

◇ 資 料 ◇

アルント・コッホ

「ビンディング対リスト

——刑法における古典学派と近代学派」

Arnd Koch, Binding vs. v. Liszt - Klassische und moderne Strafrechtsschule, in: E. Hilgendorf / J. Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Duncker & Humblot, 2007, S.127-145.

冠野つぐみ<sup>\*1)</sup> (訳)

松宮孝明<sup>\*2)</sup> (監訳)

I. はじめに

1882年の夏の終わりに、エムスにおいて、カール・ビンディング<sup>1)</sup>とフランツ・フォン・リスト<sup>2)</sup>の最初の出会いがあった。1841年に誕生したビンディングが当時

---

\*1) かの・つぐみ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

\*2) まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) ビンディング (1841-1920) について、*Nauke*, Rechtstheorie und Staatsverbrechen, S. V-LXXI, in: *Binding/Hoche*, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form, 1920. Neuausgabe hrsg. von *Thomas Vormbaum*, 2006; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 304-310; *Westphalen*, Karl Binding. Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten: HRG, 2. Aufl. 2005, Sp. 594 (*A. Koch*); *Kleinheyer/Schröder* (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. 1996, S. 59 ff. (*J. Schröder*); NDB, Bd. 2, 1955, S. 244 f. (*Triepel*).

2) フォン・リスト (1851-1919) について、*Eb. Schmidt* (Fn. 1), S. 357-386; HRG, Bd. 3, 1984, Sp. 11 ff. (*Nauke*); *Kleinheyer/Schröder* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 248 ff. (*J. Schröder*); NDB, Bd. 14 (1985), S. 704 f. (*Frommel*). さらなる多数の論文は、ZStW Bd. 94 (1969), S. 543 ff. (Gedächtnisheft für Franz von Liszt zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919) 並びに、ZStW Bd. 94 (1982), S. 525 ff., 864 ff. (zum 100. Jahrestag des „Marburger Programms“). Aus Sicht der DDR *Lekschas/Ewald*, in: Kriminalsoziologische Bibliographie, ↗

すでに名声高かったライプツィヒ大学法学部で教えていた一方、10歳若いフォン・リストは、ようやく彼の学問キャリアを登り始めたところであった。ドイツ帝国での刑法学者たちのこの出会いは、幸運の星を背負ってはいなかった。フォン・リストは、この出会いについて、自らの日記に次のように書いている。「エムスでペンディンクと出会った。ごりっばで、うぬぼれの強い男(……)で、私と意見を異にする。我々の良い関係を長い間維持することはできないと思う。<sup>3)</sup>」と。フォン・リストの予感は的中した。まもなく、ペンディンクとフォン・リストは、2つのライバル関係に立つ学派、古典刑法学と近代刑法学<sup>4)</sup>の主唱者として対立した<sup>5)</sup>。もたらされたのは、「学派争い」として法の歴史に残る、きわめて激しい論争——行為を罰するか行為者を罰するか、である。例えばペンディンクは、フォン・リストを、「ジャーナリスト」、「借りものの思想の騎士であり救い主<sup>6)</sup>」、または単なる「法律に関するやじうま<sup>7)</sup>」と評価した。フォン・リストは、自らの論敵に対して、「神経質のへんくつ」、「教条主義のうぬぼれや<sup>8)</sup>」、「創造力と弁証力」の加齢による老いぼれと認めることで、毒にも薬にもならないものととらえた<sup>9)</sup>。

このような言葉による侮辱の応酬の原因は何だったのだろうか？あるいは、別の問い方をすれば、「学派争い」の対象は何だったのだろうか？今日、学派争いは、まずもって、国家刑罰の目的に関する論争と理解されている<sup>10)</sup>。そして、ペンディ

↘1982, Heft 42, S. 80 ff.

3) *Radbruch*, *Elegantiae Juris Criminalis*, 2. Aufl. 1950, S. 226. より引用。

4) 同時代の人々は、「青年ドイツ学派」、「社会学派」といった言い方もしていた。例えば、*Nagler*, *GS Bd. 70* (1907), S. 7 Fn. 1, 8. を参照されたい。「社会学的」というのは、フォン・リストが犯罪原因を優先的に社会的諸条件において探求し——ロンプロローゾと彼の弟子たちのように——生物学的素質においてこれを探求したわけではないからである。

5) とくに、「学派争い」については、*Bohnert*, *Zu Strafrecht und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende*, 1992, pasimm; *Dessecker*, *Gefährigkeit und Verhältnismaßigkeit*, 2004, S. 57 ff.; *Westphalen* (Fn. 1), S. 221-324.

6) *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 2. Aufl. 1890, S. 61 Fn. 19; これらの引用句は、フォン・リストがペンディンクの「規範論」から離れていったことに関連する。

7) *Binding*, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 7./8. Aufl. 1913, S. 236 Fn. 2.

8) *v. Liszt*, *ZStW Bd. 13* (1893), S. 352.

9) *v. Liszt*, *ZStW Bd. 18* (1898), S. 230.

10) *Frommel*, *Kriminalsoziologische Bibliographie*, 1984, Heft 42, S. 37 は、この論争を、刑法改正への声望と影響をめぐる象徴的な対決であると説明する。多くの同時代の人々は、この論争の中核を、決定論と非決定論の対立にみる。例えば、*Kohler*, *GA Bd. 54* (1907), ↗

ンクに由来する「古典学派」の責任に応じた応報刑が、フォン・リストに由来する改善・特別予防的なアプローチと対立した。このレベルでは、「学派争い」の「勝者」は早々に確定した。ビンディングの応報刑思想が刑法史に属するよう見えるのに対して<sup>11)</sup>、フォン・リストはさらに、進歩的な、特別予防的に方向付けられる刑法の創始者とされ、簡潔に——ロクシンの言葉では——「最もすぐれたドイツ刑事政策者」とされる<sup>12)</sup>。

以下では、このような読み方が、「学派争い」またはその主唱者たちをどれぐらい正しく評価しているかが検討される。まず、「学派争い」の「歴史的解明」という方法によって、この論争の政治的背景が想起される。フォン・リストの改革綱領は、法理論の熟慮の成果ではなく、社会の大転換という状況に対するリアクションであった(第Ⅱ章)。その次に問われるのは、新たな局面に対処するために、「古典学派」と「近代学派」がどのような解答を用意したかである。両主唱者の対比に際して重要なのは、両見解の自由主義的・法治国家的ポテンシャルならびに権威主義的・抑止的なポテンシャルを指摘することである(第Ⅲ章、第Ⅳ章)。最後に、以上から得られる結論からは、「学派争い」の「勝者」は誰なのかという問いが改めて投げかけられ、そしてその一部に新たためて解答しようと思う(第Ⅴ章)。

## Ⅱ. 「マールブルク綱領」前史

### 1. 刑法改正と社会変革

フォン・リストが1882年に「近代学派の宣言書」である「マールブルク綱領」を公表したとき、出来上がったばかりの若きドイツ帝国は、根本的な変遷の過程にあった<sup>13)</sup>。ドイツは、わずか数十年のうちに、農業国から世界的な先進国へと至る経済発展を遂げた。人口爆発、急速に展開した都市化および新たな住民階層の発

---

↘S. 1; 多数の証拠によってこれを否定するのは、*Liepmann*, ZStW Bd. 28 (1908), S. 1, 7 ff.

11) 応報理論を再評価することの利益について、*Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, passim.

