

## 《論説》

## 積極的一般予防論の最近の動向（2）

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）（以上本号）

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

はしがき

積極的一般予防論はスペインにも影響を及ぼしている。本稿は、その問題をサンティアゴ・ミル・プッチ教授（バルセロナ大学）の論文「積極的一般

予防論の根拠づけ機能と限界づけ機能」(Santiago Mir Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), S. 914 ff.)に基づいて考察しようとするものである。ドイツとスペインの刑法学者の交流を通して、ドイツで1970年代末から有力に主張されている積極的一般予防論がスペインでどのように議論され、どのような形で受け入れられているのか、特にプッチ教授はどのような積極的一般予防論を主張しているのかを明らかにし、そこに注目すべき主張など学ぶべき点、また批判すべき点について論じ、積極的一般予防論をさらに深めていきたいと考えている。なお、プッチ教授が次のように述べているので、付記しておきたい。「本論文は、筆者が1988年にミュンヘン大学ならびにエアランゲン／ニュールンベルグ大学で行った講演である。スペイン語論文を独文に翻訳して下さったのは、ドリス・エンジガー氏である。その独文原稿を読み、さらに手を加えて下さったロクシン教授には心から御礼申し上げたい。」<sup>(1)</sup>

本稿の連載にあたって、編集委員外井一仁助教授、前編集委員上原由起夫教授にはひとかたならぬお世話になった。また、ノルウェー大使館広報部仙波亜美氏にも里見理都香「アンデネースの抑止刑論——それは積極的一般予防論か——」について、アンデネースをはじめノルウェーの諸学者について種々御教示を頂いた。心から御礼申し上げる次第である。

国土館大学大学院法学研究科の渡部純一君、大野洋希君、米良真紀子さん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。

## I プッチの論文の目的

プッチははじめに彼の論文の目的を次のように述べている。

「[914頁] 刑罰の機能は、まさしく幾つかの点で問題を提起する。社会学的観点からは、刑罰は社会において実際にどのような任務を果たしているのかという問題が提起される。法解釈学では、現行法が刑罰に課する機能が問題となる。次に、法哲学的観点の問題となる。積極的一般予防論の私の論究は、刑罰の社会的機能もしくは刑罰に現行法が課する機能がどのようなものかと

いう問題から出発するのではなく、このような機能はどこに存在すべきかと  
 (2)  
 いう問題から出発するのである。」

## II 刑罰の目的

1 次に、この問題に関する近・現代の刑法学の諸見解について考察する。  
 「この問題は、近代刑法学の歴史において種々に答えられた。19世紀はじめは、フォイエルバッハ、フランジェーリおよびベンサムなどの一般予防的考え方ならびに応報刑論、特にカントの応報刑論が支配的であった。19世紀がさらに進む過程で、ヘーゲル学派がやはりまた応報刑思想を主張したのであった。その後、自然主義的実証主義の新しい見解が特別予防に賛成の意思表示をした。その結果、応報刑論者と予防刑論者との間の『学派の争い』が生じたが、折衷説の妥協が忍び込み、応報思想、一般予防思想ならびに特別予防思想がさまざまな方法で結合させられることになった。にもかかわらず、その妥協は、現実の応報刑論の基礎として役立ってきた出発点を放棄することを意味した。すなわち、正義は社会的功利(実利)から導かれる妥協を許さないから、刑罰は正義への倫理的要求にすぎないと考えられるのである。このことは、その後一般予防を強調することになるのであり、[915頁] 応報はただ刑罰の上限もしくは下限を決定するその機能においてのみ維持されることになる。その結果、責任思想もしくは比例性によって限界づけられる予防に役立つ刑法が生じる。このモデルは、統合的性質の社会主義的法治国家モデルと同じであり、また、社会主義的法治国家と関連しあうが、このモデルでは、二つの観点、すなわち刑法による予防によって社会を保護する必要性と、刑罰の介入に一定の限界—それはただ単に公衆の利害に方向づけられるのみではなく、また個人の利害にも向けられるのであるが—を課する合目的性が一致させられるのである。

この考え方(構想)は勿論矛盾しているように見える諸原則の緊張関係を含む。一般にそう称されているが、『刑罰目的の二律背反』が考えられる。一般予防がどのように妥当なものであるにしても、責任原則もしくは比例性

原則の要件と矛盾するかもしれない。というのも、法の刑罰威嚇（罪刑法定による威嚇）ならびに裁判官による量刑と行刑では、争いが生じ得るからである。この二律背反とそこから生じる矛盾は、過去に種々の観点から提案された『積極的一般予防』論によって止揚され、少なくとも限界づけられ得るのである。この理論を論ずることにしたい。

なお、その前に付け加えておきたいことは、この理論の普及にあたっては、『再社会化の危機』が寄与したということである。1950年代から1960年代にかけて行刑の個別化の可能性に直面して現われた楽観主義が、その後次第に消失していったのである。高い累犯率がこのような行刑の効率への疑問を示すのである。その上、刑を受けるべき者の個人的保障のために極端に走った処遇の個別化の危険が一般に示される。このことは決して特別予防を完全に放棄することにはならないが、しかし、特別予防は刑罰の一般的根拠づけとしては疑問とされたのである。その上、国家の任務としては、応報の意味は増大する社会的保護に比して減少しているのであり、一般予防に対する関心<sup>(3)</sup>がますます強まっていることが理解されるのである。

〔916頁〕 2 一般予防の古典的見解によれば、刑罰は害悪の威嚇であり、それによって潜在的犯罪者を威嚇しなければならないという。これを要するに『アンシャン・レジーム』では、見せしめの刑の執行によって達成しようと努めたのに対し、フォイエルバッハは、彼の有名な『心理強制説』において刑罰の威嚇機能を法律と結びつけた。それに対して、積極的一般予防論は、威嚇を目的とするのではなく、刑罰によって『社会の規範意識』を安定させ、<sup>(4)</sup>規範妥当を確証し、<sup>(5)</sup>国民の法意識を強化し、安定させようと努めるのである。<sup>(6)</sup>刑罰はただ単に潜在的犯罪者においておそらく存在する犯罪（行為）への傾向を防止するのみではなく、また規範信頼を強化するであろうから、刑罰は、ただ潜在的犯罪者だけではなく、すべての国民に向けられるのである。応報が予防の前提となることから、積極的一般予防論によれば両機能間の二律背反は克服されなければならない。基本的法規範が侵害された場合には、規範妥当の確証が従って相当な刑罰を科することを要求する。

積極的一般予防論は種々に理解される。学説の一部は、積極的一般予防論<sup>(7)</sup>を威嚇思想の刑法的テロの傾向を合理的方法で限定する理論として歓迎する（ゴメス・ベニテス—筆者注）のに対し、他の者は、積極的一般予防論に予防の拡大<sup>(8)</sup>（ルソン・ペニャー—筆者注）もしくは少なくとも刑法の介入の実質的限界の除去を許容するであろう非合理的傾向を合法（適法）と認める<sup>(9)</sup>（パラッター—筆者注）試みを見るのである。この種々の解決は、積極的一般予防論の種々な主張が存在するのに対応するものである。積極的一般予防論の主張者達は二つの陣営に分けられる。一方の側からは、この予防は刑法的介入（干渉）の十分な、そして、場合によっては拡張的根拠づけとして（以上917頁）支持される。もう一つの側からは、この予防は、威嚇ならびに特別予防に対する限界づけとして擁護されるのである。」

3 ここではまず、プッチが折衷説による応報思想、一般予防思想、特別予防思想の止揚では、応報刑論はその中心（核）となり得ない旨述べている点を注目したい。というのは、「その妥協は現実の応報刑論の基礎として役立ってきた出発点を放棄することを意味した。すなわち、正義は社会的功利から導かれる妥協を許さないから、刑罰はただ正義への倫理的要求にすぎないと考えられる」からである。「しかし、特別予防も刑罰の一般的根拠づけたり得ない。「高い累犯率がこのような行刑の効率への疑問を示すのであり、また、「刑を受けるべき者の個人的保障のために極端に走った処遇の個別化の危機が一般に示される」からである。「このことは決して特別予防を完全に放棄することにはならないが、しかし、特別予防は刑罰の一般的根拠づけとしては疑問とされた。」「このことは一般予防を強調することになる。」

第二に、プッチが、しかし、一般予防の古典的見解はフォイエルバッハの心理強制説も含めて、刑罰は害悪の威嚇であるとするのであり、認め得ないとし、積極的一般予防論に立つべきことを主張していることを強調したい。

そして、プッチが、積極的一般予防論は、威嚇を目的とするのではなく、刑罰によって『社会の規範意識』を安定させ（ハッセマー—筆者注）、規範妥当を確認し（ヤコブス—筆者注）、国民の法意識を強化し、安定させよう

と努めるのである。(ミューラー＝ディーツ、ノイマンならびにシュロート―筆者注)」と表現している点は、積極的一般予防論者であるハッセマー、ヤコブス、ミューラー＝ディーツ、ノイマン、シュロートの諸見解を要領よくまとめたものとして大変参考になる。

我々も既に早くからヤコブスの見解とハッセマーの見解は、積極的一般予防論という点では共通点があるが、内容的には異なる点があり、積極的一般予防論にはこの二つの流れがあることを指摘してきた。<sup>(10)</sup> プッチも「積極的一般予防論の主張者達は二つの陣営に分けられると明確に主張しており、本稿と同趣旨の極めて妥当な見解であると考える。

その一つの立場であるハッセマーらの理論が、「威嚇ならびに特別予防に対する限界づけとして支持される」とするのは大筋正しいと考えるが、しかし、もう一つの立場であるヤコブスらの理論を「刑法的介入の十分な、そして、場合によっては拡張的根拠づけとして擁護される」とする点は疑問といわなくてはならない。その詳細については、『V ヤコブス等の積極的一般予防論に対するプッチの批判とその検討』の節において論ずることにしたい。

プッチでは、積極的一般予防論は刑罰の上限もしくは下限を決定する機能として、応報の責任原則もしくは比例性原則を止揚すると主張されている。この点も批判しなくてはならない。

ここでは特に比例性原則が問題とされなくてはならない。

比例性の原則とは、刑罰は犯罪に相応(相当)したものでなければならぬという原則である。それは、プッチも認めているように、応報刑論の一機能とされており、また、タリオ法理(同害報復法)とも密接に関係している。そこで、比例性の原則、さらには、応報刑論(タリオ法理も含む)をもまとめて論ずることにしたい。

### Ⅲ 絶対的応報刑論ならびに比例性の原則の批判

#### (一) カントの絶対的応報刑論

##### 1 カントは、人間の絶対尊重、人格の自己目的性を強調する立場(人格

は目的自体であって手段として扱われてはならないとする立場)から、刑罰は、ただ犯罪者が罪を犯したからという理由だけで彼に科されなければならない、他の善を促進する手段として科せられてはならない。というのは、一般予防、或いは、特別予防が追求される場合には、人間は、単に他人の目的の手段として取り扱われ、物権の対象と混同されるからである。それ故に、刑罰は、実践理性の定言命令であって、正義の当然の要請として犯人に科せられるのであり、「目には目、歯には歯を」という同害報復の原則(タリオ法理)に基づく絶対的応報刑論を主張する。

「応報の原理は、カントによれば、殺人に対して死刑を要求する。」<sup>(11)</sup>「もし彼が人を殺害したのあれば、彼は死ななければならない。この際には正義を満足させるに足る(死刑以外の)どんな代替物もない。たとえどんなに苦痛に満ちた生であっても、生きているということと死とのあいだには何らの等質性もないからである。」<sup>(12)</sup>この後に、「刑法学がいつも繰り返して語る例の話が続く。」<sup>(13)</sup>「市民社会が全構成員の合意によって解散する(例えば、ある島国に住む国民が解散して全世界に分散することを決めた)というような場合にも、牢獄につながれている最後の殺人犯人はその前に死刑に処せられなければならない。こうすることによって各人に彼の行為に値するものが与えられ、そして、その処罰をあえてしなかったために、その国民に殺人罪の責任が負わされないためである。というのは、その国民は、正義の公的侵害の共犯者とみなされ得るからである。」<sup>(14)</sup>

2 カントの絶対的応報刑論にも次のような『疑問』がある。

(a) エルンスト・アマデウス・ヴォルフ、シュミットホイザーが的確に指摘しているように、犯罪行為は、過去に完結したのではなく、人間の行為の目的、従って、処罰の目的もまた、当然に将来の変化として達成され得るものと結びつくのである。<sup>(15)</sup>従って、刑罰は目的刑でなくてはならないと考える。

「現代に関しては、社会的秩序の維持のためにのみ処罰され、その結果すべての理論は、『犯されないように』ということで、より正確には、規範安定

化の利益で一致することは解決されたものと見なされ得る。<sup>(16)</sup>「目的から解放された尊厳性」という意味での絶対的応報刑論は時代遅れで、現在ではもはや刑罰の正当性を基礎づけ得ないといわなくてはならない。

(b) 犯罪者が罪を犯したからという理由だけで、彼に科されなければならない刑罰は、それが維持しようとする規範、社会が価値あるものである場合にのみ正当化されるのであり、また「犯罪と刑罰が正当に定義されている場合にのみ正しいのである。しかし、カントは定義の正しさを前提としているのであり、カントの絶対理論はこの定義が正しいかどうかについて何もなし得ない<sup>(17)</sup>のである。」

(c) ウルリッヒ・クルークが述べているように、「行為と刑罰とは、それをどうひねってみても、比較し得る大きさではない。」「それはカントにおけるタリオ法理にも、またヘーゲルにおける価値的観点にも同様に当てはまる<sup>(18)</sup>。」

タリオ法理（同害報復法）については、次のように批判し得るであろう。

ヘーゲルが述べているように、「片目の犯人や歯無し<sup>(19)</sup>の犯人を想像しただけでも」その法理の「不合理は、容易に理解し得るであろう。」また、クラックもまた次のような批判をしている。「例えば、性的暴行や名誉毀損、詐欺、略取・誘拐、テロに対する適切な反応は何であろうか？容易には答えられないであろう<sup>(20)</sup>。」

また、クルークは鋭く指摘している。『たとえどんなに苦情に満ちた生であっても、生と死の間には、何らの同質性もない』とカント自ら述べている。」「しかし、そうであれば、謀殺と死刑の間には、同様に同質性はないことになり、カントの論証はその根拠を失うことになる。なお厳格な意味における同質性は、死がより軽い害悪であるように思われる非人道的な性質の生の形式があるという状況で、また欠けることもあり得るのである。」<sup>(21)</sup>それは、例えば次のような意味に解されるであろう。すなわち、真面目な生活を営み、家庭でも家族の尊敬、信頼を受け、大黒柱であったような人（被害者）の生と死と、死がより軽い害悪であるように思われる非人間的な性質の生を生き

ている人(例えば殺人犯)の生と死(死刑)は、同じ死だからといって両者は比例しているとは考えられないということであろう。このことはカント、ヘーゲルの両者の批判になると考える。殺人に対する刑罰が死刑か無期か争われる事件も少なくない。このことも犯罪と刑罰の比例性の判断が必ずしも容易ではないことを示していると考ええる。

(d) 比例性の原則も、何が適当な刑罰であるかの決定に必ずしも役に立たないと考える。「それによっては、我々は終身刑、死刑、(手足等を切って)不具にする刑、追放等々の容認(受容)可能性を決定することができない。これらの判断は、比例性の原則と無関係に行われなくてはならない。」少なくとも比例性の原則のみでは行われ得ない。人権思想等によって、判断されなくてはならないのである。「さらに、応報刑論は我々がこれらの判断を行うのに役立つかどうか必ずしも明らかでない。

応報刑論が制裁の明確な基準(尺度)を示し得ず、新たに提案(構想)されるもしくは現行の死刑のような制裁が適切かどうかを我々が評価するのに役立ち得ないということは、その理論自体が埋めることのできないギャップ<sup>(22)</sup>のあることを示すことになる。」

