

## カントにおける刑罰と刑法

— 9つのテーゼ —

ヨアヒム・レンツィコフスキー (Joachim Renzikowski)

(飯島 暢 訳)

### 導入

一般的にカントは応報論の主張者であるとされている<sup>1)</sup>。同理論とともにカントに対しては学問的に維持し得ないという評価が向けられている。何故ならば、応報の理念は全ての社会的な目的を度外視し、法益保護のために刑罰が不要である場合においても、刑罰を要求するとされているからである。だが、これにより同理論はその社会的な正統性を喪失してしまう。国家には、「正義という形而上学的な理念」を実現する権限は認められないとされているのである。最後の決め手としては、応報されるべき責任という想定だけでは、刑罰を支える理由にはならないとされている。何故ならば、個人の責任は意思の自由の存在に依存しており、その実証不能性が当該の責任を国家的な介入のための唯一の基礎とすることを不適切にするからである<sup>2)</sup>。このようなカント評価は、1968年にウルリッヒ・クルークによってなされたカントからの「決別」<sup>3)</sup>以来広く流布している。しかしながら、以下で示すように、このような評価はカントに十分に取り組むことによって得られたとは到底言えないものなのである。

事情は全く異なっている。カントによる1794年の『人倫の形而上学』<sup>4)</sup>は既に正当に練り上げられた刑罰論を含んでおり、それは時代を超えたクオリティーを有している。但し、当該の刑罰論を際立たせるためには、通常なされているように、幾つかの箇所を目を向けるのでは適切ではな

---

1) 多くに代えて、*Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. München 2006, § 3 Rn. 3を見よ。

2) *Roxin* (Fn. 1), § 3 Rn. 8; 同様の見解として例えば *Joecks* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Einl. Rn. 54 (「もはや維持し得ない」とする); *Schünemann*, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur — Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist, in: *Prittwitz* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 327-344 (332:「袋小路」であるとする); *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin/New York 1995, S. 9 (「マージナルな立場」であるとする)。当然ながら、これらとは反対の見解も再び見受けられるようになっている。多くに代えて、例えば *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, Berlin 2004, S. 45 ff.

3) *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, in: *Baumann* (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch — Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer, Frankfurt am Main u.a. 1968, S. 36-41.

4) *Kant*, Metaphysik der Sitten (2. Aufl. 1798), in: Kants gesammelte Schriften, hrsg. von Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 6, Berlin 1907, S. 203-493。以下の本文においては、頁数を示しながら AA VI として引用する [日本語化に際し、樽井正義・池尾恭一「人倫の形而上学」(2002年、岩波版カント全集11)を参考にしたが、基本的には独自に翻訳を行った：訳者記す]。

い。そうではなく、既に法論の「全体」を視野に入れる必要性があり、つまりは主観的な法、法の任務、法治国家に関するカント自身の言明をも考慮しなければならないのである<sup>5)</sup>。以下では、カント的な刑罰論の本質的な特徴を9つのテーゼの形で典拠となるテキストの該当箇所を示しながら明らかにしたい<sup>6)</sup>。

### 第1テーゼ：法治国家の任務は、市民の自由を「普遍的な法則に従って、他者の強要する選択意志から」法的手段によって保障することである。

「公法」という表題の付された法論の第2部には、公法に関する叙述があり、そこでカントの刑罰論が語られている（「処罰権及び恩赦権について」AA VI, S. 331-337）。人倫の形而上学の体系的な連関が示しているのは、カントがある任意の法秩序における何らかの刑法を取り扱っているわけではないということである。むしろ彼のテーマであったのは、法治国家におけるリベラルな刑法であり、その出発点は法的に保護された自由としての個人の自由である。この自由は「他者の強要する選択意志からの独立」（AA VI, S. 237）として「全ての人間にその人間性に基づいて認められる、唯一の根源的な権利」（ibid.）である。但し、この（主観的な）法は無制限のものではなく、その限界を他者の自由において見出す。そして、その範囲を確定することが、いまや法的法則の総体としても理解されることになる法の任務となるのである。

「それ故に法とは、その下である者の選択意志が他者の選択意志と自由の普遍的な法則に従って統合させられ得ることになる諸条件の総体である」（AA VI, S. 230）。

これにより「法の普遍的原理」は次のような内容となる。

「全ての行為は、その行為が、或いはその行為の格率から見て、その者の選択意志の自由が誰

- 
- 5) Volker Haas, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Tübingen 2008, S. 182 ff. はカントの著作の他の箇所、特に『実践理性批判』と『単なる理性の限界内の宗教』における叙述が絶対的応報理論を示すものであることを示唆する。実際に、『人倫の形而上学』にも同様の叙述が見受けられる。つまり、「徳論」の§ 36 (AA VI, S. 460) では次のように書かれている。「人間の権利を傷つける全ての所為は処罰に値し、それを通じて犯罪は行為者において復讐…されるのである」。そのような復讐的な刑罰は、更に続いて言われているように、科すことができるのは次の者以外の何者でもない。つまり「最上位の道徳的立法者でもある者であり、この者（すなわち神）のみが『復讐するは我にあり、故に我報いん』と言うことができる」。しかしながら、一カントにおいてもそうであったように一神的な刑罰は「裁判官による刑罰 (poena forensis)」から厳格に区別されなければならない。「法論」において専ら問題となるのは後者なのである。
- 6) その際にカントの叙述をそのまま維持することは求められるべきではない。例えば、Altenhain, *Die Begründung der Strafe nach Kant und Feuerbach*, in: *Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät u. a.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, Tübingen 2003, S. 113 及び Hruschka, *Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts*, in: *Paeffgen u.a.* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe, Berlin 2001, S. 17-37における再構成された叙述を参照。

の自由とも普遍的な法則に従って両立し得るのであれば、正しいものである」(AA VI, S. 230)。

但し、法の保護は法治国家においてのみ可能である。法治国家とは、カントによれば、法律〔法則：訳者記す〕を制定し、その機関とその市民の活動を法律によって導くだけの国家ではない。これらの法律は——少しばかり意外かもしれないが——ある目的に資するものである。つまりは、自由の保障である。

