

「予防説 (Präventionstheorie)」と特別予防 ——18世紀末から19世紀前半のドイツにおいて——

高 橋 直 人*

目 次

第1章 序 論

- 1 導 入——グロールマンの「補遺」から
- 2 先行研究にみられる見解と本稿の立場
- 3 本稿の課題

第2章 18世紀末から19世紀前半における「特別予防」論と「予防説」

第3章 グロールマンの予防説

第4章 ティットマンの予防説

第5章 補 説——シュテューベルの予防説

第6章 ま と め

- 1 予防説の基本的特徴
- 2 結 語

第1章 序 論

1 導 入——グロールマンの「補遺」から

18世紀の末から19世紀前半にかけてのドイツ刑法学の展開に目を向けるとき、学説史上、興味深い点がみられる。それは、この比較的わずかな期間のうちに、とりわけ1790年代に入ると特別予防論を掲げる刑法家たちがにわかに台頭し、それにもかかわらず、この特別予防論が世紀の転換点を経た頃から急激に衰退するという一連の経緯である。

* たかはし・なおと 立命館大学法学部教授

当時の特別予防論を代表する刑法家、カール・ルートヴィヒ・ヴィルヘルム・フォン・グローレマン (Karl Ludwig Wilhelm von Grolman, 1775-1829) は、彼自身の立場である「予防説」が学界での支持を失うに至った現状に關し、『刑事法学綱要』第2版(1805年)の冒頭部分に掲げた「補遺 (Nachtrag)」の中で、次のように率直に語っている。

最も思慮深き頭脳の持ち主たちが予防説 (Präventionstheorie) を非難するのを、私がみたとき——フォン・アルメンディンゲン (von Almendingen) が、その理論 [=予防説] を当初は自らも擁護していたことを公然と悔やんだとき、シュテューベル (Stübel) 自身が、彼が私を導いたところのその理論を公然と拒絶したとき、そして最後に、もはや誰も言及することのないその理論を我が友ティットマン (Tittmann) がたった一人でいまなお支持しているがゆえに、まさにライプツィヒ文芸新聞 (Leipziger Literaturzeitung) の刑事法の校閲者たち (Revisoren) によって彼が公然と哀れまれているのを、目にしなければならなかったとき——そこで——私はそれを隠すことができないのだけれども——私は辛く悶々とした気分にとらわれた¹⁾。

グローレマンを「導いた」ところの「予防説」を、シュテューベル (Christoph Carl Stübel, 1764-1828) が自ら「公然と拒絶した」ことは、グローレマンに対してどれほどの衝撃を与えたことであろうか。グローレマン本人の言葉を借りれば、シュテューベルは「純粹な予防説に依拠して刑事法の体系を構築する最初の試み」²⁾を行った先駆者に他ならない。ドイツにおける本格的な予防説を創始したそのような人物さえも、自身の切り拓いた道から敢えて退いたのである。すでにこの時点で予防説の置かれていた、厳しい立場が想像できよう。

1) Karl Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 2. Aufl., Giessen 1805, S. XIV-XV.

2) Grolman, Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation, Gießen 1799, S. 210.

2 先行研究にみられる見解と本稿の立場

さて、18世紀末に始まる以上のような特別予防論の展開は、先行研究ではどのように受け止められているのであろうか。たとえば、ドイツ近代刑法史に関する信頼性の高い基本文献である『近代刑事法史入門』第4版(2019年)において、フォルンバウム (Thomas Vormbaum) 氏は次のように述べる。

とりわけドイツ啓蒙絶対主義の領域においては、18世紀の末頃、特別予防を前面に押し出す刑法学者も見いだされる。特に、エルンスト・フェルディナント・クライン (Ernst Ferdinand Klein) (1743–1810)、ガルス・アロイス・クラインシュロート (Gallus Aloys Kleinschrod) (1762–1824)、クリストフ・カール・シュテューベル (Christoph Carl Stübel) (1764–1828)、後にはさらに、[以上の論者とは] 異なる基礎付けによってではあれ、カール・グロールマン (Karl Grolman) (1775–1829) [が挙げられる]。グロールマンはフォイエルバッハの友人であり、論敵でもあった。けれども、カントの応報理論やフォイエルバッハの一般予防論の印象のもとで、[特別予防論の] この試みは押し戻される³⁾。

上記の引用箇所にも「啓蒙絶対主義の領域」という表現が見いだされるように、先行研究の中では、この時期のドイツにおける特別予防論には啓蒙絶対君主のもとでの警察国家 (ポリツァイ国家 Polizeistaat) 的な統治のあり方が色濃く反映されているということを、強調する傾向がみられる。『カール・グロールマンの刑法上の人道主義』(1998年) の著者カッタネオ (Mario A. Cattaneo) 氏は、そのことを次のように指摘する。

グロールマンが——シュテューベルに次ぐ、または彼に並ぶ——その最も重要な代表者であるとされているところの、18世紀末ドイツの特別予防の刑法学説は、多くの注釈者や解釈者の判定において、啓蒙絶対主義 (der

3) Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., Berlin 2019, S. 60–61.

aufgeklärte Absolutismus) および警察国家 (Polizeistaat) の政治構想の直接的な表現であるとみなされている⁴⁾。

18世紀末の特別予防論に対しては、以上において指摘されているような見方が先行研究において有力であり、しばしば「通説」的でさえあると筆者自身も解している。たとえば、カッタネーオ氏も例に挙げているシュミット (Eberhard Schmidt) 『ドイツ刑事法史入門』(第3版、1965年)において、「18世紀末頃の刑法理論の展開に関し、次のことが特徴的である。それは、これらの理論が、啓蒙絶対主義の刑事司法に魂を吹き込む精神の正確な表現であるということである」とされ、あるいは「この展開は、特別予防論の支配的な台頭によって特徴づけられているのだが、その特別予防論は、他には無いほどに啓蒙絶対主義に組み込まれている」と述べられているようである⁵⁾。ドイツ近代刑法史研究の分野において、現在では、前出のフォルンバウム氏の作品に代表される比較的新しい通史が公にされているけれども、シュミットの上記の著書もドイツ刑事法史に関する基本文献として長らく参照され続けており、18世紀末の特別予防論の評価に対しても、同書の行使してきた影響力には無視できないところがあろう。

日本の学界においても、状況は基本的に同様であると思われる。たとえば、山中敬一『近代刑法の史的展開』(2017年)にも、バイエルン王国刑法典(1813年)の編纂の際に当初の草案を起草し、フォイエルバッハの批判を受けることとなるクラインシュロートとの関連において、次のような記述がみられる。

しかし、18世紀の刑法思想の主流は、予防刑論であり、特別予防が強調され、責任論においては法と道徳とが混同されたものであって、彼 [=ク

4) Mario A. Cattaneo / Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, Baden-Baden 1998, S. 109.

5) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtforschung, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 225–226.

ラインシュロート]によって目指されていたのも、いわば啓蒙絶対主義と警察国家の刑法であった⁶⁾。

以上のような先行諸研究をみたうえで、ここで忘れてはならないのは、特別予防論が急激に台頭し凋落した18世紀末から19世紀初頭という時期が、ドイツにおける近代刑法学がその基本的な枠組みにおいて成立する局面に他ならないということである。つまり、この時期における特別予防論に対する評価は、ドイツ近代刑法学の成立という歴史的転換点に関する理解と密接にかかわっているのである。前出のように、先行研究における有力説に従えば、近代刑法学の誕生前夜ともいえる時期に学界において主流的な地位を占めているクライン、クラインシュロート、シュテューベル、グロールマンといった刑法家たちは、啓蒙絶対主義および警察国家の思想に根差した特別予防論の擁護者であるということになる。そして当時の多数派である特別予防論者たちを相手に、自由主義的な立場から、ほぼ単独で論争を繰り広げて勝利するのが「近代刑法学の父」フォイエルバッハであるという、いささか「英雄史観」的な図式でもって、ドイツ近代刑法学の誕生の経緯は語らがちである。

今日なお、現状批判・権力批判のために近代刑法学の基本的な精神を再確認するうえで、常に立ち返るべき原点としてフォイエルバッハの輝かしい功績を浮き彫りにしようとする手法につき、その意義や必要性自体は筆者も理解できる。けれども、近代刑法学の成立期に活躍する刑法家たちの理論は、部分ごとに、あるいは課題ごとに思想的な濃淡をもつものであり、時には互いに矛盾するようにさえみえる諸側面を内包していることもある。ひとりの刑法家が、その理論の全面にわたって常に保守的であったり革新的であったり、国家権力に対してあらゆる角度において批判的であったり逆に迎合的であったりすることは、むしろ稀であろう。ある刑法家の理論全体に対し、特定の側面のみから光を当て、過度に理想化された姿で描き

6) 山中敬一『近代刑法の史的展開』（信山社、2017年）8頁。

出そうとすることには慎重であるべきと考えられる。

たとえば、フォイエルバッハは、一方で裁判官の恣意的な裁量に対しては極めて批判的に向き合い、その意味において刑罰法規の絶対性を堅持しつつも、他方で彼は、刑罰法規の内容自体の適正性を問う姿勢には乏しく、当時の立法者である君主の権力に対しては警戒心が薄いという二面性を有する⁷⁾。また、フォイエルバッハは、心理強制説に依拠して威嚇による一般予防を行う厳格な刑法を構想し（バイエルン王国刑法典（1813年）の編纂に当たっては起草者としてそれを現実化し）、その合目的性や効率性を肅々と追求する反面、刑法が権力によって濫用される危険性については、彼の姿勢は楽観的である。ナウケ（Wolfgang Naucke）氏の指摘する通り、フォイエルバッハは「法律による刑罰が効果的に機能すること」の基礎づけには成功しながらも、その高機能な刑罰が濫用されないための「制御のメカニズム」を基礎づけることには成功していない⁸⁾。筆者も以前に指摘したように、フォイエルバッハは「自らの打ち立てた強力な威嚇の理論が、権力の側からみれば容易に『便利な道具』となり得ること」に対して——当時の刑法家ケストリン（Christian Reinhold Köstlin, 1813–1856）の表現を借りれば、まさに「警察国家の手中にある危険な道具」⁹⁾となり得ることに対して——危機意識が弱いのではないかと思われるのである¹⁰⁾。しかしながら、これらの問題点があるからといって、フォイエルバッハの刑法理論の優れた面、たとえば罪刑法定主義の確立や、権利侵害がなければ犯罪はないとする考え方

7) 高橋直人「心理強制説をめぐる十九世紀前半の議論——フォイエルバッハの『威嚇』論はどのように受け止められたのか——」（浅田和茂他編著『自由と安全の刑事法学 生田勝義先生古希祝賀論文集』法律文化社、2014年所収）179～180頁。

8) Wolfgang Naucke, Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in: Eric Hilgendorf, Jürgen Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung: Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Berlin 2007, S.124-125. 高橋・前掲（注7）180頁も参照。

9) Christian Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845, S. 140-141.

10) 高橋・前掲（注7）180頁。

(権利侵害説)、法と道徳・宗教との峻別等について、その功績が損なわれるものではないということを明言しておく。あくまでも、光と影の両面がフォイエルバッハの理論の中にみられるという事実と正面から向き合うべきであり、また、そうすることによって彼の理論をいっそう精確に理解できるのである。

同様のことは、フォイエルバッハの論敵であるグロールマンにも当てはまる。一方では、犯罪を行った者によって再び犯罪が繰り返されることの「蓋然性」を推認し、これを根拠として将来の犯罪を予防するために刑罰を科すという、まだ現実ではない危険性から個人を統制しようとする危うい面を有しながらも、他方で刑罰の行使は常に必要最小限であるべきことや、刑罰が終局的な手段であることを度々強調し、国家刑罰権の濫用に対して批判的な目線で向き合う態度も併せ持っている(本稿第3章を参照)。それゆえ、グロールマンを単に警察国家の代弁者であるかのように描くことはあまりに一面的ではないかと筆者には思われるけれども、もし、その一方で彼の理論に内在する上記のような問題点を度外視して、彼の見解にみられる先進的な部分や人道的な姿勢のみを全面的に強調するとしたら、これはこれで偏った評価であるといわざるを得ない。

フォイエルバッハとグロールマンを具体例に以上に挙げたような、抛つて立つ思想的な方向性に関してしばしば部分ごとに一定の幅のあり得る刑法理論が、18世紀末から19世紀初頭にかけて多くの刑法家から主張され、犯罪とは何か、刑罰はなぜ科されてよいのか、といった基本的なところから徹底した議論が交わされる中、その複合的・重層的な影響のもとで、ドイツ近代刑法学は大枠として成立をみるのではなかろうか。その複雑な過程を、一定の網羅性と多面的な切り口をもって、改めて実証的に明らかにしていくことは、ドイツ近代刑法学の成立と展開の流れをよりよく理解していくうえで必要な取り組みである。

