

アルント・コッホ

フランツ・フォン・リスト対カール・シュトース 刑法における一元主義と二元主義との争い

松宮 孝明* (訳)

〔解 題〕

ここに訳出したものは、訳者である松宮（以下、「筆者」と記す。）の研究テーマである「犯罪行動における刑罰と処分および治療との兼ね合い」を研究する上でここ数年多くの助言を受けた、ドイツにおける「近代学派」の創始者フランツ・フォン・リスト研究の近年の第一人者であるアルント・コッホ教授（アウグスブルク大学）の、立命館大学朱雀キャンパスにおける本年9月19日の講演を訳出したものである。コッホ教授は、明治大学の招聘により来日され、筆者の科研費研究の一環として、本学で表記の講演をされた。

筆者は、それまで「刑罰の法」として「主体」、「客体」、「手段」、「行為」といった要素を総合する形で整えられてきたドイツの犯罪体系が、19世紀末に、リストの「行為」、「違法」、「責任」、「可罰性」といった体系や、ペーリンクの「構成要件」、「違法性」、「責任」、「可罰性」といった体系という、「責任なき違法」を認める段階的体系に置き換わった経緯を知りたいと考えている。その契機の一つと考えられるのが、「責任」を前提としない「(保安) 処分」を刑法典の法効果として認める「二元主義」の考え方である。つまり、「責任（能力）」を前提としない「処分」を刑法の法効果として認めるために、責任能力者を意味する「主体」から始まる体系を放棄し、「違法」を「責任」より前に検討する体系が選ばれたのではないかということである。実際、本講演で扱われているカール・シュトースは、自己が起草した1893年スイス刑法予備草案（「シュトース草案」）において、世界で初めて、刑法典の中に「処分」も法効果として加える「二元主義」を採用した。そして、その総則は、た

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科特任教授 立命館大学名誉教授

たとえば1871年のドイツ刑法典と異なり、責任無能力の規定を違法性に関する規定よりも後に置いているのである。

さらに驚くべきことには、現行刑法典に至る日本の刑法改正作業においても、1895（明治28）年の刑法草案からは、精神障害による責任無能力者に対して「監置の処分」が提案されており、しかも、その前の1893（明治26）年の刑法改正審査委員会第40回議事録では、責任無能力者と幼年者に対する特別の施設への収容を提案する意見と、これは行政処分であって裁判官の権限に加えるべきでないとする意見とが併記されていた**。これは、同年に発表された「シュトース草案」の「二元主義」が、すぐに日本に伝えられたことを意味する。

このように、今日の刑法典を特徴づける「二元主義」がどのようにして始まったのか、特別予防刑論への一元化を主張するリストは、どのようにしてこの「二元主義」と折り合ったのか、コッホ教授の本講演は、このような疑問を解き明かす重要なヒントとなるものである。したがって、本講演は、現在日本で支配的な段階的体系の発生理由に、そして「刑罰」以外の「処分」の発生理由とその問題点ないし限界に関心を持つ方々に、興味深く読まれるものであると考える。本講演がそのような方向で日本における犯罪論ないし刑罰論に学問的刺激を与えることを期待する。

I. はじめに

1. 刑法の一元主義と二元主義——その基礎

ドイツ基本法によれば、責任原理は憲法上の地位を持つ¹⁾。ドイツの最高裁判所である連邦憲法裁判所によれば、「責任なくして刑罰なし」の原則は、基本法のいわゆる「永久性保証」の対象でさえある（基本法79条3項）²⁾。つまり、立法府は責任原理を廃止したくても、多数決によっても廃止できないのである。ドイツ刑法典（StGB）は、「犯罪者の責任が刑罰を科す根拠である」と定めている（StGB46条1項1文）。したがって、責任なき行為者は処罰されないのである。これは例えば、14歳未満の

** 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（2）日本立法資料集21〕〔信山社出版、1993年〕89頁参照。もっとも、その後、明治39年の草案からは、「監置の処分」は削除される。

1) BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 23, 127 (132); BVerfGE 45, 187 (228); BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 96, 225 (249); 「刑法の下で科される刑罰は責任を前提とし、犯罪者の罪責に比例したものでなければならない。」

2) BVerfGE 126, 267 (413); 詳しくは *Roxin/Greco, Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 53e ff.

