

早稲田大学審査学位論文（博士）
「フランチ・フォン・リストの刑法理論」
概要書

早稲田大学大学院 法学研究科

小坂 亮

目次

はじめに

第一部 リストの刑罰論

第一章 リスト理論の現代的意義—リストのマールブルク綱領の考察—

序論

第一節 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・リストのマールブルク綱領 刑罰論および行刑目的としてのその意義」—

第一款 学説のモデル化

第二款 刑法学体系の統一性・リストのマールブルク綱領の性格

第三款 著者の見解

第二節 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」—

第一款 リストのマールブルク綱領の性格

第二款 刑法学体系の統一性・学説のモデル化

結論

第二章 刑罰の本質と目的—リストのマールブルク綱領を題材として—

序論

第一節 リストのマールブルク綱領の誕生期における諸議論

第一款 マールブルク綱領の誕生期の4論者とリスト

第二款 4論者の理論とリスト理論

小括

第二節 リストのマールブルク綱領における刑罰の本質と目的

第一款 マールブルク綱領の概観

第二款 刑罰本質論と刑罰目的論

小括

結論

第二部 リストの犯罪論

序論

第一章 リストの責任論

第一節 リストの『ドイツ刑法教科書』における責任論の変遷

第二節 リストの責任論の評価

第一款 ドイツにおける議論

1 独立的にリストの責任論を論ずる見解

—ローゼンフェルト

2 心理的責任論と規範的責任論との対立軸の中でリストの責任論を論ずる見解

—フィンガー

第二款 日本における議論

行為責任論と性格責任論との対立軸の中でリストの責任論を論ずる見解

—竹田直平博士

小括

第二章 リストの錯誤論

第一節 動機説の概要

第一款 リストの動機説

第二款 動機説の学説史上の位置づけ

第二節 リストの動機説の検討—リストの責任論の解明—

第一款 リストの動機説の意義

第二款 日本の近代学派学説との比較検討

小括

結論

おわりに

主要参考文献一覧

概要

はじめに

いわゆる「学派の争い」の特徴とは、古典学派・近代学派が、各々刑罰論における自らの立場を明確に決定し、その立場からの直接的演繹により犯罪論を構築したということ（刑罰論と犯罪論の融合）と、近代学派により、犯罪原因に対する科学的対処の必要性が主張されたということ（特別予防論）であった。目を転じて、学派の争いが展開された 19 世紀と現代 21 世紀とを比較してみると、19 世紀当時に顕在化した刑事学上の重大問題である累犯と少年犯罪とは 21 世紀においても依然として解決を見ていないどころか、神戸児童殺傷事件・長崎佐世保小殺人事件・女子高生コンクリート詰め殺人事件等から明らかのようにますます複雑化の一途をたどっている。このような状況の中で指摘しうるのは、社会内における矛盾が原因となって犯罪が発生しそれが累犯・少年犯罪という形で表面化するという構図における、19 世紀と 21 世紀との類似性である。よって、現代において今一度、学派の争いの時代の特徴たる、刑罰論と犯罪論の融合の意義、とりわけ、特別予防論に導かれた犯罪論（近代学派理論）の意義を再検討すべきではないだろうか。

しかしながら、特別予防論に導かれた犯罪論（近代学派理論）といった場合、少なくとも理論上は必然的に、客観的行為を軽視するものであって主観主義「犯罪論」と同値であるとの理解がなされることが多く、そのような理論体系を採用した場合には犯罪の客観的要素を無視することにつながり個人の権利が軽視されるという理由（これに対しては近代学派の側からも反論があったが不完全な反論であると評価されているのが現状である）により、特別予防論に導かれた犯罪論はほとんどといってよいほど顧みられなくなって久しい。それゆえ、今日再び特別予防論に導かれた犯罪論を主張するには、理論上それが必然的に客観的行為の軽視あるいは刑法解釈論上の主観主義犯罪論につながるのではないことを証明する必要がある。