3 本稿の課題

18世紀末から19世紀前半のドイツ刑法学の重要な担い手でありながらも、たとえばフォイエルバッハと比べると必ずしも十分に解明が進められてきたとはいえない当時の特別予防論者たちの見解にも光を当てていくことは、前節で述べた問題意識のもと、筆者にとって今後の優先的な研究テーマのひとつといえる。その出発点として本稿が課題とするのは、グロールマンやティットマンらによって主張され、当時の「特別予防」論の中心となっている「予防説」という考え方につき、その基本的特徴を史料に即して再確認することを通じて、今後の議論のための着実な基礎を準備することである。

また、ドイツ刑法学史における特別予防論の展開それ自体を跡づけようとする研究に対しても、近代初期の特別予防論を再検討することは有用な素材を提供するであろう。特に、その約1世紀近く後にリスト (Franz von Liszt, 1851-1919) らの新派刑法学（近代学派）によって特別予防論が再び脚光を浴びるまでの経緯をどのように理解するか、という点からも——新派の特別予防論に対する近代初期の特別予防論からの直接的な影響の有無にかかわらず——注目すべきところが多いように思われる。

なお、19世紀前半に特別予防論が衰退することについては、先行研究の見解や、筆者自身の理解によっても、前世紀末から19世紀初頭におけるフォイエルバッハとの論争の影響をたしかに無視することができない。けれども、それと並行して高まる同時代の応報刑論からの影響についても精査すべきである。この点については本稿の課題を超えるため、ほぼ言及できなかつたが、すでにヘーゲル学派のベルナー (Albert Friedrich Berner, 1818-1907)、アベック (Julius Abegg, 1796-1868) およびケストリンの著作を今回も利用しているのは、今後の検討に向けた準備の一環である、ということを申し添えておきたい。

いずれにせよ、本稿は「序説」的な位置づけであり、まだ始まりの試みに過ぎない。内容的にも、今回の議論だけでは十分に明らかにできず、問

題提起や仮説の提示に留まるところも多々あると考えられる。これについては、ご海容を乞うばかりである。

以下、続く第2章では、18世紀末から19世紀前半において「特別予防」および「予防説」の概念がどのような意味で用いられているのかを考察し、①フォイエルバッハの主たる論争相手であるグロールマンらは「予防説 (Präventionstheorie)」という立場であり、②「特別予防 (Spezialprävention)」という表現が用いられるようになったのは後の1810～20年代頃であると考えられるけれども、③19世紀前半において「特別予防」という概念がしばしば「予防説」と同義とされる一方、犯罪者の内面に対する改善を目的とする「改善説 (Besserungstheorie)」は予防説とは別の立場として学説上は整理されており、それゆえ犯罪者の教育・改善が当時の「特別予防」の目的には含まれない場合が少なくない、ということを指摘する。そのうえで第3～5章では、④犯罪者の内面的な改善を目的としない「予防説」における特別予防とは、犯罪を行った者を威嚇して将来の犯罪から遠ざけ、それが困難な場合には犯罪の実行自体を不能にするという、威嚇 (Abschreckung) よび不能化 (Unmöglichmachung) を通じた特別予防であることを、グロールマン、ティットマン、シュテューベルの見解を具体例としつつ概観する。

なお、本稿の引用部分において、〔 〕で囲まれた箇所はすべて引用者による。

第2章 18世紀末から19世紀前半における 「特別予防」論と「予防説」

まず、フォイエルバッハが同時代の特別予防論の支持者たちと論戦を繰り広げていたこと、そして両者の争いにおいて特別予防論者の方が形勢的にみて明らかに不利となったということは、先行諸研究の指摘する通りである。そのうえで、ここで再検証すべきは、フォイエルバッハと論争した

同時代の刑法家たちの「特別予防」とは実際にはどのような考え方であるのか、ということに他ならない。そもそも「特別予防」という用語がドイツの刑法文献に登場するのはいつ頃からであるのか、という点も含めてである。

まず、用語法の点からいえば、1790年代から1800年代における特別予防論者たちとフォイエルバッハとの論争の中で、前者は自分たちの見解のことを「予防説」と呼び、フォイエルバッハも彼らの見解を同じく「予防説」と呼んでいる。このことは、以下の通り史料的に明らかである。本稿冒頭で引用したように、グロールマンの「補遺」では、本人やシュテューベル、アルメンデインゲン、ティットマンの立場は「予防説 (Präventionstheorie)」と呼ばれている。グロールマンは、『刑法および刑事立法の基礎付けについて』(1799年)の中でも、「予防説の正当性の間接的な証拠¹¹⁾を示すためにフォイエルバッハ、カント、フィヒテ、シュテューベル、クラインなどの他の論者の見解を検証する第2部において特に、「予防説」という表現を何度も用いている¹²⁾。一例として「刑罰を防衛の目的のための手段として提示している点では、この理論 [= フォイエルバッハの心理強制説] は、予防説との類似性を有する」¹³⁾といったように、である。ティットマンも、『刑事法学およびドイツ刑事法律学ハンドブック』(1806年)において自身の刑罰の基礎づけを展開した後、「以上のような刑罰権の演繹は、(それが妥当であるかどうかは、ここではさておき) 一般に予防説という名をもっている」とする¹⁴⁾。グロールマンの論争相手であるフォイエルバッハも、「予防説」の

11) 「予防説の正当性の間接的な証拠」という表現は、本文中の第二部の表題からは省略されているが、同書の最後に置かれた目次 (Inhalt) の中では、第二部の表題「刑法および刑事立法の基礎付けに関する他の論者の見解の簡潔な検証。予防説の正当性の間接的な証拠」とされている。Grolman, a. a. O. (注2), S. 248.

12) Ebd., S. 203-246.

13) Ebd., S. 231.

14) Carl August Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Theil, Halle 1806, S. 48.