子ども(StGB 19条)や、精神障害のために「自分の行為の不法性を認識し、その理解に従って行動する」(StGB 20条) ことができない人に適用される。

しかし、1933年以降、ドイツ刑法には刑罰だけでなく改善保安処分も含まれるようになった(StGB 61条以下)³⁾。言語学的に極めて正確に言うならば、ドイツ刑法は正しくは「刑罰および処分の法典(Straf- und Maßregelgesetzbuch)」と呼ばれるべきである⁴⁾。刑罰が過去に犯した有責的行為に対するリアクションであるのに対して、処分は行為者の将来の危険性に結び付いている。

これは、責任刑と、責任とは無関係な処分の両方を含む二元主義のシステムと呼ばれる。付言すれば、「二元主義」という概念は、スイスの刑法学者エルンスト・ハフター(1876-1949年)が1904年に初めて使用したものである⁵⁾。ドイツ刑法典の処分には、精神病院への収容(StGB 63条)、保安監置(StGB 66条)および禁絶施設への収容(StGB 64条)が含まれる。刑の程度は決して犯罪者の責任を超えてはならないが、精神病院への収容や保安監置の期間は、社会に対する犯罪者の継続的な危険性にのみ依存する⁶⁾。

これとは対照的に、日本のように刑法典が責任刑のみを定めたり⁷⁾、あるいは極めて急進的に、責任刑法を責任から独立した制裁法に置き換えたりする場合は、一元主義と呼ばれる。後者の歴史的な例としては、イタリアの犯罪学者で社会主義政治家のエンリコ・フェリー(1856-1929年)にちなんで命名された1921年の「フェリー草案」や⁸⁾、制裁として「社会防衛処分」のみを盛り込んだ1926年のソ連刑法典が挙げられる⁹⁾。

3) 入門的なものとして *Eser*, Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht, FS Müller-Dietz. 2001, 213 ff.; *Frisch*, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), 343 ff.

4) これについても *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 1 Rn. 4.

5) *Haftler*, Strafe und sichernde Maßnahme im Vorentwurf zu einem schweizerischen Gesetzbuche, ZStrR 1904, 225.

6) これに対して、禁絶施設への収容期間は2年を超えてはならない(刑法第67d条)。

7) *Yamanaka*, Einführung in das japanische Recht, 2018, 39 f.

8) これについては、*Th. Vormbaum* (Hrsg.), Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch über Verbrechen von 1921 („Progetto Ferri“), 2014.

9) *Jescheck*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, in: ders., (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Bd. 3, 1984, 1939 (2062).

20世紀初頭以来、二元主義はほとんどのヨーロッパ諸国の刑法に定着している。さらに、今日、非ヨーロッパ諸国、特にラテンアメリカでは、刑罰と並行して、多かれ少なかれ、責任から独立した予防措置がある¹⁰⁾。つまり、私たちは世界的に普及している概念を扱っているのである¹¹⁾。

2. 本講演の構成

しかし、本日の私の講演は、比較法的な棚卸しに関するものではない。また、一元主義の刑法制度と二元主義のそれとの理論的正当性や実的な長所と短所という根本的な問題を取り上げるわけでもない。私の目的は別にある。19世紀末のヨーロッパで、二元主義という世界的に成功した考え方が生まれた歴史的背景を明らかにしたいのである。この構想の出現と急速な普及は、当時の激しい刑事政策論争を背景にして初めて理解できる。現在とは異なり、刑法の改革は19世紀最後の3分の1の時期において、ヨーロッパ全土で中心的な社会政治問題のひとつであった。

その第一歩として、もう少し踏み込んで、議論の初期状況、すなわち1871年の帝国刑法典制定後の状況について簡単に触れておこう(Ⅱ)。そこで、私は、フランツ・v. リスト(1851-1919年)と彼が創設した「近代学派」による刑事政策改革の要求を思い出す。今年亡くなったミュンヘンの刑法学者クラウス・ロクシン(1931-2025年)の言葉を借りれば、リストは「ドイツで最も重要な刑事政策家」である¹²⁾。いわゆる「マルブルク綱領」によって、彼は「近代」刑法学派と「古典」刑法学派との間の「学派論争」を引き起こした(Ⅲ)。しかし、ヨーロッパにおける未来は、リストが提唱した「目的刑」ではなく、後述するように、スイスの刑法学者カール・シュトース(Carl Stooss)が考案した「二元主義」の構想に属することになった(Ⅳ)。

10) 1984年にフライブルクのマックス・プランク研究所から出版された3巻本は、広範な国別報告とともに比較概観を提供している。vgl. außerdem *Frisch*, ZStW 102 (1990), 343 ff. (349 f.) und *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 83 ff.

11) これに反して、危険な再犯者に関しては、多くの国が長期の自由刑または終身刑に頼っている。これについては、旧社会主義国の刑法についても言及している *Frisch*, ZStW 102 (1990), 343 ff. (350) を参照。

12) *Roxin* (Fn. 2), 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 12; ebenso *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 3 Rn. 12.

