

今日における犯罪論と刑罰論の関係¹⁾

松 宮 孝 明

1. 犯罪論と刑罰論の関係を論じる意味

最初に、私を本国際討論会にお招きいただいたことに、日本の刑法学者として感謝申し上げます。

さて、本国際討論会のテーマは、「グローバル化時代の刑法理論新体系」とされています。この非常に大きなテーマと取り組むためには何を論じなければいけないか、これが第1の問題です。そこで、そのために、このテーマを3つの部分に分解したいと思います。3つの部分とは、(1) グローバル化時代の「新」体系を扱うこと、(2) 刑法理論体系であるからには刑罰論が含まれていなければならないこと、(3) 同じく刑法理論体系であるからには「犯罪論」が含まれていなければならないことの3つです。とりわけ、グローバル化時代に即した「新しさ」とは何なのかは難問です。京都大学の吉岡一男教授は、日本の刑事政策におけるその表現を「刑事政策の二極化」と呼んでいます²⁾。これは、犯罪者を改善不能で被害の対象になる者と改善不要な者とに分けることを意味します。そして、前者には死刑や長期拘禁を含む厳しい刑罰で対応し、後者には罰金または

1) 本稿は、2007年10月27日から29日までの間に北京の中国政法大学主催で開かれた「グローバル化時代の刑法理論新体系」国際討論会に提出した報告書である。当日は、これを15分間に要約した報告を行なった。

2) 吉岡一男「刑事法と刑事政策」研修711号(2007年)4頁以下。

行政的制裁等の非刑罰的対応で済ませるのです。

私は、とりあえずこれを「刑罰論」と「犯罪論」に分けて論じてみたいと思います。同時に、「犯罪論」は刑罰という法効果を発生させる要件を論じるものであり、「刑罰論」は犯罪という要件が発生させる法効果を論じるものですから、両者の間には当然に相互作用関係があるものと考えます。そこで、私の報告は、この「今日」における「犯罪論」と「刑罰論」の関係を論じるものとなります。

実は、昨年(2006年)の日本刑法学会大会において、私は「犯罪論と刑罰論」と題する共同研究をコーディネートし、その中で、今日の刑罰論の変遷が犯罪論に与える影響を検討し、それに代わって、今日の社会のグローバル化に伴う文化葛藤の活性化が刑罰論と犯罪論、ひいては刑法観そのものに与える変化を展望しようとしてきました³⁾。本国際討論会では、そのときの分析をさらに深めるお話をしたいと思います。それは、「刑罰論」から「犯罪論」へという順序で進みます。

2. 刑 罰 論

2-1. 絶対的刑罰論と相対的刑罰論

そこで、予め、伝統的な刑罰論の諸相を明らかにしておきましょう。刑罰論は、一般に、まず、絶対的なそれと相対的なそれとに分けられます。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す⁴⁾。応報を主張し

3) 松宮孝明「現代の刑罰論から見た犯罪論」刑法雑誌46巻2号(2007年)223頁。

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、刑罰とは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

た思想家は、ドイツのカントとヘーゲルです。しかし、この二人の考え方を同じ「絶対的」刑罰論に位置づけてよいかどうか、すでに問題なのです。

2-2．応報刑（retribution）

(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ります。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ことです。そして、そこでは、正義に適う後者が刑罰の正当化根拠とされます。つまり、「絶対的」応報刑＝タリオです。その理由は、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いけないというところにあります。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」ということになります。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わけです。

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、これを認めていました。ここには、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じます。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、です。

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します。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

しても、「復讐」というのは、それ自体がひとつの刑罰「目的」たりうるものであり、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。

かれ」という社会規範の妥当侵害そのものです。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ます。

(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」です。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、展望的なのです。

もっとも、それは、一般的に承認されている伝統的な「目的」刑論とは異なります。たしかに、ヘーゲルは、フョエルパッハの「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ました。それは、「人格を犬のように扱う」ものだからです。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、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となります。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」だということになるかもしれません。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す。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」をもちます。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します。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す。

