

論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表

学位規則第8条に基づき、論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨を公表する。

○氏名	中村 悠人 (なかむら ゆうと)
○学位の種類	博士 (法学)
○授与番号	甲 第785号
○授与年月日	2012年3月31日
○学位授与の要件	本学学位規程第18条第1項 学位規則第4条第1項
○学位論文の題名	刑罰の正当化根拠に関する一考察 —日本とドイツにおける刑罰理論の展開—
○審査委員	(主査) 松宮 孝明 (立命館大学大学院法務研究科教授) 安達 光治 (立命館大学法学部教授) 高橋 直人 (立命館大学法学部准教授)

<論文の内容の要旨>

1. 本論文の概要

本論文は、刑罰理論、なかでも刑罰の正当化根拠を巡る議論を扱ったものである。近年の刑事立法は、重罰化や可罰性の拡大、早期化（前置化）が特徴であると指摘される。例えば、2004年12月になされた刑法の重罰化改正は、従前の個別の犯罪類型に向けられた改正ではなく、重大犯罪を中心とする多くの犯罪類型にかかわる自由刑の上限の引き上げ等を行ったものである。そこでは、「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根拠として挙げられている。他方、可罰的な行為の拡大として、人身売買罪や不正指令電磁的記録に関する罪などが、組織的犯罪に対する対応として、組織的犯罪処罰法による犯罪収益等隠匿・収受罪が作られるなど、近年の刑事立法は、刑罰による解決、すなわち刑法を積極的に投入するものであることが指摘されている。

この問題に対し、わが国においては、法益論の視点から刑事立法を分析・批判する研究はあっても、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視点での議論はまだ十分ではない。このような問題関心から、筆者は、刑事立法を議論するための基礎として、刑罰の正当化根拠を巡る議論を検討している。そして、議論の枠組みの提供として、古くからこの問題を議論してきたドイツの主要な論者の見解を分析することで、種々の刑罰理論が機能する場面と、それらが前提とする人間観の相違を明らかにする。その上で、中村氏は、社会における人々

を行動統制の客体とみなすことになる、刑罰による規範形成機能を疑問とし、その反対に、人々を自律的な判断から規範に従う人格とみなすという視点から刑事立法を検討すべきであるという結論に至っている。

以下、その概要を紹介する。

2. 本論文の構成

本論文は、以下の構成からなる。

序章

第一章：戦後(西)ドイツの刑罰理論の概観

第二章：「積極的」一般予防論

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

3. 論文の内容

(1) 戦後(西)ドイツの刑罰理論

本論文の序章では、上述の問題関心に基づく問題の所在と、わが国の刑罰理論の、刑罰の正当化根拠としての問題点を指摘する。その上で、第一章では、戦後の(西)ドイツの刑罰理論の変遷を概観することで、それぞれの時代に刑罰理論で狙いとされていた対象を明らかにする。

本論文によれば、ドイツにおける刑罰理論の変遷は、刑法による倫理や道徳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ず、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。

そこでは、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捉えられ、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。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く、社会復帰の妨げとなる刑罰の弊害除去を重視したものと言えよう。というのも、その主張は、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

るといふよりはむしろ、矯正の強制を認めず、犯罪行為者が矯正の対象ではなく、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、つまり、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、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。

他方で、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付けるものであって、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。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や、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が導かれたのである。

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。そうして、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、「積極的」一般予防論が着目されるに至ったと指摘される。

(2) 「積極的」一般予防論

続いて、筆者は、第二章で、積極的一般予防論の多様性と、各々が前提としている人間観を分析する。「積極的」一般予防論といっても、刑法による国民教育的発想から、刑事裁判の活動によって人々に呼び覚まされる、社会教育的に動機付けられた習熟作用、市民が法が行われていると見た場合に生じる、信頼作用、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といった、法への忠誠の維持と法的心情の安定に寄与するという見解、そして、刑罰の任務は法規範の妥当性を確認するものであり、刑罰による法の妥当性の象徴的表明であるとする見解まで、多様に分かれていたことが指摘される。

ここでは、それらの見解が前提としている人間観と、その「予防」の意味において区別をされる必要がある。すなわち、人間観においては、人々は、刑罰による「啓蒙」によって教育される存在であるのか、それとも、自らの洞察に基づいて行動することができる存

