

《論説》

積極的一般予防論の最近の動向（5）

田 中 久 智
 里 見 理都香
 田 中 希世子

目次

はしがき

I ハッセマーの積極的一般予防論の新たな展開

(田中 希世子)

II ハッセマーの積極的一般予防論の深化

(田中 久智・里見 理都香)

III バウルマンの経験的積極的一般予防論

(里見 理都香) (以上第20号)

IV プッチの積極的一般予防論

—スペインにおける積極的一般予防論—

(田中 久智)

V アンデネースの抑止刑論

—それは積極的一般予防論か—

(里見 理都香) (以上第21号)

VI 積極的一般予防論

—ウプサラ・シンポジウムについて—

(田中 久智・里見 理都香・田中 希世子)

はしがき

1 ミヒャエル・バウルマン「経験的積極的一般予防論に関する予備的考察」

(里見 理都香)

2 カール・F・シューマン「積極的一般予防の基本的仮定の経験的証明可能性」

(里見 理都香)

3 ヴィンフリート・ハッセマー「積極的一般予防の変化」

(田中 久智・里見 理都香・田中 希世子)

4 ローター・クーレン「積極的一般予防に関するコメント」

(田中 久智) (以上第22号)

- 5 ヴォルフガング・フリッシュ「積極的一般予防論の弱点と正しい点—『カントとヘーゲルからの訣別』の困難について—」
(田中 久智)
- 6 ベルト・シューネマン「二元的刑罰論における積極的一般予防の意味」(1)
(里見 理都香) (以上第23号)
- 6 ベルト・シューネマン「二元的刑罰論における積極的一般予防の意味」(2)
(里見 理都香)
- 7 アンドレー・アシュワース「積極的一般予防論とは何か? 簡潔な回答」
(田中 久智)
- 8 タートヤナ・ヘルンレ／アンドレー・フォン・ヒルシュ「積極的一般予防と叱責」(1)
(田中 久智・里見 理都香) (以上本号)

本稿の掲載にあたって、編集委員受川環大教授にはひとかたならぬお世話になった。心から御礼申し上げる。

国士舘大学大学院法学研究科出身の渡部純一君には論文作成にあたって献身的な協力を頂いた。感謝申し上げます。

6 ベルント・シューネマン

「二元的刑罰論における積極的一般予防の意味」(2)

里 見 理都香

V 展望

(121頁)「前述してきたように、刑罰論の中心を再び予告一般予防に移し、積極的一般予防をもっぱら大変望ましいが、しかし、理論的には決定的ではない付随効果として組み込むという試みは、決して芸術のための芸術を目的とするものではなく、次の2つの結論へと導くのである。第一には刑法の望ましい徹底的な制約、そして、第二には積極的一般予防の理念の遅かれ早かれ評判を落とす崩壊現象やポストモダン社会において発展したエントロピーにもかかわらず、刑法の持続的な根拠づけ可能性へと導く。

1 積極的一般予防の大きな成果は、刑事訴追の非常に大きな選択性をほとんど一つの成果と思わせてきた。というのは、外見上は制限された制裁の量と『無知の予防効果』は、国民の法への忠誠を維持するために十分であるからである。しかしまさに、それは、立法者をなおいっそうの刑法の拡張へと誘惑するが、今ではもうごくわずかの事例において実行されるにすぎず、その他の事例ではその場合単なる象徴的效果を生ぜしめるのである。予告一般予防の観点からは、そのような戦略はそれに対してまやかしいであることが明らかになり、従ってまじめに考えている予告一般予防的アプローチはやむを得ず刑法を現実には統制可能で、極めて重要な社会領域に集中することを要求するのである。そのようなものとしてはもちろん身体、生命ならびに財産のみならず発達した産業社会という条件のもとでは、特にまた環境、製造物の安全性や例えば資本市場の信頼性等も含まれることを私は他の箇所⁽⁵⁷⁾で説明しようと試みてきた。しかしその間に旧ソビエト連邦の国家安全委員会に似た方法で現在作用している道路交通統制による訴追能力の不合理で不必要な利用と全く同じように、あらゆる可能な分野における刑法の単なる見せかけ

だけの平面的アプローチは終わりにされなければならない。

2 (121頁) 積極的一般予防の規範の内面化の概念は、社会が一定の発達状況にあることを前提とするし、それも具体的には伝統的市民社会が一定の発達状況にあることを前提としている。あらゆる重要なメタ叙述(リョタード)ならびに日常生活の耽美主義(ニーチェ)が終局を迎えることによって、ポストモダン社会の広い領域では、(122頁) 仮にその道徳がなお聖職者あるいは教養のある市民によって決められたサブカルチャーにおいて、そして行為ではなく言葉のみを決定する表面構造において生き残るかもしれないとしても、個人を内面的に義務づける利他主義的モラルの終焉はポストモダン社会の広い領域でも予測可能である。法規範ならびに社会倫理規範に従うのが、具体的なコスト―利益―計算に基づき、彼にとって有益である場合にのみ、法規範と社会倫理規範に従う合理的利己主義者が、従って今後は模範的人物像となるであろう。この有益性は他方また、決定的に法規範の現実の制裁の妥当性に依存する。というのは、『相当行為(そっちがそうなら、こっちもこうだ)⁽⁵⁸⁾』に基づき、初期の社会で行われていた個人の利益の調整は、匿名の社会ではもはや機能していないからである。発達した産業社会における広い地域に蔓延した道徳的腐敗・墮落とリベート、入札談合や脱税そしてここでは極めて低い国家的統制の集中性とすでに述べた道路交通の包括的統制との比較は次のことを示す。それは、積極的一般予防の付随効果によって、もはやどうにもならないまでにすでにこれまでに蔓延しすぎていること、また、いずれにせよ刑法の単なる見せしめ的な高率の選択的使用は、積極的一般予防の付随効果を呼び起こすことはできないということである。このことは、現代のコミュニケーション社会は、刑事司法という費用がかかり緩慢な道具よりもはるかにより効率の良い手段を持てないかどうかという問題を提起するのであり、また実際に一定の手段をインフレ的に使用することは、それが刑法を代える隠された欲求によってのみ説明され得るということが私にはきわめて明白であるように思われる。すなわち回転礼拝器のように毎日毎晩際限なく行われるテレビの犯罪映画の繰り返しである。犯罪は純粹に量

的に考察すると、結局、テレビそれとともに現代社会一般の中心的なコミュニケーションメディアの対象である。そのことは、犯罪映画は、まさにはらはらせ、それと同時に娯楽や気晴らしに最適であるというような単純な議論でもまた説明され得ない。なぜなら、本来普通の犯罪映画は、視聴者はその結末を常にすでに事前に知っているので、総じてはらはらすようなことはしないからである。すべての犯罪映画の99.9%では最後には善が勝つという同じような結果の同じような少ない行為動機の同様な退屈な繰り返し—すなわち、精神薄弱者施設においてのみ誰にも気付かれないという明らかに信じられないようなつまらないメカニズムが見つかるのである。緊張は、従って明らかにまず第一にここで種々の道が可能であるという確認から生じる。被害者と同一視することによって、犯罪への恐怖それとともに禁止規範への畏敬の念が経験的に深く内面化され得る。しかもまた、部分的に構築された超自我と探偵によって具体化された法秩序との同時同一視のもとに、個人の利己主義的に効用を最大にする態度と犯罪者との二重同一視がよく問題になる。しかもそれは、常に同じような行為動機の典型的な繰り返しを善が最後には勝つということによって説明するのであり、それによって、常に疑問とされてきた超自我は再三再四象徴的に確証されたものと感じ得るのである。膨大な数の犯罪映画は、その場合、ポストモダン社会における二つの記述された方式の同一視と確証の要求がどの程度大きくなければならないかを明らかにするのである。

（123頁）この考察の要点は、従って次の点にある。もし刑法が廃止されるとするならば、もはや犯罪映画など存在しないであろう。従って積極的一般予防の実用的側面のもとでは、刑法の中心的機能は、今日では、幻想劇場としてのテレビの犯罪映画の仮想現実が演出され得るための前提を作り出すことにあり得るのである。もちろんそれによって防禦される犯罪領域は、そのジャンルの演劇論的諸条件が比較的少ない構成要件に限定されるので、驚くほど僅かである。従って我々は、ポストモダン社会の中心的な行動を導くコミュニケーション形式に関する余論に従ってもまた、積極的一般予防は単な

る望ましくはあるが、しかし理論的には中心的なものではなく、経験的な観点ではおそらくより以前に予告一般予防と責任原理の正当化効果の目的に基づき、『二元的に』構想された刑罰の後退している一つの付随効果に過ぎないことを免れることはないであろう。」

第2節 積極的一般予防論に関するシューネマンの考え方の検討

1 シューネマンも「I 序論」で、ドイツでは積極的一般予防論が支配的な理論であることを認めている。そしてその代表的理論として、ロクシンの予防的統合説とヤコブスの規範認知の訓練による一般予防を挙げている。まずこの点に注目したい。

その上でシューネマンは、「この理論の経験的前提ならびに特定の仮定に関しても、現在活発に議論が行われている」が、本論文では「それらの問題についてではなく、積極的一般予防概念は、それに対して要求される機能、すなわち刑法の究極正当化と正当性をそもそも提供し得るかどうかという分析的、刑法理論的問題提起に取り組みたいと考える。」

2 シューネマンは、「この目的のために、何よりもまず、タートヤナ・ヘルンレ（ミュンヘン大学シューネマン教授の助手―筆者注）がアンドリュウ・フォン・ヒルシュ（当時、ケンブリッジ大学刑罰論・刑法教授、ウプサラ大学兼任教授、現在ケンブリッジ大学名誉教授―筆者注）と最近共同でまとめた」積極的一般予防論に対する「詳細な批判を」参照する。彼らが「積極的一般予防には刑法を究極的に根拠づける能力はないとし」ていること「の論証から始める。」そして、シューネマンも、この点次のように結論づけている。

「私には、積極的一般予防の理念による刑法の究極根拠づけの試みは、循環論法に終わるように思われる。それはヤコブスのシステムにおいて最も明確に現れる。ヤコブスは、さらに、例えば責任概念でも循環論法という非難は免れ得ないのである。ヤコブスが刑罰を、行為者の負担で行われる規範違

反に対する否定であり、国民の法への忠誠の訓練の目的のために行われると定義する場合、ヤコブスはそれによって、ヘルンレとフォン・ヒルシュが指摘しているように、関係者に対して刑罰の必要性も刑罰の正当性も示すことはできないのである。というのは、それはまさしく他の否定形式、例えば新聞のキャンペーンの展開、あるいはヘルンレならびにフォン・ヒルシュも述べているように、テレビ番組の中での凶悪犯罪の被害者を弔うための一分間の黙禱など、またはリュエダーセンその他の者によってまた東ドイツ政府の犯罪に関して実際に提案されているように、委員会の純粋に象徴的な議決などによることも考え得るからである。」

しかし、ヤコブスに対するこの批判には疑問がある。というのは、ここではヤコブスの刑罰論特に刑罰の任務（本質）についての考え方が正しく理解されていないように思われるからである。そして、シューネマンの前述の批判は、そのような誤解もしくは不完全な理解に基づくものであると考えるからである。

シューネマンは、「ヤコブスが刑罰を、行為者の負担で行われる規範違反に対する否定であり、国民の法への忠誠の訓練の目的のために行われると定義する」と述べている。確かにヤコブスにも、「行為者の負担で実行される規範違反に対する否定が刑罰である」⁽⁵⁹⁾と述べているのが一箇所ある。しかし、それは刑罰の任務ではなく、刑罰の内容を定義したものなのである。ヤコブスは他の箇所でも明確に「刑罰の内容は、規範違反者の負担で行われる、規範の否認に対する反作用（否定）である」⁽⁶⁰⁾と述べているのである。特に重要なことは、ヤコブスが「刑罰の任務は規範妥当の確証であり、」「社会的接触のための方向づけモデルとしての規範の維持である」⁽⁶¹⁾と主張していることである。この点次のようにも表現されている。「刑罰は、管轄ある者の負担に基づく規範の妥当の表明である、その場合、刑罰の任務は、」「侵害された規範の安定化によって初めて全うする」⁽⁶²⁾。ヤコブスはその著書「責任原理」でも次のように述べており、参考になる。積極的一般予防の効果は、「規範が妥当している、犯罪によって侵害された規範妥当が刑罰によって再び確立（確

証) されたという鎮静化の中にある」⁽⁶³⁾。なお、ヤコブスの次の論述も付記しておきたい。「刑罰による規範違反に対する反作用(否定)は、それ自体のために行われるのではなく、社会生活において保障された方向づけが放棄され得ないがゆえに行われるのである。従って、刑罰は、最終的にまさに社会的相互作用が行われる水準で影響を及ぼすべき任務を有するのであり、」「すなわち、刑罰は、そのような相互作用の条件を保護し、それゆえ、『予防的⁽⁶⁴⁾な』任務を有するのである。」

このようにヤコブスの刑罰論では、刑罰の任務である規範の妥当性の確証が極めて重要な要素であるにもかかわらず、シューネマンにはこの点の理解が不十分であるように思われる。刑罰によって規範の妥当性が確証されるから、国民は規範認知の訓練(規範信頼の訓練、規範への忠誠の訓練、帰結甘受の訓練)による一般予防を行うことになるのである。シューネマンのように、行為者の負担で行われる規範違反に対する否定が直接に国民の法への忠誠の訓練を目的とすると解するのでは、ヤコブスの積極的一般予防論に基づく刑罰論の最も重要な部分が骨抜きになっていると言わなくてはならない。そこには威嚇予防的理解すら垣間見えるのである。シューネマンが、ヘルンレならびにフォン・ヒルシュあるいはリュウダーセンに拠り、ヤコブスの刑罰は「他の否定形式、例えば新聞のキャンペーンの展開」、「テレビ番組の中での凶悪犯罪の被害者を弔うための一分間の黙禱など、または、」「委員会の純粹に象徴的な議決などによることも考え得る」としているのも同じ理由によるものと思われる。すなわち、ヤコブスの理論の刑罰の任務が「行為者の負担で行われる規範違反に対する否定によって規範の妥当性を確証」することであることが正しく理解されていないからである。刑罰によって規範の妥当性が確証されるから、国民も規範認知の訓練による一般予防を行うことになるのである。シューネマンらのいう前述のような方法では、大多数の場合ヤコブスの理論の刑罰の任務は決して行い得ないと考えるのである。従って、ヘルンレ、フォン・ヒルシュ、リュウダーセン、シューネマン等の誤った考えで、このようにヤコブスの積極的一般予防論に基づく刑罰論は、「関係者