II. 当初の状況：「時代遅れ」の1871年帝国刑法典

1. 法の分裂の克服

19世紀に入るまで、ドイツは多くの独立領邦国家に分裂していた。国家法的には、ドイツ各領邦はプロイセンとオーストリアという大国が覇権を争う緩やかな連合体、ドイツ連邦に組織されていた。ほとんどすべての領邦が独自の刑法を持っていた¹³⁾。最もよく知られているのは、重要な刑法学者パウル・ヨハン・アンセルム・フォイエルバッハ（1775-1833年）によって起草された「1813年バイエルン王国刑法典」である。普墺戦争（1866年）でオーストリアに勝利すると、プロイセンが支配する北ドイツ連邦が成立した。普仏戦争（1871年）の後、南ドイツ諸国が北ドイツ連邦に加盟し、プロイセン国王は、新たに建国されたドイツ帝国の皇帝に即位した¹⁴⁾。

新国家の最も重要な法政策的目的は、それまでの法の分裂をできるだけ早く克服し、法の統一を確立することであった。民法の分野では、1900年に民法典が発効してようやくこれが達成された。これに対し、刑法はかなり早かった。帝国刑法典（RStGB）の立法手続きは「記録的な速さ」で行われた¹⁵⁾。わずか2年で、今日のドイツ刑法のベースとなっている帝国刑法典が成立した。

2. 帝国刑法典における制裁制度の「間隙」

1871年の帝国刑法典の内容をより詳細に分析することは興味深い。しかし、それは数日後に中村氏の招きで関西学院大学で行う講演のテーマとなる。今日は、今回のテーマに沿って、私はもっぱら法典の制裁制度に焦点を当てることにする。帝国刑法典には重大な抜け穴があった¹⁶⁾。この法律は、一般予防的な責任応報刑という

13) Koch, Deutsche Strafrechtsgeschichte seit dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 bis 1871, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, 2019, § 7 Rn. 9 ff. で概説。

14) 歴史的背景については Willoweit/Schlinker (Hrsg.), Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl. 2019, 276.

15) このように述べるのは Roth, Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 bis 1918, in: Vormbaum/Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch. Supplementband 1, 2004, 2.; 立法手続きについては Koch, Entstehung und Entwicklung des Strafgesetzbuchs von 1871, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn.13), § 8 Rn. 6 ff.

16) これについては Koch (Fn. 15), § 8 Rn. 24 ff.; ders., 150 Jahre Reichsstrafgesetzbuch von 1871/72, JuS 2021, 1121 ff. (1123).

考え方に基づいている。特別予防的要素はほとんどない。柔軟な制裁形態を持つ少年刑法でさえ、帝国刑法典にはなかった。軽微な犯罪の場合、執行猶予による刑の執行停止や手続きの中止の可能性もなかった。罰金は依然として例外で、短期の自由刑が通常の刑罰であった。その一方で、危険な再犯者から社会を守る制度はなかった。

3. 帝国刑法典——一時代の終わりを告げる法典

帝国刑法典は時代の始まりではなく、終わりのものであった¹⁷⁾。この法典が施行されてから数年後、ドイツ帝国は社会的、経済的に大きな変化の過程にあった。工業化、都市化、前例のない人口爆発は、犯罪の驚異的な増加につながった。帝国刑法典は、「社会問題」とその刑事政策の課題に対する答えを出すことができなかった。施行からわずか数年後には、帝国刑法典は時代遅れで、産業化以前の時代の遺物のように見えた。実際、この法律は1851年に制定されたプロイセン刑法典に基づいており、かつ、この刑法は1810年に制定されたフランス刑法典に倣ったものであった。したがって帝国刑法典は、フランツ v. リストの言葉を借りれば、産業化初期の時代に「誕生したその日に完全に時代遅れになった」のである¹⁸⁾。

Ⅲ. フランツ v. リストと「近代学派」による改革要求

1. フランツ v. リストとヨーロッパの刑法に関する言説

v. リストの改革思想に触れる前に、彼の学問的意義について簡単に概説しておく¹⁹⁾。ウィーン生まれの v. リストが、ギーセン、マールブルク、ハレの大学に勤務した後、1899年にベルリンに招聘されたとき、彼はおそらくヨーロッパで最もよく知られた刑法学者であった。1880年代、彼はその後数十年間の刑事政策論争を特徴づける数々の成果を上げた。ここには次のようなものが属する。すなわち、22版を重ねた代表

17) Roth (Fn.15), 2; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, 345.

18) v. Liszt, Kriminalpolitik, in: Laband et. al. (Hrsg.), Handbuch der Politik, Bd. 3, 2. Aufl. 1914, 95.

19) 基礎にしたのは Breneselović, Die wissenschaftskritischen Zuordnungen von Franz von Liszt, 2000; vgl. aus der zahlreichen Literatur nur Frisch, Franz v. Liszt, Werk und Wirkung, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz v. Liszts, 2016, 1 ff. und Koch, Der unbekannte Franz v. Liszt. Schlaglichter auf das Spätwerk anlässlich des 100. Todestages, ZStW 131 (2019), 451 ff.

