

〔翻 訳〕

## 行刑における刑罰の基礎づけの意義

ライナー・ツァツィック (Rainer Zaczyk)

(飯島 暢 訳)

### I.

マンフレート・ゼーボーデは、行刑が刑法全体の不可欠の要素である点を学問的業績において常に配慮し続けた刑法学者の一人である。何故かと言うと、行刑では、実定法において構成要件と結び付けられた法的帰結が——所為によって引き起こされ、訴訟を通じて確定力を伴う形で規定されて、現実的となるからである。従って、必然的に行刑は、自らを一つの連関として理解する刑法学の対象なのである。またこのことは次の点からもすぐに理解され得る事柄であろう。つまり、特に市民的自由に対する最も重大な国家的干渉としての自由刑については、それが根拠と程度において正当化されることだけで学問的に十分に把握されるわけではなく、行刑が同様に原理に基づいて規定され、このことにより行刑実務にその作業に関する準拠点 (Orientierungspunkte) が付与されて初めてそのような把握はなされるのである。この準拠点もその根拠を刑罰的正義の中に有しており、行刑は国家体制の地震計ともなる。

マンフレート・ゼーボーデからすれば、このような導入文は平凡なものに映るかもしれない。しかし、この導入文が法学教育、より正確に言えば刑法の教育との関係では全く通常ではないことを定式化している点には、彼も確実に同意するであろう。当該の教育では、刑法上の法的帰結とその程度に関する原理それ自体が既に周縁の存在として扱われており、行刑は特に関心がある者によって法領域として認められて学習されるにすぎないのである。これによってもたらされるのは、大多数の「出来上がった」法律家は刑法を総論と各論からの「定義」及び「理論」と同一視してしまい（このことは全くのところ部分的な正当性しかない）、この法領域において基礎づけられた（正当なものであることが前提にある）法的帰結の対象となる者の生活に関わる特別な重みには関心を払わないということである<sup>1)</sup>。

しかし、刑法学はこの点を視野に入れる必要があり、刑法の種々の諸要素の特性、根拠及び関係を仕上げるという任務から免れることは許されない。以下では、特定の観点の下でこの任務を遂行してみよう。刑法の種々の諸要素は専ら外的な関係性を示しているとの想定がなされるかもしれない。つまり、個々の基礎づけを行う際には、まず構成要件の正当化がなされて、その後で

---

1) ここで主張したいのは、それだけでなく全く荷重気味となっている学習カリキュラムにおける教材を増やすことではなく、それを深く掘り下げることである。

法的帰結が同様に考慮され、そして訴訟の形態となり、最後に行刑の形態が正当化の対象となるわけである。これでは刑罰の法にとり、刑法の個々の段階を単に加算することにしかならないであろう。このような捉え方に対しては、部分的要素としての各段階を理解可能なものにし、法概念それ自体から確立される内的な関係性が存在することが示されなければならない。この関係性は、刑罰の基礎づけと行刑に同時に作用するものであり、この関係性への洞察が、自由法則的な(freiheitsgesetzlich) 刑罰の基礎づけから必然的に人道的な行刑が帰結される点を明らかにするのである。— 以下の考察は、マンフレート・ゼーボーデの70歳の誕生日を同僚としての友誼に基づいて心より祝して献呈されるものであり、ゼーボーデ（及び他の論者達）によって主張されたテーゼに対する異議を伴うものではあるが、最終的には、現在の行刑が直面している問題との関係では完全な意見の一致に至るものである。

## II.

マンフレート・ゼーボーデはその教科書『行刑Ⅰ－基礎』<sup>2)</sup>において、行刑法では圧倒的多数の論者によって支持されている見解<sup>3)</sup>に依拠している。つまり、行刑の任務と目的は刑罰の基礎づけそれ自体からは区別され、独自に規定されるという見解である。行刑では本質的に受刑者の再社会化<sup>4)</sup>が重要になるとされる。— これは、刑罰の基礎づけに関する理論の一つである特別予防の考えを受容したものである。犯罪者からの公共の安全は単に副次的な帰結であり得るとされるが、所為応報の思想の行刑への作用は原則的に排除すべきとされている。刑罰自体を基礎づける諸理論からの厳格な限界づけをこのように要請する際のまさに本質的な動機の一つとなるのが、さもないと所為責任清算の思考によって行刑の中へと「厳しさ」が取り込まれてしまうとの懸念である。— 例えば、執行の緩和のような必然的な執行上の措置が責任の重大さを配慮して見合わされてしまいかねないというのである。

一見したところ、更にはいわゆる刑罰諸理論、特にいわゆる「絶対的」理論の通常理解に基づけば、このような懸念はもっともであるように思われる。それによると、特別予防論のみが、既に刑罰の基礎づけにおいて、更には基礎づけの過程の始まりから（この始まりの時点では先取

---

2) 1997, S. 101.

