

刑法における発展思想（1）

朴 普 錫*

目 次

はじめに

第一章. マールブルク綱領における進化論的發展思想

一節. 出 発 点——進化主義理論としての統合論

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

三節. 刑罰の客観化と発展の帰結

四節. 量刑決定原理

五節. 目的意識的な法益保護としての刑罰

六節. 帰 着 点

七節. リストの進化論的發展思想

一. 学的方法論としての実証主義的アプローチ

二. マールブルク綱領における「排除の原理」

三. 「近代性の構造」と「排除のメカニズム」

第二章. 刑法における「発展思想」

一節. フランツ・フォン・リストにおける科学（Wissenschaft）

一. リストにおける科学および決定論的立場

二. リストにおける価値判断

二節. 社会病理的現象としての犯罪

一. 社会的現象としての犯罪

二. 社会の生物学的擬制

三. 刑法学における優生学的アプローチ （以上、本号）

三節. 刑事立法における「正法」

一. 法の比較と「正法」

二. フランツ・フォン・リストにおける「正法」

三. リストと新カント学派

四節. 刑法における発展思想

* バク・ボソク 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 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
 - 二. 刑法学における発展論的構想の定式化
 - 第三章. 刑事法学における「目的開放性」および「時代適合性」
 - 一節. 国家の理解に関する変化——全生活領域の政策問題化
 - 二節. 刑事法学における「目的的内容的開放性」
 - 三節. 目的刑の制限原理としての「マグナ・カルタ思想」
 - 四節. 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
 - 一. 「正法」における「目的的内容的開放性」
 - 二. 「発展思想」と「時代相応的刑法」
- おわりに (以上, 374号)

はじめに

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¹⁾。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²⁾。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、「19世紀後半の偉大なるドイツ刑法学者」として³⁾、あるいは「偉大なる刑事政策家」⁴⁾として高く評価する論者もみられ

1) 大塚仁著、『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。

2) 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。

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

4) Claus Roxin, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativenwurfs, in: ZStW 81 (1969), S. 613.

る。さらに、リストが「19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⁵⁾、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⁶⁾。

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⁷⁾。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いうことができる」として⁸⁾、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う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、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だ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

5) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Auf. 3. S. 357.

6) 滝川幸辰『刑法の諸問題』（有信堂1951年）、265頁以下参照。

7) Wolfgang Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, in: Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 227.

8) 藤尾彰「リスト刑法思想の現代的意味」、『新潟大学法経論集』14巻4号（1967年）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. 553 ff.）。

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るが、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。

本稿はこのような認識のもと、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ものである。その際、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」⁹⁾という観点からのアプローチであろう。その際、とりわけ時代的精神という観点は欠かすことができない。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

9) 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、彼の学的活動を営為している。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。

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充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
定的なり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。

第一章. マールブルク綱領¹⁰⁾における進化論的發展思想

周知のように、これから考察しようとするフランツ・フォン・リストの
マールブルク綱領¹¹⁾においてなされた試みは今日に至るまで引き続き議論
されている。それには、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。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

10) 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。

11) 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. 7), S. 223. Fn 1.)。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。

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、この綱領はそれ以降のリストの学的活動を理解するために、非常に重要な作品であり、そこから彼がどのような学問上のビジョンを持っていたのかも察し得ると言える。ということで、本章においては、「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含意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。

一節. 出 発 点——進化主義理論としての統合論¹²⁾

リストはマ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

12) 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 (Franz von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905; Bd. I, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. S. 133. 周知のとおり、このリストの講演論文集である『*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*』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)。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。

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とする¹³⁾。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¹⁴⁾。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¹⁵⁾。

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と十分であるとする。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¹⁶⁾。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」の実現過程として試みているのである。

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¹⁷⁾、目的思想を出発点とする理論すべてを否認

13) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), 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, Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität, A.u.V. II, S. 433.)。

14) Ebd.

15) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 127.

16) Ebd.

17) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 128. なお、応報刑における目的の接続に関しては Jannis

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対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¹⁸⁾、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、そのような支配的見解に立ち向かう対抗軸が形成されたのである¹⁹⁾。リストは、ドイツ国内外におけるそのような流れが²⁰⁾、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²¹⁾。

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

↘ A. Georgakis, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts も参照されたい。

18) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 130.

19) Ebd. Fn. 1.

20) 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.V. I, S. 130)。

21) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 130 f.

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²²⁾。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²³⁾。

リストはこのように自身の見解を要約したが、それが従来の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²⁴⁾。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）」といてもよいとする。とはいえ、それが従来の統合説とは全然違うものであるということを意識しておく必要がある²⁵⁾。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²⁶⁾。リストは、従来の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

22) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 132.

