

法定刑引き上げと刑罰論

松 宮 孝 明

一 問題の所在

1 今次の法改正

本稿で取り上げるテーマは、2004年12月に成立し翌年1月に施行された法定刑の引き上げ等に関する刑法の一部改正（平成16年法律第156号）と、2005年6月に成立して施行された人身売買罪の新設等に関する刑法一部改正（平成17法律第66号）というふたつの法改正の背後にある（と思われる）根拠を刑罰論の視点で検討することである¹⁾。そこで、以下では、まず、これらの改正の概要と、その刑罰論的根拠づけを示しておこう。

(1) 法定刑の引き上げ等

2004年12月の改正の概要は、以下のようなものであった。第一に、刑法総則の有期刑の上限を、それまでの15年から20年に引き上げ、同時に、併合罪等を理由とする加重の上限を20年から30年に引き上げた。あわせて、死刑および無期懲役を減輕する場合にも、30年の懲役を可能とした。第二に、強制わいせつ、強姦および強姦致死傷の各罪等の法定刑を、その刑の上限・下限とも引き上げ、あわせて、集団強姦の罪を新たに設けた。第三に、強姦罪の刑の下限引き上げに対応して、殺人罪の刑の下限を3年から5年に、組織的な殺人罪のそれを5年から6年に引き上げた。第四に、傷害、傷害致死、危険運転致傷等の罪について、刑の上限ないし下限を引き上げた。なお、法制審議会での意見を踏まえて、かねてから、酌量減輕をくわえても刑の執行猶予ができない強盗致傷罪（刑法240条前段）につい

て、その刑の下限を懲役7年から懲役6年に引き下げた。第五に、公訴時効期間を、死刑に当たる罪については15年から25年に、無期の懲役または禁錮に当たる罪については10年から15年に延長し、さらに、新たに設けられる長期15年以上の懲役または禁錮に当たる罪については10年とした。

この改正の特徴は、殺人罪や強制わいせつ罪等の刑の下限の引き上げを別にすれば、死刑をも可能とするような「最も凶悪な」犯罪ではなく、改正前の有期刑と無期刑との境界線上にある「中程度に凶悪な」犯罪を狙いとしたものであることにある。そのような改正の背景として挙げられたのは、国内の治安水準ないし「体感治安」が悪化しており、その大きな要因の一つとして、人の生命や身体等に重大な危害を及ぼす凶悪犯罪その他の重大犯罪の増加傾向が続いていることや、2003年12月に犯罪対策閣僚会議によって策定された「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」において、安全で安心して暮らせる社会の実現を基本的な責務とする国において取り組むべき五つの重点課題の一つとして「治安回復のための基盤整備」が掲げられており、そのための施策の一つである「凶悪犯罪等に関する罰則整備」の中で、「凶悪犯罪の法定刑の引き上げ、現在20年とされている有期刑の上限の引き上げ等を含めた凶悪犯罪等に関する罰則の整備について検討する。」との方針が示されていること、この「行動計画」に示されている一連の施策と一体をなすものとして、凶悪犯罪その他の重大犯罪に適切に対処することにより、国内の治安回復のための基盤を整備するとの喫緊の社会的要請に応えることなどが指摘されている。そのほか、法制審議会刑事法特別部会の当初の議論では、国民の平均寿命の延びが刑期を相対的に短く感じさせていること、有期刑の上限に関して無期刑との格差を埋めることも挙げられていた。さらに、論者の中には、仮釈放が積極的に活用されるという見通しを前提として、有期刑の長期化によって仮釈放期間を長くし再犯率を下げることや、殺人罪や強制わいせつ罪等の刑の下限の引き上げに関して被侵害法益ないしそれを侵害する犯罪の重さを適切に反映することを挙げるものもあった。

この重罰化改正の背景にある刑罰論は、次のようなものに分類される。まず、(1) 有期刑の長期化による法定刑の抑止力＝威嚇力の強化、つまり「抑止刑＝威嚇刑」論である。今日の言葉では、「消極的一般予防」論とも呼ばれる。ここには、前述の と が含まれる。というのも、 と は、重罰化による犯罪抑止とそれを通じた人々の不安感の除去を目的としているからである。次に、(2) 罪刑均衡を内容とする応報の変化に対応するものとしての「応報刑」論が挙げられる。 の平均寿命の伸びの指摘は、これを意味する。つまり、人々の寿命が延びたために、従来の有期刑の上限であった20年の人生に対してもつ意味が小さくなったというのである。また、無期刑との格差解消をいう も、ここに含まれよう。さらに、(3) 保護観察期間の長期化による改善・再社会化という意味での「特別予防」論も登場している。 の主張がそれである。最後に、(4) 法定刑は人々の規範意識＝規範を反映したものであるべきだという意味での「積極的一般予防」論らしきものも見受けられる。これは、 の主張と、一部は、 の指摘の中にも含まれている²⁾。