12) 例えば、*Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 12; ähnl. *Eb. Schmidt* (Fn. 1), S. 364 (「偉大なる革命的刑事政策者」).

13) *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW Bd. 3 (1882), S. 1–47. Weitere Ausgaben: *v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 126 ff.; *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882/1882), 2002 (mit einer Einführung von *M. Köhler*). Zur Bezeichnung „Marburger (Universitäts-) Programm“ *Naucke*, ZStW Bd. 94 (1982), S. 309 Fn. 1.

生、とくに工場労働者階級の発生、これに伴う社会現象が起きていた<sup>14)</sup>。異常な脅威と感じられる犯罪の増大は、絶えず脅威を増していた「社会問題」の一部であった<sup>15)</sup>。リストの所見もそうなのだが、膨大な貧困層が、犯罪、ドイツ民族の野蛮さの増大、あらゆる民族の退化現象の温床を形成するとみられていた<sup>16)</sup>。

本質において1851年プロイセン刑法典に源を発する1871年ライヒ刑法典は、その発効から数年後にはもう時代遅れになり、前時代の遺物となった。刑法典の構成要件は、フォイエルバッハの伝統において模範的な正確性をもっていたのに対して、制裁と量刑に関しては、刑法典は重大な欠陥をもっていた。軽微犯罪の分野では、柔軟な対応の可能性がなかった。罰金刑は一段下の役割しか果たしておらず、保護観察のための刑の執行猶予の制度や特別な「少年刑法」の制度が欠けていた。通常の、つまり事件の76パーセント強において科せられる制裁は、自由刑または重懲役刑(Zuchthausstrafen)であった<sup>17)</sup>。3月以下の短期自由刑が多数を占めており、単純窃盗の場合、約90パーセントの事件<sup>18)</sup>にこれが割り当てられた<sup>19)</sup>。一定の形態の重大犯罪については、ライヒ刑法典の対応の可能性は、少なからぬ欠陥を有していた。社会的に危険な犯罪者を、責任に応じた刑罰が認めているよりも長く拘禁することはできなかった。今日の保安監置収容(刑法第66条)に相当する措置は、ライヒ刑法典にとって未知であった。

## 2. 「マールブルク綱領」の前身

1870年代末以降、刑法および制裁法の根本的な改正を求める声が高まった。もっ

14) Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1995, S. 493 ff. の見立てによる。

15) v. Liszt, ZStW Bd. 3 (1882), S. 37 ff.; 同一の見解として、Oetker, ZStW Bd. 17 (1897), S. 493. Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 3. Aufl. 1921, S. 239 も参照されたい。「我々は、病んだ時代のなかで、すなわち例外状況のなかで生きているのであり、犯罪傾向のとてつもない蔓延と激化は、まもなくふたたびこの時代が過ぎ去る徴候と評価されなければならない」。マルクス主義の見地からは、Jelowik, Die Geschichte der imperialistischen Strafrechtsreform in Deutschland als Ausdruck der Perspektivlosigkeit des imperialistischen Systems, 1979, S. 4 ff. 犯罪の推定上の増加を相対化したのは、Galassi, Kriminologie im Deutschen Kaiserreich, 2004, S. 89 ff.; Wehler (Fn. 14), Bd. 3, 1995, S. 521 ff.

16) v. Liszt, ZStW Bd. 9 (1889), S. 472.

17) Kubink, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 103.

18) v. Liszt, ZStW Bd. 9 (1889), S. 740 ff.

19) Kubink (Fn. 17), S. 110; der Prozentsatz bezieht sich auf die 1890er Jahre.

とも、その方法は争われていた。フォン・リストの「マールブルク綱領」は、様々な進歩的理念を借用して<sup>20)</sup>、本質的な考慮を、正反対の結論へと至った非常に注目すべき2つの論争から取り入れた。

無条件の抑止に依拠したのは、1879年に刊行されたライブツィヒ最高裁判官オットー・ミッテルシュテット<sup>21)</sup>の著作であった。『自由刑に対するもの』という綱領宣言的なタイトルのもと、この著者は、「大量の犯罪の増加」に直面して、「完全に自由剥奪だけに依拠する体系の挫折」を断言した<sup>22)</sup>。ライヒ刑法典の刑罰体系は法秩序の保護に不向きであることが証明され、社会は、いまや、「その内部の敵に対する長い戦争状態」に備えなければならないとされた<sup>23)</sup>。犯罪に対する戦争において勝利し続けるために、ミッテルシュテットは、結論において、応報思想を極大化することを支持した。死刑適用の増加、「強制労働の徹底的な強化」の際の「刑事奴隷制」、同時に食料配給の削減をすること、棒刑および名誉刑が、彼の要求であった<sup>24)</sup>。

犯罪の問題を除去するための異なるアプローチを、ドイツにおける近代精神医学の先駆者である「精神科医」のエミル・クレペリンが追求した<sup>25)</sup>。1880年に公表された彼の『定期刑の廃止』という著作において、その当時24歳の彼は、完全に特別予防に向けられた刑の執行に有利になるように、応報の原理から離反することを要求した。刑罰は、クレペリンにとって、責任に応じた応報ではなく社会の保護を意味する<sup>26)</sup>。結論として、彼は、定期刑の廃止を支持した。自由の剥奪は、社会に対するあらゆる危険が被拘禁者に起因して生じたのとまったく同じだけ長く、しかもその期間に限って行われなければならない<sup>27)</sup>。釈放時期の決定は、この構想によれ

---

20) これについて、*Kubink* (Fn. 17), S. 71; *Vogel*, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, S. 91.

21) Otto Mittelstädt (1834–1899); NDB, Bd. 17, 1994, S. 579 f. (*Vortmann*).

22) *Mittelstädt*, *Gegen die Freiheitsstrafe. Ein Beitrag zur Kritik des heutigen Strafsystems*, 1879, S. 57; ebd.: 「苦痛を伴う刑罰権力という以前のメデューサの顔から、温情的な教育家、博愛主義者といふかなり俗物的な人相学となった」。

23) *Mittelstädt* (Fn. 22), S. 72.

24) *Mittelstädt* (Fn. 22), S. 63 ff.

25) Emil Kraepelin (1856–1926), NDB, Bd. 12, 1980, S. 639 (*Siefert*).

26) *Kraepelin*, *Die Abschaffung des Strafmaßes. Ein Vorschlag zur Reform der heutigen Strafrechtspflege*, 1880, S. 28 f.; これについて、*Christian Müller*, *Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminalologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871–1933*, 2004, S. 216 ff.

