

# 責任、贖罪および再社会化(二三)

鈴木 晃

## 目次

- 一 問題の所在と本稿の目的
- 二 定義
  - (一) 責任(以上第三号)
  - (二) 贖罪
  - (三) 再社会化(以上本号)
- 三 責任概念の歴史的変遷
- 四 「責任主義」の諸相
- 五 「責任主義」の機能的分析
- 六 責任―贖罪と再社会化行刑
- 七 「責任主義」の限界
- 八 おわりに

## 二 定 義

### (二) 贖 罪 (Sühne)

「責任」が多義的な意味を有するという点で複雑な様相を呈するのに対し、「贖罪」はある種の誤解を受けやすいという点でかなり注意を要する言葉であるといえる。たとえば、新村出編『広辞苑』によると、「贖罪」は、第一に、「体刑に服するかわりに財物を以て罪過をあがなうこと」であり、第二に、「供犠または代償の供進によって罪過をあがなうこと。特に、キリスト教の教義の一。キリストは神の子で、人類の罪業をあがなう人をして神に宥和させるとする。」とある。本稿で用いる「贖罪」という言葉が右の第一の意味を指称するものでないことは明らかであるが、問題となるのは第二の意味との関連である。「贖罪」には、このようなキリスト教的ないしは宗教的イメージ・ニュアンスが常につきまとい、そのことが法的議論にはなじまない言葉であるかのように思われがちである。しかしながら、すでに述べたように、「責任」という言葉でさえ、必ずしも法的用語として純化されているとは言いがたい面のあることは否めないところである。そうであるとするならば、問題はその用語法であり、ここでは、「贖罪」にはそのような宗教的意味合いを含まない」と述べることで足りると思われる。

ところで、「贖罪」ということばは、応報と同一の意味を有するものか、あるいは密接な関連性を有するものとして考えられてきた<sup>(3)</sup>。しかしながら、本稿で用いる「贖罪」には、そのような応報の意味を含むものではないことをここで特に注記する必要がある<sup>(4)</sup>。

応報とは、ただ単に害悪を加えることを意味する。つまり、行為者が行った違法行為が報復されるということである。したがって、ここでは「責任」は本質上何の関係もないことになる<sup>(5)</sup>。後に述べるアルトゥール・カウフマンによ

れば、「責任」と關係するのは、むしろ「贖罪」である。<sup>6)</sup> そういった意味で、まず応報について、それが「贖罪」とは異なることを示すために以下で若干の検討を試みる。<sup>7)</sup>

応報刑論が最も嚴格な形で主張されたのはカントにおいてであった。まず、カントは刑罰を「従属者にその犯罪のゆえに或る苦痛を課する」<sup>8)</sup> こととしてとらえる。ここでは特に「犯罪のゆえに」であって、「犯罪者の責任のゆえに」ではない点が重要であろう。そのことを説明してカントは次のように述べる。「自然的刑罰 (poena naturalis) とは異なるところの、すなわち、これによって犯罪がそれ自身を処罰し、また立法者がこれに全く顧慮を払わない自然的刑罰とは異なるところの、裁判所による刑罰 (poena forensis) は、決して単に或る他の善を促進するための手段として、犯罪者自身のため、あるいは公民的社會のために下されうるものではなくて、それは常にただ彼が犯罪を行なつたがゆえにのみ彼に対して下されるのでなくてはならない。」<sup>9)</sup> と。このような立場から、次のカントの有名な言葉が導き出される。すなわち、「公民的社會が一切の成員たちの賛同をもつて解消される (たとえば、或る島に居住する人民が、互いに別れて全世界へ分散することを決定する) ような場合でさえも、牢獄のうちにある最後の殺人者が前もつて死刑に処せられ」ねばならない。<sup>10)</sup> と。ここにおいては、応報刑の特色が、目的をこえた尊厳さに求められており、「各人に各人の諸行為が受けて然るべきものが与えられるように」<sup>11)</sup> するためにこそ、犯罪行為に刑罰が科せられることになる。別の言い方をすれば、犯罪者は、「彼が或る処罰されて然るべき行為を欲したから」こそ処罰されるのである。<sup>12)</sup> したがって、「犯罪者は、彼に課すべき刑罰から彼自身あるいは彼の同国民たちのために若干の功用を引き出すということがまだ考えつかれないうちに、前もつて、処罰されるべきものと認められているのでなくてはならない。」<sup>13)</sup> 人間は、「他人の諸意図のための手段」<sup>14)</sup> であってはならず、人間を処罰することによって、何らかの効果を期待することは、正義と一致しない。それは、もし正義が「みずから何か或る価格で売り渡すならば、正義であるこ

とをやめるからである。」<sup>(15)</sup>だが、ここでは、本来、基礎付けなければならない刑罰の必要性そのものがすでに前提とされており、<sup>(16)</sup>同語反復をなしている点に留意すべきである。