むしろ、絶対主義的応報刑論、とくにカントから学び得るのは、「自己目的としての人間」という理念ではなかろうかと考える。

## (二) ヘーゲルの絶対的・等価的応報刑論

1 ヘーゲルは、その弁証法の論理<sup>(23)</sup>によって、犯罪は法の否定であり、<sup>(24)</sup>「刑罰は否定の否定である」とする。刑罰は侵害(犯罪)が「空無であり無効<sup>(25)</sup>であることを明示<sup>(26)</sup>し、「正ないし法を回復する。」法は、「まさにこのことにおいておのれの妥当性を示し、おのれが一つの必然的に媒介された現存在<sup>(27)</sup>であることの実を示すのである。」

「しかし、刑罰の目的はただ単に法の」「回復にだけあるのではない。もう一つの有力な機能は、犯罪者の権利の回復である。」<sup>(28)</sup>

「刑罰は正当であり、正当なものとして刑罰は同時に犯罪者の意思でもあり、」  
「彼がその行為にさいして自分で認めものである。犯罪者が自由意思を持

つ理性的な存在である限り、「刑罰は彼の権利ないし正」でもある。(犯罪者は刑罰を受ける権利を持つのである—筆者注)。「そして、この点で犯罪者は理性的なものとして尊敬されるのである。」しかし、「この尊敬は、彼の刑罰の概念と尺度が彼の行為そのものから取り出されるのでなければ、彼には与えられない。同様にまた、彼がただ無害にされるべき有害な動物としか見なされず、ただ威嚇と矯正の諸目的のなかでしか見られないとすれば、やはりその尊敬には与えられない。」<sup>(29)</sup>

そこでヘーゲルは、刑罰論に犯罪防止などの目的を導入することを厳しく批判する。彼は「フォイエルバッハの刑罰理論(心理強制説)は、刑罰を戒告にもとずかせる」、「だが、威嚇は人間を自由なものとしては前提していないのであって、害悪の表象によって人間を強制しようとするのである。だが、法と正義は、自由と意思のうちにその座を有するのであって、威嚇が向けられる不自由のうちにあってはならない。こういう仕方での刑罰の根拠づけは、犬にむかって杖をふり上げるようなものであって、人間はその名誉と自由によって取り扱われるのではなく、犬みたいに取り扱われる」<sup>(30)</sup>と批判する。フォイエルバッハの理論でも、人間を理性的、合理的な存在として取り扱ってはいる。ただ、ヘーゲルの徹底した形而上学的思考からすれば、刑罰論で犯罪防止目的を考慮すること自体許されないことである。<sup>(31)</sup>

「刑罰は、ヘーゲルにおいてもまた応報である。」しかし、ヘーゲルは、「目には目を、歯には歯を」という同害報復の原則(タリオ法理)に基づくカントの絶対的応報刑論を批判し、絶対的・等価的応報刑論を主張した。

ヘーゲルは次のように述べている。

「犯罪を放棄することは、」「侵害を侵害することであるから、」法の否定としての「犯罪は、一定の質のおよび量的範囲をもち、したがってまた犯罪の否定もまさしくそのような範囲をもつのであるから、その限りにおいて報復(応報)である。しかし、この報復の同一性は、侵害の特殊的性状における同等性ではなく、侵害の即自的に有る性状における一つまり侵害の価値からいっての同等性である。」というのは、「犯罪が刑罰に当然値し、犯罪者には

当然彼の行ったのと同様のことがなされるべきだ」<sup>(32)</sup>からである。

しかし、ヘーゲル自身、窃盗や強盗とそれに科される禁錮刑や罰金刑の価値の同等性の判断が必ずしも容易なものでないことを認めている<sup>(33)</sup>ことも指摘しておきたい（ヘーゲルは、「できる限り両者のこの価値の同等性に接近するよう求めるのが、悟性の課題でもある」と述べている）。

また、殺人罪の場合だけは、価値の同等性の原則の例外をなし、「これには必然的に死刑が科せられる。生命は現存在の全範囲なのだから、殺人に対する刑罰は、なんらかの価値において成立するわけではなく、殺された生命のかわりの価値などありはしない。反対にただ殺人者の生命を奪い取ることに<sup>(34)</sup>おいてしか成立しないからである。」

2 また国家を人倫秩序における最高の道義態とみたことによって、彼の影響の下に立つヘーゲル学派の刑法理論は、容易に国家主義・権威主義に行きつく可能性を有していた。ヘーゲル主義は、一面において、人格の自由を強調することにより個人の自由主義的保障を獲得し、他面、非合理的な国家の道義的優越を説くことによって自ら権威主義をまとう結果となり、この二つの側面が後期古典学派の複合的な性格を形成することになるのである。

ヘーゲル哲学が19世紀中葉のドイツを席卷したこともあって、ヘーゲル哲学とその絶対的・等価的応報刑論は、刑法理論に強い影響を及ぼし、犯罪を客観的形態における人倫ないし道義としての法に対する侵害としてとらえ、刑罰をそのような法の回復であるとする道義的応報の観念を主軸とした、形而上学的・超個人主義的色彩の強いいわゆる『ヘーゲル学派』（アベック・ケストリン、ベルナー等）が1970年頃に至るまで、ドイツ刑法理論の主流を占めることになったのである。その社会的背景としては、ドイツ市民階級が、1848年の3月革命における挫折後、先進資本主義国に対抗してドイツの統一と自由を要求する運動を、民族共同体との結びつきにおいて、貴族ユンカーとの妥協のうちに、国家主義的なプロイセンを中心として遂行していったことを<sup>(35)</sup>あげることができよう。

### 3 ヘーゲルの刑法理論の長所と欠点

ヘーゲルが人間は理性的、人格者として尊重されなければならないという点は正しい。

しかし、ヘーゲルの刑法理論には次のような疑問がある。まずマルクスに従って次のように批判しなければならない。「ヘーゲルによると、犯罪人は、刑罰において、自分自身に判決をくだすのである。ヘーゲルにあっては、犯罪者の自己裁判は、単なる『理念』であり、現行の経験的刑罰の思弁的解決にすぎない。だから彼は刑罰の様式を、国家その時々<sup>(36)</sup>の発展の程度にまかせている。」「犯罪人のうちに同時に人間を認め合うような刑罰理論は、そうしたことを抽象のうちで想像のうちでおこないうるにすぎない。なぜなら刑罰強制は人間的ふるまいと矛盾するからである。そのうえこの事柄を実施することは不可能であろう。抽象的法律のかわりに、純主観的な恣意がやってくる。というのは、犯罪人の個性に従って刑罰を決めるのは、いつでも『尊厳すべきりっぱな』<sup>(36)</sup>公人に頼らなければならないことになるだろうから。」

第二に、ヘーゲルの刑罰概念の根本的理念たる刑罰において犯人の名誉を尊重し、その人格を認めるというようなことは、必然的に死刑の否定に到達せられるべきはずだが、逆にそれを肯定している。それは現実の中に理念が実現せられているとみて、理念によって現実が実現せられる方面を軽視したからである。ただヘーゲルにおいては妥協的に死刑に値する犯罪と然らざるものが区別されはじめ、死刑は極めてまれにしか科されなくなったとされるにとどまる。

第三に、既に述べてきたように、いずれにしても、ヘーゲル学派の刑罰論は、国家主義的、権威主義的傾向が強い。

### (三) 応報的正義、デザート（相応の罰）

クラッグは次のように述べている。「応報的正義は、結果として、我々が人間的側面と称するものに刑罰を適応させる余地のない無慈悲な性質を有することになる。」「応報的正義は同情のような価値と矛盾するから、それは非人間的（冷酷）な雰囲気なものである。」「応報的正義は公平を強調する。」「しかしながら、その効果はその過程を非個人化することである。」応報的正

義の関心は犯罪であり、行為者や行為の社会的背景、被害者、具体的状況は十分に考慮されない。<sup>(37)</sup> 応報的正義は、「人間の要求（必要性）である諸価値を受け入れる余地がない。<sup>(38)</sup>」

「デザートは、人間関係を秩序づける唯一かつ最も重要な原則でもない。我々の社会的慣行と制度の多くは、必要性に対応するように構成されるのであり、デザートに対応するものではない。<sup>(39)</sup>」

デザート理論あるいは行為応報理論も何が適当な刑罰かの決定に必ずしも役に立たず、刑罰の正当性を根拠づけ得ない。

#### （四）マーフィーの新応報刑論

マーフィーは、犯罪の本質を、犯罪者が他者（他の市民）の引受ける自己抑制の負担を自らは拒否し、彼自身の犯罪から利益（自己抑制の負担からの自由）を得ることによって、法律を遵守し、自己抑制の負担を負うこれらの市民を不正（不公正）に利用することであるとする。そして、刑罰は、犯罪者が彼自身の犯罪から利益を得ること、それによって法律を遵守するこれらの市民を不正（不公正）に利用するのを防ぐことを目的とする。すなわち、刑罰は、犯罪が妨げた利益と負担の公正（公平）な均衡を回復するものであると主張する。<sup>(40)</sup>

しかし、すべての犯罪が本質には法遵守者の不正（不公平）な利用から成ると考えることはできないのではないかと考える。それは、ある種の法定犯（駐車違反や脱税等）にあてはまるかもしれないが、しかし、殺人罪、暴行・傷害罪そして強姦罪等の典型的な種類の自然犯にあてはまらないのではないかと考える。

殺人罪や強姦罪が違法（犯罪）とされるのは、殺人罪が他人の生命、強姦罪が女性の性的自由という基本的人権（法益）を侵害するものであり、このような行為から社会的相互作用（コミュニケーション）の円滑を保護する必要があるからである。法を尊守する者（自己抑制する者）を不正（不公平）に利用し、利益と負担の公正（公平）な均衡を保障しなければならないから

ではない。従って大多数の者が、他者のこのような犯罪を見てうらやましいとか、自分もそれを行いたいとは思わないであろう。我々の多くが、殺人と強姦を処罰する法に従うことを特別な「負担」とは考えない。そのような場合、殺人者もしくは強姦者は、自己抑制の負担を免れ、利益を得た者というよりもむしろ自身を害する者として同情されるべきである。

ところが、脱税や駐車違反を禁止する法律では、この法律がなければ、例えば駐車が増え、交通の安全と円滑が阻害され、事故を生ずる危険のあることを考慮し、すべての者に公正（公平）な負担を課すのである。このような駐車違反の場合には、不正（不公平）な利益を得、他者を不正（不公平）に利用する<sup>(41)</sup>ということが妥当するのではなからうか。

#### IV 積極的一般予防論の二つの異なる傾向

プッチは次に刑罰の根拠について論じている。

1 「1 (a) 刑罰の根拠について述べる場合、ロクシンに対するアルツール・カウフマンの反論について論じなければならない。すなわち、（責任のような）刑罰を限界づけるすべての条件が必然的に共同で科刑を根拠づけるという反論である。この関係は決して否定され得ないであろう。しかしながら次のことが強調されなければならない。伝統的な根拠づけによっては刑罰もしくは刑罰加重を根拠づけ得ない事件において、積極的一般予防論の若干の見解が刑罰もしくは刑罰加重の根拠づけを目的とするが、積極的一般予防論の他の見解は刑罰の現行（現在）の可能性を限定しようとするのが、強調される。従って、根拠について論ずる場合、これは、積極的一般予防論が刑罰の十分な基礎をなすということを意味する。

この考え方は、刑法に社会における倫理的価値を形成する任務を割り当てる伝統と結びついている。しかし、その直接の先駆者はヴェルツェルである。ヴェルツェルは、刑法の社会倫理的任務を次のように擁護しているからである。『具体的な個々の法益の保護よりもより重大なことは、法的心情という行為価値の現実の妥当を確証する任務である。単なる法益保護は消極的一予

防的、警察的一予防的的目的設定にすぎない。これに対し、刑法の最も深遠な任務は積極的一社会倫理的性質のものである。すなわち、刑法は法的心情という基本的価値からの現実に行われる脱落（離反）を禁止・処罰することによって、国家が自由に用い得る印象深い方法で、この積極的行為価値の確固たる妥当性を明らかにし、市民の社会倫理的判断を形成し、永続的に法を信頼する心情を強化するのである。<sup>(42)</sup> 従って、刑法はただ単に一定の有害もしくは危険な行為態様（行態）〔918頁〕を克服しなければならないだけでなく、また特に社会倫理的意識、すなわち、法に対する市民の心情に影響（作用）しなければならない。

刑法の介入が適法な領域はそれによって拡大される。ヴェルツェルは、しかしながら、それに一般予防の表現を見るのではなく、『正しい応報』を見るのである。<sup>(43)</sup> にもかかわらず、ヴェルツェルがそれによって前述した社会倫理的任務を擁護する予防的性格が看過されてはならない。第一に、社会倫理的意識と法的心情の危殆化もしくは消滅を防止することが問題である。第二に、ヴェルツェルは社会倫理的意識と法的心情の保護を、長い目で見れば、法益侵害を回避する最善の方法であると考えているからである。この見解は、<sup>(44)</sup> 従って、アルミン・カウフマンならびにハッセマーが考えるように、一般予防の見解と考え得るのである。

アルミン・カウフマンは、ヴェルツェルの社会倫理的任務に『一般予防の積極的側面』を認め、それを『法を信頼する態度への社会化』として特徴づける。彼はその場合、三つの要素を強調する。すなわち、第一の要素は、何が禁止されているかについて教える情報的要素、第二の要素は、法秩序の持続力と貫徹力の信頼を維持する要素、<sup>(45)</sup> ならびに第三の要素として永続的に法を信頼する心情の創造と強化である。もっとも彼は、正しい応報をこの積極的一般予防によって取り替えるようなことはしないが、前者は後者の前提をなすと考えるのである。

ハッセマーもまた、ヴェルツェルの考え方は、『一般予防もしくは積極的一般予防と称され得るものの正しい記述』<sup>(46)</sup>（を前提とする）と考える。

(b) ヤコブスでは、積極的一般予防論は少し異なる変種をなす。ヴェルツェルとともにヤコブスは、法信頼の維持の任務について述べるが、にもかかわらず、これが一定の行為価値と法益の保護を目的にすることは否定する。刑法の一致した目的はヤコブスによれば、法規範の方向付け機能を保証する点にある。〔919頁〕その背景にはルーマンの法概念があり、それによれば、法は社会的期待を制度化し、行為の方向づけによって社会の安定化に役立つのである。<sup>(47)</sup>社会生活は、他者の態度に対する個人の期待の一定の確実性と安定性を前提とする。法規範は社会的期待を安定化し、制度化するのであり、それによって社会的接触の際の行為の方向づけに役立つのである。規範が侵害される場合、規範の一層の妥当性についての紛れもない明確性が必要である。そうでなければ、規範信頼ならびに規範の方向づけ機能は疑問とされる。刑罰は、規範違反者の態度が規範の存続（持続）と対立しないという、真剣で、規範違反者に負担のかかる解明に役立つのである。害悪としての刑罰の自然主義的側面が問題なのではなく、規範の否認に対する反作用としての刑罰の意味が問題である。刑罰は規範違反を否定（否認）することによって、すなわち、刑罰は社会的紛争を意味することによって、規範妥当を確証するから、刑罰はそれが消極的である限りで、積極的に作用するのである。<sup>(48)</sup>

この弁証法は強くヘーゲルの弁証法を想起させる。それに基づき、ヤコブスによれば、規範を信頼する者においてこの信頼が確証される場合に、規範の保護、それとともに規範の方向づけ機能の保障が行われる。このことは、刑罰が潜在的犯罪者を威嚇し、犯罪を思い止まらせることによって行われるのではない。すなわち、このことは、行為者や第三者に犯罪を思い止まらせるために彼らを威嚇するようなことはしない。全ての人間が何を期待（予期）し得るのかを知らなければならないから、ただ社会における『規範信頼の訓練』が問題となる。さらに、『法への忠誠の訓練』、最後は、規範が学習されたにもかかわらず、規範が侵害された場合には、『帰結甘受の訓練』が問題となる。この三つの要素（効果）は、規範認知の訓練と要約され得る。<sup>(50)</sup>

