

タイトル	法的平和の恢復(三十)：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(4)：763-787
発行日	2005-03-31

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	弁償の思想	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	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 ——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
 - a ドイツ
 - b オーストリア
 - (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
 - a ドイツ
 - b オーストリア
 - c ベルギー
 - d イングランド、ウェイルズ
 - (8) 立法例
 - (9) 家庭裁判所調査官の新しい役割
 - 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・マッコウルド）
 - 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・ヴァルグラブエ）
 - (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
- 第五節 応報・威嚇刑法の黄昏

- 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 (G・デイグナン)
 - 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
 - c 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
 - b 観念論哲学の応報論
 - c 一般(威嚇)予防論
- (以上第三十卷第三号—第四十卷第三号)
- d 純粹法理論
 - e 併合(ハイブリット)説
 - f その他の応報刑論
- (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

(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 ——

d 純粹法理論

法の背後にある価値体系の道徳的性質を不問にする法の外面化は、I・カントからさらに純粹法理論へと繋がった。新カント主義に立脚するH・ケルゼン（一八八一年—一九七三年）の純粹法理論に拠ると、法の概念は法の道徳的基礎付けとはなんらの関係もない。法の妥当根拠は、憲法によって授權された国の立法行為にのみ存在する。法秩序と大強盗団の違いはそこにしかない⁽³⁰⁾。正義は法概念の要素ではない。通俗的表現を用いると、法は、外面的にしかすぎないその正統性を条文からしか得られないのである。法の価値は外面的な、堅固な形式および權威にある。法の内容は、形式論理的に広く自己完結した、正確な概念体系としてのそれ自体に基づく。道徳的、宗教的あるいは社会的正義といった理念的原理を基にして、法の妥当性を探索するには及ばない。法というものはそれ自体において価値中立的である。つまり法は「純粹」であり、いわば任意の内容を込められる容器なのである。内容の価値は容器の種類や概念にとってどうでもよいことである。それ自体価値中立の法律は、法律違反を犯さないかぎり、誰もが自己の正義観を追って生きる寛容を示すべきものなのである⁽³⁰⁾。

正しい法 (das richtige Recht) とか、実質的正義とか、法における倫理とかを問うことを許されない「純粹法 (das

Reine Recht)」と呼ばれるこの表面的な概念に拠ると、社会がその抱える問題をどのように解決するべきか、何がそもそも善であり、悪であるのかといった問いへの答えは、合理的には根拠付けられないのであって、主観的にしか、したがって相対的にしか根拠付けられず、一般妥当的根拠付けはできない。この当為の主観的領域は客観的に妥当する法秩序から切り離される。いかなる種類の理念も、キリスト教倫理のそれであれ、自然法倫理のそれであれ、功利主義の倫理であれ、その他の社会理論、個人倫理の理念も、これらによって作り出される政策、あるいは意識を特徴付ける経済事情、あるいは歴史的伝統と同じく、法概念の外にある⁽³⁹⁾。

イデオロギー、倫理、政策等との関係なくして特定の法内容が生ずることはなく、H・ケルゼン自身も民主主義の意味でのかかるイデオロギー等を支持した⁽³⁸⁾。それにもかかわらず、H・ケルゼンは、法規範はこれらの内容のための純粹の外面的形式にすぎず、内容それ自体とは等値できないことに決定的価値をおいた。法とは人間の行為に対する国の強制秩序 (Zwangsortnung) 以外の何物でもなかったのである⁽³⁹⁾。このようにして、H・ケルゼンは法の絶対的概念を得たのである。内容はまったく任意でありうるが、それでも法である。「法規範が有効なのは、それが特定の内容をもっているからではなく」、公式に有効な方法で制定されたからである。「このように『定立されている (Gesetz-
Sein)』ということの必然性と、そのなかに基礎づけられている法の効力が道德およびその他の規範体系に従属せず独立性をもつということのなかに法の実定性がある⁽³⁸⁾」。刑法はとりわけ効果的秩序・強制規範にすぎない。法は、一方で、国の市民の自由への侵害を法律に基づいてのみ許容する、つまり、恣意を排除し、他方で、市民による法律の遵守を強制する。そうになると、法治国性 (Rechtsstaatlichkeit) は法と同じ意味になり、「法治国」は冗語となる⁽³⁹⁾。法治国とは、強制規範の効果性と、したがって外面的法的安定性を内容としてもつ形式的概念となったのである (形式的法治

国)。法は外面的秩序によって法の下万人の平等を保障する。法の基礎にある価値は法律規範を定めるための立法者の動機にすぎない。純粹法理論に拠れば、実定法規範は、なるほど事実的結果としてはこういった価値を実現するものの、しかしそれ自体の中に価値を含むものではない。法学は自らを政治の「下女」に貶めてはならないと。⁽⁹⁷⁾

純粹法理論に拠れば、法は、法律の論理的前段階と考えられうる超実定的根本規範をもつても、その内容を充足することはできない。なるほど、超実定的根本規範なるものが前提とされるが、しかしそれはまったく形式的概念にすぎず、実定法の価値尺度にはまったくならない。⁽⁹⁸⁾

法概念に社会倫理規範を取り込むことを拒絶する純粹法理論は概念法学であり、自然主義の法思想に立脚している。それは、存在と当為を認識論的に分離する、純粹に合理的、批判的思考方法の産物だったのである。つまり、一九世紀精神運動史の晩成の果実だったといえる。それと同時に、国の政治という面から見ると、この思考方向は、「御上」が「法服従者」に対して力をもっていた君主制、官憲国家、警察国家に基盤がある。そのために、官憲国家権力を制約することはできても、除去することはできなかった。法服従者は立法者の動機、価値態度の背景を探る必要はないのであって、ひたすら服従しなければならない。法律は法服従者に法律自体からの解釈しか許さず、法的に重要な規範を伴う「法律の精神」なるものは存在しない。つまり純粹法理論は空虚な法理論なのである。法律が市民のための強制規範と考えられるとき、市民の側ではこの縛りによって憲法によって拘束された君主に対して自由を主張できる。この形式的法治国性の故に、純粹法理論の背後にある官憲国家・警察国家思想が覆い隠されているのである。⁽⁹⁹⁾それ故、立憲的君主制から出現した純粹法理論の要にあるのは国体(Staatsverfassung)である。⁽¹⁰⁰⁾H・ケルゼンに拠ると、権力