このようなカントの応報論からは、「ただ同害報復権 (ius talionis) のみが、「刑罰の質と量とを確定的に示しうる。」<sup>(17)</sup>それゆえ、まさに正義が行われるのは、「正義の秤における指針の地位にある」<sup>(18)</sup>相当性の原理」のみによるのである。これが、カントの応報論を絶対的応報論と呼ぶ由縁である。<sup>(19)</sup>

「カントの同害報復的応報刑論を一步深化させたもの」がヘーゲルの刑罰論である。

ヘーゲルは、まず、「刑罰の理論は、近時の実証的法学において一番ひどく失敗した題目の一つである。」とし、**Klein, Grundsätze des peinlichen Rechts, § 9f.** を例としてあげて、それが「犯罪と、その揚棄——これはさらに刑罰として規定される——と」を、「一般に「害悪」と見なしていることに対し、「一つの害悪(刑罰)をたんにもう一つ別の害悪(犯罪)が存在しているから」という理由だけで意志することは、もちろん非理性的である」とする。<sup>(21)</sup>また、右のように、犯罪、刑罰を害悪と解する説には、「予防説、威嚇説、戒告説、矯正説などの理論 (Verhütungs-, Abschreckungs-, Androhungs-, Besserungs- usw. Theorie)」があるが、それらは、「害悪の皮相的性格」を「第一のものとして (als das Erste)」前提とし、処罰によって生ずるものを「皮相的に一つの善として (als ein Gutes)」規定する。<sup>(22)</sup>しかし、問題は「害悪」とか「善」とかではなく、不正 (Unrecht) と正義 (Gerechtigkeit) である。<sup>(23)</sup>刑罰の正当性についての考察で重要なのは、「害悪の惹起」としての犯罪ではなく、「法の侵害」としての犯罪を、法として止揚することである。<sup>(24)</sup>とヘーゲルは論ずる。したがって、このような立場から、フォイエルバッハの心理強制説に痛烈な批判がなされたのはある意味では当然といえる。<sup>(25)</sup>彼は次のように批判した。「フォイエルバッハの刑罰理論は、刑罰の根拠を威嚇に求めている。つまり、もしこの威嚇にもかかわらずだれかが犯罪を行うなら

ば、犯罪者はあらかじめ刑罰を知っているから、刑罰が科されねばならない。しかし、威嚇の合法性はどのようなものなのか。威嚇は、人間を自由な者として前提せず、害悪の表象によって人間を強制しようとする。しかし、法と正義とは、その場を自由と意志のうちにあるのであり、威嚇が向けられる不自由のうちにあるべきではない。このような刑罰の根拠付けは、人が犬にむかって杖を振り上げるようなものであって、人間は、名譽と自由に従って取り扱われるのではなく、犬のように取り扱われるのである。」と。

ところで、ヘーゲルにとって刑罰は、すでに述べたように、犯罪法の侵害を止揚するものであるから、「即目的に正当であり」、「また同時に、犯罪者の「自由の一つの現存在」、「権利」でもあるし、そればかりか、「犯罪者自身に對する、一つの権利」でもあって、こういった意味で、「犯罪者は理性的なものとして尊敬される」ことになる。また、犯罪の止揚は、「概念からいえば侵害を侵害すること」として把握されるわけであり、したがって、「犯罪が一定の質的および量的な範囲をも」つ以上、犯罪の否定も同様の範囲をもつことになるので、「その限りでは、應報（Wiedervergeltung）である」<sup>(28)</sup>しかしながら、その應報の「同一性（Identität）」は、「侵害の即目的に有る性状」、「侵害の価値」に従う「同等性（Gleichheit）」である。<sup>(29)</sup>こうして、ヘーゲルは、カントのような同害報復を認めず、価値の観点からの均衡を求めたわけであるが、殺人については別で、これに対しては死刑だけが均衡を保つものであると考へた。何故なら生命のかわりの価値などありようがなく、ただ殺人者の生命の剝奪のみによって殺人に對する刑罰が成立するからである。<sup>(30)</sup>

以上、カントとヘーゲルの刑罰論をみてきたわけであるが、カントが同害報復の應報刑論を主張し、ヘーゲルが等価的な應報刑論を主張しているとはいへ、両者は、刑罰自体を自己目的と考へ、刑罰には何の効用も求めないこと、犯罪行為と刑罰とを直接に結び付けたこと等の点で同じ基礎をもつといえる。ハフトは、「應報はもっぱら所為（Tat）

