

〔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」(三)

泉 健 子

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 (以上第二六卷第一号)
  - (四) まとめ、現在の状況
- 四、基本的概念
  - A 「刑罰」と「意義」
    - 一、刑罰
    - 二、意義
  - B 刑罰の意義を問うための諸帰結 (以上第二六卷第二号)
- 五、刑罰の意義
  - A 処罰を行う共同体にとっての罰することの意義
    - 一、刑罰論批判

- 一、絶対主義批判
  - a、正義理論
  - b、贖罪理論
- 二、相對主義批判
  - a、一般予防理論
  - b、特別予防理論（以上本号）
- 二、刑罰の有意義性と無意義性

## 五、刑罰の意義

### A、処罰を行う共同体にとっての罰することの意義

意義というものはつねにある者にとっての意義であるから、国家が処罰することに果して意義はあるのかという最も普遍的な問いは、その意義を享受しようとするようなある集合的主体を仮定したときにのみ正しく提起されうる。そのような集合的主体として考えられるのはただ一つ、処罰を行う共同体自身であり、しかもそれは現代の、そしてドイツ語文化圏の精神状況の徴候を帯びた共同体である。

このように一般的に刑罰の意義を問うことは、個人の直接の意義体験を対象とするものではないから、それに対する解答を得るためには徹底的な考察が必要である。すなわち、国家が処罰することのあらゆる側面を考察する必要がある、同時に、意義とは外からの体験の意義ではなく、共同体自身の行為の意義であるということを肝に命じておかなければならない。そこには、意義概念の本質を成すあらゆる要素からいって、国家が罰するという行為の道徳的根拠を明らかにするということも含まれる。なぜなら、行為に意義がみいだされるのは、客観的価値、この場合はつまり道徳的価値が実現さ

れる場合のみだからである。われわれが処罰することに意義があるのかということは、結局のところ同時に、われわれは刑罰に対して責任を負いうるかということの意味する。このような最も普遍的意義への問いに答えることができるなら、それは言うまでもなく前述の想定された集合的主体にとつての意義ばかりか、国家の刑罰全体について熟考し、その基礎となっている価値と同じ価値を体験するすべての者にとつても体験可能な意義を明らかにすることになる。

その答えは、伝統的な刑罰理論の中に既に示唆されている。それ故われわれは、まずそれらの理論を検討し、その上に立ってわれわれの考察を押し進めよう。

## 一 刑罰理論批判

### 一 絶対主義批判

#### (a) 正義理論

刑罰概念の解明からだけでも、「応報主義理論」、「応報思想」、「応報刑主義」という非常によく使われる表現は、これをただ刑罰は「応報目的」を持つという意味にのみ理解するなら、何らの実りもたらさないことが判明した。刑罰は概念から判断するところのみち応報であつて、そしてそう考えてこそ、何のために、あるいはどのような意味で、われわれは刑罰という形で害悪に害悪で報いるのかを問うてはじめて、その問いは理にかなつたものとなるからである。実際、「応報主義理論」は通例正しい応報の理論であると考えられ、それはまた、われわれが処罰するのは正義のためだということをも意味している。要するにこの理論は、応報主義理論というより「正義理論」といった方がよいのである。刑罰は正義のために奉仕し、この世に正義を産み出すというのがこの理論の趣旨だからである。

こう考えてくると、それは目的の如何にとらわれない「絶対的」刑罰ということになる。なぜなら、そこにおいては無条件の道徳的価値が実現されるからである。たとえこの場合、「責任は等しく負うべきである」、あるいは「その者の行為

に相応しいものをすべての者に加えるべきである」という言葉にみられるように、ある種の刑罰の目的が問題とされていても、この理論の「絶対性」は何一つ変わりはない。なぜなら、われわれが例えば貧困者の救済について、それは慈悲のためになされるとか、この世には慈悲がなくてはならないと言ってみても、慈悲の（絶対的）道徳的価値が（相対的）目的を表わしはしないように、刑罰は正義のために科されると言ってみたとところで、刑罰は目的に奉仕するとは見なされない。正義は、慈悲と全く同じように、無条件にわれわれを義務づけている道徳的価値に他ならない。この二つの概念は、われわれがそれにもとづいて行為を決意するところの、価値のアスペクトを言い表わしているにすぎない。

つまり刑罰の意義は正義を実現すること、しかもこの場合は、いわゆる平均的正義 (*Justitia commutativa*) (刑罰という害悪によって犯罪は再び等しく均されるといふこと) を実現すること、と言つてよいであろう。たしかにわれわれは、何世紀もの時の流れの中で、刑罰が多くの犯罪を非常にさまざまな仕方では平均化したということを知っている。一八世紀にはまだ死刑が科せられていた重大な窃盗も、今日では一般に自由刑で処罰されるのである。これ以上、例をあげることもあるまい。しかし、この事實は正義理論と矛盾しない。なぜなら、正義はあらゆる時代を通じての絶対的な根本基準を与えるわけではないし、少なくとも世俗的正義の観念はそういうものを与えはしないからである。むしろ歴史上のそれぞれの時代が正しいと見なすものが、その時代にとつて正しいのである（この点については、上記「法学論集」第二六巻一七〇頁のヘーゲルの見解を参照のこと）。

