

〔翻 訳〕

エバーハルト・シュミットホイザー「刑罰の意義について」(一)

泉 健 子

本稿は、Eberhard Schmidthäuser, *Vom Sinn der Strafe, zweite, neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, (Vandenhoeck & Ruprecht) Göttingen 1971 の全訳である。原註は、最終回の巻末に一括して掲載する。

目 次

- 一、刑罰の像
- 二、刑罰の意義への問い
- 三、刑罰論
 - (一) 絶対的刑罰論
 - (二) 相対的刑罰論
 - (三) 統合主義 (以上本号)
 - (四) まとめ、現在の状況
- 四、本質的概念
- 五、刑罰の意義
- 六、倫理的結論

一、刑罰の像

われわれは、刑罰というものを、個人に対する国家機関の一つの行為として経験する。つまり、共同体生活という国家的秩序にはめ込まれた法的効果、われわれが〔犯罪〕もしくはそれに類する呼び名で呼んでいるところの、重大な悪事であることも軽微な違反であることもありうるような行いに対する法的効果として、刑罰を見ているのである。周知のように強力な共同体意識が生い育つや否や、どの民族にもどの時代にも、このような刑罰は存在した。——それどころか、悪事に対する反作用という初期の諸形態（たとえば血讐）が刑罰へ移行するという事実には、共同体意識の強化を読み取ることさえできる。そして、たとえ刑罰の像が時の流れの中で変化し、また民族によってそれがどれほど異なっていくように、すなわち、ソクラテスは毒杯をおおぎ、イエスは十字架にかけられ、古代ローマ人はとりわけ流刑や強制労働によって処罰し、中世後期ならびに近世初期のドイツは——あの時代の他の国々もそうであったように——身体刑や生命刑に満ちみちてはいたが、あらゆる国家的刑罰に共通の不変なものを認めることができる。一六世紀の末によくオランダ人が、近代的自由刑を発展させるに至った。それは、罰金刑と並んで今日の処罰の像に決定的な役割を果たしている。一八七一年のドイツ刑法典は、主刑として、死刑と重懲役・軽懲役・拘留・要塞禁錮の自由刑、さらに罰金刑を規定していた。一九六九年以来、ドイツ刑法典は、わずかに単一的自由刑と罰金刑、それに運転禁止の刑（原動機つき車両の運転禁止）を規定しているにすぎないのである。——

まず初めに、歴史の中の刑罰の像が今日とはどれほど異なっているか、そして、われわれが心に描いている刑罰の姿と
 いうものが本来はどれほどの拡がりを持しているか、例をあげて明らかにしたいと思う。

第一の例は、およそ二百年ほど前のパリでの「国王暗殺者」⁽¹⁾ダミアンの処刑の記録である。一七五七年一月五日、四三才のロベール・フランソワ・ダミアンは、ヴェルサイユでフランス国王ルイ十五世に飛び掛かり、短刀で王の右胸を刺し、一七五七年三月二八日の月曜日にパリのグレーヴ広場で処刑された。「国王暗殺者」(王を殺害したのではなく、傷を負わせたにすぎなかったが、記録では彼はこう呼ばれている)の処刑については、目撃者としてその処刑をつぶさに体験した司法官と警察官たちによる記録が残されている。これらの記録の一つから、以下にいくつか抜粋してみよう。

「パリの死刑執行人は、処刑の際に手を貸してもらうために、フランス全土から幾人かの同業者を呼び寄せていた。一六一〇年五月二七日、つまりアンリ四世暗殺の一三日後に、グレーヴ広場で国王暗殺者ラヴァイヤックが処刑されて以来、幸いといおうか、この種の処刑の前例が一つもなかったのである。」

「処刑は、次の月曜日、二八日と決まった。このニュースは、すぐに民衆の間に広まり、見物人の一部の者達は、そのために日曜日から月曜日にかけての晩を刑場の柵にもたれて過ごした。」

「日曜日、つまり処刑前日の二七日以来、パリでは、次のような噂が広まった。彼は翌朝の五時に拷問台の上で靴型拷問具により通常尋問と特別尋問をうけたのち、公開の謝罪を行うためにコンシエルジュリから九時に連れ出され、それからグレーヴ広場へ連れて行かれるのである。このニュースは、きわめて確かなものと思われたので、多くの者たちが、明日になってはもう入れないのではないかと恐れて、自分たちの借りた部屋で一夜を過ごしていた。ちなみに、わたしの家内の靴屋は、窓の三つある自分の部屋を、部屋の奥のテーブルの上に、あと二人から一人は泊めてもよいという条件をつけて、三〇〇リーヴルで貸していた。」

処刑自体については、このあと次のように記されている。

「二人の聴罪司祭が、彼に死に対する心の準備をさせるために跪いた。彼は、彼らの言うことに耳を傾け、彼らを拒まないように見えた。そうこうするうちに、死刑執行人たちが、彼の両脚に巻かれていた布切れをほどいたが、これは噂によると、真赤に焼けた火挟み

でたつぷり責め苦を味わせたために巻かれていたのである。そして、赤いズボンが脱がされ、シャツのボタンがはずされたので、彼はほとんど裸に近い格好であった。それから、彼は地面から抱えあげられ、その上で処刑されることになる処刑台とおぼしき台の上に、顔を市庁舎にむけて横たえられた……

その後、籬なだか鉄帯なだかが彼の腕の下の上腹部をまたいで取り付けられた。この籬は、玉突きゲームのゴールのように見えた。籬の両端は、下から台にさし込まれ、そこで頑丈なねじで固定されていた。この籬の中央に一本のねじが取りつけられており、このねじに別の二本の籬か鉄帯なだかが堅く固定されていて、この二本の籬は彼の両肩の上を通り、頭部しか動かすことができないほどにしっかりと、その悪党を押えつけていた。もう一つ大きな籬が、上腹部のそれと同じように、腹部を固定していた。この籬にも、もう一方の籬の場合と同じように、一本の鉄帯なだがつながれていて、それが二本の太股の間を通り、馬たちが引っぱり始めたときに彼の体があちこち動きまわらないようにと台の下で頑丈なねじで固定されていた。最後に、彼の両腕と両脚が、斜め十字の形で台の上に縛りつけられた。台に穴をあけて革紐を通していたのである。

死刑執行人は、この国王暗殺者の処刑を次のようにして始めた。つまり、暗殺者の右の手は見たところ火挟みのようなもので燃えさかる硫黄の上にもつていかれ、肉の一部が落ちて来るほどに焼かれたのである。わたしは、その火を自分の双眼鏡ではつきりと見るこゝろでできたが、彼の手にくりつけられたといわれる刃物は識別することはできなかった。しかし、彼の発した恐ろしい悲鳴は非常によく聞えたとし、頭部の激しい動きで苦痛がどの程度まで達しているかは分かった。けれども、これは、彼が耐え忍ばねばならぬものの序曲にすぎなかった。

