

論 説

仏独近代刑罰権理念史序説 (一)

沢 登 佳 人

目 次

序 問題と方法

一 超越論的理念

- (a) 贖罪刑論 (ドゥ・メーストウル)
- (b) 道徳的 (倫理的) 応報刑論 (カント)
- (c) 自己否定刑論 (ヘーゲル)

二 功利論的理念

- (a) 一般予防刑 (威嚇刑) 論 (ベツカリア、ベンサム)
- (b) 特別予防刑論 (実証主義刑法学)

三 折衷論的理念

- (a) フォイエルバッハの理論

- (b) 新古典学派の理論(以上本号)
- (c) M・E・マイヤーの理論(以下次号)
- (d) ロクシンの理論
- 四 人民の敵理念
- (a) ルソーの理論
- 五 刑罰権止揚の理念的模索
- (a) 新社会防衛論(アンセル)
- 六 今日の課題と将来の展望
- 年表

序 問題と方法

前稿(「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷」法政理論一四卷二号)で筆者は、およその見当として次の事を示唆しえたと考えている。

第一に、ドイツの犯罪論体系の歩みは、フォイエルバッハよりこの方、社会体制特に公権力の構造と、それを支えまたは導く原理ないし理念としての各時代の代表的な哲学ないし思想との歩みに、敏感に対応して来た。この意味でそれは、各時代の社会体制特に公権力構造を支えまたは導く「イデオロギー」として、極めて「自覚的に」形成されて来たものである。特に、構成要件とは別に違法性を犯罪構成要素として置くか否か、違法性の意識および

責任能力まで構成要件に含ませるか否か、自由意思を責任のアプリオリな前提とするか否かなど、体系構築上の最も基本的な争いは、徹頭徹尾イデオロギー論争であった、と言ってさしつかえない。

しかるに第二に、かようなイデオロギーの形成に対して、少くとも統一刑法典制定以前——特に比較的初期の理論家例えばフォイエルバッハやルーデンに対して——フランスの刑法典およびそれを支えかつ発展させたイデオロギトとしてのフランス刑法理論が与えた、大きな影響を看過してはならない。フォイエルバッハは、ベンサム的一般予防刑論をカントの認識論および倫理論と折衷することによって限界づけ、この限界づけによってフランス人権宣言の罪刑法定主義に理論的基礎づけを施した人であるが、ベンサム理論はベッカーア理論と共に、母国よりもフランスに紹介されて大成功をおさめ、革命期のフランス刑法理論を指導し、フォイエルバッハ理論に影響を与えると共に、それにやや遅れて一八一〇年のフランス刑法典(ナポレオン法典。その後多くの点で修正されたが骨格は堅持されて現在に至る)の理念的基礎とされたものであり、カントの認識論および倫理論は、実を言うとフランス革命の指導理念となり人権宣言、一七九一年フランス刑法典および一八一〇年刑法典に対しても一半の指導原理を提供したルソーの認識論および倫理論の、一種の模倣である。してみると、フォイエルバッハの刑法学・刑法典は、いわば大革命期から帝政期に至るフランス刑法理論・刑法典と同父同腹の兄弟姉妹であり、その真意義の把握は、その家族的系譜を理解することによって初めて可能である。カントは刑罰論に関しては、ルソー理論を超越論的に改悪して絶対的応報刑論を提唱したが、王政復古期にはそれがフランスに逆輸入されて、フランス刑法理論の発展特に近代的応報刑論形成に対して重要な理論的素材を提供した。七月革命による復古王政の崩壊、ブルジョアジーにかつがれたルイ・フィリップの七月王政の開幕は、刑法史的には、カントの絶対的応報刑論およびそれと相携えて復古王政の刑罰権の理念的支柱となったドゥ・メーストゥールの贖罪論における超越論的正義の行き過ぎを、

刑法典^{ドイツ}本来のベンサム功利論的・相互制肘させることによって抑制し限界づけ、その結果、刑罰を犯罪および犯罪者の悪さ（違法性および悪性）とその悪さに対する犯罪者自身の自由意思に基づく責任とに比例させることを主張する、フランス新古典学派^{エコール・ネオクラシク}の登場と制覇の時代の開幕であった。新古典学派によって、いわゆる近代的応報刑論の基礎が確立されたのであるが、これは以上の如く、それに先行する仏独諸刑法理論の総合・折衷の産物に外ならないのである。そしてこの理論は、形成されるや直ちに、ドイツ刑法理論の発展に対して大きな衝撃を与えた。復古王政の崩壊は、ドイツの領邦君主らをして、フランスの新国家社会体制従ってその枠組とその理念的基礎とを形造る法および法理論に対する強い警戒心を抱かしめ、その警戒心は、フランスの新動向と呼応するドイツ国内の法学者たちの自由な発言を牽制し限界づけはしたが、フランス法・法理論の中から近代国家建設の目標・教示・示唆ないし少なくとも刺激を汲み取ろうとするドイツ法学者たちの熱意を圧殺することはできなかった。その痕跡を、前稿では、ルーデンによる違法概念の導入およびそれを引き継ぐ形でなされたベーリング^{ベリン}マイヤーのいわゆる古典主義新派の（構成要件・違法・責任という）三分的犯罪論体系の構築の中に、見たのである。

思うに、フランス近代刑法・刑法理論を視野の外に置いたことが、ドイツ人自身の、従ってまた現今の日本人の、ドイツ近代刑法・刑法理論史を、甚だ一貫しないものにして根本理由である。第一に、フォイエルバッハの理論史的な位置づけがはつきりしない。近代的罪刑法定主義に明確な理論的基礎づけを与えたという点で、近代刑法学の父などと持ち上げられているが、それにしても彼の一般予防刑論や（絶対・相対および客観・主観という）四分的犯罪論体系と、ベーリング^{ベリン}マイヤー以来今なお通説的地位を保ち続けているいわゆる古典主義新派の近代的応報刑論や三分的犯罪論体系とは、直接対比させると殆ど一致点や対応点が認められない。何か中間項によって媒介させないと、両者は理論史的に巧くつながってくれそうもない。しかし、両理論の中間に介在する時期す

なわち一九世紀初頭から二〇世紀初頭へかけての、近代法・絶対主義的統一国家の形成・完成期は、通常、ヘーゲル学派やビンディング流実定法主義学派の隆盛期と言われており、この学派の理論たるや、前稿で述べたようにフオイエルバッハ理論とはおよそ対蹠的であつて、むしろ後者に敵対しこれを否定する形で形成されたものである。(ヘーゲルが、フオイエルバッハ理論は犬を棒で追うもので、犯罪者を人として遇する道でない、と批判しているのは、有名な話。)

また、この中間期の後半一九世紀の終り頃から、いわゆる実証主義学派が抬頭するが、その性格責任論・特別予防論は、むしろフオイエルバッハの勁敵であつたグロルマンの直接の後継者である。だとすると、フオイエルバッハは近代刑法学の父かもしれないが、彼の遺伝子を伝えるただ一人の實子も持ちえなかつた無精子症の父であつて、彼とは似ても似つかぬ多くの養子ばかりを養ひ育てた不幸な父親だつた、ということになる。第二に、ペーリングマイヤーの古典主義新派理論の出生の秘密が全くわからない。それは、それ以前に支配的または有力だつたヘーゲル学派、実定法学派、実証主義学派のいづれとも対立し、それらを否定し克服する理論として、中間期の終り頃すなわち絶対主義末期からワイマール共和国の時代にかけて突然刑法史の檢舞台に登場し、登場した途端にそれまでの主役たちを押しつけて主役となり、舞台の真々中で大見栄を切つた所から見て、さぞかし由緒正しい家柄の御曹司で、初舞台まで十分な研鑽を積んで来たのかもわからない、と想像されるのだが、それにしてはその父親・師匠の誰なるかが皆目わからず、どこでどう修業して来たのかもわからない。それとも、生まれた途端に完成の域に達しているお釈迦様のような奇蹟の理論なのであろうか。この疑問に答え、フオイエルバッハと古典主義新派とをつなぐ媒介項として、フランスの古典理論(ルソー、ベツカリア、ベンサム、カント、ドゥ・メーストルら)および新古典学派を持つてくること、そしてフオイエルバッハとそれらとのいわば同族的な理論的關係、ルーデンにおける新古典学派のドイツに対する重要な影響およびルーデン的違法・責任理論がペーリングマイヤー理論の直接の

源流となった事実を指摘することによって、一見奇蹟の如き古典主義新派出生の秘密——それがまぎれもなく近代大陸刑法の嫡流中の嫡流である所以——を解明するための根本着想を示すこと。それが、前稿の中心課題であった。

フランスの刑法・刑法理論史と一体のものとしてドイツのそれを考察しなかつたことは、ドイツ∥日本の刑法学者に、ドイツ∥日本刑法・刑法理論の歴史とそのイデオロギー的意義（刑法理論の本質は正にそのイデオロギー性に在るのだから、結局刑法理論の根本的意味）とを理解する道を鎖して来た。ドイツの刑法学者がその点如何に無理解であつたかは、例えば、故意過失を構成要件従つて不法の要素とする目的々行為論に反対して、メツガーが、「どうしても押しつけることのできない何百年來の言語的慣習が、故意を人格的帰責の一形式と解し、従つて不断に責任のメルクマールと解して来た」と強調しているのを見てもわかる（Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1949, S. 25）。前項および前々項（「フランス犯罪論に学ぶもの」法政理論二三巻三号）で指摘したように、何百年どころかたった百年ほど前のフォイエルバッハやルーデンでさえ、決して故意過失を責任の形式だとは言っていないし、フランスの刑法理論に至つては、今日なお一貫して故意過失を明確に責任から区別し続けている。ドイツでは刑法学の最高権威者も、刑法理論史の全く初歩的な知識に欠けていることがわかる。事情はわが国でも同じである。否、より深刻である。近代法継受の際、フランス法を学んだ人とドイツ法を学んだ人とが対立・競争し、結局後者が前者を排除したいきさつから、フランス刑法の理論水準はドイツ刑法のそれに比べて低いという宣伝文句が、次第に学界に定着して行つたからである。例えば小野清一郎は言う。フランスでは「国家的法典の権威は絶対的なものとき、司法においてそれを形式的に適用することにより、市民の自由を確保することができると考えられた。そこからフランスの註釈学派によって代表される形式的な法律学を結果したのである。」これに対しドイツでは「理論的な体系の構築を試みることにより、近代の市民生活における實際の必要に応ずる法律規範を見出そうとし……そこ

から、註積的なフランス法学には見られない、すぐれて理論的な法律学を生産することができた。……刑法学ではビンディングの刑法理論を挙げべきである。……ドイツの理論的な法律学は、現在においてもなお高く評価されているし、またされなければならない。」「法律思想史概説(一粒社・昭和三九年)」「一三六―一三七頁」

フランス刑法理論に対するかかる根本的全面的かつ完全な無知の表明が、文化勲章の受章者であり刑法典改正の理念的指導者でもある最高権威者によってなされて憚らないこと、しかもその無知が、任意のフランス刑法教科書の任意の数頁をパラパラめくっただけで直ちに解消する本当に初歩的な無知であること、そこにわが刑法学の悲しき現実が浮彫にされている。「国家的法典の権威は絶対的なものとされ、司法においてそれを形式的に適用することにより、市民の自由を確保することができる」社会の到来を夢見たのは、モンテスキウであるが、葡萄酒の醸造販売と高等法院の法官職で優雅に生活していたブルジョア男爵の甘い幻想(モンテスキウはランベール侯夫人に送った手紙の中でこう言っている。「わたくしはこれまで、かなりうまく土地を賃貸してきました。全部で二万九、〇〇〇リーヴルの地代が支払われるので、国王の保護も受けないし、それは父たちからの世襲財産なので、きれいな所得です。)(世界の名著28モンテスキュー、中央公論社、「一八頁」)一七二六年絶対主義の最安定期のことである。は、大革命後の厳しい階級対立の現実によって破られ、帝政と復古王政とを通じて国家的法典の権威と市民の自由との、七月王政以降はブルジョア法典と人民の自由との根本的な矛盾対立が誰の眼にも明らかとなったから、前項でも既にその一端を示したように、重罪法院の陪審員・軽罪裁判所の裁判官・検察官・予審判事は、法典が明らかに有罪・起訴・付公判を命じている場合にも好んで無罪・不起訴・予審免訴を言渡して、彼らが決して法の形式的な適用者にはとどまらないことを示し、法律家・法学者は、議会で講演で著書の中で、そのことを裏づける高遠な哲学的または実証的な理論の構築に忙しかつたのである。前稿末尾に挙示し本稿でいづれ紹介する平野泰樹の新古典学派の責任論・刑罰論に関する論稿を説

み、そこに引用され解説されているこの派の代表的諸学者の刑法教科書における議論を聴いて、一体誰がそれを註釈的・形式的で低水準の理論と考えるであろうか。誰がわが身を省みて自らの理論水準の低さを恥じないであろうか。以上と並んで、犯罪者の社会復帰のための刑の柔軟化を目指して、理論と制度との両面から継続的な努力がなされ、賛否は人によって異なるが一面法制度をモンテスキウ的罪刑法定主義からそれさせ、他面犯罪と刑罰とに関する理論を深め広汎化し複雑化して来たことも、忘れてはならない。それに基づいて今日フランスの刑事手続法は、量刑のための被告人に対する社会—心理学的調査を裁判官に義務づけ、刑の執行を柔軟化して犯罪者の社会復帰を効果的ならしめるため刑罰適用^{ジュリユクワフシヨウ}事を置いて、裁判官に量刑と行刑とに対する大きな裁量権を与えているが、これは、一八一〇年刑法典制定当時は裁判官の恣意が警戒されたのに対し、今では全く逆に裁判官の介入こそ個人の自由の最善の保障と考えられている（これに反し行政機関、陪審および専門家（その科学知識の正確さ）はあまり信用されていない）からである（Stefani-Levasseur, *Droit Pénal général dixième édition*, Dalloz, 1978, No. 361. 沢登ほか訳「フランス刑事法〔刑法総論〕」成文堂三〇四頁）。

かくて、フランス近代刑法理論は法典の形式的適用だけを事とする理論的水準の低いものである、従って当然水準の高いドイツ近代刑法理論の形成には全く無関係だったに違いない、という小野流の謬見と独断とから眼醒め、前稿の所論を更に竿頭一步進めて、仏独近代刑法史・刑法理論史を、特に刑法のイデオロギー性の中核をなす刑罰権を基礎づける理念の変遷に焦点を置きつつ、緊密な有機的連関において考察し、それによって第一に、各時代各国家における近代大陸刑法・刑法理論の本質的な意義、すなわち各理論が支え導きまたは批判し攻撃した国家社会体制特にその階級権力構造とその支持・指導・批判・攻撃の射程・効果および価値とを見定めること、そして第二に、その史的変遷の理論的ダイナミクスの中に現代仏独刑法・刑法理論を位置づけたときに、その各々が如何なる

本質的意義において立ち頭われるか、またそれが社会体制の如何なる変革とそれに対応する刑法・刑法理論の革命とを予告し目指しかつ惹起しうるかを明らかにして、現代刑法学の本質的課題の自覚とその課題を果たす方法の発見とに資すること、これが本稿の解こうとする問題である。

この問題を解くための根本的視点はすでに述べおわったが、解くための基本的方法として、筆者は次のような方法を採用する。すなわち、まず、仏独歴代の刑罰権理念を超越論的理念、功利論的理念および両者の折衷論的理念に三大別し、そのようなものとして各理念の内的論理構造を説明することを通じて、それが如何なる国家社会体制・階級権力の要請に答えているのか、または如何なる体制・権力変革の要請に答えようとしているのかを一般論として明らかにする。次に、それら各理念を編年史的に配列してみて、それらの各々に対して現実にその時代の体制・権力からさし向けられた要請またはその時代の体制・権力を変革しようとする要請が、右の一般論と正確に合致することを確認する。刑罰理念三大別の意味と根拠とは、拙著「権力止揚論(大成出版社、特にその一六八―一七五頁。拙論「権力止揚論」(『法政理論一〇巻二号』、(一)〔同一三巻一号、特にその五二―六〇頁〕も同じ。)」で詳論したから参照して頂きたいが、そこで述べたように、刑罰権を基礎づける理念はどうひねくつても超越論、功利論または両者の折衷論以外には在りえず、古今の実定刑法を現実に基礎づけ、近代刑法学が理論的に精緻化して見せた所のすべての刑罰権理念は、例外なくこの三分類法によって明快に整理されかつそれぞれの内的論理構造を適確に説明されるのである。そしてそのことは、以下この三分類法に基づいて仏独近代刑罰権理念を實際に整理し説明することを通じて証明されるであらう。

