

新たな刑法正当化戦略の問題点とその「市民」像 : ヤコブスの積極的一般予防論の検討をてがかりに

櫻庭, 総
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程 : 刑事法

<https://doi.org/10.15017/14713>

出版情報 : 九大法学. 95, pp.1-91, 2007-09-26. Kyudai Hogakkai
バージョン :
権利関係 :

新たな刑法正当化戦略の問題点とその「市民」像

—— ヤコブスの積極的一般予防論の検討をてがかりに ——

櫻 庭 総

はじめに

- . システム論による刑法システム正当化戦略 —— ヤコブスの刑罰目的論 ——
 - 1 ルーマンの社会システム論の基本的視座
 - a) 基本的視座
 - b) 法規範の正当化に関する見解
 - 2 具体的戦術展開としての積極的一般予防論
 - a) ヤコブスの積極的一般予防論とルーマンの社会システム論
 - b) イデオロギーッシュな正当化からテクノクラティッシュな正当化への転換

- . 日本における積極的一般予防論をめぐる議論 —— 内在的観点から ——
 - 1 近時の積極的一般予防論に関する見解
 - a) 責任原理との関連から
 - b) 法益保護思想との関連から
 - 2 積極的一般予防論に対する再評価
 - a) 積極的一般予防論における処罰制約機能
 - b) 「社会のアイデンティティー」と近代刑法原則

- . 隠蔽される「現実」と統合される「市民」 —— 外在的観点から ——
 - 1 隠蔽される「現実」の位相
 - a) 多様性の縮減 —— シュルツ ——
 - b) 合意の強制 —— スマウス ——
 - c) 前近代への退行 —— リューダーセン ——
 - 2 社会統治システムとしての「市民刑法」
 - a) 「市民刑法」と「敵刑法」の並存
 - b) 「ポスト・モダンの要請」と近代刑法原則
 - c) 「市民刑法」論における「自律」「共生」の陥穽

むすびにかえて

はじめに

近代において刑罰権は国家に一元的に帰属することになったが、それでも刑罰が支配層の統治手段として濫用される危険は常に伏在する。従って国家が刑法という暴力を保有し行使することを正当化するには、その暴力的側面に限界を画することが求められ、そのような要請に拘束された刑法のみが、近代刑法と呼ばれるわけである。かくして近代刑法は、謙抑性・断片性・補充性をその特性とせねばならず、具体的には、近代刑法原則という実践的な諸原則によって国家刑罰権が拘束される。ゆえに近代刑法原則は立法・解釈・適用すべての領域について妥当せねばならないはずである⁽¹⁾。ところが現在、いずれの領域においても近代刑法原則の蚕食が加速しつつある。刑法が「安全な社会」という日常的正常性の保持をその機能とし、優先的な社会統制装置としての地位を主張するとすれば、刑法の謙抑制・断片性・補充性という理念を实践する近代刑法原則は、もはや「時代遅れ」で「不合理」でしかなく、刑法の暴力性に対する批判原理としての近代刑法原則は完全に後退ないし退場を迫られることになる。これはまさに近時の国家政策と軌を一にするであろう⁽²⁾。一面的な合理化のみが主張され、その深層に潜む非合理は周到に隠蔽される。

こうした動向の変化は国家刑罰権の理解に関しても例外ではない。この変化が最も明瞭に現れるのが刑法正当化戦略の局面であり、近年、日本でも広く議論されているヤコプスの積極的一般予防論が、まさに新たな刑法正当化戦略の具体的展開に他ならない。

国家刑罰権はまず第一に「合法性」を通じて形式的に正当化されるが、処罰自体が正義であるという絶対的応報刑の観念に合理性を見出すことがもはや神話とされて以来、国家は形式的な正当化に加えて、刑罰に内容的、機能的な面での新たな正当化を付与することが必要とされている。

それが刑法理論的には刑罰目的をめぐる議論であり、犯罪の予防という機能に結実することになる。60年代の西ドイツ刑法改正論争ではまさにこの点が議論され、とりわけ66年の刑法改正対案を契機として、形而上学からの脱却と目的合理主義的な刑法の正当化が展望された⁽³⁾。その結果、犯罪の予防という刑事政策的要請に合致すべく、刑罰目的としてその消極的一般予防機能および積極的特別予防機能が注目されることになる。しかしながらこうした刑罰目的論は現実との対応性を喪失しているといわれている。即ち刑罰威嚇による犯罪防止という消極的一般予防論はその経験的な証明の不可能性を指摘されており、また、福祉国家観の理念的、財政的崩壊から、受刑者を矯正し再犯を防止するという再社会化原理が持つ理念もまた衰退しているように思われるからである。こうした状況から、現実を反映しそれに即応した新たな刑罰目的論を模索するため、社会学による刑法の正当化が試みられる。即ち従来の相対的刑罰論から更に機能一元主義的な刑罰論への転換を図る、ヤコブスの積極的一般予防論である。

ヤコブスの積極的一般予防論がルーマンの社会システム論に依拠していることは多くの論者が指摘するところである。ルーマンの社会システム論によれば、法はもはや機能一元主義的に正当化されるべきものであり、社会機能による正当化戦略への展開が図られる。この戦略の、ヤコブスによる刑罰目的論領域での具体的戦術展開が積極的一般予防論として結実する。かくして、ヤコブスの積極的一般予防論もまた、社会の機能化を至上命題とするわけだが、その帰結として国家刑罰権に対する不信を忘却させ、脱・近代刑法原則傾向を促進させる危機を孕んでいるのではないかとの疑義が呈されよう。

また、ヤコブスの積極的一般予防論には種々の批判が加えられているが、その多くは教義学内部から提起される。それらの批判が不可欠であることは論を俟たないが、しかし前述の危機に対する根本的な批判は、システム論をも射程に入れた教義学外部の観点からしか提起し得ないで

あろう。また現在、「刑罰論から犯罪論を検討する」手法が広く志向されているとすれば、⁽⁴⁾なおのこと刑罰論を外在的観点から吟味しておく必要性があるといえる。更にいえば、ヤコプスの積極的一般予防論が近代刑法原則を視野に入れた、刑事立法制約機能をも有する理論であるとの見解に対し、教義学内部のみの批判では、なおその有効性を欠いているようにも思われる。これが、本稿がルーマンのシステム論をも考察の対象とする理由である。

ヤコプスの積極的一般予防論は「市民刑法・敵刑法」へと展開されることになるが、その日本の刑法学への影響も無視し得ないだろう。「市民刑法」という包括的な名称からも示されるように、その射程は刑事法の全領域へと及びうるものであり、事実、近時の刑事立法評価をめぐる議論では「市民刑法・敵刑法」が様々な立場から論及されている。また、刑事法の様々な領域で「市民」や「自律」等が最近のキーワードとして頻繁に用いられていることも見逃せない現象であろう。もちろん本稿の趣旨は、そのように主張する論者が全てヤコプスに依拠しているなどと主張するものではない。むしろ、本稿の提起する批判がヤコプスの刑法理論に対するものに留まらず、先の広範な問題圏に取り組む一助ともなりうるのではないかと考える。

前述したように、60年代以降は「カントとヘーゲルからの訣別」を標語として刑罰論が展開されたわけだが、近時はヘーゲルの刑罰論を再評価する動向が注目されている。機能一元主義的な刑罰論に拠るヤコプスの「市民刑法」論にも、その潮流との——一見すると奇妙な——符合がみられる。以上の状況に鑑みると、ヤコプスの提唱する「市民刑法」を敷衍し、その角度から再度、本稿で検討する外在的観点からの批判を照射することで、そのような「市民刑法」の問題点を提起しておくことも無意味ではないだろう。

こうした観点から、本稿は以下の構成による。第一章では、まずルーマンの社会システム論を概観し、それが法規範のイデオロギー的な

正当化からテクノクラティックな正当化への転換を図るものである点を明示する。次いで、かかる文脈からヤコブスの積極的一般予防論を再確認し、システム論に依拠するその刑法システム正当化戦略に考察を加える。第二章では、内在的観点から、即ち教義学内部からの積極的一般予防論に対する従来の批判を敷衍し、それに対する批判としての、積極的一般予防論の刑事立法制約機能を強調する見解と対置させる。これによって提起するのは、従来の批判が持つ有効性への疑義と、教義学外在的な観点からの批判の必要性である。第三章では外在的観点到立脚し、ヤコブスの刑罰論が看過する「現実」の位相をリュウダーセン、スマウスなどに依拠することで明らかにした後、この視点からヤコブスの「市民刑法・敵刑法」論の内実を探り、その問題を「敵刑法」のみならずヤコブス的な「市民刑法」自体に内在するものとして析出したい。

・ システム論による刑法システム正当化戦略 — ヤコブスの刑罰目的論 —

1 ルーマンの社会システム論の基本的視座

システム論的な正当化戦略によれば、法システムはもはや従来のイデオロギーによる正当化を必要とせず、むしろそれと訣別を告げるものである。この点を確認するためにもまず、システム論の基本的視座を素描することからはじめる。次いで、かかる正当化戦略の具体的術展開であるヤコブスの刑罰目的論、即ち積極的一般予防論に焦点をあてる。ヤコブスの刑罰目的論もまたイデオロギーによる正当化を峻拒し、経験的な「現実」に即応する機能一元主義的な刑法システムを構想する。従って機能一元主義的な構想によれば、従来の刑罰目的論は「現実」との対応を喪失したものとして批判の対象となる。

しかしながら、そこで問題とされる「現実」は、刑法システムの機能

からのみ顧慮されるものでしかなく、刑法規範によって逆機能とされる「現実」は等閑に付されている。それゆえ、刑法の「現実的」機能という観点にもかかわらず、それが支配の道具として行使される「現実」を隠蔽し、それに対する批判は「的外れ」であるとして封殺される。ヤコブスの積極的一般予防論に対しては、このような問題点を指摘できる。

a) 基本的視座

ルーマン (Niklas Luhmann) のシステム論における社会と法との関係は次の通りである。現代の高度に分化した社会は複雑性に満ちており、その複雑性は人々の予期に二重の不確定性をもたらす。そのため、社会がその機能を十全に発揮し、維持・発展していくには、人々が予期に基づいて行動することが容易でなければならない。この予期構造を安定化させ、複雑性を縮減するものが規範であり、その役割の一端を担うものが法となる。

以下ではルーマンの『法社会学』を参照し、システム論特有のタームについて敷衍する。まず「不確定性」と、その前提となっている社会の「複雑性」についてだが、⁽⁵⁾「人間は意味的に構成された世界に生きて」おり、そのように理解された世界は、人間に対しあまりに多くの可能性を示すため、その意義を「人間の整理機構によって一義的に規定」することができないとされる。つまり人間が現実の世界を解釈し、予測をたて、次に生じるものが何かを明瞭に定義することが困難なほど、世界には種々の要因が複合的に絡み合っており、複雑さを呈している。これが世界の「複雑性」であり、「現実化されうる以上の可能性がつねに存在するということを指す」。従って、この世界は、人間がそれまでの体験と行為から予期したものと必ずしも一致せず、人間の予期は常に外れる可能性を持っている。これが「不確定性」であり「次に来る体験の可能性として指示されたことが予期されたのとは別様に生起しうるということを指す」。

また、そこでいう「予期」にも、単なる期待や予想とは異なった意味

が与えられている。⁽⁶⁾ ルーマンによれば、予期は「認知的予期」と「規範的予期」という二つの要素を含んでいるとされ、認知的予期とは、違背された、つまり裏切られた予期を「変更して、予期に反した現実に対応する方法」であり、従って認知的予期の特徴は、「必ずしも意識されているとは限らないが、受け入れるための学習の用意ができていることにある」とする。それに対して規範的予期は、違背された予期を「変更せず固持し、予期に反した現実にはさからってそのままやっていく方法」であり、従って規範的予期の特徴は「違背から学ばないという決意」にあるという。それゆえ、予期が誤っていたのだとは感じられず、現実とのギャップは相手方の責めに帰せられる（現実起きたことの側を訂正すべきである）ことになる。即ち両者は、予期違背が生じたときに学習が予定されているか否かという点で区分されるといってよい。

ところで、社会のなかで、ある人間が他人と接するため態度決定をするには、相手の態度決定をあらかじめ予期している必要がある。しかし他方、その相手が態度決定をするには、今度は彼の態度決定をあらかじめ予期している必要がある。それゆえ、このままでは双方ともに相手の態度が決定できず、行動することは不可能となる。これが前述の「二重の不確定性」といわれるものであり、社会が成り立っていくには、この「予期の予期」（相手の予期を予期すること）という相互依存的で不安定な関係を安定化する必要がある⁽⁷⁾。即ち、二重の不確定性という条件の下であらゆる社会的な体験と行為は、「一方が他方に対して持つ予期がみたされるか、はずれるかという点にかかわる意義」と、「自己の行動が他人の予期にとってどのような意味を持つかを推し測るという点にかかわる意義」という二重のレベルでの意義を有するのであり、「まさにこの二つのレベルの統合に、規範的なものの果たすべき機能、従ってまた法の果たすべき機能を求めなければならない」とする⁽⁸⁾。つまり、二重の不確定性を克服し社会生活を営むため、法規範は規範的予期として機能することが重要となる。

規範とはルーマンによれば、「抗事実に (kontra-factisch) 安定化された行動予期」であると定義される。即ち、

「規範というものは、規範が事実として遵守されるか否かにかかわらないものとしてその妥当が体験され、したがってまた制度化される限りで、無条件に妥当するものである。(即ち) 規範の妥当の基礎は、究極的には、体験の場の複雑性と不確定性にあるのであり、規範はそれを軽減する機能を果たすのである。」⁽⁹⁾

それゆえ「法は、第一義的に強制の秩序なのでは決してなく、予期を容易にするもの」として把握される。このような意味から「法とは、社会システムの、規範的な予期行動の整合的一般化に依拠せる構造である」と定義されるのだが、ルーマンがいう「機能的な法」とは「法が、意味的に構成されたあらゆる社会において不可欠の機能を果たす」ことにあり、法の発展とは「法の漸次的な分離と機能的自立化の過程」として捉えられている。従ってシステム論的な法概念は次のように説明される。

「(システム論的な法概念には) 恒常的要素と可变的要素とが含まれている。恒常的なものとして考えられるのは、整合的一般化の機能であって、それはいかなる社会においても何らかの仕方ですたさなければならぬものである。これに対して進化的に可変な要素とは、法のメカニズムの機能的分離の程度、したがってまた、法の概念に見合った構造と過程とが法のために形成されている程度である。」⁽¹⁰⁾

以上から、次のように要約できる。ルーマンの想定する法が果たす機能とは、もっぱら予期構造の安定化を通じた社会の複雑性の縮減にある。しかも、それなくしては社会が二重の複雑性を適切に処理することが不可能となる、社会を維持するための必須の機能である。その際、他のシステム (道徳システムなど) からの法メカニズムの機能的分離の程度、即ち、いかなる規範的予期が法規範として定立されることで複雑性の縮減に資するのか、という問題は、それぞれの社会によって異なると説明される。換言すれば、法の果たす機能は一定であるが、その具体的内実

はその社会的現実に見合ったものでなければならないということであろう。というのも、その社会的「現実」に即していない規範を定立しても、複雑性を増大させることにしかならないからである。

他方で、定立された規範は社会的「現実」に即応するとされるが故に、「抗事實的」に妥当が承認され、規範に違反する「現実」は無条件に修正を迫られる。規範の具体的内容は当該社会に一任される。ここで注意すべきは、ルーマンにあっては法システムそのものの内容もまた、当該社会システムに委ねられており、必ずしも「刑」法が不可欠の法システムではないという点である。しかしヤコブスは刑法を必須の前提としたまま、上記の視点を取り入れる。ここにヤコブスの積極的一般予防論の問題点の一端があるのだが、以下ではこの点に関連するルーマンの法規範正当化についての見解から考察する。

b) 法規範の正当化に関する見解

ルーマンは、従来「『正当性』という標語」の下に展開されてきた「法の拘束力の問題の立て方」は、「非合法的な篡奪と専制とをしりぞけるのに役立った」が、「自然法の解体とともに……崩壊した」という。そして正当性の概念は「純粹に事實的な基礎の上に再構成される」ことになり、「今日支配的な正当性の定義、即ち正当性とは、法または拘束力ある決定を基礎づけるもろもろの原理や価値の効力についての事実上の確信が普及していることである、とする定義が生まれた」としている。ここからルーマンは、その確信を予期構造と関連づけ、「民主主義と正当性とは相互に関連しあった現象である」として、正当性の問題を手続的な「合法性」に限定する。即ち、

「決定の対象となった者はすべて、拘束力ある決定によって規範化されたものに対して認知的な — 即ち学習の用意ある — 態度をとるべきだということが、第三者にとって規範的に予期されていることを、誰もが反論の余地なく予期するようになる。これが法の正当

性の構造である。」⁽¹²⁾

法規範が有効に機能するためには、それが相互に承認されていることが必要である。なぜなら、規範が相互の承認を通じて決定されなければ、予期の予期という問題は解決されない。従って、民主主義的な手続きを通じた決定こそが、ルーマンにとっては法規範に正当性を付与することに他ならないのである。この前提を成しているのが、従来のような法の妥当性をめぐる議論は結局のところトートロジーでしかないというルーマンの見解である。ルーマンによれば、妥当する法は、もはや手放しに正しき法というわけにはいかず「正当化」を必要とするが、それを法以外のものに依拠することは不毛だという。

「法は、いかに法が法自身を再生産するか、つまり、いかに法によって法から法へと進むか、制御することができる。そして、以上のことを制御できるのは、ただ法だけである、法を法にインプットできるかのような外部のいかなる審級も権威も存在しない。」⁽¹³⁾

それゆえ、正当性の問題は形式的合法性の枠内に縮減されるのである。つまり、正しさのパースペクティブは合法と不法という二分コードを通じて成立するが、

「プログラム — おおまかにいえば法律と契約 — は……正しき法について別の観念が適切に現れるならば変更されうるが、いかなる変更においても、このコード — 関係を再び獲得することとなる。したがって、それは実状に即して合法と不法とを割り振りすること以外のなにものでもない」⁽¹⁴⁾

というわけである。

こうした観点から、ルーマンは正義といったイデオロギーと訣別を告げるのだが、それは次の叙述に要約される。

「法概念についてのわれわれの定義はもはや存在論的ではなく、単に機能的なものとして理解されねばならない。……全体社会の急激に変化する複雑な構造条件の下では、まさに整合的な一般化との

機能的な関連が、必然的に不一致をもたらすのである。即ち、法はもはや、単純に、法が果たすべきものであることはできない。ここにおいて自然法は崩壊する。そして、『正義』は、倫理的な原理として今や法の外に在ることになる。⁽¹⁵⁾

ルーマンによれば、もはや諸価値を示すいかなるイデオロギーも、社会システムと不一致をもたらす限りで複雑性を増大させるものでしかなく、むしろ社会システムにとっては、そのような目的を問うことなく、ひたすらに自らの機能を十全に発揮することが重要となる。このような意味でシステム論による新たな正当化戦略を、イデオロギーによる正当化から「テクノクラティックな正当化」への転換と位置づけることができる。⁽¹⁶⁾ 法の役割を「現実」との対応のみに求める機能一元主義的な観点からすれば、「現実」への批判論拠となる価値合理主義的な基準はもはや意味をなさない。従って法規範の内容はすべて法的手続きに委ねられ、それ以外のいかなる基準からの批判も無効となる。

こうしたルーマンの見解を、法の実質的正当性をめぐる問題を正義問題と捉える駒城鎮一は次のようにまとめている。

「ルーマンにあっては、正義問題はもっぱら全体社会の総体的要求に対応する法システムの適合的複雑性の問題、即ちシステム準拠の問題にほかならない。⁽¹⁷⁾」

即ち、ルーマンにあっては正義問題は法システムの適合的複雑性（適切な複雑性）の問題と同視される。法システムが適切に複雑であるとは、法システムが「可能なるものに応じて、即ち事実適合的に (sachgerecht) 環境世界ないし周界複雑性を内部的に反映かつ処理ができて、その際可能なるものの基準量が内部的な機能諸条件によって規定せられるとき」であるという。⁽¹⁸⁾ 駒城はそこでのキーポイントを「事態適合的な（事実適合的な）複雑性処理」とみる。システム論によれば、「全体社会の総体的要求に対応するところのシステムの統一性の完成としての正義においては、そのかぎりでは法律行為、判決、規範設定のよう

な個別的諸決定はもはや正しいとも正しくないとも言い得なくなる」にもかかわらず、「或る決定が事実適合的である」とは、「その決定が認定すべき『事実』の性質を適切に考慮している」ことを意味するため、「事実適合性は事実正当性 (Sachrichtigkeit) と同義」であり、ここにルーマンの正義論における保守的性格があるのだという。⁽¹⁹⁾

ルーマンによれば法の機能は複雑性の縮減のみであり、従来のイデオロギーなどといった諸価値はもはや逆機能因子でしかないため法の枠外へと追放され、手続的な合法性のみが重視される。従って法は、常に現実との対応を図るべく、変更を予定した適度に柔軟なものでなければならない。これが「法システムの適合的複雑性」の意味するところである。つまり法システムは、その機能を複雑性の縮減に限定される一方、それは「全体社会の総体的要求」に対応するため常に可変的でなければならないのである。これは前述の恒常的要素と可変的要素に対応すると見てよいだろう。⁽²⁰⁾

ルーマンによれば、このようにして「現実」に即した法規範が規定されてこそ、社会が維持、発展していくということになるのだろうが、しかし、その「現実」というのはシステム論的なそれではない。即ち、多様な可能性を潜在させている現実の複雑性を縮減するため、規範的予期の整合的一般化として法が制定されるのだが、その際いかなる内容を伴った法規範が複雑性の縮減に資するのかは、当該社会に生活している我々の民主主義的決定に一任される。そのことによって我々が望む社会の存続に資する(事実適合的である)法規範が定立されるというのだが、しかし他方で法規範は、決定を通じることのみで事実を正しく反映したもの(事実正当性)とみなされてしまう。つまり決定がなされた時点で、その規範内容は無条件に正しいものとみなされる。合法性プロセス以外の基準から規範の具体的内容を批判することは認められない。システム論は価値による定義づけを峻拒し、社会のあり方をもっぱら複雑性の縮減という機能面から記述しようと努めるが、それゆえ規範の意味づけ自

体の解釈、つまり一体いかなる規範内容が「複雑性の縮減」に資するの
かを解釈することは許されないのである。その規範の提示する内容とは
別様に複雑性の縮減を問うことが遮断されるといってもよい。そして、
規範の内容を「全体社会の総体的要求」によって決定する限り、規範的
予期に反する「現実」、つまり逆機能因子とされるのは、往々にして社
会のマージナル層の「現実」ではなかろうか。

