

**[翻訳] ミハヤエル・パヴリック 『市民の不法』
(3)**

著者	飯島 暢, 川口 浩一, 中村 悠人, 安達 光治
雑誌名	関西大学法学論集
巻	63
号	5
ページ	1531-1581
発行年	2014-01-31
その他のタイトル	[Translation] Michael Pawlik, Das Unrecht des Burgers(3)
URL	http://hdl.handle.net/10112/8352

〔翻 訳〕

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(3)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

飯島 暢・中村悠人・安達光治 (訳)

目 次

監訳者まえがき	
文 献	(以上, 63巻 2号)
導 入	
第1章 犯罪の概念	
A. 刑法学と実践哲学	
I. 刑罰強制の不快さ	
II. 実践哲学と法の実定性	
III. 実践哲学に替わる法政策?	(以上, 63巻 4号)
IV. 出発点としての刑罰論 (飯島暢)	
B. 予防の道具としての刑罰?	
I. 予防思想の魅力	
II. 消極的一般予防	
III. 特別予防	
IV. 積極的一般予防 (中村悠人)	
C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰	
I. 予防思想の危険と応報理論のルネサンス	
II. 協働義務の正当化根拠: 自由であるという状態の維持 (安達光治) (以上, 本号)	
第2章 市民の管轄	
A. 管轄の体系	
B. 被害者の優先的管轄	
第3章 刑法的協働義務違反	
A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法	
B. 帰属可能性の限界	
C. 義務違反の範囲	

第1章 犯罪の概念

A. 刑法学と実践哲学（承前）

IV. 出発点としての刑罰論

1. 犯罪概念の優位性？

刑罰の実質的な定義の全ては、それ自体で犯罪の概念との関連性を指し示している。「刑罰は、犯罪の応報、あるいはその予防のための措置として定義されるのかもしれない。犯罪概念との関係を欠く形では、いずれにせよそれは定義されないのである。」²⁰⁶⁾更に言えば、犯罪概念と刑罰の基礎づけは、作用と反作用、発言とそれへの応答のように互いに合致したものでなければならない²⁰⁷⁾。「犯罪であるものは、刑罰を意味するものに依存する。そして、逆に刑罰は、犯罪の本質を通じて規定される。」²⁰⁸⁾ 価値論的に不適合な反作用は、意味がなく、無意味な害悪の賦課は許容されないのである。このような相当性の原理が、実定法という素材の刑法解釈学的な解釈の産物ではなく、解釈が自らの体系性への要求に対して適切なものになろうとする場合に、根底に置かれなければならないメタ解釈学的な前提の領域に属することは、あまり強調する必要性はないであろう。刑罰の基礎づけと犯罪概念の関係を明らかにすることは、一般的な犯罪論に課せられている。但し、更に解明を要する問題として、どのような出発点から一般的な犯罪論は当該の課題に着手すべきなのかということが残されている。ガラスは、「犯罪とは、刑罰が必要とするものであろうし、犯罪によって要請されるものが、刑罰である。」²⁰⁹⁾と主張するが、彼に従う限り、ここでは絶望的な循環に陥る恐れがある。

では、どこを出発点にすべきなのであろうか？ 前世期の最初の30年間において、この問題について実り豊かな、今日では広範囲に渡り忘却されてしまった論争が行われて

206) *Gallas*, Gründe, S. 2.

207) *MK-Freund*, Vor §§ 13 ff. Rn. 2; *SK-H.-L. Günther*, Vor § 32 Rn. 2; *Schmidhäuser*, AT, 2/6; *Gärditz*, Staat 49 (2010), 348; *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 6, 45; *Jakobs*, System, S. 13; *ders.*, Zurechnung, S. 59; *ders.*, ZStW 101 (1989), 519; *Müssig*, GA 1999, 122; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 272 f.; *Naucke*, Wechselwirkung, S. 175, 196; *Perron*, Rechtfertigung, S. 23, 26; *Voßgätter*, Handlungslehren, S. 168.

208) *Dahm*, Recht, S. 418.

209) *Gallas*, Gründe, S. 2. —同様の見解として, *H.-L. Günther*, Rechtfertigung, S. 373.

いた。著名な幾人かの論者達は、犯罪の独自の規定可能性を否定し、それは不法の下位分類 (Untersart) 以上の何ものでもないとしていたのである²¹⁰⁾。それ故に、犯罪のより詳細な規定は、刑罰目的論の助力の下でのみなされ得るとされたのである²¹¹⁾。エーバーハルト・シュミットの言葉によれば、「刑法体系の統一性と閉鎖性」は、「刑罰の諸前提として提示される法解釈学的な諸概念が、刑罰の意味と目的、そしてそれに対応する形で刑罰の形態に関して考慮される本質的な諸観点を指し示す」²¹²⁾ 点にある。ザウアーに従えば、このような考察方法は「完全に事物の本性に」対応しており、「直截に、刑法体系をその独自の理念から構想するという目標に向かうものである」²¹³⁾。これに対して、少なくない数の重要な論者達が反対の立場を表明していた。彼らは、刑罰概念に対する犯罪概念の優位性を擁護していたのである²¹⁴⁾。リープマンは、方向性を示す形で、「刑罰は犯罪に対する反作用であり、それ故に、概念と内容からして、犯罪の特性に結びつかなければならないであろう。」²¹⁵⁾ と定式化している。そして、次のような補充を行ったのが、ミッターマイアーである。「我々が犯罪と呼ぶものは不動であり、変化するのは、それに対する我々の立場である。我々の認識が改善されるのである。」²¹⁶⁾ 犯罪に関する見解の変化によって責任概念も変容させられ、そこから新たな刑罰概念への刑事政策的な諸要請が生じることになるが、「その反対はない」²¹⁷⁾ とされたのである。

しかし、犯罪概念の固有性 (*Proprium*) はどこにあるのであろうか？ このような問いについては、最後に挙げた見解の論者達の主張からは、驚くべきことに殆ど何も得るものはない。実質のある基礎づけを見いだすためには、19世紀初頭まで——より精確に言えば、ガラスの判断によれば²¹⁸⁾、刑法を犯罪のカテゴリーから把握すること

210) *Kohlrausch*, Art. „Strafrecht“, S. 756.

211) *Baumgarten*, Aufbau, S. 2 ff.; *ders.*, SchwZStr 34 (1921), 59; *F. Kaufmann*, Grundprobleme, S. 59 ff.; *Kohlrausch*, Schuld, S. 183 f.; *ders.*, Art. „Strafrecht“, S. 756 f.; *Kantorowicz*, Tat, S. 9; *Radbruch*, Rechtsphilosophie II, S. 190; *Eb. Schmidt*, SchwZStrR 45 (1931), 204 ff.; *Tesar*, Überwindung, S. 100.

212) *Eb. Schmidt*, SchwZStr 45 (1931), 225.

213) *Sauer*, Grundlagen, S. 203.

214) *Liepmann*, Einleitung, S. 3, 189; *W. Mittermaier*, ZStW 44 (1924), 3 f.; *R. Schmidt*, Rückkehr, S. 12; *Erik Wolf*, Schuldlehre, S. 32; *Zimmerl*, Aufbau, S. 5.

215) *Liepmann*, Einleitung, S. 189.

216) *W. Mittermaier*, ZStW 44 (1924), 4.

217) *Erik Wolf*, Schuldlehre, S. 32.

218) *Gallas*, Gründe, S. 2.

に関する最も重要で首尾一貫した試みであるヘーゲルの不法論にまで遡らなければならない。ヘーゲルは、彼の『法哲学要綱』において、まず犯罪の概念を論じ²¹⁹⁾、その後、刑罰を概念上必然的な犯罪の止揚として犯罪に関係づけている²²⁰⁾。このような構成の根底に置かれた諸前提は、ヘーゲルの哲学的な方法論の中核へと至るものである。

ヘーゲルは、『大論理学』の導入部において、ここでの方法について次のように記している。当該の方法は、「その対象及び内容から何も区別されないものである [……]——何故なら、それはそれ自体において内容であり、内容が自ら自身について有する弁証法として、内容を前進させるものだからである。このような方法の行程を行かず、その単純な律動に従わないような如何なる叙述も学問的に妥当し得ないことは明白である。何故なら、それは事物それ自体の行程だからである。」²²¹⁾ 従って、『大論理学』での方法が『法哲学要綱』で前提とされていることは、ヘーゲルにとって自明の事柄であった²²²⁾。概念の展開において、弁証法的方法の適用から生じる諸規定は、まずそれ自体で概念とされている。しかし、他方で、概念は本質的に理念であるとされるので——ヘーゲルが理念の下で理解するのは「現実化された概念」²²³⁾ である——上記の諸規定は、「定在の形態」をとることになり、「生じる一連の諸概念は、それにより同時に一連の形態化 (*Gestaltung*) である」²²⁴⁾ とされる。要するに、法哲学では、論理学での諸カテゴリーが制度的な装いの下で回帰してくるのであり、それにより自己にある現実性に関わる強固さ (*Wirklichkeitsmächtigkeit*) を明らかにするのである。

以上に対応する形で、ヘーゲルの不法論において中心となる基礎づけのスタイルは、論理学に由来するものとなる。ここで重視されるのは、仮象のカテゴリーである。『大論理学』において、ヘーゲルは、仮象を「本質を欠いた存在」²²⁵⁾ であると定義し、それ故に「それ自身において無効なもの」²²⁶⁾ であるとしている。不法は、「即自的に法及

219) *Hegel*, Grundlinien, §§ 95 ff., Werke Bd. 7, S. 181 ff.

220) *Hegel*, Grundlinien, §§ 99 ff., Werke Bd. 7, S. 187 ff.

221) *Hegel*, Logik I, Werke Bd. 5, S. 50.

222) *Hegel*, Grundlinien, § 31, Werke Bd. 7, S. 84.

223) *Hegel*, Enzyklopädie I, § 242, Werke Bd. 8, S. 392. この点についての詳細は, Pawlik, Staat 41 (2002), 186 ff.

224) *Hegel*, Grundlinien, § 32, Werke Bd. 7, S. 85.

225) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 17.

226) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 21.

び特殊意志との対置²²⁷⁾の中に存在する限りで、上のような意味での仮象的なものとなる。従って、真実のところは、不法は無効であるとされる²²⁸⁾。様々な不法の形態についても、ヘーゲルはそれらを論理学の諸カテゴリーに基づいて規定している。最も重大な不法の形態である犯罪は、それによると否定的無限判断に対応する²²⁹⁾。更に言えば、その際には「判断の形態は廃棄」されてしまい、それ故に「不合理な判断²³⁰⁾」でしかない。ヘーゲルによれば、否定的無限判断の具体例は、「主辞 (Subjekt) と賓辞 (Prädikat) に関する諸規定が、その片方が他方の被規定性を含まないだけでなく、その一般的な領域をも含まない形で消極的に結びつけられることにより、容易に得られ得る。つまり、例えば、精神は、赤色、黄色その他の色ではないとか、酸っぱくない、カリ性 (kalisch) ではないといった判断や、バラは象ではない。悟性は机やその他のそのような類のものではないといった判断である²³¹⁾。消極的無限判断の「より適切な例」は、いずれにせよ「悪の行為²³²⁾」であるとされている。市民的な法的紛争では、何らかのものが、専ら他の当事者の財産としてのみ否定されるが、その際には、当該の者がその点について権利を有していたのであれば、その者のものとされるべきであったということが認められているのである。つまり、一般的な領域である法は、承認されて維持されている。しかし、犯罪は、「単に特殊な法 [権利] だけではなく、同時に一般的な領域を否定する、つまり、法を法として否定する無限判断である²³³⁾」とされている。犯罪者は、「私の自由の定在を外的な事物において²³⁴⁾」攻撃することにより、同時に「私のものという賓辞における一般的なもの、無限のもの」、つまり、抽象法を構成する、法・権利性 (Rechtlichkeit) に関わる基本的なカテゴリーそのもの²³⁵⁾である「権利能力²³⁶⁾」を否定するとされている。

ヘーゲルの理解における弁証法は、「そのような有限の諸規定の独自の止揚

227) *Hegel*, Grundlinien, § 82, Werke Bd. 7, S. 172.

228) *Hegel*, Grundlinien, § 82, Werke Bd. 7, S. 172.

229) *Hegel*, Grundlinien, § 95, Werke Bd. 7, S. 181.

230) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 324.

231) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 324.

232) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 324 f.

233) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 325.

234) *Hegel*, Grundlinien, § 94, Werke Bd. 7, S. 180.

235) *Ramb*, Strafbegründung, S. 30 が適切にこの点を捉えている。

236) *Hegel*, Grundlinien, § 95, Werke Bd. 7, S. 182.

(Sichaufheben)」を明らかにすること以外の何ものも意味しない²³⁷⁾。この点は、法についても妥当する。「我々が本質と呼んだものは、即自的な法〔権利〕であり、これに対峙する形で特殊な意志は真実ではないものとして止揚される。」²³⁸⁾のである。「法は、即自的なものとしてそれ以前は単に直接的な存在しか有しなかったのに対し、否定を通じたその否定から特殊な意志が回帰する(ときには)、法は、現実的なもの、妥当するものとなる。」²³⁹⁾消極的なものの否定を通じて、法の力はいわば定着させられ、それにより、より大きな安定性が達成されるのである²⁴⁰⁾。但し、全ての否定が特定の否定、つまり、「解消される特定の事物の否定」²⁴¹⁾であるのと同様に、否定の否定も特定される必要がある。すなわち、否定は特定の事物にその矛盾する反対概念を対置させなければならない。従って、犯罪において、法が法として否定される場合には、ヘーゲルによれば、その無効性は、法が犯罪者の意志に対して向けられる強制を通じて「自己の有効性を示し、自らを必然的な媒介された定在として維持する」²⁴²⁾という形で表明される必要がある。このような強制をヘーゲルは刑罰と呼んでいる。それ故に、彼は「刑罰では、犯罪の中に既にあるもの以外の何ものも生じることはない」²⁴³⁾と主張できるのである。法律家にとってよりなじみのある、刑罰論のカテゴリーの体系に則する形で翻訳すれば、これは次のことを意味している。犯罪は止揚を必要とするが故に、刑罰は必要となるのである。あるいは、より簡潔に捉えれば、犯罪が行われたが故に、刑罰を科すことが許されるのである。刑罰は、その論理的な構造によれば応報なのである。

国家的刑罰権限の法的根拠に関する問いは、通常、実践哲学、より精確には政治哲学に割り当てられる問題であるが、そのような問いは、以上からヘーゲルでは、回答を既にいわば前政治的なシステムの次元、つまり、論理学の領域に見いだされるのである。ヘーゲルの弁証法的方法論を基礎に置く限りでは、この種の論拠の進め方は、全くもって説得的なものである。しかし、このような思考方法の説得力がなくなっているとしたら、それはどうしてなのであろうか？ 一般的な哲学の領域でも、このことは、周

237) *Hegel*, Enzyklopädie I, Werke Bd. 8, S. 172.

238) *Hegel*, Vorlesungen, Bd. 3 (Nachschrift Hotho), S. 283.

239) *Hegel*, Vorlesungen, Bd. 3 (Nachschrift Hotho), S. 283.

240) 詳細については、*Hösle*, System, Bd. I, S. 208 f.

241) *Hegel*, Logik II, Werke Bd. 6, S. 49.

242) *Hegel*, Grundlinien, § 97 Z, Werke Bd. 7, S. 186.

243) *Hegel*, Vorlesungen, Bd. 3 (Nachschrift Hotho), S. 282.

知のように既にヘーゲルが（1813年に）死去した後にすぐに生じていた²⁴⁴）。苦渋に満ちた言外の響きを伴う形で、1857年に、——批判的ではあったが——ヘーゲル主義者であるルドルフ・ハイム（Rudolf Haym）は、個々の業務の全ての点が振るわないため、ヘーゲルの巨大な家は没落していると断言していた。「精神及び精神への信仰の巨大でほぼ全般的な難破が発生した」²⁴⁵）とするのである。また法律学者達の間でも、ヘーゲルの論理学は、遅くとも19世紀の最後の約30年の間にほぼ一致した拒絶を受けるようになっていた。ヘーゲル生誕100周年の席での祝辞で、テュービンゲン大学の学長であったグスタフ・リュームリン（Gustav Rümelin）は、あからさまな表現をためらうことなく次のように述べた。弁証法的な方法論は、「ヘーゲルの著書及び理論を研究する際のもっとも不愉快で気まずい思いをさせられる側面」²⁴⁶）である。それは、「学派の古い系統に属する小さな集団以外」では、何人ももはや真摯に受け取らない「過ち（Verirrung）」でしかない²⁴⁷）。それは「身体全体をその最も内側の汗孔に至るまで突き抜け、浸透し、身体全ての部分を病的な要素と混ぜ合わせてしまう有害な物質あるいはらい菌」²⁴⁸）と同じものである。刑法学でも同様であり、弁証法的方法については、もはや誰も知ろうとはしなかった。一連のヘーゲル主義者達に連なる最後の者であるフーゴー・ヘルシュナー（Hugo Hälschner）ですら、1881年の彼の著書『ドイツ刑法』では、ヘーゲルの刑罰論における論理的な内容を疑わしい「弁証法的な技法」²⁴⁹）でしかないとしていたのである。リヒャルト・シュミットは、彼によって要請された「ヘーゲルへの回帰」からその形而上学を「全く無遠慮な教条主義」であるとして明確に取り除こうとしていた²⁵⁰）。そして、新たな時代の中心的な喧伝者であるリストは、そのような形而上学については、どのみち単なる嘲りの態度を示すだけでしかなかった²⁵¹）。

244) 上述の S. 4 f.

245) *Haym*, *Hegel*, S. 5.

246) *Rümelin*, *Reden*, S. 47.

247) *Rümelin*, *Reden*, S. 50.

248) *Rümelin*, *Reden*, S. 54.

249) *Hälschner*, *Deutsches Strafrecht*, S. 7. ——ヘーゲルからの影響を受けている今日の刑法学者達の間でも同様の評価が支配的である。例えば、*Seelmann* (FS *Jakobs*, S. 637) は、論理学から倫理へのヘーゲルの推論を単に「知性主義的な誤謬推論」として扱ってしまっている。

250) *R. Schmidt*, *Rückkehr*, S. 10.