彼の手が再び台の上に固定されると、死刑執行人の一人が、彼の右の乳首を錠前師の使うものとそっくりのやつとここで引きちぎりはじめた、そしてかなりの肉の塊をむしりとつたのちに、もう一人の執行人が大きな鉄の柄杓で、油と硫黄と臘と煮えたぎった樹脂のまざりあった溶けた鉛を、そこへ流し込んだのである。この残酷な作業は、胸の左側、両腕、両太腿、両脚と繰り返されたが、そのとき、この極悪人があげた叫び声は苦痛の激しさを如実に物語っていた……この哀れな者は、ぞっとするような叫び声を天に向けて発し、その頭を猛烈に振り動かした。脚はしっかりと台にくくりつけられていたのに、わたしは彼の脚の爪先が（体全体もそうであったが）ぞっとするような痙攣でピクピク動くのを見た。だが、どこにも憐憫の情は見られず、誰ひとりとして彼の運命を嘆き悲しむ者はいなかったのである。

このような責め苦が終ると、ダミアンが苦しんでいる間もその傍を離れなかった二人の聴罪司祭が、彼を慰めるために近づき、口づけをさせようと数回、十字架像を彼に差し出した。

その間に、彼の脚と腕は台から解かれ、それからロープでしっかりと縛られ、そのロープが彼を四つ裂きにするようになって四頭の馬の横木に固定された。御料地管理庁が四八〇〇リールを支払ったといわれる六頭の若い逞しい馬が、そこにはいた。この六頭の馬は、通常は馬車馬が付けているような真新しい胸がいを付けていた。もし中の一頭が言うことをきかなかったときに、替えの二頭が役立つようにと、六頭の馬が調達されていたのである。あの不忠のラヴァイヤックがこれと同じ方法で処刑されたとき、中の一頭の代わりをするために、ある市民が用立てた馬を借りなければならなかったが、その馬がきちんと引っぱらなかつたということを、明らかに記録で知っていたのであろう。」

「この悪党ダミアンは、六〇回以上も引っぱられるという恐ろしい目に会ったが、彼はいよいよ大きな叫び声をあげ、激しく頭を振りまわしてこれを耐えた。結局、彼を四つ裂きにできぬまま、誇張ではなく一時間近くも彼は引っぱられ続けたのである。そして遂に、パリの死刑執行人が、前述の三人の医者のお勧めに従って、裁判所書記の助手と刑場にいた二人の廷吏に相談し、……六頭の馬はどうしても彼を引き裂くことができないので最後の手段として太腿と腕の肉を切るという許可を得たいと申し出た。そして、われわれは死刑執行人に伝えられた許可の結果を目標したのである。

「右手を焼くことから始まったダミアンの処刑は、そのすべてが終るのに一時間半以上もかかった……。この惨めな者が、自分の犯した罪について後悔の気持ちをもって死んだのかどうかは分からない。おそらく、そうとは思えない。なぜなら、きっと共犯者はいたであろうのに、彼はその者の名前を言わなかったからである。いずれにしても彼は、あの猛烈な苦痛の間じゅう、主と聖母マリアの名を呼びつけていたということである。」

われわれの挙げる例の第一は、以上の如くである。そんな昔のことではない。ちょうど二百年前のことである。ゲートはその時七歳だった。そして彼の祖父は、今日残っている彼の最初の詩、新年のお祝いの詩を既に贈らっていたのである。

次の例は、現代の例である。それは、一九四五年から一九六二年のあいだの、ドイツのある刑務所の人事記録の中に見い出されるが、氏名や場所、日付けの記載は、それなしに済ますわけにいかない場合、変更せざるを得なかつた。

X市刑務所

重懲役囚、受刑者フリッツの人物記録

記録文書第一枚目

には、執行官庁の該刑務所への収容依頼が収められている。

執行刑 無期懲役。

刑の開始時期 一九五〇年一月二六日午前零時。

記録文書第二枚目以下

には、一九五〇年一月一八日の陪審裁判所の判決が収められている。それによると、一九三〇年生れの受刑者は、一九五〇年七月三〇日、彼の児を身籠り結婚を迫った恋人を、大都市の人気のない廃屋の敷地内に誘い込み、絞殺した。それ故、この者は、謀殺罪で有罪とされ、無期懲役および公民権終身喪失の判決を受けた。

その後の数枚には、犯行や経歴についての検討、ならびにその際に得た印象に関する記載、本人自筆の履歴書、一身上の事柄・教育環境・学校教育等々について記入されたアンケート用紙、医務官による入所時の検査報告、作業割り当て・特別許可・懲罰・特別保全処置・面会に関する一覧表が収められている。

記録文書第二〇枚目は、この既決囚を、一九五一年一月以降、紙袋作りの作業から印刷作業に移すことについて、施設の作業監督官が記入した書式用紙である。

記録文書第二三枚目

「私こと、受刑者フリッツが上級教諭殿と相談することをお許し下さい。授業計画の打ち合せに関する件。X市、一九五二年六月一四日。上級教諭の記入、「話し合いを行った。土曜日に、この続きを行う。」

記録文書第二四枚目には、「中級事務官殿と私事について」相談する許可を求める文書が収められている。ここには、刑務所長の記載がある。「受刑者は、職業計画の作成にあたり助言を願っている。専門的なことに関しては、まず作業長と話し合うべきである。副次的な仕事ならびに余暇の利用については、時間割表を作成させ、その後、本官は、この者とこの週末に、それを徹底的に検討する。」

記録文書第二五枚目 受刑者は、「鉛筆三本、メモ帳一冊、雑記帳一冊、製図用インク一瓶の購入」の許可を求めている。

刑務官の記入、「購入を許可する。」

そのあとには、面会許可願、「特別発信許可」願いの数枚の文書が綴られており、そして監督官、作業官、主任の意見が記入されている一枚の評価表が収められている。(信頼度 房内作業から判断するなら、有り。持続力 むらなく一定している。勤勉さ 勤勉かつ良心的。態度 礼儀正しく控え目。その他の所見 同人はもの静かな男である。自己の刑期を有益に過ごそうと努力している。しばしば意気消沈しがちで、たえずよくよと思いがちだが、助言は受け入れる。囚人とのつきあいに関しては素行の悪い連中を避けている点が目立つ。)