一 超越論的理念

超越論とは、個別・特殊・一時・有限・相対の可感的存在者——人間各個人もその一部——の存在と區別される何らかの全一・普遍・永遠・無限・絶対の存在者（超越者）の現実存在を主張すると共に、この超越者は普遍妥当的・絶対的な価値すなわち真善美それ自身であつて、可感的存在者従つて人間各個人の事実としての存在を価値的に測る（評価する）普遍妥当的・絶対的な尺度であると同時に、特に自由意思的存在者として自己の意思により価値的に優れた行為または価値的に劣つた行為をなしうる人間各個人に対しては、その尺度に照らして価値的に優れた行為をなすべし、劣つた行為をなすべからずと命じる^{ソレ}當為として現われる、と説く思想である。人間各個人は自己の自由意思によつてこの命令に従ふことも背くこともできるから、その従つたことまたは背いたことは紛れもなく彼個人の創り出した事であり、それ故に彼の人格にかつ彼の人格のみに存在論的根源的に帰属する。自己が創り出した事の自己人格へのこの帰属が、その事に対する自己の責任である。超越者は個人に対し、命令に従ふことを望み（在らしめよう・在らざらしめようと欲し）背くことを望まない（在らしめまいと欲する）から、命令に背く行為を、その行為が帰属する個人人格と諸共に否定しよう（在らしめまい・在らざらしめよう）と欲する。この人格否定が、その行為につきその行為者人格の責任を問ふこと、彼にその行為の責任をとらせることであり、責任をとらせる手段としてのその人格否定が処罰（ばちを当てること）である。

法を何らかの意味で超越者の命令の表白と解するならば、法たる命令の違反に対しては、超越者は、違反者に責任をとらせる手段として違反者の人格を否定する処罰を行なわなければならない。命令の違反が違法行為・犯罪で

あり、違法行為者・犯罪者の人格否定たる処罰が刑罰であるから、このとき刑罰権は超越論によって理念的に基礎づけられたことになる。

上記の理論構造に含まれているように、超越論的刑罰理念は、犯罪者に犯罪行為の責任(応答。Verantwortung, *responsabilité*)を問うための(犯罪行為につき応答させうるための)前提として、犯罪者が彼自身の自由意思(*Willkür, libre arbitre*)に基づいて犯罪行為をなしたこと、そのことに基づき犯罪行為を存在論的根源的に犯罪者個人の人格(Person, *personne*)に帰属せしめうること(負帰・負帰可能性。Imputation, *imputabilité*)を要求する。その限りで刑事責任は自己責任・個人責任・意思責任である。ただし、この場合自由意思は、犯罪行為に向けられたときには超越者の意にかなわぬものとして窮極的に否定されるのであるから、超越者が認める限りにおいて存在を許される自由意思、つまり積尊の掌上を飛行する孫悟空の自由に過ぎず、個人の完全な自律(人民主権の基礎理念)および独自個性的で絶対にかげがえなき価値的創造主体としての尊厳性(人権の基礎理念)の根拠たる、現代法的自由とは、明確かつ根本的に異なる観念であることに、注意すべきである。とは言え歴史的に見ると、超越論的自由概念は現代法的自由概念の萌芽・源流・母胎となった。刑法史においても、キリスト教超越論特にトマス・アクイナスの自由意思論は、直接ルソー||カントおよび新古典学派の責任理論に連らなり、後者を介して現代の新社会防衛論に流れ入っている。

さて、仏独近代刑法史に登場した超越論的刑罰理念には、次の三類型が区別される。

(a) 贖罪刑論(ドゥ・メーストゥル)) 法をキリスト教的超越神の命令、犯罪を神の命令の違背・神の冒瀆・神の清浄さを穢す行為、刑罰を犯罪者に対する神の怒り・神罰・犯罪の不浄が帰属する不浄な人格の否定による魂の救済すなわち罪のあがないによる消滅ないし神が忌む汚れの浄化と解し、神の権威によって刑罰権を基礎づける

理論である。法制定権力を神に由来せしめる神權的絶対君主制国家のイデオロギーとして最適であることは、一見して明らかである。近代におけるその代表者はドゥ・メーストール (Joseph de Maistre, *Essai sur le Principe générateur des Constitutions politiques de 1810, dans son opuscule sur le Pape, de 1810, et dans ses Soirées de Saint-Petersbourg. Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3^e édit., 1947, No 53* による) である。彼は、ボシユエ (Bossuet, *Politique tirée de l'Écriture sainte*) に倣って、主権者 (君主) は神の委任によって権力特に刑罰権を行使する所の、地上における神の道具に外ならないと主張し、刑罰権の行使は神の命に背く一切の行為に、従って社会的モラルでなく個人的かつ宗教的なモラルに対する違反例えは神を冒瀆する言葉や異端の説にも、及ぶべきである (Lettres à un Gentilhomme russe sur l'Inquisition espagnole) と説き、王権が瀆聖罪処罰、国王押印書 (手續抜きで不定期間人を投獄せしめる) の復活および出版犯罪に対する重罪法院に代わる輕罪裁判所 (陪審に付されない) の管轄を実現するための指導理念を提供した (Stefani-Levasseur, *ibid.*, No 72. 前掲邦訳三七頁)。かくて彼は、ボシユエが二百数十年前その王權神授説によって理念的に基礎づけたのと同じブルボン家の絶対君主権特にその刑罰権を、ボシユエと同パターンの超越論によって基礎づけたのである。時代が変わっても、階級権力の性格と構造とが変わらなければ、それを基礎づける理念の基本構造には全く変化が見られない、ということの、典型的な例証である。法理論が、それ自身のかつそれ自身だけの何か或る純粹に内在的な論理必然性に従ってひとりで發展し、自己変革を遂げ、歩一歩真理に近づいて行く、という幻想を打ち破るのに、最適の実例と言えよう。

論理の行き着く所、ドゥ・メーストールは、神の摂理は無謬であるから、神の道具である地上の裁判も謬ることはありえないのであって、たとえ弾劾された罪については確かに無実と思われる人が罰せられようとも、実はその

人は見えざる摂理に導かれて、実際に彼が犯した別の罪の報いを受けたか、それとも先祖の犯した罪の報いを受けたのである、と説くに至る。正義は応報であるが、摂理たる神的応報は、必ずしも個人的応報たることを要せず、個人責任・自己責任を必然とはしない。アダムとイブの原罪思想を根底に持つキリスト教的摂理は、古代的・中世的な団体責任・連坐の思想と、完全には手を切っていないからである。

さてしかなしながら、階級権力そのものの性格・構造は互いに似ていても、それに依存しそれを支えつつ同時にそれと拮抗しそれに反撥する對抗階級、両階級間のその依存・支持・拮抗・反撥の関係とそれを主軸とするいわゆる生産関係(階級間分業機構)およびそれら縦的分業機構をそれぞれの内部構造として持つ所の各種産業機構間の横的分業機構(産業間分業機構)たるいわゆる生産力の総和としての、社会体制(社会分業機構)の全体的性格・構造が異れば、それぞれの階級権力を基礎づける法理念が当該権力を安定・強力ならしめる方向へと社会体制に働きかけうる力の射程・効果および価値は、しばしば全く異ったものとなる(社会の土台をなす社会分業機構の構造およびその運動と変革とのダイナミクスについては、拙著「存在と文化(風媒社)」第三巻第一章を見よ)。ボシュエ理論がルイ一四世時代のフランス絶対王権を安泰ならしめたのと同じ力を、ドゥ・メーストル理論が発揮しえず、ボシュエ理論が当時の社会体制において果たしたある程度進歩的な役割に対するある程度肯定的な歴史的評価とは逆に、ドゥ・メーストル理論に対しては反動的・時代錯誤的という否定的な歴史的評価が加えられるのは、農業と商工業との各機構における階級関係が、両人の時代の間、それぞれ農奴制およびギルド制から脱皮して近代化すると共に、各産業機構の生産力も飛躍的に増大して統一的な商品経済機構の中で緊密な産業間分業の関係で結合するに至り、かつ両産業機構が生産力の中で占める比重にも相対的に大きな変化が生じたこと、一口で言えば、社会体制の全体が農奴制||封建制から資本制||民主制へと大きな変化を遂げて来たことの、必然的結果である。ドゥ・メーストル

ル理論に対するそのような評価と、その評価に基づいてその理論を功利論との折衷・相互制肘により克服・止揚せんとする理論的努力が、新古典学派において結実すると同時に、時代錯誤の神授王権から資本制により適合し民主制をより推し進めた七月王政への階級権力の変革（一八三〇年）を促し、更に一八四八年の二月革命によるブルジョア共和政実現への理念的推進力となつて行つたのであるが、これについては後程再説する。

(b) 道徳的（倫理的）応報刑論（カント）（贖罪刑論における超越者は宗教的超越者すなわち神である。不可感の全一・普遍・永遠・無限・絶対の現実存在者である超越者は、論理的には、個別・特殊・一時・有限・相対の可感的身体と個性的精神（人格）とを持つ人間個人のように、身体と人格とを持ちえないはずであるが、宗教的超越者は超論理性を本質とし、論理への違背を物ともせず、超越者でありながら何らかの身体または人格を、時としてその両者を、持つものと解されている。人間は感覚的かつ論理的にしか事物を認識しえないから、そのような超越者の在り様は人間の想像を絶しており、人はしばしばそれを「形而上学的」と呼ぶ。カントは、かような見方から、超論理的な超越者の認識としての形而上学的認識というのは形容矛盾であつて成り立たぬと考え、形而上学的認識能力すなわち純粹理性に対する批判的考察（「純粹理性批判」）を著わし、感覚所与を、そしてそれだけを、感性の形式と悟性の範疇とに当てはめ、論理法則に従つて構成する外に、認識の方法を知らない理論理性は、形而上学の実在すなわち超論理的超越者たる神を認識しえないこと、従つてそのような認識を事とする従来の形而上学は、学としては成り立たないこと、を明らかにした。

ところでキリスト教世界では、道徳はすべて窮極において神の命令に帰着すると考えられているので、神の否認は道徳の根拠を奪うことである。神を認識しえぬとすることは、直接神を否認することではないが、道徳の根拠を認識しえぬ不確実なものとするこゝによつて、人間の道徳意識を危殆におとしされる結果を招く。神の存在を前提

してそれから道徳を導き出すと、人間理性の能力では神の存在は本来認識できないのであるから、そういう結果に帰着せざるをえない。理性のみが信頼され非合理的な信仰への懷疑が昂まったカントの時代は、正にそのような道徳意識の危機の時代であった。この危機を救うには、神から道徳を導くのでなく、逆に道徳から神を導く以外に手がない。その手を実行に移した「実践理性批判」によれば、アプリアリな道徳法則の存在がまず理性の事実として確認される。この法則はアプリアリだからあらゆる経験的制約を超え、それ自身の内的必然すなわち自由意思にのみ基づいて端的・無条件的に「かく在るべし」と命ずるいわゆる定言命法である。つまり、「東大に入学したければ(条件・仮定)死にもぐるいで勉強せよ」とか「のんびり青春を享受したければ新潟大学を受験せよ」とかの如き条件つき価値命題たる仮言命法でもなく、「青春を犠牲にして東大に入学するか、新潟大学に入学して青春を満喫するか(比較衡量)どちらかにせよ」の如き選択的価値命題たる選言命法でもなく、「真理を求むべきが故に真理を求めよ」の如き、結論がそのまま理由である所の、条件を付けえず選択を許さぬ断定的な価値命題である。ただしそれは普遍妥当的な規範を定立せんとする意思であるから、無原則無基準ではなく、「その意思の格率が普遍的立法(規範定立)の原理として妥当する」ことを根本的基準として成り立つ価値判断である。仮言命法は条件とされる(東大入学とか青春享受とかの)目的設定が、行為者にとって経験的かつ主観的な快楽の追求であり、選言命法はさような複数の快楽の経験的かつ主観的な比較衡量の要請であるから、いずれも功利的実践基準すなわち功利論道徳である。経験的に制約されかつ主観的であるから、自律的かつ普遍妥当的な規範たる道徳法則の資格に欠ける似而非道徳だとして、カントは激しくこれを排撃する。真の道徳法則は自己の内的必然すなわち自由のみに基づく(カントはこれを「自由は道徳法則の存在根拠だ」と言い表わす。)ものとして自律であり、その普遍妥当性は、その内的必然すなわち良心の声そのものが価値法則的必然すなわち普遍的立法の原理であることによって、保

証されている。かように普遍妥当な自己に内在する価値必然法則に従うことによって自由である所の意思こそ、ルソーのいわゆる一般意思である。ルソーが、各個人意思に内在する一般意思を発見し、これを法として定立し、各個人がそれに従うことにより、外的強制力としての権力の支配（不自由）を免れ、法に従うことがとりもなおさず各個人自身の意思に従うこと（自律）に外ならぬ所の、真に自由な法社会を構想した（「社会契約論」）のを学んで、ルソーの忠実な弟子カントもまた、各個人自身の意思にその内的価値必然法則（定言命法）として内在する良心の声・一般意思・つまり彼の考える道徳法則そのものを、法として定立しようと試みる（「法論の形而上学的基礎論」）。

かかるものとしての道徳法則は、超経験的すなわち不可感的で、アプリアリすなわち時空的直観形式の制約（特定の時および場所に在ること）を超えて永遠・無限かつ論理的悟性範疇の制約（原因結果・理由結論・条件帰結の形式で示されること）を超えて全一・普遍・絶対であるという意味では、一種の超越者であるが、可感的身体と個性的精神とを持つ人間各個人の実在する意思に内在するものとしては、人間各個人の現実的な存在仕方それ自身に外ならず、その意味では超越者とは言えない。別の言い方をすれば、それは、人間各個人における内在としての超越者である。そして人間各個人は、自己自身のうちにかかる超越者を内在せしめていることによって、尊厳なのである。この意味で、以上に解説した限りでのルソー＝カント理論は、古聖人が発見した個人人格の自由と尊厳性とを再確認すると共に、古聖人が果たしえなかつた所の、この理念を法秩序創造の基本原理（各個人の自律と基本的人権）とする試みの実現であったと言いうる。（以上については拙著「権力止揚論」、特にその六七～七八頁、九一～九九頁、一五一～一五八頁に詳しい解説がある。）

カント理論が、もし以上の如き論理構造にあくまで忠実であったならば、「権力止揚論」が挙げてその証明に献

げられている如く、それはその論理必然的帰結として、一般意思の確認としての法定立のために、権力による法源(従ってそれに基づいて認識される法)の定立および強制という手段を用いることを否定するに至ったであろう。そして、権力中の権力、権力の实力的支えである刑罰権の否定に至ったであろう。権力による法の定立と強制、特に刑罰の執行は、必然不可避的に法を一般意思から乖離させ、法の規律を法成員各個人にとっての他律たらしめ、従ってその尊厳(人権)を犯すからである。(この点につき「権力止揚論」、特にその一〇五―一二四頁、一六三―一八四頁、三三三―三三七頁を参照せよ。)

カントが道徳的応報刑を主張し、近代的応報刑理論の出発点に立ちうるためには、それ故、以上に概観した彼本来の法―道徳論の論理を、どこかで歪曲することが必要であった。その歪曲の発端を、カントは師ルソーの誤謬を踏襲することにおいて見出した。