2 これまで研究してきたヴェルツェルからヤコブスの諸見解は、たった

今述べた意味で理解された積極的一般予防論によって刑法の介入を根拠づけることを試みるのである。積極的一般予防論はそのように理解されることによって刑罰の適用を可能にするのであり、たとえ伝統的方法で威嚇と解された一般予防の立場からも、また特別予防の立場からも、刑罰の適用が〔920頁〕直接的法益保護のために必要ではないとしても、〔919頁〕積極的一般予防には刑罰の適用が義務づけられてさえするのである。〔920頁〕その場合、応報への要求が認められる場合とほとんど同様なことが、伝統的意味における一般予防にとっても、また特別予防にとっても、応報への要求は必要でないにもかかわらず、行われるのである。ヤコブスでは、そのほか、我々が考察するように、彼が犯罪行為からその実質的内容を空虚にし、例によって、それを規範の一つの機能として定義することによって、伝統的な応報刑論によって尊重された実質的限界が消滅しているのである。

それに対して、その理論の他の論者は、積極的一般予防論に刑法の適用を限界づける意味を与えることによって、積極的一般予防論を支持する。その例としては、ハッセマー、ツィップフならびにロクシンなどが挙げられる。ハッセマーは、1979年に出版した一般予防と量刑に関する彼の論文において、一般予防の古典的一形式としての刑法による威嚇効果を経験的に証明することが困難であることを示した。ハッセマーは、その点が積極的一般予防論に支持が増大していることの一つの理由であると考えた。彼はにもかかわらず、また人々がまったく同じように社会規範の効果的な確証としての刑罰の具体的決定能力を経験的に確証し得ることを指摘する。しかし、ハッセマーは、この証明がなされない間は、積極的一般予防の仮説的な必要性のみに基づいて具体的事件において刑罰を強化することは許されないと考える。それに対して、この予防概念は、予防が行為者に不利に作用しない限りで刑罰的介入を許すのである。

このハッセマーの主張する解釈は、刑法を社会統制の他の方法から区別するその特殊性から出発する。形式化によって特徴づけられる刑法は、社会統制の一手段として現れる。形式化は規範への拘束によって行われるのであり、

その目的は、規制の対象である個人の権利を考慮しての刑法の介入（干渉）の限界づけである。刑法の本質に相応する特殊の規範確証形式は、従って刑法の妥当なかつ制限的適用でなければならず、それは、その形式化された性質が刑法に課するその限界を尊重するのである。この方法で刑法は長期的に刑罰の厳格化によってよりもよりよく維持され得るであろうし、司法行政への住民の信頼を強化させることになるであろう。<sup>(51)</sup>

[921頁] その後の論文でハッセマーはこの見解をさらに発展させた。彼は1981年にベラッターレで行われた『刑法と刑法学に関するドイツ＝スペイン・ゼミナル』のための彼の講演において、刑法を社会統制の形式化された手段であるとするまさしくこの考え方から出発する。この考え方では、刑法の反応（反作用）の固有の統制機能とその合法性が等しく重要となる。従って、彼は、『刑罰の機能は』威嚇のために作用するのではなく、社会規範の効果的保護を意識的に追求する『積極的一般予防である』と主張する。それは二つのことを意味する。一方では、刑罰は比例性によって、すなわち、行為応報によって限界づけられなければならない。他方、刑罰は、可能な限りで犯罪者に認められる支援と理解される社会復帰要素を含まなければならないということである。<sup>(52)</sup> ハッセマーは、彼の著書『刑法の基礎への入門』で明確に、それは『応報思想の新しい公式化』<sup>(53)</sup>に導くに違いないと述べている。

ツィップフならびにロクシンもまた、積極的一般予防論の概念を限定的意味で用いる。両者とも、威嚇予防は過度の刑を科する危険を含むという考え方から出発している。要約すれば、彼らは、西ドイツ刑法典の刑罰規定の新規定はこの危険を回避することができるかと考えるのである。ツィップフは、『法秩序の防衛』（刑法第47条）を参照することによって、西ドイツの立法者は一般予防の効果領域を限定しすぎていると考える。ツィップフにとっては、国民の『法信頼』すなわち積極的一般予防が危険にさらされた場合のみ、『法秩序の防衛』のために刑罰が必要なのである。一般人に対する威嚇を強めることの刑事政策的合目的性、すなわち消極的一般予防は、それに反して十分ではない。<sup>(54)</sup> 刑法典は、刑の量定の基礎としての一般的には、行為者

の責任ならび刑が行為者に与えるものと期待しうる効果であるが（刑法第46条）——一般予防のさらに広い局面については言及していない。そこから積極的一般予防はただ限定的な意味でのみ〔922頁〕最後の手段として許されるのであり、それは『法秩序の防衛』の概念に相当するものである。

ロクシンは、責任相当刑—刑法典における刑の量定（量刑）システムの基礎—は、積極的一般予防に相当する刑であるという見解であり、また、その刑は、消極的一般予防が認める刑より軽いという見解である。ロクシンは、消極的一般予防を『威嚇一般予防』と特徴づけるのに対し、積極的一般予防を『統合予防』もしくは『（責任）清算一般予防』と称する。<sup>(55)</sup>責任清算一般予防もしくは統合一般予防は、法秩序の維持と法信頼の強化で満足し、責任の限度を顧慮することによって達成される。これに対して威嚇一般予防は、その目的の達成のため刑を重くする傾向、<sup>(56)</sup>刑法テロへの傾向<sup>(57)</sup>を示すから、責任の限度を越えた刑を科すのを認めることになるであろう。ロクシンはこの威嚇予防を拒否し、それに対して責任の限度を重視する統合予防を支持するのである。他方、しかしロクシンは次のようにも述べている。すなわち、具体的事件においては、責任に相当する刑よりも軽い刑、従って統合予防に相当する刑が、特別予防のためには必要でない場合にも、また科され得ると。彼は、しかし、境界線を引いている。すなわち、刑罰は『法秩序の防衛』のために不十分であってはならないと述べている。この最低限度の法秩序の防衛は、ロクシンにとって一般予防の究極の形式、封じ込め政策の究極の限界<sup>(58)</sup>を意味するのである。

3 またアルミン・カウフマン、ハッセマー、ならびにプッチが、ヴェルツェルの考え方は積極的一般予防論であると主張している点、疑問である。

まず第一に、「ヴェルツェルは、一般予防は、犯罪を思い止まるよう社会一般人に心理的に強制する効果に刑罰の主要効果、それとともに主要目的を見るのである」としているからである。すなわち、ヴェルツェル自身威嚇予防の立場に立つことを明確にしているからである。第二に、「この効果に理論的判断の形成と強化が考えられる限りで、正しい応報の効果が、そして、

ただ正しい応報のみが問題とされる」と述べているのである。この点については、アルミン・カウフマン、ハッセマー、プッチは、「ヴェルツェルは社会倫理的意識と法的心情の保護を、長い目で見れば、法益侵害を回避する最善の方法であると考えている。この見解は、従って、一般予防の見解と考え得る」と言う。しかし、アルミン・カウフマンも述べているように、ヴェルツェルは「正しい応報」を積極的一般予防によって取り替えることはしていないのである。第三に、ヴェルツェル自身次のように述べていることを強調しておきたい。「一般予防の概念は、おそらく看過されているが、二つの異なった意味で用いられる。狭義では、一般予防は一般的にはこの意味で理解されているが、刑罰威嚇（刑罰の法定）ならびに個人の処罰による一般人の威嚇である、広義では、一般予防は倫理秩序としての法の確証であり、第二次に威嚇である（同趣旨、例えば H. Mayer 23 ; Grünwald. Z. 80 91f., 112 ; Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, S. 32)。概念的明確性のために、一般予防という言葉は、第二の広い内容のものとして用いられることは避けなければならない。」刑罰威嚇よりも刑法の道徳的影響によって犯罪を抑止しようとする立場に立つアンデネースも、ヘルムート・マイヤーはその先駆者とするが、ヴェルツェルには触れていないことを指摘しておきたい。ドイツとスペインの刑法学の交流の中で、積極的一般予防論についてアルミン・カウフマン、ヤコブス、ハッセマー、ツィップフ、ロクシンらがスペインで講演をし、著書、論文を発表していることが紹介されており、大変興味深い。またプッチが、アルミン・カウフマン、ヤコブス、ハッセマー、ツィップフ、ロクシン等の積極的一般予防論を紹介している点も参考になる。我々もヤコブス、ハッセマーについては、既に田中久智・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37巻別冊（1988年）176～197頁、田中久智「ヤコブスの機能的概念に基づく量刑論」(1), (2)熊本法学79号59頁, 80号111頁; 田中久智「ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論」比較法制研究19号（1996年）、田中希世子「ハッセマーの積極的一般予防論の新たな展開」、田中久智・里見理都香「ハッセマ

一の積極的一般予防論の深化」いずれも田中久智・里見理都香・田中希世子「積極的一般予防論の最近の動向(1)」比較法制研究20号(1997年)29~72頁所収、等を発表している。プッチのヤコブス、ハッセマーの評価に疑問があるが、後で述べることにする。ツィップフとロクシンの積極的一般予防論については、次号において考察する予定であり、そこで詳細に論じたい。

#### V ヤコブス等の積極的一般予防論に対するプッチの批判とその検討

「これまで積極的一般予防の二つの異なる傾向の見解が主張されていることを説明しようと努めてきた。それらの見解の一つは、刑法的介入を根拠づける傾向であり、他方は、それを限界づける傾向である。従って、被擁護者達によって積極的一般予防概念が極めて異なった、それどころか対立さえする方法で評価されてきたことは驚くにはあたらない。私は、〔923頁〕個人の道徳的自律を尊重する国家では、積極的一般予防が限定的な意味で理解される場合にのみ、それは妥当であるという見解に立つ。従って、積極的一般予防は、いうまでもなくただ単にがまんし得る予防の一形態として構想されているだけでなく、それに加えて民主主義刑法のための最善の可能性として構想されているように思われる。

〔923頁〕1 まず第一に、個人の道徳的自律の尊重は、刑法的介入を根拠(基礎)づける意味においては積極的一般予防の適用を認めないということを説明したい。

刑法の任務は、人間の尊厳を尊重する国家では、刑罰の『道徳形成力』を宣言したヴェルツェルおよびその学派が要求したように、国民の社会倫理的意識に影響を及ぼすことにあるのではない。心情は刑罰による威嚇によって貫徹され得るものではない。このことは、ただ単に道徳的規範に関する心情にのみ妥当するのではなく、法律を顧慮する心情にもまた妥当するのである。法に忠実な心情を貫徹することは、法の倫理的承認の内面化を前提とする。積極的一般予防法を、刑罰によって国民を法のもとに内面的(精神的)に服従させる権限として理解するのであれば、それは認められ得ない。その

ように理解されるならば、積極的一般予防は、良心に委ねられる領域の境界線を超えることを意味するからである。

ヤコブスの機能主義的公式化に対しては、その一部には同じ異議を述べ得るが、しかし、その一部にはさらに別の見解をまた述べるのである。バラッタ<sup>(59)</sup>は、ヤコブスの見解に対して興味ある論文を書いているが、その中で彼は理論内的観点からとまた理論外部的観点からの批判を行っている。理論内部的批判として次のような問題が強調され得る。すなわち、なぜ期待（予期）の安定化は刑罰を科することによって行われなくてはならないのか、より侵害の少ない、機能的には刑罰と同価値の他の方法によって行うことはできないのかという疑問である。私はこのバラッタの批判に同調する。ヤコブスが主張しているように、刑法の機能がただ単に規範信頼の強化にのみ認められるのであれば、そして、規範的期待（予期）の妥当性がさらに存続することを明確にさせなければならない単なる反応（反作用）を意味するにすぎないとするならば、なぜその場合これに関する明確な説明が十分なされていないのか？刑罰が威嚇を目ざすのではなく、侵害された規範の妥当性に関する、場合によっては生じ得る疑念を除こうとする場合には、なぜ刑罰のような害悪が与えられなければならないのか？

[924頁] ヤコブスの理論構成に対するバラッタの理論構成に対する理論外部からの批判は、次のような結論で最高点に達する。すなわち、積極的一般予防論は『保守的で、社会問題に対する刑法的反応を拡張し、強化しようとする現在の傾向に関して公認する機能』を有するというものである。社会制度と個人のどちらを選ぶかという二者択一に直面して、ヤコブスは前者（社会制度）を選択し、決定し、そして、『個人の欲求と価値よりも社会システムの維持を優先させるのである』<sup>(61)</sup>。システム理論的積極的一般予防論は、単にシステムの機能の必要性を考慮し、法益や比例性の原理のような実質的な基準点を限界づける機能を否定するので、そのシステム理論的積極的一般予防論は、自由主義的応報刑論よりも危険であるように思われる。<sup>(62)</sup>

<sup>(63)</sup> ルソン・ペニャが積極的一般予防論に対して行った批判に特別に言及する

必要がある。彼によれば、固有な諸要件からなる自律的もしくは排他的範疇として理解される社会的＝統合予防をもって威嚇予防に代えるのは、二つの理由から後退であるという。第一の理由は、社会が（そして、ここでは、それが全国民なのか、多数の国民か、あるいは有力なグループなのかが問われるべきである）、法への忠誠の維持とその安定ならびに法信頼のために必要とする刑罰の要求は、威嚇一般予防論のためにどうしても厳格であることが必要な刑罰への要求よりもはるかに厳格であり得るし—しかもよりわずかしか根拠づけ得ない—からである。第二の理由は、前述の傾向は、一つの概念—社会一般人に対する威嚇の概念—が不合理であるとして拒否されるが、にもかかわらず—十分に合理的な根拠づけ、適用、統制が可能であり、それを他の概念……安定化予防もしくは統合予防という合理的と思込まれている概念によって取り替えようとするものであり、それは、しかし、私の考えによれば、自律的な方法で用いられる場合には、抑圧された、本能的な要素の合理化にすぎないからである。最後のものに関して、ルソンは、積極的一般予防は、贖罪の山羊の精神分析理論の合理化であるとする。それによれば、刑罰は、抑圧された願望をうまく満足させた者に対する社会の嫉妬を〔25頁〕彼から彼の厚かましきの利益を奪うことによって、和らげるものと考えられる。積極的一般予防論が論じている一般人の法意識の安定化機能は、—ルソンによれば—精神分析等が刑罰に見いだす心の平静（精神的な落ち着き）の確立もしくは回復機能に相当するのである。<sup>(64)</sup>

2 これまで述べてきた反論は、刑法の介入の正当性を根拠づけあるいは拡大する積極的一般予防の考え方を拒否するのが賢明であるように思わせる。それに対して、私には社会主義ならびに民主主義法治国家において積極的一般予防の概念を限定された意味で用うるのは、進歩であるようにおもわれる。社会主義国家は、社会を保護する任務が義務づけられるのであり、そのために、国家は、刑法が絶対に必要な場合には、刑法に頼らなければならない。刑罰的介入の第一の根拠は、基本的な法益の保護のために刑法が無条件に必要であるということである。しかし、犯罪予防のために必要な刑罰がすべて、

人間の尊厳、また犯罪者の尊厳を尊重する民主主義国家において許容されるわけではない。このような国家は、一連の限界（限定）によって、刑法を限界づけなければならないし、しかも責任の限界によってのみでなく、また合法性、ヒューマニズム、比例性、再社会化等々の限定（限界）によって限界づけられなければならない。積極的一般予防の概念は、その概念が、すべてこれらの限定（限界）を相互の矛盾を一致させることによって、統合しなければならないということである。すなわち、刑法の理性的確証が、社会主義的放置国家ならびに民主主義的法治国家において、先に挙げた限定（限界）の尊重を前提とすることを理解するならば、合目的である。刑法の内面化の正当性を認めることは問題ではない。というのは、刑法の内面化の正当性は、社会主義的法治国家ならびに民主主義的法治国家に由来するからである。このことは、この国家モデルとの甚だしい矛盾をそれ自体に含む。国家は市民の法に忠実な心情を強制的に貫徹することは許されないからである。法意識を生ぜしめるために処罰することは、このことがどれほど進歩的なことであっても、許されないのである。しかし、刑罰が(926頁) 犯罪防止のために必要であるということのほか、すべての限定（限界）を尊重することが要求されるのである。そうでなければ、刑罰は、社会主義国家ならびに民主主義国家の確証をもちや決して意味しないのであり、それはまさしくその否定を意味することになる。