に關係するのであり、責任 (Schuld) に關係するのではない。<sup>(81)</sup>と述べているが、その意味は、右のカント、ヘーゲルにおいて最もよく知ることができる。現代の用語法において、「応報」は、必ずしも一義的に把握されているわけではないが、本来、右のようにハフトが述べていることが妥当するのではないかとおもわれる。したがって、「行為者 (犯罪人) の法的責任 (もちろん、人倫的責任ではない) によって修正された応報」とか、「犯罪に対する非難として加えられるという意味で」の「応報」とかいうのは、すでに「応報」自体をのりこえたところにその場を有するのではないかとおもわれるのである。その意味では、右の説は、「贖罪」概念とは必ずしも矛盾するものではないかもしれない。ただ、「贖罪」と「応報」とを同視することは、多くの点で誤解を生じ、不明確さを残すことになるので、本稿では、両者を明確に分離する必要があるとおもわれるのである。

そこで、まさに、「贖罪」が問題となるわけであるが、その概念規定は必ずしも容易ではない。ここでは若干の論者の説明を聞き、それにもとづいて私見を述べることとした。

まず「責任」ないし「責任主義」についての深い洞察で知られるアルトゥール・カウフマンの「贖罪」概念をみてみよう。

カウフマンは、責任の心理学的側面としての「責任体験 (Schuldlebnis)」を考える。つまり、責任は犯罪者によって何か悲しみのようなもの (etwas Leidvolles) として経験されるのである。ところで、そのような状態に彼が押しつぶされないようにするためには、彼はそれから解放されたいとねがうばかりでなく、解放されねばならないのである。そのような責任の解放は、抑圧によって生じるものではなく、ただ次の方法でなされる。つまり、「犯罪者は自己の責任に対面し、自己答責的に引き受け (selbstverantwortlich übernimmt)、それによって拒否したこと非難から再び自由になる」という方法である。これこそが「贖罪」の意味するものであって、また、その意味すべ

きものである。「贖罪」は応報ではなく、全く反対のものである。応報は悪業にもとづく害悪の付加(Übelzufügung)である。行為者は応報においては消極的に堪え忍ばねばならない。一方、「贖罪」は、犯罪者自身の積極的实践であり、その言葉が示すように、*Versöhnung*(贖罪)すなわち害悪の補償であって、害悪ではないのである。結局、「贖罪」によって、贖罪者は自分自身およびその同胞と再び協定するのである。<sup>96)</sup>

このようにカフマンは「贖罪」を規定するわけであるが、カフマンもまた、前述したように、「贖罪」と「応報」とを明確に区別していることがここでもうかがえる。<sup>96)</sup>また、「贖罪」から形而上学的色彩をとりさり、心理学的内面的なものを強調し、犯罪者を「人間」としてみることに十分な配慮をしているといえる。<sup>97)</sup>ただ「責任」と同様、ここでも倫理的側面の超過現象には十分に警戒する必要がある。

カフマンに従いつつ「贖罪」を考える論者に、ハフトがいる。彼は、カフマンと同様に、「贖罪」とは、「犯罪者が自己の責任と対面し、自己答責的に引き受け、それによって拒否したことの非難から再び自由になること」であるとして、次のように述べる。「贖罪」は応報とは無関係である。何故なら、「贖罪」は所為との「等価物(Aquivalent)」を求めるのではなく、自己の倫理的実行と関係するからである。「贖罪と応報」とが近接したものと考えられるのは、刑罰の実際上の結果が「受刑者への害悪(Übel für den Betroffenen)」を意味するからである。それに対して、「責任の自己答責的引き受け」や、「犯罪者の倫理的実践」を主張する者は、観念論的に興味をひく形象を構想するが現実的でないという非難にさらされる。しかし、そのような形象は、単に、人が「応報」ではなく「贖罪」を気かけねばならないからだけではなく、ここにはただ「責任対話の合理的目的(Das rationale Ziel des Schuldialogs)」だけがありうるからこそ必要なのである。「贖罪」を論ずるのは意味深いことであるし、また必要でもある。「何故なら、贖罪は、自由の作用(ein Akt der Freiheit)であり、強制されず、単に可能とされうるだけ

あるからである。<sup>39)</sup>」

このようにハフトが「贖罪」は「自由の作用」であるとするとする点は、かなり重要である。たとえば、芥藤（誠）教授は、ロクシンと共に、「行為者の内面的な一つの道徳的なはたらき（eine sittliche Leistung）」は、「刑罰という害悪をくわえることによってはむしろ妨げられるものであるし、また、こういった道徳的なはたらきはだれにもむりにおしつけることのできないものだと思われる」とされるが、このような批判は「贖罪」を考える場合には避けて通ることのできない問題だとおもわれるし、ハフトの右の説明は一応それに答えるものであるからである。もっとも、ハフトの場合は、「贖罪」を、被告人と裁判官との対話という形で、刑事手続の中に組み入れようとしている点に注意が必要であるが。

