

論 説

リスト理論の現代的意義（1）

— リストのマルブルク綱領の考察 —

小 坂 亮

序論

第一章 絶対的応報刑論の立場から

— エックハルト・ラング「刑法における目的思想 フランツ・フォン・リストのマルブルク綱領 刑罰論および行刑目的としてのその意義」 —

第一節 学説のモデル化

第二節 刑法学体系の統一性・リストのマルブルク綱領の性格

第三節 著者の見解（以上本号）

第二章 カント哲学を基礎とする立場から

— ミヒャエル・ケーラー「フランツ・フォン・リスト 刑法における目的思想 序文」 —

第一節 リストのマルブルク綱領の性格

第二節 刑法学体系の統一性・学説のモデル化

結論

序 論

現代の**行刑実務**においては、行為者（受刑者）の改善更生・再社会化がもはや動かしえない重要な位置を占めているということは何人も否定し得ない事実であり、また、**行刑実務**⁽¹⁾に限定するならば、このような事実を望ましくないと評価する論者はいないであろう。この意味で、リストにより

大成された近代学派理論は現代にも大きな影響を及ぼしているといえよう。しかしながら、刑罰の目的を論ずる**刑罰論**となると、特別予防論は有力ではあるものの、応報刑論との折衷的見解として採られるにすぎないことが多く、さらに、**犯罪論**にいたっては、特別予防的観点の主たる指導原理とする見解はほとんど見られない。⁽²⁾

以上の行刑・刑罰論・犯罪論という3分野のうち、「刑罰論 (=特別予防論) に導かれた**犯罪論**」⁽³⁾についてはすでに検討を開始しているが、今日の特別予防論を取り囲む理論状況を見た場合、「刑罰論 (=特別予防論) に導かれた**犯罪論**」を主張する以前に、そもそも刑罰論においてすら、刑罰目的を特別予防とすることが妥当といえるのか否かが問われているといえよう。ドイツにおいて「学派の争い (Schulenstreit)」が生じた当初 (本稿の論題たるリストのマルブルク綱領が発表された当時) には、その争いの対象は主に刑罰論であったが⁽⁴⁾ (古典学派の応報刑論と近代学派の特別予防論)、まもなく、とりわけわが国においては、争いの対象は犯罪論に移り⁽⁵⁾ (古典学派の客観主義と近代学派の主観主義)、それゆえ、近代学派に対する批判

-
- (1) 高橋則夫『刑法総論講義案 [No. 1]』(2005年、成文堂) 8頁、29頁参照。
- (2) 高橋・前掲書29頁参照。
- (3) 拙稿「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって— (1)」早稲田大学大学院法研論集第115号 (2005年、早稲田大学大学院法学研究科) 83~109頁、拙稿「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって— (2)」早稲田大学大学院法研論集第116号 (2005年、早稲田大学大学院法学研究科) 75~102頁、拙稿「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって— (3・完)」早稲田大学大学院法研論集第117号 (2006年、早稲田大学大学院法学研究科) 89~113頁参照。
- (4) 本稿の検討素材であるマルブルク綱領がまさにそうであり、リストとビルクマイヤーの論争も刑法解釈論 (犯罪論) 上の具体的論点よりも、刑罰論をめぐるものであった。その詳しい内容は、内田文昭『刑法概要 上巻 [基礎理論・犯罪論 (1)]』(1995年、青林書院) 73頁以下、大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』(1957年、日本評論社) 23頁以下等参照。
- (5) 「ヨーロッパでは時代の変化に応じて順次に主張された学説が、わが国ではほぼ時を同じくして主張された」(平野龍一『刑法 総論 I』(1972年、有斐閣) 14頁) という事情が大きく作用しているためであろう。

も主としてはその主観主義犯罪論に対してなされた⁽⁶⁾。さらに、近代学派理論の退潮が決定的となるにおよんでも、ドイツの1969年刑法改正等⁽⁷⁾によって、近代学派の刑罰論たる特別予防論はドイツでなお強い影響力を保ったのであった⁽⁸⁾。しかしながら、その後、日・独両国において、近代学派理論への批判はその犯罪論を超えて再び刑罰論にも向けられることとなったのである⁽⁹⁾。この現象は、批判の対象という観点からは「学派の争い」発生当初への回帰と位置づけることが可能であり、同時に、行刑にも影響を及ぼすはずである刑罰論という分野の方向性を問い直すことへとつながるといふ点で、大きな重要性を有すると思われる。

このような状況にあって、長い時を経て再び批判の対象となった刑罰論における特別予防論と目的思想とを提唱した古典的名著であるリストのマルブルク綱領⁽¹⁰⁾を今日再び取り上げることは有意義であるといえよう。加

(6) 両学派の歩み寄りという現象もこの延長線上に位置づけられるのではないだろうか。古典学派側から見れば、刑罰論で教育刑論をある程度受容し、そのかわりとして、犯罪論では主観主義を批判して近代学派に客観主義の受け入れを迫ったのであった。

(7) H.リュウピング著／川端博・曾根威彦訳『ドイツ刑法史綱要』（1984年、成文堂）208頁以下参照。

(8) ドイツ刑法学の影響を強く受けるわが国においても同様であったのは当然である。

(9) 高橋・前掲書8頁は、刑罰論についての記述で、リストの特別予防論を「このような特別予防論は行刑（受刑者の処遇）レベルでは実践されている考え方である。しかし、刑罰の目的がもっぱら行為者の改善にあるとするのは、やはり不十分であり、法的平和の回復の中に組み込むことで処理できるであろう。」と評価している。同様に、犯罪論のみならず、刑罰論においても、近代学派理論を批判していると思われる文献としては、たとえば、萩原滋「予防論的責任論の批判的検討」岡山大学法学会雑誌第55巻第1号（2005年）57・58頁等。

(10) Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882), auch in: ZStW 3, 1883, S. 1 ff., sowie in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 126 ff.

