

## 〔翻 訳〕

刑法学におけるヘーゲルの遺産

# 20世紀以降のヘーゲル学派（3）

飯島 暢・川口浩一（編訳）

中村悠人（訳）

### 目 次

- 1 20世紀への継承（以上、71巻2号）
- 2 犯罪論における展開（以上、71巻4号）
- 3 刑罰論における展開（以上、本号）
- 4 帰属論における展開

## 3 刑罰論における展開

ダニエラ・デムコ（中村悠人・訳）「現代の表出的刑罰論の観点におけるヘーゲルの刑罰論——表出・規範（信頼）に関連づけられた刑罰機能の基礎の展開について——」

### I. 導 入

今日まで続いている刑罰目的に関する議論の対立においては、歴史上交互に、絶対的刑罰論と相対的刑罰論が、刑罰の正当性（Straflegitimation）についての資格を相互に非難し合ってきており、カントおよびヘーゲルからの訣別が宣言されても<sup>1)</sup>、しかし、そのような考え方は、やはりその後の刑罰論の基礎へと高められ、特に、ペンディングによる古典学派とフォン・リストによる近代学派とのいわゆる刑法上の学派の争いにおいて、応報刑論と予防刑論が対置された<sup>2)</sup>。絶対的刑罰論と相対的刑罰論の間の対立は、統合論で終結しているように見えるものの、統合論にもかかわらず、刑罰目的の探究が

---

1) とりわけ、*Klug*, in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36 ff. を参照。

2) これについては、特に、*Bohnert*, Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992.

今日まで続いており、単なる応報、予防、そして統合を超えた新たな刑罰論が今日の議論の対象となっている。これに属するのがいわゆる表出的刑罰論（expressive Straftheorie）であり、この刑罰論は、なかんずく英米の道徳哲学における見解、例えば、ストローソン<sup>3)</sup>、ファインバーク<sup>4)</sup>あるいはダフ<sup>5)</sup>に影響を受けていて、ドイツ語圏においても議論されている<sup>6)</sup>。

刑罰の「表出的機能」<sup>7)</sup>が強調されることで、表現的刑罰論は——その様々なヴァリエーションのなかで異なるものとして展開してきたにもかかわらず——それをひとまとめにするコミュニケーション的モメントによって特徴づけられる<sup>8)</sup>。しかし、その多様なヴァリエーションによって、（特に）精確なコミュニケーション的内容、コミュニケーションに参加する名宛人の範囲、媒介されるコミュニケーション内容の間の相互関係や配分関係の、しかしまた緊張関係の形成が、それぞれ異なる形で評価されており、その際、特に二つのコミュニケーションの内容が<sup>9)</sup>、すなわち、一方では刑罰の規範確証機能、他方では刑罰の否認機能が議論されている。細分化<sup>10)</sup>すれば、（例えば）規範志向的な表出的刑罰論——例えば、ヤコブス、フリッシュあるいはバヴリックに結びつ

3) これについての詳細は、とりわけ、*Strawson*, in: *Strawson, Freedom and Resentment and other essays*, 1974, S. 1 ff. を参照。ストローソンの見解による日常的コミュニケーションにおける否認（*Missbilligung*）の機能については、*Hamel*, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, 2009, S. 92 ff. を参照。

4) 例えば、*Feinberg*, in: *Duff/Garland (Hrsg.), A Reader on Punishment*, 1994, S. 73 ff.; *Feinberg*, *Doing and Deserving*, 1970, S. 101 ff. を参照。

5) 例えば、*Duff*, in: *Schünemann u.a. (Hrsg.), Positive Generalprävention*, 1998, S. 181 ff. を参照。ダフの刑罰論については、さらに、*Ellscheid*, in: *Radtke u.a. (Hrsg.), Muss Strafe sein?*, 2004, S. 25 ff. による叙述を参照。

6) これに関する有益かつさらなる引用については、*Hörnle*, *Straftheorien*, 2011, S. 15 ff. を、表出的刑罰論については、S. 29 ff. を見よ。

7) *Hamel* (Fn. 3), S. 73 (強調は原典通り)。

8) *Hörnle* (Fn. 6), S. 29 の「刑事の判決のコミュニケーション的機能」も参照。*Kalous*, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, 2000, S. 188 f. における「コミュニケーション的活動としての刑罰」(S. 188) も参照。

9) これに関して詳しくは、さらなる引用とともに、特に、*Hamel* (Fn. 3), S. 73 ff., 82 ff., 115 ff.; *Kalous* (Fn. 8), S. 188 f. を見よ。

10) 例えば、*Hörnle* (Fn. 6), S. 29 ff. による、規範志向的表出的刑罰論と人格志向的表出的刑罰論（これはさらに三つの事例群に分化される、S. 32-41 を参照）との間で区別される細分化を参照。

けられる<sup>11)</sup>——と人格志向的な表出的刑罰論——例えば、フォン・ハーシュ、ヘルンレおよびギュンターがここに分類される<sup>12)</sup>——とに分けられるが、規範確証および／あるいは社会倫理的否認のコミュニケーションの内容は、規範志向的な表出的刑罰論と人格志向的な表出的刑罰論において、それぞれ異って形成および／あるいは強調されている。

本稿の対象は、表出的な刑罰の機能において、既にヘーゲルの刑罰論において練り上げられていた、刑罰にとって本質的な諸要素が取り上げられるかどうか、またどの程度取り上げられるのかを探究することである。すなわち、ヘーゲルの刑罰論において、どのような形態であれそれが是とされるならば、表出的な刑罰の機能と関連している、コミュニケーション的<sup>13)</sup>で、規範確証的<sup>14)</sup>で、否認的<sup>15)</sup>な刑罰の意味内容の観点が認識できるのか、というものである。さらに、ヘーゲルの刑罰論と今日の表出的刑罰論の比較は、ヘーゲルの刑罰論が今日の表出的刑罰論に位置づけられ得るのかどうか、および、どのように位置づけられ得るのかという問いや、ヘーゲルの刑罰論に（共に）基づいて、新たな刑罰の基礎づけが展開され得るのかどうかという問いに至るが、そこでは、一つの（そのために詳細に形成される）表出的な刑罰機能に基づいて、規範との関連づけ

11) 特に、ヤコブスやフリッシュへの参照を伴う、*Hörnle* (Fn. 6), S. 30 ff.; *Hörnle*, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, 2011, S. 24 を見よ。ヤコブスの刑罰論については、例えば、*Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2008, S. 111 ff.; *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1993, S. 1 ff., 20 Rn. 27. を参照。フリッシュの刑罰論については、*Frisch*, in: Schünemann u. a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 125 ff., 139 ff. を参照。パヴリックの刑罰論については、*Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004 を参照。

12) *Hamel* (Fn. 3), S. 73 f. Fn. 45 および *Hörnle* (Fn. 6), S. 36; *dies.* (Fn. 11), S. 24 による、フォン・ハーシュ、ヘルンレ、ギュンターについての参照を見よ。フォン・ハーシュとヘルンレの刑罰論については、*Hörnle/ von Hirsch*, in: von Hirsch, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, S. 19 ff.; *von Hirsch*, in: Duff/ Garland (Hrsg.), *A Reader on Punishment*, 1994, S. 115 ff. を参照。さらに、*Günther*, in: *Festschrift für Lüderssen*, 2002, S. 205 ff. 216 ff. を参照。

13) これについての詳細は、本稿 II. A. および B. を参照〔訳注：II. 1. および II. 2. の誤りと思われる〕。

14) これについての詳細は、本稿 III. A. および B. を参照〔訳注：II. 1. および II. 2. の誤りと思われる〕。

15) これについての詳細は、本稿 IV. を参照。

のレベル（Normen-Bezugsebene）と並んで、人間的・人間間的な関連づけのレベル（menschlich-zwischenmenschliche Bezugsebene）も受容され、従来の絶対的刑罰論と相対的刑罰論の区別は解消されている。

## II. 刑罰のコミュニケーション的モメント

### 1. 表出的刑罰論におけるコミュニケーション的意味レベル

種々の表出的刑罰論を結びつけるコミュニケーション的モメントは、刑罰を——（刑）法および犯罪行為と共に——コミュニケーションの連関の中に置く<sup>16)</sup>。刑罰と犯罪行為は、そこにおいて犯罪行為と刑罰が「客観的な出来事」として入り込み（hineinwirken）、犯罪行為によって侵害された被害者と処罰される行為者にとって制限の意味において外部に存在している「結果」（例えば、被害者における犯罪行為による侵害、行為者における自由刑／罰金刑の結果としての「損害（Einbuße）」）に至るところの、一つの外形的な現実の一部として考察され得るだけではない。むしろ、犯罪行為と刑罰は、コミュニケーション的に媒介された有意義な意義という第二のレベルにも結びつけられる<sup>17)</sup>。犯罪行為と刑罰を通じて表現される、象徴化された、表明された意味レベル、つまり、言明力および言明内容（*Aussagekraft* und *Aussagegehalt*）のレベルが問題となっている。重要なのは、メッセージのやり取り、つまり、意味の表出あるいは意味を妥当させること、そして、意味および特定の意味内容のやり取りであり、ここには、受取人の地平に属するところの、解釈能力があり意味が帰する存在としての人間により行われ、人間により媒介されるこの意味内容を理解できること、また解釈できることが含まれる<sup>18)</sup>。

### 2. ヘーゲルの刑罰論におけるコミュニケーション的意味レベル

もちろん、ヘーゲルの刑罰論においては、「コミュニケーション的」モメントが明示的に語られているわけではない。しかしながら、——後で詳細に論じられるように——

16) これについては、特に、*Hamel* (Fn. 3), S. 34 ff., 73 ff.; *Müller-Tuckfeld*, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, S. 52 ff. を参照。

17) これについては、例えば、*Jakobs* (Fn. 11), S. 9 f. Rn. 9 ff.