251) *Liszt*, *Aufsätze*, Bd. II, S. 297 を参照。——*Janka* (*Grundlagen*, S. 46) の次のような見解も当時の時代精神を代表するものである。ヤンカによれば、ヘーゲルは、

このような展開は嘆かわしいものであるかもしれないが、無視し得ないものである。思考のスタイルの形態は、無力にもなり得るのである²⁵²⁾。従って、あたかも何も起こっていなかったかのように、ヘーゲルの犯罪論及び刑罰論に依拠することは、本書における論拠の進め方が形而上学への莫大な投資を必要とする点からして既に問題となる。

場合によっては、より重要であるのが二つめの観点である。既に述べたように、ヘーゲルは刑罰概念に犯罪の概念を前置したが、このような立場は、刑罰論的には決して中立的なものではない。ヘーゲルがこのような構成のために必要とした論理が、まさに同時に、刑罰を犯罪の廃棄として、つまり、犯罪的な所為の応報として解釈することへとヘーゲルを固定したのである。ヘーゲルの形而上学的な前提を受け入れないことから、犯罪を一般的な論理のカテゴリーの客観化として解釈することを拒絶するにもかかわらず、犯罪概念のヘーゲル的な優位性を維持しようとする者の立場は、当然により困難なものとなる。この者は、刑罰の意義と目的に関して少なくとも直観的に前もって得られた理解に依拠することをしないまま、どのようにしてある一定の行動が犯罪的、つまり当罰的である点を基礎づけようとするのか？ そして、犯罪的な不法を他の不法の形態、例えば民事上の不法から限界づけようとするのであろうか？ 例えば、(通常このように表現される) 刑法上の責任 (Schuld) は民事法の責任 (Verschulden) よりも要求の程度の高い諸前提を含んでいるが、これは、一方にある刑罰ともう一方の損害賠償の間で目的が異なる点を念頭に置くことによってのみ把握される事柄である。しかし、そうであるとする、刑罰の正当化に関する議論からは影響を受けない犯罪概念を構想することは可能であるとするリープマン及び彼と心情を同じくする者達の想定は、その基礎を失うことになり、基礎づけを理論的に行う際には、刑罰の正当化問題が優位に立つ点を明確な形で考慮すべきとする帰結が、自ずと胸に湧いてくる。従って、どのような目的を刑罰によって追求することが許されるのかという問いは、一般的な犯罪論の出発点に属する。犯罪概念は、このような目的の規定によって方向づけられるべきなのである。

∨ 「彼によって周知のものとなった表現を用いるために、基礎において真実ではなく、恣意的で取るにたらない独特の方法で [……]、刑罰を弁証法的に法的な諸概念から展開すること」を企てており、しかし、その際には、「単なる否定、犯罪が理論的に無効であるとの宣言」に至るだけであり、「そして、刑罰は犯罪へと内的な結合が全くないまま (ここでは概念の弁証法は停止している)、純粹に外的に、基礎づけを全く欠く形で付け加えられているのである。何故なら、掴みどころのないヘーゲルの要求が刑罰を欲しているだけだからである」。

252) この点に関する最近のものとして、*Henrich, Philosophie*, S. 130.

刑法学は、20世紀の60年代以降から次第にこのような見解を支持するようになったが²⁵³⁾、これにより、規範的に納得できる一般的な犯罪論に至る道筋への最初の、そしてもっとも重要な方向転換が正当な形でなされたのである。

2. 刑罰の基礎づけの基本的な諸モデル

既にフォイエルバッハは、刑罰強制の不快さを刑法学上の理論構成の出発点として把握していた²⁵⁴⁾。それ故に、彼の『レヴィジオン』の冒頭で、「処罰すること、なされた違法な行為のために害悪を賦課すること」²⁵⁵⁾は如何にして国家に可能であるのか、という問いがなされたのである。「市民的な刑罰の概念」は、「全ての刑法が出発し、全てが回帰する基本概念」²⁵⁶⁾であるとされ、当該の概念から刑罰的な帰責論の全体が展開されなければならないとされたのである²⁵⁷⁾。但し、刑罰の概念の解明は、フォイエルバッハによれば、「この概念は法的な現実性を有しているのか？ そのような害悪を賦課する権利は存在するのか？」という「全く異なる問い」から区別されるべきである²⁵⁸⁾。刑罰の概念が一つの問題なのであり、その正当化の諸前提は異なる問題である²⁵⁹⁾。正当な刑罰があるように、不当な刑罰も存在する。しかし、不当な刑罰というものは、正当化のための条件の欠如によって、当該の社会的な実践に対して刑罰という名称が拒絶されることにはすぐには至らない場合にのみ想定可能な事柄となる²⁶⁰⁾。

どのようにして、刑罰の概念は規定されるべきなのであろうか？ この問いを追求する者は、真空の空間で作業を行うわけではない。刑罰は、理論によって発見されるものではない²⁶¹⁾。フォイエルバッハの主張によれば、「概念が記述される場である学問よりもずっと以前に、その基になる言葉及び実体は存在していた。」²⁶²⁾のである。従って、

253) 上述の S. 17 Fn. 116 で挙げた諸文献。

254) このような方法論の革新的な性格を *Greco, Lebendiges*, S. 59 及び *Maiwald, FS Sellert*, S. 428, 431 が強調している。

255) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. 24.

256) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. XIX.

257) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. XX.

258) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. 4.

259) *Hoerster, Strafe*, S. 13; *Neumann, Alternativen*, S. 99; *ders.*, FS *Jakobs*, S. 437 f.; *ders.*, *Anfragen*, S. 160 f.; *Papageorgiou, Schaden*, S. 19.

260) *Greco, Lebendiges*, S. 276 ff.

261) 最近では *Mushoff (Strafe, S. 101)* もこの点を指摘している。

262) *Feuerbach, Revision*, Bd. I, S. 3.

刑罰の概念を捕捉するためには、引き続きフォイエルバッハの主張によれば、「我々の最初にして唯一の指導者の [……] 語法及びその分析が、当該の探求の基礎的な作業となる」²⁶³⁾。但し、これは日常的な語法にある程度の分析的な細分化を施すことを意味し、過度な要求となる可能性もある²⁶⁴⁾。従って、グレコは、その代わりに「方法論的な悲観主義の原理」の適用を提案している。この原理によると、現実について可能な複数の記述の内、当該の現実の断片が有する、疑わしいものとして現れてくる特徴を際立たせる記述が選ばれるべきとなる²⁶⁵⁾。刑罰の場合で言えば、(感性的及びコミュニケーション的な) 害悪としてのその性格がこれにあたる²⁶⁶⁾。但し、結論的にはグレコの主張は、広範囲に渡りフォイエルバッハの見解と一致している。フォイエルバッハが——グロチウスの古典的な定義と全く合致する形で²⁶⁷⁾ ——通常語法に関する彼の分析を「刑罰全般は、なされた法律違反の行為について [……] 主体に賦課される害悪を意味する」²⁶⁸⁾ とまとめている点を気づくことは容易な事柄であろう。我々が刑罰と呼ぶ社会的な現象は、処罰される者による法的に是認されない先行する所為に結びついており、それが刑罰の「現実の根拠 (Realgrund)」²⁶⁹⁾ として過去に存在することは、今日においても一般的に承認されている²⁷⁰⁾。しかし、刑罰の「法的な根拠 (Rechtsgrund)」²⁷¹⁾ は

263) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 3. — 1世紀後の同様の見解として, *Baumgarten*, Aufbau, S. 12.

264) *Greco*, Lebendiges, S. 279.

265) *Greco*, Lebendiges, S. 287 ff.

266) *Greco*, Lebendiges, S. 297.

267) *Grotius*, Recht, 20. Kap./I (S. 325).

268) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 5. — 実質的には合致しているが、より精確には, *Pufendorf* (Pflicht II/13 § 4 [S. 190]) の概念規定は次のようなものである。刑罰とは、「国家権力の表れとして、それ以前になされた違反行為を理由に何人かに対して強制を伴う形で科せられる重大な害悪である」。

269) 本書では、当該の概念は, *Spendel*, FS Rittler, S. 40 に依拠する形で用いられている。

270) 最近の文献でこの点を認めるのは, *Hoerster*, Strafe, S. 11, 14; *Mushoff*, Strafe, S. 102; *Androulakis*, FS Hassemer, S. 278; *Duttge*, Strafen, S. 10 f.; *ders.*, Brücke, S. 56; *Hörnle*, Straftheorien, S. 6; *dies.*, 2. FS Roxin, S. 18; *Kühl*, FS Maiwald, S. 437 f.; *ders.*, FS Stockel, S. 124 f.; *Neumann*, FS Jakobs, S. 438 f.; *ders.*, Alternativen, S. 98; *T. Walter*, ZIS 2011, 637. — より以前の文献では, *Allfeld*, Lehrbuch, S. 4; *Kantorowicz*, Tat, S. 10; *H. Mayer*, AT, S. 15; *Schmidhäuser*, AT, 2/7.

271) *Schmitz*, Legitimität, S. 13.

どこにあるのであろうか？

適切にもケルスティンは、刑罰倫理が、専ら局地的な効力を有する独自の諸原理の天蓋を伴った特別な倫理を表すものではない点を指摘している²⁷²⁾。むしろ刑罰倫理的な諸論拠は、「より包括的且つ一般的で、体系的に上位に位置づけられる規範的なディスクルスにおいて発展させられた論拠のひな型及び正当化のフォーマットの領域に特化された適用とバリエーション」²⁷³⁾なのである。従って、刑法倫理上の特別な議論において、基本的な道徳哲学上の諸理論の競合を構造化しているのと同様の路線対立が示されることは何ら驚くべき事柄ではない。「道徳哲学上の様々な試みを義務論的に基礎づけられたものと目的論的に方向づけられたものへと分ける当該のメタ倫理的な二元主義が、刑罰の正当性と意味に関する法哲学的な議論をも形成しているのである。」²⁷⁴⁾。

目的論的な諸理論は、犯罪行為を危険として——「そのようなものとして、当該の行為者によるものであれ、他者を通じた模倣によるものであれ、反復可能性の萌芽を含んだ」²⁷⁵⁾態度 (Verhalten) として捉える。従って、所為は「単に刑罰の外的な契機として」現れることになり、当該の刑罰は「この所為の外部に位置づけられる根拠に基づいて科される」のである²⁷⁶⁾。刑罰は、「専ら一つ的手段であり、一つの装置となる」²⁷⁷⁾。これに対して、義務論的な諸理論は、犯行を犯罪 (Verbrechen) として——「共同体によって受容され得ず、その結果、非是認を要求することになる [……] 法を侵害する意思の表出」²⁷⁸⁾として解釈する。これによれば、刑罰は「法的に必然的で内的な観点から規範的に把握された行為」²⁷⁹⁾となる。制裁という装置の選択を方向づける指針となるのは、前者の場合では予防であり、後者の場合には報復 (Retribution) となる²⁸⁰⁾。刑罰に関する予防の諸理論は、遡って過去に依拠することを正当化の観点の下では非生産的なものと見なし、その代わりに将来を参照するように指示する。それらの見解に従えば、罪が犯されないようにするために (*ne peccetur*) 処罰されるべきなのである。既に

272) Kersting, Macht, S. 212.

273) Kersting, Macht, S. 212.

274) Kersting, Macht, S. 212.

275) S. Walther, ZStW 111 (1999), 130.

276) Lesch, Verbrechensbegriff, S. 20.

277) Kersting, Macht, S. 212.

278) S. Walther, ZStW 111 (1999), 129.

279) Kersting, Macht, S. 212.

280) S. Walther, ZStW 111 (1999), 129 f.

起こったことを起こらなかったようにすることはできないが、刑罰の助けでもって、少なくとも将来的な社会の治安の水準は好都合な形で影響されるのである。これに対して、応報論的に（報復的に）方向づけられた構想は、刑罰の現実の根拠だけでなく、その法的な根拠も過去に見いだす。罪が犯されたが故に（*quia peccatum est*）処罰されるべきなのである。

これら両方のモデルの内、どちらが刑罰という社会的な制度の正当化をより説得的に基礎づけることができるのであろうか？ 以下の節での考察は、この問いに取り組むものである。まず予防論を考察し（B.）、その後に応報論を取り扱って、これに賛成する見解に合流することにする（C.）。但し、本書での考察は、刑罰の基礎づけの領域において、最終妥当的な、アプリアリに必然的な判定が可能であるという幻想に身を委ねるものではない。既にそのようなものとしての刑罰に関する正当化の問題について認められる意義は、当該の相互作用的な共同体の知覚地平に、つまり、形而上学的及び規範的な背景の下にある様々な確信、特殊な感受性及び不安からなる集合体に依存しているのである。自ら自身について不安定であるか、恒常的に増大する犯罪の波によって防御へと押しやられていると感じる社会は、次のような社会と比べて、おそらくは正当化の問いにはより低い重要性しか認めないであろう。つまり、今日のドイツ連邦共和国がそうであるように²⁸¹⁾、科刑を通じて行為者に賦課される苦痛に対してより感受性が強くなっており、刑罰が犯行の必然的な帰結としてのオーラを既にかかなりの部分で喪失してしまっているような社会である²⁸²⁾。

一定の制限を伴うが（*Cum grano salis*）、同様の事柄は、個々の刑罰論についても妥当する。それらの利点及び弱点は大体において周知である。それらがそれぞれどのように重視されるのかは、本質的には同様に社会的及び文化的な枠となる諸条件によって同時に規定されており、ディスクルスの個々の関与者は専ら最小限の影響力しか当該の諸条件には有していない。それ故、再社会化の理念の成功は、福祉国家の勝利の行進と不可分に結びついていた²⁸³⁾。1950年代と1960年代の経済ブームにおいては、——恒常的に経済が成長していた時代であり、不平等さが減少し、社会保障のネットが拡大していた——犯罪を社会の脅威としてではなく、より以前からある、不幸な該当者の特殊な困窮さを念頭に置いた取扱いを通じて除去できる剥奪（Deprivation）の残滓として考察

281) この点については、*Frisch*, FS Jung, S. 200.

282) *Heinz*, FS Jung, S. 273 ff., 281 ff. に有益なデータが呈示されている。

283) *Garland*, Kultur, S. 108 ff.; *Kunz*, FS Kaiser, S. 861.

することが、もっともなものとして現れてくることができたのである。このような枠となる諸条件が崩壊し、いわゆる治安刑法の興隆が見られるようになるに従い、再社会化の理念は、そのディスクルス上の重要性を失ったのである²⁸⁴⁾。——特別予防に反対する、ずっと以前から知られていた刑罰論上の諸論拠は、こうして、突然より真摯な形で再び受け取られるようになったわけである。

再社会化のディスクルスの運命は、一つのことを証明している。シラーの表現を用いれば、「自己の活動を世界の大きいなる全体に結びつける」²⁸⁵⁾ ことをしない刑罰理論家は、不毛で自己関係的な思考のアクロバットの中で消耗するのである。一つの刑罰論及びそれに対応する犯罪論は、単に論拠の上で首尾一貫しているだけでなく、時代と共にあらねばならない²⁸⁶⁾。以上のことは一つの側面である。だが、少なからず重要であるのは、別の側面である。つまり、一般的な犯罪論の伝統的な内容の内、どの程度までは、時代との接点を維持するために、放棄される準備があるのか？²⁸⁷⁾ ということである。この問いの答えの中に、以下で示すように、刑罰論を判断するための鍵がある。

（飯島 暢 訳）

B. 予防の道具としての刑罰？

I. 予防思想の魅力

エイブラハム・リンカーンは、その著名なゲティスバーグでの演説において、民主主義的正当性の三つの原理を挙げた。すなわち、人民の人民による人民のための政治である。第一の正当化の方式が政治的意思形成への市民の参加権を対象としている一方で、第二の正当化の方式は、市民がその提供を政治システムに期待してよい給付に関わるものである²⁸⁸⁾。それによれば、国家は「その市民に対して業務の遂行に資するもの」を意味する²⁸⁹⁾。遅くともホッブズ²⁹⁰⁾ 以来、安全（Sicherheit）の保障が、

284) この点については、M. Bock, ZStW 102 (1990), 505 ff.; Kindhäuser, Universitas 3 (1992), 232; Kunz, FS Kaiser, S. 862 f.

285) Schiller, Universalgeschichte, Werke Bd. IV, S. 752.

286) Kunz, FS Kaiser, S. 867.

287) 同様の見解として、Hassemer, Strafrechtswissenschaft, S. 309.

288) 正当な支配の行使に関するこのような給付の次元については、要約的な文献として、Fach, Leistung, S. 11 ff.; Höreth, Union, S. 85.

289) Weber-Grellet, Rechtstheorie 34 (2003), 182.

290) Hobbes, Leviathan, 21. Kap. (S. 171).

基礎的国家的な給付とみなされている²⁹¹⁾。もちろん、このことは「通俗的といえるほどに周知の所見」である²⁹²⁾。もっとも、国家が担う安全の任務の範囲は、それ以降、ホッブズにとって全く想像できないような程に、拡張されてきている²⁹³⁾。「国家は、警察国家から（民主主義に無関心の）法治国家（法的安全）を経て、民主主義的
社会国家（福祉）へと、そして、今日の制御国家（リスクからの安全の保持）へと展開してきた」²⁹⁴⁾。

この展開についての諸理由は多様なものである²⁹⁵⁾。人間によって作り出された様々なリスクの範囲ならびに社会の複雑性は極めて拡張し、その結果、個人の法的立場の不可侵性は、常により大きな範囲で、リスク支配に関する第三者の能力と準備に依拠している。そこから、社会関係の匿名化の増大や、共同の文化面での価値のひな型（Wertmuster）および日常世界の自明性の侵食を通じてさらに強められている、一般的な不安感が生じる。今日の福祉国家における社会的風潮が能動的に形成された住民グループによってというよりは、むしろ受動的な社会的セグメント（Gesellschaftssegmenten）によって形づけられているということは、同様に、行為自由の領域を開いておくことよりも安全の欲求の充足により重点を置く傾向を促進する。その共同作用のなかで、これらの諸要素は、保護思想および予防思想に高度な説得力が認められ²⁹⁶⁾、予防的戦略が矯正的で後見的な処分に原理的に優越するという見解がおよそ全ての生活領域へと拡張される²⁹⁷⁾、ということに至るのである。広く理解された保護思想は、正当化論上、近代国家の包括的な介入要求および統制要求を支えている²⁹⁸⁾。刑法も予防

291) *Anter*, Macht, S. 118; *Hesse*, Schutzstaat, S. 17 ff.; *Boehme-Neßler*, Rechts-
theorie 39 (2008), 541, 549 f.; *Link*, VVdStRL 48 (1990), 27; *Weber-Grellet*,
Rechtstheorie 34 (2003), 183; *Willke*, Steuerungsfunktion, S. 688; *Zabel*, ZStW
120 (2008), 81 ff.; *ders.*, Konflikt, S. 225 ff. —もっとも、ローマ帝国や中世での
キリスト教の支配組織についての先行段階にとっては既に、保護目的への方向づけ
が特徴的なものであった（詳細は、*Brugger*, VVdStRL 63 [2003], 103 ff.）。

292) *Merkel*, JZ 2007, 375.

293) *Hesse*, Schutzstaat, S. 21 ff.; *Grimm*, Wandel, S. 624 ff.; *F.-X. Kaufmann*,
Diskurse, S. 16 ff.; *Zabel*, Konflikt, S. 233 ff.

294) *Weber-Grellet*, Rechtstheorie 34 (2003), 184.

295) 以下の叙述の多くは、*Silva-Sánchez*, Expansion, S. 7 ff. に負っている。

296) *Bröckling*, Behemoth 1 (2008), 40; *Zabel*, Konflikt, S. 225.

297) *Bröckling*, Behemoth 1 (2008), 40.

298) *Zabel*, Konflikt, S. 235.

