

# 刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）

——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——

中 村 悠 人\*

## 目 次

### 序 章

第一節：問題の所在

第二節：予備的考察

### 第一章：戦後（西）ドイツの刑罰理論の概観

第一節：刑法改正作業

第二節：特別予防の行き詰まりと一般予防への重点移行

第三節：シュトラーターテンヴェルトによる問題設定

小 括

### 第二章：「積極的」一般予防論

第一節：「積極的」一般予防論の多様性

第二節：積極的一般予防論の萌芽

第三節：抑止刑論と「積極的」一般予防論（アンデネスの見解について）

第四節：規範心理の安定化と「積極的」一般予防論

第五節：ハッセマーの見解

第六節：実証的な「積極的」一般予防論の問題点 (以上、341号)

第七節：ヤコブスの見解

第八節：「積極的」の意味——行動統制的予防の問題

第九節：積極的一般「予防」論の問題

小 括

### 第三章：近年の応報刑論について

第一節：応報刑論を再考する意義

第二節：ハーシュおよびヘルンレの見解

第三節：刑罰による法の回復というモデル

第四節：承認論に基づくモデル

第五節：パヴリクの見解

第六節：ヤコブスのさらなる展開

小 括 (以上、342号)

### 第四章：カントの刑罰論

---

\* なかむら・ゆうと 立命館大学大学院法学研究科研究生

## 刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）（中村）

第一節：カントと「絶対論」

第二節：カントによる刑罰の基礎づけ

第三節：カントと「相対論」

小 括

第五章：フォイエルバッハの刑罰論

第一節：フォイエルバッハにおける「絶対論」

第二節：「相対論」への変遷

第三節：心理強制説

小 括

第六章：ヘーゲルの刑罰論

第一節：ヘーゲルの思考方法について

第二節：ヘーゲル刑罰論の特徴

第三節：レッシュによる分析

第四節：ゼールマンによる分析

小 括

(以上、343号)

第七章：我が国における刑罰理論の検討

第一節：ドイツにおける刑罰理論の展開の小括

第二節：我が国における刑法改正の概観

第三節：我が国における刑罰理論の検討

第一款：相対的応報刑論について

第二款：抑止刑論について

第三款：積極的特別予防論について

第四款：積極的一般予防論について

第五款：犯罪の事後処理という見解

第六款：行刑との関係——自由刑純化論について

小 括

終 章

(以上、本号)

## 第七章：我が国における刑罰理論の検討

### 第一節：ドイツにおける刑罰理論の展開の小括

前章までの考察から、ドイツにおける応報刑論の新展開は、過度な予防的考慮に歯止めをかけるための単なる壁に過ぎないもの（外在的制約）ではなく、無目的ではない刑罰の正当化および刑罰の限界を示したもの（内在的限界）であることが示された。そこでは、社会における人々を自由な「人格」とみなすことから展開され、自由な人格であるが故に、刑罰が科される根拠にもなり得ることが導かれることになる<sup>823)</sup>。

人々を自由で自律的な「人格」とみなすが故に、威嚇や抑止、改善や矯正の対象とされることはない。あくまで、犯罪行為者も「人格」であり自らが再び社会で共生していく主体なのである<sup>824)</sup>。そのため、ドイツにおいて近年主張される応報刑論は、目的を有しないという意味での「絶対的

823) 誤解を避けるために言えば、人々は自律的な存在であるが、いかなる場合でも自律的であって、自己決定が可能であって、自己決定すべき存在であり、自己決定していたと推定ないしは擬制されるわけではない。具体的な場面において、個々人は自己決定していたとみなされない場合は、当然に存在している。責任能力が無い場合もあれば、強制の場合もあり得る。加えて、行為者の自律性が犯罪の責任を加重することにもならない。自律的な人格によって侵された犯罪行為は、確かに刑罰の根拠であるが、それと同時に限界でもある。量刑においても、それは妥当する。もちろん、行為時点から裁判時点までの行為者の態度から、刑を減輕すべき要素が見いだされることはある。それでも、犯罪行為以上の刑を科すことはできないという限界は維持される。犯行後から裁判時点までの行為者の態度が好ましくないからといって刑を加重することはできないのである。それはただ、犯罪行為時点の行為責任から減輕されないというに過ぎない。犯罪行為以上に刑罰を賦課することは、行為責任を逸脱し、刑罰以上の(以外の)ものを行為者に負わせ、行為者を自律的な人格というよりは、むしろ「異質な存在」と扱うことになる(この点で、Hans Welzel, *Persönlichkeit und Schuld*, in: ders., a.a.O. (Fn. 613), S. 205 ff. は、人間は自由答責的なものとしてのみ存在し得ることから、自由や答責性の減少が人間性の減少を意味し、それによって、人間よりも下の存在 (untermenschliches Dasein) へと落ちぶれるとしている。なお、Günther Jakobs, *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, in: Nestor Courakis (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert*, Festschrift für Dionysios Spinellis, 2001, S. 447 ff., 450 f. も参照。人格性と責務との関係については、Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 41 ff.)。行為者の自律性を抽象的に捉えることで、自律的な人間であれば他の自律的な人間を害するなどをもっての外であるとして、厳罰に処することでは、同じ人格であり、共同体の構成員であるはずの犯罪行為者は、社会から排除されることになってしまう。この問題性については、生田勝義「厳罰主義と人間の安全—刑法の役割についての一考察」広渡清吾ら編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(日本評論社, 2005年) 37頁, 52頁以下を参照。なお、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂, 2006年) 5頁以下および10頁以下も参照。

824) 犯罪行為者は、犯罪を犯しても同様に人格のままであって、いわば主体的に社会復帰をしていく存在となる。そこから、受刑者の権利としても基礎づけられ、国家が社会復帰を促進する施策をとるなどの国家の社会復帰への援助の義務も導かれることになろう。ここでは、社会復帰を阻害するもの、いわば社会に立ち戻るための障害たる「社会的排除」は必要最小限のものであることが要請されよう。この点で、土井政和「日本における非拘禁的措置と社会内処遇の課題」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』(現代人文社, 2012年) 10頁以下も参照。

応報刑論」ではないが、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すという形での「相対的応報刑論」でもなく、刑罰自体が法秩序に果たしている役割—自由の条件の保障と関係づけられたものである<sup>825)</sup>。

そして、このような展開は、カントやヘーゲルの刑罰理論に着想を得て、現代的に展開されているものである。特に、カントやヘーゲルの刑罰理論は、従来目的からは離れた絶対的な刑罰理論として理解されてきたところだが、しかし、それぞれの刑罰理論において「目的」が認められることが示された。

すなわち、カントは、刑罰は犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させるために科されるものと理解していたのである。カントは、刑罰の根拠を国家的法秩序の侵害という意味での犯罪に見ており、理性的な存在でもある犯罪行為者によって侵害された国家的法秩序を国家的刑罰によって回復しようとすることから、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという意味での刑罰論を主張している。しかし、犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させることは、カントにおいては刑罰の目的であり、目的を持たないという意味での「絶対論」を主張しているわけではない<sup>826)</sup>。

もっとも、カントは、刑罰を理念的な国家的法秩序の回復と結びつけているので、刑罰の正当性を理念的に、すなわち、叡智界で基礎づけているのである。そのため、現象界で問題となってくる、威嚇や改善といった予防で基礎づけているわけではない<sup>827)</sup>。ところが、理念的な正当性であれ

---

825) 現実の自由の保障と結びつけられるために、純粋理念的な応報刑論でもないのである。詳細は、第三章を参照されたい。

826) 付言すれば、刑罰の目的は、刑罰の必然的に結びついている国家的法秩序の回復であり、それ自体が刑罰の意義である。そして、犯罪予防のための国家的処分の権限付与は、決して否定されるものではないが、それは刑罰の本質とは混合されてはならないものとなろう。Lesch, aa.O. (Fn. 474), S. 39 を参照。

827) 人間を理性的な存在とみなすために、威嚇や改善によって行動を統制することは、カントの言う「物権の対象」に混ぜこめられてしまうために (Kant, aa.O. (Fn. 541), A 197/B 227 (S. 331) (W453)), 刑罰の正当化根拠とはならないであろう。

ば、現実の自由を保障するために現に刑罰を科す必要性については、さらに説明を要するのではないかとの疑問が生じる。

この点で、フョエルバッハはまさに現実の人々の権利行使の実践的保障を問題としていた<sup>828)</sup>。フョエルバッハにとって問題となるのは、国家の予防的保全機能であり<sup>829)</sup>、その保全のために、刑罰賦課によって人々の行動を動機づけ、犯罪を予防することになる。そこでは、刑罰賦課の目的は、「威嚇自体に効果を持たせることにある以上のもではない」のである<sup>830)</sup>。

ところが、このように、刑罰を通じての行動統制による予防を目的とすることは、人々を行動統制の客体とみなすことになるだけではなく<sup>831)</sup>、将来の危険を防ぐことに目を向けるが故に、犯罪は刑罰の契機にすぎない、すなわち、犯罪と刑罰に内在的連関がないことになり、刑罰の正当性に関して、その予防という目的は外在的な要素に過ぎないことになる。しかも、犯罪の発生はその予防の失敗を意味するという点で、つまり、予防の失敗が刑罰の正当性を奪い、単なる害悪となってしまうという点で、刑罰が何故に許されるのかという刑罰の正当化根拠としては、不十分なものであろう。

それに対して、ヘーゲルの刑罰理論は、犯罪行為者も理性的存在<sup>832)</sup>で

---

828) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 603 (Revision 1)), S. 39.