18) これについては、*Hamel* (Fn. 3), S. 34 f. および、ヤコブスの刑罰論との関連づけの下で、*Kalous* (Fn. 8), S. 56 ff., 62 ならびに、「表出主義的な刑罰論」（S. 188）に関しては S. 188 ff. を参照。

表明的刑罰論におけるのとまさに同様に、第一に、ヘーゲルにおいてもまた、犯罪行為と刑罰は、二つの異なる関連づけのレベルへと区分され、両方の関連づけレベルが刑罰目的への探究に含められて考察されている。第二に、——これも再び表出的刑罰論におけるように——ヘーゲルによればまさに、客観的現実へと影響を及ぼす「害悪」としての犯罪行為と刑罰の、純粹外部的な現実存在の（第一の）関連づけレベルが、刑罰の基礎づけにとつての基準としてみなされているわけではない。第三に、ヘーゲルが行った論証は、犯罪者の一般意志および特殊意志により媒介される、特定の意味内容を妥当させ表出することと結びつけられ得るものであり、また、これによって、対応した、犯罪行為と刑罰のコミュニケーション的関連づけレベルに関係する解釈連関に適合するものである<sup>19)</sup>。

第一の、表出的刑罰論とヘーゲルの刑罰論とを結合関係にあるとする観点については、ヘーゲルによって視野にいれられた、二つの関連づけのレベルに関して、ヘーゲルは区別をしていたと認めることができる。ヘーゲルは、一方では、「害悪を生み出すこと」<sup>20)</sup>という（第一の）関連づけのレベル——それによれば、「外面的な定在ないし占有に加えられるものとしての侵害は……所有や財産の何らかの仕方に加えられる害悪[であり]、損害である」<sup>21)</sup>——と、他方では、即自的に存在する一般意志および犯罪者の特殊意志を受け取る（第二の）関連づけのレベルとの間で、区別をしている<sup>22)</sup>。その際、それは、——表出的刑罰論とヘーゲルの刑罰論を結びつける線で浮かび上がってくるものを許容する、第二の観点に目を向ければ——ヘーゲルにとってはまさに、自身

19) ヘーゲルの刑罰論についてのコミュニケーション理論的考察については、例えば、Hörnle (Fn. 11), S. 24 の参照、Pawlik (Fn. 11), S. 63 f. の「コミュニケーション理論的アプローチ」の箇所 (S. 63)、Jakobs, in: Festschrift für Nikolaus Androulakis, 2003, S. 266 f.; Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 90, 98 f. を参照。さらに、Sarhan, Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik. Plädoyer für eine opferorientierte Neuausrichtung des Strafgrundes, 2006, S. 29 の「社会的に認識可能な拒否の必要性」、「それは明らかにされなければならない」、「刑罰は……外的に表出され、明白なものとなる」(強調はデムコによる)という叙述を見よ。

20) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Moldenhauer/ Michel (Hrsg.), Werke, Bd. 7, 1986, § 99 (S. 188; 強調は原典通り)。

21) Hegel (Fn. 20), § 98 (S. 186; 強調は原典通り)。

22) 即自的に存在する意志と犯罪者の特殊意志については、特に、Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187) を参照。

の刑罰の基礎づけにとつて、外面的害悪という第一の関連づけのレベルは決定的ではない。すなわち、外的に存在する「害悪」へとこのように単に立ち戻ることは、ヘーゲルの刑罰論の決定的な核心に触れるものではなく、むしろ、ヘーゲルの観点によれば、「表面的な性格」を担っている。それというのも、

「犯罪とその廃棄、そしてこの廃棄は更に刑罰としても規定されるのであるが、これが害悪一般でしかないものとみなされるならば、既に他の害悪が存在するという理由だけで別の害悪を望むことは、確かに非理性的であるとみなすことができる」<sup>23)</sup>

からである。ヘーゲルの刑罰論は、異なる（第二の）関連づけのレベルによってそもそも初めて、また、それによってのみ、決定的に支えられているのであり、この関連づけのレベルは、即自的に存在する一般意志と犯罪者の特殊意志を受取るが、犯罪にとつては一般意志と特殊意志の間の意志の差異に着目しており、そして、（刑罰により再び止揚される）法としての法の侵害にとつては——犯罪行為によって惹き起こされた外的な害悪／結果／損害に狙いが置かれているのではなく、むしろ——行為者の特殊意志に焦点が合わされている。なぜなら、

「侵害の肯定的な存在は、単に犯罪者の特殊意志としてのみ存在する。それ故、定在する意志としての、犯罪者の特殊意志を侵害することは」、刑罰によって媒介されて「この侵害がなければ通用してしまうであろう犯罪を廃棄することであり、法を回復することである」<sup>24)</sup>

からである。したがって、ヘーゲルの見解によっても、犯罪行為と刑罰を特徴づける二つの関連づけのレベルの間で厳格に区別され得るのであり、その見解によれば、刑罰の基礎づけにとつては、単に外形的に存在する害悪—結果という第一の関連づけレベルは耐久可能性のある連結点ではあり得ない、ということについての究明が中心をなしていなければならぬ。ヘーゲルは、彼の時代の諸刑罰論における、これに関連した表面性、混乱そして区別の欠如につき批判的に、刑罰理論は「近年の実定法学にあってもっともひどく失敗している」<sup>25)</sup> テーマの一つであると考えており、また、害悪と善いことに関

23) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187; 強調は原典通り). さらに、§ 99 (S. 187) の「害悪のもつこの表面的な性格」(強調は原典通り)を参照。

24) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187; 強調は原典通り). これについては、Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 36 も参照。

25) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187; 強調はデムコによる)。

する「表面的な観点」<sup>26)</sup>が目指されており、「これに関する概念が明確に認識されない限り、刑罰の見解のうちに混乱が支配するのは避けられない」<sup>27)</sup>と考えていた。ヘーゲルによれば、何らかの形で客観的現実性において犯罪行為および刑罰と共に現れる、単なる外的帰結の「表面的な観点」<sup>28)</sup>は、まさに重要ではない——「しかし、問題は単に何かある害悪でもなければ、あれこれの善いことでもない」のである<sup>29)</sup>。

むしろ、ヘーゲルによれば、「犯罪における第一にして実体的な観点」<sup>30)</sup>としての「正義の客観的な考察」<sup>31)</sup>が決定的であり、そして「この議論」において「ただひとえに肝心なことは」<sup>32)</sup>、——ここで、新たに、刑罰の基礎づけにとって決定的な重要性が第二の関連づけのレベルにとってのみ顕著なものとなる——犯罪は純粋な害悪の惹起（第一の関連づけレベルにのみ関連することになる）としてではなく、むしろまさに、「法としての法の侵害」として「廃棄」されなければならないのであり<sup>33)</sup>、並びに（「したがって」<sup>34)</sup>、「犯罪が具え、破棄されなければならない現実存在がどのようなものか」<sup>35)</sup>ということである。まさにこれ（現実存在）こそ「除去されなければならない真実の害悪であり、この現実存在がどこに存するかが本質的な点である」<sup>36)</sup>、そして、ヘーゲルはこの犯罪にとっての中核をなす法としての法の侵害につき、犯罪者の特殊意志に、ここにおいてのみ法の侵害がその肯定的な現実存在を見出すが故に、着目していた<sup>37)</sup>。

それに加えて、ここでは、第三の——表出的刑罰論とヘーゲルの刑罰論に連関をもたらす——犯罪行為および刑罰を通じて表出され妥当するものとなった意味内容の観点へ

26) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188).

27) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188; 強調はデムコによる).

28) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188).

29) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188). これについては特に、Merle, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, 2007, S. 119 f.

30) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188).

31) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188; 強調は原典通り).

32) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188; 強調はデムコによる).

33) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188).

34) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188).

35) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188; 強調は原典通り).

36) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 188; 強調はデムコによる).

37) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187) を見よ。「侵害の肯定的な現実存在は単に犯罪者の特殊意志としてのみ存在する」(強調は原典通り)。これについては、Ramb (Fn. 24), S. 36 も見よ。

の移行が認められ、またその観点との結びつきが展開される。それというのも、一方では犯罪行為者の一般意志と特殊意志の間の意思の相違への、他方では法と犯罪行為、刑罰との間の否定の否定を打ち立てる基礎づけラインへの結束は、次のことを明らかにするからである。すなわち、ヘーゲルが（弁証法的に）行った論証も、法と犯罪行為、刑罰についての、その時その時に妥当しており、かつ相互に関連する意味の言明が互いに対峙しており、その言明内容に（特に）その相互的否定が属しているというように解釈され得るからである<sup>38)</sup>。

法と刑罰に関する意味の言明が、妥当（法を通じて媒介される）並びに——否定の否定という刑罰の「言明」を通じた——法の妥当の確証と強化（Bestätigung und Bekräftigung）（刑罰を通じて媒介される）にその表出を与えることであるならば、犯罪行為者は、その犯罪行為およびここに打ち出されたその特殊意志でもって、法の妥当に対して打ち立てられる否定の「言明」を唱えているが、それには再び否定の否定という「言明」としての刑罰によって異議が唱えられ、その際、これに対して、法と犯罪行為、刑罰が同じレベルに、それと同じ概念上のレベルかつ同じ意味のレベルにも高められているのである<sup>39)</sup>。このことが意味するのは、例えば、まさにそのような、犯罪行為と刑罰で表出される言明内容に関連して、犯罪は「そうでなければ妥当してしまうであろう」<sup>40)</sup>こと、すなわち、犯罪は犯罪行為者によって打ち立てられた一般意志（法）に反対する特殊意志の妥当、これは刑罰を通じて廃棄されることになるが、を主張するであろうことだけではない。さらに、刑罰によって媒介される、法を否認する犯罪行為の否定を用いて、一方では、不法は単なる「仮象」<sup>41)</sup>に過ぎないものとして示され、これは、いかなる時点でも犯罪行為者によって主張される特殊意志は妥当していなかったし、また妥当していないのであり、むしろ、常に一般意志だけが、常に法だけが妥当していたし、また妥当しているという意味で、理解され得るのである。他方で、さらに、

38) これについては特に、Ramb (Fn. 24), S. 20, 22 ff., 29, 35; Lesch (Fn. 19), S. 81 ff., 90, 93 f., 98 f.; Sarhan (Fn. 19), S. 33; Jakobs (Fn. 11), S. 9 f. Rn. 9 ff. における叙述も見よ。レッシュは、「いわば『対話と応答』として把握される」(S. 90)、「コミュニケーションの寄与としての [……] 犯罪」(S. 98)、「社会が [……] 表現される [……] 表明される」(S. 98) としている。

39) ヤコブスの刑罰論と関連するこの点について、詳細は、Hamel (Fn. 3), S. 121 を見よ。さらに、Lesch (Fn. 19), S. 90, 93 f., 98 f. を見よ。

40) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187; 強調は原典通り)。

41) Hegel (Fn. 20), § 87 Z (S. 173; 強調はデムコによる)。



法は「確認され強化されたもの」<sup>42)</sup>として、——犯罪行為において表出される特殊意志の法に反対する否定という「言明」を、刑罰を用いることで生じる否認により打ち消していくことを通じて——「確認としたものかつ妥当するものという規定 [を獲得する]」<sup>43)</sup>ものとして、示されるのである。

ヘーゲルは、「法としての法」の侵害の無効性の「顕現」<sup>44)</sup>を狙いとしているが、ヘーゲルにおいては、表象されるもの、何らかのものとみなされるもの（例えば許されるとみなされるもの）、妥当するもの、表明されるものについても語られており<sup>45)</sup>、そして特に、犯罪行為者の特殊意志についてのヘーゲルの叙述は、次のような解釈を許容している。つまり、ヘーゲルは、ここでは、単に外面的に存在している害悪という帰結の（第一の）関連づけのレベルから区別される、犯罪行為と刑罰に関する有意義な言明レベルおよび意義レベルとしての、第二の関連づけのレベルを問題としている、という解釈である。すなわち、行為者のこの特殊意志に目を向けることで——その特殊意志と、第二の関連づけレベルで行為者によってその犯罪行為でもって表出される、一般意志の妥当の否認の下でのその特殊意志の（名目的な）妥当という否定の「言明」が結びつく——、ヘーゲルにおいては、「不法は [……] 廃棄される [べきである]」。これはどこに存在するのか——どこで見出されるのか。その場所は特殊意志である。どこでという問いが、まずもって目につき得る<sup>46)</sup>。さらに、行為者のこの特殊意志は、犯罪の現実存在との結びつきを見いだすが<sup>47)</sup>、そこでは、妥当するもの<sup>48)</sup>、承認されているもの、意志により設定されたもの、定在についての主張が語られている<sup>49)</sup>。

42) *Hegel* (Fn. 20), § 87 Z (S. 173; 強調はデムコによる)。

43) *Hegel* (Fn. 20), § 87 Z (S. 173; 強調はデムコによる)。

44) *Hegel* (Fn. 20), § 97 (S. 185; 強調は原典通り)。

45) *Hegel* (Fn. 20), § 96 (S. 185) を見よ。「表象される」、「これらすべて許容されるとみなされる」、「世界で妥当しているもの、それは法であり、我々にとっての法であって、他者にとっても妥当するものである」（強調は原典通り）、「従って、それが妥当しないことが明確に示されることになる」。

46) *Hegel* (Fn. 20), § 99 (S. 189; 強調は原典通り)。

47) *Hegel* (Fn. 20), § 99 (S. 189) を見よ。「犯罪者の特殊意志は犯罪の現実存在であり、かの特殊な意志が妥当する [……]」（強調は原典通り）。

48) *Hegel* (Fn. 20), § 99 (S. 189) を見よ。「かの特殊な意志が妥当する」（強調は原典通り）。

49) *Hegel* (Fn. 20), § 99 (S. 189) を見よ。「[……] 承認された現実存在（すなわち、外面的ではなく、むしろ意思によって設定される定在 [……] 主張された定在、そこにおいて、意志は肯定的である）」（強調は原典通り）。「犯罪者が自身のものと」

このような、表出的刑罰論をヘーゲルの刑罰論と比較して、相互に結びつける（三つの）観点によって示されたように——意義や意味、言明に関する象徴的・コミュニケーション的観点は、ヘーゲルの論証ラインにおいても認識され得るし、あるいは、このことは、表出的な刑罰の機能の今日の理解の基礎の下では、少なくともこのような解釈の余地にとって開かれている。従って、表出的な刑罰の機能で言及された象徴的・コミュニケーション的のモメントそれ自体がヘーゲルの刑罰論において再び見出されるならば、コミュニケーション的に媒介された規範回復機能ないし規範確証機能および／あるいはコミュニケーション的に媒介された刑罰の否認機能がヘーゲルの刑罰論においてまさに認められるかどうか、あるいは認められるとしてもどの程度のものなのか、という接続する問いが立てられることになる。

### Ⅲ. 刑罰の要素としての規範確証機能

#### 1. (表出的) 刑罰論における刑罰の回復機能および規範確証機能

刑罰の回復機能ないし補償機能は——既にアリストテレスによって展開された調整的正義の考え<sup>50)</sup>をそれ自体において受容している——基礎的メルクマールであり、それは絶対的刑罰論、相対的刑罰論、統合的刑罰論、表出的刑罰論という様々な刑罰論における「刑罰論上の基本理解<sup>51)</sup>」に関する外見上の切り取りにおいて、再び見出されるものであるが、しかし、その際、何が詳細にどのような形で調整され、回復されるかとの関係で上述の様々な刑罰論は相互に区別されている<sup>52)</sup>。例えば——わずかな例だけを取り扱おうと思う——カントやその著名な島の事例においては、正義の侵害の清算が問題となっており<sup>53)</sup>、アダム・スミスのような他の哲学者は、客観化された応報欲求の調整を強調している<sup>54)</sup>。行為者志向的な特別予防においては、行為者の内面的な浄化のプロセスや回復されることになる内面的な法への忠誠が意義を獲得する

ゝして有しかつ保持しようとするものである」(強調はデムコによる)。

50) 特に、*Aristoteles*, in: Seelmann (Hrsg.), *Texte zur Rechtsphilosophie I*, 2000, S. 7 ff. を参照。

51) *Kalous* (Fn. 8), S. 63. ここでは63頁以下のさらなる叙述も見よ。

52) これについては特に、*Kalous* (Fn. 8), S. 62 ff. およびその注32以下を参照。

53) これについては、*Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: Weischedel (Hrsg.), *Werke*, 1977, S. 455 を参照。

54) これについては特に、*Smith*, *The Theory of Moral Sentiments* (1795), Ausgabe 1976, S. 82 ff. による叙述を参照。

が<sup>55)</sup>、これに対して、積極的一般予防論においては、回復の思考は社会秩序と関連している<sup>56)</sup>。表出的刑罰論においても、回復機能は——たとえ、部分的に、そのとき毎に異なる内容での形成および／あるいは定式化であるとしても——刑罰にとって重要な要素であり、それも、その社会関連の重要性の包含や、その規範的「回復的」意義ないしその規範確証的意義の強調の下でのことであり、そこでは——例えばヤコブスやグロース、ダフ、ファインバークにおけるように——規範確証、法の妥当力の維持のための法の防衛、規範の維持および／あるいは規範への信頼が語られている<sup>57)</sup>。

## 2. ヘーゲルの刑罰論における刑罰の回復機能および規範確証機能

いわゆる規範確証機能を伴う表出的刑罰論において、同時に言及された、(例えば)補償、精算、(再)止揚、回復、確証、保持および／あるいは強化という観点<sup>58)</sup>が、刑罰を支える要素として、ヘーゲルの刑罰論においても再び見出されるが、それも、この観点は、「否定の否定」としての刑罰の「客観的基礎づけないし正当化」との関連においてだけではなく<sup>58)</sup>、さらに、「犯罪者自身にとっての法・権利」としての刑罰の「主観的基礎づけないし正当化」との関連でも見出される<sup>59)</sup>。両基礎づけの筋道は<sup>60)</sup>、ここ

55) これについては特に、*Kinzig*, in: Schönke/ Schröder, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 38 ff., Rdn. 7 が「行為者の法意識およびその法への忠誠は呼び起され、強化される[べきである]」と述べている。

56) これについては例えば、*Jakobs* (Fn. 11), S. 21 Rn. 29 を見よ。

57) ヤコブスの刑罰論は——例えば、*Hörnle* (Fn. 6), S. 31 によると——規範志向的表出的刑罰論に位置づけられるが、ヤコブスの叙述については例えば、*Jakobs* (Fn. 11), S. 9 f. Rn. 11, S. 13 f. Rn. 14 ff. を参照。「規範妥当の確証」(S. 9 f. Rn. 11)、「規範の維持」(S. 10 Rn. 11, 強調は原典通り)、「規範への忠誠の訓練」(S. 13 Rn. 15, 強調は原典通り)。Gross, A Theory of Criminal Justice, 1979, S. 400 ff.; Duff (Fn. 5), S. 181 ff.; Feinberg (Fn. 4), S. 101 ff. を参照。さらに、*Hörnle* (Fn. 6), S. 30 ff. も見よ。「規範はそれ自体のために強化される(べきである)」(S. 31, 強調は原典通り)。

58) *Hegel* (Fn. 20), § 97 Z (S. 186; 強調はデムコによる)。

59) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 190; 強調は原典通り)。

60) *Hegel* (Fn. 20), § 220 (S. 374) も見よ。刑罰の客観的および主観的正当化については特に、*Ramb* (Fn. 24), S. 16 ff., 31 ff., 42 ff.; *Merle* (Fn. 29), S. 96 ff.; *Primoratz*, *Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe*, 1986, S. 39 ff. を見よ。結果無価値と行為無価値については、*Kleszczewski*, *Die Rolle der Strafe. Eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1991, S. 68 ff. を参照。ヘーゲル刑罰論における法則論的

では回復機能に鑑みて引き合わされ、補足的関係へと持ち込まれたものとして考えられるが、それは次のことによる。すなわち、客観的な刑罰の正当化がコミュニケーション内容を、つまり、何が如何にどこに目を向けて「回復される」ことになるのかを対象とすることによってであり、そして、主観的な刑罰の基礎づけが（特に）この回復を行為者の人格において支えている基礎を内容とすることによってである。ヘーゲルの刑罰論において仕上げられた否定の否定という刑罰の観点は、今日的刑罰論によって（表出的刑罰論によっても）受け入れられているだけではなく、同様に、社会との関連性の視点および理性的な主体としての行為者への結びつきの視点が、ヘーゲルにおいても表出的刑罰論においても重要な役割を果たしているのである。