道徳法則が真に超功利的であって、道徳行為は如何なる快楽も幸福も求めず(カントは「実践理性批判」で言う、幸福になるために道徳的であろうとするのは絶対的に間違っている、と)、ただただ「なすべきが故になす」ものであるならば、その報いは本来的に「なすべき行為をなしたこと」自体に存しているはずである。つまり、「(普遍妥当的に)善いことをしたのだから(本人にとっても)善かった(幸福だ)」と言えば足りるのである。従って、善いことをしたことの結果として不幸になったとしても、よしんば命を失ったとしても、なおかつその人は善いことをしたから善かったのであり、不幸になったこと、命を失ったことを嘆いたり憤ったりする必要はない。結果として不幸になったことは、道徳的評価に関わりなき単なる事実にすぎず、痛で死んだり隕石に当たって大怪我したりするのと同類の事故にすぎないのである。これが「朝ニ道ヲ聞カバタニ死ストモ可ナリ(論語 里仁)」
「もし人壽百歳なるも最上法を見ずんば、一日生きて最上法を見るに如かず。(法句経)」
「まず神の国と神の義と

を求めなさい。……だから明日のことを思いわずらうな。明日のことは明日自身が思いわずらうであろう。(「マタイ伝」六章31〜34)」であるが、聖人ならぬ只の凡夫でも、状況如何ではしばしばそれを実践しているのであって、例えば難破して救命ボートにあと一人しか乗る余地がない時、余命幾ばくもない老母を乗せて春秋に富む子供が進んで命を捨てるのは、それが一般意思・定言命法・愛に殉ずる道であって、一般意思・愛を内在せしめているその子自身にとって「善いこと」だからであり、死んだ後で世間や神様から褒められたいからではない。命を捨てるのは難しくとも、上役に睨まれるのがわかつていながら直言して真理に殉じ、ブスの社長令嬢をふり美人の掃除婦と結婚して美に殉ずることぐらいなら、実行している人はゴマンという。だからこそ、超功利的道徳法則のアプリオリな存在は、カントの言う如く、厳然たる理性の事実なのであって、功利論者や唯物論者が誤って非難するように、単なるロマンでも感傷でも偽善でも階級的洗脳によって形成された心理的条件反射にすぎないものでもないのである。

そうであるのに、突如ルソーと共にカントは言う、道徳的であれば必然的に幸福になるとというのが最高善の最上制約であるが、この理想は感覚世界・この世では決して完全には達成できないから、その達成のため実践理性・一般意思は、死後も靈魂がかの世界で生き神によって生前なした善行・悪行それぞれの報いを受けること、善行者は幸福に悪行者は不幸になることを、この意味で神の存在と靈魂の不死とを、「要請」するのだ、と。古いカトリック教義の中に見出されるこの陳腐な空想を新たな理論的装いの下に蘇らせることによって、カントは、神々人格的超越者を認識するのではなく要請するという方法で、彼がその初心として望んでやまなかった新しい、理性の批判に耐えうる、学としての形而上学を打ち樹てたと信じた。だが、目的意識に引きずられて、彼は、自己本来の論理をへし曲げたことに気づかなかつた。報いを目的として先取りするか、それとも結果として後で要求するかの違い

は、時間的前後が絶対的な意味を持つこの感覚世界・理論理性の認識領域でのみ有意味たりうるのであって、それを越えた一般意思・自由・定言命法・愛の世界、実践理性すなわち道德法則の支配領域では、全く存在しないのである。実践理性・道德の観点からは、どちらも、カントがあれほど排斥してやまぬ功利論的実践原理にすぎないのである。真実の論理においては、実践理性・道德意識・一般意思・良心は自己の内的必然に従うことにおいて自足しており、自己自身の外に何らの存在根拠をも要しないのであるから、古い形而上学への不信による道德意識の解体を救うためだけならば、道德法則とその存在根拠である自由とのアプリアリな存在を、理性の事実として確認すれば十分だったのだ。惜しむらくはカントは、古い形而上学の先入観から、神と一对でなければ道德は存在しえないと思ひ込んでいたので、各個人の自足的な道德意識・一般意思・良心の外に、その内在的法則必然的な要請だといつわって、在りもしない理想・最高善の最上制約、その実体は利益と善とを結びつけねばやまぬ功利論道德の要請を認めてしまったのである。かくて道德は再び新たな形で神的超越者と結合し、道德的要請は宗教的要請と一致する。すなわち、道德は、この世の行いに対する神的超越者の裁きによる応報を要求する。そして、本来の論理からすれば否定されたはずの権力、神の絶対的な裁判権と刑罰権とおよびそれを強制力の源泉とするという意味で他律的な道德法が復活する。

しかしそれだけでは、神自身の権力、神自身の裁きと処罰とが要請されているにとどまり、神に代わってそれをこの世で行使し実行するこの世の権力、この世の裁きと処罰とが要請されているわけではない。一般意思は、未だこの世における権力、刑罰権の存在を要請してはいない。権力止揚を論理の必然とする一般意思論の眞の創始者であるルソーは、さすがにこの所で立ちどまる。彼は、神によるあの世での裁きを、国家権力が神に代わって此の世で実行しろ、などという、ポシュエドゥ・メーストゥル流の権力神授説まがいの主張はしない。そう主張したの

では、各個人の一般意思にのみ基づくべき権力と法とが、各個人を他律的に支配する絶対権力になってしまい、「社会契約論」の初心・真髓・魂すなわち「各人がすべての人々と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由であること」に反する結果となってしまふからだ。そこで後に改めて見るように、ルソーは刑罰権に対し（それが必要だという先入観を捨てえなかつたので）全く別の理念的基礎づけを考案した。エピゴーネンの悲しき、カントは創始者の真の思い、その思想の真髓・魂を完全にわがものとしてはいなかつた。彼は、ルソーが決して思いつくはずのなかつたあのアホな着想にとびつき、その親近性によつてドゥ・メーストゥルと並んで復古王政の刑罰権を基礎づけるイデオログとなつたのである。かつカントの名声と権威およびその思想の近代性は、古色蒼然たるドゥ・メーストゥル理論にあき足らぬ人・反撥する人をも納得させる力があつたから、復古王政にとつても両理論の併用は好都合であつた。

そのいわゆる絶対的応報刑論そのものは人口に膾炙しており、分量も少ないので説明を省き、容易に手に入る名訳によつて直接参照されることを希望する（加藤新平訳「法論の形而上学的基础論」法論の第二部公法、第一節国家法（『世界の名著32（中央公論社）四七二〜四八一頁』）。その中でカントは、彼岸への要請がなぜ此岸へも、法の世界へも要請されねばならぬかを、全く説明せず、それは当然の事のような顔をして、ただその要請が反功利的なる所以を必死に説明するにとどまる。しかし、無謬であり絶対的正義であることを要請された神ならばまだしも、必ず誤り必ず正義に反するこの世の権力者が、その誤れる判断で作つた誤れる法に誤り照らすことによつて、どうして神の裁きを代行することが可能とされるのか。それが不可能で、この世に悪がはびこり善が迫害されているからこそ、実践性はあの世での神の裁きを要請したのではなかつたのか？ 前述の如く、ドゥ・メーストゥルはその疑問に対し、この世の裁きはそのものとしてはたとえ誤つていても、全智全能の神の目には明らかで人の知らぬ被告人の別の罪

または彼の先祖の罪を、神に代わって裁いているのだから、真実には常に無謬である、という解答を用意していた。しかし、単なる理性の要請にすぎぬカントの神には、神の眼にのみ明らかで人の知らぬ、従って理性の要請ではありえない所の、撰理は存しえない。彼は、答えようにも答えるすべを知らないのだ。

そこで最後の手段として彼は前後との論理的脈絡無しに、突然タリオの法理を持ち出す。彼によればこれは、正義の秤が被害者と加害者との受ける害の均等によって釣り合うことであるが、同じ釣り合わせるなら加害者が被害者に与えた不利益を加害者が被害者に与える同等の利益と釣り合わせる民事的正義||損害賠償の方が功利論的見地からみれば遙かに価値がある(両当事者いづれにとっても有利である)のに、なぜわざわざ反価値的(両当事者にとって不利なるのみか、被害者だけが損すればすむものをわざわざ加害者にも損させて不利益を二倍にする)方の釣り合わせ方を用いねばならぬのであろうか。この疑問には直接答えないでカントは、「他人に対する加害は自分に対する加害だ」という論理を持ち出す。このままではわかりにくいから普通の言い方になおすと、「汝より出でしものは汝に還る」ということであろう。本邦で「天に唾する」と言うのと同旨である。この理は、「個人がその自由意思に基づいてなした行為は、その人個人の人格に存在論的根源的に帰属する。」ということ、それに基づき「個人は、自己の自由意思的になした行為につき存在論的根源的に責任を負う(応答する)存在として、人格である。」ということとはほぼ同趣旨であって、この意味の自由、帰属性および応答性の観念は仏独前近代刑法の中で発生し整えられ近代刑法に受け継がれ、フランス刑法学では今でもやかましく論じられているものである(平野論文では、新古典学派がこれらの観念を仔細に分析したことが紹介されているが、筆者もいずれ、前近代刑法から通して、これらの観念の史的変遷を追ってみたいと思っている)。タリオの法理は近代法に受け継がれたかのような観念の濫觴であり、自由意思||人格の本質・構造を基本的に正しく言い当てており、カントの自由意思論とも論理的に整合するので、

カントがこれを援用した気持はわかるように思う。しかし、タリオの法理は、近代法の責任観念と同様、正当なテ
 ーゼを超過した意味内容を含んでおり、かつ責任を負うことと刑罰を受けることを同一視させることによって刑
 罰を基礎づけているのは、実はその超過した部分なのである。すなわち、自由意思的行為の行為者人格への帰属と
 それに基づくその人格のその行為に対する応答（つまり、その行為をやりつ放しにしておいてはならず、常に想い
 出し正面から見つめ、その行為が自己につきつける課題を引き受け果たすことを通じて、その行為をなした時の自
 己を乗り越えて人格的に発展するという、人格的義務の自覚。犯罪行為を犯したなら、それを見つめ反省すること
 を通じて犯罪時の自己人格を超出して立派な人格に発展するという義務の自覚。）としての責任の引き受けは、自
 由意思的行為は人格の存在論的根源的現実なのであるから、人格として自由意思的行為をした以上、本人の好む
 と好まざるとにかかわらず、責任は必ず引き受けざるをえないのであって、たとえどんなにそれを避けようとして
 も、避ける道は存在しないのである。行為の報いはその行為自身の中に在る、という前述した超功利論道徳、すな
 わちカント本来の立場は、つまりそのことなのである。人は自己の自由意思的行為についての責任を存在論的根源
 的に、つまり本来的に、はなから、その行為をなした瞬間から、負うように運命づけられているのであって、他人
 から、国家権力から、その責任を追及され問われ負わされるのではない。従ってまた、負うた責任を果たすこと、
 すなわち自己の行為を見つめ反省することにより自己を乗り越えて人格的に発展することは、行為者自身が彼ひと
 りで主体的能動的にのみなしうる個性的なつとめであって、何びとも彼に代わってやることも彼を手伝うこともで
 きず、他人や国家権力からの何らかの働きかけを行為者が受動的に受けることないし忍受することによって達成す
 ることもできない。積尊が、「自ら罪を造りて汚れ、自ら罪を造らずして自ら浄めり。浄不浄は己に属す。他に由
 りて浄めらるることなし。〔法句経〕」と言い放つ所以である。しかるにタリオの法理は、ある人がなした加害と

同種同量の加害をその人に対してなすことにより、初めて最初の加害が加害者の人格に帰属し、かつ後の加害の忍受が、自動的に加害者をして、その帰属に基づく最初の加害への応答の義務すなわち責任を果たさしめることになる、と主張する。しかし、たとえ同種同量でも二つの加害は異なる加害であるから、タリオすなわち同害刑を、自己より出た加害が自己に還ったものと解するのは、すり替えである。「自己より出でしものは自己に還る」という法理、およびそれを精密化した近代的責任の法理は、それ故正しく理解するならば、むしろ刑罰を否定する法理であつて、基礎づける法理ではありえない。近代的刑罰の如く、犯罪の加害と全く異質な加害を犯罪者に施す場合には、そのことは一層明白である。だから近代刑法学は、責任のみによって刑罰を基礎づけることを断念し、功利的な目的のみによって、または功利目的と責任との折衷によって、刑罰権を基礎づける方法を模索し続けたのである。それから見ると、原始的なタリオの法理一つで事をすませたカントは、随分といひ加減な理論家であるが、それはもともとこの法理が、カント本来の思想的立場とは根本的に矛盾するものであったのに、新しい形而上学を建設しえたと信じた彼の自負の余勢からつい筆がすべつたのと、当時流行のベッカーリア流功利論的刑罰論への感情的反撥（彼は如何にも苦々しげに、「ベッカーリア侯は、氣取つた人道主義に対する感傷的な共感からして、一切の死刑は不適法だと主張した」が、その「一切は詭弁であり法を曲解するものである」と述べている（前掲加藤訳四七八頁））から、ただそれが最も反功利論的であるという理由だけでこの法理にとびついたのによる。

しかしその露骨な反功利主義の故に、彼の理論は、一八一〇年刑法の基礎理念とされたベンサム流功利論にあきたらぬ人々をひきつけることができ、かつその理論自身の粗雑さ・不完全性・背理があまりにも明らかであったので、反功利主義者をも全面的にそれに追従する気持にはさせず、逆に功利論的知見によってそれを制肘し補充しまたは修正する方向に向かわせ、それによって、偉大なる折衷主義と称せられる新古典学派の近代的応報刑論と、犯

罪の悪すなわち違法性の実質を、超越者の聖なる掟の侵犯にでなく、さりとて被害者の権利や私的利益の侵害そのものにでなく、その侵害または侵害の単なる危険の惹起を通じてする社会秩序・客観的法ないし公益の侵害に見出す近代的犯罪観（ドイツ法流に言えば近代的違法論）との創造に対して重要な契機を与えることができた。まことに歴史の皮肉と称すべきである。

(6) 自己否定刑論（ヘーゲル）と贖罪刑論と道德的応報刑論では、犯罪がその違反である所の法は、超越神ないし超越的道德法則（絶対善・絶対的正義）の命令であると前提されているので、犯罪者人格の否定たる刑罰を通じてその人格に存在論的根源的に帰属する犯罪行為を否定することは、あくまでもただ単に犯罪者および犯罪行為そのものを否定することにすぎず、元々絶対善・絶対的正義である神ないし道德法則およびその命令たる法の栄光・価値ないし個性に、いささかの變化をももたらしえない。従ってこれらの理論は、階級権力が自己の支配する現在の国家社会体制を、永遠不滅・万古不易の正義の秩序と考えて、その維持と強化とにのみ専念する保守的権力であるときには、その権力の理念的基礎として最適である。アンシャン・レジームおよび復古王政の絶対王権は正にそのような権力であったから、贖罪刑論および道德的応報刑論がその理念的基礎として歓迎されたのである。

これに反して、同じ絶対主義権力・絶対主義国家社会体制でも、それが形成・発展途上に在って未だ完成しない時期には、同じ超越論的善・正義ではあるが万古不易の静的絶対者ではなく、それ自身永遠不断の価値上昇・発展を遂げつつある動的絶対者である所の善・正義こそ、その権力および体制の形成・発展を指導する理念として適当である。古い時代にはしばしば神話的ないし予言的な物語的史観がその役割を果たしたが（日本古代天皇制権力形成期における天孫降臨・神武東征説話、中国古代帝政権力形成期における董仲舒の陰陽五行説による春秋解釈、教皇権による西洋世界新秩序建設の指標となったアウグスチヌスの「神國論」の如き）、近代においてドイツ絶対主義形成の指導理念として自覚

的に構築されたヘーゲル「法の哲学」の世界観は、伝統的な哲学用語を用いて抽象的に綴られた近代の神話であり、英雄の運命を操る古代の神の座に、法的道徳的倫理的諸存在者を操り家族・市民社会・国家そして世界史の形成・発展過程を規定する絶対精神、その実体は各個人の意思から観念的に引き離され超越者的実体に仕立て変えられた自由意思の一般意思的側面の弁証法的発展法則が坐っている。そして絶対精神の弁証法的発展過程の中で、犯罪と刑罰とは次のように位置づけられる。