にもかかわらず、本当に正義のためにわれわれは処罰するのかという問いは、依然として残る。この場合、たとえば、慈悲をかけること、真実を述べること、誠実であること、信頼すること等の、他の道徳的要請と比較することはできないであろう。なぜなら、これらの義務は直接個人に課せられるものであるが、それに対して、ここでいう刑罰は国家的共同体の使命であるからである。さらに個人が、児童や青少年の教育者として罰しなければならぬ場合には、処罰は明らかに正義のために行われるわけではなく、教育という目的のためになされる。そして、真の教育者なら誰でも、罰しないで

許すか、あるいはまた過ちを全く無視する場合に、時としてその目的にずっと早く近づけることを知っているであろう。けれども、犯罪の告発によって、証人としての供述によって、あるいは裁判官としての関与によって等の、国家の刑罰に寄与する場合に起こりうる個人の義務は、刑罰があらかじめ共同体の任務として承認されている場合に、はじめて問題となりうる。

つまりわれわれは——これこそが問題であるが——正義のために犯罪者を処罰することを、目的とはかわりなく国家という共同体の任務だと感じているだろうか。たとえば——事情がいかにも異なつていても——宗教的共同体の構成員が宗教上の基礎をもつ一定の義務の履行を目的にとられねばならないと感ずる必要がある（キリスト教徒がその子供を洗礼に連れて行くこと、宗教上の結婚をすること等を義務と感じているのがそれである）。国家刑罰の諸現象を——かかる宗教上の諸現象を宗教的価値の観点から捉える場合と同じように無条件に——国家は刑罰という形で正義を実現しなければならぬとする命令の観点から捉えようとすれば、正義という価値の実現に対する人間の不完全さからのみ生ずる諸々の制約は、むしろわれわれにとつて何ら問題とはならない。つまりその場合、特に真剣に受けとめる必要のある驚くほど高い「暗数」を挙げなければならぬだろう。暗数には結果として、国家の刑罰の圧倒的不公平が現われている。そのために、「刑罰を受けることはまるでくじに当たつたようなものだ」と言われてきた。たとえば、処罰された一個の窃盜のかげに処罰されなかつた二十個の窃盜が、処罰された一個の墮胎のかげに処罰されなかつた百個もしくはそれ以上の墮胎が、処罰された一個の供述罪のかげに同じく処罰されなかつた夥しいこの種の偽証が、いやそればかりか、処罰された一個の故意による殺人罪のかげに処罰されなかつた少なくとも三個ないし五個の殺人罪があると思われているからである。このような夥しい法律違反は、まったく気づかれなままか、あるいははいずれにしても立証できないという理由で、処罰されずに終わるのである。かかる犯罪の暗数が人間の認識の不完全さに起因するかぎり、その点から生ずる国家の刑罰の不公平を正義理論に対して持ち出すことはできない。なぜなら、理想は現実には達成し難いものであるということと、それに

もかわらず人間の行為をこのような理想の達成に向かわしめることとは何ら矛盾しないからである。いずれにしても共同体が正義というものを正義理論が言うように真摯に受けとめるならば、もつと多くの力を刑事訴訟に注ぐべきであり、より真剣な犯罪捜査によつて暗数を引き下げるべきであると言えるであらう。

しかし、この点に關しては考えないことにしよう。なぜなら、現行のドイツ刑法典には——ドイツ刑法典だけではないが——正義の要請を完全に充足できる場合にも、必ずしもその要請を満足させるわけではないことを示している規定が存在するからである。ドイツ刑法では、たとえば器物損壞、窃盜、故殺の未遂犯を処罰するが、軽微な傷害、不法監禁、背任の未遂犯を処罰しない。過失傷害、過失による偽誓は処罰するが、過失による器物損壞、過失による宣誓しないです供述は処罰しない。

非常に多くの場合に、被害者もしくはその他の権利者の告訴を——どのような理由であれ——処罰条件としている(侮辱、誘惑、器物損壞の場合がそうである)。夫婦間の窃盜はつねに不処罰とされるが、これに反して夫婦間の詐欺、背任は、被害者の告訴があれば処罰される。したがつて、刑法上の効果の点で多くの差異がみられる。この差異について法律の専門家は、確かに大抵の場合、立派な理由を持ち出す術を心得ているが、しかしそれは断じて処罰が正義にもとづいて行われるという理由ではなく、まさしくわれわれに不正義を甘受せしめるような理由であるにすぎない。