#### a) 刑罰の基礎づけの規範関連性および人間的・人間間の関連性

その際、規範志向的な表出的刑罰論に対してだけ（正当に）批判的に異議が唱えられているわけではないもの、つまり、その極めて一面的で、極めて一次的な、もっぱら規範への関連性および規範固有の価値にのみ焦点を当てること<sup>61)</sup>は、ヘーゲルの基礎づけラインに関しても、その客観的な正当化との連関において、そしてここでは客観的観念論との批判的な論争と結びついて、批判的な視点として尊重され続けている<sup>62)</sup>。刑罰の基礎づけにとつての規範志向的な表出的刑罰論およびヘーゲルの刑罰論への極めて一面的な規範の方向づけに対するこのような批判とは、——単に「抽象法」への、また規範の固有価値への関連づけを超えて——補足されかつ拡大された形で付け加えられる刑罰の諸要素への探究を生み出すとの批判である<sup>63)</sup>。補足し合う刑罰の諸要素へのこのような探究は、例えば、人間的・人間間のレベルに属するモメントとしての「信

↘と承認論拠について詳細は、*Seelmann*, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, 1995, S. 63 ff.; *ders.*, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, 2011, S. 79 ff. を見よ。

61) これについては、*Hörnle* (Fn. 6), S. 31 f.; *Hörnle* (Fn. 11), S. 24 を見よ。「冷笑主義」については、*Koriath*, in: Radtke u.a. (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 56; *Calliess*, in: *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, 2001, S. 99 ff. を見よ。

62) ヘーゲルの客観的観念論およびこれへの批判については特に、*Haas*, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, S. 208, 213; *Ramb* (Fn. 24), S. 115 ff.; *Hösle*, *Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität*, 1987 Bd. 1, S. 9 を見よ。間主観的哲学に基づいたヘーゲル刑罰論の再構成については、*Seelmann* (Fn. 60), S. 11 ff., 63 ff. を参照。

63) これについては、例えば、*Hörnle* (Fn. 6), S. 32 の「補足の必要性」を見よ。

頼」に目を向けて、犯罪行為を通じて動揺させられる規範への信頼の回復が語られる場合に示される<sup>64)</sup>、あるいは、人格志向的表出的刑罰論が、「それによれば、有罪判決において差しはさまれる、非難的なメッセージが特定の諸人格に呼びかけることになる」が<sup>65)</sup>、この人間的・人間間的な関連づけのレベルをその非難的要素を用いて確立することを試みることによって示される。

けれども、このような、刑罰の基礎づけにとって（正当にも）必要で、（純粋な）規範関連づけレベルに追加的に付け加える形で、人間的・人間間的関連づけレベルをも共に想定することは、非難的要素および非難的メッセージと結びつけられる特定の諸人格への呼びかけに依拠することにおいてのみ可能であるものではない<sup>66)</sup>。むしろ、新たに形成されることになる刑罰の基礎づけにおいては、刑罰を通じて媒介される、共同体で共に生活する人間へのメッセージの必要性は、次のことによって、（非難的要素を断念する下で）規範志向的な表出的刑罰の機能と結びついても展開され得る。すなわち、ここでは——（純粋な）規範関連づけレベルに追加的に——規範信頼の関連性そしてそれによって人間も信頼するものとして決定的意義を獲得することによってである<sup>67)</sup>。

64) 「信頼」への関連づけについては特に、*Jakobs* (Fn. 11), S. 13 Rn. 15 の「規範信頼への訓練」、*Hassemer*, in: *Hassemer*, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, S. 201, 204, 208 f. の「人々が刑法を信頼しているということ」(S. 201)、「法が揺るぎないもの (Unverbrüchlichkeit) であることへの住民の信頼」(S. 204)、「規範への信頼」(S. 209)、*Silvia Sánchez*, in: *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, S. 86 の「あらゆる市民にとっての (社会にとっての) 機能」、「共同生活の基礎的規範としての刑法上の規範の妥当への信頼」の維持ないし回復を見よ。判例では例えば、BGHSt 24, 40, 46; BVerfGE 45, 187, 255 ff., 256 を見よ。さらに、*Stratenwerth*, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, 1995, S. 11 ff. による叙述も参照。

65) *Hörnle* (Fn. 6), S. 29 (強調はデムコによる)、さらに32頁以下の記述を見よ。

66) 人格志向的表出的刑罰論によって、「態度規範の安定性への全ての国家市民の利益と並んで、特定の諸人格の規範的に基礎づけられた利益」(S. 32, 強調は原典通り)が強調されている。この「特定の諸人格」(S. 29)に属するのは——ヘルンレの区別によれば——刑罰を通じて媒介される「非難的メッセージ」(S. 29, 強調はデムコによる)の名宛人としての、行為者、犯行の被害者、具体的な犯罪行為について認識を得た諸人格である。これについて詳細は、*Hörnle* (Fn. 6), S. 29, 32 ff. を見よ。

67) 個人を刑罰によって表出された規範確証的刑の宣告へと組み込むことに関する問題、それとともに、刑罰の規範確証的機能についても個人を考慮することに関する問題については特に、*Hamel* (Fn. 3), S. 118 ff. を見よ。ヤコブスの刑罰論の展開における個々人の考慮／不考慮の転換についても、詳細は、規範的社会的同一性

このことは、次のような形で生じる。すなわち、このような刑罰の基礎づけにとつての出発点として、信頼共同体として存続している共同体への視点が選ばれる、より正確には、人間の——規範の意味において理解され、意志と当為に結びつけられる——相互的な信頼（*Sich-gegenseitig-Vertrauen*）および人間によって人間のために人間の共同体的共同生活にとつて創出された（法）規範の（持続的）妥当へのその信頼における全ての人間への視点が選ばれる<sup>68)</sup>、というようにである。したがって、今後も共同的で相互的に尊重し合う共同生活を保護する（法の）規範妥当が信頼されて良いという、そして、その法が（持続的に）存在しているという、刑罰を通じて媒介されるメッセージは、刑罰を通じて表出された規範（信頼）の確証および規範確証として理解され得ることになり、そこでは、刑罰の基礎づけが表出的・規範（信頼）関係的刑罰機能に依拠している。

しかし、この規範（信頼）確証的な刑の宣告（*Strafausspruch*）は、再び抽象的な

---

ゝにとつて「個々人に向けられた発話行為はもはや役割を果たさない」（S. 119）——しかし、「社会的ないし個人心理的帰結に目を向けることなしに」刑罰を説明することはできない（S. 120）。ハーメルによれば、個人への規範妥当と「間主観的承認が割り当て」られ（S. 120）、システム論的に方向づけられた積極的一般予防論のヴァリエーションも「個々人（も）に向けられた発話行為としての刑罰の理解と強制的に対置されるわけではない」のであり（S. 120）、そして、「法的判断の規範安定的機能は、個人（心理の諸体系）を顧みることなしにはほとんど説明（され得）ない」（S. 134）。さらに、それを通じて規範のさらなる妥当と規範への保持が表出される、規範安定化の様々な形式については、87頁以下、134頁以下、96頁以下のハメルの叙述も見よ。ヤコブスの刑罰論における個人の（不）考慮については特に、一方では *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), S. 844 ff., 869 ff. を、他方では *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004 S. 29 und S. 31 Fn. 147; *Jakobs*, *HRRS* 2004, S. 91 の規範的予期および規範適合的態度への諸人格の計算の考慮についてを、並びに、*Jakobs* (Fn. 11), S. 13 Rn. 15, S. 32 Rn. 56 の「刑罰の名宛人は……全ての人間である」（S. 13 Rn. 15, 強調はデムコによる）を見よ。ヤコブスの刑罰論についてのさらなる叙述は、*Hörnle/ von Hirsch* (Fn. 12), S. 24 f. を見よ。

68) これについては特に、*Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, S. 626 の「その主たる目的は……市民の信頼を相互に保障することである」、さらにとりわけ S. 271, 273, 624 の叙述も見よ。*Hassemer* (Fn. 64), S. 208 f. の「人間は……違反された規範とその保護を信頼し、既に規範を（さらなる）その日常的方向づけの構成要素とする用意がある」（S. 209）；*Jakobs* (Fn. 11), S. 13 Rn. 15 の「規範について信頼するものをその信頼において確証すること」；*Werkmeister*, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, 2015, S. 234 ff., 253 ff. を見よ。

「匿名の」かつ見かけ上「人間不在の」普遍性に向けられてはならず<sup>69)</sup>、むしろ人間に、それも——強調する必要があるものだが——あらゆる人間に向けられている<sup>70)</sup>。それというのも、全ての人間は（そして個々の選択された人間だけではない）、その全体において、人間にとって重要な、その共同体的共同生活の（法）規範を創出し、人間によって創出された（法）規範の妥当を信頼する（ことを欲し、——当為の観点に関して言えば——この規範妥当を信頼してよいことも望む）存在だからである。事実的（存在関係的、また発話行為関係的）レベルで——しかし、そこから当為のレベルで刑罰にとつての独自の正当化が生じることはない<sup>71)</sup>——このような全ての人間に向けられた規範（信頼）確証的な刑罰の全体的な言明に、さらなる（部分的）言明が統合される。この（部分的）言明は、特定の、全ての人間に関連する規範（信頼）確証にとつて重要な、それぞれの人間にとっておよびその承認されるべき、その個体（Individualität）においても理解されたいという欲求にとつて<sup>72)</sup>、特に意義がある、部分的観点を表明する。ここに属するのが、——例えば行為者、被害者、具体的犯罪行為について認識を獲得した者に対して向けられる——行われた犯罪行為が実際に生じかつ行為者に個人的に答責されるべき不法として（例えば運命的な不幸としてだけでなく）承認されるといふ、そして、この犯罪行為と結びつけられる規範（信頼）の違反が共同体によって誤っており許容可能ではないものとして拒否されるといふ、刑の宣告の部分的メッセージと

69) これについても、Hassemer (Fn. 64), S. 209 での、規範の強化および存続の予期については「規範システムの次元においてのみではなく、人間が……侵害された規範およびその保護を信頼しているという現実の日常秩序の次元においても」（強調はデムコによる）という叙述を見よ。

70) 賛同されるべき文献として、Weigend, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht, 2011 S. 36 f. は、「従来の『集団主義的』刑罰の基礎づけへのアプローチを維持」（S. 37）しようとしている。さらに、Jakobs (Fn. 11), S. 13 Rn. 15 の「刑罰の名宛人は第一義的に潜在的行為者としての幾人かの人間ではなく、むしろ全ての人間である。何故なら、全ての者は社会的相互作用なしにはやっていけないからである……」（強調はデムコによる）を見よ。