加えて、前述の通りルーマンにあっては、規範的可変性のみならず、
法システムの変性も想定されているが、ヤコブスは規範的可変性に言
及するのみであり、「刑」法はア・プリオリの前提とされる⁽²¹⁾。従って一
連のシステム論的な視点が、刑法、刑罰の存在を前提として展開される。
これがいかなる帰結をもたらすのか、ヤコブスの積極的一般予防論に立
ち入って検討する。

2 具体的戦術展開としての積極的一般予防論

a) ヤコブスの積極的一般予防論とルーマンの社会システム論

ルーマンのシステム論を刑法学に導入したものがヤコブスの積極的一
般予防論であることは多くの論者が指摘するところであるが、ここでは
まずヤコブスの教科書に即しつつその点を確認しておく⁽²²⁾。

ヤコブス (Günter Jakobs) は積極的一般予防を論じるに、システム
論と同様、社会生活には安定した規範妥当が不可欠であるという点から
出発する。

「社会的接触の領域に特有の違背が関係するのは、現行規範を尊
重するであろうという相手方への要求から生じる予期 (であり)、
規範的予期は、違背のある場合にも放棄されてはならず、決定的な
誤りが違背された者の予期にではなく、違背した者の規範違反に
あると定義されることによって、(抗事実に) 貫徹されることにな
る。」⁽²⁴⁾

また、刑罰に関してヤコブスは、「常に重要となるのは規範違反へのり

アクションである。常にリアクションを通じることで、違反された規範が堅持されるべきであると表明される⁽²⁵⁾」としており、刑罰の任務を次のように述べる。

「外部的な行為結果の地平ではなく、意味の地平に規範違反と刑罰とを位置づけることに対応して、刑罰の任務を財の侵害の阻止と理解する必要はなく、むしろ刑罰の任務は規範妥当の確証にあり、その際、妥当は認知と同一視できるのである。⁽²⁶⁾」

これがシステム論を踏襲したものであることは、明示的にルーマンが引用されていることから明らかである。従って、刑罰によって確証される規範妥当とは、システム論的な理解に立つものであり、規範とは複雑性の縮減に向けて「抗事実に安定化された行動予期」といえる。また同様に、「意味の地平」についてもシステム論的な次の理解に基づいていると見るべきである。即ち「ルーマンがシステムと呼ぶものは、端的にいえば、複雑で変化する環境のなかで内——外の区別を安定化することによって自己を維持する自己同一性 (Identität) のことである」が、機械や生物のシステムは物理的境界によって環境と区別されるのに対し、社会システムは「意味連関そのものであり」、その境界は意味的性格のものである⁽²⁷⁾。よってヤコブスにあっては、刑罰の任務にとって重要なのは外部的結果ではなく、「意味連関」における「違反へのリアクション」ということになる。「法律学の対象」は「法の象徴的現実性」(意味配置そのもの)⁽²⁸⁾とされる。即ち、法が規範を通じて社会の意味配置を提示し、それに従うよう宣言することで、つまりその配置に則って行動するよう宣言することで、行動予期が安定化し、社会が滞りなく機能していくことになるというわけだ。積極的一般予防が規範妥当の確証にあるといわれる所以である。

このような観点からみれば、ヤコブスが「刑罰の任務は、社会的接触のための方向づけ範型としての規範を維持すること」であり「刑罰の内容は、規範違反者の負担で行われる、規範を否定することの否定である」

と要約するとき、⁽²⁹⁾刑法は規範的予期構造の整合的一般化であり、その効果である刑罰は規範との乖離（違反）を行為者の負担に帰するものだと理解できよう。ヤコブスの積極的一般予防論は、これを刑罰目的として理論化したものである。即ち、

「刑罰の名宛人は、本来、潜在的犯罪者としての幾人かの人間ではなく、すべての人間である。というのも、人間はすべて、社会的相互作用なしでやっていくことはできず、従って、その際に予期しうることを知っていなければならないからである。その点で刑罰は、『規範信頼の訓育』に向けて行われる。加えて、刑罰は規範違反行為にコストを負担させるのであり、それゆえ、この行為が一般に論ずべきでない行為選択肢だと学習される機会が高められる。その点で刑罰は『法信頼の訓育』に向けて行われる。しかし少なくとも、規範が学習されたことを無視して違反されたとしても、刑罰を通じて、行動如何によってコスト負担義務が課せられるということが学習される。この点で『帰結の甘受の訓育』が重要となる。——この三つ挙げられた効果作用を、規範承認の訓育として要約できる。この訓育は誰についても行われるものであるから、国家刑罰の任務モデルを論じるにあたっては、『規範承認の習得を通じた一般予防』（いわゆる積極的な、ないし一般的な——つまり単に威嚇的なものではない——一般予防）が問題となる。」⁽³⁰⁾

これがヤコブスの積極的一般予防論のまさに「教科書的」理解であろう。ところが更にヤコブスは、刑罰をコミュニケーション過程のなかに位置づけ、積極的一般予防論が市民社会の発展を促進するものであるとする。それに伴い、システム論的視点からヤコブスの積極的一般予防論は更に展開され、イデオロギーギッシュな正当化からテクノクラティックなそれへの転換として刑法システム正当化戦略もより鮮明化する。従ってその問題点、即ちシステム論的なコミュニケーションの機能化のみを重視することで、現実には批判が禁じられ合意が強制される点もま

た、明らかとなるのである。

b) イデオロギーッシュな正当化からテクノクラティッシュな正当化への転換

従来の刑罰目的論である消極的一般予防論や積極的特別予防論に対しては、その現実的効果への疑問から、種々の批判がなされてきた。即ち消極的一般予防については、その予防効果が経験的、統計的に証明されていないとの批判であり、積極的特別予防については、再社会化理念の衰退が挙げられ、例えば現在の日本における再犯率の高さがそれを如実に示しているとされる。積極的一般予防論はこうした批判を免れるため、「現実」との対応を至上命題として展開される。ヤコブスにあっては、例えば再犯率の高さは、再社会化といった処遇イデオロギーが「現実」との対応を喪失している証左に他ならず、積極的一般予防論こそが「現実」社会を反映した理論に他ならない。ここには前述したルーマンの法規範正当化に関する見解が踏襲されている。即ち、ルーマンはイデオロギーによる実質的正当化を度外視し、もっぱら「現実」社会におけるその機能に着目することで、社会成員による形式的な手続的正当化のみを重視したのだが、こうした正当化戦略の、刑罰目的論における具体的戦略展開こそが、ヤコブスの積極的一般予防論なのである。

ヤコブスによれば、刑法の正当化根拠は以下のように示される。

「形式的には、刑法は、刑罰法規が憲法に適合して成立することによって正当化される。実質的正当化は、刑罰法規が、国家的ならびに社会的な形態を維持するために必要であるという点に存する。刑法規範の純粋な内容が存在するのではなく、あり得べき内容が所与の制御関係に従うのである。そしてその制御関係を成しているのが、社会生活という現実ならびに — とりわけ憲法的な — 規範である。」⁽³¹⁾

つまりヤコブスもまた、さしあたりは合法性プロセスによる形式的な正

当化を求める。実質的正当化については、刑罰法規が既存の国家的な形態（憲法が想定する法治国家）ならびに社会的な形態（社会生活という現実）を維持するために必要なものでなければならぬとする。従来この国家的ならびに社会的な形態の維持という言葉から、ヤコブスの積極的一般予防論は国家主義的、全体主義的な体制に資するものであると批判されてきた。ところがヤコ布斯によれば、自身の積極的一般予防論は、人々が国家秩序に唯々諾々と服従するような状況を作り出すものなどではなく、むしろ、社会に対する市民としての能動的関与を促進する理論だという。というのも、ヤコ布斯によれば、この国家的ならびに社会的な形態とは、法治国家原則に合致した社会生活と理解されるからである。この視点は、ヤコブスのコミュニケーション理論によく示されているが、これを上述の批判に対するヤコブスの応答とも見ることができよう。そこで、以下ではヤコブスの積極的一般予防論を彼のコミュニケーション理論との関連で考察する。

例えばヤコ布斯は他の論稿で、マックス・ヴェーバー (Max Weber) を引きつつ、脱魔術化した近代社会においては責任原理をア・プリオリなものとして把握してはならず、責任原理が一つの構成要素となっている社会秩序を問題とせねばならないとしているが、そこでは刑罰がコミュニケーション的な事柄として理解されている。即ち、

「犯罪自体が……コミュニケーション上意味のあるもの（であり）、この出来事はひとつの世界構想として、つまり『社会かくあるべし』という主張として理解される……刑罰もまたコミュニケーション的な事柄のひとつであって、それは行為者を人格として（扱う）行為者の世界構想に対する抗弁と（理解できる）……こうしてのみ犯罪と刑罰は、不合理なふたつの害悪の連続としてでなく、意味関係として理解でき……このようにスケッチされた刑罰目的は、今日、積極的一般予防と名づけられている。」⁽³²⁾

更にヤコ布斯は「市民として自己を定義する者が、原則として、主体と

して取り扱われる」という前提から、「有罪 (Schuld) を言い渡すというコミュニケーション上の扱いがこの定義を基準的なものとして示すことができる限りで、逸脱者は社会的な理解において実質的な責任を有する」のであり、このように取り扱うことで、行為者は「完全な資格を持つ市民と見られる」のだとする。従って、「機能している帰属システムでは、帰属の名宛人を前社会的に考えることはありえない」ということになる⁽³³⁾。

つまりヤコブスによれば、脱魔術化した社会では、ア・プリオリな秩序に反したというだけで帰属する責任とは、形式的な責任にすぎない。そうではなく、「秩序というものは、せいぜいその中に人格としての地位をもっている人間に対してだけ、つまり権利の担い手であると同時に他人の権利をも尊重しなければならない人間に対してだけ、法秩序たりうる」のであるから、そのような人格のコミュニケーションを担保するものが刑罰であり、それに服することではじめて、行為者の実質的責任が問題となりうるという趣旨であらう⁽³⁴⁾。これをヤコブスは次のようにまとめている。

「実質的責任とは、正当な規範に対する法的背任である。規範を正当化するのとは……人格への帰属であり、そしてこの帰属は、規範尊重をも含んだひとつの役割、とりわけ、その行動形成の自由をもつ市民という役割を必要とする。この自由の反対給付が、法への忠誠を實踐することへの拘束である。」⁽³⁵⁾

従ってヤコブスによれば、人々が互いを責任ある人格として尊重しあい、社会生活を維持していくため市民相互が規範を遵守するよう求められるのであり、刑罰は市民間のディスコミュニケーションを「否定の否定」というかたちで修正するものに他ならない。こうした刑罰の理解を、ヤコブスはヘーゲル (G. W. F. Hegel) に依拠して論じているようであるが、もちろんその根底には、先に見たルーマンのシステム論に依拠した規範的予期の安定化という思考が存在している。これはルーマンが人間

社会を「相互に、到達可能な人間の体験やコミュニケーション関係の、そのつど最も包括的なシステム」と定義していることから示されよう。⁽³⁶⁾

1995年5月にロストックで開催された刑法学会において、「機能主義刑法と古きヨーロッパの原則思考に立つ刑法」との間の論争が企画された。そこでは「当初、企画者は、ヤコブス刑法理論を『機能主義刑法学』と捉え」ていたが、「しかし、これに対するヤコブスの報告は、参加者の予想を超えるものであった。というのも、ヤコブスは、社会と人格との『関係』を基調とする自らの考え方こそが、アリストテレス以来の伝統的なヨーロッパ思想に沿うものであると主張したからである」という。⁽³⁷⁾ この報告は、機能主義が「社会」のみを問題とし「主体」を考慮していないとする批判や、それゆえ機能主義を集団主義や全体主義と同視する見解に対するヤコブスの反論とみてよいだろう。これは、後述するヤコブスの「市民刑法・敵刑法」概念に引き継がれることになるが、さしあたり以上の文脈を押さえたうえでヤコブスの上記報告における「人格的コミュニケーション」概念を検討する。

ヤコブスのコミュニケーション概念は道具的コミュニケーションと人格的コミュニケーションという区別に発展し、これを受けて積極的一般予防論も社会のアイデンティティーの確証に向けられる。上記の区別によって強調されるのは、人格が社会的コミュニケーション（規範）を通じてしか形成され得ないという点である。即ちヤコブスによれば、「人格であるということは、役割を果たさなければならないということの意味」するため、「社会に關与する者——つまり、コミュニケーション上基準とされる個人は……少なくとも規範が妥当しているということによって定義される」ことになる。⁽³⁸⁾ また、人格を有する者が關与する社会とは、主人と奴隷の關係に代表される道具的なコミュニケーションを通じた社会ではなく、「双方の側を拘束する規範によって初めて登場する非道具的な社会」、即ち相互に平等な人格として扱われる社会であるとしてい⁽³⁹⁾る。このような視点からヤコブスは、道具的コミュニケーションではそ

の目的のみが問題となるのであり、機械との関係に似ているとする一方、「これに対して人格的コミュニケーションでは、他人は戦略的計算の客体だけではなく、平等な者でもある」として、その両者を区分するのだが、これは「自然」と「意味」という区別に準じている⁽⁴⁰⁾。従って、そこから導かれる刑法の任務は人格的コミュニケーションの促進ということになる。なぜなら、「人格的領域においてのみ狭義の規範的予期が存在する」からである⁽⁴¹⁾。

要するにヤコブスにとって規範とは、人々の間で作用し平等な人格を構築する媒介であり、人々のコミュニケーションが行われる近代合理的世界の土台を成すものといえよう。ある社会のアイデンティティーは、人格相互のコミュニケーションを通じてのみ規定されるのであり、そのアイデンティティーが維持されるためには、「瑕疵あるコミュニケーション」である犯罪に対し刑罰という異議を唱える必要がある。従ってヤコブスによれば、「刑法の働きは、社会のアイデンティティーを規定している規範に異議を唱えることに対して、国家の側で異議を唱える」ことに他ならず、「即ち刑法は、社会のアイデンティティーを確証するものなのである」とされる。こうした視点から見れば、「積極的一般予防を経験的に考察するというのは、常に少々場違いなものにならざるを得ない」という。なぜなら「アイデンティティーの確証は経験的には把握できない」ものであり、それは「手続きの効果ではなく、その意義である」からだとする⁽⁴²⁾。

以上、コミュニケーション理論との関連でヤコブスの積極的一般予防論を概観したが、ここにヤコブスの刑法システム正当化の新たな試みを看取できよう。即ち、ルーマンによれば社会生活維持のための規範による予期構造の安定化とされる部分を、ヤコブスにあっては、コミュニケーション関係維持のための刑法規範による社会のアイデンティティーの安定化と理解できる。従って規範的予期構造の具体的内容が社会生活を通じてしか決定されないのと同様、具体的な刑罰法規はコミュニケーショ

ンを通じてしか決定されない。ヤコブスによれば、刑法システムはいかなる（例えば全体主義的な）国家像も想定しておらず、あらゆるイデオロギーから免れた存在とされねばならない。この点についてはヤコブスが、社会の機能に着目して単に「記述」を行っているにすぎないのだと述べていることや、⁽⁴³⁾ 刑法学は既存の価値のなかで何が利害かを明らかにすることは可能であるが「政治的価値転換に対しては無力であり、かつ、政治的価値転換を選択することはできない」と述べていることから窺えよう。⁽⁴⁴⁾ 即ち、刑法学は目指すべきものへと志向してはならず、社会が目指すべきものとは、その社会成員たる市民のコミュニケーションによってしか決定してはならないのであって、刑法が果たす役割はもっぱらそのコミュニケーションを維持していくことのみ、つまり既存の社会秩序の維持のみである、というわけだ。これはまさしくルーマンが企図したイデオロギッシュな正当化からテクノクラティッシュなそれへの転換といえよう。

規範の果たす機能とは社会の複雑性を縮減することに尽きるものであって、ヤコブスがそれをコミュニケーションという言葉で言い換えたとしても事は同様である。ルーマンのシステム論によれば、規範がひとたび定立されれば、それは「社会の総体的要求」に基づいた、「事実適合的」なものであるとみなされ、その規範が果たす「複雑性の縮減」の内容自体を問うことは許されない。同様にヤコブスについても、刑法規範は形式的な合法性プロセスのみで当該国家形態ならびに社会形態に合致するものとみなされ、後はもっぱらその形態の維持に向けて機能の最大化を図るという機能一元主義的な刑法構想が導かれる。そこではもはや刑法規範の具体的内容を価値的側面から批判することは許されない。なぜなら、規範は上記の手続きを経ることでしか当の「社会のアイデンティティー」を反映することはできず、それに対するシステム外部からの価値判断は、社会のアイデンティティーを侵害するものでしかないからである。それゆえに、いくらヤコブスが自由な市民によるコミュニケーションを強調

しても、システム外部からの異議、批判は端的にディスコミュニケーション、人格ならざるものとして扱われる。しかし、前述の通りルーマンのシステム論とは異なりヤコブスの積極的一般予防論では、刑罰は人格を有した自由な市民間を媒介するコミュニケーション的な事柄の一つとして不可欠だとされる。従って、刑罰を通じたコミュニケーションを前提とし、なおかつそのコミュニケーションによって刑罰法規が決定される。このような理論構造を有しているにもかかわらず、その機能の最大化を目指して価値を峻拒し、「記述」に徹するというのであれば、それはもはや「現実」社会に関与することを放棄した、現状追認的な刑法学の態度でしかない。

ところが、ヤコ布斯によれば、どのような刑罰法規でも制定されることで直ちに正当化されるのではないという。確かに、ヤコ布斯は雰囲気犯罪や一部の抽象的危険犯を、「このような犯罪は、自由な市民によるコミュニケーションという社会の姿勢と矛盾する」として、その抹消を提言してはいる。⁽⁴⁵⁾しかしながらそれは不可能といわざるを得ない。これはヤコ布斯が、ルーマンと同様に社会を意味連関の次元で捉え、社会のアイデンティティーの意味配置のみから人格の形成を論じることに起因する。即ち、ヤコブスの想定するコミュニケーションが、平等な人格同士のものであっても、それは「意味」的次元でのことであり、「現実」にそのような対等なコミュニケーションが行われたことは問題とならない。それにもかかわらず、当該刑罰法規は社会のアイデンティティーを規定しているものとみなされ、刑罰法規によって創出された犯罪行為はすべて、コミュニケーションの疎外要因として扱われることになる。従って、ヤコ布斯が意味的次元において理性的コミュニケーションと呼ぶものは、いわば「システム理性」⁽⁴⁶⁾によって導かれたコミュニケーションでしかない。ヤコ布斯が市民は人格を有していなければならないと述べる時、それは刑法システムに従属することを意味し、システム外部からの異議はもはや「人格たる市民」の主張としては扱われないように思わ

れる。

刑事立法との関連でいえば、ある刑罰法規が手続きに則って制定されたとき、その時点では当該刑罰法規は常に妥当し、正しいとみなされる。ヤコブスが刑罰法規の変更ないし削除可能性に言及しても、それは、社会システムの側が変化した結果であるという理由でしか説明できないはずである。つまりその立法自体の妥当性を問う外部の基準は何ら担保されておらず、ヤコブスが抹消を提言する刑罰法規が、果たして本当に「社会の姿勢と矛盾する」かどうかを保証するものは皆無である。ひとたび刑罰法規が制定されると、それは社会のアイデンティティーを規定する規範だとされ、以後のコミュニケーションはその規範を通じて行われる。従って、その規範が提示する意味配置に異議を唱えるようなコミュニケーションに対しては、瑕疵あるコミュニケーション、つまり社会の複雑性を増大させるという意味づけしか与えられない。要するに、ヤコブスがシステム論に倣って、積極的一般予防論は社会の機能を「記述」しているに過ぎないのだと述べながら、現実には、規範の複雑性縮減に向けられた変更それ自体を「解釈」することを禁じてしまっているのである。更に、ヤコブスは刑罰自体については、それを不可避の前提とするため、積極的一般予防論は従来の刑罰目的論に対する批判を乗り越えるどころか、そうした批判から刑罰を擁護する理論であるとさえいえる。

以上をまとめると次の通りである。ヤコブスの積極的一般予防論が即応するのは意味的次元でのシステムの「現実」でしかない。更に、形式的正当化のみを重視することで、それは多数者の「現実」となる。その結果、社会的マージナル層の「現実」は等閑に付されるばかりか、「刑罰」という「コミュニケーション」によって、多数者の「現実」への合意が強制されることになる。しかも、こうした「現実」への、システム外部からの批判は一切禁じられる。これが、イデオロギーに訣別を告げた、テクノクラティックな刑法システム正当化戦略の帰結ではないだろうか。

・ 日本における積極的一般予防論をめぐる議論

— 内在的観点から —

1 近時の積極的一般予防論に関する見解

バラッタ (Alessandro Baratta) によれば、以上で見たヤコブスの積極的一般予防論 (バラッタの呼称では統合予防理論) は、本質的には次の三点に関連するという。まずは、「(a)刑法教義学という専門法学的領域」であり、これは責任原理に関連し、積極的一般予防論は「意思自由というドグマ」や「責任刑が、刑事政策目的に応じた社会的に望ましい刑罰か」というジレンマを脱するものとして展開される。次に、「(b)刑法上の保護客体および保護目的の刑事政策的規定」であり、個人的法益の保護から、社会の機能の保護へという、新たな法益概念、価値概念が開示されることとなる。最後が、「(c)刑法システムのイデオロギーシユな根拠づけおよび正当化」であり、(a)、(b)とは異なり教義学内部に留まらない外在的観点を含んでいる。よってここでは再社会化といった行刑理念の見直しに対応するものとして積極的一般予防論が論じられることになる。このような分類に従えば、日本での積極的一般予防論をめぐる議論はその多くが⁽⁴⁷⁾(a)ないし(b)に関するものに限られている。⁽⁴⁸⁾しかしながら、教義学内部からの批判のみでは、後述する積極的一般予防論の再評価に対して、有効な批判とはなり得ないであろう。そこで、日本における積極的一般予防論への批判を概観し、それがヤコブスからすれば「誤解」⁽⁴⁹⁾に基づいているといわれる点から確認する。

a) 責任原理との関連から

責任論から議論を展開している論者としては、積極的一般予防論を威嚇と区別した「条件づけ」という観点から論じる所一彦、行為帰責可能性と積極的一般予防上の処罰の必要性が実質的に一致するため、あえて

積極的一般予防論を採る必要がないとする伊東研祐、他方で、この両者の代替可能性について、責任非難（行為帰責可能性）は回顧的であり、積極的一般予防は展望的であるため、そもそも置き換えることはできないと批判する曽根威彦、ならびに他行為可能性の判断から積極的一般予防論を論じる林幹人を考察の対象とする。

所によれば、積極的一般予防論が注目されている理由は、威嚇のための処罰とは違い、責任主義に反しない点にあるという。というのも、威嚇のための処罰では「そのための犠牲を個人が払わなければならない『責任』は説明されないから」であり、他方で「積極的一般予防は、正しいと感じられる処罰によってこそよく効果を発揮する。それはとりもなおさず『責任』にふさわしい処罰であろう。積極的一般予防のための処罰は、責任主義に反する重い処罰をすることはない」からであるとす⁽⁵⁰⁾る。ところが、このような観点から見れば、威嚇（消極的一般予防）も条件づけ（積極的一般予防）も、「正しいと感じられる処罰」が結局は問題となるとして、次に威嚇と条件づけの差異が論じられる。