記録文書第三五枚目

「私、受刑者フリッツは、消灯時間を二一時まで延長して下さるようお願いいたします。仕事上とても沢山学ばねばなりませんので。X市、一九五二年一月一〇日。」

所内指導は、消灯時間の延長は許可されたと記入している。

記録文書第三七枚目には、印刷された書式用紙に次のように記入されたものが、一枚はさまれている。

「私が見た新聞は、私には用済みですから、施設の処分におまかせいたします。本人。」

記録文書第四五枚目には、「領置物から、ハンカチ二枚、スポーツシャツ一枚、セーター一枚」の引き渡しを求める文書がはさまれて

いる。

「記録文書第四八枚目には、「上級教諭殿」との相談の願い出が収められている。上級教諭の記入、「彼は、現に印刷工として働いているので、印刷工としての理論的学習をも望んでいる。M作業長殿に相談させることにする。手立ては与える」と約束した。」

「記録文書には、この種の、すなわち製本工場で本を一冊製本してもよいか、自分の作業収入金で運動靴を一足購入してもよいか、特別の信書を出してもよいか、といった許可願いが目白押しである。

「記録文書第七二枚目には、一九五六年の州政府首相の決定謄本が収められている。「この者の刑罰に関しては、無期懲役から有期懲役への刑の変更は、目下のところ却下する。」

「記録文書第一二七枚目には、会員制のブック・クラブに入会してもよいか、その許可を求める本人の願い出が収められている。所内指導の記入がある。「上級教諭Mと事前に協議したのちに、本人と話し合った。本官(M)は、おそらくは一回読むだけで、その後は放っておく書籍に、それでも同じような形で所内の図書室から借り受けることができる書籍に、受刑者が金を遣うのは適切でないと判断する。そこで、自己をさらに教育するのに役立つ書籍のみを購入するよう、この者に勧める。これを当人も諒解する。話を続けているうちに、この者は、今すぐにグラフィックアートの勉強を始めるべきだということで見解が一致した。既決囚Xをその道の「先生」として、存分に教えを乞うのが得策だからである。今後の教育全般についての正式の計画を相談するために、この者には、後日、再度、許可を求めさせることにする。」

「記録文書第一六三枚目には、「Y市検事正殿への恩赦権行使願い」という、一九五九年の所内指導の書状の写しが収められている。判決と本人の犯行の簡単な記載ののちに、次のように書かれている。

「この者は、評判のよい家庭の出であり、その夫婦の次男として……父母のもとで成育し、小学校、中学校へと通いました。卒業後、商業従業員として必要な知識を習得し、逮捕されるまで従業員として勤務しておりました。この者は、病的な素質をもつ者ではなく、また犯行に至るまで同年輩の者たちと比べて甚だ好ましくない影響にさらされていたわけでもありません。家庭、学校、職業上でのこの者の態度からいって、当時彼と交友関係にあった者の誰ひとりとして、あの犯行が彼に犯せると思う者はなかったのであります。」

受刑者は、一九五一年一月二日から当地の刑務所に収監されております。この間に、この者は、ごく普通の才能を有する、控え目な、礼儀正しい、物分かりのいい、人なつこい男であることが判明しました。これは家庭での躾の良さを窺わせるものであります。記録の上でのこの者の印象は、あらゆる点で良好であります。この者は、つねに指導をうけることを厭わず、行刑の教育的処置に進んでまた関心をもって協力するばかりか、自己の性格的、知的ならびに職業的育成のために、拘留期間をあらゆる点で有効に活用しようとする熱心に努め、十分な成果をおさめております。

受刑者同士の付き合いでは、この者は控え目で、弱い受刑者には進んで味方し、刑務官に対する振舞は適切で申し分ありません。この者は、つねに協力的であり、自分に課せられた仕事をやり遂げようと努力し、しかも他の受刑者のために余分の仕事を引き受けることも厭いません。

作業主任は、この者に最高の勤務証明書を与えております。作業の点では、印刷工としてここで相当な技能を習得し、この作業場で最も信頼できる、かつ最も慎重な、そして誰よりも積極的な受刑者であると目されております。

その素行、態度、作業量は、つねに一定で非の打ちどころがなく、かつあらゆる点で模範的であります。要約して申しますなら、若年の重懲役囚グループ内のまじめな雰囲気は、この者のインシアティヴに負うところ大であります。

この者は、十分な知的資質を備えており、つまり知的摂取の面からして確実に今後成長する可能性をもっておりますから、再出発することができ、と本官は思料いたします。この者の成長の現状からみて、この者が過去のこの者の犯行を犯す虞はもはや全くないと思われまふ。この者は、あの犯行を理解できない、恐ろしい、いくら償つても償いきれない出来事と感じており、そしてそれが時とともに薄れるどころかむしろこの者をひどく悩ませております。

この者は、犯罪者タイプではありません。その犯行は、この者の人柄から説明できないばかりか、その他の特性とも相容れないものであります。思うに、あの行為は、紛れもない発作的行動であります。この者が二度と再び法律に違反しないであろうことはほぼ確実なことであり、少くともあのような重大な犯行を犯すことはいずれもありません。

本官は、今はただこの者が、この間に年老いてしまった両親に、自分のしたことと埋め合わせをしたいという気持ちしか持ち合わせていないと信じるのであります。この者は、ある日それが手遅れになる日が来はしないかと、たえず恐れながら暮らしております。

その模範的な態度ならびに素行から判断して、この者はまことに恩赦にふさわしい者であり、また判決当時、少年法一〇五条、一〇六条がすでに施行されましたなら、その刑はもっと軽減されたはずでありますから、この者へ寛大な処置が示されますことを本官は切に願うのであります。」

記録文書第一七三枚目には、この受刑者に宛てたY市検事正からの一通の書状がはさまれている。「一九五九年六月六日付けの貴殿御両親からの恩赦請願書に従ひ、州政府首相閣下は、一九五九年七月二〇日付けの命令によって、一九五〇年十一月一八日のX市地方裁判所の陪審裁判により貴殿に対して言い渡された終身懲役刑を、恩赦により、一〇年の有期懲役刑に変更され、同時に貴殿に対して言い渡された公民権終身喪失も一〇年に引き下げられた。州政府首相閣下のこの決定を、本官は命をうけて本状をもって貴殿に通知する。」

次の記録文書には、刑務所の上級教諭の文書が収められている。

「本官は、一九五九年八月一四日に、F市グラフィックアート業徒弟委員会委員長であり、グラフィック工房の取締役でもあるZ氏と、受刑者フリッツの釈放後の就職の件につき、電話で話し合った。Z取締役は、釈放後もう一度二年間の見習期間が当人には絶対に必要であると考えている。

Z氏の言によれば、来年、釈放前にもう一度この件に関してZ氏と話し合い、グラフィック工房へ当人を引き受けることについて改めて依頼してもらいたいとのことであった。」

記録文書の最後の数枚の一つには、出獄審理と出獄命令が収められている。それによると、受刑者フリッツは、釈放の際に、切符と釈放証と一六三マルク一七ペニヒの作業報酬金を受け取ったことがわかる。