71) これについては、例えば、Hörnle (Fn. 6), S. 33, 37 f., 40 f. の叙述を見よ。さらに、Weigend (Fn. 70), S. 37 f. の叙述を見よ。そこでは、被害者関係的な刑罰の次元の価値の引き上げに対する疑念を呈し、「共同体的利益の優位化」（S. 38）を支持している。

72) これについてはまた特に、Weigend (Fn. 70), S. 37 は「関与者の間人格的関連性とその『現実の』利益に目を向けなければならない」としている。

してのものである<sup>73)</sup>。

従って、規範（信頼）確証的な刑の宣告は、共同体関係の意味における人間的・人間間的な関連づけのレベルの確立の下で、同時に、共同体に統合される人間（それも全ての人間）をコミュニケーションおよび宣告の相手方（Ansprechpartner）として配慮する下で、理解されるものであり<sup>74)</sup>、規範の確証（規範関連づけレベル）を表出するだけでなく、まさに規範信頼の確証（人間的・人間間的関連づけレベル）をも表出している。その際、共同体に統合される人間は、人間に対して上位に位置づけられる抽象的な「匿名の普遍性」の下位に位置づけられる「一部分」としてみなされるのではなく、むしろ人間は（第一に）その共同生活の基礎としてのその人間としてあること（*Mensch-Sein*）およびその人間の尊厳において真摯に受け取られるべきである<sup>75)</sup>。それと同時に現れるのが（第二に、そしてここでは本稿で提案する刑罰理解の重要な共同体関係的観点が示されるが）、人間だけがその全体および、共同体——より正確には、自らを共同体「として」——をそもそもはじめて展開し並びに個別的に形成するところの、その相互に作用しあう形で存在しているという点で、人間を真摯に受け取ることである。さらに付け加えられるのは（第三に）、その人間存在およびその人間の尊厳に基づいて、規範（信頼）確証的な刑の宣告の名宛人として刑の宣告によって話しかけられる人間もまた存在しなければならない（抽象的な「匿名の普遍性」では許されない）という点で、人間を真摯に受け取ることである。このような共同体全ての人間をその人間存在およびその人間の尊厳において——それと共に規範（信頼）確証的な刑の宣告にとってのその相手方の存在においても——承認される共同体関係的な刑罰の理解でもって、刑罰の基

73) 刑の宣告のこのようなそしてさらなる言明については——しかし、著者の見解によれば刑罰を通じて表明された規範（信頼）確証の全体的言明の（事実的な）部分的言明としてのみ主張されるが——例えば、Hörnle (Fn. 6), S. 32 ff. とそこでの参照を見よ。さらに、Stratenwerth (Fn. 64), S. 12 f., 20 f. による叙述を見よ。国際刑法との関連では、例えば、Werle, *Völkerstrafrecht*, 2012, S. 42 ff. および特に S. 45 Rn. 107 f.; *Werkmeister* (Fn. 68), S. 272 ff. およびここでは例えば、S. 272, 286 ff. での叙述を見よ。

74) これについては、Hassemer (Fn. 64), S. 209 の該当する叙述、すなわち、「人間の社会の基礎となっている規範との良き関係」（強調はデムコによる）、「人間を真摯に受け取り、その洞察の上に築く」（強調はデムコによる）、そして、Weigend (Fn. 70), S. 36 f. の該当する叙述、すなわち「共同体関係的な刑罰（意味）理解」（S. 36）、「集団主義的な刑法の基礎づけ」（S. 37）も見よ。

75) 人間を真摯に受け取るという観点については、Hassemer (Fn. 64), S. 209 も見よ。



基礎づけにとって必要な人間的・人間間的関連づけのレベルが、また表出的・規範（信頼）関係的な刑罰の機能で補強されることによって（非難の要素に立ち戻ることなしに）展開され得ることになる。

b) 「否定の否定」——ヘーゲル刑罰論における刑罰の言明

犯罪と刑罰が相互に内的かつ概念的同一性の関係に置かれているが<sup>76)</sup>、ヘーゲルによれば、犯罪に対して「第一のもの、肯定的なもの<sup>77)</sup>として対処されるべきではなく、（第一のものとしての）法を否認する「否定的なもの」として、ここでは「否定の否定」としての刑罰を通じて、対処されるべきであり、これによって与えられ、刑罰によって生じる（犯罪による法の）「このような侵害の廃棄<sup>78)</sup>を通じて、「現実の法<sup>79)</sup>」がその「有効性<sup>80)</sup>」を「示し<sup>81)</sup>」、「必然的かつ媒介された定在として<sup>82)</sup>自らを「確認する<sup>83)</sup>」。現実の法の有効性を「示し」、法を自ら確認するというこのようなモメントは、法は絶対的なものとして廃棄不可能なものである<sup>84)</sup>というヘーゲルのさらなる基礎づけの道りについても参照することで、ここでは（「法の回復（Wiederherstellung）」<sup>85)</sup>というヘーゲルによって選ばれた言葉においても）厳格に文言通りの意味で理解することになる「元に戻す（Wieder-Herstellung）」が重要とはなり得ないということにつき、なおも明白にしている。それというのも、そうでなければ、このことは、本来的に存在しているものがもはや存在していないものとされ、まさにこのものはや存在していないものを再び存在しているものへと打ち立てられる、ということを要求することになってしまうだろうからである。しかし、存在しているものとしての法は、ヘーゲル

76) これについては、Lesch (Fn 19), S. 90 の「概念上の結びつきが……内的、機能的連関へと置かれている」（強調は原典通り）；Ramb (Fn. 24), S. 37 の「概念上の同一性」（強調は原典通り）を見よ。

77) Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186).

78) Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186).

79) [原典では注80] Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186；強調はデムコによる)。

80) [原典では注81] Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186；強調はデムコによる)。

81) [原典では注79] Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186；強調はデムコによる)。

82) [原典では注83] Hegel (Fn. 20), § 97 Z. ヘーゲルにおける刑罰の客観的基礎づけについては特に、Ramb (Fn. 24), S. 31 ff. の叙述も参照。

83) [原典では注82] Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186；強調はデムコによる)。

84) Hegel (Fn. 20), § 97 Z (S. 186) の「すなわち、法は絶対的なものとして廃棄不可能なものであるから、犯罪の表出はそれ自体で無効なものである」（強調はデムコによる）を見よ。これについては、Ramb (Fn. 24), S. 34；Lesch (Fn. 19), S. 93 ff. も見よ。

85) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 187).

の見解によれば（第一に）、犯罪および行為者の特殊意志において表明される否定の言明を通じては実際には（全く）廃棄され得ない。けれども、「法としての法の生じた侵害は……なるほどひとつの積極的な、外面的な現実存在ではあるが、しかしこの現実存在はそれ自身において無効なものである」り、「この無効性は、法としての法を廃棄してしまっているということである」が、この「犯罪の表出はそれ自体において無効なもの」[であり]、そしてこの無効性が犯罪のもたらす結果の本質である<sup>86)</sup>。さらに、ヘーゲルの見解によれば（第二に）、犯罪（のもたらすもの） / 「法としての法の侵害」のこのような無効性の刑罰を通じて媒介する形での「顕現」<sup>87)</sup>が問題となる。このような態様で（ヘーゲルの刑罰論においても）、犯罪行為を通じてその有効性に何ら損害を被らなかつた、常に有効かつ妥当するものであるという意味で常に（犯罪行為の前でも後でも）存在しているものとしての法は、したがって、刑罰を通じて厳格に文言通りの意味では「元に戻さ（wieder-herzustellen）」れ得ない、ということが示される。むしろ、刑罰に与えられるのは、象徴的・コミュニケーション的機能、すなわち、まさにこのような（犯罪行為の前でも後でも）常に存在している、法の有効性を示し、確認し、明確かつ明瞭に表明することである<sup>88)</sup>。したがって、正しくは、現実の法を自ら確認しかつそこにおいて有効性を示すこと並びに絶対的なものとして法が廃棄不可能なものであることへのその関連性をもったヘーゲルの刑罰論においても明らかであるように、それ以前には現に法ではなかつたものを元に戻すという本来の意味における刑罰の規範「回復」機能が問題になっているのではなく、むしろ刑罰の規範確認機能が問題となっている。ヘーゲルによる法、犯罪行為、刑罰の間の否定の否定連関は、象徴的・コミュニケーションのモメントとの結びつきにおいて、表出的刑罰論への導入部となり、このヘーゲルにおいても見て取れる規範確認のモメントは、例えば、規範志向的表出的刑罰論に位置づけられる<sup>89)</sup>ヤコブスの刑罰の基礎づけにおいても受容され、さ

86) *Hegel* (Fn. 20), § 97 および § 97 Z (S. 185 f.; 強調は原典通り)。

87) *Hegel* (Fn. 20), § 97 (S. 185; 強調は原典通り)。さらに、§ 97 Z (S. 186) の「このようなものとして自らを顕現しなければならない」を見よ。

88) これについては、*Hegel* (Fn. 20), § 96 (S. 185) の「したがって、妥当しないことを明らかに示さなければならない」を、*Lesch* (Fn. 19), S. 93 ff. の「犯罪の仮象的な現実存在に対しては……侵害された一般的規範が依然として理性的なものとして現実的であり、それは現実の妥当を要求しているということが確認され……また示さなければならない」(S. 94) を見よ。

89) これについては、*Hörnle* (Fn. 6), S. 31 を見よ。

らに、単なる規範の確証かあるいはそれを超えて規範の強化かへの問いに目を向けることで深められている<sup>90)</sup>。ヘーゲルの刑罰論がそれ自体において今日の表出的刑罰論へと整序され得るのかどうか、どのような方法でなされるのかという問いに関しては、(第一に)ヘーゲルの刑罰論においても見られる象徴的・コミュニケーションのモメント<sup>91)</sup>並びに(第二に)ヘーゲルによる刑罰の確証機能の規範関連性への方向づけの考慮の下で、規範志向的表出的刑罰論へのヘーゲル刑罰論の位置づけ可能性が認識され得る。

c) 「否定の否定」の社会および時代との関連——刑罰の言明とそのヘーゲル刑罰論との結びつき

けれども、そもそも——表出的刑罰論との関連において今日的な解釈の理解の下では——ヘーゲルの刑罰論がこの表出的刑罰論、そしてここでは具体的には規範志向的表出的刑罰論へと位置づけられ得るだけでなく、さらに表出的刑罰論において見られる個別の観点が既にヘーゲルの刑罰論において読み取られ得る、そして／あるいはヘーゲルの刑罰論と結びつけられ得る。ここで挙げられるのは——紙幅の関係で例示だけにするが——表出的刑罰論およびヘーゲルの刑罰論において再び見出される、刑罰の基礎づけにとって重要な社会との関連という視点であり、これに関してまさに表出的刑罰論において議論されている、「新たな」、これまで分けられてきた絶対的な刑罰の基礎づけおよび相対的な刑罰の基礎づけからは離れた刑罰論として、表出的刑罰論を位置づけるかの問いを伴う現在との関連／将来との関連という視点である<sup>92)</sup>。ヘーゲルの刑罰論を絶対的刑罰論として評価するのか、それとも相対的刑罰論、例えば積極的一般予防的な刑