擁護者としてグロールマン、シュテューベル、クラインシュロート、クラインらを挙げている（ただしクラインについては、「ある観点からみれば」という留保付きである）¹⁵⁾。1790年代から1800年代までの刑法文献においては、「予防説」という概念が以上のように用いられている一方、現時点で確認できた範囲では、「特別予防 (Spezialprävention)」という言葉の使用例を見いだすことができなかった。

1810年代に入ると、刑法家たちの著作の中に「特別予防」という表現が登場するようになる。たとえば、「フォイエルバッハの刑罰は、すべての市民の将来的な犯罪に対する普遍的予防 (Universalprävention) である。グロールマンの刑罰が、個々人に対する特別予防 (Spezialprävention) であるのと同様に」¹⁶⁾ という、ヴェルカー (Carl Theodor Welcker, 1790-1869) による印象的な一節（1813年）が挙げられる。ここでは、Generalprävention (一般予防) ではなく Universalprävention (普遍的予防) という表現が使われており、これとの対比として特別予防の語がみられる。

さらに1820年代に入ると、「特別予防」が「予防説」の同義語として用いられ始める。バウアー (Anton Bauer, 1772-1843) の『刑法学教科書』（1827年）に以下の記述がある。

刑事判決およびその執行は、以下のことによって、処罰された犯罪者に対して予防的に作用する。A) 受刑者の内面を改善することによるか (改善説 (Besserungstheorie)、〔ラテン語では〕 poena correctoria、懲罰 (Züchtigung))、または B) 受刑者にさらなる外的な違法行為をさせないようにし、それゆえ暗黙のうちに脅かす者としての彼を、未然に制することによるか (予防説 (Präventionstheorie)、特別予防 (Specialprävention)) である¹⁷⁾。

15) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Theil, Erfurt 1799, S. 78.

16) Carl Theodor Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Gießen 1813, S. 238.

17) Anton Bauer, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Göttingen 1827, S. 41.

ここでは、「予防説」という語と「特別予防」という語が、たしかに並置されている。だが問題は、上記の史料にみられる「改善説」——すなわち「受刑者の内面を改善する」という意味における将来の犯罪の予防——との関係である。今日的な理解からすれば、「予防説」と「改善説」はいずれも特別予防に含まれるというのが自然であろうが、バウアーによれば特別予防とはあくまで予防説を指すのであって、改善説はそこには含まれないとされている点を見落としてはならない。バウナーは、予防説と改善説とを明らかに別の立場であると区別した上で、予防説の論者としてシュテューベル、グロールマン、ティットマンの3名を¹⁸⁾、そのうえで改善説の論者としてはシュテルツァー (Julius Ludwig Stelzer, 1758-1813)、アルニム (Albrecht Heinrich von Arnim, 1744-1805)、シュパンゲンベルク (Ernst Spangenberg, 1784-1833) を挙げている¹⁹⁾。支持者の人的構成からみても、予防説と改善説は異なるグループなのである。同じく1820年代の作品の中で、ヴェヒター (Carl Georg Wächter, 1797-1880) は、予防説の支持者としてシュテューベル、グロールマンに加え、H. Goodricke や クラウス (Johann Georg Claus) の名を示しており、その一方で改善説の支持者の例として前出のシュテルツァーとシュパンゲンベルクに言及する²⁰⁾。19世紀前半の刑法文献において、改善説を代表する人物としておそらく最も頻繁に登場するのは、シュテルツァーである。彼はプロイセンの法律家で、ハレ大学やベルリン大学で教鞭を執ったほか、ロシアのモスクワ大学の教授として教えたこともあり、刑法学の教科書をはじめ、法学以外の分野も含めた比較的多くの著書を公にしている²¹⁾。

18) Ebd., Anm. b).

19) Ebd., Anm. a).

20) Carl Georg Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, Erster Theil, Stuttgart 1825, S. 47-48.

21) August Ritter von Eisenhart, „Steltzer, Christian Julius Ludwig“, in: Allgemeine Deutsche Biographie, Bd.36, Leipzig 1893, S. 37. また、シュテルツァーの刑法理論、さしあたり帰責論については、高橋「意思の自由と裁判官の恣意——ドイツ近代刑法成立史の

予防説と改善説とを区別し、前者のみを「特別予防」と呼ぶという整理の仕方は、ヘーゲル学派のアベック (Julius Abegg, 1796–1868) の『刑法学教科書』(1836年)においても使われている²²⁾。「一般予防に対して特別予防と呼ばれる狭義の場合には、この理論 [= 予防説] は、グロールマンとティットマンに擁護されている」と彼は述べる²³⁾。また、19世紀前半に唱えられた多様な刑法理論に関するヘップ (Ferdinand Carl Theodor Hepp, 1805–1851) の大著『ドイツ刑法体系の叙述と評価 第2部・相対的体系 第2分冊』第2版 (1845年) では、最初に予防説と名付けたのはフォイエルバッハであるという興味深い記述があり、「最近では、一般予防論(General-Präventionstheorien)としての、フォイエルバッハの理論や、威迫説 (Androhungstheorien) 一般に対置するために、この理論 [= 予防説] は特別予防論 (Spezial-Präventionstheorie)とも呼ばれる」とされている²⁴⁾。

以上から、予防説と特別予防は同義であるという理解は、19世紀前半の学界に広く流布しているものと考えられる。ただし、その場合の「特別予防」の中には、受刑者の内面の改善を目的とする改善説は含まれない、ということに注意が必要である。改善説と区別された予防説は、犯罪を行った者をどのようにして将来の犯罪から遠ざけようとするのであろうか。この点は予防説の定義とも密接にかかわってくる。次章にて、グロールマンの見解に即して確認することにしよう。

再検討のために——」(『立命館法学』2006年3号) 12~17頁参照。

22) Julius Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt a. d. Orla 1836, S. 67–68.

23) Ebd, S. 67.

24) Ferdinand Carl Theodor Hepp, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechts-Systeme, ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungs-Wissenschaft, Zweite Abtheilung, Die relativen Systeme, Zweites und Schlußheft, Die Präventions-, die Besserungs-, die relativen Coalitions- und die Rechtssysteme, 2. Aufl, Heidelberg 1845, S. 481.

第3章 グロールマンの予防説

それでは、予防説がどのような理論であるのかを具体的に把握するため、グロールマンの『刑事法学綱要』第1版（1799年）を実例として、刑罰の基礎付けに関する彼の主張を読み解いていく。グロールマンによれば、「感性界（Sinnenwelt）」において共同関係にある他者と競合する場合に、衝突を避けるため、人間の「実践理性（praktische Vernunft）」の第一の働きは、「最上位の社会規範（das höchste Gesellschafts-Gesetz）」を通じて「等しい独立した領域（権利領域（Rechtsgebiete）、自由領域（Freyheitsgebiete））」を各人に割り当てる。「あらゆる人間は、理性が社会において割り当てた自由な権利領域（freie Rechtsgebiete）の中では、無制限の主人であり、この領域においてすべては当人の選択意思（Willkür）および当人の自然的な力の支配下にある」²⁵⁾。

この「権利領域」に対する侵害が、グロールマンのいう「犯罪」の本質にかかわってくる。「自然的な力としての人間は、この領域の境界を超過し得るのであり、〔最上位の社会規範に〕自身が拘束されていると認めないことによって、理性が与えた平和を破り得る。つまり、犯罪（Verbrechen）（不法（Unrecht））があり得るのである」²⁶⁾。そして「あらゆる犯罪は侵害をもたらす。というのは、あらゆる犯罪は、当人のみが完全な自由をもって支配するところの他者の権利領域への、介入を含むからである」²⁷⁾。

グロールマンは犯罪を以上のように他者の「権利領域」を侵すこととしてとらえ、これに対抗するための「強制権（Zwangsgesetze）」²⁸⁾を認める。この強制権から、「正当防衛権（Recht der Notwehr）」や「賠償請求権（Recht

25) Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1. Aufl., Gießen 1799, S. 4.