まず自由意思Ⅱ人格は自己を各個人の身体および外的物件を所有せんとする個別的意思Ⅱ主観的法・権利として定立し、所有を通じて人格と人格とが対峙するが、その止揚たる契約のうちに共通意思たる客観的法が現われ、これと契約当事者の各特殊意思との分裂から後者による前者の否定すなわち不法が生じる。法の否定たる不法が自由意思によって遂行される場合が犯罪であるが、法は自由の現存在であるから、それを否定する自由意思たる犯罪の現存在はそれ自身の反対物であり空無である。つまり犯罪は本来的に一個の自己否定的なものであり、法の否定たる自己の自己自身による本来的否定性の明示すなわち法の否定の否定たる刑罰を自ら要請する。この意味で刑罰は、犯罪者の自由の現存在であり、権利であり、彼を尊敬する所以でさえある。それ故に、「人は自己が同意する処罰のみを科せらるべきだ」というベッカリアの主張は全く正しいが、「だから死刑は許されない」と言うのは正しくないであって、犯罪者は犯罪行為自身によって本来的に処罰への同意を与えているのである。なぜなら、「犯罪は否定さるべきだ」ということが、犯罪の本性であり、犯罪者自身の意思であるのだから。かくて法が、犯罪により現象的には一旦否定された後、その否定が仮象であって実体において空無であることを、外ならぬ犯罪者自身の意思に基づき刑罰によって明示され、自己の現存在が絶対に否定されえないこと、永遠不滅・普遍妥当であることを自覚するとき、法たる自由意思はその即目的直接性を止揚して、自ら対目的かつ現実的な意思となり、意思がた

だ人格性として在るだけの抽象的な権利ないし法の立場から、意思が自己の人格性を自己の対象とする道徳的な立場へと進む。

わかり易くまとめたつもりだが、抽象的表現のままだとナンノコッチャであるから、日常的イメージに置きなおして説明しよう。原始状態で仮に人間が一人一人離れて生活しているとしても、最近生物学でよく言う縄張りの概念を借りて言えば、自分の生活領域に他人が入って来ると、「ここは俺の縄張りだ」と主張して逐いはらおうとするであろう。してみると、生活つまり自由意思の現存在のためのその領域の所有は、単なる事実ではなくて、各個人にとり主観的には、自分の縄張りつまり自己の権利として、彼の原初的な法意識に現前しているわけである。つまり彼にとっての主観的法である。さて次に、少しく文明が発達して生産力が増し余った被所有物つまり権利対象をお互いに交換するために、今まで孤立して生活していた人と人とが契約の関係に入るとしよう。例えば、山の人が鹿を捕えて余りの肉を海の人に与え、代わりに今度かつおがたくさん捕れたら頂戴ね、と約束したとすると、二人の間に、つまり客観的に、本人はまだ自覚しないが、つまり即時的直接性において、共通の法が、各人の意識において現前する。共通意思たる客観的法の出現である。法が縄張りつまり縄張りを主張する側にとっての主観的法にとどまっている間は、縄張りを犯す側にとっては相手の縄張り法ではなく、そこへ入ろう、それを占有しようとするところ攻撃を受ける所の単なる事物にすぎないのだから、相手の権利の侵害は彼にとって何ら不法ではない。原始部族にとって他部族に対する侵入掠奪、時として征服・皆殺しが、立派な事業だったように（匈奴ハ殺戮ヲ以テ耕作ト為ス（李白、楽府「戰城南」）。しかし、契約関係に入って共通の客観的法を認め合った人同士の間ではそうはゆかない。海の人が「約束したのはかつおではなく、確かいわしだったよ」と言い張ってごまかす無邪気な不法、いわしをかつおといつわって鹿と交換する詐欺そして山の人の隙をついてまたは力づくで鹿肉を奪い去る犯罪（ヘーゲル

の分類に準拠)は、山の人のみ存在する主観的法の侵害にすぎないものではなくて、侵害する当人、海の人にとつても兩人間に存在する客観的法の侵害すなわち法の否定たる不法として、彼の法意識に現前する。つまり、海の人、自己の行為がなすべからざることをなすべからざることを否定すべきことであることを知りつつ、そのなすべからざることすなわち法を否定することをなすのである。簡単に言えば、やっちゃいけないと自らに言いかけつつやっってしまうのである。だから、犯罪はやっちゃいけないことつまり一個の自己否定的なものであり、その実行まで、やっちゃいけないというやろうとする自己への呼びかけつまり自己否定への意思として犯罪者自身の意識に現前し、実行後は、やっちゃいけないことをやってしまった自己を否定しようとする意思として彼自身の意識に現前する。この後の意思の実現(明示)が刑罰であるから、犯罪者は犯罪をなすこと自体において自己を処罰することを望んでいるのだ、とヘーゲルは言う。今日でも、日常生活で、他人に向かって言っちゃならぬことをつい言ってしまう、アツと口を抑えたり、ゴメンネと言って自分の頬べたを叩くのと、同じ心理と考えれば一応わかるが、しかしその場合は失言者が自分の意思で自分を叩くのである。これに対して刑罰は、怒った相手が失言者の許諾を得ないで、たとえ失言者が自己を叩いて詫びを入れたとしてもそんなことで済ますわけにはいかんと、無理矢理失言者を叩くのに相当するから、全く別のことのように思うが、そこはそれ都合の悪いことは気づかぬふりをして、ヘーゲルは両者をサラリと同一視する。さて、このようにして、契約関係が守られていた間は山の男も海の男もあまりはつきり自覚していなかった二人に共通の客観的法の存在が、海の男の不法によって一旦否定された後に、その不法自体に内在するその不法自身の否定意思の実現たる刑罰(一体誰が科すのかはつきりせぬが)によって再び肯定される過程を通じて、はつきり自覚される。これがつまり、抽象法の即自的直接的性の止揚による対自的かつ現実的な意思としての道徳的立場への発展である。つまり、昔は町の中でも空気がきれいだったから空気の存在さえ意識さ

れなかつたのに、近頃工場の排煙で汚れて臭くて息がつまりそうになって、初めて空気は大事だ、どうやったらきれいになるだんべえ、と騒ぎ出し、そこで各人が、お互いに深く関わり合っている共同現存在としての在り方らしいを致し、工場は町の空気の汚染に対しどのよう責任を負うべきか、町民は工場のお蔭で生計が立つのだからどの程度まで臭いのを我慢する義務があるのかを考えるのと同様に、違反されて知る法の存在と有難みかな、というわけで、改めて各人が負担する法上の義務と責任とを考えて見ましよう、ということになり、各人の意思（企図や意図）とそれが各人に負わず責任、他人との共同生活における福祉追求の義務およびその自覚の深化たる善と良心の確立がもたらされるというわけである。これが道徳の立場であり、次にこの道徳意識に立つて各人が現実に家族・市民社会・国家という共同体の現存在の中に各人の共同現存在としての実体的自由を開花させることが、人倫の立場である。先の例で言うと、工場と町民とがそれぞれに責任と義務にめざめ町民道徳を確立することに基ついて町という一箇の共同体において各自の個性を開花させるわけである。聞いてみれば、なるほどなと思う所もある反面、そんなに巧くいくかな、あまりに図式的で漫画チックで安易すぎるな、と感じるであらうが、それは、ウルトラ超越論者ヘーゲルにとっては、このような発展図式自体が超越者の聖なる摂理たる歴史的必然だからである。従つてまた、この図式に従う現実の展開は必然的に常に絶対善であつて、犯罪もその例外ではなく、自らの意思による自己否定としての刑罰を介して、道徳を確立し人倫共同体を創造するための不可欠の契機なのである。ヘーゲルが故意に、自由意思に内在する功利性、その必然的帰結たる共同体に内在する階級性を捨象することにより、この世界観に到達したのであることは言うまでもない。

このような論理により、刑罰権は第一に、驚くべし犯罪意思そのものに本来の本質的に内在する要請に基づき、犯罪者の権利として、また犯罪者を尊敬する所以の道として、基礎づけられる。刑罰権は第二に、法を永遠不滅・

普通妥当の正義として自覚させ、その自覚を通じて内面的な道徳へと高める契機として、基礎づけられる。犯罪者が犯罪行為と一緒に否定し去られ、法は維持され体面を保つだけで何ら変化も発展もしない贖罪刑や応報刑と異なり、犯罪者も法も共に尊敬され高められ発展させてもらえる刑罰とは、何という素晴らしいものか。ヘーゲルを読んでいると本当にそんな気がして来る。だが待てよ、先ほど考察したルソー||カント的な自由意思||責任理論の正しい把握によれば、犯罪者自身による犯罪行為の否定は、犯罪者が彼の犯した罪を忘れずごまかさず真正面から見つめ、反省することを通じて、それを犯した時の自己を克服し乗り越えるという、犯罪者自身だけが主体的にのみなしうる営為であり、かつこの営為においてのみ犯罪者に対する責任が真に引き受けられ果たされえて、犯罪者の人格が道徳的に発展すると共に、犯罪によって犯された法そのものが、単に權威を回復するだけでなく、真に道徳的な深みで把握され、その結果しばしば批判され改革されることによって乗り越えられ発展せしめられうるのではなかったか。そしてこの時初めて、犯罪者も法も、真に尊敬されるものとなりうるのではないか。先に挙げた失言の例で言えば、失言者が自分で本心から反省することによってのみ達成されるのであって、自分で頬べたを叩いてみせる偽善的行動によっても、ましてこの野郎!と相手からひっぱたかれることによって、決して達成されはしない。こう気づいて改めて見なおすと、ヘーゲル理論は、右の理論における犯罪者自身による犯罪の否定・克服(失言者の反省)を、刑罰(相手からの引っぱたき)という言葉にすり替えて、他の部分をそのまま温存したものであることがわかる。犯罪者による犯罪の自己否定は、犯罪者による自己への科刑要求とは全く矛盾するものである。刑罰は、犯罪にとって他者たる所の国家権力による犯罪の否定であって、自己否定ではありえないから(先所引釈尊の語に言う「他によりて浄めらるることなし」)。であるのに、ヘーゲルは安易にこれを混同し、「犯罪の行為は一つの否定的なものであり、従つて、刑罰は否定の否定に外ならない。(傍点筆者)」と言う。ただし、「従つて」がすり

替えのテクニクでないためには、犯罪行為と刑罰とが、同一の自由意思主体の異なる行動であるとすればよいが、（つまり、失言者とその相手とが同一人ならよいが）「法の哲学」の世界では、実際にそうなっている。すなわちそこでは、すべての存在者が一個の超越的自由意思―絶対精神の弁証法的発展の各段階であり、個々人は窮極においてその最高の発展段階たる国家のうちにその偶有性として止揚されるのである。ヘーゲルによれば、実体的意思である国家は、個々人の自己意識において顕現し、逆に個人の自己意識はその実体的自由を、彼の本質であり活動の目的および所産である所の国家のうちに持つ。従って、その個々人が犯罪者と刑務官とであるならば、それぞれの犯罪意思と科刑意思とは、共に一つの国家意思の顕現であり、国家において一つであるということになる。それ故、ヘーゲル自身の論理においては、犯罪者による犯罪の自己否定と、国家刑罰権による犯罪の否定とを同一視することは、必ずしもすり替えではない。しかし実は、そのような形而上学的超越論的世界観そのものが本来まやかしなのである。考えてもご覧なさい。刑罰権を行使しようとする国家機関の意思と、刑罰権の行使を免れようとする犯罪者の意思とは、真向から矛盾しているのに、それが実は同じ一つの意思主体の意思の異なる様相なのだと。同じ一つの意味が、死刑の執行官においては死刑囚をくびり殺そうとする意思として顕現し、死刑囚においてはくびり殺されぬことを願う意思として顕現するとは！法を守らせようとする国家意思が、法を犯そうとする犯罪者意思として顕現するとは！

ともあれヘーゲルという言葉の大魔術師は、このたぐいの論理的手品を到る処に駆使して、立憲君主制国家の薔薇色の天国を描いて見せ、絶対主義国家の形成へとドイツ民族を誘う偉大な北極星となつたのである。ドイツ刑法学におけるヘーゲル学派の隆盛は、それ故ライヒの設立による絶対主義の完成まで続く。そして完成後は、実定法学派がその成果を引き継ぐ。ピンディングを代表とするこの学派は、立憲君主制国家こそ絶対精神の弁証法的発展

の最高最終の段階だというヘーゲルの予言に言う、その立憲君主制国家を、現実に創設されたライヒと無条件に同一視し、その前提に立ってライヒの実定法・実定権力をすべて理想的なものとして受け容れるための法解釈論を追求したのである。

二 功利論的理念

功利論は超越的な価値原理を認めず、人はただ自己の経験所与を参照することによって何が自己に快楽を与えるかを判断し、その快楽を追求することを、そしてただそれのみを、目的として行為するものである、と考える。そのような行為の結果は一見弱肉強食の修羅世界となりそうだが、そうならないのは、その判断を理性の力で合理的に導くことにより、各人が目先の快楽を争うよりも、法・道徳規範に従ってそれを抑制しつつ、相協力して快楽手段を生産し交換することの方が、結果的に各個人により大きな快楽を与えることを知って、そうするからである(この点に関する、功利論の最も整備された体系的記述たるホッブスの「レヴアイアサン」については、拙著「権力止揚論」二五二―二六三頁の解説と批判とを見よ)。法・道徳に違反する者はそれ故、他の人々がそれを遵守することを通じて手に入れようとする右の快楽を妨げまたは奪うものであり、これが犯罪の悪の本質をなす。法・道徳の制定・遵守によって協力して快楽を追求することに同意する人(ホッブス、ロック、ルソーそしてベッカー)らにおいてはこの同意は「社会契約」と呼ばれる。は、同時に、その快楽を妨げまたは奪う犯罪行為がなされないための方法を組織することに同意しなければならない。刑罰は、法によって組織されたそのための方法の一種である。そして、刑罰が犯罪防止の方法として有効でありうるのは、次のいずれかの場合である。

(a) 一般予防刑(威嚇刑)論(ベッカリア、ベンサム) 人が犯罪を犯すのは、それが彼にとつての快樂だからである。苦痛は快樂の反対物であるから、快樂は苦痛を伴うことによつて相殺されて、その魅力が減じる。そして、もしも伴われる苦痛が快樂全体を相殺してなお余りがあるならば、その苦痛を受けないという消極的快樂の方が、もう一つの積極的快樂よりも魅力あるものとなるであらう。それ故、もしも犯罪を犯す快樂が必然的にそれと相殺して余りのある苦痛によつて伴われることが確實視されるならば、人はその苦痛を避ける快樂を求めて、犯罪を犯す快樂の追求を断念するであらう。刑罰は、法によつて必然的に犯罪に伴うことを強制される所の、犯罪者の受けるべき、犯罪の快樂を相殺して余りある苦痛であり、犯罪を犯せば確實にその到来が予測されることによつて、犯罪を犯す快樂に指嚇された人をして犯罪の実行を断念せしめるものたるべきである。

刑罰の本質のこのような把握およびそれから演繹される幾つかの系は、啓蒙思想家たち特にベッカリア(「犯罪と刑罰(一七六四年)」、とベンサム(「道徳および立法の諸原理序説(一七八〇年執筆、一七八九年公刊)」、「民刑立法論(一八〇二年)」、)とによつて唱導され、いずれも特にフランスにおいて大成功を収め、アンシャン・レジーム批判の風潮を煽り、刑事法改革の動きに火をつけて、結果的に大革命勃発の発端を造り出し(大革命の直接のきっかけは、この風潮に依えてルイ一六世が刑事法改革案を提示したが、高等法院によつて登録を拒否されたために、やむなく三部会を招集してこれに諮ることを約したことに在る。三部会に選出された代議員の半数以上が弁護士等の法曹であつたのは、この會議の本来の議題が刑事法改革に在つたことによるが、そのため結果的に、政治変革が旧体制下の単なる権力争いに終らず、旧体制の枠組である法体系の全面的根本的改革をもたらし、文字通りの大革命に発展したのだ、ということも注目すべき点である。なお、高等法院の勅令登録の際の保留権は、高等法院に蟠居して王権に抵抗する貴族たちに極めて有力な抵抗手段を与えていたので、かつてルイ一三世の宰相リシェリウが奪おうとして果たせなかつた所のものである。リシェリウの心配した通り、結局これが