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、何ゆえに現実に苦痛である刑罰を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でしょう。つまり、裁判所による有罪判決で、犯罪の否定としては十分ではないかという疑問です。

この疑問は、後の「積極的一般予防」において検討することになります。

2-3. 消極的一般予防

(1) 威嚇・心理強制（deterrence）

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」が含まれます。「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す。これに対して、フォ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す。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、恐怖ないし損得感情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共通です。それゆえに、「消極的な」刑罰論と呼ばれるのです。

同時に、威嚇刑論（それを「抑止刑論」と言い換えても、本質は同じです。）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ります。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ります。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らないのです。

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
る批判が妥当します⁵⁾。つまり、心理強制説は、心理強制の手段とすべき

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

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、犯罪の動機となる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す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します。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す。

(2) 社会教育 (social education)

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ります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しょう。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⁾」とされるのです。これは、「刑法の規範形成機能」と呼ばれるものです。

しかし、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ありません。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かせるとか社会奉仕活動を強制するとかいった「恥付け」(shaming)を用いるべきだとする主張もあります⁹⁾。もちろん、それは、

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 Rechtsguttheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht, ZStW 117 (2005), S. 497f.

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でしょう。しかし、その主たる関心は、犯罪者がみせしめとして恥付けを受け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」予防の一種なのです¹⁰⁾。

この「社会教育」は、残念なことに、後で扱う「積極的一般予防」と混同されることが多々あります。しかし、両者の間には、決定的な相違があるのです。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す。「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みられます。そして、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のです。なぜなら、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のですから。

また、「恥付け」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します。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」こととは対極にあるものなのです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でしょう。その意味で、この刑罰論は、規範論理的に誤りであるといえます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

10) そう指摘するのは、Dubber, a. a. O., S. 497.

11) にもかかわらず、Dubber, a. a. O., S. 497f. は、ヘーゲル理論に忠実な「積極的一般予防論」を「恥付け」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、したがって刑罰的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。

もできるかもしれません。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のも、「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す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ります。ひとつは、ドイツのハインツ・シェヒ(Heinz Schöch)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す¹⁴⁾。つまり、「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」というのです。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す。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いこととなります。

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す。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ります¹⁵⁾。つまり、仮に、それが現実にあるとすれば、刑が軽すぎるという人々の判断は、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

13) そのために最も有効な方法が、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(2002年)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准教授にご教示いただいたものである。

れているのです。これでは、刑罰を引き上げて重罰化欲求はおさまりません。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効果が高いのではないかと思われるくらいです。

(3) 無害化または社会からの隔離（incapacitation）

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排害・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ます。それについては後に述べることにしますが、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」予防の意味をもちます。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ことです。

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ます。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す。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いけない」という「消極的一般予防」のもつ規範的弱点を免れていません。

2-4．特別予防（special prevention）

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ようです。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す。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・社会復帰に限られませんが、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」によってでも、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、犯罪者による犯

罪は予防可能なのです。そこで、以下では、特別予防を三種類に分けて論じることになります。

(1) 改善・教育・社会復帰(rehabilitation)

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々あります。その意味で、犯罪者の人権に親和的だとみることもできるでしょう。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ます。

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ています。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からです。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ているという疑いにつながるようになります。

規範的なレベルでは、受刑者への強制的な「処遇」による矯正には、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ます¹⁶⁾。「一人前の人格」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す。その意味で、「改善」や「矯正」は威嚇に比べて肯定的に受け止められるのですが、やはりそれも「消極的な」(negative)ものでしかないのです。

さらに、欧米の刑罰史では、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ました¹⁷⁾。つ

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

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す。もちろん、それは、刑罰の枠内で受刑者の社会復帰を促進するための便宜供与を否定するものではありません。ただ、それは、たとえば一定期間受刑者を拘禁するという刑罰そのものを正当化する根拠ではないのです。というのも、社会復帰のための便宜供与は、もはや刑罰自体の内容ではありませんから。

