

刑罰論から見た量刑基準（１）

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
- V 消極的（威嚇）一般予防編（以下次号）
- VI 積極的一般予防編
- 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

I はじめに

本稿は、刑罰論との関係を意識しつつ量刑基準について検討するものである。刑罰論との関係を持ち出す理由としては、第1に従来の量刑基準論は不十分ではないかと感じたからである。これまでわが国においても量刑基準論については多くの学説が存在しているが、従来の検討はどちらかというと量刑基準論だけを取り上げ、幅の理論か点の理論かという論争について検討したものが中心であった。しかし、この論争は量刑における責任と予防の二律背反をいかに解決するかという観点からの論争であり、両者とも基本的には応報刑思想を背景に持つものであり、目的刑論の諸学説を包含することが難しい。それに対して、刑罰論に目を転じてみると、かつては絶対的応報刑論と目的刑論としての教育刑論・改善刑の激しい対立が見られたが、現在では双方が自らの難点を克服するために理論を修正し、お互いに歩み寄っている形となっており、現在では相対的応報刑論と種々の目的刑論の間で争いがあるが、前者が通説というように説明されるのが一般である。しかし目的刑論の立場からは、刑罰がいかなる目的を持つのかをめぐって、

※ 一橋大学大学院特別研修生

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

非常に多彩な理論が展開されている。そしてそれぞれが、具体的帰結として量刑の問題を扱っているのである。そうであれば、量刑基準の妥当性を論じる際には、より大きく視野をとり、目的刑論にも目配りした上で、量刑基準論が依って立つ刑罰論との関係を意識する必要があるのではないか。このような問題意識から、以下では、それぞれの刑罰論の内在的論理および量刑論としての具体的帰結の是非を論じることとした。

第2に、「学説は、形而上的ないし抽象的な論議にとどまるか、あるいは、極めて特異な量刑事情に関するものが多く、実務において、実際の量刑にあたりこれらを直接的指針として用いることは困難である¹⁾」という実務からの指摘²⁾がある。この指摘を踏まえるならば、実務において受け入れられるような量刑理論とは、原理原則に則った量刑基準を定立し、それを「極めて特異」ではない実務上頻繁に登場するような量刑事情にあてはめ、具体的な帰結を示すようなものだという事になろう。しかし、いきなり「直接的指針」について論じることは困難である。将来の作業に備えて、迂遠ではあるが、まずは刑罰とは何かという問題からアプローチを行うことにより、量刑の原理原則の問題を明らかにしておく必要があると考えた。

以上のような問題意識から議論を進めるが、その際に留意したのは、従来の量刑論がドイツの議論を中心に据えて議論を展開していた一方、わが国にはドイツには見られない独自の刑罰論³⁾が存在するため、これをも視野に入れて議論を展開する必要があるということである。また、ドイツにあっては近年は英米圏の議論が影響力を増しつつあり、新たな議論動向が見られる。これについては、本来は英米圏の文献を直接参照して議論すべきであるが、本稿ではとりあえずドイツ語の文献を参照し、その検討を試みた。

以下では刑罰についての考え方に応じた分類に従って検討を進めていく。まず

1) 松本時夫「量刑の実務と今後の課題」現代刑事法21号(2001年)14頁。

2) ドイツにおいても状況は類似しており、「量刑の領域では、幾つかの他の法領域において適切に機能している理論と実務の相互作用が、明らかに欠けている」と指摘されている。Karl Lackner, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978, S. 10.

3) すなわち、平野龍一や所一彦の抑止刑論や吉岡一男の犯罪の事後処理説である。

は応報刑論について、古典的な絶対的応報刑論と通説とされる相対的応報刑論に言及する。次いで、犯罪予防を目的とする立場について、特別予防論、消極的一般予防論、積極的一般予防論に分類した上で検討する。更に、目的刑論ではあるが、予防論とはやや色彩を異にする犯罪の事後処理説、損害回復論の検討に進む。最後に、量刑論を刑罰論から切り離して論じる行為比例性論について検討した後、まとめとしてわが国で基礎とすべき量刑基準論について述べることにする。

II (絶対的) 応報刑論

1 総説

刑罰を犯した犯罪に対する応報に尽きるとする考え方は、周知のようにカントが主張したものである⁴⁾。カントは、人間は常に主体として扱われなければならない、対象として扱われてはならないとして、刑罰において一切の予防的考慮を否定した。この考え方によれば、ある国が国民の合意により解散されるときであっても、死刑囚の刑は必ず執行されなければならないという主張に明確に現れているように、刑罰は純粋な応報の貫徹なのであり、国家や国民にとって利益をもたらすものではないことになる⁵⁾。しかしカントと並んで、応報刑論の代表的主張者とされるヘーゲル⁶⁾になると、刑罰の絶対性は疑わしくなる。ヘーゲルは犯罪とは法秩序の破壊であり、刑罰はその法の否定を更に否定することで法秩序を回復するものであるとする。ここでは確かに、犯罪が発生した以上、それに対して必ず刑罰を賦科することで秩序を回復する必要があるという意味で絶対的応報なのであるが、他方でそれは国家が法秩序を維持するためという「目的」のために刑罰を科していることとなる。このような考え方によれば、先のカントの挙げた事例でなお死刑の執行をすることは必要がないこととなるように思われる。その意味で、ヘーゲルの考え方はもはや純粋な絶対的応報刑論ではなく、一種の目的

4) カント「人倫の形而上学」『世界の名著32・カント』(1972年) 472頁以下。

5) しかし、カントも刑罰の賢慮 (Strafklugheit) という形で、刑罰の相対的契機を認めていたのだと主張するものとして、Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, in : Strafdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 266f. 増田豊「消極的応報としての刑罰の積極的一般予防機能と人間の尊厳—カントおよびヘーゲルと訣別してもよいのか」『人間の尊厳と現代法理論・ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀』(2000年) 142頁以下。

6) ヘーゲル「法の哲学」『世界の名著35・ヘーゲル』(1967年) 292頁以下。

刑論に分類することも可能な考え方なのである。そしてヘーゲルは法の權威性を非常に重視していたが、これは換言すれば、刑罰により正義を示すことで国民の法に対する忠誠を維持しようとしていることにもなる。この考え方は、まさに現在問題になっている積極的一般予防論の考え方に連なる側面を持っているのである。但し、なお応報刑に独自の意義があるとすれば、おそらく応報刑論者は刑罰が社会に与える影響を考慮して応報刑を選択したというよりは、応報刑を貫徹することによる副次的効果、あるいは世俗的效果から切り離された応報それ自体の正当化理由として法秩序という概念を持ちだしてきたものと思われる。この点は、後に検討する積極的一般予防論者の立論と比較した場合、明瞭になるものと思われる。

ここで、絶対的応報刑論がなぜ責任に対する応報を重視するのかを検討する事を通じて、本稿の基本的な立場を明らかにしておきたい。アルトゥール・カウフマン(旧説)は、当初、かなり厳格に責任主義の貫徹を主張していた⁷⁾。それによると、犯罪者は刑罰によって責任から解放され、再び人格の尊厳を完全に所有するに至るのであるから、犯罪者自身にも処罰を要求する権利があるとされていた。もし、犯罪者に罪を償う可能性が保障されないならば、その者を未成年者のように、行為の責任をとることのできないものとして扱うことになるからである。そこで「刑罰は責任に対応していなければならないだけでなく、責任も刑罰を要求するという責任原理の二面性(Zweiseitigkeit)から、責任原理の絶対的性格が生じる」とされたのである。そこでは、行刑における再社会化の努力自体は否定されず、「むしろ強く要求されなければならない」とされていたものの、刑罰の目的はそこから切り離された。「有責な害悪行為(Übeltun)に対するふさわしい、害悪の苦痛(Übelleiden)としての刑罰は、…道徳秩序・法秩序の支配要求を確実なものにし、それによって社会の構成員の倫理的・法的意識を強化するという任務を有する。同時に、この正しい応報という形態において(但し応報は復讐とは区別される)刑罰は犯罪者が罪を償うことに役立ち、その者が責任から解放されることを可能にする⁸⁾」とされたのである。但し、刑罰が責任の程度

7) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip. Erste Auflage, 1961, S. 201ff.

8) Kaufmann, a.a.O. (Anm.7), S. 206.

を下回ることを全く認めないわけではなく、「自明のことに、責任を常に汲み尽くす必要があるわけではない⁹⁾」と述べられていた。そこでは、輕微性 (Geringfügigkeit) のために手続をうち切ることが認められている。また、行為者の社会への再統合のような特定の刑罰目的を達成するために、責任の程度を下回るとも、責任の輕微な (geringfügige) 下回りである限りにおいて認められている。しかし、長期の拘禁中に慢性的な犯罪者と共同で生活することよりも自由のままにしておいた方が再犯に至らないことが予期されるという理由で、故意で殺人を犯した人を処罰しないことは許されないとしているのである。そして最終的に「責任原理の意味は…刑罰が責任を前提とするということだけでなく、責任が刑罰を要求することなのである (傍点は筆者が付加)」とまとめられている¹⁰⁾。

以上の主張から、責任原理に厳格に固執することの意味は明らかになると思われる。犯罪者自身の処罰を受ける権利を認めるということには、その犯罪者の主体性を認め、一人前として扱うという意義が見出されていたのである。これは、歴史的にはもちろん意味のあることであった。すなわち絶対君主制において、行為者の責任にこだわらず恣意的な処罰がされていた時代にあっては、まさに犯罪者はものとして扱われていたものであり、それに対する批判を展開するためにはこのような主張が必要であったものと考えられる。また、カウフマンもヘーゲルと同じく、責任応報刑が法秩序、法意識へ与える影響について言及している。しかしここでも出発点が目的ではないことは明らかであろう。第一義的には応報刑を貫徹することが目指されているのである。

しかし1961年時点で、カウフマンももはや厳格な責任主義の二面性を主張し続けることはできなかったことに注目しなければならない。そこではもはや責任主義が犯罪者にとって不利益に働く場合があることが認識されていたのである。刑罰制度が、いくら観念的に犯罪者に主体性を認めるといっても、現実には犯罪者に処罰が強制されるという実体は変わらないのであり、また刑罰執行の現実とは相変わらず主体性を認めるのとはほど遠い状態にあるのである。その背景には、犯

9) Vgl. Kaufmann, Schuldprinzip, aa.O. (Anm. 7), S. 205ff.

10) なお、カウフマン (旧説) の量刑における責任の評価については後述・Ⅲ. 4 の点刑罰論についての記述を参照。また、その後のカウフマンの見解の変遷については後述・Ⅳ. 2. (1) 参照。

罪者に対する社会の抜きがたい差別意識があり、刑罰を受け終わり社会に戻ったとしても元受刑者というレッテルを貼り、その人の社会への再統合を社会自体が拒むという現実がある。そのような現実を前にして、責任主義の二面性に固執する場合、負の側面だけが強調されることになるであろう。

また、現代の民主国家が国民の合意により成立していると仮定する事が許されるならば、国家が国民の税金を使用して執行できる政策は、社会にとって現実的な利益のある合理的な政策でなければならないであろう。応報による正義の貫徹を主張する場合、誰にとっての正義なのかが問われなければならない。裁判官にとっての正義だとすればそこに正当性はないであろう。だとすれば国民にとっての正義でなければならないはずである。しかし、国民にとっての正義という点に国家政策としての合理性を見出そうとするならば、最低限「自覚的に」正義を追求する姿勢がなければならないと思われる。すなわち正義のための目的刑論となる必要があると思われるのである¹¹⁾。

責任主義の二面性、応報刑論はもはや維持し得ない。しかし、その場合に責任主義自体を放棄することはおお問題がある。国家刑罰を行為者に責任がある範囲にとどめるという責任主義の意義はおお失われるべきではない。故に、刑罰の合理性と責任主義の貫徹という相反する可能性のある2つの要求を如何に調和させるかが、現代の刑罰論、量刑論の課題であると言えるだろう。本稿はこのような立場を前提として、以下の論述を進めていく。

2 絶対的応報刑論に基づく量刑論

以上により絶対的応報刑論に対する基本的態度を明らかにしたが、更に絶対的応報刑論に依拠すると見られる量刑論を検討しておきたい。なぜなら理念型としての絶対的応報刑論が、その量刑論における具体的展開においてどこまで維持されているかを見ることによって、その具体的な通用力が明らかになるからである。量刑論において、もともとの理念に反するような具体的帰結が導かれているとすれば、それは絶対的応報刑論の非現実性を示すこととなる。

11) 但し、目的刑論たることは合理性獲得のための必要条件に過ぎない。いかなる目的が追求されるべきかは別問題である。

現在わが国において、絶対的応報刑論の主張はほとんど見られない。しかしなおその立場に立つと見られるのが、莊子邦雄（但し旧説）である。莊子は「刑罰をくわえるということは、法的共同体の支配の確立をはかるためである。また、犯罪者がおこなった犯罪という無価値を否定することによって犯罪者を法的共同体のなかの一員として迎え入れることである¹²⁾」と主張している。刑罰の意義は、犯罪の無価値性の宣言ならびに贖罪に求められている。そして刑法典に量刑の一般原則を盛り込むとした場合、「責任を基礎として」という文言であれば、責任刑法のわくのなかで刑罰の諸機能との調和をはかるための基準としては「あまりにも幅が不安定ではないか」と主張し、いやしくも責任と量刑との一般的連関をさだめる以上、裁判官の指針としての機能をはたすべきであるから「責任に応じて」という文言を採用しなければならないとするのである¹³⁾。このように責任と刑罰との対応を強調する一方で、「刑罰はどのような現実の目的に奉仕しなければならないかということを検討するのは、あくまでも、現実の経験上の問題である¹⁴⁾」としている。すなわち犯罪予防については、その内容を確定させ自覚的に追求していくような性質のものではないと位置づけられているのであって、後述の相対的応報刑論と比べてその位置づけの後退は明らかである。その意味でなお絶対的応報刑と呼ぶうるものと思われる。

なお莊子はこのような厳格な絶対的応報刑論を主張しつつ、他方で常習犯人対策として不定期刑を科すことを承認している。「刑罰は行為責任を基礎とする。しかし、刑罰は責任を担うべき行為者に対して科される。行為者と完全に切り離して刑罰を考えることはできない。刑罰の応報・贖罪・改善・保安などの多面的な機能を考え、刑量を量るべきである。行為者の性格とか動機、行為後の状況など行為者の個別的事情を勘案して刑量の確定が行われなくてはならない。常習犯人に対する刑量すなわち総合的責任も、行為責任と行為者責任とを綜合統一して把握すべきである。…しかも、保安という目的をも考慮するとき、長期を更に上

12) 莊子邦雄「刑罰制度の意義」莊子他（編）『刑罰の理論と現実』（1972年）28頁。

13) 莊子邦雄「刑事責任と刑の量定—改正刑法準備草案第47条とドイツ刑法草案—」『菊井先生献呈論集・裁判と法（上）』（1967年）458頁以下。

14) 莊子・前掲注（12）29頁。

げることでもある。常習犯人としての重い責任および保安を考慮した責任の加重によっただけでも、行為責任を相当程度超えることが予想される¹⁵⁾」と主張されるのである。このように行為責任を超える行為者責任、更には保安責任を認めそれにより常習犯に対する刑の加重を正当化しようとされることが通常の刑罰を厳格な応報刑と捉えることとの関係は明らかではない¹⁶⁾。とはいえ、絶対的応報刑論者であっても刑事政策的要求が強い場合には、理論的な修正を加え行為責任を超えた刑の加重を正当化しようと試みたことは注目に値する¹⁷⁾。