絶對王政の命取りになった。)、革命後の刑事法改革に巨大な影響を与えることになる。ベッカリアが近代刑法の父と称せられる所以である。では彼の理論の一体何がアンシャン・レジームの刑事法理念と正面衝突したのか。

① 目的刑論の第一の系は、苛酷だけれど不確実な刑よりも、穏やかだが確実に科される刑の方が、犯罪防止には遙かに効果的だということである。このことは第一に旧制度下の苛酷残酷な刑を排撃し、死刑を不用とし、第二に合理的能率的で有能な警察機構の設立を不可欠のものとして要請することにより、予審官が少数の手先を使い専らその非人道的糺問特に拷問の厳しさのみ頼って行なってきた糺問捜査の在りようを、真向から批判する(ただこれはベッカリアの独創ではない。すでにモンテスキウ『法の精神』六卷二二章)が言っている、人が犯罪を重ねる原因は、犯罪を犯したのに処罰されなかったからで、処罰が軽かったためではない。)

② 第二の系は、刑の確実性を低減する恩赦は廃止すべきだということである。国王の恩赦権は、「すべての司法は国王より出づ」という絶對主義の根本理念と不可分であるだけでなく、各種赦免状・減刑状の発行は罰金や家財没収と並ぶ国王の大事な収入源の一つでもあったから、その廃止要求は王権への挑戦であった。しかし、前々稿で述べた如く、特権身分や金持にのみ有利なこの制度に不満な民衆や知識人は、この提言を歓迎した。

③ 第三の系は罪刑の法定である。ベッカリアは言う、「国民は自分の不法行為からくるまずい結果を正確に知り、それを避けることができる。これは国民を犯罪から遠ざけるために有用なことである。」刑罰の到来は、予告されて初めて犯罪を断念せしめる効果を持ち、刑罰本来の使命を果たしうるのだから、予告されぬ刑罰による不意討は、待伏せの謀殺や衝動的故殺にひとしい犯罪であって、もはや刑罰ではない。かような主張は、統一刑罰法の制定を要求して、従来の地方的に差異ある封建慣習法による処刑と抵触し、特に裁判官の減刑的裁量権と衝突する。(右の功利論的論拠の外に、ベッカリアは、社会契約論的論拠をも示す。刑罰権は、人間が各自の自由の一

部分をさし出して残りの自由を確保するために主権として供託する所のそのさし出した自由の総和を基礎とする。従つてその主権の管理者である立法者だけが各犯罪に対する刑罰を規定しえ、裁判官はたとえ公共の福祉のためでも法律に規定されぬ刑を科しえない。」

⑤ 第四の系は、刑の重さを罪の重さに比例せしめるべきことである。もしも、刑罰の目的が、どんな些細な犯罪をも何があつても完全に防止し、その犯罪によつて侵害されるどんな小さな利益も徹底的に守ろうというに在るならば、刑罰は苛酷であるほど好いであらう。しかし、刑罰が犯罪から守りたいのは、刑罰によつて直接侵害される被害者個人の利益（快楽および快楽手段）よりも、法・道徳に従つて秩序ある社会生活が営まれることにより生産され交換される利益の総計——ベッカリアはこれを「最大多数の最大幸福」と呼ぶ。ベンサムはもつと手短かに「最大幸福」または「最大至福 (Greatest felicity)」と呼び、最大幸福を求める人間の本性を「功利性の原理」と呼ぶ——である。つまり、個人の利益、私益よりも社会の利益、公益ないし公共の福祉なのである。しかるに、社会にとつては、犯罪の処罰をやたら重くすることは決して利益ではない。それは人心を萎縮させ、社会生活を不活発にし、民衆をして法・権力に対し恐怖と嫌悪と怨嗟の念を起さしめ、不信任を抱かしめ、反撥せしめ反抗せしめ不遵守ならしめる（ベッカリアは言う、一羽のきじを殺した者を人間一人殺した者と同様死刑にすれば、長い歴史の成果である崇高な道徳感情は破壊される、と）。要するに処罰は、穩健かつ人道的であることが社会の利益に合致する。それ故、立法者は、社会の利益を犯罪から守ることばかりに氣をとられて、苛酷な刑罰を科し、それがもたらす社会的不利益により、犯罪から守られる利益を帳消しにするどころか、不利益のお釣りまでもらわぬよう、警戒すべきである。「犯罪を防止するために立法が用いる手段の強さは、犯罪が公共の福祉に反している度合、および普通に行なわれうる度合（犯され易さ）に、比例すべきだ。」とベッカリアは言う。

この提言は、旧来の刑法の理念を根本から揺り動かすものであって、功利論的刑罰論の革新性・近代性の真髄とも言うべきものである。絶対主義の典型的刑罰理念は王政復古期のそれと同じ贖罪ないし応報の理念であって、犯罪は窮極において神ないし道徳の命令に対する違反であった。啓蒙思想がそれに反撥し、犯罪は個人の生命・身体・自由・財産・名誉等の自然権に対する侵害で、刑罰はその侵害を禁圧するための、警告、みせしめ、教訓、懲罰、応報のすべての趣旨を含む手段だ、と主張した。先程見たように、カントのタリオ的応報刑論はかかる類型の突きまぜから一歩も出ていないし、前稿で見た如く、フォイエルバッハも、後程見る刑罰理論はともかく、犯罪の本質把握においては自然権侵害に在りとする啓蒙思想の一般型を踏襲しているにすぎない。その中に在ってまずルソー(「社会契約論(一七六二年)」)が、犯罪を単刀直入社会に対する攻撃と捉え、刑罰をその攻撃に対する社会の反撃と解することにより、「社会は人間の生存にとって必要不可欠のものであり、従ってそれに対する攻撃としての犯罪から自らを守る権利を持つ。」という、画期的な新犯罪刑罰観を提唱した。犯罪は神や道徳や自然法の如き超越者に対する反逆でもなく、さりとて単なる個人の権利の侵害でもない。従って刑罰は超越者の懲罰や応報でもなく、さりとて単に被害者個人の権利の保護や彼の復讐の代行でもない。社会を侵害する行為が犯罪であり、その侵害に対する何らかの社会的対応(それは侵害行為の予防であり、懲罰であり、それへの復讐であり、もしくは応報であり、または侵害者の抹殺であり、追放であり、隔離であり、治療であり、教育であり、保護であり、もしくは援助でありうる)が刑罰である、というこの理念こそ、近代犯罪刑罰理念を前近代のそれから分かつ決定的なメルクマールである。そしてルソーは、ここでも近代的理念の真の創始者なのである。ただ、先にも触れ後また改めて述べるように、ルソーの一般意思論は正しく演繹すれば刑罰権の否定を帰結すべきが故に、彼は犯罪への社会的対応手段として、元来犯罪への事後的対応手段たる刑罰権とは本質を異にするはずの、犯罪への犯行時における対応手段たる正当防衛権を

持ち出し、しかもそれを刑罰権と混同して、あらゆる方に踏み迷った。ベッカリアは、ルソー理念の正しい核心を継承し（ベッカリアは言う、犯罪の真の尺度はその「社会に与える損害」である）、その誤謬を捨て、それに代えて（これもまた一つの新たな誤謬だったかもしれないが）功利論的立場から新理念を体系づけたのである。社会契約論が世に出て二年の後であった。

①ないし⑤に述べたベッカリアの革新的主張は、その後の刑法史の歩みの中で次々と実現されて行つた。すなわち、①から、啓蒙君主および大革命勃発後のフランスおよび諸国の刑法は、急速に過重残虐な刑を廃止すると共に、特にナポレオンという行政組織作りの天才やフーシェという辣腕の警視總監の指揮の下で、近代的な警察機構が急速に整備され、社会の急速な広域化複雑化にもかかわらず近代国家の刑罰権は、処罰の確實さを増大した。②から、フランス刑法典が赦免状を廃止し刑の免除・減輕を制限的に法定したことは、前々稿で述べた。③から、人權宣言以降罪刑法定主義は近代法の最も基本的な原理とされるに至つた。フランス刑法典が減刑情状を厳しく法定していることは、前々稿で述べた。④から、刑法理念の世俗化および社会化とでも名づくべきこの新思潮は、これまでも折に触れて述べ、後程まとめて再説する如く、フランス新古典学派において深められ全き体系を受け取り、さらにこの学派を介してドイツにも浸透し古典主義新派において見事な完成・結実を見出す。（以上はベッカリアの功利論的主張の要点である。しかし、ルソーの思想的相続人ベッカリアの主張は、功利論の藩籬を遙かに超え、単なる人道主義をすら超えて、直接現代の最先端刑法理論に連らなる。例えば、「処罰が厳しすぎると、人は五官を止めなければならなくなる。」「処罰の対象をふやすことは犯罪をふやすことだ。」など。容易に手に入る名訳（風早八十二訳「犯罪と刑罰（岩波文庫）」）により、その天才に接してもらいたい。）

ベンサム功利論的刑罰論はベッカリアに遅れ、功利論がむき出しになって人道的香りと閃きに欠けているの

で、わが国の刑法史では殆ど無視され(刑事学・行刑学の方で、近代的自由刑の推進者、パノプティコンの設計者として引合に出される程度)、彼の名は刑法理論家としてよりもむしろ最大多数の最大幸福というブルジョア功利論的民主主義理念の唱道者としての方が高い(その面についての彼の理論の解説と批判は、「権力止揚論」二六四―二六五頁を見よ)。しかし、ペンサムが最も自負した心血を注いだのはその刑法理論なのであり、彼の名声が全欧米にひろがったのは、「民刑立法論」(Traité de législation civile et pénale, 1802)が、彼の協力者でスイスからの亡命者だったデュモンにより彼の草稿を編集してフランス語で出版されたからであり、そして最大多数の最大幸福によって知られる「道徳および立法の諸原理序説」は、殆ど専ら刑法理論書なのであって、彼の言う所では刑法序説として役立たせようとして書かれたものである。そして若きジョン・ミルが始めて自己の意見を確立したのは、「民刑立法論」を読むことよってであった。啓蒙主義から近代初頭にかけての時代に活躍した、あらゆる分野にわたる近代思想の創造者たちすべての知的・政治的関心、否、彼らの思想を育くんだ当時の世界全体の知的関心が、刑事法理論・刑事法制度の改革に焦点を置いていたということは、現代人特に日本人(刑事法学者を含めて)にとっては信じられない話かもしれないが(何しろ、日本人の書いたフランス革命の概説書や研究書を数点調べたが、その発端が刑事法改革問題に在ることに触れたものは見当らず、三部会は一体何で開かれたのか全然わからず、専門研究書のくせに課税問題を話し合う会だという高校教科書式の説明を鵜呑みにして、代議員中法曹がやたらに多いのを不思議がっているのがあったくらいから)、その事実を踏まえないで当時の思想家たちの書いたものを読んだのでは、その真髄をつかめるはずがない。そしてそれがつかめなければ、ひるがえって近代初頭における刑法改革の意味も本当にわかるわけがない。ペンサムが刑法学者だったというのを再確認した上で、近代大陸法の元祖・家元たる一八一〇年フランス刑法典の指導理念とされたことにより、彼の理論は、或る意味でベッカリアのそれよりも重要な近代刑法思想の源泉となった、という事実注

目しよう。そうなった理由は第一に、その著書が丁度大革命従つて刑事法の近代的改革が始動した時期に出、フランス語で書かれ（ナポレオンもこれを読んだ）、しかも後で書かれただけ提案がベツカリアより具体的で實際的だったというタイミングの好さであり、第二に功利論一本の論理構成がベツカリアより單純明快で、それだけ人道主義が後退し、社会防衛すなわち最大多数の最大幸福の擁護、その実体は新しい社会体制の支配階級となり、ミルの言葉を借りれば、「自分たちを多数者として認めさせることに成功する人々（自由論）」となった所の、ブルジョアジーの最大幸福を刑罰権の威嚇を以て力づくで守ろうとする意図が鮮明だったために、ナポレオンのカリスマと実力とを利用し、出来たてのまだ脆弱なブルジョア体制を何とでもして守り抜こうとするブルジョアジーの熱願と、その熱願に敏感・迅速・適切・有能に応える才覚を持ちかつ自らも英雄気取りで（本当に英雄だったのかもしれないが）権力を揮うことを好んだ皇帝の意向とに、びったりだったことである。

論理構造において、また世に出た時において大差のない二人の功利論的一般予防刑論が、一つは超越論的贖罪・応報刑に懐疑が昂まりつつあった時代に出て、時の刑罰権のみか体制全体を揺り動かす革命的かつ人道的な理論となり、一つは時のブルジョアの独裁国家体制を守り強化するための、独裁権力にとって最強力の武器として刑罰権を組織する原理となったことは、階級イデオロギーたることを本質とする法理論の宿命で、どうせ法理論は両刃の剣さ、と言つてしまえばそれまでだが、功利論的一般予防刑論に限つて言えば、それは純粹な形では一般に、ブルジョアの独裁国家つまり、ブルジョア体制が脆弱または危機の時に、ブルジョアジーがそれを守らせるために、独裁者をかつぎ出し、巨大強力な中央集権の官僚・警察・軍事機構をこれに委ねて専制権力を揮わせる国家体制において、その刑罰権理念として最適な理論なのである。超越論も絶対専制権力を基礎づけるが、超合理的な独自のかつ独善的な論理構造を持つが故に、合目的性・合理性・能率性を尊ぶブルジョアジーの要請に鋭敏・迅速・適切・

有能に答えてくれることは十分には期待できず、体制が安定した時期ならそれでもよいが、危急の時には間に合わぬからである。

ナポレオンや彼の時代のブルジョアジーを喜ばせたベンサム理論の合目的性・合理性は、次の諸テーゼに表われている。彼は断言する、すべての法律の目的は、社会の幸福の総計を増大させ、害悪を除去することである。刑罰の価値は、いつでも犯罪の利益を圧倒するに十分でなければならない。それ故犯罪の違いに応じて変化しなければならない。刑罰の価値が犯罪の利益を上まわるように、刑罰の確実性が欠けている場合には刑罰を重くしなければならぬ。と。〔道德および立法の諸原理序説「二二―二五章」もちろん彼はベッカーリアの人道主義的主張の多くをも継承した。しかし独裁者を喜ばせたのはそれらではなくて上記のテーゼ、社会体制を守るために、公益の代表者として、つまり人民の私益に優越する高い立場から、公権力は最も合理的・能率的に、そして必要とあらば自由なやり方で、犯罪を弾圧すべきである、という主張に在った。一八一〇年刑法典における、犯罪の種類を増大、鉄首輪・烙鉄・親殺しの手の死刑前切断などの残酷刑の復活、未遂と既遂・正犯と従犯の無差別、裁判官の量刑幅新設（一七九一年刑法典は刑を固定した）、刑罰加重事由の大量導入などは、この主張の線に沿ったものである。〕

そして、かかる強権性を基礎づけたが故にベンサム理論は、一八三〇年以降のより穏健なブルジョア王政および一八四八年以降のブルジョア共和政の時代に入ると、新古典学派の猛烈な批判にさらされ、先述の如く、これまた違った意味で峻厳苛烈でしかも理論的に欠陥の多いカント理論と折衷させられ相互制肘せしめられることによって緩和され、近代的応報刑論に止揚されて行く。しかしその際、この理論の近代性の真髓たる刑罰権の世俗性と社会性の理念（刑罰権は超越者のためにも私人の権利・利益の防衛のためにも在るものではなく、社会の利益・公益を保護するために在るのだ、という考え。）だけは全面的に、ますます明確化され深められ体系化されて継承される。