(2) 人身売買罪の新設等

右の改正に続いた人身売買罪の新設等に関する刑法改正では、入管法改正も含めた「人身取引」(ヒューマン・トラフィッキング)に対する総合的な政策が必要とされていた。そこで、「人身売買罪」(226条の2)の新設や逮捕・監禁罪(刑法220条)、略取誘拐罪(刑法224条以下)の法定刑引き上げが行われた。その背景には、グローバリゼーションの中での貧困と「出稼ぎ」「(性的)搾取」の蔓延等がある。法制審議会刑事法部会での説明では、これは、2000年に国連において、「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約を補足する人、特に女性及び児童の取引を防止し、抑止し及び処罰するための議定書」(以下、「人身取引議定書」と呼ぶ。)が採択され2003年12月に発効したことに伴い、この条約で義務づけられている人身取引の犯罪化等の措置の一環をなすものである。立案当局の説明によると、近時、わが国においても、人身取引やこれに関連する反社会的行

為の発生がうかがわれるところであり、政府としても、人身取引が基本的人権を侵害する深刻な問題であるとの認識の下、先の「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」に、人身取引議定書の締結に向けて、人身取引等に係る行為を処罰するための法整備に関する検討を進める旨を盛り込んでおり、2004年4月には、内閣に「人身取引対策に関する関係省庁連絡会議」を設置し、総合的な対策を検討しているところとのことであった。

同時に、この改正では、人身の自由を侵害する行為の中に、長期間にわたる監禁事案や、悪質な幼児略取・誘拐事案、国境を越えた略取・誘拐事案など、現行の罰則では適正に対処することが困難なものも見られるとの理由で、逮捕・監禁罪や略取・誘拐罪等の法定刑の引き上げも行われたのである。

要するに、この改正の狙いとしたのは、人身取引議定書の早期締結を目指すとともに、人身の自由を侵害する悪質な犯罪に対する法定刑引き上げによる威嚇力の強化つまり「消極的一般予防」と、罪刑の均衡という意味での「応報」である³⁾。

二 刑罰論の諸相

そこで、次に、これらの改正論拠を検討するために、伝統的な刑罰論の諸相を明らかにしておこう。

1 絶対的刑罰論と相対的刑罰論

刑罰論は、まず、絶対的なそれと相対的なそれとに分けられる。絶対的刑罰論とは、刑罰は犯罪に相応する反作用つまり「応報」であり、それ以外に何らの目的も効用ももたないというものである⁴⁾。その代表として挙げられる思想家は、ドイツのカントとヘーゲルである。しかし、この両者を同じ「絶対的」刑罰論に位置づけてよいかどうか、すでに問題である。

2 応報刑

(1) カントの刑罰論

カントの刑罰論の特徴は、正義と効用の完全な分離にある。その『道徳形而上学』（1798年）によると、一方では、犯罪の予防には有益だが正義に反する刑罰があり、他方では、正義には適うが犯罪の予防には役立たない刑罰があるというのである。そして、そこでは、正義に適う後者が正当な刑罰とされる。つまり、「絶対的」応報刑（＝タリオ）である。なぜなら、人格は他者の目的の手段とされてはならず、また、物権法の客体とされてもならないからである。したがって、たとえば、「もしも明日市民社会が解散すると、刑は執行されるべし」ということになる。ここでは、市民社会の維持という目的がなくなっても、犯罪に応じた刑を執行するのが正義だというのである。

もっとも、このように主張するカントも、たとえば窃盗犯人に一定期間施設内での強制労働を課す刑罰については、これを認めていた。ここでは、いかにして、盗まれたものが一定期間の強制労働と等価になるのかという問題が生ずる。それも、盗まれたものについては返還ないし損害賠償がなされたとしても、である。

これを説明するためにカントは、窃盗行為が社会の全所有権秩序への攻撃という意味を持つことをもちだす。ここでは、強制労働刑という「同じ害」の比較対象は、もはや個々の犯罪被害ではなくて、「汝、盗むなかれ」という社会規範の妥当侵害そのものである。このことは、カントの「絶対的」応報刑論が、規範妥当侵害の回復という目的に媒介されて罪刑の均衡を決定する「相対的な」応報刑論であることを示唆している。

(2) ヘーゲルの刑罰論

この方向をさらに進めたのが、ヘーゲルの「応報刑論」である。彼の『法哲学概論』（1821年）によれば、刑罰は、必ずしも、過去の不法に対する「応報」を自己目的としているのではなく、その「応報刑」は、以後の犯罪の防止ではないけれども 規範妥当の維持という意味で、展望

的なのである。

もっとも、それは、一般的に承認されている「目的」刑論とは異なる。たしかに、ヘーゲルは、フォイエルバッハの「心理強制説」のような威嚇的・功利的な「消極的一般予防」による正当化を拒絶した。それは、「人格を犬のように扱う」ものだからである。そして、その意味では、威嚇的ではなくとも、一人前の大人である犯罪者を教育処分の対象にして子供のように扱うという意味での、ある種の改善・教育という「特別予防」も、「人格を犬のように扱う」ものとして拒絶されることになる。ゆえに、「相対的」刑罰論がこれらの「目的」刑論に尽きているのなら、ヘーゲルの刑罰論は「絶対的」であろう。しかし、カントへのコメントで示唆したように、事実はそうではないのである。そこでは、刑罰は、規範の否定という意味をもつ犯罪を否定することで規範妥当を維持するという「意味」をもつ。そこでは、刑罰は犯罪者を「人格」つまり一人前の市民として扱うことを意味する。一人前の市民であるからこそ、その犯罪行動は、単なる威嚇や教育の対象ではなく、非難の対象となるのである。