3 プッチが次のように述べている点は、説得力があると考えられる。人間の尊厳を尊重する国家では、ヴェルツェルが主張するように、刑法の任務を、刑罰の『道徳的形能力』によって、国民の社会倫理的意識に影響を及ぼすことに求めるべきではない。「心情は刑罰による威嚇によって貫徹され得るものではない」からである。プッチは、さらに次のように主張する。「このことは、」「法律を顧慮する心情にもまた妥当する。」「法に忠実な心情を貫徹することとは、法の倫理的承認の内面化を前提とする。積極的一般予防を、刑罰によって国民を法のもとに内面的（精神的）に服従させる権限として理解するのであれば、それは認められ得ない。そのように理解されるならば、

積極的一般予防は、良心に委ねられる領域の境界線を超えることを意味するからである。ヤコブスの機能主義的公式化に対しても同じ異議を述べ得る。」

しかし、これは疑問である。積極的一般予防論では、社会的接触（社会的相互作用＝コミュニケーション）を円滑にするための基本的な規範を、国民の規範認知の訓練（規範信頼の訓練、規範への忠誠の訓練、帰結甘受の訓練）による一般予防によって保障し、社会を可能にするというものである。国民も規範を妥当なものとして遵守するのであり、刑罰によって規範認知の訓練を強制するものでは決してないのである。ブッチの主張するように、積極的一般予防を刑罰によって国民を法のもとに内面的（精神的）に服従させるものと考えすることは、誤りである。ブッチでは、結局、積極的一般予防論における刑罰の位置づけが正しく理解されていないように思われる。積極的一般予防論では、規範認知の訓練にもかかわらず、規範が違反された場合に、刑罰が犯罪者に科され、規範妥当を確証するものと考えるのである。

積極的一般予防論をこのように解する場合、バラッタならびにブッチが、「積極的一般予防論では、なぜ期待（予期）の安定化は刑罰を科すことによって行われなくてはならないのか、より侵害の少ない、機能的には刑罰と同価値の他の方法によって行うことはできないのか」と批判するのは、当たらないと考えるのである。規範が違反された場合にもなお、多くの国民が処罰を望まない場合とか、規範の内容の妥当性自体が問題である場合などは、処罰しないということなども考える必要はあろう。そのような事情でもない場合に、刑罰以外の方法で、期待（予期）の安定化、規範妥当の確証が可能かどうかは今後考えてみたい。

ヤコブスの積極的一般予防論に対し、バラッタが「保守的で、社会問題に対する刑罰的反応を拡張し、強化しようとする現在の傾向に関して公認する機能を有する」批判している。また、「個人の欲求と価値よりも社会システムの維持を優先させる」とする。しかし、ヤコブスの積極的一般予防論は、繰り返し述べてきたように、法秩序の擁護（維持）というよりも、社会的相互作用＝コミュニケーションを円滑にすることによって社会を可能とするこ

とが目的であり、そのための基本的規範認知の訓練による一般予防である社会的相互作用＝コミュニケーションの円滑というところに個人の欲求、価値なども当然反映されているのである。ヤコブスの積極的一般予防論の基礎をなすルーマン社会システム理論も、前述のような批判を考慮して、自己準拠的オートポイエシスのシステム理論へと発展している。

ただ、ヤコブスの理論でも、規範内容は国民の立場に立った妥当なもの（わが国の憲法の保証する国民主権、人権尊重主義、平和主義に適ったもの）でなければならないと考える。

ハッセマーも最近、積極的一般予防論では、規範内容がただ刑法の禁止・命令のみではなく、非犯罪化要素、正当化要素、刑事訴訟法の原則も含んだものでなければならないとしていることも考慮されるべきである。

以上考察してきたように、バラッタ、プッチ、ルソン・ペニャのヤコブス批判はかなりのものが妥当でないと思う。

ルソン・ペニャは、積極的一般予防論に対し、その理論の刑罰の要求は威嚇予防に必要な刑罰よりもはるかに厳格であり得ると批判する。しかし、その根拠は明示されていない。積極的一般予防論の刑罰は規範妥当の確証としてであり、威嚇としての刑の方が重いとも考えられる。規範妥当の確証としての刑罰がどのようなものか、積極的一般予防論の量刑論がドイツでは大量に発表されている。従って、その詳細は、近い将来の研究課題としたい。

なお、プッチは、ハッセマー等に従い、積極的一般予防論は比例性等によって限定される必要があると繰り返し述べている。しかし、比例性、行為応報などにも多くの問題があることを既に詳細に述べてきた。

## VI プッチの見解のまとめ

最後に、プッチ自身の見解がまとめられているので、引用しておきたい。

1 積極的一般予防論は特に近年、次のような諸要素によって助長されてきた。すなわち、刑罰の基礎としての応報から予防への歩みによって、また、再社会化や処遇の理念の危機によって、そして統合概念によって刑罰目的の

二律背反を克服しようとする合目的性によってである。

2 積極的一般予防論は、対立する批判的評価の対象であった。学説の一部は積極的一般予防を合理的な方法で刑法威嚇から刑法的テロへの移行に対抗した理論として歓迎するが、他の著者達は積極的一般予防に、刑法的予防の拡張あるいは刑法的介入の実質的限界の廃棄（止揚）を認める非合理的傾向を正当化する試みをみる。

3 この異なった解釈は積極的一般予防論の異なった方向づけならびに形式化に対応するものである。この異なった解釈は合目的的方法で二つの見解（傾向）に区分されなければならない。すなわち、一方は、この予防の形式を刑法的介入として根拠づけつつ、また場合によっては拡大しつつ擁護する見解（傾向）である。他方は、威嚇一般予防と特別予防を限界づけることを望む見解（傾向）である。

4 道徳的自立性ならびに個人の人格を尊重する国家においては、積極的一般予防論が法益保護の要求するものを越えて市民の社会倫理的意識あるいは法に対する心情への刑法的介入を根拠づけるために、援用されてはならない。

5 これに反して、積極的一般予防の概念が、社会主義的ならびに民主主義的法治国家で限界づけの意味で使用されることは合目的である。刑法的介入の根拠は、犯罪予防のために無条件に必要であるが、しかし、予防のために必要なすべての刑罰がこのような国家において（927頁）許容されるわけではない。積極的一般予防の概念は、予防が前述の限定（限界）を尊重しており、刑罰はその限定（限界）をこえると、もはや社会主義的ならびに民主主義的國家の確証ではなく、まさしくその否定を意味することになるという不可欠の条件を述べることができる。

6 積極的一般予防のこのような限界づけ概念は、消極的一般予防、責任、比例性ならびに社会復帰の諸要件を調和させることを意味するから、積極的一般予防は、刑罰目的の二律背反の克服を可能とする統合概念として作用し得るのである。

## 注

- (1) Santiago Mir Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102, 1990, S. 914.
- (2) a. a. O.
- (3) この発展については, Hassemer, Generalprävention und Strafzumessung, in : Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 34 f. ; Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht. in : Festschrift für Jeschek, Bd. II, Berlin 1985, S. 813 ff. 参照。
- (4) Hassemer, Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, in : Mir Puig (Hrsg.), Derecho penal y Ciencias sociales, Bellaterra 1982, S. 137. (ハッセマー「社会科学的に方向づけられた刑法における刑罰目的」ミル・ブッチ編『刑法と社会科学』ベラッテラ1982年, 137頁) 参照。  
ハッセマーの本論文は翌年ドイツ語論文としても発表されている。(Winfried Hassemer, Strafziele im Sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in : Hassemer, Lüderssen u. Naucke, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, Heidelberg 1983, S. 39-66.)
- (5) Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil 1 : Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter Berlin · NewYork 1983, Rdnr. 1/7, 1/11, 1991, 2. Aufl., Rdnr. 1/7, 1/11.
- (6) Müller-Dietz, a. a. O., S. 819参照。積極的一般予防論については, また Neumann/Schroth, Neue Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 33.
- (7) Gómez Benítez, Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena, Rev. Fac. Derecho Universidad Complutense, Monographie 3, 1980, S. 124 ff. (ゴメス・ベニテス『刑罰の決定における合理性と非合理性』アレカラー・デ・エナーレス大学法学部研究叢書第3号, 1980年124頁以下) 参照。
- (8) Luzón Peña, Prevención general y Psicoanálisis, in : Mir Puig (Anm. 2), S. 149 ff. (ルソン・ベニャ「一般予防と精神分析」ブッチ編集・掲掲「刑法と社会科学」1982年, 149頁以下) 参照。
- (9) Baratta, Integración-Prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, CPC Nr. 24 (1984), S. 514 f., 549 ff. (バラッタ「統合予防システム理論による刑罰の新しい根拠づけ」) 参照。
- (10) 田中久智・田中りつ子(現・里見理都香)「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学37号別冊(1988年), 特に117頁以下, 135頁以下, 176頁以下等, 田中久智「一般予防論の研究」(研究課題番号60520030)昭和62年度科学研究費補助金(一般研究C)研究成果報告書, 熊本大学法学部1988年, 5頁以下, 田中久智「ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論」比較法制研究19号, 1996年, 田中希世子「ハッセマーの積極的一般予防論の新たな展開」, 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」, 田中久智・里見理都香・田

中希世子「積極的一般予防論の最近の動向(1)」所収、特に25頁以下、29頁以下、47頁以下等参照。

- (11) Ulrich Klug, Abschied von Kant und Hegel, in : Program für ein neues Straf-gesetzbuch, J. Baumann, (Hrsg.), Fischer Bücherei Frankfurt a. M. Hamburg, 1968, S. 37, und in : Ulrich Klug, Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Bd. 2. Materielle und formelle Strafrechtsprobleme, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York, 1981, S. 149. 邦訳、ウルリッヒ・クラーク、久岡康成訳「カントとヘーゲルからの識別」J・パウマン、佐伯千仍編訳『新しい刑法典のためのプログラム—西ドイツ対案起草者の意見—』有信堂、1972年、43頁参照。
- (12) Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitte, Werkausgabe Band VIII herausgahen von Wilhelm Weischedel, 5. Aufl., SuhrKamp Frankfurt am Main, 1982, S. 455. カント、加藤新平、三島淑臣英訳『人倫の形而上学〈法論〉』、『世界の名著32』初版、1972年、9版、1983年、中央公論社、475頁。
- (13) Klug, a. a. O., 久岡・前掲訳文。
- (14) Kant, a. a. O., 邦訳476頁。
- (15) 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37巻別冊(1988年)193頁。
- (16) Jakobs, a. a. O., 1. Aufl., Rdnr. 1/17, 2. Aufl., Rdnr. 1/17.
- (17) a. a. O., Rdnr. 1/20. 参照。
- (18) Ulrich Klug, Abschied von Kant und Hegel, in : Program für ein neues Straf-gesetzbuch, J. Baumann, (Hrsg.), S. 39, und in : Ulrich Klug, Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Bd. 2. S. 152. 久岡康成訳45~46頁参照。
- (19) G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Werke 7, Suhr-Kamp Frankfurt am Main, 1. Aufl., 1986, 4. Aufl., 1995, § 101. ヘーゲル、藤野渉・赤澤正敏共訳『法の哲学』、『世界の名著35』中央公論社、初版、1967年、21版、1981年 § 101 (304頁)。
- (20) Wesley Cragg, THE PRACTICE OF PUNISHMENT : Toward a theory of restorative justice, Routledge London and New York 1992, p. 17. 田中久智訳「ウェスリー・クラッグ『刑罰の実践—回復的正義論構築のために』(1) 熊本法学76号(1993年)89頁。
- (21) Klug, a. a. O., S. 152. 参照。邦訳46頁参照。この場合、カント自身は無期徒刑と死刑の間に同質性はないという意味のことを述べたものと思われる。しかし、そうであれば謀殺と死刑の間には同質性はないことになる、とクラークは鋭く指摘したのであった。
- (22) Cragg, op. cit. p. 18.. 田中久智訳89~90頁。
- (23) Hegel, a. a. O., § 90-§ 99 (S, 178-190). 藤野渉・赤澤正敏共訳 § 90~ § 99 (292頁~300頁) 参照。

- (24) a. a. O., § 97 (S, 186). 邦訳298頁。
- (25) a. a. O., § 97 (S, 185). 邦訳297頁。
- (26) a. a. O., § 99 (S, 187). 邦訳298頁。
- (27) a. a. O., § 97 (S, 186). 邦訳298頁。
- (28) 上妻精・小林靖昌・高柳良治『ヘーゲル法の哲学』有斐閣, 1980年, 128頁。
- (29) Hegel, a. a. O., § 100 (S. 190-192). 前掲訳書300~302頁。
- (30) a. a. O., § 99. 参照。邦訳300頁参照。
- (31) Klug, a. a. O., S. 151. 前掲訳文44頁。
- (32) a. a. O., § 101 (192頁), なお, 前掲訳書 § 101 (302頁)。
- (33) a. a. O., § 101, 邦訳305頁。
- (34) a. a. O. 参照。邦訳304頁参照。なお, 上妻精・小林靖昌・高柳良治『ヘーゲル法の哲学』有斐閣, 初版, 1980年135頁参照。
- (35) 内藤謙『刑法講義総論(上)』有斐閣, 1983年67頁。
- (36) マルクス・石堂清倫訳「聖家族」マルクス・エンゲルス全集第2巻, 大月書店1960年, 190頁。
- (37) Cragg, op.cit. pp. 18. 田中久智訳・前掲熊本法学76号90頁以下。
- (38) Ibid., p. 19 参照。田中訳93頁以下参照。
- (39) Ibid., p. 21 参照。田中訳94頁参照。
- (40) Murphy, Retributivism and the state's Interest in Punishment. in : Pennock and Champman, Criminal Justice Nomos X X V II, 1985. 田中久智「ジェフリー・G・マーフィーの刑罰理論とその検討(一)一新応報刑論に関する一考察一」熊本法学68号(1991年)89頁。
- (41) その詳細については, 田中・前掲論文(一)(二)熊本法学68号, 69号参照。
- (42) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin, 1969, S. 3.
- (43) a. a. O., S. 241 f. 同様に, Maurach, Deutsches Strafrecht, 4. Aufl., 1971, S. 77. マウラッハは, 応報が法秩序の維持と法の不可侵性の印象を最もよく保障すると考える。
- (44) Welzel, a. a. O., S. 4 ff. 参照。
- (45) Armin Kaufmann, La misión del Derecho penal, in : Mir Puig (Hrsg.), Política criminal y Reforma del Derecho penal, Bogotá 1982, S. 127. 参照。(アルミン・カウフマン「刑法の任務」プッチ編『刑事政策と刑法改正』ボゴタ, 1982年127, 128参照。)
- (46) Hassemer (Anm. 4), S. 126 Fn. 33.
- (47) Baratta (Anm. 9), S. 534
- (48) Jakobs, a. a. O., Rdnr. 1/4, 1/7, 1/11. 参照。田中・田中・前掲論文135頁, 139頁等参照。
- (49) a. a. O., Rdnr. 1/21はこのことを明確に認めている。前掲論文143頁参照。
- (50) a. a. O., Rdnr. 1/14 ff. 前掲論文140~141頁参照。
- (51) Hassemer (Anm. 3), S. 35f., 52f.

