刑事制裁の代わりに用いられるだけでなく、それと並んで用いられることもある。とりわけ、犯罪の影響を回復させるものとしての損害賠償

303) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/17 f.

304) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/11

305) これについては, Alessandro Baratta, Integration - Prävention. Eine Systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ 1984, S. 132, 140 を参照。

306) Luhman, aa.O. (Fn. 286), S. 61; Jakobs, aa.O. (Fn. 284), S. 33.

307) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/ 13 a.

308) Jakobs, aa.O. (Fn. 6), 1/ 13 a.

請求や慰謝料の支払いは、侵害された規範の維持されることを確認するものである。

以上をまとめると、ヤコブスは自身の積極的一般予防論における「予防」を、規範的予期の確証を狙うという意味での「予防」と捉える。ヤコブスによれば、犯罪行為は、犯罪行為者による「規範」の妥当の否定（の表明）を意味する。これは、規範の不承認、規範妥当に対する攻撃であり、（この規範は妥当しないという）行為者の主張であり、それに対して、刑罰は、その主張がこの社会の標準にならず、当該規範は変わらず妥当し続けるということ、「社会の（規範的）形態は保持され続ける」ことになるのである<sup>309)</sup>。その限りで、「犯罪行為も、刑罰強制もシンボリックな相互作用の手段であり、行為者は人格として真摯に受け止められる」とされる<sup>310)</sup>。

ここにきて、事実的な規範心理の安定化を目的とするものでもなく、また市民の法意識を強化するものでもない、「積極的」一般予防論が理解されることになる。ヤコブスにとっては、刑罰賦課は、あくまでも、犯罪によって動揺した規範が依然として社会の標準（行動の指針）であるということ「確証」するためのものであることになる。この確証は、以前の標準がいまだ標準であるということを示すというものである。新たな標準に変更する、ないしは新たな標準を創出するものではない。したがって、刑罰による心理的な働きかけを通じて行動統制をはかるものでもなければ、刑罰の規範形成機能を認めるものでもない。

さらに、社会における人々は、犯罪行為者も一般の人々も、「人格」とみなされなければならない。つまり、人々はみな、自らの洞察に基づいて行動する自律的な存在として扱われることを前提としているのである。

---

309) ギュンター・ヤコブス（平山幹子訳）「市民刑法と敵味方刑法」立命館法学291号（2003年）459頁以下。

310) ヤコブス（平山訳）・前掲（注309）460頁。また、「彼が人格としては無能力であるなら、その犯罪行為は否定されるには及ばない」ことになる（460頁）。

## 第八節：「積極的」の意味——行動統制的予防の問題

以上の検討を踏まえて、改めて「積極的」一般予防論の相違を見ていきたい。まず、様々な「積極的」一般予防論の前提としている人間観が肝要となる。人々は、刑罰による「啓蒙」によって教育される存在であるのか、それとも、自らの洞察に基づいて行動することができる存在であるのか。この人間観の違いが、消極的一般予防論とは異なる「積極的」一般予防論を際立たせることになる。

まず、前者を前提とする場合、そこでの「積極的」一般予防では、犯罪行為者も一般の人々も主体的な存在とはみなされていない。そのため、上述したバウルマンの分析による広義の積極的一般予防論と同様に、消極的一般予防論と同じ規範的な問題を抱えることになる。消極的一般予防論は、「一瞬の感覚と外的状況の恒常的な相互作用における<sup>311)</sup>」刺激と反応によって、法秩序の維持を試みる、つまり、あらゆる法的義務の履行が、義務者にとってのその個人的有益性という留保の上で存在するに過ぎないものであった<sup>312)</sup>。

しかし、もちろんこのレベルでは、社会の構成員は、規範に従う者としての役割において、法制度をその内部での当為の性格を有するものとして承認する、ということはまだ必要とはしない<sup>313)</sup>。むしろ、社会の人々は、規範とその適用への展望から、規範違反は十中八九割に合わなくなるといふ情報を取りだすことで十分となる。

そこで、広義の積極的一般予防論は、その都度の損得勘定の決定によるのではなく、習慣的なものとして形成された性向に基づいて<sup>314)</sup>、規範に従うことを前提とすることで、規範の安定性を図ろうとする。この見解か

---

311) Otto, a.a.O. (Fn. 146), S. 138.

312) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 371.

313) Müller-Tuckfeld, a.a.O. (Fn. 146), S. 92.

314) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 374.

らは、法の社会的妥当は、「それ自身において強制することはできない、その（倫理的・道徳的な）拘束性の承認」に依拠するものとなる<sup>315)</sup>。

ところが、この広義の積極的一般予防論においては、刑法は「多種多様な褒賞と制裁で形作られた、特定的人格構造と行為能力を第一義的なものにし、そうでないものにコストを支払う、社会環境の一部」となる<sup>316)</sup>。そのため、刑罰という制裁によって人々の行動が決定されることになる。いわば、消極的一般予防論では「犯罪 (Verbrechen) が割に合わないことになるのに対し、ここでは、犯罪者 (Verbrecher) になることが割に合わないことになる」<sup>317)</sup>。そのため、社会の人々は、犯罪者になることは損である、割に合わないと示されることによってようやく規範違反を行わなくなるのであって、刑罰賦課による行動統制が無ければ、規範は常に得だと感じるから守ろう、という程度のものでしかないことになる<sup>318)</sup>。あくまでも、損得勘定によって、割に合うか合わないかによって規範に従うのであって、自らの自律的な道徳判断に基づいて規範に賛同するわけではないからである。

この問題は、狭義の積極的一般予防論においては回避される。そこでは、法仲間の道徳的に基礎づけられた賛同という意義への洞察が十分に考慮されるからである<sup>319)</sup>。したがって、後者を前提として初めて「積極的」

---

315) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Nation, Europa, 2002, S. 251 f. ベッケンフェルデによれば、「規範的なものの事実的な力」を基礎づけるのに役立つ要因には、とりわけ、「社会において生きているような日常の倫理的、道徳的生活実践、慣れ親しんだ慣習、はじめからある忠誠、とりわけ法意識や法的仲間の良心」が含まれているとされる (S. 251)。なお、「規範的なものの事実的な力」については、Martin Killias, Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktion für die Konformität des Verhaltens gegenüber neuen Normen, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 266 も参照。

316) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 375.

317) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 375.

318) 恐怖や心理強制によって行動統制を狙う代わりに、習練によって行動を統制するに過ぎないといえよう。Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 36 ff. も参照。

319) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 376, 379.

な一般予防論となり得る。しかし、その場合でも注意を要する。もし、先行する規範や確信がない領域において刑罰を用いる場合、すなわち、刑罰の規範形成機能を期待する場合には、新たに形成されることになる規範が捕捉する行為は、その行為が可罰的なものであるとの事前の確信が社会で形成されないままに、可罰的ないし当罰的であるとの評価がなされることになるからである。ここでは、現に存在している倫理法則が前提とされることもなければ、当該法益の保護が刑法上必要であることが既にコンセンサスを得ている必要もなければ、あるいは、当該行為は行動の指針ないし社会の標準にはならないのであるという事前の社会での確信が定まっている必要もないために、これらは行為の可罰性を画する基準にはならないであろう。

換言すると、ここでの本質的な問題は、人々は刑罰によって直接的に統制される存在であるのか否かであり、既に犯罪視されている行為であるというコンセンサスを得ることなく刑罰が投入されてよいのか、ということである。これを正面から認めるならば、そこでの刑罰を通じた予防は、行動統制的予防となる。すなわち、刑罰を通じて、犯罪行動の直接的な統制を目的とすることになる。これは、消極的一般予防論では威嚇により、特別予防では教育・改善（・無害化）により統制をはかることになろう。

それに対して、人々の自律的な洞察能力を信頼する場合には、つまり、十分に自律的な判断ができる存在であると人々をみなす場合には、そこでの刑罰を通じた予防は、規範確証的予防となる。ここでは、現実の人々の規範心理の安定、あるいは、あるべき規範の妥当の確証により、その規範の持続性の表明がなされることになる。

その際、規範心理の安定と規範の確証とは異なることに注意を要する。現実の心理的なものとして考えられる規範心理の安定を目指す場合、そこでは、その規範心理は心理的・実証的な形で基礎づけられなければならない。現実人々の心理に目を向ける以上、実証的検証を要することになる。それに対し、規範妥当の確証においては、経験的な検証を必要条件と

するものではない。ここでの規範は、まさに規範的構成物として、当該社会における標準を意味している。つまり、その社会において行動の拠り所になっている基準であり、その基準を明らかにし、その妥当性・持続性が問われることになる。もちろん、現に人々がその基準に則って行動している規範でなければならないが、その規範が確証されたと人々が感じていることを実証しなければならないものではない。

その相違はあるものの、しかしいずれも、あくまで「安定」ないしは「確証」である。つまり、前者であれば、動揺した規範心理を元に安定した状態にまで戻すというものに過ぎないし、後者であれば、従来とは基準が変わっていないことを示すにすぎない。そのため、例えば、犯罪によって動揺したその規範心理を、刑罰賦課を通じて鎮静化させるにとどまらず、「強化」する場合には、規範確証的予防に位置づけるべきではない。なぜなら、刑罰を通じて人々の規範心理に働きかけるために、ある種のルールを重視することで、そのルールはより強固に守られなければならないという（規範心理への）働きかけを狙い得る行動統制的予防となり得るからである。刑罰によって人々の立ち居振る舞いを統制することは、人々の自律的な洞察能力への信頼を前提とはしてはいないのである。

### 第九節：積極的一般「予防」論の問題

もっとも、積極的一般予防論を、狭義のそれと理解し、規範確証的予防論だととらえても、それが刑罰の正当化根拠として十分であるかはまだ検討を要する。まず、規範心理の安定化として経験的検証を必要とする場合には、そこには畢竟、予防論の正当化根拠としての問題が存在している。すなわち、規範心理の安定化という効果の獲得に関して実証がなされない場合には、つまり、予防効果が達成されない場合には、そこでの刑罰は正当化されないことになるのである。予防論の出発点からすれば、効果が無いにも関わらずなされる刑罰賦課は、もはや正当化され得ないであろう。

さらに、予防効果を目指す以上、予防の観点が過剰に追及されてしまう

危険性がある。この場合、一方では、行為責任が等閑視される可能性が、他方では、刑事立法が過剰に拡大する恐れが生じる。というのも、予防という観点からは、行為責任はあくまでも外在的な制約に過ぎず、内在的な自己制約ではないからである。また、多様な価値観が存在している社会においては、人々の行動様式を規定していた諸規範は揺らぎ、場合によっては効力を喪失することが起こり得る。その場合、人々が刑罰を通じて規範心理の安定化をはかろうとすればするほど、刑法の投入による問題解決に頼ることになる。ここでは、刑量は、規範心理の安定化のために必要な量によって決まる。

加えて、どのような規範心理を安定化するために刑罰を用いるのか、つまり刑罰を投入する範囲は、刑罰による規範心理の安定化が求められれば求められるほど広がり得る。つまり、ここでは、予防の追及に対する限界づけが十分に為されていない。そのため、象徴立法も含め刑事立法の拡大に対して、明確な限界基準を提供するものではない。規範心理の安定化にとって必要であれば刑罰の投入は推進され、不要であれば否定されることになるという程度の基準しか提供しないと思われるからである。

この問題は、刑罰の目的を規範妥当の確証と解する積極的一般予防論においては生じるのか。確かに、この見解は、実証的検証の問題はクリアしている。というのも、予防効果が獲得されなければ正当化されないとするものではなく、犯罪によって動揺した規範が、以前と変わらず標準であることを刑罰によって示すだけで十分だからである。

ところが、刑量については、犯罪によって生じた規範の動揺の程度によって決まると思われるが、これが必然的に行為責任と結びつけられるかは明らかではない。さらに、どのような規範の動揺に対して刑罰で対応する必要があるのか、つまり、何故に犯罪に対して刑罰で対応しなければいけないのかについての答えは、これだけでは導かれない。というのも、この規範妥当の確証の意味での積極的一般予防論は、もっぱら体系外在的視座から社会における刑法とその制裁の機能を説明する刑法理論としてのみ

理解されるからである<sup>320)</sup>。

つまり、法社会的・体系外在的観点からは、当該観察者は、ファーストオーダーではなくセカンドオーダーから観察を行い、観察者によって在ると確かめられた社会的価値確信に対して距離を置くという態度を示さなければならぬ。いわば、観察者は是認はしない、という問題である。

しかし、法適用者の内在的視座に関連しない理論は、正当化根拠として十分であるのかとの疑問が生じる。体系外在的視座からは、観察者によって存在すると確かめられた人々の見解を、観察者自身の規範的基準に基づいて評価することはできない。あくまで、内容的正しさから判断するのではなく、社会的事実として確定することが重要となる。そのため、例えば、ある社会において人々が行為責任を超えた量刑を支持していた場合に、観察者はその判断に対して、是も非も述べることはできないはずである。そうすると、明らかに刑法理論からは正しくない帰結に対し、批判をすることも限界を提示することもできないことになってしまう<sup>321)</sup>。

これに対して「正当な応報による予防」という主張で応えることはできないように思われる。この主張は、応報による刑罰の基礎づけに対する強い優位が人々の中にある、ということを採用している<sup>322)</sup>。この場合、本質的に、応報的原理によって作動する刑法のみが、最良に統合的効果を発

---

320) 積極的一般予防をこのように理解する例としては、ヤコブスの機能主義がある（これについては特に、Günther Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropaischem Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des alteuropaischen Strafrechts?, ZStW 107 (1995), S. 843 ff., 867 を参照されたい。なお、ギュンター・ヤコブス（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247号（1996年）433頁以下も参照）。さらに、Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 62 ff.; Kalous, a.a.O. (Fn. 146), S. 108 f.; Neumann/Schroth, a.a.O. (Fn. 146), S. 34 もあわせて参照。

321) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 40 f.

322) 例えば、Dölling, a.a.O. (Fn. 212), S. 15 f.; Kalous, a.a.O. (Fn. 146), S. 249 ff.; Olaf Mieke, Das Ende des Strafrechts, in: Peter-Christian Müller-Graff/Herbert Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft. Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn, 2000, ↗

揮し得ることになる。しかし、そもそも、予防論的出发点から見れば、応報による基礎づけを採用することは不合理となるであろう。それにもかかわらず、社会的平穩のために犯罪行為者を処罰するというのでは、犯罪行為者は社会的平穩のための犠牲として特徴づけられることにもなりかねない。

換言すれば、社会平穩の強化という本来の住民の利益に奉仕するために、人々が、実際は非理性的な応報への利益を担う者として振舞うというのでは<sup>323)</sup>、「有用性のために、公然とした不実の体系が喧伝されている」ことになる<sup>324)</sup>。もしこれを受け入れるとしたら、消極的一般予防におけるように、犯罪者だけではなく、「無知である」住民全てにも、コミュニケーション的同等性を認めないことになってしまうだろう<sup>325)</sup>。積極的一般予防論では、消極的一般予防の正当化理論の欠損を解決することや、ハッセマーが述べていたように「人々のことをまじめに考えること<sup>326)</sup>」の代わりに、この瑕疵を拡大することになってしまう。

刑罰が統合的に作用すべきであるという信条は、この効果を獲得するために、どのように刑罰が理解されなければならないか、という問いに対し

↘S. 252; Elil Morselli, Vergeltung. Eine tiefenpsychologische Kaegorie der Strafe ?, ARSP 87 (2001), S. 230; Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 824; Streng aa.O. (Fn. 232), S. 663.

323) これについては、Bock, a.a.O. (Fn. 120 (ZStW 103)), S. 649 ff.; dens., a.a.O. (Fn. 120 (JuS 1994)), S. 97 f. を参照。さらに、Helmut Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldmoments". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, S. 81, 97; Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 118; Hörnle/v. Hirsch, a. a. O. (Fn. 219), S. 89 f.; Susanne Piestickler, § 46a StGB - Revisionsfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts ?, 2004, S. 63; Cornelius Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, S. 235. も参照されたい。

324) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Gernerallprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 786, 803.