そこで、本稿においては、刑罰論における特別予防論と犯罪論における客観説との理論上の適合性の証明の足がかりとして、近代学派に属し刑罰論においては特別予防論をとりつつも、犯罪論において客観説を採用し犯罪の客観的要素を考慮したことで知られる、フランツ・フォン・リスト（Franz von Liszt）の刑法理論の検討を行う。

しかしながら、リストに対しては、自らの立場たる犯罪徴表説・特別予防論を犯罪論においては貫徹せず、近代学派理論の限界を認識し妥協の道を選んだ（刑罰論と犯罪論の融合を放棄した）という理解がなされることが多く、リストの刑法理論の存在をもってしてもなお、「刑罰論における特別予防論と犯罪論における客観説の理論上の適合性の証明」がなされたとは考えられるに至っていないのが現状である。だが、はたして、リストにより唱えられた刑法理論は、実際、単なる妥協であり体系上の矛盾を含むものなのであろうか。

本稿では、第一部では刑罰論の方面から、そして、第二部では犯罪論の方面から、以上を明らかにすること通じて、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」という刑法理論体系の妥当性をめぐって考察を進める。

第一部 リストの刑罰論

第一章 リスト理論の現代的意義

—リストのマルブルク綱領の考察—

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広く受け入れられた事実であり、また、行刑実務に限定するならば、このような事実を望ましくないと評価する論者はほとんどいないであろう。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と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、特別予防的観点を主たる指導原理とする見解はほとんど見られない。以上の行刑・刑罰論・犯罪論という3分野がある中で、「刑罰論（特別予防論）に導かれた犯罪論」の検討は本稿にとって重要な課題であることはいうまでもないが、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る。

このような状況にあって、近時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を今日再び取り上げることは有意義であるといえよう。また、リストのマルブルク綱領に関して2つの新たな

研究が新たに発表されており、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、本章で論ずるように、「学説のモデル化」・「マー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である。

そこで、本章では、それらの 2 文献を紹介しつつ、その内容をここで掲げた 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、マー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。

ここで第一に取り上げた文献の著者ラングは、リストの特別予防論は応報刑論より過酷であるとし、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うる点で目的の開放性があり危険であると指摘すると同時に、それをもとに自らの絶対的応報刑論の優越を主張する。しかし、著者の立論は、目的思想による特別予防論と絶対的応報刑論とを比較するにあたり、その都度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る「学説のモデル化」を行っている点で妥当性を欠く。また、著者は、リストが主張した「刑法学体系の統一性」につき、リストのように統一性を保とうとするならば、ドイツでは現行法上、刑罰・行刑の本質はとも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、著者は、「マールブルク綱領の性格」の点での綱領的・宣言的性格の看過を背景に、「刑法学体系の統一性」の意味を取り違えて統一性と一元性を混同しており、正当な批判とはいえない。

それに対して、第二に取り上げた文献の著者ケーラーは、「マールブルク綱領の性格」についても綱領的・宣言的性格を正確に読み取ったうえで議論を展開している等、方法論的にも妥当な点が多い。しかし、リストが刑事政策の柵としての刑法という法治国家的要素を強調していたことを、十分な理由を提示せずに、リストの目的思想からの本来的帰結ではなく理論外在的な制約にすぎないとしている部分は、ラングと同様に妥当でない「学説のモデル化」を行っている。また、その「学説のモデル化」は、ある原理をいったん設定したならばそれ以外のすべての原理を理論外在的であるとして取り除くことによって、刑事立法・刑事司法・行刑が単一原理で貫かれる「刑法学体系の一元性」に固着することによって起因しているが、それはリストが本来志向していた、刑事立法・刑事司法・行刑が同一原理で貫かれる「刑法学体系の統一性」とは異なるため、リスト理論に対する批判としては