なお、再版としては、Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882/1883), Juristische Zeitgeschichte 6, Baden-Baden, 2002、邦訳としては、安平政吉『リストの「マルブルヒ刑法綱領」研究 附ベンサム刑法理論』

えて、近時、リストのマルブルク綱領に関して2つの新たな研究が発表されており、そのどちらも、犯罪論ではなく、刑罰論における特別予防論と目的思想を批判的に検討したものであり、さらに、各文献中での順序は異なるものの、私見によれば、その内容は本稿目次中に挙げた「学説のモデル化」・「マルブルク綱領の性格」・「刑法学体系の統一性」という3つの観点に分類(整理)して論ずることが可能となっている。この3点はいずれもリスト理論(マルブルク綱領)を検討する際の「方法論」に関するものであるが、リスト理論(マルブルク綱領)という過去の時代の遺産である思想の現代的意義を問うという、時代を超えた困難を極める作業を試みる際には、論者がその作業においてどのような「方法」を選択するかということが、その作業全体にとって決定的要因となるといっても過言ではなからう。

そこで、本稿では、それらの2文献を紹介しつつその内容を先に掲げた⁽¹¹⁾3つの観点に整理し直し、その整理をもととして筆者の考察を付してゆくことにより、マルブルク綱領にあらわれたリスト理論の現代的意義につき論ずることとした⁽¹²⁾。

(1953年、文雅堂)、西村克彦訳「フランツ・フォン・リスト『刑法における目的思想』『近代刑法の遺産・下』(1998年、信山社出版)所収185頁以下、また内容の解説としては、武田鬼十郎『リスト氏刑法学説評釈』(1916年、有斐閣)がある。

(11) どちらの文献についても邦訳・紹介は存在せず、また、本稿第一章で扱う文献は日本国内では現在のところ入手自体が困難であるという理由による。

(12) 本稿においては、検討対象を最近発表された2つの文献に限定し、検討の視点もそれらの文献を分析するために筆者が定めた3つの視点(学説のモデル化、マルブルク綱領の性格、刑法学体系の統一性)を用いることとするが、マルブルク綱領をその歴史的背景、リストの思想の変遷という広い視点から分析する研究としては、石塚伸一「ドイツ刑事政策の形成とマルブルク綱領1882年の意義」中央大学大学院研究年報第14号I-2(1985年)があり、また、その注にはマルブルク綱領に関する文献も多く掲載されているので参照されたい。

第一章 絶対的応報刑論の立場から

—エックルト・ラング「刑法における目的思想
フランツ・フォン・リストのマルブルク綱領
刑罰論および行刑目的としてのその意義」—⁽¹³⁾

第一節 学説のモデル化

(1) 通説的リスト像の否定

著者ラングは、まず、はじめに、論文の題名にも掲げられている、1882年10月15日の教授就任講演の内容を翌年に出版したものである「リストのマルブルク綱領」の全体的傾向を分析することから論述を開始している。

リストがマルブルク綱領で掲げた特別予防論・再社会化論は、行為を待ってはじめて処罰するという意味において事後的であり、また、再社会化の助けを施すという意味で犯罪者に好意的であり、そして同時に社会的・自由主義的かつ民主的であるということで、今日、概して好意的に捉えられていることは周知の通りである。しかしながら、本論文の著者ラングは、そのようなリスト像に全面的に異議を唱える。マルブルク綱領の記述中の以下の5点を根拠として、リストの特別予防論は絶対的応報刑論よりも厳格であると主張するのである。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

はじめに第一の根拠として、⁽¹⁶⁾著者は、リストは犯罪者の3類型「①隔離（刑務所又は矯正施設における不定期拘禁）がなされるべき改善不能犯人、②

(13) Eckart Lang, Der Zweckgedanke im Strafrecht ; Das Marburger Programm Franz von Liszt's; Seine Bedeutung als Straftheorie und Strafvollzugsziel, Schriftenreihe des Fachbereiches Öffentliche Sicherheit, Politische Strafjustiz und politische Betätigung in Deutschland, Brühl/Rheinland, 1999.

(14) 拙稿・前掲「リストの責任論（1）」105頁注（13）参照。

(15) Vgl. Lang, a. a. O., S. 14.

(16) Vgl. Lang, a. a. O., S. 14 ff.

改善がなされるべき改善可能 (必要) 犯人、③威嚇がなされるべき機会犯人」というモデルをマールブルク綱領において提唱してはいるものの、その3つの中で、①の改善不能犯人を最前でかつ最も詳細に論述し、3度の通常 (normal) 犯罪で異常 (abnorm) とされるところとしているということを挙げている。

第二には、リストが、改善不能犯人は主として無産階級から成り立っているとして犯罪原因を社会に求め、「社会政策が最良の刑事政策」であるという言葉に表現されるように、刑罰目的を社会的目的で制約するとしていることに対しても、著者は、社会政策はリストによれば結局のところ刑事政策と一致するのであり、それはまた犯罪に対する合目的的闘争、つまりは、強制的教育 (Zwangerziehung) に過ぎず、決して、今日のリストの理解からいわれる、犯罪者に好意的な援助 (Hilfe) を意味するものではないという批判を行なっている。

そして、第三に、リストの主張する刑罰形態を挙げ、そのような刑罰を内容とする刑法は自由主義的、社会的、援助的たり得ず、再社会化を考慮した刑法とはいえないとの批判を加える。そうであるからこそ今日の犯罪学は①の改善不能犯人ではなく②の改善可能 (必要) 犯人に目を向けている、というのが著者の分析である。

さらに、第四番目の根拠としては、今述べたところの②の改善可能 (必要) 犯人に対する改善手段について言及がなされている。リストの理論に

(17) Vgl. Lang, a. a. O., S. 16 f.