27) *Kraepelin*, (Fn. 26), S. 29. また、S. 32, 61, 78; ebenso *Aschaffenburg*, *MSchrKrim* Bd. 8

ば、裁判官ではなく——このことが精神病院入院の場合にそうであるのと同じく<sup>28)</sup>——専ら施設の長の義務とした。唯一の判断基準となるのは、被拘禁者にみられる改善の結果であるというのである。

### Ⅲ. 「マルブルク綱領」——フォン・リストおよび刑法の新たな方針

#### 1. 伝統的刑法理論の機能不全

フォン・リストは、自らの『マルブルク綱領』のなかで、新たな社会的挑戦を前に、伝統的な刑法思想は機能不全に陥っていると断言した。刑罰は応報的な正義が要求するように「高すぎることも低すぎることもない<sup>29)</sup>」程度でならなければならないとする支配的ドグマは、彼にとって、犯罪の増加を食い止めるためには、百害あって一利なしであった。

行為に向けられた応報は、いわゆる「常習犯人」に対する闘争において役立たないことが証明された<sup>30)</sup>。応報は、改善不能な累犯者が「数年後には猛獣のように(修正、アルント・コッホ) 公衆に放たれる」ことをゆるしている<sup>31)</sup>。フォン・リストは、これに対して、少年犯罪の分野において、責任に応じた応報を非建設的であるとみなした。軽懲役刑は、彼には、単なる常習犯人を道徳的にだめにする「悪癖の温床」、「犯罪キャリアのための大学」とみなされた。短期自由刑は、結局のところ、法秩序にとっては行為者の不処罰よりも危険なものであるとみなされた<sup>32)</sup>。彼は、挑発的に次のように要約する。「ある種の刑罰は犯罪を促進させてしまう。すなわち、犯罪は、『応報的正義』の究極の、そして最も実り豊かな成果であ

↘1 (1905), S. 1, 6 f.: *ders.* (Fn. 15), S. 339: 「最終的な帰結に至るまで行為者の個性に刑罰を合わせることが課題であり、刑の量定の廃止が解決策である」。この結論を強調するのは、*Oetker*, ZStW Bd. 17 (1897), S. 580: 「改善されずに死ぬなら、牢獄のなかで死せよ」。

28) *Kraepelin* (Fn. 26), S. 62. 彼は、精神病施設に次のように叱責を与えることで、実務上の懸念に対処した。「その上、我々は、精神病院体制とその人的体制において、すでに100年以上前から、刑事施設全体として案ずることなくなってきたひな型を有している」。  
ebd., S. VI.

29) 例えば、*Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 2 Aufl. 1902, S. 4.

30) 常習犯への対策を、フォン・リストは現代の喫緊の課題であるとする。例えば、*v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 36.

31) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 38, in *Übernahme einer Formulierung von Kraepelin* (Fn. 26), S. 21.

32) *v. Liszt*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 743.

る。<sup>33)</sup>」と。

## 2. 応報刑に代わる目的刑

### a) 「無害化」および改善

フォン・リストにとって刑罰は、責任に応じた応報ではなく法益保護に資するものであった<sup>34)</sup>。同時に、有効な法益保護のために必要な刑罰は、彼にとっては、ただしく正義にかなう刑罰であった<sup>35)</sup>。改善、威嚇、無害化を、彼は、刑罰の3つの直接的効果と称した<sup>36)</sup>。それから、彼は、これら3つの刑罰目的に、犯罪者の特定のカテゴリを割り当てた<sup>37)</sup>。これによって、効果的で目的にかなう法益保護は、常習犯人の無害化、改善可能な者の改善、ならびに単なる機会犯人の威嚇を要求した。「改善不能者の無害化、改善可能な者の改善」は、この短い形式にまとめられてはいるが、彼の刑事政策上の信仰告白であった<sup>38)</sup>。フォン・リストは、以下に示すように、この刑罰の理解と様々な犯罪者グループの類型化から、広範囲におよぶ刑事政策的かつ方法論的な結論を導き出した。

### b) 「全刑法学」

刑法学の課題は、フォン・リストの方法と構想のもとでは、大幅に拡大されなけ

---

33) *v. Liszt*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 749; ebd., S. 742: 「我々のあらゆる今日の刑事司法は、ほとんど短期自由刑だけに依拠している。このことから、次の推論が直接に明らかになる。すなわち、短期自由刑が役に立たないなら、我々の今日の刑事司法にはまったく価値がないということである」。

34) 「マールブルク綱領」において、フォン・リストは、とどまることなくさらなる発展をしようとする進化の過程を認めようと考えた。歴史的発展の経過において、刑罰は、目的思想の支配のもとで、盲目のリアクションから、目的をもって法益の保護の方向へと発展し続けてきた。この発展のなかに、「その歩みの軌跡がすでに示されて」いるという; *ders.*, ZStW Bd. 3 (1882), S. 22.

35) *v. Liszt*, ZStW Bd. 2 (1883), S. 31.

36) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 34; Anstätze bereits in *ders.*, Das Deutsche Reichsstrafrecht, 1. Aufl. 1881, S. 3 ff.

37) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 35: 「しかし、改善、威嚇、無害化が本当に刑罰のあり得る本質的な効果および刑罰を通じた法益保護のあり得る形式であるなら、この3つの処罰形式は、犯罪者の3つのカテゴリに対応するものでなければならない (!)」。7つのグループへの区分が見られるのは、*Aschaffenburg* (Fn. 15), S. 231.

38) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 42; *ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 13.

ればならないはずであった。目的に応じた効果的な犯罪対策は、犯罪原因および刑罰の効果の精確な知識を前提とした<sup>39)</sup>。「古典学派」を、フォン・リストは、テーマの自己完結性と社会的現実性が希薄であるとして非難した。「古典学派」の刑法理論を、実りのない闘争のなかにその力を分散し、(……)外に出ることを意識しない「純粹観念的な頭脳労働」であるとみなした<sup>40)</sup>。これに対して、彼によって喧伝された「全刑法学」<sup>41)</sup>は、伝統的なドグマーティク<sup>42)</sup>と等しく並んで、犯罪生物学および犯罪社会学と理解される犯罪学を、そして刑事政策ならびに行刑学(Poenologie)、刑罰効果に関する理論を含んでいた<sup>43)</sup>。刑法学者は、ライヒ刑法典の規範を熟知しているのとまったく同じぐらい、これらすべての分野に精通していなければならないとした<sup>44)</sup>。さらに、犯罪に対する闘争が様々な学問分野の共同作業を要求するところ、ここでは、もっとも、フォン・リストの信じるところによれば、刑法学が主導権をもつものとされる<sup>45)</sup>。

### c) 刑事政策の綱領

「刑罰」という道具をもちいて可能な限り有効に法益保護を達成するために、フォン・リストは、多面的かつ包括的な刑事政策の綱領を起草した。それは、自由主義的・法治国家的な内容と権威主義的・抑止的な内容の共存、そして柔和で思いやりをもった話しぶりと人を軽んじる粗野な話しぶりの共存のために、現在に至る

39) *v. Liszt*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 453.

40) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 46.

41) 「近代学派」の決定的な刊行雑誌は、1881年にドヒョーとフォン・リストが共同で設立した「全刑法学雑誌」であった。

42) 専らドグマによって促進された刑法学に、フォン・リストはわずかな価値を認めた。「それが真の価値をもつのは、我々(……)が観念と戯れるか、司法という殻付きのアーモンドを我々自身の明察でもって検討しようとするときである(……)。しかし刑事司法は、私には、そのような傾向を満たすのとは別の役割をもたなければならないように思われる」。 *v. Liszt*, ZStW Bd. 10 (1890), S. 56.

43) 刑法学の使命について、 *v. Liszt*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 453 ff.; *ders.*, ZStW Bd. 20 (1900), S. 161 ff.

44) *v. Liszt*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 456; ebd.: 「私は、すべての刑事学者は、法律家であるだけであってはならないという見方を明確に信じている」。

45) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 47. 最近、この主導権を理由として、「近代学派」の職業政策的・防衛的な性格が強調されている。それが目的としたのは、経験科学——とくに、精神医学——に対して、法学の方法論と権限を守ることであったと。例えば、 *Chr. Müller* (Fn. 26), S. 125 f., 293.

