

刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）

——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——

中 村 悠 人*

目 次

序 章

第一節：問題の所在

第二節：予備的考察

第一款：消極的一般予防論

第二款：特別予防論

第三款：相対的応報刑論

第一章：戦後（西）ドイツの刑罰理論の概観

第一節：刑法改正作業

第一款：1962年草案と1966年対案

第二款：第一次刑法改正と第二次刑法改正

第二節：特別予防の行き詰まりと一般予防への重点移行

第三節：シュトラーターテンヴェルトによる問題設定

小 括

第二章：「積極的」一般予防論

第一節：「積極的」一般予防論の多様性

第二節：積極的一般予防論の萌芽

第一款：積極的一般予防論の萌芽

第二款：刑法による国民教育的発想

第三節：抑止刑論と「積極的」一般予防論（アンデネスの見解について）

第四節：規範心理の安定化と「積極的」一般予防論

第一款：統合予防論と「積極的」一般予防論

第二款：ロクシンの見解

第三款：シュトレンクの見解

第五節：ハッセマーの見解

第六節：実証的な「積極的」一般予防論の問題点（以上、本号）

第七節：ヤコプスの見解

第八節：「積極的」の意味——行動統制的予防の問題

第九節：積極的一般「予防」論の問題

* なかむら・ゆうと 立命館大学大学院法学研究科研究生

小 括

第三章：近年の応報刑論について

第四章：カントの刑罰論

第五章：フォイエルバッハの刑罰論

第六章：ヘーゲルの刑罰論

第七章：我が国における刑罰理論の検討

終 章

序 章

第一節：問題の所在

刑罰を巡る議論の範囲は広い。一言に「刑罰論」と言っても、そもそも何故刑罰が許されるのか（刑罰の正当化根拠）、如何なる種類・性質のものである必要があるのか（刑罰の種類）、ある犯罪行為に対して如何なる程度の刑罰が許されるか（量刑）、犯罪行為者を如何に扱うか（行刑）、ある種の行為を犯罪視するか否か（刑事立法）とその対象は多岐に渡っている。これらの刑罰理論（広義の刑罰論としておく）を概観する上では、とりわけ、既に犯罪化されている行為に対して科される制裁としての刑罰を巡る議論と、ある種の行為を犯罪視するか否か、つまり犯罪化・非犯罪化を巡る議論とで分けて分析する必要がある。前者では、刑罰の正当化（あるいは刑罰の目的ないし機能）が問題となるのに対し、後者は刑事立法の分水嶺、行為の可罰性の限界と刑罰賦課が許される範囲が問題となるため、犯罪論および刑事立法と密接に関連する。本稿では便宜上、前者を狭義の刑罰論、後者を刑事立法学と呼ぶことにする。

例えば、2004年12月になされた刑法の重罰化改正は、既に犯罪化されている行為に対して科される制裁としての刑罰を巡る議論であるために、前者の対象となろう。ここでは、直裁に、重罰化の根拠として挙げられている「体感治安の悪化」に対処する必要性や「国民の刑罰に関する正義観念」にあわせること等が、果たして刑罰という最も峻厳な法効果を持つ国家的強制の正当化として足りるものであるかが問われることになる。他方

で、2005年6月16日になされた刑法改正において新設された人身売買罪（刑法226条の2）や2011年6月17日の刑法改正による不正指令電磁的記録に関する罪（168条の2）の新設などは後者の例である。行為の可罰性の限界と絡んで、犯罪化の拡大や前置化もこの対象となる。

これら近年の刑事立法は、刑罰による解決、いわば刑法をプリマ・ラティオとして考え、積極的に投入するものであることが指摘される¹⁾。この刑罰積極主義とでもいえる背景には、一方では、一般の人々における社会的な不安感が、他方で、具体的な犯罪被害者に対する対応の必要性が意識されるようになったことが指摘される。人々の不安感からなる「市民生活の安全保護への要求」が、厳罰により秩序維持のメカニズムを補完すべきとして処罰の早期化の要求を生み、刑罰権介入の厳格な制限自体への疑問視に至ることになる²⁾。

この傾向は、法益保護原則の「逆作用」とも結びつくものである。すなわち、刑罰の投入について、本来謙抑的に働くと考えられてきた法益保護の原則が逆に作用し、つまり、法益保護に資するものでなければ刑罰を用いてはならないはずが、逆に、法益保護に資するのであれば刑罰を用いても良いとして刑事立法を積極的に正当化する方向に用いられてしまってい

1) 例えば、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）34頁。

2) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会、2007年）18頁を参照。
井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題」ジュリスト1369号（2008年）58頁以下では、「市民の欲求がメディアを通じて、あるいはよりダイレクトに政治や行政の機構に向けられ、可能な限りそれに応じることが政治や行政の課題とされるようになったという変化」を受けて、ポピュリズムの傾向がみられ、犯罪問題に対して、効果の高い、いわば「特効薬」が求められがちであるとの指摘がなされている。このような傾向は「刑事立法の政治化」とも評される（松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号（2008年）65頁以下参照）。

なお、この点は、第七章でも検討する。ポピュリズムについては、日本犯罪学会会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』（日本評論社、2009年）91頁以下での指摘が有益である。また、「不許容社会」「排除社会」を指摘するものとして、村井敏邦「戦後の刑法改正と重罰化」『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』（日本評論社、2005年）15頁を参照。

るのである。さらに、法益保護の早期化として今まで「予備」であった行為を既遂にしてさらにその未遂や予備の成立を認め、また「危険」段階での保護に抽象的危険犯の多用につながっている。法益保護原則が、法益保護あれば犯罪ありという形で用いられることで、行為の可罰性の限界を画するに際して十分に機能していないのである。

本来、刑法はウルティマ・ラティオであり、刑法でなくても解決できる場合には持ち出すべきではないはずである。ところが、社会の複雑化と価値の多元化を前提に、もはや一元的な法の原理により法の全体が支配されるという思想は成り立たず、法も「パッチワーク化」していかざるを得ないとして、通常の刑法の領域に妥当する一般的原理とは異なる例外原理を一定程度認めざるを得ないという主張がなされる³⁾。しかし、このような現状認識が正しいとしても、直ちに例外原理の投入を許すことになるかは疑問である。「特効薬」を求めて、刑罰の投入を積極的に認めることを是とする前に、刑罰のみによる対応自体がそもそも可能であり、妥当であるのかが問われなくてはならないであろう⁴⁾。つまり、法のパッチワーク化を推し進めるのではなく、刑罰が投入される限界を明らかにし、刑罰頼み

3) 井田・前掲（注２（ジュリスト））59, 61, 63頁。さらに、国際化の流れが、国際的な法規制のネットワークにおいて間隙を作らないことを要請するという（60頁）。

4) もっぱら刑罰を投入することで解決しようとすることは、刑罰を「万能薬」としてみなすことに繋がるであろうが、しかし、刑罰が全ての事物の処理に妥当で使用可能な手段であるかは疑問である。それは万能であるが故にいわば限界なく投入を認めることになる。井田・前掲（注２（ジュリスト））62頁は、刑罰効果が証明できない限り刑罰を用いるべきではないという刑罰消極主義の立場は、市民に対し安全保護を自己負担させることになり、安全という価値を各個人の経済力にしたがって社会的に不平等に分配し、社会を「格差社会」に変えてしまうという。しかし、この理解は、もっぱら刑罰を頼みとして安全への要求を満たそうとすることを前提とした批判である。刑罰消極主義は、刑罰「のみ」による犯罪予防を目指すものではないであろう。犯罪学的努力を通じて犯罪の原因を明らかにし、犯行に及ぶ必要のない社会を作り上げていく刑事政策・社会政策が求められるのである。比喩的に言えば、刑罰積極主義が刑罰を「特効薬」とみなし対処療法に努めるのに対して、刑罰消極主義はあくまで刑罰を「用法容量を間違えると危険な薬」としながら根本療法を目指すのである。

とでもいうべき状態を省察することが重要と思われる。

このような課題に答えるには、刑罰の本質、すなわち、国家による刑罰の投入はいつ、どこで、どのように生じるのか、そして何より、そもそも何故刑罰が許されるのかという刑罰の正当化根拠に取り組む必要がある。それによって、何故そしてどの限りで害悪の賦課を伴う国家的刑罰が許されるのか、そして、その刑罰が社会においてどのような意味を持つのかという、刑罰の本質が問われるべきことになる。その意味で、狭義の刑罰論、なかでも刑罰の正当化根拠を巡る議論が重要となる。というのも、重罰化改正にせよ、前置化、犯罪化にせよ、国家が強制としての刑罰を賦課すること自体がそもそも正当であってはじめて議論することのできるものであるからである。そして、これに答えることは、他方で刑事立法の分水嶺を示唆することにもなる。

もっとも、このようなきわめて膨大で深遠な問いを全て扱いかつ答えていくことは困難である。したがって、本稿の検討対象は、これらの課題に対する答えの一助となるよう、まずは基礎的考察として、なかんずく刑罰の正当化根拠を巡る議論を扱おうとするものである。そこで、まずは従来の刑罰理論を整理することで、さらなる課題を明らかにしていきたい。

第二節：予備的考察

刑罰理論は、一般に、「絶対的」刑罰論（「絶対論」）と「相対的」刑罰論（「相対論」）に分けられている。「絶対的」刑罰論は、刑罰を犯罪に対する反作用として、つまり「応報」としてなされるものとし、それ以外に何の目的ないしは効果も有していないとされる。それに対して、「相対的」刑罰論とは、刑罰を科することには何らかの目的があるのであり、それを達成するために、ないしは刑罰の賦課による何らかの効果を狙って、刑罰は科されとする。換言すれば、目的を離れて（応報として）刑が科されるのが絶対論であり、何らかの目的のために科される目的刑論を相対論とする理解がなされてきている。後者の「目的刑論」では、「目的」の中心が

「犯罪の予防」にある。すなわち、刑罰というのは、犯罪を予防する為に、将来に向かって——展望的に——科されるものとなるのである。

ここでは「絶対論」対「相対論」という対立図式は、「応報刑論」対「目的刑論」という対立図式に形を変えている。もっとも、目的から離れた純粋な「絶対」論は、何の役にも立たない害悪が存在するというのは不合理であり許されない、ということから否定されるべきである。現実の社会で何の意味も持たない刑罰は許されていない。他方、目的刑論で言われる予防論では、その規範的妥当性と経験的検証の問題が生じる。予防論は、その予防効果を狙ったものである以上、それが獲得されない場合には単なる害悪の賦課でしかない。刑罰を科した後に（同じ様な）犯罪が生じたならば、それは犯罪の予防の失敗を意味することに注意しなければならない。さらに、目的が有用であれば、手段を正当化することになるのかという疑問が残るし、目的達成のために手段を拡張することは許されることになってしまう⁵⁾。

ところで、この予防論は、大別して一般予防論と特別予防論に分けられる。一般予防論では、社会の一般の人々が犯罪を犯さないようにするために刑罰を科し、特別予防論では、処罰される犯罪者自身が今後の犯罪を犯さないように刑罰を科すのである。

5) 目的の有用性は手段の内容・性質を必ずしも問わないことにも注意を要する。刑罰が本来的に害悪でなければ、そもそも正当化すら不要になるかもしれないが（例えば、教育刑主義においては、刑罰の害悪性や対象者にとっての不利益性が否定され、改善・矯正はそれを望まない者にとっても利益となる）、しかし刑罰の有する害悪性・不利益性を全く否定しきれるかは疑問である。害悪でなく、不利益でもなければ、刑罰はむしろ積極的に投入されるべきことになろうが、その場合、責任原理や罪刑法的主義は刑罰積極投入にとっての障害となり、それらを等閑視することが求められかねない。

さらに、刑罰の社会的効用がそれ自体で刑罰を正当化することにはならないであろう。例えば、抑止刑はそれ自体では、抑止のために必要な刑罰が求められることになるが、その際、過剰な投入に歯止めをかけることは困難となる。事実、平野龍一は「正しい抑止刑」として、目的刑を、更なる何らかの正しさによって補填している（平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）22頁）。

第一款：消極的一般予防論

一般に、消極的一般予防と呼ばれる刑罰目的には、威嚇と心理強制が含まれる。前者が情感的な恐怖に訴えかけるのに対し、後者は、刑罰賦課の不利益を予告することで、功利的な計算によって犯罪を選ばせないというものである。一般予防論では、犯罪行為者を処罰することで、とにかく一般の人々に犯罪を犯させないように働きかけることになるが、はたして人々は犯罪行為者が処罰されたという理由から罪を犯さないのかが、問題となる。ここでは、その行為がその社会では悪いものであるという自らの判断に従ってではなく、刑罰によって形成された、刑罰が科される行為であるから犯罪を犯さないようにしよう、という判断を前提としていることになる。つまり、人々を、恐怖の判断や損得勘定は出来ても、自らが善悪の判断が出来ない（少なくともその判断が信頼されていない）人間だとみなしてしまっているのである。

ところで、損得勘定という功利的計算で動く人間にとっては、他者の犯罪行為が処罰されることはあっても、自らが犯罪行為を行っても例外的に処罰という不利益を被らないことが、一番好都合なものとなろう。犯罪数の減少は利益であっても、その利益を自らが不利益を受けない上で享受することを望むのである。そのような便乗を許さないとして、犯罪行為者を処罰することは、将来に向かって抑止のために刑罰を科されるのではなく、そのような便乗は公正ではないとして、回顧的に刑罰を科されることになる。ここでは、処罰のために抑止以外のものを持ち出さなくてはならない。

さらに、この一般予防論には犯罪行為者を単なる「手段」としてしまっているのではないかという疑問が付きまとう。犯罪が割に合わないということを示して、他の人々が将来犯罪を犯さないようにすることは、処罰される行為者を他者の犯罪防止のための単なる「手段」として扱うのではないか、他者の利益のために行為者を処罰することは、犯罪行為者を同じ社会の同等な構成員として扱ってはいないのではないか、という疑問が生じ

るのである。つまり、消極的一般予防論は、犯罪行為者を社会の構成員というよりは、排除の対象として扱うことになように思われる。このような問題は、犯罪行為者を含め社会における人々を、自律的に規範に従うことのできる存在とはみなしていないことに起因するに思われる。個人の自律を前提としないような人間観では、刑罰を科すことは結局のところ、法の名宛人として、つまり権利・義務の主体としてみなしていないことに繋がってしまう。

加えて、消極的一般予防論は、犯罪と刑罰の不均衡に繋がる。一方では不当に重い刑が科されることもあるし、逆に、不相当に軽くなる場合もある⁶⁾。なぜなら、心理強制の手段とすべき害悪は、犯罪によって引き起こされた、あるいは引き起こされようとした害悪ではなく、犯罪の動機となる利益を基準に決めなければならないはずだからである。

このように、刑罰によって人々の行動を動機づける消極的一般予防論には、刑罰の正当化根拠として不十分な点が多い⁷⁾。ところで、近年、この消極的一般予防論とは異なる積極的一般予防論が主張されている。これは、法秩序の存在力と貫徹力への信頼の維持と強化を刑罰賦課の目的に掲げる見解である⁸⁾。先の直接的な行動の統制を図ろうとする消極的一般予防論に比べて、人々の規範心理に目を向けるものである。これについては、第二章で検討を行う⁹⁾。

6) 例えば、何百ユーロのために謀殺を計画する行為者は、すでに相当に確実に生じる、何千ユーロの罰金刑によって持続的に威嚇されるかもしれない（Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1991, 1/29f.）。また、反対に、生命に対する（現在のものとはいえない）危難を避けるために他人の器物を破壊する者に対しては、死刑が科されなければならないという結論になってしまうであろう。

7) この点で、後述の抑止刑論も同様の問題を有する。

8) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., 2006, § 4, Rn. 20 ff.

9) すでに我が国においても多数の文献で紹介・検討されているところである。堀内捷三「責任論の課題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（日本評論社，1988年）172頁以下，田中久智「積極的一般予防論ならびに結果無価値に関する一考察」熊ノ

第二款：特別予防論

他方、特別予防論では、刑罰は、処罰される犯罪行為者自身が今後の犯罪を犯さないように科される。「個々の法違反者に彼の社会的欠陥を治療することで役立つ」という再社会化の観点から、第三者への影響でなく、行為者自身への影響によってその目的を達成しようとする。ここでは、犯罪行為者自身に対する改善・矯正や、場合によっては社会からの隔離による無害化が行われる¹⁰⁾。

しかし、特別予防論を刑罰の正当化根拠として見ると、つまり、強制を本質とする刑罰の内容として改善・矯正を理解すると、改善・矯正の強制に至り得る。刑罰という国家的強制によって、改善・矯正を果たそうとするからである。この受刑者への強制的な「処遇」による矯正には、犯罪行為者を他の市民と同じような一人前の自律的で自己決定のできる存在とはみなしていないという問題が存する。自身から社会復帰をなす主体ではなく、あくまで、強制的に正す対象とされるからである¹¹⁾。

ㄨ 本法学57号(1988年)259頁以下、井上大「刑罰目的としての特別予防と一般予防——その再検討」専修法学論集50号(1989年)113頁以下、小野坂弘「刑法解釈学と刑事政策——ヴィンフリード・ハッセマーの見解」法政理論24巻1号(1991年)115頁以下、宮本宏典「刑法システム正当化の新局面——統合予防理論と Baratta の批判をめぐって」犯罪と刑罰7号(1991年)頁以下、林美月子『情動行為と責任能力』(弘文堂, 1991年)18頁以下、神田宏「責任と刑罰の積極的一般予防論的考察——予防目的の犯罪論的意義の再検討」法と政治42巻3号(1992年)65頁以下、同「責任の機能化と責任能力——ヤコブス(JAKOBS, Günther)の所論を中心に」法と政治44巻1号(1993年)221頁以下、中義勝「国家的刑罰と責任思想——ロクシン説の検討」関大法学論集43巻1・2号(1993年)374頁以下、金尚均『危険社会と刑法——現代社会における刑法の機能と限界——』(成文堂, 2001年)19頁以下、桜庭総「新たな刑法正当化戦略の問題点とその『市民』像——ヤコブスの積極的一般予防論の検討をてがかりに」九大法学95巻(2007年)1頁等を参照。

もっともこれら文献からは、積極的一般予防論を、規範創出的な、市民の態度の操縦的ないし行動統制的なものとして理解するものが多いように見受けられる。第二章ではその理解の当否にも目を向けている。

10) 無害化は、それが刑罰を正当化するなら、どのような犯罪であっても一生社会から隔離することが望ましいことになるが、それにもかかわらず何故に犯罪と刑罰の均衡が要求されるのかの説明に窮する。

11) この点については、吉岡一男「犯罪の研究と刑罰制度」法学論叢93巻6号(1973年)ㄨ

しかも、矯正の強制は、「公共の利益」、すなわち、社会の安全水準の改善、「将来予想されうる犯罪による社会の負担の減少」という利益から説明される。「犯罪水準の低い社会で生きること」は人々の利益に役立つものであるが、「将来の社会的共同生活に対して危険」である行為者を予防することは、行為者の利益ではなく、むしろ行為者以外の個人の利益に属することになる。それ故、一般予防論とパラレルな問題が生じる¹²⁾。さらに、「危険な個人にはすでに前の段階で適切な処置を受けさせるのが得策」となるので、行為原理および責任原理を放棄することになりかねない。リストのように「自由を保障するという個々の市民の利益¹³⁾」で根拠づけようとしても、誰が予防を必要とされるほど危険かは不明確であるし、市民に徹底した監視を求めれば自由は損なわれることになる。

また、再犯の存在が、刑罰による改善・矯正の失敗を意味する点でも一般予防と同じ問題が残る。加えて、拘禁刑の場合には、刑の長期化と刑務所の過剰収容問題に至り得る。しかも、その期間が長くなればなるほど、釈放後の合法的な収入の道が閉ざされ、刑罰自体が社会復帰を妨げてしまうという疑いが残る。刑務所での「悪風感染」の危険も考えれば、単なる改善・教育の失敗には留まらない。

結局、特別予防論も、刑罰の正当化根拠としては十分ではない。もっとも、このことは、実際の犯罪行為者の処遇において、社会復帰が不当であることまでは意味していないことに留意すべきである。つまり、改善・矯正が刑罰賦課の目的としては相応しくないことを意味しているにすぎず、受刑者に社会復帰的なプログラムが不必要となるわけではない。むしろ、刑罰の枠内で社会復帰を促進するための便宜供与を受ける権利が受刑者にはあろう¹⁴⁾。先の拘禁による受刑者への排外的作用を考えれば、その提

↘ 1 頁以下も参照。

12) Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 34.

13) Franz von List, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 38.