(2) 無害化または社会からの隔離（incapacitation）

「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は、「特別」予防です。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、その効果は確実です。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ことは許されません。したがって、この正当化根拠に対する疑問は、すぐれて、規範的なものになります。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す。

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ます。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のです。

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。

(3) 威嚇・心理強制 (deterrence)

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られることも考えられます。同時に、そうすることで、その弱点も明らかになります。つまり、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のです。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ことになります。

2-5. 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す。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⁾に求めます。いわば、それまでの「予防」概念が犯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」)を意味するのです。

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ります。

(1) 予防的統合 (preventive integration)

前者の代表は、ドイツのクラウス・ロクシン (Claus Roxin) の「予防的統合説」(präventive Vereinigungstheorie) です。そこでは、先のように

18) C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 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(翻訳第一分冊)』(2003年)63頁以下。

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ています。

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します。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のです。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う程、軽減されてはならない」とされます。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」からだというのです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ます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す。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ません。社会復帰的な特別予防についても、事情は同じです。これに対しては、何よりもまず、「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」という批判が妥当します。また、ロクシンの見解では、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すが、実は、これよりも「一般予防の最低限の要求」が優先しています。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る方向に働くので、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はずです。つまり、この見解は、その名に反して、決して「統一的」なものではないのです。

「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、

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。

規範論的な疑問が提起されます。つまり、この見解は、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す（「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します。

「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、疑問があります。現実の心理状態を意味するのであれば、刑罰が現実に関与強化の役割を果たさない限り、この刑罰論は破綻します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「規範確証の予防」よりも、むしろ「行動統制的予防」の一種であるといえるでしょう。

(2) 規範確証 (Normbestätigung)

純粋に規範確証的な予防を狙いとするのは、ドイツのギュンター・ヤコブス (Günther Jakobs) の刑罰論です。この理論は、彼によれば、以前は「積極的一般予防論」と呼ばれていましたが、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りました。しかし、本報告では、「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します。

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ます。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

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.

かにし、規範の認知的な（cognitive）安定性を維持するということに刑罰の「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ものです。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」刑罰論です。

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ります。つまり、この見解は、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す²³⁾。

このカントを彷彿させる批判は、傾聴に値するものです。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ります。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みます。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ます。

2-6. 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でしょう。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、

22) Vgl. Jakobs, a. a. O., S. 30.

23) M. Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 40ff.

威嚇や改善, 社会教育の客体として扱います。それは, 一人前でない子供の教育や躾に似ています。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す。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ものになります。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す。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ます。

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す。そのため, 現実の刑罰は苦痛を内容とし, 犯罪が否定されるべき行いであったことを「痛み」によって明らかにしようとするのです。つまり, そこに想定されている人間像は, 潜在的に自律の能力を持ちながらも, 現実には様々な誘惑や心理的圧力の下で犯罪に走るという弱点を抱えたものということになります。

3. 犯罪論

3-1. 犯罪論の諸相

犯罪論における「行為刑法」(Tatstrafrecht)と「行為者刑法」(Täterstrafrecht)との対立は, 「刑罰論」における対立を反映したものです。ここにいう「行為刑法」とは具体的な特定の行為(Tat)を処罰の対象とする刑法であり, 「行為者刑法」とは, 謀殺者や窃盗犯人等の特定の行為者類型(Tätertyp)を処罰の対象とする刑法を意味します。つまり, 「行為刑法」では, 殺人や窃盗などの一定の行為をしたことが刑罰権発生要件となるのに対し, 「行為者刑法」では, 殺人行為や窃盗行為がなされたことではなく, その人物が殺人や窃盗を意図していることが刑罰権発生要件と