在であるのかという区別である。これは、社会における規範に従うことが、教え込まれてようやくできるようになるのか、それとも、自らの自律的な判断で従うことが信頼されているのかという相違である。

前者を前提とした場合、刑罰は人々の行動に大きな影響を与えることが期待される。つまり、刑罰賦課を通じて、一般の人々の行動を統制することが狙いとされ得るのである。刑罰を通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動の統制を図るという意味で、この「予防」は、行動統制予防とでも言い得る。この行動統制予防は、すでに存在している規範に従わせることを狙いとしていると同時に、まだ確立していない規範の創出をも対象とし得る。なぜなら、人々は刑罰によって立ち居振る舞いを教えられる存在であるので、すでに存在している規範に従うよう方向づけられるだけでなく、新たな規範に従うようにも方向づけられ得るからである。つまり、行動統制予防というタイプの「積極的」一般予防論は、殊に刑事立法の領域においては、新たな規範の創出という規範形成機能を認めるものとなる。

これに対して、後者、すなわち、社会における人々が自らの洞察に基づいて行動をなす自律的な存在とみなされる場合、刑罰による人々の行動への影響は、限定的な形でしか認められないであろう。あくまで、社会における規範に、他者から強制されることなく、自らの自律的な判断に基づいて従う人間を前提としているので、刑罰賦課がなされたことでようやく規範に従うわけでもなければ、刑罰を通じて創出された規範に従うよう方向づけられるわけでもない。ここでは、刑罰は、犯罪によって生じた、社会における標準としての規範の動揺を鎮静化することが狙いとされる。犯罪によって動揺した規範ではあるが、その規範は依然として社会における標準であるということが、刑罰賦課によって明らかなものとなる。そして、それ以後のその社会において、当該規範は標準としてみなされることになる。その意味で、ここでの「予防」は、規範確証的予防と言い得る。この規範確証的予防は、あくまでも規範の動揺の鎮静化をはかるものであるので、生じた規範の動揺以上に刑罰が科されることにはならない。その意味で、規範（意識）の「強化」ではなく、規範の「安定」ないし「確証」なのである。動揺した規範を刑罰賦課を通じて強化することは、人々の自律的な判断能力を信頼せず、行動の方向づけをはかるものであるために、規範確証的予防には含まれない。

ところが、筆者は、この規範確証的予防は、「予防」とは銘打っていても、その思考枠組は純粋な予防論ではなく、むしろ、一種の応報刑論として評価した方が良いとしながら、犯罪による規範の動揺に対して、何故に刑罰でもって対応しなければならないのか、つまり刑罰の必然性までは明らかとはなっていないことを指摘している。この規範確証的予防の思考枠組は、確かに犯罪行為と刑罰賦課を結びつけるものであるが、規範を確証する方法として、何故に刑罰を用いて良いのか、その他の方法による規範動揺の確証では何故に不十分であるのに、いまだ答えてはいないというのである。

もちろん、この課題は、人々の自律的な判断能力を前提とする「積極的」一般予防論の

人間観を否定するものではないが、何故にそのような人間観を前提にしなければならないのかは、まだ十分に明らかにはなっていない。かくして、種々の「積極的」一般予防論の検討から、人々を「人格」とみなす要請、経験的検証にかかるものではない理論構成、犯罪行為と刑罰の内在的な結び付きを認める必要性という課題が明らかとなるとされる。

(3) 近年の応報刑論について

そこで、第三章では、この課題に応じていくために、ドイツで近年展開されている、ドイツ観念論を援用する形で、個人の自律性や自由に基づいた刑罰理論の検討を行う。

ここでは、社会における人々を自由な「人格」とみなすことから展開し、自由な人格であるが故に、刑罰が科される根拠にもなり得ることが示されていた。例えば、ヴォルフやケーラーにとっては、犯罪は相互承認関係の侵害であるが、ここでは、各人は他者と相互的な形で承認関係を結び、それによって互いの自由を尊重し合うために、その関係を破壊し、現実の自由や自立性の保障を奪うが故に、刑罰が科されるものであった。

