

共同研究：刑法における「学派の争い」の批判的検証

I. ヴォルフガング・ナウケ『『学派の争い』?』

本田 稔（訳）

II. ドイツ刑法史研究の現代的意義

——ヴォルフガング・ナウケ『『学派の争い』?』の解説——

朴 普錫

刑罰とは何か。刑罰は、いかなる理由によって、社会のなかで存在することが許されているのか。これは、刑罰の正当化根拠をめぐって提起される問いである。答えとして期待されているのは、刑罰の存在理由である。刑罰によって一定の目的が達成される。したがって刑罰制度を維持することは、個人や社会にとって有益であり、また必要である。このように刑罰の正当化根拠ないし存在理由を、刑罰の目的性、有益性、必要性などの観点から網羅的に論証することが、問い合わせに対する答えとして求められる。これに対して、刑罰は犯罪に対する応報として、それ自体として正当化され、それによって達成される目的などない、と答えるならば、非常に陳腐に聞こえ、刑罰論としては相手にされなくなる。

共同研究は、この「陳腐」に聞こえる刑罰論に耳を傾けることを課題としている。耳を傾ける対象は、旧派刑法学の応報刑論ではない。それに先行するモンテスキュー やカントの応報刑論である。学説のなかには、旧派刑法学は、自由主義的観点から罪刑法定主義を基礎にして、客觀主義を採用したベッカリー ア以来の理論的系譜の上に成立し、その刑罰論をカントと同じ絶対的応報刑論として扱うものが見られるが、両者は刑罰の合目的性をめぐって、目的中立的な応報刑論と合目的的な応報刑論として対立する。この理論的な対立状況を検討することによって、カントの絶対的応報刑論がなぜ刑罰から合目的性を除去すべきことを主張したのかが理解できるのではないだろうか。また、犯罪に対する無目的な反作用として刑罰を正当化したのではないことを知ることができるのではないだろうか。ここに共同研究の狙いと期待がある。

刑罰の淵源は、もしかすると人間の本性の奥深いところにあるのかもしれない。知性を知らない前近代の時代に生成した自然的で野性的なものなのかもしれない。そうであるならば、近代の知性は、それを社会的で理性的なものにして、管理・統制しなければならない。刑罰に理性的な任務と目的を与えることによって、その存

在が許容される限界を示さなければならない。しかし、刑罰から取り除かれた野性に代えて、付与された理性的な目的とは何であろうか。理性が、もし技術的で道具的な理性にとどまるならば、法衣を着た野性と化して、法制定・法執行権力に奉仕し、忌まわしい不法の歴史を繰り返すことになりはしないだろうか。

「アウシュヴィッツの後で詩を書くのは野蛮である」という言葉がある。全体的に均質的な社会を作るために、刑罰が道具として用いられた過去の歴史を振り返るならば、この言葉は、犯罪予防であれ、規範意識の強化であれ、目的性によって刑罰それ自体を正当化しようとする刑罰論に対して警戒することを求めているように聞こえる。カントの絶対的刑罰論の主張が、合目的的な刑罰論に警戒する理論として再評価できるならば、それは決して陳腐な理論ではない。

(立命館大学法学部教授 本田 稔)