14) 第一章でも触れるように、受刑者を主体としてみなすが故にこの権利も明確なものとメ

供は国家の義務ともいえよう。ただし、それらプログラム等の便宜供与は、矯正の強制ではない以上、あくまで受刑者の任意の参加を前提にしなければならない。そうであるならば、余計に、強制たる刑罰の正当化根拠としては、問題なのである¹⁵⁾。

第三款：相対的応報刑論

現在、わが国において純粋な「絶対論」を主張する論者は見かけられないが、しかし、「応報刑論」が主張されないわけではない。そこでは、「絶対論」ないし「目的刑論」と組み合わせられた形での「相対的応報刑論」と呼ばれるものが主張されている。もっとも、一括りに「相対的応報刑論」といっても、その内容は種々異なっている¹⁶⁾。

まず、併合説的見解があげられる¹⁷⁾。この見解は、応報と予防目的の両者を加味する。もっとも、応報と予防目的の関係が、責任に見合った刑

ゝなる。この点で、土井政和「社会的援助としての行刑」法政研究51巻1号（1984年）35頁以下を参照。

15) もちろん、自らが悔い改めて贖罪の意識を持つことは望ましいであろうし、処罰を契機として現に悔悟が生じる可能性は否定できない。しかし、悔悟させるために積極的に刑罰でもって働きかけることや、悔悟がなければ重い処罰を導くということは、矯正の強制に至る問題である。あくまで、刑事司法制度のなかでの努力目標として求められていくべきものであろう。

16) いわゆる折衷主義的な発想がわが国においては大きな位置づけを占めてきた。例えば、ボアソナードが既に、フランスにおける新古典学派のうち古いものとして、ベッカリーアやベンサムの実利的功利主義と、カントの応報刑論との折衷であるとされる。これについては、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（有斐閣、1955）429頁、江口三角「フランス新古典学派の刑法思想」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』（有斐閣、1983年）50頁以下を参照。実務においても泉二新熊が同様に折衷的立場をとったとされる（泉二新熊『日本刑法論（上巻）』（有斐閣、1927年）30頁以下、41頁以下）。その目的は一般予防と特別予防であるとされるが、対立する二説の機能的等質性を強調し（42頁）、どのように組み合わせられるかについて示されないままに並列するために、トピック的に使い分けるという問題がある。他方で、富井政章が「一国社会の秩序安寧を維持する」ことが刑法の目的として、新派の主張であった社会防衛を強調していた（富井政章『刑法論綱（復刻版）』（信山社、1999年）14頁）。

17) 福田平・大塚仁『演習 刑法総論』（青林書院、1983年）8頁。

罰であることの要求と、処罰が何らかの合理的必要性を持つことの要求の両者を必要条件とするのか（論理積）、それとも、どちらか一方が満たされれば足りるとするのか（論理和）は、区別され得る¹⁸⁾。後者であれば、予防目的だけでも刑罰が基礎づけられることになり、「応報」が限界づけとはならず、目的刑論の包含する問題がそのまま妥当することになる。それに対して、前者は、一般に、応報刑の範囲内で予防目的を考慮しようとするものである。この場合、刑罰を基礎づけるのは応報であって、予防目的はあくまで「外在的」に付け加えられることになる¹⁹⁾。しかし、何故に、応報刑の範囲内であれば予防目的を考慮しても良いのかの理由は明確ではなく、殊に責任刑の要求と予防目的の必要性が矛盾する場合には問題が顕在化する²⁰⁾。

続いて、分配説的見解がある。これは、立法の段階では一般予防、科刑の段階では一般予防と特別予防、そして行刑の段階で特別予防を加味する見解である²¹⁾。ここでは、それぞれに予防目的が分配される根拠が明確でないことに加え、応報を基礎に予防目的を加味するので、併合説と同じ

18) 吉岡一男『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）10頁以下を参照。

19) 刑罰を基礎づけるものとして予防を考慮していない場合には、予防は「外在的」な要素となる。これに対して、第二章で扱うロクシンの見解（予防的統合論）のように、責任刑の意味での応報も、一般予防・特別予防も刑罰を同じく刑罰を基礎づける要素として認める方向はあり得る。しかし、それらの相反し得る要素が如何にして統合され得るのか、そして、矛盾する場合の優劣関係は問題である。

20) 応報刑の枠内で考慮される予防目的も、一般予防目的と特別予防目的が考慮されるとしても、その優劣関係は明らかではない。一般に、応報刑が上限となるという点では共通であるように思われるが、応報刑の範囲内で予防目的を考慮して量刑を規定していく場合には、責任刑の意味での応報刑を上回るだけでなく、下回ることも認められないことには注意を要する。これに対して、いわゆる点の理論からすれば、応報刑の上限を上回らない場合は、つまり下回することは許容されるかもしれないが、何故に刑罰を基礎づける応報を予防目的という外在的な要素によって制約できるかは、さらに検討される必要がある。

また、刑罰を正当化する根拠が予防目的にあるとするならば、この場合は、各種の予防目的が刑罰の正当化根拠として適切であるのかという問題に加えて、刑罰を基礎づけるものと限界づけるものが異なっているという問題が生じる。

21) 団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』（創文社、1983年）510頁。

問題が生じている²²⁾。

最後に、抑止刑論がある²³⁾。これは、刑罰賦課による心理的な働きかけで、一般の人に対しても行為者に対しても犯罪を防ごうとするものである。心理的に働きかけるという意味で、消極的一般予防論と同じ問題を抱えることになる。つまり、法定刑を定めることでの抑止ならば、犯罪が生じたという時点で抑止の失敗を意味し、科刑による抑止を目的としていれば、威嚇予防と同じ問題点が生じることになる。

かようにして、わが国の刑罰論において主に主張されている、相対的応報刑論というものは、いずれも刑罰の正当化根拠として十分ではない。

以上、刑罰理論を概観したが、いずれも刑罰の正当化根拠としては問題を有していた。そこで、本稿では、まず、近年ドイツにおいて広く主張されている積極的一般予防論に着目してみたい。ここでは、刑罰による直接的な行動の統制を図らない見解に目が向けられる。そこでは、人々を行動統制の対象とするのではなく、一人前の市民として、完全な自律的で自己決定をなす人格としてみなしていることが肝要である。そして、この人間観は、同じく近年ドイツで注目を集めるカントおよびヘーゲルの影響を受けた応報刑論の再考に共通するものである。

これらを明らかにするために、まず、第一章で、戦後ドイツの刑罰論を概観し、積極的一般予防論が主張されるに至った経緯を明らかにする。そして、第二章で、種々の積極的一般予防論の考察を通じて、「積極的」の意味を検討したい。さらに、第三章で、カントやヘーゲルの影響を受けた

22) この点で、法の「パッチワーク化」を認める見解（井田・前掲（注2『変革の時代』）20頁）も同様の問題を抱える。そのような使い分けを如何にして合理的に説明可能であるのかという点は、明確にされてはいないのである。種々の刑罰理論を場面によって使い分けるという見解では、結局のところ、その種々の理論を使い分ける統一的な基準ないし理論を前提としなければ、理論としては十分なものとは言えないであろう。

23) 平野・前掲（注5）21頁。もっとも、第七章で扱うように、自身の抑止刑論を相対的応報刑論とは異なるものとしている。

応報刑論の再構成について扱う。ここでは特に、その前提としている人間観が重要となる。そして、第四章から第六章を通じて、カントとヘーゲルの刑罰論につき触れ、対照的な見解としてのフォイエルバッハの刑罰論を考察することで、その違いを明確にするつもりである。最後に、第七章で我国の近年の議論の分析を通じて、以上の議論の我が国への敷衍可能性について検討したい。

第一章：戦後（西）ドイツの刑罰理論の概観

戦後西ドイツの刑罰理論は、周知のように敗戦による混乱からの回復とナチス時代の反省のなかで揺れ動いてきたものであった。ナチス時代では、「民族の保護」の思想の下で、刑法は威嚇と保安がその使命であるとの考えが支配的であった²⁴⁾。場合によっては、民族の保護の必要があれば、行為者の（危険性に基づき、その行為）責任を大きく超えることができる²⁵⁾。終戦後、東西ドイツにわかれるなかで²⁶⁾、

24) 例えば、Roland Freisler, Gedanken zur Strafrechtserneuerung, in: Nationalsozialistisches Strafrecht: Denkschrift des preußischen Justizministers, 1933, S. 6 ff. は、刑法を犯罪者に対する闘争手段として位置づけていた。Georg Dahm/Friedrich Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, 1933, S. 40 f. は、国家の権威のために弱体化した刑事司法を強い刑事司法にするとし、全体の教育、一般予防に重点を置くことを主張していた。なお、Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen: in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 7 f. も参照。実際、立法でも、1933年2月28日のいわゆる民族と国家の保護のための命令によって刑法典の法定刑が加重され、死刑犯罪規定の数が増やされることとなる。そして、1935年6月28日の刑法一部改正法では罪刑法定主義を廃止し「健全な民族感情」によって処罰に値するとみなされるときには処罰され得ることを定めていた。すなわち、その2条において、「法律が可罰的であると宣言し、または刑法典の根本思想および健全な民族感情によって処罰に値する行為を実行した者が処罰される場合、その行為はその根本思想がそれに最もふさわしい法律に従って処罰される。」とされたのである。

25) さらに、民族の保護のために必要があるときは危険な常習犯人および風俗犯人に死刑をかすことができ（1941年9月4日改正法律）、あるいは、民族の保護のために必要があるときは少年にも成人刑法を適用するものとされた（1943年少年裁判所法改正）。1933年

ナチス時代になされた立法から明らかにナチスの思考に基づいているものを払拭し²⁷⁾、刑法全面改正作業が進められていくことになる。特に刑罰理論の領域では、一般予防に基づく過度の威嚇を限界づけるために行為責任の重視が言われ、行為責任を導く応報刑論が着目されることとなる。

しかし、他方で、戦後しばらくは刑法の倫理的色彩が色濃く残っていた²⁸⁾。例えば、BGH では、自殺を防がなかったことの可罰性について、

ㄨ年11月24日の常習犯罪者法により導入された保安・改善処分も、既にそれ以前の諸草案にも含まれてはいたが、危険な風俗犯人の去勢等のように強く保安的な規定が存在していた。

26) 東西ドイツに分裂という政治的な事情の下で、西ドイツでは、1951年7月15日に人身の自由の保護のための法律が制定され、刑法典に拉致罪や政治的嫌疑をかける行為の罪が導入される。また、1951年8月30日には内乱、国家に対する危害行為及び反逆について新しい諸規定が設けられた(第一次刑法一部改正法)。さらに、1953年3月6日の第二次刑法一部改正法によって、外国軍務のための徴募の罪が、1954年8月9日には民族謀殺罪が、1957年6月11日の第四次刑法一部改正法により、NATO 加盟との関係で国防に対する軽罪が、1960年6月30日の第六次刑法一部改正法では、ナチスの運動およびその他の反憲法的な運動を防止するために、禁止された政治的標識の使用の罪を新設した。そして、1964年6月1日の第七次刑法一部改正法で爆発物の犯罪および公共危険の使用に対する法律に規定されていた罰則を刑法典中に挿入し、1964年8月5日にはいわゆる結社法の制定によって連邦憲法裁判所の裁判に対す違反、結社の禁止に対する違反の罪の新設、秘密結社、犯罪的団体に関する規定の修正など、種々の立法が行われたところである。日本においても、ドイツの動向は様々な文献において紹介・検討されているところであるが、西ドイツの刑法改正の動向を詳細に扱ったものとして特に、内藤謙『西ドイツ新刑法の成立改正刑法草案との比較法的検討』(成文堂、1977年)を参照されたい。

27) 例えば、連合国管理委員会の下で、1946年1月30日の法律第11号により、1933年以降に刑法典に挿入ないし補充されたナチス的な諸規定は廃止される。

28) 第二次世界大戦後、ナチス時代の人間性の尊重を軽視する制定法に対し、自然法の観念を引き合いに出して批判がなされたわけであるが(Werner Wippold, Die Entwirkung der Naturrechtsideologie auf westdeutsche Gerichtspraxis, Staat und Recht, 1959, S. 33, 34.)、その中で法実証主義が批判され、カトリック的自然法への回帰がなされた(BGH における自然法的思想の影響については、Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1689 ff. を参照)。Werner Maihofer, Ideologie und Naturrecht, in: Maihofer (Hrsg), Ideologie und Recht, 1969, S. 123 は、そこでの自然法の前近代性ないしトミズムの特徴を指摘し、1950年以降の自然法論の鎮静化と結びつけている。これについては、天野和夫編『マルクス主義法学講座7 現代法学批判』(日本評論社、1977年)11, 22頁以下も参照。なお、ナチス時代実際の司メ

「倫理法則」が全ての自殺を否定していることから、「法は、第三者の救助義務が自殺者の自分自身の死へと向けられた倫理的に否認された意思に譲歩しなければならない、という事態を承認することは出来ない」としていった²⁹⁾。また、両親が、その成人した子が婚約期間中に、両親宅において婚約者と日常的に性交をしていたのを黙認していたことで自由刑（不作為による重い猥褻行為の周施罪（旧181条））に処せられた事案では、「倫理法則が人間に対して一夫一婦制と家族というものを拘束的な生活形態と定め、そしてこの秩序を多くの国々と多くの民族の生活の基本とすることによって、同時に、倫理法則は、性交が原則として単一の夫婦の中でのみ行われるべきものであることも表明している」と言及している³⁰⁾。

このことは判例上だけのものではなく、刑法改正大委員会も、男性の同性愛行為につき、「刑法の倫理形成力によって背徳的な行いの蔓延に対して堰を築く」ために処罰をしようとしていたのである³¹⁾。そのため、刑

ㄨ法が、ワイマール期に展開された利益法学的・自由法論的解釈によって、従来の法をナチスの国家目的に方向づけることができた指摘するものとして、Wolf Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht: Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluß der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1972 も参照。

29) BGHSt 6, 153.

30) BGHSt 6, 53, 54.

31) Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962 mit Begründung, BT-Drucks. IV/650, S. 377. 以下、1962年草案理由書は E 1962 mit Begründung と略す。男性間の性的関係は、「ドイツ国民の支配的見解によれば人格を乱しかつ倫理的な感情を破壊するような重大な逸脱として評価されるべきである」し、「刑法規範は法益保護に奉仕するものであるが、このことは、たとえ個々の所為によって直接的に特定の法益が侵害されなくても、一定の場合に倫理的に特に非難すべきで、一般的確信からみて有害な態度によって威嚇することを妨げるものではない」。そして、「同性間の性的関係が蔓延すれば、国民の墮落と倫理的力の低下がもたらされる」としていた（E 1962 mit Begründung, S. 376 f.）。この刑法による倫理法則の保護については、他にも、人工妊娠中絶（医的適応事由のみ）、断種、売春の仲介、姦通との関係で論じられていた。

なお、この刑罰は倫理を形成するためにある、道徳を形成するためにあるという見解は、ヘルムート・マイヤーやヴェルツェルによっても主張されていた。H・マイヤーは「刑罰の基礎的な一般予防の作用は、その威嚇力ではなく、道徳形成力に」見られる

事立法においてこの種の犯罪を廃止する流れはまだ大勢になく、しかもその時代以前の保守的な（特にカトリック的な）倫理法則が可罰性の限界に大きな影響を残すものであった。

第一節：刑法改正作業

第一款：1962年草案と1966年対案

この刑法と倫理法則の結びつきは、いわゆる1962年草案でも続いていた。すなわち、「刑罰は、人間の態度に対する倫理的否定という価値判断を含む」のであり、「行為者にとってその行為が道徳的に (sittlich) 非難されうる場合にのみ、そしてまた原則としてその範囲でのみ、科することが許される」とされていたのである。というのも、「このように責任非難なしに処罰しようとすることは、刑罰の意味を誤ったものにし、刑罰を倫理的に無色の処分——これは政治的目的の為に濫用される可能性がある——とすることになるだろう」からである³²⁾。このことは、道義的な非難可能性という意味での責任³³⁾として、責任原理と結びつけられた³⁴⁾。

↘とし (Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 26), 「刑罰は、本質的に、社会倫理的な基本姿勢 (Grundhaltung) の形成に関与し、同じく禁止される所為をタブーとする」ものであるとしていたし (Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, S.21, 33)、ヴェルツェルによれば、刑罰は「市民の社会倫理的判断を形成し、既存の法に従う心情を強化するもの」とされている。「国民の法意識と規範忠誠への刑法の…作用という積極的な効果」が重要なものとなり、刑法は刑罰を通じて、「この積極的な行為の価値の…妥当」を示し、「市民の社会倫理的な判断を形成し、その保たれた法への忠誠の心情を強化する」ものとされていたのである (Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11 Aufl., 1969, S.3)。

32) E 1962 mit Begründung, S. 96.

33) Paul Bockelmann, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 54 (1959), S. 496 では、刑法はやはり第一義的には「刑」法でなければならず、刑罰は、例えば二度と犯罪を犯すおそれのない者にも科されることが必要だという意味において、それは道義的責任を基礎とする応報でなければならないとしていた。Richard Lange, Die schweren Fälle, in: Materialien zur Strafrechtsreform I: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 74 も参照。

34) これに対して、当時のヘッセン検事総長だったパウアーは、新社会防衛論に影響を受けて、基礎にある意思自由が確定できない、医学的知識と一致しない同義的な責任能力を確

例えば、1956年草案2条では「責任なく行為した者はこれを罰しない。刑罰は責任の程度を超えてはならない」とされていたし³⁵⁾、1960年草案60条でも「刑の量定の基礎は行為者の責任である」という形で³⁶⁾、刑罰は応報であることが基礎にされていたのである。

もっとも、このことは、刑罰が目的からは離れて絶対的に科されるものであるということの意味するものではない。例えば、この時代、メツガーは、国家的刑罰の正当性が導き出される国家的な犯罪予防の実際目的から出発しなくてはならないとして、国家的刑罰がまず第一に社会共同体の生活において、犯罪防止（予防）の目的によって正当化されていることを考慮することを主張していた³⁷⁾。国家的刑罰の種々の目的はその出発点において種々異なっているが、多くの点で同じ方向へ動いている。すなわち、「正しい応報」は一般人の法意識を強化し、一般予防的に作用する。また応報は個人に対し教育的に作用するので、特別予防的な意味を持つ。しかし、この種々な目的は常に一致しているのでは決してなく、まさに相互に全く矛盾し得る。メツガーはこの「刑罰目的の二律背反」に関する問題は、ある刑罰目的の他の刑罰の目的に対する優位性によって止揚されるとして、ここでは、「信念（Bekanntnis）」の問題であり、「正しい応報（gerechte Vergeltung）」が優位するとしていた。つまり、一般予防あるいは特別予防の目的追及が「正しい応報」の観念に反するときには刑罰は許されないのであって、その目的の追求は刑罰以外の方法によって実現さ

↘ 定することは不可能である、同義的価値は相互に矛盾しあう場合が多い、同義的責任は実体がない等の批判をなした（Bauer, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957, S. 168 ff. を参照）。

35) この点につき、一般予防ないし特別予防の観点から、責任の程度を超えて刑を量定すべき場合があるとするのは、Ernst Heintz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafrechtsbuchs vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70 (1958), S. 5.

36) これ自体は1962年草案60条にも引き継がれていた。

37) Edmund Mezger, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, in: Materialien zur Strafrechtsreform I: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 1; ders., Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1949, S. 5; ders., Strafrecht I Allgem. Teil. Ein Studienbuch, 1952, S. 7.

れなければならないとするのである³⁸⁾。このようにして、メツガーは一般予防や特別予防の目的を「正しい応報」による枠内で追及するときに刑罰が正当化されると考えていたのである。

実際、1962年草案理由書においても、「草案は、刑罰の意義を、刑罰が行為者の責任を清算する点に見出すだけのものではない。刑罰は、刑事政策上の目的、とりわけ、将来の犯罪行為を予防するという目的に資する。このことは、行為者およびその他の者が、そのような所為をなすことにつき威嚇を受けることによって行われ得る。それは、より持続的には、行為者に対して作用を加えてその者を再び社会に取り込み、また、その者が様々な誘惑に対して内面的な抵抗力を有するようにすることによって、行われ得る」としていた³⁹⁾。

また、例えば刑種において禁錮を廃止する理由として、「確信犯人に対する名誉拘禁的な特別刑は、既存秩序の敵対者の目には、それが国の弱みのしるしと映り、国の基本的立場や目標があまり確実に正当化されていないかのような印象を持たせる」ものであり、そしてそれのみならず、懲役や拘留などその他の自由刑の受刑者の名誉を低下させるような性格がことさら強調されることになり、社会復帰の思想に反することも挙げられていたのである⁴⁰⁾。もっとも、自由刑の単一化は主張せず、「道徳的な無価値判断は刑罰の量ばかりではなく、刑罰の種類にも現されなければならない」として、重懲役・軽懲役の区別を保持していた点では⁴¹⁾、道徳的色

38) Mezger, a.a.O. (Fn. 37), S.3 f.

39) E 1962 mit Begründung, S. 96.

40) E 1962 mit Begründung, S. 49 ff, 333 ff. 小委員会で法務省から廃止案が出され、確信犯人は別個に取り扱うべきとの意見もあったが (E 1962 mit Begründung, S. 334)、1953年の第三次刑法一部改正で結実している。

41) さらに、死刑を廃止したため、重大な犯罪に対する刑罰として重懲役が必要とする。重懲役の社会復帰の困難さ、執行段階での軽懲役との区別の困難さは認めているが、重懲役は社会復帰よりも贖罪や一般予防に優位の与えられるような極めて重い犯罪にのみ限られ、軽懲役との区別は実体法においてなされれば足り、執行における区別はさほど問題とはならないとしていた (E 1962 mit Begründung, S. 164)。

彩が優位していたと言えよう。

ところが、この1962年草案に対しては、特に、特別予防に重点をおく立場から批判が加えられた⁴²⁾。そのような中で、1966年にいわゆる対案グループと称される西ドイツ及びスイスの14名の刑法学者により出された刑法改正対案では、応報から予防への転換が明確に打ち出されることになった。すなわち、その2条1項で、「刑罰と保安処分は、法益の保護と行為者の法共同体への再編入に奉仕するものである」とされたのである⁴³⁾。そこでは、形而上学的考え方から、犯罪抑止という社会的任務を基本とする考え方への転換がなされた⁴⁴⁾。例えば、1968年に出版された『新しい刑法典のためのプログラム』で、ウルリッヒ・クルークが「カント・ヘーゲルからの訣別」を主張するように⁴⁵⁾、応報刑を否定し、刑法の脱倫理化をうたい、刑法の任務を法益保護と行為者の社会復帰に役立たねばならないとしているのである⁴⁶⁾。例えば、ロクシンによれば、ここから、刑法を社会統制、社会統制の一つの道具として、世俗的で功利主義的に理解する方向への転換がなされ、犯罪者も、社会化や社会への再統合に際して国が助力すべき一人前の市民とされることになったとされる⁴⁷⁾。

42) 例えば、Eberhard Schmidt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), S. 43 ff. ; Karl Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960, S. 102.

43) Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil vorgelegt von Jürgen Baumann, Anne-Eva Brauneck, Ernst-Walter Hanack, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst-Joachim Lampe, Theodor Lenkner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth, Walter Stree, Mohr, 1966. 以下 AE 1966 と略す。

44) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), §4, Rn. 20 ff.

45) Ulrich Klug, Abschied von Kant und Hegel, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 36, 41. ユルゲン・バウマン編（佐伯千仞編訳）『新しい刑法典のためのプログラム 西ドイツ対案起草者の意見』（有信堂、1972年）も参照。

46) Claus Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 75 ff.

47) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), §4, Rn. 17 ff. ; 川口浩一・葛原力三訳「Claus Roxin・Günther Jakobs, ドイツ刑法学の過去・現在・未来『Claus Roxin 第二次世界大戦後のドイツにおける刑事政策と刑法学の発展について』」関西大学法学論集50巻1号（2000年）171頁。

このことは、アルトゥール・カウフマンによっても主張されている。彼は当初は、ノヴァコフスキーが主張するような治療的刑罰 (poena medicinalis)⁴⁸⁾ は、刑罰を純粋な教育処分ないし再社会化処分として規定することであって⁴⁹⁾、再社会化のために必要とするものを求めるが故に責任の程度を越え出ることを認めるものであるから、刑罰を責任に応じて要求するという責任原理の放棄を意味するとして⁵⁰⁾、予防的刑罰目的は追求に値するものであっても責任刑の本質をなすものではないとしていた⁵¹⁾。しかし、カウフマンは、「共同体にとって必要な法益保護を刑罰によって実現するのは、もっぱら責任を理由としてのみ正当化されるが、し

48) Friedrich Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Siegfried Hohenleitner/Ludwig Lindner/Friedrich Nowakowski (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 55, 77 f. そこでは、刑罰は責任の程度に応じてではなく、危険性に応じて量られるべきでることが主張されている (S. 82)。

49) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1983, S. 203. アルトゥール・カウフマン (甲斐克則訳)『責任原理 刑法的・法哲学的研究』(九州大学出版会, 2000年)も参照。なお, Hans- Heinrich Jescheck, Das Menschenbild, S. 13 は、刑法は第一に治療の成功を得ようと努めるものではなく、治療の必要が無い場合や、治療の試みが最初から見込みがないと思われるほど重いものと判明した場合でも、正義の期待の現実化、つまり刑罰の要求をすることができるとしていた。

50) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 49), S. 204. アルトゥール・カウフマンによれば、責任原理からは、「刑罰は責任を前提とするということだけではなく、責任は刑罰を要求するということでもある」(S. 205)。彼はこれを責任原理の二面性と言う (S. 208)。例えば、とるにたらない程度の責任を下回ることだけが考慮される場合には責任の程度を下回することは許されるが (それは「責任は必ずしも常に組み尽される必要はない。それは、なにかんづく刑法の補充的・断片的性質から生じるものである」からである (S. 205))、故殺を犯したものを彼が長期間の刑務所服役中に慢性的な犯罪者と共同生活をする場合よりも自由にしておいた場合の方がより法律違反が少ないだろうことが期待されるという理由から不可罰にすることは、確かに許されないというのである (S. 205)。そこから、責任と刑罰は相互に条件づけられているとして、刑罰は、犯罪者に対して倫理的な非難を加えることが出来るときにのみ科すことが出来る「犯された責任に対する倫理的に必然的な答え」であるとした (S. 205 f.)。そうでなければ、つまり責任なき処罰は、処罰された者を「理性的なものとして尊重」しておらず、人間としてではなくて、むしろ、人間以下の存在 (Untermensch) とみなすことになるのである (S. 208 f.)。

51) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 49), S. 206. 刑罰は、威嚇や改善、保安といった目的が確実に達

かしたそれは、その執行が第一次的に行為者の再社会化に向けられている刑罰による場合のみである⁵²⁾」ことを述べるに至った⁵³⁾。そこでは犯罪行為者が自ら再社会化していくために⁵⁴⁾、自己答責的な存在であることが前提とされ⁵⁵⁾、国家は再社会化のための援助を提供する必要性が説かれているのである⁵⁶⁾。

このような視点のもとに作成された1966年対案においては、刑罰につい

ゝ成されない場合でも発生せざるを得ないからである。そこから、刑罰はその本質存在上、刑事政策的な目的処分（Zweckmaßnahme）ではなく、倫理的および法的秩序回復ならびに確証のための手段であるとしていた。つまり、刑罰は「道徳秩序と法秩序の支配要求を確実にものたらしめ、それによって社会構成員の倫理的および法的意識を強化する任務を有する」ものでり、同時に、「犯罪者の罪を清めること（Entsühnung）にも役立ち、犯罪者を責任から解放することになる」。このような、強制されない形で、有責者自身が自己の責任の内的洞察から刑罰の害悪を自由意思で自ら引き受ける場合にだけ、倫理的な贖罪の効能が果たされるとしていたのである（S. 206）。この社会構成員の倫理的および法的意識を強化するという点では、前述の H・マイヤーやヴェルツェルとの共通性が見られた。

52) Kaufmann, a. a. O. (Fn. 49), S. 276. 既に Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 56 ff. において同旨を述べている。

53) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 49), S. 274 f. では、「責任は贖罪を要求し、それ故に、有責者は贖罪によって責任非難から解放され、自己および同朋と和解する。しかしまた同時に、このことこそが再社会化の最良の道でもあり、…再社会化の際に重要なことは、行為者が自己の行為の答責を引き受けて、将来においてもこのような方法で自己の行為を克服するようにすることである」とされる。自己および共同体と和解するものとしての贖罪と再社会化とは同一過程の二つの側面に過ぎないというのである（S. 276）。

54) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 49), S. 273. 再社会化される（Resozialisiert werden）ものではない。

55) Arthur Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht. Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, in: Claus Roxin/Hans-Jürgen Bruns/Herbert Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, S. 91, 94 f.

56) Kaufmann, a. a. O. (Fn. 49), S. 274; ders., Über die gerechte Strafe——Ein rechtsphilosophischer Essay——, in: Hans Joachim Hirsch/Günther Kaiser/Helmut Marquardt (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S. 427 ff. なお、Heinrich Henkel, Die “richtige” Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, 1969, S. 10 f. も参照。

て、多くの部分で、一般予防効果よりも特別予防効果が重視されていた。すなわち、刑罰に一般予防効果があるかは疑わしいことから、不確実な効果を考慮することによって、すでに罪を犯した者の社会復帰を犠牲にすることはできないとされていたのである⁵⁷⁾。そのため、刑罰も犯人の人格の改善、社会復帰に資するものでなければならず、それに資することのない重懲役と軽懲役の区別が廃止され、自由刑に単一化がなされた⁵⁸⁾。さらに、犯罪行為者の社会復帰にとってとりわけ弊害が指摘されていた短期自由刑は避けるべきことが主張され、拘留の下限が1週とされていた1962年草案(47条)に対し、6月以上とされ(36条)、罰金刑の適用が拡大された。行刑の目的は法共同体への復帰を促すことであり、人格が許す限り執行は緩和され、行刑の目的に役立つ限り外界との接触は奨励されることから、自由刑の執行方法は、開放施設・強力なグループ指導・社会的個別的指導・アフターケア等がなされなければならないとされていたのである⁵⁹⁾。量刑においても、「刑は行為責任の程度を超えてはならない」(2条2項)として、行為責任が刑の最上限を決め、行為責任によって決定された程度は、行為者の法共同体への復帰または法益の保護が必要とする限りでのみ認められる(59条)とされていた。

しかし、その処罰が予防思想からは無目的であっても、重大な法益侵害がある場合には処罰を認めてもいた(58条)ことは見逃すべきではない。ここでは、その処罰の正当化は、特別予防において為されているわけでは

57) AE 1966, S. 71.

58) また、懲役・禁錮の区別の基準として破廉恥的であるか否かによる判断は非合理であり、懲役と長期の禁錮との同価値性が主張されていた。拘留は、行為者に対する真の処遇の必要に応じて刑を選択することと無関係に適用される恐れから、削除され、政治的確信犯人・良心に基づく犯人への拘禁も認められていない。これは、執行中に犯罪者を心理学的に分類し得るなら必要ないこと、政治犯以外の犯罪の中には必ずしも破廉恥な動機から犯されるものでもないものもあることが理由であった(AE 1966, S. 71)。

59) 受刑者と未決拘留者の分離、行為者ごとの執行、昼間のグループ作業と夜間の独居、自由時間の使用について国連の最低基準に従った規定(38条)受刑者の作業(39条)に表れている。

ない。確かに、対案グループにとって、特別予防目的に資するものではない刑罰は許されないものであったが、しかし、特別予防目的のために刑罰を正当化するということは、再社会化を犯罪行為者に強制するくらいがある。むしろ、対案グループが特別予防的観点を前面に押し出したのは、刑事政策的に有害である短期自由刑や名誉刑を廃し、罰金での代替、また、執行猶予（保護観察のための刑の延期）や刑の免除（刑の留付警告・刑の放棄付有責宣告）を導入するためであって、犯罪行為者の再社会化は刑罰の執行において実現するものであって、そのために行刑法の整備を主張したのである。

この刑事政策的観点は、法と道徳の峻別と法益保護の強調にも繋がる。すなわち、1962年草案に色濃く残っていた倫理的色彩を否定することにある。こと刑事立法の分水嶺においては、倫理法則に依拠して可罰性が決まるのではなく、法益の保護の必要性に基づくべきこととなる。これは特に性犯罪の領域において可罰性の大幅な縮減を導く根拠となる。これに基づき、特に、男性の同性愛行為、姦通行為、獣姦行為、売春仲介行為などの非犯罪化が主張されたのである。

以上のように、1966年対案の軸となったのは、まさに刑事政策的思考であった。応報思想によるとされる短期自由刑や、刑法の倫理的色彩の強調である（ないしは法益保護に資するものではない）風俗犯を刑法の領域から追い出すために、つまり、刑法を刑事政策的に見直す必要性から、刑罰論の領域においては、一方で応報思想の排除とカント・ヘーゲルからの訣別を、他方で犯罪者も社会に立ち戻るべき存在であることが同時に意識されていた。そして、刑事立法の領域においては、可罰性の限界を画するのは倫理法則ではないとして、刑法の脱倫理化と法益保護原則を主張していたと言えよう。この両者が両輪的に意識されていたのが、1966年対案の特徴なのである。

第二款：第一次刑法改正と第二次刑法改正

この1966年対案の影響を色濃く受けて成立したのが、1969年6月25日の第一次刑法改正法および同年7月4日の第二次刑法改正法である。まず、重懲役と軽懲役の間に実際上の際は存在せず、どちらも同じ行刑目標を持っているのだから、その執行に差別を設けることは実際上要請されないことから、また、重懲役は犯罪者に対して重懲役を受けたという烙印を押すことによって犯罪者の社会復帰を困難にするという理由から、自由刑の単一化がなされた（1条）⁶⁰⁾。短期自由刑の制限については、刑罰の社会阻害的効果に鑑みた自由刑の制限という点では1966年対案の趣旨の沿うものであったが、対案とは異なり、下限が1月とされ、6月未満は言渡・執行を制限するものとされた（47条）。その理由としては、① 単に社会復帰の観点および行刑の実情からのみ一面的に決定すべきではなく、法益保護の側面にも本質的意義が存在している。そうであるとすれば、6月未満の自由刑をラディカルに廃止することは、この法益保護の側面と調和しがたい。② 罰金以外の十分な代替措置があるともいえない。自由な作業による罰金の償却も実施はきわめて困難であり、一種の拘禁を伴うとき短期自

60) Erste und Zweite Berichte des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962 und den Entwurf eines Strafgesetzbuches AE in Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode, Drucksache V/4094 und V/4095, S. 8. 以下, 1. Bericht, 2. Bericht と略す。特別委員会の報告書によれば、単一刑は犯罪者のグループによって、適当な施設に区分・収容することを可能にし、また、重懲役受刑者のための特別の施設に対する不必要な費用を不要にし、諸外国の刑法典・刑法草案においても次第に多く採用されていることも理由に挙げられていた。なお、審議の初期の妥協案は、自由刑のみを単一に規定し、裁判所が刑期に応じて自由刑を、重懲役、懲役、拘留として科するというもの（オーストリー1964年草案との類似していた。なお、ラートブルフ草案29条も）。もっとも、それは、現在の刑事政策的立場からはもはや一致しないとして否定されている（1. Bericht, S. 8）。拘留刑の廃止は、短期自由刑の言渡・執行を制限する方向から、それに矛盾するとして廃止され、名誉拘禁としての「監禁刑」については、確信犯人であることを判決主文に明記することにし、また、行刑の段階で特別な処遇を行えるように行刑法を改正すれば十分であり、確信犯人に対する特別な刑種を設ける必要はない、とされた（1. Bericht, S. 8 ff.）。

由刑と同じ弊害がある。③ 諸外国でも少ない、というものであった⁶¹⁾。そこから、「６月未満の自由刑を裁判所が科するのは、所為または行為者の人格に存する特別な事情により、行為者に対する作用のためまたは法秩序の防衛⁶²⁾のため、自由刑を科することが不可欠である場合に限る⁶³⁾」とされたのである⁶⁴⁾。ここでは、特別予防（社会復帰）と並んで一般予防（法秩序の防衛）もまた重視されていた。

この特別予防と一般予防の併存は、量刑の場面においても現れている。

-
- 61) 2. Bericht, S. 18. なお、行刑委員会も６月としたが、ラント司法行政当局が１年以上６月未満の自由刑は例外的に認められるべきであるとし、ドイツ裁判官連合の刑法委員会代表者も廃止に反対していた。連邦弁護士会計法委員会代表者では見解が分かれていた (Karl Lackner, Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, JZ 1967, S. 513, 516 f.; Hans-Heinrich Jescheck, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuch (Allgemeiner Teil), ZStW 80 (1968), S. 54, 65 f.)。
- 62) 特別委員会草案では「法秩序の確証 (Bewährung der Rechtsordnung)」とされていた。少数意見 (FDP) から特別予防の観点から削除が、ないし、別の少数意見 (SPD) からは「法益の保護」の表現に変えることが主張されていた。多数意見は、「行為者に対する作用」以外の理由からも短期自由刑を科すことを極めて限定された範囲で認めることが必要であるとして、削除に反対し、法秩序の確証より法益の保護よりも精確であるとした (1. Bericht, S. 6)。連邦議会本会議でも、一般予防的観点は完全には排除できないとして、FDP からの削除の提案は否決されることになる。「確証」が「防衛」になった理由は、おそらく、法秩序の確証の文言が「応報」の意味に誤解される恐れがあるという点にあったようである (Hartmuth Horstkotte, Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches nach dem 1. September 1969, NJW 1969, S. 1603 f.)。
- 63) 1962年草案における「犯罪行為を阻止しようとする刑の任務」(53条, 72条 1項) よりも例外的性格をよく現すとされた (1. Bericht, S. 6)。特別委員会の第一読会では行為者の「責任」も要件にあったが、第二読会で応報思想的として削除された (Prot. S. 647)。
- 64) 刑の延期との関係では、1966年代案と同じく、２年以下の自由刑にまで拡張された。１年以下の自由刑は、法秩序の防衛のため執行を必要とする場合を除いて必要的延期とされた。責任の思想と結びつく応報思想を強調しすぎるとして1962年草案をとらなかったが、法益保護から法秩序の防衛という要件になったと思われる (1. Bericht, S. 11)。なお、前科等を消極的要件とする形式的適用除外事由は廃止された。これは1966年代案まであったが、形式的適用除外自由がそれ自体で必要な刑の執行の延期を妨げることがよくあり、裁判所は刑の執行延期の制度の取り扱いをその導入以来学んでいるので、削除しても制度が正しく用いられなくなることを恐れる必要はないとして、少年裁判所にならって削除された (1. Bericht, S. 11)。

46条では、「行為者の責任が刑の量定の基礎である。刑罰が社会における行為者の将来の生活に与えると期待し得る効果を考慮するものとする。」と規定され、刑罰により再社会化を目指すことが明記されている。例えば、罰金刑における訓戒効果（葛藤犯人における警告作用）も含むと解されていた⁶⁵⁾。もっとも、責任⁶⁶⁾の程度を超えるのは許されないが、下回らせる場合は、特別予防、法秩序の防衛および法的平等性といった要求を相互に比較衡量しなければならないとしていたのである⁶⁷⁾。

保護観察のための刑の延期（56条）についても、行為者の事後の予測が良好であれば⁶⁸⁾、刑の執行の作用を要しないということから、代案と同じく2年以下の自由刑にまで拡張されたが⁶⁹⁾、特に56条3項において6月以上の自由刑の場合は、法秩序の防衛が執行を必要とするときは執行は延期されないとして⁷⁰⁾、特別予防（刑罰による社会復帰を要しないという意味で）に比して一般予防（法秩序の防衛の必要性）を優先させている。

この点で、第二次刑法改正法で導入された刑の留保付警告（59条）も、

65) 1. Bericht, S. 4.

66) 責任の意義については、特に一定の見解を明示していない。特別委員会の多数意見では、代案59条1項1段は、責任を一定の刑量と一致する一定の量と理解しているが、法定刑の枠内の比較的狭い範囲における種々の量刑が責任に相応するという見解の余地も残していた（1. Bericht, S. 6 f.）。

67) 1. Bericht, S. 5.

68) 前科等を消極的要件とする形式的適用除外事由は廃止された。代案までは残っていたが、形式的適用除外事由がそれ自体で必要な刑の執行の延期を妨げることがよくあり、裁判所は刑の執行延期の制度の取り扱いをその導入以来学んでいるので、削除しても制度が正しく用いられなくなることを恐れる必要はないとして、少年裁判所にならって削除した（1. Bericht, S. 11）。

69) 罰金刑については、代案同様に延期を認めない。短期自由刑の弊害の回避の必要性は罰金刑には当てはまらず、罰金刑の延期は実務に多大で困難な負担をかけることになることが理由とされた（納付方法の緩和による達成が可能）。また、秩序違反法の過料制度の延期は認められていないので、そのこととの調和もあった。

70) 責任の思想と結びつく応報思想を強調しすぎるとして1962年草案をとらなかったが、法益保護から法秩序の防衛という要件になったと思われる（1. Bericht, S. 11）。

特別予防の観点からであるが、自由刑にまで認めていた代案とはことなり、180日以下の日数罰金⁷¹⁾にのみに限られることになったが⁷²⁾、ここでも、59条1項3項において「法秩序の防衛が刑の言い渡しを必要としないとき」という形で、一般予防の必要性に関わらせしめていた。

また、60条において、それまで各則で個別的に認められていたものであった刑の免除を、「所為から行為者に生じた結果があまりにも過酷であるため、刑を科することが明らかに失当であるときは、裁判所は刑を免除する。刑の免除は、行為者がその所為につき1年⁷³⁾を超える自由刑に処せられるべきときには、これを行わない。」として一般規定をおくことになる⁷⁴⁾。1966年代案では「刑の放棄付有責宣告」を認めていたが（58条）、刑の免除はこれと異なり、有罪宣告も行わないものであった⁷⁵⁾。

71) 40条において罰金刑は日数によって科刑するという日数罰金制度が導入された。罰金も法定刑として規定されていなくても、あるいは、択一的にのみ規定されている場合でも、41条によって利得目的を持つ犯罪については（1962年草案では「所為が利欲心から出たとき」）罰金を自由刑に併科できることになった。1966年代案では、裁量的併科を認めず、各則で規定すべきであって、利得を獲得した場合には詳細な追徴の規定で十分であるとしていたが、特別委員会は、没収・追徴では必ずしも対処できない場合があるとして、罰金の有効性を説いていた。裁量的併科であるが、ここでも法秩序の防衛のために適当であることを要件としていた（2. Bericht, S. 21）。

72) 第二読会で短期自由刑の制限（6月未満の短期自由刑は例外的にしか科せられない）に大きく動いたことから、また、行為者の事後予測が良好ならば執行が必要的に延期されることから、刑の留付警告は自由刑には適用されないようになった。なお、第四立法会期において90日では狭すぎるとして代案同じく180日になった（2. Bericht, S. 25）。代案では遵守事項を科すことも認めなかったが、これを認め、指図を科すこと・保護観察補助を命じることは、その措置が必要な場合には刑の留付警告の余地がなくなることからできないとされた（2. Bericht, S. 25）。

73) 特別委員会では当初2年だったが、ラント担当官会議の結果、1年に制限しても、必要な場合を把握できるとされた（1. Bericht, S. 7）。

74) この「所為から行為者に生じた結果」は内心における改悔や後悔だけでは足りず、「刑を科することが明らかに失当」の判断も直接に心象に浮かんでくるものである必要があるとされた（1. Bericht, S. 7）。

75) なお、代案の刑の放棄付有罪宣告は生命に対する故意犯の既遂については適用が除外されていたが（58条2項）、特別委員会は、生命に対する故意犯についても、特別の例外を

もつとも、「刑を科することが明らかに失当」の判断としては、必ずしも改善・社会復帰の刑の作用を要しないという意味での特別予防から導かれるものではなく、過酷な結果は、例えば母親が愛児を過失でしに至らせた場合や過失による交通事故の唯一の被害者が妻であった場合など行為者と被害者の関係から生じた場合か、例えば行為者自身が著しい身体障害を受けた場合など過酷な損害を行為者にもたらした場合であれば、刑事政策上刑を科すべきではないという判断によるものであった⁷⁶⁾。

以上のように、第一次刑法改正法も第二次刑法改正法も刑事政策的思考を基軸として、特別予防論の重視と、同時に法秩序の防衛という意味での一般予防を併存させていた。

加えて、脱倫理化の側面としては、特に性犯罪の領域における可罰性の縮減が挙げられる。1969年の第一次刑法改正法から1973年の第四次刑法改正法によって、男性の同性愛行為、姦通、獣姦、売春仲介行為が不処罰とされるに至ったのである。

第二節：特別予防の行き詰まりと一般予防への重点移行

先述の刑事政策的思考に基づいた特別予防論の重視は、刑事施設での改善や再社会化に重きをおくものであった。1966年対案グループの中でも、例えばジーヴァーツは刑罰と保安処分の一元化の試みを主張するなど、刑罰に先行して改善・保安処分を行うべきとの考えが見られた。そこでは、保安処分でも再社会化が目指され、社会治療施設の必要性が説かれていた。アメリカ⁷⁷⁾やスカンジナビア⁷⁸⁾での先行的試みを元に、ドイツでも刑事施設での教育による改善、再社会化が目指され、1976年3月16日に成

ゝ的な場合——要求による殺人——には刑の免除の必要性が生じ得るとして、代案のような適用除外を認めなかった (1. Bericht, S. 7)。

76) 1. Bericht, S. 7.