的な『ドイツ刑法教科書』²⁰⁾、今日でも権威のある『全刑法雑誌』(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)の創刊(1881年)、内外の刑法学者の接点としての地位を確立した研究機関『クリミナリスティッシェン・ゼミナール(Kriminalistischen Seminar)』の設立などである²¹⁾。日本の著名な学者である東大の岡田朝太郎教授(1868-1936年)もリストのゲストであった²²⁾。ドイツ出身のリストの弟子としてよく知られているのは、アレクサンダー・グラーフ・ツー・ドーナ(1876-1944年)、エドゥアルド・コールラウシュ(1874-1948年)、グスタフ・ラートブルフ(1878-1949年)、エバーハルト・シュミット(1891-1977年)である。リストは、刑法以外の分野でも活躍した。例えば、当時の国際法の主要な教科書を執筆した²³⁾。また、政治家としても活躍した²⁴⁾。左派リベラル派の「進歩人民党」の一員として、1912年から1918年までドイツ帝国議会の議員を務めた。伝記的な側面については、後ほど詳しく説明させていただきたい。

リストの最も重要な学問的組織的功績は、ベルギー人のブリント(1845-1919年)、オランダ人のファン・ハーメル(1842-1917年)とともに1889年に設立された「国際刑事学者協会」(IKV)である²⁵⁾。第一次世界大戦前、IKVには27カ国から1148人以上の会員がいた²⁶⁾。ヨーロッパのさまざまな大都市で開催された大規模な学術会議(いわゆる「総会」)では、刑事政策の問題が議論された。メンバーには、ヨーロッパ中の著名な刑法の専門家が含まれていた。日本にも、勝本や牧野といったIKVのメンバーがいた。勝本(1866-1923年)はトリノでチェーザレ・ロンブローゾ(1835-1919年)とも、牧野(1878-1970年)はベルリン(1910-1913年)でリストとも、ロー

20) 初版は1881年に“Das deutsche Reichsstrafrecht”というタイトルで出版され、第21版／第22版はリストが亡くなる数ヶ月前に出版された。

21) これについてはKoch, „v. Liszt-Schule“ – Personen, Institutionen, Gegner, in: Koch/Löhnig (Fn. 19), 39 f., 42.

22) Vgl. die Auflistung bei v. Liszt, Das Kriminalistische Seminar, in: Lenz (Hrsg.), Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, Bd. 3, 1910, 29 ff. (33); auch Yamanaka (Fn. 7), 5.

23) 国際法関係の業績についてはF. Herrmann, Das Standardwerk. Franz von Liszt und das Völkerrecht, 2001.

24) 政治家としてのリストの業績についてはKoch, v. Liszt als Politiker, in: Bódiné Beliznai/Gosztönyi (Hrsg.), Jogtörténeti Parerga III. (FS für Barna Mezey), Budapest, 2023, 199 ff.

25) Koch, in: Koch/Löhnig (Fn. 19), 34 ff. Eingehend Breneselović/Koch (Hrsg.), Die europäische Bedeutung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (im Erscheinen)で概説。

26) 1913年のメンバーリストはMIKV 20 (1913), V ff.

マでフェリーとも研究を行った。

1900年ごろには、刑事政策についてヨーロッパ規模で集中的な議論が行われていたことに注目すべきである。それは、今日のわれわれとはかけ離れた状況である。IKV の刑事政策の目標²⁷⁾は、リストと「近代学派」の要求にほぼ一致していた。

2. v. リスト——改革のアジェンダと目的刑

v. リストにとって、刑罰は責任に対する応報ではなく、もっぱら法益の保護に役立つものであった。彼にとっては、法益を効果的に保護するために必要な刑罰が、正しい刑罰であり、正当な刑罰であった²⁸⁾。彼は伝統的な応報の概念を強く否定した。なぜか？リストによれば、いわゆる「常習犯」との戦いにおいて、応報は失敗しているものであり、改善されていない再犯者が刑期を終えた後、再び「猛獣のように」社会に放たれることになるからである²⁹⁾。軽微な犯罪の場合には、短期間の自由刑で罪を償う責任応報は逆効果である。というのも、受刑者は刑務所に入ったときよりも悪い状態で出てくる疑いがあるからである³⁰⁾。

リストの考えでは、刑罰という道具は、合理的な犯罪防止に役立てるべきものである³¹⁾。それゆえ、法益を効果的かつ効率的に保護するためには、常習的な犯罪者を無害化し、改善可能な犯罪者を矯正し、単なる機会犯罪者を威嚇することが必要であった。こうして刑罰という手段は、「改善不能な者は無害化し、改善可能な者は改善する」という彼の犯罪学的信条を実現する役割を果たしたのである³²⁾。

