

|      |                               |
|------|-------------------------------|
| タイトル | 法的平和の恢復(二十九)：行為者-被害者-仲介・和解の視座 |
| 著者   | 吉田，敏雄                         |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，40(3)：547-572      |
| 発行日  | 2004-12-31                    |

# 法的平和の恢復 (三)

——行為者―被害者―仲介・和解の視座——

吉 田 敏 雄

## 目 次

|     |                                  |      |                           |
|-----|----------------------------------|------|---------------------------|
| 第一章 | 現代刑事司法における犯罪被害者と犯罪者              | 第十章  | スイス連邦の法制度                 |
| 第二章 | アメリカ合衆国刑事司法における被害者               | 第十一章 | 行為者―被害者―仲介・和解             |
| 第三章 | 弁償の歴史                            | 第十二章 | 現代ドイツ刑法学における弁償、行為者―被害者―和解 |
| 第四章 | 恢復の思想                            | 第十三章 | 行為者―被害者―仲介・和解の実践モデル       |
| 第五章 | 恢復の思想と心理学                        | 第十四章 | 刑法（犯罪法）の新しい道              |
| 第六章 | 恢復の思想とダイヴァージョン<br>——オーストリア少年法制—— | 第一節  | 刑法の任務としての法的平和の恢復          |
| 第七章 | 刑法学説に見る「恢復」の思想                   | (1)  | 刑法の概念                     |
| 第八章 | ドイツ連邦共和国の法制度                     | (2)  | 法的責任としての客観的、社会倫理的責任       |
| 第九章 | オーストリア共和国の法制度                    | (3)  | 法的刑罰                      |
|     |                                  | 第二節  | 恢復（修復）的司法（正義）の理念と実践       |

- (1) 行為者―被害者―仲介・和解
- (2) 「修復的」公共に役立つ労働
- a 公共の損害とその修復
- b 立法例
- aa ドイツ
- bb オーストリア
- 第三節 修復（修復）的司法（正義）と刑事手続き
- (1) 刑事手続きの目的
- (2) 立法例
- a ドイツ
- b オーストリア
- (3) 検察官の新しい役割
- (4) 裁判官の新しい役割
- a 法政策者としての裁判官
- b 立法例
- aa ドイツ
- bb オーストリア
- (5) 行刑
- a (再) 社会化・「修復」行刑
- b 立法例
- aa ドイツ
- bb オーストリア
- (6) 保護観察官の新しい役割
- (7) 弁護士の新しい役割
- 第四節 修復（修復）的司法（正義）と少年（犯罪）法

- (1) 少年（犯罪）法の目的
- (2) 少年期の特徴
- (3) 「少年」概念の機能と位置価値
- (4) 教育思想への批判
- a ドイツの状況
- b アメリカの状況
- (5) 適法行為の確証と教育思想
- (6) 教育思想、比例の原則及び責任主義
- (7) 行為者―被害者―仲介・和解の優先性
- (8) 立法例
- a ドイツ
- b オーストリア
- c ベルギー
- d イングランド、ウェールズ
- (9) 家庭裁判所調査官の新しい役割
- 第五節 応報・威嚇刑法の黄昏
- (1) 修復的正義と応報的正義の関係、修復的正義における刑罰の役割
- a 修復的正義と応報的正義の両立否定論
- aa 修復的正義の「純粹」モデル（共同体主義・ダイヴァー・ジョンモデル）（P・マツコウルド）
- bb 修復、威嚇及び無害化戦略としての統合モデル（J・ブレイスウェイト）
- cc 修復的正義の「最大限モデル」（完熟モデル）（L・ヴァルグラウヴェ）

- dd 非懲罰的制裁 (M・ライト)
- ee 「通常の」刑事司法における統合的、体系的手法としての修復的正義 (J・ディグナン)
- b 修復的正義と応報的正義の両立論
- aa K・ダリー
- bb R・A・ダフ
- cc Ch・バータン
- (以上第三〇巻第三号〜第四〇巻第二号)
- c 中間総括
- (2) 権威的応報・威嚇刑法から民主的犯罪法へ  
——法と正義概念の転換——
- a 法実証主義の源流と一般威嚇刑論
- b 観念論哲学の応報論
- c 一般(威嚇)予防論
- (以上本号)

## 第十四章 刑法（犯罪法）の新しい道

### 第五節 応報・威嚇刑法の黄昏

#### (1) 修復的正義と応報的正義の関係、修復的正義における刑罰の役割

##### c 中間総括

私見によれば、刑罰とは、社会倫理的非難として、法律で定められた犯罪を犯した<sup>(308)</sup> 廉で、裁判所の適正な手続きによつて有罪を宣告された犯罪者に、その意思に反して、科せられる意図的害悪賦課である。犯罪者に苦痛を科する処罰者の意図が刑罰の定義の核を構成する。刑罰は一方通行のコミュニケーションである。なるほど、行為者―被害者―和解で成立した多くの合意は犯罪者から多くの時間とお金を要求し、真剣な、場合によっては不愉快な約束を要求する。犯罪者が自ら惹起した苦痛、損害に直接対峙させられるという事実それ自体が苦痛である。しかし、このことから修復的正義の実践が刑罰の一形態であるという結論を導いてはならない。もしそういうことをすれば、それは修復的正義の本質的特徴を見逃すことになる。修復的正義は、自発的、建設的指向の手続きと結果である。修復的正義に実践がもたらす犯罪者にとつての不愉快さは副次的効果にすぎない。修復的正義が建設的指向であるのに対して、刑罰は意図的剥奪である。それゆえ、修復的正義の実践は、「代替刑罰」ではなく、「刑罰の代替」なのである。

司法組織の働きのよつて立つ基本的価値観は劇的変化を要請される。いかなる行為も、――警察との係わり合いから始まって、刑務所からの（仮）釈放にいたるまで――修復の実現に向けられる。

正式の手続きにとらわれない紛争解決が犯罪司法の全過程で試みられる。この手続きは、当事者の必要事に応じて、

様々な形態をとりうる、直接か間接か、被害者と犯罪者だけか、その他の関係者も含むか。

国は、当事者の法的権利が尊重されているかを監視するべきであるが、手続きそのものに積極的に関与することはない。合意が成立し、履行され、それに両当事者が満足すれば、検察官は被疑者を起訴せずに済ますことができる。もし被害者が修復的正義の実践への参加を拒めば、犯罪者には公共に役立つ役務などの可能性が残る。多くの場合、非公式の紛争解決の手続き、結果によって、公益も考慮されることになる。非公式の紛争解決に自発的に参加することによって、犯罪者は、自分の行為が法律に反していることを認める。違法行為の責任を自覚し、その償いをすることで、犯罪者はこれから法律を遵守する意思のあることを表現している。犯罪者が犯罪のもたらした損害を認めることは、被害者の価値、権利を承認することであり、被害者の感情を和らげ、犯罪者の謝罪を受け入れやすくする。<sup>(8)</sup>