への欲求にとって役に立つものとして用いられている²⁹⁹⁾。予防の道具としての刑法の適用の限界に関しては、もちろん激しく争われている。しかし、原則的に、刑法が法益保護の形で予防に資さなければならないという命題は、今日の刑法理論においては、全員一致の承認を得ている³⁰⁰⁾。総論の慣用している学説の叙述において、諸刑罰論に関する節を読めば、しばしば、そこで扱われる諸問題は、いずれにせよ刑法の法益保護任務に関する叙述とゆるく結び付けられている、という印象が得られる³⁰¹⁾。しかし、それはおかしいものである。一つの立場を確定することは、むしろ他の領域においても重要な帰結を及ぼすからである³⁰²⁾。ヴェルツェルが述べたように、「事物はそれ固有の重さを有する」のである³⁰³⁾。刑法の任務の規定は、その特殊な制裁利用手段で留まって良いものではない。

刑法の諸規範は法益侵害の回避に寄与するべきであるということは、もちろん広く普及している言明であるが、あまり重要な言明ではない。そこに存在するそれ固有の峻厳さに極めて深刻な制裁賦課の権限の付与を、刑法は、犯罪行為が生じた後で、つまり法

299) 簡明なものとして、*Freund* (AT, § 1 Rn. 2) は、「刑法上の規制は、最初から、国家的任務を通じて輪郭づけられる枠組みにおいてのみ許容されている。確かに、これらの任務に属するのは、犯罪行為の被害者となりうる個人の存在条件および展開条件 (*Daseins- und Entfaltungsbedingung*) の保護である。それに対して、既に行われた犯行の後でそれ自体を目的とした責任の清算は、国家的刑罰の任務ではない。むしろ、刑罰の投入は、法益を保護するという国家の予防的任務を通じて、目的合理的に正当化されなければならない」と述べる。——連邦憲法裁判所も、刑法をとりわけ保護のための法 (*Schutzrecht*) として把握している (例えば、BVerfGE 21, 391, 403 f.; 27, 18, 29; 39, 1, 45, 187, 253; 51, 60, 74 f.; 80, 244, 255 f.; 88, 203, 257; 90, 145, 175, 184 を参照)。

300) *MK-Joocks*, Einl. Rn. 30 ff.; *MK-Freund*, Vor §§ 13 ff. Rn. 35 ff., 135; *ders.*, AT, § 1 Rn. 2; *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 110 ff.; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 2; *S/S-Stree/Kinzig*, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 1; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3 Rn. 10 ff.; *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 12; *Ebert*, AT, S. 1 f.; *Frister*, AT, § 3 Rn. 20; *Gropp*, AT, § 1 Rn. 122, § Rn. 26 ff.; *B. Heinrich*, AT 1, Rn. 3; *Jäger*, AT, Rn. 4; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 III 1 (S. 7 f.); *Kindhäuser*, AT, § 2 Rn. 6; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 7 Rn. 4; *Otto*, AT, § 1 Rn. 22 ff.; *Rengier*, AT, § 3 Rn. 2; *Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 1 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 6.

301) 同様の指摘を行うものとして、*Fiolka*, Rechtsgut, S. 370.

302) 正当にもこのことを強調するものとして、*NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 108; *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 1; *Kudlich*, Unterstützung, S. 190.

303) *Welzel*, Abhandlungen, S. 237.

益が侵害ないし危殆化された後で、はじめて表明するのである。具体的に関係する法益との関係では、法益保護が既に行為規範の定立と制裁によるその補強を通じて既に獲得され得るとする予期は、それ故、根拠のあるものとしては証明されていない³⁰⁴⁾。いまや前面に押し出されている問いは、強制的行為としての刑罰の正当化への問い、すなわち、何故に処罰されて良いのか？ である。

刑法の任務を法益保護に、つまり予防的・目的設定に認める者は、この根本的理解を、制裁賦課に関するその考慮にとっても一貫して基礎としなければならない³⁰⁵⁾。すなわち、生じているものは生じている——しかし、刑法は「抑止を通じた予防」³⁰⁶⁾の手段として、それでも将来の犯罪行為、つまりはさらなる法益侵害の回避に寄与しうるし、寄与すべきである。刑法は、警察法と同様に、もっぱら危険防除に資するからである³⁰⁷⁾。それに反して、予防志向的な刑法の任務規定は、応報的刑罰論とは衝突なしには結びつけられ得ない³⁰⁸⁾。確かに、応報論の主張者は、応報する刑罰がある種の予防的作用を示すことを争わないであろう³⁰⁹⁾。予防志向的な目標の前置から明らかになる

304) *H. Mayer*, Strafrecht, S. 97; *ders.*, AT, S. 51; *Welzel*, Strafrecht, S. 3; *ders.*, Abhandlungen, S. 263. —最近の文献からは, *MK-Freund*, Vor §§ 13 ff. Rn. 63; *ders.*, AT, § 1 Rn. 6; *ders.*, Erfolgsdelikt, S. 80; *Frister*, AT, § 2 Rn. 1; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 II (S. 4); *Appel*, Verfassung, S. 440; *Frisch*, Verhalten, S. 599; *González-Rivero*, Zurechnung, S. 64; *Kremer-Bax*, Verhaltensunrecht, S. 23 f.; *Lesch*, Problem, S. 222, 233; *ders.*, Verbrechensbegriff, S. 170, 181, 235; *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen, S. 116; *Wohlers*, Deliktstypen, S. 215.

305) 適切な指摘を行うものとして, *Maurach/Zipf*, AT 1, § 7 Rn. 6; *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 62 f.; *Lagodny*, Strafrecht, S. 291; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 182; *Müssig*, Schutz, S. 11; *Sancinetti*, FS Jakobs, S. 599; これに近い見解としては, *Gärditz*, Staat 49 (2010), 334. —古典的文献からは, *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S. 140; *Schaffstein*, ZStW 57 (1937), 297.

306) *Bringewat*, Grundbegriffe, Rn. 27; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 II (S. 4).

307) 賛同するものとしては, *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 1; *ders.*, FS Honig, S. 159; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit, S. 154; 否定的なものとしては, *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 63 f.; *González-Rivero*, Zurechnung, S. 72, 123; *Lesch*, Problem, S. 200 f.; *ders.*, Verbrechensbegriff, S. 176; *Müssig*, Schutz, S. 152; *Neumann*, Feindstrafrecht, S. 308; *Naucke*, KritV 1993, 138, 147. —刑法解釈学は, それが法益保護原理を放棄する場合には, 独自の学問としては放逐されてしまうというシューネマンの危惧は (*Schünemann*, 1. FS Roxin, S. 29), この理由から, 一定の不本意な皮肉と見ざるを得ない。

308) *Prittwitz*, Strafrecht, S. 234.

のは、その任務の充足の範囲がとかく偶然的で、それに応じて信頼できないということである。予防は、応報論者にとっては、まさに単なる——まったく望ましいものではあるが——それ以外のプログラムによって機能する制裁メカニズムの付随効果に過ぎない³¹⁰⁾。刑罰論上の正当化要求の最適な充足は、この場合、次善の任務充足に至る危険があり、逆も然りである。「正義によって要求される刑罰が、有益な諸目的の追求にとって自身に課する制限とならなければならない」か、あるいはしかし、「有益な諸目的を、刑罰が適切な程度執行されている範囲でのみ考慮する」かのどちらかとなる³¹¹⁾。

ある普及した見解は、刑罰の正当性につき、その場合でも、刑罰が予防的法益保護に、つまり将来の犯罪行為の回避に寄与するということを基礎にしている。一貫した観点の下で、この立場は、刑法の国家論上の基礎と任務規定、そして制裁の基礎づけを継ぎ目なく相互に調和させることに成功することを通じて、推奨される。刑罰システムの精緻な形態への問いは予防思想の論理に従えば準技術的な最適化問題となる、ということが加えられる。その解決の範囲は、——いずれにせよ原理的に——経験的に追試可能なものである³¹²⁾。ある科学的に、冷静な合目的性の環境によって形成された文化は、この理由からも、予防論において自己の精神についての精神を見出し、それ故そこに、典型的な形で相当程度に説得力をあらかじめ与えておくこと（Plausibilitätsvorschuß）を認めているのである³¹³⁾。

309) もっぱら、*Kant*, MS, Werke Bd. 7, S. 453 を参照。

310) *Gallas*, Kriminalpolitik, S. 11.

311) *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, S. 564 f.; 実質的に同様のことを既に指摘したものと、*Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 104.

312) これについて最近のものとして、*Rössner*, FS Maiwald, S. 701 ff. ——もっとも、刑罰実務の（特に一般）予防的作用は、経験科学上、困難な形でのみ裏づけられている（*Mushoff*, Strafe, S. 120 ff., 135 ff.; *Prittowitz*, Strafrecht, S. 218 f.; *ders.*, StV 1991, 436 f.; *Schneider*, Einübung, S. 335; *Stuckenberg*, Vorstudien, S. 431; *M. Bock*, ZStW 103 [1991], 654 ff.; *ders.*, JuS 1994, 96 ff.; *Donini*, Methode, S. 39 ff.; *Dubber*, ZStW 117 [2005], 491 ff.; *von Hirsch*, Strafsanktion, S. 48; *Kindhäuser*, ZStW 121 [2009], 956 f.; *Vormbaum*, ZStW 107 [1995], 759; *M. Walter*, FS Hirsch, S. 899 f.; *ders.*, ZIS 2011, 630; *Weigend*, Kommentar, S. 33 f.)。連邦憲法裁判所の判例では、このことは、刑罰規定のチェックにとっての比例原理の意義の増大に関する裁判所の言明とは反対に（例えば、BVerfGE 25, 269, 286; 88, 203, 258; 90, 145, 172）、その限りで實際上刑罰法規に立てられる要求は、国家のそれ以外の介入規則に示されるかの要求よりも、明らかに重要ではない、という逆説的な帰結に至った（個々の点については、*Roxin*, AT 1, § 2 Rn. 87; *Appel*, Verfassung, S. 181 ff.）。

313) 例証的には、*Müller-Dietz* (FS R. Schmitt, S. 102 f.) が「刑法の理論的正当な

予防思想の古典的な表現が、消極的一般予防と特別予防である。「それらは、犯罪予防を、実り豊かにしようとするなら、その都度同様の強調でもって監視し支配しなければならぬ、両方の危険源に至る」。すなわち、合法性で抑えられるべき、潜在的に犯罪傾向のある市民の共同体と、合法性からの逸脱の容易を既に証明した、個別の行為者である³¹⁴⁾。フォイエルバッハの消極的一般予防は、彼の時代の心理学との調和において、観念連合 (Ideenassoziation) の法則を信頼している³¹⁵⁾。すなわち、感性的な害悪が違法な所為のあり得る遂行の条件として定められるやいなや、この法則に基づいて、「違法な行為の対象についての表象と付随する害悪についての表象を一致させ」³¹⁶⁾、犯罪傾向のある市民を当該行為の遂行から遠ざける。それに対して、刑罰の目的を行為者の将来の犯行の防止と見る特別予防は、準医学的な専門用語³¹⁷⁾ や好戦的な戦争修辞法からなる集合体を用いる。特別予防は、犯罪行為者の「治療」を、しかし極端な場合には「無害化」を求める。最近の刑罰論上の議論の中心にあるのは、この間に予防論の一門から生じた第三の芽である。積極的一般予防と、統合予防とも、呼ばれる。この見解は、威嚇や再教育の代わりに、刑罰の「義務強化的、教育的、警告的な機能」を設定する³¹⁸⁾。これは、規範に忠実な市民の価値確信を確証し、強化するのである。これらの構想は以下で詳細に扱う (II.-IV)。

II. 消極的一般予防

消極的一般予防論は、刑法規範の名宛人に余計な観念主義を期待しない。この理論は、

性の発展は——その大まかな構造において——世俗化と学問化 (Verwissenschaftlichung) のプロセスを意味している。その道のりは、超越的に理解される応報から、内在的に解釈されそれにより相対的な応報を経て、結果の志向それとともに結果の回避、つまりは予防へと至るものであった」と述べている。——詳細は、*Bastelberger*, Legitimität, S. 52 ff.; *Beck*, Unrechtsbegründung, S. 39; *Frehsee*, Schadenswiedergutmachung, S. 58; *Hassemer*, Strafziele, S. 51 f.; *ders.*, JuS 1987, 263; *Hoffmann*, Verhältnis, S. 114 ff.; *Naucke*, ZStW 94 (1982), 533 f.; *Neumann/Schroth*, Theorien, S. 10; *Prittowitz*, Strafrecht, S. 234.

314) *Hassemer*, Strafe, S. 60.

315) これについて個別の点は、*Greco*, Lebendiges, S. 95 ff.

316) *Feuerbach*, Anti-Hobbes, S. 216.

317) *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 66; *Kersting*, Macht, S. 219; *Stübinger*, Strafrecht, S. 163.

318) *Oetker*, ZStW 17 (1897), 532.

「効用への配慮」を「あらゆる人間の行為の中枢であり魂」とみなしている³¹⁹⁾。それによれば、社会構成員は、何よりもまず自己利益に関心を持ち、これを合理的な方法で追求することを志す諸個人として現れる³²⁰⁾。「全ての国家市民が悪魔の化身であるならば、超感性的な義務の意識すらも誰にも存在せず、感性の欲望や単なるこの欲望が社会のあらゆる構成員を導き、その諸行為のうちのいずれも、法の尊重に向けられた意思を通じて規定され得るのではないとしても、それでもこの社会の構成員は全て共に存在することはできるであろう」³²¹⁾。規律思考と人間学的なミニマリズムのこの結びつきは、如何に機能することになるのか？ 消極的一般予防の解答は極めてシンプルである。それによれば、刑罰は、「その峻厳さにおいて法律によって禁止される所為から引き出され得る利益と享樂よりも重いものになるように形成され」なければならない³²²⁾。

319) *Spinoza*, Theologisch-politischer Traktat, S. 268.

320) 批判するものとして, *Herzog*, Prävention, S. 41; *Maultzsch*, Bemerkungen, S. 92 を参照; 賛同するものとしては, *Schünemann*, Stellenwert, S. 122 を参照。——計算に基づき行動する人 (*homo calculans*) を出発点とするために、威嚇論はとりわけ経済的な法の理論の主張者にとって魅力的なものとなっている (基本的なものとして, *Becker*, Ansatz, S. 40 ff.; ドイツ語の文献からはさらに, *Adams/Shavell*, GA 1990, 340 ff.; *Entorf*, Theorie, S. 1 ff.; *McKenzie/Tulloch*, Homo, S. 168 ff., 182 ff., 196 ff.; *Schmidtchen*, Strafrecht, S. 49 ff.; *ders.*, FS Lampe, S. 245 ff., 266 ff.; *ders.*, Wozu, S. 128 ff., 140 ff.; *Vanberg*, Verbrechen, S. 7 ff.)。この特殊経済的な思考モデルへの社会科学的批判については、ヴィッティヒが要約している (*Wittig*, Verbrecher, S. 126 ff.; *dies.*, MschrKrim 1993, S. 333 ff.)。最近の行動経済学の重点は、人間の決定行動のより現実に近いモデリングに置かれている。新古典派の標準的理論の受容との相違としては、制限された自己の利益、制限された合理性、制限された自己統制を通じて形成されることになる。詳細は, *Englerth*, Verbrecher, S. 149 ff., 207 ff., 303 ff. ——消極的一般予防的な刑罰構想のさらなる支持者としては, *Altenhain*, Anschlußdelikt, S. 326 ff.; *Greco*, Lebendiges, S. 356 ff.; *Gauf*, FS OLG Zweibrücken, S. 338 ff.; *Hoerster*, Strafe, S. 89 ff.; *ders.*, GA 1970, 273 ff.; *ders.*, Verteidigung, S. 101 ff.; *Kliemt/Kliemt*, Analyse & Kritik 1981, 176 ff., 181 ff.; *Koriath*, Streit, S. 65 ff.; *Schmidhäuser*, AT, 3/4, 15 ff.; *ders.*, FS E. A. Wolff, S. 455.

321) *v. Almendingen* (Darstellung, S. 48) は、国家設立の問題は「彼らが悟性を持ちさえすれば、悪魔の民族にとってすら解決できる」という、カントの著名な格言に依拠している (*Kant*, EF, Werke Bd. 9, S. 224; これについては, *Pawlik*, JRE 14 [2006], 268 ff.)。

322) *Pufendorf*, Pflicht, II/11 § 7 (S. 184).

この刑罰理解は、一見して (*prima facie*) 非常に重要な目的手段論拠 (Zweck-Mittel-Argument) で支えられ得る。それによれば、ある社会の中での犯罪の数の減少³²³⁾ は、(實際上) 全ての社会構成員の利益である³²⁴⁾。犯罪行為によって自らの生計を賄う者でさえ、典型的には平穏と平和の中で犯罪によって得られたものを享受しようとする。しかも、抑止という手段は、一般的な生活経験によれば、犯罪の減少という目標達成に少なからず寄与する。「その手段は違法な欲望の究極の諸理由を直接的に妨げ、恐怖を生み出すことを通じて、その欲望の源である内面的原理を廃棄する」³²⁵⁾。犯罪行為が十分高度の蓋然性でもって処罰されるということについての知識は、犯罪傾向を有する諸個人におおよそ (*grosso modo*) 動機を削ぐような形で作用するのである。さもないければ (すなわち、機能を果たす能力を有する刑法システムが欠如している場合) 行なわれたであろう犯罪行為は、このような方法で阻止されるのである。この目的—犯罪

323) 実際的な方法では、犯罪行為の減少のみが問題となり得るのであり、犯罪行為の根絶は問題となり得ないので、刑法秩序の存在にもかかわらず広く犯罪が行われるという事情は、消極的一般予防論の反駁とはならない。(適切な非難は古くからのように威嚇論それ自体が行っていた。19世紀の見解からは、Heinze, GS 13 [1861], 422; 最近のものとしては、Maultzsch, Bemerkungen, S. 96.) その主張者は、つまり「そもそも心理学的な刑罰強制は、その本性上限界のあるものであり、その目的を近似的にのみ達成できる」(v. Almendingen, Darstellung, S. 161) ということを参照している。「しかし、少なくともその手段を通じて法侵害の数は減らされる。不安定で、決断されていない意思是、少なくとも恐怖という動機を通じて法の内側に留まること (Innehaltung) に仕向けられている」(威嚇一般予防にとってのあらゆる内容的共感を疑い得ない、後期ヘーゲル主義者としては、Lasson, System. S. 512; 同様に、Oetker, ZStW 17 [1897], 504. —今日の文献からは、Frister, AT, § 2 Rn. 10; Schmidhäuser, AT, 3/16; ders., Sinn, S. 58, 76; ders., FS E. A. Wolff, S. 446; Altenhain, Anschlußdelikt, S. 329 f.; Frisch, FS Maiwald, S. 244; Greco, Lebendiges, S. 373; Gauf, FS OLG Zweibrücken, S. 339; Hörnle, Straftheorien, S. 24; dies., 2. FS Roxin, S. 8; dies., Strafbegründungstheorien, S. 19; Hoerster, Strafe, S. 52; ders., GA 1970, 274; ders., Verteidigung, S. 105 f.; Kliemt/Kliemt, Analyse & Kritik 1981, 172; Schünemann, Plädoyer, S. 222; Vanberg, Verbrechen, S. 26 f.)。

324) 予防論を利益論的に基礎づけることに重きを置くのは、Baurmann, Strafe, S. 115 ff.; Hoerster, FG Weinberger, S. 226, 233; Vanberg, Verbrechen, S. 11. —その限りでは、確信的アナキストや職業革命家のような病理学的に周辺的な存在は、除外されたままとなる。

325) Feuerbach, Anti-Hobbes, S. 213.

