

ヴォルフガング・ナウケ

ベッカリーア——刑法を批判し、強化する者

本 田 稔*(訳)

目 次

- 第一章 経歴と著作
- 第二章 ベッカリーアに関する支配的見解（ベッカリーア解釈）
- 第三章 ベッカリーア解釈と近代の刑法史
- 第四章 ベッカリーア解釈における弱点と欠点
 - 第一節 ベッカリーアの根拠づけの弱点
 - 第二節 ベッカリーアの所説の根拠づけの代替可能性
 - 第三節 個別的論点
 - (a) 一般理論の優先
 - (b) 無批判に相続された刑法の遺産
 - (c) 死 刑
 - (d) 拷 問
 - (e) 比 例 原 則
 - (f) 法 定 原 則
 - (g) 犯 罪 概 念
 - (h) 刑事訴訟法および裁判所構成法の原理問題
 - (aa) 訴訟期間，弁護，未決勾留
 - (bb) 司法の独立性——独立性と法規拘束性——権力分立
- 第五章 切り捨てられたベッカリーアの要求
- 第六章 ベッカリーアの驚くべき要求
- 第七章 『犯罪と刑罰』——刑法批判と刑法強化
- 第八章 結 語

第一章 経歴と著作

ヨーロッパの啓蒙主義には、刑法を後々まで世俗化し、合理化し、自由化し、人

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

道化した高い功績が認められている。この運動は、18世紀後半に全盛期を迎える。チェザーレ・ベッカリーアは、一般にヨーロッパにおいて刑法の啓蒙主義を提唱した最も重要な人物の一人であると言われている。

ベッカリーアは、1738年にミラノに生まれ、1794年にそこで逝去した。彼は、イエズス会の修道院に入学し、パヴィア大学で法律学を学び、そこで1758年に学位を取得した。彼は、その後ミラノで在野の研究者として過ごした。彼が関心を向けたのは、啓蒙主義哲学、とりわけフランシス・ベーコン（1561-1626年）、モンテスキュー（1689-1755年）とヴォルテール（1694-1778年）の業績であった。ベッカリーアは、多くの専門分野の研究者によって構成された「こぶし学術協会」という名の私的な文化人サークルの一員であった。このサークルでは、国家と社会の啓蒙主義的改革の可能性について議論が交わされた。1762年、ベッカリーアは、そこで行った議論に基づいて、ミラノの貨幣制度の欠陥に関して論争し、また1764には著書『犯罪と刑罰』（dei delitti e delle pene）を世に送った。その初版は匿名で出版された。1765年にモルレ（1727-1819年）がフランス語訳と改訂版（本文の構成を組み換え、各章に表題を付した）を公刊した。このフランス語の精巧な翻訳版は、ヨーロッパにおいてこの著者とその内容を急速に知らしめた。フランス語版を基にして取り組まれた最初のドイツ語訳が出版されたのが1766年である。その後すぐに別のドイツ語版が出版されたが、それは部分的にイタリア語版とフランス語版に基づいたものであった¹⁾。翻訳はすべてのヨーロッパの言語で行われた。今ではベッカリーアの文献は、世界中の法律学や哲学の図書館において閲覧することができる。

ヨーロッパにおける刑法の啓蒙主義の巨匠というベッカリーアの名声を聞いた女帝エカチェリーナⅡ世（1762-1796年）は、ロシアにおける啓蒙主義的な立法計画への協力を得るために彼の招聘を決定したが、ベッカリーアはこれを辞退した。彼は、1769年にミラノ大学パラチノ校で経政学の講師に就任した。その当時、財政学や国家学の領域では、国民経済学、会計学、政治学、国法学および行政法学の知見を新たに統合し、啓蒙主義的で合理的な国家運営を行うために、その知見を利用することが検討されていた。経政学という新たな講座を開設するにあたって開催されたベッカリーアの就任公開講義（それは新しい専門分野の特徴を明らかにするもの）は1769年に活字に付されたが、大きな反響を呼ばなかった。1770年に出版された『様式の性質に関する研究』に関しても同じであった。

1) Kreutziger, in: Deimling, S.179ff. und Kreutziger 1988, S.95ff.

1771年、ベッカリーアは、後の財務省の前身であるミラノのロンバルディア地方の経済学術会議の委員に就任した。彼の活動の重点は、度量衡制度を近代化すること、つまり合理化することであった。ベッカリーアは後に教育制度の政府学術会議委員を努め、1791年にはロンバルディア地方の新刑事・民事法制審議会委員になった。

1794年に逝去し、犯罪と刑罰に関する論稿が出版された後の30年間は、ほとんど注目されなかった。2巻の叢書が出版されたのは1958年になってからのことである²⁾。

この叢書の第1巻には、これまでの版の元になっていた『犯罪と刑罰』の本文が収められている。

トーマス・フォルンバウムによる新訳は、ベッカリーアを論ずるために可能な限りその文言を忠実に再現したものであって、多くの翻訳に見られるように、翻訳者のことを論じたり、その人のベッカリーア理解を論ずるためのものではない。それゆえに、ベッカリーアの原文の表現に若干の不明確さのあることが、他のいくつかの翻訳に比べてより明瞭になっている。

1984年以来、ルイギ・フィルポによって編集された全10巻を数える『チェザレ・ベッカリーア著作集』が出版されている。第1巻（1984年）には、ギアンニ・フランシオーニによって編集され、幅広く詳細な解説が施された『犯罪と刑罰』の評釈版とルイギ・フィルポによるイタリア語版に関する解説が収められている。

犯罪と刑罰に関するこの著作は、イタリア語では多くの改訂版を重ね、そして例えば日本³⁾、イギリス、アメリカ合衆国⁴⁾では、数え切れないほど多くの翻訳が出

2) Cesare Beccaria, *Opere*. A cura di Sergio Romagnoli, 2 Bände, 1958（この版については、Vormbaum 1998, S.612 を参照）

3) 1959年の日本語による翻訳と解説は、風早八十二が1929年の翻訳版を基にして行ったものである。1967年に翻訳を行ったのは、佐藤春夫である。日本におけるベッカリーア受容の傾向は、第二章で素描されるベッカリーア解釈の後を追いかけている。この情報は立命館大学の本田稔教授との議論に負うところが多い。

4) 例えば、容易に入手可能なものとしては、Cesare Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments*, herausgegeben und eingeleitet von Adolph Caso, 2. Aufl., 1992（これは忠実な版である。6頁以下では、アメリカで出された多くの版について概観している。3頁、8頁を見よ）；Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments and other writings*, herausgegeben von Richard Bellamy, übersetzt von Richard Davies, *Cambridge Texts in the History of Political Thought*, 1995（契約説と功利主義との間で揺れ動くベッカリーアの議論に関して、類い希な距離をおいた教訓的な分析を行っている。英語版に関する

されている。偉大な刑法の文献である本書は——刑法の大家が用いた概念が不明瞭であったがゆえに——繰り返し新しく読まれねばならない。

第二章 ベッカリーアに関する支配的見解 (ベッカリーア解釈)

ホンメルは、1778年に出版されたベッカリーアの『犯罪と刑罰』の翻訳書の表紙に「不朽」の名作と記した。その言葉によって打ち鳴らされた響きは、今なお鳴り続けている。ベッカリーアの文献は、19世紀末にはドイツ法学史の包括的な叙述において「世界を震撼させている」⁵⁾と評価され、20世紀中葉にはベッカリーアの啓蒙主義的な思慮深い考察は、「文明化された世界の精神的な共有財産」⁶⁾になっている。「ベッカリーアとは、どのような人だったでしょうか」という最近の試験問題に対して、「時代の画期をなす文献」⁷⁾の執筆者であるとか、または「近代刑事政策の開拓者」⁸⁾であるという変哲もない解答が返ってくる。

この打ち鳴らされた響きは、ベッカリーアの著作の次のような要約を拠り所としている。

犯罪と刑罰をキリスト教に基づいて考察することはできない。犯罪と刑罰は、此岸(世俗)の振る舞いであるため、宗教以外のものに基づかなければならない。その基礎をなすのは、国家を創設するための市民の契約(社会契約)である。この契約の目的は市民の安全であり、その帰結としての最大多数の最大幸福である。この契約によって、市民はその自然的自由の一部を支配者たる国家に譲り渡す。そこでは犯罪は贖罪ではなく、契約違反の社会侵害的な態度である。他の市民が社会侵害を行わないようにするために、国家には社会侵害的に振る舞った者を処罰する権限が付与される。刑罰は、他者の威嚇による予防=消極的一般予防である。刑罰の持つ防犯(予防)効果こそが、その世俗的な正当化事由である。

ベッカリーアのところで見られるいくつかの要請は、不朽のものと思なされている。

↘概観については XVIII 頁)。

5) Stintzing-Landsberg, S.394.

6) Eberhard Schmidt, S.218.

7) Jerouschek 1998, S.666. 同じ種類の先行研究としては、すでに Küper 1968, S.547. がある。

8) Schwind, in: Deimling, S.7.