90) これについては、Hegel (Fn. 20), § 82 (S. 172) の「法は現実的なもの、妥当するものとして規定される。それというのも、法は最初にあっては単に即自的にすぎず、直接的なものであったからである」(強調は原典通り)ならびに § 182 (S. 173) [訳注: § 82 Z (S. 173) の誤りと思われる] の「強化されたもの」; Primoratz (Fn. 60), S. 45 f. の「効果的に確かめられ、強化され、成熟した形態」(S. 46); Ramb (Fn. 24), S. 23 f.; Lesch (Fn. 19), S. 94 f.; Jakobs (Fn. 11), S. 9 f. Rn. 9 ff., S. 10 Fn. 13; Kalous (Fn. 8), S. 52 Fn. 1, S. 64 Fn. 37 を見よ。

91) これについては、本稿 II. B. を見よ [訳注: II. 2. の誤りと思われる]。

92) これについては特に、そしてフォン・ハーシュによる刑罰論上のモデルに目を向けて詳細に論じている Neumann, in: von Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005, S. 13; von Hirsch, in: von Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005, S. 41 f.; Hörnle (Fn. 11), S. 28 f.; Weigend (Fn. 70), S. 31, 38 を見よ。

罰論として評価するのは、対立的に論じられている<sup>93)</sup>。現在そしてまた将来への志向は、その際しかし将来にとって経験的に検証可能であるものに依拠する（そしてそもそも依拠してよいかつ依拠しなければならない）ことがなくとも<sup>94)</sup>、（例えば）ヤコブスにおいて強調されただけでなく<sup>95)</sup>、ヘーゲルが行った論証においても読み取られ得るものである。将来にとって経験的に検証可能であることを刑罰の基礎づけにとって決定的なものとするに對するその懷疑は、例えば、ヘーゲルが——（量的な量刑（quantitative Strafzumessung）にとって）予防的の観点はもちろん併せて考慮されているが<sup>96)</sup>——「様々な刑罰論、すなわち予防論（Verhütungstheorie）、科刑による威嚇論（Abschreckungstheorie）、刑の予告による威嚇論（Androhungstheorie）、改善論（Besserungstheorie）などにおいて」<sup>97)</sup>見られる、害悪や善のように、見かけ上のものを狙いとするに對して批判的に述べているところで<sup>98)</sup>、示されるのである。

しかしながら、このようなヘーゲルの批判的叙述は、現在の観点／将来の観点そもそもからヘーゲルが完全に目を逸らしているとして、そして、過去へとその視点を向けているだけのものとして（それと同時にヘーゲルの理論を絶対的刑罰論に位置づけることだけが可能となるということを伴って）読まれなければならないわけではないし、ある

93) これについては特に、*Merle* (Fn. 29), S. 93 ff.; *Merle*, in: Byrd u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE)*, Bd. 11 (2003), S. 145 ff.; *Seelmann* (Fn. 60), S. 83 f.; *Becchi*, in: von Hirsch u. a. (Hrsg.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, 2011, S. 93 ff.; *Ramb* (Fn. 24), S. 49 ff.; *Lesch* (Fn. 19), S. 95 ff. を見よ。

94) これについては、*Neumann*, in: *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, S. 443 ff. による細分化されたかつ有益な叙述も見よ。

95) 特に *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), S. 844 の積極的一般予防の経験的調査は「常にわずかにしか適していない（と言わざるを得ない）」を見よ、そして *Jakobs* (Fn. 11), S. 13 Rn. 15 を見よ。さらに、*Hörnle/ von Hirsch* (Fn. 12), S. 26 ff.; *Hörnle* (Fn. 11), S. 21 f. 並びに規範志向的表出的刑罰論との関連で S. 23 を見よ。そこでは、実際に将来犯罪を遂行することについての測定可能な効果の予期がなくとも「規範的正当性を第一義的に支える基盤となる」(S. 23) とされている。また、*Weigend* (Fn. 70), S. 33 ff. を見よ。

96) これについては例えば、*Hegel* (Fn. 20), § 218 (S. 371 ff.); *Seelmann*, in: *Seelmann/ Zabel* (Hrsg.), *Autonomie und Normativität. Zu Hegels Rechtsphilosophie*, 2014, S. 390 ff. を見よ。

97) *Hegel* (Fn. 20), § 99 (S. 187).

98) これについては、*Hegel* (Fn. 20), § 99 (S. 187 f.) を見よ。

いはそう解釈されなければならないわけでもない。それというのも、ヘーゲルが行った論証は、——刑罰の基礎づけに鑑みても（併せて）重要な——現在との関連／将来との関連および社会との関連に対して十分に開かれており、その上に構築される形で今日的に、単なる応報ないし予防を超える「新たな」刑罰論を探究するために、これらの関連に少なくとも結びつけられ得るからである。このような（現在の）社会および社会的帰責のモメントの一種に言及する関連性のライン（Bezugslinien）が見られるのは、ヘーゲルにおいては例えば、ヘーゲルが「〔訳注：犯罪が自由に行われるならば〕これは全て許されているとみなされる……世界において妥当しているもの、それは法であり、我々の法であり、他者にも妥当しているものである<sup>99)</sup>」と詳述したところ、あるいはヘーゲルが犯罪に関する「諸見解」<sup>100)</sup>を参照するないしこれに関して次のように語っているところである。すなわち、「しかし……犯罪を処罰しないでおくことは、それ以後にそれが法として定立されることになるであろうから、社会にとっては不可能であろう」<sup>101)</sup>。また、このようなそれぞれの社会に依拠する帰責の視点はヘーゲルにおいて見られ得るものであり、すなわち——（少なくとも）量刑に関係する、ただしヘーゲルが刑罰論に位置づけているかは議論がある<sup>102)</sup>——「それぞれの犯罪がどのように処罰されなければならないか」<sup>103)</sup>に関連して、「文化教養（Bildung）の進展」を通して「犯罪に対する見方も穏やか」<sup>104)</sup>になり、寛大な刑罰か厳格な刑罰かの判断は、その社会がその都度「それ自体において強固な」<sup>105)</sup>状態にあるのか、あるいは、「それ自体として動揺している」<sup>106)</sup>状態にあるのかに依拠している（「時代の状態との関連に（置かれる）」<sup>107)</sup>）。それというのも、刑法典（Strafkodex）は、「とりわけその時代およびその時代の市民社会の状態に」関係し、「刑法典（Kriminalkodex）はあらゆる時代に通用するものではない」からである<sup>108)</sup>。さらなる関連においても<sup>109)</sup>、ヘーゲルは公

99) Hegel (Fn. 20), § 96 (S. 185; 強調は原典通り).

100) Hegel (Fn. 20), § 96 Z (S. 185; 強調はデムコによる).

101) Hegel (Fn. 20), § 218 Z (S. 373; 強調はデムコによる).

102) これについては注93における参考文献を見よ。

103) Hegel (Fn. 20), § 96 Z (S. 185).

104) Hegel (Fn. 20), § 96 Z (S. 185).

105) Hegel (Fn. 20), § 218 Z (S. 373).

106) Hegel (Fn. 20), § 218 Z (S. 373).

107) Hegel (Fn. 20), § 218 Z (S. 373; 強調はデムコによる).

108) Hegel (Fn. 20), § 218 (S. 372) und § 218 Z (S. 373; 強調はデムコによる).

109) これについては特に Lesch (Fn. 19), S. 93 ff. も見よ。

的なもの（Allgemeinen）および社会的なものの観点を取り上げており<sup>110)</sup>、例えば、犯罪を処罰しない結果社会が崩壊する<sup>111)</sup>、公的なもの（Allgemeinheit）<sup>112)</sup>、「公的犯罪（*crimina publica*）」としての犯罪<sup>113)</sup>、そして、社会の状態と社会にとっての危険性<sup>114)</sup>について語っている。

このようなヘーゲルにおいて見られ得る社会との関連性およびその都度妥当している時代の重要性のその強調を、上述の<sup>115)</sup>、同様にヘーゲルにおいて認識可能な刑罰の象徴的・コミュニケーション的機能と結びつける場合には、ヘーゲルの刑罰論は、専ら過去関係的な形で純粹絶対論としてだけ読まれ得るわけではないし、——将来にとって経験的に検証可能であることに対する懐疑の観点が付け加えられるが——「真正の」純粹（積極的一般）予防論としてだけ読まれ得るわけでもない。むしろ、ヘーゲルの刑罰論は、絶対的刑罰論と相対的刑罰論の区分解消の下で展開されることになる表出的・規範（信頼）関係的な刑罰の基礎づけにとって開かれていると言ってよいが、そのような基礎づけは、共同体およびまさにそこで存在し、その都度の時代に存在する規範妥当の信頼が出発点となり、したがって同時に、共同体のこのような（規範的な意味で理解されることになる）規範妥当の信頼がそこで生活している人間の現在そしてまた将来の（あるべき）共同生活に関係していることを、併せて考慮している。その都度の共同体に向けられて理解されることになる刑罰の規範（信頼）確証的言明がなされないままであり、それによって犯罪が処罰されないままであることが表明された場合、ヘーゲルの言葉を借りれば、社会は崩壊してしまうことになるが<sup>116)</sup>、ここでは象徴的・コミュニ