3) 例えば（個々の論者の間では分離を強調する厳格さの点で異なっているが）、*Calliess/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz (StVollzG), 10. Aufl. 2005, § 2 Rn 8; *Feest/Lesting* in: Feest (Hrsg.) StVollzG, 5. Aufl. 2006, § 2 Rn. 3; *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, 5. Aufl. 2003, § 6 Rn 8; *Laubenthal*, Strafvollzug, 4. Aufl. 2007, Rn 178; *Michael Walter*, Strafvollzug, 2. Aufl. 1999, S. 86 ff. (Rn 48 ff.) 及びそれぞれで挙げられている諸文献を参照。

4) シューラー・シュプリングホルムは、再－社会化がしばしば実際には単に「最初の社会化」である点を指摘していた (Strafvollzug im Übergang, 1969, S. 157 ff.)。これには賛同すべきである。— 但し、このことが成人を子供のように扱うことを意味してはならないという本質的な留保が伴わなければならない。この点については、*Müller-Dietz*, Strafvollzug und Strafvollzugsdienst heute, Monatsschrift für Kriminologie 1967, S. 281 ff. (290 ff.)。

りされたものではあるが) 行為者の人格に着目して、そして行刑においていわばその人格の最大限の力を展開させ得るように指示できるというのである<sup>5)</sup>。しかし、他の理論は、行刑の形態と内容の基礎づけとの関係では必然的に排除されるべきものとして露骨に受け取られてしまっている。一般予防論については、公共体における法確信のみを目標としているからであるが、所為応報論は有罪判決だけで既にその目的を達成しているように思われる点が決定的な理由となっている。行刑においては、現実的な個々の人間との関わり合いが重要となるはずなのに、両理論が何らかの方法で行刑に対して影響力を持ち得るときには、それは有害に作用することになるとされるのである。一般予防論は、ここで同理論に対して提起された反論の最も重大なものを明瞭にすることになるのであろう。つまり、有罪判決を受けた個人は他の者達のためのデモンストレーションの客体になってしまうという反論である<sup>6)</sup>。しかも、「所為応報」に関する全ての理論は行刑において完全に機能不全に陥らざるを得ないであろうとされる。やはり同理論では、— 発生した犯罪に視点を固定化する場合に — 被収容者との適切な関わり合いの程度について考慮することがないからである。クラウス・ロクシンは次のように言う。「(…) 応報思想は (媒介的に) 行刑にとり、将来において刑罰から自由な生活を行為者に可能にさせるのに適切なコンセプトではない。単なる応報は、反抗と鈍磨へと導き、それにより再犯を防止するどころか促進させる」<sup>7)</sup>と。

刑罰を通じた所為応報と「ハードな」(非人道的な) 取り扱いの間でのこのような方程式は思考上単純なものであり、それ故に容易に思いつくものである。より精確な熟慮により、それが誤りであることが示されることになる。この点につきまず問われなければならないのは、刑罰の基礎づけと行刑の間における関係性がそもそも重要であるのか否かである。これに接続して解明され得るのが、「刑罰諸理論」はどのような方法でこの関係性を確立し得るのか、そしてその際に「絶対的」刑罰論は何をなし得るのかということである<sup>8)</sup>。

### III.

犯罪行為の現実性は、(具体化された一般意思としての) 刑法典の構成要件において法概念へともたらされるのであり、このような所為に「刑罰」、ここではより正確には「自由刑」という法的

---

5) 但し、その際には当該の理論がいわゆる「改善不能者」の類型という亡霊とどのように関係するものであるのかという点には注意すべきである。これについての典型的なものとして、*Franz v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1883), S. 1 ff. (26 f.) を見よ。

6) *Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, in: *Werke in 10 Bänden*, hrsg. von Weischedel, 1968 u. ö. Band 7, *Allgemeine Anmerkung E*, S. 453 (A 197 f./B 227 f.). この点については、*E. A. Wolff, ZStW* 97 (1985), S. 786 ff.; *Michael Köhler, Der Begriff der Strafe*, 1986, S. 3; *Hassemer/Neumann, Nomos-Kommentar*, 2. Aufl. 2005, Rn 107 vor § 1.

7) *Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Aufl. 2006, S. 5.