までまったく矛盾した評価を得ている綱領である。フォン・リストは、「我々の最も偉大な刑事政策学者」の一人とされた一方で<sup>46)</sup>、他方からは「ドイツ刑法理論全体の没落を引き起こし(た)」との弾劾を受けた<sup>47)</sup>。

aa) 「改善可能な者の改善」

「改善可能な者」に関するフォン・リストの改正要求は、特別予防の思想に依拠する。現代的な視点によれば、短期自由刑<sup>48)</sup>に対する反対運動、これを条件付き有罪判決(すなわち、保護観察刑)で補うことは、「進歩的」で「自由主義的」であるように思われる<sup>49)</sup>。さらに、彼の自由主義的・法治国家的な改正事項に数えられるのは、罰金刑<sup>50)</sup>の支持、触法少年に対する教育措置の導入への要求<sup>51)</sup>、刑事責任年齢の12歳(ライヒ刑法典第55条)から14歳への引き上げ<sup>52)</sup>、ならびに特別予防に向けられた行刑<sup>53)</sup>をもとめる意見表明である。

最終的に、フォン・リストは、改善の思想から、「相対的不定期刑の判決」のために裁判官の量刑を廃止するという彼の中心的要請を導き出した<sup>54)</sup>。クレペリンが刑量の「無条件的不定期性」を要求したのと異なり、彼の構想によれば、裁判官はさらに、自由剥奪の期間の下限と上限を確定しなければならなかった。新たに創設されるべき行刑官庁に、この枠組のなかで継続的に改善の成果を検討すること、この成果にしたがって釈放の時期を決定することが委ねられた<sup>55)</sup>。

---

46) *Roxin*, ZStW Bd. 81 (1969), S. 613; *Naucke* によるさらなる引用、ZStW Bd. 94 (1982), S. 528 f., 551 ff., 560 f.

47) *Strafrecht der DDR*. Lehrbuch, 1988, S. 58.

48) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 41; *ders.*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 737 ff. (für Erhöhung der Mindestgefängnisstrafe auf 6 Wochen); *ders.* (Fn. 38), S. 13.

49) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1889), S. 781; *ders.* (Fn. 38), S. 14.

50) *v. Liszt*, ZStW Bd. 10 (1890), S. 52 ff., 65 ff. 罰金刑が無益である場合は、投獄を伴わない刑罰的労働(Strafarbeit)に代えられるべきとした。

51) *v. Liszt* (Fn. 38), S. 14.

52) *Ebd.*; 満16歳への成人の刑事責任年齢の引上げについて、*ders.*, ZStW Bd. 12 (1892), S. 179.

53) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 40 f.

54) *v. Liszt*, ZStW Bd. 9 (1889), S. 492 ff. *ders.*, ZStW Bd. 10 (1890), S. 52 ff.; *ders.* (Fn. 38), S. 17 f.

55) 委員会は、刑事施設の長、1名の検察官、1名の予審判事並びに政府に任命された代表者2名から構成されるべきとした。

## bb) 「改善不能者の無害化」

フォン・リストの功利主義的な刑罰構想の疑わしい点は、彼によって宣言された常習犯人に対する闘争にある。ミッテルシュテットを連想させる彼の話しぶりは、すでにいらだちを起こさせる。常習犯人は、彼にとって「諸悪の根源」であり「社会秩序の根本的敵対者」である。ダーウィンの影響を受けて、彼は、刑罰による人為的な選別を要する社会不適合な者がいると述べた<sup>56)</sup>。しかし、「改善不能者」として「無害化」されるべきなのはどのような人物のグループだったのだろうか？フォン・リストは、財産犯または風俗犯を理由として、三度目の有罪判決を受けたことで足りるとした<sup>57)</sup>。窃盗のくり返しでもって、行為者を継続的に選別するのに十分であった<sup>58)</sup>。累犯統計から導き出された算定によれば、刑事施設収容者のうちの半分以上もの人々が、「改善不能者」のカテゴリに属していたのである！<sup>59)</sup>フォン・リストが「改善不能者」に授けようとしたこの措置は、今日理解し難い残酷さに基づいている。すなわち、「我々が斬首しようとも絞首しようともせず、追放することもできないのであれば、残る手段は、終身の（もしくは、不定期の）拘禁だけである。<sup>60)</sup>」という。ここでもふたたびミッテルシュテットに準拠して、「最も厳しい労働強制を伴う刑事奴隷制および労働力の最大の利用」が予定された<sup>61)</sup>。懲罰の措置として、棒刑、暗室での拘禁、そして最も厳しい断食が

56) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 34 (「選抜」); S. 36 (「諸悪の根源」), S. 37 (「敵対者」)。これより前に、ミッテルシュテット (Fn. 22) は、累犯者を「社会の伝染病」(S. 71)、もしくは「助かる見込みのない状態に陥った民族共同体の構成員の身体的かつ精神的病衰」(S. 72)と呼んだ。

57) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 39.

58) 1889年の国際刑事学協会の規約と同じように、その共同設立者に数えられるフォン・リストは、次のように述べる。「改善不能な常習犯人を刑事立法は有しており、軽微な犯罪行為がくり返して行われたことが問題となる場合にも、可能な限り長期間の無害化が行われなければならない」(第1条9項)とし、*Bellmann*, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung (1889-1933), 1994, S. 216 ff. で印刷された。「古典学派」のナグラーは、GS Bd. 70 (1907), S. 23 Fn. 1 で、示された結論を前にして、「血縁司法」が差し迫っていると述べた。

59) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 38.

60) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 39. は、「きわめて例外的にのみ」、「改善不能者」は釈放を期待することが許されるとする。5年ごとに、監査役はこの申請をすることができる。しかし、刑事部の肯定的な決定は、釈放をもたらすのではなく、矯正施設の「刑事奴隷」から、改善可能者のための軽懲役への移行をもたらすのみであった。

61) *v. Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 40.

用意された<sup>62)</sup>。フォン・リストの厳格主義を特徴付けるのは、全刑法雑誌の共同設立者であるドヒョーへの手紙での文章である。「常習犯人に対する保安拘禁(Sicherungshaft)は、たとえこういうやつらを破滅させたとしても、遠慮なく、できるだけ安く、軍のような厳しさをもって労役場で行う。棒刑を欠くわけにはいかない(……)。常習犯人(……)は無害化されなければならない。それも、我々の負担においてではなく、彼ら自身の負担においてである。常習犯人に食料、空気、運動などを経済の諸原則にしたがって分け与えることは、納税者への侮辱である。<sup>63)</sup>」。

cc) 「ケーペニックの大尉」を例とする「近代学派の刑事政策」

「改善不能者を無害化し、改善可能な者を改善する」という公式の刑事政策的な効果は、1906年のセンセーショナルな刑事事件をもとにして明らかになったのであって、ツックマイヤーの脚本によって有名になった「ケーペニックの大尉<sup>64)</sup>」をもとにしてはじめて明らかになったわけではない。フォン・リストは、自らの処罰構想の優位性を証明するために、この事件をすぐさま取り上げた。大尉だと思われていたこの人物、靴屋のヴィルヘルム・フォークトは、軽微な犯罪を理由として若い頃に6か月ないし9か月、軽懲役(Gefängnis)を受けたが、フォン・リストは、「これがいかに彼と社会にとってかぎりなく恵まれた15ヶ月であったとしても、この事件は典型的な犯罪キャリアの話<sup>65)</sup>」と、こと細かに非難した。フォークトの人生のその後の経過において、彼は20年以上、重懲役(Zuchthaus)を受けた。そのためフォン・リストは、フォークトがケーペニック事件の数年後にふたたび解放されれば、彼はもう一度人間の社会に解き放たれ、巨大な演劇が改めて開始されると非難した<sup>66)</sup>。

この事件は、フォン・リストによって喧伝された目的刑を基礎にしていればまったく違ったものになっただろうし、違ったものになるであろう。短期の軽懲役刑が年若いフォークトを墮落させなければ、むしろ彼は特別予防的な福祉措置

---

62) Ebd.