の保持者と市民は次の点で一致している、すなわち、「根本規範」の法に対する意味は、「法の權威、つまり、君主、人民集会、国会などが命令するように、行動せよ」ということである。^(四) 純粹法理論によれば、国は外面的強制権力者であり、法は外面的強制規範であるから、不法は国の無条件的權威請求に対する違反である。したがって、犯罪者は話し合いの相手ではまったくないのであつて、法律違反者であり、敵である。犯罪に対しては闘いしかないのであり、話し合いで対応するものではない。^(五)

e 併合（ハイブリット）説

一般予防も応報もそれぞれ異なつた責任概念、刑罰概念を内容としてもち、原理的には相容れないのであるが、実際には併合される。害悪賦課の必要性の故に、応報は、その没目的性にもかかわらず、刑罰警告と行刑で威嚇効果を發揮する。逆に、威嚇は、意思が決定されていることを前提とするにもかかわらず、応報に具体的責任刑の領域を委ねる。一般予防は、行為責任と内的關係をもたないから、實際上の結論として、非決定論的責任論と折り合いをつけ、これが威嚇刑に繋がるのである。したがって、結局のところ、刑罰警告による威嚇と、科刑による威嚇又は行刑による威嚇の間の相違はもはや認められなく、重要なことは実際に刑罰に威嚇効果があるということなのである。^(六)

一九世紀末葉に、F・v・リスト（一八五一年—一九一九年）が一般予防に代えて特別予防を主張した。P・J・A・v・フォイエルバッハの心理強制説がずっと洗練された形で特定の行為者へと転用され、刑罰は目的に応じて区分されたが、^(七) 人を刑法的処遇の手段にする決定論信仰が依然として刑罰の基準となる基本原理だったのである。

ここに、三つの刑罰理論が並立することになった。保守的応報論と威嚇予防論は害悪賦課が放棄できないという点で同一方向を歩むが、近代刑法学派、つまり、社会的効用思想家は犯罪者の目的的処遇を目指し、刑罰害悪が行為者を破壊から解放するのではなく、いつそう破滅へと追いやる⁽⁴⁶⁾とき、刑罰害悪を多かれ少なかれ放棄するのである。

学派の争いは目下のところ異なった成立根拠と機能を持つ応報と予防を内的整合性なしに結びつける併合説 (Vereinigungstheorie) に屈したといえよう。刑罰は責任のためにもつぱら応報として科せられるのではなく、犯罪を予防する国の手段としても役立たねばならないとされるのである。「伝統的意味での」「真性の」併合説と呼ばれる考えによれば、応報、特別予防、一般予防が並列的に刑罰目的とされる。そこでは応報目的が徹底的に支配的機能をもつ、「規準となるのは、……先ず第一に刑罰の贖罪要求であり、⁽⁴⁶⁾ 応報目的であって、これとならんでおそらく威嚇目的も加わる。その他の目的、改善目的や保安目的は背景に退く」と⁽⁴⁶⁾。この説は、予防目的が刑罰の応報性格を侵してはならないこと、それは応報によって引かれた範囲内でしか考慮されないことを意味する⁽⁴⁶⁾。

加算的併合説と呼ばれる考えによれば、⁽⁴⁶⁾ 応報、特別予防および一般予防が同位置の刑罰目的と扱われる。いわば必要に応じて、あれこれの刑罰目的が前面に出てくる。ドイツ憲法裁判所判例に見られるもので、「連邦憲法裁判所は繰り返し国の刑罰の意味と目的を扱ってきたが、学界で主張されている刑罰理論に対する基本的な態度表明はしなかった。……社会生活の基本的価値を保護することが刑法の一般的任務である。責任調整、⁽⁴⁶⁾ 予防、行為者の再社会化、生じた不法に対する贖罪と⁽⁴⁶⁾ 応報が適切な刑罰制裁の側面である」、⁽⁴⁶⁾ 刑罰は、「威嚇し、再社会化するといった任務とかかわりなく——生じた不法に対する⁽⁴⁶⁾ 応報である」と⁽⁴⁶⁾。しかしこの説は、すべてをひとつの鍋の中で互他混ぜにして、両立

しないものを両立させる試みと批判されるのである。⁽⁴⁰⁹⁾

「真性の」併合説も加算的併合説も応報的併合説に括られるのであるが、それは処遇思想と一般予防(予防目的のための威嚇)に譲歩するが、個人倫理的正義概念とここから生ずる責任刑の基本原則としての応報を放棄することはしない。争いが残っているのは、予防と責任の関係である。しかしいずれにせよ、応報的併合説は、行為者が具体的場合にとどの程度意思自由が、あるいは意思の制約の下で行為をしたのかの問いに答えることはできない。それは人間の認識を超えるからである。このような不確かな基礎の上に、併合説は、相変わらずI・カントの意味で、国に個人的道徳を裁くことを認めるのである。⁽⁴¹⁰⁾