「法的状態とは、その下で各人がその者の権利にあずかることを唯一可能にする諸条件を含む、人間の相互的な関係である」(AA VI, S. 305 f.)。

法治国家の外部、つまり伝統的な表現で言うところの自然状態では法的安定性については何も保障されないため、自然状態の克服をなす全てのことが理性的な根拠に基づいてなされなければならない。

「自然状態における私法〔つまり、何らかのものを私のものとして所有することに関する法：著者記す〕からいまや次のような公法の要請が生じる。すなわち、あなたは、全ての他者との不可避的な隣り合う関係にあるが、そこから法的な状態へ、つまり配分的正義の状態へと移行すべきである」(AA VI, S. 307)。

このような方法により法治国家が生じることになる。

「1つの国家(civitas)とは法的な諸法則の下での一群の人間の統合である。これらの諸法則がアプリアリに諸法則として必然的である限り、つまり外的な権利全般の概念それ自体から導き出される(制定されるのではない)限り、そのような国家の形式は国家というものの一般の形式である。つまり、純粋な法的諸原理からすればどのようなものであるべきかという点に関わる、理念における国家であり、この理念は公共体への現実の統合の全てに対して規範(norma)として資することになる」(AA VI, S. 313)。

カントは彼の人倫の形而上学において自由的な法治国家のモデルのみを展開したわけではなく、270年以上後に「人格的法益論」として定式化される考えを既に先取りしていた。つまり、刑法は個人人及び彼らのために必然的な国家的諸制度の保護に資する限りでのみ正当であるということ

である<sup>7)</sup>。あらゆる社会的な諸目的を度外視する<sup>8)</sup>(刑)法は、カントからすれば全く想定不可能なのである。

## 第2テーゼ：規範の名宛人の動機は法の対象ではない。従って、強制が行動に影響を与えるための唯一の手段としてある。

全ての法則は、実践的なものとなり得るために、選択意志を規定することへと向けられている。カントは「内的な規定根拠」について語っている(AA VI, S. 214)<sup>9)</sup>。しかしながら、立法[法則の定立：訳者記す]については2つの種類を区別することが可能である。

「ある行為を義務とし、同時にこの義務を動機とする立法は倫理的である。しかし、義務の動機を法則に含まず、それにより義務そのものの理念とは異なる動機を許容する立法は、法学的である。後者の立法について、義務の理念から区別されるその動機が傾向性や嫌悪といった選択意志の情念的な(pathlogisch)規定根拠から、これらの内でもとりわけ嫌悪の方から引き出されたに違いないということは容易に理解される。何故なら、それは強要する立法であり、勧誘してくる誘惑ではないからである(…)

法的な立法に基づく義務は、専ら外的な義務のみであり得る。何故ならば、内的なものである、義務の理念がそれ自体で行為者の選択意志の規定根拠であることを要求せず、しかしながらそれは何らかの動機を必要とするため、単に外的な動機のみを法則と結び付け得るからである」(AA VI, S. 219)。

以上の叙述での区別、つまり道德と法的法則の間、或いは「道德性」と「合法性」(ibid.)の間での区別は以下の2つの観点において重要である。第1に内的な動機は権利の領域の相互的な限界づけについては何の役割も果たさないのである。邪な考えだけを通じては、いまだ他者の権利は侵害されない。第2に、法的法則[法律：訳者記す]も規範の名宛人の意思に対してアピールを行うが、法秩序はその者達の善良な意思を信頼するわけではない。行為の規定根拠については、確かに分析することは可能ではあるが、しかしながらその存在について検証の対象とすることは

7) 例えばMarx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Berlin/Bonn/München 1972; Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt/Main 1973, S. 68 ff.; 類似の見解であるRoxin (Fn. 1), § 3 Rn. 7を見よ。

8) Roxin (Fn. 1), § 3 Rn. 8の批判はそうように十把一絡げであるが、いわゆる「予防論」がそれ自身の側でも、どのような法益が刑法の投入を正当化し得るのかについて提示することができず、その限りで付加的な諸前提に依拠している点からして既に、そのような批判は極めて表層的なものでしかないのである。

9) これにより必然的に前提とされることになる意思自由については、本書[未公開である。以下同：訳者記す]におけるAlexander Aicheleの論稿を見よ。そこで示されているように、この前提は単にカントについてだけ当てはまるものでは決してない。そうではなく、規範、法律或いは法について語ることと論理必然的に結び付いたものである。

できないのである<sup>10)</sup>。

「従って、厳密な（狭い）法のみが完全に外的な法であると言い得る。当該の法は、確かに法則によって拘束されているという各人の意識に依拠するのだが、法が純粹であるべきなのであれば、選択意志をこの法則に従って規定する際に、この意識を動機とすることは許されないし、そうすることはできない。それ故に、普遍的な法則に基づいて各人の自由と調和し得る外的な強制の可能性の原理が根拠とされるのである」（AA VI, S. 232）。

既に自ら、固有の（道徳的な）意識に基づいて法に忠実に振る舞う者は、その際に根本的には諸法則〔諸法律：訳者記す〕による付加的な指示を必要とはしないはずである<sup>11)</sup>。これにより、法則はとりわけ、その規定根拠が「情念的」である理性的存在者にとって必然的となる。何故ならば、そのような規定根拠は普遍的な法則に従って各人の自由と調和することができないからである。その者達は既に合法的な行為（Verhalten）への義務の表象を通じて自らを規定しなかったのであるから、彼らに対して専ら助けになるのは、法的強制、つまりは暴力（Gewalt）である。法と強制の権能の関係はカントにとり根本的なものである。そうであるからこそ「法には同時に法を侵