フリッツ当人との話し合いに関する覚書は、以下のような内容である。

「この者の行状は模範的であり、その作業態度は信頼しうるもので、また良心的であった。F市のグラフィックアート工房に見習工として斡旋した。」

この受刑者は、一九六〇年一月二五日に、X市刑務所から釈放されている。

三、番目の例は、——あえてそう言いたければ——未来におけるものである。それは、シユテファン・アンドレスの短編小説『楽園に死す』の中にある。かつて修道士であり、今は囚われの身であるパコは、修道院の僧室の天井の一つのしみの上に、彼の夢の世界、空想の島の地図を見ている。その地図の上に、パコは素朴な島の人々や至福の状態を思い描いているのである。

「殺人、強盗、詐欺はなかった。ときおり裁判所は、こそ泥や退屈のあまり口を慎しなかつた誹謗者や不貞の夫とかかわり合わねばならなかつた。罰せられる者たちは、他の者たちから隔離されることはなく、特別な衣服を身につけ、住民の集会の際には、裁判官が彼らのためのとりなしをするまでは、離れたところに腰を下ろし、黙つていなければならなかつた。そのうち、彼らは人々の前で再び厳かに市民の衣服を身につける。そして市長が民衆の名において彼らに口づけをすると、それに続いて、祝宴が行われるのであつた。」

二、刑罰の意義への問い

日々われわれは、人々が裁判によって——謀殺あるいは故殺で、窃盗、侮辱あるいは道路交通規則違反で、またその他のいろいろな犯罪で——処罰されるのを耳にする。否、自らそれにかかわることすらある。われわれは、刑罰を科したり執行したりすることを、大抵はただそれが習慣だというだけで、当然のことと思つている。既に久しい以前からわれわれの先祖たちは国家的刑罰を知つており、彼らから受け継いだ結果としてわれわれもまた罰するのである。

しかし、罰するというこの行為は、つねにわれわれの行為に他ならず、われわれはその行為に責任を負わなければならぬ。われわれは国家機関として行動したり、証人あるいは鑑定人として処罰に関与したりする。また、処罰にはつきりと賛成したり、あるいはこの国家共同体の成員として暗黙のうちに処罰を認めたりする。その結果、事実われわれは、折

に触れて、われわれが罰するということの意味に疑いを抱くのである。裁判官は、自分は被告人たちを刑務所に送りださねばならないが、彼らは送り込まれる今よりもかえって悪くなつてそこを出てくるだろうということが分つてゐる、と嘆く。監獄の建設にかかわつたある市民は、どこも老人ホームは不足しており、地方では新しい道路の建設がおどりにされてゐるのに、受刑者のためには監獄が建設され、その居室はあらゆる近代的設備を備へてゐる、とその腹立たしい気持ちをかくさない。地域住民は、重い犯罪が犯されると嘆き、犯罪から一般の人々を保護するためになされ得ることが必ずしもなされてゐないと、議會や裁判所や役所を非難する。処罰することで、人々をより良くしてゐるのだろうか。われわれは、彼らをもつと悪くしてゐるのではないだろうか。世の中に、余計な害悪をもたらししてゐるだけなのか。そこには何の意味もないのか。

たとえば、民事裁判所が損害を賠償せよとの判決を下す場合と比較してみよう。こういう判決については、誰も、真剣に訝つたりはしない。つまり契約を履行しないで、あるいは他人の物を毀損することによつて、ある者が他の者に有責に損害を与えるならば、損害を与えた者がその損害をできるかぎり償ふことは、全く理に適つてゐると思われからである。法的原因と法的結果とは、全体として合理的に理解され得るものであり、直ちに常識的な理性的世界の流れに矛盾なく組み入れることができるのである。

これに対して、刑罰には、どこか不可解なところがある。刑罰は損害を前提としてゐない。つまり銃弾が犠牲者を逸れても、故殺未遂で処罰されるし、盗まれた者が自己の物を素早く破損なく取り戻しても、その泥棒はやはり処罰されるのである。偽証、文書偽造、あるいは職権濫用、それに他の多くの犯罪においては、しばしば損害は全く認められない。犯罪によつて損害が発生しても、その損害は刑罰によつて償われぬ。損害を与えた者が仮にその損害を弁償したとしても、やはりわれわれは処罰するのである。また、刑罰は、犯罪に向けられてはゐるが、当の犯罪を起こらなかつた以前の状態にはしない。だから、刑罰は新たな害悪を古き害悪に付け加へることだと考える者もでてくる。刑罰を、損害を償ふべく

個人に課せられた負担と同じように、そのものとして直ちに意味あるものと見なすのは不可能である。

だが、われわれの罰するという行為に何の意味も認められないなら、われわれは、いったいなせ処罰することが許されるのか。はるか昔から、いたる所で、素朴な意味体験が哲学上の思索に取って代わられると、つねに刑罰の意味について熟考されたということは、不思議ではない。²⁾以下の、いわゆる刑罰論において、これらの見解を示すことにする。

三、刑罰の理論

ギリシヤの哲学者たちから今日に至るまで、刑罰の意義に関する議論は続いている。しかも、刑罰の像が時代によってどれほど変化しようとも、この議論の中で出された解答はすべて今日もなお生き続けているのである——学説や哲学上の議論においてばかりか、事の性質上、裁判所の判決においても、さらに、行刑官の服務規定から、たとえば死刑問題について日刊紙に掲載される読者からの手紙にいたるまで、国家の刑罰が問題となる場合はつねにそうである。

このような議論において数千年にわたって表明されてきた意見は、本質的な特徴に従って整理され、理論と命名され、こうしてこれらの意見は、学説や学問上の議論に自在に生かされるようになった。にもかかわらず、新しい解答の試みがなされ、しかも、その解答が相も変わらずしばしば調停できないほどに相対立しているという事実は、この問いの哲学的性質を雄弁に物語っている。

これまで刑罰理論は、絶対的刑罰論と相対的刑罰論とに区別されてきた。そしてさらに、この異なる二つの理論の観点を統合するところの、もしくは刑罰の異なる側面に配分するところの、混合ないしは統合理論が存在する。「絶対主義」は、刑罰が持つべき、もしくは持ちうる効果から完全に切り離して刑罰を見 (poena absoluta est ab effectu)、「相対主義」は、刑罰によって追求する効果と関連づけて刑罰を見る (poena est relativa ad effectum)。この二つの見解の相違を明らかに

にするために、セネカの著作『怒りについて』の一節がいつも引用される。「なぜなら、すでにプラトンも言っているように、思慮深い者は、過ちを犯したからではなく、過ちを犯さないために罰する。すなわち、起こったことは起こらない前の状態に戻すことはできないが、まだ起こっていないことは避けることができるからである。(Nan, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur.)」「犯罪を犯したために」(Quia peccatum est)——絶対主義は刑罰をこう見る。絶対主義にとって刑罰は、起こったことを顧みるにすぎない。科刑の根拠ならびに刑量は、それが関係づけられている悪行によって決定されるのである。「犯罪を犯さないために」(Ne peccetur)——相対主義は、刑罰をこう見る。相対主義にとって刑罰とは、将来の犯罪を予防すべく、将来に向けられた合目的な人間の行為なのである(それゆえ、この理論は「予防」主義とも呼ばれる)。

