

博士論文

フランツ・フォン・リストの学問観  
(Franz von Liszt's "Wissenschaftsanschauung")

2018年3月

立命館大学大学院法学研究科  
法学専攻博士課程後期課程

PARK Boseok

序章 .....	5
一. 問題の所在 .....	5
二. 論文の構成 .....	8
第一章. 方法論的基礎—「学問観(Wissenschaftsanschauung)」 .....	9
はしがき .....	9
第一節. リストの学問的基礎付け .....	10
一. 実証主義哲学 .....	11
二. 心理的因果律—目的律 .....	15
三. 進化論的發展論 .....	20
第二節. 犯罪原因論における実証主義的アプローチとその科学性 .....	26
一. 科学的実証主義—犯罪の社会的要因 .....	26
二. 科学的実証主義—犯罪の個人的要因 .....	31
第三節. 刑法学の学問としてのあり方 .....	36
一. リストにおける刑法学の課題および全刑法学 .....	36
二. リストの国家観と学問の役割 .....	42
むすび .....	50
第二章. 「マールブルク綱領」における進化論的發展思想 .....	52
はしがき .....	52
第一節. 出発点—進化主義理論としての統合論 .....	55
第二節. 目的刑の歴史的発展—衝動行為から目的意識的な行為へ .....	58
第三節. 刑罰の客観化と発展の帰結 .....	62
第四節. 量刑決定原理 .....	65
第五節. 目的意識的な法益保護としての刑罰 .....	68
第六節. 帰着点 .....	72
むすび .....	74
一. 学的方法論としての実証主義的アプローチ .....	75
二. 「マールブルク綱領」における「排除原理」 .....	77
三. 「近代性の構造」と「排除のメカニズム」 .....	80
第三章. 刑法における「発展思想」 .....	81
はしがき .....	81

第一節. フランツ・フォン・リストにおける科学(Wissenschaft).....	82
一. リストにおける科学および決定論的立場 .....	83
二. リストにおける価値判断 .....	86
第二節. 社会病理的現象としての犯罪 .....	90
一. 社会的現象としての犯罪 .....	92
二. 社会の生物学的擬制 .....	94
三. 刑法学における優生学的アプローチ .....	98
第三節. 刑事立法における「正法」 .....	102
一. 法の比較と「正法」 .....	102
二. フランツ・フォン・リストにおける「正法」 .....	105
三. リストと新カント学派 .....	109
イ. 理性の回復と新カント学派の成立 .....	109
ロ. リストの新カント学派批判 .....	111
第四節. 刑法における「発展思想」 .....	115
一. フランツ・フォン・リストにおける一元論的世界観と発展論 .....	116
二. 刑法学における発展論的構想の定式化 .....	119
むすび .....	121
第四章. 刑事立法における「目的開放性」および「時代適合性」 .....	124
はしがき .....	124
第一節. 国家の理解に関する変化—全生活領域の政策問題化 .....	125
第二節. 刑事立法における「目的の内容的開放性」 .....	130
第三節. 目的刑の制限原理としての「マグナ・カルタ思想」 .....	133
むすび .....	135
第五章. フランツ・フォン・リストにおける法益概念の刑事政策的含意 .....	137
はしがき .....	137
第一節. 法益概念の形成過程 .....	139
一. 近代ドイツ刑事法学のあり方 .....	139
イ. 啓蒙後期自然法思想 .....	139
ロ. 刑法学における「穏健な実証主義的傾向(die gemässigte positivistische Richtung)」 .....	140

ハ. 刑法学におけるヘーゲル哲学の影響 .....	141
ニ. 刑法における実証主義 .....	142
二. 法益概念の形成とその刑事政策的含意 .....	144
イ. ビルンバウムの「財(Gut)」保護思想 .....	144
ロ. ビンディングの「法益論」とその形式性 .....	149
第二節. リストにおける「抽象化する法律的論理の限界概念(der Grenzbegriff der abstrahierenden juristischen Logik)」としての「法益」 .....	152
一. リストの「法益論」 .....	154
イ. ビンディングの「法益論」に対するリストの批判 .....	154
ロ. 法益概念の内容的実質性 .....	155
二. 法益概念による刑事政策上の制限の脆弱化 .....	157
むすび .....	161
終章 .....	163
第一節. リストの「学問観」—「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付け .....	163
一. 「正法」における「目的の内容的開放性」 .....	164
二. 「発展思想」と「時代相応的刑法」 .....	166
第二節. むすびにかえて .....	169
参考文献 .....	176



## 序章

### 一．問題の所在

ドイツの刑法史に関する日本の先行研究の中には、「近代刑法」という表現がしばしば見いだされる。それは「近代」における「刑法」一般を漠然と指し示す言葉であるというよりも、むしろ、とりわけ「啓蒙」との密接な関係性を意識しつつ、特別な意味内容のもとで構成された概念である<sup>1</sup>。そして、これまでの先行研究が、「近代刑法」の特徴を歴史的に理解しようと試み、その「原点」とも言える啓蒙期の刑法に特に光を当て続けてきたことは<sup>2</sup>、日本におけるその時々時代の要請に応えようとする研究者たちの姿勢と深く関係している。浅田和茂氏によれば、「啓蒙期刑法学の研究は、現代刑法の原点に立ち帰る意味で、常に刑法学の重要な研究分野の一つ」であり、その意味合いは時代によって異なるとされている。すなわち「戦前の啓蒙期刑法学研究は、当時の時代状況のもとで、近代刑法の基本原則を確認すること自体が、当時の体制に対する一種の抵抗の意味を有していたように思われる」のに対して、「戦後初期の研究は、戦前・戦中における刑罰権濫用の歴史を踏まえて、それに対する歯止めを近代刑法の原点に求めたもの」と言えるのであり、「そして、近年の研究は、新たな犯罪現象と処罰要求の前で、空洞化の危機にさらされている刑法の基本原則を再構築する、という意味を有している」のである<sup>3</sup>。このように、日本の近代ドイツ刑法史に関する先行研究においては、権力批判・現状批判としての方向性が明白であって、こうした問題意識は今日も受け継がれているのである。

<sup>1</sup> 日本の先行研究に見られる「近代刑法」の「近代」という言葉は、「啓蒙との密接な関係性」をもっている「特別に概念構成された対象」を指しており、ドイツの先行研究に見られる「Neuzeit(das neuzeitliche Strafrecht)」と「modern(das moderne Strafrecht)」という言葉とは相違がある。高橋直人氏によれば、前者(Neuzeit)は「時代区分における近代を指す」ものであり、日本の「近代」と少しずれがあるとし、後者(modern)は「…「近代」的なものの始まりが一般に刑法への啓蒙思想の影響という点と密接に関係づけられつつ語られている」ものであって、「啓蒙との密接な関係性」を持っている点で、日本の「近代」という概念と基本的に類似しているとする。さらに、両概念ともにドイツの先行研究においてその使われる頻度は希であり、しかも「日本の場合のように明示的に「近代刑法史研究」というジャンルとして自らを位置づけているとは、一概には言えないのである」とする(高橋直人「ドイツ近代刑法史研究の現在」(『法制史研究』61号、2011年)171頁以下)。

<sup>2</sup> このような先行研究は少なくない。その例として、足立昌勝『国家刑罰権力と近代刑法の原点』(白順社、1993年)、同『近代刑法の実像』(白順社、2000年)、東京刑事法研究会編『啓蒙思想と刑事法：風早八十二先生追悼論文集』(勁草書房、1995年)などが挙げられる。

<sup>3</sup> 浅田和茂『刑法総論 補正版』(成文堂、2007年)、18頁以下。

歴史的研究の背景となる、刑事司法の現状に対するそのような批判的な問題意識を反映した表現として、近年において典型的に用いられているのは、たとえば「刑罰的介入の早期化」<sup>4</sup>や「判例における柔軟すぎる解釈」による「立法エネルギー抑制」<sup>5</sup>などの言葉である。これらは、日本における刑事司法の問題状況を簡潔かつ明確にあらわすものとして示唆に富んでいる。そこに込められているのは、いわゆる「法治国家刑法」の刑事司法が直面する憂慮すべき状況に対して注意を喚起し、そのあるべき姿および今後のより良い方向性を提示しようとする姿勢である。現状を批判的にとらえるそういった姿勢こそが、「近代刑法」を歴史的に見つめ直そうとする先行研究を導いてきたものであり、日本における啓蒙期刑法(学)の研究もそこから発展してきたと言える。言い換えれば、現代刑法の基礎にある考え方に立ち返り、現行刑法の本来あるべき姿を見出していくために、近代刑法の「原点」としての啓蒙期刑法に注目が向けられたのであった。常に啓蒙期刑法の原則を確認し強調する試みの根底には、現代の国家刑罰権力に対して警鐘を鳴らし、濫用を防止するための歯止めとしての役割を学問的に果たそうとする意図があったと言えよう。

近代刑法史研究のもつ以上のような役割は、今日もちろん重要である。ただし、刑事司法の現状を意識しつつ歴史的な考察を進めるためには、立ち返るべき「近代刑法の原点」としての啓蒙期刑法をより良く理解する作業も欠かせないにせよ、これと合わせて、続く啓蒙期以降の一九世紀から今日に至る展開の中で「近代刑法」がどのような意図あるいは「目的」のもとで国家により制定され運用されていったのかを、実証的に明らかにすることも重要である。つまりは、啓蒙期から今日に至る広義の「近代刑法」が辿ってきた一連の歴史的経緯をふまえ、その理解の延長線上に現在の刑法をめぐる問題状況をとらえて批判的に向き合うことが必要なのである。

以上のような筆者の問題意識とのかかわりからいえば、ドイツ近代刑法史研究を進める際には、いわゆる「刑法における学派の争い」を主導した新派刑法学の領袖であるフランツ・フォン・リストが重要な考察対象となる。というのも、「近代刑法学の父」フォイエルバッハ(P.J.A.Feuerbach)の理論に特徴的にみられる傾向としてW・ナウケ氏が指摘した「有効に機能する手段としての刑法」というものが<sup>6</sup>、後のフランツ・フォン・リストに至って

<sup>4</sup> 浅田和茂「刑罰的介入の早期化と刑法の役割」(井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』現代人文社、1999年、所収)723頁以下。

<sup>5</sup> 浅田和茂『刑法総論 補正版』(成文堂、2007年)、63頁。

<sup>6</sup> これについては、高橋直人「心理強制説をめぐる十九世紀前半の議論—フォイエルバッハの「威嚇」論はどのように受け止められたのか—」(生田勝利先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』法律文化社、2014年、所収)177頁以下を参照されたい。なお、Wolfgang Naucke, *Feuerbachs Lehre von der*

「刑法における目的思想」という形で本格的に定式化され、目的に供する「刑法の手段としての高機能性」という考え方が、それ以降現在に至るまで大きな流れとして、ドイツだけでなく日本においても大きな影響を及ぼし続けていると考えられるからである。

勿論、リストに関する研究そのものは、これまで日本国内外において蓄積されてきており、数多くの先行研究を通じて彼の基本的な考え方がすでに一通り明らかになっているといっても過言ではないだろう。それにもかかわらず、いま改めてリストを取り上げる意義はどこにあるのか。筆者は次のように考える。リストに関する先行研究においては、どうしても「刑法における学派の争い」とのかかわりからリスト理論の歴史的意義に関して考察するものが多く、したがってそのような特定の文脈にとらわれずリストの全体像を多面的に把握しようとする観点からみれば、必ずしも満足な成果が達成されてきたとは言えない。とりわけ「国家観をも含む刑法(学)の学問としての役割・使命」について刑法家であるリストがどのように考えていたのか、つまり彼の「学問観」<sup>7</sup>がいかなるものであったのかという観点からの考察は限られているように思われる。だが、刑法学に限らずおよそ学問

---

Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens,in Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin 2007.101ff.; ders., P.J.A.Feuerbachs Strafrechtslehre : Die Veredelung der Effektivität des Strafens durch die Gerechtigkeit,in : Die Zerschlagung des rechtsstaatlichen Strafrechts,2000.157f.

ナウケ氏は近代刑法(史)に関する批判的な再検討を長期にわたって行っており、刑法学における歴史研究の重要性を強調してきた。本氏の研究は現代刑法を歴史的なものとして理解する際に、重要な示唆を提供するものである。さらに、同じ傾向をもつ研究者として、フォルンバウム(Tomas Vormbaum)氏があげられる。彼は、とくに、刑法(学)の使命ないし役割は権力批判および国家の刑罰を制御し監視するところにあり、「権力に対する警戒は権力の濫用の歴史を知ることから成長する」として、刑法学における刑法史研究の意義を強調する(Tomas Vormbaum,Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte,2Aufl., Heidelberg,2011.S.3.)。なお、本田稔氏はこのようなドイツ刑法学における歴史研究の成果を情熱的に紹介されている。フォルンバウム氏の作品を紹介したのものとして、本田稔「〈資料〉 トーマス・フォルンバウム 歴史と解釈のなかの断片的刑法」(『立命館法学』2014年第2号)があり、ナウケ氏の作品を紹介したものとして、「共同研究：刑法における「学派の争い」の批判的検証—I. ヴォルフガング・ナウケ『「学派の争い」?」本田稔(訳)」(『立命館法学』2013年第4号)、同「〈資料〉 ドイツ法治国家刑法の状況に関する文献の紹介(1)ヴォルフガング・ナウケ 法定主義と刑事政策、(3)ヴォルフガング・ナウケ 合理性原理の状況」(『大阪経済法科大学法学論集』40巻1998年、42巻1998年)、同「〈資料〉 ヴォルフガング・ナウケ 法治国家刑法の脆弱性を超えて」(『大阪経済法科大学法学研究所紀要』、25巻、1997年)、同「〈資料〉 ヴォルフガング・ナウケ 刑法における重点の変遷(1)(2・完)」(『大阪経済法科大学法学論集』、37巻1996年、39巻1997年)、同「〈紹介〉 ヴォルフガング・ナウケ ナチス刑法—現代刑事政策の倒錯かそれとも適用事例か?—」(『犯罪と刑罰』、10巻1994年)、同「ドイツ刑法史に関するヴォルフガング・ナウケの文献紹介(資料)」(『大阪経済法科大学法学論集』32巻1994年)などがある。

<sup>7</sup> ここにおいて、「リストの刑法思想」という言葉を用いず、「学問観」という言葉を使ったのは、リストが刑法学において「目的思想」を定式化したといわれる割には、一定のまとまった思想体系を樹立したわけではないと思うからである。すなわち、のちに検討されるように、彼の理論構成がある対象を排除するためのものになってしまっていることから、結局、それが刑法(学)を目的に供する手段として転落させるだけでなく、明確なイデオロギー性をもっていると考えられるからである。さらに、その方法論として実証主義的アプローチを用いるも、論理的な一貫性をなしていないので、彼の理論をまとまった体系としての「思想」とは言えない。したがって、彼の「思想」が目指そうとする刑法(学)という意味合いで、「学問観」という言葉を用いたほうが適切であると思う。



上の理論というのは、それを作り出した論者の「学問観」をふまえて検討してこそ正確に理解されるのであって、ひいてはその理論のもつ含意さえも浮き彫りになるはずである。

このような観点からリストの「学問観」を考察すれば、刑法とその「目的」をめぐって、彼とかかわりのある今日の問題状況をより深く理解するための新たな知見を提示することができるだけでなく、リストに関する歴史的評価をより多様な観点から行っていくための新たな知見また提示できると言える。

## 二. 論文の構成

以上の認識の下、本論文の第一章では、リストの「学問観」を究明するための基礎付けとして、リスト刑法学の基礎を成している実証主義哲学と「目的思想」および進化論的「発展思想」、そして彼の刑法学上の試みである「全刑法学」という構想を概括したのち、それらがリストの「国家観」との関係で導き出され得る「学問観」の基本的な方向性を提示する。

これを受け、第二章においては、リストの「学問観」の真相に迫るべく、彼の学問上の方向性を網領的に定めている「マールブルク綱領」を考察する。その際、「マールブルク綱領」を支えている二つの軸である「目的思想」および「発展思想」が彼の学問上の指導理念として位置づけられ、それらのもつ意味合いが論究される。そのなかで、リストの「学問観」を考察するための認識論的基礎が確定される。

そして、第三章では、二つの指導理念のなかでとりわけ「発展思想」に主眼をおいて、リスト刑法学におけるその有する含意を論究する。リストは、のちに見るように、「刑法における発展思想」という形で「発展思想」を定式化している。それは「発展」という観念に対する彼の思いが詰まったものであるとも言えるが、それほどに、「発展思想」というのは彼の学的構想のなかで重要な地位を占めるものなのである。というのも、リストにおける「発展思想」は、いわば正しい立法の原理を導き出す際にも、しかるべき社会のあり方に関する判断基準を立てる際にも、それらを支えるものとして働いているからである。第三章はそれを明らかにし、リスト「学問観」の真の姿に迫るものである。

第四章では、リストの唱える「楽観主義的な発展思想」をその土台とする彼の「学問観」のもとでは、いかなる目的も発展の要素として見られるのであり、したがって、相対立するような目的も「発展」という名の下では両立できるようになるということを明らかにする。そうすることで、いわば、刑事立法における「目的の内容的開放性」が正当化される

だけでなく、さらに、たとえば「目的の内容的開放性」と刑法における「法治国家性」との間の対立ももはや対立ではなくなるという結論を導く。

さらに、第五章では、「目的思想」および「発展思想」に基づくそのような統合の原理が刑法ドグマティックの議論においてもなされていることを明らかにし、そのような彼の試みを分析する。その際、用いられるのはリストの「法益論」である。リストは、言ってみれば、時代相応的な刑事法学の確立を目指した人であり、それゆえ、法解釈論における純形式論理的な解釈学だけでは、彼の試みが成功しないことを認識していた。というのも、法命題の規範論理的な取扱いだけでは、犯罪の実質的な内容を確定する際に必要となる前実定的な要素が排除されることになり、したがって、リストにとって、前実定的な要素を必要に応じて法規範に取り上げることのできる変幻自在な概念が必要であったと言える。リストはそのような要請を充足させるために、自身の法益論を展開したのである。第五章においては、そのような考察の帰結として、リストの「学問観」から成り立つ自由主義的かつ時代相応的な刑法の統合というテーゼを定立する。

このようにして、終章において、これまでの研究から得られた帰結を取りまとめ、リスト刑法学に関する新たな知見を提示したのち、リストを歴史的な文脈のなかで再評価するためにまだ取り残されている問題を今後の課題として取り上げることにして、本論文を終わらせる。

## 第一章. 方法論的基礎—「学問観(Wissenschaftsanschauung)」

### はしがき

本章は、リストの「学問観」を究明するための基礎付けとして設けられている。その際に、まず、リスト刑法学の基礎を成している実証主義哲学と「目的思想」および進化論的「発展思想」、そして彼の刑法学上の試みである「全刑法学」という構想が概括的に考察されることになる。そして、その次に、そのような彼の学的基础が、国家の本質を法的権利を担保する実力に求める彼の実証主義的国家観との関係で、どのような意味合いをもつかが論究される。そして、そこでは、リストを取り巻く諸状況との関係で、リストの考え

る刑法学の学問としてのあり方というのがどうしても保守的でかつ反動的な要素に開かれるしかないということが指摘される。

しかしながら、リストの学問上の基礎を成している「目的」ないし「発展」という観念は、それに一定の制限が設けられていないとすれば、その都度の必要に応じて改変できる刑法を「発展」という名の下で正当化し得ると言わざるを得ない。そう考えると、リストの考える刑事法学のあり方というのがどのような状況においても適応できる変幻自在な目的開放性を求めているとの仮説が成立する。本章は、このような仮説を提示することで、リストという歴史的人物および彼の学的構想を歴史的な文脈のなかで再評価するための新たな知見の提示を求めるものである。

## 第一節．リストの学問的基礎付け

この節においては、まず、リストの理論が自然主義・実証主義的立場から導かれていることを受け、実証主義が哲学史においてどのように展開されていったのかを概観したのち、実証主義的な傾向がフランツ・フォン・リストにおいてどのように受け継がれていくのかを検討する。その後、リストがイエーリングにならい、刑法の分野で定式化した、彼の学問的基礎である「目的思想」を理解すべく、さしあたりその核心的な部分として、心理的な因果律である目的律(Zweckgesetz)に従う心理的現象である「目的」が、どのような仕組みで現象界の因果律に作用するようになるのかを考察する。というのも、そもそも厳密な自然科学であれば因果の流れに目的という概念がかかわることは認められず、自然科学的方法論を用いる実証主義的アプローチにおいても目的論は採用され難いのであって、因果的決定論者であるリストがどのようにして「目的」という概念を因果的に説明できたのか疑問になるからである。そして、最後には、リストの用いたもう一つの学問的基礎である進化的発展論が、リストの理論構成において、どのような意味合いを持ち、どのような結果をもたらしたのか、そしてどのような広がりを持つのかということについて考察する。こうすることによって、リストの「学問観」を明らかにするための基本的な土台が築かれるのである。

## 一. 実証主義哲学

いわゆるドイツ観念論の完成とも言われるヘーゲルの哲学は、絶対者から超越的性格を切り離すことができず、それゆえ歴史の過程は自由の実現を目的とする「神の摂理」に支配されているという理性主義的形而上学のゆえに、のちの哲学によって反対されることとなる。ヘーゲル以後の哲学は—実証主義的傾向、批判主義的傾向、非合理主義的傾向の順序で生じてくる<sup>8</sup>。このような動きは、理性主義的傾向に反対する点でおおむね一致していると言えるが、本論文との関係で、以下においては、その傾向のなかで「実証主義」的傾向に限って見ていくことにする。

哲学史において、一九世紀を通じて、永遠的なものへの関心は世俗的なものへ、普遍的なものへの関心は特殊的・相対的なものへと移り、そして人間から環境へ、理想的なものから現実的なものへ、抽象的な人間からあるがままの人間へと、学問的な関心は移った<sup>9</sup>。デカルト以降、フランス・イギリスにおいて、自然科学的傾向を持った合理主義・経験主義・啓蒙主義との関連はずっと続き、その関連が一九世紀の半ば頃に実証主義という形で現れることになる。

実証主義の方向を代表する人物としてコント(Auguste Comte,1798-1857)を挙げることができる。彼はいわゆる「実証主義(positivisme)また実証哲学(philosophie positive)」の創始者であり、広く思想界一般に大きな影響を与えた。コントは知識を3つの状態に区別したのち、それが第1の状態から第3の状態へと発展してゆくとする。すなわち、すべての現象を神の意志の働きによって説明しようとする第1の神学的状態から、神という人格的存在者の代わりに力という抽象的な実在を考え、これによって現象を説明しようとする第2の形而上学的状態を経て第3の状態である実証的状态に達するとする。この第3の状態に至ると、第1、第2の状態における「絶対的知識」、つまり「事物の生起の第1の原因」のようなものが求められることはない。あくまでも、経験的事実に即し、ただこの事実相互の

<sup>8</sup> 岩崎武雄氏はその著書のなかで、ヘーゲル以後の哲学傾向を3つに分類することができるとし、次のように区別する。すなわち、「第1は、理性によって支配されているとするヘーゲル哲学に反対して、世界の本質の非合理的なことを強調し、非合理的な生(Leben)を重んじようとする「非合理主義的傾向」、第2は、カントの認識論的立場、すなわち経験論と合理論の両者を統合し、一方に経験のもつ意義を認めると同時に他方思惟の意義をも十分に評価する「批判主義」的傾向、第3は、もっぱら経験的事実のみを重んじてゆく「実証主義」的傾向である」とする(岩崎武雄『西洋哲学史(再訂版)』有斐閣、1975年、245頁以下)。本論文はこの分類に従うものであるが、岩崎氏も言われるとおり、このような分類は「現代哲学の趨勢を比較的簡明に把握する便宜のための試み」であるにすぎない。実際、これらの諸傾向が入り混じって非常に複雑な様相を呈していたことは言うまでもない。なお、ヴィーアッカーは実証主義を歴史的観点から3つの類型に分類する(つまり、学問的実証主義(概念法学)、制定法実証主義、法学的自然主義)。これについては、Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S.459.

<sup>9</sup> J.H.ハロウェル著、石上良平訳『イデオロギーとしての自由主義の没落』(創元社、1953年)103頁。

間の恒常的關係を探求するだけである。現象を超越した「究極的原因」を探し求めることをやめて、現象間の法則を探求するのである。現象の法則を認識するようになると、いまや現象の生起を「予見」することができるようになる。

このようにして、「予見せんがために見る」ということが、実証的狀態における「認識の目的」となるのである。なお、この点で実証主義が経験主義から区別されるわけである。すなわち、「経験主義はただ事実の観察のみを重んずる余り、単なる事実の機械的蒐集に終わるが、実証主義は事実を重んじつつも単に事実に止まることなく、この事実に合理的な思索を加えることによってそこに存する法則を見出そうとする」ので<sup>10</sup>、両者は明確に区別される。

この当時はイギリスでも実証主義的思想が有力になり、功利主義を基礎づけたベンサム(Jeremy Bentham,1748-1832)、とくに「帰納法理論の完成者」として知られるジョン・ステュアート・ミル(1806-1873)が有名である。ドイツにおける一九世紀後半以降の実証主義的傾向についてみると、いわゆる「ヘーゲル左派」により実証主義的傾向が広まっていき、「自然科学を絶対的に信頼してすべての現実をただ物質の機械的運動から説明しようとする唯物論が生じて」くる一方で、唯物論的基礎の上に立ちながらも、機械論的唯物論に対抗してマルクス及びエンゲルスによって弁証法的唯物論が打ち立てられる<sup>11</sup>。これは、機械論的唯物論に対して、「事物をその生成・消滅の過程のうちにおいてとらえることをせず、ただ事物を静止的に、つまり非發展的・非歴史的な見方をとったという点に」その誤りがあるとし、「存在を發展の論理」と見る弁証法的唯物論を用い、「一切の存在を考察し、そこに弁証法的構造すなわち矛盾とその統一という構造を見出す」のである。

この立場においてとくに重視される存在の弁証法的構想が「量から質への転化の法則」であり、「弁証法的唯物論における弁証法とは存在そのもののうちに弁証法的構造を見出そうとするものである」<sup>12</sup>。そして、注目すべき傾向として、進化論的哲学を挙げることができる。弁証法的唯物論にも「發展・進化の思想」はあるが、その由来はヘーゲルの弁証法である。ところが当時生物学でも漸次進化論的思想が起こり、ダーウィンがこれに確実な基礎付けを行うようになり、「生物学的な進化論思想を基礎とする哲学が」生まれるのであ

---

<sup>10</sup> 以上、岩崎、前掲書(注8)、258頁以下。

<sup>11</sup> 岩崎、前掲書(注8)、262頁。

<sup>12</sup> 岩崎、前掲書(注8)、263頁以下。

る。そのなかでも特に有名なのがスペンサーであり、彼は社会有機説を唱え、社会の発展を進化論的に説明したのである<sup>13</sup>。

このような思想界の実証主義的傾向は法学にも多大な影響を与える。法学における実証主義の影響によって、法価値の考察を非科学的であるとし、これを求めることはせず、意識的に法の経験的な探求に専念するような傾向が頭角をあらわすようになる<sup>14</sup>。このようにして、実証主義が刑法の分野で、のちに見るように徹底的な実証主義的アプローチではないにせよ、明確な形で現れるのがフランツ・フォン・リストにおいてである。刑法においてリストの反思弁的実証主義は彼のオーストリア時代にその原型が植え付けられた。当時ウィーン大学にはグラーゼ(Julius Glaser)およびヴァールベルク(Emil Wilhelm Wahlberg)を代表とする「ウィーン刑法学派」があって、それは「当時ドイツ刑法学を支配していたヘーゲル学派の抽象的・形而上学的傾向に反対して、刑法の人道主義的理解と進化的歴史的考察に重点をおき、反哲学的傾向を濃厚にしていた」のである<sup>15</sup>。このような雰囲気の中、リストは将来自身の刑法学における根源となる基礎を磨き上げる。すなわち、リストはイエーリング(Rudolf von Jhering)からは周知のとおり目的思想を、メルケル(Adolf Merkel)からは<sup>16</sup>（リストは彼の講義を聴講していないけれども）実証主義的一般法理論の法哲学を<sup>17</sup>、ヴァールベルクからは

<sup>13</sup> 岩崎、前掲書(注8)、266頁。周知のとおり、スペンサーの社会有機説は生物学主義の典型であり、ナチのような反動的世界観の土台となる。なお、ヴェルツェルは、「ダーウィンの進化論を取り入れたスペンサー哲学において、実証主義がその頂点に達したと評価する(Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935.S.2.)。

<sup>14</sup> ラートブルフはこの段階を法現実のうちに法価値を求めることをしない、「法学上の実証主義の時代」と名付ける(田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』東京大学出版会、1961年、133頁)。

<sup>15</sup> 木村亀二『刑法雑筆』日本評論社、昭和30年、302頁。

<sup>16</sup> 非思弁的傾向はリスト、ビンディング、メルケルに共通する。しかし、メルケルはほかの二人とは相違がある。1881年全刑法学雑誌の創刊号において、刑法学における観念論について、「我々が事物をありのまま単純に解することを妨害し、経験の成果に満足することをさせない」(Adolf Merkel, *Über „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*, in: ZStW1(1881), S.554.)と批判しながら、刑法における根深い観念論的思考に対して実証的な法理論を持ち出す。しかし、その一方で、メルケルは、歴史的研究のとき、そして特別な解釈学上の課題に対して、我々はふだん実証主義的精神によって満たされたような態度をとるが、一般的な問題に向かうとすぐに、たいいていの場合において完全に異なる精神が我々に現れるとし、これに合致するのが二元論であり、それは実体的(技術的、体系的)法学と形而上学的(観念構成的)法学であるとする。そして、上記の性向に従って主要なものとして見なされ得るようなものがそれを守るのであり、理想化作業でもなく単純な記述化の作業でもない、関連生活領域における法則性の研究を目指す作業は、その両領域から締め出されている(ebenda., S.556.)と述べ、実証法学と哲学の有する問題点も認識していたのである。この点、彼に特徴的なことである。なお、メルケル、リスト、ビンディングは実証主義的思考の当然の流れとして一般法学的傾向をも共有している。いわゆる刑法における「学派の争い」を代表するリストとビンディングにおけるこのような類似点は、のちの「学派の争い」の議論のなかで埋没され看過しがちであるが、19世紀から20世紀の変わり目の刑法学上の議論状況をより正確に理解するためには、このような共通点に十分注意を払う必要がある。

<sup>17</sup> Monika Frommel, *Die Rolle der Erfahrungswissenschaft in Franz von Liszt's „gesamter Strafrechtswissenschaft“*, in: *Kriminalsoziologische Bibliografie*. Heft 42. 1984., S.38f.; 木村、前掲書(注15)、305頁。なお、リ

刑法における個別化と類型化の原理に基づく機会犯人と常習犯人の区別を自分の刑法学に取り入れたのである。

さらに、リストはヴァールベルクが依拠したヘルバルト(Johann Friedrich Herbart)の心理学上の学説、すなわち、「優越な動機の決定論(Lehre vom „Determinismus des vorwiegenden Motivs“)」に従うのである<sup>18</sup>。実証主義は法哲学の不在に代わるものとして、刑法の分野でも諸学者に広く取られるようになり、それがフランツ・フォン・リストに取り入れられ、明確な形をとって現れるようになるのである。特にリストは、学問上の方法論において、イエーリングから非常に大きく影響を受けているが、イエーリングが客観的真理および価値の存在を完全に否定しないのとは違って、リストはそれを否定しているかのように思われる。たとえば、リストが「あらゆる心理学は自然科学である」<sup>19</sup>とした場合に、これは心理的な諸問題について物理的イメージ、つまり因果的決定論を想定していることであり<sup>20</sup>、心理的な現象でさえそのように機械的な因果律の観点から理解するということからしても、形而上学的な思考から彼が完全に決別しているかのように見えるのである。

しかし、その一方で、リストは信仰と科学について、「信仰の領域は科学の領域の彼岸にある。カント的認識論の意味で両領域を区別しようと努力する人は、両領域が互いに独立的に存在するということを否定しない。純粋な科学的認識によって、いつか我々の信仰が危険にさらされることができないとすれば、信仰によって科学的認識が促進されたりすることも考えられない。時間と空間との背後に、我々の近視眼的な判断力にとって隠されているものを我々が信じ、希望し、愛することができるし、かつそうすべきである。とはいえ、我々がそれを科学的に認識することは不可能である。

したがって、信仰の領域から科学的認識領域へ介入することについては、これをきっぱりと拒絶しなければならない。形而上学的思弁は、絶対的刑法理論を装ったとしても、科学、

---

ストはメルケルが古い哲学を否定し、それを実証主義の一般法論に変えたことになって、一般法論が哲学の地位にとって代わるにふさわしいと、彼の教科書の初版で述べている(Franz von Liszt, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*.S.15f.)。

<sup>18</sup> Reinhard Moos, Franz von Liszt als Österreicher, in : ZStW 81(1969), S.667ff.

<sup>19</sup> Franz von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*,1905; Bd. II.,S.191.周知のとおり、リストの講演論文集である『*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*(1905)』はBd.IとBd.IIの2巻構成となっており、以下において、この作品からの引用は、A.u.V.IあるいはA.u.V.IIと表記する。

<sup>20</sup> Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.21.なお、ヴェルツェルの作品を引用する際に、藤尾彰訳「刑法における自然主義と価値哲学—刑法学のイデオロギー的基礎の研究—」新潟大学法経論集 17 卷 3・4 号(1967 年)を参考にし、一部においては訳語をそのまま借用させていただいたが、煩雑を避けるために一々指摘しなかったことを予めお断りしておきたい。

したがって、刑法学とは何の関係がないのである」とする<sup>21</sup>。ここから分かるのは、リストが刑法学において形而上学および思弁的な内容は完全に退けるべきであるとしながらも、信念・信仰の領域をまた認めているということである。さらに、のちにも見るように、リストが仮に純粋な実証主義の立場を頑なに守ろうとしたとすれば、認識論上のア・プリオリな規定は認めないはずであるが、リストは公理的な規定を用いて演繹的に理論を構成している。したがって、彼が自ら因果的決定論を取っていると言っても、ヴェルツェルの意味における「徹底的」な実証主義者であるとは言えないところがある。

なお、リストの「目的」という思想は、後述のように、理性主義から完全に離れていないイエーリングから借り入れたものであり、ほぼ同じ意味合いで使われていると考えられる。しかも、リストが自分の理論体系を「目的思想」と名付けていることから、それがのちに見るように心理的に導かれることであれ、因果論からは考えられない「恣意性」という考えの入る余地が予定されていたのではないかと思われる。というのも、「思想」は意図的なものであり、偶然的合成力でなく、そもそも厳密な自然科学であれば目的という概念は認められないのであり、それに従う実証主義においても、純粋な因果的決定論者であれば、目的論は出てこないからである。このように、リストにおける実証主義的傾向は機械的因果論に依拠しているとは言えないのである。

そこで以下においては、「目的思想」の基本的な枠組みである「心理的な因果律」を検討し、このようなアプローチがどのような結果をもたらし得るのかを考察する。

## 二. 心理的因果律—目的律

「マールブルク綱領」の表題である「刑法における目的思想」というのは、リストがイエーリングの「法における目的思想」<sup>22</sup>を刑法に転用し、刑法の領域にイエーリングの理論的構想を持ち込んだということであらわす<sup>23</sup>。イエーリングは、リスト宛ての手紙で、リストが自分の主張している基本的見解および方向性を刑法の領域で成功裏に実行するにふさ

<sup>21</sup> Liszt, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, in: A.u.VII., S.297.

<sup>22</sup> Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht. Bd.1. 1. Aufl. 本論文において、イエーリングの『法における目的』からの引用は、Bd.1の第一版だけを対象にした。というのも、「マールブルク綱領」の前に出版されたのがBd.1の第一版であり、リストがこれを参考にしたはずだからである。なお、第7章(Kap.VII. Die sociale Mechanik oder die Hebel der socialen Bewegung)までの訳語にあたっては、山口勉彦編訳『イエーリング・法における目的』(信山社、1997年)に依拠した。

<sup>23</sup> リストはウィーン時代に、イエーリングの講義に自分の時間の大部分を割り当てており、大きく影響を受けている(Reinhard Moos, a.a.O.(Anm.18), S.660,664)。



わしい人であると書いたほどであり<sup>24</sup>、リストも「マールブルク綱領」のなかで、イエーリングが『法における目的』で述べた見解と自分の仮説が本質的な面で一致しているとする<sup>25</sup>。このように、「マールブルク綱領」のなかで、イエーリングとの関連付けがなされており、イエーリングの理論はリストに積極的に受け入れられているのである。とりわけ、リストの「目的思想」は、彼の学問を支えている指導理念であるので、それがどのような意味合いを持っているのかを理解する必要がある。さらに、リストの「目的思想」は、社会的現象に介入するための理論的な根拠を示す考え方であるだけでなく、しかもそれが実証主義的国家観、つまり抽象的な人間の権利ではなくて、法的権利を担保する実力をその本質とする国家によってその方向性が決められるという考え方でもあるので、この「目的思想」における「目的」がどのようなことを含意しているのかを理解することが非常に重要である。というのも、実力をその本質とする国家によって左右される「目的」の在り方をリストがどのように定式化したのかを究明することは、彼の「学問観」(刑法(学)の学問としての役割・使命にかかわる考え方)を理解するための出発点であり、彼の学問を評価する際の試金石でもあると思うからである。したがって、リストの目的思想および「学問観」をよく理解するためには、まず、彼がより所としているイエーリングの「目的概念」および「目的律(Zweckgesetz)」について考察する必要がある。リストの「目的」という概念は、意志が実現しようとする未来的なるものの観念である<sup>26</sup>。それは内的過程を経て形成された意志によって確定されるのであり、それによって社会的現象への目的意識的な介入が可能となるのである。したがって、リストの「学問観」を探るための出発点は、そのような仕組みを理解することから始まる。

イエーリングは、この世には自己原因(causa sui)で生起することはないとする充足理由論(der Lehre vom zureichenden Grunde)に従い、自然における充足理由と意志におけるそれとを区別し、前者を「機械的なもの、つまり原因(動力因 causa efficiens)あるいは機械的な因果律(das mechanischen Casualitätsgesetz)」と呼び、後者を「心理的なもの、つまり目的(目的因 causa finalis)あるいは心理的な因果律(das psychologischen Casualitätsgesetz)」と呼ぶ<sup>27</sup>。彼は、「意志の運動は」物質の運動と同様に充足理由なしでは考えられないとする。つまり、意志が自発的に運動すると理解するのは、「自分の髪の毛をつかんで自分で沼地から引っ張り

<sup>24</sup> Gustav Radbruch, Franz v. Liszt—Anlage und Umwelt, in: ders., *Elegantiae iuris criminalis*, S.215. Fn.19.

<sup>25</sup> Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: A.u.V.I., S.137.

<sup>26</sup> Jhering, a.a.O.(Anm.22), S.10.

<sup>27</sup> Jhering, a.a.O.(Anm.22), S.4.

上げようとするミュンハウゼンの男爵のようなもの」であって、行為者が行為するのは石の落下と違って、「～だから」(weil)のゆえにではなくて、「～ために」(um)のゆえにであるとする<sup>28</sup>。原因なくして石の運動はあり得ず(機械的因果律)、同様に目的なくして意志の運動はありえないのであって(心理的因果律：これをイェーリングは目的律 Zweckgesetz とする)、目的律とは、目的なくして意欲(Wollen)なし、つまり、目的なくして行為なしということの意味するのである<sup>29</sup>。

このように、イェーリングは自然界における因果関係の代わりに、心理的な人間の意志というのは心理的因果律に支配されるとする。したがって、リストのいう心理的な決定可能性というのはイェーリングの目的律を想定しているものであって、いわゆる「意志の自由」を意味してはいないと思われる<sup>30</sup>。ここで重要なのは、心理的に媒介された人間の決定可能性というより、目的律にしたがう意志がてこととして作用する目的を用いて因果の過程に影響を及ぼすことができるということである<sup>31</sup>。その仕組みは以下のとおりである。

目的とは、意志が実現しようとする未来的なるものの観念である。目的律の証明は目的なくして意欲なしという命題の証明である。意欲、すなわち、意志形成の内的過程は、機械的因果律に従うのではなく、その過程の動因は目的である。しかし、意志の実現、すなわち、感覚界における意志の出現は機械的因果律に従う<sup>32</sup>。意志の前段階である意志の形成は内的な段階であり、意志の後段階である意志の実現は外的段階である。意志の内的段階は、表象能力の作用とともに始まる。心に一つの観念が浮かぶということは、現在の状態より大きな満足を主体に約束する将来の可能的状態に関する表象(Vorstellung)である。こ

---

<sup>28</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 3f.

<sup>29</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 4f.

<sup>30</sup> ヴェルツェルは、リストが表象による人間の決定可能性を常に承認してきたのとしても、その決定が実証主義を特徴づけた物理的事象と同じような機械的構造をもっているとする (Hans Welzel, a.a.O. (Anm. 13), S. 23.)。

<sup>31</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 10. もっとも、人間の意志自由に関しては、イェーリング自身『法における目的』のなかで、意志は目的律に従うので、「意志こそ世界における真の創造力、すなわち、自己形成力 (aus sich selber gestaltende Kraft in der Welt) である—この創造力はもともと神 (Gott) に存するが、それと同じように、人間においても神をかたどってつくられている。このような力のは目的である。目的のなかにこそ、人間が、人類が、歴史がひそんでいる」と述べていることに注意する必要がある (Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 25.)。すなわち、自己形成力である意志が認識論上のア・プリオリであり、その寄り所が神であるということである。このことから明らかであるように、イェーリングにおいて客観的な真理・および価値の存在を認める余地がまったくないわけではない。なお、ハロウエルによると、イェーリングが社会的運動のてこととして挙げた、「報酬、強制、義務感情、愛情」から、前の二つはエゴイズムに、後の二つは「普遍的な倫理的目的」に基づいているとしており、イェーリング自身これを信じたとする。ここから、ハロウエルは、イェーリングは「極端な功利主義と理想主義とを妥協させる」と評価する (J.H. ハロウエル著、石上良平訳、前掲書 (注 9)、125 頁)。

<sup>32</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 11.

のような表象が主体に浮かぶ根拠は、一部は、主体の個性、性格、主義、人生観のなかにあり、一部は外的な影響のなかにある。犯罪者の心に悪事の考えが浮かぶということは、犯罪者自身の犯罪性が前提である。

したがって、行為へと導く最初の衝動の可能性は主体に与えられた個性によって制約されているのであって、行為の究極的根拠は、個性に存する。一方で、外的影響はただ行為への刺激、つまり、誘因を与えるに過ぎない。外的な影響の承認は機械的因果律が意志形成に影響を及ぼし得るということを示しているが、それが心理的な因果律に直接な影響力をもつには心理的な動機に転化する必要がある。この外的な影響が心理的な動機に転化するかどうかは、主体のなかで、外的な影響に接した際の抵抗の多寡にかかっている。意志が実現しようとする未来的なものの観念は、行為への勧誘を包含しており、表象能力と欲望能力とが意志に向かって提案する行為の構想である。この提案の採否は、その反対より賛成の動機が優越であるかどうかにかかっている<sup>33</sup>。意欲する者が行為から期待する満足こそ彼の意欲の目的である。行為自体は目的ではなくて、目的に至る手段であるにすぎないのであり、人々は行為においてただ目的だけを意欲する<sup>34</sup>。目的なくして行為を考えることはできない。行為するということと、ある目的のために行為するということとは、同じ意味なのである。このようにして、イェーリングは、目的なき行為は、原因なき結果のように、考えられないとする<sup>35</sup>。

自然科学の探求対象としての人間を機械的因果律に支配される存在としてだけでなく、心理的な存在としても把握し、これに固有の目的律を付与することで、「自己形成力」を有する心理的誘因が現象界の因果の流れに介入できるとするメカニズムは、厳格な自然科学であれば認められないのであろうが、イェーリングにおいてはまだ理性主義の影響が残っているわけで、そのような問題意識はなかったと思われる。このようにして、目的が心理的因果律を経て現象界に影響を及ぼすことになるが、それはイェーリングにおいて所与のものからの心理的な決定可能性が認められるということである。リストも、たとえば、「かつて我々のなかのだれが動機、つまり諸表象による人間の決定可能性を否定したのか」といい<sup>36</sup>、そして、「動機が現れることで、その戦いが生ずるとするのは逆に珍しい。たいていの場合、ひとつの表象は、理念連合の法則に基づいて(kraft der Gesetze der

<sup>33</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 11 ff.

<sup>34</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 13.

<sup>35</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 14.

<sup>36</sup> Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in; A.u. VII. S. 40.

Ideen-Verknüpfung)、最初の表象を支持するかあるいはそれと闘うほかの表象を呼び起こすのである。そうであるかそれとも、ひとつの表象は、欲求に新しい道を指し示すほかの表象を呼び起こすのである。……対照をなす諸現象に対する動機の勝利を、表象の価値及び反価値に関する我々の自我の主体的決断(subjektive Entscheidung)として把握して、我々はこの勝利を決意(Entschluß)と名付ける」とも言っており<sup>37</sup>、機械的自然主義の因果法則に代わる動機による決定可能性を認めているのである<sup>38</sup>。リストのこのような発言からは、イエーリングの心理的因果律、つまり目的律をそのまま連想することができる。このような仮説の立て方は、人間というものが自然の一部であるにせよ、どうしても機械的因果律では説明しきれない相違があるということを認めているかのように思われる。したがって、ここでは「目的」という言葉が大きな意味をもつことになる。

ともあれ、このようにして社会的事象への目的意識的な介入の仕組みは説明される<sup>39</sup>。つまり、それがア・プリオリな公理から出発する演繹的思考過程をたどっているからこそ、機械的自然主義の因果法則と異なる実証主義における因果的一元論(社会的事象への目的意識的介入)が可能となる、ということである。しかし、注意すべきは、「目的」という概念をめぐって、思弁的な思索を拒否するリストにとっては、「目的」というのが、社会における生活利益というような前実定的な要素としての機能を果たし得るとしても、それを限定づけるような外部的・超越的な制限原理が設けられていないということである。「目的」が内在的な制限原理をもたないとすれば、それには「恣意性」が入る余地があるということになって、便宜的に使われる恐れがあると言える。

したがって、心理的であれ、すでに「事象の決定可能性」についてだけ言及しているリストにおいては、目的設定の際に、内在的な制限原理は考慮されていないと言える。たとえば、法律主義との関係で、リストは「マグナ・カルタ定式」を唱え、それが国家刑罰権力の内在的な制限原理として働いているかのように説明している。つまり、「刑法というのは

---

<sup>37</sup> Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., S. 107f

<sup>38</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 37), S. 137f. リストは倫理的な意志自由と心理的な意志自由を対置した後、前者は否定し、後者を認める。後者については、機械的自然主義の因果法則に代わる動機による決定可能性であるとす。なお、Liszt, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, in: A. u. V. II. S. 218. も参照されたい。

<sup>39</sup> リストは弱い人を支え不遜な人を屈服させることで社会の諸関係に介入できるとし、我々が目的に従い川の流れを作り、蒸気力を利用するのと同じように、我々が社会の諸関係を確定できそれでもって犯罪の動きを確定できるといっている(Liszt, Die Zukunft des Strafrechts, in: A. u. V. II. S. 7f.)。

法的に限界づけられた刑罰権力」であるとか「刑法は刑事政策の越えることのできない柵」であるといつて<sup>40</sup>、その内在的制限原理を説明している。

しかしながら、リストは実証主義的国家観を有する人物なので、彼のいう刑罰権力というのは、実力によって支えられている国家のそれであつて、その実力は支配勢力に由来するのである。したがつて、そのような定式が刑罰権力に対する制限原理として働いているといつても、それが恒常的であつ一般的な原理として作用していない限りにおいて、刑法の形式性を強調しているに過ぎないと言える。刑法の内容は、まさに、その都度の支配勢力による「目的」によって変わりうるものであると言えるのである。リストにおける「目的」という考えは、それを決定できる側にとっては、便宜的であるかもしれないが、それと利益を異にする側にとっては、確かに反動的な側面を持っているものであると言わなければならない。

### 三. 進化論的發展論

リストはイエーリングに影響され、いわゆる「刑法における目的思想」を定式化し、それを自身の学的構想の指導理念にした、一方で、彼の時代の諸学問における支配的な考え方ないしは主導的傾向をも自身の学的構想のもう一つの指導理念として受け入れている。それは、すなわち、進化論的思考方法であり、これがリスト刑法学においてどのような意味合いをもっているのかを理解することで、我々の彼の「学問観」に関する理解も深まるのであろう。もちろん、彼の「学問観」を精確に理解するためには、「マールブルク綱領」をはじめとする彼の作品を入念に考察する必要がある。しかし、それについては章を改めて論ずる必要があり、ここにおいては、さしあたり、彼の学問的基礎としての進化論的思考とそこから導き出される得る一般的な事柄を概括しておくにとどまる。

リストの「刑法における目的思想」とイエーリングの考えはほぼ一致していると言えるのであつて<sup>41</sup>、両者の間の「明白な相違はもつぱら出発点にあるだけである」<sup>42</sup>。つまり、リストが刑罰の原型として衝動行為を出発点とし、ダーウィンのモデルに従つて、自己保存ないし種の保存を決定的な衝動と見做す一方で、イエーリングは純衝動行為を否定する

<sup>40</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.60.;ders,Ueber den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf Grundbegriffe des Strafrechts,S.80.

<sup>41</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.136f.

<sup>42</sup> Susanne Ehret, Franz vonLiszt und das Gesetzlichkeitsprinzip, Frankfurt am Main. 1996.S.123.

のであり、それでもって自己保存ないし種の保存という理念もまた拒否している<sup>43</sup>。「自分の生の保存および主張」はイェーリングによってただ正しい強制の「目的」としてだけ承認されるのである<sup>44</sup>。リストはこのような相違をイェーリングの言葉を引用して解消している。すなわち、衝動行為は経験の前にあり、経験が道徳や法の淵源であるので、これまた法と道徳の前にあることになる。したがって、原始的刑罰は経験以前のものであり、その客体化の形において初めて経験に基づくので、法的処罰としての刑罰は目的思想を採用するということである<sup>45</sup>。こうしてリストは、自分の見解とイェーリングの見解が互いに排除し合うものではないとする。

リストはイェーリングから取り入れた目的思想および発展思想<sup>46</sup>とダーウィンの進化論とを結び付け、自身の刑法上の綱領である「刑法における目的思想」を定式化する。リストは「マールブルク綱領」のなかで目的刑を展開する際、進化論的アプローチを用いる。それは言うまでもなく、ダーウィンの進化論を基本にしている。ダーウィンモデルが、リストにおいて人間的諸関係に應用されているのである。リストは、自己の議論に対して自らそれを「進化主義理論(die evolutionistische Theorie)」と名付けることができるとしたのである<sup>47</sup>。リストは進化論という仮説から出発しつつも、犯罪と刑罰との因果的な説明を用いており、方法論として実証主義的なアプローチをとっている<sup>48</sup>。進化論的アプローチは「自然必然的發展」と「淘汰」というメカニズムを基本に据えている。「自然必然的發展」という想定からは、存在しているものと生成中のものとは存在当為的なものとして、そのまま正当化されることになる。存在当為的なものの「発展」を承認する考えからみれば、ある状況が「矛盾」に満ちていても、それは発展のための過程にすぎないとされよう。

<sup>43</sup> Jhering, a. a. O. (Anm. 22), S. 29. イェーリングも全世界において強者が弱者の費用で生きていることを認めているので、ダーウィンモデルに基づいているのは確かである (Jhering, a. a. O. (Anm. 22), S. 243.)。しかし、イェーリングが人間行動の独自の基礎として承認するのは、自己保存本能ではないのである (Ehret, a. a. O. (Anm. 42), S. 122.)。

<sup>44</sup> Jhering, a. a. O. (Anm. 22), S. 243.

<sup>45</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 25), S. 144.

<sup>46</sup> リストの発展思考はメルケルの発展概念に基づいている (Jannis A. Georgakis, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Leipzig 1940, S. 15.)。メルケルとの関連付けが明確に表れるのは、*Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung*. II. (ZStW. 27 (1907), S. 91 und 92) においてである (Ehret, a. a. O. (Anm. 42), S. 104. Anm. 161.)。なお、リストの発展論は、その影響を、イェーリングの自然主義的發展論から受けているとするものとして、(Cornelia Bohnert, *Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende*, Pfaffenweiler 1992, S. 16.) がある。とはいえ、メルケルもリストもイェーリングから理論的影響を受けているので、リストの発展論をこの二人のどちらかに認める必要はないと思う。

<sup>47</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 25), S. 133f.

<sup>48</sup> リストは、犯罪と刑罰の因果関係の説明を刑法学の第二番目の学問的課題であるとし、これを刑事政策よりも高くランクづけている (Liszt, a. a. O. (Anm. 21), S. 289.)。

ただ、淘汰のメカニズムによって「適応」しないものが除去されるだけであろう。この「淘汰」というメカニズムは発展のメカニズムを完成するものでもある。リストにおける「淘汰」とは、「自然淘汰」が人間的諸関係に応用されたものであり、それは「不適者」を「人為的淘汰」を通じて絶滅させるメカニズムである。不適者は人間社会において、「自然」に淘汰されてしまう場合もあるが、自然必然的發展の過程をたどる人間も発展・進化という「目的」をもって、人自らが「不適者」に対して「人為的な淘汰」のメカニズムを発動してもよいと解されることになる。つまり、「外界に対して自己の因果関係を保持する能力である意志」<sup>49</sup>によって、合目的的に「人為的な淘汰」が起こりうるのである。リストはそれを「常習犯の無害化」を定式化するところで明らかにしている。

なお、このようなダーウィンモデルは社会を生物学的有機体としてみている。したがってそこでは、生物学的有機体にとって病気というものが生きていくうえで現れる生命現象の一つの発現形態に過ぎないのと同様に、社会にとっても犯罪という現象は避けられ得ない宿命的なものである、という理解が可能である。このような観点からは、発展・進歩というのは機械的なものとしても考えられるので、人為的な努力は無駄にとらえられ、あらゆる犯罪の克服ないし犯罪者すべての「改良・改善」というのは幻想的なものになってしまう<sup>50</sup>。リストが犯罪の社会的原因を述べる際に、科学的実証主義の立場からその究明に努めるも、のちに見るように、そのような究明が犯罪の原因の科学的な除去にまでには至らない。その原因の一つとして、上記のような生物学的有機体という前提をあげることができると思われる。というのも、彼は犯罪の社会的な諸原因の中でも経済的要素の重要性を指摘したにもかかわらず、犯罪の科学的な原因の除去に関する具体的な考察を行うことなく放置していると言えるからである。その背景には、刑事政策を含む社会政策をどれほど施しても社会的な負の側面は解消できないという考え方が流れているように思われる。リストにとって進化的発展論は、結局、犯罪という事象に人為的に介入することを正当化するための理論構想になっているに過ぎず、「実証主義」的アプローチをとりながらもその非科学性を露呈してしまうリスト理論の帰結は、後述のように、彼がありのままの事実を帰納するのではなく、階級的利益という一定の方向性を暗黙のうちに取り込んで理論構成をしていることから生ずるものであると言わなければならない。

---

<sup>49</sup> Jhering, a.a.O.(Anm.22), S.22f.

<sup>50</sup> J.H.ハロウエル、前掲書（注9）、122頁。

リストは、刑罰がそれ自体「目的意識的」ではなく、盲目的衝動行為であり、それは直接的には自己保存に、間接的には種族保存に役立つとし<sup>51</sup>、したがって、刑罰は最初から社会的侵害に対する反応として「社会的性格」を担ったものであるとする。そして刑罰は個人及び集団全体の生活条件を外部的な侵害に対して保護することによって、「本能的に合目的」なものになるとする。つまり、「刑罰は衝動行為として、本能的—合目的な行為である。個人の生活条件だけでなく、既存の個人集団の生活条件も、刑罰によって外的妨害から保護されている—たとえば、あの生活条件もこの妨害も、そして最後に刑罰の保護力というものも、認識され把握されていないとしても、である」、と<sup>52</sup>。しかしこのような認識は当事者を含まない、偏見を持たずに判断する機関の側による、一時的激情に駆られることのない観察を通じてのみ可能であり、刑罰が国家へ完全に移行してはじめて、衝動行為から目的行為への決定的な歩みが踏み出されるとされる<sup>53</sup>。ここにおいても進化の思想は明らかである。ところで、衝動行為が意識的な目的行為になるとするのは質的变化を意味する。それはいかにして可能となるのか。

リストは「目につかないほどに小さな量的差異の総計が、次第に目に見える質的差異を導きうる」として<sup>54</sup>、衝動的行為が意志的な行為に変わる仕組みを説明している。しかし、その際、どのようにして衝動的行為が意志的な行為に変わるのか。ヴェルツェルによれば、それについての答えは、スペンサーその他の進化主義者においてみいだされるものと同様であるとする。つまり、「進化主義理論によれば、意志行為の目的意識性とは内部的諸条件の外部的諸条件への適応という問題で、生命の低次の合目的な反応形式のいっそう高い段階に他ならないのである。…合目的性及び目的意識性は、質的ではなく量的に異なっただけの機械的・因果的なものの、単に好運な特殊の場合である」とし<sup>55</sup>、リストの説明はスペンサーと同じであるとするのである。しかし、リストがここで「存在の弁証法的構造は量から質への変化の法則」であるとする弁証法的唯物論を取っていると見え、機械論的唯物論をとっていないことは明らかであると言える。弁証法的唯物論の思考形態はリストの進化的発展論において決定的なものであり、したがって、この限りで、リストはヴェルツェルの意味での実証主義者とは言えないのではないかと考えられる。

---

<sup>51</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.145ff.

<sup>52</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146.

<sup>53</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146f.

<sup>54</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.151f.

<sup>55</sup> Hans Welzel,a.a.O.(Anm.13),S.34.