現在、応報的併合説に代わって、予防的併合説が主張されている。それによると、刑罰の目的はもっぱら予防であり、一般予防と特別予防が対立するとき、基本的には後者が優位する。応報は刑罰目的ではないが、刑罰を限定する原理として、応報理論の決定的要素である責任原理(意思自由の濫用)⁽⁴¹¹⁾が働く。この理論は刑罰目的としての応報を拒否しているにもかかわらず、予防的「併合説」を名乗っている点で誤解を招きかねない。これは、刑罰限定原理としてののみ責任原理を機能させるところから来るのであろう。これは別としても、予防的併合説には基本的批判が免れない。⁽⁴¹²⁾伝統的責任原理の二つの機能のうち、刑罰基礎付け機能は放棄し、刑罰限定機能は維持し、後者の機能の基礎としては「規範的非決定論」⁽⁴¹³⁾を用いるのであるが、そもそも、刑罰基礎付けと刑罰限定を分離できるところに問題がある。両者は「ひとつのメダルの二つの側面」⁽⁴¹⁴⁾の関係にあるのである。さらに、規範的であれ、理論的にも実践的にも量化できない意思自由を措定する責任原理がどのように具体的に刑罰限定機能を果すことができるのであろうか。

現在、求められるべきは、一方で、外面化された、形式的法概念を内面化し、価値で充足することであり、他方で、刑罰とI・カントの意味での個人道徳的責任の結合を遮断し、しかもP・J・A・v・フォイエルバッハやF・v・リストの意味で、責任をもっぱら心理学的・生物学的に自由な行為認識に縮減することで、刑罰の完全な道徳的空洞化をもたらすといったことのない、しかも犯罪の個別具体的被害者に生じた不正義を考慮するような犯罪法理論なのである（本章第一節参照）。

f その他の応報刑論

上述したように、一八世紀の啓蒙期に、応報刑論は観念論哲学によって基礎付けられ、洗練されたために、今日に至るまで、刑法の精神史の上で大きな影響を及ぼしてきたのである。しかしながら、刑罰には、I・カントの応報論、つまり、意思自由によって定まる責任に対する調整（狭義の応報刑論）とは異なる、それでいて予防目的とは関係のない正当化の試みもなされてきた（広義の応報刑論）。これには合理的基礎付けと非合理的基礎付けがある⁽⁴⁶⁾。

(i) 合理的基礎付け

合理的基礎付けの核心は形式的法確証(formale Rechtsbewährung)にある。これにはさまざまな基礎付けがある。

1 法秩序の防衛の必要性 有責の規範違反に対して刑罰の脅しをもって臨むとき、実際に法規範違反の行為が行われると、刑罰が科せられなければならない。このいわゆる「反作用原理(Reaktionsprinzip)」は、日常生活において標語となっている「Aを言うものはBも言わざるをえない」を法に転用させたことからくる帰結にすぎず、これが「法

秩序の防衛」の必要性と結びつくのである。制裁で整備された規範はその侵害に対して制裁を科することで自己防衛をしないなら、規範は死滅すると。

2 純粹の法秩序規範 上記と同趣旨のものに、法を純粹の「秩序規範」と位置づける説明がある。秩序を破るものは、秩序のために元に押し戻されなければならず、それは適切な害悪賦課によって行われる。この秩序力の貫徹は「法の威厳」の理念にまで高められることがある。刑法は、最高の国の力の表現であり、「高権的」行為であり、これに個人は「服従する」。被服従者によって無視され、被服従者に対して貫徹できない力はその高権を失う。踏みじられ、自己防衛しない法はその崇高な偉大さを失う。ここからそう遠くないところに、こういった高権の「神聖」感情がある。そうでなくとも制裁 (Sanktion) という概念には「神聖な (sanctus)」が含まれている。それは、規範がその添加物である刑罰の脅しによって「聖化される (geheiligt)」ということを言っているのである。制裁は、規範を最高の国の承認、聖別及び莊嚴の状態におき、規範違反者には害悪を賦課することでその不可侵性や非破壊性を保障する。

3 犯罪は割り合うというものであつてはならない 「犯罪は割に合うものであつてはならない」というのも反作用原理に含められるひとつの説明である。他人の権利を侵害することで利益を獲得し、犯罪が割に合わないものであることを実感させられない者は、法を遵守する者を馬鹿にする。不法が勝利し、犯罪者は法を不法に入れてしまう。それ故、法は犯罪者に相当の害悪を保障する「調整機構」によって保護されねばならない。犯罪者の利益は無に帰せしめなければならない。そこに正義がある。刑罰は「当然受けるべきもの」である。

反作用原理は責任とは何の関係もない。現代文化の状態に拠ると、責任は反作用のための前提条件の一つであるが、この反作用は、古典的応報とは異なり、そもそも責任によって担われておらず、責任内容は原理上任意に定められることになる。

形而上的応報との感情的結合をもたらす、法の威厳とか神聖化といった栄光化が拒絶されるかぎり、法の確証とか反作用原理の側面からの刑罰の合理的根拠付けそれ自体には問題はない。しかし反作用原理を基礎付ける法概念、国概念の分化的考察が必要であり、それ故、形式原理を相対化し、押し戻すことが必要となる。法の妥当要求はその内の権威に由来するのであり、外的力の要求は場合によってはその背後に退かねばならないのである。⁽⁴⁷⁾

(ロ) 非合理的基礎付け

1 同害報復 刑罰の非合理的基礎付けとしては、先ず、同じことは同じことで報われるべきだという、古代の同害報復原理(Talionsprinzip)を挙げることができる。もはや字義通り旧約聖書の意味で「目には目を、歯には歯を」が受け取られることはない。それは現代文化の状態からして残酷すぎるからであるが、それでも「暴に報いるに暴をもつてする」という粗野な形で今も生きている。

同害報復原理には積極的な社会的価値が認められない。殴られたら殴り返すというだけではそれ自体として意味があるとはいえない。害が二倍になるにすぎないのである。そういうことをすれば、国は自らを犯罪者と同じ水準におくことになる。同様に、「暴に報いるに暴をもつてする」も拒絶されるべきである。同価値の粗野を科することが裁判