犯罪規定、刑罰および刑事訴訟は、予防の必要を超えない場合にだけ効果がある。犯罪は法律によって定められなければならない。さもなくば威嚇は徒労に終わるであろう。立法、司法、行政の三権は分離されていなければならない。さもなくば最大多数の最大幸福は保障されないであろう。刑罰法規の威嚇効果が誰彼の区別なく発揮できるためには、司法は独立していなければならない。訴訟では無罪の推定に注意を払わなければならない。無辜を訴訟にかけるなら、予防は損なわれるであろう。刑罰は均衡していなければならない。さもなくば市民を野蛮にするであろう。市民が犯罪を行えば、何が彼を待ち受けているのかが分かるようにするために、刑事訴訟と刑罰執行は公開されなければならない。効果的な威嚇は、刑罰が可能な限り迅速に犯罪の後に続くことを求めている。犯罪の予防に役立たない厳罰化は全て控えるべきである。死刑には予防効果はなく、廃止され、そして廃止され続けなければならない。拷問は供述の信用性を保障しない。強制的に得られた自白に基づく有罪判決は、犯罪予防を弱めてしまう。拷問は廃止され、廃止され続けなければならない。

ベッカリーアは、世俗的で人道的な法治国家刑法を創造する。彼は、近代の刑法史における偉大な立役者の1人である（ベッカリーア解釈）⁹⁾。

9) この解釈は、20世紀になって v.Hippel 1925 (266-269頁) において登場し、それを経て、Eberhart Schmidt 1958 (341頁以下、とくに348頁) および Eberhard Schmidt, § 209 において改めて普及された。ベッカリーア解釈は、疑問が投げかけられたにもかかわらず、Alff, Einleitung zur Beccaria-Aufgabe 1966, S.7-47 によって定着させられた。この解釈は、1989年のタイムリンク編集のベッカリーアに関する著作集の結論的命題である。このベッカリーア解釈は、(確かに距離をおいて書かれている) Küper 1968, S.547ff. bes. S.553 が概観したものであり、ベッカリーアが拷問批判として意味していることに関して(きつと距離をおいている) Jerouschek 1998, S.658ff. が考察したものである。そして、(最終的には冷静なバランスを保ち、啓蒙主義刑法思想の伝統を強調する) Seelmann 1989, S.335ff. が行った解釈である。

ベッカリーア解釈は、簡略化された形態で刑法教科書に残されている。例えば、Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl., 1992, S.70; Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., S.95f. 刑事訴訟法に関しては、Roxin, Strafverfahrensrecht, 25.Aufl., S.526f. を参照。犯罪学に関しては、Lüderssen, Kriminologie, Einführung in die Probleme, 1984, S.203f. 逃亡する窃盗犯に対する「正当防衛」という個別問題に関して、Siciliano, S.19ff. は豊富な資料に基づいてその基本的枠組を貫いている。

Pisani 1998 は、イタリア語の原典に基づくベッカリーア解釈の現在の論議について概観している。

第三章 ベッカリーア解釈と近代の刑法史

ベッカリーア解釈の叙述は、ベッカリーアに遡る刑法が実際に世俗的で、合理的で、人道的な刑法を描いている、あるいは少なくとも妥当すべき刑法を描いているということから出発している。しかし、それは正しくない。18世紀に法治国家の人道的な刑法を目指して、とくに拷問、死刑、恣意的な刑事手続の廃止を求める立法が始められたのは確かであるが、この立法は後々まで残るような成果をもたらしたわけではない。

例えば、ベッカリーアが生きていた時代に彼の郷里で行われた刑事立法にそれが示されている。1786年のトスカーナの刑事立法は啓蒙主義的であり、拷問と死刑を廃止している。しかし、フランス革命が国家と社会を混乱に陥れるや否や、拷問と死刑が再び姿を現し、それ以来それらは神の意思ではなく、安全と秩序の世俗的な必要性によって支えられている。死刑は、19世紀を経てもなくなり、20世紀の独裁体制においては、いうまでもなくあの残虐な出来事を体験し、そしてヨーロッパのほとんどの国々で法律上廃止されたのは、第2次世界大戦後になってからである。アメリカ合衆国は、今なお死刑を存置している。

拷問は刑事訴訟法から排除されているが、忘れられたわけではない。それは、20世紀の独裁体制において再び適用され、政治にとっても、また個人にとっても劇的な場面に遭遇した場合には、たとえ民主的な立憲国家であっても、おそらく目的論的なものであると論ぜられるであろう。民主的な立憲国家では、医療的侵襲による証拠方法の強制的収集——血液の採取、催吐剤の投与、脳内の髄液の採取（刑事訴訟法81 a 条）——は拷問とは見なされていない。このような状況の上に立って、ベッカリーアを継続的に叙述してこなかったことだけは確かである。それは、拷問に関する議論の奇妙な省略である。ベッカリーア解釈は、そのような省略を過小評価している。

1791年以降のフランス革命刑法、王政復古期の刑法、19世紀および20世紀初頭に世界的規模で起こった無法で専断的な植民地刑法、20世紀のヨーロッパの独裁体制の刑法、例えばドイツ、イタリア、スペイン、ソビエトの勢力圏の刑法、1989年以降のユーゴスラヴィアの刑法、両大戦間期の戦時刑法および戦後の刑法、これら全ての刑法改正は、抑制の効かない世俗的で合理的な残酷さを表している。それは、ベッカリーアが与えたはずのない残酷さである。

刑法における法定主義の原則は、理論的かつ実践的な意義を不断に失いつつある。ドイツ刑事訴訟法153条以下の規定類型に基づいて、手続を便宜的に打ち切っ

たり、あるいは刑事実体法および刑事手続法を超えたところで、合意に基づいて手続を法律に反して便宜的に終了させたりしているが、それは全ヨーロッパの最先端を走っている¹⁰⁾。

このような事態は、ベッカリーア解釈から遠く離れたところで起こっているのではない。啓蒙期以前の時代に逆戻りすることが繰り返されているのだとか、あるいは人は（政治家であれ、刑法学者であれ、市民であれ）ときおり無教養なために机の上からベッカリーア解釈を片づけてしまうことがあると考えざるを得ないのだといった考察で満足することはできない。

ベッカリーアは、大きな期待が込められて、そして先入観に基づいて読まれている¹¹⁾。このベッカリーア解釈それ自体の中に、刑法を絶え間なく峻厳なものにする準備が用意されている。その解釈は刑法の峻厳化を妨げないどころか、それを促進する。近代の刑法史に向き合えば分かることであるが、ベッカリーア解釈は一つの抽象的な権威である。人は原文を精査せずに、その権威に一定の内容を盛り込み、その後その内容を論じ、最後にそれを確かなものと見なしているのである。

第四章 ベッカリーア解釈における弱点と欠点

第一節 ベッカリーアの根拠づけの弱点

ベッカリーアの響きの良い業績は、それを至る所で読むことができるが、奇妙なことにベッカリーアはそれを根拠づけていない。ベッカリーアの刑事政策が近代の法治国家的に整理された刑事政策であるとする根拠について、ベッカリーアの原文そのものを調べてみると、「有益である——当然である——正しい」という表現方法に繰り返し出くわす。この表現方法は、どれもみな同じ根拠づけを表している。刑事政策において有益なものは、同じく当然なものであり、正しいものである（〔フォルンバウム訳〕3頁以下、5頁、7頁、9頁、45頁、56頁、72頁、76頁、112頁¹²⁾）。それは、ヨーロッパの啓蒙主義が物事を根拠づける際に用いる基本綱

10) 後者の論点に関して、多くの比較法的資料を考慮に入れて批判的に概観するものとして、Sinner, *Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht*, *Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien* 64, 1999.

11) 同様のものとして、Cattaneo 1982, S.325f. und Cattaneo 2001, S.19f. (für Beccarias literarische Hauptstütze Montesquieu) und S. 279ff.; Ignor, S.194ff. mit Nachwieses; Wächter, S.155ff.; Vormbaum 1990, S.226f. 未確認の資料と利用頻度の少ない法史上上の資料を用いて刑法的な考察を行うのは、Schmoeckel, S.180ff., 507ff., bes. 581f.

12) 本稿の括弧内の頁数は、本書のベッカリーア翻訳に対応している。

領である。

ベッカリーアの場合、啓蒙主義に矛盾せずに、それを補強するための根拠づけの基本方針が付け加えられる。刑法にとって有益なもの、当然のもの、正しいものが、常に大きな熱狂を伴って求められ、その熱狂が自立的な根拠づけの路線に移される。その熱狂とは、人道性を求める感情である（〔フォルンバウム訳〕 8 頁, 9 頁, 30頁, 32頁, 45頁, 56頁）¹³⁾。ベッカリーアは、刑法の当然で、有益で、正しい機能が有用であることを示すことによって自らの刑法的要請を根拠づけ、それを人道性を求める感情によって支えている。その要請は、今日まで継承されている。

しかし、それは根拠づけとといったようなものではない。それは、刑事政策的な物の見方の反映である。この物の見方は、国家の実務においては貫徹されない。それはすぐに消え、二度と現れることはない。現在の時点において、ベッカリーアの所説を引き合いに出して、それをベッカリーア的に根拠づけても、それを支えることはできない。人道性を求める感情は、現代の法律家には非合理的（支持されない）ものであり、刑事政策において何が正しいかは、神経を消耗させる学説の反論にさらされ、刑事政策において当然のものを直接つかみ取ろうとしても、もはや成功することはないであろう。正しくかつ当然な有益性は、官僚政治の変転する合目的性によって取り替えられている。

ベッカリーアの根拠づけの弱点は、政治家と法律家が身につけている一定の人道的な知性と情緒に依存しているところにある。この身につけているものが変化すると、刑法も変化し、全く別のものになる。次から次へと変化し、長い時間をかけて、もはやベッカリーアとは何の関係もない刑法が可能になる。

政治的な意味において法治国家性とあまり関係のない刑法もまた、有益性、当然性、合理性を求める。ベッカリーアには、正しい目的に関する学説が欠けている。

第二節 ベッカリーアの所説の根拠づけの代替可能性

ベッカリーアの根拠づけの弱点は、現代のベッカリーア解釈では欠点になる。その根拠づけは簡単に捨て去られてしまう。それにもかかわらず、ベッカリーアの所説は堅持され続け、教条化される。それは、法治国家の刑法——その輪郭はベッカリーアのところで見ることができる——にとって危険な流れである。