なるのです。

もちろん、公務員や保護責任者等の一定の身分・地位を犯罪主体の条件とする身分犯は、部分的な「行為者刑法」であるといえますが、殺人や窃盗といった一般犯罪までも「行為者刑法」とする場合には、犯罪結果を発生させそれについて帰責されうる者が「行為者」であるとする「擬似行為者刑法」の場合を除き、「行為者」を規定するためには行為者の意思が不可欠となるのです。したがって、「行為刑法」と「行為者刑法」を分ける決定的な分岐点は、「その犯罪が為された状態」つまり「結果」を犯罪体系の基本とするか、それとも「その犯罪をする意思」を基本とするかにあります。

そして、その両者の背後には、先に述べたように、刑罰論の対立があります。大まかに言えば、「行為刑法」には「規範確証的予防」が、「行為者刑法」には「行動統制的予防」が親和的です。なお、これについては、伝統的には「行為刑法」に「応報刑」が、「行為者刑法」に「特別予防」が対応し、「一般予防」はどちらかといえば「行為刑法」に親和的とみられていたのですが、むしろ、「行動統制的予防」である「消極的一般予防」では「行為者刑法」に親和的となるはずです。したがって、「規範確証的予防」と「行動統制的予防」とを対比させるほうが、犯罪論との関係が明瞭になると思います。

3-2. 「結果」の位置づけ

その際、最も重視すべきなのは、現に発生した「結果」の内容とその位置づけです。これを示唆するトピックを、ひとつお話しいたします。

2003年の日本刑法学会大会において、相当因果関係の必要性を犯罪の一般予防に求める見解に対して、犯罪行動の統制を内容とする、いわゆる「一般予防」の考え方では、相当因果関係の必要性を根拠づけることはできないとする報告がありました²⁴⁾。その際、筆者は、この報告者に対して、

24) 鈴木左斗志「因果関係の相当性について 結果帰責判断を規定してきたいくつかの視点の検討」刑法雑誌43巻2号（2004年）241頁参照。

そこで前提とされている「一般予防」とはどのような予防のことをいうのかという質問をしました。その趣旨は、犯罪行動の統制を内容とする消極的一般予防論に対しては、この批判は当てはまるが、違反された規範の妥当性を回復するという積極的一般予防論ないし規範確証的予防論に対しては、この批判は当てはまらないというところにありました。というのも、これらの理論においては、刑罰付加の前提となるのは規範違反であり、その規範違反は、客観的な犯罪的出来事つまり「結果」の発生がその人物の所為であることを前提としているからです。つまり、行為者への「結果」の客観的帰属こそが規範違反の前提なのです。くわえて、作為犯の場合の客観的帰属の必要条件が相当因果関係だというのなら、相当因果関係の必要性は規範違反、したがって刑罰付加の不可欠の前提となるからでもあります。このような意味で、相当因果関係の必要性は それだけで客観的帰属に十分というわけではありませんが 「積極的一般予防」ないし「規範安定化」という刑罰目的によって、初めて論証されるのです。

ここで、既遂結果の発生を要しない未遂犯についてはどう考えるのかという疑問を抱かれた方もおられるかもしれません。これに対しては、次のように答えることができます。まず、「実行の着手」という客観的な出来事を要求する現行刑法の未遂犯は、それもまた一種の結果犯であるということです。次に、殺人禁止や窃盗禁止のような重大ないし中程度の重要性をもつ規範に関しては、現行刑法は、これらの規範がパーフェクトに破られる前から、文字通り「予防的に」規範妥当を確証するために、規範が破られそうになった段階、つまり「実行の着手」のときから、刑罰権を発動するという政策的決断をしたのであるということです。殺人未遂を例にとれば、殺人禁止規範は人が殺されたときにパーフェクトに破られるけれども、この規範の重要性に鑑みて、「人が殺されそうになった」という結果が生じた段階で、刑法は殺人未遂として介入するということです²⁵⁾。

25) もちろん、現行日本刑法は、さらに殺人予備の段階でも介入するけれども。

未遂に相当因果関係を論じる余地があるのかという疑問を抱かれた方もおられるかと思えます。しかし、未遂もまた「実行の着手」という結果を要する以上、行為者の挙動と「実行の着手」との間に因果関係を論じる余地があることは、爆弾を郵送して狙った相手を殺害するという離隔犯において、爆弾が相手方に配達された時期をもって「実行の着手」とする到達時説の例をもちだせば、容易に理解していただけるでしょう。

