

刑罰論から見た量刑基準（2）

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（以上本号）
- VII 犯罪の事後処理説
- VIII 損害回復論
- IX 行為比例性論—刑罰論と量刑論の峻別
- X 結語—量刑基準定立の試み

V 消極的（威嚇）一般予防論

1 総 説

一般予防論はそのプロトタイプをフォイエルバッハの主張に見る。フォイエルバッハの主張¹²⁵⁾は心理強制説といわれるものであり、あらかじめ一定の犯罪に対して、その犯罪により得られる利益よりも大きな苦痛としての刑罰を科すことを予告する事により、潜在的に犯罪を考えている者に犯罪を思いとどまらせるというものである。この理論に対しても様々な批判が提起されている。まず、この理論では、刑罰は犯罪を思いとどまらせる効果が高ければ高い程良いこととなるので、刑が苛酷であればあるほどよいことになる。しかしあらゆる犯罪に対して極刑を予定することは許されないであろう。しかも現実に犯罪が発生しているという事実は、刑罰を予告することによる威嚇が有効に機能していなかったことを示すことになる。そうであれば犯罪が発生する毎に、より大きな威嚇を行わなけ

※ 一橋大学大学院法学研究科特別研修生

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第1巻第2号2002年6月 ISSN 1347-0388

125) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14 Auflage, 1847, S. 36ff.

ればならなくなるであろう。はてしない重罰化が生じることになってしまう。また、この理論は啓蒙期に想定されていた合理的な計算に基づいて行動する市民を名宛人として想定しているが、現実の犯罪者は犯罪により異常興奮状態になることがしばしばであり、冷静な計算を行って行動する者はむしろ少数である。更に、人間は不合理な面を持っているため、計算が狂うことがある。多くの犯罪者は犯罪が発覚し自分が処罰されるということを考えずに行動するのである。更に、この理論は刑法の立法段階に焦点を当てたものであるため、もっとも効果を上げようとするれば、裁判官に裁量の余地を許さない絶対的法定刑を規定しなければならない。しかし現実の犯罪の形態は千差万別であるため、当該行為・行為者に見合った適切な処罰を行うことができない。また裁判段階と刑の執行段階は、単に告知した害悪が見せかけのものでないことを示すためだけに存在することとなり、独自の意義を失ってしまう。当然行為者の処遇という観念は介在する余地がなくなる。最後に、この考え方は一般人に対して犯罪を思いとどまらせるために、行為者を利用することとなる。これは、人間を道具化するものであり、人間の尊厳に反すると批判される。

以上のような批判に対し、一般予防論は社会の基本的原理である正義と結びつくときは、倫理的に異論のない帰結に至りうるというノルベルト・ヘルスターの主張もある¹²⁶⁾。それによると、現実の威嚇効果という経験的問題に関しては、全ての場合にそれが心理学的に有効に働くことは前提とされていない。また犯罪が生じない全ての場合に、その効果が国家の刑罰威嚇に還元されるということも前提とされていない。前提とされるのは、若干の事例で、国家の刑罰威嚇により犯罪が防止されることだけである。「少なからぬ『通常の』人間が、とりわけ刑罰への不安により、少なくとも時には『通例の』犯罪の実行を妨げられることには、全ての人が同意することは明らかだとは少なくとも言える¹²⁷⁾」のである。また規範的な問題として、威嚇理論は無罪者の処罰も肯定するのではないか、という批判がされるが、裁判官は法律上の可罰性の条件に拘束されるのであり、法

126) Vgl. *Norbert Hoerster, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafs, GA, 1970, S. 272ff.*

127) *Hoerster, a.a.O. (Anm. 126), S. 274.*

的安定性は法適用の必要条件である。また功利主義的に見ると、無罪者の処罰は確かに威嚇効果を持つ場合もあり得るだろうが、潜在的な刑罰対象者に重大な不安を生じさせる。潜在的に刑罰対象となる無罪者は、それを自然災害と同じような回避不能の運命としか知覚しないのであり、国家刑罰は正当性を持たない。更に、威嚇理論は、窃盗犯に対し無期懲役を予定した場合にそれが著しく減少するとすれば、それを許容するのか、あるいは謀殺に対して刑罰の通常の威嚇効果は存在しないとした場合、国家は謀殺を不処罰にできるのだろうか、と批判される。しかしこの批判は誤解している。正しく理解された予防理論とは、直接には国家刑罰の制度そのものを正当化するのであり、国家がいかに処罰をするかという問題は未解決の問題なのである。「この問題はむしろ利益と負担の分配に関するあらゆる場合と同じように、正義の基本的要請の問題である。重要な点において、等しいものは等しく扱われなければならないのである¹²⁸⁾」。要するに、国家の権力行使の全ての領域での基本的な平等の要請を考慮するならば、一貫して受け入れられる結論に至るのである。

確かにこのように理解するならば、刑罰の極端な偏差は回避される。しかし、平等原則から刑罰の比例性の要求を導く場合、何を基準にするのが明らかではない。ヘルスターの主張からは謀殺者に対してはすべからく死刑を科さなければならぬようにも読めるが、このような極端な同害報復は現在では受け入れられないはずである。もっともこの点は応報刑論にも共通の課題である。応報刑論と異なるところは、応報刑論は、明示的にせよ暗示的にせよ、行為者の責任に比例した刑罰を科すことを前提としているのに対して、この理論は結果の比例性を問題にしているところである。そうなると刑罰は著しく硬直化してしまい、事例に応じた判断が困難となる。処遇による刑の個別化に対しても否定的となろう。また、このような威嚇理論であっても、犯罪行為者を道具化して犯罪予防を達成しようとしている点は否定し得ない。功利主義的な刑罰の正当化は国民一般に対しては可能であるが、行為者自身にもそれで納得せよということは、憲法の人権保障原理からは困難であると思われる。倫理的にはなお正当化されていないと言

128) Hoerster, a.a.O. (Anm. 126), S. 278.

うであろう。そしてこれは、もはや一般予防論に基づく量刑論ではないことにも注意しなければならない。量刑の場面は別の原理に委ねて、一般予防は国家刑罰一般を正当化するのである¹²⁹⁾。刑罰制度そのものは潜在的犯罪者の威嚇に焦点を当てたものであっても、具体的量刑段階はむしろ絶対的応報刑に近づく。威嚇効果自体も、刑罰制度全体としての象徴的效果にとどまるためどこまで現実に生じるか、またどこまで現実に要求するのか疑わしいことになるであろう。実際上の効果の側面でも、合理性のある制度かどうか疑わしいのである。

またヘルスターのいう経験的問題については、ヴィクトール・ヴァンベルク¹³⁰⁾が更に敷衍している。その主張は多岐にわたるが、主なものだけを取り上げると、第1に威嚇理論に対して、行為者は合理的な計算に基づいて行動してはいないと言われる。しかし同じような人間像を想定している経済学も全ての人間が常に正しく計算をしているということを前提とはしていない。第2に実際犯罪が実行されたことは、威嚇が有効に機能しなかったことの論証とはなり得ない。一般予防にとって重要なのは、刑罰システムの条件が変更された場合に、犯罪率の増加があり得るかどうかである。第3に功利主義的な機能分析は、複雑な社会構造を単純化しすぎ、刑罰以外の社会化、道徳的態度、習慣などの犯罪防止効果を考慮していないと言われる。しかし刑罰威嚇は社会統制の過程における一変数に過ぎないのであり、刑罰外の要素は公的な刑罰システムの存在から影響を受けているのである。刑罰は直接的な威嚇だけでなく、間接的な態度や習慣を形成する作用をも持つのである。そして最後に、法規定についての正確な知識は普及していないとも反論されるが、それは一般予防効果にとって、態度や習慣を形成する長期効果ほど有意義ではない、というのである。

この主張について検討するならば、まず経済学は合理的な行動による最大幸福の達成を追求する学問であるのに対し、刑罰論は刑罰という自由に対する厳しい制約の問題であり、当然求められる正当化の程度は高いといわなければならないであろう。また、経済活動に比して、犯罪の場合の方が冷静な計算に基づくこと

129) Vgl. Viktor Vanberg, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982, S. 10. Anm. 11.

130) Vgl. Vanberg, a.a.O. (Anm. 129), S. 22ff.

が少ないということも考慮しなければならない。第2の点は確かに正当な指摘であるが、いかに犯罪が蔓延しようと刑罰の正当性に疑問は生じないということまで意味するとすれば妥当ではないであろう。そのような態度は経験的な合理性を求めるといふ基本姿勢とも相容れないように思われる。そして第3、第4の主張に関しては、刑罰の威嚇効果よりもむしろ長期的に犯罪に至らないようなメンタリティの形成に主眼がおかれているように思われる。しかしそれは積極的一般予防論のいう規範意識の形成とどこが異なるのであろうか。そのようなものを持ち出さなければ刑罰を正当化できないとすれば、それは威嚇理論の主張だけでは刑罰の正当化が困難であることを意味するのではないだろうか。ヴァンベルクの指摘では、威嚇理論を支持することはできないように思われる。

以上のような批判の結果、一般予防論も現在は姿を変えている。ドイツでは威嚇による消極的な予防ということに対する懐疑が広まっており、それに代えて国民の規範意識に向けて積極的に働きかけることで、国民の遵法精神を涵養しそれにより犯罪を予防するという積極的一般予防論の考え方が有力となっている。これに対しわが国では、積極的一般予防論の主張も見られるものの、依然として威嚇によって犯罪を抑止（一般抑止）するという抑止刑論も有力である。

2 抑止刑論

(1) 平野龍一説

抑止刑論の代表的論者である平野龍一によれば、応報刑論は応報のために応報を加えるが、抑止刑の性質に関して「国家が、その権力によって個人に苦痛という害悪を加えるのは、それによって犯罪の防止という効果がある場合に限られなければならない。もちろん、犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰でも正当化されるのではなく、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが正当化されるであろう」として、正しい抑止刑は「均衡の原則」を要求するとしている¹³¹⁾。

次に、この立場からの刑の量定についてであるが、前提として人間の意思が自由か否かの論争において「やわらかな決定論」を採用している。それによると、

131) 平野龍一『刑法総論 I』(1972年) 22頁。

人間の意思が自由であるということと決定されているということは矛盾しない。問題は何によって決定されているかであり、生理的な衝動や傾向によって決定されている場合は自由であるとはいえないが、意味の層あるいは規範意識の層によって決定されている場合は自由であるとするのである¹³²⁾。その場合は刑事責任があるということになり、刑罰により規範意識に働きかけることが正当化される。刑罰は「人間の意思のもつ法則性を利用して、将来行為者および一般人が同じような事態のもとで犯罪を行わないように新たな『条件づけ』を行おうとする¹³³⁾」のである。そして「このような考えにもとづくならば、どの程度の刑を科するかは、犯罪的な意思が作りあげられる可能性の強さによることとなる。犯罪を行おうとする強い動機を持っているときは、それだけ重い刑罰が必要であろうし、犯罪的な動機をもつ強い可能性のある性格であるならば、それだけ重い刑罰が妥当だということとなる。いいかえると、行為が人格相当であれば、それだけ責任が重いのである¹³⁴⁾」とされている。

また、この考え方は、刑罰はその本質として苦痛であり、犯罪に対する応報であることを率直に認めることを前提としている。そうなると本質的に苦痛であり行為者の人権を制約するものである刑罰は、たとえ犯罪防止という目的に奉仕するためであっても無制約に科されてはならないこととなる。あくまでも犯した犯罪と均衡するような刑罰しか科し得ないこととなるのである。また刑罰の犯罪予防効果に対する疑いの目は、刑罰が本当に予防的に有用なものであるかを厳しく吟味することを招来する。特に自由刑は劣悪な処遇環境で実施される場合は、社会復帰にとってむしろ有害であるという視点が広く共有される。より適切な働きかけの手段がない場合は刑罰を科さないことが選択されうるのである。更に「刑罰はいわば必要悪であるから、もし他の方法によっても犯罪の防止が可能であるならば、できるだけ刑罰の使用を制限」するということになる¹³⁵⁾。また抑止刑と社会復帰は両者共に犯罪の防止を目的とするものであり原理的対立はなく、

132) 平野龍一「意思の自由と刑事責任」同『刑法の基礎』(1966年)19頁。

133) 平野龍一「人格責任と行為責任」同『刑法の基礎』(1966年)40頁。

134) 平野・前掲注(133)40頁。

135) 平野・前掲注(131)23頁。

ただ両者が矛盾するときはどう調整するかという問題だけであるので「受刑者の改善更生の原則は、…修正的あるいは補完的な原理として存在する¹³⁶⁾」とも言われる。このようにこの立場からは、犯罪が発生しても、それに対して各種ダイヴァージョンを積極的に実施していくことが奨励されることとなる。行為者の責任との関係でいえば、刑罰は必ずしも刑事責任に見合った量のものが科される必要はなく、ただ刑事責任の程度を越える刑罰だけが制限されるのみであるという「消極的責任主義」ということとなる¹³⁷⁾。

以上のような平野説をめぐっては、前提とされている「やわらかな決定論」が果たして責任というに足る実質を備えているかについて激しい論争がまきおこった。しかしここでは直接それを検討対象とすることは避け、量刑基準としての側面に注目したい。

まず確認しておくべきことは、平野説が、古典的なフォイエルバッハの心理強制説とは異なる面を有しているということである。心理強制説は合理的な損得計算を行う抽象的な人間像を措定していたが、抑止刑論はより現実を踏まえ、働きかけの対象者に対して合理性は要求しない。むしろ持つべきでない規範意識を持ってしまった人を対象としているのである。また心理強制説は立法段階に中心があったが、抑止刑論は刑罰の対象者の規範意識に働きかけるのであり、必然的にその力点は量刑段階におかれる。そして抑止刑論は行為者の問題性に応じた刑の個別化を積極的に推進していくこととなる。刑罰制度としての合理性の点では、心理強制説の難点を一応克服し得ているであろう。