減少一を望む者は、その目的達成にとって有用な（威嚇の手段として構想された）刑罰という手段を受け入れる必要はないのだろうか？

しかしながらこの結論は性急である。すなわち、刑法的な制裁を備えた規範に違反した社会構成員に関して、その結論は重要な限定をもってのみ妥当するのである。なるほど、上述の説明によれば、刑罰が予告され、十分な規則性をもって科されるということは、そのような個人の合理的利益にも合致する³²⁶⁾。そうでなければ、威嚇はその傷みを失い、そして信頼も失うだろうからである³²⁷⁾。ただし、威嚇の対象者にとって最も好都合なことは、その他の社会構成員の規範違反が処罰されるのみでその者自身がそこから逃れることである。個々の事例において刑を科すこと、つまり事実的に苦痛を与え、そこから非常に高い程度に正当化の必要があるそのような先の活動は、対象者に対して、賢い自己利益 (Eigeninteresse) という観点に、もはや依拠することはできないのである³²⁸⁾。

326) *Hoerster*, Strafe, S. 111.

327) *Feuerbach*, Anti-Hobbes, S. 226.

328) 同様のことを指摘するものとして、*Hörnle*, Straftheorien, S. 49; *dies.*, Strafbegründungstheorien, S. 14; *Kersting*, Macht, S. 236 f.; *Kindhäuser*, FS *Schroeder*, S. 85 f.; *ders.*, FS *Hassemer*, S. 766 f. — 一見して、社会の構成員に複雑な一連の目的の追求 (Verfolgung komplexerer Zweckreihen) のための能力を認めることによって、この知見は免れ得るように思われる。社会の構成員は、「便乗者 (Trittbrettfahren)」を一般的に実践することの破壊的帰結を認識している。それ故、自らの省察された自己利益に相応するのは、「便乗者」は通常は魅力的ではない行動選択となる（この意味で、近年 *Schmidtchen* [FS *Lampe*, S. 247] がブキャナンに依拠している）ということ为保障する処罰の構想に賛同することである。もっとも、この説明モデルは、社会の構成員にとって、個別の「便乗者」の意気消沈を通じて作用するその治安の獲得 (Sicherheitsgewinn) を超過するような重い刑罰が威嚇されている場合には、うまく機能しない。さらに、「便乗者」を一般的に実践するという想定は、そもそも現実に即するものではない。たいていの犯罪行為は、賢い自己利益から行われたいのではなく、むしろ当該個人が、彼にとって合法的態度が自明なものとみなされ得るような形で社会化されているが故に、行われたいのである。この理由から、「便乗者」になることを決意した行為者は、決して必然的にみすみす損になることを行うわけではない。しかし、この事情にかんがみれば、その行為者は、賢さの観点の下では、自らの処罰に賛同する十分な契機を有していない。特徴的な方法で、威嚇論者の *Koriath* (*Streit*, S. 68) は、刑罰の受忍への犯罪行為者の義務のその基礎づけにおいて、賢い自己利益に関わる必要はなく、公正の思想に基づく考慮をやはり援用している。すなわち、制裁規範は、そ

このような結論は、消極的一般予防論者をジレンマに直面させる。彼らが基礎づけ理論上魅力的ではあるが、前提の乏しい、賢い自己利益のトポスを援用することに固執しようとするならば、彼らは有罪判決を受けた者（*Verurteilten*）を例外とした、全ての犯罪傾向を有する社会構成員の利益状況に限定されなければならない。このような他の社会構成員に、行為者の処罰を手段として、犯罪は割に合わないということが認識されるのである。つまり、もはや犯罪者と（も）ともに（*mit*）ではなく、ただ単に彼自身を手段として（*vermittels*）、語られるに過ぎないのである。犯罪者は、——ヴェルカーの言葉を借りれば——「不要な材料で案山子を作るかのように」³²⁹⁾ 用いられるのである。しかしながら、このことが意味するのは、行為者は「権力による殴られ役の少年（*Souffre-douleur*）」³³⁰⁾ へと、「社会衛生的予防の手段」³³¹⁾ へと貶められ、それゆえに、法共同体の同等な資格のある構成員として扱われるが、それはもはや「法の形式において」のみにすぎず、「規制内容に従えば」法共同体の同等の構成員として扱われ「ない」ということを意味するのである³³²⁾。この方向では、法的刑罰（*Rechtsstrafe*）

↘ここに犯罪者が寄生的に与する秩序の保持に役立つことになる。制裁は、犯罪行為者が、彼が自らの同胞の法益を最小限化させた程度で支払わねばならないコストを含むことになる。

329) *Welcker*, Gründe, S. 214. ——付言すれば、この帰結は、刑罰が行為者自身にとっての有効な反対動機の設定には遅すぎたということからも生じる。すなわち、その行為者は威嚇されなかったのである。それ故、予防の観点の下では、刑罰はせいぜいのところなお他者の威嚇のために有益なものとなり得る。

330) *Kohler*, Lehrbuch, S. 266.

331) *Kersting*, Macht, S. 232.

332) *E. A. Wolff*, ZStW 97 (1985), S. 798. ——近年の議論につき基本的な文献としては、*Badura*, JZ 1964, 343 f. ——この意味で、最近のものとして *Mushoff*, Strafe, S. 117 ff. ——ヘルスターは、道具化への非難に対して驚くべき論拠で自身の立場を擁護した。刑罰に服せられる犯罪行為者は、道具化されていないとされる。というのも、その行為者は、「むしろ、過日におけるルームシェアの参加者として、共同の賃料への自らの負担に債務を負ったままであり、それ故に、それ以前に取り決めた様に、しばらくの期間トイレの清掃を引き受けなければならないような者と同様であり得るとされるからである（*Hoerster*, Strafe, S. 139）。それによれば、制裁が科されるのは、つまりは協働義務の違反なのである！ この基礎づけが、予防論的で、処罰の将来の効果によって支えられたヘルスターの論法とまったく一致しないことを度外視すれば、それと反対のことは本書の立場からは何も言えない。

が基礎づけられ得るのではなく、単に排除（*Exklusion*）という活動が基礎づけられ得るに過ぎない。——というのも、ここに属するのは、連邦憲法裁判所の言葉によれば、行為者は「犯罪対策の単なる客体とされ」てはならず³³³⁾、「犯罪傾向の推測される第三者の贖罪をしてはならず、その所為と責任によって処罰される」³³⁴⁾からである。

フォイエルバッハは、後の威嚇論者の多くよりも先鋭にこの問題を認識していた。それ故、彼は刑罰の害悪の威嚇と適用の間で厳格に区別をしている³³⁵⁾。フォイエルバッハは、予防の論理の妥当要求を刑罰威嚇の領域に限定したのである³³⁶⁾。それに対して、フォイエルバッハは、刑罰執行の法的根拠を犯罪者の推断的な同意に見出している。すなわち、一定の行為を行わないことを要求する権利を有する全ての者は、この行為の遂行を自身にとって好ましい条件の下に置く権利も有するのであり³³⁷⁾、このことは国家にも妥当する³³⁸⁾。市民は条件に服さなければならないか、あるいは行為を差し控えなければならないかのどちらかである。それにもかかわらず、市民がそのように条件づけられた所為を遂行する場合には、その市民は威嚇された刑罰を執行する権限を国家に付与しているとされる³³⁹⁾。

この構想が維持できないことを、フォイエルバッハの友人であり論争の相手でもあるグロールマンが既に指摘していた。「威嚇が恣意的であるという事実」においては、執行されるべき強制の法的根拠は決して含まれないとされる³⁴⁰⁾。他者があらかじめ特定の諸条件の下で強制を用いるという私の決意を知っているという事情だけでは、そのような形で行われるものの、私のリアクションをまだ正当なリアクションにはしない。むしろ、決定的なのは、私に提示された諸条件の正当性である³⁴¹⁾。この諸条件をフォイエルバッハは再び威嚇論という前提から導き出した³⁴²⁾。このことはもちろん首尾一貫

332) BVerfGE 50, 205, 215.

333) BVerfGE 50, 205, 215.

334) BVerfGE 28, 386, 391.

335) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 52 f.

336) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 49 ff.

337) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 53.

338) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 53.

339) *Feuerbach*, Anti-Hobbes, S. 222 f.; *ders.*, Revision, Bd. I, S. 54.

340) *Grolman*, Begründung, S. 10.

341) *Grolman*, Begründung, S. 12 ff.

342) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 39 f., 67 を参照。

している。というのも、威嚇に現実性を付与させる³⁴³⁾ という彼の課題に、最大限効果的な形で対応するためには、刑罰が科されるかどうか、そしてどの程度科されるのかを規定する諸規則が、威嚇思想の評価に自らを適合させなければならないからである。刑罰の威嚇と執行 (Exekution) は切り離すことはできない³⁴⁴⁾。それにもかかわらず、それらを切り離してしまったことの代償は大きいものである。

専ら市民の犯罪者傾向の中和 (Neutralisierung) のみを念頭に置いた処罰のシステムでは、その都度差し迫った損害の程度が役割を果たすことはできない。「従って、ある行為は、その行為が意欲するのと同じくらいになお共同体にとって侵害的であり、腐敗的であり、よりわずかな動因が同じ行為に掻きたてる場合には、ある行為は、この刺激を提起するために必要である以上に厳しく処罰され得ない。ある臆病な人間が、子供じみた戯れの気分で君主の人格を攻撃する傾向があり、彼が杖で数回殴るという威嚇を通じてより確実に防がれ得るならば、何故恐ろしい生命刑で脅されなければならないのであろうか？ けれども、ハエと戦うのにすすんで象を使う者はいない！ 反対に、暴力的な傾向がある者を軽い犯罪の遂行へと駆り立てる場合には、厳しい害悪を通じてのみ違法な欲求が沈静化されうる場合に、損害の軽微さを考慮することに何の意味があろうか。例えば、ある者が他人の服を引っ張る強烈な傾向を有する場合、我々はあなたの主観的状态を考慮しなければいけないが、損害が僅かであるからといって、我々はあなたに、あなたの傾向を上回り得ない害悪を加えましようと言っても全く意味はないであら

343) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 52 を参照。

344) 同様に、*Freund*, AT, § 1 Rn. 6 Fn. 9; *Köhler*, AT, S. 38; *ders.*, Zusammenhang, S. 28; *ders.*, Begriff, S. 6, 13, 53, 72 ff.; *Bielefeldt*, GA 1990, 116; *Gössel*, Bedeutung, S. 247; *ders.*, FS Pfeiffer, S. 21; *Hill*, JRE 5 (1997), 308 f.; *Hoerster*, GA 1970, 276; *Morselli*, ARSP 87 (2001), 227 f.; *Spendel*, FS Rittler, S. 50; *Streng*, Kommentar, S. 129.

345) そのように主張する *Thibaut* (Beyträge, S. 76 f.) は、そこからフォイエルバッハの構想が維持できないという結論を導いた。——同様の立場として、古い文献からは、*Allfeld*, Lehrbuch, S. 8。——今日の文献では、*MK-Joecks*, Einl. Rn. 67; *Frister*, AT, § 2 Rn. 13; *Jakobs*, AT, 1/29 f.; *ders.*, Strafrecht, S. 31; *Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 66; *Hauschild*, Generalprävention, S. 39; *Mushoff*, Strafe, S. 118 f.; *Lesch*, JA 1994, S. 517; *Mairwald*, Vorstellung, S. 149; *Maultzsch*, Bemerkungen, S. 95; *Momsen/Rackow*, JA 2004, 337。——批判するものとして、*Greco* (Lebendiges, S. 392) は、一般予防は、マクロレベルで作用すべきであり、そもそも個別の行為者に集中すべきものではなく、むしろ、共同体へ

う³⁴⁵⁾。同様に、フォイエルバッハの以下の様な想定は一貫している。つまり「悪い教育」³⁴⁶⁾ならびに「より高次の精神力の生まれつきの弱さと鈍さ」³⁴⁷⁾は可罰性を高める、というものである——というのも、その種の欠損は、「感覺的欲望の実行性と支配を必然的に」³⁴⁸⁾支える、つまり、そのような欲望にとらわれている人間の危険性を高め³⁴⁹⁾、従って、特に強い強制的措置がその中和のために必要となるとするからである³⁵⁰⁾。

↘的法益保護のための一連の刑罰威嚇の帰結を考慮すべきであるとしている。けれども、このことは、仮想的対立 (Schein-Gegensatz) である。すなわち、グレコによって期待されるマクロレベルでの作用は、多くの個別の行為者への影響を通じてのみ獲得され得るのである。ただし、真摯な形で、上記で展開された帰結を実際にも導き出す用意のある者は誰もいないであろう。なぜなら、その帰結は、両方の所為の不法形態にはどんな形にせよふさわしくないであろうからである。(このことは威嚇論者自身にも妥当する。刑罰を予期される予防作用にのみ依拠させるという提言は、ヘルスターによれば、「市民全てが自明なものとして国家的刑罰と結びつける、かの正義の表象と正反対の対極」にある [Hoerster, Strafe, S. 101]。けれども、果たしていつから、民衆の正義の価値確信に基づくことが消極的一般予防の論証レパートリーに属することになるのか?) しかし、消極的一般予防論が犯罪の帰属や量刑の基準として適していないことが、一度承認されたなら、一貫して、消極的一般予防論は、有用な刑罰威嚇論としても承認されないのである。——記述された弱点は、H. L. A. ハートを援用して、確かに刑罰制度を威嚇思想への立ち返りの下で正当化するものの、しかし具体的な処罰活動 (*konkrete Strafakte*) を応報の基準に基づいて正当化する、ということを通じても除かれ得ない (Hart, Recht, S. 66; 同様のことを主張するものとして, *Burkhardt*, GA 1976, 341; *Hörnle*, 2. FS Roxin, S. 20; *Hoerster* aaO, S. 99 ff.; *Koller*, ZStW 91 [1979], 46 f.; *Kuhlen*, Anmerkungen, S. 59; *Vanberg*, Verbrechen, S. 8 f.; 結論的には同じものとして, *Patzig*, Ethik, S. 29 f. ならびに, [この構想の基礎にある体系的断絶を自ら強調しているにもかかわらず] *Weigend*, Sanktionen, S. 200 f.)。具体的な処罰の事象は、刑罰それ自体が正当な制度であるが故に、そしてその限りで受忍されなければならない。制度の個別の適用する活動の正当性は、その限りではいわば隠匿された正当性である。その正当性は、全体としての制度を担っている正当化から導かれる。威嚇的刑罰が個々の事例で——つまり制度がその現実の作用をもたらすところで——正当化され得ないならば、この事情は、全体としての制度と異なったものとして理解されなければならないことを示すのである。

346) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 417.

347) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 421.

348) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 421.

349) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 335 を参照。

350) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 333 ff.

我々が「躰けられるべき子供が小さければ小さいほど、躰のためのムチはより大きな効果がある」³⁵¹⁾、ということへと帰着するそのような見解は、刑罰が「犯行の重さや行為者の責任と適正な関係になれば (ならない)」という尊重すべき原則からの決別を意味するに他ならない³⁵²⁾。

ここでフォイエルバッハに反対するのは、主として、彼自身の体系の価値論である³⁵³⁾。フォイエルバッハは、『レヴィジオーン』の冒頭では、刑罰と保安処分の区別を強調して述べているが³⁵⁴⁾、同書の帰結では、刑罰は危険な個人に対して単なる「保安の手段」³⁵⁵⁾へと墮するという見解に至っている。この見解は、厳しいがしかし的確なクラインの言葉によれば、「適切には、動物への懲罰の体系あるいはテロリスト的体系と呼びうる」³⁵⁶⁾立場である。フォイエルバッハの刑罰論上の構想は、その限りでは、自らに対して次のような判定を下すのである。すなわち、確かに、刑罰の威嚇効果は、あらゆる刑罰賦課の「解消し得ない付随現象」であり³⁵⁷⁾、それ自体また望ましいものであるというものである。それに対して、刑罰の正当化根拠としては、威嚇思想は適さないのである。

Ⅲ. 特別予防

ボッケルマンによれば、「自分勝手に振舞う者に将来の良き態度を強制できる国家の権利」は、「市民社会がまだその善き良心を失っていなかった時期」にとって「……疑い得ない」ものであった³⁵⁸⁾。それに対して、1960年代および70年代初頭の改革の陶酔

351) *Klein*, ACrim 4 (1802), 46.

352) BVerfGE 50, 502 (214 f.). — 「グロテスクな帰結 (grotesken Folgen)」について正当にも語るものとして、*Mushoff*, Strafe, S. 117; 拒絶するものとしてはまた、*Greco*, Lebendiges, S. 391; *Hardwig*, Zurechnung, S. 49; *Maiwald*, Vorstellung, S. 147 ff.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 57 f.

353) *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 64.

354) *Feuerbach*, Revision, Bd. I, S. 19 ff.; 既に *ders.*, Anti-Hobbes, S. 208 も同様である。

355) *Feuerbach*, Revision, Bd. II, S. 332.

356) *Klein*, ACrim 2 (1800), 60. — 類似の見解として、*Bleckmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 67 (「テロのメカニズム」); *Maurach*, FS Eb. Schmidt, S. 307 (「人間軽視の強要 (Diktat der Menschenverachtung)」); *Maiwald*, Vorstellung, S. 153 f.

357) *R. Schmidt*, Strafrechtsreform, S. 52.

358) *Bockelmann*, ZStW 81 (1969), 611.

の中で、優位に立ったのは、フーコーとともに「処罰に対する恥」と記述されうる立場であった³⁵⁹⁾。それ故、特別予防という考え方は、しばしば再社会化の観点へと短絡的に結びつけられる³⁶⁰⁾。特別予防は、上述の準医学的な外観を獲得し³⁶¹⁾、個々の法違反者を援助し、彼の社会的欠陥を治療することだけが、あるいは少なくとも重要であるように思われていた。しかしながら、行刑における「処遇 (Behandlung)」は、病院における治療 (Behandlung) とはまったく異なるものである³⁶²⁾。個人が自らの病気を治療させるかどうかは、原則的に彼の自由な決定の下にある。それ故、強制的な処遇は、公共の利益を引き合いに出してのみ命令され得る。こうした公共の利益は、先の消極的一般予防同様に特別予防においても、社会の安全水準の改善にある。消極的に言えば、つまり将来予期され得る犯罪負荷の減少にある³⁶³⁾。もっとも、この同一のままである目的は、ここでは、第三者への影響によってではなくて、犯罪者自身への作用によって達成されるべきことになる。

それ故、リストの「マールブルク綱領」では、再社会化（「改善可能で改善の必要な犯罪者の改善」）と並んで、犯罪との闘争についての二つの更なる戦略、すなわち、「改善の必要のない犯罪者の威嚇」、および特に「改善不可能な犯罪者の無害化」が同列に

359) Foucault, Überwachen, S. 17. を参照。——詳細は, Hassemer, Strafrecht, S. 91 ff.