しかし、検察官が、事件の公益にかんがみ、訴追が必要であると判断すれば、その判断理由は両当事者に告知されねばならない。それゆえ、裁判所は、修復的正義の実践が不十分か、不可能な場合にのみ、事件を審理することになる。被疑者が否認しているとか、被害者が参加したくないとか、両当事者が合意に達しなかったとか、被疑者が正当な理由もなく合意の履行をしないとか、合意の成立、履行だけでは公益の観点から不十分であるといった場合がそれである。

裁判所は事件の公益に第一次的関心を払う。というのは、被害者の権利、利益だけが問題となっていないからである。国は、潜在的被害者や社会全体の利益も考慮しなければならない。犯罪は純粋な個人的事柄ではない。犯罪は、人々の価値観、社会的平和の脅威であり、社会生活において不可欠な連帯と相互尊重を傷つけ、不安感を醸成し、生活の質を減退させる。このことは、国が犯罪の処理に関する最終的権限をもたねばならないことを意味する。しかし、起訴前の両当事者間の合意には、量刑にあたって適切な考慮が払われねばならない。

それにもかかわらず、裁判の段階でも、修復的正義の実践は試みられるべきである。裁判所が適切と判断した場合には、事件を紛争解決機関に移送することができる。両当事者間に合意が成立した場合、裁判所は事件を打ち切るか、これを量刑に当たって考慮する。このようにして、量刑の純粋な強制機能が緩和されることになる。<sup>(30)</sup>

修復的正義は、犯罪への支配的手段である自由刑の使用を減少させることを眼目としている。しかし、犯罪者の自由剥奪がどうしても必要なときですら、修復的正義の実践は行刑でも試みられるべきである。受刑者の修復的行為は仮釈放判断に当たって考慮されるべきである。

強制と懲罰性を区別する見解によれば、修復的正義は自発的手続きと強制的制裁の両方を含む。それゆえ、制裁が、たんに犯罪者に苦痛を与えるのではなく、修復の意図で科せられるとき、この制裁は「強制的修復的制裁」と呼ばれる。この見解の主張者であるL・ヴァルグラウヴェが言うには、懲罰的司法は烙印付けし、排除し、暴力には暴力もって報い、和解や平和に寄与することはない。自発的手続きはより高い修復的価値をもつが、建設的意図から科せられる修復的制裁は、犯罪によって惹起された損害、苦痛および社会的不穩の修復に寄与する。<sup>(31)</sup>しかし、この最大限モデルに簡単に組みすることはできない。すでに指摘したように(本章第五節(1)a、cc参照)、修復的正義は、犯罪者に対して、あるいは犯罪者のために実現されるというものではなく、犯罪者及び被害者とともに実現されねばならないのである。裁判所の命令する強制的制裁、たとえば、賠償、公共に役立つ労働、被害者基金のための労働を潜在的に修復的だすることは、修復的正義を懲罰的ものに逆戻りさせることになる。<sup>(32)</sup>それは避けられるべきである。

刑罰という苦痛の意図的賦課は倫理的問題を引き起こす、なぜなら、それは基本的に市民の権利と自由を保障する立憲自由・民主・社会国の基本原理と相容れないからである。<sup>(33)</sup>したがって、刑罰を科することがなくとも犯罪司法の任務を果たせるならば、それが優先されるべきである。犯罪を犯した者は刑罰に服する必要はない。犯罪司法の第一

の任務は犯罪行為を非難するための建設的方法を十分に利用することである。

A・フアテイクが言うには、「刑罰の道徳的正当化は基本的にできない<sup>(31)</sup>」。したがって、「これに答える理想的方法は刑罰の合理的根拠を探すことではなく、刑罰を除去することである<sup>(32)</sup>」。しかし、修復的正義の主唱者の多くは、およそ刑罰に頼ってはならないとまでは主張しておらず、結果主義的理由からその余地を認めるのである。それゆえ、次項で、刑罰理論の伝統的哲学的問題に関心が向けられねばならない。ここで求められるのは、犯罪に対する最善の反応を統合的、体系的に説明する理論である。被害者、犯罪者および社会の利益に役立つ非対抗的手続きを含み、刑罰、とりわけ自由の制限、剝奪を最後の手段としてしか認めない、そして近い将来いつの日か、犯罪司法から刑罰を除去することを可能とする理論が求められる。

## (2) 権威的応報・威嚇刑法から民主的犯罪法へ——法と正義概念の転換——

### a 法実証主義の源流と一般威嚇刑論

応報や一般（威嚇）予防は一八世紀から一九世紀にかけて学問的に洗練された概念となった。すでに一七世紀に、「真理ではなく、権力によって法は構成される (auctoritas, non veritas facit legem)」と説いていた絶対主義の精神的創始者であるTh・ホッ布斯（一五八八年—一六七九年）に始まり、一八世紀の終わり頃の啓蒙の高揚期に活躍したI・カント（一七二四年—一八〇四年）で頂点に達した法思想は法と道徳を峻別したのである<sup>(33)</sup>。

プラトンやアリストテレス以来、自然法は法の理念とか目的因 (Telos) から導かれる当為として考察され、この当為が経験的人間から特定の行為を要求したのであるが、Th・ホッ布斯は自然権と自然法を截然と分けたのである。Th・ホッ布斯に拠ると、人というのはその原始の状態では感性的、機械的生き物である<sup>(34)</sup>。その性質は自己の欲求・切望を

無限定に満足させることに向けられている。人は自分のために何を望もうと、それを望んだのであるから、良いことである。権利と利己心は同じ事である。善という絶対的あるいは普遍的概念は存在しない<sup>(31)</sup>。すなわち、Th・ホッブスは、人々の自然的秩序をその目的因とか理念に関連づけ、それによって、人々の間の自然的結合を説明するそれまでの伝統的見解を避け、人は、生来、社会的存在ではなく、非社会的存在であるということから出立したのである<sup>(32)</sup>。この自然権 (right of nature, *ius naturale*) の核心は、「人は誰でもあらゆるものに対して、お互いに相手の身体に対してまで権利をもつ」というところにある<sup>(33)</sup>。この自然権は規範的意味での権利ではない。それは命令と禁止から成り立っているのではなく、自分の力を任意に利用する人の自然的能力から成り立っているからである<sup>(34)</sup>。