829) ホッブズとの関係については、Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 16 ff. を参照。

830) Feuerbach, a.a.O. (Fn. 607 (Anti-Hobbes)), S. 226.

831) そこで前提とされる人間は、感覚的で経験的な、心理的に決定される衝動体としての人間であり、理性的な存在としてはみなされていないことになる。

832) 既に述べたように、ヘーゲルはカントと同様に犯罪行為者も他の人々も理性的な人格として扱うが、ヘーゲルにおいては、人倫や市民社会は、帰結でもあり出発点でもあったため、法秩序を前提に、その中で人格として相互承認関係を結び、そうして社会全体へと広がり、法秩序を形成していくという、円環的な理解が妥当であって、生得的な人格とはみなしていないように思われる。なお、カント的な社会契約論については、さらに検討を要する。カントとホッブズの相違については、Wolfgang Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 2009, S. 59 ff., 180 ff. を参照。

あることを前提として、犯罪の反作用として刑罰が科されるものであり、犯罪行為が刑罰の内在的根拠となる、いわば犯されたが故に刑が科されるという応報刑論であった。ところが、この理論は、決して目的からは離れた絶対的応報刑論ではない。ヘーゲルにとっては、現実的なものは理性的であるが、存在するものすべてが現実的なものではなく、悪しきものは自らにおいて破壊され、無効にされるものである<sup>833)</sup>。そして、犯罪は「自由の定在への攻撃<sup>834)</sup>」であるが、犯罪行為者の特殊な意思であり<sup>835)</sup>、法としての法の侵害であるが、みせかけだけの<sup>836)</sup>それ自体において無効なものであり<sup>837)</sup>、無効と表明される必要が生じる。

レッシュの分析によれば、社会において犯罪によって示されたみせかけの状態を、無効であると表明する、客観的正当化が問題になるとされ<sup>838)</sup>、犯罪を無効と表明する、すなわち、「否定の否定」によって、侵害された規範が今後もまた正しいものであるということを示すために、刑罰は賦課されることになる。

もっとも、ゼールマンの分析によれば、ヘーゲルが述べる、理性的な存在が行為によって彼自身において対自的に承認した法則の下に包摂され得るという法則論拠は<sup>839)</sup>、結局、犯罪行為者が何か非理性的なものを行ったということだけを意味し得るのであって、法則に含まれる、例えば人を殺してよいなどという非理性が、犯行という非理性へのリアクションに

833) Hegel, a.a.O. (Fn. 701), S. 923 を参照。非理性的なものは「それ自身において無効」であり、現実性を有しない (Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §97, S. 185; §82/Zusatz Gans, S. 173)。

834) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 300. なお、ヘーゲルの Dasein は通常、定在と訳されるが、第六章では、一部において現存在という訳をあてている箇所がある。やはり、ヘーゲルの Dasein には特殊な意味がこめられているので、定在という訳に変更させていただく。記してお詫び申し上げたい。

835) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §99 Bemerkung, S. 189. ders., a.a.O. (Fn. 733), S. 70, 238; ders., a.a.O. (Fn. 480), S. 318 f. も参照。

836) Hegel, a.a.O. (Fn. 480), S. 482.

837) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §97, S. 185; §1/Anm., S. 29.

838) Lesch, a.a.O. (Fn. 474), S. 91 ff.

839) Hegel, a.a.O. (Fn. 145), §100, S. 190 を参照。

とっての基準とはならないとする。そうして、ヘーゲルは、法を「自由で  
等しい人格としての相互承認の全方面的理解」としていると分析し<sup>840)</sup>、  
人格の意志に反して生じる外的領域への介入はすべて人格の侵害であり、  
それとともに承認関係全体の阻害ということになる（法としての法の侵  
害)<sup>841)</sup>。

あらゆる承認関係は、相互の承認で社会全体に関係するので、犯行に  
よって相手の承認を奪うものは、同時に相互承認の原理自体への侵害も  
行っていることになる。しかしながらそれは、相互的であるが故に、他人  
から承認を奪う者は、自らの承認も奪うことになった。ここから、その承  
認関係を回復させることが必要となるが、承認は、お互いが同等であるこ  
とを前提としているが故に、「一方的に他人を超えて主体に躍り出」た者  
は、再び行為者と等しくなるために、承認関係の喪失という侵害を被らな  
ければならなかった。これが刑罰を引き起こすことになるのである。

それ故に、ゼールマンによれば、ヘーゲルの刑罰論では刑罰は犯罪の反  
作用として理解している。もっとも、承認関係の回復、つまり法の回復に  
よって、侵害者と被害者が、再び承認者・被承認者という通常の関係に還  
元されるために科されることになるので、ここでは決して目的からはなれ  
た「絶対的応報刑論」ということにはならない。

もっとも、この点で、害悪を伴う刑罰が、同等な相互承認ということか  
ら許されるとしても、何故に刑罰でなければならないのかという疑問は残  
る。これに関し、近年のドイツにおける応報刑論は、現実の自由や自律性  
の保障と結びつけて基礎づける、あるいは、現実での法秩序の規範的な効  
力の維持と関係づけることで、刑罰でなければならないことに答えようし  
ているのである<sup>842)</sup>。

---

840) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 70 f.

841) Seelmann, a.a.O. (Fn. 375), S. 19 f.

842) Wolff, a.a.O. (Fn. 324), S. 824; Köhler, a.a.O. (Fn. 439), S. 51, 55; Pawlik, a.a.O. (Fn. 12), S. 95; des., a.a.O. (Fn. 487), S. 84 f., 89 ff.; Jakobs, a.a.O. (Fn. 509), S. 32 ff. 等を参照。

もっとも、そこから、種々の予防目的を必然的に刑罰に組み込むことができるかは検討を要する。それは、ヘーゲルが犯罪行為者も理性的な存在であることを前提とするが故に、刑罰を通じての威嚇や改善といった目的を否定しているからである。むしろ、ヘーゲルにおける刑罰の目的は、第二章で検討されたような規範確証的な予防論に近いものとなろう。もっとも、それは刑罰に内在的に結びつけられるものでなければならず、予防目的が外在的に組み込まれるわけではないであろう。したがって、応報的な刑罰理論に内在し得る目的が考究される必要がある<sup>843)</sup>。

## 第二節：我が国における刑法改正の概観

以上のドイツでの議論のわが国への敷衍可能性を見るために、翻って、わが国の刑罰理論に関わる刑法改正の動向を見ておきたい。戦後の日本刑法の改正は、1947年の憲法改正に伴う改正に始まったが、1953年には執行猶予規定の改正が、54年には執行猶予者に対する保護観察規定の新設がなされるなど、諸外国での（戦前からの）改正動向を踏まえつつ、一部改正が行われた。ところが、刑法の全面改正については、周知のように、現在までなされていない。刑法全面改正の試みは、1956年の刑法改正準備会に始まり、1961年には刑法改正準備草案が発表されていた。この草案を受けて、1963年に法制審議会刑事部特別部会は審議を行い、1972年3月には改正刑法草案を説明書とともに発表し、1974年に、法務大臣に対して法制審議会は刑法全面改正が必要であり、改正の要綱は刑事法特別部会の決定した案による旨を答申した。

この刑法全面改正の必要性については、次のように説明されていた。「現行刑法が制定後すでに六〇年余を経過し、その間における社会情勢及び精神状況の推移、憲法をはじめとする法律制度の変遷、内外における刑

---

843) なお、前述のように、社会の発展に伴って社会が安定化することで、刑罰の必要性が減少するという指摘は注目に値するものである。

法理論や刑事政策思想の発展などからみてこれを現代の要請に適合するものとするため、これを全面的に再検討する時期に立ち至っている」と。この刑法全面改正のなかで特に重要な争点となっていたのは、1. 用語の文語体表現、2. 法文が刑法定後における刑法理論と実務の発展に合うものか、3. 刑法定後の刑事政策の理論・技術の発展による刑その他の刑事上の処分の種類・内容を再検討する必要性、そして、4. 「社会の発展に伴って生じた新しい類型の違法行為に対して必要な処罰規定を新設するとともに、現在における一般国民の法感情を基礎としてそれぞれの罪の構成要件及びこれに対する法定刑を再検討」する必要性、である。