彼らは、ドイツ観念論に依拠しながら、応報刑論の再評価を行っており、その際、人間の自由および自律性の保障を法の課題としている。現実の社会において自己の自由を享受するためには、まず他者との間で相手を「相互的に」自由な人格として認め合う相互承認関係を形成し、互いの自由な領域を尊重し合う必要がある。その際、承認は互いが対等な関係であることを必要とする。この相互的な承認関係は、社会契約を通じて国家へと拡張され、国家的な法秩序において普遍的な効力を保障される。

この普遍的な効力に対する攻撃が犯罪となる。すなわち、犯罪とは、他者の自由な領域の侵害による相互承認関係の破壊であり、同時に相互承認関係を保障している法秩序の効力の否定でもある。刑罰は、犯罪により侵害された相互承認関係を回復させるために、そしてその相互承認関係を保障する法秩序の効力を回復するために、科されることになる。国家的な法秩序において普遍的に保障されている他者の自由を侵害し、不当な形で自己の自由を拡張した犯罪行為者は、自らが法秩序の構成員であるために、つまり再び他者と相互的な関係に戻るために、自由の制限という形で、刑罰を受けるのである。その際、刑罰は、犯罪によって生じた被害者の自由の領域への侵害の程度と、法秩序の普遍的な効力の否定の程度に価値的に見合ったものでなければならない。

ヴォルフや、その弟子たちは、無目的に科される応報刑論でもなければ、犯罪予防という目的刑論でもない、応報刑論を展開しているのである。このヴォルフらの発想に近いながらも異なる形で理論を展開するのが、パヴリクである。パヴリクも、現実の自由を保障していくために、各人は市民としての義務が認められ、その義務に違反するのが犯罪であり、刑罰は、その違反に対する固有のリアクションとして、市民の義務と自由の享受が分かちがたく結びついていることを表明し、そして現実での法秩序の規範的な効力を維持するために科されることになる。

法秩序への忠誠は、平和と自由を享受するための代償ということになる。法、とくに刑

法は、各人が自己の生活を自らの洞察に応じて営みうるとする願望を保障することを、つまり、厳格な相互性の条件の下で他者の決定から自由な固有の存在形成を各人に可能ならしめることを課題とするからである。これを果たすには、刑法は現実形成力を有しなければならない。つまり、法の課題は、いわゆる万人の万人に対する市民戦争を克服し、あらゆる者の生活を保障する秩序を確立することにある。ここでは法的秩序は正常性(Normalität)の支配が貫徹している状態のことを言い、貫徹の為には単なる抽象的規範秩序以上のものが要求される。つまり、個々の市民は、同胞を通じてその法的地位の尊重が彼自らにおいて確認し得なければならない。この自由であることの保障された状態の確立と維持のためには、国家のみによって担われるのでは不十分であり、各人もまた責任(市民としての義務)を負わなければならないことになる。

自由である状態への攻撃は、行為者が刑法上の態度秩序に反することによって、法共同体の代表者たる市民としてのその役割に反しているということにおいて示される。犯罪行為者は、刑法上の規範に従属することを通じて現存の法的状態の維持に関与する義務を侵害することで、公共体(Gemeinwesen)における結合という本来的拘束性に反して行為する。その限りで、犯罪とは概念上全体としての法共同体に対する不法である。

もっとも、犯罪行為者も市民であり、また以後も市民であり続ける。そのため、犯罪行為者は、市民として法的状態の維持に共働する市民的義務を負う。もっとも、その義務の内容は、一次的な充足義務から、二次的な甘受義務へと変化する。自由の保障は義務充足の代償として保障されるのであるという、法的なるものの根本原理に犯罪者が反することによって、彼はその犠牲の下で自由享受と共働義務充足の関連の解消不可能性が示されることを甘受しなければならないからである。

この自由享受と忠誠義務充足への関連性の不解消は、行為者が彼の忠誠義務侵害に対して彼自身の自由の一部の剥奪を課されるということによって、確証されることになる。その際、処罰的制裁のある一定のドラスティックさは放棄しえない。というのも、ここで市民の不法として示される承認侵害への規範的に適切な解答を示すには、刑罰でなければ行い得ないからである。

その意味で、刑罰は、「それが規範の継続的な妥当に対する徴表として確認されるだけでなく、そのメッセージもまた信頼されるべき場合」には害悪でなければならない。そのため、義務侵害の程度の基準に応じて処罰された市民が、この信頼の強化へと援用されることによって、現実の自由である状態を攻撃した者は、そのコストとして刑罰によって自らの自由の一部を奪われることが示される。自由の一部が実際に奪われることで、自由について義務を負っていることが確認される。刑罰はこのような関係を示すために放棄し得ないものであり、害悪賦課は刑罰内在的なものである。