10) *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. 1787) in: Kants gesammelte Schriften, Band 3, Berlin 1911, B 373 Fußnoteにおける次の叙述を参照。「従って、行為の本来的道德性（功績及び罪責）は私達自身の固有の行為についてさえ、私達には全面的に隠されたままである。私達の帰責は経験的性格に関連づけられ得るにすぎない」〔翻訳に際し、原佑訳『純粹理性批判中』（理想社版カント選書、1981年）276頁を参考にした：訳者記す〕。既に類似の見解として *Thomas v. Aquin*, Summa Theologica, ed. Leonina, 2. Aufl. 1923, Ia IIae, qu. XCI, art. IV, co. が次のように記していた。「人間はその判断の力が及ぶ範囲内のことについてののみ法をつくることができるということである。しかるに、人間の判断は秘められた内心の動きには及べないのであって、ただ外面に現れた行為についてのみ下されることが可能である。しかしながら、徳の完成のためには、これら両方の行為について人間が正しい考えを持つことが要求される。このような次第で、人定法は内的なる行為を十分に抑制し、秩序づけることができなかった（…）」〔原文はラテン語である。翻訳に際し、稲垣良典訳『トマス・アクィナス神学大全第13冊』（創文社、1977年）25頁を参照した：訳者記す〕。ここでは、積極的一般予防のように、意思形成を強調する立場に関する原理的な困難が生じることになる。例えば *Frisch*, Zum Zweck der Strafandrohung, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann, Berlin/Boston 2014, S. 55-68 (63 ff.) を見よ。このような目標は当然に非常に歓迎すべきものではあるが、専ら副次的な結果としてのみあり得る。何故ならば、(刑)法は、道徳に関わる一種の国民学校であるという期待によってあまりにも過大な要求を課せられてしまうであろうからである。

11) 例えば既に *Augustinus*, De libero arbitrio, I. 15, 31 がこれと同様の主張をしており、或いは *Aquin*, ST, Ia IIae, qu. XCVI, art. V, co. もまた次のように述べていた。「このような仕方においては有徳なる人々や正しい人々は法の下にはなく、ひとり悪しき者どものみが法の下にある」〔原文はラテン語である。翻訳に際し、前掲注10)で挙げた稲垣訳『トマス・アクィナス神学大全第13冊』の119頁を参照した：訳者記す〕。但し、この点について信用することはできない。何故ならば、人間を「たとえどのように善良で法に対して好意的であると考えようとも、そのような（非法的な）状態に関する理性の理念にアプリアリに含まれているのは、公的法則の状態が設立されない限りは、個別化された人間は（…）暴力行為から相互的に決して安全ではあり得ない（…）」ということだからである（AA VI, S. 312）。

害する者を強制する権能が矛盾律に従って結び付いている」(AA VI, S. 231)とされたのである。強制を通じた法の保護がない場合には、権利というものは想定不可能となる<sup>12)</sup>。ここでカントは報酬の提示では不適切であるとする。何故ならば、一定の態度 (Haltung) を教え込むのではなく、ある行為を強制すべきだからである。更に言えば、報酬とは、法的に行わなければならないことよりも多くのことを行った者に差し出されるはずである<sup>13)</sup>。

このような前提を出発点にして、後にフォイエルバッハは彼の心理強制説を展開した<sup>14)</sup>。注目すべきことに、一般的にはフォイエルバッハはカントに反対しており、一般予防の主たる主張者であると見なされている<sup>15)</sup>。しかし、フォイエルバッハは自他ともに認めるカント主義者であったのであり、彼はカント法哲学を刑事実務と刑事立法に役立たせることを企図していた。既にこのことが、一般予防とカント的な立場の間にあると通常言われている対立が1つの仮象であることを示唆する。更に言えば、フォイエルバッハは、——カントと同様に——とりわけ行為を制御する、法則の力を強調していた。その限りでは、刑罰法則の特殊性はまだ問題とはなっていない。全ての法則が行為を制御することを目的としているのである。——何故ならば、それらは当為を指示し、それが無視された場合に関する法的帰結を設定しているからである<sup>16)</sup>。売買契約を締結した者も、必要な場合には裁判に訴えて、強制執行の手段で自らの請求権を貫徹できることをあてにしている。逆から言えば、強制執行の威嚇は、遅滞している債務者に対し自らの負債を支払うように促しているのもであって、それ以外の効力はなにもない。しかし、法律は自己の権威を、更に自己の適用がなされることによるのみ維持し得るのである。

12) この点についての詳細は、*Ripstein*, *Hindering a Hindrance to Freedom*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 16 (2008), S. 227-250 (232 ff.). このような考えを正当防衛の個人主義的な基礎づけの意味で捉えることは全く可能である。例えば *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, S. 230 ff. を参照。但し、法治国家においては法の保護とそれに基づく強制については第一に国家が管轄を有するのである。

13) 超義務 (Supererogation) については *Hruschka/Joerden*, *Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck*, *ARSP* 73 (1987), S. 93-123 を見よ。

14) *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Erster Theil*, Erfurt 1799, S. 43 ff. において詳細な叙述がなされている。更に *ders.*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., hrsg. v. *Mittermaier*, Gießen 1847, §§ 10 ff. を見よ。

15) そのような見解として例えば *Roxin* (Fn. 1), § 3 Rn. 22. 付言すると、それに加えてフォイエルバッハが決定論的なコンセプトの主張者と称されていることは、不適當である。

16) 多くの犯罪者は何も考えずに行動しているとして、合理的選択という考えが刑法には役立たないことを理由に挙げて、本文で述べたような捉え方が時代遅れのものではないのか否かについて争うことは、無益である。例えばそのようなものとして、消極的一般予防に対する *Jakobs*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, 1/28 及び *Roxin* (Fn. 1), § 3 Rn. 25 の批判がある。法律については、他の感性的な動機と並んで更なる (賢慮さに関する) 根拠を提供する以上のことを期待できないことになる。この点については、*Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Berlin 2009, S. 359 ff. も見よ。

### 第3テーゼ：犯罪行為を通じて犯罪者は被害者の権利を侵害するだけでなく、法秩序それ自体を脅かす。

上述の「法の普遍的原理」の裏返しとして次のことが導き出される。つまり、ある行為の格率が各人の選択意志の自由、即ち各人の自由と普遍的法則に従って調和し得ない場合には、その行為は不法となる。換言すれば、その行為が他者の権利を侵害する場合である<sup>17)</sup>。しかしながら、権利の侵害については、2つの観点から語り得る。つまり、主観的法〔権利：訳者記す〕の侵害に関する「質量的な (materialiter)」観点と、当該の権利を保障すべき国家的法則の侵害に関する「形相的な (formaliter)」観点である。犯行を行う者は、「法そのものの概念から全ての効力を」奪うことになる (AA VI, S. 308, Fußnote zu § 42)。何故ならば、