右のような議論に関連して、E・シュミットの批判を紹介し検討する。

彼は、刑法改正の仕事を進めるにあたり、「贖罪とか贖罪の必要とかは、「完全に除外せらるべき概念である。」としていた。そして、「もっとも贖罪という言葉も、もしそれを個人倫理的な意味に解し、有罪者が自分に科せられた刑罰苦の当為性を認め、それを自己の倫理的自由を恢復するための道徳的必要として自分の方から承認し、この意味で刑罰苦を自主的に意欲し受取ることと解するならば、それは正義の要求を示すものとして適当かもしれない。しかし、かような自覚、転生は、よほど条件の揃った場合にのみ起るきわめて例外的な事実であって、それを刑罰の正常な過程として要求し期待することは不可能である。」また、事実をみても刑罰が「贖罪」となっているとはいえず、むしろ逆であって、処罰されたという「事実」は容易に消えないし、国家や社会はむしろそれを助長しようとしているのである。<sup>40)</sup>

この批判はかなり深刻な問題を含んでいるとおもわれる。その批判の要点は、「贖罪」はきわめて観念論的なもの



であり、現実性をもたないというところにあるとおもわれるが、その点については宮澤教授が明快に答えられている。つまり、「施設の側にも『改善』『社会復帰』という目標を掲げ、犯人の側にはさらに『贖罪』という目標を掲げることの方が適切なのではないか。」ただ、その目標達成は多くの者にとって不可能かもしれない。しかし、「それぞれの目標を実現するべく施設も被收容者も絶えず緊張関係にあることこそが、大切ではないかと思う。」<sup>43</sup>このような宮澤教授の論述に見られるように、カウフマンのように「贖罪」をとらえることがかならずしも非現実的なものとなるとは限らないし、むしろ「再社会化」行刑に対し有益な帰結をもたらすものとおもわれる。

最後に、ユルゲン・パウマンの「贖罪」の考え方を見てみよう。

パウマンは、「贖罪の思想は、」刑罰が「出来るだけ特別予防的目的を持ち、常に一般予防的目的をもたなければならぬ。」ことと「全く一致する。」と述べる。そして、「贖罪は、社会的に有用な仕事を提出することにより、法的共同体に「つぐない」をすることである。」<sup>44</sup>このような「贖罪」によって「行為の社会的に有害な成果が弁償される」とするのである。パウマンの「贖罪」概念が右のように外面的であることは事実であるが、カウフマンのそれとも矛盾するものではないことに注意する必要がある。それは、「贖罪は、害悪をあがない、回復することであって、単に苦痛（刑）に耐えることではない。」<sup>45</sup>と述べているところから明らかである。ただ、パウマンの方が、カウフマンにくらべて、倫理色が薄いといえることはいえよう。<sup>46</sup>

以上のような各論者の「贖罪」概念を比較検討すれば、「贖罪」についての一定の枠組がえられるとおもわれる。つまり、基本的にはアルトゥール・カウフマンの「贖罪」概念が妥当するが、ハフト、パウマンのアクセントの置き方を十分配慮する必要があるということである。

〔注〕

- (1) 拙稿「責任、贖罪および再社会化(一)」中京大学大学院法学研究論集第三号三九—四二頁参照。
- (2) 基本的思想は異なるが、外面的には、短期自由刑を罰金刑に切りかえるという現代的問題を想起させる点で興味深い。
- (3) 齊藤(誠)教授は『Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971』をよむ。Roxin, Strafrechtliche Grundprobleme, 1973と共に、安平「刑罰理論の現段階」法律論叢四六卷五・六号(一九七四年)一二頁以下を例として掲げ、「現代の応報刑の理論は、正義のために犯罪とつう害悪に刑罰とつう害悪な応報をくわえんとつう『正義説』(Gerechtigkeitstheorie)と『贖罪説』(Sühnethorie)とをわけることができない。」とこれを(齊藤誠二「刑法の改正と責任主義(一)——刑の量定の基準を中心として」警察研究四五卷一一号二四頁)。
- (4) たゞは『Fritjof Haft, Der Schuldialog, Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht, 1978, S. 31』は「贖罪(Sühne)とつう言葉が、しほは応報(Vergeltung)の概念との緊密な関係におうて見られる。しかし、両方の概念は、互いに何の関係もなく。」と述べている。
- (5) アルトゥール・カウフマンは次のように述べる。「責任と応報とが互いに決して一致しないということが、明らかにみられる。人はおよそ責任に対して『応報し』えない——それは一体その等価物は何であろうか。人は常に所為に対してのみ応報しうるであり、それこそが相応するもので報いるとつうことなのである。それゆえ、国家の刑罰において、応報、害悪、抑止にはいり込んでいるものは責任の反映ではない。」Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung, 2 Auflage, 1976, S. 272. Vgl. Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 35f.; Haft, a. a. O., S. 32.
- (6) Arthur Kaufmann, a. a. O., S. 272. なお、ノルは「このように『責任』と『応報』とが切り離されるという認識から、カウフマンのように「贖罪」を考へること批判的であり、むしろ「予防的配慮から生ずる」ものとして「責任」と「応報」との分離を考へてゐる(Peter Noll, Strafe ohne Metaphysik, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Mißlingt die Strafrechtsreform? Der Bundestag zwischen Regierungsentwurf von 1962 und Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer von 1966, 1969, S. 57. ベーター・ノル、吉川経夫訳「刑而上等のなげ刑罰」西原、宮澤監訳『西独刑法改正論争』(一九八一年)八二頁)。Vgl. Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: ders., Strafrechtliche Grundprobleme, 1973, S. 117.

nprobleme, 1973, S. 1ff.