325) Bock, a.a.O. (Fn. 120 (JuS 1994)), S. 97; Ulfrid Neumann, Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 147.

326) Hassemer, a.a.O. (Fn. 193), S. 37.

て、ほとんど答えを提示するものではない<sup>327)</sup>。換言すれば、積極的一般予防論は、枠組み理論 (Rahmentheorie) として用いる場合にのみ役立つが、それを超えてさらに、自らを指示す理論 (Referenztheorie) として引き合いに出すことはできないのである<sup>328)</sup>。

もっとも、以上の問題点は、積極的一般予防論が、刑罰の正当化根拠論としては十分ではないということを示したにすぎず、狭義の積極的一般予防論が提示していた、社会の人々の自律的な洞察能力を前提にした人間観までもが不当なわけではない。むしろ、既に述べたように、人々を行動統制の客体とみる人間観の方に、正当化根拠論としての問題があったのである。したがって、予防論ではないが、しかし社会における人々を、犯罪行為者も一般の人々も同じく自律的な存在である「人格」とみなす、刑罰の正当化根拠論を追及する必要性が生じることになる。

## 小 括

ドイツにおいて展開されている積極的一般予防論は、改善・矯正という特別予防効果の獲得ないしはその効果の達成の困難性と、一般の人々への作用を通じた犯罪予防への重点移行から、注目されてきた見解であった。ところが、この刑罰を通じた一般の人々への作用は、ともすれば、威嚇や心理強制による犯罪予防という消極的一般予防論と同様の問題を抱えることになる。すなわち、犯罪行為者や社会の人々を行動統制の客体とみなす問題である。この問題をクリアし、消極的一般予防論とは異なる「積極的」一般予防論を明らかにする必要がある。

これに際して有用な視点は、種々の「積極的」一般予防論が前提として  
いる人間観と、その「予防」の意味であった。まず、人間観においては、  
人々は、刑罰による「啓蒙」によって教育される存在であるのか、それと

---

327) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 382 ff.; Klaus Lüderssen, Abschaffen des Strafens?, 1995, S. 414.

328) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 38.; Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 43.

も、自らの洞察に基づいて行動することができる存在であるのかという区別をなし得る。これは、社会における規範に従うことが、教え込まれてようやくできるようになるのか、それとも、自らの自律的な判断で従うことが信頼されているのかという相違である。

前者を前提とした場合、刑罰は人々の行動に大きな影響を与えることが期待される。つまり、刑罰賦課を通じて、一般の人々の行動を統制することが狙いとされ得るのである。刑罰を通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動の統制を図るという意味で、この「予防」は、行動統制予防とでも言い得るだろう。この行動統制予防は、既に存在している規範に従わせることを狙いとしていると同時に、まだ確立していない規範の創出をも対象とし得る。なぜなら、人々は刑罰によって立ち居振る舞いを教えられる存在であるので、既に存在している規範に従うよう方向づけられるだけでなく、新たな規範に従うようにも方向づけられ得るからである。つまり、行動統制予防というタイプの「積極的」一般予防論は、殊に刑事立法の領域においては、新たな規範の創出という規範形成機能を認めるものとなる。

これに対して、後者、すなわち、社会における人々が自らの洞察に基づいて行動をなす自律的な存在とみなされる場合、刑罰による人々の行動への影響は、限定的な形でしか認められないであろう。あくまで、社会における規範に、他者から強制されることなく、自らの自律的な判断に基づいて従う人間を前提としているので、刑罰賦課がなされたことでようやく規範に従うわけでもなければ、刑罰を通じて創出された規範に従うよう方向づけられるわけでもない。ここでは、刑罰は、犯罪によって生じた、社会における標準としての規範の動揺を鎮静化することが狙いとされる。犯罪によって動揺した規範ではあるが、その規範は依然として社会における標準であるということが、刑罰賦課によって明らかなものとなる。そして、それ以後のその社会において、当該規範は標準としてみなされることになる。その意味で、ここでの「予防」は、規範確証的予防と言い得る。この

規範確証的予防は、あくまでも規範の動揺の鎮静化をはかるものであるので、規範の「安定」ないし「確証」となる。動揺した規範を刑罰賦課を通じて強化することは、人々の自律的な判断能力を信頼せず、行動の方向づけをはかるものであるために、規範確証的予防には含まれない。

もっとも、刑罰による規範動揺の鎮静は、規範的なものとして理解されるのか、それとも事實的・心理的なものとして理解されるのかの違いは出てくる。規範動揺の鎮静化が成されたことを実証的に検証することが必要か否かの違いでもある。刑罰を通じて、既に存在している規範がこの社会における標準であり、その規範に従うことが正しかったと確信するか、あるいはせいぜいのところ、自分の判断が誤謬ではなかったことにつき安心することになる。

ところが、この規範確証的予防というタイプの「積極的」一般予防論も、刑罰の正当化根拠としては、十分なものとは言えなかった。すなわち、規範の確証の効果について実証的検証を要する場合には、その予防効果が獲得されない場合には正当化されないという帰結に至ってしまうからである。この点は、規範の確証は刑罰の意味そのものであり、規範が確証されたことの実証を必要としないと理解した場合には、問題とされない。

しかし、問題は、この規範確証的予防において、犯罪によって生じる規範の動揺の程度は、果たして行為責任と一致することになるのかである。一般に予防論は、その性格上、予防の必要性和行為責任は必ずしも一致するものではない。というのも、予防論は、将来犯罪が犯されないように処罰をするというものであるために、将来犯罪が犯されないようにするために必要なだけの処罰を認めるものであるからである。つまり、予防論にとっては、犯罪行為者によって犯された犯罪行為は、刑罰賦課にとっての根拠ではなく、刑罰賦課をするためのきっかけに過ぎないのである。そのため、過去に行われたものとしての犯罪行為は、刑量を決める際の要素ではあるかもしれないが、刑量にとっての根拠とはなっていない。そうすると、予防の必要性が刑量にとって決定的であるが故に、場合によっては、

行為責任を上回ることも下回ることも当然にあり得るのである。この場合、行為責任という限界はせいぜい外在的な制約に過ぎないことになる。

ところで、規範確証的予防というタイプの「積極的」一般予防論は、犯罪によって生じた規範動揺に対して、その規範の妥当性を確証するために刑罰が科されるので、規範の確証の程度を、犯罪行為によって生じた規範動揺の程度に結びつけることになる<sup>329)</sup>。ここでは、過去に行われた犯罪に対して、刑罰が向けられており、しかも、刑量の根拠は、行われた犯罪行為である。ここでは、犯された犯罪行為が刑罰賦課の根拠であり、刑量の根拠ともされているように思われる。そうすると、この見解は、「予防」とは銘打っていても、その思考枠組は純粋な予防論ではなく、むしろ、一種の応報刑論として評価した方が良いでしょうにも思われる。規範確証に必要な程度（「予防」の必要性）が犯罪行為によって生じた規範の動揺を基礎にしている点で、犯罪行為と刑罰賦課が結びつけられているからである。

もっとも、犯罪による規範の動揺に対して、何故に刑罰でもって対応しなければならないのか、つまり刑罰の必然性までは明らかとはなっていない。この規範確証的予防の思考枠組は、確かに犯罪行為と刑罰賦課を結びつけるものであるが、規範を確証する方法として、何故に刑罰を用いて良いのか、その他の方法による規範動揺の確証では何故に不十分であるのか

329) 例えば、窃盗が頻発している社会においては、「汝、人の物を盗むなかれ」という規範は大きく動揺しているが、この規範の動揺を鎮静化する（規範確証）ために必要な程度の刑罰は、規範の動揺の程度に応じて上昇することになろう。その反対に、十年に一度しか殺人が起きないような社会では、「汝、人を殺すなかれ」という規範は磐石なものであって、その一件の殺人による規範の動揺の程度は、低いものとなるであろう。

付言すれば、センセーショナルな事件であるからといって、必ずしも規範の動揺が大ききことにはならないであろう。滅多に犯されないということは、当該行為を禁止する規範が十分に妥当しているということの意味するのであって、その規範が将来も妥当していることを示す必要性は、それほど高いものではない。逆に、ある種の犯罪が頻繁に行われている場合には、その行為を禁止する規範の妥当性は、まさに揺れ動いているのである。これについては、後述の注448も参照。また、Köhler, a.a.O. (Fn. 148), S. 53 ff., 59 f.; Diethelm Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 333 f.; Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 94, Fn. 66 もあわせて参照されたい。

ということに、いまだ答えてはいない。この課題に応えるためには、犯罪行為と刑罰賦課が内在的な関係として結びつけられなければならないであろう。

つまり、犯罪行為が刑罰賦課の（また刑量の）根拠であり、その限界でもあるということを示す必要があるのである。その意味で、犯罪行為が刑罰賦課の根拠であり、刑量の根拠でもあるという、つまり、犯されたが故に刑罰を科すという応報刑論を正面から検討する必要があるのである。

もちろん、この課題は、人々の自律的な判断能力を前提とする「積極的」一般予防論の人間観を否定するものではない。むしろ、刑罰による規範形成機能を否定し、損得よって規範に従うか否かを決めるという問題を解決するためには、社会における人々を、犯罪行為者も一般の人々も等しく、十分に自律的な判断が出来る「人格」とみなす要請がある。ところが、先の「積極的」一般予防論では、何故にそのような人間観を前提にしなければならないのかは、まだ十分に明らかにはなっていないのである。

かくして、種々の積極的一般予防論の検討から、人々を「人格」とみなす要請、経験的検証にかかるものではない理論構成、犯罪行為と刑罰の内在的な結びつきを認める必要性という課題が明らかとなった。次章では、このような課題を解決する一助として、ドイツにおいて近年生じている、応報刑論の新たな理解を検討していきたい。

### 第三章：近年の応報刑論について

前章では、様々な積極的一般予防論の分析を通じて、社会における人々を「人格」とみなす要請、効果の獲得・達成につき経験的検証にかかるものではないとする理論構成、そして、犯罪行為と刑罰の内在的な結びつきを認める必要性が示された。すなわち、人々を、犯罪行為者も一般の人々も等しく、十分に自律的な判断が出来る「人格」とみなすことで、一方で

は、刑罰による人々の行動の動機づけである刑罰を通じた規範形成を否定し、当該行為が既に犯罪視されているというコンセンサスにかからしめ、他方では、刑罰によって人々の立ち居振る舞いを統制することを否定し、自らの自律的な判断で規範に従う存在であることが導かれた。

また、対案グループ以降重要視されていた特別予防論に生じた問題、つまり、効果の獲得・達成が経験的に検証されなければ正当化されないという問題点を受け、効果の達成を要件とするものではない刑罰理論の理論構成が求められた。さらに、予防論においては、予防の必要性が刑量にとって決定的であるが故に、行為責任という限界はせいぜい外在的な制約に過ぎないという問題を解決するために、つまり、行われた犯罪行為が刑罰賦課の根拠であり、そしてその犯罪行為に見合った責任が刑量の根拠であることを導く刑罰理論が探求される必要がある。

このような問題に関して、ドイツにおいては近年、カントやヘーゲルの応報刑論の分析を通じて、応報刑論の新たな理解が生じている。本章ではこの検討を通じて、先の問題についての解決の道筋を明らかにしたい。

## 第一節：応報刑論を再考する意義

### 第一款：応報刑論の見直し

応報刑論に対しては、第一章で検討したように、刑法改正作業を通じて刑法による倫理や道徳の保護からの脱却という観点から、批判がなされてきた。1979年には、例えばアルミン・カウフマンは、応報という言葉でもって見解が特徴づけられるというよりは、むしろ烙印を押されるようなものだと指摘していた<sup>330)</sup>。しかし、英米の議論の影響もあり<sup>331)</sup>、応報的考慮が刑罰の基礎づけの枠組みにおいて中心的役割を占めているという見解が前面に押し出されるようになった<sup>332)</sup>。これらの影響もあり、1990年

---

330) Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, S. 265.

331) Kalous, aa.O. (Fn. 146), S. 173.

332) 多様な見解を概観するものとしては、Hanno Kaiser, *Widerspruch und harte* ✓

代に、予防論から応報刑論へのシフトを示した見解がある。例えば、ハッセマーは、1983年の著作<sup>333)</sup>の中では、絶対刑罰論の学問的ならびに刑事政策な高位性への疑念を提示していたが、1990年には、行為応報 (Tatvergeltung) という理論の「賢明さ (Weisheit)」の再発見を喚起している<sup>334)</sup>。行為応報は、刑法と刑罰が人間的な逸脱への対処のひな形として社会的に仲介されるべきであると公式化をする、あらゆる構想の核であるとされ<sup>335)</sup>、絶対的刑罰論という対をもたない予防的な刑罰の基礎づけは、「法治国家的に耐えられない」ものになってしまう<sup>336)</sup>、としたのである。

また、フリッシュも、1987年には予防が唯一受け容れられ得る刑罰目的であるとしていたが<sup>337)</sup>、近年の著作では、耐え得る刑罰の正当化根拠としての予防を否定している<sup>338)</sup>。つまり、刑罰の予防効果を単なる「副次的な効果」へと縮減するのである<sup>339)</sup>。フリッシュは、犯罪行為を「法的関係性の破壊、そして、法や法状態の妥当性の不確定化」と理解する<sup>340)</sup>。それに対して、刑罰は、「共同体が法状態を維持している」ということを明らかにするものである<sup>341)</sup>。つまり、刑罰によって「法が回復 (され)、

---

↘Behandlung. Zur Rechtsfertigung von Strafe, 1999, S. 134 ff.; Kalous, a.a. (Fn. 146), S. 173 ff.

333) Hassemer, a.a.O. (Fn. 259), S. 48 f.

334) Hassemer, a.a.O. (Fn. 150), S. 323 f.

335) Hassemer, a.a.O. (Fn. 150), S. 327.

336) Hassemer, Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 226.

337) Frisch, a.a.O. (Fn. 121), S. 367 f.

338) Wolfgang Frisch, Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Claus Wilhelm Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 277.

339) Frisch, a.a.O. (Fn. 224), S. 141; ders., a.a.O. (Fn. 338), S. 278.

340) Frisch, a.a.O. (Fn. 338), S. 278.; ders., Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Guido Britz u. a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001, S. 237, 254.

341) Frisch, a.a.O. (Fn. 224), S. 140.

法の違反に対して法の妥当性が確証」されるのである<sup>342)</sup>。

これは、シューネマンが評するような、「絶対的刑罰論のルネッサンス<sup>343)</sup>」と呼べるものであろうか。これに答えるためには、近年の応報刑論がシューネマンの言う「絶対的刑罰論」、つまり、「目的を持たない刑罰理論」と特徴づけられるのかを分析する必要がある。

## 第二款：刑罰の正当化根拠としての応報刑論

結論から述べれば、刑罰理論には二つの視点がある。一つが目的を有するか、それとも目的からは離れた刑罰理論であるのかという視点、もう一つが、犯されたが故に（*quia peccatum est*）刑罰を科すのか、それとも犯されないように（*ne peccetur*）刑罰を科すのかという視点である。そのため、一言に応報刑論と言っても、それは、目的を持たない（目的からは離れた）刑罰理論なのか、それとも、犯されたが故に刑罰を科すとする刑罰理論なのかを注意深く見ていく必要がある。

ところで、予防論は、犯されないように、つまり将来の犯罪を抑止するために既に行われた犯罪に刑罰を科す理論であった。したがって、主眼は将来の犯罪に向けられており、（既に）行われた犯罪は刑罰の根拠というよりは、むしろ刑罰賦課のきっかけに過ぎないことになる。行為者の将来の行動に向けられているにせよ、他者の将来の行動に向けられているにせよ、そこでは、これから起こるかもしれない危険性を理由に科されるものである。そのために、予防論においては、刑罰は行われた犯罪に向けられているのではないことになる<sup>344)</sup>。

つまり、予防論は、刑罰の根拠が（その限界も）犯罪であるとはしてい

---

342) Frisch, a.a.O. (Fn. 338), S. 278.; ders., a.a.O. (Fn. 340), S. 253 f.