8) 本文におけるカギ括弧は対象と一定の距離をとることを意味するが、これにより示されるのは、通例性への配慮とより理解しやすくするための理由から表記と区別が選ばれているということである。しかし、これは基本的に法によって求められる事柄とは合致するものではない。これについては *E. A. Wolff (Fn 6)*, S. 787 f. を参照。

帰結が結び付けられる。この帰結は——確定判決の後に——有罪判決を受けた者の生活において現実的となる。つまり、執行されるのである。既にこのような記述からだけでも、執行される法的帰結の根拠が行刑自体について何の意義も有しないとしたら、——行刑においてはまさに法律で一般的に指示されていることが実践的に実現するのであるから、やはり奇妙なことである点が明らかとなろう。まさに有罪判決を受けた者の理解においても、その者が被る自由刑は、所為の帰結として当該の法的帰結を予定する法律に依拠して裁判所がその者に対して言い渡した刑罰なのである。

クラウス・ロクシンは1966年に公刊した論文<sup>9)</sup>において、この関係性を彼が言う「弁証法的統合説」を通じて解明することを試みた。つまり、刑罰の威嚇は一般予防的根拠により多く依拠しており、裁判官を通じた科刑は責任相当（従って、所為関係の）でなければならず、執行においては再社会化の思考が前面にあるとされたのである。いずれにせよ、この試み対しては正当にも次のような反論がなされていた。確かにロクシンによって関係性は記述されているが、内容的に論証されて基礎づけられているわけではない。国家刑罰に関する全く異なる三つの基礎づけのやり方が単純に順繰りに切り替えられているだけであり、そこから「刑罰」という全体的事象に関する統一的な根拠は不明確なままとなっている。これは弁証法ではなく、混合主義（Synkretismus）である、と<sup>10)</sup>。内的な連関性の欠如については、処罰される者のパースペクティブからも確認され得る。つまり、その者は、同一の刑法において、まず（刑罰威嚇との関係では）市民と見なされ、その次に（判決において）犯罪者とされ、最後に（行刑では）処置の必要な者として扱われる。しかし、刑罰のような法制度については、性急に交代するように種々の形態をとることはできないはずである。

行為者の人格に関する無視し得ない統一性に目を向けると、刑罰の基礎づけと行刑の間に一つの関係性がなければならないという必然性のためのアプローチが明らかとなる。そして、刑罰では（他者の手による暴力装置ではなく）一つの法制度が問題になっているという事実からも、刑罰の現実化の諸段階の関係が統一的に規定されなければならないことが導き出される。何故ならば、近代の法理解によれば、法及びその個別の諸制度は全ての者の結合された意思から確固として基礎づけられるものとしてのみ理解可能となるからである。そのような場合にのみ、自由は共同体の法の根拠となり、当該の法は支配者による父的な施しではなくなる。自由刑は、個人の権利に対する共同体による重大な介入を表すのであるから、自由刑は理性的な存在としてのその者との関係で正当化されなければならない。この点につき、有罪判決を受けたことにより生じる事柄に対して、「刑罰」という事象に関する何らかの基礎づけでもっていわば理解を得ようとするのでは十分ではない。そうではなく、より深く、全体事象の理性的な根拠がその固有の前提とされるべき〔人格の：訳者記す〕理性と結合させられなければならないのである。

法は実践的な生活を形成する力である。従って、刑罰に関する基礎づけもこの現実性にそって

---

9) JuS 1966, S. 377 ff.

10) E. A. Wolff (Fn 6), S. 806 m. Fn 50; Köhler (Fn 6), Fn. 11のS. 5の箇所を見よ。

行われていかなければならない。このことは、他者に生じる不法という所為の性質が規定されることによってなされる。この不法に着目することにより、(後に) 処罰される者自身の中にその根源を有する一つの根拠が見いだされる。但し、刑罰という法制度に関わるこのような結合点は原理的に理性的な存在として設定される個々の市民によって創出されていることから、その法的な正当性を得ている。国家市民であるというその者の性質は、基礎づけを行っていく際の全体において貫徹される。つまり、犯罪構成要件は一般法則的に規定されなければならない(法律がなければ、犯罪も刑罰もない)、刑罰は責任を前提とし、訴訟という厳格な法形式においてのみ科され得るのであり(訴訟は「フェアな格闘技」ではなく、それ自体において法的に形成された手続そのものである)、最終的には、その所為にもかわらずある法的人格が行刑職員と対峙し続けるといふ執行の法的性質の中で捉えられるものである<sup>11)</sup>。