われわれの知っている近代的違法論はその遺産である。

(b) 特別予防刑論(実証主義刑法学)——一九世紀末葉から急速に抬頭したこの理論の構造は比較的よく知られていて、特別付け加えることもないので、ここではそのイデオロギーの本質についてだけ考える。一口で言うところには、帝国主義の苛烈な争覇という近代資本主義国家の危機状況を切り抜けるべく、独占資本が独裁者を擁立し、その使命を果たさせるために彼に与えた、有史以来未曾有の専制的かつ強大な権力を基礎づけるのに最適の理念であった。超越論的諸理念は、先述の如く、国家刑罰権を超越者の命令ないし摂理として基礎づける「神権」説であつて、刑罰権を絶対化し聖化しはするが、科刑の前提として犯罪者の責任を、責任の前提としてさらに彼の犯罪に對する自由意思的支配を要求するので、各行爲ごとに個別的に責任・自由意思を要求し、責任・自由意思の存しない行爲者を処罰することを認めない。従つて、本人の責任に帰しえぬ反権力的な性格の故に人を処罰することを許さない。他方、功利論的一般予防刑論は権力を絶対化し聖化することはできないが、純粹な形においては、社会利益・公共の福祉ないし最大多数の最大幸福を僭称する権力者——支配階級の階級的利益に對する侵害に對しては、それを断念させるに足る如何なる威嚇をも加えうる点で、そしてまた、人間の自由をその尊厳性と不可分のものとして把えるのでなく、単に利害打算能力という低い次元でしか認めないから、理窟だけから言えば、犯罪防止に必要ななら人格の尊嚴を犯すあらゆる強権的手段、例えば行爲者に責任がない行爲を処罰するという手段をとりうる点で(も)とも實際には、功利論者も常識と妥協し容易にそこまでは認めたがらないが、例えばベンサムは、年少者・精神異常者・泥酔者に対しては刑罰の効果がないという理由でこれら責任無能力者を不可罰とする(『道德および立法の諸原理序説』一三章)。しかし理窟から言えば、子供にとってはかえつて大人以上に刑罰は怖いこともあるし、強度の異常でなければ精神異常の者にも刑罰の威嚇はききめがあるし、彼らの保護者に保護・看護を強化させ、また飲酒者に深酒をつつしませて未然に犯罪を防止させる効果

もある。)、宗教・道徳と無縁な世俗性を本質とするブルジョア独裁権力の「強権」性を基礎づけるためには好適である。だから、資本主義の誕生・発育・成長期、すなわち資本主義が若いエネルギーに満ちている反面未熟で一本立ちするまで独裁権力の保護を必要とした帝政期には、これで十分であった。しかし、帝国主義的争覇戦は資本主義の生死を賭ける危機であった上に、帝政期には存在しなかった所の階級意識に眼醒めた強力な大衆組織によって資本主義権力は内部からの激しい攻撃にもさらされていたので、超越論的刑罰の絶対性できれば神権性と、一般予防刑論の強権性とを兼ねそなえ、さらに両者に共通の、各行為ごとの処罰という限界(一般予防刑論も、犯罪行為の種類ごとに刑の一般人に対する威嚇効果を追求する限りにおいて、この限界をまぬがれない。)を超えて、反権力的な人そのものや、場合によってはその組織まで処罰しうる所の、未曾有の強力刑罰権が渴望された。そして実証主義刑罰論は見事にその要請に答えたのである。

それはまず、本来の形では自由意思を否定し犯罪を環境・素質からの因果必然的所産とするので、犯罪者個人の自由・責任を度外視し必要なら個人でなく組織をも処罰することを認める(ただしリストは、自由意思の否定が自由を愛する西欧人の気質に合わず実証主義理論の普及を妨げることを見てとり、自由意思の有無は刑法と関係のない問題だと主張して、成功した。そして前稿で述べたように、責任無能力者の不可罰をその改善不可能性によって基礎づけた)。第二に、犯罪を環境・素質が培った犯罪者の性格の因果必然的所産とするので、反権力的性格の個人または組織そのものを処罰すること、従って必要なら犯罪行為が未然のうちに処罰することを、認める。第三に、それ故刑罰は個々の行為への応報・懲罰でもなく、個々の行為種類に対する処罰の警告でもなく、反権力的個人そのものの排除・抹殺またはその性格の合権力的なものへの改造であることを認める。第四に、社会、国家ないし民族を、すべての価値の源泉である超個人的超階級的な一種ヘーゲル的な現実体としての絶対者と解し、刑罰権をその聖なる共同体を守るための聖

なる蠟エクスカリバーだと主張する超越論的理念とも巧く結びつくことができ、後者を利用することによってその未曾有の強権性をさらに強化することができる。かくて第五に、犯罪・犯罪者の本質は、その共同体に反抗する瀆聖者であること、社会・国家・民族の敵であり害虫であり悪魔であることに存し、刑罰の本質はその敵の撃滅であり、害虫の駆除であり、悪魔ばらいであり、またはその悪性の治療・洗脳による味方への寝返り・益虫化・守護神への変身の強制であることに存する、と主張する。個人の自由・尊厳・自律に対するかくも邪悪な理念的攻撃をわたくしは知らない。この理念を歓迎し活用したイタリーやドイツや日本の全体主義的ブルジョア独裁権力、そして今なおこれを利用して刑法改悪をたくらんでいる日本の現政府権力以上に、邪悪な権力をわたしは知らない。

しかし注意しなければならないが、このような理論は単に伊・独・日のようないわゆる全体主義国だけで流行しその兇暴な権力を助けたのではない。この理論は、登場するやその影響力を速やかに自由主義諸国全体に及ぼし、立法・政策・理論のすべての面に巨大な足跡を印し、そして今日なお多かれ少なかれ看過しえぬ力を揮っている。これは、近代に入って国家が急激に巨大化し強力化し国民生活の全面を支配するに至ったことの必然的結果である。前近代社会では、国家は、各種権力機構（教会、領主、都市、ギルド等を含む）のほんの一部でしかなく、文化・社会・経済のほんの一面面にしかその支配・管理を浸透させていなかった。近代に入ってそれは、資本主義の成長・発達と相携えて急激に、ほとんど幾何級数的に肥大し強力化し、他の権力機構のすべての上に君臨しこれを統制しないしは排除・抹殺してこれに代わり、遂に文化・社会・経済のほとんど全局面にその支配・管理の触手を伸ばすに至った。国家権力（法上の権力）と独占資本（経済権力）との癒着による国民生活の全面的管理・支配体制たるいわゆる国家独占資本主義体制の出現である。しかるに、実証主義的社会防衛理念は、単に刑罰権だけでなく、かかる管理・支配体制全体の基礎理念としてもそのまま通用し、極めて適切である。例えば現代諸国の国民教育制

度・文化政策、報道・マスコミ・ニケイションの統制は、一昔前為政者が実証主義刑法学者に教えられて、刑務所の中で囚人に対して試み今でも試みている道徳教育・職業教育そしてイデオロギー的洗脳を、全国民に対して、しかも学校や職場から家庭の茶の間まで、揺り籠から否子宮から墓場まで、一分一秒の休みもなしに行ない続けて倦むことがない。その意味で、現代国家権力の支配力は、全体主義権力のそれよりも遙かに強力・広汎・能率的・効果的である。現代の権力は、昔の兇暴な権力のように刑罰権の威嚇と抑圧と排除とに強く頼らなくても、国民生活の全面にひろがるその管理・支配の手を、国民の気づかぬうちにジワジワと伸ばしひろげ、反権力的性格者を、否反権力的思想・感情・欲望そのものを、人間の生き甲斐と尊厳性の根拠である自由・個性的・創造的な精神生活を、刑務所の中にでなく日常の社会生活の中につくられた日の当たらぬ小区廓に閉じ籠め、流刑地にでなく人々の深い潜在意識の底に逐い払い、そして死刑台上においてでなく複雑でめまぐるしく秒刻みで動き乗り遅れた者を見捨ててかえりみない社会機構の非情なメカニズムの中で抹殺してしまうことができる。それ故、実証主義的社会防衛理念は、もはや昔のような、舞台や映画で見る悪役の如くひとめでそれと知れるおどろおどろしい姿をとらず、逆に国民に向かってニコニコと愛想よくもみ手をしながら、あなたのお為ですよ、しあわせの道ですよ、助けてあげましょう、保護しましょうと近付いて来る。そしてその仕掛けたわなにはまり、気づいた時には、国民の体は自分の意思で動かしえなくなり、催眠術にかけられたように誰か知らない無気味な力の意のままに操られているのだ。これが、現代国家独占資本主義の福祉国家理念・家父長的保護理念に変身した、実証主義的社会防衛論の姿であり、なせるわざなのである。後に項を別にして考察する現代フランスの新社会防衛論も、そのような全体的理念が、元の古巢である刑事法・刑事政策に反作用を及ぼした結果に外ならない。

三 折衷論的理念

以上の如く、超越論的理念は一般に絶対主義権力の神権的ないし絶対的刑罰権を、功利論的理念は一般にブルジョア独裁国家権力の強権的刑罰権を基礎づけるのに適しており、仏独近代国家権力の歴史の変遷は正確にこれを裏づけている。これら権力に比較して、個人の自由・人権・自律に比較的友好的な、啓蒙君主制国家権力（現実のそれ）でなく、啓蒙思想家の理想像としての）およびブルジョア民主制国家権力の、比較的穏和だが階級的性格を明瞭に示す刑罰権を基礎づけるのに適した理論は、一般に、かつ例外なしに、超越論と功利論との折衷理論であった。しかし、その権力を支える階級基盤・社会体制の差異に対応して、その折衷の仕方も微妙に異っており、この観点から仏独近代刑法・刑法学に対して現実に指導的な地歩を占めえた折衷理論は、時代順に次の諸類型に区分されうる。

(a) フォイエルバッハの理論 } この理論は、ベッカーリアー||ベンサム理論と同じく、一般予防刑・威嚇刑を主張し、国民に罪刑を周知せしめる必要によって罪刑法定主義を基礎づけようとするので、一般の刑法教科書では後者と一まとめにして啓蒙主義刑法理論ないし古典旧派とされていることが多い。しかし、後者がその論理構造においては純然たる功利論の範疇に属するのに対して、前者は、前稿で説明したように、ベンサムの功利論と、ルソー正嫡の子たるカント本来の非超越論的非功利論的な個人の自由・尊厳・自律（一般意思）の思想との、折衷理論であって、一般予防刑主義・罪刑法定主義という結論を除けば、犯罪と刑罰との本質に対する理解の仕方は、後者と根本的に相反する面を持っているのである。（理論の構造については、中義勝「フォイエルバッハの心理強制説」(関西大学法学論集三十卷三号)に好解説があるので参照されたい。)

第一に、前述の如く功利論的理論の近代性の心髄は、一般予防刑主義には無く、罪刑法定主義にすらない(罪刑法定主義は刑罰の前提たる自由・責任のさらに前提として違法性の意識を一般に要求する超越論的諸理論から、功利論超越論のいずれにも関係なく社会契約説や法治主義理念からも、理論的に帰結せしめうる。)のであつて、専ら犯罪の本質を、社会利益・公共の福祉ないし公益の侵害に見る点に存するのであるが、フォイエルバッハは、普通の啓蒙思想家や非ルツの絶対応報刑論者としてのカントと同様、犯罪の違法性の実質を各個人の自然権的権利の侵害と把える(だから、正当防衛も権利侵害たる以上違法だと言わざるをえなくなり、その不可罰性の根拠を違法阻却に見ることができないで、教科書の中では、外国人に対する加害の或る場合の如く、それを犯罪とする法的根拠が欠けているために、そもそも処罰が問題とならぬ所の一種の法外行為たる点に求める。これは、正当防衛の不処罰にも赦免状を要求した前近代法と同じ古い考え方である。)。第二に、以上の違いは国家権力の本質と使命とに関する、普通をつまりその時代相応の月並みなフォイエルバッハの啓蒙君主国家理論と、フランス革命の指導理念となつたルソーのいわゆる人民主権論、正確には一般意思によつて国家権力―法を基礎づける理論を、功利論的にアレンジしたベツカリーア―ベンサムブルジョア功利論的民主主義国家理論との、違いに対応している。前者では、啓蒙君主権はなお人民から隔絶した神聖権力で神から委任されて人民を保護するか、ないしは精々の所人民から付託されてその保護に任ずるかにすぎない。ただし啓蒙君主権であるからには、その使命はあくまで利己的のものではなく、各人の相互的自由換言すれば各人が自己の権利を完全に実行しえ、侮辱から安全である状態を保障することに存しなければならない。なぜ各人の権利の保障であつて社会の利益の保護であつてはならないのかと言うと、人民と国家権力がと乖離している所では、両者の間に社会すなわち人民の共同体が介入してはならないからである。社会が介入すれば人民は、直接的には国家権力(この場合君主)に従わないで、社会秩序すなわち人民自身に由来する秩序に従う。君主は、ティエールのいわゆる君臨すれども統治

せざる名目的元首と化するであらう。これに対して、ルソーにおいては、社会契約の主体たる人民は、同時に国家という主権の構成員である。君主は全く用がないか、または精々行政機関の長に格下げされて生き残るより手がない。ベツカリーアが、国家刑罰権は犯罪の侵害から社会すなわち人民の最大多数の最大幸福を保護することを使命とする、と言ったとき、「イタリアのルソーを気取っている」と攻撃されたのはもつともだ。他方、すでにブルジョア議会が、王権をただ君臨するだけに近い状態に追い込むことに成功していたイギリスで、代表的ブルジョア・イデオログのベンサムが、同じ言葉を吐く場合には、また意味が違ふ。その社会、そこでの人民の大多数とは、実質的には、社会の一部、本当は少数なのに人民の大多数だと見せかけることに成功したブルジョアジーのことであった。それ故ブルジョア・イデオログたるベンサムにとっては、フォイエルバッハ風に「国家刑罰権は個人の権利の自由な行使を保障する」などと言って、「それじゃあ一つ俺の権利も平等に守ってくれ」などとプロレタリアートから要求される危険を犯すより、一人一人の権利ではなくて社会利益・公益・最大多数者の共通利益ないし公共の福祉を、全体として保護するのだ、と主張した方が、遙かに好都合だったのだ。そしてまたそうだったからこそ、イギリスに一步遅れてテルミドル反動以後やつと民衆を抑え込むことに成功したフランス・ブルジョアジーの請託を受けて、ブルジョア支配体制社会を保護する使命を帯びて登場したナポレオンの帝政刑罰権にあって、ベンサムの刑罰理念はまことにピツタリだったのである。さて第三に、理由はともかく個人の自然権的自由を守る以上、フォイエルバッハにとりその自由は、もはや功利論的な感覚的快楽の追求の自由（と言うよりはむしろ欲望）ではありえず、より高尚な理性的自由、従つてルソー＝カント的自由でなければならぬ。何しろ功利論では、理性・自由意思に基づく自然権としての自由権は到底説明できないから、功利論の大御所ロックでさえ、その政治理論において自然権を説明する時には、トマス・アクィナス流の「人間が被造物として神に授けら

れた所の神の創造に参加する自由」を持ち出さざるを得なかつたくらいだから(「権力止揚論」七八〇頁参照)。他方フォイエールバツハは、領邦絶対君主権のイデオログとして、刑罰権を含む君主権以外の一切の権力を排除し、従つて旧来の各種慣習刑法を排除して、絶対君主の制定刑法による刑罰権一元化を達成するため、罪刑法定主義を提唱する必要に迫られたが、絶対権力を制限することを目的とするモンテスキュー・ペッカー・ア流の法治主義||権力分立理念によつてこれを基礎づけることは、彼の立場に反する。そこで考へつたのが、ペンサム功利論的威嚇刑論(当時刑法研究者なら誰でも読んでいた)を応用して、威嚇の効果をおげるには罪刑の明文法律による予告が必要だという、功利論の本案ペンサムも思いつかなかつた論法を用いることであつた(もつとも、既述の如く、ベツカリアはすでにこれと同種の論法も用いているので、これは必ずしもフォイエールバツハの独創とは言えない)。しかしそうすると、法が、感覺的快樂の追求という人間の低級な部分に働きかけるきたない術策を容認せざるをえず、人間を何よりもまず理性・自由意思・尊厳な人格・道德主体として遇し、それに基づいてその自然権を保護するといふ、(フォイエールバツハの考へた)刑法本来の崇高な目的と矛盾することになる。つまり、けだかい目的を低劣な手段(ヘーゲルのいわゆる犬を棒で逐うような手段)を用いて達成することになるが、それは目的のために手段を選ばぬこととで、目的の気高さ自身を傷つけることにならないだろうか? この矛盾に悩んだ挙句フォイエールバツハの思いついた解決が、一つは、犯罪がなされてから犯人を公開処刑して見せしめにするのは、自己目的たるべき理性的人格を道具に使うことで不道德だから、そうせずにはあらかじめ成文法規で刑罰を予告して威嚇警戒し、理性的に利害を判断させた上、それでもなお犯罪を犯す者があればそれは彼の自由な人格としての権利だが、ただ、予告がいつわりならぬことを示して予告の威嚇効果を維持するため刑罰を科するのだ、という解答である。しかしこれはヘーゲルの言う通りで、威嚇が人を犬として遇する道であることを八方隠蔽せんとする詭弁にすぎない。もう一つのより