63) 1880年11月21日の書簡。Radbruch (Fn. 3), S. 229. より引用。

64) これについて、Helmut Schulz, in: Der neue Pitaval (hrsg. v. R. A. Stemmle), Bd. 10, Erpresser, 1966, S. 129 ff.: Ausstellungskatalog zum 90. Jahrestag der Köpenickiade am 16. Oktober 1966 (hrsg. v. Heimatmuseum Köpenick), 1996.

65) v. Liszt, ZStW Bd. 27 (1907), S. 220.

66) Ebd.

(Fürsorgemaßnahmen)によって改善されていっただろう。その点では、これは、リスト構想の温和で人道的な側面である。しかし、いまや累犯者になったフォークトを、フォン・リストは、無害化されるべき「改善不能者」とみなした。「ケーペニックの大尉」は、「社会不適合な個人」として、終身の「刑事奴隷」に陥るとした。もっとも、この話のその後は、むしろリスト流の処罰構想を認めないことに寄与した。この偽物の大尉は、約2年後にふたたび釈放され、新たな罪を犯すことなく生計を立てたのだ！

#### d) 社会防衛としての刑罰——「近代学派」の急進化

「マールブルク綱領」の問題性は、フォン・リストが自らの構想から実際に導き出した法政策的な目的の点だけにあるのではない。「近代学派」の一部の者は、この基礎のもとに、フォン・リスト自身がとらなかつた極端な結論に到達した。すなわち、「近代学派」の流れから分化して、伝統的な行為刑法を「社会防衛」の構想に置き換えるという結論が主張された<sup>67)</sup>。「特別予防」と「効果的な法益保護」の思想が前面に押し出されるのであれば、なにゆえ刑罰の付与が具体的な行為の遂行に左右されるべきかは、たしかに、根拠付けを要する。危険な個人を、すでに彼らが犯罪を行うよりも前に拘禁して治療することのほうが一貫するのではないだろうか？フォン・リストは、ライヒ刑法典をただ一つの条項に置き換えることを、議論の余地のあるものと考えた。すなわち、「社会にとって危険な者はみな、全体の利益において無害化されなければならない」とする条項である<sup>68)</sup>。もっとも、彼自身は、この一步を踏み出す用意はなかつた<sup>69)</sup>。これを理由付けるために、彼は、数多く引用された次の命題を述べた。すなわち、刑法典は「犯罪者のマグナ・カルタ<sup>70)</sup>」

67) 国際刑事学協会内部でのこの方向への進出について、*Bellmann* (Fn. 58), S. 90 f., 94 f., 101.

68) *v. Liszt*, ZStW Bd. 13 (1893), S. 356; ähnlich *ders.*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, S. 80.

69) *v. Liszt*, ZStW Bd. 13 (1893), S. 358; 「私はそう思うし、個人の自由の利益のためにそう望んでいるが、それを『社会衛生』のために犠牲にしたくない。私は、常に、折衷主義の両陣営の代表者(原文のまま)から咎められるという危険をおかして、首尾よくこれを要求してきた」。

70) *v. Liszt*, ZStW Bd. 13 (1893), S. 357; *ders.*, (Fn. 68), S. 80; この内容の争点の範囲と意義についてのモノグラフは、*Ehret*, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, 1996; また、*G. Kaiser*, SchwJZ 1984, S. 332; *Naucke*, ZStW Bd. 94 (1982), S. 540 ff. は、フォン・リストの命題は、「社会防衛」の否定を超えて刑事政策的試みに対する保護を提供するものではないとする。刑法典の規範は、彼の立場では、立法者の自由な使用(Disposition)、

であり、刑法は「乗り越えることのできない刑事政策の柵<sup>71)</sup>」を形成するという。構成要件をもつ刑罰法規は、その構成要件でもって、国家の全権から国民を保護し<sup>72)</sup>、「個人責任(Verschuldung)を社会的危険に置き代える」<sup>73)</sup>ことを阻止するものだというのである。かくして、これはフォン・リストによる「社会防衛」の拒絶とも理解できるかもしれないが、それは、特別予防的な目的刑を通して有効な法益保護を達成するという彼の目的とは調和し難い。これは、ラートブルフによって指摘された、「構成要件に紐づけられた刑法教義学と外見的には専ら行為者に割り振られる刑事政策との間の奇妙な緊張関係」である<sup>74)</sup>。

「近代学派」の他の支持者は、行為者に向けられる予防刑の構想から、社会にとって危険な精神病患者およびそれと同じく(改善不能であるがゆえに)社会にとって危険な常習犯人ととの区別を放棄するという帰結を導いた。1896年に行われたミュンヘン国際心理学会議(Münchener Psychologenkongress)での講演で、フォン・リストも、刑務所と精神病院、犯罪者と異常者との区別から離脱する用意があったようである。すなわち、「改善不能な犯罪者に対する保安刑と社会にとって危険な精神病患者の拘禁との区別は、実際、本質的に貫徹することができないだけでなく、この区別を根本的に退けるべきでもある。<sup>75)</sup>」という。しかし、(なお)他とは異なる民族観に基づいて、立法者が、優れた学問的確信に反して、犯罪者と異常者との伝統的な区別に固執しているというのである<sup>76)</sup>。

フォン・リストは、観念的には、旧来の行為刑法と全面的に決別することができたし、それどころか、ときおりまさしくこのような越境をちらつかせていた。それにもかかわらず、フォン・リストは、若干の自らの同志たちとは異なり、行為者に向けられた目的刑法の究極の結論を前に躊躇した。このためらいが法治国家的な動機をもったものだったのか、あるいは単に戦略的な考慮に基づいて生じたものだったかは、今日まで争いがある<sup>77)</sup>。しかし、確かなのは、彼の示唆が、「学派争い」

---

↳そして刑事政策の影響を受けることになる。

71) *v. Liszt*, (Fn. 68), S. 80.

72) *v. Liszt*, ZStW Bd. 13 (1893), S. 357.

73) *v. Liszt*, (Fn. 38), S. 18 Fn. 13.

74) *Radbruch* (Fn. 3), S. 225.

75) *v. Liszt*, ZStW Bd. 17 (1897), S. 82. すでに示唆していたものとして、*ders.*, ZStW Bd. 13 (1893), S. 343.