研究者であると同時に経験豊かな行刑実務家であるアレクサンダー・ベームが行刑法に関する注釈において示した次の定式化によって確認されるのは、刑罰の基礎づけと行刑の内的な関係性へと導く原則的な考慮である。「自由刑は、有責的な犯罪行為の処罰のために有罪判決を受けた者に賦課される刑罰という害悪であり、権利の毀損(RechtseinbuÙe)である。この事態を隠蔽することは有害であり、行刑目的の達成を困難にする。有罪判決を受けた者に対しては、自由刑の執行を通じてその者が直面する制限及び負担について、2条で挙げられた行刑の任務だけから(或いは専らそれを主たるものとして)説明することはできないし、既に執行目的だけを理由にしてそれを行うこともできない。その者に対し、刑罰という苦痛の真の背景について秘匿するか、ぐだぐだと説明する場合には、最終的には騙されているか、愚弄されていると感じられてしまうのである(…)」<sup>12)</sup>。この文章は、実務家としての生活経験及び職業経験に基づいて、自由的に(freiheitlich)基礎づけられ展開された法の概念から何が生じるのかを裏づけるものである。つまり、抽象的な刑罰根拠と具体的な刑罰根拠は一体をなしているということである<sup>13)</sup>。

前提問題に対し次のように、つまり刑罰の基礎づけはその執行との関係でもなされなければならないとの回答がなされるとすると、所為応報或いは所為清算の理論は、その考えの帰結として「ハードな」執行を求める——とされていること——が理由となり、人道的な刑法からは(いわば反動を受けて)除外されてしまわないのであろうか？

#### IV.

この中心となる問いに回答するためには、まず以下ではある一つの誤解を正すことから始めるべきである。その後で初めて帰結を導き出すことが可能となる。

---

11) このように考えると、自由刑の執行が法律上の規則を必要とすることが何故あれ程の長い間勘違いされたまままであることができたのかについては全く理解できなくなる。これに対して、慧眼を示していたのは、Freudenthal, Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen (Rektoratsrede Frankfurt 1909), 1910.

12) Böhm in: Schwind/Böhm/Jehle, StVollzG, 4. Aufl. 2005, § 2 Rn 3.

13) Köhler (Fn 6), S. 6 m. Fn 12.

1. 近代においては、いわゆる絶対説或いは所為応報の理論と結び付けて連想されるのが通例であるのは、カントとヘーゲルの名前であり、法哲学に関する彼らの著作の中からいくつかの箇所が広告のように援用されている<sup>14)</sup>。そこでの刑罰及び刑種について言えば、カントとヘーゲルにおいては残念ながら以下の点が確定され得る。つまり、彼らは死刑を原理的には法刑罰として除外しておらず<sup>15)</sup>、しかもカントにおいては、今日の読者を驚かせるような刑種に関する叙述が見受けられるということである<sup>16)</sup>。従って、両論者が「絶対説」と一致させられるとき、彼らの著作における全ての叙述は（自由における定在としての法の基礎づけという）根本規定から展開された、石に刻み付けられているように他には考えることができないものとして捉えられるのであり、そうなる両論者及びそのように理解された「絶対説」の全体が人道的な要求に十分な刑罰の基礎づけとの関係で問題とされることは事実上あり得なくなってしまうかねないのである<sup>17)</sup>。

継受的な観点からも、皮相的な論拠に依拠して、そのように縮減された「絶対説」を拒絶することは確認され得るものである。カントの法哲学は、19世紀の全体に渡り、更には20世紀に入ってからはずっと、刑罰の法、婚姻の法、或いは所有の法のような細かな点に限られることなく真摯に受容することができない、老人の著作とされてきた<sup>18)</sup>。刑法に特化してみると、ヘップによりカントは「復讐原理の擁護者」であるとされており<sup>19)</sup>、カール・ルートヴィヒ・フォン・バルによればカントの理論は「学問的な試みという表記に殆ど」値するものではないとされたのである<sup>20)</sup>。ヘーゲルについては、事情は若干異なる。理由の一つは1821年に公表された彼の法哲学はカントのそれと比較してより精確に練り上げられた著作だったからであり、更には彼の刑法理論が重要な刑法学者（ケストリン、アーベック、ヘルシュナー、ベルナー）を通じて何重もの意味で「媒介された」からである<sup>21)</sup>。それにもかかわらず、刑罰において「犯罪者は理性的存在者とし

---

14) この点については、*Verf.*, Festschrift für Eser, S. 207 ff., 209 ff.を見よ。

15) *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (o. Fn. 6), A 199/B 229. 但し、*Verf.*, „Hat er aber gemordet, so muss er sterben“ in: *Kugelstadt* (Hrsg.) *Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte* (公刊予定：同書は2008年に公刊されている。訳者記す)も見よ。更に *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: *Werke in 20 Bänden*, hrsg. von Moldenhauer/Michel, Frankfurt/Main 1971 u. ö., § 100 (m. Zusatz). 但し、*Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, S. 591 f.も見よ。