官の得ようと努めるべき仕事ではないからである。犯罪者に重い刑を科するか否かは、行為不法の重さによってのみ決まるのではない。⁽⁴¹⁸⁾ 応報 (retribution) という言葉は元来、ラテン語の retribuire に由来し、返済すること、修復することを意味する。この意義に忠実であれば、損害を犯罪者に返済するのではなく、損害を犯罪者が返済する方が賢明⁽⁴¹⁹⁾ ということになる。

2 私的復讐 「暴に報いるに暴をもつてする」からそう遠くないところに、国が昔の「私的復讐」を引き継いだという説明がある。被害者の尊厳、社会的、物質的領域、身体の完全性の脅威となる、または脅威となる恐れを体験したとき、被害者は怒りを感じる。これが人々の復讐の源である。被害者には、犯罪者が苦痛のために処罰されるべきとの権利がある。国は、私人訴追の負担を軽減するために、この権利を引き継ぎ、復讐のための導管として行動する。国は被害者の本能的、復讐的、主観的恣意及び残酷さを避けるが、それでも、復讐としての刑罰の最奥の本質を隠すつもりがないとき、害悪をもつてきちんと返報すること（報復）を放棄してはならないと。

復讐はどんな形であれ国の関与する事柄ではない。重大な被害をこうむった場合、終えがたい衝動としてほぼ普遍的に見られる復讐心というものは、主観的にはいわば低次元の本能に由来するのであって、これが次に相手方に同種の反作用を引き起こすのである。文明の進んだ国は熟考し、自由剝奪などの暴力の行使を控え、平和創設的行動をとるべきである。私的復讐を単に害悪賦課に還元するなら、それは同害報復に帰着する⁽⁴²⁰⁾。

3 私的調整 私的復讐に近いのが「私的調整」である。被害者は「満足利益」をもつ。被害者は満足を期待してよ

い(名誉回復)、つまり、蒙った損失に対しては物質的に、そして犯罪者の悪意と衝動満足の客体とならなければならなかったこと、及び、これによって法的地位が低下させられたことに対しては理念的に満足を期待してよい。行為者はこの償いをしなければならぬということ、少なくともこの意識を被害者がもてるようにしてあげなければならぬ。

この説は、刑罰が被害者に満足を与えるものではないことを正しく認識していない。損害賠償は私法の問題であり、罰金その他の負担は国が手に入れる。理念的には、刑罰は直接被害者の満足に仕えるのではなく、社会に仕えるのである。⁽⁴⁾

4 感情的否定 動物に対する応報衝動をも説明する、本能的拒絶、つまり悪人の否定も憤懣からの処罰要求を促す。

しかしこの説明も説得力がないのは、犯罪者は社会そのものの産物なのであり、一方で、社会はその共同責任を排斥のために利用してはならないからであるし、他方で、犯罪者は規準人と比較されるが、この者が犯罪者の社会層に⁽⁴⁾対応しないことが多いからである。

5 神の応報 刑罰の非合理的基礎付けの今ひとつの考えはキリスト教における神の応報である。応報理論の起源は宗教的、神学的観念にあるといえよう。宗教的神政社会においては道德的悪事、つまり(sin)と法律的悪事、つまり犯罪(crime)の区別は存在しない。国内法それ自体は神法の一部であるから、法律違反行為は神に対する攻撃である。

したがって、こういった社会では、刑事罰が神の応報から区別できないのは当然である。罪が償われる唯一の方法は犯罪者に苦痛を賦課するしかない。「罪が許されるには血を流すしかない」。不正行為を加えられたのは神であり、神との関係が傷つけられたのであるから、これ以外に神に償う方法はない。神は人間を自己の行為に責任を負う存在として創造し、人間は自己の行為の弁明をしなければならないからである。⁽⁴³⁾

今日においても、責任と応報に関する宗教観念はきわめて重要な意味をもたされてきた。責任(罪)は刑罰を要求する、刑罰は責任を抹消する。一九五三年の第六回国際刑法会議の折、教皇ピウス十二世は、「法はそれ自体において神聖であり、保護されること、したがって、法を破る者は戒めにさらされ、実際にもそれを蒙らなければならないという法の尊厳、神聖な理念に対する敬意」以上に必要なものは何もないと述べた。国は、神の受託者として、そして悪行為者に対する神の怒りの道具として剣を持つ。罪が正面にある。罪だけが最後の審判を理解させる。「神はおののにそのわざにしたがって報いられる」(ローマ人への手紙二章六、マタイによる福音書一六章二七)。「最高位の審判者は最後の審判で専ら応報の原理を適用する。応報の原理はまことに、閑却されるべきでない価値をもたなければならない」と。⁽⁴⁴⁾

他者の責任に対する刑罰害悪の代理引き受けに関する宗教的犠牲・救済論も刑罰の不可避であることを説くのである。民族の罪を象徴的に担わされ、荒野で死ぬことによって民族をその罪から解放する旧約聖書の贖罪の山羊とか、万人の罪に代わって苦しみ、そのことで神を満足させる救済者というキリストの福音がそれである。

新約聖書に「だれに対しても悪をもって悪に報いず、すべての人に対して善を図りなさい」、「悪に負けてはいけな
い。かえって、善をもって悪に勝ちなさい」(「ローマ人への手紙」第二章一七、二一)、「だれも悪をもって悪に報
いないように心がけ、お互いに、またみんなに対して、いつも善を追い求めなさい」(「テサロニケ人への第一の手紙」
第五章一五)とあるのは別論としても、責任と刑罰の宗教的説明を世俗国が引き受けるべきでないことに多言を要し
ない。国は宗教団体ではない。なるほどいかなる人も刑罰を自分のために宗教的に解釈することは自由である。しか
し特定の宗教内容を一般原理にまで高めてはならない。さらに、国には、応報をくわえる神の正義の反射光をこの世
に作る権利が認められないのは、人とその仕事が全知の者の前でどういう価値があるのか、これを知るのは「永遠な
る裁判官」のみであり、世俗の裁判官は知らないからであり、犯罪者であっても、キリスト教に拠ると、信仰により
恩寵に与るし、この判断は世俗の裁判官にはできないからである⁽⁴⁷⁾。