相当でない。

そうであるとする、「刑法学体系の統一性」と「刑法学体系の一元性」のいずれを刑法学体系は選択すべきであるかということが問題となるが、「刑法学体系の一元性」の要求は不必要かつ不可能であり、どの刑法学体系にとっても「刑法学体系の統一性」が必要かつ十分な要求であるとの見解を本稿は示す。

以上より、刑法学体系には「刑法学体系の統一性」のみが要求されるのであれば、目的思想・特別予防論を法治国家的要素等の基礎的原理と組み合わせたとしても、理論的不純物を混入させたと評価されるべきではなく、したがって、「刑法学体系の統一性」と組み合わせられた目的思想という刑罰論構成には、ここで扱った文献の著者が述べるような目的が濫用され暴走する必然性があるわけではないとの結論に達した。

第二章 刑罰の本質と目的

—リストのマルブルク綱領を題材として—

近時に差戻し控訴審判決が下された光市母子殺害事件をめぐっては、少年の死刑適用基準として永山基準が存在するものの、その諸要件相互の位置づけ・優劣関係をいかに解するかについては争いがある。そこで問題となるのは、犯罪を回顧的にとらえた場合の犯行態様および被害者感情等の応報的側面において、行為者にとって量刑上著しく不利である中で、犯罪を展望的にとらえた場合の改善更生の可能性という特別予防的側面をいかに、また、どこまで考えるべきなのかということである。いかなる目的のもとで、どれだけの刑罰を科すことが相当であるのか、そして、その後にはいかなる行刑がふさわしいのか、との問いは重要性を増してきていることから、犯罪と被害者との関係についてだけでなく、行為者に対する特別予防の意義とその果たしうる役割についても、再検討が必要とされている。もっとも、特別予防論を基軸に据えた刑法理論に対しては、行為主義・罪刑法定主義等の刑法の基礎的原理を否定するものであるとの批判が表明されてきた。以上の問題意識のもと、第一章においてリストの理論体系を検討し、目的論的刑罰論には濫用の必然性はないことを論じたが、そこで示した私見では刑法学体系の一元性は不要であるが刑法学体系の統一性は必要なのであり、基礎的原理は刑罰論とまったく無関係であってはならないことから、刑罰論の検討が必要となるため、この点につき本章で検討する。具体的には、近年のドイツにおける研究の1つが、リストのマルブルク綱領に引用されている論者の

リストへの影響を主たる検討課題とした点で、これまでの先行研究と異なっていることに着目し、それとリストのマルブルク綱領本体とを検討することを通じて、刑罰の本質と目的につき論ずる。

本章では、まず、マルブルク綱領中に著作の引用がある4人の論者の比較から、リスト自身はそれらの論者全員の影響を強く受けているが、その理論の一部を取り入れるに際しては、単なる模倣を行ったのではなく理論的背景を独自のものに変更していたこと、および、行為主義等の基礎的原理を堅持した論者とそうでない論者がある中で、リストは刑法の基礎的原理の点ではそれを堅持した論者と同様の立場をとっていたことを示す。刑法の基礎的原理に対する態度の差異の点につき、検討対象としたドイツの研究は、各論者が法律家であったか否か（例えば、医学者）にその理由を求めている。しかし、それは体系上の論理的要素ではないため、筆者は、理論構造の差異にも目を向けるべきであると論じ、その差異の原因は刑罰本質論の存否であると指摘して、刑罰本質論と刑罰目的論という検討の視座を得た。