威嚇と条件づけの差異とは、前者が回顧的で後者が展望的であるという点に求められるのだが、そこから導出される条件づけのメリットとして、とりわけ「社会的制裁の基礎となる一般公衆の非難感情」から乖離してはならない点が強調されている。即ち、条件づけから論を展開する場合、広く社会一般に存在する「悪いこと」と罰とが一貫して対応していなければ、予防効果は期待できない。ゆえにその意味での「罪刑均衡」が要請されるというのである。更に、威嚇に従うことが束縛感を伴うのに対して、条件づけは次のようなものであるという。

「一旦条件づけられれば、その後は自由な規範に従うのである。条件づけが『統合』予防と呼ばれ、あるいは『積極的』一般予防と呼ばれる理由も要はそこにある⁽⁵¹⁾。」

従って、「処罰要求（応報感情）」は「しばしば原始的で粗野な形を採る」が、それを一般市民が納得し受け入れることができるように「洗練して

公衆に返してやるのが、ほかならぬ研究者の任務」だというわけである。⁽⁵²⁾

しかし、条件づけにはこのようなメリットがあるとしながらも、所は、威嚇と条件づけを全く切り離す積極的一般予防論のような考えに賛同することはできないとする。その理由としては、「条件づけは威嚇に比べると効果測定が難しく、確かな経験的基礎に基づく立論が容易でない難」があり、「経験的な事実による検証が可能な命題だけを用いるべきだとする機能主義の立場」とは相容れないからだとしている。従って「威嚇を主とし、条件づけを従」とすべきであり、「条件づけ効果を重視するためには、少なくとも、その検証方法を工夫し、現実的な検証可能性を開くことが必要であろう」と結論する。⁽⁵³⁾

伊東は積極的一般予防の内容を三点に分け、中でも、「犯罪が行われることによって生じた規範侵害状態は処罰により回復されるということの(再)確認を通じた市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化、という積極的一般予防の第二の(そして、いうまでもなく主たる)内容」が、「刑罰根拠付け機能を有し得る」として、この第二の内容に「妥当な処罰限度規制原理が存在するか否か」を検討している。⁽⁵⁴⁾そして積極的一般予防については「市民の信頼の動揺が生じず、放置の場合の一層の動揺も考えられない場合には処罰できない、という内在的な規制原理」が含まれているとし、次のように述べる。

「その目的である市民の規範秩序への信頼・規範(遵守)意識の維持・強化ということが、規範秩序による処罰そのものが質的・量的に値しないもの・拒絶感を惹起するもの、即ち、市民の正義感に適合しないものである場合には、達成できないが故に、そこにも内在的な処罰限度規制原理が存在する。」⁽⁵⁵⁾

もっともこれらの内在的規制原理はもちろん極めて抽象的であるが、しかしそれは責任原理もまた同様であるとし、「これらをもって行為帰責可能性の有する(とされている)刑罰根拠付け機能と刑罰限界付け機能とを代替させることは可能であるといわなければならない」とする。⁽⁵⁶⁾

では、両者を代替させることが可能だとして、果たしてそれが必要なのかという段では、両者は同一の事態を別の角度から捉えたものにすぎないとしている。即ち積極的一般予防上の処罰の必要性については、

「(行為帰責可能性と同様に) 信頼を破り、規範秩序を動揺させたことが刑罰を根拠付けるのであり、ただ刑罰の負科の目指すところは——非難の表現という観念的次元で捉えられた目的ではなく——一般市民の規範(遵守)意識・規範秩序の維持・強化とされるのである。しかし、その為に何か付加的な活動が行われるのかといえば、⁽⁵⁷⁾そうではない。」

従って両者を代替するという事は、同じことであって不必要だということわけである。

他方、曾根によれば、ヤコブスの積極的一般予防論は「一般予防目的を考慮するあまり、可罰性を限定する責任主義の機能を完全に放棄してしまっ」ており、また、「規範はそれ自体の存立のために保護されるべきである、としている点には重大な問題性が潜んで」いるという。その問題点は積極的一般予防論が「刑法の道徳形成力」を承認する方向に赴かざるを得ないという点に求められ、皮肉にも「結果的には国家的道義の実現を内容とする道義的責任論に接近することとなった」とする⁽⁵⁸⁾。従って「予防論的責任論の究極の問題点は、そのオプティミスティックな国家論にあると思われる」と結論づけられるわけだが、その結論自体は支持できるとしても、前提となっている規範理解がヤコブスのそれを十分に踏まえたものではなく、批判としては不十分であるように思われる。というのも、「規範の保護を自己目的化しているヤコブスの体系は、刑法が究極的に担う任務である、規範の背後にある法益の保護という側面を軽視していると言わざるを得ない」という理解に基づく上記の批判は、後述する法益概念の形骸性を説くヤコブスによれば、「的外れ」なものであると断じられかねない。

これと同様のことが次の批判にもあてはまる。林は他行為可能性の判

断について次のように述べる。

「ここでいうありうべき規範意識というのは、事実として一般人に存在しているものではない。国家の立場から見て要求しうる、あるいは、要求すべき程度の規範意識である。その意味で、期待可能性の理論における国家標準説には正しいものがある。⁽⁶⁰⁾」

この立場から、責任とは道義的責任や社会的責任などではなく、「国家規範を遵守する動機が低下した状態を意味する」のは当然であり、「責任の根拠と内容は刑法の目的から論定されるべきであって、その時代その社会の『一般人の規範意識』によって決められるべきではないのである」とする。⁽⁶¹⁾ 即ち、国家規範とは、道義や倫理そのものでもなければ、社会的非難といった曖昧なものによって決定されるべきでもないということであろう。そのような観点から、結論としては、「責任の目的を『脆弱な規範の安定化』にあるとし、責任の内容を『法忠誠の欠陥』にあるとするヤコプスの見解に近いものである」としながら、やはり、ヤコプスの、国家規範がそれ自体で防衛されなければならないという点には賛同し得ないとする。従って、

「たしかに、刑罰の直接の目的は規範妥当の確認にあるといってもよい。しかし、その規範は、法益の保護を目的とし、その内容も法益の侵害・危険を禁止しようとするものでなければならない。⁽⁶²⁾」

ということになる。

以上、責任論の領野における積極的一般予防論に関する論及を概観したが、これらはいずれもヤコプスへの適切な批判、とりわけ後述する積極的一般予防論の再評価に対する批判とはなりえないであろう。なぜなら、まず経験的な検証可能性については、ヤコプスの積極的一般予防論によると、はじめからその具体化、精緻化は問題とならないであろうからだ。つまり、前章で明らかにした通り、ヤコプスの積極的一般予防論がいう規範とは、社会を十全に機能化させるためのものであり、従って社会的現実在即したものに他ならないと称される。そのため、現実

規範が機能しているかの検証を問題としても、もしその規範が有効に機能していないならば新たな規範に変更されるはずだ、と端的に論じられてしまうのみであろう。むしろ問題とすべきは、そこでいう「現実」がシステム論的なものでしかないという点であり、そこから批判を展開せねばならない。

次に、積極的一般予防における規範は、一般大衆の意識に根ざしたものでなければならないため、その限りで処罰抑制原理となる、といった見解は、まさに論者自身がいうように「原始的で粗野」であり「きわめて抽象的レベル」であるというほかに⁽⁶³⁾、上述の曾根や林の批判がそのままではまるといってよいだろう。しかしながら前述の通り、積極的一般予防論は端的に処罰制約原理を喪失しており、規範と法益保護思想が結びついていなければならない、と批判するのみではヤコブスに対するものとしては不十分である。その詳細については、以下で明らかにする。

b) 法益保護思想との関連から

法益論からは、ヤコブスとハッセマー (Winfried Hassemer) それぞれの内容を異にする積極的一般予防論をとりあげ、それらに共通する批判を展開することで、積極的一般予防論がまさに「予防志向的刑法理論」であるとする西岡正樹の見解、ならびに、これと同様に現在の社会をリスク社会と捉え、法益論との関連でヤコブスの積極的一般予防論を論じる金尚均の見解をとりあげる。両者とも、法益保護原理を最後の砦として積極的一般予防論を批判するが、法益保護原理を教義学内部のみから問題とする限り、ヤコブスに対する批判としてはいまだ有効性を欠いているように思われる。

西岡はまず、刑法の謙抑性および最終手段性を標榜する、特別予防および消極的一般予防を中核とする予防志向的刑法理論と、積極的一般予防論を中核とするそれとを区別する。そしてドイツにおけるリスク社会

論の台頭を背景に浮上してきた、環境システム、経済システムといったいわゆる普遍的法益の保護を正当化するための道具が、後者を中核とする予防志向的刑法理論であるという。即ち、「ヤコプスの積極的一般予防論を『危険社会』と化した現代社会に当て嵌めた場合……刑法を社会的コントロールの一手段として積極的にこれを投入することが目指される」ことになり、端的に、ヤコプスの積極的一般予防論は「近代刑法の基本原則である『法と倫理の峻別』や『刑法の謙抑性および最終手段性』に反する結果をもたらす可能性を孕むものであって、これを支持することはできない」と述べる⁽⁶⁴⁾。

また、ヤコプスを批判するハッセマーの積極的一般予防論もまた、

「——その内部に行為応報の限定的構想を内在させるとしても——、刑法の一般予防目的が社会規範の安定化にあるということを強調する限り、必然的に、刑法はその目的——即ち、社会規範の妥当および持続力の貫徹——を達成するための道具として捉えられることとなり、ヤコプスに対する批判がそのまま妥当する。」⁽⁶⁵⁾

つまり、積極的一般予防論のような「社会的利益の見地から刑法の妥当な投入範囲を決定しようという構想は、市民の自由領域への刑法の過度の介入を許容することに繋がる」のであり、近時の法益保護の早期化などを後押しするものであるという。これに対して西岡は、そのような普遍的法益などといった問題を従来の法益保護原則から批判する。では次に、法益保護原則から展開される批判がいかなるものかを見ていく。

西岡によれば、近年のドイツ刑法学における法益論は、ロクシン (Claus Roxin) やハッセマーという、法益概念を基本的に個人関係的な利益として把握し従来の法益保護原則を堅持する見解と、ヤコプスやシュトラテンヴェルト (Günter Stratenwerth) らの、いわゆる普遍的法益をも刑法上の法益として把握する見解とに二分されるとし、刑事立法の妥当性に鑑みて後者の見解を採ることは許されないという⁽⁶⁶⁾。即ち、「確かに、科学技術の発展による社会の複雑化に伴って、法益概念にも

変化が要請されることは否定できないであろう」と一定の留保は付しつつも、次のように結論する。

「刑事立法を考える場合に最も重要なことは、規制の対象として採り上げられた問題に対して、仮にそれを放置しておいた場合に誰のどのような利益が害されることになるのか、ということを確認しておく必要があるということである。これを明確にした上で、その利益の保護のためには刑法の発動が必要であるかどうかを徹底的に議論されねばならない。……刑法は重要な法益の侵害行為があった場合でも、さらにそれを上回る利益が認められる場合には、撤退しなければならない。これこそが、真の意味での刑事立法の謙抑性と言えるのではないだろうか。⁽⁶⁷⁾」

しかしこの見解に従うならば、刑事立法の謙抑性とは、結局のところ利益衡量に求められることになりはしないだろうか。なんらかの利益を比較することから出発する構想が、近時の刑事立法を正当化する危険を孕んでいることは論者自身によって示されており、また、例えば後述するハッセマーの中核刑法 (Kernstrafrecht) という考えは、そのような危険を回避するために、犯罪論体系内での議論にとどまらない、法治国家的諸原則から導出される一つの決断として理解すべきであるように思われる。

金によれば、法益保護の早期化という問題に関して、ヤコブスの積極的一般予防論および法益論は、側防的規範 (flankierende Normen) の提唱により、システムの保護という新たな規範を創出するものであるという。即ち、ヤコ布斯にあっては、市民の私的領域への刑法の不介入を原則とした上で、法益保護の早期化の問題については、法益の侵害から危殆化に移行するのではなく、侵害段階が種々の部分不法に分解されるという見解をとり、この部分不法が、主要規範に対比される側防的規範の違反であるという理論構成がとられる⁽⁶⁸⁾。これに対し金は次のように述べる。

「(ヤコブスは刑罰の任務を規範妥当の確証に求めるため) 部分不法を惹起した行為または側防的規範に反する行為を罰することで主要規範の存立を保護し、かつその規範が妥当していることを社会一般に確証する(ことになるが)、その側防的規範そのものの保護が社会一般や市民の要請に合致したものでない限り、かかる規範違反を処罰したからといって、現実⁽⁶⁹⁾に規範の安定化に効果を発揮するとは思われない。」

このように見た場合、ヤコブスはあくまで「現行刑法を機軸とし、それに限定されながら」側防的規範を構想するため、「不法を分解することは何ら刑法の任務の限界を線引きする方向に赴くのでは」なく、むしろ「小さな危険をもつ行為もしくは危険を発生させる恐れのある行為の処罰をも正当化する機能をもっており、刑法の任務を際限なきものとしかねない⁽⁷⁰⁾」とする。

この見解が前提とする規範とは次の通りである。即ち、「規範意識の強化・覚醒」は、「現行刑法規範を、いわば静態的に捉えることから導き出される」が、「規範は、常に市民の意識や時代精神と相互に関連しあいながら生まれ、根づきそして消滅するという動態的な性質をもつ」のであって、この動態性を顧慮しない規範意識の強化・覚醒は「逆に市民との対立を生じさせるにすぎない⁽⁷¹⁾」というものである。それゆえ金によれば、ヤコブスは規範の死滅の可能性について言及してはいるが、規範意識の強化・覚醒という「刑罰の積極的な機能」からは、規範の死滅という「消極的な動き」は否定されるべきものであろうから、両者の関係に対する明瞭な答えは、ヤコブスの刑罰論からは導きにくいとしている⁽⁷²⁾。更に別の箇所では、ハバーマス (Jurgen Habermas) に拠りつつ、あるべき市民の法意識の変革は上からか下からかが問題であるとして、次のようにヤコブスを批判する。

「遵法意識は、市民相互のコミュニケーションによって醸成されていくべき類のものであって、一定の法律が社会において有効に適用

されるには、当該規範を受容する社会的な基盤がなければ（ならないが）、それにもかかわらず、かかる社会的基盤が存在しない状況で、上から遵法意識の覚醒、強化を試みたところで、かかる試みはむなしい結果を生むにすぎない。⁽⁷³⁾」

こうした視点からヤコブスの理論が法益保護の早期化を推し進めるものであると批判する金は、自説の結論を次のように示す。

「刑法が全法的に見て最も峻厳な制裁たる刑罰を科す法であることからして、社会的に有害な事象をその対象とすべきであり（環境汚染も社会的に有害な事象に含まれるが）、それは、人間の個人的利益に対する一定具体化された侵害を対象とすべき（であって）、システムとかその機能そのものを保護するものではない……刑法の任務は法益保護にある……憲法の基本原理（価値観の尊重をもった個人が自己の尊厳を保ちながらの共存）を基礎にし、謙抑性、断片性などを考慮しながら、刑罰的保護に値するかを検討する必要がある（り、そのためには）まず、刑法で規制しようとする行為の『社会有害性』を問題とし、つぎに、その行為によって生じる社会有害性の程度、つまり侵害の程度を問題とすべきだ。」⁽⁷⁴⁾

以上が、法益論から展開されるヤコブスの積極的一般予防論への批判である。最終的には「上回る利益」や「社会有害性」が考慮されることになるのだが、果たしてそれで刑法の謙抑性が十分に発揮されるのだろうか。西岡、金ともに、現在の社会がリスク社会であるとの前提に立つのであれば、そして現在の法益論に存する難点に目を向けているのであれば、⁽⁷⁵⁾なおのことヤコブスの積極的一般予防論を法益保護原理から批判することは難しいように思われる。

また、金の見解に見られるよう、ヤコブスの主張する規範を静態的なものであるとし、それゆえに「社会的な基盤」を等閑に付していると断ずるのみでは、有効な批判とはいいい難いだろう。即ち、システム論によれば当該規範はまさに社会的基盤・社会的「現実」に即応していると称

されるのであり、むしろそこでいわれる「現実」がシステム論的なものでしかないという点が批判されねばならない。同様に、ハバーマスがルーマンとの論争で強調したのは、「生活世界」と「システム世界」との対比において、システム世界による、社会から抽出される意見のセレクション性であったように思われる。⁽⁷⁶⁾

各論者ともにヤコブスとルーマンの関連は示唆するものの、それがヤコブスの想定する規範の正当な理解に立脚したうえでの批判とはいえ、またそれゆえに、とりわけ以下で見るように、「誤解」として退けられかねない。問題はヤコブスが強調する「市民」によるコミュニケーションの内実であり、この点を抉出するには一旦教義学内部での議論を離れ、システム論自体を射程に入れた外在的観点からの批判しかないように思われる。

2 積極的一般予防論に対する再評価

従来の日本における積極的一般予防論に関する議論の多くが、ある誤解に基づいているとする松宮孝明によって、ヤコブスの積極的一般予防論に対する再評価（これは論者によれば、本来の意義を確認しているに過ぎないということになるだろう）が試みられている。⁽⁷⁷⁾ その概略は次の通りである。積極的一般予防論は、静態的な規範やモラルに向けられたものではなく、また、法益保護の早期化を批判するためにその議論が展開されてきた。積極的一般予防論がいう規範とは処罰制約原理である近代刑法原則をも含意するものである。従って積極的一般予防論が、なんらかの固定的なモラルや規範を形成ないし維持する理論であるとか、法益保護の早期化を促進する理論であるといった批判は的外れである。むしろそのような理論は、「市民刑法 (das bürgerliche Strafrecht)」を主張するヤコブスからすれば「敵味方刑法 (Feindstrafrecht)」⁽⁷⁸⁾ と呼ばれるべきもので、非難の対象に他ならない。

以上の再評価された積極的一般予防論が、果たして実際に処罰制約機

能を担う、国家権力に対抗する理論となるのか、前章で検討したシステム論との関連から再検討せねばならない。

a) 積極的一般予防論における処罰制約機能

松宮によれば、従来の積極的一般予防論に関する見解は、「規範」の意味を誤解しており、それが「構造主義的なアプローチ」に基づくものだ⁽⁷⁹⁾という。即ち従来の見解とは、積極的一般予防の果たす機能が、その社会にいまだ存在していないものであれ、既存のものであれ、そのようなモラルないし規範の形成を促進することにあるとする見解である。そのどちらの見解にたっても、積極的一般予防論は、「市民を刑罰で教育し指導する」ものとして、あるいは「既存の保守的な規範を担保する」ものとして、あたかも全体主義の権化であるかの如く論じられ、嫌悪の対象にされることになる。しかしながらそうした見解は「構造主義的アプローチ」をとるものであり、「機能主義的アプローチ」をとる積極的一般予防における「規範」の意味を誤解しているのだという。ちなみに両者のアプローチの違いは次のように説かれる。

『刑法で担保すべき規範は、このようなものである』という言明から議論を起す場合は『構造主義的』であるし、『何らかの形で画定されたその社会を維持・継続させる規範が、刑法で担保すべき規範である』という言明から出発するのは『機能主義的』⁽⁸⁰⁾である。」

つまり、規範を、あらかじめ何らかの構造によって決定された固定的なものと捉えるのが「構造主義的アプローチ」であり、他方「機能主義的アプローチ」によれば、規範は、現実の社会に即した、その社会の機能を促進させるものであるとの理解に立つのだろう。従って、規範が一方的に押し付けられるかの如くに論じるのは全くの誤りだというわけである。確かにこのような観点からすれば、先に見た日本での積極的一般予防論に対する見解、とりわけその規範概念は、前者の理解に基づいているといえるだろう。松宮は、こうした誤解を解くためには積極的一般予

防論がそもそも論じられることになった背景、文脈を理解する必要があり、次にドイツにおける積極的一般予防論をめぐる議論をトレースする。

まず取りあげられるのはハッセマーとシュトラーターテンヴェルトの議論であり、次に、ヤコブスがそこでの議論に応える形で積極的一般予防論を展開したという経緯が確認され、結論として、ヤコブスの積極的一般予防論は、法益保護の早期化や前段階化（前倒し現象）といった刑事立法の問題を批判するために用いられた理論だとされる。要するに、ハッセマーにあっては、刑法を治安政策の機能的道具へと拡張し、その古典的限界（つまり刑法の諸原則）を解体しようとする近時の刑事立法を批判し、刑法を個人法益や「普遍的法益」に限る「中核刑法」に限定し、その他については「介入法（Interventionsrecht）」によって解決することが望ましいとされるわけだが、⁽⁸¹⁾しかし松宮によれば、ハッセマーが批判する（つまり刑法典に含めないとする）環境刑法や経済刑法などと、（刑法典に含まれるとされる）「普遍的法益」に対する罪との「原理的・質的相違が明らかでない」ということになる。⁽⁸²⁾

次いでシュトラーターテンヴェルトは、環境刑法の問題を取り上げる中で、法益論の見地から環境犯罪の法益を規定しようとしてもそれは無意味であると、⁽⁸³⁾法益による限界づけが有効に働きえないと指摘する。その問題への対処としては、従来の刑法原則を全面的に破棄し純粹に機能的、予防的な刑法を構想することも許されないし、また、ハッセマーによる上述の介入法による解決もまた、「レットテルの張替え」にすぎず、問題の解決にはならないという。⁽⁸⁴⁾そこからシュトラーターテンヴェルトはそれらに代わる「第三の道」を提唱し、環境犯罪といった将来に関わる犯罪についても、ある程度の教義学的安定性を維持しつつ、現代社会に潜在する破壊力に対処するための規範を、社会のコンセンサスに基づいて発展させる必要がある、つまり、人間の世界的変化に刑法も対応せねばならないのだと結論する。⁽⁸⁵⁾松宮によれば、シュトラーターテンヴェルトが指摘し

たこととは「刑事立法の正当化とその限界を明らかにする方法は、古典的『牧歌的な』社会における刑法のイメージに帰ることではなくて、理論に内在する刑法の機能条件を正面から問い、それを現代の社会において具体化すること」であり、そのためには「刑罰法規は社会のなかに先行する規範を基礎とし、かつその限界が明確なものでなければならない」ということであったとしている⁽⁸⁶⁾。

そしてその課題を具体化させたのがヤコブスだというわけである。上述の状況からヤコブスは、法益保護の早期化に関して法益保護原理それ自体に批判の目を向ける⁽⁸⁷⁾。ヤコブスによれば、刑法教義学の概念道具に即した説明では、たとえば既遂概念をとってみても、それは形式的概念であり、実質的基準が示されないとして、次のように批判する。