(7) 従って、以下の叙述は「刑法思想史」としてのそれではない。

(8) カント、古沢・尾田訳「人倫の形而上学」『カント全集第十一卷』（一九六九年）二〇二頁、Kants Werke, Akademie-Textausgabe, unveränderter photomechanischer Abdruck von „Kants gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften“, Band VI, Die Metaphysik der Sitten, 1968, S. 331. (以下、Werke, Bd. VI、省略する)

(9) カント、同右二〇二頁、Werke, Bd. VI, S. 331.

(10) (11) カント、同右二〇六頁、Werke, Bd. VI, S. 333.

(12) カント、同右二〇八頁、Werke, Bd. VI, S. 335. そればかりか、もしこのような処罰を強要しないならば、人民に殺人の責がかかることになる。「なぜなら、そういう強要をしなかった人民は、正義のこういう公的毀損の共犯者と見なされるからである。」(同二〇六頁、Ibid., S. 333.)

(13) (14) カント、同右二〇三頁、Werke, Bd. VI, S. 331.

(15) カント、同右二〇四頁、Werke, Bd. VI, S. 332.

(16) Roxin, a. a. O., S. 3. なお、ロクシンは「応報理論 (Vergeltungstheorie) は、刑罰権の条件を説明していない」、その基礎が不明確であるから、不合理で否認しうる信条の表明 (irrationales und zudem anfechtbares Glaubenskenntnis) にしかすぎないものであるとする (Roxin a. a. O., S. 5)。

(17) カント、前掲二〇四頁、Werke, Bd. VI, S. 332. カントはこれを、「汝が人民に所属する或る他人に対して当人に受けるいわれのないという害を加えようともし、汝はそれを汝自身に加えるのである。汝が彼を侮辱するならば、汝は汝自身を侮辱するのである。汝が彼から盗むならば、汝は汝自身から盗むのである。汝が彼を打つならば、汝は汝自身を打つのである。汝が彼を殺すならば、汝は汝自身を殺すのである。」と説明する (同二〇四頁、Ibid., S. 332)。なお、カントは「ベッカーリアの死刑廃止論に対し、それは「公民的契約のうちには死刑は含まれない」、もし含みうるとしても、「自分の生命を失うべきことに同意」するのは不可能である、と主張するものであるが、「一切は詭弁であり、法の曲解である。」とした上で、刑罰は、人がそれを欲するから科されるのではなく、まさにその犯罪行為のゆえである、と批判する (同二〇八―九頁、Ibid., S.

335)。

(18) 木村博士は、「カントの法理論は刑法理論に対して特に重要な影響はなかったと解するのが妥当である」と述べる(木村亀二「法哲学と刑法理論——特にドイツ法学を中心として」法哲学年報一九六八年『法哲学と刑法理論』七頁)。だが、応報刑の最も典型的なモデルを示したという意味での重要性は、これを拭いきえることはできないであろう。

(19) 木村、同右八頁。

(20) この点について、ヘーゲルは、「刑罰は客観的にみれば、犯罪の揚棄を通じておのれ自身を回復し、回復することによっておのれ自身を有効なものとして表現するところの、法律の宥和 (Versöhnung) であり、犯罪者の主観に即して見れば、彼によつて知られ、彼のため、彼の保護のために有効な、彼の法律の宥和である」と述べている(ヘーゲル、藤野・赤澤訳「法の哲学」『世界の名著35ヘーゲル』(一九六七年)所収四五三頁、G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Hegel sämtliche Werke, herausgegeben v. H. Glockner, Bd. III, 4 Aufl., 1964, § 220, S. 302. (以下、Hegel, Werke, Bd. III と略記する))。

(21) ヘーゲル、同右二九九頁、Hegel, Werke, Bd. III, § 99, S. 153.

(22) (23) Hegel, Werke, Bd. III, § 99, S. 153. ヘーゲル、同右二九九頁。

(24) Hegel, Werke, Bd. III, § 99, S. 154. ヘーゲル、同右二九九—三〇〇頁。別の個所でヘーゲルは次のように述べている。つまり、「犯罪行為は……一つの否定であり、それゆえ、刑罰はまさに否定の否定である。現実の法は、その侵害の止揚である」と(Hegel, Werke, Bd. III, § 97, S. 152. ヘーゲル、同右二九七—二九八頁)。

(25) しかしながら、「フォイエエルバッハ刑法思想の歴史的意義」を積極的に評価する論者として、荘子邦雄『近代刑法思想史序説——フォイエエルバッハと刑法思想の近代化——』(一九八三年)一五五頁以下参照。