特に、処罰範囲の拡大と重罰化<sup>844)</sup>、保安処分制度の導入に関しては、弁護士会や学界のなかから批判が強くなされたところである<sup>845)</sup>。また、立法事実としての社会の変化についても、憲法の個人主義的価値観との不一致が言及されていた<sup>846)</sup>。平野龍一によれば、憲法の基礎にある個人主義的な価値観は、個人の持つ価値観の多様性を認め、異なった価値観に対しても寛容な態度を取るという「許容主義的社会」を前提としており、被害者なき犯罪や被害の成立について微妙な犯罪については非犯罪化をするべきであるとされた<sup>847)</sup>。

これらの批判に対応するため、1976年に法務省は、刑法改正草案の一部修正を含む「中間報告・刑法の全面改正について」を発表したが、基本姿勢に変化がないとして、反対意見からは納得の声が出ず、結果、草案は棚

---

844) なお、重罰化は、特に短期自由刑の弊害に対処するために下限の引き上げを意識しており、上限の引き上げは草案には盛り込まれていない。

845) 平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究1 概論・総則』（東京大学出版会、1972年）や、平野龍一・平場安治編『刑法改正』（日本評論社、1972年）などを参照。

846) 例えば、平野龍一「社会の変化と刑法改正」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2 各則』（東京大学出版会、1973年）11頁以下では、現行刑法後の社会の変化として重要なものは、戦前と戦後との価値観の変化であるとし、社会の変化を全面改正の理由に挙げるならば、個人主義の価値観への変化を反映させるべきであるのに、反映がなされていないと批判していた。

847) 平野・前掲（注846）13頁以下。

上げされるに終わっている。その後、刑法は、個別の犯罪類型に向けられた改正は行われたものの<sup>848)</sup>、2000年ころまでは、全ての犯罪類型にかかわる改正は行われてこなかった。

ところが、1990年代に入り、いわゆる「安全神話の崩壊」や「体感治安の悪化」といった言明が増えてくる<sup>849)</sup>。他方で、犯罪被害者の保護と救済が刑事司法の大きな課題として取り上げられてきたのもこの時分である。つまり、一方では、一般の人々における社会的な不安感が、他方で、具体的な犯罪被害者に対する対応の必要性が意識されるようになったのである。例えば、2001年には、飲酒運転等の危険運転行為による死亡事故に対応するため、危険運転致死傷罪（208条の2）が新設され、2004年には全ての犯罪類型にかかわる自由刑の上限の引き上げ等が、2005年には人身売買罪の新設等<sup>850)</sup>が行われた。

特に2004年改正は、「体感治安の悪化」に対処する必要性や「国民の刑罰に関する正義観念」にあわせること等が根拠として挙げられている<sup>851)</sup>。

---

848) 例えば、暴力団等に対する対策（1958年改正。証人等威迫罪（105条の2）やあっせん収賄罪（197条の4）、凶器準備集合・結集罪（旧208条の2、現208条の3）の新設）、不動産の争いへの対策（1960年改正。不動産侵奪罪（235条の2）の新設）、身代金誘拐対策（1964年改正。身代金目的略取等の罪、同予備罪（225条の2）の新設）、交通事故対策（1968年改正）、贈収賄等の罪の重罰化（1980年改正）、コンピュータ犯罪への対策（1987年改正。電磁的記録不正作出・供用罪（161条の2）や電子計算機損壊等業務妨害罪（234条の2）の新設）、財産刑の引き上げ（1991年改正。罰金の寡額およびその他各則の罰金額の引き上げ）、カード犯罪対策（2001年改正。支払用電磁的記録に関する罪（163条の2ないし5）の新設）等である。

849) この点で、2003年に犯罪対策閣僚会議にて策定された、「犯罪に強い社会の実現のための行動計画——「世界一安全な国、日本」の復活を目指して——」においては、「治安水準の悪化と国民の不安感の増大」が起こっているという。「治安は危険水域にある」として、刑法認知件数が戦後最多を記録する反面、刑法犯検挙率が過去最低の水準になっており、街頭犯罪や侵入犯罪の急増、凶悪な少年犯罪の多発、来日外国人犯罪の凶悪化・組織化と全国への拡散等が治安水準の悪化を後押ししているというのである。

850) いわゆる「人身取引」への対策として、226条の2の人身売買罪の新設や、逮捕・監禁罪（220条）、略取誘拐罪（224条以下）の法定刑引き上げが行われた。

851) このような根拠を理由として刑法改正を主張する背景には、ポピュリズムの影響を指す

① 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に、人の生命・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。② 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、国民の治安回復のための基盤を整備するという喫緊の社会的要請に応えること<sup>852)</sup>、③ 国民の平均寿命の伸びが刑期を相対的に短く感じさせていること、④ 有期刑の上限に関して無期刑との格差を埋めることが挙げられている。他にも、⑤ 仮釈放の積極的活用を前提に、仮釈放期間を長くし再犯率を下げること、⑥ 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も挙げられている。

ところが、実際、法定刑の引き上げが、必ずしも実態として、犯罪の増加や凶悪化を背景にしていけないという指摘もなされている<sup>853)</sup>。立法事実としての現実の治安の悪化が存在していない場合には、この改正には大きな疑問が残る。さらに、法定刑の下限だけを引き上げる場合、刑の上限だけを引き上げる場合とは異なり、量刑の裁量が狭まることになるので、例

---

↘ 摘するものや (浜井浩一・Tom Ellis「日本における厳罰化とポジュリズム——マスコミと法務・検察の役割、被害者支援運動——」前掲書 (注2) 90頁以下)、市民の犯罪問題への「特効薬」を求める影響 (井田・前掲 (注2) 18頁以下を参照)、「不許用社会」「排除社会」を指摘するものなどがある (例えば、村井・前掲 (注2) 15頁など)。

852) これについては、先の2003年の犯罪対策閣僚会議による「行動計画」が関わる。そこでは、治安の悪化は「社会環境の変化、社会における規範意識の低下、国際化の影響、経済情勢等の様々な事情が複雑に絡み合っている」ため、全般的な対策が取られなければならないとされる。そこから、特に「犯罪情勢に即した五つの重点課題」として、① 平穏な暮らしを脅かす身近な犯罪の抑止、② 社会全体で取り組む少年犯罪の抑止、③ 国境を越える脅威への対応、④ 組織犯罪等からの経済、社会の防護、⑤ 治安回復のための基盤整備、を挙げている。⑤のための施策として「凶悪犯罪等に関する罰則整備」があり、ここでは、「凶悪犯罪の法定刑の引き上げ、現在二〇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」とされている。

853) 例えば、井田良「法定刑の引上げとその正当化根拠」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』(判例タイムズ、2006年) 269頁以下。また、長谷川眞理子「日本における若者の殺人率の減少」学術の動向2005年10月号22頁も参照。

えば、従前は法定刑の下限のあたりで量刑されていたような行為が、実質的に重罰化されることになる。そのため、場合によっては、従前は執行猶予に付されていた行為態様につき、執行猶予に付されない、ということがあり得るのである。このような量刑裁量の制限という意味での重罰化が、量刑に関する裁判実務の現状を顧みることなく行われ得るものなのか、という疑問も生じよう<sup>854)</sup>。

ここでは、果たして上述のような理由を元に刑法改正が許されるかという問いに対して、従前のわが国の刑罰理論から如何なる答えを出し得るのかを検討する必要がある。2004年改正を例にしても、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する場合、それは、威嚇刑論ないし抑止刑論と結びつき得る。他方、平均寿命の延びへの対応や、下限引き上げによる犯罪の重さの適切な反映は、罪刑均衡という意味で、広報刑論にかかわるかもしれない。また、保護観察期間の長期化は、それを通じた改善・再社会化という意味では、特別予防論にかかわるものであろう。

他方で、刑法改正による重罰化ではなく、量刑水準の上昇による重罰化も見過ごしてはならない。例えば、近年の自動車事故による死傷事件を例に、その量刑において、被害感情という構成要件外の結果を重視する傾向があるとの分析がある<sup>855)</sup>。そうであれば、被害感情に応答することが刑罰の根拠ないし量刑の根拠とすることは可能であるのかが問われなくてはならない。加えて、注意しなくてはならないのは、法定刑引き上げではなく、引き下げが評価を得る場合があるということである。例えば、2004年改正で行われた強盗致傷罪の刑の下限の引き下げについては、裁判実務の要請に沿っており、歓迎されるという分析もある<sup>856)</sup>。ここでは、刑法改