(18) Vgl. Lang, a. a. O., S. 17 f.

(19) 厳格な労働強制と可能な限りの労働力の搾取による刑罰奴隷制・懲戒刑としての笞刑・公民権の義務的かつ永続的剥奪・独居制は懲戒刑としてのみ、暗室拘禁、絶食とともに用いること・ドヒョー (Dochow) への手紙におけるリストの徹底した態度 (軍隊の厳格性を有する矯正施設・状態犯人自身の負担による無害化) がこれに当たるとされる。

(20) Vgl. Lang, a. a. O., S. 19.

(21) Vgl. Lang, a. a. O., S. 19 f.

よれば、改善可能(必要)犯人に対しては、笞刑を用いるということはありません、1年を下回らない拘禁が妥当し、1年未満の短期自由刑は、刑を宣告された者にとってかえって有害な結果を生ずるという理由で否定されるのであるが、著者はこの点についても、リストが短期自由刑に反対した真の理由は、行為者にとって有害な結果を生ずるためではなく、厳格さが不十分と考えたためなのではないかと推測している。

そして最後に、五番目として述べられているのが、リストに関するシェッヒ⁽²²⁾の見解⁽²³⁾への反論である。リストを再社会化処遇・社会治療の提唱者とするシェッヒの理解に対して、著者は、リストの主張の中から自分に都合の良い部分、すなわち、再社会化という犯罪者に好意的な部分のみを選び出したにすぎない、あまりに一面的な理解であるとの批判を向けている。また、シェッヒは刑法典57条による仮釈放という制度にマールブルク綱領の影響を読み取るのであるが、これについても著者ラングは、リストがむしろ条件つき釈放の廃止に賛成していたことを根拠として、そのような刑法典57条の分析は誤りであると指摘する。

以上の5点をもって、著者は、リストのマールブルク綱領の特別予防論がいうところの「改善」とは、今日一般に再社会化思想として理解されるところの援助ではなく、厳格なしつけ(Zucht)であって、絶対的応報刑論と比べかなり苛酷なものであると結論づけている⁽²⁴⁾のである。

著者は、このように、今日の一般的リスト像を否定した後に、「刑法における目的思想」の持つ功績の面へと論述を進めてゆくのであるが、次に述べるように、著者はリストの「刑法における目的思想」の持つ功績ですら、容易に重大な欠点ともなってしまうと指摘しており、リストの学説には極めて否定的である。ナウケは、社会的、自由主義的側面においてリス

(22) Vgl. Lang, a. a. O., S. 20 f.

(23) Vgl. Heinz Schöch, Das Marburger Programm aus der Sicht der Modernen Kriminologie, ZStW 94, 1982, S. 864 ff.

(24) Vgl. Lang, a. a. O., S. 21 f.

トを利用すべきではないとしつつも、刑法の新たな発展のどの時代にも「刑法における目的思想」がその時代それぞれの意味において有用であり続けたこと（端的にいえば、目的の開放性）に着目し、そこに「刑法における目的思想」の功績を見出しているとされるが、⁽²⁵⁾著者は、この目的の開放性こそが、⁽²⁶⁾「由々しき結果を招く」と述べる。刑法が社会の支配的勢力に追従することとなり、社会の多数派の目的に刑法が奉仕することによる刑法の政治化が生じ、また、刑法における目的思想における「目的」の内容が正しいか否かということとを区別する手段が定まってないことによって、目的の当否を問うことなく合目的性のみの追求がなされる、ということがそれに当たるとされる。その実例としては、マールブルク綱領とナチス体制の⁽²⁷⁾関係が挙げられており、この二者は刑事政策の首尾一貫性という点では一致しているともいえ、また他の面から見れば相反しているともいえるとの説明がある。他の実例としては、マールブルク綱領とワイマール共和国の⁽²⁸⁾関係に言及がなされる。マールブルク綱領は、反リスト論者によれば、リストの社会的、自由主義的思想が犯罪者を保護する軟弱刑法にいたる点ではワイマール共和国につながるものとされたのであるが、他方今日ではそのようには考えられておらず、それどころか、著者によれば、実際のリストの過酷性が指摘されるに至っている。同様に、マールブルク綱領と旧東ドイツとの関係についても、心情刑法の先駆としてはマールブルク綱領は旧東ドイツに一致するとも考えられるが、マールブルク綱領が資本主義的階級闘争の道具として批判されたことに思いをいたすならば両者は全く⁽²⁹⁾相反しているとしか言い得ないであろう。

(25) Vgl. Wolfgang Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms, ZStW 94, 1982, S. 525 ff., auch in: Wolfgang Naucke, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 223 ff.

(26) Lang, a. a. O., S. 22.

(27) Vgl. Lang, a. a. O., S. 24 f.

(28) Vgl. Lang, a. a. O., S. 25.

(29) Vgl. Lang, a. a. O., S. 26.