13) 啓蒙主義刑法を論ずるにあたって人道性の感情の意義がしばしば無視されてきたことについては、Cattaneo 1982, S.322f. および Cattaneo 1999, S.118, または Moccia 1979, S. 206 を見よ。

啓蒙化された自然の刑法から学問的に根拠づけられた刑法への移行に伴って、ベッカリーアの根拠づけは姿を消す。より厳密な研究を行う学問の前では、刑法における有益性、当然性および正当性は一般条項でしかない。ベッカリーアの根拠づけには情緒的なところがあり、カントはそれに異論を唱えたが（「関与する気取った人間性の感情」¹⁴⁾、それはこれまで指摘されてこなかった。

奇怪で、恐ろしい演劇が始まる。それは学問的で政治的な演劇である。ベッカリーアの所説が、彼の根拠づけから引き離される。もとは根拠づけと一緒に述べられたその所説が、基本的な正当性を獲得する努力が尽くされることがないまま、擁護すべき価値あるものとして堅持される。それが上手くいくと、その所説は新たな意味合いで、また異なる意味合いで維持される。学説によって根拠づけられた刑法的法治国家は、発展されたカント哲学に基づいて、19世紀の後半までこの任務を遂行する。もちろんベッカリーアの根拠づけそのものよりも劣悪にである。情緒的な色彩にいろどられた自然の刑法であれ、学説によって強く限界づけられた国家の刑罰権であれ、いずれも刑法が非啓蒙的で抑制の効かない野蛮さを繰り返し表すことを妨げはしない。

19世紀後半には学問的な根拠づけ方法の名声に陰りが見え始める。それに伴って、学問的に根拠づけられたベッカリーアの所説は説得力を失う。そこで、今日まで続けられているある一つの根拠づけの試みが企てられる。ベッカリーアの所説を実定法に書き写し、実定化しなければならないというのがそれである。それは19世紀後半に始まり、第二次世界大戦後においても精神的に行われている。ベッカリーアの所説は、ヨーロッパおよびヨーロッパ以外の多くの刑法と刑事訴訟法のなかに、その他の大陸の多くの憲法のなかに、人権条約のなかに、ヨーロッパ憲法草案のなかに実定化された状態で見られる。もちろん、実体化されているからといって、その所説がベッカリーアの場合よりも強固に根拠づけられているとは限らない。ベッカリーアに負うところの刑法を実定化しても、その実定性は人道性の感情に根拠づけられた刑法ほどには強固ではない。事態はむしろ逆である。そのように実定化しても、刑法には啓蒙主義の要請は付け加えられない。それどころかベッカリーアの要請の重要性が失われてしまう。実定性というものは、それが急速に変化可能であるという観念に常に結びつけられている。実定刑法の急速な可変性は、19世

14) Kant, *Metaphysik der Sitten, Aufgabe Meiner*, S.162. この立場に関して豊富な資料に基づいて慎重に比較検討した分析については、Cattaneo 1998, S.7ff. Cattaneo 1984, S.230f. をも参照されたい。カント的な批判を行っている現代の見解は Foucault, *Überwachen und Strafen*, 1976, S.115ff.

紀, 20世紀, 21世紀の刑法に際立った特徴である。刑法の残虐性でさえ近代の実定法の中に移住していることに目を閉ざすことはできない。法治国家刑法の実定性は, 刑法の没落をベッカリーアの人道性の感情のように防いではくれない。

第三節 個別的論点

以上の考察をベッカリーアの叙述方法および議論方法の個々の論点に関して継続して行う。それによってベッカリーアの原文の弱点が明らかにされる。つまり, ベッカリーア解釈を引用しても, いかにも得るところが少ないかが明らかにされる。

(a) 一般理論の優先

ベッカリーアは, 啓蒙期と今日までの時代のために, 一つの展開を準備する。それは, 刑法に向けられた支配的な政策的要求に刑法を全面的に引き渡すという展開である。ベッカリーアにとって第一にかつ特に重要なのは, (啓蒙主義の) 刑法の原理, すなわち刑法の国家論的・刑事政策論的な一般理論の部分であり, 社会侵害行為一般としての犯罪であり, いくつかの主要な結論を伴って主張される「犯罪を処罰するより, それを予防するのが望ましい」〔(フォルンバウム訳) 107頁〕という予防原則である。

この一般理論の部分は, その後の時代において, 刑事政策学および政策的犯罪予防の中心的な関心事になる。もちろん, 刑法を取り扱う際にこれらの原理から得られるものがわずかしかないことは確かであるが, 自然の人道的な刑法原理から, 犯罪の範囲の限定, 刑事手続ないし裁判所構成の組織化, 行刑実務といった個々の論点へと一步を踏み出したことは重要である。

ベッカリーアのところで, 犯罪予防が「人間を最大幸福または最少不幸に導く」(102頁) ための立法技術と見なされているならば, その一步は依然として重要である(おそらくもっと重要になるであろう)。しかし, その目指されているものは概括的でしかない。この定式において具体的なのは, 立法権を掌握する者の指導要求と構成要求だけである。それは, 国家の権力者が「公共の福祉の保護の責任者」(1頁) であるというベッカリーアの観念と密接に関係している。ベッカリーアは, まだ民主主義の思想形態に移行していない。

ベッカリーアは, 立派な刑事政策原理と個別規制におけるその運用との間に亀裂が走っていることを知っていた。彼は, そのことをはっきりと知らせた(107頁)。ベッカリーアは, 刑事政策原理が一定の歴史的な状況とその安全要求に関連づけられ, そこから個別規制が確定される場合にだけ, この亀裂を埋め合わせるための一步

を踏み出すことができることを知らせた。とはいえ、この安全要求もまた急速に変化するかもしれないのである。

ベッカリーアの場合、啓蒙主義の予防刑法の原理に結びついているのは——それもまた、まったくもって啓蒙主義的なのであるが——歴史性である。すなわち、所与の状況のために刑法を用いて統制するという純然たる現在性であり、時代の「大転換」や「現状」（4頁、5頁、13頁以下、39頁、48頁、75頁、114頁）に犯罪と刑罰を適合させる必要性である。だが、今日ベッカリーアを受容する議論は、刑事政策的な予防原理と個別的規制を結びつけているが、個別的規制の歴史的相対性という接着剤で結びつけていないところにその議論の特徴がある。他にもないこの結びつきが、一定の時代の具体的な刑法が啓蒙主義刑法の諸原理を繰り返し引き合いに出すことによって常軌を逸した振る舞いをするものの説明なのである。

もっとも、この常軌を逸した振る舞いを啓蒙主義からの逸脱であると捉え、それによって理論的にも実務的にも難を逃れることができたとしても、それは当を得ない自己満足でしかないであろう。刑法における有益性、当然性、正当性というベッカリーア概念の中に常軌を逸した振る舞いへと向かう傾向が含まれているからである——その概念は、その時々政治的時代において相対的に規定される安全要求に、それゆえ刑法によって実現されるべき安全要求に結びつけられる。刑法における人道性の感情は、この常軌を逸した振る舞いに対立しているが、滅多なことでは抵抗しないし、内容豊かな抵抗はわずかしか行われぬ。19世紀、20世紀および21世紀に広がった常軌を逸した「恐るべき法律家」¹⁵⁾に抵抗するのは、心優しい啓蒙主義的法律家ではなく、法学的技法の面において素晴らしい教育を受け、しかもあらゆる現状の支配形態に対して懐疑的な立場に立っている法律家である（ベッカリーアのところには、そのような法律家は存在しない）。このように懐疑的になるためには、世俗の合理的で人道的な刑法が、世俗の合理的で非人道的な刑法によって、また世俗の非合理的で非人道的な刑法によって押しつけられるという経験が必要である。

(b) 無批判に相続された刑法の遺産

それにもかかわらず、ベッカリーアを具体化しようとする立場においては、原理があまり具体的でなく、また個別的論点が相対的であるため、ベッカリーアの構想の弱点が形をとって現れる。このような立場を選択したことが、それ自身の弱点で

15) Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, 1987 の定式を受け容れている。

ある。ベッカリーアは、啓蒙主義の刑法原理の真価を最も容易に示すことができる問題を取り扱っている。『犯罪と刑罰』という論稿の重大な欠陥は、刑法の偉大な遺産が、一般刑法、特別刑法、警察刑法という刑事実体法、手続法、裁判所構成法という手続法、および行刑法において論究されていないことである。だからこそ、この偉大な遺産は啓蒙主義的な反対尋問に煩わされることなく発展できるのである(そして、それはベッカリーアとその信奉者にとって当然のことであったようである)。

(c) 死 刑

ベッカリーアは、彼が死刑に反対していることで名声が高い。この名声に難癖をつけてはならない。しかし、正確に見なければならぬ。そうすれば、ベッカリーアは死刑を根強く支持する国民の傾向や様々な時代の権力寄りの傾向を少し弱めたに過ぎないことに気がつく。ベッカリーアは無条件に死刑を非難したのではない。彼は、詳細で長い説明を付け加えずに、国家の敵に対しては死刑を維持し、予防的に適用することを望んだのである(S. 49頁以下)。「国家の敵」というのは、死刑を厳格に限界づけ得るほど厳密な概念ではない。19世紀、20世紀および21世紀にしばしば見られた政治的な例外状態が常に作り出してきたのは、死刑を科すに値する新たな国家の敵であった。