一方ドイツでも、なお絶対的応報刑を主張すると見られる立場が存在する。例えばエルンスト・アマデウス・ヴォルフは「犯罪とは、確立した公的な基礎となる信頼を害することであり、他者や国家が自らの力で調整し得ないようなやり方で侵害されること¹⁸⁾」であるとし、「刑罰は…有責な行為を適正に調整するものとして規定される。それは同時に、犯罪一般の可能性の減少という更なる目的を充足するのである。刑罰威嚇と具体的処罰は、そのような行為が行われてはならないと言う一般意志の明確化である¹⁹⁾」とするのである。これは「刑罰は正義のためにのみもたらされる²⁰⁾」と位置づけるものである。そしてこのような刑罰論は、「量刑においては…幅の理論は拒絶されなければならない。…裁判官は付加的な一般予防の観点を配慮することなく、刑罰を決定しなければならない²¹⁾」という主張につながるのである。ここには、正義としての応報刑を科すことが即ち犯罪の防止にもつながるという発想がうかがわれる。

15) 莊子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」『矯正論集』(1968年) 93頁。

16) 山火正則も莊子の応報刑論と不定期刑論との調和可能性について疑問を提出している。山火「『幅の理論』と相対的不定期刑論」(東北大学) 法學47巻5号(1984年) 96頁参照。

17) なお現在は「応報思想の許容する限度で社会防衛のために保安処分の選択を認めるということは(たとえば改正刑法草案97条以下)、統合説に基づくのではなしに応報刑論に立脚するものである」(莊子邦雄『刑法総論(新版)』(1981年) 58頁注(1))とされており、不定期刑の主張は見られない。応報刑の思想の貫徹を優先されたものと思われる。

18) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 819. なお、この論文の紹介として、田中久智「エルンスト・アマデウス・ヴォルフの一般予防論(1) — (3)」熊本法學49号、52号、53号(1986—1987)がある。

19) Wolff, a.a.O. (Anm. 18), S. 825.

20) Wolff, a.a.O. (Anm. 18), S. 826.

21) Wolff, a.a.O. (Anm. 18), S. 830.

またミヒャエル・ケーラーもそのような立場から量刑論を展開している²²⁾。ケーラーによれば、現行ドイツ刑法の量刑基準(46条)が一方では行為責任の清算を主張しながら(1項第1文)、他方では特別予防を重視する規定(1項第2文)を置いていること、また短期自由刑回避や刑の停止を制限する要件として「法秩序の防衛」という一般予防の一種と見られる観点が規定されており(47条、56条)、学説の中にはそれを一般的な量刑原理にまで高める主張があることから、現行法の量刑基準とその解釈には矛盾がある。法的命題の要求する体系的な法の合理性は、内在的な矛盾を許さない²³⁾。そこで刑法の基礎付け・批判原理として人間は自律し自己決定を行う自由な存在であり、予防目的により他律的に強制されてはならない、ということが前提とされる。この立場からは刑罰は、行為により将来にわたって破壊された法的平等関係の回復のために必要な行為責任の清算ということになる。刑罰に(積極的にせよ、消極的にせよ)規範確証効果があるとしてもそれは本質的なものではなく、偶然なのである²⁴⁾。他方で、当該犯罪が著しく増加している場合に、一般威嚇を理由として刑を加重している判例²⁵⁾の結論は、これを行為責任の観点から正当化する事が可能である。即ち、責任により清算されるべき犯罪の不法とは、個別の利益侵害だけでなくそこに表現された法的平和の侵害でもある。このうち後者の価値は社会全体との関係で決まる。故にその種の犯罪が不均衡に増加する場合、その犯罪により保護された利益の一般的妥当性の価値が高まり、より高い不法が実現されたといえるのである²⁶⁾。

以上のようにしてケーラーは人間の自律性ということから出発して絶対的応報として刑罰を基礎付けるのであるが、それは従来一般予防の観点から説明されてきたものの一部を取り込んだ概念である。ここでは、より具体的に量刑の場面で応報刑が、機能的な犯罪予防の役割を果たしうることが示されており、絶

22) Michael Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983.

23) Köhler, a.a.O. (Anm. 22), SS. 15-26.

24) Köhler, a.a.O. (Anm. 22), SS. 33-45.

25) 具体的にケーラーが挙げるのは、交通犯罪における死亡事故の増加、偽証罪において証人が真実を述べない傾向があること、強姦罪の増加などについての連邦通常裁判所(BGH)の判例である。Vgl. Köhler, S.50.

26) Köhler, a.a.O. (Anm. 22), SS. 49-60.

対的応報刑がもはや無目的でないことがより明確に現れている。しかし、このような厳格な応報刑は維持し得ないものといわなければならない。なにより行為責任は必ず刑罰により清算されなければならないこととなり、それは必罰主義に陥ることを意味する。これはドイツ刑法46条の解釈論としては維持し得ないであろう。特に刑罰目的としての一般予防を排除することにはそれなりの合理性があるが、特別予防、行為者の社会復帰の観点が量刑から欠落し、行為者に有利な事情が一切考慮されなくなるのは実際上も望ましくない²⁷⁾。また責任概念自体は刑罰を限界付ける点では、予防の観点よりも有効だとはいえるが、前提となるべき不法概念が機能的に把握され、法益の規範化という現象が見られる。抽象的には全ての犯罪が社会全体と関係を持っているともいえるのであり、仮に当該犯罪の増加を刑加重事由として承認するとしても、その理由付けにはなお検討の余地があるように思われるのである。

以上、少数ながらも現在まで主張されている絶対的応報刑論を検討した。これらの説において重要なのはまず、現代の絶対的応報刑論は、一定の範囲で予防目的を考慮する相対的な応報刑論が非常に不明確な基準を用いていることを批判の出発点にしていることである。相対的応報刑論には責任と予防、また予防目的相互のアンチノミーを説得的に解決することが求められるのであり、それを解決し得ない場合には量刑基準の適用という場面での絶対的応報刑論の優位性は否定し得なくなる。

他方で、絶対的応報刑論は正義の観点や規範の絶対性の観点を強調する一方で、その背後で実は合目的な量刑を行おうとしていることを見逃してはならないであろう。絶対的応報という言葉は、ある意味では責任による厳格な刑罰の限定を達成し得るような印象を与えるのであるが、具体的な量刑の場面になると、暗黙のうちにあるいは明示的に原則を修正しつつ予防目的を考慮しているのである。確かに絶対的応報刑論は量刑が責任に応じて決まること、すなわち点刑罰論を採用する点で一貫している。しかしその責任の内実が予防目的により修正を受けて

27) この点につき、ケーラーは「和解や再社会化は、もちろん法的強制の直接の目標とはならず、回復された平等関係に基づいて成立する法主体の自律的な処理に委ねられなければならない、それしかあり得ない」と述べている。Köhler, a.a.O. (Anm. 22), S. 40.

いるのである。それは責任の純粹性を損なうものであろう。そうであれば、直截に刑罰論において予防目的の考慮を認め、予防目的を直接に検討の対象とし、いかなる観点が正当に考慮できるのかを検討すべきであろう。量刑論として具体化された主張を検討すると、絶対的応報刑論は純粹な形では維持し得ないことが明らかにになるのである。

Ⅲ 相対的応報刑論

1 総説

今日の応報刑論にあっては、刑罰の本質は犯罪に対する応報であるが、それは一般予防や特別予防といった犯罪予防目的に奉仕する限りにおいて行為者に科すことが正当化されるとする相対的応報刑論が支配的である。この立場は、責任原理を維持しつつ予防目的を考慮するものだと言える。本章では、相対的応報刑論による責任と予防目的の調和が成功しているといえるかどうかについて、検討するものとする。

相対的応報刑論の代表的論者として、例えば小野清一郎は、公刑罰は「結局は自由意思による倫理的實踐を目ざして、國民の道義的意識に訴へ、道義的意識を強化することを目的とする強制である。強制は、有情の倫理的完成への手段である。その手段たる刑罰そのものの中にも、倫理的、道義的な教育の意味がある。應報そのものがすでに、國民意識を道義的に教育するものである、といへる²⁸⁾」とする。これだけでは絶対的応報刑論とあまり変わらないといえるが、量刑の場面に関して「刑事司法においては、犯人の道義的責任を考へ、犯人の人格と心情とが顧慮され、それに應じて個別化された制裁が科せられる。これが責任と應報である。功利的にいふなら、一般豫防と特別豫防との調節であるが、倫理的にはまさに刑罰における正義の實現である²⁹⁾」と述べている。道義的意識の強化という一般予防要素では汲み尽くせない行為者の人格と心情を独立して考慮する余地を認めている点で、絶対的応報刑論とはなお区別されうる見解である。しかし行為者の人格と心情の考慮は、あくまでも國民の道義的教育を損なわない限りで考

28) 小野清一郎「刑罰の本質について」同『刑罰の本質について・その他』(1955年) 30頁。

29) 小野・前掲注(28) 30頁。

慮されなければならない。応報という大きな枠組みの中での微調整に過ぎないのである。しかも小野説においては、国家主義的・権威主義的傾向が濃厚な極端な国家的道義を強調する結果、絶対的応報刑論へかなり接近していると評価できる。

それに対して、団藤重光は小野と類似の傾向を示しつつも、予防的考慮についてはより積極的にみえる。それによると「刑罰は犯罪に対する非難として加えられるという意味で応報である。しかし、また、刑罰は犯罪の規範的な意味をあきらかにすることによって一般人および行為者本人の規範意識を覚醒・強化するべきであり、その意味で刑の一般予防的および特別予防的作用をみとめなければならない³⁰⁾」とされるのであるが、「むしろ、現在の行為者人格について、犯罪についての非難可能性の大小を考えるべきである³¹⁾」とされ刑罰論の動的性格を強調されるのである。また大塚仁によれば「刑罰は、まさしく、一定の法規範の侵害としての犯罪にもとづき、その秩序回復のために必然的な法的反動として犯人に科せられる」ことによって、「社会の一般人をしてその行ふべからざる行為を認識させ、さような行為に出でようとする衝動を抑制することによって、犯罪の一般的予防に貢献しうる³²⁾」。他方で、受刑者の改善・教育的機能として「受刑者をして、その過去の犯罪に対する悔悟をみちびき、改悛して再び同様な犯罪におちいることのない、よりすぐれた人格の錬成にむかわしめるべくこれを指導し、援助する」ことを目指さなければならず、従って量刑の場面では、受刑者の「将来的な人格の形成の可能性も併せ考慮されるべき」こととなる。しかしこれも「決して基本的な応報の原理を修正することは許されない³³⁾」のである。

以上のようなわが国で支配的とされる見解によるならば、応報としての刑罰を科すことは同時に犯罪予防にも奉仕するものであるとされ、その本質を逸脱しない程度において、特別予防の観点から行為者の人格を考慮することが可能であるとされる。この見解の特色は、犯罪に対する応報とは異なる独自の要素としての一般予防を（団藤説にあっては、更に第一次的な特別予防をも）否定することに

30) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』（1990）469頁。

31) 団藤・前掲注（30）473頁。

32) 大塚仁「刑罰」『法哲学講座第8巻・現代実定法の基本問題（Ⅲ）』（1956）276頁以下。

33) 大塚・前掲注（32）287頁。

ある。責任とは離れた形で一般予防独自の働きを否定する限りで、一般予防による安易な重罰化や行為者の道具化を防止することが考慮されていると言える。また刑罰を適用する際には、責任と特別予防の2つの要素だけを考慮すればよいこととなり、相対的に簡明な量刑基準が導出されると言える。

更に、絶対的応報刑論との比較においては、絶対的応報刑論が刑罰を科すこと自体が正しいことであるとし、一旦犯罪が発生した場合すべからく処罰により正義を回復しなければならないということで必罰主義に至るのに対し、相対的応報刑論は処罰による正義の貫徹それ自体には価値を見出さないため、必罰主義的色彩は弱まる。刑事責任の中には、刑罰により清算される必要もないような軽微なものも含まれるという意味での可罰的責任論の立場を取り込むことが可能となる。これにより刑事政策の発展により展開されてきた各種のダイヴェージョンの制度を承認する余地も認められることとなる。しかしこれらの見解は絶対的応報刑論と同じく道義的責任論を背景としている。両者に相違が生じるとすれば、絶対的応報刑論の場合、国家を判断主体とする「国家道義」が想定されているのに対し、相対的応報刑論は道義的責任を社会との関係で犯罪行為者が負う倫理的な責任であるとし、責任というものを国家の創造物とは見ない点にあるのではないかと思われる³⁴⁾。例えば「社会生活に必要とされる最小限度の道德規範は、法によってこれを強行することを要する³⁵⁾」とされ、「社会倫理的観点からその行為者に加えられる道義的非難が責任である³⁶⁾」とされているのである。この立場からは、一般に国家が法を適用して初めて行為者に責任が生じるのではなく、責任は法の適用以前に社会との関係で既に生じているのであり、国家はそれを刑事裁判による認定という形で承認するに過ぎないのである。これは責任が生じた以上必ず刑罰を科さなければならないという厳格な対応関係を否定することを意味する。そのように責任に何らかの社会的実態が存在することを肯定するのであれば、刑罰で応報を加える必要のない軽微な責任といったものを観念することができるし、

34) もっともこの両者の限界は流動的であり、多くの見解は多少なりとも両者の観点を複合的に有していると思われる。わが国においても戦前の道義的責任論は極端に国家道義を強調していたが、戦後になると社会倫理の観点の強調に移行していくという流れがあった。

35) 団藤・前掲注(30) 37頁。

36) 大塚仁『刑法概説(総論)・改訂増補版』(1992年) 382頁。

また社会が刑罰以外の方法でのその責任の清算を承認した場合は必ずしも国家刑罰により責任を清算する必要はないこととなる³⁷⁾。しかしそれはあくまで刑罰制度自体が全体として犯罪に対する応報であるという性質を失わない限りにおいて認められるべきものであり、極端な処罰の削減は容認されないことに注意しなければならない。「応報刑論がいかに相対化したからといって、それが応報刑論である以上、刑罰は犯罪に対する規範的・倫理的な非難の具象化なのであるから、犯罪必罰が、あくまでも建前である。したがって、犯罪防止も、その建前が崩されたという印象を与えない範囲で考慮されるにとどめるべき³⁸⁾」ということとなるのである。従って、後述の抑止刑論と比較すると処罰を帰結しない責任の範囲は、相対的にかなり小さいということになろう。この立場からは量刑の場面であっても、行為者の責任とそれに対する応報としての刑罰が均衡したものでなければならないということになろう。