に対して刑罰の必要性も刑罰の正当性も示すことはできない」と主張するのは到底認め得ないことであるとする。

3 シューネマンは、「積極的一般予防の理念による刑法の究極根拠づけの試みは、循環論法に終わる」と批判する。その理由は次のように考えられている。例えば、ヤコブスの積極的一般予防に対して批判しているように、「関係者に対して刑罰の必要性も刑罰の正当性も示すことができない。」「その道徳的正当性の十分な根拠づけを全く提供し得ない」というのである。積極的一般予防は、機能主義の立場から必要性、有用性のみを追求するものであり、正義の原則、正義感に基づいていない、また責任原理に根拠づけられていないから、正当性を持ち得ないというのである。

我々は早くから、積極的一般予防は、一般予防の内容、方法が国民の立場からみて妥当なものであること、すなわち、刑法の規定する犯罪の内容、ならびに刑法の適用、刑罰の執行が憲法の保障する民主主義、基本的人権、平和主義に合致するものであることが必要不可欠であると考えてきた。違憲の一般予防は、国民の利益でもなく、国民の十分な同意も得られず、正当化され得ないと考えてきた（田中久智・田中りつ子〔里見理都香〕『積極的一般予防論に関する一考察』名城法学第37巻別冊〔1988年〕230頁）。

ハッセマーもまたその後、我々の見解とほぼ同趣旨のことを具体的に、わかりやすく、詳細に主張するに至っている。まず、統合予防と積極的一般予防の規範概念から出発。両者を区別すべきことが主張される。ハッセマーの「1997年補遺」の論述と1994年論文の論述をそれぞれまとめて示しておきたい。

『1997年補遺』。「統合予防論のように、規範の概念にただ単に刑法各則のみを、従って、犯罪法ならびに隣接刑法の禁止と命令、簡潔に言えば、犯罪行動の法的禁止を結びつける者は、威嚇予防の概念領域を越えない。彼は、すなわち刑法と刑罰を今後の行動の条件（動機）づけに限定し、その任務を従って伝統的に決定する一勿論、今後は現代的で、むしろ思いやりのある、要するに『積極的』メディアを用いるが。

それに対して、求めるところの多い積極的一般予防論のように、『規範』のもとにすべての刑法を理解する、従って、また憲法ならびに訴訟法に関連する刑法規範と一般的刑法規定（刑法総則）をも含めて理解する者は、刑法と刑罰の任務について全く異なる観念を有する。彼には刑法と刑罰は、逸脱との人間的なつきあいの規範的に根拠づけられた手本になる。この手本は、再社会化への関心と同じように、刑法各則の行動規範の保障も含むのであり、従ってまた、統合予防論が刑罰に向ける願望をもコントロールするのである。それは、しかし、さらに憲法や訴訟法が犯罪や犯罪者、その他の関係者とのつきあいのために用意している自由保障規定も含むのである。

本論文で精確に示した理解によれば、統合予防と積極的一般予防は従って全体への部分の関係にある。積極的一般予防の概念は、統合予防の概念がそうするように、刑法各則の命令・禁止に対する国民の信頼の発展を促進するであろう。積極的一般予防の概念は、勿論さらに次のようなことを行うであろう。刑法システムの特に印象深い手段によって公然と維持され、保障される他の刑法規範もまたともに規範の構成要素に属する。⁽⁶⁵⁾

『1994年論文』。「この見解（統合予防一筆者注）では、すなわち刑罰の目的は刑法の禁止・命令によって人間に影響を及ぼすということに尽きるのである。刑罰と行動との伝動ベルトのみが現代化されているにすぎない。すなわち、恐怖（威嚇）の代わりに確信に変えられたにすぎない。物事自体としては何も変更はないのである。」

威嚇予防・統合予防の「両者とも犯罪を犯す傾向のある社会への刑法の禁止・命令の伝達が問題である。」しかし、「統合予防においては、規範が問題なのである（規範の伝達と保障が問題であり、そのためには信頼が基礎づけられ、維持されなければならない）とするならば、実体的犯罪法もしくは隣接刑法の各則の規範のみが考えられるのであり、その他のものは考えられない。すなわち、窃盗とか強姦が問題であり、計画された犯罪の告知や賃借対照表の完全性の命令が問題なのである。統合予防を含むすべての予防理論は、刑法規範を刑罰によって犯罪者や社会一般人に内移植し、保障（安定化）し

ようとするのであるから、刑法をその各則の命令・禁止に制限することになる。

これは刑法『規範』を一面に、歪曲して理解するものである。確かに各則は刑法の中心領域であるが、総則の中にも予防理論がその保障を刑罰に要求しなければならない諸規定（たとえば不作為の可罰性や刑法的制裁）があることも確かである。」「憲法から、裁判所構成法、それに刑事訴訟法までの刑事手続法」にも自由保障規定がある。

「自由の制限あるいは自由の保障が刑法の本来のもしくは主要な任務がどうかについては、争いがあるかもしれない。しかし、自由を保障する刑法が法治国家的に不可欠であるということについては争いがない。社会や社会復帰すべき犯罪者に刑法を単なる自由を制限する手段にすぎないと伝達しようとする者は、刑法を歪曲して伝えようとするものである。」

「ただ刑法の禁止・命令のみではなく、刑法の許可、保障ならびに権力の制限もまた、すなわち、ただ単に刑法の犯罪化要素ならびに応報的要素だけでなく、非犯罪化ならびに正当化要素もまた、国民に刑法によって伝達されなければならない表象とみなす刑罰理論であってこそはじめて、刑法理論との実りのある関係を持ち得るのであろうし、現実には『積極的』となるであろう。」

「自由を保障する刑法規範として、弁護権、上告権あるいは法律上の裁判官の裁判を受ける権利、刑法の結果の比例性の原則、疑わしくは被告人の利益の原則あるいは刑法の謙抑性の原則等があげられている。⁽⁶⁶⁾」

ヤコブスの積極的一般予防論では、確かにこの点の見解は必ずしも十分ではないように思われるが、しかし、ヤコ布斯もその後「正当な規範」を問題とするに至っている。⁽⁶⁷⁾また前述のように、ヤコ布斯は刑罰の任務を規範の妥当性の確証とする独自の優れた理論を展開し、それを媒介として、国民自身による自主的、主体的な規範認知の訓練による一般予防を主張しているのである。

積極的一般予防は、規範維持もしくは法益保護を、法律（規範）を肯定

(是認)する国民の実践的基本姿勢によって達成しようとするものである。法律(規範)が正当であるという国民の確信以上に、その法律(規範)の事実上の妥当性をよりよく生ぜしめるものはないであろう。本稿の述べてきた積極的一般予防論は、この目的を十分に果たし得るものとする。このような積極的一般予防論は、ただ恐怖(心)を与えて、予防効果をあげるという威嚇予防、あるいは、国家的強制もしくは国家的干渉の強い統合予防よりも、明らかに優れていると考える。

シューネマンの積極的一般予防論に対する批判は、今述べてきた国民の立場に立つ積極的一般予防論にはもはや当てはまらないのではないかと考える。従って、積極的一般予防論の刑法の究極根拠づけの可能性も認められるのではないか。

なお、積極的一般予防論と責任原理の問題であるが、従来責任とは非難可能性であるといわれてきた。シューネマンも次のように述べている。「責任原理においてのみ刑罰の害悪を科すための納得のゆく正当性が存在している。すなわち、個々の犯罪者にとって、犯罪行為の不法が、予見可能かつ回避可能であった。従って犯罪者が予見し、回避しようと意図しさえすれば、彼は刑罰の害悪を回避し得るという論拠においてのみ存在するのである。我々は実際に刑罰の正当性を、この回避可能性を規範的仮定としてではなく、存在論的命題として理解しなければならないし、また理解し得ることから導き出そうと意図する。」「ここでの関係から、以下の結論が問題になる。それはすなわち、個人の犯罪行為の回避可能性ならびに本質的には同じ意味の非難可能性は、刑罰の害悪を科するための必要不可欠な正当化の根拠を示している。」「犯罪者が、彼にとって回避可能である犯罪行為を回避しなかったという理由により、責任は刑罰を正当化する。」

しかし、この責任主義は今日その意義が問われ、予防刑法、特に積極的一般予防論から責任と予防の関係が激しく争われるに至っている。というのは、責任を非難可能性とする立場は、他行為可能性、自由意志という未解決の理論を前提とするものであり、また応報思想に基づくものであり、批判すべき

であるとする。

積極的一般予防論では、刑罰は社会の維持もしくは法益侵害という目的上有効なものでなければならないとされ、例えばヤコブスは、責任それ自体の中に目的連関が潜んでおり（責任自体がすでに目的をもって追求されるものであるとし）、責任の目的を論じる。この立場では、法への忠誠の欠陥が責任であるとされる。ロクシンは、責任の内容を古びた応報思想から切り離すことによって、責任を維持するが、予防的な刑罰目的（一般予防、特別予防＝予防的統合説）に導かれた答責性（制裁の必要性）の理論の中へ統合しようとする。

積極的一般予防論からのこの批判に、シューネマンは必ずしも十分に答えていないように思われる。

4 シューネマンは、特別予防論（行為者の改善ならびに／あるいは保全による将来の法益侵害の予防）も責任思想とは一致せず、刑法の究極根拠づけには役立たないと考える。

「特別予防の目的に役立つ刑罰は、最初の規範違反とその回避可能性ではなく、最初の規範違反を犯した行為者が将来再び犯罪を犯す危険性に結び付くのである。」「特別予防の観点は展望着であり、責任の観点は回顧的である。」「まさに責任が典型的に阻却する行為者の人格的欠陥こそが、累犯の危険にとっては典型的に本質的なものである。」「客観的な例外状況から導き出された責任阻却事由、例えば刑法第35条の緊急避難あるいは刑法第33条の過剰防衛でさえも、」「ここでは他行為可能性が認められる」のに、「立法者は単に刑罰目的に方向づけられた考慮からのみ刑罰（処罰）の必要性を否定するのである。」「責任と特別予防は要するに最初から異なった方向を目指して進むので、累犯予防に向けられた制裁の責任原理による制限は、まさしく累犯の危険性が最大になった事例で、刑罰を排除し、従って不合理な結びつきという結果になる（責任と特別予防は従って比較が不可能である）。」

5 結局シューネマンでは、刑法の究極根拠づけは威嚇（消極的）一般予防に頼らざるを得ない。ただ、今日、積極的一般予防が好評であることも無

視できない。この要求を満たすために、彼は予告一般予防と科刑一般予防の構想を考える。そして、「刑罰の中心を再び予告一般予防に移し、積極的一般予防をもっぱら大変望ましいが、しかし、理論上は決定的ではない付随効果として組み込むという試み」を行う。これらの点について考察しなくてはならない。

「第一次規範に含まれた禁止に付け加えられた刑罰予告（法定刑）は、積極的一般予防効果も、また消極的一般予防効果も有している。というのは、すべて刑罰予告（法定刑）に与えられている禁止は国民の法意識を強化し、法益の価値について述べるのに対し、他方威嚇された刑罰は、その思考（観念）的予期において威嚇の効果をもたらし、それゆえ消極的一般予防を生じさせる。」「さらに禁止規範は、規範の名宛人の動機づけの過程を通じて効果を持つので、予告一般予防と責任原理の正当化の前提条件の間にもまた完全な一致が存在し、計画的に回避可能な法益侵害を回避することにおいてのみその効果が存在し得る。従って予告一般予防の構想もまた意思の自由を前提とするのである。」「一般予防的に動機づけられた害悪の付与は、それに対して一責任原理による正当化の場合と全く同様に一選択の自由とともに意思の自由を前提としている。

予告一般予防の刑罰目的と責任による正当化の刑罰の目的の間には従って完全なる一致が存在し、ヤコブスによって主張され普及した責任と予防の組み入れが正しい。しかし、ヤコブスが考えているのとは異なる方法で、すなわち、独自の責任原理の実質的消去という形態においてではなく、逆に個々の犯罪者によって回避可能な、すなわち、有責な法益侵害に一般予防の対象を固定するという形態においてである。」

「意思の自由があり、また同時に有責に行動する人に対してのみ刑罰予告（法定刑）から生じる帰結、科せられた刑罰をまた科すということ、従って犯罪の後にうそつきの状態でありたくない国家にとってこの逃れ得ぬ必然性は、その客観的経過において応報として徹底的に適切に理解され、またその場合に攻撃衝動から生じた原本能としての復讐の欲求と結びつき得る。」「刑

法を来世にまで拡張させることは、生から死へという実質的な構想を意のままにできる文化に社会的行動の抑止のための最もよく知られた方法であることをさらに付け加えるならば、応報理論の形而上学的根拠もまた、もはやこれ以上驚かせることはできない。というのは、復讐欲求の原本能、宗教的な世界観ならびに予告一般予防の論理的メカニズムは、責任原理と結び付いて、その場合、全部一緒に応報思想をまさに正義の原理へと昇格させるのである。」

「ところで『抗事実的規範の強化』という意味での科刑と関連づけられた積極的一般予防」について考察し、「積極的一般予防はの場合好ましい、そしてその上さらに刑法の全予防効果に不可欠な付随効果であるが、しかし独自の刑罰目的の制度的な意味は持たない」と主張する。「それにもかかわらず、現在行われている議論において積極的一般予防が好評なのは、」次のような理由によるのであろうとする。「国民の法への忠誠を維持するためには限定された制裁の量ですでに十分である。」「実際には規範の行動妥当性は低いことが一般に認められていて、またさらに完全に崩壊するであろうから、国民の規範への信頼の維持のために刑法を選択して用いることがまさに有効であろう」からである。このことは例えば次のような内容になるであろう。つまり、それは汝他人の物を盗むなかれ、これに反した場合には、必要とあれば刑罰を科されることを覚悟しなければならない。それによって禁止規範が不可侵な行動規範として理解され」「る。それに対してまず科刑行為に対して積極的一般予防論が強調されるならば、法規における制裁の予告はさらに命令的に公式化されるであろう。」「行動規範とそれと結び付いた制裁の威嚇は、制裁を科すことよりも論理的に上位であり、」「また従って、刑罰論は制裁予告からのみ発展させられるに違いない。」「制裁の執行の際には、さらにどうしても例えば、ただ将来に向けられていて、従って行動規範になじまない特別予防の側面のようなさらに追加された見解が現れ得る。しかし、それは常に刑罰予告の」「刑罰の範囲内でのみ生じ、」また「量刑論において」「展開されなければならない。」