実証主義的アプローチにおいて、リストは因果的決定論を唱えていても、完全な機械的因果論からは距離を置いていることがわかる。弁証法的唯物論というのも、本質的に経験によって証明することができないのであり、実証主義の方法論である帰納により集められた材料が理論理性により論理的に証明され一般化された概念からの演繹でもない<sup>56</sup>。弁証法を用い、しかも認識論上のア・プリオリを公理として使っているということは、思弁的な思索を拒否しているリストにとって、自分の理論構成において不可欠であると思われる。つまり、制限のない「目的」という思想だけでは恣意的な結論を導きかねない側面があり、しかも形而上学的・思弁的思考を拒否するリストの理論構成にとっては、内在的制限原理は設けられていないのである。そのような不都合を解消するためには、理論的正当性を付与する必要がある。それ故に、ア・プリオリな「進歩・発展」という概念が必要となるのであろう。そうすることで、因果の流れに介入することが自然必然的であり、かつ正当なこととして確定できるのである。

それは「マールブルク綱領」の刑事政策である予防、とりわけ応報に代わる特別予防の思想からもうかがうことができる。すなわち、何故特別予防なのかという問いについての明確な答えは、これまで見てきたとおりに、刑罰が不可欠な衝動だからであり特別予防はこのような衝動の「最も合目的な、人類発展に最も相応しい形態」だからである<sup>57</sup>。「マールブルク綱領」において、その進化主義理論がリストにとって最大の意義をもつのは、彼の刑事政策上の立場と刑罰目的論を進化論の上に基礎づけることができたという点においてであろう。しかし、このような進化論的發展論を、全体の発展という観点からみた場合に、どのような結論に達するのかに注意しなければならない。つまり、リストが「動物および植物は死滅し、世界国家は破壊されてしまったが、しかし、発展はなおいっそう先へと進み、より完全な有機体を創造し、いっそう分化をとげ、いっそう生命力の旺盛な社会を作り出した」<sup>58</sup>と述べていることから、二つの見方が認められうるということである。まず、彼が全体の発展を非常に楽観的な姿勢で眺めつつ、より複雑化したもの、より生命力の旺盛なものをより進化したものとして把握しているということである。このような論理からは、今日の国家が以前の国家よりも生命力の旺盛であると考えることができるのである<sup>59</sup>。

<sup>56</sup> リストの進化論は当時なおよく知られた歴史形而上学上の発展思考を近代的で非思弁的な表現に変えたと評価されることもある(Monika Frommel ,a.a.O.(Anm.17), S.43)。

<sup>57</sup> Wolfgang Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Profgramms 1882,in: Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts,2000.S.224.

<sup>58</sup> ZStW.27.S.94f.

<sup>59</sup> Hans Welzel,a.a.O.(Anm.13), S.32.

そこでは、だれがより生命力の旺盛なものであるかが重要である。「純粋生物学的な生活においては、それは、より活力のある者、より力のあるものであるが、自由主義国家という資本主義的産業社会にあつては、より器用なもの、より狡猾なものであり、経済上の競争では、より活力ある者は、より狡猾なものに屈服するが、その活力に基づいて狡猾なものに反抗するような活力のある者は、刑事司法という淘汰の過程に陥る結果」<sup>60</sup>になってしまうのである。なお、そのような淘汰のメカニズムによる発展という考えからは、社会全体、国家にとって、一見して後退しているかのように見える事象であっても、それは後退ではなく全体の発展にとって前より生命力の旺盛なものであり、進化・進歩への一過程であるに過ぎないのである。次に、このような見方からは、いかなる社会形態であっても、現にあるものは正当化されるのであり、来るべき社会がどのような形態をとっていても、「目的意識的」な淘汰と進化のメカニズムが作用して正当化されることになろう。もっともリストの考えからは「支配階級及びこれに類似したもの」<sup>61</sup>が非常に重要な意味をもっている。これについては後ほど検討することにする。

以上に見てきた通り、リストは学問上の方法論として実証主義の立場に立っており、基本的に実証主義の有する因果的一元論という基本ドグマに従いながら、他方で、「目的」および「発展」というア・プリオリな概念も認め、自らの学的構想を組み立てようとした。そのようにして、彼は、心理的な因果律によって生成した目的意識的な意志が機械的な因果律の支配する現象界に介入できる理論的な仕組みを作り上げ、しかも「発展」という観念のもと、社会的現象に合目的的に介入することのできる学的試みを行ったと言える。

しかしながら、リストは「目的」および進化論的「発展」という観念を自身の学的構想に用いる際に、「発展」の名のもとで起こりうる「目的」の暴走可能性を防ぐような制限原理を設けていたとは言えない<sup>62</sup>。したがって、そのような理論構成から予見できるのは、場

<sup>60</sup> Hans Welzel, a.a.O. (Anm. 13), S. 33.

<sup>61</sup> ここでいう支配階級には具体的にどのような階層が入るか。リスト関連文献を見る限り、それを具体的に観念できるような資料は見当たらないようである。確かに、文脈上産業ブルジョアジーを指しているかのようにも考えられるが、リストのいう支配階級という言葉は、政府の介入も必要であるとする社会自由主義の意味合いで理解する必要がある。リストは、後に自分の刑事政策を、経済的および政策的思考の個人領域上の転用であると名づけたが(Mitt. d. IKV, XIX, 1912, S. 376f)、ラートブルフはこれを、リストが古典的国家経済の古いリベラリズムが社会政策の要求にその席を譲った発展であると認識しており、リストは自分の理論を法治国家から行政国家への大きな変化に調和させたと評価する(Radbruch, a.a.O. (Anm. 24), S. 223)。そして、この支配階級とは、のちに述べるように、教養階層をも指しているのであり、そのような意味でリストも「支配階級」に属すると言える(本論文の注 159 を参照されたい)。

<sup>62</sup> リストは、いわゆる「マグナ・カルタ定式」を「マールブルク綱領」が公表されてから、だいぶ時間が経ってから公にする(藤尾彰「リストの刑法思想の現代的意味」(『新潟大学法経論集』14 巻 4 号(1967 年)

合によっては、そのような暴走によって「反動的な状態」に置かれる人および社会的団体が生じ得るということである。それは、刑法学における実証主義的アプローチの失敗を意味することではないか。仮に、そうであるとすれば、リストがそうしてまで守ろうとした上位の価値があったからではないか。このような疑問に答えるためには、科学的実証主義の失敗の例として取り上げることのできるリストの犯罪原因論を究明する必要がある。

## 第二節. 犯罪原因論における実証主義的アプローチとその科学性

### 一. 科学的実証主義—犯罪の社会的原因

リストは、犯罪をひとつの社会現象として実証的に考察することを提案した。それは犯罪の原因を科学的に考察することでその原因を明らかにし、効果的に犯罪に対応するためである。そのために、リストは犯罪の原因を社会的要因と生物学的要因とに分け、犯罪現象に対して科学的な考察を試みている。リストは、その中でも特に、犯罪が社会病理的現象であるということで、その社会的原因が個人的原因よりもはるかに重要であるとする<sup>63</sup>。すなわち、犯罪というのは「行為者だけでなく行為者を生んだものをも規定する社会的諸関係」に基づくから、行為者の生来的特性も、生物学的特性も社会的諸関係に還元できるとするのである<sup>64</sup>。このように、リストは犯罪の社会的原因を非常に重要視するが、後ほど検討するように、それにもかかわらず、常習犯に対してはその犯罪の社会的原因を考察することは解消されてしまうのである。

後述のように、当時、リストのいう「支配階級およびこれに類似したもの」の立場から見た場合に、常習犯は社会の不安要素を孕んでいると見なされた階級としてのプロレタリアートに属するものであり、淘汰の対象であったのである。犯罪の原因に関し、リストが「今日、だれが社会の共同責任を否定する勇気をもっているのか」<sup>65</sup>と述べるほどに犯罪の

---

131 頁(注 1))。不思議に思われるのは、リストが自分の学問的活動の最初の 18 年を自分の論文および講演において刑罰法定性に全く注意を払わなかったのに、10 年以上の歳月がたったあとにそれを扱ったということである(Ehret, a. a. O. (Anm. 42), S. 84.)。

<sup>63</sup> リストは「社会病理学的現象としての犯罪」のなかで結論付けるに、帝国創設以来、その発展過程において生じた多くの葛藤によって、犯罪の急激な増加という結果が必然的にもたらされたに違いないとする(Liszt, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, in; A. u. V. II. S. 244f)。これを見る限り、リストが当時の犯罪の社会的原因について、その本質を明確に洞察していることが分かる。

<sup>64</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 36), S. 65. Anm. 1.; ders., Liszt, a. a. O. (Anm. 40), S. 83.

<sup>65</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 36), S. 66.

社会的原因を強調したのにもかかわらず、その一方で社会的贖罪のための犠牲者として常習犯人を扱うという形をとっているため、犯罪の社会的原因に対して実際には目を閉ざす結果になる。リストのそのような姿勢によれば、彼が犯罪の原因を究明しようとしたことの意義が失われるだけでなく、リスト自身が標榜していたところの実証主義的アプローチをも彼自らが否定することになるのである。では、犯罪現象を科学的に把握しようとした当初の考えとは裏腹に、その科学性を彼が放棄した背景にはどのような理由があり、そこに何が含意されているのか。

リストは、犯罪の根源が社会的諸環境にあり、社会の構成すべてが犯罪に一定程度加わっていること、そしてこのような諸環境に相応して犯罪のあり方を表す曲線が変化すること、これを指摘して、犯罪の社会的原因の重要性を喚起したベルギーの天文学者であるケトレをたたえた<sup>66</sup>。リストは、犯罪性の社会的諸要素、特に経済的諸要素の重要性を否定することはできないとし、たとえば「社会的諸要素の重要性は、一世代に制限されるわけではなく、もっと多い世代に及ぶ。父と母を屈服させた貧困、父をアルコール中毒に母を売春に駆り立てた貧困は、そのような不利な環境の下で成長し、より強度になった社会的諸要素の支配下に立たされた子供の弱まった生活力に現れる」とする<sup>67</sup>。このような発言から、犯罪を社会的現象として把握し、それを科学的・実証的に検証しようとした科学的実証主義者としてのリストの姿を窺えることができる。リストが犯罪の根本的な原因を見極めようとするのは、究極的に犯罪を克服しようとする目的があって、そのために犯罪の原因に対する実証主義的アプローチを用いたはずであろう。

したがって、我々は、リストが犯罪性に大きな影響を及ぼしている経済的諸要素に注目したということから、彼が単に目に見える諸要素を列挙するにとどまらず、それらの徹底的な分析を通じて犯罪の究極的な原因を見極めることを期待するのである。しかしながら、リストは一九世紀末ごろの犯罪激増の社会的諸原因として、経済不況、大衆の貧困、住宅

---

<sup>66</sup> とはいえ、リストがケトレのすべてを高く評価したわけではない。リストは、ケトレが犯罪の原因を説明する際に、はっきりと認識していない欠点をももっているとし、彼の統計学が示す平均的な人間について疑問を呈するのである。つまり、リストはケトレが個人の重要性を見逃しており、「個々人ではなくて統計的・平均的な人間だけ」を知っていると、そのような人間は「豊富な犯罪統計のなかに存在するだけであり、我々がつかみうる何かでもなく、従って、いかなる計画も我々の刑事政策でありえない」という。そして、リストは、ケトレが「変更できない法則」を信じていることをも批判して、社会的諸関係は変更できない法則によって予定されており、そのような法則に立ち向かうのは、「あたかも星の動きを阻止しようとするのと同じである。したがって、永遠に変更できない自然法則に介入しようとするのは無駄である」とするケトレの見解は自分のとるところではないと、はっきり言っている(Liszt, a. a. O. (Anm. 39), S. 7.)。

<sup>67</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 39), S. 5f.

事象の不良、売春、アルコール中毒などをあげてはいるものの<sup>68</sup>、このような諸現象を単に列挙しただけであって、それらが資本制社会に内在する矛盾を如実に反映したものであること、「とくに社会的富の一方の極へ集積・集中の過程の当然の結果」<sup>69</sup>であることへの言及を敢えて回避したのである。というのも、前述のように、リストは犯罪の社会的原因のなかでも経済的諸要素の重要性を指摘したにもかかわらず、犯罪の社会的原因について実際に踏み込んだ検討を行うには至っていないからである—だがそのことは、「生物学的有機体に寄生する病因」という、犯罪の社会的原因に関する彼の認識からすれば当然の結果であろう。リストはのちに犯罪の社会的原因に関する考察において、自らに科学的方法が欠けていることを認める<sup>70</sup>。その後、リストは、「病気というは有機体が生きていくうえで縁遠いものではなくて、生きる上でのもう一つの発現形態に過ぎず、有機体の通常の機能の向上あるいは低下のように、通常の動きから少しずれているだけである」<sup>71</sup>とするヴィルヒョーの発言にならい、社会を生物学的有機体として把握する。このように、社会を生物学的有機体としてとらえると、犯罪という現象は社会の有する矛盾のあらわれとして把握されず、「この時期にまさに激しい階級分化の必然的結果とも言える犯罪の増加はむしろ正当化」されるのであり<sup>72</sup>、「文化の高揚に伴伴する必然的な現象として、変更することが可能であるとしても変更することを欲しない社会的犯罪原因が存在する」<sup>73</sup>のも当然であるということになる。リストは、犯罪の社会的原因を考察する際、これを生物学上の有機体の細胞のように「社会的細胞(gesellschaftliche Zelle)」<sup>74</sup>に還元して考え、犯罪の法則を研究することを要求する。ここでいう社会的細胞とは、リストによると、「その利益共通性によって相互に結びついている個人の集団によって構成される」のであり、これには人種、国民集団、宗教集団、経済集団などが入る<sup>75</sup>。そのなかでリストがとくに詳論したのは、いわゆる階級としてのプロレタリアートであり、その際、彼らの犯罪性に注目する。

<sup>68</sup> Liszt, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in; A.u.V.I.S.312.; Liszt, a.a.O.(Anm.39), S.5.

<sup>69</sup> 藤尾、前掲書（注62）、100頁。

<sup>70</sup> リストは、「犯罪の社会的諸要素に関しては、今日もなお常套文句しか知らない」のであり、「提起されている諸問題に関する回答を探して見つけ出しうる科学的方法を我々は欠けている」としている(Liszt, *Zur Vorbereitung des Strafgesetzwurfs*, in; A.u.V.II.S.418f.)。彼はこの時点で犯罪の社会的原因に関する科学的な考察をほぼあきらめ、刑事政策にもっと注意を払っているように見受けられる。なお、藤尾、前掲書（注62）、100頁も参照されたい。

<sup>71</sup> Liszt, *Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität*, in; A.u.V.II.S.441.

<sup>72</sup> 藤尾、前掲書（注62）、101頁。

<sup>73</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.66), S.244.

<sup>74</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.71), S.442.; Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.30.; 藤尾、前掲書（注62）、101頁。

<sup>75</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.71), S.442f.

しかし、リストがここで、彼らを犯罪の温床として規定はするものの、その論理的な根拠がないに等しいことにも注目すべきである。リストはただ単に急激な産業発展の結果として生み出された「大都市のプロレタリア階級の巨大な膨張」と「寄生的住民層」の増加が「犯罪のプロレタリア化」をもたらしたとするだけである<sup>76</sup>。リストは「マールブルク綱領」の中ですでにプロレタリア階級について述べている。すなわち、「常習犯に対しする戦いは、それについての正確な認識を必要とする。しかし、今日、我々にはそれが欠けている」とし、「物乞い、浮浪者、売春にかかわる男女、アルコール中毒者、詐欺師、最も広い意味での花柳界の人、精神的・身体的墮落者、これらすべてが社会秩序の原則的敵対的な勢力を形成するのであり、常習犯はその総本部のようなものである」としつつ、一連の社会的病理現象のなかの一部分である、通常プロレタリアートと総称されている階級がもっとも重大かつ危険な犯罪の要素であるとしているのである<sup>77</sup>。

ここでは、犯罪の諸原因が列挙されてはいるが、犯罪の社会的原因を作り出した当時の産業資本主義社会の矛盾との関わりは考慮されることなく、もっぱら階級としてのプロレタリアートが犯罪のもっとも重大かつ危険な要素であると語られているのである。このような彼のアプローチからは、犯罪の社会的原因を科学的に把握しようとする姿勢を見だし難いのである。そして、リストは犯罪の社会的原因を、「犯罪の社会的原因は疾病が有機体の一つの現象形式であるのと同様に」<sup>78</sup>、生物学的なアプローチを通じて探究しようとするが、それゆえにかえって犯罪を「文化高揚の必然的な随伴現象」と解することになり、社会の矛盾の結果として生み出された矛盾を彼がそのまま正当化する結果となったのである。これらの諸現象が資本制社会に内在する矛盾の具体的なあらわれであり、とくに社会的な富の一極集中過程に付随する当然の帰結であるという事実に、リストは目を背けていたと言わざるを得ない<sup>79</sup>。以上のように、リストは社会の矛盾を生み出した国家的・経済的矛盾については、その事態を直視するどころかむしろ正当化しようとする。そして彼は、犯罪の温床とされる対象を指摘し、そこから必然的に生まれる常習犯に対しては、進化論に基づく「人為的淘汰」というメカニズムでもって対応しようとしたのである。

---

<sup>76</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 71), S. 444.

<sup>77</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 25), S. 167.

<sup>78</sup> 宮内裕「現代刑法における行為責任主義の原則」、橋本公巨＝和田英夫編『現代法と国家（岩波講座現代法；2）』（1965年、岩波書店）、152頁。

<sup>79</sup> 宮内、前掲書(注78)、152頁。

そのことが、社会の秩序・国家の秩序を脅かす犯罪現象について無力であるとリストが批判した、自由主義的刑法原理に基づく当時の現行刑法を「改革」する意図によるものであったということは、周知の通りである。彼にとって刑法は無力であり、これまた進化のために「淘汰」すべき対象なのである。刑法のそのような無力さについて、リストはその原因を、「一九世紀後半の大きな政治的变化」、そして「ほかでもない犯罪の大半を占めるグループ〔プロレタリアート―筆者〕における宗教的・道徳的な阻止観念の動揺(die Erschütterung der religiösen und sittlichen Hemmungsvorstellungen)」や「広範囲の国民に放縦な政治的激情(die ungezügelter politische Leidenschaft)をよびさました普通選挙法の採用」などに求めている<sup>80</sup>。このことは、現実に対するリストの理解であり、彼の政治的な保守性を明確に示していると言えるのであって<sup>81</sup>、そういったリストの政治的な保守性が、彼の犯罪原因論を非科学的で反動的な結論へと導いた主たる原因であると考えられる。リストの犯罪の社会的原因論は、藤尾氏の言うように、「リストの最大の誤謬は、生物学的アプローチに基づく「有機体的社会観」によって、犯罪の自然必然的性格、したがって、その永遠性、宿命性を基礎づけ、その結果、犯罪に対する社会の責任を一方できわめて情熱的に強調もみかわらず、まさにかれの現に生活している具体的な社会のなかに、その原因をどこまでも徹底的に追及する姿勢を放棄し、犯罪の社会的原因として問題になるのは、なんらかの社会、有機体としての社会一般ではなく、まさはその資本主義的経済法則によって必然的にさまざまな腐敗・墮落現象を産みだし、...実質的な意味における「犯罪」を生産するところの資本制社会そのものになんら手をふれることなく、結局、この社会の責任を、事実上解除している点に」あると言えるのであって、「ここに、その理論の志向における科学性にもかかわらず、内容における非科学性」が明らかになるのである<sup>82</sup>。なお、刑事政策というのは、社会的諸関係への作用ではなくて、個人への作用であり、真の社会政策を担うわけではないにしても、犯罪の原因、とくにその社会的原因を離れては考えられない。

したがって、リストが問題の原因を認知しながらもあえて取り上げないとすれば、それは問題の本質を歪曲しようとする意図があると言わなければならない、そのような意図に依拠した刑事政策は一定の目的に供する手段にすぎないのである。リストが犯罪の社会的原因をあえて無視したのは、刑事政策的な必要性というよりも、彼の政治的意思表明と言え

---

<sup>80</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 66), S. 242f.

<sup>81</sup> 藤尾、前掲書（注 62）、102 頁。

<sup>82</sup> 藤尾、前掲書（注 62）、103 頁。

る。それは、政治的な傾向を生涯維持してきたリストにとって<sup>83</sup>、それほど違和感はなかったかもしれない。リストの理論に学問的要素と政治的関心が混在しているのは明らかで、専門分野としての学問の役割ははたされていないのである。犯罪の社会的原因に関する彼の考えを見た限りでは、刑法(学)の学問としてのあるべき姿はほぼ消えていると言わざるを得ない—とりわけ、刑法(学)の制限学としての役割に関する考察。犯罪を単に法的に考察するのみでなく、それを社会現象として実証的に考察しようとしたことはリストの功績として認めるべきであろう。しかしながら、彼の考察から導き出された結論においては、これまで検討してきたように負の側面が大きく、犯罪の社会的原因に関するリストの実証主義的アプローチは失敗に終わったと言わざるを得ない。

## 二. 科学実証主義—犯罪の個人的要因

リストは、行為者の生来的特性さえも社会的諸関係に還元できるとし、犯罪の社会的原因が個人的原因よりもはるかに重要であるとした。しかし、その一方で、処罰の対象とすべきは犯罪ではなくて、犯罪人であるとし<sup>84</sup>、犯罪の個人的な要素をも重要視したのである。リストが個人的ないし生物学的要素として理解したのは、生物学的に条件づけられた行為者の心理的な特質であった<sup>85</sup>。つまり、犯罪の個人的な(生物学的)原因には先天的な特性だけでなく、後天的な特性も含まれるのであり、したがって真正の生物学的原因だけでなく、「心理学的動機付けも含まれる」ということである<sup>86</sup>。このようにして、リストは法秩序に対する行為者の態度の決定的基準を、行われた犯罪の違法な行為自体およびその客観的な重さではなくて、行為者の心理的な特質に根ざす行為の個人的な動機に求めようとしたのである<sup>87</sup>。このような態度は、リスト自身の責任能力に関する議論においてより明確にあらわれる<sup>88</sup>。リストのいう責任能力とは「動機による正常な決定可能性」であるが<sup>89</sup>、この概念を明らかにするためには、「動機」と「正常」とがどのような意味合いをもっているのか

<sup>83</sup> Radbruch, a.a.O.(Anm.24), S.211.Anm.8.

<sup>84</sup> Liszt, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, in; A.u.V.II.S.170.

<sup>85</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.84), S.171.

<sup>86</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.66), S.232. なお、リストは社会の環境と犯罪の素質との関係性を示し、環境によって犯罪性はコントロール可能であるといっている (A.u.V.II.S.14.)。

<sup>87</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.39), S.16.

<sup>88</sup> 藤尾、前掲書(注62)、104頁。なお、リストの責任論についての最近の研究として、小坂亮「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって—(1)(2)(3・完)」(『早稲田大学大学院研究論集』第115号(2005年)、第116号(2005年)、第117号(2007年))。

<sup>89</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36), S.43.



を規定する必要がある。リスト自身、普遍的な観念である「宗教、法、倫理、賢明さ(Klugheit)」などを動機として挙げているが<sup>90</sup>、そもそもリストは事象に対する非形而上学的・実証主義的な考察を自身の学問の出発点としており、実際、「…現今の社会が統一的価値判断にふさわしい組織的統一体であると、真剣に考える人があるのか。きわめて鋭い対立によって分裂した今日、このような想定ほどばかげたものはない」とものべている<sup>91</sup>。こうして普遍的な観念の存在は否定されている。したがって、普遍的な観念とは何を意味するのかが疑問になる。そして、「正常」という言葉についてもヴェルツェルの言うように、「すべての心的事象(alles seelische Geschehen)」が因果的諸要素の必然的な産物であるとすれば、いわゆる責任無能力者も因果の流れの「正常な結果」であり、精神的健康なものと同責任無能力者との区別が何を基準になされるのかも当然問題となる<sup>92</sup>。

しかしながら、このような疑問は、リストが責任能力および責任の問題について述べた発言をふまえると解消される。すなわち、リストは「動機による正常な決定の可能性を責任能力の本質と見なし、…動機に対して正常な仕方では反応する者が責任能力を有する」とする<sup>93</sup>。そして、リストは、正常性について、「我々は我々の意識から他人のそれを押し量るだけであり、我々の対応の仕方から他人のそれを予測できるにすぎないので、他人の我々との類似性とは、我々の経験から抽象された類型との他人の一致であり、これが帰責の前提条件なのである」とする<sup>94</sup>。したがって、この「我々」が「動機による正常な決定可能性」の内容を決めることになるのである。では、ここにいう「我々」は誰のことであろうか。リストはこれについて明確に「基準となる価値判断—それは支配階級の価値判断である。…我々支配階級が、今日だれが処罰されるべきであり、また処罰されるべきではないかを決定する。我々のこの価値判断が、下層に属する広範な国民の価値判断から外れているということは全く問題外のことで、今日、精神病者に科刑能力がないと説明するのは、ほかでもなく我々なのである」と説明している<sup>95</sup>。実力をその存立根拠と考える実証主義的国家観をもっており、しかも普遍的な観念の存在を否定しているリストにとって、現に存在する責任能力者である「支配階級およびこれに類似したもの」が動機およびその正常性を判

<sup>90</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.38), S.219.

<sup>91</sup> Liszt, Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, in: ZStW.18.S.255f.

<sup>92</sup> Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.27.

<sup>93</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36), S.43f.

<sup>94</sup> Liszt, Lehrbuch., 21. und 22. Aufl., S.157.; Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.27., なお、藤尾、前掲書(注62)、105頁。

<sup>95</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.91), S.256. なお、 Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.27f.

断するのは当然の帰結であろう。とはいえ、このような理論構成は明確な負の側面を持っており、たとえば支配階級の意思に背くものがあるとするれば、支配階級はそのようなものを責任無能力者として決定できるという意味合いも含んでいるのである。これは、結局、「支配階級とこれに類似したもの」と違ったかたちで思考し行動するものは、社会の危険要因として扱われ、結局社会の安全のために無害化されても構わないという考えに結びつきかねないのである。したがって、このような判断基準に従うと、きわめて重要なメルクマールである犯罪の社会的及び個人的な原因への考察は形骸化されてしまうことになる。それは、リストにとって、支配階級の利益と直結してその行き先が決められる、まさに戦略的な問題であるに過ぎないということである<sup>96</sup>。

ところで、リストは因果的決定論者であるため、そのような立場からは、責任も機械的因果律に従うべきであり、価値判断は自我の決断としては認識されないのである。そうすると、人格(自我)に倫理的な負担を課する価値判断としての責任もなくなるのである<sup>97</sup>。すなわち、すべての心的事象は因果的諸要素の必然的な産物であることになり、いわゆる責任無能力者も因果の流れの「正常な結果」として扱わなければならないだろう。しかし、リストの出した結論は非常に憂慮すべきものであった。リストが「刑事政策的体系を完全に因果的・機械的実証主義の基本テーゼの上に構築した」としても<sup>98</sup>、リストの理論構造からすれば、心理的な因果律、つまり目的律に従って目的意識的に意志を産出できるので、仮に犯罪者に責任がないと想定できても、「支配階級およびこれに類似しているもの」が設定した「目的」のために、彼を「淘汰の対象」として扱うことは可能であると思われる。もちろん、ヴェルツェルの理解するように、リストが因果的決定論者であるということから、彼の理論を論理的に解釈すると、犯罪者の責任は問われないのであって、実際にリストも犯罪者の処遇について非常に人道主義的な立場で次のように述べている。

すなわちリストは、社会的淘汰の過程が遅いことや、その過程によって生じうる社会の「重大な犠牲」を理由に、立法者は刑事政策家としてその過程に介入すべきであるとする。つまり、「弱者が生存競争において屈服しないために、可能な限り、弱者を保護」する必要があるとする。もちろん、これは無条件ではなくて、「立法者は援助がもはや不可能な時には、その都度の要求を伴った社会的共同生活にとって全く適合しない要素は、いつでもこ

---

<sup>96</sup> 藤尾、前掲書（注 62）、107 頁。

<sup>97</sup> Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.28f.

<sup>98</sup> Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.29.

れを排除することについて考慮する必要がある」という前提が付いている<sup>99</sup>。なお、リストは、我々が長い間刑事裁判官の前に引き出されなかったとしても、それは我々の功績ではなく、さまざまな事情によって犯罪者になったとしても、それまた彼の「責任」ではないのであり、したがって、「決定論者は、犯人に対して他のどんな感情ももつことはできないし、またもってはならない」としている<sup>100</sup>。さらにリストは、「好意的な穏やかさに満ちた精神」、「行き届いた配慮を行う精神」が支配することとなり、「責任」と「贖罪」という概念は、これまでと同様に今後も生き続けるかもしれないが、純化された科学的認識による厳しい批判に対しては、このような概念も抵抗することはできない、とする<sup>101</sup>。以上の発言からは、非常に人道主義的なリストを思い浮かべることができる。しかし、このような発言も、「支配階級およびこれに類似するもの」が責任能力者を決められるというリストの見解をふまえると、単に戦略的なものであるに過ぎない。それは、リストが常習犯に対する安全性を論ずる際に用いたさまざまな厳しい発言からも確認できる<sup>102</sup>。たとえば、リストは1880年ドヒョウ宛ての手紙で、常習犯に対する安全性を確保するためには、「やつらが減びるとしても、矯正施設は遠慮することなしに、可能な限り安上がりに(billig)、軍の厳格な規律を伴う」必要があるとしつつ、棒刑も不可欠であるとする。そして、「常習犯（この概念は必ずしも我々の専門的な概念ではない。私はそれを法秩序の原則的な反対者であると考え）は無害化されなければならない。それも、我々の費用ではなくて彼の費用でそうすべきである。彼に食糧、空気、運動等々を合理的な原理に従って付与するということは納税者を陵辱することである」とする発言からみても<sup>103</sup>、リストの考える犯罪者の処遇が、一見して人道主義的な既述の彼の発言と大きく異なるものであることが分かる。このような相違は理解しがたい<sup>104</sup>。しかし、そのことはリストの政治的な性向から説明できよう。ラートブルフの言葉を借りれば生涯「政治家」であったリストは<sup>105</sup>、自身の政治的

---

<sup>99</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 71), S. 446.

<sup>100</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 36), S. 45f.

<sup>101</sup> Liszt, *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, in: A.u.V.II, S. 229.

<sup>102</sup> リストが共同設立者として参加した1889年の国際犯罪学協会の規約も常習犯に対して厳しい処置を要求する。即ち、「刑事立法は改善され得ない常習犯を、それが軽度の犯行の反復に関わる問題であっても、できるだけ長い期間無害化しなければならない」(1条9項)とする。Bellmannの復刻版、*Die internationale Kriminalistische Vereinigung (1889-1933)*, 1994, S. 217.

<sup>103</sup> *Aus einem Brief an Dochow*, 1880., : Radbruch, a.a.O. (Anm. 24), S. 229.

<sup>104</sup> 「マールブルク綱領」における姿勢とも随分違う結論になっているが、これはリストの戦略であって、実証主義から導かれる結論ではない。しかも、リストは現行法との関係でなされた自身の提案が厳しいとは思っていなかった(Liszt, a.a.O. (Anm. 39), S. 17f.)。ここで共同責任について語ってはいるが、本文でいうような人道的なアプローチは行われていない。なお、犯罪の社会的原因を非常に重要視しながらも、

な立場を一貫させていたわけではなく、「政治家」らしく状況に応じて、その立場を変えるのである。たとえば、リストはドイツ国家主義者から始まり、政治的な立場を左派自由主義へと近づけるが<sup>106</sup>、そのような変化はビスマルクの失脚（1890年）以降始まったとされる<sup>107</sup>。上記の「人道的」な発言もリストが政治的な立場を変更してからなされたのである。リストが政治的な状況の変化に従い、その学問的な立場を改変するのは、専門的な研究に携わる者からみれば異様に思われるだろう。しかし今まで見てきたとおり、進化的発展論および目的思想を信じ、政治的な考慮を行う「支配階級」であるリストにとっては、彼自身の振る舞いはまさに「存在当為的」であったであろう。

本節で検討したように、リストの犯罪原因論は最終的に犯罪の科学的な分析とはかけ離れた結論を導き出しており、その結果、彼が自ら刑法学の課題として取り上げた「犯罪と刑罰の因果的解明」はほとんどその意味を有しなくなった。それは、すなわち、犯罪の社会的原因を探ると言いつつも、結果的には単に現状を正当化することにとどまってしまい、そこには理論的な一貫性も科学性も欠落しているということである。換言すれば、リストは犯罪の社会的原因をただ列挙しただけであり、それらを実質的に分析し社会的な矛盾状況の解消に向けて提言することを敢えて回避したとも言えるのである。彼の基本的な方法論である社会的進化という思考によれば、現に生じている犯罪の増加が社会の諸関係の矛盾から発生したとしても、それは文化の高揚に随伴する必然的な現象であるにすぎない。つまり、リストの理論は社会の矛盾した現状を黙認するばかりか、ひいては現状に対する安易な正当化につながる契機を孕んでいたということである。さらに、彼の責任能力論においても指摘したように、リストの犯罪原因論は、いわゆる「支配階級及びこれに類似したもの」による恣意性を認めている点でも非科学的であると言わざるを得ない。

そえをふまえると、リストにとってより重要なのは、発展にそぐわない人為的淘汰、ないしは実証主義的国家観によって正当化され得る、階級的イデオロギーに基づく反対者の「排除」であると言えよう。

---

結局、何もなすことのできなかつたリストのこのような発言は、矛盾を露呈しているのであり、何らかの基準としては到底考えられない。

<sup>105</sup> Radbruch, a.a.O.(Anm.24), S.211.

<sup>106</sup> Ebenda. 民族主義者であったリストはビスマルク失脚以来、左派民主主義を奉ずる進歩党に鞍替えした。

<sup>107</sup> Lilienthal,ZStW 40(1919), S.542.

### 第三節. 刑法学の学問としてのあり方

リストが自身の理論において「目的」や「進化的発展」などのア・プリオリな概念を設定し、学問上の方法論として実証主義的アプローチを用いたのは、建前としては、犯罪を社会的な現象として理解し、それを科学的に分析し犯罪を効果的に克服するためであった。だが実際には前節で検討した通り、リストの理論構成及びその方法論は、そのような期待には答えられておらず、結局、彼の階級的イデオロギー性を露呈するものであった。そのような結果を前にすると、リストが、「全刑法学」という名の下、当時注目されていた自然科学の研究手法およびその成果を刑法学に取り入れようとしたのは、それほど意味がなかったのではないかという疑問が生じてくる。

リストは、学問の役割は国家に供するところにあると言っているが<sup>108</sup>、そこに想定されている国家とは、既述のように、実証主義的国家観に支えられている国家なのである。その実証主義的国家観において想定されている国家とは、のちに検討するように、法的権利を担保する実力をその本質とする国家であって、このような国家においては、その都度の必要に応じて、国家のあり方だけでなく法のあり方も改変できる対象として取り扱われるだろう。このような国家観のもとでは、どうしても政策的な観点が優先的な地位を占めることにならざるを得ないだろう。したがって、こう考えると、前述の疑問は憶測ではないと言える。しかしながら、「全刑法学」という学的試みも、また、リストの「学問観」を反映するものであり、それ自体一定の意味をもっていると言わなければならない。リストの「学問観」を明らかにするためには、彼の国家観と「全刑法学」という彼の学的試みとの間の関わり方に関する考察また必要になる。

#### 一. リストにおける刑法学の課題および全刑法学

リストは自身の刑法学上の理論的構想を「刑法学の課題およびその方法」という形で表した<sup>109</sup>。刑法学の具体的な課題として3つの分野が設定されており、それは彼の学問上の

---

<sup>108</sup> Franz von Liszt, Die Reform des juristischen Studiums in Preußen, Berlin 1886. S. 10f., 21f.

<sup>109</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 21), S. 284.

アプローチを簡潔にまとめたものであると言える。すなわち、1. 教育的課題として、刑事学に関する専門家の養成、2. 犯罪と刑罰の因果的解明、そして3. 刑事政策(Kriminalpolitik)である。リストは専門家養成の方法として、刑法および刑事訴訟法の法学的論理教育と構成要件確定のための専門的実務教育を用いる。その際、リストは前者を狭義の刑事法学、後者を「Kriminalistik」と名付ける。そして犯罪と刑罰との因果的解明においては、これをさらに犯罪の解明と刑罰の解明とに分けて、前者を犯罪学(Kriminologie)、後者を行刑学(Poenologie)と名付けている<sup>110</sup>。

では、リストの設定した刑法学の課題はどのような広がりを持っているか。リストは、まず何よりも、刑事学に関する専門家の養成を一番目の課題として取り上げている。というのも、刑法実務家にとって最も重要な仕事が構成要件に結びつけられている法的効果(刑罰)を宣言するところにあるからであり、そのためには、刑法実務家は構成要件を輪郭づけ、刑罰の方法と程度を確定している法規をも知らなければならないのである<sup>111</sup>。リストはこのようにして法解釈に相当な力を入れている。その際に、彼は、法解釈学は法技術学的考察であるとしてその取り扱い方を社会的・自然科学的考察に対置し、理論法学の方法は法命題を対象とする論理学であり、これに課せられた使命は諸概念の論理的統合に尽きるとする<sup>112</sup>。これについてヴェルツェルは、リストが解釈学の課題およびその方法を、全く形式論理的な意味において概念の論理的な結合として規定したとする。そして、リストがこのように解釈学において概念法学に傾いたことの根拠は、「刑事裁判官を解釈学上拘束することによって、市民的自由のもっとも重要な防波堤の一つが我々に与えられる」とする<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.21),S.296. なお、日本においては、犯罪現象解明の科学が「犯罪学」(criminology)と呼ばれており、「刑事学」という言葉は、牧野英一博士がフランス語の sciences pénales を日本語訳にしたものである。刑事学とは「狭義においては犯罪原因究明の学であり、広義においては犯罪対策たる刑事政策をも研究対象とするものであるから、犯罪学とほぼ同旨の意味をもつ言葉と考えて」もいとされている(森本益之ほか著、『刑事政策講義[第3版]』有斐閣、1999年、3頁)。

<sup>111</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.21),S.285. 「刑法学の方法と課題は、リストの構想の下では、相当広がる必要がある」。というのも、「合目的で効果的に犯罪を撲滅するためには、刑罰の効果及び犯罪原因の正確な知識が前提となる」からであろう(Arnd Koch, Binding vs. Liszt – Klassische und modern Strafrechtsschule, in: Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Erig Hilgendorf und Jürgen Weitzel (Hrsg.), S.133.)。

<sup>112</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.40),S.77f. 法解釈のところで、リストは古典学派と本質的に一致している。リストは、「「法益」の概念とともに、目的思想が法理論の領域に侵入し、法の目的論的考察が始まり、形式論理的考察は終息した」として、ビンディングを批判しながらも(A.u.V.I.S.223f.)、古典学派について、「形式法学的詭弁の脇道に落ち込んだが、全体として大まかに見れば、古典学派は正しい方法を用いて仕事をしたのであり、おびただしい実定法上の諸規定を通じて提供された広範囲の経験的な基礎から出発し、間断のない...仕事を通じて、絶え間なく続けられるきわめて慎重な抽象により最上位の諸原則、すなわち最も精緻な最高の概念を獲得した。このようにして、古典学派は刑法の完結した体系を構築することに努めた」と、評価している(A.u.V.II.S.434f.)。

<sup>113</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.435.

リストの言葉から導き出すことができる、とヴェルツェルは述べる<sup>114</sup>。リストの解釈学における概念法学的傾向をヴェルツェルは「実証主義的社会的権力イデオロギー」に求め、「機械的因果概念によって開かれた、事象の技術的な計算可能性の結果」、自然必然的な過程から脱することができない限り、機械的因果概念によって、人間が「自然並びに精神的・社会的な生活に対する支配」ができるように、「技術的・形式的概念、計算可能な法概念によって、国家に対立してでも、個人の行動の自由と行動する力の最善のものが個々人に与えられる」とする<sup>115</sup>。以上のような見解に立つことで、本来、刑事政策上の根本思想からすれば「心情刑罰(Gesinnungsstrafe)に到達するはず」のリストが<sup>116</sup>、どうして科刑の前提に関しては断固とした客観主義者になっているのかという疑問は解消されると思う。というのも、リストが概念法学的傾向を徹底したとすれば、常習犯に対する特別な取扱いはできないはずであるが、リストは常習犯に対する厳しい取扱いを認めているので、このようなことから常習犯と質的に異なる対象の存在が概念的に区別されるからである。このような判断の際に、「支配階級およびこれに類似したもの」の理解が意識されることは明らかである。したがって、彼らの自由を担保するための法解釈は不可欠なのであり、それを充実に履行するための法実務家の養成は非常に重要であったであろう。

次に、リストが刑法学の第二、三番目の課題として取り上げた、犯罪学(Kriminologie)および行刑学(Poenologie)と刑事政策(Kriminalpolitik)とは、まず、いわゆる「全刑法学(gesamte Strafrechtswissenschaft)」という用語との関係で考察を要する。というのも、「全刑法学(gesamte Strafrechtswissenschaft)」という言葉に関してリストは明確な定義を行っていないため、それが具体的に何を指しているのかが定かではないと思われるからである。この用語についてリスト自ら言及している作品は、『全刑法学雑誌』(ZStW) 創刊号の「読者へ(An unsere Leser)」<sup>117</sup>、そして彼の講演論文集(A.u.V.)の中で取り扱われている「刑事政策上の課題(Kriminalpolitische Aufgaben)」<sup>118</sup>と「刑法学の課題とその方法(Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft)」<sup>119</sup>との三点であろう。まず全刑法学雑誌の創刊号において、この雑誌の取り扱う領域との関係で「全刑法学」の内容をうかがうことのできる部分が見い

<sup>114</sup> Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13), S.37.

<sup>115</sup> Ebenda.

<sup>116</sup> Ebenda.なお、リストは「刑罰とは個々人の自由へのかなり深く介入することを意味するので、確信ではなくて疑いだけで、つまり行為ではなくて犯罪性の心情しかない場合に、刑罰が下されてはいけない」としている(A.u.v.II.S.16.)。

<sup>117</sup> ZStW 1.(1881), S.1.

<sup>118</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.68),S.290ff.

<sup>119</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.21),S.284ff.

だされる。すなわち「全刑法学雑誌」というのは、刑事法学の中央機関紙として、刑法および刑事訴訟法と「刑法補助学(strafrechtlichen Hilfswissenschaft)」を包括しながら、ドイツと重要諸外国の刑事立法および学問の進歩に関する、可能な限り完全で正確な状況を示すことにその主眼があるとす。さらに上掲の「刑法学の課題とその方法」においては、「Kriminalistik」、「犯罪学(Kriminologie)」および「行刑学(Poenologie)」、「刑事政策(Kriminalpolitik)」、そして「刑法および刑事訴訟法」という用語が出てくるが、ここではあくまでも刑法学の課題として取り組むべき領域が示されているだけであって、「全刑法学」の定式化は行われていない。最後に「刑事政策上の課題(Kriminalpolitische Aufgaben)」の中では、刑法と刑事政策を統合する言葉をフランス語の *sciences pénales* とイタリア語の *scienze penali* とに求められるも、それらに該当するドイツ語がないため刑法学に「全」という言葉を付け加え、これが狭義の「刑法学」にとどまらないことを示すとされている<sup>120</sup>。ここでもリストは、「全刑法学雑誌(ZStW)」の名前の由来を説明しているだけであり、「全刑法学」とは何かを定義していない。以上から、リストがいわゆる「全刑法学(gesamte Strafrechtswissenschaft)」という言葉にどのようなイメージをもっていたのかを推測してみると、おそらく、「Kriminalistik」、「犯罪学(Kriminologie)」および「行刑学(Poenologie)」、「刑事政策(Kriminalpolitik)」、そして「刑法および刑事訴訟法」に、全刑法学雑誌創刊号で取りあげられた「刑法の補助学(die strafrechtliche Hilfswissenschaft)」を「全刑法学」の名の下で統合しようとしたのではないかと思われる<sup>121</sup>。

そうすると、「全刑法学」という観念のもとには、当時の刑事法学と関係しているほぼすべての分野が含まれることになると思われる。これはリストの個人的な信念からなされたものであり、言うまでもなく合目的で効果的な犯罪克服のためである。そのために刑法家は、帝国刑法典の諸規範を熟知する必要があるだけでなく、それを超えて関連諸学問分野の協同をも必要とし、それらの諸分野すべてを熟知している必要があろう<sup>122</sup>。というのも、それ以前の刑法学における人間というのは、抽象的・形式的に把握されているだけであり、個々人の特性に着目した実質的な形では扱われていなかったからである。したがって、犯罪者に関心を寄せることになると、犯罪者がどうして犯罪を起こすようになったの

<sup>120</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.68), S.293.

<sup>121</sup> 全刑法学という言葉で、リストが表現しようとしたのは、「単なるドグマティックではなく、法律的な性質と刑事学的な性質との異質な知識を含むものであった」と言える。(Luis Jiménez de Asúa, „Corsi e ricorsi“ Die Wiederkehr Franz von Liszt,in:ZStW,81.S.691.)

<sup>122</sup> Arnd Koch,a.a.O.(Anm.111), S.133.



かに関する研究の必要性が出てくるのは当然であろう。それで、新たな犯罪現象に立ち向かうためには、刑法学は思弁的な考察から脱却して、犯罪を社会現象として把握し、犯罪の原因を科学的に分析することで適切に対応しようとする動きが出てくるのである。リストが「全刑法学」という名の下で、自然科学の方法論を使う経験科学に関心を寄せたのは自然であったと言える。犯罪を単なる法的な分析ではなく、個人的な要因と社会的な要因から成立する社会的現象として科学的ないし実証的に把握し、犯罪克服のための犯罪政策を施すことの必要性を提案したこと自体は、リストの偉大な功績であると言える。

しかし、リストをそのように理解するのは一面的な考察にすぎないのであって、彼が刑法学の在り方について、どうしてそのように意識するようになったのかを踏み込んで考える必要がある。というのも、リストは一九世紀後半の社会・経済的な背景、つまり産業資本主義の発達による貧富の差の拡大、都市への人口集中、階級間の対立の激化に伴う犯罪の増加(特に常習累犯と少年犯)を前にして、当時刑法学、とりわけ刑罰のあり方をめぐる議論を可能にした知的環境から<sup>123</sup>、自身の理論的枠組みを作り上げているが、その際、彼が刑法補助学に関する専門的な識見をもっていなかったということを、我々が考慮しなければならないからである。すなわち、リストの「マールブルク綱領」の中には、当時の刑罰のあり方についての議論状況が言及されていることから分かるように<sup>124</sup>、「マールブルク綱領」が完成したのも同時代のそのような議論状況を踏まえたうえでのことである<sup>125</sup>。しかし、ケンペの言うように、リストが社会学、社会経済学、教育学、生物学、そして心理

<sup>123</sup> 「マールブルク綱領」の誕生期における諸議論については、Adrian Schmidt-Recla, Holger Steinberg, Eine publizistische Debatte als Geburtssunde des „Marburger Programms“, in: ZStW.119 (2007).

<sup>124</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.130.(Anm.2). 興味を引くのは、リストによって紹介されている人たちが異なる職業を持っているということである。すなわち、ポーゼン出身のミッテルシュテットは(Mittelstädt, 1834-1899)刑事実務家であり(Schmidt-Recla, Steinberg, a.a.O.(Anm.123), S.196.)、クレペリンは(Kreapeln, 1856-1962)医学者である(Schmidt-Recla, Steinberg, a.a.O.(Anm.123), S.197.)。そして、ジッヒャートは(Sichart, 1833-1908)あまり知られていないが、1861年以降はバイエルンとヴェルテンベルクの行刑職に務め、1881年にはヴェルテンベルクのルートヴィヒスブルクの刑務所長を経験した行刑官であり、帝国統一行刑法典の草案の作成に携わった人物である(Schmidt-Recla, Steinberg, a.a.O.(Anm.123), S.198.)。マクデブルク出身のゾンタークは(Sontag, 1835-?) ハレでローマ法に関する論文で博士号を取得したあと、ビンディングの後任者として刑法の教授になった学者である(Schmidt-Recla, Steinberg, ebenda.)。このように、当時の刑罰に関する議論には諸分野の論者が参加しており、相当の広がりをもっていたのである。

<sup>125</sup> この時代の知的環境は、リストの「全刑法学」および「マールブルク綱領」を生み出すが、それにとどまらず、ビンディングをはじめとする古典学派にも大きいな影響を与えた時代的な潮流でもあった。それによって、ビンディングもリストと同じくいわゆる補助学に多大な関心をもつようになったのである。ビンディングは自分の著述の中で、「刑法は...ある程度法律を超えることを命ずる。即ち、刑法は他の学問分野、とりわけ医学・心理学および論理学から力を借り、多くの基本概念を借用する」として、補助学の必要性を認めている(Karl Binding, Handbuch des Strafrechts ; Bd.1.1885.S.11.)。リストとビンディングは刑法の補助学に関して、同じ見解をもっていると言い得る。

学などの領域においてまったく門外漢(Laie)であり、専門家にとっては使用できないような概念を、門外漢にありがちな勇敢さで操作したということを想起する必要があるということである<sup>126</sup>。専門的な知識を兼ね備えていないまま、目下の議論状況を踏まえたということは、砂の上の楼閣のようなものであると言わざるを得ない。したがって、我々はリストの「全刑法学」が有する歴史的意味合いよりも、その内在的な限界に注目する必要がある。

ともあれ、当時の知的環境および刑法学に関する議論状況を取りまとめたリストは、その後、刑法学における「近代学派」という大きな流れを作っていく、「全刑法学」という考えの下で、新たな刑法(学)および刑法改革に臨むことになる。とはいえ、リストが全刑法学に大きな意味をおいているとしても、彼にとって最も重要な分野は言うまでもなく刑事補助学を含まない刑法学である。つまり、リストは、犯罪に対する戦いにおいて、「上記の諸科学が刑法学と協働するときのみ、犯罪に対する実りのある戦いの可能性が生じる」としつつ<sup>127</sup>、「我々の学問〔刑法学—筆者による〕は、この争いにおいて指揮をとるべきである」とするのである<sup>128</sup>。おそらくそれは、当時非常に大きな信頼を受けていた自然科学の研究方法を用いた経験科学—特に精神医学—に対して主導権を握り、法学的方法と専門知識を守ろうとするリストの信条からの発言であろう<sup>129</sup>。彼が、「刑事学に関する専門家の養成」を刑法学の第一課題として取り上げたことから、それをうかがうことができるだろう。

ところで、ここでいう「刑法の補助学(die strafrechtliche Hilfswissenschaft)」とは何を指すのか。リストがそれに関する具体的な定式化を行っていないので、一概には言えないにせよ、彼が犯罪と刑罰との因果関係の解明と刑事政策とに非常に力を入れていることから分かるように、それには人間にかかわる経験科学すべてが含まれると考えられる。とはいえ、当時の補助学の水準はリストを満足させることができなかつただけでなく、リスト自身も、ほぼ門外漢(Laie)に等しかつたということをも考えると、リストにおいて補助学の有する意味は、彼が熱心に主張してきたこととは裏腹に、実際にはそれほど重要視されていなかったかもしれない。リストにとって、補助学はその都度の必要に応じて変わり得るも

<sup>126</sup> G.Th.Kempe, Franz von Liszt und die Kriminologie, in: ZStW, Bd 81, S.823.

<sup>127</sup> これに関して、リストはほかのところでも、「刑法家 (Kriminalist) というのは、それが刑法の先生であれ、警察官、検事、予審判事あるいは結審判事であれ、刑事事件弁護人あるいは刑務所長であれ、ただの法律家のままであってはいけない」という見解を明確に主張しつつ、刑法家は「帝国刑法典の諸規範及び帝国裁判所の決定を熟知しているのと同様に、犯罪人類学と犯罪社会学の成果をよく熟知している必要がある」とする(Liszt, a.a.O.(Anm.68), S.294f).

<sup>128</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.178.

<sup>129</sup> Arnd Koch, a.a.O.(Anm.111), S.134 (Fn.45).

のであり、刑法補助学の取扱いには一貫的な基準はなかったと言わなければならない。すでに検討したように、リストが犯罪の社会的原因を探る際にその限界を自ら是認したことからわかるように、刑法学と補助学との相互関係が明確でないままに、しかも既述のように、彼が補助学に対する専門的な知識をもっていない段階でそれを全刑法学という枠の中に取り入れたということは、いささか「我田引水」的な試みであると言える。

刑事補助学に対する扱い方が便宜であるということは、リストの教科書からも窺える。たとえば犯罪社会学(Kriminalsoziologie)についてみると、リストの刑法教科書第2版においては、目的思想は導入章の法哲学の節の中で扱われているが、「犯罪社会学」は本論の第一節から扱われている。ここにおいて、「犯罪社会学」は目的思想の前に置かれており、これより重要な役割を果たしているかのように思われる。その後、彼の教科書第3版に入ると、「犯罪社会学」は自然科学的な扱いを受け、因果律が支配する現象界を探求するものとして刑事政策と区別される。ここで刑事政策の主たる任務は、犯罪の合目的的で有効な克服となる。しかし、第5版に至ると「犯罪社会学」という表現はみられなくなってしまい、政策に関する説明が関心の的になっている<sup>130</sup>。このことから、リストにとっての経験科学はそれほど重要な意味を持っているとはいえ、状況に応じて便宜的に利用されるものとしてしか取り扱われていないと考えられる。リストの「全刑法学」という構想は刑事政策にその焦点が合わせられていると言えるのである。

## 二. リストの国家観と学問の役割

犯罪と刑罰の因果関係を解明するために、リストは実証主義的アプローチを彼の学問上の方法として引き入れ、理論的基礎を築き上げた。実証主義的な考え方はリストに影響を与えた当時の学問的・知的環境に一般に内在しているものであって、それが当時の国家および法に対する観念をも変化させたのである。リストも実証主義的な国家観に強く影響されており、そのことが彼の「学問観」の形成にも大きな影響を及ぼしている。そこで、まず一九世紀における実証主義的な国家観およびそれに基づく法観念について考察したのち、リストの「学問観」を探ることにする。

一九世紀を通じ、哲学および法学において、理想的なものへの関心が現実的なものへの関心に、普遍的なものへの関心から特殊的で相対的なものへと重点が徐々に移っていく。

<sup>130</sup> Monika Frommel, a.a.O. (Anm. 17), S. 43.

このような実証主義的な傾向は、一九世紀初期から法学において潜在していた。それは一九世紀後半において確立され、その絶頂期を迎える。その結果、超越的な諸原理と諸価値に対するあらゆる信念は破壊されることになる。真偽、そして善悪や正不正などの判断は、効用および便宜性に基づいて行われるものとされたのである。価値判断というのは客観的真理の表現であるというよりも、むしろ主観的な好みの表現であると解されるようになる。経験的事実からの論理的帰納が、正しい理性に取って代わったのである。絶対的な道徳的価値などは経験的に証明できるものではない。それゆえ、個人的権利はもはや超越的には考えられないことになる。したがって、形而上学と超越的真理とが拒否された結果、人間としての個人に特有な自然権の観念も放棄されるようになるのである。そこで、「権利は利益と等しいもの」とみられる傾向が生ずる。このようにして、権利というのは国家に先立つ超越的なものではなく、むしろ「国家の存在の結果」とみ込まれるようになったのである<sup>131</sup>。これは、抽象的な人間としての権利ではなく市民としての権利であり、したがって法的権利が自然権に取って代わることを意味する。法というのは、「理想的な規範」としてではなく「社会勢力の産物」とみ込まれるようになる。すなわち、人々は人間および政府の法を実力に基づいて裏付けられた「意志の表現」と考えるようになる。政府の「権威」に対する具体的な個人的権利のような、「実質的な制限」は放棄される。というのも、法という形で権利が社会勢力の産物として与えられるという考え方からすると、権利はもはや制限原理でなくなるからである。したがって、政府の「権威」に対する唯一の制限は法の形式をとらざるを得ないのである。しかし、そのような法の形式というのは、個人の諸権利を破壊するかもしれない内容さえも当てはまる形式となるであろう。このような実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念に関して充実しているのが、イェーリングのそれである。なお、リストも「法秩序を侵害する無法者から法秩序を守るために、国家権力が正義の剣を手にした」といい、このような考え方は、イェーリングが「法における目的」のなかで規定している「法の概念」に基礎をおいているとしている<sup>132</sup>。イェーリングの考え方のリストとの関連性を検討することで、リストの国家観および法に関する考え方が明らかになる。

---

<sup>131</sup> 以上、J.H.ハロウエル、前掲書(注9)、105頁以下。

<sup>132</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.150.

イエーリングは「法はある国家において行われる強制規範の総体であり」<sup>133</sup>、「国家が法の唯一の源泉である」とする<sup>134</sup>。そして、制限原理として「国家権力が自己の公布する規範に自ら拘束されるということを通じて初めて、規範適用における偶然は排除される。恣意に代わって法規の平等性、安定性、予測可能性が生ずるのである」としている<sup>135</sup>。国家が法の唯一の源泉であるとすれば、これは強者、支配階級つまり国家の支配者の政策によって左右されるのが法規であるといっているに過ぎない。それが形式的法治国家を意味しているのはいうまでもない。このような考えは刑法の領域にもそのまま当てはまる。すなわち、イエーリングは「社会の保護、その持続そしてその生活目的というきわめて実際的な動機が社会に正義という剣を与えるのである。このような実際的目的の観点が刑法の全体的形成の際には決定的であり、その観点は、社会がどのような行為を罰し、どのような刑罰を選ぶかという問い、そしてどのような基準でさまざまな犯罪の重さを量定するかという問いにも同様に、決定的である」とする<sup>136</sup>。「支配階級」による責任能力の決定を支持するリストがこのようなイエーリングの思想を引き継いでいるのは明確であり、したがって具体的な刑罰および処置の問題においても法的形式性さえクリアすれば、例えば常習犯に対する厳しい対応といったことには何の問題もないことになる。そして、イエーリングは社会の安全および維持そして社会的目的を実現するために、国家及び社会は権力または強制という手段を利用するとし<sup>137</sup>、「強制を通じて保護される社会的目的システムが法である」とする<sup>138</sup>。そのような目的のためなら、イエーリングにとって法的安定性は飾り物に過ぎない。すなわち、「法律によって国家権力は自らの手を束縛する。これが絶対的であれば、国家の法律は自然法則と同様のものであり、国家機構(Staatsmaschinerie)はまるで時計の仕掛けのように必然的确实さ、規則性、平均さでもって進行するだろう。しかし、これには一つのだけの特性が欠けている—つまり、生活能力が欠けているのである。このような国家は一か月も持たない。...法規が排他的な優位にあるということは、社会がその手段の自由な利用を放棄するのと同じ意味である」、と<sup>139</sup>。さらに、「船と乗務員を救うことが肝

---

<sup>133</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 318.

<sup>134</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 319.

<sup>135</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 344.

<sup>136</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 364.

<sup>137</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 50.

<sup>138</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 240.

<sup>139</sup> Jhering, a.a.O. (Anm. 22), S. 413f.

要である場合に、船乗りが積み荷を投げ下ろすように、それが社会を深刻な危険から守る唯一の手段である場合に、国家権力は法律を投げ下ろす」というのである<sup>140</sup>。

このようにイェーリングは、法的安定性および罪刑法定主義原則の意味の緩和を企て、一九世紀の法治国家刑法の基本原則を攻撃したのである。つまり、彼自身の意味合いにおける「実質的な正義」のために、法的安定性の相対化を計ったのである。リストは「マールブルク綱領」において、イェーリングの思想を引用しながら、その影響を認めているので、彼の国家観および法観念も基本的には、イェーリングの実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念に一致していると言える。だがここで、法的安定性および罪刑法定主義原則の意味の緩和ないし形骸化をものともしなかったイェーリングと、いわゆる「マグナ・カルタ定式」を唱えたリストとはかなり相違があるのではないかとの疑問が生ずる。しかし、その定式が「マールブルク綱領」の誕生から10年以上たってから公にされているということに注意しなければならない<sup>141</sup>。しかも、その間、「反自由主義的で反法治国家的な結論を導くようなイェーリングの目的思想」に<sup>142</sup>リストはいかなる懸念も示していなかったことから、暗黙のうちにそれを認めたと言える。このような観点からは、「マグナ・カルタ定式」は非常に手遅れであると言わざるをえない<sup>143</sup>。しかも「マグナ・カルタ定式」については、リストが自身の犯罪原因論から類型化した犯罪人の形態、特に改善不可能な常習犯の処遇の問題を考えると、自由と人権の保障という法治国家性がこの定式によって実質的に保たれるのかという疑念が生ずるのである。

そこで刑法のあり方に関するリストの基本的な姿勢を見極める必要がある。まず、最初に問題とすべきは、刑罰によって無害化されるべき改善不可能な常習犯の認定に関することである。リストの認定基準となるのは、過去の犯罪行為とその頻度である。彼の「刑法における目的思想」においては、三度目の有罪判決を受けた者に対して不定期刑の拘禁を認めようとした<sup>144</sup>。しかし、その後、最初のただ一回の犯罪に関しても、重大犯罪と判断

<sup>140</sup> Jhering, a.a.O.(Anm.22), S.417.