続いて、マルブルク綱領を概観し、リストが刑罰の本質と目的を区別していたか否かを検討するが、本稿では、リストが、刑罰史の検討から得られた「反動（反作用）」という要素を刑罰の本質とし、また、その反動に含まれており時代が進むにつれて人に意識されるようになった法益保護という機能を刑罰の目的であるとしていたことを明らかにし、リストが、マルブルク綱領において、刑罰概念・反動・目的思想による合目的性・法益保護という諸要素を相互に理論的に結びつけ、それらの統合に成功したことにつき論ずる。もともと、このように刑罰本質論と刑罰目的論とを別個の要素として並存させる学説にはいくつかの批判があるが、リスト理論においては、刑罰本質論と刑罰目的論が、類似の他の学説と異なり緊密に結合されているため、それらの批判は免れている。また、このようなリスト理論によれば、「反動」という刑罰本質論の存在により、特別予防論に向けられている、刑法の基礎的原理たる行為主義に違反するとの批判を回避できるということが結論として得られた。あわせて、ここで行ったリスト理論の検討の結果から、これまでの刑罰論の諸学説について新たな分類が可能であることを見出すことにより、「刑罰本質論上の応報刑論と組み合わせられた刑罰目的論上の特別予防論」という理論的枠組みを提示するが、この理論的枠組みには、これまでいわれていた特別予防論の欠点を克服しつつ今ある現実の犯罪状況に対応しうる点において、現代の要請に応えうる、他の近代学派理論にはなかった可能性が内在している。

第二部 リストの犯罪論

序論

第一部の刑罰論からの検討を土台として、この第二部では犯罪論の方面から、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」につき検討を行う。本稿は、リストの犯罪論の中でも特に責任論に目を向け、その内容を明らかにするという論述方法によりアプローチを試みる。

ここで問題となるのは、犯罪論には多くの分野がある中で、なぜ特に責任論を素材として選択したかという理由であるが、それは以下のとおりである。第一に、リストは近代学派に属する学者であるが、他の近代学派の論者がわが国では一般に社会的責任論と呼ばれる見解を採用するのに対し、近代学派としては独特な責任論を主張している。このように、犯罪論の一部分たる責任論において、他の近代学派の論者とは完全に一線を画した説に立つということは、刑罰論では他の近代学派の論者と同じ特別予防論に立脚しながら、犯罪論では他の近代学派の論者とは異なる客観説をとることの原因となっているとも考えうる。第二に、学派の対立の中核をなしていたのは、各学派の人間像の差異（意思決定論と意思自由論等）、すなわち責任論といっても過言ではない。そしてそれは、「刑罰論で古典学派の立場に立てば犯罪論は客観説になり、刑罰論で近代学派の立場に立てば犯罪論は主観説になる」という今日の一般的な発想の基礎となっている。よって、責任論を検討することは、このような発想を見直す契機となると思われる。第三に、わが国においては、リストの違法論、とりわけ、その淵源である法益論についての研究は進められているのに比べ、リストの責任論についての研究は、その特殊性にもかかわらず、あまりなされていない状況にある。

第一章 リストの責任論

リストの責任論の全貌とその意義を解明するためには、リスト自身による責任論の記述を検討することが不可欠である。リスト自身による責任論の記述は、リストの『ドイツ刑法教科書 (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)』でなされているが、『ドイツ刑法教科書』はリスト自身によるものだけでも1～22版にもわたり、かつ、各版ごとに大きな変更が加えられている。このことは、一方においては、リストの責任論の複雑さを示すものではあるが、他方においては、検討素材の豊富さを示すものでもあり、また、リストの刑法理論

の変遷を知る契機となりうることを示すものでもある。よって、本稿ではまず、リストの『ドイツ刑法教科書』の各版の中の責任の本質の定義に関する記述を、筆者の視点から整理しつつ、その概略を述べる。