6 超自我(良心)による抑圧 深層心理学に拠れば、超自我ないし社会倫理的行為規範を遵守することで、あらゆ
る人に無意識的に衝動放棄が要求されることになる⁽⁴⁸⁾とされ、このことから感情的応報欲求が説明される。他人が、吾
人が自分自身のために受け容れている規範を破ると、吾人は、自分の心の無意識で、衝動的な部分では犯罪者の側に
立ち、規範に服する部分ではこの誘致的悪しき例の厳罰を要求し、自分自身の衝動に対する超自我の抑圧力を強化し
ようとする⁽⁴⁹⁾。規範領域と衝動領域の間の緊張関係に加わるのが、責任として感じられる、無意識の、許されない願望
や弱点を抑圧し、転嫁する防衛機制である。責任感情は本能的に自己処罰に進みかねない。自分自身に対する攻撃が
爆発せず、そうかといって責任複合観念の根源の意識的処理にもいたらないとき、人は、自己の責任を他者に投影す
ることで自分の良心の負担を軽減しようとし、したがって、処罰欲求が他者に向けられる。集団心理学的には、個人

の処罰欲求が社会に移されうる。社会の構成員が規範の権威を厳格に受け容れるほど、あるいは、規範を破る無意識の、抑圧された気持ちが強いほど、ますます、社会の構成員は、消極的な、自己の道徳的「陰」に対する負担軽減ないし保護（安全欲求）のために、実際に規範を破った者への処罰を要求する。抑圧されたものが、その投影された他者に戻り、この者は「悪魔に仕立て上げられる」⁽⁴²⁾。実際の失策行為に加えて、この者は他者の同じ本能のための「贖罪の山羊」になる。吾人自身の中にある「悪」がこの者において報われる⁽⁴³⁾。かかる応報衝動がいかにも偽善的、不当そして破壊的であつても、これはやはり事実であると。

深層心理学は飽くことを知らない応報欲求の根拠を明らかにしたのであるが、しかしここから、基本的、普遍的刑罰欲求を反映した国の刑罰が「その本質上応報である」⁽⁴⁴⁾との結論を導いてはならない。この低次元の感情を国の刑罰の原則にしてはならないのである。逆に、これは意識化と理性によって阻止されなければならないのである。理性による規範領域と衝動領域の間の緊張関係の処理という点にまさに精神分析的認識の実践的利点があるからである。⁽⁴⁵⁾

7 応報としての贖罪 刑罰の宗教的及び深層心理学的意味づけは贖罪(Sühne)を求める。多くの場合、贖罪は応報と同義で用いられるが、それは応報という厳しい言葉を婉曲に表現しなおすか、復讐の側面や形式にすぎない調整を抑えるためである。この点で、贖罪という概念は、言うに足る実質的価値をもたないどころか、逆に、応報が問題になっていることを隠蔽するのである。応報の意味での贖罪は、被害者ないし「神の怒り」は国の事柄であつて、これを行為者が受身の立場で耐えなければならないということである。これに対して、独自の、意味ある概念としては、贖罪は行為者自身の事柄である。贖罪は行為者に、積極的に、悪行を自発的に、謙虚に監視することによって内的に

浄化させ、神あるいは自らの責任感情の前で片をつけさせる機会を提供する。贖罪は内省であって、外から強制されるものではない。贖罪は行為者の道徳的行いなのであり、これが責任を消滅させ、応報に犯罪者の側から始めて意味を与える。国には犯罪者に刑罰害悪を課する義務があるが、それは犯罪者が、自ら刑罰に耐えることを望むことで、道徳的浄化の機会をもつためである。行為に応報を加えないなら、それは犯罪者から責任抹消の機会を奪うことになる。公の応報を加えないなら、犯罪者から社会との宥和の可能性を奪うことを意味すると。

犯罪者に贖罪を通常は期待できないのは、規範や命令を内面化するほどの能力や用意にかけており、自分自身が犯罪や処罰欲求に苦しむことはないからである。犯罪者は与えられた贖罪の可能性を自分に向けられた復讐と感ずるものである。犯罪者の多くの者が既に社会的排斥、挫折の経験を味わせられているからであり、社会と国の訴追、司法機関は敵であり、不正な仕事をしていると見られているからであり、犯罪者の目には、裁判官は道徳的権威をもたないからである。裁判官席からの道徳的言説は犯罪者には届かない。害悪行為者に漏れなく贖罪を可能にするために害悪を賦課することは、贖罪を促進するよりは、その妨げとなることの方が多いためである。⁽⁴³⁾ 犯罪者は「氷のような冷たさ」で扱われる。⁽⁴⁴⁾ 犯罪者の多くは、できるだけ軽い刑罰ですむか、できれば刑罰を免れることにしか関心が向かないものである。さらに、応報は、犯罪者が刑罰という害悪を心理的に受け入れないときでも、犯罪者に刑罰害悪を賦課しなければならぬ。要するに、一般的に言つて、刑罰によつて贖罪を期待することは無理なのである。したがつて、贖罪によつて応報を正当化することもできない。⁽⁴⁵⁾ 贖罪のために自ら不利益を蒙ろうとするものは、例えば、弁償によつて、つまり「贖罪の印」を自ら実践しなければならない。贖罪を求めるほどの責任洞察をもっているものは、国の刑罰を最も必要としない者である。そもそもそれがあつても、贖罪は特別予防と関係があるのであつて、応報とは

