

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*

—

ここに紹介されているのは、ヴィンフリート・ハッセマー古稀祝賀論文集に掲載されたヴォルフガング・ナウケ教授の「『学派の争い』?」である (Wolfgang Naucke, “Schulenstreit”?, in: Felix Herzog und Ulfrid Neumann (Hrsg.) in Verbindung mit Jong-Dae Bae, Andreas von Hirsch, Shozo Horiuchi, Francisco Muñoz Conde und Juraez Tavares, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 559-572.)。ナウケ教授は、近代刑法(史)に関する批判的な再検討を長期にわたって行っており、刑法学における歴史研究の重要性を強調してきた。その研究は、啓蒙期以降から現在に至るまでの刑法史における法治国家刑法の変遷過程を歴史的な文脈に位置づけて理解しようとするものであり、現代刑法を歴史的なものとして理解する際に重要な示唆を提供するものである。その刑法史研究の基本的な方向性は、すでに公刊されている『法治国家刑法の脆弱性を越えて (Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts)』(2010年)¹⁾のなかで窺うことができる。

ナウケ教授は、現代の刑法学者が安逸な基本姿勢 (beruhigte Grundhaltung) で近代刑法史を眺め、刑法がますます正義へと発展していくと考えていると指摘する。このような理解の背景には、刑法は18世紀の啓蒙思想の影響を受けてすでに近代化されており、その近代化は世俗化・国家化 (verstaatlicht)・合理化・精密化・人道化、すなわち公正な刑法 (das gerechte Strafrecht) という目標に向かっていくに違いないとする楽観主義がある²⁾。しかし、このような理解に対して、ナウケ

* ぱく・ほそく 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

1) Wolfgang Naucke, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden, 2000.

2) Ebd., S. V.

教授は、啓蒙以来のドイツ近代刑法史における近代法治国家刑法の形成過程は、実は刑法における法治国家性を求める発展的要求と並行して、法治国家性を風化させる方向に進行していると批判する。すなわち、法治国家刑法は、常に脆弱化の契機を持っており、それは近代法治国家刑法の理論的根拠にすでに内在しているというのである。ナウケ教授の分析によれば、法治国家刑法の脆弱性は、要するに市民的自由に対する刑罰権の抑制と市民的安全の確保のための刑罰権の強化という拮抗する2つの方向性に由来すると定式化する（啓蒙主義的人道性+犯罪予防効果=法治国家刑法〔Humanität+Effektivität des Strafens = rechtsstaatliche Strafen〕³⁾。刑罰権の抑制と刑罰権の強化は、同時に手にすることはできず、犯罪予防効果は、刑罰による安全政策、処罰におけるポリツァイ的要素を本質とする。この定式化のなかで、より強力な部分 (stärkerer Teil) を占めているのが、ほかならぬ「犯罪予防効果」の側面である。つまり、国家が正しい強力な刑罰によって秩序と安全を高めることを約束し、それによって刑法に対して影響力を行使し、市民の規範的な安全要求を満足させるのである。しかし、ナウケ教授は、19世紀および20世紀には政党政治に規定された安全・秩序政策によって、刑法が多種多様な政治権力に奉仕する道具とされ、法治国家刑法の人道性は犯罪予防効果によって脆弱化されていると捉えている⁴⁾。

このように、ナウケ教授は、「法治国家刑法の脆弱性」という基本的認識に基づいて、現代に至るまでのドイツ刑法史全体を概観している。本稿もまた、その一貫した視点の下で、「学派の争い」という事象の再検討を図るものであり、それは、ドイツ近代刑法史研究の一環をなすものである。他の論稿においても、「学派の争い」と学派の領袖の限界が指摘されている。本稿は、それらを総括したものであり、「学派の争い」を刑罰の基礎理論をめぐる争いに限定せず、ドイツ近代刑法史において位置付け直し、幅広く捉え直すきっかけを提供するものである。このような意味において、本稿は、「学派の争い」を歴史的に再評価しようとするものである⁵⁾。

二

「学派の争い」に関するナウケ教授の見解は、以下のようなものである。「学派の

3) Ebd., S. 423.

4) Ebd., S. 422ff.