ここで、消極的一般予防論や特別予防論などの行動統制的予防論に目を転じましょう。これらの刑罰論では、「予防」を刑罰による以後の犯罪の予防という意味に解するので、一般人ないし行為者本人に以後の犯罪を思いとどまらせることが刑法の任務となります。この場合には、禁止すべきは「結果」の惹起そのものではなく、「結果」の惹起にとって相当な条件の設定であったり、「結果」の惹起に向けた目的性をもつ行動であったりするのですから、刑罰権の発動にとって現実の「結果」の発生は不要となります。その論理的帰結として、結果の発生を待って犯罪を成立させる「結果犯」というもの自体が無意味となり、刑罰は、あくまで、事前に行為の時点で²⁶⁾、行為を思いとどまらせるように働くものでなければならないはずだという批判が可能となります²⁷⁾。周知のように、このような行動統制的予防論に最も適しているのは、「目的的行為論」の支持者アルミン・カウフマンの行為無価値一元説²⁸⁾です。

しかし、今日の刑罰論は、このような行動統制的予防論そのものを否定しつつあります。欧米における消極的一般予防論の不評と「社会復帰」的特別予防論の退潮は、このことを象徴しています。もっとも、筆者は、それに代わるべきなのは、アメリカ流の「隔離」ないし「無害化」思想ではなく、ヨーロッパ流の「積極的一般予防」ないし「新しい応報刑」の考え

26) 佐伯仁志「因果関係論」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2001年）13頁参照。

27) 鈴木・前掲241頁参照。

28) Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954.

方であると考えています。

この考え方によれば、刑法の任務は、現実のまたは潜在的な犯罪者の以後の犯罪を予防するというのではなく、社会の規範を安定させてその規範的アイデンティティー (Identität, identity) を維持することです²⁹⁾。この場合の「予防」は、法の否定としての犯罪を刑罰で否定するというヘーゲル流の「応報」に似たものとなります。しかし、これは、先に述べたように、これまで考えられてきた「応報刑論」がそうであったような「絶対的」刑罰論ではありません。というのも、この理論では、刑罰の正当化根拠は、やはり、「応報」そのものではなく、「社会の規範的アイデンティティーの維持」という目的にあるからです。つまり、その限りで、これもなお「相対的」刑罰論と呼ぶべきものなのです³⁰⁾。そして、このような「予防」の捉え方こそが、刑罰権の発動に「結果」の発生とその帰属を要求し、内心のみを処罰の対象としない客観主義を基調とする近代刑法の犯罪論の考え方と最もよく調和するものと思われる。なお、ここにいう「結果」は、「因果主義」からみた現状の因果的不良変更にはとどまらず、たとえば「殺人禁止」のような規範を否定する意味を外界に発信する出来事であればなりません。したがって、たとえ因果関係は明らかであって

29) G. Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, ZStW 107 (1995), S. 843. ギュンター・ヤコブス (松宮孝明=金尚均訳)「機能主義と古きヨーロッパの原則思考の狭間に立つ刑法 はたまた『古きヨーロッパ』刑法との決別か?」立命館法学247号(1996年)433頁参照。さらに、G. Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Herg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47ff. 松宮孝明「ギュンター・ヤコブス『現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解』」立命館法学280号(2002年)1684頁では、「財の安全と犯罪の予防は、刑罰にとって、その機能を貫徹するには、あまりにも融通無碍な関係にある。むしろ、刑罰は、規範的な意味において犯罪をマージナルなものにする と解されるべきであり、かつ、それによって社会の規範状態が不変であることを確認するものと解されるべきである。」と述べられている。

30) 類似した新しい応報刑論を提唱するものとして、M. Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004.