関係がない⁽⁴⁶⁾。

注

- (388) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. edition, 1960, pp. 45ff.
- (390) H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, pp. 10f, p. 43. 邦訳、宮崎繁樹・上原行雄・長尾龍一・森田寛二『正義とは何か』一九七五年・一五頁以下、四八頁以下。R. Moos, (fn. 274), p. 113.
- (391) H. Kelsen, (fn. 389), p. 112.
- (392) H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929 (Neudruck 1963), pp. 100ff. 邦訳、西島芳二『デモクラシーの本質と価値』一九四八年(岩波文庫)。
- (393) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pp. 99f. 邦訳、清宮四郎『ケルゼン一般国家学』一九七一年。The same, (fn. 389), pp. 51f.; H. Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: W. Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, pp. 322ff. 邦訳、金澤文雄『自然法と法実証主義』広島大学『政経論叢』第一六巻第三号・一九六六年・七三頁以下。
- (394) H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945. 邦訳、尾吹善人訳『法と国家の一般理論』一九九一年・一九七頁。
- (395) H. Kelsen, (fn. 389), p. 200.
- (396) U. Klug, *Prinzipien der Reinen Rechtslehre*, in: *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981, Bd. 1, p. 258.
- (397) R. Moos, (fn. XIII-1, *Die ethischen Grundlagen des Strafrechts*), p. 401, fn. 6.
- (398) H. Kelsen, (fn. 389), pp. 200ff.
- (399) R. Moos, (fn. XII-199), p. 302.
- (400) R. Moos, (fn. 397), p. 402.
- (401) H. Kelsen, (fn. 393), p. 99.
- (402) R. Moos, (IX-54), p. 340.
- (403) R. Moos, (fn. XII-199), p. 287.
- (404) F・v・リストはその有名な「マールブルク綱領」において犯罪者類型によって異なる処遇を論じた、つまり、威嚇もできず、改

善もできない常習犯の無害化、単なる機会犯の威嚇、改善能力のある者の改善。F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1883), pp. 1ff.

(405) RGSt 58, 109.

(406) C. Roxin, (fn. XII-155), §3, 32.

わが国では、真正の併合説は、意思自由を前提として、刑罰は応報であり、この範囲内で一般予防、特別予防の目的が追求されるべきという、いわゆる「相対的応報刑論」の形で主張される。例えば、大谷実『刑法講義総論』一九九七年・四四頁以下。西原春夫『刑法総論』一九七七年・三八六頁以下。

(407) BverfG, E 45, 187, 253f. NJW 1977, 1525, 1531.

(408) BverGE 39, 1, 57.

H. H. イエシエックの言う弁証法的方法論もここに属する。全部の刑罰目的を調和のとれた関係に整序するという考えによると、不可避免的に「刑罰目的の二律背反」が生ずる場合は、具体的事案に応じて、あれこれの原理に優先性が認められ、その際、責任の量が方向目印とならねばならない。責任量によって正当化される刑罰だけが威嚇的に働き、社会教育学的意味で教育効果があるという経験において、一般予防と正しい応報が結びつく。H. H. Jescheck, Th. Weigend, (fn. 365), §8 V.

(409) D. Callies, *Strafzwecke und Strafrecht*, 40 Jahre Grundgesetz. Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zur sozial-autoritären Rechtsstaat, NJW 1989, pp. 1338ff., p. 1339.

(410) C. Roxin, (fn. XII-195), §3, 33-36.

英米法圏では、P. H. ロビンソンが、誰がどの程度の刑罰を受けるべきかを決定するためのハイブリッド配分原理を主張する。「当然の報いが併合される功利的公式に優先するべきであるが、但し、功利的公式なら避けることができる、耐え難い犯罪の増大が見込まれる場合は別である」。しかし、功利的調整も、耐え難い不正な刑罰をもたらす場合には、許容されない。P. H. Robinson, *Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions*. Northwestern University Law Review, Vol. 82 (1987), pp. 19ff., pp. 38.

(411) R. Moos, (fn. XII-199), pp. 287f.

併合説の亜形といってよいものに、伝統的法感情考慮説がある。意思自由の証明がないので、刑罰の個人倫理的正当化はできない。したがって、応報自体はなるほど刑罰目的ではないが、人々の応報欲求を取り上げ、それを巧みに誘導することは一般予防という刑罰目的に属すると。M. ブルクシュタラーは、これを「特別に構造化された併合説」と呼んでいる。M. Burgstaller, *Sinn und Zweck*