5) ドイツ近代刑法史に関する日・独の最近の研究動向を概観したものとして、(高橋)

争い」は、これまで刑罰論に重点が置かれてきた。それは、古典学派の応報刑と近代学派の目的刑の争いであり、刑罰制限的な刑罰論と柔軟な刑事政策的な刑罰論という形で対立してきた。そこにおいて重視されてきたのは、古典学派と近代学派の違い（および応報と予防と違い、応報刑と目的刑の違い）である。しかし、近年、「学派の争い」をこのような正しい刑罰をめぐる論争であることを認めつつも、争いの原理に関する議論に重点を置こうとする新しい潮流が現れている。ナウケ教授は、本稿を通じて、そのような新しい潮流を確固たるものにするを目指している。以下においては、ナウケ教授の主張に即しながら、「学派の争い」について検討を行う。

刑法学における「学派の争い」とは、いわゆる古典学派（Die klassische Schule）と近代学派（Die moderne Schule）との間で繰り広げられた刑法の基礎理論に関わる争いであると理解されている。とくに刑罰論においては、古典学派の応報刑と近代学派の目的刑の争いであると一般に理解されている。しかし、ナウケ教授が指摘しているように、両学派を代表するベンディングとリストの文献を詳細に吟味すると、両学派はともに刑罰には犯罪予防目的があることを認めている。つまり、「すべての刑罰は目的刑である」とするベンディングの定式と「刑罰は目的のための手段である」とするリストの定式の間には内容的な違いは存在せず、従って「学派の争い」においては、応報的な禁圧と再社会化的な予防は矛盾せず、それは学問的な論争というよりも、むしろ国家刑罰権を正当化するための政策的な競争であったといえることができる。このようなナウケ教授の言説は、非常に論争的である。

それでは、ナウケ教授がイメージする「刑法史上の争い」とは、どのようなものであるか。ナウケ教授は、モンテスキューとカントが構築した「消極的刑法」と刑法を犯罪予防目的のための手段と見なす「積極的刑法」との対立構図において、真の「争い」が起こりうると捉えている。このような対立構図において、「学派の争い」は一部分を構成するにすぎない。ナウケ教授は、詳論する。「消極的刑法」が志向する国家論には、合目的刑法を制限的に統制するための国法上の義務があり、それを三権分立という形で定式化したのがモンテスキューである。ここから刑法に対する外在的な法的限界づけ、つまり刑法の国法的側面が確実な形として現れるのである。それが「消極的刑法」である。モンテスキューは、実体刑法と手続刑法のための権力分立（立法・司法・行政）、刑罰権を限定する厳密な法定主義、限定解釈、類推および遡及の禁止、二重処罰の禁止、無罪推定、極めて厳密な訴訟形

↘直人、「ドイツ近代刑法史研究の現在」『法制史研究』61号、2012年）を参照されたい。

態などを通じて、消極的刑法の適用領域を明確にした。カントはこのような「消極的刑法」をより強化する。「消極的刑法」は、目的中立で純粋な応報を目指すものであると同時に、国家刑罰権の濫用を原理的に制限するものであり、このような目的中立的で純粋な応報刑法はカントによって輪郭づけられる。カントの描いた目的中立的で、純粋で非政策的な刑法に対して、現実的な政策目的を志向する刑法を対置させたときに、刑法原理に関する論争が起り得るのである。刑法は、果たして法として存続できるのか、それとも政策的道具に墮すのかという争いである。18世紀末から19世紀の初めにかけて、モンテスキューとカントは、消極的刑法を構築し、刑法を法として成立させたが、ナウケ教授によれば、それは確固たるものにはならなかったという。