23) Ebd.

24) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 132 f.

25) リストは自身の統合説と従来のそれとの違いを明確に表している（A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 133）。

26) 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、統合は出来ないが、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。

で、自説を「進化主義理論 (evolutionistische Theorie)」とも名付けている²⁷⁾。

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)²⁸⁾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。

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

27) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), 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ことを明らかにしている。

28) 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。

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²⁹⁾。

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³⁰⁾。このような原始的な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

29) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), 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。

30) Ebd.

ない」ので³¹⁾、「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³²⁾。

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³³⁾。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³⁴⁾。

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」³⁵⁾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

31) 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。

32) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 134.

33) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 135.

34) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 136 ff. 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。

35) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 138 f.

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はっきりした形で、社会的な性格が認められるとされる³⁶⁾。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³⁷⁾。

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³⁸⁾。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³⁹⁾。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

36) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 139.

37) Ebd.

38) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 140.

39) Ebd.

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認されることになる。

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を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⁴⁰⁾。

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々々から発するしかないが、この個人々々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、組織や機関などが無い場合には概念上不可能である、ということになる⁴¹⁾。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⁴²⁾。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

40) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 142.

41) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 142 f.

42) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 143.

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⁴³⁾。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⁴⁴⁾。

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⁴⁵⁾。

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⁴⁶⁾。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、「経験は法と道徳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、道徳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⁴⁷⁾。言い換えると、「法的・道徳的な規範の発達ということ、行為をその法的・道徳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」

43) Ebd.

44) Ebd.

45) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 141.

46) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 144.

47) Ebd.

ということである⁴⁸⁾。

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、道徳・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。

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⁴⁹⁾。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

48) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 145.

49) Ebd.

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、おそらく個人の存在を超えるような最高目的に従属されていればいるほど、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」という文章で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⁵⁰⁾。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⁵¹⁾、議論を進める。

リストは、まず、衝動行為である刑罰が「本能的一合目的的な行為 (instinktiv - zweckmäßige Handlung)」であると断定する⁵²⁾。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⁵³⁾。そ

50) 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をあまり気にしない。彼の唱える「発展」というのは、非常に楽観的な展望のものであると言える (A.u.V. I, S. 145 f.)。

51) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 146.

52) Ebd.

53) Ebd. 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。

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の間の関連は認識されえなくなるのである⁵⁴⁾。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々人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、さまざまな一般的な命令を通じて「宣告された法益」となるということである⁵⁵⁾。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⁵⁶⁾。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ずる」ことになるのである⁵⁷⁾。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⁵⁸⁾。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⁵⁹⁾。

54) Ebd.

55) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 147.

56) Ebd.

57) Ebd.

58) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 148.

59) Ebd.

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⁶⁰⁾。

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⁶¹⁾。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⁶²⁾。

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、「歴史的発達経過」のなかで完成に近づくのであり、

60) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 149.

61) Ebd.

62) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 149 f.

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⁶³⁾。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⁶⁴⁾。リストは、客観化された刑罰の自己制限によって出来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⁶⁵⁾。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⁶⁶⁾。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決定にあるということである。

四節. 量刑決定原理

刑罰の本質的な課題が合目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。

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⁶⁷⁾。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だ

63) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 150.

64) Ebd.

65) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 151.

66) Ebd.

67) Ebd.

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と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「合目的的な意志行為」になったとしているので⁶⁸⁾、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⁶⁹⁾。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⁷⁰⁾。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

68) Ebd. 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。

69) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 152.

70) Ebd. 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、「マールブルク綱領」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。

できる権利を保障することができるということである⁷¹⁾。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⁷²⁾。

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⁷³⁾。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⁷⁴⁾。

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⁷⁵⁾。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、可能な限り控え

71) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 153.

72) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 154.

73) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 151 f.

74) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 154 f. 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。

75) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 161.

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⁷⁶⁾。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⁷⁷⁾。リストは、「刑罰の正当化を合目的性と同一のものである」としており⁷⁸⁾、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⁷⁹⁾。

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）。

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

76) Ebd.

77) Ebd.

78) Köhler. aa.O. (Anm. 74), S. IX.

79) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 162.

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の意味するものであり、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⁸⁰⁾。

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⁸¹⁾。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⁸²⁾。

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⁸³⁾。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

80) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 163.

81) Ebd.

82) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 164.