その他にもまた、しばしば処罰を放棄している場合がある。すなわち「その者の行為に相応しいもの」をすべての者に加えることを放棄しているのである。ドイツでも非常に頻繁に、(同様のことは、すでに以前から外国でも見うけられるが)一九五三年以来、(たとえば事後的恩赦によつてなされるのではなく)裁判所の判決そのものによつて、最初のうちは九月未滿の、最近では二年以下の自由刑の執行が、保護觀察のために延期されている。これは、いかに正義になつた刑が科せられようと、刑の執行の完全な停止へとつながるものである。それに加えて、われわれは久しい以前から、公訴の時効ならびに刑の時効の制度をもっている。したがつて現行のドイツ刑法によれば、窃盜によつてたとえ多くの金銭

や財物を入手しても、犯行後五年経過したのちにその行為が発覚し、その時点ではじめて訴追が開始されるなら、その者はもはや処罰されない。また自己の行為を三〇年間、被害者の自殺もしくは事故死にうまく偽装した殺人犯も処罰されない。その他に、訴訟経済上の理由からあるいは国家的理由から、刑事訴訟手続を停止する多数の訴訟法上の規定が存在する(とくに、かなりの数の政治犯の場合に)。すなわち「訴訟手続を遂行することがドイツ連邦共和国にとって重大な不利益もしくは危険を招来する場合、あるいはその訴追がその他の重大な公共の利益に反するような場合」がそうである。ドイツ刑事訴訟法第一五三条C)。

最後になおわれわれは、きわめて多くの犯罪が既にはじめから全く刑罰の対象となっていないことを想起すべきである。確かにわれわれは、謀殺、故殺、強盗、窃盗等々を処罰する。しかし、この世の悪は果して刑法典が規定する犯罪の中だけに存在するものであろうか。法秩序の内部においてさえ、結果的に処罰されない多くの法律違反が存在する。たとえば権利者が、しばしば窃盗によるよりも多くの損害を契約上の義務不履行によつて被るのが、それである。(それどころか、しばしば、損害を与えた者に弁償の手段が欠けているため、権利者はいつまで待ってもその損害を弁償してもらえない場合すらある)。そして他にもわれわれが多くの悪や破廉恥を全く処罰せずに放置している場合が無数にある。つまり、そのために命を落すような例さえもある結婚生活や家庭における精神的崩壊、親族の一人が他の親族を犠牲にして私腹を肥やす親族間の遺産横領ならびにこれに類するありとあらゆる金銭上の利己主義、友人間の裏切りや不誠実、生徒に対する教師の悪意、試験官の不正、公務員の官職売買——国家の刑罰においてこの世で正義を実現することが問題であるなら、われわれは些細な窃盗や器物損壊を処罰するように、これらのすべての行為も処罰しなければならぬであろう。しかしわれわれが、このようにすべてを処罰したらどうなるであろうか。かかる疑問を発しただけで既に国家は決して正義のために処罰していないということ、また到底この世ではその者の行為に相応しいものがすべての人の身に加えられてはいない、ということが分かる。そして事実、多くの人間は、少なくとも死後のある世界には人間の不完全さによつても、時

効やその他のあらゆる意識的な限界設定によっても制限されない應報的正義が存在するという希望をもってみずからを慰めている。

要するに国家刑罰の諸現象は、われわれが正義のために処罰してゐるのではないことをきわめて明瞭に示している。しかしこのことは、立法者や裁判官が、個々の刑事判決における実定法上の刑罰の確定や法定刑の決定ないしは量刑において、正義を実現しようとしていないことを意味するものではない。けれども厳密に眺めるなら、このような場合ですら、国家の刑罰を導いている正義がいかに図式的であるかが分かる。現実には等しい重さの害悪で等しい重さの犯罪に報いようとすれば、刑罰はおそらく、その害悪が罰せられる者にとってどれほどの重みがあるかによって決定されるべきではなからうか。つまり同じ自由刑であっても、公務員、日雇い労働者、幾人かの小さな子供のいる母親、若い未婚の女店員、感受性の強い性格の人、強靱な性格の人、粘液質の人、行動的で向う見ずの人等々によって、害悪の重さは同じではなからう。そして、罰せられる者の資産に応じて科される金額が異なる罰金刑の場合でさえ、裕福な者が一万マルクを失うことの方が貧しい者が一〇〇マルクを失うよりも痛みを感じないということもある。そこで、正義がいわば外面的にまざまざのものと思われれば、われわれは、きわめて図式的な正義にも甘んじてゐるわけである。なぜなら、われわれが害悪として科しているものは一般に害悪と見なされているものにすぎないことが、既に刑罰の概念において示されていたではないか。そして、その他の不正義は多くの場合ごく単純な現実の事実からして避けられないものである。たとえば二五歳の殺人犯にとつての終身監禁は、七五歳の殺人犯にとつての終身監禁よりもはるかに永く続くという不正義などがそれである。

以上の考察から、国家の刑罰を正義のためになされるような行為として理解することはできない、ということが分かる。われわれが刑罰の実際において遭遇する、そしてそれが可能である場合にもしばしば修正しようとする諸現象は、刑罰を絶対的に理解するすべての正義理論に矛盾する。問題は、にもかかわらずこの理論が——いずれにしても他ならぬドイツ刑法理論において——広く是認されているという、その理由である。われわれドイツ人は、おそらく物事を理想化する