「改善可能な者」に対するリストの改革要求は「進歩的」で「リベラル」に見える。

27) IKV の規約は *v. Liszt, Eine internationale kriminalistische Vereinigung*, ZStW 9 (1889), 363 ff. に再録されている。とりわけ、機会犯罪者と常習犯罪者を区別することの根本的重要性 (2.2. 条)、短期自由刑を他の刑罰手段で代替すること (2.7. 条)、刑執行の効果に応じて刑期を評価すること (2.7. 条)、「改善不能な常習犯罪者」に対する精力的な闘い (2.9. 条) を強調している。後者は、「軽微な犯罪を頻繁に繰り返す場合にも、可能な限り長期間無害化する」べきであるという。

28) *v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1883), 1 (31)。この論稿は「マールブルク綱領」として知られている。これについては *Koch, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, 127 ff. (131 ff.)。

29) *v. Liszt*, ZStW 3 (1883), 38。

30) *v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben*, ZStW 9 (1889), 737 (743, 749)。

31) So *Frisch*, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 566。

32) *v. Liszt*, ZStW 3 (1889), 1 (42); *ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, 13。

たとえば、短期自由刑に反対し、刑の執行猶予や罰金刑に置き換えるための彼の努力や、少年犯罪者に対する教育措置の提唱、あるいは刑事責任年齢を12歳（RStGB第55条による）から14歳に引き上げるという主張などである³³⁾。

これに対して、リストの刑罰構想の「暗黒面」は、「常習犯」に対する執拗な戦いである。言葉遣いにさえいらいらさせられる。「常習犯」は彼にとっては「癌のような害悪」であり、「社会秩序の根本的な敵対者」に見える。「社会的に不適格な個人は、刑による人為的淘汰を必要とする³⁴⁾」という定式は、チャールズ・ダーウィンを彷彿とさせる。しかし、「改善不能者」として、最も過酷な強制労働によって生涯「無害化」されるのはどの集団なのだろうか？ 謀殺者、故殺者、強姦犯か？ 必ずしもそうではない。リストは、単純な財産犯または風俗犯で3回目の有罪判決を受ければ十分だとした³⁵⁾。彼の計算によれば、受刑者の半数以上が「改善不能者」のカテゴリーに属していた³⁶⁾。

3. 古典学派と「学派の争い」

「近代学派」が特別予防的な目的刑を求めたのに対し、カール・ビルマイヤー（1847-1920年）、フリードリッヒ・エトカー（1854-1937年）、カール・ビンディンク（1841-1920年）を中心とする「古典学派」は、責任応報刑の原則を堅持した。「近代学派」の自由主義的な刑事政策への要求は、留保や拒絶をもって迎えられた³⁷⁾。他方、「不適格な常習犯」に対して厳しい措置をとることについては、「近代学派」と基本的に意見が一致した³⁸⁾。しかし、刑法は、——たとえそれが再犯者に対する刑の加重な

33) この改善思想から、リストは、「相対的不定期刑」を支持して、定期刑を廃止するという、中心のかつ多くの批判を浴びた要求を導き出した。例えば、*v. Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben*, ZStW 9 (1889), 492 ff. を参照。そこでは、他の者が要求した「絶対的不定期刑」とは対照的に、裁判官は依然として、自由剥奪の最小期間と最大期間を決定しなければならぬとされた。この枠組みの中で、改善の効果を継続的に検討し、釈放の時期を決定することは、新設されるべき刑執行官に任されていた。

34) *v. Liszt*, ZStW 3 (1883), 34, 36, 37.

35) *v. Liszt*, ZStW 3 (1883), 39.

36) 最終的には、リストは、再犯を繰り返すことではなく、より漠然と、「しっかりと根を下ろした犯罪傾向であり、それは有罪判決を受けた最初の犯罪、とりわけ犯罪の商業的性質にすでに表れている」ことに焦点を当てた。

37) 包括的なものとして *Struck-Berghäuser, Franz von Liszt und seine Gegner*, 2000, 220 ff.

38) これについては *Coninx, Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe*, 2023, 63 ff.; *dies.*, ZStrR 2024, 415 ff. (429 ff.).

どであっても³⁹⁾——、もはや責任応報として理解され得ないあらゆる措置については管轄外であると宣言された。ビルクマイヤーは、次のように述べている⁴⁰⁾。

「公共に危険をもたらす人物から社会を守ることは、まったく適切かつ望ましいことである。ただ、それは本来の刑法の課題ではないと考える。」

つまり、その相違は本質的に刑罰の定義に関係していたのである。「古典学派」にとって、「刑罰」は決して社会の予防的な保護には役立つものではなかった。ペンディングによれば、それは「何か異質な、より高い、より高貴なもの⁴¹⁾」、すなわち、もっぱら責任応報であった。予防的措置は、「刑罰」とは用語的に厳密に区別されるのであり、その場所は警察法であった。その管轄は、刑事裁判官ではなく、行政・警察当局にあった⁴²⁾。フリッシュが正當にも定式化したように、「古典学派」は、刑罰を純粋なものに保つために、責任とは無関係な制裁を、当時は法治国家という点ではるかに保障の低かった警察法に割り当てようとしたのである⁴³⁾。