以上のように、本文献では、リストの立脚する「刑法における目的思想」という思想には、いかなる政治体制・国家体制とも結びつき得るといふ欠点があるとの指摘がなされた。それは、別の表現を用いれば、予測不可能性ということになるのであり、正義の尺度ではなく、時の権力者により刑法の目的が恣意的に決定され、その目的が追求されてしまうということの意味するとされる。その点、著者自らが拠って立つことを本文献中の終わりに述べているところの絶対刑論によれば、このような欠点は生じない。というのも、絶対刑論の帰結としては、目的追求ということとはなされず、刑法も行刑ももっぱら害悪の賦課ということに力点が置かれることとなるからである。

（2）考 察

リストの特別予防論と無色透明な応報刑論との比較

まず、著者が非常に強く主張するように、一面的にリスト理論を現代的意味での自由主義とすべきではないということに関しては一定の説得性があるものと思われる。というのも、一言に「自由主義」といっても、時代によってのニュアンスの差異、そして、時代的制約というものが存在するということは否定できず、リストの自由主義をなんらの検討を経ずに現代的意味における自由主義であると断定することは困難だからである。

しかし、著者は更に進んで、リストの特別予防論と応報刑論とを比較するという方法を採用し、リストの特別予防論は応報刑論より過酷であるとするのであるが、そこに欠けているといわざるを得ないのは、どのような面で、どのような意味で、リストの特別予防論が応報刑論より過酷であるのかという説明である。著者の言わんとするのは、不定期刑に処せられるものの人数なのであろうか？ それとも、犯罪者が宣告される自由刑の平均的年数なのであろうか？ そうでなければ、処遇形態なのであろうか？ これらに関し、確かに、リストの言説についてはかなり詳細な説明が存在するといえるのではあるが、やはり欠けているのは、その比較対象たる応

⁽³⁰⁾ 報刑論として著者がいかなるものを想定しているのかということの説明である。

このことからいえるのは、著者は特別予防論としては、特にリストによる特別予防論を念頭においているのに対し、応報刑論については、その多様なバリエーションにもかかわらず、いかなる（例えば、どの論者による）応報刑論を指しているかを全く明示していないということである。つまり、「応報刑論」という概念が全くその内容を喪失し、完全に無色透明化しているのである。

無色透明な目的思想と著者の絶対刑論との比較

また、同様の分析が当てはまるのが、目的思想と開放性との関係を絶対刑論⁽³¹⁾と開放性との関係と比較する際に用いられた著者の論法である。著者は、ここでも再び目的思想と絶対刑論との比較という方法に依拠し、その結論として、目的思想には開放性があり危険だが、絶対刑論および倫理要素から構成される理論には開放性はなく安全だ、と主張する。ここで、著者は、今検討したリストの特別予防論の過酷性への批判の際にその比較対象たる「応報刑論」を無色透明化していたということを一転させ、今度は「絶対刑論」としては特定の論者の理論（後述される著者自身の理論）を暗黙のうちに想定しているようである。そうすることにより、また、そうすることによってはじめて、「絶対刑論」の開放性を否定することが可能となっているのである。「絶対」・「応報」という言葉がその用いられる文脈ごとに異なった意味を帯び、それゆえ、絶対刑論・応報刑論にも様々な理論がある（ありうる）ことに鑑みるなら、著者による絶対刑論の開放性否定の論理構造はこのように解さざるを得ないように思われる。

しかし、他方で、目的思想については、著者がリストの特別予防論を応報刑論と対比してその過酷性を批判した時に、応報刑論を無色透明化する

(30) 目的思想によらないという意味での絶対刑論を指す。

(31) 当然、同時に応報刑論でもあるということとなる。

一方、特別予防論の方は無色透明化させず、あくまで[・]リスト[・]の特別予防論を批判していた、ということとは正反対の構成を採用していることがわかる。今回の比較では、目的思想をめぐっては、[・]リスト[・]による目的思想と読むことは困難であり、今度は目的思想の方が無色透明化していることは否定しがたい。確かに、著者の記述からは、目的思想が[・]リスト[・]の目的思想を指し示していることが理解できる。⁽³²⁾とはいえ、そこでいわれる「リストの目的思想」はせいぜいのところ「リストにより主張され始めた目的思想」という意味であるとしか解されえない。というのも、目的思想に付随する目的の開放性という危険性を指摘する際に著者により挙げられた3つの国家体制はいずれもリストの死後のものであって、それらに対するリストの実際の態度決定に関しては、著者の仮定的予想すら提示されてはいないからである。⁽³³⁾よって、少なくとも、著者のいうところの「目的思想」が「リストの思想および刑法学説全体（端的に言うなら、リストの唱える全刑法学）と一体化された目的思想」という意味でないことは明白であり、それゆえ、著者のいう「リストの」目的思想とは、実質的にはリストとは切り離された、無色透明な目的思想を指していると解される。このことは、ナウケの主張に言及がなされていたということからも根拠づけられよう。

2度の比較の共通点—学説のモデル化—

さて、以上の検討から明らかとなった、著者による2度の比較に共通し

(32) Vgl. Lang, a. a. O., S. 24.

(33) 例えば、リストがたとえば偏狭な国粹主義的思想またはマルクス主義的思想を有していたこと等を示せば、仮定的予想にはとどまるとしてもリスト理論全体とナチス体制・旧東ドイツ体制との近似性を述べることは可能なはずであるが、著者はそれを試みてはいない。なお、リストの思想を概観した場合、国粹主義またはマルクス主義との関連づけは困難であろう。前者はリスト研究室の様子（Vgl. Eberhard Schmidt, Persönliche Erinnerungen an Franz von Liszt, ZStW 81, 1969.）、国際刑事学協会の設立、教科書21・22版（v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., 1919.）序文の記述によって、後者は、リストの政治的傾向（石塚・前掲論文65頁以下参照）によって、それぞれ否定されよう。