---

854) 量刑の裁量を狭めることは、事件の個性に対応する幅を狭めることでもある。城下裕二『量刑理論の現代的課題』（成文堂、2007年）17頁も参照。

855) 原田國男「実務の視点からみた交通犯罪」刑法雑誌44巻3号（2005年）420頁。

856) 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）13頁。

正による一律の法定刑引き上げは、実務の量刑の実情には必ずしも即しては、ということが示唆される。これを受けて、裁判実務が法定刑の引き上げに単純に追従するべきではないとする「量刑枠論」を主張する見解がある<sup>857)</sup>。裁判実務の量刑については、さらなる検討が必要となる<sup>858)</sup>。

さて、一連の刑法改正の流れには、組織的犯罪に対する対応として行われているものがあることにも注意を要する。例えば、組織的犯罪処罰法10条・11条による犯罪収益等隠匿・收受罪（マネーロンダリング罪）や、国際組織犯罪防止条約を批准するための共謀罪規定の提案である。この組織的犯罪への対応を一般市民ではない特殊な人間・団体を相手にする例外的な対策であるとして、直ちに許容され得るものなのかは、疑問である。通常の犯罪に対するリアクションとは異なる例外的な対策であるとした場合、それは果たして刑罰として正当化され得るものであるのか。例外的な対策としての処罰範囲の相当の拡大や早期化が、通常の刑法の領域にまで至る場合には、さらなる問題が生じよう<sup>859)</sup>。

また、刑罰以外の制裁との関係でも、考察を要する問題がある。例えば、2005年の独占禁止法改正によって、課徴金の算定率が変更されたことに関わってくる。この改正によって、算定率が引き上げられ<sup>860)</sup>、違反行為通告者へのインセンティブとして「課徴金減免制度」が新設されるとと

---

857) 原田國男「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル第1号（2005年）50、53頁以下。同『量刑判断の実際〔第三版〕』（立花書房、2009年）4頁以下も参照。

858) この点は、量刑理論の精緻化をはかる上で傾聴に値するが、本稿の課題がまずもって刑罰の正当化根拠の考察にあるため、稿を改めて検討することにしたい。

859) 組織的犯罪処罰法10条、11条の罪も、刑法256条の盗品等に関する罪よりも緩やかであることから、組織犯罪とはいえない通常の犯罪にまで適用される怖れがある。

860) 諏訪園貞明「改正独占禁止法の概要」ジュリスト1294号（2005年）2頁以下によれば、課徴金の算定率は、製造業等では大企業で違反行為期間内の売り上げの6パーセントから10パーセントに、中小企業では3パーセントから4パーセントに、小売業では大企業で2パーセントから3パーセントに、中小企業で1パーセントから1.2パーセントに、卸売業では大企業・中小企業ともに1パーセントであったが、大企業のみ2パーセントへ引き上げられている。

もに、「課徴金と法人に対する刑事罰との調整規定」が設けられているからである。課徴金の算定率引き上げに伴い、課徴金は、不当利得の徴収の付随効果として違反行為を防止するという目的とするものから、違反行為防止という目的を強めている。そして、改正独占禁止法7条の2第12項において「同一事件について、当該事業者に対し、罰金の刑に処する確定裁判があるとき」は、所定の課長金額に代えて「その額から当該罰金額の二分の一に相当する金額を控除した額を課徴金の額とするものとする」とされたのである。

公正取引委員会の説明によれば、「見直し後の課徴金は、カルテル・入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するため、不当利得相当額を超える金銭を徴収する行政上の措置である。他方、刑事罰は、過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して道義的非難を加えることを本旨とし、これに伴い違反行為の抑止（一般予防）効果も期待するものである。したがって、課徴金制度と刑事罰について、その趣旨・目的・性質・内容を比較した場合、基本的に異なるものと考えられる。……他方、課徴金は違反行為防止を目的とし、刑事罰は違反行為の抑止（一般予防）効果も一つの効果として期待されるという意味で、両社に共通する部分が存在することは否定できないことから、違反行為防止という行政上の目的を踏まえ、課徴金の額から罰金額の2分の1に相当する額を控除する調整規定を設けることが適当であると判断したものである。……すなわち、罰金額の2分の1に相当する金額を控除することとすれば、違反行為防止という行政目的を達成する上で必要以上に過重な負担を課すことにはならず、憲法上の問題が生じないとの判断に基づくものである<sup>861)</sup>。

ここでは、憲法39条が禁止する二重処罰の対象となる「刑事上の責任」にこの独占禁止法における課徴金が含まれるのか否かという問題にかかわ

---

861) 公正取引委員会「独占禁止法改正（案）の考え方」

り、課徴金の「罰」としての性格が前提とされているのではないかと、という疑問が生じる。すなわち、課徴金も「罰」としてとらえ、半分は行政制裁、半分は刑事制裁という理解をしているのか、そしてそれが妥当か、という疑問である。公正取引委員会の説明による課徴金と刑罰の「違反行為の防止」という目的が、それぞれの制裁を正当化する根拠として十分であるかも問題だが、犯罪行為によって得られた利益の徴収であれば、刑事制裁には当たらない、という理由も明らかではない。刑法が19条1項3号で「犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物」を没収の対象としている以上、刑罰と課徴金両者の性格はますます近づく。この場合、犯罪に対する固有のリアクションであるはずの刑罰以外でも、その当該行為に対して対応することができるのであれば、刑罰の最終手段性に抵触するのみならず、刑罰固有の性格を希薄化するものでもある。「刑罰」というレッテルでなければ良いということにはならないであろう<sup>862)</sup>。

この点では、いわゆる「刑の一部執行猶予<sup>863)</sup>」でも、監視期間の実質

862) この点で、佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也・芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣, 1994年) 275頁以下は、「併科が立法者の意図である限り、その制約は、二重処罰の禁止ではなく、罪刑均衡の原則からなされるべきである」とし(301頁)、二つの手続きで実質的な刑事罰を科したとしても、全体として罪刑の均衡が取れていれば「二重の危険」条項には反しないとしている(297頁)。しかし、正当にも自身で認めているように、「違法な利益の剥奪であれば、なぜ制裁でないのかも明らかでない」(279頁)のであって、一つの行為に対して、複数のしかも同種・同質の性格を有する制裁を賦課することは、二重の制裁賦課になるであろう。これは、犯罪行為が行われた際に、行為者に科される刑罰賦課と被害者に対する損害賠償の場合には、もちろん事情が異なる。刑罰と損害賠償では果たすべき任務が異なる。刑罰が、犯罪によって生じた侵害のみに向けられているのに対し、損害賠償は、被害者個人の権利への不尊重である。この点で、永田憲史「罰金刑の目的」関西大学法学論集56巻5・6号(2007年)133頁、148頁も参照。

863) 「刑法等の一部を改正する法律案」(<http://www.moj.go.jp/content/000080905.pdf>)を参照。また、佐伯仁志『制裁論』(有斐閣, 2009年)69頁以下、刑事法ジャーナル23号(2010年)の特集も参照(今井猛嘉「刑の一部執行猶予」同号2頁以下、太田達也「刑の一部執行猶予と社会貢献活動」同号14頁以下、神洋明・青木和子「刑の一部執行猶予制度導入について——弁護士立場から——」同号38頁以下、永田憲史「刑の一部執行猶予制度導入による量刑の細分化——刑の執行猶予の存在意義の観点からの考察——」同号46頁

的な長期化や社会貢献活動の性格に関して、疑問が投げかけられている。例えば、井上宜裕は、監視の長期化を指摘する。すなわち、法律案によれば、執行猶予期間中の再犯に対しても刑の一部執行猶予は可能であるが、この場合、前刑の執行猶予が必要的に取り消されることになり、実刑の期間が非常に長くなる点、そして、刑の一部執行猶予制度の導入は刑責の評価を変えるものではないとするならば、実刑期間は短縮されるが刑全体は長期化する可能性、執行猶予部分の猶予期間が加わると対象者に負担が課される期間が長期にわたる点を指摘している<sup>864)</sup>。

他方で、従来、全部執行猶予に付されていたものが、一部執行猶予となる場合には、例えば、懲役3年で、1年は実刑、残り2年は執行猶予という場合には、実刑部分が1年のような短期であれば、短期自由刑の弊害が出てきてしまうことには注意を要する<sup>865)</sup>。それでは、執行猶予を認める意味が損なわれてしまうのではないかという疑問が生じる。