シューネマンの立場は、刑罰予告に与えられている禁止によって国民の法意識を強化し、法益の価値について述べようとするものであり、威嚇（消極的）予防とも異なる。その面は統合予防に近いものがある。この点の理論構成は巧妙である。しかし、禁止には刑罰予告が付け加えられるのである。従って、その立場は、威嚇予防と統合予防との中間に位置づけられ得るように思うのであり、いわば威嚇的統合予防とでもいうべき立場のようにも思われる。いずれにしても我々の考える積極的一般予防の観点は有しないといわなくてはならない。従って、威嚇予防、統合予防のそれぞれの欠点を有するものと考えている。

シューネマンは、積極的一般予防が好ましい、刑法に不可欠な付随効果である理由を次のように種々述べている。「刑罰予告に与えられている禁止は国民の法意識を強化し、法益の価値について述べる。」「積極的一般予防が好評なのは、」「限定された制裁の量で十分であり、」「国民の規範信頼の維持のために刑法の選択的使用が有効である」としているからである。予告一般予防では、「ヤコブスによって主張され普及した責任と予防」を、責任の内容を修正する必要はあるが、「組み入れるのが正しい」等々。このように積極的一般予防は刑法を究極的に根拠づけ得る諸要素を多く有するのである。シューネマン自身もこのことを認めているといわなくてはならない。にもかかわらず、シューネマンは、「積極的一般予防は」「独自の刑罰目的の制度的な意味は持たない」、「刑法の究極根拠づけはできない」と主張するのである。その理由は、積極的一般予防が正義の原則、正義感に基づいていない、もしくは道徳的正当性の十分な根拠づけを全く提供し得ない、また、責任原理に根拠づけられていないからであるというのである。これらの根拠が説得力のないものであることは、積極的一般予防を威嚇予防、統合予防から区別すべきことについて論じたことなどからも理解し得るものと考えている。

ところで、シューネマンが、刑法の究極根拠づけを消極的（威嚇的）一般予防に求めているとは思えない。この刑罰目的にも批判が多いからである。結局、積極的一般予防と消極的一般予防の両者を含む予告一般予防にそれを

求めているものと考え。しかし、刑法の究極根拠づけ能力のない二つのものをこのような方法で統一したからといって、予告一般予防に刑法を究極的に根拠づける十分な能力が生ずるとは思えない。予告一般予防にはこのような疑問もある。

それにシュースマンの立場は、応報刑論の形而上学的根拠、復讐欲求の原本能、宗教的世界観ならびに予告一般予防の論理的メカニズムが責任原理と結び付いて、全部一緒に応報思想をまさに正義の原理へと昇格させる、としている。この点積極的一般予防と果してうまく調和し得るのかという疑問もある。なお、応報刑論への疑問については、田中久智「プッチの積極的一般予防論」比較法制研究第21号（1998年）28頁以下参照。また、復讐欲求についてはウェスリー・クラッグ、田中久智訳「刑罰の実践—修復的司法論構築のために」(1)熊本法学第76号（1993年）87頁以下参照。

6 シュースマンは「展望」として、「刑罰論の中心を再び予告一般予防に移し、積極的一般予防をもっぱら大変望ましいが、しかし、理論的には決定的でない付随効果として組み込むという試み」では、「二つの結論が導かれる」という。「第一には、刑法の望ましい、思いきった制限,」「第二には、刑法の持続的な根拠づけ可能性」である。積極的一般予防は、「国民の法への忠誠を維持するためには制限された制裁の量で十分である」という。しかし、立法者はこれに対し刑法を拡張しようとする行動に出やすい。そこで「まじめに考えている予告一般予防のアプローチでは、やむを得ず刑法を現実には統制可能で、極めて重要な社会領域に集中することを要求するのである。」例えば「身体、生命、財産のみならず、発達した産業社会という条件のもとでは、特にまた環境、製造物の安全性や資本市場の信頼性等」である。逆に、「現行の道路交通統制では訴追能力の不合理で不必要な利用が」行われており、また、「これと同じようなあらゆる可能な分野における刑法の単なる見せかけだけの平面的アプローチは、止めなければならない」であろうと主張する。予告一般予防だけではなく、積極的一般予防でも検討を要する問題であるし、また検討し得ることでもあろう。

7 シューネマンは、「積極的一般予防の規範の内面化の概念は、社会が一定の発達した状況にあること」「を前提にしている」という。しかし、わが国の多くの国民が、このような規範の内面化のできないような社会の水準であるとは考えないであろう。社会のあらゆる面において規範認知の訓練（規範信頼の訓練，規範への忠誠の訓練，帰結甘受の訓練）による一般予防を行い得るようあらゆる努力をする必要があるし、それが望ましいと考えている。そのような研究も進めなくてはならないと考えている。現代のように価値観の多様化している社会でこれをどのように考慮していくかということなども問題であろう。

シューネマンは、「個人を内面的に義務づける利他主義的モラルの終焉」を予測している。そして、「法規範ならびに社会倫理規範が，具体的なコスト＝利益＝計算に基づき，彼にとって有益である場合にのみ，法規範と社会倫理規範に従う合理的利己主義者が従って今後は模範的人物像（理想像）となるであろう」と述べている。予告一般予防が基礎とする人物像（人間）をここに見ることができるのである。

人間を利他主義的モラル人間と合理的利己主義者に二分してしまうのは疑問である。そして，利他主義的モラルは終焉を迎えると予測し，今後は合理的利己主義者が模範的人物像となると主張しているのも疑問である。同じ人間が利他主義的モラルと合理的利己主義，さらには利己主義さえも併せ持つというのが正しいのではないか，そして，刑法理論（犯罪理論，刑罰理論）はこのような人間を対象として理論構成されるべきではないかと考える。従って，犯罪決定が，心理強制説の考えるように，犯罪の快と刑罰の苦の比較考量という合理的計算に基づいてなされる場合もないわけではないであろう。また，英米の抑止刑論の主張するように刑罰（逮捕）の確実性を顧慮してなされることも多いであろう。シューネマンが主張するように，前述の計算も含めて，さらに広く，具体的なコスト＝利益＝計算に基づき，自分自身にとって利益かどうかによって，行われる場合も勿論あるであろう。しかし，人間のコミュニケーション（社会的接触，社会的相互作用）を円滑に行うため

の基本的規則を保障する規範を尊重する態度から、また他人の人権への配慮から、なお道徳心から、犯罪を思い止まるということも考えられるのである。

シューネマンが、具体的コスト＝利益＝計算に基づき、行為者にとって有益かどうかを判断するに当って、コストの中に刑罰の程度まで含める場合があるとするならば、法定刑についても、また裁判官の量刑（宣告刑）についてはさらに、その的確な指示（計算）は極めて難しいものとなると指摘せざるを得ない。なお、シューネマンは、「有益性は、他方また決定的に法規範の現実の制裁の妥当性に依存する」としていることも、ここで付記しておきたい。

シューネマンは、発達した産業社会では広い地域に道徳的腐敗、リベート、入札談合、脱税、道路交通犯罪がこれまでに蔓延しており、積極的一般予防によってはもはやどうにもならないまでになっている、と述べる。もちろんこれも積極的一般予防論に対する批判である。しかし、社会がこのような状況になったのは、多くは応報刑論、消極的一般予防（威嚇予防）論、特別予防論に問題があったからであり、積極的一般予防の無力によるものではない。また、このような批判で積極的一般予防論はもはや役に立たない、役割は終わったというように考えるのには疑問がある。今後も積極的一般予防論（規範認知の訓練による一般予防）によって少しでも少しでも、また徐々に徐々にでも犯罪を減少させていく努力の積重ねが刑法の世界では課題とされなくてはならないであろう。「積極的一般予防論の長所」の一つは、「社会統制の全構想の中に組み込まれ得るということである。」「刑法を他の法規範ならばに他の社会規範と協働してよく効果をあげさせ得ることであり、また、どこで撤回することができるかを考慮することができることである」（田中久智・田中りつ子〔里見理都香〕「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学第37巻別冊（1988年）229—230頁参照）。

シューネマンはまた、「現代のコミュニケーション社会は、刑事司法という費用のかかる緩慢な道具よりもはるかにより効率の良い手段を持ってないかどうかという問題を提起する」と主張する。この問題ももちろん今後検討す

る必要があると考える。

- (1) ただこのテーマについては、結局心に残るものとしては Lüderssen, Abschaffen des Strafens? を参照。
- (2) Maurach, Deutsches Strafrecht, 2. Aufl., S. 46 ff., 59 ff.; 同様に ders., 4. Aufl., S. 76 ff.; Mezger, Strafrecht, S. 14 ff.; von Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, S. 20 ff.; Spendel, Zur Lehre vom Strafmass, S. 71 ff.; Wegner, Strafrecht AT, S. 23 ff.; BVerfGE 22, 125, 132 ; 39, 1, 57 ; Begründung zum E 1962, S. 96, S. 206. 参照。
- (3) In : Strafrechtliche Grundlagenprobleme. S. 10.
- (4) それはクルークの論文のタイトルである。in : Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 36. しかしながら、近年、それに関して前提とされてきたカント的解釈に対して辛辣に批判する新カント学派的アプローチが増大している。die Nachw. In Fn. 37 ならびに Schild, FS für Gitter, S. 831 ff. 参照。
- (5) Baumann u. a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs: § 69 mit Begründung ; § 65 StGB in der Fassung durch das 2. StRG vom 4. 7. 1969, Aufgehoben durch das Gesetz vom 20. 12. 1984 zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes (sog. Vollzugslösung), ならびに Schöch u. a., ZRP 1982, 207 ff.; Baumann, MschrKrim 1979, 317 ff. 参照。
- (6) それについて Eser, FS für Peters, S. 505 ff.; Hassemer, KrimJ 1982, 161 ff.; Weigennd, ZStW 94 (1982), 801 ff.; P.-A. Albrecht, ZStW 97 (1985), 831 ff.; ders., KritV 1986, 55 ff.; 特別予防の経験的前提については Lipton/Martinson/Wilks, The Effectiveness of Correctional Treatment; Palmer, Crime and Delinquency 1991, 330 ff. ならびに包括的ものとして Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, S. 64 f. 参照。
- (7) Roxin, FS für Bockelmann, S. 305 f.; Streng, ZStW 92 (1980), 663 ; ders., ZStW 101 (1989), 286 ff.; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 295 ff.; Jakobs, Strafrecht AT, 1. Aufl., 1 / 4 ff.; Müller-Dietz, FS für Jescheck, S. 813 ff.; Frisch, ZStW 99 (1987), 379, 386 ff.; Neumann, ZStW 99 (1987), 589 ff.; Dölling, ZStW 102 (1990), 14 ff.; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 922 ff.; Bottke, Assoziationsprävention; Kargl, Handlung und Ordnung im Strafrecht, S. 555 ff.; オーストリアにおいては、例えば Moos und Zipf, in: FS für Pallin, S. 284 ff., 479 ff.; Moos, JB1. 1991, 82. 参照。
- (8) BVerfGE 45, 187, 256.
- (9) Strafrecht AT 1, 1. Aufl., § 3 Rn. 26.
- (10) Strafrecht AT 1, 3. Aufl., § 3 Rn. 27.
- (11) Strafrecht AT 1 / 15 ; ders., Schuld und Prävention, S. 10 ; ders., ZStW

- 101 (1989), 517 ; ders., Der strafrechtliche Handlungsbegriff, S. 37 ; ders., Das Schuldprinzip, S. 25. ヤコブスは言うまでもなく, その間に, 本来の積極的一般予防論からヘーゲルへと完全に引き返した。In : Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein? S. 29, 39 ff.
- (12) Schumann, Positive Generalprävention, S. 50 f., Dölling, ZStW 102 (1990), 18 f.; Schöch, FS für Jescheck, S. 1103; Blath, in: Raiser/Voigt (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, S. 101 ff.; Bönitz, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung ; Hauptmann, Psychologie für Juristen, Kriminologie für Psychologen, S. 68 ff.; von Trotha, Recht und Politik 16 (1980), 134 ff.; Kargl, ARSP 82 (1996), 500 ff.; Baumann und Schumann, in diesem Band S. 1 ff., 17 ff.
- (13) GA 1995, 261 ff., in diesem Band S. 83 ff.
- (14) Hörnle/von Hirsch, GA 1995, 267 ff., in diesem Band S. 83 ff.; それより以前の類似のアプローチとして s. Bock, JuS 1994, 96 ff.; ders., ZStW 103 (1991), 636 ff.; weit Nachw. b. Weigend, FS für Triffterer, S. 710 Fn. 84 ; ferner Friester, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", S. 97 f.
- (15) Schünemann, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 170 ff.; ders., in: Hirsh/Weigend (Hrsg.), Strafrecht in Japan und Deutschland, S. 157 ff.; ders., in: Chengchi Law Review, Vol. 50, 1994, 277 ff.
- (16) Vgl. die Nachweise in Fn. 11.
- (17) GA 1995, 266. Näher dazu u. V. 2.
- (18) Lüderssen, Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt?, S. 129 ff.; ders., ZStW 104 (1992), 775 ff. それに対して, Kargl, GA 1998, 71は代替策として褒賞を選ぶ場合は, それはいずれにせよ, 作為犯の場合には国家財政破綻という結果になり, それによってそれ自体矛盾が論証される。
- (19) GA 1995, 269 f.
- (20) Roxin, Strafrecht AT 1, § 3 Rn. 37 ff.
- (21) Roxin, Strafrecht AT 1, § 3 Rn. 49.
- (22) Roxin, Strafrecht AT 1, § 19 Rn. 36 ff.
- (23) Schünemann, in: Strafrecht und Kriminalpolitik (Fn. 15), S. 149 ff.; ders., GA 1995, 223.
- (24) 例えば von Hirsch, Censure und Sanctions, S. 9 ff.
- (25) Strawson, Freedom and Resentment.
- (26) それに関しては Carnap, Symbolische Logik, S. 77 ff.; Reichenbach, Elements of Symbolic Logic, S. 9 ff.; Stegmüller, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, S. 415.
- (27) In: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, S. 219 ff.
- (28) Bentham, An Introduction to the Principles of Morales and Legislation; Mill, Utilitarianism; Smart/Williams, Utilitarianism. For and against ; Hoers-

