

刑罰の正当化根拠に関する一考察（3）

——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

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

第四節：承認論に基づくモデル

第五節：パヴリクの見解

第六節：ヤコプスのさらなる展開

小 括 (以上、342号)

第四章：カントの刑罰論

* なかむら・ゆうと 立命館大学大学院法学研究科研究生

刑罰の正当化根拠に関する一考察（3）（中村）

第一節：カントと「絶対論」

第二節：カントによる刑罰の基礎づけ

第三節：カントと「相対論」

小 括

第五章：フォイエルバッハの刑罰論

第一節：フォイエルバッハにおける「絶対論」

第二節：「相対論」への変遷

第三節：心理強制説

小 括

第六章：ヘーゲルの刑罰論

第一節：ヘーゲルの思考方法について

第二節：ヘーゲル刑罰論の特徴

第一款：経験と理性の融和

第二款：「相対論」への批判

第三款：犯罪の実存

第四款：見せかけとしての犯罪

第三節：レッシュによる分析

第一款：犯罪行為者に対する刑罰の主観的な正当化

第二款：「否定の否定」としての刑罰の客観的な正当化

第三款：刑罰と「一般予防」

第四款：まとめ

第四節：ゼールマンによる分析

第一款：法則論拠

第二款：承認論拠

第三款：市民社会における刑罰

第四款：まとめ

小 括

（以上、本号）

第七章：我が国における刑罰理論の検討

終 章

第四章：カントの刑罰論

第一節：カントと「絶対論」

カントの刑罰論といえば、それはすなわち「絶対的」な刑罰理論であるとの理解が通常であった⁵³⁹⁾。カントの刑罰論は『人倫の形而上学』で主に扱われているが、「正義の充足」つまり、形而上学的、外国家的な秩序

539) Klug, aa.O. (Fn. 45), S. 149 ff.

の回復に向けられている⁵⁴⁰⁾。有名な島の事例にあるように、「たとえ市民社会が、その全構成員の合意によって解体することになろうとも（例えば、島に住む住民が別れて、世界中に散らばろうと決める）、その前に最後の監獄に繋がれた最後の殺人者は死刑に処せられなければならない。そうすれば、誰もがその行いに値する報いを受けることになり、この処刑を貫徹しなかったゆえに、その人民が人殺し呼ばわりされることはない。なぜなら、処刑しなければ、正義に対するこのような公的な侵害の共犯者とみなされるからである」とされるのである⁵⁴¹⁾。この、形而上学的な秩序に目を向けることで、カントの刑罰論は現実の世界から乖離し⁵⁴²⁾、思弁的なものに過ぎないとして、消極的に捉えられてきた⁵⁴³⁾。もっとも、その刑罰理論について近年その見直しがなされ、カントの刑罰論は予防目的を排斥しないという意味での相対的応報刑論という理解がなされるようになってきた⁵⁴⁴⁾。しかしながら、その理解も、カントをいわゆる統合説

540) Otfried Höffe, Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe, in: Reinhard Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981, 1982, S. 335, 359 f.

541) Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, in: Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preußisehn Akademie der Wissenschaften. Bd. IV, 1914, Rechtslehre B 229 (S. 333). なお、以下では、参照の容易さのために Weischedel 版も挙げておく。ders., Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel (suhkamp taschenbuch wissenschaft 190), 1968, S. 455. 以下、カントの著作に関して Weischedel 版を同時に引用する際には、W455 のように略して表記する。

542) 中義勝「カント刑法論における人間」西山富夫他編『刑事法学の諸相 井上正治博士還暦祝賀(上)』(有斐閣, 1981年) 111頁。

543) 第一章で扱ったように、1966年対案グループからは否定的な評価がなされたのである。Klug, a.a.O. (Fn. 45), S. 149 ff. を参照。

544) Höffe, a.a.O. (Fn. 540), S. 364 f.; ders., Vom Straf- und Begnadigungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, S. 231 f.; Hariolf Oberer, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, Reinhard Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981, 1982, S. 399, 413; Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 269.

わが国では、三島淑臣「カントの刑罰論(一)」法政研究51巻3・4合併号(1985年)↗

の主張者であるという見解が多い⁵⁴⁵⁾。はたして、カントの刑罰理論は、予防目的と統合され得るものなのか。この点を明らかにするために、カントによる刑罰の基礎づけは如何になされているのか、そして、カントは予防目的をどのように扱っていたのかにつき検討していきたい。

第二節：カントによる刑罰の基礎づけ

まず、カントにおいては、刑罰の正当化根拠、つまり、そもそも何故に刑罰が科されてよいのかという意味での刑罰の正当性は、どのように考えられていたのか。カントの刑罰論の内容は、主として『人倫の形而上学』のいわゆる「法論」の第二部公法に含まれる、「国民の統合の本性から生じる法的効果に関する一般的注解」の「E 処罰権と恩赦権について」において言及されている⁵⁴⁶⁾。カントは刑罰論の基礎となる刑罰の法則（Strafgesetz）を定言命法として規定している⁵⁴⁷⁾。定言命法とは、経験的

↘210頁以下、増田豊「消極的応報としての刑罰の積極的一般予防機能と人間の尊厳」三島淑臣、稲垣良典、初宿正典編『人間の尊厳と現代法理論 ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀』（成文堂、2000年）142頁以下、飯島暢「法概念としての刑罰——応報と予防のカント主義的統合——」法学政治学論究54号（2002年）55頁以下。

545) 上述のほかに、Wolfgang Schild, Ende und Zukunft, ARSP 70 (1984) S. 71 ff.; ders., Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kant, in: Meinhard Heinze/Jochen Schmitt (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter, 1995, S. 831 ff.; ders., Die unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens, in: in: Klaus-Michael Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein?, 1988, S. 101 ff.; ders., Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit, in: Rainer Zaczyk u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, 1998, S. 434 ff.; Heiner Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kant's kritischer Begründung des Strafrecht, GA 1990, S. 108, 115 ff.; Heinz Koriath, Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe, Jura 1995, S. 625, 632 ff.

546) もっとも、注意すべきは、カント自身、『人倫の形而上学』の序文において、公法に関する章では詳細な議論を展開しなかったと明記しているように（Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre AB X (S. 209) (W313)), 彼の刑罰論については他の文献からの補足的な解釈を必要とする。

547) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 197/B 227 (S. 332) (W453).

諸条件に左右されることなく無条件的に妥当性を有するものであり、ここからカントが刑法の領域を経験的・実証的な論拠から切り難し、刑罰の概念規定をア・プリオリに、換言すれば形而上学的に基礎づけようと意図していたといえる⁵⁴⁸⁾。さらに、カントは、人間のあいだの国家体制という単なる理念に既に、最高の権力に帰属する刑罰の正義という概念が伴っているとも主張していた⁵⁴⁹⁾。つまり、刑罰制度は国家体制と密接に関係するのであり、刑罰概念の基礎づけは、カント法哲学における国家制度の意義それ自体と関係づけられることになる⁵⁵⁰⁾。

カントは、まず『純粹理性批判』において、自由による因果性という自由のテーゼと自然法則に従う因果性という決定論的アンチテーゼの対立を巡る、いわゆる第三のアンチノミーの解決を通じて、悟性のみでは達成できない現象の統一のために、理性理念としての超越論的自由を想定する必然性を導く⁵⁵¹⁾。カントによれば、世界は現象の経験界と物自体の叡智界に分けられるが、この自由はあくまで叡智的な性格を有しているものである。しかしながら、人間は物自体の世界で生きるわけではない。そこで、カントによれば、自由の主体は、一方で経験的な存在として経験界に属し、自然法則に服する現象人 (homo phaenomenon) であるが、他方で同時に叡智界に属し、感性の全ての影響から免れている理性人 (homo noumenon) として把握される⁵⁵²⁾。つまり、この自由の主体は自然法則に服する一方で、経験的存在者としての自己に対して、同時に叡智的存在者として働きかけることが可能となる。こうして、カントによれば自由と自

548) Höffe, a.a.O. (Fn. 540), S. 359 f.

549) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre B 171 (S. 362) (W487).

550) Höffe, a.a.O. (Fn. 368 (Kategorische Rechtsprinzipien)), S. 226 f.

551) Immanuel Kant, Kritiki der reinen Vernunft, in: Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. III, 1911, B 566, 567 ff./A 538, 539 ff. (S. 366 ff.); ders., Kritik der reinen Vernunft, Werkausgabe Bard III und IV. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel (sahrkamp taschenbuch wissenschaft 55), 1968, S. 492 ff.

552) Kant, a.a.O. (Fn. 551), B 569/A 541 (S. 367) (W494) を参照。

然法則は互いに矛盾することなく両立するとされる⁵⁵³⁾。しかし、この自由の現実性の証明は、外的世界において、実践哲学の領域においてなされることになる。

実践哲学における実践的行為の基礎にあるのは、任意に行動する能力としての選択意志 (Willkür) である⁵⁵⁴⁾。この選択意志は、行為主体の理性の内在的な根拠である意志 (Wille) によって自由な行為へと規定されなければならない。そして、実践的行為が意志に裏打ちされ、理性的なものとして遂行されるためには、客観的普遍妥当的な定言命法による、意志への無条件的な要請が必要となる。定言命法とは、行為の経験的規定根拠を度外視して、専ら法則の形式によって意志を規定する道徳法則である。その定言命法の名宛人は、道徳法則に基づき、法則に適った行為格率を自ら選択し、一方的に法則に服するのではなく、法則を自分自身に与え、かつそれに服することになる⁵⁵⁵⁾。こうして初めて、行為の理性的に自由な遂行が可能となり、定言命法は自由への理性の遂行を各人に課すことによって、意志の自律性の基礎となる。自由とは理性人たる個々人の内面において主体的に実現されるべきものであり、法においては、このような自律的な人格主体がまずもって前提にされなければならない。

もっとも、自由の外的な表れとしての人間の行為は、他の人間と外的な関係が必要となってくる。カントにおける法は、この外的関係を調整するものである。これについて、『人倫の形而上学』において、法の普遍的原

553) Kant, a.a.O. (Fn. 551), B 585, 586/A 557, 558 (S. 376 f.).

554) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre AB 5 (S. 213) (W317).

555) Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften. Bd. IV, 1911, BA 71, 72 (S. 431); ders., Kritik der praktischen Vernunft/Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VII. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel (Suhrkamp taschenbuch Wissenschaft 56), 1968, S. 64. 「意志は自ら法則を立法するものとしても、そして、だからこそまっさきに（意志自身が創始者とみなされ得る）法則に服するものとしてもみなされなければならないというようにして、法則に服せられているのである。」

理を「誰のどのような行為でも、その行為が、あるいはその行為の格率から見て、その人の選択意志の自由が、誰の自由とも普遍的法則に従って両立できるならば、その行為は正しい」と規定している⁵⁵⁶⁾。法は他律的なものであってはならず、人格の自律性を通じた自己規定性から導かれるものとされるのである。ここでは、外的自由が普遍的に両立するためには、各人が「あなたの選択意志の自由な行使が、誰の自由とも、普遍的な法則に従って両立できるように、外的に行為せよ」⁵⁵⁷⁾という法則を自ら採用し、他者の自由を配慮しながら、相互に自らの外的自由を制限しなければならないのである⁵⁵⁸⁾。それ故に、カントにおいては、法における自由とは、自らと他者の間主体的な関係（法関係）を、つまり、自らと他者が行為を通じて外的世界において出会うことを前提とすることになる⁵⁵⁹⁾。従って、他者という存在は、自己と同様に外界において具体的現実性をもった理性的な存在でなければならない⁵⁶⁰⁾。自由の普遍的な相互保障のために、各人は自己の外的自由を、普遍的な法的法則に則って行使し、他者を自己と同等の自由な人格として取り扱い、その他者との間に平等な法関係を形成することが必要となる。ここでは、個々人は、相手の外的自由の領域を承認しあい、そして同時に自己の自由を相互に制限することになる⁵⁶¹⁾。

さらにカントによれば、各人は人格的自由に基づく自己の諸権利を確実

556) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 33/B 33, 34 (S. 230) (W337).

557) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 34, 35/B 35 (S. 231) (W338).

558) Höffe, a.a.O. (Fn. 540), S. 350 f.

559) この自由は、間主体的な外的領域においてのみ問題となり、単に自己関係の過ぎない領域はそこから除外される。

560) 道徳法則が他者を単に普遍的な理性人としてのみ把握し、そこに現実性を想定しないのに対して、普遍的な法的法則は、自己のみならず他者をも理性的な存在として把握し、両者間の外的な自由の具体的行為を間主体的な立場から規制する。

561) もっともここでは、自由の普遍的保障は暫定的で不完全なものかもしれない。というのも、法的法則に適った行為の実行は、各個人の主観的な理性に基づくものでしかなく、そこで達成される普遍性も個人的な立場からのものに制限されてしまうからである。

に享受することが可能となる⁵⁶²⁾ために、国家の下にある公法状態へ移行しなければならない⁵⁶³⁾。カントはここで、個人の自律性が、普遍的な国家へと拡張されながらも、更にそこで維持されることが可能な社会契約に基づく国家形成を構想している⁵⁶⁴⁾。この下で、国家的法秩序を保障することが問題となるが、刑法は、その国家的法秩序を前提として、そこにおいて普遍的に保障されている自由に対する侵害のみを対象とする⁵⁶⁵⁾。それ故、刑罰という国家の下での制度も、その国家的法秩序から、正当化され得るものでなければならないことになる⁵⁶⁶⁾。

刑罰が国家の制度として、普遍的自由を保障する国家的法秩序に関連するように、犯罪も国家的法秩序と関係する。個々人は、相互に独自の外的自由の領域を尊重しあうことが本来要請されている。それにもかかわらず、自己の外的自由の領域を不当に拡張しようとする、つまり、他者の外的自由の領域を不当に制限しようとする者は、相互的に自由を保障する法則に反する法則を自らの格率としているのであり、不法の格率に基づいていることになる。この不法の格率に基づく行為を通じた、他者の外的な自由の領域への侵害によって、国家的法秩序における普遍的保障それ自体に対する否定にも繋がる。したがって、犯罪とは、普遍的な法秩序全体に対する侵害となるのである。その際、犯罪行為者は、自己矛盾的に、自分自身から外的自由を安全に展開する可能性を奪い⁵⁶⁷⁾、また、自らを理性的

562) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 154, 155 ff./B 154 ff. (S. 306 f.) (W422 ff.).

563) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre AB 157 (S. 307) (W424).

564) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 169/B 199 (S. 315) (W434). この契約を通じて、全ての人間の個々の特殊の意志が客観的な普遍的意志へと包括的に統合される (Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 166/B 196 (S. 313 f.) (W432)).

565) Rainer Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 186 f.

566) 法は、法を侵害する者を強制する権限と関係づけられ (Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 34, 35 f./B 35 f. (S. 231) (W338 f.)), 各個人がなし得る、不法に対する反作用としての予防または原状回復を含んだ法的強制であるが、これに対して、刑罰は各個人を離れた公法上の国家制度であることになる。

567) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 197 ff./B 227 ff. (S. 331 ff.) (W453 ff.).

な人格から純粋な経験的衝動体に貶めることになる⁵⁶⁸⁾。もっとも、犯罪は普遍的な国家的法秩序を侵害するものであるが、しかしながら、犯罪者は国家的法秩序から追い出され、自由の普遍的保障を受ける法的地位を完全に失ってしまうわけではない。犯罪は確かに国家的法秩序を攻撃するものであるが、それ以外の部分では法秩序の構成者であるからである（例えば、人を殺してもその所有権は否定されないであろう）。犯罪行為者も、あくまで自律的な主体として取り扱われなくてはならず、物権の対象に混ぜこめられてはならないのである⁵⁶⁹⁾。犯罪行為者はあくまで理性的な存在として、処罰においても尊重されなければならない。

さて、犯罪とは各人の自由を普遍的に保障する国家的法秩序の侵害であったが、このような侵害に対処し、この普遍的な法秩序を回復させる必要がある。もしも、この侵害を放置しておくならば、ある者は自己の外的自由の領域を拡張することはできても、その他の者は外的自由の領域が制限されることになってしまい、まさに相互に自由を保障することはできなくなってしまうからである。相互に自由を保障するために、社会契約によって国家に移りながら、その自由の保障がなされないとすれば、それは国家の正当性を危ぶませるものとなる。そのため、国家的法秩序における普遍的保障それ自体に対する侵害がなされたのであるならば、それを取り除かなければならないことになる。

ここにきて、犯罪によって侵害された国家的法秩序を、国家的刑罰によって回復させることが、刑罰という制度の正当化根拠として考えられることになる。このように、国家的刑罰による処罰を通じて、犯罪によって侵害された普遍的な国家的法秩序を回復することが、国家における刑罰制度の意義ということになる。そして、その国家的法秩序の回復は、犯罪によって作り出された国家的法秩序への侵害を、具体的な被害者を含む法秩

568) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 27.

569) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 197/B 227 (S. 331) (W453).

序全体が被った侵害に相当する法的地位の制限を犯罪者にも賦課することによる⁵⁷⁰⁾。つまり、国家的法秩序の回復という刑罰の役割は、犯罪に価値的に相当する制限を犯罪者自身の外的自由に賦課することによって達成されることになるのである。

このような理解からすると、国家による刑罰賦課によって、犯罪により侵害された国家的法秩序を回復させることは刑法の目的ということになり得る。そうすると、カントの刑罰論は、実は目的を持たないという意味での「絶対論」とはならないことになる。しかしながら、それは、何らかの目的のために刑罰を科すという意味での「相対論」、換言すれば、犯罪の予防を目的とする「予防論」を意味することになるのであろうか。

カントの刑罰論を「相対的」応報刑論ないしは、統合説の主張であると理解する立場からは、侵害された国家的法秩序を回復させ、それを将来に渡って継続的に存続させて行こうとする展望的な視点を有するとして⁵⁷¹⁾、予防論を組み込んだ形での「相対的」応報刑論であると理解されることになる⁵⁷²⁾。しかし、問題なのは、国家的法秩序の回復という刑罰の目的が、犯罪の予防を目的とする予防論と同視してよいものなのかどうかということである。すなわち、予防論ないしは相対論で主張される威嚇や改善といった、経験的検証が必要となってくる要素を、カントの刑罰論に組み込むことが可能なのかということである。カントの刑罰論で問題となってくる、国家的法秩序の回復とは、各人の自由を保障する普遍的な国家的法秩序を前提とするものであった。この普遍的な国家的法秩序とは、カントが形而上学的に基礎づけているように⁵⁷³⁾、まさに理念的なものである。そ

570) Köhler, aa.O. (Fn. 439), S. 60.

571) Otfried Höffe, Proto-Strafrecht, Programm und Aufgaben eines Philosophen, in: Albin Eser u.a. (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 314.

572) Höffe, aa.O. (Fn. 540), S. 364f.; Oberer, aa.O. (Fn. 544), S. 413.; Kaufmann, aa.O. (Fn. 544), S. 269.; Schild, aa.O. (Fn. 545 (ARSP)), 71 f.

573) Kant, aa.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 169/B 199 (S. 315 f.) (W434).

のような理念的な国家的法秩序を刑罰によって回復させるのであれば、それは経験的なものではなく⁵⁷⁴⁾、理念的な、まさに形而上学的な回復であると考えられる⁵⁷⁵⁾。すなわち、この国家的法秩序の回復は、現象界ではなく、叡智界で問題としているのである⁵⁷⁶⁾。

そうであるならば、現象界で問題となる現実の威嚇や改善は、果たして国家的刑罰に関係づけても良いものであるのかという疑問が生じる。確かに、現象界では、人間を自然法則に服する存在とみなすが故に、そのような人間に対して働きかけることが可能である。しかし、カント自身が言及しているように、犯罪行為者もあくまで自律的な主体として、あくまで理性的な存在として取り扱われなくてはならず、物権の対象に混ぜこめられてはならないはずである⁵⁷⁷⁾。以下では、カントが自身の著作において言及している「相対論」的視点を考察することで、カントと相対論の関係を明らかにしたい。

第三節：カントと「相対論」

さて、カントの刑罰論によれば、犯罪行為者といえども、彼は処罰においては手段として扱われてはならず、理性的な存在とされなければならない。しかしながら、人間は理性的な存在とみなされながらも、物自体の世界である叡智界だけではなく、経験的な世界である現象界においても生きている。カントによれば、実生活において、幸福を得ようと努力する人間の行動は、必ずしも法に適合するものだけではない。「快適にそして楽しく生きることを欲する」ことは、つまり、「非社会的特徴」を与

574) もし経験的なものであるならば、当然にその効果の検証可能性の問題が生じるだろう。

575) これについては、Zaczyk, a.a.O. (Fn. 527 (Staat und Strafe)), S. 76 を参照。

576) 後述するように、レッシュエの分析によれば、「経験の世界に関係づけられる刑罰の必要性は相対的となる（犯されないように）が、しかし、その物自体の叡智界に（あるいは神の正義の秩序に）関係づけられる正当化は、絶対的に基礎づけられる（犯されたが故に）」ことになる (Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 32)。

577) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre A 197/B 227 (S. 331) (W453)。

え⁵⁷⁸⁾、自らは例外としても良いと考え得るものである。「道徳体としての人は、経験によって法に適合的にだけでなく、法に反して選ぶ能力を示す」のである⁵⁷⁹⁾。このように、理性によってではなく、自らの感覚によって、衝動的に突き動かされる存在である、この経験的衝動体へ目を向けることで、カントは、1797年の『人倫の形而上学』を出版する前に、複数回にわたり目的刑について語っていた。

まず、1784/1785年の道徳哲学に関するのコーリンの議事録において、次のように述べられている。

「そもそも刑罰は、物理的害悪であり、道徳的害悪にも部分的に関与する。あらゆる刑罰は警告的であるか報復的である。警告されるのは、単に最終的に宣言的な刑罰であり、その際に害悪は生じない。しかし、報復されるのは、害悪が生じたことから宣告される刑罰である。つまり、刑罰は、害悪を防ぐか処罰する手段である。あらゆる当局による刑罰は、警告的刑罰であり、罪を犯した者自身に警告するか、他人をこの事例によって警告するものである。報復的刑罰とは、ただ道徳に従って行為を処罰するような本質をもつ刑罰だけである。あらゆる刑罰は、刑罰の正当性が立法者の狡猾さに属する。ひとつは、道徳的刑罰であり、他方は実践的刑罰である。道徳的刑罰は、犯されたが故に賦課される。道徳的違反の結果なのである。実践的刑罰は犯されないように科される。刑罰は、犯罪を予防する手段となる。著者は、道徳的刑罰を医療的罰 (poena) と名づけている。これは、矯正のか見せしめ的なものである。矯正的刑罰は、罪を犯したものを改善するために科され、そしてそれは咎め (animadversion) である。見せしめ刑罰は、他人に例を示すものとして現れる。領主あるいは当局のあらゆる刑罰は、実践的に矯

578) Immanuel Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in meltbürgerlicher Absicht*, in: Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. VIII, 1923, S. 17 f.

579) Kant, a.a.O. (Fn. 541), *Rechtslehre* AB 26, 27 f. (S. 226) (W332f).

正することか、他人に事例を示すことである。当局は犯したが故に処罰するのではなく、むしろ犯されないように処罰する。前者（道徳的）の犯罪について、予防的刑罰を除いて、犯罪が生じたということだけから、当罰性をまだ有する。つまり、必然的に行為の後に続かなければならないこの刑罰は倫理的なものであり、報復的罰である。それは、褒賞というものが、以後の良い行為を行うことからではなく、良い行為をしたことから、良い行為に与えられるようなものなのである⁵⁸⁰⁾」。

ここではカントは、刑罰を目的合理性の原理の下においた、相対論を主張しているように示されている。犯罪行為者は、理性的な存在というよりはむしろ、もっぱら、経験的で自然法則によって決定される衝動に突き動かされる存在として現れる。このままでは、カント自身が述べていた、物権の対象に混ぜこめられてしまうという批判が妥当してしまう。しかしながら、1785年に出版された『人倫の形而上学の基礎づけ』では、既に次のような考えが示されていた。「人間をそもそもあらゆる理性体は、それ自体即時的に目的として」そして「このあるいはあらゆる意思にとって任意の使用のための、単なる手段として」は存在「しない」⁵⁸¹⁾。

また、1792年の J・B・エアハルトへの信書において、カントは次のように記述している。

「神学者は、既にずっと以前から、彼らのスコラ哲学において本来の刑罰（報復的刑罰）について語っていた。そこでは、刑罰は犯されないようにではなく、犯されたが故に科されるとされる。そこから、神学者は、刑罰を自然科学的害悪か精神的 (illatum) 害悪によって定義した。刑罰は、世界において道徳的原理によって支配され（これは神による）、カテゴリー的に必要なものである（そこでの違反が関係する限りでだ

580) Immanuel Kant, Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. XXVII/1, S. 286 f., Bd. XXVII/2,2, S. 1435 f.

581) Kant, aa.O. (Fn. 555), BA 65 ff. (S. 428 f.) (W60 f.).

が)。しかし、刑罰が人間によって支配されている限りで、その必要性は仮定的に過ぎず、違反と当罰性についての概念のその直接的結びつきは、君主にとっての正当化だけに資するものであり、その任意の処分までを許すものではない。そして、それらでもって以下のことを述べることができるだろう。すなわち、純粋な道徳的刑罰 (poena meremoralis) は (それについて、ひょっとしたら報復的と呼ばれうる。というのも、それは神の正義を救うからである)、科す者の意図によればそれが確かに犯罪者にとって単に治療的であっても、他人への見せしめ的なものであっても、それにもかかわらず、権限がその条件に関する限りは、つまりは当罰性の象徴なのである⁵⁸²⁾」。

ナウケによれば、カントはここで、目的と正当性の間で分けていとされる⁵⁸³⁾。すなわち、「経験的世界に関係づけられる刑罰の必要性は相対的となる (犯されないように) が、しかし、その物自体の叡智的世界に (あるいは神の正義の秩序に) 関係付けられる正当化は、絶対的に基礎づけられる (犯されたが故に)⁵⁸⁴⁾」ことになるのである。

この、目的と正当性の二分論について、カントは目的刑を確かにそれ自体「許されたもの」とみなしていたが、それにもかかわらず、その正義が優先するとしていた。すなわち、「処罰の法 (iustitia punitiva) は次の目的のためにある。1. 臣民を悪い市民から改善される市民に変えること、2. 警告された見せしめによって他人を思いとどまらせること、3. 共同体から、改善されない本質が、国外追放 (流刑)、追放、死刑によって排除されうる (監獄によるにせよ)。しかし、これらすべては、政策の狡猾さに過ぎない。——そこからさらに、憲法が廃止される場合であっても、本質

582) Immanuel Kant, Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. XI, 1922, S. 398 f.

583) Wolfgang Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962, S. 3; Neumann/Schroth, a.a.O. (Fn. 146), S. 10.

584) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 32.

は正義の実行それ自体である⁵⁸⁵⁾。さらに、「あらゆる刑罰は、予防的か
応報的である (praemunitentes vel rependentes)。応報的なものは、刑罰
が犯罪で惹き起こされる害悪を犯罪行為者に感じさせ、そして懸命なあら
ゆる規則によって可能であるということを示す。しかし、国家体制におい
ては、道徳性に目を向けないので得策ではない。けれども、刑罰は、予防
的刑罰として真っ先に正しいものでなければならない。刑罰は確かに単な
る手段として許されるが、しかし、応報としてだけ正しいのである⁵⁸⁶⁾」。

しかしながら、この言及は、カントにおいて人間が存在と当為の間で、
現象界と叡智界の間で引き裂かれるように、刑罰でも目的と正当性に間で
引き裂かれることになる。この目的と正当性の間の関係は如何に解すれば
良いのかという問題は残される。この点で、カントは、1788年に出版され
た『実践理性批判』において次のように言及している。

「さて、処罰なる概念は、幸福によるということにはまったく結びつ
けられ得ない。というのも、処罰をする者が処罰する場合に、同時に慈
悲深い意図をもって、この目的をもあわせて罰を用いることが確か
にあり得るとしても、それでもなお罰はさしあたりやはり罰として、す
なわち対自的に単なる害悪それ自体として正当化されなければならず、
その結果、処罰を受けるものには害悪が残ったままであって、その者が
この厳しさの背後に隠れていた厚意をみぬくことがなかったとしても、
彼は自らすすんで、害悪が彼に当然のものとして生じ、そしてその宿命
は自らの態度に適ったものであると認めなければならないのである。罰
たるもの全てのうちには、まずもって正義が存在しなければならず、そ
れがこの概念の本質をなしている。……あらゆる賞罰を単により高次の
権力の手中にある機械仕掛けとみなし、ひたすら賞罰を通じて理性的な
者をその最終目標(幸福)にむけて活動させるために役立つべきものとす

585) Immanuel Kant, Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich
Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. XIX, 1934, S. 587 f.

586) Kant, aa.O. (Fn. 585), S. 589.

るのは、高次の力の意志によって駆使されるメカニズムとして全ての自由を廃棄するはずのものに他ならないことが、一見して見てとれる⁵⁸⁷⁾。

ここでも、カントは、まずもって刑罰が害悪ではなく正当なものでなければならぬとしている。あくまで目的は、刑罰賦課の際にあっても良い意図であり、いわば刑罰執行を如何にしていくかという意味で刑事政策の問題である。

結局、カントは、1793/94年の人倫の形而上学に関する講義において、刑罰の正当性の問題、すなわち刑罰の正当化根拠からは予防論的視点を排斥することになる⁵⁸⁸⁾。すなわち、「改善あるいは実践的刑罰」の有効性、「それについて予防のため与えられるもの、つまり犯行を防止する手段にはもはや申し立てられない」。というも、「人間においては決して改善が前提とされず、人間は、犯罪の内的原動力を見破るためには、あまりにも脆弱である⁵⁸⁹⁾。カントによれば、刑罰が正当であることがその「本質的に必要な条件」なのであり、それは「刑罰が道徳的に悪い行為の直接的必然の結果である⁵⁹⁰⁾。

さらに、カントは次のようにも述べる。「刑罰の概念に含まれるのは、刑罰が法律の違反の直接的必然的結果であるということである。というのも、次のことが受け入れられるからである。すなわち、刑罰は他人に犯罪をやめさせることにだけ、あるいは、犯罪者それ自体に最初から道徳的悪を防ぐことにだけ資するのであり、そうして、刑罰が他人の意図の達成のための単なる手段として、あるいは、次のような手段として考慮される。つまり手段とは、私が犯罪者自体を改善することを試みる場合に、慈悲あ

587) Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, in: Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. V, 1908, A 66 f. (S. 37 f.) (W150 f).

588) Immanuel Kant, Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. XXVII/2.1, S. 551 ff.

589) Kant, a.a.O. (Fn. 588), S. 554.

590) Kant, a.a.O. (Fn. 588), S. 552 f.

るいは慈悲的 (clementiae) 行動である, あるいは, 私が以後の悪さをそれによって予防することを試みる場合に, 予見的 (prudential) 行動である。しかし, 刑罰は, 犯されたが故に科されるということの結果であるべきであり, つまり行為それ自体と関係している⁵⁹¹⁾」。

ここでは, カントは, 刑罰を犯罪行為と結びつくものとして, すなわち, 犯罪行為を刑罰の内在的根拠とみなす「絶対論」を主張している。それは, 犯されたが故に刑罰を科すという意味での「絶対論」であり, 犯罪を刑罰の外在的根拠とする「相対論」, すなわち, 犯罪は刑罰の契機に過ぎない, 犯されないように刑罰を科すという意味での「相対論」を主張しているわけではないのである。

ベンディングの言葉を借りれば, 「あらゆる相対論における実際の刑罰根拠は, 犯罪によって開かれた, しかし生み出され威嚇されない, 社会の将来の安全にとっての危険である。いわゆる威嚇論は, 殺人者を, 彼が殺したというためにではなく, むしろ彼のほかにまだ殺人病的住民がこの国に住んでいるために処罰され, 彼の悪行について警告された見せしめによって威嚇されることになる。実践的にそのように恵まれて作用する改善論は, 強盗を彼が私人の財や自由を侵害したから刑務所に入れるのではなく, むしろ, 彼が社会の不確かな構成員として適切であることが示されたから, そしてこの道徳的不確実さにおいて将来の危険が眠っているために刑務所に入れるのである⁵⁹²⁾」。

591) Kant, a.a.O. (Fn. 588), S. 552.