「前段階行為 (Vorfeldverhalten) が正当な可罰性を備えているか否かの境界線がますます不明確となっており、いわゆる近年の犯罪動向が刑法に及ぼす帰結というのは、確固たるものとなっている原理の放棄よりも、現在の原理喪失状態の継続にあるのではないかと疑わざるを得ない⁽⁸⁸⁾。」

即ち、前段階化を促進させているのはおそらく、主観化傾向と名づけうるものや、警察の早期介入を可能にするためであろうと考えられるが、注目すべきは更に、「見過ごされているが故によりいっそう重大な、前段階化を促進する根拠となっているもの、即ち法益保護原理それ自体」であり、「この原理は、法益概念によってポジティブな関係におくことのできるものすべてに、正当であるという信仰を植えつけようとする⁽⁸⁹⁾」のだという。

従って、法益についてこうした従来のアプローチをとる限り、行為者の権利が顧慮されることはなく、前段階化に歯止めをかけることはできないとする。即ち、

「行為者は、法益を危殆化する者としてしか定義されず、その際に危険の発生は、潜在的に限界なく前段階化される。行為者は私的領域、

つまり、いまだ社会的有意性をもたない行為領域を有しておらず、むしろ危険の源泉、換言すれば、法益の敵でしかない⁽⁹⁰⁾

ということになってしまう。そのため、こうしたアプローチに対抗するためには「行為者を市民として定義」しなければならないとし、「コントロールから自由な領域をもつ権利」を有している「市民としての地位」から「ある程度確固とした早期化の限界が展開されねばならない」とする。これはヤコブスの、「敵刑法は法益保護を最大化し、市民刑法は自由の領域を最大化する」という言説に端的に表明されている。つまり、法益保護原理は実はその内実が明らかではなく、何が法益で、何が法益でないかを区別し、刑罰法規の限界づけは不可能であるという点では、先のシュトラテンヴェルトの視点と軌を一にする。しかしヤコブスは更に、法益概念を至上命題としてしまえば、それを侵害する行為者は社会から利益を侵害する敵とみなされることになりかねないという点に着目するのである。それに従えば、刑法は、何らの制約なしに敵を創出しつづけるような刑事立法を後押しすることにさえなりかねない。このような事態を総称して、ヤコブスは「敵味方刑法」という言葉で表しているのだという。

では、ヤコブスはそのような「敵刑法」を避けるべく、つまり法益保護原理に依拠せずに、いかにして刑事立法を限定する論拠を見出すのであろうか。ヤコブスは行為原理の有する意味を、「思想は処罰されない」、つまり前述の私的領域を超えた社会に対する妨害行為がなければ犯罪化は許されない、という点に求め、雰囲気犯罪を批判することになるのだが、重要なのは、その批判と近代社会の安定性との関連についての次の指摘である。

「私は、近代社会もまた諸価値の保障を必要とすることを疑う者ではない。コミュニケーション、即ち社会は一般に、ある価値コンセンサスを基礎にすることでしか成立しない。私が問題としたいのは、その必要を『刑』法によって裏付けることが必要ないし賢明なのか、

ということではない。雰囲気犯罪が自由主義国家の刑法に適さないという意味は、当該行為が望ましいものであるとか、社会的にニュートラルなものに過ぎないといったことではなく、その行為が何らの強制作用を有しておらず、それゆえ刑法的強制によって対応すべきではないということなのである。⁽⁹³⁾

ここではルーマンの『法社会学』が参照されており、社会とコミュニケーションとの同視は、システム論的な視座に基づくものであることが現れている。

コミュニケーションとしての社会というヤコブスの思考がシステム論に拠ることは前述したヤコブスの刑罰論からも明らかである。つまり、犯罪とは「瑕疵あるコミュニケーション」であり、「社会のアイデンティティを規定している規範」に異議を唱えるものである。「社会は一般に、ある価値コンセンサスを基礎にすることでしか成立しない」ため、社会のアイデンティティを確証するものとして刑法が登場する。しかし裏を返せば、刑法が規定するものはコミュニケーションの中で確立されねばならない。そうしたプロセスに基づかない刑罰法規（もちろん法規だけではなく、刑法によって打ち立てられた法益保護原理といった諸原則も含まれる）は、市民間のコミュニケーション、即ち社会の順機能を阻害するものであり、「敵刑法」に陥ることになる。この点に松宮はヤコブスの積極的一般予防論がもつ処罰抑制機能を見るのである。

即ち松宮によれば「このような分析は、刑法を単純に国民の行動統制の道具として機能化するといった発想とは正反対の刑法観を前提とする」とし、そのような誤った発想は「生の強制と服従しない者の排除を狙いとする異物、即ち『敵味方刑法』が入り込んでいる」のであり、もはや刑「法」とはいえないのだという⁽⁹⁴⁾。これに対抗するものがヤコブスの積極的一般予防論だとして、松宮は次のように述べる。

「刑法は『法的なもの (Rechtlichkeit)』でなければならず、そしてそれは、今の社会に現に機能している、より正確には現在の社会の

アイデンティティーを規定している規範の違反を前提とするものだというのである。それがヤコブスの『積極的一般予防論』であり、そうでないものは本来の意味での刑『法』ではないのである。そこでは、刑法としての立法の正当化とその限界は、ストレートに、『社会のアイデンティティーを規定している規範』に異議を唱えるものを対象としているか否かに依存する。その際の基準は『現在の社会』であり、しかもその社会のアイデンティティーを規定している規範の中には、『思想は処罰されない』という意味での『行為原理』や『責任原理』といったものも含まれる。⁽⁹⁵⁾

つまり、社会において自由なる市民がコミュニケーションする事柄には、当然に近代刑法原則も含まれており、そこでのコミュニケーションが社会のアイデンティティーを形成している。そのアイデンティティーを規定しているものが刑法規範であるとすれば、それは当然に近代刑法原則を反映したものであり、更には、そのような方法によってこそ、市民が自らの自由領域を保障するための近代刑法原則が打ち立てられるということなのだろう。

しかし、果たして上述の近代刑法原則と「社会のアイデンティティー」の関係から処罰制約機能が実際に働くのだろうか。これを明らかにするために、本稿で指摘したヤコブス理論が前提するシステム論的、機能主義的側面とその問題点を考慮に入れ、近代刑法原則に関する先の理解を検討する必要がある。

b) 「社会のアイデンティティー」と近代刑法原則

松宮はアメリカの酒税法の失敗などを例に挙げつつ、次のように述べてヤコブスの所説を支持する。

「『法益』というものの属性をア・プリオリに規定して刑事立法の当否を判断することは不可能（であり、その判断基準は、）法益論の背後にあって何を法益とするかを規定する社会的要因——あるいは、

さらには、『法益』という媒介項を用いなければ、社会のアイデンティティを規定している『規範』——にもとめられざるをえないのである。⁽⁹⁶⁾

ここには、近代刑法原則をア・プリオリなものとしてはならず、市民によってその意義を絶えず確認しなければならない、という論者の決意表明が現れているように思われるが、それは例えば次の叙述からも明らかとなろう。即ち松宮は、ヤコブスの別の論稿を引用しつつ、罪刑法定原則の有する機能は「現に機能している秩序現実中存在している形態の社会に対する犯罪に刑罰を限定する」というものであり、そのためには、「犯行前に打ち立てられた要請 (Postulat) では足りず、犯行前にコミュニケーションの中で確立された規範が問題とされねばならない」とする。従って、そのような観点をもたなければ「既存の秩序の確認を問題とする本来の『刑罰』を「他人によって期待された秩序に従わないものに対する強制手段」と混交するのであり、それは「敵味方刑法」に他ならないとする。⁽⁹⁷⁾

つまり、市民間によるコミュニケーションによって確立された規範(原則も含まれた)のみが、刑法規範として承認されるのであって、その承認を欠いた刑罰法規は、支配権力による排除を目的とした「敵味方刑法」である、というのだろう。これは、秩序を強制する「敵味方刑法」と、市民間の共生から生まれ、市民社会を発展させていく「本来の」「市民刑法」というシェーマで表すことができる。また、そのような視点から松宮は、ハッセマーが「歴史貫通的な基準」を否定しているにもかかわらず、刑事立法の正当性の基準を「『個人法益』を中心とする法益のヒエラルヒー」に求めており、それでは「何ら明確な基準は出てこない」と批判する。⁽⁹⁸⁾

しかし、ヤコブスの刑法理論について、ルーマンのシステム論との関連から考察した成果を踏まえれば、そのような解釈は、論者の意図とは異なり、全く正反対の帰結に至るのではないかとの懸念が提起されよう。

即ち、規範が社会のアイデンティティーを規定していると見ても、前章で明らかにしたように、それは「システム理性」によって導かれたものでしかない。当該規範が社会のアイデンティティーを規定しているかどうかは、民主主義的手続きに則った制定により端的に肯定されてしまう。更に、「機能主義的アプローチ」によりテクノクラートイッシュな正当化を志向する限り、その規範に近代刑法原則が含まれているとしたところで、その原則の持つ批判的側面が現実的に担保されうかは大いに疑問である。なぜなら、合法性プロセスを経た以上、その規範の具体的内実とは価値判断の枠外とされ、後は社会の安定化に向けた複雑性の縮減機能、換言すれば、社会のアイデンティティーの維持に向けた「瑕疵あるコミュニケーション」(犯罪)に対する異議申し立て(刑罰)機能の最大化が唯一の関心事となるからである。このような理論構造を有する規範に近代刑法原則を含めることは、その批判原理の喪失、解体に与することになりはしないだろうか。

金はヤコプスとハバーマスを対比させたが、松宮にあっては、ヤコプスの積極的一般予防論は近代という「未完のプロジェクト」に向けて、市民間のコンセンサスに基づいた「本来の」近代刑法原則を志向し続けている旗手として描かれているように思われる⁽⁹⁹⁾。もちろん、近代についてのそうした視点自体は否定されるべきではないだろう。しかしながら、前述の通りルーマンはいかなる「根本規範」も認めようとせず、むしろそれらが社会の逆機能要因とさえなりうるとして、もっぱら社会の「機能」に着目したのであり、むしろそのような近代の所産を「超克」せんとする論者なのではなかろうか。そして上述の通り、ルーマンのシステム論を踏襲するヤコプスの積極的一般予防論に依拠して近代刑法原則を展開することは、その意義を喪失させることになりかねない。即ち、テクノクラートイッシュな正当化を志向するシステム論によれば、社会システムにおける複雑性の縮減のみが問題であり、法規範は社会的「現実」に即したものでなければならず、法とは、その外部からの基準によって

批判することができない閉じたシステムとされる。⁽¹⁰⁰⁾ そのような規範に近代刑法原則を含めることは、いわばシステム世界に近代刑法原則を幽閉することになりかねず、その原則が提起する「現実」への批判はもはや有効に展開されえない。システム世界によれば無批判に逆機能因子とみなされる「現実」に対し、生活世界のレベルから目を向けるべきだとしたのがハバーマスだとすれば、その限りにおいて、ハバーマスとヤコブスの対比は正当である⁽¹⁰¹⁾。

この転倒は、システム論的、機能主義的な意味における「市民刑法」と「敵味方刑法」の対置を前提としながら、前者の徹底をもって近代刑法原則の実現を図らんとすることの矛盾に起因しているように思われる。従って、後にヤコブスが「市民刑法」と「敵刑法」の並存を唱えるのに対し、松宮はあくまで「市民刑法」への徹底を主張することになるわけだが、この点を確認するためにも、まずシステム論に依拠した刑法理論に対する外在的観点からの批判を敷衍し、隠蔽される「現実」の位相を確認しておくことが必要であろう。

・ 隠蔽される「現実」と統合される「市民」

— 外在的観点から —

1 隠蔽される「現実」の位相

ヤコブスの積極的一般予防論については、多くの批判がなされているが、これまでの考察から明らかなように、ヤコブスの根底にあるシステム論にまで遡り、システム論自体を射程に入れた外在的批判を提起する必要がある。そして、システム論に依拠したテクノクラティックな正当化戦略を刑法領域で展開するヤコブスの積極的一般予防論が、機能に着目した価値中立的な記述と称することで、実際には刑法が「支配の道具」として行使される「現実」を隠蔽し、支配権力に奉仕する理論で

ある点を抉摘せねばならない。

バラツは前述の三点の区分から、とりわけ「(c) 刑法システムのイデオロギー的な根拠づけおよび正当化」の局面に重点を置き、積極的一般予防論が上記の「支配の現実」に「日常性」を付与し、合意を創出する刑法の「権威主義的退行」であると批判する⁽¹⁰²⁾。即ち、日常性の宣言によって非常事態が常態化し、刑法の抑圧的側面即ち「国家の行動原理である『友ノ敵原理』」が貫徹されることで、「合意の動員」と、「社会運動のなかで示される不合意の信用失墜」が同時に行われることになる⁽¹⁰³⁾。

この視点に基づき、ヤコブスの刑法理論が隠蔽する「現実」を明らかにするため、本稿ではとりわけシュルツ、スマウスならびにリューダーセンを手がかりとする。シュルツの批判によれば、ヤコブスの想定するコミュニケーションとはシステム論的なものであり、システム論による限り、ヤコブスの刑法理論自身が「敵刑法」に帰着せざるを得ず、現実の多様性を抑圧する側面を有しているという。スマウスは、刑法が形式的には平等に保障している自由ないし権利と、実質的なその不平等な享受という齟齬に着眼し、かかる観点から、システム論に依拠する刑法理論は、合意を強制し、その不平等を承認させるものに他ならないと批判する。リューダーセンは、ヤコブスの刑法理論が規範のみを重視することで、国家刑罰権の濫用をもたらすことになる⁽¹⁰⁴⁾と批判し、それを通じて、現在必ずしも自明視されていない国家刑罰権自体への問いを提起することが重要であるとする。

a) 多様性の縮減 — シュルツ —

シュルツ (Lorenz Schulz) は、ルーマンが法全体から規範を見ているのに対し、ヤコブスが問題としているのは刑法上の規範であることに注目する。

「ルーマンにとっては刑法は本質的に何らの役割も演じるものでな

いが、刑法においてシステム論を新たに定式化しようとするのがギンター・ヤコブスであり、(ヤコブスにとって) 規範は、複雑性縮減に必要な予期の安定化に資するものである。そして予期違背——人間の心理はシステムにとって環境でしかないため、心理学的にではなくシステムの的に理解せねばならない——がもたらすのは刑罰を通じたリアクションである。つまり刑罰執行は、規範逸脱に向けた規範修正である⁽¹⁰⁴⁾

従ってヤコブス的な「刑法の観点、つまり『意味』と『責任』の場から見れば、他の法領域が関わっているのは『自然』ということになる。つまり他の法領域に必要なリアクションは認知的なものであって、規範的なものではない」といえる⁽¹⁰⁵⁾。

このようにルーマンを翻案することが、ヤコブスの構想に欠点をもたらすことになるという⁽¹⁰⁶⁾。即ちその翻案の特徴は「彼がシステムの社会的コミュニケーションを道具的なものと人格的なものに区別した点にある」が、しかしながらヤコブスが人格の「不可避性」にいかにか接近しようとしても、ルーマン的な出発点(システム論)に依拠している限り、人格は社会システムの諸構造ではあるが、「それらの側の心理システムでもなく、ましてまったき(生の)人間などでもない」。つまり「人格とはシステムにおける役割であり、それに尽きる」ことになる⁽¹⁰⁷⁾。それゆえに「人格の構成はただ社会的に媒介された形でしか概念化されえないのだという認識上の結論」に至るわけだが、そうになると、「人格から主体が生じ得なくなってしまう。ゆえに、主体のコミュニケーションも重要視されない。重要となるのは心理的要素が有している意義を考慮することのない、システムのコミュニケーションということになる」。前述したように刑法の関与するのは「自然」(人間としての主体)ではなく「意味」(システムとしての主体)とされるのである。

以上を規範という観点から、シュルツは次のようにまとめる。

「規範が効用をもって証明されねばならないということについては

ヤコブスも認めている。しかしこの要件を用いれば心理的要素に後戻りすることになる。規範の有効性を規範の承認に求めるならば、規範と規範の名宛人とのコミュニケーション的仲介が必要となる。ところが、この仲介をシステムのしかり理解しないコミュニケーション概念では保障することができない。⁽¹⁰⁸⁾

つまり、ヤコブスがコミュニケーションから人格を導出しようとしても、それはシステム論的なコミュニケーションなのであり、その対象は「自然」(人間としての主体)ではなく「意味」(システムとしての主体)ではない。しかし規範を承認し、それに基づいて行動するのは現実の人間に他ならないのである。

更にシュルツは、カール・シュミットの「友ノ敵原理 (Freund-Feind-Schema)」に代表されるような二元化テーゼに関して考察するにあたり、ヤコブスの敵刑法とシステム論との関係について次のように論を展開している。⁽¹⁰⁹⁾シュルツによれば、刑法において「悪との闘争」を語ること自体が二元化を含みこみ、暴力を潜在させることになるというが、これに関してはさしあたりラベリング論や「絆理論またはコントロール理論から階級のアノミー構想まで、エミール・デュルケーム (Emile Durkheim) の伝統にあるアプローチ」を想起しておけばよいだろう。⁽¹¹⁰⁾従って「友ノ敵原理」が刑法で貫徹されれば、近代の決定的な進歩は衰退し、行為者は犯罪者としてのみならず、敵とさえみなされることになり、「訴訟手続きには『敵刑法』 (G.Jakobs) の烙印が押され、敵刑法は『悪を選択した法秩序の敵』の悪行を、行為に先立って広範に阻止しようとする」ことになる。⁽¹¹¹⁾ここでは二元化テーゼと、ヤコブスが非難するとされる敵刑法は同様なものと解されており、また、ヤコブスの意図に反した理解でもないだろう。

ところが、シュルツによればシステム論はまさにこのような二元化テーゼを促進するものであるという。シュルツは、こうした二元化テーゼが展開される戦略をシステム論的な観点、即ち「複雑性」「不確定性」と

いうタームを用いて分析し、システム論による二元化テーゼ克服の当否を次のように論じている。⁽¹¹²⁾二元化テーゼは単純化という戦略を通じ、「現実の多様性を、複雑性を徹底的に縮減するシェーマで覆い隠してしまう」。そしてそのような状況の下では「誰が敵の下に包摂されるかは、ある人がそのきっかけとなったかどうかとは無関係となり、算定不能である」。これはまさにヤコブスが「敵刑法」と呼ぶ事態であろう。更に、二元化が具体的な人間や集団への敵の適用を不明確にすることで、法的な観点のもとでは不確定性が生じることになる。そしてシステム論による「こうした現象へのリアクションはおそらく一様に『不確定性の克服』だろうし、その『不確定性の克服』が問題を比較的簡単に制御できるという暗示を生み出している」と結論づける。⁽¹¹³⁾これは前述の単純化戦略に他ならず、つまりシステム論自体が二元化テーゼという側面を含んでいる、ないしは、そうはいわないまでも複雑性の縮減に由来する循環に陥っていると述べているのである。

以上の批判から明らかなように、ヤコブスがいくら意味連関において刑法を自由な社会の発展手段と位置づけても、その役割を予期構造安定化のための複雑性縮減機能としか捉えなければ、現実の多様性を際限なく抑圧する方向へと向かわざるを得ないのである。更に多様性の縮減は、刑法のセレクション性を伴うことで、社会的マージナル層に対して合意を強制する結果となる。

b) 合意の強制 — スマウス —

スマウス (Gerlinda Smaus) は、ハバーマスに依拠して「『生活世界』という概念を『システム』に対置させ……現代刑法のコントロール機能の拡大に対抗する」という、「生活世界のシステムからの解放 = 脱植民地化」構想を展開しているとされる。⁽¹¹⁴⁾従ってスマウスによれば、生活世界の「現実」から刑法に内在する問題を抉出すべきであり、それに対してシステムの側からは、生活世界の「現実」が隠蔽され、システムの

「現実」を承認するよう、合意が強制されることになる。

さしあたりスマウスは、19世紀末、パノプティコン的な特徴を備えた、「比較的人道的な」監獄が多く新設されながらも、それが貧困者の増加に対処するための収容所となり、「過剰人口が犯罪者人口に」されていった歴史を振り返り、「監獄という刑法的孤島の内実が、刑法的なモラルやイデオロギーとは別個独立の自律的な歴史を有している」とする⁽¹¹⁵⁾。スマウスによれば、ここから示されるのは刑法に想定されている次の前提だという。

「すべての人間は一般であれ社会的に示された尺度であれ、みな等しく生活の手段のための正当なアクセスを意のままにできるはずであり、従って人が盗みを働いた場合、彼はむしろ餓えに苦しむべきであったのだ。」⁽¹¹⁶⁾

こうした前提に対してスマウスは疑義を呈し、そのような観点から、「規範的な、ルーマンに倣えば『抗事實的』な、刑法の想定物が『現実』には一体何を意味するのか」を問題としている。

この問題と近代刑法原則との関連は以下の通りだ⁽¹¹⁷⁾という。即ち、「近代刑法はもともと、『効果的な』犯罪闘争のための手段としてではなく、刑罰を制限するための道具として、つまり絶対君主による恣意的刑罰への掣肘として構想された」のであり、その出発点から見れば、「市民の自由への侵害が必要とする正当化はもはや、今で言う形而上学的基礎付けに依拠する」ものではなく、「『一体いかなる実定法的条件の下で』権力は自由な市民を処罰することが許されるのか」が論題とされる。そして「この歴史的なプロジェクトは『犯罪者のマグナ・カルタ』という名称を刑法にもたらした」のであるが、しかし「刑法に1215年(1271; 1297)からのマグナカルタ自由権が引き合いに出されるのは」、まさに「マグナカルタによって、英国の僧侶階級や貴族階級が、王との関係から所有権の自由と保障を確固たるものにした」という意味合いも込められている。即ち、「刑法の自由化と近代化がその限界を見出した場」が

あり、それは「免責事由として、少なくとも責任軽減事由として貧困が承認されねばならなかった場であり、それゆえ『期待可能性』と『答責性』の原理を形成する中であった」。従って、「いわゆる以前であれば『第四身分』に対する事実上の排除」が問題となる。というのも、例えば、「被告人が盗みを働いた状況において、合法的に自らの生存手段を得る可能性がなかった場合、彼の行為は圧迫または強制のもとでのものであり、無罪放免とされねばならないから」である。しかし、このような状況に対して刑法に想定される上記の前提は次の結論に至る。

「社会の構成員のうちに、このような違法行為を余儀なくされる者など存在しないことになる、彼の生活がどのような社会的悪条件にあったとしても。刑法は（全ての法と同様に）、不平等な社会条件の下ですら、単純に形式的に平等な市民を公準としている。即ち、赤貧流うが如き者であっても、『他行為可能性がある』ためにその行為が有責行為と宣言される。⁽¹¹⁸⁾」