360) これについては, P.-A. Albrecht, ZStW 97 (1985), 845; Stübinger, Strafrecht, S. 162.

361) Hassemer, Strafrecht, S. 94; ders., Selbstverständnis, S. 66 f. ——18世紀および19世紀の刑事政策的思想におけるこの表象の複合体の先駆者に関して情報を示すものとして, Stratenwerth, FS Bockelmann, S. 908 f.

362) Hassemer, Strafrechtswissenschaft, S. 290; von Hirsch, ZStW 94 (1982), 1077; Hörnle, Strafbegründungstheorien, S. 15; Kliemt/Kliemt, Analyse & Kritik 1981, 172.

363) もっとも、フォイエルバッハの場合、安全への関心は、カント的に形成された刑罰目的論へと統合されている。この刑罰目的論によれば、国家の目的は「市民全ての相互的自由」である——つまり、「市民全てが自らの諸権利を完全に行使し得て、侵害から守られている状態」である (Feuerbach, Revision, Bd. I, S. 39)。リストおよび彼に従う論者の場合、時の経過の変遷に応じて、比較可能な国家論上の新たな装いが欠けている (Ehret, Liszt, S. 98 ff.; Naucke, ZStW 94 [1982], 536 ff.; ders., FS Hassemer, S. 564 ff.)。けれども、威嚇思想は、その道具的性格に基づいて、問題なく、フォイエルバッハの自由主義的モデルとはまったく異なる国家機関 (Staatswesen) をも有用なものとして利用し得る。国家社会主義的刑法においては、「民族にとって有害なもの」の除外の思想と並んで) 威嚇の契機が同様に根本的な役割を果たしていた (詳細は, Kasseckert, Strafrecht, S. 109, 164 f., 197 f.)。

置かれている³⁶⁴⁾。これは、リストにおける改善可能な者に社会的再統合のチャンスを与える「弱々しい人道主義的感傷 (schwächliche Humanitätsduselei)」などではなく、「犯罪対策の手段を行為者の犯罪的特性へと冷静に適応させること」によって最大限効果的な利益の保護を保障するという願望であった³⁶⁵⁾。それに応じて、リストにとって犯罪者は、同胞というより攪乱要因 (Störfaktor) である³⁶⁶⁾。従って、リストの思考の前面に押し出されていたのは、目的のない害悪賦課への批判よりもむしろ、目的からして正当とはいえ、それ故非効率的な犯罪対策への批判であった³⁶⁷⁾。リストが社会と犯罪者の間の平和協定をもはや達成不能なものと考えていたところでは、つまり、いわゆる「改善不能な者」の場合には、彼は「明らかに感傷的ではない」³⁶⁸⁾のであり、むしろ、大いなる非情さを示すことになった。すなわち、「改善不可能な者に対して、社会が自らを守らなければならない、そこで我々が首をはねたり吊したりすることを欲せず、そして追放することもできないのであるから、終身 (あるいは不定期の) 拘禁しか残されていない」³⁶⁹⁾。

364) *Liszt*, ZStW 3 (1883), 36.

365) *Eb. Schmidt*, ZStW 67 (1955), 181. —偶然などではなく、リストの思想のこのような経緯は、以下に挙げる1933年に公刊された二つの論考において、特に強調されていた。すなわち、*v. Wedel*, SchwZStr 47 (1933), 339 ならびに *Schwarzschild* (*v. Liszt*, S. 30) は、「この社会的思想は、自らを刑法思想と今日からは結びつけられる」と明確に付言していた。さらに、*Georgakis*, Studien, S. 40 f., 56 (1940年に公刊された論考) を参照されたい。もっとも、リストは国家社会主義的行為者類型学とは異なり、生物学的に基礎づけられ、永続的な個別の犯罪行為者の在りよう (So-Sein) を受け入れてはいなかった。むしろ、犯罪行為の発生にとって答責的なのは、リストの視点においては、第一義的に環境の諸条件 (Umweltbedingungen) であった (*Liszt*, Abhandlungen, Bd. 2, S. 1 ff., 230 ff. を参照)。けれども、リストの先ほど言及した目的志向と、「改善不可能な者」の厳格な除外および権利保護を受けない地位でもって、リストの刑事政策的プログラムは、国家社会主義的刑法との見通しの効かない連結線を示唆しているのである (詳細は、*Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 158 ff.; *Muñoz Conde*, FS Hassemmer, S. 556 ff.; *Streng*, MSchrKrim 76 [1993], 161).

366) *Jakobs*, Strafrecht, S. 123.

367) *Vormbaum*, ZStW 107 (1995), 736. —*Ehret*, *Liszt*, S. 207 ff.; *Kubink*, Strafen, S. 101; *Frisch*, ZStW 94 (1982), 576 も明確にしている。

368) *Georgakis*, Studien, S. 41.

369) *Liszt*, ZStW 3 (1883), 38. —リストが犯罪行為者、特に累犯行為者にかから

この「特別予防の醜悪な側面」³⁷⁰⁾は、再社会化は、特別予防論の枠内においては自己目的を表すのではなく³⁷¹⁾、単に社会政策上有用な戦略を投影したものを形成するに過ぎない、ということを想起させる³⁷²⁾。ただし以上のことから、刑罰論の基礎としての特別予防思想の有用性に関しては、まだ決定されるわけではない。その限りで、特別予防的思考から推奨される、逸脱の扱い方の方法は、なおも刑罰を特徴づける性質を示していなければならない、ということが必要条件である。もしそうでないならば、特別予防論は刑罰論というタイトルを名乗る資格を有さないであろう³⁷³⁾。そこからつまり、特別予防論は、実際に執行される「刑罰」制度の正当性を根拠づけるのではなくて、むしろ、他の種類の法制度（「社会的介入法」³⁷⁴⁾）を通じて刑罰を代替（*Ersetzung*）するという用語的連続性があるという外観の下で擁護をしているのである。しかし、この「言葉の密輸」³⁷⁵⁾は、ライブニッツによる乱暴だが適切な注釈によれば、愚かさあるいは悪意および厚顔無恥によってもたらされてしまうものである³⁷⁶⁾。

冒頭で述べたように、刑罰の概念を形成する要素に属するのは、刑罰の反動的・否認的性質である。すなわち、刑罰は不法な行為に対応し、その行為の遂行を被処罰者に対して非難しつつ咎めるのである（*tadelnd vorhält*）³⁷⁷⁾。つまり、刑罰は、この実態を刑法解釈学上よく用いられ、今日のドイツ法体系において、それを超えて憲法上確立された用語で表現するために、行為原理ならびに責任原理と結びつけられている³⁷⁸⁾。逸脱

↘しめていた特徴の印象深い一覧は、*Ehret, Liszt, S. 208* において示されている。

370) そのように述べるのは、*M. Walter, FS Oehler, S. 695*。

371) リストの「社会的冷徹さへの気力（*Mut zur sozialen Kälte*）」を鼓舞しない者は、「治療不可能な」犯罪者の処置への問いに直面して、「再社会化理論の射程の欠如を認め」なければならない（適切にもそのように主張するものとして、*Stübinger, Strafrecht, S. 163*）。

372) *Naucke (ZStW 94 [1982], 536* および *Ehret (Liszt, S. 130 ff.)* は、刑法の政治化において、社会を組織化した国家の手中にある手段としての刑法の自由な利用（*Verfügbarmachung*）をまさにリスト理論の目標と理解している。

373) これはまさに、特別予防論を刑罰という言葉の「誤った使用」として非難する、メルケルの見解である（*Merkel, Lehre, S. 214*）。——近年の文献からは、*Duttge, Brücke, S. 57; Neumann, Anfragen, S. 166*。

374) 例えば、*Lüderssen, Abschaffen, S. 172* を参照。

375) *Nagler, Strafe, S. 6*。

376) *Leibniz, Schriften, S. 225*。

377) 同上。

378) 責任原理の憲法上の地位については、*BVerfGE 6, 389, 439; 9, 167, 169; 20, 7*

した態度の扱いに関する法制度は、その許容性がこの両原理の考慮に依拠しているわけではない場合には、もはや我々に良く知られた意味における刑罰としては表され得ない。既に、リスト風の特別予防は、首尾一貫して徹底されれば、責任原理も行為原理も放棄する傾向にある、ということが指摘されている。犯罪者の将来の危険性は、過去の行為の中に顕現された社会的攪乱の重大性には依拠せず³⁷⁹⁾、とりわけ、この犯行が有責的に行われたか否かにも依拠していないのである³⁸⁰⁾。重大な犯罪を犯したが、再犯の危険はない行為者については、特別予防的処遇の利益は存在しないが、それに対して、軽微な犯罪を犯した「改善不可能な」者は、継続的な無害化を考慮に入れなければならない³⁸¹⁾。加えて、犯罪を特に十分に防止するためには、犯行の遂行を待つてようやく対処するのではなく、むしろ、危険な個人に既にその前段階で適切な処分を受けさせることが推奨される³⁸²⁾。

323, 331; 25, 269, 286; 28, 386, 391; 50, 205, 214 f.; 86, 288, 313; 91, 1, 17; 95, 96, 140; 109, 133, 173 ff.; 123, 267, 413 を参照。——個別の点におけるこの原理の憲法上の結びつきに関しては、*H. A. Wolff*, AöR 124 (1999), 55 ff.

379) 同時代の文献からは、*Beling*, Unschuld, S. 2; *Dahm*, Recht, S. 425; *Georgakis*, Studien, S. 53。——今日の文献からは、*Jakobs*, AT, 1/43 ff.; *Frister*, AT, § 2 Rn. 15; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 5 Rdn. 5; *Frehsee*, Schadenswiedergutmachung, S. 72; *Koch*, Binding, S. 137; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 157; *ders.*, JA 1994, 593; *Neubacher*, Jura 2000, 517.

380) これについても、既にリストの同時代の論者によって認識され、強調されていた。*Merkel*, Abhandlungen, S. 706 f.; *Liepmann*, Einleitung, S. 205 だけを参照。——近年の文献からは、*Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 271; *Lesch*, JA 1994, 594; *Neubacher*, Jura 2000, 517.

381) 同時代の文献からは、*Birkmeyer*, GS 67 (1906), 414。——今日の学説からは、*Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3 Rn. 45 f.; *Frister*, AT, § 2 Rn. 15; *Jakobs*, AT, 1/45; *Jescheck/Weigend*, AT, § 8 IV 5 (S. 75); *Köhler*, AT, S. 41; *Murmann*, Grundkurs, § 8 Rn. 33; *Rengier*, AT, § 3 Rn. 20; *Roxin*, AT 1, § 3 Rn. 16, 19; *Schmidhäuser*, AT, 3/17; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 1 Rn. 19; *Mushoff*, Strafe, S. 147, 155; *Duttge*, Brücke, S. 55; *Hassemer*, Selbstverständnis, S. 65; *Lenckner*, Strafe, S. 16; *Lesch*, JA 1994, 593 f.; *Maiwald*, Entwicklungen, S. 295; *Momsen/Rackow*, JA 2004, 338; *de Sousa*, FS Hassemer, S. 316.

382) より古い文献からは、*Beling*, Unschuld, S. 2; *Birkmeyer*, ZStW 16 (1896), 117; *ders.*, GS 67 (1906), 415; *Liepmann*, Einleitung, S. 205; *Merkel*, Abhandlungen, S. 706 f.; *R. Schmidt*, Aufgaben, S. 139。——近年の見解としては、*Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3 Rdn. 46; *Jescheck/Weigend*, AT, § 8 IV 5 (S. 75); ↗

リストはこの危険を十分に理解していたが、しかし、このような異論を退けることは明らかに困難であった³⁸³⁾。リストは明白に、「ひょっとしたら、我々の見解の帰結では、心情のみを考慮することになってしまい、やはりホームドクターも苦痛が発生するまで待たず、それを防止しようと努めるのと同じように、犯行までも待たないということになるかもしれない³⁸⁴⁾」ということを容認している。リストは、この結論は決して馬鹿げたものではないにせよ³⁸⁵⁾、それでもやはり導かれるべきではないということ、個々の市民の自由の保障に関する利益で基礎づけたのであり、この利益は国家刑罰権の明確な限界づけを要求することになる³⁸⁶⁾。リスト自身は、こうした指摘を詳細には具体化しなかった。しかし、結論においては、厳密に特別予防的にのみ構想された刑法は、個々の市民の行動の自由をもはやほとんど予測不可能な方法で脅かすであろう、というのが適切である³⁸⁷⁾。そうであるなら、例えば、ある者が予防的な取り扱いが必要とされるほどに危険であるか否かに関する決定は、非常に不備のある事実に基づいて下されなければならないか（そして、それに応じて十分に将来を見通せず過ちを起しやすいため³⁸⁸⁾）、あるいはしかし、非常に徹底的な市民の監視と調査を要求するか（そしてこの理由から市民の自由は徐々に損なわれる）のどちらかである。したがって、法を通じた保安への要求と並んで、法からの保安への要求をもつ個人にとっては、特別予防に適合された刑法は、最初から、せいぜいこの刑法が国家のリアクションを作動させる契機として有責的な犯行を要求している場合にのみ、受け入れられるものである。もっとも、このことは、処罰要件法 (*Strafvoraussetzungsrecht*) と刑罰量定法 (*Strafbemessungsrecht*) の異なった構造へと至る。つまり、前者が行為原理、後者が行

↘ *Maurach/Zipf*, AT 1, § 5 Rdn. 5; *Roxin*, AT 1, § 3 Rn. 16; *Hoerster*, Strafe, S. 55 f.; *Jakobs*, Strafrecht, S. 120; *Kühl*, Bedeutung, S. 29; *Lesch*, JA 1994, 594.

383) *Frisch*, ZStW 94 (1982), 584 や *Koch*, Binding, S. 138 f. による評価もこのようなものである——同じことが、(著者のメルレによればカントやヘーゲルに還元されるという)メルレの特別予防論に妥当する (*Merle*, Strafen, S. 12 f., 48 ff., 59 ff.; これについての詳細は、*Pawlik*, ZStW 120 [2008], 131 ff.)。

384) *Liszt*, Aufsätze, Bd. II, S. 16.

385) *Liszt*, Aufsätze, Bd. II, S. 59 を参照。

386) *Liszt*, Aufsätze, Bd. II, S. 60, 80 f. ——リストの弟子の *Heinemann*, ZStW 13 (1883), 416 f. も極めて明確にそう主張する。

387) 既に、*Birkmeyer*, ZStW 16 (1896), 116 ff. や *R. Schmidt*, Aufgaben, S. 139 ff. がこのことを強調していた——*Frisch*, ZStW 94 (1982), 585 f. も同様である。

388) *M. Walter* (FS Oehler, S. 699) は、主にこのことを考慮している。

為者志向である³⁸⁹⁾。複合体の価値論は、他方の価値論の評価を下げる。説得的な刑罰論は、このように矛盾する二つの要素から構成され得ないのである。

IV. 積極的一般予防

消極的一般予防は、社会の構成員に対し、各々の個人的利益の合理的主張者としてのその特性上、自己の規律が優先に値すること (Vorzugswürdigkeit) を納得させることができる、という基盤の上に立っている。この基礎づけモデルは、社会の構成員が規範に服する者としてのその役割において、法をその内在的な当為的性格を有するものとして承認する、ということが必要とするものではない³⁹⁰⁾。社会の構成員が規範とその適用に照らし、法違反は恐らくのところ割に合わない、という情報を得ることで十分なのである。しかしながら、一つのこのような純粹道具的な、市民とその法秩序との関係は、極めて不安定なものである。というのも、あらゆる法的義務の履行が、ここでは義務を

389) 周知のように、リストはまさにこの様な方法をとった。リストは、可罰性の前提条件を、まさに古典学派がそれを主張したように、自由主義的・法治国家的諸原理によって規定しようとした。もっとも、それによれば、制裁はもっぱら社会的要求によってのみ規定されることになる (それを証左するものとして、Liszt, Aufsätze, Bd. II, S. 71)。しかしながら、リスト体系の内在論理によれば、刑法の法治国家的限界づけ (Einhegung) は、常に防御に留まっている、そのような限界づけは、Neumann (Strafrechtsverständnis, S. 64) が強調するように、「治療的刑法にとっては外面的なものであり、その視点からは、最大限可能な効率性への道程における残念な障害なのである」。それ故、そのような限界づけは、恒常的な「法的に自由な領域を求める刑事政策の圧力」(aaO) の下にある。——この意味では既に、Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 156; Birkmeyer, GS 67 (1906), 415 によって示されていた。——今日の文献からは、Kaenel, Konzeption, S. 73 f.; Ehret, Liszt, S. 184 f.; Kubink, Strafen, S. 295; Muñoz Conde, FS Hassemmer, S. 544; Naucke, ZStW 94 (1982), 541, 544 ff.; ders., KritV 1993, 159; Roxin, ZStW 81 (1969), 640 f.; Vormbaum, ZStW 107 (1995), 736。——行刑の領域では、このような正当化は実務上ももはや役割を果たしていない。Georgakis (Studien, S. 57) は、リストが彼以外の刑法における特別予防的方向づけの主張者の多くとは反対に、「受刑者の人格性の何らかの保障の意味での行刑における受刑者の法的地位を憲法的自由主義的諸原理によって保障することを、完全に拒んでいた」ということを指摘している。量刑および行刑における法秩序にとっての証明された敵の法的安全への要求全ては、リストにおいては、僅かな疑いすらなく、社会的安全への要求に優先するものではない」(aaO)。

390) Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, S. 92.

有する者にとってのその個人的有益性という留保の下にあるからである³⁹¹⁾。すなわち、スピノザの言葉によれば、「臣民が恐怖によって萎縮していることを理由に、武器を手にしなない共同体とは」、「平和な状態にあるというよりは、戦争の状態にはないだけであると言」い得るのである³⁹²⁾。「国家の魂」である諸法律は、「それらが理性と、人間にとって共通の情動性の中に（同時に）その支柱を有しない場合には」無傷のままではいられないことになるであろう³⁹³⁾。したがって、臣民らの心を支配する者が、最大の支配を行うのである³⁹⁴⁾。それによれば、追求するに値するのは、市民が、賢さに基づいた個別的な諸決定に基づくのではなく、習慣的な、市民のその他の価値体系において情動的な形で根づいている性向（Disposition）に基づいて振る舞う場合である³⁹⁵⁾。今日の社会哲学³⁹⁶⁾、法社会学³⁹⁷⁾、そして刑事政策³⁹⁸⁾においても、法についての非道具的なファクターの意義が強調されている。「義務の基礎づけ、刑罰威嚇、報酬の約束によってのみ、国家がその存在を存続させることができるわけではない」³⁹⁹⁾。むしろ、法の社会的妥当は、少なからぬ範囲で「それ自体としては強制することのできない、法の（倫理的・道徳的）拘束性の承認」に依存しているのである⁴⁰⁰⁾。

積極的一般予防論は、この思考を刑法の領域に関して実り豊かなものにした⁴⁰¹⁾。そ

391) Winkler, Freiheit, S. 231; Baurmann, GA 1994, 371; ders., Normativität, S. 165; Köhler, FS Hirsch, S. 66. — 適切なものとして, Bumke, Ausgestaltung, S. 25 は, 「有用性は良き理由を形づくるが, 協同 (Kooperation) にとっての十分に安定的な基礎とはならない」と述べる。

392) Spinoza, Politischer Traktat, S. 65.