- ter, Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung. 機能と正当化の区別もしくは組み入れについては Ashworth und Gardner, in diesem Band S. 65 ff., 73 ff. 参照。
- (29) Rawls, *Philosophical Review* 64 (1955), 3 ff.; Feinberg, *Philosophical Review* 76 (1967), 368 ff. 参照。
- (30) Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, V. Buch; それについては Fechner, *Über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles*, S. 27 ff.; Hardie, *Aristoteles's Ethical Theory*, S. 182 ff.
- (31) これについては Philippidis の黄金律が宗教史的に研究している。Roetz, *Die chinesische Ethik der Achsenzeit*, S. 219 ff.; Hruschka, FS für Arthur Kaufmann, S. 129 ff.; ders., JZ 1987, 941 ff.; Spindel, FS für von Hippel, S. 491 ff.; Liu, in: Philipps/Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, S. 175 ff.
- (32) カントの定言的命令に関する種々の見解については, カントの実践理性批判 54頁, 道徳形而上学原論52頁ならびに66頁以下を参照。これについては展望的な議論はほとんどないが, ただ Wittmann, FS für Arthur Kaufmann, S. 363 ff.; Kaulbach, *Immanuel Kants "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten"*, S. 32 ff.; Singer, *Verallgemeinerung in der Ethik*, S. 256 ff.
- (33) Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 159 ff.; これについてこれまで続いているはほとんど際限のない議論に関しては, Höffe (Hrsg.), *Über John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit*; Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, S. 269 ff.; Reese-Schäfer, *Grenzgötter der Moral*, S. 236 f.
- (34) Kleinig, *Paternalism*; Feinberg, *Harm to Self*, S. 3 ff.
- (35) In: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (Fn. 15), S. 163 ff.; *Strafrecht und Kriminalpolitik* (Fn. 15), S. 151 ff.; *Chengchi Law Review* (Fn. 15), S. 280, 284.
- (36) Nachw. in Fn. 11; die Nähe zu Hegel konstatiert bereits Küpper, *Schopenhauer-Jahrbuch* 71 (1990), 207, 211.
- (37) E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 826 ; Zaczyk, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, S. 108 ff.; Kahlo, 真正不作為犯の場合の義務違反の問題については S. 296 ff.; Köhler, *Der Begriff der Strafe*, S. 50 ff.; ders., *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, S. 37 ff.
- (38) これについては Seelmann, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 1 (1993), 315 ff.
- (39) Davis, *Ethics* 93 (1983), 726 ff.; ders., *Law and Philosophy* 12 (1993), 133 ff.; 最後に Scheid, *Law and Philosophy* 14 (1995), 275 ff. m. z. w. N.; Brandt, *Law and Philosophy* 14 (1995), 65, 81 Fn. 13.
- (40) Morris, *The Monist* 52 (1968), 475 ff.; Murphy, *Retribution, Justice and Therapy*, S. 77; Sadurski, *Giving Desert its Due*, S. 101 ff.
- (41) LK-Jescheck, § 1 Rn. 2; ders., *Strafrecht AT*, S. 1 ff.; Roxin, *Strafrecht AT* 1, § 2 Rn. 1, § 3 Rn. 1; Stratenwerth, *Strafrecht AT I*, Rn. 5 ff.; Bau-

- mann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 11 ; Rudolphi, in : Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (Fn. 15), S. 71 ; BVerfGE 39, 1, 57 ; 45, 187, 253 f.; 51, 324, 343.
- (42) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 33 f.; ders., FS für Schaffstein, S. 105 ff.; ders., Strafrecht AT 1, § 22 Rn. 2 ff., 69 ff.
- (43) Nachw. in Fn. 48.
- (44) Maurach/Zipf, Strafrecht AT 2, § 63 Rn. 88 ff.; Roxin, Strafrecht AT 1, § 3 Rn. 25 ff.; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 309 ff.
- (45) Maurach, Deutsches Strafrecht, S. 79; Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 38 f.; Schultz, Einführung in den AT des Strafrechts, S. 38 f.
- (46) ロクシンの３つの効果の区別（前掲注10）が代表的であるが、その３つの効果はひっくるめて、科刑に関係している。
- (47) その場合、私は、つい先頃 Koriath（Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 163 f., 188 f., 232）と Hoyer（Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, S. 42 ff.）によって復活させられた、ケルゼンと結びつく（そのことについては最近 Heidemann, Die Norm als Tatsache が包括的に論じている）、『禁止規範なしの刑法』の試みについてここでは詳述することができない。私の見解によれば、その試みは見込みがないと考える。
- (48) その古典的な考え方は、フォイエルバッハの心理強制説によって主張されている。Feuerbach/Mittermaier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, § 16. 参照。
- (49) In : Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, § 112.
- (50) Jakobs, Schuld und Prävention ; ders., Strafrecht AT, 17/18 ff.; ders., Das Schuldprinzip.
- (51) それについて、すでにフォイエルバッハは刑罰は科されなければならないと主張し、それとともに威嚇（脅かし）は無意味ではないことが暴かれる。（Fn. 48）, S. 39.
- (52) Art. 7 MRK, 103 Abs. 2 Grundgesetz, 25 Abs. 1 Spanisch Verfassung. 参照。
- (53) Kerner, in : Göppinger/Kaiser (Hrsg.) Kriminologische Gegenwartfragen 12, S. 137 ff.; ders., Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung ; Kaiser, Kriminologie, § 41 ; Eisenberg, Kriminologie, § § 26, 27.
- (54) Zipf, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat, sowie ders., Kriminalpolitik, S. 137 ff. において特に強く述べられている。また Jäger, KrimJ 1976, 108 f. 参照。
- (55) Die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968.
- (56) von Hirsch, Past or Future Crimes ; dens., Censure and Sanctions ; von Hirsch/Jareborg, Strafmass und Strafgerechtigkeit ; Schünemann, in :

- Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik (Fn. 27). 参照。積極的一般予防に関する連結線については s. Weber, MschrKrim 1993, 126 f. 参照。
- (57) In : Kühne (Hrsg.), Drittes deutsch-japanisches Strafrechtssymposium.
- (58) “そっちがそうなら、こっちもこうだ (相当行為の原則)” については Montenbruck, in : Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin (Hrsg.), S. 13 ff.
- (59) Jakobs, Strafrecht AT, 1. Aufl. (1983), 2. Aufl. (1991), 1 / 10. 田中久智・田中りつ子 (里見理都香) 「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学第37巻別冊 (1988年) 135—141頁参照。
- (60) a. a. O., 1 / 11.
- (61) a. a. O.
- (62) a. a. O., 1 / 3.
- (63) Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 27. ギュンター・ヤコブス, 松宮孝明訳「責任原理」立命館法学1993年第4号820頁参照。
- (64) Jakobs, Strafrecht AT, 1 / 14.
- (65) Winfried Hassemer, Variationen der positiven Generalprävention, in : Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention ; Kritische Analyse im deutsch-englischen Dialog ; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg C. F. Müller Verlag, 1998, S. 44 f. 田中久智・里見理都香・田中希世子「ヴィンフリート・ハッセマー『積極的一般予防の変化』」比較法制研究 (国士館大学) 第22号 (1999年) 64頁以下, 72頁以下参照。
- (66) Hassemer, Einige Bemerkungen über “Positive Generalprävention”, FS für Kazimierz Buchala [Buchala] S. 148.; ders., Variationen der positiven Generalprävention, 41 ff. 田中久智・里見理都香「ハッセマーの積極的一般予防論の深化」比較法制研究第20号 (1997年) 67頁以下参照。
- (67) Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 28参照。なお, ギュンター・ヤコブス, 松宮孝明訳「責任原理」立命館法学1993年第4号821頁参照。

7 アンドレー・アシュワース

「積極的一般予防論とは何か？簡潔な回答」

田 中 久 智

アンドレー・アシュワース（Andrew Ashworth）は、オックスフォード大学ヴァイナ・イギリス法講座担当教授である。

アンドレー・アシュワースの「積極的一般予防論とは何か？簡潔な回答」は「Was ist positive Generalprävention? Eine Kurze Antwort」は、積極的一般予防論に関するウプサラ・シンポジウム（1996年）における研究報告である。そこではじめて発表されたものである。

英語からドイツ語への翻訳はタートヤナ・ヘルンレ（Tatjana Hörnle. ミュンヘン大学シュネーマン教授の講座の助手）によって行われた。

同シンポジウムの諸報告を収録した Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention ; Kritisch Analysen im deutsch-englischen Dialog ; Upsala Symposium 1996, Hedelberg C. F. Müller Verlag, 1998, S. 65-72. に収録されている。

本論文は、アシュワース教授の同論文を紹介・検討する。

同教授はイギリスの教授陣の一番手として登場した。次にジョン・ガードナー教授（John Gardner. ロンドン大学キングスカレッジ法哲学講師）、タートヤナ・ヘルンレと共同研究をしたアンドレー・フォン・ヒルシュ教授（Andrew v. Hirsch. ケンブリッジ大学・刑罰論・刑法名誉教授、当時はウプサラ大学刑罰論の兼任教授）、ダフ教授（R. A. Duff. スターリング大学哲学教授）などが研究報告をした。

イギリスにおいて積極的一般予防論がどのように理解され、考えられているのかを知るよい機会であると考えた。本号では、アシュワース教授の前掲論文とタートヤナ・ヘルンレ助手／アンドレー・フォン・ヒルシュ教授の研究報告について紹介、検討をする。

第1節 アンドレー・アシュワース「積極的一般 予防論とは何か？簡潔な回答」

(65頁)「私はバウルマンの分析の明確さ⁽¹⁾とシューマンの研究の懐疑的態度⁽²⁾に敬服している。私の課題は、この短い回答において積極的一般予防論に関して四つの未解決の問題について若干の所見を述べることである。

第一に、どのような理論が積極的一般予防論と考えられるのか？第二に、どのような意味で我々は、刑法が一般予防効果を有し得ると言い得るのか？第三に、刑法の行動に影響を及ぼす効果から出発するというのは、どの程度現実的であるのか？そして第四に、積極的一般予防を支持すべきであるとするならば、どのようなコミュニケーション技術が最も適しているのであろうか？

I どのような理論が積極的一般予防論と考えられるのか？

1 積極的一般予防は、確かに追及するに価する目的である。その目的が国民の行動素質に影響を及ぼすことによって達成されるか、あるいは法への信頼の創造によって達成されるか（バウルマンの分析参照⁽³⁾）のいずれにせよ、それは容易に承認され得る目的である。それは、ヨゼフ・ラズ（Joseph Raz）が法の四つの主要機能の一つとして他の言葉で表現したもの、すなわち、『望ましくない行動の阻止と望ましい行動の保障』⁽⁴⁾によく適合するのである。

しかし、このように一般的に書き換えられた法の目的は、刑法の規定に違反した者に対する国家的強制の使用がどのように正当化され得るのかという特定の問題に答えるにあたって我々に役立ち得るであろうか？次に、この問題と結びついた問題提起の幾つかを研究することにする。その場合ただ一つの理論だけがこれらすべての問題に回答を与えるもしくは与えなければならぬというように前提する必要はない。決定的な点はむしろ、積極的一般予防が有力な正当化根拠として承認され得るかどうかである。

a) 何が刑法法規システムの存在を正当化するのか？ その正当化は主に犯罪予防すなわち犯罪阻止の目的を指示しなければならないが、いずれにせよ控え目な、かつ現実的な方法で少なくとも犯罪減少の目的は指示しなければならない。⁽⁵⁾（66頁）社会が秩序正しく機能しているということは、十分効果的に制裁によって守られた刑法システムなしには期待され得ないのである。しかし、この根拠づけは、まず第一に消極的一般予防に、あるいはいずれにせよ、積極的一般予防要素と消極的一般予防要素の不明確な混合に賭けるのである。真に主張されなければならないことは、刑法は、規範を遵守する行動素質を形成するあるいは、規範の正当性の承認を促進するために、唯一、すなわち最善の手段として正当化されるということではなかろうか？

b) 一定の行為もしくは不作為の犯罪化を正当化させるものは何か？ たとえ根本的な回答を行うためであっても、種々の根拠づけ命題を援用することが確かに必要であるが、にもかかわらず、それは、すべての根拠づけ命題が同じように重要であるとか、あるいは、いずれが優位であるかを確定することができない⁽⁶⁾ということの意味しない。ここで追求する目的に役立つものとして、次の問題がある。すなわち、ある『積極的』方法によるこの行動の予防が、刑法の向こう側での他の『積極的』アプローチに代わるものとして犯罪化の正当化を提供するかどうかという問題である。私には、積極的一般予防から犯罪化のための有効な根拠づけが導き得るようには思われない。

c) 刑罰を科するための正当化根拠は何か？ これは強制の使用、時にはまた粗暴な自由の制限を意味するから、重要な一正当化根拠もしくは幾つかの正当化根拠を必要とするのである。この問題に答えるためのアプローチは周知のものである。一つのアプローチは、国家的刑罰は、ベンサムと結びついた、すなわち、消極的一般予防の叱責と結びついた、国家的刑罰は予防を目的とする⁽⁷⁾という結果説的説明である。他のアプローチは、受けるに値する刑罰の観念を志向するものである。その背後には、応報刑の言い換えがある。それは、刑罰を受けるに値する叱責（非難）とする考え方が消極的一般予防⁽⁸⁾の必要性と結びつく⁽⁸⁾と考えるものであるからである。この説明アプローチと

比較して、積極的一般予防は役に立たない無用の長物であるように思われる。実際に国家刑罰システムを行動素質の形成のための、あるいは規範信頼の保障のための必要不可欠の手段として正当化し得るであろうか？ このような方法で刑罰が有効な方法で独自に根拠づけられうるかどうか、すなわち、消極的一般予防もしくはデザートの基準に基づいて構成されることなく根拠づけられ得るのかどうかについては、私には極めて疑問であるように思われる。

(67頁) d) どの程度の刑が一定の行為に対して妥当であろうか？ 積極的一般予防は、正しい量刑の問題により良い回答を与え得るであろうか？ 消極的一般予防の諸理論は、一般人を威嚇するために、あるいは犯罪者個人を威嚇するために必要な刑量を指示するが、それはまた多くの問題を提起するのである。⁽⁹⁾ 値する刑罰を志向する理論は比例性の原則と関係する。この比例性の原則は、きわめて重要な比例性と通常のプロポーションに分かれる。これもまた種々の問題を提起する。比例性はこの見解によれば、損害の重大さと行為者の責任の程度（量）を意味するのである。⁽¹⁰⁾ 『どの程度の刑罰？』という問題についての積極的一般予防の回答は、刑罰は、規範を遵守する行為素質あるいは規範の正当性（妥当性）への信頼を創造し、維持するために十分なものではないということであると考えられる。威嚇志向のアプローチも叱責（非難）を志向するアプローチも量刑についての説明が曖昧であるために批判されてきたが、それでもこれらの理論の指導的（主要な）主張者達は量刑についてかなり程度の高いアプローチを発展させてきたのである。私は、積極的一般予防についてはそれに相当することを、すなわち、この理論がd)の問題に答えるために考慮されなければならない場合—要するにそのためにこの理論を参照するよう意図される場合、積極的一般予防の詳細なかつ十分考えた適用（使用）規則のシステムを発展させる必要があるであろうとは決して考えないし、またそう信じていいないのである。

e) 誰が処罰されなければならないか？ ハートが刑罰の分配（die Verteilung von Strafe）と称してきたものが問題である。⁽¹¹⁾ ある一定の点までは、これは定義の問題と考えることができる。犯罪を行ったために人に科される