スマウスはこうした議論を踏まえ、貧困はむしろ刑法（及び伝統的刑事学）にとって「犯罪」要因の一つとみなされたのであり、それをもって「社会的弱者」の「犯罪化」と排除が正当化されることになるのだと述べ、フランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) による刑罰論を引き合いに出している。即ち、(改善可能な者の) 改善、(威嚇可能な者の) 威嚇、および (改善不可能な者の) 無害化という刑罰効果を提唱する「フランツ・フォン・リストは、人間の実際の不平等を通じて、刑法による形式的に不平等な処遇をあからさまに基礎付ける」ことになったのだと⁽¹¹⁹⁾する。

以上から現在に視点を移してみると、スマウスによれば、近代刑法の理念と現実との齟齬を埋めないままに、いわばリストと同じ轍を踏みかねないものがシステム論だということになる。即ち、近代刑法の成立時から今なお、理念と現実との齟齬は未解決であり、「この『原初的な特徴』が、今日まで刑法の異常なセレクションを生じさせている」ことに

なり、そしてシステム論に基づく刑法は、「『法違反者』を等しく社会から排除するのではなく、当時の第四身分と比較しうる、ある社会層に属する者をシステムティックに排除するのみである」とする。その理由としては、もし現実において、「財の配分や権利、権限という種々の社会のサブシステムへのアクセス」が不平等なものであるならば、その現実に基づいて為される規範的予期というの、それを維持ないし助長するものとならざるを得ないし、また、現在、「刑法を支持しているのが、よりいっそうの刑法やより過酷な刑罰を望んでいる (システムに — 引用者注) 統合された市民のコンセンサスであることは想像に難くない」としている。従って、システム論的な観点から見た場合、「全ての人々が、社会的に可能な要求を法的に充足する可能性を持つことが保障されない限り、刑法的な規範的予期は不正であり、それゆえに正当化不可能な要求とされねばならない」と結論づけられる。⁽¹²⁰⁾

刑法がシステム論に依拠することで、現在の不平等な「現実」を等閑に付したまま、あたかも社会の構成員すべてのコミュニケーションの帰結であるかの如く合意が強制され、不平等を承認しかねないのである。

c) 前近代への退行 — リューダーセン —

前述した1995年5月の刑法学会における「機能主義刑法と古きヨーロッパの原則思考に立つ刑法」との論争企画で、選出された両陣営を代表すると目された二人の報告者のうち一人はもちろんヤコブスであったわけだが、その相手方がリューダーセンであった。リューダーセン (Klaus Lüderssen) はヤコブスの刑法構想について、道具的コミュニケーションと人格的コミュニケーションとの区分に着目し、社会から人格が形成される点は評価しつつも、しかしヤコブスは社会から個人、個人から社会という重層的決定構造を看過しているとする。⁽¹²¹⁾ 即ち、ヤコブスには正当にもミード (George Herbert Mead) を引用し、「主体が相互行為的にしか把握し得ない」という点を強調するが、しかし「ミードの発見は、

一面的に社会に依存している主体を目的としたものではなく、弁証法的な関係を示している」。それゆえ「この弁証法的な関係に立脚することで近代の主体研究は、依存的ではなく、競合的な立場に主体を置いたのであり、『意味』はそうした立場を通じることで別様に評価され、むしろ『自然』があくまで物理的構造の基礎に準拠しているのである」。翻って「ヤコブスによれば、この基礎は社会における人格の役割を規定する際に等閑に付される」のであり、ヤコブスの「意味」と「自然」の区別は「事象経過の流動性を無視したものとなっている」。即ち、ヤコブスは「意味」と「自然」を、つまり規範と体験を区分し、前者のみを顧慮するのだが、そこには両者の連鎖関係が見落とされていると批判しているのである。

こうした観点から、リューダーセンは規範と体験の連鎖を考慮せねばならないとし、ドイツで核兵器に抗議するため軍事施設の前で座り込みが行われた事案を例にとり、「暴力(威力)」といった概念を判断する際、規範的側面と経験的側面とが相互に浮上してくる様子⁽¹²⁴⁾を示してみせる。このような両者の連鎖関係を重視する「経験の理論」に立脚することが必要であるとされ、反対に両者を完全に切断する理論は、国家刑罰権の濫用をもたらすのみであるという。

即ち、「規範的なものに制限できるはずだという思考」は「便利な技巧」であり、それが積極的一般予防論が注目されている理由なのだが、「一般予防目的の要請が抽象的になるほど、刑罰法規は『規範への傾斜(Normenfallen)』という性格を強め」、「規範へ傾斜すれば、まさに古典的な国家存立理由(Staatsräson)に接近することとなる」とする。というも、リューダーセンの推測によれば、「経験的知識を拒否する根拠となっているのが、国家的な刑罰要求と、民主主義的に把握された大衆との結びつきが崩壊していることにある」⁽¹²⁵⁾からである。従って現在は、次の二つの利害関心では、前者が支持される傾向にあるという。即ち、

「長期的で、広範な文脈を持ち、抽象的なものにとどまっている、

そして個人について言えば全く定まったものとなっていない犯罪闘争への利害関心と、(明瞭に規定された法益を保護する) 刑罰法規や被疑者・被告人の自律性が今現在は侵害されていないであろうという、現実的で、具体化可能であり、かつ明確な利害関心とでは、前者の利害関心が好まれるという傾向である。⁽¹²⁶⁾

そして、このような傾向の下での合意とは、捜査手法を例にとれば、組織犯罪の現実に対して「適切なリアクション形態をもって、場合によっては……更に強力で高度の危険を孕んだ、潜入捜査から王冠証人、そして盗聴攻撃にまで至る『解毒剤』をもって対処することの不可欠性」に他ならない。

このような現状に対抗すべくリュウダーセンは、ヤコブスへの前述の批判を逆手に取り、ヤコブスもまた経験的主体概念に接近せざるを得ないのだとし、機能主義と原則思考の両陣営が一致団結し、国家刑罰権の問題へと向かっていかなければならないとする。⁽¹²⁷⁾ 即ち、リュウダーセンにあっては、啓蒙の所産は現在においても乗り越えられるべきものではなく、今なお不徹底であり、取り戻されるべきものである。従って、現在もこの問題は意識されることはあれども決して自明視されてはならず、「この取り戻し要求の自明さが欠けているからこそ、ここで議論されている(機能主義か古きヨーロッパの原則思考かという——引用者注) 論争が生じているのではないだろうか」という。その理由としてリュウダーセンは「啓蒙の怠慢」の原因が次の点にあると述べる。

「この原因の一端を為すのは、啓蒙は改革の貫徹を整備しなければならなかったため、パターナリズムを含んだ国家を欲したということにあり、しかしまたその一端は、時代の知的成熟が足りず、罰することの諸起源にまでも理性をもって省察の対象とすることができなかったため、啓蒙不可能な決定因子のアンサンブルが甘受され、その決定因子が全体としての国家に押し付けられたということもあった。⁽¹²⁸⁾

従って、こうした「怠慢」、つまり不徹底こそ現在、今一度問題とせねばならないのであり、この問題に取り組まない限りは、『目的合理性と刑罰』との等値（「刑罰は目的合理性である」という方程式）は——その否定し難い非合理的な起源ゆえに——成立しない⁽¹²⁹⁾とする。リューダーセンにとっては、「目的合理性と刑罰」とを等置するものこそヤコブスの刑法構想であらう⁽¹³⁰⁾。ヤコブスの刑法構想が国家刑罰権を問うことなく、刑罰のポジティブな側面のみを強調し、社会的要求と合致させようとするものであると批判する点で、リューダーセンの批判は正当であると思われる。

確かに、ヤコブスが「機能主義かそれとも古きヨーロッパの原則思考か」という対立軸を取らなかったのと同様、リューダーセンもその二項対立が問題ではないとする。しかし、そこからヤコブスは、以下で検討するように、自説の「機能主義」刑法理論に「古きヨーロッパの原則思考」を読み込んでいく手法をとるが、そこにはリューダーセンが提起した「啓蒙の怠慢」への省察、即ちその歴史的意義及び限界への問いは見られない。即ち、リューダーセンが指摘する通り、ヤコブスの積極的一般予防論によって想定される規範とは、結局のところ多数者の処罰要求に陥らざるを得ず、その理論特有のすべてを含みこむ「万能的説明枠組み」にもかかわらず、国家刑罰権自体への省察は全く欠如している。まさにそれゆえ、刑法システムは「近代」の拘束から解き放たれ、国家権力の支配の道具としてその暴力性を露にするのではないだろうか。そこに存在するのはもはや近代の民主主義的な公衆ではなく、基本権を保障する近代国家でもない。そこに示されるのは近代以前への退行現象でしかない。

2 社会統治システムとしての「市民刑法」

以上の論者の指摘を踏まえてヤコブスの「市民刑法・敵刑法」を彫琢すれば、「味方」を「市民刑法」へ統合し「敵」を「敵刑法」へと排除

するという、社会システムの統治手段としての像が浮かび上がってこよう。従ってまた、ヤコブスの「市民刑法」「敵味方刑法」を前提にしながら、前者の徹底をもって近代刑法原則の実現を試みることの矛盾も明らかとなる。

a) 「市民刑法」と「敵刑法」の並存

前述したヤコブスの積極的一般予防論で展開された「社会のアイデンティティー」や「人格的コミュニケーション」といった概念は、刑罰理論史の検討を通じ、「人格たる市民」を担い手とする「市民刑法」及び「市民」として振舞わない「敵」に対する「敵刑法」へと結実する。

ヤコ布斯によれば、「市民刑法・敵刑法」という区別の萌芽は既にホッブスにみられるという。⁽¹³¹⁾ 即ち、社会契約論者のなかでも、ルソーやフィヒテは、法違反者をもはや市民として扱わず、「刑罰ではなくて保安手段にすぎない」制裁を予定するが、他方、ホッブスは犯罪者に対し原則としてその市民としての役割を委ね、国家体制に逆らう者についてのみ敵として処罰することを認める。この論点を更に展開させたのがカントであり、犯罪者も先天的な人格性を有しているために「他人の手段のために物権の対象として」扱ってはならないが、「市民の状態」、「市民社会のルール」を「絶え間なく脅かす者」については「敵として扱う」ことを認めるという。

但し、ヤコ布斯によれば、カントのこの区分はなお不明確な箇所があり、実は「問題となっているのが応報ではなく危険な個人の保安」ではないかと⁽¹³²⁾する。例えば、「都市の全市民が反逆的な方法で敵と協力した場合」、彼らは全員処刑されねばならないかということ、カントの答えは「否」であり、実は「正義を超えたところに国民、従って国家ならびに市民社会の存続が位置している」。その他にも、カントの定言命法を厳密にうけとれば、指輪を盗んだ者は、(損害賠償として支払うべき指輪と並んで更に)別の指輪を取り上げられることになるだろうが、これについて

もカントは賛同しないだろう。というのもカントは窃盗については労働刑を予定しているからである。この矛盾から示される通り、カントが個々人の定言命法に基づくタリオに依拠しつつも、侵害については「国民の誰か (*einem anderen im Volk*)」(個人)に加えられたものではなく、実は「一般原則 (*allgemeine Prinzip*)」、「社会侵害 (*Sozialschaden*)」といったものについて考慮せざるを得ないのである。

以上のように論じ、更にカントに依拠するフォイエルバハも同様の理論的な不備があるとして、ヤコブスは両者に対し次のように断ずる。

「フォイエルバハは、すでにカントが全く同じように陥った混同から脱していない。その混同は、前述のように、被害者の侵害と刑罰との均衡によってタリオを基礎付けることから始まっている。『国民のうちの誰かに』(国民に、ではない) 加えられたものを、行為者は自分自身に対して実現するのである。しかしカントはそこで直接に規範妥当の侵害へと移行したため、感覚的、均衡的なタリオが唯一基礎付けられうる土台を離れてしまった。フォイエルバハも同様である。フォイエルバハはさしあたり権利侵害については行為者の具体的な動機を論じるが、刑罰範囲の確定については社会侵害の程度を顧慮する。……抽象的に定式化すれば、カントの感覚的、均衡的なタリオによるアプローチやフォイエルバハの反対動機を通じた犯罪動機の揚棄によるアプローチを用いては、犯罪行為の特殊社会的なものを把握することができず、この社会的なものは、著者が後にいくら繰り返そうとも理論的な展開は為されていない。」⁽¹³³⁾

ヤコブスは、その「特殊社会的なもの」を正面から考慮した刑罰論としてヘーゲルのアプローチを評価する。⁽¹³⁴⁾ まずヘーゲルは抽象法のレベルでは犯罪を「他人の自由な領域へ敬意を払うという原則への侵害」と位置づけ、フォイエルバハらが刑罰という苦痛を「事実 (*Faktum*)」として作用するものと捉えるのに対して、ヘーゲルは刑罰を「象徴を担うもの (*Symbolträger*)」と解する。従って、「行為と刑罰はそのコミュニケー

シヨンのな意義において把握される」ことになり、「刑罰という異議申し立てによって社会の構造が確証される」こと、ゆえに「更なる犯罪が行われないことではなく……規範妥当を維持することが問題となる」のだという。

しかしながらヤコブスは、前述した抽象法のレベルでは、具体的な刑罰の尺度を示すことができず、また、なぜ有罪判決という異議申し立てに加えて刑罰という苦痛が必要であるかが不明であるとし、刑罰の目的を次のように論じる。⁽¹³⁵⁾ 即ち、犯罪行為に対してそれを犯罪と名づけ、異議を唱えることで規範は妥当しているのであるが、しかし、その規範の確証は現実性を帯びねばならない。従って、

「規範確証は、それが現実に行為を指導すべきとすれば、認知的に企てられねばならない。例えば、一人で公園の夜道を通る際、彼から物を奪ったり、まして彼を殴り殺すことが『許されていない』、ということをもって安心する者はいないだろうし、むしろ彼がその道を通ろうとするのは、彼が非常に高度の蓋然性でそのようなことに苦しむことがない『だろう』、ということを前提としている。⁽¹³⁶⁾」

この意味で、刑罰という「苦痛は規範妥当の認知的な安定に資するのであって、これが刑罰の『目的』であり、犯罪者による規範否定への異議申し立てが刑罰の『意味』である」とする。従って、刑罰の尺度についても、行為への犯罪者の個別的な傾向といったものではなく、行為の社会的重大性、つまり「(1) 規範違反の重大性や規範違反の程度、(2) その規範の認知的安定化の状態、(3) 行為への彼の動機付けに関する行為者の答責性」が決定的なメルクマールだという。ヤコブスによれば、以上の視点に基づく刑罰こそが犯罪者を社会における人格に「ふさわしい」ものとして扱うのだとされる。⁽¹³⁷⁾

他方、ヤコブスはグロールマンの特別予防論について、それを合法性の枠内で説明しようとするには無理があり、それ以上の保的な側面を考慮せざるをえないものだとしながらも、「グロールマンの思想は

完全に否定すべきではない」とする。⁽¹³⁸⁾ なぜなら、グロールマンは正当にも、「法人格として扱われるべき者は全て、彼が法における人格だと扱われることへの確かな保証を示さねばならない」という点を理解していたのであり、また「特別にいかがわしい現象、即ち職業犯罪者、性犯罪者、傾向犯、テロリスト及び、それ以外の確固たる犯罪傾向を具備する者は現に存在している」⁽¹³⁹⁾ からだという。

ヤコブスはこの両者の構想をそれぞれ「市民刑法」と「敵刑法」のメルクマールとし、予備罪規定の遍歴等を示しつつ、現在まで刑法にはその両者が区別されることなく混在している、つまり「市民」に対して、「市民」にふさわしい刑罰を超えた「保安」を目的とする「敵刑法」的な刑罰法規が予定されているのだとする。こうした状況からヤコブスは次のように説く。

「敵刑法を正当化する困難さを、敵刑法が — 受けてたつのではなく — 程度の差こそあれ密かに市民刑法に収容される、正確には隠蔽されることによって省略してしまうのが不当であるように、市民刑法の自明性を、敵を市民と説明することで濫用することもまた、⁽¹⁴⁰⁾ 同様に不当である。」

従ってヤコブスによれば、この両者を正確に区別し理論的に精緻化することが必要であり、それは規範妥当の「維持」か「確立」かという区別として示される。⁽¹⁴¹⁾ その意味では、基本的人権が確立していない社会に介入し、人権侵害を理由に行為者を処罰することもまた「敵刑法」的であることを免れず、それゆえに「敵刑法」は一概に否定されるべきものではないという。即ち、「市民刑法」を守りたいのであれば「市民」ならざる者（法における人格として振舞う認知的保障を提供しない者）の存在に対し、「敵刑法」によって対処せねばならないというわけである。

以上がヤコブスの「市民刑法・敵刑法」の概要である。これに対する具体的な検討は日本における「市民刑法・敵刑法」の展開を概観した後、ここではヤコブスの「市民刑法」について次の二点を確認して

おきたい。

第一には、それが、従来、ヤコブスの刑罰論に対して提起されていた前述の批判、即ち「機能主義か古きヨーロッパの原則思考か」という対立軸のもと、ヤコ布斯が前者に属しており、それゆえ「主体」に顧慮を払わない国家主義ないし集団主義的なものであるとする批判に応えるものであろうという点である。自らの理論がまさに「ヨーロッパの伝統的な思考」、つまりカントやヘーゲルの刑罰論と共通性を有するものであることを——その可否は別として——示してみせたわけである。またそれゆえ、積極的一般予防論で展開された「人格的コミュニケーション」といった論理がとりわけヘーゲルの刑罰論に読み込まれ、改めて説明されているのであって、ヤコ布斯は「市民刑法」論を通じて自説を「修正」したわけではない。その意味で、確かにヤコ布斯は——説明に使用する枠組みこそ替えたが——論理としては終始一貫しているといえよう。但し、それゆえに前章で提起された疑問も当然に考慮されねばならない。

第二には、ヤコ布斯が「敵刑法」を否定する立場に立脚するものではない旨を明示した点である。⁽¹⁴²⁾これは、「記述」を標榜するシステム論的視座からすれば当然に予想しうる帰結ともいえようが、ヤコ布斯を再評価する見解とは多少温度差が生じることになるろう。⁽¹⁴³⁾つまり、ヤコブスの刑罰論に依拠しながら、「市民刑法」のみを志向することが果たして可能かという問題であり、上記の二点から想起されるのは、ヤコブスの提唱するような「市民刑法」とは、「敵刑法」の存在を前提とせざるを得ない理論ではないかとの疑問である。

以上を念頭に置きつつ、次にヤコブスの「市民刑法・敵刑法」に関する日本での議論を検討する。

b) 「ポスト・モダンの要請」と近代刑法原則

日本における近時の相次ぐ刑事立法に対して、ヤコブスの「市民刑法・敵刑法」からその評価を試みる見解が肯定的、批判的立場の双方から提

示されている。もちろん近時の刑事立法には多くの問題点が指摘できようが、本稿の目的に鑑みれば、ここでは上記双方の論旨を「市民刑法・敵刑法」との関連から確認するに止めざるを得ない。但し后者の立場については、前述した積極的一般予防における処罰制約機能の是非を検討するためにも重要と思われることから、近代刑法原則との関係も含めて多少詳しい検討を加える。

井田良は刑法学会での特集「刑事立法の新動向と実体刑法の在り方」のなかで、ドイツにおける最近の刑事立法の特徴を「消えゆく法治国家」と表現する⁽¹⁴⁴⁾。そこではとりわけ、重罰化、処罰の早期化、従来原則と例外的な原理との関係ならびに国際化といった観点から日本とドイツに共通する傾向が析出され、それらの傾向に対する学説の批判に懐疑が投げかけられている。即ち、重罰化については積極的一般予防論からも支持可能であること、処罰の早期化については法益概念の抽象性を批判しつつ、刑法が担う機能の多元化から正当化しうること等が述べられているが、本稿が焦点をあてるのは、「従来原則と例外的な原理との関係」についての分析である。

井田によれば、厳罰化、処罰の早期化というトピックにならんで、「現代社会がその内部に、根本的価値を共有しない社会構成員を生み出すに到ったこと」も近時の「刑事立法の活性化」に関係しているとし、それを説明する枠組みとして「市民刑法と敵刑法」が用いられる⁽¹⁴⁵⁾。即ち、「もはや一般市民と共存することがおよそ不可能なほど、根本的価値観を異にする人々から成る犯罪組織、宗教団体、政治集団等に対しては、従来のような刑罰権介入の厳格な制限したいが根拠を欠くものとなり得る」という前提のもと、そのような組織犯罪に対する刑罰法規と一般的な犯罪との関係が論じられる。両者の関係については、マネーロンダリング罪の適用要件が「相当に緩やか」であるのに対し、盗品関与罪の要件は限定的であることを例示し、「相互間のギャップはきわめて大きい」とされ、このギャップを認めたくえて検討すべき問題は次の点にあると

いう。即ち、組織犯罪に対する立法に見られる「例外的な原理が、通常の刑法の領域を支配する一般原理を侵食するおそれをどうくいとめるか」という問題、また逆に、「通常の刑法の領域を支配する一般原理がいわば桎梏になって組織犯罪に対し十分な対応ができないという問題」である。そして井田は、この点がまさに「ドイツにおいて、ヤコブスが、『市民刑法』と『敵刑法』とを対置して提起している問題の最も重要なポイント」に他ならないとする。

「敵刑法」の存在を正面から認め、「市民刑法」から截然と区別するという戦略をとらなければ、組織犯罪に対応できないばかりか「市民刑法」も例外の一般化という浸食現象を食い止められないとする井田の分析は、既に見たように、確かにヤコブスのそれと同旨のものであろう。従って、その見解自体の是非はともかくとして、「市民刑法」と「敵刑法」を区別する意味に限っていえば、正当なヤコブスの理解だと思われる。

他方、松宮はヤコブスの「市民刑法・敵刑法」論に依拠しながらも、「敵刑法」の承認は社会の解体に至るとして、近時の刑事立法に対し批判的な立場を採っている。従って、その前提には、前章で積極的一般予防論について検討した論者の近代刑法原則と「社会のアイデンティティー」との関係が敷衍されていると見るべきであり、まずはこの関連から松宮の「市民刑法」論を検討する。

松宮によれば、近時の刑事立法を分析する際に重要であるのは、「ここ数年の、そして今後もしばらく続くと予想される『日本社会の構造変化』と、犯罪の現象形態に与えるその影響」であり、近代刑法原則はそうした構造変化に伴う社会の要請と矛盾や調和といった関係ではなく、まさにその要請を満たすものとして位置づけられる。松宮は田宮裕「⁽¹⁴⁶⁾変革の中の刑事法」における問題提起を受け、そこでは「近代法の遺産」と「ポスト・モダンの要請」が本来矛盾するかのように扱われているが、実はそうではないのだと主張する。つまり「近代法の遺産」である「罪刑法定主義」や「類推禁止」と、「ポスト・モダンの要請」である刑法