16) *Metaphysik der Sitten* (Fn 6) A 199/B 229参照。ここでは、手押し車労役刑 (Karrenstrafe) と重懲役労働 (Zuchthausarbeit) だけでなく、奴隷状態に置くことまでもが言及されていた。B171では、強姦 (Notzucht) と少年愛 (Päderastie) に対して気後れすることなく去勢が要求されている。

17) ここで私は加えてしばしば主張されている、そのような基礎づけにより超越的な (神的な) 刑罰根拠が要求されるという非難については触れない。この非難は超越論-哲学的な基礎づけと古い形而上学の差異を見誤ったものである。この点については、*Verf.* (wie Fn 14) を参照。

18) *Schopenhauer*, *Die Welt als Wille und Vorstellung* (in: *Sämtliche Werke*, Hrsg. von Löhnneysen), Band 1, S. 707のみを参照。

19) *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien nebst einem Versuch über die Möglichkeit einer strafrechtlichen Theorie überhaupt*, Heidelberg 1829, Nachdruck 1968, S. 22 ff. (S. 33 m. Fn 2).

20) *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin 1882, Neudruck 1992, S. 242.

21) *Eberhard Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, unveränderter Nachdruck der 3. Aufl. 1983, §§ 267-271における簡潔な叙述を参照。詳細なものとして、*Ramb*, *Strafbegründung in*

て尊敬される]」<sup>22)</sup>という彼の定式化はまさに行刑との関係ではほぼ嘲笑的と言える批判の契機ともされたのである。エバーハルト・シュミットはその講演「重懲役と軽懲役」<sup>23)</sup>において、ヘーゲルへと方向づけられた応報論は、自律的な人格性について隔離された執行を、単なる所為応報の執行を要請するものであると述べていた。「しかも、処罰された人間を、その者の内面的及び外面的な苦難を、その者の性格の特徴を、その者の社会的状況を、その者の運命を、釈放後においてこのような行刑が配慮することは原則的にない」<sup>24)</sup>とされたのである。更には、所為応報の考えは既に19世紀において破綻していたともされた。何故ならば、理性的存在者として尊敬されればされる程、その分だけその者は再犯を行ってしまったからである<sup>25)</sup>。

少なくとも二つの観点が、そのような主張が短絡的であるとの疑いをもっともなものにする。やはりまず考慮すべきであるのは、一般的には啓蒙思想により行刑の「人道主義化」がなされたのであり、しかもカントは適切にも啓蒙期における最も重要な思想家の一人とされていたことである<sup>26)</sup>。カントは自由と人格の尊厳を彼の法思考の中心に据えていたのである<sup>27)</sup>。刑罰を具体的に論じるその主張を本当にそのような法哲学の最終的な言明にしてよいのか、或いはここでは既に規定されている基本にある主張のより精確な解釈を通じて全く異なる帰結が導き出されないであろうか?<sup>28)</sup> 二つめの観点はヘーゲル法哲学に関係するが、同法哲学はカント法哲学と結び付けて初めて現実的に理解可能となるものである。ヘーゲルが、犯罪者は刑罰において「理性的存在者として尊敬」されると述べる時、「理性的存在者」という概念は、その自律性においてあらゆる現世的な障害から免れている思考の上での幽かな現象として理解されるべきものでは決していない。ヘーゲルが人間をその個別的、社会的、更には歴史的な精神状態 (Befindlichkeit) との関係で具体的に捉えていたことは、彼の法哲学を、例えば導入としての意志の弁証法、或いは「市民社会」の総体、「欲求の体系」に関する箇所を精確に学習することだけから既に明らかとなる<sup>29)</sup>。

---

den Systemen der Hegelianer, 2005.

22) G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (wie Fn 15).

23) Göttingen o. J. (おそらくは1960年の公刊).

24) Zuchthäuser und Gefängnisse (Fn 23), S. 23.