343) Bernd Schünemann, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in: Cornelius Prittitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 327.

344) もっとも、第二章で検討したように、規範確証的予防の意味で理解される積極的一般予防論にはこの批判はあたらない。

ないという意味で、すべからく犯罪と刑罰の結びつきを分解することになろう。それとは逆に、刑罰の根拠と限界が犯罪にある、つまり、犯罪と刑罰を表裏のものとして結びつける「犯されたが故に」という発想は、まさに応報刑論の基礎を成すものである。もっとも、この犯されたが故にという意味での応報刑論を、すなわち何らの目的を持たないという意味での絶対論と理解することは正しくないであろう。確かに、まさに刑罰の根拠(刑罰賦課の根拠)は行われた犯罪にあるという意味では、犯罪が刑罰賦課のきっかけに過ぎないことになる予防論とは異なるものである。しかし、この応報刑論が、何らの目的も有していない、ということまでを意味するかは別である。

したがって、犯されたが故に刑罰を科すという発想は、何らの目的も持たない、目的からは離れた刑罰論を意味するのか、ということ考察する必要がある。確かに、応報的な刑罰の基礎づけは、社会的有用性から切り離される。つまり、応報の実践が社会を安定化する効果を持つということを引き合いに出す逃げ道は、応報的な刑罰正当化を主張する者には開かれていない<sup>345)</sup>。この点が、多くの哲学者や刑法理論家にとって、形而上学はまさに「スケープゴートそのもの<sup>346)</sup>」とされてきた。しかし、問題は、社会的有用性とは異なる意味や目的を、応報論からは有し得ないのか、ということである。この点で、何らの目的を持たない刑罰論である内容上の「絶対論」とは区別される必要がある。以下では、応報的な刑罰の基礎づけを分析することで、この点を明らかにしていきたい。

## 第二節：ハーシュおよびヘルンレの見解

まず、応報的な刑罰の基礎づけを試みる上で、応報を所与の前提とする見解を検討したい。これは、応報という考え方を文化的アイデンティ

---

345) Kalous, a.a. (Fn. 146), S. 210 ff. を参照。

346) Jörg Disse, Kleine Geschichte der abendländischen Metaphysik. Von Platon bis Hegel, 2001, S. 11.

ティーの譲ることのできない構成要素として示すことで、刑罰の正当化に  
 応報論のパラダイムが放棄し得ないということを示そうとする見解である。  
 例えば、ハーシュとヘルンレは、応報思想を人間社会の道徳に関する  
 集合的革新に合致するものとして捉える<sup>347)</sup>。

両者は、「自由と害悪賦課」に関するストローソンのアプローチから出  
 発している。ストローソンは、人間の共同生活における道徳的な議論の基  
 礎的な構成要素である特定の態度と反応が存在している、ということを経  
 験する。ここに、それぞれ相互に記述する自由の裏面として、他者の悪意  
 あるいは無関心へのリアクションとして示されることになる害悪賦課が属  
 することになる<sup>348)</sup>。客観主義的で有用性の考慮を狙いとする解釈に対し  
 て、そのような実践は、我々の本性に資するだけでなく、それを表出する  
 のである<sup>349)</sup>。

もっとも、この段階では、いまだ刑罰の正当性に関してはこれだけでは  
 獲得されていない。何故に、刑罰というリアクションが結びつけられるこ  
 とになるのか。この点に関し、ヘルンレとハーシュによれば、「特定の行  
 為態様に関する原理的な誤謬性の判断が、当該判断を差し控える特殊な根  
 拠がない場合は、行為者に通えられなければならない」ために、刑罰が結  
 びつけられることになる<sup>350)</sup>。

その根拠は、まず、「行為者を、自律的道徳的な自己決定なす人格とし  
 て承認すること」にあるとされる<sup>351)</sup>。ストローソンの言葉を借りれば、

347) Hörnle, a.a.O. (Fn. 323), S. 112 ff.; Hörnle/v. Hirsch, a.a.O. (Fn. 219), S. 91 ff.

348) Peter Frederick Strawson, Freiheit und Übelnehmen, in: Ulrich Pothost (Hrsg.), Seminar.  
 Freies Handeln und Determinismus, 1998, S. 201, 212.

349) Strawson, a.a.O (Fn. 348), S. 232.

350) Hörnle/v. Hirsch, a.a.O. (Fn. 219), S. 93.

351) Hörnle/v. Hirsch, a. a. O. (Fn. 219), S. 93; Andrew von Hirsch, Begründung und  
 Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-  
 Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer  
 tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 47, 51, 54; Robin Antony Duff, Was ist  
 Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?, in: Wolfgang Frisch/Andrew

「彼を道徳的共同体の構成員としてみなすが、ただその要請を侵害した者としてみなし続けること」である<sup>352)</sup>。

この基礎から、ハーシュもヘルンレも、予防論の不適切性を導く。すなわち、「人間の非難すべき態度に、非難 (Tadel) ではなく、むしろ、威嚇によって、あるいは反復を不可能にすることになる環境の変更によってのみ反応することは、人間を猛獣と同様の段階に位置づけることを意味することになる」というのである<sup>353)</sup>。

つまり、人間が自由で自律的な、道徳的な自己決定をなす人格として承認されることで、その者が他者に対して侵害を加えた場合に、非難として、誤謬である、つまり是認されないということの判断の伝達が、結びつけられる。犯罪は、道徳的に誤った非難すべき態度であり、刑罰は「特定の行為態様に関する原理的な誤謬性の判断」として、法的に是認されない行為に対して、非難として科される制裁となろう。そして、その際、道徳的誤謬の判断の通達という非難をすることなく、威嚇や改善で対応することは、道徳的な自己決定をなせる人格であるはずの行為者を、猛獣と同様に扱うことになってしまい、許されるものではないことになる<sup>354)</sup>。

もっとも、非難として、道徳的な誤謬性の判断が通知されなければならないとしても、刑罰の害悪賦課としての側面には、答えるものではない。つまり、何故に、有罪の宣告などの口頭での通達にとどまらず、実際に刑罰が執行されなければならないのか、という点が明らかではないのであ

---

↘ von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 23, 28. 行為者の態度の誤謬性を説明することは、被害者にとって、その損害が比較可能な現象という不幸へと還元されることを意味するのではなく、むしろ、被害者に対して犯行により不法が加えられたのだ、ということになる (Hörnle, a.a.O. (Fn. 323), S. 117)。

352) Strawson, a.a.O (Fn. 348), S. 228.

353) Hörnle/v. Hirsch, a.a.O. (Fn. 219), S. 93; von Hirsch, a.a.O. (Fn. 351), S. 54.

354) Andrew von Hirsch, Tadel und Prävention. Die Übelzufügung als Element der Strafe, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/N. Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 101, ↗

る。この段階では、刑罰の強制的な性格・害悪という性格は依然として考慮されていない。

この問題に対し、ハーシュもヘルンレも、応報刑論に基づいて説明することをしていない。すなわち、ハーシュは、刑罰には非難の機能と並んで、二次的に予防的な機能があり、これを果たすために、実際の刑罰賦課という形で、誤謬性の判断が表明されなければならないとする。しかも、この予防は、威嚇予防である<sup>355)</sup>。確かに、ハーシュは、彼の構想内で刑罰の非難という機能が中心的な役割を果たし、予防という機能は非難という構想の内部でのみ作用することを強調している<sup>356)</sup>。

しかし、現実の害悪賦課が、刑罰の構成的なメルクマールとして理解されない場合には、この現実の害悪賦課は刑罰にとって本質的では無い要素となってしまう。ハーシュは、刑事制裁としての刑罰と、その他の領域における制裁とを区別するメルクマールが、刑罰の予防的側面にあるとしており<sup>357)</sup>、その限りでは、威嚇予防に基づいて正当化を試みているのである。したがって、ハーシュの正当化理論は、混合的な形で、競合する正当化理論を用いている。この混合的な説明は、両者の関係を明らかにし、両者の難点を克服することまで行われなければ、正当化理論としては、十分なものではない<sup>358)</sup>。

このような問題にもかかわらず、ヘルンレは、予防に耐性のある犯罪を除いて、基本的に賛同をしている。すなわち、ハーシュが主張した実際の

↘105 f.; ders., a.a.O. (Fn. 351), S. 52, 54 ff.

355) von Hirsch, a.a.O. (Fn. 351), S. 55. なお、類似した見解として、Peter Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 19 f. が、既に正当化の基礎を否認と現実の処罰へと分けていた。

356) von Hirsch, a.a.O. (Fn. 351), S. 57.

357) von Hirsch, a.a.O. (Fn. 351), S. 55.

358) なお、Thomas Weigend, Sind Sanktion zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren?, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 201 も参照。

刑罰賦課の根拠を威嚇予防の機能に依拠させることは、殺人や性犯罪のような予防に耐性のある犯罪類型には当てはまらないが、それ以外の相対的に軽微な一定の犯罪類型には妥当するというのである<sup>359)</sup>。

もっとも、ヘルンレは、ストローソンに従って<sup>360)</sup>個別事例における量刑に対する行為均衡性 (Tatproportionalität) の意義を強調している。すなわち、害悪賦課が真摯なものであることは、犯行を通じて表出された反価値判断の重要性を反映している、とするのである<sup>361)</sup>。それ故、刑罰の程度つまり害悪賦課の大きさは、否定的評価を下された行為がどれだけ非難に値するのかに対応するのである<sup>362)</sup>。

しかし、現実になされる刑罰賦課の根拠は威嚇予防としておきながら、その根拠とは関係のない行為均衡性が限界として必然的に結びつけられることになるのか。これはあくまで外在的な制約原理としてなされたものにすぎないのではないかという疑問が生じる。この、ある制度にとっての適用のルールが、その制度の基礎づけと一致する必要はないというヘルンレの説明は<sup>363)</sup>、結局のところ、ハーシュの問題点を克服するものではないように思われる<sup>364)</sup>。

そこで、ヘルンレは、「我々の社会的で文化的なコンテクストにおける通常の使用法」と合致し、この結びつきの解消は刑罰の表現的機能を弱体化させることになってしまう<sup>365)</sup>、という指摘で答えようとしている。つまり、一定の価値判断を真摯なものとするためには、それを感知可能な形で補完するということが、我々の社会文化的なコンテクストにおいて慣習

---

359) Hörnle, aa.O. (Fn. 323), S. 121 f.

360) Strawson, aa.O (Fn. 348), S. 228. を参照。

361) Hörnle, aa.O. (Fn. 323), S. 135.

362) Hörnle, aa.O. (Fn. 323), S. 136.

363) Hörnle, aa.O. (Fn. 323), S. 388.

364) Weigend, aa.O. (Fn. 358), S. 203 は、ヘルンレのアプローチの折衷主義を「実際には量刑を定める際に一定の任意性に」至ってしまうと批判している。

365) Hörnle, aa.O. (Fn. 323), S. 123.

となっており、それが刑罰の表現的な機能<sup>366)</sup>にも、つまり、非難としての誤謬性の判断の伝達にも妥当することになる。そこから、一定の重大な犯罪類型に対して、刑罰が具体的に執行され、それも害悪賦課と結合しなければならず、それを無視すると、刑罰の表現的機能が十分にはたらかなくなるというのである<sup>367)</sup>。

この説明は、非難が何かしらの感知可能な制裁と結びつけられていなければならない、という限りでは、正当なものと思われる。しかし、問題は、何故に、その制裁としては、損害賠償や慰謝料といったものでは十分ではなく、刑罰でなければならないのか、という点である。結局のところ、ヘルンレの説明からは、刑罰は有罪の宣告だけではなく、実際に害悪賦課としてなされることも含んでいなければならないという、レベルまでしか明らかとはならないように思われる。

以上のハーシュとヘルンレの見解の分析から、自由で道徳的な自己決定をなすことができる人格を基礎に刑罰の正当化を試みる点は注目すべきであるが、しかし、そのような人格に対する刑罰を、一定の道徳的な立場に関する社会の共同的な確信を引き合いに出して基礎づけることでは、せいぜい非難としての誤謬性の判断の伝達までしか、基礎づけられていないということが明らかとなった。その社会における集合的な確信は、それでは、刑罰という強制の必然性の基礎づけは、如何にして可能となるのか。

### 第三節：刑罰による法の回復というモデル

この問題に対する答えを、正当性を清算（調整）的正義という考え方に見出す見解がある。刑罰という制度は、生じた害悪に対して単純にさらなる害悪を賦課するものではなくて、生じた不法を清算するものなのである。不法を清算すること自己目的とは決してみなしてはいない。むしろ、不法の清算は、阻害された（かく乱された）正義の秩序の回復に資する。

---

366) これについては、Müller-Tuckfeld, aa.O. (Fn. 146), S. 52 ff. を参照されたい。

367) Hörnle, aa.O. (Fn. 323), S. 123 f.

しかし、法が適っているという状態の回復は、予防論によって目指される社会全体の安全水準の改善ではなく、むしろ、積極的な社会形成という行為目標であるとされる<sup>368)</sup>。

ところが、この回復という考え方は、近代国家の任務が「正義の回復」の公式によっては適切に置き換えられるものではない、という異議にさらされる<sup>369)</sup>。法の阻害や回復が、刑罰理論において問題とされずに、未解決のままであり<sup>370)</sup>、さらに、国家それ自体の正当性が明らかとされていなければ、この国家の任務が正義の回復であることの証明にはつながらないであろう<sup>371)</sup>。ここでは、国家と法が、自由を可能なものとするための給付によって正当となるということを明らかにする必要がある。つまり、個々人の行為自由は、その安定した存在を、国家に支えられた法秩序の内部ではじめて得るということを示さなければならないのである<sup>372)</sup>。こ

---

368) 例えば, Otfried Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1995, S. 217; ders., Von Straf- und Begnadigungsrecht, in ders. (Hrsg.), Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, S. 214 f.; Walter Kargl, Friede durch Vergeltung. Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Strafbegriff, GA 1998, S. 53, 62 f. を参照。正義の秩序の回復という点から, Schmidhäuser, a.a.O. (Fn. 87), S. 44; ders., Über Strafe und Generalprävention, in: Rainer Zaczyk u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, 1998, S. 443, 450 では, 「応報論」という名前を「正義論 (Gerechtigkeitstheorie)」という名称に替える提案がなされている。

369) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 56.

370) Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 6. Aufl., 2011, §1 Rn. 11. ff. を参照。

371) 刑罰権を有する国家には、正義の守護者としての役割が認められないと指摘するものとしては, Udo Ebert, Vergeltungsprinzip im Strafrecht, in: Hans-Henrik Krummacker (Hrsg.), Geisteswissenschaften—wozu? Beispiele ihrer Gegenstände und ihrer Fragen, 1988, S. 35, 47, 55; Frisch, a.a.O. (Fn. 338), S. 276; Wilhelm Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, in: Heiderbelger Jahrbücher, Bd. IX, 1965, S. 3; Gerald Grünwald, Das Rechtsfolgensystem des Alternative-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S. 89, 91 f.; Henkel, a.a.O. (Fn. 56), S. 7.

372) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 56. この意味で、そもそも刑罰であるべきということは、純粋な正義論的な基礎からは基礎づけられ得ないであろう（この点で, Ebert, a.a.O. (Fn. 371), S. 44 ff. も参照）。各人がその者の所為に値するものに応じて取り扱われるという正義は、

から、刑罰を用い用いて回復されるべき状態は、抽象的に正義の状態として規定されてはならず、むしろ、具体的に、法に合致して自由が配分されているという状態として換言されなければならない<sup>373)</sup>。こうして、このような観点の下で、「法」やその「阻害」、「法の回復」を分析する必要があるが出てくる。

### 第一款：社会心理学的理解

この点で、ヘーゲルは、刑罰を「法の回復」として特徴づけていた。すなわち、犯罪は非理性的なものであり、刑罰は理性的なものを再び回復させる。これによって、刑罰は害悪ではなく、むしろ理性そのものと、つまり肯定的に定義される<sup>374)</sup>。

ところが、いわゆるヘーゲル学派は、ヘーゲルの用語を詳細に説明することを行ってはいなかった<sup>375)</sup>。例えば、カール・ヴェルカーは次のような刑罰の回復理論を展開する。すなわち、刑罰は、「将来のために法的に

↘シュミットホイザーの言葉によれば、現世の (diesseitig) 国家においてではなく、彼岸の (jenseitig) 地獄においてのみ考えられるのである (Schmidhäuser, a.a.O. (Fn. 368), S. 453)。そこから、バヴリクが指摘するように、刑罰が、市民の自由を強固なものとするという、つまり、ヘーゲルが表現したように、この自由に「定在 (Dasein)」を与えるという任務の遂行に、放棄し得ない寄与を果たしているということを示さなければならないのである (Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 57)。

373) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 57. ここから、バヴリクは、予防論と応報刑論の相違は、次のようなものとなる。すなわち、「予防論に基づけば、刑法は、個々人ごとの利益保持の道具である。こうした背景を前にすれば、犯罪行為によって惹起された最善ではない状況を、以後の社会生活を考慮して最善のものにする、ということが重要である。これに対して、応報論に基づけば、刑法は、法仲間の間の相互的尊重が自由論的に要求される状況に、必要な外部的安定性を与えることに資するのである。それ故、こうした観点の下では、その安定の状態の『阻害』と『回復』が、規範的に決定的となるカテゴリーなのである」とされる (S. 57 f.)。

374) 詳細は第六章にて扱う。

375) Monika Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, 1987, S. 166 f.; Kurt Seelmann, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, 1995, S. 68. を参照。

必要な目的、つまりは、過去にある責任から引き続いての阻害を将来のために取り除くこと」と結びつけられなければならない<sup>376)</sup>、法的に結びついている構成員が法関係を侵害し、同じ構成員に損害を与えたならば、そこから、その損害を与えた構成員には、「法状態および彼自身の真の法的意思とその帰結において引き続いて矛盾しているかく乱を可能な限り再び取り除き、そして、それ（法状態と彼自身の真の法的意思）が法にとって不当な障害として以後に残されたり、あらゆる契機において新たに侵害されることのないように、良きものとする」という義務を負うことになる<sup>377)</sup>。そして、このことは、刑法においてだけでなく私法においても妥当し、その相違は、対象の違いに過ぎないとされる<sup>378)</sup>。

ヴェルカーによれば、犯罪は、犯罪行為者自身においては、「法的関係にとって必要な理性の支配や、彼への内的名誉がかけていること」であり<sup>379)</sup>、それ以外の市民においては、「犯罪者に対する必要な尊重と信頼が欠けていること<sup>380)</sup>」ならびに「その法的意思の、そして法関係の尊重と尊重すべき価値があることの侵害とかく乱<sup>381)</sup>」の原因となるものとされる。そして、被害者自身においては、犯罪は、彼の「法の尊重」にとって有害な「名誉毀損や権利侵害という感情」を呼び起こすものとなる<sup>382)</sup>。この損害はすべて、「刑罰によって廃棄」されなければならないことになる<sup>383)</sup>。

そして、「七つの正当な刑罰目的」として、「1. 犯罪者の道徳的改善、

376) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 193.

377) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 249.

378) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 251. 「実質的損害の廃棄は民法の対象であり、そもそも同じ事が考慮される限りで、あるいは実質的損害を再び廃棄することによって弁済されない限りでは、知性的な刑事法の対象のそれである」というのである (S. 251)。

379) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 252.

380) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 252.

381) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 253.

382) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 257.

383) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 257.

2. 犯罪者の政治的改善, 3. 犯罪者に対しての同胞からの尊重と信頼の回復, 4. 市民全般における法的な意思の風潮の回復と, 市民の道徳的および政治的な法の尊重の回復, 5. 被害者の名誉と尊重の回復, 6. 被害者の法的な意思の風潮の回復, そして, 7. 全く有害な構成員から国家を清めること」を挙げている<sup>384)</sup>。

ヴェルカーは、複数の刑罰目的を混在的に「法の回復」という視点の下でまとめているが、しかし、法の回復の下でこれほど多くの刑罰目的を理解し、追求でき、その相互の関係が如何なるものとなるのかは明らかとはされていない。そのままでは、多くのものをただ並列しただけに過ぎないものである<sup>385)</sup>。

ヴェルカーの回復理論にはこのような問題があったが、しかし、その後の刑法理論においても回復という視点を用いる分析がある。例えば、行為者は「犯行によって引き起こされた法的権威の社会心理学的動揺を清算する」責任があり、刑罰はこの理念上の損害の回復のための給付であり<sup>386)</sup>、したがって、「社会に対して給付されるべき損害賠償<sup>387)</sup>」である、という見解である。この見解において、回復という考え方は、積極的一般予防論の刑罰目的を規範的に裏づけることに資するものとなる<sup>388)</sup>。

ところが、これら見解は、「法の回復」の内容に詳細には取り組んでいないが故に、そこに含まれるべきものとその限界が明らかではない。例えば、器物損壊のように損害賠償によってまかなわれそうな場合に、それでも刑罰賦課があり得るということを如何にして説明できるのか。また、阻

384) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 265 f. 第二章と重複するが、検討のために再び述べている。

385) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 177), S. 489 はこのごちゃ混ぜの状態を批判していたし、Rückert, Verbrechensschaden, S. 120 は、手続きの混合であると述べている。

386) Nowakowski, a.a.O. (Fn. 48), S. 63.

387) Neumann, a.a.O. (Fn. 325), S. 151; Henkel, a.a.O. (Fn. 56), S. 12; Thomas Würtenberger, Rechtsfriede und Strafrecht, in: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 213 も参照。

388) Ebert, a.a.O. (Fn. 371), S. 46 f.; Frister, a.a.O. (Fn. 323), S. 85 ff.; Moos, a.a.O. (Fn. 146), S. 302; Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 177), S. 481 ff.; Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 288.

害や回復を、経験的に把握可能な、そして検証可能なものとして特徴づけるために、経験的に把握可能な損害の回復までは言えたとしても、「法」そのものは回復されていないのではないかという疑問も生じる<sup>389)</sup>。

## 第二款：コミュニケーション論的理解

この疑問に対し、犯罪行為を「規範妥当の侵害」として、刑罰を「規範の確証」として証明することで試みる見解がある<sup>390)</sup>。この見解は、ヘーゲルの存在論をコミュニケーション論的なアプローチによって補填している。すなわち、行為者は、規範に対して彼の被害者と関係を拘束的に規定するものとしての意義を認めないと主張し、刑罰は、規範が引き続き基準となることを確証する、というものである。

この見解は、リアクションの意味内容が、リアクションに結びつけられるアクションの意味内容と相関関係があるということを前提としている。リアクションはアクションに応答するものであり、この目的のために、リアクションはアクションと同じ意味の体系に組み込まれなければならない、それに基づいてアクションが解釈されるのである<sup>391)</sup>。特定のアクション

---

389) これについては、Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 62 f. を参照。

390) 例 えば、Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2008, S. 98 ff.; ders., Erster Vortrag. Strafbegründung und positive Generalprävention, in: Peter Siller/Bertram Keller (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, 1999, S. 135 ff.; ders., Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Klaus Michael Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, S. 29 ff.; ders., Strafrechtliche Zurechnung und Bedeutungen de Normgeltung, in: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 57 ff.; Frisch, a.a.O. (Fn. 224), S. 140 f.; ders., a.a.O. (Fn. 338), S. 278 f.; ders., a.a.O. (Fn. 340), S. 251 ff.; Lesch, a.a.O. (Fn. 148), S. 598; ders., Unrecht und Schuld im Strafrecht, JA 2002, S. 608 f.; Felix Maultzsch, Hegels Rechtsphilosophie als Grundlage systemtheoretischer Strafbegründung, Jura 2001, S. 85, 92.

391) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Strafrechtliche Zurechnung)), S. 59. そのため、例えば、危険な動物が檻から脱走し、辺りをうろついているのなら、それに対する防護のためには窓やドアが閉められる。しかし、リアクションは、当該出来事の発生について責任があるその名宛

が危険として特徴づけられる場合には、その危険に対応するリアクションが導かれるし、特定のアクションが非難可能な態度として把握される場合には、この態度の誤謬性を示すことになる。

もちろん、この非難可能な態度に対するリアクションとしては、刑罰だけでなく損害賠償もありうるであろう。それでは、犯罪行為という不法に対して、まさに刑罰というリアクションが結びつけられるのは、どのような場合であるのか。この点で、刑法上の不法を法益侵害として把握する場合には、それに対してさらなる法益侵害を与えることが非理性的に連続する二つの害悪を支持することになるために、許されることにはならないであろう<sup>392)</sup>。そこで、犯罪は、その外的作用に基づいて特徴づけることができる事象（「法益侵害」）ではなく、むしろ、コミュニケーション的な活動、つまり、「法の妥当を疑問にし、規範の妥当に損傷を与える、法からの離反」であり、この妥当の損傷を除去するのに資するのが、刑罰なのであるという理解が注目されることになる<sup>393)</sup>。

この理解によれば、犯罪という刑事不法と刑罰の関係は、「対話と応答という社会的に自明な連続」になる<sup>394)</sup>。「行為者は規範に異議を唱え、刑罰は規範を確認する」。そこから、刑罰の概念に属するのは、「犯罪を犯罪として特徴づけること」だけなのである<sup>395)</sup>。刑罰は、社会の現実性が犯罪によって変えられなかったことの確認であり<sup>396)</sup>、「少しも変えられてい

---

↘ 人に対する非難においてもあり得るのである。すなわち、逃げ出した動物の所有者は、その監視義務に違反したとかで非難されることになる。

392) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 64.

393) Frisch, a.a.O. (Fn. 340), S. 253.

394) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Strafbegründung)), S. 136.

395) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Zur gegenwärtigen Straftheorie)), S. 32.

396) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 98 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 320), S. 844; ders., a.a.O. (Fn. 390 (Zur gegenwärtigen Straftheorie)), S. 36; ders., a.a.O. (Fn. 390 (Strafrechtliche Zurechnung)), S. 59; Frisch, a.a.O. (Fn. 224), S. 140 f.; ders., a.a.O. (Fn. 390), S. 278 f.; ders., a.a.O. (Fn. 340), S. 251 ff.; Lesch, a.a.O. (Fn. 148), S. 598 f.; ders., a.a.O. (Fn. 390), S. 608 f.; Maultzsch, a.a.O. (Fn. 390), S. 92.

ない」ことの確認をするのである<sup>397)</sup>。

そして、この見解は、刑罰の動機づけに向けられた作用には、「潜在的な機能」しか認めない<sup>398)</sup>。例えば、ヤコブスは、規範の確証に「多種多様な社会心理学的帰結が結びつけられるかもしれない。そして、この帰結のいくつかは——例えば、法に忠実な動機づけが広く自明のものとなることは——、實際上放棄され得るものではないかもしれない。しかし、その帰結は、その反対のもの——つまり、心理学的に誤った方向づけ、一般的な嘆き——が犯罪行為の概念に属する程には、ほとんど刑罰の概念に属することはないのである」と述べている<sup>399)</sup>。刑罰の概念は、「個々人の原動力となる事情に目を向けることで自ずと湧き出てくる、すべての混合物からは自由なもの」でなければならぬことになる<sup>400)</sup>。

このコミュニケーション論的な理解は、犯罪に対する固有のリアクションとして刑罰を把握しようとする点では優れたものであるが、しかし、犯罪に対して刑罰でなければならぬ理由を十分に説明しきれてはいない。規範予期の妥当が引き続き存立していることを明らかにすることだけが問題であるならば、何故に「これに関する明確な表明では十分ではない<sup>401)</sup>」

---

397) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Strafrechtliche Zurechnung), S. 60.

398) Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbestimmung und Ausblick, 2000, S. 47, 50.; Frisch, a.a.O. (Fn. 224), S. 140 f.; ders., a.a.O. (Fn. 338), S. 278 f.; Lesch, a.a.O. (Fn. 148), S. 599.

399) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Strafrechtliche Zurechnung), S. 59.

400) Jakobs, a. a. O. (Fn. 390 (Norm)), S. 106; ders., a. a. O. (Fn. 390 (Zur gegenwärtigen Straftheorie), S. 40.

401) Santiago Mir Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion der positive Generalprävention ZStW 102 (1990), S. 914, 923. この問題に対し、Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 205, 219 は、刑罰の象徴的で表裏的な意味内容は、不法と責任の確定のための公的で形式化された手続きにおいて、完全に表出され得るとしている。しかし、それは必然的な関係として結びつけられるかは不明である。

ことになるのかという疑問が生じるからである。

この問題に対し、ヤコブスは、行為者はその態度の意味を単に象徴的に客観化したのではなく、むしろ、行為者は人格間の外的世界を既に自らの妥当を主張するという基準に従って形作ったのだ、として答えている。つまり、「この立場では、犯行と結びつかない孤立した表明は、犯行そのもののほどには客観化されないであろう」とするのである<sup>402)</sup>。

しかし、何故に、コミュニケーション論的理解から、つまり、対話と応答という関係から、客観化という視点が必然的なものとなるのか<sup>403)</sup>。確かに、犯行によって、外的な形で、行為者の態度は現れてはいるが、そのような行為者の態度の意味（規範に対する異議）に対しては、有罪宣告を行うことで「規範の確証」の表明を外的な形で行うだけで十分ではないのか、という疑問が残されているのである。

以下では、この問題に対し、法の尊重、そして法の侵害と回復に、特殊な表現的モメントを認める「承認論」により答えようとする見解を見ていきたい。これは、犯罪という法の侵害によって、法益だけではなく、完全性の要求（Integritätsansprüche）もが危険にさらされているとするものである<sup>404)</sup>。ここで注意すべきは、次で検討される承認論的アプローチは、刑法上の不法を纯粹理念的な現実存在への侵害と捉えるものではないということである。つまり、このアプローチは、現実の自由の関係に着目しているのである<sup>405)</sup>。ここでは、「法律上現実にある承認の営み<sup>406)</sup>」が問題となるのである。

402) Jakobs, aa.O. (Fn. 390 (Zur gegenwärtigen Straftheorie), S. 36; ders., aa.O. (Fn. 398), S. 50.

403) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 65 f. は、ヤコブスが、その論拠において現象学的な所見に概念的な分析を組み合わせていると指摘する。

404) これについては、Müller-Tuckfeld, aa.O. (Fn. 146), S. 259 を参照。

405) これを疑問視するのは、Fritz Loos, Literaturbericht. Rechtsphilosophie, ZStW 114 (2002), S. 657, 663.

406) Wolfgang Schild, Anerkennung als Thema in Hegels "Grundlinien der Philosophie des Rechts", in: ders. (Hrsg.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, 2000, S. 37, 70.

#### 第四節：承認論に基づくモデル

まず、「承認」の定義を明らかにする必要があるが、ブブナーによれば次のようなものとされる。すなわち承認とは、「自由な諸部分から相手方にもたらされる、承認が前提とするところのその者の位置づけと同等に妥当する地位の容認（承認が前提とするところの一方の位置づけと同等の地位が妥当することを、自由な塊から相手方に対して認めることをもたらすこと）」である<sup>407)</sup>。

この承認は、ある者が自由を享受するためには必要なものとなる。すなわち、他者との間で相互的に承認関係を結ぶことで、相互承認関係を形成することで互いの自由を尊重し合うのである。この承認論から刑罰理論を展開するのが、エルンスト・アマデウス・ヴォルフおよびその学派である。彼らは、ドイツ観念論に依拠しながら、応報刑論の再評価を行っており、その際、人間の自由および自律性の保障を法の課題としている。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手を「相互的に」自由な人格として認めあう相互承認関係を形成し、互いの自由な領域を尊重し合う必要がある。その際、承認は互いが対等な関係であることを必要とする。この相互的な承認関係は、社会契約を通じて国家へと拡張され、国家的な法秩序において普遍的な効力を保障される。

この普遍的な効力に対する攻撃が犯罪となる。すなわち、犯罪とは、他者の自由な領域の侵害による相互承認関係の破壊であり、同時に相互承認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、犯罪により侵害された相互承認関係を回復させるために、そしてその相互承認関係を保障する法秩序の効力を回復するために、科されることになる。国家的な法秩序において普遍的に保障されている他者の自由を侵害し、不当な形で自

---

407) Rüdiger Bubner, Von der Aufforderung zur Anerkennung, in: Jürgen Stolzenberg (Hrsg.), *Subjekt und Metaphysik*. Konrad Cramer zu Ehren aus Anlaß seines 65. Geburtstages, 2001, S. 61.