の「秩序維持機能」や「社会統制力」への期待は相対立するものではなく、むしろ「明確性」や「内容適正性」が満たされた刑罰法規こそが、それを遵守する側にも取り締まる側にも尊重されるのであり、それゆえに十分な秩序維持、社会統制機能を発揮するというのである。また「『行為主義』や『責任主義』でも事情は同じ」であり、「社会にとって有害かつ非難可能な行為でないものを犯罪化しても、それをやめる人は少なく、また、取り締まる側も取締りの意欲を削がれる」ことになるのだとされる。

但し、松宮によれば、上述の刑法の機能は、単純な「秩序維持機能」や、「その背後にあると思われる、治安維持法に象徴される威嚇主義的な予防論、つまり威嚇を中心的な手段とする『消極的予防論』」ではなく、「市民的共生を志向する」ものだ⁽¹⁴⁷⁾という。なぜなら近代の所産である「『市民刑法』の秩序維持機能は『闘争』ではなく『共生』を志向する中で、最もよく発揮される」からであり、「市民的共生を志向する刑法」の一層の拡大こそを「『ポスト・モダンの要請』そのもの」として「刑法の機能」の中に「内在化」する必要があるからだとする。その意味で、刑法は犯罪が「社会生活上のエンタプライズ」とならないよう、「犯罪が『はぐれ者の逸脱行動』であるとする『規範意識』を維持・強化して、社会の『規範的アイデンティティー』を保持するものであり続けなければならない」とされる。

松宮は刑法の機能を以上のように解し、更に「法執行機関のキャパシティー」および「被害者等の自律」というメルクマールを加え、近時の刑事立法を分析していくのだが、⁽¹⁴⁸⁾それらの分析を通底しているのは、論者の結論部分でも強調される「敵味方刑法からの脱却」⁽¹⁴⁹⁾であろう。即ち、前述の「市民刑法」とは反対に「違反者ないし違反者集団を社会に敵対的な存在とみて、それとの闘争、そしてその排除を目指す」ものを「敵味方刑法」と呼び、これを推し進めると「犯罪者に転落する者が増えるにしたがって、社会はますます多くの『敵』をもつ」ことになり、「『永

久戦争」と社会の解体」を招く。そして近時の刑事立法政策にはこのような危険があるのだと。従って、それを回避するには「社会の能動的な担い手たる『賢明な』市民の育成と、時代に応じた『開かれた社会』の建設」および「地球的規模での共通の価値を前提とする『地球市民』刑法」に向かうことが必要との提言がなされる。

以上の論について注意すべきは、「社会統制力」として挙げられる従来の消極的予防に抛らない「市民的共生」の内実、「地球市民刑法」への展望、および両者の関係である。

「地球市民刑法」については、刑法の国際化との関連で次のように論じられる。⁽¹⁵⁰⁾まず、「異なった文化的基盤を背景に持つ国家刑法を……標準化することは、どこかの国家ないし社会の標準が『世界標準』として、他の文化を持つ国々や社会に押し付けられることを意味し「文化帝国主義」を助長しかねないため、「各国間で……そのミニマム・スタンダードを取り決めておくことが望ましい」との基本的認識が示され、次いで刑法の国際化には「一方において……国際的な犯罪の対策として」生じるものと、「他方において、人権の国際的な保障を支えるもの」があると両者を区別したうえで、結論的には敵味方刑法論からその是非が説かれる。即ち、「『組織犯罪』と戦う今日の刑事立法は、台湾、朝鮮などの旧植民地も含めた『臣民』の統合を——少なくとも表向きは——目標とした戦前の治安維持法制と違って、人間ではあるが統合の対象とならない『敵』との闘争を目指すもの」であり、こうした「社会解体的」に作用する「敵味方刑法」を回避し、「普遍的人権概念の普及」が必要な「『地球市民』刑法の確立」が望まれるとされる。⁽¹⁵¹⁾

他方、刑法の機能については、2004年の「重罰化改正」に関し、「犯罪を減らすには重罰による威嚇に期待せざるをえない」という「消極的予防」への信仰が、「積極的一般予防」と混同されているとして、次のように説明される。⁽¹⁵²⁾即ち、消極的一般予防論は「人々をいわば潜在的犯罪者とみなし、刑罰という害悪による恐怖や功利的計算で人々の行動を

コントロールしようとする」ものであり、他方、積極的一般予防論は「人々を社会の担い手 = 『市民』とみなし、この『市民』に共有されている規範、即ちその社会のアイデンティティーを形成している規範を維持することが、刑罰ないし刑法の機能であるとする」ものである。つまり「人々を統制の対象としてみるのか、それとも、社会の担い手としてみるのか」という点で両者は鋭く対立する。従って刑務所における「処遇」について言えば、重要なのは「対象者の理性ある人格としての尊重と社会の担い手たらんとする自発性の滋養」であり、「処遇」は「強制から自発」へと変化すべきである。その場合刑罰は、「単なる拘禁ないし自由剥奪のみに純化される。そのような、『害悪』でしかない刑罰でも、その存在意義を認めるとすれば、それは『社会のアイデンティティーを形成している規範』⁽¹⁵³⁾の確証でしかないのである。これが、『積極的一般予防』の真の意味である」。

以上のように「社会の担い手」という概念を強調し、積極的一般予防の正当性を主張する松宮によれば、特別予防もまた刑罰目的としては否定されるべきものとなるが、それら従来の刑罰目的論については「実証的なレベル」及び「規範的なレベル」から批判が展開される。⁽¹⁵⁴⁾消極的一般予防については、実証的なレベルからはその威嚇力が証明されず、また「人々の安心・安全感の確保」に重罰化は不要であるという研究が示されている点が、規範的なレベルからは「人格を犬のように扱うものである」という点が挙げられる。

特別予防への批判も同様の観点からなされる。⁽¹⁵⁵⁾即ち、「功利的・実証的なレベルでは、刑罰は犯罪者の再犯の防止に役立たないという異論」があり、「規範的なレベルでは、受刑者への強制的な『処遇』による矯正は、やはり『人格を犬のように扱う』ものではないかという疑問が提起される」とし、「欧米の歴史では『社会復帰』思想は、宣告刑のばらつきと刑の長期化、そして刑務所の過剰収容を招いて失敗した」ため「刑そのものを正当化する根拠としては、既に破綻している」とする。

従来の刑罰論に対するこれらの批判を敷衍した後、「それまでの『予防』概念が犯罪行動の直接的な統制を意味していたのに対し……『予防』が、——現実の、または、あるべき——人々の規範心理の安定」を意味する積極的一般予防の正しさが説かれる。但し松宮は、積極的一般予防のなかでも、ロクシンに代表されるような「予防的統合説」については、「人々の法への信頼の強化」が、まず一人前の市民を教育の対象とする時点で市民の自律を尊重する個人主義や民主主義に反し、またそれが社会心理的事実を問題としているため「刑罰が現実信頼強化の役割を果たさない限り、この刑罰論は破綻する」としてこれを退ける⁽¹⁵⁶⁾。従って「純粋に規範確証的な予防を狙いとする」ヤコブスの刑罰論こそが正当であり、「社会の規範的安定を刑罰の『意味』と解する限りで、それは『相対的』刑罰論であり、規範の認知的な安定の確保を目的とする意味で、それは『目的』刑罰論である」とされる⁽¹⁵⁷⁾。

即ち、ヤコブスの積極的一般予防論は、規範妥当の維持を事実ではなく意味の次元で捉える限りで実証的な批判を免れており、また犯罪者を威嚇や改善の対象と見ない点で「一人前の市民」として扱うものであり、更には、犯罪者への否定を表明するだけでは規範妥当の認知的な安定性が保障されないため、それを担保するために苦痛である刑罰を科すという「目的」が見出せるため「応報刑論」とも異なるということなのであろう。

また松宮は、ヤコブスの刑罰論が「既存の人々の規範（意識）を前提とするものであるから、仮に人々の規範（意識）が不合理ないし非理性的なものであった場合、それを基準に刑罰を決めなければならないというジレンマに陥る」とするパヴリークの批判を紹介し、これに次のように応えている。

「このカントを彷彿とさせる批判は、傾聴に値するものである。しかし問題は、社会に実在する人々を離れて正義を論じることができるか否かにある。そのような超越的態度は、却って、理論を独りよ

がりにさせる危険をも孕む。むしろ、現実的なものは、その発展の中で必然的なものであることを証明するのであって、不合理で非理性的な規範——理性的であるべき『規範』に『不合理で非理性的な』という形容をつけること自体が、すでに形容矛盾であることは別にして——というものは、時間的な発展の中で消滅していくものと考えたほうが良いように思われる。⁽¹⁵⁸⁾

更に、松宮は刑罰論をそれが想定している「人間像の対比」からも整理する。⁽¹⁵⁹⁾ 即ち、従来の予防論はいずれも「『犯罪者』を『一人前の仲間』 = 『市民』として扱わない点で共通」であり、他方、「ヘーゲルの応報刑論やヤコブスの積極的一般予防論は、犯罪者を『市民』として捉え、それによって『市民社会』の規範的アイデンティティーの維持を狙いとする点で共通している」。

以上の見解をまとめると、次の通りであろう。戦争的・排他的な「敵味方刑法」は社会を解体に至らせ、人格たる「市民」の自律による「市民刑法」は社会に調和をもたらす。従って、「市民」の自律を尊重しない、威嚇、矯正のための刑罰は「市民」を「敵」とみなすものであり、またこれらの刑罰論は実証的な批判にさらされている。これを回避するには「『市民社会』の規範的アイデンティティーの維持」を狙いとするヤコブスの積極的一般予防論しかない。もし万が一、非理性的な世論に従って非理性的な規範が定立されることがあったとしても、それは「市民」の承認を得られないはずであるから、必然的に消滅することになると。但しこのようにヤコブスの提唱する積極的一般予防や「市民刑法」を正当としながらも、「敵味方刑法」を承認することなく、「『地球市民』刑法」を目指すべき「市民刑法」の方向として掲げている点に若干の——しかし重要な——差異が認められるだろう。⁽¹⁶⁰⁾

c) 「市民刑法」論における「自律」「共生」の陥穽

ヤコブスの「市民刑法・敵刑法」および日本におけるその展開を概観してきたが、日本の「市民刑法・敵刑法」論も基本的な理解はヤコブスのそれに準じていることが窺える。そして、それらについても、積極的一般予防に対する外在的観点からの批判は尚、妥当するであろう。ヤコブスはヘーゲルの刑罰論を高く評価するが、これまでの検討から明らかのように、そこで展開される刑罰が「市民社会」の「認知的安定性」に資するという論理は、積極的一般予防論において主張されていた「社会のアイデンティティー」の確証に資する刑罰という論理展開と全く同様である。即ち、いずれにせよ問題となるのは「当該社会の安定度」如何であり、それは——機能主義が全体主義的な国家像を想定しているとする批判や、ヘーゲルが国家主義的であるとする批判を免れたとしても——前述の外在的観点からの批判、即ち「社会」の名の下にマイノリティの「現実」が隠蔽されるのではないかという疑義に何ら応えるものではない。

従って、「市民刑法」を正当化する意味づけとして「人格として扱う」ことが言われるが、その具体的内実に注目すれば、全く別様の像が浮かび上がってこよう。即ち、ヤコブスの「市民刑法」規範は社会全体というシステムの安定性に資することのみをその機能とするのであり、それゆえヤコ布斯による「市民刑法・敵刑法」という区別は、社会システムの安定性を担保するため、そのシステムにとって不安定要因となるものを、別のシステムとして切り離す手法に他ならない。ヤコブスの構想する刑法システムは、「市民刑法」と「敵刑法」を異なるシステムとして区分しながら、全体としてはその両者がサブシステムとして並存することで成立しうるのであり、それゆえに社会全体の複雑性の縮減に資するのである。そこでは、当該社会システムに準拠し安定化を妨げない者のみが「人格」と呼ばれているに過ぎない。換言すれば、ヤコブスの想定する「市民」は社会システム不適合者を「異者」として排除する「市民」

に行き着かざるをえないといってもよい。

「市民」を以上のように捉える限り、ヤコブスが「市民刑法」のみならず——いわばその双生児として——「敵刑法」をも承認するのは当然である。⁽¹⁶²⁾ その観点からすれば、ヤコブスの「市民刑法・敵刑法」論に対し、「市民刑法」と「敵刑法」の区別自体は妥当だが「敵刑法」を認める点には賛同できないと批判しても、批判としては尚不十分であろう。問題はヤコブスが「市民刑法」と称するもの自体に内在しているのであり、いわば社会システムの統治手段として「市民刑法」が位置づけられていることを批判せねばならないように思われる。

また、これは近年のヘーゲル再評価論や「応報刑のルネッサンス」と無関係ではないように思われる。ヤコブスに前述の批判を展開したパヴリークにも見られるように、厳罰主義者としての従来の否定的なヘーゲル像に対し、その「自由主義的」な側面に光を当てる研究が見受けられるが、そこで注目されているのは、ヘーゲルの刑罰論における「市民社会」論である。例えば、松生建によれば、⁽¹⁶³⁾ヘーゲルの説く刑罰の目的とは「犯罪が妥当しないという模範例を示すこと自体」であるが、それは未だ「抽象法」の領域に留まっており、「法」が「現存在を獲得するのは、即ち普遍的に承認され、現実的な妥当性を持つ場合は市民社会」だとされる。「相互承認としての法」を前提とする市民社会において犯罪とは、その模範例が「社会にとっての危険性」を示すものとなるため、「この危険性の程度は市民社会の状態に応じて変化する」、つまり社会の安定度に応じて刑罰が緩和の方向にも働きうるのだとされる。

前述のパヴリーク (Michael Pawlik) は、従来の刑罰論に対しヤコブスとはほぼ同旨の批判を展開しつつ、積極的一般予防論については、「もっぱら枠組理論として利用するときに関し適切なものであり、固有の正当性の証明としては決して援用することはできない」とし、応報刑論に期待を寄せるのだが、そこでは「根拠づけの基礎が正義論から自由主義理論へ転換した」として、ヘーゲルに依拠しつつ、「自由主義理論として熟

考された応報刑論によれば、刑法は、法社会の仲間の間における相互の尊敬という規範的に要請される状態に対して、必要な外部的安定性を与えること、および、コミュニケーション上の誤解ではない尊敬の欠如は重要ではないことを示すのに役立つ」とし、「新」応報刑論を提唱する⁽¹⁶⁴⁾。

これらの見解にはヤコブスの「市民刑法」論と同様の論理が看取できよう。もちろん、ヘーゲル刑罰論の再評価や「新」応報刑論についての具体的な検討は本稿の検討課題を超える。しかし、ここで強調したいのは、ヤコブスを批判するとしても、その焦点は「目的刑か応報刑か」という対立軸ではないということである⁽¹⁶⁵⁾。問題はあくまで、前述の外在的観点からの批判であり、そこで提起された隠蔽される「現実」への視点を欠く限り、国家権力に奉仕する危険は何ら払拭されえない。松宮がパヴリークの批判に対し、「社会に実在する人々を離れて正義を論じること」はできないと応えた点は全く正当であると思われるが、しかし、そこで言われる「実在する人々」とは「誰なのか」が問題なのである。

「犯罪を『はぐれ者の逸脱行動』であるとする『規範意識』を「市民」による「社会の規範的アイデンティティー」の反映と位置づける見解、換言すれば、当該規範が「市民」に受け入れられることをもって、「社会統制力」=「近代刑法原則」の実現が「共生」志向的であるとする見解によれば、例えば重罰化を望む「国民感情」を後盾とした刑罰法規は「社会の規範的アイデンティティー」の反映ではなく、いずれは「市民」に受け入れられずに「時間的な発展の中で消滅していく」と端的に退けられることになるのだろうが、しかしこうした論理構成をとるのであればこそ、そこでの「市民」や「共生」の詳細な検討が不可欠であろう。ヤコブスの「市民刑法」に社会システムの統治手段としての側面があるとするれば、そのような「市民刑法」に基づく「社会統制力」を近代刑法原則の実現と同定することでマイノリティに対する「不合理な」刑罰法規への制約機能が当然に働きうると見ることは、むしろ、「市民刑法」という名の下、擬制された「共生」社会においてマイノリティに対する

「現実」の抑圧、排除を隠蔽、正当化する装置として近代刑法原則を容許させることになりはしないだろうか。積極的一般予防に関し前章で提起した疑問は、「市民」や「共生」という概念が用いられたとしても、依然として繰り返さざるを得ない。

他方、ヤコブスの「敵味方刑法」に対して、それを「法実証主義の限界」と批判し、「ナチスに協力してしまった、天皇制ファシズムに協力してしまった刑法学と同様の弱点は、残念ながら今日にも残っているのではないか」と指摘する見解がある。⁽¹⁶⁶⁾ 戦前との関連性を示唆するものとして傾聴に値するといえよう。但し、論者の指摘は、本稿の文脈を踏まえれば、「敵味方刑法」のみならずヤコブスの「市民刑法」自体にも及びうのではないだろうか。即ちヤコブスの「市民刑法」的構想と、「民衆的傾向が高まった大正という時代」における国家の統治政策との⁽¹⁶⁷⁾ 関連や、先対立軸の問題について言えば戦前の新派と旧派の論争とその現実的帰結との⁽¹⁶⁸⁾ 関連等、上記の指摘から想起しうる論点は少なくないように思われる。

また、現在の観点から多少具体的な問題を列挙しておくとするれば、まず厳罰化との関係では、「自律」「自己決定」の強調は、それが擬制されることで自己責任のもと厳罰化を促進することになるとの指摘がある。⁽¹⁶⁹⁾ また、行刑においても、経済的・社会的事情などから「自律」が困難である高齢者・外国人受刑者等の実状を等閑視するのであれば、抽象的な社会全体の観点から論じられる「自律」により、刑罰という義務の賦課のみをもって、あたかも「市民」として扱うが如くに僭称されかねず、むしろ「現実」ではそのような人々の「自律」が阻害され、その結果生じる受刑者のいわば「階層分化」が積極的に正当化される危険さもあるのではないだろうか。

加えて、市民的治安主義が勢いを増し、地域レベルでも自警団の結成や地域安全マップの作成、監視カメラの設置などが進んでおり、更には⁽¹⁷⁰⁾ 「国民としての義務、責務」が様々なかたちで喧伝されていることなど

に鑑みると、ヤコブスの「市民刑法」論が果たしうる「現実」の作用はより重要な問題となろう。一方では「小さな政府」の主張に基づく「官から民へ」の政策転換にもかかわらず、他方では家族や地域社会の崩壊が叫ばれ、それらに替わるものとして国家の介入の必要性が——まさに「市民」からも要請されるものとして——強調される。

こうした近時の潮流は、刑事法学の領域では井田の次の主張に明瞭に表れている。⁽¹⁷¹⁾ 即ち、「個人主義・自由主義の行動様式の浸透」による「インフォーマルな社会統制力」の弱体化や「行動規律」の弛緩、「社会生活の複雑化、科学化、高度技術化」による「不安」の増大、そして「根本的価値観を共通しない社会構成員」の登場という現代社会において、「市民的安全ないし保護の要求」は「よりダイレクトに国に向けられる」。これに対し、「伝統的な刑事法学がとってきた刑罰消極主義の立場」は「市民に対し安全保護を自己負担する結果となる。富める者は警備業者の助けを借りて自己防衛をはかり、貧しい者は犯罪のリスクにさらされるということになりかね」ず、この社会を「格差社会に変えてしまうという帰結を導くおそれがある」。従ってまた「刑罰効果を証明できない限り刑罰を用いるべきでない……とまで述べるのは明らかに行き過ぎ」である。なぜなら、証明が困難である場合に刑罰使用を差し控えるとすれば、「その不確実さから生じるリスクは、保護を求める市民に転嫁される」ことになるからである。

表面的には「格差社会」の是正を名目としながら、「国に保護を求める市民」を強調することで国家的要求と市民的要求の差異が解消され、そのうえで「市民」のリスク回避を僭称することにより国家の「拳証責任」が「社会の敵」の負担へと転化／転嫁される。井田の主張が一方で「市民」の立場を国家による統治の「客体」に貶め、他方でその統治に服さない者を「市民」以外の「社会の敵」とみなす、いわば「支配と排除」の統治テクノロジーに立脚するものであることは容易に看取できよう。換言すれば、これは既にヤコブスに際して指摘した、社会統治シス

テムとしての「市民刑法」と「敵刑法」の相補性に他ならない。

かかる「市民刑法」から導出される限り、「自律」した「一人前の市民」を強調しても、その前提として、国家による救済の対象と排除の対象の峻別を通じた「市民」の選別が、それゆえ国家への「市民社会」の自己同一化が、必要条件とされることは想像に難くない。そして国家との対抗関係を「中和」された「市民」のみによる「共生」社会において、現実の社会的矛盾がどこに向けられるかもまた、明らかだろう。国家の敵が「市民」の「敵」とされ、「市民」も「敵」に脱落しないために国家への従属を迫られる。これが「市民刑法」によってもたらされる社会だとすれば、それはかなりグロテスクな社会ではないだろうか。⁽¹⁷²⁾

従って、ヤコブスと同様に「社会の敵」や「敵刑法」の存在を認め、「敵」に対する「効果的な」刑罰法規の投入を主張する見解を採りえないことはもちろんだが、「敵味方刑法」を峻拒し「市民刑法」を志向する見解もまた、上述の精査を経ることなしには、論者の主張する「市民刑法」が「敵味方刑法」に転化する危険を、より正確に言えば、「敵」の排除を前提とした「市民刑法」となる危険を常に孕んでいるといわざるを得ない。「市民刑法」に対する先の視点からの検討を通じて、即ちリュウダーセン等によって示された「現実」との位相を絶えず確認することを通じてこそ、論者の提唱する「地球市民刑法」もより実践的なものとなるように思われる。⁽¹⁷³⁾

結びにかえて

刑罰の本質をめぐる議論は犯罪論の様々な領域へと波及し、近代刑法原則自体の理解にフィードバックされる。「刑罰論から犯罪論へ」という傾向がより顕著となっている近時、その影響はより一層無視し得ないものとなろう。従って、最後にこれまでの考察を近代刑法原則との関連

から敷衍し、結びにかえたい。

現在、日本で近代刑法原則の完全否定を主張する論者はいないように見受けられる。とすれば、我々が前提とするのは近代刑法であるという共通理解はあるといってよいのだろう。しかし、従来の近代刑法原則の理解に変更を加えようとする主張は、近時、様々なかたちで提示されている。その際に問題となるのは、これらの主張が、近代刑法を超克せんとするものなのか、それとも更なる徹底を企図するものなのか、ということであろう。もし前者の立場を採るのであれば、それは近代刑法そのものに対する挑戦なのであるから、相応の論証が為されていない限り、認めることはできないし、そもそも先の前提と矛盾しているといえる。他方、後者であるならば、近代刑法をどのように捉えるかによってその主張に違いが生じることになる。

「近代刑法は、中世封建主義や近世絶対主義時代の恣意的な犯罪の創出と刑罰の創出や過酷な刑罰の下で、人間は、本来人間が持っているべき自由を奪われ、支配者の圧制に苦しんでいた時代の反省から、人間性を回復するために、国家刑罰権への不信任から出発して⁽¹⁷⁴⁾いる」。