<sup>141</sup> Ehret, a.a.O.(Anm.42), S.126. ; いわゆるリストの「マグナ・カルタ」思想が明瞭な形で表明されたのは、1893年に公表された「Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe(A.u.VII.S.60.)」においてである。これについては、藤尾、前掲書(注62)、131頁(注1)を参照されたい。

<sup>142</sup> Ehret, a.a.O.(Anm.42), S.121. ; なお、Ehretによれば、イェーリングの「法の唯一の源泉は、国家である」という発言から(Jhering, a.a.O.(Anm.22), S.319)、イェーリングの法概念の有する国家実証主義的特徴が明確であるとし、その濫用可能性は宿命的であるとする(Ehret, a.a.O.(Anm.42), S.121.)

<sup>143</sup> Ehret, a.a.O.(Anm.42), S.126.

<sup>144</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.170. なお、リストは常習犯になりやすい項目を挙げている。その類型は財産犯と道徳に対する罪であり、具体的には窃盗、贓物故売、強盗、恐喝、詐欺、放火及び強姦などが挙げられている。

された場合には、それが根絶のできない根深い行為者の犯罪傾向の発露であり得るとして  
いる<sup>145</sup>。改善不可能であると認定された者は、社会が自ら彼に対して防衛をはからねばな  
らない対象となり、彼を無害化するために、極めて厳しい処罰が行われることになる。即  
ち、改善不可能犯には終身、あるいは不定期の拘禁が考えられ、刑罰の執行場所は社会内  
の特別施設であり、その実態は厳格な強制労働を伴った「刑罰奴隷 (Strafknechtschaft)」で  
あり、そして笞刑も不可欠としている。さらに公民権の永久的喪失による名誉剥奪、また  
独房拘禁を採用する場合には、暗室拘禁、極めて厳格な断食も併用されるということであ  
る<sup>146</sup>。なお、不定期刑を宣告された人がそれを免れるためには、有罪判決を言い渡した管  
轄裁判所に属する観察委員によってなされた提案を裁判所の刑事部が認める必要がある<sup>147</sup>。  
しかし、それは全く例外的なことであり、その基準は社会的危険性の有無であるというこ  
とになる。

リストの犯罪原因論において社会的要因も個人的な要因に還元されていることは、すで  
に前節で指摘した通りである。そこでは、社会的な原因の分析に目が向けられることなく、  
反社会的な心情ないし危険性の判断は裁判官に委ねられており、さしあたり、社会的な原因  
探求を積極的に避けることが理論的に可能となった。その結果、残されたのは個人的要因  
からの判断であるが、前述の改善不可能犯の認定過程そしてその処遇の仕方に限っていえ  
ば、リストのマグナ・カルタ思想から自由と人権の保障という核心的な部分が事実上骨抜  
きにされることになると言わざるを得ない。リストにおいて、刑事政策の合目的性の中に  
刑法の自己限定ないし自己抑制の原理が内在していることが証明され得ない限り、彼の目  
的的思想と法定主義との整合性には齟齬が生じていることになる。また、仮に、自らの理論  
体系を、何らかの目的に都合良く供するために作り上げようとする意図がリスト本人には  
なかったとしても、結果的には、国家刑罰権力にとって都合のよい刑法をもたらしかねな  
い理論的な基礎を彼が構築しているということは否めない。言い換えれば、リストの理論  
には、その意図にかかわらず政治的に利用され得る危険性があるということである。とい  
うのも、リストの理論の根底をなすものは社会秩序ないし社会防衛であり、特に確信犯(=  
政治犯)に対して、その危険性を理由に裁判官(国家刑罰権力)が行為者の内面的な心情

---

<sup>145</sup> Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen ?, in: A.u.V.II, S.404.

<sup>146</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.170.

<sup>147</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.170f.

を恣意的に判断し、そしてそれに対して一方的な危険性を宣言して当該の政敵をいわば一生無害化することができるからである。

実証主義に影響されたリストの国家観およびそれに基づく法の観念は、リストの理論の中に見いだされるだけでなく、国家と教育に関する彼の主張にもよく現れている。リストにとって国家は絶対的な忠誠の対象である。たとえばそれは、リストが大学教員として学生たちに示した、目下の国家への無条件的な服従への要求からも明らかである<sup>148</sup>。リストは、学問と教育を新しい状況のもとで、「国家目的」に使うことを要求する<sup>149</sup>。そして、プロイセンの主導のもとで新しく復活したドイツ帝国において、プロイセンの優先のもと、我々に生まれつきの力強いドイツ人の特質から、帝国法が栄えた、といいつつ<sup>150</sup>、学生に古プロイセン、従って真のドイツ人精神を想起させたのである。その精神の本質は、どんなことにも無条件・無制限で(厳格な)義務を遂行するところに存する、とする<sup>151</sup>。張りつめた規律で学生を教え、学生の意向を常に無条件に共通の関心に服従させ、その構成員を、法律上の国家市民をも真の誠実な国家市民に育て上げることが大学に要求されているとするのである。そして、リストは学生たちに、学問に仕えることで、帝国および皇帝に仕えることができると呼びかけたのである<sup>152</sup>。「学問の目的」が「国家目的」に仕えるところにあるとするリストは典型的な国家主義者であり、これを見る限り、彼の自由主義者としての面影は見当たらないといっても過言ではない。リストの国家及びその役人に対する信頼が揺らいだことはない。彼は「重要行政機関の正常な意識」あるいは「裁判官の健全な正義感」を信頼することを唱えたのである<sup>153</sup>。なお、リストは刑法および刑事訴訟法と文化的関係および政治的な関係との間の一般的なかかわりを理論的に承認しており<sup>154</sup>、上記のリストの国家観も合わせて考えると、リストが理論的にも実践的にも自分の構想を、刑罰権力の投入の際に、帝国主義国家の目的に一致させたということが窺える。さらに、リストが刑事法学にかかわる実務家の養成教育を刑法学の課題の一番目に挙げるほど強い思い

---

<sup>148</sup> John Lekschas/Uwe Ewald:Die Widersprüchlichkeit des Liszt'schen Konzepts vom Strafrecht und ihre historisch-materialistische Erklärung,in: Liszt der Vernunft,Kriminalsoziologische Bibliographie 1984,Heft 42.S.84f.

<sup>149</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.108),S.10f und 21f.

<sup>150</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.108),S.30.

<sup>151</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.108),S.55f.

<sup>152</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.108),S.56f.

<sup>153</sup> Franz von Liszt ,Reichsrede 1917,in:Verhandlungen des Reichstages BD.310,13.Leg. Per.,2.Session,stenografischer Bericht der 105.Sitzung des Reichstages am 10.5.1917.3202 D ff.

<sup>154</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.39),S.9f.



をもっているが<sup>155</sup>、前述した帝国における大学教育の意味合いにおいて、国家における法の役割を考えると、養成された法実務家は国家目的に供しなければならないのであって、そこからリストのリベラルな姿勢は見受けられないのである。

リストにとって、国家というのが法の唯一の源泉である。そして法というのは、強者、支配階級つまり国家の支配者の政策によって左右されるものであって、国家の支配者というのは、恒常的なものではなく、情勢によってその都度変わるものである。このような考え方をしている人は、実力による秩序に従うことを常とするだろう。リストの場合、たとえば、いわゆる「社会主義者鎮圧法」との関係で彼のとった行動が、そのことを裏付けていると思われる。リストは、自身の初版の教科書において、1878年のヴィルヘルム一世の暗殺計画を機にビスマルクの提案した「社会主義者弾圧法」を扱ってはいるものの、これに対して政治的な評価は加えていない<sup>156</sup>。熱烈なビスマルク支持者であった彼にとっては当然のことであろう<sup>157</sup>。進化論的發展論を理論的基礎として採用し、社会的諸問題に対して実証主義的アプローチを採ったリストにとって、同法のような法は、まさに「進化」のために必要なものと思われたかもしれない。リストが精力的に活動した時代は、資本主義が展開され、独占的資本主義・帝国主義段階にまで進む中で生じてきた社会の内的矛盾、つまり階級間の対立、人口の増大と都市への人口集中、住宅難、貧富の格差などの激化により、社会的に非常に不安定な時代であった。このような背景から犯罪、とくに常習犯と少年非行の増大が社会問題になりつつあった。さらに、このようなドイツにおける資本主義経済が一九世紀末頃に帝国主義の段階に入るにしたがって、社会主義的社会運動が広がりを持つようになった。このような時代的な状況に刺激されて、リストのいわゆる「マールブルク綱領」および犯罪原因論は構想されたのである。国家を信頼し、忠誠心で満ちて

<sup>155</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.21),S.285f und S.296.

<sup>156</sup> Franz von Liszt:Das deutsche Reichsstrafrecht,1881.S.443ff.;Lehrbuch des deutschen Strafrechts,1884.S.517ff.なお、これについて、藤尾氏の分析が有益である。つまり、「エー・シュミットは、リストをビスマルクの熱狂的崇拜者であったと述べているが、…彼が、いわゆる典型的な「ボナパルティスト」であったことを意味すると理解してよいだろう…。リストの政治家的資質について語っているが、このとき、かれが、オーストリーからドイツに移り住んだ前年、すでにビスマルクによって、いわゆる社会主義者取締法が、法の前の平等を破る例外法(Ausnahmegesetz)として制定施行されていたことを考えあわせるならば、リストの社会観ないしは政治的立場、さらには当時の社会情勢に対するかれの見解・態度の一端をも窺知しようように思われる」と。(藤尾、前掲書(注 62)、111 頁の(注 25))。

<sup>157</sup> ビスマルク時代は、社会的矛盾を緩和するために国家権力、つまり刑罰権力の柔軟な投入を自由主義と結びつけた。それがビスマルク治下の刑罰政策であり、必要であれば国家の強制的な介入が可能となったこのような傾向はその政治的影響において明白であった。暴力による社会主義者の鎮圧への試みがそれであり、社会主義者鎮圧法がそれを明確にする。新しいドイツ労働者階級は、ドイツ帝国の政治的な第一の敵として見做され、扱われたのである(John Lekschas und Uwe Ewald,a.a.O.(Anm.148), S.83.)。

いる彼にとって、このような「国家的危機」に対して立ち向かうのは当然のことであったのであろう<sup>158</sup>。そのことは、リストの実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念からくるものでもあろうが、彼自身いわゆる「支配階級およびこれに類似したもの」<sup>159</sup>に属しているという意識からも肯定できるであろう。

このようにして、以上のことをふまえて、リストにおける学問の役割ないし使命を総じていうならば、それは、国家を支える支配階級の利益を最大限守りつつ、国家の目的にそ

<sup>158</sup> とはいえ、彼は非常に柔軟な思考の所有者であり、ビスマルクの失脚のあとにそのような姿勢は大きく変わる。「社会主義者鎮圧法」が撤廃されるようになった背景には、社会主義運動の展開があり、これはますます関心を持たれるようになる。このような政治的な変化に敏感に動いたのがリストであり、国家主義者・民族主義者から左翼民主主義者へ転向する。これは彼のもっている世界観からして、それほど驚くことではないでき事である。リストは犯罪の社会的原因が個人的原因よりも重要であるといいつつも、「社会病理現象としての犯罪」を、生物学的アプローチに基づき、犯罪を世の中から完全になくし得ると考えるのは理想であるとしており(Liszt, a. a. O. (Anm. 66), S. 237)、その限りで社会主義を肯定するまでには至らなかったと言える(木村、前掲書(注 15)、329 頁)。

<sup>159</sup> リストは「一八世紀においてのように、このような動き(刑事政策領域で表面化された動き：筆者)の源は、専門の法学者および大学講壇の学問の代弁者にあるわけではなくて、市民の正義感と実際権利と見做すものとの葛藤を感じる市民にある」と述べている。ここでいう市民はだれかということ、改革運動を主導する教養市民(*das gebildete Volk*)であるとしている(A. u. v. II, S. 23.)。この教養市民がいわゆる「支配階級およびこれに類似するもの」であるということは言うまでもない。教養市民(*das gebildete Volk*)という概念は、ドイツの歴史を理解するためにも、とくに「ドイツ近代刑法史」をより正確に理解するためにも非常に重要な意味を持っているので、以下において、それに関する先行研究を簡単に紹介しておく。野田宣雄氏によると(以下は彼の著書『ドイツ教養市民層の歴史』、講談社学術文庫、1997年、13頁以下)、「教養市民層(*Bildungsbürgertum*)」という言葉は最近になって一般化したものであるとし、マックス・ヴェーバーの著作のなかにも出ておらず、1980年代に入ってから登場したとする。とはいえ、*die Gebildeten, die Gebildeten Stände, der gebildete Bürgerstand*などの言葉は早くから存在しているので、これらを念頭に置いたうえで、教養市民層という言葉を用いるとした——リストのいう *das gebildete Volk* もこのように意味において教養市民と名付けてもいいと思われる。なお、教養市民層の特徴として、次の7つがあげられている。すなわち、①大学教育を受けていること。職業は、大学教授・ギムナジウム教師・裁判官・高級行政官僚・プロテスタント聖職者を含む広義の高級官僚と医師・弁護士・作家・芸術家・ジャーナリスト・編集者などの自由職業。②教養市民層は、官僚の場合に著しいが、その後継世代は優れて彼ら自身の子弟のなかから補給される。③教養市民層は、出身階層や学歴を等しくし、高等教育を前提とする機構や団体のメンバーであり、予備将校の資格を共有していることなどのために、彼らだけに特有なメンタリティーや行動様式をもつ。社会的人間関係においても、彼らは自分たちの間だけで交流し合う「集团的志向」をしめす。④社会的威信が経済的裕福よりも重視される。威信を優先させる態度はとくに官僚の顕著であるが、医師や弁護士などの自由職業の人々も、この「官僚の精神」に染まるようになった。⑤教養市民層は圧倒的にプロテスタントであり、とくに大学生および大学教授におけるその比率は、全人口のそれよりもはるかに高い。⑥教養市民層は社会の「文化エリート」である。教養市民層に属する者によって提供される現実解釈や秩序構想が—法制度から芸術作品にいたるまで—、「公的」文化を形作る。世論は基本的には教養市民層によって作り出されるのであって、教養市民層の文化が国民全体の文化を代表するものと通用する。⑦教養市民層が生み出した秩序構想を一般に流布し、それを社会全体の支配的な考え方にしてしまうような職業もまた、教養市民の手に握られている。すなわち、あらゆる学問分野—とりわけ精神科学・社会科学・神学・法律学—の大学教授、ギムナジウム教師、聖職者、作家、ジャーナリストなどの職業がそれである。なお、教養市民の周辺には、典型的な教養市民の仲間に加えてもらえないいくつかの「周辺グループ」が存在する。1.カトリック教徒 2.小学校教師 3.技師・技術者 4.貴族 5.ボヘミアン 6.労働者運動の思想的・政治的指導者グループがそれである。(これは Klaus Vondung の作品からの引用である。Zur Lage der Gebildeten in der wilhelminischen Zeit, in: Vondung (Hg.), Das wilhelminischen Bildungsbürgertum. Zur Sozialgeschichte seiner Ideen (Göttingen 1976), S. 25ff.)。このような教養市民の概念から、リストが「支配階級およびこれに類似した者」という言葉にどのような思いを寄せているのかがよく理解できる。

ぐう理論体系を樹立することであると言える。リストにおいて、国家目的の達成及び支配階級の安泰が社会の安全と等値されている。それに従えば、権力の濫用は「合目的性」という名の下で正当化されてしまいがちであり、実質的な法治国家刑法は脆弱の道を辿るしかないのである。したがって、リストを「学問観」という切り口から眺めると、たとえば、彼を人道的自由主義者として描こうとしても、このような負の側面を伏せて無批判的に議論するのは誤りであると言わざるを得ない。

## むすび

前述のように、リストにおける刑法の学問としての役割およびその使命とは、実証主義的国家観およびそれに基づく法という観念に導かれている。実証主義的国家観に依拠すれば、個人的権利はもはや超越的な原理から導き出されるとは考えらず、したがって、権利は利益と等しいものとみられる傾向が生ずるようになり、結局、自然権に代わる法的権利が形成されるのである。そうすると、この場合の法的権利というのは国家に先立つものではなく、むしろ国家の存在の結果であるとみなされることになる。このような国家というのは、その実力を存立の基盤としており、したがって、法というのも国家の担い手である支配階級ないしは国家の支配者の政治的志向によって、その形態が変わりうるものなのである<sup>160</sup>。以上のような考えに従えば、法治国家原理を制限することは容易に可能になるだけでなく、合目的的に個々人の生活に介入できる行政国家への移行も可能になるのである<sup>161</sup>。「学問の目的」が「国家目的」に仕えるべきだとするリストの立場から考えると、彼の用いた理論は、まさに、このような実証主義的国家観に应ずるものであると言えよう。それゆえ、リストにおける刑法(学)の学問としての役割・使命は国家刑罰権力にとって都合良く開かれており、その意味で刑罰権力に対する「制限の学・批判の学」としての役割は形骸化されていると言わざるを得ない。「国家目的」を重要視するリストの考え方は、国家

<sup>160</sup> J.H.ハロウエル、前掲書(注9)、107頁以下。

<sup>161</sup> ラートブルフは、社会主義者弾圧法の施行後、1881年に導入された社会的立法などを挙げ、それが「リベラルな国家が社会的国家への自己形成に取りかかる」ことであるとする(Radbruch, a.a.O.(Anm.24), S.222)。そして、彼は、リストが自分の刑事政策を経済的及び政策的思考の個人領域への転用であると名づけたことを例にとって、「リストは自身の理論を法治国家から行政国家への大きな変化に調和させた」とする(Radbruch, a.a.O.(Anm.24), S.223)。ナウケ氏は、リストの刑法を「リベラルな国家から社会的国家への過渡期刑法」、ないしは「法治国家から行政国家への過渡期刑法」であると想定する(Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57), S.262.)。なお、ケンペは、「「マールブルク綱領」は、刑法の自由の境界および自由確保から社会の中にある国家的に組織化された統制道具への移行をはっきり示している」とする(Kempe, a.a.O.(Anm.126), S.809 ff.)。

刑罰権力に対する彼の楽観的な信頼をその基盤としていると言える。しかし、それが明確な制限原理のない信頼だけに基づくものであるとすれば、いわゆる反動的な状態を回避することはできない。したがって、彼のかかげた刑法学が、ナチ国家のようないわゆる「倒錯」状態を容認するという可能性は、十分想定できると言えよう。

もっとも、リストの考えが「倒錯」した状態だけに開かれているとは限らない。というのも、特定されていない「国家目的」には、たとえば極めて自由主義的な法治国家を目指すこともその内在的な可能性として含まれていると言えるからである。そう考えると、リストの「学問観」をある特定のイデオロギーに縛られた偏狭なものとして理解しようとするのは、逆に間違った見方であると言わなければならないだろう。それは、リスト刑法学における中心概念である「目的」と「発展」という観念が広がりのある柔軟な理論構成に適していることから明確なことであると言える。

仮に、このような仮説が適切であるとするれば、リストに関する食い違う評価に関する議論においても、認識を新たにする必要が生ずる。つまり、リストの「学問観」が刑法学上の学的試みにおけるあらゆる可能性に開かれているとすれば、たとえば彼を自由主義者であるとか、保守的な人であるとかとするなどの評価は彼の追究する価値の一面だけにしか注目していないことになるので、リスト刑法学を正しく理解し、さらにそれをドイツ刑法史という歴史的な文脈のなかで再評価するためには、彼の「学問観」を明確に分析する必要が生じてくるということである。

ということで、リスト「学問観」の真の姿を追究すべく、さし当り、次章において、彼の学問上の指導理念である「目的思想」を定式化している「マールブルク綱領」<sup>162</sup>の分析に取りかかることにする。

---

<sup>162</sup> リストの「刑法における目的思想」は「マールブルク大学綱領 1882」とも呼ばれている。それには次のような理由がある。すなわち、マールブルク大学には、退職する学長が自身の後任の採用を祝って年報を提出するという慣例があった。そのようにして出された年報に「大学綱領」という名が付けられたのである。年報が発行されるごとに、教授陣の一人の学術論文が添えられることになっていた。自身の学長職を「法の目的」という就任演説で始めた、学長の Enneccerus の 1882 年の年報に「リストの刑法における目的思想」が前置きとして載せられていたのである。これは 1-32 頁にわたる紙面を埋めていたが、年報自体は 3 面だけであった(Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S,223.Fn1.)。なお、安平政吉『リストの「マールブルク刑法綱領」研究』(文雅堂、1953年)、7頁、9頁と 11頁(注4)も参照されたい。

## 第二章. 「マールブルク綱領」<sup>163</sup>における進化論的發展思想

### はしがき

フランツ・フォン・リストは、1882年マールブルク大学で行われたいわゆる「刑法における目的思想」と題する自身の就任演説をきっかけとして、当時の支配的な伝統刑法理論に立ち向かったのであり、彼に影響された人々と「リスト学派」を形成し、いわゆる「刑法における学派の争い」を引き起こした。これは当時の現行刑法の改正のための争いであり、結局、20世紀初頭以来のドイツの刑法改正運動を介してその具体的な実現が争われるようになる<sup>164</sup>。このようなリストのドイツ刑事法史における影響は、「刑法における目的思想」に代表される彼の刑事法学研究による結果であると言える<sup>165</sup>。とはいえ、リストに対する評価はさまざまであり、彼を「マイスター」として、「一九世紀後半の偉大なるドイツ刑法学者」として<sup>166</sup>、あるいは「偉大なる刑事政策家」<sup>167</sup>として高く評価する論者もみられる。さらに、リストが「一九世紀における刑法を克服して20世紀における社会的刑法発展への道を開いた」と評価したり<sup>168</sup>、彼を「自由主義者」であるとし、肯定的に評価したりする立場もある<sup>169</sup>。

他方、そのような見解に対して、それが「マールブルク綱領」をあまりにも好意的でかつ無条件的に賞賛することから生ずる評価であるとし、それを否定的にみる見解もある<sup>170</sup>。

<sup>163</sup> 「マールブルク綱領」の訳出の際に、西村克彦訳「フランツ・フォン・リスト『刑法における目的思想』」(『近代刑法の遺産(下)―ヘップ、フランツ・フォン・リスト、ユーイング』信山社、1998年、187頁以下)を参考にした。なお、一部においては訳語および訳出をそのまま借用させていただいたが、煩雑を避けるために一々指摘しなかったことを予めお断りしておきたい。

<sup>164</sup> 大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』、日本評論社、昭和52年、1頁以下。

<sup>165</sup> 勝田有恒編、『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』、ミネルヴァ書房、2008年、365頁以下。

<sup>166</sup> Hans-Heinrich Jescheck, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, in: ZStW 93 (1981), S.2.

<sup>167</sup> Claus Roxin, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativenwurfs, in: ZStW 81 (1969), S.613.

<sup>168</sup> E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Auf.3.S.357.

<sup>169</sup> 滝川幸辰『刑法の諸問題』(有信堂1951年)、265頁以下参照。

<sup>170</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57), S.227.

このような批判の根拠は、「マールブルク綱領」の持っている「反動性」、すなわち刑法上の法治国家性の破壊と進化論的アプローチによる排除原理などにあると思われる。さらに、このようなリスト理論のもつ「反動性」をイデオロギー的に解釈すれば、リストの思想というのが、「形式的自由主義・形式的法治主義思想により、ナチズムに対して思想的武装解除を行い、実質的には、その状態犯人無害化の理論により、直接ナチズムにつながったとすることができる」として<sup>171</sup>、その負の側面での影響関係を強調することも可能である。

これらのリスト評価が、リストに関する先行研究として一定の役割を果たしているといえることは否定できないだろう。とはいえ、このような対立的なリスト評価を目の当たりにして、何ゆえにそのような拮抗する評価ができるのかという素朴な疑問が自ずとわいてくる。それは、逆に、リストのもっているさまざまな側面を部分的にしかとらえていないということであり、さらに、もっと言えば、歴史的な人物であるリストの歴史的な評価がまた定まっていないということを反証していることでもあろう。そう考えると、それらのリスト評価というのが、ドイツ近代刑法史において、大きな足跡を残したフランツ・フォン・リストを正しく評価しているとは言えなくなる。

リストの死後はや100年を迎えようとしている今日、とりわけ日本において、リストに関する歴史的な意義と評価に関する研究はそれほど頻繁には行われていないようである。それはリストがすでに歴史的な人物となったという理由もあろうが、リストに対する一定の評価がすでに終わっているとの考えに基づいている所以かもしれない。しかし、前述の問題意識からも分かるように、近代ドイツ刑法史におけるリストの正しい位置づけないし彼の歴史的な評価がいまだ明確になっていないと言わなければならない。法の歴史のなかで、その名を残している人物の歴史的意義を正しく評価することは、法の歴史を研究対象としている者には必要かつ避けることのできない課題である。

そこで、本章においては、リストの「学問観」を探るべく、彼の刑法における基本的な考え方が綱領的に提示されている「マールブルク綱領」を分析する。周知のように、この「マールブルク綱領」は一般に「刑法における目的思想」とも称されており、それ自体としてリストの刑事法学上の考え方が標語的に示されていると言える。それゆえ、「マールブルク綱領」からは「目的思想」だけが注目されてしまいがちであるかもしれない。しかし

---

<sup>171</sup> 藤尾、前掲書（注 62）、136 頁。この批判には、のちに考察するリストの「刑事立法における『正法』」の見解を基礎においてなされたものであると言える。つまり、生成中のもの(das Werdende)は存在当為的なもの(das Seinsollende)であるとするリストの認識を批判している(Liszt, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung ,in: ZStW 26, 1906., S. 553ff.)。

ながら、注目すべきは、この「マールブルク綱領」からは「目的思想」という刑法上の指導理念だけでなく、それとともにリストの学的構想を理論的に支えているもう一つの中軸があるということである(というより、リスト学問の本筋とも言える)。それは、リスト自身の言葉で言うと、「刑法における発展思想」である。この綱領のなかには、「発展思想」を窺うことのできる学的アプローチが多く、もっと言えば、「マールブルク綱領」において試されている学的構成はこの「発展思想」なしに語れないほどでもあると言える。それが、リストの「学問観」、世界観そして国家観を裏付けているにもかかわらず—もちろん、リストが「刑法における発展思想」という形でそれを定式化したのが、「マールブルク綱領」の公刊から相当時間が経過してからのことではあるが—、それほど注目されていないと思われる。したがって、この綱領はのちにリストによって定式化された「刑法における発展思想」を理解するためにも非常に重要な作品であり、そこから彼の学問観を支えることになる「目的思想」および「発展思想」の含意を察し得ると言える。ということで、以下においては、刑法における「目的思想」というのがどのように定式化されているのかを考察しながら、それと「発展思想」とがどのような関係性をもつのかを分析する。そうすることで、リストを理解し評価するための認識論的基礎が確定されることになる。

なお、前述のような問題意識のもと、リストという人物を「ドイツ近代刑法史」という文脈のなかで、立体的かつ総合的に見つめなおそうとする際に、有効であるのは、彼の法思想的な見解、彼の考える刑法学の学問としてのあり方(「学問観」)、そして彼の思考の枠組みを規定している時代的精神、つまり「近代的精神」<sup>172</sup>という観点からのアプローチであろう。というのも、ある人物の目指している学的営みというのは、彼の行う思想的・哲学的思索に基礎付けられながら、一定の結論を志向するものであり、そのなかで、彼が意識するしないにかかわらず、時代精神と影響し合うからである。リストの作品において、そのような時代的精神による試みが明確になされており、そのなかにはすでに、彼と彼の作品の志向する学的営みを正しく評価するのに必要かつ十分な手掛かりが用意されているとも言える。従って、そのような手掛かりを突き詰めてゆくことで、より安定的なリスト評価のための新たな知見を提示することができると思う。

---

<sup>172</sup> 一般に、人々は意識するしないにかかわらず、自身に属する時代の「思考の枠組み(パラダイム)」のなかで、生活している。リストも「近代的精神」という枠組みのなかで、彼の学的活動を営んでいる。のちに検討するように、リストの学的構成における「排除と差別のメカニズム」の容認は、まさに「近代的精神」の作り出す「近代性の構造」という枠組みのなかで理解しない限り、啓蒙主義的なコスモポリタニズムに見られる近代精神の普遍性に対する単なる「反動性」にしか解されないだろう。

## 第一節. 出発点—進化主義理論としての統合論<sup>173</sup>

リストは「マールブルク綱領」の初頭において、自然的正義と法的正義との間の古くからの哲学上の世界観の対立が、とりわけ、刑法学に対して直接的で実際的な意義をもっているとしつつ、刑法学において「刑罰は応報として、犯罪の概念必然的な結果であるのか、それとも法益保護という形式として、国家的社会の目的意識的な創造物であって、その目標意識的な機能であるのか」という問いは、法律家である限り敬遠して避けて通れないことであるとする<sup>174</sup>。というのも、それが「国家が刑罰を科すべき行為の限界」とその「刑罰の内容と範囲にとっての基準」を立てる場合、必ず問われることになるからである<sup>175</sup>。したがって、このようなリストの見解からは、当然ながら、哲学上の世界観の相違によって、刑法改革の目標も変わってくることになる。つまり、刑罰改革という目標を、刑罰をもって、危険な行為一般を排除することを念頭におく人は「刑事立法を改変すれば一切の社会悪を治癒できる」と考えるだろうし、他方で、刑罰をもって、人間の考慮に先行し、そこから独立した犯罪の必然的な帰結であるとする人は、「刑法を根底から改変することに唯一の救済力があると思わない」ということになる<sup>176</sup>。

リストはこれらの見解の当否を見極めるためには刑罰史を考察することで十分であるとする。刑法体系におけるあらゆる展開、とりわけ「自由刑の形成と変化」は、刑罰論における相対説の間での争いや相対説と絶対説の争いの中で、「刑罰の諸目的」が強調され、貫徹されてきているとする<sup>177</sup>。要するに、刑罰の運用を左右するのは目的であり、刑罰の歴史がそれを証明しているということである。リストは刑罰の歴史を「目的」の実現過程としてみているのである。

---

<sup>173</sup> 後述のように、リスト自身、自説を一種の「統合説(Vereinigungstheorie)」と言ってもいいが従来のそれとはまったく異なるということで、それを「進化論主義理論(evolutionistische Theorie)」であると名付けている(Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.133.)。このことから、リストの理論を特徴づけるために「進化論的統合説」と名付けてみた。

<sup>174</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.126. リストは世界観における対立を否定しないが、数百年の経験からして共同作業は可能であるとしている(Liszt, a.a.O.(Anm.71),S.433.)。

<sup>175</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.126.

<sup>176</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.127.

<sup>177</sup> Ebenda.



リストの活躍した時代の刑法学者の間の通説は応報刑であり、これにバリエーションはあるものの<sup>178</sup>、目的思想を出発点とする理論すべてを否認する。リストはこのような当時の支配的な見解に対して、既述のような刑罰史の流れからも、合目的性を有する相對説が台頭してくるのは当然の流れであると唱えている。実際、リストも言うように<sup>179</sup>、イエーリングをはじめとする大きな流れが現に大きな力をもつようになり、ゾンタークが「宣戦布告(Aufruf zum Kampfe)」と呼ぶほどの勢いで、そのような支配的な見解に立ち向かう対抗軸が形成されたのである<sup>180</sup>。リストは、ドイツ国内外におけるそのような流れが<sup>181</sup>、やがて黙殺することのできないほどの勢いをもつようになり、「支配的な見解に対する戦いを挑むほどにその能力を認められている」と評し、彼はそれを標語的に「目的思想の勝ち取った最初の勝利である」とする<sup>182</sup>。

リストはこのような流れに対する自身の見解を、次のようにまとめる。すなわち、「刑罰というのは、元来、我々が人類文化史の太初において認知できる原始的な形態においては、個人の集団や個人の生活条件が外部から妨害されるのに対する、社会の盲目的・本能的・衝動的な目的観念によって規定されることのない反動である。ところが次第に刑罰はその性格を変えてくる。刑罰の客観化ということ、すなわち、刑罰の反動が直接に事件に関係のある集団から、事件に関係がなくて冷静に焦点を審査する機関に移行することで、その効果について偏見のない観察が可能となる。この経験が、刑罰の合目的性というものを理解する道を開くことになる。刑罰は、目的思想を通じて程度と目標とを獲得するのであり、それを通じて刑罰の前提(犯罪)と、その内容および範囲(刑罰体系)が展開されるのである。そして、目的思想の主導において、刑罰暴力(Strafgewalt)が刑法になる」、とする<sup>183</sup>。さらに、彼は、「将来の課題は既に開始されている動きを、同じ意味において続行すること」であり、「それは盲目的な反動を、目標を意識した法益保護にあくまで変容させることである」、とする<sup>184</sup>。

---

<sup>178</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.128. なお、応報刑における目的の接続に関しては Jannis A.Georgakis,a.a.O.(Anm.46)も参照されたい。

<sup>179</sup> Liszt, Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.130.

<sup>180</sup> Ebenda.Fn.l.

<sup>181</sup> リストはジッヒャールト、ミッテルシュテット、クレペリンとロンブローゾ、フェッリ、ガロファロを指導者とするイタリアの「人類学派」を念頭においていた(A.u.VI,S.130.)。

<sup>182</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.130f.

<sup>183</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.132.

<sup>184</sup> Ebenda.

リストはこのように自身の見解を要約したが、それが従来諸学説の立場とはかなり異なっているということは明らかである。というのも、リストの見解は、目的思想とは全く関係のない「絶対的な刑罰の起源」を強調しており、この点は相対説の立場にも反しているからである。他方、リストの見解は、目的思想を介した刑罰の形成を「それまでの発展の結果として確証し、それを将来の要請として掲げているので、絶対説をも攻撃する」ことになる<sup>185</sup>。ここで読み取れるのは、リストが刑罰に対するあらゆる形而上学的な基礎づけを認めつつも、それと同時に、あらゆる形而上学的な思弁が刑罰の経験的な形成を左右することを認めないということである。このようにして、リストは自身の見解を、相対立する見解が自説において統合されているという理由で、一種の「統合説(Vereinigungstheorie)」といってもよいとする。とはいえ、それが従来統合説とは全然違うものであるということ意識しておく必要がある<sup>186</sup>。というのも、リストの統合説は、「小さな量的差異を次第に総括することを受け入れる点に、外見上統合できそうにない諸要素が統合される可能性を見出す」からである<sup>187</sup>。リストは、従来統合説と違うという意味をも含め、明らかに両立しないように見える要素が進化的発展過程を経て結合に達するという意味合いで、自説を「進化主義理論(evolutionistische Theorie)」とも名付けている<sup>188</sup>。

このようにして、リストは当時の刑罰論に関する論争状況を踏まえつつ、自説の新しい観点を強調している。ここで注目すべきは、今後彼の学問全体を支配することになる理論的枠組みを支える考え方が明確に示されているということである。つまり、刑罰というのは、その目的による人為的な操作が可能なものであり、しかも、それが「進化論的發展」というメカニズムに方向づけられるものであるということである。したがって、刑罰というのは、形而上学的な世界ではない量的に還元できる世界に属することになるということである。

換言すれば、既述のリストの刑罰論において、異なった刑罰観は単なる量的な差異を表すものとしてだけしか見受けられておらず、「進化主義」という名のもとで、両者が発展的

---

<sup>185</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.132f.

<sup>186</sup> リストは自身の統合説と従来との違いを明確に表している(Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.133.)。

<sup>187</sup> リストの発言からも推察できるように、そもそも、質的差異があるとすれば、統合はできないが、リストにおいて、絶対説と相対説は質的な差異があるものではなく、量的な差異を持つものとして理解されている。したがって、リストにおける刑罰は量的な加減によって、その都度の必要に応じて調節できるものとなるのである。

<sup>188</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.133. リストはこの「進化主義理論」という用語について、別の世界観によるダーウィンの進化論と区別する。つまり、後者が偶然的・盲目的であるのに対して、前者は目的という要素が作用するというを明らかにしている。

に統合できるものとして扱われる、ということである。つまり、刑罰の絶対性というのが、形而上学的な思弁(応報論)<sup>189</sup>ではなくて、具体的に分割することのできる量的オブジェクトに還元され、その都度の「目的」にしたがって、必要に応じて調節できるものになる。「目的」に応じてなされた刑罰によって、犯罪は克服され、それだけに社会は発展ないし進歩を遂げることになる。このような理論構成はのちの彼に作品においてますます具体的に定式化されることになる。

## 第二節. 目的刑の歴史的発展—衝動行為から目的意識的な行為へ

このようにして、リストの刑罰論、すなわち進化主義理論は歴史的な考察によって論証される発展過程を論ずるものであった。それを通じて、リストはのちの作品において定式化される自身の刑法学における基本的な理論的枠組みを用意しただけでなく、彼自身の「学問観」ないし世界観をも明らかにしたと言える。それは、リストの行った目的刑の歴史的な発展に関する論証を検討することで、より明確に理解できるようになる。

リストは刑罰という現象を人類の文化史のなかで把握できるとの認識のもと、まず、その原始的な形態を探索する。彼は原始的な刑罰を、「盲目的で合本能的で衝動的な反動、つまり衝動行為」であると定式化する。それは、原始的な刑罰のもっている「消極的な特性」に注目し、それを際立たせたものであると言える。すなわち、刑罰という現象は、リストによれば、決して「国家的算術(staatliche Rechenkunst)の結果」でもなければ、目的思想を媒介して現れたものでもなく、それとは無関係に、それに先行して人類の歴史のなかに登場したということである。リストは、例えば、刑罰というのが人間の機智によって考案されたものであるとすれば、あらゆる民族の原始時代において、それが「典型的に反復される同様の形態」であるという歴史的な事実は説明できなくなるとする<sup>190</sup>。

リストは、この点にこそ、自説があらゆる相対説と根本的で決定的な相違があるとする。ということで、リストは「原始的な刑罰とは衝動行為」であり、「個人や既存の個々の集団

<sup>189</sup> リストの考える刑罰の絶対性は形而上学的な応報ではなくて、経験的な人間に内在している自己保存的な反動に求められている。このような反動が、目的意識的に客観化され、必要によって調整されるようになる。

<sup>190</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.133. なお、リストはここで原始時代における典型的に反復される同様の形態というのは、比較法の研究によってその説得力が成就しているとする。そして、原始的な刑罰に類似するとして動物界の現象を取り上げ、両者の差異は量的な問題に過ぎないとする。

の生活条件を妨害するものに対する目的思想によって規定される反動ではないので、それゆえにこそ、刑罰は犯罪の必然的な帰結である」と唱えているのである<sup>191</sup>。このような原始的刑罰に関するリストの認識は、事実を問題にしているものであり、したがって、刑罰論における形而上学的なアプローチをもとから封していることになる。リストは「自然認識の枠を越えようとしたり、世界の謎を明かしたりしようとするような努力からは、科学的な研究は(die wissenschaftliche Untersuchung)出てこない」ので<sup>192</sup>、「形而上学が始まるところで科学は終わる」とまで言っているのである<sup>193</sup>。

さらに、リストは「原始的な刑罰は積極的かつ最も固有の意味においても衝動行為である」とする。というのも、原始的刑罰というのは、リストによれば、「自己主張と自己保存の努力の表れ」であって、「個人はその生活条件に対する外部的妨害に向かって、そのような妨害に対する反発的な行為によって反動する」ことであるからである<sup>194</sup>。このような反動は自己主張という意味において、障害を引き起こすものの根絶を通じて起こるので、そこには当然として意識するしないにかかわらず、「種の保存を目的とする」という意味合いが含まれていることになる。したがって、このような認識からは、種族の保存の発露としての原始的刑罰というのは、はじめから「社会的な性格」を帯びることになる<sup>195</sup>。

このような認識のもと、リストは、原始的な刑罰を3つの形態に区別する。彼はその最初の形式として血讐を取り上げる。処罰の原始的な性格には、既述のように、社会的性格が内在しており、したがって、それはまったく私的なことではなくて、家族ないしは種族の復讐として捉えられる。したがって、「復讐の淵源は原始的な人的結合である血族団体、つまり種族にある」<sup>196</sup>とするリストの認識からは、本来の私的復讐は存在しないわけである。次に、リストの想定する原始的な刑罰の第二の形式は、平和共同体からの追放による法の保護のない状態、つまり「平和喪失の状態」である。これには、第一形式よりもいっそう

---

<sup>191</sup> Ebenda.

<sup>192</sup> ここで、注意すべきは、リストの言う「科学(Wissenschaft)」という概念である。後にも検討するように、それは、明確な因果関係によって確定される現象界だけをその対象としている。リストの意味での刑法学には法律学と犯罪学および刑事政策が含まれるが、前者は概念論理的な体系性を指すもので、リストの言うところの「科学(Wissenschaft)」ではない。したがって、ここで言われている科学的な研究は現象界を対象としており、リストの刑罰論は因果関係の分析による犯罪の克服を目指しているので、彼の言う科学の分野に入る。

<sup>193</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.134.

<sup>194</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.135.

<sup>195</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.136ff. なお、リストは、このような仮説は、「個人の自己保存という衝動を無意識に種の保存という目的に奉仕しているもの」と考える場合に始まるものであるとする。

<sup>196</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.138f.

はっきりした形で、社会的な性格が認められるとされる<sup>197</sup>。そして、この第二の段階を経て、血族団体や平和共同体が国家的な団体へと発展していくことになるが、それがリストの言う原始的刑罰の第三の形式である「国家的刑罰」への移行である<sup>198</sup>。

このように、原始的刑罰における社会的な性格は3つの形式にともに認められることになる。とはいえ、いわゆる「刑罰の完全な客観化」というのは、リストによれば、国家的刑罰という形態をとって初めて可能になり、そのような「刑罰の完全な客観化」こそが「刑罰の更なる発展のための前提」となるのである<sup>199</sup>。ということで、リストの定義する原始的刑罰というのは、血讐から血族社会や平和共同体の段階を経て、国家的刑罰へと変化していくことになっている。それは、進化的発展傾向に従うものであり、このような発展はなおますます成長していくことを含意している。

ところで、このようなリストの認識に基づくと、法、道徳および倫理などが原始的な処罰に先行するとは到底考えられなくなる。というのも、リストの刑罰観からすれば、原始的な刑罰の形式そのすべてが社会的な性格を持っていることになるとしても、それと同時にその形式すべては「衝動行為の発露」として理解されているからである。既述のように、刑罰が目的意識的に規定されるべきものであるとすれば、「人類文化の発生段階における刑罰の社会的な性格」は説明できなくなる。なぜならば、「目的意識的な社会の反動」というのは、前もって、家族や平和共同体や国家といった既存の個人集団を前提としているからである<sup>200</sup>。そうすると、目的意識的な社会の反動というのは「数世紀における生存競争のなかで獲得された経験の結果」であるということになり、したがって、原始的な刑罰というのは、あらゆる経験に先行しているとするその絶対性からも、目的意識的な反動に先行しているということが確証されることになる。

このような考察から、リストは、刑罰と倫理との関係に関する重要な洞察を導く。それは、すなわち、刑罰が衝動行為であるとする見解からすれば、刑罰から道徳的価値判断の表明はできないということである。リストはこれについて詳しい検討を行っている。つまり、まず、衝動行為としての刑罰が、その本質において、道徳的な価値判断と違うということその理由として取り上げるのである。リストによれば、後者は一つの「心理過程」であり、したがって判断者の意識のなかにある。それには積極的な行為が潜在しているわ

---

<sup>197</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.139.

<sup>198</sup> Ebenda.

<sup>199</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.140.

<sup>200</sup> Ebenda.

けではないので、どんな場合にも外界に表出する必要があるわけではないのに対して、刑罰というのは拒否的かつ反動的な行為であり、したがって身体的運動をとまなうことになるのである。このように、刑罰というのは外界に侵入し、妨害作用をしている原因を攻撃することを含意しているのである<sup>201</sup>。

そして、次に、リストは、社会的な性格をもった衝動行為としての刑罰は社会組織と社会機関を条件とすることになるとし、それが衝動行為であるからこそ個人から発するしかないが、この個人というのは社会にかかわって干渉し合う使命を負っているわけで、あらゆる種類の人的集団において、衝動行為としての刑罰は概念上可能であるとする。したがって、そのような刑罰というのは、組織や機関などがいない場合には概念上不可能である、ということになる<sup>202</sup>。ということで、「人間はそれ自体として振舞うことも罰することもできないが、倫理というのは人間の掟であり、それゆえ、倫理的な刑罰というのは考えられない」ことになる<sup>203</sup>。というのも、原始的な刑罰というのは、道徳的で人間的な共同社会の組織とは関係がないからである。

最後に、リストは衝動行為としての刑罰は、「道徳的な価値判断以前に存在する」必要があるとする。というのも、価値判断は価値尺度と人間行動の規制原理としての道徳律とが、周知されていることを前提にしているからであり、他方、衝動行為とはまさに意志行為とは異なって、規範に合致しないで行われるという点に特色があるからである<sup>204</sup>。つまり、「倫理は人類の歴史の所産であるのに反して、倫理が形成される以前から刑罰は存在している」ということである<sup>205</sup>。

このようにして、刑罰の起源は倫理からはっきりと引き離され、互いの本質的な相違が明らかになる。したがって、刑法学は倫理学の基礎づけを巡って際限のない論争に暮れる危険を免れるのであり、また、刑法学の存立の基礎となる根源を証明する責務もなくなるのである<sup>206</sup>。

リストは、ここからもう一歩進んで、刑罰と法との無関係性をも述べる<sup>207</sup>。すなわち、法には目的思想が入っており、それこそ法の本質をなすということである。しかし、衝動

---

<sup>201</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.142.

<sup>202</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.142f.

<sup>203</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.143.

<sup>204</sup> Ebenda.

<sup>205</sup> Ebenda.

<sup>206</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.141.

<sup>207</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.144.

行為は目的思想とは関係がないし、時間的にも目的思想に先行するのである。リストはここで、イェーリングの見解に従って、「経験は法と道德の淵源となっている。ところが原始的な刑罰は経験以前のものであり、従って、道德だけでなく法よりも先行する。原始的刑罰のいっそう進んだ発達段階において初めて、客観化された刑罰としての原始的刑罰は経験に基づくのであり、法律刑(Rechtsstrafe)としての原始的処罰はやっと目的思想を採用するのである」とする<sup>208</sup>。言い換えると、「法的・道德的な規範の発達ということ、行為をその法的・道德的な価値において評価すること、要するに客観化された法律刑という形をとった反動は、経験と、経験を介して採用された目的思想に制約される」ということである<sup>209</sup>。

さらに、リストは、刑罰という現象を人類の文化史のなかで把握し、盲目的な衝動行為としての原始的刑罰が客観化していく過程を説明していく。そうすることで、従って、原始的処罰が経験よりも先行するだけでなく、道德・倫理的価値判断よりも先行するという結論をも導き出すのである。とはいえ、国家的刑罰の段階に入ったとしても、これだけではまだ原始的な処罰段階にとどまっているに過ぎない。人間の精神的な発達における進歩を信ずるリストにとって、次なる段階、つまり、衝動行為の意志行為への転化は疑問の余地のない事実であり、それをはっきりとした形で定式化している。

### 第三節. 刑罰の客観化と発展の帰結

リストは、「人類および個人の精神的な発展における進歩は、衝動行為が意志行為に転化するということ、つまり「衝動行為の合目的性」というのが認識されて、「目的という表象」が行為の動機になるという点にある」とする<sup>210</sup>。すなわち、目的によって意志行為と衝動行為とが区別されるということであり、したがって、目的が衝動行為及び意志行為の決定基準として機能を果たし、衝動を目的に使わせるということである(意志行為といっても意志自由を意味するのではない「表象による決定可能性」を意味する。それは因果的であるが、表象の起源は分からない。所与のものないしは経験による表象であろう)。さらに、リストはそのような目的意識的な行為こそ人間の精神の発展と進歩を促進する媒介体と捉えているが、ここにおいて明確に示されているように、彼は、人間の精神に宿っている目的

---

<sup>208</sup> Ebenda.

<sup>209</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.145.

<sup>210</sup> Ebenda.

意識的行為が「発展メカニズム」をその作動原理と確定している。つまり、リストは「発展」という観念を、「目的が明瞭に認められていなければならないほど、意識的な適合が完全に行われていなければならないほど、また、直近の目的の代わりに遠くて間接的な目的が定められていなければならないほど、最後に、行為全体がそのすべての部分行動とともに、おそらく個人の存在を超えるような最高目的に従属されていなければならないほど、それだけに完全なものであって、その究極的な目標は、個人の意志が一般意志と完全に調和することにある」という文章をもって確定しており、それが事物の一般的な発展法則に従属するとしている<sup>211</sup>。リストは、このような事柄を刑罰にも適用し、刑罰における発展というのもまたこのような一般的な発展法則に規定されているのかどうかを検討することで、人類および個人の精神的な発達における進歩が確認され得るとし<sup>212</sup>、議論を進める。

リストは、まず、衝動行為である刑罰が「本能的—合目的な行為(*instinktiv-zweckmäßige Handlung*)」であると断定する<sup>213</sup>。というのも、リストは「刑罰の保護力というものが認識され理解されていないにしても、既存の個人の生活条件だけでなく、既存の個人集団の生活条件も、刑罰によって外的妨害から保護されている」と考えているからである<sup>214</sup>。そして、このような衝動行為的刑罰は、リストの認識からは、刑罰の機能が偏見を持たない立場で争点を中立的に調査できる機関に移すという「刑罰の客観化」なしには、目的を意識した法益の領域や犯罪と刑罰などとの間の関連は認識されえなくなるのである<sup>215</sup>。つまり、刑罰を客観化することで、犯罪の狙っている対象である国家的共同体とそれに含まれる個人々の生活条件を認識することが可能となり、そのような生活条件が特定されることで、

---

<sup>211</sup> 個人の意志が一般意志と完全に調和することで発展は終わるのであろうが、しかし、リストはそれを理想としては必要であるとしても、現実にはないことであるとする。これは、彼が意志行為の最終段階を知らない事柄であるとの認識に基づいているからである。つまり、のちに見るように、リストにとって最終段階というのは不可知な領域に属することであり、現象界を学問の対象にしているリストにとって、それは接近することのできない領域である。それゆえ、そのような領域は信念の世界に属することになる。そうであるとすれば、最終的な目的というのは流動的なもの、つまり不安定なものであるということが成り立つだろう。後述のように、リストは存在(者)から存在当為的なものが導き出されるとする。とはいえ、それが主導的な発展傾向を定める過程であるとしても、事前に決まっているわけではない。したがって、選ばれた発展傾向というのが、常に、より良い発展段階であるかどうかは分からないのであり、そうであると擬制するだけであろう。そういう意味で、次なる発展段階の定めというのは流動的で不安定なことであると言わなければならない。「発展」に関するこのような蓋然性にも関わらず、リストはそのようなことにはあまり気にしない。彼の唱える「発展」というのは、非常に楽観的な展望そのものであると言える(Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.145f.)。

<sup>212</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146.

<sup>213</sup> Ebenda.

<sup>214</sup> Ebenda. 既述のように、衝動行為としての原始的な刑罰には、意識していなくても、種族保護という目的観念が働いている。

<sup>215</sup> Ebenda.



さまざまな一般的命令を通じて「宣告された法益」となるということである<sup>216</sup>。このような過程を踏んで、「規範の目録化」によってはじめて国家権力は「自己制限」を行い、法と道徳もようやく定着することになり、「規範の目録化」によってはじめて「予防への一歩」が踏み出されるのである<sup>217</sup>。そのように法益を認識することで、犯罪をより詳しく観察することが可能となるのである。つまり、法益侵害に向けられた最広義の犯罪が抽象概念の形で列挙されるようになり、「法的な意味を持つ個別命令が概念を発達させる法案に変わる」ことになるのである<sup>218</sup>。さらに、リストは、このような法益の認識過程は完結していないわけで、ますます進む必要があるとし、「個々の犯罪概念を出発点としながら、どの犯罪にも備わる標識を抽象化すること、刑法総則を構成するような概念形式的法案の体系をつくる必要がある」とする<sup>219</sup>。つまり、法益の認識課程というのは、社会のより高い段階への発展を目指すことであり、そうすることで社会もより発展していくということである。

リストは、さらに、原始的な刑罰は復讐を求め野性的な暴力で犯罪者に向かうので、犯罪者を抹殺することであったのに対して、「刑罰の客観化がはじまるにつれて、刑罰が程度と目標を獲得する」ようになる、とする<sup>220</sup>。つまり、衝動行為を有する犯罪者を抹殺するような野性的な暴力および猛烈さが制限される方向性をもつことになったということである。ここに客観化の本質的な進歩が現れるのである。このように、リストは「刑罰の客観化」という過程は進歩そのものであると唱え、そこから、さらに刑罰の課題を規定していく。リストによれば、偏見を持たない観察によって、さらに、「刑罰の効果を洞察することが可能になる」。そうすることで、「刑罰は法秩序保護のための手段である」ということが認識されるようになる。このような認識は不完全で不明瞭ではあるが、ますます「飛躍的に発展してゆく認識」であるがゆえに、立法と司法のエネルギーも外部的事情とその場の要求によって影響されることになるのは避けられないことである<sup>221</sup>。

とはいえ、立法と司法のエネルギーが不安定であるとしても、刑罰が法秩序を保護するための手段であるという刑罰の効果を目的として設定することは可能であろう。したがっ

---

<sup>216</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.147.

<sup>217</sup> Ebenda.

<sup>218</sup> Ebenda.

<sup>219</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.148.

<sup>220</sup> Ebenda.

<sup>221</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.149.

て、一定の法益の保護が必要である場合には、そのために必要な刑罰の種類と程度を定めることが可能になるのである。つまり、刑罰が法秩序を保護するための手段であるとの認識が、不完全であっても、「目的思想への刑罰の適合を可能にする」ということである<sup>222</sup>。このような見方からすると、刑法史は、「法益の形に宣言された人間の利益の歴史」なのであり、また、一定の時代の刑法は、その時代に生きた人類の利益関係(Soll und Haben)のバランスシート(Bilanz)なのである<sup>223</sup>。

このようにして、刑罰が客観化された結果、刑罰という反動が発する条件、内容およびその範囲が確定され、刑罰の目的思想(つまり、法益の保護)に従うようになる。リストは、さらに、法益保護をその目的思想とする刑罰への適合は、「歴史的発達の経過」のなかで完成に近づくのであり、このような経過のなかに「進歩の路線」も予示されている、とする<sup>224</sup>。要約すれば、「刑罰を行使する暴力が自己制限によって刑罰権(jus puniendi)となり、盲目的で無制約な反動が目的思想の採用によって法律刑となった」ということであり、それは衝動行為が意志行為になったということである。換言すれば、法秩序を侵犯する無法者から法秩序を保護するために、国家権力が正義の剣を手にした」、ということである<sup>225</sup>。リストは、客観化された刑罰の自己制限によってでき上がった法律刑が犯罪者のためにも有効であるということを強調する。つまり、罰されることが国民の重要な権利であり(フィヒテ)、犯罪者は刑罰において理性を有する者として尊敬される(ヘーゲル)ということである<sup>226</sup>。リストは、これこそ客観化された刑罰のもっとも固有の本質を逆説的に表現したものであるとする<sup>227</sup>。したがって、その背後に隠れている認識は、間違っている刑罰もしくは過度な処罰は適当ではないゆえに、刑罰の本質的な課題は合目的的決定にあるということである。

#### 第四節．量刑決定原理

刑罰の本質的な課題が合目的的決定にあるということは、そのまま量刑の決定原理となる。リストはそれを次のように説明する。

---

<sup>222</sup> Ebenda.

<sup>223</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.149f.

<sup>224</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.150.

<sup>225</sup> Ebenda.

<sup>226</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.151.

<sup>227</sup> Ebenda.

彼は、衝動行為が目的意識的な意志行為に発展していくという認識のなかで、絶対説と相対説との間の争いは解消された、とする。そのような対立の調和というのは、刑罰史のなかですでに成就しているし、リストはそれを発見しただけであるとする<sup>228</sup>。このような考えは、「目立たない小さな量的な差異が集積して、徐々に目立った質的な差異に達しうる」とするリストの発言からもわかるように、発展論的思想に立脚しているのである。リストは、このような発展論的立場から、因果的な必然性と合目的性が調和のできない対立物ではなくなるのであり、因果的に「必然的な衝動行為」が「合目的な意志行為」になったとしているので<sup>229</sup>、したがって、刑量というのが目的思想に操縦されるとの結論に達することになるのである。

さらに、リストは、可罰的行為の基準は、歴史の考察からも明らかであり、それは「一定の時代の民族にとって生活条件の妨害になると思われる行為」であるのかどうかによるのであり、刑法上の不法になるかどうかはもっぱら目的思想によるとする<sup>230</sup>。そうすると、刑量(内容と範囲、刑の種類と程度)も法益の保護という目的思想から導かれるほかないのである<sup>231</sup>。リストの考えるこのような量刑の決定原理によって法益の保護としての刑罰(リストはこれを保護刑(Schutzstrafe)と言う)が成り立つのである。

なお、リストは、フィヒテの刑罰観を例に挙げ、自身のテーゼが確証できるとする。つまり、それは、犯罪者を法共同体からの追放すること、犯罪者を法の保護の外に置くことは、「犯罪に内在する市民契約上の権利」からの当然の帰結であり、したがって、合目的な理由からのみ、処罰される権利、つまり刑を受けることによって犯罪者に法共同体に残ることのできる権利を保障することができるということである<sup>232</sup>。したがって、ここから読み取れるのは、刑の程度というのが「刑罰の原理」からではなくて、目的思想から生ま

---

<sup>228</sup> Ebenda.

<sup>229</sup> Ebenda. 必然性(因果の連鎖)と合目的性の調和というのは、後に見るように、リスト自身の一元論的な世界観から設定されていると言える。それは発展という形而上学的な原理から導出されることであって、形而上学的な考察を極力避けようとする彼の基本的な立場からはずれていると言わなければならない。というのも、彼の洞察が経験から見出された帰納の結果物であるとしても、発展はあくまで仮説であって、現象界において生じる事象が「発展」という一路に収斂するという証明はできないからである。したがって、リストは観念論的思惟をする実証主義者であると言うことができよう。

<sup>230</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.152.