もちろん、行為者に市民として帰属可能な不法の強度は、彼がその被害者に事実上与えた、あるいは彼が少なくとも故意に受け入れた自由侵害の範囲に応じて量定されるのである。しかも、刑罰の量自体は、ある社会がそれ自体安定すればするほど、その社会はます

ます犯罪を偶然的なもの(Unfestes)で、孤立化されたものとして捉えるために、ますます軽くなりうるものである。また、行為者の事後的態度もまたその先行する忠誠義務侵害の重要性を弱めうるのである。犯行後に自由意志で損害回復に努力した行為者はそれによって忠誠的な市民の結合体への回帰を示すことになる。

このパヴリクの見解は、社会における人々を、自由な人格から展開し、自由の保障のためには、人格を市民にまで高め、その市民に平和と自由の享受のための法秩序への忠誠義務を担わせるものであった。そして、忠誠義務と自由の享受が分かちがたく結びついているものであるために、市民の義務の違反としての市民の不法（犯罪）に対しては、市民の不法に対する固有のリアクション（刑罰）が行われることになる。換言すれば、自分だけが不当に自由を享受する行為者に対して、自由の保障のためにはそれは許されないということを示すために、現実に法秩序の規範的な効力を維持するために、単なる確認だけではなく、刑罰賦課が行われることが許されることになる。その意味で、パヴリクの見解は、応報刑論なのである。

また、積極的一般予防論を展開したヤコブスも近年では、応報刑論的な発想との類似性を明確にしている。ヤコブスによれば、社会的コンフリクトとして扱われる犯罪は、人格である行為者による社会や法への否定の表明であり、それによって動揺した法規範の妥当性を刑罰によって確証するために、それも認知的な形で、科されるというものであった。苦痛の賦課が沈黙した、強制力を伴う現実的活動のある限り、そこには意味が欠けることになる。それ故に、苦痛の賦課の根拠付けは、コミュニケーションではなく、もっぱら外的な状態の変化の中に見出されなければならない。犯罪者は自己の帰属可能な形での犯行を通じて刑罰を科せられなければ、規範の認知的保障が蝕まれ、それによって規範の現実性が失われる、少なくとも弱められる状況を創出する。このような状況に対して苦痛としての刑罰を賦課することで、この侵蝕の危険は帳消しにされる。そして、態度自由と結果に対する責任の双務性が故に、犯罪者は自己の違法な行為の結果に対する責任を引き受けなければならないというのである。

ここでは、いずれも応報刑論を、目的を有しないという意味での「絶対的応報刑論」と理解してはいない。そこでの応報刑論には、目的が認められている。その意味で、筆者は、これを「相対的応報刑論」ではあるが、しかし、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すという日本の「相対的応報刑論」ではなく、刑罰自体が法秩序に果たしている役割—自由の条件の保障と関係づける点で、パヴリクが言うところの自由論的に基礎づけられた応報刑論と評すべきであろう。

(4) カントの刑罰論

これらの刑罰理論の裏打ちをするために、改めてカントの刑罰理論やヘーゲルの刑罰理論の考察を行うのが、第四章から第六章である。第四章では、カントの刑罰理論を扱う。

カントの刑罰論は、従来「絶対論」として理解されてきたが、本論文の分析によれば、

決して目的を持たない「絶対論」ではないことが明らかになる。カントは、刑罰の根拠を国家的法秩序の侵害という意味での犯罪に見ており、侵害された国家的法秩序を国家的刑罰によって回復しようとすることから、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという意味での「絶対論」を主張しており、確かに「応報論」を主張しているのである。しかしながら、刑罰は、犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させるためにある。これはカントにおいては刑罰の目的であり、目的を持たないという意味での「絶対論」を主張しているわけではないのである。つまり、国家的法秩序の回復という目的のために刑罰を科すという意味では、「相対論」を主張しているのである。