この自然的自由の結果は「各人の各人に対する戦争状態 (*bellum omnium contra omnes*)」である<sup>(35)</sup>。この状態から脱け出させるのが情念と理性である。この状態を去ることにさせる情念は暴力的死にたいする恐れと物質的財の平穏な享受である。しかし、「自然権」を節度無く行使することの帰結が自己破滅であることを教えるのは理性である。それ故、理性は平和を求めることを勧め、この目的を達するための基本原則を示す。理性のこの基本原則が自然法 (*law of nature, lex naturalis*) である。すなわち、同じく自然に属する理性が<sup>(36)</sup>、自然権を制限し、安全な生活を可能にする自然法を課するのである。自然権と自然法は截然と区別されねばならない。前者は自由であるが、後者は作為、不作為の義務を内に含む。Th・ホッブスにとり、「自然法」も規範法ではなく、「何が人類の保存のために必要か」を教えてくれる理性の洞察にすぎない<sup>(37)</sup>。

基本的自然法は、「各人は望みのあるかぎり、平和を勝ち取るように努力すべきである」というものである、そしてこの基本的自然法から次の第二の自然法が引き出される、「平和のために、また自己防衛のために必要であると考えられるかぎりにおいて、人は、他の人々も同意するならば、万物に対するこの権利を喜んで放棄すべきである」<sup>(38)</sup>。これは

合理的自然法論とも呼ばれる<sup>(325)</sup>。これが法実証主義に繋がるのである。平和を築くためには、自然法だけでは十分でない。諸情念を理性だけで抑えることはできないからである。これにはたんなる契約だけでも十分でない。契約は言葉からだけ成り立ち、恐怖を引き起こすものではないからである。それ故、理性だけで、武器の助けを借りることなく、人々の安全を図ることはできないと<sup>(326)</sup>。

第二の自然法の実現は、人工人間にたとえられるべきコモンウェルスとか国とか呼ばれる偉大な「リヴァイアサン」においてしか考えられない<sup>(327)</sup>。主権の所持者は形成物の人工の魂であり、人はその手足であり、働きである。個々の人間は最高権力者に完全に服する<sup>(328)</sup>。ここに、絶対国家、特に君主国の基礎付け・強化が問題となっているのである<sup>(329)</sup>。これは社会契約によって生ずる。この契約において、人は自分自身への恐れから無条件に専制君主に屈する。それ故、どの構成員も「臣民」である<sup>(330)</sup>。臣民の自由は、せいぜい、自由意思で服したというところにある<sup>(331)</sup>。支配者は、ローマ法におけるように、家族の構成員を自己の好むままに扱うことの許された父である<sup>(332)</sup>。共同体を構成する前には誰もが自分の望むことを無限定にできたように、いまや専制君主がそうしてよい<sup>(333)</sup>。家産制国家の権力は強大であり、臣民が、キリスト教の支配者の下で、主権者に服するとき、自己の良心に反した行動をとることはありえないほどである。というのは、臣民はこの権利も他者に譲り渡したからである<sup>(334)</sup>。国は教会の支配者でもあり、両者は一体を為す<sup>(335)</sup>。

国家権力が内的平和を維持することができるかぎり、国家は法の擁護者であるばかりか、その創造者でもある。国家権力は理性の「自然法」に拘束されるが、国だけにその解釈の権限がある。それ故、別の解釈が理論的には正しいとしても、国の解釈だけが拘束力をもつ。それは「真理ではなく、権力によって法は構成される」からである<sup>(336)</sup>。行為に善悪判断を下す唯一の規準は国の実定法である<sup>(337)</sup>。すなわち、真実や正義は法の内容ではなく、外面的権威だけが法の内容であるから、法が不正であるという事態が生ずるはずもない。「支配の力をもっている」者の理性だけが重要で

ある。<sup>(338)</sup>

Th・ホブズは犯罪 (crime) と罪 (sin) を区別する。罪とは、法の禁じている行為と言語を「遂行」し、「発言」し、法が命じていることを「回避」することだけでなく、違反しようとする「意図」あるいは意向にもある。これに対し、犯罪とは、法が禁止していることを遂行したり、法が命じていることを回避したりすることによる罪である。したがって、犯罪はすべて罪であるが、罪がすべて犯罪であるとはかぎらない。神の法はもはや世俗の法としては妥当性をもたない。自然法だけが侵害された場合、告訴する場所がない。せいぜい罪があるだけである。犯罪概念は国と結びついている。「主権が消滅するときには犯罪も消滅する」。「市民法がなくなれば犯罪もなくなる」<sup>(339)</sup>。ここに形式的、実定法がその支配を踏み出したのである。<sup>(340)</sup> 犯行後につくられた法は、それ以前の犯行を犯罪とすることはできない。もし、その犯行が、自然法に反するものであるならば、犯行前にも法があつたわけであるが、実定法はつくられるまでは知りえないものであり、したがって、それは強制力をもちえないからである。<sup>(341)</sup>

Th・ホブズの理論の犯罪概念に対してもつ意味はその不法内容にある。<sup>(342)</sup> 犯罪は何よりも、コモンウェルスの内的安全に向けられた主権者の意思の侵害である。<sup>(343)</sup> 不法は契約違反を意味する。<sup>(344)</sup> 犯罪によって、臣民ではなく、支配者に不利益が生ぜざるをえないのは、臣民はその自然権を主権者に移譲したからである。<sup>(345)</sup> 主権者の利益と臣民の利益は常に一緒である。<sup>(346)</sup> 不法というのは主観的市民権の侵害ではありえず、せいぜい、個々人に帰属し、国によって保護された財の侵害だったのである。<sup>(347)</sup>

人間は弱く、情熱や衝動に駆られるから、国の権威は、「可死の神」と呼ばれるほど強いものでなければならぬ。元来、人には自己保存権があるということが、コモンウェルスが行使する処罰の権利の根底にある。臣民が主権者に処罰の権利を与えたのではなく、臣民はただ自分たちの権利を放棄することによって、主権者が国民全体の維持のた

めに適当と考えるところにしたがつて自らの権利を行使することを強化した。したがって、処罰権は主権者に与えられたものではなく、主権者に、しかも主権者だけに残されたものである。国には、法律に厳格に従って処罰する権利が認められる。刑罰目的は正義とか被害者の満足利益の実現にあるのではない。刑罰の目的は、犯罪者に害悪を賦課することによって、臣民を威嚇し、服従させるところにある<sup>(38)</sup>。

Th・ホッブスにとり、あらかじめ知られている刑罰が、人々に特定の行為を控えさせるに足るだけ重いものでなければ、それはむしろ行為への誘惑である。「その理由は、人々が、不法な行為から得る利益と、これに対する処罰の損害とを比較し、いずれか、もつとも良いと思うほうを選ぶのは、当然だからである<sup>(39)</sup>」。したがって、刑法とは、「心理強制による動機づけの手段<sup>(40)</sup>」ないし「心理学的に計算できる強制的動機づけという意味での命令<sup>(41)</sup>」に他ならなかったのである。この刑罰心理強制説は後にJ・P・A・v・フォイエルバッハ、J・ベントムに継承されるのである。