「法則に対するどのような違反も、犯罪者の格率（そのような悪行を自らの規則とする）から生じるとしか説明し得ないし、またそれが必然的である」 (AA VI, S. 321, Fußnote zu Anmerkung A zu § 49) からである。

犯罪がある格率から生じるということは、行為者が自己の自由な選択意志を通じて自らをそれへと規定したことを意味する。何故ならば、さもないとその者に所為は帰責され得なくなりかねないからである<sup>18)</sup>。しかし、犯罪者的な行為格率は、容易に見て取れるように、法則によって提示される格率に反している。この点をカントは窃盗を例にして明らかにしている。

「盗みを行う者は、他の全ての者の所有を不安定にする」 (AA VI, S. 333)。

要するに、その者は被害者の所有権だけではなく、法制度としての所有を——あたかも窃盗の禁止がその者には妥当しないかのように、侵害しているのである<sup>19)</sup>。従って、全ての権利侵害はこれらの両側面を有しているのではあるが、同侵害はいまだ刑法の投入を必要とするものではない。むしろカントは次のような違反に関する区別を行っているのである。

「それを行った者に対し、国家市民であることを不可能にする、公的法則の違反」 (AA VI, S. 331)。

---

17) この点に依拠して、後にフォイエルバッハは権利侵害としての犯罪に関する彼の理論を展開した。Lehrbuch (Fn. 14), § 21を見よ。「法的自由の限界を超える者は、1つの権利侵害を行うのであり、これが加害 [Beleidigung] (侵害 [Läsion]) である。国家契約によって保障され、刑罰法則を通じて安定化された自由を侵害する者は、犯罪を行うことになる」とされている。

18) 自己の行為に格率を与える能力をカントは自由な選択意志と呼んでいる (AA VI, S. 213 f.を見よ)。この選択意志が帰責判断の前提であり (この点についてはすぐ後で述べる)、その該当者を「人格」にするものである (AA VI, S. 223)。

19) この点については *Ripstein* (Fn. 12), S. 240 ff.を見よ。

とその他の違反の区別である。カントは前者の違反を「端的に犯罪 (crimen)」或いは「公的犯罪 (crimen publicum)」と呼んでいる。この違反を通じては、「単なる個別の人格ではなく、公共体が」が危険に晒される。当該の違反に対してのみ「刑事的正義 (Kriminalgerechtigkeit)」が管轄を有し、他方で「私的犯罪」は民事裁判所によって判断される (ibid.)<sup>20)</sup>。公共体、つまりは国家的法秩序そのものが対象となる限りでは、基準にはならないと宣言されるべき、犯罪者の格率に対して法秩序の妥当を確認する国家的な対応が必然的となる<sup>21)</sup>。

**第4 テーゼ：応報とは、有責的になされた不法のために犯罪者に対して賦課される害悪 (Übel) 以外の何ものでもない。応報は刑罰目的ではなく、端的に刑罰の定義である。**

カントは処罰に関する権利 (Strafrecht) を次のように定義する。

「命令者が服従者に対して、その者による犯罪を理由にしてその者に苦痛を賦課する権利である」(AA VI, S. 331)。

命令者とは、既に述べた内容から既に容易に明らかとなるように、自らの臣下に対して刑罰をもって任意に虐待を行行得るような、何らかの絶対的支配者のことではない。確かに、そのすぐ後にある「国家における最上位者」は処罰され得ない (ibid.) とするカントの叙述は一見すると当該の意味で理解されてしまうものなのかもしれないが、しかしながらそのような捉え方は短絡的なものである。カントの念頭に浮かび、まさに法治国家であらねばならない国家における命令者は、何人かの個別の人格ではなく、結合意思を通じて法的な状態へと赴いた者達の総体を表すものである (AA VI, S. 311を見よ)<sup>22)</sup>。しかし、「法的な諸法則の下における一群の人間の統合」(AA VI, S. 313) それ自体は刑罰法則 (Strafgesetz) に服するものではない。

刑罰それ自体は、犯罪者にその者による犯罪を理由にして賦課される苦痛である。「E 処罰権と恩赦権について」における叙述全体の中では、害悪 (「苦痛」) の賦課が刑罰外にあり、刑罰によって特に追求される目的であるとカントが述べている箇所はどこにもない。

刑罰の賦課の根拠は、何人かが「犯罪を行った」(AA VI, S. 331) ことである。ここからは2つの点が帰結される。犯罪とは、カントによれば「公的な法則の違反」(ibid.) である。これによって表されているのは、法律なければ刑罰なしという憲法上の原則 (基本法103条2項) 以外の何ものでもない。処罰され得るのは、その実行の時点において法律によって「法的に：訳者記す」

20) この点及び当該の区別の歴史的な起源についての詳細は、*Hruschka*, Drei Vorschläge Kants zur Reform des Strafrechts, in: *Jahn* u.a. (Hrsg.), *Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel*, Berlin 2010, S. 77-92, 88 ff.

21) *Ripstein* (Fn. 12), S. 243 f.を見よ。

22) *Ripstein* (Fn. 12), S. 237を参照。



犯罪行為として確定されていた所為のみである。公的であるのは、一般的に公布された法律〔法則：訳者記す〕である。そうやって初めて、法律はその義務づける力を獲得する<sup>23)</sup>。市民に公布された刑罰威嚇のみが、罪となる行為を差控える（賢慮さに関わる）理由をそもそも市民に対して提供し得る<sup>24)</sup>。

しかしながら、このことは、自己の行動を規定根拠に従わせる能力、換言すれば帰責能力を前提とする。犯罪を行ったと言えるのは、そしてこれにより我々は次の第5テーゼに至ることになるのであるが、犯罪を帰責され得る者だけなのである。

### 第5テーゼ：犯罪行為の帰責は法的な非難（Tadel）を含んでいる。

最近の刑罰論は非難をその考察の中心に据えている。刑罰の機能は、行為者の誤った行為を是認しないことであるとされている<sup>25)</sup>。これと同様であるのが、「社会倫理的な非是認」としての刑罰という慣例的な言い回しである<sup>26)</sup>。——ここでは社会倫理に関わる何らかの作法ではなく、法及び法的な非是認が問題となっているだけである。