- (52) Hassemer, (Anm. 4) S. 137. 参照。
- (53) Hassemer, Fundamentos del derecho penal, übers. von Munóz Conde/ Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, S. 398. 参照 (ハッセマー著・ミュノース・コンデ/アーロヨ・ウァパテロ共訳『刑法の基礎』バルセロナ1984年, 398頁参照。) ハッセマーの本論文は翌年ドイツ語論文としても発表されている。ハッセマーのその著書は, Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981. (ハッセマー『刑法の基礎への入門』1981年)。
- (54) Zipf, Kriminalpolitik, 1980, S. 85 f., ders., Principios fundamentales de la determinación de la pena, (ツィップフ「刑の量定の基本原則」) CPC Nr. 17 (1982), S. 354 f.
- ツィップフには, なお著書『量刑—刑法実務と専門教育のための体系的叙述—』(Zipf, Die Strafzuehung—Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbilberg, C.F.Müller Juristischer Verlag Heidelberg · Karlsruhe 1977.)もある。ツィップフはその後 Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Festschrift für Pallin を発表している。
- (55) Roxin, Culpabilidad y prevención. (ロクシン『責任と予防』) Muñoz Conde 訳, マドリッド, 1981年, 102頁, 104頁, 183頁。
- (56) Roxin (Anm. 24).
- (57) Roxin, Problemas basicos del Derecho penal. (ロクシン『刑法の基本問題』ルソン・ペニャ訳, マドリッド, 1976年18頁) 参照。
- (58) Roxin (Anm. 55), S. 109. 参照。
- (59) Baratta (Anm. 9), S. 545. 参照。
- (60) Baratta (Anm. 9), S. 549. 参照。
- (61) Baratta (Anm. 9), S. 550. 参照。
- (62) Baratta (Anm. 9), S. 538 ff. 541 f. 参照。
- (63) Luzón Pena (Anm. 8), S. 149.
- (64) Luzón Pena (Anm. 8), S. 150, 152. 参照。

## 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

### I 序論

(1)  
アンデネースは、これまでジムリングやホーキンスなどとともに抑止刑論の先駆者の一人と一般に考えられてきた。しかし、最近ドイツのカール・F・シューマンがアンデネースの理論は積極的一般予防論であると主張するに至った。果たしてアンデネースの理論は、積極的一般予防論か。シューマンは、アンデネースの理論のどのような主張内容を、また、どのような根拠から積極的一般予防論というのであろうか。シューマンの主張は果たして妥当かどうか。もし、アンデネースが積極的一般予防論者であるとするならば、アンデネースでは一般抑止と積極的一般予防はどのような関係にあるのか、この点についてもまた当然に考察しなくてはならないと考える。本稿は、これらの問題について考察しようとするものである。

シューマンは、彼の著書『積極的一般予防』(Karl F. Schumann, Positive Generalprävention : Ergebnisse und Chancen der Forschung, Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1989, S. 3-5.)においてアンデネースを積極的一般予防論者の一人として論じているのである。その場合、シューマンは、アンデネースの著書『刑罰と抑止』(Johannes Andenaes, Punishment and Deterrence, The University of Michigan Press, 1974, pp. 110-128.) 所収論文「刑法の道徳的もしくは教育的影響」(The Moral or Educative Influence of Criminal Law, The Journal of Social Issues, Vol. 27, No. 2, 1971.) を主として論じているのである。そこで、まず、シューマンがアンデネースの理論について論じた部分を紹介する。次いで、アンデネース、シューマンそれぞれの主張について検討することにした。

## II アンデネースの理論に関するシューマンの見解

〔3頁〕ヨハネス・アンデネースは、確かに、この概念（積極的一般予防論—筆者注）の著名な支持者の一人である。彼は、刑法の道徳的ならびに教育的影響をその威嚇予防とは別のものであるとみなしている（アンデネース・前掲書、1974年110頁）が、その場合、彼は、ヘルムート・マイヤーやスカンジナビアの若干の理論家達の影響を受けている。アンデネースは立法者の次のような観念を引き継いでおり、刑法改正にあたっては、国民の道徳的確心（信念）の変更が立法者にとっては非常に重要であると主張する。また、刑法を道具として社会システムに組み込む道徳形成者もまた、そのような目標を有するが、その場合、彼らの期待が刑法によって基礎づけられるものかどうか問題である。

〔4頁〕アンデネースはこの問題にむしろ懐疑的に答えている。すなわち、彼は、その問題は規範とその背景に依存するとしている。包括的に言えば、アンデネースは、直接的効果よりも間接的效果に重きをおいている。不意に犯行現場をとり押さえられたり、刑事訴追を受けるということが、たとえば、一定の行為の危険性あるいは非難可能性を人々に啓蒙するというを示す根拠はほとんどない、とアンデネースは主張する。アンデネースによれば、刑法は道徳的に目を開かせるものとしての役割を、国民に対してよりも犯罪者に対してより果たしているとされる（前掲書、117頁）。一般的にアンデネースは、刑法の道徳形成力には限界があると考えている。というのも、刑法の諸影響は、『複雑にからみあった網の中の1本』（113頁）にすぎないと考えられるからである。『人間の考え方や態度に大きな影響を及ぼすものとしては、刑罰規範の他なお多くのものがある』ということであろう。従って、道徳形成者の期待は、十分に根拠づけ得ないであろう。ところで、規範設定の過程を分析すると、道徳の変化が刑法の改正に先行している場合が、その逆の場合に比べてしばしば多いことが判明する（前掲書、120頁）。

アンデネースは、刑法には国民の態度（考え方）を変更（修正）する直接的効果があるという根拠はほとんど認めていないが、しかしながら間接的効

果をかなり重視している。そこでは悪例は、道徳を崩壊させるという考え方の発点になっている。もし、駐車禁止区域に他者の車が駐車している場合、そこに彼自身も車を駐車させようとするか、あるいは、当然自分の車も駐車させていいのだと考えるであろう。規範違反が世間に広まれば広まるほど、潜在的模倣者の良心の呵責は、減少していくのである。「同僚（仲間）がそのようなことを行う場合、今までは想像もし得なかったことが、もはやそうではなくなり、現実のものとなる」（前掲書、123頁）。刑法は、威嚇によって犯罪者の数を制限している。というのは、一般社会で目にする通常行われている態度は一致しているから、そして、人間は標準からはずれるのを嫌うから、規範違反は少なくなる。刑事訴追が行われないならば、威嚇効果はなくなり、悪い例（見本）の数が増加し、規範違反が多数派現象となる可能性がある。アンデネースにとっては、積極的一般予防は、道徳安定化作用を有するのである。その場合重要なことは、刑法はその内容においてではなく、その威嚇効果に重要性があるということである。というのは、刑罰威嚇が逸脱者の範囲を小さくしているから、そしてそうしている間（！）は、道徳に対する伝染の危険も少ないであろうからである。

アンデネースの思考モデルは二つの点で有益である。一方では、積極的一般予防は、規範を遵守する大多数の国民と同一化することの結果と考えられていることが、明らかになるであろう。大多数の国民が、もはや規範を遵守しないとすれば、自分自身の規範遵守の傾向も崩壊する。大衆の一人として人間は、道徳が強制された道徳であり、自分自身の原則に基づいてではなく、大勢に従い行動する。

第2に、積極的一般予防は、〔5頁〕消極的一般予防、すなわち威嚇の続発現象としてのみ考えられ、刑罰規範それ自体の内容の独自の作用とは考えられ得ないことが明らかになるであろう。刑罰威嚇が規範違反の増加を阻止している限りでのみ、アンデネースが想定した『多数との同一化』というメカニズムが意見の一致を生み出し、法を遵守させる。アンデネースでは、積極的一般予防は次のように定義されることになる。『これらの大衆が威嚇さ

れ得る限りで、多くの人々が悪い考えを抱くことはない。』威嚇を越えて道徳安定化作用を根拠づけようとする議論の線に、人々は多くの見解において積極的一般予防として妥当するものを見出すのである。しかし、積極的効果が、消極的効果から単に借りてきたものにすぎないとするならば、この思考モデルは、威嚇思想の単なる変装にすぎないのではなかろうか。」

### Ⅲ アンデネースの理論

アンデネースは論文「刑法の道徳的もしくは教育的影響」において次のように論じている。

〔110頁〕 1 「刑罰に関する種々の見解

#### (一) ベンサムモデルと精神医学的モデル

刑罰は、幼い子供を叱責したり、手を平手打ちしたりすることから、重大な犯罪事件の法廷における重い刑の宣告まで、人々の行動に影響を与える伝統的手段である。刑法理論においては、刑罰の威嚇効果（一般抑止）と罰せられる個人に対する現実の刑罰の効果（特別抑止）に分けられる。本論文において、私は一般抑止にのみ、すなわち、刑罰の威嚇効果にのみ言及するつもりである。

この主題を取り扱っている文献では、しばしば、二つの極端な立場が登場する。一つは、ジェレミー・ベンサムの立場であるが、彼は、人間を、苦痛の危険と快楽を計算（比較考量）し、それに基づいて可能な行為の形態の中から選択する合理的な人間であると考えていた。このモデルの結果は十分に明白である。すなわち、利益の期待を上回るに必要な十分な刑罰を受ける危険を我々が設定するならば、潜在的犯罪者も合理的人間ならば、法の範囲内で行動することを選択するであろう。

両端のもう一方は精神科医によって代表されるが、上のモデルを非現実的なものとして放棄している。人々が法を遵守し続けるのは、刑法に対する恐れからではなく道徳的抑制もしくは内在化した規範によるものだと彼らは主張する。〔111頁〕もし内在的抑制が欠けている場合、刑法の脅威は大きな違

いを生み出さないかもしれない。というのは、犯罪者は、利益と刑罰を受ける危険を計算（比較考量）して、合理的な選択をするのではないからである。つまり、彼らは、感情的に不安定な、自己抑制の欠けた状態から行動するからであり、あるいは、犯罪的下位文化の価値を受け入れてしまっているからかもしれない。すべての精神科医がそれに同意するとは限らないが、便宜上、私は上述のようなモデルを精神医学的モデルとして話をしたい。このような考え方の極端な代表者は一般抑止の考えを、法律学者が刑法という時代遅れのシステムを弁護するためのある種迷信的なもの、あるいは彼らの応報感情を秘匿したり合理化したりする口実と見る傾向がある。私に言わせれば、両極論とも同じように誤っており、あるいは、より好意的な言い方をすれば、それぞれの理論は真理のほんの一部だけを表しているにすぎない。

## （二）一般化の危険

異なった種類の犯罪は、動機（誘因）においてはとてつもなく変化に富んでいるので、行為規範を承認（確認）する刑法の役割は一つ一つの犯罪によって大変異なっている。どの一般抑止の現実的議論も種々の規範類型における区別、そして逸脱行為を動機づける特定の環境の分析に基づかなければならない。一般的な見地から、一般抑止はよく作用する時もあれば、あまり作用しない、あるいは全く作用しないときもあるということのみを述べることができるであろう。

## （三）人々の異なる反応

刑罰の威嚇（脅威）は我々すべてに及んでいる。しかし、それは、我々一人一人に異なって作用する。ある種の犯罪行為に関して人を三つのグループに分けることができるであろう。(a) 法遵守者：右側通行するのに法の威嚇（脅威）は必要ない人々、(b) 潜在的犯罪者：法の威嚇（脅威）がないと法違反をしてしまうであろう人々、(c) 犯罪者：法を恐れてはいるが法違反を防ぐには十分ではない。〔112頁〕刑罰の抑止効果が作用するのはまさに中間の潜在的犯罪者のグループである。

我々はこれらのカテゴリーの人々の比率はわからないが、比率は確かに犯

罪や地理的な範囲によって変化を受けている。我々は異なったグループに属する市民を容易に識別する方法など持ち合わせてはいない。更に加えてそのグループというものは、不安定なもので、状況変化に伴って変わっていく。例えば、戦争または差し迫った危険などの異常な事態では、潜在的犯罪者と同様に実際の犯罪も多くの場合増えるであろう。

#### (四) 刑法の道徳的もしくは教育的効果

1 ベンサムモデルも精神医学モデルも両方とも法の直接的抑止効果と関わり合いがある。しかしながら、刑罰は、不快な結果を受ける危険の単なる人工的創造物と言うだけではなく、社会的不承認を表現する手段でもある。そして、行為に対して烙印を押すというこの公的な行為は、制裁の恐れとは全く別個に人の態度に影響を与えるものである。『一般抑止』というこの用語は、それがこの道徳的もしくは教育的影響を除外する限り、事実あまりにも狭すぎる。私は、刑罰の一般予防効果について述べている大陸的伝統のほうを好む。立法者の立場からすれば、道徳的抑制を創造することは単なる抑止よりもより重要である。というのは、前者は人が犯罪の発覚や刑罰(処罰)を恐れる必要がない場合においてさえ作用するであろうと言う理由による。さらに、道徳基準をうまく人に繰り返し説いて教え込むことができたなら、それはつまり、法の道徳的メッセージに影響を受けたことがない人をさえも歓迎すべき行動に向ける社会的圧力たり得るのである。

私が、道徳的もしくは教育的影響について述べるとき、伝統的専門用語に従えば価値判断を全く含まないものになるということの特筆しておかなければならない。この表現は、法から生じたものではあるが、刑罰の恐怖に基づいたものではない態度そして行為への影響を示すためにのみ使用される。私はこの影響を常に良い、あるいは〔113頁〕望ましいものと決めてかかってはいない。善法が人の態度に影響を与えることができるように、悪法もそれが可能である。ホーキンスはこの広い意味での『道徳』という言葉を用いることに批判的である。<sup>(2)</sup>彼は、社会化効果について述べることをより好んでいる。このことは私には、専門用語的問題であまり重要なことではないように

思われる。最も中立不偏の専門用語は、おそらく、刑法の態度形成に及ぼす影響について語るであろう。

刑事司法システムの間行動への影響を研究するために選び出すことは、少々不自然なように思われる。なぜなら、これらの影響は複雑に入り乱れた織物のたった一本の糸を表しているにすぎないからである。この主題を研究しなければならない必要性は法曹の実務的義務から生じている。我々は絶えず、刑法によって何が達成され—そして何に犠牲を払ったのかという問題に直面する。伝統的な法律的方法では、常識に基づく未熟な当て推量を超えた解答を与えてはくれないのである。」

2 アンデネースは、まず、刑罰は、「人々の行動に影響を与える伝統的手段である。それは、刑法理論では一般抑止と特別抑止に分けられる」とし、本稿では、一般抑止（刑罰の威嚇効果）にのみ言及すると述べる。一般抑止に関するベンサムモデルと精神医学モデルは誤っている、あるいは、真理のほんの一部だけを表しているにすぎないと批判。「刑罰は、不快な結果を受ける危険の単なる人工的創造物と言うだけではなく、社会的不承認を表現する手段でもある。」「行為に対して烙印を押すというこの公的な行為は、制裁の恐れとは全く別個に（「刑罰の恐怖に基づくことなく」）人の態度に影響を与えるものである。一般抑止の概念には、この道徳的もしくは教育的影響も含まれると主張する。道徳的制裁は、より犯罪予防効果を有すると言い得る。」ここにアンデネースの一般抑止論の一つの特色が認められる。

## 2 「直接的な道徳的影響

### (一) 刑罰の道徳的影響を重視する従来諸学説

古典的抑止理論の主張者が、おしなべて、刑法の道徳的影響を見落としてきたと述べることは、あまり公正ではないであろう。ベッカリーアは、諸犯罪の異なったカテゴリー等のための刑罰について、彼の著書において次のように述べている。『もし雉殺しに対して殺人あるいは偽造と同じ刑罰が科せられるとするならば、それらの犯罪間の差異はすぐに消滅してしまうだろう。

こういう方法で、人々の道徳感情というものが破壊される……<sup>(3)</sup>。』

要するにこの文章は、社会において道徳傾向に影響を与えている刑法の潜在力を確信していることを表している。そしてベンサムでさえ『道徳的訓練』として作用する刑法の力に言及している。<sup>(4)</sup> スティーブンやケニーのよう<sup>(5)</sup>なイギリスの著者も同じような観点を述べている。その上、<sup>(6)</sup>刑法の道徳的もしくは教育的効果の観念は、〔114頁〕刑法の諸目的の中で『社会的価値の強化』に話が及んだ場合、必ず含まれるのである。しかし結局上述のすべての原理は、みな、ドイツとスウェーデンの著者によって展開されてきている。時にこの道徳的影響は、直接的抑止効果より重要と見なされている。ドイツの犯罪学者ヘルムート・マイヤーは、『刑法の基本的な一般予防効果は、刑法の抑止からではなく、道徳形成力から生じている。……仮に(その)道徳形成力が道徳秩序の表現として現れるなら、これと同じくらい人に対して説得力のあるものはない』<sup>(7)</sup>と主張する。スウェーデンの文献においては、ルンドステットが同見解の急進的で雄弁な代表者である。彼によれば、刑法の純粋な抑止効果は道徳的影響に比べてそう重要なものではなく、言及には値し<sup>(8)</sup>ない。同じ手法で、カナダのJ. D. モートンは、『刑法の最も重要な機能は、教育もしくは訓練(調整)の機能である』<sup>(9)</sup>と明言している。この効果は刑罰が正しい応報の性格を備えているときにのみ生じるとしばしば主張される。正しい刑罰は、『犯罪にタブーの概念を付するのであり、それはたいていの場合禁じられた行為を犯す可能性は全く考えられないという効果を持<sup>(10)</sup>つ』。