77) AFSC Working Party, Struggle for Justice, 1971, 20.

78) Ivar Agge, Die Entwicklung des schwedischen Strafrechts, ZStW 71 (1959), S. 93, 101 ff. において、スウェーデンでの特別予防に則った路線が紹介されている。

立したドイツ刑法は、２条において「自由刑の執行において、受刑者は将来社会的責任において犯罪行為の無い生活を送ることが可能とされなければならない」という行刑目的を掲げるに至った。

しかしながら、スカンジナビアでは、1970年代に入って「治療イデオロギーからの決別」が主張されることになる⁷⁹⁾。また、治療プログラムの実効性に関する研究において、ロバート・マルティンソンは、再社会化措置が成功したとの検証はもたらされなかったとの帰結を出し⁸⁰⁾、治療アプローチから刑罰の威嚇作用に関する研究を行うべきであるとし⁸¹⁾、ジェームズ・ロビンソン/ジェラルド・スミスは、再犯の減少のための再社会化的治療以外の刑罰賦課の根拠と基準を追求しなければならないとした⁸²⁾。これらの背景には、経験的認識の欠如⁸³⁾や、治療的アプローチの頓挫⁸⁴⁾にともなう、社会復帰思想の有用性への疑問があった。例えば拘禁刑で考えてみれば、拘禁期間が長くなればなるほど釈放後の生活が難しくなり、また犯罪を犯し刑務所に戻ってしまうということから、刑罰自身が社会復帰を妨げているのではないかという疑念が生じる。

結局、刑罰による改善・矯正を目指す社会復帰思想からは、特に刑の長期化や刑務所の深刻な過剰収容に至ってしまったのである。これは、少なくとも、刑罰賦課による再社会化の行き詰まり、つまり、国家的強制である刑罰の内容として矯正を位置づけ、刑事施設で改善・再社会化を目指す試みが結果を出せなかったことを意味していた⁸⁵⁾。

79) Marlene Hilbers/Wolf Lange, Abkehr von der Behandlungsideologie, KrimJ 5 (1973), S. 52 ff.

80) Robert Martinson, What works? in: The Public Interest, 1974, 22.

81) Martinson, *op. cit.*, 53～54.

82) James Robinson/Gerald Smith, in: Crime and Delinquency 17 (1971), 67, 80.

83) Wolfgang Frisch, Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983, S. 37 ff.

84) Douglas Lipton/Robert Martinson/Judith Wilks, The effectiveness of correctional treatment, 1976; William C. Bailey, Journal of Criminal Law & Criminology 57 (1966), 153～155.

85) もっとも、注意すべきは、受刑者に任意的な社会復帰のためのプログラムを提供す

加えて、もう一つの要因は、経済犯罪、環境犯罪、製造物責任、遺伝子工学、麻薬、組織犯罪への対応の要請である⁸⁶⁾。それぞれの立法状況につき主だったものを挙げるが、経済犯罪では、1976年の第一次経済犯罪対策法によって補助金詐欺（264条）、信用詐欺（265条b）が導入され、1986年の第二次経済犯罪対策法によってコンピュータ犯罪への対処がされるようになった。環境犯罪では、1980年に環境犯罪対策法によって「環境に対する罪」が刑法典に追加されている。麻薬対策については、1981年の麻醉剤法（Betäubungsmittelgesetz）により、資産刑（43条a）、拡大収奪の規定（73条d）、マネー・ロンダリング罪（261条）の導入がされている。組織犯罪については、1994年の犯罪対策法で加害者・被害者和解（46条a）、民衆扇動罪の拡張（130条）傷害の罪の法定刑引き上げ（223条以下）がされるに至っている。

これらの刑事立法の特徴は、抽象的な法益の保護の為に抽象的危険犯を多用している点にあるが、シュミットホイザーの分析によれば、社会全体が脅かされると感じられた類似の行為態様に対して、社会全体の危殆化を最小化していくという方向への要請に基づくものである⁸⁷⁾。この要請は、社会全体に視点を向けるものである点で、個人の改善を志向する特別予防とは適合しないものである。特に、経済犯罪、環境犯罪の領域では、この犯罪化により人々の行動を統制しようとする傾向がある。というのも、犯罪化は、従来処罰されていなかった範囲にまで処罰を拡大すると意味で一般の人々にとっての新たな行動の指針を生み出すものであり、対象となっている抽象的な法益の保護のために、刑罰賦課でもって人々の規範を形成

ゝること自体が否定されていないことである。例えば、自由刑純化論を前提に、社会復帰や更生保護を刑事制度に取り込まれた者に対する福祉的な援助策（一種の便宜供与）として位置づける方向性（吉岡・前掲（注18）78頁以下）は、依然として残されている。土井・前掲（注14）39頁以下、85頁以下も参照。

86) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), §2, Rn. 51 ff.

87) Eberhard Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971, S. 10 ff.; Norbert Hörster, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970, S. 272 ff.

することに向けられ、すなわち、直接的に人々の行動を方向づけることに関わるものであるからである。その意味で、刑罰による一般の人々への行動の動機付け、すなわち刑罰による規範形成にとっては、特別予防論よりも一般予防論の方が適していた。

このような抽象的危険犯の多様化、同じく犯罪の前置化・早期化、厳罰化に対して、フリードリヒ・クリスチャン・シュレーダーは、犯罪の予防が刑法の任務であることからこれが許されるものとしていた。すなわち、彼によれば、犯罪予防という刑法の任務を阻む行為は「刑法に対する罪」であり、早期化された構成要件は、刑法のその他の構成要件の効果を保護し、強化することから正当化されることになる⁸⁸⁾。しかし、刑法的保護の早期化は、当然、刑法による介入の範囲の拡大を意味することになる。犯罪予防に資するものであるなら、そしてそれが法益保護につながるのであれば、刑法による介入が望まれることになる。そうであるなら、その介入の限界はどこに引かれるのか。法益保護に資するということから、例えば、保護される法益が侵害を要件とする必要はない。つまり、危殆化されることからの保護でも十分であり、行為と保護法益の関連が希薄なものであっても法益保護には役立つのである。もしこれを押し進めるならば、それが思想処罰にまで繋がりがかねないことは否定できない⁸⁹⁾。

さらに、近年の刑事立法は、伝統的な法と道德の区別を元にした「脱道徳化」に対応していないものがある。ゼールマンは、近年の刑事立法における「処罰化 (Pönalisierung)」と「非処罰化 (Entpönalisierung)」の概観

88) Friedrich-Christian Schroeder, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 3 ff.

89) これについて, Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), S. 753 f. は、自由主義体制の下で想定されるべき主体像は内的領域と外的領域を有しているのであり、内的領域は公的なコントロールからは自由な私的領域であって、ここへの刑法の介入は許されないとする。犯罪として処罰することが国家に許容されるのは、私的領域でなされた行為であって、他人の組織領域に不遜に干涉 (Anmassung) するものに限られることになる (S. 755 f., 762)。それ故、ヤコブスによれば、犯罪の予防や法益保護といったことから、即座に刑法を限界づけることにはつながらないのである。

において⁹⁰⁾、例えば、組織犯罪で問題となる犯罪の前置化・早期化について、共謀 (Verbreitung) の処罰化は「より厳しい程度に内心情が把握される」ので、「この処罰化は倫理化なのである」と述べているし⁹¹⁾、生殖医療および臓器移植の領域における処罰化も、倫理的な義務から根拠づけられているとする。後者では、「個人ではなく、人間の身体組織を正当に取り扱うという我々のイメージを保護するもの」であり、「(カントの意味における) 自分自身に対する義務、より詳しくは、自分自身の人格における人間性の尊重義務の侵害に対する刑事責任の追及」がなされている。「そのような義務は、カント的倫理の伝統においては、純粋に倫理的な義務に属する」ので、ここでも「法の倫理化が存在する」といえると思われるのである⁹²⁾。

もっとも、「処罰化」が倫理的義務に基づいている一方で、例えば、妊娠中絶や安楽死の許容といった「非処罰化」も倫理的義務の前提とする個人の自律から導かれているとされる。ここでは、「脱道徳化」がア・プリオリに「非処罰化」につながっているわけではないことが指摘されているのである。つまり、「脱道徳化」が、どのような行為を処罰し、どのような行為を処罰しないのか、あるいは、刑法による介入はどこまで許されるのかに対する答えを出せるものではなくなっているのである。ここにきて、刑事政策的思考を軸にカント・ヘーゲルからの決別を謳い、刑法の脱倫理化を目指してきた1966年対案の思惑とは異なる刑事立法のために、特別予防論的思考からの転換、一般予防論的思考への重点の移行が現れてくることになったのである。

90) クルト・ゼールマン (松宮孝明訳) 「刑法における法と倫理」立命館法学278号 (2001年) 254頁。

91) ゼールマン (松宮訳)・前掲 (注90) 258頁。

92) ゼールマン (松宮訳)・前掲 (注90) 259頁。

第三節：シュトラテンヴェルトによる問題設定

刑事立法が拡大するなかで、法益概念を明確化することで、その刑事立法を限界づける試みがなされてきた⁹³⁾。例えば、ハッセマーによれば、法益論は「刑事立法者に合理的で使用可能な判断基準を提供し、さらに、その判断の正当性に対し『外から』証明基準をもたらす」とされる⁹⁴⁾。法益とは「刑法的に保護を要する人間の利益」であり、「この利益は、特に、生命や身体などのような、社会における人間の共同生活に不可欠の生活財 (Lebensgüter)」であり、「個人的法益と普遍的法益を『一元的に』解する見解、つまり、法益を人格 (Person) から理解し、普遍的法益は個人 (Individuum) の人格的な発展に役立つ場合に限り認める」という「人格的法益論」を展開する⁹⁵⁾。ハッセマーは、具体的には、環境犯罪、経済犯罪、薬物犯罪および組織犯罪に関する近年の刑事立法を批判的⁹⁶⁾に捉えており、そのため、現代的諸問題は現代的な「介入法 (Interventionsrecht)」による方がより良く止揚できる」とし⁹⁷⁾、「刑法の守備範囲を伝統的な個人的法益およびそこから機能化させられうる普遍的法益を侵害する犯罪に限定」するのである⁹⁸⁾。もっとも、この考え方は、近年において刑法の中に入ってきた諸問題を単に刑法から遠ざけるだけのものであって、問題

93) これについては、嘉門優「法益論の現代的意義」法学雑誌50巻4号（2004年）94頁を参照されたい。既に我が国でも多くの議論がなされているところである。伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂、1984年）、内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開」東京都立大学法学会雑誌6巻2号47頁以下、甲斐克則「法益論の基本的視座」大國仁他編『海事法の諸問題——伊藤寧先生退職年論集——』（中央法規出版、1985年）95頁以下。

94) Winfried Hassemer, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1995, Vor §1 Rn. 255.

95) Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S. 383.

96) この点で、Felix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 53 ff. も参照。

97) Hassemer, a.a.O. (Fn. 95), S. 378.

98) Hassemer, a.a.O. (Fn. 95), S. 378. 刑法を「中核たりうる刑法」に限定し、「個人的法益が中心となる構造主義的な構想で画そう」とする (S. 383)。

的な処罰規定を刑法から排除して新たな「介入法」を作ったとしても問題は何も解決しておらず⁹⁹⁾、シュトラテンヴェルトの言葉を借りれば、「将来の保障の領域から刑法の撤退にむかう」だけである¹⁰⁰⁾。

他方で、クラッチュが主張するような、「危険社会」という見方を背景に、刑法を市民の行動操縦の手段として積極的に投入して、広く抽象的危险犯や「環境」などの非人格的法益を承認する方向¹⁰¹⁾も問題なしとしない¹⁰²⁾。というのも、一般的法益概念を採る方法では、法益概念に明確な限界を設けることができず、刑罰法規の説明の単なる道具として使用される危険性は常にあるからである。例えば、環境刑法における法益論の限界を指摘している¹⁰³⁾。すなわち、そこでは、「人間の生命や健康を環境に存在する危険から守ること」か、「環境」それ自体を独立の保護法益とみるかが争われている¹⁰⁴⁾。しかし、「可罰性の根拠付けないし限界づけに対してもっている法益の基本的意義は、ここではあまり残っていない」のであ

99) ハッセマーは「刑法の規範的および個人的な伝統」に立脚しているが、しかし、具体的にどのような行為であれば中核刑法たる刑法典に規定される犯罪となり、どのような行為であれば「介入法」の対象となるのかが明らかではない。

100) Günter Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), S. 679. この論文の紹介としては、ギュンター・シュトラテンヴェルト (金尚均訳)「刑法を手段とする未来の保全」立命館法学235号 (1994年) 162頁がある。

101) Dietrich Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985. クラッチュによれば、刑法は「市民の態度操縦システム」である (S. 30)。「保護装置としての刑法の使用は、危険の基礎となる現実の実際上の変更を前提としている。その変化とは、行為者や刑罰的規範システムによる時宜に適した阻止がなければもはや支配できないような、保護されている法的価値に対する危険が発生することである」(Dietrich Kratzsch, Prävention und Unrecht, GA 1989, S. 54)。そこから、危険の防止に比重を置き、刑法による「市民の態度操縦」につながるのである。この批判は、クラッチュが言うような、刑法による行動統制を前提とした刑事システムに対するものである。松村格『刑法学方法論の研究』(八千代出版, 1991年) 198頁も参照。

102) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 679.

103) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 682.

104) これについては、Dagmar Waldzus, Zur Sanktionsproblematik im Umweltstrafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Wiedergutmachungsgedankens, 1997 等を参照。

り、「環境犯罪の法益をどのように規定しようとも、必要ないし指示可能な刑法による保護範囲の精密化には、ほとんど、ないしまったく貢献しないことは明らかである」とされるのである¹⁰⁵⁾。

さらに、法益による限界づけが当てにならないものだとすると、行為の結果が明らかにならず、その結果発生の許された危険も確定できない。また、それに関連づけられる故意と過失の区別、さらに結果に対する寄与度の相違で区別されるはずの正犯と共犯の区別もできなくなる。最後には、集団それ自体に対する刑事責任の追及が不可避か否かも問われることになる¹⁰⁶⁾。

シュトラーター・ヴェルトが言うように、「法益概念は、環境のような『現代的な規制素材 (Regelungsmaterien)』に対する批判的な能力はない¹⁰⁷⁾」とすれば、「法益侵害なければ犯罪なし」ではなく「法益侵害あれば犯罪あり」となってしまう、刑法による法益の保護が、刑罰の賦課により犯罪行為を阻止することを通じて行われるのであれば、「刑法を特徴づけてきたドグマ・ティッシュな諸原理を放棄して、将来迫ってくるかもしれない危険を可能な限り阻止するという目的にだけ方向づけられた『純粹機能主義的な刑法』」が構想されることになってしまう¹⁰⁸⁾。または、「将来的に発生が予想される危険から可能な限り有効に防御するという目的のみに」向けられている、従来の法治国家的保障等を閑視したものとなろう。そこでは、「答責性という法学的概念」は消え、「さほど根拠がなく了解することもできない一般的抽象的な振る舞いの命令を貫徹することだけが、つまり一種の加重された、重罪ないし軽罪に格上げされた秩序違反法——そこでは、行為は現在の規制と比べて、はるかに形式犯化されるで

105) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S.683.

106) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S.684 f.

107) Günter Stratenwerth, Zum Begriff des "Rechtsgutes", in: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 379 ff.

108) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 685.

あろう——だけが重要となるであろう」ことになる¹⁰⁹⁾。

しかし、これはもはや、本来の意味での刑法とはいえないのであって、答責性の個人的な帰属という形式から離れてしまえば、それに伴う制裁もまた、必然的に刑罰という性格を失わざるを得ない¹¹⁰⁾。「規範に対する外部的な違反行為で足りる古い『形式犯』を再生させるような刑事負債は、もはや何者に対しても特別な感銘を与えることができず、純粹にくじにあたるようなものと見られてしまうであろう」からである¹¹¹⁾。そのため、「そこでは、刑事罰は保険の対象となるのであり、このような意味で純粋機能主義は、短絡的に一つの次元に訴える」と批判されるのである¹¹²⁾。

加えて、シュトラーターテンヴェルトによれば、機能的なあるいは目的合理的な刑法システム自体に既に問題があるという¹¹³⁾。ロクシンが主張したような刑法上の責任論のルールを予防の観点に還元する¹¹⁴⁾、つまり刑法上の帰属の基準を刑罰目的から規定する試み¹¹⁵⁾は、例えばある種の刑罰目的が実際に機能していることを前提とする。例えば、シュエネマンは、法益侵害態度の阻止を目的とした市民への一般予防作用を目標に掲げる刑法は、法に従うことへの相応する動機に関して作用するが故に、予防の欲求が「人間的行為の目的的構造」に鍵となる機能を配分するとしている¹¹⁶⁾。ロクシンも予防効果があることを前提として¹¹⁷⁾、行為者の責任能力¹¹⁸⁾や合法的態度の期待可能性¹¹⁹⁾と刑罰目的を結びつけている。

109) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 685.

110) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 685.

111) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 686.

112) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 686 f.

113) Günter Stratenwerth, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, S. 5 f.

114) Claus Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973 を参照。

115) これについては、Kurt Seelmann, Gaetano Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe, ZStW 97 (1985), S. 241 ff. も参照。

116) Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 46.

117) 例えば、Roxin, a.a.O. (Fn. 8), §3, Rn. 30 は、一般予防効果が確かにあるという想定は反証され得ないとしている。

118) Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion um Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit, 7

しかし、このことは、その刑罰目的の効果が実証されていない場合には¹²⁰⁾、疑わしいものとなる¹²¹⁾。シュトラーターテンヴェルトによれば、そのような場合には、刑罰目的から刑法解釈学の個別問題を帰納的に推論することは不安定なものであり¹²²⁾、逆に、一つの解釈のもっともらしさから相応する予防的欲求が推論で引き出されない場合には、予防効果があるという仮定は個別の問題に関する言明には利用され得ないことになる¹²³⁾。つまり、ある種の刑罰目的が実証を得ていない場合に、それにもかかわらずその刑罰目的を前提とした刑法解釈学を構想することが問題であるというのである。刑法が社会統制の世俗的な道具として種々の目的を通じて正当化されなければならないものであるとしても¹²⁴⁾、予防効果がないことの実証もないという論証でもって、予防効果があると言って良いのかは大きいに疑問であろう。それ故に、その目的にいかん根拠があつて適切であるに見えるかに左右されるということを前提とせざるを得ない以上は、将来迫ってくるかもしれない危険を可能な限り阻止するという目的だけを追求する、つまり「効率性のみを目指す刑法は、おそらく、その目的を決して

↘im Strafrecht, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 279, 300 ff.

119) Roxin, aa.O. (Fn. 114), S. 33 f.

120) これについては特に、Michael Bock, Prävention und Empirie. Über das Verhältnis von Strafzwecken und Eiführungswissen, JuS 1994, S. 89, 95 f. なお、積極的一般予防の実証性の問題に関しては後述する（Michael Bock, Ideen und Chimären im Strafrecht, Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Gerechtigkeit, ZStW 103 (1991), S. 636, 656 も参照されたい）。

121) Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Haas-Jürgen Bruns und Franz Pallin, ZStW 99 (1987), S. 349, 365, 370 f. は、量刑というテーマにおいては、一般予防的威嚇や特別予防に関する精確な元明はそもそも可能では無いことを指摘する。

122) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 113), S. 15 f.

123) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 113), S. 16.

124) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 113), S. 7.

達成できないであろう」ことになる¹²⁵⁾。

シュトラテンヴェルトにとって、このような純粹機能主義的な刑法を用いる道も、介入法を用いることで刑法の守備範囲を画する道¹²⁶⁾も支持しえず、そうかといって個人の生活利益ばかりでなく、人類全体の生活利益が問題であるところで最も峻厳で感銘力のある制裁たる刑罰を放棄することも指示できるものではなかった。もはや、伝統主義的な刑法が前提とする人間観、つまり、人間に所有及びその人格を意のままにする完全な自由が与えられ、人間は自らと世界の主人であるという人間像を前提にする伝統的な刑法概念ではもはや立ち行かないのであり¹²⁷⁾、それに代わる道を示す必要があった。そこで、シュトラテンヴェルトは、第三の道を提唱する。すなわち、「未来関係的な犯罪に関しても、必要な程度のドグマティッシュな安定性を媒介とする刑法的帰責のルールを発展させる」方向¹²⁸⁾を示唆したのである。

この第三の道は、「現代の工業化社会の潜在的破壊力に見合う規範を発展させる」ことを提唱するものである¹²⁹⁾。この第三の方向は、「刑法を単純に行動統制の道具と見るような道具的思考それ自体を実践理性のコントロールに服させること、すなわち、現代の工業化社会の潜在的破壊力に見合う規範を発展させること」にある¹³⁰⁾。それは、「生活関係保護の必要性を何らかの関与者の現実的利益に還元することなく、生活関係それ自体と

125) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 686. 例えば、「積極的一般予防という観点を……いかに強調しても、刑事制裁の規範安定化作用は、本質的に、それがいかに根拠があり適切であると見えるかに左右されるということを前提にせざるをえないことを強調しすぎることはない」のである (S. 686)。

126) 問題を刑法の領域から追い出しても、「それによって得られるのは、そのような解決の方が刑法の守備範囲を妨害しにくいという以外に何があるのか」疑問とされる (Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 688)。

127) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 689.

128) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 688.

129) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 690.

130) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 691.

して保護すること」である¹³¹⁾。たとえば「自然の水体は、それが存在する基体として保護されるのではなく、それが無数の有機体に対して有する致命的意義のためにである」から、「水体の個々の汚染が禁止されるのではなく、自然の保全における水体の役割とは相入れない濫用の態様またはその程度が禁止される」のであり¹³²⁾、「有害物質の排出を犯罪化する際に一定の基準値を超えたか否かに着目するのは、事物の性質上、唯一適切な方法」であり、「遺伝子工学規制では、法益保護思想では何も決まらないことはもっと明らかである」とされる¹³³⁾。

また、刑罰をその他の法効果から区別するのは、「それに結びついている峻厳な反価値判断であって、そのような反価値判断は、第１に、該当者を、その態度は明確かつ一義的な法規範に対する違反であるとして非難できることを不可欠の前提とし、そこから、立法技術的にはとりわけ、許される環境負荷の程度ないし許される危険もまた、十分精密に定義するという困難な課題がある」と指摘される。そして、「さらに重要なのは、明確に定義されるばかりではなく、規範的に強固に定着した規範の違反であることである」とされ、例えば、「道路交通における速度制限の違反を、それがその状況において誰も危殆化しない限り、真の犯罪行為だとみなすことはほとんどないのであって、排出基準を超えた有害物資の排出が真に犯罪行為として扱われるべきなら、それはそれに応じてより大きな妥当力を持つ厳格な禁止を前提にする」¹³⁴⁾。つまり、「刑法はこのプロセスを支援することはできるが、それに取って代わることはでき」ないのであり、

131) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 692. 将来に関係した行為規範を個人の利益に還元することなく、刑法的に保護しようとしている。そして、法益に方向づけられた刑法的帰責論を「将来に関係した犯罪の場合には、素描された出発点から、因果関係と結果、故意と不法の意識、正犯と共犯の問題、あるいは、また、刑法所の企業責任の問題」において實際上支持しうる解決に至るとする。

132) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 693.

133) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 693.

134) Günter Stratenwerth, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, 1993, S. 19 f.

「刑罰規定は二次的な規範であって、それがアリバイ的な機能だけを果たせばよいというのではないとすれば、それにはコンセンサスを得る可能性のある行動ルールが常に先行しあるいは基礎になっていなければならない」。そこから、「我々に社会として、経済的な計算に委ねず、伝統的な価値基準を見直し、個人的利益を再び広く全体利益の一部に編入するという用意がある場合にだけ、刑法もまたこの問題においてこれまでよりも説得的な役割を果たすことが可能になる」とされるのである¹³⁵⁾。

この考え方は、社会における規範が変化するものであることを前提に規範を発展させることを、しかし、その発展の方法は刑法によるものではないことを意味している。シュトラーターテンヴェルトにとっては、刑罰法規はあくまでも当該社会における既存の社会規範に基づいている必要がある、つまり「コンセンサスを得る可能性のある行動ルールが常に先行しあるいは基礎になっていなければならない」のである。もちろん、その既存の社会規範が十分に明確な規範となっていないことはあるし、明確ではないその規範を成文化することで当該規範が「強化」される可能性は否定されていない。『『沈黙の春』からたった30年で¹³⁶⁾』と述べるように、刑法によらずとも規範は変容すると考えている。しかし、それとは反対に、刑法による、刑罰法規による規範の形成は、シュトラーターテンヴェルトにとっては嘲笑の対象となる。すなわち、1962年草案によって単純な同性愛行為の当罰性を根拠づける為に呼び出された「刑罰法規の倫理形成能力」を想起することは、その当時これを嘲笑した人間にとってはきわめて容易であると¹³⁷⁾。

ここにきて、一方で、人間が自律的な存在でありながら、しかし、危険に対応していくことのできる存在であることが求められ、他方で、刑罰規定には社会規範が先行しなければならない、あるいはそれは社会規範を踏

135) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 134), S. 20.

136) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 679.

137) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 695 f.

まえたものでなければならないという方向性が示された。シュトラテンヴェルトにとっては、刑法と刑罰は以上のようなものでなければならない、刑法が社会統制の世俗的な道具として種々の目的を通じて正当化されなければならないものであるとするが¹³⁸⁾、その刑法を正当化する目的がどのようなものであるかは明確にはされていない。シュトラテンヴェルトにとっては、一般予防も特別予防もそれに足るものではなかった¹³⁹⁾。とりわけ、機能主義に基づいた積極的一般予防論を、その目的自体が刑罰ないし刑法で達成すべき課題であることは否定しないものの、固有の刑罰理論として主張することはできないとしている¹⁴⁰⁾。そこで、この分析の当否を明らかにしていくために、次章では積極的一般予防論の検討を行うこととしたい。

小 括

戦後ドイツの刑罰理論は、刑法による倫理や道德の保護からの脱却を図るものであった。そのなかで、いわゆる対案グループに後押しされる形で、刑事政策的思考を基礎に置いた刑罰理論が注目されることになった。これは、刑事立法の領域では、行為の可罰性の限界を画するのは倫理法則ではないとして、刑法の脱倫理化と法益保護原則と結びつけられて主張されることになった。他方、狭義の刑罰論においては、特別予防論の重視が叫ばれることになる。すなわち、犯罪行為者も一人の市民であって再び社会に立ち戻る存在である以上、刑罰も再社会化に向けられたものでなければならない、刑事施設を通じた社会復帰にとって弊害のある短期自由刑などは排除されるべきであると。ここでは、刑罰を通じて犯罪行為者を改善・教育するという特別予防論に重点が置かれていたが、しかし、刑罰を通じ

138) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 113), S. 7.

139) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 113), S. 7 ff., 9 f., 10 ff.

140) Stratenwerth, aa.O. (Fn. 113), S. 13.

た再社会化の強制までは認めていなかった。あくまで、犯罪行為者も一人の市民として認められる以上、矯正の対象ではなく、社会復帰をしていく主体として考えられ、それが故に国家は社会復帰の援助をしなければならないとされていたからである。ここでは、犯罪行為者は刑罰によって正される対象から、自らが社会復帰していく主体とされたことが重要である。その意味では、対案グループの思考は厳密に言えば特別予防に基づいた刑罰の正当化ではなかったといえよう。一定期間受刑者を拘禁するという刑罰そのものを正当化するというよりはむしろ、矯正の強制を認めず、犯罪行為者が矯正の対象ではないならば、改善や矯正の主体であるならば、刑事施設では社会復帰のための様々な施策が、社会復帰の為の種々の援助が提供されなければならないという帰結を導くものであったからである。

もっとも、この社会復帰思想は、上述した経験的認識の欠如や治療的アプローチの頓挫、刑務所の過剰収容問題を前に後退を迫られる。その一方で、刑事立法の拡大に対して刑罰賦課が正当で適切なものかが問われることになる。抽象的危険犯の多様化、同じく犯罪の前置化・早期化、厳罰化に対して、特別予防論からでは十分に答えることが困難であった。これはまた法益保護思想の限界視にもかかわる。刑法は法益を保護するためのものであるという刑法の脱倫理化のために掲げられた法益保護原則が、「法益侵害なければ犯罪なし」ではなく「法益侵害あれば犯罪あり」という形で、刑罰法規の説明の単なる道具として使用されやすくなってしまった。刑罰による「法益」の保護が刑罰の賦課によって犯罪行為を止めさせようとするのであれば、すなわち、刑罰による抑止を狙っているのであれば、それは刑罰によって人々の行動を動機づけるものであって、自由の保障とは裏腹に、人々の行動を統制するものであることになる。ここに来て、刑事立法の分水嶺として用いられてきた法益保護原則が、新たな犯罪化の場面においては行為の可罰性の限界づけとして十分ではないことが示唆された。そして、このことは狭義の刑罰論にも影響を及ぼすこととなる。すなわち、犯罪予防に資するものであるなら、そしてそれが法益保護につながる

るのであれば、刑法による介入を認める見解や¹⁴¹⁾、刑法を市民の行動操縦の手段として積極的に投入する方向性¹⁴²⁾が導かれることになる。

しかしながら、これらの見解は、刑罰による規範形成機能を認めるものであった。その結果、犯罪行為者も一般の人々も、単なる予防の対象、あるいは、刑罰によって行動統制がなされる客体であることを認めることになってしまう。そこで前提とされる人間観では、予防の対象であり、あるいは刑罰によって何をすべきかを教育される客体となるので、自律した自己決定が為せる主体とはみなされていないのである。そのような、人々を刑法によって立ち居振る舞いを教えられ、唯々諾々と従うに過ぎない存在とみなすべきではないとしたら、そこから、人々を自律的な自己決定を為せる主体としてみなす必要性が生じることになる。すなわち、自律した主体たる「人格」とみなす必要性である。ここにきて、行動統制の客体から、自律した規範遵守の主体への人間観の転換が意識されることになる。次章では、近年ドイツで有力な、消極的な一般予防論としての威嚇論ではない一般予防論、すなわち積極的一般予防論の検討を通じて、このことを明確なものとしたい。

第二章：「積極的」一般予防論

前章では、特別予防論から一般予防論への重点の移行が示された。すなわち、経験的認識の欠如や治療的アプローチの頓挫による、社会復帰思想の有用性への疑問を受けて、また、刑の長期化に伴う刑務所の過剰収容を前に特別予防論が後退し、その一方で、刑事立法の拡大、抽象的危険犯の多用化、犯罪の前置化・早期化そして厳罰化を前に、一般の人々への作用を通じて犯罪を予防しようとする見解が着目されることになる。ところ

141) Schroeder, a.a.O. (Fn. 88), S. 3 ff.

142) Kratzsch, a.a.O. (Fn. 101), S. 30.

が、このことは、新たな犯罪化の場面においては、刑法の分水嶺として掲げられた法益保護原則の限界の指摘、つまり、法益では行為の可罰性を十分に限界づけることができないという指摘とあいまって、犯罪予防に資するものであるなら、そしてそれが法益保護につながるのであれば、刑法による介入を認める見解¹⁴³⁾に繋がることになる。

この「法益侵害あれば犯罪あり」とでもいえる傾向は、それまで犯罪視されてはいなかったある種の行為を犯罪視する場面では、その行為がその社会において犯罪視されているというコンセンサスを得ることなく、行為の可罰性を決めることになる。ここでは、刑法は市民の行動操縦の手段として積極的に投入されることになる¹⁴⁴⁾。というのも、ある種の行為がその社会においては依然犯罪視されていない場合には、その行為に刑罰を科すとすることでその行為は犯罪となり、それによって人々にその種の行為を犯罪であると意識させる、あるいはその種の行為を行わせないようにするからであり、それは、刑罰によって人々の行動を動機づけることに繋がるからである。この刑罰による人々の行動の動機づけは、刑罰によって人々の行動の指針を作ると言う意味で、規範形成機能と言いうる。

しかし、この刑罰による規範形成は、人々は単なる予防の対象、あるいは、刑罰によって行動統制がなされる客体であることを認めることになってしまう。なぜなら、社会の人々を、自らでその善悪の判断が信頼できる、すなわち自律的判断ができる主体ではなく、他者から教えられる、すなわち刑罰によって行動が動機づけられる存在に過ぎないからである。ここでは人々は、刑法によって立ち居振る舞いを教えられ、唯々諾々と従うに過ぎない存在となってしまう¹⁴⁵⁾。そのような人間観が正しくないとい

143) Schroeder, a.a.O. (Fn. 88), S. 3 ff.

144) Kratzsch, a.a.O. (Fn. 101), S. 30.

145) ここには消極的一般予防論とパラレルな問題が生じている。威嚇にせよ心理強制にせよ、恐怖ないし功利的計算によって犯罪を予防するのであって、自ら善悪の判断ができる存在とはみなしていないからである。つまり、恐怖の判断や損得勘定は出来ても、自らが善悪の判断が出来ない（少なくともその判断が信頼されていない）人間だとみなして、

れば、人々を自律的な自己決定を為せる主体としてみなす方向性、すなわち、行動統制の客体から、自律した規範遵守の主体への人間観の転換がなされる必要性が生じる。

ところで、近年、ドイツでは一般予防の積極的な側面に着目する積極的一般予防論と呼ばれる見解が幅広い支持を得ている¹⁴⁶⁾。はたして、この

ゝしまっているのである。そのため、刑罰は、いわば人々に立ち居振る舞いを教えるために科されることになる。しかも、一般予防論は犯罪行為者に刑罰を科すことで一般の人々に働きかけるものであるので、行為者は他者の犯罪防止のための単なる「手段」とされてしまう。ヘーゲルはこれを指して、人間を自由な存在とはみなさずに、犬のように扱うものだと批判したのである（Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, §99 Zusatz）。

- 146) 積極的一般予防論に関する文献については、Ulfrid Neumann/Ulrich Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; Harro Otto, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; Hans-Ludwig Schreiber, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen, ZStW 94 (1982), S. 279; Manfred Brugstaller, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, in: Klaus Porstner (Hrsg.), Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung, 1983; Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Heinz Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag Bd. II, 1985, 1081 ff.; Monika Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; Felix Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; Heinz Zipf, Neue Entwicklungen bei der Lehre von den Strafzwecken, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1988, S. 143; Christian Bertel, Die Generalprävention, in: Walter Melnizky/Otto F. Müller (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, 1989, S. 31; Reinhard Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Walter Melnizky/Otto F. Müller (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, 1989, S. 319; Peter Hoffmann, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992; Gephart Werner, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht. Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?, KritV 1992, S. 433; Jens Christian Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998; Angela Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000; Cornelius Prittwitz, Positive Generalprävention und „Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters“, Sonderheft KritV für Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, 2000, S. 162 ff. 等も参照。

また、我が国において積極的一般予防論を紹介・分析するものとしては、注9に掲げ

積極的一般予防論は、人々を自律した規範遵守の主体とみなす要請に答えるものであるのか。本章では、種々の積極的一般予防論の検討を通じて、その問いに答えると共に、積極的一般予防論の狭義の刑罰論としての側面と、刑事立法の側面を明らかにしていきたい。

第一節：「積極的」一般予防論の多様性

現在ドイツにおいて広く普及している積極的一般予防論であるが、積極的一般予防論と言いつても、その内容については種々様々であり、正確に定義することは難しい。例えば、ロクシンによれば、積極的一般予防論は、刑法の任務を「法秩序の存在力と貫徹力への信頼の維持と強化¹⁴⁷⁾」とするものである。これは、先述したように、特別予防論の経験的認識の欠如や治療的アプローチの頓挫による、社会復帰思想の有用性への疑問を受けて、さらに、他人の威嚇のための処罰は行為者の人間の尊厳をないがしろにし、彼を客体へと変容させるという一般予防の消極的な側面の問題を受けて主張されるものである¹⁴⁸⁾。威嚇や治療ではなく、刑罰を手段にして規範に忠実な市民の価値確信を確証し強化することを目標としている。

さらにロクシンによると、積極的一般予防論における三つの目的と効果が区別され得る。すなわち、まず、刑事裁判の活動によって人々に呼び覚まされる、社会教育的に動機づけられた習熟作用。次に、市民が法が行わ

↘ た文献の他に、田中久智・田中りつ子「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学37巻別冊（1988年）115頁、北野通世「積極的一般予防論」法学59巻5号（1996年）634頁、本庄武「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的検討」法と心理2巻1号（2002年）76頁、田中久智「ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論」比較法制研究19号（1996年）1頁等を参照されたい。

147) Roxin, a.a.O. (Fn 8), §3, Rn. 26.

148) Heiko H. Lesch, Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, JA 1994, S. 517; Michael Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, Erörtert am Problem der Generalprävention, 1983, S. 33 ff.

れていると見た場合に生じる、信頼作用。そして最後に、一般的法意識が法律違反に対する制裁をもとに鎮静化され、行為者との争いが解決されたとみなされる場合に生じる満足作用である¹⁴⁹⁾。

それに対して、ハッセマーは、「刑罰の任務を国民に規範認知の訓練をさせ、この方法で社会における規範の妥当を保障することに限定する見解等の一般予防のこの変種」は「統合予防」であり、後述するように、自身の積極的一般予防論とは区別されると説く¹⁵⁰⁾。

この点で、ミヒャエル・バウルマン¹⁵¹⁾によれば、積極的一般予防論は、合理的経済人を前提にして刑罰を人間の行動に与える外部的な影響力の行使手段とする消極的一般予防論とは異なり、内部的な行動統制の手段であるとされる¹⁵²⁾。そして、積極的一般予防論は、広義の積極的一般予防論（統合予防論）と狭義の積極的一般予防論に分かれることになる。

広義の積極的一般予防論たる統合予防論とは、バウルマンによれば、国家的刑罰に教育的効果を認め、その教育効果のなかに他の様々な影響と協働して社会規範への「内部的な統合」へと導く社会的要因を認めるものである¹⁵³⁾。ここでは、性向に基づいて行為をする人間を前提に、規範の名宛人は、彼が規範遵守への性向を有する場合に規範遵守の基礎を持つとさ

149) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), §3, Rn. 26 ff.

150) Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 325 f.

151) Michael Baumann, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, GA 1994, S. 368. バウルマンは、国家的刑罰が自発的な規範遵守を動機づける手段として効果的であり得るのか、国家的刑罰が刑罰によって強化された規範を自発的に遵守するための根拠となり得るのか、という問題提起から出発している。

152) 合理的経済人は、快楽の追求と営利的動機という経済原則にしたがって合理的に行動する自律的な主体であるが、あらゆる行為状況で自身の主観的利益が最大になるように行動を決定するために、規範の遵守は状況的な規範遵守に過ぎないものとなる。すなわち、規範の名宛人は、その選択が最も有効な選択である場合にだけ規範を遵守することになる。そのため、行為の選択の際に不利益な結果が考慮されない場合には、規範違反を思いとどまることにはならない。

153) Baumann, a.a.O. (Fn. 151), S. 375.

れる¹⁵⁴⁾。

そこから、刑法は、性向の生成と維持によって、性向的な規範との結合を行うものとなる¹⁵⁵⁾。つまり、バウルマンによれば、国家的刑罰システムは、直接あるいは間接に、行為性向の形成に寄与し、その保持に配慮する要因に属するものであり、刑法は報償と制裁の多様な形態を介して、一定の人格の構造ならび行為の性向を報償し、他の人格構造と行為にはコストを課する社会環境の一部ということになる¹⁵⁶⁾。

そして、この統合予防においては、行為者のその時々への行動決定に対する刑罰威嚇の短期的な効果をあてにするのではなく、刑罰が個々人の発達過程と学習過程に及ぼす累積的で恒常的な影響をねらうことになる¹⁵⁷⁾。そのため、国家的刑罰システムは、「法への忠誠という行為戦略と生き方の永続的な習得を促進しなければならない」ものであり¹⁵⁸⁾、犯罪それ自体が価値がないものとされることが重要な威嚇予防論に対して、「犯罪者になるべきではない」ということが重要となる¹⁵⁹⁾。

以上から、バウルマンは、統合予防論を、刑罰を通じて学習をさせ、規範遵守への性向を得させようとする見解であると整理している。そして、この統合予防論では、威嚇予防論と同じ問題を有すると指摘する。すなわち、統合予防も威嚇予防と同じく、「国家的刑罰が純粋な害悪としてその性質によりその効果を発揮する」ものであり、「その限りでは、刑罰による道具的予防に固執している」と言うのである¹⁶⁰⁾。これは、統合予防論

154) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 377.

155) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 374, 377.

156) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 375.

157) 学習および発達過程に対して長期間の効果があるとするならば、国家的刑罰の一定に均等性、予測可能性、普遍性が不可欠となる (Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 376)。

158) その意味で、バウルマンは、統合予防論とは、刑罰を通じて学習をさせ、規範遵守への性向を得させようとする見解であると整理しているようである。

159) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 375.

160) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 376.

が、短期間の威嚇手段として刑罰を考えてはいないとしても、刑罰によって人々に対して長期的な効果を与えようとする（学習させて規範遵守への性向を得させようとする）ものであることには変わりはないからであると思われる。

それに対して、狭義の積極的一般予防論においては、「国家的刑罰をもって、意識形成と道徳的確信に影響が及ぼされ、あるいは法の名宛人の洞察に呼びかけられる」ことになる¹⁶¹⁾。ここでは、統合予防論とは異なり、人々は正当性の信念に基づいて行為をなす存在であり、規範の名宛人は、彼が規範の正当な妥当性を確信する場合に、規範遵守の根拠を有することになる¹⁶²⁾。

ここでの正当な妥当性につき、バウルマンは、マックス・ヴェーバーを参照する。ヴェーバーによれば、正当な妥当性が規範に再び付与されるのは、二つの理由からとされる。一つが、名宛人が規範に従うのは、内容的観点から自身の基準によって規範を必要なものと考えするという理由であり、もう一つが、正当であるとみなされた規範の制定者によって規範が合法的に制定されたという理由である¹⁶³⁾。後者の場合、つまり合法性による正当性は、人々が規範の制定者を道徳的権威とみなすことを前提とはしていないという点に注意を要する。つまり、規範の名宛人は、各々の個人的な道徳を、規範の制定者の道徳に適合させる必要はないのである¹⁶⁴⁾。

この狭義の積極的一般予防論は、学習により規範遵守への性向を得させようとする統合予防論と異なって、「規範への同意と肯定が問題であって、刑罰の道具的意味が問題なのではなく、刑罰の象徴的ならびに表現的な意味が肝要である」ことになる。「国家的刑罰は、實際上、合理的に動機づ

161) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 376.

162) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 378.

163) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, § 81-7 を参照。

164) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 378. 規範制定のために当該規範の制定者を正当とみなす規範の名宛人は、規範の制定者によって制定された規範を、拘束力を有する行動基準として承認し、規範遵守義務を認知するということが前提にされている (S. 378)。

けられる確信の形成のための根拠の役割を果たすのである」¹⁶⁵⁾。

以上を前提として、バウルマンによれば、狭義の積極的一般予防論は、刑罰に二つの意義を見出すことになる¹⁶⁶⁾。一つが、刑罰による法の妥当性の象徴的表明という意義である¹⁶⁷⁾。もう一つが、刑罰が法感情を満足させ、また法秩序の持続力と貫徹力への信頼を強化することによって、法への忠誠の維持と法的心情の安定に寄与するという、そして、刑法が法への信頼を保障することによって規範承認へと導くという意義である¹⁶⁸⁾。

このバウルマンによる狭義の積極的一般予防論は、統合予防論とは前提としている人間観が違うということが重要である¹⁶⁹⁾。つまり、統合予防論においては、人々を、刑罰を通じて教育されていく存在とみなしている

165) Baurmann, aa.O. (Fn. 151), S. 376. 加えて、規範信頼の訓練と規範認知の訓練、さらに倫理形成や道徳の感性が問題とされる (S. 376)。

166) より正確に言えば、バウルマンは、この意義を有する刑罰が予防効果を有するという仮説の証明をしなければならないと主張する。すなわち、バウルマンの主張する積極的一般予防論の効果は、経験的検証を要する。

167) Baurmann, aa.O. (Fn. 151), S. 379. 規範の制定者が法定刑を科すことで一定の規範が遵守されなければならないという自らの意志を規範の名宛人に示していることを前提とする。そこで示された規範を名宛人が承認し、自発的に遵守する場合に、正当なものとみなされる。そして、その場合に、刑罰は予防効果を有することになる (S. 379)。

168) Baurmann, aa.O. (Fn. 151), S. 379. もっとも、自身だけが法に忠実な国民として規範遵守のコストを自発的に負担するのに、他の人々は規範に違反する行動による利益を処罰されることなく享受するというのでは、正当なものでも公平なものでもないとみなされる。そのため、比較可能な負担が全ての者に課せられる場合に負担を受け入れられる。刑罰によって、平均的正義を実現しようとする規範の制定者の用意が、各人の規範遵守のための欠かすことのできない必要条件とされ得る (S. 380)。

また、その規範は、自分以外の多くの規範の名宛人が自分同様に規範を遵守するという保証がなければ、自発的に規範の遵守を行うことが無意味で無駄なことと考えることになってしまう。そこで、刑罰によって、十分な規範遵守を行わせようとする規範制定者の用意が、各人の規範遵守のための欠かすことのできない必要条件とされ得る (S. 380)。ここでは、予防による法の有効性が問題となる (S. 381)。

169) もっとも、バウルマン自身は、統合予防の行動モデルと (狭義の) 積極的一般予防論の行動モデルは、正当性の信念に基づく行為はまた性向に基づく行為でもあるとして、両者は並存し、包括的モデルに統合されうるとしている (Baurmann, aa.O. (Fn. 151), S. 381 Fn. 24)。

のに対して、狭義の積極的一般予防論では、人々を、自らが判断した正当性の信念に基づいて行為をなす存在、自らが判断を為し、その洞察に基づいて行動を行う存在とみなしているのである¹⁷⁰⁾。そのため、キントホイザーの言葉を借りれば、正当性の次元は、「法の現実性を形而上学的に飾りたてる、余分な形で理念化を為す単なる装飾ではなく、むしろ、規範に関する同意における内在的観点の次元として、社会統合の第一義的要素」であることになる¹⁷¹⁾。

もっとも、その社会的統合を促進するという予防的効果を發揮し得るためには、刑罰は正当であることを要する、あるいは人々の規範的確信¹⁷²⁾と一致しており、社会的に正しいと認められる必要がある。ここでは、刑法秩序が市民の行為の動機づけに組み入れられることを必要としているのである¹⁷³⁾。

以上のような積極的一般予防論に対して、刑罰の任務は法規範の妥当を確証するものであるという見解が主張される。例えば、ヤコブスによれば、犯罪とは規範に対する不承認であり、刑罰とは、それに対する応答、すなわち行為者の主張はその社会の標準となるものではなく、社会の規範的形態がなおも維持されていることを示すものとされる。詳細は後述するものの、ここでは、むしろ、現に存在する法秩序や規範システムの維持が中心課題となっている。

そのいずれもが「積極的」一般予防論であるとするなら、はたしてその

170) Baumann, a.a.O. (Fn. 151), S. 381.

171) Urs Kindhäuser, Rechtstreue als Schuld-kategorie, ZStW 107 (1995), S. 716 f.

172) Justus Krümpelmann, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, S. 337 によれば、刑罰は強化手段に過ぎないものであり、「規範自体の確信力が前面に出ている」とされる (S. 343)。

173) これを捉えて、例えば、Georg Küpper, Schopenhauers Straftheorie und die aktuelle Strafzweckdiskussion, Schopenhauer-Jahrbuch, Bd. 71, 1990, S. 207, 211 は、貫徹可能なものとして証明される、模範となる規範 (Normkodex) を構築するという目的を、消極的一般予防とまさに同様にして追求するが故に、「積極的」一般予防は「消極的」一般予防へと立ち戻ることになると批判する。

「積極的」の意味とは何であるのか。これに答えるには、消極的一般予防論との対比で論じる必要があると思われる。つまり、従来の威嚇予防ないし心理強制説を消極的一般予防論と定義するならば、それとは違う一般予防論の積極的側面を明らかにすることが、その答えとなる。

第二節：積極的一般予防論の萌芽

第一款：積極的一般予防論の萌芽

ところで、積極的一般予防論は、その萌芽ともいえる見解が19世紀には登場していた¹⁷⁴⁾。例えば、ヴェルカーは、刑罰の清算ないしは回復理論を展開している¹⁷⁵⁾。ヴェルカーによれば、犯罪は、法と国家に関する「尊敬と神聖性」を弱体化し、「同様に人間の感性に法の侵害を促す」ことによって「幾つかの知的損害 (intellektuellen Schaden)」を惹き起こすものであり¹⁷⁶⁾、この知的損害¹⁷⁷⁾は刑罰を通じて止揚されなければならないとされた¹⁷⁸⁾。

そして、刑罰目的として、「1. 犯罪者の道徳的改善, 2. 犯罪者の政治的改善, 3. 犯罪者に対しての同胞からの尊重と信頼の回復, 4. 市民全般における法的な意思の風潮 (Willensstimmung) の回復と, 市民の道徳的および政治的な法の尊重の回復, 5. 被害者の名誉と尊重の回復, 6. 被害者の法的な意思の風潮の回復, そして, 7. 全く有害な構成員から国家を清めること (Reinigung)」を挙げている¹⁷⁹⁾。

174) 詳細は, Johannes Nagler, Die Strafe. Eine juristisch-kriminalistische Untersuchung, 1918, S. 397 ff. も参照されたい。

175) Karl Theodor Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, 1813, S. 252 f. なお, このヴェルカーの理論については, 第三章でも取り扱う。

176) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 252 f.

177) この知的損害については, Heinz Müller-Dietz, Vom intellektuellen Verbrechensschaden, GA 1983, S. 481, 485 を参照。

178) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 257.

179) Welcker, aa.O. (Fn. 175), S. 265 f.

もちろん、ヴェルカーは以上の刑罰目的を並べただけに過ぎず、その相互の関係について十分に掘り下げてはいなかった。しかし、犯罪を物質的な損害ではなく、非物質的な損害で（も）あると理解することによって、刑罰を通じた法の尊重の回復や、法的な意思の風潮の回復といった、消極的一般予防論とも特別予防論とも異なる視点が出てきていたのである¹⁸⁰⁾。

また、フォン・バルも類似の見解として、道徳的誤謬性（キリスト教的罰（Reprobation））の理論を主張する¹⁸¹⁾。フォン・バルによれば、刑罰は処罰に値する行為の公的な誤謬性を表明することに資するものである¹⁸²⁾。誤謬性に存在する刑罰の表明的な要素は、法にとって能動的な契機が欠けるが故に、法秩序から生じるのではなく、むしろ、道徳に因るのであるという¹⁸³⁾。しかし、法は社会における道徳に他ならず¹⁸⁴⁾、道徳的に中立な諸規則であっても、それらが法的明確性と個々人の自由領域を創出することによって、社会における道徳となる¹⁸⁵⁾。そこから、法は、その誤謬が生じた場合には、社会において明確な形で外形化を必要とし、この社会的な誤謬性が有罪判決の表明を必要とすることになるのである¹⁸⁶⁾。

他にも、リヒャルト・シュミットは、フォン・バルの理論を元にして、「犯された不法の道徳的誤謬性を公的な形にすること」によって市民

180) この点で、既に、カントやヘーゲルの犯罪概念および刑罰概念に、法秩序の回復や、法の回復という視点が現れていたが、これらの見解とヴェルカーの理論との関係についても、第三章にて分析を行う。

181) Carl Ludwig von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*. 1. Band des Handbuchs des deutschen Strafrechts, 1882, S. 311 ff.

182) von Bar, a.a.O. (Fn. 181), S. 313 ff.

183) von Bar, a.a.O. (Fn. 181), S. 312. 道徳の侵害は、道徳的感情の侵害の度合いが強ければ強いほど、より激しい形でいわばその誤謬性の表明を求めるリアクションを引き起こすことになる（von Bar, a.a.O.(Fn. 181), S. 315 f.）。

184) von Bar, a.a.O. (Fn. 181), S. 312.

185) von Bar, a.a.O. (Fn. 181), S. 312.

186) von Bar, a.a.O. (Fn. 181), S. 323.

への作用を刑罰に認めており¹⁸⁷⁾、ラインハルト・フランクは、ヴェルカーの回復理論と結びつけて犯罪を知的損害とし、犯罪を通じた「法的權威の動揺」が中心的意味を占めるとしていたのである¹⁸⁸⁾。

第二款：刑法による国民教育的発想

20世紀以降は、例えば、ヘルムート・マイヤーやヴェルツェルの見解に現れていた。H・マイヤーによれば、「刑罰は、本質的に、社会倫理的な基本姿勢(Grundhaltung)の形成に参与し、同じく禁止される所為をタブーとする」ものであって、威嚇の効果は、決定的な「刑罰の道德を構想する力(道德形成力)(sittenbilde Krafte der Strafe)」の背後に隠れることになると述べていた¹⁸⁹⁾。

他方で、ヴェルツェルによれば、「市民の社会倫理的判断を形成し、既存の法に従う心情を強化するもの」とされている¹⁹⁰⁾。「国民の法意識と規範忠誠への刑法の…作用という積極的な効果」が重要なものとなり、刑法は刑罰を通じて、「この積極的な行為の価値の…妥当」を示し、「市民の社会倫理的な判断を形成し、その保たれた法への忠誠の心情を強化する」ものとなる¹⁹¹⁾。そこから、ヴェルツェルにとっては、刑罰の意味は、不法の清算ではなく、むしろ法共同体の法的心情を維持(Bewahrung)することである。「刑法は法的心情価値からの現実の離反(Abfall)を処罰することによって、同じく、その行為価値に関係する法益を保護する」のである¹⁹²⁾。

このH・マイヤーやヴェルツェルの見解は、刑罰を通じて人々の道德の

187) Richard Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, 1895, S. 50.

188) Reinhard Frank, Vom intellektuellen Verbrechensschaden, in: Heinrich Stoll (Hrsg.), Festschrift für Heck/Rümelin/Schmidt, 1931, S. 47, 53.

189) Mayer, a.a.O. (Fn. 31 (Strafrecht AT)), S. 21; 33.

190) Welzel, a.a.O. (Fn. 31), S. 3.

191) Welzel, a.a.O. (Fn. 31), S. 3.

192) Welzel, a.a.O. (Fn. 31), S. 3.

形成を促す効果を狙いとするものである。刑罰により道徳が形成される、あるいは、社会倫理的な判断が形成されることを前提とするこれらの見解は、刑罰によって何をすべきかを教え込む「柔らかな国民教育的（milde volkspädagogisch）¹⁹³⁾」発想であることになる。この考え方によれば、規範とは市民の中に自生するものではなく、刑罰による「啓蒙」によって教育されるものであることになる¹⁹⁴⁾。刑罰により教育されることによって、人々において倫理的な判断が形作られ、それにしたがって行動するよう動機づけられるのである。刑罰が社会倫理的判断を形成するので、それによって何が犯罪であるのか、何が倫理的に善に反するものであるのかが決定的ることになり、人々が何をすべきで何をすべきでないかという規範も決定づけられることになり、それに従って行動するよう動機づけていくことになる。

そのため、バウルマンの分析概念を借りれば、この国民教育的発想は、この刑罰を通じて学習をさせ、規範遵守への性向を得させようとする統合予防論に近いものとなる。ここでは、刑法が人々の考えに影響を与えることができるということを前提に、刑法ないし処罰の道徳形成力が狙われているのである。本稿では、バウルマンの分析枠組みにならって、積極的一般予防論をそのアプローチの違いから、二つの基本類型に分けて検討することにする¹⁹⁵⁾。一つ目が、先の刑法による社会教育的発想であり、二つ

193) Winfried Hassemer, Variationen der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 33.

194) 類似の見解は判例でも見られる。「正義の応報への要求は、国民の法意識において刑罰の執行を公的関心とすることができる。犯行の不法形態や行為者の責任が極めて重大なら、服役の中止は、判決と法秩序の維持への国民の信頼を揺さぶり、間接的に国家により保護された価値が危殆化されるだろう。この場合刑の執行は、国家の自己主張の問題であり、それとともに公共の保持、『公共の利益』である」（BGHSt 6, 125, 126 ff.）。

195) Baurmann, a.a.O. (Fn. 151), S. 364 ff.; ders., Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen

目のアプローチが、人間やその心構えではなく、むしろ規範システムの維持にその重点を置くものである。これは、現に在る制裁システムの、既に展開されている規範の妥当を確証するという安定化力 (Stabilisierungskraft) に着目をする見解である。

第三節：抑止刑論と「積極的」一般予防論 (アンデネスの見解について)

まず、刑法が人々の考えに影響を与えることができることを前提に、積極的一般予防論を理解する見解についてみていきたい。この見解は、刑罰により道徳が形成される、あるいは、社会倫理的判断が刑法を通じて形成されることを前提としている。カール・F・シューマンによれば、このアプローチに位置づけられるものとして、ヨハネス・アンデネス¹⁹⁶⁾の見解を挙げている¹⁹⁷⁾。

アンデネスは、抑止刑論として著名であるが、シューマンが述べるように、確かに、刑法の道徳的および教育的影響を威嚇予防とは別のものであるとみなしている¹⁹⁸⁾。アンデネスによれば、刑罰は、不快な結果を受ける危険を単に人為的な形で創造するものであるだけでなく、社会的な不承認を表現する手段でもある。行為に対して烙印を押すという公的な行為が、制裁を受けるおそれとは全く別の形で、人の態度に影響を与える、とされるのである¹⁹⁹⁾。

↘Dialog. Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 1 ff. なお, Karl F. Schumann, Positive Generalprävention, 1989, S. 1-13 も参照。

196) Johannes Andenaes, Punishment and Deterrence, 1974, 110.

197) Schumann, a.a.O. (Fn. 195), S. 3 f.

198) Andenaes, *op. cit.*, 110.

199) Andenaes, *op. cit.*, 112. さらに、「立法者の立場からすれば、道徳的抑制を創造することは、単なる抑止よりも重要となる。というのも、道徳的抑制の創造は、人が犯罪の発覚や処罰を恐れる必要がない場合においてさえも作用するからである。さらに、道徳基準をうまく人に繰り返し説いて教え込むことができたのであれば、法の道徳的なメッセージに影響を受けたことのない人ですらも、歓迎すべき行動へと向ける社会的な圧力になり得るのである」(p. 112)。

このアンデネスの見解は、刑法が教育的な形で個々人の考え方に影響を与え得るという基本的な表象を前提に、刑罰によって生じた威嚇効果が、消極的な作用を含むだけでなく、別の側面として、社会の構成員への積極的な規範安定化的影響をも生じさせるということに基づいている。つまり、刑法の道徳的そして教育的影響を、威嚇効果の対として²⁰⁰⁾、いわば、威嚇と表裏のものとして構想することを試みているのである²⁰¹⁾。

もっとも、アンデネスは、刑法の道徳形成力には限界があるとみている。なぜなら、刑法は「複雑な網における一本の糸」にすぎず、人間の考えや態度に大きな影響を与えるものには、刑法以外のさらに多くのものが存在しているからである²⁰²⁾。また、アンデネスによれば、規範設定のプロセスを分析すると、道徳の変化が刑法の改正に先行している場合が、その逆の場合に比してしばしば多いものであるとされる²⁰³⁾。

そのため、H・マイヤーに比べれば、一般の人々における道徳意識への直接的な影響はわずかなものであり、せいぜいのところ、制裁の賦課は、発覚した行為者に対して道徳的に「目覚めさせるもの (eye opener)」として機能することになる²⁰⁴⁾。この見解は、一般の人々に対して、直接的に道徳形成を働きかけないものであるために好意的に受け止められるかもしれないが、しかし、犯罪行為者は、あくまで刑罰によって教えられる存在となってしまう。

さらに、アンデネスが主張するところの間接的影響にも問題が残る。すなわち、アンデネスによれば、刑法には、市民の意識形成に幅広く大きな間接的影響が認められるのであるが、この間接的影響は、悪例が道徳を崩壊させるという考え方から展開するものである。例えば、駐車禁止区域に

200) Andenaes, *op. cit.*, 110.

201) Andenaes, *op. cit.*, 124~125.

202) Andenaes, *op. cit.*, 113.

203) Andenaes, *op. cit.*, 120.

204) Andenaes, *op. cit.*, 117.

もかわらず多くの車が駐車されている場合、人々は自らもそこに駐車をしようとするか、あるいは駐車をしても良いものとみなすようになってしまふ。規範違反が広まるにつれ、潜在的な模倣者の良心の呵責はわずかなものとなっていく。それを防ぐために、刑法は威嚇により規範違反の数を限界づけることになる。人々は、通常、公共の場で目にするその他の人々の態度と一致させて行動するため、そして、標準からずれるのを嫌うために、刑法による威嚇が、規範違反を比較的珍しいものとするからである。しかし、刑事訴追が行われないならば、威嚇的效果はなくなり、規範違反を犯す者の数は増え、誘惑者としての悪例の模倣者の数も増え、その結果、規範違反が、標準となる、あるいは大量に見られる現象となってしまうかねない。そこから、「刑罰を受ける危険は現実味を失っていき、それと同時に道徳的な抑制が崩れていく」と言うのである²⁰⁵⁾。

刑事司法機関は、この悪影響を二通りの方法で阻止をする。第一の方法が、抑止やそれ以外の方法により悪例の数それ自体を減少させるものであり、第二の方法が、悪例を魅力のないものにすることによってである²⁰⁶⁾。つまり、刑法は、悪例の伝染効果を無効にすることによって、個人の道徳的抑制を推奨するという重要な機能を有していることになる²⁰⁷⁾。

以上のように、刑罰には威嚇効果だけでなく、間接的影響として、社会の構成員への積極的な規範安定的影響をも認め、模倣犯や誘発者を防ぐ機能を認めるアンデネスの見解は、確かに、単なる威嚇や心理強制による抑止刑論であると片付けることはできない。消極的一般予防論ではないという意味で、「積極的」な側面を有するものとも理解できそうである。

しかし、ここで注意すべきは、この間接的影響においても、刑罰により道徳が形成される、あるいは、社会倫理的な判断が形成されることを前提としている、ということである。従って、人々は刑罰による「啓蒙」に

205) Andenaes, *op. cit.*, 123.

206) Andenaes, *op. cit.*, 123.

207) Andenaes, *op. cit.*, 126.

よって教育される存在となってしまう、ここでも、「国民教育」的発想と同様の問題を孕むことになる。刑罰に行動を動機づける機能を認めるということは、社会の人々を、自らでその善悪の判断が信頼できる、すなわち各人で完全に自律的判断ができる存在とはみなしていない。そのため、刑罰によって人々に立ち居振る舞いを教えるかの如きこの考え方は、結局は、人々を行動統制の客体と見ることになってしまう。ここでも、消極的一般予防論と同じ問題が現れてくるのである。

第四節：規範心理の安定化と「積極的」一般予防論

刑法が人々の考えに影響を与えることができることを前提にするアプローチは、結局のところ、その前提たる人間観が消極的一般予防論と異ならず、人々は自律的な判断が出来ない（それ故に人々に刑罰により立ち居振る舞いを教える）行為統制の客体とみなされることになる。それでは、積極的一般予防論の「積極的」な側面はどこにあるのか。この点で、国民の法意識（Rechtsempfinden）や法感情を刑罰が強化するという内容の主張がなされることがある。

第一款：統合予防論と「積極的」一般予防論

たとえば、ミュラー＝ディーツは、統合予防として、正当な刑罰による法意識の強化を主張する²⁰⁸⁾。ミュラー＝ディーツは、H・マイヤーによって公式化された「道徳形成力」というテーゼから、統合予防を明確に区別しており、「道徳形成力」という作用を刑罰論の任務とはみなしていない²⁰⁹⁾。

ミュラー＝ディーツによれば、統合予防とは、デュルケムにおけるように、社会における道徳的な態度の大衆予防的（一般予防的：allgemeinepräventive）

208) Heinz Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, in: Theo Vogler (Hrsg), Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag. Bd. II, 1985, S. 816.

209) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 816.

な影響を狙うものではなく、むしろ、一般に (generell) 不安定となった国民の法感情を一般的に (allgemein) 強化することを狙うものであるという²¹⁰⁾。そして、「法以外の——例えば宗教ないし世界観的、道徳的あるいは社会的な——規範システムや価値の媒介という別の方法や形式の事実的機能ないし意図された目的設定」であるとされる²¹¹⁾。

この統合予防は次のことを前提としている。すなわち、規範に忠実な社会の法違反者を処罰でもって威嚇し、そして執行することにより、規範システムの維持が認識されるということである。公的な形で制裁を科すことによって、一般の人々に、規範の付与者 (Normgeber) が「規範の実現を真摯なものと考え、事実上も法違反者に対して貫徹する状態にある²¹²⁾」ということが、強く訴えかける形で、持続的に表明されるのである。

ミュラー＝ディーツによれば、統合予防は、正当な刑罰によって社会の規範順守の用意を強化するという努力を意味する。処罰は、「一般の人々の法意識を強化し、それとともにその方への忠誠を強固にする」ことを狙うものである²¹³⁾。その際、とくに強調されるのは、そのことが、国民によって「正当」だと感じられる刑事制裁によってのみ獲得されるということである。つまり、前提として要求される法意識の強化という作用を、「犯行の正当な処罰として、つまり、実現された不法の等価なものとしてみなされ得る刑罰」によって最も容易に可能になるものである、とみなしているのである²¹⁴⁾。その理解によれば、「行為応報の——前提とされた——程度への接近の度合いが、統合予防がどのような実現の機会を有しているかを決める」ことになる²¹⁵⁾。

210) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 822.

211) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 822.

212) Dieter Dölling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), S. 15.

213) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 823.

214) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 824.

215) Müller-Dietz, a.a.O. (Fn. 208), S. 824.

この点で、後述するロクシンも、ほとんど同じように論証している。ロクシンによれば、統合予防での努力とは、国民の脅かされた法感情の満足による国民の一般的法意識の強化にある²¹⁶⁾。もっとも、ロクシンは、犯された不法の正当な応報よりも、処罰の前提として要求される責任相当性の方に、その基礎づけの重点を置いている。「刑法46条の意味での責任刑とは、まず、一般予防の要素である。すなわち、法的平穏や規範が妥当する力が、立法者の見解によれば、行為者の責任が『刑の量定にとっての基礎』である（刑法46条1項）ということによって、最適な形で保障される。というのも、正当と感じられる責任と刑罰の均衡性が、判決を法共同体においてコンセンサスが可能なものとし、法秩序にとってその維持が最適であるところの権威を保全するからである²¹⁷⁾」。一般の人々によって正当と感じられる刑罰だけが、国民の中にある制裁賦課への積極的（肯定的）な承諾をもたらし得るのであり、それによって社会と個々人の法意識を安定化し得る、ということになる。この論証形態は、多くのそれ以外の統合予防という思考モデルに見られるものである²¹⁸⁾。

もっとも、ミュラー＝ディーツは、ロクシンやそれ以外の統合予防論の主張者と同様に、この理論の本質的で根本的な考え方である、正当な刑罰が国民の法意識を強化するという作用連関につき、詳細に取り組むことはしていない²¹⁹⁾。それでは、何故、この重要な要素が十分な根拠付けを獲得せず、そしてほとんど議論されてはいないのであろうか。

216) Roxin, a.a.O. (Fn. 118), S. 306.

217) Roxin, a.a.O. (Fn. 118), S. 304 f.

218) Karl-Ludwig Kunz, Prävention und gerechte Zuordnung, ZStW 98 (1986), S. 823, 832; Ulfried Neumann, Neue Entwicklung im Bereich der Argumentationsmuster zu Begründung oder Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), S. 567, 591; Franz Streng, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), S. 567, 591; Roxin, a.a.O. (Fn. 118), S. 305.

219) この点を批判するのは, Schumann, a.a.O. (Fn. 195), S. 7; Tatjana Hörnle/Andrew von Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel, in: Bernd Schünemann/Andrew von

ヘルンレによれば、実効性の前提条件としての正義という言明は、確かに、一見して明白な説得力についての推論上検証可能な実証的言明をもたらすが、しかし、実際上は、証明される学問上の分析にはほとんど到達され得ないものとされる²²⁰⁾。もっとも、このことは、統合予防の主張者によって、認識されているものであり、そして、受け入れられてもいるのである。ロクシン自身、正当な刑罰が国民の法意識を強化するというテーゼを、規範的論拠として位置づけることによって、その誤謬性の証明からは保護されている、ということを引き合いに出している²²¹⁾。すなわち、刑罰は、それが社会統合をより良いものとするに寄与するが故に、そしてその限りで正当とされるのであって、この証明は不要となることになる。ミュラー＝ディーツも、その名宛人の意識に対する、現実の処罰の効果ではなく、その潜在的可能性だけを基準とみなす場合には問題はない、と評価している²²²⁾。そこでは、作用が働く単なる機会で十分であって、その作用は、既にシステムに内在しており、実証的に確認されることにはならない、ということで補強されているのである。

しかしながら、一市民でもある職業裁判官が、職業上の経験に基づいて、正当なものと評価した刑罰を、それ以外の市民の多数が正当なものと感じないような場合には、国民の法意識を裏打ちし得るということが出来るのであろうか²²³⁾。量刑に対する評価の大幅な乖離があるような場合にも、問題は生じてしまう。そもそも、多くの市民が特定の理由から刑罰の正当性を「信じる」という言明は、刑罰が正当「である」という言明と明

↘Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 83.; Köhler, a.a.O. (Fn. 148), S. 31.

220) Hörnle/v. Hirsch, a.a.O. (Fn. 219), S. 83 ff.

221) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), §3 Rn. 30.

222) Müller-Dietz, Wie ist beim Mord die präventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe einzuschätzen?, in: Hans-Heinrich Jescheck/Otto Triffterer, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?, 1978, S. 98.

223) Schumann, a.a.O. (Fn. 195), S. 8.

らかに同じではない。フリッシュによれば、この見解における人々の法秩序への信頼とは、「規範的原理の心理的反映」、つまり「規範志向能力の存在と欠如に関する、確かな経験的洞察と想定」でしかない²²⁴⁾。そのため、経験的な検証がなされているのかの問題が残る。少なくとも、正当な刑罰が国民の法意識を強化するという理論は、刑罰が社会統合に役立つものであり、その限りで正当であるということが前提とされている。そのテーゼからすれば、この規範的に標準となる国民の法意識の強化という目的を達成しようとするならば、その目的達成のためにいかなる手段を選ぶのかにつき、事実として目の前にある市民の価値確信を考慮しないで決めることは出来ないであろう。そうでなければ、被告人対して、社会的平穩のために非理性的に動機づけられた強制に従わせるという無理な要求に繋がることになってしまう²²⁵⁾。自らの社会的環境に無知であることを甘受するという義務は、刑罰というよりはむしろ、犠牲として特徴づけられ得ることになる²²⁶⁾。ここでは、基礎づけが基礎づけの目的を否定していることに

224) Wolfgang Frisch, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des "Abschieds von Kant und Hegel"; in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 135 f.

225) この点で, Udo Ebert, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, in: Hans Henrik Krummacher (Hrsg.), Geisteswissenschaften - wozu?: Beispiele ihrer Gegenstände und ihrer Fragen: eine Vortragsreihe der Johannes Gutenberg-Universität Mainz im Wintersemester 1987/88, 1988, S. 35 ff.; Bernhard Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung, 1976, S. 85 を参照。

226) この問題は、たとえば比例性原理を援用しても（例えば, Günther Ellscheid/Winfried. Hassemer, Strafe ohne Vorwurf, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1975, S. 287 は、比例原理を「社会の不合理な応報要求」を抑えるために打ち出されたものとしている）、無くなるものではない。また、（それ自体は正当であるが）社会復帰への支援を刑罰と結びつけても（これについては, Günter Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, in: Arthur Kaufmann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 901, 918 等を参照）、問題は解決しない。市民の価値確信とはかけ離れた制裁では、その社会の市民にとっては、もはや不合理あるいは非理性的な強制としか受け取られないからである。むしろ、この

なってしまう。

第二款：ロクシンの見解

ロクシンは、前述のように、国民の脅かされた法感情の満足による国民の一般的法意識の強化を刑罰の課題として掲げている²²⁷⁾。さらに、ロクシンによれば、自らの見解を「予防的統合論」と呼ぶように、このような一般予防だけではなく、特別予防（再社会化）との統合により、刑罰の正当化を試みようとしている²²⁸⁾。さらに、ロクシンにおいては、「責任 (Schuld)」が刑の上限を決めるとされ²²⁹⁾、これら三つの要素が統合されることになる。

もっとも、この見解によると、「刑罰が特別予防の効果のために、制裁が国民において真剣に受け止められなくなってしまうほどに軽減されてはならない」のであって²³⁰⁾、一般予防の最低限の要求が保護されている限りで、特別予防が一般予防に優先することになる²³¹⁾。加えて、「責任」はあくまで刑の上限を定めるのみで刑罰の正当化に向けられているわけではない。したがって、限界づけるものが正当化するものとはなっていないのである。それ故に、この見解では、刑罰の正当化に向けられるのはもっぱら「一般予防」であることになる。

↘市民の価値確信に、非理性的なものが含まれないことは言うまでもない。問題は、その基準となるものである。

227) Roxin, a.a.O. (Fn. 118), S. 306.

228) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), S. 85 ff.

229) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), S. 91 ff.

230) Roxin, a.a.O. (Fn. 8), S. 87. もしそうでなければ、「法秩序への信頼が動揺し、それによって犯罪の模倣を促すことになると思われる」とされる (Roxin, a.a.O. (Fn. 8), S. 87.)。

231) これについて、拘禁刑の場合、「刑罰自体が社会復帰を妨げ犯罪を助長しているという疑いが加わった場合、社会復帰的な特別予防は、常に、刑期をゼロに押し下げる方向に働くので、刑罰を正当化するのは『一般予防の最低限の要求』のみであるということになろう」として、ロクシンの見解が統合的ではないことが指摘されている (松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」立命館法学第306号 (2006年) 38, 39頁)。

そのため、ロクシンの見解には、一般予防論の抱える問題点がそのまま妥当することになる。つまり、経験的検証の問題、犯罪行為者が予防目的のための単なる手段とされることにはならないのかという問題である。さらに、一般予防の方が優先することになるとはいえ、刑罰の正当化根拠に特別予防が挙げられる以上、再社会化を強制によって行うことの問題もはらむことになる。また、責任相当刑という帰結自体は正当なものとしても、それは刑罰の正当化根拠（それは同時に限界づけを示すものでもある）とは異なる、外在的な制約原理にしかないことになってしまう。ロクシンの統合理論は、各理論の問題を埋める理論としては不十分な点を有しているのである。

第三款：シュトレンクの見解

さて、ミュラー＝ディーツやロクシンが詳細には取り組まなかった、刑罰を通じた国民の法意識の強化における作用連関につき、心理学的分析に基づいて取り組むアプローチが見られる。社会に生きる構成員に潜在的に存在するものと推定される刑罰欲求と、その社会的に遍在する刑罰欲求の充足によって犯罪予防を目指すというものである。

例えば、シュトレンクは、犯罪の処罰の社会的機能を、深層心理的に基礎づけるモデルを構想している²³²⁾。まず、シュトレンクは、フロイトにより公式化された、原始的民族での禁忌の違反の例にある、次のような応報思想の記述に還元する。「抑圧された欲求の充足が成就されたなら、全ての社会の仲間の中で、この誘惑を抑圧するために、同等の欲求が呼び起こされなければならないだろう、その大胆な行為の成果への本来の羨望がもたらされなければならない」²³³⁾。ここから、シュトレンクは、「犯罪者

232) Franz Streng, Schuld, Vergeltung und Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, ZStW 92 (1980), S. 637; 644.

233) Sigmund Freud, Totem und Tabu: einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker 3. unveränderte Aufl., Leipzig 1922, S. 89.

の処罰と共に、独自の禁止された、罪悪感（罪の感情）を呼び起こす動因が、象徴的に処罰されるべきである。自我にとって、この願望に負ける場合に生じるものが、示されるべきだからである」²³⁴⁾。つまり、処罰によって、犯罪の有する魅力（抑圧された欲求の充足）を、一方では劇的に低下させ、それと同時に、他方で、特に明白な形で、違反された禁忌に関して社会の構成員にいまだ存在している原理的な承認に対して報いることになる²³⁵⁾。

シュトレングは、犯された法違反の処罰への欲求を、行為者と同様に衝動と切迫して戦っている社会の構成員にとっては、当然に強く求められるものと見なしている。この模倣の誘惑に取り組む人々は、特に厳しい処罰により、その厄介な欲求を放棄することに至ることを必要とする。もちろん、処罰は、誘惑に負けかねない人々にとってだけ必要なものではない。シュトレングは、同時に、法に忠実な社会の構成員も、相応する刑罰欲求を展開するということを強調している。犯行が証明されても処罰がなされないならば、社会の構成員のなかでの抑圧への働きは全て、意味のない余計な心理的消費となってしまうからである²³⁶⁾。

ここで、全ての犯罪に対して、社会の構成員は潜在的に模倣の欲求を有しており、それに対して、刑事制裁を科さなければいけないのか、という疑問が出てくる。例えば、一般予防を深層心理的論証に関連づけているハフケは、近親姦姦や自殺への衝動のようなわずかな衝動的願望だけに限られているとしている²³⁷⁾。そうすると、それ以外の犯罪行為については、この論証は援用出来ないことになってしまう²³⁸⁾。

234) Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 644.

235) Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 644.

236) Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 643 f.

237) Haffke, a.a.O. (Fn. 225), S. 98. このハフケへの批判については、Diego-Manuel Luzon, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, S. 393, 402 も参照されたい。

238) 例えば、Paul Reiwald, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, 1973, S. 243 は、粗暴犯や性犯罪といったわずかな犯罪にしか説明することができていないということを引き合いに、

そこで、シュトレンクによれば、法違反者の処罰においては、「感染の危険」の除去と並んで、社会によって「教育的に強制された、リビドーに関する攻撃的な欲求 (Streben) の抑圧²³⁹⁾」に続いて、個々人の抑圧の働きに規範維持的に応える必要があることになる。「処罰されるべき行為者は、その際、相応して禁じられ、そこから抑圧されるべき、刑罰を呼び求める衝撃を形式的に具現化する」²⁴⁰⁾。この態様で、「犯罪者の行為によって呼び起こされないしは強められた、抑圧されるべき欲求と超自我の間の内心的衝突が…行為者（＝禁じられる衝動）と処罰する社会（＝超自我）という関係へと移行される。このことは、法に忠実な市民に対し、行為者によって実現された願望や自身の抑圧された欲求と同種の欲求を、罪の意識なく『タブー違反の感染力』と戦い得るために、抑圧することを可能とする。すなわち、他人を処罰するが、けれども——無意識に——自らを考える」とされる²⁴¹⁾。いわば、欲求の充足という形で犯罪を犯した者を処罰することを通じて、その他の人々にとって、欲求を抑圧したことは讃えられるものだと確認されることによって、規範安定化的に作用することになる。

そして、この規範心理の安定化作用は、正当な刑罰でなければ果たすことはできない。正当な刑罰だけが、望まれた規範安定化作用を伴って、法忠誠的な共同体構成員のタブー視する働きに報いることができる。しかし、心理分析的に基礎づけられる刑罰論の主張者においては、もっぱら、何らかのより高次の原理に沿った、普遍妥当する正当な刑罰ではなく、「主観的正義」が追及される。つまり「あらゆる個人にとって、犯行に

↘ 出す。偽証や破産犯罪の遂行につき、「無意識ですら、虚偽の宣誓をしないしは詐欺的破産をするという願望が機能し得る」人はいないであろうと言うのである (S. 243)。

239) Achim Mechler, Der Verbrecher als Sündenbock der Gesellschaft, ZRP 1971, S. 1 ff.

240) Streng, aa.O. (Fn. 232), S. 644.

241) Streng, aa.O. (Fn. 232), S. 645. ここでは、「他人のあらゆる有罪判決は、個々人にとっては無罪である」ことになる (Hans Magnus Enzensberger, Deutschland, Deutschland unter anderem, 1967, S. 89)。

よって生じた動揺を廃棄することに適している刑罰が正当である²⁴²⁾」ことになる²⁴³⁾。

加えて、責任無能力の場合には、社会の刑罰欲求は、犯行が心理的に通常ではないと受け止められるために、「『悪い』ものとしてではなく、異質 (fremd) で導入可能なものとして証明」される場合には、実際において全く考慮されないものとなる。この場合、当該行為は、「法的に誤った行為」というより、「事故や自然災害」と解されることになる²⁴⁴⁾。

242) Franz Streng, Tiefenpsychologie und Generalprävention, KrimJ 1987, S. 51.

243) そこから、刑罰欲求の程度は相対的なものとなる。シュトレックは、さまざまな犯行形態、行為者グループ等々についての刑罰枠が異なり得ることを導いている。シュトレックにとっては、常に様々な社会的刑罰欲求の強度が認識され得るのである。自白や悔悟をしている行為者は、自ら自身の法違反の有罪判決を証明し、それとともにその同胞たる社会の構成員の価値秩序を、結局は再び確認しているので、わずかな社会の刑罰欲求しか覚悟する必要がないことになる。「行為者の法的に誤った行為 (Rechtsanmaßung) は、『正当なもの』が衝動を抑圧する (die verdrängten Impulse der "Gerechten") ために手本となる作用を失う」ことになる (Streng, aa.O. (Fn. 232), S. 652)。

行為者が未遂の場合も、既遂よりも低い社会的刑罰欲求を呼び覚ますとされる。シュトレックは、これを次のことにより基礎づけた。すなわち、「追及される構成要件の結果の惹起の失敗は、法違反の感染力、同胞の規範に一致した放棄を下げる用意 (Infragestellung normentsprechender Verzichtleistung) を減少させる。失敗は魅力的ではないからである」と (S. 652 f.)。他方で、中止未遂は、「感銘的な形で、結局は、同胞によって尊重されるべき価値秩序を確認する」ということから導いている (S. 652)。

シュトレックによれば、過失犯においても、故意犯の場合と比べ、刑罰欲求の程度がより低い程度であり、行為者の取り扱いもより大きな損害の無い形に至る。その種の犯罪行為の「感染力」の低さが根拠とされる。処罰により抑圧されるべき模倣の衝動は、実際に侵害される法益には向けられていない。社会のその他の構成員にとっては、「注意義務への配慮することなく、同胞の利益を尊重することなく、正当な目的を追求するよう行為する衝動」だけが抑えられるべきであるというのである (S. 652)。注意義務違反が生じない場合には、タブー視や衝動の放棄への消費は、たいていは既に「自己利益の保持」が注意義務の順守にとって十分であるために、そんなに大きなものではない。さらに、その種の義務の違反が、「自己危殆化を、他者損害の場合には通常、損害賠償をも必然的に伴う」という事情も出てくるとされる (S. 653)。

244) Streng, aa.O. (Fn. 232), S. 654. この場合に、刑罰は考慮されることはなくても、改善・保安処分により、威嚇感情を相殺することをシュトレックは認めている (S. 654)。なお、少年については、成長段階にあり、成人のような社会の参加構成員としてはまだ十分ではないとされ、成人における模倣の誘惑とは異なるとされる (S. 654)。

積極的一般予防論を深層心理的に基礎づけるアプローチによれば、一般予防的メカニズムをも形成する努力全てにもかかわらず、結局は、シュトレックも認めるように、主観的な正義の理解が問題となっているのである。けれども、その場合、統合予防で述べたことと同様に、全ての個人にとっての主観的な刑罰への衝動を必要的に充足することは、ある種の犠牲を要求することになるのではないか、という疑問が生じる²⁴⁵⁾。つまり、犯罪行為者が、社会的抑圧における戦略の従順な目標や被害者となり、それによって「共同的衝動の拒絶（Triebabfuhr）」のために過度に濫用されることになる危険がある²⁴⁶⁾。ここでは、犯罪行為者は、処罰をする社会によって、「スケープゴート」として扱われてしまう。いわば、他者によって、その贖罪の負担から解放されるために、象徴的にその贖罪を担わされることで、単なる客体に貶められるのである。犯罪行為者に罪を押し付けて、人々の主観的正義を満足させ、ひいては規範も安定化することになるという理屈が、刑罰を正当化する根拠として十分であるかは疑問であろう。

シュトレックはこの批判に、法治国家的に組織される「司法上の責任の負担」の領域では、「被告の人格と犯行についてのより正確な知見に関して判断者」が裁量を有しているが故に、この危険はほとんど存在しないとしている²⁴⁷⁾。しかし、シュトレックによれば、市民にとって主観的に正当な刑罰が賦課されなければ、規範心理の安定化作用には繋がらないとされていた。そのため、この判断者の判断が各個人の主観的正義と一致するものでなければ、規範心理の安定化作用に繋がらない可能性が常に残されていることになる。

245) 例えば、Schumann, aa.O. (Fn. 195), S. 10 は、「この理論はどれほどの不一致に耐えられるのか」と疑問を呈している。

246) Armand Mergen, Die Kriminologie, 1968, S. 87 ff.; Hermut Ostermeyer, Die Südenbockprojektion in die Rechtsprechung, ZRP 1970, S. 241.

247) Streng, aa.O. (Fn. 232), S. 645.

