

刑罰論から見た量刑基準（3・完）

本 庄 武*

- I はじめに
- II (絶対的) 応報刑論
- III 相対的応報刑論
- IV 特別予防論（以上第1巻第1号）
- V 消極的（威嚇）一般予防論
- VI 積極的一般予防論（以上第1巻第2号）
- VII 犯罪の事後処理説
- VIII 損害回復論
- IX 刑罰論と量刑論の峻別—行為比例性論の検討
- X 結語—量刑基準定立の試み（以上本号）

Ⅶ 犯罪の事後処理説

1 吉岡一男説

本章では、刑罰が犯罪防止目的を持つことを否定する立場について検討する。この立場の主唱者は吉岡一男である²³²⁾。この説は、かなり独特でありかつ難解と思われるため、まず主張の全体像をやや詳細に見ていくこととする。

吉岡はまず従来までの応報刑論、目的刑論について検討する。応報刑主義につ

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第1巻第3号2002年11月 ISSN 1347-0388

232) 吉岡の刑罰論に関する論稿としては「犯罪の研究と刑罰制度」同『刑事制度の基本理念を求めて』（1984年）101頁以下、「刑罰の犯罪処理機能」同『刑事制度の基本理念を求めて』（201頁以下）、「犯罪現象と刑事法」同『刑事制度論の展開』（1997年）129頁以下、「犯罪と刑罰の超克」同『刑事制度論の展開』（262頁以下）、「刑罰論についての刑事学的考察」同『自由刑論の新展開』（1997年）3頁以下（初出「犯罪対応における処罰とゆるし—刑罰論についての刑事学的考察」法学論叢138巻4・5・6号（1996年）177頁以下。）、「応報刑と謙抑主義」『京都大学法学部創立百周年記念論文集・第2巻・公法・国際法・刑事法』（1999年）503頁以下など多数存在する。しかし主張の基本的な部分において変遷は見られないように思われるため、ここではもっとも体系的な形で主張が展開されており、「ゆるし」という重要な概念の導入が図られている「刑罰論についての刑事学的考察」を検討のベースとする。

いては²³³⁾、不正・悪である犯罪に対する刑罰は応報であることによって正当性をもつと主張する場合、他者侵害としての犯罪が不正ないし悪とされ、処罰対象者は犯行に責任を負わなければならないことは肯定できるとしても、それは処罰のための必要条件であることを意味するにすぎない。確かに「自己の行為について、責任を認め、その責任を負うことは、人が集団をなし社会生活を送るにあたっての必要事として、通常的には養育過程における家族など緊密な集団のなかで身につくべきものである。これを個人的答責原理と呼ぶことができよう。しかし、処罰をすることが、その責任を果たさせることに直結するわけではない²³⁴⁾」ので、責任主義は処罰するためには責任が不可欠だとする消極的責任主義として理解できる。しかし責任主義が、目的刑主義の積極的な刑罰運用のための便宜的な方便となることを防ぐために、単なる人権保障のための外在的な制約とするのではなく、刑罰制度の合理的な目的に内在するものとして位置づけなければならないとする。

他方、刑罰を正当化するために有用な効果の存在が必要だとする相対主義については、例えば処罰によって秩序が維持されたというだけであれば実質的な意味は乏しく、具体的な効果が追求される。しかし刑罰目的を犯罪防止とする場合、犯罪防止目的は刑罰手段の膨張につながりがちであるため、刑罰の社会的効用も処罰の十分条件にはならない。吉岡はこれを個別の犯罪予防目的について検討する²³⁵⁾。まず一般予防論について、例えば(1)威嚇・抑止刑論では、①刑罰対象者の選択や刑罰量などについて十分な実証的裏打ちをもった経験的主張が行われる状況にはないので、絶えず刑罰拡大を求める常識論的俗論が前面に出ざるを得ない。②効果的な抑止のためには、対象者を適宜・ランダムに選んで処罰する恐怖政治が目的合理性を持つ。③刑罰量については単純に刑罰は重ければ重いほど良いことになる。(2)規範的評価を具現するものとして抽象化された刑罰機能を持ち出す非難宣言刑、規範的・積極的予防論では、具体的な刑罰量について明確な基準をもたず、有効な外在的制約原理となりうるか疑問である。(3)威

233) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)7頁以下。

234) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)12頁以下。

235) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)16頁以下。

嚇のためには、重い刑より確実な刑罰こそ有効であるから刑罰加重にはつながらないという主張もあるが、重くかつ迅速で確実な刑罰こそ威嚇の道具として有効だという常識論を覆すことはできない。（4）条件反射など罰を使った回避行動の学習モデルもいわれるが、①学習の前提である犯罪と処罰との時間的近接性を刑罰制度で実現することは難しく、②犯罪と処罰の間の結びつきの確実さが要求されるが、このためには日常的な監視の目をめぐらせることや、プライバシーなど無視した立ち入り検査・調査や取締りが必要となってしまう。以上のような難点の他に、刑罰的善悪を用いた行動統制・犯罪防止は犯人を見せしめとして処罰することになる。それを回避するために外在的な人権保障や消極的責任主義による歯止めを持ち出しても「その際の責任主義は、犯罪防止という合理的な目的から絶えず実質的な責任内容を希薄化され」てしまい、また非刑罰的な犯罪対応を正面から積極的に評価する余地はないことになる。

特別予防論については、犯罪者の危険性や悪性に直接働きかけることを主張することで、論理的には生じた犯罪に対する刑罰という枠組みをこえるものである。他方で、犯人の改善・立ち直りの観点からディヴァージョンによる非刑罰的処理を合理化する側面を持っていたことは否定できない。しかしこの主張は、①通常の検察官送致、刑事裁判、実刑というものが、対象者の再犯防止にとってマイナスであることが前提になり、刑罰の再犯防止効果を積極的に言う特別予防論の本来的考え方とは矛盾する。②また単なる不発見や不発覚による不処罰でも再犯防止上有効なのではなく、犯人として検挙され本来は処罰されるべきものが警察や検察官などの裁量により個別的に処罰をゆるされることが重視されるとも言われるが、どの程度実証的な裏打ちがあるのか疑問である。③特別予防的な観点からの犯人のふるいわけも問題である。すなわち、個々人のなかに想定された個体的な犯罪負因や犯罪傾向が具体的な刑事処分を左右できるだけの実質が存在するのか、それを具体的に認定できるのか疑問である。実刑処分が積極的に犯人改善等をめざして選択されているかも疑問である。そして④そのような寛大な措置が、警察・検察・裁判官による恣意的な温情や便宜に支えられていないか、という問題もある。

以上のように、特別予防論の掲げる犯人の再犯防止が、現行の非刑罰的処理を

支持するものかは疑問であり、また犯罪防止目的を掲げた刑罰・刑事制度が刑罰の拡大ないし介入権限の膨張をめざすものである限り、外在的な責任主義がどの程度歯止めとなるか疑問である。そうであればむしろ責任を刑罰目的に内在するものとして構成することが目指されなければならない。そのような構想が刑罰制度を犯罪予防と切り離し、犯罪処理の観点から捉えるものである。刑事制度による犯罪処理とは「共同生活社会に生じる他者侵害的な有害行為を所定の刑罰に当たる犯罪とし、犯罪が生じたとされるときに、具体的に何が誰によってどのように行われたかを、犯行の物理的・心理的痕跡（記憶）を事実認定に使うための証拠として収集して再構成する犯罪捜査にはじまる一連の刑事手続きによって、事態が犯罪かどうか、誰が犯行に責任を負うかなどを判定し、ときに犯人を処罰するなどして決着をつけていくこと²³⁶⁾」である。これは刑事制度以外の福祉的援助や保険制度、不法行為法による損害賠償、国家補償などと共に犯罪の事後処理を担うものとなる。この全体のプロセスにより「事態の解明と時には犯人の処罰によって、被害者など社会構成員の心理的満足や納得感を介し、犯人をも含んだ社会共同生活を再び平穩に行うための情緒的安定を達成する²³⁷⁾」ことができる。このような制度のなかで、刑罰は別的手段等でそのような効果が得られない場合に限って科されることになる。刑罰制度が存在するのは、われわれの社会が生活必要物資の獲得についてなお多くの部分を過去の労働・功績に依存しており、過去に拘束され自己の行為に責任を負う体制、すなわち「個人答責原理」を必要としているからである。刑罰が犯罪処理を目的としたものであると位置づけるということは、刑罰の害悪性を認め、他の手段で犯罪の処理ができない時のための必要悪として把握することを意味する。そこから犯罪処理のための刑罰は少なれば少ないほどよいものとなり、不処罰処理は積極的に肯定されることとなる。

ここで吉岡は、不処罰処理を積極的に進めるための方策として、個人倫理のレベルでの犯行のゆるしを持ち出す²³⁸⁾。これを考慮しうるのは個人心理レベルでの憤激・応報感情が、犯罪処理のために犯人処罰を必要とする事情の背後に

236) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)26頁。

237) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)27頁。

238) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)28頁。

あるからである。しかしそれが刑罰制度にストレートに反映されるわけではなく、刑罰緩和の方向に片面的に刑事制度に取り込まれることとなる。処罰方向での人々の思いは、犯行等が現実性をもつか吟味されるべく、刑事制度の発動を促す契機となるにすぎない。制度のレベルでは、犯罪処理という制度目的を具体化した客観的な基準での運用がなされることは、制度の公正で安定的な運用のためにも不可欠であるからである。「犯人抹殺にまで至りうる激しい個人的反発をなだめ吸収して、犯人をも含む事後の社会生活をなお可能にすべく犯罪処理を行うところに刑罰・刑事制度の社会的機能がある²³⁹⁾」。そこから、刑罰制度の担い手が、非難や怒り、ゆるしといった人間的感情を被疑者に向けることは疑問視される。「国家制度は、たとえ重大犯罪の犯人であっても、その内面にまで立ち入るべきではなく、表面的な犯罪事実としての具体的な犯罪行為そのものに注目し、最大限は犯行に見合う刑罰賦科によってその事後処理を行うことに止まるべきである²⁴⁰⁾」。しかし、自ら悔い改めて贖罪意識を持つことは人間の社会生活において極めて望ましいことであるため、刑事制度の中でそれを求めてはならないとしても、犯人に個人的反省や悔悟が現に存在する限りで処罰を限定することは犯罪処理の観点から可能である。吉岡は以上のことを、かくして犯罪処理の理想は犯行についての共感的な理解にもとづく全面的なゆるしであるとまとめている。

2 検討

以上が事後処理説の概要である。吉岡説は本稿がこれまで前提としてきた刑罰が犯罪予防目的を持つということを否定している点に大きな特色がある。まず検討しなければならないのは、刑罰は犯罪処理という目的を持つべきだとされるが、そのことと責任主義との関係である。吉岡はまず、従来の予防刑論は歯止めない処罰の拡大をもたらす傾向があると評価し、たとえ応報刑論との折衷により責任主義による限定を予定したとしても、処罰拡大の絶えざる欲求の前には有効な歯止めとならないとすることから、犯罪の事後処理のみを刑罰の目的とすることを

239) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注（232）30頁。

240) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注（232）30頁以下。

導く。そして犯罪処理目的は、責任主義を外在的な制約とするのではなく、目的に内在させているとしている。しかし責任主義を内在していると言うことはいかなる意味か。これが第1の問題である。これは刑罰の本質が応報であるという主張とは異なると思われる。そうではなく処罰を形成する際の制約原理としても応報が働くということの意味しているはずである。吉岡は「刑罰の応報的性格は、処罰されるのは自己の行った犯罪の故であるという近代刑法の基本原則と連動する」とし「加えられるべき刑罰量の最大限は行われた犯罪に見合うものとなる²⁴¹⁾」としている。この記述は、純粹に犯罪処理を目的とする場合でも、刑罰の応報的性格を考慮しない場合には処罰が行き過ぎてしまう危険があることを示している。もともと犯罪の処理という考え方は、歴史的に王権が直接的統制の手段として刑罰を利用する以前の、タブー違反者の共同体からの放逐ないし抹殺、血讐や贖罪金制度に由来している²⁴²⁾。犯罪処理という考え方自体には、広い意味での応報という観念が内在しているとはいえるが、犯罪成立要件として犯罪者の主観面での有責性を要求するという意味の責任主義は内在していないのであり、その応報の程度にしても同害報復という制限すら内在しておらず、被った害悪の程度以上の応報という観念を排除するものではない。すなわち犯罪処理という考え方自体には、過剰な刑罰を抑制するという思想は内在していないのであり、現代の刑罰制度がその考え方を採用する場合でも、責任主義という外在的な制約を課さなければならないことは、犯罪予防目的を掲げる場合と変わらないと思われる²⁴³⁾。

次に、刑罰を犯罪防止目的や応報により正当化することに対して極めて警戒的

241) 吉岡「応報刑と謙抑主義」・前掲注(232)510頁以下。

242) 吉岡「犯罪処理機能」・前掲注(232)208頁以下。

243) この点、吉岡が刑罰の本質としては目的自体よりも、(目的達成に向けられた)手段的特質としての害悪賦課である点を強調すべきとして「刑罰の応報的性格は、また、目的達成の単なる制約原理としては考えにくいのであり、むしろ逆に、そのような刑罰に本来ふさわしい目的は何かを考えさせる(「犯罪現象と刑事法」・前掲注(232)143頁。)」という記述をしていることが注目される。そもそも手段としての刑罰の害悪性に親和的な目的を考えているのであるから、責任主義は内在しているという思考がされているのかもしれない。しかしこの点は、一旦目的として犯罪処理を採用した以上は、それが一人歩きする可能性は否定できず、本文での主張の妥当性を覆すものではないと考える。

である点が注目される。「制度としての存在を支えるには合理的な目的を必要とし、特定個人の処罰を導くには責任の存在が必要であるが、刑罰が正しいものであるということが積極的に言えるわけではない。刑罰の正しさは処罰の必要条件ではあっても、正しいから処罰という意味での十分条件ではない。刑罰の存在をその正しさと結びつけるのではなく、過去からの歴史的経緯と現時点での必要性たる制度目的に根拠を求めるべき²⁴⁴⁾」とされている。これは犯罪防止目的を念頭においた主張であり、刑罰が犯罪処理目的を持つとした場合にも、なおそれによって刑罰が正当化されてはならないという主張かどうかは明確ではない。しかし「刑罰の正当化については、むしろ、刑罰を積極的に正当化することができるのか、正当化すること自体に問題はないのか²⁴⁵⁾」という記述からは、差し当たりいかなる根拠によっても刑罰の正当化はするべきでないという主張のように理解して差し支えないと思われる。これはいかなる意味かが第2の問題である。この主張の背後には、刑罰の正当化を認めてしまうと、それによって積極的な適用に道が開かれるため、それを拒絶し、刑罰の害悪性から出発することで、必要悪としての刑罰は少なければ少ないほどよいという結論を導くという意図があると思われる。しかし必要悪として位置づけるということは、必要がない場合にも刑罰が用いられていないかについて常に警戒の目を向けるということの意味しても、必要な場合にも刑罰の使用を控えるべきだという結論には至らないはずである。そうであれば、もともとの必要性とはいったい何だったのかということになるのであり、実際吉岡の刑罰の必要性の基礎付けからもそのような結論は引き出せないと思われる。吉岡説は刑罰を科す必要性を、社会が社会構成員の情緒的安定を達成するために個人答責原理をなお必要としている点に求めている。そこから、情緒的安定のために刑罰が必要な場合もなおその科刑は正当化されないといえるだろうか。「『何故、国家が個人を処罰することができるか』の問は、『国家の物

244) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注（232）10頁。

245) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注（232）10頁。

理的強制力の優越による事実上の可能』以上の答えを本来有しない²⁴⁶⁾』と
言ってみたと、個人の権利を制約する制度である以上、正当化されない場合は
違憲なものとなり存続させ得ないはずである。刑罰を正当化すべきでないという
主張は、制度根拠論としてではなく望ましい方向性を導くためのスローガンとし
て理解しておくべきだと思われる。

ここまでの検討により、吉岡説においても通常の目的刑論と変わらず、刑罰目
的の行き過ぎの歯止めとしての責任原理を必要とし、刑罰の正当化自体は目的に
よって行われると解さざるを得ないということを確認した。第3に、刑罰の必要
性を根拠付ける社会の情緒的安定という概念について検討する。刑罰という形態
での情緒的安定を求める適格は誰にあるのかという問題である。この点、吉岡は
「被害者など社会構成員」としており、それが犯罪からある程度直接的に被害を
被った人に限定されるのか、より広く社会一般の人が対象なのかは明確でない²⁴⁷⁾。
個人答責原理を共同生活のための必要性から導いていることからすると、
刑罰の制度自体は社会契約による合意から根拠付けられていると思われるが、そ
のことは個別犯罪において社会全体が刑罰制度による情緒的安定を求める適格が
あるということを必然的に意味するわけではない。しかし、吉岡は、積極的一般
予防論に関して、「大きな社会的機能として葛藤決着の満足効果や原状回復を言
う点は、犯罪の予防というより事後処理機能として明確化できる²⁴⁸⁾」と述べて
自説と積極的一般予防論との親近性を示していることが注目される。この記述か
らは、「一般」予防と類似するものである以上、社会全体に情緒的安定を求める