83) 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、

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⁸⁴⁾。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⁸⁵⁾。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⁸⁶⁾。

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

▼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(A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12) S. 164)。刑罰とは、リストにとって、目的にしたがいがいい、有効に活用できるものでなければならぬ。

84) Ebd.

85) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 164 f.

86) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 166.

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⁸⁷⁾。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⁸⁸⁾。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⁸⁹⁾、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⁹⁰⁾。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⁹¹⁾。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

87) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 167.

88) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 169.

89) Ebd. 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 (A.u.V. II, S. 211.)。彼は死刑の廃止を唱えているわけではない。

90) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 171.

91) Ebd.

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⁹²⁾。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⁹³⁾。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」ができると認識している。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⁹⁴⁾。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、合目的的な刑罰を用いる必要がある、そうすることで、目的意識的な法益の保護も確実に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。

92) Ebd.

93) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 172 f.

94) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 173.

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のであり、あらゆるものが手段として対象化され得るということ、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出来上がるからである。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。

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。

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、

本稿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⁹⁵⁾。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⁹⁶⁾。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⁹⁷⁾、「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⁹⁸⁾、「保護刑は応報刑であるとも言える」のである⁹⁹⁾。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、犯人が犯したとはい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¹⁰⁰⁾。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

95) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 174.

96) Ebd.

97) Ebd.

98) 安平, 前掲書 (注11), 94頁。

99) Ebd.

100) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 174 f.

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¹⁰¹⁾。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¹⁰²⁾。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¹⁰³⁾。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¹⁰⁴⁾。

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¹⁰⁵⁾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¹⁰⁶⁾。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、

101) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 175.

102) Ebd.

103) Ebd.

104) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 176.

105) 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ま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 (A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 178.)。

106) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 178.

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示しようとした¹⁰⁷⁾。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。

七節. リストの進化論的發展思想

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とっても決定的な要素であるという体系的統一性 (Systemeinheit)¹⁰⁸⁾をはっきりと表すものである、ということである。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

107) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 177 f.

108) 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 (Köhler, a.a.O. (Anm. 74), S. VII.) と小阪亮「リスト理論の現代的意義 (2・完) ——リストのマルブルク綱領の考察——」, (『早稲田法学』第82巻2号 (2007年)) 136頁以下を参照されたい。

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¹⁰⁹⁾、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。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。これこそマルブルク綱領の根源をなすものである。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、その原理のもっている意味合いを考察する必要がある。したがって、以下においては、「統合の原理と排除の原理」というのが「マルブルク綱領」においてどのように具体化されているのかを明らかにする。そうすることで、のちの彼の作品を理解するための基礎付けができる。

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¹¹⁰⁾。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

109) リストの刑事政策と国家観については、Michael Kubink, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2002, S. 75 ff. と、拙著「フランツ・フォン・リストにおける学問観——「ドイツ近代刑法史」の再考のために——」(『立命館法学』第362号(2015年))も参照されたい。

110) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 133.

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¹¹¹⁾。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」¹¹²⁾というものが「認識」されて、目

111) 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により詳細に定式化される。

112) 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

的の表象が行為の動機になるという点にある」のであり¹¹³⁾、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¹¹⁴⁾。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な禁止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¹¹⁵⁾。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¹¹⁶⁾。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、さまざまな一般的な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、歴史的発達経過において、完成に近づくのであり、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¹¹⁷⁾。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¹¹⁸⁾。

↘存という目的に奉仕しているということを意味する。

113) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 145.

114) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 146.

115) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 146 f.

116) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 149 f.

117) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 150.

118) 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

二. マールブルク綱領における「排除の原理」

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¹¹⁹⁾。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¹²⁰⁾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

「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りうるものであるので、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。

119) のちに検討されるリストの学制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。

120) Au.V. I. aa.O. (Anm. 12), S. 145 f.

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¹²¹⁾。つまり、衝動行為の有する合目的性が認識されて、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¹²²⁾。したがって、最高の目的を目指す目標というものは、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、目標というも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¹²³⁾。そのような目標ないしその達成が「発展」であると観念

121) Au.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 146.

122) リストは、ベーリングが「法の発展というものは、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, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, II, in: ZStW 27, 1907, S. 94 f.)。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。

123) 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

できるからこそ、「発展」の観念から目的開放的で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。

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¹²⁴⁾、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

↘ 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、既を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」としたことから明らかである (A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 132.)。

124) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 168.

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暗示する¹²⁵⁾。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¹²⁶⁾。それは、問題の対象を個々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面的にもっており、いわば社会進化論の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

125) 効率と費用の節用については、A.u.V. II, Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, S. 248. を参照されたい。

126) A.u.V. I, aa.O. (Anm. 12), S. 168.