制裁だけが刑罰とされ得る。実質的（内容的）な観点から、この点に関するかなりの議論が展開されてきた。ベンサムは、おおよそ次のように論じている。必要な意識もしくは自己規制能力を欠いて行為を行った者を処罰するのは、効果のないことである。というのは、行為者がこのような精神状態にある場合には、威嚇的脅迫は彼らにとって何らの意味もないであろうからである⁽¹²⁾、と。

ハートはこれに対し、この議論は説得力がないと次のように指摘する。というのは、例外なく行われる処罰は威嚇効果を増大し得るのに対し、この場合における刑罰の放棄は刑法の消極的一般予防効果を弱めることになりかねないからである⁽¹³⁾。従って、他行為可能性のない人間を処罰することのないようにするためには他の原則が必要である。この補正（修正）原則は、消極的一般予防論から導き出すことはできない。このような原則は、『分配的応報』、すなわち、回顧的志向の分配的基準、換言すれば、公正（公平）の原則である。それに基づき、人は、彼もしくは彼女が有責であった、すなわち、処罰されるべき態度（行動）を思い止まる能力と公平（公正）な機会を有する場合にのみ、刑罰を科せられなければならないのである。この原則の緻密な公式化について徹底的に論争し得るのに対し⁽¹⁴⁾、（68頁）その原則は、値する刑罰の思想の不可欠の構成要素である公平（公正）の原則をはっきりと示すものとして、その正当性を有するのであり、そして、消極的一般予防的アプローチの支持者もまたその原則をおそらく承認するであろう。その原則は積極的一般予防の支持者によってもまた限定原則として承認するであろう。

2 私も上述の論評の多くが未だ不十分であることは自覚している⁽¹⁵⁾。取り扱ってきた点のほとんどすべてが欠点があり、専門家によって詳細に議論されてきたところである。私が急いで根本的テーマから次のテーマに飛び移ることが正当化されるのは、どのような理論が積極的一般予防論と考えられるかという問題を提供するからである。どのような個所でこのことは、刑罰というテーマを巡る種々の問題提起に採り入れられなければならないか？ ある理論が五つの問題すべてに回答を示さないならば、その理論は決して承認

され得ないとか、これらすべての問題に答え得る若干の理論を見つけなければならぬというような意味にとってはならないのである。にもかかわらず、積極的一般予防を正当化アプローチの射程内に位置づけ、その限界を究明することが重要である。私の結論は、積極的一般予防は刑法規範ならびに刑罰のシステムの重要な機能であるが、しかし、それは、このようなシステムの十分かつ重要な正当化を提供することはできないということである。規範を遵守する行動素質（傾向）を形成する目的、もしくはシステム承認を創り出す目的は、私の見解によれば、直接には他の方法によって追求され得るのであり（それについてはIV参照）、刑法システムの第二次的根拠づけを示し得るにすぎない。その第一時的根拠づけは消極的一般予防あるいは値する刑罰の思想にあるのである。この関係においては、フォン・ヒルシュによって展開された値する刑罰の理論（デザート理論）が消極的一般予防の要素を統合することに注目しなくてはならない。⁽¹⁶⁾ 消極的一般予防を含まない刑法規範と刑罰のシステムの根拠づけを示すのは困難である。そのことは、積極的一般予防を刑罰の完全な価値のあるもしくは第一次的正当化として格づけするのは私には不可能と思われる他の理由でもある。

おそらくそのことは積極的一般予防論によっては全く前提とされていない。言葉どおりに受け取ると、バウルマンによって分析されたモデルは、効果関係についての本質的に説得力のない命題を基礎としている。刑法は、行動素質の形成と維持によって規範遵守に役立つ、あるいは刑法は法への信頼の保障によって規範承認に貢献するのである。この主張は容易に支持される。すなわち、私は、優れた根拠づけもしくは論証がなくても、また刑法規範と刑罰のシステムがこの二つの目的に貢献するということを承認するであろう。このような貢献は、にもかかわらず、(69頁) 大きかったりあるいは小さかったりすることがあり得るのであり、その概念の使用は、主たる正当化の代りに第二次的正当化を意味する。さらに、積極的一般予防を達成することは、一定の刑罰の程度を規定する刑罰法規の制定によるよりは大いに期待のもてる可能性を示すように思われる。国家的刑罰は叱責（非難）を含み、また自

由の剝奪をその本質とし得るから、より重要な正当化が必要とされるべきである。

Ⅱ どのような意味で『刑法』は一般予防効果を有するか？

1 積極的一般予防論に対してよく行われる犯罪学的論拠に基づく異議は、『刑法』を参照させるそのやり方が洗練されていないと批判するのである。近隣諸国ならびに自国の刑法の内容が種々の時期において異なり得ることは、分り切ったことである。例えば、一定の形式の同性愛行為、ポルノ出版物・図画等、ロットヴァイラー（獵犬の一種）未登録所有、種々の環境犯罪である。

1960年代には、犯罪学におけるレイベリング理論の支持者達が、この種の行為それ自体は犯罪ではなく、社会政策的力関係の結果として犯罪となるのである⁽¹⁷⁾ということに注意を喚起したのである。刑罰構成要件の制定（新設）は、一定の行動（行態、態度）に対する社会的反応の一形式と考えられ得るのであり、それは、しばしば歴史上メディアで公表された一握りの事件と『何かあることが、なされなければならない』という政治的決定によって説明（解明）され得るのである。犯罪行為の原因の探求は、従って、犯罪性は一定、不変の行動範疇ではなく、一定程度まで偶然的なものであるという事実、一すなわち、立法者によって一定の態度に配されるエチケットの結果一を斟酌しなければならない。この議論は極端であり、我々は次のように言うことができる。『危険な犬』を登録しないで所有する犯罪の原因は、この行為を犯罪化した立法者であり、この行為を特に異常とは思っていない犬の飼主ではないということである。

2 このことは重要である。というのは、積極的一般予防論は国民が刑法規範を内面化するための学習を前提とするからである。これらの規範の多くは広く承認されている道徳的禁止規範の中心領域に属するが、しかし、明らかに犯罪とは思われない多くの態度がまだ存在するのである。というのは、問題の行動が正しくないものなのか、あるいは刑法の介入を正当化する程に

十分に正しくないものであるのか、議論の余地があるからである。そのことは、積極的一般予防は広義の、すなわち統合予防の意味の積極的一般予防よりもより信頼でき、実現可能な目的であることを示唆している。立法者の権威を承認するよう（『立法者が犯罪（的）であると言うことは、犯罪として承認されなければならない』）と人々に説得することは、（70頁）一定の行動は不正であるから、人々はその行動を思い止まらなければならないと、説得力をもって述べることもより実行可能である。（というのは、多くの可罰的行動の不当性は議論の余地があるからである。）

Ⅲ 『刑法』は行動に影響を及ぼすという仮定はどの程度現実性があるか？

他のしばしば主張される犯罪学的に根拠づけられた異議（反論）は、行動、特に登録された犯罪者の多くを形成する若者の行動に言及する。⁽¹⁸⁾ 積極的一般予防論の主張がただ、刑法は法を遵守する行動もしくは規範認知に貢献するということを主張するにすぎない場合には、これは、すでに述べたように、何ら特別に高度の要求ではない。疑いもなく、何らかの貢献はしている。にもかかわらず、刑法は行為に影響及ぼすにあたって重要な役割を果たすから正当化されると主張するのであれば、積極的一般予防論を疑わしいとする二つの根拠が挙げられなければならない。

1 第一の疑問は、Ⅱで述べた論証に由来する。刑法は禁止と義務の広い領域を覆う。刑法の効果は種々の文脈（関係、背景）ならびに行為領域で異なるという場合、ほとんど驚くにあたらない。例えば次のように述べることができるであろう。資本主義社会的関係における規範遵守への動機づけは、国家の不正行為に対して抗議する人々、あるいは、万引きを行おうとする者、あるいは、大きく、強い騒音を出す夜の祭りを妨害しようと企図する者の規範遵守の準備とは異なる規範に従うのであると。積極的一般予防の二つの変形の一つが、経験的にテストされるとして、その結果は、たぶん研究のために選ばれた行動領域に依存して異なったものとなるであろう。（また、シュ

ーマンの論文において述べられている，経験的研究の実践上の困難さもやはりまた，おそらく異なるであろう。）

２ 別の疑問は，行動（行為，振舞い）への種々の影響から明らかになる。種々の学派の犯罪学者は，何によって犯罪行為への傾向は影響されるのかを研究しようと試みてきた。例えば，幼年時代の経験によって。ティーンエージャーの青少年と20代前半の成人の同年齢（『同輩軍団』）に強制されて。例えば，物名失語症の影響のような広範囲の社会関係。女性の社会化とは異なる男性の行動様式の影響等。単独の理論に，特に個々の刑罰規範の大きな違いに直面して，広範囲に及ぶ説明力を有するというようなことは，ほとんどあり得ないように思われる。刑法は，それが，（71頁）もっぱら国民の期待している法に従った態度の根拠を提供するにすぎないという印象をこれまで手付かずの分野に残すということを認めるのは，明らかに誤りである。逆に，刑法は，上述の種類の種々の他の諸影響，例えば，規範に従う行動素質型の傾向のある，あるいはそれどころか，一定の状況で規範違反を容易にするような影響とも戦わなければならないであろう。このことは次のような結論に導く。積極的一般予防の目的が，ただ一つではなく，それ以上の寄与（貢献）をすることであるとするならば，その場合，（１）その理論はかなりの妨害を克服しなければならない。（２）その理論の寄与を検証したり，測定したりするのは極めて困難である。というのは，行動に刻印づける影響は他にも多くのものがあるからである。そして，（３）再び重要な問題として消極的一般予防との関係が浮かび上がる。というのも，積極的一般予防は他の正当化アプローチとは関係なく，それ自体適切なのかどうか，決定されなければならないからである。

Ⅳ 積極的一般予防を促進するためにどのようなコミュニケーション技術が最も適しているか？

私はこれまで，積極的一般予防論は，たとえ決して刑法規範と刑罰の十分に強力な根拠もしくは重要な正当化を可能とはしないとしても，刑法規範と

刑罰の重要な一機能であると詳細に論じてきた。積極的一般予防論が望ましいものであるとするならば、それはどのようにして最も良く実現され得るのか？

1 私は、国家（的）刑罰の謙抑的使用の原則からはじめる。その原則は、ベンサムの結果説的理論の一部であり（『侵害が刑罰がなくても、軽微なコストで阻止し得る場合には、』刑罰は使用されてはならない⁽¹⁹⁾）、受けるに値する刑罰の有力な支持者によって認められている⁽²⁰⁾。この原則によれば、国家（的）刑罰の使用は、同じ目的を達成するために、柔軟で、あまり干渉的でない手段があれば、正当化されないということになる。

2 行動素質に基づく規範遵守の準備に寄与する、もしくは法への信頼の保障によって規範承認に役立つのは単なる『刑法』の存在ではない。むしろこの効果は、多くはそのやり方に基づくのであり、それは法がコミュニケーションされ、または、国民に示されるという規範的考慮と実践的考慮を必要とするのである。その規範的側面をダフは説得力のあるやり方で次のように述べている。彼は、コミュニケーションの処罰現論を発達させてきたが、この理論によれば、犯罪者を含めたすべての関与者の尊重が重要な意味を持つ⁽²¹⁾という。その実践的背景は、程度の高い、より効果的なマスコミュニケーション技術に見出すことができるであろう。

公衆の態度を一定の行動方法に改める試みのために有効に宣伝（広告）部門の方法を利用できないであろうか？（72頁）これについてのイギリスの最近の一事例として、飲酒運転がある。裁判所が科し得る制裁はあまり強調されず、その代りに宣伝キャンペーンが、これらの行動がどのような理由で誤りであるのかを示すために、アルコールの影響のもとに惹起された事故の被害者の苦しみを強調するのである。このアプローチが広く、特に若い人々の間で承認されている証拠がある。人々はまた薬物の使用に関連して、同じような効果を達成しようと努力してきた。その場合、その結果として生ずる損害と、より少なく科されるべき刑罰が強調されなければならない。このことは、にもかかわらず、麻薬使用に関するアンケートから推論されるが、あま

り成功していないように思われるが、それはおそらく、アルコールとタバコのような適法な物質は多くの禁止された薬物ほどには有害ではないという反論を論破しようとするという何らの試みもしていないからであり、あるいは、おそらく、グループによる多くの範囲における薬物使用の強制の方がより悪質（有害）であるからであろう。にもかかわらず、根本的な議論は残る。積極的一般予防の目的はやり（努力し）がいのあることであり、納得させるためのよく組織されたキャンペーンは犯罪化や有罪判決よりも成果のあるものであり得る。積極的一般予防が成果のあるものであるためには、それは効果的なコミュニケーションと説得（納得）が必要である。」

第２節 アシュワースの積極的一般予防論についての見解の検討

１ アシュワースは、「私の課題は、この短い回答において積極的一般予防論を顧慮して四つの未解決の問題について若干の所見を述べることであり」とする。そして、四つの未解決の問題として、「第一に、どのような理論が積極的一般予防論と考えられるのか？ 第二に、どのような意味で我々は、刑法が一般予防効果を有し得ると言えるのか？ 第三に、刑法が行動に影響を及ぼす効果から出発するというのは、どの程度現実的であるのか？ 第四に、積極的一般予防を支持すべきであるとするならば、どのようなコミュニケーション技術が最も適しているのだろうか？」を挙げている。

２ アシュワースはこれらの諸問題を順次考察しながら、積極的一般予防論についての彼の考えを述べている。その重要なものを集めて、彼の考えをまとめてみよう。

３ アシュワースが「Ⅰ どのような理論が積極的一般予防論と考えるのか」において、はじめに次のように述べているのが注目される。

「積極的一般予防は、確かに追求するに価する目的である。その目的が、国民の行動素質への影響によって達成されるか（統合予防—筆者注）、あるいは法信頼の創造によって達成されるか（積極的一般予防—筆者注）（パウ

ルマンの分析参照)のいずれにせよ、それは容易に承認され得る目的である。」

「刑法規定に違反した者に対する国家的強制の使用がどのように正当化され得るのかという特定の問題と」「結びついた問題提起の幾つかを研究することにする。」「決定的な点はむしろ、積極的一般予防が有力な正当化根拠として承認され得るかどうかである。」

「a) 何が刑法規範システムの存在を正当化するのか？その正当化は主に犯罪予防すなわち犯罪阻止の目的であるが、「犯罪減少の目的」でも足りるとする(以上原文65頁)。