また、例えば、懲役3年で、1年は実刑、残り2年は執行猶予という場合に、執行猶予部分も含めた刑全体の3分の1を経過した後にしか仮釈放できないことから、仮釈放の余地がなくなり、善行保持のインセンティブが働かなくなるのではないかという疑問が出されていることにも注意を必要とする<sup>866)</sup>。一部執行猶予を用いるから、仮釈放制度を用いる必要がないことにはならない。社会内処遇の有用性を強調するなら、必要的仮釈放制度の採用も考えられよう<sup>867)</sup>。

---

▽頁以下)。問題点を指摘するものとして、井上宜裕「刑の一部執行猶予——制度概要とその問題点」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』（現代人文社、2012年）155頁以下、あわせて、金澤真理「刑の執行猶予の実体法的考察」同書136頁以下も参照。刑の一部執行猶予の詳細な検討は、他日を期したい。

864) 井上・前掲（注863）169頁。

865) 法制審議会被収容者人員適正化方策に関する部会第14回会議議事録8頁を参照。

866) 法制審議会被収容者人員適正化方策に関する部会第19回会議議事録18頁を参照。

867) 武内謙治「仮釈放制度の法律化と社会化——必要的仮釈放制度と任意的仮釈放制度の提唱」刑事立法研究会編『21世紀の刑事施設 グローバル・スタンダードと市民参加』（日本評論社、2003年）228頁以下、230頁以下も参照。

加えて、更生保護法51条2項を改正し、特別遵守事項の一つとして社会貢献活動を導入しようとする点も問題となる。「善良な社会の一員としての意識の涵養及び規範意識の向上に資する地域社会の利益の増進に寄与する社会的活動」として、例えば公共の場所での環境美化活動を行わせるといものだが、これは、欧米などで「刑罰」として行われている社会奉仕命令と類似している<sup>868)</sup>。更正保護法51条2項所定の社会貢献活動が、刑罰としての性格を有する場合には、罪刑法定主義を潜脱する形で、行政機関による刑罰の言い渡しを認めるものであろう。また、「善良な社会の一員としての意識の涵養及び規範意識の向上に資する地域社会の利益の増進に寄与する」という目的は、行為者の規範意識の訓育と社会における人々の規範意識の強化のように聞こえるが、このような目的で刑罰を科すことは、犯罪行為者を一人前の人格としてみなしておらず、行為者の自発的な社会復帰をも否定することになる。犯罪行為者は再社会化していく存在であり、再社会化される存在ではない。

以上のような多様の問題に対して、議論の方向性を明らかにするために、以下では日本における刑罰理論を検討していきたい。

### 第三節：我が国における刑罰理論の検討

#### 第一款：相対的応報刑論について

現在、日本において純粋な「絶対論」を主張する論者は見かけられないが、しかし、「応報刑論」が主張されないわけではない。そこでは、「相対論」ないし「目的刑論」と組み合わせられた形での「相対的応報刑論」と呼ばれるものが主張されている。もっとも、一括りに「相対的応報刑論」といっても、その内容は種々異なっている<sup>869)</sup>。

---

868) 柳本正春「刑罰としての社会奉仕命令」亜細亜法学29巻1号(1994年)25頁以下、佐伯・前掲(注863)65頁以下を参照。

869) 相対的応報刑論については、序章での記述もあわせて参照されたい。

まず、併合説的見解があげられる<sup>870)</sup>。これは、応報刑の範囲内で予防目的を考慮しようとするものである。ところで、この見解は、刑罰を正当化する根拠は応報であることになろう。というのも、応報刑の枠内でしか予防目的が考慮されないのであれば、予防目的はあくまでも「外在的」に考慮されるものに過ぎず、内在的に刑罰を基礎づける根拠ではないからである。この場合、何故に、応報刑の範囲内であれば予防目的を考慮しても良いのかの説明を行う必要があるが、この点はあまり言及されていない。さらに、応報刑の枠内で考慮される予防目的も、一般予防目的と特別予防目的が考慮されるとしても、その優劣関係は明らかではない。

また、併合説的見解のなかで、刑罰を正当化する根拠が予防目的にあるとするならば、この場合は、応報という限界枠は「外在的」な制約原理となるに過ぎないことになる。この場合は、各種の予防目的が刑罰の正当化根拠として適切であるのかという問題に加えて、正当化するものが限界づけになっていないという問題が、つまり、刑罰を基礎づけるものと限界づけるものが異なっているという問題が生じるのである。

続いて、相対的応報刑論のなかでも分配説的見解を見てみたい。これは、立法の段階では一般予防、科刑の段階では一般予防と特別予防、そして行刑の段階で特別予防を加味する見解である<sup>871)</sup>。ここでは、それぞれに予防目的が分配される根拠が明確でないことに加え、応報を基礎に予防目的を加味するので、併合説と同じ問題が生じている。

これらの「相対的応報刑論」は、確かに、種々の刑罰理論を場面によっ

870) 滝川幸辰『刑法講義 [改訂版]』[弘文堂, 1930年] 175頁, 同『刑法の諸問題』(有斐閣, 1951年) 27頁以下, 団藤・前掲(注21) 469頁, 大塚仁『刑法概説(総論) [第四版]』(有斐閣, 2008年) 52頁以下, 福田平『全訂刑法総論 [第五版]』(有斐閣, 2011年) 21頁, 321頁以下。なお, 浅田和茂『刑法総論 [補正版]』(成文堂, 2007年) 497頁, 曾根威彦『刑法総論 [第四版]』(弘文堂, 2008年) 39頁, 大谷實『刑法講義総論 [新版第4版]』(成文堂, 2012年) 44頁, 西田典之『刑法総論 [第二版]』(弘文堂, 2010年) 19頁も参照。

871) 中義勝『講述 犯罪総論』(有斐閣, 1970年) 40頁以下。なお, 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣, 1983年) 120頁以下, 128頁以下, 団藤・前掲(注21) 544頁も参照。

て使い分けることができるという点では、優れたものなのかもしれない。学説の中には、社会の複雑化と価値の多元化が法的ルールおよび規制的法原理の多元化の基礎となっているとして、法の「パッチワーク化」を認める見解もある<sup>872)</sup>。しかし、問題は、そのような使い分けを如何にして合理的に説明可能であるのか、という点である。誰が如何にして当該法的ルールを持ち出す権限・範囲を決めることができるのであろうか。価値の多元化を前提にすれば、なおのこと困難になるように思われる。

種々の刑罰理論を場面によって使い分けるという見解では、結局のところ、その種々の理論を使い分ける統一的な基準ないし理論を前提としなければ、理論としては十分なものとは言えないであろう<sup>873)</sup>。

## 第二款：抑止刑論について

これに対し、とりわけアメリカの議論を参照する形で、我が国においても抑止刑論を主張する見解がある。なかでも、平野龍一は、抑止刑論を相対的応報刑論とは異なる刑罰理論として主張している<sup>874)</sup>。これは、刑罰賦課による心理的な働きかけで、一般の人に対しても行為者に対しても犯罪を防ごうとすることになる。しかしながら、心理的に働きかけるという意味では、威嚇と共通のものを有しており、法定刑を定めることでの抑止ならば、犯罪が生じたという時点で抑止の失敗を意味し、科刑による抑止を目的としていれば、威嚇予防と同じ問題点が生じることになる。

しかも、抑止刑論は、威嚇ではなく心理強制による抑止であるとしても、そこでは、社会の人々は、その自律的判断が信頼される存在ではな

---

872) 井田・前掲(注2(変革))20頁。そこでは、刑法原理も二元化ないし多元化していくことが、社会で求められているというのである。

873) なお、滝川春雄『刑罰と保安処分の限界』(有斐閣、1962年)33頁も参照。

874) 平野・前掲(注5)20頁以下、22頁以下。他にも、所一彦「抑止刑再論」芝原邦爾・西田典之・井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣、1998年)99頁、花岡明正「抑止刑論の検討——所理論を手掛かりに——」立教法学55号(2000年)282頁以下、山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣、2007年)2頁以下も参照。

く、合理的経済人を前提にする。つまり、損得勘定で規範に従うか否かを決めるのであり、犯罪が割に合わない場合にしか、規範には従わないということになってしまう。そうすると、規範に従わせるために、法定刑が引き上げられることもあれば、あるいは、経済犯罪においては、たとえ強盗であったとしても、罰金刑で足りることになるかもしれない。

また、立法段階での法定刑の引き上げに関して言えば、その合理性は、犯罪を抑止するのに必要な量が否かで決まると思われるが、抑止に必要であればあるほど引き上げを認め、不要であればあるほど引き下げを認めることになろう。