カントにとっては、自由とは理性人たる個々人の内面において主体的に実現されるべきものであり、法においては、このような自律的な人格主体がまずもって前提にされなければならない。他者の自由を配慮しながら、相互に自らの外的自由を制限しなければならず、法における自由とは、自らと他者の間との主体的な関係（法関係）を前提としている。そして、自由の普遍的な相互保障のために、各人は自己の外的自由を、普遍的な法的法則に則って行使し、他者を自己と同等の自由な人格として取り扱い、その他者との間に平等な法関係を形成することが必要となる。

カントによれば、各人は人格的自由に基づく自己の諸権利を確実に享受することが可能となるために、国家の下にある公法状態へと移行しなければならないが、刑法は、その国家的法秩序を前提として、そこにおいて普遍的に保障されている自由に対する侵害のみを対象とする。それ故、刑罰という国家の下での制度も、その国家的法秩序から、正当化され得る必要がある。この下では、犯罪は、相互に独自の外的自由の領域を尊重し合わずに、自己の外的自由の領域を不当に拡張しようとする、つまり、他者の外的自由の領域を不当に制限しようとするものであり、国家的法秩序における普遍的保障それ自体に対する否定にも繋がるものとなる。そこで、相互に自由を保障するために、攻撃された普遍的な法秩序を回復させるために、刑罰が用いられることになる。そこでは、国家的法秩序の回復という刑罰の役割は、犯罪に価値的に相当する制限を犯罪者自身の外的自由に課すことによって達成される。加えて、犯罪は確かに国家的法秩序を攻撃するものであるが、それ以外の部分では法秩序の構成者である犯罪行為者は、理性的な存在として、処罰においても尊重され、物権の対象に混ぜ込められてはならないとされる。

(5) フォイエルバッハの刑罰論

カントの刑罰理論と比較する形で、筆者は第五章においてフォイエルバッハの刑罰理論を検討する。フォイエルバッハは、当初はカントの思想を受け継ぎながらも、最終的には刑法において人間の自由意思を認めず、国家の保安目的に刑罰を組み込むことを導いた。

フォイエルバッハにとっては、犯罪によって生じる権利侵害は現実的な侵害であり、理念的なものではなかった。そのため、殺人犯を処罰しても死者が蘇らないように、現実の権利侵害は、刑罰によって再び取り除かれるものでも、清算され得るものでもない。そこ

で、刑罰の「より高次の正当化根拠」として、刑罰を国家の保安目的に組み込むことを主張したのである。

その際、フォイエルバッハは、カントと異なり犯罪行為者を理性的な存在ではなく、感覚的な衝動に突き動かされる存在とみなす。もっとも、このままでは、犯罪行為者が物権の対象に混ぜ込まれてしまうために、害悪の威嚇と害悪の執行の間で区別を行い、犯罪と刑罰を法律で規定し告知をすることで、威嚇をされる者は、犯罪の遂行の際に刑罰という害悪賦課を受けることを同意しているとみなしている。しかし、刑量を決めるのは行為の危険性であり、抑止のために必要な量が刑罰の量となる。

フォイエルバッハにとっては、国家の予防的保全機能が問題であり、その保全のために、刑罰賦課によって人々の行動を動機付け、犯罪を予防することが狙いであった。そのために、人々を感覚的で経験的な、心理的に決定される衝動に突き動かされる存在とみなし、理性的な存在とはみなしてはいないことになる。このような人間を前提として、将来の危険を防ぐことに目を向け、予防という外在的な目的で刑罰を根拠付けようとした。しかしながら、そのような根拠付けは、経験的検証可能性を必要とするという点で、つまり、犯罪の発生はその予防の失敗を意味するという点で、刑罰が何故許されるのかという刑罰の正当化根拠としては、不十分なものである。予防の失敗は刑罰の正当性を奪い、それは単なる害悪となるのである。

(6) ヘーゲルの刑罰論

以上のフォイエルバッハの刑罰理論に対して、第六章ではヘーゲルの刑罰論が扱われる。ヘーゲルの刑罰理論も従来絶対論と理解されてきているが、筆者によれば、カントと同様にヘーゲルの刑罰理論も目的を有しないという意味での絶対的応報刑論では無いことが指摘される。