<sup>231</sup> Ebenda. このような流れは、リストによれば、「歴史の予め示した道」をたどることである。リストにとって、刑罰の目的思想を探求し、これを確定することだけが問題であり、そのようなことを通じてだけ、正しい法が制定されるべきであろう。これについて、リストは後に「立法における『正法』』という形で定式化することになるが、綱領のなかですでにその基礎となる考えが明らかになっている。

<sup>232</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.153.

れてくるのであって、「贖罪契約」というのは目的思想による刑の客観化である、ということになるのである<sup>233</sup>。

ところで、そのようなリストの見解からは、当時支配的な見解である応報刑は刑量の決定原理になり得ないということになる。というのも、応報刑を支持する論者たちが専念する形而上学的な議論というのは、リストによれば、「絶対的なものはいろいろ解釈できる」だけでなく、彼の目指している科学的で実証主義的な方法論からも許されないからである<sup>234</sup>。リストは、さらに、刑罰の量定原理に関して、ヘーゲル哲学の発展形態においてすら「犯罪と刑罰との間の価値等価性」のアプローチは放棄されており、刑法上のヘーゲル学派の一部の論者はそのようなアプローチから目的の考慮へと向きを変える人もいるが、結局、「絶対説の基礎にある形而上学的な刑罰原理」をもって刑量を導出しようとする試みは、具体的な量刑に対して、何ら基準を与えないので、刑量の確定には適していないとする<sup>235</sup>。

刑罰はリストにとって法益の保護として理解されているのであり、したがって具体的な個々の場合に常に必要な刑罰が、法益を保護するために、科されている必要があることになる。

結局、リストにおける刑罰とは目的に対する手段であるにすぎず、「正しい刑罰、すなわち正義にかなった刑罰が必要な刑罰」であり、「必要な刑罰だけが正しい刑罰なのである」ということになる<sup>236</sup>。さらに、リストは、目的思想の観点から、手段が目的に適合することと、可能な限り控えめに適用されるべきであるとも言っている。というのも、リストは、刑罰が法益侵害を介して法益を保護するという形をとっているので、「両刃の剣」のようなものであるとの認識をもっているからである<sup>237</sup>。それゆえ、必要でないところで刑罰が利用されるとすれば、それは目的思想に対する違反になるのである。

それゆえ、目的思想というのがかつての処罰の場合に頻繁に発見されうるような過度な刑からも我々を守ることになる」と説明される<sup>238</sup>。リストは、「刑罰の正当化を合目的性と同

---

<sup>233</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.154.

<sup>234</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.151f.

<sup>235</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.25),S.154f.,さらに Michael Köhler,Einführung,in Franz von Liszt,Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882/83),Juristische Zeitgeschichte Bd.6.,Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden,2002.S. IX. を参照されたい。

<sup>236</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.161.

<sup>237</sup> Ebenda.

<sup>238</sup> Ebenda.

一のものである」としており<sup>239</sup>、したがって、個々の場合において刑罰の上限を決めるためには、刑罰のその都度の効果が探知される必要があるとし、そのためには、「体系的な大量調査」という社会科学の方法を使う必要があるとする。つまり、「刑罰が法益を保護し犯罪を予防するという効果を、科学的な正確さで決定しようとするれば、犯罪を社会的現象として研究し、刑罰を社会的機能として研究する必要がある」ということである<sup>240</sup>。

このようにして、リストは目的思想から量刑の決定原理を導き出しただけでなく、目的に操縦される刑罰の限定原理についても、目的思想から説明している。しかし、ここで注意すべきは、次節で検討するように、量刑の指導原理とされている目的思想というのが、刑罰の限定原理としても機能しているとされるにせよ、それが一定の同一性を有するものに対してだけにしか働かない限定原理である、ということである(改善できない常習犯の無害化)。

## 第五節. 目的意識的な法益保護としての刑罰

既述のように、量刑の決定原理は目的思想から決められることになった。目的によって量刑が決定されるということは、保護すべき法益によって変わりうるということを意味するのであり、したがって、リストの言う客観化された刑罰は法益を保護するという目的意識的な行為なのである。リストのこのような認識のもと、当時の相対説が刑罰に内在する衝動力およびその効果を研究しようとしたことについては評価しつつも、もっぱらその一面性に欠陥があるとして、目的意識的な法益保護としての刑罰について述べている<sup>241</sup>。

彼は、「刑罰は強制」であり、それは、犯人の意思がそこに化体されている法益を侵害するかあるいは抹殺する形で、犯人の意思に向けられるので、強制としての刑は二重の性格をもちうる、とする<sup>242</sup>。それは、まず、犯罪者に対して「間接的な心理強制または動機付け」を付与する。つまり、刑罰というのは、犯人に対して、彼には欠けている犯行に対抗するに適したような動機を与え、かつ、彼に存在しているそのような動機を強化し助長する、ということである。それは、リストによれば、犯人を社会に人為的に適応させること

<sup>239</sup> Michael Köhler, a.a.O.(Anm.235),S. IX.

<sup>240</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.162.

<sup>241</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.163.

<sup>242</sup> Ebenda.

であり、その方法として、改善と威嚇が用いられることになる。そのようにして、改善というのは、「利他的で社会的な動機の植え付けとその強化」を、威嚇というのは「利己的ではあるがその作用においては利他的な動機に一致するような動機の植え付けとその強化」を目指すことになる<sup>243</sup>。

さらに、強制としての刑罰のもう一つの性格は「直接的で機械的な強制または実力」であり、犯人の身柄を拘束することである。すなわち、「一時的もしくは継続的な無害化、社会からの追放、または社会のなかでの隔離」がそれであり、これは社会的に不適格なものを「人為的に淘汰する」形をとる<sup>244</sup>。ということで、リストは刑罰の直接的な効果として改善・威嚇・無害化を提案する。これらは刑罰に内在する衝動力であり、この衝動力を介して刑罰は法益の保護を保障することになる<sup>245</sup>。そのようにして、具体的な刑罰制度の価値というのは、そのような3つの刑罰形式の有する目的の達成を可能にする確実性と弾力性の程度によって判断されるのであり、刑罰目的の達成のためには、刑罰目的に適合したような刑罰の種類とその範囲が決められる必要がある。したがって、リストは、改善・威嚇・無害化という刑罰形式が刑罰の本質的な作用であるだけでなく、法益保護に関して考えられうる形式でもあるとして、犯罪者を分類しそれに応じて、そのような刑罰形式を適用する旨提案している。

ということで、リストはそのような刑罰形式には犯罪者の3類型が対応していなければならないとする<sup>246</sup>。というのも、刑罰の対象は犯罪概念ではなくて、ほかでもない犯罪者であると考えられるからである。そこで、リストは、①改善の対象としては、改善可能でかつ改善を必要とする犯罪者を、②威嚇の対象としては、改善を必要としない犯罪者を、そして③無害化の対象としては、改善不可能な犯罪者を分類する<sup>247</sup>。

このように、リストは、犯罪者を類型化することで、犯罪を効果的に克服しようとしたが、その際、何よりもまず、常習犯に対する闘争が最も緊急な課題であると認識した。と

---

<sup>243</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.164.

<sup>244</sup> 用語からもその内容からもリストの進化論的發展思想が読み取れる(このような考え方がいわゆる社会的進化論とどのように関係するかについては後に検討する)。さらに、ここで注目すべきは、リストが刑罰の目的を達成するためには、確実性と弾力性が必要であり、自由刑こそそれに適しているとの見解をもっているということである。すなわち、リストは、ミッテルシュテットの「反自由刑論」は自由刑の役割を誤解していると指摘しながら、あらゆる刑罰目的を融合するに適している刑罰の類型として自由刑を取り上げ、これこそ刑罰制度のなかで先頭を切る地位にふさわしいとする(Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.164.)。刑罰とは、リストにとって、目的にしたがい、有効に活用できるものでなければならない。

<sup>245</sup> Ebenda.

<sup>246</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.164f.

<sup>247</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.166.

いうのも、それが「個体の全組織を蝕んでいく病的な要素」のようなものであると認識したからであり、常習犯から改善可能性のない犯罪者が生まれると思ったからである。彼のこのような認識は当時の累犯統計に基づいている。リストは、それによれば、累犯者が犯罪者の多数を占めており、改善できない者が累犯者の多数を占めていることになるとする。さらに、彼は少なくとも年々刑事施設に群がる人の半分は改善できない常習犯であるとし、これを理由に、当時の刑法学を支配していた独断論に基づく刑罰制度の構想が無意味であるとの結論に到達する<sup>248</sup>。つまり、応報の体系は改善できない常習犯に対しては無効果であり、したがって、そのような人たちが次の犯罪後再び改善されることを見込んで、彼らを解放するというのは不合理である、とするのである<sup>249</sup>。彼は言う、「改善できない者に対しては、社会は自らを守らなければならない。我々は彼らを死刑にすることを欲せず、流刑にするわけにもいかない以上、残る手段としては終身の(ないしは不定期の)拘禁が考えられるだけである」とし<sup>250</sup>、改善可能性のない常習犯に対する無害化を唱えているのである。リストは、常習犯を無害化することで、社会の安全を保つことができると考えたのである。

その次に、リストは、改善を必要とするグループを取り上げているが、ここに該当する人は、先天的・後天的な素質から犯罪を犯しやすいが、救済不能の状態までには至っていない改善を必要とする者たちである<sup>251</sup>。リストの見解によれば、犯罪者としての道のりを歩みはじめたばかりの者は救済される可能性があった。したがって、リストは、このような人を犯罪から遠ざけるためには、真剣で持続的なしつけが必要であると考えた<sup>252</sup>。なお、リストは犯罪の初心者に対する当時の短期自由刑を不合理なものを見なす。というのも、そこから将来の常習犯ができてしまうとの認識を持っているからである。したがって、このようなグループに属する犯罪者に対しては改善施設への収容を宣告し、抵抗力の強化のための教育の実施が求められることになる<sup>253</sup>。そうすることで、このグループに属する類型の犯罪者は健全な市民に復帰することができると思われたのである。

最後のグループには、上記の二つのグループ外の人、つまり、機会犯と称される人の大半が入ることになる。このグループの人に対しては、威嚇だけが目的とされるので、警告

---

<sup>248</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.167.

<sup>249</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.169.

<sup>250</sup> Ebenda. リストはこのように死刑を欲しないとはしているが、政策的な観点からそれを考慮している(Liszt, a.a.O.(Anm.84),S.211.)。彼は死刑の廃止を唱えているわけではない。

<sup>251</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.171.

<sup>252</sup> Ebenda.

<sup>253</sup> Ebenda.

が与えられることになる。そうして、威嚇刑の考慮の対象となるのは、常習的ではない軽犯罪者および重犯罪者すべてである。刑の範囲は、6週から10年までであり、それには市民の名誉権を任意に剥奪する可能性がある。この刑に並行するか、あるいはそれに代わって、罰金刑が広範に適用され得る<sup>254</sup>。このグループに属する人にとって、犯罪というのは、人生におけるエピソードに過ぎないのである。

リストは、以上のような提案から、「目的思想の要求する刑量の原理を貫徹すること」ができることを認識している。それは、リストにとって、文明国家において承認されている刑法の根本原則を揺るがすことではない。それは法定刑の変容であるにすぎず、撤廃されることにはならないのである。彼にとって即座に実行すべきは、「刑量というものを廃止することでも、裁判官による刑量を撤廃する」ことでもなく、「改善不能なものは無害化し、改善を必要とするものは改善すること」だけなのである<sup>255</sup>。以上のように、リストは、法益保護としての刑罰である保護刑の諸形式とその程度が目的思想から導かれることを明らかにした。リストは、犯罪をより効率的に克服し安全な社会を構築するためには、合目的な刑罰を用いる必要があり、そうすることで、目的意識的な法益の保護も確実にとなると考えたのである。換言すると、彼は可変的な諸状況とその都度の目的に柔軟に対応できる刑法体系を目指したのであり、それを理論的に裏付けるものとして目的思想を刑法学に取り入れたということである。

ここで注意すべきなのは、そのような目的思想が近代的精神から導かれたヒューマニズムやコスモポリタニズムなどの精神をも真正面から否定する「反動性」を有するということである。つまり、それが「排除と差別のメカニズム」を正当化することになるということである。というのも、ある目的の達成のために何かを遂行するということは、人間も含め、その目的にかかわるあらゆるものが手段として対象化されるということの意味するものであり、あらゆることが手段として対象化され得るということは、目的にそぐわない対象はいつでも排除され得るということであり、結果的にそのような対象は一定の条件を満たさない限り、不利益を被るしかないという構造ができて上がるからである。したがって、このような「排除と差別のメカニズム」がイデオロギー的に解釈される場合には、ナチズムと同一線上で議論されることにもなるのである。このように、リストの目的思想には両刃の剣のような側面があり、これを分離して解してはいけないのである。

---

<sup>254</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.172 f.

<sup>255</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.173.



とはいえ、リストの目的思想のもつ「反動性」という側面は、今日の観点からすると、批判されるかもしれない。しかしながら、リストを歴史の文脈のなかで理解し評価しようとするれば、そのような見方には限界があると言わざるを得ない。というのも、のちに見るように、我々が歴史の文脈という観点に立ってリスト及び彼の思想を考察すれば、彼自身は時代精神ないし時代の発展傾向に則って自身の理論体系を構成したに過ぎないのであり、彼のなかではそのような「反動性」にはそれほど違和感を覚えていなかったと思われるからである。これについては、のちに述べることにする。

## 第六節. 帰着点

既述のように、リストの要求する刑罰は保護刑、つまり、目的意識的な法益保護としての刑罰であった。とはいえ、リストにおける保護刑というのが応報刑とまったく無縁なものではなくて、むしろ応報刑と非常に深い関係性をもっているということに注意しなければならない。というのも、本論文の冒頭で検討したように、リストが一元論的な世界観に基づき彼自身の進化主義理論を唱えたので、このようなアプローチからは、応報刑という考え方も目的思想に支えられている保護刑と原理的に対立しないことになるからである。リスト自身、「応報刑の形式で、根拠もあり結実も見られる唯一のものが保護刑である」とする<sup>256</sup>。彼にとって、「罪が犯されたから(quia peccatum)」と「犯されないために(ne peccetur)」との対立は、結局、まったく無内容で倒錯したものなのである。この点、刑の原理についてばかりでなく、可罰的不法という概念についても、また、刑の内容と範囲についても妥当することになる<sup>257</sup>。というのも、犯人は法秩序に対して有している自身の価値にふさわしい応報を受ける必要があるからである。この場合に、犯人の法的価値というのは、国家生活によって規定されている「力の均衡を狂わせたこと」、つまり「法秩序を動揺させたこと」にある。となると、応報というのは「均衡を回復させ、法秩序を安定化するところに成り立つ」のであり<sup>258</sup>、「応報主義を目的思想に従って眺めると、応報主義は社会秩序の維持にあるということになる」ので<sup>259</sup>、「保護刑は応報刑であるとも言える」のである<sup>260</sup>。

---

<sup>256</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.174.

<sup>257</sup> Ebenda.

<sup>258</sup> Ebenda.

<sup>259</sup> 安平、前掲書(注 162)、94 頁。

さらに、リストにとって、応報というのが具体的な行為に対してのみ問題となるとしても、この行為というのは行為者の人格と分離できるものではないので、犯人が犯したとは言えない犯罪はないということになる。したがって、応報を受けるべき具体的な行為に基づいてのみ応報の程度も決められることになるのである<sup>261</sup>。こうなると、行為と行為者は対立関係にあるのではまったくなく、応報刑と保護刑との間の対立も無くなるのである。

なお、当時の通説によれば、「刑罰というのは、具体的な行為をもとにして立法と学問とが構成しておいた抽象的な犯罪概念に相応したもの」である<sup>262</sup>。しかし、このような見解は、応報刑の立場に立って考えても、倒錯となるのであると言わざるを得ない。というのも、罰されるのは概念ではなくて行為者なのであり、応報に妥当する刑罰の程度また、概念に準拠するのではなく、行為者の行為に準拠するからである<sup>263</sup>。それゆえ、「保護刑は正しく理解された応報刑である」ということになり、「~なので(quia)」と「~しないために(ne)」は、実際対立することではない。従って、鎮圧(抑圧)と予防とは対立するものではないのである<sup>264</sup>。もっと言うと、刑罰は鎮圧(抑圧)による予防であるだけでなく、刑罰は予防による鎮圧(抑圧)でもあるということになる<sup>265</sup>。

このように、リストによれば、対立した問題を解決する方法は革命的なものではなくて、いわば折衷的なものであると言える。リストは、当時の刑法学の最有力者たちが社会生活の現実を敬遠しており、無益な論争にふけっていたとし、彼らを批判した。しかし、リストは、前述のように、折衷的な考え方にに基づき彼らと真正面から対立することを避けながら、相対立する学的立場の融合を見込んだのである。リストが概念的抽象の度を深めてゆくことを断念する必要はないが、独断論<sup>266</sup>は断念されるべきであるとしたのも、そのような折衷的な立場の表れである<sup>267</sup>。このようにして、リストは刑法における目的思想の正当性を獲得することだけでなく、対立する学問上の立場の和解を可能にするような知見を提

---

<sup>260</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.174.

<sup>261</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.174 f.

<sup>262</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.175.

<sup>263</sup> Ebenda.

<sup>264</sup> Ebenda.

<sup>265</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.176.

<sup>266</sup> リストは、そのような独断論を避けるためには、諸科学の成果を取り入れる必要があると指摘する。そのためには、犯罪を社会倫理的な現象として研究し、刑罰を社会的機能として研究することが必要となる。そこで、リストが要求したのは、犯罪人類学、犯罪心理学そして犯罪統計をともなう共同作業であった。というのも、リストが、このような分野との共同作業においてだけ、独断論は避けられ犯罪に対する有効な闘争が可能となると理解していたからである(Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.178.)。

<sup>267</sup> Ebenda.

示しようとした<sup>268</sup>。そうして、フランツ・フォン・リストは「マルブルク綱領」という試みのなかで、当時の刑事司法における諸問題および刑事法学上の諸見解の融合だけでなく、どのような状況においても通用できる刑事法学の理論的基礎付けをもはかったと言えよう。

## むすび

これまで「マルブルク綱領」において展開されたリストの学的構成を考察してきた。そこで明らかとなったのは、衝動的な原始刑罰が、リストの世界観ないし「学問観」を形成する中軸である「目的思想」と「発展思想」によって、客観化された目的意識的保護刑となっていく過程であった。そこにおいては、既述のように、異なった刑罰観が単なる量的な差異を表すものとしてだけしか見受けられておらず、「進化主義」という名のもとで、両者が発展的に統合できるものとして扱われている。それは、「マルブルク綱領」というのが経験的な現象界を基本とする一元論的世界観に基づき、相対立する刑罰論ないし刑罰観を統合し、刑罰目的が犯罪概念だけでなく、量刑のような刑法上の実践の問題においても決定的な要素であるという体系的統一性(Systemeinheit)<sup>269</sup>をはっきりと表すことであると言える。それは、刑罰というのが形而上学的な思弁(応報論)ではなくて、具体的に分割することのできる量的オブジェクトに還元され、その都度の「目的」にしたがって、必要に応じて調節できる事柄であるということの意味した。「目的」に応じてなされた刑罰によって、犯罪は克服され、それだけに社会は発展ないし進歩を遂げることになる。「マルブルク綱領」というのは、どのような状況の下でも柔軟に対応できる刑事法学というリストの考える刑法学のあり方ないしは「学問観」から導き出されたものであり<sup>270</sup>、それはリストの作品においてますます明確な形で確認され定式化されていくことになる。それとの関係で、とりわけ、我々が「マルブルク綱領」において注目すべきは、彼の学的構想を基礎づけている要素としての二つの異なる原理、つまり「統合の原理と排除の原理」である。これ

<sup>268</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.177f.

<sup>269</sup> それについては、ケーラーの「刑法学体系の統一性」に関する議論(Michael Köhler, a.a.O.(Anm.235),S.VII.)と小阪亮「リスト理論の現代的意義(2・完)ーリストの「マルブルク綱領」の考察ー」、(『早稲田法学』第82巻2号(2007年))136頁以下を参照されたい。

<sup>270</sup> リストの刑事政策と国家観については、本稿の42頁以下と Michael Kubink, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, Duncker & Humboldt, Berlin. 2002. S.75ff. も参照されたい。

こそ「マールブルク綱領」の根源をなすものであり、リストの「学問観」及び彼の志向している刑事法学上の方向性を理解し確認するためには、そのような異なる原理の有する意味合いのないしは含意をもう少し踏み込んで考察する必要がある。

### 一．学的方法論としての実証主義的アプローチ

リストは、統合の原理を導き出すために、まず、刑罰を形而上学的な議論から解放させ、純粋な現象界の事柄として確定した。というのも、こうすることではじめて、刑罰に関する次元と質の違う議論が止揚されることになり、目的に応じて調節の可能な刑罰という観念が可能となるからである。統合というのは同質のもの同士の間において可能なことであり、質的に違うもの同士の間にはあり得ない。したがって、リストにおける刑罰の絶対性というのも、当然のこととして、形而上学上の原理から導き出されるものではなくて、量的なオブジェクトに還元されることになる。それは刑罰に関する「形而上学的な思弁が刑罰の経験的な形成を左右することを認めない」ということである<sup>271</sup>。リストの目指していた刑事政策というのは、刑罰を政策的に調節することで、犯罪を克服することであったのであり、そのために、刑罰というのは形而上学的な基礎付けではない、分割と増減の可能なものとして基礎付けられる必要があったのである。

そのようにして、リスト自身の刑罰論において、異なる哲学的世界観に基づく絶対説と相対説という両立しない諸要素が同質のものとして結合することになる。それがリストにおける統合の原理なのである<sup>272</sup>。このような統合を通じて、刑罰の基礎付けを信念の世界に属する形而上学的観念から解放することができるようになり、経験的に根拠づけられた刑罰の、目的による未来志向的な操縦が可能となるのである。このようにして、世界観上の統合という考えから導かれてくるフランツ・フォン・リストにおける目的相応的な刑罰というのが理論的に裏付けられるのである。

さらに、リストにおける統合というのは、既述のように、無意味で盲目的に見える因果の流れからそのなかに含まれている内在的目的性を導き出すことで、それと目的という意志的な活動との間の乖離を現象界のなかで一元論的に統合するという意味合いも含意している。こうすることで、のちに検討するように、当為の問題に関しても、形而上学的な基

<sup>271</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.133.

<sup>272</sup> このような世界観の統合というのは、のちに見るように、一元論的な世界観という形でより詳細に定式化される。

礎付けを完全に排除して、経験的な因果関係の世界に属する存在(者)に基づき、存在(者)との結合においてだけ答えることになるのである。

以上のような刑罰論における世界観上の統合という考え方は、リストが学問上の方法論としての実証主義的アプローチ、つまり、経験的な現象界における刑罰という事象を歴史的・実証的に考察するというアプローチから獲得したものである。さらに、彼はそのような学問上のアプローチのなかで、統合の原理だけでなく、形而上学上の原理である刑罰の「進化論的發展」という原理も読み取った。リストによれば、「人類および個人の精神的な発達における進歩すべては、衝動行為が意志行為に変わること、つまり、「衝動行為の合目的性」<sup>273</sup>というものが「認識」されて、目的の表象が行為の動機になるという点にある」のであり<sup>274</sup>、本能的・合目的的行為である刑罰によって、個人の生活条件だけでなく、既存の個人集団の生活条件も外的妨害から保護されるようになるのである<sup>275</sup>。リストの考える法益というのは、そのような生活条件が特定され、その他のさまざまな一般的命令を通じて宣言されたものであるが、彼はそのような「法益という領域と犯罪と刑罰との間の関連が認識されるためには、なされた経験を、偏見のない立場から冷静に観察する必要がある」とし、「その条件となるのが、刑罰の客観化ということ」、「つまり刑罰の機能が、事件の当事者から偏見のない立場で争点を吟味できる機関に移行する」ことであると言う<sup>276</sup>。これがリストにおける刑罰の一般的な発展法則なのである。

このようにして、リストは、社会の発展とともに刑罰は客観化され、その時代に生きる人類の生活条件ないし利害関係が法という形式で宣言された法益を保護することになると考えた<sup>277</sup>。ということで、リストにおける刑罰の目的は、当然ながら、そのような生活条件ないし利害関係を特定し、さまざまな一般的命令を通じての法という形式で宣告された法益を保護し、そうすることで社会秩序の維持をもくろむことになる。犯罪とされる行為の範囲はいろいろと変わってきたのであり、刑罰制度の編成や区分にもいろいろな動揺があったが、刑罰の目的である法益の保護への適合は、歴史的発達の経過において、完成に

---

<sup>273</sup> それは、個人の自己保存という衝動が、我々が意識するしないにかかわらず、種の保存という目的に奉仕しているということを意味する。

<sup>274</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.145.

<sup>275</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146.

<sup>276</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146 f.

<sup>277</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.149 f.

近づくのであり、そのような発展のなかに、進歩の路線も予示されているのである<sup>278</sup>。これがリストにおける刑罰の進化的発展メカニズムである<sup>279</sup>。

## 二、「マールブルク綱領」における「排除原理」

前述のように、リストは学的方法論としての実証主義的アプローチから、「世界観の統合と進化的発展」という考えを導き出した。そこで確認できたのは、リストの統合論は単なる結合で終わるものではないということであった。それは、歴史的な発展の経過を経て、ますます高い段階へと進歩することを含意している。リストにおける刑罰は、原始的な刑罰のもっているその内在的な社会的な性格がますますはっきりした形で目的意識的に発展するものである。したがって、原始的な刑罰が客観化してからも法益の保護という刑罰の目的思想への適合はますます歴史的発展の経過をたどっていくのであり、このような発展のなかに進歩の路線も予示されていた。その限りで、「世界観の統合」として理解された刑罰のたどる発展過程というのは非常に楽観的に読み取られ得る。というのも、刑罰の目的思想から読み取られる「発展」の下では、原則的に、非可視的であり測定不可能な目的に適うようにあらゆる葛藤ないし対立が発展的に統合されてゆくと理解され得るからである<sup>280</sup>。つまり、「目的思想こそ意志行為を衝動行為から区別するものである」とし、「目的が明瞭に認められていればいるほど、意識的な適合が完全に行われていればいるほど、また、直近の目的の代わりに遠くて間接的な目的が定められていればいるほど、最後に、行為全体がそのすべての部分行動とともに、おそらく個々の存在(者)を超えるような最高目的(einem höchsten Zwecke)に従属されていればいるほど、それだけに発展は完全なもの」である<sup>281</sup>と述べたリストの言葉からも分かるように、その都度の目標が最高目的を志向する限りにおいて、「発展」は疑うことなく実現していると解され得るからである。それは、あらゆる事象のように、一般的な発展法則に沿うことである。それゆえ、目的意識的な刑罰というのも一般的な発展法則に従わなければならない<sup>282</sup>。つまり、衝動行為の有する合目的

<sup>278</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.150.

<sup>279</sup> なお、ここで注意すべきは、そのメカニズムには状況によって改変できる刑罰の「目的開放性」という観念が含意されているということである。というのも、法益というのが生活条件の変動によって変わってしまうものであるので、それだけに刑罰ないし刑罰の目的というのも、法益の変化に相応するためには開放的でなければならないからである。このような開放性こそリストにおける発展という観念を保証するものであると言える。

<sup>280</sup> のちに検討されるリストの学的構成における楽観主義的傾向は、このような発展思想から推察できる。

<sup>281</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.145 f.

<sup>282</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146.

性が認識されて、目的の表象が行為の動機となるが、これがまさに衝動行為が意志行為に転化することであり、人類および個人の精神的な発展における進歩なのである。

「発展」というのは、つねにより高次元の段階に進むことを意味する。とはいえ、リストの考えている「発展思想」というのは、その都度の行為全体が理想とすべき最高の目的を目指しているとされる場合に、それが常に発展の途上にあるということ以上のことを現せないということに注意する必要がある。というのも、その都度の現状が発展段階の一部分であるとすれば、それが仮に一般には反動的であると認識され得るものですら、最高の目的に供しているとの理解ができるからである<sup>283</sup>。したがって、最高の目的を目指す目標というのは、常に「発展」を観念するのであり、反動的であると理解され得る目標の達成ですら発展過程の一部であるにすぎないことになる。さらに、目標というのはその都度の諸事情によって変わり得るものであり、したがって、その実質的な内容も変わり得ると言えるのである<sup>284</sup>。そのような目標ないしその達成が「発展」であると観念できるからこそ、「発展」の観念から目的開放的かつ時代の要請に適合する手段としての刑法も容認されうるのである。さらに、リストの考える「発展」というのは、行為全体が「最高の目的」を志向する限りで、常に発展的なものであると理解され得るので、未来志向的で楽観的な観念を包含していると言わざるを得ないのである。だからこそリストの「発展思想」には、既述のように、反動的な契機また当然のこととして発展の過程に属するので、「発展」にそぐわない対象に対する排除という考えも容認される。それがリストにおける発展のリズムである。それは、つまり、発展にそぐわないもの、例えば社会的に不適格な人間に対しては、「人為的な淘汰」の契機を持っているということである。「マールブルク綱領」においては、改善の可能性のない常習犯者に対する無害化という処置が用いられ、人為的な淘汰がはかられている。リストはこのような「人為的な淘汰」に何の抵抗もないようである。

<sup>283</sup> リストはベーリングが「法の発展というのは、曲線状に行われるのであり、曲線の終点が常に、比喩的に言えば、出発点よりも高い位置にあるということは決して正しくない」としたのに対して、ベーリングと曲線の幾何学上の概念について口論したくないとしつつ、「行政国家が流浪する遊牧民族よりも高い発展段階ではないなどと言えるのか」と反問している(Liszt, a.a.O.(Anm.46),1907.S.94f.)。ということから理解できるのは、リストにおける「発展」とは、いわば、常に右上がりの状態を観念するということである。というのも、リストの観念する「発展」においては、一見して反動的であるかあるいは後退的である事象ですら、発展の要素であるに過ぎず、あらゆる事象は発展の過程の一部なのであると理解することができると思うからである。

<sup>284</sup> それは、リストが「刑罰は、目的思想を介して程度と目標とを獲得する。すなわち、刑罰の前提(犯罪)と、その内容および範囲(刑罰体系)が定まってくるし、目的思想の主導において、刑罰暴力(Strafgewalt)が刑法になる。また、将来の課題は、既に開始されている動きを、同じ意味において続行することである。それは、盲目的な反動を、目標を意識した法益保護にあくまで変容させることである」としたことからも明らかである(Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.132.)。

ところで、このような「人為的な淘汰」というのはただの排除だけを望むわけではない。それは排除されたものを、ほかの高次元の目標を達成するために、いつでも有効に活用できるとの意味合いでも用いられる。それは、リストの考える発展のための「人為的な淘汰」という考えに典型的に現れている。リストは改善の可能性のない常習犯の無害化だけでなく、それと同時に彼らに対する犯罪者の社会的・経済的な面での効率的な取扱いも唱えたのである。すなわち、彼によれば、我々が改善不能の常習犯人のような連中を、高い費用をかけて独房で改善しようとするのは、まったく無意義であり<sup>285</sup>、社会の安全を保証するために、無害化の対象者に不定期監禁刑を科するだけでなく、無害化の対象者に最も厳しい強制労働と労働力を最大限に利用できる「刑罰奴隷制」を用いることで、社会的な費用を節用し、その対象者を必要に応じて有効に活用することができる、ということである。それは、無害化という処置が、単純な排除ないしは淘汰のためだけではなくて、社会経済的な面で効率的に利用できる対象を作り出すための手段としても利用されうるということを示唆する<sup>286</sup>。このような考え方は、たとえば、レーニン=スターリン主義者が、労働力の足りないときに、人工的に労働力を創出するために、反人民・反革命というレッテルを張って、犯罪者を作り出したことを思い出せば、すぐ理解できることであろう。リストは、「マールブルク綱領」において、そのような常習犯を形成する主要なグループとして、プロレタリアートという一定の階級を取り上げた。彼は、それがいわゆる一連の社会病理現象のなかの最も重要かつ危険な部分であり、常習犯というのが社会秩序に反対する勢力を形成する部類のいわゆる参謀本部の役割を果たしているとの認識をもっている<sup>287</sup>。それは、問題の対象を個人が属している特定の団体にまで拡張させていることを示し、社会が進化・発展してゆくためには一定の団体も排除されうるという意味合いを含んでいると言わなければならない。このように、リストの唱える「発展思想」は進化論的淘汰原理を内在的にもっており、いわば社会進化論的意味合いを包含している。リストにおける「発展思想」からは彼の未来志向的で楽観的な姿勢が観念できる。しかし、彼が意識するしないにかかわらず、そのなかには排除される対象や排除の方向性などを定めることのできる基準がなく、それだけに不特定多数に向けられた暴力性が含まれているということには注意しなければならない。「目的」と「発展」という観念を定式化することで、その都度の諸状況

---

<sup>285</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.168.

<sup>286</sup> 効率と費用の節用については、Liszt, a.a.O.(Anm.66),S.248.を参照されたい。

<sup>287</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.168.



に柔軟に対応できる刑事法学を基礎づけたことはリストの不滅の功績であろう。しかし、それが刑罰権力の恣意性の余地も与えているということに、その限界を指摘せざるを得ない。もっとも、これまたリスト刑法学の特徴であると言わなければならない。

これまで検討してきたように、リストの学的構想において、異なる世界観の「統合の原理」と発展のための「排除の原理」が融合されている。それらは「発展思想」という考えのもとで、のちの作品において、ますます具体化されてゆくことになるが、それを標語的にいうと、「一元論的世界観に基づく進化論的發展思想」と言うことができる。これこそ「マールブルク綱領」を特徴つけるものであると言えよう。

### 三、「近代性の構造」と「排除のメカニズム」

最後に、ここで述べた「排除のメカニズム」との関係で、一つ注意すべきことを言っておこう。この「排除のメカニズム」というのが、あまり注目されていないが、いわば「近代性の構造」に由来するものであって、リスト刑法学だけに特徴的なものではないということである。これについては、本論文の末尾でより具体的に取り上げることになるが、とりわけ、ここで言っておかなければならないのは、そのような「近代性の構造」<sup>288</sup>という観点からは、リストの学的構成とナチズムとにみられる「排除のメカニズム」というのは、「近代性の構造」からの産物であって、影響関係にあるものではないということである。ある歴的な人物を評価する際に、彼の思考の枠組みを規定しているその時代の精神ないしはパラダイムを抜きにしては、それについて語ることはできないのである。これについては、本論文の末尾において取り上げることにする。

---

<sup>288</sup> 今村仁司著、『近代性の構造—「企て」から「試み」へ—』（講談社、1994年）から引用。

### 第三章. 刑法における「発展思想」<sup>289</sup>

#### はしがき

前述のように、「マールブルク綱領」におけるリストの「発展思想」はのちの彼の作品のなかでより明確な形で具体化されることになる。それは、すなわち、まず、彼が自身の因果論的関心を、個人の犯罪の根源を探し求めることから離れ、社会的集団の探求へ向けたのち、そのような新しい方向性を目的論的世界観へと強化し、社会進化論的にあとづけられた「発展思想」を通じて補強したのである<sup>290</sup>。それは、一方では、人間社会を生物学的に擬制することで社会病理現象としての犯罪現象に対する社会進化論的なアプローチをとったのであり、そうすることでいわば「役に立たないもの(die Untüchtigen)」の排除的淘汰を認めることになるのである。

さらに、他方で、それがただ現象界における事象の発現形態だけを理解する仮説にだけでなく、立法における「正法」を確定する基礎づけにまで高めることになる。というのも、リストにおける発展という観念は存在(者)を歴史経験的・発展的に生成したものとして考察し、そこから認識された発展傾向だけが存在当為的なものの解明を与えると認識しているので、そのような発展傾向が立法における基準となるのは必然的であると言わざるを得ないからである。リストにおける「発展思想」は彼の「学問観」ないし世界観を支える基本概念なのであり、彼にとって、いわば「正しい立法の原理」を導き出す際にも、「しかるべき社会のあり方」の判断基準を立てる際にもそれらを支えるものとして働くのである。

<sup>289</sup> リストにおける犯罪現象というのは因果関係の支配する現象界の事柄であった。そのような観点からは、規範学である刑法学上の議論において必ず取り扱われることになる正義などの価値判断の問題も経験的な人間の問題であって、形而上学的な考察の対象にはならないのである。そういうことで、リストは実証主義の立場から刑罰の歴史を帰納的に考察するが、彼はそのような過程のなかで、あらゆる刑罰現象から「発展」という形而上学上の原理を観念するようになり、のちに「刑法における発展思想」を定式化する。ここで、確認しておかねばならないのは、リストにおける「発展ないし進歩」という観念はきわめて近代的な発想法であるということである。近代的な発想法としての「発展」という観念は、近代自然科学における知識の蓄積と直接関係するものである。近代人は自然科学的考察によって得られた知識をただ生産に活用するにとどまらず、それを次々と蓄積しつつ増加させていく。これが重要である。

「増加あるいは付加は、累積とか蓄積という言葉で言い換えることができる」のあり、「先人の成果を引き受けて、次の人がさらに付け加え、また次の人が付け加えて、継続的に膨らんでいく。これこそ近代精神の本質である」(今村、前掲書(注288)、138頁)。膨張し拡大する「発展」ないし「進歩」という観念は、リストにおける「発展」そのものである。リストの精神は近代的思考の枠組みのなかにあり、その有する良き悪きまた「近代性の構造」という視座から考察しなければならない。

<sup>290</sup> David von Mayenburg, *Kriminologie und Strafrecht zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus* : Hans von Hentig (1887-1974), Nomos Verlagsges. Baden-Baden, 2006. S.175.

このようなリストの「発展思想」を正確に理解することで、我々は彼の描いていた刑法(学)の学問としてのあり方を理解し、彼の刑法史上の新たな位置づけを試みるのが可能となるろう。

ということで、以下においては、リストの作品のなかから彼の「発展思想」がどのような形で具体化されているのかを考察することにする。この作業は、リストの刑法上の指導理念である「目的思想」と「発展思想」が、第四章で検討する「リストの刑法における目的開放性」というテーゼをどのような形で導き出すのかということを理解するために必要である。

### 第一節. フランツ・フォン・リストにおける科学(Wissenschaft)<sup>291</sup>

これまで検討してきたように、リストは自身の刑罰論において、形而上学的な基礎づけを排斥した。というのも、リストにとって犯罪と刑罰というのは経験的な現象界の事柄であり、したがって、それが形而上学的な思弁によって左右される事柄ではないと認識されたからである。従って、犯罪と刑罰という事象が現象界に属する事柄である限り、リストにおける犯罪と刑罰の関係は自然法則、つまり因果関係の観点で取り扱われることになる。のちに見るように、このような因果の流れに、価値判断と目的意識的な行動を用いて、人為的に介入することができるのであり、そのような介入によって生じてくる結果も目的意識的で改変的な行為に沿うように変わり得ると想定されるのである。犯罪の実質的な克服は、リストにとって、犯罪と刑罰という現象を科学的に処理することによってだけ可能となる。刑罰の形而上学的な根拠づけは信念の世界に属することであり、それゆえ、非科学的であると言わざるを得ない。そこからは量刑の原理も出てこないのである。

さらに、リストは、のちに検討するように、人間の価値判断および目的意識的な行動なども我々の感知できる経験的な世界の事柄として設定し、それらを実証主義的なアプローチによって説明する。リストにおける価値判断と目的意識的な行動というのが、いわば、形而上学上の意思自由によることなのかどうかは、彼にとって、それほど重要なことではない。それというのも、リストは因果関係の支配する現象界と経験的で心理的な考察によ

---

<sup>291</sup> Wissenschaft の訳語を「学問」にしてもよいが、ここではリストが刑法学の対象を因果的法則性の支配する現象界に限定しているのので、「科学」という訳語を当てた。

って説明することのできる人間に関心があり、彼にとってそれを基礎づけるような形而上学的な考察は不可知な世界に属する事柄であるに過ぎないからである。その存在いかんなどはまさに信念の世界に属する事柄であるに過ぎないのである。リストにとって、我々人間という存在(者)の価値判断ないし目的意識的な行動というのは経験的に感知できるものであり、それより明確で確実な根拠などないのである。リストは人間の精神の有する知性・理性・意志・気概・感情・欲望といった側面を経験的に考察し、さらに人間の精神の働きを経験的な歴史に基づいて考察し、そこから発展メカニズムを確かめたのである。

### 一. リストにおける科学および決定論的立場

リストは刑法学の課題とこれを解決するための方法を論ずる際に、犯罪と刑罰に対する科学的認識を重要視した。それはほかでもない因果関係の説明、即ち現象を確定する諸原因の因果的考察なのである<sup>292</sup>。それゆえ、刑法学はさしあたり我々が犯罪と命名する現象をその原因に戻し、その原因から説明せねばならないということになる。刑法学がそのようなことに従事する限りにおいて、リストによれば、それを既に定着している当時の言語慣用に従って、「犯罪学(Kriminologie)」と称することができるのである<sup>293</sup>。リストは、ある事象を説明する場合に、もっぱら自然科学的な方法論だけを承認したのであり、その基本となるのがほかでもない因果的考察及び因果的な説明である。リストによれば、「科学的認識は因果的説明、つまり現象を確定する原因においてそれを認識することである」、とする<sup>294</sup>。それゆえ、犯罪一般を「科学的に」説明し研究しようとする以上、それができるのは、もっぱら因果的説明という自然科学的な方法を用いるときだけなのである。つまり、課題の解決のために自然科学的な方法を用いるということは、個々の事例に対して科学的に正確な観察をすることによって、準備され、試され、補われる体系的な大量観察を用いることなのである<sup>295</sup>。犯罪は、そのような方法に従って、その原因にまで還元され、解明されなければならないのである。

---

<sup>292</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.21),S.289.

<sup>293</sup> Ebenda.

<sup>294</sup> Ebenda.

<sup>295</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.162.; ders., a.a.O.(Anm.21),S.290.

そうすると、ドグマティックな法律学である法学一般は、リストがもつぱら科学的な考えとして承認する因果的な説明には入らないことになる。つまり、「法的効果としての刑罰を構成要件としての犯罪に結びつける、法規則の総体」である刑法の体系的な統合を目指すドグマティックな法律学に従事するような刑法学は、リストの判断によれば、科学(Wissenschaft)ではないということである<sup>296</sup>。というのも、科学的な考察の要求する方法というのが感知できる現象界の事柄をその合法則的な関係において研究することであるとすれば、いわゆる論理的な構成に従事するような刑法学および法学一般は科学の要求する因果関係の考察とは距離があると言えるからである。従って、刑法学というのは、リストにとって、術(ars aequi ac boni 衡平および善の術)もしくは熟練(Fertigkeit)と呼ばれるだけであり、理論的法律学の課題というのは概念の論理的な結合に過ぎないのである<sup>297</sup>。法学一般は単なる形式論理的「学問」であり、その対象となるものはただの法規であるにすぎず、その方法となるものは論理なのである。

このようにして、リストのいう科学の概念に入ることになるのは刑事法学のなかでも犯罪学と刑事政策である。というのも、それらが、犯罪の原因及び効果において認識された犯罪の体系的な克服を目指すからである<sup>298</sup>。したがって、犯罪学と刑事政策の用いる方法論も、すべての純粋科学において用いられる方法と異なったものを知りえず、それと同様に所与の事実に見解をもたずして、因果関係の体系的な考察を行うことから始まるのである<sup>299</sup>。

ところで、リストにおける犯罪という現象の科学的な考察というのは、彼の決定論的立場から基礎付けられていると言える。リストにとって「因果法則的考察」とは、我々のもっている認識形態そのものである。原因のない、つまり作用のない外界の変化、それは我々の思考法則においては、矛盾以外の何ものでもないものであり、そのような矛盾は我々の思考自体、そしてそれでもってあらゆる認識、あらゆる経験、あらゆる科学を終わらせるこ

---

<sup>296</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.40),S.77.

<sup>297</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.40),S.77f.上述のように、リストにおける「刑法学(Strafrechtswissenschaft)」の概念には科学としての刑法学とドグマティックに従事する法律学が含まれている。したがって、ここでの刑法学という言葉は後者の意味でしか使われていない。

<sup>298</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.40),S.82.

<sup>299</sup> ここで、注意すべきは、科学としての犯罪学と刑事政策そして術としての法律学の間には、対象と方法という点で相違があるだけで、互いが排斥し合うことではないということである。刑法の体系的な統合を可能にするのがドグマティックな法律学であるとすれば、犯罪克服という目的を達成するためにその主要な役割を果たすのは犯罪学と刑事政策なのである。法律学と犯罪学ないし刑事政策は、リストの唱える全刑法学を構成している独自の領域として、互いに補完し合う関係にある。

としかない<sup>300</sup>。従って、我々の認識にとって、人間の行動すべてが一定の作用の結果として生じた何らかの明確な事象にその原因を有しなければならないのである。我々の認識にとって、原因のない作用はまったく存在しないのであり、それは作用のない原因はないこととまったく同様のことなのである<sup>301</sup>。これがリストの決定論の主張するすべてである。

このような決定論の見解からは、我々の認識の向こう側にあることに関して、何も語るべきではないし、何も語ることもできないのである。したがって、リストの見解からすれば、我々の認識というのは、時空の限界において展開されるものであるにすぎない。時空に制限されていない因果連鎖の想定は認識の境界を越えるのである。因果法則というのは、我々の認識が到達できる現象界だけに当てはまる。

とはいえ、リストにとって、我々の認識によって到達することのできない領域、たとえば神の領域ないしは純形式の世界が完全否定されているわけではない。ただ、そのような領域は不可知であるにすぎないのであり、したがって、リストにとって、認識の領域を越えるところで信念の領域が始まることになる。すなわち、彼は、因果法則の例外のない妥当性と人格神による世界の創造への信念は相容れない事柄ではないのであり、あらゆる創造物は将来再び神性に戻らうという信念また同じく因果関係が支配する現象界の認識と相容れないことではない、と認識しているのである<sup>302</sup>。

さらに、リストによれば、法というのも経験という現象界に属する事柄から成り立つと想定されているのであり、したがって法的現象は形而上学的な思弁の対象になりえず、現象界における因果関係的考察の対象になるだけである。リストに従えば、「経験的な」人間だけが裁判官の前に出頭し、判決を下され、拘禁され、斬首されるのである。決して知性によってのみ認識可能な「超感性的な性格„intelligible“ Charakter」がそのようになるわけではないのであり、「このような性格が不死であるかどうか、自由であるかどうかということ、それは人間にはわからないものであり、かつ決して知り得るものでもない」のである<sup>303</sup>。だからこそ、どれを取るかは信念の問題になるのである。

決定論的立場に立っているリストが、科学、すなわち人間の秩序正しい認識を用いて、あらゆる事象の最初の原因もしくは最終的結果に関する考察をせずに、ただ単にそれが

---

<sup>300</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.38.

<sup>301</sup> Ebenda.

<sup>302</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.38f.

<sup>303</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.39.

我々の知ることのできない領域に属するとし<sup>304</sup>、それ以上議論を進めない。それは証明することのできない事柄であり、無限後退に陥るか、それとも形而上学的議論に埋没されてしまうと考えたからであろう。

なお、リストによれば、認識の限度を超える決定論というのは、その対をなす非決定論と同様に非科学的なものなのである<sup>305</sup>。刑法にとって、認識の到達できる現象界における決定論だけが科学の根拠として存在するだけである。このように、リストの決定論は現象界を超えるところにある因子にその起源を探るものではない。リストはこれを明確な形で定式化する。すなわち、リストにおける決定論というのは、我々の認識によって到達することのできない因子から導出される「世界観としての決定論ではなくて、我々の思考、つまり現象界に対して妥当する例外のない因果法則を主張するような決定論なのである」と<sup>306</sup>。このようにして、リストは刑事法学の対象を現象界の事柄に限定することで、さらに自身の決定論的な立場においても、不可知論を用いて形而上学へのアプローチを遮ることで、刑事法学の領域から形而上学的な考察を完全に排除している。

## 二. リストにおける価値判断

リストにおける決定論は、彼とミッテルシュテットとの間で行われた論争を検討すれば、より明らかになる。リストによれば、ミッテルシュテットは自らの決定論を形而上学的ないし超越的に根拠づけられた「啓蒙的な決定論(*der aufgeklärte Determinismus*)」と名づけ、いわゆる「通俗的な決定論(*der vulgäre Determinismus*)」に対置させたのち、後者は「意志の限界(*Willensbedingtheit*)」というのが、機械的な自然法則の下、人間の奴隷状態であるという観念にとらわれている」一方で、やはり「さらに数多くのほかの諸原因、例えば人間の行為を惹起するにあたって、脳髓の大きさの形態よりもその重要さで引けを取らない精神的

---

<sup>304</sup> Ebenda.

<sup>305</sup> Ebenda. さらに、リストはこの頁 Fn.1.において、「それゆえ、私はそれとともに学問的な(科学的な)正当化を要求する世界観としての決定論を無条件に否定する。このような知と信念との区別はもちろん多くの人に理解できないだろう。しかし、彼らを助けようとも実際助けようがない」とする。とはいえ、後に見るように、リストは、自然と精神などのような対立物の統合という一元論的な世界観を支えている形而上学的原理は、事実の観察から、発展論という学問的仮説において見つかることができる、ともする(Liszt, *Der Entwicklungsgedanke im Strafrecht*, in: *Mitteilungen der I.K.V. Bd 16.3Heft.*, S.497.). 従って、彼の場合、精神や目的などは自然主義的ないしは心理的なものとして所与のものと考えられているようであり、したがって、一元論といっても哲学上の二元論から生ずる矛盾を統合するような原理ではないと思われる。

<sup>306</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.39.

な質(die psychische Qualität)の原因が存在する」として後者を退けていると、する<sup>307</sup>。これに対して、リストは、自身の決定論的立場がミッテルシュテットの言う通俗的な決定論には属しないという旨、次のように言う。つまり、ミッテルシュテットの想定している通俗的な決定論を信奉する人が誰なのか分からないが、そのような考え方は国際刑事学協会(以下、I.K.V.)の構成員にとって、後れを取っているとしつつ、「我々のなかの誰が動機、つまり表象による決定可能性をかつて否定したのか」と言う<sup>308</sup>。このような発言から想定し得るリストの決定論というのは、結局、自然の因果法則による例外のない機械論的決定論を取っているのではなくて(たとえば、ロンブローゾにおける生来犯の改変不可能性)、経験論的ないし心理学的決定論であると言える<sup>309</sup>。このように考えると、リストの認識論的見解がいわゆる宿命論ないし静寂主義ではないということは明らかであろう。

とはいえ、自然主義者にとって必然的に生ずる宿命論について論じたヴェルツェルのように<sup>310</sup>、リストの決定論を宿命論として見なしている見解もある。たとえば、「リストの観点は、果てには完全な宿命論と静寂主義(Quietismus)になろう」とか、「リストの観点の結果として考えられるのは、変更の不可能な流れのなかで、我々にとって唯一の解決は無為の諦念的服従であろう」というのがそれである<sup>311</sup>。しかし、リストがすでに、変更できない法則を信ずるケトレに対して、彼の考え方に静寂主義・宿命論が承認されるとしても、そのような観点はもう時代遅れであるとしていただけでなく<sup>312</sup>、ロンブローゾのような、人間の教育可能性を信じない立場にある人を刑法学における「ラディカルな自然主義者」とあると批判していることから推察できるように<sup>313</sup>、彼自身の決定論が「宿命論的決定論」

---

<sup>307</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.40.

<sup>308</sup> Ebenda. リストはここでいわゆる啓蒙的決定論が、メルケルが初めて基礎づけたのではなくて、すでに形而上学的主意主義者であるショーペンハウアーが彼自身の論文の『充足理由律の四つの根拠について』において基礎づけたとする。

<sup>309</sup> 経験論的ないし心理学的決定論は機械論的決定論とは異なる。前者は経験的な個別事象から帰納によって得られた法則、つまり因果関係は明確ではないが、経験上そのようであるとするだけの法則を意味である。リストは、学問の対象領域を現象界に限定するだけで、これを超える事柄、たとえば表象の形式などのような問いに対しては、それを信念の問題にして、まったく否定しているわけではないということにも注意する必要がある。

<sup>310</sup> Hans Welzel, a.a.O.(Anm.13),S.13ff.

<sup>311</sup> Jannis A.Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.18. もっとも、リストは「啓蒙的決定論が存在すべきであるとしても、通俗的決定論をより好む」ともしてはいるが、それは、後者が「少なくとも刑法上の諸概念を歪曲させることを避ける」に適していると考えただけのことである<sup>311</sup>。というのも、リストは、つねに形而上学的アプローチによって生じうる不明確性を避けようとしただけであり、彼が、合目的な介入を容認していることからわかるように、通俗的な決定論それ自体をもっぱら支持しているわけではないからである。

<sup>312</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.39),S.11f.

<sup>313</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.39),S.7.



と解されるのを未然に防止していたのである—リストが改善の余地のない常習犯の無害化を唱えているが、それは、リストがこのようなカテゴリーに属するに人に対して諦めないし宿命を認めていると言える。というのも、リストが、彼らがどうして改善できないと断定できるのかについての合理的な考察を行っていないからである。とはいえ、これまで考察してきたリストの全体的な世界観と「学問観」に基づくと、おそらく彼がそのような常習犯に対する改善可能性をまったく認めていないとは言えないと思われる。したがって、変更できない法則を認めないリストにとって、改善できない常習犯の想定は矛盾であると言えるが、それをあくまで政策的な判断による処置であると理解すれば、矛盾でなくなると言えよう。

なお、リストの決定論に対する批判は的を外れていると言わざるを得ない。なぜなら、リストの決定論的立場が、彼の提唱した「目的思想」と「発展」という観念に基づいて考えると、価値盲目的な因果の流れだけを想定していると思われないからである。「マールブルク綱領」において確認されたように、彼の考える因果の流れには、「目的性」が内在しており、最高目的の達成への道のりは発展的な過程そのものなのである。すなわち、「目的性」にはもっとも高い段階への進展という価値がうちに秘められているということである<sup>314</sup>。したがって、価値盲目的な自然主義の必然的な結果として生ずる宿命論と静寂主義というのは、リストの「目的思想」および「発展思想」からは導かれないのである<sup>315</sup>。

リスト自身決定論的立場と価値判断について、「決定論的な見解があらゆる価値判断を排除するわけではない」と言う<sup>316</sup>。すなわち、「無知が、利得も責任もなしに与えられた天分であるにもかかわらず、ふつう同じ状況の下において、我々は常に才能のある人を才能のない人より優先する。我々は、一般に同じ状況の下であれば、才能のある人を才能のない人よりも常に優先する」とし、さらに一般に同じ状況の下であれば、美しい女性が醜い女性よりも好まれるが、それは形而上学的な思弁によるものではないとする<sup>317</sup>。さらに、「我々は、毎日、社会的交際および国家的生活において、利得および責任に基づかない価値判断

<sup>314</sup> Jannis A. Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.18.

<sup>315</sup> Ebenda.

<sup>316</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.46.

<sup>317</sup> Ebenda. 美に関することを言っているが、人間がどうしてそのようなことを感じるができるのかに関する哲学的な考察は行われていない。おそらく、経験的な現象界の因果関係に主眼を置いているリストにとっては、心理的なものについてそれ以上説明する必要はないと思ったかもしれないが、少しでも本質的な考察をしようとするものにとっては、美に関することは人間がロゴスを感じずるから可能であると思うだろう。このような見解の人は、形而上学は我々の認識を超えるものではないとの前提に立っている。しかし、リストはこのようなアプローチを否定しており、したがって、リストの置ける美的価値判断というのは心理的なものとして限定されているということができよう。

を下し、実行に移すのである。決定論者は犯罪者に対してそのとおりに同じ立場を取らねばならない」と言っている<sup>318</sup>。リストは、メルケルの見解を引用し支持することで、そのような考えをより明確に表す。すなわち、「崇高な行為に対する我々の道徳的な尊敬の感情を決定づけるのは、その崇高な行為の源をなしている特性である。行為者が所与の事情の下で、ほかの行為、すなわち崇高でない行動をとることができたというような前提は、このような尊敬の感情の生成・内容に何ら関係を有しない。また、我々がこの尊敬の感情に従い行為者の行為に功労・名誉を帰すか、それとも、行為者の行為に対する我々の態度をこれと一致させるかというようなことにも、何らの関係をもつものではない。我々がソクラテスの態度を死と関連付けて讃嘆するのは、彼が卑怯な態度、自我的な態度をとり得たにもかかわらず、あえて死を選んだと考えるためではなくて、芸術品が我々の美的感覚に直接的な満足を与えるように、我々の道徳的感覚に直接の満足を与えるような特性が、ソクラテスの態度として我々に迫ってくるからである。犯行に関しても、同様のことが妥当する。犯行によって喚起される蔑視感にとっても、また、犯行に責任と不名誉とを帰させる場合にも犯行の源をなす特性が決定的である」、と<sup>319</sup>。このようにして、リストはあらゆる事象には我々の心理的な価値判断が作用すると思うのであり、それが彼の言う「表象による決定可能性」であろう。このような決定可能性によって、価値判断による目的意識的な介入も承認されるようになる。こうして、リストは因果関係から価値盲目性を排除し、価値関係的な因果関係を設定する。

なお、このような価値関係的な因果関係というリストの学的構想は、言うまでもなく、形而上学上の思弁とは何の関係もない<sup>320</sup>。したがって、価値判断が絶対的な基準によるものでない以上、その都度の価値判断の基準も可変的であると言わざるを得ない。したがって、そのような価値判断によって設定される目標というのも状況によって変わりうるのである。リストは犯罪と刑罰に関する因果関係の説明が刑法学の重要な課題であるとしている。これは犯罪の克服のためのことであり、リストはそれが価値判断による目的意識的な介入によって可能になると認識している。価値判断を媒介とするこのような目的意識的な介入と

<sup>318</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.46.

<sup>319</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.46f. なお、リストはあえて無視しているかもしれないが、ソクラテスはロゴスを信ずる人であり、まさに哲学的な生をきたした人である。彼は善悪という形而上学的な観点から善を選択したのであり、したがって彼にとって善悪の問題は、リストの言うような心理的な事柄ではなかった。リストは、常に形而上学の議論を意識的に避けようとしており、諸事情に影響される可変的な人間的心に関心を示したと言える。ここにリストの主情主義的な側面がみられる。

<sup>320</sup> 既述のように、道徳的な価値判断というのは、経験によって形成される心理的な過程であり、したがって、経験的な諸要素によって心的表象は変わり得るものである。

というのは、形而上学上の考察を源泉的に塞ぐことで、その都度の状況に符合するように柔軟な対応を可能にするのである。リストにおける因果の流れというのは、因果の流れへの価値判断による目的志向的介入によって、価値盲目的で無意味なものではなくなる。目的意識的な行動の介入によって、その都度の適切な方向性が設定される。このようにして、リストが、価値盲目的な自然主義の醸し出す、「社会を機械的にみる宿命論」を閉じ込めたのであり<sup>321</sup>、そうすることで法律学および刑事政策による人間の改変可能性を作り出すことができたと言えよう。価値関係的な因果関係の設定は、人間の活動によって生ずる諸現象形態への目的意識的な介入による最高の目的への発展を観念するリストにとって、欠かせないことであると言えよう<sup>322</sup>。

なお、既述のように、このような目的意識的・価値関係的な因果関係とこれに内在的な「発展」観念によって、意識的ないし作為的に、改善できない常習犯という設定に見られるような諦めと宿命をも想定することができた。これは「目的思想」と「発展思想」による刑事政策的な介入の正当化でしかないものであり、のちに検討する、刑法における「目的開放性」を予感させることである。これは「マルブルク綱領」において、すでに見られているが、リストののちの作品において、「社会病理現象としての犯罪」という形で、より具体化されてゆく。次節において、これについて検討する。

## 第二節．社会病理的現象としての犯罪

すでに述べたように、「マルブルク綱領」において見られた、リストの犯罪原因論における社会進化論的なアプローチは、のちの作品においてより明確な形で確定されていく。その際、実証主義的アプローチを自身の学的方法論として採っているリストはその都度の経験科学の成果を刑法学に取り入れようとする。そのような試みは、経験的・社会的な諸

<sup>321</sup> Jannis A. Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.18f.