他方でこれらの見解は道義的責任論を背景としているといっても、道義を完全な所与の前提とはしていなかったことに注意しなければならない。団藤説にあっては、確かに形式的犯罪論の下で定型説に基づく構成要件論が堅持され、この点での予防的考慮は見られないが、刑罰の応報による規範意識の覚醒・強化が強調されており、そこには単なる付随的效果としての一般予防という位置づけを超えて、より積極的な目的志向性があるように思われる。このことはこの説において、行為者の現在の人格によって修正されるべき応報非難自体が人格責任に対するものであるとされているところに明確に現れる。故に、常習犯人は「違法性の意識が鈍磨するにいたったことじたいに、人格形成についての非難を受けるべきである³⁹⁾」ということをもって、刑事政策上の課題とされてきた常習犯に対する刑の加重を、特別予防についての独立した考慮を経由せずに実現しているのである。このような責任概念の弛緩化はその目指すところが規範意識の覚醒・強化である

37) もちろんそのような実態を適切に認識し認定しうるか、社会内の責任清算については現実の司法過程においては不可避免的に判断者による擬制が介在するのではないか、そもそもいかなる事態を持って社会的な責任の清算とするのか等の問題は存在するが、ここではその問題は度外視する。

38) 澤登俊雄「現代における刑罰の本質と機能」『現代刑罰法体系第1巻・現代社会における刑罰の理論』(1984) 46頁以下。

39) 団藤・前掲注(30) 316頁。

ことと無関係ではない。国家の犯罪対策として常習犯問題が重要である以上、国民の規範意識の上でも常習犯の行為はより責任が重い行為として学習される必要があるということになるのである。これらの点からは、絶対的応報刑論の場合と異なり、応報と予防のどちらが原因でありどちらが結果であるかについての因果関係につき錯綜した状況が読みとれるのである。

最後に以上の見解にあっては、特別予防について事後的な観点から刑の加重方向にも減軽方向にも働くことが肯定されている。ここには刑罰の執行による行為者の改善の可能性についての楽観的な評価が見られる。しかしこれについては、周知のような刑罰をいくら科しても再犯が減少せず、かえって刑罰による犯罪性の深化が見られることによる社会復帰思想の衰退という現実からは直ちに受け入れることは困難である。そこから刑罰は責任の限度を超えてはならないとする消極的責任主義が台頭してくるのである。消極的責任主義としては、端的に責任に刑罰限定機能のみを承認する目的刑論の立場もあるが、「責任が生じているのに刑を科さないという方法があまりに拡大してくると、刑罰存立の意味が薄弱となり、刑罰制度が設けられた以前の状態に復帰し、ふたたび私的な復讐が復活するおそれがある⁴⁰⁾」としてなお相対的応報刑の枠組みにとどまりつつも、「刑の量は責任の程度を越えないというのが責任主義の原則であるから、刑事政策的観点からする量定は、つねに刑を軽くする方向のものに限定しなければならない⁴¹⁾」という立場もある。この見解によるならば、量刑はより一層単純化されることになる。

なお、このような見解は、ドイツにおいては統合説 (Vereinigungstheorie) の名の下に支配的なものとなっている。例えばイエシェック＝ヴァイгентによれば、「一般予防と正しい応報は、責任の程度により正当化された刑罰だけが、威嚇的にかつ社会教育的な意味で教育的に機能するという経験において結びつけられる。応報は、単に有罪者に屈辱を与えるものとしてではなく、できる限り寛大な侵害として常に理解される。それが行為者を自らの責任の適度な清算によって社会と再び和解させるのである。そしてあらゆる刑罰はその具体化において、

40) 西原春夫『刑法総論・改訂準備版(下巻)』(1993) 486頁。

41) 西原・前掲注(40) 506頁。

必要かつ可能である限り再社会的に作用すべきであり(46条1項第2文)、そのため責任の程度に応じたより厳格な刑罰の程度が差し引かれることもあり得る。それは行為者の再統合への道を困難にしないためであるが、それは刑罰が基礎としての責任との関係を失わない限りにおいてである(46条1項第1文)。それに対して、責任の程度にふさわしい刑罰を一般予防や特別予防の理由から超過してはならない。統合説は、清算思想を志向するがそれに限られない多元的な刑罰概念によって基礎付けられるのである⁴²⁾とされているのである。ここでは責任相当刑を科することが原則として一般予防・特別予防にとっても有効なのであるが、具体的な刑の執行形態を考慮するときは、それを再社会化のために微調整するということを認める見解であると言える。もっともそれには責任の基礎を失わない限りという限定が付されているのである。この見解は以上見てきたようなわが国の見解とほぼ同じものだとすることができるであろう。

以上見てきた相対的応報刑論は、刑罰論として考慮すべきファクターを責任と特別予防の2つに絞り込んでいる。しかしすぐ後に見るようにドイツの判例はこれを受け入れておらず、一般予防を独立に考慮する余地を認めている。それは相対的応報刑論において、責任と一般予防の関係が明確でないことに起因するように思われる。責任に応じた刑を科することが一般予防目的をも果たすという命題は実証性を備えたものではない。故に、個別事例において特に一般予防の必要性が高い事例について、別個にそれを考慮する余地があるかどうか不明確である。結果として、相対的応報刑論が幅の理論として具体化された場合に責任の刑罰限定機能が弱まることになる。

2 ドイツ判例における幅の理論

以上見てきたような立場からは、量刑の場面において幅の理論(Spielraumtheorie)を採用するのが一般的である。この理論はドイツ連邦通常裁判所(BGH)によっても採用されている。それを初めて認めたのは以下のような事案であった。

42) Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 76.

原審は、生後19ヶ月の娘の謀殺と謀殺未遂を犯した被告人は、犯行時、精神薄弱の結果著しく制御能力が減少しており、それゆえ責任能力が減少していた、と認めた。しかしそれにもかかわらず、刑法51条2項（当時）が予定する任意的な刑罰減軽を認めず、無期懲役を科した。それに対して、法的に誤りのある衡量がされたとして上訴がなされた。BGHは、それを理由がないとして棄却したのであるが、その際以下のように述べた⁴³⁾。

「どのような刑罰が責任相当であるかについては、正確には決定されない。ここでは、下方においては既に (schon) 責任相当な刑で、上方においてはなお (noch) 責任相当な刑で限界づけられる幅が存在している。事実審裁判官は、その上限を超えてはならない。すなわち、その程度と種類によって、もはや責任相当と感じられないほど重い刑罰を科してはならない。しかし、彼は、この幅の中でどの位高い刑罰を把握すべきかについては、自らの裁量によって決定することが許されている。通常の場合に無期懲役のみが予定されている法律にあっては、この事案のように、行為者の責任能力が著しく減少している場合、この刑罰と有期懲役刑は同時に幅の中にある。責任能力の著しく減少した行為者の同一の謀殺にとって、15年の懲役刑は既に責任相当と思われ、しかし無期懲役刑もなお責任相当と見なされるということは、一貫してあり得るのである。事実審裁判官が、そのような場合に彼の選択しうる様々な責任相当刑の中から、一般威嚇の思想に従ってより厳しい刑罰を選択するとしても、それは法律上の誤りを意味しない。⁴⁴⁾」

この判決においては、責任能力が減少した行為者に対する責任評価の幅（同様な意味で「責任枠 (Schuldrahmen)」という言葉も用いられる）が、完全責任能力者に対して予定されている無期懲役刑、すなわち通常の法定刑の上限の刑を含むと判示されたのである。なぜ責任が減少しているにもかかわらず法定刑の上限が幅に含まれるとされたのであろうか。これについてはこの事例と同様に、限定責任能力とされた謀殺者に対して無期自由刑を科した事案の合憲性を確認した連

43) BGHSt 7, 29.

44) BGHSt 7, 32.

邦憲法裁判所(BVerfG)の決定⁴⁵⁾の述べるところが参考になる。

「基本法1条1項、2条1項は法治国家原理と結びつき、科される刑が行為者の責任を超えてはならず、行為の重大性ならびに行為者の責任の程度と適切な関係に立たなければならないということを要請する。…

この原則と、責任能力が著しく減少した場合に、特別な事情の下、法律上あり得る刑罰減輕の可能性を用いないことは両立する。責任の程度は刑法20条、21条の意味での責任能力だけに方向付けられるのではなく、むしろ責任の量定のためには、例えば行為者の動機、行為実行の種類、そこから生じる犯罪的エネルギー、被害者への態度といった更なる要素が考慮されるとすれば、憲法上異議を唱えることはできない。⁴⁶⁾」

すなわち、責任能力の減少を補って余りある行為の重大性が認められたため無期自由刑が科されたのである。このような説明は、幅の理論がかなり広い責任の幅を想定していることをうかがわせる。なぜなら幅を形成する際の責任を形成する事情として幅広いものが想定されているからである。そのことは一方で刑罰の合理的な説明に資する。限定責任能力者はしばしば再犯の恐れが高いとされ、特別予防上の必要性から重い刑罰を科することが要求される。後者の判例が行為者の動機などに言及しているのはその趣旨であろう。また前者の判例が述べるように、事件そのものが重大であれば威嚇による一般予防の必要性も高いであろう。しかし素直に責任の観点を評価すれば責任は減少しているといわざるを得ないのであり法定刑の上限の刑を科すことは困難である。そこで責任は減少したとしてもなお幅を有するとすることにより、一般予防・特別予防の考慮はなお責任の範囲内に納まっているという説明が可能となったのである。責任主義は破られていないと一応は言うことが可能である。しかしそのような説明は便宜的ではないかという疑いが残る。「幅の理論が結局は限定責任能力者に対する最高刑(終身刑)の言い渡しを正当化するための理論として登場した⁴⁷⁾」という評価に端的に示され

45) BVerfGE 50, 5.

46) BVerfGE, 50, 12.

47) 浅田和茂『刑事責任能力の研究・上巻』(1983年)208頁。

ているように、まず法定刑の上限の刑を科すべきとの予防的観点からの評価が先行していたのではないだろうか⁴⁸⁾。これはまず責任の幅を認定し、その中で予防判断を行うという幅の理論の思考方法に反している。しかし実際そうだったのかを確認する手段は存在せず、裁判官の量刑判断というブラックボックスの中に包まれている。結果的にこれはまさに、幅の理論という便利な道具を用いた、責任主義の形骸化と評されても仕方がないように思われる。

もちろん幅の理論を用いて責任の幅をはみ出す予防的判断を排除した判例は存在する。例えば、限定責任能力下で強姦未遂等を犯した被告人に対して、原審が保安目的から必要とされる治療保護施設への収容を課さず、その目的は他の手段によっても達成されうると述べて刑罰を加重したのに対し、BGHは被告人の上告を容れ、以下のように述べた。

「量刑の基礎は侵害された法秩序にとっての行為の重大性の意義と行為者の人的責任の程度である。この観点を考慮し相互に衡量することで、裁判官は正しいすなわち責任相当の刑罰を発見すべきである。刑罰枠は裁判官に、その中で刑罰がなお責任相当として承認される一定の幅を与える。その際、裁判官は威嚇や保安といった他の刑罰目的も考慮することができる。しかし予防目的が正しい刑罰を超過することは許されない。劣位の量刑事由について、決してこの意味での超過が正当化されることはあり得ない。⁴⁹⁾」

この判決は責任の上限としての機能を認めたものである。しかし事案は、検察官が1年6月の併合刑と治療保護施設への収容を求めたのに対し、裁判所が未遂と限定責任能力による二重の減輕可能性を承認しつつ、4年の併合刑を言い渡したものであり、また原審が「予期される改善がなされた場合は施設収容目的は刑罰によって達成されうる、それ故治療保護施設収容命令は科さない」と述べているという、やや特異なものであったことに注意が必要である。

また原審が、未成年との同性愛の連続犯を犯した被告人に対し、1年9月の懲

48) そうでなければ、責任減少に伴い責任の幅も下方に移動すると考える方が自然である。但し、ドイツ刑法は限定責任能力に対して任意的減輕しか規定していない。

49) BGHSt. 20, 266f.

役と保安監置を言い渡したのに対し、BGHは検察官の上告を容れ、以下のように述べた。

「刑事部は、明らかに保安監置を同時に言い渡したが故に、刑罰を低く量定した。…

特別な危険性の故に、行為者を責任相当の危険を超えて引き留めておく必要性が基礎付けられる限りで、自由剥奪処分特に保安監置が必要とされる。刑罰と処分は異なる実際上の結合点を有する。それ故処分を科すことは、量刑の際に責任相当刑を下回るという意味においても考慮されてはならない。⁵⁰⁾」

この判決では責任の下限としての機能が承認されている。しかし責任が刑の下限をも拘束すべきかについては激しい争いのあるところである。この判決だけでその是非を論ずることはできないが、少なくとも責任主義の本来的機能である刑罰限定機能に注目する場合、このような判断はそれ自体としては重視されない。そしてこの観点からは責任の上限を認めた判決が注目されることとなるが、この判決も責任の上限をはみ出す部分については保安処分を課すことを前提とした判断であり、純粹に行為者への介入の限界としての責任主義の意義を認めたものではない。特に保安処分を規定していないわが国の法制の下でこの判決の想定する責任がどこまでの意義を有するかは疑わしい。以上の判例を踏まえると、幅の理論により責任主義が貫徹されることの実地上的意義はあまり大きくはないということになる。

しかし、そのような実地上的意義を別にしても、学説においては責任というもののはそもそも幅としてしか観念し得ないものであるという主張がなされているのであり、それを検討する必要がある。

3 幅の理論の理論的検討

(1) 責任主義との関係

責任相当刑が幅を持つということは如何なることを意味するのか。第1に、こ

50) BGHSt, 24, 133f.