論理整合的な解決が、カント哲学の二元論を利用する方法によるもので、法は人格の自由の領域たる道徳的意思決定すなわち実践理性の定言的価値判断には直接介入しえず、ただ感覚領域すなわち理論理性の因果的得失判断に刑罰予告という判断資料を与えることによって間接的に影響を与えるだけにとどまるべきだ、と説くものである（前稿参照）。そして第四に、こう説くことにより彼は、犯罪論において、刑罰は犯罪者の責任・自由の存在を前提とし、かつ前者の重さは後者の量に比例すべきだとして、責任主義に基づく罪刑の均衡を主張し、功利論的一般予防目的の独走による刑の過重苛酷傾向を抑制することができた。この点で彼の理論は、後に新古典学派によって完成される近代的応報刑思想の真の出発点となったのである。

最後に、なぜ彼の理論がその後のドイツ絶対主義刑法のイデオロギーとなりえず、ヘーゲル理論にとつて代わられたかの理由を考えてみよう。それは彼が、前述のように、人民Ⅱブルジョアジーと乖離した旧い型の領邦絶対君主権のイデオログにとどまったからである。一九世紀に入って、ドイツにおけるブルジョアジーの成長、封建体制の解体、およびナポレオンの侵攻による民族意識の眼醒めは、正にヘーゲル「法の哲学」の世界が示した図式に沿うて、人民各個人と君主権との間に在る市民社会の急成長をもたらし、しかも後進国ドイツの特殊性から、それが、君主権のすべてを一举に市民社会に吸収して名目化し廃止する共和制化の方向を指さず、領邦君主を淘汰して次第に少数有力君主に、そして最後にプロイセン絶対君主に権力を集中しこれを強化しつつ、その権力と同盟しこれを利用する形で市民社会・資本主義体制・民族国家を成長・発展させるといふ道を選んだ。ここにおいて犯罪は、絶対君主権と不可分の市民国家社会ないし民族社会の利益の侵害であり、その直接の攻撃対象たる私人被害者の利益も、その社会の利益の要素たる限りにおいてのみ、法によって保護される利益すなわち法益たりうる、とされるに到る（その点では、フランス新古典学派やその影響を受けたルーデンの違法論（新古典学派では犯罪の悪目）とは何か

という問題」と同じだが、後にも触れるように、新古典学派やルーデンが道徳と社会体制とを対立的に把えるのに対し、ヘーゲル理論は兩者を渾然一体のものとする点で、全く違っている。刑法を含むすべての法体系が、国家的民族的目標としてかような体制の発展を眼指して形成されて行く中で、フォイエルバッハ理論は急速に色あせ、取り残され、代わつて前述の如きヘーゲル流理論が脚光を浴びたのは当然であつた。

(b) 新古典学派の理論——それはフランスの産業革命(一八三〇—一八六〇年頃)と共に生まれ、育ち、成長し、フランス資本主義と共に完成し、制覇し、定着した(一八七〇年頃)所の、生粋・正真・まじりけなしの近代資本主義イデオロギーである。その創始者ギゾーの新学派宣言とされる著書(Guzot, *Traité de la Peine de Mort en matière politique*)は産業革命前夜の二八二二年、ロシの刑法教科書(Rossi, *Traité de Droit pénal*)は産業革命の幕明けを告げる七月革命勃発の前年一八二九年、そしてジュフロワのそれ(Jouffroy, *Traité de Droit naturel*)は正に革命の年一八三〇年に出版され、彼らの理論を發展させ完成させた中心人物オルトラン、エリ(Orolan, *Éléments de droit pénal; Adolphe et Hélie, Théorie de Code pénal*)らの活躍の時期は、フランスのブルジョアジーが国内的にはもはや王の力を借りなくても一本立ちできると判断した一八四八年の二月革命から、資本主義の急成長が要求する新しい市場と植民地の開拓を求めて、伯父の栄光の再現を夢見る野心的な新権力者ナポレオン三世が、クリミア半島に、アフリカに、中国にまたベトナム・カンボジアにと、帝国主義的侵略の戦いをくり拡げ、日本をもうかがい(一八五八年安政五年幕府と通商条約締結)、保護貿易政策を捨ててイギリスと通商条約を結び(一八六〇年)、産業革命の成果が遂にフランス資本主義をしてイギリスと対等に競争する力を持つに至らしめたことを示したボナパルティスムの絶頂期を経て、巨大な経済力を集中したフランス巨大ブルジョアジーが、メキシコ遠征の蹉跌や普仏戦争の敗北の経験から、利用するだけ利用し尽くして今や重荷以外の何ものでもなくなったこ

とを知った王や皇帝の権力と永遠の別れを告げ、自らの手でガッチリと国家権力を握ることを決意した、一八七〇年第三共和政の成立およびその直後のフランス独占資本主義体制の出発期にかけてであった。

これまでの考察から、賢明な読者はすでにおわかりであろう。この学者たちの使命は、ブルジョアジーがその支配権をすでに完全に手中に収めた階級的社會機構すなわち資本主義体制を、もはやその体制の抑圧要因にすぎなくなった皇帝の強権的刑罰権または王の絶対的神権的刑罰権に依頼してでなく、ブルジョアジー自身が直接掌握する刑罰権によって、犯罪すなわちその体制の存続・発展にとって危険・有害な行為から、その体制の自由な活動と発展とを阻害・拘束しないやり方で、しかも確実かつ能率的に防衛することを可能にする所の、新しい犯罪・刑罰権理論を構築することであった。

構築さるべき理論体系は、従つて次の二つの要件を備えていなければならない。

① 犯罪とされる行為は、資本主義体制の存続・維持にとって危険・有害な行為、言い換えればその存続・維持のためにその禁止が必要でありかつそれだけ禁止すれば十分である所の行為に限定されなければならない。その範囲を超えて禁止行為に犯罪行為のリストを拡大することは、それだけ資本主義体制の自由な活動と発展を阻害・拘束することになって、ブルジョアジーにとって不利であるからである。それ故、単に宗教的価値(聖)または道徳的価値(善)の観点からみて瀆聖(不敬)または悪(不善)であるにすぎず、体制にとって危険・有害でない行為(例えば復古王政が定めた瀆聖罪)は、犯罪とされてはならない。すなわち、犯罪概念の構成に当って超越論的見地は排除されなければならず功利論的見地のみが採用されねばならない。しかしまた、功利論的であれば何でもよいというわけではなく、単に各個人の私的な権利または利益を侵害するにすぎず、体制にとって危険・有害でない行為は、なるほど功利には反するけれども犯罪とされてはならないし、その権利または利益を行使する行為または

その侵害から防衛する行為が体制にとって危険・有害である場合には逆にその行使または防衛を犯罪として禁止しなければならぬ(例えば、労働者が労働組合を結成しこれを通じて労働条件に関する利益を守るために雇用契約を締結するという契約自由権の行使は、一八八四年まで犯罪とされていた(拙著「労働法史(風媒社)」一〇五―一〇八、一二六―一二三頁参照))。

なお当然のことながら、資本主義体制の存続・発展は、本質的ないし第一義的にはその体制を今や完全に支配する実力を備えるに至ったブルジョアジーにとっての階級的利益であり、その限りでは一種の私益であるが、ブルジョア・イデオロギーとしての刑法理論は、それを階級的私益として構成するわけにはゆかないから、階級性を捨象して、それが各個人の私的利益ではなく時として私的利益と対立するという事実を手がかりにして、「公益」「一般利益」「公共の福祉」という超階級的な響きのする概念に構成することによってその階級性を陰蔽しなければならぬ。また、体制という言葉は本質的に階級的支配被支配関係を予想しているから、それに代えて階級的に無記の「社会」という概念を用いるのが適当である。故に公益の帰属主体は社会であり、従って公益の代りに「社会的利益」と呼んでもよい。さらに、王や皇帝をまだ利用する必要がある間には、法上の権力・公権力ないし国家権力の名目的主体たる地位は、王や皇帝のために残して置かねばならないから、社会と国家とをうっかり混同して国家利益と表現してはならない。そのような表現は、資本主義体制の利益と別個・独立に存在する王権や帝権の、これまた一種の私的利益を、侵害から防衛する必要を正当化し、例えば不敬罪、瀆聖罪、反王権的反帝権的な言論・出版犯罪など、ブルジョアジーの階級的利益にはむしろ反する犯罪を認める結果になるからである。

公益とか社会とかの語は、大革命前夜から第三共和政の発足までの間、王権または帝権とブルジョアジーとが、それぞれの階級的利益を無私無欲中立公正な超階級的利益と見せかけるために、自分こそその真のかつ窮極的な

主体であると主張して相争つた所の、階級的、力関係の、天王山であつた。ルイ一四世が「国家、それは私である。」と称した時代には、何びとも王が公益の主体であることを認めないわけにはゆかなかつた。ということとは裏返して言えば、その時代つまり絶対王権の完成期までは、王は教会、領主、市民等封建法上の各権力主体と並ぶ相対的な権力にすぎず、その利益は何びとの眼にも一種の私的利益と映つていたということである。そのことは、糺問手続において国王の訴権行使を代理する王の代理人と弁護士 (Procureur et avocat du roi) は、法廷において、裁判官と同じ壇には坐らず、被審判者およびその代理人と同じように一段低い法廷内の囲い地 (parquet de la salle) に坐つたことに、端的に象徴されている。国王の代理人の後身である今日のフランスの検察官が、刑事裁判所に付属して検事局 (Parquet) と呼ばれるものを構成しているのは、この伝統を継承しているのである。(Stefani, *Levasseur et Bouloc, Procédure pénale, 10^e édit., No 98* (「*沈登はか訳「フランス刑事法〔刑事訴訟法〕(成文堂近刊予定)*」

九八) 絶対王権の確立が、始めて私益に対する公益の觀念を浮かび上がらせ、王権が我こそその独占的排他的帰属主体なりと思つたのも束の間、奸智にたけた王権の敵ルソーは、社会とか公共とかいうあいまいな玉虫色の概念を發明し、国家権力は一般意思に基づくべきが故に特殊意思たる特定の個人の利益追求欲に奉仕すべきではなく、社会公共の利益に奉仕すべきである、と主張して、王権の私益を直接公益と同一視すること(公私混淆)を不可能にしてしまつた。以後国王とブルジョアジーとは、自分は階級的私利を追求してはならず社会を代表し公益を追求しているから、正統かつ適正な権力の主体なのだ主張し合ひそう見せかけ合うという方法によって、権力争奪戦をくりひろげることになる。大革命は、三部会の第三身分にすぎなかつたブルジョア議員が、社会公共の眞の代表者国民議會を称した時に始まつた。革命四年(一七九五年)の刑法法典は刑事手続に初めて公訴と私訴との區別を導入し、革命九年(一八〇一年)の法律は公訴権を政府の委員 (commissaire du gouvernement) の手に委ねた

が、成長途上のブルジョアジーはこの権力を自ら掌握することを断念して、一八〇四年にひとまず皇帝にあずけたから、一八〇八年の治罪法典における公訴権の行使は皇帝の代理人 (*procureur impérial*) と呼ばれる検察官の手の中に帰する(拙著「刑事訴訟法史《風媒社》」一六〇～一六二頁。Stefani, *ibid.*, No 71, 73, 74)。皇帝の代理人は明らかに王の代理人の名称を真似たものであるが、アンシャン・レジームの王権は一種の私益に属したから、法廷においては裁判官席より一段低く他の私的訴訟関係人と同レベルの席を与えられたのに対し、皇帝の代理人は他の訴訟関係人と異り私益の上に超然たる無私無欲中立公正の公益の代表者とみなされたので、裁判官と同じ高さの平面に席を与えられた。そしてこの状態は、検察官が一般には公的代理者 (*Ministère public*)、公訴権の行使者としては国家の代理人 (*procureur de la République*) と呼ばれている今日まで、一貫して変わらぬ。(拙著前掲一六三～一六四頁。Stefani, *ibid.*, No 98。) 注意すべきは、その間において、皇帝や王が公訴権の窮極主体だった時代には、検察官は決して国家の代理人と呼ばれたことがなく、皇帝や王が首にされてブルジョアジーがその権力を手中にした時のみ国家の代理人と呼ばれている、という事実である。このことはつまり、「両ナポレオンの帝権や両ブルボンの王権は社会公共すなわち国家の奉仕者とは称しえても、決してルイ一四世の如く「国家、それは私だ」と称することはできなかったのに対して、ブルジョアジーは権力を握るや必ず自らを国家なりと称したし、今日なお称している、ということの意味する。けだしブルジョアジーは皇帝や王の如く孤独でなく、階級集団をなしているのと、皇帝や王の如く労働者・農民から故意に隔離された王宮の中で彼らと無縁な生活を送っているのではなく、日常的生産関係の中でたえず労働者・農民と接触し、利害を対立させている面(生産関係における搾取・被搾取関係)と、共通にしている面(生産力における共同および共通敵関係)とを併せ持ちつつ共存しているがために、労働者・農民と一緒にいわば社会・公共の中にまぎれこんでいるから、労働者・農民の眼にも或る程度までブルジョア権力を社会・

公共に直接帰属する主権としての国家（ルソーは国家すなわち *cité, république* ないし *État* を主権者、主権者の構成員を個人的には市民すなわち *citoyen*、集合的には人民すなわち *Peuple* と呼び分けて、はっきり区別している。「社会契約論」一卷六章参照。）と混同させることができたのである（元来 *État* と同じ意味の *Republique* を、今日前者「国家」から区別して「共和国」つまり君主でなくブルジョアや時としてプロレタリアート（その代表組織）が実権を握る国家の意味に限定して用いているのは、このためである）。ブルジョア刑法学もまた、犯罪行為を、資本主義体制の階級的利益でなく、社会の共通利益すなわち公益を侵害する行為と規定することによって、さような混同に力を貸した。しかしわれわれは次の事実を忘れてはならない。七月王政時代選挙権を有する法定国民は全人口に対して二〇〇人に一人の割だった。一八四八年の二月革命で普通選挙法が布かれた時、危険を感じたブルジョアジーはナポレオン三世の強権に公益すなわちブルジョアの階級的利益の保護者を見出した。そして一八七〇年皇帝が去る日まで、独占資本は普通選挙によって微動だにせぬ体制の支配・管理機構を確立していた。その状態は今日もお変わってはいないのである。

④ 資本主義体制の防衛のために、ブルジョア刑法理論はさらに、責任と刑罰の構造（正確に言うならば、①の方針で犯罪とされた行為が法の禁止に反して特定人格（*Personne*）によってなされた場合、その違反行為（*infraction*）および彼の罪状（*culpabilité*）の行為者人格への負帰可能性（*imputabilité*）を何に基づかしかめるか、また負帰が認められたことに基づいて当該人格に、その違反行為および彼の罪状に対する応答可能性（*responsabilité*）として如何なる刑すなわち苦痛（*peine*）を忍受せしめる可能性が生じるか、という議論の道筋）を、基本的に次の原理に従って定めなければならない。すなわち第一に、負帰可能性の根拠は自由意思（*libre arbitre*）であり、従って第二に、犯罪者人格は違反行為時に自由意思に基づいて行為する能力を持っていなければならず、また従って第三に、彼はその時にその能力に基づいて自己がそれを実現しようと思した所の行為とその罪状とに対して、