ヘーゲルによれば、刑罰は犯罪の反作用として科されるものとされる。これはともすると、目的を有しないという意味での「絶対論」と理解されてしまっていたが、実は、決してそのようなものではなかった。つまり、ヘーゲルの刑罰論においては、侵害された規範が今後もまた正しいものであるということを示すこと、あるいは承認関係の回復をすることが、目的として内在的に結びついているのである。その前提として、犯罪行為者は、経験的な衝動体ではなく、理性的な存在として扱われていた。

すなわち、犯罪行為者も理性的な存在であるために、彼は犯罪行為によって自らの格律(Maxim)を表明することになるが、それは普遍妥当的なものではなく、特殊犯罪行為者固有のものに過ぎず(特殊意志)、したがってその行為者の格率はそれ自体において無効であるとされ、その犯罪という侵害の無効性を、「否定の否定」によって、法の現実性を確認するというものである。この否定の否定が刑罰である。

加えて、市民社会においては、社会が安定して力を持てば持つほど、侵害の意義を緩和することになり、社会が安定すればするほど刑罰の必要性は減少していくことになる。へ

ーゲルは、行刑や量刑を歴史的條件に服させるのである。

ここから、今まで国家主義的と理解されてきたヘーゲルの自由主義的側面が注目されよう。すなわち、彼においては、犯罪行為者も理性的な人格として扱われるという点、さらに、社会の発展に伴って社会が安定することで、刑罰の必要性が減少することになる、という点である。このような特徴は、ヘーゲルとは国家主義者であるという理解からかけ離れた極めてリベラルなヘーゲル像である。これはカントにはない視点でもあった。すなわち、カントにおいては、社会の安定といったものに結び付けられないために、厳罰化を制限する論拠に乏しかったのに対し、ヘーゲルは社会の発展によって刑罰の必要性は減少していくのである。この点の類似性は、ヤコブスやパヴリクに見られるものであることが指摘される。

(7) 我が国における刑罰理論の検討

第七章では、翻って、ドイツでの議論が我が国にどのような成果をもたらすかという点が述べられている。そこでは、刑罰理論と刑事立法の領域の二つの点での有益性が指摘される。まず、刑罰理論に関しては、行動統制予防というタイプの刑罰理論への反省と「相対的応報刑論」への反省が促される。前者は、その前提とする人間観から、行動を刑罰を通じて統制される客体になってしまうといった上述のような問題が生じている。これは、人々の自律性を信頼せずに、刑罰によって行動を方向づけようとする点で、人々の自由な活動領域を国家が過度に制限し、現実の自由を保障するどころか、限定的な形でしか認めないという危険をはらんだものである。また、前述のように、種々の刑罰理論を場面によって使い分けるが、その使い分けの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ことになる。

刑事立法の領域に関しては、まず、刑罰を積極的に投入しようとする立場に対して、異議を申し立てられるように思われる。その前提とする人間観が、行動統制予防と同様に（あるいはそれ以上に）、刑罰を通じた規範形成を認める点で、人々の自律性への信頼は、等閑視されている。

これに対し、わが国の刑罰理論のなかでも積極的特別予防論と規範確証的予防タイプの積極的一般予防論は、人々を行動統制の客体ではなく、自律的な存在とみなす点で、傾聴に値するものであるが、刑罰の正当化根拠論としては、何故刑罰でなければならないのかの点につき十分な答えを出していないとされる。この点では、第三章で検討したドイツの応報刑論の考察が有益であるとされる。

この点は、例えば、刑罰とそれ以外の制裁との関係でも有益な視点であり、例えば、課徴金や刑の一部執行猶予における監視の長期化を分析する上での視座になるとされる。また、犯罪と刑罰の内在的な結びつきを導き、行為責任を外在的な制約原理にしないことが肝要であるとされ、刑罰を通じた規範形成機能や犯罪防止という予防目的の過剰な追及を疑問としている。他方、犯罪行為者は再社会化される存在ではなく、自ら再社会化してい

く存在であることから、社会復帰の際に当人の自発的な参加を否定する態様の行刑は問題とされる。

(8) 帰結

以上の検討から、終章では、改めて刑罰を通じた規範形成と行動統制を批判し、人々を人格、すなわち、自律的な判断ができ、自ら規範に従う存在とみなす存在であるとみなす必要性を説く。これは、各人が互いを自由な存在として承認し合うことで現実の自由の保障に繋がるという理解によるものであり、刑罰もそれに資するものでなければならないとされる。もちろん、ヘーゲル理論の考察から導かれたように、時代や社会によって、刑罰の種類も程度も異なり得るが、応報感情や体感治安の悪化ではなく、現実の自由の保障に資するものであることが求められる。