76) *v. Liszt*, ZStW Bd. 17 (1897), S. 88. もっとも、立法者は、慎重に進められた立法を通じて民族の道徳的一法的な考え方に影響を及ぼすことを叱責するという。

77) マグナ・カルタ公式を単なる戦略的打算の表れと説明するものとして、*Ehret* (Fn. 8

の対象をわかりにくくすることに寄与したという点である。フォン・リストが具体的な法政策の要求を転換するための戦いを優先したのに対して、ビンディングとその他の「古典学派」の者たちは、矛盾なく実現しようとするフォン・リストの刑法理論の構想の根本的矛盾と維持不能な結論を指摘した<sup>78)</sup>。

#### IV. 法治国家性か抑止か——ビンディングの古典主義

##### 1. 「学派争い」におけるビンディング

ビンディングは、フォン・リストの「著名で悪評高い<sup>79)</sup>」ミュンヘン講演の後はじめて「学派争い」に参入した<sup>80)</sup>。ビンディングは、「ドイツ法学の名での」、<sup>「近代急進主義のこのような言語道断な結論」に異議を唱えた<sup>81)</sup>。例えば、フォン・ブルクマイヤー<sup>82)</sup>、ナグラー<sup>83)</sup>、ビュルツブルク大学の刑法学者エトカー<sup>84)</sup>といった「古典主義刑法学派」の他の主唱者と比べると、ビンディングは、その寄稿論文の数に関して際立って自制していた。彼の態度表明は、主に前書きと脚注に限られた。ビンディングの自制は、彼の学問的理解から読み取れる。ビンディングは、刑法を教えようとする者も教えることが許されている者も、なんら異ならず同じ刑法学者であるとみなした<sup>85)</sup>。全刑法学というリスト流の構想は、ビンディング</sup>

78) S. 86; すでに指摘していたのは、*Jelowik* (Fn. 15), 39 ff. 反対に、*Chr. Müller* (Fn. 26), S. 160, 294 は、フォン・リストが、ヴィルヘルム 2 世時代の社会において自らの自由主義的な要求に耳を傾けさせるために、綱領の権威的な内容を強調するという戦略的動機をもっていたと考えていた。

78) *Binding* (Fn. 7), S. XVI; *Birkmeyer*, Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Wahrung vor der modernen Richtung im Strafrecht, 1907, S. 3 ff.: *ders.*, Studien zu dem Hauptgrundsatz der Modernen Richtung im Strafrecht, 1909, S. 82 f.; *Nagler*, GS Bd. 70 (1907), S. 31: 「ここ数百年間の政治上の成果はみな、突然、無に帰せしめられるだろう(……)。個人の権利は、国家の独裁者の絶大な力のために犠牲にされる。社会福祉という名目のもとで、望ましくない要素は、静かに姿を消されるだろう」。

79) *Radbruch*, Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld, 1949, S. 18.

80) 「学派争い」における *Binding* の立場について、*Westphalen* (Fn. 1), S. 221 ff.

81) *Binding*, Grundriss des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1897, S. 86 Fn. 1: これに対する返答について、*v. Liszt*, ZStW Bd. 18 (1898), S. 230 ff. (「尊大」、「生意気」)。

82) Karl v. Birkmeyer (1847–1920); NDB, Bd. 2, 1955, S. 258 (*Lang-Hinrichsen*).

83) Johannes Nagler (1876–1951); NDB, Bd. 18, 1997, S. 715 f. (*Vornbaum*).

84) Friedrich Oetker (1854–1937); NDB, Bd. 19, 1999, S. 469 f. (*Spendel*).

85) *Binding* (Fn. 7), S. III.

にとって「素人の行い」、「イカサマ<sup>86)</sup>」、「カッコウの卵の孵化<sup>87)</sup>」でしかなかった。それにもかかわらず、彼の輝かしく攻撃的な反論は、リスト流の構想の非一貫性と法治国家的な欠陥を暴くことに寄与した。

## 2. 「古典学派」。法治国家的な刑法……

ビンディングは、自らが責任応報的な行為刑法の側に属することを認めていた。刑罰は、彼にとって「法の力の確証」を意味する<sup>88)</sup>。損なわれた法の権威を保つために、刑罰は、有責に行われた法違反に対して、国家から行為者に負わせられる<sup>89)</sup>。刑罰の基準は、専ら「責任のエネルギーと行為結果の重大性」によって決まる<sup>90)</sup>。社会の保安の要請に応じた刑の量定を、ビンディングは強く拒否した<sup>91)</sup>。彼は、貫徹不能性および専断性、特定の行為者類型に異なる刑罰目的を割り振ろうとすることを、的確に嘲笑した<sup>92)</sup>。実際、フォン・リストと「近代学派」は、異なる行為者グループに対して適用可能な基準を立てることに成功しなかった<sup>93)</sup>。「無害化」という要件さえ、きわめて不確実で、そのうえ常に変化するトポスを土台にしていた。まず累犯者(mehrfachen Rückfall)に注意が向けられ、それから、行為の常習性、あるいは、すでに初犯で露呈し得る「根深い犯罪癖」に注意が向けられた<sup>94)</sup>。最終的に、不定期刑の判決への「近代学派」の要求は、責任に応じた応報の理念とは相容

---

86) Ebd.

87) *Binding* (Fn. 6), Bd. 2, 1. Hälfte, 2. Aufl. 1914, S. VIII: 「法の見解に、哲学的、心理学的、倫理的、経済学的、政治学的、社会的、医学的な見解が押し付けられ、カッコウの卵の孵化という浅はかな方法で、まったく新たな、際限なく豊かな法学の飛躍が知らせられる。そうであるにもかかわらず、それは虚偽と混乱であって、結局は大きな幻滅にほかならない」。

88) *Binding* (Fn. 7), S. 228.

89) Ebd.

90) *Binding* (Fn. 7), S. 234.

91) *Binding* (Fn. 7), S. XVII.

92) *Binding* (Fn. 7), S. 207: 「ユーモラスな気配り (humoristischer Anflug); 同じく批判的なのは、*Oetker*, ZStW Bd. 17 (1892), S. 546; *Nagler*, GS Bd. 70 (1907), S. 30: 「風変わりな神秘主義 (wunderlicher Mystizismus)」 ebd., Fn. 1: 「ひどくスコラ学的な犯罪者のラベル付け (stark scholastische Rubrizierung der Verbrecher)」。

93) *Nagler*, GS Bd. 70 (1907), S. 32 ff: 「理性的に考えるよりも感情的に感じられる考慮から、すぐに捨っては捨てられる、孤立して立てられる着想から、まだ成長していない」; krit. auch v. *Birkmeyer*, GS Bd. 67 (1906), S. 412.; *ders.* (Fn. 78[1907]), S. 12 ff.

94) *Zuletzt v. Liszt* (Fn. 38), S. 16.

れないことが明らかになった。刑の程度が執行の段階ではじめて確定することを、ビンディングは、「何千人もの人々の運命」に対する軽率な態度であるとした<sup>95)</sup>。まさしくこの方向のもと、エトカーは、行為者を、非支配的な裁量、すなわち「行政官庁の独立の分別または無分別」に委ねるものと見た。ビンディングは、勿体ぶって次のように問うた<sup>96)</sup>。「我々は」、「すべての犯罪者(……)を、比類なき警察の横暴に引き渡すために、法治国家を獲得しようと奮闘してきたのだろうか?」<sup>97)</sup>と。

### 3. ……および権威主義的な犯罪対策

ビンディングの批判は、「古典学派」を、自由主義的・法治国家的な構想の真の擁護者であるように思わせる。この結論が早計だということを、ビンディングの「改善不能者」の処遇についての勧告が裏付けるだろう。このような法政策的な問題はビンディングにとって刑法学の活動の本来の対象に含まれないため、彼は、自らの「綱領」をごく簡潔に素描した。法の権威を保つために、彼は、見せしめ的な刑罰、死刑の適用の増加さえ支持した<sup>98)</sup>。「改善不能者」に対して「哀れみのレモネード<sup>99)</sup>」を与えることは、彼にとって考えもつかないことであった。犯罪に対する闘争における断固たる態度では、ビンディングは誰にも負けなかった。「あらゆるこうした近代学派の努力」がなされるよりもずっと以前から、ビンディングは、「こういうやくざ連中を無害化すること」を支持していた<sup>100)</sup>。「近代学派」とは異なり、ビンディングは、「改善不能者」の継続的な除去を、伝統的な責任刑の枠組のなかで実現しようと試みた。手がかりとして、ライヒ刑法典において定着した累犯刑(Rückfallstrafe)の制度がそれに役立った。将来的には、くり返し行われた重大な犯罪行為——重大な窃盗および重大な身体傷害を含む——に、死刑または終身

95) *Binding* (Fn. 7), S. 238.