246) 吉岡「犯罪現象と刑事法」・前掲注(232)150頁以下。なお本文引用の記述に続け
て、「理論的努力は…刑罰目的自体を考え直すことに向けられるのが望ましい」と
主張されている。このことから、刑罰の正当化の拒絶は、理論的努力の向けら
れる方向性を強調するための主張だと解される。

247) この点、「犯罪行為者に不利益を課すことにより、犯罪によって惹起された社会的
動揺をしずめ、一定範囲の人々が共同生活をするのに必要な情緒的安定を再び獲
得する(傍点筆者)」「犯罪の研究と刑罰制度」前掲注(232)112頁。」という記
述と「刑罰の究極的機能としては、國家的規模での人々の共同生活の存続(傍点
筆者)」「犯罪処理機能」前掲注(232)215頁。」という記述があり、前者からは
狭い範囲の人が想定されるように思われるが、後者を見ると必ずしもそうでもな
いようにも思われる。

248) 吉岡一男「量刑と積極的一般予防論」現代刑事法21号(2001年)46頁。このよう
な積極的一般予防の事後处理的側面については、VIII.2(2)を参照。

適格があると考えるのが自然であろう。

ここで第4に、このような情緒的安定の把握と吉岡の「ゆるし」による処罰縮減の構想との関係が問題になる。仮に一定の狭い範囲の人だけに情緒的安定を求める適格があるとすると、その人たちのゆるしによって、刑罰は不要なものとなりうるであろう。他方で、社会全体が情緒的安定を求める適格があるならば、たまたま被害者がお人好しなために犯人をゆるしたとしても、なお社会の情緒は不安定なままであり刑罰を必要とするということも考えられる。しかし吉岡は、被害者等の「個人」心理のレヴェルでのゆるしが犯罪処理につながるとしている。そこから被害者に対しての国家補償や支援サービスに力を入れていく方向性が示されると共に、示談の成立等が微罪処分や起訴猶予につながることは刑罰によらない事件処理として評価されている²⁴⁹⁾。更には、「犯人以外に犯行を知っている唯一の人物である被害者が届け出²⁵⁰⁾」をしないことまでゆるしに含まれている。確かに個人レヴェルでの「ゆるし」は、社会一般のその犯罪に対する評価に大きく影響するとはいえる。しかしなお刑罰が求められることもあるのではないか。この点で吉岡説は不明確であるように思われる。

更に、5番目の問題として、被害者等の関係者の情緒を重視するという方向性は、別の問題を生じさせるように思われる。被害者が厳罰を望んだときに刑事司法がどのように対応するかという問題である。この点吉岡は、個人心理は片面的に刑罰緩和の方向においてだけ刑事制度に取り込むことができるとしている。ここで責任原理による刑罰の歯止めが力を発揮し、被害者感情の刑罰へのストレートな反映を阻むであろう。これ自体は妥当な方向であると考えているが、そのためには被害者等に対する説得の材料が必要であろう。それは、制度の公正で安定的な運用というものであろう。刑罰制度が差別なく公正な対応をすることは、社会全

249) 吉岡一男「犯罪対応における被害と被害者」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第1巻』（2000年）84頁以下。

250) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注（232）29頁。更に、吉岡は「親告罪規定では被害者意思の尊重がみられるのであるが、事実上の届出の有無を刑事制度の発動に結びつけることによってそれを原則化することは十分考えられる（「犯罪と刑罰の超克」・前掲注（232）280頁。）」として、私人が刑罰権発動を求める権利を与える方向性を示している。

体の利益であり被害者等もそれにより利益を得るのであるから、自らの情緒の安定を無限に求めることはできないと説得するのである。しかし、そのことは同時に被害者が望んでいる限り、犯罪に見合う限度までは刑罰を科すということを意味する。これは、吉岡の量刑についての考え方、すなわち量刑事情を類型化した客観的基準に基づき、行為者の人的要素は当該行為場面において危険性として具体化された限りで判断の対象とし、それ以上に人格の深みに立ち入った考察までも情状論として成立させることを控えたドライな量刑という考え方²⁵¹⁾にも符合する。しかし他方で、犯人の個人的反省や悔悟が現に存在する限りで処罰を限定することは犯罪処理の観点から可能であるとも主張されている。これは奇妙な主張ではないだろうか。犯人の悔悟が被害者に伝わり「ゆるし」が発生した場合でない限りは、被害者はなお犯罪に見合った刑罰による情緒の安定化を求めるのであり、またその権利があるということになるのではないだろうか。そしてこの点は、被害者等だけでなく社会一般の「ゆるし」を考慮する場合には、かえって考慮する余地が生まれるのである。なぜなら、社会一般の情緒の安定化はある程度象徴的に行われるしかないのであるから、犯人の悔悟により、その人は再度社会の中に受け入れられる存在となるからである。以上第3から第5の問題点の検討において、吉岡説には不明確さが残っていた。被害者等によるゆるしを重視するか、社会一般のゆるしを重視するかどちらかしかないと思われる。ここで、刑罰は害悪であり少なければ少ない方がよく、従って被害者等と社会のいずれかのゆるしがあれば犯罪の処理が行われたとみなしてよいと主張されるとすれば、便宜的であるといわざるを得ないであろう。

第6に、被害者等であれ社会一般であれ情緒の安定化を刑罰の目的とすることは妥当な結論を導くかという問題もある。吉岡は前述のような量刑基準を用いることにより、犯罪の中には刑罰で対応する必要のない軽微なものも含まれており、そのようなものは犯行と犯人が解明されることだけで情緒安定化に十分であるから、微罪処分や起訴猶予によりダイヴェージョンを図るべきであると主張してい

251) 吉岡「犯罪の研究と刑罰制度」・前掲注(232)116頁以下参照。

る²⁵²⁾。これは犯罪の重大性を唯一の基準とすることにより捜査機関の不透明な裁量にダイヴェーションが委ねられることを防ぐという利点を持つものである。しかし吉岡は、被害弁償や謝罪といった功利的配慮や犯罪を扱う訴訟経済への配慮も「あらゆる機会を捉えて非刑罰的处理を導入する必要がある」が故に是認されるとしている²⁵³⁾。ここでは事案の重大性以外のものが基準の中に導入されている。情緒の安定化を図ることを唯一の刑罰の目的とするならば、これらの考慮は望ましくないはずである。刑罰が回避できればいかなる考慮も是認されるということはあるまいであろう。功利的な配慮や訴訟経済などを考慮できるのは刑罰制度の目的が効果的な犯罪防止に求められているからではないのだろうか。そのこととダイヴェーション処理における明確性を確保することとは別の問題のほゞである。関連して、一旦一定期間の自由刑が犯罪処理に必要なだとされたのならば、それは公平性の観点からも事後的に修正し得ないというのが一貫した結論のように思われる。しかし吉岡は仮釈放制度を望ましいものとし、その善時制による運用を示唆しているのである²⁵⁴⁾。これについても社会復帰の観点抜きには出し得ない結論なのではないだろうか。このことは、より一般的に、量刑の際に社会復帰の観点を考慮しないというのは本当に正しいのかという疑問を呼び起こす。現状の犯人のふるいわけの運用が不透明あるということは、刑務所に入ることが社会性を奪い、犯罪性を促進してしまうという現実までも否定することにはつながらない。それを回避しうる端緒が存在するとすれば、刑事司法はやはりその端緒を活用すべきであると思われる。

最後に第7として、吉岡説が本当に刑罰の拡大を防止しうるのかが問題となる。吉岡は「犯罪現象についての知見に基づく根本的解決のないままに刑罰に頼ってみても不安感が無くなる保障はなく、絶えざる刑罰強化が帰結するだけであろう²⁵⁵⁾」と述べる。しかしこれは、まさに情緒の安定を目的とする刑罰制度に妥当する指摘なのではないだろうか。吉岡は、犯罪に見合う刑罰に絶対的な基準が

252) 吉岡「犯罪処理機能」・前掲注(232)210頁以下。

253) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)32頁。

254) 吉岡「量刑と適正手続」・前掲注(115)232頁。

255) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)33頁。

あるだけでなく、犯罪種ごとの法定刑の枠も歴史的に決まるといわざるを得ないとし、「大きな流れとしては緩刑化の傾向を指摘できる²⁵⁶⁾」と述べているが、刑法の機能化が進行し刑法の謙抑性すらも疑われ始めている現代において、歴史性だけで重罰化をかわすことができるのはあまりにも楽観的だと言わざるを得ない。それに対して、不十分ながらも実証的な知見をベースとすることを目指す一般予防論の立場では、刑罰を強化しても犯罪が減少しないことがある程度の確実性を持って指摘できるならば、刑罰強化を阻止できるように思われる。近年の被害者運動の高揚と共に叫ばれている重罰化の主張に対して、より有効に対抗できるのは科学的な裏付けを持った犯罪予防論の方であると思われるのである。