またその限りにおいて、既にカントにおいてこの点の手がかりを見出すことできる。彼の有名な定義によれば、

「道徳的な意味における帰責（imputatio）は（…）それによってある者が行為の起因者（causa libera:自由による原因）であると見なされる判断であり、その際にはその行為は所為（factum）と呼ばれ、法則の下に服している。この判断は、それが同時に当該の所為からの法的帰結を伴う場合には、確定力のある（rechtskräftig）もの（imputatio iudiciaria s. valida）（…）となる」（AA VI, S. 227）。

帰責がまず意味することは、ある所為が自由な選択意志から生じているということである<sup>27)</sup>。刑

23) Kant, AA VI, S. 311は、「法的な状態を作り出すために一般的な公布を必要とする諸法則の総体が公法である」とする。

24) このような考えに、Feuerbach, Lehrbuch (Fn. 14), § 20 における「法律なければ刑罰なし」という原則の内容は依拠している。

25) Von Hirsch, Warum soll die Strafsanktion existieren? — Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in: von Hirsch/Neumann/Seilmann (Hrsg.), Strafe — Warum?, Baden-Baden 2011, S. 43–68 (49 ff.); この点については、本書における Du Bois-Pedain, Frisch, von Hirsch, Seher 及び Seilmann の論稿も見よ。付言すると、非難としての刑罰の理解も意思自由に関する（形而上学的な）想定なしには立ちいかないものである。犯罪行為が非難を惹起することになるであろうという対案的な帰結は、Alexander Aichele が議論の際に述べたように、非難の概念にもはや何も残さないことになろう。

26) BVerfGE 27, S. 18 (29); 96, S. 245 (249); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 65; Kühl, Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts, ZStW 116 (2004), S. 870–890 (876 ff.) における更なる文献参照を見よ。

27) 帰責概念の歴史についての詳細は、Hruschka, Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen

法上の用語で言えば、当該の所為が責任へと帰せられ得るということである。確定力のある帰責について管轄を有するのは裁判官である。

帰責判断は、——専ら——以下の点についてなされる。つまり、ある行為が規範に違反するか否かである。これは2つの方法で可能となる。

「ある者が合義務的に、その点について法則によって強制され得るよりも多くを行うのであれば、それは功績的 (meritum) である。(…) その者が、法則によって要求されるよりも少なく行うのであれば、それは道徳的な罪責 (demeritum) である。罪責の法的な効果は、刑罰 (poena) である」(AA VI, S. 227)。

行わなければならないことよりも多くのことを行う者は、結果として賞賛される。少ないことしか行わない者は、非難される。カントにおいては「道徳的な」という表現は、今日我々がそのような表現に結び付けるような意味、例えば「法に適っている」とは対照的な「人倫に適っている」という意味を有してはいない。むしろ道徳的であると表されることになるのは、問題となる行為を判断するための、行為規則の体系である。これは(今日の意味における)道徳的な諸規則や更には法的な諸法則であり得る<sup>28)</sup>。非難は刑罰の中にその表現を見出す。これにより刑法的な帰責判断のみが非難の意味を有するのではなく、当該の非難は刑罰及びその執行とも結び付くことになる。——まさに刑罰は帰責判断を通じてのみ基礎づけられ得るだけだからである。

## 第6 テーゼ：国家が特定の行為を刑罰で威嚇する場合には、国家は刑罰法則を適用することも無条件的に義務づけられている。

以下の叙述は、カントが目的の考慮をおよそ度外視し、むしろ処罰は自己目的であるとする応報理論を主張している点の証拠として広く引き合いに出されている。

「裁判による刑罰 (poena forensis) は、自然による刑罰 (poena naturalis) とは区別されるが、自然による刑罰では、罪悪が自らを罰するのであって、それを立法者が考慮することは全くない。裁判による刑罰は、犯罪者にとり、或いは市民社会にとって、他の善を促進するための手段にすぎないということはある得ない。そうではなく、常に専らその者が犯罪を行ったが故に科されるものでなければならない。何故ならば、人間が他者の意図のための手段

---

des 18. Jahrhunderts, in: *Kaufmann/Renzikowski* (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main u.a. 2004, S. 17-27.

28) 「道徳的な」と対照的であるのは、カントにおいては「実用的な」或いは「技術的な」である。その種の実用的な規則は賢慮の命令であり、特定の目的を達成するためにはどのような行為がなされなければならないのかを示すものである。これについては *Byrd/Hruschka*, *Kant's Doctrine of Right — a Commentary*, Cambridge 2010, S. 3 f. も見よ。

として単に扱われること、物権の対象と混合されることは全くあり得ないからであり、市民的人格性を剥奪する判決がまさに下され得たとしても、生得的人格性がその者をそうした扱いから守るからである。その者については、この刑罰からその者自身或いはその者の同胞市民にとっての幾つかの利益を引き出すことについて考えるよりも前に、あらかじめ可罰的であると認定されなければならない。刑罰法則は1つの定言命法である。幸福論の曲がりくねった道を這いまわり、見込まれる利益を理由にその者を刑罰から免除する、或いはその程度を軽減するための理由を見出そうとする者達に災いあれ！」(AA VI, S. 331)。

カントは刑罰法則を定言命法として表している。定言命法は、特別な目的を配慮することなく無条件的に拘束的である。これに対し、他の(「技術的な」)命法は一定の目的の追求のための手段を提示し、これにより、当該の目的を追求するという仮言的な条件の下で拘束的である<sup>29)</sup>。

カントは、ある所為の処罰を他の諸目的に依存させることに反対する。イエス・キリストに対する裁判において「国民全体が減じるより一人の人間が死ぬ方が良い」(AA VI, S. 332. Joh. [ヨハネの福音書：訳者記す] 11, 50からの引用)としたカイアファの主張をカントが指示していることは、無辜の者をみせしめにするには許されない点を明確にするものである<sup>30)</sup>。しかしながら、全く逆の状況も想定され得る。つまり、犯罪者が何らかの理由から放免される場合である<sup>31)</sup>。これもまた許容され得るものではない。何故ならば、