個人攻撃も特徴的だった刑法学派の論争は、世紀末には行き詰まったかに見えた。この2つの学派は和解できないほど対立していた。この対立を解決したのは、意外な人物、すなわちスイスの刑法学者カール・シュトースであった。

IV. カール・シュトースと二元主義の発見

1. カール・シュトース

カール・シュトース (1849-1934年) は今日、スイスで最も重要な刑法学者とみなされている⁴⁴⁾。彼はベルンで教鞭をとり、後にオーストリアのウィーンで教鞭をとつ

39) これについては *Binding*, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 7./8. Aufl. 1913, S. XVIII. 彼は、加重窃盗や重傷害などの重大犯罪を繰り返した場合、将来的には無期の自由刑または死刑に処すべきだと考えている。

40) *Birkmeyer*, *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung des Strafrechts* 1907, 52, 67; さらなる見解については *Frisch*, *ZStW*, 94 (1982), 569 参照。

41) *Binding* (Fn. 39), XVI.

42) *Binding* (Fn. 39), XVI; *Birkmeyer* (Fn. 40), 52.

43) *Frisch*, *ZStW* 94 (1982), 587.

44) 詳細は以下参照。 *Germann*, *Kampf dem Verbrechen. Kriminalpolitik in der Schweiz 1870-1950*, 2015; シュトースの生誕175周年を記念して、これをテーマとする *Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht* (4/2024).

た。v. リストと同様、彼は教科書の著者や雑誌の創刊者として登場した。1888年、現在も存在する『スイス刑法雑誌 (Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht)』を創刊した。後に彼は、オーストリア刑法の教科書を執筆している。そして1889年、シュトースはスイス刑法統一の準備を政府から依頼される。

極めて自信に満ち、ヨーロッパ中に登場して普遍化していたフランツ v. リストとは対照的に、シュトースは隠遁生活を送っていた。彼は気難しく、引っ込み思案な性格とみなされていた。同時に、シュトースは進歩的な刑事政策の立場にもあったことも見逃せない。例えば、彼は男性の同性愛行為の不処罰に賛成していた⁴⁵⁾。v. リストとは異なり、彼は死刑廃止にも賛成した。ちなみに、シュトースと v. リストの IKV 内での協力関係は、個人的な深刻な軋轢の末、短期間で終わった⁴⁶⁾。

2. 転機：二元主義の考案

シュトースは、刑法の二元主義の考案者として、また、それゆえに、学派の争いの克服者として⁴⁷⁾、法学史にその名を刻んでいる。シュトースは、大衆の法意識を援用し、責任応報としての刑罰構想を信ずると公言した⁴⁸⁾。v. リストの「目的刑」という考え方を、彼は単なる理論的構築物であり、単なる「刑事政策上の思索の結果」として厳しく拒否した⁴⁹⁾。シュトースの「先駆的」であり、同時に「驚くほど単純な解決策⁵⁰⁾」は次のようなものだった。すなわち、彼が作成したスイスの刑法草案は、「通常の犯罪者に対する⁵¹⁾」責任応報刑の原則を堅持していた。しかし、シュトースは、責任応報刑に加え、「第二の道」として、責任とは無関係の処分⁵²⁾を加

45) *Stooss, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, 2. Aufl. 1913, 20 f.

46) この点とその後については *Koch, Carl Stooss' Rezeption in Deutschland*, ZStrR 2024, 456.

47) シュトースの刑法における功績を、フォイエルバッハ、リスト、ラートブルフといった偉大な改革者と同列に扱う者もある。*Schäfer, Carl Stooss (1849-1934). Eine Geschichte der Strafrechtskodifikation in drei Staaten*, in: FS für W. Schubert, 2015, 75.

48) *Koch, ZStrR 2024, 459*; eingehend *Wohlers, Die Strafe als vergeltendes Übel*, ZStrR 2024, 393.

49) *Stooss, Zur Natur der sichernden Maßnahmen*, ZStrR 1920, 261 (262).

50) *So Jescheck/Weigend* (Fn. 10), 84.

51) *So Coninx* (Fn. 32 - Verbrechensbekämpfung), 54. Von einem „Ausnahme-Regel-Arrangement“ spricht *Germann* (Fn. 44), 135.