刑法の広範な領域において死刑を廃止するために主張されたベッカリーアの根拠は、政治的に注意を欠いた表面的なものである。有罪を言い渡された者が社会契約において国家による殺害に同意していなかったのだから、死刑を執行してはならないという議論は(S. 11頁, 48頁以下)、悪い意味での学問的な考察である。それでは、死刑を言い渡された者の生命を救うことはできない。

死刑に反対するベッカリーアの議論の最も重要な点は、それとは別の考慮に基づいている。すなわち、死刑は国家にとって有益ではない。殺すことは、まだ役に立つであろう臣民を君主から奪うことになる。死刑の執行は、他の潜在的な行為者に対して予防的な効果を及ぼさない、という考慮である。このように死刑が予防にとって無益である(S. 49頁以下, 54頁)ことを考慮に入れるなら、ベッカリーアの原文にある弱点の目立った部分に行き着く。ベッカリーアは、次の問いを避けて通れない。死刑と同じくらい有益なものは何かという問いがそれである。ベッカリーアの詳細な答えは、啓蒙主義において刑法のために構想されているものを指し示す。ベッカリーアが提案するのは、最も苛酷な労働条件のもとで終身召使いとして酷使することである。「警棒とくびきのもとで、あるいは鉄格子のなかで手錠をか

け、鎖でつなぐこと」(51頁以下)を公開して執行すれば、この制度はそれを見る者に作用を及ぼすというのである。それはこの世の地獄である。

それに対して、ベッカリーアを受容する者は、ベッカリーアは死刑を「終身自由刑」で置き換えたのだと主張し、彼がどのような残虐な自由刑を想定していたのかについては注釈において示唆するにとどめている¹⁶⁾。ベッカリーアは屈辱的な懲役刑によって死刑を代替する策を主張したが、たとえこの屈辱的な懲役刑に関して「奇異な感じを与える」¹⁷⁾と指摘しようとも、それはベッカリーアの代替策に助け船を出すための意味のない試みでしかない。人道性を求める感情が労働刑の中に消えてしまったことは、少なくとも記録されねばならないであろう。

より重要なことは、ここで刑事政策にとって一つの誘惑的な路線が示されていることである。それは、他者を威嚇する手段としての刑罰を厳格に執行することをためらわないという路線である。ベッカリーアを引き合いに出す者は、この路線を継承せざるをえないか、あるいはこの路線をベッカリーア解釈から遠ざけることを試みなければならない。ベッカリーアの議論を用いてその路線を遠ざけることはできない。それができるのはカントの『人倫の形而上学』(1797年)だけである。それによれば、人間は、国家と社会の目的を実現するための手段として用いられてはならず、その生来の尊厳が国家と社会から保護される必要があるとされている¹⁸⁾。ベッカリーアは、このような人倫の形而上学から遙か遠く離れたところにいる。

ベッカリーアが死刑に代わる予防的機能を持つ代替案として終身奴隷を論じていることは、啓蒙主義が行き先のわからない列車であることを証明する力強い証拠である。啓蒙主義という列車は、現下の哲学的議論を通じて長い線路を走っているが¹⁹⁾、今日のベッカリーア解釈においては抜け落ちている。そのために、啓蒙主義刑法の厚みがいかに薄っぺらく、欠陥の多いものであるかということに気づかなくなっている。

(d) 拷問

ベッカリーアは、彼が拷問の廃止を望み、その実現に協力したことで称賛されている。彼に対するこの称賛もまた、ずっと続くであろう。しかし、死刑の場合と同

16) v.Hippel, S.268 Anm.7.

17) Rüping/Jerouschek, Rn. 168.

18) Kant, Metaphysik der Sitten, Ausgabe Meiner, S.158.

19) 議論の総括とその後の展開については、Winfried Schröder, S.125ff.

じように、ベッカリーアの要求の根拠づけが荒っぽかったために²⁰⁾、今日まで拷問が違反行為者からの情報収集手段として常に捉えられてきたことを忘れてはならない。

ベッカリーアの主要な議論は、またもや次のようなものである。拷問は訴訟において有益ではない。拷問が真実の供述をもたらすか否かは確実ではない。拷問について耳にし、拷問が行使されているのを目にした市民は、怖じ気づいて犯行をやめるといふより、むしろ粗暴になる(31頁以下)、というものである。この議論の軽薄さには驚かされる。その短絡的な特徴をわずかに指摘するだけで、その議論を論駁することができる。その議論を支えている実際の主張は検証不可能なものであり、それは対立する主張によって斥けることができる。今日までの事態は、そのようにして成立したものである。

この事態の発端は、ベッカリーア自身のところにある。彼は、有罪立証のための証拠手段が失われることを恐れる刑事司法制度の心配を理解し、それを共有している。そのため、尋問において供述者が供述を拒んだ場合、彼が拷問の代わりに(科すことを)希望しているのは、「法律によって定めることのできる刑罰、しかも法律が定める最も峻厳なものに属する刑罰である。人は、このような方法によって、世間に対して義務を負っている態度の必要性を拒むことはできない」(29頁)という。

ベッカリーアの名声は、この立場から、死刑の場合と同じように、拷問の絶対的な排除を求める要求をさらに厳格に根拠づける努力を妨げている。実定法上の拷問禁止原則は、このようなより確固とした根拠によって裏付けられているわけではない。

(e) 比例原則

ベッカリーアは、彼が犯罪と刑罰の比例関係を求めたことで称賛を受けている。実際にも、この要求はしばしばベッカリーアのところ定式化されている(とくに45頁以下, 58頁, 69頁)。もちろん比例原則の一般的な機能を規定しただけである。それは、過度な予防を免罪するための一つの理由である。過度の予防は、望めば取り入れることができる。要件、適用方法、効果は、明確ではない。「人間の感情に

20) 拷問についてのベッカリーアの議論の最もアクチュアルでかつ最も厳密な分析(Jerouscheck 1998, S.666f), つまりベッカリーアを人道的な改革者と解する分析は、ベッカリーアの議論に対する反対論を発見するのが困難であると記している。

最も効果的かつ持続的な印象を与えるあらゆる刑罰が……優先するに値する」（45頁）という命題は、たとえ「比例関係を留保した上で」という文言が盛り込まれようとも、政策的に容易に濫用される可能性のある命題である。それは、また身体に「最小限」の苦痛を及ぼす刑罰が選択されるべきことが付け加えられようとも（45頁）、さらに「所与の状況のもとで」可能な限り軽い刑罰が要請されようとも（114頁）、同じように容易に濫用できる。

ベッカリーアの比例原理との関わり方は、この原理が将来にわたって取り組んでいく二つの活動方針、すなわち刑法による規制の批判とその強化、あるいは規制の批判かその強化かという方針を設けている。

(f) 法定原則

ベッカリーアの最も具体的な要求の一つに、犯罪と刑罰の法定がある。もちろん（厳格な）法定原則は改められ、一貫してこの原理の有益性に支えられているだけである。効果的な威嚇ができるのは、厳格な法律だけである（12頁以下、16頁以下）。法律を有益な威嚇手段として捉えるによって、注目すべき結論がもたらされる。法律は、抵抗できないほど威嚇的な支配道具と化する。法律は、ベッカリーアにとっては特別な権力の塊である。

法律の妥当に例外はない。ベッカリーアは、法律からの自由な逃避が、法律からの解放である恩赦と同じ様に予防にとって有害であると非難している（64頁以下）。法律から逃れることはできない。それは、宗教的に根拠づけられた刑法学説において神の怒りが持っていた任務を引き継いでいる。「一つの国家の国境の範囲内において、その法律の支配を受けない場所があってはならない。法律の効力は、影が身体に沿うように、あらゆる市民の後をついてまわる」（66頁）。この定式化と緊密に関係しているのが、法律の執行にあたっての「厳格さ」と「仮借のなさ」を求める頑なまでの要求である（64頁以下）。

そのような強大な権力にとって、有益であるというだけでは、それを適法とするには十分ではない。ベッカリーアが、宗教的に根拠づけられた法律概念を世俗の刑法に取り入れることにいかに成功しているかもまだ解明されていない。市民の世俗的な合目的な組織の中において存在できるのは、強大な規則だけである。それがまさにベッカリーアによって強調された法律の力であり、問い質されないまま、熱心に後の時代に引き継がれているのである。ベッカリーアは、法律の絶対的な力によって、時代に対する刑法的規則の依存性を克服することを啓蒙絶対主義に申し出たが、明らかにそれは多数決民主主義によっても受け容れられるものである。

ベッカリーアは、法律に何を記述することが許されるのかについて、ほとんど留意しておらず、法律と法律としての相応しさが関連していなければならないかどうかについて考慮していない。それゆえ、ベッカリーアが推し進める法律の力を了解することはできない。

(g) 犯罪概念

ベッカリーアは、彼が犯罪概念を世俗化した、すなわち贖罪から社会侵害的な態度へと転換したことで称賛されている。ベッカリーアは、この経緯が「周知の事実」であり、その認識は「いかなる凡庸な理解にも親しみやすい」ことを拠り所にしている (72頁)。彼は、犯罪を「(……) 人の尊厳」の侵害として捉える努力を、それが不合理であることを証明する不可解な論法を用いて拒んでいる (73頁)²¹⁾。

しかも「社会侵害的な態度」は、恣意によって満たされうる一般条項にすぎない。独裁体制における社会侵害は、共和国におけるそれとは全く異なる。社会侵害の回避という形態によって実現される普遍的な幸福が権力の目的を指しているならば、刑法の権力は限界づけられない。この目的が曖昧であるために、権力がどれだけ刑法を行使するのかを権力自身が決定することになる。

犯罪概念を世俗化することによって権力を拡大することは、以前から見られたことであり、「直接的」な社会侵害があれば犯罪を想定するのに十分であると要求されてきた²²⁾。ベッカリーア解釈は、この窮屈な制約を取り入れなかった。「社会侵害としての犯罪」という貼り札は、自明なものとして、あらゆるものに貼り付けることができる。国防力の破壊工作と民族的血統の汚辱にも、交通違反と薬物乱用にも、カルテルと壁への落書きにも貼りつけることができる。社会侵害があったからといって、それを処罰する刑法が相応しいとはいえないことだけは確かである²³⁾。

ベッカリーア自身はそれを肯定し、否定しなかった。社会契約思想から導き出さ

21) ベッカリーアは犯罪概念の人物に方向づけることをせずに、公共の福祉に方向づけているが、それに余りにも注意が払われていないことを厳密に述べるものとして、Cattaneo 1982, S.330f.