以上の検討により、やはり刑罰の犯罪予防目的は維持すべきであるとの結論に至った。確かに一般予防論を基本とする場合、絶えず安易に刑罰強化の方向に走らないか警戒する必要がある。しかし、だからといって犯罪予防目的を放棄してしまうと刑事司法が失うものはあまりにも大きいと思われるのである。但し、吉岡説の「ゆるし」という概念は量刑の合理化にとっても考慮に値する概念であると思われる。それはしかしそれは一般予防論とどのような関係にあるのだろうか。次にこの観点を、近年極めて有力化している損害回復論を通して検討することとする。

VIII 損害回復論

1 問題の背景

近年の被害者運動の高揚の中で、犯罪被害者の実態が明らかになると共に被害者が刑事司法に非常に不満を抱いていることが明らかになってきた。その不満には大きく分けると4つの要素が存在する。1つは刑事司法が被害者自身が全く関与しないところで事件を処理することへの不満である。これは被害者の情報を求める権利につながる。第2に犯罪捜査や刑事公判において、配慮なき取調や尋問により二次被害を被ることである。これは被害者の保護を求める権利につながる。第3に刑事裁判が国家対被疑者・被告人の枠組みで運営されているため、事件処

256) 吉岡「刑事学的考察」・前掲注(232)28頁。

理について被害者自身の希望を反映できないという不満である。これは被害者の参加の権利につながる。そして第4に、犯罪行為者に対して民事不法行為訴訟を起こすのに手間と費用がかかり、また行為者は多くの場合資力が乏しく被害の弁償がなされない、犯罪被害者給付金制度もあるが対象が狭く給付額も低廉であるといった事情に対する不満である。これは被害の救済を受ける権利につながる。

このうち第1から第3の点については、捜査機関の運用の変更による対策が先行していたが²⁵⁷⁾、それに加え、近年の刑事訴訟法の改正・犯罪被害者保護法の制定により3点とも一応の対応がなされた²⁵⁸⁾。しかし、特に第3の点については民刑分離という現在の司法の枠組みの根幹に関わる問題であり、消極的見解も根強くなお論争の中にあるとあってよいであろう²⁵⁹⁾。それに対して第4の点については、2001年に犯罪被害者給付金制度は拡充されたもののいまだ十分とはいえない。また従来から示談の制度が存在しているが、それが専ら行為者の処分を軽くするためのものとして捉えられ運用されている現実があり、その点への不満は根強い。この点は、犯罪被害者保護法の成立により被告人と被害者の和解が成立し、それが公判調書に記載された場合、公判調書に債務名義性を認め直ちに強制執行を可能にする改正がなされている。しかし、被害者に対しての救済を刑罰の付与に優先するという発想は未だとられておらず、この点を更に進めてより被害者に対する被害弁償が促進されるような制度とすべきかどうか、これからの

257) 従来行われてきたのは、第1点に関わる警察・検察による被害者への通知・連絡制度、第2点に関わる被害者への供述聴取のあり方の改善等である。

258) 刑事訴訟法の改正により導入されたのは、第2の点に関わる証人尋問の際の付添人制度、遮へい板措置、ビデオリンクによる尋問方式、第3の点に関わる親告罪における告訴期間の撤廃、量刑に関する被害者の意見陳述の制度である。なお検察審査会法も同時に改正され審査申立権の範囲の拡大等が図られたがこれも第2の点に関係する。一方被害者保護法により、公判手続の優先的傍聴、公判記録の閲覧・謄写等の規定が新設された。これは第1点に関わる対策である。概要については「特集・犯罪被害者保護のための2法」ジュリスト1185号（2000年）2頁以下参照。

259) 特に被害者の意見陳述権について消極的見解が目立つ。代表的なものとして、水谷規男「被害者の手続参加」法律時報71巻10号（1999年）37頁以下、斉藤豊治「量刑に関する被害者の意見陳述権」『刑事・少年司法の再生・梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』（2000年）441頁以下。また特に意見陳述と量刑の関係について検討したものとして、原田國男「被害感情と量刑」『田宮裕博士追悼論集・上巻』（2001年）481頁以下。

検討課題である。関連して現在、被害者と犯罪行為者との和解を進めていく実践としての修復的司法（正義）（Restorative Justice）についての関心が高まっている²⁶⁰）。これについてはまだ生成途上の概念であり、その試みがわが国の刑事司法の改革にどのように寄与するのかも未だ未知数である。そして全体を通じて、刑事司法のパラダイム転換を唱える論者もおり²⁶¹）、今後の動向が注目されるところである。

本稿で取り上げたいのは、これら一連の被害者の権利運動の流れが刑罰目的論にいかなる影響を及ぼしているかである。これはドイツにおいては刑法における損害回復（Wiedergutmachung）という枠組みで論じられている。また1994年には刑法46条aが新設され、行為者が被害者に対して損害の回復を行ったとき、またはそれに向けて真剣に努力したとき、あるいは被害者に補償を行ったときに、刑を減軽・免除できる旨の規定がなされたこともあり、量刑論に及ぼす影響は無視できないものがある。そこでここでは刑罰目的との関係を明確に意識して論じているクラウス・ロクシンの見解を取り上げて、検討することとしたい。なおドイツでは、被害者の財産的損害の回復が重視されているが、精神的な被害の回復も同様に重要である。確かに、精神的被害については客観的に測定にするのが難しく、具体的立法を行う際に財産的被害を重視するというのはいくつかの在り方ではあろうが、理論上は両者は等しく考慮されなければならないものである。

2 統合予防目的の手段としての損害回復

(1) ロクシンの見解

まず前提として、被害者への損害回復と刑法の関わりがいかなる形態があるのかについてのロクシンの主張をみておきたい²⁶²）。それによると第1に、伝統的

260) 代表的なものとして、前野育三「修復的司法の可能性」(関西学院大学)法と政治50巻1号(1999年)13頁以下。

261) 代表的なものとして、新倉修「刑事法のパラダイム転換と被害者の権利」法律時報71巻10号(1999年)4頁以下。

262) Vgl. Claus Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Heinz Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 40 ff.

な民刑分離の発想に基づいて損害回復は私的紛争処理として位置づけることが考えられる。これは損害回復の拡大に消極的な立場からは、害悪を本質とする応報に反する、損害回復によってはせいぜい原状回復が求められるだけであるから、行為者には失うものがなく特別予防効果がなく、同様に一般予防効果もないとされる。これに対して損害回復は行為者にとっては重大な負担であると反論し、その拡大を目指す場合は、当該犯罪類型の非犯罪化につながる。これは望ましい方向ではあるが、その拡大には限界がある。なぜなら「国家が重大な法益侵害領域から撤退してしまえば、もはや法ではなく強さが貫徹され、抑圧と反対欲圧は場合によっては、当該行為自体よりも法的平和を危険にさらすおそれがある²⁶³⁾」からである。第2に、自由刑・罰金刑と並ぶ刑事制裁として損害回復を位置づけることが考えられる²⁶⁴⁾。しかし、刑罰である以上は罪刑法定主義や「疑わしきは被告人の利益に」の原則に服さねばならないし、他方で実質において同じである民法上の損害賠償は刑罰でないとするれば、説得性に欠けることになる。また刑罰は国家の強制的な侵害という性格を持つが、損害回復はできる限り任意である方が望ましい。第3に、応報（それにこだわる限りで）・一般予防・特別予防と並ぶ新たな刑罰目的として損害回復を承認するという可能性が考えられる²⁶⁵⁾。しかし、現代の刑法においては刑罰の目的とは、理性的に考えると犯罪の防止の

263) *Roxin*, Strafzwecke, a.a.O. (Anm. 262), S. 44.