ている点は、著者が、特別予防論と応報刑論、そして、目的思想（目的刑論）と絶対刑論とを比較するにあたり、それらの比較対象のうちいずれかを、どの論者のものでもない無色透明なモデルと置き換えているということである（学説のモデル化）。しかしながら、リストの思想を時代的・理論的背景から全く切り離して今日的意味で漠然と自由主義的か否かを問うことに意味が乏しいのと同じように、応報刑論・目的思想をそれぞれその論者から一切分離して全くの無色透明な入れ物としたうえで当否を論ずるということ、ましてや、その無色透明な概念と、色のついた（特定の論者による）概念とを、次元の異なるものどうしで比較するということは、答えのない問いを立ててしまうことにつながってゆきはしないであろうか。著者は、リストの理論をその背景を無視してあまりに容易に自由主義と関連づけるというこれまでにしばしば見られた一面的見解を脱することには成功しているのではあるが、リストの理論を批判するに際して完全なモデル化を行ったことにより、時代的・理論的背景の無視という点では自らが否定した見解と同様の誤りに陥っているといわざるを得ない。学説のモデル化を行うことは有益であり、かつ、そこから多くを学べるのではあるが、モデル化にあたって、論者の思想や、とりわけその論者の学説体系全体から完全に分離するということには疑問を差し挟む余地があろう。

第二節 刑法学体系の統一性・リストのマルブルク綱領の性格

(1) 刑罰論と行刑論との一般的関係

以上のようなリストのマルブルク綱領の分析の後に、著者ラングは、本文献の題名にもあげられている、刑罰論と行刑論の一般的関係についての議論へと話題を進めてゆく。ここで著者は第二次大戦後の法典と判例の流れを紹介しているが、その内容を一言でまとめるならば、当初優勢であ

(34) Vgl. Lang, a. a. O., S. 28 ff.

った再社会化思想の退潮により、法典（刑法典・行刑法典）と判例の内部、つまり刑事法体系内部に、再社会化と責任均衡という二つの異なる要素が混在するようになったということである。刑罰の一般的目的は行刑にかななる意味を有するのかという問いに解答を与えることがこのような事情により不可欠となったとする著者の解説は、ごく当然に受け入れうるものであるように思われる。

そうした場合、そこで論点となるのが、再社会化思想の拠所となっている行刑法典2条⁽³⁶⁾の解釈である。著者は、行刑法典2条の性格をめぐる学説として、2つの立場を挙げている。まず、再社会化を唯一の刑罰目的とする見解⁽³⁷⁾であるが、これは贖罪・威嚇を、行刑法典2条（行刑目的）から排除する見解といえよう。この見解が根拠とするのは、一つには立法者意思であり、また、行刑法典2条は正反対の行刑目的を同時には包含していないはずであるということ、そして、行刑法典2条の「将来（künftig）」という文言は回顧的思考とは合致しないということの三点にわたる。他方、これとは反対の見解、すなわち、再社会化以外の刑罰目的をも認める見解⁽³⁸⁾も存在する。この見解の根拠とされているのは、責任を果たすことが再社会化を促進するか否かの問題と、責任の均衡が再社会化とは別の刑罰目的の一つであるか否かの問題とは区別されるべきというミッチュの主張⁽³⁹⁾、有責判決の受けた者は自らの状況に答責的である点で社会的／心理的病者とは異なるのであるから、再社会化の枠内においても責任を果たすことは意

(35) Vgl. Lang, a. a. O., S. 30.

(36) ドイツ行刑法典2条（執行の任務）：

自由刑の執行においては、受刑者は、将来社会的責任において犯罪行為を犯さずに生活を送ることが可能とならねばならない（執行目的）。また、自由刑の執行は、更なる犯罪行為から公共を保護することに用いられる。

(37) Vgl. Lang, a. a. O., S. 31.

(38) Vgl. Lang, a. a. O., S. 35.

(39) Vgl. Lang, a. a. O., S. 31 ff.

(40) Vgl. Christina Mitsch, Tatschuld im Strafvollzug, Frankfurt am Main, New York, Paris, 1990, S. 119.

味を有するという本文献の著者であるラング自身の主張、また、行刑法典 2 条の法文上、排除的性格は認められないし、他の目的を一切排除するのは憲法上も問題があるというアルロートの⁽⁴¹⁾主張である。

ここから理解できるように、著者は後者の立場を採用し、行刑措置においても責任の観点を考慮することは可能であるとし、その行刑措置は、行刑緩和ですらも、行刑緩和を受けられるという恩典だけでなく、例えば遵守事項のように、行刑緩和を享受するための要求を課すという機能も含んでいるがゆえに、行刑緩和を享受できないまたはできなくなるという意味での害悪賦課——仮釈放の取り消し等を指す——の性質を有しているのだとまとめている。

(2) リストにおける刑罰論と行刑論

以上が、刑罰論と行刑論との関係をめぐる法典・判例解釈論の面からの検討であったが、ここからは、更に特化した面、つまり、刑罰論と行刑論との関係の中でも、特に本文献の中心的検討対象たる「リスト」における刑罰論と行刑論との関係ということが論じられている。ここで、著者は、刑罰論と行刑論との関係に関するリストの理論と現代の理論（ここでは、行刑法典 2 条に排除的性格を認める見解）とを比較し、両理論の一致点と相違点をそれぞれ指摘している。

まず、両理論の一致点は、一言でいうならば、「展望的であること」であるとされる。⁽⁴²⁾ 既述のように、リストが短期自由刑に反対した理由については多様な捉え方があり、著者のように厳格さが不十分なためであると捉える考え方、そして、何らかの否定的効果が生ずるためであると捉える考え方の二つが考えられ、また、もし後者であると考えた場合には、更に、そこでいわれる「否定的効果」というものが誰にとっての否定的効果なのかということについて、実際にリスト自身が述べており、かつ多くの論者

(41) Vgl. Frank Arloth, Strafzwecke im Strafvollzug, GA 1988, S. 403 ff.