情熱に対して並ならぬ素質を持っており、また正義は、明らかにその情熱において第一の席を占めるものの一つである。「正義。それはドイツ人の特質であり、幻影である」とゲーテは言っているが、謂れないことではない。理論と体系がなお役にたつなら、カントやヘーゲルの言葉のように人を納得させ時代を越えて真理である言葉の数かずが今日もまだ見い出されるなら、われわれは甘んじて諸現象のとらわれない考察を放棄する。——それに加うるに、正義の追求が事柄の性質からしてあらゆる法の適用の本質的要素であるという事実がある。つまり法規の解釈から個々の量刑まで責任ある者たちを導くものは他ならぬ正義の理念であり、そして個々の刑事訴訟手続きの結果に正義が感じられると、はじめて世間一般は満足するのである。したがって、人は裁判官を、そして裁判官は自分自身を——より大きな尊厳を意識して、場合によってはそう思う方が職務を楽に担うことができるという気持ちを少しばかり抱いて——正義のために処罰すべく、それ故まさに神の正義を行うことに関与すべく委任されていると思いたがっていることは、驚くにあたらない。

しかし、個々の刑罰においてすべての正義を追求するには、要するに共同体が犯罪には刑罰で報いることを、もしくはこのような伝統的反作用を堅持することを、あらかじめ決断していることが前提である。刑罰の諸現象を冷静に考察すれば、この決断は——いずれにしても今日では——われわれの正義追求の努力の現れであるとは理解し難いことが分かる。そして現代の精神生活の諸現象を確認し無条件に分析することだけが問題となりえて、たとえば、たしかに見栄えのするまた処罰する者の良心をなだめるには適しているが、現実性を欠くような類いの意義を、国家の刑罰に与えることは問題とはなりえないのである。——

むしろ、正義理論だけで絶対的刑罰論を全体として退けられるわけではない。なぜなら、国家の刑罰は、犯罪者に贖罪の機会を与えるという道徳的義務を無条件に負っているという観点から出てきているとも考えられるからである。

(b) 贖罪理論

刑罰は犯罪者にとって「正しい贖罪 (gerechte Sühne)」でなければならぬとしばしば言われるが、その場合大抵は、

「贖罪」(Sühne)とは、悪しき意味における(in malam partem)報復(悪に報いるに悪をもつてする)以外のなにもをも意味していない。われわれは既にそのことを、刑罰の概念および正義理論を検討したところで見ている。「彼はそのことを償わねばならない」とは、この場合「その者は報復される」ということであり、「殺人行為に対する贖罪」とは、したがって殺人行為に對する刑罰のことである。

しかし、贖罪には全く別の意味もある(そして、よくそれがこの言葉の唯一の意味であつて、報復を贖罪と同一視しては困るといわれる<sup>59</sup>)。中世高地ドイツ語では「sühne」は、判決、裁判、平和、和解の意味に解されていた。そして、この語群は「なだめる」を意味していた。「Sühne」の意味として今日挙げられるのは、この意味である。すなわち、特に神の復讐を避ける、侮辱された者の気持ちをなだめる、破壊された秩序を回復するという目的で、罪を償う、侵された不法を償うという意味である<sup>60</sup>。そこで、ある者が苦悩を甘受することにより、その者自身と神とが、またこの世とが和解したと言ふかわりに、われわれは「贖罪がなされた」と言うのである。要するに、「贖罪」を、この理論は、無条件に道徳的価値を有するもの、すなわち贖罪者の道徳的行為の意味に解しているのである<sup>61</sup>。

絶対的刑罰観における「贖罪」は、この意味において言われている。われわれは先に絶対的刑罰観について見たが(「法学論集」第二六卷一号一七一頁)、この刑罰観は、刑罰において贖罪と同時に和解の可能性を犯罪者に与えるべきであるという点に、罰を下す共同体にとつての刑罰の意義を認めるものである。正義理論の場合のように、ここでも、この見解が国家刑罰の諸現象と合致するかどうかが問題になる。

この理論では、まず第一に以下のことを確認せねばならない。道徳的行為としての贖罪を犯罪者の自由意思から可能にしようとする刑罰は、論理的必然として(その者がみずから裁判官の前に裁きを求めて行くにせよ、有罪判決が確定した後)に納得してその執行を求めるにせよ)、行為者が贖罪を望む場合にのみ科せられるであろうということを確認せねばならない。しかし、このような考えを無視して、われわれは少なくとも行為者が贖罪として認めさえすればよい情況を強い