あくまで、専ら合理的計算によって規範に従うために、抑止刑論においては、刑罰を通じて行動を方向づけることが求められる。つまり、刑罰を通じて立ち居振る舞いを統制される客体となってしまう。いわば、刑罰を通じた規範形成機能を認めるものとも言えよう。平野自身が述べるように、刑法が立ち居振る舞いを教えるものではないならば<sup>875)</sup>、人々を独立した自律的判断をすることのできる一人前の人格とみなす必要がある。

加えて、抑止刑論の問題は、課徴金といった他の制裁と刑罰との区別が困難になる点も挙げられる。あくまで犯罪行為を抑止できるのであれば、他の手段との総和でもって抑止しても良いことになるのではないか。そうであるならば、何も犯罪に対して刑罰のみで対応する必要がなくなるのではないか、という疑問が残るからである。ここでは、犯罪に対して何故に刑罰でなければいけないのかという理由が明らかではない。

### 第三款：積極的特別予防論について

以上の見解とは異なって、刑罰を科される側に着目して、犯罪行為者にとっての刑罰の意義に着目する見解がある。例えば、佐伯千仞は、刑罰は、犯罪行為者に対し「法および社会に対して謝罪するとともに自分の規

---

875) 平野・前掲（注5）21頁。

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」であるという<sup>876)</sup>。いわば「行為者の規範意識に訴えてその回心（あるいは悔悛・後悔といってもよい）」を図るという意味での特別予防を主張している<sup>877)</sup>。

これは、「責任主義を前提とし、特別予防論によりながら、その主観主義を人権保障のために客観主義的に制約することによってもたらされる」ものであり、「古い特別予防論が考えたような単に社会にとって危険な性格を有する人間を予定しているのではなく、むしろ社会生活上の道理あるいは規範を理解し、かつ、それに従って意思を決定し行動する能力と可能性とをそなえていると考えられる人」を予定しているものである<sup>878)</sup>。責任非難は、単なる応報のための応報ではなく、現実の目的設定を伴うものであり<sup>879)</sup>、刑罰は目的刑でなければならないとされる<sup>880)</sup>。それも、「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」であ

---

876) 佐伯千仞『刑法講義総論 [四訂版]』(有斐閣, 1981年) 79頁。

877) 佐伯・前掲 (注876) 80頁。

878) 佐伯・前掲 (注876) 78頁。そして、「そのような可能性があるにもかかわらず犯罪行為をあえてしたと考えられる人」である (78頁)。佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(有斐閣, 1947年 (復刻版1985年)) 619頁では、「刑罰が犯人の教育を望みつつ学校教育と異なり、又治療を求めつつ病院と同じでなく、又保安処分とも異なる所以は、正にそれが受刑者に対して『汝は悪の誘惑に打克つ力を有するのである』という責任非難を向けることに於いて、彼を一個の人格・自由なる主体として扱ふところにある。実にかくすることによって受刑者の責任感を強固ならしめ、或ひは又彼の自覚してゐなかつた潜在的な人格の力を引き出すことにもなるとされる」。

879) 佐伯・前掲 (注878) 617頁でも、責任非難とは、「単に過去に属する事実につきその惹起者を買め苦しめるといふだけの意味ではない筈である。責任非難は、むしろ、過去に属する行為につき行為者の後悔と謝罪を求め、これを介して、未来に向かってその悔悛を齎さうとする (又それにより社会秩序の維持に資しようとする) ところの目的観念の定立に導く」とされる。

880) 佐伯・前掲 (注876) 79頁以下。

るとされる<sup>881)</sup>。

この見解は、規範を軽視するという意味での行為者の性格の危険性を重視するために、「主観主義への傾斜が内包されている」ことになる<sup>882)</sup>。もちろん、その歯止めとして「客観主義的思想による大きな抑制がなければならぬ」とされる<sup>883)</sup>。ただ、佐伯によれば、常習犯や累犯に対する刑の加重に関しては、次のように述べて、刑罰という責任非難を通じて犯罪行為者自身に反省と悔悟を求めるという意味での特別予防目的を超えて、行為者の性格の危険性を考慮に入れるべきことになる。すなわち、「かような合目的性の考慮は自ら又行為者の全体的人格・性格の危険性に対する考察をも要求することになる。蓋しこれを知って初めて有効に刑罰目的の実現方策を考案し得るからである」と<sup>884)</sup>。そして、行為者の危険性は、例えば「犬が人間に噛み付く危険性」といった自然的事実レベルでの侵害の危険性ではなく、「規範に対する無関心（無頓着）」としての危険性であり<sup>885)</sup>、量刑の基礎となる違法要素となる<sup>886)</sup>。

これは一見すると、責任非難を超えて行為者の危険性を直截に量刑の根拠にしているように思われる。ところが、佐伯によれば、責任非難は、犯罪行為者の規範意識の低さに対して、規範意識を高めるために行われるものであった。そのため、佐伯の主張する特別予防論は、行為者の危険性を責任非難の対象として理解しているように思われる。それ故に、「危険性の責任要素性」が認められるのであろう<sup>887)</sup>。

881) 佐伯・前掲（注876）80頁。

882) 佐伯・前掲（注876）80頁。

883) 佐伯・前掲（注876）80頁。「無制限な主観主義の展開は、現実には、裁判官の主観的判断による刑事制裁を招来し、国民の権利と自由に対する重大な危険を伴う」が故に、外在的制約として「客観主義」を位置づけている（80頁）。

884) 佐伯・前掲（注878）618頁。

885) 佐伯・前掲（注878）608頁。

886) 佐伯・前掲（注878）618頁。

887) 佐伯・前掲（注878）626頁を参照。

このような形での特別予防論は、改善・矯正（あるいは無害化）を目的とする特別予防論とも異なるものである点で、積極的特別予防論と呼称されると思われる。行為者を「社会生活上の道理あるいは規範を理解し、かつ、それに従って意思を決定し行動する能力と可能性とをそなえている」ととらえる点では、積極的一般予防論や目的を有する応報刑論と共通するものである。もっとも、視点があくまでも犯罪行為者自身に向けられている点で、やはり特別予防論である。ところが、佐伯は、行為者に平均的な規範遵守意識があると思われる場合であっても、刑事責任が問われ得ることを認めている<sup>888)</sup>。そのため、その点においては、特別予防論のみによって説明し得るものではないのである。

また、この特別予防は、効果の達成を求めるものであると思われるので、その意味で、効果達成の実証的検証を必要とするとともに、再犯の発生はこの目的の不達成を意味することになろう。犯罪行為者を矯正される客体とみなさない点では、優れた見解ではあるが、しかし、第二章で述べたようなドイツの戦後対案グループが主張していた、特別予防論と同じ難点を示してしまうことになろう。

加えて、この佐伯の見解からして、近年の刑事立法にいかなる基準が見出せるかは、明確ではない。しかし、行為者の規範意識に訴えてその回心をはかるといふ刑罰の目的からは、その目的に資するものではない刑罰・法定刑は否定されることになろう。問題は、その目的達成のために必要な量である。その目的追求が合理的合目的的な考慮であり、客観主義による制約がかかる以上は、行為者の回心も無限定ではないのであろうが、刑罰によって回心を図るために、この犯罪行為者自身の規範意識の強化や悔悛の促進は、矯正の強制に至り得るといふ可能性までは否定しきれぬのか、という疑問も残ろう。

---

888) 佐伯千仞『刑事法と人権感覚』（法律文化社、1994年）336頁を参照。

#### 第四款：積極的一般予防論について

佐伯千仞は、早くから犯罪行為者を再社会化の客体とはみなすべきではないと主張していた。ところが、刑罰は、一般の人々にとって何らの意味や影響を持たないというわけにはいかない。そこで、第二章で検討したような、社会における一般の人々に目を向ける、それも、行動統制の客体ではなく、独立して自律的な判断を行える存在としてみなす、積極的一般予防論の検討をしてみたい。

わが国においては、積極的一般予防論は、「国民の規範秩序への信頼、規範遵守意識の維持・強化を内容とする」ものである、ないしは、「刑罰の存在が人々のモラルの形成を促す効果」を狙いとする見解であるとして紹介されている<sup>889)</sup>。

例えば、伊東研祐は「規範の刑罰化による保護対象及び規範遵守の重要性の公的（再）確認を通じた市民の規範意識の強化、犯罪が行われることによって生じた規範侵害状態は処罰により回復されるということへの（再）確認を通じた市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化、更に、犯罪に対する処罰欲求（応報感情）の私的充足（リンチ=それ自体も犯罪）への誘因の現実的除去による市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持強化の打倒力の強化・社会の安定化」と定義している<sup>890)</sup>。林幹人も、「刑法の目的は一般予防にあるが、そのような場合であってはじめて、これを処罰することによって、将来同じような状況の下で、あるべき規範意識をもつように動機づけることができる」としており<sup>891)</sup>、規範