26) Ebd., S. 2.

27) Ebd., S. 3.

28) Ebd., S. 4–5.

zur Entschädigung)」と並んで生じるのが、「防衛あるいは予防権 (Sicherungs- s. Präventions-Recht)」、すなわち「さし迫った侵害を阻止する権利」である²⁹⁾。この場合に、差し迫った侵害についての「威迫 (Drohen)」というのは、「ある者によって将来的な侵害が懸念されることを、明示的または黙示的に認識させるということである」³⁰⁾。そして威迫を行う者 (der Drohende) としてグロールマンが想定しているのは、すでに犯罪を行った者である。「犯罪は——それが既遂であるにせよ未遂であるにせよ——〔さらなる侵害についての〕将来的な黙示の威迫を原則的には含んでいる」³¹⁾ として、彼は次のように主張する。

なぜなら、犯罪者は、自身の行為を通じて次のことを認識させるからである。それは、理性的存在として他者の権利を崇敬するよう決定されるのではなく、むしろ欲求の法則にしたがって決定されているということであり、この自らの主観的な行動原則を、法を犠牲にしてさえ貫徹しようと試みているということである。まさに、このことを、実行された犯罪によって彼が認識させるため、彼が我々の権利を将来においても侵害するであろうことは、彼によって単に可能であるだけではなく——あらゆる人間の場合と同様に——このことは極めて蓋然的である (höchst wahrscheinlich)。というのは、もたらされた損害が賠償の権利によって補償されるとしても、それでもなお、次のことが明らかに懸念されるままにとどまるからである。それは、自らの感性的欲望の満足へとひとたび決定された人間が、彼を犯罪の実行へと駆り立てたところの解消されていない性向によって、なおも犯罪の反復へと焚きつけられるということである³²⁾。

このように、グロールマンは、犯罪を行った者が再び侵害をもたらすことには高度の蓋然性があるとしたうえで、その将来的な侵害が現に実行さ

29) Ebd., S. 5.

30) Ebd., S. 6.

31) Ebd.

32) Ebd., S. 6-7.

れることを予防するための権利という角度から、刑罰を根拠づける。「人は、〔行為者を〕犯罪へと驅り立てる刺激に対抗する権利を有する。そして、この権利が他の何らのやり方でも実現し得ないかぎりは、人は、付与される害悪 (Uebel) によって犯罪者を威嚇して犯罪への欲求から遠ざける権利を有する」³³⁾。「この威嚇が可能でない場合には、人は威迫〔されている犯罪〕の実行のために必要な身体的な力を制圧し、これによって威迫の実行を不可能にしてよい」³⁴⁾。以上の権利をグロールマンは「刑罰権 (Strafrecht)」と呼び、この「刑罰権」は「予防権 (Präventions-Recht)」という属性においてのみ認められる」³⁵⁾とする。そして「蓋然性のある〔将来の〕犯罪を威嚇または不能化するために加えられた害悪のことを刑罰 (Strafe) と呼び、この刑罰を科すことを処罰 (Bestrafung) という」³⁶⁾。

実際に行われた犯罪に対して刑を科すのではなく、いまだ行われていない犯罪を予防するために、単なる危険性（蓋然性）を根拠に刑罰を科すというグロールマンの見解そのものには、なるほど、先行研究のいう「警察国家」的な統制を想起させるところがある。だが、これとは対照的に、グロールマンは刑罰権の濫用に対して警戒心をもっており、刑罰は可能な限り抑制的であるべきこと、必要最小限のものであるべきことも強調する。『刑事法学綱要』第1版の「刑罰権の行使の最上位の原則と、そこから流れ出る諸法則」という箇所において、彼は「刑罰権の行使のための一般的原則」を次のように表現する。

切迫した侵害に対して君 (du) の権利を保障するために、刑罰以外の何らの手段も可能でないという場合のみに、その限りにおいてのみ、君は刑罰権を用いてよい³⁷⁾。

33) Ebd., S. 8.

34) Ebd.

35) Ebd., S. 9.

36) Ebd.

37) Ebd., S. 11-12.

また「そこから導かれる個々の原則」として、グロールマンは以下の四点を挙げている³⁸⁾。

- 1) 〔刑罰によって〕加えられる害悪以外の何らの手段によっても君が権利領域を確保できない場合にのみ、君は侵害者を罰することができる。
刑罰は必要なものでなければならない。
- 2) 君の刑罰は、それによって君が目的を達成するよう整えられているべきである。
刑罰は目的に適っていないなければならない。
- 3) 目的の達成へと導く害悪のうち、可能な限り最もわずかなものを君は選ぶべきである。
刑罰は残虐であってはならない。
- 4) 君を侵害することを威迫によって蓋然的に示した者のみを、君は罰することができる。
刑罰は責任に基づくものでなければならない。

刑罰に関する以上の理論的基礎づけを経て、グロールマンは、『刑事法学綱要』第1版の「市民的刑罰の目的について (Von dem Zweck der bürgerlichen Strafen)」という部分において、予防論に基づく刑罰の目的を次のようにまとめている。

市民的刑罰の目的とは何かという問いは、これまでに非常に様々なかたちで答えられてきた。ここまでとのところで我々が市民刑法 (das bürgerliche Strafrecht) について言及してきたことに従えば、国家において件の刑罰目的は以下の通りでなければならないという点は、おそらく何らの疑いも受け得ない。すなわちそれは、一般的な社会関係におけるのと同様に——威迫の実行を抑止する威嚇 (Abschreckung)、またはその実行の不能化 (Unmöglichmachung) である³⁹⁾。

38) Ebd., S. 12–13.

39) Ebd., S. 49.