アシュワースは、「この根拠づけは、まず第一に消極的一般予防に、あるいはいずれにせよ、積極的予防要素と消極的予防要素の不明確な混合に賭けるのである。」そして、「真に主張されなければならないことは、刑法は、規範を遵守する行動素質を形成する、あるいは、規範の正当性の承認を促進するために唯一、すなわち最善の手段として正当化されるということではなかろうか」という。

「b) 一定の行為もしくは不作為の犯罪化を正当化させるものは何か？」アシュワースは、「私には、積極的一般予防から犯罪化のための有効な根拠づけが導き得るようには思われない」と主張する。

「c) 刑罰を科するための正当化根拠は何か？」「これは強制の使用、時にはまた粗暴な自由の制限を意味するから、重要な正当化根拠もしくは幾つかの正当化根拠を必要とする。この問題に答えるためのアプローチは周知のものである。一つのアプローチは、国家的刑罰は予防を目的とするという結果説的説明である。他のアプローチは、受けるに値する刑罰の観念を志向するものである。その背後には、応報刑の言い換えがある。それは、刑罰に値する叱責とする考え方が消極的一般予防の必要性和結びつくと考えるものであるからである。」「私の結論は、積極的一般予防は刑法規範と刑罰のシステムの重要な機能であるが、しかし、それは、このようなシステムの十分かつ重要な正当化を提供することはできないということである。」「刑法システム

の第二次的根拠づけを示し得るにすぎない。その第一次的根拠づけは消極的一般予防あるいは値する刑罰の思想にあるのである。この関係においては、フォン・ヒルシュによって発展させられてきた値する刑罰の理論（デザート理論）が消極的一般予防の要素を統合することに注目しなくてはならない」（原文68ページ）。

4 アシュワースは、積極的一般予防論が刑法システムの第二次的根拠を示し得るにすぎず、第一次的根拠づけを提供できない理由を幾つか主張している。

まず第一に、「規範を遵守する行動素質を形成する目的、もしくはシステム承認を創り出す目的は、私の見解によれば、直接には他の方法によって追求され得る」からである（原文68頁）と。

アシュワースのこのヤコブスの積極的一般予防に対する批判は、ヘルンレとフォン・ヒルシュの指摘（田中久智・里見理都香の本号後掲論文等参照）、それに拠るシューネマンの主張（里見理都香の前号、本号の論文参照）、リュウダセンの主張等に基づくものと考えられる。彼らによれば、積極的一般予防の規範認知の訓練による一般予防は、他の否定形式、例えば新聞のキャンペーンの展開、テレビ番組の中での凶悪犯罪の被害者を吊うための一分間の黙禱など、また委員会の純粋に象徴的な議決などによることも考え得ると主張されているからである。

「しかし、ヤコ布斯に対するこの批判には疑問がある。というのは、ここではヤコブスの刑罰の任務（本質）についての考え方が正しく理解されていないように思われるからである。」「前述の批判は、そのような誤解もしくは不完全な理解に基づくものであると考える。」彼らはすべて『ヤコ布斯が刑罰を、行為者の負担で行われる規範違反に対する否定であり、国民の法への忠誠の訓練の目的のために行われると定義する』と述べている。しかし、それは刑罰の任務ではなく、刑罰の内容を定義したものなのである。ヤコ布斯は、明確に『刑罰の内容は、規範違反者の負担で行われる、規範の否認に対する反作用（否定）である』と述べているのである。特に重要なことは、ヤ

コブスが『刑罰の任務は規範妥当の確証であり、』『社会的接触（コミュニケーションの円滑―筆者注）のための方向づけモデルとしての規範の維持である』と主張していることである。」「刑罰によって規範の妥当性が確証されるから、国民は規範認知の訓練（規範信頼の訓練、規範への忠誠の訓練：帰結甘受の訓練）による一般予防を行うことになるのである」（里見理都香・本号前掲論文）。前述の否定形式によって、刑罰による規範妥当性の確証、その意味での規範認知の訓練による一般予防をその本質的な点で行うことはできないと考える。外部から部分的に規範認知の訓練による一般予防を行うことは可能であろう。

5 アシュワースは、また次のようにも述べている。「消極的一般予防を含まない刑法規範と刑罰のシステムの根拠づけを示すのは困難である。積極的一般予防を刑罰の完全な価値のあるもしくは第一次の正当化として格づけするのが、私には不可能と思われる他の理由である」（原文68頁）。

積極的一般予防論は、フォイエルバッハの心理強制説（心理強制による一般予防）を威嚇予防、消極的一般予防論であると批判し、その克服を図ろうとするものである。心理強制説は、犯罪の快楽と刑罰の苦痛を比較考量させ、刑罰の苦痛によって心理強制し、犯罪を思い止まらせようとするものである。従って、威嚇予防と批判しなくてはならない。この理論を詳細に研究し、その他多くの点で致命的な欠点のあることも指摘してきた（田中久智・田中りつ子〔里見理都香〕「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学第37巻別冊（1988年）144頁以下、田中久智『犯罪と刑罰は今どのように考えられているか』昭和63年度熊本大学法学部公開講座『法と政治の身近な問題を考える』実施結果（平成元年3月）。英米では一般予防論として、ベッカリーアとベンサムと結びつく、抑止刑論が主張されてきた。抑止刑論では抑止の三要件として刑罰の厳格性、刑罰（特に逮捕）の確実性、刑罰の迅速性が主張されている。この理論が威嚇予防、消極的一般予防論であることを、フォン・ヒルシュもアシュワースも否定しない。特に刑罰（逮捕）の確実性の抑止効果は強力であり、犯罪抑止の点から言えば心理強制説よりも優れている

と考える。

フォン・ヒルシュの値する刑罰の理論（デザート理論）も叱責と害悪の付与によって犯罪の抑止を図るものである。消極的一般予防の要素を統合するとされる。威嚇予防の面のあることを否定し得ないであろう。フォン・ヒルシュの理論については詳細な研究を近い機会に行う予定である。

積極的一般予防は、法益保護を、法律を肯定（是認）する国民の実践的基本姿勢によって、達成しようとする。このように公式化された一般予防は、ただ恐怖（心）を与えて、予防効果をあげるという考え方よりも、明らかにまざっている。法律が正当であるという国民の確信以上に、その法律の事実上の妥当性をよりよく生ぜしめるものはない。

「我々は早くから、積極的一般予防は、一般予防の内容、方法が国民の立場からみて、妥当なものであること、すなわち、刑法の規定する犯罪の内容、ならびに刑法の適用、刑罰の執行が憲法の保障する民主主義、基本的人権、平和主義に合致するものであることが必要不可欠であると考えてきた。違憲の一般予防は、国民の利益でもなく、国民の十分な同意も得られず、正当化され得ないと考えてきた」（田中久智・田中りつ子〔里見理都香〕「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学第37巻別冊〔1988年〕230頁）。

ハッセマーもまたその後、我々の見解とほぼ同趣旨のことを具体的に、わかりやすく、詳細に主張するに至っている。まず、統合予防と積極的一般予防の規範概念から出発。両者を区別すべきことが主張される。ハッセマーの「1997年補遺」の論述と1994年論文の論述をそれぞれまとめて示しておく。

『1997年補遺』。「統合予防論のように、規範の概念にただ単に刑法各則のみを、従って、犯罪法ならびに隣接刑法の禁止と命令、簡潔に言えば、犯罪行動の法的禁止を結びつける者は、威嚇予防の概念領域を越えない。彼は、すなわち刑法と刑罰を今後の行動の条件（動機）づけに限定し、その任務を従って伝統的に決定する一勿論、今後は現代的で、むしろ思いやりのある、要するに『積極的』メディアを用いるが。

それに対して、積極的一般予防論のように、『規範』のもとにすべての刑法を理解する、従って、また憲法ならびに訴訟法に関連する刑法規範と一般的刑法規定（刑法総則）をも含めて理解する者は、刑法と刑罰の任務について全く異なる観念を有する。彼には刑法と刑罰は、逸脱との人間的なつきあいの規範的に根拠づけられた手本になる。この手本は、再社会化への関心と同じように、刑法各則の行動規範の保障も含むのであり、従ってまた、統合予防論が刑罰に向ける願望をもコントロールするのである。それは、しかし、さらに憲法や訴訟法が犯罪や犯罪者、その他の関係者とのつきあいのために用意している自由保障規定も含むのである。

本論文で精確に示した理解によれば、統合予防と積極的一般予防は従って全体への部分の関係にある。積極的一般予防の概念は、統合予防の概念がそうするように、刑法各則の命令・禁止に対する国民の信頼の発展を促進するであろう。積極的一般予防の概念は、勿論さらに次のようなことを行うであろう。刑法システムの特に印象深い手段によって公然と維持され、保障される他の刑法規範もまたともに規範の構成要素に属する。」

『1994年論文』。「この見解（統合予防一筆者注）では、すなわち刑罰の目的は刑法の禁止・命令によって人間に影響を及ぼすということに尽きるのである。刑罰と行動との伝動ベルトのみが現代化されているにすぎない。すなわち、恐怖（威嚇）の代わりに確信に変えられたにすぎない。物事自体としては何も変更はないのである。」

威嚇予防・統合予防の「両者とも犯罪を犯す傾向のある社会への刑法の禁止・命令の伝達が問題である。」しかし、「統合予防においては、規範が問題なのである（規範の伝達と保障が問題であり、そのためには信頼が基礎づけられ、維持されなければならない）とするならば、実体的犯罪法もしくは隣接刑法の各則の規範のみが考えられるのであり、その他のものは考えられない。すなわち、窃盗とか強姦が問題であり、計画された犯罪の告知や賃借対照表の完全性の命令が問題なのである。統合予防を含むすべての予防理論は、刑法規範を刑罰によって犯罪者や社会一般人に内移植し、保障（安定化）し

ようとするのであるから、刑法をその各則の命令・禁止に制限することになる。

これは刑法『規範』を一面に、歪曲して理解するものである。確かに各則は刑法の中心領域であるが、総則の中にも予防理論がその保障を刑罰に要求しなければならない諸規定（たとえば不作為の可罰性や刑法的制裁）があることも確かである。」「憲法から、裁判所構成法、それに刑事訴訟法までの刑事手続法」にも自由保障規定がある。

「自由の制限あるいは自由の保障が刑法の本来のもしくは主要な任務がどうかについては、争いがあるかもしれない。しかし、自由を保障する刑法が法治国家的に不可欠であるということについては争いがない。社会や社会復帰すべき犯罪者に刑法を単なる自由を制限する手段にすぎないと伝達しようとする者は、刑法を歪曲して伝えようとするものである。」

「ただ刑法の禁止・命令のみではなく、刑法の許可、保障ならびに権力の制限もまた、すなわち、ただ単に刑法の犯罪化要素ならびに応報的要素だけでなく、非犯罪化ならびに正当化要素もまた、国民に刑法によって伝達されなければならない表象とみなす刑罰理論であってこそはじめて、刑法理論との実りのある関係を持ち得るのであろうし、現実には『積極的』となるであろう。」

「自由を保障する刑法規範として、弁護権、上告権あるいは法律上の裁判官の裁判を受ける権利、刑法の結果の比例性の原則、疑わしくは被告人の利益の原則あるいは刑法の謙抑性の原則等があげられている。」

ヤコブスの積極的一般予防論では、確かにこの点の見解は必ずしも十分ではないように思われるが、しかし、ヤコ布斯もその後「正当な規範」を問題とするに至っている。また前述のように、ヤコ布斯は刑罰の任務を規範の妥当性の確証とする独自の優れた理論を展開し、それを媒介として、国民自身による自主的、主体的な規範認知の訓練による一般予防を主張しているのである。

積極的一般予防は、規範維持もしくは法益保護を、法律（規範）を肯定

(是認)する国民の実践的基本姿勢によって達成しようとするものである。法律(規範)が正当であるという国民の確信以上に、その法律(規範)の事実上の妥当性をよりよく生ぜしめるものはないであろう。本稿の述べてきた積極的一般予防論は、この目的を十分に果たし得るものと考ええる。このような積極的一般予防論は、ただ恐怖(心)を与えて、予防効果をあげるという威嚇予防、あるいは、国家的強制もしくは国家的干渉の強い統合予防よりも、明らかに優っていると考える」(里見理都香「ベルント・シュエネマン『二元的刑罰論における積極的一般予防の意味(2)』」比較法制研究本号)。

前述のように、積極的一般予防と統合予防とは本質的な点で区別されなければならないと考えるが、アシュワースは、両者の違いを正しく理解していないように思われる。彼は、積極的一般予防と統合予防を基本的には同じ立場のものと考えているようであり、その趣旨の論述が繰り返し行われるのであり、この点も疑問としなくてはならない。アシュワースも一箇所だけ(原文69頁)統合予防よりも積極的一般予防のほうが信頼できる旨述べてはいるが、前述のような正しい理解に基づくわけではないのである。

6 II, IVには学ぶべき点もある。

- (1) 本書1頁以下。
- (2) 本書17頁以下。
- (3) 上述6頁以下。
- (4) In : The Functions of Law, abgedruckt in : Raz, The Authority of Law, S. 169.
- (5) 犯罪の減少についての議論としては、Nigel Walkerの著書論文、特に Punishment, Danger and Stigma, Kapitel 4, und neuerdings Walker/Padfield, Sentencing : Theory, Law and Practice, Kapitel 6 und 7. 参照。
- (6) ニルス・ヤーレボルグ(Nils. Jareborg)は、一定の行動の犯罪化の正当化は主として消極的一般予防を参照するよう指示しなければならないと論じている。In : Essays in Criminal Law, S. 106-108. 犯罪化についてより詳細な論述としては、von Hirsch und Simester/Smith, それぞれの場合に in : Simester/Smith (Hrsg.), Harm and Culpability, ならびに Ashworth, Principles of Criminal Law, Kapitel 2. 参照。
- (7) von Hirsch, 本書101頁以下において議論されている。さらに, dens., Cen-

- sure and Sanctions ; von Hirsch/Jareborg, Strafmass und Strafgerechtigkeit. 参照。
- (8) Die Einführung und die Literaturangaben in : von Hirsch/Ashworth (Hrsg.), Principled Sentencing, Kapitel 2. 参照。
- (9) 注4と注5における証拠参照。
- (10) 注8における証拠参照。
- (11) In : Punishment and Responsibility, Kapitel 1.
- (12) In : Introduction to the Principles of Morals and Legislation Kapitel 13, wiedergegeben in: von Hirsch/Ashworth (Hrsg.), Principled Sentencing, S. 66.
- (13) In : Punishment and Responsibility, Kapitel 2.
- (14) さらにまた次のように論ずることができるであろう。すなわち、ごくわずかな法システムのみがこの原則を一貫して書き換えているのである。というのは、しばしば責任とは無関係な処罰（『厳格責任』）もしくは他の逸脱があり得るからである。そのことについては、Lacey, State Punishment, S. 18-22, 46-78. 参照。
- (15) 一例を挙げる。論点（C）の根本的分析は、刑罰の叱責要素と害悪付与の種々の正当化が考慮されなければならないであろうという結論に導くであろう。Narayan, Oxford Journal of Legal Studies 1993, S. 166. 参照。
- (16) 特に Censure and Sanctions. 参照。
- (17) 例えば, zwei von Howard S. Beckers Werken, The Outsider und The Other Side. 参照。象徴的相互作用の理論に関する概観が, Downes/Rock, Understanding Deviance, Kapitel 7. で行われている。
- (18) 『登録』という言葉は、一定の形式の犯罪、特にいわゆるホワイトカラー犯罪は、他の形式の犯罪、例えば万引きや公の憤激の誘発などと同じように全力を尽して報道されたり、研究されたりすることはないという事実の考慮に取り入れるのである。
- (19) In : Principles of Morals and Legislation, Kapitel 11, abgedruckt in : von Hirsch/Ashworth (Hrsg.) Principled Sentencing, S. 66.
- (20) Von Hirsch, Censure and Sanctions, Kapitel 5.
- (21) In : Crime and Justice 20 (1996), I ff.