52) スイスの草案とシュトースは「処分 (Maßnahmen)」という用語を用いている。これは現在もスイスで使われている用語である。混乱を避けるため、以下では国際的に認知された(同義語の)「処分 (Maßregel)」という用語を使用する。

えることで、刑事裁判官の道具の幅を広げた。具体的には、例えば、改善不能者⁵³⁾、限定責任能力者、乞食、労働忌避者、少年に対する処分である。シュトースによれば、刑罰政策家は、処分によって、刑罰に加えて「火の中のもう一本の鉄」を持つのである。

シュトースは、責任刑と同じように、少なくとも当事者の自由を深く害する可能性のある処分について、理論的な正当性を示すことは一切しなかった。それは、いくつかの実務的で表面的な諸命題にとどまった。例えば、その処分は「生活の刑事政策的必要性から」生じたものであるという⁵⁴⁾。保安監置を科す場合、刑事裁判所の裁判官は、とにかく犯罪に対処するという合目的な理由から、行政当局の代わりに務めるのである⁵⁵⁾。

シュトースは、「常習犯」を無害化すべきだとする v. リストおよび IKV の要求に賛成した。しかし、シュトースは、収容される者に対する非人道的な扱いには反対した⁵⁶⁾。リストとは逆に、シュトースは当初、「市民的自由」と「法意識」を援用して、保安監置期間の上限 (20年) を設けたいと考えていた。「改善不能者」として監置されるための犯罪が、リストと比べて格段に重いものであることを考慮するならば (シュトースでは「重懲役刑の繰り返し」、リストの場合は、軽微な犯罪の繰り返しでもよい)、シュトースの当初の刑事政策の人道的優位性は議論の余地がない⁵⁷⁾。しかし、シュトースが老年になって考えを変え、「公共の危険のある犯罪者」に対しては、より軽い犯罪と、犯罪者の回復の成否に左右される不定期刑を支持し、したがって終身の拘禁もあり得ると主張したこともまた事実である⁵⁸⁾。

53) 1893年の予備草案では、シュトースは完全で厳格な二元的制度を提示しなかった。これは特に保安監置の場合に顕著で、彼は当初、これを連邦の特別機関に委ねようとしていた。後の草案で初めて、彼はこの任務を刑事裁判官に移譲した (1903年予備草案)。詳細については、以下参照。Schäfer, FS Schubert, 59 ff.; Germann (Fn.44), Kampf dem Verbrechen, 149 ff.; ders., Die späte Erfindung der Zweispurigkeit. Carl Stooss und die Entstehung der Zweispurigkeit von Strafen und Maßnahmen im schweizerischen Strafrecht, ZStrR 2009, 152 (161).

54) Stooss, ZStrR 1920, 262.

55) Stooss (Fn. 45 – Lehrbuch), 24, ders., ZStrR 1920, 263.

56) これについては Koch, ZStrR 2024, 460.

57) Koch, ZStrR 2024, 459 ff. で、さらに指摘している。

58) 詳細は Koch, ZStrR 2024, 459 ff.

3. 例:「ディポルト事件」と「限定責任能力者」の扱い

これまでのところ、シュトースの立場も、「古典学派」と「近代学派」の立場も、抽象的な教義として説明されてきた。ここでは、1903年のセンセーショナルな裁判を用いて、それぞれのアプローチを説明する。「ディポルト事件」はドイツ帝国で世間の注目を集め、同時に当時の刑事政策論争の論調を示す好例となった⁵⁹⁾。どんな事件だったのか？アンドレアス・ディポルトという名の家庭教師が、裕福な家庭から預かった2人の生徒を、14歳の少年が亡くなるまでサディスティックに拷問・虐待した。ディポルトに8年の重懲役を言い渡したバイロイト地方裁判所の判決は、怒りに火をつけた。同時に、著名な刑法学者も声明を発表した。

その精神状態から、ディポルトは限定責任能力であるとみなされた。当時の厳しい言葉で言えば、「限定責任能力者」あるいは「精神障害者」の扱いは、法学者の間で激しく議論された。帝国刑法典には関連する規定はなかった。しかし、限定責任能力者はどのように扱われるべきなのだろうか。一方では、責任応報の原則から、責任能力の減退した犯罪者には低い刑罰が要求されたが、他方では、ディポルトのような「限定責任能力者」は特に危険であると思われた。「古典学派」の代表として、フライブルクの刑法教授 v. ローランドが「ディポルト事件」について発言した。責任応報の原理に基づき、彼は、飢餓、暗黒拘禁、体罰など、特に重い罪に対してより厳しい刑を科すことを可能にする法改正を提案した。これに対して、リストにとっては、ディポルトに対する判決は、責任応報の理論の失敗を改めて示すものであった。それは、刑期終了後、受刑者を「猛獣のように再び社会に放つ」ことを要求したからである。この判決に関する声明の中で、リストは、「危険な限定責任能力者を無害にする」ことによって社会を保護する目的刑の構想を強く主張した。

シュトースもまた、この事件についてコメントした。彼もまた、公衆にとって危険な人々から社会を守ることには賛成だが、目的刑という構想には賛成しない、と主張した。付言すれば、彼は法的な議論の中で唯一、この精神病の犯罪者に同情を示した。

余談はさておき、スイスの予備草案がドイツで受け入れられたことに話を戻そう。

4. スイス予備草案(1893年)のドイツでの受容

ドイツにおけるシュトースの草案に対する評価は分かれた。「古典学派」の v. ビ

59) これについては *Koch*, ZStrR 2024, 461; モノグラフィーとして *Hagner*, Der Hauslehrer. Geschichte eines Kriminalfalls, 2012.