しかし平野説にも明確でないところがある。まず抑止刑論は一元的に抑止の必要性だけで量刑を判断するのではない。あくまでも均衡の原則を満たす限りで予

136) 平野・前掲注(131)25頁。

137) 平野龍一「草案と責任主義」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究1・概論・総則』(1972)16頁。なお平野は、自説の消極的責任主義を背景とした目的刑論について、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが正統化されるという「均衡の原則」が要求されている点で応報刑に近いものを持つという点を捉えて「相対的応報刑論」と称している(平野・前掲注(131)22頁)。しかしこの呼称は訣別したはずの応報に未練を残しているともとられかねず、誤解を招く表現である。平野説は刑罰の応報性にその上限を画するという片面的な意義しか認めず、その下限拘束性を否定するところに本質があるのであり、「消極的応報刑論」(この用語は、増田・前掲注(5)135頁以下が用いるものである)というのが正確だと思われる。

防目的を考慮するに過ぎないとされている。故に犯罪に対する応報の観点から導かれた刑量が刑の上限を形成することになる。この点、「なぜ『均衡の原則』が要求されるのか、その理由は説明されていない¹³⁸⁾」という指摘がある。これに関して、均衡の原則とはヘルスターの主張する平等原則、すなわち正義の要請だとすることも可能だと思われる。しかし、これはあくまでも国家側の自制にすぎない。純粋な功利主義者の立場からは、最上の抑止効果をもたらす刑罰を科すことを望むであろうことは否定できない。だからこそヘルスターは量刑を功利主義から切り離したのであった。「均衡の原則」についてはなお説明を要するものと思われる。

また、一般抑止目的と特別抑止目的との関係についても不明確である。第1にいかなる場合に抑止のための働きかけが許されるのかという点である。この点、平野は「刑罰の内容は、苦痛ないし害悪であり、これを加え、犯人を懲らしめることによって、その者の再犯を防止しようとする。この場合、刑罰の内容は、一般予防論とほぼ同じ内容のものであるから、一般予防論の犯罪者自身に対する側面だといってよい (Intimidation)。したがって、両者をあわせて抑止刑論と呼ぶこともできる (傍点筆者)¹³⁹⁾」と述べる。しかし本当にそのようなことが言えるだろうか。平野説では人格を二分し、生理的な層に決定されている場合は刑罰による条件付けを放棄する。例えば、長期間にわたって重労働を続けたために情緒不安定になり、万引きをしてしまったというような事例においては、生理的原因に起因して犯罪が発生したともいえる。この事例において、生理的な原因であるから刑を軽くするとすれば、一般予防的には好ましくないことになる。そうではなく、犯罪を回避すべく努力しなければならなかったにもかかわらず、そのような状態を克服し得なかったということは規範意識に問題があるということになり、刑は重くなるのであろうか。この場合は同様の状態にある一般人に対する威嚇としては効果があるであろうが、行為者には苛酷なことにならないであろうか。より一般化すると、この事例のように人間の内部では生理的な原因が心理に

138) 澤登・前掲注(38) 38頁。

139) 平野・前掲注(131) 20頁。

影響を及ぼすこともあれば、心因性の病気というものも存在するのであり、2つの層の内のどちらかが犯罪へと決定したということは、ほとんどの場合に言えないのではないと思われる。そうすると、特別予防を重視するか一般予防を重視するかという価値選択を迫られることになるのである。それを裁判官に委ねるのでは合理的な量刑の基準とはいえないであろう。この点で平野説は明確な基準を提示し得ていないのである。

第2に、平野は、処罰は将来の犯罪防止のための条件付けであるとするが¹⁴⁰⁾、この条件付けが誰を対象とするものかについては、「行為者および一般人」とされており、ここでもどちらに対する条件付けを優先するのか明らかではない。仮に、行為者に対する条件付けを優先させるとすると、この刑罰による威嚇が効果を持たないような行為者には刑罰を科すことができないこととなる。例えば、刑務所を出所した直後に窃盗をして捕まるということを何度も繰り返しているような常習者は、確かに「まさにその行為はその人格に相当なものとして強い非難に値する¹⁴¹⁾」とは言えるが、再度刑務所で拘禁しても、再び再犯をすることはある程度確実だと予測できると思われる。そうすると、刑罰は科せなくなるように思われるが、一般予防的観点からはそのような行為者が罰を免れるということは好ましくないことになる。逆に一般予防を重視して一般人に対しての条件付けを優先するならば、行為者に対しては平野の主張するような刑罰外の「社会福祉的な施策」の方が有効であったとしても、処罰しなければならないことになる。ここでもやはり犯罪予防としてどちらを優先させるかの価値判断を行わなければならない。

(2) 所一彦説

以上のような平野説の問題点は、抑止刑が均衡の原則を必要とすることを説得的に根拠付けられるか、という問題と規範意識への働きかけによる条件付けの可能性を量刑基準としたことによる理論的不明確性であった。これに対し同じく抑

140) なお、条件付けをめぐることは、それが達成されうることにについて、どのくらいの確実性が要求されるかも当然問題になりうるが、それは抑止刑に特有の問題ではないのでここではおいておく。

141) 平野・前掲注(133)41頁。

止刑を主張する所一彦は、平野とは異なる見解を示す。

第1に抑止刑の歯止めの問題について、所はゲーム理論を用いて説明している。それによれば威嚇が機能する条件¹⁴²⁾とは、多くの人が威嚇を受忍していることである。その場合、一部の者が威嚇を受忍せず国家に抵抗しても、国家は威嚇を放棄することはできない。放棄すれば他の者も犯罪に走るだろうからである。更に抵抗者に対してだけ威嚇を放棄することもできない。その場合も残りの者は抵抗者のまねをして威嚇に屈しまいとするだろうからである。つまりこのような社会では、一部の者がいかに抵抗しても、国家は威嚇を放棄しないので、抵抗者も利得を最大化しようとする以上は、抵抗をあきらめるしかなくなる。社会契約が大きく妥当している社会は、このような状態を作り出していることが多い。「これに対して、刑罰によって威嚇される人びとの多くがこの威嚇を不当だと考えて、やめさせたいと思う場合には、かれらは一致団結して威嚇に屈しない態度を示すことにより、威嚇者に威嚇をあきらめさせる希望を持つことができる。威嚇者はやがて、威嚇に屈しない大衆を前にして、かれらとの泥沼の戦いに突入するか、さもなければ威嚇をあきらめるかの二者択一に直面するであろう。事実、独裁者たちは、史上しばしば、そのような羽目に陥った。」つまり、国家が国民に受容されないような苛酷な処罰を科せば、国民の抵抗を招き秩序を維持できなくなるのである。また、威嚇それ自体としては広い支持を得ていても、威嚇される人々がその威嚇に不服である場合にも同様の事態が同様のメカニズムで現れるのである。すなわち特定の者だけに受け容れがたいような重い処罰を科すと、その人々は結束してそれをやめさせる抵抗に走りやすい。この場合、国家は威嚇に不満を持たない人々のことを念頭に置く必要がなく、もっぱら抵抗者達との関係だけを念頭に置く。そうすると刑罰制度を設けておく負担が威嚇により犯罪を防止するという利益を上回り、国家は威嚇をやめてしまう可能性があるのである。また、その可能性がある以上、抵抗者は抵抗をやめないことになる。以上のことから、国家は国民の多くに威嚇が受容されるための環境を整備しなければならない。そ

142) 所一彦「抑止刑の機能条件」同『刑事政策の基礎理論』(1994年)55頁以下参照。なおここでの記述は、所の説明を筆者なりに解釈したものであるが、思わぬ誤解があるかもしれない、正確には原典を参照していただきたい。

のために国家は、刑罰の使用を民主的に決定すること、刑罰を一定のルールに従って使用すること、法の下での平等を守ること、刑罰を人々に十分に理解してもらうことに意を用いるのである¹⁴³⁾。

以上の所の説明は、合理的に行動する主体を念頭においているため現実にどこまで妥当するか不明確なところもある。例えば、特定の者に対して重い刑を科しそれに対して抵抗があったとしても、国家としては刑罰を科すことをやめずにあくまでそれに対抗使用とするかもしれない。その場合、所も指摘するように刑罰は絶対的応報刑の形を取るのであるが、「民主主義、とりわけ大衆民主主義が発達した社会では、浮動する世論を前に、そのような覚悟を固めることは極めて困難¹⁴⁴⁾」と果たして言えるだろうか。民衆はしばしばそのような抵抗者に応報感情を抱き、不合理であっても厳罰化を支持するかもしれない。そうすると、不満を抱くのは一部の抵抗者だけであるから国家体制が脅かされるまでには至らない場合も多い、ということも考えられるのである。また、民衆が抵抗を始めるのは、現代社会においては、受け容れがたい刑罰政策がある程度継続的に続けられた場合だけであろう。そうすると、所の主張する威嚇刑の内在的制約は、確かに一定の場合説得力を持つが、しかし緩やかにしか機能しないように思われるのである。これだけに頼っていてよいかは疑問が残る。

次に第2の条件付けの問題については、所は以下のように述べている¹⁴⁵⁾、第1に「抑止可能性がないという判断が即不処罰をもたらすとすれば、違法行為によって利を得ている者は、抑止可能性がないという判断をもたらすように画策するであろう」。平野のように¹⁴⁶⁾、事前に処罰をされていれば、より強い合法的な規範意識をもっていただろうという現実の定言的な可能性を処罰の前提とするならば、犯人の側ではそのような可能性がなかったであろうという判断がもたらされるよう画策する（例えば、処罰を恐れない）であろう。第2に、「抑止可能性は、処罰が許されるための必要条件ではあっても、十分条件ではない」。違

143) 所・前掲注(142)64頁以下参照。

144) 所・前掲注(142)57頁。

145) 所一彦「抑止刑と自由意思」同『刑事政策の基礎理論』(1994年)78頁以下。

146) 平野・前掲注(132)24頁。

法行為の抑止という全体の利益のために行為者が犠牲となってよい理由が説明されていない。以上の理由により所は、抑止刑は抑止可能性に代えて他行為可能性を判断基準とすべきであるとする。それにより第1の点については、処罰を恐れないような行為者にも他行為可能性が肯定されることとなる。この他行為可能性判断が仮に、行為者自身による状況の意味づけとしての「他の行為も可能であった」という判断だとすると、あきらめのよい者は処罰されず、あきらめのわるい者が処罰されることになって、甚だ不公平であり、また行為者の主張の真偽の判定が困難であることから、甚だ危険である。故にこの判断は、より一般的・客観的な「彼が置かれたような状況に仮にわれわれ自身が置かれたとして、われわれは通常、適法な他の行為を「可能」なものとして意味づけるか¹⁴⁷⁾」という判断であるとされている。第2の点については、「全体のための個人の犠牲は、その犠牲が平等に負担され、その犠牲による利益が平等に分配されるならば許される¹⁴⁸⁾」。そのためにここでも他行為可能性基準が採用される。これにより確かに抑止の必要が高い＝他行為が困難な者は軽く処罰しなければならないが、これは処罰による負担の公平を図るために抑止刑がしなければならない「禁欲」であるとされる。そして「処罰が非難に基づかねばならないのは、それによって処罰が先験的倫理や本能的な感情に基づくものになるからではなく、国家的処罰が社会的非難に基づく民主的なものになるからであり、またひいては、それによって円滑に抑止機能を発揮できるようになるからである¹⁴⁹⁾」とされる。

以上のような所説は抑止刑の科刑基準について重大な修正を図るものである。まず第1の点について、平野説が、現実の可能性を問題とせず行為者は正しい規範意識を持つべきであった、という意思決定論の枠組みの下での非難を想定しているのに対し、所説は現実には他行為の可能性があったかどうかという意思自由論の判断枠組みを採用している。しかもその判断は一般的・客観的判断である。このことから、所説が想定する抑止の対象者は一般人であることが明確になる。行為者自身の将来の犯罪を抑止するためには、その処罰が軽すぎるものであったと

147) 所・前掲注(145)83頁。

148) 所・前掲注(145)80頁。

149) 所・前掲注(145)87頁。

しても、それはある程度妥協し、一般予防を優先するのである。すなわちどのくらいの刑を科すべきかについては「普通の人ならやめておこうということになりそうな線を見つければよい¹⁵⁰⁾」のである。この点で、上述の平野説の抱えていた基準の不明確性という難点は克服され、主張は明確なものとなっている。他方、この意思自由論に基づく非難の構造は、通常は応報的な責任非難を正当化するものとして応報刑論者が採用するものである。しかし所説が他行為可能性基準を採用する根拠は、それとは異なる。すなわち、第2の点に関して、他行為可能性が必要なのは、負担の公平を図り、抑止刑が円滑に機能するところに求められている。あくまでも功利主義的な枠組みの中で他行為可能性が要求されていると言える。しかし所の想定する抑止刑は、当初の潜在的犯罪者に対する威嚇を中心としたものからはかなり外れている。自ら認めているように他行為可能性基準は必要な抑止の必要性を制限する方向で働く。そのことがなぜ正当化されるのかといえば、負担の公平を図り、刑罰制度に対する不満を吸収しなければならないからである。しかし他行為可能性が純粋に功利主義的な抑止刑の機能条件であるとすれば、負担の公平を図ることそれ自体を一つの「外在的な価値基準¹⁵¹⁾」とすることは難しいように思われる。少々負担が不公平になっても、それによって犯罪が効果的に防止できるならば、平野説のように抑止刑はそれを望むのではないか。それに対し所が、なお今日の相互依存関係が拡散し、機能しにくくなっている社会的非難を刑罰が代替・補充する事が刑罰に求められているということを根拠とするならば¹⁵²⁾、それは刑罰制度に対する国民の信頼を醸成することによって、一旦は減少したかに見える直接的な一般予防効果（すなわち威嚇）を間接的な一般予防効果（すなわち所のいうところの「条件付け」=本稿でいう積極的一般予防効果）が補っているという構図を想定しているように思われる。それにより所説が負担の公平にこだわりを見せることも説明できるのではないか。しかし、そうするとやはり合理的な一般予防効果を追求しようとすると、どうしても積極的

150) 所一彦「刑の量定—刑罰個別化と責任」同『刑事政策の基礎理論』（1999年）95頁。

151) 所・前掲注（145）81頁。

152) 所・前掲注（145）88頁以下。

一般予防効果を考慮に入れなければならない、ということになるように思われる。そうすると以下で検討する積極的一般予防論とさほど径庭はないということにならないであろうか。