8 タートヤナ・ヘルンレ／アンドレー・フォン・ヒルシュ「積極的一般予防と叱責」(1)

田 中 久 智
里 見 理都香

タートヤナ・ヘルンレ（ミュンヘン大学シューネマン教授の講座の助手）、アンドレー・フォン・ヒルシュ（当時ケンブリッジ大学刑罰論・刑法教授、ウプサラ大学兼任教授、現在ケンブリッジ大学名誉教授）である。

この論文 Tatjana Hörnle/Andrew von Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel. は、GA 1995, 261以下に初出されたものである。それに若干の修正を加え、ウプサラ・シンポジウム（1996年）で報告されたものである。同シンポジウムの諸報告を収録した Schüneman/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention ; Kritisch Analysen im deutsch-englischen Dialog ; Uppsala Symposium 1996, Heidelberg C. F. Müller Verlag, 1998, S. 83-100. に収録されている。

本論文は、ヘルンレ／フォン・ヒルシュの同論文の紹介と検討を試みるものである。本号では紙幅、時間の都合で、同論文の紹介にとどめ、その検討は別の機会に発表の予定である。

第1節 タートヤナ・ヘルンレ／アンドレー・フォン・ヒルシュ「積極的一般予防と叱責」

I 序説

(83頁)「積極的一般予防の理念はドイツ刑法学において、刑法の存在と形態の正当化のために支配的役割を果たしている⁽¹⁾。このキーワードのもとにまとめられるすべての理論の分母は、刑罰は積極的效果を生ぜしめるのであり、特別予防におけるように被処罰者の行動変更に限られず、また、消極的一般

予防におけるように、威嚇による行動制限のメカニズムに拠るのでもないとい
 うことである。効果メカニズムの理論的形成の詳細は種々である。それゆ
 えに、ここでは複数の理論を選ぶことにする。種々のアプローチは、目的の
 対象によって区別される二つの基本類型に識別することができる。その一つ
 のアプローチは、刑法は個人の態度に影響を及ぼすことができる。他方、第
 二のアプローチにとっては、人間と彼の態度ではなく、規範システムの維持
 が中心になっている。第一の変形の主張者は、ヨハネス・アンデネースであ
 り、刑法の教育的影響を、特に他の社会統制機関と一般的道徳的風土の関係
 枠として強調するのである。⁽³⁾ 他の変形は、道徳的態度への影響を目的とする
 のではなく、法感情の強化を目的とするのである。⁽⁴⁾ ギュンター・ヤコブスに
 よって有力に主張されているシステム理論に基づくアプローチの基礎には、
 下位システムである法は、行動期待の安定化に役立つ、そして、刑法の任務
 はシステムの安定の維持である、という仮定である。⁽⁵⁾ 積極的一般予防は従っ
 て規範妥当の確証と定義される。その場合、⁽⁶⁾（84頁）規範の価値内容とは無
 関係に形式的法妥当が決定的である。⁽⁷⁾

すべての結果説的概念のように、積極的一般予防論もまた経験的裏付けを
 欠いているというもっともな異議にさらされる。刑法による形式的社会統制
 は道徳規範と法システムの機能の支援に寄与するという議論は、直感的に伝
 達されたもっともらしさという烙印に甘んじなければならない。経験科学的
 防衛は、にもかかわらず、ほとんど達成され得ない。というのは、効果関係
 の複雑性は、納得のゆく研究計画を不可能なまでに困難にする。⁽⁸⁾ 不十分な研
 究（調査）命題は、その理論の根本的主張に関する経験的に裏付けられた命
 題さえも許さないし、⁽⁹⁾ いわんや個々の刑罰の形成における積極的一般予防効
 果についての、例えば量刑の領域における量的差異に関する経験的に裏付け
 られた命題は許さないのである。⁽¹⁰⁾

我々の論文（研究）の重点は裏付けられていない経験的関係のこの批判を
 深めることにあるのではない。我々の関心はむしろ、積極的一般予防論の機
 能主義的概念化から生ずる諸問題に注意を向けさせることである。法的機関

の純粹に機能主義的推論（演繹，導き）は，その最も徹底した実行をもっぱら経済的基準を志向し，利益＝コスト＝分析に限り，それによってしばしば奇妙（奇異）な結果に到達する，アメリカの著者たちにおいて達成したのである。功利主義（的）思想の適用に対する我々の疑いは，同時代のアングロサクソンの哲学における広く普及した思潮に基づくのである。功利主義批判の中心的な論拠は，公共の福祉の残高増加によって正当化される個人への干渉は我慢しなければならないという根本仮定に向けられる。このような利益の決算と，犯罪者の公正な取扱の命令のような基本的な倫理的原則は，調和させるのが極めて難しいのである。というのは，その基本的倫理原則はコスト＝利益＝計算においては何ら特別の役割を要求し得ないし，場合によっては公共の福祉の増大のため無視されなければならないのである。

（85頁）ドイツの刑法学者は功利主義的思考を徹底して刑法解釈学に取り入れてはいない。⁽¹³⁾ 倫理的原則を考慮する必要性はたとえこのことが常に明文で規定されていなくても，多くの領域で暗に承認されているのである。そのことは次のことを明らかにする。一定の範囲でコスト＝利益＝分析から出発してアングロサクソン法圏で認められている責任と関係のない刑罰（『厳格責任』）を弁護すべきであるとしても，なぜ例えば責任原則が固執されるのかということである。⁽¹⁴⁾ 責任原則を法治国家原則の不可欠の要素として組み入れる連邦憲法裁判所の特典が，その限りで実務を重視する科学者の活動の余地を限定するとしても，ヤコブスのような機能主義者ですら，刑法思想における倫理原則が強力に定着しているということによってのみ，思考実験のレベルに自粛していることは説明し得るのであり，そのレトリックと見てとるべきである。⁽¹⁵⁾

功利主義（的）諸原則の徹底した移し換えにおけるこの制限にもかかわらず，ただ，システム理論的アプローチのみではなく，また穩健な理論においても，刑罰と刑法制度の正当化レベルでの功利主義的論拠は非常に人気がある。これらの功利主義的論証は功利主義的考量をもって諸解決を根拠づけるが，これらの諸解決には，その根底において徹底した功利主義の帰結に対す

る倫理的疑念が存在し得るのである。この論拠を示す像の古典的な例。刑法論文においては原則として次のことが当然のこととして仮定される。すなわち、正しいと感じられる刑罰のみが判決の承認を保証し、従って、法秩序の権威を強化する⁽¹⁷⁾というのである。この説明はしばしば奇妙である。というのは、主張された関係の理論的背景の詳細な分析は、原則として存在しないからである⁽¹⁸⁾。正義が効果の前提であるという論証（論拠）の人気の理由は、（86頁）確かに経験的命題のように振舞いながら、実際にはしかし一切の検証がほとんどできないということであろう。その要求は、論破から守られている⁽¹⁹⁾のであり、同時に一直観的に放棄し得ないものとして格付けされる—『正しい刑罰』への関心を価値に依存して扱うことを回避することを可能とする。この技巧によって我々は、确实と思われる道具的合理性の基礎を見捨て、不確かと思われる倫理的論証という地域に出かけることなく、ポスナーのやり方の徹底したコスト＝利益＝分析の腹痛を起こす解決を免れることに成功する。公共の福祉の論拠に基づく根拠づけの範例を同時に維持しながらより純粋な形式における功利主義的計算の放棄がアメリカの刑法学者を動かして、彼のドイツの同僚を狼の毛皮を着た羊と特徴づけさせたのであった。⁽²⁰⁾

この論文の目的は、積極的一般予防論の機能主義的見解を疑問とし、積極的一般予防論の要素を含むが、しかしもっぱら道具的正当化の狼の毛皮を着た羊なしにやっていく、刑罰論の一アプローチ的根拠づけをスケッチすることである。この理論の概略は規範的に根拠づけられ、従って検証不可能な経験的主張に基づくこともなく、倫理的論拠を疑問のある有益性の論拠で表す代りに、率直に倫理的論拠を用いるのである。積極的一般予防論の機能主義的性格の詳細な批判を（第3章）、我々のアプローチを展開する第4章前に、積極的一般予防の自明のこととして仮定される効果関係の詳細な研究が必要である。従って、まず、第2章において叱責の概念と積極的一般予防論におけるその役割を取扱うことにする。

Ⅱ 積極的一般予防論における叱責とその役割

その刑罰の定義によれば、苦痛の付加とともに『道徳的』もしくは『社会倫理的』無価値判断が必要である。⁽²³⁾財産や自由のような法益に対する損失は当事者に税や検疫（隔離封鎖）の事例においても負担させられる。ある措置を刑罰にするのは、否定的価値判断によって確立された過去の不法への結びつきである。⁽²⁴⁾叱責は本論文では、刑法学において伝統的に用いられてきた無価値判断の概念の同義語として用いられる。二つの用語の同一視は、叱責が人格関係の判断であり、一定の人を目標とするのに対し、伝統的言語慣用によれば無価値判断は行為関係の判断であるという論証（論拠）によって批判され得るかもしれない。刑法ではにもかかわらず、ただ単に行為についての価値判断のみが行われるわけではなく、行為のために行為者が非難されるのが、⁽²⁵⁾刑罰の特色である。もっぱら行為不法の確定（確認）に限定する他のモデルも理論的には考え得るであろう。例えば、形式的手続きによる犯罪に対する国家的反応として、被害者に対し不法が行われたことが彼に認められる形式においてである。この判断も無価値判断であろうが、この場合は同時に一少なくとも暗黙裡にでも一行為者を叱責することはないのである。現行の行為者関係的刑法はそれに対して、無価値判断を叱責と称することを正当化する。

積極的一般予防論は刑罰の叱責的要素を前提とする。一切の無価値判断を放棄する中立的害悪付加によっては国民の道徳的確信もしくは法感情は、明確な価値判断による場合のように影響を及ぼし得ないし、少なくとも影響を及ぼすのは極めて困難であろう。刑罰を国民に結びつけるのは、叱責のコミュニケーション的要素であり、その理論が正しい場合には、効果が高められるのである。叱責の主要な職分はヤコブスのアプローチにもまた妥当するかどうかという問題はより詳細な解説を必要とする。というのは、ヤコブスのアプローチにとっては個人という関係システムは重要ではなく、その代わりにもっぱら社会関係システムにおける刑罰の効果のみが目的とされるので

⁽²⁶⁾ある。システムの機能（作動，作用）のみに関心（興味）のあるアプローチには，人間を目的とする道徳的価値判断はなじまないのである。我々は次のように論証し得るであろう。ヤコブスは，彼の刑罰の定義において叱責や無価値判断のような概念との一切の関係を放棄している。刑罰の内容は，『行為者の負担で行われる規範違反に対する反作用（否定）である。⁽²⁷⁾』しかし，システム理論の前提を真に受け入れるならば『行為者の負担で』という補足（付加）部分は決して説得力があるようには思われない。すなわち，規範の安定化の機能を果たし得る極めて多様な他の措置（手段）がある。規範の否認に対する反作用（否定）は例えば特定の委員会の議決から，凶悪犯罪の被害者を弔うための一分間の黙禱のためのテレビ番組の中断まで等によっても行われ得るのである。ヤコブスの定義には根本的矛盾があることを示すために，我々はここでこのような思考の遊戯を持出し（引き合いに出し）ているのである。その根本的矛盾は，ヤコブスが新しい正当化の基礎の上に従来の本質的特徴を引き継ぐ刑罰と刑法機関の彼の（学問）体系を構築しようとしている点にある。規範の安定化を目的とする刑罰の正当化は，しかし刑罰を，行為者に科せられる，社会倫理的無価値判断と結びついた害悪付加という伝統的形式において説明することはできない。我々は，その理論によって他の機関を全く同じようによく根拠づけることはできない⁽²⁸⁾（88頁）のである。彼の理論は確かに叱責に頼ることなくやっていくことはできるかもしれない。それ故に，その理論はしかし，同時に，伝統的な意味の刑罰と全くその通りの（従来通りの）国家機関を解明（解説）する。我々の論文において刑罰の要素である叱責に集中することは，まず第一に，叱責を積極的一般予防論に取り入れる支配的地位から，第二に我々の固有の刑罰の概念化から結果として生じる。我々はまず第一に，刑罰を構成する叱責と害悪付与の二要素を分析的に区別することが必要であるという根本的仮定から出発する。一般に（普通）刑罰の意味と目的について述べるやり方は，叱責と害悪付与の根拠づけが異なった論理に従い得るということをおろそかにしている。確かに我々の刑法の伝統では二つの要素は相互に結合されるが，しかし，二要素を

切り離して一つの要素あるいは他の要素に基づかせて、法規の侵害に対する反応（反作用）モデルを構想することも全く可能である。害悪付与についてはコミュニケーション的媒介とは異なる根拠が主張されなければならないが、叱責の理由はメッセージ（知らせ）の伝達である。そうでなければ叱責に限定され得ることになるからである。⁽²⁹⁾