393) Spinoza, Politischer Traktat, S. 217.

394) Spinoza, Theologisch-politischer Traktat, S. 250.

395) Baurmann, GA 1994, 374.

396) Birnbacher, Tun, S. 307; Hildebrand, Rationalisierung, S. 105 ff., 134 ff.; Kersting, Macht, S. 213; Kräfft, Apriorität, S. 102; Mieth, Sozialethik, S. 74; Pawlowski, Bedeutung, S. 6 f.; Postema, Conformity, S. 56 ff.

397) Baurmann, Thesen, S. 411 f.; ders., FS Luderksen, S. 17, 29.

398) Zipf, Kriminalpolitik, S. 40.

399) Oetker, ZStW 17 (1897), 507.

400) Böckenförde, Staat, S. 251 f. —さらなる詳細は上述。

401) より古い文献からは, Allfeld, Lehrbuch, S. 10 ff.; H. Mayer, Strafrecht, S. 26 ff., 195 f.; ders., AT, S. 23 ff.; ders., DStR 1938, 106; Dahm, Recht, S. 418; v. Gemmingen, Rechtswidrigkeit, S. 39 ff.; Nowakowski, FS Rittler, S. 85 ff.; Noll, FS H. Mayer, S. 223 ff.; Grünwald, ZStW 80 (1968), 92 ff. —近年の議論に

れによれば、刑罰は——リヒャルト・シュミットの言葉を借りると——「良きことへの規律」⁴⁰²⁾として、「犯罪と国家の間の紛争に際して国家の側に立ち、犯された当罰的な不法を否認する者の法感情および国家感情を強化」すべきことになる⁴⁰³⁾。刑罰は、この理解によれば、「一つの強化手段に過ぎない。前面に立つのは、規範自体の説得力である」⁴⁰⁴⁾。もっとも、このことは、国家の「権力行使」が行為および行為につき予期され得る結果に関する市民の考えと一致していることを前提としている⁴⁰⁵⁾。ある刑罰は、社会的統合を促進する効果を発揮し得るためには、社会的に正当なものとして承認されていなければならない⁴⁰⁶⁾。そうでなければ、——消極的一般予防の場合とまったく同じ様に、

↘おけるこの立場の主張者としては、HK-GS-Rössner, Vorbem. zu § 1 Rn. 7 ff., 22; MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 68 f., 91; ders., AT, § 1 Rn. 10; ders., Erfolgsdelikt, S. 105 ff.; ders., Legitimationsfunktion, S. 48 f.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 3 Rn. 30 ff., 65; Frister, AT, § 2 Rn. 26 f.; Hassemer, Einführung, S. 324 ff.; ders., Strafe, S. 96 ff.; ders., Strafziele, S. 64 f.; ders., JuS 1987, 264 f.; ders., Variationen, S. 34 ff.; ders., Strafrecht, S. 109 ff.; ders., Selbstverständnis, S. 12, 78 ff.; Jakobs, AT, 1/14 ff.; ders., Schuld, S. 31 ff.; Achenbach, Zurechnung, S. 142 ff.; Bleckmann, Strafrechtsdogmatik, S. 82, 124 ff.; Derksen, Handeln, S. 175 ff.; Ebert, Vergeltungsprinzip, S. 46 f., 52 f.; Gärditz, Staat 49 (2010), 357 f.; Haffke, Tiefenpsychologie, S. 62 ff., 79 ff., 162 ff.; Krümpelmann, GA 1983, 343 f.; Maiwald, Entwicklungen, S. 303; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 922 f.; Moos, FS Pallin, S. 300 ff.; Müssig, Schutz, S. 140 ff.; H.-J. Otto, Generalprävention, S. 264 ff., 276 ff.; Reemtsma, Recht, S. 20 ff.; Rethmann, Rechtstheorie 31 (2000), 133 ff.; Sternberg-Lieben, Schranken, S. 557 ff.; Streng, ZStW 92 (1980), 648 ff.; ders., ZStW 101 (1989), 287 ff.; Vogler, ZStW 90 (1978), 142 ff.

402) R. Schmidt, Aufgaben, S. 25.

403) R. Schmidt, Aufgaben, S. 52.

404) Krümpelmann, GA 1983, 343.

405) R. Schmidt, Aufgaben, S. 62; Merkel, Abhandlungen, S. 721; dens., Lehre, S. 231 f.; Oetker, ZStW 17 (1897), 537 ff. も参照。——現在の文献からは, T. Walter, ZIS 2011, 636, 646. ——18世紀末期の文献からは, Klein, ACrim 2 (1800), 64 f., 91; 簡明的確なものとして, さらに, Thibaut (Beyträge, S. 101) は, 「歴史は我々に, 例外的に個別の場合に民衆が望んだものよりもさらに進むことが領主にとって成功し得る, ということをよく示してきた。しかし, 歴史はさらに我々に, 刑罰制度 (Criminalverfassung) がそもそも民衆の性格に矛盾し得るという, そして, この方法である, 10年だけ鞭も用いることが可能となるという例を提供した」と述べている。

406) それ故, Streng (Zweckstrafrecht, S. 231) は, この文脈で「民主主義的刑法」

しかし今や、犯罪傾向のある市民にもはや限られず、一般的態度（Haltung）として——洞察に満ちた習練の代わりに恐怖が登場することになる。法への信頼の創出は、純粹に外面的なものに留まる適応行為（Anpassungsleistung）に縮減され、そして、一般の人々の法意識は、鎮静化するのではなく、むしろ継続的な苛立ちにさらされてしまうであろう。

積極的一般予防論が、一般的な法社会学的命題を刑法の理解にとって有益なものにするという要求で満足する限りでは、つまり、積極的一般予防論が、体系外在的視点から社会における刑法とその制裁の機能を説明するような一つの刑法理論（*Strafrechtstheorie*）として自らを理解する限りでは⁴⁰⁷⁾——その限りでは、この構想に

「モデル」を述べている。もっとも、この言及された定理は、19世紀の民主主義以前の刑法学において既に著名なものであった（詳細は、*Greco, Lebendiges*, S. 235 ff. および *Stübinger, Strafrecht*, S. 306 f.）。第三帝国の末期（1944年）でさえ、相当数の頁をさいて主張されていた（*Dahm, FS Kohlrausch*, S. 15）。——戦後の議論にとって重要である文献としては、*Eb. Schmidt, ZStW* 67 (1955), 187; *Nowakowski, FS Rittler*, S. 65 f., 85 ff.; *Gallas, Gründe*, S. 4; *Noll, Begründung*, S. 22; *ders., FS H. Mayer*, S. 223; *Lackner, JZ* 1967, 515 f.; *Jescheck, ZStW* 80 (1968), 59; *Horstkotte, JZ* 1970, 125。——現代的な主張者としては、*HK-GS-Rössner, Vorbem. zu § 1 Rn. 9 f.*, 22; *MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Rn. 69, 87; ders., Erfolgsdelikt*, S. 107 f.; *S/S-Stree/Kinzig, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 3; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 3 Rn. 65; Jescheck/Weigend, AT, § 8 II 4 (S. 69), IV 5 (S. 75), V 1 (S. 76); Schmidhäuser, AT, 3/19; Achenbach, Zurechnung*, S. 143 ff.; *Baurmann, GA* 1994, 379 ff.; *Bockelmann, FS R. Lange*, S. 5 f.; *Dölling, ZStW* 102 (1990), 15 f.; *Hart-Hönig, Strafzumessung*, S. 98 ff.; *Henkel, Strafe*, S. 40; *Kalous, Generalprävention*, S. 249 ff.; *Kargl, ARSP* 82 (1996), 507; *Kindhäuser, GA* 1989, 503 ff.; *Küpper, Straftheorie*, S. 211; *Kunz, ZStW* 98 (1986), 831 f.; *Lenckner, Strafe*, S. 23 f.; *Maiwald, GA* 1983, 54 f.; *ders., Entwicklungen*, S. 303; *Miehe, Ende*, S. 252; *Moos, FS Pallin*, S. 305; *Morselli, ARSP* 87 (2001), 230; *Müller-Dietz, FS Jescheck*, S. 824 ff.; *Neumann, Zurechnung*, S. 21 f., 270 ff.; *ders., ZStW* 99 (1987), 589 ff.; *ders., Strafrechtsverständnis*, S. 67 f.; *ders., Kritik*, S. 148 ff.; *ders., Deutung*, S. 400 ff.; *H.-J. Otto, Generalprävention*, S. 270 f., 276, 284 f.; *Roxin, FS Müller-Dietz*, S. 709; *Sternberg-Lieben, Schranken*, S. 558 f.; *Streng, ZStW* 92 (1980), 663; *ders., ZStW* 101 (1989), 292 ff., 332; *ders., Sanktionen*, S. 12; *ders., JRE* 13 (2005), S. 710 ff.; *Tomforde, Zulässigkeit*, S. 88。
407) 積極的一般予防をこのように理解する例としては、ヤコブスの機能主義がある（それについての概要は、*Jakobs, ZStW* 107 (1995), S. 843 ff.; この構想の記述的な構図については、S. 867）。これについての詳細は、*Verf., Verhalten*, S. 62 ff.; *Kalous, Generalprävention*, S. 108 f.; *Neumann/Schroth, Theorien*, S. 34; ↗

対して原則的には何も異議を唱えられない⁴⁰⁸⁾。ところが、積極的一般予防論が、本来的な刑罰論 (*Straftheorie*) として主張されるやいなや、つまり、何故そもそも刑罰の存在が許されるのか、という問いへの答えを提供するという要求が積極的一般予防論に帰せられるやいなや、その状況ははるかに問題をはらんだものとなる。

今述べた法社会学的・外在的観点は、当該観察者によって確認された社会的価値確信に対して距離を置くというその者の態度と、必然的に結びついている。つまり、観察をする者は、是認することはない。しかし、本来の意味で刑罰論として理解される、つまり法適用者の内在的視座に関連づけられた、積極的一般予防論のヴァリエーションは、——いづれにせよ一見すると——法適用者に、刑罰の意味に関する住民の表象と自らを一致させることを無理に要求はしていない。むしろ、法適用者は、この表象が実在するというを(そして起こり得る変遷を)社会的事実 (*soziale Tatsachen*) として確認することに自らを制限しようように思われる⁴⁰⁹⁾。社会的事実が尊重に値するのは、その内容的正しさの故にではなく、むしろ、社会の構成員の法意識の確証 (*Bestätigung*) が当該社会の内的安定化 (*Festigung*) に繋がると考えられることだけがその理由である。

しかしながら、このように距離をとることは、刑罰論に特有の正当化問題という視角の下で、現実に維持され得るのだろうか⁴¹⁰⁾。民衆が、当該刑法理論家が彼の見地からは「誤りである」と評価しなければならないような理由から、刑罰を支持するやいなや、この問題は明白になる。そのため、「正当な応報を通じた予防」というテーゼの主張者の多数は、応報的な刑罰の基礎づけに対する強い選好が住民の中に存在している、ということを受け入れている⁴¹¹⁾。この場合、本質上、応報的原理によって作動する刑法の

↳ *Neumann, Kritik*, S. 149; *ders.*, *Alternativen*, S. 104 f.

408) 同様に主張するものとして、*Greco, Lebendiges*, S. 418; *Haas, Strafbegriff*, S. 274. — *A. A. Schneider, Einübung*, S. 328 ff. (「法社会学上の下層複合的 (rechtssoziologisch unterkomplex)」); *Kahlo, Handlungsform*, S. 100.

409) この意味ではすでに、*Nowakowski, FS Rittler*, S. 85 ff.

410) 批判的なのは、*Frister, Struktur*, S. 79 ff.; *Neumann, Deutung*, S. 404; *Sacher, ZStW 118 (2006)*, S. 598 ff.

411) 例えば、*Dölling, ZStW 102 (1990)*, 15 f.; *Kalous, Generalprävention*, S. 249 ff.; *Miehe, Ende*, S. 252; *Morselli, ARSP 87 (2001)*, 230; *Müller-Dietz, FS Jescheck*, S. 824; *Streng, ZStW 92 (1980)*, 663; *T. Walter, ZIS 2011*, 636 ff. を参照。——それに対して、より近年においては、刑罰のある一面的応報的理解に関する民衆の隔たりの増大が受け入れられることは珍しいことではない (*Frehsee, Schadenswiedergutmachung*, S. 104; *Lüderssen, Abschaffen*, S. 93, 414; *Stratenwerth, ↗*

みが、最適な統合作用を発揮し得るのである。けれども、当該論者の自身の予防論的出発点から考察すると、この基礎づけモデルは不合理である。しかしながら、当該論者はその基礎づけモデルを無視し得ないので、その「相対的応報」⁴¹²⁾ という立場の行き着くところは、有罪判決を受けた者に対しての、社会的平和のために非理性的に動機づけられた強制に服させるという無理な要求である⁴¹³⁾。もっとも、自らの社会的環境が啓蒙されていないことを受忍するという義務は、刑罰というよりはむしろ、供犠 (*Auforferung*) として特徴づけられ得ることになる⁴¹⁴⁾。ここでは、基礎づけが基礎づけの目的を否定しているのである。

この難しい状況に直面して、積極的一般予防の支持者に残されているのは、積極的一般予防の正当化論的考慮を隠してしまうこと、あるいは司法構成員 (*Mitgliedern des Rechtsstbes*) に、その職業活動の枠内でいわば二枚舌を使うことを推奨することしか残されていないように思われる⁴¹⁵⁾。社会的平穩の強化 (*Befestigung*) という住民の本来的利益に資するために、彼らは、あたかも——彼らに意識されているように、実際は非理性的な——その応報の利益を共有しているかのように振る舞うべきであろう。「予防論の主張者は、特定の諸状況において医学の領域で嘘をつくことが許されている、プラトンの哲学人王 (*Philosophenherrscher*) の役へと入りこむ。彼は、我々が啓蒙のイデオロギー批判的基盤から知った、民衆に対し自身がその真実性を信じていない歴史

↘ *Zukunft*, S. 47 を参照)。

412) *Mairwald*, *Bedeutung*, S. 71.

413) そのように明確に主張するものとして, *Ebert*, *Vergeltungsprinzip*, S. 52 f. および *Haffke*, *Tiefenpsychologie*, S. 85.

414) これについてのカテゴリー上の不適切性については, *Ellscheid/Hassemer* (*Strafe*, S. 287) によって「社会の非合理的な応報要求」の基礎づけのために提唱された、比例原理の援用や, *Stratenwerth* (FS *Bockelmann*, S. 918) によって要求された刑法上の制裁の、援助の提供との結びつけも、何ら異なるところはない。

415) これに関する問題性は, M. ボックによって最初にテーマ化された; *M. Bock*, *ZStW* 103 (1991), 649 ff.; *dens.*, *JuS* 1994, 97 f. を参照。——同様に指摘するものとして, *Frister*, *Struktur*, S. 81 f., 97; *Griffel*, *GA* 1996, 465; *Haas*, *Strafbegriff*, S. 273; *Hörnle*, *Strafzumessung*, S. 118; *Hörnle/von Hirsch*, *Generalprävention*, S. 89 f.; *Kersting*, *Macht*, S. 242; *Koch*, *Entkriminalisierung*, S. 147; *Mushoff*, *Strafe*, S. 134; *Pielsticker*, *Revisionsfalle*, S. 63; *Prittwitz*, *Strafrecht*, S. 235; *Puppe*, *FS Grünwald*, S. 480; *Schneider*, *Einübung*, S. 324, 337; *Weigend*, *Kommentar*, S. 33; *E. A. Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 803.

を説く詐欺師的な聖職者の像と同様である」⁴¹⁶⁾。けれども、この戦略に対して支払われなければならないだろう対価は、受け入れ難いほどに高いものである。すなわち、(消極的一般予防の場合のように) 有罪判決を受けた者だけではなく、「啓蒙されていない」全住民に対しても、コミュニケーション的同等性を否定することになってしまう⁴¹⁷⁾。積極的一般予防論は、消極的一般予防の正当化論的瑕疵を解決することや、——ハッセマーが想定しているように——人間を真摯に受けとめる⁴¹⁸⁾ ものではなく、それどころか、このような欠損をさらに拡大するものであろう。

(中村悠人 訳)

C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰

I. 予防思想の危険と応報理論のルネサンス

「予防パラダイムの中心的、規範的な問題は [……] その際限のなさ (Maßlosigkeit) である」⁴¹⁹⁾。すべての予防の取り組みは、安全に対する要求 (Bedürfnis) にその出発点を求める。しかし、安全とは到達不可能な目標である。というのも、安全の水準は常に改善され続けるからである。逆に、脅威として認知され、そのように称されることがないようなものは何もない。このことは予防に対し、「予防 (Vorbeugen) はけっして十分に、けっして十分早期にはなされ得ない、完結不可能なものという性格」⁴²⁰⁾ を与える。実際また、国内および欧州における積極主義的な立法者の手によって、予防思想は、可罰性拡張のための一種の万能キーとしても用いられる⁴²¹⁾。「どこに行っても、いつも刑法が——ときには声高に、ときにはひそひそと——呼ばれるのを聞く。静かにしてくれ、私はもうここにいるのだ」⁴²²⁾。予防のパラダイムはまさに、それに内在する拡

416) *Kersting, Macht*, S. 242.

417) *Haas, Strafbegriff*, S. 273; *Kersting, Macht*, S. 242; *M. Bock, JuS* 1994, 97; *Neumann, Kritik*, S. 147.

418) *Hassemer, Variationen*, S. 37 を参照。

419) *Hassemer, Selbstverständnis*, S. 50.

420) *Bröckling, Behemoth* 1 (2008), 42. ——より詳細には、*Frankenberg, KJ* 2005, 375 f.; *Grimm, KritV* 1986, 38 ff.; *Kahlo Handlungform*, S. 92 f.; *Lepsius, Leviathan* 32 (2004), 87 f.; *Neumann, Feindstrafrecht*, S. 307 f.; *M. Walter, FS Hirsch*, S. 901, 914 f.; *Zabel, Kofikt*, S. 238 ff.

421) *Oben* S. 18 f.

422) *Kindhäuser, Universitas* 3 (1992), 229. —— 正当にも、「遍在的予防 (Ubiquitätsprävention)」を言うものとして、*M. Walter, FS Hirsch*, S. 901.