もっとも、このように、刑罰を、犯罪の否定による規範妥当の回復という意味で理解するなら、何ゆえに苦痛である刑罰を現実には犯罪者に与えなければならないのかという疑問が残されることになる。裁判所による有罪判決だけで、犯罪の否定としては十分ではないかということである。この疑問は、後の「5 積極的一般予防」において検討することにしよう。

3 消極的一般予防

(1) 威嚇・心理強制

一般に「消極的一般予防」(negative Generalprävention)と呼ばれる刑罰目的には、「威嚇」と「心理強制」が含まれる。「威嚇」(Abschreckung, deterrence)というのは、文字通り、「刑罰は怖いぞ」と思わせて一般の人々を犯罪から遠ざけることである。これに対して、フォイエルバッハの提唱による「心理強制」は少し異なり、刑罰に対する情緒的な恐怖よりも、

刑罰として加えられる不利益を予告し「犯罪は損だぞ」と思わせて、つまり功利的な計算によって、一般の人々を犯罪から遠ざけることである。しかし、両者は、人々の善悪の意識つまり「規範意識」に働きかけるのではなく、恐怖ないし損得勘定に訴えるという点で人格が道徳的な存在でもあることを見過ごし、「市民」としての自治能力を信じないという点では共通である。その意味で、「消極的な」刑罰論とされる。

同時に、威嚇刑論（それを「抑止刑論」と言い換えても、本質は同じである。）には、現実に犯罪が行われたことが威嚇の失敗を意味するという、功利主義的なレベルでの弱点がある。それでも刑罰の威嚇力を信じる場合には、刑罰は「罪刑均衡」という意味での「応報」の限界を超えてエスカレートすることになる。しかし、歴史が証明するように、死刑を多用しても、やはり犯罪はなくなる。

また、心理強制説に対しては、数万円の金のために人を殺す者に対してはそれを上回る罰金で十分なはずであり、反対に、生命に対する現在のものとはいえない 危難を避けるために他人の器物を破壊する者に対しては、死刑が科されなければならないという結論になるはずであるとす批判が妥当する⁵⁾。つまり、心理強制説は、心理強制の手段とすべき害悪は、犯罪によって引き起こされた（あるいは、引き起こされようとした）害悪ではなく、犯罪の動機となった利益を基準に決めなければならないはずだという事実を見過ごしているのである⁶⁾。

加えて、これらの「消極的一般予防」論に対しては、「人格を犬のように扱うものである」とするヘーゲルの前述の批判が妥当する。したがって、「消極的一般予防」は、その威嚇力が実証されないばかりでなく、論理的にも、そして規範的つまり正義からみても、刑罰の正当性を論証できるものではないのである。

(2) 社会教育

刑罰を、人々の社会倫理的判断を形成し、既存の法に従う心情を強化するものとして理解する見解もある⁷⁾。「国民の規範意識の強化」を刑罰目

的とする見解も、ここに含めてよいであろう。そこでは、「国民の規範意識を強化することによって犯罪に強くなる社会を実現することが肝心であり、法定刑は、その犯罪に対する国民の怒り、憎しみの程度を象徴する意味を持つ⁸⁾」とされるのである。これは、「刑法の規範形成機能」と呼ばれるものである。

もっとも、規範形成機能は、必ずしも、懲役や禁錮といった拘禁刑を正当化するものではない。アメリカには、拘禁刑に代えて、罪名を書いた札を下げて歩くとか社会奉仕活動を強制するとかいった「恥辱付与」(shaming)を用いるべきだとする主張もある⁹⁾。もちろん、それは、犯罪者個人への非難という意味でなら、次の「特別」予防の一種だということになる。しかし、その主たる関心は、犯罪者がみせしめとして恥辱を与えられることによって人々の規範意識を強化する点にあるのであり、その意味では「一般」予防の一種なのである¹⁰⁾。

この「社会教育」は、後で扱う「積極的一般予防」と混同されることが多い。しかし、両者の間には、決定的な相違がある。それは、市民ないし国民を教育の客体とみるのか、それとも自律の主体とみるのかという違いである。「社会教育」では、規範は市民の中に自生するものではなくて、啓蒙された他者から教育されるものとなる。それにもまた、「人格を犬のように扱うもの」というヘーゲルの批判が妥当する。一人前の市民は、刑罰で教育されなくても、殺人や窃盗が悪いことは知っている。

また、「恥辱付与」に対しては、それは却って、屈辱を受けた者に、後悔と反省ではなく、怒りと屈辱感と呼び起こし、その結果として反社会的行動に駆り立てる危険をもつものであるとする批判が妥当する。それは、ヘーゲル応報刑論にいう「犯罪者を人格として扱う」こととは対極のものである¹¹⁾。

いずれにせよ、一人前の市民を前にして「社会教育」的な刑罰論を説くことは、文字通り「釈迦に説法」であって、市民の個人としての尊重や、「市民の中にある規範を制定法に反映すべきだ」という意味での民主主義