ルクマイヤーは、シュトースは責任刑を堅持していたため、近代学派よりも「古典学派」に近いと主張した。彼はまた、草案の失敗を予言した。リストの判断ははるかに好意的であった。リストは、「犯罪と効果的に闘うための効果的な手段」が利用できるようになったという理由で、処分という道具を賞賛した。彼の言葉を借りれば、「現在の刑法の古くからの軟弱さに比べれば、これは力強い男らしさである」⁶⁰⁾。つまり、たとえ草案が「途中で行き詰まった」としても、その方向性は正しかったのだというのである。リストは抜け目なく、「画期的な規定」と「重大な革新」を処分の中に認めた。同時に、シュトースの考えに基づいて、学派の争いの実際的な解決に向けて妥協する意思をほのめかした。

V. 結果と展望：未来の構想としての二元主義

リストが予言したように、未来は1893年のスイス予備草案で示され、その後の数年間で普及した二元主義に属することになった。1900年に帝国刑法典全体の改正の取り組みが始まったとき、古典学派のヴィルヘルム・カールとリストは、共同立法作業のために「学派の争い」を後回しにすると宣言した。つまり、v. リストと彼の学派は、目的刑の正しさを確信していたにもかかわらず、目的刑の貫徹を控えたのである⁶¹⁾。その見返りとして、「古典学派」たちは、それ以降、刑法の手段の中に責任に依存しない制裁も含まれるようになることを受け入れなければならなかった。その代わりに、彼らにとって非常に重要であった「刑罰の純粋性」は維持された。

その後の数十年間、ドイツ刑法改正の諸草案は、その形態に違いはあるにせよ⁶²⁾、刑罰と改善保安処分の二元主義というシュトースの基本的な考え方に当然のように

60) v. Liszt, Der Entwurf eines eidgenössischen Strafgesetzbuchs, Die Zukunft 1893, Bd. 5, 18.

61) v. リストは、政治制度や刑事制度はあらかじめ決められた上向きの進化過程をたどるという考えを確信していた。したがって、歴史の流れの中で、刑罰は無自覚的で本能的な反応から、次第に目的を持って適用されるように変化していくことは避けられないと考えたのである。彼は、妥協案として二元主義を受け入れることがより容易であることに気づいた。なぜなら、彼はとにかく未来は自分の手の中にあると固く確信していたからである。彼にとって、目的刑の確立は時間の問題にすぎなかったのだ。リストの進化思想については、Koch, ZStW 131 (2019), 451 ff. (475 f.); Pawlik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz v. Liszts, 2016, 57 ff. も参照のこと。

62) その概観は Frisch, ZStW 94 (1982), 572 f.

基づいていた⁶³⁾。最終的に、ナチスが権力を掌握した後の1933年11月24日の「危険な常習犯罪者に対する法律および保安と改善の処分に関する法律」によって、ドイツに二元主義が導入された。この法律のタイトルが、特別予防的な「改善」の前に「保安」に言及していることは注目に値する。しかし、細部に至るまでワイマール時代の草案と類似していることにより、特にナチス的な法律と言うことはできない。しかし、この法律には、特定の性犯罪者に対する措置として強制去勢(RStGB 43k 条)を盛り込むなど、重要な加重措置が含まれている。

二元主義の起源を振り返ると、次のような結論に達する。すなわち、今日、世界的に知られているこの原理の起源は、刑罰理論の精緻な考察にあるのではない。それどころか、シュトースは自らを「立法家」とみなしており⁶⁴⁾、理論的な思索や「学派の知恵⁶⁵⁾」を拒否していた。彼は、刑法の管轄を純粹に実用的に拡張することに関心を寄せていた。シュトースの“発見”は、間接的に“学派の争い”の妥協による解決につながった。この妥協によって、いずれの学派も生き残ることができたのである。これは、リスト門下のフランツ・エクスナー(1881-1947年)の言葉を借りれば、「万人の勝利⁶⁶⁾」である。

63) 包括的な改革努力にもかかわらず、ドイツ刑法全体の改正は失敗に終わった。これについては *Koch*, Strafrechtsreform in der Weimarer Republik, in: *Koch/Löhnig* (Hrsg.), Strafgesetzbücher der Zwischenkriegszeit, 2024, 35 ff.; 一貫性という問題については、*Th. Vormbaum*, Moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, 190を参照。

64) *Stooss*, Geist der modernen Strafgesetzgebung, ZStrR 1896, 296.

65) 「学派の知恵に対する蔑視」については *Stooss*, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs. Allgemeiner Teil, 1893, 7.

66) *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel. 1914, 238.