(42) Vgl. Lang, a. a. O., S. 37.

もリストの姿として念頭においているような、「個々の犯罪者にとっての否定的効果」と解する考え方と、犯罪者が十分改善されないことによる「社会にとっての否定的効果(著者はこれを犯罪との闘争にとっての否定的効果ともいえるのではないかと述べている)」と解する考え方、という二つに分かれることとなる。また同時に、リストのいう「改善」ということに関しても、前述の内容の繰り返しになるが、これもやはり同様に、著者のように、過酷な処遇を通じた援助として、よりはっきり表現するなら「しつけ」として理解する考え方であれば、多数説のように、今日の基準から見た意味での「再社会化のための援助」として理解する考え方もある、というように見解は分かれる。しかしながら、リスト理論の理解について、ここで挙げた考え方のいずれを採用するとしても、それらの考え方全てが一致している点は、リスト理論が、将来を志向した、「展望着」視点による理論であるということである。よって、リスト理論と、現代における、行刑法典2条に排除的性格を認める見解とは、この「展望着」という点においては一致している、というのが著者の分析である。

とはいえ、リストの理論と現代の理論とがあらゆる点において完全に一致しているかという点、決してそうではなく、むしろ著者は、両者の間に決定的な相違点を見出している⁽⁴³⁾。すなわち、現代の理論は、たとえそれが、リストの理論に最も近似しているように思われる、行刑法典2条に排除的性格を認める見解であったとしても、刑法典46条1項1文⁽⁴⁴⁾が明文上の規定として厳然と存在するため、刑の量定はあくまで行為者の責任によりなされるということは動かさないものと位置づける。この見解の論者は、刑の量定についてそのように解しつつも、他方で行刑ということに関しては、行刑法典2条を根拠として、専ら再社会化目的を認める。言い換えれば、行刑を刑法典のいう行為者の責任・刑の量定とは無関係というこ

(43) Vgl. Lang, a. a. O., S. 37 ff.

(44) ドイツ刑法典46条(刑の量定の原則)1項1文:
行為者の責任は、刑の量定の基礎である。

ととするのである。このような理論においては、刑事立法、刑事司法と行刑との間には、「裂け目 (Bruch)」が生じることとなり、刑法体系の統一性は保たれないという帰結に至る。たしかに、刑事司法の統一性を保持するための手段として分配説に立脚し、立法は一般予防、刑の量定は責任の均衡、行刑は特別予防、というように三者をそれぞれ別個の原理・目的によつて、刑の量定における責任の均衡を、刑期にのみに影響を与え行刑には影響がないものとすることもできる。しかし、その場合、全体としてはかえって分裂を表立って容認するということにつながるため、やはり刑事立法・刑事司法・行刑の三者が統一性を有するというにはならない。他方、それとは対照的に、リストの理論では、刑事立法・刑事司法・行刑は「刑 (Strafe)」(刑罰目的) による統一性を有し、かつ、立法者が刑罰に求めている目的に刑罰は適合しなければならないものとされるが、このような立場は極めて有意義かつ論理的であると著者も述べている。というのも、科刑基準の基礎とその刑の執行にとっての決定的要因との分裂を正当化するもっともな根拠はないからである。

しかし、著者が批判するのは、このリストの理論の現実的 (解釈論上の) 適用可能性の点である⁽⁴⁵⁾。リストの理論によれば、行刑におけるとともに量刑基準においても、特別予防的観点が決定的要因とされねばならないため、量刑は展望的でなければならず、また、行為者の将来の態度によって決定されねばならないということとなるが、そのような理論は、量刑の基準を責任と規定し、それにより特別予防的観点はせいぜい副次的役割としてしか受け入れる余地がない旨を規定していると解されるところの刑法典 46 条 1 項 1 文とは相容れないのではないか、というのが著者による批判である。さらに、この批判を基礎に置くことにより、統一性を維持しようとするならば行刑でも責任の均衡を基礎とせざるを得ないはずであるとして、自身の見解 (絶対的応報刑論) の正当化が試みられていることは、本

(45) Vgl. Lang, a. a. O., S. 40 f.

文献の注目に値する特色の一つである。

なお、以上は、刑罰が特別予防の実効性を有するか否かという、特別予防論に対してしばしば提起される問題とは全く別の問題として述べられて⁽⁴⁶⁾いることを付け加えておきたい。

（3） 考 察

以上のように、著者の主張では、リストは刑法の目的と行刑との一致、すなわち、**刑法学体系の統一性**（Einheit）を唱えたとされているが、果たしてリストの体系はあらゆる面においてそうであるといえるのだろうかという疑問が生ずる。すなわち、著者は実際のドイツ刑法典・行刑法典上の論点を根拠として、リストが主張した「統一性」を逆手に取り、リストのように統一性を保とうとするならば現行法上では刑法典46条1項1文により刑罰・行刑の本質は共に応報以外にはありえなくなるはずであると述べて量刑のみならず行刑の側面においても特別予防論を批判しているが、そこには、学問（科学）上の問題と適用（立法・実務）上の問題との混同が生じてはいないであろうか。「科学に妥協はないが、立法は妥協である」⁽⁴⁷⁾というリストの有名な言葉にもあるように、リストは、学問（科学）上の問題について、常に統一性を要し、妥協はありえないと考え、よって、特別予防論を指導原理とする理論がどこまでも貫かれるべきであるとしていたのであり、立法・実務への適用上の問題については周知のごとく妥協を提案していたのであるから、リストがどのような場合にも常に統一性を要求していたという理解は行き過ぎであろう。そうであるとすれば、著者に

(46) この点は、しばしば争点が交錯しがちであるが、著者による論点の整理は適切であるように思われる。

(47) Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Bd., 1905, S. 370.