大の論理のために、刑法から（また、とりわけ刑事手続法からも）分野としてのアイデンティティを奪い去り、これを危険の撲滅と行動の統制の包括的なレジームへと組み込もうとしていると危惧するのは、十分な理由のあることである⁴²³⁾。刑法がいわば完全に政治に引き渡され⁴²⁴⁾、それとともに、後期絶対主義的な福祉国家において占めていた地位に逆戻りしてしまうのではないか⁴²⁵⁾ という不安が起こる。

そのような危惧は大げさだと考える者も、従来の犯罪理解における基本的な諸要素が、予防理論的な枠組みに入られるのにたいへんな苦勞が伴うことは、否定できない。このことは、例えば連邦憲法裁判所によって強調される責任原理について妥当する⁴²⁶⁾。責任が非難可能性であるというのが、今日知られている短い公式である⁴²⁷⁾。そのように理解された責任非難の対象は、これまでの言い方では、行為者によって犯された不法である⁴²⁸⁾。それゆえ、そのように理解された責任は、被告人につき、彼によって遂行された犯行に対して刑法的な意味で答責的であることが立証されるという点で、その基点を過去に有している。しかしながら、「将来に対して向けられるだけの予防は」、「過去の犯行に対する [……] 構造に条件づけられた盲目性」⁴²⁹⁾ という点で欠陥がある。すでに見たように、一貫した予防思想には、回顧的視点 (der Blick zurück) は異質なものであり、この思想にとっては、将来の危険を払い除けることだけが問題なのである。したがって、従来の意味で理解された責任に代わり、危険性のカテゴリーがその位置を占める。それがどういうことになるのかは、フォイエルバッハの説を例としてすでに検討された。それによると、欠陥は、たとえそれについて責任がなかったとしても、しばしば可罰性を高める結果となる。劣悪な教育を受けた、ないしは生まれつき愚鈍な個人

423) Fischer, Einl. Rn. 12a; Gropp, AT, § 1 Rn. 85; Hassemer, WestEnd 2006, 75; Kindhäuser, Universitas 3 (1992), 228 ff.; Müller-Dietz, FS R. Schmitt, S. 101 f.

424) Streng, Zweckstrafrecht, S. 237.

425) これについては, Reulecke, Gleichheit, S. 143 ff.; Zabel, ZStW 120 (2008), 83 ff.

426) その証左は, oben S. 75 Fn. 378.

427) Jescheck/Weigend, AT, Vor § 37 (S. 404); Lackner/Kühl, Vor § 13 Rn. 23; SK-Rudolphi, Vor § 19. Rn. 1; Maurach/Zipf, AT 1, § 35 Rn. 1; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 10 Rn. 4; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 18 Rn. 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 394.

428) Gropp, AT, § 7, Rn. 26; Heinrich, AT 1, Rn. 528; Wessels/Beulke, AT, Rn. 402. —責任に依拠しない不法のカテゴリーに対する本書の批判については, unten S. 259 ff.

429) Mosbacher, JRE 14 (2006), 487.

の場合、コンフリクトが生じた際に法に適合して自らを動機付けない危険が特に大きいので、そのような場合、特に強力な刑罰の威嚇が必要である⁴³⁰⁾。その他の点でも、単なる調教可能性のための消極的一般予防の前提の下では、責任能力は低くなる。ヘルスターによると、刑罰の脅しによって効果的に威嚇をするためには、人は次の3種類の能力だけは有していなければならないとされる。すなわち、「威嚇された刑罰を知るのに十分、知的でなければならない。威嚇された刑罰と犯行の利益を衡量するのに十分、判断能力がなければならない。そして、自らが合理的だと考える決断を、実際に犯行に移すこともできるのに十分、心理的に健康でなければならない」⁴³¹⁾。しかし、これらの能力を適切に使用しないことは、賢明でない、すなわち自己の利益に反して行動していることを意味するだけである。これに対して、責任非難は、行為者はその行為において、彼と向かい合う者との規範的平等性を顧慮できることを前提とする。

リストと彼の弟子たちにおいても、事柄は類似しているように見える。特別予防の一貫した体系によると、刑罰の種類と程度は、行為者の人格性に基礎付けられた将来の犯罪遂行の危険によって決定される。対象者の動機づけの要求および動機づけの能力に応じて、要罰性は、威嚇、改善ないしは隔離の必要性として表される⁴³²⁾。犯された犯罪に対する答責性として理解される責任のカテゴリーには、この体系において占める位置はない⁴³³⁾。このことは、例えばエバーハルト・シュミットのように、「責任非難」という伝統的な用語に固執する、特別予防的な刑罰の根拠づけの主張者をみれば最もよく分かる。エバーハルト・シュミットは、犯罪論は刑罰論に依存する⁴³⁴⁾ という彼の確信から、責任非難の対象は、「アプリアリに一義的に存在するのではなく」、むしろ、処罰に課せられる任務に応じて決まる⁴³⁵⁾ と強調する。刑罰が判決と執行において一般予防的に考えられる場合、個別行為責任だけが、処罰の可能性の前提として問題となる。これに対し、特別予防的な出発点からは、「責任非難の対象として行為者の性格が」選ばれる。すなわち、「『性格責任』へと至り、『危険性』が『責任のモメント』の下に受け入れられる」⁴³⁶⁾ とされる。しかしながら、性格の欠陥について自身に責任があるのか否

430) Oben S. 71 f.

431) Hoerster, Strafe, S. 110.

432) Liszt, Abhandlungen, Bd. I, S. 166 参照。

433) 適切にも, Gallas, Kriminalpolitik, S. 18 f.

434) これについては, oben S. 52 f.

435) Eb. Schmidt, SchwZStr 45 (1931), 209.

436) Eb. Schmidt, SchwZStr 45 (1931), 209 f.

かということ、このような基礎づけの論理によると、フォイエルバッハにおいてそうであったのと同じくらい、ほとんど重要ではない。個々の者は、自らが現実にそのような状態であることについて負責されるのであり、「有責な行為者人格と病的に欠陥がある個人（*patisch belastetem Individuum*）との区別」——ヴェルツェルによると、「行為者刑法の正しい把握のための基本条件の一つ」⁴³⁷⁾——は、特別予防論にとっては、カテゴリー上の理由から不可能である。

最後に、積極的一般予防論に関してはどうか。予防モデルのすべての後裔たちと同じように、これも、過去の不法の埋め合わせではなく、将来に対する積極的效果の実現に向けられている。これは、刑法の目的を、危険な犯罪者との直接的な闘争⁴³⁸⁾ ないしは合理的に利害を計算する人への説得⁴³⁹⁾ だけではなく、——ヤコブスの言葉では——「現存する秩序の維持」⁴⁴⁰⁾、より正確には、「犯罪的態度によって攪乱された秩序の信頼の安定化」⁴⁴¹⁾ とみる。首尾一貫して適用された積極的一般予防は、責任概念（「一般予防の派生語」⁴⁴²⁾）を刑罰目的から決定するので——その限りで、消極的一般予防や特別予防とも異なる——、これによると、責任の判断は、規範の方向付け作用（*Orientierungsleistung*）に対する社会的信頼の維持に必要なものによって決められる⁴⁴³⁾。それゆえ、積極的一般予防論にとっても、伝統的な責任概念はせいぜいのところ、それ自身のために承認を受けるに値するのではなく、民衆の多数において想定される帰責の型（*Zurechungsmuster*）を表現するものとして考慮を要求することができる補助カテゴリーにすぎない⁴⁴⁴⁾。責任原理のそのような基礎づけは、「これと矛盾とするあらゆる目的合理的計算に対し抵抗力がなく」⁴⁴⁵⁾、加えて、他者の非理性的なものの考慮は、非難に対する基礎としてははじめから役立たない⁴⁴⁶⁾。

437) *Welzel*, *Abhandlungen*, S. 215.

438) *Jakobs*, *Schuld*, S. 6.

439) これについては, oben S. 66 ff.

440) *Jakobs*, *Schuld*, S. 7.

441) *Jakobs*, *Schuld*, S. 31.

442) *Jakobs*, *Schuld*, S. 32.

443) *Jakobs*, *Schuld*, S. 33.

444) 同様のものとして, *Roxin*, *AT* 1, § 19, Rn. 34; *von Hirsch*, *Existenz*, S. 64 f.; *ders.*, *Strafsanktion*, S. 48 f.; *Mushoff*, *Strafe*, S. 128 f.; *Papageorgiou*, *Schaden*, S. 41 ff.; *de Sousa*, *FS Hassemer*, S. 316 f.; *E. A. Woff*, *ZStW* 97 (1985), 802.

445) *Puppe*, *FS Grünwald*, S. 481.

446) *Oben* S. 81.

そのため、財保護思想に一貫して置き換えられた予防モデルの枠組みには、責任非難という思想は位置を有せず⁴⁴⁷⁾、そこでは、責任は「せいぜいのところ国家刑罰を科す形式的な要件でしかあり」得ず、「理論内在的に基礎づけも限界づけも提供し得ない」⁴⁴⁸⁾。それゆえ、責任原理を例として行われる、予防パラダイムの犯罪理論的な含意

447) 正当にもすでに、*Schaffstein*, *Verbrechen*, S. 135 f. はこのように述べていた。
 ——最近の文献として、*Duttge*, *Strafen*, S. 12; *González-Rivero*, *Zurechnung*, S. 72; *Haas*, *Strafbegriff*, S. 260; *Hassemmer*, *Selbstverständnis*, S. 262; *ders.*, *WestEnd* 2006, 79; *Lesch*, *Problem*, S. 234; *ders.*, *Verbrechensbegriff*, S. 170; *Naucke*, *Wechselwirkung*, S. 28 f.

448) *Kindhäuser*, FS *Schroeder*, S. 82. ——グレコは、このようなジレンマからの逃げ道を刑罰論の実質的二分化に見ていた（これに同意するものとして、*Hörnle*, 2. FS *Roxin*, S. 10 f.; *dies.*, *Strafbegründungstheorien*, S. 20 f.; *Milton Peralta*, ZIS 2008, 516. 結論において一致するものとして、*Hoerster*, *Strafe*, S. 78 f., 90 ff., 99 ff.）。刑罰威嚇の目的は、帰結主義的に（*konsequentialistisch*）、すなわち威嚇思想に立ち返ることによって決定される。もっとも、威嚇目的は合目的性と関連しない考量による限定を必要とする。国家に対しては、自らの市民をたとえば死刑や拷問によって道具化することが（*Greco*, *Lebendiges*, S. 177 ff.）、また、グレコによって特に厳格に理解された法律主義の軽視により、自らをその任務の遂行にとって相応しくないものとするのが（aaO, S. 265 ff.）、絶対に禁止されるとされる。しかし、このような2つのグループの義務論的な（*deontologischer*）考慮は、グレコにおいてはまさに限界（*Schranke*）として、すなわち横からの拘束（*side constraints*）としてのみ機能している。これらは国家に対し、その目的追求に際し限界を設定するが、しかしそれは刑罰の追究（*Strafverfolgung*）という営みの目的そのものではなく、それゆえにこれに「意味」を付与することはできない（aaO, S. 249）。したがって、国家的な権力行使の正当性を根拠づけるためには、帰結主義的な考慮を引き合いに出すことは断念できない（aaO, S. 474）。そのため、刑罰威嚇と刑罰の賦課の価値のある正当化は、帰結主義的な根拠要素と義務論的なそれの共同作用によってはじめて生じる。「すなわち、刑罰目的は、それを促進することが刑罰に対してよき根拠を提供する状態である。刑罰の義務論的な限界は、無条件で例外のないルールであり、正当な処罰（*Strafen*）はあらゆる者のそのルールの尊重に拘束される（aaO, S. 252）。責任と予防の関係に関するロクシンの考察を模範とするこのような構想は（aaO, S.247）、一見するとエレガントさに欠けていない。もっとも同様に、それが支持者に対して求める代償はわずかではない。それは、価値論的完結性に対する要求を犠牲にすることにある。グレコは、このような疑念を場違いな美の理想の表現として退けようとした。すなわち、ピラミッド型の構造の美学的考察は、理論の正しさの基準としては適していない。「というのも、構築された理論に合わせ、美しさのために、すべての重要な考慮を公約数に縮減

の分析は、刑法はその分野的なアイデンティティのために、このような思考型に対して距離を置く場合にうまくいく（gut beraten）という、刑事政策的知見と同じ方向性を示

ゝしてしまうというきわめて高い代償を払うことになるからである」（aaO, S. 252. この意味では、*Hörnle*, 2. FS Roxin, S. 12; *dies.*, *Strafbegründungstheorien*, S. 29 も同様である）。しかし、そう単純ではない。刑罰理論の基礎づけ理論上の首尾一貫性の要求は、隠遁生活を送る理論家の美学的な贅沢の要求からではなく、むしろ、刑罰賦課を受ける犯罪者に対する尊重から生じるのである。基礎づけは、特殊な形式のコミュニケーション的な自己拘束を示す。すなわち、ある者が、妥当なものとするために、彼によって取られた一定の立場を支える根拠を挙げることにより、彼の言葉が無駄なおしゃべり以上のものである限りで、彼は同時に、論争相手が、かような根拠を動揺させるのに成功したならば、当該立場を放棄するか、あるいはこれを少なくとも新たな基礎の上に定立するかいずれかの用意があることを表明している。同じことは、論証する者自身が、その理論の他方の部分で、彼によって申し述べられた根拠づけを危うくする場合についても妥当する。これをしてしまったのに、それにもかかわらず、あたかも何もなかったかのように、もともとの立場に固執する者は、一方的にコミュニケーション上の拘束性から自らを免れさせ、それにより、相手方のコミュニケーション上の対等性とは相容れない自由を自らのために要求しているのである。そのようなやり方は、そのように振る舞う者が他の者に求める期待が大きくなればなるほど、受け入れ難いものとなる。それゆえ、我々の法秩序が知っている最も過酷な介入の一つ—刑罰—を甘受すべき者は、それについて、一方の部分が他方の部分の前提を否定するようなことのない根拠づけが提示されるのを要求することが許される。しかし、グレコの提案はまさにそのようになってしまう。論者自身が帰結主義批判において強調したように、帰結主義的構想と義務論的構想とは、互いに排他的な前提に基づいている。義務論的な処罰の限界の価値論は、帰結主義的な処罰目的のそれに対立するのであり、また逆もしかりである。しかし、刑罰に対する「よき根拠」としての予防的・帰結主義的考慮は、その中心的命題—すなわち、犯罪行為者は合目的性の視点によって取り扱われるということ—が、別の場所では（aaO, S. 168）、国家刑罰の正当性に対して潜在的に攪乱的なものと評価されているのに、どのようにして機能し得るといえるのであろうか。また逆に、応報的な考慮は、それがまさに目的合理的な考慮を放棄させてしまうために「きわめて問題である」（aaO, S. 233）と言われているにもかかわらず、どうして刑罰を限界づける作用のために正当性を基礎づけるものとして作用し得るといえるのであろうか。統一的な正当化という営みの内部では、基礎づけのモデルは、全体として「よいもの」か、全体として「問題のあるもの」かのいずれかでしかあり得ないのであって、時として一方であったり、時として他方であったりすることはない。—結論においてこれと同様のもとして、*Lesch*, *Verbrechensbegriff*, S. 168; *Puppe*, FS Grünwald, S. 480 f.; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 269.

す。何が何でも近代的であろうとする必要はない。

このような背景から、近時の刑罰理論上の議論が、ハッセマーによって呼び覚まされた行為応報論の「賢慮 (Weisheit)」を再発見したことは、驚きであるというよりは、むしろ当然のこのようにみえる⁴⁴⁹⁾。ここで表されていることは、まさに、応報思想のルネサンスにはほかならない⁴⁵⁰⁾。アルミン・カウフマンが1979年に、応報という言葉によって、ある立場が特徴づけられるというよりは、むしろ烙印が押される⁴⁵¹⁾と確認するきっかけとなった強い留保は、たしかに、今なお消え去っていない⁴⁵²⁾。しかし、数多くの論者が、様々な構想上の出発点から、徐々に、応報的考察に、刑罰の基礎づけの内部における中心的役割が認められるべきであるという結論に到達している⁴⁵³⁾。連

449) *Hassemer*, Einführung, S. 323 f.

450) *Loos*, Rechtsphilosophie, S. 155; *Schünemann*, FS Lüderssen, S. 327. も、(折に触れ批判的な調子を含みつつ) そのように言う。積極的な内包を有するものとして、*Duttge*, Brücke, S. 56; *Mushoff*, Strafe, S. 181. 葛藤を含むものとして、*Hörnle*, Strafbegründungstheorien, S. 16; *Weigend*, Kommentar, S. 39. —このことはけっしてドイツ語圏だけでなく、アングロアメリカ圏でも妥当する。応報主義は、後者では指導的な刑罰理論とされている (*Kalous*, Generalprävention, S. 173 を参照)。*Kaiser*, Widerspruch, S. 134 ff. および *Kalous*, Genralprävention, S. 173 ff. に見解の多様さが示されている。

451) *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 265.