るべきであると考えられる場合——そういう場合でも、個人の最も崇高な道徳的領域に対して、贖罪を必要とする行為がいつ存在し、贖罪の可能性をいつ行為者に強いるかを決定するのが、他ならぬ国家という共同体でなければならぬのは、頗る疑問な点として残る。正義理論にとって不利であることを証明している国家の刑罰の幾つかの要因を、ここでも挙げることができる。つまり、贖罪の可能性を行為者に未遂や過失犯の場合に認めている犯罪がある一方で、他方にはそれを認めない犯罪があるのは何故なのか。被害者の告訴がない場合に——いや、そもそも公訴の時効が成立しさえすれば、行為者の贖罪の欲求を無視する犯罪が存在するのは何故なのか。いな、公共の利益がもたらされない場合に、刑事訴追をしない犯罪が存在するのは何故なのか。「法律なければ刑罰なし」(nulla poena sine lege)の原則は、行為者に贖罪の可能性を認めることとどのように調和するのか——ひょっとしたら彼は刑法典に規定されていない犯罪にこそ、特別の呵責を感じているかもしれないのだ。また罪と贖罪の概念を幾らかでも真剣に考察するなら、贖罪の可能性をいつ同胞に与えるべきか、あるいはいつ強制すべきか、またいつそれをしないかを、処罰する国家が決定するというのは、まさに不遜であるように思われる。そして、贖罪の可能性を強いることが善行だというのなら、われわれは個人としても、その時々隣の隣人にこの善行を施し、また隣人を刑事裁判所に連れて行くことが、焦眉の道徳的命令と感ぜざるを得ないであろう(若い頃のプラトンには、物事を事実そのように見ており、そして友人を、病気のときに医者に連れて行くように、不正な行為をしたときには裁判官のところに入れて行かねばならないと考えていた)。しかし今日では、隣人愛から親族や友人を警察や裁判所に訴える者、あるいはもしそうしなければ良心に疾しさを感ずる者を見つけ出すのは、並大抵のことではない。そして、この点から、贖罪理論が現代の精神現象にいかにか相応しくないかが分かる。いな、そればかりか、ドイツ刑法典は、いわゆる親族に対する人的犯罪庇護を不処罰にしているが、われわれはこれをきわめて現実には即した措置だと考えている——すなわち、たとえそれ以外の庇護は処罰されようとも、犯行後に親族を処罰から免れさせるために行為する者は処罰されない(ドイツ刑法法第二五七条第一項ならびに第二項)。そして同じく、裁判所の面前での偽りの供述は、右の例の場

合よりも犯情が軽いと判断されるのも納得のいくことである（いな、場合によっては不処罰とされる）。「行為者が、親族もしくは自分自身について裁判所による刑事処罰の危険を回避するために、虚偽の供述をしたとき」（同一五七条）がそれに当たる。犯罪者と親密な関係にあつて、犯罪者が法律違反に対する刑罰を甘受することにその者の救済を認める人々は、いずれにしても、出頭して自分に罪のあることを告白するよう犯罪者の心を動かす努力をするであろう。

かかる考察のすべてから、国家の刑罰は、あらゆる観点からして、犯罪者が道徳的に罪を贖うために科せられるものと理解できないということが分かる。これらの概念を真剣に考察すれば、崇高な内面性に発する道徳的行為に焦点を置くような仕方では、きわめて外面的なものに向けられている刑罰の意義を理解できない。そこで残る問題は、それにもかかわらず何故贖罪理論が多方面で是認されるのかということである。

この場合にも、正義理論のように、立派な理由がある。それは哲学的思惟によるものであり、われわれは誤つてそれを刑罰全体の基礎に置いていたが、それは特に、罰する者——われわれはみなその一人である——を犯罪者に善行を施しているという気持ちにさせ、良心を軽くするのにきわめて適しているからである。なかでも贖罪理論についてきまつて引用されるのは、ヘーゲルの法哲学の命題である。それによれば、刑罰において「犯罪者は理性的な者として尊敬される」。この命題に見られるのは、われわれが刑罰においてかかわるのは、（精神病患者や、いわんや動物とは異なり）理性的存在として道徳的価値の妥当することをみずから承認する者の道徳的かつ精神的過ちであるとする認識である。したがつてニコライ・ハルトマンも、いみじくも、罪ある者はその責任をとる権利があり、責任をとることによってより大きな道徳的善、すなわち自己の人間性を犠牲にするのだと言っている。——さらに、罪ある者を許す者は、その者の責任能力を認めないわけだから、心の奥底でその者に対して罪を犯している、とも言っている。<sup>(63)</sup>

たとえ刑罰において犯罪者を尊敬するという思想が刑罰においてそれなりの正当性を有しており、それが刑罰の意義の一側面を成しているとしても、その正当性のすべてを誤つたものにしたくなければ、この思想を刑罰全体の根本原理にし

てはならない。われわれは本当に犯罪者に対する尊敬のゆえに処罰する必要があるのだろうか。つまり刑罰を無条件に善行の施しと見る必要があるのだろうか。もし犯罪者を尊敬することのみが問題であるなら、犯罪者を「赦す」こともできるわけである。それによって、われわれは(たとえば犯罪者には責任はない、という通例の意義における)責任阻却の場合のように責任を否定するのではなく、まさに責任を前提するのである。ただし、隣人愛という現実に即した行為によってその責任をなかつたことにするのである。