592) Karl Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IV, 1877, S. 417, 420 f. さらにベンディングは続ける。「何故刑罰か? 何故犯罪が犯された後にだけ処罰されるのか? 何故犯罪が, そこから社会の危険が認識されうる唯一の徴候であるのか? それ以降, その犯行が刑罰根拠ではなく, その犯行が本當の刑罰根拠, つまり社会の不安定さだけに現れる, 相対論はどのように処罰することになるのか? 彼に, それについて社会の感謝に質問することはすぐに出てこないのか? 犯行に学校や警察の開設の改善によって答えることは, この観点からだけ許されるのか? 犯罪者; つまり, 依然として人間である犯罪者を, その処罰によって他人のための将来の災いの源泉が彼を同種の人間で詰まらされるかどうかの試験の客体

カントは、犯罪を刑罰の外在的根拠とする、犯されないようにという意味での「相対論」では、刑罰の正当性は基礎づけられないと考えていた。カントによれば、「刑罰が犯罪者の改善のためや他者への見せしめとして科されるなら、そこから正義は生じないだろう。次のような場合、これは単にその有責性と関係しないだろうし、刑罰はそこからこの意図のための手段とだけなりうるだろう。それは例えば、ある人が有責的であろうがなかろうが、その大声によって脅かし印象を与えるために、鞭打ち刑を与えられる場合である⁵⁹³⁾」。他人にとって一般予防的に効果のある見せしめを確立するために、あるいは行為者自身を改善するために刑罰を科す、犯されないようにという意味での「相対論」では、刑罰を基礎づけていないのである。その意味で、カントは、「相対論」をとらず、犯罪行為と刑罰の内在的連関を認める、犯されたが故にという意味での「絶対論」を主張するのである⁵⁹⁴⁾。

そうしてカントは、『人倫の形而上学』においても、「相対論」を否定し⁵⁹⁵⁾、犯されたが故にという意味での「絶対論」を主張する。カントによれば、刑罰は仮言的に必要なのではなく、定言的に必要であり、つまり刑法は仮定的命令法ではなく、定言的命令法である⁵⁹⁶⁾。確かに、カントはここでもまたさらに道徳的刑罰の正義（犯されたが故に）と実践的刑罰の狡猾さ（犯されないように）の間で区別したが、しかし、いずれにせよ、タリオ原理を「刑法の原理としての、唯一ア・プリオリに特定される理念」と評価している⁵⁹⁷⁾。「タリオ原理による法 (ius talionis) だけが、

↳に品位を落とすことを、どのようにしたら相対論は正当化するのか？更に加えて、この試みは非常に多くの事例で効果なく生じるのに、つまり、その唯一の法的根拠が合目的性があるとされるべき、刑罰はその目的に達しないにもかかわらず、正当化するのか？」(S. 421 f.)。

593) Kant, a.a.O. (Fn. 588), S. 553.

594) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 35, 38 ff.

595) Höffe, a.a.O. (Fn. 540), S. 364.; Naucke, a.a.O. (Fn. 583), S. 32 ff.

596) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre, B 227 (S. 331 f.) (W453).

597) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre, B 170 f (S. 362 f.) (W486 f.).

刑罰の質と量を一定示すことができる。他の原理はすべて不確実であり、別の考慮も紛れ込むので、純粋で厳格な正義の宣告にはまったく適切ではない⁵⁹⁸⁾。刑罰が正当であるときに初めて、「程度・態種類で同じものとなり、そして物質的刑罰手段が必要かどうか、狡猾さと慈悲によって選ばれるだろう」ことになる⁵⁹⁹⁾。予防的刑罰 (prudential poenitiva) は、その結果「単に強制手段の大きさを」規定し、「法律の違反者に該当することができる。それは、そこからあらゆる刑罰が正義で根拠づけられなければならないため、法的刑罰 (justitia poenitia) の下にも従属させられる⁶⁰⁰⁾」。カントにおいては、「刑法は、改善、復帰、威嚇の観点を含んでよいが、けれども、応報の原理がそれによって制限される態様においては許されない」のである⁶⁰¹⁾。

小 括

カントの刑罰理論は、応報的刑罰理論ではあるが、それは全く目的からは離れた刑罰理論というわけではなかった。カントは、確かにかつての見解では、刑罰を考える際に、犯されないようにという意味での「相対論」を志向していたが、『人倫の形而上学』までには、「絶対論」を明確に打ち出していることになる。そこでは、刑罰の根拠を国家的法秩序の侵害という意味での犯罪に見ており、侵害された国家的法秩序を国家的刑罰によって回復しようとすることから、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという意味での「絶対論」を主張しており、確かに「応報論」を主張しているのである。

しかしながら、刑罰は、犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させるためにある。これはカントにおいては刑罰の目的であり、目的を持た

598) Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre, B 227 f. (S. 332) (W453 f.).

599) Kant, a.a.O. (Fn. 588), S. 553.

600) Höffe, a.a.O. (Fn. 540), S. 365.

601) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 37.

ないという意味での「絶対論」を主張しているわけではないのである。つまり、国家的法秩序の回復という目的のために刑罰を科すという意味では、「相対論」を主張しているのである。

もっとも、その目的に、威嚇や再社会化といった予防が必然的に結びつくわけではない。あくまでカントは、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという「絶対論」を主張するのであり、犯罪を刑罰の契機としか見ない、つまりは外在的根拠にしか過ぎない、犯されないようにという意味での「相対論」を主張するわけではないからである。カントにとっての刑罰の目的は、刑罰の必然的に結びついている国家的法秩序の回復であり、それ自体が刑罰の意義なのである。確かにカントにおいても、犯罪予防のための国家的処分の権限付与は、決して否定されるものではない。しかしそれは、刑罰の本質とは混合されてはならないものなのである。換言すれば、刑罰は、改善処分と再社会化処分と結びつけられてもよいが、それは行刑のやり方であり、刑罰概念の問題ではないのである⁶⁰²⁾。

カントは刑罰を、理念的な国家的法秩序の回復と結びつけているので、刑罰の正当性を理念的に、すなわち、叡智界で基礎づけているのである。そのため、現象界で問題となってくる、威嚇や改善といった予防で基礎づけているわけではない。もし威嚇や改善で刑罰が基礎づけられるのであれば、心理的な動機づけによって行動を統制しようとするものであり、人間は理性的な存在ではなく、むしろ経験的な存在として、「物権の対象」に混ぜこめられてしまうことになる。もっとも、カントは、犯罪予防のための国家による処分までも否定はしていない。

つまり、刑事政策のやり方として、どのような予防の形をとるかまでは言及していないのである。そのため、結局のところ、カントが用いた現象界と叡智界での分断が、現実にとどのように結びつくことになるかは不明確なままなのである。この点を明らかにすることが、カントの刑罰理論を考

602) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 39.

究する上での今後の課題である。

しかし、カントの刑罰理論においては、刑罰の正当性を理念的に考察し、国家的法秩序の回復という目的を持たせるという意味では「絶対論」（目的からは離れた刑罰理論）ではないが、犯罪と刑罰の内在的連関を認めるという意味では「絶対論」（犯されたが故に刑罰が科されるという刑罰理論）であったということは言えるであろう。ここから、カントは統合論ないし相対的応報刑論を主張していたと述べることはできるかもしれないが、その場合には、上述のように目的と正当性の二分化が起きてしまっているが故に、それをどう結びつけ、統合するのかという難問に答えなくてはならないのである。

その問題を別にすれば、カントは目的を有する刑罰理論という意味で、「相対論」を主張していたと位置づけることは可能であろう。もっとも、そこでの「相対論」は、犯されないように刑罰を科すという意味にはならないことに留意する必要がある。そのため、予防論一般で問題になるような経験的検証可能性が、刑罰の正当化において問題となっていないことになろう。この点で、理念的な国家的法秩序の回復を刑罰の意義であり目的とするカントの見解は、刑罰の正当化においては経験的検証を必要とするものではないという意味では、確かに第二章で扱った、規範確証の意味での積極的一般予防論との親和性が認められる。しかし、あくまで刑罰の正当化根拠としては、応報刑論と位置づけられるが故に、犯罪と刑罰が内在的に結びつくわけではない予防論とはやはり異なるのである。

加えて、予防論では、犯罪を予防するなかで犯罪行為者を刑罰によって統制される客体とみなすことになるという問題があった。まさにカントが批判していた「物権の対象」に貶められてしまうのである。それに対して、カントは、自らの自由を保障するためにも、他者を自己と同等の理性的存在であるとみなす必要があることを明確にすることで、犯罪行為者を理性的存在と理解していた。自由の普遍的な相互保障のために、各人は自己の外的自由を、普遍的な法的法則に則って行使し、他者を自己と同等な

自由な人格として取り扱い、同等な他者との間で平等な法関係を形成するのである。

したがって、カントが基礎づけた、理性的存在としての人間は、人格の自律性を通じた自己規定性から導かれるために、他律的な行動統制を目的とする刑罰理論とは相反することになる。そのことを明らかにするために、次章では、刑罰を通じた動機づけを行うことで犯罪を予防しようとする「相対論」を主張するフォイエルバッハの刑罰理論を検討したい。

第五章：フォイエルバッハの刑罰論

第一節：フォイエルバッハにおける「絶対論」

フォイエルバッハの刑罰論⁶⁰³⁾は、その有名な心理強制説と結びつけられている。そこでは、刑罰を賦課することで、その他の人々を心理的に動機づけ、その犯罪を防ぐことになる。この考え方は、いわゆる消極的一般予防論と言われるものである。序章で述べたように、刑罰の正当化根拠としての消極的一般予防論には、その前提とする人間観に加え、罪刑均衡を内在的に要求できない点、予防論としての効果の検証可能性の問題があった。この点を意識しつつ、本章では、フォイエルバッハの刑罰論の検討を通じて、他律的な行動統制を目的とする刑罰理論の問題点を明らかにしたい。

さて、フォイエルバッハの刑罰論を概観するにあたって、カントとの親和性を示しておきたい。というのも、以下で示すように、フォイエルバツ

603) Johann Paul Anselm Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1. Teil, 1799, 2. Teil, 1800.

我が国でフォイエルバッハの刑罰理論を検討するものとしては特に、詳細なものとして、高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」立命館法学307号（2006年）1、37頁以下がある。また、山口邦夫『一九世紀ドイツ刑法学研究』（八千代出版、1979年）5頁以下、莊子邦雄『近代刑法思想史序説』（有斐閣、1983年）4頁以下、同『近代刑法思想史研究』（NTT出版、1994年）6頁以下も参照。

ハは、カントのように犯罪行為者も理性的存在として扱うべきであるということに言及していたからである⁶⁰⁴⁾。すなわち、犯罪行為者、つまり法に反して振舞う理性的存在は、「動物（おとしめられ）……そこから理性的存在であることをやめ、そして……それ故、単なる自然的存在としても扱われる」のである⁶⁰⁵⁾。そして、「法に反した人間は、もちろん動物的本性の法則に従い、快樂はその最高の法則であり、感覺性は彼の行為の最終的で最も近接した原動力である。しかし、そのことを通じて、キルケの魔法の杖によって人が動物へと変えられてしまうように、その道徳的本性が変容され、破壊されてしまうのであろうか」と⁶⁰⁶⁾。

ここではフォイエルバッハも犯罪行為者を理性的存在として扱うのであって、誰も国家の保全目的のために道具とされてはならないのである。すなわち、「単に犯罪者に加えられた痛みが国家にとって有益だというためだけに、人間に害悪を加える法はどのようにしたら存在しうるのか？これは人間を物として扱うことを意味するが——犯罪者も人間なのである⁶⁰⁷⁾」。さらに、「裁判官による刑罰は、他者の善を促すための単なる手段として、犯罪者自身に対して、あるいは、市民社会に対して科され得るものでは決してなく、むしろ、いつでも、彼が罪を犯したが故にのみ、彼に対して科されなければならない。というのも、人間は他者の意図のための単なる手段として扱われ、物権の対象に貶められ得るものではなく、その反対に、その生まれ持った人格性が保護されるからである」というのである⁶⁰⁸⁾。

そうしてフォイエルバッハは、カントのように、刑罰は犯されたが故に科されるという意味での「絶対論」を主張する。すなわち、刑罰とは、「そもそも、犯された法違反的行為のために、それも単にこれのために主

604) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 48.

605) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 91.

606) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 91 ff.

607) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 47 f.; ders, *Anti-Hobbes*, 1797, S. 210.

608) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 48.

体に加えられる害悪」を意味し、何故処罰されるのかの第一義理由は、過去の時点で行われた法律の違反である。つまり、それとともに主体に対して将来の作為ないし不作為のために加えられる害悪は特徴づけられないのである。むしろ、この主体は、単に次の理由のためにのみ処罰される。すなわち、その法違反的行為が犯されたが故にであり、害悪にとっての十分な根拠が主体にあるところの行為が原因であるが故にである……我々はこの害悪に将来の行為ではなく、過去の行為だけを結びつけるのであり、刑罰は違反によって当然に受ける報い（Lohn）としてみなされる」⁶⁰⁹⁾。

前章で検討したように、カントは少なくとも刑罰を、犯行によって侵害された「理念的法状態」たる国家的法秩序の回復として定義づけていた⁶¹⁰⁾。そこでは、刑罰の根拠を国家的法秩序の侵害という意味での犯罪に見ており、侵害された国家的法秩序を国家的刑罰によって回復しようとすることから、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという意味での「絶対論」である。しかしながら、刑罰は、犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させるためにある。これはカントにおいては刑罰の目的であり、その目的のために刑罰を科すという意味で、「相対論」とも言い得る。少なくとも、カントの刑罰論は、目的を持たないという意味での「絶対論」ではなかった⁶¹¹⁾。カントによれば、「正義に対する我々の理念が、行為の道徳的価値が認識されることを求めるのである。道徳的に悪い行為が、その本性によって刑罰を科さないということに結びつけられ、処罰が恣意的な偶然に依存しているとされるなら、事物の秩序に矛盾すると考えられる」ことになる⁶¹²⁾。ここでは、徳は幸福と、悪徳は害悪と結びつくことになる。

609) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 5 f., 7, 9.

610) Oberer, a.a.O. (Fn. 544), S. 407.

611) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 46.

612) Kant, a.a.O. (Fn. 588), S. 552.

第二節：「相対論」への変遷

しかしながら、フョエルバッハにとっては、犯罪によって生じる権利侵害は現実的な侵害であり、理念的なものではない⁶¹³⁾。そのため、フョエルバッハの見解によれば、純粋に道徳的な原理からは、道徳的刑罰だけが基礎づけられ得るのであり、それは市民的刑罰とは対置されることになる⁶¹⁴⁾。

「ここで言及された、我々にとって全体的な再考の完全な意義にとっては、次のような論評が重要である。すなわち、(1) 幸福と幸福に値することの間の調和についての理念は、まだ道徳の領域に属するのであって、法や外在的フォーラムの領域にはまったく属しない、単なる道徳的理念であるというものであり、つまり、その理念とは、道徳的秩序を規定するのであり、法秩序を規定するものではないのである。あらゆる外面的に正しいものにとっての最高次の原理は、あらゆる者の自由があらゆる自由とともに存在するということ、すなわち、すべて人は自らの権利の自由な行使をし、誰も他人の権利を侵害しないというものだけである。法的秩序は人々の現実の状態が、この自由の必然的限界に矛盾しないということである。すべての評価が単にこの外在的法律によってのみなされるところの、公や外的領域では、あらゆるものは、それ故、外在的に完全な法の存在、維持、回復だけに向かうのである。そこから、その法的評価にとっては、幸福と不道徳の調整は全く無関心でなければならない⁶¹⁵⁾」。

613) Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 263.; Jakobs, a.a.O. (Fn. 4 (AT), 1/9; Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, 4. Aufl., 1922, S. 374; Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 46.

614) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 24 ff.; ders., *Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe und ist Strafrecht Präventionsrecht?*, in: *Almendigen/Feuerbach/Grolmann (Hrsg.), Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Ersten Theils zweites Stück, 1798, S. 13 f.

615) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 26.