つまりこれが、簡潔に描写した、いわゆる刑罰理論である。ほとんど見渡しがたいほど多種多様な、過去および現代のヴァリエーションの中から、以下に、いくつかの特に際立った、その種を代表するものを選び出すことにしよう。そこにわれわれは、考えを進めていくための具体的な足がかりを見い出すであろう。

(一) 絶対的刑罰論

近年のドイツ刑法学においては、刑罰に関する絶対的な考え方が、最近まで優勢であった。たとえば、われわれはこういう言葉にであう。今日、「刑罰は、まず第一に、行為者の責任に対する適正な償いであるべきである、とする考え方が支配的である」⁽⁴⁾。そして、ドイツ刑法改正の長い歴史の中の最後から二番目の刑法草案、すなわち一九六〇年草案については、この立場に賛成して次のように言われている。すなわち、この草案は、「新たな決意で、贖罪的応報思想、それゆえ純粹の責任刑法を」堅持するのである、と⁽⁵⁾。「大多数の学者たちによって、ドイツ刑法学における応報思想が刑罰のもっとも確かな根拠であり、その正当性を理由づけるものである、つまり唯一倫理的に異論をさしはさむ余地のない根拠

であるとされている」事実は、思想史上カントとヘーゲルに由来すると考えてまず間違いない⁽⁶⁾。この二人は、刑罰の意義とは何かという問いをめぐる人々の努力に、その思想の高貴な倫理性と明晰さで、おおいに影響を及ぼしたのである。カントは、刑罰を刑罰によって追求される目的に全く捕われずに、正義の命令にのみ基礎づけられたものと見る。こう見なしてはじめて、罰せられる者は、人格としての尊厳を認められるように彼には思われたのである。

「裁判による刑罰は……は、犯罪者自身のためであれあるいは公民的社会的のためであれ、もつぱら或る他者の善を促進するための手段として課せられるといったものではなくて、常にただ彼が罪を犯したがゆえにのみ課せられるといったものでなくてはならない。なぜなら、人は決して単に或る他者の意図のための手段としてだけ取り扱われ、そして物権の対象であるものと混同せられることはできないのであって、当人の生得の人格性は右の混同から彼を保護するからである。……彼は罰せられるべきだという認定のほうで、当の刑罰によって彼自身もしくは彼の同胞のためにどれだけの利益がもたらされるかという考慮に先行するものでなくてはならない。刑罰を命ずる法則は定言命法である。したがって、幸福説の曲がりくねった道を這いまわり、「全国民が減びるよりは一人の人間が死ぬほうがましだ」というパリスイ主義的標語に従って、予想される利益を衡量しながら、犯人を刑罰から免除しあるいは少なくとも刑罰の程度を軽減する何ものかを見出そうとしているような連中は災いなるかな⁽⁷⁾なせなら、もし正義が減びるならば、人間が地上に生きることがもはや何の価値もないからである。」(以上、中央公論社『世界の名著32カント』「人倫の形而上学の基礎づけ〔法論〕」加藤新平・三島淑臣訳による。以下同じ。)

人類のもつ根源的な正義の要求をあらわしているこの命題が、つねに時代を越えて妥当するものと見なされてきたことは理解できる。カントの試みにとっては、このような正義を、個々の場合についても、その重要性に応じて、時間的制約を越えて確立し、一切のわずらわしい顧慮や偶然性を捨象する以外に道はありえなかった。彼は、個々の刑罰における正義は、ただタリオにおいてのみ、つまり「等しいもので等しいもの」に報いるということにおいてのみ、確実に認めうる⁽⁸⁾と信じたのである。

「ところで、刑罰の種類や程度を定めるに当たって、公的(司法的)正義はそもそも何をもってみずからの原理や規準となすのであるか?それは、一方の側にも他方の側にもより多く傾くことがないという〔正義の秤における指針の状態に示される〕均等の原理以外のものではありえない。だから、もし汝が同一国民に属する或る他人に対して理由のない害悪を加えるならば、それがどんなものであれ汝はそれを汝自身に対してなす(ということになる)のである。汝が彼を侮辱するならば、汝は汝自身を侮辱するのである。汝が彼から盗むならば、汝自身から盗むのである。汝が彼を打つならば、汝自身を打つのである。汝が彼を殺すならば、汝自身を殺すのである。ただ同害報復の法理(Us Talionis)だけが、ただしその際(汝の私的判断におけるそれとなく)裁判法廷におけるそれが意味されていることはもちろんであるが、刑罰の質と量とを確定的に定めることができる。その他の一切の原理は、あちらこちらと動揺し、他のさまざまな顧慮が混ぜ合わされるために、純粹・厳格な正義の宣言に対する何らの適性ももちえない。」

彼の見解によれば国家の刑罰がいかに無制限に定言的に命ぜられているか、これをカントは、最後に、あの有名な、あの共同体の終焉のありさまの中に、さながら目に見えるかのように生き生きと示している。

「公民的社会が全成員の合意によって解放する(たとえば、或る島国に住む民族が、互いに離別して全世界に分散することを決める)といった場合にも、その前にあらかじめ、牢獄につながれた最後の殺人犯人が死刑に処せられ、こうすることによって各人にその所業にふさわしいものが報いられ、そして、この処刑をあえてなさなかつたために当の民族に人殺しの汚名がかぶせられることのないようにしなければならぬであろう。というのは、こうした処刑をあえてなさなかつた民族は、右のような(司法的)正義の公的破壊の共犯者とみなされうからである。」

カントに続いてヘーゲルは、刑罰の絶対的な見方の確立に、——ことに一九世紀後半のドイツの刑法学に対して——決定的に寄与した。彼は、カントのように、刑罰を正義の命令であると見ることに満足しなかつた。ヘーゲルはむしろ、彼がいずれにおいても見出し出そうと努め、そしてそのつど定立、対立、対立の止揚(肯定、否定、否定の否定)として現わ

れるあの弁証法的プロセスに、刑罰を関連づけたのである。このような方法でヘーゲルは、——この点に論及した重要箇所では、必ずしも体系的にはつきりと打ち出しているわけではないが——法秩序、すなわち肯定としての普遍的意志から出発し、次に犯罪に否定を、そして最後に刑罰に「否定の否定」¹⁰⁾を認めるのである。刑罰とは侵害された法の理念上の回復であり、このようなものとして不可欠なのである。つまり、このような文脈において、次のような命題は理解できる。