己の自由を拡張した犯罪行為者は、自らが法秩序の構成員であるために、つまり再び他者と相互的な関係に戻るために、自由の制限という形で、刑罰を受けるのである。その際、刑罰は、犯罪によって生じた被害者の自由の領域への侵害の程度と、法秩序の普遍的な効力の否定の程度に価値的に見合ったものでなければならない<sup>408)</sup>。

ヴォルフや、その弟子たちは、無目的に科される応報刑論でもなければ、犯罪予防という目的刑論でもない、応報刑論を展開しているのである。以下では、代表的なヴォルフとその弟子ケーラーの見解を見ていきたい。

#### 第一款：E・A・ヴォルフの見解

まず、ヴォルフによれば<sup>409)</sup>、承認することが意味するのは、「認識されたものの中に認識を基礎づけるものを再び見つけ出し、これをそれ故に服することなく自己のものにし得る、その種の産出的な認識」である。そのように構成された他者との理性的な関係が、「相互的な承認関係」であるというのである。法が唯一の承認関係というわけではないが、しかし、法は特に重要な承認関係となる。また、ヴォルフの弟子のカーロは、「他者との関係では、汝が他者を汝の振る舞いを通じて、自らに方向づけて生活を為していく (selbstorientierte Lebensführung) 能力の顧慮において汝と同等の法的人格として承認するように、常に振舞いなさい」という法的命令と理解していた。この命令に違反し、承認関係を侵害する者は、不法を為しているのである。

ところで、このような承認関係は、刑罰理論といかなる関係にあるの

---

408) このように分析するものとして、特に、飯島暢「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」香川法学26巻3・4号（2007年）101頁以下、同「カント刑罰論における予防の意義と応報の限界——ヴォルフ学派のカント主義的な応報刑論に基づく一考察——」香川法学28巻2号（2008年）2頁以下を参照されたい。

409) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 786.

か。ヴォルフは、刑罰理論の規準につき、「犯されたが故に」と「犯されないように」という対立は、内容上の絶対論（絶対的応報刑論）と相対論の問題であって、カントに結びつけられる別の区分ができるとする。すなわち、「処罰するという行動の根拠が究極的基礎づけを教えるのか、それとも、他者の利益という目的のための行為の適切性を教えるに過ぎないのか、つまり、そこから権限のあるものが明らかにはされ得ない想定を教えるのに過ぎないか、ということによる区別」である<sup>410)</sup>。

ヴォルフにとっては、絶対論が種々の目的を単に追加的に要求することは、刑罰の正当性を明らかにせずに行う場合には「ごたまぜ」の理論であり、しかも「種々の相対論」から定まるものでもないとされる<sup>411)</sup>。換言すれば、人格の自己基礎づけの関係（自律）をその不可避の基礎に有していない諸理論は、もはや承認され得ないとされるのである<sup>412)</sup>。

それでは、人格を基礎にした理論構成は如何にしてなされるのか。個々人はまず、自己意識を有する現存在にとっての十分な基礎を創出する。それも、外部的な諸対象と意志形成との関係において様々主観的権利を相互

410) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 787 f. なお、これについては、Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht I, 1925, S. 457 f.; Christian Reinhold Köstlin, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1855, S. 386 f. も参照。

411) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 790 Fn. 8. 絶対的契機が新たに公式化される場合にしか成功し得ない、というのである。これに関し、Wilhelm Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S. 1 は、刑罰の意味と目的の区別を受け入れ、法益保護に向けられている刑罰の目的を、正義の内在的目的である刑罰の意味を通じて正している。もちろん、ガラスは犯罪行為につき遂行された有責的な所為の重さを参照とするのだが、つまり、外形上、刑罰により「行為者が、行為者によって遂行された有責的な不法に対する、受けるに相応しい誤謬であるという法共同体の応答を獲得する」ことにあるのだが、しかし、固定化した応報を相対化することをも許容しているのである (S. 3)。ders., a.a.O. (Fn. 371), S. 1 ff. も参照。なお、Manfred Maiwald, Die Verteidigung der Rechtsordnung. Analyse eines Begriffs, GA 1983, 49 ff. も参照されたい。

412) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 805 f. その意味で、統合論（結合説）は十分な基礎を有していないとされる。Köhler, aa.O. (Fn. 148), S. 41 は、積極的一般予防論は、他律的という点で問題であることを指摘している。なお、Müller-Dietz, aa.O. (Fn. 208), S. 823 も参照。

に位置づけることを通じてである。個々人は市民的状态<sup>413)</sup>の前提条件を作り出すが、もっともそれは、個人的資産によって支配している経済が問題にならなければならないわけではなく、個人的資産によって制御された技術の投入が問題にならなければならないわけでもない<sup>414)</sup>。

市民的状态は、現存し得る形で孤立するものではなく、むしろ優越的力の構成と一緒にのみ存在するのであり、その力は、ホッブスが正当にも第一のものだとみなしていたように、人工的な人格として（狭義の国家として）創出され得るというのである。そして、市民社会と人工的人格たる「国家」の相互関係は、同じく語られることになる刑法という制度とともに、平穏な関係のために共同体を構成する。既にこの制度の前に自然状態として例えば子供の教育や年配者ないし病気の者に対する配慮を可能にしてきた、自然的関係の統一体は、この共同体により任務として受け取られることになる<sup>415)</sup>。

その場合に、そのように構成される平穏関係においては、次のことも可能となる。すなわち、「相互的な個々人の諸帰属（Zuordnungen）に加えて普遍的な諸確定や諸内容をも創出することである。個々人は、個々人が他者と全体とのその関係ならびにその可能性や弱点を主題化し、関係を自らにおいて受け止め、その基礎から新たに構成することによって、新たな一歩を成功させるのである」<sup>416)</sup>。

413) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 817 Fn. 69 によれば、「カントは当事者の関係を市民的状态においてより強固に諸主体から方向付けるが、その諸主体は、当事者の関係を創出し、その関係を外部的に他者へと広がる可能性のために必要的にも有している。従って、その関係においては、侵害的ではない形で自己を方向付ける前提の条件を有するために、ある者が他者との関係で必要とする領域の限界が前面に出る。しかしその際、自己方向付けの可能性が自然に対して既に常に前提とされている。その可能性が含められるならば、弱者を助けるという義務を位置づける必然性も生じる。外部的限界の間で、市民社会の一部に留まり得る関係のさらなる領域が発生する」と述べられている。

414) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 816 f.

415) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 817.

416) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 818. なお、カントの定義では、「法は諸条件の総体であり、そ

しかし、法的共同体の構成のためには、ある領域の克服がまだ欠けている。つまり、個々人は、共同体に対し、「その外部的権力および権力を通じて他者に作用するというその可能性の一部だけを委ねる」のである<sup>417)</sup>。個々人を縮減する様々な侵害の危険は、法的共同体の独自の規制領域となる。個々人は、平穩関係へと入ることによっても、この諸侵害に対して助けの無い形で対応してきている。この刑法の規制領域が、市民社会や狭義の国家の規制と並んで、相対的に独立して登場することになる<sup>418)</sup>。

相互承認関係は、それを通じて市民社会の構造が全く没个性的となり、客観化されるが、その限りでは、普遍性が高められるにもかかわらず、人的関係を維持しているとされる。「ここでは、個々人は、その私的な現存と同様に特定の他者とともに個々人に位置づけられた法的立場の統一体として、特殊に定義され人的でもある関係を有している。それは、次のような侵害にかかるものである。すなわち、個々人が社会秩序としての法秩序によって、有意義で自己方向づけ的な生において自力では順応され得ない侵害である」<sup>419)</sup>。

ここにきて、犯罪が次のように定義されることになる。すなわち、「犯罪とは、確定された公的な基礎的信頼の侵害であり、他者ないし国家がある種において侵害されている、そしてその侵害は個々人が（その法秩序によって処理された自己方向づけの現存在において）自力では順応され得な

---

∨の下である者の恣意が自由の普遍的な法則に従った他者の恣意と一つに結合され得る」(Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, Werk Bd. 7, Einl. B) であるが、Wolf, a.a.O. (Fn. 324), S. 818 Fn. 71 によれば、「給付の総体とその確定」並びに「普遍的法則」を話題にしなければならないとして、普遍的法則は、「外部的媒介的諸法則を意味し、それは、他者や国家の確立された人工的人格との関係で目の前にある共通の弱点を、そもそも初めて理性の現存在が語られ得る程に、広く減少させる諸法則である」とされている。

417) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 818.

418) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 818.

419) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 819. 例えば、単なる契約違反は市民社会の様々な可能性の内側において処理されるが、詐欺はそうではないことになる (S. 819)。

い侵害である」<sup>420)</sup>。

ここでは、個々人は共同体を共に構成する、ということが前提となる。「個々人は、彼らが原則上、ここに（個々人が相互に相応して支え合う場合に）また位置づけられる、ということから展開され得る。この受容は、市民が自らの力で共同体を形成することができるということを前提としている民主主義の基礎でもある。ここで問題となる土台は、その需要をそれ自体で共同の給付において見出さなければならない。当事者の関係をこの領域で高められる信頼を公的な関係へと変化させるこの規則は、個々人がこの諸侵害の危険や感受との関係において共同体の代表者になり、協働の保護を享受する、という帰結に至る。この公的な基礎的信頼の関係は、侵害的な行為態様を明確化することを通じてはっきりと輪郭づけられる」とされるのである<sup>421)</sup>。

ここで、共同的な、同等性を可能としている承認関係が重要となってくる。「当事者は、具体的で関係を基礎において侵害する行為の質を構想し、各々自ら知っているもの、つまり、この侵害において行為者が他者を介して高められるものを意識するのである。行為者も被害者も人間であるので、彼らは自己確証と自己理解を所為から見出すのである」<sup>422)</sup>。もっともここでは、行為者が創出するのは、他者との従属関係にとどまっている。

法共同体の構成員は、それに対応するために、相互に調整的で支えとなる普遍的規定に行き当たる。「その構成員には、行為者としてこの所為を行うべきその共同体から、行為者に対してその共同体的に構成される自由の状態ないし平等の状態を縮減することが予定されている」ことにな

---

420) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 819. この定義はフィヒテの理論と関わりとされる。これについては、Reiner Zaczky, Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, 1981, S. 101 f. を参照。

421) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 819.

422) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 820. 行為に含まれる表出は、「行為者がその所為においては正当な規定へと到達しなかったということを通じてではなく、むしろ虚偽を原則へと高めたとということを通じて」同等なものとなる (S. 820)。

る<sup>423)</sup>。すなわち、「構成員が行為者を、行為者が他者を従わせたのに相応する原則に従わせることを通じて、構成員は行為者に外部的役割を認めるのであり、行為者にとって生じるその存在に関わる消極的側面が、抽象化の働きにおいて行為者の縮減する所為を取り入れ、平等な関係へと戻す可能性ときっかけを行為者に提供するのである。この働きは同時に、行為者の原則に含まれる誤謬を明らかにし、矯正の可能性を差し出すのである」<sup>424)</sup>。

このヴォルフの理論構成は、間主観的な関係の基礎づけである<sup>425)</sup>。承認関係においては、他者に存在している共同の合法性が、対自的なものとして行為者に対して要求される。従って、刑罰は、対話という現実性と必然的に結びついていることになる<sup>426)</sup>。犯罪行為において実現される行為者の原則に対し、他者によって、客観的原則のその共同意識的な (mitbewußt) 了解が対置されるとされるのである<sup>427)</sup>。

ここでは、他者が、実質的ないし形式的に消極的な行為者の原則を誤って客観化し、その誤謬を打ち立て、それとともに行為者の実現される犯行に行為者に彼の原則の適用を対置することで、危険の源泉そのものとして、暴力ないし「強制教育 (Zwangserziehung)」を通じて除外することを防いでいる。しかし、それにもかかわらず、法共同体を代表する他者は、その際自らで直接的に消極的な取扱いを現実化することになる。というのも、行為者は、自身の自由な状態のなかで能動的に縮減されるからである<sup>428)</sup>。

423) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 820. なお, Köhler, aa.O. (Fn. 148), S. 12 f. も参照。

424) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 820 f.

425) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 821.

426) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 821.

427) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 821. 「行為者は、自己意識を有する個人として他者に関与するので、行為者は新たな形で彼の原則との関係を持つ。このことは現実の感銘力によるものでもあり、基礎づけに従いそしてそれを現実化する、共同体のそれ以後の所為の現実性を初めて形成するのである。というのも、個々人の自己理解は……この関係に基づくものだからである」 (S. 821)。

428) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 822. その限りでは、他者は行為者のそれ以前の給付で自らを

これに対しては、関係を最終的に積極的な状態へともたらず、つまり、行為者が彼の直接的な側面において消極的な取扱いから積極的で平等な関係を承認する帰結を引き出す、ということが期待される。「行為者は自らに賦課された暴力を、彼が平等な関係という帰結を成功させるべきならば、自らによる一部としての自らのより以前の所為や自らの基礎づけと同様に、自らの基礎づけから受け入れなければならない」とされるのである<sup>429)</sup>。これが、刑罰という、行為者にとって相互的な基礎づけの関係において課される特別な給付であることになる。

しかし、ヴォルフによれば、これではまだ十分な基礎づけではない。「行為者もまたそもそも自らの誤った諸原則において生きるべき者なのではなく、従って、行為者をその諸原則の行使へと後退させることで満足することにはならず」、「行為者をその給付において助け、それとともに平等な関係を実体的側面で再び確立するという課題の共通性を証明する」必要があるとされる<sup>430)</sup>。

ヴォルフによれば、人間は、間主観的な存在であるだけでなく、自由な存在であり、自身の諸権利や市民社会を必要とする<sup>431)</sup>。人間は、市民社会の独立した構成員として、他者に対して直接的な関与を剥奪しようとはしないのであり、「距離をとって、他者の様々な試みを、自らの安定化と外部的な権力的地位において対置することができる」<sup>432)</sup>。自由の下では、この近い関係は一般的な形で確立することはできず、したがって刑罰は

↘ 枉げるとされる。

429) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 822.

430) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 823. 他者に対して、その消極的な原則の平等性によって彼に帰属されるものよりも多くの空間を与えるものでなければ、「行為者の原則の現実性を平等な関係へと戻すという信頼の前借」は許されない (S. 823)。さらに、行為者にとって自由な状態を縮減する際においては、援助は直接的に積極的な態様で認められるべきであり、ここに特別予防が関わるとされる (S. 823 f.)。

431) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 824.

432) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 824.

必然的である、というのである<sup>433)</sup>。

以上によれば、刑罰はまず通常の様には有責的な所為の適切な清算と規定される。同時に、刑罰は更なる目的、つまりは、犯罪の可能性そもその縮減を実現するものである。刑罰威嚇と具体的処罰は、このような種々の行為をしないでおくべきという普遍的意志の表明であることになる。ヴォルフにとっては、「両方の目的が共同する可能性と必然性は、展開された承認関係の構造に存する。目下構造化されている結びつきの関係としての関係は、必然的に不安的な現実性であり、従って、その関係は義務的に課された関係としても形成され、その限りでも目下の現実性である」ことになる。ここでは、刑罰は維持という特殊な性質を有し、生じた侵害を清算するという課題が、承認関係の存続を確立するという課題とともに生じるのである<sup>434)</sup>。

ヴォルフの主張するこの見解は、給付に内在するものとしての正義のために刑罰が生じるというものである。すなわち、「普遍的外部的自己規定(外部的自由)のために」刑罰が科されるのである。したがって、この見解は、人間の存在がいかなるものであるか、ということから出発し、自由や権利、その条件のために必要な関係(相互承認関係)を導き、その侵害が犯罪であり、刑罰を通じて、再び行為者を他の人々との平等な関係に導く、というものであった。しかし、その平等な関係へと戻すのは、犯罪行為に表明される行為者が自ら為した誤謬の格率が故にであり、行為者自らが、自由な存在であるために、それに対する応答を受け入れなければならなかった。換言すれば、犯罪は相互承認関係の侵害であり、刑罰は相互承認関係の存続の維持である。ここから、刑罰は決して無目的なものではなく、相互承認関係の存続という目的を持って、「普遍的外部的自己規定(外部的自由)のために」科されるものであることになる。

---

433) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 824.