- der strafrechtlichen Strafe, in: K. Porstner (ed), *Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung*, 1983, pp. 53ff, p. 55; D. Kienapfel, Hoepfel, *Strafrecht A. T.*, 10. Aufl., Z 2 Rz 9; W. Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, Einl. 75. このようにして、公式には退去命令を下された古い応報が社会心理という現代的装いを凝らして裏口から入ってくる。この社会心理学的応報作用の事実は、刑を科することの避けがたい反射であるが、反射を造ることは刑を科することの目的ではない。この反射は歓迎されない。人々の害悪賦課の叫びに屈することは、感情を合理性に優先することを意味する。このような非合理的感情の合理的刑罰目的への取り入れは正当化できない。もしもこれを許容するなら、司法をして、責任の本質とは関係のない応報刑へと駆り立てることになる。R. Moos, *Der Schuldbeginn im österreichischen StGB*, in: *Festschrift für Otto Triffterer*, pp. 169ff, p. 169 (邦訳、吉田敏雄「オーストリア刑法における責任概念」北海学園大学『法学研究』第三三巻第一号・一九九七年一七三頁以下、一九七頁)。R. Moos, *Richter und Strafrechtsreform, Juristische Blätter*, Vol. 118, No. 6 (1996), pp. 345ff, pp. 354f.
- (412) C. Roxin, (fn. XII-195), §3, 37-55. わが国では、この立場をとる者には、斉藤誠二「刑罰の正当化の根拠をめぐって」、『宮澤浩一古稀記念祝賀論文集』第二巻所収・二〇〇〇年・一頁以下、二四頁以下。
- 英米法圏では、H・L・A・ハートが予防的併合刑を主張する。それによると、刑罰の一般的正当化目的と刑罰の具体的配分（誰にどの程度の刑罰を科するか）の問題は区別されるべきである。功利主義が刑罰を一般的に正当化するのであるが、しかし、応報的観点からの限定が必要である。威嚇の利点は、無実の者の処罰、非難と釣り合いのとれない刑罰とか家族の者の代位責任を禁止することによって制限されなければならない。H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1963, pp. 8ff.
- (413) C. Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, 1998, pp. 51ff.
- (414) J. Tiemeyer, *Der „relative Indeterminismus“ und seine Bedeutung für das Strafrecht*, ZStW 105, 1993, pp. 484ff.
- (415) G. Freund, *Der Zweckgedanke im Strafrecht?*, GA 1995, pp. 4ff, p. 9 Fn. 19.
- (416) R. Moos, (fn. XII-199), pp. 293ff.
- (417) R. Moos, (fn. XII-199), p. 298.
- (418) R. Moos, (fn. XII-199), p. 297.
- 大谷・前掲書・五一頁は、合目的性が刑罰権の法的根拠であるが、悪行に対する悪反動という考え方は国民の確信となっており、かかる意味での応報原理に立脚した刑罰であって初めて正義にかなうものとして犯人及び一般国民に受け容れられ、一般予防及び特

別予防の効果があると論ずる。しかし、この応報感情に加担することは、感情が合理性に優位することを意味する。かかる国民の応報欲求に屈し、精神的・文化的前衛に従わなかったなら、今日にいたる刑罰の人道化への道は存在しなかったであろう。刑事司法は国民に対して啓蒙的であらねばならぬ。R. Moos, (fn. 411. Richter und Strafrechtsreform), p. 355; F. Pallin, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §37 Rz 12.

(419) M. Wright, Restoring Respect for Justice. A Symposium, 1999, p. 134.

(420) R. Moos, (fn. XII-199), p. 297; L. Walgrave, (fn. 253), pp. 24f.

(421) R. Moos, (fn. XII-199), p. 297.

最近、K・ギュンターは、そのフランクフルト大学教授就任講義において刑罰の正当化根拠としての被害者の満足欲求 (Genugtuungsbedürfnis) を論じている (K. Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie. Jenseits von Vergeltung und Prävention? In: Festschrift für K. Lüderssen, 2002, pp. 205ff)。被害者特有の経験には、目や感傷、手で触れることのできる直接的、物質的損傷ばかりでなく、軽蔑され、侮辱され、屈辱感を味わうことがある。これは被害者だけが経験できるのであり、他人がこれを代わって経験できるというものではない。同時に、この経験は、第三者とは分かち合えない、被害者に特有の反応の源でもある、つまり、満足欲求の源である。もともと、すべての犯罪が被害者にとって侮辱的意義を有するといふわけではない。おおよそのところ、身体傷害、強盗、殺人、強姦といった中核刑法の犯罪だけが問題となる。これらは人格としての身体的、心理的自己同一性を侵害する犯罪である (不可侵性犯罪)。

屈辱自体が犯罪因的效果をもちうる。ここから、つぎのようなことが生じうる。犯罪者は、被害者に屈辱を与えることで、自分が蒙った屈辱の仕返しのために、犯罪を犯す。その際、被害者が代位的に侮辱されるといふことが生じうる、つまり、この被害者が、以前に行為者——いまだ満足欲求を「満たされていない」——を軽蔑した者に代わって屈辱を受ける。被害者には蒙った屈辱に対する満足欲求が生ずる。これが抑制されることなく満足されうるなら、その結果は応報的軽蔑に繋がる。それは構造において無限且つ逃げ道のない応報の連鎖と異ならない。

ところが、満足欲求は、国の「刑罰請求権」の歴史において、刑罰から追放されたのである。紛争は当事者から奪われ、国有化されたのである。国は同時に自己の存在を確かなものにし、安定化させ、自己の利益を貫徹する。紛争の剝奪史は三段階に分けられる。第一段階…被害者を国の刑罰請求権と権力独占に服させるために、被害者は専断的に法を貫徹する暴力手段を奪われる。もとより、それでもまだ十分でない。被害者とその親族は腸が煮えくり返っている。被害者は、専断的法貫徹の権利をもたず、暴力手段をもち

やもたないが、満足欲求は依然として満たされない。第二段階…それ故、被害者の専断的法貫徹への欲求の源が断たなければならない。それは、満足措置欲求を公的コミュニケーションから排除し、被害者の私的領域に移すことで実現した。被害者の自ら蒙った恥辱調整要求は私事化される、つまり、被害者はもはや公的反響を見いださない。被害者は権利も暴力手段もたず、自分の満足欲求を他人に聴かれることもない。しかし、如何なる犯罪もその侮辱的性格の故に常に新しい満足欲求を生み出し、しかも、裏切られるかぎり、被害者は国にとって依然として危険である。第三段階…それ故、この最終段階で、犯罪の侮辱としての解釈は棄てられなければならない。犯罪を満足欲求のための一つの理由と見ることはもはや許されない。したがって、被害者の軽視を表現する、犯罪の侮辱的性格は中和化されなければならない。犯罪は、法侵害へ、そして後に、被害者の領域から離れていつそう抽象化されることで、法益侵害へと転義されたのである。今日、国は刑法を完全に自分自身のために道具として利用でき、何でも当罰的犯罪と宣言できる。国の刑罰請求権、満足欲求の私事化そして犯罪の侮辱的性格の中和化は相互関連している。現行刑法では、犯罪の侮辱的性格は、独立した犯罪類型としての名誉毀損罪にしか見られない。