これらの意見は、自信をもって述べられてはいるが、それらを立証する調査研究や実務的経験によって得た知識があまりないように思われる。より厳密な分析によると、刑法の道徳的もしくは教育的影響には種々の局面があるように思われる。以下では、これらの異なった局面の分析を試みたい。」

2 刑法の道徳的もしくは教育的影響は、主としてドイツとスウェーデンの学者によって展開されてきた(例えば、ヘルムート・マイヤー、ルンドステット、カナダのJ. D. モートン等)。アンデネースの本論文(1971年)

はそのことをはじめて詳細に紹介したものである。ハッセマー等もヘルムート・マイヤーがこのような見解の先駆者であることを指摘しているが (Winfried Hassemer, Einige Bemerkungen über "positive Generalprävention", Festschrift für Kazimierz Buchaly [Buchala], Uniwersytet Jagielloński, Krakow 1994, S. 236. 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」田中久智・里見理都香・田中希世子「積極的一般予防論の動向(1)」比較法制研究第20号50頁, Santiago Mir Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion des positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), S. 917, 923.) アンデネースの方が19年も早いことを指摘しておきたい。

アンデネースは、しかし、ヘルムート・マイヤー等の意見は、調査研究や実務的経験による裏付けがないと批判する。また、「より厳密に分析すると、刑法の道徳的もしくは教育的影響には種々の局面があるように思われる」として、「これらの異なった局面の」詳細な分析を試みるのである。この点にもアンデネースの一般予防論(一般抑止論)の独創性を指摘しうるのである。

アンデネースは、「要約と結論」1でも、「刑法の道徳的もしくは教育的効果は幾つかの要素から成り立っており、それらの構成要素は種々の分野にそれぞれ異なった影響を及ぼすであろう」と述べており、参考になる。

このような観点から、アンデネースは、直接的な道徳的影響として「公式の法の尊重」、「道徳的に啓蒙する(目を開かせる)ものとしての刑法」、「権威的声明としての刑罰」、間接的な道徳的影響として「悪い例(見本)を減少させ、無効にするものとしての刑罰」、「道徳教育の枠組を形成する刑法」について詳細に研究するのである。

## (二)「公式の法の尊重

1 法的な命令や禁止は、問題となっている法律に対して批判的な人々でさえも従わなければならないということは、社会においては決して普遍的ではないが、一般的な態度である。この義務感は、合法的権威の尊重に依っている。行為それ自体が非難されるべきものだと考えられるとしても、法の特

質がこの感情を強化する。〔115頁〕法律が道徳的に中立的なものであるとしても、法律の尊重はひとりでに作用する。

ソクラテスは、彼が逃亡できるように番人に賄賂を渡すようにとの彼の友人たちの説得にも応じず、法の尊重から毒の杯をあおったとプラトンは語っている。しかしソクラテスは凡人ではなかった。ほとんどの人間においては、法の尊重は比較的弱いであろう。一部においては、まったくそれを欠いているし、その他の人々は法を軽蔑さえしているかもしれない。ドラード等は、『どのような一定の国家の内部にも、権威の象徴に対する内面的敵意は社会生活の共通の特徴である。その内面的敵意は、革命的变化を望んでいるような集団と同様に労働階級の指導者や資本家によっても示されている<sup>(11)</sup>』と主張する。アメリカで新任の警察官用に現在使われているテキストは、『ほとんどすべての共同体には、どのような形にせよ権威を快く思わず、大衆の騒動を楽しみ、警察業務を妨害するためにできることは何でもやるといった特定の市民が存在する』と述べている<sup>(12)</sup>。そのような態度（傾向）の分類は、サーベイ・リサーチによって調査され得るであろう。

法に従う態度は、社会によっても異なるし、時間の経過とともに変化するであろう。アメリカ社会でのヨーロッパ人の法遵守者は、アメリカではヨーロッパのほとんどの国よりも立法が尊重されていないとしばしば述べている。立法機関は欧州の国々のように作動しているが、平均的アメリカ人はそこで制定されるものに対してほとんど注意を払わない<sup>(13)</sup>。類似の見解がアメリカの学者の著作の中でも見られる。タフトはそのことを次のように表現している。『アメリカの文化はすべての法律への服従を要求しなければ是認もしない。……『法に従え』というスローガンは、ある種の制限なしに採用されることは意図されていない。最も保守的な人々は、他の人々がほとんどの状況下で最も重要な法の大部分には従うべきだと信じていると述べることは、少々誇張した表現である。』<sup>(14)</sup> このことは、アメリカ社会の非常に多元的な性質ならびに警察機構の作動の方法の両方と関係しているかもしれない。立法行為は、恐らく全く現実的に“国家の意思”の莊嚴で権威的な宣言とはみなされてお

らず、〔116頁〕まさに世俗的権力機構の産み出すものとみなしている。スラム街の恵まれない黒人の若者にとって『法』とは建設的精神の対象ではないように思われる。騒擾取締委員会は、1968年の報告で、1967年の無秩序状態の主要な原因として、警察とスラム社会の間の対立をあげている。『スラム街の中の警察官は、単に法の象徴というだけではなく、法と刑事司法の全システムの象徴となっている。このように、警察官はそのシステムすべてにわたる欠点に対する不満の<sup>(15)</sup>実在する標的となっている。』

社会がスムーズに機能するためには、公式の法の一定程度の尊重がおそらく必要不可欠である。法の尊重が全く欠けている場合、法執行機関は、外国の領土に駐留する占領軍と類似した役割をしなければならない。これはアメリカの都市部のスラムにおける法執行機関に関してしばしばなされる比喻でもあるのだ。もしその占領軍が苛酷で恐ろしい方法を十分に用いる用意があるならば、その軍隊は高度の秩序と服従を作り出すことが可能であろうことは経験によって知るところである。しかしながら、恐怖による統治は我々が民主主義社会においてなじんでいるシステムとは基本的に異なっている。

公式の法に対する絶対的な尊重は、危険をもまた意味する。権威への盲従は民主主義国家においては美徳とはみなされていない。そのような盲従の服従は、多くのドイツの戦争犯罪の心理的背景となっており、ナチ時代のドイツ人に対する批判としてしばしば述べられてきた。ミルグラムは服従に関する彼の実験で、彼の研究結果を憂慮すべきものと考えた。というのは、権威への服従はごく普通の人々をも粗暴な行動を行わせることになったからである。<sup>(16)</sup>」

2 以上考察してきたように、アンデネースは「公式の法の尊重」についてまず次のように述べている。

「法的な命令や禁止は、」これに「批判的な人々でさえ従わなければならない。」「この義務感は、合法的権威の尊重に依っている。行為それ自体が非難されるべきものと考えられるとしても、法の特質がこの感情を強化する。法律が道徳的に中立的なものであるとしても、法の尊重はひとりでに作用す

る」と述べている。この点についてアンデネースはまた「犯罪に対する権威的声明としての刑罰」の節でさらに次のように述べている。参考になるので、引用しておきたい。「『公式の法の尊重』の節で、個人は、法律条項のために行為それ自体の道徳性に関する自分の見解を変更したりしないということを目指してきた。すなわち、個人がその行為が悪である、あるいは不道徳であると考えたら、それは彼が一般的に法を侵害する行為が悪いと考えているからに他ならない。」

アンデネース自身『要約と結論』2において「公式の法の尊重」は、制裁とは関係なく大多数の人に対する強力な動機づけ効力を持たない」と述べている。「公式の法の尊重」は刑法の道徳的影響による一般抑止においてはそれほど機能を果たしていないということであろう。

そしてアンデネースはその理由を次のように述べている。「ほとんどの人間においては、法の尊重は比較的弱いであろう。一部においては、まったくそれを欠いているし、その他の人々は法を軽蔑さしている。」「公式の法の尊重は、自己の利益と対立する場合には容易に排除されてしまう（『要約と結論』2）。」

しかし、そのようなことは、刑法の道徳的影響によって一般抑止の効果を果たそうとするアンデネースの立場でのみいえることではないかと考える。そして、公式の法の尊重が刑法の道徳的影響による一般抑止においてはそれ程の機能を果たしていないという理由として挙げられていることは、主としてアメリカ社会を研究対象にした結論ともいえるのであり、一般的にはあまり説得力のある主張とは思われない。アンデネース自身、「法に従う態度は、社会によっても異なるし、時間の経過とともに変化するであろう」と述べていることが注目される。

にもかかわらず、アンデネースは、「社会がスムーズに機能するためには、公式の法の一定程度の尊重がおそらく必要不可欠である」という。そこにも、刑法の道徳的影響の限界が示されているといわなくてはならない。とともに、社会的接触（社会的相互作用＝コミュニケーション）を円滑にし、社会を成

立させるためには、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）による一般予防を必要とする積極的一般予防論に通ずるものがわずかながら示されていると考えるのである。アンデネース自身が公式の法の一定程度の尊重がある場合に社会は最もスムーズに機能すると主張したのは、「法の尊重が全く欠けている場合には、」「恐怖による統治が」行われるおそれがあり、「公式の法に対する絶対的な尊重」、「権威への盲従」もまた危険であり（例えばナチ時代のドイツ）、民主主義とは相容れないと考えたからである。しかし、公式の法が国民の立場に立ち、国民の人権を十分に反映したものであるならば、その法を絶対的に尊重したからといって問題はないはずである。問題は、公式の法の内容であり、その法の尊重が絶対的か一定程度かということではない。また、法の尊重が全く欠けている社会というのが本当に考えられるのであろうか。「公式の法の尊重」についてのアンデネースの見解には多くの疑問があるといわなくてはならない。

### （三）「道徳的に啓蒙する（目を開かせる）ものとしての刑法

1 一定の行為を犯罪であるとラベリングすることによって、市民に社会的に有害な性質とはどのようなものであるのかをより知らしめることが可能である。スウェーデンの著者チレンも、いくつかの事例では、刑罰の威嚇効果は〔117頁〕『恐怖によって個々人を抑止できるほどではないが、しかし、個々人を犯罪行為の社会的危険性に注目させることができるし、この点において彼らの意識をより敏感にすることができる』と述べている<sup>(17)</sup>。カメロンは万引する人々の間におけるこの啓蒙的效果を説明している<sup>(18)</sup>。万引した人間は逮捕されたとき、より明確に自分が犯罪的で恥ずべき行為をしたのだと意識する。逮捕される前は、このような観点から自分自身を考えたことなどなかったのである。

確かにより弱くはあるが、類似の効果が、ある行為は、犯罪であると明言されていることを知ることによって生じているかもしれない。そのような効果は、恐らく、酩酊運転に対してまたは過失致死に対する刑事立法の結果として予想され得るであろう。この法律は、ドライバーたちに酩酊状態での運

転の危険かつ無責任な性質を再考させるであろう。少なくとも今のところはこの件に関する意見はかなり不確かなものにならざるを得ない。酩酊運転に関する新法制定前後でのドライバーに関するイギリスの最近の調査は、当該の問題と関係のあるデータを提供している。この法律は、1967年10月に施行されたが、<sup>(19)</sup> 広範囲でのキャンペーンが行われ、その結果、事故発生率が現実的に減少した。この現象は、単に新法の抑止効果によるものなのか、あるいは、酩酊運転に対する道徳的態度に変化が生じたのか疑問となるであろう。ドライバーたちは、運転能力に対して飲酒は影響があるのか、そして飲酒運転に対して彼らはどのような態度をとっているのか質問された(例えば、酩酊運転をした者から運転資格を奪うべきか?)。二つの型の質問に対する答えは、一回目と二回目の調査間での違いをほとんど示さなかった。このことは、行動に変化を生じさせたのは新法の抑止効果であって、新法のキャンペーンや道徳的に目を開かせる効果といったものではないことを示しているように思われる。この広報キャンペーンは、ドライバーたちに新法を知らしめたという意味においてのみ価値があったと思われる。」

2 ここでは、刑法には「道徳的に啓蒙する(目を開かせる)」効果があることが述べられている。すなわち、「一定の行為を犯罪であるとラベリングすることによって、市民に社会的に有害な性質とはどのようなものであるのかをより知らしめることが可能である。」「確かにより弱くはあるが、類似の効果が、ある行為は、犯罪であると明言されていることを知ることによって生じているかもしれない」とされているのである。ただ、その効果(影響力)はより弱いことも認めている。

なお、「酩酊運転に関する法律は、ドライバーたちに酩酊運転の危険かつ無責任な性質を再考させるであろう」と述べている。ただ「今のところはこの点は不確かなものとならざるを得ない」としている。

#### [118頁] 四 「犯罪に対する権威的声明としての刑罰」

1 種々の行動様式に対する我々の態度は、極めて社会からの暗示的影響の結果である。立法や司法機関は、国民にメッセージを送り出す。刑罰は社

会的不承認（社会的非難）を表現しており、しかも、特有な方法で、それを表現している。つまり刑罰が厳格であればあるほど、社会的不承認（社会的非難）もより強いということである。もし、個人が権威者の評価を受け入れるならば、個人は暗示を通して影響を受けるであろう。ニーゲル・ウォーカーは、『刑法の宣言的機能』について<sup>(20)</sup>、そしてジョエル・ファインバーグは、『刑罰の表現機能』について語っている<sup>(21)</sup>。

どのように態度が形成され、維持されるのかについて我々一般の知識からすれば、法規範の直接的影響は、個人の所属している種々の第一次的集団の影響と比較してみても、非常に強いとはおそらく考えられない。ウォーカーは、立法は想像し得る影響の中で最も弱い影響の一つであるとさえ述べている。しかし、第一次的集団は法規範を伝えるので、そこにはおそらく累積的效果が存在するであろう。もし法律がある人々に影響を与え得ることに成功するならば、その効果は、社会的相互作用によって他の人々に広がっていくであろう。

シュワーツとオーリンズは、制裁的威嚇と道徳的アピールが、州所得税の納税に関する規範的方向づけならびに現実の行動にどのように影響を与えるかを分析するために、現場での実験を行った<sup>(22)</sup>。一つのグループは、脱税することにより、刑罰を受ける危険性が生ずることを彼らに思い起こさせるように構成された質問を行った。もう一方のグループには、法遵守のために道徳的良識を強調するように構成された質問をした。二つの比較（対照）されたグループは、中立的な取材を受けるかあるいは全く取材を受けなかった。その実験結果は、規範的方向づけについての質問と実際の納税行為についての質問の両方の分析に基づいたものであるが、幾分分析が困難であった。その結果は、刑罰の威嚇は規範的方向づけに対してある種の効果を有しており、それは少なくともある特別なグループでは確実であるということを示しているが、〔119頁〕しかしほとんどのグループにおいて、良心（道徳心）へのアピールの方がより強力であったことも示している。結局、刑罰の威嚇も道徳心も、実際の納税に関しては同じように効果があった。

ウォーカーとアーガイルは、また、刑法は道徳的效果を持つという仮説をテストしてみた。<sup>(23)</sup>自殺未遂の道徳性に関する調査アンケートへの回答は、自殺未遂に対して刑罰条項が削除されたことを知っていたとしても、それを知らない時よりも、結果としていい加減に考えるようになるというようなことはなかった。実際に、逆の結果を示す傾向がわずかにあるが、統計的にはそれほど重要ではなかった。動物のフンをまき散らす行為や、街中での酩酊、売春、わいせつな言葉の乱用など、行為の道徳的意義に関する質問は、同様の結果であった。

しかしながら、これらの調査研究は、短期間の効果のみを問題にしていた。刑罰は道徳的に効果があると信じる者の大多数は、長期にわたる効果を信頼してきた。さらにウォーカーとアーガイルは、数は少ないが、決して無視してはならない、法律は道徳性を無意識に統制すると信じている少数派を、彼らのサンプル(調査研究の標本)から排除したのである。結局、ウォーカーとアーガイルの調査は、刑法の境界線上の行為の道徳性もしくは不道徳性のみを論じており、不道徳的で刑罰に値するような一般的に(社会に)拒絶された行動により招くこととなった道徳的非難の程度は論じていない。刑罰は、あらかじめ存在しない道徳的非難を作り出すための力より、一般的に存在している道徳的判断を支持したりまた強固にしたりする力の方がずっと強い。この調査研究の結果の証拠としての価値には限界があるが、ウォーカーとアーガイルは、刑法の道徳的潜在力を強く信奉している人々の主張に対してある種の疑問をなげかける。