「正義は、何らかの対価のために自らを売り渡す場合には、正義であることを止めてしまうからである」(AA VI, S. 332)。

カントはセネカによる「思慮深い者は、過ちを犯したからではなく、将来過ちを犯さないようにするために処罰する」<sup>32)</sup>との格言に対し決然と反対する論拠づけを行い、これにより刑罰と刑法に関する当時の議論の中で例えば次のようなベッカリーアの見解とは反対の立場を表明している。ベッカリーアは、刑罰の目的は「犯罪者に対し、その者が同胞市民に新たな害を加えることを妨げ、他者が同様の行為を行うことを阻止する」<sup>33)</sup>以外のものではあり得ないことを要求するが、カ

29) *Kant*, AAVI, S. 222 f.を見よ。

30) ここで挙げられているのは、厳格に貫徹された功利主義の一もっとも極端な一帰結なのかもしれない。例えば、*Smart*が論じている次のような例 (in: *Smart/Williams, Utilitarianism for and against*, Cambridge 1973, S. 69 ff.) を参照。つまりは、地方都市の保安官が無辜の者を暴徒のリンチに委ねるか、或いは数百人の命が失われるような暴動の勃発を覚悟するのかの選択に立たされる場合である。*Williams*の批判 (ibid., S. 93 ff.) はとりわけ功利主義のこのような帰結に向けられるものである。

31) カントはこの点についての例として危険な医学実験の被験者になることを理由にしてその死刑が免除される犯罪者を挙げている。

32) *Seneca*, *De Ira*, Liber I, XIX,7.

33) *Beccaria*, *Ueber Verbrechen und Strafe*, übersetzt von *Glaser*, Wien 1851, S. 40 f [翻訳に際し、小谷眞男訳『犯罪と刑罰』(2011年) 41頁を参考にした：訳者記す]。

ントからすれば、その種の刑罰の基礎づけはこの本質を逆さまにしたものでしかない。むしろ、

「刑罰的正義 (iustitia punitiva) は、つまりは可罰性の論拠は道徳的なものなのであるから (quia peccatum est [罪が犯されたが故に])、(…) 刑罰の賢慮から区別され」なければならぬ。「何故ならば、後者は専ら実用的であり (ne peccetur [罪が犯されないように])、犯罪を阻止するために何が最も強力に作用するのかという点に関する経験に依拠しているからである」(AA VI, S. 363 f., Fußnote zu Anhang erläuternder Bemerkungen 5)。

刑罰の基礎づけはあらゆる有益性の考慮に前置され、法則それ自体から生じるものである。立法者はある刑罰法則 (Strafgesetz) を公布し、犯罪者は当該の法則に違反したのであるから、それを理由に刑罰が科されなければならない。実用的な、刑罰に関する賢慮 (Strafklugheit) は法的な観点では全くない<sup>34)</sup>。この観点はそれ故に全く考慮外に置かれる必要があるわけではなく、例えば行刑においては考慮され得るものである<sup>35)</sup>。適法に科された刑罰に服する者は、他の目的の追求のための手段として「単に」用いられるわけでもない。刑罰の法的根拠は専ら犯罪行為の実行である<sup>36)</sup>。今日における表現を用いるとすると、これは罪刑法定主義以外の何ものでもない<sup>37)</sup>。

国家的共同体が解体する場合、法律 [法則：訳者記す] の執行はそれ以上の意味を欠いた単なる形式性への墮落であるように見える。そこで、カントにおける有名な島の事例は、最終的には目的から自由となり、それにより無意味となるはずの刑罰に関する理解の範例であるように思われるわけである。カントは次のように記している。

「たとえ市民社会がその全ての構成員の同意によって解体することになろうとも (例えば、ある島に住んでいる人々が分かれて世界中に散らばろうと決める) 監獄にいる最後の殺人犯はその前に処刑されなければならない。これにより、誰もがその者の所為に値する報いを受けることになり、この処罰を貫徹しなかった故に、血債 (Blutschuld) が住民に負わされることもないのである。何故ならば [処刑をしない場合：訳者記す] その住民は正義に対するこの公的な侵害の共犯者と見なされ得るからである」(AA VI, S. 333)。

ある国家の完全な解体は、まさに蓋然性を欠いた事例であるため、このような単なる可能性によって法則の権威が疑問に晒されることを潜在的な犯罪者が期待できるというようなことは殆ど

34) この点についての詳細は、*Hruschka* (Fn. 6), S. 24 ff.

35) そのような見解として、例えば *Feuerbach*, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt 1798, S. 226 (Fußnote). ここでは次のように主張されている。「哲学的な刑法学者によってそのようにしばしば用いられているセネカの格言は (…) 従って種々の観点において正しくもあり間違ってもいる。それが刑罰執行の目的と結び付けられるのであれば正しいし、それが刑罰の法的根拠に関する場合には誤りなのである」。

36) 同様の見解として *Feuerbach*, *Revision* (Fn. 14), S. 54 f.

37) *Byrd/Hruschka*, *Kant zu Strafe und Strafrecht im Rechtsstaat*, JZ 2007, S. 957-964 (960 ff.) を参照。

ないのかもしれない。しかしながらそのような考慮は、島の事例のポイントを見誤ったものである。つまり、地表は球形であるため、島の住民はその国家の解体後、必然的に再び他の人々と接触するのであり<sup>38)</sup>、この点から改めて1つの国家の設立が理性の要請として生じるであろうからである。しかし、他の機会において自らを法に拘束させないと示した人達と法的状態に赴くことがどのようにしてなされようか<sup>39)</sup>。換言すれば、島の住民達は嘘を言ったことになるのであり、どうして彼らをもう一度信じることができようか。

この論拠づけは、次の問いに基づいて明確化され得る。つまり、「嘘をつく普遍的法則」を意図し得るのかという問題であり、これを用いてカントは『人倫の形而上学の基礎づけ』において定言命法の第1のバリエーション<sup>40)</sup>を論じていた。嘘をつくという普遍的法則を意図することは全く不可能であるとされている。

「何故なら、そのような法則に従うとなると、實際上約束というものが全く存在しなくなるからである。というのも、私の将来の行為を考慮して私の意志を他者に提示することは、これを他者が信じない場合、或いは、早計に信じてしまつて私に仕返しをしてくる場合には、無駄になるであろうからである。これにより、私の格率は、それが普遍的法則にされた途端に自滅せざるを得ないのである」(AA IV, S. 403)。