しかし、K・ギンターは、被害者の満足欲求は、それが一般の人々の利益と矛盾しないかぎり、刑罰を正当化すると論ずる。そこで、K・ギンターはJ・フラインバーク (J. Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in: J. Feinberg, *Doing and Deserving*, 1970) の言う刑罰の「表示的機能」に触れる。行政罰、民事損害賠償は行為者に規範違反に対する費用だけを科し、これによって行動を統制するが、刑罰はそれと同時に共同体による行為者とその行為に対する非承認を表現する。刑罰が他の処置と異なるのはこの「非承認の象徴主義」による。他の四個の象徴的機能がこれと結びつく。(1) 共同体の下す刑法の有罪判決は不法の「権威的非承認」を表現するものでもある。犯罪者にはこの行為をする権利はなかったのだということが社会に伝えられる。(2) 共同体は刑罰によって、共同体が不法に妥協せず、不法を退けることを宣言する。市民が不法行為を処罰せず放置すると、この行為が承認されたかのように理解されかねない。(3) 非承認によって法が主張され、確証される。(4) 最後に、刑罰による非承認は他の市民が無罪であることを意味する。他の市民自身が犯罪の責任を負うことはなく、刑罰を科せられる行為者だけが責任を負うということが伝えられる。

K・ギンターは、J・フラインバークの理論を被害者との関係で転用する。刑罰の象徴的・表示的意義の中核にあるのは、侵害は個人的に責任を問われる不法であり、この不法は一般の人々によって受け容れられないという公的宣告にある。この宣言には三人の名宛人がある。(1) 被害者。この宣告で同時に、被害者が損傷を受けたことは不運とか運命ではなく、一般の人々によって受け容れられない不法であることが宣言される。被害者に伝えられるのは、被害者自身ではなく、他者が責任を負うのだというこ

とである。(2) 行為者。行為者が自分の犯した犯罪行為を、被害者、社会、状況に責任があるとして中和化することは認められない。同時に、この宣言で、行為者は、このことが伝えられうる道徳的人格として承認される。(3) 一般の人々。一般の人々に伝えられるのは、損傷が不法であり、不運ではないこと、不法は受け容れられないこと、この不法には被害者も一般の人々も責任を負わないということである。

尤も、最後に、K・ギュンターは、害悪賦課という意味での刑罰が上述の宣言内容を伝える上での必須の条件ではないのだと論ずる。是認しない反作用と害悪賦課の意味での刑罰の間の関連は歴史的に見て偶発的であり、それ故、可変的慣習である。刑罰の象徴的・表示的内容は不法・責任認定の公的、形式化された手続きにおいて完全に表現されうる。刑罰に帰属されるすべての意義はこの手続きによって十分に表明されうる。有罪の宣告だけでも被害者のための満足機能を果たす。象徴的・表示的意義を表現するために、行為者に事後的害悪賦課という意味での刑罰を科する必要がある。刑罰が今でもその存在理由をもっているのは、象徴的・表示的意義を表す慣習的象徴であるからにすぎない。そうすると、有罪宣告後の行為者―被害者―和解等の反作用形態が刑罰に代わるものとして考えられる(K. Günther, Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, in: Müller-Dohm (ed), Das Interesse der Vernunft, 2000, pp. 465ff., pp. 480ff.)。

K・ギュンターは、その論文の副題から分かるように、「応報と予防を越えた刑罰理論」を目指しているが、屈辱自体の犯罪因効果の論述から明らかなように、「被害者」社会化、つまり被害者犯罪予防論を展開しているようである。もしその主張が、刑罰は被害者の屈辱経験を調整するというのであれば、被害者の満足欲求というのは応報欲求、復讐欲求を言い換えたにすぎないことになる。

C. Pritwitz, Opferlose Straftheorien?, in: B. Schünemann, M. D. Dubber (eds), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, 2000, pp. 51ff., p. 71.

(422) R. Moos, (fn. XII-199), p. 297.

(423) C. G. Brunk, (fn. 236), pp. 36f.

(424) Botschaft Papst Pius XII. An den 6. Internationalen Strafrechtskongress, ZStW 66, 1954, pp. 1ff.

今日「ルーレン福音教会は応報に反対している」。Die Denkschrift „Strafe“ der Evangelischen Kirche Deutschlands, 1990, pp. 57ff., pp. 77ff.

(425) R. Moos, (fn. XII-199), p. 297.

(426) F. Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe,

ZStW 92, 1980, pp. 637ff., pp. 642ff.

- (427) F. Alexander, H. Staub, Der Verbrecher und seine Richter (1929), in: T. Moser (ed), Psychoanalyse und Justiz, 1971, pp. 205ff.
- (428) P. Raaiwald, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher (1948), H. Jaeger, T. Moser (eds) 1973, p. 123.
- (429) E. Naegeli, Die Gesellschaft und die Kriminellen, 1972, pp. 13ff., pp. 69ff.
- (430) B. Hafke, Tiefenpsychologie und Generalpraevention, 1976, p. 165.
- (431) F. Streng (fn. 426), p. 679.
- (432) R. Moos, (fn. XII-199), p. 298.
- (433) L. Walgrave, (fn. 253), p. 21.
- (434) H. -H. Jescheck, Th. Weigend, (fn. 365), §8 III. 4.
- (435) E. Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. edition, 1973, p. 52.
- (436) R. Moos, (fn. XII-199), p. 298.

(〃〃〃)