#### b 観念論哲学の応報論

Th・ホッブスの思想はI・カントに繋がった。I・カントに拠ると、いかなる価値認識も経験界の領域にある人々の主観的思考の産物にすぎないから、客観的価値認識の可能性はない。当為それ自体は依然として人々に隠されたままであり、実践理性の要請として存在するにすぎない。所与の人間存在から当為を導くことは、自然法はこれを根拠としていたのであるが、もはや許されない。このことは倫理と法の当為命令にも等しく当てはまる。法はもっぱら強制規範として、人間の共存ないし万人の最大限の自由のための外的に確かな諸条件を造らねばならない<sup>(42)</sup>。法には倫理的なものは混在していない。法は純粹であり、徳の指図とは混合されない。「法が一般に行為の外的側面だけを問題対象とするように、厳密な（意味における）法、言いかえれば倫理的なものを一切加味しない法は、もっぱら外的な規

定根拠以外のいかなる意思の根拠規定をも要求しないものである。こうあってこそ、それは純粹であり、徳のいかなる指図とも混合されることがないのである<sup>(35)</sup>。ここに、倫理は個人道德として完全に内面化され、私的事柄となったのである。道德は自己定立義務を外的強制なしに遵守すること、つまり「自由な自己強要」にある<sup>(36)</sup>。道德は意思自由を理性的に用いることにある。義務の内容は「汝の行為の格率が普遍的法則となりうるように行為せよ」というふう<sup>(35)</sup>に、普遍的目的によつてのみ定義される。この「普遍的法則」は今日では人間共存のための客観的命令、したがって社会的倫理と呼んでもいいものである。しかしI・カントにとつては、この普遍的法則は個人の意思にのみ存在したのである<sup>(36)</sup>。道德は、個人が義務の観念を自分の行為の原動力にするところにある<sup>(37)</sup>。個人がこのようにして法規命令の内容を自分の行為の道德的基準にまで高めるか否かは、各個人の自由意思に任せられている。

I・カントに拠ると、法が必要なのは、人が、感性的存在 (homo phenomenon) であり、理性的存在 (homo noumenon) でもある、つまり、二重の存在であるところに求められる<sup>(38)</sup>。人は感性的存在でもあるから、人を合法的行為へ促すためには強制を要する。「人間は自分と同類の他のものたちの間で生活するときには支配者を必要とする動物である。けだし人間は確かに彼の自由を他の人間に関して濫用するからであり、たとえ理性的被造物としてはすべての人間の自由に制限を置く法則を願望するとしても、彼の利己的な動物的傾向性はできるならば自分自身だけは例外としておくように彼をそそのかすからである。したがって人間は、彼の我意を挫き、各人がそこにおいては自由でありうるところの普遍妥当的意志に従うように彼を強要する支配者を必要とする<sup>(39)</sup>」。人の性質の分裂性の故に、人の自由を確保するためには道德だけでは十分でなく、法が必要となる。「自然が人間に解決を迫る人類にとつての最大の問題は法を普遍的に管理する市民的社会の達成である<sup>(40)</sup>」。しかし、I・カント自身が論ずように、この問題の完全な解決は不可能である。「この支配者も同様にまた動物であり、さらに支配者を必要とするものである。したがって人間はどの

ように始めようとも、みずから正義そのものであるような公的正義の元首をどのようにして獲得しうるかの見込みはなく、この元首を個別的人格に求めても、あるいは支配のために選ばれた多くの人格の集まりに求めても、見込みの立たぬことは同じである。けだし、これらの人格の各々は法律に従って彼に権力を行使する支配者を自分の上にもたなければ、常に自分の自由を濫用するであろう。けれども最高の元首は自己自身が正義であるべきであり、しかも人間であるべきである。したがってこの課題はこの種の課題のうちで最高の難題であり、じつさい完全なる解決は不可能であり、要するに、人間が形成されているかくも曲がった材木から完全に真直ぐなものを組み立てることは不可能なのである。この理念はただ接近して行くことだけが自然によってわれわれ人類に課せられているのである<sup>(30)</sup>。

I・カントに拠ると、法違反に対して刑罰を科することの正当化は、予期されるのとは異なり、その外面的法概念に対応して、内的自立性を不問とせざるをえない、まったく外面的に規定される法的責任 (Rechtschuld) に拠るのではなく、法に違反することを内的に自由<sup>(31)</sup>に決断したところにある。したがって、国には、刑罰において秩序維持機能をはるかに越える個人道徳統制機能が認められることになる。道徳的決断のために、法違反者に国が応報を加えるのである。害悪賦課による責任調整に正義があつた。ここに、一七世紀後半に活躍したS・V・プーフエンドルフ (一六三二年—一六九四年) の自然法帰責論 (Imputationslehre)<sup>(32)</sup> 及びキリスト教信仰において意思自由がもつていた中心的役割が、法の外面化 (die Veräußerung des Rechts) にもかかわらず、依然として影響を及ぼしていたのである<sup>(33)</sup>。

このようにして、応報刑は形式的実証主義の没道徳的法概念と伝統的な思考である犯罪者に対する道徳的責任判断の間の橋渡しをしたのである。応報刑は、その基礎が法の定義においても、責任の定義においても脆くなっているにもかかわらず、今日なお生きながらえているのである。今日、一般に、刑法における応報は、相変わらず、犯罪者が

悪いことを自律的に判断したことに対する調整としての害悪賦課と定義されているのである。<sup>(364)</sup>

応報理論には二つの特徴的属性、つまり、没目的性と観念論（形而上学）がある。没目的性についていうと、応報は刑罰の本質を特徴付けるが、刑罰の効用を問わない。応報は、正義の実現のために、個人道徳的責任を調整する上で絶対に欠かせない。刑罰が行為者を法に対する内的拒絶へといつそう駆り立てようとも、刑罰は実現されなければならない。当該犯罪者や他の犯罪者を威嚇したり、一般の人々の処罰欲求を満足させる上で必要がなくても、刑罰の介入は必要である。正しい刑罰も予防的効果をもつことは避けがたいが、しかしそれは刑罰の反射にすぎないのであって、一般予防は刑罰の背景思想としてであっても関与してはならない。<sup>(365)</sup> さらに、国の刑罰は人倫を向上させることを目的とするのではなく、もっぱら犯罪者に対する正義を念頭におく。この帰結がI・カントのかの有名な命題である、「裁判による刑罰は、自然的刑罰、すなわち罪惡そのものがそれによって自らを処罰しかつ立法者も何らそれについて考慮を払うことのない刑罰から区別される。前者は、犯罪者自身のためであれあるいは公民的社会のためであれ、もっ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決してありえず、常にただ彼が罪を犯したがゆえにのみ彼に課せられるといったものでなくてはならない。何故なら、人は決して或る他者の意図のための手段としてだけ取り扱われ、そして物件の対象であるものと混同せられることはないものであつて、……」。<sup>(366)</sup> これは表見的自由主義の命題である。というのは、国の正義観念を不可避的にしかも社会的必要性と相当性を考慮せずに貫徹するために、人が国の手段にさせられているからである。<sup>(367)</sup>