「権利としての権利ないし法としての法の侵害が起こったばあい、この侵害はなるほど一つの**実定的な**、**外面的な**現存在であるけれども、この現存在はそれ自身のうちで、空無であり無効である。」

「しかし権利の侵害は、即自的に有る意志〔しかもこう言えば侵害者のこうした意志も、被侵害者および万人のこうした意志と同じくふくまれるが〕に起こったばあい、この即自的に有る意志そのものにおいても、たんなるその産物においても、どんな**肯定的**、**実定的**な**現存在**をももってはいない。この即自的に有る意志〔正ないし権利それ自体、法則自体〕は、それだけとして、はむしろ、**外面的に**現存在するものではないものであり、そのかぎりでは侵害されるわけがないものである。同様に侵害も、被侵害者およびその他の者たちの**特殊な意志**にとつては、ただ**否定的な**或るものでしかない。(権利の)侵害の**肯定的**、**実定的な**現存在は、ただ**犯罪者の特殊な意志**としてだけ有る。それゆえ、一つの**現存在する意志**としてのこの(犯罪者の**特殊な**)意志を侵害することは、そうでなかつたら妥当することになるであろうと、ころの**犯罪行為を揚棄**することであり、**正ないし法を回復**することである。」

「犯罪と、その揚棄——これはさらに刑罰として規定される——とが、ただ総じて**善悪**と見なされるだけであるならば、一つの**善悪(刑罰)**をたんにもう一つ別の**善悪(犯罪)**が存在しているからという理由だけで意志することは、もちろん**非理性的**であると見なすことができる。」

「だが問題はたんに**善悪**でもなければ、あれこれの**善い**ことでもなくて、はつきりと、**不正・不法と正義**である。」¹¹⁾(以上、中央公論社『世界の名著35ヘーゲル』「法の哲学」藤野渉・赤澤正敏訳による。以下同じ。傍点は原著者。)

このような視点から刑罰をみるヘーゲルは、魅力的な仕方でも、同時に犯罪者を法共同体の一員として承認するのである。すなわち刑罰において、法共同体は回復され、特殊意志と普遍的意志との一致は回復されるのである。¹²⁾

「犯罪者の身に起る侵害（刑罰）は、即、自、的、に、正、当、で、あ、り——正、当、な、も、の、と、し、て、そ、れ、は、同、時、に、……彼、の、権、利、で、も、あ、る。」
 「その点で刑罰は犯罪者自身の権利ないし正をふくむものと見なされ、この点で犯罪者は理性的な者として尊敬されるのである。」⁽¹³⁾

それでは、どの点に適正な刑罰を見いだすことができるのか、これをヘーゲルは、カントのように時間的制約を越えて——しかもタリオという意味で——規定できるとは考えない。むしろ彼は、価値同等性に、それを求めたのである。

「犯罪を廃棄することは、概念からいえば侵害を侵害することであるから、また現存在からいえば犯罪が一定の質的および量的な範囲をもち、したがってまた犯罪の否定も現存在としては同様にそのような範囲をもつのであるから、そのかぎりにおいて報復である。だが概念にもとづくこの（報復の）同一性は、侵害の特殊的性状における同等性ではなくて、侵害の即、自、的、に、有、る、性、状、に、お、け、る、——つまり侵害の価値からいっての同等性である。」⁽¹⁴⁾

ヘーゲルは、この価値同等性を、そのときどきの社会状態に関連づけている。

「ところがこの質にせよ大きさにせよ、市民社会の状態に應じ変わるものであり、状態いかんによっては、一、三錢の窃盗ないしは一株の蕪の盗みに死刑が科せられることも是認されるし、こうした有価物の百数倍にもなる窃盗に軽い刑が科せられることも是認される。」

「それゆえ刑法典は、とりわけその時代と、その時代の市民社会の状態に左右されるのである。」⁽¹⁵⁾

他ならぬカントとヘーゲルが、ドイツ刑法学にとってどれほど重要な意味を帯びるに至ったとしても、今日、刑罰の絶対的な見方のために引き合いに出されるのは、この二人にかぎられるわけではない。

すでに初期のプラトンは、——のちに彼は考え方を変えたが——『ゴルギアス』において、刑罰を絶対的なものと見ていたのである。すなわち刑罰は、犯罪によって汚れた犯罪者の魂を浄化する、そしてただそれがためにのみ、刑罰は善きものであり、それゆえ命ぜられてであると。この点についてプラトンは、あのソクラテスに次のように語らせている。

「ぼくの考えでは、……不正を行なっている者や、不正な人間は、どっちみち不幸だけれども、しかし、不正を行なっていないながら、裁きも受けず、罰にも処せられないなら、そのほうがもつと不幸であり、それに比べると、神々や人間たちによる裁きを受けて、罪の償いをするなら、その者の不幸はまだしも少ないのである。」

「不正を行ないながら裁きを受けないのは、本来、ありとあらゆる悪のなかでも最大の、そして第一番目のものだということになる。」
「だがもし、不正を行なってしまったのなら、それを行なったのが自分自身であろうと、あるいは自分が面倒を見ている誰かほかの人であろうと、とにかく不正を行なった者は、自分からすすんで、できるだけ早く裁きを受けることになる場所へ、行かなければならぬのだ。ちょうど病気になるときには医者のところへ行くように、この場合には裁判官のところへね。それも、不正という病気がこじれてしまって、魂のなか深くまで膿み腐らし、これを不治のものとするのがないようにと、大急ぎでだね。」

「しかし、もし誰かが、何らかの点で悪い人間となっているのなら、その人は懲らしめを受けるべきである。そしてこれが、つまり裁きを受けて懲しめられ、正しい人になるということが、正しい人であるということに次いで、第二に善いことなのである。」(以上、岩波文庫 プラトン著『ゴルギアス』加来彰俊訳による。)

こうして刑罰は、犯罪者にとって、その魂を浄化する治療ないしは救済手段となる。そして、医師が治療して病人を救けるように、裁判官は処罰という治療によって犯罪者を助け、そして共同体は、裁判官を任命し、その者に処罰する権限を与えることによって犯罪者に仕える。純化された贖罪は、「善きもの」、「美しきもの」なのである。犯罪者が処罰を受けて苦しむとき、しかしまた刑罰を科する共同体が正しい懲めを行うとき、大切なのはこれなのである。¹⁷⁾

刑罰に犯罪者への奉仕を見るようなこの種の絶対的刑罰論は、そののちの時代においても、繰り返し見い出される。し

かも、とくに刑罰をキリスト教神学的に考察する分野において見いだされる。たとえば、トマス・アクィナスは、「この世の刑罰は、応報刑であるというよりも、むしろ救済刑である」と言っている。⁽¹⁸⁾ 刑罰は、それ自体として必要とされるのではなく、救済手段として必要とされる。したがってそれは、過ちを犯した者を改心させるために、あるいは共同体の繁栄のために役立つのであり、共同体の平穩は、犯罪者を処罰することによって守られる。⁽¹⁹⁾ 刑罰は二重の観点のもとに考察できる。まず、刑罰によって正義が求める平等性が回復される、そして第二に刑罰は、治療ないしは救済手段 (medicina)、すなわち犯された罪を償うだけでなく、将来の過ちからも守り、さらに善きものへと促す救済手段なのである。⁽²⁰⁾