(26) Hegel, Werke, Bd. III, § 99 Zusatz, S. 154f. ヘーゲル、前掲三〇〇頁。なお、山口邦夫『一九世紀ドイツ刑法学研究——フォイエエルバッハからメルケルへ——』(一九七九年)三三頁は、「この批判は、フォイエエルバッハが、カントにならって人格(Person)の概念を考慮していた点を、全く無視した批判である。ヘーゲルの批判は、……『威嚇説』に対する批判としては正当であるが、フォイエエルバッハの心理強制説に対する批判としては不当である。」としている。

(27) ヘーゲル、同右三〇〇—一頁、Hegel, Werke, Bd. III, § 100, S. 155f.

- (28) ヘーゲル、同右三〇二頁、Hegel, Werke, Bd. VI, § 101, S. 156f.
- (29) ヘーゲル、同右三〇二頁、Hegel, Werke, Bd. VI, § 101, S. 157. この点についてのヘーゲルの説明は次のとおり。つまり「抽象的特殊的な同等性のところにとどまると、刑罰の報復を（窃盗には窃盗を、強盗には強盗を、眼には眼を、歯には歯を——そのさい犯行者が片眼だとか歯無しだということまでも考えられうる——として）不合理と見せることはきわめてたやすい。」一方、「むくいの外的特殊的な形態の面からいってのみ、窃盗、強盗などと、そして罰金刑、禁錮刑などは、まったく同等なものである。だが、それらの犯罪と刑罰との価値からいえば、つまり、それらの犯罪と刑罰が権利の侵害であるという両者の普遍的属性からいえば、両者は比較しうるものである。」(同三〇四頁、Ibid., § 101, S. 156f.)
- (30) ヘーゲル、同右三〇五頁、Hegel, Werke, Bd. VI, § 101 Zusatz, S. 159f. しかし、ヘーゲルは「ベッカーアの死刑廃止への努力が有益な結果を生み出したこと、および死刑がまれになったことは当然であること、を論じている(同三〇二頁、Ibid., § 100 Zusatz, S. 156)。ただ、ヘーゲルは死刑廃止そのものが「当然」であると考えるものではなく、「死に値する犯罪」についての詳細な検討を（その結果としての死刑の減少を）「当然」と考えるだけである。
- (31) Haft, a. a. O., S. 32.
- (32) 内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』（一九七七年）四一頁。
- (33) 団藤重光『刑法綱要総論』改訂版（一九八二年）四四一頁。なお、団藤博士は、「しかし、また、刑罰は犯罪の規範的な意味をあきらかにすることによって一般人および行為者本人の規範意識を覚醒・強化するべきであり、その意味で刑の一般予防的および特別予防的作用をみとめなければならない。」(同四四一頁)とされるが、これを「応報刑論」であるという理由として、中山教授は、「犯罪と刑罰との均衡原則」の「維持」と、「非難としての刑罰が本質的に規範的・倫理的なものであることを確保する必要性」とをあげる(中山研一『刑法総論』（一九八二年）五四六頁)。
- (34) E・シュミットは、ヤークツシュの応報刑論をとりあげ、彼は「刑罰は正義に適った応報」であるとするが、「応報」といっても、応報自体からでなく、むしろ『正義に適った』という点から指針が引出される」として「応報」という言葉を用いる余地はないとしている(E・シュミット、佐伯千代訳『将来の刑法典における刑罰目的と刑の量定』同編『ドイツにおける刑法改正論——刑法学者の意見集——』（一九六二年）一五一六頁)。なお、今日、西ドイツでは、しばしば“Schuldgleichheit”(責任をつぐなうこと)が、応報とならんで言われているが、これは、「贖罪」に親近感をもつものと言えよう。Vgl. Müller-

Dietz, a. a. O., S. 35f.

(35) Kaufmann, a. a. O., S. 271f.

(36) ただし、アルトゥール・カウフマン、宮澤浩一訳「責任刑法と社会復帰」同訳編『刑事法学の諸問題』（一九七八年）一二五頁が、「贖罪はごくわずかに応報と関係するが、復讐とは関係しない。」（傍点——引用者）と述べている点に注意する必要がある。おそらく、「ごくわずかに」の意味は、「贖罪」は、実質的・本質的・内容的には「応報」と何の関係もないが、ただ形式的にのみかかわるにすぎないということであろう。この点では、近時の「応報刑論」一般にも妥当するのではないかとおもわれる。

(37) カウフマン、同右一二七頁。

(38) ハフトは、行為者と彼に有罪判決を下す者との「責任対話 (Schulddialog)」を基礎におく、「コミュニケーション過程 (kommunikativer Prozeß)」を問題にし、自己の見解を「プラグマチック責任論 (pragmatische Schuldlehre)」としてつづる (Haft, a. a. O., S. 7-12)。なお、ハフトの見解を簡明に述べる論稿として、松村格「刑法と刑事政策の理論——主としてサイバネティクスのシステム論に基づく素描——」法学論集二二号六九—七一頁がある。

(39) 以上のハフトの見解は、Haft, a. a. O., S. 33.