応報理論の観念論的属性についていうと、応報の前提にあるのは、責任はあらゆる場合そして無限定に行為者の意思自由によって説明されるべきこと、かかる責任は罪惡賦課によって調整されうるし、されねばならないという正義である。G・W・F・ヘーゲル（一七七〇年—一八三二年）に拠れば、「法の地盤は総じて精神的なものであつて、そ

れのもつと精確な場所と開始点は意志である<sup>(38)</sup>。法というのは個人の特殊意思と一致した抽象的意思である<sup>(39)</sup>。不法において抽象的意思が特殊意思と対立するのである。法はただに一致した意思であるから、不法は無効な現象として存在する。ひとつの害悪が他の害悪によって帳消しにされるということ、これが、かの有名な「否定の否定<sup>(40)</sup>」という忘れ難い概念遊戯で表現されたのである。

この観念論哲学に拠れば、犯罪者が形而上的理念と宥することに焦点が合わせられ、被害者との宥和ということとはまったく問題とならない。犯罪者は自意識を有する道德的主体として処遇され、かかる者としてその権利を保障されるが、それは完全ではない。犯罪者は、犯罪を償う用意をはじめとして、個人的関心、解釈を有する全人格として尊重されるのではないのである。犯罪者は単に罪惡賦課という反作用の客体にすぎず、積極的行いを必要としない。損害の修復に寄与する義務を含む犯罪者の能動的責任は視野に入っていないのである。応報を刑罰目的として受け入れるためには、二つの公理、つまり、没目的性と観念論を経験的事実のように認めること、さらには、こういった思弁的基礎の上に人を裁く権利が国にあるということを経験的事実のようになくなくなる。応報理論はその観念論哲学による基礎付けという刑法精神史上の営為によって今日に至るまで大きな影響を与えてきた。しかし立憲自由・民主・社会国原理に立脚する世俗国が、意思自由、自律性、自己答責、道德的主体、応報刑による責任調整、個人道德性の回復といった思弁的哲学に立脚して、犯罪者に個人道德的非難を加え、処罰するということは適切でない<sup>(41)</sup>。裁判官の判決宣告が「代位的良心判断<sup>(42)</sup>」となつてはならないのである。

### c 一般(威嚇)予防論

ドイツでは、P・J・A・v・フオイエルバッハ(一七七五年—一八三三年)が、I・カントの思想を刑法に転用

したが、その祭、その法概念の外面化を引き継いだが、その責任概念は引き継がなかったのである。I・カントとは反対に、P・J・A・v・フォイエルバッハは意思の外面的自由 (äußere Freiheit)、つまり、意思が所為の原因であることの認定しか要求しなかったのである。P・J・A・v・フォイエルバッハの考えでは、内的自由 (innere Freiheit) は犯行時には存在しない。何故なら行為者は自らの衝動に依存しており、善と悪の間の自律的選択自由があつて行動したとはいえないからである。定言命令 (内的義務) に従わない判断をする者は、道徳的に自由ではなく、感性に依存している。したがつて、犯罪行為の帰責は内的自由とはそもそも関係がない。犯罪者に道徳的判断を下せないのは、人の内面をのぞき見ることはできないからである。感性的衝動から出たが、しかし外面的には自由意思で惹起された外界の変更だけが責任を問われる<sup>(33)</sup>。したがつて、P・J・A・v・フォイエルバッハは、責任 (Schuld) という言葉を用いず、帰責 (Zurechnung) という言葉を用いた。道徳は刑法から追放されたのであり、したがつて、応報も排除された。応報に代わつて、I・カントの避けたかったことが主張されたのである。すなわち、刑罰はもつぱら、将来の外面的合法性を作り出すこと、つまり、市民社会のための実践的目的に役立つべきであると。合法性は威嚇によつて強制的に実現されるのであるが、それは「恐怖とわななき」をもたらす刑罰という警告で、潜在的法違反者に最初から犯罪衝動を追放させることによる (心理強制原則)。具体的犯罪の帰責とその帰結である刑罰はもつぱら刑罰の警告という一般予防威嚇を確認するものだったのである。P・J・A・v・フォイエルバッハは、犯罪者を物件の対象と混合してはならないという観点から、威嚇の目的を刑罰ではなく、刑罰の威嚇と結びつけたのである。したがつて、その一般予防論は、刑罰警告予防論であるから、刑罰法規による刑罰警告理論 (eine Theorie der Strafandrohung durch Strafgesetze) というべきであつて、刑罰理論ではないのである<sup>(34)</sup>。もつとも、刑罰は一般予防威嚇を確認するものではあるが、刑罰の執行は法律が機能することを証明すべきものであるから、刑罰の間接的目的 (最終目的) も法

律による市民への威嚇にある。<sup>(375)</sup> I・カントの人間像は形而上学の天国に故郷があつたが、P・J・A・v・フオイエルバッハの自然主義は、いかなる市民も「具現化した悪魔」でありうることを、これをできるだけ事前に阻止することが国の任務であるということから出立したのである。<sup>(376)</sup>

イングランドにおいて心理強制原則を体系的に展開したのがJ・ベントム(一七四八年―一八三二年)であつた。J・ベントムに拠れば、法そのもの(the law)は一つ一つの法の集まりである。そして一つの法(a law)は、「一定の場合に、その当の場合に主権者の権限に服しているないし服していると予期されるある人ないしある種類の人々によつて遵守されねばならない行為に関して、ある国家の主権者の抱いた、あるいは採用した意志を宣言する記号の集合体である」。主権者とは、「政治共同社会の人々全体が、(どういう理由であろうと)他のいかなる人の意志にも優先して、その意志に服従する性格をもつと予期されている何等かの人、あるいは人々の集団」である。すなわち、法とは主権者の命令なのである。<sup>(377)</sup>

すべての法律の目的は、社会の幸福の総計を増大させ、害悪を除去することである(最大多数の最大幸福)。また、すべての刑罰はそれ自体としては害悪であり、したがつて、功利性の原理に拠れば、より大きい害悪を除去し、幸福をもたらすかぎりにおいて承認されうる。<sup>(378)</sup> 刑罰の目的には特別予防と一般予防がある。犯罪が犯された場合の特別予防に関して、犯罪を未然に防止するためには、次の三つの方法がある。第一の方法は、犯罪を犯せる物理的能力を除去することである(incapacitation)。それは、すでに犯罪を犯してしまった犯罪者に対する刑罰の一つであり、物理的能力を除去することによつて、再び同様の犯罪を犯すことができないようにするものである。第二の方法は、犯罪を犯す欲望を除去することである(reformation)。それは、すでに犯罪を犯してしまった犯罪者に対して道徳的矯正を施すことによつて犯罪への誘惑を断ち切ろうとするものである。第三の方法は、犯罪を犯すことを恐れさせるよう