刑罰の絶対的な見方は、現代においては、たとえば次のようなプロテストスタンティズム神学上の見解に見いだされる。

正義の要請という意味においては、

「すなわち、刑罰の意義は、法を犯す者に対して、またその者において永遠の秩序を行使するものとしての刑罰そのもののうちに存在する。⁽²¹⁾」

そして、犯罪者を浄化する贖罪という意味においては、

「犯罪のために、犯罪者には、損失、悲しみ、喪失あるいは苦痛が与えられる。そして、このために正義の秤の均衡はふたたび保たれる。だが、この均衡は、贖罪から生ずる和解である。罪を贖った者は、心の安らぎを得る。」

「贖罪という考え方は、目的のことなど考えずに偏に善きものそれ自体に基づいており、また刑罰は、ひたすら行為者自身にのみ向けられているということ、これが、贖罪思想の精髓である。⁽²²⁾」

また現代の刑法理論においても、「処罰する権利」は、刑罰によつてのみ可能な「法を犯す者の浄化」に求められる。このような考え方によれば、

「可能性はただ一つしかない。すなわち、刑罰を、罪を贖い、浄化する作用から正当化するという可能性である。行為者は処罰を受けることが許されている。なぜなら、行為者は、自らが法律を犯すことによつて被つた道徳上の汚名を、刑罰の苦しみをその身に引き受けることによつてのみ拭い去ることができるからである。行為者は、すでにフィヒテが簡潔に表現しているように、処罰を受ける権利をもっている。そして、犯罪人のこの正当な要求を実現するということは、世間一般にとつても当然のことであるばかりでなく、義務でもある。」²³⁾

そして、裁判所の判決においてさえ「一般に是認されている刑罰の贖罪目的」という言葉が用いられているのである。

「一般に是認されている刑罰の贖罪目的の根拠は、まさに以下の点にある。すなわち、処罰される者が、刑罰悪を強いられて耐えるのではなく、任意の、強制されない道徳的決意によつて、それを適正なものとして甘受し、自己の犯した行為をこのような方法で贖うという点に存する。」(一九六三年二月三日、西ドイツ最高裁判所判決)²⁴⁾

以上の、いくつかの例において、絶対的刑罰論の共通点が示された。要するに、この立場では、つねに刑罰というものを、法律違反に対する道徳上避けられない応報として認め、そしてこのような法律違反にのみ刑罰を関係づけるのである。すなわち、「犯罪を犯したがために、刑罰は科せられるのである。」(Punitur, quia peccatum est)

(二) 相対的刑罰論

「犯罪を犯さないために、刑罰は科せられる」(Punitur, ne peccetur)と、相対主義は言う。すなわち処罰する共同体は、

刑罰によって犯罪を防止するという目的を追求するのである。同時にこの目的のうちに、すでに刑罰の意義と正当性が言いあらわされているとすれば、残る問題はただ一つ、このような予防を考えるのは誰に対してかということだけである。それは一般人に対してなのか、つまり多くの人々が犯罪を犯す気持ちを起こさないためなのか（一般予防）、あるいは罰せられるべき行為者個人に対してなのか、つまりその個人が将来もはや犯罪を犯さないためなのか（特別予防）。

(a)すでに久しい以前から、刑罰は一般予防的に見られてきた。ここでは、たとえば、プロタゴラス、アリストテレス、ヒューゴー・グロチウス、トマス・ホップズの名を挙げることができる。彼らは、たしかに、ただそのみを主張したわけではなかったが、その他の側面と関連させながら、一般的威嚇を刑罰の本質的使命と見なしたのである。²⁵⁾

今日、ドイツ刑法学において一般予防主義を論ずるなら、いうまでもなくまず第一に、一九世紀初頭の高名なドイツの刑法学者アンセルム・フォン・フオイエルバッハによって考え出された理論の、あの比類なく簡潔にして的確な内容が想起される。かつては、威嚇的な刑の執行に、一般予防の力点を見たのであるが（はたせるかな、それは中世末期とそれに続く数世紀の刑罰の実際において、できるかぎり過酷な刑罰を、公開で、そして特に残虐に執行するという結果を招来した）、フオイエルバッハは、その理論において、力点を完全に刑の威嚇に置いたのである。フオイエルバッハの考えの出発点はこうである。国家は権利侵害を防止せねばならない。それは、物理的強制によってのみなしうるものではない。しかも、いつ権利侵害が起こるかは必ずしも認識できないという理由からだけでも、不可能である。だから、さらに「心理的強制」を用いることが必要となる。

「それゆえ、そもそも権利侵害が阻止されるべきであるとするなら、物理的強制の他に、なお別の強制が存在しなくてはならない。それは、権利侵害の成就に先行する強制であって、国家から発し、個々のいかなる場合にも、これから起こる侵害の認識を前提とするこ

となく効力を發揮するような強制でなくてはならない。かかる強制としては、心理的強制以外にありえない。⁽²⁶⁾

このような心理的強制の可能性を、フォイエルバッハは、権利侵害への感性的衝動を放棄させる刑の威嚇に見ている。

「一切の違反の心理的成立原因は、感性にある。すなわち、人間の欲求能力が行為に対する意欲もしくは行為からの快感によってどの程度までその行為の実践に駆り立てられるかという点にかかっている。かかる感性的衝動は、行為への衝動が満たされないために生じる不快よりもより大きな害悪が必ずその行為のあとにやってくるということを誰もが知っていることによって、放棄されるのである。⁽²⁷⁾」

フォイエルバッハの考えによれば肝腎な点はただ一つ、法規の中に禁じられた行為をできるかぎり詳細に記述し、そのあとにそれぞれ明確に規定された、かつ犯罪への欲求と釣り合う刑罰を示して威嚇し、そして誰もがこの法規を知るように配慮することである。——そうすれば、権利侵害は全く起こらないであろうというのである。要するに、彼の考え方によれば、決定的なものは刑罰の威嚇であり、刑罰の執行はただ、他の場合に対しても威嚇がまやかashiではないということを示すだけのものではない。

「刑罰の威嚇を法規に規定する目的は、権利侵害を犯さないように……すべての人間を威嚇することである。刑罰を執行する目的は、それがなければ法律上の威嚇がどれほど空虚な(効果のない)ものであるかを示めすこと、換言すれば法律上の威嚇の実効性を根拠づけることである。法規はすべての市民を威嚇するためのものであり、一方、刑罰の執行はその法規に効力を付与するためのものであるから、刑罰の執行の間接目的(それは同時に究極目的でもある)は、全く同じように法規による市民の威嚇に他ならないのである。⁽²⁸⁾」