434) Wolff, aa.O. (Fn. 324), S. 825 f. 個々人は、まさに一部では相互関係の全体であり(それを代表している)、それぞれ固有のパートでその相互関係を促進する (S. 826)。

以上をまとめると、刑事不法の特殊な質、刑事上の行為（die kriminelle Handlung）は、「相互的、法的に構成的な承認関係の特に重大な侵害」である。犯罪とは、「個々人が、彼がそのことを自らに方向づけた生活において自身の力から克服することができるようには、対応することができない」その承認侵害となる。換言すれば「有責的な犯行の適切な清算」である。このことは、刑罰だけでなく、民事上の損害賠償にも適用され得る公式化である。

ヴォルフの定義はいかなる場合をも刑罰という特殊なりアクション形式でカバーすることになるのか。ヴォルフは、侵害された（それ故回復を必要とする）承認関係を、行為者と被害者の間に存在する承認関係（「相互的な承認関係」）として特徴づけている。それは、市民社会とそこから生じる「高められた普遍性」の内部での物象化（客体化）にもかかわらず「人的関係」を維持しているという<sup>435)</sup>。しかし、刑罰は、被害者の名で科されるのでも、その利益の原状回復という目標をもって科されるのでもなく、普遍性の名で科されるのである。刑罰は、「被害者に帰属するものではない付加価値」を有するのである。つまり、刑罰によって何かしら生じた治癒は、ヴォルフの叙述による侵害された承認関係に役立つのではなく、むしろ第三者の管轄部局に役立つのである。しかし、このヴォルフを基礎にする構成は、何故そもそも清算の請求権を有することになるのか疑問は残されたままであった<sup>436)</sup>。

## 第二款：ケーラーの見解

ヴォルフの弟子のケーラーは、ヴォルフと同様に「法・権利を自由な主体性を前提とすることにおいて」理解している。「相互的で一般的に妥当する人格的な自由存在の開放と限定における、外部的振る舞いについての

---

435) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 819 ff.

436) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 71.

自律的に設定された規範の総体』であるというのである<sup>437)</sup>。

ケーラーによれば、ヴォルフの私法上の不法と刑事不法との区別は、ヘーゲルが分析していたように<sup>438)</sup>、認識のない無邪気な不法 (unbefangenes Unrecht) と犯罪との区別によって補われることになる。無邪気な不法な場合、被害者は確かに、彼の外部的自由という個別の「そこに存在する特殊なもの (Daseinbesonderheit)」を奪われることになる<sup>439)</sup>。しかし、このことは「各々の特殊規範のカテゴリーの、あるいはその事実的な適用条件の不知から」生じる<sup>440)</sup>。これに対して、犯罪によって、行為者は「他者の自律的な法主体性、つまり彼の間主観的な外部的自由にとって共同構成的な、それ自体で目的を有すること (AN-sich-Zweckhaftigkeit)——あるいはフィヒテの用語でいえば、承認関係」を否定するのである<sup>441)</sup>。

ここでは、犯罪は安定した規範妥当に関する一般利益をも侵害するものとされている。犯罪者によって世界に措定された行為格率は、「実践論理的に」、その行為格率がそれ自体においては實際上破棄されないであろうことを一般化 (普遍化) する傾向があるというのである<sup>442)</sup>。もっとも、注意すべきは、ケーラーは、この一般化によって、「主観的理性を超越する諸規定から客観主義的な独立化に至るわけではない<sup>443)</sup>」とされている点である。つまり、ケーラーは、ヴォルフと同様に、犯罪を間主観的な事象として把握されるものなのである。「犯罪という否定的な実存——その特殊な不法——は、つまりは主観的——客観的な意味統一の中に存在する

---

437) Michael Köhler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 104 (1992), S. 3, 15.

438) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § §84, 95 を参照。詳細は、第六章にて扱う。

439) Michael Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 47.

440) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 28.

441) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 47.

442) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 32, 49.

443) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 55.

のである。すなわち、他者の特別な外部的自由を否定することであり、そこでは実質的に彼の自律的な自己目的性を否定する、まさしく自律的に承認されたものとしての行為主体の自己否定による否定なのである<sup>444)</sup>。

したがって、ケーラーにとっては、刑罰は、他者との「外部的自由の関係における一般化された同等の法関係の原状回復」をはかるものである<sup>445)</sup>。刑罰を通じて「法的な間主観性の回復」が執り行われることになる<sup>446)</sup>。

ところがこの見解では、普遍性の名の下で科され、具体的な被害者の負傷の治療には寄与することのない刑罰という制裁が、如何にして、行為者との被害者の間主観的な法関係を回復することができるのかは、明確ではない<sup>447)</sup>。加えて、ケーラーは、例えば、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、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は反しないとしている点は疑問が残る。ケーラーによれば、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化を個々の行為者に帰することは、その行為者の行為が変化した犯罪行為の意義を自らの中に取り入れる限りにおいては、責任の観点からも正当であるとされる<sup>448)</sup>。

つまり、ケーラーは、犯罪行為の重大性が全体としての法の普遍性が有

444) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 48 f.

445) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 51.

446) Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 55.

447) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 73. つまり、Peter Hoffmann, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992, S. 172 が述べるように、「何故、行為者に実質的損害の除去を課し、行為者に場合によっては彼の可能な限りでこの補償を強制し、そして、この活動を回復として把握することで十分とはされないのか」が問題となる。

448) Köhler, a.a.O. (Fn. 148), S. 60. 飯島・前掲（注408）113, 137頁によれば、ケーラーは、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することは責任主義の要請に反せず、むしろ、この帰結がケーラーの真意であると評価している。

する効力の具体的な安定性の程度に依存するとし<sup>449)</sup>、特定の種類の犯罪行為が頻繁に発生している状況下で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の場合と比して、重く処罰されることを認めるのである<sup>450)</sup>。

確かに、法秩序における規範妥当の安定性の具体的な程度に応じて、犯罪によって生じる規範動揺の程度や刑罰を通じての規範妥当の必要性の程度は、変化するものであろう。しかしながら、その場合、同種の犯罪が多発しているという状況を考慮して刑量を増やすのは、当該犯罪行為者の答責性が及ばない事情で、その他の人々を威嚇するために刑罰が科されることにはならないのか。その限りで、犯罪行為者を他の目的のための単なる手段として扱っているのではないかという疑問が生じるのである<sup>451)</sup>。

さらに、他人の犯行故に一般的に高められる特定の規範の妥当の不安定化を個々の行為責任に帰属することは、その中核が間主観的なものである基礎づけのモデルにおいて、そもそも可能となるのかという問題も生じる<sup>452)</sup>。一方では、具体的な法秩序の状況に目を配り、他方で、犯罪による規範の動揺の程度が行為責任ないし行為者の答責性を越えるものではな

---

449) Köhler, aa.O. (Fn. 439) S. 54 f.

450) Köhler, aa.O. (Fn. 148), S. 59 f.

451) Günther Jakobs, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 33. ヤコブスは、犯罪行為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、犯罪者によって答責的に惹起された範囲に限定されるべきであるとする (S. 33)。

なお、飯島・前掲 (注408) 137頁は、ケーラーからすれば、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ことになるという (Köhler, aa.O. (Fn. 148), S. 60 を参照)。

452) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 73 f. そこでは、「『普遍的なもの』に対する当該犯罪者の特殊な国家市民的な答責性の想定——もちろん間主観主義の限界を突き破る想定——を前提としないのか」という疑問が呈示されている。この点はさらに検討を要しよう。

いとす理論構成が求められる。

### 第五節：パヴリクの見解

以上のような問題に対して、パヴリクは<sup>453)</sup>、ヘーゲルの思想に依拠しつつ、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、市民の不法という段階に分け、刑罰は市民の不法に対する固有のリアクションであるということを導くことで答えようとしている<sup>454)</sup>。

まず、パヴリクは、承認概念の多義性から展開する。外形的には同じ法益侵害でも、承認という視点の下では、その内部で生じる法関係の状態に応じてまったく異なった意味を持ち得る。例えば、保障人的義務者が自身の被保護者に必要な扶助を拒んだような場合と、第三者が同じように必要な扶助を拒んだ場合とではまったく異なった刑法上の重要性を有する。そこで、それぞれ異なった解釈のレベルの必要性が説かれるのである。すなわち、人格の不法においては、正当化されない他人の行為可能性の縮減、主体の不法においては、他人の生活設計（Lebensentwurf）の不尊重、市民の不法においては、共同の平穏な秩序の保持に対する共働という市民の義務の違反が問題となる<sup>455)</sup>。

そのなかで、刑罰は、市民の不法に対する固有のリアクションとされる。すなわち、「刑罰は、行為者の負担で、自由の享受と忠誠義務の履行についての関係が分かちがたく結びついているものであることを確認する。それによって、刑罰は、行為者によって攻撃された自由の現存在的秩序としての法秩序の回復に対し、欠かすことのできない寄与をもたらすのである」<sup>456)</sup>。

---

453) なお、パヴリクの見解を紹介・分析するものとして、飯島・前掲（注408）106頁以下、玄守道「刑罰に関する一試論」浅田和茂ら編『村井敏邦先生古稀祝賀論文集 人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）111、115頁以下を特に参照されたい。

454) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 75 f.

455) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 75 f.

456) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 76.

## 第一款：人格の法

まず、人格の法であるが、これは、体系的に基礎にある、つまり前提を要しない、刑法上保護された自由をテーマ化する段階であり、ヘーゲルが主張するところの抽象法の段階となる。ヘーゲルによれば、人間は次のように理解されていた。すなわち、「私は人格として……直接的には個人である」が<sup>457)</sup>、自らを「完全に抽象的な私<sup>458)</sup>」として、「そこに私が自らを見出すか、あるいは私が自らに措定したあらゆる決定について抽象化しようという絶対的可能性<sup>459)</sup>」の総体として理解している。各人は、このように規定されたものとして行うもの全てを偶然的なものとして扱うことによって、自らを、自分の肉体的な実存という限りあるものにおいて「無限なもの、普遍的なもの、自由なもの」知るのである<sup>460)</sup>。

ヤコブスによれば、刑法に引きつけて言えば、自らをこのように理解するために、自らを具体的なアイデンティティーに固定することをこのように拒絶するために、各人にとって自らの法益を保持していることから生じる行為の可能性を縮減されることなく維持することが、各人にとっては価値それ自体として現れるのである<sup>461)</sup>。それに応じて、自分以外の諸人格に対する、自分の権域 (Rechtskreis) を他の諸人格が侵害することのないように、つまり、全ての組織化への不当な介入を差し控えるようにという各人の要求が生じるのである<sup>462)</sup>。

そこから、人格の法の基礎にある命令の内容は、「人格であれ、そして

---

457) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §47 (Werke Bd. 7, S. 110).

458) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §35 A (Werke Bd. 7, S. 93).

459) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §5 A (Werke Bd. 7, S. 50).

460) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §35 (Werke Bd. 7, S. 93).

461) Günther Jakobs, Zum Begriff des Delikts gegen die Person, in: Klaus Bernsmann/Klaus Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen, 2003, S. 65 によれば、人格は当該組織化領域である、とも公式化される。

462) Jakobs, a.a.O. (Fn. 461), S. 65.

他人を人格として尊重せよ<sup>463)</sup>」というものになる。この命令に違反した者、つまり、人格の不法を犯した者とは、その者に客観的に帰属可能な形で他人の法的に保護された行為可能性を縮減した者なのである<sup>464)</sup>。ここでは、人格にとって必要なことは単に、客観的考察者が他人の権域の侵害のために有責だと特定する、その行為を回避する能力について示すことだけとなる<sup>465)</sup>。

この人格の法を尊重するという要求が、刑法秩序にとっても基礎になっているが<sup>466)</sup>、ここでは、抽象的に規定されるが故に、具体化を要することになる。ヘーゲルにならえば、人格の抽象的意思は、「主体性という自己規定」にまで構成されなければならないことになる<sup>467)</sup>。

パヴリクによれば、主体は実際上の人格であり、主体の自由は人格の自由よりさらに具体的であるとされる<sup>468)</sup>。主体は、「ばら撒かれた個々の行為にアンサンブルをとることに対して結びつきと意味を与えることに配慮し、彼の生活に対し特別な形態を与え、自らの人生にアイデンティティーを与える」からである<sup>469)</sup>。

## 第二款：主体の法

この主体もまた、彼の権域が尊重されることを原理的に求めることがで

---

463) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §36 (Werke Bd. 7, S. 95).

464) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 77. なお, Javier Sánchez-Vera, *Pflichtigkeit und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, S. 67 ff.によれば、このことは、積極的な作為によってだけでなく、帰属可能に創出された危険についての中立法 (Neutralisierung) の不作為によっても、侵害され得る義務とされる。

465) Michael Pawlik, *Der rechtsfertige Defensivnotstand im System der Notrechte*, GA 2003, S. 12, 13 f.

466) Michael Pawlik, a.a.O. (Fn. 320), S. 41 f.; ders., *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 14 ff.

467) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §104 A (Werke Bd. 7, S. 199).

468) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 78.

469) Schild, a.a.O. (Fn. 406), Vor §13 Rdn. 54 f.

きる。しかし、そのための基礎づけについては、主体は、(抽象的な人格のように) 自らの行為の可能性の維持を価値それ自体として様式化するのではなく、むしろ、権域の組織化においてその具体的生活企図が表明されるということ、そして、この生活企図に対して尊重を求めることができるということ、を引き合いに出すのである<sup>470)</sup>。

この主体の法の意味内容から明らかになる主体の不法の特殊な性質は、被害者の生活企図に対しての不尊重が主体に(も) 帰属可能であると告知することである<sup>471)</sup>。あらゆる主体が、それとともにあらゆる主体の生活企図も同等であることを前提とする社会においては、他人の生活企図の不尊重とは、他人の生活企図についてその所有者として振舞う、いわば自身の計画の処分基準として扱うことである<sup>472)</sup>。

主体は、その構造上、規範的判断を、具体的な事件において他人の生活企図の価値を減少させることに関する推論上の判断を下すという立場にしなければならない。そのため、刑法が、自らの態度に「規範的意味内容<sup>473)</sup>」を与えることができないとみなす者(子供や精神病患者)は、このことができる状態ではなく、「最初から、当該規範の妥当に関する刑法上重要なコミュニケーションのレベルには到達していない」のである。その結果、彼らはその行為によっても、このことを否認することはできないのである<sup>474)</sup>。

つまり、主体に帰属することのできない不法を犯した者は、そもそも刑

---

470) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 78.

471) Pawlik, a.a.O. (Fn. 466), S. 307 f.; ders., a.a.O. (Fn. 465), S. 15.

472) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 78.

473) Wolfgang Frisch, Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung, in: Albin Eser/Günther Kaiser/Ewa Weigend (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993, S. 241.