(48) 立法におけるリストの妥協的態度については、牧野英一「刑法における新機運の半世紀—リストのマルブルヒ大学綱領五十年に際して—」法学志林第34巻第10号（1932年）1頁以下に詳しい。とりわけ、6頁ではマルブルク綱領自体が立法における妥協を提唱するものであることが触れられている。

よる批判の論拠である立法・実務への適用上の問題については、妥協としての分裂も、その内容によってはという前提の下ではあるが、認める余地は完全には否定されないものであり、リストの「統一性」理論を現行法上の議論（とりわけ刑法典46条1項1文との関係）にあてはめたとしても、直ちに一元的応報刑論には結びつかないと解すべきである。

では、**刑法学体系の統一性**をめぐるこのような混同を作り出している要因は何であろうか。その一つには、著者による**マルブルク綱領の性格**の理解であろう。まず、マルブルク綱領が、「綱領 (Programm)」という名称にも表されているように綱領的・宣言的性格を帯びているということは、その内容が刑罰の形成過程の分析を通じた刑法改革の「提言 (Vorschläge)⁽⁴⁹⁾」であることから容易に理解できる。他方、本文献で触れられた現代理論は行刑法典2条という実定法解釈論であった。そうであるにもかかわらず、マルブルク綱領と現代理論との比較を検討した場合、本文献においては両者が全く同一の資格で論じられているということが看取できるのである。著者の論述には、このような差異が看過されている点で、リスト批判の方法論として説得性に欠ける部分も見受けられる。

以上から考察するならば、**実定法上**の問題である刑法典46条1項1文と行刑法典2条との関係に関しては、行刑法典2条に**排除的性格**を認める見解に対し、**刑法学体系の統一性**の要求との**齟齬**という**理念上**の批判を行い、また他方で、**理念上**の問題である一貫した目的思想・特別予防論（**刑法学体系の統一性**）というリストの理論に対しては、**刑法典46条1項1文**との**齟齬**という**実定法上**の批判を行うという方法には、若干の混乱が見出されるように感じられる。

(49) Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882/1883), 2002, (Anm. 10), S. 49.

第三節 著者の見解

(1) 絶対的応報刑論

以上、本文献では、リストのマルブルク綱領の目的思想をめぐって、その中でも特に刑罰論と行刑論との関係につき、かなり厳しい批判的な見地から論じられてきたわけであるが、これ以降は、そのような見解の上に打ち立てられた著者の見解が展開されてゆく。

著者はまず、特別予防的観点は、再社会化という特定目的、つまりは、将来、に向けられているがゆえに、量刑のみならず行刑においても副次的役割しか果たせないということから出発する⁽⁵⁰⁾。その理由としては、行為者の将来の態度を予測することは何人にも不可能であり、反対に、もし「将来」ということにどうしても言及するというのであれば、責任を果たすことに妥当することのほうが、まだしも、行刑法典2条1文に定められているような「将来」犯罪を犯さない能力ということにも妥当するといえるのではないかということが述べられる。それゆえ、著者によれば、相対的に見て信頼に足る唯一の基準は具体的個別行為という過去に向けられた責任であり、行為者ごとの刑罰の必要性の不明確さにより不平等が生じることを回避し、行刑に正義の観点を担保せねばならないという必要性からも、責任の均衡こそが行刑においてもなお主目的とされるべきということとなる。ゆえに、行刑法典2条は改正するのが望ましいという結論に至る⁽⁵¹⁾が、これは著者の立場からすればごく自然な論理的帰結と評価することが可能と思われる。

そしてまた、行刑を以上のように理解するならば、刑罰の本質も当然、応報であり、行為者によりなされた過去の責任・不法・非難すべき行為との均衡であるとされる⁽⁵²⁾。それによって将来における目的を志向する刑法理

(50) Vgl. Lang, a. a. O., S. 41 f.

(51) Vgl. Lang, a. a. O., S. 42.

(52) Vgl. Lang, a. a. O., S. 43.

論である「刑法における目的思想」というものは否定されるが、その刑法における目的思想への主たる批判としては、前述のような、目的の開放性と目的に対する明確な拘束力の欠如とがここでもう一度確認されている。以上に対応して、行刑といえども、行「刑」(「刑」を行うこと)である以上は、害悪の賦課にすぎないこととなり、その結果、著者の最終的結論としては、いわゆる「絶対的応報刑論」を採用するに至るため、著者によれば、刑法が行うべきは行為者の社会倫理上非難すべき態度に対して責任非難を加えることであって、法益保護は刑法の主目的ではなく副次的結果にすぎないという帰結に達する。そのような理論の下では、重要となるのは行為者の社会倫理上の無価値とそれに対する個人的責任であり、通常刑法の「目的」と考えられる社会生活の基本的価値(法益)の保護ですら、若干逆説的な言い方になるが、それが「目的」であるがゆえに、刑罰の間接的・副次的効果にすぎないのである。⁽⁵³⁾これには、著者が、社会倫理的無価値の程度を法益侵害の程度と常に等しいと考え、処罰を社会倫理的無価値行為の存否のみにかかると考えていることも重要な背景をなしているといえよう。

(2) 考 察

本文献は、ここまで見てきたように、現代的視点、とりわけ刑罰論と行刑論をめぐる実定法解釈論との関係という新たな視点を提供し、またそれのみならず、一般に考えられているリスト像に異議を唱え、著者独自の観点から批判的に考察したものである。加えて、「刑法における目的思想」には目的の開放性に起因する悪用・目的の一人歩きという可能性があることにまで言及がなされており、著者の自説はそれらの問題意識が結実したものといえよう。

しかし、リストの理論を論ずるといふ本稿の性質上、著者の自説たる絶

(53) Vgl. Lang, a. a. O., S. 44.