適用されない法則は、立法者による嘘以外の何ものでもない。カントからすれば、立法者は、市民社会において組織化された共同構成員の総体以外の何ものでもないのであるから、当該の嘘は、「血債」(AA VI, S. 333)として——全ての集団責任と同様に——この集団の個々の構成員にも負わされるのである<sup>41)</sup>。

島の事例を通じてカントが明らかにしようとしたのは、以下の点である。つまり、法は原理的

38) *Kant*, AA VI, S. 262を参照。「(…)もし地表が無限の平面であったのであれば、人間はそこに散らばることができたのであろう。(…)彼らは互いに共同体へと至ることもないのであろうし、従って、この共同体が地上での彼らの現実存在(Dasein)の必然的な帰結でもないであろう」とされている。この点についての詳細はHruschka, *Das Erlaubnisgesetz der praktischen Vernunft und der ursprüngliche Erwerb von Stücken des Erdbodens*, in: ders., *Kant und der Rechtsstaat*, Freiburg/München 2015, S. 48-88 (insbes. 67 ff.)。

39) *Altenhain* (Fn. 6), S. 12も島の事例を同様に理解している。

40) *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (2. Aufl. 1785), in: *Kants gesammelte Schriften*, hrsg. von Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Band 4, Berlin 1911, S. 385-463 (402)。「私の格率が普遍的法則となることを自分でも意図できるという以外の方法では私は決して振る舞うべきではない」とされている[『人倫の形而上学の基礎づけ』の翻訳に際しては、平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」(岩波版カント全集7、2000年)25頁を参考にしながら独自に訳している：訳者記す]。

41) *Hruschka*, *Die „Verabschiedung“ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen*, ZStW 122 (2010), S. 493-503 (501 f.) は以下の点を指示する。つまり、つまり、当時の用語法に従えば「血債」という言い方は何か不可解なものを意味するのではなく、そこでは単に「死刑に値するにも拘わらず、これから逃れた犯罪者について語られて(いる)」だけなのである。*Johann Georg Walch*, *Philosophisches Lexikon*, 4. Aufl., hrsg. von Hennings, Leipzig 1775 (Nachdruck Hildesheim 1968), Bd. I, Sp. 454ではそのような読解がなされている。

な諸考慮に基づいており、それ以外の理由によって揺り動かされることはあり得ないということである。島の事例における有罪判決の執行の断念という帰結は、完全なる法喪失と言い得るものである。——カントからすれば、受け入れることのできない選択肢でしかない。

### 第7テーゼ：威嚇された強制がその目的を明らかに達成できない場合にのみ、例外が妥当する。

免責的緊急避難（ドイツ刑法35条）の状況については、カントは、不法を処罰することの義務づけの例外を許容する。カントはこの例外を古典的な「カルネアデスの板」<sup>42)</sup>によって例証する。最高度での生命の危険の場合でさえ、自己の生命を救助するために他者を殺害する権利は存在し得ない<sup>43)</sup>。何故ならば、緊急権を承認する場合には、——それは必然的に生命の危険にある全ての人格について認められることになり——法的強制に対して法的強制がなされることになりかねず、これは自由な人格達の相互的な法関係には合致し得ないからである<sup>44)</sup>。それにも拘わらず、その種の状況では法を通じた行動統制は役に立たなくなる。

「船が難破して、他者とともに同様に生命の危険に晒されているときに、助かろうと板にしがみついているこの他者を、自分が助かるために突き落とした者についてその死を認めるような刑罰法則は存在し得ない。何故ならば、法則を通じて威嚇された刑罰は、その者の生命喪失の威嚇よりも大きいものではあり得ないであろうからである。そのような刑罰法則は意図した効果を全く有し得ない。何故ならば、まだ不確定である害悪（裁判官による判決を通じた死）を伴う威嚇は確定である害悪（つまりは溺死）への恐怖を凌駕し得ないからである」（AA VI, S. 235）。

カントは緊急避難行為を「不処罰（impunibile）」（AA VI, S. 236）として取り扱うが、これが意味するのは、緊急避難行為者はその者の違法な所為について責任を問われず、その者には彼の禁止された行為の法的帰結は帰属されないということである<sup>45)</sup>。応報は自己目的であるとの主張が仮に正しいとすると、このような例外は説明がつかなくなりかねない。何故ならば、被害者の生命の喪失については、その喪失が不法な行為に還元されるのと同様に揺るがされ得ないものだから

42) その起源については *Aichele*, Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades? Wesen und ursprünglicher Zweck des Paradigmas der europäischen Notrechtslehre, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 245-268を見よ。

43) *Kant*, AA VI, S. 236を見よ。「(…)しかしながら、不法であるものを法則に合ったものにするような緊急はあり得ない」とされる。

44) *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, Heidelberg 1999, S. 6 ff.を参照。

45) *Hruschka*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und Kant, GA 1991, S. 1-10 (8 ff.)を参照。批判的なものとして *Küper* (Fn. 44), S. 48 ff.

らである。刑法という企ての全ての目的は、カントからしても、何らかの超越論的な<sup>46)</sup>正義の実現にまさにあるのではない。そうではなく、どのようにすれば(刑)法は行動を統制することができ、このような統制の方法によって自由を保護できるのかという問いが重要となるのである。

### 第8テーゼ：応報論と予防論の対立は仮象問題である。

以上の考察から、応報論と予防論の争いは、いずれにせよカントについて論じる限りでは、仮象問題であることが明らかとなる。刑罰法則だけではなく、全ての法規範は規範の名宛人の行動に影響を与えるべきであり、そこから予防的な作用を果たすべきとなる。しかしながら、法規範は適用される必要もある。——でなければ、それは法ではない。刑罰賦課を通じて、国家は、自分はそれを真摯に主張していること、将来においても犯罪行為に対しては同様の対応をなすであろうことを表明しているのである。法的秩序の総体であるはずの法治国家が、自らの諸法則〔諸法律：訳者記す〕の適用を行わないのだとすると、法治国家であることを止めることになる。