96) *Oetker*, ZStW Bd. 17 (1897), S. 581.

97) *Binding* (Fn. 7), S. 238; 同じく批判的なのは、*Oetker*, ZStW Bd. 17 (1897), S. 577; *Nagler*, GS Bd. 70 (1907), S. 36 f.

98) *Binding* (Fn. 7), S. XVII. は、フォン・リストの死刑に対する態度表明が明確でなく、彼は、死刑の廃止について意見を述べたことはなかったと指摘した。しかし、刑罰体系の変革によって死刑は不要となった。v. *Liszt*, ZStW Bd. 3 (1883), S. 42; *ders.*, ZStW Bd. 10 (1890), S. 51 f.; *ders.* (Fn. 38), S. 241 f. ビンディングが、「近代学派」の主張者は、「耐えがたい害虫を社会から掃除するという方向を洗練させることで」、死刑の問題を精巧に避けたいとコメントしたことは不当でない。*ders.*, (Fn. 7), S. XVII.

99) *Binding* (Fn. 7), S. XV.

100) *Binding* (Fn. 7), S. XVIII.

の自由刑を置くべきとした<sup>101)</sup>。したがって、「無害化」は、責任に応じた応報の枠組のなかで行われることとなる。これに対して、軽微な犯罪(例えば、単純な財産犯、身体傷害および侮辱)がくり返し行われた場合の終身の軽懲役刑(Gefängnisstrafen)を、ビンディングは、責任原理への許されない違反であるとした。それにもかかわらず、彼はここでも、フォン・リストにきわめて近い結論に到達した。つまりビンディングには、必要であれば一生涯にわたって警察の事後拘禁を責任に相当する刑罰に追加することに反対する理由は何もなかった<sup>102)</sup>。彼にとって唯一重要であったのは、このような保安措置を、専門的にも法技術的にも刑罰と厳格に区別することであった<sup>103)</sup>。特別予防措置のあるべき箇所は、ビンディングにとって、刑法でなく警察法であった。この措置の命令は警察官庁の義務であり、裁判官の義務ではなかった<sup>104)</sup>。ビンディングにとって、刑罰は保安処分の一つでは決してなく、「何かほかの、高位で、高貴なもの」であった<sup>105)</sup>。フリッシュが的確に述べたように、ビンディングは、刑罰の純粹さのために、当時の時点では法治国家的に全く整備されていなかった警察法に、責任に左右されない制裁を加えようとした<sup>106)</sup>。

## V. その後の影響——または、「学派争い」における「勝者」は誰か？

### 1. 「第三の学派」

構想を立法で通過させることに成功したのは、フォン・リストでもビンディングでもなかった。発展する見込みがあったのは妥協という路線であった<sup>107)</sup>。刑法学の内部で、いわゆる「第三の学派」が形成されたのだが、これは、「古典学派」の

---

101) *Binding* (Fn. 7), S. XVIII; 「無害化」のこの道筋に賛成するものとして、同じく、*Oetker*, ZStW Bd. 17 (1897), S. 543 Fn. 121.

102) *Binding* (Fn. 7), S. XVIII.

103) *Binding* (Fn. 7), S. XVI; *ders.*, GS Bd. 72 (1911), S. 1, 7; ähnl. v. *Birkmeyer* (Fn. 78 [1907]), S. 52.

104) *Binding* GS Bd. 72 (1911), S. 1, 7.

105) *Binding* (Fn. 7), S. XVI.

106) *Frisch*, ZStW Bd. 94 (1982), S. 587.

107) v. *Liszt*, ZStW Bd. 13 (1893), S. 367 f. は、「立法的妥協」に対する自らの姿勢を以前から示していた。すなわち、「我々が要求している変革がまず第一に少年と改善不能者に関して実施されたとすれば、私はまったく満足である。その際、子供につけようとするような名前がつけられるべきでない。我々の論敵の最も好ましい点は、由緒あるレッテルを貼られなければ満足する点である。」。

責任応報的な刑法を基礎として「近代学派」の改正綱領のかなり多くの部分を引き継いだ立場であった<sup>108)</sup>。「古典学派」の刑罰構想に、いわば「近代学派」の法政策が接ぎ木された。「学派争いの現実的な解決」の開拓者となったのは<sup>109)</sup>、チューリッヒの刑法学者カール・シュトースであった<sup>110)</sup>。1893年に公刊された彼の「スイス刑法典に関する草案」は、責任応報的な刑罰と並んで、はじめて、危険なあるいは治療を必要とする行為者グループに対する一定の保安処分を予定した<sup>111)</sup>。20世紀初頭のドイツ改正草案は、責任応報的な刑罰および保安処分からなるいわゆる二元主義を引き継いだ。この保安処分が、今日刑法典に定着した「改善保安処分」(刑法第61条以下)である<sup>112)</sup>。これによって、ペンディングとは逆に、責任に左右されない措置が刑法典に導入された。これに対してフォン・リストは、保安刑という彼の構想が引き継がれないこと、さらに、多様な刑法上の制裁の中心に責任応報的な刑罰が据えられることを甘受しなければならなかった<sup>113)</sup>。

## 2. 法治国家的な刑法の礎定？

「学派争い」が何を残し、ペンディングとフォン・リストのどちらの見解が影響を及ぼし続けており、法治国家的刑法は今日までどのようなアプローチをとってきたのだろうか？現行法の多数の規定は、その起源をフォン・リストの改正課題にもつ。彼の理念の最初の立法への実現は、1921年と1924年<sup>114)</sup>の罰金立法および1923年の少年裁判所法によって行われた。つまり、特別予防の思想に属すると認め

---

108) *Liepmann*, ZStW Bd. 28 (1908), S. 1, 4; *Kohler*, GA Bd. 54 (1907), S. 1 ff. を参照「古典学派」内部の見解の多様性について、*Oborniker*, ZStW Bd. 36 (1917) S. 158 ff.; さらなる指摘は、*Frisch*, ZStW Bd. 94 (1982), S. 570.

109) 例えば、*Frisch*, ZStW Bd. 102 (1990), S. 347.

110) Carl Stooss (1849-1934)。スイスの文献において、「シュトースの刑事政策的思想は、フォン・リストのそれに匹敵し得る社会的かつ人道的な思想よりもはるかに勝っていた」ことが確認されると、*G. Kaiser*, SchwJZ 1984, S. 333 は記している。同様のことを述べるのは、*Kaenel*, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafretheorien, 1981, S. 115.

111) これについて、*Frisch*, ZStW Bd. 102 (1990), S. 345 ff.; *Kaenel* (Fn. 110), S. 97 ff.

112) 実現されなかった改正草案について、*Roxin* (Fn. 12), § 4 Rn. 3 ff.; *Eb. Schmidt* (Fn. 1), S. 394 ff., 405 ff.

113) 改善保安処分の導入に関するフォン・リストの意義について、*Frisch*, ZStW, Bd. 94 (1982), S. 565 ff.

114) *Kubink* (Fn. 17), S. 183 ff.