にすることである (intimidation)。それは、「威嚇ないし恐怖」によつて犯罪を犯さないように強制するものである。<sup>(379)</sup>

一般予防は、刑罰の警告、及び科刑の効果である。後者は見せしめの効果をもつ。犯罪者に科せられた刑罰は、あらゆる者に、同じ犯罪を犯したら同じ目に遭うことの見せしめなのである。<sup>(380)</sup> みせしめは、「受刑者の苦痛が第三者の目に焼き付き、その想像をかき立て、犯罪を犯そうとする誘惑をうち砕くほど強烈な印象を残す」。<sup>(381)</sup> そしてこの一般予防こそが刑罰を正当化するから、一般予防が刑罰の主たる目的とならなければならない。刑罰は、それ自体としては、卑劣でしかも嫌悪感を引き起こすものであるが、犯罪者に対する復讐ではなく、人々の安全のための犠牲であると認識されるとき、第一級の利益に格上げされると。<sup>(382)</sup>

J・ベントムは神学的、形而上学的応報論を拒絶して、功利主義の立場から、死刑制度の廃止、拷問の制限、監獄改革の必要性を説いた。それは当時としては徹底的に「人道主義的」だったといえる。<sup>(383)</sup> しかし「犯罪を阻止するものは、刑罰の恐怖である」<sup>(384)</sup> という功利主義の威嚇理論は苦痛賦課という刑罰のもつ潜在的犯罪者に対する予防作用を重視したのである。そこには、力の行使を独占する組織体としての国と、力の脅威で援護された国の命令としての法という、<sup>(385)</sup> 一七世紀のTh・ホッブスにまで遡る国と法に関する法実証主義理論が反映されていたのである。<sup>(386)</sup>

刑罰の威嚇作用とその潜在的犯罪者に生ずる恐怖による行動統制を倫理的に正当化することは難しい。法とその機関が刑罰という「合法的」暴力により勝利を収めても、それは邪悪な勝利にすぎない。何故ならこの手段そのものが犯罪者が用いると非合法と宣告されるものだからである。人の行動を恐怖によつて支配するべきではないのである。<sup>(387)</sup>

それでもなお刑罰の威嚇機能が正当化されるとするなら、その犯罪予防効果および他の手段による代替ができないというところに求められることになる。確かに威嚇予防は素人心理学的明証性ともいふべきものをもっているため、今日においても大きな影響力を有している。刑罰は重ければ重いほど、その威嚇効果はますます増大すると。しかし

犯罪学では、すべての犯罪行為が合理的計算に基づくものではないこと、「合理的」犯罪者は例外であること、犯罪性向のあるものであっても、刑罰の威嚇作用という点で重要なのは法定刑の重さではなく、逮捕される主観的蓋然性であることが指摘されている。P・J・A・v・フォリエルバツハ威嚇予防論を徹底させると、構成要件を被侵害法益の重さ、社会的損害で定型化することができなくなる。潜在的犯罪者の犯罪衝動を除去するためには、犯罪から得られることになろう利益よりも重い害悪が賦課されなければならない。たとえば、小額の謝礼の見返りに殺人を請け負う者に対しては、この謝礼を上回る罰金刑で威嚇すればよいことになる。出世のために名誉毀損を犯す者に対しては、長期自由刑が必要となろう。そうすると、刑法各則の犯罪構成要件は犯罪から得られるであろう潜在的利益<sup>(308)</sup>によって定型化されることになる。

現在、一般予防は、従来の威嚇予防（消極的一般予防）の意味ではその第一次的意義を失い、統合予防（積極的一般・特別予防）が正面に出てきたのである（第十二章第五節参照）。しかしこれが刑法理論的整合性をもつためには、法の概念の再考が要請されるのである。

注

(308) M. Wright, *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*, 2. edition, 1996.; the same, (fn. 262), p. 5.; L. Walgrave, (fn. 253), p. 22.; J. Willemsens, (fn. 255), pp. 28f.; A. Fatić, *Punishment and Restorative Crime Handling. A social theory of trust*, 1995, p. 197.

(309) M. Wright, (fn. 262), p. 9.

(310) J. Willemsens, (fn. 255), pp. 25f.

(311) L. Walgrave, (fn. 253), p. 23.

- (312) P. McCold, (fn.237), pp. 388ff.
- (313) L. Walgrave, (fn. 253), p. 21.; A. Fatic, (fn. 308), p. 1.
- (314) A. Fatic (fn. 308), p. 192, p.255.
- (315) R. Moos, (fn. 1, Recht und Gerechtigkeit), pp. 105ff., p. 115.
- (316) Th. Hobbes, Leviathan or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil, 1651 (Collected and edited by Sir Molesworth, The Collected Works of Thomas Hobbes, Vol. III, 1, 2, 1992), Introduction and Part I, Chap. 翻訳書について 長井道雄『ホッブズ』（『世界の名著』第二三巻）所収 一九七一年、及び 水田洋・田中浩『ホッブズ』（『世界の思想』第二三巻）所収 一九六六年がある。
- (317) Th. Hobbes, (fn. 316), Part I, Chap. XIV.
- (318) A. Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, 2. edition, 1963, p. 114.
- (319) Th. Hobbes, (fn. 316), Part I, Chap. XIV.
- (320) A. Verdross, (fn. 318). 「ホッブズは、人の行為を、普遍的な、あらゆる生き物に妥当する自然法則によって判断しているところから、その考えは自然主義的自然法論 (naturalistische Naturrechtslehre) とも呼ばれる。
- (321) Th. Hobbes, (fn. 316), Part I, Chap. XIV.
- (322) Th. Hobbes, De Cpopore politico: or the Elements of Law, Moral and Politic, 1640 (Collected and edited by Sir W. Molesworth, The Collected Works of Thomas Hobbes, Vol. IV, 1992), Part I, Chap. II.
- (323) Th. Hobbes, (fn. 316), Part I, Chap. XIV, Chap. XV.
- (324) Th. Hobbes, (fn. 316), Part I, Chap. XIV.
- (325) この第二の自然法においては、平和目的の達成のために如何なる手段が必要かという合理的問いかけが問題となっているので、ホッブズは、自然主義的自然法の創始者であるばかりか、合理主義的自然法論 (rationalistische Naturrechtslehre) の創始者でもあると目される。前者は、情念だけが支配する場合に妥当するが、後者は、情念が理性によって支配される場合に妥当する。 A. Verdross, (fn. 318), p. 115.
- (326) Th. Hobbes, (fn. 316), Part I, Chap. XVII.