歴史的経験も同じ方向を示している。もし刑法が性的な行動のような事柄について前世代の考えを代表しているような道徳的態度を表現し続けるならば、通常の間展として、刑罰条項は徐々に機能しなくなり、〔120頁〕結局は削除されるであろう。それらを施行するための現実的な試みがなされない限りで、多くのそのような刑罰法規は存在し続けることができる。少なくともこれらの行動領域においては、道徳的態度が刑法の内容を決定し、そしてその逆はあり得ないのである。経験はまた、道徳的非難は刑法の補強がなく

ても自然とわきあがり得ることを示している。イギリスでは、近親相姦は、1908年に法令が制定されるまで犯罪ではなかった。そうであったとはいえ、近親相姦に対する道徳的非難は、ビクトリア王朝時代には今日よりもより強かったように思われる。

一定の犯罪類型に対する現実の刑の宣告政策が、その種の行為に対する国民の評価に影響を与えることができるのか否かに関して、実務上、重要な問題が残っている。自由刑は、通常比較的重大な犯罪にのみ科されており、より強い社会的不承認（社会的非難）を表現している。自由刑を適用することによって、社会の注目を集めて一定の犯罪をより非難されるべきものとする認識を作りあげることが可能であろうか？我々はその簡潔な答えを経験から引き出すことはできない。

一方、クリナードは、第2次世界大戦中の闇取引違反の研究において、自由刑は、罰金より効果的な刑罰であることを確認した。<sup>(24)</sup> 実業家についての彼の研究は、実業家が罰金より自由刑を恐れていることを示した。この自由刑に対する恐怖は投獄による不自由によってだけでなく、自由刑の宣告に付随する道徳的汚名によっても動機づけられていた。クリナードはまた、価格管理局規則が厳格に施行されている地域では施行が緩やかな地域よりも法の順守がより行き渡っていたと報告している。

他方、国民は、自由刑に対する彼ら自身の態度を区別しているように思われる。もし犯罪の動機が非利己的なものあるいは高潔だと認識されたならば、例え国民が判決を正当なものとして受け入れるとしても、判決は犯罪や犯罪者に対する国民の判断に影響を与えない。スカンジナビア諸国では、酩酊運転中に逮捕された人々に対して、〔121頁〕広範囲にわたって、一時的な短期自由刑判決を言渡したという経験があった。ノルウェーでは、あらゆる重罪で投獄された人々より、この一つの軽罪で投獄された人々の方が多かった。この刑罰の言渡は、ある種の不名誉の烙印を伴っていたが、その不名誉の烙印の効果は、犯罪者の雇用の可能性や社会関係において評価し得るほどの変化を生じさせるほど強力なものではない。クレッテによる最近の調査研究は、

前科はなく、酩酊運転で1ヶ月から2ヶ月の禁固を受けた50人のドライバーのグループについて、ほとんどの雇用者は行為者が以前刑務所にいたことを認識していたが、<sup>(25)</sup> 実刑判決の為に転職しなければならなかった行為者は一人もいなかったことを示している。また、それに加えて、有罪判決を受けたドライバー達も自分自身を犯罪者などとは考えてもいなかったが、しかし実刑判決に従ったということも付け加えなければならない。違反者の妻が強く反応した場合もあったが、他の点では社会的ならびに個人的人間関係において自由刑の効果はそれほど重視されていないように見えた。

上述の諸効果は、密接に関係している。実際にそれらを区別することは困難であろう。それらはすべて合法的権威の概念の周りを回っているように見える。しかしながら『公式の法の尊重』の節で、個人は、法律条項のために行為それ自体の道徳性に関する自分の見解を変更したりしないということを指摘してきた。すなわち、個人がその行為が悪であるあるいは不道徳であると考えたら、それは彼が一般的に法を侵害する行為が悪いと考えているからに他ならない。『道徳的に啓蒙させる(目を開かせる)ものとしての刑法』ならびに『犯罪に対する権威的声明としての刑罰』において、法律が行為に対する個人の道徳的態度を変化させた状況について述べてきた。この二つの間の相違は、後の節で述べられた効果は単に暗示的な影響によるのに対して、前の節で述べられた効果は、各個人が自分で直接に行う思考や評価の結果として生じている。

〔122頁〕 利用し得る証拠に基づいて仮に結論づけるとすれば、限られた範囲内でのみ、刑法は少なくとも短期的見通しにおいて社会における道徳的態度に直接的に影響を与えることができると言えるであろう。

この主張は、議論の自由を広く享受できる民主的、多元的な社会状況の場合に当てはまる。国家機関が教育、社会組織、出版、他のマスメディアに対して権力を持ち、教化を担うこれらすべての機関が法システムを支えることができる権威主義的な状況では、事態は異なるであろう。パーマンは彼の論文『ソ連の司法』において、ソ連の法律及び裁判所の教育的役割について述

べている。法律や裁判所によって国民を教育するという思想は、ロシア裁判所構成法第3条に次のように規定されている。

裁判所はその全活動を通して、国民の母国への忠誠（心）、そして共産主義の理想への忠誠の精神を教育すること、またソビエト法の遂行を逸脱しない精神を、社会的財産を保護する精神を、労働原理を遵守する精神を、国家や社会的義務に対する高潔な精神を、諸権利、名誉、国民の尊厳を尊重する精神を、社会主義の共同生活の規則を尊重する精神を教育することが義務づけられている。<sup>(27)</sup>』

2 アンデネースは本節でも、刑罰は犯罪に対する権威的声明として、人間の態度に暗示的影響を与えることを次のように述べている。「刑罰は社会的不承認（社会的非難）を表現しており、しかも、特有な方法で、それを表現している。つまり、刑罰が厳格であればあるほど、社会的不承認（社会的非難）もより強いということである。もし個人が権威者の評価を受け入れるならば、個人は暗示を通して影響を受けるであろう。」

「法規範の直接的影響は、個人の所属している種々の第一次的集団の影響と比較しても、非常に強いとはおそらく考えられない。」「ウォーカーは、立法は想像し得る影響の中で、最も弱い影響の一つであるとさえ述べている。」「もし法律がある人々に影響を与え得ることに成功するならば、社会的相互作用によって他の人々に広がっていくであろう。」

「性行動領域においては、道徳的態度が刑法の内容を決定し、その逆はあり得ないのである。経験はまた、道徳的非難は刑法の補強がなくても自然とわきあがり得ることを示してくる。」

「自由刑を適用することによって、社会の注目を集めて一定の犯罪をより非難されるべきものとする認識を作りあげることが可能であろうか？」

「国民は、自由刑に対する彼ら自身の態度を区別しているように思われる。もし犯罪の動機が非利己的なものあるいは高潔だと認識されたならば、たとえ国民が判決を正当なものとして受け入れるとしても、判決は犯罪や犯罪者に対する国民の判断に影響を与えない。」

「利用できる証拠に基づいて仮に結論づけるとすれば、限られた範囲内でのみ、刑法は少なくとも短期的見通しにおいて社会における道徳的態度に直接的に影響を与えることができると言えるであろう。この主張は、議論の自由を広く享受できる民主的、多元的な社会状況の場合に当てはまる。」

以上のような考察から、アンデネースが『要約と結論』5で、「一定の類型の行為に対し激しい道徳的非難を加えたり強めたりする刑法の潜在力は、啓蒙的（目を開かせる）効果によって、あるいは暗示的影響を及ぼすことによって、非常に制限されるのである」とまとめているのが、注目される。これは、刑法の威嚇効果は刑法（刑罰）の直接的な道徳的影響によって制限されることになるということであろう。ここにも、アンデネースの刑法（刑罰）の道徳的影響を重視することによって、威嚇効果を必要最小限にしているという意図が示されているものと考えられる。

### 3 「間接的な道徳的影響

これまで我々は、刑罰の直接的な道徳的影響を説明してきた。おそらく間接的な道徳的影響の方がかなり強いであろう。

#### （一）悪い例（見本）を減少させ、無効にするものとしての刑罰

1 悪い例（見本）は、それが罰せられない場合、人を感化（伝染）しやすいことは、経験上明らかである。違法駐車や他の些細な犯罪のような事柄に対して、刑罰を執行しないことが、いかに多くの侵害行為を発生させ、〔123頁〕規則遵守の総体的衰弱をもたらすかに気付くことは容易なことである。その悪い例の作用は適用範囲が非常に広い。それゆえに、繰り返し会社の従業員による大規模な窃盗事件が報道されるのである。侵害（違反）が多ければ多いほど、個人が感じる良心の呵責は小さくなる。同僚が犯罪を犯したことを知ると、今まで想像も及ばなかったことが現実のものとなる。他人が狡がしこく（不正に）立ち回っているのに、なぜ自分一人が正直であらねばならないのか？刑罰を受ける危険は現実味が薄れていき、と同時に道徳的抑制は崩れていく。同様の方法で公的行政機関の支局にも汚職が浸透してい

く。悪い例の感化（伝染）の危険は、個人が、自分と同じような環境で生活している他者によって犯罪が犯されたことを知った状態で、おそらく最大になるであろう。しかし悪い例の感化（伝染）の危険性は、そのような状態だけには限られない。近年、国際線のハイジャックの頻度の増加は、ある種の犯罪行為が刑罰による処置を受けなかった場合に持つであろう悪影響の感化（伝染）という興味深い例証を提供する。

刑法機関はこの悪影響を二通りの方法で阻止している。第一の方法は、一抑止や他の方法で一悪い例の数そのものを減少させることである。第二の方法は、刑法機関が悪い例を魅力のないものにすることである。行為時に刑法を意識することは、悪例に従わせようとする誘惑へのワクチン注射のようなものである。心理学的メカニズムに関しては異なる理論が存在するであろうが、事実それ自体に関してはいかなる疑問も存在しない。

実例が重要であるということを理解するためには、もし刑法や刑法の執行が、警察官のストライキのように短い期間ではなく永遠に停滞するとしたら、いかなる事態になるかを思い浮かべるようにすることである。最初に犯罪分子（犯罪者一人一人）がより多くの犯罪を犯すであろうし、以前より堂々と行うであろう。これらの例は、今日まで法の恐怖から犯罪を行うことを思い止まっていた道徳的境界線上に位置する人々によって追隨される。そしてある種の連鎖反応によってより多くの人々が徐々に〔124頁〕犯罪活動にかかわりを持つようになり、特に財産犯（領得犯）のような種類ではそうなるであろう。道徳的抑制は大部分の人が重大な犯罪を犯すことを阻止するために十分に機能していると言えるであろう。しかし、この道徳的抑制が刑事司法の機関の存在しない社会で有効であるかどうかはより疑わしい問題であるように思える。<sup>(28)</sup> おそらく、以下のエーケルーフの叙述に多くの真理が見えるであろう。

『人々の道徳的基準を保持しようと欲するならば、人々が彼らの子供時代に教え込まれた行動の基準を受け入れているだけでは十分ではないと私は主張したい。すなわち、人々が生涯を通じて彼らの周囲にいる人間によってそれ

らの基準が適用されるのを知る事が必要であり、またそれらを広く受け入れられた社会的モーレスの統合された一部分であると考えることが必要である。ゆりかごから墓場まで、人は絶え間ない道徳的プロパガンダにさらされなければならないのである。そしてそのプロパガンダにおいて司法機関は重要な役割を担っている。<sup>(29)</sup>』

2 本節でアンデネースが主張していることは、要するに「刑法は悪い例の感化(伝染)効果は無効にすることによって、個人の道徳的抑制を推奨するという重要な機能を持っている」(「要約と結論」4参照)ということである。

この場合にもアンデネースは注意深く、ただ違法駐車や他の些細な犯罪についてのみ述べていることに注意したい。重大な犯罪については、「道徳的抑制は大部分の人が犯罪を犯すことを阻止するために十分に機能しているといえる」と述べているのである。注目すべき重要な指摘といえよう。

その上、刑法機関が悪い例の感化(伝染)効果は無効にする方法として、アンデネースは、「抑止その他の方法で減少させ、」また「悪い例を魅力のないものにする」ことによって行うべきであるとしている。この場合も威嚇だけに頼っていないことに注目すべきであろう。問題は、アンデネースではなお抑止すなわち威嚇が残されているということである。本稿は、積極的一般予防の立場から犯罪抑止は威嚇によってではなく、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)によって行われるべきこと、刑罰も、規範妥当の確証として科せられるべきものであることを強調したい。

アンデネースが、道徳的抑制を十分に機能させるためには、「人々の道徳的水準を保持しようとするならば人々が彼らの幼年時代に教え込まれた行動の基準を受け入れているだけでは不十分である。すなわち、人々が生涯を通じて彼らの周囲にいる人間によってそれらが適用される(用いられる)のを知る事が必要であり、またそれらを広く受け入れられた社会的モーレスの統合された一部分であると認識することが必要である。そのためには、刑事司

法機関の存在が不可欠だと考えられる」と主張している点も正しいと考える。

## (二)「道德教育の枠組みを形成する刑法

1 刑罰は、生涯を通じての再教育もしくは強化機能として役立つことによって、確立された道德規範の衰弱を予防することができるのであるが、一方、刑事システムもまた人間の早期教育や発達の重要な時期の道德教育に間接的に影響を及ぼす。この教育は第一次的に家族、学校そしてその他の小さな集団の中で行われるが、これらの集団の外部の社会状況に依存している。刑法の存在と作用そしてその構造は、子供達がさらされている社会の道德的風土や道德教育に根深い(確固たる)結果を必然的に及ぼしているに違いない一般的枠組を与えるのである。刑罰がなく、これらの規則が公然と一般的に破られている社会においては正直(誠実)や、非暴力ならびに類似の積極的価値を教えることは困難であろう。さらに、刑法の存在と司法機構は、両親やその他の人々が子供にこれらの道德規則をより強力に植え付ける類似の権威的役割を果たす動機を与えるであろう。親が子に盗むなど教育するのは、単に窃盗が不道德と考えるからだけではなく、その結果が犯罪者にとって重大であるからであろう。多くの親は子に『誠実に生きること』の絶対的な必要性を伝えるための手段として、たいてい警察や刑務所を引き合いに出す。

ノルウェーの教育学者エヴァ・ヌールランは、教育現場における規律の機能とより大きな社会における刑法の機能の類似を指摘している<sup>(30)</sup>。彼女は、一般予防の概念との類似性から、一連の規則の制定や侵害に対する制裁の適用によって維持される一般的なあるいは集団を方向づける規律に関して述べている。子供達はそれによって許容される行為の限界を学び、禁止されている行為を代表するものの象徴に対して反応することを学ぶ。集団の規律のために、違反者自身によって繰り返されることを予防することが必要であると考えられていない場合でさえ、規定されている制裁を適用することは必要であろう。他方、通常の規律システムに対して適切な反応をしない子供達が存在し、従って、そのような子供達に対しては個人的な対処(処遇)がなされなければならない。実務では、これら二つの原理間に緊張関係が存在するであ

ろう。それは、刑法において一般予防の考察と特別予防(個人的処遇)の考察の間に緊張関係が存在するのと全く同じである。」

2 本節では次のようなことが主張されている。犯罪抑止のための道徳的抑制は、早期の道徳的教育がその根幹を成している。「刑法は青少年の道徳教育の枠組を形造るという重要な機能を有し」(「要約と結論」5参照)、間接的な影響を及ぼしている。そしてまた、その道徳的教育を担う成人に対して刑法の存在と司法機構がまた類似の権威的役割を果たすのである。

#### 4 「要約と結論

本章の暫定的結論をまとめてみよう。

(1) 一般的に刑法の道徳的もしくは教育的効果と称されているものは幾つかの要素から成り立っており、それらの構成要素は種々の分野にそれぞれ異なった影響を及ぼすであろう。

(2) 公式の法の尊重は、制裁とは関係なく、大多数の人に対する強力な動機づけ効力を有しておらず、自己の利益と対立する場合には容易に排除されてしまう。

(3) 一定の類型の行為に対し激しい道徳的非難を加えたり強めたりする〔126頁〕刑法の潜在力は、啓蒙的(目を開かせる)効果によって、あるいは暗示的影響を及ぼすことによって、極めて制限されるのである。