られる最初の法典編纂の実現である<sup>115)</sup>。「マールブルク綱領」の時点では罰金刑はいまだまったく一段下の役割しか果たしていなかったが、1928年には、罰金刑の割合は、すでに、有罪判決を受けた者のおよそ70パーセントに達した。さらに、決定的にフォン・リストに帰するのは、短期自由刑の例外的性格(刑法第47条)、14歳以下の少年の責任無能力(刑法第19条)、大幅に拡充された保護観察のための刑の執行猶予の可能性(刑法第56条以下)、ならびに、行刑の重要な目標としての特別予防の承認(行刑法第2条)である。最終的に、リストの改正綱領の学説史的かつ方法論的な継続的影響は、その意義においていかに高く評価してもしすぎることはできない。彼の構想は、一方で、刑法が経験科学に開かれるよう配慮し、他方で、「全刑法学」の分野全体が法学部で学習されることをもたらした。

これに対して、自らに負わせたテーマ的な自己抑制に鑑みれば、刑法改正に関する本質的なインパルスは、ビンディングからは生じ得なかった。ビンディングの不変の功績は、特別予防に方向付けられた刑法のもつ危険性を一貫して指摘したことである。例えば、相対的あるいは絶対的不定期刑の判決を下すことが「近代学派」の中心的帰結の一つであるが、これは今日では「法治国家に反する」とされる<sup>116)</sup>。リストの弟子やリストの孫弟子たちのもとに多数の支持者がいるにもかかわらず、このような帰結は成人刑法には受け入れられなかった<sup>117)</sup>。不定期の少年刑を科すことへの可能性(旧少年刑法第19条)は、1990年に廃止された<sup>118)</sup>。ビンディングによる責任原理の無条件の堅持は、なんら時代遅れではなかったし、今もそうでない。基本法のもとに、憲法原理としての責任原理が認められている(責任なければ刑罰なし)<sup>119)</sup>。かくして、連邦通常裁判所は、まさにビンディングの伝統において、予防目的は、決して正義にかなう(すなわち、有責な)刑罰を超過するという

---

115) *Kubink* (Fn. 17), S. 189.

116) *Roxin*, in: *Neumann/Prittwitz* (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, S. 179; 同じく批判的なのは、*Jescheck/Weigend*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 24.

117) リヒャルト・ランゲが起草したいわゆる1945年11月1日「テューリンゲン刑法典」第20条、20a条-20b条は例外をなしており、戦後数年後に、ライヒ刑法典がこれに修正を加えた。同じくこれについて、*R. Lange*, NJ, 1947, S. 7 ff. 成人の機会犯人に対する不定期の自由刑については、*Eb. Schmidt*, ZStW Bd. 69 (1957), S. 394.

118) これについて、*Ostendorf*, *Jugendgerichtsgesetz*, 6. Aufl. 2003, S. 205 f.

119) BVerfG 20, 323 (331); BVerfG 23, 127 (132); BVerfG 45, 187 (228); BVerfG 90, 145 (173); BVerfG 96, 225 (249); 「刑法によって科せられるあらゆる刑罰は、責任を前提とし、行為者の落ち度(Verschulden)に対応するものでなければならない」。

結論に至ってはならないと述べている<sup>120)</sup>。責任原理は、行為者にとって、予防的または抑止的な国家の側からの過度な介入措置から保護するものとして役立つ<sup>121)</sup>。

以上のことから、「学派争い」の継続的影響に関する問題、すなわち「古典」および「近代」刑法学派の法治国家的な潜在能力に関する問題においては、それぞれの「学派」の部分構想のみが重要となり得る。ペンディングもフォン・リストも、両者とも魅力的かもしれないが、「自由主義的改革者」としての地位を独占し得ない。両「学派」の権威主義的・抑止的な内容を希薄化するかあるいはあえて軽視することにより、これと正反対の努力がなされなければならない。

### 〔解 題〕

ここに訳出したのは、19世紀末から20世紀にかけてのドイツにおける「刑法学派の争い」の中心人物であるカール・ペンディングとフランツ・フォン・リストの刑罰思想を、その歴史的展開の中で考察する、アルント・コッホ教授（アウグスブルク大学。以下「著者」と記す。）の論稿である。本稿は、2007年に公開されたヒルゲンドルフ、ヴァイツェル編の『歴史的發展からみた刑罰思想 刑法史と刑法哲学に関する連続講義』に収められたもので、この連続講義自体は、2005年から2006年にかけての冬学期に、ヴェルツブルク大学の法学部で開催されている。

本稿において著者は、この「学派争い」の歴史的背景を明らかにする（第二章）。そこでは、産業革命に伴う急速な社会変化と犯罪の増加に有効に対応しきれないと感じられた1871年ライヒ刑法典を背景に、極端な抑止刑と極端な特別予防刑（不定期刑）の主張が背後にあったことが指摘される。次いで、これに答えるべく登場したリストの刑罰思想が、「マルブルク綱領」などを素材にして検討される（第三章）。ここでは、リストが、「刑法は犯罪者のマグナカルタ」と述べることで、特別予防に方向づけられた目的刑論を徹底しなかったことが、「学派争い」の対象をわかりにくくしたと評されている。

他方、著者は、ペンディングの古典主義についても、自由主義的・法治国家的な構想の真の擁護者ではなく、厳罰的な応報刑論による権威主義的・抑止的な側面の強いものであり、また、「保安処分」については、単にそれを「警察法的措置」として刑法から追い出すだけであったことを指摘する（第四章）。そして、その後の刑法改正は、「古典学派」の刑罰構想に「近代学派」の法政策を接ぎ木したもので

---

120) BGHSt 20, 264 (266 f.).

121) *Jescheck/Weigend* (Fn. 116), S. 24; *Roxin* (Fn. 12), § 3 Rn. 47.

あり、その結果として、「学派争い」の真の「勝者」はリストでもビンディングでもなく、シュトース草案に始まる「二元主義」であったことを指摘する。その上で、リストの功績は、特別予防の観点からの拘禁刑の罰金刑による代替と短期自由刑の回避、刑事責任年齢の引上げと特別な少年刑の制度、執行猶予および「全刑法学」への法学部教育の拡充であったとする。

他方、ビンディングの功績は、特別予防に方向付けられた刑法のもつ危険性を一貫して指摘したことであり、ビンディングによる責任原理の無条件の堅持は、なんら時代遅れではなかったと評されている。

本稿によって気づかされるのは、リストの功績が、一貫して、「特別予防上不要な刑罰の回避」にあったことである。ここでは、特別予防は刑罰を根拠づけ加重する方向では評価されていない。同様に、ビンディングの功績は、「責任あれば刑罰あり」という積極的責任主義の堅持にではなく、「責任なければ刑罰なし」という消極的責任主義の堅持に認められていることも、注目すべきことである。

そこで、残された課題は、この両者を、どのような方法でひとつの理論に統合するかということである。私は、「特別予防上不要な刑罰の回避」も、裁判時までの行為者の態度に対する回顧的判断という意味で「応報的」なものと考えており、同時に、この「応報的」なりアクションは社会における違反された行為規範の維持ないし確証という意味で社会にとって有益なものと考えている。このような構想が、ビンディングでもリストでもない——つまり「絶対的刑罰論」でも「行動統制的刑罰論」でもない——「第三の学派」となり得ることを、刑罰論の歴史的発展から証明することが、我々の今後の課題ではないかと考える。

(松宮 孝明)

- \* なお、本資料は、日本学術振興課科学研究費基盤研究(C)「薬物事犯および財産犯における刑罰と保安処分および治療の兼ね合い」による研究成果の一部である。