ここで責任相当刑に幅があること、すなわち責任相当刑が枠を形成することの根拠とされているのは、責任に相当する刑罰を「正確には決定できない」ということである。これについては、①責任とはそもそも幅としてしか存在し得ないとするのか、②人間の認識能力の限界から（たとえそれが客観的には存在したとしても）責任を一個の点としては把握できないと考えるのか、あるいは③責任そのものには幅はないが、それを具体的な刑罰量に置き換える際に、人間の能力の限界から、例えば懲役3年というように一義的に決定され得ないだけであると考えるか、という理解の仕方があり得る。このうち前2者が「幅の理論」の考え方⁵¹⁾であり、後者はそれと対立する「点刑罰論 (Punktstraftheorie)」の考え方である。

幅の理論について①の考え方を採る場合、責任の実体が問題となる。この点、井田良は「たとえば、一定の状況において『浪費』または『ケチ』と判断されるためには、どの程度の金銭的支出をなすことが必要であるかを数量的に確定することは原理的に不可能である。同様に、責任に応じた『相当な』『正しい』刑にも、量的な『許容域』があると考えなくてはならない（傍点原著者）」と主張している⁵²⁾。しかし、この問題は、日常生活における価値判断ではなく、正確な認定が要求される刑事裁判の場での話である。刑罰という実態に変換される責任について、日常と同じレベルの不安定な概念の使用を認めるべきであるとは思われない。被告人の量刑判断を争う権利が関わってくるからである。また、もし総体としての責任が、個々に明確化されうる要素の集合体であるならば、認識できるかはともかくとして、存在論的には特定の程度として存在するはずである。更に、責任を評価と捉える規範的責任論も多くの場合は心理的責任論を前提としており、すなわち評価の対象が想定されているのである⁵³⁾。責任が幅としてしか存在し得ないという主張は、支持しがたい。

また①の考え方では、幅の中に含まれる点相互に優劣をつけることはできず、等しく責任相当ということにならざるを得ない。しかしそうだとすると幅の上限

51) この点につき、本庄武「量刑責任の刑罰限定機能について（1）」一橋研究24巻1号（1999年）82頁以下の説明を改める。

52) 井田良「現代刑事法学の視点」法律時報64巻9号（1992年）84頁。

53) もちろん規範的責任論を純化し、故意・過失を責任から放逐する立場もあり得るが、そのような場合は前段階としての違法行為に対して責任判断を行っているのである。

と下限については点の形で明確に認識されうることを前提とするはずである。しかし、限界値を認識することも困難である。①も②と同様に認識上の困難があり、限界値は流動的であるとの認識を採用せざるを得ない。この場合、せいぜい「責任枠の限界が流動的で厳格でないにもかかわらず、『著しい超過』について気づき、少なくとも消極的にある刑罰の責任原理との両立不可能性を非難することはできる⁵⁴⁾」と言えるにとどまる。このことは、幅の理論を採用した場合でも、実際に排除しうるのは極端に責任から外れた刑だけであることを意味する。責任主義を貫徹するという観点から見ると、幅の理論の実際上の意義はあまりないということとなる。

次に②は「責任相当刑の領域は、曲線を形成し、その頂点は正確に責任相当な刑罰により示される」というモデルを想定することとなる。なぜなら責任相当刑と、不相当刑との移行領域は、多かれ少なかれ責任相当な刑によってのみ形成されるのであり、そのような責任相当性の程度の低い刑の存在は、より責任相当性の高い刑との比較によって初めて可能になるからである。ある地点の刑罰の責任相当性の程度は、正確に責任相当な刑罰という原点(Nullpunkt)からの距離がどれくらいあるかにより判断されることとなるのである⁵⁵⁾。

しかしそうなると別の問題が生じる。すなわち同じ責任相当の幅の中でも幅の真ん中はより責任相当性が強く、幅の限界値に行けば行くほど責任相当性は相対的に弱くなるということになるのである。そうした場合に、予防上の処罰の必要性から刑が加重され、より責任相当性が強い点から弱い点への移動がなされたとすれば、それは責任主義に反するのではないかと疑われるのである。

しかし、なお幅の理論は責任主義の逸脱を行っていないとする余地も考えられる。すなわち先のBGH判例の例を借りると、事案の重大性から責任の幅の移動前の時点では、責任の上限は法定刑の上限である無期懲役を大きく超える地点にあったのであり、それが限定責任能力により下方に移動したとしても、なお無期

54) Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Das Recht des Strafzumessung. 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, S. 108.

55) Ulfried Neumann, Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts („Punktstrafe“, „Spielraumtheorie“, „Nromalfall“), in : Festschrift für Günter Spindel, 1992, S.442f.

懲役は責任の幅の上限ではなく中間のどこかに存在していたに過ぎないのだ、という説明である。確かに、抽象的な責任の幅においては法定刑の上限を超える程度の責任が予定されているという説明は一応可能である。

しかし、ドイツでは、立法者は法定刑を形成するときに行爲の重大性を考慮して具体的な上限と下限を設定するのであり、それは裁判官が具体的な量刑を行う際にも拘束力を持つという見解が一般的である。「刑罰枠の限界量は、常に不法と責任の重さの限界値をも示している。それは、その刑罰枠の最低限が、思考上最も軽い構成要件の実現を示し、最高限が、思考上最も重い構成要件の実現を示すことを意味する。この2つの限界値の確認から、必然的に更なる認識が導かれる。最低限から最高限までに及ぶ刑罰の限界値の間に存在する値は、その限界値に間にある全ての構成要件の実現の連続的重さの段階（kontinuierliche Schwere-skala）に対応している⁵⁶⁾」という見解が承認されているのである。そうなると法定刑の修正前の段階での行為がいくら重大であったとしても、法定刑の上限に対応していると考えなければならない。そして任意的であれ責任減少事由が認められれば、原則として法定刑の上限の刑は科すことができないはずである。それでもなお責任相当刑が法定刑の上限にあると主張することができるのかはかなり疑問であるが、少なくともそれを主張できるだけの別の根拠付けが必要となるはずである。しかし上記判例にはそのような説得的主張は見られないのである。そこではやはり責任主義の逸脱が行われていたと想定しても不合理ではないように思われるのである。

以上の考慮により、幅の理論は、形式的には責任主義を破らない形で刑罰目的のアンチノミーを解決できるというメリットが認められるが、実質的に見れば（あるいは明示的に）、責任主義の超過を容認するものであるとの理解が導かれた。このことは、いかなる論理を用いようとも否定され得ない。責任による上限の確定は最も重要な規制原理である。量刑においていかに裁判官の裁量を規制するかという観点からは、それを潜脱するおそれのある理論を支持することは好ましく

56) *Eduard Dreher*, Über Strafraumen, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S149. このことを川崎一夫『体系的量刑論』（1991年）16頁は、「分業的共同作業の原則」と称している。

ない。責任の実在をめぐる争いは、観念的なものであるが、要はどちらの立場を前提とした方がより合理的な量刑を達成しうるかという実際上の観点から決しなければならぬ問題である。故に責任主義による刑罰の上限確定機能を認める立場からは、点刑罰論の方が妥当ではないかと思われる⁵⁷⁾58)。

(2) 責任の幅の拘束性の問題

以上の検討は、幅の理論が表面的にせよ責任の幅の拘束性を認め、その内部でのみ予防的考慮をするという理解を前提としてきた。しかし学説の中には、幅の理論を支持しつつもなお例外的な場合に幅の上限・下限を超過することを容認する井田良の見解もある。井田は、前提として刑罰が応報としての性格を持つこと、罪刑均衡の原則も応報刑論の帰結であることから相対的応報刑論の立場を支持することを明らかにし⁵⁹⁾、この立場を「個別事例における経験的な犯罪予防効果を

57) なお本庄・前掲(51)100頁は、一つの責任から複数の責任相当刑が導かれるという立場を支持していたが、これは、判断者が異なれば、責任に対応する刑罰も異なりうるという可能性を考慮したものであった。しかし同一の事件について、全く同一の事情に基づいて異なる裁判官が判断を下すという事態は實際上考えられないのであり、そのために幅の理論を採る実益はないと考えを改めた。なお点刑罰論を採ると「裁判官が責任刑(ないし修正が許される限度)を踏み越えて重い刑を言い渡した場合は、常に法令違背(量刑不当ではなく)で上訴が許されることになる。上訴審裁判所は真の責任刑が何かを明らかにしなければならないが、これは上訴審に不可能を強いることになる」という指摘が見られる(阿部純二「刑事責任と量刑の基準」福田平・大塚仁(編)『刑法総論Ⅱ』(1982年)99頁以下)。しかし、点刑罰論を採る場合も認識の困難性から責任相当刑に「ぶれ」がでることは承認されているのであり、そうであれば必ずしも上訴審が自らの考える責任相当刑を示さなければならないということにはならないと思われる。他方で、幅の理論を前提としたとしても、幅の上限と下限を明示する事を要求するとすれば、上訴審裁判官に同様の不可能を強いるということになる。そこでその難点を回避するために「責任の幅は、ただ幅の外にあると考えられる刑を排斥するという機能しかもたない」(同・100頁)という主張に至るのであれば、それは裁判官に幅広い評価の裁量を認めることを意味し、量刑審査ではなく量刑判断そのものの裁量性を承認することにつながり責任主義の意義は大きく減殺されることになるであろう。なお、わが国では責任主義に反しない不当な量刑であっても救済されるのであり、裁判官としてはそちらを選ぶこともできるのであるから、責任主義違反の量刑を法令適用の誤りと構成することに現実的メリットがどこまで存在するかは疑わしい。量刑審査の問題は、責任が幅か点かという議論とは分けて考えるべきではないかと思われる。

58) しかし、このことは応報刑論を採用することにはつながらない。本庄武「量刑責任の刑罰限定機能について(2・完)」一橋研究24巻2号(1999年)136頁以下で述べたように、私見では、量刑においても不法と責任を区別し、不法の観点から必要な刑罰量が決められるが、それは責任による刑罰の限定というフィルターを通らなければならないと解するべきだと思う。すなわち、後述のように目的刑論を採用したとしても、一定の目的が必要とする刑量は、責任により限定され、それが刑罰の上限を画するということになる。その場合の責任は点で確定されるものでなければならない、という趣旨である。なぜ量刑において刑罰目的が責任原理により外在的に制約されるのかについては、さし当たり責任原理が憲法上の要請であるからであり、刑罰を科す以上これを放棄することは許されないからだと考えている。

59) 井田良「相対的応報刑論とは何か」法学教室93号(1988年)116頁参照。

基準とする『行為功利主義』ではないが、回顧的な責任を基準にする刑を科し続けることが将来にわたっても適切な効果を発揮するはずであると考え『ルール功利主義』的見解であり、いずれにしても一つの功利主義にもとづく立場⁶⁰⁾」としている。そして前述のように幅の理論を支持することを表明するのであるが、例外的な場合には幅の外で量刑を行うことを認めている。まず幅の上限に関して「再犯防止のための働きかけの必要性あるいは保安の必要性が明白に認められている例外的な場合において、…わが国には、保安処分（ないし刑事治療処分）の制度が存在しないことから、責任主義による拘束をある程度ゆるめても、刑罰に一定の改善・治療・保安の機能を期待せざるを得ない⁶¹⁾」と主張される。また幅の下限に関しても「明らかに再犯のおそれがなく、施設への収容がマイナスの効果をもたらすことが必然的であるような場合に、なお責任に相応するとみられる軽い刑、さらに下回って、犯罪に対する刑としての意味を持ちうる最低限の刑量にまで引き下げることが、法的安定性と（形式的）平等の要請を害するものとしても、許されてよい場合があるように思われる（広範に起訴猶予を認めながら、量刑で法的安定性と平等を強調するのは矛盾でさえある⁶²⁾」と主張されている。

この見解は、原則としての応報刑としての立場と合目的な刑の個別化の要請とをできる限り調和させようとするものであるが、その試みが成功しているとは思われない。井田はルール功利主義の立場に立つことを明言している。しかし、そもそもルール功利主義とは、「功利性と同時に『公正』を独自の価値として認め両者を併存させている」ものである。故に、刑の量定の大部分が応報というルールに従ってなされ、ルールの生み出しうる最大利益が生じている（すなわち量刑実務が国民に正しいものとして承認されされている）場合で、残余の部分がルールに従うことが利益を増大させない（すなわち明白な特別予防上の不利益が生じる）場合であったとしても、そのルールに従うことを義務的とするものであれば⁶³⁾、ルールの逸脱を予定するのは、もはやルール功利主義とはいえない

60) 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」（慶應義塾大学）法学研究69巻2号（1996年）295頁以下。

61) 井田・前掲注（60）299頁。

62) 井田・前掲注（60）301頁。

63) 小林公「刑罰・責任・言語」長尾龍一・田中成明（編）『現代法哲学3・実定法の基礎理論』

であろう。また、わが国に保安処分制度が存在しないことを理由に重い刑を科すことを認めるのは、刑罰制度全体ならびに行刑実務に好ましい影響を与えないであろう。仮にそのような実務が存在するとしても、責任主義の立場からは、それを容認する余地はなく、残された方策は現行法上で可能な制度、すなわち精神保健福祉法上の措置入院制度等を活用しその改善を図っていくということであるはずである。そして、責任相当刑を科すことが社会復帰にマイナスである場合があることを承認するならば、そこらか導かれる帰結は責任主義の下限拘束性を承認しないことであるはずである。井田の言う「犯罪に対する刑としての意味を持ちうる最低限の量刑」の内実は全く明らかではない。このような場合は執行猶予とされることも多いであろうが、執行猶予制度に存在する程度の間接的な心理的拘束性で足りるとするならば、刑としての意味は限りなく稀薄なものとなる。幅の理論を維持しつつ幅の超過を認めるという道を選ぶならば、応報刑論自体を放棄する方が合理的ではないだろうか。しかもこのような主張が現れるという事実は、責任の幅を比較的狭く解した場合やはり現実的量刑の場面で不都合が回避され得ないことを示しているのである。それを回避するためには、再び責任の幅を弛緩させノミナルな責任相当刑で満足すべきことになるが、それが妥当でないことは前述したとおりである。

4 点刑罰論

点刑罰論を厳格に貫いた場合は、専ら責任の観点のみを考慮することにより量刑は行われ、予防的考慮は一切排除されることになる。しかしこれは、行為者の将来の生活への刑罰の影響を考慮するものとするドイツ刑法46条1項第2文の規定と相容れないであろう。のみならず、広義の量刑すなわち刑の執行形態を含めた行為者に帰せられるべき法律効果の全体について、予防的考慮を完全に排除して行うという純粋な点刑罰論の立場はもはや採り得ず、且つ皆無であると思われる。そこで点刑罰論に分類される見解も何等かの形で予防的考慮を行う余地を認めているのである。

(1983年) 104頁以下参照。

そのような見解としては、例えば、裁判官が責任相当刑を判断する際には、伝統的要素すなわち慣習・風習・裁判官習俗も役割を果たすとし、「この伝統の中には、刑罰は責任の程度だけではなく、不法の程度や結果の重大性、予防の観点や行為後の態度によっても決定されるという思想が、確固たる地位を占めている。量刑の領域においても、責任主義の実現には、自由に飛び越えることが出来ない限界がある。およそ現実離れした教条主義は、誤った幻想を導いてしまう。絶対的な意味での責任刑は、我々が常に近似的な方法で達しうる事ができる理想なのである⁶⁴⁾」と結論する見解がある。

しかし、裁判実務の伝統を不可侵のもののように考えて、責任主義の限界を認めてしまえば、後に残るのは予防的考慮のとめどもない流入である。また、実務上の裁判官慣習についても、一概に不変のものとは言えない。量刑判断には、意識的に予防的考慮が混入される場合と長い間に慣例化し無意識のうちに判断に影響する場合とがある。少なくとも、前者については、学説において説得性を持ってその理論的不当性を論証し、それを裁判官が受容するならば、なお排除するものであると思われる。

次に、刑罰とは現世の裁判官によって科される社会的現象である、という認識から出発し、量刑は、歴史的に変遷しうる法定刑や、同様に歴史的な刑罰や責任という観念を用いて行われ、更にその歴史とは各個人毎に異なる速さで流れているものであるから、たとえ特定の時代状況の下でさえ、具体的な行為のための明確に特定した刑罰というものは存在しないという認識を示す立場がある。そして「正しい刑罰とは、裁判官自身による創造的社会的行為の結果である。彼が正しい刑罰を形成するのである。それは決してそれが恣意的なやり方をされることを意味しない」と述べるのである⁶⁵⁾。

しかし、そこから事実審裁判官の「その評価は独立した裁判官独自の任務であり、その評価が様々であるという否定し得ない不可避な事実は、裁判官の独立性に支払わなければならない代償であり、上訴審の全ての努力も妨げ得ない代償で

64) Vgl. Kaufmann, Schuldprinzip, a.a.O. (Anm. 7), S. 261.