もっとも所説には、以上のような他行為可能性基準による科刑判断からはみ出しているのではないか、と思われるところもある。所¹⁵³⁾は、一方で「責任にふさわしい不利益」とは、犯罪に伴うものとして受けとめられるかぎり、何でもよいということを前提とした上で、行刑の人道化は刑期を長くする方に作用し、逆に厳しい訓練は刑期を短くする、仮釈放も、真面目な受刑態度に対する報奨だという側面をもっている。「その限りでは、刑期も、受刑態度が悪い場合を念頭に置いて、それでも責任を果たせる長さに設定されればよい。不定期刑も、この趣旨で理解できるかぎりでは責任主義に反しない¹⁵⁴⁾」と述べる。他方で、抑止の必要とは関係のない改善更生のための処遇を行う必要もあり、そのために保安処分を展望する。しかし「公平負担」が重視される今日では、保安処分も福祉的要素を多く備えなければ受け入れられないであろうし、もし不利益でしかないのであれば責任を超えるべきでないとし、「反対に刑罰も、もし福祉的な要素を多く持つことができるなら、責任を超えて用いられることがあってもよいことになろう。少年の不定期刑は、この観点から理解できる面をもつ。定期刑についても、同様にもし福祉色の濃い処遇を想定してよいとすれば、責任の範囲を超えることに神経をとがらせる必要はない¹⁵⁵⁾」と述べるのである。

このような主張からすると、所説は一方で不利益というものを非常に実質的に捉え、同じ期間の自由刑であっても不利益の程度には違いがあるとしている。しかしこのような実質的判断まで量刑に入れるのは法的安定性を著しく害するように思われる。実際の行刑の場面でどの程度厳しい処遇が加えられるか、反対にどの程度行為者にとって利益となる社会復帰処遇がなされるかを予測しなければ、責任に相応する刑量は導き出せないことになる。そして、その判断がかなり困難であろうということを認めるならば、実際にある程度刑を執行してみて、どのく

153) 所・前掲注(150)96頁以下。

154) 所・前掲注(150)97頁。

155) 所・前掲注(150)99頁以下。

らの苦痛を被ったかを測定する方がむしろ判断の确实性を担保できて望ましいということになる。不定期刑は、むしろ社会に対する抑止可能性と受刑者個人の改善を調和させるものとして歓迎されるべきことにならないであろうか。他方で、責任を超える刑罰を容認する主張に至っては、前提とされていたはずの責任＝他行為可能性基準による抑止が負担の公平を考慮した抑止刑としては適しているという主張とは相容れないのではないか、と思われる。所説がこのように負担の公平性を柔軟に考えるのは、それが基本的には功利主義的な発想から導かれたからではないかと思われる。少々の負担の不公平は、全体として大きなマイナスを生じない限り社会は受忍するであろう、という推測が背景にあるように思われるのである。そうすると所説はやはり応報刑論者の主張するような他行為可能性基準とは異なる基準により、量刑を遂行することを予定しているように思われる。それは同時に目的論的他行為可能性へのアプローチの限界を示しているように思われるのである¹⁵⁶⁾。

(3) 抑止刑論についての小括

以上、代表的な抑止刑論について検討した。それによれば、平野説では、抑止刑の対象として持つべきでない規範意識を持ってしまった人が想定されているが、その働きかけが行為者本人の再犯の抑止のためなのか、行為者以外に対する抑止なのかについて不明確さが残った。また抑止刑の制約原理としての均衡の原則が、なぜ要求されるのかについても明らかではなかった。

それに対して所説では、第1に、抑止刑の制約原理として、抑止刑自体に内在的な制約が存在することを指摘していた。しかし、それは確かに機能するが、その制約はあまり厳格なものではないと思われる。第2に、科刑基準として端的に

156) 花岡明正「抑止刑論の検討—所理論を手掛かりに—」立教法学55号(2000年)308頁は「抑止刑論が、刑事諸政策や行刑の施策とも連動して、犯罪に対応することが可能であるように柔軟な構造を持ちえることは、抑止刑論の優位なことである」と述べている。しかし抑止刑論にとっても、花岡も指摘している「ルールの妥当」をある程度尊重することが必要であり、それを重視すればするほど、当初の抑止刑論のメリットであった「柔軟な構造」はなくなることを自覚しなければならない。そして重要なことは、厳格に守るべきルールとそうでないルールを明確に区別することではないかと思われる。その基準を功利主義的な思考方法が提供するかどうかは明らかではない。

抑止可能性を使用するのを避け、一般人の他行為可能性を判断基準としていた。この点で抑止刑は応報刑論に接近しているようにも思われる。しかし責任の捉え方をめぐっては、抑止刑論は応報刑論に比べ柔軟であり、責任主義を重視する立場からは危うさを感じられた。これは抑止刑論が責任主義を政策的原理と捉えるところに起因する問題である。但しこれにより、一般抑止を重視する立場に立つことが明らかになった。一般予防論としての抑止刑の姿が明確になったように思われる。第3に、基礎となる一般予防原理が単なる威嚇からより広く積極的一般予防的なものも含む抑止へと拡大されていた。そうになると、抑止刑論と積極的一般予防論がどう異なるのかが問題になる。これについては、次章において更に検討することとする。

VI 積極的一般予防論

既に指摘したように、ドイツでは近年、刑罰目的として積極的一般予防を重視する見解が有力である。それは責任と予防の関係をめぐる論争の中で主張された。具体的には、論争のフィールドは犯罪体系上の責任概念や責任要素の解釈をめぐる論争とここで取り上げる量刑基準をめぐる論争である。そして、等しく積極的一般予防論と呼ばれる見解であっても、個々の具体的内容を検討すると論者によって、意図するところが微妙に異なっているように思われる。そのため代表的な見解を個別に検討することとする。

1 ロクシンの統合予防論

(1) 弁証法的統合説

クラウス・ロクシンは疑いなく現代の指導的な積極的一般予防論者である。しかもその見解は、時を経るに従って微妙に変遷しているように思われる。そこで、ここではロクシンの見解を少々詳しく検討してみたい。ロクシンは、当初刑罰論としての弁証法的統合説(dialektische Vereinigungstheorie)から出発してい

た¹⁵⁷⁾。この理論は、立法・科刑・行刑の各段階において作用する刑罰目的を個別に観察するものであった。それによると、立法の段階では、刑法の補充的性格と法益を侵害しない単なる不道徳な行為を処罰することはできないという制限を踏まえた一般予防が目的となる。科刑の段階では人格の自律性を守り、有罪の時には責任の量によって限界付けられた刑を宣告する手続を通して、法益および国家の給付目的を補充的で一般予防的・個別予防的に目指す。最後に行刑の段階は、有罪判決を受けた者の人格の自律性および一般予防の不可避的要請と矛盾しない限り、専ら行為者の法共同体への社会復帰のみが目的となる¹⁵⁸⁾。

このうち科刑、すなわち量刑の段階について更に見るならば¹⁵⁹⁾、ロクシンは、この段階では確かに特別予防目的も考慮されるが、行為者に役に立つ再社会化は刑の執行時に初めて実現するので、判決が犯罪者の自由に対して厳格な介入を行うのは、社会のため、すなわち一般予防を目的とするとする。この一般予防は単なる威嚇ではなく、公衆の意識内での法秩序の保障という包括的なものであるが、その投入が許されるのは、法共同体にとっての刑罰の必要性が、同様に法によって保護される犯罪者の人格の自律性と一致する限りである、とする。その条件とは具体的には、第1に刑事手続きの間、意思表示の自由を奪うような扱いがされてはならない、ということ、そして第2に責任の程度を越えてはならないことである。ここでなぜ刑罰権を基礎付けるものとしては不適切だとされた責任が登場するかといえば、「われわれの基本法と西洋の伝統を支配する人間の尊厳と人格の自律の概念が、責任と答責性のある存在としての人間を前提としていることに争いが無い」からである。「人間は、常に自由と答責性の意識から存在し、共同生活を意識構造に従って形成することを回避し得ない。それは確かに自然科学的な方法で正しいと証明することはできないが、それから全く独立して、自由な法

157) Vgl. *Claus Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: *ders.* Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 1, 12f. (= JuS 1966, S. 377ff.). (邦訳として、井田良訳「国家刑罰の意義と限界」ロクシン・前掲注(80)1頁以下)

158) この発想は現在でも維持されているが、応報の観点を加味した応報的統合説と区別する意味で、予防的統合説と称されている。Vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1. 3. Auflage, 1997, S. 54ff.

159) Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. 157), SS. 17-24.

治国家秩序へと社会が決定したことからの正当性を持つ」。この体験的現実としての責任が、国家刑罰権が人間の答責性以上に拡大することから個人を保護するのである。ここでは責任は市民のためだけに機能しているのであり、それ故「正直に言うとは最終的に答えを出すことのできない意思自由の問題も、安心して未決定のままにできるのである。それを否定すべきであると信じる人ですら、責任原理を社会形成の諸規則という規範的領域内で、人格に暴力を振るう国家権力の優勢から個人を保護する法共同体の設定物として承認しなければならないであろう」。そして、この限度内でのみ、行為者は、社会の構成員として秩序の維持のために行為に責任を負うことを義務付けられているのである。しかし、それに対して責任相当刑を下回することは許される。それは補充性原理の要求するところでもあるのである。

以上のような見解から、この段階でロクシンにとっての課題は、一方で無目的な責任応報を拒絶しつつ、他方で予防目的にいかにして歯止めをかけるか、ということであったことが分かる。そのために法秩序の前提とする自由に自己決定を行う人間像と社会内に存在する自由の意識を持ち出し、責任による刑罰限定を正当化しようとするのである。

ロクシンは更に、別の論文において自説への反論に答える形で、更に責任主義の性格について述べている¹⁶⁰⁾。まず第1に、意思の自由の存在という証明し得ない仮定を基礎にしている、と批判されるが、行為者に不利益である場合はそのような仮定は許されないが、責任主義の仮定は常に行為者に有利に働くのであり、それは裁判官に向けられた刑事政策的準準である。なぜなら、もし責任主義が放棄された場合は、行為者は何の制裁も受けないのではなく、保安処分を科されてしまうからである。この問題は社会的な有用性ないし有害性の見地から判断されなければならない規範的規制原理なのである。関連して、ロクシンが前の論文で「責任は刑罰を限界付けるだけであり、基礎付けるものではない」と主張したことに対し、「刑罰と結びつけられたあらゆる条件は、同時にこれを限定するので

160) Vgl. *Claus Roxin*, Kriminallpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MschrKrim 1973, 316, 319ff. (邦訳として、井田良訳「責任主義についての刑事政策的考察」ロクシン・前掲注(80)49頁以下)

あり、その逆もまた同じである¹⁶¹⁾」という批判が寄せられた。それに対してロクシンは表現が不正確であったことを認め、「責任は刑罰の必要条件であるが、十分条件ではない」と言い直している。第2に、どのような刑罰が責任に対応するかを算定することができないため、責任主義は国家の干渉を限界付けることができないという批判に対しては、厳密な数量化は必要なく、責任主義の刑事政策的意義は、予防による刑罰の濫用を防止することにあり、そのような場合は明らかに認識しようと答えている。第3に、予防的再社会化を推し進めていけば、処分が科される場合が多くなっていき責任主義の刑事政策的意義が失われるのではないかと懸念されるが、これに対しては自由を剥奪する処分は最後の手段であり、通常の場合は刑罰だけが適切な制裁であると答えている。第4に、処分は比例性原理で限定され、優越的な公共の利益が要請する限りで正当化されるのであるから、法治主義を理由とする責任主義は全く不要ではないかと思われるかもしれないが、責任が個別行為の不法と犯罪実行時に存在した主観的な自由の余地を回顧的に問題とするのに対し、比例性原理は専ら将来に向けて行為者から生ずる危険性に従った展望的な判断である。両者の基準はやはり異なるのである、と主張するのである。

以上、この段階までのロクシンの責任主義の理解を見てきた。そこでは、意思自由論争を回避するために不可知論の立場に立っているものの、責任概念自体の理解は伝統的な他行為可能性の枠組みで考えられていたとあってよいであろう。しかしこの立場は後に変遷していくことになる。

(2) 統合予防の概念

ロクシンは次に量刑基準に焦点を当てた論文を書いている¹⁶²⁾。それはまず責

161) *Arthur Kaufmann*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedanken im Strafrecht, JZ 1967, S. 553, 555. (=ders, Das Schuldprinzip, Zweite Auflage, S. 263ff. =ders, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, S. 9 ff.). (邦訳としてアルトゥール・カウフマン著・甲斐克則訳『責任原理』(2000年) 417頁以下)

162) Vgl. *Claus Roxin*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in : Festgabe für Hans Schultz, 1977, S. 463 ff. (邦訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」ロクシン・前掲注(80) 115頁以下)

任が幅か点かという前述の論争に関係する。それによれば¹⁶³⁾、ロクシンは、カウフマンのような責任の形而上学的、哲学的・神学的な基礎付けを拒否しつつ、「責任の程度に正確に相当する刑罰の程度は、それ自体において存在し、ただ明確に認識することだけができないに過ぎない、というようなものではない。そのようなものは一般に存在しておらず、それゆえ幅の理論のみが量刑行為の現実に相応しいのである」と自らの立場を明らかにした後、「刑罰が責任の程度に応じて量定されるならば、それは破壊された法的平和を再び回復し、公衆の法意識を強化する、という社会政策上の目的を持っている」と述べる。そこで行為者の犯した行為に対して科されるふさわしい制裁とは、可変的な社会心理学的な評価、すなわち法共同体の判断の結果なのである。そのような正義感情に基づいて行われる量刑は、刑罰の量のわずかな相違に反応を示さない。このような幅の理論の正当化は、責任刑はそれ自体で意義があるのではなく、社会政策的目的に奉仕する道具であることを前提としている。そこから「責任刑もまた目的刑であると理解されるならば、一定の幅の中にあるあらゆる刑罰が、その追求すべき目的を同じように達成できる場合、論理的にこれらの刑罰は等しく『正当』でなければならない。すなわち、幅の理論は、一般予防目的に奉仕しうる責任刑の理論的に適切な表現なのである¹⁶⁴⁾」ということになるのである。なお、後にロクシンはこのように「法感情の充足によって公衆の法意識を強化」することを統合予防(Integrationsprävention)と称している¹⁶⁵⁾。すなわち責任刑は統合予防を目的とするということになる。

次にロクシンはこの責任の幅の中で予防目的がいかに考慮されるか、という問題に進む¹⁶⁶⁾。まず特別予防の観点については無制限に考慮することが許される。「裁判官は、とりわけ(再)社会化にとって相対的に有利と思われるところに応

163) Vgl. Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S. 466 ff.

164) Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S. 468f.

165) Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 306. (邦訳として、中空壽雅訳「刑法における責任、予防、答責性をめぐる最近の論争について」ロクシン・前掲注(80)179頁以下。)なおロクシンの統合予防概念の実質については、後述Ⅷ.2で更に検討を加える。

166) Vgl. Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S. 469ff.

じて、責任の幅の中であらゆる可能な刑罰を科することができるのである。」他方一般予防については、幅の理論を採用したBGHの判例¹⁶⁷⁾が、一般人の威嚇のために幅の上限にまで行くことができるとしたことに反対する。その根拠は刑法が考慮しうる量刑の基準として威嚇予防に言及していないことに求められる。確かに47条1項、56条3項には「法秩序の防衛」が規定されているのであるが、これは責任量の下回りを制限するだけの規定であり、孤立した威嚇効果の考慮はそれとは異なるものである。しかも刑事政策的に見ても、責任を清算できるだけの刑（すなわち民衆の法的忠誠と刑法の保護作用への信頼を確保することのできる刑を超えて、経験的にも現実的でない威嚇のために行為者を犠牲にすることは許されない）のである。それによって、46条1項第2文の規定する「行為者の将来の生活にとって刑罰から予期される作用が考慮されなければならない」という文言にも反することになるのである。

最後に、裁判官は場合によっては責任の幅の上限・下限を超過する刑を科することができるか、という問題が論じられる¹⁶⁸⁾。まず幅を上回るとは責任主義の自由保護機能から否定される。また一般予防については幅の内部ですら威嚇効果の考慮は許されないのであるし、特別予防の考慮から幅を上回ることが許されるならば、刑罰と処分の二元主義が不要となってしまうが故に、否定されなければならない。それに対して幅を下回ることについては、判例¹⁶⁹⁾・学説は反対するが、法文上は「責任は量刑の『基礎』である」としかされておらず、他方で特別予防の考慮が明示されているので、個々の場合で責任量を下回るとは可能である。しかし原則的には裁判官は責任の幅を下回ってはならない。なぜなら「(粹理論の意味での) 責任刑は、民衆の法的忠誠を維持するために最も適していると思われ、この観点が量刑の『背骨』を形成すべきである¹⁷⁰⁾」からである。しかし他方で法律の全体的概念に目を向ければ、47条が6ヶ月以下の自由刑について、「行為者へ働きかけることや、あるいは法秩序の防衛が不可欠となる特別な事情

167) BGHSt 7, 28ff. この判例については、Ⅲ.2参照。

168) Vgl. Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S. 472ff.

169) BGHSt 24, 134. この判例についても、Ⅲ.2参照。

170) Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S. 475.

がある場合」のみ、行為者の責任を配慮することなくそれを科すことが許される、としており、他の規定も考慮すると「立法者は、具体的な場合に責任刑が社会化に反する作用を持つだろう場合に、特別予防の理由から責任相当刑を下回ることを要請し、命じているという原則が導かれる¹⁷¹⁾」としている。そして「責任量の下回りが、『一般的な法感情にとっておよそ理解し得ないと思わざるを得ない』場合に初めて、『法秩序の防衛』の基準が下回りを阻止する」のである。以上の考慮は一般予防に3つの形態があることを想定している。すなわち、通常の状態である責任刑、責任刑を上回る(故に禁止される)威嚇予防、責任刑の下回りを阻止する不可欠の要件としての「法秩序の防衛」が区別されるのである。

(3) 検討

以上がロクシン説の根幹であるが、そこではまず、なぜ見解が改められたのが問題となる。ロクシンは、以前の論述において伝統的な他行為可能性の視点から捉えていた責任という概念を、公衆の正義感情という社会心理学的な判断の結果として捉えなおした。この変遷に関しては、「責任に刑罰限定機能のみを与えていた代案が採用されず、現行ドイツ刑法46条は責任を量刑の基礎とする量刑原則を規定したという事情がある。…つまり、ロクシンは、代案においては、責任相当刑は一般予防に通常必要な限度を超えていると考えていたが、現行法の解釈としては、責任相当刑の内容を規範的予防に必要なものであると定義し直すことによって、責任相当刑を一般予防と一致するものとするに至ったのである¹⁷²⁾」という説明がなされている。確かにロクシン自身、対案のように責任量が一般予防上通常必要な刑を上回っていると仮定することは、「刑事政策的にはなお異論のない命題であるが、しかしそれはいまや現行法の立場の立場ではない¹⁷³⁾」と述べており、上記の理解は正しいと言えよう。しかしこの変更により、

171) Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S. 477.

172) 林美月『情動行為と責任能力』(1991年)11頁以下。

173) Roxin, Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 162), S.476.

ロクシンの量刑論は極めて不明確なものとなってしまったように思われる¹⁷⁴⁾。

まず責任を一般予防の観点から規定したことの問題である。従来までの説明はまず他行為可能性を判断しそこから責任刑を導くというプロセスだったものが、公衆の法意識の観点から責任刑が導かれることとなった。その場合に他行為可能性判断を経由するかどうかは不明確であるが、仮に経過したとしても、刑罰目的の有無が他行為可能性の有無を決定するのであるから、そこに独自の意味はない。すなわち、量刑過程はまず第1にダイレクトな予防的考慮から始められることになったのである。社会心理学的な事実という曖昧模糊としたものから責任刑を導

174) 本文で指摘したことの他にも、責任相当刑を統合予防のための刑罰と解したことにより、ロクシンは刑罰基礎付け責任と量刑責任を区別する必要に迫られたことを指摘しておかなければならない。ロクシンは犯罪論体系的カテゴリーとしての責任については、他行為可能性(規範的応答可能性)により判断される責任だけでは現行法の責任阻却事由を解釈し得ないとして、他行為可能性判断に加えて一般予防・特別予防上の処罰の必要性(答責性)を考慮することを要求している(Vgl. Claus Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, S. 171ff. (邦訳として、高橋則夫訳「刑法上の体系的カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」ロクシン・前掲注(80)71頁以下。)、ders, Zur jüngsten Diskussion, a.a.O. (Anm. 165), S. 279ff.) すなわち刑罰基礎付け責任は、狭義の責任と答責性の二段階で構成されているのである。一方ロクシンの当初の量刑責任の考え方は、まさに刑罰基礎付け責任における狭義の責任と同じものであった。しかし今や量刑責任は統合予防の必要性から導かれるとしたことにより、刑罰基礎付け責任とは全く異なる概念に変質してしまったのである。これは犯罪論と量刑論の連結を重視する立場からすれば好ましくないことのように思われる。なおロクシンの2つの責任の区別について「答責性論によれば、刑罰基礎付け責任が犯罪論における責任段階に位置づけられるものであり、答責性の予防的考慮により支配されるが、これに対して、行為責任主義のもつ刑罰限定機能が弱まり、刑罰が拡大する疑念があると批判され、その批判を受け入れて、実際にその刑罰限定機能を担う責任として、量刑責任が、刑罰基礎付け責任とは異なったものとして、『刑罰基礎付け責任』と『刑罰限定責任』とを区別するという見解が主張されたものである。この刑罰限定責任それ自体の内容については、…従来の非難可能性としての責任が考えられているようである(岡上・前掲注(69)130頁以下)」という理解が示されているが、ロクシンは統合予防の必要性=量刑責任が、特別予防を考慮して下回ることができることを指して「刑罰限定責任」と称したのではないかと思われる。そうでなく、犯罪論の答責性段階で既に予防的考慮を経ているのに、量刑責任の段階で非難可能性に戻るならば、まさに「刑罰限定責任の実質は、屋上屋を架す(同)」ことになるだけで、ことさら両者を区別する必要はないはずであろう。犯罪論と量刑論の連結を断ち切ったことにより、量刑における他行為可能性の位置づけを曖昧にしたことにロクシン説の真の問題点があったと思われる。

くため、責任刑は必然的に幅とならざるを得ない。しかもロクシン説における責任の幅は、同じ幅の内部においても責任相当性の程度に違いがあるというものではない。この理解では、予防目的による修正を考慮の外におけば、ともかくも責任の観点だけで量刑を決定しようと思えばできるということが前提となっている。それに対してロクシン説では幅の内部における少々の程度の差は規範意識に影響を及ぼさないため「原理的に」その内部は等価なのである¹⁷⁵⁾。更に、現に存在している規範意識の主体は量刑相場についてほとんど知識を持たないはずであり、少々の刑の軽重には反応しないと思われる。そもそも直観的感覚的なものなのであるから、例えばある軽微な犯罪について、責任刑が1年といわれようが5年といわれようが、そういうものかと納得するだけではないだろうか。規範意識から導かれる幅は、従来の幅の理論の幅よりもより一層広くなり、それだけ刑罰限定性が弱まる傾向があることは否定し得ないと思われる。

しかし以上のような批判に対して、ロクシンが後の論文で述べていることが反論となっているように思われる。それによれば「責任の程度と一般予防の必要性の間には、なお基本的な分析を必要とする相互作用が生じている。すなわち、かなりの点で責任の程度自体がすでに一般予防により影響を受けているのである。なぜなら責任の程度がかなりの程度、法益侵害の重大性に依拠しており、更にこの重大性が社会にとっての法益の価値に基づいていることにより、予防的利益は直接責任の程度を決定する要素となるのである。しかし同様に、行為者の人格の中にも、一般予防の必要性を縮減するような、責任量に関連する事情が存在するのである。例えば刑法21条(筆者注：限定責任能力)の場合、行為者の責任が減少していることにより低い刑でも社会に受け入れられる(それは、一般予防の必要性が減少したが故に、責任の程度の減少が想定されるということでは決してない)。結論的には、いずれにせよ責任刑は、統合と満足を目指す一般予防の必要性に対応しているのである(傍点筆者)¹⁷⁶⁾」と述べられている。この主張からは、責任が一般予防に影響を受けるというのは、責任を構成する個々の要素が一

175) すなわちロクシン説は、Ⅲ.3(1)で言及した①の立場だということになる。

176) Vgl. Roxin, Zur jüngsten Diskussion, a.a.O. (Anm. 165), S. 305.

般予防の観点から決定され、それを積み上げていく方式で責任の程度が決まるのであり、全体として必要な一般予防の量から責任を逆算するのではないかのように見える。しかし、それに続けて「判例により主張される『幅の理論』は『点刑罰』の理論に対して、実践的な理由からだけでなく、理論上も正しい。なぜなら『統合予防的な点』は存在せず、初めから枠があるのみで、その中を、公衆と行為者により適切だと感じられる刑が動かなければならないからである¹⁷⁷⁾」と述べられているところを見ると、結局は統合予防の効果としては等価値な幅が形成されるという見解に変更はないようである。そうなるとやはり、ロクシンの言う責任の幅は非常に弛緩したものであり、しかもその内部で比較的自由に最終的刑量を決定できるようなものであると評価できるのではないか。例えば限定責任能力だが犯罪が極めて重大であるような場合¹⁷⁸⁾、公衆の法感情に依拠する結果、一時的な処罰感情の高揚により重い刑が必要とされる可能性も大いにあると思われるのである。

次に、幅の内部を予防目的により充足する段階が問題となる。ロクシンは確かに威嚇一般予防については、幅の内部であっても刑を押し上げることを厳格に否定している。しかし、特別予防については幅の内部での考慮は無制限に許容されている点に注意しなければならない。ロクシンは位置価説に反論する中で、例えば(1) 2年から2年半までの刑が適切とされる場合は、裁判官は重い人格障害を持つ行為者に対しては2年半の刑を科し、それ以外の者には2年で止めることが可能になり、(2) 15年から無期自由刑までが責任の幅にある場合、そのような刑期はいずれも社会化に役立たないけれども、社会の平和秩序のために不可欠な以上の刑を科すことになれば行為者は納得しない、等の論拠を挙げている¹⁷⁹⁾。しかしすでに検討したように責任の幅を持つ政策的意味が、予防的考慮が必要な場合(しかもそれは合理的な理由に基づいているとは限らない)は幅を緩やかに考え責任と予防の齟齬を表面上取り繕うことにあるとすれば¹⁸⁰⁾、このロクシン

177) Vgl. *Roxin*, Zur jüngsten Diskussion, a.a.O. (Anm. 165), S. 306.

178) 前述した BGH7, 29の事例(Ⅲ.2)を想起されたい。

179) Vgl. *Roxin*, Prävention und Strafzumessung, a.a.O. (Anm. 80), S. 197ff.