<sup>322</sup> もちろん、価値判断による目的志向的因果の流れへの介入は、次なる段階への「発展」をも見込んでい。「発展思想」は、すでにみたように、犯罪原因論において進化論的發展という構想をも基礎づけている。それが、いわば、「マルブルク綱領」においてなされた進化論的發展のメカニズムであり、のちの作品である「社会病理現象としての犯罪」においてより具体化されることになる。そこにおいて、リストは犯罪を社会病理的現象として把握し、それを根絶することこそ社会の進展ないし発展であると見込んでいる。社会病理現象としての犯罪というのは、発展過程にうまく沿うことのできない人間によって行われることである。「発展」の観点からは、そのように発展過程に遅れているか、あるいはそれに参加できないものに対する教育・管理・排除という処置というのは正しいことになる。このような「発展思想」の名のもとで、承認されている排除メカニズムを我々は看過してはいけない。

関係を刑事法学に取り入れることを通じて実生活の要請に適宜対応できる刑事法学を目指す「全刑法学」<sup>323</sup>というリストの学的構想からも、当然のことであると言える。したがって、生物学、細菌学、優生学、精神科学など、彼の時代の経験科学の成果を自身の刑法学上の理論構成に反映しようとする彼の試みはごく自然であると言えよう。

そのような全刑法的構想のもと、リストは社会進化論的アプローチをより強固なものとするために、社会生物学的な擬制を自身の理論構成のなかに取り入れる。このようにして、彼の言う社会病理学的現象としての犯罪を引き起こすような社会的原因を作り出す諸集団を確定し、犯罪の自然法則性と歴史的法則性を前提とする立場から、刑事政策家としての立法者の有すべき課題を提示する。それは、彼の発展思想から当然として生ずる「人為的な淘汰」という処置を正当化するためのものであると言える。しかも、このような過程を踏むことで、リストの構想によれば、犯罪の克服によって社会のより発展的な段階への進展ができることとなるのである<sup>324</sup>。

とはいえ、そのような構想が一定の人ないしは集団に対する排除を想定している以上、発展の名の下で危険な状態が生じ得るということは容易に想定できる。したがって、排除の対象となるものに対する明確な基準を定めておく必要がある。このような社会進化論的アプローチによって導かれ得る懸念に対しては、リスト自身も「刑法というのは個々人の自由を保証するために、客観的な性格を維持する必要がある」とし、「個々人の自由を前にして法というのがどの時点で停止する必要があるのかについては異なった見解があり得る」ので、「国家権力ないし司法的判断は合法的な限界に結ばれている必要がある」と

<sup>323</sup> 「全刑法学」については、本稿の36頁以下を参照されたい。

<sup>324</sup> とはいえ、リストの社会進化論的なアプローチについては、「健全」、「不健全」そして「退化」などのような言葉が見つかるという理由だけで、リストを社会進化論的な思考をする人とみなすのは無意味であるとし、さらに、リストにおいて、社会進化論的な隠喩以上のことを確かめないとする見解もある(Monika Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften*, Berlin 1987, S.180 und 183.)。リストは刑法学における古典学派の代表者との間に異なる世界観に起因する深部に達する対立が存在することを否定せず、そのような対立は、人間の活動が停止しないかぎり、調整できるものではないとする。しかし、歴史的経験から、立法、司法、そして学問におけるそのような対立は、リストによれば、共同作業を不可能にするまでのことではないとする(Liszt, a.a.O.(Anm.71), S.433.)。リストの一元論的な「世界史の発展という観点」からすれば、両学派の特徴的な相違というのはむしろ「問題設定の拡張」にあることになる(Ebenda.)。したがって、これまで刑法学における古典学派が自ら唯一の課題とした刑法のドグマティックな構成及びその強化がそれなりの成果があつて、方法論において高く評価できるとしても、リストにとっては、それだけでは不十分であり、その古典学派は時代的新しい課題を受け入れる必要があると唱える。その課題とは、ほかでもない「犯罪の原因の研究、犯罪(性)の科学的な因子(Aetiologie)を産出する」こと(Ebenda.)、つまり、犯罪の科学的因果関係の獲得であつた(Liszt, a.a.O.(Anm.71), S.435.)。

する<sup>325</sup>。しかしながら、このような制限も、たとえば彼の想定する改善の余地のない常習犯においては、何の意味も有しないことに注意する必要がある。犯罪現象に対する社会進化論的アプローチは、「発展思想」を観念するリストにとって疑いのないことであり、より高次の発展段階へ進むために必要な要素なのである。

## 一. 社会的現象としての犯罪

リストは、犯罪を効果的に克服するためには、それを自然科学的な観点から、犯罪(性)を因果的に考察し説明する必要があると認識している。犯罪というのは、リストにとって、現象界におけるでき事なのであり、したがって、犯罪を理解し説明するためには犯罪に影響すると思われる原因を確定することが必要となるのである。それには自然科学的な考察方法、すなわち犯罪現象を個々人の個性(Individualität)という観点から説明する「生物学的考察」と犯罪現象を社会生活における社会的諸関係から把握しようとする「社会学的考察」が用いられる—とりわけ、リストは社会学的考察方法を生物学的な考察方法よりもはるかに新しい方法であるとしている<sup>326</sup>。

そのようなリストの犯罪原因論はいわゆるイタリア学派に属する人たちの見解を批判的に考察することで体系化されていったと言える。リストは、まず、ロンブローゾの主張しているいわゆる「隔世遺伝的先祖帰り(die atavistische Rückschlag)」に対しては、それがどこに由来するのか、そして、それが時間と場所によって異なる数で発現されるのはなぜなのか、といった疑問を投げかけ、そのような問いに犯罪人類学は適切な答えを提供できないとして、ロンブローゾの見解を退ける<sup>327</sup>。次に、リストはフェッリが犯罪の要素を3つのグループ、つまり、「人類学的要素」、「生理学的要素」、「社会的要素」に分けたことに対し

---

<sup>325</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.501. なお、リストは、「犯罪社会学が刑法に代わるに適格であるという主張を重大な間違いであると考え」とし、「我々が市民個々人の自由を国家権力の恣意から守ろうとする限り、我々が罪刑法定主義に固執する限り、同じだけ確実な学問的原理に従って作動する厳格な法解釈術もそのきわめて政治的な重要性を維持する」とし(Liszt, a.a.O.(Anm.71),S.434.)、さらに、「刑事裁判官のドクマティックな束縛においてこそ、市民の自由を確保するきわめて重要な防波堤の一つが我々に与えられるということをはっきりと認識していたのが、きっと、政治的に考えることのできる人である」として(Liszt, a.a.O.(Anm.71),S.435.)古典学派の仕事の評価している。

<sup>326</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.66),S.231f.

<sup>327</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.71),S.437.

でも、それが犯罪原因論として体系的でないとして批判する<sup>328</sup>。この批判は、フェッリの体系における社会的要素の概念的な確定の不在、そして生理学的要素の独自性が疑われるような曖昧さを根拠としている<sup>329</sup>。とりわけ、リストは後者に対して次のように批判している。すなわち、フェッリの分類における生理的要素(die physische oder physikalische Faktoren)が独自のグループとして成り立つには曖昧なところがあるということである。というのも、リストは、たとえば、暖かい期間において性犯罪の数が増えるということが認められるとしても、個々人は自らの性生活においてさまざまな方法で温度の影響に対応することができるのであって、そのような「犯罪の発生の際には、個々の人類学的な要素が決定的な役割を果たす」からであるとする。そして、冬場に窃盗曲線が上昇するのは、その原因が冬の寒さに直接に関係するというより、「必需品の増加および仕事機会の減少などの、社会的な要素」に密接な関係があるからであるとする<sup>330</sup>。

このような批判を踏まえて、リストが試みたのは犯罪の原因を二つに分けることであった。リストはそれまで、「犯罪とは、一方で、行為時に犯罪者の持っている特質の産物であり、他方で、行為時の犯罪者を取り巻く外部的、とりわけ経済的状况である」という見解をもっていた<sup>331</sup>。しかし、このような枠を確定する際にも、リストは犯罪の原因に関するシステムの構築には難点があると認識する。というのも、同じ犯罪であっても、それがどのような状況下で行われているのかによって、そのようなシステムの構築が変わってくるからである。たとえば、ある犯罪を理解するためには、それが犯罪者の行為である以上、犯罪者の特質、つまり犯罪者の個人的な要素を研究することが必要となる。したがって、その様な場合には、犯罪者を解剖学的・生理学的・心理学的に研究する必要がある。さらに、それに加え、「犯罪者のこれまでの成長過程すべてを徹底的に見極め、犯罪者の生みの親の特質にも、おそらく彼の姉妹の特質にも注意する」ことが必要となる<sup>332</sup>。

とはいえ、同様の犯罪が一定の地域で重複的に生じるとすれば、事態は完全に異なってくる。そうになると、我々は犯罪者の個性ないし特性には関心を持たなくなる。その代わりに問われるべきは、そのような現象の基礎にあるのが政治的な状況か、もしくは経済的な状況なのか、それとも全体的社会生活の様式なのかである<sup>333</sup>。犯罪が個人の生活における

---

<sup>328</sup> Ebenda.

<sup>329</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.437f.

<sup>330</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.438.

<sup>331</sup> Ebenda.

<sup>332</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.438f.

<sup>333</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.439.

現象であるのかそれとも社会生活の現象としてのそれであるのかによって、問題の設定への関心は変わってくるのである。前者は医師・裁判官・心理学者・刑務官の関心を引くものに対して、後者は社会学者の関心を引くことになる<sup>334</sup>。あえて区別するならば、当該の犯罪現象がそれまでに比類のないほどに激増していたとすれば、それは社会学者の関心を引けないし、同様にある犯罪が所与の社会的秩序に典型的な事柄であれば、心理学者の域を超えることになってしまうのである。要するに、「個々人の生活における一つの現象として犯罪を考察する場合には、行為の瞬間が注視されたらすぐに、個人的な要素だけが関心をひく」のであり、「社会生活の一つの現象として犯罪を考察する場合には、社会的要素がもっぱら考慮に値する」ということである<sup>335</sup>。したがって、犯罪の社会的要素が問われる場合には、「もっぱら一つの社会的現象としての犯罪」が念頭におかれるのである<sup>336</sup>。

リストはすべての犯罪が個人的要素と数え切れない社会的諸要素の産物であるとし、この両者が学問上同権をもつとする<sup>337</sup>。とはいえ、彼の関心は「社会病理現象としての犯罪」とみなされた当時の累犯率および少年犯の増加であった。従って、このような場合には、犯罪の社会的諸要素が個別的要素よりもはるかに重要になる。リストは自身の犯罪に関する因果論的関心を個人の犯罪の根源を探し求めることから離れ、社会的要素の探求へ向けたのである。

## 二. 社会の生物学的擬制

リストは犯罪の社会的要素を検討するに当たって、社会を生物学的に擬制し、生物学上の一つの有機体として把握する。その際、犯罪は二重の意味合いをもつことになっている。すなわち、犯罪現象というのは、一方では、有機体を構成する部分として、他方では有機体を危うくする病原体として理解されているのである。

まず、社会を生物的有機体として理解すれば、社会的現象として発生する一定の数の犯罪は社会の一部として社会に不可欠に与えられていることになり、したがって、社会生活の大変動を通じてそのような犯罪が完全に解決され得るといったような考えは、リストにとって、まったく空想の世界に属する事柄である<sup>338</sup>。したがって、ヴィルヒョウに倣って、

---

<sup>334</sup> Ebenda.

<sup>335</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 71), S. 440.

<sup>336</sup> Ebenda.

<sup>337</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 66), S. 234.

<sup>338</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 66), S. 237.

疾病というのが生命体自体のほかの発現形式であるに過ぎないのという認識を持っているリストにとって、犯罪性の根源を探し求める場合に、犯罪が社会的な症状、つまり、後述する社会病理現象でない限り、それを通常の社会生活において探し求めなければならないことになる<sup>339</sup>。それゆえ、「犯罪の社会的諸要素の詳しい体系づけは、社会的生活現象一般の体系づけと一致する」のであり、「犯罪の形成を決定するような社会的要素の体系を立てようとすることは無駄なこと」<sup>340</sup>になってしまうのである。したがって、このような見方は一定の犯罪に対する諦めを意味すると言えるのであり、そのような犯罪に対するいかなる処置がなされなくても社会的な責任はなくなる。

さらに、リストは犯罪が社会的な病状として認識される場合には、それを「社会病理的現象」として名づけることができるとし、「社会病理的現象」という言葉は社会の「継続的な発展を阻止することで、公的団体の存立を危険にさらす場合」を示す言葉であるとする<sup>341</sup>。とはいえ、犯罪の発生によって、社会の存立が常に問題になるわけではない。したがって、犯罪が社会病理現象として理解されるためには一定の条件が必要となるのである。リストは、まず、そのような社会病理現象の社会的背景として、大きな政治的な変化、普通選挙権、帝国創設以来荒れ狂った宗教的・政治的そして社会的争い、犯罪に露出されやすい階級における宗教的・道徳的阻止観念の揺れ動き、容赦のない生存競争の惹起、移住の自由に伴う大都市へのプロレタリアートの集結などを取り上げている<sup>342</sup>。

リストは、社会病理現象としての犯罪が生じてくるこのような条件の下、犯罪の社会的原因に関する体系の樹立を試みる。この際にも、リストはヴィルヒョウから、犯罪原因論に関する方法論的な示唆を受ける。それは、すなわち、社会的胴体(Körper)を通常的生活形式もしくはその病的な生活形式において研究しようとするれば、個人の集団を「社会的細胞 die gesellschaftliche Zelle」として設定する必要がある、ということである<sup>343</sup>。このような社会的細胞は個々人の利益という共通点によって互いに結ばれているのであり、犯罪現象の原因を認識するためには、「社会的集団の生活発現様式(Lebensäußerungen)」に注意を払う必要があるとされる<sup>344</sup>。

---

<sup>339</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.441.

<sup>340</sup> Ebenda.

<sup>341</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.440f.

<sup>342</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.66),S.242f.

<sup>343</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.442.

<sup>344</sup> Ebenda.



ということで、リストは、社会病理現象としての犯罪の原因を考える際に、考慮の対象となる最も重要な社会的集団として、さしあたり「人種」を取り上げた<sup>345</sup>。というのも、それが「社会的な生活の形成およびその最初の発生を確定した」のであり、人種という言葉の意味が無力になったとしても、今日においてもなおその重要な役割を果たしているからである<sup>346</sup>。リストはこのような認識から、犯罪の人種的根源に対する最初の推論を導き出す。すなわち、彼は、帝国犯罪統計を手がかりにして、ユダヤ人とバ言えるン人を例に取り、「ユダヤ人は侮辱、それに対してバ言えるンの人は身体傷害の場合に極めて高い犯罪率を示しており、従って、後者は前者とは完全に異なる方法で自身の権利領域への侵害に反応する」とし、「犯罪の形成また人種的な影響によって確定される」のは明確であると確信している<sup>347</sup>。

リストは、さらに、犯罪現象の原因を認識するために考慮すべきであるとする社会的集団として、「人種」と並んで、宗教集団、政治集団、国民集団、経済集団を取り上げている<sup>348</sup>が、このような類型の社会的集団が、社会が急変化する際に、社会を危うくする社会病理現象としての犯罪の社会的要素となりうると想定しているのである。リストが社会的細胞としての社会的な集団に注目するのは、犯罪の歴史というのが全社会生活の歴史として現れるのであって、社会生活から決して分離されない事象であるからである。つまり、犯罪の歴史というのは、社会的集団すべての生活発現様式の歴史以外の何ものでもないということである<sup>349</sup>。したがって、精通した観察者の関心の対象となるのは、これまで社会生活を確定している集団の崩壊、つまりこの集団の、新しい集団の形成による漸次的な排除が行われる時代なのである。このような時代には、社会的に有力な集団のこれまでの価値判断は揺さぶられるのであり、それに代わる価値判断はなおも承認されていないのであって、このような時代にこそ犯罪はたいがい力強い上昇を示すのである<sup>350</sup>。

---

<sup>345</sup> ヴィルヒョウにとって重要であったのは、自身の統計を用いて、彼の時代の人種的な偏見を否定することである。彼はユダヤ人を宗教共同体としてではなくて、人種として取り入れた自身の研究モデルを通じて、確かに人種の観念の安定化に寄与した。このような人種の観念はリストによって再発見されたとと言える。リストにとっても、彼の時代の反ユダヤ主義的扇動はほど遠いものであった。しかし、それにもかかわらず、リストは人種としてのユダヤ人を犯罪学上の研究綱領に取り入れることを通じて、反ユダヤ主義的扇動の構想の学問化に寄与したとも言われている (David von Mayenburg, a.a.O. (Anm. 290), S. 174.)。

<sup>346</sup> Ebenda.

<sup>347</sup> Ebenda.

<sup>348</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 71), S. 443.

<sup>349</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 71), S. 444.

<sup>350</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 71), S. 443.

リストはこのような見解に基づき、彼の時代の犯罪状況もまた有機的に理解しようとする。すなわち、リストは当時の社会的生活を特徴づけることとして、個々の国家の経済から世界経済への移行にともなう「経済的諸関係の激しい急変」を取り上げ<sup>351</sup>、そこから「二重の現象(eine doppelte Erscheinung)」が結果として生じてくるとする。つまり、リストは、国内的には産業の躍進、大資本による工場運営および海外卸業者の拡充、そしてそれにもなう大都市プロレタリアートの急激な膨張が生じ、対外的には、諸国家間の競争による来るべき諸勢力の緊張などのような結果が生ずるとし<sup>352</sup>、このような社会的現象から仕事嫌いな寄生的市民階級の膨張を特徴づける、犯罪のプロレタリア化が現れる一方で、社会進化論の基本的原理であるとされる社会的な生存競争についていけなくなった「神経衰弱な人(die Neurasthenischen)」による「犯罪行動(die kriminelle Betätigung)」、つまり、当時の犯罪を特徴づけている「激烈な暴力行為(die leidenschaftliche Gewalttat)」が現れるとするのである<sup>353</sup>。

リストは、このような犯罪の自然法則性ないしは歴史的法則性を前提とする見解から、刑事政策家としての立法者には二つの課題が発生するとする。それは、すなわち、「立法者が政策家としてはっきりと認識すべきは、彼の課題が本質的に、所与の時代に社会生活を支配する、大きな発展の流れに背くことにあるわけではないということ」であり、「立法者は現存の動きを規制することはできるが、それに方向性を予め指示することはできない」ので、立法の際、刑事政策家としての立法者が有する二重の課題とは、一方で、「生存競争に屈した弱者をできる限り守る」ことであり、他方で、我々の努力によって「もはや援助が不可能である場合には」、「社会的共同生活におけるその都度の要求に不適當な要素を完全に排除する」ことである<sup>354</sup>。リストにとって、社会自らが遂行するこのような排除は正しいことであり、その結果「役立たない人は絶望的に破滅していき、一世代か二世代の後には生殖能力が消尽されてしまうのである。……個々人を配慮するのと同じように、全体の繁栄のためには、やむを得ず国家権力の介入が要求される」<sup>355</sup>のは当然である。したがって、立法者には必要のない過酷さを除き、厳格に排除処置を遂行する必要性が認められ

---

<sup>351</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.444.

<sup>352</sup> Ebenda.

<sup>353</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.445.

<sup>354</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.446.

<sup>355</sup> Ebenda.

るのである<sup>356</sup>。というのは、必要に応じて、社会内部での自然的な淘汰を待つことなく、適宜人為的な淘汰を優先的に行ってもいいということであろう。

このように、リストは、社会を生物学的に擬制することで、犯罪という現象を、一方で、社会に不可避なこととして、他方で、一定の条件のもとで、社会の継続的な発展を阻止し、公的団体の存立を危険にさらす社会病理現象としても理解している。このような犯罪現象に対する理解から読み取れるのは、リストが一定の数の犯罪に対しては、これを社会構造的な問題として考察することをあきらめており、犯罪現象に対する社会的責任の形骸化を正当化し得るような理論的構成を作ったということである。さらに、彼は社会という有機体の構成要素としての社会的団体を、社会病理的現象としての犯罪の原因をなす要素として取り上げている。リストは、そうすることで、我々がさまざまな社会的団体の中からある特定の一部を、いわば、有機体の健全性を保つために目的意識的に排除することができるように、理論的根拠を基礎づけた。それは、社会という有機体の進化ないし発展を観念するリストにとって、不可欠な理論的構成であろう。リストの唱える社会の生物学的擬制は「発展思想」にバックアップされており、そこから「排除原理」は何の問題なく正当化されることになる。なお、「発展思想」によって正当化される排除というのは、一定の定型性ないしは同一性の枠に含まれないということの意味するのであり、このような同一性の枠に溶け込まないかそこから引き離されているものに対しては、自然と差別の観念が生ずることになる。

### 三. 刑法学における優生学的アプローチ

前述のように、リストにおける「目的思想」と「発展思想」は「排除と差別のメカニズム」を正当化するものであった。それは、社会全体としてみれば、社会進化論的な意味合いをもつことになったのである。その際、それを理論的に裏付けるために社会有機体論が用いられたが、それは当時台頭していた実証科学的なものの考え方を彼の理論的構想に取り入れた結果であると言える。さらに、リストに見られるそのような「排除と差別」の論理は優生学の考え方からも影響されたと言える<sup>357</sup>。というのも、優生学の目的はさまざまであろうが、それを、一般的に、人間の遺伝的な構造を改良することで、人類および社会の進歩を進めようとするところであると理解することができると思えば(生殖管理による人種

---

<sup>356</sup> Ebenda.

<sup>357</sup> David von Mayenburg, a.a.O.(Anm.290),S.175.

の改良)、リストが主張していること、つまり、犯罪者ないし犯罪者を生み出す社会的団体に適宜適切な処置を施し、それらをより社会に適したものに改善するとしていること(管理による犯罪者の改善)、そして社会的に有効なものを保護し、ますます社会に有効なものとなるように援助するとしていることは、まさに優生学の目的と合致すると言えるからである。

もちろん、そのような事実が認められるとしても、リストが人種学の目的をそのまま引き継ぎ、その目的を達成するための目標として、産児制限・人種改良・遺伝子操作などを提案し、強力な国家権力による人種差別と人権侵害、さらにジェの際ドに直接に影響を与えたとは言えないだろう。というのも、「発展や進歩」という考え方から生まれてくる「排除と差別のメカニズム」というのは、後述のように、リストに特徴的なものではなくて、「近代的精神」から生まれた「近代性の構造」から出てきたものではあるが、例えばリストのそれとナチス政権による人種政策には明確な程度の差があると言えるからである。リストはその時代の流行の学問上の傾向に影響されただけであり、主導的にそのような流れを作ったわけではない。もっとも、リストが「反動的」なナチス政権に利用されるような理論的根拠を作ってしまったことは否定できないだろう。従って、我々にとって指摘すべきは、リストが自身の学的構成において優生学の考え方に起因する「危険性」を理論的に正当化したということであり、さらに、それがその都度の発展傾向を彼の刑事法学に取り入れようとするリストの「学問観」ないしは刑事法学における全刑法学的構想に起因するということである。

なお、リストは、既述したように、社会病理現象としての犯罪の要素としてさまざまな社会的集団を取り上げた<sup>358</sup>。それは社会にとって問題となり得る集団であり、有事のときには、我々が社会という有機体の健全性を保つために、そのような集団を目的意識的に取り扱えとした。これまた、世紀の変わり目の社会的な背景と学問上の優生学的な考え方の取入れという観点から、理解する必要がある。そのためには、当時の社会的背景として、マイエンブルクが指摘した次のようなことに注目する必要がある。

まず、当時の「前進的な社会の多元化」および発展しつつある「産業化」、「伝統的な環境の崩壊」と「宗教的な結合」および増加しつつある「社会的変動性」といった背景からくる、市民階級のなかでの不安感が強く認識され、それを解消しようとする要望が具体化

---

<sup>358</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 71), S. 442f. 十九世紀後半に生まれた刑事法学における優生学上の関心がリストに影響したのは1902年以後のことである。

されるようになったということである。そのような時代状況から一連の社会的・経済的諸問題が生じたのであり、このような不安な状態を緩和するために、自然科学、とくに医学上の知識と強力な国家の介入の結合が強くと求められるようになった。そのような結合によって、実際、部分的であれ、成果が現れたのである。その例として、下水工事の導入、食料品の統制、老朽化した住宅団地の再開発、公法領域の拡充による国民健康のためのその他の諸計画といった「保健上の諸処置」が取り上げられる<sup>359</sup>。

次に、あたかも国家の英雄のように賞賛され国家的な信望の象徴になった細菌学者のコッホ(Robert Koch, 1843-1910)の影響が挙げられる<sup>360</sup>。細菌学はさまざまな観点において、ほかの社会的な問題の克服のための手本として役立ったと言える。「単一の病原体を隔離することを通じて、細菌学は強度に単純なモデルによる疾病の成功的な克服を可能にしたのであり、さらに多くの要素からなる、非常に環境関係的な諸アプローチを伴う古いタイプの医学を交替する希望を呼び起こした」のである<sup>361</sup>。そして、「このような構想の単純な還元主義を利用する「近代的傾向」は、それによって「純自然科学」であるという印象が生じたばかりでなく、伝統的な衛生政策の道徳的で政策的な含意からも自由になった」のである<sup>362</sup>。このような時代傾向が犯罪性に関する議論に影響したのは言うまでもない。とりわけ、時代の流れから発展傾向を読み取ろうとするリストにとって、そのような時代的な状況の取入れは自然であったと言える。なお、それは彼の「全刑法学」的な関心からも当然のことなのである。犯罪性の因子(Kriminalitätserreger)を探し求め、これを発見することで犯罪という現象を問題なく克服することが試みられたが、それまで成功していなかったと言える。それは、精神医学においても同様のことが言えるのである。つまり、精神医学の研究が精神病の診断において進展はあったものの、その治療という面からは進展がなかったということである<sup>363</sup>。そのような背景から、優生学が細菌学のように問題の根源を把握できるとの期待が生じたのである<sup>364</sup>。

最後に、既述のいわゆる「社会の多元化」によって、「結合的世界観の構成(das verbindende weltanschauliche Konzept)」が追究されるようになり、学者たちも学問と社会的現実を説得力

---

<sup>359</sup> David von Mayenburg, a.a.O.(Anm.290),S.175.

<sup>360</sup> Ebenda.

<sup>361</sup> David von Mayenburg, a.a.O.(Anm.290),S.176.

<sup>362</sup> Ebenda.

<sup>363</sup> Ebenda. しかし、そのような研究はこれまで成果のないままであると言える。

<sup>364</sup> Ebenda.

のある方法で結びつけることのできる総合的な解決に憧れていたということである<sup>365</sup>。このような傾向は、この節でよく引用されているリストの1902年講演においても明確に現れている<sup>366</sup>。つまり、当時の「優生学は問題解決者として、実際の社会的葛藤を緩和することを期待させるだけでなく、同時に、よりよい、より衛生学的でかつより平和な世界の理想的な未来像への要求をも満足させると思われる世界観として考えられた」と言えるのである<sup>367</sup>。

このような社会的な背景のもと、注目を集めるようになった優生学はリストにそのまま影響していた。「目的思想」と「発展思想」に支えられているリストの学的構成は、のちに、時代の学問上の流れを適宜取り入れながら、「刑法における発展思想」という形で取りまとめられる。我々がリストの「学問観」ないし彼の刑事法学における全刑法的構想を理解し歴史的に再評価するためには、その作品のなかでそれまでリストが志向していた学的構想と刑法学の学問としてのあり方がいかに理論的な整合性をもって語られているのかを検討しなければならない。しかし、リストは自身の学問的立場を「刑法における発展思想」という形で定式化する前に、まず、それを「正法」のあり方として具体化している。彼は、そこで、刑事法学における形而上学的なアプローチを退けながら、社会の保護という「目的」に適うような「発展傾向」を導き出す方法論を提示して、法における発展のメカニズムを明らかにしようとしている。これは彼の定式化した「刑法における発展思想」という形而上学上の原理を、経験的・歴史的・比較的な考察を通じて、取り出すための実証的な試みであると言える。したがって、次節においては、彼の「刑法における発展思想」をよりよく理解するため、彼の唱える「刑事立法における『正法』」というのがどのように定められるのかを検討する。

---

<sup>365</sup> David von Mayenburg, a.a.O.(Anm.290),S.177. このような結合的世界観の構成は、リストにおいては、後述のように、それを「意識内容(die Bewußtseinsinhalte)すべての統一的な統合」への憧れであり、自然と精神などの二元論的世界観上の対立を調整することを「発展」という形而上学的な原理によって、試みられている(Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.497ff.)。

<sup>366</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.433ff.

<sup>367</sup> David von Mayenburg, a.a.O.(Anm.290),S.177.

### 第三節. 刑事立法における「正法」<sup>368</sup>

#### 一. 法の比較と「正法」

実証主義者であるリストにとって、「当為の問題」に関する答えを出すための考察は、存在(者)(das Seiende)に基づいて行わなければならない作業であった。それは哲学上の実証主義の本質であると言える<sup>369</sup>。彼はそのような実証主義的な立場から人間社会に関係するあらゆる事象を経験的・歴史的・比較的に考察することで、その背後にある「発展」という形而上学上の原理を導き出したのである。一九世紀の時代的・精神史的な急変に対する、当時の哲学上の思潮は「万有の発展思想」という考え方によって支えられていたということが出来る。コントやスペンサーなどの哲学システムにおいて、「哲学上の世界像の統一原則としての発展思想」という観念が発見されるのであり、リストもそのような「発展思想」を彼の理論の中心に据えたのである<sup>370</sup>。このように、リストにおいて、「統一的世界観の可能性」を保障する、もっぱら考えられる科学的な仮説は、「発展」という形而上学的原理であった。リストの発展論というのは、あらゆる事象の因果的な考察と目的論的価値の考察との間の統合を可能にするものである。つまり、彼は、価値関係的な因果関係の設定を通じて、人間の活動によって生ずる諸現象形態への目的意識的な介入を理論的に正当化し、そのような介入によって、あらゆる事象が最高の目的へと「発展」してゆくと観念したのである。それは、いわば、存在(者)から存在当為的なものを導き出すことである。このような考えは、彼にとって「目的思想」と「発展思想」を用いない限り、正当化できないものであった。したがって、リストにおける「発展」という原理は存在当為的なものに対する道標にならざるを得ないのである<sup>371</sup>。

そのような考え方からすれば、刑事立法においても、当然ながら、存在当為的なものから発展傾向を確定し、それを立法に反映させることになるだろう。リストは実際それを刑事法学の果たすべき役割であると認識していたのである。そういうわけで、リストは法における正しい発展傾向を発見するためには、その前提として、あらゆる法的な状況を考察する必要がある、そのために実証的な法の比較が必要であるとする。このような法の比較を通

<sup>368</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.553.

<sup>369</sup> Jannis A.Georgakis,a.a.O.(Anm.46),S,13.

<sup>370</sup> Ebenda.

<sup>371</sup> Ebenda.

じてのみ、法における正しい発展傾向が発見できるのであり、そうしない限り、当該時代の「正法」を確定することができないこととなる。

それゆえ、「正法」を確定するためには、法の比較に基づいて刑事立法の方法を究明し説明しなければならない。その際、もちろん、前もって一定の見解に有利な時期だけが選ばれてはいけないうらう<sup>372</sup>。というのも、そのようなことは恣意以外のなんでもないからである。そして、「正法」を導き出すためには、どのような考察方法が用いられたのかを確認することが重要なのである。立法というのは、法の比較に携わる人たちの用いる諸方法の批判的比較を通じてだけ、最終的であつ正しい方法が見つかるものなのであり、そうすることではじめて法の確定ができる状態になるのである<sup>373</sup>。その際、方法の問いに関するあらゆる純理論的な論争は、リストにとって、もちろん「非生産的な弁証」にふける危険なことであり、したがって、避けるべきことであつた<sup>374</sup>。そのような論争は無駄なことであると言わざるを得ず、実情に見合う「正法」を導き出すためには、さまざまな実証的な方法でもって持ち出された成果を引き合いに出して検討する必要がある、そうすることで立法というのは実質的なものとなるのである。なお、リストは、「正法」を確定する際に、その正式な基準として合目的性を要求する<sup>375</sup>。というのも、リストにとって、「刑罰というのは法秩序の維持のために必要であり、法秩序というのは、社会的共同生活における今日の最たる形態である国家の存立およびその発展のために必要」であり、それゆえ刑罰を「目的のシステム」に適合させようとする動きが発生すると同時に「正法」の基準が刑事立法の領域で生ずるしかない、と思われたからである<sup>376</sup>。法規がそのような目的の獲得のための正しい手段ではないとすれば、それは不当であると言わなければならない。したがって法規の内容の確定は事前に設定されている目的を通じてなされる必要がある。

刑法の改正を主張していたリストにとって、刑事立法における「正法」に関する問題設定は決定的に重要であり、特別な関心を引くことであつた。それというのも、刑法典の改正のときに、当時の刑事法学の分野で生じていた対立的な見解のいずれがその主導的な役割を果たすことになるのかが、リストにとって重要なことであつたからである。したがって、当時の帝国司法省の提案に基づいて出版された、「ドイツおよび外国の刑法の比較検

---

<sup>372</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.553.

<sup>373</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.553f.

<sup>374</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.554.

<sup>375</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.555.

<sup>376</sup> Ebenda.



討(die vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts)」への参加は、刑事法学上の両見解にその可能性を実行に移す機会、つまり、対立する見解をもつ人たちの能力を立証する絶好の機会を与える場であったのである。このような試みは、リストにとって、決して解決されえないために非生産的である応報刑と保護刑に関する刑法におけるあらゆる「学派の争い」よりも重要であったと言えよう<sup>377</sup>。

「マールブルク綱領」において指摘されているように、リストは当時の主導的な発展傾向としていわゆる刑法における新派の勢いを取り上げており、このような動きこそ「正法」の制定のための原動力であると考えたようである。既述したように、リストは「目的思想」と「発展思想」という彼の学問上の指導原理を用いて、価値関係的な因果関係の設定を行ったのであり、それは人間の活動によって生ずる諸現象形態への目的意識的な介入による最高の目的への発展を観念することであった。それは刑事法学における政策的な側面の重要性を明確に宣言したことであり、リストにとって、刑事立法において完結すべきことでもあった。もっとも、その際、「立法上の利用可能性」という観点が教育的な説明を与えるかもしれないが、それだけでは正しい刑事立法のための明確な基準を満たしているとは言えない。このような観点からも「法の比較」は必要となる<sup>378</sup>。リストにとって、時代に適する発展傾向を、法の比較を通じて、法に盛り込むことは当然のことであり、このような過程を踏んででき上がるのが彼の目指す「正法」であると言える。「正法」およびそのあり方の理論的基礎付けというのは、後述のように、リストの学的試みが最終的に志向しているところであり、のちの作品において、「刑法における発展思想」という形で最終的にまとめられ正当化されることになる。

---

<sup>377</sup> Ebenda.

<sup>378</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.555f.

## 二. フランツ・フォン・リストにおける「正法」<sup>379</sup>

前述のように、実証主義者であるリストは存在(者)から存在当為的なものを求める。しかし、そのような当為の問題へのアプローチは、自身の学派の内部からも批判された。とりわけ、彼の弟子であるラートブルフが「存在当為的なものは...科学的に論ずる価値のない信念の事柄である」としていたが、リストはこれに対抗して論争する<sup>380</sup>。というのも、リストは、ラートブルフの見解からは、立法上の諸問題を解決するために用いる法比較の有する価値のほとんどが否定されてしまうのであり、そうであれば、彼が法比較に求めたこと、つまり「正法」が何であるのかということ述べるのが決してできないと思われた

<sup>379</sup> リストの発展思想は「マールブルク綱領」において、すでにその原型を見ることができるが、「刑事立法における『正法』」の議論においても、発展という観念は続いていた。でも、それまでは、「発展」という概念にはまだ目的論的な要素が強調されておらず、リストは唯物論的歴史観から「発展」を観念する程度であったと思われる。しかし、「刑法における発展思想」という講演において、一步の前進が認められると言える。それは、次のようなリストの定式から察し得る。つまり、リストは「我々に今日統一的な世界観の可能性を保証する学問上の仮説は発展論(die Entwicklungstheorie)である。発展論は因果的経過すべての内在的目的性を確保するという形で、因果関係と目的との間の統一を確立する。発展論は生物学の領域で、自然法則的必然性をもって、単純で細分化されておらず、それゆえほとんど能力のない生命形態から徐々に移行して、合成されながらますます細分化されており、それゆえより適応能力の良い生命形態(die leistungsfähigere Lebensform)が広がったということを教える。それは我々に遠く離れた過去を明かし、我々にとどまることなく高みへ導く未来への無限の展望を打ち明ける。それは同じ二重の規則性、つまり因果的および目的論的規則性において、固体(Individuum)を万有の秩序(die Sonnensysteme des Weltalls)に結びつける」とし、さらに、「一連の一元論的世界観が完成されるのは、発展論を生物学の領域から社会学の領域に移すことを通じてである。ここでもそれは、因果的経過すべての内在的目的性に関する仮説を意味する。また、それが教えるのは、単純で細分化されておらず、それゆえほとんど能力のない社会形態から徐々に移行して、合成されながらますます細分化されており、それゆえより能力のある社会形態が広がったということである。ここでもそれは、社会生活の最初の発端から国家そして現在の国家共同体に至るまで我々を案内する、発生に関する関係を打ち明けるのである。自然選択説としての発展論は、ここでも現存の諸社会形態の間においてなされていた生存競争を、高みへ導く動きの決定的な要素であると見なされるのである。家族間および種族間の張り合い、活動領域を巡る部族間および国家の間の張り合いにおいて、それほど能力のないものは破滅する一方で、能力のあるものは常に社会生活のより完全な存在形態になる。発展の概念は生物学の領域と社会学の領域とで同じである。しかし、動きのリズムは相互異なる。もちろん移動の境界線は完全明確に引かれえないだろう。生物学の領域で生存競争における武器が与えられるのは「自然的価値(Naturwerte)」つまり動物の(適応)能力を通じてであり、それは遺伝という方法で伝承される。重なり合って生ずる社会間の競争(Kampf)において、「自然的価値」に歩み寄ってくるのが、重要性の点でますますそれにまさる、精神的な武器、つまり社会自らが作り出す「文化的価値(Kulturwerte)」であるが、これは遺伝を通じてではなくて、伝統という方法で、言葉と文字を通じて、教育と事例を通じて、世代から次の世代に移転される。それにさらに非常に重要な状況が進展するようになる。文化的価値に属するのは、社会自らそして社会の諸機関によって行われ、形成されるすべての生活諸機能であり、規範設定及び行政の全領域がそれに属するのである。それでもって与えられる可能性は、社会の内部で自然的な選択あるいはそれに代わる人為的で合目的な選択を設定することであり、社会に役立つない構成員を選び出し、少しでも役立つものは適合させ、役立つものをますます役立つものへと育成することである」として、「発展」の観念を明確に定式化しているのである(Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498f.)。なお、カルケーは、これをもってリストが発展概念に倫理的な内容を与えたとする。つまり、発展という概念が完全性を獲得したということである(Fritz von Calker, Vervollkommungsidee und Entwicklungsgedanke im Strafrecht, in: ZStW, Bd.32. 1911, S.150f.)。

<sup>380</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.556.

からである<sup>381</sup>。すなわち、リストは、ラートブルフの考えに基づくと、法の現実およびその発展傾向を考察することで、我々が得ることのできる情報というのは、ただ法政策的に可能な規定についてだけであり、したがって、可能な規定のどれかがドイツ立法者にとって正しいのかということについては、法比較が我々に与える情報は何もないということになるというのである。

さらに、リストは、次のように述べ、ラートブルフの見解を否定する。すなわち、「存在当為的なものというのは、もっぱら存在(者)から導かれ得る」とする。もっと詳しく言うと、「我々は存在(者)を歴史的に発生されたものとして看做し、それにしたがって発生中のもの(das *Werdendes*)を決める形で、存在当為的なもの(das *Seinsollende*)を認識する」のであり、「生成中のものと存在当為的なものとはその限りでは同一の概念である。認識された発展傾向だけが我々に存在当為的なものについて説明する」ことになるとしている<sup>382</sup>。その際、リストはどんなに重要であっても個々の国家制度(*Staatswesen*)の歴史において示されている発展傾向というのは指針にはできないとしている。というのも、「ますます増加しつつある国家間の接触によって、当該の国家の国家制度がその発展過程において外部からの影響を受けるという理由からだけではなくて、自国の発展経過を考察し評価する際に、観察者の先入観による主観的な間違いが評価の混濁の原因にもなる」からである<sup>383</sup>。このような発言からも分かるように、リストは、法学における普遍的な考察としての法比較の重要性を明確にし、当為の問題に関する議論においても実証主義的な方法論を用いている。法の比較という方法を通じてのみ「類型的に反復される発展段階」、特に「法類型の樹立」が獲得されるのであり、これが一般に認められている考えであるとリストは確信している。

このようにして、リストは実証主義の立場からラートブルフの批判を退ける。「発展思想」を自身の学的構想の中心に据えているリストは、事象の発展を観念しそこから発展傾向を読み取るために、存在(者)の観察の重要性を唱えており、この点は、彼にとって決して信念の事柄ではないのである。存在(者)の観察と比較を通じてはじめて、その都度の発展傾向が決められるのであり、そのような発展傾向にしたがって定められたのがリストにおける「正法」なのである。国内の発展において獲得された発展段階を、さまざまな発展類型と比較

<sup>381</sup> Ebenda.

<sup>382</sup> Ebenda. 前述のように、このような発展思想からして、リストを「ラディカル自然主義者」とは言えないのであり、この点、ケトレとロンブローゾのような自然主義者とは区別されるのである。リストが実証主義的観念論者と称されうるのも、このような発展思想に起因するだろう。なお、このようなリストの自然主義者との本質的な相違について、Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.14f.を参照されたい。

<sup>383</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.556.

考察しながら、評価することで、「生成中のもの、つまり存在当為的なものの認識」に到達することが許されるのである。つまり、「存在しているものを歴史的に発生されたものとして看做し、それにしたがって発生中のものを決める形で、我々は存在当為的なものを認識する」ことができるということである<sup>384</sup>。

このように存在(者)の考察を通じて当為の問題を解決しようとしたのがリストであり、そのような方法論的なアプローチは「マールブルク綱領」において既に提案されていた。刑罰論における世界観による絶対説と相対説の対立は認められるとしても、刑罰の歴史的な考察を通じて導き出されたリストの保護刑の観念からはそのような対立はなくなる。絶対説と相対説のなかでどれが「正しい」のかということは哲学的な論争を通じては決して決定されえない事柄であろうが、リストの学的構成のなかでそれらは保護刑という形で統合される。そこでは、最終的に「保護刑は正しく理解された応報刑」になり、これがリストにおける刑罰の正しい姿なのである。彼の見解からすれば、保護刑には合目的性という形式的な基準だけが重要であり、したがって、ある時代にある刑罰が、その他の時代には他の刑罰が妥当することになる。「秩序正しい共同生活の安全のための正しい手段」としての刑罰は、共同生活の安全という最終的な目的に合うかどうかによって変わるのである<sup>385</sup>。したがって、リストにとって、「貫徹されるべきは応報刑なのか保護刑なのか」という問いは、来るべき将来が刑罰の歴史のなかで現れている諸現象形態のなかのどれを求めているのかという問いと合致すると言える。というのも、彼の発展思想から、来るべき将来の刑罰というのが、我々にとって、現在の刑罰ののちの、それだけにより高い発展類型であるからである。このようにして、当時のドイツ帝国にとって採用されるべき刑罰の正当化根拠が応報刑であるのか、それとも、リストの主張している保護刑であるのかという問いについて確実で安全な情報を与え得るのもまた「普遍史的な考察および法比較上の考察」だけなのである<sup>386</sup>。

さらに、リストは、「国家において組織化された社会生活の経験的に与えられている発展傾向」を「正法」のしるしと見なすのであり、これに基づいてだけ「政策の科学的な体系(ein wissenschaftliches System der Politik)」は築かれ得ると考える<sup>387</sup>。このシステムは、絶対的妥当性を向目的的に要求する定言的命令を出発点とすることはできないのであり、リ

---

<sup>384</sup> Ebenda.

<sup>385</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.557.

<sup>386</sup> Ebenda.

<sup>387</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.95.

リストにとって、そのようなシステムを構築するためには、「その時代・その国家制度に所与の諸関係によって課されているきわめて高い課題を出発点とする必要がある」のである<sup>388</sup>。リストにとって問題なのは刑法であり、刑法における「正法」を捜し求める際に、必要であるのは発展傾向を歴史の考察と法の比較によって発見することである。リストによれば、そのような過程のなかで、我々は「我々に内在している犯罪に対する社会の本能的な反動(応報)がますます目的意識的な社会的反動へ、つまり衝動行為から目的意識的な意志行為になった」ということを教わったのである<sup>389</sup>。したがって、合目的性を基準とするリストの「正法」というのは、発展思想に裏付けられている目的意識的な法のあり方であり、「正法」の定め方は実証主義の立場から存在(者)から存在当為的なものを導き出すこと以外はないのである。その意味で、リストの目的論はそれ自体として記述的ではなくて規範的であり、彼はこれを概念上必然的であると強調する<sup>390</sup>。「正法」の確定課程は、リストにとって規範学としての刑法の体系でもあると言える。

リストの見解に対しては、当時の多くの人々が批判を向けている。しかし、彼はそのような批判に対して、「肉体と精神」、「自然と目的」そして「形式と内容」という二元主義にその原因があるとし、このような見解をとる者に対しては、自身の考え、つまり、「存在(者)と存在当為的なものとの間の統合」、「あらゆる意識内容の統一的な見解」を説得させることができないとする<sup>391</sup>。さらに、「存在当為的なものは存在(者)からもはや導かれえない」としたラートブルフの見解に追従する人たちが、たとえば、「決定というのが、感情的決定(Gefühlentscheidung)」もしくは全組織体および議会政治の発言において「権力による決定および多数者の決定」を意味するとみていたとしても<sup>392</sup>、このような考えは、リスト自身の言う「規範学の破産宣言」を意味することになるだけでなく、法の比較を試みることも「人間共同体の歴史、つまり国家および法の歴史というのは、大きな政治的な所産に対する教育的な例の集約以外のなんでもない」ということとなるだけなのである<sup>393</sup>。

リストは、そのような理解が歴史的に生成されているすべての事象の比較の際にみられる内在的法則性を発見し、そこからその都度の状況に合う発展傾向を導き出し、それでもって「正法」を確定してゆくという彼自身の学的構成に対する理解不足に起因するに過ぎ

---

<sup>388</sup> Ebenda.

<sup>389</sup> Ebenda.

<sup>390</sup> Ebenda.

<sup>391</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.91.

<sup>392</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.92.

<sup>393</sup> Ebenda.

ないと受け止めている。そのような作業なしには、リストの唱えているその都度の目的に整合的な「正法」は決して確定できなくなると言えよう。こうして、正法の定め方においても、リストは実証主義的な方法論を用いており、理性主義的なアプローチは考慮の対象とはならず、したがって、当時の自然主義的考え方の限界を克服すると期待を寄せられつつあった、いわゆる「新カント学派」の考え方も、彼にとって容認できるものにはならないのである。リストの刑法学における理性主義的なアプローチの排除は、彼のこの学派に対する批判的な見解からも、非常に明確である。リストの刑法学における法思想上の考え方を理解するためには、彼の新カント学派に対する批判を考察する必要がある。そうすることで、リストおよび彼の「学問観」に関する理解もより深まるだろう。

### 三. リストと新カント学派

#### イ. 理性の回復と新カント学派の成立

ドイツにおける自然科学的考察方法の進展は、思弁的哲学の否定をもたらし、さらに自然科学的唯物論を生み出す。このような過程のなかで、人間の精神は理想を失ってしまいショーペンハウアーに代表される悲観主義へと沈潜してゆく。存在(者)と理想の二元論を示し後者の価値をより高く見るカントの理想主義が、現実的なものと理想的なものとの距離を失ってしまうヘーゲル絶対的観念論へと改変され<sup>394</sup>、これが遂には理想を否定する唯物論へといたる。さらに、自然科学的方法論が社会現象へ応用されるようになり、「理性否定主義的な必然論」が諸社会科学に見られるようになっていたのである<sup>395</sup>。このような自然科学的機械論の強力な力に圧倒されていた時代的な状況に対抗するためにも、理想主義的な哲学の再来が必要であったのであり、そのような期待に副うべく「新カント学派」という動きが生じたのである。それは、カントにおける認識が自然においてのみ成立したのに対して、カントの批判精神を継承しつつも、カントの限界を乗り越え「社会的事象の真なる認識」を得ようとしたのである<sup>396</sup>。

<sup>394</sup> このような改変は、「理性的なものは現実的なものであり、現実的なものは理想的なものでもある」とするヘーゲルの言葉から容易に想定できる。

<sup>395</sup> 阿南成一『講義 法思想史』(青林書院、1984年)、188頁。

<sup>396</sup> 阿南、前掲書(注395)、188頁。

近代自然科学の急速な発展が可能となったのは、一切の自然現象を機械的な法則性という観点でとらえ、人間の知性的・理性的精神でもって作り変えることのできるものとして取り扱ってからのことである。このような人間精神は、次第に人間社会をも必然的な法則性を有するものとして想定させるようになり、それによって、ついに社会を経験的・実証的に考察し、人間の意図に沿うような形でつくりかえようとする社会工学的な見解が興隆することになった。そして、そのような潮流は自然と法学に影響するようになったのである。そういった状況のもとで、歴史法学という流れが現れ、「法の自然的な生成を主張した」のであり、「功利主義の法哲学は人の幸福追求という自然的傾向のもたらす調和としての法を語る。そして目的法学という流れは「人間社会の生存条件の実現としての法を考える」ようになったのである<sup>397</sup>。さらに、一九世紀初頭以後の成文法の急速な発展は、法実証主義の風潮を一分析法学(法学はあくまで実定法の学)、一般法学(自然法学の形而上学的傾向を排撃し、実定法の分析によって一般概念の発見を目指す)を一蔓延させた。すなわち、自然科学的思考の影響による哲学の喪失に対して、法学そのものの学としての成立を目指し、法の価値的な性格を考慮する動きが出てきた、ということである。そこに見失われた理性の回復を試みるものが生じてきたのである。これは法の基盤である社会の理想を求めることでもある。このような背景から、法学においても社会科学の発展に寄与した新カント学派の哲学的な考察が現れてくるのであり、それは理想の回復を目指す理想主義的哲学の再生とも言えるのである<sup>398</sup>。

そのような理想の回復はドイツにおいても明瞭な形で現れてくる。周知の通り、自然科学的知識の応用・実用化として、そして技術革命として成立した産業革命が根本的な社会変動をもたらした。とりわけ、産業革命に先進を切っていたイギリスやフランスからの外的な圧力によって、ドイツの民族意識や国民感情といったものが盛り上がったのであり、その結果として、政治・経済的な統一への動きが具体化されるようになった。とはいえ、注意すべきは、その際ドイツにおいて必要であるとされたのは、いわゆる「市民社会」ではなくて、あの列強からの圧力に対抗できるような有機体的な全体としての国家社会であったということである。そのようなドイツ的状况によって、自由主義ではなくて保護主義を必要とするドイツの産業構造ができ上がったのであり、1848年の革命の失敗もそのような産業構造によるものであったと言える。ところで、一九世紀後半になると、ドイツは新

---

<sup>397</sup> 阿南、前掲書(注 395)、186 頁。

<sup>398</sup> 阿南、前掲書(注 395)、186 頁。

たな局面に入る。すなわち、ドイツにおいて資本主義の躍進とともに急速な産業革命がなされ、ビスマルクの主導のもと、ドイツ帝国が成立したのである<sup>399</sup>。そのような状況の下、ドイツは帝国のレベルで、急速に産業革命を進めたのであり、それに伴いあらゆる方面で資本主義的であつ合理的な機構の編成が必要となってきた。そして、そのような流れを促進させるために、世界観的基礎となり、唯物世界観によって見失われた理性の回復を目指し、さらに近代市民社会に内在する矛盾を克服する新しい理想をもたらす哲学が求められるようになったのである<sup>400</sup>。新カント学派の成立を理解するには、このような思想史的ないしは時代的な状況を察する必要がある。とはいえ、そのような理性主義的な思想の流れは実証主義的アプローチを学問上の方法論としてとっているリストにとって違和感を覚えるものであったのである。学問上の方法論において実証主義のアプローチを志向していたリストにとって、そのような思想的な流れは批判の対象にならざるを得ない。

#### ロ. リストの新カント学派批判

新カント学派の方向性は、周知のとおり、二つに分けられている。いわゆるマールブルク学派と西南学派(バーデン学派)がそれである。前者はコヘンに代表されるものであり、それによれば、「一般に感覚の内容は認識に与えられる所与であると考えられているが、実はそれはわれわれの思惟と無関係に独立に与えられているものではなく、われわれの思惟に対する課題にほかならない」とされている<sup>401</sup>。ということは、「一つの認識の素材を感覚によって捉えられるものの範囲に限るという制約を廃棄することであり、一切の認識の内容は人間の思惟能力により産出される」ということを意味するので、そこにおいて「現象としての自然の範囲を超えた認識が一当為認識が一可能となる」ということである<sup>402</sup>。換言すれば、それは、「カントにおいて、認識というのは感性(所与を受け取る能力)と悟性(所与を秩序づける先験的な思惟能力)との統合により成立するものとされたが、それらのアプリオリな直観形式やカテゴリーが「仮説」と考えるのなら、思惟が所与を前提とせずそれ自体の働きにより内容を産出し、合理化し、客観化することでの認識の成立も考えられうる。このような思惟(純粹理性)を想定することで、それと原理的に同一に働く純粹意思も想定され、そこで純粹思惟が自然科学を基礎づけるように、純粹意思が論理学を構成し、法学・

<sup>399</sup> 阿南、前掲書(注 395)、187 頁。

<sup>400</sup> 阿南、前掲書(注 395)、187 頁。

<sup>401</sup> 岩崎、前掲書(注 8)、278 頁。

<sup>402</sup> 阿南、前掲書(注 395)、188 頁。



精神科学を基礎づける」とされるということである<sup>403</sup>。このような認識論は徹底的に「思惟一元論」であり、あらゆる認識内容を思惟の作り出すものと考えているのである。この学派は、このようにして、自然科学の基礎付けを試みたのである。

そして、後者、つまり西南学派の方向性は、経験によって与えられるものを現実一般と解し、現実をどのように見るかによって、それを成立させる認識も変わってくるとする。すなわち、それは「現実を単なる事実としてみるときは自然認識が、価値に関するものとしてみるときは文化事象の認識が、やはり先験的な方法を通じて成立する」ということである<sup>404</sup>。つまり、ヴィンデルバントおよびリッケルトによれば、「歴史学ないし文化科学が自然科学から区別されるのは決してその取り扱う対象の相違によるものではなく、対象を取り扱う方法の相違によっているから」であり、それは、つまり、同一の対象である一つの建築物を考える際に、それは自然科学的研究の対象にも、歴史学的研究の対象にもなりうるということを意味する<sup>405</sup>。リッケルトにおいて、経験科学というのは自然科学と文化科学とに分けられており、「前者は形式的一般的(=普遍化的)認識により、後者は歴史的個性的(=個別化的)すなわち価値に関係させての認識により成立する」としている<sup>406</sup>。このようにして、西南学派は価値および文化の論理を追求する「価値哲学」ないしは「文化哲学」について論ずることができたのである。

以上のような見解から明らかになるのは、認識の成立には形式と内容が必要となるということである。つまり、「認識とは決して対象のあるがままの把握ではなく、同一の対象でも異なった方法により異なった論理的形式の下に入れられることによって異なった認識内容が生ずるのであるから、認識の成立するためには必ず形式と内容との二つの要素が必要である」ということである<sup>407</sup>。これは、形式と内容という完全に異質なものが相互関係することにより認識が成り立つということである。したがって、西南学派の認識論は「マルブルク学派の思惟一元論に対してあくまでも二元論的立場に立つという」ことができるのである<sup>408</sup>。このように、いわゆる新カント学派はその内部においても、それが一元論的立場であれ、二元論的立場であれ、その基本的な方法論は理性主義的なアプローチであるということがわかる。つまり、「認識批判の立場に立つかぎり新カント学派は内容と形式を

---

<sup>403</sup> 阿南、前掲書(注 395)、188 頁。

<sup>404</sup> 阿南、前掲書(注 395)、189 頁。

<sup>405</sup> 岩崎、前掲書(注 8)、280 頁。

<sup>406</sup> 阿南、前掲書(注 395)、189 頁。

<sup>407</sup> 岩崎、前掲書(注 8)、280 頁。

<sup>408</sup> 岩崎、前掲書(注 8)、281 頁。

峻別するから、その価値論も、…、実質的内容的正義を主張する古典主義的自然法論とは異なり、価値そのものを論じ得ない」のであり、「シュタムラーの『変化する内容をもつ自然法』も、実質的内容を予定するものではなく、自然法という名称の下に価値付けられてきた法の理想の在りようを示すものであり、ケルゼンのいう当為は、倫理的義務ではなく、論理的な措置であり、法理念は彼の純粹法学の内においては語られず、ラートブルフは法の絶対的価値を考察しつつも、その普遍妥当的な認識が不可能である」とすることができる<sup>409</sup>。このような概念と知識へのアプローチの方法は経験的な証拠ないしは物理的な証拠でもって語るわけではなくて、我々の感覚的経験から独立してそれを得ようとする方法をとっているので、理性主義的であると言わざるを得ず、したがって、このような理性主義的傾向は、経験論と実証主義の方法論に基づき、存在(者)から存在当為的なものを導き出し、それが発展という原理によって統合されるとするリストの考え方とは明確に拮抗していると言える。

さらに、形式と内容を分ける二元論的な思考形態をとる論者たちがリストの考え方による支持を受けることもできないだろう。それは、リストが、ヴィンデルバントおよびリッケルトの方向性を指示する人だけでなく、あらゆる法の原則として、いわゆる「正義」を主張する人たちに対して、彼らが「『規範的』な学問を『記述的』学問と明確に区別することを要求し、あらゆることを『単に』遺伝的もしくは因果的にしか説明しないことの不十分さを飽きもせず強調する」が、彼らは「目下、具体的な課題を成就するには無能力である」と、評することからも明らかである<sup>410</sup>。さらに、リストは「正法」の議論との関係で、「シュタムラーの「形式的な基準 *formaler Maßstab*」は決して我々が探し求めることではない」として<sup>411</sup>、法実証主義に基づき自然法を否定する者に反対するシュタムラー<sup>412</sup>の

---

<sup>409</sup> 阿南、前掲書(注 395)、193 頁。

<sup>410</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.92.