リストの責任論の概略を検討してわかるように、リストは『ドイツ刑法教科書』の各版において様々な異なった表現で責任を定義しているが、それゆえにその解釈は論者により異なっている。そこで、次に、リストの責任論に関するドイツ・日本におけるこれまでの議論を通覧する。ドイツにおける議論としては、ローゼンフェルトの見解とフィンガーの見解を、そして日本における議論としては、竹田直平博士の見解をそれぞれ取り上げるが、各論者の見解は、その論ずる内容において異なるだけでなく、方法論においても互いに大きく異なっている。よって、これら 3 者の見解を、その方法論にまで目を向けてそれぞれ検討する。すると、その援用する方法論によって、先に筆者が整理した責任論に関するリストの記述の中で、特にどの箇所に着眼点を置くかということにつき、3 人の論者には違いが生じるが、さらに、その帰結もそれに対応してそれぞれ 3 通りに分かれたということを読み取ることができる。すなわち、リストの責任論を独立的に論ずるローゼンフェルトは、「主観的連関」というリストの記述を重視して、リストの責任論は性格責任論ではなく行為責任論であるが実質的責任概念は放棄されたと論ずる。また、心理的責任論と規範的責任論との対立軸の中でリストの責任論を論ずるフィンガーは、「答責性」というリストの記述に着目し、リストの責任論はリスト以前からの心理的責任論となんら変わらないとする。そして、行為責任論と性格責任論との対立軸の中でリストの責任論を論ずる竹田博士は、リストの教科書第 10 版の「継続的特性の表現」と、第 14・15 版の責任の実質的意味「なされた行為から知りうる、社会的共同生活のために必要な社会的情操の欠如」という部分を根拠として、リストの責任論は行為責任論から性格責任論に転化したとするのである。しかし、これらいずれの論者の見解にも共通の欠点が見出される。それは、リストが責任に関して様々な記述をしている中で、各論者が自らの見解の根拠としてとりわけ重視するその部分を、なにゆえにリストによる記述の他の部分より重視することが正当化されうるのか、という理由を十分に示していないという点である。

以上を受けて本稿では、今までに抽出した先行研究の問題点を踏まえたうえで、リスト自身による責任論の記述を根拠としてリストの責任論の内容を解釈するローゼンフェルトの論証法を基本的には最も妥当な解釈手法であるとしつつも、ローゼンフェルトとは異なり、リスト自身による責任論の記述の中で責任の定義の分類（責任の法的意味・責任の形

式的意味等)に着目するという方法を明示してリストの責任論を解明する。その結果、リストの責任論は、他のいかなる近代学派の論者の責任論とも異なる、責任の機能に重点において責任を定義する機能主義的な責任論であると評価するということが明らかとなる。

第二章 リストの錯誤論

第一章では、リスト自身の記述に依拠してリストの責任論を検討するという、文献学的方法によって論述を進めてきたが、ドイツにおいてもわが国においても、リストの責任論の検討を行った文献は、いずれも責任の本質のみを単体で論じているため、どちらかといえば抽象的議論となりがちであった。そこで、リストの責任についての記述が多様な形をとっているにもかかわらず、リストの体系上責任要素の一部である錯誤論の記述は、内容的には第1～22版を通じほとんど変更を加えられていないということに着目し、リストの責任論の解明のための端緒として、刑法解釈論における具体的論点である錯誤論におけるリストの動機説の検討を行う。

リストは錯誤論において一般に動機説と呼ばれる少数説を採用したが、現在においては動機説の主張者はもはや見られず、動機説は過去の学説とされ一般にはあまり詳しくは知られていないため、まずは前提として、リストの動機説がいかなるものであったかを明確にしておく必要がある。また、動機説の支持者は少数であるとはいえ、リストの他にまったく存在しなかったわけではない。それらのリスト以外の論者とリストの学説内容を比較することにより、リストの動機説に固有の要素を浮かび上がらせることが可能になると見込まれるため、はじめにリストが錯誤論において唱えた動機説の概要について述べ、その他の動機説と比較する。その結果、リストの動機説には、故意の具体化と動機とを別個に扱うという特徴が見られ、リストの動機説は行為者の反社会的情操（危険性）と行為の発生結果とが連関しているかどうかの判断を内容としていることが解明されたため、前章での、私見に基づいたリストの責任論の描写が、責任論の一部たる錯誤論の側面からも裏づけられた。

続いて、わが国における近代学派の代表的存在であり、錯誤論においても独自の学説を主張していた牧野博士の見解とリストの見解との対比を行い、リストの責任論の解明の一助とするが、両者の錯誤論の最大の相違点は、責任の「形式的意味」と「実質的意味」とを区別せずに犯罪論体系上の（構成要件該当性・違法性と並置される）「責任」を行為者の