に反することになる。その意味で、この刑罰論は、規範論理的に誤りである¹²⁾。

なお、ここに「一般の人々の安心・安全感の確保」を含めて考えることもできるかもしれない。というのも、犯罪には適切な刑罰が加えられることを人々に教えて、その安心・安全感を確保するということも、「社会教育」的な意味での一般予防と考えることができるからである¹³⁾。しかし、これに対しては、功利的・実証的なレベルでの二種類の難点がある。ひとつは、ドイツのシェヒの研究が、犯罪の予防のためにも、一般の人々の間での刑法の妥当性の維持のためにも、さらには、人々の間にある犯罪に対する不安を小さくするためにも、重罰化は不要である、と結論づけていることである¹⁴⁾。すなわち、「犯罪に対する不安は、公式あるいは非公式の制裁にはまったく左右されない」というのである。彼は、犯罪に対する不安は、犯罪に対する制裁が高い確率で予想されることによっても低下することはなく、逆に、制裁される見込みが低いことによっても高められることもないという結果を示しているのである。これでは、刑罰は、犯罪に対する不安を小さくするという効果をもたないので、それによって正当化することはできなくなる。

もうひとつは、厳格な処罰を求める欲求も、裁判所の刑が軽すぎることを知るか否かに左右されるのではなく、むしろ、とりわけ、規範の比較的高い道徳的拘束力に左右されるという結果が示されていることである。同様に、アメリカにも、厳罰化の欲求は人々が社会における道徳や規律による統合力が低下していると評価することにあるとする実証研究がある¹⁵⁾。つまり、刑が軽すぎるといふ人々の判断 仮に、それが現実にあるとすれば は、裁判実務を知って行うのではなく、「社会が乱れている」とか「モラルが地に落ちた」といった社会規範の統合力の低下という評価に左右されているのである。これでは、刑罰を引き上げても重罰化欲求はおさまらない。むしろ、「社会のモラルが乱れている」というマスコミ報道を禁止したほうがよいくらいである。

(3) 無害化または社会からの隔離

犯罪者を 死刑を含めて 社会から隔離し、あるいは、性犯罪であれば去勢するといった措置で無害化することは、一般には、次の「特別」予防の一種と解されている。それについては後に述べることとするが、しかし、この「無害化」や「隔離」(いずれも incapacitation)は、それによって犯罪に対する人々の不安を小さくするという意味では、先の「社会教育」の場合と同じく、「一般」予防の意味をもつ。拘禁刑であれば、刑期の長期化によって犯罪者が長期に隔離され、その間、人々はその犯罪者による加害の不安から免れられるというのである。

しかし、この考え方も、「社会教育」の場合と同じく、実証的な批判に晒される。なぜなら、前述のように、人々の犯罪に対する不安は、言い渡され執行される刑の軽重には左右されないからである。また、それは、「人格は他者の目的の手段とされてはならず、また、物権法の客体とされてもならない」という「消極的一般予防」のもつ規範的弱点を免れていない。

4 特別予防

特別予防は、一般には、犯罪者の改善・教育・社会復帰を指すことが多い。これらは、犯罪者の社会への順応と合法的な生活を援助するものであることから、消極的一般予防よりも肯定的なものとみなされるのが一般である。しかし、「特別」予防が犯罪者自身の犯罪行動を防止することを意味するのであれば、その手段は改善・矯正・社会復帰に限られない。たとえば、犯罪者自身を刑務所に閉じ込めて犯罪の機会を奪うという「隔離」や「無害化」でも、また、刑罰に対する恐怖心を利用して二度と処罰されたくないと思わせることによってでも、犯罪者による以後の犯罪は予防されうるのである。そこで、以下では、特別予防を三種類に分けて論じることとする。

(1) 改善・教育・社会復帰

前述のように、改善・矯正・社会復帰は、犯罪者を社会に順応させて以

後の犯罪を防止するという意味で、肯定的に受け止められることが多い。しかし、刑罰の正当化根拠としてこれらを持ち出す場合、やはり、功利的・実証的なレベルと規範的なレベルでの疑問に晒される。

まず、功利的・実証的なレベルでは、刑罰は犯罪者の再犯の防止に役立たないという異論が唱えられる。威嚇の場合と同じく、この場合でも、再犯の存在は、刑罰による改善・矯正の失敗を意味することになる。それも、拘禁刑の場合、拘禁期間が長くなればなるほど、釈放後の合法的な収入の道が閉ざされ、また、刑務所での「悪風感染」の危険も高まるだけに、単なる失敗ではなくて、刑罰自体が社会復帰を妨げ犯罪を助長しているという疑いにつながることになる。

規範的なレベルでは、受刑者への強制的な「処遇」による矯正は、やはり「人格を犬のように扱う」ものではないかという疑問が提起される¹⁶⁾。「一人前的人格」が相手であれば、「改善」とか「矯正」といった、対象者を「物権法の客体」のように扱う措置はとれないはずだからである。その意味で、威嚇に比べて肯定的に受け止められる「改善」や「矯正」ではあるが、やはりそれも「消極的な」ものでしかない。

さらに、欧米の歴史では、これら「社会復帰」思想は、宣告刑のばらつきと刑の長期化、そして刑務所の過剰収容を招いて失敗した。つまり、「社会復帰」は、刑そのものを正当化する根拠としては、すでに破綻しているのである¹⁷⁾。

(2) 無害化または社会からの隔離

「無害化」または「隔離」(incapacitation)は、犯罪者自身から犯罪を行う機会を奪って以後の犯罪を予防するという意味で、「特別」予防である。死刑や仮釈放のない終身刑ではもちろん、有期刑でも、少なくとも拘禁期間中は、その効果は確実である。しかし、窃盗癖のある人間だという理由で、その人物を一生刑務所に閉じ込めるわけにはいかない。したがって、この正当化根拠に対する疑問は、もっぱら、規範的なものである。すなわち、「無害化」が刑罰を正当化するなら、どのような犯罪であってもも