22) Stintzing-Landsberg, S.394f. では、ホンメルが文字通り引用されている。ホンメルの立場は予言的である。犯罪を規定するにあたって、社会侵害や治安侵害の直接性は不可欠である。そうしなければ、「全世界を自己の体系的な方法に従って統治しようとする道徳家が……まだ解決されていない分野を発見し、彼らの固有の好みに従って、彼らがただ希望するものだけを……犯罪へと移しかえるだろう」。

23) それゆえ、ベッカリーアが刑法に関してウルティマ・ラチオ原理を主張していたことを確認することもまた困難である (それを主張するのは Jerouschek 1998, S.667f.)。

れた社会侵害としての犯罪概念は、「常に（……）あらゆる法典の指導形象として、たとえ有害な法典であっても指導形象として堅持されてきた（……）」（80頁）という。

ベッカリーアが法律として相応しいのは中核刑法だけであると捉えているように思えることが時々ある（40頁，11頁，108頁）。しかし、そのように即断するのは早すぎる。ある時代が必要としているもの全てが、結局のところ刑法に取り入れられているからである（8頁）。法律の内容は、歴史的であり、相対的である。このことは、ベッカリーアのところで確認できる。それは、彼がその時代と後の時代の政治的要求を継承し、それを強化しながら経済犯罪、金融犯罪と脱税の罪を公共に対する重大犯罪として一括して法律で規制し、例外なく処罰することを重視しているところで確認できる（84頁）。ベッカリーアにおいて、これらの犯罪群と同じくらい詳細に論究されているものは他にはない。

ベッカリーアは法定主義を求めることによって、彼が相対主義的な行政技官、つまり経政学的に物事を考える行政技官であることを示している。国家から市民を防御する法律については語られない。国内政治の敵対者と闘争するためであれ、植民地を安定化させるためであれ、変転する制御要求に対応して国家が自由自在に使える刑法が将来必要とされているのである。

(h) 刑事訴訟法および裁判所構成法の原理問題

同時代の多くの人々と後のベッカリーア信奉者が熱狂的に歓迎している訴訟法および裁判所構成法上の個々の要件は、別々に構成され、それはベッカリーア解釈の大部分と矛盾している。

㊦ 訴訟期間、弁護、未決勾留

ベッカリーアの見解によれば、訴訟は短期間で行われ、かつ厳しいものでなければならぬ。そうでなければ訴訟は有益ではない（38頁以下，61頁）。

弁護は、ベッカリーアにとって重要であるが、「刑罰の迅速性」を害してはならない（38頁以下）。ベッカリーアは、予防にとって有益な一定の訴訟の流れ、つまり最初に国家による証拠の提出が行われ、それに次いで弁護が「短時間」で行われるという流れを想定していたが、それが顧みられることはほとんどない（38頁）。ベッカリーアは、弁護のために多くの時間を求めることは「誤解された人間愛」であると見ている（39頁）。

未決勾留を理論的に根拠づけることは難しい。何故ならば、嫌疑と自由剥奪を関

連づけることはほとんどできないからである。しかし、ベッカリーアは、被疑者はおそらく危険人物に違いないということを理由にして、予防が必要と考えているようである(18頁)。とはいうものの、未決勾留の根拠は法律で規定しなければならず、恣意は排除されねばならないともいう。ベッカリーアは、未決勾留の根拠を気前よく規定している。「世間のうわさ」であつてもよい(18頁以下)。彼は、未決勾留を思いやりと人道性を込めて執行することを求めているが(19頁)、未決勾留の要件が満たされるやいなや、直ちに法律は未決勾留のための「ますます薄弱な」根拠に甘んずるかもしれない(19頁)。それは、人道的な執行が保障されていることを説明しさえすれば、将来の立法者は未決勾留の根拠を拡張できるという水先案内内である。

(bb) 司法の独立性——独立性と法規拘束性——権力分立

司法の独立性は、権力分立に支えられているが、それはベッカリーアにとってまたもや有益性の問題でしかない。厳格な法律を厳格に執行する独立した司法だけが、予防を確実なものにできる(14頁以下)。

近代は、「司法の独立」というベッカリーア解釈のこの部分について、特色のある修正を行っている。

ベッカリーアは、刑事訴訟と刑事裁判所構成のために厳格な法定原理を厳格に貫徹する(12頁以下)。処罰することが許されているのは独立した裁判官だけであつて、政治家でも、行政官でも、警察官でもないという。権力分立は、ベッカリーアの視点から見れば、刑罰の予防目的を唯一確実にできる。そこからベッカリーアは、「刑罰法規を解釈する権限は(……)刑事裁判官には認められない。それは、まさに彼らが立法者ではないという理由に基づいている」(13頁)という結論を導き出す。あるいは、より具体的に言えば、解釈を禁止しなければ「不幸な者(被疑者)の生命」が「誤判の犠牲になり、また裁判官の煮え狂う血の犠牲になるからであり」(15頁)、「法律が学問になっていない国の民は幸福である」(22頁)という結論を導き出す。

18世紀の議論において、このような定義はしばしば啓蒙主義に一貫したものであると理解されていた。例えば、啓蒙化された立法と見なされた1794年プロイセン一般ラント法は、その法律の裁判官による解釈を禁じている(Einleitung §§ 46ff.)。

しかし、このベッカリーア原則は、非実践的であり、浮世離れていると直ちに非難され、いつの間にかベッカリーア解釈にも取り入れられなくなった。刑法をその客観的意味に従って、つまり刑法の時代適合的な意味に従って解釈することが、裁

判官、検察官、弁護士、大学教授、警察官および学生に許されているし、また許されるべきであるとされ、そのようなことが今では研究や学説において論ずるまでもなく法学的に妥当している。このような変化があるにもかかわらず、ベッカリーア解釈は修正されることなく、明白な——予防による市民的安全の向上という——目的に基づいて強化されるのである。安全は、ただ日常的な現実の安全であって、法律が公布された時点での安全ではない。

ベッカリーアの法定主義学説（処罰権限を作り出せるのは明確な法律だけである）に含まれている市民の法的保護という重要部分は、ほとんど強調されなくなっている。刑罰法規は、ますます不明確になる。それ以来、不断に続く展開の中で、立法者に加えて、裁判官、検察官と行政官もまた——表向きには不可避だと言われている客観的解釈によって——処罰権限を作り出している。

このようなベッカリーアからの離反は、啓蒙主義に反する方向転換によってしか成功しえなかったし、また成功しえないうちにもかかわらず、そのことは減多に気づかれない。少なくとも、このような立場から見れば、ベッカリーアの基本的立場は、法解釈に際して調整されたベッカリーア解釈よりも首尾一貫している。

法律とは、ベッカリーアにとって、完全に世俗的で、日常の必要に結び付けられた、ときおり無益で、常に変化可能な政策的な道具である（12頁）。ベッカリーアにとって法律は、神の遺言でもなければ、客観的な目的に奉仕する遺言でもない。また尊い伝統を継承する遺言でもない（13頁）。それは、法律を世俗化する原理であり、裁判官を立法者の実際の政策的意思につなぎとめることによって安定化される（主観的解釈）。経験的で政策的な出自に、しかもしばしば見ために悪い出自に絶えず立ち返ることによって法律を世俗化することが、啓蒙主義の一部なのである。法律は人間によって作られる。それは、的はずれで、意味のないものかもしれない。しかし、固有の客観的意思を持つことはできない。

近代はベッカリーアに基づいて古い観念を引き出し、法律に客観的意味を込めることによって法律から離反する（客観的解釈）。それは、より時代に適合した合法的な処罰を可能にするために、法律の世俗化を部分的に取り消すことである。

予想される副次的効果は、啞然とさせるものである。ベッカリーアをよそ目に法律の客観主義を信奉することは、啓蒙主義を部分的に取り消すことである²⁴⁾。法律の尊厳、それと同時に法律が有する力の一部は、法律の根拠づけを世俗化するこ

24) ベッカリーアが厳格な法規拘束性を要求していることについて、Jerouschek 1998, S. 669. の分析は、ベッカリーアに対して原則的に賛同しながら、この結論を回避しようとした場合に、どのような議論上の困難性が生ずるのかを示している。

とによって弱化されたが、首尾一貫しているのは、ベッカリーアにとって法律の効力はそれを作った政治権力と同じように強大だということである（2 頁脚注 [11]）。この弱化は、法律に対して客観的意味を与えることによって補われる。法律の力は、今ここで行使される力を再び超えることになる。法律が安全の確保に役立つとき、ベッカリーアは彼自身的手段によって乗り超えられるのである。もちろん、ベッカリーアもまた、法律が単なる権力的な規制にとどまらないことを知っているが、法律をそのように高めるのは、権力分立を弱化するためではなく、予防を強化するためだけである。