(40) 齊藤、前掲二四頁。

(41) シュミット、前掲一四頁。

(42) 宮澤浩一「刑罰論と刑事政策論の展望」『刑事政策の動き』（一九八一年）一八頁。宮澤教授はその「目標」の内容について次のように論じられている。すなわち、「自分の犯した罪を自覚し、自らの力で罪をあがない、精神的に立ち直った者として社会に受け入れられるように努力する目標を自らに課し、処遇に対して主体的に参加すべく積極的に努力する態度をもって贖罪の実をあげることが受刑者に要求され、一方、施設の側は、そのような心の在り方が身についた者になるよう働きかけ、失われた社会性を回復すべく指導・援助し、社会の側での受け入れ自体もスムーズにいくような条件づくりに絶えず気を配る必要がある。」（同一八頁）と。

(43) ユルゲン・パウマン、宮澤浩一訳「責任と贖罪」同訳編『刑事法学の諸問題』（一九七八年）一〇七頁。

(44) パウマン、同右一〇八頁。

(45) バウマンは、責任についても、それが道徳的ではなく社会的責任であると明確に述べている。バウマン、同右一〇五頁。

Vgl. Jürgen Baumann, Schuld und Sühne als Grundproblem heutiger Strafrechtspflege?, in: ders. (hrsg.), a. O. (Anm. 6), S. 11f.

### (三) 再社会化 (Resozialisierung)

刑罰の本質とは何かという議論については、周知のとおり、学派の争いを背景にもちつつ、応報刑論と目的刑論との間で激しい争いがあったわけである。もちろん現在の理論状況は、両理論を図式的に対立させれば十分説明がつかくほど単純なものではないことは当然である。すでに前節で考察したとおり、現在の応報刑論は、純粹の「応報」刑を論じるものではなく、<sup>1)</sup> 応報を手段とした目的刑論、いわば、目的刑応報論であり、刑罰の内容、あるいは行刑に際しての指針としては目的刑の強調がなされているとよいてよいとおもわれる。

そこで、第三に検討すべき概念として、目的刑論に関係する「再社会化」の概念があげられるのであるが、その点について多少の説明を要するであろう。言うまでもなく、目的刑論といっても単に一つの立場を示すものではなく、複数の主張をその中に含む包括概念であるといえる。つまり、一般予防論と特別予防論とがその中に包摂されるのである。そして、そのいずれを強調するかは「立場」の問題であり、本稿での問題領域に属するのは、特別予防論であり、「再社会化」であるということになる。何故なら、前節で述べたとおり、「贖罪」は「再社会化」を要求するとおもわれるからである。なお、特別予防を表わす言葉としては、「再社会化」の他に、たとえば、「教育」、「改善」があるが、人権侵害の誤解を生む可能性があるとおもわれるので、<sup>2)</sup> 言葉としては「再社会化」が妥当であろう。

「再社会化」は「贖罪」との密接な関連において把握されるべき概念であり、それゆえ、ここでもまず、アルトゥ

ール・カウフマンの所説からみておこう。

「社会復帰は、(悪しき意志を破ることに向けられた応報行刑とは反対に)、良き意志の活潑化であり、それはその者が洞察することへの呼びかけである。」<sup>(4)</sup>とカウフマンは言う。もちろん、ここでは彼の「贖罪」についての把握の仕方が反映しているわけであるが、また「社会復帰は強制されず、社会復帰すべき者の協力が必要であらう」とも述べているのである。そこで、「行為者がもはや有責性のある、自由に処理することのできない存在として真面目に考えられないような社会復帰や最近好んで言われている社会化は、受刑者が処遇する者の手の中の加工することのできる“客体に墮する単なる処遇に終ってしまう。”<sup>(5)</sup>とするわけである。このような客体に墮することなく「人間」として行為者が取り扱われることが重要であるわけであるが、そうだとすれば、行為者が再び犯罪を犯さないことが期待されるのは、「行為者がその間違いを洞察し、それによってその者の責任を除去することへと到る場合」<sup>(6)</sup>だけである。科学がいかなる方法で人間の機能を変えるかについて考えるならば、魅力的な「罰する代りに治療を」という標語は、「おそれを喚起するものをもっている。」<sup>(7)</sup>にもかかわらず、そのような標語の下で行刑が押し進められるならば、伝統的な応報行刑とくらべて、その恐しさや人間の尊厳の侵害という点で大差ないといえよう。<sup>(8)</sup>このようにカウフマンは、積極的治療主義ないし、積極的予防主義に対して明確にその危険性を指摘するのであり、「行刑から奇跡、犯罪の終焉を希望することは許されないのであろう。」と論ずる。それゆえ、行刑の行うべきものは、「感情を動かさしめることであり、勇気を振り立たせることであり、扶助である。」<sup>(9)</sup>ことになる。このように見てくれば、「贖罪」と「再社会化」との結び付きは比較的容易に理解されるのではないかとおもわれる。<sup>(10)</sup><sup>(11)</sup>