- (327) Th. Hobbes, (fn. 316), Introduction.
- (328) Th. Hobbes, (fn. 316), Introduction.
- (329) R. Moos, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel, 1968, p. 71.
- (330) Th. Hobbes, (fn. 322), Part II, Chap. IV.
- (331) Th. Hobbes, (fn. 322), Part II, Chap. IV.
- (332) Th. Hobbes, (fn. 322), Part II, Chap. III, Chap. IV.
- (333) Th. Hobbes, (fn. 322), Part II, Chap. I.
- (334) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. VI, VIII.
- (335) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXXI, Part III. R. Moos, (fn. 288), p. 69, fn. 114.
- (336) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXVI.
- (337) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXIX.
- (338) R. Moos, (fn. 315), p. 115; Arthur Kaufmann, Vorwort zum Neudruck, in: Th. Hobbes, Naturrecht und Allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen. Mit einer Einführung von Ferdinand Tönnies. Mit einem Vorwort zum Neudruck 1976 von Arthur Kaufmann, 1974, p. IX.
- (339) Th. Hobbes, (316), Part II, Chap. XXVII.
- (340) R. Moos, (fn. 329), p. 71.
- (341) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXVII.
- (342) R. Moos, (fn. 340), p. 71.
- (343) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXVI.
- (344) Th. Hobbes, (fn. 322), Part I, Chap. III, Part II, Chap. II.
- (345) Th. Hobbes, (fn. 322), Part I, Chap. II.
- (346) Th. Hobbes, (fn. 322), Part II, Chap. V.; the same, (fn. 316), Part II, Chap. XXVII.
- (347) R. Moos, (fn. 340), p. 71.
- (348) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXVIII.; P. Hoffmann, Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht, 1995,

69f.; A. Krenkus, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, 1999, pp. 59ff.

(349) Th. Hobbes, (fn. 316), Part II, Chap. XXVII.

(350) C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, 1938. 邦訳、長尾龍一訳「レヴィアタン——その意義と挫折——」(同・「リヴァイアサン」所収・一九七二年・二五頁以下、一一四頁——一五頁)。「ホッブスが導入した法治国的憲法概念の変化は、法律概念の変化と直接関連している。法律は予測可能な心理強制による動機づけという意味での決断・命令と化し、マックス・ヴェーバーの言葉を借りれば『服従強制のチャンス』となった。この種の強制秩序特有の法律は刑法、『単に刑罰的な法律』(lex mere poenalis)であって、そのような法律のもたらす秩序は当然『刑罰秩序』(ordo poenalis)である。しかし真理や正義の実体的内容を遮断し、規範を実証主義的に明文化すること自体のうちに、既にブルジョワ法治国の求める特殊な保障がある。例えば、法律は強制の威嚇であるから遡及効果をもちえないというように。実際ホッブスは事後法は無効だと説いている」(訳書・一一〇頁——一一二頁)。

(351) J. Habermas, *Theorie und Praxis*, 1963. 邦訳、細谷貞雄訳『政治哲学論集(I)』一六九六年・五一頁。

(352) I. Kant, (fn. VII-30), Einl. B.

(353) I. Kant, (fn. VII-30), Einl. F.

(354) I. Kant, (fn. VII-30), Einl. II.

(355) I. Kant, (fn. VII-30), Einl. VI.

(356) R. Moos, (fn. 1, *Die ethischen Grundlagen des Strafrechts*), p. 405.

(357) I. Kant, (fn. VII-30), Einl. III.

(358) A. Verdross, (fn. 318), p. 147.

(359) I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 1784, in: E. Cassirer (ed), *Immanuel Kants Werke*, Bd. IV, pp. 149ff., p. 157. (邦訳、小倉志祥訳「世界市民的意図における普遍史のための理念」(『カント全集 第二三巻 歴史哲学論集』所収・一九九八年・一三頁以下))

(360) I. Kant, (fn. 359), p. 156.

(361) I. Kant, (fn. 359), p. 157.

(362) S. ヴン・フエンデルフは、行為者のその所為に対する責任、つまり所為の刑罰への帰属をもつばら行為自由(*Handlungsfreiheit*)

で基礎付けた。行為自由は自己決定可能性、意思 (voluntaris) 及び悟性 (intellectus) からなる。悟性には、善悪の判断ができる良心が入る。人が正当と思われる理由から規範になかった行為ができなかった場合、その行為をその人に帰責させることはできない。しかし S・V・プーフエンドルフは、刑法は秩序ある社会生活の存立のためにのみ役立つべきとの理由から、応報を不必要であるとした。刑罰の目的は将来の犯罪防止、つまり、犯罪者の無害化又は改善、ならびに犯罪者自身及び潜在的犯罪者の威嚇にある。H. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, pp. 94ff. R. Moos, (fn. 329), p. 76. p. 504. P. Hoffmann, (fn. 348), pp. 71f.

(363) R. Moos, (fn. XII-199), pp. 283ff., p. 284.

(364) R. Moos, (fn. XII-199), p. 284.

(365) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 5. Aufl., 1996, p. 70.

(366) I. Kant, (fn. VII-30), II. Teil, 1. Abschnitt, Abm E I.

(367) R. Moos, (fn. XII-199), p. 285.

(368) G.W.F. Hegel, (fn. VII-3), §4.

(369) G.W.F. Hegel, (fn. VII-3), §82.

(370) G.W.F. Hegel, (fn. VII-3), §82. 否定の否定という表現は、G・W・F・ヘーゲルの原稿には見当たらず、その弟子であるガンスが、G・W・F・ヘーゲルの講義を聴き取ったホトーの講義帳面から、後に本文に付け加えたものである。C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3. edition, 1997, §3 I, fn. 7.

I・カントは、犯罪と刑罰を現実の物理的賦課という外面的・因果的次元で捉え、したがって、同種の、つまり鏡像的な、タリオン (同害報復) として賦課される刑罰理論に到達したが、G・W・F・ヘーゲルは、意味的、象徴的次元で捉え、刑罰はコミュニケーション・象徴的調整として価値が等しいものでなければならぬとしたとの指摘がなされる。H. H. Lesch, *Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafers* (I. Teil), JA 1994, H. 11, pp. 510ff., pp. 514f. しかし犯罪者に対する害悪の賦課による責任調整が道徳的に必要であるという点では、I・カントも G・W・F・ヘーゲルもなんら変わらない。この価値同等性という形態の応報思想がその後も学説、実務に大きな影響をもったのである。ドイツ連邦裁判所は、当初、禁止の錯誤に関する有名な判決で (BGHSt (Grosser Senat) 2, 194, 200)、「責任批判の内的根拠として、人には生まれつき、自由な、答責的、道徳的自己決定の素質があり、それ故、法を選び、不法を拒否する判断能力がある」として、意思自由、応報思想にたつことを鮮明にしていたが、その後、保護観察付き刑の執行猶予に関する事案で (BGHSt 24, 40, 44)、「不法な行為に対する贖罪ないし所為応報という観

点を判断に当たって考慮することははや許されない」として、応報思想から離れた。

- (371) R. Moos, (fn. XII-199), p. 285. L. Walgrave (fn. 252), pp. 206ff.; C. Roxin, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, ZStW Vol. 96, No. 3 (1984), pp. 641ff., p. 645. 邦訳、井田良訳「責任刑法の問題性」(ロクシン著・宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』所収・二三三頁以下・一九八四年); the same, (fn. 370), §3 Rz 8ff.