フォイエルバッハが問題とする現実の権利侵害は、しかしながら刑罰によって再び取り除かれるものでも、埋め合わされ得るものでもない。例えば、ある者が他者を殺した場合、彼に刑罰を科したところで、現実に死者が生き返るわけではない。窃盗を犯した場合でも、刑罰賦課がその現実の所有権侵害を回復するのではなく、回復のありうる形としては補償や賠償なのである。しかし、それはもちろん刑罰ではない。それ故、フォイエルバッハは、行為者を単に生じた犯行のために処罰することを無意味で残酷なものであるとみなし、そこから、刑罰の「より高次の正当化根拠」を見つけないけなければならない⁶¹⁶⁾。そのため、刑罰の正当化根拠を国家の保安目的に組み込むことになる⁶¹⁷⁾。そこで、フォイエルバッハは、カントから明確に訣別することになる⁶¹⁸⁾。

カント流の刑罰の基礎づけから離れる際に、フォイエルバッハは、次のように、まずホブズの国家論の要素に依拠することになる⁶¹⁹⁾。法の存在しない自然状態においては、すべて人はお互いを傷つける傾向を有する。そこではあらゆる者が彼自身そして彼の力に尽力して誰も安全ではない「万人の万人に対する闘争状態」が問題となっている。それ故、理性は国家を基礎づけることを人間に強いている⁶²⁰⁾。この国家は、「相互の自由

616) Naucke, a.a.O. (Fn. 583), S. 41.

617) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 614 (Sicherheit)), S. 17.

618) Naucke, a.a.O. (Fn. 583 (Kant)), S. 43. ナウケによれば、「私もまた——まさにカントのよように——刑罰原理としての道徳的応報の原理を拒絶する。というのも、私は——まさにカントのよように——行為の外在的メルクマールだけが法的となりうるか、法的となりえないかと考えているからである」(S. 43)。しかし、その際フォイエルバッハは次のことを見落としていることになる。すなわち、カントは、刑罰の基礎づけの第一段階としてさらに法理論の前に展開し、そしてその際もちろんまずもって、「外」的立法がそれにとってまったく不可能な領域も把握する、一般的実際の当罰性の理念を、結局はその法理論に取り込んでいるということである。道徳的刑罰概念は、カントによれば非難されるのではなくむしろ制限される、それも外的法律違反の相対する物理的害悪に制限されるのである (Oberer, a.a.O. (Fn. 544), S. 413 も参照)。

619) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 16.

620) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 16 ff.

の完全な保障が存在するという追及される法的状態⁶²¹⁾を図るための装置となり、国家が有するすべての権利はこの目的のためにのみあることになる⁶²²⁾。

フォイエルバッハによれば、「国家は、この目的に関係づけられ、それを通じて諸権利の保全が可能ないしは促進されるものとしての、唯一無二ではない行為のために、権利を有するのである。そこから、国家はまた、強制の適用のために権利を有するが、それは、その権利を通じて諸権利の保全ないし行使が可能とされる場合のみである。強制に妥当するものと同じ性質のものが、刑罰についても妥当する⁶²³⁾」ことになる。つまり、「市民的刑罰はその基礎を保全の権利におかなければならない⁶²⁴⁾」のである。

第三節：心理強制説

しかし、刑罰を保全の権利と結びつけることで次のような問題が生じることになる。すなわち、「刑罰という害悪はそれ自体はまずもって犯罪行為者に関してのみ、ただ彼の犯罪のためにだけ執り行われるべきである。しかし、何故犯罪のために害悪を科されるのかの理由が保全の権利に存すべきことになるのか⁶²⁵⁾」。フォイエルバッハは、この問題を心理強制説によって解決できると考えていた⁶²⁶⁾。そこでは、人間を「単なる理性的存在だけではなく、むしろ感覚的存在でもある」ととらえる⁶²⁷⁾。「我々を単に、特定の侮辱した者に対してではなく、むしろそもそも侮辱に対して

621) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 35.

622) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 47.

623) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 31.

624) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 38.

625) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 38.

626) Schild, a.a.O. (Fn. 509 (Die unterschiedliche Notwendigkeit)), S. 85.; Zaczyk, a.a.O. (Fn. 420), S. 119 f. を参照。

627) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 15 f.

安全にするところの保全の手段⁶²⁸⁾」によって追及するならば、刑罰の名宛人においては感覚的衝動的存在のみが問題となり得る。犯罪者は理性的に振舞うのではなく、むしろ衝動と強欲さによって決定されることになる⁶²⁹⁾。「我々に法違反的行為を決定する原因は、不快と結びついた行為（そしてそれに伴った結果）に対する快樂だけであり、それについて快樂のこの客体の満たされない欲求を実現することが伴う⁶³⁰⁾」ことになる。そして、そこから「社会の目的を通じて必然的なものとなる国家の配慮は……非市民的（違法な）傾向を有する者がこの傾向にしたがって実際に決定することを心理的に妨げられるということに至る⁶³¹⁾」ことになる。

しかしながら、フョエルバッハ自身が問題とするように「このことは如何にして可能なのか？この可能性を基礎づけるところの人間の精神の法則はどこにあるのか？法律違反的欲望のあらゆる実行者の基礎と原動力は、行為それ自体に対する快樂にあり、そしてそれによって快樂のこの客体を得ようと努力することを伴うところの満たされない欲求に関する不快にあるのである。このことはあらゆる我々の感覚的欲望およびしいのあらゆる規定の基礎である⁶³²⁾」。それ故に、国家は、「行為への彼の感覚的欲望に対して主体を規定する」ことになる⁶³³⁾。つまり、国家は、「感覚性それ自体によって感覚に影響を及ぼし、相反する傾向でその傾向を、つまり犯行への感覚的原動を別の感覚的原動力によって廃棄する。これがどのようにしたら可能かは、直ちに理解されうる。人間は、そもそも快樂を求め

628) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 212. 「善」を意図するものは「あらゆる自由」を意図し、つまり「各々の自由はすべての自由とともにある」という外的立法の上位原理とそれ自体は矛盾しないだろうし、「侮辱」を行わないだろうからである (Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 26.)。

629) Max Grünhut, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922, S. 89.

630) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 105.

631) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 43 ff.

632) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 43 ff.

633) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 44 ff.

るが故に、特定の快樂を得ようと努める。人間は、そもそもその本性に矛盾するものとしての不快を避けなければならないために、特定の苦痛を避けるのである。そこから、人はその際より大きな快樂を手に入れることができるのであれば、よりわずかな快樂を拒むのである。人は、それによってより大きな苦痛を避けるなら、よりわずかの不快を耐えるのである。……そこから、あらゆる市民が、違反に対し（快樂の客体としての）行為への欲求の非充足から起因するものと同じものより大きな害悪が与えられるということを確実に知っているならば、違反は防がれるだろう。というのも、この確信は、あらゆる違法な欲望の基礎に直接に反対に作用し、それを廃棄し、壊し、法律違反的原動力が現実の行為を規定する、まさにそのために不可能となるからである。感覺性は、あたかも、それ自身を通してそれ自体で獲得され、打ち勝つことになり、そしてそこから感覺性が犯行について規定するつもりだった同じ理由から、感覺性が同じものを避けることを規定するのである⁶³⁴⁾」。

刑罰を保全の権利と結びつけ、国家の防御権で基礎づけようとするフォイエルバッハの考え方は、犯罪行為者を、心理的に決定づけられた感覺的で衝動に突き動かされる存在とみなすものであった。しかしながら、それでは、国家による刑罰賦課によって、犯罪行為者は、国家を保全するための、あるいは防御権のための道具として、物権の対象に貶められることになるというカントの批判がそのまま妥当するのではなからうか。この問題を解決するために、フォイエルバッハは次のことを規定した。すなわち、犯行能力の取り扱いのための求められる手段は、「(1) 犯罪に対する害悪の賦課の必要性についての確信を含み、(2) 人格としての人間の諸権利に異議を唱えないもの⁶³⁵⁾」でなければならない。「ここから次のような結果になる。すなわち、犯罪に対する害悪の賦課は法律によって威嚇されて

634) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 44 ff.

635) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 48 f.

いなければならない。法律は一般的で必要的なものである。それはすべての市民に知らしめられ、犯罪を有責的に行ったすべての者に刑罰を科すものであり、そしてこの刑罰を、また法律があるために、犯罪の法的必然の結果として表すものである。この行為を犯したものはこの刑罰を受けるべきことになり、それを犯した者は誰も刑罰を免れてはならない。犯罪と刑罰はそれぞれにとって条件となる。他方のものなしに一方を意図することは誰にもできず、法違反的犯行について、その際賦課される害悪に服することなしに規定することは誰にもできない。そこから法律およびそこに含まれる威嚇 (Drohung) の目的は、害悪に条件付けられた犯行についての抑止 (Abschreckung) である⁶³⁶⁾。ここでは、フォイエルバッハは、害悪の威嚇と害悪の執行の間で区別を行っている⁶³⁷⁾。

それでは、「害悪の執行の法的根拠」はいかにして基礎づけられるのか。彼はこの問題を同意でもって答えようとしている⁶³⁸⁾。ナウケの分析によれば、「威嚇される者が、私が犯行実行について措定した害悪を知っているので、彼はその侮辱を通して害悪賦課について甘受し、そして私は彼の行為によって刑罰権を、私が締結して妥当する契約の履行を要求する権利を有するというまさにその根拠から発動する。というのも、Aがその下では即時的に許されない行為が行われる条件を定めたなら、Bは条件が定められた作為ないし不作為の遂行において甘受するだろう。Bはこの条件の下でのみ、この行為が行われうるないしは不作為のままとされうることを知っており、そしてBがそれを知っているなら、Bは条件を受け入れなければならないか、条件づけられたものを、つまりは可罰的行為をしな

636) Feuerbach, aa.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 49.

637) Schild, aa.O. (Fn. 545 (Die unterschiedliche Notwendigkeit)), S. 91. この意味で、フォイエルバッハの心理強制説はまさに刑罰威嚇論である。威嚇が手段である限り、あくまで威嚇に留まっているのである。

638) Feuerbach, aa.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 222 f.; ders, aa.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 53 ff., 333 f.

おかなければならないだろう⁶³⁹⁾」ことになる。

フォイエルバッハの見解によれば、「実行された行為それ自体が、害悪の現実的かつ十分な権源」である⁶⁴⁰⁾。害悪は「ただ犯罪のために賦課される」のであり、「賦課の目的は、法律に満足が生じ、正義が満たされ、それを通じて法律が自己矛盾に陥っていないということに他ならない」のである⁶⁴¹⁾。

しかしながら、フォイエルバッハは次のようにも述べている。「不道徳性の程度は、人間の英知的性格によって規定される⁶⁴²⁾」が、これは「そこに死んだ目を向けることができない、超感覚世界の対象物である⁶⁴³⁾」。「私は確かにどの程度の害悪を他人の危険な傾向や衝動の欲求を克服するために賦課されなければならないかを知り得る。というのも、それについて経験が手を差し伸べるからである。しかし、道徳的な責任と害悪を比例的に関係づけることについては、我々は何らの原理を有しないのであり、そしてここからまた可能性を夢みることすらも、笑うべき僭越となるのである⁶⁴⁴⁾」。

この言及からすると、フォイエルバッハは決定論的な思考による犯罪心理学を試み、刑法学を経験科学として扱っている⁶⁴⁵⁾。刑法を心理学的概念でもって把握しようとしている⁶⁴⁶⁾。その際、フォイエルバッハはカント的な人倫の形而上学を道徳の領域に制限したが、自由と超越論的理性は道徳的概念として外的な立法に属する刑法の領域から締め出され、そこか

639) Naucke, a.a.O. (Fn. 583 (Kant), S. 51.

640) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 54.

641) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 54 ff.

642) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. VIII f.; ders, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 70 f, 76, 97.

643) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 33.

644) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 34.

645) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 145.

646) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. VIII.

ら「法論の領域では決定論者である⁶⁴⁷⁾」ことを認めた⁶⁴⁸⁾。つまり、理性的人格の自由ではなく感覚的で衝動に突き動かされる存在の「行為の危険性」が刑量を定めることになる⁶⁴⁹⁾。

そうしてフォイエルバッハは次のことを確認する。「刑罰によって主体に影響されることになり、均衡（Gegengewicht）が犯行に誘われる原動力に対置されることになり、後者が前者によって廃棄され、それによってその人の恣意が合法性へと心理的に決定されることになる。つまり、刑罰権はどのようにして人間を考察しなければならないのか？どのように、自ら決定するのではなく自然のメカニズムによって決定する自然的存在と異なるのか？……自由ではなくむしろ人間に備わっている本性であるものが刑罰権の対象となる。刑罰権が関係づけられ、刑罰権が介入する、つまり処罰を欲し、介入し、それが市民的に処罰することができるものは、自由ではなく決定され得るところの、自然に服する人間なのである⁶⁵⁰⁾」。そして、「法律にて威嚇をすることが規定され得る人間だけをその客体とするなら、刑罰を課すことそれ自体も、処罰されるだろう者との関係において別の対象を持ち得ないということになる。……同じ主体に、そこに立法者の制裁が関係されるところの主体の同じ性質に、まさにこれに、裁判官も法律の適用において関係されなければならない」のである⁶⁵¹⁾。

さて、フォイエルバッハにとっては、刑罰的考察の対象は、自由で叡知

647) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 134.

648) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 70 ff, 76 ff, 91 ff.

649) その結果、「外形的可罰性の程度はせきたてられる本性的原因の大きさと強さとともに高まり、例えば、悪い教育によって墮落し、そして深く根づいており、激しくせきたてられる感覚的衝動の欲求に従って犯罪にひきつけられる犯罪者は高い程度に可罰的である……というも、自由が高い程度に犯罪によって減じられているにもかかわらず、けれども彼はちょうどそれ故により大きい自由をもって行動し、そこから彼の良心のために可罰的である者よりも広く危険であるからである」(Feuerbach, a.a.O.(Fn. 603 (Revision 1)), S. XXII)。

650) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 130 f., 133.

651) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 135 f.

的存在, 理性的な存在としてではなく, むしろもっぱら自然法則に従って決定される存在であり, そして「外的平穩, 制限されていない共存の状態」の維持のための「理性的感覚的存在」として強制されることになる⁶⁵²⁾。そうして, 前述のように, 国家が保全の権利を有することと結びつけられるのである⁶⁵³⁾。しかし, 保全の権利に刑罰の正当化の根拠を有しなければならぬとしても, 果たしてどのようにしたら, 保全が成功しなかったことの表れである, 既に生じている犯行に組み込まれ得るのであろうか⁶⁵⁴⁾。

この問題に対し, フォイエルバッハは, 刑罰賦課の根拠と目的が現実には国家の保全機能から解き放たれるとはしなかった⁶⁵⁵⁾。フォイエルバッハによれば, 害悪は, 現実には刑罰威嚇の効果を与えるために, そして他人の犯罪を防ぐために賦課されることになる。

「刑罰目的はそもそも侮辱が生じないという必然性を規定する。それ故, 欲求力の本性によって, それにより法違反的行為へと駆り立てるものが克服されるところの手段が存在しなければならず, これは, 違反が必然的に犯行への満たされない欲求のために不快より大きいところの害悪を伴わされるという確信に他ならない。それ故に, 次のことは必然的である。すなわち, (1) 法律によってこの害悪が威嚇され, そして, (2)

652) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 111.

653) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 111.

654) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 54. さらに, ヘーゲルが言うように, 「単に既に別の害悪が存在しているために害悪を欲することは非理性的とみなさ」れ得ないのかという疑問も生じる (Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §99)。

655) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 54 f. そうでなければ, 「刑罰は以下のこととは別の意図を有することはできないだろう——つまり, 処罰する, それ故人格に対しその道徳にふさわしくないために, それについて神のみが権利を有するところの害悪を賦課するか, あるいは, あらゆる理由なく, それにつき誰も権利を有せず, それによって処罰されたもの自体が非常に可罰的犯罪者に品位を貶められるだろう, 感覚性を傷つけることとは別の意図を有することになるだろう。それは, 「理性的存在の自由の制限を……処罰されるものの権利の保全, 保護のためにだけとしては……法律において規定されることも執行されることもできない」 (Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 2)), S. 132)。

条件が存在するならば現実に執行されるということである⁶⁵⁶⁾」。

フォイエルバッハによれば、法律は害悪の必然性についての表象を、法律の遵守は害悪の現実性についての表象を与えることになる。「法律による威嚇だけでも犯された犯罪のために害悪の現実の賦課、それは犯罪へと決定される原動力の克服のためのための原動力として作用し得るが、その害悪の賦課だけでもない。両方がこの目的に統合される。法律は害悪の必然性についての表象を、法律の遵守は害悪の現実性についての表象を与える。法律は威嚇を含み、法律の執行は威嚇の効果を与える。法律は、権利侵害を伴う害悪の賦課が法的——必然的賦課であるということの規定するが、執行は、この法秩序が単に理念的にではなくむしろ現実的に、法の威嚇は見せかけの威嚇ではなく現実の威嚇であるということの規定する⁶⁵⁷⁾」。つまり、刑罰賦課の目的は「威嚇自体に効果を持たせることにある以上のものではない⁶⁵⁸⁾」のである。

しかし、この考え方には根本的な問題が残る。犯罪行為が威嚇にもかかわらず生じたのであるなら、威嚇は「その目的つまり抑止を威嚇される行為によって達成されなかった⁶⁵⁹⁾」ことになるのである。フォイエルバッハ自身が認めるように、犯罪行為者の生じた犯行に関して害悪を賦課したことは、「効果がなか」ったことになる⁶⁶⁰⁾。

したがって、ルーデンが述べるように、「犯行への快楽が現実に行為につながるなら、その概念を犯罪者の行為によって後から続くのではなく先手を打つべきところの予防についてはもはや語り得ないだろう⁶⁶¹⁾」。「そ

656) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 75.

657) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 52.; ders., a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 226.

658) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 226.

659) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 97.; Schild, a.a.O. (Fn. 545 (Die unterschiedliche Notwendigkeit)), S. 94.

660) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 97.

661) Heinrich Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, 1842, S. 53.

れ故、求められる予防は法秩序の現実のかく乱に対してもはや行われえない⁶⁶²⁾」のであり、そしてそれによって刑罰の執行はさらに威嚇の将来の現実の効果、つまり他人の威嚇だけを目標とし得る。「法はあらゆる市民を威嚇するが、執行は法律に効果を与えるべきなので、賦課の最終目的は同じく法律による市民の単なる威嚇である」ことになる⁶⁶³⁾。

このようなフォイエルバッハの試みでは、あくまで現実の効果を狙って刑罰を賦課することになるので、その効果が経験的に検証されていなければ刑罰の正当性も根拠づけられないであろう。しかも、犯罪行為者は理性的な存在ではなく、経験的な自然法則に決定づけられる存在であった。それ故に、刑罰賦課による威嚇でもって、他人の犯罪を防ぐものであり、目的の為の単なる手段として、行為者は物権の対象に貶められるという批判からは免れないのである。

小 括

フォイエルバッハの刑罰理論は、確かに、カントのように犯罪行為者も理性的な存在として扱わなければならないことには言及していた。しかし、刑罰の正当性の場面では、フォイエルバッハが問題としたのは、国家の予防的保全機能であり、「そこではあらゆる人が彼の権利を十分に行使でき、侮辱の前に保全する⁶⁶⁴⁾」ところの状態の実践的保障であった。そして、その保全のために、刑罰賦課によって人々の行動を動機づけ、犯罪を予防しようとするものであった。それも、刑罰賦課の目的は「威嚇自体に効果を持たせることにある以上のものではない⁶⁶⁵⁾」ので、そこで前提とされる人間は、感覚的で経験的な、心理的に決定される衝動に突き動かされる存在としての人間であり、理性的な存在としてはみなされていない

662) Luden, a.a.O. (Fn. 661), S. 53.

663) Johan Paul Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinsamen in Deutschland geltenden
Peinlichen Rechts, 1. Aufl., 1801, S. 18 を参照。

664) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 39.

665) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 226.

ことになる。

加えて、フォイエルバッハの刑罰理論は、将来の危険を防ぐことに目を向けるが故に、犯罪は刑罰の契機にすぎない、すなわち、犯罪と刑罰に内在的連関がないことになり、刑罰の正当性に関して、その予防という目的は外在的な要素に過ぎないことになる。ここでは、フォイエルバッハも、カントが叡智界と現象界で分断されていたように、刑罰の正当性と目的の関係も分断されていることになる。その意味では、彼の刑罰論は、犯罪の予防という目的を持った「相対論」であり、犯罪を刑罰の外在的根拠とみなす、犯されないようにという意味での「相対論」ということになる。

しかし、このような「相対論」は、経験的検証可能性を必要とするという点で、つまり、犯罪の発生はその予防の失敗を意味するという点で、刑罰が何故許されるのかという刑罰の正当化根拠としては、不十分なものである。予防の失敗は刑罰の正当性を奪い、それは単なる害悪ということになってしまう。次章では、ヘーゲルの刑罰論を扱うことで、カントやフォイエルバッハでは分断されていた、刑罰の正当性と目的の連関を明らかにしていきたい。

第六章：ヘーゲルの刑罰論

ヘーゲルの刑罰論は、その主要な部分を『法哲学綱要』において記述しているが、犯罪の予防を目的とする「相対論」、特にフォイエルバッハの理論を批判し、刑罰の正当性を経験的検証という認識論的弱点からはなれた「応報」と結びつけているが故に、目的から離れたという意味での「絶対論」であるとの理解がなされてきた。しかしながら、カントの刑罰理論の検討で示したように、ヘーゲルの刑罰理論を目的を有しないという意味での「絶対論」と評して良いかは再考されなければならない⁶⁶⁶。確かに、

666) 日本における議論については、さしあたり、木村靖比古「ヘーゲルの刑法理論 そのメ

彼は法の「否定の否定⁶⁶⁷⁾」として刑罰を犯罪の反作用として捉えているが、しかしながら、後述のように、ヘーゲル刑罰論においても「目的」は扱われていたのである。本章では、ヘーゲルがどのようにして刑罰の正当性を認めてきたかを考察することで、その刑罰の正当化根拠と目的との関係を検討していきたい。

第一節：ヘーゲルの思考方法について

さて、ヘーゲルの刑罰論に移る前に、その構造をより明確なものとするために、その思考方法、すなわち、法哲学を含めてヘーゲルの作品の全内容を規定している、弁証法的方法論をおさえない。ヘーゲルの弁証法は、差異の自己区分 (Selbstunterscheidung) と止揚であり、テーゼ、アンチテーゼ、ジンテーゼの設定という形式における概念の論理的展開である⁶⁶⁸⁾。概念の弁証法的展開においては、テーゼとアンチテーゼが、まずもって対置される契機としてお互いに厳格に対峙されるのではない。むしろ、両者の契機的一方が優越すると証明され、すなわち、他方でそれ自身において受け取られ、そうして全体へと、ジンテーゼとして統一体へとなる。思弁的ないし弁証法的思考とは、概念の内在的自己活動がその契機の区分と止揚において認識するところのものである。ヘーゲルの方法論における「思弁的なもの」は「それを統一するものとして対置されるものを把

▼特色とカントの理論との比較」奥州大学紀要 4 卷 (1972年) 17頁以下および 5 卷 (1973年) 1 頁以下、山口邦夫「刑法学におけるヘーゲル学派——ケストリンとベルナーにみる基本的思惟——」法学論集10巻132頁以下、中義勝「ヘーゲルの刑法論と人間像」関西大学法学論集30巻 5 号 (1981年) 583頁以下および 6 号 (1981年) 756頁以下、椿幸雄「ヘーゲル『刑法学』の世界——刑法学における『全』・『個』の理論——」鹿児島大学法文学部紀要 25 卷 1・2 号 (1990) 13頁以下、松生建「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰」海保大研究報告43巻 2 号 (1997年) 1 頁以下および44巻 2 号 (1998年) 25頁以下、同「法定刑の引き上げとヘーゲルの刑罰論」法律時報78巻 3 号 (2006年) 38頁以下等を参照されたい。なお、ヘーゲル学派の刑罰理論の検討は他日を期したい。

667) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97/Zusatz Gans.

668) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 31.

握すること」によって特徴づけられる⁶⁶⁹⁾。

思弁的ないし弁証法的方法論の、あるいは、概念の自己活動の特徴としては、それがいわば円環的な経過をたどることにある。哲学における「前進」とは、ヘーゲルが学問の端緒についての彼の考慮の枠組みにおいて認識しているように、「起源と真実への根拠の後退であり、そこに、起源とされるものに依存しており、そして現実に想起される⁶⁷⁰⁾」。これが意味するのは、以下のことである⁶⁷¹⁾。

「学問にとって本質的なものは、純粋に直接的なものが端緒であるということではなく、むしろその全体が自らへの循環自体であるということである。そこでは前者が後者にも、そして後者が前者にもなる。——そこから生じるのは、必然的なものとして、そこにおいて根拠へと立ち返ることが帰結となる。この考慮によって前者が同じく根拠であり、後者は演繹されたものである。前者が由来され、正しい演繹によって根拠としての後者へと至ることによって、これも結論となる。端緒となるものからのさらなる発展は、そのさらなる規定としてのみ見なされ得るのであり、その結果、端緒となるものはあらゆる結果を根拠にしているのであり、そこから消えることなく存在する。発展していくということは、別のものが演繹されるだけ、ないし、真に他のものへと移行されるということにあるのではない。——そしてこの移行が生じる限り、同じく再び止揚される。哲学の端緒とはあらゆる以後の展開において現在し、維持される基礎であり、そのさらなる規定はまるきり内在的に存続する。——この発展によって端緒は、それがそもそも直接的なもの及び抽象的なものであることの、この規定においては、一面的なものを有す

669) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Wissenschaft der Logik I*, Werkausgabe 5, Herausgegeben von Moldenhauer (schurkamp taschenbuch wissenschaft 605), 1986, S. 52.

670) Hegel, a.a.O. (Fn. 669 (Logik I), S. 70.

671) そして、この一節が、「法学は哲学の一部であり、そして「そこに哲学の学問的手続きがあるということが、ここでは哲学的論理から前提とされる」が故に、ヘーゲル法哲学の理解にとって決定的となる (Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 2)。

るということを提示することになる。端緒は媒介されるものとなり、その際、学問的前進のラインは円となる。——同じく生じるのは、端緒をなすものが、それがそこにおいていまだに展開されていないもの、内容のないものであることによって、始まりにおいては真に認識されず、学問によって初めて、それもその展開全体において、その完全で有意義なまづもって真に根拠のある認識になる⁶⁷²⁾」。

これがヘーゲルの思考方法における円環の特徴である。「出発点が結果において止揚された契機として示されるので、結果は出発点の真なるものであり、そしてそこから活動が生じて、活動が立ち戻る基礎となる。……この活動は、全体が既に始まりにおいて前提とされるが故に、ないしは、全体が、そこに相違が含まれる、そしてそれ自体をこの相違の統一体として認識するもとの統一体であるが故にのみ、可能なのである⁶⁷³⁾」。

もともと、ここで注意されなければならないのは、テーゼ・アンチテーゼと、ジンテーゼの関係である。テーゼからアンチテーゼを経てジンテーゼへと至る弁証法的推論の全体性は、ラレンツによれば以下のことになる。すなわち、「それは、あたかもテーゼとアンチテーゼが堅固に対置され、ジンテーゼが第三のものとして加わり、そうして例えば『中間的ライン』ないし『妥協』であったろうかのような表象を呼び起こしたが、その表象はヘーゲル弁証法の本質を完全に誤解している。テーゼとアンチテーゼは、お互いに二つの堅固に対置される等値のもののように維持されるのではなく、むしろ、テーゼは、それ自体として考えることのできないアンチテーゼを、その反対物として措定し、そして同じく、それ自体において反対物を止揚し、そうしてジンテーゼへと至る、優越した全体として自らを措定する。……ジンテーゼはテーゼとアンチテーゼに加わるのではなく、むしろテーゼからアンチテーゼへの活動なのであって、活動とは、そこに

672) Hegel, a.a.O. (Fn. 669), S. 70

673) Karl Larenz, Hegels Begriff der Philosophie und der Rechtsphilosophie, in: Binder/Busse/Larenz (Hrsg.), Einführung in Hegels Rechtsphilosophie, 1931, S. 18.

において一方が同じく対置されるものをそれ自体において含み、それを止揚することである⁶⁷⁴⁾。「そうしてあらゆる契機が固有のやり方で概念全体を示し、同じく概念の内在的自己活動における必然的な段階でもあることになる⁶⁷⁵⁾」。

ヘーゲルの考え方とは、まずもって抽象的及び直接的なものとして受け取られるものは、媒介するものとしても示され、帰結は初めは一般的であったものよりも富んだ形式のみをなしており、その結果が抽象的で直接的なものとして受け取られるもとなる、というものである⁶⁷⁶⁾。ヘーゲルの言葉を借りれば、「理念は、それが最初はまず持って抽象的概念でしかないが故に、常にさらにそれ自体において規定されなければならない。しかし、この最初の抽象的概念は決して止揚されず、むしろ、それは常にそれ自体においてのみより富んだ概念となり、後者の規定がそうして最も富んだ規定となる。それ自体でのみ存在する規定は、それによりその自由な独立性に至るが、その結果、概念はあらゆるものを包含し、内在的手続きによってのみそれ固有の相違へと至るところの、魂を留めているのである。そこから、概念が何か新しいものに至るとは言えず、むしろ、最後の規定は統一体において最初の規定と再び結びつく。概念がその現存在において分裂せられるように思われる場合でも、このことは発展自体において示されるみせかけにすぎないだろう。なぜならば、あらゆる個々のものが一般的なものの概念へと結果的に再び立ち戻るからである⁶⁷⁷⁾」。この態様で、「我々の弁証法の経過とは、抽象的形式が対自的なものとしてあるのではなく、むしろ、仮の姿として示されるという形で行われる⁶⁷⁸⁾」。

つまり、学問的哲学とは、ヘーゲルにとっては、「具体的なものとして

674) Larenz, a.a.O. (Fn. 673), S. 14 f.

675) Larenz, a.a.O. (Fn. 673), S. 14.

676) Friedrich Hogemann/Walter Jaeschke, Die Wissenschaft der Logik, in: Pöggeler (Hrsg.), Hegel. Einführung in seine Philosophie, 1977, S. 87.

677) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 32/Zusatz Gans, S. 86 f.

678) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 32/Zusatz Gans, S. 86 f.

の眞実がそれ自体において含まれるものであり、統一体にまとめられて結びつけられるものとしてのみ、すなわち、全体性としてのものだけであるが故に、本質的体系である⁶⁷⁹⁾。「内容は契機全体としてのみその正当化を有する⁶⁸⁰⁾」。法哲学の個々の場面で展開される規定は、それ故、その規定が体系的連関によって根拠づけられる限りでのみ、眞実から妥当するのみである。ラレンツによれば、「全体となるものとしての眞実は、この命題についての弁証法的体系であり、その第三のものは『対自的に』補完が必要で『即時的に』不完全な前二者がそれ自体においてまとめ『止揚する』』のである⁶⁸¹⁾。

したがって、ヘーゲルの法哲学において扱われている「抽象法」と「道徳」は、切り離し得る、独立して存在する、対自的に理解できる法哲学の一部なのではなく、むしろ、より高次の統一体の単なる契機である⁶⁸²⁾。なぜならそれは、人倫の領域において止揚されるからである⁶⁸³⁾。ここでは、あらゆるものに先行して国家の制度において、ジンテーゼが抽象法の客観性と道徳意思の主観性から執り行われる⁶⁸⁴⁾。それ故、法哲学は単に「最初から」ではなく、むしろあたかも「後から」、つまり人倫で始まるものとして読み取られる⁶⁸⁵⁾。「現れている現実においては、抽象的規定とは全体性がなく対自的に存在し得るのではなく、むしろそれは、つまり存在においても、それに先立たなければならないところの基盤としての全体性

679) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 3. Aufl. 1830, Bd. I und III, §14, S. 59 f.

680) Hegel, a.a.O. (Fn. 679 (Enzyklopädie 1830 I)), §14, S. 59 f.

681) Karl Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 32. なお、Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 105 f. も参照。

682) Heidemarie Schumacher, Hegels Rechtsphilosophie, 1989, S. 18.

683) Karl Larenz, Staat und Religion bei Hegel, in: ders. (Hrsg.), Rechtsidee und Staatsgedanke. Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte. Festgabe für Julius Binder, 1930, S. 243, 250.