452) このような留保についての近時の例は、基本法の原理によると予防が刑法の最上位の目的であるとする、*Lüderssen* (StV. 2004, 100) の短い判断である。そこでは、「絶対的な、すなわち懐古的にのみ構想された刑罰理論は、その宗教形而上学的な基礎から [……] 切り離すことができず、つまり、今ここにいる人間に資する近代の立憲国家にとって何も用はない」とされる。

453) 根拠づけの多様さは、ラベリング理論的ないしはコミュニケーション理論的な論究から (*Schmitz*, Legitimität, S. 127 f., 173 ff.; *Jakobs*, Norm, S. 98 ff.; *ders.*, Straftheorie, S. 31 ff.; *ders.*, Selbstverständnis, S. 49 ff.; *ders.*, Zurechnung, S. 59 f.; *ders.*, System, S. 13 ff. [そこでは、「妥当維持的な一般予防」と呼ばれる]; *Gómez-Jara Díez*, Rechtstheorie 36 [2005], 330; *ders.*, ZStW 119 [2007], 332; *González-Rivero*, Zurechnung, S. 111 ff.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 206; *ders.*, ZStW 105 [1993], 273 f.; *ders.*, JA 1994, 598 f.; *Müssig*, Mord, S. 143; 近い立場として、*Weigend*, Kommentar, S. 36 ff.), カントの刑罰理論 (*Höffe*, Rechtsprinzipien, S. 215 ff.; *ders.*, Proto-Strafrecht, S. 312 ff.; *Kühl*, Bedeutung, S. 30 ff.; *Mushoff*, Strafe, S. 181 ff.; *Noltenius*, HRRS 2009, 504 f.; *Oberer*, Begründungsaspekte, S. 413, 418; *E. A. Wolff*, ZStW 97 [1985], 806 ff.; *ders.*, Abgrenzung, S. 166 ff.; ↗

邦憲法裁判所も、最近の判例で、応報の観点をより強く前面に打ち出している⁴⁵⁴。たしかに、憲法裁判所は、応報という刑罰目的に対して一度もその正当性を約束はしてはいない⁴⁵⁵。謀殺における終身自由刑の合憲性に関する1977年の判決では、予防的な刑罰目的を、明確にその論旨の中心に置いていた⁴⁵⁶。これに対し、「壁の射手（Mauerschützen）」の可罰性⁴⁵⁷や保安監置に関する判決では、明らかにアクセントの置き方が異なっている。すなわち、——後で挙げた2004年に出された判決が述べるように——「刑罰は、応報的正義の表現とみなされており、そのため、規範違反の態度に対するリアクションである」⁴⁵⁸。刑罰は、「有責な態度に対する、責任の埋め合わせに資するリアクションとしての抑止的な害悪賦課である」⁴⁵⁹。要するに、応報は再び、真剣に受け止められるべき、そして、場合によってはそれどころか基本的な刑罰目的として承認されたのである。

それでも、応報論が思想の市場でかなりの間、困難な立場に置かれていたことは、驚くことではない。それは真摯だが荒削りな外観を呈しており、予防論が魅惑させるよう

↘ Köhler, Begriff, S. 44 ff.; ders., Zusammenhang, S. 33 ff.; Kahlo, Problem, S. 272 ff.; ders., Handlungsform, S. 176 f.; ders., FS Hassemer, S. 417 ff.; Zaczyk, Staat, S. 73 ff.; ders., FS Eser, S. 217 f.; ders., Begründung, S. 216 ff.; ders., Staat 50 [2011], 300f.), およびヘーゲルの刑罰論 (Herzog, Prävention, S. 63 ff.; Kersting, Macht, S. 247 ff.; Kleszczewski, Rolle, S. 369 ff.; Sinn, Straffreistellung, S. 280 ff.; ders., Funktion, S. 127 ff. Stübinger, Idealisiertes Strafrecht, S. 288 ff.; Schild, SchwZStrR 99 [1982], 364 ff.; ders., Notwendigkeit, S. 102 ff.; ders., FS Lenckner, S. 297 ff.), ならびに普遍的正義論的考察 (Lampe, Strafphilosophie, S. 47, 55, 62, 167; Rohnheimer, Perspektive, S. 308 f.; Duttge, Strafen, S. 11 f.; Kühl, FS Maiwald, S. 437 ff., 444; J.-C. Wolf, JRE 11 [2003], S. 199 ff.; 重い犯罪行為について, Naucke, Wechselwirkung, S. 16, 36 f. も) および法治国的考察 (Frisch, GA 2009, 391) へ立ち返るものまで及んでいる。

454) もっとも、総じて刑罰目的の問題は、連邦憲法裁判所の判例の内部では、きわめて限定的な役割しか果たしていない。これについては, Appel, Verfassung, S. 73 ff.; Lagodny, Strafrecht, S. 310 ff.; Roxin, AöR 59 (2011), 10 ff. を参照。

455) BVerfGE 21, 391, 403 f.; 22, 125, 132; 27, 36, 42; 28, 264, 278; 45, 187, 253 ff.; 64, 261, 271; 95, 96, 140; 109, 133, 168 を参照。

456) BVerfGE 45, 187, 253 ff. を参照。

457) BVerfGE 99, 96, 140 f.

458) BVerfGE 109, 133, 168.

459) BVerfGE 109, 133, 173 ff.

な機能的円滑性を欠いている⁴⁶⁰。「刑罰は、単に（将来に犯罪が起こらないという）将来的な目的を持ちえず、また、事實的、機械的な手段ではなく、むしろ、行われた犯行そのものがまさに、倫理的根拠から刑罰を要求するのである」⁴⁶¹。それゆえ、刑罰の意義は、「それが、犯罪の、正義による必然的効果である以外の [……] ものではあり」⁴⁶²得ない。もっとも、これほどあからさまに応報理論について支持を認めたシュタールは、このような刑罰の基礎づけモデルの中心的な難点をよく知っている。「侵害された秩序の再生は、どうして侵害者に害悪が賦課される、そしてそのことは、刑罰にとって否定しえないものである (unläugbar), ことにあり得るのだろうか。二つ目の害悪が加えられることによって、最初の害悪が孕んでいる矛盾は解消されない」⁴⁶³。ここではシュタールは、数十年前にヘーゲルが、ある害悪をすでに別の害悪が存在するという理由でのみ欲することは非理性的であるという、雄弁な表現を与えた考量を引き合いに出している⁴⁶⁴。

それにもかかわらず、ヘーゲルとシュタールが応報思想について支持を表明するとき、彼らは、二つの害悪の並置に尽きるのではないバージョンの応報理論があることを、明らかに前提としている⁴⁶⁵。シュタールがこの考察のまとめで述べているように、正義

460) *Naucke*, Wechselwirkung, S. 36.

461) *Stahl*, Philosophie, Bd. II /1. S. 167.

462) *Stahl*, Philosophie, Bd. II /2. S. 683.

463) *Stahl*, Philosophie, Bd. II /1. S. 165 f.

464) *Hegel*, Grundlinien, § 99 A, Werke Bd. 7, S. 187. —ザルハンは、被害者の応報欲求を「不合理」とする評価に対して、「しかし、それは人格的侵害を受けた者の自然的、人間的感情に合致したものだ」と反論する (*Sarhan*, Wiedergutmachung, S. 213.)。たとえそう言えるとしても、そのようにして正当化されるのは、せいぜいのところ、そのような応報の (ないしは、より問題の少ない言い方をすれば、償いの) 欲求の満足にぴったりと合わせた体系である。実際、ザルハンはこの方向にいくぶん向かっている。彼は、刑罰が被害者の利益に反する場合に、その限りでこれを科さないでおくことを認める。それにとどまらず、罰金刑が、損害の補償として一定部分、被害者の取り分として使われることを要求する (aaO, S. 263)。もっとも、それにより刑法と民法の境界は著しく動揺し、結果として、刑事手続の形態も深刻な影響を受け、被害者が完全な当事者の役割を有する当事者主義的手続 (einem adversatorischen Verfahren) に至ることになるはずであろう。その結果、被疑者・被告人の自由権については、十中八九いかなる好意も持たれないであろう (詳細には, unten S. 91 Fn. 479)。

465) ヘーゲルの刑罰論を詳細にわたり叙述するものとして, *Ramb*, Strafbegründung, S. 16 ff.

は、「害悪が加えられることにはではなく、むしろ人倫の力の支配が人倫の王国の中で (im sittlichen Reiche) 壊されることなく維持されることに」⁴⁶⁶⁾ ある。人間が法律に違反して行為するとき、彼が服すべき人倫の権力と矛盾する支配権力（「権威性 (Herrlichkeit)」) をあえて主張している。犯罪者によって奪い取られた行為力が、「人倫の権力のより高い権威性」⁴⁶⁷⁾ に挫かれることにより、人倫の秩序が主人であることが現実の形で表明されるとされる。「悪そのものは、それが屈服させられることにより、人倫の権力を賛美するのに奉仕しなければならない」⁴⁶⁸⁾。この構想から大仰な部分を取り去ると、義務付けられた共同の企図への寄与を任意になさない者は、強制的にそれへと仕向けられ得る思想が、その基礎において明らかとなり得る。法共同体が犯罪行為者を、法・権利性 (Rechtlichkeit) の状態の維持に参与するという義務に対する違反のために処罰することで、法共同体は、法に服する者はすべて平等であるという原則に現実の効力も与えるという、その意思を強固なものとする。2つの害悪の消極的な連なりという「先祖返り」⁴⁶⁹⁾ に尽きるとすることから著しく離れることで、応報刑はこのような読み方において積極的・規範確証的な活動 (Akt) であることが明らかとなる⁴⁷⁰⁾。

以下の叙述は、この構想の詳細な説明によって始められる (II.)。その後、刑罰賦課に対する本書の見解の帰結に立ち入る (III.)。そして、その刑法秩序の妥当範囲についての帰結と並んで市民と外部者との間の区別を取り扱う (IV.)。そのうえで、本書の構

466) *Stahl*, Philosophie, Bd. II /1. S. 166.

467) *Stahl*, Philosophie, Bd. II /1. S. 166.

468) *Stahl*, Philosophie, Bd. II /1. S. 167.

469) 応報論に対する *Seebaß* (JRE 2 [1994], 402) の非難はそのようなものである。

470) このような見解は、19世紀に一時期かなり流行し (詳細については、*Sarhan*, Wiedergutmachung, S. 162 ff.; *Müller-Dietz*, GA 1983, 481 ff.), 20世紀の最初の10年間には一部でのみ主張されていたが (*Frank*, FG Heck/Rümelin, S. 47 ff.; v. *Gemmingen*, Rechtswidrigkeit, S. 37 ff.), これは、刑罰に、犯罪者によってもたらされた (いずれせにせよたいていは不適切に心理主義化して理解された) 「精神的な (intellektuellen) 犯罪の損害」 (*Welcker*, Gründe, S. 249 ff.) ないしは「規範妥当の損害」を埋め合わせねばならない (*Duttge*, Brücke, S. 56; *Jakobs*, System, S. 15; *ders.*, Norm, S. 114; *ders.*, Strafe, S. 32; *ders.*, Rechtszwang, S. 34; *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 156 f.; *ders.*, Logik, S. 85 f.; *ders.*, Strafe, S. 32 ff.; *ders.*, FS Schroeder, S. 84; *Lesch*, Problem, S. 248 f.; *Mañalich*, Nötigung, S. 28; *Feijoo, Sánchez*, FS Jakobs, S. 85 ff., 92 ff.; *Otto*, ZStW 87 [1975], 562, 587; *Pawlik*, Strafanspruch, S. 81 f.; *Weigend*, Kommentar, S. 36) 一種の損害賠償とみる見解に近い。

想と、犯罪を法益侵害とする伝統的な理解との関係を論じる (V.)。もっとも、犯罪を協働義務違反とする公式は、そこから具体的な解釈学的帰結を導くには、あまりに一般的である。あらゆる複雑な概念と同様に、犯罪による不法というここでの概念規定の作業は細分化されなければならない、すなわち個々の部分的モメントの平面に降ろされなければならない。その際、これまで目指されてきた体系的完結性の獲得を再び危うくしないためには、ここで行われていることは、方法論的省察を必要とする。最後の考察がこれにあてられる (VI.)。

II. 協働義務の正当化根拠：自由であるという状態の維持

犯罪と刑罰に関する本書の理解は、行為者と被害者の間のコンフリクトを「脱私事化する」⁴⁷¹⁾。犯罪は、行為者の法共同体に対する協働義務違反であるとするなら、このような犯罪に対して応答する刑罰は、行為者が「被害者に捧げる」⁴⁷²⁾ 生贄ではあり得ない。犯罪行為と刑罰が、異なった法的関係の中で実行されることは許されない⁴⁷³⁾。このように特殊な被害者の利益を後回しにすることは、数世紀にわたって続いてきた発展の所産である⁴⁷⁴⁾。「被害を受けた者の感情的な暴力の無力化」⁴⁷⁵⁾ として、「被害者の中立化」⁴⁷⁶⁾ は「熟慮ある全体の理性」⁴⁷⁴⁾ に利するように、まずもって近代の刑法および刑事手続法の特殊な合理性を可能にし⁴⁷⁸⁾、被疑者・被告人の保護要求に対する見方を研ぎ澄ました⁴⁷⁹⁾。

471) *Appel*, *Verfassung*, S. 448, 461.

472) *Lampe*, *Recht*, S. 311. は、しかしそのように言う。

473) 同様のものとして、*Haas*, *Kausalität*, S. 80; *Kleinert*, *Betroffenheit*, S. 215 f.; *Renzikowski*, *GA* 2007, 564.

474) これについて詳細には、*Weigend*, *Deliktsoffer*, S. 79 ff.; *Welke*, *Repersonalisierung*, S. 256 ff.

475) *Welke*, *Repersonalisierung*, S. 259.

476) *Albrecht*, *Kriminologie*, § 45 A (S. 361), B (S. 362).

477) *Binding*, *Entstehung*, S. 29.

478) *Weigend*, *Deliktsoffer*, S. 215 ff.

479) *Kleinert*, *Betroffenheit*, S. 184 f.; *Welke*, *Repersonalisierung*, S. 259 f., 284. — 「被害者」として同定されることが、注視と、社会的また物質的な援助を得るための最も重要な糸口とされる (その背景については、*Safferling*, *ZStW* 122 [2010], 88; *Weigend*, *RW* 2010, 40) 社会の大きなトレンドの結果として、このような「脱ドラマ化の傾向 (Entdramatisierungstendenz)」(*Seelmann*, *JZ* 1989, 671) ↗

もっとも、犯罪を法共同体に対する協働義務違反とする解釈は、行為者にそのような義務を負担させるところの利害は、それ自身、同様に徹頭徹尾公共の利害であるという主張を内容とはしていない。協働義務の正当化根拠の問題は、犯罪の義務理論的な構造のそれからは独立しているのであって、犯罪概念の構造は、正当化理論上の問題を先取りしない⁴⁸⁰⁾。

に存する法文化上の成果が、だんだんと切り崩されてしまう危険がある。たしかに、要求に富む「刑法的思考の再人格化」（そのように言うものとして、たとえば *Jung*, ZRP 2000, 159）は、犯罪行為が単に法益侵害としてではなく、（少なくとも）2人の人格の相互活動として把握されなければならない（これについての詳細は、*unten* S. 137 ff.）——刑法上の帰属論にとって広範囲に及ぶ帰結を伴いつつであるが——ことについての意識をそれが研ぎ澄ました限りでは、同意に値する。すなわち、その維持に刑法が適するところの自由の状態は、答責配分という細分化された体系なしには考えられない（*unten* S. 138 ff., 144 f.）。これに対し、問題なのは、徐々に獲得され、今なお増大する刑事手続法および制裁法における被害者の地位の強さである（*Burchard*, *Irren*, S. 224 f.; *Kleinert*, aaO, S. 268 f., 350 ff.; *Bung*, *StV* 2009, 430 ff.; *Lüderssen*, *FS Hirsch*, S. 887 f.; *Naucke*, *KritV* 1993, 141 f.; *Neumann*, *Stellung* S. 241 ff.; *Noltenius*, *GA* 2007, 522 ff.; *Safferling*, aaO, 100 もこれに批判的である。これに対し、原則的に賛同するものとして、*Sarhan*, *Wiedergutmachung*, S. 224 ff.; *Baumann*, *FS Stree/Wessels*, S. 42 ff.; *Hörnle*, *ZStW* 112 [2000], 362; *dies.*, *JZ* 2006, 952 ff.; *dies.*, *Straftheorien*, S. 39 f.; *dies.*, *Strafbegründungstheorien*, S. 28 ff.; *dies.*, 2. *FS Roxin*, S. 16; *Kilching*, *NStZ* 2002, 58 ff.; *Reemtsma*, *Recht*, S. 26; *Walter*, *GA* 2007, 615 ff. 間を取り持つのは、*Weigend*, aaO, 50 ff.）。たしかに、被害者に対する国家的配慮義務が、その社会的なマージナル化を防止し、必要な場合の保護とそれ以外の（物質的および非物質的）援助を与えることを要請することに疑問はない（正当にも、*Safferling*, aaO, 89）。しかしながら、被害者に対して（準）当事者的地位を認めるのは、いきすぎである。そこに存する「刑法の部分的私事化（*Teilprivatisierung*）」（*Jung*, aaO, 162）は、刑法と刑事手続法においては、まずもって行為者と被害者のコンフリクトの処理が問題となるのであって、法共同体と嫌疑を受けた者の間の論争が問題になるのではないという誤解を助長する。

480) これと本質的に同様のものとして、*Kleinert*, *Betroffenheit*, S. 207 ff.; *Renzikowski*, *GA* 2007, 568. ——このような区別が誤解されるのは稀ではない。たとえば、ヘルンレによると、彼女がここで主張される構想も含める、いわゆる「規範化された表見的刑罰論」は、「犯罪行為は抽象的に法の不尊重として格付けられるだけでなく、その背後に被害者の権利や公共の利益との衝突があるという」事情を見えなくするとされる（*Hörnle*, *Strafbegründungstheorien*, S. 24. これに同意するものとして、*Weigend*, *Kommentar*, S. 35 f. 近い立場として、*Eser*, *FS* 7

正当化の問題は、前に見たように、実践哲学、しかも、強制行為の正当化が問題となっているので、政治哲学の専門領域である⁴⁸¹⁾。スピノザは、その近代的な指導理念に、国家の目的は「現実に自由」⁴⁸²⁾であることという、ラコニアの公式を纏わせた。その後、ルソーと、カントおよび彼の後継者は、この思想をさらに詳細に発展させた⁴⁸³⁾。「この学問が構築されているのは、自由という壮麗な建築様式によってである」というベルナーの名言は⁴⁸⁴⁾、今日なお変更されることなく妥当する。すなわち、自由の理念は、依然として、実践的問題との哲学的に名誉回復を求め得るすべての論争の、後退不可能な基準点である。それゆえ、ここでは、刑法はもっぱら政治共同体に奉仕するものとする、より古いドイツの法思想に根差した伝統に(1.)、自由理論的に裏付けられた見解が対置される。これによると、刑法的な協働義務の基本的な根拠は、自由であるという状態がそのようにしてのみ維持され得るという事情である。協働義務の思想を市民の自由の維持⁴⁸⁵⁾という思想に結びつけることは、刑法の妥当要求を正当化し、同時にこれを限界づける(2.)。本書の見解は、その解釈学史上のモデルをヘルシュナーの犯罪論に見出す。彼の叙述を手引きとして、いくつかの独自の例を手掛かりに、集団主義的な基礎づけのモデルと自由理論的に省察された基礎づけのモデルの、根底に

∨Mestmäcker, S. 1023; Loos, FS Maiwald, S. 479; Lüderssen, Nutzen, S. 51)。ザルハンの批判も同じ方向を指し示す。彼は問う。「なぜ、理性的で絶対的と考えられる公衆は、疑いなく他の真摯な形式の公衆の承認が存在する場合に、[……] 害悪の付与を、彼らが攻撃されたという理由だけで要求するのであろうか」(Sarhan, Wiedergutmachung, S. 194)。ザルハンはさらに、「行為者に害悪を賦与しなければならないという、公衆から引き出された正義観念は、むしろまさに、ある人の側で実際に害悪が付与され、そのことから実際に償いの欲求が生じることには依存していない」と言う(aaO, S. 202)。しかし、このような異論はその目標を誤っている。たしかに、刑法秩序は、お上の権威ために市民にお辞儀をすることを要求するゲスラーの帽子(Geßlerhut)ではないことは、自明的に正しい。しかし、そのことによって証明されるのは、犯罪と刑罰が自由理論的に受け入れられる正当化を必要とすることだけであり、それらが概念上まずもって間人格的な出来事として把握されなければならないということではない。

481) Oben S. 26 ff.

482) Spinoza, Theologisch-politischer Traktat, S. 301.

483) Hegel, Geschichte der Philosophie III, Werke Bd. 20, S. 308, 331, 365, 413 を参照するのみでよい。

484) Berner, Grundlinien, S. 4.

485) これは正当にも、Poscher, Kathedrale, S. 110 によって強く要求されている。

ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』(3)

まで及ぶ解釈学的な差異が明らかにされる(3.)。

(安達光治 訳)