264) この考え方を採用するものとして、Vgl. *Wolfgang Schild*, Strafre - Vergeltung oder Gnade?, SchwZStr 1982, S. 364ff. *ders.*, Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe, in : *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, 1995, S. 157ff. 但し、シルトの刑罰論は、刑罰は絶対的応報であるが、害悪であると共に善、すなわち行為者と社会とのつながりを回復させるものでなければならないという独自のものであり、故に行為者・被害者・和解が刑罰であるとするものである。

265) この考え方を採用するものとして、Vgl. *Dieter Rössner*, Wiedergutmachung statt Übelvergeltung, in : *Erich Marks/Dieter Rössner* (Hrsg.), Täter-Opfer-Ausgleich, 1990, S. 7 ff. *ders.*, Täter-Opfer-Ausgleich und Kriminalitätsverhütung, in : *Christel Frank/Gerhart Harrer* (Hrsg.), *Der Sachverständige im Strafrecht Kriminalitätsverhütung*, 1990, S. 164ff. *ders.*, Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in : *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, S. 269ff. レスナーの考え方は、贖罪刑論を基礎にし、損害回復については特別予防上の効果を強調し、一般予防については間接的な効果しか考慮していない。独自の刑罰目的とするのは、被害者の利益を刑法上独立して考慮すべきという立場を明確にするためだと思われる。

みである。損害回復が予防にとって無意味でありまたは犯罪を促進するようなものであれば、刑罰目的になり得ない。そうではなく、損害回復が刑法にとって予防上利益な制度であるというのであれば、それは一般予防・特別予防的に作用するということになり、伝統的な刑罰目的の範囲内における重要な事情として考慮されることとなる。ロクシンはこの立場を支持するのである。

以上の理解を前提として、ロクシンは予防目的としての損害回復論を展開する²⁶⁶⁾。すなわち積極的一般予防の中で3つの作用が区別される。1つは、社会教育的に動機付けられた学習効果である。これは法的忠誠の訓練をもたらす。第2に法が貫徹されたことを市民が認識した場合に生じる信頼効果である。第3に、公衆の法意識が法違反に関して沈静化され、行為者との紛争が処理されたとみることができるほど、犯罪者が多くのことをなした場合に現れる充足効果である。そして統合予防概念をこの充足目的に限定して用い、3つの目的を追求する上位概念を積極的一般予防と呼ぶのが合目的である。この統合予防の意義について、ロクシンは、この概念は責任原理を内包しているので、正義感情を社会心理学的に充足する責任刑以上の刑は科すことができないのであるが、更に、充足効果が達成された場合には責任の程度を下回ることができるとしている。そしてロクシンは、損害回復がいかに予防目的に奉仕するかについて述べる。まず一般予防に関して、アメリカや日本の調査では、民衆はあまり重大でない犯罪の場合、損害回復が唯一ふさわしい制裁であるということを承認する傾向がある。また、告訴をした私人の多くも処罰よりも損害回復を重要だと考えている。「被害者は特に取り出された公衆の代表なので、この状況も、——少なくとも一定の犯罪の場合で一定の程度までは——損害回復が一般予防要求を充足し、あるいは本質的に減少させるという結論を許す²⁶⁷⁾」。このことから、抽象的に可罰性を宣言しておくことが一般予防のために必要とされている犯罪であっても、処罰は最後の手段であることから個別事例で処罰は強制されない。次に特別予防上も、損害回復を義務付けることは、自らの発生させた損害や被害者と向き合って議論するきっか

266) Vgl. *Roxin*, *Strafzwecke*, a.a.O. (Anm. 262), S. 48ff.

267) *Roxin*, *Strafzwecke*, a.a.O. (Anm. 262), S. 49f.

けとなり、行為者は自発的に損害回復を有意義で正しいものと体験することができ、とりわけ回復が任意に行われる場合は被害者との和解が達成され、再社会化が促進される。また、自由刑の再社会化への弊害も回避することができる。以上のような再社会化がどの程度達成されるかは分からないが、少なくとも従来の方法が失望させるものであった以上、新しいものを試みるべきである。

最後に、ロクシンの損害回復の法的性格についての理解を見ておきたい²⁶⁸⁾。これは民法上の損害賠償が、刑法の目的により修正された独自の制裁である。すなわち真剣に損害回復に努力したことを考慮され、公衆に対する犯罪の場合は損害回復として社会奉仕作業（gemeinnützige Arbeit）を行うこともできる。行為者に支払い能力がない場合には、社会奉仕作業に報酬を与え被害者に環流することも考え得る。そして損害回復は、刑罰・改善保安処分と並ぶ第3の道（dritte Spur）として位置づけられるのである。責任原理が特別予防の必要性が満たされないときに処分という第2の道を要請したように、補充性原理が刑罰の回避・減輕のために第3の道をもたらすのである。

（2）検 討

以上がロクシンの損害回復についての考え方である。同時に、VI.1の検討では内容が不明確なままであったロクシンの統合予防概念についても明らかになったように思われる。前述のようにロクシンは、統合予防が量刑における責任の幅を形成するとしていた。ここで敢えて上位概念としての積極的一般予防概念と区別して統合予防という概念を使用している以上、責任の幅を形成するのは充足効果の観点からの処罰の必要性だということになると思われる。ここで、積極的一般予防論全体が損害回復と親和的であると評価するべきではない²⁶⁹⁾。なぜなら、ヤコブスやシュトレングの積極的一般予防概念は統合予防とは本質的に異なっ

268) Vgl. Roxin, Strafzwecke, a.a.O. (Anm. 262), S. 51ff.

269) この点で、高橋則夫『刑法における損害回復の思想』（1997年）7頁、37頁以下の理解には疑問がある。なお、宮崎英生「刑法における損害回復」『西原春夫先生古稀祝賀論文集4巻』（1998年）244頁も参照。これに対して吉岡一男「犯罪の事後処理と修復的司法」刑法雑誌41巻2号（2001年）247頁は、葛藤の決着、満足効果というのは、犯罪の予防というより、まさに生じてしまった犯罪の事後処理的效果ではないかとするが、積極的一般予防論と事後的な被害回復とが相容れない側面を持つという点において同意できる。

いたからである。ヤコブスは専ら法的忠誠の訓練あるいは規範承認の訓練を重視しており、シュトレングは規範確証要求だけを考慮するのが望ましい方向性であるとしていたのである。ロクシンのいう学習効果、信頼効果はこれらに対応するものと見てよいであろう。そうすると積極的一般予防論の中でも想定している予防内容が異なることになるのである²⁷⁰⁾。ではどこが異なるのであろうか。それはここで取り上げた損害回復の位置づけを見ることによって明らかになると思われる。ヤコブスやシュトレングの考え方は、犯罪によって否定された規範が、刑罰によって信頼を回復することを重視していた（規範防衛論）。そうすると事後的に被害者に対して損害が回復されても、一旦規範が破られたという事実に変化はないはずである。なぜなら傷ついた規範に対する公衆の信頼は、被害者が充足されたことによって回復し得ず、犯罪が刑罰によって否定されることによってしか回復しえないと思われるからである。より具体的に考えても、損害回復による規範信頼の回復を認めてしまえば、規範を侵害してもお金さえ支払えば、刑罰を科されることなしに済ますことができるということを「学習」してしまい規範に対する感銘力が低下すると考えられるであろう。それに対して、ロクシンの統合予防は、損害回復によって充足される概念である。そうだとするとロクシンは犯罪による侵害の対象を規範のような抽象的なものとしてではなく、損害回復の達成により回復されるようなより具体的なものと観念していることになる。それは財産犯における財産を典型とするような保護法益ということになるだろう²⁷¹⁾。

このように（規範ではなく）法益が刑罰により保護された対象だと考えること

270) このように法への信頼を確保するために、様々な手法を包含しうるものとして積極的一般予防論を理解することは、その柔軟性により個別事案の妥当な解決を示すことを可能にするとも言えるが、逆に言えばこの理論に依拠しても明確な量刑基準は得られないという弱みを示すものでもある。

271) 但し、保護法益といっても物理的な財物そのものを法益とするわけではないであろう。そうだとすれば民事上の損害賠償により法益は完全に回復し、その場合になお刑罰を科すことはできなくなるはずである。しかし法益概念をどこまで抽象化して考えるかは極めて困難な問題である。詳細については、Vgl. *Christian Suhr, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht*, JA 1990, S. 303ff *Albin Eser, Rechtsgut und Opfer : zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*, in: *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1996, S. 1005ff. 高橋則夫「法益の担い手としての犯罪被害者」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第1巻』（2000年）151頁以下。

は、当然のようにも思われるが、予防刑法にとっては1つの決断だといえる。前述のように一般予防目的に関しては、規範を保護の対象とした場合よりも効力が低下することは否めないからである。ロクシンはこの点を「被害者は取り出された公衆の代表」であるということによってクリアしようとしている。更に「法秩序の確証への信頼を獲得することが刑罰の作用として目指される場合、被害者が相応の権利を認められる場合でもこの信頼が本質的に強化されるということは、否定され得ない²⁷²⁾」とも述べている。しかし、被害者が特にお人好しのために犯罪行為者の形だけの謝罪により充足してしまったような場合には、公衆はなお納得しないということも十分考えられるだろう。また特別予防についても、わが国のように弁護士に委ねられた示談の形態では、損害や被害者と向き合うといった体験が生じるとは考えにくい。また損害を回復しない場合には刑罰を科される、あるいは加重されるという状況でなされる損害回復がどこまで任意性に基づいているのかは疑問であり、従って有意義で正しいものと捉えられることはむしろ稀なのではないかとも思われる²⁷³⁾。このような難点²⁷⁴⁾を考慮すると、犯罪予防という大前提から出発する限り、損害回復を考慮することは難しいようにも思える。また、刑罰の大枠を決めるための統合予防の必要性を被害者の判断に委ねるとした場合、刑罰の平等性、法的安定性が脅かされないかという懸念もある。更に、被害者のニーズを過剰に重視する場合、本稿の重視する量刑における責任主義の貫徹も危うくなるおそれがある。