厳格な法規拘束性がベッカリーア解釈に取り入れられていないために、劇的に作用する議論姿勢へと行き着く。ベッカリーア解釈は、ベッカリーアの厳格な法規拘束性には確かに「法治国家的な強さ」があるが、それは「ナイーヴ」であるという²⁵⁾。ベッカリーア解釈の全ての部分から、そのように言うことができる。それは繰り返される。そして、ベッカリーア解釈と真の刑法発展との食い違いを明らかにする。

第五章 切り捨てられたベッカリーアの要求

現在、ベッカリーアが受容されながら、厳格な権力分立が切り捨てられていることは、ベッカリーアに依拠して行われた一連の主張の一例に過ぎないが、その主張は「敬愛する刑事政策の改革者としてのベッカリーア」という議論から消えてしまっている。

その一例に、ベッカリーアが「裁判官の危険で恣意的な思慮深さ」を排除するために過失を厳格に法的に規制することを要求したということがある（88頁）。ベッカリーア解釈では、もはやこのもっともな要求について語られていないし、また同様に刑法の権威に対してベッカリーアが抵抗したことについても語られない（1 頁）。

ベッカリーアは、危険犯の処罰化に対して断固として反対した（107頁）。しかしながら、可罰的な危険犯は今日では重大な関心の的である。ベッカリーアは、彼の見解を根拠づけるために修辭的に尋ねた。「犯罪へと至りうる全てのものが、われわれに禁止されているときに、われわれは何処に向かっているのか」（107頁）。その問いが現代的に取り上げられ、ベッカリーアに対して、われわれはむしろ安全に

25) Küper 1968, S.549.

向かっていると答えられる。それは、おそらくたんに急進主義的なベッカリーアでしかない。

第六章 ベッカリーアの驚くべき要求

ベッカリーアのいくつかの要求は、合理的で人道的なベッカリーア解釈と比較すれば驚くほど省略され、ベッカリーア解釈においてはたいてい省略されている。

再審手続は、ベッカリーアでは狭く限定されている。それは、「裁判の進行を妨害しては（ならない）」からである（23頁）。未遂の根拠づけは警察的である。計画された所為を止めさせる権限を手中に収めるためには、未遂は可罰的でなければならない（43頁）。王冠証人の規則は、予防にとって合目的であるがゆえに、ベッカリーアにとっては標準的なものである（44頁）。国外追放は有益であり、危険と評価された外国人の場合は特にそうである（57頁以下）。ベッカリーアは、行為者と被害者の和解が予防を損なうがゆえに許されないと見ている（64頁）。

ベッカリーアの見解によれば、善意の破産者は、刑法の力を借りて「債権者の召使い」として生きることを強いられる（87頁）²⁶⁾。

ベッカリーアは、単純窃盗について、「一般の社会のために、労働力と本人を期間を設けて隷属状態に置くこと」が望ましいと考え、強盗については、「身体刑と隷属状態の併科」が望ましいと見ている（83頁）。そして法律は、怠け者の政治家が処罰されることを定めるべきである。怠け者の政治家とは、「労働によっても、財産によっても、社会に貢献しない人」のことである（90頁）。

自殺の不可罰性についてのベッカリーアの根拠づけは、啞然とさせる。ベッカリーアは、自殺と国外逃亡を同列に扱っている（91頁以下）。自殺者と国外逃亡者は、彼らが義務を負っている社会から逃避する点において共通しているかもしれない。ベッカリーアにとって問題なのは、このような逃避の刑罰による禁止が有益でありうるか否かである。ベッカリーアは本来的に有益であると考えている。しかし、彼はその後「有益でない」という答えに変わっている。彼は、自殺や国外逃亡の理由が社会それ自体にあり、社会が魅力ある生活条件を配慮していなかったから

26) このような立場は、一般のベッカリーア解釈にとって特に慎重な配慮を要する。ベッカリーアは、第1版の後すぐに挿入された注釈において、この立場を「恥ずかしい」としたが、誰一人としてこの立場のことで彼を非難しなかったことに驚いている（87頁の注）。しかし、情緒的な傾向のまま、この立場から離反することは矛盾している。批判が語られていないことが一貫している。

だと考える。つまり、自殺と国外逃亡は刑罰で威嚇されてはならないというのである (91頁以下)。しかしながら、ベッカリーアに対して、市民を手放したくない社会ならば、どんな社会でも生活条件が良好であることを確保していると反論できる。

「姦通は犯罪である」。その証明が困難なだけである (95頁)。「男色」の可罰性に関する議論は曖昧なままである (97頁)

ベッカリーアは、犯罪を防止するために、非常に気前のいい武器法を支持している (100頁)。「(……) 武装した者よりも、武装していない者の方が襲われると思われる」。

これらの見解はすべて、市民、すなわち「寛容さのない大衆」を悲観的で距離を置いた視点から見ることによって支えられている。大衆というものは、「確固とした行動原理」を持っていないし、「物質的で道徳的な世界において、はっきり見られる崩壊」から離れた所にもいない (10頁)。大衆には感性的な刑罰による権威的な保安が絶対に必要である (10頁)。「国民の中にある無制約な無政府主義」, 「国民の激情の危険な凝縮」に対するベッカリーアの不安は、専制に対する不安に比べて決して小さいものではない (1頁, 41頁, 89頁。また, 80頁参照)。

ベッカリーアの驚くような要求は、社会における安全性の向上という視点から見れば、世俗的で合理的であるが、リベラルでも人道的でもない。この(ベッカリーア解釈を基準にした)驚くようなベッカリーア要求の多くが、今日の実体法なのである。

第七章 『犯罪と刑罰』——刑法批判と刑法強化

個別的な考察は、すべてベッカリーアの1764年の画期的な論稿の傾向が、刑法批判なのか、それとも刑法強化なのかという時機を失した問題に行き着く。

ベッカリーアの論稿は、死に絶えつつある刑法、宗教的に根拠づけられた刑法に対する批判である。その論稿は、このような根拠づけが改善可能であるかという問題を考察することを許容しない。彼の論稿は、宗教によって方向づけられた刑法の根拠づけが現実的なものとして再び浮上する場合の議論を内容ともしていない。

宗教的に根拠づけられた刑法に対するベッカリーアの実り多い批判から導かれる結論は、刑法を自減させることになろう。ベッカリーアは、この思想から遠く離れたところにいる。ベッカリーアは、刑法を強化する新たな根拠づけを企てる。宗教的な根拠づけは、世俗的(啓蒙主義的)な根拠づけに置き換えられる。

新たな根拠づけは、理論的な議論において、刑法の個々の中心命題、すなわち特に応報的な刑法教義から予防的な刑法教義への転換を支持するという結論に行き着

く。しかし、全体として刑法はそのままである。宗教的だったものが、啓蒙的になっている²⁷⁾。

それによって刑法の安定的な限定が得られるという見解は、あまりにも楽観的であることは明らかである。それは、ベッカリーアが表明している刑事政策的な考え方そのものに依拠している。

啓蒙主義に伴って、刑法の目的的な必要性、真の有益な必要性が、頑強な法律によって強化・安定化され、もはや争う余地のないものとして妥当する。

啓蒙主義的な刑法批判が結局のところ行き着くのは、弱化した刑法の後始末である。ベッカリーアは、宗教的な国家理論と法理論が市民を統合する力を持っているとは思っていない。彼は市民が分断されること——古い言い回しで言うと自然状態——を恐れており、国家的な強制手段、とりわけ刑法を新たに根拠づけることによって、この分断が展開するのを食い止めようとしているのである。

この新たな根拠づけは、抑圧的な方法によって刑法の力を強化する。人は社会契約から身を引くことはできない。この契約を締結することを拒否できないし、また解約を通告することも許されない。既存の社会に関心のない者が処罰されずにいられることは難しい。社会の構成員の大多数が承認している社会財を侵害すれば、彼は処罰される。刑罰の世俗化は、刑罰の官僚主義化である。

より重要なことは、ベッカリーアのような論稿が、唯一の理念的な新しい刑法（ベッカリーア解釈が自己を安心させるために仮定しているような刑法）ではなく、最初は当然で——合理的で——世俗的な刑法を、その後は実定法による貫徹を自称できるありとあらゆる刑法を根拠づけていることである。そのような刑法は難なく進められ、内容的に人道的で自由主義的な刑法から非人道的で残酷な刑法まで網羅する。

ベッカリーアのところで姿を現している「刑法的法治国家」は、法律によって強化された治安国家であり、変転する内容が伴いながら「人道的な慈善家」である国家の領袖によって支えられる。ベッカリーアは、その領袖の「強化」に奉仕しようとしているのである（1頁以下、5頁、109頁）。

ベッカリーアのところに例として見られる刑法批判とその新たな根拠づけのこのような緊張関係によって、刑法学上の重大問題があることが示される。ベッカリーアが用いている概念上の主要な道具、すなわち世俗性、合理性、有用性、当然性、正当性、人道性は、区別され、整理されている。世俗性と人道性は、攻撃または批

27) 個別の論点に関しては、Naucke 1984, S.213ff. を見よ。

判のための概念であり、宗教的に根拠づけられた刑法に対して向けられる。これらの道具は、刑法の宗教的な根拠づけが姿を消すに伴って、その役割を終える。刑法を新たに根拠づけるのは、合理性、当然性と正当性である。新たに根拠づけられた刑法が原理的な批判を受けることは予定されていない。「人道性と世俗性」という批判のための概念は、ベッカリーアのところでは、新たに位置づけられない。後にベッカリーアを引き合いに出しながら、部分的に人道性と世俗性という概念を取り挙げてみても、その概念には効果はない。それは、宗教的に根拠づけられた刑法という消え去った敵対者に向けられるだけで、合理的の必要性のある刑法という新しい敵対者には向けられない。この新たに根拠づけられた刑法は、批判に対して抵抗する。ベッカリーアは、合理的で当然で正当な刑法が人道性に基づいて評価されねばならないという思想には立脚していない。少なくとも、それは刑法がベッカリーアに基づいて恒常的に繰り返し残虐化することの説明の一部である。