110) 例えば、*Hegel* (Fn. 20), § 96 (S. 184), § 103 (S. 197 f.) を見よ。

111) *Hegel* (Fn. 20), § 96 (S. 184) を見よ。

112) 例えば、*Hegel* (Fn. 20), § 96 (S. 185) を見よ。

113) *Hegel* (Fn. 20), § 102 (S. 197; 強調は原典通り)。

114) これについては、*Hegel* (Fn. 20), § 218 (S. 372 f.) を見よ。社会との関連性については特にまた、von Hirsch u. a. (Hrsg.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie*, 2011 に所収のゼールマン (*Seelmann* (Fn. 60), S. 83 f.)、ベッキ (*Becchi* (Fn. 93), S. 93 f.)、シルト (*Schild*, *Hegels Theorie der Strafrechtseinrichtung*, S. 101 f.)、ノイマン (*Neumann*, *Anfragen an Hegels Strafrechtstheorie aus „nachmetaphysischer“ Sicht*, S. 161 f.) の各論稿を参照。*Jakobs* (Fn. 11), S. 8 f. Rn. 8, S. 17 f. Rn. 21 を参照。

115) 本稿 II. B. を見よ〔訳注：II. 2. の誤りと思われる〕。

116) *Hegel* (Fn. 20), § 96 (S. 184) の「このような犯罪が処罰されないままであれば……社会は崩壊する」を見よ。

ケーション的に解釈する理解を基礎に置けば、次のようなものとして読まれる。

「共同体が、そして共同体の基礎にある重要な（でもある）規範の妥当が、現在（そして将来にとっての危険も伴って）に鑑みて、象徴的に疑問にさらされることになる」。

したがって、刑罰の規範（信頼）妥当の言明としての否定の否定という言明は、象徴的・コミュニケーション的な解釈レベルでは、その都度存在する共同体にとって——その共同体が、そこで生きる人間の現在そしてまた将来のあるべき共同生活に目を向けて法を通じて（も）保全される諸規則を創出するが——妥当している「共同体が（規範的に）崩壊しないこと」を、法の規範的（引き続いての）妥当の確証（現在に関連）および法の（持続的）妥当の確証（将来に関連）ならびにそれを信頼できること／信頼してよいことも確証するという意味で、表明する。ここで論じられた刑罰の社会との関連および現在との関連は、将来回避される（いわば現在では「そのままである」）、「生活から離れた（lebensfremd）」視点とは結びつけられない、ということが同時に考慮されることになる。すなわち、むしろ、刑罰の規範（信頼）確証的な宣告は、将来に目を向けた現在の宣告の意味で理解されることになる。現在の宣告は、将来の方向づけにとって開かれているものとして考えられ、それによれば刑罰は（規範的な意味で）確証的に、次のことを表明している。すなわち、信頼の共同体としての共同体が、そしてその信頼をあわせて含む規範妥当が犯罪行為の後もまた犯罪行為にかかわらず、現在においても将来においても（依然）存在するべきであるが<sup>117)</sup>、しかしその際、このような刑罰を通じて表現された（規範的な）規範（信頼）確証が経験的に検証された将来の形成自体（刑罰の結果、将来犯罪行為が行われない／少なくなる人間の共同体の意味である）を刑罰の基礎づけへとともに受容することはない、ということである。

d) ヘーゲルの刑罰論における「犯罪者自身にとっての法・権利」としての刑罰

先に述べた刑の宣告のコミュニケーション内容には、さらに、ヘーゲルの主観的な刑罰の基礎づけを受容したコミュニケーション内容が付け加えられるが、その内容は、刑罰の基礎づけモメントをこのような行為者の人格に存するモメントによって裏づけ、ヘーゲルにおいてだけでなく、表出的刑罰論においても刑罰の基礎づけにとって基準として示されるものである。理性的な主体としての行為者へと刑罰の基礎づけを結びつけることが必要であり、ヘーゲルによれば、その結びつけが刑罰を「即自的に正当」とす

117) Hamel (Fn. 3), S. 99 の「社会的／道徳的規範が今後も妥当するという将来に向けられた強化」も同様である。

る「だけでなく」<sup>118)</sup>、「犯罪者自身における法・権利でも」ある<sup>119)</sup>。その犯罪行為が「理性的なものとしての行為」<sup>120)</sup>である犯罪者は、ここでは「理性的存在として尊重さ」れることになる<sup>121)</sup>。その際、ヘーゲルは、行為者が理性的主体であるということへのこのような結びつけを、行為者によって過去に行われた「理性的なものとしての行為としての」<sup>122)</sup>犯罪行為に係らしめている——けれども、行為者は、次の場合には、理性的な存在として尊重されることはなく、むしろ無害にされるべき有害な動物として扱われることになる<sup>123)</sup>。すなわち、「その行いそのものから行為者の刑罰の概念と尺度が取り出されない場合」である<sup>124)</sup>。したがって、問題となっているのは、行為者の一般的な「生活遂行理性（Lebensführungsvernuft）」ではなく、むしろ、過去に存在する特定の犯罪行為「だけ」であり、しかしこれは再び刑罰の基礎づけに不可欠なものであるが、次いでこの犯罪行為のために処罰されて良いために、この犯罪行為を行為者は理性的主体として行った、あるいは、行わなければならないのである。犯罪行為者の具体的な規範違反的態度としての過去に存在する犯罪行為にこのように必要的に結びつけることを、この態度のためにまさに犯罪行為者がこの犯罪行為を理性的主体として行ったが故にこの者に答責的と認められるべきであるが、ヘーゲルと同様に規範志向的かつ人格志向的な表出的刑罰論もまた強調している<sup>125)</sup>。

#### IV. 表出的刑罰論およびヘーゲルの刑罰論における刑罰の要素としての非難的否認の機能

人格志向的な表出的刑罰論によれば、非難的否認（*tadelnde Missbilligung*）が同じく刑の宣告のコミュニケーション内容に属するとみなされ、そこに刑罰の基礎づけの枠内

118) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 190; 強調は原典通り).

119) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 190; 強調は原典通り). ヘーゲルにおける刑罰の主観的基礎づけについては特に *Ramb* (Fn. 24), S. 42 ff. を見よ。

120) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 190; 強調は原典通り).

121) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 190; 強調は原典通り). これについては特に *Pawlik* (Fn. 11), S. 97 を見よ。

122) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 190; 強調は原典通り).

123) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 191) を見よ。

124) *Hegel* (Fn. 20), § 100 (S. 191; 強調はデムコによる).

125) これについては特に *Duff* (Fn. 5), S. 184 ff., 190 ff.; *Hörnle/ von Hirsch* (Fn. 12), S. 25; *von Hirsch* (Fn. 92), S. 49 の「道徳的行為者 (*moral agent*)」(強調は原典通り); *Seelmann* (Fn. 60), S. 82 を見よ。



での重要で独自の価値が認められる<sup>126)</sup>。刑の宣告の一部としてのこの非難的否認によって、——例えば行為者、被害者、社会の構成員に対してであろうと<sup>127)</sup>——特定の「感情的で内的な、特定の状況に関連した、態度ないし立場」<sup>128)</sup>が伝えられ、刑罰を通じて（共に）表現された「態度関係の感情」<sup>129)</sup>が問題になることになる。（ここで部分的に様々に選ばれた定式化によって、そして／あるいは、重要とみなされる様々な感情に鑑みて）例えば、刑罰を通じて表出された非難的否認が語られるが、この否認によって、非難、反価値の判断、誤った態度としての犯罪行為に有罪判決を下し、拒否すること、犯罪行為から距離をとることが表出され、そして、これはまさに、例えば憤慨、怒り、失望、憤懣、軽蔑、嫌悪、復讐の感情、応報の感情のような、同時に共に表出された感情的態度によって、贖罪、悔悟、自己改善、宥和への欲求と結びつけられる<sup>130)</sup>。

しかし、刑罰の一つの要素としてのまさに感情をも狙いとする非難的否認の考察には、（正当にも）様々な、今日でも対立する形で議論されている異議が対置される<sup>131)</sup>。今の

126) 例えば、Hörnle (Fn. 6), S. 33 の「『刑事罰』という制度定義する要素としてだけでなく、むしろ刑罰が実際上科される本質的な機能」という叙述と von Hirsch (Fn. 92), S. 48 を見よ。そこでは、刑法上の非難に関して「この要素に刑罰の正当化における決定的な役割が割り当てられる」としている。ファインバークとの関連では、Müller-Tuckfeld (Fn. 16), S. 53 ff. における「弾劾 (Verdammung)」についての叙述 (S. 53, S. 57 も見よ) および「誤っている行為に関する感情のない判断が適切であるだけでなく……むしろ、憎悪や怒り、恥を表出するために、刑罰は行為者も制圧することになる (bemächtigen)。刑罰は、そこから区別され得ない、正当化された復讐の観点を含んでいるとされる」(S. 54) を見よ。

127) これについては、Hörnle (Fn. 6), S. 32-41 での区別による人格志向的な表出的刑罰論の三つの事例群を見よ。

128) Hamel (Fn. 3), S. 99.

129) Hamel (Fn. 3), S. 101.