しかしロクシンはなぜ敢えてこの道を選択したのであろうか。ロクシンは以下のように述べている。「積極的一般予防の第3の観点、すなわち法的平和の回復にとって、損害回復は、刑罰や処分が同程度に有意義に達成し得ない任務を担っている。なぜなら被害者の損害が残り続ける限り、行為者の処罰では、その者の

272) *Claus Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionssystem, in : Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S. 246.*

273) これは同時に、黙秘権を中心とする刑事手続上の諸権利の保障を弱めることにつながりはしないかという問題をも孕む。

274) ロクシン説に対する批判として Vgl. *Hans Joachim Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990) S. 534ff.*

惹起した社会的破壊は決して除去されないからである。被害者ができる限り広く、その権利を回復することで初めて、社会的紛争に収拾が付き、犯罪は処理されたと、被害者自身と公衆は言うであろう。私は、社会的充足の全ての側面に尽力する国家の任務を『統合予防』と呼んだ²⁷⁵⁾。」更にそれに続けて、「損害回復の統合予防にとっての意義は、2つの社会についての判断 (soziale Befunde) によって支持される。第1は、被害者が今日犯罪学と刑事政策の努力の中心に居ることである。…第2に、民衆によるその受容である²⁷⁶⁾。」この記述から、ロクシンの判断は明らかであると思われる。ロクシンが積極的一般予防の第1と第2のもの、すなわち学習効果と信頼効果を放棄し、統合予防すなわち充足効果を選択したのは、被害者への注目の高まりという社会情勢の変化が大きな意味を持っていたのである。それはしかし、被害者に対する同情というセンチメンタルなものというよりは、積極的一般予防論がいかなる手段を用いて予防を達成するかは、社会条件に規定されるという認識があり、現在の社会状況を勘案すると政策的に統合予防論を主張するのがもっとも有効であるという判断であったと思われる。但し、統合予防概念を被害者の統合というところまで拡大するのは、伝統的な民刑分離の発想を固持する限り困難だと思われる。なぜなら、被害者がいくら刑事司法に対する不満を蓄積し、そのことが民衆の刑事司法に対する不信を招いたとしても、それは治安を悪化させるという意味で、法秩序への信頼に悪影響を与えることには直接つながらないだろうからである。ここにはやはり従来の枠組みでは効果的な被害者の救済がはかれないため、枠組みの修正によって救済を実現するという判断もあったように思われる。しかし、それを承認するかどうかは、刑事司法が伝統的なパラダイムをどこまで転換させるかの問題であり、ここでの検討課題ではないので、これ以上は立ち入らないことにする²⁷⁷⁾。

本稿は既に明らかにしたとおり、抑止刑を量刑の基本におくべきだと考える。

275) *Claus Roxin, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionsystem, in : Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 304.*

276) *Roxin, Sanktionsystem, a.a.O. (Anm. 275), S. 304.*

277) 「被害者は取り出された公衆の代表」という大胆な擬制が承認されうるかどうかという問題でもある。

そうするとロクシンの考え方そのものに依拠することはできなくなる。しかし、そうだといって損害回復論を一切否定してしまうべきではない。第1に、損害回復が一般予防要求を充足し、本質的に減少させるという認識は、抑止刑の立場を前提とするとしても重要である。特に軽微犯罪の中には、当該行為を抑止するためにそれを犯罪化しておくことは必要であるが、具体的な刑量をどれくらいとするかは抑止にとって重要でない、といった犯罪類型も多いように思われる²⁷⁸⁾。そのような犯罪類型については、一般予防効果への悪影響を懸念することなく、損害回復が達成された場合には刑を減免することをより積極的に考える余地がある。

第2に、抑止刑の考え方を基本としても、抑止のために課される苦痛が刑罰である必然性はない。被害者への損害の回復することは、犯罪行為者に一定の苦痛を課することになる。そのような損害の回復が抑止力を持ちうる場合も存在するであろう。更に、これが犯罪行為者が真の意味で自発的に罪を認め、被害者に与えた苦痛の大きさを理解し、被害者のために償いを行う場合であるとすれば、再犯のおそれが低くなるとも言いうるのであろうし、被害者の赦しを得ることができれば、社会復帰はより容易になるという特別予防効果も認められる²⁷⁹⁾。しかも刑事司法が被害者への配慮を拡大することは、刑罰の目的とは直接関係しないとしても、被害者自身にとっても法システムにとっても望ましいことであるには違いないのである。

第3に、損害回復を認めていくことは自由刑の回避を可能にするという点で、特別予防上なお意義のあることである。そうだとすると、IV.3で述べたように、一定の範囲で量刑上特別予防的考慮を行うことは可能であるので、損害回復につ

278) *Heinz Schöch*, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 1985, S. 1104. は、「およそ規範違反性を明確にし、過小評価しない刑罰であれば、刑法の一般予防の任務を充足するのにふさわしい」とする。

279) 但し、刑事手続過程にシステムとして被害者との和解を取り込んだ場合に、厳密な意味で行為者の任意性が確保されるのは、例外的な場合に限られるであろう。むしろ刑事手続において制度化するのであれば、ドイツ法のように財産的被害の回復を中心に据え、厳密な意味での任意性を確保できない場合であっても、刑罰の抑止力への代替性を確保しつつ量刑に反映させていく方が妥当ではないか、と現在のところは考えている。

いても考慮すべきであるということとなる。

以上のように、抑止刑論と両立しうる形で損害回復論は採用されるべきである²⁸⁰⁾。但し損害回復の推進が犯罪予防目的と矛盾せず、また刑事司法過程の諸原則に抵触しないようにするための具体的な条件については、なお検討していかなければならない。

IX 行為比例性論—刑罰論と量刑論の峻別

1 フォン・ハーシュ、ヤーレボルグの見解

量刑基準論検討の最後として、行為比例性論を取り上げることとする。これまで検討してきた見解のほとんどにおいて²⁸¹⁾は、量刑論は刑罰論の具体化であるという前提が暗黙にせよ置かれていた。本稿における検討もそれを前提としていた。しかし、近年その前提を疑う立場が現れており、その理論的意義を明らかにしておかなければならない。

アンドリュウ・フォン・ハーシュとニルス・ヤーレボルグは英米ならびに北欧で有力な議論をドイツに紹介し、それを行為比例性原理 (Das Prinzip der Tatproportionalität) と名付けていた²⁸²⁾。

それによると比例性による量刑は、フィンランド・スウェーデンで支配的な学説であり、アメリカやカナダに影響を与え、イギリスの法理論・刑事政策にも類似の思想が見られる。この理論は、予防思想よりも正義の観点を強調したものであり、行為の非難可能性に比例した法的倫理的な刑罰の解釈である。ここでいわ

280) 所一彦「抗争処理・犯罪防止・修復的司法」刑法雑誌41巻2号(2001年)255頁以下は、抑止刑の立場でも、報復を求める被害者感情が抑止の要求と表裏一体である場合、刑事司法においても尊重されるということを強調するが、これはある意味では当然のことであり、逆に表裏一体でない場合には被害者感情を基礎として量刑を行うべきではないという点を明確にしておかなければならないと考える。また同論文は被害者感情の把握は抑止のために重要であるとも主張されているが、これについても不合理な被害者感情をそのまま刑事司法に流入させることは避けなければならない。被害者のニーズのうち、いかなるものを考慮してよいかを明確にすることが今後の課題となる。

281) 例外的にV.Iで検討したヘルスターの見解は、刑罰の功利主義的な基礎付けを主張する立場から、峻別論の立場をとっていた。

282) Vgl. *Andrew von Hirsch / Nils Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991.

れている責任とは予防的に再構成したのではなく、日常の倫理的価値判断、不承認、非難あるいは無価値判断、拒絶のような態度と結びついたものだとされる。前提としてこの見解は、刑罰制度一般の正当化と刑罰の配分の正当化の問題を区別し、前者は完全にあるいは部分的に予防的考慮に依拠するが、後者は犯罪防止という根拠よりも倫理的根拠に還元されるとしている²⁸³⁾。刑罰の程度を決める中心原理は、行為の重大性であり、それは公正（fair）であるべきとの要請である。犯罪防止のためであっても、比例性を欠けば、正義が侵害されるのである。故に、この理論を支えている考え方は、ヘーゲルやカントのような応報刑の思想とは異なる。ある行為を犯罪化すべきかどうかは一般予防的考慮によって決まる。しかしこれらの論者は、刑罰という害悪が行為に比例していることで、法的忠誠が高まるという主張は説得的でないと考えるのである。そうではなく、一旦刑罰法規が設けられることになった以上、その運用は行為者の道徳的な非難に依存するのである。なぜなら「国家は、市民——潜在的犯罪を含む——が、道徳的基準と決定の自由を自由に使用できるが故に、この基準を承認し、決定の自由を尊重する方法で対応すべきだからである²⁸⁴⁾」。そして道徳的非難は、具体的には行為の重大性と行為者の非難可能性により決定されることになる。

2 ヘルンレの見解

近時ドイツにおいても、ハーシュらの見解を基本的に支持する立場が見られる。タトヤーナ・ヘルンレの見解がそれである²⁸⁵⁾。ヘルンレは、ハーシュらと同様に刑罰一般の根拠付けと量刑基準の問題を区別して扱っている。まず刑罰一般についてであるが、抑止効について実証研究に依拠すれば、刑量を増加させることは抑止効に影響を及ぼさないが、訴追の有効性・強度は犯罪率に影響を与えるということが分かっており²⁸⁶⁾、「この検討は、刑罰制度の存在そのものに、一定の——定量化できないものの——犯罪回避効果を期待することが現実的であると

283) Vgl. von Hirsch / Jareborg, a.a.O. (Anm. 282), S. 11ff.