ここまで検討で明らかであるように、すでに犯罪を行った者を威嚇によって犯罪から遠ざけ、それができない場合には犯罪の実行を不能にすることが、グロールマンの予防説の基本的性格である。そのうえで、改善説の考え方、すなわち犯罪を行った者に対する改善を刑罰の目的にすることに対しては、グロールマンは次のように否定的な立場を取る。

犯罪者の改善は刑罰の目的ではない。なぜなら国家権力 (Staatsgewalt) は、家庭教師の立場 (Hofmeisterstelle) に比されてはならないからである。犯罪者が自ら更生するのであれば、それはたしかに好ましい。というのは、その〔更生の〕のちに刑罰は不必要だからである。そこからは次のこと以上には何も生じない。国家は、可能な改善に立ちはだかることを何も為してはならず、改善のための手段の利用を犯罪者にとって容易にすることをむしろ試みなければならない⁴⁰⁾。

なぜ国家権力が改善を刑罰の目的にすべきではないのかに関し、グロールマンは、国家は家庭教師ではないという比喩的な表現にとどめている。それゆえ現時点では断定できないにせよ、犯罪者の内面を強制的に改善することを彼が認めない背景には、個人の自由を国家刑罰権の過剰な干渉から守るという考え方があるようと思われる。これと同時に、グロールマンが、犯罪者自身による自発的な更生についてはむしろ好ましいと述べ、国家は「改善のための手段の利用」を犯罪者にとって「容易にすることをむしろ試みなければならない」としている点にも注目すべきである。

ちなみに『刑法および刑事立法の基礎づけについて』(1799年) の中で、グロールマンは、威嚇によって「違法な性向から合法な性向へと復帰する者は、改善された市民である」として、威嚇を目的とする刑罰が受刑者を将来の犯罪から遠ざけたとき、それも「改善」であり、この意味での「政治的 (politisch)」な改善については認めている⁴¹⁾。この場合、内心では犯罪を

40) Ebd., S.50.

41) Grolman, a. a. O. (注2), S. 116–117, Anm.

実行したいと考えていても刑罰を恐れて思いとどまるというケースも含まれることになるため、グロールマンのいう政治的な改善とは、改善説の主張するような犯罪者の内面に対する *sittlich* あるいは *moralisch* な（道徳的な）改善とは異なり、外的的な行為の次元において（その内面的な動機の道徳的な是非は問わず）適法に振舞うことを求めていると解される。実際、当時の刑法家、たとえばシュテューベルも、「政治的改善 (die politische Besserung) とは、道徳的な思考様式 (die moralische Denkungsart) を顧慮することなく、もっぱら外的行為に該当するものである」とする⁴²⁾。ちなみにフィヒテ (Johann Gottlieb Fichte, 1762-1814) においても、「内面的な心情にかかる道徳的改善」と「現実の行為のための習俗および行動原則 (Maximen)」にかかる「政治的改善」との区別がみられる⁴³⁾。

以上と同様の考え方方に立つ箇所は、グロールマンの『刑事法学綱要』の第2版にもみられる。それは、「威嚇刑 (die abschreckende Strafe)」は「犯罪者を市民的に改善し (bürgerlich bessern)、そのような仕方で改善された者として、彼を完全な市民的自由 (die volle bürgerliche Freyheit) と [その自由の] 実効性へと再び戻すべき」であって、「犯罪者の政治的な改善を不可能にし、あるいは妨げる刑罰すべては、目的に適っておらず不正である」⁴⁴⁾ という記述である。改善を刑罰の目的とすることを認めない彼が、威嚇が同時に「改善」をもたらし、その意味での「改善」が妨げられてはならないと主張している点は、一見すると矛盾しているようにもみえる。だが、個人の内面に対する「道徳的」改善は否定しつつ、外的行為の適法性を問題とする「政治的」改善は容認するというグロールマンの上述の立場をふまえれば、彼の主張は一貫していることになる。

42) Christoph Carl Stübel, *System des allgemeinen Peinlichen Rechts*, Erster Band, Leipzig 1795, S. 124.

43) Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Zweiter Theil, Jena und Leipzig 1797, S. 114.

44) Grolman, a. a. O. (注1), S. 75.

第4章 ティットマンの予防説

前章での検討によれば、グロールマンの予防説とは、刑罰を通じて、犯罪を行った者を威嚇して将来の犯罪から遠ざけ、これができる場合には犯罪の実行を不能にするという考え方であった。続いて本章で取り上げるのは、ティットマンの見解である。グロールマン自身が前出の『刑事法學綱要』第2版の「補遺」において述べていたように、同書が公にされた1805年頃、予防説を支持する有力な刑法家としては、もはやティットマンが最後の一人であるという状況となっている。ティットマンを予防説の最後の支持者とする評価は、ヘプ⁴⁵⁾ やヴェヒター⁴⁶⁾ など、同時代における他の刑法家にも見て取れる。こうして予防説を掲げ続けたティットマンの理論は、近代初期における予防説の最終形態であると位置付けることが可能であり、これに対する考察は本稿の課題からみて必須であろう。

さて、ティットマンも、各人固有の「自由領域」あるいは「権利領域」を出発点として、この領域に対する他者からの介入に対抗するための「強制権」から刑罰権を導く⁴⁷⁾。この基本的な骨格自体は、グロールマンの場合と同様である。「強制権は、自由領域からの〔主体の〕排除または自由領域の攪乱一般が生じないためにのみ、条件付きで認められる。強制なしに〔自由領域の〕攪乱が阻止され得る場合には、強制権も存在しない」⁴⁸⁾ というティットマンの主張においては、グロールマン同様、他に手段がない場合にのみ強制権の發動を認めるという謙抑的な姿勢が強調されている。そして「刑罰 (Strafe) とは、自由領域の攪乱の惹起者 (Urheber einer Störung

45) Hepp, Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien nebst einem Versuch über die Möglichkeit einer strafrechtlichen Theorie überhaupt? Heidelberg 1829, S. 67.

46) Wächter, a. a. O. (注20), S. 48.

47) Tittmann, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Gesetzkunde, Leipzig 1800, S. 1-5.