65) Vgl. Eduard Dreher, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ, 1967, S. 43f.

ある⁶⁶⁾」という結論にまで至るのであれば、上訴審による量刑審査はおおよそ不可能だということにならざるを得ない。また、裁判官の裁量を広く認める立場が、「(筆者注：ドイツ刑法46条) 1項第1文によれば責任は量刑の基礎に過ぎないので、刑罰がその規定に対応して正しい責任清算に止まり続ける限りににおいて、行為者へ作用を及ぼすための(筆者注：責任相当刑からの)逸脱は上方にも下方にも許される⁶⁷⁾」という主張と結びついている。しかし、「正しい責任清算である限り」という留保では、どこまで責任を踏み越えることが許されるか全く明らかではなく、そればかりか、この留保は、既に責任相当刑を超過している時点で破られてしまっているのではないだろうか。

更に、独刑法46条1項の「責任は量刑の基礎である」という文言の解釈に当たり、「量刑の『基礎』(1項第1文)は、量刑の観念的な出発点(土台)」という意味での責任である。『基礎』という表現は、私見では、ここで刑罰の意義や量刑の最上位の原則に関する表明がなされている、あるいは責任には量刑にとって他の観点よりも重要な意義が付与されている、という意味で解釈されてはならない⁶⁸⁾と述べる立場がある。刑罰が責任に方向付けられたと見なしうる、という限界内での特別予防的な理由による責任の程度の超過を容認するのである。

この説の特色は、量刑における責任の占める地位を単なる観念的な出発点に下落させ、予防目的に終着点である具体的刑量決定を委ねている所である。観念的な出発点とは算術的意味で確定しうるものなのかそれとも感覚的に捉えられ得るものに過ぎないのか、最終的に予防的考慮の歯止めとなる責任による方向付けとは、既にこの出発点の時点で判明しているものなのか、等の疑問が提示されなければならないであろう。そして、ここでも責任に応じた刑罰を科すという出発点が後退している。

以上のように、ドイツの点刑罰論は、刑罰が責任を超過することを明示的に容認している。これがもともと親和的でない相対的応報刑論に点刑罰論を適合させ

66) Dreher, a.a.O. (Anm. 56), S. 161.

67) Vgl. Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 44. Auflage, 1988, S. 271.

68) Vgl. Hartmuth Horstkotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Strafrechts Über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ, 1970, S. 124.

ようとした結果であることは明らかである。

しかし幅の理論を否定して、点刑罰論を採用するとすればその意義は、量刑における責任主義を貫徹させることにあるはずである。予防的考慮は責任相当性の基礎を失わない程度に許されとすることは、予防的考慮は責任の幅に納まっているというのと、どこが違うのであろうか。両者は説明の仕方が異なるにとどまるのではないだろうかと思われる⁶⁹⁾。点刑罰論を主張するのであれば、予防的考慮は責任の上限を超えることができないということは絶対的に保障されなければならない。

責任と予防目的とのアンチノミーの問題を幅の理論と点刑罰論の対立で見ることには問題がある。点刑罰論の中で責任超過を容認する立場と拒絶する立場は明確に区別されなければならない。

5 位置価説

(1) 二段階の量刑

従来検討してきた理論は、責任と予防目的のアンチノミーの解決を目指してきたのであるが、幅の理論を支持するにせよ支持しないにせよ、責任と予防目的を同一平面におき、第1に責任により大まかな刑の程度が決まり、更に（一般予防）特別予防目的を考慮する点においては違いがなかった。帰結に差異は生じないことを前提に、説明の仕方について争っていたとも言える。これに対して、責任と予防目的の機能する段階を明確に区別することで、量刑過程を可視化しようとする構想が位置価説（Stellenwerttheorie）⁷⁰⁾である。これによると、第1に、専ら行為者の責任の程度に応じて、刑罰の量が決定される（狭義の量刑、Strafbemessung）。次に、予防上の必要性により、どんな種類の刑罰（自由刑もしくは罰金刑）が科されるか（刑法47条・49条）、刑罰が執行されるか猶予されるか（刑法56条・57条・57条a）、あるいは警告を伴って留保されたり免除されたりす

69) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（1）」早稲田法学68巻3・4号96頁は、「責任の幅から責任刑を一点に絞るのと、点の責任の近似値から責任刑を確定するのでは、用語の違いが存在するだけであって、実質的な相違はないのではないだろうか。」としている。

70) Stellenwerttheorie に対し位置価説という訳語を初めて用いたのは、阿部純二「量刑における位置価説について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第3巻』（1984年）133頁以下である。

るか否か(刑法59条・60条)、等の具体的な執行形態が決定されるのである(広義の量刑, *Strafzufügung*, *Strafzumessung*)。刑法典は、前者のために46条を用意し、後者のために47条以下を用意した、とされるのである⁷¹⁾。

エックハルト・ホルン⁷²⁾によれば、支配的見解である「責任の枠内での予防」という公式では、アンチノミー問題は外見上でのみ解決されているに過ぎず、より明確で実際の適用が容易な解決を求めなければならない。支配的見解は予防目的を量刑決定と刑種決定において二重に考慮するとしているが、これは裁判官に不可能を強いることになる。「4から6ヶ月の責任枠に関して再社会化の観点から(4ヶ月でも6ヶ月でもなく)5ヶ月の自由刑が正当である、あるいは7年から8年の間の責任相当刑において、威嚇の理由から(7年でも7年半でもなく)8年が認識されなければならない」といった判決において述べられる主張は、合理的なあるいは経験的に基礎づけることの可能な論証によって正当化され得ない⁷³⁾」のである。そこで、量刑決定の際は専ら責任の観点に関係し、更に刑種を決定する際に初めて予防目的を考慮するという命題が主張される。第1段階での予防目的による量刑の確定は困難なのに対し、第2段階では「責任の程度に相当する刑罰に関係するその賦科や執行の有無や程度は、少なくとも端緒において経験的合理的な根拠付けが達成可能であるということは、幸いにも犯罪学からも言われている⁷⁴⁾」のである⁷⁵⁾。

このように責任と予防の役割分担を徹底することの意義については、犯罪学の

71) 以下では、狭義の量刑のことを量刑決定(*Strafhöhenfestsetzung*)、広義の量刑のことを(正確には刑の執行形態の問題をも含むのであるが)刑種決定(*Strafartfestsetzung*)と呼ぶこととする。

72) Vgl. *Eckhard Horn*, *Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenzumessung in : Festschrift für Friedrich Schaffstein*, 1975, S. 241ff.

73) Vgl. *Horn*, a.a.O. (Anm. 72), S. 245.

74) Vgl. *Horn*, a.a.O. (Anm. 72), S. 248.

75) なおホルンは位置価説は責任を幅と考えるか、点と考えるかの論争には直接関係しないとする。Vgl. *Horn*, a.a.O. (Anm. 72), S. 247. *ders.* *Zum Stellenwert der »Stellenwerttheorie«*, in : *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, 1978, S. 169f. しかし、それは責任の幅とは、量刑の通過段階に過ぎないという立場(Vgl. *Hans-Jürgen Bruns*, *Neues Strafzumessungsrecht?*, 1988, S. 34ff.)を前提とした場合にのみ妥当するものである。この理解は、後述のロクシンのように責任刑を予防目的から根拠付ける立場には妥当しない(後述・VI. 1参照)。位置価説は、責任の観点のみで最終的な量刑が確定しうことを認めないわけにはいかないのである。なお、位置価説は「やはり点の理論に親近性を有する」とするものとして阿部・前掲注(70)148頁。

立場からハインツ・シェッヒ⁷⁶⁾も強調している。それによると、量刑決定の際に予防の観点を考慮する支配的見解は、罰金刑を量定する際、特に難点が明らかになる。すなわち(1) 罰金刑と短期自由刑のどちらが責任相当か、(2) 自由刑であるとした場合、それは刑法47条の意味で不可欠かを検討し(不可欠でなければ日数罰金刑に換算され)⁷⁷⁾、(3) その罰金刑もしくは不可欠の自由刑につき、責任に基づき(幅の) 量刑を決定し、(4) 予防の観点から最終的な刑を確定するという複雑な段階を踏むことが予定されている。しかし、これを後付けることは実務上困難である。また刑種決定において犯罪学は科学的に統制された制裁調査と事後予測(Prognose) 調査の結果だけに従うことができ、他方刑種決定での責任贖罪思想の観点の放棄が明確になり、責任の観点が量刑決定に集中する結果、法治国家的な処罰限定機能を果たすという責任思想の本来の目的も有意義となる。また仮に、犯罪学に特別予防の観点からの量刑決定を要求しても、再社会化に必要な量刑は不定期刑の形でしか提示され得ない。現行法上その意義は乏しい。最後に位置価説の立場では、2年以上の量刑については予防的考慮が全くないことになるが⁷⁸⁾、「数年来この類型に当てはまるのは、一般刑法に関する全ての有罪者の1%未満であるという事実は、全く無意味ではないが、原則的問題は除去されない⁷⁹⁾。」しかし責任の幅による解決は不定期刑の要求を隠蔽する外見上のものに過ぎない。それよりは3分の2の刑期執行後の残刑の停止(刑

76) Heinz Schöch, Grundlage und Wirkungen der Strafe, in : Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 255ff.

77) 刑法47条は、「(1) 行為又は行為者の人格に存在する特別な事情により、自由刑を科すことが犯人に対する作用のため又は法秩序の防衛のために不可欠である場合に限り、裁判所は6月未満の自由刑を科する。(2) 法律が罰金刑を定めていないときであって、6月又はそれを越える自由刑が問題外であるときは、第1項により自由刑を科すことが不可欠でない場合においては、裁判所は罰金刑を科す。法律が自由刑の最下限を高めて定めるときは、前段の罰金の最下限は、前段の場合においては、定められた自由刑の最下限に従って決める。その場合、30日分は1月の自由刑に相当する。」と規定しており、6ヶ月以内の短期自由刑は原則として回避されるべきことを予定している。

78) 刑法56条1項により、1年未満の自由刑は、「有罪を警告として役立て、将来的に行刑の介入がなくても犯罪を犯さないことが期待されうる場合」には保護観察のために停止されうる。また2項により、2年未満の自由刑は、「行為と有罪者の人格の全体評価により特別な事情が存在する場合」には1項の要件の下で保護観察のために停止されうる。しかし、2年以上の自由刑については必ず実刑となり、位置価説では量刑段階で予防的考慮を行う余地はなくなることとなる。

79) Schöch, a.a.O. (Anm. 76), S. 265.

法57条)と再社会化思想に支配された行刑(行刑法2条)における開放処遇による方が明確な解決である。

(2) 検討

以上のような位置価説の主張は、一面では説得力を持つように思われる。まず従来の理論では、結局のところ責任清算・一般予防・特別予防の関係が曖昧で裁判官の判断過程はブラックボックスの中にあったのに対し、この説は責任だけでの量刑確定を求めることで、結果的に責任による刑罰限定について厳格な態度をとっている。従来の理論では、当然のように認められていた(責任の幅の中での)予防目的による刑の加重は当然に排斥されることとなる。他方、予防目的については刑罰の厳格さを緩和するという行為者に有利な方向でのみ考慮するとされる。しかもその場合原則として行為者の再社会化にとって最善な選択だけを考えれば足り、例外的に法秩序の防衛という一般予防の観点を考慮することがあるとされており、刑罰目的相互の関係はかなり明確である。特別予防の観点の使用方法も実証に馴染みやすい。判断過程の可視化はかなり達成されるようにも思われる。

しかしこの説は、ドイツでは少数説にとどまっている⁸⁰⁾。その最大の難点は刑法が46条1項2文において「行為者の将来の社会内での生活にとって刑罰から予期されうる作用が考慮されなければならない」としていることである。この量刑の一般基準において特別予防上の考慮が明文で要求されているにもかかわらず、それを狭義の量刑から全面的に排除するのは解釈論上維持し得ないのである⁸¹⁾。この点、ホルンは、法文は予防目的についてのプログラムを示したに過ぎず、そ

80) 位置価説を批判的に検討するものとして、Vgl. Karl Lackner, Über neue Entwicklungen, a.a.O. (Anm. 2), S. 14ff.; Claus Roxin, Prävention und Strafzumessung, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978, S. 183 ff. (邦訳として、山田伸直訳「予防と量刑」C. ロクシン著・宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(1984年)141頁以下)。ロクシンの批判は位置価説がロクシン流の幅の理論(すなわち責任相当刑は複数存在し、それらは全て等しく責任相当であるという考え)を採用することを前提としており、若干議論がかみ合っていないように思われる。位置価説が幅の理論との矛盾はないというときは、最終的に責任だけで刑を一点に確定できることを前提としているからである。

81) なおホルンは後に、刑の執行の範囲での特定の治療プログラムを想定すれば、それに必要な期間を正確に特定することはできるので、プログラムに必要な期間にあわせて刑量を定める場合は、刑量決定の際に特別予防を考慮することは許される、と見解を修正している。Vgl. Horn, Zum Stellenwert, a.a.O. (Anm. 75), S. 173. しかし批判が想定するのは、そのような例外的なものではなく、一般的な場合に刑量決定の際に予防の必要性を考慮することである。

れがどこで発揮されるかについては述べていないというプログラム規定説を主張していた⁸²⁾。しかし文言解釈の問題として、唯一刑量決定にかかわる条項に含まれる条文を等閑視するのは困難である。またそれを別にしても、明らかに再犯の危険性のない行為者に対して、責任相当の重い刑罰を科することが妥当かは疑問である。この点57条の規定により残刑の停止が可能であり、事後的に特別予防的考慮を入れることは可能であるが、しかしそれは刑期の3分の2が執行されることを前提とする。刑の停止が不可能な3年以上の自由刑の場合少なくとも2年施設に収容されることは、再社会化にとっては著しい不利益となろう。それはいくら開放処遇を実施したところで解消されるものではない。

またこの説は責任の観点だけで刑量を決定することが、予防の観点を考慮する場合よりも容易であることを前提としている。しかしそれが妥当であるかは疑問である。犯罪学の知識を前提とし予防、特に特別予防については効果がある程度実証されない限り考慮してはならないとするが、その厳格な姿勢は責任には全く及んでいない。これは、責任は現実の予防効果から切り離された形而上学的存在であることを前提としているように思われる。しかし応報といっても、現代ではかつての「目には目を、歯には歯を」という標語に示されるような同害報復の立場を肯定する主張は皆無であり、犯罪と刑罰との「価値的な」等価性を主張するにとどまっているのである。責任の清算が、そのような高度に抽象的な、ある意味で形而上学的なものであれば、より一層それに対応する刑罰、しかも点で確定する刑罰は認識され得ないのではないか、と思われる。それに対して、責任の形而上学的性質を否定し、応報自体にも社会的意味を認めるならば⁸³⁾、それ相応の経験的根拠が要求されなければならない。これに厳密さを要求すればするほど、責任に対応するはずの刑量の形成自体が困難になるのである。位置価説は、刑種決定の明確さを重視する一方で刑量決定の明確さについては注意を払わなさすぎると指摘しうるのである。

更に、仮にこの理論をわが国に導入しようとする場合は、特有の困難がある。ドイツでは日数罰金制が導入され、また47条や56条は予防的観点のみによる自由

82) Vgl. Horn, „doppelspurige“, a.a.O. (Anm. 72), S. 252ff.