そのため、この規範心理の安定化作用がもたらされない場合でも、刑罰賦課をするというのであれば、そこにはもはや積極的一般予防論を見出すことはできないことになる。そこで、シュトレンクは、刑罰の威嚇の効果をも、積極的一般予防の補完的に、受け入れている²⁴⁸⁾。「タブーが大きくなればなるほど、規範の一般的尊重の維持のための威嚇もよりいっそう必要となる——その場合、刑罰は、第一義的にタブーの維持に資するのである」として、積極的一般予防の方が優先することになるとはいえ、威嚇も重要な要素となっているのである²⁴⁹⁾。

シュトレンクにとっては、「法違反者が処罰されないという誘惑的な例を除去することにより、そして、独自の禁じられた衝動的活動を脅すことによって、独自の超自我に結びつけられた価値秩序を確認や強化することへの全く一般的に感じられる欲求」に積極的一般予防的な作用が認められるものであった²⁵⁰⁾。けれども、結局は、その作用は、消極的一般予防による埋め合わせを必要としていたのである²⁵¹⁾。

248) Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 671 によれば、「威嚇の刑罰が規範確証的作用をも有するようには、規範確証をする刑罰には、副次的な効果として威嚇的作用がある。というのも、刑罰は、それが理論的にも根拠づけられ、実際に執行されようが、潜在的当事者つまり全ての市民によって、意識的に避けられるべき害悪として理解されるからである」とされる。

249) Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 670.

250) Streng, a.a.O. (Fn. 232), S. 663.

251) この点で、ハフケは、シュトレンク以上に明確な形で、抑止のメカニズムを用いて基礎づけを試みている。ハフケは、そのアプローチにおいて、威嚇が深層心理的な思考モデルにおける中心的な位置を占めているということを重視している。まず、ハフケは「人間の悪しき性質」から展開する。「社会化が実現される限りで、けれども社会化は多くの場合では外部的なままである」(Haffke, a.a.O. (Fn. 225), S. 65)。それ故、刑罰威嚇によって習得される社会的行為態様は、刑法やその制裁の「外部的共同的重圧による恒常的な支え」をも必要とするのである (S. 65)。「刑罰という害悪の威嚇による外部的コントロールは、社会的学習過程の持続的な構成要素」となる (S. 82)。ハフケにとっては、とりわけ、社会の構成員における関心事の「超自我——禁止 (Über-Ich-Verbote)」が、近親相姦や強盗殺人のようにわずかな衝動的願望のみに限られる故に、このことは必然的なものであった。従って、極めて広く豊かな、社会における社会化の経過において展開される文化規範に対しては、一般予防的な作用を持つ刑法は、「刑事制裁という恐怖」で威嚇するといふ

第五節：ハッセマーの見解

上述の積極的一般予防論ともまた異なる視点で理論展開をしているのが、ハッセマーである。ハッセマーは、刑法を種々の社会統制のシステムの一つとしてとらえており、刑法は社会的共同生活の基礎にある規範の保全の任務を有することになる²⁵²⁾。後述するように、ハッセマーは、違反された規範を道徳的に安定化させるという積極的一般予防論を展開する。そして、この積極的一般予防目的の追及と並んで、犯罪行為者の改善を導く特別予防目的も、犯罪行為の遂行に対して一般の人々を威嚇することで獲得される消極的一般予防目的も、追求され得る。もっとも、その余地は、積極的一般予防の目的追及と並んで、わずかにしか残されていないことになる²⁵³⁾。

まず、ハッセマーのアプローチの基礎は、直接的な犯行への関与者のさらなる周辺への、すなわち、行為者と被害者の周りで生きている社会への犯罪行為の影響の今日一致して受け入れられている拡大である。法違反とは一般的社会的な行為規則を侵害するものであるということから展開し、犯罪は「被害者の問題ではなく、我々すべての問題」となる²⁵⁴⁾。そして、社会の共同生活の根本的で不可欠の規範の基準の保全のために、刑法システムの規範違反への「聞き取れる回答 (hörbare Antwort)」が、違反されたルールを持続的に市民の意識において確証するために、必要になる。

ㇿう助けでもって市民の法への忠誠を維持しなければならないことになる (S. 98)。今日の人間の「自我の弱さ (Ich-Schwäche)」は、実り豊かに表現された規範違反の感染的作用を弱めるために、犯罪者を見せしめとして槍玉にあげることが要求するというのである (S. 164)。誘惑的な例の後に威嚇的な反対例が続くのである。

Schumann, a.a.O. (Fn. 195), S. 11 は、積極的一般予防と消極的一般予防は、結局は、「一方のヴァージョンで基礎が無いところで他方のヴァージョンを組み込むという、ゼロサムゲーム」の一種を形成すると批判している。

252) Winfried Hassemer, Warum und zu welchem Ende strafen wir ?, ZRP 1997, S. 318.

253) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 319.

254) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 318.

「行為に関する諸規則 (Verhaltensgebote) は、その語句 (Fraktur) を明白かつ強調的に訂正する場合にのみ、つまり、我々が規範違反を受け入れ、存続させるのではなく、我々が規範違反を非難し、規範を保持し、規範の否定を妥当させないようにしようということが明確にされる場合にのみ、持続されるのである」というのである²⁵⁵⁾。そして、「刑法による有益な作用」に基づく社会的規範の持続的な積極的影響は、ハッセマーにとって自明なものとして妥当している²⁵⁶⁾。

もっとも、規範違反に対しては、刑法のみが作用するものとはされていない。ハッセマーの理論モデルは、刑法が、規範逸脱的態度からなる紛争の処理において、それ以外の社会的メカニズムとの共同作用にあるということから展開している²⁵⁷⁾。法治国家的刑法は、その公衆関係的な適用において、行動教育的で制裁教育的に「特に強調された形」で社会的規範を主張し得るということによって²⁵⁸⁾、同時に、私的で、その他の高度に社会的な行動統制に関する、全て異なってパラレルに作用するプロセスやメカニズムにとっての「有益な援助 (hilfereiche Unterstützung)」を成すものでもあるとされる²⁵⁹⁾。したがって、刑法の形態においては、この相関関係に対する適切な尊重がなされなければならないことになる。刑法は「社会統制の全システム」の部分領域として公式化され、その社会統制の全システムの中では、「一般予防論は刑法とそれ以外の統制機関 (家族、職場環境、学校等々) の間の相互作用を尊重」しなければならないことになる²⁶⁰⁾。

255) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 318.

256) Winfried Hassemer, Prävention im Strafrecht, JuS 1987, S. 262.

257) Hassemer, a.a.O. (Fn. 256), S. 263.

258) Hassemer, a.a.O. (Fn. 150), S. 296.

259) Winfried Hassemer, Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: Winfried Hassemer/Klaus Lüderssen/Wolfgang Naucke, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften ?, Heidelberg, 1983, S. 64.

260) Hassemer, a.a.O. (Fn. 256), S. 263.

その際、ハッセマーによれば、刑法は、その特別の財を保護するためにも、社会的統制メカニズムのシステムの中では、矢面に立つ（exponiert）ものである。「刑法典は次のような法益を保護するものである。すなわち、その承認がなければ、我々の規範的社会的な合意によって、そして、我々の民主主義的に把握される見解によって、今日、我々が共同生活を営むことが出来るものではないところの法益であり、それはすなわち、人間の尊厳の根本的な前提条件、とりわけ、生命、自由、健康、名誉、財産、そして、自由でより良い共生に必要な条件である」²⁶¹⁾。

刑法が、社会の中での社会統制の全システムにおいて特に矢面に立つ位置づけを占めているが故に、中核刑法の領域におけるその本来の機能から逸らされてはならない。その重要な機能は、周辺領域における万能薬として投入を増加することによって、希釈化されてはならないというのである²⁶²⁾。ハッセマーによれば、「刑罰は、刑法が問題解決全てのマスターキーに貶められない場合に、その意味を生き生きとしたものとして受け取ることができる。公的な審理や制裁賦課による根本的な規範の保全は、集中と強調を必要とし、真摯さと拘束性と、刑罰威嚇、刑事手続き、行刑において特に打ち出された諸原理への忠誠を必要とするのである」²⁶³⁾。純粹中核刑法と並んで存在する、社会侵害的行為の周辺領域は、「警察法やその他の行政法」に委ねられたままであり、結局、公的な安全や秩序に対する行為の予防は、その領域に位置づけられることになる²⁶⁴⁾。

さて、ハッセマーも、シュトレックのように、心理分析的に根拠づけられた一般予防論のヴァージョンにおける主要な対象として、社会的な刑罰欲求から展開している。しかし、ハッセマーは、シュトレックが基準としてみなしていたように、集団的な犯罪という攻撃への拒絶という形で正

261) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 318.

262) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 320.

263) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 320.

264) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 320.

義についての連帶的感情とそれに結びつけられる規範を安定化する可能性に関係づけることはしていない。ハッセマーにとっては、社会的な刑罰欲求は、刑法システムとは、社会における人間的な共同生活を制御し、可能にしている多くのルールを保持するのを助ける多くの社会的統制メカニズムである、という彼の命題の前提とされているのである。

ハッセマーは、刑法を、規範安定化的機能を有するだけでなく、それと並んで、ルールの侵害への私的な反応によって社会化するための、複数あるうちの一つの機関とも考えている。規範は、市民において、別の社会的領域の中で作用する社会的統制の活動によって、貫徹され、内面化されるだろうが、その規範の違反は、刑罰欲求という同胞の反応の引き起こすのである。そして、国家的に実践されている形での刑法がなければ、その刑法以外の社会的統制メカニズムから展開される社会的刑罰欲求は、極端な場合には、統制されないままになってしまうという危惧が懸念されるのである²⁶⁵⁾。

社会的に展開される制裁欲求の不合理性は別にしても、ハッセマーは刑法を、規範違反に対して私的な制裁を賦課することによる社会的統制を行う領域の一部として、再び私的な社会統制の活動として、用いている。刑法は、一定程度、私的・社会的な制裁欲求の統制という課題も有するとされる。法治国家的に形成される刑法によって刑罰欲求に影響を与えることがなければ、社会的に必要なメカニズムは、危険な形で考慮されないままであって、刑法上重要な社会領域における社会的統制の機能停止に至り得るか、あるいは、他方で、私的な自己司法を統制不可能な程に超過する形で増大させ得るかのどちらかである。それに応じて、刑法の直接的道徳的影響は、民事司法が機能しないままであるべきということにも存する²⁶⁶⁾。

以上のことから、ハッセマーは、理論の特徴として、社会統制メカニズ

265) Hassemer, a.a.O. (Fn. 150), S. 295.

266) Hassemer, a.a.O. (Fn. 150), S. 295.

ムの影響力の強い構成要素としての「刑事司法文化（Kultur der Strafrechtspraxis）」の特別の意味を強調する。それ以外の刑罰目的に関する理論は、それが強姦の禁止や事故の際の救助の命令といった刑法典の規範のみに限られるならば、相当に控えめなものになってしまう。実体刑法は、「禁止、威嚇、規律化といったものの否定」という『形式における国家的に影響される社会統制の不完全な部分領域にすぎないことになる²⁶⁷⁾。それに対して、刑事手続法、刑法に関わる憲法という法治国家的文化全体における刑法は、そうでなければ広く考慮されないか用いられないままである積極的な潜在的影響力を提供することになる。

ハッセマーは、この「刑事司法文化」の下で、「犯行の被疑、犯罪行為、犯罪行為者、目撃者との博愛的で法治国家的な関わり」という構造を理解する²⁶⁸⁾。犯行への非難に対する実体的な刑法上の権限が誰からも論駁されない手続きにおいては、「何も知らずにまっすぐに突き進んで行くわけではない、認識の根源は最終的に破壊され得ない」が故に、「技術」が問題となっており、「疑う者の感受性（Sensibilität des Zweifelns）に支配されない、あるいは、当事者の権利を少なからず尊重する場合には、捜査にさらされた人間に、その生活を長時間失わせるものではない侵害を賦課することができる」が故に、「文化」が問題となっているとされるのである²⁶⁹⁾。

ハッセマーによれば、法治国家的刑事手続きの諸規則は、刑法外での日常的紛争処理にはもちろん転用され得るものではない。しかし、それにもかかわらず、それと媒介される刑法文化の実務は、社会統制の模範として行われた活動として、「紛争処理に模範（ひな形）として資することができるために、十分変化に富んだもの」とされる。「刑事手続き、刑罰賦課、そして行刑は、この模範（ひな形）を公的に媒介し、侵害に対してその模

267) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 319.

268) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 320.

269) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 320.

範を安定化するという意味を有する」のである²⁷⁰⁾。

ハッセマーの理論のヴァリエーションに対し、シューマンは、権力論的論証としては結局、国家的強制装置の権力独占の正当化を目的としているとし、刑法の一般予防的功利主義の正当化のための説明は、威嚇予防的根拠づけへの立ち戻りなしには生じないと指摘する²⁷¹⁾。もっとも、ハッセマーの理念の重要な中心問題は、刑法上重要な規範システムが社会的に根づいた制御システム (Regelsystem) に一致しているかどうか、である。この点で、ハッセマーが、中核刑法という形で、刑法の適用領域を、実際に広く社会的に内面化されている規範に関わる中心領域への厳格な制限を主張している点には注意が必要であるが、まさにこの「中核刑法」という概念の下に何が含まれることになるのかは明確では無い。そのため、何が刑法という統制システムで対応すべき、犯罪とされる規範違反となるのかの基準を追求する必要がある、その基準如何によっては、まさにシュトラテンヴェルトが批判したように、問題を刑法の領域から追い出したに過ぎないことになってしまう²⁷²⁾。

加えて、刑法が社会的な統制システムのひとつであり、種々の統制システムの共同作用によって社会統制がなされるとしても、何故に刑法という統制システムで犯罪とされる規範違反に対して反応しなければいけないかが明確ではない。つまり、刑法以外の社会的統制システムでも対応できるのであれば、刑法を用いる必要はない。刑法とそれ以外の統制システムの共同作用でなければならないとしても、何故そもそも犯罪に対して刑罰で反応しなければならないのかが不明確なままである。結局は、社会の共同生活の根本的で不可欠の規範の基準の保全のために、刑法が必要不可欠な理由を示さなければならないのである。

270) Hassemer, a.a.O. (Fn. 252), S. 320.

271) Schumann, a.a.O. (Fn. 195), S. 12.

272) Stratenwerth, a.a.O. (Fn. 100), S. 679.

第六節：実証的な「積極的」一般予防論の問題点

さて、以上の「積極的」一般予防論は、いずれにせよ経験的な検証を必要とするものであった。人々の法への信頼を強化することに主眼が置かれる見解における人々の法秩序への信頼とは、「規範的原理の心理的反映」、つまり「規範志向能力の存在と欠如に関する、確かな経験的洞察と想定」でしかないからである²⁷³⁾。また、規範の安定化を心理学的に基礎づける場合にも、もちろん、経験的な検証がなされているのかの問題が残る。結局、これが証明されないのであれば、それに基づくこの見解からは、刑罰の正当化はなされないことになる。

この点で、シェヒは、消極的および積極的一般予防の効果に関する実証研究を行っている²⁷⁴⁾。調査の結果によれば、訴追の強化や重罰化は一般予防効果にほとんど影響せず、規範の道徳的拘束性が強いために犯罪を犯さないということが明らかになっている²⁷⁵⁾。しかし、シェヒは、次のような理由から、刑罰を全くなくしてしまうことはできないという。すなわち、まず、主観的に重い刑罰が適当だとする評価は明らかに他の制裁ではなく刑事罰に関係しているため。次に、当該行為を刑罰の対象から外す

273) Frisch, a.a.O. (Fn. 224), S. 135 f.

274) Schöch, a.a.O. (Fn. 146), S. 1081 ff. 調査方法としては、質問票を送付し、一定の犯罪類型（例えば密輸、職場での窃盗、飲酒運転、重傷害など）に関して、その悪性どう思うか、自分がその犯罪を犯した場合母親や友人はどのように反応すると思うか、その犯罪が発覚する恐れはどの程度あると思うか、招来する可能性があると思うか、その犯罪を犯した人はどれほどいると思うか、前年度犯罪が増加したことについてどの程度怒りを覚えるか、犯罪対策としてどの程度の重罰化が必要だと思うか、等について百分率で評価を求め、それを集計し、統計処理を行うものであった。

275) Schöch, a.a.O. (Fn. 146), S. 1094, 1100 ff. 法の妥当や法の貫徹についての印象をどれほど有しているのかという従属変数は、当該犯罪をどの程度悪いと思っているのか、個人的にどの程度の刑罰が適切と思うかの程度といった従属変数とは、相関性が強いとされる (S. 1094 f.)。しかし、他方で、この従属変数は、当該犯罪の発覚の恐れはどの程度あると思うか、どのくらいの刑罰が予想されるかといった実際の刑罰の運用についての評価という独立変数とは、相関性が見られないという (S. 1099 f.)。

と、その行為を自ら行う可能性は高まるという回答結果が出ているため。そして、犯罪を悪いと思う程度は、主観的にどの程度の刑罰が適当だと思うかや、客観的にどの程度の刑罰が予測されるかという事情と相互的に影響し合っているため、である。そこから、シェヒは当該犯罪が処罰されているという事実自体に、一般予防効果が存在するということが経験的に確認されたとしているのである²⁷⁶⁾。

もっとも、シェヒの分析は、積極的一般予防のみに関するものではないし、消極的一般予防の影響も考えられる。しかも、刑罰が無い場合の規範の道徳的拘束力に関する調査でもないために、積極的一般予防効果が経験的に証明されたとは言い難い²⁷⁷⁾。

これに対して、シューマンの行った調査研究では、重罰化によって規範への信頼が変化したかどうかを対象としている²⁷⁸⁾。それによれば、積極的一般予防論が想定するような効果は、経験的に確認することが可能であるが、それは積極的一般予防論の思考モデルが想定する命題とは矛盾するとされる。それは、麻薬犯罪における可罰性の範囲の拡大および重罰化が行われた前後に、少年にインタビューを行い、改正前後で、刑罰規範の受容の程度影響が生じたかの調査に基づいている。調査によれば、改正後方が規範の受容は低下しており、法改正が実施されたことを知らなかった少年よりも知っていた少年の方が低下率は若干大きいとされている。また、年齢の上昇と規範の需要の変化についての調査では、年齢の上昇と共に可

276) Schöch, aa.O. (Fn. 146), S. 1102 ff.

277) 例えば、本庄・前掲(注146)82頁は、規範の道徳的拘束力にどのような影響が及ぶかを調査したものではないため、厳密な意味での経験的論証がされているとは言えないと指摘する。さらに、シェヒの調査した「印象」が本当に犯罪実行への障害となりうる意識なのか明らかではなく、他方で、シェヒの調査は、重罰化を行った場合、同一人の規範への信頼が変化するかを調査したものではないため、新たな立法により刑罰を重くして積極的一般予防を達成しようとする試み、つまり、厳罰化の根拠として積極的一般予防を援用することの否定も、無条件に受け入れることはできないとされている。

278) Schumann, aa.O. (Fn. 195), S. 35 ff.

罰的行為の範囲をより広くとらえる傾向がみられたが、それに応じて規範の受容の程度が高まったことは確認されなかったとされる²⁷⁹⁾。さらに、訴追されるあるいは警察による取締まりを受けた経験が規範の受容に影響を与えるかの調査においては、短期的には行動の規範的評価に影響を及ぼすかもしれないが、少なくとも長期的に持続するような効果は見られなかったとされている²⁸⁰⁾。

もっとも、この研究は、少年の薬物犯罪に限って行われたものであることには注意を要する。他の犯罪類型に同様のことが言えるかは明らかではないのである²⁸¹⁾。さらに、少年に対して積極的一般予防を考えることは、刑罰を通じた規範意識の形成を狙うものであり、問題が残る。むしろ、少年に対して規範意識の涵養の意味で積極的一般予防効果を狙うのは、調査研究の結果のように、少年の規範意識に悪影響を与えるものであろう²⁸²⁾。か、という疑問が残るのである。

以上の研究は、刑罰を通じて規範意識に影響を与える「積極的」一般予防論に関する実証研究であるが、そもそも、刑罰の正当性を人々の意識によって説明することには問題があろう。多くの市民が特定の理由から刑罰の正当性を「信じる」という言明は、刑罰が正当「である」という言明とは異なるものである。そのため、国民の法意識に刑罰を通じて働きかける場合、一市民でもある職業裁判官が、職業上の経験に基づいて、正当なものと評価した刑罰を、それ以外の市民の多数が正当なものと感じないよう

279) Schumann, aa.O. (Fn. 195), S. 39 ff.

280) Schumann, aa.O. (Fn. 195), S. 43 ff.

281) 本庄・前掲（注146）82頁も参照。

282) 付言すれば、少年に対して、積極的一般予防論を想定すること自体も問題である。後述されるように、統合予防型の「積極的」一般予防論は、刑罰による行動統制をねらうために、少年へもこの理論を適用することを想定できるかもしれないが、規範確証的予防という意味での「積極的」一般予防論では事情は異なる。後者は、一人前の自由な人格が想定されているために、まだ自律的判断が十分にはできないと「みなされている」少年に対しては、本来的に刑罰で応答すること自体に問題が残るように思われる。

なときには、その刑罰は正当なものとはならないことになってしまうであろう。

また、「第三者の特定の積極的に価値のある意識形成の獲得」という特定の目的達成の為の手段として投入されているので、行為者を他の目的の手段としているという問題は解決していない。故に、積極的一般予防論という名前とは異なって、結局は消極的一般予防と異ならないのではないか、という疑問が残るのである。

そこで、刑罰を通じて（事実的なものである）人々の規範心理の安定を達成しようとする積極的一般予防論とは異なって、刑罰を通じた規範の「確証」を刑罰の意味そのものとみる積極的一般予防論の検討に移ることにしたい²⁸³⁾。

283) このような分析をするものとして、松宮・前掲（注231）38頁以下。