(4) 刑法は悪例の感化(伝染)効果を無効にすることによって、個人の道徳的抑制を奨励するという重要な機能を持っている。

(5) さらに、刑法は、青少年の道徳教育の枠組みを形成するという重要な機能を有している。

犯罪学者達は、概して、刑法や刑事司法システムが人間の行動に及ぼす一般的效果に余り関心を示さなかった。彼らは、個々の犯罪者の人格や環境、ならびに犯罪者に対する刑事制裁の効果に多に興味を示してきた。刑法の一般予防効果の観念は、しばしば廃れた学説として軽視されたし、人間に関

するより現実的で科学的な考察のために放棄されるべきであるとされてきた。

私自身の見方は全く異なる。私は法を、少なくとも刑法を、基本的な社会的効果をもつものの一つであると考えている。現代の極めて工業化され、都市化した西洋型社会は、刑法や警察、そして合理的で有効な刑事司法システムなしには機能し得ないだろうという考えに至ってる。このシステムは単に恐怖によって作動しているのではなく、多様かつ極めて微妙な方法で人間の思考や行為に影響を及ぼしている。これらの影響は、非常に多くの方法で社会の中に浸透しているので、分離したり、測定したりするのは困難である。この点において、刑罰制度は、他の基本的社会システムと同様の状況にある。」

#### IV シューマンの主張の検討

シューマンが、アンデネース「は、刑法の道徳的ならびに教育的影響をその威嚇効果とは別のものであるとみなしている。」「その場合彼は、ヘルムート・マイヤーやスカンジナビアの若干の理論家達の影響を受けている」と述べている点は正しい。

しかし、既に考察してきたように、アンデネースは、ヘルムート・マイヤー等の「意見は、調査研究や実務的経験による裏付けがないと批判する。そして、「刑法の道徳的もしくは教育的影響には種々の局面があるように思われる。以下では、これらの異なった局面の詳細な分析を試みたいと」主張する。このような観点から、直接的な道徳的影響として「公式の法の尊重」、「道徳的に啓蒙する（目を開かせる）ものとしての刑法」、「権威的声明としての刑罰」、間接的な道徳的影響として「悪い例（見本）を減少させ、無効にするものとしての刑罰」、「道徳教育の枠組を形成する刑法」について詳細に考慮するのである。シューマンにはこのような論述はなく、アンデネースの理論の理解に若干の疑問がある。

シューマンは「アンデネースは、直接的効果よりも間接的效果に重きをおいている」というが、これも疑問である。アンデネースは、「これまで我々

は、刑罰の直接的な道徳的影響を説明してきた。おそらく間接的な道徳的影響の方がかなり強いであろう」と述べているだけであるからである。そしてシューマンは、アンデネースが直接的効果に重きをおいていない理由を、次のように述べている。「不意に犯行現場をとり押さえられたり、刑事訴追を受けるということが、たとえば、一定の行為の危険性あるいは非難可能性を人々に啓蒙するということを示す根拠はほとんどない、とアンデネースは主張する。」しかし、アンデネースはそのようなことを述べてはいないのである。むしろアンデネースは、スウェーデンの著書チレーンとカメロンの研究に基づき刑法の啓蒙効果を認めているのである。すなわち、チレーンは、いくつかの事例で、刑罰の効果は『恐怖によって個々人を抑止できるほどではないが、しかし、個々人を犯罪行為の社会的危険性に注目させることができるし、この点において彼らの意識を敏感にすることができる』と述べているのである。カメロンは、万引した人間は逮捕された時、より明確に自分が犯罪的で恥ずべき行為をしたのだと意識すると述べ、万引する人々の間における啓蒙的效果を説明している。これに基づき、アンデネースは「確かにより弱くはあるが、類似の効果がある行為は、犯罪であると明言されていることを知ることによって生じているかもしれない」と述べているのである。また、「酩酊運転に関する法律は、ドライバーたちに酩酊運転の危険かつ無責任な性質を再考させるであろう」と述べている。ただ「今のところは、この点については不確なものにならざるを得ない」としている。アンデネースは、刑法(刑罰)の直接的な道徳的影響も間接的な道徳的影響もともに重視しており、ただ後者の方がかなり強いとしているにすぎないのである。

シューマンは、アンデネースが直接的効果よりも「間接的效果をかなり重視している」とするもう一つの根拠があると詳細に論じている。それは、アンデネースが悪い例(見本)を減少させ、無効にするものとしての刑罰による間接的な道徳的影響はかなり強いと述べていることである。しかし、繰り返し述べてきたように、この場合もアンデネースはこの間接的な道徳的影響はかなり強いと述べているだけであり、間接的な道徳的影響を重視するとは

何も述べていないのである。

確かにアンデネースは、違法駐車や些細な犯罪について、悪い例（見本）は、それが罰せられない場合、人を感化しやすい（人に伝染しやすい）、多くの侵害が生じ、個人の感じる良心の呵責は小さくなり、道徳的抑制は弱まり、規範遵守の総体的衰弱をもたらすと述べている。刑法はこの悪い例（見本）の感化（伝染）効果を減少させ、無効にすることによって、道徳的抑制を推奨する（間接的な道徳的影響）という機能を持っていると主張する。

問題は、シューマンがこの点について「刑法は、威嚇によって犯罪者の数を制限している」と主張していることである。「アンデネースにとっては、積極的一般予防は、道徳的安定化作用を有するのである。その場合重要なことは、刑法はその内容においてではなく、その威嚇効果に重要性があるということである。というのは、刑罰威嚇が逸脱者の範囲を小さくしているから、そしてそうしている間は、道徳に対する伝染の危険も少ないであろうからである。」しかし、アンデネースは、既に考察してきたように、悪い例（見本）の感化（伝染）による道徳（道徳的抑制）の崩壊を、すべての犯罪ではなく、違法駐車や他の些細な犯罪についてのみ述べているのである。「重大な犯罪については、道徳的抑制は大部分の人が犯罪を犯すことを阻止するために十分に機能しているといえる」と述べているのである。アンデネースでは、シューマンが考えるほどに威嚇が広く、強く必要とされているわけではないのである。しかも、威嚇も道徳的抑制を推奨するためのものにすぎないのである。その上、刑法が悪い例の感化（伝染）効果を無効にする方法として、アンデネースは「抑止その他の方法で減少させ、」また「悪い例を魅力のないものにする」と主張しているのである。この場合も威嚇だけに頼っているわけではないのである。アンデネースでは、犯罪抑止はできる限り刑法の直接のおよび間接的道徳的影響で行おうとしているのであり、刑法の威嚇は必要最小限にとどめようと意図されているものと考えている。

本稿は、このように、アンデネースが威嚇予防によらない、刑法の道徳的もしくは教育的影響による一般予防（一般抑止）を考えている限りで、積極

的一般予防と共通のもしくは類似のものがあると考ええる。従って、シューマンのように、「アンデネースでは、『これらの大衆が威嚇され得る限りで、多くの人々が悪い考えを抱くことはない』と主張することで積極的一般予防論であり、威嚇を越えて道徳安定化作用を根拠づけようとする議論の線に、人々は「一般予防として妥当するものを見出すのである」というように考えるわけではない。

アンデネースが、抑止（威嚇）による間接的・道徳的影響によって違法駐車や他の些細な犯罪を抑止しようとしている点にも、学ぶべきものがあるように思われる。そして、シューマンがそれを積極的一般予防論の内容に組み込み得るとしている点も興味がある。

しかし、アンデネースの主張する刑法および刑罰の道徳的もしくは教育的影響については、若干の疑問がある。

アンデネースは、「刑罰は不快な結果を受ける危険の単なる人工的創造物と言うだけではなく、社会的・不承認を表現する手段である。そして、行為に対して烙印を押すというこの公的な行為は、制裁の恐れとは全く別個に（刑罰の恐怖に基づくことなく）人の態度に影響を与えるものである。一般抑止の概念には、この道徳的もしくは教育的影響も含まれる」と主張する。

しかし、社会的・不承認の表明によって、行為に対して烙印を押すことによって人の態度に影響を与えるのも、広い意味では制裁の恐れ、威嚇によるものと考えられるのではなからうか。アンデネースの理論では、道徳的もしくは教育的影響が制裁の恐れ、威嚇とは全く別個に人の態度に影響を及ぼすという理論構成は必ずしも十分には成功していないのではなからうか。それは、刑罰の直接的結果である刑罰を受ける苦痛、不自由と刑罰の間接的結果の区別と解され得る余地もある。

アンデネースは、公式の法の尊重は、大多数の人に対する動機づけ効力を持たないと述べている。公式の法の尊重は、刑法の道徳的影響による一般抑止においてはそれほどの機能を果たしていないということであろう。

にもかかわらず、彼は、「社会がスムーズに機能するためには、公式の法

の一定程度の尊重がおそらく必要不可欠である」という。そこにも、刑法の道徳的影響の限界が示されているといわれなくてはならない。とともに、そこには、社会的接触（社会的相互作用＝コミュニケーション）を円滑にし、社会を可能にする基本的な規範を、国民の規範認知の訓練（規範信頼の訓練、規範への忠誠の訓練、帰結甘受の訓練）による一般予防によって保障する、従って、国民も規範を妥当なものとして遵守する積極的一般予防論に通ずるものが、わずかながら示されていると考える。そして、前述のように、積極的一般予防論では、その第一次的目的はコミュニケーションの円滑であり、法秩序の維持ではない。しかし、アンデネースには、個人に犯罪行為の社会的有害性、社会的危険性、反社会性に注目させ、道徳的影響を及ぼすことによって一般抑止を行うという主張もある。社会秩序の維持が、積極的一般予防論よりもより重視されているように思われる。

なお、アンデネースが刑法および刑罰の道徳的もしくは教育的影響という表現を用いているのも妥当でないと考える。アンデネース自身、この道徳的もしくは教育的影響という表現は、「法から生じたものである」ことを認めている。ただ「刑罰の恐怖に基づいたものではない、態度そして行為への影響を示すためにのみ使用される」としている。それならば、道徳的影響ということではなく、法もしくは規範と一体になった法的な観点からの説明をすべきではないかと考える。

いずれにしても、威嚇予防を一部認めている点、また規範認知の訓練による一般予防でなく、刑法の道徳的影響による一般予防（一般抑止）を主張している点で、現在の積極的一般予防論とは異なるものであることを指摘しておきたい。

今後さらに、アンデネースの他の著書、論文なども読み、彼の理論のより正確な研究を今後の研究課題としたい。

シューマンの論述から学び得ることは次のようなことであろう。アンデネースが積極的一般予防論と共通のもしくは類似ものがあることを示したこと、アンデネースのように刑法の道徳的影響による一般予防（一般抑止）を考え

る理論に不明確さもしくは弱点のあることを示したものと考えることもできるであろうこと、アンデネース理論の一つの理解の仕方を示したものと考えられることなどであろう。

#### 注

- (1) ヨハネス・アンデネースは、オスロ大学教授、同大学刑事学・刑法学研究所長、同大学副学長、学長、ノルウェー最高裁判所判事などを務めた。シカゴ大学、ミネソタ大学等にも留学。現在はオスロ大学名誉教授である。  
アンデネースには、本稿で取扱った論文よりも後で執筆された次の論文もあり、大変参考になった。アンデネース、藤本哲也、朴元奎共訳「一般予防再考：研究と政策的意義〈上〉〈下〉犯罪と非行」37号2頁以下、38号33頁以下(1978年)(Andenaes, *General Prevention Revised: Research and Policy Implications*, *The Journal of Law and Criminology*, Vol. 66, No. 3, 1975. p. 338-p. 365)
- (2) Hawkins, *Punishment and Deterrence: The Educative, Moralizing and Habitulative Effects*. 1969 *Wis. L. Rev.* 550.
- (3) BECCARIA, *AN ESSAY ON CRIMES AND PUNISHMENTS* 139 (1770).
- (4) BENTHAM, *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* 184 (1879).
- (5) STEPHEN, *A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND*, Vol. 2, 79 (1883).
- (6) KENNY, *OUTLINES OF CRIMINAL LAW*, 15th. ed. 35 (1936).
- (7) MAYER, *DAS STRAFRECHT DES DEUTSCHEN VOLKES* 26, 32 (1936)
- (8) LUNDSTEDT, *PRINCIPINLEDNING* 30 (1920) ; TILL FRÅGAN OM RÄTTEN OCH SAMHALLET 105 (1921).
- (9) MORTON, *THE FUNCTION OF CRIMINAL LAW* 43 (1962).
- (10) MAYER, *STRAFRECHT, ALLGEMEINER TEIL* 23 (1953).
- (11) DOLLARD ET AL., *FRUSTRATION AND AGGRESSION* 85 (1939).
- (12) GERMANN ET AL., *AN INTRODUCTION TO LAW ENFORCEMENT* (1962) [Quoted after J. D. Lohmann in 1967 *FED. PROBATION* 31 (4), 22].
- (13) KINBERG, *BASIC PROBLEM OF CRIMINOLOGY* 168-69 (1935).
- (14) TAFT, *CRIMINOLOGY* 234 (1942).
- (15) *REPORT OF THE NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CIVIL DISORDERS* (Paperback ed.) 299 (1968).
- (16) Milgram, *Behavioral Study of Obedience*, 67 *J. AB. SOC. PSYCH.* 371-78 (1963) ; *Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority*, 18 *HUMAN REL.* 57-76 (1965).
- (17) THYRÉN, *STRAFFRÄTTENS ALLMÄNNA GRUNDER* 72 (1907).
- (18) CAMERON, *THE BOOSTER AND THE SNITCH* 161-64 (1964).

- (19) Sheppard, The 1967 Drink and Driving Campaign : A Survey among Drivers, ROAD RESEARCH LABORATORY REPORT LR 230 (1968).
- (20) Walker, Morality and the Criminal Law. 11 (3) HOWARD J. 209 (1964).
- (21) Feinberg, The Expressive Function of Punishment, 49 THE MONIST 397 (1965).
- (22) Schwartz & Orleans, On Legal Sanctions. 34 U. CHI. L. REV. 274 (1967).
- (23) Walker & Argyle, Does the Law Affect Moral Judgments? 4 BRITISH J. CRIM. 570 (1964).
- (24) CLINARD, THE BLACK MARKET (1952).
- (25) KLETTE, Några resultat från tre rattfylleriundersökningar jämförda med trafiknykterhetskommittens lagförslag, NORDISK TIDSSKRIFT FOR KRIMINALVIDENSKAB 119-35 (1964).
- (26) BERMAN, JUSTICE IN THE USSR (1963).
- (27) BERMAN, SOVIET LAW AND CRIMINAL PROCEDURE 429 (1966).
- (28) 警察のストライキや類似の状況に加えて、より新しい事例は、1969年モンリオールでの警察のストライキである。カナダの新聞（1969年10月8日のトロント・スター新聞）は、次のようなコメントを掲載した。  
 「モンリオールの警察の非合法的なストライキは、たった一日だけではあったが、カナダの全国民に厳しい教訓をもたらした。」  
 「第一に、公務におけるストライキの問題点に関してであるが、数時間のうちに大都市は無法地帯へと変わった。暴動者や（バンダル族のような）破壊者が暴れまわり、誰も彼らを制止することはできなかった。」  
 「第二の教訓は、我々が、文明と称している秩序と適正な行為のパターンが破壊されたことである。警官が視界にいなければ、プロの犯罪者が、彼らの仕事（犯罪）に熱中することは予想されたことだった。しかし、実際に驚いたことには、通常法を遵守している人々が、略奪や騒ぎを起こしたり、また放火したりしたことであった……。」  
 「確かにそのような行為に我を失った市民は少数派ではあった。しかし、モンリオールあるいはすべての大都市において信頼できる法と秩序のシステムが存在しないならば彼らは完全に無法状態に陥ってしまうであろう……。」  
 「このコメントはかなり過剰に演出されているが、しかし、刑事司法が永久に作動しないことが可能性として高い場合には、同様の結果が起こりうるのである。」
- (29) EKELÖF, STRAFFET, SKADESTÅNDET OCH VITET 54 (1942).
- (30) E. Nordland, Allmennprevention og disiplin i oppdragelsen, NORDISK TIDSSKRIFT FOR KRIMINALVIDENSKAB, 220-37 (1966).