近代刑法原則の意義はまさにこれを出発点として省察されなければならない。

しかし、ルーマンのシステム論を前提とするヤコブスの主張は、正当化の局面をイデオロギーからテクノクラシーへと移行させ、システム外部からの批判を許さないのであるから、先の区分では前者に属することは明白であろう。これを象徴する見解が修復的司法の領域で提示されている。即ち、修復的司法を提唱する者の多くが、「ポストモダン」や「プレモダンへの回帰」を謳っているが、近時、修復的司法と積極的一般予防論を結びつけようとする見解が主張されるに至っている。⁽¹⁷⁵⁾また、このような立場から神田宏は「修復的司法がポストモダンあるいはモダンの完成いずれか？」という問いに「モダンの補完を目指すアプローチ

も当然可能である」と応え、「処罰的司法と修復的司法が真に対抗 / 拮抗関係にあるかを検証し、パラレルにあるいはオーバーラップで構成できる部分があればその箇所を手がかりに両者の融合を目指すアプローチこそがモダンの完成というべきではなからうか」と結んでいるが、これは本稿の理解からすれば不可能といわざるを得ない。そもそも、その根底から対立する概念同士を混ぜ合わせて、一方が完成するなどということがあり得るだろうか。先の引用文における「モダン」「ポストモダン」をそれぞれ「中世」「近代」と置き換えてみれば、それが不可能なことは一目瞭然であろう。ヤコブスに依拠し、規範には近代刑法原則が含まれるとする見解も、これと同様の過ちを犯しているのではないだろうか。

更に、ヤコブスの刑罰論から近代刑法原則の徹底を試みることは失敗に終わらざるを得ないばかりか、そのような試みが行き着く先は、いわば脱・近代刑法原則傾向の一翼を担うことにさえなりかねない。即ち、近代刑法原則は、ヤコブスの刑法理論によって隠蔽される「現実」を絶えず批判する対抗原理としてこそ意義を有する。そうした「現実」から切り離され、意味的次元での「社会のアイデンティティ」というブラックボックスに幽閉された近代刑法原則には、もはや対抗原理としての役割を期待することは不可能であり、その批判的意義は喪失させられる。その結果、「自由な市民によるコミュニケーション」という名の下に、「現実」では刑法が「成員の合意を強制し調達するための究極的な暴力装置」として行使されることは明らかだ⁽¹⁷⁷⁾。

積極的一般予防論の検討から出発し、本稿が結論として示す現状分析は以上である。では、機能一元主義的なヤコブスの刑法理論に依拠することなく、我々はいかなる道を模索すべきだろうか。それは応報刑への回帰などによって解決するような問題では決してない。これまでの考察から明らかなように、新たな刑法の正当化戦略が刑法の暴力的側面を黙認・隠蔽する「現実」のみを語り、「刑法の合理化」と称してその積極的統合作用のみを強調するのであれば、我々は他方の隠蔽される「現実」

を語り、その「現実」に対する絶えざる批判原理として近代刑法原則を再確認せねばならない。従って、近代刑法の徹底を図るためには、その普遍的理念および特殊日本的な発現形態を歴史的事実を通じた分析によって明らかにしていくことが不可欠であろう。⁽¹⁷⁸⁾近代刑法原則の前述した方向での実質化を模索していくためにも、また、先に提起した「市民刑法」と戦前の関係を検討するためにも、さしあたり日本において展開された「市民法」論の歴史的経緯と⁽¹⁷⁹⁾その時代に対応する刑法理論との関連からの考察が必須と思われるが、この点に関する具体的検証は今後の課題としたい。

註

- (1) この点についてはさしあたり、内藤謙『刑法総論講義(上)』(有斐閣、1983年)22頁以下参照。
- (2) こうした状況を「刑法の治安政策化」という観点から見れば、70年代以降からの「現代治安政策の展開過程」と位置づけられよう。小田中聰樹『治安政策と法の展開過程』(法律文化社、1982年)241頁以下参照。
- (3) ウルリッヒ・クルーク(久岡康成訳)「カントとヘーゲルからの訣別」ユルゲン・パウマン編(佐伯千仍編訳)『新しい刑法典のためのプログラム』(有信堂、1972年)41頁以下参照。ならびにペーター・ノル(吉川経夫訳)「形而上学のない刑罰」ユルゲン・パウマン編(西原春夫/宮澤浩一監訳)『西独刑法改正論争』(成文堂、1981年)69頁以下参照。
- (4) 例えば、「特集 犯罪論と刑罰論」刑法雑誌46巻2号(2007年)222頁以下等参照。
- (5) ニクラス・ルーマン(村上淳一/六本佳平訳)『法社会学』(岩波書店、1977年)38頁。
- (6) ルーマン・前掲(註5)49頁以下。
- (7) ここで「不確定性」といわれているものは、コンティンジェンシー(contingency, Kontingenz)の訳語であるが、パーソンズ的な用語法ではコンティンジェンシーは、AがBに依存している、という含意が強く、「条件依存性」と訳されることが多い。一方ルーマンにおいては「あるものが別様でもありうる」、という不可能でも必然でもない在り様を意味し、「不確定性」「偶然性」などと訳される。このような文脈を考慮すれば、相互に依存しあっている状態としての二重の不確定性(条件依存性)と

いう考え方も理解しやすいであろう。これについては、エミリオス・クリストドゥリディス (角田猛之 / 石前禎幸編訳) 『共和主義法理論の陥穽——システム論左派からの応答——』 (晃洋書房、2002年) 339頁の訳者解説にその多くを負った。

- (8) ルーマン・前掲 (註5) 39頁以下。
- (9) ルーマン・前掲 (註5) 59頁および44頁。
- (10) ルーマン・前掲 (註5) 113頁以下。
- (11) Vgl. *L. Schulz*, Die Gewalt des Rechts und das Recht der Gewalt. Prolegomena einer Kriminologie der Gewalt, in: *Klaus Lüderssen* (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd : Neue Phänomene der Gewalt, Baden-Baden 1998, S. 94. u. A. *Baratta*, Integration - Prävention: Eine Systematische Neubegründung der Strafe, *KrimJ* 1987, S. 142 f.
- (12) ルーマン・前掲 (註5) 289頁以下。
- (13) ニクラス・ルーマン 『法の社会学的観察』 (ミネルヴァ書房、2000年) 32頁以下。ここからルーマンのいう「法システムの自己言及的——閉鎖的でオートポエイティックな自己再生産の論理」が導出されるのであろう。ちなみに同書の訳者解説として記載されている論文、土方透「ポスト・グルント・ノルム (脱——根本規範)」が上記ルーマンの理論を合法性の観点から論じたものとして詳しい。
- (14) ルーマン・前掲 (註13) 58頁。
- (15) ルーマン・前掲 (註5) 247頁。
- (16) Vgl. *A. Baratta*, Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts. in: Festschrift für Artur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 393 ff.
- (17) 駒城鎮一 『社会システムと法の理論』 (世界思想社、1996年) 90頁。
- (18) 駒城鎮一 「N・ルーマンのシステム理論と正義問題」 法の理論 5号 (成文堂、1985年) 61頁註(1)。
- (19) 駒城・前掲 (註17) 62頁。駒城はルーマンのシステム理論をドイツの刑法学における積極的一般予防論や機能的責任論との関連から考察し、その観点から最後に平野竜一の刑法理論について問題点を提起している (同97頁以下参照)。この駒城の指摘は非常に重要な示唆を含んでおり、本稿の問題意識とも通底する部分があると考えられるが、その具体的検討には尚、多くの分析が必要であるため、さしあたりは本稿にとっても「紙幅をはるかに越える力業」とせざるを得ない。また、こうした文脈からすれば、近時リストの再評価から (本稿の用いる「機能主義」とは多少

その意味合いを異にするとと思われるが)「機能的責任論」が提唱されていること等も併せて注意しておく必要がある。小坂亮「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)~(3)」早稲田大学大学院法研論集115号(2005年)84頁以下、116号(2005年)94頁以下、117号(2006年)90頁以下参照。

- (20) ルーマンは実定法を自然法から区別するに、その構造的変性を論じる。従って、現在が実定法の時代である限り、その変性も前提とされねばならないとする。ルーマン・前掲(註5)267頁以下参照。
- (21) この点に関連し、「刑罰を、社会の規範的アイデンティティーの維持に求める新しい積極的一般予防論」は、その見解を徹底させれば刑罰それ自体が不要となるであろうが、しかし刑罰廃止論には向かわないため、「無内容な応報刑としての側面」が残されると批判する見解がある。杉山和之「犯罪論と刑罰論の調和——積極的一般予防論に対する批判的考察——」日本大学大学院法学研究年報36号(2006年)167頁以下。但し、ここでの積極的一般予防論に対する主たる批判はシステム論との関連にまで立ち入ったものではなく、また杉山の主眼もその批判による従来の特別予防の正当化に置かれているため、本稿とは基本的な問題意識ないし分析視角の点で異なる。
- (22) もっとも、システム論から積極的一般予防構想が生まれる余地はないとしているものとして、都築廣巳「個人のオートポイエーシスとシンボルシステムとしての法カテゴリー——構成主義的認知科学の視座——」法の理論18(成文堂、1999年)243頁以下。但し、都築が自らを「構成主義的認知科学の視座におけるオートポイエーシス・システム理論」に立脚するものと位置づけ、また積極的一般予防論については、その「理論的背景として、理論の統一像はないが、基本線においては、「国民の法意識と規範信頼」に集約できる」と述べていることから、本稿で検討対象とするシステム論および積極的一般予防論とはその内実を異にしているように思われる。
- (23) ヤコブスの教科書は、その第一版、第二版ともにシステム論との関連は基本的に変化していない。これについては、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)1頁以下参照。
- (24) G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Aufl, 1991, S. 7.
- (25) Jakobs, a.a.O.(Fn.24), S. 5.
- (26) Jakobs, a.a.O.(Fn.24), S. 9 f.
- (27) 駒城・前掲(註17)84頁以下参照。
- (28) ルーマン・前掲(註5)385頁参照。

- (29) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.24), S. 10.
- (30) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.24), S. 13 f.
- (31) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.24), S. 35.
- (32) ギュンター・ヤコブス (松宮孝明訳)「責任原理」立命館法学230号 (1993年) 820頁。
- (33) ヤコブス・前掲 (註32) 822頁。
- (34) ヤコブス・前掲 (註32) 819頁。
- (35) ヤコブス・前掲 (註32) 828頁。
- (36) 駒城・前掲 (註17) 87頁。
- (37) ギュンター・ヤコブス (松宮孝明 / 金尚均訳)「機能主義と古きヨーロッパの原則思考の狭間に立つ刑法 — はたまた「古きヨーロッパ」刑法との訣別か?」立命館法学247号 (1996年) における訳者のコメント (同468頁) 参照。
- (38) *G. Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrecht?, ZStW 107 Heft 4, S. 859. 邦訳、ギュンター・ヤコブス (松宮孝明 / 金尚均訳)「機能主義と古きヨーロッパの原則思考の狭間に立つ刑法 — はたまた「古きヨーロッパ」刑法との訣別か?」立命館法学247号 (1996年) 445頁。
- (39) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 854. 邦訳441頁。
- (40) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 868. 邦訳453頁。
- (41) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 876. 邦訳459頁。
- (42) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 844 ff. 邦訳433頁以下。
- (43) 「(ヤコブスの構想は) そもそも社会の機能条件を記述したものにすぎないのだということが、ほとんど見過ごされている。」ヤコブス・前掲 (註32) 820頁。また、vgl. *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 867. 邦訳、452頁も参照。
- (44) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 855. 邦訳441頁。
- (45) *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 858. 邦訳445頁。
- (46) *G. Smaus*, Exklusion, Inklusion und die Delegitimierung des Strafrechts in: *Martina Althoff/ Helga Cremer-Schäfer/ Gabriele Löschper/ Herbert Reinke/ Gerlinda Smaus* (Hrsg.), *Integration und Ausschliessung*, Baden-Baden 2001, S 351.
- (47) *Baratta*, a.a.O.(Fn.16), S. 135.
- (48) 日本において積極的一般予防論を前述の「(c) 刑法システムのイデオロギーッシュな根拠づけおよび正当化」の観点から考察するものとしては、宮本弘典「刑法システム正当化の新局面 — 統合予防理論と Baratta

の批判をめぐって——」犯罪と刑罰7号(1991年)103頁以下参照。

- (49) なお、ドイツ(語圏)における近時の積極的一般予防論については、田中久智/里美理都香/田中希世子「積極的一般予防論の最近の動向(1)~(5)」比較法制研究20号(1997年)25頁以下、21号(1998年)23頁以下、22号(1999年)29頁以下、23号(2000年)43頁以下、24号(2001年)31頁以下、および田中久智「エルンスト・アマデウス・ヴォルフの一般予防論(1)~(3)」熊本法学49号(1986年)285頁以下、52号(1987年)73頁以下、53号(1987年)93頁以下参照。
- (50) 所一彦「抑止刑再論——威嚇と条件づけ——」芝原邦爾/西田典之/井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(上)』(有斐閣、1998年)104頁。ちなみに所は責任主義を、処罰という負担の公平を担保するものだと解しており、従って責任は「抑止に必要な犠牲を公平に負担する義務として理解されねばならない」とする(同106頁)。しかし責任主義の要請をこの点のみに還元してしまうことは正しくないように思われる。
- (51) 所・前掲(註50)110頁。もっとも、その直後で、「それは、裏返せば社会統制が人格の内奥にまで及ぶことにほかならず、その方がより大きな脅威だと感じる向きもあることに留意しなくてはならない」と留保が付されている。
- (52) 所・前掲(註50)115頁。
- (53) 所・前掲(註50)116頁以下。ちなみに、積極的一般予防論を支持できない理由として、条件づけと威嚇は完全に切り離しえず、連携して作用する側面があることも論じられている。
- (54) 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田雅章/村井敏邦/名和鉄郎/篠田公穂編『刑事法学の総合的検討 福田平・大塚仁博士古稀祝賀(上)』(有斐閣、1998年)312頁以下。
- (55) 伊東・前掲(註54)313頁。
- (56) 伊東・前掲(註54)314頁。
- (57) 伊東・前掲(註54)317頁。
- (58) 曽根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康/田中成明編『法学の根底にあるもの』(有斐閣、1997年)394頁以下。
- (59) 曽根・前掲(註58)400頁。
- (60) 林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1995年)15頁。
- (61) 林・前掲(註60)29頁以下。
- (62) 林・前掲(註60)35頁。
- (63) 所・前掲(註50)115頁ならびに伊東・前掲(註54)314頁参照。また、このような見解を端的に示しているものとしては、例えば「刑罰はどのような場合でも科しさえすれば一般予防、特別予防などの効果があるわ

けではないし、また重く処罰しさえすれば効果が上がるというものでもないことも自明である。国民の規範意識に裏付けられていなければ、効果は減少するか、ないしは生じないのである。ここから『正義』『罪刑均衡』の要請が導かれるのである」前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（東京大学出版会、1992年）10頁以下。

- (64) 西岡正樹「現代刑法思想と刑事立法の妥当性」東北法学25号（2005年）281頁。
- (65) 西岡・前掲（註64）286頁。
- (66) 西岡・前掲（註64）296頁。
- (67) 西岡・前掲（註64）303頁以下。
- (68) Vgl. G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung, ZStW 97 Heft 4, S. 773 ff. この論文におけるヤコブスの保護法益の早期化に関する議論を論じているものとして、新谷一幸「保護法益の早期化傾向について — ヤコブスの所説に関して —」修道法学11巻1号（1989年）73頁以下。
- (69) 金尚均『危険社会と刑法』（成文堂、2001年）43頁。
- (70) 金・前掲（註69）44頁。
- (71) 金・前掲（註69）60頁。
- (72) 金・前掲（註69）65頁註7参照。
- (73) 金・前掲（註69）176頁。
- (74) 金・前掲（註69）298頁以下。
- (75) 「確かに、科学技術の発展による社会の複雑化に伴って、法益概念にも変化が要請されることは否定できないであろう」西岡・前掲（註64）303頁および、「ヤコブス説については、現行刑法の早期化規定を解釈するために、『側防的規範』の概念を提唱したことそれ自体は評価すべきだ」金・前掲（註64）94頁等参照。
- (76) J.ハーバーマス/N.ルーマン（佐藤嘉一/山口節郎/藤澤賢一郎訳）『批判理論と社会システムの理論』（木鐘社、1994年）226頁以下参照。
- (77) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003年）17頁以下。
- (78) Feindstrafrecht には「敵味方刑法」「敵刑法」「敵対的刑法」「対敵刑法」等、様々な訳があてられている。前者には「敵か味方か」を区分する排除の論理を貫く刑法であるという趣旨が、後二者には「敵」以外の外部から「敵」に対して強制される刑法であるという趣旨が込められているのだろう。いずれもヤコブスの Feindstrafrecht の特徴を適切に捉えた妙訳である。しかしながら、上の両訳が強調する特徴はヤコブスの「das bürgerliche Strafrecht / Feindstrafrecht」という刑法構想自体に妥当すると思われる。というのも、本稿で明らかにするよう、ヤコブ

スの主張は、Feindstrafrecht を否定す「べき」ものとはせず、むしろ全体としては、両刑法を区分された別個のサブシステムとして併含する法システムを構想するものであるからだ。従って、本稿では、引用箇所以外につき「市民刑法」との対称関係を示すため、さしあたり「敵刑法」という訳を用いるが、先の意味からすれば、ヤコブスの主張する das bürgerliche Strafrecht の訳をこそ再検討すべきかもしれない。

- (79) 松宮・前掲 (註77) 17頁以下。
- (80) 松宮・前掲 (註77) 19頁。
- (81) 松宮・前掲 (註77) 20頁以下。Vgl. *W. Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modern Strafrechts, ZRP 1992, S. 378 ff.
- (82) 松宮・前掲 (註77) 26頁。
- (83) *G. Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 Heft 4, S. 680 ff (この紹介として、金尚均「刑法を手段とする未来の保全」立命館法学235号 (1994年) 162頁以下)。
- (84) *Stratenwerth*, a.a.O. (Fn.83), S. 685 ff.
- (85) *Stratenwerth*, a.a.O. (Fn.83), S. 695 ff. なお、シュトラーターテンヴェルトの法益論を彼の刑法総論の教科書を引用して論じているものとして、西岡・前掲 (註64) 301頁以下参照。
- (86) 松宮・前掲 (註77) 32頁。なお、シュトラーターテンヴェルトの結論に対しては次のような見解も存在する。「誤解を恐れずに解釈すると、近代刑法とその文化の所産である近代刑法理論では、同じく近代刑法の到達点として生じた危険には対処することはできない、ということなのだろうか」金・前掲 (註69)278頁以下。
- (87) ヤコブスの法益保護原理への批判については、西岡・前掲 (註64) 299頁も参照。
- (88) *Jakobs*, a.a.O. (Fn.68), S. 751 f.
- (89) *Jakobs*, a.a.O. (Fn.68), S. 752 f.
- (90) *Jakobs*, a.a.O. (Fn.68), S. 753.
- (91) *Jakobs*, a.a.O. (Fn.68), S. 756.
- (92) Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn.68), S. 759 ff. ちなみに新谷は「総論レベルではヤコブスの市民的自由の擁護的態度が示されているにもかかわらず、その主張の本質は、各論レベルに見られるように、処罰範囲の拡大を結局は正当化する論理にとどまるのではないかとの疑問が払拭されないのであり、また、統合予防論は予防刑法とむしろ親和性をもつのではないかと考えられる」と結論づけており、ヤコブスの市民刑法としての建前と、側防的規範による実質的な犯罪化との乖離を指摘している。これは金の理解に近いものといえよう。新谷・前掲 (註68) 95頁以下。

- (93) *Jakobs*, a.a.O. (Fn.68), S. 783. ヤコブスは「諸価値の保障を必要とする」と述べているが、そこでいう「価値」の内実は社会的コミュニケーションに一任される。これが「雰囲気犯罪」などを規制する原理となりえないことは明らかだろう。
- (94) 松宮・前掲(註77) 39頁。
- (95) 松宮・前掲(註77) 39頁以下。もっとも、教科書では次のように述べられている。「どのような一般予防論であっても、それが、他の人々の便宜のために犯罪者を処罰するものであることは否定できない。その限りで、一般予防論は個人を他の目的の手段・道具として扱うものであり、『個人としての尊重』(憲法13条)に矛盾するのではないかとの疑いは残るかもしれない。」松宮孝明『刑法総論講義 第3版』(成文堂、2004年) 7頁。また、同旨の批判は、曾根・前掲(註58) 394頁などによっても展開されている。但し、後述するよう、後に松宮は「積極的一般予防」を「市民刑法」における「人格として扱う」刑罰目的とすることにより、「人格を犬のように扱う」というこの種の批判から免れたものと位置づけている。
- (96) 松宮・前掲(註77) 41頁。Vgl. *G. Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: *A. Eser, W. Hassermer, B. Burkhardts* (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, S. 47 ff. この紹介としては、松宮孝明「ギンター・ヤコブス 現代の挑戦を前にした刑法学の自己了解」立命館法学280号(2001年) 1681頁以下参照。
- (97) 松宮・前掲(註77) 39頁。ちなみにこれは、刑法の国際化問題と罪刑法定原則との関係から述べられる。即ち、「行為時に行為地において国内法化されていない国際的ルールに依拠したり、その国で人権に親和的に扱われていれば従われていたかもしれない行為地ルールに着目したり、自然法を援用したりするのは」、罪刑法定原則の理解として「いずれも不十分」であり、罪刑法定原則が骨抜きにされる。それを免れるためにはこの原則を規範的に理解せねばならないとし、本文のような見解に至るわけである(同38頁以下参照)。
- (98) 松宮・前掲(註77) 42頁以下。
- (99) ユルゲン・ハーバーマス(三島憲一編訳)『近代 未完のプロジェクト』(岩波現代文庫、2000年) 39頁以下参照。
- (100) ルーマン・前掲(註13) 80頁以下参照。
- (101) ハーバーマス/ルーマン・前掲(註76) 187頁以下参照。
- (102) Vgl. *A. Baratta*, *Neue Legitimationsstrategie des Strafrechts*

und Kritik als Realitätskritik KrimJ. 1988, S. 42 ff.