25) Zuchthäuser und Gefängnisse (Fn 23), S. 24. — いずれにせよ、エバーハルト・シュミットがヘーゲルの考えの全体を適切に理解していた点は挙げておくべきである。同S. 19 ff.を参照。

26) ロベルト・フォン・ヒッペルは、刑法の歴史的な展開の叙述 (Deutsches Strafrecht, Band 1, Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, 1971) において「啓蒙期」の箇所 (S. 258 ff.) を「啓蒙とは何か」という論文におけるカントの有名な定義を示しながら始めている。それに続く節の冒頭 (「ドイツ帝国までの19世紀」S. 287 ff.) において次のように記している。「啓蒙とは対照的に、カントは応報思想を絶対的原理として刑法の中心に置いている」と。その後で、部分的に既に本稿でも挙げた人倫の形而上学の有名な箇所が示されている。

27) それ故に、多くの者がこの点に、カント法哲学の「ヤヌスの頭」と呼ぶところの刑法論との矛盾を見いだそうとする (Stintzing/Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1 Halbband, 1898, Nachdruck 1957, S. 503 ff.を見よ)。

28) 少なくともカント自身は、刑法に関する箇所では「詳細な議論をしていない」とし (Metaphysik der Sitten, Fn 6, S. A/B X)、決定的な判断をしばらく控える旨の断りを入れていた (ebd.) のである。この点については、Verf. „Hat er aber gemordet, so muss er sterben“ (Fn 15) をも参照。

29) Hegel (Fn 15), §§ 4-29; §§ 189-208. ヘーゲル刑法理論の規模に関するより精確なものとしては、特に Kleszczewski,

カントとヘーゲルが彼らの思考によって、法が自由の定在（定在とは包括的な現実性を意味する）として理解されなければならないとする思考の領域を切り開いたことを洞察する場合にのみ、両哲学者（更には同様の方向性で思考した他の者達）を適切に理解できるようになる。刑法にとりこのことは、彼らによって主張された「絶対的刑罰論」を単刀直入に自由に反するものとして捉えることにより法治国家にとって許容し得ないものとはしたくないのであれば、自らの規定根拠をこの思考の領域から引き出してこなければならないことを意味している<sup>30)</sup>。そして、ここで容易に示されるのは、自由に基づいた刑法理論が行刑については「ハードな取り扱い」とはまさに反対のものを要請するということである。

2. 刑法は、次のような法秩序を前提としてそれに上乘せられるという意味で二次的な法である。この法秩序は、そこに生活する人格の法的地位を当該の共同体での財の取得への関与を含める形で基礎づけ、その者達に他者との共同生活においてそのように確実にされた地位を保障するものである。当該の秩序は、それが全体としてその市民達によってその者らの自己基礎づけを出発点にして担われ、その者達によって形成されたものとして把握され得るときには、自由的な秩序となり、その人格達は自己の権利について確かに一般的な意思には服するが、他律的な意思には服さないことになるのである。そのような秩序においては、法はある機能（例えば、秩序の維持）に縮減され得ないことが一般的に妥当する。何故ならば、それでは法からその自由に基いて基礎づけられた実質（Substanz）を剥奪してしまいかねないからである。むしろ法は、自由の形象それ自体よりも更に一步踏み出したものとして常に把握されなければならないのであり、— これにより、暴力と法との間での思想上は微妙なものであるかもしれないが、現実にははっきりとした限界づけがなされるのである。

従って、法は最初のものとして（広義の）市民と関わらなければならない。— そして、刑法は二次的な法として、犯罪を行った市民と関わり合うのである。しかし、全ての法制度（刑罰もそこに含まれる）は市民の視点から正当化されなければならないため、必然的に第一にある法の自由を基礎づけるという実質に関与するのである。故に、刑法が二次的な法となるのは、それが秩序の破壊に関係づけられ、当該の破壊を前提とする場合に限ってのみである。従って、所為（犯罪）は、行為者が法の領域を離れて不法を実現するという一つの移行として規定されなければならないのである。従って、所為のみが刑罰に関する法の基礎づけとしての刑罰の基礎づけの出発点になり得るのであり、さもなければ、刑罰は文字通り正当なものではあり得なくなる。何故ならば、刑罰は専ら諸目的に依拠したものとして理解されてしまい、何故に行為者の所為がその者に対する処罰権限を作動させるのが基礎づけにおいて等閑視されてしまいかねないのである。単なる諸目的は行為者に対しては外的なものなのであるから、個々人が他者の諸目的に服するこ

---

Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991.

30) 以上によれば、繰り返し主張されているように、所為に方向づけられた正当な刑罰は超越的な（transzendent）根拠に依拠するものでは決してなく、実践論理的な諸連関に基づいている。私はこの点を Festschrift für Eser, S. 207 ff.において示すことを試みた。アルヴァートの叙述（Otto-Festschrift, S. 3 ff., S. 8 f. mit Fn 20）における完全な誤解は、理解することが主観的に条件づけられて困難であった点に専ら基づき得るものである。