---

889) 曾根威彦『刑法学の基礎』（成文堂、2001年）48頁。別名、社会教育説と呼ばれる。加えて、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点」早稲田法学68巻3・4号（1992年）77頁以下、林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版、1995年）20頁以下、同『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版、2008年）15頁以下、北野通世「積極的一般予防論」法学59巻5号（1996年）90頁以下、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2008年）48頁以下も参照。

890) 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防、特別予防」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討 福田平 大塚仁博士古稀祝賀（上巻）』（有斐閣、1993年）308頁。

891) 林・前掲（注889（刑法の基礎理論））14頁。

意識の強化を認めている<sup>892)</sup>。

これらの考え方は、刑罰を通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動の統制を図るという意味で、行動統制予防的な「積極的」一般予防論である。この行動統制予防は、既に存在している規範に従わせることを狙いとしていると同時に、まだ確立していない規範の形成・創出をも対象とし得る点に注意が必要である。例えば、所一彦が示唆するように、「既存の社会規範によって『悪いこと』だとされていない行為が新たに法違反とされ、処罰されるようになる。処罰は繰り返されるうちに当然視されるようになり、ついにはその種の行為はそもそも『悪いこと』なので、だから処罰されるのだと意識されるようになる。処罰はこの場合、条件づけによって新たな社会規範を『形成』・『創出』している」ことになる<sup>893)</sup>。

ところが、第二章でも検討したように、規範意識の強化を認める場合や<sup>894)895)</sup>、規範の形成・創出を認める場合には、社会の人々は、自律的な主体というよりは、行動統制の客体とみなす嫌いがあるのである<sup>896)</sup>。つ

---

892) 林・前掲(注889(刑法の基礎理論))24頁以下、35頁。

893) 所・前掲(注874)111頁。刑罰賦課という不快な記憶によって、条件づけを行うことを前提にしている(100頁)。

894) なお、前田雅英『刑法総論講義[第5版]』(東京大学出版会、2011年)23頁以下は、規範「意識」に着目し、刑罰効果に「社会秩序安定機能」を認め、「被害者の報復感情の鎮静化や、犯罪抑止効果を有する倫理・道徳の維持・強化の機能も軽視できない」とする。ここでは、法規範の妥当というよりは、感情の鎮静化、倫理・道徳の維持・強化に目が向けられている。

895) それに対して、金尚均『ドラッグの刑事規制 薬物問題への新たな法的アプローチ』(日本評論社、2009年)268頁以下、272頁以下では、積極的一般予防論における選好形成を批判し、特に薬物依存症が問題となる薬物犯罪においては妥当しないことを指摘する。

896) 恒光徹によれば、デュルケームの刑罰理論との類似性が指摘される。すなわち、デュルケームによれば、刑罰の有用性は犯罪予防ではなく、集合意識の強化にあり、集合意識にその全生命力を託させて、社会的統合を無きままに確保しておくことにあるのであって、犯罪により共同体の情緒的反作用が失われ、社会的連帯が弛緩することに対して、刑罰により共同体の自己主張をなすとされる。(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(2006年)55頁以下の【付記】におけるコメントを参照)。そして、新社会防衛論からの批判として、犯罪の惹起する動揺は元来非理性的で一部の者に煽動に

まり、消極的な一般予防と同様の問題を抱えているのである。

それに対して、わが国でも、犯罪によって動揺した規範を、刑罰を通じてその規範が依然として妥当することを表明する、「規範の確証」という意味での積極的一般予防論を主張する見解がある。例えば、松宮孝明は、規範の維持・確証を刑罰目的とする積極的一般予防論を支持している<sup>897)</sup>。ヤコブスと同様に、現に社会に存在している規範を標準に、その標準からの乖離が責任非難の根拠であり、標準からの乖離に対する規範違反的な、法敵対的な態度を責任非難の対象としている。その際、松宮は、法敵対的な態度を行為者の危険性と捉えている<sup>898)</sup>。ところが、これは、行為責任を否定するものではなく、あくまでも非難の根拠は行為に現れた標準からのズレであって、行為者の危険性を根拠に非難を行うわけではない<sup>899)</sup>。犯罪行為者の犯罪行為に現れている規範に違反する態度、法敵対的な態度は、規範という標準から乖離しているが故に、そしてその犯罪行為は標準とはならないが故に、刑罰によって以前の規範が依然として標準であることを示す。その意味で、「予防」を規範の維持・確証と理解している<sup>900)</sup>。

そのため、少なくとも、松宮の見解によれば、2004年刑法改正にて挙げられていたような「体感治安の悪化」は刑罰でもって対処しなければならないものとはならないであろう。この見解からすれば、立法事実としての

---

、乗せられやすいものであり、その沈静化を重視することは、刑罰制度の不安定化・重罰化を招くことになる、と指摘する（57頁）。社会に既に存在している法規範の動揺ではなく、規範意識に着目する見解に対する批判としては、正鶴を射ているものである。規範意識との関係では、岡上雅美「量刑判断の構造——序説」早稲田大学大学院法研論集48号（1988年）93頁以下、104頁も参照。

897) 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）9頁および339頁、同『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003年）17頁以下。

898) 松宮孝明「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」立命館法学323号（2009年）1頁、9頁。

899) 松宮・前掲（注898）6頁以下。

900) 松宮・前掲（注898）12頁以下。

規範の動揺が実際に生じていることが必要であろうが、体感治安の悪化は現実の規範の動揺ではないからである。なお、平均寿命の伸びに対しては、「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」とされる<sup>901)</sup>。

また、この「予防」は、行為者の規範意識に働きかけるものではない。「以後の犯罪行動の予防」をねらう「予防」は、行動統制的な予防であり、隔離、無害化、矯正、教育といった以後の行動を阻止する手段は、いずれも刑罰の本質を説明できるものではないとされる<sup>902)</sup>。ここでは、改善・再社会化は、刑罰目的としては追求されないものであると理解される。

加えて、この見解は、量刑にも目を配るものである<sup>903)</sup>。つまり、標準からの乖離の程度、法敵対的な態度の程度が量刑にとっての要素となる。もちろん、これは、法定刑を超えて量刑を行って良いことにはならない。ただ、この限界は、内在的な限界であるのか、外在的な限界であるのかが不明確である。予防論である以上、行為応報という限界枠は外在的制約に思われるが、規範確証という意味で予防を理解しているために、そこで必要な量は、行われた犯罪行為による規範の動揺の程度に結びつけられよ

---

901) 松宮・前掲(注231)29頁、注2。

902) 松宮・前掲(注898)12頁以下。

903) さらに、違法捜査が行われた場合に、捜査ないし訴追側に「規範侵害」が認められるとして、「これを全く無視して、まるで捜査側には何も違法行為はなかったかのごとく有罪判決を言い渡すのは、判決の公平さを損ない、それ自体が社会の規範動揺を招き、裁判所が宣告する刑法ないし刑罰の感銘力を低下させる」(松宮・前掲(注898)14頁)という指摘は、傾聴に値する。これは、捜査手続きも、そして裁判所の手続きもであろうが、適正なあるいは公平な形で行われることではじめて、規範の安定・確証が行われ得るというものである。

そこから、違法捜査に基づく刑事訴追に関しては、それによって生じた手続きにおける「行為規範」の動揺を鎮めるために、その違法性の程度に応じた刑罰権の減少・消滅をも認めているのである(14頁)。このことは、量刑における刑を引き下げる方向での考慮や、公訴権乱用に基づく控訴棄却をもたらすことを導くことになる。

う。その意味では、行為応報という限界を設定しているように理解される。この点は、法定刑という明文化された法規範を標準と、すなわち内在的な制約の基準と理解しているようにも思われる<sup>904)</sup>。

#### 第五款：犯罪の事後処理という見解

この点で、吉岡一男は、責任主義が、目的刑主義の積極的な刑罰運用のための便宜的な方便となることを防ぐために、単なる人権保障のための外在的な制約とするのではなく、刑罰制度の合理的な目的に内在するものとして位置づけなければならないとする<sup>905)</sup>。吉岡によれば、刑罰を正当化するために有用な効果の存在が必要だとする相対論からは、犯罪防止目的は刑罰手段の膨張につながりがちであるため、刑罰の社会的効用も処罰の十分条件にはならないとして、外在的な責任主義がどの程度歯止めとなるか疑問であるとされる<sup>906)</sup>。