<sup>411</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.93.

<sup>412</sup> 「カントが「素材を原因—結果の因果律という範疇に従って整序したが、シュタムラーはここで目的—手段という範疇を考える」のであり、「自然ではなく人間の自然=社会生活に向けた認識の成立を考えるとき、人間の社会的・経済的努力を素材とし、その法的規制を形式として考える」。さらに、シュタムラーは、法の認識については「歴史的経験の過程において『法』として生じたものを語ることからではなく、それらの具体的経験を統整する形式観念に、法の概念を求める」必要があるとし、「法的秩序は、目的実現のための手段であるという前提の下」、彼は個人の「目的(=意欲)を素材として、これを整序し共同生活を可能ならしめるための手段としての法則を法として考える」(阿南、前掲書(注 395)、190 頁)。

理性主義的な一元論に対しても、批判に取りかかる<sup>413</sup>。リストにとって純形式という概念はまさに信念の世界ないし形而上学上の議論にすぎないのである。

そして、リストは、そのようなシュタムラーの基準によって可能となるのは、「個々の目的の設定を諸目的の体系的な統一へ誘導し、それでもって個々の目的を評価する」ことであるが、それは、リストにとって、「社会生活の最終的目的というのが(これが無条件的な目的としてかあるいは経験に条件付けられた目的なのかは重要ではない)、内容的に決められる場合だけに可能である」にすぎない<sup>414</sup>。リストは「我々人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されている」と考えており<sup>415</sup>、それは彼の唱える「発展」という観念から正当化される。すなわち、「発展概念を人間の共同生活へ応用する場合に、最後かあるいは最高の社会目的は決して話題になり得ない」ということである<sup>416</sup>。したがって、最終的目的は決められないのであり、到達することもできない。ただ合目的的に発展傾向を発見し定めることで、次なる段階へと発展していただけなのである。リストは言う、「我々は現の発展傾向を認識し得、そしてそこから次の発展目的を確定できる」と<sup>417</sup>。このようなリストの考えから、シュタムラーの言う「最終的な目的」というのは、リストにとって、想定できないものである。さらに、リストはシュタムラーの言う「社会的理想」というのも、「内容的に満たされている最終的な目的ではなくて、一つの基準である」に過ぎないとし、その形式性を批判している<sup>418</sup>。

リストの考え方からすると、形式から内容が導き出されるという想定は無意味であろう。リストにとって、純粋な形式というのはまさに形而上学の世界であり、それはリストによって信念としては認められるとしても、学問においては退けられている。したがって、シ

---

<sup>413</sup> シュタムラーにおける「法の概念は」、純粋形式的なものであり、「不可侵的自主的結合意欲」とされる。法の概念は、経験的な内容を持たないので、法の正当性の基準となるべき法理念が求められる。この法の理念が普遍妥当性を持つためには、これまた純粋な形式のうちに求められる必要がある。そこで、法の理念は「法の概念によって捉えられた一切の特殊の意欲を、意欲一般の全秩序のうちに合則的に定置する規正方法」とであるとされる。そしてシュタムラーの定式化する「正法」とは、法理念で規制される法である。とはいえ、法理念というのはあくまでも純形式であるので、「正法」の実質的な内容如何については語るができない。もっとも、「『正法』は法の理想への接近であり、超実定的理想法ではない」ということには注意する必要がある。ということで、「正法」は実定法の正当性の判断のための「普遍的内容的基準」ではない。「正法」は「自然法ではなく、歴史的な状況に応じ、超経験的な法の理念に従って実行される法として示される。したがって、法の理念によって規制された実定法」こそ「正法」なのである。その内容は普遍的ではないが、その状況に応じて「客観的に正当なもの」とされる(以上は、阿南、前掲書(注 395)、195 頁以下)。

<sup>414</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.93.

<sup>415</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.94.

<sup>416</sup> Ebenda.

<sup>417</sup> Ebenda.

<sup>418</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.93.

シュタムラーの「形式的な基準」は、その有する「無条件的な妥当価値(Geltungswert)」であるにもかかわらず、たとえば我々が社会秩序を築く際に、その基準および方法については何も言えないということである<sup>419</sup>。なお、リストにとって、我々が「正法」および目的の体系を探し求めるとしても、シュタムラーの言う「自由に意欲する人間の共同体(Gemeinschaft der Freiwollenden)」<sup>420</sup>のようなことは、我々が得ようとすべき目的ではないのである<sup>421</sup>。発展概念の認識論的な意味がまさに因果的考察と価値考察の統合を表すところにあると考えるリストの見解からすれば、シュタムラーの理性主義的形式からは、共同体的社会を築くための実践的な基準およびその方法はまったく導かれ得ないのである。リストは自身の「発展思想」と「目的思想」でもって、理性主義的形式を排斥する。新カント学派の考え方からは、リストの考える意味合いの「正法」は導かれまいと言えよう。

#### 第四節. 刑法における「発展思想」<sup>422</sup>

前節において検討したように、リストは実証主義の立場から「正法」を定式化した。その際、決定的な役割を果たしたのが「目的思想」と「発展思想」という指導原理であった。これらの原理は、のちに検討するように、刑事司法における「目的の内容的開放性」という観念を導き出し、その実質的な内容として、いわゆる「時代相応的な刑法」を正当化することになる。そのようにして、リストは「正法」およびそのあり方を示すことで、自身の学的試みの志向するところを明らかにしたと言える。リストはそれにとどまらず、そのような思考の流れを最終的に「刑法における発展思想」という形でまとめている。それは

<sup>419</sup> Ebenda.

<sup>420</sup> シュタムラーにおける「正法」の原則は「特殊な事情の下に必然的に生ずる多くの法的決定に対して、選択をなすに際してその方法的基準である」。シュタムラーはこれを「『自由に意欲する人間の共同体』という最高観念から、①尊敬の原理、②協力の原理」として表す。このことから、彼は「共同体成員がバラバラに各自の存立のための闘争を行う社会でなく、自由主義を基本としている共同体的社会の理想を求めた」と言える(阿南、前掲書(注 395)、195 頁以下)。

<sup>421</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.93.

<sup>422</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.497ff. なお、リストの発展論はメルケルの発展概念を基礎としている。メルケルの意味における「発展」というのは、これを基礎づけるために無条件に現存しなければならないとされる3つの要素によって支えられている。つまり、可変性ないしは現実における変化という要素、連続性という要素、そして伝承という要素がそれである(伝承という要素は、連続する世代の状況に発展概念が適応される場合である)。3つの要素すべてがリストの発展概念において再発見される。リストの場合、メルケルのように、発展というのは単純な進化論ではなくて、それはむしろ進行性の進化論(ein fortschreitende Evolutionismus)という意味で把握されるのである(Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.15f.)。

彼が「マールブルク綱領」において綱領的に宣言されて以来一貫して彼の学問を方向づけたものを明確な言い方で定式化したものであると言える。そのようなリスト自身による「発展思想」の定式化を考察することで、我々は彼の志向する刑事法学の学問としてのあり方および「学問観」の真正なる姿に迫ることができよう。

### 一. フランツ・フォン・リストにおける一元論的世界観と発展論

リストが「マールブルク綱領」において行った、いわゆる世界観上の統合という試みは、結合的世界観の構成が追求される時代的精神に影響され、学問上の対立すべてを解消できるような原理を探し求めたことに由来すると言える<sup>423</sup>。このような考え方は、リストが、自身の活動していた時代が「(ユダヤ教ないしはキリスト教のような)啓示宗教(die geoffenbarte Religion)の教理から解放されることを試み、世間離れした哲学の有意的な思弁(die willkürliche Spekulation)においていかなる満足も得られない時代」であるとの認識の下、そのような時代的な状況を乗り越えようとした意気込みから生じてきたと言える。そのようにして得られたリストの一元論的な世界観の統合というのは、これまで見てきたように、刑事法学を形而上学的な議論から解放させ、その都度の必要な目的に対応できるような柔軟な学問に改変させるためのものであった。ここに見られるのは、リストが、互いに還元することのできない独立の二つの実体または原理を認め、その二つの実体からあらゆる事柄を説明しようとする二元論的世界観を否定しているということである。前述したように、リストは—それをカントの認識論的立場であると言ってもいいと思われるが—学問の対象として成り立つのは現象界だけであり、形而上学上の議論は、我々の経験によっては決して把握することのできない信念の世界に属する事柄であるとして、これを退けた。したがって、このような考え方からすると、永遠不滅で真実在であるアイデアとして取り扱われる精神的なものないしは絶対的なものに関する議論は自ずと排斥されることになる。哲学不在という時代的思潮の流れに影響され、実証主義の立場から考えているリストにとって、二元論的世界観の問題点<sup>424</sup>のなかでも、とりわけ、我々の認識で確かめることのできない、

<sup>423</sup> Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.13.

<sup>424</sup> 精神的なもの(永遠不滅で真実在なアイデア)の優越性と現象界の劣等性という図式から、厭世主義や極端な禁欲主義などの問題点が生じ得る。

永遠不滅で真実在とされるアイデアを崇拝することで生じてくる現象界の非実在性とそれともなう人間的体験の無用性といったものは、到底容認できるものではなかったであろう。

したがって、リストは歴史経験的な実在としての現象界および人間を学問上の議論の中心に据え、そのような経験的現象界の現象形態のなかで絶対的なものを見つけ出すと同時に、価値の問題や当為の問題などに対する答えも導き出そうとしたのである。すなわち、彼は、現象界におけるあらゆる因果的でき事の内在的な目的性および法則的發展性を導き出すことで、因果関係と目的因との間の統合、つまり、価値関係的因果関係的發展性を確立しようとしたのである。このような考え方においては、形而上学上の議論も、真実在としてのアイデアに関する議論も行われる必要はない。リストは、そのような考えでもって、「現象界において与えられている(現象に関する)二元論」は、時空に拘束されている我々の経験を、時空を超越した永遠(彼岸)と結合させるような「一元論的世界観」によって<sup>425</sup>、ようやく克服されるようになると考えたのである<sup>426</sup>。

なお、リストは実証主義の立場から現象界の事柄を考察し、極めて広範な事実研究の幅広い基礎の上に立ちつつ、事実の因果的考察と規範的考察の統一を保証する力を有する学問的仮説である「発展論(die Entwicklungstheorie)」を導き出し、そこから刑事法学における「一元論的世界観」を具現しようとした<sup>427</sup>。その際、その中核をなしていたのが、周知のとおり、現象界における人間活動の経験歴史的な考察を通じて得られた、因果的流れのなかに内在している「合目的性」とその実現を具体化する「発展」のメカニズムであった。リストは、すでに「マールブルク綱領」においてなされていたそのような学問上の理論構成を、後述のように、生物学における発展ないし進歩を刑事法学の分野に擬制して、「刑法における発展思想」という形で定式化している。そこで注目すべきは、リストが「発展」

<sup>425</sup> ここに言う「一元論的世界観」というのは、「発展」という形而上学的な原理の導入によって説明されているとしても、それはあくまでも経験と直観に基づいて導きだされたものであるにすぎないと言える。

<sup>426</sup> すなわち、リストは「過去数百年の間にかつてよりも明確に我々の時代において、市民階層すべてにおいて強調されるのは、我々の意識内容(die Bewußtseinsinhalte)すべての統一的な統合、つまり我々の認識すべてだけでなく我々の知覚することと意欲的に得ようとする、そのすべてを最後で最高に統合することへの憧れであり、自然と精神との間の、因果関係と目的との間の、所与のものとの客観的な研究と極めて高い個人的な目的設定との間の、主知主義と主意主義との間の対立の調整への憧れでもある」、としている(Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.497.)。

<sup>427</sup> 一元論というのは、その全体性と答えの単純性が魅力であると言える。それは、さらに、現象界における歴史経験的な考察から絶対性もある程度担保できるものであると言える。しかし、その結果、イデオロギー的な独断と理念に陥りやすいとも言わざるを得ない。もちろん、リストはそれを排除しようとして、「発展」という観念を取り入れたと思われるが、そこから逆に何の根拠もない樂觀主義が生じてしまい、結局、事の本質は見えなくなっている。それは知的構造の上で、二元論よりも硬直しているとも言えるのである。

という観念を自身の刑事法学上の議論の中心に据えたということである。というのも、リストは、そうすることで、可変的な時代状況に即して社会の安定に寄与できると思われる発展傾向を、「発展」という名の下で、適宜取捨選択できるような理論的根拠を取得できると考えたからである。もっとも、このような見解からすると、既述のように、いわゆる「反動性」として読み取られる状況であっても、それはあくまでもその次の発展段階にいたるために一つの過程であるに過ぎないと考えられており、それが社会の構造的な問題の隠蔽ないし何の根拠もない楽観主義に流れてしまう恐れがあるということには注意すべきである。

リストにとって、「発展」という原理は統一的世界観の可能性を保障する科学的な仮説 (eine wissenschaftliche Hypothese) なのである<sup>428</sup>。というのも、彼の考える「発展論は因果的経過すべての内在的合目的性を確保するという形で、因果関係と目的との間の統一を確立する」と思われるからである<sup>429</sup>。このような定式から読み取れるのは、リストが現象界の因果的事象に内在する合目的性を見つけ出すと同時に、現象界の背後で法則的に作用している歴史的発展という原理を認識し、そこから当為の問題に対する答えも導き出すことができるとみているということである<sup>430</sup>。そこにこそリストの唱える「発展」という観念の認識論的意義があると言えよう。すなわち、それは、因果的な考察と価値論的考察との間の発展的統合という洞察によって、さらに、存在(者)から存在当為的なものの発展傾向を目的論的に確定するという考え方も導き出されるということである。「認識された発展傾向だけが我々に存在当為的なことについて説明する」のであり<sup>431</sup>、したがって、リストにおける発展論はあらゆる事象から存在当為的なものを統一的に取りまとめる道標であると同時にその正当化の根拠でもある<sup>432</sup>。

<sup>428</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.497 f.

<sup>429</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498. リストにとって、歴史の成り行きというのは、彼自身の「発展思想」と「正法論」に立脚すれば、存在(者)と存在当為的なものとの間の統合、したがって、因果的考察と価値的考察との間の統合である。しかし、「このような歴史的な発展の経過および特に発展の頂点は、決定主体の評価に左右されないとと思われるのであり、このような意味で『自然的』であると思われる」かもしれない(Jannis A.Georgakis,a.a.O.(Anm.46),S.14.)。

<sup>430</sup> 存在(者)に基づき、存在(者)との結合においてだけに、当為の問題に答えることは、哲学上の実証主義の本質に含まれており、そのための手段が発展という概念であると言える (Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.13.)。

<sup>431</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.171),S.556. ここには典型的な自然主義的進化論が反映されている。しかし、後述のように、リストの発展論は盲目的な自然主義的進化論とは異なるということは明らかである。なお、これについては、Jannis A.Georgakis,a.a.O.(Anm.46),S.14.Fn,26.を参照されたい。

<sup>432</sup> 「進化」ないし「発展」という観念のなかには、そもそも永遠に生き続けたい、退化され淘汰されたくないという意味合いが内在的に含意されていると言える。リストは自身の学的構成のなかに、「発展」

リストは、後述のように、生物学領域における発展論を社会学の領域に移すことで、自身の発展論を定式化している。リストは、そのような過程を通じて、彼の唱えている一連の一元論的世界観が完成されることになるとしている<sup>433</sup>。さらに、リストは、自身の発展論を刑事法学に用いることで、遠く離れた過去が明かされ、より高みへと導く無限の未来への展望もまた打ち明けられたとしている<sup>434</sup>。それは、リストが、「刑法における発展思想」を定式化することで、それまでの自身の刑事法学における学的試みをまとめ上げただけでなく、刑事法学のあるべき姿を提示したということの意味するのである。したがって、我々がリストおよび彼の学問を理解し歴史的な文脈のなかで評価するためには、彼の唱える「刑法における発展思想」の含意を考察する必要がある。

## 二. 刑法学における発展論的構想の定式化

リストは、生物学領域における発展論が、我々に、「自然法則的必然性でもって、単純で細分化されておらず、それゆえほとんど能力のない生命形態から徐々に移行して、合成されながらますます細分化され、それゆえ、より適応能力のある生命形態(die leistungsfähigere Lebensform)が広がったということを教える」として<sup>435</sup>、実証主義の立場からそれを支持している。したがって、リストにおける発展論というのは、当時の生物学領域で承認されていた「自然選択説(Selektionstheorie)」、つまり「生存競争による選択(Auslese)」というメカニズムをその中心概念として受け入れていると言える<sup>436</sup>。とはいえ、このよう

---

という観念を取り入れることで、ドイツ刑事司法および刑事法学に消えることのない永遠の生命力を与えようとしたと言える。

<sup>433</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498.

<sup>434</sup> Ebenda.

<sup>435</sup> もちろん、リストの発展論は、前述のように、メルケルの発展概念をまたその基礎とする。そのなかで、「可変性」という要素は持続的に前進するという意味での「発展」であるが、これは時間的な意味だけでなく、「価値概念」を含むものである。というのも、リストにおける「発展」という原理は「同じ二重の法則性、つまり因果的および目的論的法則性において、固体(Individuum)を万有の秩序(die Sonnensysteme des Weltalls)に結びつける」ことを意味するからである(Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498.)。

<sup>436</sup> ここで、「選択(Auslese)」という言葉の意味は重義的である。つまり、それは「適応能力のないもの(die Untüchtigen)の排除的淘汰(die ausschließende Auslese)」そして「適応能力のあるもの(die Tüchtigen)の保存的な選別(erhaltende Auslese)であると同時に完成度の高い選別(vervollkommende Auslese)」という二重の意味合いをもっているのである。リストにとって、「発展のリズムというのは、「適応(Anpassung)」および「伝承(Vererbung)」という概念を通じて与えられている」ことになる(Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498.)。ダーウィンの理論は没価値的であるが、ここでのリストの考え方は、社会進化論的な考察を正当化していると言うことができよう。



な発展論は、前述したように、リストにとって完結的なものではない。リストの一元論的世界観からすれば、生物学領域における発展論から現象界に属するもう一つの領域である社会学の領域に転用することで初めて、一元論という輪が完成することになるので、社会学の領域においても、自然選択説は中心的な要素として働く。そのような意味で、発展論というのは、生物学の領域においても社会学の領域においても、あらゆる事象の因果的経過すべてが何の目的もない偶然のでき事ではなくて、そのような因果的経過のなかに潜んでいる向目的性に関する仮説を意味することになる<sup>437</sup>。発展論というのが、社会学の領域においても、生物学と同様の発展過程をたどるということは、換言すれば、社会というのでも、単純で遂行能力のない形態からより高度で複雑な形態へと発展していくということである。そうであるとすれば、社会学の領域における発展論が、生物学領域で言われているのと同じく、「社会生活の最初の発端から国家そして現在の国家共同体に至るまでの発生に関する関係を打ち明ける」ことになる<sup>438</sup>。したがって、社会的な関係においても、発展のリズムによって「家族間および種族間の張り合い、活動領域を巡る部族間および国家の間の張り合いにおいて、それほど遂行能力のないものは破滅していく一方で、遂行能力のあるものは常に社会生活においてより完全な存在形態になる」との理解が成り立つのである<sup>439</sup>。

このように、発展の流れは生物学領域と社会学領域で同様の発展過程をたどる。とはいえ、両領域における「運動リズム(*der Rhythmus der Bewegung*)」は、リストによれば、相互に異なっており、生物学領域においてその生存競争を左右するのは、「自然的価値(Naturwerte)」、つまり、遺伝という方法で継承される動物の能力であるのに対して、社会学領域の場合には、重なり合って生じてくる各々の社会の間の競争を左右するのは、社会自らが作り出す「文化的価値(Kulturwerte)」という精神的な武器であるとする<sup>440</sup>。この文化的価値というのは伝承という方法で、すなわち、言葉と文字を通じて、教育と模範を通じて、世代から世代へと移転されていくことになる。ここで重要なのが、「社会それ自体そして社会の諸機関によって行われ、形成される生活機能すべて、つまり、規範設定および行政の全領域が文化的価値に属する」のであり、それでもって「社会の内部で自然的な選択と並ぶかあるいはそれに代わって、人為的で合目的な選択を定め、社会にとって役立つ

---

<sup>437</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498.

<sup>438</sup> Ebenda.

<sup>439</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.499.

<sup>440</sup> Ebenda.

構成員を選び出し、少しでも役立つ構成員を適合させ、役立つものはますます役立つものへと育成していく可能性が与えられる」ことになるのである<sup>441</sup>。

リストは、このような発展論の観点から、過去、現在そして将来における刑罰の社会的機能(die soziale Funktion der Strafe)に対する理解も明らかになる、とする。つまり、リストの理解からすれば、「刑罰というのは、本来社会にそぐわない人(Fremdkörper)を社会から追放する以外のなにものでもないのであり、肉体的もしくは精神的性状を理由に、社会の生活条件に適応することのできない、個々人を排除(Ausscheidung)する以外のなにものでもない」ということである<sup>442</sup>。このような追放および排除は「社会の本能的な反動(triebartige Reaktion)」であり、リストの発展思想によれば、そのような反動から徐々に犯罪者を目的意識的に排除することへと発展していかなければならない。目的意識的な排除というのは、改変的な一定の条件ないしは一定の規則に従うということの意味するのであり、したがって、それは、たとえば無慈悲な公開処刑から長く続く一定の収容施設における拘禁にいたるまで、社会自体とともに変わってくるものである。リストは、「排除および適応という社会的手段としての刑罰を先進的に合理化することに、刑罰の将来が示される」としており、彼にとって、社会的手段の一つである刑罰は人為的な選択(die künstliche Selektion)という社会的手段のますます広がるシステムに適合されなければならないことになるのである<sup>443</sup>。

## むすび

リストは、このようにして、それまでの一連の自身の学的構想および学的立場を明確にしたのであり、それが1909年アムステルダム大学で行われた講演において宣言された「刑法における発展思想」なのである。「マールブルク綱領」において綱領的に宣言されていた「進化論的發展」という観念は、社会を生物学的に擬制し、生物学上の一個の有機体として把握することで、より具体化される。このような理論構成によって、生物学における「適者生存」に内在する「進化」という自然法則的必然性がそのまま人間社会にも適用されるようになったのである。そのようにして、社会においては「文化的価値」による人為的な

---

<sup>441</sup> Ebenda.

<sup>442</sup> Ebenda.

<sup>443</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.500.

選択が正当化されるのである。つまり、人間社会における最も進化した形態である国家による合目的的な介入が「発展」という法則的必然性に根拠付けられ、正当化されるのである。とはいえ、リストにおける発展というのは、常に右上がり線の上昇ではないことに注意する必要がある。それは、既述のように、最終段階の分からない発展であり、反動的な状態も含む過程としての発展である。リスト曰く、さまざまな動植物が死滅していたのであり、世界国家というのも破壊されているが、「発展はさらに進んだのであり、より完全な有機体そしてより細分化されより生命力のある社会を作った」。したがって、リストは「時折発展が停止するかあるいは進展の時期の間の反動の期間が押し込まれるということが、本当に異議を増加させること」にはならないと認識している<sup>444</sup>。リストにおける「発展」という観念は、結局、そのなかで弁証法的な発展を想定していると言わざるを得ず、しかも、それは限りのない発展を確信する楽観主義の証でもある。

もっとも、リストが自身の学的構成にみられる「反動性」の容認をまったく意識していないとは言えない。なぜなら、リストは、刑罰というのは国家の制裁システムに組み込まれていなければならないと考えているからである。つまり、リストは「排除および適応として的人為的選択は、今日の社会においては、国家行政の行為であり、立憲国においては、したがって、国家行政の合法的で規制された行為を意味するのである。この行為が生じうるために与えられなければならない諸条件、それが決定される手続き、そしてそれが執行される諸原則など、これらすべてが国法によって決定される」としている<sup>445</sup>。これは、換言すれば、刑罰というのは国家的な制裁行為として、罪刑法定主義という法治国家的原則に服する必要があるということである。このようにして、リストは国家における支配勢力ないし国家刑罰権力による恣意的な判断の可能性を封鎖することで、考えられ得る反動的な状態を排除しようとはしていた。リストは「国家権力、司法的判断は合法的な限界に結びつけられていなければならない」のであり、介入の際には慎重な比例性が考慮される必要があるとしている<sup>446</sup>。つまり、個人の自由への介入が強力であるほど、それだけに条件は綿密になり、このような介入の方法と程度は法律において限定されている必要がある、ということである。したがって、そのような観点からは、「個々人の状態が人間の社会的共同生活にとって緊急な危険を意味する場合だけに、生涯の監視あるいは長く持続する強制

---

<sup>444</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.46),S.95.

<sup>445</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.500.

<sup>446</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.501.

治療が正当化される」とするリストの発言も<sup>447</sup>、法的制限のもとで、当然ながら承認されよう。ただ、そのような処置が正当化されるためには、「危険な行為(état dangereux)」の概念およびその性質が学問かつ立法上の関心の的とならざるを得ない<sup>448</sup>。それは今日の我々にとっても同じである。

しかしながら、ここで考えなければならないのは、これまで検討してきたように、リストにとって、危険な行為の対象としてその主たる判断基準となるのは個々の人間ではなくて、社会という共同体である。したがって、社会の安全を現に害しているかそれとも将来的に害する可能性があるかと判断されるすべてが「危険な行為」に含まれるのであり、そのような行為を犯す人および社会的団体は社会の発展のために適宜処置されることになる。社会に対する「危険な行為」とそれを規定する基準はまさにその都度の諸状況によって変わってくるものであり、そのような「危険な行為」の確定およびそれに対する適切な処置というのは社会的なコンセンサスを得て適宜調整できるだろう。しかし、問題となるのは、「危険な行為」が政治的な意味合いで判断される場合であろう。リストの唱える「目的思想」と「発展思想」が罪刑法定主義という法治国家的原則をその土台としているとしても、それは可変的な諸状況に適合するように変化しなければならないので、いわば悪しき法実証主義を予定しているとも言える。しかも、リストの学的構想においては、あらゆることが「発展」という名の下で、正当化される恐れもあった。そのようなことは、リストが、「マールブルク綱領」において、そしてその後の作品においても、たとえば、社会病理的現象(としての犯罪)を引き起こすものとして、プロレタリアートという社会的団体を取り上げ、そのような現象を社会構造的な問題としてではなくて、政策的な観点から接近し進化および発展という形で取り扱おうとしたことから、明確であると言える。リストが、自身の学的構成及び学的立場を「刑法における発展思想」と定式化し、刑事司法における楽観主義的な展望を提示したとしても、それは相対的な弱者に対する排除論理を正当化する理論的根拠を与える恐れがあるということには注意を払わなければならない。

---

<sup>447</sup> Ebenda.

<sup>448</sup> Ebenda.

## 第四章. 刑事立法における「目的開放性」および「時代適合性」

### はしがき

これまで、「マールブルク綱領」において、綱領的に宣言されたリストの「目的思想」と「発展思想」の意味合いが彼ののちの作品においてどのように定式化されていったのかを考察してきた。そのような定式化の過程というのは、言うまでもなく、リストの「学問観」ないしは世界観に支えられており、それを考察する作業は彼を刑事法史という歴史的な文脈のなかで評価する際に、中心に据えられるべき事柄である。リストにおける「発展」という原理は、一見して相反すると思われる「統合」と「排除」というメカニズムを有するものであった。それは、「刑法における発展思想」という定式で、一方では、一元論的な世界観を支える原理として、他方では発展にそぐわないものの「淘汰」という形で、より明確な形で具体化されることになった。つまり、リストにとって、「発展論というのは、因果的経過すべての内在的目的性を確保することによって、因果関係と目的との間の統一を確立する」ものであり<sup>449</sup>、「発展」という名のもとで、人為的な「淘汰」をも正当化するものであったのである。さらに、リストにおける「発展論」の観点から肝要であるのは、ある事象の因果的流れというのが盲目的で没価値的なものではなくて、それ自体内在的な目的性を有していると想定しているということである。というのも、刑事法学における形而上学上の議論を排斥しようとするリストにとって、価値や当為などに関する問題は現象界の事象から導き出さなければならないからである。そうすると、あらゆる事象は存在(者)を基本とする一元論的な世界観に基づいて考察されることになるしかなく、そこに形而上学的な思弁による探求は排除されることになる。なお、リストにおける「発展論」は、そのような因果と目的との間を一元論的に統合するとともに、一定の方向性、つまり、目的意識的により高い段階へと合法的に発展していくという方向性を想定するものでもあった。リストにおける「発展」という観念は、存在(者)を歴史的・発展的に生成したものとして考察するであり、そうすることで生成中のものを存在当為的なものとして認識する。したが

---

<sup>449</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.498. もっとも、リストにおける「排除」処置というのは、「マールブルク綱領」において確認されたように、「刑罰奴隷」という言葉に見られる「排除対象の効率的な利用」という意味合いをも含んでいることに注意する必要がある。

って、リストにおける「発展」という観念からは、来るべきものがより価値のあるものであるだけでなく、存在必然的なものでもあるということが成り立つのである。

我々はフランツ・フォン・リストを「刑法における目的思想」というプレームで定型化してしまいがちである。しかし、彼の作品を「学問観」ないしは世界観という観点で考察した場合には、むしろ「発展思想」に主眼をおくべきであると思われる<sup>450</sup>。というのも、「発展思想」に主眼をおくことで、「刑法における目的思想」の意味合い、そして彼の描いた刑法学のあり方ないしは「学問観」がよりはっきりと認識できるのであり、さらに冒頭で提起したリスト理解に関する異なる見解にもより正確な答えを出すことができると思われるからである。ということで、以下においては、これまで検討してきたリストの作品から読み取られる彼の学問上の立場ないしは「学問観」を中心に、彼の「目的思想」および「発展思想」からどのようなことが言えるのかを考察する。

## 第一節. 国家の理解に関する変化—全生活領域の政策問題化

すでに検討したように、「マールブルク綱領」において主張されていたのは、人間社会のすべての発展段階において、刑罰が不可欠であるということであった<sup>451</sup>。その根底にあるのは、「個人の自己主張(Selbstbehauptung)と自己保存(究極的には、種の保存)」という刑罰の絶対性であった<sup>452</sup>。リストはそれを形而上学上の考察からではなくて、経験的人間の歴史的考察を通じて確定した。そうすることで、刑罰は形而上学上の議論とは何の関係もないものになり、犯罪と刑罰の問題は自然科学的な考察方法を用いて取り扱うべき事柄となったのである<sup>453</sup>。リストは「発展思想」に基づいて、衝動的な刑罰は人類の発展にともない、公的な国家的刑罰へと移行すると考えた。それは、彼の言葉で言うと、衝動行為の目的意識的な意思行為への移行、つまり、「刑罰の客観化」なのである<sup>454</sup>。このような段階に入ると、「自己保存および種の保存」という処罰目的は、客観化された衝動的な処罰としての刑

<sup>450</sup> とりわけ、リストは、「我々社会学派の刑法家たちまた発展論の与える世界観から成功への確実な希望を得る」とし、発展論が自身に限るものではなくて、広く受け入れられていると唱えている(Liszt, a.a.O.(Anm.305),S.501.)。

<sup>451</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.133f.

<sup>452</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.135.

<sup>453</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.135ff.,140f.,151f.

<sup>454</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.145.

罰という形で、合目的的な予防に供することとなる。応報刑に代わる予防、何よりも特別予防こそ「マールブルク綱領」の目指す刑事政策である<sup>455</sup>。このように、リストは特別予防を主張したが、それというのも、刑罰というのが不可欠な衝動であり、特別予防はこのような衝動の、当時の人類発展情況において最も相応しい形態であるだけでなく、最も合目的的な予防であったと思われたからである<sup>456</sup>。

ところで、刑罰の客観化が意味するのは、私的な処罰が国家刑罰へと移行する際に現れる処罰の客観化の形態が刑法であり、処罰衝動の目的型が刑法であるということである<sup>457</sup>。このような定式化から読み取ることができるのは、我々が衝動的処罰を意図的に目的に応じて使用することを学んだということであり、それを刑法が示しているということである<sup>458</sup>。それが可能になるためには、諸社会的な生活様式が国家レベルで強化される必要があるだろう。このような条件が満たされたのち、自己保存のためのさまざまな生活条件が定式化され、それが「法益」へと客観化されるのである。さらに、法益というのは、リストによれば、個人および団体がその生活を営為するために必要な合目的な条件でもある<sup>459</sup>。刑罰というのは、そのような生活条件をさまざまな妨害から保護する以外のなにもでもない。刑法というのは合目的な方法、つまり効果的方法を用いて、法益としての生活条件を守ることになる<sup>460</sup>。換言すれば、刑法というのは特別予防的な法益保護なのである<sup>461</sup>。

なお、ここにいう生活条件として理解される法益というのは、衝動的処罰の合目的な自己制限であり、そうすることで処罰は有効なものとなるのである。目的意識的な刑罰および法益の合目的な保護を定めている刑法というのは、法益を乱したものに対して、その程度にしたがって合目的な処置を行う。それは、たとえば、「マールブルク綱領」において、改善・威嚇・無害化という形で具体化されている。つまり、「マールブルク綱領」における刑法による刑事政策というのは、個人および団体の生活条件の妨害の数とその重さに対する目的意識的な反応なのである。リストはそれを標語的に、「正しい、即ち正当な刑罰というのは不可欠な刑罰である」としている<sup>462</sup>。このように、「マールブルク綱領」にお

---

<sup>455</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.224.

<sup>456</sup> Ebenda.

<sup>457</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146f.

<sup>458</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.225.

<sup>459</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.147f.

<sup>460</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.225.

<sup>461</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146ff.

<sup>462</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S 161.

いて、応報刑は合目的な予防刑へと取り替えられている。というのも、それは、リストが生活条件として認識された法益を保護するという目的のためだけでなく、目的にかなった予防的な刑罰である目的刑が実践上より適切であると判断されているからである<sup>463</sup>。この点に注目すれば、確かに、リストの刑罰論は、社会の秩序と安全を守るために、その都度の必要に応じて、適宜調整の可能な、正しい刑罰のあり方を提唱していると言えるので、その点では評価に値すると言えるだろう。

したがって、「マールブルク綱領」において行われたリストの刑事法学における方法論的な発想の転換によって、刑罰の問題が政策的に解決され得ることとなったと言える。「マールブルク綱領」はそのような観点からすると、表面的には非常に意義のある学的アプローチであると言える。というのも、それによって、リストが、それまでの刑事法学を主導していたいわゆる刑法学における古典学派の形而上学的な議論からは刑罰の量刑決定原理およびその程度に関しては何も得られないということを明らかにしたのであり、したがって、適切な刑罰による犯罪の克服を達成するためには、観念的な刑罰ではなくて、実践的な刑罰の確定が必要であるということを理論的に説明したからである。経験とは無関係な「正義」といった抽象的な観念からではなくて、歴史経験的な実際の人間に着目することではじめて、その都度の適切な政策的な判断を用いる刑罰のあり方が容認されるようになるのである。そのようにして、リストは、量刑の決定原理およびその程度に関する適切な答えが、形而上学上の議論に基づいてはもはや有効に求められえないものであるということを明らかにした<sup>464</sup>。つまり、それは、我々が量刑の決定原理およびその程度を「正義」や「応報」などのような形而上学上の基準を用いては犯罪の増加に適切に対応することができないということであり、したがって、犯罪の増加を防ぐことで犯罪の克服を目指すためには、刑罰認定の政策的な見地からのアプローチが有効であるということである。そのような政策的な見地からのアプローチは、逆にタイムリーな対応には不適切な応報刑の無能さを批判する政策的な根拠でもあったのである。

リストの考えからすれば、刑罰論における応報刑の考え方は、犯罪に対するその都度の必要でかつ目的意識的な対応には適しておらず、むしろ刑罰体系を弱体化させるものであった。応報刑による刑罰体系の弱体化が発生した場合に、我々にとって可能なのは、ナウ

---

<sup>463</sup> リストの「発展思想」によれば、応報刑よりも発展した形態が目的刑なのである。応報刑法から合目的な予防刑法へ移行という発想の転換によって、刑罰の柔軟な刑事政策的運用という考えが定式化される。ここにリストの偉大さがあると言える(Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.232.)。

<sup>464</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.232.



ケ氏の言う通り、二つの刑罰のあり方であると言える。すなわち、それはそのときの権力者の手中にある単なる道具に過ぎない恣意的な刑罰か、それとも近代科学ないしは経験によって基礎付けられている刑罰なのかである<sup>465</sup>。リストの選択は、周知のとおり、後者である。そのようにして、リストにおける刑罰のあり方は目的意識のないし目的志向的な、まさに政策的に有効に利用することのできる刑罰を作り上げることであった。リストは「不可欠な刑罰が正しい刑罰なのである」とし、これが、「絶対的な正義からの刑罰の認定と刑罰の経験的な不可欠性という推論とを機能的に同価値とみなす」ことであるとしたのである。彼は、そのように設定することで、当時の形而上学的思弁による刑罰の正当化根拠の「認定危機(eine Legitimationskrise)」を避けて<sup>466</sup>、刑罰論および刑事法学における政策的アプローチを正当化したのである。

さらに、「マールブルク綱領」においてなされた前述のような方向転換は歴史的な脈絡に由来しているということを知っておくべきである。すなわち、「マールブルク綱領」というのが、リストの国家理解に関する変化、つまり自由主義的国家から国家的介入を正当とする行政国家への変化(ないしは、国家と共同体の関係の理解における変化)を、刑法に導き入れようとしたということである<sup>467</sup>。リストの想定している刑法というのは、国家の手中にある有効な手段として共同体の中へ組織化されていく刑法である。それは、すなわち、市民相互の行動に対して一番外側で境界線を引くような刑法ではなくて、さらに、政策の乗り越えることのできない柵としてでもなくて、政策的な目的を達成させる手段そのものなのであり、したがって、刑法を政策的に取り扱うことこそ、政策的な目的の達成を志向する刑罰の目標なのである<sup>468</sup>。リストは、このような考え方を次のように定式化した。すなわち、「法治国家、ほかでもない諸力の自由な動きの安定的な進展を保障することで満足したか、もしくは、少なくともそれで満足しようとしたそのような法治国家、つまり、カントの決まり文句を用いれば、ある人の恣意が他の人の恣意とともに自由の一般法則に従って一緒に存在し得るということだけを配慮しようとする法治国家から、数十年の流れの中で、現在の行政国家が発展した<sup>469</sup>。このような行政国家は意図的な目的設定を通じて諸力の自由な動きに干渉するのである。つまり、一方では弱い人を優越な人から守るために、

---

<sup>465</sup> Ebenda.

<sup>466</sup> Ebenda.

<sup>467</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.234.

<sup>468</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.235.

<sup>469</sup> このような発展図式はリストの「内在的合法則性による発展」という考え方によって支えられている。

他方では個々人の悪ふざけに対して全国民の利益を保護するために干渉するのである。我々に社会政策をもたらすこのような大きな精神的な流れが我々に刑事政策の概念をももたらす。…刑法上の近代学派が要求するのは、扱うべき問題を十分に認識して、国家側からの意図的な目的設定、つまり諸力の自由な動きへ意図的に介入することである。そして、それが国家に要求するのは、可能な限り個々人を保護し、彼の意識を向上させ、速い流れで変化する社会の諸関係にもとどおり適合させることである。そして、必要であるならば、適応能力のない個人に対しては、彼を共同体から締め出すことによって、全体を保護することを国家に要求するのである」、と<sup>470</sup>。

この定式は、リストの国家、刑法そして刑罰のあり方に関する構想が、とりわけ、個人、社会そして国家における新たな関係の形成を予告するものであるだけでなく<sup>471</sup>、そのような関係に基づく国家、刑法そして刑罰のあり方を確定するための具体的な綱領的な宣言でもあると言えよう。ここで言う新たな関係というのは、ナウケ氏の言うように、我々のすべての生活領域を政策問題として取り扱うことを可能にするそのような関係である<sup>472</sup>。そして、このような関係の形成は、国家のあり方という観点からすれば、前述のように、法治国家から行政国家への移行を意味した。リストは、「マールブルク綱領」からはじまりそれ以降のあらゆる作品を通じて、全ての生活領域を「政策問題化」と表示できるような関係を予定しただけでなく、彼の時代の特徴として取り上げることのできる国家の理解に関する変化をも裏付けたと言える。ここで注意すべきは、新たに理解されている行政国家というのが、リストの「発展思想」からしても、法治国家より発展した形態として評価できるということである。リストは自身の唱える「目的思想」および「発展思想」という理論的枠組みを用いて、時代相応的な刑事政策だけでなく、時代の要求に符合する新たな国家のあり方まで提示し正当化しようとしたのである。

もつとも、ここで確認しておくべきは、リストにおける「発展思想」からは、全生活領域への国家の自由な介入という意味合いをもつ行政国家というのが、最終的な発展形態ではないということである。既述のように、リストの「発展思想」が最終的な発展段階を明らかにしないものである以上、それで発展経過が全て終了したわけではないのである。しかも、我々はその次なる発展段階がどのような形態をとるかもわからないのである。ただ、

---

<sup>470</sup> Liszt, Mitteilungen der IKV, Bd. 19, S. 377ff. なお、ケンペの指摘も参照されたい(Kempe, ZStW 81, S. 822.)。

<sup>471</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O. (Anm. 57), S. 236.

<sup>472</sup> Ebenda.

リストの「発展思想」によって導かれた国家および刑法のあり方という観点でリストの学的試みを考察する場合に、我々にとって言えるのは次のようなことである。すなわち、リストの学的試みは我々の全生活領域を「政策問題化」し、その都度の時代的諸状況に適合するような理論体系を作るものであり、したがって、リストの目指す刑事法学のあり方というのあらゆる状況に柔軟に対応できる刑法学の理論的な支えであり、それを一言で言えば、刑事法学における内容的開放性であると言える。

## 第二節. 刑事立法における「目的の内容的開放性」

前述のように、リストにおける「目的思想」と「発展思想」の原理が、互いにあいまって、当時の国家理解に関する考え方の変化を理論的に裏付けるものであったということが明らかになった。言い換えれば、「マールブルク綱領」をはじめとするリストのすべての学的活動を貫く刑事法学における学的構想は、「全ての生活領域の政策問題化」という標語に表示できるような関係の形成を正当化したのである。とはいえ、リストは「マールブルク綱領」のなかで、「目的観念による刑罰権力の完全な拘束が刑罰的正義の理想である」とし<sup>473</sup>、刑罰が目的観念によって制御されるべきである旨また主張していたことにも注目する必要がある。それは、リストが自身の唱えている「刑法における目的思想」を実現するにあたって、生じ得る内在的な問題点、つまり目的設定における恣意性を認識しており、そのような問題点の発生を防ぐための制約原理を定めておこうとした反証でもある。しかしながら、このような制約原理が果たしてその実質性を担保できるものであったのかといえれば、それほど簡単には答えることのできないものがあると言わざるを得ない。したがって、それを確かめるためには、何よりもまず、リストの考えている「目的」という観念にどのような意味合いが含まれているのかを考察する必要があるだろう。リストにおける「目的」の観念がどのように見なされているかを考察することによって、「目的」の恣意的取扱いについて論ずることができるだろう。したがって、それだけにこの「目的」という観念の有する意味合いに関する論究は非常に重要であると言える。この論点との関係で、とりわけ、ナウケ氏の「マールブルク綱領」に関する先行研究が示唆に富んでいるので、以下に

---

<sup>473</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.161.

においては、彼の見解に基づき、リストの唱えている刑法における「目的」という観念の実際について検討する。

リストにおける「目的」という概念は、抵抗することのできない客観的な力として想定されている<sup>474</sup>。リストは、周知の通り、イェーリングから影響を受けており、彼の主張する「目的は法の創造者である」という定式を引き継いでいる<sup>475</sup>。ところで、この定式は非常に不思議であると言わざるを得ない。というのも、リストの刑罰論によれば、法の成立は客観的な機関へと移ることになるが、前述の定式によれば、そのような機関が「創造者」として取り扱われることになっており、したがって、そこにはいわゆる「民主的な立法の経過」という意識は形骸化されていると言える<sup>476</sup>。それは、「目的観念は法を産出する力である」とするリストの発言からも推察できると言えよう<sup>477</sup>。このような強力な法の目的というのは、ナウケ氏によれば、「役に立つ諸手段でもって貫徹された、個々人あるいは集団の利益の保護」なのであり、その際、それがどのような利益を保護するのかということとはもはやどうでもよく、「利益を保護するための手段の許容は、手段の効果を基準に判定される」ことになるに過ぎない<sup>478</sup>。『刑法の目的』というのは開放的な目的(ein offener Zweck)、つまり社会の変化に刑法を常に適合させるための方法である<sup>479</sup>。リストは、「その時代、その国民にとって、国民の生活条件の妨害として現れるような行動は、刑罰の下に置かれなければならない」と考えているのであり<sup>480</sup>、したがって、彼にとって、目的観念だけが処罰の対象となる行為の境界線を引くことになるのである。「目的観念から生まれるのが、…刑罰の程度である」<sup>481</sup>とリストは言う。

それらのリストの発言が意味するのは、個人ないし団体が「刑法」という道具を手に取りだけの十分に強い力を有する場合に、合目的刑法となるものはそのような個人ないし団体の意志に左右されることになるということである<sup>482</sup>。そのような場合、量刑の基準またその都度の必要な「目的」になろう。ナウケ氏は、そのようなリストの「目的思想」から生じてくる諸現象形態を標語的に、「刑法における目的の内容的開放性(die inhaltliche

<sup>474</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.150 und 153f.

<sup>475</sup> Liszt,Archiv für Rechts und Wirtschaftphilosophie,1910,S.610f.;Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.237.

<sup>476</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.237.

<sup>477</sup> Liszt,Lehrbuch des Strafrechts 14/15.Aufl.,S.64., ders,Lehrbuch des Strafrechts 21/22. Aufl.,S.28.

<sup>478</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.237.

<sup>479</sup> Ebenda.

<sup>480</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.152.

<sup>481</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.153 f.

<sup>482</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.237.

Offenheit des Zwecks)」と言っている<sup>483</sup>。それは的を射ていると言えよう。このような「目的開放性」というのは、次のようなリストの発言からも承認されよう。すなわち、自身の利益が妨害されたと判断する全ての団体は、身の安全を守るために、処罰にとりかかることになるのであり、したがって、犯罪者となったものは、常にその法益が剥奪されることになる<sup>484</sup>。逆に、「国家が…犯罪者に罰される権利、即ち刑罰を受けることで法共同体に残る権利を認める」ことにもなるが<sup>485</sup>、それはただ合目的性の基礎に基づいて行われるだけのことになるのである。そうすると、「目的思想」というのは、刑法を限定する原理として是認されるよりは、むしろ刑法にその都度の諸状況に相応するような理論的な根拠を与える原理として作用すると言える。リストにおける「目的」観念はその価値を認められた法的利益を表明する刑法をより効果的にするものなのである<sup>486</sup>。

ナウケ氏の言うように、「「マールブルク綱領」の偉大さは、……それが時代の必要としている刑法の目的解放性(die Zweckoffenheit des Strafrechts)を断固に表明し、それでもって刑法の目的開放性を実践的に運用できるようにしたということにあるかもしれない」のである<sup>487</sup>。従って、「マールブルク綱領」を範とした刑事政策というのは、刑法を用いて、その都度の国家そして社会の安全な状態を防衛することだけをその目標とするだろう。そう考えると、リストにおける「その都度の状況に有利な結果となるような合目的的刑事政策」というのは、あらゆるところで観察できることを記述するだけでなく、何が行われるべきであるかを命令することでもあろう。そして、それは行われることを正当と認めることでもあろう。現存している刑法は、それが効果をもつ限りにおいて、筋の通った(vernünftig)刑法であろう<sup>488</sup>。

リストの目指している刑事法学のあり方とは、その都度の必要な目的によって操縦される法の理論的根拠づけであり、そうすることで、時代の変化とともにその姿を変えてゆく「目的開放的な刑法」を手に入れることになる。それが時代の変化に柔軟に対応できるという点で、肯定的な側面があるということは否定できない。とはいえ、そのような刑法はリストの言ういわゆる「創造者」によって牛耳られるものであると解することができ、そ

<sup>483</sup> Ebenda.

<sup>484</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.152.

<sup>485</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.153.なお、Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.237f.

<sup>486</sup> Wolfgang Naucke, a.a.O.(Anm.57),S.238.

<sup>487</sup> Ebenda.

<sup>488</sup> Ebenda. 存在(者)から存在当為的なものを求めるリストにとって、有効な現行刑法こそ「正法」なのであろう。なお、「マールブルク綱領」が影響を持ちうる政治的な幅に対しては、「リストの復来」を参照されたい(ZStW 81,S.685 ff)。

こに民主的な立法の過程といった意識は色あせていたことには十分に注意する必要がある。ちなみに、それとの関係で検討しなければならないことがある。すなわち、リストが刑法の法治国家性を、いわゆる「刑法におけるマグナ・カルタ思想でもって、守ることができると唱えているが、果たしてそれが「目的開放的な刑法」の危険性に対する懸念を完全に払拭することになるかどうかということである。もちろん、これまでの考察で、「目的思想」および「発展思想」が「目的開放性」の契機を導き出してはいるが、それらがこのような「目的開放性」を制限する原理としては十分な役割を果たせないことが分かった。しかし、リストの考えている刑法の法治国家性に関する意識をより明確に読み取るためには、彼の定式化した「刑法におけるマグナ・カルタ思想」の含意を踏み込んで論究する必要がある。

### 第三節. 目的刑の制限原理としての「マグナ・カルタ思想」

既述したように、リストの唱える刑法における「目的の内容的開放性」という定式は「目的思想」から導き出された。そのよう開放性は、自由主義に基づく法治国家の立場から、内容的「反動性」をも生じさせるものであった。しかしながら、リストはそれを「発展思想」を用いて正当化している。してみれば、そのような「刑法における目的開放性」というのは、彼の主張するいわゆる「犯罪者のマグナ・カルタ」および「刑事政策の乗り越えることのできない限界としての刑法」という定式とは明らかに拮抗していると言える。というのも、リストが「私の考えによれば、きわめて逆説的に聞こえるかもしれないが、刑法典は犯罪者のマグナ・カルタである。それは、法秩序全体を保護するものではなく、これに反する個人を保護するものである。それは、犯罪者に対して、法的条件の下で、法定の限度でのみ、処罰されることを認める」ものであるとし、さらに、「刑法は法的に限定付けられた国家の刑罰権力である」とすると同時に、「刑法は刑事政策の乗り越えることのできない策である」としているが<sup>489</sup>、このような発言にもとづき「犯罪者のマグナ・カルタ」を唱える自由主義者としてのリストを評価している場合が少なからず存在しているとしても、そこに「目的の内容的開放性」を容認しているような意味合いは含まれていないからである。刑法における「目的の内容的開放性」というのは、自由主義的法治国家性に基

<sup>489</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.60.; ders., a.a.O.(Anm.40),S.80.

く刑法にはふさわしくないのである<sup>490</sup>。では、リストにおけるこのような矛盾はどのように理解すべきであろうか。

我々が、リストの学的試みのなかで生じているそのような対立ないし矛盾を理解し評価するためには、リストにおける法治国家性の意味合いを把握すれば、それで足りるだろう。リストは、前述のような発言で法治国家性の重要性を唱えただけではない。彼は、「私は、犯罪社会学が刑法にとって代わるのに相応しいという主張を重大な間違いであるとする。我々が市民個人々の自由を国家権力の恣意から守ろうとする限り、我々が「法律なくして犯罪なし、法律なくして刑罰なし」という命題に固執する限り、同じだけ確実な学問的原理に従って作動する厳格な法解釈術もそのきわめて政策的な重要性を維持するだろう」とも言っている<sup>491</sup>。このような発言を素直に受け止めるのであれば、リストの刑法における法治国家性に対する信念には何の疑いも持てないと思われる。しかし、そのような法治国家性というのも、「マールブルク綱領」以降続いている彼の刑事政策的な考えとの関係ではそれが形骸化してしまうと言わざるを得ない。

「マールブルク綱領」において検討したように、リストは犯罪者を刑事政策の目的に合わせて分類したのであり、とりわけ、機会犯と常習犯との区別を想起する必要がある。リストの刑事政策において、それらは異なる基準でもって罰せられることになる。つまり、「マールブルク綱領」においては、社会的に危険な常習犯は不定期刑に処されるべきであって、「その刑罰は、刑法総則において一般的に不定期刑として規定され、各則で犯罪の重さに比例してその種類・程度が個別化され限界づけられた刑罰も、それ自体としての意味を失う」ことになり、法律効果の面での法治国家性は放棄されることになる<sup>492</sup>。さらに、無害化の対象と判断される常習犯の場合にも、可罰的行為が既に存在していなければならず、この限りで法律要件における法治国家性は維持されているとしても、それが刑罰の問題の開始するにあたっての要件であるに過ぎないことになるのである。したがって、改善可能性のいかに問わず、常習犯の場合には行為と刑罰の間の内的関連がないと言わざるを得ず、刑罰に直接つながるものは該当行為によって徴表される危険性の判断だけになってしまいうだろう。そして、それに関する判断は「裁判官の主観的な臆見(ドクサ)」に委ねられる

<sup>490</sup> 既述のように、リストは法治国家性を守る古典学派の業績を認めてはいる。さらに、罪刑法定主義の政治的な意味をも指摘している(Liszt, a.a.O.(Anm.36),S.43.)。

<sup>491</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.71),S.434.

<sup>492</sup> 藤尾、前掲書(注62)、125頁。

ことになる<sup>493</sup>。このようなドクサはその真実性が検証できなければ、恣意以外のなにものでもないだろう。それは、危険な常習犯の類型に属する犯罪者にとっては、『恣意』を要件として「無制限の自由の剥奪」を内容とする法律効果が科されると解するほかない結果となる<sup>494</sup>。結局、リストのマグナ・カルタ思想は危険な常習犯に対しては全く機能しないことが明らかであり、リストを真の自由主義者と称することには違和感を覚えることになるだろう。つまり、いわゆるリストのマグナ・カルタ思想というのは、彼の唱える刑事政策上の目的という観点からは、その限界を露呈するしかないと言わざるを得ない。その限りで、それは乗り越えることのできない柵でなくなるのである。リストの言う危険な常習犯罪者についての基準は単なる犯行の回数だけであって、常習犯という烙印を押されてしまうと、「目的」によって変わりうる刑罰の対象となるだけなのである。したがって、刑罰を行うための要件が定められているとしても、刑罰がその刑事政策上の目的によって変わりうるものであるとすれば、自由主義的な法治国家性は無意味なことになると言える。「目的」によって、刑法の法治国家性は形骸化されてしまうのである。

そうであるとすれば、リストはその都度の諸状況に適切に対応できる刑法を目指していたのであり、楽観主義的な発展思想をもっていた彼にとって、自由主義的法治国家の確保は、そのような目的を達成するために、ある程度譲ってもいいと思われたかもしれない。自由主義的な伝統を受け継いでいるリストにとって、刑法における法治国家性というのは守られるべき価値であったということは否定できないだろう。しかしながら、前述のように、法解釈術が罪刑法定主義の観点から厳格に行われるべきであるとするリストにとって、刑法の法治国家性というのは「政策的な重要性」を維持するものであったとしても、「法律なくして刑罰なし」という罪刑法定主義が守られないような法治国家の刑法が流動的で可変的な社会的諸状況に適宜対応していくことを志向する柔軟な刑事司法に内在している暴走可能性を止めるには力不足であると言わなければならないのである。

## むすび

リストが自身の学的試みのなかで生じているこのような問題をどのように解決しようとしたのかは明らかではないと言える。とはいえ、我々はこれまで考察してきた彼の唱える

---

<sup>493</sup> 藤尾、前掲書（注 62）、126 頁。

<sup>494</sup> 藤尾、前掲書（注 62）、126 頁。



「目的思想」と「発展思想」という指導原理に基づいてそれを明確にすることができよう。それによれば、目的意識的な行為は「発展」という法則性に導かれ次なる発展段階へと向かうのであり、そのなかでは、反動的にみられる状況ですら「発展」の一過程に過ぎないのである。そのような指導原理のもとでは、刑事政策においてその恣意的な側面が否定されないとしても、それが「発展」という楽観的な結果を生み出すための必要なものであると思われるしかないだろう。このように考えると、刑罰論における法治国家性が表面的には形骸化されるようにみえても、つまるところ、「発展思想」に導かれた刑事政策が刑法の法治国家性をむしろ補強するものであるとも考えられるだろう。というのも、リストの学的試みに基づいて考えると、柔軟な刑罰が用いられることで、法定されている犯罪はますます克服されていくようになるだろうし、それで社会の安全は実質的な形で守られるようになり、社会はより高い発展段階へと進むと想定できるからである。リストにとって、自身の唱える「楽観主義的な発展思想」のもとでは、「目的の内容的開放性」と「法治国家性」というのが相対立するものではなくて、矛盾なく融合できるものであると考えられたようである。そうすることで、リストは法治国家性を有する「時代相応的な刑法」という一挙両得的な観念の成立を獲得しようとしたと思われる。というのも、リストの唱える「発展」という原理の下では、相対立する事柄は統合されるからである。

もっとも、そのようにして、リストの唱える「目的思想」と「発展思想」という指導原理から、「目的の内容的開放性」と「法治国家性」との間の矛盾性は解決されることになるとしても、そのような解決の真正なる基準となるものは、結局のところ、合理的で中立的な国家刑罰権力を前提とする楽観主義だけであるということである。楽観主義は彼の学的試みを担保できるものではない。つまり、それは、リストの学的試みにおいて、彼の「マグナ・カルタ思想」が形骸化されるものであるというより、むしろ彼自身の学的試みが自由主義的伝統のなかに生きていることを明らかにするものであるとしても、既述の楽観主義が彼の唱えている刑事政策における「目的の内容的開放性」に内在している恣意性を阻止できるものではないということである。彼の主張する「犯罪者のマグナ・カルタ」および「刑事政策の乗り越えることのできない限界としての刑法」という定式は、場合によっては、中身のない空虚なものにならざるを得ない。もっとも、リストの法律主義に関する考えを明確に理解するためには、彼の「法益論」を究明する必要があるので、これについては、章を改めて考察する。

## 第五章. フランツ・フォン・リストにおける法益概念の刑事政策的含意

### はしがき

リストの「学問観」、すなわち、刑事法学の学問としてのあり方に関する彼の考えを、筆者のこれまでの研究に基づいて簡単にまとめると、「目的思想」と「発展思想」をその指導原理とする「目的開放的刑事司法」ないし「時代相応的な刑事法学」の確立であると言える。リストはそのような自身の「学問観」を具体化するために、いわゆる「全刑法学」の名の下で、刑事法学に関係する諸学問分野の統合をはかろうと努力したのである<sup>495</sup>。「全刑法学」という言葉で、リストが表現しようとしたのは、「単なるドグマティックではなくて、法律的な性質と刑事学的な性質との異質な知識を含む」<sup>496</sup>ことであったと言える。このような関係で、とくに注目に値するのがリストの法益概念である。というのも、リストにとって、概念論理的・体系的学問としての刑法解釈学と社会の安全を守るために用いられる刑罰ないし刑事政策とは分離して考えることのできる事柄ではないのであり、したがって、学的方法を異にするそれらの分野を有機的に矛盾なく説明できるために、法益概念が必要であったからである。

リストによれば、刑法実務家にとって最も重要なのは、構成要件に結び付けられている法律効果を宣言することであり、したがって、彼らはそのような関係を確定している法規を知らなければならない<sup>497</sup>。こうした前提のもと、リストは、法を解釈する際には、法技術学的考察が必要であるとし、これを刑罰論ないし刑事政策における社会的・自然科学的考察に対置させる。前者は法命題の理論的な考察を意味する。すなわち、それは法命題を対象とする論理学であり、その使命は諸概念の論理的な統合ないしは体系化をすることである<sup>498</sup>。このような純形式論理的解釈学によって、刑法はいわば市民的自由の防波堤のような役割を果たし、刑事裁判官を拘束することになる<sup>499</sup>。しかし、リストは既述のように、時代相応的な刑事法学の確立を目指したのであり、それゆえ、そのような純形式論理的な

<sup>495</sup> このような統合はリストの「発展思想」に基づく一元論的な世界観によるものであると言える。これについては、本稿の80頁以下を参照されたい。

<sup>496</sup> Luis Jiménez de Asúa, a.a.O.(Anm.121),S.691.