48) Ebd., S. 4, Anm.

des Freiheitsgebietes)に対し、法律の規定に従って科される感性的な害悪である」⁴⁹⁾。ここで「法律の規定に従って (nach Vorschrift des Rechtsgesetzes)」という句が慎重に挿入されている点にも表れているように、ティットマンの主張は、グロールマンと同等以上に刑罰権の濫用に配慮したものとなっている。

刑罰権に関しては、ティットマンの『刑法学およびドイツ刑事法律学ハンドブック』に特に詳しい記述がある。そこにみられるのは、刑罰による威嚇を通じて将来の犯罪を防止するか、または刑罰によって犯罪の実行自体を不能にするという特別予防であって、基本的にはグロールマンと同じ路線である。以下に引用する。

それゆえ、攻撃を受けた者や実際に侵害を受けた者には、現在に対して危険を及ぼす行為が終結していたとしても、相手に対して次のような害悪を加える権利がある。それは、あらゆる攻撃やその繰り返しへの意欲をその大きさによって制するところの害悪であり、または、その意欲が再び生じるかもしれない場合にも、その充足のために必要なすべての手段を奪うであろう害悪である。ここに、刑罰権 (das Recht zu strafen (jus puniendi)) が包含されている。すなわちそれは、回避された（最初の）危険に応じて感性的な害悪を加えることによって、威迫者 (der Drohende) を威嚇して権利侵害への着手から遠ざける権利であり、または（必要な肉体的諸力を抑え込むことによって）威迫者にとって権利侵害への着手をまったく不可能にする、すなわち不可能な状態に置く権利である⁵⁰⁾。

ティットマンの理論において、自由領域は「自然によってのみ」個人に与えられる「根源的あるいは生得的」なものであって⁵¹⁾、これを他者による介入から守るために、原点として、上記の刑罰権を含む強制権が各人に認められる。ただし、この強制権は「原則として市民社会 (die bürgerliche

49) Ebd., S. 33.

50) Tittmann, a. a. O. (注14), S. 45.

51) Ebd., S. 36.

Gesellschaft)においてのみ、その目的に適ったかたちで行使され、普遍的に通用するものとされ得る」⁵²⁾。そして刑罰権については、これを個人が恣意的に行使することがあったり、個人による行使が事実上困難であったりする場合があるため、「契約による最高権力へのその権限の移譲という理念」⁵³⁾のもとで、国家に帰属するものとなる。このように、各人に固有の生まれながらの自由領域とその保護のために認められる強制権とを出発点として、刑罰権の成立を導くティットマンの理論は——そして同様の理論構成を探るグロールマンの理論も——その限りにおいては、一定の個人主義的・自由主義的な方向性を有するといえよう。

グロールマン同様、ティットマンも改善を刑罰の目的として認めていない。その理由に関し、ティットマンは次のように述べている。

改善は、道徳的に善であるものを認識し、それを不斷に順守することを前提とする。したがって人間は、道徳的に善であるものを認識し、その価値を確信していかなければならない。そして道徳的に善であるものは、道徳的に善であるがゆえに、人間にとって価値を有していかなければならない。この確信ゆえに人間は、道徳的に善きものを、それが道徳的に善きものであるという理由のみによって順守するよう努めなければならない。しかし、この確信と意志は、ただ自由の帰結でのみあり得るのであって、強制の結果ではあり得ない。⁵⁴⁾。

このように本人の自由を尊重し、自らの確信と意志によって道徳的に善であることを順守するのが「改善」の本質であるとし、この意味において、刑罰を通じた「強制」による改善というのはあり得ないとティットマンは主張する。ただし、彼は同時に次のようにも述べる。

市民を改善しようとする権利を国家が不当に行使することはできないと

52) Ebd., S. 46.

53) Ebd., S. 47.

54) Ebd., S. 102.

いう点に、刑罰の目的としての改善に反対する別の理由を見いだすことができる、と信じられてきた。しかしながら、このことは半分しか真ではない。国家が人間を改善へと強制しようとする限りにおいて〔それは真である〕。だが〔強制ではなく〕ポリツァイその他の制度を通じて、国家がそれを目指して努力することは可能であり、かつ認められる⁵⁵⁾。

つまりティットマンは、犯罪者の改善自体を否定するわけではなく、改善を強制によって実現しようとするなどを、中でも刑罰によって実現しようとするなどを否定しているのである。この点からいえば、ティットマンの理論を刑法だけでなく「ポリツァイその他の制度」も含めてより広い視野から見た場合に、そこに犯罪者の改善に向けた取り組みや、場合によっては臣民に対する上からの訓育という啓蒙絶対主義的・警察国家的な方向性が見いだされる可能性も残っていることになる。今後、検討すべき点であろう。

最後に付言しておくと、ティットマンの発言からみる限り、彼はその基本思想において自由主義的な傾向が強く、時に急進的ですらあるように思われる。「暴君」に対して国民が「恭順の念の表明をごくわずかにでも怠ることを、死刑によって禁圧」する法律をたとえに挙げて⁵⁶⁾、彼は自然法論の立場から、「公正な判決をくだすために法律に反する刑罰を科す」という不可避の状況に、判決者がおかれる場合があり得るということ⁵⁷⁾を指摘する。形式的には法律に基づく処罰であろうと、当該の規定の内容自体に適正性がなければ認めるべきではないとして、ティットマンは、当時の立法者である君主権力を恐れぬ主張を公然と展開する⁵⁸⁾。また彼は、1802年の時点で「同衾、ソドミー、近親相姦の際に、いかなる法が犯されるとい

55) Ebd., S. 103, Anm. r).

56) Tittmann, Daß sich die Urtheilssprecher in der Nothwendigkeit befinden können, eine gesetzwidrige Strafe zu bestimmen, um ein gerechtes Urtheil zu sprechen, in: Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, Stück 3, 1817, S. 352.

57) ティットマンは、この表現を、本稿・注(56)の論文のタイトルとして掲げている。

58) ティットマンの主張の背景も含め、高橋・前掲（注21）66～71頁参照。

うのであろうか……。国家は、これらの行為を違法な行為として禁ずることはできない」⁵⁹⁾と、この時代としては大胆な見解を示す人物である。このような立場のティットマンによる刑法理論が、18世紀末から19世紀初頭の特別予防論は警察国家的な思想の直接的な反映であるという件の有力説との関係において、今後どのような議論につながり得るのか、興味深いところである。

第5章 補 説——シュテューベルの予防説

グロールマンとティットマンという19世紀前半における予防説の代表的論者の見解については、以上のように素描したところである。予防説的一般的特徴として二人に共通する部分は、さらに、彼らの予防説の先人であるシュテューベルにも大枠で当てはまる。彼の『一般刑事法体系』(1795年)より、以下の二か所を引用しておこう。

何人かを侵害する意思の表明は、明示的な言葉によって行われるか、行為を通じて默示的に行われるかである。後者の場合には、疑う余地なく、すでに敢行された侵害であるとみなされ得る。私をすでに侵害した者は、このことを通じて、彼にはそうする傾向があり、そのようにさせる理由を有するということを明らかにさせている。いまや、私と彼との関係が変化せずにとどまり、あらゆる状況がなおも同じである限りにおいて、彼が加害を繰り返すであろうことは、単に可能であるだけでなく、場合によっては多かれ少なかれ蓋然的である。したがって、そのような默示的表明ゆえに、私は予防のための権利を有している⁶⁰⁾。

すでに生じた侵害を通じて默示的に表明された加害の意思ゆえに、予防として認められる支配力は、さらに、危惧される侵害にとって必要な身体

59) Tittmann, Ueber die Natur der Strafrechtswissenschaft, Leipzig 1802, S. 11.