(b) 一般予防主義には、すでに以前から、特別予防主義が味方についたり、敵対したりしてきた。ドイツでは、とくに末

期の警察国家の時代には、刑罰を特別予防的に理解していた。とりわけ、ステューベル、グロルマン、クラインシュロートの、一七九五年から一八〇五年にかけての著作を挙げることができる。⁽²⁹⁾たとえば、グロルマンには、次のような文章がみられる。

「したがって、やはり国家の刑罰権においては、刑法はあくまでも予防法であり、刑罰の目的は、罰せられねばならぬ者を威嚇すること、ないしはその者の将来の違法行為を不可能にすることにある。⁽³⁰⁾」

だが、この刑罰理論における刑罰の像は、一九世紀末にあの偉大なドイツの刑法学者フランツ・フォン・リストが、刑罰の特別予防的解釈に与えた刑罰像に比べれば、とうの昔に色褪せてしまっている。リストは——今日いわれているように、あの時代に一般に広まった自然科学的思考の精神にもとづいて——犯罪を、犯罪者の素質と環境の影響の所産と見たのである。つまり罰せられねばならない犯罪者の中に犯罪の原因を見たのであるが、それは同時に、将来の犯罪の可能な原因として克服されねばならないものである。そして彼は、刑罰をこのような克服の一手段として見なし、刑罰が個々の犯罪者に及ぼしうる、その作用を問題としたのである。このような作用として、彼は、改善、威嚇、無害化を認めた。

「刑罰は強制である。刑罰は犯罪者の意志に対して向けられている。なぜなら、刑罰は犯罪者の意志が具体化されている法益を侵害し毀損することだからである。刑罰は強制として、二通りの性質が考えられる。

a) 間接的、心理的強制ないしは動機づけ。刑罰は、犯罪者に対して、犯罪の実行を阻止する動機で今犯罪者に欠けているものを与え、現に存在しているそのような動機については、刑罰はこれを増加させ、強化する。刑罰は、犯罪者を人為的に社会に適合させるものであり、しかもそれには二つのやり方がある。

(a) 改善による、すなわち利他的、社会的動機を植え付けかつ強化することによる。

(b) 威嚇による、すなわち効果の点から見れば利他的動機と一致するような利己的動機を植え付けかつ強化することによる。

b) 直接的、物理的強制ないしは威力。刑罰は犯罪者の強制管理、すなわち一時的もしくは継続的無害化、社会からの排除あるいは社会の中での隔離である。刑罰は社会に不適格な者の人為的淘汰であるように思われる。自然は、自然に違反した者を病床に送る。国家は違反者を投獄する。

改善、威嚇、無害化、——それゆえこれが刑罰の直接的な効果である。³¹⁾

リストは、刑罰のこのような効果にあわせて犯罪者のグループ分けを行い、刑罰によって威嚇されねばならないだけの瞬間もしくは偶発犯、刑罰によって改善されねばならない改善可能な常習犯、そして刑罰によって社会から除去され、そうすることによって無害化されねばならない改善不可能な常習犯という犯罪者グループを考え出した。³²⁾

刑罰が一般予防的に作用することは、リストによって完全に認められたが、彼は、刑罰がそのために存在するということは、否定した。彼に由来する、刑罰論のいわゆる「社会学的傾向」の意義について、彼は過去をふりかえりつつ、自ら次のように述べている。

「犯罪者の個性に適した作用を犯罪者に及ぼすこと、これが刑罰の使命であるように思われた。したがって、一般予防の思想を排除することなく、特別予防の思想が前面に出てきたのであり、応報刑が保護刑ないしは目的刑に対置されたのである。³³⁾」

リストのこのような特別予防的刑法理論は、ドイツ刑法理論の一般的意識において今日もなお生き続けているこの種の理論全般の雛形である。この理論は、これを徹底的に押し進めていくと、おそらく刑罰そのものの完全な排除にまで到達せざるをえない。はたせるかな、リストの弟子であるラートブルフは、これをはっきりと表明している。

「刑法の発展の究極の目標は、つねに……刑罰なき刑法典であり、それは刑法の改良ではなく、刑法に代えて新たなよりよきものをつ

くりだすことである。³⁴⁾」

そして、別の個所では、ラートブルフはこう予言できると信じている。

「刑法の発展が、いつの日か刑法を踏み越えて進み、刑法の改正が一つのよりよい刑法に終ることなく、刑法よりもよりよい、刑法よりもより賢明でもあり、またより人間的でもあるような、一つの改善法および防衛法に至ることが考えられる。³⁵⁾」

(三) 統合主義

広く、今日も昔も、先に記述した理論は、全く一面的に主張されている。刑罰はただ犯罪にのみ報いるべきであり、刑罰においては正義のみが問題である、と一方の人々は主張する。彼らはむしろ、一般的威嚇、個別的改善、その他これに類する刑罰の作用の可能性を否定するわけではないが、刑罰の意義を問題とする上でこれらの作用が本質的な要素であるとは考えないのである。これに対して、もう一方の人々は、刑罰は世間一般を威嚇するという一般的威嚇という目的を有すると主張し、また別の人々は——われわれが見てきたように——刑罰は犯罪を個々の行為者において（つまり特別予防的に）克服するものであり、いずれにせよ一般予防は刑罰の任務ではない、と主張する。この対立が、他ならぬドイツ刑法学の世紀転換期とその後の数十年間にわたるいわゆる学派の争い、刑罰の絶対主義と特別予防主義とが鋭く対立したあの争いの原因であった。しかし、この争いにおいては、異なるこれらの観点を統合しようとする見解も存在する。これが統合主義と呼ばれるものである。時代的にはやや古きに属するが、この理論の一例として、ローベルト・フォン・ヒツペルが一九二五年にその刑法教科書の中に書いていることを引用する。

「とりわけ、どちらの理論も、現実の生活現象のある部分を包括しておらず、一面的であり、それ故不十分である。どちらの理論にもみられるかかる欠陥は、すべての本質的な観点を適切に評価することによってのみ、つまり統合理論によってのみ回避することができる。」³⁶

つづいて、刑罰の「応報目的」、一般予防の目的、特別予防の目的が論じられるが、これらはすべてこの見解の中に併存して包摂される。統合主義は通例、個別的量刑の観点をも考慮に入れる。したがって、責任の枠内であつその程度に応じて個々の刑罰を科し、そしてそこに与えられていると見られる自由裁量の範囲内で一般予防的ならびに特別予防目的を顧慮することが主張される場合にも、「統合主義」という名称が用いられる。