危険性と同視するというを行うか否かである。そして、その責任論の相違点こそが、違法と責任の単なる並存による処罰を容認してしまうかどうかの分岐点であることが、ここでの錯誤論の検討から発見されたが、より進んで考察するならば、この責任論における責任の「形式的意味」と「実質的意味」の区別の有無が、本稿の冒頭で紹介した犯罪の客観的要素の軽視という、近代学派に向けられた最も強力な批判を招いた原因になっているといえる。このように、責任論は、本稿全体のテーマである、刑罰論における特別予防論と犯罪論における客観説との理論上の適合性、つまり、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」の理論としての成否を左右することが明白となるのである。

結論

リストの責任論の実態についての最終的な私見である、リストの責任の定義の核心部分は行為と行為者の危険性ととの主観的連関でありリストの責任論は機能主義的であるという見解を論ずる。もっとも、リストの責任論の分析から機能主義的傾向を読み取ることは可能であるが、リスト自身は責任の本質をその機能によって定義づけるべきとは述べておらず、リストがこのような考えを持っていたとはいいい難い。しかし、これまで行ってきた検討の結果から明らかなように、リストの責任論を分析することによって、そこから機能主義という傾向を読み取ることは、そして、それを自説の素材の1つとすることは十分に可能であることを指摘し、リストの責任論の検討を基礎として得られた責任の本質に関する私見を展開する。すなわち、犯罪論上の「責任」たる形式的責任と量刑基準・処罰根拠たる実質的責任とを峻別し、行為と行為者の危険性とを主観的に連関させるという機能を意識的に犯罪論上の「責任」の本質とする「機能的責任論」を提示する。

この「機能的責任論」は、刑罰論における特別予防論と犯罪論における客観主義との両立を理論的にも矛盾なく可能とする要となり、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」の礎石となるように思われる。

おわりに

本研究は、本稿の「はじめに」で述べたように、累犯・少年犯罪に対する対策として、「刑罰論（特別予防論）に導かれた犯罪論」という体系に着眼することから出発したが、もっとも、特別予防論に対しては理論を貫徹した場合に犯罪の客観面を考慮できなくなるという致命的欠陥があるとこれまで考えられてきたため、そのような批判の払拭を試み、刑罰発動を一定の行為とその行為の客観面にかからしめることは、特別予防論との関係においても体系上の矛盾を生まないということの証明を目指して、特別予防論と客観主義（客観主義犯罪論・行為主義）の融合形態であるリスト理論を題材として、刑罰論と犯罪論の両面から検討を行ってきた。

ここで以上の検討の過程全体を今一度振り返って要約すると、その結果として、リストの刑法理論体系の分析では、理論体系に内在する様々な意味での複雑性が鍵となっていたと結論づけることができよう。

また、最後に、本研究全体の総括として、一般的な近代学派の論者の体系と私見の体系とを刑罰論と犯罪論の両側面から比較し、前者によれば、行為者の危険性に関わる要素のグループは、それ以外の客観的要素のグループと、犯罪論上でも刑罰論上でも明確に区分されており、刑法理論体系が全体として 2 つに分割されているのに対して、後者の私見の体系によれば、刑罰論と犯罪論の両側面において、行為者の危険性に関わる諸要素とそれ以外の客観的諸要素とは各々が相互に緊密な関係を保っており、体系内で他の要素から無関係に孤立している要素は存在しないため体系全体が 1 つに結ばれて組み立てられていることを、図表を併用しつつ論ずる。これによって、本稿が目標としていたように、刑罰論における特別予防論、犯罪論における客観説、および、刑法の基礎的原理という 3 要素が理論上もそれぞれ適合することを示し、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」には理論としての可能性・妥当性が認められるとの結論に達した。あわせて、今後の課題として、リストの責任論に加えてシュミットの責任論の意義を究明することが求められているということを付け加える。