対的応報刑論に対する詳細な検討は割愛することとして、これまでの考察から浮かび上がった「学説のモデル化」・「刑法学体系の統一性」・「リストのマールブルク綱領の性格」という本文の3つの問題点に関連して、若干の考察を試みることにしたい。

まず、「学説のモデル化」の面では、筆者が著者ラングに対し本稿第一節の(2)で行った批判が、ここで再確認されたといえよう。著者が目的思想の開放性を述べると同時に絶対刑論の開放性を否定したことの背後には、目的思想のモデル化と絶対刑論の内容固定化が存在することは第一節の検討で指摘したが、第三節で概観した結果を見るに、著者のいう絶対刑論がかなりの特定化された内容を含んでいること(非モデル化)はもはや明らかであると評価できよう。刑法理論において、目的概念を、特別予防目的のみならず法益保護目的についてすらも、完全に排斥するとともに、専ら行為者の社会倫理的無価値行為に対する責任非難に着眼し、かつ、著者の理論の中では最も不明確性を帯びやすいと思われる社会倫理的無価値の程度を法益侵害の程度と常に等しいものとして定めるといふ、大胆ではあるが明確な理論⁽⁵⁴⁾にあっては、モデル化の契機を見出すことは困難であり、従って、モデル化された目的思想との対比は方法論的に妥当ではないと考えられるのである。

次に、「刑法学体系の統一性」というテーマに論述を移したい。第三節で著者の見解を検討して初めて明らかとなったのは、著者の「統一性(Einheit)」の捉え方である。先述のように、リストは「統一性」を、刑事立法・刑事司法・行刑の三者が相互に矛盾せず同一原理で貫かれるという意味において主張していた。しかし、これも既に述べたように、私見によ

(54) 著者の理論が妥当であるか否かの問題は、本稿の課題を外れるため、ここでは論じない。

(55) もっとも、「法益」概念といえども、抽象化・弛緩化という現象も存在し(曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」岡本勝ほか編『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』(2004年、第一法規)所収51頁以下参照)、あらゆる場面で自明なものとして一義的に定まるわけではないことには留意する必要がある。

れば、リストは「立法」においては妥協を容認しており、刑事「立法」・刑事司法・行刑の一つ一つ全てが単一原理にしかなじまないとは主張していないのである⁽⁵⁶⁾。それに対し、著者は、刑事立法・刑事司法・行刑の三者を同一原理で一本化させる（この点では、著者はリスト理論が「極めて有意義かつ論理的 (sinnvoll und logisch) である」⁽⁵⁷⁾として賛同していた）のみならず、著者の唱える「絶対的応報刑論」によって、刑事立法・刑事司法・行刑の三者全てが専ら社会倫理的無価値行為に対する責任非難という単一原理によらなければならないとしているということが明確となった。つまり、「Einheit」という語は、リスト理論について述べる場合には、同一原理による「統一性」という訳が適合するが、著者自身の理論について述べる場合には、単一原理による排他的「一元性」という訳にもなるのである。以上のように、「統一性 (Einheit)」概念も、リスト理論とラング理論の中で、それぞれに異なった意味を帯びるのである。刑法学における体系を構築する際に、今述べた「統一性」と「一元性」との差異が大きな意義を有することとなるが、それについては第二章以下において論ずることとする。

そして最後に、「リストのマルブルク綱領の性格」と著者の見解との関連を論ずることが課題として残っているが、ここでは、著者による「リストのマルブルク綱領の性格」の位置づけが著者自身の見解にどのように影響しているかに焦点を当てて若干の検討を行う。第二節の(2)において綱領的・宣言的マルブルク綱領と実定法解釈論との性格の区別がなされていないことに言及したが、その欠点はここ第三章においても表面化している。著者は「絶対的応報刑論」の観点から行刑法典 2 条の改正を望む立

(56) これと対照的であるのが、第二節で取り上げた、行刑法典 2 条に排他的性格を認める現代の見解である。それによれば、刑事立法・刑事司法・行刑の三者は、著者も述べているように、リストの理論とは異なり、同一原理に貫かれはしないが、行刑に関しては、再社会化以外の原理は一切排除され、単一原理に支配される。

(57) Lang, a. a. O., S. 40.

場に立つが、それはリストに向けた批判が自らに及んでしまうことにつながるのではないだろうか。統一性を要求するリスト理論に対し、著者は刑法典46条1項1文を根拠に現行法との不一致を論難した。しかし、著者は既述のように統一性に加え一元性をも要求しているのであるから、現行法上との整合性は著者にはより厳格に求められるはずである。そのような状況において行刑法典2条改正を主張することは、自らの理論と現行法との不一致を認めることになろう。やはり、ここで必要であったのは、マルブルク綱領の綱領的・宣言的性格の明確な認識であり、リストの目的思想に対する批判もその認識の下に行うことが方法論的に妥当であると思われる。

以上、ここまでで、リストのマルブルク綱領に関する最新の文献の検討を通じて、「学説のモデル化」・「刑法学体系の統一性」・「リストのマルブルク綱領の性格」という3つの基軸を抽出し、分析を加えた。第二章では、第一章で得られた3つの基軸を用いて、ラングによる文献と新たな文献とを比較し、学説史的視点からの考察を加えた上で、そこから浮かび上がる近代学派理論としてのリスト理論の現代的意義を示すこととする。