かつその二つに対してのみ、応答すべきである。これがいわゆる意思責任(過失責任)、自己責任および個人責任の原理で、ナポレオン法典ですでに(民法典においても)認められた原則である。

念のため申しそえるが、今日刑法で用いられている広い意味の責任・Schuldを、かように応答(可能性)、負帰(可能性)および罪状(有罪性)に細分して詳細に論じたのがこの時代の議論の特徴であつて、今でも大ていの仏刑法教科書で触れてはいるが、多分にきまり文句でその当時のように情熱をこめて議論しないから、読んでも何のこともよく呑み込めない向きが多いと思う。しかし、カント理論の解説でも出て来たように、近代刑法理論が今日の形に決まるまでには是非通過しなければならなかつた議論の道筋として歴史的にも今日の理論の理解のためにも大へん重要な意義を持つている。特にわかりにくいのは罪状(culpabilité、ドイツ語のSchuldに当たる。)と負帰可能性との区別であろう。罪状はSchuldもそうであるがもともと「誰それがした」という程度の意味で、行為と行為者との客観的外的結びつきを指す言葉である。ヘーゲルも「法の哲学」の中で、Schuldの中にはただ私が或ることをしたか否かという全く外面的な判定のみが含まれ、責めを帰する(imputieren)ことは含まれぬ、としている。しかし私の行為である以上、私がしようとしてしたこと、「わざと」または「なおざりに」しでかしたことには間違いない。つまり罪状には故意(dolus)または過失(culpa)を含む。故にculpabilitéはculpaを語源とするのである。糺問手続ではこれは罪体(corps du délit)と共に一般糺問(予審ないし準備手続と確定手続と)の認定対象だったので、前稿および前々稿で説明したように、フランス犯罪論の通説やルーデン説では、罪体と一括して犯罪行為ないし一般構成要件の要素とされて来た。これに対して負帰可能性は犯罪行為が単に行爲者によって故意または過失でなされたことではなく、故意過失でなされた行為が行爲者の自由意思的能力に基づくが故に行爲者の人格に帰属することである。気狂いが殺しても、やる気でやった、つまり故意過失はある、と言え

るが、思慮分別つまり違法性の意識や自由意思的行為支配つまり責任能力を欠くので、その殺人行為はその行為者・氣狂いの人格に負帰しえない。これは、糾問手続で、違法性の意識や責任能力が、後半の手続段階たる特別糺問ないし法廷手続で初めて正当化事実として被疑者の挙証責任において提出されえたことに対応する。(してみると、何のことはない、ドイツの刑法理論は二百年間あちこち持つてまわった挙句、目的的行為理論で前近代の体系にもどったわけである。なお因みに、*culpabilis* の訳語は普通「有罪性」であるが、独日刑法学では有罪というのは応答可能性まですべて含む概念ゆえ、それとの混同を避けていささか熟さぬが、わたくしは「罪状」と訳している。)

さてそこで第四に、犯罪行為と自己の罪状とに対し犯罪者が応答すべきである、つまり責任あり、というとき、その応答の仕方として刑すなわち苦痛を彼に忍受せしめうる主体は、彼に負帰され彼の罪状とされる行為により侵害される公益の帰属主体たる社会たるべきであり、従って彼が忍受すべき苦痛の程度は、彼に負帰される範囲での公益の侵害(により社会が蒙った苦痛)の量に比例すべきである。この命題の前半が、「刑罰は公刑罰たるべし」、「私刑禁止」の原則であり、後半が、犯罪行為の悪性(違法性)が行為者に帰責される量と刑罰として行為者に科される苦痛の量との比例、簡単に言うと罪刑権衡の原則、すなわち狭義の(近代的)応報刑主義である。ただし、意思責任・自己責任・個人責任および私刑禁止と異り、これは、右の説明の仕方からすぐわかるように論理に飛躍があつて、ブルジョア刑法理論のアクセレスのかかとに外ならない。なぜなら、カントやヘーゲルの理論の批判をくり返すことになるが、自己の人格に負帰される行為と罪状とに対して応答すべき主体は当該行為者自身であるのに対して、科刑の主体は国家権力であり、行為者はその客体としてこれを忍受するにすぎないので、これを以て真の応答となすことはできないからである。カントやヘーゲルによると、犯罪者は、犯罪行為自身において、自己否定としての受刑を自ら主体的に意欲したのだそうだが、その詭弁なることは既に明らかにした。後ほど見るよう

に、オルトランはその不十分に気づき、これを超える努力をしている点でカント、ヘーゲルを凌ぐが、結局成功していない。

ブルジョアの責任・刑罰論のかような構造は、第四命題を除けば、「人間が、自由な個性的創造主体なるが故に自己の主體的創造物たる行為に対して自己ひとりで責任を負う存在であり、そのような存在として尊厳な人格である。」という人類多年の知的努力の結論を、刑法学に適用したものであり、ブルジョア法理念という階級性の限界を超えた普遍的真理として、ブルジョア法の乗り超え・自己超出という現代法の根本課題を解決するための指導理念となるべきものである。しかし、その真理から演繹される唯一必然の論理的帰結たる「犯罪行為に対する犯罪者の主體的応答としての真の責任の引受けと遂行とは、決して刑罰によっては達成されえないから、責任によって刑罰を基礎づけることまたは正当化することはできない。」という事実故意に眼をつむり、責任と刑罰という、単に異質というにとどまらず真向から矛盾対立するものを、ブルジョア体制防衛のために刑罰の威嚇が何としても必要だという使命感に駆られて何らの共通項も介さずに強引に比例関係に置いたこと(その強引さは次に見る如くオルトラン自ら認める)は、この理念の階級の限界を示すものである。そのことと、前述④で説明した階級体制の利益を超越級的な社会の一般利益・公益と同一視し、従ってその侵害である犯罪の悪性を、無条件絶対の悪性と見せかけたことが結びつくと、ここにあたかも「犯罪の処罰は、犯罪の公益侵害の悪性が犯罪者の自由意思によって惹起された限度で犯罪者人格に帰属することによって普遍妥当的に根拠づけられ、刑の重さはその帰属する侵害の悪性の大きさに比例することによって普遍妥当的に適正と認められる」かの如き印象を与える、新古典学派理論が成立する。

ところで、上記④の犯罪論の功利論的構成すなわち犯罪の悪性を社会侵害性と把えることは、ベンサム理論の中

にすでに展開されているから、それをそのまま有難く頂戴することとして、ベンサム理論のままだと前述の如く責任の有無輕重を無視した強権的刑罰権が必然の帰結となるので、その強権性を②の責任・刑罰論によって制限すればよい。しかるに、この手の責任・刑罰論はすでにカントによって与えられているから、それもそのまま①を制限するために利用させてもらう。ただし、カント刑罰論は、「悪行は刑罰によって応報さるべし」との定言命法を絶対視し、刑罰の功利的目的を無視し、しかもその悪行たるや社会侵害性ではなくて反道徳的な自由・権利の侵害を意味するから、①の見地からは不必要かつ有害な禁止と処罰とを必然とする。そこでこの点は①の犯罪本質論によって制限すればよい。かくて新古典学派は、ベンサムの目的刑論とカント的応報刑論とを相互制肘させることよって止揚するという、一見安易で手軽な方法により、易々とその目的を達成する。かように先人の主張を拝借してかけ合わせるやり口の見かけの安易さ・手軽さから、しばしば貶謗の意をこめて新古典学派は折衷理論と呼ばれるが、実はその外見上の安易さ・手軽さこそ、数千年の歲月をかけて熟した知恵の実が時あつて枝を離れる瞬間の自然さに外ならない。その内容的な豊富さ・深さ・論理の精緻さ・体系の整備から言えば、先行するすべての偉大な学説と過去の長い刑事法史の全経験とが、河川の海に入る如く洋々としてそこに流れ入り渾然として融合した偉大な総合の産物、人類数千年の刑法思想の集大成たる、人類知性の一大金字塔である（因みに集大成とは、孟子が、諸聖人の長所を渾然一体となした孔子の偉大な人格をたたえた時に用いた最高の褒め言葉である）。

議論の大体は、平野泰樹「フランスの刑事責任（一）オルトランの責任論（国学院大学大学院紀要一〇輯、一九七九年）」同（二）新古典主義の成立過程と刑罰論（一）（国学院法政論叢二輯、一九八一年）」同（二）同（二）（国学院大学大学院法学研究会誌「法研論叢」八号一九八一年）」同（三）（国学院法政論叢三輯）（以下統刊の予定）に紹介されているから見てもらうことにして、ここでは以上に述べた観点から極く簡明に、この学派の代表者三名の折衷法の要点を

対比的に示すにとどめる。① ロンはカント的な絶対応報 \parallel 正義を刑罰権の基礎とし社会的功利をその制限原理とする。曰く、「人間の正義の目的は外面的で限界がある。それはなお絶対的正義であるが、われわれの第三者に対する侵害に対し、その侵害が社会秩序 (ordre social) を知覚可能なやり方でみだす限りにおいてのみ、適用される絶対的正義である。(Rossi, *Traité du droit pénal*, 1829, I, p. 289.)」刑罰による犯罪行為の禁圧は、刑罰が(その行為に対して)罪責ある人 (coupables, 犯罪行為を意思的になしたこと【罪状】をその人格に負擔されることによりそのことに対して応答すべき【掃責さるべき】人の意)に、かつその人だけに適用されるという条件においてのみ、正当 (legitime) である。……人が応報として当然の害 (mal mérité) を微塵でも超え(て刑罰を加え)るや否や、もはや正義は存在しない。人は功利の説 (système de l'intérêt) に陥る。(ibid., p. 290.) ② 逆にエリは社会的功利を刑罰権の基礎とし、道徳的正義をその制限原理とする。曰く、「人の結合 (association) の中には、保全の法則 (loi de conservation) が在り、その法則はその結合の保全の基本条件たる一切の手段を正当化する。刑事司法が存在するのは、それがその基本条件の一つであり、結合の保全に不可欠な要素の一つであり、権利としての制裁 (sanction du droit) であるからである。……(刑事司法が行使する) 防衛権は……あらゆる権利、あらゆる社会的利益に及び、論理的かつ必然的な発展として、秩序をみだす諸行為をくいとめかつ処罰することを目的とする予防的諸手段を持つに至る。最後に刑事司法は……教訓的かつ道徳化的な刑を用いて教育することにより、犯罪者の更生を達せんと企てる。(Adolphe et Hehe, *Théorie du code pénal*, 5e édit., 1872, tome 1^{er}, p. 15.)」刑事司法は道徳法則を不可欠の要素として認めるが、しかし刑事司法がそれから生ずる所の源として認めるのではない。刑事司法は道徳法則において自己の(刑事司法の)犯罪認定・科刑の一条件・一限界を見るが、しかし認定・科刑の原理を見はしない。刑事司法は事実、この聖なる法則の違反に制裁を科し、この法則の諸規則を遵守させることを全く使命

とはしない。刑事司法は外面的な秩序と社会の利益とのみを気づかいかつ気づかいうる。それはこの秩序の維持とこの利益の防衛以外の目的を持ちえない。(Ibid., p. 16) エリのこの見解は、近年西ドイツのロクシンが唱え、わが国でも最近追隨者を見出し始めている所の、「刑罰権の存在根拠は社会防衛目的に在り、責任はその追求を限界づけることによつて抑制する原理にすぎぬ。」という見解と完全に軌を一にする。フランスで百年も前に栄えた説を今頃になつて、とガツカリする必要はない。新古典学派理論はくり返して云うが真に偉大な理論なのである。(ロクシンについてはもつと後に論じる。) ① ロクシンやエリのようにいずれかに偏ることなく、極めて巧妙な、殆ど天才的な論理の駆使により見事な総合を成し遂げ、この学派理論の典型を提示したのは、ロシの後継者オルトランであった。曰く、「善は善によつて報いらるるに値し、悪は悪によつて報いらるるに値すとは、あらゆる時と国において人間理性により考えられて来た関係である。……およそ落度 (faute) について罪責を負う人はその落度に釣り合う罰に値する。しかし、社会は、その罰を秤りかつ科することを委託されているのか？ 以上の理論はそのことを少しも証明していない。私は、罪責を負う人と彼を罰する社会的権力との間に、次のような会話を想定する。『なぜお前は俺を罰するのか？』——『お前はそうされるに値する。』——『要らぬことに手を出すな。誰がお前を裁判官にし行刑官にした？ (誰もしてないじゃないか)』 社会的権力は何とやり返すだろうか？ もしも社会が『俺の保全 (conservation) に関わる。』と答えるような場合なら、社会の処罰権は証明される。——『お前は処罰されるに値する、そして俺の保全に関わる。』というこの二つの命題がすべてに答えている。——『俺の保全に関わる。』とはすなわち、他人の権利を害しさえしなければ、俺は処罰に手を出す権利を持っている、訴追する (poursuivre) 権利を持っている、ということである。——『お前は処罰されるに値する。』とはすなわち、お前は、お前の権利が害されること、俺が、お前に与えられているものを害して自分を存続させようと試みることに、文句をつけることがで

きない、ということである。——この証明に何か足りない所がありますか？」かくてオルトランは結論する、「絶對的正義の理論は、罪責を負うものは罰に値することを証明し、保存権の理論はさらにその証明と結びついて、社会がこの罰を科する権利を持つことを証明する。一つの理論は正義の理念を含み、他の理論は功利の理念を含む。

一つは純粹に精神的秩序に答え、他は物質的秩序の必要に答える。」(Ortolan, *Elements de droit penal*, 4^e edit., 1875, tome 1^{er}, p. 86.) この説は、カント、ヘーゲルも気づかぬふりしてごまかした疑問「犯罪自身の自己否定たる応報を、何故他者が加えうるのか？」に答えようとした正直と勇氣、および答え方の巧妙さにおいて真に称讚に値する。そして、確かに、カント、ヘーゲルが考えたように自己否定が自己加害(カントでは自らの手によるタリオの実行)であるなら、この答えは完全である。もともと本人がなすべきことを、代わりにしてやろうと言うのだ。理由なしのお節介ならともかく、してやらねばこちらの生死に関わるのだから、文句を言われる筋合はない。しかし実は、その前提に誤りがあるのだ。既述の如く、自己否定は自己超出であって自己加害ではない。(そのことは、本論の終りの方で改めて論じる。)

なお、責任の重さと刑の重さとの釣合をどんな共通項で測って決めるかという問題は、カントのように犯罪を自由・権利の侵害と把える立場では、タリオによってひとまず(しかし何となくうさんくさく)解決されえようが、新古典学派論の如く犯罪を公益の侵害と把える立場からは、答えようがない。この点についてもオルトランは正直で卒直である。「白状するが、物体の長さや重さを測る如く、正義も功利も同じように調べて測る物質的道具は、存在しない。」と、彼は言う(*ibid.*, pp. 93, 94.)。有りもせぬ物指が在るような顔をして、罰則を作る立法者、量刑する裁判官、仮釈放の時期をさじ加減する行刑官、世の中は裸の王様で一杯だ。体制防衛の要請は、どんな無茶も非合理も頼かむりして押し通す。

さて、前稿で述べたように、新古典学派理論は市民社会の発達、資本主義体制の確立につれて徐々にドイツにも影響を及ぼしたことは確かだ、そのはしりとも言うべきルーデンには、「国家は不道德なものを、それが不道德なるが故に処罰するのではなく、不道德な行為態様は国家における人間が尊重すべきようなものではないが故に処罰するのである。(Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Band 2, 1840, S. 125, Anm. 1.)」など、ロシ(その説をルーデンは未遂論で引用している。a. a. O., S. 195, Anm. 1.)とそっくりの言説が見える。そして時代が降るに従い応報と功利との和解は、フランス思想に強く影響された著述家たちにおいて賛同者を見出し、学説が殆ど一般に批判的だったにもかかわらず、立法委員会や立法集会では通常支配的な意見となり、パールによれば實際上最も正しい決着をもたらした(Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, 1882, S. 271.)。その影響の正確な射程を調査し測定することは、今後の課題である。