- (372) Arthur Kaufmann, *Schuldprinzip*, 2. edition, 1976, pp. 197ff.

- (373) J. P. A. v. フォイエルバッハは、一八世紀前半の啓蒙福祉・専制国家の功利主義者であり、使徒であったCh・ヴォルフ(一六七九年―一七五四年)の影響を受けていた。Ch・ヴォルフは、人の善悪判断の自由を結果から判断したのである。Ch・F. v. ヴォルフは犯罪者には自由のないことの理由として、その自然の理性によって自己の行動を支配したのではなく、「非理性的獣」のようにその衝動に身を任せたのだと論じた。したがって、犯罪者の行為に応報を加えることはできず、犯罪者は、家畜、「荒れ狂う犬」のような社会に害を与えるものとして扱われ、できるだけ絶滅されるべきである。犯罪者の無害化と並んで、刑罰の意味は他者への威嚇にある。ここに「意思自由が刑法から駆逐されると同時に、体系的一般予防論が展開されたのであった。R. Moos, (fn. XII-199), p. 286; the same, (fn. 329), p. 90, pp. 195f. p. 506.

- (374) R. Moos, (fn. XII-199), pp. 285; H. H. Lesh, (fn. 370), p. 516.

- (375) P. J. A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847, §16. (邦訳、西村克彦訳「フォイエルバッハ『ドイツ普通刑法綱要』」(一八〇一年)・西村克彦訳『近代刑法の遺産』(中)所収・一九九八年・四一頁以下)。

- (376) 「具現化した悪魔」という表現は「L. H. v. Almqvist, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, 1803, p. 48. R. Moos, (fn. XII-199), p. 286.

- (377) H. L. A. Hart (ed), *J. Bentham, Of Laws in General*, 1970, Ch. 1, 2. 参照、深田三徳「J. ベンサムとイギリス法理学の誕生」同志社法学第二〇巻第二号(一九六八年)一頁以下、二八頁以下。

- (378) J. H. Burns, H. L. A. Hart (eds), *J. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1970, Chap. 13. 邦訳、山下重一訳「道徳および立法の諸原理序説」(『世界の名著38 ベンサム』J. S. ミル所収・一九六七年)・西村克彦訳「ベンサムの『道徳および立法の原理への序説』」(西村克彦訳『近代刑法の遺産(上)』所収・一九九八年)。

- (379) J. Bentham, *Principles of Penal law*, in: J. Bowring (ed), *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 1, 1962, pp. 365ff., p. 396. 参照、西尾孝司「初期ベンサムの『立法』観念における『刑法』の位置」『神奈川法学』第二二巻二・三号(一九七六年)・八三頁以下、一

一四頁以下。

- (380) J. Bentham, (fn. 379), p. 396.
- (381) J. Bentham, (fn. 379), p. 491.
- (382) J. Bentham, (fn. 379), p. 396.
- (383) C・ベッカリアー(一七三八年―一七九四年)は、その功利主義の思考の点で、J・ベンタムに影響を与えたのである。しかし、前者には社会契約や自然権によって功利主義を制約する枠組みがあったのに対して、後者には功利的思考を制約する枠組みがなかった。死刑廃止について、J・ベンタムが死刑の長所、短所の比較といった完全な功利的視点から死刑の廃止を主張したのに対して、C・ベッカリアーは、功利性の観点で満足したのではなく、生命への自然権という確信を背景に、社会契約理論に基づき、人間は同胞を殺す権利をそもそも持っていないことを根拠に死刑廃止を主張した。また、拷問について、J・ベンタムは、当時行われていた拷問には批判的であったが、しかし二人の共犯者が逮捕されたが、その一人が脱走した場合には、そのまま放置すると犯罪一般に対する誘因なりうるし、その者の再犯にも繋がりをうる場合、二つの害悪のより少ない方を選ぶべきだという功利的視点から、例外的に、被疑者から仲間についての情報を得るために拷問が容認されうるとするのに対して、C・ベッカリアーは、拷問が犯罪捜査の上で信用できないこと、拷問がもたらす非自白者の死を含めた医学上の悲惨な結果もさることながら、拷問はただ「食人種にこそふさわしい」こと、何よりも、人は「裁判官による判決言い渡し前には有罪と見なされることはできない」のであり、無実の者が、捜査方法によって先取りして処罰されてはならないのであり、こういう者としてその自由権は保護されるべきとして、およそ拷問を容認しなかったのである。C. Beccaria *Dei delitti e delle pene*, 1764 (邦訳、風早八十二・二葉訳『犯罪と刑罰』一九三八年)。J. Bentham, (fn. 379), pp. 444ff. 参照。深田三徳『法実証主義と功利主義——ベンサムとその周辺——』一九八四年・一一〇頁以下。R. Moos, *Der Einfluss Cesare Beccarias auf das österreichische Strafrecht*, Juristische Blätter 1991, pp. 69ff. (邦訳、吉田敏雄訳「チェザーレ・ベッカリアーのオーストリア刑法に与えた影響」(一・三・完)北海学園大学『法学研究』第三九卷第三号(二〇〇三年)三五一頁以下、第三九卷第三号(二〇〇三年)四七九頁以下、第三九卷第四号(二〇〇四年)七二七頁以下。
- (384) J. Bentham, (fn. 378), Chap. 6; the same, (fn. 379), p. 516. J・ベンタムは、弁償の懲罰的要素、それ故、それがもつ威嚇効果の故に、刑罰としての弁償を支持したのである。第十二章注六参照。
- (385) J. Bentham, (fn. 378), Part II, Chap. 27. 「刑罰への恐怖を感じることなく破れる法は、法ではなくて、空虚な言葉にすぎない」。
- (386) C.G. Brunk, (fn. 236), p. 40.

説

(88) A. Fatic, (fn. 308), p. 201.; M. Wright, (fn. 262), p. 14. 実証的研究と犯罪 L. W. Sherman, Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction, Journal of Research in Crime and Delinquency, Vol. 30 No.4, 1993, pp. 445ff.

論

(88) H.H. Lesch, (fn. 370), p. 517.

(〃〃〃)