とだけではないようにするための限界を際立たせることもはや不可能となろう。総じて、所為は目的を現実化させるための単なる契機となってしまうのである<sup>31)</sup>。所為が（必要となる思考上の全ての要素において）刑罰の根拠として規定されるときにのみ、所為は、犯罪者となった市民をその者の活動を通じて基礎づけの過程に取り込むことになり、それにより同時に刑罰に程度を与えるのである。この程度というものは、以上からすると、外的なタリオではあり得ない。何故ならば、それでは不法の暴力性が単に二重化されるにすぎなくなってしまうかねないからである<sup>32)</sup>。法制度における程度となる刑罰の程度は、実践理性によってのみ獲得される。法が自由の定在であり、しかし同時に自由の定在が抽象的な値 (Größe) ではなく、個人の独自性を通じてその現実的な生活と結び付いているのだとすると、ここでの侵害の強度の程度もまた確定され得ることになる<sup>33)</sup>。刑罰の根拠としての犯行 (Straftat) は、刑罰それ自体の質へと導く。所為を通じた他者の自由の侵害は、自己の自由の制限を帰結とする。——またこのことは、自然的な制限 (「拘束」) ではなく、実践理性に依拠し、(行為者における) 実践理性へと方向づけられた法的な作用である<sup>34)</sup>。

所為と刑罰を結合させる法的な秩序という背景の下での両者のそのような関係は、確かにまずは一度その一般的な諸要素に基づいて記述されなければならず、その際には必然的に基本的な規定内容に留まることになる。しかし、簡単に洞察され得るのは、それにより生活から目をそらした抽象的な「理論連関」が定式化されるのではなく、その諸要素というものは、実践的な生活と直接的に結び付いたものとして、その生活の下での現実的な諸要素なのであり、このような付加的な生活に関わる形象において先の関係を思想上把握する際に取り入れられなければならないということである。人間の理性 (そしてそれによりその実践理性もまた) は有限な存在者の理性であり、この存在者は、自然的な側面を不可避的に有し、——一例のみを挙げるとすれば——自己の幸福 (Glückseligkeit) を促進させることをも探求する。このことは同時に、この者は自己の生活の中へと傾向及び衝動を統合させなければならないことを意味している<sup>35)</sup>。そのような欲求が他者のコストによってのみ、例えば暴力的な形で充足されるときに、当該の欲求に抵抗する能力は

---

31) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, § 8 II 3, S. 67 も見よ。

32) ヘーゲルもこの点を既に完全に適切に洞察していた。Rechtsphilosophie (Fn 16), § 99 を見よ。

33) 刑法34条の規定は基本的に全く無邪気にこの点に依拠している。——構成要件の創出の際、そして法定刑を規定する際という個々の事案において程度を規定する作業は十分に困難なままである。この点については、まず Köhler, Allgemeiner Teil, S. 578 ff. を、そして——この領域における立法者についてのまさに壊滅的な不全については——Hettinger, Küper-Festschrift, S. 45 ff. 及びそこで挙げられている諸文献を参照。

34) 特に英米圏において主張されている、「応報主義 (Retributivism)」に関する諸理論に対しては、次のことを強調すべきである。つまり、刑罰と所為の間でのそのような結合の可能性は、当該の結合のより深い根底にある、市民としての行為者との連帯性を前提とするのであり、非連帯的な社会における「応報」は際限のないものになるのである。——同様の構想については、Kaiser, Widerspruch und „harte Behandlung“, S. 134 ff. を参照。

35) いわゆる「観念論的」哲学はこの点を考慮していないという見解は、専ら当該テキストに関する不十分な知見に基づいている。このような観点の下で頻繁に非難されたカントについては、„Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“, Werke Band 6 (o. Fn. 6), S. 10 ff. における彼の叙述のみを参照。

法的－実践理性の働きによるが、それは総じて育成されなければならないものであり、それ自体で種々の弱点にさらされている。従って、このこととの関係では、やはり刑法は最初に管轄を有するわけではなく、より広範囲に人道的で正当な社会及び教育政策が重要となるのである。

さて、以上述べたことから一つの帰結が導き出される。それは、いわゆる観念論哲学の思考上の基礎の上に構築された、全ての法及び刑法理論に妥当するものである。その際には、犯罪行為者は根源的には共同的な生活の実践における原理的に理性的な者と見なされるため、第一に刑罰において行為者が非理性的な者として取り扱われることはあり得なくなり、第二に、その者の生活に係る諸条件及び条件づけられたものの全てが考慮の埒外に置かれることも同様にもはやあり得ないことになる。そのようなものではない理論は、その固有の諸前提を忘却するか無視することになるであろうし、非人道的なものへと転倒することになってしまうであろう。むしろ上記の理論は、あらゆる目的志向的な理論よりも明白により強い思考上の必然性をもって自由及び自由へと開かれていることへと向けられた行刑を求めるのである。何故ならば、同理論では、社会的な態度が主体の遂行であり、この遂行のために必要となる援助の全てが同理論に固有の刑罰の基礎づけに内在している点が自明であるからである。従って、行刑からは、どの程度その社会が自由と連帯性の連関を把握しているのかを読み取ることが十分に可能となる<sup>36)</sup>。——自由を基礎づけると同時に自由へと開放する質を有するという確固とした原理の下での——援助措置の個別的な具体化は、法律家の権限を大きく超えるものであり、社会教育学者、心理学者、そして保護観察官の手に委ねられることになる。