83) II. 1, III. 1参照。

刑から同じ刑量の罰金刑へ、また停止されない自由刑から停止される自由刑への移行を定めている。このことから、少なくとも建前上は同じ刑量で表された自由刑と罰金刑、停止される自由刑と停止されない自由刑は同じ責任に対応しているという主張が可能である⁸⁴⁾。それに対しわが国では、まず刑罰の規定の仕方がドイツと異なっている。主刑に関しては死刑・懲役・禁錮・罰金・拘留・科料が各構成要件毎に単独あるいは複数規定されている。また執行猶予の対象となるのは懲役・禁錮・罰金だけである。そこで一般的な広義の量刑として全ての構成要件に共通の制度は存在しないのであるが、規定上も実際上も中心は執行猶予にあるといってよいであろう⁸⁵⁾。しかし、宣告刑相互の関係は単純ではない。刑の不利変更に関する判例⁸⁶⁾によれば、刑の軽重は具体的な刑を相対的に比較して実質的に考察すべきであり、その際、刑の執行猶予の言渡の有無も当然に考慮すべきとされている。しかし執行猶予を言い渡すか否かは「情状により」(刑法25条1項)決するとされているのみで具体的な基準は法定されていないのである。そうすると刑量を決定する際に予防目的を考慮すること、並びに執行猶予を付すか否かを判断する際に責任の観点を考慮することを防ぐものは何もない⁸⁷⁾。実際、実

84) しかし「執行猶予という措置は、責任に相応する刑を下回ることを立法的に認めたものだとするのがドイツの一般の見解である」(井田・前掲注(52)84頁)という指摘がある。ここでいわれている一般の見解が後述のロクシン等の見解を意味するならば、それはその通りである。しかしそうではなく支配的見解とされている幅の理論の下での議論であれば疑問が生じる。確かに、幅の理論からは、広義の量刑の際に責任を考慮することは否定されるのが一般的である(Vgl. *Bruns*, aa.O. (Anm. 54), S. 111ff.)。しかし、これは狭義の量刑において責任相当刑の幅を形成する際に責任が考慮され尽くしてから、という理由付けがされている。そこで設定された刑の幅の下限を下回らない範囲で行われる広義の量刑について、更に責任を考慮するのは二重の考慮となり許されないであろう。そしてそのことと、責任の幅を下回ってよいかどうかは別の問題である。特に支配的見解が責任清算を量刑の第1の目的として掲げる以上、最終的に形成された宣告刑が責任清算を果たし得ないことを許容するかどうかは疑わしいように思われる。現に幅の理論を支持するシャフスタインは、刑種の変更や刑の執行形態が修正されるとしても「そのことは、特別予防的に有意義な罰金刑や停止される自由刑が責任相当である必要がなくまたあり得ない、ということの意味しない」(Vgl. *Friedrich Schaffstein*, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung, in: *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, S106.)と述べているのである。しかしここでは、本文のような解釈も成り立ちうることを確認するにとめておきたい。なお、阿部・前掲注(57)100頁は、わが国の量刑基準に関して「ときに責任量を下まわる刑を科することを許されてよいが、それは法が特にみとめている場合(酌量減軽、執行猶予、刑の免除など)に限られるべきである」と述べている。

85) その他に広義の量刑に該当する制度としては、執行猶予期間中に保護観察に付すか否か、仮出獄、仮出場にするか否かがある。

86) 最大判昭和26年8月1日・刑集5巻9号1715頁。

87) わが国の執行猶予の運用に関して、情状=犯罪ないし責任の軽重に重きをおきすぎ、「再犯のおそれがない」という要素を軽視しすぎていないであろうか、と指摘するものとして、平野龍一

務では「まず刑期の長さを決めそのうえでおもむろに執行猶予にするかどうか考
えるのではなく、執行猶予にするかどうか更には保護観察に付するかどうかなど
を含め全体的にその刑を定めるのが通常である⁸⁸⁾」と指摘されている。故に宣告
刑の比較の際には、刑法10条の基準だけで処理することができない。執行猶予の
ついた長い刑と短い実刑とは一概にどちらが重いかを判断し得ないことになる。
罰金刑と懲役刑の比較については、懲役刑が実刑である場合は前者の方が軽いと
言えようが、執行猶予がついている場合はその軽重はやはり自明ではない。ここ
ではまず責任と予防の観点を分けるという発想は見られず、総合的に考慮すると
している点だけでなく、刑の軽重に関しても明確な客観的な基準がなく直観的な
判断に頼っている点で二重の曖昧さを内包していることが分かる。わが国の現行
刑法を前提とした位置価説の導入は極めて困難である⁸⁹⁾。

最後に、相対的応報刑論との関係で位置価説を見た場合、この理論は一般予防
が考慮される場合を最小化し、特別予防に限定的に働くことを認める点で、先に
検討した相対的応報刑論に比較的忠実な理論である。しかし、位置価説は、責任
の刑罰限定機能という観点から見た場合、一方で責任を越える予防的考慮を許容
しないことで、責任主義を厳格に貫いたのであるが、他方でその前提としている
責任概念は非常に曖昧もしくは不明確なものであった。ここでも相対的応報刑論
の責任概念の不明確性が影響を及ぼしていると言える。

6 応報刑論について的小括

以上、前章と本章において応報刑論を基調とする量刑論を検討した。そこでは

『矯正保護法』(1963年) 47頁。更に、執行猶予・保護観察の「適用に当たっては犯罪行為に対
する責任評価を主たる基準とすべき」であると主張するものとして、石川正興「刑の執行猶予
制度」『刑法基本講座第1巻・基礎理論／刑罰論』(1992年) 275頁。

88) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」『現代刑罰法体系第6巻・刑事手続Ⅱ』(1983年) 166
頁。

89) なお、刑罰は犯罪者のリハビリテーションのために存在するとし、それは執行猶予を含む処遇
において実現されるが、社会復帰が円滑に行われるためには社会の応報感情の沈静化が必要で
あり、そのために量刑においては各犯行に対し社会の下すべき、否定評価の値を明確化する
という主張は、位置価説に最も近いものと思われる。篠塚一彦「量刑と刑罰制度(2・完)」上智
法学論集39巻3号(1996年) 171頁以下参照。しかしこの見解でも、社会の応報感情が執行猶予
を許さない場合は、この見解が犯罪防止目的を否定する以上(篠塚・前掲169頁以下)、責任判
断を介在させて執行猶予を制限することになるはずである。やはり刑量決定と刑種決定の分離
は困難である。

応報刑の目指す責任の清算と予防目的との衝突をいかに解決するかが課題であった。絶対的応報刑論は一見すると予防目的を一切否定することでこの課題を乗り越えようとしているかに見えるのであるが、その具体的主張を検討すると、実は予防目的の考慮が密かに組み入れられている場合が多いことが判明した。

次に相対的応報刑論においては、幅の理論に代表されるように責任の清算を優先させ、その枠内で予防目的を考慮するという形態が一般であった。しかし幅の理論の判例での用いられ方、学説におけるその詳細な展開を見ると、実は幅の理論とは裁判官に幅広い裁量を与えることで、量刑の現実的妥当性を確保しようとするものであることが判明する。原則としては責任の幅は狭いとされながらも、予防目的の考慮が必要となるときは、一転して幅は緩やかなものとなるのである。対する点刑罰論においても多くの論者は、責任の上限を予防目的の考慮により超過することを容認する傾向にあった。しかし量刑における責任主義の実現を重視する立場からは、このような結論は受け入れられない。そして責任が点か幅かという論争は、哲学的な認識と実在の問題を別にすると、説明の仕方の問題であり、どちらが量刑基準のモデルとして優れているかという観点から優劣を判断されるべきものである。そうすると責任主義を厳格に貫こうとする立場からは点刑罰論の方が優れているということになる。しかし、絶対的応報刑論に立ち戻ることはできない。

他方で、従来の理論と異なる方法で責任と予防のアンチノミーを解決しようとしたのが位置価説である。この理論は、犯罪学的視点から予防目的の狭義の量刑における考慮に疑問を呈し、それを広義の量刑段階に限定したのであった。そこから帰結される責任の観点のみから狭義の量刑を行うという主張は、責任主義にとっては魅力的である。しかし予防目的から刑量を決定することが困難であるという主張に対しては、それでは責任の観点からは容易なのかという問題が生じた。

総じて相対的応報刑論においては責任と予防の関係が不明確であった。確かに、量刑においては、刑罰目的を考慮することが重要であり、なおかつ責任原理を貫徹させなければならない。しかし、相対的応報刑論の立場では、修正を加えるに

せよ応報刑であることに問題が残るばかりでなく⁹⁰⁾、責任原理による刑罰の限定も有効に機能しない⁹¹⁾。やはり、責任による刑罰の限定は外在的なものと位置づけ、刑罰自体は目的刑論の立場から考察していくべきだと思われる。

IV 特別予防論

1 総説

本章から目的刑論の検討にはいるが、まず特別予防目的について取り上げることにする。特別予防論の典型はリストの見解⁹²⁾である。リストは、刑罰はそれ自体無目的な応報であることはできないとし、犯罪者の抱える問題に働きかけ、再度犯罪に至らないようにすることを刑罰の目的とした。その構想は、本来は犯罪性があまり強くないがたまたま犯罪行為をしてしまった機会的行為者に対して威嚇を行うこと、犯罪性を有しているが改善の見込みのある行為者に対して様々な改善措置を施して、その抱えている問題を除去すること、改善の見込みが乏しい常習的行為者に対しては、働きかけを放棄し隔離により無害化を行うこと、というものであった。中でも行為者の改善に力点をおく刑罰は教育刑と呼ばれ、当時有力であった犯罪学の知見を取り入れて刑罰の執行を行うことを目指した。

しかしこの考え方は、多くの難問を抱えていた。すなわち、行為者に対して有効に働きかけるためには、刑罰の期間をその者の犯罪性が除去されるまでとしなければならない。しかし判決時において、どのくらいの刑期が必要かを正確に予測することは不可能である。故に、判決時は刑期を確定させない不定期刑が望ましいこととなる。しかしこれは罪刑法定主義と抵触し、行為者の人権を著しく制約することになる。また教育刑は行為者の危険性を基準として刑を科すのであるから、どんなに重い犯罪行為をしたとしてもその行為者に危険性がなければ刑を科さないことになり、逆に大変危険な行為者は些細な行為をしたとしても長期間刑務所に入らなければならないこととなる。これは平等原則から問題であり、予

90) II. 1で述べた応報刑の問題性は、相対的応報刑論にも妥当するものである。

91) その限りで、現代の絶対的応報論による相対的応報刑論批判には正当性が認められると言える(II. 2参照)。

92) Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in : Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, 1905, S. 126ff.

測可能性を著しく害する。またその危険性は現在の科学の知見を総動員したとしても、完全に測定することは不可能である。そして仮に危険性の予測ができるとすれば、未だ犯罪行為をしていない段階であっても(例えば実行の着手に至らない段階)、その者を拘禁しなければならないこととなる。これは外界に侵害を生じさせていないのに、行為者の主観を根拠に処罰するものであり、侵害原理に反する過度の人権制約となってしまう⁹³⁾。また、これではもはや犯罪に対する刑罰とは言えなくなるであろう。更に、現実問題として、行為者に対して改善へ向けての働きかけをいくら行っても、刑務所を出た後容易に再犯に至る行為者が後を絶たなかったことが、教育刑の有効性に対する懷疑を生じさせた。

こうした様々な問題を抱えた教育刑論は、もはやその純粋な形では主張され得ない。現在では、それは唯一の刑罰目的ではなく、特に行刑段階で犯罪者の社会復帰に向けた処遇を実施することに姿を変えている。もっとも英米諸国と異なり、ドイツやわが国においては、依然として社会復帰目標は捨てられていない。但し、強制的な人格改善の無益有害性の認識が広まった結果、行為者の自発性を尊重し行刑は社会復帰に向けての支援を行うという考え方も強くなってきている。

現代の社会復帰論はかつての教育刑論とは異なる。教育刑論は刑罰は教育・改善に役立つ行為者本人にとっても利益なものである、という理由でパターナリスティックに介入する傾向を持っていた。これに対し社会復帰論は、刑罰の現実を見た場合、それを利益だというのはレッテル詐欺でありその本質は害悪であり、苦痛を科すものであると率直に認めなければならないという認識を前提としている。この認識からは、刑罰は権利を制約するものである以上無制限に科されてはならず、犯罪と均衡していなければならないという主張が導かれる。すなわち特別予防目的の追求は行為者の責任の限度内で行われなければならない。

また、刑罰、特に自由刑を科すと、犯罪者としてのラベリングや刑務所内での悪風感染により犯罪性を促進するという副作用が存在することを認めるため、謙抑的に刑罰を科し、広くダイヴァージョンを行おうとするのである。いずれにせよこのような形の特別予防論は、多くの場合、特に量刑の場面ではその主たる目

93) もちろん、リストはこのような事態を回避するために、客観主義刑法を主張したのであるが、わが国の牧野英一は主観主義刑法を貫徹した。

的ではなくなり、責任に対する応報あるいは一般予防により決定された刑罰を二次的に修正するという役割を担っているに過ぎない。現在、特別予防を唯一の刑罰目的として承認しているのは、次節で検討するような少数の見解だけである。

他方で薬物依存者や精神障害者などに対しては強力な改善に向けた働きかけが必要だとされる場合がある。しかしこれはもはや刑罰の枠に収まりきれない。そこで現在では保安処分という形で、強力な治療を行ったり、危険な者を拘禁したりしている。もっとも保安処分は人権保障上の問題が大きく、わが国では強い反対の末、現在までのところ制度化は見送られている。

次にリストの主張した第3の処罰目的である隔離目的に関しては、英米では文字通り無害化（incapacitation）として長期の拘禁刑を科している場合があるが、刑務所が過剰拘禁になるなど様々な問題を抱えているようである。それに対して、わが国では刑法改正の時に不定期刑の導入が議論されたが、法的安定性の点で甚だしく問題であるとして結局導入されなかった。現在では、正面からこれを処罰目的として承認する主張は見られないように思われる。それ自体目的として追求されるべきものでなく、せいぜい拘禁に伴う事実上の効果として確認されるにとどまる。

最後に、行為者の威嚇という目的は、それだけを追求すると歯止めがなくなってしまう、同様に刑罰としては維持し得ない。そこで、現在では犯罪に見合った刑罰により行為者の威嚇を行う抑止刑（特別抑止）という形をとっている。もっとも特別抑止だけを刑罰の目的とすると教育刑と同じように、歯止めがなくなりはしないかという問題を抱えてしまう可能性がある。そこでそれを検討しなければならないが、抑止刑論はどちらかというと一般予防に力点をおいていると見られるため、そちらであわせて検討することとする。

2 特別予防論に基づく量刑論

(1) 贖罪論

以上のように、リストが当初想定した形での特別予防目的は、いずれもそれだけで刑罰制度を担う力のはや持ち得ていない。現在も有力な特別予防論は、何らかの形で責任原理との折り合いをつける形で主張されている。