かくして贖罪理論は、国家共同体の制度としての刑罰の意義という問題の答えとしては不適切であることが分かる。贖罪理論は、むしろ既に科された刑罰から出発するものであり、処罰される者の側に立つて考察し、害悪として科されるこのような刑罰に可能なかぎり多くの意義を与えようとするものである。だから、特に同胞の魂の救済に努める人々や、何かある害悪に見舞われた人々に——たとえそれが病気や、あらゆる種類の精神的苦悩や他ならぬ法律違反に対する刑罰であれ——意義体験の道を開こうとする人々が、しばしば、この贖罪の思想に飛びつくのは、偶然ではない。<sup>64</sup>とくにキリスト教神学の側から刑罰の贖罪の視点を取りあげるのが、それである。——むろん、その場合は多くが、贖罪思想を制度としての刑罰にすり替え、その結果、現代における刑罰の諸現象をもはや正しく評価できない視点に立っているのだが。

すべての絶対主義理論は、つねに「科された」刑罰のみを考察し、そして——正義を志向する裁判官の立場からであれ、最も幸運な場合には、刑罰の意義を贖罪に見出すことのできる罰せられた者の立場からであれ、刑罰を可能なかぎり意義あるものと見ようとするのである。けれども、偏見のない考察が示すように、処罰すること全体の意義の基盤は、このような部分的意義体験からは得られない。そもそもわれわれが処罰することにどのような意義があるかという問いに対しては、科されなかつた刑罰をも考慮に入れる場合のみ、適切に答えることができる。換言するならば、多くの場合に最初から刑罰の対象にしていけない、少なくとも刑罰を科してはいけないことには、いかなる意義があるのかと問うてはじめて、適切に答えられるということである。ところがこれら多くの場合にも、絶対主義理論によれば刑罰を科さざるを得ないとい

うことになる。これらのことを考慮してはじめて、全体としての刑罰が問いの対象となるのである。この問いは、刑罰の部分的側面とそれらにみあった意義体験を考察する前に当然答えられねばならない。

それでは次に、相対主義理論を取り上げよう。

## 二 相対主義批判

### (a) 一般予防理論

一目見てなるほどそうだと思うが、一般には受け入れられないのが、この理論の奇妙な運命である。この理論は、絶対主義とは対照的に、刑罰の、きわめて実質的な合目的性から出発している。つまり刑罰は、一般的な威嚇によって犯罪を防止するのに適しているというのである。われわれはみな、子供の頃から教育的威嚇を体験しており、それによってわれわれの態度は随分左右されてきたのだから、国家的共同体も、かかる厳格な威嚇によって犯行を防止しようとするのは事実もつともだと思われる。

しかし、この威嚇理論には道徳上の問題がある。それは、特にカントに代表される見解であり、この見解によれば威嚇理論の問題は、他の者が不法を犯さないために他者を処罰する、すなわち人を目的のための手段として利用する点である。「裁判による刑罰は……決して単に他者の善を促進するための手段としてのみ……科せられるものではない。なぜなら人は決して単に他者の意図のための手段としてのみ扱われなし、また物権の対象とも混同されえない。それに反して、その者の生得の人権が、その者を保護する」とカントは言っている。<sup>(65)</sup>よく引用される一節であり（本書でも既に上記「法学論集」第二六巻一号一六七頁で引用している）、ヘーゲルの刑罰観も、これと大差のないものであった。「刑罰の概念や尺度が、その者の行為自体から捉えられないなら、同様に犯罪者が無害化されるべき有害な動物とみなされないなら、あるいは威嚇と改善が刑罰の目的とされるなら」<sup>(66)</sup>犯罪者は刑罰において理性的存在とみなされていない。今日、一般

予防については、「いずこにおいてもはや刑罰の決定的な正当化理由とはみなされない」と言われているが、これはおそらくかかる疑念の現れであろう。カルフォルニアで出版された最新の刑法概説においてさえ、刑罰理論についてはほんの数行しか触れられていないのに、威嚇理論は短い文章ではあるが、他者の安寧のために他の者を処罰するという文言で、無用のものとして否定されている。<sup>(68)</sup>

しかし心理学的見地からも、今日「威嚇理論」は否定されている。威嚇理論については、次のように言われている。すなわち「威嚇理論が正しくないことは自明のことである。刑罰の威嚇の強化もしくは増大によって、犯罪をいつの日か根絶する、あるいはまた厳しく抑制するという希望は、少なくとも幻想にすぎない。この希望のもとになっている根本思考は正しくない。普通、犯罪の決意は、するかしないかの理由を理性的に比較考量するという形でなされるのではなく、仮に実行前に考量がなされるとしても、その場合に行為者が考量するのは、刑罰の程度ではなく、発覚の危険についてである」と。<sup>(69)</sup>