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」¹²⁷⁾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、本稿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」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。ある歴史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、本稿の末尾において取り上げることにする。

第二章. 刑法における「発展思想」¹²⁸⁾

前述のように、マルブルク綱領におけるリストの「発展思想」はのち

127) 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。

128) 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。そのメ

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¹²⁹⁾。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)」の排他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

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出来る」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127), 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であり、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ぬ。

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

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。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事が可能となろう。

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、第三章で検討する「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。

一節．フランツ・フォン・リストにおける科学（Wissenschaft）¹³⁰⁾

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

130) 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で、「科学」という訳語を当てた。

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¹³¹⁾。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¹³²⁾。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

131) Liszt, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, A.u.V. II, S. 289.

132) Ebd.

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¹³³⁾。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¹³⁴⁾。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。

そうすると、ドグマティックな法律学である法学一般は、リストがもっ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¹³⁵⁾。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いえるからである。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¹³⁶⁾。

133) Ebd.

134) A.u.V. I, a.a.O. (Anm. 12), S. 162, A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 131), S. 290.

135) Liszt, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, A.u.V. II, S. 77.

136) A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 135), S. 77 f. 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

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科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¹³⁷⁾。したがって、犯罪学と刑事政策の用いる方法論も、すべての純粹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¹³⁸⁾。

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、彼の決定論の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しかない¹³⁹⁾。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¹⁴⁰⁾。これがリストの決定論の主張するすべてである。

ゝていない。

137) A.u.V.II, aa.O. (Anm. 135), S. 82.

138) 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学であるとするならば、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。

139) Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, A.u.V.II, S. 38.

140) Ebd.

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るだろ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¹⁴¹⁾。

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の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¹⁴²⁾。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

141) A.u.V.II, aa.O. (Anm. 139), S. 38 f.

142) A.u.V.II, aa.O. (Anm. 139), S. 39.

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、ただ単にそれが我々の知ることのできない領域に属するとし¹⁴³⁾、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¹⁴⁴⁾。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¹⁴⁵⁾。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。

143) Ebd.

144) Ebd. 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、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。

145) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 139), S. 39.

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絶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¹⁴⁶⁾。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¹⁴⁷⁾。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いえる¹⁴⁸⁾。このように考えると、リストの認識論的見解がいわゆる

146) A.u.V. II, aa.O. (Anm. 139), S. 40.

147) Ebd. 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ベ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。

148) 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、これを超越する事柄、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。

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¹⁴⁹⁾、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の服従であろう」というのがそれである¹⁵⁰⁾。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¹⁵¹⁾、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」とであると批判していることから推察できるように¹⁵²⁾、彼自身の決定論が「宿命論的決定論」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

149) Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935. S. 13 ff.

150) Jannis A. Georgakis, a.a.O. (Anm. 17), 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。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、刑事司法における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。

151) Liszt, *Die Zukunft des Strafrechts*, A.u.V.II, S. 11 f.

152) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 151), S. 7.

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、矛盾でなくなると思えよう。

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ければならないからである。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¹⁵³⁾。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¹⁵⁴⁾。

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¹⁵⁵⁾。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¹⁵⁶⁾。さらに、「我々は、毎日、社会的交際および国家的生活にお

153) Jannis A. Georgakis, a.a.O. (Anm. 17), S. 18.

154) Ebd.

155) A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 139), S. 46.

156) Ebd. 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、

いて、利得および責任に基づかない価値判断を下し、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¹⁵⁷⁾。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勞・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¹⁵⁸⁾。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

ゝ美に関することは人間がロゴスを感じ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。

157) A.u.V. II, aa.O. (Anm. 139), S. 46.

158) A.u.V. II, aa.O. (Anm. 139), S. 46 f. 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の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。

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¹⁵⁹⁾。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な介入によって、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¹⁶⁰⁾、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いえよう¹⁶¹⁾。

159) 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。

160) Jannis A. Georgakis, aa.O. (Anm. 17), S. 18 f.