モンテスキューとカントが構築した「消極的刑法」に対抗するのが、いわゆる「積極的刑法」である。「積極的刑法」は、刑法を犯罪予防目的のための手段と見ており、「学派の争い」は、「積極的刑法」の枠組の内部での争いに他ならない。ナウケ教授は、これを裏付けるために、次のように付言する。まず、ベンディングの古典学派は近代学派のそれと同様に、合目的な刑事政策である。古典学派の刑法の基礎にあるのは、規範である。規範は、秩序づけられたプロセスが安定化するために、国家と社会が確証しなければならない規則を意味する。規範は、法律より時間的に先行して存在し、刑罰法規はその規範を受け入れる。そして、規範が重要であると見なされた場合には、それは刑罰によって順守するよう求められる。規範違反に対して、明白かつ峻厳な刑罰が科されることによって、規範は明白かつ安定的なものになる。刑罰は、規範の安定化という目的を有するのである。応報は、法律違反に対する不可欠な処罰であり、規範の強化のために最も有効な手段なのである。これが合目的な応報の一つの典型である。それは、近代学派の合目的な予防と原則的に異ならない。古典学派と近代学派の刑罰目的は、同一の意図を有する。合目的な応報と合目的な予防は、ともに将来を目指すのであり、それは現にある国家の将来的な安定化を模索するものである。

次に、国家論においても、ナウケ教授は、両学派は国家を刑罰目的論の観点からしか捉えていないと批判する。そこでは、刑罰目的を達成するための権限を保障するのが国家であると理解されている。古典学派と近代学派において、刑罰目的とその制限は厳密に区別されていない。「学派の争い」において、刑法を限定する基本的立場を与える国家論は、技術的な刑罰目的論によって後景に退けられている。「学派の争い」におけるこのような帰結は、現代にまで及んでいる。古典学派と近代学派が目指した合目的な応報と合目的な再社会化は、刑法を外在的に限界づけ

る「消極的刑法」という壁を乗り越えることを可能にする。以上を総合して、ナウケ教授は、「学派の争い」は刑罰の合目的性に関しては大差なく、合目的な刑事政策によって刑法が全体として支配されている点では、両学派は一致していると総括する。

三

ナウケ教授は、「学派の争い」が刑罰と刑事政策に関する考察のための枠組みを定めたと見ている。つまり、応報的な消極的一般予防であれ、応報的な積極的一般予防であれ、改善及び保安処分であれ、あるいはその複合的な形態の刑罰であれ、それら全ては「学派の争い」がもたらしたものに過ぎないと評価する。20世紀と21世紀初頭の政治の時代は刑事政策の時代であり、それは「学派の争い」がもたらした枠を超えないのである。さらに積極的な刑事政策と刑事政策の消極的な国法的限定との融合も、「学派の争い」の帰結と見ることができる。「学派の争い」というモデルは、まず合目的な刑事政策を確定し、その次に刑事政策に対する外在的な限界づけを問題にはするが、余り関心を払わないのである。合目的な刑事政策は、国家の政策いかんにより決定され、外在的な限界づけがないか、またはそれが小さい時にだけ達成できるというのが「学派の争い」からの帰結である。国法上の国家には、合目的な処罰の限定が求められるが、それは刑事政策のしがらみから解放され得ないと、ナウケ教授は指摘する。彼は、そのような刑罰論をハッセマー教授の積極的一般予防論を引き合いに出して批判している。

ナウケ教授は、ハッセマー教授によって展開された積極的一般予防論が、刑罰目的およびその限界づけについて、新しい着想を提供していると評価しつつも、刑罰目的はなおも優越的であり、刑罰の限界づけは刑罰目的が阻害されない場合にのみ可能であると総括する。ナウケ教授は、現代の積極的一般予防の主要目標は「予防の衣」を被った応報を通して基本的な規範を安定させるところにあり、それはベンディングの理論の伝統の延長線上にあると指摘する。そして、その伝統から外れようとするのであれば、そのような処罰目的と距離を置く必要があると批判する。ハッセマー教授の積極的一般予防論は、それに対して次のような理論的工夫を行う。つまり、社会成員への刑罰の直接的作用は、経験的に実証されていないが、刑罰の機能には、他の社会統制メカニズムと連動して、犯罪予防効果を発揮するという間接的な機能があり、全般的な社会統制という見地から、それらを統合させることによって、刑罰プロセスにおける再社会化と禁圧の統一が可能になるというのである。ただし、それは経験的に論破できないだけでなく、確認することもできな