一生社会から隔離することが望ましいはずなのに、なぜ、犯罪と刑罰の均衡が要求されるのか説明できないということである。

同時に、付随的には、罪刑均衡が放棄できず 仮釈放期間がない場合でも 犯罪に見合った刑期を満了して釈放された人物を社会に迎え入れなければならないのであれば、拘禁の長期化による受刑者への排外的作用の増大を抑えて再犯率を下げた方がよいのではないかと、とする功利主義的疑問も提起されよう。いずれにせよ、単なる「隔離」は、犯罪者を「人格」として扱うものではないし、社会にとっても「隔離」の長期化は好ましいものではない。

(3) 威嚇・心理強制

消極的一般予防の場合と同じく、犯罪者自身への刑罰による威嚇や心理強制を、刑の正当化根拠として挙げることも考えられる。同時に、その弱点も明らかになる。すなわち、功利的・実証的なレベルでは、再犯は威嚇や心理強制の失敗の例証であり、かつ、個人的な犯行動機となる利益を量刑基準としないで犯罪による害を基準とすることが説明できない。規範的なレベルでは、「威嚇」も「心理強制」も、犯罪者を「犬のように扱うもの」であり、いずれも、対象者を「一人前」の存在として扱わない点で、消極的一般予防の場合と共通の弱点を抱える。

5 積極的一般予防 「予防」の二義性

以上の消極的一般予防および特別予防と一線を画するのが、次の積極的一般予防である。この理論は、それまでの理論が「予防」を現実的ないし潜在的犯罪者の以後の犯罪行動の予防という意味で捉えていたのに対し、「予防」を「法秩序の存在力と貫徹力への信頼の維持と強化」¹⁸⁾に求める。いわば、それまでの「予防」概念が犯罪行動の直接的な統制を意味していたのに対し(「行動統制的予防」)、積極的一般予防では、「予防」は、現実の、または、あるべき 人々の規範心理の安定(「規範確証的予防」)を意味するのである。

もっとも、この理論の中にも、それを社会心理的事実と解するものと、刑罰のもつ「意味」(Bedeutung) そのものであると解するものがある。

(1) 統合的予防

前者の代表は、ロクシンの「予防的統合説」(präventive Vereinigungstheorie)である。そこでは、先のような意味で、人々の法への信頼を強化することに、純粋な威嚇作用よりも大きな意味が認められるとされる。

もっとも、彼は、このような一般予防単独で刑罰を正当化するわけではなく、再社会化という意味での特別予防との統合を目指す。そして、両者が矛盾する場合には、特別予防が第一の地位につくとする。もっとも、それは一般予防の最低限の要求が守られている限りにおいてであって、「刑罰は特別予防的効果のために、制裁が国民の間で真剣に受け止められなくなってしまふ程、軽減されてはならない」とする。そうでないと、「法秩序への信頼を動揺させ、それによって犯罪の模倣を促すことになると思われる」からだというのである¹⁹⁾。また、これらふたつの「予防」とは別個に、「責任」(Schuld)が刑の上限を画するものとされる²⁰⁾。

この見解の特徴は、「一般予防」、「特別予防」、「責任」が、それぞれバラバラなものとして組み合わされていることであろう。そこでは、「責任」は刑罰を正当化する機能を認められず、もっぱらそれを限界づける役割しか与えられない。社会復帰的な特別予防についても、事情は同じである。これに対しては、すぐさま、「限界づけるものは、同時に、正当化するものでもなければならぬ」という批判が妥当する。また、一見すると、「一般予防」に対して「特別予防」が優先されているようであるが、実は、これにも「一般予防の最低限の要求」が優先する。これに、拘禁刑の場合、先にみたように、刑罰自体が社会復帰を妨げ犯罪を助長しているという疑いが加わった場合、社会復帰的な特別予防は、常に、刑期をゼロに押し下げ方向に働くので、刑罰を正当化するのは「一般予防の最低限の要求」のみであるということになる。つまり、この見解は、その名に反して、決して「統合的」なものではないのである。

「人々の法への信頼の強化」という積極的一般予防の内容についても、規範論的な疑問がある。それは、先にみた「社会教育」的刑罰論と同じく、一人前の存在である一般の市民を教育の対象とみるものである（「上からの啓蒙」）。それは、市民を自律する個人として尊重する個人主義や民主主義に反する。

「人々の信頼」が社会心理的事実をいうのか、それとも、あるべき心理状態をいうのかという点にも、疑問がある。現実の心理状態を意味するのであれば、刑罰が現実信頼強化の役割を果たさない限り、この刑罰論は破綻する²¹⁾。また、現実の社会心理の強化を狙いとすることは、それによる人々の行動の統制を最終的な目標とするもので、その限りでは、この理論は「規範確証的予防」よりも「行動統制的予防」の色彩を色濃く残している。

(2) 規範確証

純粋に規範確証的な予防を狙いとするのは、ヤコブスの刑罰論である。この理論は、彼によれば、以前は「積極的一般予防論」と呼ばれていたが、最近では、社会心理的事実を狙いとする見解と一線を画するために、この名称は使われなくなった。しかし、本稿では、「絶対的」刑罰論との混同を回避するために、これもまた「積極的一般予防論」のひとつとして扱うことにする。