奇妙なことに、ベッカリーアが刑法における宗教的遺産と見なし、非人道的であると批判した多くの刑法および刑事訴訟法の制度（欠陥のある法定主義、非人間的な証拠手続、拷問、死刑、諸権力の混合）が、その後数世紀に渡って存続した後、消滅したにもかかわらず、その後再び姿見せている。ただし、それらは今日では合理的で、必要性があると特徴づけられているのである。批判は、それが宗教的に根拠づけられた刑法との闘争において、その手段を使い果たしたために、効果のない状態にある。

第八章 結 語

ベッカリーアの刑法は、法定主義的で、相対的で、合理的で、予防的で、世俗的である。それは人道的ではない。それは、非世俗的な刑法、すなわち非予防的な刑法に対して批判的である。この批判は、もはや対象を持っていない。

ベッカリーアとベッカリーア解釈における合理的で、相対的で、世俗的で、予防的な刑法は、自己自身を批判する可能性を持っていない²⁸⁾。『犯罪と刑罰』は、人がこの論稿に見ている原理的な刑法評価のようなものを内容としていない。刑法が解決すべき基本的な問題は、明らかにされていない。おそらく、人はベッカリーアをあまりにも当てにしすぎたのである。それは、ベッカリーアに対する異論ではない。称賛し続ける解釈者に対する異論である。

28) この問題については、vgl. Vormbaum 1990, S.227.

【参考文献】

ANTON, Mike, Cesare Beccaria, Eine theoretisch-methodologische Untersuchung zu den philosophischen und ideologischen Wurzeln von DEI DELITTI DELLE PENE; nebst dem Versuch einer Näherung an seine Persönlichkeit (Diplomarbeit Friedrich Schiller Universität Jena), 1989.

v. BAR, Carl Ludwig, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882 (neudruck 1974 und 1992).

BECCARIA, Cesare, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da Luigi Firpo, Volume I, Dei delitti e delle pene, a cura di Gianni Francioni, 1984.

BECCARIA, Cesare, Über Verbrechen und Strafen. Ins Deutsche übersetzt, mit biographischer Einleitung und Anmerkungen versehen von Karl Esselborn, 1905 (Neudruck 1990).

BECCARIA, Cesare, Über Verbrechen und Strafen. Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von Wilhelm Alff, 1966.

BECCARIA, Cesare, An Essay on Crimes and Punishments, herausgegeben und eingeleitet von Adolph Caso, 2. Aufl., 1992.

BECCARIA, Cesare, On Crimes and Punishments and other writings, herausgegeben von Richard Bellamy, übersetzt von Richard Davies, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1995.

CATTANEO, Mario A., Aufklärung und Strafrecht. Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, 1998 (darin: beccaria und Kant, S.7ff.; Bccaria und Sonnenfels, S.49ff.); zitiert: Cattaneo 1998.

CATTANEO, Mario A., Strafrechtstotalitarismus, Terrorismus und Willkür. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, 2001; zitiert: Cattaneo 2001.

CATTANEO, Mario A., Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, in: Reinhard Brandt (H.), Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbuttel 1981, 1982, S.321ff.; zitiert: Cattaneo 1982.

CATTANEO, Mario A., Metafisica del Diritto e Regione Pura. Studio sul „Platonismo Giuridico” di Kant, 1984; zitiert: Cattaneo 1984.

CATTANEO, Mario A., La perenne attualità de pensiero giuridico di Cesare Beccaria, in: Critica del Diritto, 1999, S.118ff.; zitiert: Cattaneo 1999.

DEIMLING, Gerhard (H.), Cesare Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa, 1989; zitiert: Deimling.

v. HIPPEL, Robert, Deutsches Strafrechts, Band I, Allgemeine Grundlagen, 1925; zitiert: v. Hippel.

HOMMEL, Karl Ferdinand, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Auf das Neue selbst aus dem Italianischen übersetzt mit durchgangigen Anmerkungen 1778. – Neu herausgegeben und mit einen Nachwort versehen von John Lekschas, 1966.

IGNOR, Alexander, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846. Von der Carolina Karls des V. bis zu den Reformen des Vormarzes, 2002; zitiert: Ignor.

JEROUSCHEK, Günter, Thomasius und Beccaria als Folterkritiker, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 110 (1998), S.658ff.; zitiert: Jerouschek 1998.

KREUTZIGER, Bernd, Chronologische Bibliographie zur Rezeptionsgeschichte des Werkes Beccarias, in: Deimling S.179ff.

KREUTZIGER, Bernd, Bibliographie zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte der Abhandlung “Dei delitti e delle pene” Cesare Beccarias und zur Strafrechtsreformbewegung im deutschsprachigen Raum des 18. Jahrhunderts, in:

Das Achzehnte Jahrhundert, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für die Erforschung des 18. Jahrhunderts, Jahrgang 12, 1988, S.89ff.; zitiert Kreuziger 1988.

KÜPER, Winfried, Cesare Beccaria und die kriminalpolitische Aufklärung des 18. Jahrhunderts, in: Juristische Schulung 1968, S.547ff.; zitiert Küper 1968.

LÜDERSSSEN, Klaus, Kriminologie, Einführung in die Probleme, 1984.

MOCCIA, Sergio, Die italienische Reformbewegung des 18. Jahrhunderts und das Problem des Strafrechts im Denken von Gaetano Filangieri und Mario Paganopiu, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1979, S.201ff.; zitiert Moccia 1979.

NAUCKE, Wolfgang, Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts(Luther – Beccaria – Kant), in: Gerhard Dilcher und Ilse Staff (H.), Christentum und modernes Recht. Beirträge zum Problem der Sakularisierung, 1984, S.213ff.; zitiert: Naucke 1984.

PISANI, Mario, Attualita di Cesare Beccaria, 1998; zitiert: Pisani 1998.

RÜPING, Hinrich/Jerouschek, Günter, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Auflage, 2002; zitiert: Ruping/Jerouschek.

SCHMIDT, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.Auflage, 1965; zitiert: Eberhard Schmidt.

SCHMIDT, Eberhard, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1958, S.341ff.; zitiert Eberhard Schmidt 1958.

SCHRÖDER, Winfried, Morarischer Nihilismus, Typen radikaler Moralkritik von den Sophisten bis Nietzsche, 2002; zitiert: Winfried Schroder.

SCHMOECKEL, Mathias, Humanität und Staatsrason. Die Abschaffung der Folter in

Europa und die Entwicklung des gemeinsamen Strafprozeß - und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, 2000; zitiert: Schmoeckel.

SEELMANN, Kurt, Zum Verhältnis von Strafzwecken und Sanktionen in der Strafrechtsliteratur der Aufklärung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101 (1989), S.335ff.; zitiert: Seelmann 1989.

SICILIANO, Domenico, Das Leben des fliehenden Diebes. Ein strafrechtliches Politikum. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 79, 2002; zitiert: Siciliano.

SINNER, Stefan, Der Vertragsgedanke im Strafrecht. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 64, 1999.

STINTZING-LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung 3, Halbband 1, 1898(Neudruck 1978), S.363ff („der Sieg der Aufklärung“); zitiert: Stintzing-Landsberg.

VORMBAUM, Thomas (H.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, 1998, S. 119ff., 611ff. („Cesare Beccaria“); zitiert: Vormbaum 1998.

VORMBAUM, Thomas, Rezension von: Küper (H.), Carl Joseph Anton Mittermaier, 1988, und Deimling (H.), Cesare Beccaria, 1989, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 12 (1990), S.224ff.; zitiert: Vormbaum 1990.

WÄCHTER, Gerd H., Strafrechtliche Aufklärung. Strafrecht und soziale Hegemonie im 18 Jahrhundert, Diss. Frankfurt/Main, 1987; zitiert: Wächter.

若干の解説

(1) 本稿は、チェザーレ・ベッカリーア『犯罪と刑罰』のドイツ語訳（トーマス・フォルンバウム訳）のために書かれた解説「ベッカリーア——刑法を批判し、強化する者」の邦訳である（Wolfgang Naucke, Einführung: Beccaria, Strafrechtskritiker und Strafrechtsverstärker, in: Cesare Beccaria, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764), aus dem italienischen von Thomas Vormbaum, Berliner Wissenschaftsverlag, 2004.）。

本稿が考察の対象としているのは、ベッカリーアが『犯罪と刑罰』において展開した近代の刑法学説と後の時代の刑法家が定式化したベッカリーア解釈である。ベッカリーアは、ルソーやモンテスキューの啓蒙主義思想の影響を受け、社会契約説に基づいた国家と刑法を構想した刑法思想家であり、その刑法は近代刑法として、その後の立法・実務・理論に大きな影響を与えた。それゆえに、ベッカリーアの名前は近代刑法の創始者として近代刑法史に刻まれている。