474) この点は、Frisch, a.a.O. (Fn. 473), S. 241 ff.; Jakobs, a.a.O. (Fn. 6), 18/1, 5; ders., Das Schuldprinzip, 1993, S. 30 f.; Heiko Hartmut Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 216 f.; ders., Unrecht und Schuld im Strafrecht, JA 2002, S. 610 を参照されたい。

事法上重要な不法を犯してはいないことになる。そのため、この自らの態度に規範的意味内容を与えることができないとみなされる者の行為は、主体の不法に当たらないからとて、人格の不法になるということにはならないのである<sup>475)</sup>。

もっとも、主体の法にも不十分さが残ることになる。すなわち、一貫した主体への帰属が行為者に対して一定の法律上予定された免除の可能性を拒む場合、例えば、「攻撃的緊急避難の免除作用（Entlastungswirkung）は十分に基礎づけられ得ない。攻撃的緊急避難行為者は、『無辜の』共同主体の財を、彼自身の生活設計を救うための援助手段によってその地位を格下げしているのである」。ここでは、「攻撃的緊急避難行為者の態度からは、まさに主体の不法として認められる、彼が強制的に侵害した他人の生活企図は彼自身のものよりも保持する価値がないという行為者の黙示の主張が、読み取られなければならない」とされるのである<sup>476)</sup>。

他方で、良心の囚人や禁止の錯誤のように、行為者本人の評価体系の内側では、一般に受け取られていると思った格率に応じて、行動したが、しかし実際にはそうではなかったという場合、行為者にとっては、被害者を尊重しないつもりで行動していることにはならない<sup>477)</sup>。

しかし、一般的に良心の留保が認められるかを各人に任せる、あるいは、名宛人がその規範の意味内容を承知してくれるか否かを各人に任せる

475) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 79. その者の行為に対する防御の許容性や当該行為を違法と呼ぶことを排除するものではないとされる。しかし、そこで問題になるのは、「危険に対する防衛行動」であるというのである（S. 79）。これについては、Pawlik, a.a.O. (Fn. 466), S. 317 f.; ders., a.a.O. (Fn. 465), S. 18 を参照されたい。

476) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 79 f. また、ドイツ刑法33条に規定される、過剰防衛における（恐怖、狼狽、驚愕等の）虚弱な激情の取り扱いも、この主体の法からは説明できないとされる。「主体への帰属においては、行為者は主体としてのその特性上、彼に人格としての特徴において帰属可能な不法から距離が置かれ得るか否かが重要である。ここでは、恐れからの行為は怒りからの行為よりもわずかな程度にしか行為者の主体性を示していない、とは言えない」からである（S. 80 f.）。

477) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 80 f.

法秩序では、自由の安定的な保障は困難なままとなる<sup>478)</sup>。したがって、自由の安定的保障のためには、「その理性に適っているか否かということに、適法か違法か、善人か悪人かの主体的理解に」かからしめるのではなく<sup>479)</sup>、「形式的な法・権利の性質は、強制的な法・権利であり得るといふ、つまり、法・権利であるものが、私の心情がそれに一致しようがしまいが、生じているべきであるという性質」に着目しなければならない。ここでは、「一様に形式的な法は、その意味内容が外形的なものに当たるが故に、強制的な法・権利として扱われる。つまり、法廷での帰属に関係するのは、私が法律について知っているべきであったか、あるいは、知っていたか、ということである。市民的法律においては、それを知っていることが国民に求められている」ことになる<sup>480)</sup>。

この、国民であれば要求できるが、市民には要求できないという問題が、主体の法における帰属の不十分さということになる。「主体は、その自由を制度的に可能としている条件を明白なものとして前提にしている。つまり、その回復と維持という課題は、主体が規範的に自らを様式化することには立ち入らない」のである<sup>481)</sup>。

### 第三款：市民の法

以上のことから、自由の保障のためには、市民に対する帰属という市民の法の段階が必要とされるのである。すなわち、「市民の役割にとって特

---

478) この点は、Heiko Hartmut Lesch, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA 1996, S. 609 を参照。

479) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §132 A (Werke Bd. 7, S. 246).

480) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, hrsg. von Karl-Heinz Ilting, Bd. 3. Philosophie des Rechts. Nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho (1822/23), 1974, S. 414.

481) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 82. それ故、「抽象的な主体性においては、ある程度寄生的な実存形態が問題となる。すなわち、その志向によると、主体は、実際の自由の秩序で生きていくことを目指すが、この秩序は十分にコストには顧みない」ことになる (S. 82)。

徹的なのは、彼自身の自由の現実の条件の構築に対する共同責任である。市民は法秩序の受け手でもあり、その共働の担い手でもあるという二重関係にあり、そのことを知っていなければならない」のである<sup>482)</sup>。

パヴリクによれば、法秩序の受け手とは、「ある人がこの秩序をある程度生態的な方法で見ると、秩序を、制度的に独自化した、それに応じて安定した個人的な活動の枠組みとして把握する者である。こうした観点の下では、市民は、彼の態度に関わりのある他の市民そのものに、義務を履行する責任を負う」のである<sup>483)</sup>。市民は、法仲間の共働なしには自由の現存秩序は存続し得ないことを認識することによって、法秩序の共同の担い手として自らを把握し、各々の計画の共同の担い手全体に対して、つまり、法共同体にまとまった他の市民全体に対して、自らの共働の履行を行う、あるいは拒絶することになる<sup>484)</sup>。

ここで、注意すべきは、現実の自由を可能とするためには、一定量の生活利益を有する個々の市民の備えを条件とはするが、原則的には、その現実の自由の具体的な実現の義務は、もっぱら管轄官庁のみに課されるものとされている点である。つまり、個々の市民の自由にとっては、一般的に保障された合法性の状態を維持することが重要となるが、しかし、市民的な忠誠という態度をとることを法的には強要することができないとしているのである<sup>485)</sup>。忠誠義務にかなった行為を期待することまではできても、それは法的な義務ではないのである。もっとも、「忠誠の態度を責務へと発展させること、すなわち、不忠誠という印象を呼び覚ます態度に、当該市民に対して法的不利益を結びつけることも許される<sup>486)</sup>」としているこ

482) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 82.

483) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 82 f.

484) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 83.

485) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 83 f. 生死にかかわる重大な緊急状態が問題となっている限りでのみ、救助できる個々の市民への「介入」が問題となるとされる（緊急避難の規範的な関連性、また不救助罪の救助義務もここに関わる問題である）。

486) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 84. この具体例としては、以下のようなものを考えているよ

とには注意しなければならない。

つまり、市民には、共同の平穏な秩序の保持に対する共働という義務が一般に課されるが、その義務は、行為者が共同主体に責任のあること承認することを拒絶する場合のみ、違反されたということになる。つまり、市民の不法は、他者の個人法益を侵害する市民は、彼の具体的な被害者の承認要求を踏みにじる決定を行うのみならず、常に市民的な忠誠義務の無効化であることが求められよう<sup>487)</sup>。したがって、市民の不法に存在する特殊なものは、自由の存在の秩序として理解される法としての法の侵害にある<sup>488)</sup>。ここから、刑法上の責任非難は、当該状況で答責的な国民として彼に要求されうることを行為者が果たさなかったことを、換言すれば、その者が市民の不法を実現したことを意味するのである。

---

うである。例えば、必要な法認識を得るといふ国家市民的な責務に背く者は、自らの免責のために禁止の錯誤という視点を援用することはできないことになる。自己の法遵守の用意をその者の個人的信念から切り離すという義務を無視する者は（確信犯）、市民への帰属の段階で自己の信念を貫徹することは期待できない。攻撃的な心理的素質が認められる動機から、正当防衛性を超過した者には、免責効果が否定される。逆に、「狼狽、恐怖、又は驚愕」から正当防衛の範囲を超過した者への配慮が基礎づけられる。消極的な心理による激情は、通常の場合では、法規範の侵害よりもむしろその過剰な充足を期待させる心理的素質を示しており、極端な葛藤状況におけるその機能不全は、「法による平和」といふ共同計画の不尊重をそこに見いだすよう強いるものではないからとされている（S. 84 f.）。

さらに、故意ならびに責任能力の段階にも拡張し得るとされる。例えば、無関心、原因において自由な行為である。非難可能な方法で（事実に対する無関心）、自分の態度の法に適合したコントロールに必要な事実の認識に目を閉ざす者は、必要な法認識を得ることを怠った者と同じく、刑法的な負担免除を得ることができない。同じことは非難可能な方法で責任無能力状態に陥った市民に対しても妥当するというのである（S. 85）。

487) この点で、行為者と被害者との間のコンフリクトを脱私事化する。犯罪は、具体的な被害者の単なる侵害に代えて、刑罰規範の創出権限を有する立法者によって把握された、全体としての法共同体への攻撃として表される不法となる。Michael Pawlik, Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke, in: Eva Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2009, S. 82 も参照されたい。

488) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 87. もちろん、個人法益に対する罪を公に対する罪に変えるものではない。

以上のパヴリクの見解をまとめると、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ろう<sup>489)</sup>。法、とくに刑法は、各人が自己の生活を自らの洞察に応じて営みうるとする願望を保障することを、つまり、厳格な相互性の条件の下で他者の決定から自由な固有の存在形成を各人に可能ならしめることを課題とするからである<sup>490)</sup>。

これを果たすには、刑法は現実形成力を有しなければならない。つまり、法の課題は、いわゆる番人の万人に対する市民戦争を克服し、あらゆる者の生活を保障する秩序を確立することにある。ここでは法的秩序は正常性 (Normalitaet) の支配が貫徹している状態のことを言い、貫徹の為には単なる抽象的規範秩序以上のものが要求される。つまり、個々の市民は、同胞を通じてその法的地位の尊重が彼自らにおいて確認し得なければならない<sup>491)</sup>。

この自由であることの保障された状態の確立と維持のためには、国家のみによって担われるのでは不十分であり、各人もまた責任（市民としての義務）を負わなければならないことになる<sup>492)</sup>。

自由である状態への攻撃は、行為者が刑法上の態度秩序に反することによって、法共同体の代表者たる市民としてのその役割に反しているということにおいて示される。犯罪行為者は、刑法上の規範に従属することを通じて現存の法的状態の維持に関与する義務を侵害することで、公共体 (Gemeinwesen) における結合という本来的拘束性に反して行為する。その限りで、犯罪とは概念上全体としての法共同体に対する不法である<sup>493)</sup>。

もっとも、犯罪行為者も市民であり、また以後も市民であり続ける。そのため、犯罪行為者は、市民として法的状態の維持に共働する市民的義務

---

489) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 90.

490) Pawlik, a.a.O. (Fn. 487), S. 84 f.

491) Pawlik, a.a.O. (Fn. 487), S. 86.

492) Pawlik, a.a.O. (Fn. 487), S. 87.

493) Pawlik, a.a.O. (Fn. 487), S. 87 f.

を負う。もっとも、その義務の内容は、一次的な充足義務から、二次的な甘受義務へと変化する。自由の保障は義務充足の代償として保障されるのであるという、法的なるものの根本原理に犯罪者が反することによって、彼はその犠牲の下で自由享受と共働義務充足の関連の解消不可能性が示されることを甘受しなければならないからである<sup>494)</sup>。

この自由享受と忠誠義務充足への関連性の不解消は、行為者が彼の忠誠義務侵害に対して彼自身の自由の一部の剥奪を課されるということによって、確証されることになる。その際、処罰的制裁のある一定のドラスティックさは放棄しえない。というのも、ここで市民の不法として示される承認侵害への規範的に適切な解答を示すには、刑罰でなければ行い得ないからである<sup>495)</sup>。

その意味で、刑罰は、「それが規範の継続的な妥当に対する徴表として確認されるだけでなく、そのメッセージもまた信頼されるべき場合」には害悪でなければならない。そのため、義務侵害の程度の基準に応じて処罰された市民が、この信頼の強化へと援用されることによって、現実の自由である状態を攻撃した者は、そのコストとして刑罰によって自らの自由の一部を奪われることが示される。自由の一部が実際に奪われることで、自由について義務を負っていることが確認される。刑罰はこのような関係を示す為に放棄し得ないものであり、害悪賦課は刑罰内在的なものである<sup>496)</sup>。

もちろん、行為者に市民として帰属可能な不法の強度は、行為者がその被害者に事実上与えた、あるいは彼がそうは言っても少なくとも故意に受け入れた自由侵害の範囲に応じて量定されるのである。しかも、刑罰の量自体は、ある社会がそれ自体安定すればするほど、その社会はますます犯罪を偶然的なもの (Unfestes) で、孤立化されたものとして捉えるため

---

494) Pawlik, a.a.O. (Fn. 487), S. 89 f.

495) Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 90 f.

496) Pawlik, a.a.O. (Fn. 487), S. 90 f.

に、ますます軽くなりうるものである<sup>497)</sup>。また、行為者の事後的態度もまたその先行する忠誠義務侵害の重要性を弱めうるのである。犯行後に自由意志で損害回復に努力した行為者はそれによって忠誠的な市民の結合体への回帰を示すことになる<sup>498)</sup>。

このパウリクの見解は、社会における人々を、自由な人格から展開し、自由の保障のためには、人格を市民にまで高め、その市民に平和と自由の享受のための法秩序への忠誠義務を担わせるものであった。そして、忠誠義務と自由の享受が分かちがたく結びついているものであるために、市民の義務の違反としての市民の不法（犯罪）に対しては、市民の不法に対する固有のリアクション（刑罰）が行われることになる。換言すれば、自分だけが不当に自由を享受する行為者に対して、自由の保障のためにはそれは許されないということを示すために、現実に法秩序の規範的な効力を維持するために、単なる確認だけではなく、刑罰賦課が行われることが許されることになる。その意味で、パウリクの見解は、応報刑論なのである<sup>499)</sup>。

ところが、この見解の問題は、特別予防の位置づけである。パウリクは、特別予防を行刑目的に位置づけるが<sup>500)</sup>、行為者には、再社会化の権利と共に、再社会化への共働の義務もあるとされているからである。すなわち、市民の役割における処罰の活動でもって行為者に訴える法共同体は、刑罰の執行も行為者の市民的地位に対する尊重という形で形成しなければならない。「まさに行為者は市民であり、かつ市民であり続けるために、彼は——その限りで必要な——将来における積極的な忠誠に対する一次的な義務を履行しうるように、自らを助けるよう求める権利を有する」。それ故、行刑は機会を開くという社会的側面をも示さなければならない。

---

497) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 90.

498) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 91 f.

499) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 95 では、「応報する」ことを目指すものであるとされる。

500) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 94 f.

行為者に可能な限り多くの行為への権限と社会的参加を仲介しなければならないのである。しかし、他方で、もっとも市民の役割が継続していることを銘記すれば、行為者自身もまた自己の再社会化に共働することを義務づけられているのである<sup>501)</sup>。

この点から、パヴリクの見解は、再社会化の働きかけを受刑者に対する義務づけとして認めているとする分析や<sup>502)</sup>、再社会化の義務づけであるとする分析<sup>503)</sup>が行われている。ところが、注意しなければならないのは、パヴリク自身は、市民の義務として、忠誠義務を認めていても、忠誠義務に合った行為を法的な義務として負わせることは否定している点である<sup>504)</sup>。むしろ、市民には、共同の平穏な秩序の保持に対する共働という義務の違反は、行為者が共同主体に責任のあること承認することを拒絶する場合のみ認められ<sup>505)</sup>、その市民の不法としての義務違反に対しては、刑罰を受けることへの二次的な甘受義務までしか認めていないのである<sup>506)</sup>。それが故に、「受刑者の同意と任意の協力なしには学習プロセスは成功しない」のである<sup>507)</sup>。そうでなければ、自由な人格に対して、矯正を強制するという問題が生じてしまい、最初の出発点とは矛盾することになるように思われる。

## 第六節：ヤコブスのさらなる展開

以上のような応報刑論の新展開を受け、第二章でも検討したように、積極的一般予防論者として有名であるヤコブスも、一種の応報刑論と評し得

---

501) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 95; ders., aa.O. (Fn. 487), S. 91 f.

502) 飯島・前掲 (注408) 119頁。

503) 玄・前掲 (注453) 119頁以下。

504) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 83 f.

505) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 84.

506) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 90 f.; ders., aa.O. (Fn. 487), S. 89 f.

507) Pawlik, aa.O. (Fn. 12), S. 95; ders., aa.O. (Fn. 487), S. 92.