<sup>497</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.21),S.285.

<sup>498</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.40),S.77f.

<sup>499</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.71),S.435.

解釈学だけでは、彼の試みは成功し得ない。というのも、法命題の規範論理的な取扱いだけでは、犯罪の実質的な内容を確定する際に必要となる前実定的な要素が排除されることになるからである。したがって、リストにとって、前実定的な要素を必要に応じて法規範に取り上げることのできる変幻自在な概念を刑法ドグマティクにおいて設定することが必要となる。リストはそのような要請を充足させるために、自身の法益論を展開したのである。そうすることで、リストは自由主義的でかつ時代相応的な刑法が統合的に獲得できると考えたであろう。

しかしながら、のちに検討するように、リストにおける法益概念はその前実定的要素として、社会的・歴史的な諸状況によっても改変されることのない普遍妥当性をその前提とするフォイエルバッハの意味における主観的な権利ではなくて、人間の「生活利益」を想定している<sup>500</sup>。したがって、犯罪を立法の側から断言された(konstatierte)社会の生活利益の危殆化であるとするリストにとって<sup>501</sup>、彼の唱える法益概念は立法者の評価に対していかなる批判的な機能も有しないことになる<sup>502</sup>。それで時代状況に適宜相応できるような刑法は獲得できるかもしれないが、それだけに刑法の自由保障的機能は縮小されてしまいかねないことになろう。仮に、リストの理論がそのように結論付けられるとすれば、それはドイツ帝国の権威的・階層的な社会構成を反映したに過ぎないものになってしまうだろう。これでは自由主義的でかつ時代相応的な刑法を求めたリストの努力は空転することになる。

しかしながら、既述の彼の「学問観」からすると、そのような理解は一面的な考察であると言わざるを得ない。リストの刑法理論には、言うまでもなく、彼の「学問観」が反映されている。したがって、リストの法益論の有する本来の意味合いを把握するためには、「学問観」という観点からの考察が必要となる。そうすることで、リストの法益論の本来の姿が見えてくるはずである。そこで、以下においては、その都度の時代的な諸状況を反映しながら形成されていった法益概念がリストに至るまでどのように変化してきたのかを概観したのち、彼の「法益論」が自身の「学問観」のなかでどのような意味合いをもつのかを考察する。

---

<sup>500</sup> Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl., S. 49.; ders., ZStW Bd. 8, S. 140.

<sup>501</sup> Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., S. 97.

<sup>502</sup> Susanne Ehret, a. a. O. (Anm. 42), S. 168.

## 第一節．法益概念の形成過程

### 一．近代ドイツ刑事法学<sup>503</sup>のあり方

刑事法学の役割というのは、その都度の時代的な状況および思想的な背景を充分考慮して、より安定的な刑法理論の構築およびその発展のために努力する必要があるだけでなく、刑事司法ないし刑法実務における問題状況の解決に役立つような実質的な方法論をも追究しなければならない。近代ドイツ刑事法学の発展というのも、その都度時代の諸要求を刑事法学のなかに取り入れながら、当時の問題状況を克服しようと努力した結果の産物であるといえる。刑法ドグマティクにおける法益論の刑事政策的な含意を読み取ろうとする場合にも、そのような一連の歴史的な流れを理解しなければならない。したがって、そのためには、まず、一八世紀後半以降から二十世紀初頭にかけての社会政治的・思想的な変化にともなうドイツ刑法学および刑事司法における傾向性を概観しておく必要がある。

### イ．啓蒙後期自然法思想

一六世紀前半に成立したカロリナ刑法典(Constitutio Criminalis Carolina)は一八世紀後半に達しても帝国の法律としてその影響力を有していたのであり、いわゆる普通刑法の基礎をなしていたのである<sup>504</sup>。ところで、一八世紀後半のドイツ刑事司法は、啓蒙主義思想の強い影響のもとに入ることになり、立法、法理論そして法実務において、啓蒙思想の影響はますます具体化されるようになる。このような状況の下、一八世紀後半のドイツ刑事司法は、きわめて不安定な状態になる。それというのも、啓蒙後期自然法思想の影響のもとで、とりわけ、過酷な刑罰は避けるべきこととして認識されたのであり、啓蒙思想に影響された裁判官はそのような過酷な刑罰を避けるために、実定法ではない自然法としての理性法にその根拠を求めようになったが、このような刑事実務のあり方によって、法的安定性を阻害することになる<sup>505</sup>。刑事司法における不安定な状態は、各ラントにおける啓蒙主義

<sup>503</sup> 「学問観」という切り口を用いて、リストという人物をドイツ近代刑法学という歴史的な文脈のなかで再評価しようとする本論文において、「近代」という言葉の定義づけは非常に重要な作業ではあるが、それは、今後の課題として残しておき、ここではさしあたりリストとビンディングまでの刑法学のあり方を考察の対象にする。刑法における時代区分については、高橋、前掲書(注1)、171頁以下を参照されたい(なお、Tomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 2013, S. 5ff. も参照されたい)。

<sup>504</sup> E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 168), S. 133 und 222.

<sup>505</sup> E. Schmidt, a.a.O. (Anm. 168), S. 222f. 内藤謙『刑法理論の史的展開』、有斐閣、2007年、69頁。

の刑事立法によってある程度除去されるようになるが、それがなされていないラントにおいては、刑事司法における法的安定性の欠如ないし矛盾は残ったままであった<sup>506</sup>。

一八世紀後半の刑事司法における不安定と矛盾的な状況に対する啓蒙主義刑法学者からの改革の試みが、主に、「拷問と残虐な刑罰などの個別的な問題」に向けられていたとすれば、一九世紀にはいると、刑法改革の動きは、フォイエルバッハをはじめとする新しい世代の学者によって、ドイツ刑法学の体系の上にも具体化されるようになる<sup>507508</sup>。すなわち、「一八世紀末葉から一九世紀初頭にかけての啓蒙後期におけるドイツ自然法思想は、カントの批判哲学と結びついて、刑法の全体系の基本原則をみいだそうと試みる」のであり、そのような刑法の基本原則の探求は一八世紀以来の刑事司法の矛盾と不安定な状態を克服するために刑法典の立法を行わなければならないという実際的な要請から生じたのである<sup>509</sup>。このような試みに、さらに、当時の後進的なドイツ市民層において形成しつつあった政治的な自由主義に導かれた個人の市民的自由の保障の要求も反映されるようになったのであり、たとえば、犯罪を権利の侵害と把握するフォイエルバッハの理論は、彼の唱える罪刑法定主義と並んで、国家権力の恣意と刑法および刑事司法の不安定に対する市民個々人の自由の保護という意図をもっており、刑法学における自由主義の萌芽として理解されるのである<sup>510</sup>。要するに、当時を代表するフォイエルバッハの理論は「啓蒙後期自然法思想と政治的自由主義のひとつの表現」であるといえる<sup>511</sup>。

#### ロ. 刑法学における「穏健な実証主義的傾向(die gemässigte positivistische Richtung)」<sup>512</sup>

一九世紀初頭以来のドイツ刑法学においても刑法学と哲学との間の密接な関係性は維持される。当時、ドイツ普通刑法はその影響力を失っていくが、啓蒙思想に立脚して制定された各ラントの刑法典といえども、その原則の点においては、互いに差異があり、したが

<sup>506</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.222 und 247.

<sup>507</sup> Leoning, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, ZStW.Bd.3, S.278.

<sup>508</sup> 内藤、前掲書(注 505)、70 頁以下。もっとも、彼らが刑法の基本原則を理性に基づいて探求するのであり、そこに自然法ないし理性法概念が重要な意味をもっているという点においては、共通点を有するとしても、彼らの見解はその結論においてはおおくの差異があったということには注意を払うべきであろう。

<sup>509</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.222f.「ここに、刑法学と哲学との密接な関係が生まれたのである」(内藤、前掲書(注 505)、71 頁)。

<sup>510</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.239.

<sup>511</sup> 内藤、前掲書(注 505)、73 頁。

<sup>512</sup> Leoning, a.a.O. (Anm.507), S.335.; E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.283.; Susanne Ehret, a.a.O. (Anm.42), S.157.

って、刑法学が哲学に寄り所を求めることは消えることはなかった<sup>513</sup>。とはいえ、理性法が哲学的命題形式をとって展開されたとしても、その命題が必ずしも実定法と一致することではなく、そのような状況の下では、裁判官は実務において実定法の確実性を失うことになる<sup>514</sup>。それに、さらに、ロマン主義からの批判啓蒙主義への批判がなされるようになり、刑法における歴史的な考察の必要性が強調されるようになるのである<sup>515</sup>。このようにして、「哲学のみによっては、統一的な刑法を生みだすことができず、また市民的自由を実質的に現実化することができないという意識が、刑法の実証的・歴史的研究への関心となってあらわれたのである」<sup>516</sup>。このように、一八二〇から一八四〇にかけてのドイツ刑法学の傾向は、啓蒙後期自然法思想の哲学的傾向に対する批判、不確実な実務への考慮そして歴史的な考察の重要性にその主眼をおくこととなる<sup>517</sup>。刑法学におけるこのような傾向は、「穏健な実証主義的傾向」といわれており、このような動きがドイツ資本主義成立期における市民層の刑法に対する要求に対応するものであると考えられたのである。

#### ハ．刑法学におけるヘーゲル哲学の影響

ところで、1840年代に入ると、ドイツ刑法学はヘーゲル哲学の影響のもとに、再び、観念的・思弁的傾向を示し始めるようになる。このような傾向はヘーゲル学派という名の下で、1870年に至るまでドイツ刑法学の主流を占めることになる。ヘーゲル学派の刑法学が注目されるようになった社会的背景には、「ドイツの統一と自由を要求するナショナリズムの動き」があったのであり、すなわち、「ながいあいだ政治的分裂と先進諸国の干渉圧迫に苦しんだドイツでは、個人の自由を求める運動は、民族の独立、国土の統一の要求と結びついておこらざるをえなかった」のであり、そこで「ドイツ自由主義は、国民的自由主義とよばれる特殊な性格を帯びていたのであり、個人の自由は、民族共同体と結びついてのみ考えられていた」のである<sup>518</sup>。「とくに、一八四〇年代に入ると、進行しつつある産業革命の背景に、ドイツの市民階級は、政治的変革とお同時に、分裂されているドイツの

<sup>513</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.283.

<sup>514</sup> Leoning, a.a.O. (Anm.507), S.330.

<sup>515</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.285f.

<sup>516</sup> 内藤、前掲書(注 505)、81 頁以下。

<sup>517</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168), S.285f.; Leoning, a.a.O. (Anm.507), S.342f., 内藤、前掲書(注 505)、80 頁。

<sup>518</sup> 内藤、前掲書(注 505)、94 頁。

国土が統一的な国内市場へまとめられることを、つよくのぞむにいたった」のである<sup>519</sup>。このような社会経済的な背景のもとに、「国家と理念としての自由との総合をもとめるヘーゲル哲学が、刑法学のうえに、つよい影響をおよぼしたのであった」<sup>520</sup>。なお、一八四〇を前後して、刑事法学を支配していたと言えるのは、諸邦において刑法典が成立することで、ドイツ刑法学は諸邦の刑法典に共通するものを新しい普通法として探し求めようとする動きであり、このような新しい普通法をみいだすためにも、哲学に拠り所を求めるしかなく、そこに刑事法学とヘーゲル哲学との結びつきが生じたのである<sup>521</sup>。

## 二. 刑法における実証主義

十九世紀後半における自然科学と科学技術の目覚ましい発展によって、ドイツ社会において形而上学的な思弁を拒否し認識の出発点を経験的な事実を求めるような思潮がますます強くなり、そのような状況の下、人間活動の全般における実証主義の傾向が市民権を得るようになったと言える。それには、ドイツ資本主義の発展という社会的な背景も作用していると言える。というのも、さまざまな面において後進国であったドイツ社会は、自然科学および科学技術の発展の影響下で、産業革命の進展を経験するようになったのであり、そのような産業革命の進展によって、ドイツ資本主義社会がヨーロッパ世界の前面に浮上するまでの発展を遂げるようになったからである。実証主義の傾向は、やがて法学の分野においてもその影響を及ぼすことになる。それは、すなわち、ドイツの資本主義の急激な発展が国家による上からの育成及び保護によって促進されたという事実が、法学にもそのまま反映されるということである。

周知のように、ドイツ資本主義を牽引したドイツのブルジョアジーは貴族・ユンカーの保守派との妥協のなかでその社会的・経済的・政治的な力を強めたのである。そのような過程のなかで成長してきたドイツ市民階級は、ドイツ帝国の成立をきっかけとして、法分野における法的安定性・予測可能性・形式合理性を備えた法律を求めるようになる<sup>522</sup>。それは言ってみれば、市民階層の自由主義的・民主主義的な法律制度の要請そのものであり、実証主義の傾向はそのような事実を法理論に反映することになる。しかしながら、他方で、

<sup>519</sup> 内藤、前掲書(注 505)、94 頁以下。

<sup>520</sup> 内藤、前掲書(注 505)、95 頁。

<sup>521</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168),S.294.;Hippel,Deutsches Strafrecht,Bd.I,S.340f.

<sup>522</sup> 森本益之「ドイツ実証主義刑法学における法益概念」、(『島大法学』第 14 号、(1968 年))46 頁以下。

ドイツ資本主義の目覚ましい発展およびドイツ帝国の成立を可能にした背後には国家権力が存在していたという事実、つまり、国家による上からのドイツ資本主義の発展の保護という特殊なドイツ的性格から、実証主義の傾向は、国家権力の有する権威主義的な側面をも法学に反映する必要があったのである。

ところで、そもそも自由主義と権威主義というのは互いに拮抗するものであり、とりわけ、刑事法学における実証主義は上述の要請をいかにして法理論のなかにうまく調和させることができるのかという課題状況下におかれることになったのである。当時の多くの刑法学者がそのような課題状況に取り組んだが、とりわけ注目に値するのが刑法学における実証主義の傾向を代表するビンディングとリストの刑法理論であった。

彼らがその理論構成における視角と方法論を異にしていたとしても、実証主義の名の下で、その都度の社会的・時代的諸状況を自身の理論のなかに取り入れようと努力したということは明確である。というのも、例えば、ビンディングが、実証主義の影響のもと、「規範論理的な法実証主義をその基本的立場として、規範論以外の評価の介入を否定しつつ、実定法規の分析から、その刑法理論を構成した」が<sup>523</sup>、それは、彼が「ドイツ帝国刑法が成立し、その意味で法の形式化・合理化の過程が進展した」<sup>524</sup>という事実をそのまま自身の刑法理論に反映しただけのことであり、さらに、彼の刑法理論が、その中核である「規範」を基礎づけるものとして国家権力を前提としているのも<sup>525</sup>、「新ドイツ帝国の権威主義的＝階層的な社会構成」<sup>526</sup>という時代的な要請に応えるためのものであったと言えるからである。ましてや、リストについては、存在から存在当為的なものを導き出し<sup>527</sup>、「目的開放的かつ時代相応的な刑法」を目指していた彼の学的試みを考慮すれば<sup>528</sup>、もはやこれ以上の付言は必要とされないだろう。

これまで見てきたように、リスト時代に至るまでのドイツ近代刑法学のあり方とは、それぞれの時代的・社会的な諸状況のなかで生じてくる刑法上の問題ないしは課題状況を解決しようと努力することであった。法益(Rechtsgut)という概念が刑事法学における重要な地

<sup>523</sup> E.Schmidt, a.a.O. (Anm.168),S.304f.

<sup>524</sup> 内藤、前掲書(注 505)、102 頁。

<sup>525</sup> Karl Binding, Handbuch des Strafrechts,1.Band. 1885,S.161.

<sup>526</sup> 内藤、前掲書(注 505)、102 頁。松田智雄著、『近代の史的構造論』(1948 年)、319 頁以下。

<sup>527</sup> Liszt, a.a.O. (Anm.171), S.553ff.

<sup>528</sup> それは、既述のように、「目的」の状況による改変可能性、そしてそれを正当化する彼の進歩的発展思想で説明できる。



位を占めるようになったもの、そのようなドイツ近代刑法学のあり方の成果であると言える。

## 二. 法益概念の形成とその刑事政策的含意

『法益』というのは犯罪の客体や刑罰規範の保護客体或いは目的等々を示す為に刑法学を中心に用いられてきた概念であり、そうである限りにおいて、法益という概念は、「それを用いる者によって全く自由に内実を与え得る、或いは定義し得るものであって、一般的な本質・内実・内在的性格とかいうものは存しない」と言わなければならない<sup>529</sup>。したがって、これから検討するリストに至るまでのいわゆる「法的財」および「法益」という概念の形成過程を考察する際には、法益概念が、それぞれの論者の主張のなかで、内実な規定としてどのように定式化されているのかということよりも、刑事法学上の課題状況の解決という時代的要請との関係でどのような意味合いもつのかということに注目する必要がある。というのも、リストにおける法益概念を、「目的思想」と「発展思想」をその指導原理とする目的開放的刑事司法ないし「時代相応的な刑事法学」の確立という彼の「学問観」を具体化のための学的試みと認識している本論文の関心からは、法益概念をドイツ刑法史という歴史的な文脈において考察することではじめてリストの唱える法益概念の真相に迫ることができると思うからである。

### イ. ビルンバウムの「財(Gut)」<sup>530</sup>保護思想

法益概念の形成は犯罪を権利の侵害として把握したフォイエルバッハの権利侵害論に対する批判とその修正としてはじまった<sup>531</sup>。フォイエルバッハの権利侵害論への批判の背景には、刑法学における変化、つまり自然法思想の理性法的・哲学的傾向から「穏健な実証

<sup>529</sup> 伊東研祐著、『法益概念史研究』、成文堂、昭和59年、10頁。

<sup>530</sup> 彼が「財」の概念だけを述べており、いわゆる「法益(Rechtsgut)」という用語は用いてはいないが、「法的に帰属する財」ないし「法規によって保護されるべき財」というような表現を使っていることから(Birnbaum, Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1843, S. 172 und 176.)、「法的財(rechtliches Gut)」という概念が「法益」という概念とほとんど同じ意味で用いられているということである。ビルンバウムこそ「法的財」の概念を犯罪の実質的概念に導入し、「それに犯罪の客体としての地位を明確に与えた」と言える(内藤、前掲書(注505)、86頁)。

<sup>531</sup> 内藤、前掲書(注505)、69頁。

主義的傾向」への変化がある<sup>532</sup>。それは、既述のように、刑法学における哲学的傾向による実務上の弊害に対する批判、啓蒙主義に対するロマン主義からの批判そして刑法学上の歴史的研究の重要性への喚起などによって生まれたものであると言える。刑法学における啓蒙後期自然法思想および哲学的傾向は、そのような時代的・思想的変化に影響されつつ、徐々に排除されるようになり、社会契約説に基づく国家論のもと、前実定的な原理を用いて犯罪概念を実質的に限定しようとしたフォイエルバッハの権利侵害論も刑法学におけるその影響力を失うようになる。

フォイエルバッハの権利侵害論への批判はミッターマイヤーに端を発している<sup>533</sup>。彼は権利侵害という基準を一般的な犯罪のメルクマールと考えておらず、フォイエルバッハの権利侵害論の厳格な適用から生ずる刑事政策上の帰結を承認しなかったである<sup>534</sup>。というのも、フォイエルバッハの権利侵害論が犯罪概念を権利侵害に限定することで、権利侵害を含まないとしても可罰的であると評される行為を犯罪としないのであり、そのようなことは社会的・倫理的な観点から見て許容されないという認識に基づいているからであろう。それは、すなわち、法と道徳を分離し、国家の不当な市民生活への介入を防ごうとしたフォイエルバッハの刑法理論の進歩性は、ミッターマイヤーにとって、罰されるべき行動様式を刑罰で処罰できないことを意味するのであり、それが市民のモラルを破壊するような危険を孕んでいるかのように思われたということなのである<sup>535</sup>。さらに、フォイエルバッハの権利侵害論は、論理的な整合性を欠いているとも批判される。というのも、フォイエルバッハが、狭義の犯罪を刑罰法規によって国家の意思表示から独立している権利の侵害と定式化する一方で、権利侵害を含まない、つまり本来であれば犯罪とは取り扱われないものを違警罪(Polizeivergehen)と称して、それらを広義の犯罪概念に取り入れたからである<sup>536</sup>。

ミッターマイヤーにとって、権利侵害を含まないとしても、処罰に値する行為を犯罪としないのは倫理的な観点から許容されないのであり、国家が明確な市民の意見を無視するのは適切ではないと思われたのである。そのような批判は、フォイエルバッハの権利侵害

<sup>532</sup> Eb.Schmidt, a.a.O.(Anm.168),S.282 f.

<sup>533</sup> Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S.152.

<sup>534</sup> Ebenda.なお、ここでの刑事政策上の帰結というのは、いわゆる違警罪(Polizeivergehen)が処罰には値するが、権利侵害を含まないということで犯罪とは取り扱われないということである。

<sup>535</sup> Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S152f.

<sup>536</sup> Feuerbach,Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,herausgegeben von Mittermaier,14.Aufl.,S.46.なお、内藤、前掲書(注505)72頁以下と82頁も参照されたい。

論における犯罪概念が市民的自由の保障という面で優れていたとしても、当時においては少数説であったにすぎず、多くの刑法学者がそのような見解に疑問を呈していたという状況と<sup>537</sup>、そして、さらに、既述のような刑法学における「穏健な実証主義的傾向」の拡張という現象の下で行われ、犯罪の実質的な概念に関する議論へと続けられるようになる。

ビルンバウムは、このようなミッターマイヤーのフォイエルバッハへの批判に同調したと言える。彼も、それまでの諸法律において確立されていた宗教犯および風俗犯の可罰性を考慮して、権利侵害だけが刑法上の犯罪の対象ではないと唱えている<sup>538</sup>。このようなビルンバウムの見解から読み取れるのは、方法論上、犯罪の概念を前実定的諸原則から権利の概念を演繹的に把握するのではなくて、諸法律から帰納的に把握しているということである。ビルンバウムは、犯罪の一般的要素としての権利侵害を考察する際に、「侵害」という概念をその出発点とする。すなわち、それは「人(Person)ないし物(Sache)」そして、我々に属するものと考えられる「財(Gut)」—これは他人の行為によって奪いとられるか減少され得る—に関係させるのが侵害という概念の最も自然的な考察であるということであり<sup>539</sup>、したがって、立法者が侵害の概念について避けるべきは「近代哲学の抽象的な概念から法律上の言葉の用法に移行したような」表現であるということになる<sup>540</sup>。このように、ビルンバウムは実証的・帰納的な方法を用いて、犯罪を「財」の侵害と観念している<sup>541</sup>。犯罪を実証的・帰納的な方法でもって考察するビルンバウムにとって、フォイエルバッハにおける既述のような犯罪の概念は実質性を有しないものであり、したがって、そこから、いわば、フォイエルバッハの理論における論理的な整合性の欠如、つまり諸法律の「ドグマティック上の整合性(dogmatische Legitimierung)」<sup>542</sup>という問題が生ずることになる。

とはいえ、ビルンバウムはもっぱら実証主義的な立場を取るわけではない。というのも、彼が、「国家のうちに生きるすべての人に対して、人間に自然から与えられたものであり、もしくは、正に人間の社会的発展と市民的結合であるある種の財の享受を同じく保障することこそ、国家権力の本質に属する」とし、「財—すべての人に同様に保障されるべき、国

<sup>537</sup> 内藤、前掲書(注 505)、82 頁。

<sup>538</sup> Birnbaum, a.a.O.(Anm.530),S149 und 159ff.;Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S153. ビルンバウムのそのような結論は、フォイエルバッハのように国家哲学的な原理からではなくて、歴史的な産物である法素材(Rechtsstoff)から導き出されている(Amelung,Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1972,S.41.)。

<sup>539</sup> Birnbaum, a.a.O.(Anm.530),S150.

<sup>540</sup> Ebenda.

<sup>541</sup> 内藤、前掲書(注 505)、83 頁。

<sup>542</sup> Susanne Ehret, a.a.O.(Anm.42),S153.

家における財の享受に、各人の権利の領域は関係している—は、一部分は自然によって人間に与えられており、また一部分は人間の社会的発展の収穫であることは、疑えない」とするだけでなく<sup>543</sup>、犯罪の概念を「理性に従って(vernunftgemäß)」ないし「事物の本性に従って(nach der Natur der Sache)」把握することを要求しているからである<sup>544</sup>。そのような発言は、ビルンバウムが犯罪の概念を前実定的に把握することを諦めていない証拠であり、「かれの思想の基礎に啓蒙後期自然法思想の伝統が存在していた」ことを示しているものであると言える<sup>545</sup>。

ビルンバウムの刑事法学におけるそのような啓蒙後期自然法思想の伝統と実証主義の立場との共存は、彼の唱える「財」の概念にも見られる。ビルンバウムが「侵害」の概念を既述のように抽象的に用いることを避け、侵害の本質を「有形的なもの(körperlich Sache)」の破壊に求めているが<sup>546</sup>、他方で、「財」を権利の対象として理解し、その例として「生命、人間の諸力、名誉、人格的自由、財産」などを取り上げていること<sup>547</sup>、さらに、宗教的・倫理的な観念すべてを「公共の財(Gemeingut)」と呼んでいることから分かるように<sup>548</sup>、彼の「財」の概念において、その内容の面で啓蒙後期自然法思想の伝統と実証主義の立場の共存は明確である。それは、彼が「財」の概念を「立法者もしくは社会通念によって生みだされるものとしてのみ理解しなかった」<sup>549</sup>ということを明確に表すことであると言える。

ところで、ここで刑事政策的な意味合いで考慮すべきは「公共の財」という概念である。前述のように、彼が「財」の概念を形式的に理解しなかったとしても、「公共の財」という概念だけですでに、ビルンバウムの犯罪論が個人主義的な犯罪論と比べて拡張傾向を示すと言わなければならない。彼が宗教犯および風俗犯を犯罪のカテゴリーに含めることから分かるように、「公共の財」という概念を通じて、社会という集団に対する攻撃もいわば公共の利益を害する犯罪として把握することになる。すなわち、「公共の財」という概念をもって、不信心・不道德な行為を犯罪として包括するという刑事政策上の目的が達成され

<sup>543</sup> Birmbaum, a.a.O. (Anm. 530), S. 177.

<sup>544</sup> Birmbaum, a.a.O. (Anm. 530), S. 179.

<sup>545</sup> 内藤、前掲書(注 505)、82 頁。なお、同様の見解をとっているものとして、Moos, *Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, Bonn 1968, S. 213f.

<sup>546</sup> Birmbaum, a.a.O. (Anm. 530), S. 172.

<sup>547</sup> Ebenda.

<sup>548</sup> Birmbaum, a.a.O. (Anm. 530), S. 178.

<sup>549</sup> 内藤、前掲書(注 505)、86 頁。

ることが可能になるということである<sup>550</sup>。これは、財侵害説が国家目的の拡大をもたらす契機となり、したがって、刑法上の犯罪概念の拡張を意味することであろう<sup>551</sup>。ビルンバウムが、「財」の一部分はすでに自然によって人間に与えられたものであるとしており<sup>552</sup>、前述のように、彼が「財」の概念を単に形式的にしか理解してはいなかったとしても、彼が「財」の概念について明確な定義を与えず<sup>553</sup>、「公共の財」という概念に明確な制限を与えていない限りにおいて、そこにおいて刑罰保護の対象の主観化が生じ得ると言わなければならない<sup>554</sup>。

「穏健な実証主義的傾向」の時代的背景は、産業革命期を経過して成立したドイツ資本主義社会である。ドイツ資本主義の発展にともない、「ドイツ市民層は、外圧または上からの改革に対応してこれを受け入れるとともに、統治者・官僚・裁判官の恣意を抑制して、法的安定性を得ることを望んだ」のであり、「そしてまた、啓蒙後期自然法思想によって得られた市民的自由の理念を実現しようとした」<sup>555</sup>。ビルンバウムは、そのような時代的要請に応えるべく、「財侵害論」を唱えたと評することができよう。もしかすると、法益論の形成過程を探究する人がビルンバウムにみられる啓蒙後期自然法思想だけに影響され、彼の「財侵害説」に内在する政策的目的への適合性を看過するかもしれない。しかしながら、我々は「ビルンバウムが、財＝保護客体の決定を評価主体(例えば、立法者)の政治的恣意に委ねることに反対しつつも、社会契約説・権利侵害説の人間の共存のための諸条件の保護というような理論的な基礎づけを放棄したことによって、とくに一八七〇年以降の法実証主義のもとで顕著になるように、評価主体の(政治的)価値判断を法益概念の要素に取り込むための途を開いたことも、ビンディングの見解に象徴されるように、また明らかである」<sup>556</sup>ということに注意を払う必要がある。「我々は、この実証主義への連続性という点において、財侵害説を位置付ける」ことができるのである<sup>557</sup>。

---

<sup>550</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 10), S. 155.

<sup>551</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 538), S. 46.

<sup>552</sup> Birnbaum, a.a.O. (Anm. 530), S. 177.

<sup>553</sup> 内藤、前掲書(注 505)、85 頁。

<sup>554</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 538), S. 48.

<sup>555</sup> 内藤、前掲書(注 505)、81 頁。

<sup>556</sup> 伊東、前掲書(注 529)、40 頁。

<sup>557</sup> 伊東、前掲書(注 529)、40 頁。同様の見解として、Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S. 156f. も参照されたい。

## ロ. ビンディングの「法益論」とその形式性

既述のように、「ドイツの統一と自由を要求するナショナリズムの動き」を契機として、刑事法学とヘーゲル哲学との結びつきが生じた。いわゆる刑法におけるヘーゲル学派が、世間に認められるようになり、いわゆる「穏健な実証主義的傾向」に引き続く。ドイツ刑法学には思弁的・観念的傾向が再度進むなか、「法的財」の概念は、ビルンバウムにおけるような重要性が失われることになり、それにはただ単に副次的な意味だけが与えられるようになったのである。このようなドイツ刑法学における思弁的傾向はしばらく続くが、やがて刑法における実証主義の影響が強くなり、「法的財」の概念はビンディングを通じて「法益論」として現れたのである<sup>558</sup>。

これからビンディングの法益論を考察するが、その際に、前提として、彼の刑法理論の二重の性格を理解する必要がある。というのも、そのような二重の性格は彼の「法益論」にもそのまま反映されるからである<sup>559</sup>。それは、すなわち、一方で、彼が実証主義に影響された「規範論理的な法実証主義をその基本的な立場として、規範論理外の評価の介入を否定しつつ、実定法規の分析から、その刑法理論を構成した」のであり<sup>560</sup>、そのようなことがドイツ帝国刑法の成立に伴う法の形式化と合理化の過程の進展を背景としているという意味で、自由主義的な側面をもっていたということである<sup>561</sup>。そして、他方で、彼が、自身の刑法理論の中核概念である「規範(Norm)」が服従要求権を有する国家の権利に基礎付けられると唱えていること<sup>562</sup>、そのような「規範」の属性として上下関係を重視すること<sup>563</sup>、そして「規範」の根拠を国家権力に求めることから<sup>564</sup>、彼の理論の権威主義的な側面が認められるということである。

ビンディングが犯罪概念を確定するために出発点としたのは、「刑罰で威嚇される規範侵害が犯罪である」<sup>565</sup>とする純形式的な犯罪概念であり、そのような犯罪の対象となるのが国家の主観的支配権なのである<sup>566</sup>。彼は、そのような犯罪概念の基礎に「規範」、すなわち

<sup>558</sup> これは刑法ドグマティックにおける「市民権」の獲得といわれる(Arm.Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bidings Normetheorie, S.69.)。

<sup>559</sup> 内藤、前掲書(注 505)、103 頁。

<sup>560</sup> 内藤、前掲書(注 505)、102 頁。

<sup>561</sup> E.Schmidt, a.a.O.(Anm.168),S304f.

<sup>562</sup> Binding,a.a.O.(Anm.525),S142.

<sup>563</sup> Binding,a.a.O.(Anm.525),S.186.

<sup>564</sup> Binding,a.a.O.(Anm.525),S.161.

<sup>565</sup> Binding,a.a.O.(Anm.525),S.499.

<sup>566</sup> Binding,Normen und ihre Übertretung,Bd.1,2.Aufl.,S.299 und 308.

市民の行動義務を基礎づける国家的命令と禁止を据える<sup>567</sup>。その都度の規範によって基礎づけられる行動義務に相応するのが「国家の主観的服従要求権(ein subjektives Recht des Staates auf Gehosam)」なのである<sup>568</sup>。したがって、刑法典上の命令および禁止を侵害することで、人間の行為、つまり国家の権利に対する不服従が刑法上の犯罪となるのである。しかし、彼が有責の人間の行為による将来の侵害に対して「法的財」の完全性を確保するための手段として「規範」を取り上げているとしても<sup>569</sup>、不服従の観点からなる犯罪概念がもっぱら国家の主観的支配権に対する形式的な違反に制限されるとの批判は避けられないと言える<sup>570</sup>。とはいうものの、ビンディングはそのような形式性にとどまてはいない。彼は、「不服従という甲羅のなかには、財の侵害が核心として隠れている」としつつ、「規範に対する服従は法的な財をその完全性において維持するための手段であるにすぎないものであるべきである。財の侵害は、個々の場合に、法が規範をもって追及する目的を挫折させる。不服従はそのための忌むべき手段にすぎないのである」というのである<sup>571</sup>。このようにして、ビンディングは犯罪を単なる国家の主観的服従要求権の侵害としてだけでなく、法益侵害としても理解することによって、彼の犯罪概念に対する批判、つまりその形式性を避けようとしたのである<sup>572</sup>。ここで、ビンディングの法益概念の内容が果たして実際的な内容をもつものであるかを検討する必要がある。

彼は自身の法益観を次のように示している。「法益とは、むしろ、実定法がその観点からその変更されないことなく、そして乱されることなく保持される利益を有するのであり、したがって、規範によって望まれない侵害または危殆化から守ろうと努力しなければならないすべてのものである<sup>573</sup>とし、さらに、法益を「国家の服従要求権の外部で犯行的攻撃の客体を形成するすべてである<sup>574</sup>とする。そして、最終的に、「法益というのは、それ自体は権利ではないが、立法者の目には法共同体の健全な生活条件としてそれにとって価値があり、その変更されず乱されることなく保持されることに法共同体が立法者の明

<sup>567</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 7 und 96.

<sup>568</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 97. 行動義務が法定刑のもとに置かれると、当該の刑罰構成要件の前提条件が満たされていたらすぐに、国家の服従要求権は刑罰権に変わることになる(Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 425.).

<sup>569</sup> Binding, Normen und ihre Übertretung, Bd. 1. Aufl., S. 54.

<sup>570</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S. 158. なお、内藤、前掲書(注 505)、104 頁以下も参照されたい。

<sup>571</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 365.

<sup>572</sup> ビンディングは、単なる不服従に尽きる犯罪と「攻撃犯」とをわけ、前者を「純粋に形式的な不法(rein formelles Unrecht)」と、後者を「実質的—形式的な不法(materiell-formelles Unrecht)」と呼んでいる。これについては、内藤、前掲書(注 505)、105 頁以下を参照されたい。

<sup>573</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 193.

<sup>574</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 525), S. 169.

から見て利益を有し、それゆえ、立法者がその規範によりそれを望まない侵害または危殆化から保護しようと努力する必要があるすべてのものである」<sup>575</sup>と定義する。このような定義から明らかになるのは、刑法上保護に値する法益として見なされることになるものを決定するための中心的な要素がほかでもない立法者の見解であるということである<sup>576</sup>。立法者は、その立法活動において、自らの論理及び考慮だけに制限されることになるのである<sup>577</sup>。刑法の対象とその妥当範囲を決定するのはもっぱら立法者の価値判断なのであり、したがって、そこに前実定的な原理という考えは何の役割を果たさないのである<sup>578</sup>。それは、ビンディング自身「前実定的犯罪」を探し求めるときに「我々の法学者に残っているのは諦めだけである」と言っていることから明確なことである<sup>579</sup>。

このような考えの帰結として考えられるのは、犯罪の客体が立法上の評価の産物、すなわちその都度の支配的な政策的な見解の結果に制限されるということであり、したがって、そこにおいては、刑法ないしは刑事法学において立てられていた啓蒙思想に依拠した自由主義的思考に基づくような諸条件は最小限度に縮小されてしまう結果が生じることになる<sup>580</sup>。このような見解を裏付けるのは、ビンディングが法益を定式化する際に用いた「法共同体の健全な生活条件」という共同体を強調する傾向性であると言える<sup>581</sup>。それは、立法者が立法の際に考慮すべきは法共同体にとって重要であると認められる諸々の素材であり、したがって、ビンディングの唱える法益というのは、立法者によって承認された公共の保護対象であり、したがって、社会的価値によって決められることになるのである<sup>582</sup>。それで法益の個人主義的な考察は明らかに拒否されていると言える<sup>583</sup>。立法機関は、後述のように、内容的な明確性を有しないビンディングの法益論を通じて、法律を起草することができるのであり、規範論理的な法実証主義に立脚している彼の刑法理論からすれば、国家的介入は記述された刑法に拘束されるにすぎないだろう。そうであるとすれば、刑罰法

---

<sup>575</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 353f.

<sup>576</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 525), S. 390f.

<sup>577</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 340.

<sup>578</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S. 159.

<sup>579</sup> Binding, Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 2. Aufl., S. 159f., Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 159ff. なお、それは、「実質的な法益概念をさらに実質的な違法性を求めることの不可能を、ビンディングが自ら認める言葉」でもある(内藤、前掲書(注 505)、108 頁)。

<sup>580</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S. 159.

<sup>581</sup> Amelung, a.a.O. (Anm. 538), S. 81.

<sup>582</sup> Binding, a.a.O. (Anm. 566), S. 340.

<sup>583</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S. 160.



律主義は、いまや、刑法の形式化に供することになる<sup>584</sup>。「法共同体に対する社会的有用性に従って法益を確定することは、刑法をその都度の政策的必要性に方向付けることのできる、国家の手中にある道具に変えるのである」<sup>585</sup>。

そのようにして、ビンディングは立法者を超法規的な諸原則から解放させるだけでなく、そこからもう一歩進んで、法律主義原則の「暴政(Tyrannei)」<sup>586</sup>について語ることで、裁判官をも厳格な法律への拘束からも解放させようとしたのである。それは法の類推禁止に関する議論において明らかになる。ビンディングは類推を許容するが、それというのも、彼がそれを「潜在している法をさらけ出す手段」と考えているからである<sup>587</sup>。彼は類推を許容する理由として、犯罪者の生活の多様性を取り上げている。ビンディングによれば、立法者が可罰的行為すべてを把握することができず、それゆえ適切な法律が不備のままであるとしても、立法者の代表としての裁判官がその隙間を埋めなければならないのであり、その方法として類推が必要となるのである<sup>588</sup>。それが立法者の排他的権限を損なうことになると思われるかもしれないが、国家の道具としての柔軟な刑法ということを考慮に入れるのであれば、矛盾的ではないだろう<sup>589</sup>。所与の社会的条件に適合するような柔軟な刑事司法という観点からすれば、法律への厳格な拘束はあまり好ましくない。法益論を用いることで、そのような拘束は内容的にも、類推の許容によって実践的にも緩められるようになる。したがって、ビンディングの法益論の下では、「刑罰法規はもっぱら社会的功利主義の影響下に置かれる」との理解が可能となると言える<sup>590</sup>。

## 第二節. リストにおける「抽象化する法律的論理の限界概念(der Grenzbegriff der abstrahierenden juristischen Logik)」<sup>591</sup>としての「法益」

これまで見てきたように、法益概念は基本的にはその都度の時代的な要請に応えようとする法律学者たちの学的試みから形成されてきたものである。法益概念は、そのような過

---

<sup>584</sup> Ebenda. なお、Naucke, Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit, in: Inst.f.Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.(Hrgs.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S.483ff.も参照されたい。

<sup>585</sup> Susanne Ehret, a.a.O.(Anm.42), S161.

<sup>586</sup> Binding, a.a.O.(Anm.525), S.17.

<sup>587</sup> Binding, a.a.O.(Anm.525), S.28.

<sup>588</sup> Binding, a.a.O.(Anm.525), S.28.

<sup>589</sup> Naucke, a.a.O.(Anm.584), S.483ff.; Susanne Ehret, a.a.O.(Anm.42), S161.

<sup>590</sup> Susanne Ehret, a.a.O.(Anm.42), S161.

<sup>591</sup> Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes, ZStW 8.Bd. S.138., ders., A.u.V.I, S.222.

程を経てビンディングおよびリストによってドイツ刑法学における重要な地位を得ることになる<sup>592</sup>。とはいえ、ビンディング法益概念にそのような地位を与えることができるとしても、彼が法益概念を強調することで、自身に向けられていた形式主義という非難を避けようとしても<sup>593</sup>、ビンディングにとって、犯罪において本質的なものは「あくまで、服従を求める国家の権利に対する形式的な侵害であった」のである<sup>594</sup>。したがって、ビンディングの法益概念はその権威主義的な側面によって、「法益概念がその形成過程において『法的な財』の概念としてもっていた機能は、その多くが失われるほかなかった」<sup>595</sup>と言える。その一方で、リストの法益論は、「そのプログラムとしての意義」は高く評価できると言われるだけでなく<sup>596</sup>、リストが「法益の内容を、実定法以前に存在するものに求め、それをまとめるためにこそ法規範が必要であることをあきらかにした」と評して、彼の法益概念は、「法益概念がその形成過程において『法的な財』としてもっていた歴史的な機能、すなわち実質的な要素として犯罪概念を限定するという機能を有していた」とも言われている<sup>597</sup>。もっとも、リスト時代のドイツ刑事法学は、市民階層の自由主義的・民主主義的な法律制度の要請に応える必要があっただけでなく、国家による上からのドイツ資本主義の発展の保護という特殊なドイツの性格から、国家権力の有する権威主義的な側面をも法学に反映する必要があったという課題状況によって、いわば、「自由主義」と「権威主義」という相反する考え方の両立を容認できるような理論構成に迫られていたと言える。相反する価値は、妥協によって調整されない限り、両立できるものではない。したがって、学的試みにおいてそのような調整をはかる場合には、調整に関する絶対的な基準がない限り、学者個々人の「学問観」がその基準となるしかない。したがって、リストの法益論を考察する際には、彼の「学問観」とそのような相反する側面の両立を要求する時代的課題状況との関係を考慮に入れる必要がある。そうすることで、リストの法益論の真の姿が見えてくるはずである。

---

<sup>592</sup> 伊東、前掲書(注 529)、79 頁。

<sup>593</sup> ビンディングは、法を解釈する際に、立法者の主観的な意志ではなくて、法意思が重要であるとの認識をもっている。すなわち、法規の発布の動機となった立法者の個人的な見解よりも理性根拠が重要であるということである(Binding, a.a.O.(Anm.525), S.456f.)。なお、これについては、伊東、前掲書(注 529)、82 頁以下を参照されたい。

<sup>594</sup> 内藤、前掲書(注 505)、108 頁。

<sup>595</sup> 内藤、前掲書(注 505)、109 頁。

<sup>596</sup> 伊東、前掲書(注 529)、82 頁。

<sup>597</sup> 内藤、前掲書(注 505)、117 頁。

## 一. リストの「法益論」

### イ. ビンディングの「法益論」に対するリストの批判

ビンディングとリストはともに実証主義の影響を受けるが、前者はドイツ統一という時代的狀況を背景にして形式的な合法性、つまり規範論理的な法実証主義に立脚する刑法理論を、後者は、全刑法学という構想でもって、ドイツ資本主義の発展がもたらした新しい状況のもので激増しつつあった犯罪に対して適切に対応できるような「実質的内容をもつ刑法理論」を追求した<sup>598</sup>。このような学問上の方向性の違いは、そのまま、法益論において反映されることになる。リストはそのような異なる方向性から犯罪を規範違反として理解するビンディングの理論を用いては法益の意味を正しく理解することはできないとし、ビンディングの理論の形式性を批判する<sup>599</sup>。

リストは法律学がすぐれて体系的な学問であるとしても、実際的な学問でもあると考える。それは、法律学というのは抽象的な概念において市民の法生活を把握しなければならないということの意味する。つまり、慣行ないし法規において表明される法命題それ自体は、法生活の経験からの概念的な抽象の産物であるにすぎず、法律学というのは事実から生み出され、この事実と関係を有する概念を研究の対象としなければならないということである。したがって、「法律的概念構成の価値、概念体系の有する学問的意義は、概念構成及び体系が法命題を法生活の事実へ適用することを容易かつ確実にするという点にある」と言えるのである<sup>600</sup>。刑法上の学的構想を実生活の考察から行おうとするリストにとって、犯罪をもつばら規範違反と理解しているビンディングの理論は、まさに規範と規範違反というのが我々の思惟の抽象に過ぎないものであることを見逃しているだけでなく、それがこの根底にある事実から我々がくみとった概念であるということをも見逃しているのである<sup>601</sup>。したがって、ビンディングの理論は、リストにとって、犯罪概念が把握されるのは犯罪概念に現実的なものとして自然を支配する自然法則にしたがう変化においてだけであるということを見逃しているように思われるのである<sup>602</sup>。このような論拠でもって、リス

<sup>598</sup> 内藤、前掲書(注 505)、113 頁。

<sup>599</sup> Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingshchen Handbuch*, in: A. u. V. I, S. 212ff.

<sup>600</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 599), S. 217f.

<sup>601</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 599), S. 221.

<sup>602</sup> Liszt, a. a. O. (Anm. 599), S. 221f.

トはビンディングの規範論を「法律的論理の抽象から築き上げられた形式主義」であると批判しているのである<sup>603</sup>。リストにとって明確なのは、「目的思想が、法益保護思想でもって、法理論(Rechtslehre)の領域に侵入するということ」であり、「権利の目的論的考察が始まることで、形式論理的な考察はその終焉を告げる」ことになるということである<sup>604</sup>。

リストは、さらに、ビンディングの法益概念が内容的に空虚なものであるとも批判する。「ビンディングの法益概念は見せかけの概念(Scheinbegriff)、つまり空虚な言葉(ein Wort ohne Inhalt)であり、彼の唱える「法益概念はどのような形態も受け入れることのできるもの(Proteus)であり、今日と明日とで完全に異なる意味を持つもの、まさに白紙の委任状である」とつつ<sup>605</sup>、ビンディングが法益概念を語る際に、一度は抽象、別のときには現象界の対象を、そして、さらに、一度は状態、別のときには人もしくは物を用いることで、学的体系の崩壊を生じさせるとし、ビンディングの法益概念の不明確性を批判する<sup>606</sup>。それは、すなわち、このようなビンディングの空虚な法益概念を用いては実質的な犯罪概念の確定はできないということを意味するのであり、それでもって、それが立法者の立法活動の際の制限原理としても適切ではないということの意味する。では、リストは法益概念に内容的に明確な基準を与えることができたのか。

#### ロ．法益概念の内容的実質性

周知のように、リストは刑罰を目的思想によって基礎づける。すなわち、社会の盲目的・合本能的・衝動的な、目的観念によって規定されることのない反動である原始的刑罰が刑罰の客観化、つまり、事件に直接の関係のある集団から、事件との関係のない冷静に争点を審査できる機関に移されることによって、刑罰の合目的性というものが理解されるようになる、ということである<sup>607</sup>。このような目的思想の支配において、刑罰は目的を意識した「法的に守られる利益(Interesse)」<sup>608</sup>と理解された「法益」を守ることになる。さらに、リストはそれを刑法の二つの大黒柱である犯罪と刑罰を仲介するものとして理解し、次のように語る。すなわち、「このような事実に、このような、まさにこのような法的効果がなげ結ばれるのか。これに答えを与えるのが法益という概念である。この概念が我々に表す

<sup>603</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.599),S.212f.

<sup>604</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.599),S.223.

<sup>605</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.599),S.224.

<sup>606</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.599),S.230.

<sup>607</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.25),S.132.

<sup>608</sup> Liszt a.a.O.(Anm.25),S.147.

のは、あらゆる法は人間のために存在するということであり、人間の諸利益、つまり個人々の利益および全体の利益が法の諸規約(Satzungen)を通じて守られ促進されるべきであるということである。我々はこのような法的に守られる諸利益を法益と命名する」という<sup>609</sup>。リストはこのような法益概念を明確にするために、「法益の侵害または危殆化については、転義された意味において(in übertragenem Sinne)のみ語り得る」<sup>610</sup>とする。というのも、行為としての犯罪はつねに感覚的に知覚され得る対象、つまり人あるいは物(Sache)に起きるからであり、したがって、リストにおける法的に守られる利益の「明白な化体(die sinnfällige Verkörperung)」の対象は人ないし物なのである<sup>611</sup>。

しかしながら、法益を法的に守られる利益として確定することで、「法益の内容を実定法以前に存在するものにもとめ、それをまもるためにこそ法規範が必要であることを明らかにした」としても<sup>612</sup>、ビンディングに比べて内容的な鋭さが獲得されているわけではない。というのも、リストが「明確な化体の対象」として人ないし物を捉え、ビンディングにおける「概念と物、観念と観念されたものとの混同」<sup>613</sup>を克服したといえども<sup>614</sup>、リストの法益論における生活条件および生活利益がどのようなものなのか、「如何なる条件の下に国家共同体はその生活条件を具体的に刑法秩序の中で定義するのか、総ての保護法益が法的にも生活条件であるのか否か、については何の説明のないままに留まっている」<sup>615</sup>と言えるからである。

さらに、「利益という概念は関係性、つまり主体の対象との関係を表現する」のであり、「このような相対性、相互関係性に直面して、法益という概念は犯罪の内容的確定、そしてそれをもって立法者の制限に適していない」と言えるからである<sup>616</sup>。したがって、保護すべき価値のあるその都度の利益が何であるかは、客観的に予見可能で確定できるのではなく、国家の制度による確定の結果として確定されると言える<sup>617</sup>。これでは、リストが

---

<sup>609</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 599), S. 223. リストの考え方は、イェーリングに類似している。イェーリングは『犯罪とは立法の側面から確定された、刑罰によってのみ防御すべき社会の生活条件の危殆化である』として、実質的犯罪概念を定式化した。したがって、「イェーリングにおけるこの生活条件というのは、啓蒙期に置けるような『人間共存のための前提条』とは異なる」のである(伊東、前掲書(注 529)、70 頁)。

<sup>610</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 599), S. 225.

<sup>611</sup> Liszt, ZStW Bd. 8, S. 151f.

<sup>612</sup> 内藤、前掲書(注 505)、117 頁。なお、Amelung, a.a.O. (Anm. 538), S. 85. も参照されたい。

<sup>613</sup> Liszt, a.a.O. (Anm. 599), S. 224.

<sup>614</sup> 伊東、前掲書(注 529)、84 頁。

<sup>615</sup> 伊東、前掲書(注 529)、82 頁。

<sup>616</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S. 163.

<sup>617</sup> Ebenda. さらに、リストは国家行政に対する罪を規定する際に、きわめて雑多な犯罪類型がそれに含まれると考えており(Liszt, Lehrbuch., 21/22 Aufl. S. 573f.)、それは、刑罰各本条に示されているさえすれば、

ビンディングの唱える法益概念を見せかけの概念、つまり空虚な言葉であるとし、リストが批判したところの、ビンディングが法益として理解したものの不明確さに、リスト自身の法益概念もかなり近づくことになる。それは、リスト自身、個々人および全体の数えきれない生活の諸利益、そしてそれゆえに難雑な無秩序状態で同じくらいの数えきれない法益が、最も重要に取り扱われる法益から最も低劣な法益に至るまで、存在するかどうかについて考慮することで、法的に守られる諸利益という概念の際限のなさを認めていることから、歴然としていると言えよう<sup>618</sup>。リストの法益概念は、彼が個々人の感情をも法益にまで高めることで、ますます不明確性を増すことになる。というのも、彼が個々人の道徳的な感情も宗教的感情も法益として評価するからである<sup>619</sup>。個々人の諸感情が法益にまで高められるということは、その最終的な帰結として、支配的モラルに対するあらゆる種類の違反はそのまま刑法上の事柄になってしまいかねないことになる<sup>620</sup>。それで、刑罰保護の明確な拡張が生ずるのは明らかであり、そこから法益概念の明確性が得られることはないだろう。

## 二. 法益概念による刑事政策上の制限の脆弱化

リストは、「マールブルク綱領」において、自身の法益論を展開する際に、目的思想に裏付けられた刑罰論において法益概念を導き出した。彼は法益となるのが、「国家共同体とそれに含まれている個々人の生活条件が認識できる」ようになり、「そのような生活条件が特定され、互い較量される」ことを通じて、「一般的命令によって宣言される」ものであるとして<sup>621</sup>、法益概念を定式化した。とはいえ、この段階においては、法益概念が詳細に分析されたとは言えない。彼は、のちに、「あらゆる法は人間のために存在するのであり、人間の諸利益、つまり個々人の利益および全体の利益が法の諸規約を通じて守られ促進されるべきである。我々はこのように法的に守られる諸利益を法益と命名する」と定式化しており、法益こそ人間の利益であるとされ、法秩序ではない生活がそのような利益をもたらす

---

そのすべてが法益侵害になってしまうような結果を生じさせることになる可言(伊東、前掲書(注、529)、82頁。Amelung, a.a.O.(Anm.538),S.87f.)。

<sup>618</sup> Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes, ZStW 8. Bd. S.133 und S.140.

<sup>619</sup> Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S.20, Anm.2 und S.378.

<sup>620</sup> Amelung, a.a.O.(Anm.538), S.89.

<sup>621</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25), S.147.

とする<sup>622</sup>。それは、すなわち、法あるいは法秩序による財ではなくて(この点において、ビンディングとリストは明確に拮抗する)、法によって承認され保護される人間の財ということの意味しており、したがって、人間存在こそ法益なのであるということの意味するのである<sup>623</sup>。確かに、法秩序の前に存在する人間存在への結びつきでもってリストは前実定的利益概念を定式化したと言える<sup>624</sup>。そして、このような根拠に基づき、すなわち、リストにおける法益概念の前実定的な原理を想定することで、啓蒙の刑法理論における主観的権利という概念と同様に、リストの法益概念には裁判官を制限する自由主義的内容が当然与えられるとの評価がなされているだけでなく<sup>625</sup>、それどころか刑法上の実証主義の克服をリストに求める評価もある<sup>626</sup>。

しかしながら、リストが法益概念を人間存在に向けることでビンディング流の純形式規範論理的な考察方法から離れており、したがって、彼が、何が刑罰保護の対象であるべきか、あるいは、そうではいけないのかとの評価を立法者の権限に委ねようとしただけではないと理解することが、我々にとって間違った理解ではないとしても、法的に守られることではじめて法益となるとする彼の法益概念の定式からすれば、それは人間生活・人間存在における諸利益の法益への具体化を意味するのであり、したがって、法益の具体的な内容の確定はそれの実定化に左右されることに立ち戻ってしまうことに注意すべきである<sup>627</sup>。そして、さらに、経験的な人間存在というのはそもそも多様性をもつものでもあり、社会的・歴史的諸条件が変わるや否や、それにしたがって変わるものでもあるので、犯罪概念また、人間存在のそのような所与性への結合によって、相対的なものにならざるを得ないのである<sup>628</sup>。こうなると、実質的な不法とはその都度の国家あるいは諸個人の諸利益に逆らうものと理解され得るのであり、その都度の利益の観念が変わるとそれに相応して法益

<sup>622</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.599),S.223.;ders.,Lehrbuch,3.Aufl.,S.20.

<sup>623</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.591),ZStW 8.Bd.,S.141f.

<sup>624</sup> Amelung,a.a.O.(Anm.538),S.85. なお、内藤、前掲書(注 505)、117 頁も参照されたい。

<sup>625</sup> Sina,Dogmengeschichte,S.53.

<sup>626</sup> Wedel,Franz von Liszts geschichtliche Bedeutung,in:SchwZ f. StrR 47,S.324f.,Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S164.

<sup>627</sup> Ehret, a.a.O.(Anm.42),S164. 人間存在を優先させることだけでは、初期自由主義刑法の前実定的で主観的権利と同一の効果を及ぼすことはできないのである。例えば、フォイエルバッハの意味における主観的な権利とは、社会的・歴史的な諸状況によっても改変されることのない普遍妥当性をその前提としており、フォイエルバッハにおいてそのような普遍妥当性が、正に権利侵害論の有する自由創設の力であると言えるのである。さらに、それは、「ヴァールベルクにおいてもリストにおいても、保護客体の選択・範囲の妥当性の決定は、最終的には、その時々々の国民の法意識・社会倫理という漠然としたものに委ねられてしまい、立法者の選択などについて規制的に働くものは明確化されていない。民族・国民の法意識、社会倫理ではなく、正に、現実の生活関係における必要性、刑罰的保護の必要性などの観点を盛り込んだ規制原理が示されねばならない」(伊東、前掲書(注 529)、73 頁)。

<sup>628</sup> Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S165.