けれども、かかる理由によって国家の刑罰を一般予防的に理解することを否定しうるかは、きわめて疑わしい。このような反論においては、刑罰の威嚇によってなされなかった行為を考える代わりに、刑罰の威嚇によって阻止されなかった個々の「なされた」行為を過度に考えすぎではないだろうか。確かに「犯罪行為を犯さないがために」(the *peccechi* *co*)というセネカの言葉だけで、予防理論をあまりにも字義通りに、すなわち予防理論はあたかも犯罪そのものをこの世から除去するのでなければならぬかのように、理解する傾向が生みだされたのかもしれない。そして、フオイエルバッハのきわめて合理主義的思想は、事実あきらかにこの観念に由来する。「それゆえ、違法行為「一般」を阻止すべきであるなら、」心理的強制を行わねばならないというのである。<sup>(70)</sup> 久しい以前から刑罰が行われているにもかかわらず、犯罪は依然として犯されているという経験があるが故に、また短期自由刑によるよりも長期自由刑による方が心をそそのかる罪を阻止できるとする観念があるが故に、われわれはあまりにも容易に、この理論は、可能なかぎり厳しく、しかも残酷

な刑罰の威嚇と執行のみを重視していると結論しがちである。しかしいずれにせよ、刑罰を一般予防的に理解する思想は、今日もなお、絶えずこのような観念と結びついている。<sup>(17)</sup>

したがって、国家の刑罰の目的を一般予防に求めることが多くの人々に拒否されるのも、驚くにあたらない。人間は、いずれにしても合理主義的なロボット人間のように行動しない。人間は、自己の犯罪の利害得失を冷静に考量したりはせず、しばしば一瞬のうちに深く考えもせずに行動するのである。しかし、とりわけ犯罪という利益のために刑罰という不利益を甘受するのではなく、犯行を決意する場合には、きまつてその行為が、あるいは少なくとも自分が犯人であることが、発覚しないということを考慮に入れている。刑罰がその者にとつて十分に重く思われるからではなく——たいていは刑罰の重さなど全然知りもしない——全く処罰されずにすむことを信じて、また妨害されずに犯行の成果を享受することを信じて行為するのである。(少しばかり前に、ある大都市の幹線道路で警察が覆面の速度取締りを行ったとき、ひとりの利口な市民が、警察官がすぐには気づかない手段によつて、ドライバーたちにこの検問を事前に知らせた。速度違反に科される刑罰はそれほど重いものではなかったとはいへ、むしろドライバーたちは、そうしなければ捕まることをはつきり自覚して、制限以上のスピードを出したりはしなかった)。したがって、犯罪は可能なかぎり厳しい刑罰の威嚇と刑罰によつて防止することができると思えるすべての一般予防理論は、甚だしく想像力に欠けるといわなければならぬ。一般予防理論は、逮捕されて有罪とされた行為者の、換言すれば確実な刑罰を目前にして、むしろ今では軽い刑罰よりも重い刑罰の方が辛く感じて行爲者の立場から出発しており、これに対して、現に行爲を行っている行為者の置かれている状況は一般に全く異なるものである。——なぜなら、行為者は普通、刑罰の威嚇の厳しさを考えたりはせず——逮捕されないという期待や、犯罪行為の結果を享受できるという期待を抱いているからである。

したがって、かかる言い分の中に一般予防理論に対するもつともな疑念が見い出されるなら、それが単にこの理論の完璧主義的外観に向けられている疑念にすぎないかどうかが問われなければならない。一般予防理論では、国家共同体の営

みには刑罰が存在し、刑罰があるにもかかわらず犯罪が行われるという前提からつねに出発して、——個々の事件における刑罰の威嚇と刑の量定の視点から——犯罪を防止するにはどうしなければならなかったかを問題にするにすぎないのではない。罰を下す共同体にとって処罰することにどのような意義があるのかを問うことには、処罰することに果して意義はあるのか、というもう一つの問いが含まれている。それゆえ一般予防理論の批判は、すでに行われた刑罰を前提とすべきではなく、全く処罰しないという観点に立つてなされなければならない。