い。つまり、それは可能性を述べているだけでしかない。ハッセマー教授は、このようにして経験的確認ができない目的を定式化することによって、合目的的刑罰を維持しているのである。それゆえ、ハッセマー教授のところでは、ビンディングの古典学派とリストの近代学派からも、距離を置いた定式化が見出されるのである。つまり、ハッセマー教授は、合目的な刑罰には「曖昧」な側面があるので、合目的な積極的一般予防には「慎重に」対処しなければならず、また「テロ化」の可能性があり、「恐怖と苦痛」を及ぼす危険性があるというのである。要するに、処罰することが「権利の侵害」になり得るという定式である。このような考え方は、近代の刑事政策の伝統のなかでも、重大な変化であるといえる。

「学派の争い」における両学派には、刑事政策的にコントロールされる刑法は、国家と社会にとって、疑いなく有益であり、それゆえに正しいとする自己確信的樂觀主義が共通して見られる。これに対して、ハッセマー教授は、このような樂觀的な合目的刑法を悲観し、それに距離を置いている。ただし、ナウケ教授は、このような悲観的な距離感は、大きな期待を抱かせるが、「消極的刑法」に接近するわけではないという。というのも、積極的一般予防が依拠している合目的な処罰の力強い伝統は、刑法を明確に限定づける努力を弱めてしまうからである。また、ハッセマー教授の言うところの「形式化された自由にできないもの」とは法治国家刑法を指すが、それは彼にとって自然法であり、刑法の絶対的なもの、つまり不動の存在論的構造である。ハッセマー教授は、「我々にとって、自然法的な法創設の時代は過ぎ去っており、そしてその時代と共に、自由にできない法の理念も又過ぎ去っている」と述べているが、そのような歴史認識は、ラートブルフの価値相対主義の影響を受けている。そのため、外在的な制限原理は「自然法」であるとして退けている。その結果、刑罰の制限は、予防目的を損なわない場合にのみ許されることになり、ハッセマー教授もまた19世紀末の「学派の争い」の枠組から抜け出せていない、とナウケ教授は批判しているのである。ハッセマー教授が述べる「自由に行使できないもの」とは、歴史的な状況に応じて、自由自在にできるものであることに注意しなければならない。合目的な刑法に対する慎重な態度は、形式化された「保護技術」に行き着き、それは「法治国家の憲法と伝統」における刑罰と同じものであるが、刑法の歴史的な性格は刑罰の絶対的限界づけを排除する。その結果、刑罰法規は「厳密性と柔軟性の結合」を引き受けざるをえなくなっている。ナウケ教授は、ハッセマー教授のこのような構想が、時代の変化に依存した刑法であり、それに代わる刑法がいつでも現れることを予定しており、「学派の争い」において既に認識されていた、正しく組織された刑法、国民に納得のいく刑法、予防を強化

する刑法を強調することになると論評している。

四

ナウケ教授は、これまでの「学派の争い」に関する議論において重視されてきたのは、古典学派と近代学派の違い（および応報と予防の違い、応報刑と目的刑の違い）であるとの理解を示したあと、「学派の争い」が正しい刑罰論に関する論争であるということは認めつつも、争いの原理・原則に関する議論の欠落を指摘するとともに、そこに議論の重点を置こうとしている。両学派が刑罰には犯罪の予防目的があることを認めていることから、両学派は争い状態にあったわけではなく、むしろ国家刑罰権に接近する機会を得るための政策的な競争状態にあったとの考え方が成り立つのである。そうすると、それは犯罪予防目的のために刑事政策的な刑法運用を可能にする「積極的刑法」として位置付けることができ、それに相対立するのは、モンテスキュー＝カントが構築した「消極的刑法」であることになる。真の「争い」は、このような対立構図において起こり得るのである。「積極的刑法」の考えからは、「消極的刑法」の考え方とは反対に、刑法を外在的な原理から制限するという契機は出てこないのである。