パウマンもまた、カウフマンと同様に、「再社会化」行刑のいわば「進めすぎ」に対しその危険性を指摘する。つまり、「われわれが悪いことをとがめだてる制度 (malus-System) から善いことを評価する制度 (bonus-System)



へと(例えば、刑罰と無縁な態度がいかなる程度であるかによって、税金の免除をするような制度)移行することを決して強制されないことは明らかである。われわれは、悪をとがめだてる制度にとどまりうるが、しかし善行が合理的かつ合理的に形成され、それが盲目的に入れられたり、形成されたりしないように注意すべきである<sup>(12)</sup>。と。「贖罪」と結びつく「再社会化」は、むしろ犯罪者への国家の干渉のしすぎを予想するのではないかとこの疑問は右のようなパウマンの説明でほぼ解消されるのではないかとおもわれる。しかし、たとえそのような危険性があるにせよ、我々が常に「再社会化」の概念の間、「贖罪的」把握を図ることによってそれを回避しうるはずである。カウフマンもパウマンも、むしろその方向にあるのではないかとおもわれる。たしかにパウマンの行刑に対する具体的帰結は、本人も認めるように、「特別予防理論よりもはるかに『進歩的』である<sup>(13)</sup>」といえる。しかしそれは決して右の見解と矛盾するものではない。というのは、パウマンの問題提起は、「再社会化」を人道的に押し進めるものであり、犯罪者を科学の実験材料にして得られる「再社会化」では決してないからである。

こうして、ここでもまた、カウフマン||パウマン的な「再社会化」概念の把握が妥当するのではないかとおもわれる<sup>(14)</sup>。

[注]

(1) 中山研一『口述刑法総論』(一九七八年)二九頁。なお参照、中山研一『刑法の基本思想』(一九七九年)一二〇―一二三頁、一四九―一五五頁。

(2) E・シュニットは、『改善』(Besserung)という言葉は、屢々誤解——刑事司法を軟弱化するというような——を生むので、用いない方がよい。『教育』(Erziehung)という言葉も、少年法の領域では問題ないが、成人犯罪者の教育ということになると問題が多いので——たとえばポッケルマンは刑罰と教育とは矛盾すると主張する——これも使用しない方がよい。

と述べている(シヨミット、前掲二〇頁)。

- (3) 原語は、*Resozialisierung* であり、「再社会化」と同義である。
- (4) アルトゥール・カウフマン、宮澤浩一訳「責任刑法と社会復帰」同訳編『刑事法学の諸問題』(一九七八年)一二五頁。
- (5) カウフマン、同右一二七頁。
- (6) カウフマン、同右一二六頁。
- (7) (8) カウフマン、同右一二七頁。
- (9) カウフマン、同右一二六頁。なお、このカウフマンの見解については、Vgl. Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl. S. 273ff.; ders., *Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, in: Jürgen Baumann (hrsg.), *Mishlingt die Strafrechtsreform?*, 1969, S. 103. 邦訳「アルトゥール・カウフマン、宮澤浩一訳「刑法典代案とラートブルフの遺産」ユルゲン・パウマン編西原、宮澤監訳『西独刑法改正論争』(一九八一年)一五二—三頁。
- (10) 反対、米山哲夫「刑事司法制度における償いの思想——贖罪、改悛をめぐる——」早稲田法学会誌三三二卷三九四頁。
- (11) ハフトの見解を紹介しよう。

彼は「再社会化は倫理的自己実践 (eine sittliche Eigenleistung) であり、ただ行為者自身だけが自己の動機からそれをもたらさう」とし、さらに「刑罰に具体化される強制が第一にこの自己実践を妨害する。」と述べる。そして応報刑による強制は悪い意志を破壊するものではあるが同時に善い意志の覚醒を妨害してしまうと考える。そこで、刑罰と強制とが互いに不可分に結び付いており、「再社会化」は、それが「自由の活動 (Akt der Freiheit)」である限り対立するものであることを自覚する必要があるとし、「再社会化」は行刑だけでなく、公判でも問題とされねばならないと説く (Friedhof Haft, *Der Schuldialog*, 1978, S. 38ff.)。注目すべき見解であるが、なお検討が必要である。
- (12) ユルゲン・パウマン、宮澤浩一訳「責任と贖罪」同訳編『刑事法学の諸問題』(一九七八年)一〇八頁。Vgl. Kaufmann, a. a. O. (Anm. 9), S. 273.
- (13) パウマン、同右一〇九頁。
- (14) 「責任」「贖罪」「再社会化」が互いにどのように機能し関連し合うかについては後に述べる。