60) Stübel, a. a. O. (注42), S. 49.

的な諸力を制するか、または他のよりよい決断へと〔相手を〕強いるか、いずれかを目指すことができる⁶¹⁾。

そのうえで、グロールマンやティットマンとは異なり、シュテューベルが刑罰の基礎づけにあたって個人の「自由領域」を出発点としていないことをはじめ、個々の内容において異なる部分は少なくない。けれども、それらについて言及することは、予防説一般に共通する基本的特徴を把握するという本稿のねらいを超えるものであり、今回は割愛したい。

第6章 まとめ

1 予防説の基本的特徴

予防説の代表者といえるグロールマン、ティットマン、シュテューベルの見解を以上のように検討したうえで、彼らの理論に共通してみられる予防説の基本的特徴は、以下の二点であるといえる。

第一に、予防説のいう予防とは、犯罪をすでに行った者に刑罰を科し、威嚇することによって将来の犯罪から遠ざけることであり（威嚇による特別予防）、これが困難である場合には、将来の犯罪のために必要な身体的諸力を受刑者から奪い、実行を不可能にすることである（不能化による特別予防）。その一方で予防説が、犯罪者の内面に対する改善を刑罰の目的として認めないというのは、すでに指摘した通りである。このことは、当時にいう改善説と予防説とを区別する点として重要である。予防説において、改善が刑罰の目的ではないとされることの理由としては、改善を強制によって、中でも刑罰という方法によって実現することは許されない、という考え方方が主張されている。なお、上掲の「不能化」という言葉については、日本語としては「無害化」という表現の方が自然かもしれないにせよ、後者はリ

61) Ebd., S. 50.

ストのUnschädlichmachungを想起させ、理解の混同につながりかねないため現時点では使っていない。

第二に、予防説のいう刑罰とは、過去に行われた犯罪から読み取れるとする将来の犯罪の蓋然性を根拠として、その犯罪を予防するために刑を科すというものである。だが、実際に行われた犯罪に対する刑罰ではなく、いかに蓋然的であろうとも単なる可能性に基づいて、いまだ行われてもいい行為を予防するために科される刑罰という考え方に対しては、19世紀においても批判が集中した。犯罪とは権利侵害でなければならないというフォイエルバッハの立場からして、まだ生じていない権利侵害の蓋然性のみで処罰を行おうとする予防説の考え方は、容認できるものではない⁶²⁾。同様にペルナーも、「予防説は、刑罰の根拠を〔将来の〕危険に、つまり可能性のある将来の犯罪に見いだす。すなわち予防説は、刑罰を、すでに実行された犯罪に対する害悪であるとはみなしていない。すでに、このことは健全な常識に逆らっている」⁶³⁾とする。なおかつ、予防説の挙げる蓋然性というのは、主として犯罪を行った者の内面的な特性に着目することによって導き出されており、つまりは、悪質な性格を理由に当該人物の将来の危険性に対して国家が刑罰によって介入するという運用につながりかねない。この点には、先行研究のいう「警察国家」的な方向性を、たしかに読み取り得るところもある。

2 結 語

以上の特徴を有する予防説は、実質的にいって、18世紀末から19世紀初

62) この論点に関し、たとえばグロールマンに対するフォイエルバッハの批判として、Feuerbach, Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers, Chemnitz 1800, S. 36を参照。刑罰論の分野におけるグロールマンとフォイエルバッハの見解と争点の概要について、高橋・前掲（注7）181～184頁参照。

63) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1857, S. 10.

頭のドイツにおいて台頭した「特別予防」論の中心となる立場である。この頃の特別予防論としては、もうひとつ、改善説の立場があるけれども、改善説は予防説に比べると低調であるように見受けられる。後の時代における特別予防論の展開を考えれば、受刑者の教育・改善を旨とする改善説には、むしろ予防説以上に注目すべきところがあろうにせよ、である。

そのうえで、改善説と予防説との関係性を考慮に入れ、以下の点は指摘しておかねばならない。18世紀末から19世紀初頭に特別予防論が台頭したことは、君主がいわば國父として臣民を後見的に訓育すべきであるという啓蒙絶対主義的な考え方と親和性があり、その影響を受けた結果ではないかという見方がある。その際、中でも引き合いに出されるのは、特別予防論にみられる教育・改善の思想である。ところが、この時期の特別予防論の主たる立場である予防説が、本稿での検討の通り、犯罪者の改善を刑罰の目的にしていないということから考えると、その種の見方に対しては疑問も生じる。また、啓蒙絶対主義のもとでの刑罰（教育刑）を通じた臣民に対する訓育という、上記のような視点を持ち出すなら、予防説以上にむしろ改善説にも光を当てる必要があろう。また、この点をめぐっては、刑法だけでなくポリツァイに関する当時の刑法家たちの考え方も併せて検討すべきである。

なるほど実際には、18世紀末から19世紀前半に用いられている予防説や改善説といった学説整理上の枠組みに依拠するのみでは、刑罰の基礎づけに関する個々の刑法家たちの見解を適切に把握することは容易でない。たとえば、予防説の主唱者であるグロールマンですら、たしかに刑罰（刑の執行）の目的については予防説（特別予防）の立場であるにせよ、これにとどまらず、法律を通じた威嚇による一般予防というフォイエルバッハと同様の立場も、彼は同時に採用している⁶⁴⁾。一人ひとりの刑法家の理論にさらに深く踏み入っていく場合には、その実態を、いっそう細かく個別に考

64) 高橋・前掲（注7）181～183頁参照。

察することも不可欠となるのである。

それでもなお、まずは出発点として、18世紀末から19世紀前半における学説上の理解に即して——現在では「特別予防」論という表現で一括りに抽象的に語られがちな——当時における特別予防論の状況を概観しておくことは、本稿冒頭で述べたように、ドイツにおける近代刑法学の成立と展開を再検討していくために、不可欠な前提づくりとなる作業である。その範囲内で、本稿の課題が達成されたとすれば幸いである。