もっとも、これを明確なものとするためには、「犯罪」に該当する行為を精緻化していくことを課題としている。さらに、刑罰以外の制裁との横断的研究の視点として、修復的司法や治療的司法の分析の必要性も必要とされる。さらに、時代や社会によって異なるために、刑法の国際化の問題にも着目する必要があるとして、組織犯罪やテロ、トランスナショナルな犯罪といった現代的課題に答えていく必要性も意識されている。しかし、いずれの場合でも、刑罰を用いる以上、予防の必要性や効率性のみによって許容されることにはならず、人々を人格とみなすことから展開する必要があるとされる。

<論文審査の結果の要旨>

本論文が扱う「刑罰の正当化根拠」というテーマについては、従来、個別の刑法学者ないし思想家に焦点を当てた研究は見られたが、カント以来のドイツの刑罰論を通史的にみるものはほとんどなかったといえる。その中で本論文は、まず、第二次世界大戦後のドイツにおける刑罰理論の変遷が、キリスト教的自然法に基づく応報刑論から、効果を志向し特別予防を重視する刑法改正対案グループの予防刑論を経て、「法秩序の防衛」をキーワードとする積極的一般予防論および自由主義的な「目的を持った応報刑論」への発展という流れにあることを指摘し、そこから、従来、目的を持たないという意味で「絶対刑論」と呼ばれてきたカント及びヘーゲルの応報刑論の中にも「目的」が見出されること、これに対して、日本では「啓蒙主義的・自由主義的」と評されてきたフォイエルバッハの心理強制説が現代の自由主義的な人間観とは相いれないことを明らかにした。ここに、本論文の独自性が認められる。加えて、この知見を近年の日本の刑事立法に応用して批判的な視点（とりわけ「刑法における人間観」）を得ようとしていることも、意欲的な研究として評価できるところである。

もっとも、筆者も自覚しているように、日本の刑事立法に与えるインパクトは、まだ明らかでない。また、そこにいう「行動統制的予防」と「規範確証的予防」の意味、「自由」、「理性」の定義がクリアでない。おそらく、そこにいう「自由」とか「理性」という言葉

は、単に功利的計算によって自己の意思を決定していく存在を意味するのではなく、社会における「善・悪」ないし「正・邪」の区別を自覚し、これに基づいて自己の行動を「悪」ないし「邪」をなさないように方向づけていくことのできる存在を意味するのであろう。したがって、そうであれば、「自由」や「理性」に関するカントの志向図式をクリアに示しておいたほうがよいであろう。また、同じようなテーマを扱うドイツの先行研究についても、もっと言及しておいた方がよいと思われる。加えて、各章の小括で、論述内容をもう少しクリアに交通整理したほうがよいであろう。

もっとも、こういった未解決の課題はなお残しつつも、研究のスケールの大きさや刑法の根底にある人間観に正面から取り組んだ点で、中村氏の研究の今後の発展には、大いに期待できるものがある。以上の次第で、審査委員会全員一致により、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

<試験または学力確認の結果の要旨>

中村氏の研究内容は、2012年2月7日（火）16時40分から18時10分まで学而館第2研究会室において公聴会が開催され、報告検討された。そこでは、本学教員および大学院学生の出席の下、活発な質疑応答が行われた。とりわけ、ドイツで有力となった「積極的一般予防論」の内容に関する理解、筆者のいう「自由」や「理性」、「合理的人間」の意味、市民刑法に対する「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)に対する態度、後者の場合の人間観および刑罰論等に関する質問が出された。これに対して、中村氏は、いずれの質問に対しても、自己の見解を的確に述べ、適切な受け答えをしたと評価できた。

また、本論文に引用された、ドイツ語文献を中心とする外国文献の豊富な読み込みから、その外国語能力も堪能であることを確認した。

本審査委員会は、中村氏が、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本博士学位請求論文に加えて、公表済みの上記各論文の水準、上記の公聴会における質疑応答に基づき、博士学位に相応しい学力と十分な学識を有することが確認された。

以上の次第で、審査委員会全員一致で、中村氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当である判断する。