この理論は、刑罰の「意味」(Bedeutung)を、その行動によって規範の妥当を否定する姿勢を表明した犯罪者を罰することで、規範が自分には妥当しないという態度を否定して規範の妥当を維持することにみる。同時に、単に犯罪者の姿勢に対する否定を表明するだけでは規範妥当の認知的な安定性に対して生じた疑問の契機を放置することになるので、苦痛を内容とする刑罰を与えて、それが否定されるべき行いであったことを明らかにし、規範の認知的な安定性を維持するというところに刑罰の「目的」(Zweck)を見出し、それによって刑量を確定するというのである²²⁾。それは、犯罪者を「自律能力ある者」という意味での「人格」として承認し、

その共有すべき規範を基準に刑罰を正当化するというものである。社会の規範的安定を刑罰の「意味」と解する限りで、それは「相対的」刑罰論であり、規範の認知的な安定の確保を目的とする意味で、それは「目的」刑罰論である。

この見解に対しては、それは既存の人々の規範（意識）を前提とするものであるから、仮に人々の規範（意識）が不合理ないし非理性的なものであった場合、それを基準に刑罰を決めなければならないというジレンマに陥るとする批判がある。その意味で、刑法を社会学的に説明する枠組みの理論ではあっても、刑罰の正当性を論証する理論ではないというのである²³⁾。

このカントを彷彿させる批判は、傾聴に値するものである。しかし、問題は、社会に実在する人々を離れて正義を論じることができるか否かにある。そのような超越的態度は、却って、理論をひとりよがりさせる危険をも孕む。むしろ、現実的なものは、その発展の中で必然的なものであることを証明するのであって、不合理で非理性的な規範 理性的であるべき「規範」に「不合理で非理性的な」という形容を付けること自体が、すでに形容矛盾であることは別にして というものは、時間的な発展の中で消滅していくものと考えたほうがよいように思われる。

6 人間像の対比

以上の刑罰論には、その功利的・実証的な弱点は別にしても、その前提とする人間像に相違のあることが気づかれる。端的に言えば、消極的一般予防は犯罪者や 潜在的犯罪者とみなされる 一般の人々を、威嚇や改善、社会教育の客体として扱う。それは、一人前でない子供の教育や躾に似ている。この点では、改善・矯正による社会復帰を狙いとする特別予防論も同じである。さらに、犯罪者を無害化ないし隔離の対象として扱う刑罰論では、刑法は一種の内戦状態での武器に等しい。いずれも、「犯罪者」を「一人前の仲間」＝「市民」として扱わない点で共通である。

これに対して、ヘーゲルの応報刑論やヤコブスの積極的一般予防論は、犯罪者を「市民」として捉え、それによって「市民社会」の規範的アイデンティティーの維持を狙いとする点で共通している。もっとも、その際、「市民」は、単独で完璧に自律している存在ではなく、自律の潜在力をもった存在にすぎず、それによって構成される社会の規範的アイデンティティーの維持のためには、規範が通常は遵守されるものであるという認知的安全の保障も必要である。

三 今次の犯罪化・重罰化と刑罰論

1 「犯罪化」

刑罰論に関する以上の検討を前提にして、今次の刑法改正、とりわけ「犯罪化」と「重罰化」について、簡単にコメントしてみよう。

まず、集団強姦罪（刑法178条の2）・人身売買罪（226条の2）の新設といった「犯罪化」に関しては、従来の犯罪カタログからみて、行為規範として新しいものは少ない。集団強姦罪は強姦罪の加重類型にすぎないし、人身売買罪に当たる行為も従来の逮捕・監禁罪や略取・誘拐の罪などで処罰できるものばかりである。したがって、これらの「犯罪化」は、実際には、従来も犯罪であったものを加重処罰する類型という意味で、「重罰化」の一種と考えた方がよい。

2 「重罰化」

有期刑の上限を引き上げるといふ総則レベルの重罰化には、二種類の意味がある。ひとつは、有期刑の上限を法定刑の上限としていた罪に関する刑の上限の引き上げである。もうひとつは、無期刑や死刑をもつ罪に関して、有期刑の上限との隙間を埋めるという意味である。前者については、今次の改正は単純な刑の上限の引き上げであるが、同時にそれは、凶悪犯罪一般ではなく「中程度の凶悪犯罪」に対する重罰化という意味でしか

い。後者については、それは無期刑と有期刑との間の中間的な量刑評価を受けるべきであった犯罪にとって、「重罰化」と「緩刑化」の双方の意味をもつ。それがどちらに作用するかは今後の量刑実務に左右されるのであって、論理的には、いずれにしても、凶悪重大犯罪に対する重罰化による対処という看板とは食い違う可能性がある。

このように、今次の改正には一概に「重罰化」とは評価できない部分があることを留保しつつ、その依拠する刑罰論をみるなら、その中で最も優勢なのは、やはり、「抑止」という名の威嚇刑論であろう。つまり、有期刑の刑期を長くすることで、犯罪者や人々を威嚇して犯罪行動を抑止しようという戦略である。もっとも、この中には、同時に、刑の威嚇力に対する人々の素朴な信仰を利用した不安感の沈静という「社会教育」的作用や、単なる隔離期間の長期化による犯罪機会の剥奪という「無害化」ないし「隔離」の思想も見受けられる。平均寿命の長期化による罪刑均衡点の変化という論拠は、社会のめまぐるしい変化による時間価値の上昇からみて、真面目に受け止められてはいない。また、長期の保護観察期間の確保という論拠も、より優勢な「威嚇」や「隔離」と矛盾するために、現実的なものとは考えられていないのが一般である。もちろん、これらの刑罰論は、すでに検討したような弱点を抱えている。