180) Ⅲ.3参照。

の挙げる論拠は全て反対の場合が想定されるのである。つまり(1)2年半の刑を科しても行為者の再社会化に効果があるかは分からないがとりあえず隔離のための有利さを考慮して長めの刑を選択し、(2)もはや再社会化には寄与しないけれども、行為者の人格の悪性を考慮して無期自由刑を選択する¹⁸¹⁾等ということが容易に想定されるのである。行為者の納得ということを持ち出すのであれば、社会を納得させるのに必要な以上の刑を科された場合、それが威嚇予防を根拠にしていようと自らの危険性を根拠にしていようと同様に納得は得られないのではないか。更に、あまり広くない責任の幅の中での刑期の相違により、予防効果について確実な予測ができないという事情は、特別予防にとっても同じである。たとえ社会の納得の観点から責任の幅を持ち出すにしても、常に納得のいく下限に責任刑は確定すると考えればよいのであって、幅と考える必然性はないのである¹⁸²⁾。

なお、ロクシンは条文の文言を重視しそこから統合予防としての責任が幅を形成することや、威嚇的な一般予防の考慮の禁止を導いているが、その点は決定的な論拠にはならないと思われる。なぜなら46条に「責任は量刑の基礎である」と書かれている以上、それを素直に解釈するならば、責任の幅を下回ることとはもは

181) 前述した連邦憲法裁判所の事案(BVerfGE 50, 5・Ⅲ.2参照)はまさにこのようなものであった。

182) ロクシン説と同じく責任の下限拘束性を否定しつつなお幅の理論を採用するものとして、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年)127頁、城下・前掲注(110)118頁。城下は、行為責任に対応する刑の表現形式として「幅」の存在を肯定するに過ぎず、「それによって行為責任の刑罰限定機能が損なわれるわけではなく、また、予防的考慮の濫用が認識されるためには、行為責任の厳密な数量化は不要である(同118頁)」とするが、本文に述べたとおり責任を幅と考えることによって、行為者の危険性を刑を重くする方向に考慮する道が開かれるのであり、特に城下は責任を上限として「行為者の規範意識の確認・強化(133頁以下)」の必要性に応じて量刑をするというのであるから、その危険性はかなり高いことになると思われる(城下説については、IV.2(3)も参照)。なお、城下は自首・自白などの「犯罪後の態度」については、行為責任とは無関係な要素であるから、たとえ行為責任の範囲内においてもより重い刑を選択することはできない、と主張している(同241頁以下)。「行為責任とは無関係な事情」という意味が行為後の事情という意味であれば、行為時までの事情については特別予防の観点から刑を加重する方向に使用することができることとなり、上記の批判が妥当する。しかし、責任以外の観点からの評価という意味であれば、予防的考慮により刑の加重を行うことは一切許されないということとなるが、おそらく前者ではないかと思われる。

や責任が基礎でなくなることを意味し、拒絶されるはずだからである。この点を重視しすぎるべきではないであろう¹⁸³⁾。

更に、ロクシンは三種類の一般予防を区別するのであるが、威嚇は別として、通常の責任刑としての一般予防と法秩序の防衛としての一般予防の区別は曖昧である。ここでは法秩序の防衛は、条文に規定のある刑の執行方法の決定の際だけでなく、狭義の量刑すなわち刑量の決定の際も制約として働く一般的なものとなっている。故に責任の幅を下回るあらゆる事例で両者の区別が問題となる。この点に関して、責任に相当した刑が予防的にも適正な刑だとされるのは一応の「仮説」ないし「推定」にすぎないと考え、責任刑の反射的効果としての特別予防効果に満足せず、行為者の再社会化に関する具体的判断にもとづいて責任刑を下回することを認めるとき、同じように一般予防効果に関する具体的判断にもとづいてこれに歯止めをかけるのが「法秩序の防衛」であると理解する提案がなされている¹⁸⁴⁾。このように解することも可能ではあるが、「推定」という概念を介さないことも可能であるように思われる。すなわち、刑量を下げることにより行為者の再社会化が達成される可能性が高まれば、行為者の再犯の防止を通じて間接的に国民一般の利益にもなることから、責任刑を下回ること自体は可能である。しかし、いかに再社会化が実現しようと許容し得ない量刑の下限を設定するのが法秩序の防衛であると解釈するのである。いずれにせよ、この問題は予防目的相互の関係をどう把握するかに関わっており、それについてはIV.3で検討した。

183) なお、更に後のロクシンの論文 (Vgl. Claus Roxin, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr 1987, S. 370.) では「例えば窃盗の場合、責任の程度に100の目盛りがあるとして、それが50と見積もり、すなわち犯罪の重大性が中くらいであると算出した場合」という説明がされている。他方で幅の理論についての主張は見られない。断言はできないが、責任刑が一つの目盛りに位置づけられているところを見ると、責任刑が幅であるという主張は放棄されたのではないとも思われる。また、この論文でも依然として刑罰基礎付け責任と量刑責任は区別されているが、その区別は、前者が心理学や精神医学の知見に基づいて、行為者の規範的な応答可能性を認定するという形で経験科学を活用する (S. 368f.) のに対し、後者が、責任量が1から100までの目盛りのどこに位置するかを、固有の学問として発展してきた量刑論の規則に従って経験的に算定する (S. 370.) というこで、用いられる経験的手法の相違に求められているように思われる。なお、後者が経験「科学」といえるか、果たして各事案を適切に目盛りに位置づけることができるかについては、疑問なしとはしない。

184) 井田・前掲注 (52) 84頁参照。

以上ロクシンの見解をやや詳細に検討してきたが、その後ドイツではロクシンのいう統合予防、すなわち法感情の充足により公衆の法意識を強化するということの実質は何かをめぐって議論が展開されることとなる。

2 ヤコブスのシステム論的積極的一般予防論

(1) 責任と予防の関係をめぐって

ギュンター・ヤコブスは、システム論の立場から独自の積極的一般予防論を展開している。まずヤコブスの責任の捉え方についてであるが¹⁸⁵⁾、それによれば、現代ではもはや全ての犯罪の場合に責任が清算されなければならないという主張はない。そうすると責任は処罰の十分条件ではなく、有責な行為への処罰を予防目的で制限することになる。他方、対案のように責任に処罰を制限する機能のみを認める立場は、反対に予防目的を責任で制限するのであるが、両者は結局同じことである。このような状態で責任が果たす機能は、予防を制約することにより、予防目的の効果を阻害することとなってしまう。故に「責任と予防の関係は、予防が責任を色づけるというようなものである。なぜなら、責任刑法は無目的であるべきでないとすれば、大まかに存在すべき秩序の維持のための刑法は、それを考慮すれば秩序が大まかに存在しうるような責任を必要とするからである¹⁸⁶⁾。」そして、このような責任は、行為の法的無価値性を特定の主体の行為として帰属(Zurechnung)されうるのである。

この主張からヤコブス説の骨格が明らかになる。ヤコブスは刑法の目的を秩序維持に求めるが、その目的は外在的な要因により制約されないことによりはじめて十全な機能を果たしうるような性質のものである。従来想定されていた威嚇や改善といった目的は、外在的に制約された中であっても、ある程度効果を発揮するものと観念されていた。しかしヤコブスの想定する目的は、制約を一切排除して初めて有効になりうるのである。ここに、従来の予防目的との質的相違が看取される。しかしそうであれば、責任を放棄するのが一貫しているのではないか

185) Vgl. Günther Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 3 ff.

186) Jakobs, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 7 f.

とも思われる。しかしヤコブスが責任を捨て去らないのは、この構想を将来へ向けての提案としてではなく、責任要件を有している現行法における解釈論を展開することを意図しているから¹⁸⁷⁾にすぎない。責任という名称は維持しているもののその実質はもはや全く別のものである。責任自体に実質があるわけではなく、責任とは、まさに行為者に予防的必要性から刑罰を「帰属」させるものなのである。

そうするとヤコブスの主張は、結局のところ秩序維持という目的のために犯罪者を手段として用いており、それは人間の尊厳に反するのではないかと批判される。これに対してヤコブスは、「秩序は、せいぜい人格としての地位を持ち、すなわち権利の担い手であるがもちろん他者の権利も尊重しなければならない人間にとって、法秩序であり得る。換言すれば、法秩序に従えば、行為者に対して犬に対するようなやり方をすることはできず、行為者は人格として扱われなければならないのである（傍点筆者）¹⁸⁸⁾」と述べている。そうでなければ、行為者を威嚇や教育、無害化を用いて犬のように扱ってもよいことになる。行為者が他人と同じ人格であるが故に、刑罰を科すことができるのであってしまう。そのような法秩序における人格の付与は、普遍的・規範的に決定されたものである。それに対して市民を手段化するものであると批判されるけれど、「それは社会の機能する条件を記述したに過ぎないのである（傍点は原文イタリック）¹⁸⁹⁾」。

しかしこの絶対的応報刑論¹⁹⁰⁾との親和性を濃厚に示す反論についても受け入れることはできない。ヤコブスは、行為者を他人と同じ人格として扱うことによって、処罰は行為者を含む社会の秩序の回復のために必要だということになるから、行為者を手段としているのではないと主張しているものと思われる。しかしこれはあくまで規範的にそのように想定しただけに過ぎず、社会的現実に対して目を覆うものと言わなければならない。犯罪者・元受刑者に対して、社会が他

187) Vgl. *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 32.

188) *Günther Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, S. 26f. (邦訳として、松宮孝明訳「責任原理」立命館法学230号(1993年)799頁以下)

189) *Jakobs*, Schuldprinzip, a.a.O. (Anm. 188), S. 30.

190) これについてはII参照。既に指摘したように、絶対的応報刑論との相違は自覚的に法秩序維持を目的として掲げるか否かという点に求められる。

者と同じ人格を持った者として扱っているとはいえない。多くの犯罪者は刑罰を受け終わり、秩序の回復のための責任を果たしたとしても、依然として差別され続けるであろう。行為者自身も、他者と同じ人格として刑事司法システムに遇されたとは思えないだろう。観念的な平等性を持ち出してきて、秩序維持のための処罰を正当化することはできない。やはり、行為者を手段として扱っているという事実は否定され得ないのである。それに対して社会の機能条件を記述したに過ぎないと主張されるならば、そのような秩序維持のための処罰が科されなければ、本当に秩序は維持され得ないのか、と問わなければならない。またその現状に対する肯定的な認識は、変革への力を持ち得ないことも指摘しなければならない。既存の法秩序が無媒介的に優遇されることになるおそれがある。

(2) 法的忠誠の訓練としての一般予防

以上のように、システム論的な責任論には根本的に賛成し得ないのであるが、更なる問題点を明らかにするため、次にヤコブスの主張する予防目的の内実をみることにする¹⁹¹⁾。それによると、責任とは、法に忠実な (rechtstreue) 市民に対する秩序の拘束力を確証するために、一定程度の刑罰を科す必要性を基礎付けるものである。そして、犯罪とは、法的に正当性が保障された予期を破壊する行為である¹⁹²⁾。この予期の破壊、あるいは失望を補償するために考えられる対策は3種類のものがある。第1に、信頼することをやめ、失望させられた予期はもはや抱かないようにするという「再学習」がある。例えば、行為者の措置により恥をかけた被侮辱者は、引き下がり、名誉侵害に対する規範が保障されているということをもはや信頼しないことを学習することで、失望させられた世界を回避することができる。第2に、関係を見直すことで、失望が反復しないように配慮する「再形成 (Umgestaltung)」がある。例えば、道路交通規則を守ること

191) Vgl. *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 8 ff.

192) 周知のように、これはニクラス・ルーマンの社会システム論に依拠した主張である。市民社会においては、市民が安心して活動できる前提条件として、他の市民が法に忠実に行為するという相互に予期(期待)できなければならない。この予期の正当性を担保するために法による強制が存在するのである。誰かが法を破り、市民の予期を破壊したならば、失われた予期を回復するために補償が行われなければならないのである。

は法的に保障されているが、その保障があっても道路交通の危険性は、余り減少しないので、より安全な車を手に入れたり、危険な時間帯を避けたりするなどして、経験により賢くなることができる。また立法者も新たな予防的措置を提示することができる。これは刑法においては、危険な累犯者を威嚇したり、教育・非教育的処分・環境の変更によって社会化したり、他の潜在的行為者を威嚇したりする刑罰を科すことという形で現れる。以上の2つの補償は、失望が発生する蓋然性の評価に関係するものであるから認知的補償といえることができる。それに対して、第3に、抗事実に (kontrafaktisch) 予期に固執することがある。これは (刑) 法における中心的な補償形態である。失望は、それ自体ではなく失望させた行為が過ちと命題化されることで補償される。すなわち規範的予期に対応していなかった事実の方が誤りなのである。法的には、これは行為者に対する責任の「帰属」という形で現れる。責任の帰属が刑罰と結びつくことで、当該行為は、議論するに値しない選択だとして学習され、その無価値性が自明のものとなり、とりうる選択肢から排除されるのである。「これは威嚇という意味での一般予防ではなく、法的忠誠の訓練 (Einübung in Rechtstreue) という意味の一般予防である¹⁹³⁾。」威嚇効果は生じうるかもしれないが、それは副次的効果に過ぎないのである¹⁹⁴⁾。

では、3つの形態の失望処理はいかにして使い分けられるのだろうか。ヤコブ

193) *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 10.

194) なお、ヤコブスの後の説明によれば、この第3の形態の補償形態は3つに分類される。すなわち第1に、全ての人間は社会的相互作用なしで済ますことはできず、それ故何を予期してよいかを知らなければならないということをして「規範信頼の訓練」。第2に、刑罰が規範違反行為に負担を科すことで、この行為が一般に議論するに値しない選択肢として学習されることを指して「法的忠誠の訓練」。第3に、規範は学習したにもかかわらず破られるかもしれないが、少なくとも刑罰により行為と負担受忍義務がつながっていることが学習されるということをして「帰結甘受の訓練」。そしてこの3つの効果をまとめると「規範承認の訓練」となるとされている (Vgl. *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Auflage, 1993, S.13f.)。この3つの関係であるが、以下のように解しておきたい。第1のものは全ての人に当てはまるものであり、第2、第3の前提となる。そして続いて第2の訓練が行われるのであるが、それにもかかわらず犯罪に至る人は存在する。しかし規範は訓練が全く効果がなかったことを認めるわけにはいかないので第3の訓練をしたということにする。従って、この説明の変化はより現実に即したものとなっているが、ヤコブス説の根幹に変化は生じていないと思われる。

スは「どの規範違反が帰属により処理され、どの規範違反が関係の再形成により処理されるかは、再形成により一般に何が達成されうるかに応じてあらかじめ決められる¹⁹⁵⁾」として、例えば衝動行為者(Triebtäten)を無罪にしようのは、その行為者を治療することが可能な場合だけであるとしている。

ここでは、犯罪による失望の補償に当たっては、第1の形態、すなわち規範内容の再学習の可能性は考慮に入れられていない。規範が誤っていることはあり得ないという趣旨であろうか。確かに規範の内容は多くの場合正当であるかもしれないが、規範修正の余地を一切認めないとすると、過度の規範主義に陥るであろう。現に、行政犯的な規定については処罰を予定することに対し多くの疑問が寄せられているのであり、その適用には慎重な考慮が必要である。また規範自体が正当だとしても、いかなる規範違反に対しても補償手段を発動するということになれば、正当ではない。確かにヤコブスは、良き意思自体を過剰に要求すれば、許容限界を超えるという理由で、安定化を必要とする領域を、「良き意思を持ってすれば失望が回避できる領域」に限定する¹⁹⁶⁾。また例えば、非常に誘惑的で安全性に欠けた商品の陳列をしている商店での窃盗は、過度の経済活動により犯罪が誘発されたと見なしう場合は、被害者の予期は法的に保障されたものではなく、犯罪動機の発生源は被害者の領域に移るとされている¹⁹⁷⁾。これらは再学習の形態での補償ともいえるが、しかし前者についていえば、過度な要求はかえって規範への信頼を害するという面が考慮されているのであり、内在的制約ともいえるものである。また後者については、いかなる場合を過度の誘発と見るかにかかっており、おそらく極端に無防備な陳列方法をとらない限り、被害者の保護が否定されることはないであろう。そうすると、確かに規範に違反をしたのであるが、それが極めて軽微な違反に過ぎないといった場合でも、処罰による法の力の回復が要求される可能性がある。しかし刑罰を科し刑を量定する際に、侵害された法益の重大性の意義を軽視することは、やはり好ましくない。

195) *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 11.