## V.

以上述べたことからすると、行刑学における通説及び、これは避けられないことではあるが、マンフレート・ゼーボーデの見解、つまり刑罰の基礎づけと行刑の間には関係性がないとする立場に対しては批判を行うべきとなる。事情はそれとは反対なのであり、それどころかそのような関係性は必然的なものなのである。更に同時に示すことができたのは、まさに自由法則的に基礎づけられた、所為応報の理論は所為の清算として必然性をもって「人道的な」行刑を求めるのであり、更に言えば、同理論はそのような行刑なくしてはまさに自己矛盾に陥りかねないということである。

これらの点を合わせて考慮する場合、更なる帰結が導き出されるのであり、これにより、幸運なことに本稿を終えるにあたり、マンフレート・ゼーボーデがキューパー祝賀論文集において主

---

36) 全く正当であるのは、ハイケ・ユングによる „Wider die neue ‚Strafust‘“, GA 2006, S. 724 ff. における批判である。というのも、そのような「処罰欲求 (Strafust)」は、文言が正当に示すように、専ら感情の偶然性に依拠しているからである。しかしながら、刑法学は「処罰欲求」或いは「処罰不欲求」という二者択一（これは70年代における態度である）に留まることは許されないものであり、正当な刑罰の根拠と限界を合理的に規定することを引き受けなければならないのである。

張した見解<sup>37)</sup>と完全な一致によりやく至るのである。刑法から分離するとされた行刑の法に関する単独の権限を16の州に基礎づけることは、いわゆる連邦制度改革の際に決定されたことではあるが、これは立法者による最高度での失策であり、専門家の全体からの批判に対峙することを鮮明にするものであった<sup>38)</sup>。何故ならば、概念上必然的に存するはずの本質的な (sachlich) 関係性が引き裂かれてしまうからである<sup>39)</sup>。刑法を規定する者は、その執行の形象をも規定しなければならぬ。従って、ゼーボーデと共に以下の点を堅持することが求められるべきなのである。つまり、そのような権限は、連邦の立法者こそが (競合管轄にある) 刑法における立法権限を行使した者であったのであるから、当該の立法者に刑法典だけでなく、行刑法典との関係でもまかされ続けるべきなのである。それ故に、この領域については、連邦制度改革に従ったとしても、各州は、自由刑の本質的な内容とは関係のない規定のみをなし得るにしかすぎないのである<sup>40)</sup>。

#### 〈訳者後書き〉

本稿は、Rainer Zaczyk, Die Bedeutung der Strafbegründung für den Strafvollzug, in: Hendrik Schneider u. a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 589 ff. の翻訳である。本稿の内容は刑罰論の射程範囲を行刑にまで拡張するものである。刑罰論が刑罰に関する法的な思考の枠組みである限り、その射程は当然に刑罰の現実化における全過程に及ぶべきであり、抽象的な刑罰正当化論だけに終始するものではないはずである。本稿の内容は、このような問題意識の下、刑罰論を行刑の領域に適用し、カント及びヘーゲル的な応報刑論に関して流布している誤解を正すことを試みるものと言えよう。そして、前提とされる「応報刑論」は法における自由の基礎づけとの関係から必然的に導き出されるものとして想定されており、ここから、行刑においても対象者の自由を維持し、更には自由へと開放する点を強調する「人道的な」結論へとつながることになる。法における自由の保障という刑罰論の観点は、当然に刑罰の前提にある犯罪に関する理論である犯罪論にも妥当する。ツァツィック教授の犯罪論に関する業績は、この点を意識したものである。そこで、今後はこのような一連の業績の翻訳に取り掛かろうと思う。

---

37) „Freiheitsstrafe“, ein Blankett des Strafgesetzbuchs, Küper-Festschrift, S. 577 ff.

38) Müller-Dietz, ZRP 2005, S. 156 ff. 及びそこで挙げられている諸文献を参照。

39) 金銭債権を執行するための手段方法が連邦の諸州ごとに個別に規定されたらどうなるであろうかを想像していただきたい。

40) Seebode, Küper-Festschrift, S. 594 f. が同旨である。