すべての刑罰が明日廃止されると仮定してみよう。その場合に予想される状況は、容易に目の前に浮べることができる。たとえば、われわれのうちの誰かが、他人の自転車を許可なく持って行く気を起こしたとしよう。自転車の持ち主は、逃げる泥棒をみつける。彼は警察に窃盗の被害届を出す、処罰すべき行為はもはや存在しないから、警察は最初から民事裁判所に行くよう指示する。民事裁判所は泥棒に自転車の返還を命ずる。しかし泥棒は執行官に自転車を渡さず、執行官を殴り倒す。そこで、ついに自転車の持ち主は、助力してくれる勇敢な男たちの一団をみつける。泥棒は打ちすえられ、自転車は持ち主に戻る。だがすぐ後に泥棒が数人の仲間と自転車の持ち主のところに現われ、力づくでまたしても自転車を持って行ってしまふ。最後には、盗まれることに慣れつこになった持ち主は、次の機会に自分でどこかから他人の自転車を持って来てしまふ。なぜなら、「悪しきお手本は良き習慣をだめにする」からである。泥棒のグループは、ますます大きくなっていく……云々。——その光景は、どんなに恐ろしく描写してもしすぎることはない。国家機関が機能していることを前提とする現時点ではむろん信じられないことであるが、この光景の恐ろしさは今なお十分に信憑性を持ち続けている。刑罰を廃止した後の裁判所や執行官や警察を、どう考えればよいのだろうか。その場合に残るのは、いわゆる強者の権利だけであり、それが力を持つことになるであろう。放火、強姦、住居侵入、謀殺、故殺が公然と行われるであろう。結果は、万人に対する万人の闘争となるであろう。攻撃からの防御のために団結する個々の集団の内部でしか闘争は止まず、その場合でも集団に属する者たちのひとりだけが集団の規律を守らないということが起きれば、この集団の内部で再

び力と排除とによって、それに対応せざるを得なくなるであろう。——そして、そこに再びわれわれが見いだすものは、古代ゲルマン人におけるような状態であり、個々の集団間での血讐とそれに付随するありとあらゆる事柄以外の帰結は、もはや考えられないであろう。

国家の刑罰が存在しなければ、事態がこんな風に展開することは間違いないと思われる。事態をこのように見るのは、そう考えられるというばかりでなく、経験にもとづいている。——まだ国家機構や刑罰を知らない諸民族の幼年時代の経験ばかりでなく、歴史上のすべての転換期、ことに革命の場合の、あるいは軍事上の出来事に続く過渡期の経験にもとづいているのである。いつの時代であれ、行為者が刑事訴追を恐れる必要のなかった時は事態は同じであった。ナチス時代の特殊犯罪も例外なく、完全な刑の免除を信じてなされたのである。さらに現代においても、明白な例証がある。たとえば以下の場合がそうである。あるドイツの大都市で、酒酔い運転者の数が短期間に急増した。それは、日刊紙が、道路交通規則の当該処罰規定が連邦憲法裁判所の判決で無効とされた、と報じた後のことであった。あるいは、一九六九年一月に、カナダの都市モントリオールの警察官、消防士の（ほぼ一日半にわたる）ストライキの結果として生じた、あの印象的な実例がそうである。あの日々の日刊紙やテレビでのさまざまな報道は、総じて信用してもよいものであろう。このストライキは、僅か数時間で、カナダ最大の都市を「およそ三三〇年のこの都市の歴史上、最も深刻な暴動状態に」陥れたのである。その結果、激しい強盗の襲撃、略奪、放火が行われた。なかでもタクシー運転手の大きなグループは、（乗客を空港に送迎輸送する独占権を公認されていた）乗合自動車企業に対して、その車庫に放火するという「示威運動」をした。その際には、撃ち合いという事態も生じた。ストライキの開始後、数時間のうちに、ギャングの群が銀行一〇行を襲撃した。何百人もの人々が、この都市の街路を群をなして彷徨し、商店を荒し、放火したのである。

したがって国家の刑罰は、犯罪が行われることを非常に大幅に阻止する——むろん、その場合、人々に必ずしも特別の法の知識があるからではなく、処罰される危険を冒さずにはきわめて多くのものをなしえないとする、ごく一般的な、

はつきりした意識が人々にあるからである。むしろ、犯罪一般を防止することは不可能である。なぜなら、その場合にもやはり犯行を行う者は、ほとんど常に発覚しないことをあてにしているからである。そして——推定としての犯罪科学上の暗数が示しているように——際だつて多くの犯罪が事実、発覚を免れている。しかし、共同体における刑罰の一般予防的效果を問題にする者は、国家の刑罰の伝統的な状態から出発せねばならないし、また「なされた」犯罪を重視して、犯罪は防止しうるかとか、犯罪をどのように防止すべきかを問うてはならない。むしろ、すべての行為に対して一切の刑罰は科さないという状態を前提とせねばならない。そうすれば、いかに多くの犯罪が国家の刑罰によって防止されているか——とりわけ国家の刑罰が存在しなければ公然と行われたであろう、あるいはまた必ず発覚するという危険において（厳密には、その場合、全くその危険がなかつたとしても）行われたであろうほとんどすべての犯罪が防止されていることを想起できよう。つまり刑罰は、いずれにしても犯罪はおおつぴらにやることはできず、いつもひそかにやらねばならないという事態だけは生み出している。

ところで、国家の刑罰が一般に威嚇によつて犯罪の実行を阻止するのにいかに決定的であるかが分つたからといって、この効果のために処罰することにも意義があると言っているわけではない。処罰することに意義があるかの問題に、再び立ち返らねばならない。以上のすべての考察ののちに、少なくとも次のことは言いうるであろう。威嚇によつて各種の犯罪を、ことに犯罪が公然と行われることを阻止しているという事実注目するかぎりには、国家の刑罰の有意義性は疑いえないものである。