196) Vgl. *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 24f.

197) Vgl. *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 29ffただし、その陳列が正しい経済活動であれば、行為者に責任が帰属することになる。

更に、そのことを別としても残る2つの処理形態の選択方法についても問題が残るように思われる。ヤコブスは、再形成という選択肢をとるのはそれが達成力を持っている場合のみで、その他の場合は全て帰属による処理を予定している。そして、上述の例では、治療という刑罰以外の手段で対応可能な場合が念頭におかれている。ここで、前者には威嚇や改善といった刑罰内での処理も含まれていると主張されていたこととの関係が問題となる。これに関して、既に威嚇については副次的効果とされ、それ自体独立して追求することは否定されていた¹⁹⁸⁾。また特別予防については「特別予防上、反作用 (Reaktion) が必要ない場合でも、犯罪行為から生じた予期の失望が処理されなければならないことに変わりはなく、その場合、規範適合行為への信頼の正当性の確証によって処理がなされる。また特別予防上厳格な反作用が適切であっても、秩序信頼を維持するための必要性があまり損なわれていない場合には、より軽い反作用のみが必要とされる¹⁹⁹⁾」と述べられている。具体的には、少年や年長少年については教育が可能であり、教育の欠如が説得的に示される場合には、特別予防が優先し、非刑罰的な教育を行うことができるとされている²⁰⁰⁾。改善についても、あまり重視されていない。その理由として、威嚇や改善は予防効果が不確実であることも関係しているのかもしれない。しかし、決定的な理由は社会の構成員相互の予期により成り立っているシステムを安定化させるのに、最もふさわしい補償の方法が規範の貫徹であると考えられており、威嚇や特別予防の必要性を考慮するとそれが損なわれてしまうと考えられているからではないだろうか。更に、処罰という選択肢は、法の権威を見せつけることにより抽象的・観念的に法の秩序を回復することであるから現実的な効果は必ずしも要求されないのである。そうすると第3の方法が優先的に用いられることになる。第2の方法の使用については、少年の場合も「あくまで教育の欠如が説得的に示されかつそれが實際上除去可能な

198) もっとも、「危機の時代には、緊急避難が平穏な時代において自明な制限を破る」として、完全に威嚇を排除するわけではない (Vgl. *Jakobs*, *StrafrechtAT*, a.a.O. (Anm. 194), S. 22.)。システム論においては、規範による社会の維持が不可能になれば、これも当然の帰結なのかもしれない。

199) *Jakobs*, *Prävention*, a.a.O. (Anm. 185), S. 29.

200) Vgl. *Jakobs*, *StrafrechtAT*, a.a.O. (Anm. 194), S. 23.

限りにおいて」であり「そうでなければ少年刑法も積極的一般予防の雛型に従う²⁰¹⁾」のである。第2の方法は、状況の現実的改善が達成される現実的可能性がある場合だけに限定されることになるだろう²⁰²⁾。これにより多くの場合「責任によって、犯罪の諸条件の中から行為者の動機付けに誤りがあったことが刑法上唯一重要なものとして取り出される²⁰³⁾」ことになる。いわば原則処罰すべきであると推定されており、反証に成功した場合のみ解放されるのである。たとえ従来の基準では責任が欠けるために処罰し得ないような場合でも、それ以外に失望を補償する方法がなければ、処罰を断念してはならないのである。ここに処罰への過度の依存が見られる。

もっともヤコブスは、再犯の原因を拘禁中の行為動機の発生に還元したり、犯罪の原因を教育の欠陥に求めたりして、処罰を軽減したり、全く処罰しない可能性があることも認めている²⁰⁴⁾。このような処理が、「再学習」、すなわち当該犯罪の発生は仕方がなかったとして受忍することを意味するのか、「再形成」、すなわち拘禁状態や教育の改善を要求し、そこでの処理を前提として処罰を緩和するのかは明らかではない。前者だとすれば、様々な犯罪原因を追及していくことにより処罰を緩和することが可能となろうが、後者であればその現実的な実現可能性を要件とする限り、あまり処罰は緩和されないこととなる。いずれにせよ、規範への信頼を過度に保護することにならないためには、この可能性を追求していくしかないであろう。しかしその場合は別の困難を抱えることになる。「責任判断とは、個々の(サブ)システムが秩序維持のために達成しなければならない貢献を、新たに確定することを常に繰り返すことである²⁰⁵⁾」ことになるからである。何が行為者以外のシステムに帰属しうるかは細かく考えれば考えるほど当該事例毎の判断となる。

201) *Jakobs*, StrafrechtAT, a.a.O. (Anm. 194), S. 23.

202) ヤコブスが規範服従に関して「特別な地位」にあることを要求しているのは、象徴的である(Vgl. *Jakobs*, StrafrechtAT, (Anm. 194), S. 23.)。処罰されないということは、一般の公衆とは異質な存在として扱われることも同時に意味する。

203) *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 13.

204) Vgl. *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 25ff.

205) *Jakobs*, Prävention. a.a.O. (Anm. 185), S. 29.

その場合、前もって規範の妥当領域が確定せず、市民はどの規範を信頼してよいか不安なまま生活を送らなければならないこととなる。また、いかなる状況において、行為者以外のシステムへの帰属が可能かの判断は、当然判断者によって変わってくることが予想される。それらは、予期を安定化させるという当初の目的に反することになるだろう。特に、量刑論の視点からすれば、裁判官が刑罰以外のシステムによる処理可能性を判断することが現実に可能なのかという問題もあり、アドホックな判断となる可能性も懸念される。それを防止するためには、他のシステムで処理し得るような失望も刑罰システムによる処理に組み込むしかないが、これは処罰を拡大する道に至ってしまう。裁判官の立場からしても、不確実な他のシステムによる処理に期待をするよりは、処理が確実なこちらの方を選択することにならないであろうか。そしてその場合でも抽象的な法秩序破壊の程度に応じた量刑というのが可能なのか、量刑の均質性を保てるのかについては甚だ心許ないことになるのである。このように考えていくと、ヤコブスのシステム論に依拠した積極的一般予防論は支持することができないのである。

3 社会心理学的積極的一般予防論

(1) シュトレングの見解

積極的一般予防論には、ヤコブスのように社会学的な端緒から議論する論者とともに刑罰の社会心理学的意義から議論を展開する論者もいる。フランツ・シュトレング²⁰⁶⁾は、刑事責任と応報の社会的機能と一般予防と結びつけて説明する。それによれば、刑罰には3つの無意識の感情的源泉がある。第1に、処罰は禁止され抑圧された欲求に対する超自我(良心)の力を確保するために必要である。タブー破りが伝播していく危険に対する戦いを通じて規範を確認するのである。これは行為者と同じ犯罪をやろうと思っていない者に対しても、欲求の抑圧を放棄しないようにするために必要である。更に、自らの中にある行為者と同じ衝動を象徴的に処罰するため、行為者に自らを投影し代理処罰を求めるという側面も

206) Vgl. Franz Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, ZStW 92 (1980) S. 637ff.

ある。更に自らが規範を尊重する正義の側に属していることを外部に向けて訴えるという意味も持つ。この第1の欲求は、しばしば過剰になりやすく容易に犯罪者を贖罪の山羊(Sündenböcke)にしてしまう可能性を持ち、処罰要求の主要原因である。第2に、処罰は、国家が権力を独占し、市民に権力を放棄させることの代償として、犯罪に対する集団的な攻撃性の発動を許すという側面がある。これは犯罪自体から惹起された感情ではない。第3に、直接・間接の被害者ではない者も自らを被害者と同一視することにより、行為者に対し処罰感情を抱く。これが行為者に対する応報要求となる。市民は処罰により自らの攻撃性と犯罪に対する不安が除去されることを望むのである。これは行為者に対して社会的等価物を科すことを要求する絶対的応報刑論の前提にある感情である。

それに対して、責任概念に関しては「行為者の責任は、判断者の感情的要求の反映、すなわち、時代精神に応じ市民と裁判官が持つ、行為者の犯罪に由来する処罰要求が、行為者に投影されたものとして説明される²⁰⁷⁾」とされている。裁判官の量刑は犯罪に対する評価が直接刑罰として表されるものであり、直接には処罰要求が関係している。責任概念はここでは本来的に機能を有しておらず、判決理由において初めて現れるにすぎない。このように処罰要求の結果である責任は、処罰感情と比例しないような改善・保安のための刑罰や威嚇のための刑罰を限定する役割を果たすが、それ以上の処罰限定はなし得ない。むしろ犯罪の原因を行為者に集中させ、行為者と社会の様々な相互作用を隠蔽することで、処罰要求を除去する役割を果たしているのである。

以上のような現状認識から、シュトレングは望ましい方向を提示する²⁰⁸⁾。第1の規範確証要求はなお考慮されなければならないが、しばしば過剰な処罰を求める贖罪の山羊のメカニズムに対しては民衆の啓蒙で対抗すべきだとする。また裁判においては、裁判官は行為者と行為について熟知しているのでこのメカニズムは起こりにくい。第2の権力放棄の代償は、犯罪以外の源泉から生じるものであり考慮すべきでない。規範確証に必要な刑の範囲内での事実上の充足以上のも

207) *Streng, Vergeltung*, a.a.O. (Anm. 206), S. 656f.

208) Vgl. *Streng, Vergeltung*, a.a.O. (Anm. 206), S. 663ff.

のを求めるべきではない。第3の復讐・憤激感情は、軽微犯の場合、規範確証刑の範囲で充足することができる。それに対し重罪、特に生命犯の場合はしばしば規範確証に必要な以上の刑罰が要求されるが、そのような私刑司法の要求は正当化されないとする。以上のような方向性は後に、「責任刑を個人的・社会的な規範確証要求から導出し正当化することは、裁判官に、具体的な個別事例に関し、その要求を根本において自らの刑罰要求と正義の観念を探ることを要求する。不安や憤激あるいは被害者との同一視から生じる感情の解放反応は、機能的責任概念の範囲で、地位を占めることは全くない²⁰⁹⁾」という主張となる。第1の処罰要求のみを基準とすべきことが明確にされたのである。

そしてシュトレングは他の刑罰目的との関係に言及し「既に本質的に規範確証へと固定された責任刑法の枠内で、責任清算において実現する積極的一般予防以外の刑罰目的は、いわゆる責任枠を充足することだけに役立つ。それは刑罰の中心的な規範確証機能が害されない程度に、限定的な修正を加えるということに過ぎない²¹⁰⁾」とする。更に裁判官が合理的な正義の基準に従って、通常量刑をしていれば、それは正しい責任相当刑だということになり、また上訴審が類似事例との比較により事実審の量刑判断を破棄することも正当化されるという帰結も導いている²¹¹⁾。すなわち、規範確証に役立つ量刑は、相対的正義から絶対的正義へと質的に転換しようと主張されるのである。

(2) 検討

以上のようなシュトレングの主張は心理学的端緒から出発しており、大変興味深いものである。しかしこの心理学的な端緒が実際の量刑において利用可能かは問題である。自ら認めているように、この3つの処罰要求の源泉は明確に区別し

209) Franz Streng, Schuld ohne Freiheit?. Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989) S. 296.

210) Streng, Freiheit, a.a.O. (Anm. 209), S. 329.

211) Vgl. Franz Streng, Aspekte der Fortentwicklung des Strafzumessungsrechts durch die Gerichte, in : Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 518f.

うるものではない²¹²⁾。裁判官としては、それを想像しながら量刑をするしかない。もっともこの点は伝統的な責任の観点についても言えることでありこの理論に特有の問題ではない。しかし、処罰要求という抽象的なものをいきなり刑量に変換するのであるから、個々の量刑事情を積み上げて行う分析的な量刑論に比べて、量刑過程の客観性の担保は極めて乏しいものとなる。この理論だけで量刑の絶対的正当性を論証しようとするのは、やはり問題であろうと思われる。またシュトレングが第2の処罰要求、すなわち国家の権力独占の代償としての処罰要求の正当性を否定しているのは妥当であるが、第3の応報感情まで否定しようとするのが果たして妥当かは疑問である。応報には確かに不合理な面もあるが、一方で応報を意識することにより、相対的な犯罪と刑罰の均衡性が確保されるという利点もあるように思われる。特に責任主義を刑の上限として利用する場合には、この点は見逃せないように思われる。シュトレングの主張によれば、第1の規範確証要求だけを考慮せよということになるが、これはヤコブスの理論と同じく過度の規範主義に陥るおそれがある²¹³⁾。例えば、未遂犯の量刑について、シュトレングは、失敗はあまり魅力的でないので、法違反の感染力は低く、規範遵守を疑問視する程度は軽いという理由で、刑を減軽することに合理性があると主張している²¹⁴⁾。確かにはじめから失敗することが目に見えているような不合理な方法による犯罪の場合は魅力が低いと言いうるであろう。しかし、結果が発生しなかったのが稀にしか生じない偶然の介入事情のせいである場合は、この犯罪は既遂犯と同程度に魅力的だということにならないであろうか。規範に反した程度においても、この場合は介入事情がなく既遂となった場合と異ならないはずである。このような場合も含めて未遂犯を原則として減軽するためには、応報の観点を考慮する必要があるように思われるのである。その他、この理論でも、責任とはもはや名ばかりのものとなっている。このような名ばかりの責任が処罰を限定する力は疑わしい。一元的な量刑基準を設定し、それを規範確証というもので基礎付

212) Vgl. *Streng, Vergeltung*, a.a.O. (Anm. 206), S. 663.