284) von Hirsch / Jareborg, a.a.O. (Anm. 282), S. 18.

285) Vgl. Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999.

286) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 79.

いう推測を許す²⁸⁷⁾」とする。ここでヘルンレ²⁸⁸⁾は、威嚇効果だけで純粹に機能的に刑罰制度を正当化することに異議を唱え、刑罰の本質的機能として、表明・伝達機能 (expressiv-kommunikative Funktion) を強調する。規範的に見て、罰金刑や自由刑と租税や兵役から区別するものは、以前の行動を否認し、非難 (Tadel)²⁸⁹⁾ するという要素であり、この民衆の名における無価値判断を表明し、受け手へと伝達するところに刑罰の機能があるのである。刑罰はこれにより、行為者自身並びに他者に対して、強制や威嚇だけでなく説得やそれに基づく自己決定にも作用することで規範適合行為へと導くのである。ここに抑止にとどまらない刑罰の機能が認められる。しかし、ここで問題が生じる。刑罰の本質的機能が否認の表明であるとするならば、それを超えて害悪の賦課を伴うことは必然ではないことになる。この点で、租税犯罪や商店窃盗、保険詐欺などの犯罪に対する害悪賦課は、コストと利益の計算に訴え、犯罪を抑止しようとするものと説明できる。しかし、犯罪の中には刑罰により威嚇したり、態度に影響を及ぼしたりする効果が期待できないものがある。例えば殺人やある種の性犯罪などの衝動的で、合理的に計算されない犯罪においては、言葉による否認が伝わりにくいいため、否認が受け手に到達するためには、単なる言葉を越えた告知内容を知覚可能な形で明確化する必要がある。害悪が伴うことにより、否認の意義が十分に伝わるのである。以上のように、「あらゆる害悪の賦課は無価値判断を表明するため、処罰は常に表現的機能を有しているが、なぜ害悪が必要なのかについて統一的に答えることはできない²⁹⁰⁾」。犯罪の態様に応じて、害悪賦課により予防機能が強調される場合と表明機能の補強がなされる場合とがあるのである。

以上のような刑罰制度の目的に関する考察を量刑にまで及ぼすことはできない。「具体的な個別刑の背後には、非目的論的な考慮もが存在するからである²⁹¹⁾」。そしてヘルンレは、害悪賦課の程度は、非難の程度を必然的に反映したものであ

287) Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 111.

288) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 114ff.

289) ここで用いられている Tadel とは、通常の用法のような責任に対する非難 (Vorwurf) ではなく、有責な不法に対する法的な否認・無価値判断を意味している。

290) Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 124.

291) Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 127.

ると主張する²⁹²⁾。これに対して、一般予防の必要性から要請される重い刑罰は、必ずしもより強い非難を含まないとの反論があるが、この主張は刑罰の現実を看過している。「第一義的に金銭や自由の剥奪である特定の形態の害悪賦課は、我々の慣習によれば否認の象徴なのである²⁹³⁾」。刑罰を正当化する場合に非難に中心的な役割を付与することを認めない人でも、記述的レベルでは、非難という要素が刑罰実務の特徴であることは承認しなければならない。ヘルンレは、行為すなわち有責な不法の程度に比例した量刑論を支持し、有責な不法の内実を明らかにするために犯罪論体系についての議論を参照するのである。

3 検 討

以上から明らかなように、ハーシュらとヘルンレでは量刑の行為比例性を重視するという点では一致するが、刑罰一般と量刑論のそれぞれについての根拠付けについては差異が生じている。刑罰論についてハーシュらが一元的に予防目的により根拠付けるのに対し、ヘルンレは統一的な説明を放棄し、害悪賦課は予防目的により必要とされる場合と行為の否認を証明し伝達するという機能を補強する場合とがあるとする。量刑論については、ハーシュらが行為比例性を正義の要請と位置づけるのに対し、ヘルンレは「刑罰の現実」を見れば、必然的に法的否認という性質を伴っているため行為に対する非難の程度が量刑の基準になるとしている²⁹⁴⁾。

このように刑罰法規の法定と量刑を明確に二分する思想は、わが国ではまだなじみの薄いものであるだろう。しかし、このような考え方自体は伝統的なものである²⁹⁵⁾、行為に比例した刑罰という要求自体は、個々の犯罪の重大性につき、相対的に序列化を図れることで、量刑の安定性に寄与するという点で魅力的な主張である。しかし、刑罰論と量刑論を切り離すという発想が妥当かについては疑

292) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 135ff.

293) Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 136.

294) ヘルンレは、正義の基準は相対的であるため、行為の重大性に応じた処罰が不正であるという反論に答えることはできないと批判している。Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 133ff.

295) See, ex. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968, chap. 1.

間がある。第1に、行為比例量刑は、正義の要請や刑罰の現実から必然的に要請されるかどうかという問題がある。正義という概念は曖昧であり、そこから何を刑罰と比例させるかについて一義的な結論がでてくるわけではない。同様に刑罰の現実についても、ヘルンレ自身が認めているようにドイツの量刑が行状責任を考慮したものであるならば²⁹⁶、行為者の人格の問題を考慮対象から除外するという結論は導かれまいと思われる。また、行為比例性論は結果的に絶対的応報刑と同様の帰結に至る結果、犯罪に対して一義的な刑罰を要請するのであり、個別の情状を適切に評価して刑を軽くすることも否定されてしまう。そうした場合、刑罰一般の根拠を応報ではないという立場から出発することの実践的な意義が大きく減殺されることになるであろう。

更に、行為比例性論が登場した経緯について注意する必要がある。アメリカや北欧でこの思想が有力なのは、おそらく極端な功利主義に対する反省からでているものと思われる。確かに功利主義を背景として極端な社会復帰理念に走る場合、不定期刑が望ましいということになる。しかし現実には特別予防の必要性に応じた適切な処遇と言うものは幻想であったのであり、耐え難い不平等が残っただけであった。その反動がこのような立場を有力にさせたものと思われる。そうするとわが国の現状を踏まえるならば、この点を捉えて行為比例性論に依拠する必要性は大きくないということになろう²⁹⁷。

また、この立場がアメリカやスウェーデンで貫徹されているかというところではないようである²⁹⁸。ハーシュらは批判的であるが、スウェーデンでは飲酒運

296) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 36ff. insbesondere S. 40ff.

297) この点、ドイツでは実証研究の結果、裁判地区毎あるいは裁判所毎の量刑格差の問題が指摘されており、わが国とは状況が異なる。Vgl. Franz Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, 1984. Hans-Jörg Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994. わが国では、一時期関西の裁判所での寛刑化傾向が指摘されたことがあったものの（これについては、その後の議論経過も含め、松岡正章「量刑格差について」『量刑法の生成と展開』（2000年）3頁以下を参照。）、検察庁の求刑が統一的に運用されている結果、現在のところ、量刑の格差の問題はそれほど深刻ではないように思われる。

298) Vgl. von Hirsch / Jareborg, a.a.O. (Anm. 282), S. 32ff.