る見解を展開するに至っている<sup>508)</sup>。すなわち、犯罪者の否定に対する否定は、否定に対する否定というコミュニケーション的な側面に尽きるものではない。単なる否定の表明は種々の方法で為されうるが、苦痛の賦課という刑罰のむき出しの側面も把握されなければならないとされているのである<sup>509)</sup>。

ヤコブスにおいては、規範と社会の現実性は、個人的な同意の総計としてあるのではなく、固有のダイナミズムにしたがう大きなまとまりとして理解されるべきであり、社会はその限界を個人の態度によってあらかじめ記述されないとする<sup>510)</sup>。犯罪行為者は、犯罪行為によって当該社会から排除されることにはならず、それ故に、行為者が社会にとどまる限りは、彼の犯行は社会的コンフリクトとして扱われる<sup>511)</sup>。

他方で、人間は、自己の利益状態に関心を置き、快・不快という図式に基づいて活動する個人（Individuum）でもあり、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、つまり、権利と義務の担い手である自由な人格（Person）となるのである<sup>512)</sup>。犯罪行為者は、人格でありながら、法規範の効力を無視して、独自の法則から自己の行為を規定し、犯罪を実行してしまう者である。

508) 以下で検討されるように、刑罰が犯罪行為者が現に為した社会、法への否定に対する否定として賦課され、刑罰を科すこと自体に法の妥当の維持という意味がある（応報の目的）という点では応報論的であるが、社会の構成員の規範への信頼を認知的に回復することで規範妥当への一般の信頼を保障するという点では予防論（積極的一般予防）であるといえるかもしれない。Jakobs, a.a.O. (Fn. 449), S. 33 f. では、刑罰は、犯罪による法の効力の危殆化を以前の状態に戻すという目的で、答責的に犯罪行為者に対して強制的に科される損害賠償の一種であるとし、応報と予防の観点は一つのものとなるとされる。

509) Günther Jakobs, *Rechtswang und Personalität*, 2008, 32 f. 本書の翻訳として、ギュンター・ヤコブス（川口浩一・飯島暢訳）『法的強制と人格性』（関西大学出版部、2012年）も参照されたい。

510) Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 30 f.

511) Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 31 f.

512) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 29 ff.; ders., *Individuum und Person*, ZStW 117 (2005), S. 255 ff.

犯罪は、法規範を否定する犯罪行為者の主張として理解できる<sup>513)</sup>。すなわち、犯罪が社会的コンフリクトとして扱われるために、犯罪行為者は依然として人格にとどまっており、彼の態度は、規範違反として、現実の社会に対する否定としてのみ理解され得る。ここでは、規範違反者の犯行は、現実社会との対立を示し、社会が人格としての行為者に異議を示すことで、社会と結びつけられることになる<sup>514)</sup>。このように社会の側が犯罪行為者を人格として扱うので、彼の振舞いを意味あるものとして解釈し、それ故、社会は非均質化 (inhomogen) する<sup>515)</sup>。そこから、このような犯罪をそのまま放置しておく、法規範の効力は不安定なものになってしまう。

そこで、法秩序は、法規範の効力はいまだ妥当することを示し、犯罪行為者の法則はそのような接続可能性 (Anschlussfähigkeit) の欠けたそれ自体で無効なものであることを、刑罰で示さなければならないとされる<sup>516)</sup>。いわば、社会の否定という犯罪者の表明は、法に対する否定であるが、この否定に対して社会や法の側から、権威による否定、つまり刑罰を通じて処理するのである<sup>517)</sup>。

もっとも、法の側は、犯行の否定を表明するだけでは、ここの規範は現実の方向づけを行うことはできない。個々の規範が実効性を獲得する為には、個々の規範が認知的な形で保証されていなければならないとされる。潜在的被害者が当該社会において自らの関心を適合させることができ、蓋

---

513) Günther Jakobs, Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Strafrechtstheorie Hegels, in: Karras u.a. (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 251, 264.

514) Jakobs, a.a.O. (Fn. 507), S. 32. それ故に、いまだ行為者は人格性を有する市民であり、彼の行為は意味を示すのである。しかし、これらは形式的なものに過ぎない。つまり、人格の形式的に過ぎないもの (Das Nur-Formelle der Person) は、彼によって引き起こされた瑕疵であり、実質的には人格の自らによる人格低減 (Depersonalisierung) の別称にはかならない (S. 32)。

515) Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 32.

516) Jakobs, a.a.O. (Fn. 451), S. 24 f.

517) Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 32.

然的に侵害されないだろうという見通しが付け加えられなければならない、このような矛盾に付随する苦痛があってはじめて、規範への従属を快く思わないものであっても、将来に適法に振舞うであろうとの信頼が基礎づけられる<sup>518)</sup>。いわば、法秩序における規範が、現実的な妥当を維持するために、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いうのである<sup>519)</sup>。

このむき出しの側面、認知的な側面は、外的状態の変更のなかにその根拠を見出しうる。苦痛の賦課が沈黙した、強制力を伴う現実的活動のある限り、そこには意味が欠けることになる。それ故に、苦痛の賦課の基礎づけは、コミュニケーションではなく、もっぱら外的な状態の変化の中に見出されなければならない。犯罪者は自己の帰属可能な形で犯行を通じて刑罰を科せられなければ、規範の認知的保障が蝕まれ、それによって規範の現実性が失われる、少なくとも弱められる状況を創出する。このような状況に対して苦痛としての刑罰を賦課することで、この侵蝕の危険は帳消しにされる。そして、態度自由と結果責任の双務性が故に、犯罪者は自己の違法な行為の結果に対する責任を引き受けなければならないというのである<sup>520)</sup>。

ヤコブスはこのようにして、刑罰の正当化を試みるのであるが、もちろん、何らかの意味で有用な刑罰が全て正当化されるのではなく、犯罪によって特別に生じさせられた損害を相殺するようなものだけが正当化されることになる。つまり、「他の諸人格がそもそも有している犯罪への様々な傾向性をその者たちから追い払うことも重要にはなり得ない。もっぱら発生した所為だけが、当該の所為によって危険にされた、法の認知的な補

518) Jakobs, aa.O. (Fn. 509), S. 33.

519) Jakobs, aa.O. (Fn. 451), S. 28 f. なお、この認知的な補強は、ヘーゲル法哲学における「道徳」の段階に位置づけられることになる（Jakobs, aa.O. (Fn. 451), S. 29 Fn. 142）。

520) Jakobs, aa.O. (Fn. 509), S. 33 f.

強を維持し続けるために——高めるなどというのではない（社会を改善するために、犯罪者が投入されることは許されない）——、「一般的な了解からすれば失敗した企てであると表明されるべきなのである」<sup>521)</sup>。つまり、ヤコブスによれば、消極的一般予防も特別予防も、あるいは規範意識の「強化」という意味での積極的一般予防論も、正当化の理論としては、否定しているのである<sup>522)</sup>。

## 小 括

本章では、第二章で指摘された予防論の限界を受けて、近年ドイツにおける応報刑論の展開をさらった。そこでは、社会における人々を自由な「人格」とみなすことから展開し、自由な人格であるが故に、刑罰が科される根拠にもなり得ることが示されていた。例えば、ヴォルフやケーラーにとっては、犯罪は相互承認関係の侵害であるが、そこでは、各人は他者と相互的な形で承認関係を結び、それによって互いの自由を尊重し合うために、その関係を破壊し、現実の自由や自律性の保障を奪うが故に、刑罰が科されるものであった。

他方、パヴリクも、現実の自由を保障していくために、各人は市民としての義務が認められ、その義務に違反するのが犯罪であり、刑罰は、その違反に対する固有のリアクションとして、市民の義務と自由の享受が分かちがたく結びついていることを表明し、そして現実での法秩序の規範的な効力を維持するために科されることになる。また、ヤコブスによれば、社会的コンフリクトとして扱われる犯罪は、人格である行為者による社会や

---

521) Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 34.

522) この点で、飯島・前掲（注408）105、131頁注42は、Jakobs, a.a.O. (Fn. 451), S. 32 f. を引用しつつ、ヤコブスが消極的一般予防を（間接的にせよ）考慮している点を指摘しているが、しかし、ヤコブスは、消極的一般予防効果を、刑罰が人々に作用する潜在的影響まで否定していないものの、正当化理論としては採用していないのである。つまり、考慮しているというよりは、潜在的な機能として否定まではしていない、というのが正確であろう。

法への否定の表明であり、それによって動揺した法規範の妥当性を刑罰によって確証するために、それも認知的な形で、科されるというものであった。

これらの見解はいずれも、人々を自由で自律的な存在である人格とみなすので、強制による矯正を否定することになる<sup>523)</sup>。そうでなければ、犯罪行為者は、法秩序の構成員であって、法の名宛人である人格とはもはやみなされず、強制的に正す対象として、いわば公共の利益のために、犯罪行為者以外の利益のために利用される単なる手段とされてしまうからである<sup>524)</sup>。

いずれも、応報刑論を、目的を有しないという意味での「絶対的応報刑論」と理解してはならず、そこでの応報刑論には、目的が認められている。その意味では、「相対的応報刑論」ではあるが、しかしそれは、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すというものではなく、刑罰自体が法秩序に果たしている役割——自由の条件の保障と関係づけているのである。つまり、純粹理念的な応報刑論でもないのである。その意味で、パヴリクが言うところの自由論的に基礎づけられた応報刑論と評した方がよいのかもしれない<sup>525)</sup>。

もっとも、ヴォルフやケーラーの見解とヤコブスの見解、そしてパヴリ

523) 例えば、Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 633 は、再社会化のための働きかけは、あくまで強制的ではない再社会化プログラムに任意に参加するように受刑者に申し示るものであると理解しているし、Jakobs, a.a.O. (Fn. 451), S. 37 は、再社会化という刑罰目的を、強制を伴う刑罰の概念に含めることを否定している。なお、前述のように、パヴリクも矯正の強制は否定しているように思われる (Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 90 f., 95; ders., a.a.O. (Fn. 487), S. 89 f., 92)。

524) 序章第一節第二款も参照されたい。もちろん、犯罪行為者も一般の人々も同等な人格とみなすことから、犯罪行為者は自ら社会復帰をなす主体であると理解されるため、受刑者の権利が保障されていくことになる。

525) Michael Pawlik, *Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen*, in: Klaus Rogall u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 213, 230 を参照。

クの見解に相違がないわけではない<sup>526)</sup>。ここでは、「人格」概念の理解の相違につき若干の検討を加えたい。これは、人々は生得的な人格であるのか、それとも、社会ないし法秩序の中で人格とみなされることになるのか、という相違である。

例えば、ヴォルフやケーラーは、個々人は生得的に自由で理性的な人格とみなしている<sup>527)</sup>。そして、このような人格は、各人の理性が自らに課す自己立法 (Selbstgesetzgebung) として、他者との間で相互承認関係を形成することになる。もちろん、そこでは、他者は自己と同等の自由な人格として扱われることを前提とするし、理性的な存在として自発的に相互承認関係を形成すべきことになる。さらに、この相互承認関係は、社会契約を通じて、国家段階に拡張され、普遍的な効力を有する法規範として、法秩序における法規範として現れてくることになる<sup>528)</sup>。

それに対して、例えばヤコブスは、人々は法秩序の中で始めて人格とみなされることになる<sup>529)</sup>。つまり、生の個々人として個人 (Individum)

---

526) この点は、飯島・前掲 (注408) 108頁以下が詳細に検討を加えている。また、Tudor Avrigeanu, Ambivalenz und Einheit. Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihrer Bezüge zu Kants Philosophie, 2006, S. 52 ff. も参照。

527) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 786 ff.; Köhler, a.a.O. (Fn. 148), S. 11 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 439), S. 44. なお、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/Bertram Keller (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, 1999, S. 139 f.; ders., Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 207 ff. (翻訳として、ライナー・ツァツィック (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25巻1・2号 (2005年) 113頁以下); Michael Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 176 ff.; Klecszewski, a.a.O. (Fn. 329), S. 232 ff. も参照されたい。

528) Köhler, a.a.O. (Fn. 148), S. 11 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 439), S. 44f. を参照。

529) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 40 ff. では、既に人格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なっている。

は、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はじめて<sup>530)</sup>法秩序の構成員たる人格となるのである<sup>531)</sup>。個人は、法秩序における人格となって、つまり法の名宛人、権利・義務の主体となってはじめて、快・不快という経験的な判断枠組みで行動するのではない、自由な存在とみなされることになる<sup>532)</sup>。人格として権利が認められる対価として人格としての義務を負い、法秩序の構成員たる自由な人格と理解されるのである。

この相違は、人格たる個人から法秩序が構成されていくものと理解するか、現にある法秩序の中で生きる人々が自らを人格としてくと理解するかに現れている。ヴォルフやその学派が、人々は人格として法秩序に対して自律的な関係に立ち、法秩序を形成していく主体であると捉えるのに対して、ヤコブスは現に在る法秩序を前提として人々が人格として自らを意識していくことになる<sup>533)</sup>。前者が社会契約論的に法秩序を構成していくのに対して、後者は事実的な法秩序の存在を前提にし、社会契約論的に構成されていくものとは捉えていないのである<sup>534)</sup>。

この点から、ヤコブス的理解に対しては、個々人は、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に過ぎなくなるため

---

530) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 46 f. では、法秩序において義務の遵守を自己の役割として受け入れるには、個人にとって折り合いをつけられるものであることが前提とされることになる。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や役割を引き受けることもないとされている (S. 98)。

531) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 42.

532) 特に、Jakobs, a.a.O. (Fn. 512), S. 261. を参照。

533) Jakobs, a.a.O. (Fn. 512), S. 265 f.

534) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 48 f. も参照。Michael Pawlik, "Selbstgesetzgebung der Regierten", *Glanz und Elend einer Legitimationsfigur*, in: Jan C. Joerden/Roland Wittmann (Hrsg.), *Recht und Politik. Jahrestagung der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), deutsche Sektion, Frankfurt (Oder), 26. bis 29. September 2002*, 2004, S. 128 ff. でも、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して、社会契約論のような法秩序の成立自体を重視していない。

に<sup>535)</sup>、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ない、そこでは個々人の自律性の契機を見出し難い、と批判されている<sup>536)</sup>。もっとも、規範的な構成物である人格が、法秩序を前提としないで想定されるのかという疑問は残る。また、社会契約論的な法秩序の構成自体も、契約を締結しないあるいは取消することができないとすれば現に在る法秩序を前提とすることと異ならないように思われるし、契約を守ることの担保、つまり「合意は拘束す (pacta sunt servanda)」を如何にして保障するのかという疑問も生じる<sup>537)</sup>。契約締結より以前に既に法における主体であったと理解するのではなく、個々人は相互承認を通じて法における主体として構成されていくと理解するほうが一貫するように思われる<sup>538)</sup>。

このような「人格」概念における相違はあるものの、本章で検討されたように、近年のドイツで主張される応報刑論は、目的を持たない絶対論という意味での応報刑論ではなかった。その意味では、「絶対論のルネッサンス」と評するのは正確ではない。もっとも、これらの応報刑論は、カントの思想や、ヘーゲルの思想に影響が見受けられるものでもあった。カントの刑罰理論やヘーゲルの刑罰理論を現代的な形で展開しているものとも言えよう。

ところが、従前、カントやヘーゲルの刑罰理論は、まさに目的からは離れた絶対的な刑罰理論として理解されてきた。カントの刑罰理論やヘーゲルの刑罰理論は、果たして、本章で検討されたような目的を有する刑罰理論と評価することができるのであろうか。そこで、次章以降では、このことを明らかにするために、まず、カントの刑罰理論 (第四章) を扱い、次

---

535) Jakobs, a.a.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 42, 48 を参照。

536) 飯島・前掲 (注408) 109頁。

537) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 99 ff. を参照。

538) この点で、Jakobs, a.a.O. (Fn. 512), S. 265 f. は、個人は子供のようなものであり、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、自らを人格として意識するようになるとしている。

いで、カントの影響を強く受けながらもそれとは違う刑罰理論を展開した  
フョイエルバッハ（第五章）を検討し、最後に、カントともフョイエル  
バッハとも違う構想を展開するヘーゲルの刑罰理論（第六章）の検討を  
行って行きたい。