残虐で人権侵害的な刑罰制度に対して批判的に立ち向かおうとする者は、ベッカリーアの『犯罪と刑罰』から理論的批判の糧を得てきた。それは、日本だけでなく、ドイツにおいても同様である。ナウケは、一方でベッカリーアの刑法理論の中に批判的な精神があることを認めながら、他方でその中に、また刑法家が定式化したベッカリーア解釈の中に、近代的な刑法が最終的に残酷で野蛮な刑法へと変質していく契機が内在していることを指摘している。つまり、人道的で合理的な刑法が非人道的で合理的な刑法へ、そして非人道的で非合理的な刑法へと変質する契機が、ベッカリーアの世俗的で合理的な刑法理論に内在しているというのである。かつてホルクハイマーとアドルノを始めとするフランクフルト学派は、哲学や社会思想の領域において、近代の思想や科学が前近代の社会の殻を打ち破って、近代社会を創造する知的原動力としての役割を果たした後、今度はそれを対立物へと変質させる役割を担ったことを暴露し、近代的な理性や知性に自己否定的な弁証法契機が潜んでいることを解明した。現代の刑法学もまた、それと同じように国家刑罰権の行使を合理的に制限しようとする近代の自由主義的な刑法理論がその行使を目的的に制御する刑法理論へと変化し、最終的に近代刑法の諸原則を変質させ、対立物へと変質していく過程を分析し、変質の契機の特性を解明することを課題としなければならない。刑法学を研究する者は、近代刑法が対立物へと転化していく契機が自己の理論的指針であることを認識したとき、真の意味での批判的な理論研究へと歩み出すことができる。このような意味において、ナウケのベッカリーア批判は、非常に批判的かつ論争的である。

(2) ベッカリーアは、『犯罪と刑罰』において、社会契約に基づいて犯罪の概念を世俗化し、刑罰制度の存在意義を犯罪予防効果という観点から正当化している。また、近代刑法の要請として、罪刑の法定、三権の分立、司法権の独立、罪刑の均衡、刑事訴訟と刑罰執行の公開、死刑の廃止、拷問の禁止などを導き出している。

このようなベッカリーアの主張を基準にして現代の刑法状況を見ると、次のような議論がなされることが予想できる。今なお死刑制度に固執している刑事司法がある。被疑者から供述を得るために、公然とあるいは隠然と拷問を行っている刑事実務がある。そこでは、証拠収集のための唾液や尿の採取、催吐剤の投与、脳内髄液の採取などが実施され、それが合理的な証拠収集方法として、「拷問」とは無関係なものとして行われている。これらは、いずれもベッカリーアが求めた近代刑法の基本的要請の対極にある刑法現象である。なぜこのような刑法現象が生じたのか。人々はベッカリーアが論じた理論を忘れてしまったのか。それとも、時代遅れの理論であるとして捨て去ってしまったのか。もしそうであるなら、このような非人道的な刑法現象に抗して、刑法におけるヒューマニズムを取り戻すべく、今一度、ベッカリーアが主張した近代刑法の思想的原点に立ち返り、その基本的要請を現代の刑事司法において再生させるために、現代の刑法現象に対して徹底した批判を行わなければならない。このような近代に逆行する刑法現象、近代とは異なる刑法状況を終わらせるために、刑法学者は「近代に戻れ」、「ベッカリーアに学べ」を合言葉にして、「近代」の刑罰理念に基づいて「現代」の刑法現象を批判しなければならぬ。このような議論の前提にベッカリーアの刑法思想が位置づけられ、その理論に批判的有効性があることが、刑法学者の間において暗黙の了解として共有されてきたように思われる。

では、近代刑法の理念的原点と言われてきたベッカリーアの主張は、どのようなものであったか。ベッカリーアの刑法理論や刑事政策論の近代性を特徴づけた基準は何であったか。ナウケによれば、それは近代的な犯罪予防を担保する有益性、当然性、正当性という基準である。すなわち、合理的な犯罪予防目的を実現するために、有益で、当然で、正当な刑罰、すなわち合目的な刑罰が近代的な刑罰として正当化されるという考えである。

これらの刑法の近代性を根拠づける基準は、次のように理解することができる。有益性 (Nützlichkeit) は、一定の目的を実現するために、どのような手段を用いることが有効であるかという考えに基づいて設定される規準である。それは、「犯罪の予防」という合理的な目的とその目的の実現に適した合目的な手段とを対応させて理解する合理主義思想に基づいている。これは、犯罪予防目的の実現にとつ

て有益な効果をもたらさしめる刑罰を選定する基準として機能する。当然性（Natürlichkeit）は、言葉通り理解すれば、「もちろんである」、「当然である」という意味であるが、それは所与の判断基準への適合性の感性的なレベルにおける評価を表している。その限りにおいて、目的・手段関係の対応関係ほどには刑法の近代性を根拠づける基準にはなりえないが、当然性の基準の中に「論理的に考えるならば、当然であり、納得できる」という「論理的妥当性」という意味を込めることができるならば、目的・手段の対応関係の論理的な妥当性を評価する基準となりうる。正当性（Wahrheit）は、有益性と当然性の基準に基づいて、複数の選択肢の中から選び出されたものを「正しいもの」として確信し、近代の刑罰制度としての正当性を国民の規範意識のレベルにおいて担保する機能を持っていると思われる。このような基準に基づいて、犯罪予防にとって効果のある複数の選択肢の中から、様々な側面を比較検討して、より有益で妥当なものを選択し、その刑罰制度に対する一般国民の支持・賛同を集めることができる。

(3) さらに、人道性感情は、これら三つの基準を支える機能を持つ。この人道性感情は、前近代的な封建刑法を批判する上記の三つの基準によって正当化された近代的な市民刑法を強化する。ナウケによれば、人道性感情は、前近代の野蛮な封建刑法に対する批判的感情であって、三つの基準に対立するものではない。ただし、人道性感情を「人権意識」という意味において理解するならば、既存の刑罰制度が被疑者・被告人の人権保障にとって有益か否かという観点から、それを批判的に検証する基準として捉えることもできる。また同時に、被害者の立場から、あるいは被害者に共感する立場から、妥当な刑罰権の行使を求める要請を正当化し、時には刑罰権に対する法的規制を緩和する方向において作用することもある。人道性感情も人権意識も「感情」ないし「意識」であるため、ナイーヴで、情緒的であるため、犯罪の成否と刑罰の要否が争われる問題領域において、被疑者・被告人の基本的な人権を防禦するだけでなく、被害者をも援護し、刑事司法制度の構造に対して大きな影響力を持っている。そのことは、今日では周知の事実である。人道性感情や人権意識は、刑罰制度の在り様を批判するためではなく、それを合理化するために作用し、また犯罪予防に有益な刑罰制度を合理性の側面だけでなく、人道性の側面からも正当化する機能を持っているといえる。

このようにベッカリーアが論じた刑法の近代性を根拠づける基準は、前近代の封建刑法に比べて有益で合理的な刑法を獲得するためのものであった。それにもかかわらず、それが現下の犯罪予防刑法を根拠づけ、考えうる刑法の中でより有益な刑

法であることを選択する基準として用いられている。このような変質は、刑法の近代性の基準が近代刑法が現れた歴史的背景から切り離され、それ自体として歴史的被制約性や歴史的依存性を持たない基準として受け入れられたことに起因する。ナウケの問題関心は、前近代の刑法に対する批判としてのベッカリーアの主張が近代刑法を強化し、それが歴史的に展開するなかで近代刑法の基本原則を浸食するに至った理論的メカニズムを分析すること、すなわち刑法史における啓蒙主義的近代の否定的弁証法のプロセスを解明することにある。

(4) ナウケのこのようなベッカリーア論に対しては、人道主義ないし人権思想に基づいて研究する刑法理論家から、ベッカリーアの『犯罪と刑罰』は、今なお刑法批判の理論的指針になりうるとの異論が出されるかもしれない。個別の刑法理論家によっては——ナウケとは別の意味において——人権に親和的な刑法理論を主張することができるかもしれない。ただ、刑法理論家を層として見たときに、刑法の現状に対する批判精神が失われつつあることは明らかであり、現状を追認する理論傾向がどこから生じているのかを考える必要があることは確かである。例えば、かつて刑法史において、批判的な主張を行っていた刑法家が政治的状況や時局の進展に伴って、体制側からの刑法的要請に応えて、それを積極的に正当化し、推進する側に回ったことを思い起こすならば、その理論的変節の契機を分析し、その特質を明らかにするための理論史研究が行わなければならない。ドイツのエドムント・メルガーしかり、日本の小野清一郎しかりである。いずれも1930年頃までは一定の自由主義的な刑法理論を主張していたが（その法学方法論は新カント主義である）、その後半からはファシズムと全体主義の政策的要求に応え、それを刑法学の領域において積極的に推進した（その法学方法論は新ヘーゲル主義である）。その理論的変節の契機が十分に明らかにされているとはいえない。

ベッカリーアの『犯罪と刑罰』を、このような刑法史の過去と直結させる必要はなくても、それをまったく異なる次元にあると評価し、近代刑法の理論的宝庫であると称賛し続けることはできない。ナウケは、ベッカリーアの刑法理論とそれを現代へと継承したベッカリーア解釈が、変転する政治的要求を受けて、人道的で合理的な刑法から人道的で非合理的な刑法へと、さらには非人道的な非合理的な刑法へと展開しうる理論的弱点と欠点を備えていたと論じているが、そのような問題提起を受けて、今一度、自由保障的な刑法理論だったものが自由侵害的な刑法理論に変質しうる理論的契機を解明する必要があると思われる。

(5) 本稿の邦訳作業は、著者のナウケ教授から本稿を送っていただいた2004年から準備されたが、諸般の事情から遅れ、フランクフルト大学での在外研究を行う機会が得られた2012年度に取りかかることができた。遅れた理由は時間的な問題もあるが、本稿の批判が近代刑法の論敵に対してではなく、近代刑法そのものに向けられていたことが主要な理由である。これまで研究の一つの指針としてきたものを批判の対象に据えた本稿に接して、刑法の近代性の意義について考える機会が与えられた。この問題の考察は終わったわけではないが、あらためて刑法的近代性の理論構造を批判的に分析したいと思う。