これに対して、被侵害法益ないしそれを侵害する犯罪の重さを適切に反映するという論拠は、それ自体としては、ヘーゲルの応報刑論やヤコブスの積極的一般予防論に似たものとして、相対的に弱点の少ないものである。しかし、問題は、その際に、比較の基準になる犯罪の法定刑が適切なものか否かにある。

たとえば、今次の改正では、財産犯である強盗罪の刑の下限が5年の懲役であることと比較して、強姦罪の刑の下限が2年の懲役から3年のそれに引き上げられた。また、これと連動して、殺人罪の刑の下限が、強姦罪よりも重くなるように、3年の懲役から5年のそれに引き上げられた。これは、暴力によって性的自由を害する罪の評価が暴力によって財産を害す

る罪の評価より低いのは不当だとする、相対的に豊かになった社会の規範を反映したもので、それ自体としては妥当と思われる。しかし、問題は、基準とされた強盗罪の刑の下限の妥当性にある。

つまり、今次の改正では、強盗罪の刑の下限を下げるという選択肢もあつたということである。現に、強盗罪や強盗致傷罪の宣告刑は、法定刑の下限どころか、酌量減輕を施した刑の下限に張り付く傾向を示している²⁴⁾。つまり、強盗罪では、法定刑の下限は5年の懲役であるにもかかわらず、2002年度の地方裁判所での宣告刑では、3年超5年以下の懲役が全体の46.1パーセントを占めて最も多くなっており、次いで3年ちょうどの懲役が全体の21.6パーセントを占め、全体としては5年以下の懲役が73.3パーセントを占めているのである。強盗致傷罪でも法定刑の下限である7年より以下の懲役が、宣告刑全体の79.4パーセントを占めており、酌量減輕や法律上の減輕が常態化している。これは、強盗罪の刑の下限について、僅かばかりの金額を盗って逃げる軽微なものもあるという理由で明治35年草案では「3年の懲役」に下げられていたにもかかわらず、強盗は最も人が嫌がる罪であるといった理由で、貴族院特別委員会で「5年の懲役」に修正されるなど、立法当時、量刑実務を考慮せず「強盗」という名前のもつ犯罪のイメージで刑の下限を決定した弱点を引きずつたものである²⁵⁾。

このようにみると、量刑が法定刑の限界をはみ出しそうな勢いの事件がしばしばあるという「突つき現象」の指摘は、今次の改正では、刑の上限引き上げの際には考慮されたが、下限引き下げの方向では、あまり考慮されなかったといふことができよう。これは、今次の改正が、「威嚇」および「隔離」思想の優勢の下に行われたという疑いを裏づけるものである。その中で、裁判実務において最も歓迎されているのが、強盗致傷罪の刑の下限の引き下げであるという事実²⁶⁾は、皮肉な現象であるかもしれない。

すでに、刑事施設の収容率は120パーセントという過剰収容状態に達している。そのような中で行われた「威嚇」と「隔離」優勢の重罰化に、実務が単純に追隨して、過剰収容に起因する 釈放後の犯罪率の上昇も含

めた 様々な矛盾をますます深刻化させることのないように祈りたい²⁷⁾。

- 1) 本稿のダイジェスト版として、松宮孝明「法定刑の引き上げと刑罰論」法律時報78巻3号（2006年）6頁以下がある。
- 2) もっとも、平均寿命の伸びという主張は、その後、下火となる。たしかに、冷静に考えてみれば、寿命の伸びによる刑期の相対的短縮は、社会変化の加速度的促進による刑期の相対的延長によって埋め合わされてしまうであろう。
- 3) もっとも、人身取引（ヒューマン・トラフィッキング）対策としての犯罪化・重罰化に対しては、問題の所在が、不法入国と劣悪な労働条件、女性の場合は、さらに売春等の強要といった複合的な問題であることを正当に評価できるのだろうかといった疑問が提起されよう。今回の立法では、古典的な人身売買よりもはるかに広い搾取行為を捉え切れぬように思われる。もちろん、大事なものは、単なる犯罪化ではない。「興行ビザ」濫用の防止や特別滞在許可の単なる捜査協力を越えての適用拡大も含めて、トラフィッキングの「被害者」を、単なる不法入国者として排除するのではなく、その保護と援助を促進する政策が、さらに推進されるべきである。
- 4) 一般には、「応報」とは、犯罪によって与えられた害と同じものを犯罪者に与えるという「同害報復」を含むものと理解されている。もっとも、その際、「報復」という言葉を「復讐」と解し、刑罰を国家が被害者に成り代わって行う「復讐」と理解すると、誤解を招くことになる。というのも、近親者が正常な意識を回復できないほど重大な傷害を受けたときに被害者家族が加害者を殺してやりたいと憎むこともありうるように「復讐」が同じ害による報復で満足されるかという疑問があるからである。また、この問題を別にしても、「復讐」というのは、それ自体がひとつの刑罰「目的」たりうるのであり、したがって、「復讐」を刑罰の正当化に用いる場合には、それはもはや「絶対的」刑罰論ではないからである。その場合、次なる問題は、時として与えられた害を上回る加害によってしか満足されない「復讐」を刑罰正当化の根拠としてよいかという規範的なものになる。
- 5) ゆえに、オウム真理教リンチ殺人事件において、自己の生命に対する 現在のものではない 危難を避けるために他人を殺した被告人には、刑の執行猶予ではなく、死刑が言い渡されなければならなかったというおかしな結論が出てくることになる。東京地判平成8・6・26判時1578号39頁参照。
- 6) G. Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 22f.
- 7) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 3 は、「市民の社会倫理的判断を形成し、既存の法に従う心情を強化するもの」とするし、H. Mayer, Strafrecht AT, 1953, S. 21 は、「刑罰は、本質的に、社会倫理的基本姿勢の形成に関与するもの」とする。
- 8) 大谷實「最近の刑事立法について」同志社法学57巻2号（2005年）295頁。
- 9) Vgl., M. D. Dubber, Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht, ZStW 117 (2005), S. 497f.
- 10) そう指摘するのは、Dubber, aa.O., S. 497.
- 11) にもかかわらず、Dubber, aa.O., S. 497f. は、ヘーゲル理論に忠実な「積極的一般予防