我々の第2の主要な前提は、国家権力と市民の関係である。その場合、我々は次のことから出発する。すなわち、刑法の領域においてもまた、国家は市民を原則として自己答責的に行為する、倫理的判断を行う能力のある存在（人間）として名宛人とし（話しかけ）なければならないということである。叱責の役割に関しては、イマヌエル・カントが主張している倫理を参照する刑罰目的論の基本的見解、特に人間の自律性が刑法においてもまた尊重されなければならない⁽³⁰⁾という基本的見解に立つ。そこから必然的に叱責と害悪付与の関係における、しかも叱責の優位性の意味での重点設定が明らかになる。人間に固有の自己反省とコミュニケーションの能力がこれに刑法上重大な犯罪行為に対する国家の反応（反作用）の領域において中心点に置くことを正当化するのである。刑法はまず第一に、人間の道徳的コミュニケーション能力と認識能力を取り扱うこのような方法を使用するのである。場合によっては、第2に、刑法は害悪付与による威嚇⁽³¹⁾の媒介物を通して作動（作用）するメカニズムに基づかなければならない。

Ⅲ 積極的一般予防の機能主義的観点と叱責

積極的一般予防論に特徴的なのは、叱責の機能主義的性格（性質）である。叱責は、たとえ（89頁）内部的心情もしくは規範システムの安定化の強化に影響を及ぼすことであるとしても、（88頁）結果について述べられるのである（89頁）。

叱責のこの機能化は二つの側面から批判される余地がある。第1に、ただ効果に関してのみ定義される叱責は実際に期待される効果を示すことができるかどうかは、疑問であるように思われる。第2に、叱責のもっぱら道具的

根拠づけは、国家と国民のつきあいの基本的倫理的要求（要請）に調和し得るかどうかという根本的な面で疑問がある。

機能主義的特色のある刑法判決の効果への疑問を既にミヒェエル・ボック⁽³²⁾が述べている。もっぱら公衆に一定の効果を惹き起こすために言渡される価値判断は、まさしくこの機能主義的還元のために説得力を失うのである。アピール（訴え）のファッサード（前面）は、判決が聞き手に対し、発言者自身がまず第１に内容的な真面目さを問題にするのではなく、ただ公衆を統制することのみを考えていると主張する場合には、アピール（訴え）のファッサード（前面）は粉々になる。刑法が期待された有益な効果を公式に刑法の存在の正当性のために考慮に入れる場合、刑法は同時に潜在的効果をこのように公にすることによって自らの邪魔をするおそれがある。同じく、ただシステム維持の目的のために述べる戦術が一般的に周知である場合には、不当な判決が真面目に採用されることは全く期待し得ない。叱責する判決は、その動機が主として目的を志向しない場合に、最高の効果を発揮するということは、多くの点から良いことである。⁽³³⁾叱責は、それを叱責される者が叱責者の真面目に考えられた倫理的説得の表現であると確認し得る場合にのみ、効果を有し得るのである。⁽³⁴⁾刑法学を密教的秘密の教えとして行うことは、機能主義的積極的一般予防論の意味において首尾一貫している。というのは、刑法の無価値判断の二通りの意味に関する公衆の無知（不知）のみが有効性（効果）を保証し得るからである。⁽³⁵⁾二重道徳を暴露する場合、効果（効力）の損失を考慮しなければならない。

しかし、もっぱら機能的に正当化される叱責の有益性（有効性）に関する疑問が除去され得るとしても、倫理的に（90頁）根拠づけられた異議が持続するのである。国家が、専ら道具的な目的に役立つ価値判断を言い渡す場合、国家は国民に尊敬を強制するわけではない。積極的一般予防における叱責の使用は、二つの観点の構成を意味する。第一の観点は、叱責の真の目的を知っている少数のそれであり、第二の観点は、叱責の動機は叱責（それ自体）の権利（それ自体）であることを信じなければならない多数のそれである。

このような二重のモラルは、マキアヴェリ⁽³⁶⁾の国家観の意味におけるよく考えられた解決であるかもしれないが、しかし、我々の考え方に相当する国家理解とは調和しない。消極的一般予防の構想に対する周知の異議は、処罰される者を公共の福祉の増進のための客体の役割に還元することに反対する意見を述べるのであり、それはまた積極的一般予防論の機能主義的変形⁽³⁷⁾に対して妥当するのである。我々はそれどころか、積極的一般予防論のシニシズム（冷笑主義）をなお非難し得るものと格付けることまでできる。というのは、威嚇（理論）は、何はともあれ既決囚をあからさまに道具として利用することを必然的に伴うのに対し、二重モラルの原則は、叱責の正しい存在理由の秘匿に基づいて構築されるからである⁽³⁸⁾。

従って、消極的一般予防論の批判者が、その核心では厳密には被罰者との道具的にかかわり合い（関係）にもかかわらず、積極的一般予防論を承認する⁽³⁹⁾のには驚かされる。正しい刑罰の原則のように倫理的に根拠づけられた観点を有効性（効果）の前提としてその理論の中に統合する考え方もまた、威嚇理論と比較すると確かに疑問は少ないのかもしれないが、しかし結局、疑念を一掃することはできない。刑法システムが、特に刑法的叱責との関係において公平で正しく作用する、という印象を媒介する（伝える）ことが本質的に成功しなければならぬとするならば、『正義による積極的效果』⁽⁴⁰⁾（という）モデルが十分に行われるであろう。というのは、その前提（条件）によれば、法的意識の強化は正しいシステムの社会的認知（知覚）から生じるからである。正しいシステムのファッサード（前面）が認められる限り（で）、（91頁）国民は、この理論によって、法システムとの結びつきを強化される。それと同時に、にもかかわらず、現実の拘束力を有する倫理的原則を刑法（の中）に統合する可能性は問題にならない。この理論によれば、公正（公平）の原則から一定程度逸脱することは十分に起こり得ることである。というのは、たまに不正義が行われるということは、それが規範信頼を害さない限り（で）、認容し得るであろうが、刑法システムの機能の仕方の詳細は国民の間では決して十分には知られていないということから出発しなくてはな

⁽⁴¹⁾
らないからである。

- (1) Jakobs, Strafrecht AT, 1 / 4 ff.; ders., Das Schuldprinzip, S. 25 ; Dölling, ZStW 102 (1990), 14 ff.; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 922 ff.; Schünemann, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, S. 219 ; Müller-Dietz, FS für Jescheck, S. 813 ff.; Roxin, FS für Bockelmann, S. 305 f.; 参照。W. Hassemer は、積極的一般予防と統合予防を区別した。in : Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 324 ff.;ders., FS für Buchala, S. 133 ff. S. auch dens., in : Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, S. 29 ff.
- (2) 種々の変形とそれを基礎とする行動モデルの分析のためには, Baurmann, 本書 1 頁以下, そのほか Schumann, Positive Generalprävention S. 1 -13.
- (3) In : Punishment and Deterrence, S. 124 f. S. auch Jean Hampton, Philosophy and Public Affairs, 13 (1984), 212, 231. Ähnlich schon Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 3 und Hellmuth Mayer, 同趣旨のものとして, Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 3 und Hellmuth Mayer, Strafrecht AT. S. 21 f. 彼らは刑法の任務を社会倫理的行為無価値の保護に見るのであり, それに道徳形成力を書き加えてる。
- (4) Müller-Dietz, FS für Jescheck, S. 819.
- (5) Jakobs, Strafrecht AT, 1 / 4 ff.
- (6) Jakobs, Strafrecht AT, 1 / 9 ff.
- (7) Baratta, KrimJ 1984, 133.
- (8) W. Hassemer, in : Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, S. 36
- (9) S. Schumann, Positive Generalprävention, ders., in diesem Band S. 17 ff.; Dölling, ZStW 102 (1990), 18 f.; Schöch, FS für Jescheck, S. 1103, fand eine positive Korrelation der Variablen Strafwahrnehmung und moralische Verbindlichkeit einer Norm, jedoch kann daraus nicht zwingend auf die Formung moralische Urteile durch das Strafrecht geschlossen werden, da es genauso plausibel ist, dass moralische Einstellungen die Wahrnehmung des Strafrechts prägen wie umgekehrt. は、その見解の積極的な相互関係がある規範の刑罰認知と道徳的拘束性に認めるが、にもかかわらず、そこから必然的に刑法による道徳的判断の形式化が推論され得るわけではない。というのは、道徳的態度が刑法の認知を打ち出すということは十分に納得できるからである。
- (10) S. Schünemann, in : Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, S. 223.
- (11) 図解のためにリチャード・ポスナーの次の提案が述べられている。すなわち、警察と検察庁の経費削減によって訴追の蓋然性を減少させ、被告の刑罰の倍加に

- よって威嚇効果の損失を埋め合わせるというのである。In : Columbia Law Review 85 (1985), 1198 f.
- (12) Williams, in : Utilitarianism. For and against; Finnis, Fundamentals of Ethics, S. 80 ff. 参照。
- (13) すなわち、刑罰によって惹起される被処罰者の苦しみもまた考慮に入れられるということが、コスト—利益—計算—分析として前提とされる限りで、一部はそれ（功利主義的思想）は勿論功利主義的根拠づけの要求の背後に残っている。ヤコブスの刑罰論では、この要素は見られない。刑罰は『行為者の負担で』行われるが、彼に科される損害（損失）に利益考量の意味での独自の役割は与えられることはない（Jakobs, Strafrecht AT, 1 / 8）。もっぱら有益性の論証に方向づけられた根拠づけ範例は、功利主義的根拠づけと比較すると後退である。
- (14) die Analyse von Henke, Utilitarismus und Schuldprinzip, S. 214 ff. 参照。
- (15) BverfGE 20, 323, 331.
- (16) それは確かに機能主義的責任概念を指示するが（Jakobs, Strafrecht AT, 1 / 18 ff. 参照），その場合しかし規範安定化のために必要な要件の彼の定義をそのように選択するので，彼は伝統的責任論の本質的特徴，例えば帰責能力の必要性を引き継ぐことができるので，それを有益性の考量を根拠として求め得るのである。例えば刑法第20条に基づく『他の重大な精神的変質（変態）の故に責任無能力（者）の重大な犯罪は，実際に行行為者が規範を否認（否定）する能力を欠如するために，規範確証の要求を呼び起こさないのかどうかは，少なくとも議論に値するように思われる（同旨 Jakobs, a. a. O., 1 / 12）。アングロアメリカン法圏において極めてラディカルに行われている『精神異常の抗弁』の廃止ないし制限をめぐる議論のみにについては，Fletcher, Rethinking Criminal Law, S. 843 ff. 参照。』
- (17) Noll, FS für H. Mayer, S. 223 ; Gallas, ZStW 80 (1968), 3 ; Roxin, FS für Bockelmann, S. 305 ; Achenbach, in : Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 143 ; Müller-Dietz, FS für Jescheck, S. 825 f. ; Kunz, ZStW 98 (1986), 832 ; Neumann, ZStW 99 (1987), 591 ; Streng, ZStW 101 (1989), 292
- (18) Baurmann, 本書 8 頁以下参照。
- (19) すでに Roxin 自身が，Strafrecht AT, 3 Rn. 30 において，また同様にハッセマーも ; ebenso W. Hassemer, FS für Buchala, S. 145 f. において主張している。
- (20) George Fletcher, ZStW 101 (1989), 812.
- (21) 勿論次のことが補足されなければならない。多くのドイツ刑法学者は，彼らが目的刑の馴致（家畜化）の必要性（Schünemann, in ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 179）を公式化する限りで，予防思想の優位をはがれた。また，Kunz, ZStW 98 (1986), 823 ff. sowie Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 328 参照。ハッセマーは，法の形式化の機能を強調する積極的一般予防の彼の見解は古典的意味での予防理論では決し

てないことを強調している。

- (22) Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, § 1 Rn. 9 ; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, S. 36.
- (23) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 59 ; Roxin, Strafrecht AT 1, § 3 Rn. 46.
- (24) Noll, Die ethische Begründung der Strafe, S. 17 f. 参照。
- (25) Kunz, ZStW 98 (1986), 826 ; 人格的非難の要素に反対するものとして, Ellscheid/Hassemer, in: Lüderssen /Sack (Hrsg.), Seminar : Abweichendes Verhalten, Bd. II, S. 266 ff.
- (26) Jakobs, Strafrecht AT, 1 /8.
- (27) Jakobs, Strafrecht AT, 1 /10.
- (28) Baratta, KrimJ 1984, 140; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 923.
- (29) それについては von Hirsch, 本書101頁以下, ならびに同著者による, Censure and Sanctions, 9 頁以下参照。
- (30) 関係領域は、『道徳的形而上学』(1797)におけるカントの刑罰についての詳述ではなく、『道徳的形而上学の基礎』(1785)である。Bielefeldt, GA 1990, 108 ff.; ならびに Duff, Trials and Punishments, 特に S. 6 ff.; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 805. 参照。
- (31) これについては, V. Hirsch, Censure and Sanctions, S. 9 ff. 予告一般予防論の主張者はその重点設定が異なる。Schünemann, 本書117頁以下参照。
- (32) In : ZStW 103 (1991), 649 ff.; ebenso Frister, Die Struktur des “voluntativen Schulselements”, S. 80 ff.
- (33) Bock, ZStW 103 (1991), 652. Baumann, 本書13ページ以下。また Neumann/Schroth, Neue Theorien von Kriminalität und Strafe, S. 122 f.; Popitz, Die Präventivwirkung des Nichtwissens.
- (34) Von Hirsch, Censure and Sanctions, S. 24 ff.
- (35) Bock, ZStW 103 (1991), 653. Frister, Die Struktur des “voluntativen Schulselements”, S. 81. Jakobs, Das Schuldprinzip, S. 30.
- (36) 同旨 Frister, Die Struktur des “voluntativen Schulselements”, S. 82. また die Analyse von Callies. NJW 1989, 1339 f.
- (37) Naucke, in : Hassemer/ Lüderssen /Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, S. 1 ff.; Duff, Trials and Punishments, S. 178 ff.; Ashworth, in: von Hirsch/Ashworth, Principled Sentencing, S. 53 ff.; Kunz, ZStW 98 (1986), 827 ; Hart-Hönig, Gerechte und zweckmässige Strafzumessung, S. 49 f.
- (38) E. A. Wolff ZStW 97 (1985), 803.
- (39) 消極的一般予防を疑問とする態度では, 例えば Roxin, FS für Bockelmann, S. 306と Hart-Hönig Gerechte und zweckmässige Strafzumessung, S. 98 ff. が積極的一般予防を主張している。
- (40) Nachweise bei Fn. 17, ならびに Hart-Hönig. Gerechte und zweckmässige

Strafzumessung, S. 99 f., W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 326 f.

- (41) Von Hirsch/Jareborg, Strafmass und Strafgerechtigkeit, S. 10. die Definition der positiven Generalprävention von W. Hassemer (in : Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 324 ff. sowie FS für Buchala, S. 147 ff.) もまた、我々の疑念を晴らしてはいない。