転者に短期自由刑を科すことが、この領域については一般予防が機能するという理由で許容されているとのことである。またアメリカでは高い危険性を示す強盗に対して、著しい刑の加重がなされている。この場合も著しい予防的利点が論拠とされているのである。そして「圧倒的見解は、かなり重大な侵害が関係し、許される比例性からの逸脱があまり大きくないならば、公正の要求は考慮しないことができる」というものなのである。ここには量刑の行為比例性を徹底し得ず、犯罪予防を捨てきれない姿が浮かび上がるのである。また特に、アメリカでは極端な厳罰化が実施されたが、この理論にはそれを阻む力がなかったのである。「比例性理論の承認は、現在の水準を上げることがを要求することも刑量の低下を妨げることもない²⁹⁹⁾」のである。それは予防目的による量刑を放棄したことの当然の帰結である。行為比例性論は、犯罪の重大性の程度について他の犯罪との関係で相対的な比例性を確保するためのものであり、数値的刑量については当該法システムの一般的な処罰水準を考慮するしかないからである³⁰⁰⁾。

わが国の量刑基準は、従来相対的に軽い水準で運用されてきたが、近年そのような動きにも変化の兆しがある³⁰¹⁾。このように社会不安の高まりを背景にした、安易な重罰化が行われやすい環境があればあるほど、量刑の絶対的な妥当性についても発言しうる量刑論を採用する必要がある。すなわち、科学的な実証により適した量刑理論を用意しておかなければならない。この点では、行為比例性論のわが国における採用は、不要であるというだけでなく積極的に否定されるべきということになる。

但し、以上のような評価を行うことは、ヘルンレが量刑における安易な行状責任の採用などの無限定な量刑事情の拡張を戒め、犯罪論体系に依拠しながら、量

299) von Hirsch / Jareborg, a.a.O. (Anm. 282), S. 49.

300) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 155ff.

301) 『平成13年版犯罪白書』208—209頁、215—217頁によると、強盗においては5年以上10年以下の層の比重が高まり、2年以上3年以下の各層の構成比は徐々に低下している。また窃盗・傷害・強制わいせつ・器物損壊では、1年未満、6月未満の比較的刑期の短い層の構成比が低下し、より長期の各層の構成比が高まっている。

刑事情の限定を図ろうとしている³⁰²⁾ことの価値までも否定するものではない。規範的に量刑事情の限定を図る試みは、量刑論を目的論的に考察することは矛盾しないはずである³⁰³⁾。むしろ個別量刑事情の正当性を吟味するに際しては、ヘルンレの検討を積極的に摂取していく必要があると思われる。

X 結 語——量刑基準定立の試み

以上の検討から得られた本稿の結論を示すこととする。なおこの結論は未だ試論にとどまるものであり、今後深化させていかなければならないものである。

量刑の基本とすべき原理は抑止刑論である。抑止刑の立場からは量刑に際して、どの程度の刑罰を科せば、当該犯罪に類似する将来の犯罪が抑止するかを考慮して、必要な刑罰量を導かなければならない。そして、この抽象的な基準は量刑実務に接合可能なものでなければならぬ。前述したように、わが国の量刑は現在重罰化が進行しつつあるが、少なくともこれまでのところ、アメリカに代表されるような極端な重罰化政策³⁰⁴⁾を回避しつつ、犯罪発生率を低く抑えることに成功してきた。それを前提とすると、多くの場合、過去の同種事案において科されてきた刑、即ち量刑相場に基づいた刑を超える刑罰を科すことは正当化されないことになる。それは抑止の必要性を上回る過剰な制約となるからである。もちろん一定の犯罪は常に発生しており、それ自体は抑止の失敗を物語るものであるが、全ての犯罪を抑止することを目標とするのは非現実的であろうし、本気でそれを考えるのであれば、副作用として日常生活に対する広範な介入を許容しなければならないだろう。故に、犯罪予防は一定程度の成功で満足しなければならない。相場に基づく量刑が一定の成功を収めるならば、抑止刑論からは量刑相場を超え

302) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 285), S. 195ff. とりわけ、量刑における不法と責任を峻別し、責任には不法をフィルターにかけ刑罰を限定する方向での役割のみを与えている点、前科による刑の加重は理論的に正当化し得ないとして完全に否定している点などが注目される。

303) そのような試みの例として、Bernd Schünemann, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in : A. Eser / K. Cornils (Hrsg), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 226. が挙げられる。

304) 重罰化政策の実態とそれがもたらす副作用について、see, Nils Christie, Crime Control as Industry 3rd. Ed., 2000.

る刑罰を科することは正当化し得ないのである。このように抑止刑論からは、量刑相場は「事実的な拘束力をもつに過ぎない³⁰⁵⁾」ものではなく、規範性を帯びたものと位置づけられるのである³⁰⁶⁾。

現在の量刑の水準が本当に必要不可欠かどうかは、量刑実務を通じて、長期的に経験的に確認していく他ない。量刑実務は犯罪抑止効果を不断に検証する場で行わなければならない³⁰⁷⁾。故に、犯罪現象が安定している限り、現状の相場に従った量刑を行うことが原則とされるべきである。一定期間後に犯罪が増加しないかどうかを検証し、刑罰の効果を確認しなければならない。その後、ある程度の確度を持って抑止効果が確認できた場合は、一定割合の事例でむしろ量刑相場をやや下回る刑罰を科することが規範的に要求される。量刑相場より刑を引き下げても、犯罪が増加しないのであれば、そのことは現在の相場が犯罪抑止という目的に照らして、過剰であるということになる。その場合、相場を一段低く固定することが、規範的に要求される。そこから再度、新しい相場の有効性を確認するプロセスが始まることになる。刑罰は必要最小限度でなければならないという要請を量刑法において現実化するためには、このような営みが必要とされるのである。なお、実務上、刑期を一定の刻み方に従って段階付けしているとされるが³⁰⁸⁾、それを前提とすれば、裁判官は一段階下の刑期を言い渡せばよいこととなり、実践は容易であろう。

次に犯罪現象が変動する場合であるが、犯罪が減少している場合は当然刑罰が引き下げられなければならない。これに対し犯罪が増加し、現行の量刑相場によ

305) 原田國夫「量刑基準と量刑事情」司法研修所論集・創立50周年記念特集号・第3巻刑事編（1997年）149頁。

306) 但し、以上は量刑相場が既に確立されていることを前提とした上での議論である。新たな犯罪類型である等の事情で相場が曖昧な場合には別の考慮が必要となるであろう。

307) 極端な場合、望ましい犯罪抑止効果を得るために、名目的な有罪の宣告で足り、あるいはそれすらも不要である可能性もある。

308) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦他編『現代刑罰法体系6・刑事手続Ⅱ』（1983年）154頁以下注（13）参照。

る刑罰では抑止のために不十分であると評価される場合³⁰⁹⁾はどうであろうか。この場合は、量刑相場よりも重い刑を科すことが考えられるのであるが、その場合でも刑罰以外の犯罪対応策として有効なものが存在するならば、できるだけそちらを優先させなければならない。また刑罰による抑止にそもそも馴染まないような性質の犯罪行動については、抑止刑の有効性が欠けるのであるから、重罰化を図ることは慎まなければならない。刑罰の最終手段性が量刑において持つ意味は以上のようなものであり、抑止刑の限界を率直に認めた上で、その有効性が実証された限度で処罰を手段として犯罪の抑止を図るという構想となる。

以上のような考慮により抑止のためにふさわしい刑罰量が確定するのであるが、刑罰の制約原理として、抑止効果を損なうほどの重罰は内在的に科し得ないという内在的制約だけでは弱い。安易な重罰化を防ぐために、それを行為者の責任の範囲に限定する必要がある。抑止刑論においても、外在的な制約原理としての責任原理は維持されなければならない。

そして、行為者の一身的事情を考慮して特別予防上の必要性が認められる場合には、刑を減輕することができないか検討しなければならない³¹⁰⁾。この場合、刑の減輕に伴って一般予防効果が減殺される可能性があるが、比較衡量により一定範囲であれば、特別予防の考慮を優先させることが認められるべきである。ここでも、刑罰を必要不可欠なものに限るという要請が働き、一般予防と特別予防の適切な調和点につき不断の検証が必要となる。

最後に、近年注目されている被害者への損害回復という考え方は、犯罪抑止の

309) 『平成13年版犯罪白書』「はしがき」は、現在わが国では犯罪の認知件数が増加しているにもかかわらず検挙率が低下し、治安の悪化が憂慮される事態になってきたと述べている。しかし、その原因としては被害者の要請に応える形での警察の事件処理や告訴告発の受理方針の変更と警察官の多忙が大きいのではないかという指摘もある（浜井浩一「増加する刑務所人口と犯罪不安」犯罪と非行131号（2002年）67頁以下参照）。この指摘を踏まえるならば、抑止刑論の立場から現在進行中の重罰化を直ちに正当化することはできない。

310) これに関して、土井政和「犯罪論・刑罰論と量刑のあり方」季刊刑事弁護30号（2002年）28頁は、これまで特別予防として考慮されてきた諸要素を、行為者の主体性の尊重を前提とした社会復帰援助の観点から、具体的、客観的に再検討する必要があるとする。特別予防という言葉を用いる場合にも、行為者が主体的に責任を引き受けるという視点は重視されなければならない。

必要性や特別予防効果に影響を及ぼすものとして考慮されなければならない。可能な範囲でできるだけ損害回復を考慮することもまた、規範的な要求である。

以上の試論は、はじめに述べたとおり、極めて抽象的なレベルにとどまるものである。今後、行為比例性論等の諸理論を参照しながら、具体的な量刑事情を通して理論を具体化していかなければならない。