130) これについては特に、より詳細な、Hamel (Fn. 3), S. 99 ff.; Kalous (Fn. 8), S. 198 f.; Hörnle (Fn. 6), S. 34; Feinberg, Doing and Deserving (Fn. 4), S. 101 f.; Duff (Fn. 5), S. 191 f. を見よ。

131) 積極的一般予防論およびその様々なモデルにおける否認機能の意義については、そこでのさらなる参照とともに、Hamel (Fn. 3), S. 134 ff. を見よ。非難の要素に対する懐疑および非難の要素に対する異議については、特に Wolf/Haaz, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, S. 69 ff.; Weigend, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 579 ff., 587; Ellscheid/Hassemer, in Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: ↗

ところこれらの異議に全般的に費やす余地は残されていないが、けれども、例えばいくつかその異議は挙げられるべきであろう。すなわち、既にヘーゲルの刑罰論において再発見され、そして、ヘーゲルに結びつく形で、今日的で、それも懐疑的な、刑罰の諸要素の一つとしての感情的な非難の要素の承認の考察にとっても、実り豊かなものとなり得る異議である。刑罰の基礎づけへの感情的非難の要素の受容に対しては、その際十分に存在のレベルと当為のレベルの間で区別がなされておらず、このような形で、存在と当為の間が誤った推論がなされ得るという危険性が（特に）指摘されている<sup>132)</sup>。したがって、——刑罰で表出された規範信頼の確証および規範の確証との関係で——刑罰で（場合によっては共に）表出された非難的否認は、存在のレベルに（ここでは特に発話行為との関連でも<sup>133)</sup>）ある、規範信頼の確証および規範の確証の（全体的な）言明内容および意味内容の部分的要素としてのみ示される、ということが同時に生じる。この（共に）表出された否認は、まさに感情的非難によって媒介されて、刑罰を通じて表出された規範信頼の確証および規範の確証にとって事実的に支えとなる形で作用し得るのであり、したがって、存在のレベルで、「どのように」規範信頼の確証と規範の確証が表出され得るかについてのあり得る形式の一つとして、形成される<sup>134)</sup>。しかし、この存在の観点は、感情的な非難の要素に当為のレベルで刑罰の基礎づけの枠内での刑罰の要素として独自の意義を認めることを正当化するものではない<sup>135)</sup>。すなわち、感情が現にある（あり得る）ことは、犯罪行為に何らかの形でかかわった人間における（現実の／潜在的被害者、行為者においてにせよ、あるいは犯罪行為を見知った社会の構成員

↘ Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Bd. 1, 1975, S. 266 ff.; Ellscheid, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001, S. 209 ff. による有益な叙述を見よ。さらに、Roxin, in: Festschrift für Klaus Volk, 2009, S. 602 ff. による叙述を見よ。

132) これについては、Hörnle/ von Hirsch (Fn. 12), S. 30 f. und Fn. 48 も見よ。

133) 二つの発話行為の遂行については、例えばHamel (Fn. 3), S. 99 を見よ。

134) これについては、Hamel (Fn. 3), S. 96 ff. の「規範の安定の特別な形式」としての否認 (S. 98 f. 強調はデムコによる)、「追加的な規範確証的意義」(S. 137. 強調は原典通り) も見よ。

135) Hörnle (Fn. 6), S. 33 による「刑法上の有罪判決という活動に強制的に結びつけられるが、しかし制度としての刑事司法の独自の正当化を許容するものではない、様式に過ぎないもの」として非難を捉える叙述（強調は原典通り）も見よ。Neumann (Fn. 94), S. 439 の「非難のモメントは刑罰にとって……既に概念上（制度上）固有のものである。したがって、様々な『刑罰論』の論争からは免れている」との叙述を見よ。

においてにせよ)、例えば軽蔑、怒り、復讐の感情ないし行為者の悔悟や自己改善への欲求という形態で示されるが、この存在レベルで与えられた感情を当為のレベルで(まさに)国家的処罰という刑罰の基礎づけにとっても承認することのためには、まだ不十分な正当化根拠にすぎない<sup>136)</sup>。ある国家は感情をもったその市民をもちろん真摯に受け取り、この実際に存在するその市民の感情を承認しなければならないが、しかし、国家はそれ自体で、国家に委ねられた独占的な刑罰請求権を果たす際にはこの「国家固有の」感情からは距離をとらなければならない。その規範関係的な刑罰の基礎づけを含んだヘーゲルの刑罰論においては——そして同様に規範志向的な表出的刑罰論においては——刑罰の独自の要素としての非難の要素は再び見出されることはない。もちろん、ヘーゲルにおいても、「刑罰は感銘的なものでなければならない——したがって、有罪判決を受けることは既に恥である」<sup>137)</sup>ということが読み取られるし、同様に、「意識の心理学的経験についての一般的な表象」に立ち戻ること、

「犯罪は刑罰に値するものであり、犯罪者に対してはその者がなしたのと同じようなものがなされなければならないということが、犯罪に際しての民衆や個人の一般的な感情であり、またそうであった」<sup>138)</sup>

ということが読み取られるのである。ここで民衆／個人の恥や感情が、刑罰に値するものに鑑みて、それも存在のレベルで存する非難の要素およびこれと同時に現れる感情的な態度、すなわち軽蔑、応報あるいは復讐と結びつけられ得るならば、しかし、この規範関係的なヘーゲルの刑罰論には、さらにそれとは独自の刑罰の要素として刑罰を正当化し得るという意義は認められないだろう。同様に、ヘーゲルのさらなる叙述から、(まさに国家によっても表現されるべき)刑罰との関連において、主観的なものと感情的なものを引き合いに出すことに対するヘーゲルの懐疑が読み取られ得る。ヘーゲルは、彼によってなされた復讐を行う正義と刑罰を行う正義の間の区別によって<sup>139)</sup>、被害者

136) 特に Hörnle/ von Hirsch (Fn. 12), S. 30 Fn. 48 における、場合によっては「普遍的あるいは少なくとも広く普及している人間的な反応」としての復讐感情や応報欲求においても、「そこから、法的制度において考慮されるべき義務づけは生じないだろう」との叙述を見よ。

137) Hegel (Fn. 20), § 99 (S. 189; 強調は原典通り)。

138) Hegel (Fn. 20), § 101 (S. 192 f.; 「民衆や個人の一般的な感情」の箇所は強調はテムコによるが、それ以外の強調は原典通り)。

139) Hegel (Fn. 20), § 103 (S. 197) の「復讐を行う正義ではなく、むしろ刑罰を行う正義」(強調は原典通り)を見よ。これについては特に Merle (Fn. 29), S. 110 f. も

によって行使された復讐をもちろん内容上は正当なものともみなしたが、形式上は正当なものとはみなしていないのであって、被害者のこのような復讐はけれども偶然のもの、主観的な関心と、そして、〔訳注：新たな不法を〕招来する（「被害者が招来するかもしれない」<sup>140)</sup>）危険とに結びつけられることになる。被害者の人格に存在する「感情および激情による影響」<sup>141)</sup>によって適切な応報の基準が損なわれ得るのであり、さらに、被害者の復讐によって対象者はこれを新たな侵害と知覚するので、「無限進行」<sup>142)</sup>が生じ得ることになる<sup>143)</sup>。ヘーゲルは、「主観的な関心や形態からと同様に、実力の偶然性からも解放されているような、したがって復讐を行う正義ではなく、むしろ刑罰を行う正義の要求」<sup>144)</sup>を主張しており、そこでは、法の一般意志を表現する裁判官を感情の観点から解放することの要求が——裁判官は「冷静であ（る必要があ）り、心情（Herz）や感情（Gemüth）を」<sup>145)</sup>持つてはならない——（それが非難の要素に結びつけられ、また共に表現されることができるよう）に認識され得る。

このようなヘーゲルの叙述が示すのは、非難の要素と、人格志向的な表出的刑罰論の観点によれば基準となる刑罰の要素は、ヘーゲルによれば同一の意義が与えられておらず、さらに刑罰の基礎づけとの関連における感情的なものの考慮に対するヘーゲルの懐疑が明白となっている、ということである。このようなヘーゲルの叙述が刑罰の象徴的・コミュニケーション的な規範確証の言明としての否定の否定の言明についての上述の説明に付け加えられるならば、このような叙述は、（第一に）ヘーゲル刑罰論は、表出的刑罰論の枠内でその位置づけを探究する際に規範志向的な表出的刑罰論に割り当てられ、（第二に）ヘーゲル刑罰論の枠内における刑罰の非難的な否認の機能には刑罰の重要なし全く独自の要素としての意義が認められない、という想定を支持しかつ強化

---

↘見よ。

140) *Hegel* (Fn. 20), § 102 Z (S. 197).

141) *Primoratz* (Fn. 60), S. 38. 加えて、S. 38 f. のさらなる叙述を見よ。

142) *Hegel* (Fn. 20), § 102 (S. 196)

143) これについては特に *Ramb* (Fn. 24), S. 40 f. や、*Neumann* (Fn. 114), S. 165 の刑罰という制度に結びつけられる「刑事制裁の客観性および中立性への原理的要求」との叙述、*Primoratz* (Fn. 60), S. 38 f. を見よ。

144) *Hegel* (Fn. 20), § 103 (S. 197 ; 「解放されている」の箇所の強調はデムコによるが、その他の強調は原典通り)。

145) *Hegel*, in: *Iltting* (Hrsg.), *Vorlesung über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Bd. 4, 1974, *Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. von Griesheims* (1824/25), S. 556.

するだろう。

## V. 要 約

現代の表出的刑罰論にとって重要な刑罰の要素が、この刑罰論が刑罰の象徴的・コミュニケーション的な意味内容並びに刑罰の規範確証機能および否認機能において形成されるように、既にヘーゲルの刑罰論において再発見されるかどうか、あるいは、これに解釈レベルで少なくとも結びつけられ得るのかどうか、そして場合によってはどの程度そうなのかという問いに関して言えば、今日の表出的刑罰論によって強調される象徴的・コミュニケーション的な刑罰の意味レベルの重要性がヘーゲルの刑罰論にとっても示されたということだけではない。むしろ、ヘーゲルによって刑罰の基礎づけについて基礎に置かれた中心的な論証ラインが、刑罰の象徴的・コミュニケーション的な意味レベルの参照の下で、今日の表出的刑罰論によっても受容されているのであり、そして、ヘーゲルにとって決定的な刑罰の否定の否定という言明は、象徴的・コミュニケーション的に確証される法の（さらなる）妥当としてのその（解釈）理解において、その刑罰の規範確証機能を伴う表出的刑罰論においても打ち出される、理性的主体としての行為者に再帰する下で行われるものなのである。ヘーゲルにおけるその刑罰の否定の否定という言明との関連において明白な規範との関連の強調は、同時にヘーゲルにおいて認識される感情的な（非難の）要素の承認に対する懐疑の下で、その際、ヘーゲルの刑罰論を規範志向的な表出的刑罰論に位置づけることが展開され、その一方で、ヘーゲルによれば（非難的な）否認の機能にこのような意味は、それがその機能によって今日的人格志向的な表出的刑罰論に認められるようには、与えられないのである。さらなる刑罰の基礎づけにとって重要な刑罰の位置づけとの関連性を付け加える下で、それが（特に）刑罰の社会および時代との関連性において示されるように、さらに、ヘーゲルの刑罰論は、展開されるべき刑罰の機能、絶対的刑罰論と相対的刑罰論の間の区別を止揚し、並びに、規範との関連に加えて人間的・間人間的な関連づけのレベルをも受容する、表出的・規範（信頼）関係的な刑罰の機能にとっての重要な結節点として示されるのである。