161) もちろん、価値判断による目的志向的な因果の流れへの介入は、次なる段階への「発展」をも見込んでいる。「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、マー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

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。これはマー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。

二節. 社会病理的現象としての犯罪

すでに述べたように、マー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」¹⁶²⁾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。

↘ 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・排除のような処置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。

162) 「全刑法学」については、拙著(前掲書(注109), 頁以下)を参照されたい。

そのような全刑法学的構想のもと、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な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¹⁶³⁾。

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

163) とはいえ、リストの社会進化論的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も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 Strafwissenschaft - 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（A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 13), 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（A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 13), S. 433.）。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って、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（A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 13), S. 433.）、つまり、犯罪の科学的因果関係の獲得であった（A.u.V. II, a.a.O. (Anm. 13), S. 435.）。

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」とする¹⁶⁴⁾。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ろう。犯罪現象に対する社会進化的アプローチは、「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、現象界における出来事なのであり、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¹⁶⁵⁾。

164) Liszt, aa.O. (Anm. 144), 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(A.u.V. II, aa.O. (Anm. 13), 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(A.u.V. II, aa.O. (Anm. 13), S. 435.) 古典学派の仕事を評価している。

165) Liszt, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, A.u.V. II, S. 231 f.

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 Rückschläg）」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¹⁶⁶⁾。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ても、それが犯罪原因論として体系的でないとして批判する¹⁶⁷⁾。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¹⁶⁸⁾。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¹⁶⁹⁾。

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

166) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 437.

167) Ebd.

168) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 437 f.

169) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 438.

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、とりわけ経済的状況である」という見解をもっていた¹⁷⁰⁾。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¹⁷¹⁾。

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¹⁷²⁾。犯罪が個人の生活における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¹⁷³⁾。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

170) Ebd.

171) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 438 f.

172) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 439.

173) Ebd.

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¹⁷⁴⁾。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¹⁷⁵⁾。

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¹⁷⁶⁾。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、生物学上の一個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¹⁷⁷⁾。したがって、ヴェルヒョウに倣って、疾病と

174) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 440.

175) Ebd.

176) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 165), S. 234.

177) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 165), S. 237.

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¹⁷⁸⁾。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のは無駄なこと」¹⁷⁹⁾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¹⁸⁰⁾。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¹⁸¹⁾。

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、リストはヴェルヒョウから、犯罪原因論に関する方法論的な示唆を受ける。それは、

178) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 441.

179) Ebd.

180) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 440 f.

181) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 165), S. 242 f.

すなわち、社会的胴体（Körper）を通常の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ならば、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¹⁸²⁾。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¹⁸³⁾。

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¹⁸⁴⁾。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¹⁸⁵⁾。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、ユダヤ人とバイエルン人を例に取り、「ユダヤ人は侮辱、それに対してバイエル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¹⁸⁶⁾。

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

182) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 442.

183) Ebd.

184) 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. 129), S. 174.）。

185) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 442.

186) Ebd.

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¹⁸⁷⁾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¹⁸⁸⁾。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てい力強い上昇を示すのである¹⁸⁹⁾。

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¹⁹⁰⁾、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、そしてそれにとりと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¹⁹¹⁾、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

187) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 443.

188) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 444.

189) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 443.

190) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 444.

191) Ebd.

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¹⁹²⁾。

リストは, このような犯罪の自然法則性ないしは歴史的な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当な要素を完全に排除する」ことである¹⁹³⁾。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。……個人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」¹⁹⁴⁾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るのである¹⁹⁵⁾。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

192) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 445.

193) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 446.

194) Ebd.

195) Ebd.

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ま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同一性の枠に含まれないということの意味するものであり、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¹⁹⁶⁾。というのも、優

196) David von Mayenburg, a.a.O. (Anm. 129), S. 175。

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ものであると理解することができる（生殖管理による人種の改良）、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、さらにジェノサイ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、「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¹⁹⁷⁾。それは社会にとって問題と

197) A.u.V. II, aa.O. (Anm. 13), 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といえる。

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¹⁹⁸⁾。

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¹⁹⁹⁾。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²⁰⁰⁾。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

198) David von Mayenburg, a.a.O. (Anm. 129), S. 175.

199) Ebd.

200) David von Mayenburg, a.a.O. (Anm. 129), S. 176.

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²⁰¹⁾。このような時代的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²⁰²⁾。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²⁰³⁾。

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のある方法で結びつけることのできる総体的な解決に憧れていたということである²⁰⁴⁾。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²⁰⁵⁾。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

201) Ebd.

202) Ebd. 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。

203) Ebd.

204) David von Mayenburg, a.a.O. (Anm. 129), 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、「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（Der Entwicklungsgedanke im Strafrecht, aa. O. (Anm. 144), S. 497 ff.）。

205) A.u.V.II, a.a.O. (Anm. 13), S. 433 ff.

と思われる世界観として考えられた」と言えるのである²⁰⁶⁾。

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。

206) David von Mayenburg, a.a.O. (Anm. 129), S. 177.