213) シュトレングは、自らの理論のヤコブス説への親近性を明示的に認めている。
Vgl. *Streng, Vergeltung*, a.a.O. (Anm. 206), S. 664.

214) Vgl. *Streng, Vergeltung*, a.a.O. (Anm. 206), S. 652f.

けるならば、犯罪が生じた以上規範は傷つけられたということになり、必罰主義に至るであろう。また重大犯罪の場合、原則として厳罰に処するという傾向に至るおそれがある。心理学的な処罰要求を量刑論に応用しようとする場合でも、外在的な処罰の歯止めの論理は別に用意しておかなければならないのである。

4 正義に適った合目的的量刑の理論

(1) ハッセマーの見解

積極的一般予防論に基づく量刑論の最後として、正義の要請と合目的性の要請を両立させようとするカイ・ハルトヘーニヒの「正義に適った合目的的量刑 (Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung)」の構想²¹⁵⁾を検討することにしたい。しかしハルトヘーニヒの量刑論は、「刑罰」ではなく「刑法システム」により積極的一般予防を図ろうとするヴィンフリート・ハッセマーの構想を基礎にしているため、まずハッセマーの積極的一般予防論²¹⁶⁾を示すこととする。

ハッセマーは、これまで検討してきたような、民衆の規範承認を訓練し社会における規範妥当を保障することを目的とする積極的一般予防論を「統合予防論」と呼び、この概念は威嚇一般予防論のように恐怖を媒介とするのではなく、分別 (Einsicht) を媒介とする点、刑法を、社会統制の一部として、学校や家庭のように人間を順応・社会化させることに協力するものとして捉える点で、妥当な側面を持っているが、それは十分ではないとする。なぜなら、統合予防論のように実体法上、どこまでの行為が禁じられているかを民衆に媒介することにしか注目しない立場では、規範承認の訓練は、比例性の限界や人間の尊厳の保障を踏み越えてはならないという制約 (行為応報のメッセージ) を外側から継ぎ足さなければならなくなるからである。また特別予防については、訓練の制度にすぎないこととなり、かつてのように調教と刑法規範への適合を目指すだけでよくなる。統

215) Vgl. Kai Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992.

216) Vgl. Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, 1990, S. 324ff. ders. Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in : Winfried Hassemer / Klaus Lüderssen / Wolfgang Nauke, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, S. 39ff.

合予防論のこのような欠陥は、積極的一般予防の担い手を刑罰だけに限定して考えることに起因している。刑法システム全体を視野に入れるならば、刑法の任務は、社会の規範形成に参加するだけでなく、それに対して刑法が協力できる限界を示し、それを維持すること、また規範形成において自制(Zurückhaltung)や節度(Mäßigung)を保つよう訓練すること、社会統制を定式化²¹⁷することにもある。積極的一般予防論はこの両方の側面を担うものであり、規範的に基礎付けられた逸脱行為との人間的関わりの模範を示すことになる。このように考えれば、積極的一般予防論は自らの中に、行為応報と特別予防を適切に組み込むことができる。犯罪に不均衡な処罰は、すでにこの刑罰概念に矛盾するし、特別予防は、規範への適合に縮減されず、逸脱行為との人間的関わりの一形態として、犯罪者に対して社会が共に負う責任からの要請として理解されるのである。

(2) ハルトヘーニツヒの見解

以上のようなハッセマーの積極的一般予防論に基づき、ハルトヘーニツヒは正義と合目的性を両立し得るような量刑モデルとは如何なるものかと問う。それによれば²¹⁸、従来の予防論のように合目的性から直接に刑の量定を行おうとする場合、その量刑論は予防目的が経験的に達成されていることにより正当性を獲得する。しかしこの場合、正義の観点は目的以外のところから導かれざるを得ず、しかもそれは目的刑法の正当性を排除してしまうことになる。故に、正義の刑法か合目的性の刑法かどちらかしかないことになってしまう。このような帰結は正義と合目的性を相互排他的なものと考えるところから生じている。しかし、合目的的であるというために、予防論が照準を合わせた作用条件を考慮するだけでなく、正義の基準を考慮することが必要な作用条件の1つとして存在していると考えるならば、両者は両立することになる。そしてそのような基準を唯一満たしうるのが、ハッセマーの積極的一般予防論なのである。

この積極的一般予防論が正義と合目的性を満たすと言えるためには、第1に経験的に刑法が規範妥当保障機能を有効に果たしうるか確認されなければならない。それが確認された場合、第2に、予防的正当化と結びついているそのような刑法

218) Vgl. Hart-Hönig, a.a.O. (Anm. 215), S. 97ff.

において、正義の観念が優越し、それが十分に保障されるかが確認されなければならない。ハルトヘーニッヒは、現行の量刑実務がこの予防目的をある程度達成していることを論証しようとする。

①まず現行の刑法が有効に規範の妥当を保障する機能を果たしているかであるが、積極的一般予防は他の予防論と異なり、他の社会規範との協力による目標達成が前提であるので、緩やかな証明で足りる。実態調査によれば、民衆は、刑法が基本的な社会規範に関してその妥当を強化していると評価している。また一般的な規範についての知識が、実際の刑法の適用により確認される傾向も明らかになっている。故に、刑法は規範の妥当を確認する機能を果たしている。

②刑法が現実の逸脱紛争を定式に則って²¹⁹⁾処理しているかであるが、現行の量刑実務²²⁰⁾において、例えば責任能力判断において、判例は経験的に確認された自由の欠損を平等に考慮しておらず、それを承認することが重大な安定化の喪失を懸念させないような自由の欠如のみを免責無罪事由としている。これは確かに予防的な考慮から行われているのであるが、このような責任帰属は社会の正義の観念と一致しているので、この場合正義が優越していると評価しうる。判例は全体として、少なくとも中核において、社会の正義観念と一致している。

③次に、民衆に刑法の原則的価値観についての積極的知識があるか、あるとすればそれに対していかなる態度をとっているかが問題となる。ここでしばしば情報を歪曲し矮小化するマスメディアが問題となるが、正義に適った実務の運用は十分に民衆に伝えられている。他方で民衆の態度についての実態調査は、刑法の定式化された処理に期待しているという結果と厳格でスティグマをもたらす刑罰や効率を害する手続保障の廃止を要求しているという結果をだしており、相矛盾

219) 「定式化」に関しては、前掲注(217)参照。

220) ハルトヘーニッヒは現行の量刑実務を以下のように分析している。確かに刑の執行形態の決定において、一般予防的動機から責任主義に反しており、特別予防上の有利な予後予測(Prognose)は不当なほど過剰に要求されているが、他方で刑量の決定においては犯罪の不法に一致しない刑罰威嚇を原則的に回避し(これは法定刑が無期自由刑のみの謀殺罪適用を原則的に回避することを意味している)、前科による刑の加重を強く考慮するがそれは中核的に犯罪の不法相当性が保たれる限りにおいてである。全体的には、中核において量刑実務は不正に運用されていない。

している。しかしこの点を重視する必要はない。なぜなら具体的事例に関わらない民衆の態度には二次的意味しかなく、第一次的には社会に深く根付いている価値を参照すべきであるからである。そしてその価値とは自由な西側民主主義国家においては、人間は自由で自律的な自己決定を行うというものである。

④最後に、刑法の運用は、そのような民衆の価値にいかなる影響を与えるかであるが、自律という価値を重視するからといって、無目的な刑法の運用を行えば、目的合理的に行為する民衆に刑法は価値を媒介できないこととなる。また民衆の自己責任に訴えることをやめ、強制的に服従させることだけを考慮した刑法では、民衆の自律の観念が毀損され、秩序にも悪影響を与える。故に、継続的に合目的的に予防を達成しようとするれば、刑法は社会正義と大まかに一致しなければならないのである。

(3) 検 討

以上がハルトヘーニッヒの主張の核心部分である。このような主張は、前述したような積極的一般予防目的の追求には歯止めがなくなるという批判を考慮し、歯止めを内在した積極的一般予防論を提示しようとしたものと思われる。確かにそのような理論が提示できれば、大変魅力的である。一方で無目的な応報に陥るのを避け、他方で予防目的の追求による不正義を回避しようのに加えて、本稿の重視している責任の観点の基礎となる民衆の自律的な自己という観念も組み込まれており、その意味で、これまでの見解の中ではもっとも洗練されたものだという。しかし、この試みが成功しているかについては、残念ながらなお疑問を呈さざるを得ない。①の積極的予防効果に関しては、刑罰法規の効果の測定としては有効性を認める余地があるかもしれないが、これがそのまま量刑の効果についても妥当するというのは困難だと思われる。量刑が少々変動したくらいで民衆の規範意識に変化が見られるとは考えにくいであろう。逆に上記のような調査で量刑の予防効果を承認するならば、それは裁判官にかなり広い裁量を与えることにつながる。また予防効果が発生する前提である③についても、刑事司法の発信する情報が民衆に伝わっているというのは、かなりの擬制を伴う判断である。マスメディアが伝えるのは重大事件がほとんどで日常的に発生している軽微犯罪についての報道は稀であろう。そうすると軽微犯罪については、情報の伝達は不要

なのであろうか。しかも結局のところ基準となるのは、実在する正義の観念ではなく、規範的に想定された民衆のメンタリティだということになると情報の伝達はそもそも必要がなくなる。そしてそのような、抽象的な裁判官の想像物とならざるを得ないのであり、そこから正義の観念を引き出すことは、実体を伴わない以上無意味である。これらの点で、予防刑論として現実に有効な効果が証明されたという結論は、やや強引に思われる。

それだけでなく、現実の人間とのつながりを遮断することにより、自由の観念はかなり一般化されたものとなる。これは、啓蒙期に想定されていた合理性だけを基準として行動するという、古典的な市民像である。従来 of 責任判断の場合、行為者の現実から出発することができるため、ある程度個別事情を考慮することが可能であったのに対し、この人間像を基準とした責任の帰属の場合それを否定することになる。例えばハルトヘーニッヒ自体が問題としている点であるが²²¹⁾、ドイツでは暴力犯罪・財産犯罪の領域での高齢の累犯者という類型において、社会の下級階層の人が著しく過剰代表となっているようである。しかし、仮にこれが社会経済的な欠乏状態に起因するとした場合でも、それが重大な自由の欠如を招来しない限り、減輕事由として承認することは、「それにより『優遇された』階層の人の自己観念が、平等を仮定する人間としての間主観的な承認に関して、特に危殆化される」という理由で許されないという結論が導かれているのである。抽象的に措定された自律した自己責任を負いうるという人間像からは、極限的な状況でない限り、犯罪に至ったのは許されない当人の自己決定であることになる。社会が階層に分化し、犯罪に親和的な階層とそうでない階層があるという現実には完全に捨象されることになるのである。このような量刑判断は確かにその抽象的な人間像に悪影響を与えはしないであろうが、当該被告人から納得を引き出しうるかは疑問である。それが本当に正義に適っているのであろうか。現実に不平等が存在しているのに、刑事司法システム内部ではそれを平等と見なして取り扱うことは許されないのではないかと思われる。

更に、この市民像に依拠する場合でも、刑罰実務を全体としてみてそれに反す

221) Vgl. Hart-Hönig, a.a.O. (Anm. 215), S. 106f, 134f.

るイメージが形成されない限り、個別の量刑判断で少々のはみ出しは影響を及ぼさないことになるように思われる。何度も確認されていたように、現行実務は「中核において」正しい運用がなされていると判断されている。このことは、ここで問題とされているような正義の観念が法における人権保障のための原理とは性質が異なることを示している。「中核において」正しい運用がされていけばよいのであるから、「定式化」の要請も緩やかなものとならざるを得ない。これは責任主義だけの問題ではなく、実体法上の犯罪要件や訴訟法上のデュール・プロセスの要請の全てについて波及する。ハルトヘーニッヒ自身²²²⁾は、明確性の原則、類推処罰や遡及処罰等は害されないと主張しているが、その理由は「もはや正義に適った法として体験されなくなり、長期的にはその構成要件は刑法の規範の妥当を保障する力を減少させる」から、あるいは「刑法は裁判官に直接的予防目的の追求という達成不能な任務を負わせていない」からというものである。しかし、個別事例において、直接的な予防目的に適う量刑を優先させる方が個別的な正義には適っていると民衆が(すなわち裁判官自身が)判断しないという保障はない。そのような処理があくまで例外であれば長期的な規範の力の低下は軽視されうる。また直接的な予防目的の追求が裁判官の任務ではないとしても、実際に裁判官がそれを考慮することを法律が禁じることはできないのである。そのような場合でもなお維持されるべき原則として法律学は様々な原理を主張してきたはずである。そこにはやはり民衆の正義感という曖昧な実体がないかもしれない概念には解消し得ない硬質さがあるはずである。個々の量刑において原則から逸脱した運用が生じ得るのであれば、処罰抑制原理、人権保障原理を予防目的内在的なものとして説明しようとすることを放棄すべきである。責任主義はまさに外在的な制約原理として合目的な量刑に足枷をはめるものとして維持すべきではなかろうか。

以上、ハルトヘーニッヒの見解は支持し得ないことが明らかになった。同時に、ハッセマーのように刑法システム全体を射程にした積極的一般予防論の主張の有用性は限定的であると思われる。刑事司法全体を1つの原理が規律していると考えすることは、確かに人権保障原理の有用性を疑う人に対する説得としてはなお意

222) Vgl. Hart-Hönig, a.a.O. (Anm. 215), S. 119ff.