684) Larenz, a.a.O. (Fn. 683), S. 252.

685) Schumacher, a.a.O. (Fn. 682), S. 8.

を必要とする⁶⁸⁶⁾」のであり、哲学の規定とは、全体を前提として規定していき、全体に立ち返る、ということを示すのである⁶⁸⁷⁾。つまり、確かに「学問的概念の進行においては国家は帰結として」現れるが、しかし「現実においては……国家はそもそも……第一のものであ」り⁶⁸⁸⁾、「厳格な法、道徳、帰属等々の形式は、より後になってようやく行われ、家族や国家の中で初めて問題になり、家族や国家が存在する場合に初めて扱うことが可能になる」のである⁶⁸⁹⁾。「人倫は法や道徳の基礎である⁶⁹⁰⁾」のである。この、あたかも円環のようなヘーゲルの哲学の構造においては、一方では抽象法とは国家が締結して規定されることから結果として現れる、全体的展開の萌芽をなすもの（Keimform）であるが、他方では同じく最終的なものなのである⁶⁹¹⁾。というのも、それは、法哲学的形成の全体系を基礎づけるからである。したがって、ヘーゲル刑罰論は、抽象法における考察において既に、人倫において初めて扱われる国家の存在、裁判所の存在を前提としているのである。

第二節：ヘーゲル刑罰論の特徴

第一款：経験と理性の融和

カントの刑罰理論では、刑罰は理念的な国家的法秩序の回復に向けられており、その際、人々は理性的な存在として扱われていた。現実に刑罰執行において問題となる予防は、刑罰に付け加わってもよいものではあるが、しかしその本質ではなく、内在的に結びつく必然性はないものであった。そして、結局、カントが用いた経験的な現象界と理念的な叡智界での

686) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 168.

687) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift, Herausgegeben von Dieter Henrich, 1983, S. 57.

688) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 256/Anm., S. 397 f.

689) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 32/Anm., S. 85.

690) Hegel, a.a.O. (Fn. 679), § 408/Zusatz Gans, S. 171.

691) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 107 f.

分断が、現実にとどのように結びつくことになるかは不明確なままである。それに対して、フョイエルバッハの刑罰理論は、現実の国家の保全権に結びつけられており、その際、人々は経験的な存在、自然法則に支配されている衝動的な存在として扱われていた。犯罪行為者は理性的な存在として尊重されなければならないとはしていたものの、将来の危険を防ぐことに目を向けるが故に、犯罪は刑罰の契機にすぎず、刑罰の正当性に関して、その予防という目的は外在的な要素に過ぎないことになる。両方とも刑罰論において、この理性的な側面と経験的な側面は分断されていたのである。それでは、ヘーゲルにおいてはどのように考えられていたのか。

ヘーゲルにおいては経験と理性は再び相互に宥和される⁶⁹²⁾。ヘーゲルによれば、理性とは、「無限の力」であり、「無力なものではなく、主体をただ理念にまで、当為にまで至るだけの力を持つのであり、そして現実の外側でのみ、それがわかっている者にとっては、特別なものとして幾人かの人間の頭の中で取り扱う力である⁶⁹³⁾」。もっとも、ヘーゲルも、現象と理性がばらばらになることを認めていた。彼によれば、それは「恣意、偶然、錯誤の領域」として特徴づけられたが⁶⁹⁴⁾、そのような非理性的なものも否認しようとはしなかった。彼にとっては、そのような場合、現象は単に空虚な見せかけに過ぎず⁶⁹⁵⁾、それ自体において無効なもの、「悪しきもの⁶⁹⁶⁾」、すなわち、「誤った実存⁶⁹⁷⁾」であり、それは「一時的で意味のないもの⁶⁹⁸⁾」に過ぎず、それ自体破壊され⁶⁹⁹⁾、分解し、没落しなければ

692) Hellmuth Mayer, Kant, Hegel und das Strafrecht, in: Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch, 1969, S. 54, 55.

693) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werkausgabe 12, Herausgegeben von Moldenhauer (schurkamp taschenbuch wissenschaft 612), 1986, S. 21.

694) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 258/Zusatz Gans, S. 404.

695) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 82/Zusatz Gans, S. 173.

696) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 146 f.

697) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 53.

698) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im

ならず、またそのようにされる⁷⁰⁰⁾。その際、現実的なものは実際には理性的だが、「しかし存在するものすべてが現実的ではな」く、「悪しきものは、自らにおいて破壊され、無効にされるものである」⁷⁰¹⁾。

ヘーゲル哲学のこの原理は、人間に関しても妥当する。「情熱」を持つ現実の人間は、つまり、理性的な人格である⁷⁰²⁾。それ故、違反者もまた、家畜、犬、木の一片としてではなく、カントが問題としたような「物権の対象」としてではなく、むしろ、理性的な人格である。ヘーゲルにおいては、権利の侵害は客観的に理性的なものとして非理性的（「それ自身において無効⁷⁰³⁾」）であり、その結果、現実性を有しないので⁷⁰⁴⁾、見かけ上の事実と反して、理性的な人格として扱われるのである。「犯罪者は今なお生きている人間であり」、「肯定的なもの、生命は、瑕疵があるにもかかわらず存在」するので⁷⁰⁵⁾、「処罰において理性的なものとして尊重⁷⁰⁶⁾」されなければならないからである。「この尊重は、彼の犯行それ自体から刑罰の概念や基準が取り出されない場合には、彼に割り当てられない。——同じく割り当てられないのは、また、彼が有害な動物としてしか考慮されない場合であり、それは無害化の場合でも、威嚇や改善の目的でも割り当てられないのである⁷⁰⁷⁾」。

↘ Grundrisse, 1817, § 6, S. 47.

699) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 147.

700) Larenz, a.a.O. (Fn. 673), S. 26.

701) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, Herausgegeben von Karl-Heinz Ilting, Bd. 4, Philosophie des Rechts. Nach der Vorlesungsnachschrift von K.G. Griesheim (1822/23), 1974, S. 923.

702) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 36 ff.

703) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97, S. 185.

704) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 82/Zusatz Gans, S. 173.

705) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 259/Zusatz Gans, S. 404.

706) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 100/Anm., S. 191.

707) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 100/Anm., S. 191.

第二款：「相対論」への批判

そうして、ヘーゲルは、威嚇や改善によって刑罰を基礎づけようとする、「相対論」に対して批判を行っていく。ヘーゲルによれば、相対論では、「犯罪における第一のそして実質的視座である、正義の客観的考察が脇へと追いやら」れてしまうとする⁷⁰⁸⁾。たとえば、改善を目的とする見解に対しては、それは刑罰を単に行為者の「一般的悪しき意思」に対してだけ向けるのであり、「この現実の意思としての、彼のこの犯行における意思」には刑罰を向けないとする⁷⁰⁹⁾。それ故に、「刑罰が威嚇の手段として考慮されるところでは、人間は手段となり、彼の第一の実質的本性によって自由なものとして扱わない」ことになるのである⁷¹⁰⁾。そして、威嚇予防論に対しては、とりわけフォイエルバッハの理論について、ヘーゲルは次のように批判している。すなわち、「犯罪者の主観的側面が、些細な心理的で、理性に対する感覚的原動力の刺激や強さについての表象、つまり、表象への心理的強制と作用についての表象と、本質的なものについて、混同されている⁷¹¹⁾」というのである。さらに、ヘーゲルは、刑罰威嚇の正当性についても疑問を投げかけた。なぜならば、その名宛人は、まさに自由で理性的な人格としてではなく、むしろ感覚的衝動に突き動かされる存在として定義されるからである。ヘーゲルにとっては、「刑罰威嚇は人間を自由なものとして前提にせず、害悪の表象を通して強制しようとするものがある。しかし、法と正義は自由と意思においてその位置を占めなければならないのであり、そこに威嚇が用いられるところの不自由さにおいてではないのである。そのような刑罰の基礎づけでは、あたかも犬に対して杖が振り上げられるようなものとなり、そして、人間は、その尊重と自由をもった者ではなく、犬のように扱われることになる⁷¹²⁾」。

708) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 188.

709) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99 Bemerkung, S. 189.

710) Hegel, a.a.O. (Fn. 687), S. 86.

711) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 188.

712) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Zusatz Gans, S. 190.

したがって、ヘーゲルにとっては、威嚇や改善によって刑罰を基礎づけようとする、「相対論」は、刑罰の正当化根拠としては十分ではないと考えていた⁷¹³⁾。「改善、国家の目的、社会の特別な目的は……何が正義を必要とするのか？という質問に対し輝きを失っている——前者のあらゆるものは、良きものであり、美しいものであるが、正義とは異なっている⁷¹⁴⁾」。改善と威嚇は、ヘーゲルにとっては、カントにとってのように、「正しく……具体的人間に生じ、そして刑罰の質への影響を有しうる規定ではあるが、しかしこれが特定される前に、刑罰の本性は確固とされていなければならない⁷¹⁵⁾」のである。

第三款：犯罪の実存

それでは、ヘーゲルの刑罰論においては、刑罰の本性とはどのようなものとして理解されていたのか。刑罰が、原始的な復讐以上のもの、「既に他の害悪が存在しているために⁷¹⁶⁾」賦課される単なる害悪以上のものであるなら、「即自的かつ対自的に正しい⁷¹⁷⁾」ものでなければならない。ヘーゲルはそれを説明するために、犯罪の実存と結びつけた。すなわち、犯罪の実存とは「取り除かれるべき真実の害悪であり、そこにまさに本質

713) この点で、カントも以下のように述べている。「宣告刑は、犯罪者自身にとってないし市民社会にとって、他人の善を促進する単なる手段としては決して彼に科されえず、むしろ、いつでも、彼が罪を犯したためにだけ、彼に対し賦課されなければならない。というのも、人間は、決して他人の意図のための単なる手段として扱われえず、物権の対象の下に混ぜこめられえないからである。そうではなく、彼は同じく市民的人格性を失って有罪判決を受けることはあるが、彼にはその生まれ持ったの人格性はなお保護される。そこから彼は可罰的であったのでなければならないが、それは、この刑罰から、自らにあるいは彼の同胞に対する固有の有益さをひきだすことがさらに考えられる限りである。刑罰法規は定言命法であり、まさにそのようなものなのである。」(Kant, a.a.O. (Fn. 541), Rechtslehre B 226 (S. 331) (W452).)

714) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99 Bemerkung, S. 189.

715) Hegel, a.a.O. (Fn. 701), S. 286.

716) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 187.

717) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 188.

的点がある。概念がこれに関して一定認識されない限りで、刑罰の見解における混乱が支配しなければならない⁷¹⁸⁾」。

この混乱を解決するために、ヘーゲルはまず犯罪の（そしてその止揚の）現存在と概念の間で区別した。ヘーゲルの見解によれば、犯罪とは、内的で道徳的現存在に対して向けられるのではなく、つまり、単なる心情（その限りで国家的強制はそもそも意味がないが）に対してではなく、むしろ、犯罪は、常に外形的で法的存在に対してだけ背いており、「外形的事象における私の自由の現存在⁷¹⁹⁾」、すなわち、「個々の事象におけるものとしての所有権に——そして、身体、その部位、生命に⁷²⁰⁾」、それを越えて自由の「高次の規定」に、例えば「名誉」の規定、「家族」ないし「国家」に「おける人倫」の規定に背いている⁷²¹⁾。ヘーゲルにとっては、「犯罪は……常に自由の現存在への攻撃である⁷²²⁾」、すなわち、仮にこれが「特別のさらなる特定の内容」を有するとしても、例えば「偽証、国家犯罪、通貨偽造、有価証券偽造等々⁷²³⁾」においても、自由の現存在への攻撃である。「しかし、この形式における実質的なものは一般的なものである⁷²⁴⁾」。そしてそれ故、「犯罪はそもそも事物に当てはまる、それ自体存在する意思の侵害⁷²⁵⁾」であり、あるいは、「それにより、その個々の外形的側面による対象も、それ自体存在するものも侵害されるところの不法⁷²⁶⁾」である。

もっとも、「外形的現存在ないし所有に対してだけのものとしての侵

718) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 188.

719) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §§ 94, 95, S. 180, 181.

720) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 95/Zusatz, S. 182.

721) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 300.

722) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 300.

723) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 95/Anm., S. 182.

724) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 95/Anm., S. 182.

725) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 95 Bemerkung/Anm., S. 183.

726) Hegel, a.a.O. (Fn. 687), S. 85.

害⁷²⁷⁾」,「所有ないし財産の何らかのやり方での損害⁷²⁸⁾」としての侵害に関しては、少なくとも予防としては常に遅すぎるのであり、そして「損傷としての侵害の止揚」は、ただ「このようなものがそもそも行われ得る限りで、賠償としての民事的賠償にすぎないのである⁷²⁹⁾」。つまり、「外形的なものが否定さ」れるなら、「この否定を再び否定すること」は、司法的な回復ないし補償について留保したままであり、その結果、「私は、再び自分の前の状態、所有に在る」ことになるが⁷³⁰⁾、刑法はこの外形的結果を治療することはできないとしたのである⁷³¹⁾。そうして、「犯罪は、それも害悪の惹起としてではなく、法としての法の侵害として止揚される⁷³²⁾」ということになる。「それにより意思の原則が攻撃され、法としての法が侵害される強制」は、「これがそもそも生じうる限り生産物として止揚されなければならないだけでなく、むしろ、法の内的否定は、即自的かつ対自的でないしその全体性において現存在を維持しなければならない⁷³³⁾」。つまり、ヘーゲルは、純粹な刑法的「侵害の積極的実存」を「法としての法の侵害」において、すなわち、「不法を主張する⁷³⁴⁾」「犯罪者の特別意思」において見いだしている⁷³⁵⁾。

第四款：見せかけとしての犯罪

しかし、「個人が自らに対し彼の個別性において敷衍されるものは、一

727) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 98, S. 186.

728) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 94, S. 180.

729) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 98, S. 186.

730) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 98 Bemerkung, S. 186.

731) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 81.

732) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 188.

733) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Die Philosophie des Rechts, Die Mitschriften von Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19), Herausgegeben von Karl-Heinz Ilting, 1983, S. 69.

734) Hegel, a.a.O. (Fn. 701), S. 284.

735) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99 Bemerkung, S. 189.

般的現実性にとって法則とはなりえない⁷³⁶⁾」。むしろ、「権利は……絶対的なものとして……止揚できない⁷³⁷⁾」ので、その結果、犯罪とともに積極的外形的実存へと進められる特別意思は既に「それ自体において無効なもの⁷³⁸⁾」、つまり、実質的に無効なものである⁷³⁹⁾。というのも、「外形的なものは、それが彼の魂への概念を有しないなら」、常に単なる「みせかけだけのもの」でしかないからである⁷⁴⁰⁾。ヘーゲルによれば、みせかけというものは、「本質に適合せず、本質の空虚な分離及び被設定性であり、その結果、両方における相違としての区別であるところの現存在」であり、「そこから、消滅するところの真実でないもの」であり、「不法はこのみせかけである」ことになる⁷⁴¹⁾。「我々がまさに本質と呼んだものは、それに対して特別意思が真実ではないものとして止揚される、権利それ自体である⁷⁴²⁾」。「現実性とは常に一般性と特別性の、本質と実存の、あるいは内的なものとの外的なものとの統一体⁷⁴³⁾」であり、そして、「この統一体が存在しない限り、実存が受け入れられても良い場合でも、そのようなものは現実的ではない⁷⁴⁴⁾」。つまり、ヘーゲルは、「実質的で内容的——概念的、現実的である現実性と、偶然で、外的で歴史的——経験的な現実性の、しかしそれは実質的現実性と相争う限りでみせかけの現実性に過ぎないが、その間で区別している⁷⁴⁵⁾」のであり、理念は現実的であるが、その他の現実性はなみせかけの現実性となるのである。

それによって、犯罪も、いずれにせよ形式的には「理性的なものそして

736) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 52.

737) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97/Zusatz Gans, S. 186.

738) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97, S. 185.

739) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 1/Anm., S. 29.

740) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 482.

741) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 82/Zusatz Gans, S. 173.

742) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 82/Zusatz Gans, S. 173.

743) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 40.

744) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 270/Zusatz Gans, S. 428.

745) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 83.