それ故に、刑罰法則及びその執行を通じては、状況次第では実際に生じもする害悪を潜在的犯罪者に対して予告することにより、将来の犯罪行為が阻止されるべきなのである。これにより、予防は応報なしにはなされ得ないことになる<sup>47)</sup>。しかし、予防は刑法及び処罰に関するコントロール不可能な副次的効果でしかない。何故ならば、誰もがその行動の基にする動機というものは専ら理論的にのみ分析され得るが、実践的には確定され得ないからである。おそらくは、法治国家のリベラルさはこの点について認められる。つまり、法治国家は道徳的な改善施設であろうとする要求を断念するのである。

### 第9テーゼ：刑罰の量は不法と責任によって左右され、その限りでは偶有的である。

刑量については、カントは厳格なタリオ原理を主張する。

「処罰について、どのような種類と程度であれば、公的正義を原理と基準にしたことになるのか？それは、同等性の原理に他ならない。(…)同害報復の法(ius talionis)のみが(…)刑罰の質と量を明確に示すことができる」(AA VI, S. 332)。

従って、殺人犯については死刑のみがあり得るのであり、強盗犯と窃盗犯には強制労働が当てはまる(AA VI, S. 332 f.を見よ)。しかし、既に後者の例は厳密にはもはや適切であるとは言え

46) 「形而上学的な」正義ではない。極端な自然法論を主張するのでもない限り、正義は形而上学と何も関わり合う必要はない。そのような自然法論からすると、全ての事物はその基準を自らに有しており、それにより「正当」と「不当」も経験的な特徴以上のものではないことになる。しかし、カントは非常に適切にも存在と当為の区別を認めていたのであり、このような非難は彼の刑罰論に対しては全く無意味なのである。

47) Ripstein (Fn. 12), S. 237 ff., 247 f.も見よ。

ない。そして、強姦或いは性的な児童虐待に関するカントの見解も同様である。その種の犯罪は、「何ら報復を」許容するものではないとされ、「その理由は、報復がそれ自体で不可能であるか、或いは報復そのものが人間性全般に対する可罰的な犯罪になるであろうからである」とされる(AA VI, S. 363. 去勢に関する叙述である)。その種の厳格なタリオ原理がそもそもカントの法論における諸原則から導き出されるのか、或いは、刑罰の量は不法と責任の程度に相応しなければならぬとの結論——だけ——が導出されるのかは不確かである。

カントが特に関心を有していたのは、当時支配的であった裁判官による量刑実務の任意性に終止符を打つことであった<sup>48)</sup>。

「それらの犯罪に恣意的な刑罰を科すことは、刑罰的正義の概念に文字通り反する。犯罪者が自分に不法がなされたと訴えることができないのは、犯罪者が自らの悪行を自分も受け、たとえ刑罰法則の文字ではなくても、その精神に適った形で、他者に対して行った犯罪を報復される場合だけである」(AA VI, S. 363)。

「刑罰法則の精神に適った」その種の量刑は、犯罪者が自らの犯罪行為を通じて、つまりは自由の諸法則を無視することにより、市民社会への関与 (Partizipation) そのものから一定の形式において自分自身を排除したことを考慮するものである。刑罰を通じて犯罪者に対しては、まさにこのことが科せられている。刑罰は、権利の毀損 (Rechtseinbuße) を通じた、完全な関与からの排除の一形式であり、この点は自由刑において最も強く表れている。しかし、罰金刑も選択肢として考慮の対象となる。何故ならば、それにより社会における活動のための経済状態に打撃が与えられるからである。自由或いは財産の毀損は、所為の重大性に相当していなければならない<sup>49)</sup>。実際にここから導き出されるのは、刑罰が単なる恣意的な復讐ではなく、正当なものとして現れる点に関して前提となる「所為均衡的な量刑」<sup>50)</sup>である。

## 結語

従って、カントからすれば、応報は自己目的では決してなく、法を貫徹するための法的強制の一形式である。或いは、ルシュカの表現によれば、「最上位の権力 (Gewalt) の概念 (… ) と刑罰的正義の概念が (… ) 相互に含意し合っている」<sup>51)</sup>のである。法治国家だけが刑罰的正義の必然的な条件なのではなく、刑罰的正義もまた法治国家性の必然的な条件なのである。

種々の刑罰目的論に関する争いは、おそらくは以下の点にも基づいている。つまり、細分化の

48) この点については *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, Berlin 1930, S. 39 ff. を参照。

49) *Ripstein* (Fn. 12), S. 246.

50) そのような見解として、1999年に公刊された、これと同名のタイトルが付された *Hörnle* の著書。

51) *Hruschka* (Fn. 6), S. 32.



代わりに、あまりにも多くのものが次のように刑罰概念に背負わされてしまっている点である。

刑罰はその定義によれば、有責的な不法に賦課される1つの害悪（その限りでは、つまりは応報）である。刑罰は非難に関わる（コミュニケーション的な）意義を有している。その執行は予防の目的に資する。

しかし、様々な任意の装飾道具（Versatzstücke）をごった煮のやり方でかき混ぜるだけの統合説は通常の意味での「理論」ではないのである。

#### 〈訳者後書き〉

本稿は、Joachim Renzikowski, Strafe und Strafrecht bei Kant — neun Thesen (未公開) の翻訳である。原著者であるレンツィコフスキー氏はハレ・ヴィッテンベルク大学の教授であり、招へい研究者として2023年2月の初頭から3月末にかけて本学に滞在された。訳者である飯島がカントに興味があると立ち話をしたその日（2月9日）の夜にメールで送っていただいたのが本稿の原著論文である。ドイツで公刊されるのを待ってから訳出すべきかとも迷い、レンツィコフスキー教授にお伺いしてみたところ、公刊されるめどがまだ立たないとのことで、むしろ本誌での公表を快諾された次第である。

本稿では、カントの刑法及び刑罰に関する主張を再解釈して9つのテーゼとして列挙し、同時にその根拠としてカント自身の著作における叙述を引用しながら、独自の解説を加えるという構成がとられている。カントにおける法益概念の意義、カントの主張を免責的緊急避難の趣旨として捉えることの是非等、論じるべき点は多々あるが、9つのテーゼの内容それ自体については、私も基本的には賛同できる。自由の保障に焦点を当てたカントの法思考が現在の刑法学にまで至る1つの系譜としてその根幹をかたち作るものである（べき）こと、本稿はそれを明らかにするもの以外の何ものでもない。そして、それ故に参照する価値がある。