の数およびその種類も変わることになるのである<sup>629</sup>。この点、リストの法益概念が「変幻自在の利益という概念を用いたに過ぎない」<sup>630</sup>のものであると批判されるところでもある。

ところで、それは、言ってみれば、刑法上の構成要件の内容が、法益という観点のもと、可罰性との関係性によって影響されることを意味するのであり、したがって、それが、刑法を刑事政策の乗越えることのできない柵、つまり、犯罪者のマグナ・カルタとして理解していたリストの学的構想と、どのような関係性をもつものであるかということが問われる必要がある。結論を先取りしていうと、それは、リストが刑法を犯行の記述、つまり刑法における自由主義の保障としての刑罰法規以上のことを意味しないということである。それを理解するためには、技術法律学的考察としての刑法ドグマティックと自然科学的考察としての刑罰論ないし刑事政策をつなぎ合わせると理解されているリストの法益概念、つまり「抽象化する法律学論理の限界概念」としての法益概念を把握し比較する必要がある。

既述のように、人間の利益としての法益を侵害することが犯罪の本質であるとすれば、それが利益概念の相対性を意味するがゆえに、いわゆる権利侵害思想において獲得されているような刑事政策上の制限は、その機能を果たせなくなるのである。そのような法益思想から導き出せるのは、犯罪の確定というのは立法者に委ねられているということであり、したがって、リストにおける刑法というのは一定の任意的利益に相応し得ることを含意していると言える。リストは法益概念を、既述のように、「抽象化する法律学論理の限界概念」と理解しており、それはあくまである学問領域からほかの学問領域への導くという意味での限界概念、すなわち、刑法における最高の概念である犯罪と刑罰とを結びつける概念なのである。犯罪を克服するためには合目的な処罰を用いるべきであるとするリストの全刑法学的構想において、法技術的論理的探求と自然科学的探究というのは融合的に取り扱われるべきであって、刑事政策の側面と法技術的な側面がそれぞれ一人歩きすることはできない。したがって、その都度の人間生活にかかわる諸条件の変化にしたがって、犯罪の内容および種類も、そしてそのような犯罪を克服するための刑罰ないしは刑事政策も変わるべきなのである。リストの法益概念こそ「抽象化する法律的論理の限界概念」として、そのような両領域をつなぎ合わせるに適しているものなのである<sup>631</sup>。リストの人間生活に

---

<sup>629</sup> Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 20.

<sup>630</sup> 伊東、前掲書(注 529)、84 頁。

<sup>631</sup> Liszt, , a. a. O. (Anm. 591), S. 139f.



おける利益という概念から導き出される相対性、そしてそこからもたらされる法益概念は、リストの志向するその都度の状況に相応するような柔軟な、開放的な刑法に相応しい概念なのである。このような意味で、リストの法益概念は内容的な明確性を有しないと云える。

さらに、リストの目的開放的刑法の指導理念である「目的思想」からも、リストの法益概念の内容の空虚さが導かれると云える。というのも、国家は合目的な考慮を通じて法定刑を設けるので<sup>632</sup>、刑罰法規の正当性はその目的によって担保されなければならない、したがって、刑法上の規範の内容というのもその前提とされている諸目的を範とすべきであるからである<sup>633</sup>。そして、そのような目的というのは国家形態の変化にともない、そしてその結果としてもたらされる国家の課題状況に沿って変わるのであり、それにしたがって諸利益の内容も変わるのであると言わなければならない、それゆえ、法益概念を明確に確定することまた客観的には不可能であると言わなければならないだろう。したがって、利益の相対性および「目的思想」による改変可能性によってリストにおける法益概念も内容的空虚さを避けることはできないと云える<sup>634</sup>。とはいえ、リストの学的構想を理解するためには、そのような法益概念の内容的空虚さによって導き出される効果を確認しておく必要がある。

リストの法益概念は、すなわち、時代相応的な刑法のための理論構成を探し求めるリストの学的構想において、「目的思想」と「発展思想」をその指導原理として刑事政策的な介入の必要性ないしはその正当性を基礎付けるために必要であるということである。というのも、「社会政策的ないし刑事政策的介入の必要性から生ずる新しい構成要件の基礎付けと国家的処罰の要求とを相互に結びつける」<sup>635</sup>ためには、逆に、不明確な法益概念が有利に作用すると言えるからである。それは、リストが「犯罪とは立法の側面から確かめられた社会の生活利益の危殆化である」<sup>636</sup>とすることからも明らかのように、彼の法益概念はいわゆる立法者の評価による恣意的立法活動を制御する内在的な原理としての機能をもつものではなく、その都度の諸状況に合うような基準としての刑法の実際を実定法によって整理しようとする際の中心的な要素となるのである。このような観点からすると、既述したように、刑事政策の乗越えることのできない柵としての刑法というのは、ただ単に刑

<sup>632</sup> Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 96; 5. Aufl., S. 121.

<sup>633</sup> 社会の発展の分析、したがって社会的必要の発展から刑事立法の対象が導き出されているのである(Liszt, Das richtige Recht, in: ZStW 26. Bd und 27. Bd.)。

<sup>634</sup> Susanne Ehret, a. a. O. (Anm. 42), S. 163.

<sup>635</sup> Susanne Ehret, a. a. O. (Anm. 42), S. 166.

<sup>636</sup> Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 97.

罰法規の集約と同一視され得るのである。つまり、法的に守られる利益としての法益という概念によって確立された法と政策との間の結合によって、「刑罰法規が政策的に動機づけ得られた多様な内容に近づきやすくなっており、その結果、刑法というのは相対性および不測性に特徴づけ得られる刑法命題の集合体になった」ということである<sup>637</sup>。リストが「生活利益への規範的保護の付与を法益概念の基準としていることは明らかであり、従って、その限りで立法者の価値判断・政策決定の介入を肯定せざるを得ない」のである<sup>638</sup>。刑事政策の乗越えることのできない柵としての刑法は、その限りで、形式的なものであるに過ぎないのである。

## むすび

これまで検討してきたリストの法益論から結論として言えるのは次のようなことである。すなわち、彼の法益論は、前実定的なア・プリオリなものである刑事政策上の基本思想からではない、利益の保護として法益を捉えており、そのような考え方からすれば、罰すべきであると見なされる行為様式を法定するのは、むしろ、立法者であるということである。立法者によって法益が決められるということは、法規範を設定することで、正当な利益とそうではない利益を区分する権限が立法者にあるということである<sup>639</sup>。したがって、リストにおける法益というのは「生活の財」ではなくて、結局、「法の財」となるのである。それは、既述のように、刑法を相対性および不測性に特徴づけられる刑法命題の集合体にさせてしまい、立法者をいかなる内容的な基準にも結び付けることができないということの意味するだけでなく、ドグマーティクの観点からも、刑法における法律への拘束という考えは刑法を純形式的な制限にとどまらせることにもなるのである<sup>640</sup>。

このような理論構成からは、フォイエルバッハに見られるような市民の自由を保障するという意味でも刑法はその役割を失ってしまい、つまるところ、それが権力の担い手の利益と信念、そして彼らの構想する社会秩序に服従しない人に対する制裁の手段として用いられることにつながってしまうのである。リストの考える刑法の課題とは、社会に適応で

---

<sup>637</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S 167.

<sup>638</sup> 伊東、前掲書(注 529)、81 頁。

<sup>639</sup> Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 20.

<sup>640</sup> Susanne Ehret, a.a.O. (Anm. 42), S 167.

きない一定の犯罪者類型の撲滅であり、最高の法益である法秩序に逆らう犯罪者に対する法秩序の確証なのである<sup>641</sup>。とはいえ、国家によって設けられた法秩序が最も高い法益として見なされるということは、立法者の政策的な基準に逆らう者が国家権力による支配権の直接の対象になるということの意味するのであり、したがって、そうすることで、刑法は刑事政策のための道具に変わってしまうと言えるのである<sup>642</sup>。このような国家実証主義的な観点からは、刑事政策上の制限というのは成功し得ない。リストは人間の生活利益を取り上げることで、法益概念の前実定的に基礎づけようとしたが、それが結局法秩序によって承認されるものとされることで多様な内容を含み得るという点で不明確性を持つものであり、さらに、彼の唱える法益というのが、法によって守られるとする限りにおいて、法益概念の形式化を避けることはできなかったと言える。

リストの法益論に対するそのような批判は適切であると言えよう。しかしながら、リストという歴史的人物をドイツ刑法史という歴史の文脈のなかで考察し、いわゆる「学問観」という切り口で、彼を再評価しようとする筆者の見解からすれば、忘れてはいけないのは、彼が志向している刑法学のあり方が、時代相応的な刑法ないしは目的開放的な刑法を裏付けるためのものであるということであり、さらに、彼のあらゆる学的構成が、彼の「学問観」ないしは刑法学における全刑法学的アプローチを支えている「目的思想」と「発展思想」、そしてこれらに基づく楽観主義によって成り立っているということである。というのも、そのような観点に立たない限り、リストの目指している刑法学のあり方が明瞭には理解できないからである。そして、この見解からすれば、リストの法益論に見られる限界、つまり、人間の生活利益という前実定的な要素が、法益が法的に守られる利益と定式化されることで、立法者の恣意的な判断によって形式化され得るというその内在的限界は、リスト法益論の形式論理的な理解による限界であるに過ぎないと言える。

以上をふまえ、これまで筆者がテーマとして取り扱ってきたリストの目指している刑法学のあり方、ないしは彼の「学問観」という観点から彼の法益論を評価すれば、次のことが言える。すなわち、法益概念の相対性や「目的思想」などによる市民の生活への政策的介入のための理論的基礎付けというのは、結局、その都度の社会秩序ないし犯罪克服のためには必要な作業であり、さらに、リストの法益概念の形式化の傾向を否定することは

---

<sup>641</sup> Liszt, ,a.a.O.(Anm.84),S.170 und S.191.これについては、Baurmann,Kriminalpolitik ohne Maß,in : Liszt der Vernunft,Kriminalsoziologisches Bibliographie 1984,Heft 42.,Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S169.

<sup>642</sup> Susanne Ehret,a.a.O.(Anm.42),S169.

きないとしても、樂觀主義をその学問の一つのベースとしている彼にとって、立法者はその都度の時代的な要請に適合するような立法を行うはずであり、その限りで、彼の唱える法益概念の前実定的な内容は、実践的には、立法者の価値判断を制約する実質的な内容をもつものであるということにもなる。このような見解に立つと、リストの法益概念こそどのような時代的な状況にも相応するような刑法ないし刑法学を目指していた彼の「学問観」を明確に具現するものであると考えられるのであり、したがって、それは特定の視点のみでは容易にとらえることのできない彼の大きな学的構想の中核をなすものであると言える。

## 終章

### 第一節. リストの「学問観」—「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付け

前述したように、「目的思想」によって導かれる「目的の内容的開放性」というのは「発展思想」の観点から見れば、近代刑法における法治国家性と拮抗するものではなかった。リストの学的試みの指導原理である「目的思想」と「発展思想」から、そのような結論が導き出されるのはある意味で当然であると言える。リストがそのような結論を導き出したのは、近代刑法における自由主義の伝統を守りながら、時代相応的な刑法の正当化をはかろうとしたためであろう。それはリストの志向する刑事法学のあり方でもある。そのような学的アプローチは、最終的には、立法において具体化される必要がある。すなわち、リストにおけるそのような刑事司法のあり方は彼の学的構想の目指している終着点である「刑事立法における『正法』」の確定のためのものであるということである。したがって、リストの目指している「正法」の定め方また彼の学的指導原理である「目的思想」と「発展思想」によって方向づけられることになり、そのようにして確定された刑法は、「正法」という名の下で、時代相応的なものとして正当化されるのである。本論文の狙いは、冒頭で述べたように、「学問観」という観点で、リストおよび彼の刑法学の意味合いを刑事法史の歴史的な文脈のなかに新たに位置づけるため、彼に関する新たな知見を提示することである。それはリストの学的構想のなかで現われている前述のようなリストの学的試みを理解することで可能となった。本章は、そのような理解のもと、リストの学的指導原理である「目的思想」と「発展思想」から導き出された「目的の内容的開放性」というものがい

かにして「正法」として成り立つのかを説明し、さらに、彼の学的試みの志向点であると言える「正法」のあり方を確かめることで、これまでの論究を総括するものである。

### 一、「正法」における「目的の内容的開放性」

リストの見解からすると、刑法が守るべきは法益としての生活条件であり、そのために、合目的的でかつきわめて効果的方法を用いる必要があった。したがって、刑法というのは特別予防的な法益保護とも言えるのである<sup>643</sup>。このように、リストにおける刑法というのは必要で目的意識的に定められた法益としての生活条件を守るために成立したものである。生活条件というのは、それを規定している諸状況によって変わり得る可変的なものである。したがって、リストの唱える有効で合目的な刑法というのは、その都度のさまざまな生活状況に適合できるように法益の内容を変容できるものなのである。そのようにして確定された刑法が、まさにリストの考える刑事立法における「正法」なのである。

そのような「正法」は国家の存立およびその発展のために必要なものであり、それが守ろうとする法秩序を確実なものとするためには、刑罰を目的のシステムに組み入れるしかなく、法秩序の維持こそ刑事立法の領域における「正法」の基準となるのである。法規の正当性が確保されるのもそれを通じて法秩序が守られるかどうかにかかるといえる。法規というのがそのような目的達成のための正しい手段でないとすれば、それは不当である。したがって、法規の内容は必要とされる目的によって定められる必要があり、リストにとっての「正法」の基準は法秩序の維持という合目的性にあることになる<sup>644</sup>。

では、そのような合目的性を基準とする「正法」というのはいかにして獲得できるのか。経験論および実証主義の立場をとっているリストにとって、方法の問いに関するあらゆる純理論的な論争は、非生産的な弁証にふける危険があるだけであり、したがって、「正法」の獲得の方法を確定する際に用いられるのが諸方法の批判的な比較という方法になるのである。それは存在(者)から存在当為的なものを導き出すと同時に、正しい「発展」の道を探る過程を保障するものでもある<sup>645</sup>。それは、すなわち、法の比較において重要となるのはその普遍史的考察であるということである。法の比較という方法を用いない限り、類型的に反復される発展段階、つまり法の類型というのは樹立できないのである。リストは、法

---

<sup>643</sup> Liszt, a.a.O.(Anm.25),S.146ff.

<sup>644</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.171),S.555.

<sup>645</sup> Liszt,a.a.O.(Anm.171),S.556.

の発展類型を認識しない限り、「我々の国内の発展において全体的かつ個別的に獲得された発展段階を正しく評価し、そしてそれをもって生成中のもの、つまり存在当為的なものの認識に到達すること」はできないと信じている<sup>646</sup>。したがって、リストにおける「正法」というのは、法の比較によって樹立された法類型の発展段階を意味するのであり、「正法」の獲得は世界史的考察による法の比較という方法を用いることではじめて可能となるのである。発展の典型的な状態を認識することで、「正法」は確立するのである<sup>647</sup>。

なお、ここで注目すべきは、リストが「発展」という観念を、「正法」およびそれを獲得するための方法論的アプローチの確定の際にも、その主たる指導原理としているということである。それが言えるのは、何度も言うように、経験論者で実証主義者であるリストは現象界において観察される因果の流れから「発展」という法則的原理を観念できると確信しており、彼の唱える「正法」のあり方またその都度の状況に合う主導的な発展傾向を見つけていることにあるからである。リストは、「我々は存在しているものを歴史的に発生されたものとして看做し、そのあとで発生中のものを決める形で、我々は存在当為的なものを認識する」とするが<sup>648</sup>、それは「正法」というのが合目的な選択によって定められた主たる発展傾向であるということの意味するのであり、したがって、あらゆる事象に内在している「発展」という法則的動きをモメントとする合目的性が「正法」における発展の仕組みを決めることになるということである。

このようにして、リストの唱える「正法」ないしそのあり方においても、「目的思想」と「発展思想」がその指導原理として働いていることが明らかとなる。リストの観念する「正法」というのは、「目的思想」と「発展思想」によって正当化され、その都度の諸状況に最も適切な法として認められるものである。すなわち、リストにおける「正法」というのは、彼の学的試みの指導原理である「目的思想」から導き出され「発展思想」によって正当化される「目的の内容的開放性」をその実質的な内容としているということである。それは、リストが「発展」の概念は最後ないしは最高の社会目的については何も語らないとしたこと、さらに、人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されているとしたことから明らかである<sup>649</sup>。このようにして、リストは刑事法学のなかに「目的の内容的

<sup>646</sup> Ebenda.

<sup>647</sup> Georgakis, a.a.O.(Anm.46),S.16.Ebenda. リストは比較法的考察のために、刑事司法領域における国際的な協力を求めた。それが、やがて国際刑事学協会(I.K.V.)の設立によって結晶したと言えよう。

<sup>648</sup> Liszt, ,a.a.O.(Anm.171),S.556.

<sup>649</sup> Liszt, ,a.a.O.(Anm.46),S.94.

開放性」という観念を取り入れ、可変的な時代の状況に適宜相応できるという意味合いで、刑事司法における「正法」を正当化しようとしたのである。

## 二. 「発展思想」と「時代相応的刑法」

本論文のように、刑法史のなかで大きな足跡を残したリストを歴史的な文脈のなかで再評価しようとする場合には、「学問観」という切り口から考察しなければならない。これまで、リストの唱える「目的思想」と「発展思想」に基づき、それがどのような意味合いをもっていたのか、さらに、そこからリストがどのような刑事法学のあり方を志向していたのかを考察してきたが、それはリストの「学問観」を探し求める作業であるとも言える。これまでの考察からリストの志向している刑事法学の学問としてのあり方ないしは彼の「学問観」を標語的にまとめて言うと、「目的思想と発展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」であるということができる。

前述したリストの言う「正法」の観念も、そのような「学問観」に基づき、導き出されたのである。それは、リストの「学問観」から導き出されているもう一つの観念、つまり「目的の内容的開放性」によって刑事司法のあり方が左右されることになった場合に「正法」として承認されるのはその都度の時代的な要請に相応しい法であるということの意味する。換言すれば、リストにおける「正法」というのは、「目的思想」と「発展思想」を指導原理とする目的開放的な刑事司法によって求められる「時代相応的な刑法」であるということである。そのように考えると、「時代相応的な刑法」という観念も、まさに、彼の「学問観」から導かれるものであると言わざるを得ない。このような観点に立つと、我々はリストの「学問観」から「目的の内容的開放性」、刑事司法における「正法」、そして「時代相応的な刑法」という観念がどのような関係性をもって導き出されるのかが理解できる。リストの刑事法学上の試みは、そのような関係性に基づいて考察されない限り、その全体像を理解することができないだけでなく、リストという歴史的な人物を刑法史という歴史的な文脈のなかで理解することもできないのである。

ということで、そのような関係性に基づき、これまで考察してきたリストの学的試みから読み取られることをもう一度まとめると、次のようなことが言える。すなわち、これまで検討してきたように、リストの唱える刑法における「目的思想」とこれを支える世界観としての「発展思想」は彼の学問上の指導原理となっており、これによって組み立てられたリストの学的試みは刑事法学のあり方を一定の型に嵌めようとするものでは決してなく、

むしろ刑法における「目的開放性」を正当化することで、その都度の時代の要求に即応できるような刑事法学を目指すものであったということである。それゆえに、リストの志向している「学問観」はその都度の目的遂行に必要でかつ有効な手段を正当化するような刑事法学の理論的基礎付けであるから、「目的」という名の下では、刑事法学上の考えられるあらゆる学的試みが容認され得るということである。例えば、リストが自身の学的構想において犯罪と刑罰の間の因果関係を究明するためにその方法として実証主義的アプローチを用いてその科学性を強調しているとしても、さらに、そのような科学的な考察によって得られた成果が信じることができるものであるとしても、それがその都度の「目的」にそぐわないと判断されるや否や、便宜的に切り捨てられることも想定できるということである<sup>650</sup>。すなわち、リストの「学問観」にもとづく刑法学上の学的試みは、一定の固まった枠組みを想定するものでは決してないということである。

しかしながら、一見して非常に恣意的にも見られるそのようなリストの学的試みは、リスト自身の観点からすれば、決して恣意的なものではない。というのも、「目的思想」と「発展思想」を自身の学問上の指導原理としているリストにとって、「発展」というのは現象界におけるあらゆる事象を法則的に支配するものであり、したがって、それには退化ないし反動性という観念はまったく排除されているからである。それは楽観主義以外の何ものでもない。それは、既述したように、法治国家刑法と「目的の内容的開放性」との関係からも明らかである。すなわち、刑法の法治国家性というのが刑事政策における「目的の内容的開放性」に内在している恣意性を完全に制御できるものではないにもかかわらず、「発展思想」を自身の学問の指導原理とするリストにとって、そのような問題点は彼の関心の外にあったということである。というのも、彼は実証主義の立場から人間社会を経験歴史的なものとして考察し、そのなかで「発展」という原理を導き出しており、そのような「発展」原理にしたがって広げられている社会的現象というのは常に発展の道をたどるに決まっているからである<sup>651</sup>。したがって、「発展思想」に導かれるそのような思考の流れからすれば、中世時代のような刑事司法への逆戻りはもはや想定できない。リストにとって、例

---

<sup>650</sup> 「便宜的」であるという言葉を用いることができるのは、「目的」の決定においてその主要な役割をするものとして、リストが政治的「支配階級」を承認しているからである。政治的支配階級の理念というのは、その都度の状況にしたがって改変するようなものである。政治的な目的を最も確実に、最も効率的に達成するためには、一番有効な手段を「便宜的に」選択するしかない。

<sup>651</sup> リストの「目的思想」および「発展思想」は自由主義的法治国家性を揺るがすような状態を容認するものであると言わざるを得ない。そこにおいては、罪刑法定主義も政策的な意味合いでしか述べられないことになろう。



の恣意性といった問題は言及する必要のないことであつたであろう。彼にとって、一見して反動的に見える現象も「発展」の一部にすぎないのである。リストにおける「発展思想」の目指す点は、「発展」という名のもとで、その都度の諸状況に最も効率的で必要とされる刑事司法の獲得だけなのである。排除による差別のメカニズムから生ずる問題も、「目的の内容的開放性」による法治国家性の形骸化という問題も、リストの唱える「目的思想」と「発展思想」の観点からは、反動的なものでは決してなくて、単なる発展過程のなかの一部分であるにすぎず、問題となるのは何もないのである。

したがって、このような観点に立った場合に、冒頭で述べられたようなこれまでのリスト理解および評価はどのように理解することができるか。前述したリストの「学問観」からすれば、それは彼の一面的で短絡的な評価であるに過ぎないと言わざるを得ない。というのも、リストの学的構想を、そのもっている一面的な側面を強調して、例えば自由主義的であるとか、国家主義的であるとか、人道主義的であるとか、さらに排除にと差別を正当化するものであるとするようなリスト評価は、「目的思想と発展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」を自身の「学問観」とするリストにとって、次なる段階へと発展していく過程のなかの一部分の強調であるに過ぎないからである。

もっとも、我々がはっきりと意識しておくべきは、あらゆる変化に柔軟に対応できる理論の基礎づけという言葉の意味のなかには、試みられるあらゆる学的構想において、政治・経済的な状況や思想的・哲学的な考察などのさまざまな諸条件が必要に応じて選択的に処理され得るという意味合いも含まれているということである。「我々人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されている」とするリストの見解からは、その都度の状況がいかに生じ、そして、どのような発展過程をたどるかは誰にもわからない。事前に決められている方向性も探知できない。そのようなリストの見解からは、選択された事柄がその都度の状況に合う主たる発展傾向として正当化されるしかないのである。リストの「学問観」というのは、まさにどのような状況にも適応できるような学的試みを可能にするものなのである。「発展思想」と「目的思想」をその指導原理とするリストの「学問観」というのは、今現在の状態を発展過程の一部であるとする限りで、それを正当化するものである。したがって、仮にある状況が反動的であるとしても、彼の発展論的「学問観」からは、それはまた次なる発展段階へ進むための一過程であるに過ぎないということである。さらに、最終的な発展段階を示さない彼の発展論は、極端な言い方をすれば、次なる発展段階がどのように想定されても構わないことになる。もちろん、前述のように、リストの「楽観主義」

からすれば、彼の発展論は恣意性を想定するものではなかった<sup>652</sup>。しかしながら、注意すべきは、「発展思想」の原動力である「楽観主義」というのがまさに信念以外の何ものでもないということである。リストは「刑法における発展思想」を唱えただけであり、そのような楽観主義を正当化する理論的な根拠を明確に提示したとは言い切れない。

ということは、つまるところ、刑事法学の実質化をはかるために、その議論において形而上学上の思弁を退け、さらに実証主義的アプローチをその方法論として取り入れることで、刑事法学における科学性の重要性を唱えたリストが「目的思想と発展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」という自身の「学問観」の正当化根拠を「楽観主義」という信念に依拠させているということである。このようなことに思い至ると、リストの「学問観」は砂の上の楼閣になりかねないと言えよう。リストは「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付けをはかったものの、その成功には至らなかったといえる。リストの「学問観」および刑事法学上の試みはまさに綱領的に宣言された政策的なプロパガンダであったかもしれない。それは、リストがどのような事柄が「発展」と言えるのかについて具体的で理論的な根拠を示さない限り、支配勢力による政策的な試みの正当化に供するものとして使われやすい構想となっており、真正なる社会秩序の保護を見込んでいるとは言えないことになる。そこに、リストの学的構想の理論的な限界がある。フランツ・フォン・リストの「学問観」というのは、「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付けを試みたが、それは確信に満ちた発展的な未来を夢見た、まさに、未完のプロジェクトであったかもしれない。

## 第二節. むすびにかえて

本論文で行われた以上のような考察によって、フランツ・フォン・リストという歴史的人物の評価についての、これまでとは違った新たな知見が提示できたと思われる。しかし、歴史的人物としてのリストを評価する際に看過してはいけないことがもう一つある。それは、すなわち、リストの主張する「学問観」から正当化される「差別と排除のメカニズム」

---

<sup>652</sup> もちろん、このようなリストの「学問観」の基礎には非常に楽観的な世界観があるとしても、支配階級ないし支配勢力の暴走を止める歯止めのようなものを想定していない限り、その限界は明らかであると言わざるを得ないのである。この点、リストの学的構想がその都度の支配勢力の正当化に供するものであるにすぎないということを反証しているとも言えよう。

を「近代性の構造」<sup>653</sup>という観点から考察しなければならないということである。というのも、そのようなメカニズムが当時の社会構成員の認識において承認されているだけでなく<sup>654</sup>、刑事法学上の議論においても黙認されていると言えるのであり、それがリストの学的構想だけに見られる特徴ではないと思うからである。近代性の要素としての「差別と排除のメカニズム」という観点に立たない限り、冒頭で取り上げたリストの学的構想とナチズムとは影響関係にあるとの認識が説得力を得ることになるだろう。しかし、近代性の要素としての「差別と排除のメカニズム」という観点に立つと、それらは影響関係にあるというより、むしろ「近代性の構造」から生ずる必然的な結果であると思われる。言い換えれば、近代性の要素としての「排除と差別のメカニズム」というものがどのように形成されるようになったのかを検討することで、リストの思想及び理論体系にみられる「反動性」というのがリストの「学問観」自体に由来するにとどまらず、現在も含む近代刑法史のなかで現れている「近代性の構造」のもつ構造的な問題に由来するということが自ずとはっきり見えてくる、ということである。とはいえ、それ自体あまりにも大きなテーマであり、筆者の力量の限界もあるので、以下においては、近代性論に関して非常に示唆に富んでいる今村仁司氏の先行研究に基づき、「近代性の構造」とそれに必然的に随伴する「排除と差別のメカニズム」について述べることで本論文を終わらせたい。

周知のとおり、近代の思想ないし精神の理念からすれば、近代世界は自己規律と計算合理的判断によって調和すると考えられていたのであり、これは封建的制度和それを支える宗教イデオロギーを克服するための当然の理論的要求であった<sup>655</sup>。フランス革命において結晶した自由・平等・友愛という近代思想の理念は近代的精神からの結果そのものである。しかし、時は流れ、近代世界、とりわけ資本主義近代はそのような近代精神の真髓を否定してしまう。「多くの人々にとって、自由は貧困と没落への自由となり、平等は不平等を隠すイデオロギーに変質し、友愛は階級敵対にしかならなかった」のである<sup>656</sup>。ここにこそ十九世紀における社会主義や共産主義の生誕の理由があり、さらに無政府主義による資本主義近代への批判が生まれたのである。

<sup>653</sup> 近代性の構造を構成するものとして、「機械論的世界像」、「前望的（進歩的）時間意識」、「予測と企ての市民社会」などが言われている(今村、前掲書(注 288)、189 頁)。

<sup>654</sup> 今村、前掲書(注 288)、187 頁以下。

<sup>655</sup> 今村、前掲書(注 288)、184 頁。

<sup>656</sup> 今村、前掲書(注 288)、181 頁。

このような批判の時代にその特徴として取り上げられ得るのは、さまざまな思想体系において、そのイデオロギーの差異を超える一つの行動パターンができ上がったということである。それは、すなわち、「計画・統制・管理のシステム」の到来であると言える。それは、伝統的な近代システムである自由主義的資本主義が終焉し、それに代わる「計画・統制・管理の政治・経済システム」が登場することを意味する。「この管理・計画主義は、「社会主義」あるいは「共産主義」の名前で呼ばれていたり、「厚生・福祉国家」主義とも呼ばれているが、どちらでも同じ」であり、「問題は、どちらも資本主義近代の第二局面についての別々の名前ではない。資本主義と社会主義の対立などは、原理上存在しなかった」といい得る<sup>657</sup>。従って、「社会主義」も「資本主義」もその根っこは同じであり、二つの間の相違は単なる「管理体制上の量的な違い」でしかないことになる<sup>658</sup>。このような観点に立つと、ナチズムやスターリニズムやファシズムなども、結局、「近代世界の内在的で慢性的な矛盾への対応の諸類型」にすぎないのであり、そのような矛盾を克服するために生まれたのが「同一のシステム、つまり、管理・統制のシステム」なのである<sup>659</sup>。近代世界は、どのような段階にあっても、常に排他的でかつ差別的であり、それが最近に至るまで「排除の力学と差別のヒエラルキーを強化してきた」のである。政治・経済・イデオロギーといったあらゆる分野が抱えているのが「排除と差別のメカニズム」であり、これを通じて社会における矛盾ないしは危機の克服がはかられたのである<sup>660</sup>。それを我々ははっきりと認識しなければならないのである。

さらに、よく言われるように、自由、平等、博愛が近代的精神の産物であったにもかかわらず、実際の近代の政治・経済システムはその理念を十分に生かせなかった。近代社会の政治・経済システムは人間を平等に扱うことができないのであり、したがって、それはたとえデモクラシー国家になっても人間を平等に扱えないのである。「近代システムが強力に定着すればするほど、このシステムに包摂できない要素を、外部へとはじき出すという解決しかできない」のである<sup>661</sup>。ナチズムもファシズムもレーニン・スターリン主義も、社会民主主義も、リベラリズムも、さらにどのような思想形態も、人種差別あるいは民族差別に対しては、共通の反応を示していたということは歴史的な事実である。従って、近

---

<sup>657</sup> 今村、前掲書(注 288)、185 頁。

<sup>658</sup> 今村、前掲書(注 288)、186 頁。

<sup>659</sup> 今村、前掲書(注 288)、186 頁。

<sup>660</sup> 今村、前掲書(注 288)、186 頁。

<sup>661</sup> 今村、前掲書(注 288)、187 頁。

代世界におけるあらゆる制度が、「階級的経済・政治、民族と人種の差別を助長するイデオロギー的装置」、つまり排除の構造をもっていると言えるのである<sup>662</sup>。そのように、民族ないしは人種の差別というのは、まさに近代システムの有する負の側面であると言える。しかし、それは近代世界のあらゆる制度が抱えている問題であるといっただけでは済まない。それは、つまり、展望的時間意識に基づく予測と企てを遂行する近代的市民社会と近代の要請する自己規律的で自己立法的に行動する人間、つまり理性的な人間そして理性的につくられた近代世界を見つめ直すことで可能となる。

それは、すなわち、排除と差別の問題が生ずるのは、近代市民社会の人間の倫理が合理的でないからでもなければ、自己立法的でないからでもないということである。むしろ、近代世界があまりにも合理的であるからこそ、近代的市民の内面が自己規律的でかつ自己立法的であるからこそ、かえって近代性は排除的なものを生むことになるのである。近代的合理性は、人間と自然を計算可能な量的な対象として必要に応じて処理するのであり、日常生活においては、資本主義経済がつねに計算合理的な精神構造を強化する。近代の知性も、行動も計算合理的になるが、それは結局人間を含むあらゆるものを「物体」として処理することを含意する<sup>663</sup>。そして、近代市民の内面の「自己規律」ないしは「自己立法」というのは、「経験的な我」を「法」にもとづいて徹底的に「訓練し」「鍛え上げて」、より高度な「純粋な我」へと上昇させていくことを意味するのであり、それは、すなわち「近代人の内部は分裂しており、「純粋な我」が「不純で経験的な我」を管理するという、いわば「自我の階級構造」を、成立の当初からかかえている」ということを明らかにするのである<sup>664</sup>。「純粋な我」による「経験我」の管理・統制ということばのなかには、身体と欲望をもつ我、つまり、「経験我」を抹殺したいという欲望が潜んでいるという意味合いが含まれていることができる。そのような自己規律的な人間たちが互いに対面をしたときに、相手を物体として取扱い、それを計算的に処理するだけでなく、必要に応じて徹底的に排除することもまた十分考えられる。このように、近代性の構造には、近代人の内面にある排除の階級構造と近代のあらゆる制度のもつ排除の構造という二重の排除性が存在する。つまり、近代性の構造のなかには排除と差別が原理的に内在化しているということである。

---

<sup>662</sup> 今村、前掲書(注 288)、191 頁。

<sup>663</sup> 今村、前掲書(注 288)、189 頁以下。

<sup>664</sup> 今村、前掲書(注 288)、190 頁。

そのうえ、さらに、近代性の要素としての「排除と差別のメカニズム」を説明するものとして、「国民国家とナショナリズム」を取り上げなければならない。というのも、それは近代の根本問題の一つであり、近代性の本質にかかわるものであるからである。

政治現象でもあり、思想現象でもあるナショナリズムの根底を突き詰めていくと、「排除の構造」が露出してくると言われるが<sup>665</sup>、ナショナリズムの存在基盤はほかでもない国民国家であるので、まず、これを成立させている構図を明らかにする必要がある。国民国家成立というのは、結論的に言えば、実質のない一つの幻想的な共同体の成立であるに過ぎないと言える。つまり、国民国家というのは、たとえば言語論や国家契約論などに見られるように、原理上同質化できない異質なものを同質的な標準語ないしは同質的な市民へと作り変える機能を果たしたに過ぎないのである。このように、国家というのが、無理をしてまで、異質な諸個人ないし諸集団を同質的なものに改変していくが、これを原理的に突き詰めていくと、排除の問題が露呈する<sup>666</sup>。同質ではない個人の排除も異質な集団の排除も、原理上同じ問題なのである。「共同体というのは、それがどのような形態をとろうが、異質性の消去ということがポイントとなる」<sup>667</sup>。

もちろん、近代国民国家というのは両義性を持っており、理念的・理想主義的な肯定的な側面がある。それは、いわば、「理念としての共同体」を意味し、そのなかに入ることによって「差別なき人間共同体という理想主義的理念」を生み出すことができる。それにはヒューマニズムやコスモポリタニズムなどのような肯定的な側面も否定できない。とはいえ、既述のように、国民国家の機能には、そのような肯定的な理念性をカットするような「異質性の排除」という否定的な側面があり、肯定的な側面はこれによりつねに空洞化してしまう。「現実的には理想的理念が空洞化され、このような形骸化された理念が排除の構造を隠蔽するような機能しか果たさなかった」のであり、これは歴史的にも確認される事実なのである<sup>668</sup>。それを鑑みると、国民国家は、実質的には対等ではない人を分離するための装置になったと言わなければならない。そのようにして、さまざまな人間集団の分類も、意識するしないにかかわらず、内面化されていく。そのような作業こそ近代国家の働きであ

---

<sup>665</sup> 今村、前掲書(注 288)、196 頁。

<sup>666</sup> 今村、前掲書(注 288)、198 頁以下。なお、国民国家という共同体が一般的な利害を代表するとしても、実際には、「一部の人間の特殊な利害を僭称している」だけであり、したがって、国家共同体というのは、まさに「支配階級の道具」であるに過ぎないということになる。そのような国家理解がリストにも見られる。

<sup>667</sup> 今村、前掲書(注 288)、200 頁。

<sup>668</sup> 今村、前掲書(注 288)、201 頁。

ったと言わなければならない。近代国民国家の否定的な側面が人間の同一化と非同一化の基準を作ることになり、それがやがてさまざまな人種概念を生むことになる。近代国民国家というのは同一化のロジックで働いており、非同一なるものを排除することで成立したともいい得る。国民国家を作り上げるということは、そこに内在化している分類装置を作動させることでもあり、したがって、人種という差別的な観念は国民国家に必然的に同伴するものである。結論的に言えば、「国民国家が健全な形で成立し、そこに入りさえすればみな平等であるというような国家であるとしても、実はそのような平等性はあくまでも同質的な平等の観念であって、原理上、非常に強い異物の排除の原理で働いている」、ということになる<sup>669</sup>。

以上のように、「排除と差別のメカニズム」は「近代性の構造」から必然的に生じてくるものであったと言える。そのようなメカニズムは、刑事法学における方法論としての実証主義的アプローチを志向していたリストにとって、承認された発展傾向であり、彼の学的構想においても自然に取り入れられることになる。そうすると、リスト理論の「反動性」というのは、「近代性の構造」の有する構造的な問題と連動しており、リストの学的構想に特徴的なものではないということがわかる。既述のように、リスト自身、自身の理論構成における排除性にそれほど問題意識を持っていなかったのも、「近代性の構造」という枠組みのなかに生きていた彼の素直な態度であったと言える。

リストの唱える「刑法における目的思想」というのも、結局のところ、既成の秩序に根をおきながら、その都度の変化を、「目的」という形で区別ないし選択しつつ、いわゆる支配階級の意向に沿うように、適切に取り入れることを目指すものであったと言える。リストにおける「目的」というのは、「計画・統制・管理のシステム」を構築するに役立つものであり、ある対象を「計画・統制・管理」という名の下で、「排除と差別のシステム」を、むしろ正当化するものでもある。リストの「目的思想」ないし「発展思想」というのは、それがリスト自身の楽観主義に基礎づけられているとしても、そこにおいてあらゆる事象が発展過程の一部であるとされる限り、そのような「反動性」を隠蔽し正当化するための理論的な装置であったに過ぎないだろう。したがって、そのような結果を招きかねないリストの学的試みは、結局、その都度の支配権力にとって、都合のよい正当化の理論的根拠として使われやすいことを含意していると言えるのである。

---

<sup>669</sup> 今村、前掲書(注 288)、206 頁以下。

このようにして、リストの学的構想を近代および「近代性の構造」という歴史的な文脈において眺めた場合には、彼の唱える学問上の指導原理である「目的思想」および「発展思想」によって容認されている「排除と差別のメカニズム」の構造が彼自身の固有の学的試みであると想定され、しかもそのような学的試みが、たとえば、ナチス刑法学に直接影響したと簡単に取りまとめることはできないと言わなければならない。ナチス刑法学というものがこれまで検討してきたリストの「学問観」からして正当化されうるかもしれない。しかし、「我々人間にとって最後の目的は最初の原因と同様に隠されているのであり、そのままである」とし、発展によってより完全な有機体そしてより細分化されより生命力のある社会が作られたとするリストの見解からもわかるように、「発展思想」によって観念できる将来の状況というの、開かれたままであり、特定されることではない。そうすると、リスト刑法学とナチス刑法学との類似性は「近代性の構造」から導き出されたものであるとは言えても、それらの間の直接の影響関係を正当化する必然性はないと言えよう。したがって、そのような類似性に関しては、「近代性の構造」という観点に立って説明しない限り、はっきりと見えてこないところがあると思われる。

本論文のなかで、リストの学問上の指導原理である「目的思想」および「発展思想」によって導き出される「排除と差別のメカニズム」の構造と「近代性の構造」との関係性を主たる論点として取り上げることはできなかった。しかし、少なくともこれまでの考察のなかで明らかとなったのは、彼の理論のもつ歴史的な意味合いを正確に理解するためには、我々がリストの学的試みおよび「学問観」を彼の時代の思考の枠組みのなかで読み直す必要があるということである。すなわち、リストという人物を、正しく理解し評価するためには、彼の唱えている学的試みの理論的な側面だけでなく、その基礎となる「学問観」そして「近代」及び「近代性の構造」を歴史的な文脈という切り口で考察する必要がある、ということである。そうしない限り、歴史的人物としてのリストおよび彼の「学問観」の真相に迫ることはできないだろう。もっとも、本論文がリスト研究におけるそのような方向性の重要性を提示できたとはいえ、そのような意識のもと本格的な研究がなされるのはいま始まったばかりであると言わざるを得ない。したがって、「近代」という歴史的な枠組みのなかで彼および彼の作品を読み直すためのより具体的な作業が今後の課題となる。本論文は、そのような作業にとりかかる前に、リストおよび彼の「学問観」を正確に理解するための学的方向性をまず明らかにしたものである。



## 参考文献

### [史料]

Franz von Liszt : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts

1. Auflage (Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund Des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlich Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts), Berlin und Leipzig 1881

2. Auflage, 1884

3. Auflage, 1888

8. Auflage, 1897

9. Auflage, 1899

10. Auflage, 1900

14. und 15. Auflage, 1905

16. und 17. Auflage, 1908

20. Auflage, 1914

21. und 22. Auflage, 1919

ders. : Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge ; Bd. 1, 2., 1905

ders. : Birkmeyers "Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht", Ein Wort der Abwehr, in : ZStW 27 (1907)

ders. : Das "richtige Recht" in der Strafgesetzgebung, in: ZStW 26 (1906) und in: ZStW (1907)

ders. : Das Völkerrecht, 11. Auflage, Berlin 1918.

ders. : Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, in: ZStW (1888)

ders. : Der Entwicklungsgedanke im Strafrecht, in: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 16, 1909

ders. : Die Reform des Juristischen Studiums in Preußen. Rede gehalten bei Antritt des Rektors an der Universität Marburg am 17. Oktober 1886

ders. : Die "Sichernden Maßnahmen" in den drei neuen Strafgesetzentwürfen, in: Archiv für Recht- und Wirtschaftsphilosophie 3 (1909/1910)

ders. : Strafrechtsform, in: Handbuch der Politik, Bd. 3, 3. Auflage, Berlin und Leipzig 1921

ders. : Vom Staatenverband zur Völkergemeinschaft. Ein Beitrag zur Neuorientierung der Staatenpolitik und des Völkerrechts, München, Berlin 1917

ders. : Zum vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, in: ZStW 30 (1910)

ders. : Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 11 (1904). Bd. 16 (1909). Bd. 17 (1910). Bd. 19 (1912).

Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Band., 1885

ders.: Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. Leipzig 1922

Richard Loening : Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt am Main 1885

### [著書・論文]

#### ○独語著書・論文

Adrian Schmidt-Relca, Holger Steinberg : Eine publizistische Debatte als Geburtssunde des „Marburger Programm“, ZStW 119

Agnes Schwarzschild: Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker, Diss. iur. Frankfurt am Main 1933.

Arthur Baumgarten: Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart, in: Schw. Zsch. f. Strafrecht 51 (1937)

Axel Rebhan : Franz von Liszt und die moderne *défense sociale*, Diss. iur. Köln 1962.

Claus Roxin : Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativenwurfs,

- in: ZStW 81 (1969) – Gedächtnisheft für Franz von Liszt zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919.
- Dieter Langewiesche : Liberalismus in Deutschland, Frankfurt am Main 1988.
- Eberhard Schmidt: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Nachdruck der 3. Auflage, Göttingen 1983.
- ders.: Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts, in: FS für Julius von Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum am 25. Oktober 1984, Berlin 1950.
- ders.: Artikel Franz von Liszt, in: Henmann Heimpel/Theodor Heuss/Benno Reifenberf (Hrsg.) Die großen Deutschen, Bd. 5, Berlin, Frankfurt, Wien 1957.
- ders.: Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts, in: FS für Julius von Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum am 25. Oktober 1948, Berlin 1950
- Eduard Kohlrausch: Die geistesgeschichtliche Krise des Strafrechts. Rede zum Antritt des Rektorats der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1932, Berlin 1932. Ernst Heinitz: Franz von Liszt als Dogmatiker, in: ZStW 81 (1969) – Gedächtnisheft für Franz von Liszt zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919.
- Ernst – Wolfgang Böckenförde: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: FS für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Hrsg. von Horst Ehmke, Carlo Schmidt und Hans Scharoun, Frankfurt am Main 1969.
- Franz von Liszt, Karl Birkmeyer, Emil Kraepelin, Theodor Lipps: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe : vier Vorträge gehalten im Akademisch-Juristischen Verein zu München / von Franz von Liszt Authors. 1906.
- ders.: Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht “Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen”, in: Karl von Birkmeyer/Johannes Nagler (Hrsg.), Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Bd. 2 Heft 7, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1909.
- ders.: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig ? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht, München 1907.
- Georg Freund: Der Zweckgedanke im Strafrecht?, in : GA 1995.
- Gerhard Köbler : Deutsche rechtsgeschichte : ein systematischer Grundriss, 4. Aufl., 1990
- Gustav Radbruch: *Elegantiae iuris criminalis*, 2. Auflage, Basel 1950.
- Hans Boldt: Deutsche Verfassungsgeschichte. Politische Strukturen und ihr Wandel. Bd. 2, Von 1806 bis Gegenwart. München 1990.
- Hans – Heinrich Jescheck: Die Freiheitsstrafe bei Franz von Liszt im Lichte der modernen Kriminalpolitik, in: Günter Kohlmann (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag.
- Hans-Joachim Marheine: Franz von Liszts Dogmatik im Zusammenhang mit seiner Kriminalpolitik, Diss. iur. Göttingen 1950.
- Hans Welzel: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935.
- Hasso von Wedel: Franz v. Liszts geschichtliche Bedeutung als Überwinder des strafrechtlichen Positivismus, in: Schw. Zschr. für Strafrecht 47 (1933)
- Heribert Ostendorf: Franz von Liszt als Kriminalpolitiker, in: Liszt der Vernunft, Kriminal – soziologische Bibliographie 1984, Heft 42.
- ders.: Von der Rache zur Zweckstrafe, 100 Jahre Marburger Programm von Franz von Liszt, Frankfurt am Main 1982.
- Jannis A. Georgakis : Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, Leipzig 1940
- John Lekschas/Uwe Ewald: Die Widersprüchlichkeit des Liszt’schen Konzepts vom Strafrecht und ihre historisch-materialistische Erklärung, in: Liszt der Vernunft, Kriminalsoziologische Bibliographie 1984, Heft 42.
- Karl von Birkmeyer: Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, in: ZStW 16 (1896). Klaus Marxen: Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißig Jahre, Berlin 1975.
- ders.: Strafgesetzgebung als Experiment?, in: GA 1985.
- Knut Amelung: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Frankfurt am Main 1972.

- ders.: Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, in: Heike Jung/Heinz Müller-Dietz/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden – Baden 1991
- Lieselotte Jelowik: *Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik*, Halle 1983.
- Ludwig von Bar: *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Erster Band des Handbuchs des Deutschen Strafrechts, Berlin 1882.
- Michael Baumann: *Kriminalpolitik ohne Maß – Zum Marburger Programm Franz von Liszts*, in: *Liszt der Vernunft, Kriminalsoziologische Bibliographie* 1984, Heft 42.
- Maximilian Herberger: *Beziehungen zwischen Naturwissenschaft und Jurisprudenz in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in: *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* 6.1983.
- ders.: *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt am Main 1981.
- Monika Frommel : *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften* , Berlin 1987.
- dies.: *Artikel Franz von Liszt*, in: *Neue deutsche Biographie*, hrsg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 14, Berlin 1985.
- Paul Bockelmann: *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Allgemeinen Teils*, in: *ZStW 81 (1969) – Gedächtnisheft für Franz von Liszt zur 50. Widerkehr seines Todestages am 21. Juni 1919*.
- Peter-Alexis Albrecht: *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main 1995
- Peter Sina: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel 1962.
- Richard Lange: *Das Menschenbild des Positivismus und die philosophische Anthropologie unserer Zeit*, in: *ZStW 81 (1969) – Gedächtnisheft für Franz von Liszt zur 50. Widerkehr seines Todestages am 21. Juni 1919*.
- Richard Schmidt: *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung* , in: *Neudruck der Ausgabe Leipzig 1912*, Aalen 1978.
- Susanne Ehret: *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, Frankfurt am Main. 1996.
- Thomas Nipperdey: *Deutsche Geschichte 1800 – 1866*. Bd. 1. Bd. 2. Beck C. H. (2013)
- Thomas Vormbaum: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., 2011
- Viktor Liebscher : *Franz von Liszt – familiengeschichtlich gesehen*, *ZStW 94*, 1982
- Winfried Hassemer: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* , 2. Aufl., 1990
- Wolfgang Frisch: *Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung*, in: *ZStW 94 (1982)*
- Wolfgang Naucke: *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, 1982, in : ders., *Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000.
- ders.: *Schulenstreit ?* , in : *Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000
- ders.: *Artikel Franz von Liszt*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, hrsg. von Albert Erler und Ekkehard Kaufmann, mitgründet von Wolfgang Stammler, Bd. 3, Berlin 1984.
- ders.: *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main 1995
- ders.: *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, in: *JuS* 1989
- Der Rechtsstaat verschwindet : strafrechtliche Kontrolle im gesellschaftlichen Wandel von der Moderne zur Postmoderne : gesammelte Aufsätze / von Detlev Fehse ; herausgegeben von Wolfgang Schild*
- Kultur und Strafrecht : die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik / von Brian Valerius*

Theodor Mommsen und Adolf Harnack : Wissenschaft und Politik im Berlin des ausgehenden 19. Jahrhunderts / Stefan Rebenich ; mit einem Anhang, Edition und Kommentierung des Briefwechsels  
Festschrift für Adolf Arndt : zum 65. Geburtstag / mit Beiträgen von Wolfgang Abendroth . [et al.] ; herausgegeben von Horst Ehmke, Carlo Schmid, Hans Scharoun  
Kommentar zum Strafgesetzbuch / [die Autoren, Hans-Jörg Albrecht . et al.] ; Bd. 1  
Gesetz und Richteramt (1885) ; Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht (1906) / Oskar Bülow ; mit einer Einführung von Johann Braun  
Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., München 2002  
A. Koch, Binding und vs. Liszt, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin 2007.  
H. Müller, Der Begriff der Genenalprävention im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1984  
C.Bohnert, Zu Strafrecht und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, Pfaffenweiler 1992

○日本語著書・論文

小野清一郎『刑法と法哲学』有斐閣、1971  
鵜飼信成等編『講座日本近代法発達史：資本主義と法の発展; 11』勁草書房 1974  
ルドルフ・フォン・イエーリング著・山口廻彦編訳『イエーリング法における目的』、信山社、1997  
岡本勝著『犯罪論と刑法思想』信山社出版、2000年  
木村亀二編『近代法思想史の人々』日本評論社、1974年  
東京刑事法研究会編『啓蒙思想と刑事法 風早八十二先生追悼論文集』(1995年、勁草書房)  
チャーザレ・ベッカリーア著、小谷眞男[訳]『犯罪と刑罰』東京大学出版会、2011年  
中島義道『カントの法論』、ちくま学芸文庫、2006年  
西原春夫[監訳]『イェンシェック＝ヴァイгент ドイツ刑法総論 第5版』成文堂、1999年  
山口邦夫『一九世紀ドイツ刑法学研究—フォイエエルバッハからメルケルへ—』八千代出版、1979年  
天野和夫[ほか]編『国家・法の歴史理論』日本評論社、1978年  
八木国之『新派刑法学の現代的展開』酒井書店、1991年  
西村克彦訳『近代刑法の遺産、下』信山出版社、1998年  
藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria』国際書院、2006年

高橋則夫『規範論と刑法解釈論』成文堂、2007年

川端博 [ほか] 編『理論刑法学の探究 1、2、3』成文堂、2008年

川端博, 安部哲夫監訳『ドイツ刑事法学の展望: 大所高所からの視点』成文堂、2009年

大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』日本評論社、1976年

H.リューピング著 ; 川端博, 曾根威彦訳『ドイツ刑法史綱要』成文堂、1984年

中義勝『刑法における人間』一粒社、1984年

足立昌勝『国家刑罰権力と近代刑法の原点』白順社、1993年

西川洋一, 新田一郎, 水林彪編『罪と罰の法文化史』東京大学出版社、1995年

成瀬治、山田 欣吾、木村靖二共著『ドイツ史(1)(2)(3)』出川出版社、1997年

木村靖二編『ドイツの歴史 : 新ヨーロッパ中心国の軌跡』出川出版社、2001年

中山研一『刑法の基本思想』一粒社、1979年

平場安治編『刑罰の思想』新有堂、1978年

平場安治 [ほか] 編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第1巻』有斐閣、1983年

内田博文『刑法学における歴史研究の意義と方法』九州大学出版会、1997年

内田文昭『基礎理論・犯罪論 1』青林書院、1995年

マルク・アンセル著 ; 吉川経夫訳『新社会防衛論 : 人道主義的な刑事政策の運動』一粒社、1968年

森本益之 [ほか] 『刑事政策講義[第3版]』有斐閣、1999年

若尾祐司, 井上茂子編『近代ドイツの歴史 : 18世紀から現代まで』ミネルヴァ書房、2005年

内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』日本評論社、2008年

竹田直平『法規範とその違反』有斐閣、1961年

A.A.ピオントコフスキー著 ; 中山研一, 上田寛訳『マルクス主義と刑法』成文堂、1979年

ホセ・ヨンパルト『法の歴史性 : 現行法の法哲学的試論』成文堂、1977年

和田小次郎『法をめぐる闘争と法の生成』有斐閣、1953年

笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』東京大学出版社、1979年

石部雅亮, 笹倉秀夫『法の歴史と思想 : 法文化の根柢にあるもの』放送大学教育振興会、1995年

浅田和茂『刑事責任能力の研究(上巻) — 限定責任能力論を中心として』成文堂、1983年

同『刑事責任能力の研究(下巻)』成文堂、1999年

- 平野龍一『刑法 総論 1』有斐閣、1972年
- 木村亀二著『刑法総論』有斐閣、1959年
- 牧野英一『刑法総論(上巻)』有斐閣、全訂版、1958年
- ミシェル・フーコー [著]; 田村俣訳『監獄の誕生 : 監視と処罰』新潮社、1977年
- 宮内裕『社会主義国家の刑法』有信堂文庫、昭和30年
- 伊東研祐『法益概念史研究』成文堂、昭和59年
- 吉川経夫ほか編『刑法理論史の総合的研究』、日本評論社、1994年
- 笹倉秀夫『近代ドイツ国家と法学』、東京大学出版会、1979年
- 内藤謙『刑法理論の史的展開』有斐閣、2007年
- 竹下賢『実証主義の功罪』ナカニシヤ出版、1995年
- 矢崎光圀『法実証主義—現代におけるその意味と権能』日本評論新社、1963年
- 三島淑臣『法思想史[新版]』青林書院、1993年
- 阿南成一『講義 法思想史』青林書院、1984年
- 
- 石塚真一「ドイツ刑事政策の形成とマールブルク綱領 1882 の意義」中央大学大学院研究年報第14号I-2 (1985年)
- 飯島暢「法概念としての刑罰—応報と予防のカント主義的統合—」法学政治学論究 54号 (2002年)
- 海老原明夫「リストの刑法学方法論」西川洋一・新田一郎・水林彪編『罪と罰の文化史』(1995年、東京大学出版会)
- 小坂 亮「リスト理論の現代的意義(1)(2)—リストのマールブルク綱領の考察—」早稲田法学第82巻第1・2号 2006年
- 木村亀二「リストの刑事政策的基礎観念—『刑法における目的観念』五十年」法学志林第34巻第10号(1932年)
- ギュンター・ガイザー、(訳) 吉田敏夫「目的刑と人権—マールブルク綱領百年—総括—」北海学園大学法学研究第18巻第2号 (1982年)
- 佐伯千仞「刑法に於ける人間観の問題」法学論叢第47巻第6号

佐伯千仞編「フランツ・ヴォン・リストへの追憶（一）（二）（三）—ドイツ全刑法学雑誌八十一巻（一九六九年）（死後五〇周年記念号）から—」立命館法学第 93・94 号（1970 年）、第 99・100 号（1971 年）

清水祐樹「フランツ・ヴォン・リスト」勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』（2008 年、ミネルヴァ書房）

莊子邦雄「刑法思想史の課題と方法」団藤重光博士古希祝賀論文集第 1 巻（1983 年、有斐閣）

杉藤忠士「刑法における実質的法益概念とその機能—特にフォイエルバッハからビンディングまで—」

曾根威彦「現代刑法と法益の変容」岡本勝ほか編『安部純二先生古希祝賀論文集刑事政策の現代的課題』（2004 年、第一法規）

西村克彦訳「フランツ・ヴォン・リスト『刑法における目的思想』『近代刑法の遺産・下』（1988 年、信山社出版）

高橋直人「刑事プラクティクム（Criminalpracticum）の誕生—19 世紀前半のドイツにおける法学教育と刑事弁護—」立命館法学第 333・334 号（2010 年）

同「近代ドイツの法学教育と「学びのプラン（Studienplan）」—刑事法史研究と関連を意識しつつ—」立命館法学第 331 号（2010）

同「日欧間で法的な知とその担い手はどのように違うのか」（村上一博編『史料で読む日本法史』2009 年、法律文化社）

同「意思自由と裁判官の恣意—ドイツ近代刑法成立史の再検討のために—」立命館法学第 307 号（2006 年）

同「近代ドイツにおける刑法家の実像—18 世紀末から 19 世紀前半を中心に—」同志社法学 54 巻 5 号（2003 年）

同「18 世紀末におけるドイツ刑事法学の展開—Rechtsgelehrsamkeit から Rechtswissenschaft へ—」同志社法学 50 巻 1 号（1998 年）

富田敬一「ビンディングの規範論—刑法学における規範論の歴史の史的展開 その一—」国士館法学第 2 巻（1970 年）

中山研一「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」法学論叢第 61 巻第 6 号（1956 年）

藤尾彰「リストの刑事思想の現代的意味」新潟大学法経論集第 14 巻 4 号（1964 年）

- 本田稔「ドイツ刑法史に関するヴォルフガング・ノウケの文献紹介（資料）」大阪経済法科大学法学論集第32巻（1994年）
- 同訳「ヴォルフガング・ノウケ 法治国家刑法の脆弱性を超えて」大阪経済法科大学法学研究所紀要第25巻（1997年）
- 同「ヴォルフガング・ノウケ 刑法における重点の変遷（1）（2・完）」大阪経済法科大学法学論集第37巻（1996年）第39巻（1997年）
- 同「ドイツ法治国家刑法の状況に関する文献の紹介（1）ヴォルフガング・ノウケ法定主義と刑事政策」大阪経済法科大学法学論集第40巻（1998年）
- 牧野英一「刑法における新機運の半世紀—リストのマルブルヒ大学綱領五十年に際して—」法学志林第34巻第10号（1932年）
- 松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学317号（2008年）
- 三島淑臣「カントの刑罰理論（1）」法政研究51巻3、4号（1985年）
- 安平政吉『リストの「マルブルヒ刑法綱領」研究 附ベンサムの刑法理論』（1953年、文雅堂）