一般的なもの⁷⁴⁶⁾」であり、すなわち「原理あるいは法則」、それも「ある者を侵害することを許す」という内容の法則である⁷⁴⁷⁾。例えば、犯罪者が人を殺すことによって、「彼は、一般的なものとして殺すことを許すということを告げている⁷⁴⁸⁾」。「彼は殺人者として生命を尊重しないという法則を打ち立てる。彼は一般的なものを彼の犯行において表明したのである。しかしその際、彼は死刑判決それ自体を言い渡されるのである⁷⁴⁹⁾」。ここに、ヘーゲルは刑罰を正当化する根拠の一端を担わせているように思われる。もっとも、この言明だけでは正当足りうるかの検討は十分ではない。そこで、以下では、この言明について検討をしているレッシュの見解を追うことで、ヘーゲルがどのように刑罰を正当化しようとしていたかを検討したい。

第三節：レッシュによる分析

第一款：犯罪行為者に対する刑罰の主観的な正当化

さて、レッシュによれば、形式的には理性的だが、しかしみせかけのものに過ぎない、この犯罪に含まれる法則、例えば殺人によって人を殺すことが許されるという法則によって、「犯罪者自身に対する刑罰の正当化」が問題になるとする⁷⁵⁰⁾。これは、ヘーゲルの「犯罪者に生じる侵害が、それ自体正義であるだけでなく——正義として、それは同じく彼のそれ自体存在する意思、彼の自由の現存在、彼の権利であるが——、侵害は犯罪者自身に対する、すなわち、彼の現存在的意思、彼の行為における権利をも設定される。というのも、彼の理性的なものとしての行為にあるのは、それが例えば一般的なもの、侵害によって彼が彼自身において承認した法

746) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 100, S. 190.

747) Hegel, a.a.O. (Fn. 733), S. 238.

748) Hegel, a.a.O. (Fn. 733), S. 70.

749) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 318 f.

750) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 84 ff.

律、つまりその下に彼は彼の権利の下にあるものとして包摂されても良いところの法律が打ち立てられている⁷⁵¹⁾」。そして、「彼が行ったように彼に生じるべきであり……それは彼の意思であり法則である。彼が行ったことは、彼に対して敵意を持って暴力をもたらし……それは彼に妥当される固有の犯行である——一般的なものに、それについて彼は特別なものであるが……彼はそれを考えなかった——が、理性的なものとして意思として行われた⁷⁵²⁾」ということに由来する。

レッシュによれば、ヘーゲルが言うように「刑罰が……彼自身の権利として含有されて評価されるということにおいて、犯罪者は理性的なものとして尊重される⁷⁵³⁾」のであって、「つまり、行為者が再び侵害されることによって、彼は理性的なものとして、彼の意思は法則として承認される⁷⁵⁴⁾」とするのである⁷⁵⁵⁾。ヘーゲルによれば、「行為者が理性的な存在であることによって、彼の行為にあるのは、報復が一般的なものであるということである。汝が他人のものを奪ったのなら、汝も奪われる！汝が誰か人を殺したら、あらゆる者そして彼自身さえ殺すのである！行為は、汝がたてた、そして汝がちょうどその行為によって即自的かつ対自的に承認したところの法則である。そこから行為者は自らに対し、彼が立てたその行為態様の下で包摂しても良く、その限りで彼によって侵害される同等なものが再び打ち立てられるのである⁷⁵⁶⁾」。つまり、ここでは、行為者は、

751) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 100, S. 190.

752) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 101 Bemerkung, S. 195.

753) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 100/Anm., S. 191.

754) Hegel, a.a.O. (Fn. 733), S. 238.

755) 「このようなものとしての獣は特別なものだけを行う。しかし人間は彼が欲することをすることができ、そこにおいて同じく一般的なものを行ったのである」(Hegel, a.a.O. (Fn. 687), S. 87.)。

756) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse, in: des., Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817, Werkausgabe 4, Herausgegeben von Moldenhauer (schurkamp taschenbuch wissenschaft 604), 1986, Rechtslehre § 20, S. 244.

経験的で自然法則により決定される衝動に突き動かされる存在ではなく、むしろ理性的な人格として受け取られることになるのである。

もっとも、後述するように、ゼールマンは、ヘーゲルのこの思考過程を「維持不可能なもの」として批判した⁷⁵⁷⁾。「自己矛盾から、道徳的必然性として行為者への誤った格率の適用が生じるという、更なる一步は、追試できないように思われる⁷⁵⁸⁾」とするのである。「行為者を理性的なものとして扱うという正しい要求は、けれどもまだまだ、個々の非理性的な犯行を彼に対して、そしてある一般的義務要求を彼に負担させるということを意味しえない。けれども、彼を理性的なものとして扱うことは、彼をまさに、厳然と彼固有の（服するだろう）一般的に現存する理性で非難すること、個々の事例では、何か非理性的なものを行ったということだけを意味し得るのである。結局、その際刑罰は、彼に対してまだ正当化されていないということを認めざるを得ない⁷⁵⁹⁾」。ゼールマンは、法則に含まれる人間を殺してよいなどという「非理性が、（犯行という——筆者注——）非理性へのリアクションにとっての基準とされるべきかどうかは、倫理内的なものにとっても疑わしいように思われる⁷⁶⁰⁾」とするのである。

この指摘に対し、レッシュは次のようにかわそうとする。すなわち、「行為者の格率は、理性的な型式と非理性的内容の相違のためにまさに『普遍化』されず、そして、一般的でなくむしろ特別な、行為者の一身に制限される義務を化されるべきである」とするのである⁷⁶¹⁾。彼は、ヘーゲルを引き合いに出して、「理性的なものとしての行為者は、ある、しかし形式的で彼によってだけ承認された法則を打ちたて、一般性により自ら同じく法則の下に包摂する⁷⁶²⁾」ことから、この法則は行為者にだけ妥当

757) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 68.

758) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 69.

759) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 69 f.

760) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 70.

761) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 88.

762) Hegel, a.a.O. (Fn. 698), §414, S. 285.

し、「単なる形式的に理性的な、そしてその限りでただ普遍化可能性の要求を備えただけの法則として、行為者の格率は、実際には不十分で、まったく彼の主観性に結びつけられたままである⁷⁶³⁾」とするのである。ここでは、「犯罪それ自体が犯罪者にとって妥当される」という意味での犯罪行為者に対する主観的正当化のみが問題とされているのであって、ゼールマンはこの点を考慮して無いと言う⁷⁶⁴⁾。そうしてレッシュは、刑罰の客観的正当化も必要とされるとするのである。

第二款：「否定の否定」としての刑罰の客観的正当化

レッシュによれば、刑罰は、犯罪者自身に対してのみ正当化されるであり、まだ決して客観的理性的なものとして、「即自的かつ対自的に正しい⁷⁶⁵⁾」としては基礎づけられていない。そこで、ヘーゲルの「否定の否定⁷⁶⁶⁾」に着目し、刑罰の客観的正当化を図ろうとする。ヘーゲルの言う、「存在する意思としてのこの意思の侵害は……そうでなければ妥当されるだろう犯罪の止揚であり、そして法の回復である⁷⁶⁷⁾」という言明に由来するものである。

ヘーゲルにとって秩序の回復は、「歴史的——弁証法的並びに社会的——機能的次元を有し⁷⁶⁸⁾」、その限りで彼は刑罰の「内的必然性」と「外的必然性」の間で区別した⁷⁶⁹⁾。これはヘーゲルの歴史観と関係する。

「理性は、無限の力のような実体であり、またそれ自身無限の形式のようにあらゆる自然的で精神的生命の素材であり、その内容の活動である……実体は理性、つまりそれによってそこにおいてあらゆる現実性が

763) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 88 f.

764) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 89.

765) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99/Anm., S. 188.

766) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97/Zusatz Gans, S.186.

767) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99, S. 187.

768) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 91.

769) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 96 Bemerkung/Anm., S. 184.

その存在と存立を有するものであり、——無限の力とは、理性がそれほど無力では無いことか、理念まで、当為までもたらず力にすぎず、そして、現実性の外でのみどこでなのかを知っている者にとって、例えば特別なものとしてある人間の頭の中で存在する力でしかない。——無限の内容はあらゆる本質と真実を、そしてそれ自身を、理性がその活動に対して用いる素材である。というも、理性は無限の行為のように、外形的材料の条件を、そこから理性がその活動の糧と対象を受け取る、与えられた手段の条件を必要としないからである。理性はそれ自身で活力を見だし、それ自体理性が作り出す素材でさえある。理性がそれ自身の前提でしかない、その目的が絶対的最終目的であるように、理性とは自然的宇宙だけでなく精神の宇宙の現象における——世界史における——内なるものからのその活動と惹起でさえある⁷⁷⁰⁾。

つまり、世界史とはヘーゲルにとっては「世界精神の理性的で必然的な歩み⁷⁷¹⁾」であり、「創造的理性の純粋な生産物⁷⁷²⁾」である。犯罪によって生じる見せかけは、「形式的——特別な法則はそうでなければ見せかけの権利として妥当を要求し、その際そこではあらゆる存在がもっぱら理性的なものとなる歴史的——弁証法的プロセスと矛盾するために」止揚されなければならないことになる⁷⁷³⁾。「法の法としての生じた侵害」の無効性の表明は、「同じく存在することになるその侵害の無効——法の侵害の止揚によってそれ自身で媒介されるその必然性としての、法の現実性⁷⁷⁴⁾」である。「現実的な法とは……この侵害の止揚であり、同じくそこにおいてその妥当性が示され、必然的に媒介される現存在として確認される法である⁷⁷⁵⁾」。ヘーゲルにとっては、「この見せかけの真実性は、それが無効

770) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 20 f.

771) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 22.

772) Hegel, a.a.O. (Fn. 693), S. 28.

773) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 92.

774) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97, S. 185.

775) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 97/Zusatz Gans, S. 186.

であること、法がこの法の否定の否定により確証されることであり、否定の否定によってその媒介のプロセスが法の否定から立ち戻ることを現実的なもの、妥当するものとして規定されるが、というのも、それはまずもって即時的そして直接的なものでしかないからである⁷⁷⁶⁾。レッシュは、ここに、刑罰の「内的必然性」を見る。

続いて、レッシュは、ヘーゲルの言う「否定の否定」において、刑罰が理性内在的に必然であることと並んで、刑罰の「外的必然性」すなわち社会的機能、ここでは社会的理念性維持のための刑罰の機能を見出す。ヘーゲルによれば、犯罪によって「現実にと妥当するものとしての理念の現実の側面が表象され」、「このことが自由になされるなら、このことはあらゆるものを許されたものとするることにな⁷⁷⁷⁾」ってしまう。このような犯罪を処罰しないままであるなら、「社会は破滅してしまうだろう⁷⁷⁸⁾」。それ故、「強盗が犯罪である状態」、「すなわち、犯罪がはばかることなく犯されるという」状態が、見かけ上「犯罪が妥当することが許されるが、反対に心情で犯罪が妥当するという性格で表現され」、再び除去されなければならない⁷⁷⁹⁾。これによって、「そうでなければ妥当するであろう⁷⁸⁰⁾」、つまり見かけ上の存在である犯罪を「それが妥当していないと明らかにすること⁷⁸¹⁾」、換言すれば「侵害された規範が相変わらず理性的なものとして現実的であるということ⁷⁸²⁾」を、今後もまた正しいものであるということを指し示すことが必要になってくる。これは、「否定の否定」によって犯罪が行われた状態から立ち戻ることで、以前の状態が正しかったことを再び指し示し、つまりは、実際に社会における規範が妥当するものであるこ

776) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 82, S. 172.

777) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 96 Bemerkung/Anm., S. 185.

778) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 96 Bemerkung/Anm., S. 184.

779) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 96 Bemerkung/Anm., S. 185.

780) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 99 Bemerkung, S. 187.

781) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), § 96 Bemerkung/Anm., S. 185.

782) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 94.

とを示すということの意味するのだろうか。

第三款：刑罰と「一般予防」

ここで注意すべきは、刑罰による社会教育的な効果、あるいは、行動統制的な効果を狙っているのか、ということである。結論から言えば、レッシュによれば、これは否定されることになる。というのも、ヘーゲルにおいては、犯罪によって侵害された法の妥当性が問題となるのであって⁷⁸³⁾、妥当していた法を回復させるのが刑罰であり、それによって何らかの行動の動機づけ、ないしは規範の形成を意図していたとは読み取れないからである。

もっとも、ヘーゲルは刑罰賦課における予防効果の側面について言及していないわけではない。「現象としての刑罰と特別な意識とのその関係に属し、効果を表象に（威嚇すること、改善すること等々）関係付けるところのさまざまな考慮は、ここでは、それもとりわけ単なる刑罰の方式の考慮において、確かに本質的な意義を有するが、しかし処罰することが即時かつ対目的に正しいという基礎づけを前提としたものである⁷⁸⁴⁾」。ここではつまり、あくまでも刑罰が正当であることを前提として、その上で、刑罰執行のやり方、量刑の対象として考察しているのである。

第四款：まとめ

レッシュの分析によれば、刑罰が正当であるためには、犯罪行為者自身

783) 「路上強盗においては、安全、安心なものとしての道路の妥当が侵害されている。公共の侵害がその犯罪の危険性である。公共の所有が侵害されるとき、まず第一に侵害される所有が、しかし同じく、侵害される私の所有の安全だけでなく、国家においては一般的所有が侵害されているのである。このことは行為の一般的本性である……犯罪者は無限のものを侵害し、自らの中に一般的権利を有する個々のものは、個々の所有だけを侵害するのではなく、そもそも所有の妥当を侵害する」(Hegel, a.a.O. (Fn. 701), S. 326 f.)。問題となるのは法の妥当性である。

784) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §99/Anm., S. 188.

における主観的正当化と、社会において犯罪によって示されたみせかけの状態を、無効であると表明する、客観的正当化が問題になるとされた。そして、その際、刑罰はあくまで犯罪の反作用として生じるので、犯されたが故にという意味での「絶対論」的側面を有していた。しかしながら、犯罪を無効と表明する、すなわち、「否定の否定」によって、侵害された規範が今後もまた正しいものであるということを示すために、刑罰は賦課されるので、目的を有しないという意味での「絶対論」ではなく、まさに刑罰の目的を有する「相対論」であった。そして、威嚇や改善といった予防は、あくまで刑罰が正当であって初めて考慮される、しかも、刑罰の本質ではなく、むしろ刑罰の方式で考慮されるものであった。

しかしながら、レッシュの主眼は、そもそも刑罰が何故許されるのか、に向けられているわけではなく、刑罰論から見た犯罪論の再構成にむけられていることに注意しなければならない⁷⁸⁵⁾。すなわち、レッシュは、犯行為と刑罰の関係、犯罪は刑罰の内在的根拠であるのか、それとも、犯罪は刑罰の単なる契機であって、刑罰犯罪の外在的根拠に過ぎない、すなわち、予防効果というものは、犯行を超えて行為者の危険性が故に狙われると考えるか、という視点で分析を行っているのである。それ故に、レッシュの分析では、犯されたが故に刑罰が、それも目的をもって、賦課されるということは判明しても、何故刑罰という害悪を伴った強制が許されるのか、何故刑罰が正当であるのか、ヘーゲルに即して言えば、「即自的かつ対自的に正しいもの」であるかの分析が、不十分なのである。そこで、同じくヘーゲルの刑罰論を分析する、ゼールマンの研究を考察することで、この点を明らかにしていきたい。

第四節：ゼールマンによる分析

ゼールマンによれば、ヘーゲル刑罰論においては、刑罰の正当化につい

785) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 1 ff.