味を持つ可能性があるが、原理原則を曖昧にするという効果が生じてしまう。刑事司法で正義とされている原則の中にも、絶対的に守られなければならないもの、原則的に守ればよいもの、守るのが望ましいものとその拘束性には濃淡があるはずである。それを全て1つの原理で規律しようとするならば、でてくる結論は、どの原理についても一般的に遵守されていけば足りるというものになり、常に例外が留保される余地が生じることになると思われる。特に、刑法を社会統制の部分領域とする発想を前提とする限り、刑法が守らなければならない定式性も相対化されることにならないであろうか。結局は、その個別原理の保障の必要性を個別に論じることなしには、その原理の持つ意味は確定しない。端的に量刑に焦点を当てた基準論を探るべきではないかと思われる。更に、定式性の内容として、刑事手続きにおける諸権利の保障はよりよく説明できるものの、それと並んで行為に対する応報ということも定式性の内容として必然的に説明しうるのはなお疑問である。なぜ刑法における社会統制は行為に対する応報という定式を遵守しなければならないのかは明らかではない。そして、行為に対する応報ということの内容として、ハッセマーが責任非難を除去した比例性原理を想定していることを考え併せるならば²²³⁾、行為応報自体も有効な処罰原理の役割を果たしうるか疑わしい。ハッセマーの構想する刑法による積極的一般予防は、刑事手続きにおける諸権利の保障という面では魅力的な構想であるものの、それ以外の部分、特にここで焦点を当てている量刑の問題については寄与するところが少ないといわざるを得ないと思われる。

223) Vgl. *Günter Ellscheid / Winfried Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf - Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in : Claus Lüderssen / Fritz Sack (Hrsg.) Seminar : Abweichendes Verhalten II, Band I, 1975, S. 266 ff. (邦訳として、堀内捷三訳「非難なき刑罰——刑法的負責の根拠に関する覚書」ヴィンフリート・ハッセマー (堀内捷三編訳)『現代刑法体系の基礎理論』(1991年) 91頁以下)。ハッセマーの比例性原理に対する適切な批判として、Vgl. *Arthur Kaufmann*, Schuld und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in : Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 27ff. 周知のようにわが国では堀内捷三がハッセマーの見解を支持している。堀内「責任論の課題」『刑法理論の現代的展開・総論2』(1988年) 171頁以下、同「責任主義の現代的意義」警察研究61巻10号 (1990年) 3頁以下参照。

5 一般予防論についての小括

(1) 積極的一般予防論についての小括

積極的一般予防論といっても様々見解が主張されていることを見てきた。これまでの論述ではその量刑基準としての妥当性については正面から論じてこなかったが、それは最終的に全ての議論を検討した後に行うことにしたい。

ここでは個別理論の検討から明らかになったことをまとめておくこととする。ロクシンの見解の変遷に現れているように、積極的一般予防論は他行為可能性概念を基礎とし責任に相応する刑罰が予防効果を果たすという枠組み²²⁴⁾を放棄し、反対に予防の必要性から責任が規定されるという枠組みを採用している。その際には、正義の観念や処罰の要求といった社会心理学的な事実、あるいは規範に対する信頼を保持しなければならないという法システムの必要性といった実態のはっきりしない概念が援用された。これはロクシンの統合予防論をはじめとして、ヤコブス、シュトレング、ハルトヘーニヒらに共通して見られる特徴である。これは、社会に対して及ぼしうる現実的效果を問題にする(いわゆる結果志向(Folgenorientierung)である)以上、ある意味では当然の帰結であったようにも思われる。そして量刑の場面では、多少の刑量の差異が現実の規範意識に影響を及ぼすことは想定され得ないため、必然的に責任は幅を形成することとなる。これは従来の相対的応報刑論の下での責任の幅とは質的に異なり、その幅の中は等しく責任相当だという性質を持っているものであった。従来の幅の理論が、結局のところ非常に緩やかな幅を想定しその中で予防的考慮を行うことを防ぐことができなかったのに対し、この理論では現実の規範意識への影響が問題となりるのでより幅が狭いとも考えられる。しかし、実態のはっきりしないものを基盤としている以上、その実践的意義はほとんどないだろうと思われる。しかも伝統的な責任概念を放棄した結果、処罰の必要性を外在的に制約する原理が失われることとなった。

他方、積極的一般予防論の積極的意義は、威嚇予防の考慮を量刑から排除するという帰結を導いたことにある。一方で、重大な犯罪であるが衝動的に行われる

224) Ⅲ. で検討した相対的応報刑論はこのような思考方法をとっていた。

ことが多いため威嚇効果があまり期待できないような場合にも、規範意識の動揺を根拠として重い刑罰を科すことを可能にし、他方で、過剰な威嚇により、規範意識が害されることを防止するという意義が認められる。しかし前者については、このような主張を徹底すると、犯罪が発生すれば必ず規範意識が動揺し刑罰を科さなければならないということになり、絶対的応報刑の考え方に戻ることになってしまう。確かに目的を先行させている点で絶対的応報刑論とはなお区別しうるが、そこでいう目的が社会心理学的な規範への信頼維持の必要性や法システムへの信頼保持の必要性といったものであれば、それを経験的に確認することは困難²²⁵⁾だと思われるため、実際の現象としては絶対的応報と異ならないであろう。しかも応報刑論と異なり責任を機能的に定義するため、責任主義による刑罰限定も働かなくなる²²⁶⁾。必罰化だけでなく重罰化の可能性もあるのである。

後者の過剰な威嚇の防止は、責任という外在的制約に代わる積極的一般予防論に固有の内在的制約である。しかし、国民の規範意識というものが極めて曖昧である以上、あからさまに行為と均衡しない威嚇のみを排除する効果しかない。この限界は、ハルトヘーニッヒの議論において明瞭に示されていた。

(2) 2つの一般予防論の関係について

前章で検討した消極的な一般予防論すなわち抑止刑論と積極的一般予防論の差異はどこに求められるのだろうか。まず、処罰の必要性を威嚇に求める場合と規範意識の維持・強化に求める場合とは、お互いに齟齬することがあり得る。すなわち、威嚇の必要性がないが規範意識のために刑罰が必要な場合とその逆の場合があり得る以上、理論的にこの点について両理論に優劣を付けることはできない。

225) 但しカール・シューマンは、積極的一般予防効果についても検証可能であると主張している (Vgl. *Karl Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 51.)。しかしシューマンが挙げるのは、立法による重罰化がなされる前と後とでは、当該規範を承認する人の割合が減少したという結果である (法規範が強化されたことにより、道徳規範意識が低下するという、いわゆるブーメラン効果)。これを量刑の場面に直ちに適用することは困難であろうし、積極的一般予防のにとって刑罰はかえって有害であるという結果がでていることに注意を要する。なお積極的一般予防効果の実証性については、別稿にて特に心理学理論を参照しつつ検討を加える予定であり、詳細はそちらを参照していただきたい。

226) これについては、例えば曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』(1997年)393頁以下参照。

積極的一般予防論では前述のように予防の必要性に内在的制約が存在すると主張されるが、既に平野が主張していたように、威嚇を刑罰目的として承認する見解も、犯罪予防にとって不必要な威嚇を許容するものではないのである。また所の主張によれば、社会に受容されないような威嚇刑は国家に対する抵抗をもたらす、合理的でないということになる。また、両理論の内在的制約は、いずれも長期的な効果であり、個別事例での制約がどの程度働くかはなお疑問である点は共通している。そうするといずれに見解を支持する場合でも、責任による外在的な処罰の限定は欠くことができないということになる。

そうすると2つの一般予防論の優劣について、いかに考えるべきであろうか。ここでは再び所一彦の見解を参照して考察していきたい²²⁷⁾。所は、応報による抑止作用を果たす仕方には威嚇と条件づけがあるとし、また積極的一般予防を「条件づけ」+「規範秩序への信頼」と定義した上で、威嚇と条件づけの差異について述べている。それによれば、威嚇は行為に伴う快・不快の総和を通して未来を予測して作用するのに対し、条件づけは犯罪と処罰の結びつきを繰り返すことで過去の記憶を通して作用する点で回顧的である。そこから第1に、威嚇は法律が信頼されていれば宣言するだけで足りるが、条件づけの場合一般社会の制裁と歩調を合わせる必要がある。第2に、威嚇では犯罪による利益を上回る不利益を与えれば足りるが、条件づけでは犯罪の「悪さ」を示すことが重要であり、罪刑均衡が重視される。威嚇では罪刑均衡は必要ないため、処罰を免れる確率が多ければ、威嚇に必要な処罰は罪刑均衡を超えて重くなることもある。但し威嚇の場合も費用対効果の点で制約がある。第3に、威嚇される者は見つけやすさしなればよいと考えるが、悪いことを嫌うように条件づけられる者は見つけやすさしなればよいとは考えない。第4に、威嚇の場合は威嚇に従うことは苦痛だとされるのに対し、条件づけられて良心に従う者はそのような束縛を感じない。このように両者の差異が指摘されるが、他方で両者が連動する場面もある。いわゆる法定犯の場合は社会がそれを悪いことと見ないため威嚇が重視される。しか

227) 所一彦「抑止刑再論——威嚇と条件づけ——」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・下巻』(1998年)97頁以下。

し威嚇のための処罰が繰り返されることによって条件づけが形成され自然犯化することがある。また誘惑が強いために重い処罰が必要な犯罪が、処罰の繰り返しにより重い犯罪だと意識されることもある。威嚇の結果として罪刑均衡が生じ、それが正しいものと意識され条件づけられる場合もある。このように威嚇と条件づけはその作用において異なる面もあるが、明確に区別し得ないところもある。そして所は罪刑均衡や責任の重さはいかにして測られるのかを問い、「その基礎は、抑止のために甘受せざるを得ない苦痛の重さだというのが私の基本仮説である。罪刑を均衡させるには、犯罪の重さを知らなくてはならない。『責任に応じ』た刑を言い渡すには、『責任』の重さを知らなくてはならない。犯罪の重さにせよ『責任』の重さにせよ、抑止のために甘受せざるを得ない苦痛の重さを測る以外に知る方法があるのか²²⁸⁾」としている。更に、条件づけは威嚇に比べると効果測定が難しいため経験的な事実による検証が可能な命題だけを用いるべきだとする機能主義の立場からすれば、検証のより困難な条件づけにより多くを頼る積極的一般予防論の姿勢は、一般論として好ましいものではないと評価して威嚇を主として、条件づけを従として扱うべきだとしている。

このような指摘には鋭いものがある。従来繰り返し、消極的一般予防・抑止刑は結局のところ規範意識を醸成することを援用しているのに対し、両者の区別が曖昧になっているのではないかと指摘してきたが²²⁹⁾、所の分析によれば、そもそも明確に区別できるものではなく、また区別することは重要ではないということになる。応報刑から予防刑への転換の意味が、社会にとって役に立たないような無目的な処罰はもはや正当性を持たないということにあるのであれば、予防刑の正当性はまずもってその処罰の有効性が「実証可能」であることに求められるのではないだろうか。そのために客観的な評価により親しみやすい誘惑により犯罪の重さを測定し、それに優越する刑罰を科すという基本姿勢が重要だと考えられる。それが目的刑としての資格を得るための要件であるとすれば、効果の経験的な確認に親しまない概念を前面に出す積極的一般予防論は目的刑の資格を満

228) 所・前掲注(227)114頁。

229) V.における、ヴァンベルク、所に対する批判を参照。

たさないことになる。故に、一般予防目的を掲げる以上は、経験的な確認可能な抑止効果に注目すべきだと考えられる²³⁰⁾。その際に、副次的に規範に対する信頼を考慮に入れることはかまわないが、それが基本とはなり得ないのである。以上が本稿の一般予防についての考え方である。量刑においては抑止刑の考え方が基本に据えられるべきだと思われる²³¹⁾。

しかし、このような考え方の妥当性を最終的に主張するためには、以上見てきたような伝統的な応報刑論の範疇に必ずしも収まり得ない新しい理論を検討しておかなければならない。具体的に、わが国には、犯罪予防目的を放棄する考え方が存在している。またドイツでは、量刑論の新たな潮流ともいべき立場が現れている。以下では、順次それらの主張を検討することとしたい。

(以下次号)

230) しかし、抑止効果に注目するとしても、どの程度の証明があれば、当該刑罰を科すことが正当化されるのかは大きな問題である。おそらく個別事件の量刑における抑止の有効性について厳密な証明(訴訟の場における厳格な証明)を求めることはできないであろう。しかし、長い目で見れば、重いAという量刑と軽いBという量刑で抑止効果に変わりはないが故に、Aが排斥されるということは考えられるであろう。この程度であっても実証可能性を維持しておくことが重要だと思われる。また、抑止効が証明され得ない場合にどういう態度をとるのかも1つの問題である。例えば、所は死刑を廃止すれば被害者が増えるという説と廃止しても全く変わらないという説があり、どちらを信じてよいか分からない場合、それぞれの説が50%ずつの確率で正しいことを前提とすると、「私のいささか独断的な総合判断では、死刑を廃止して増える殺人の被害者数は、期待値で、死刑数を優に超える」と述べ、死刑存置の立場を表明する(所一彦「犯罪の抑止と死刑」法律時報69巻10号(1997年)11頁以下)。これは、抑止効果の肯定説と否定説を折衷する結果、(穏健な)肯定説に汲みするという態度の妥当性、「いささか独断的な総合判断」ということで実証のプロセスを捨象することの妥当性等の点で問題をはらむように思われる。ここから、抑止刑の具体的な適用場面において、いかなる帰結を導き出すかについては、その実証プロセスについての態度に依存する部分が大きいことがわかる。

231) 但し、抑止刑論を含む一般予防論を基礎におく場合、刑罰を限定するための制約原理が弱く、かつそれだけでは刑罰を倫理的に正当化することができないため、責任による外在的な刑罰限定の論理を組み合わせる用いなければならないということに注意しなければならない。この点については、なお、Ⅱ.1、Ⅲ.6も参照。

※ 前号223頁 注(124)を以下のように訂正させていただきます。
(誤) 第2章第5節参照。→(正) Ⅲ.5参照。