論」を「恥辱付与」の理論と混同する。

- 12) それどころか、論者によれば、犯罪被害者や世論は、教育されなくても「現在の有期刑の上限は軽い、したがって刑罰の正義に反すると考えている」(大谷・前掲295頁)とされるのであり、したがって、これ以上の規範意識の強化は不要のはずである。
- 13) そのためにも最も有効な方法が、刑法と刑事訴訟法の学習であることは別にして。
- 14) H. Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H. H. Jescheck, 1985, S. 1081ff. この論文については、本庄武「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的研究」法と心理2巻1号76頁以下が詳しく紹介している。
- 15) Tyler, Tom R. & Robert J. Boeckmann, Three Strike and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers, Law & Society Review 31-2 (1997) 237-265. この文献は、愛媛大学の松原英世助教授にご教示いただいたものである。
- 16) 少年に対する保護処分も、対象者を「一人前の人格」として扱わないという点では同じである。もっとも、誤解を避けるために言えば、それは「一人前の人格」(＝「おとな」)ではない少年を扱うがゆえに、当然のことなのである。その点で、保護処分の正当化根拠と刑罰の正当化根拠は、根本的に異なる。
- 17) 誤解を避けるために言えば、もちろん、このことは、「社会復帰」が刑罰の目的としては失当であることを意味するにすぎず、受刑者に「社会復帰」的なプログラムが不必要だというわけではない。それどころか、拘禁による受刑者への排外的作用を少しでも中和するために、それは受刑者の権利ですらある。しかし、それは、受刑者の任意の参加を前提としなければならない。「社会復帰」は、強制を本質とする刑の内容をなすものではなく、ゆえに、刑罰の正当化根拠にはならないのである。
- 18) C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 80. 平野龍一監修、町野朔＝吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論第1巻(翻訳第1分冊)』63頁以下。
- 19) Roxin, a.a.O., S. 87. 平野監訳・前掲69頁参照。
- 20) Roxin, a.a.O., S. 91ff. 平野監訳・前掲72頁以下参照。
- 21) この点では、前述のシェヒの研究は、刑法の規範心理安定機能を例証するものと解されている。もっとも、その研究でも、重罰化は規範心理の安定にほとんど影響しないという結果が出ているので、この理論は、実証的には、ロクシンのいう意味での「一般予防の最低限の要求」を上回る刑量を正当化することはできない。Vgl., H. Schöch, a.a.O., S. 1081ff.
- 22) Vgl., Jakobs, a.a.O., S. 30.
- 23) M. Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 40ff.
- 24) 杉田宗久「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判例タイムズ1173号(2005年)9頁, 13頁, 小島透「法定刑の引上げと量刑:罰金額等の引上げ(平成3年)における統計データから見た科刑状況の変化とその検討」岡山理科大学紀要B, 人文・社会科学39号(2003年)65頁以下参照。杉田はこれを下限への「突つき現象」と呼ぶが(前掲13頁), 量刑分布一覧表からみれば, 下限への「張り付き現象」と呼んだほうがよいように思われる。
- 25) 松尾浩也増補解説, 倉富勇三郎ほか監修『増補刑法沿革綜覧』(1990年)1192頁以下参照。

法定刑引き上げと刑罰論（松宮）

- 26) 杉田・前掲13頁は、この引き下げ改正を「実務上の長年の懸案を解決するものであり、現場の裁判官としては大変歓迎すべき事柄である。」と評価している。
- 27) この点では、裁判実務が法定刑の引き上げに単純に追随すべきであるとする考え方を否定する「量刑枠論」の主張が実務家から唱えられていることを見過ごしてはならないであろう。杉田・前掲6頁以下。杉田は、その証拠として、窃盗、詐欺、恐喝等に関しては、大半の事件は法定刑の下限に近い刑が言い渡されており、強盗・強盗致傷や現住建造物放火に至っては、法定刑の下限を下回る刑が多数言い渡されている事実を挙げる。さらに、原田國男『量刑判断の実際』（2003年）4頁以下、同「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル第1号（2005年）50頁以下も参照されたい。