まず責任と特別予防を結びつける贖罪論について検討することにする。アルトゥール・カウフマンは前述のように、当初かなり徹底した絶対的応報刑論者であったが、後の時代になると責任は刑事政策的機能も果たしていると主張するようになった⁹⁴⁾。それによると、出発点は心理学的な責任体験 (Schulderlebnis) である。これは義務的な価値として要求されたことを拒絶したために、非難にさらされるという苦痛な体験のことを意味する。それ故、責任は自らを抑圧する苦痛であり、有責者はそこから再び解放されることを望む。しかし責任を排除することによっては、そこから解放されない。非難から免れる唯一の方法は、有責者が自らの責任を自己答責的に引き受けることだけである。これが贖罪 (Sühne) である。贖罪とは有責者による積極的な倫理的達成であり、単に害悪が生じたが故に害悪を科し、行為者は受動的にそれを受けるだけの応報とは区別される。このように責任と苦痛を感じている人は、贖罪を必要としているのである。しかし国家は刑罰を用いて贖罪を強制することはできない。しかし刑罰制度を通じて、有罪判決を受けた者の再社会化を望むならば、自ら責任を引き受け贖罪することができるように援助をすることができる。これにより責任は刑罰を限界付けるだけでなく、刑罰の執行にとっても構成的な意義を獲得するのである。そうすると刑罰は受刑者にとって単なる害悪ではなくチャンスでもあることになる。故にこのチャンスをできるだけ拡大させるために有効な支援を行わなければならない。ここにおいて、責任刑と再社会化刑には大きな相違がなくなるのである。故に他により良い再社会化効果を持ち得るような刑罰がある限り、自由刑は回避されなければならない。もっとも極めて重大な犯罪の場合は、刑罰の応報的意義が前面に出て、保護観察のための刑の停止や罰金刑は不可能となる。以上により、有責者の自らおよび社会との和解としての贖罪と再社会化は、同じプロセスの2つの側面といえることになる。「社会にとって必要な法益保護を刑罰によって実現することは、唯一責任のゆえにのみ正当化される。しかしそれは刑罰の執行が第一

94) Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedanken im Strafrecht, JZ 1967, S. 553. 556ff. (= ders., Das Schuldprinzip, Zweite Auflage, 1976, 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)

次的に行爲者の再社会化に向けられている場合のみなのである⁹⁵⁾。」以上のように、カウフマンは、贖罪概念を通して、責任と再社会化を結合させたのである。

以上のようなカウフマンの見解では、当初切り離された贖罪と再社会化が結合されたものとも言えよう。そうすると贖罪概念は従来までの観念的なものからかなり現実的なものへと変質する。刑罰目的としては、このような贖罪＝再社会化が前面に出され、従来からの責任刑の賦科による秩序維持という役割は副次的なものとされたのである⁹⁶⁾。その意味で、この見解は特別予防論的な刑罰論と位置づけることができるだろう。なお責任の下回りについては、従来までの見解と同じくその余地はかなり狭いものであろう。

このように責任と社会復帰を結びつける発想は、わが国の佐伯千仞⁹⁷⁾にも見られる。佐伯は今日の刑罰が前提とする責任非難は、単なる応報のための応報ではなく、それを超えて「行為者に対して、すでに行われた以上、取り返しのつかない犯罪ではあるが、それを行ったことについて法および社会に対して謝罪すると

95) Kaufmann, Schuldgedanken, a.a.O. (Anm. 94), S. 558.

96) なお、カウフマンは、その後再び見解を変遷させていることに触れておかなければならない。1986年の新しい論文 (Vgl. Arthur Kaufmann, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986, S. 225ff. (邦訳として上田健二・浅田和茂訳「刑法における責任原則のための反時代的考察」アルトゥール・カウフマン著、上田健二監訳『転換期の刑法哲学第2版』(1999年) 190頁以下。)) においては「責任原理は答責原理をもたらす。答責原理において再び再社会化の理念が基礎付けられる。答責し得ない人間は拘禁し、治療し、調教することはできても再社会化を図ることはできない。なぜなら再社会化させることはできず、行為者自身だけがそれをできるからである (傍点は原文イタリック) (a.a.O. S. 231)」と述べられている。すなわち責任原理の役割は答責原理を媒介として、自発的再社会化の対象となりうる者を選び出すことだけに求められている。故に「責任は刑罰量を限定しなければならない (a.a.O. S. 232)」とは述べられているが、もはや責任は刑罰を要求するとはされておらず、贖罪と再社会化の必然的な結合も予定されていないのである。更に同じく1986年の論文 (Vgl. Arthur Kaufmann, Über die gerechte Strafe, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S. 425ff. (邦訳として上田・浅田訳「正義に導かれた刑罰について」前掲書262頁以下。)) においては「刑罰の主要目的は特別予防、特に再社会化である。それに他の刑罰目的、すなわち応報 (責任清算) と社会的な損害回復 (soziale Wiedergutmachung) が限界を設定し、修正をもたらす (威嚇については、周知のように配慮する必要がない) (傍点は原文イタリック) (a.a.O. S. 431)」と明示的に新しい立場が示されている。なお、ここで社会的な損害回復とは、法的忠誠を維持し安定化させるという行為者が社会に負っている義務を履行することを意味している。再社会化は、責任主義から切り離され、同時に責任主義と社会的損害回復が副次的な刑罰目標として位置づけられている。ここに至ってカウフマンの見解の独自性は、なお再社会化を主たる刑罰目標に位置づけていることと、なお答責原理を介して刑罰の内容についても責任が規定するとしているところに求められる。しかし、結論的には、通説的な統合説 (相対的応報刑論) あるいは積極的一般予防論にかなり接近しているといつてよいであろう。

97) 佐伯千仞『四訂・刑法講義 (総論)』(1981年) 78頁以下。

ともに自分の規範意識を高め、これから後はまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとするものである」とする。責任はこのような目的を指示するのであるが、目的を達成する手段を直接指示するものではない。「刑罰の内容を決定するものは、非合理的な応報の要求でもなく、また責任と無関係に設定された目的でもなく、むしろ責任非難によって設定された目的はどうかすれば最もよく実現されるかという合理的合目的的な考慮なのである(責任→目的→刑罰)。」刑罰の中心目的は、行為者の規範意識に訴えてその回心(改悔・後悔)をもたらすこととされ、その手段は、威嚇・改善・淘汰ということが予定される。更に、他の刑罰目的との関係では、以上のように構想された刑法体系は、「応報の理念をも、必要な限度においてこれを満たすとともに、また一般予防の作用をも適当に発揮しうると思われる」とする。以上のような佐伯説は、明確に特別予防目的を優越させるが、それは応報との調和の下に実現され、一般予防については結果として生じる程度にとどめられている⁹⁸⁾。明確な特別予防目的論であるといつてよいであろう。

このようにカウフマンと佐伯の見解はかなり類似しているように思われるが、大きく異なるところもある。カウフマンは責任の構成的意義に厳格に固執するため、特別予防の必要性がないという理由で刑が責任を下回することはほとんど認めない。それに対して佐伯は「目的考慮が責任刑を上廻る刑期を要求しても、それを拒否することとなり、反対に目的考慮からは責任刑以下で足りる場合は、現実の刑罰をそこまで減軽させることとなるであろう⁹⁹⁾」と述べるのである。この佐伯の主張は一見すると上記の責任は目的達成のための手段を指示しないという記述と齟齬するようにも思えるが、おそらく責任から目的論的に導出された社会復帰のための刑量(責任→目的→刑罰)と従来の思考方法で責任から直接導出される応報刑(責任→刑罰)との相互抑制ということを考えているものと思われる。

98) 佐伯・前掲注(97) 80頁。但し、以前は「応報や一般予防の効果が強調され、表面に押出され、右の(責任→目的→刑罰という：筆者注)一般原則が背後におしやられることもあるであろう。刑罰の究極の目的が、具体的な国家秩序の維持にある以上、これもある程度やむを得ない(佐伯千仞「刑の量定の基準」『刑法講座第1巻』(1963年) 134頁)。」という妥協的な表現も見られた。この点は、後に説を徹底されたものと思われる。

99) 佐伯・前掲注(97) 235頁。

る¹⁰⁰⁾。

また両者とも刑罰目的として一般予防を重視していない。カウフマンの場合は、社会一般の規範意識の強化も同時に重視されていたので、それ以上に独立して一般予防を考慮しないのは、ある意味では自然なことだと考えられる。それに対し、佐伯は、かなり大幅な責任刑の下回りでも許容するであろうから、これは注目すべき点である。しかしこれは佐伯説の刑罰目的概念との関係で評価しなければならない。

問題は刑罰目的たる贖罪の内容である。カウフマンの場合は贖罪の自発性を重視するため、強制的な再社会化に対しては消極的な姿勢を示す。それに対して佐伯説では、手段として威嚇・改善・淘汰を想定し、伝統的な形での積極的な社会復帰行刑が想定されているように思われる。少なくとも理論的に、社会復帰処遇を強制することは排除されていない。しかし社会復帰処遇が強制しうるかについては、上述のように最近では否定的な見解が多いのである。その一方で、カウフマンの場合は援助という形の謙抑的な介入が予定されていることもあって、自ら認めるように、重大犯罪の場合は応報＝「害悪に対する害悪」が正面にでてきてしまう。それだけでなく、確信犯のように明らかに贖罪を拒む者、あるいは常習犯で全くその気がないような者の場合にも、再社会化はほとんど機能し得なくなってしまうのではないかと懸念される¹⁰¹⁾。

更に、両者は一致して社会復帰に至るためには贖罪あるいは回心が必須であると解しているが、これ自体も現在ではかなり疑わしくなっているように思われる。

100) この点が、佐伯説が後述(VI. 1)のロクシン説に類似し、量刑における可罰的責任論を採用していると指摘される由縁である。参照、中川佑夫「責任と可罰の評価——序説的考察——」『現代の刑事法学(上)・平場安治博士還暦祝賀』(1977年)268頁以下。しかしロクシン説・平野説との比較において「消極的責任主義に依拠し、しかも積極的目的主義に陥らない可罰的責任評価として比較的安定的な構造をもつのは、佐伯説である」と言いうるであろう(大山弘「責任と予防に関する一考察」関西大学法学論集31巻5号(1982年)113頁)」という指摘が妥当かどうかは、本文後述のように疑問がある。特にわが国の行刑の現状を肯定的に評価しない場合、そのように評価できるかは問題にする余地があると思われる。

101) その他に、「再社会化に必要な刑と責任刑を同視すると、特別予防的介入を限定する責任原理の機能と、同時に法治国家的保護作用の本質的部分が失われてしまう(Claus Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 528.)」という批判も存在する。しかし、カウフマンは再社会化の強要を否定しているのだから、「贖罪」のための刑罰が「応報」という形の刑罰を超えて要求されることはないように思われる。

もちろん自らの犯した犯罪について明確に理解し、それが間違っていたと思えることは「真の」社会復帰には寄与するであろうが、そのような高いステージに全ての行為者が達することは望み得ないし、それを目標に掲げて無理に達成しようとする、行為者に自己に対する否定的なイメージを行為者に植え付けかえって逆効果となることにもつながりかねない。それに対して、とりあえず社会に復帰した際に再び犯罪行為をしないという世俗的な目標のみ掲げるのであれば、行為者が自らに犯罪者であるとのレッテルを貼り社会復帰の希望を失うことを防止し、社会で生き抜くための必要なスキルを身につけるといった方法の方が有効であるようにも思われる。また「行為者は——場合によっては正当にも——自らが社会の要求に背いたことの原因を、自らの責任ではない社会化の欠陥(unverschuldete Sozialisationsdefizite)に求め、それにもかかわらずその克服に向けて努力してうまくいくこともあり得る¹⁰²⁾」という指摘もされている。社会復帰を責任と結びつける立場は、どうしても倫理的な改善を経由することを回避することができない¹⁰³⁾。この点で贖罪論には重大な限界が存在するように思われるのである¹⁰⁴⁾。しかも佐伯説において、積極的な回心のための働きかけも予定されるとすれば、問題は更に深刻になりうる。そして佐伯説が一般予防目的を否定していることとの関係で、もし仮に、強力な贖罪教育を行刑において実施するこ

102) Roxin, a.a.O. (Anm. 101), S. 525.

103) 過ちに対する評価には、①刑法的評価②社会倫理的評価③贖罪の関係する個人倫理的評価があり、確信犯人のように①と②は満たすが③が欠ける場合、法定犯・行政犯のように①は満たすが③はもちろん充足されず、場合によっては②も充足されない場合があり得、刑罰による贖罪を要求しうるのは全てが重なる場合だけであるという分析として、米山哲夫「刑事司法制度における償いの思想」早稲田法学会誌32巻(1981年)375頁以下参照。

104) なお、その他にも判決言い渡し時において悔悟の情を見せていない場合には、刑罰が重く(特に実刑が考慮される)なるのではないかという問題もある。例えば裁判官から見て不合理と思われる否認を繰り返している被告人は、未だ自らの責任を引き受ける準備ができておらず、従って刑務所の中で規範意識を醸成しなければならない、と判断されるように思われる。この点、佐伯説においては、公判における自白や否認は量刑事由としては一切考慮していないと主張されることとの関係が問題となる(佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」『木村博士還暦祝賀・刑事法學の基本問題(下)』(1958年)1008頁以下)。この場合、単にそのような被告人の態度を考慮してしまうのが「人情」だからという問題にとどまらず、より積極的に考慮することが要請されることとなるように思われる。佐伯は「被告人の対社会的態度を判断しその人格を評価するためには、他にいくらかの方法がある(同1010頁)」と主張している。確かに、単なる予後の危険性の判断であればそのような主張も可能かもしれない。しかし、行為者に回心を要求する以上は、罪を認めることは大前提なのであり、それは単なる人格評価の問題ではないのである。

とにより国民の納得を得ることができるから「一般予防の作用をも適当に発揮しうる」という方法での解決が、予定されているとするならば、一般予防目的の否定についてもあまり評価できないことになってしまう。また量刑論としてみた場合、裁判段階での贖罪が強制されてしまわないか、その場合の贖罪とは表面的なものである可能性が高くないか、特に量刑が被害者の意向に強く左右されてしまわないかなどが懸念される。刑罰目的として贖罪を前面に出すことに賛成することはできない。

(2) 行為の危険性論

特別予防論に基づく量刑論の中には、佐伯説と同じく責任の範囲内で特別予防の必要性により刑を決定するという構成をとりながら、贖罪を追求するのではなく、予防の対象を行為の危険性と構成する朝倉京一の見解もある。この説では、予防の対象を、行為者の社会的危険性とすることは、危険性の予測が極めて困難であることなどから否定し、「対象を確定性にまず疑いのない行為の危険性とし、これを客観化¹⁰⁵⁾」するのである。そして「その眼目は、社会的に危険性のある行為がもたらす法秩序侵害の事実の重大性を科刑によって再確認させる¹⁰⁶⁾」ことにあり、それは当の行為者の意識に向けられる。そのことで刑の適用が明確になり、刑を受ける者の納得を容易にし、自己責任を促し、刑罰目的ひいては刑法の任務にも適合するといわれる。他方、一般予防については、以上のような「特別予防を考慮に入れた適正な裁判および刑の執行によって、市民社会の大多数の者の納得はおのずと期待されるといってよいのであって、一般予防の意味はそれで十分である」と主張されており、量刑における独自の意義を否定している。