も、欠陥のない自動車製造は交通事故死との関係で「殺人禁止」規範を否定するものではありません。交通事故死は、通常、過った運転をした運転者にしか帰属されないのです。

なお、目的的行為論の一部に、故意作為犯に関しては結果も行為の構成要素だとするものがあります³¹⁾。このように現実の結果を行為の構成要素とする場合には、刑罰目的として、行動統制的な予防に加えて、応報を持ち出すべきこととなります。そこでは、行動統制的な予防論のもつ実証の欠如と「人を犬のように扱う」という哲学的批判が当てはまるほか、刑罰目的が二元化しその相互関係が曖昧になるという問題を抱えることになるでしょう。同時に、過失については結果を行為から排除するために、「過失行為」というカテゴリーを否定せざるをえず、その結果、過失犯を状況に応じて際限なく多様化する故意の危険犯に解消せざるをえないという弱点もあらわになります。

4. 今日における犯罪論と刑罰論の関係

4-1. グローバル化の影響 文化葛藤と刑罰

もっとも、このような規範を確証するという「積極的一般予防」の考え方も、今日ではグローバル化の挑戦を受けています。ここでの問題は、経済のグローバル化に伴う人と物資・情報のボーダーレス化が、刑法の文化的背景をなしている、一国ないし一社会の中でコンセンサスを得てきた規範の統一性を失わせ多様化させる契機が飛躍的に増えてきたことです。筆者は、これを「文化葛藤」(cultural conflicts)という言葉で表現します。たとえば、平野龍一博士の教科書の中でも取り上げられていた移民の規範

31) 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)25頁は、「目的的行為論においては、因果的な結果惹起の過程は、実現意思にカバーされ目的連関に取り込まれる限度でのみ、違法判断の対象となり得る」とする。しかし、故意作為犯において結果を違法判断の対象である行為の構成要素とするのは、目的的行為論ではなくて、志向的行為論(intentionaler Handlungsbegriff)である。

と移住先の社会の規範の相違³²⁾が、そのような問題の一例です。最近では、婚姻外で性関係をもった女性を親族は殺してよいのかというような、ジェンダー論でも深刻なテーマとなっている事件が挙げられます³³⁾。また、これほど深刻でなくても、新しいタイプの経済犯罪には、似たような側面があります。日本の古都、京都の祇園では「一見さんお断り」が正しい商道德だといわれてきたのですが、そうであっても³⁴⁾、それは、独占禁止法(Antitrust Law)の世界では「不当な取引制限」であるというような場合がそれに当たります。

問題は、こういうことです。すなわち、刑法は、普通は、「悪い」行為を犯罪として処罰するものです。そこで、行為者の属する文化的集団の中では「悪い」どころか「良い」とされている行為が、移住先の社会では「犯罪」とされている場合、その人物は、「悪い」ここでは遵法精神がないという程度の意味です から非難され処罰されるのではなく、その社会の規範に習熟するため、あるいは他の人々を習熟させるために処罰されることになります。ここでは、刑法は、既存の規範を確認し人々の遵法精神に対する規範的予期を担保するためにではなくて、新しい規範を定着させるために 遵法精神においては人並みの人でも 処罰することになるのです。

これは、先に述べた積極的一般予防論では説明できないばかりか、下手をすると刑法の妥当力を損なうことにもなりかねません。その好例は、日本の北海道の原野での法定時速60キロメートル制限です。ここでは、速度

32) 平野龍一『刑法総論』(1975年)260頁参照。そこでは、父が息子の嫁と関係した場合、ギリシャでは息子は父を殺すのが義務だと考えられており、そのため息子がこの義務にしたがったにもかかわらず、ドイツで殺人罪に問われた例が挙げられている。ドイツで、最近、この問題を扱った文献として、G. Jakobs, Die Schuld der Fremden, ZStW 118 (2006), Heft 4, S. 831-854.