て二つの試みがなされているという⁷⁸⁶⁾。すなわち、ヘーゲルの『法哲学綱要』の §100 と §97 のそれぞれから刑罰の正当化の試みがなされているとして、前者を「法則論拠⁷⁸⁷⁾」、後者を「承認論拠⁷⁸⁸⁾」としている。ゼールマンはそれぞれにつき検討を行うわけであるが、その前に、ヘーゲル刑罰論では行われていない、契約論的な刑罰の基礎づけ、すなわち、社会契約による国家への防御権の譲渡による刑罰の基礎づけの問題性につき言及している。そこで問題となるのは、社会契約における最初の同意によって犯罪を遂行した場合に刑罰に同意している、ということである。社会契約によって刑罰に同意している者は、そこでは「認められた権利が他者のかの権利の尊重によって相互に条件づけられていることに他者と合意している者」であり、「犯罪遂行によって、そのために与えられた刑罰を知らながら、現に推断的に処罰へと同意する者」ということになるが、かの者は、自らの処罰の不平を言うことは許されないことになる⁷⁸⁹⁾。しかしながら、ベッカーリアにおいて死刑が批判されたように、「ある者が、歴史的ないし仮定的社会契約において自由刑ないし死刑にさえ合意を表示しているだろうことは、この放棄の重大性に対して自明の想定ではない⁷⁹⁰⁾」。さらに、「権利の承認の相互の意義によっては、せいぜい自由剥奪はいえども、まだ刑罰は基礎づけられない⁷⁹¹⁾」。なぜなら、プーフENDORFが言うように、犯罪の遂行による刑罰の同意という想定に対しては、「行為者は、もちろん、彼の犯行が全く発見されないことを望むものである⁷⁹²⁾」という異議が唱えられるからである⁷⁹³⁾⁷⁹⁴⁾。

ヘーゲルは、このような契約論的な刑罰の基礎づけをしていない。むしろ

786) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 64 ff., 88 ff.

787) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 68.

788) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 70.

789) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 82.

790) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 83.

791) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 83.

792) Samuel Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, S. 1156.

ろ「国家は契約で成り立つものではないし、個々人の生命や財産の保護と安全が、無条件に共同の本質をなすのではない、国家はより高次の存在であり、個人の生命や財産を要求するし、それを犠牲にすることを求めたりする⁷⁹⁵⁾」とされている。ヘーゲルにとって国家とは「単なる意思の共同や国家において一つになったものの恣意から生じたもの⁷⁹⁶⁾」ではないのである。そこから、ゼールマンは、そもそも、あらゆる義務が契約から生じる場合に、「合意は拘束する」という命題が問題になるが、それは一体どこからはどこから生じるのかを問う⁷⁹⁷⁾。契約によって初めて「合意は拘束する」という命題が結びつけられるのであって、まだ結ばれていない契約の維持のための義務づけは、どこから導けるのかが問題となってしまうのである。さらに、ゼールマンによれば、契約である以上、国家や法治国家は解散されうる可能性が出てくるが、しかし、少なくともドイツにおいては「憲法において特定の基本秩序や基本権が変更できないという問題」があるのであり、「この不可侵性は、それ自体国家秩序や個人権に関し

793) これについては、「個人合理主義的」利益アプローチが考えられるが、以下のように否定している。「人間を特定の態度へと誘うことに利益があるなら、契約メタファーを手に入れられうるだろう。あらゆる契約の締結が特定の利益の存在によってのみ条件とされるなら、つまり、何故利益へとアプローチしないのだろうか？そこから、機能化される刑法体系へのあらゆる人間の利益に由来されなければならない。実際に、彼の処罰に対して利益を示すところの有罪認定された行為者にとっては、刑法へと進むことが彼自身の確かに理解される長期の利益であるということが反論されうる。けれども、この利益の状態に一度服したなら、確かに、短期の利益が長期の利益に優先することを認めることが自己矛盾であることは根拠づけられ難くなる」(Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 83 f.) とされるのである。

794) さらに、カントは、「行為者自身の判断（その理性を必然的に信じなければならない）」(Kant, a.a.O. (Fn. 551), IV, S. 335.) として、特定の契約や状況に同意したのかを問題としたのではなく、むしろ、契約に理性的な態様で同意しなくても良いのかを問題としているが、ゼールマンによると、これ以上詳細に検討されていないとしている (Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 85.)。

795) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §100/Anm., S. 191.

796) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §75/Anm., S. 158.

797) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 86 f.

て内容的に空である契約思考が根拠づけることのできない、正当化の側において必要である⁷⁹⁸⁾」とされる⁷⁹⁹⁾。そうして、ヘーゲルは契約論的な刑罰の基礎づけとは異なった、刑罰の正当化の試みていることになる。

第一款：法則論拠

さて、ゼールマンはまず、法則論拠を問題にする。ヘーゲルの『法哲学綱要』の §100 では、「理性的なものとしての彼の行為に存するのは、それが一般的なものであるということ、すなわち、行為によって彼が自らにおいて対自的に承認した法則が打ち立てられたということであり、「その下に彼は、つまり自らの法の下にとして、包摂されても良いのである⁸⁰⁰⁾」とされている。ここでは、自らの法則への包摂を問題としている。ヘーゲルによれば、犯罪行為者は、彼も理性を持っているということに基づいて、含蓄的に、必然的に、「彼の犯行の基礎にある格率の普遍化可能性⁸⁰¹⁾」を主張するとしている。「彼は、犯行にもかかわらず、まだ理性的な存在としてただ意欲することができるので、彼自身の格率によって扱われなければならない⁸⁰²⁾」のである。このことから、「犯罪者は犯行により、推断的に処罰に同意している」ことが導かれる。例えば、窃盗を行うものは、盗んでもよいという彼の格率に基づいて、それが普遍的に妥当するように求めていることになるため、被害者にとっては所有権が制限されることを甘受しなければいけないことになるが、しかしながら、行為者の格率は普遍化可能性を持っているが故に、それは一般的拘束性を要求し、行為者自身もそれに従わないといけなくなるのである⁸⁰³⁾。

しかしながら、ゼールマンはこれを維持できないものとして批判する。

798) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 87.

799) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 87.

800) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §100, S. 190.

801) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 65.

802) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 65.

803) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 68 f.

すなわち、問題なのは、「人間がより詳細で特定の意味での理性的存在であり、同じくかの犯行を行えるという事実から、実際に、彼の格率の矛盾なき普遍化可能性への推断的に高められた要求が生じるのか」ということである。「自己矛盾から、道徳的必然性として行為者への誤った格率の適用が生じるという、更なる一步は、追試できないように思われる」。そこでは、一方では、「主知主義的な誤り (intellektualistischen Fehlschluß)」が問題であり、他方では「非理性が、非理性へのリアクションにとっての基準とされるべきかどうかは、倫理内在的なものにとっても疑わしいように思われる」。「行為者を理性的な存在として扱うという正しい要求は、けれどもまだ、個々の非理性的な犯行を、彼に対して普遍的拘束性の要求に付け加えたり、その責任を負わせたりすることを意味し得ない」のであって、「彼をまさに、厳然と彼固有の（服するだろう）一般的に現存する理性で非難すること、個々の事例では、何か非理性的なものを行ったということだけを意味し得る」。結局、ここではまだ、刑罰は正当化されないとされるのである⁸⁰⁴⁾。

第二款：承認論拠

そこで、ゼールマンは、『法哲学綱要』の §97 に目を向ける。すなわち、ヘーゲルによれば、「法として法の生じた侵害は、確かに積極的で、外形的な存在であるが、しかしそれは、それ自体において無効である。このその無効性の表明は、同じく実存に進んだその侵害の否定である——法の現実性は、その侵害の止揚によって自己を自己と媒介する必然性である⁸⁰⁵⁾」。ここで、ゼールマンは、ヘーゲルの法の理解を、「自由で等しい人格としての相互承認の全方面的理解⁸⁰⁶⁾」として引き合いに出す⁸⁰⁷⁾。そ

804) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 69 f.

805) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §97, S. 185.

806) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 18 ff.

807) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 70 f.

ここでは、「人格の意志に反して生じる外的領域への介入は全て——侵害者が自身が法を有していないことを認識している限りで——人格の侵害であり、そしてそれとともに、承認関係全体の侵害であり、つまりは、『法としての法』の侵害」である⁸⁰⁸⁾。犯罪は、「民事法における『法の侵害』を越えて、人格の侵害、承認関係全体の阻害⁸⁰⁹⁾」とされる。「他者を不法に侵害する者は、承認を奪い、一方的に他者の上に立つ主体だと思いがあって、彼を自らの恣意の手段へと還元する」のであり、犯罪行為者は、「法の主体、人格として他者を侵害するので、また、「社会的な人格間の関係の基礎である相互承認の原理をも侵害し、彼は法の主体としての自らも、犯行によって侵害することになる。他者との法関係は、行為者が、自らを直接的被害者と、そしてそれ以外の者と新たに同じレベルで活動させ、彼らとの新しい承認関係が生じる場合に初めて、回復され得る。行為者が一方的に他者を越えて躍り出たのに応じて、彼は自らその法的地位を減少されなければならない。そこからのみ、再び相互承認が可能となる⁸¹⁰⁾」とするのである。ここでは、行為者にとっても、またあらゆる関与者にとっても、侵害された相互の承認関係が回復されることに利益があることになる。相互的であるが故に、他者から承認を奪う者は、自らの承認も奪うことになるのである。ゼールマンによれば、この承認関係の回復によって侵害が否定されるが、それは回復により本来の状態に戻るだけでなく、この確証も生じることになる⁸¹¹⁾。それによると、承認関係の回復は、つまり法の回復となり、侵害者が、被害者からみても、承認者と被承認者という通常の尺度に再び戻されるということを意味しなければならないことになる。ここでは、承認は、お互いが同等であることを前提としている。それ故、「一方的に他者より上位に立った者」は、再び他者と同等になるため

808) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 19.

809) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 20.

810) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 67.

811) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 24.

に、承認関係の喪失と同等のものを認識可能な形で被らなければならぬ⁸¹²⁾。このことが刑罰を引き起こすことになる⁸¹³⁾。

第三款：市民社会における刑罰

承認関係の阻害は、具体的当事者を超えて、市民社会で問題になる相互承認の原理そのものを破壊するものであった⁸¹⁴⁾。あらゆる承認関係を、「相互承認によって社会全体の網目状の構造に埋め込まれたもの⁸¹⁵⁾」として扱うので、承認の阻害は個々の事例でも「普遍的なもの」の阻害、人格として尊重するという原理の阻害になるのである。それ故に、承認関係の回復は、社会のあらゆる構成員に対して関係する。ゼールマンによれば、犯罪は承認の否定であり、刑罰は承認関係の回復を意味することになる⁸¹⁶⁾。刑罰は、市民社会において、侵害された承認関係の回復のために科されることになる。もっとも、社会が安定して力を持つと、侵害の意義を緩和することに注意しなければならない⁸¹⁷⁾。「個々の侵害は、ひっくり返って機能化される承認の網において、全体関係的に軽視されうる大きさになり得る⁸¹⁸⁾」というのである。未成熟な社会では、承認関係は強く揺さぶられることになるので、刑罰は確かに回復のために確かに用いられるが、しかし社会の安定によって緩やかな処罰に至るのであり⁸¹⁹⁾、安定すればするほど刑罰の必要性は減少していく⁸²⁰⁾。ヘーゲルにおいては、抽象法の論理的「前進」を歴史的「前進」とみなすので、行刑や量刑を歴史

812) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 24 f.

813) ここでは、「価値」が同等であることが重要なので、同じ害悪を科すという意味での「同害復害」ではないことになる。

814) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 73.

815) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 25.

816) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 26.

817) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §218, S. 371 f.

818) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 73.

819) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 27.

820) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 77. そこでは、社会を成長していくものと捉えている。

的条件に服させることになるのである⁸²¹⁾。

第四款：まとめ

ゼールマンによれば、ヘーゲルの刑罰論は、承認概念と密接に関係していることになる。法則論拠では、結局、犯罪行為者が何か非理性的なものを行ったということだけを意味し得るのであって、法則に含まれる、例えば人を殺してよいなどという非理性が、犯行という非理性へのリアクションにとっての基準とはならないのである。そうして次に検討した承認論拠では、「相互承認」が問題となった。あらゆる承認関係は、相互の承認で社会全体に関係するので、犯行によって相手の承認を奪うものは、同時に相互承認の原理自体への侵害も行っていることになる。しかしながらそれは、相互的であるが故に、他者から承認を奪う者は、自らの承認も奪うことになった。ここから、その承認関係を回復させることが必要となるが、承認は、お互いが同等であることを前提としているが故に、「一方的に他者より上位に立った者」は、再び他者と同等になるために、承認関係の喪失と同等のものを被らなければならなかった。これが刑罰を引き起こすことになるのである。それ故に、ゼールマンによれば、ヘーゲルの刑罰論では刑罰は犯罪の反作用として理解されている。もっとも、承認関係の回復、つまり法の回復によって、侵害者と被害者が、相互の承認者と被承認者という通常の関係に再び戻されるために科されることになるので、ここでは決して目的から離れた「絶対論」ではなく、まさにそのような目的を有する「相対論」と言えよう。

しかしながら、問題は、害悪を伴う刑罰が、同等な相互承認ということから許されるとしても、何故に刑罰でなければならないのかという点である。ゼールマンの分析ではこの点に十分に答えていない。この点で、第三章で扱ったように、現実の自由や自律性の保障と結びつけて基礎づける、

821) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 27.

あるいは、現実での法秩序の規範的な効力の維持と関係づけることで、刑罰でなければならないことに答えようとする見解が参考になるのである。

もっとも、その場合でも、ゼールマンの分析にあったように、社会の安定が刑罰を緩和するという点は肝要になる。社会が安定すればするほど刑罰で対応する必要は減少するのとしても、最終手段としての刑罰は（刑の内容や執行方法が変化するにしても）最後に残り得るのか。この点は課題として残されている。

小 括

ヘーゲルの刑罰論は、レッシュの分析によっても、ゼールマンの分析によっても、犯罪の反作用として刑罰が科されるものであった。そこでは、犯罪行為が刑罰の内在的根拠となり、犯されたが故にという意味での「絶対論」であった。もっとも、そこには、レッシュによれば、見せかけ上の存在である犯罪に対してそれが妥当しないことを明らかにすることが、ゼールマンによれば、再び相互的な承認関係を回復することが、目的として内在的に結びついているのである。その意味で、ヘーゲルの刑罰論は、応報的な刑罰理論であることは間違いないが、決して目的を有しないという意味での「絶対論」ではないことになる。

もっとも、そこから、種々の予防目的を必然的に刑罰に組み込むことができるかは検討を要する。それは、ヘーゲルが犯罪行為者も理性的な存在であることを前提とするが故に、刑罰を通じての威嚇や改善といった目的を否定しているからである。むしろ、ヘーゲルにおける刑罰の目的は、第二章で検討されたような規範確証的な予防論に近いものとなろう。もっとも、それは刑罰に内在的に結びつけられるものでなければならず、予防目的が外在的に組み込まれるわけではないであろう。したがって、応報的な刑罰理論に内在し得る目的が考究される必要がある。

この問題に加え、レッシュやゼールマンの分析ではいまだ十分ではなかった何故に刑罰でなければならないのかという問題も残されている。こ

これは、第三章で検討したように、現実の自由や自律性の保障と結びつけて基礎づける、あるいは、現実での法秩序の規範的な効力の維持と関係づけることで、刑罰でなければならぬことに答えようとする見解が参考になるろう。

この点に関して、ヘーゲルはカントと同様に犯罪行為者も他の人々も理性的な人格として扱うが、それは生得的な人格であり、理性的な存在として自発的に相互承認関係を形成する存在として捉えてよいのか、それとも、法秩序において人格として相互承認がなされる存在であるのかを検討する必要がある。カントにおいては、まさに生得的な人格を前提に、理性的な存在とみなされていたが、ヘーゲルにおいては、前述のように、人倫や市民社会は、帰結でもあり出発点でもあった。そのため、法秩序を前提に、その中で人格として相互承認関係を結び、そうして社会全体へと広がり、法秩序を形成していくという、円環的な理解が妥当であるように思われる⁸²²⁾。

もちろん、その社会や法秩序は、ヘーゲルにとっては前進するものである。そのため、ゼールマンも指摘したように、社会の発展に伴って社会が安定することで、刑罰の必要性が減少することになるという点は重要となる。刑罰で対応する必要が高い社会は、いまだ発展が十分ではない社会ともいえるかもしれない。いずれにせよ、犯罪行為者も含め人々を理性的な存在とみなし、社会の発展によって刑罰の必要性の減少を説くヘーゲルの特徴は、ヘーゲルとは国家主義者であるという理解からかけ離れた極めてリベラルなヘーゲル像を髣髴とさせるものであろう。少なくとも、現代においてヘーゲルを改めて検討することの意義はここにあるように思われる。

822) その意味で、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する、Jakobs, aa.O. (Fn. 390 (Norm)), S. 40 ff. を参照。