朝倉説では責任と特別予防の接着がないため、贖罪説の難点を回避し得ている。しかし、明確性を確保しようとして対象を行為の危険性とする場合には、やはり問題があるように思われる。まずそれは犯罪自体の責任という概念とどこが異なるのが問題になると思われるが、朝倉は、責任の本質について「規範的・価値的にこれを違法行為に対する非難可能性として捉え¹⁰⁷⁾」るとされるのみであり、

105) 朝倉京一「刑法における責任と予防の問題」刑法雑誌26巻3=4号(1985年)395頁以下。

106) 朝倉・前掲注(105)400頁。

107) 朝倉・前掲注(105)386頁。

それと「社会的に危険性のある行為の法秩序侵害の事実の重大性¹⁰⁸⁾」とがどう異なるかは明らかではない。両者が同じく規範・秩序に対する侵害であるとすれば、違いは行為者の非難可能性を要件とするかどうかだけということになる。しかしそれでは、科刑が責任の程度を下回り、客観的な行為の危険性を基準に行われる場合というものはおよそ想定しがたいことになる。行為の危険性の内実が明らかにされなければならない。また、そのような量刑は規範違反行為だけに比例した極めて硬直した量刑となってしまう。それにより行為者が納得し自己責任を促すことにより特別予防目的を達成するとされているが、それは社会復帰を目標とした特別予防とはかなり異質なものである。朝倉が実定法上で予防原則が採用されていることの根拠として掲げている執行猶予などの運用も、犯罪行為自体の重大性を基準とすることになってしまふ。確かにこのような説に立てば、同じく例として挙げられている一厘事件のように被害が軽微な場合に重い刑罰が科されることはなくなるが、それは可罰的違法性がないからである。反対に、被害が重大である場合に、行為者の事情を考慮して刑を軽くする余地を認めないことになる。それでは「ほぼ一貫して受刑者の処遇および社会復帰の促進に向けて刑事政策的努力を払って¹⁰⁹⁾」きた行刑実務とも調和しがたいように思われるのである。また逆にそのような行為に比例する刑罰であるからこそ、別個に一般予防に配慮する必要もないといえる側面もあるのであり、一般予防を独立に考慮しないことを過大に評価することは困難だと思われる。

(3) 行為者の規範意識の確認・強化論

行為責任の範囲内で(すなわち消極的行為責任主義の下で)行為者の「規範意識の確認・強化の必要性」を基準として量刑を行うという城下裕二の見解¹¹⁰⁾も存在する。それによれば、(1) 刑罰の期間限定の問題については行為責任を限界とすることにより、特別予防的考慮が過度にわたることを防止できる。(2) 再犯の危険が存在しない場合、極めて重大な犯罪であっても処罰できないことにならないかという疑問に対しては、再犯の危険が存在しない場合には、法定刑

108) 朝倉・前掲注(105) 399頁。

109) 朝倉・前掲注(105) 401頁。

110) 城下裕二『量刑基準の研究』(1995年) 132頁以下。

(または処断刑)の最下限に位置する刑罰を科す(あるいは執行猶予にする)ことにする。(3) 刑罰によって多数者が自分たちに都合のよい生活様式に少数者を適合させるよう強制することがなぜ可能なのかという疑問に対しては、刑罰の正当化根拠を犯罪防止に求めるならば、行為者の再社会化という意味での特別予防的考慮に基づいた量刑を行い、それによって将来の犯罪を防止することとも正当化される、とする。他方一般予防については「行為者の再社会化に資する刑罰こそが一般人によって納得・受容され、その規範意識の確認・強化に役立つものと解するべきである。換言すれば、量刑における(一般人に対する規範意識の確認・強化という意味での)一般予防は、消極的行為責任主義の下で、行為者に対する特別予防的考慮に基づいて導かれた刑罰を科すことによって達成される¹¹¹⁾」ことになる。

城下説では、行為者の規範意識の確認・強化の必要性というのが具体的に何を意味するかはなお不明であるが¹¹²⁾、これまで見てきた諸説における特別予防目的自体の難点は一応克服されているといえる。

しかし第1に、量刑における一般予防目的は特別予防の反射的なものに過ぎないとする立場にどの程度説得力があるかということが問題となる。城下説では、規範意識の確認・強化の必要性の判断方法次第ではあるが、犯した犯罪の重大性と刑の重さが全く切り離される可能性がある¹¹³⁾。特に、再犯の危険が存在しないとされる場合にはどんなに重大な犯罪であっても、法定刑の最下限の刑が科されることとなる。そればかりか、酌量減輕規定の適用が問題になるはずである。酌量減輕は「犯罪そのものの情状に限らず、犯人の性格・年齢・境遇・犯罪後の情状その他諸般の情状¹¹⁴⁾」により適用の有無が問題となるからである。また将

111) 城下・前掲注(110)136頁。

112) 浅田和茂「文献紹介7」同『刑事責任能力の研究・下巻』(1999年)418頁は城下説について「特別予防の内容をもつば『行為者の規範意識の確認・強化』と捉えている点には、上からの矯正という発想が濃厚であり、社会復帰するのは行為者自身であって、それを援助するのが行刑であるという観点から再考を要する」と評価する。

113) 城下と同様に量刑段階で一般予防目的の独立した考慮を否定する金澤文雄の見解もあるが、金澤説では、量刑段階で特別予防目的と共に応報・責任清算目的をも考慮し、責任刑を極端に下回る量刑を許容しないのであるから、城下説におけるような問題は生じない。金澤文雄「刑罰の目的」『矯正協会百周年記念論文集・第一巻』(1988年)205頁以下参照。

114) 所一彦「第12章・酌量減輕」団藤重光(編)『注釈刑法(2)のⅡ』(1969年)852頁。

来的に刑法が改正されて刑法総則に刑の酌量的免除の規定が導入されるとすれば¹¹⁵⁾、城下説では、再犯の危険がない場合常に刑を免除することになる。城下は一般予防は刑の法定段階で考慮すべきだとしているが¹¹⁶⁾、酌量減輕との関係では立法者が法定刑に託した一般予防目的と特別予防目的の衝突が起こらざるを得ない¹¹⁷⁾。確かに、一般予防にどの程度有効性があるかについては、多くの異論が出されているところであり、その効果を過度の強調するのは妥当ではない。しかしその効果を全く否定することはできないであろう。城下も立法段階での一般予防は承認しているのであるから、限定的にせよ一般予防の有効性を認めているはずである。それが量刑の段階では特別予防の必要性に完全に従属してしまうとすると、一般予防効果が大幅に減殺されてしまわないだろうか。立法者が法定刑に託した一般予防の意義が国民に真剣に受け取られず、ひいては立法段階での一般予防目的すら疑われることになるおそれがあるように思われるのである。

第2に、同じような行為をした場合であっても、規範意識の確認・強化が必要と判断された行為者と必要ないと判断された行為者とで著しい刑の不均衡が生じうることとなる。確かに量刑の個別的妥当性を追求する立場からは、ある程度の刑の不均衡は是認されるべきであり、そうでなく硬直した量刑に至ってはならないのはその通りである。しかし、規範意識の維持・強化の必要性という内容が不明確であるが故に判断が容易でなく、かつ判断者の主観的判断に左右されやすい要素を取り上げる場合は、特に行為者および社会一般の納得を得るのが難しくなる。また判断の困難性の故に、真の量刑理由を隠蔽するものとして機能するおそれもある。更に、量刑が特別予防目的のみを有するとすれば、再犯が発生した場合は即、量刑(および行刑)が失敗したと判断されることとなる。そうなる場合と量刑判断者としては、規範意識の確認・強化が不要であるとの判断はなかなか下しにくくなり、緩刑化を抑制する要因ともなりうるであろう。

115) このような主張として、吉岡一男「量刑と適正手続」同『刑事制度論の展開』(1997年)229頁。

116) 城下・前掲注(110)136頁。

117) なお城下は「『量刑』は本質的に立法者と裁判官の『共同作業』(城下・前掲注(110)11頁。)」であるとしているので、裁判官は法定刑の重みを無視するわけにはいかないのではないだろうか。

(4) 小括

以上、現代においては特別予防目的のみを一元的に考慮すると見られる見解を検討した。しかし特別予防の内部でも、社会復帰の観点と保安の観点は当然異なる量刑を要求するはずであり、そこでは調整原理が必要となる。にもかかわらず論者達は、(1) 贖罪のみ、(2) 行為の危険性のみ、(3) 規範意識の強化・確認の必要性のみを量刑基準としている。(1) 説は社会復帰、(2) 説は保安の観点を選択することにより、量刑基準におけるアンチノミーの発生を回避していた。それは一面では明快であるが、それだけに窮屈な量刑となってしまうおそれもあった。それに対して(3) 説は、社会復帰ならびに保安の観点を統合的に考慮する可能性を持つものではあるが、それだけに判断基準としての明確性に問題があった。また全てに共通する問題ではあるが、特に(3) 説にあっては、一般予防効果を損なうおそれがあるほか、刑の不平等が生じる可能性が高く、刑罰制度が説得性を維持しうるかには疑問がある。これらの問題を回避するためには、やはり一定程度一般予防という要素を持ち出さざるを得ないように思われるのである。

3 特別予防と他の刑罰目的との調整

特別予防目的だけを考慮した量刑基準論は困難であるという立場を前提とすると、特別予防と一般予防とが矛盾した場合の解決方法が問題となる。ここでは責任と予防目的との調整に関するウォルフガング・フリッシュの見解¹¹⁸⁾を参照することとする。フリッシュはまず前提として、責任と予防のアンチノミーの誇張を戒める。現在の犯罪学の状態で、一般予防について、特定の刑量が特定の威嚇効果を持つことや、潜在的犯罪者の威嚇のために一定の刑量が必要だということを、主張することはできない。故に問題は責任刑を超えた刑による威嚇が必要だと裁判官が考えた場合である。同様に特別予防に関しても、問題は責任刑を賦科

118) Vgl. *Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, ZStW 99 (1987), S. 364ff. なお、フリッシュは責任相当刑と積極的一般予防のための刑を等価値なものと考えている。故に、単純に責任に刑罰限定機能のみを付し責任刑の下回りを認めるという構成は取れない。責任を下回るとことは一般予防効果をも損なうことになるからである。

することが行為者の社会化を強く危険にさらす場合と責任刑が相対的に短期である場合に、それを超える危険性が十分確実に予測されうる場合だけである。それを踏まえた上でフリッシュは一般予防・特別予防を理由とする責任刑の超過は許されないとする。なぜなら「非難可能性が十分な場合、すなわち行為者が実現した不法が非難されうる限りにおいてのみ、(その性質上) 社会倫理的な非難としての刑罰は科すことが許される。責任の超過は、(刑罰の性質を考慮して) 憲法上根付いている法治国家原理に含まれる正義の思想から禁じられる¹¹⁹⁾」からである。

次に、責任刑の賦科が行為者の統合・社会化を強く害する場合であるが、「特別予防の必要性が欠けるとしても、犯された有責な行為に相当な、特に有責な不法の程度に対応した行為によってもたらされた法秩序と法的平和の破壊に反応することは、原則的に規範の通用力や不破壊性を維持するために必要である¹²⁰⁾」とされる。しかし他方で、国家は個人を犯罪のない生活におくという任務を持っているので、まさにそれに反する帰結を持つおそれのある介入は、より重要な任務の達成に不可欠である場合のみ許される。故に第1に、そのような場合に広義の量刑すなわち刑の執行形態を緩和することができる。刑の執行停止が可能な領域で執行による人格の破壊の危険が切迫している場合において、既に一般予防の必要性は責任刑を賦科することを通じて考慮されていると考えてよい。規範の妥当が問題視される程度は弱いので、それよりも執行を停止する方が有意義なのである。第2に、刑の執行停止が不可能な領域において、人格破壊の高度の危険性が存在するならば、この結果を回避するための最終手段として、その危険を回避することが可能な領域まで責任刑を下回ることが必要とされる。但し場合によっては、刑の執行の緩和と残刑の停止を組み合わせた形もあり得る。なぜこのようなことが必要とされるのかといえば、そのような相対的に稀な例外事例において、民衆の法意識が害され、また潜在的行為者が犯罪を決意するという経験的な論証は全く存在しないからである。また、そのような異例な場合には、既にそのことで法秩序の浸食の危険は回避されるとも言える。「責任刑の機能的意義をも考え

119) *Frisch*, a.a.O. (Anm. 118), S. 367.

120) *Frisch*, a.a.O. (Anm. 118), S. 368.

併せる考察方法は、責任刑の下回りの可能性を原理的に承認することを回避し得ない¹²¹⁾」のである。

以上のようなフリッシュの見解において、問題領域を限定したうえで、特別予防と責任の衝突のみを考えるという方向性は、本稿のように一般予防目的と特別予防目的との調整を考慮する場合にも参考に値する¹²²⁾。第1の解決方法、すなわち刑の執行形態を工夫するというのは、位置価説も認めていたところであり、おそらく難点が少ないと思われる。ここでは責任刑による一般予防効果が非常にノミナルなものと位置づけられている点にも注目したい。行為者による犯罪の重大性を量刑によって明示することで、象徴的な効果が確保されると考えることは十分に可能であるように思われる¹²³⁾。但し、前述のようにわが国では広義の量刑に関しても責任と予防の両方の観点から決定されるとの観念が一般的であり、また刑罰に関する条文が非常に大まかである現状ではそのように考えることもやむを得ないと思われる¹²⁴⁾。第1の解決方法がわが国で機能する場面は限定的であろう。そこで第2の解決が注目される。ここでフリッシュは、まさに極限的な場合を想定しているように思えるが、そのように限定する必要があるのかは疑わしい。しかしそれは刑の執行による行為者への悪影響がどこまで確実に予測されるかという問題であるので、ここでは立ち入らない。他方、責任の下回りの制限として、必然的な法意識の侵害や潜在的行為者の犯罪の発生を証明しなければならないとすれば、やや過剰な要求と言えるかもしれない。そのような証明ができる場合が果たしてどの程度あるのかは疑問であるだろう。事案の異常性を強調するのも、そのような場合でも民衆の法意識を害しないために責任刑が必要だとする前提からすればあまり説得力がないかもしれない。結論的には、責任の下回りは認めるべきだと思われるが、その理論構成としては、刑を下回らせることが再犯防止に役立つことが、ある程度確実に主張できることによって、観念的には

121) *Frisch*, a.a.O. (Anm. 118), S. 369.

122) 以下、本節で責任あるいは責任刑というフリッシュの概念に言及するときは、本稿の立場では一般予防の必要性あるいは一般予防の必要性に見合った刑という意味に読み替えていただきたい。

123) このように述べることは、量刑における一般予防の独立した考慮を認めない立場とはなお異なるものである。

124) 第2章第5節参照。

(224) 本庄 武・刑罰論から見た量刑基準（１）

損なわれると考えざるを得ない一般予防の利益を補うということを基本に据えるべきではないかと思われるのである。（以下次号）