33) スアド(松本百合子訳)『生きながら火に焼かれて』(2004年)参照。

34) 誤解を避けるために述べれば、今日の祇園でも、これが正しい商道德として妥当しているか否かは、ここでは重要でない。

違反取締がない限り、誰も法定速度を守っていません³⁵⁾。60キロメートルという法定速度は、その規範的妥当力をほとんど失っているのです。

このような、既存の規範の維持を目的とするのではなく、新しい規範を確立するために見せしめ的に処罰をする刑法を、ドイツのヤコブスは「敵（味方）刑法」(Feindstrafrecht, criminal law for enemy)と呼びます。ここでは、処罰の対象となる犯罪者は、この社会の共同の担い手である「市民」とはみなされず、むしろ法益に対する「敵」とみなされます。しかも、以上の話から推察できるように、これは「対テロリスト刑法」のようなものだけを指すものではありません。その社会を規定している規範を共有していない人物に対する排外的な効果を持つ刑法は、多かれ少なかれ「敵味方刑法」の傾向を持ちます。いずれにせよ、社会の多様化に伴う文化葛藤の中では、刑法は「積極的一般予防」という形での規範確証を果たすことはできなくなってしまうのです。

4-2. 刑罰論におけるふたつの方向

このような状況の中から、現在、刑罰論においてふたつの方向が有力となってきています。先にも述べたように、その第一は、保険統計的発想で犯罪の機会を減らす「隔離」を中心とする方向です。そして、第二は、刑法によって、たとえば「普通、人は他人を殺さない。」という規範的予期の安定を目指す「積極的一般予防」ないし「規範安定化」による緩刑化・刑務所収容人口緩和の方向です。今日、前者の方向は、アメリカなどでも死刑冤罪や刑務所の過剰収容を理由とする緩刑化への転換をみせつつあります。後者の方向は、ドイツなどでも、犯罪報道のセンセーショナル化に伴うモラル・パニックの影響を避けるために、現に存在する人々の規範心

35) 伊藤栄樹「交通事件の取扱い」時の法令1289号（1986年）3頁参照。このような場合に刑罰の感銘力が損なわれると指摘するものに、亀山継男「車社会の刑事政策」罪と罰26巻4号（1989年）64頁以下、井嶋一友「道路交通秩序と刑罰」罪と罰28巻4号（1991年）2頁以下がある。

理の安定ではなくて、より正義論的な色彩を強めた「規範安定化論」(Frisch)ないし「新応報刑論」(Pawlik)に向かいつつあるようです。

このような新しい刑罰論に基づく責任論、とりわけ伝統的な意思の自由問題の位置づけや、量刑への影響が注目されるところです。

4-3. 現在の刑法理論の矛盾・危機

最後に、ここでの問題提起を簡単にまとめてみましょう。それは、現在の刑法理論、とりわけ犯罪論は刑罰論の最近の展開に対応しておらず、とりわけ、破綻した「行動統制的予防刑法論」(とりわけ抑止=消極的一般予防論)を前提として、犯罪論を組み立てようとしていることに矛盾と危機を孕んでいるということです。犯罪論は、このような「行動統制的な予防刑法論」ではなく、生じた規範違反を止揚する「規範確証的な刑法理論」を顧慮する必要があります。

次に、そのような「規範確証的な刑法理論」こそが伝統的な刑法理論を最もよく説明するものであるにもかかわらず、それ自体が、グローバリズムの中で激化した「文化葛藤」によって変容を迫られるという危機にあることです。そこでは、行為者の帰属する集団の規範に忠実な人物も、「犯罪者」として処罰される可能性があります。しかし、同時に、このような人物に対する処罰は、反対に、遵法精神(Rechtstreu)の涵養にとって意味がないのではないかという疑問も浮上してきます。そこでは、刑法は、その規範的妥当力を自ら損なってしまう危機に陥るのです。ここでは、刑法(=「市民刑法(Bürgerstrafrecht)」)とは異質な「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)の展開と限界を明らかにする必要があります。

最後に、残された課題として、刑罰論の変遷に伴って、それが責任概念や自由意思論、さらに量刑論にどのような帰結をもたらすのかを検討する必要があります。しかし、その詳しい検討は、後日の課題とさせていただきます。