- (103) *Baratta*, a.a.O.(Fn.102), S. 42. また、日本においても、前述のバラッタに拠りつつ、ヤコブスの統合予防理論がルーマンのシステム論的法イデーに依拠し、「ドグマを越えた刑法システムの正当化を試みる」ものであるとし、次のように批判する見解も存在する。「テクノクラティッシュな刑罰論が現実には抑圧的な暴力装置として不合意を抑圧し、それによって権力システムがそのシンボリックかつイデオロギーッシュな基礎としている「正常性」を表明し、成員の合意を強要するという、刑罰権力の原初的形態を示すものである」。宮本・前掲(註48) 118頁。
- (104) *Schulz*, a.a.O. (Fn.11), S. 94 f.
- (105) *Schulz*, a.a.O. (Fn.11), S. 95.
- (106) *Schulz*, a.a.O. (Fn.11), S. 95 f.
- (107) シュルツによれば、特に *Jakobs*, a.a.O.(Fn.38), S. 874, 876. 邦訳458頁および459頁。
- (108) *Schulz*, a.a.O. (Fn.11), S. 96. もっともシュルツ自身の批判はこれにとどまるものではなく、更に論を展開する。そして古典的主体概念が今なお刑法には必須の審級であり、その限りでシステム論を採ることはできないとしている。但しその点に関するシュルツの射程は非常に広範であり、デリダ (Jacques Derrida) やレヴィナス (Emmanuel Levinas) による非——無関心 (無関心であることができないこと) の構想にまで及んでいる。但しこれは本稿で検討しうる範囲を越えているし、またその必要もないと考える。
- (109) そこでのシュルツの二元化テーゼに関する論を簡単に敷衍しておけば、次の通りである。即ち、二元化テーゼを単純な排除と包摂という関係のみから分析することは視野狭窄であるという。つまり、そのような直接因 (causa proxima) に囚われた見方は誤りであって、間接因 (causa remota) として二元化テーゼを捉えなおし、暴力が潜在する中心に存在する無意識の先行前提に眼を向けなければ、政治による道具化に対し脆弱なものになってしまうという。そしてそのためにグノーシス主義的な二元化や終末論的な時間論というかなりディープなテーマにまで論を展ばしているのだが、本稿の論旨からすればあえて踏み込むべきではないと判断した。これはクラウス・ギュンター (Klaus Günther) によれば、シュルツによる現代のヘルメノイティーク的手法であるという。K. Günther, Einleitung für "Neue Phänomene der Gewalt" in: *Klaus Lüderssen* (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd . Baden-Baden 1998, S. 16.
- (110) それは、1976年以来近代刑法の中に入り込み、以後も増え続けてい

る「撲滅法 (Bekämpfungsgesetzen)」という言葉や、一貫して存在している「よりよい闘争のための法律 (Gesetzen zur Verbesserung der Bekämpfung)」に関する議論によっても示されているとする。Schulz, a.a.O. (Fn.11), S. 37.

(111) Schulz, a.a.O. (Fn.11), S. 46.

(112) Schulz, a.a.O. (Fn.11), S. 51.

(113) Schulz, a.a.O. (Fn.11), S. 52. もっとも、シュルツ自身はここから、不確定性に言及するよりも無関心 (Indifferenz) に言及したほうが有益であるとし、無関心問題に取り組んでいくのであって、本稿で導出された結論を明示的に展開しているわけではない。

(114) 竹村良典『犯罪と刑罰のエピステモロジー』(信山社、1999年) 72頁以下。

(115) Vgl. Smaus, a.a.O., S. 345 f. なお、スマウス論文の題名について付言しておけば、そこで言われる排除、包摂というのは、ヤコブスの言う敵味方刑法に想定されるようなものではなく、むしろ刑法が形式上等しく保障している自由ないし権利が、事実上は等しく享受されていないという乖離を示しているものであり、形式上の包摂と事実上の排除という文脈で捉えるべきである。従ってまた、そのような権利、自由へのアクセスがすべての人間に等しく保障されていないかぎり、刑法の正当化は成しえず、脱正当化 (Delegitimierung) されるというわけである。

(116) Smaus, a.a.O. (Fn.46), S. 346.

(117) Smaus, a.a.O. (Fn.46), S. 347 f.

(118) Smaus, a.a.O. (Fn.46), S. 348.

(119) Smaus, a.a.O. (Fn.46), S. 348 f.

(120) Smaus, a.a.O. (Fn.46), S. 348.

(121) Smaus, a.a.O. (Fn.46), S. 351 f. なお、スマウスはここから、国内的観点 (貧富の格差、多数者と少数者など) と国際的観点 (経済のグローバル化、移民問題など) に分け、それぞれの具体的問題について論を展開している。

(122) この事情については、ヤコブス・前掲 (註37) の最後に記されている訳者のコメント (同邦訳468頁) 参照。

(123) K. Lüderssen, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrecht?, ZStW, 107 Heft 4, S. 884.

(124) Lüderssen, a.a.O. (Fn.123), S. 896. なお、この事例の詳しい経緯については、vgl. NJW 1995, S. 1141.

(125) Lüderssen, a.a.O. (Fn.123), S. 904.

- (126) *Liiderssen*, a.a.O. (Fn.123), S. 905.
- (127) Vgl. *Liiderssen*, a.a.O. (Fn.123), S. 888.
- (128) *Liiderssen*, a.a.O. (Fn.123), S. 888 f.
- (129) *Liiderssen*, a.a.O. (Fn.123), S. 905 f.
- (130) 「犯罪行為の予防が合目的的であるのは、それを通じて社会の共同生活の質が促進されるなどといった理由からであり、またその限りでしかない。」 *Liiderssen*, a.a.O. (Fn.123), S. 903.
- (131) ヤコブス (平山幹子訳) 「市民刑法と敵味方刑法」立命館法学291号 (2003年) 1540頁以下参照。
- (132) *G. Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Düsseldorf 2004, S11 ff. 尚、川口浩一「敵に対する刑法と刑罰論」法律時報78巻3号 (2006年) 12頁以下では、ヤコブスの上記著作が簡単に紹介されているが、それよれば、同著作は「Jakobsの刑罰論の集大成であり、最近の刑罰論に関する最も重要なモノグラフィーであるとされる」という (同14頁)。
- (133) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 23.
- (134) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 24 ff.
- (135) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 26 ff.
- (136) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 29.
- (137) 「犯罪者を『物権の対象』と混同することのカント的な禁止は、目的に適した刑罰に際しても充足されうる。即ち、行為者が合法的に給付せねばならないもののみが行為者について取り立てられる場合である。よって適切なコードは『正義にかなったものか目的に適ったものか』ではなく、『ふさわしいかふさわしくないか』であり、目的に適する刑罰もふさわしいものとなりうるのである。もちろんそのときには、行為が行為者自身の行為に帰責可能な帰結である限りで、その行為を予防することしか許されない」。 *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 34.
- (138) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 39 f.
- (139) ヤコブスの敵刑法と近時のドイツ語圏の刑事立法との関係については、vgl. *K. L. Kunz*, “Gefährliche” Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung, in: *Jörg Arnold, Björn Burkhardt, Walter Gropp, Günter Heine, Hans-Georg Koch, Otto Lagodny, Walter Perron, Susanne Walter* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 1375 ff.
- (140) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 47.
- (141) *Jakobs*, a.a.O.(Fn. 132), S. 47 f.
- (142) それが端的に示されているものとしては、ヤコブス・前掲 (註131) 1554

頁参照。

- (143) この点を指摘するものとして、川口・前掲(註132) 12頁以下も参照。
- (144) 井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価——ドイツとの比較を中心に——」刑法雑誌43巻2号(2004年)70頁以下。
- (145) 井田・前掲(註144)80頁以下。また、井田良「社会の変化と刑法」三井誠/中森喜彦/吉岡一男/井上正仁/堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集 上巻』(成文堂、2007年)7頁以下も参照。
- (146) 松宮孝明「刑事立法の新動向とその検討」刑法雑誌43巻2号(2004年)84頁以下。
- (147) 松宮孝明「21世紀における新しい刑法典作成の可能性と条件」犯罪と刑罰16号(2004年)8頁。
- (148) 松宮・前掲(註146)88頁以下。個々の分析についてここでは取り上げないが、例えば危険運転致死傷罪については、従来の業務上過失致死傷にはない要件の追加や、法定刑に罰金がなく略式手続が使えないために「法執行機関に対する負担」が増えることになり、これが「国民の期待」とも逆行するという「逆効果を生む」ことになるとしている。また、松宮によれば、被害者等の「自律」については、「被害者が問題を自立的に処理できる場合」は、被害者の求めを待たない刑法の介入は「過保護刑法」となるが、「被害者に問題処理能力がほとんどないというのであれば、国家は後見的にその保護をはからねばならない」とされる点に注意しておく必要がある。
- (149) 松宮・前掲(註146)94頁。
- (150) 松宮孝明「実体刑法とその『国際化』——またはグローバリゼーション——に伴う諸問題」法律時報75巻2号(2003年)25頁以下。
- (151) このような治安維持法制に対する評価は、おそらく、現在の「組織犯罪」に対する刑事立法は戦前の治安維持法制よりも悲惨な状況をもたらすことになりうるという趣旨からであると思われる。しかしながら裏を返せば、後者が「市民刑法」と機能的には等価だとも解されうることになるが、「旧植民地も含めた『臣民』の統合を——少なくとも表向きは——目標とした戦前の治安維持法制」が「維持」しようとした「社会のアイデンティティー」とは一体何であったかは大いに問題とされねばならない。そして、この点に、「市民刑法」の危うさの一端が示されているように思われる。
- (152) 松宮孝明「刑罰目的と刑事立法」広渡清吾/大出良知/川崎英明/福島至編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(日本評論社、2005)73頁以下。
- (153) 「被害者」の立場も「社会の担い手」という概念から説明されている。

以前の論稿では、「被害者」の要請には「過保護刑法」とならない限りで応えねばならないとされていたが、ここでは、「被害者」の視点の過度の強調は、ときとして、理性的な政策立案の目を曇らせる」ため、「社会の担い手」として復帰するまでは、被害者は、その発言については、服喪中という配慮の下で扱われるべきである」とされている。松宮・前掲(註152) 77頁。

- (154) 松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」立命館法学306号(2006年) 32頁以下。
- (155) 松宮・前掲(註154) 37頁。
- (156) 松宮・前掲(註154) 39頁以下。
- (157) 松宮・前掲(註154) 40頁以下。
- (158) 松宮・前掲(註154) 41頁。
- (159) 松宮・前掲(註154) 41頁以下。
- (160) ヤコブスは確かに「普遍的に妥当する人権」に反対するわけではないが、しかし「人権の確立と保障とはともかくも違う」のであり、従って人権を「確立」するための処罰は「敵味方刑法的な特徴」を持つとする。ヤコブス・前掲(註131) 1553頁以下。
- (161) この点は、ヤコブスがヘーゲルの議論を受けつつ、「社会の認知的安定化」を刑罰の目的と論じる際にルーマンを引用していることからも看取されよう。Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn 132), S. 29.
- (162) また、この点に関するシステム論的な視座との関連は、2005年にフランクフルトで開催された刑法学会において、敵刑法を容認するのかという批判に対しヤコブスが、自身の発言の「98%は記述的」とであると述べていることから伺えよう。Vgl. *U. Scheffler*, Freund- und Feindstrafrecht, in: *Thomas Feltes, Christian Pfeiffer, Gernot Steinhilper* (Hrsg.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006, S. 124.
- (163) 松生建「法定刑の引き上げとヘーゲルの刑罰論」法律時報78巻3号(2006年) 38頁以下。同「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰(一)(二・完)」海保大研究報告43巻2号(1997年) 1頁以下、44巻2号(1998年) 25頁以下も参照。また、積極的一般予防論とヘーゲルとの関連については、増田豊「刑罰論における応報と積極的一般予防についての法理論的研究」明治大学社会科学研究紀要43巻1号(2004年) 57頁以下参照。尚、増田はコールバーグに依拠し、「脱慣習レヴェル」、とりわけ「人間の尊厳の原理に従って道徳的判断が下されるべきステージ」である道徳性の発展段階の「第六段階」に対応する「<自律的な>積極的一般予防

論」に期待を寄せているが (同59頁以下参照)、それが抽象論に留まり、本稿の指摘する「現実」の問題を等閑に付すものであるかぎり、ヤコブスの「市民刑法」に基づく積極的一般予防論に対するものと同様の疑問が提起されよう。

- (164) ミヒヤエル・パヴリーク (岡上雅美訳) 「予防理論による刑罰正当化への批判」比較法雑誌40巻4号 (2007年) 63頁以下。また「新応報刑論」については、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 — 新応報刑論に関する一考察 — (一)(二・完)」熊本法学68号 (1991年) 43頁以下、69号 (1991年) 79頁以下も参照。
- (165) しかしながら、近時は刑罰論におけるこのような対立軸が日本においても展開されているようだ。例えば、小坂亮「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 —」早稲田法学82巻1号 (2006年) 97頁以下参照。
- (166) 生田勝義「厳罰主義と人間の安全 — 刑法の役割に関する一考察」広渡清吾 / 大出良知 / 川崎英明 / 福島至編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(日本評論社、2005年) 58頁。
- (167) この点に関する文献として、芹沢一也『<法>から解放される権力』(新曜社、2001年)。同書で芹沢はフォーコーの手法をてがかりとし、大正期の犯罪、狂気、貧困、ならびに政治といった領域の代表的な諸言説を考察しているが、その中で政治の領域に関し「統治システムとしての民本主義」と題して興味深い分析を加えている。多少長くなるが、本稿の問題関心と関連する限りでその概要を紹介しておく。

当時の上杉慎吉と美濃部達吉の対立は「主権者の地位をめぐる攻防」であったが、上杉の憲法論が「国体」を「政体」から区別し、天皇の主権を超越的な立場に措定したのに対し、美濃部は「主権」と「統治権」を分離し、「天皇でも国民でもない第三の主体を、つまりは両者を機関として含む国家を統治権の主体として」浮き上がらせた。美濃部による、機関としての天皇を国民とともに、国家という共同目的のうちに組み込む主張に対して、上杉は「天皇を排し、人民の団体をもって統治権の主体なりとすは、我が帝国を民主国なりとなすものにして、事物の真を語るものにあらずとすのみ」、つまり民主主義と何ら変わらないと非難するが、こうした批判にリアリティを与えていたのが、既に政治の領域に登場していた「民衆」という存在であった。即ち、民衆の時代において「民主主義」のレッテルを貼られることはタブーであった他方、この時代に民衆を無視し得ないこともまた明らかであった。そのため、民主主義と同一視されないような構想に基づき、しかも国民をその一つとするような政治システムを提示する必要があった。

従って上杉の構想した主権者と国民の、絶対的な支配と服従の関係もまた、あからさまな抑圧的な権力関係では必ずしもなく、「慈父と赤子」の関係、つまり「完全なる服従こそが国民の保護とその自由の条件となるような関係」として示された。しかし、上杉の構想は同時代的にまったく孤立した。なぜなら、保守的なものとして支配的になりえなかっただけではなく、彼に反対する陣営から積極的に危険なものみなされたからである。即ち、民衆の登場という「この趨勢はいかなる勢力をもってこれを抑制することのできないもので、強いてこれを抑制せんとするは、かえって革命を醸成するの危険がある」との美濃部の批判にも現れているよう、天皇の「政治的な身体」が見えやすい上杉の構想では、全ての政治的葛藤が主権者としての天皇に集中することになる。従って、<民衆の時代>における統治システムの構想は、美濃部の方向、つまり超越化ではなく内化の方向において展開される。これを担ったのが、街頭での直接的な行動に訴える民衆を戒め、民主主義を危険思想とした吉野作造による、「奇妙にも上杉が用いたのと同じ<民本主義>という名をもつ政治的思考」であった。

上述の状況から、吉野は何よりもまずデモクラシーの革命的な性格を取り除く必要があった。そのため、<政治的なもの>をデモクラシーから切り離す、つまり「主権の所在という主題を括弧に括ってしまうことで、デモクラシーを語る時、もはや主権を問うことを停止しよう」とした。吉野は言う、「民本主義とは、法律の理論上、主権の何人ありやということは措いてこれを問わず、ただその主権を行使するに当たって、主権者はすべからず一般民衆の利福ならびに意向を重んずるを方針とすべしという主義である」。

以上から芹沢は次のように結論する。「民本主義とは、政治的な舞台に現れた民衆の意思を、規範的な<一般意思>へと飼いならすための政治システムだった。……民衆の政治的な行動主義や絶えざる過剰を一般意思へと陶冶しようとするこの言説は……政治の領域において<他者>を矯正する新しい方法だったのである。そして、そこで規範的な価値をもたらされた<国民>、あるいは国民の共同体としての<国家>というものが、民衆が持つ存在の直接的な政治性を、表象の秩序に回収するための装置であった」。

- (168) 周知の通り、とりわけ戦時下における日本刑法学の大勢が新派、旧派ともに結果的には「国体」といった特殊日本性の正当化、美化に寄っていったとすれば、その対立軸自体は表層的な問題に過ぎない。刑法理論研究会『現代刑法学原論 [総論] 第3版』(三省堂、1996年) 46頁以下によれば、「戦前のわが国の刑法学を彩る『学派の争い』」は「封建的

諸関係を利用しつつ帝国主義化をはかるといふ基本政策に合致すべく、立法者が現行刑法典に付与しようとした二つの基本的役割に対応する」、いわば「コップのなかの争い」であり、その後の社会情勢、国家政策の変化に際し、「とりわけ1931年の満州事変以降は新旧両派ともに軍国主義・ファシズムの動きに進んで身を投じていった。両派とも軍国主義・ファシズムに対して国民の基本的自由を守る砦とはなりえなかった」とされる。翻ってみるに、近時の対立軸において論及される「市民社会」等について、——もちろん、それらと「国体」を単純に同視することは軽率に過ぎるとしても——日本の歴史的経緯を踏まえた再検討が必要ではないだろうか。更に、芹沢が民本主義について指摘した（本稿註167参照）、「規範的な価値をもたらされた〈国民〉、あるいは国民の共同体としての〈国家〉」が、ヤコブスの「市民刑法」における規範的な価値をもたらされた「市民」あるいは「社会のアイデンティティ」と通底する部分があれば、再検討の必要性はより切実さを増すであろう。

(169) 生田・前掲（註166）50頁以下参照。

(170) 清水雅彦『治安政策としての「安全・安心まちづくり」』（社会評論社、2007年）参照。尚、市民主義的治安政策に対する従来の批判は「おおむね基底還元に着目するか、権力概念の限らない拡散に至るかであり、刑事政策、犯罪防止のあり方に関する有効な対抗軸を示しえずに終わる」ため、こうした対応が「ほとんどの市民にとって説得力ある主張といえるのだろうか」との問題提起から、これまでの政府の新自由主義的な改革の結果、「国家機能の相対的な縮小」が進行しており、それを埋め合わせるには「自己責任を負わされる個人、ボランティア、NPO等の社会的ネットワーク、民間の営利企業である」という前提のもと、「犯罪防止の領域では、ボランティア活動が拡大しつつある。このような活動を政府による取り込み、動員とみる評価が有力である。そうした危険を過小評価してはならないが、他方で国家の側は拡大されたリスクを負うことも意味する」として、「市民」による犯罪防止活動に積極的な期待を寄せる見解も存在する。斉藤豊治「『新しい』公共圏と市民的秩序の形成」法の科学37号（2006年）。現状の市民主義的治安政策を打破するには、従来の批判をより精緻化し、積極的な打開策の提言が不可欠であるとの切実な主張であり、その意味で、上記の問題提起は否定されるべきでないと思われるが、そのような緊迫した状況であるが故に、具体化には注意が必要であろう。

こうした主張の背景には、権力による治安と市民による治安という二項対立において、後者のみを本来的に刑法が担保するという前提があるように思われる。それは例えば、治安を「市民生活の安全としての治

安」と「支配秩序の維持としての治安」とに区別する見解などに端的に現れている。前野育三「政治的暴力と新しい警察国家の可能性」犯罪と刑罰16号(2004年)61頁以下。これは「市民刑法と敵味方刑法」というシェーマとある程度即応するものと見ることもできよう。その観点から両者を截然と区別できるかの如く論じることには問題があるように思われる。即ち、アポリシヨニズムに立脚するのでもない限りは、如何なる治安、秩序であれ、刑法なき治安、秩序を措定することはできない。そして、刑法によって規範が定立される限り、そこには権力による「支配秩序の維持としての治安」「期待された秩序に従わないものに対する強制手段」としての側面を不可避的に伴うのではないだろうか。両者を区分したとしても、それが最終的には刑法・刑罰によって担保されている側面を否定できない限り、截然と区別されるのではなく、絶えざる緊張関係にあると見るべきだろう。

(171) 井田良「変革の時代における刑事法学の在り方」学術の動向2006年3月号56頁以下。

(172) 尚、ヤコブスの刑法理論を直接の対象としたものではないが、この論点に関連する近時の重要な文献として、前田朗『刑事法再入門』(インパクト出版会、2007年)。前田は、市民による相互監視などが進む現在の状況を「闘う市民社会」と表現することで、現在の「市民社会」が「差別と排除を通じた自由の確保」へと変質し、自己の内部における「異物」を狩り出し、闘争、撲滅に向かうことを摘示する。これに対し来るべき主体としてはさしあたり「非国民」という名称が提示され、それは「国家に身を重ねることで自己確証する市民ではなく、あらかじめ自由管理社会から排除された市民や、その存在は国家に囚われているとしても、容易に国境を越えられないとしても、そこから身を引き剥がそうと試みている市民のことである。もともと非国民の処遇しか受けていないのに、そのことに気づいていないすべての市民に可能性が開かれている」のだとされる。更に、この視点から、日本における拷問、刑事施設「民営化」の弊害、死刑といった問題が具体的に検討される。そこではまさに「市民」とは誰か、語るべき「現実」とは何かが示唆されているといえよう。

(173) そのような方向性をとらず、「各国間のミニマム・スタンダード」を「世界標準」とするにあたり、いわば量的側面のみから「文化帝国主義」を強調し、ヤコブス的な機能的記述によりその管轄範囲のみを問題とするのであれば、「世界標準」は「日本の独自性」や「日本に根付いている国民意識」の名の下に押し切られ、砂上の楼閣となる危険は明らかだろう。

(174) 足立昌勝『近代刑法の実像』(白順社、2000年)4頁。

- (175) 高橋則夫『修復的司法の探求』(成文堂、2003年) 48頁以下。ならびに神田宏「修復的司法における予防目的について」近畿大学法学51巻2号(2003年) 11頁以下。
- (176) 神田・前掲(註175) 22頁。
- (177) 「刑法は敵に対する正義の暴力として自らの正当化を求める。しかしその実相は、『友ノ敵』原理を貫徹する権力的な政治支配のテクノロジーであり、『抑圧と排除・差別と賤視』を手段としつつ、成員の合意を強制し調達するための究極の暴力装置である。」宮本弘典「『安全な社会』のパラドクス——「共謀」処罰化の動きをめぐって——」関東学院法学14巻3・4合併号(2005年) 231頁。
- (178) 内田博文『刑法学における歴史研究の意義と方法』(九州大学出版会、1997年) とりわけ27頁参照。
- (179) 本稿の問題意識からすれば、戦前に関する分析としてはさしあたり、磯村哲「市民法学(上)(中)(下)」鶴飼信成/福島正夫/川島武宣/辻清明編『講座日本近代法発達史』(勁草書房) 7巻(1959年) 87頁以下、9巻(1960年) 161頁以下、10巻(1961年) 169頁以下等参照。