ナウケ教授によると、20世紀と21世紀初頭の政治の時代は刑事政策の時代であり、それは学派の争いがかもたらした枠を超えないのであり、さらに積極的な刑事政策と国法による刑事政策の消極的限定との融合も「学派の争い」の帰結と見ることができると述べている。とすると、現代の積極的予防刑法も、このような帰結から抜け出せていないことになる。既述のように、ハッセマー教授の構想に関するナウケ教授の分析からは、ハッセマー的な刑罰抑止論は、ラートブルフの価値相対主義の影響を受け、外在的な制限原理でもって制約する刑罰論を「自然法」として退けているため、その結果、予防目的を損なわない場合にのみ刑罰を抑制するということになり、ハッセマー教授においても19世紀末の「学派の争い」の枠組みから抜け出せていないことになる。ナウケ教授の考えを総合すると、近代刑法史における真の意味での刑罰論争の時間的な幅は、モンテスキュー＝カントにまで遡るのであり、カントの絶対的刑罰論とそれ以降の相対的刑罰論（古典学派と近代学派もここに入る）との争いが真の「争い」として捉えられることになる⁶⁾。結局、「学派の

6) ナウケ教授は、カントの刑罰論を絶対的刑罰論として理解しているが、最近の理論傾向として、カントを相対的刑罰論としてとらえ直す動きがある。このような理解から

争い」が作り上げた「積極的刑法」の伝統は、現在においても生きており、真の刑法論争は、終わっていないのである。それは、今なお未完のプロジェクトである。

ナウケ教授は、消極的刑法の自立的な学説の形成は、あらゆる刑罰目的に対して困難になっていると、本稿を締めくくっている。この言葉が示しているのは、法治国家刑法の脆弱性であり、本稿もそれを裏付けるための作業の一環であった。ナウケ教授は、「学派の争い」という事象が作り出したものが、それ以降の刑法現象に対して、理論的にも実務的にも影響を及ぼしていると見ているようである（特に、良き予防刑〔das gute präventive Strafrecht〕から逸脱した「倒錯モデル (Modell Perversion)」としてのナチス刑法)⁷⁾。

では、ナウケ教授は、近代刑法史全体を覆っている法治国家刑法の脆弱性の契機を克服できる秘策を持っているのか。ナウケ教授は、政治的党派性こそ法治国家刑法が脆弱化する原因であると指摘し、それゆえ政治の強韌さから法治国家刑法を防禦することが必要であると力説する。法治国家概念から政治を除去し、法治国家、少なくとも法治国家刑法を政治に対して公然かつ強固に対置するために見解を表明することが必要であると述べている。また、法治国家刑法は、純粋な意味において、あらゆる政治制度や政治体制から自立し、それ自体として成立すべきものであると主張している。社会主義国においては、社会主義刑法があり、資本主義国においては、資本主義刑法があるのが現実であるが、それから純粋な意味において距離を置き、批判的であり続け得るのが、法治国家刑法であると、ナウケ教授は考えているようである。このような法治国家刑法だけが、予防刑法に歯止めをかけ、それを抑制することができる。ナウケ教授は、そのために刑事法律家の役割を非常に重視している⁸⁾。

しかし、問題はそのような法律家の役割を観念的な言葉で語るのではなく、いかに具体化できるかである。換言するならば、法治国家とその刑法を実践的な人道性

ゝは、学派の争いは「カントまたはペンディング 対 リスト」という図式になる。しかし、問題の本質は、刑罰の捉え方だけでなく、それが刑法原則や刑事裁判制度にどのように影響するかである。カントを相対的刑罰論のなかに含めたとしても、モンテスキュー＝カント的な「消極的刑法」とペンディング的な「積極的刑法」との間には、今なお大きな隔たりがある。従って、カントの刑罰論を相対的刑罰論として捉えることができても、カントとの間の論争は終わっていないのである。従って、ナウケ教授の指摘がペンディングの理解や現在の状況を検討するうえで、一つの批判的な見解であることに変わりはない。

7) Naucke, a.a.O. (Fn. 1), S. VI.

8) Naucke, a.a.O. (Fn. 1), S. 427ff.

の深化された概念の上にかに築くことができるかである。問題点を理論的に明らかにしたとしても、それを解決するための具体的で実現可能な方法論を提示できない理論は、空論になりかねない。刑法史研究においては、現にある問題を歴史的な文脈のなかで捉える理論的枠組みを構築するのはもちろん、問題点を解決できる方法論にも目を向けねばならない。その意味において、近代刑法史研究は、現代の刑法現象を認識し、かつ検証するために行なわれなければならない。