そこで、責任を刑罰目的に内在するものとして構成するとして、刑罰制度を犯罪予防と切り離し、犯罪処理の観点から捉えるようとする。すなわち、刑事制度による犯罪処理とは、「共同生活社会に生じる他者侵害的な有害行為を所定の刑罰に当たる犯罪とし、犯罪が生じたとされるときに、具体的に何が誰によってどのように行われたかを、犯行の物理的・心理的痕跡（記憶）を事実認定に使うための証拠として収集して再構成する犯罪

---

904) この場合、例えば和解や損害賠償、損害回復を行った場合であっても、つまり、犯罪行為者が規範の動揺を鎮めるために、自ら規範に従う態度を示したと評価される場合にも、最低限の刑罰は想定されるように思われる。つまり、「規範侵害に対する社会の動揺を鎮めるための最低限を下回ることはできない」（松宮・前掲（注898）10頁）。

905) 吉岡・前掲（注18）12頁以下。同「応報刑と謙抑主義」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第2巻 公法・国際法・刑事法』（1990年）510頁以下では、刑罰の応報的性格は、「処罰されるのは自己の行った犯罪の故にであるという近代刑法の基本原則と連動する」として、「加えられるべき刑罰量の最大限は行われた犯罪に見合うものとなる」とされる。

906) 吉岡・前掲（注18）16頁。

捜査にはじまる一連の刑事手続きによって、事態が犯罪かどうか、誰が犯行に責任を負うかなどを判定し、ときに犯人を処罰するなどして決着をつけていくこと」とされる<sup>907)</sup>。

このような制度のなかで、刑罰は別的手段等でそのような効果が得られない場合に限って科されることになる。刑罰制度が存在するのは、われわれの社会が生活必要物資の獲得についてなお多くの部分を過去の労働・功績に依存しており、過去に拘束され自己の行為に責任を負う体制、すなわち「個人答責原理」を必要としているからである。刑罰が犯罪処理を目的としたものであると位置づけるといことは、刑罰の害悪性を認め、他の手段で犯罪の処理ができない時のための必要悪として把握することを意味する。そこから犯罪処理のための刑罰は少なければ少ないほどよいものとなり、不処罰処理は積極的に肯定されることとなる<sup>908)</sup>。

この不処罰処理は、個人倫理のレベルでの犯行のゆるしを持ち出すことで、積極的に進められる<sup>909)</sup>。個人心理レベルでの憤激・応報感情が、犯罪処理のために犯人処罰を必要とする事情の背後にあるからである。しかし、それが刑罰制度にストレートに反映されるわけではなく、刑罰緩和の方向に片面的に刑事制度に取り込まれることとなる。処罰方向での人々の思いは、犯行等が現実性をもつか吟味されるべく、刑事制度の発動を促す契機となるにすぎない<sup>910)</sup>。「犯人抹殺にまで至りうる激しい個人的反発をなだめ吸収して、犯人をも含む事後の社会生活をなお可能にすべく犯罪処

---

907) 吉岡・前掲 (注18) 26頁。これは刑事制度以外の福祉的援助や保険制度、不法行為法による損害賠償、国家補償などと共に犯罪の事後処理を担うものとなる。この全体のプロセスにより「事態の解明と時には犯人の処罰によって、被害者など社会構成員の心理的満足や納得感を介し、犯人をも含んだ社会共同生活を再び平穏に行うための情緒的安定を達成する」ことができる (27頁)。

908) 吉岡・前掲 (注18) 27頁。

909) 吉岡・前掲 (注18) 28頁。

910) 吉岡・前掲 (注18) 29頁以下。制度のレベルでは、犯罪処理という制度目的を具体化した客観的な基準での運用がなされることは、制度の公正で安定的な運用のためにも不可欠であるからである。

理を行うところに刑罰・刑事制度の社会的機能がある」とされるのである<sup>911)</sup>。

この社会におけるゆるしという刑罰理論は、純粹な目的刑論でもなければ、無目的な応報刑論でもない。いうならば、第二章で扱った規範確証的予防というタイプの積極的一般予防論や<sup>912)</sup>、第三章で扱ったような、目的を有する応報刑論に近い発想をしているように思われる。ところが、この見解は、社会のゆるしを果たすのに、本当に刑罰でなければならないのかという点は、まだ未解決のように思われる。また、この社会のゆるしは、刑罰の目的として達成されなければいけないものであるのかは、すなわちこの目的が獲得されなければ、刑罰は正当化されないものなのかが不明確である。確かに、吉岡は、目的刑論に対する批判として、刑罰の社会的効用が処罰の十分条件にはならないとはしているが<sup>913)</sup>、刑罰の社会的効用が必要条件ではないとも言っていない。社会のゆるしという社会的効用が果たされなければ、社会的機能としての刑罰制度は不要な悪となってしまふという懸念がある。

また、社会のゆるしと犯罪行為者の反省・悔悟の関係が問題となるであろう。被害者がどれほど怒りを有していても、その感情がストレートに反

911) 吉岡・前掲（注18）30頁。そこから、刑罰制度の担い手が、非難や怒り、ゆるしといった人間的感情を被疑者に向けることは疑問視される。「国家制度は、たとえ重大犯罪の犯人であっても、その内面にまで立ち入るべきではなく、表面的な犯罪事実としての具体的な犯罪行為そのものに注目し、最大限は犯行に見合う刑罰賦科によってその事後処理を行うことに止まるべきである」。しかし、自ら悔い改めて贖罪意識を持つことは人間の社会生活において極めて望ましいことであるため、刑事制度の中でそれを求めてはならないとしても、犯人に個人的反省や悔悟が現に存在する限りで処罰を限定することは犯罪処理の観点から可能である。そこから、犯罪処理の理想は犯行についての共感的な理解にもとづく全面的なゆるしであることになる（30頁以下）。

912) 事実、吉岡は、積極的一般予防論との親近性を認めている。吉岡一男「量刑と積極的一般予防論」現代刑事法21号（2001年）46頁では、「大きな社会的機能として葛藤決着の満足効果や原状回復を言う点は、犯罪の予防というより事後処理機能として明確化できる」と述べられている。

913) 吉岡・前掲（注18）16頁。

映されるわけではない、というのが吉岡説のポイントであろうが、例えば、犯罪行為者が反省をしており、被害者もそれほど怒りを有しておらず、むしろ犯罪行為者を許すほどであったとしても、社会の側が、それを許さないということはあるのであろうか。犯罪処理が、社会的機能として行われる以上、加害者と被害者という二人だけの問題にはしないであろう。その際、犯罪処理にのるとしても、例えばダイヴァージョンはどれほどまで行われることになるのか、疑問が残る<sup>914)</sup>。

この点は、例えば、社会がある種の行為に対して重罰化を望む、あるいは、そうでなければ納得しない、というような場合に、法定刑の引き上げといった刑法改正に限界を見出すことはできるのであろうか。吉岡によれば、「加えられるべき刑罰量の最大限は行われた犯罪に見合うもの」であるが<sup>915)</sup>、この行為責任という限界は、法的刑の引き上げに応じて、上限が上がるものであるのか。この点は、課題として残されていよう。

しかし、刑罰を法共同体と密接に関連づけて把握しなければならぬと方向性自体は正当なものであると思われる<sup>916)</sup>。つまり、刑罰が法秩序において果たしている役割に目を向けることで、正当化を試みる方向性である<sup>917)</sup>。

---

914) 吉岡・前掲(注18)210頁によれば、犯罪のなかには刑罰で対応する必要のない軽微なものも含まれており、そのようなものは犯行と犯人が解明されることだけで十分であり、微罪処分や起訴猶予によりダイヴァージョンをはかるべきであるとしている。これに対して、本庄武「刑罰論からみた量刑基準(3・完)」一橋法学1巻3号(2002年)159、169頁は、功利的な配慮や訴訟経済を「あらゆる機会を捉えて非刑罰的処理を導入する必要がある」(吉岡・前掲(注18)32頁)ということから、事案の重大性以外のものが基準のなかに導入されていることを批判している。

915) 吉岡・前掲(注905)510頁。

916) 莊子邦雄・大塚仁・平松義郎編『刑罰の理論と現実』(岩波書店、1972年)27頁以下[莊子邦雄]も参照されたい。

917) 増田・前掲(注544)142頁以下、飯島・前掲(注408)101頁以下を再び参照。もっとも、予防を加味してよいかの点では、次の自由刑純化論でも問題になるように、さらに検討を要する。

## 第六款：行刑との関係——自由刑純化論について

さて、上述の松宮の見解は、特別予防論を刑罰の正当化根拠から外していた。また、吉岡も、刑罰の目的としては特別予防論を追求することは否定している。これらの見解は、一見すると特別予防的な試みを否定しているように受け取られるかもしれない。しかし、注意すべきは、受刑者に任意的な社会復帰のためのプログラムを提供すること自体が否定されてはいないことである。例えば、自由刑純化論を前提に、社会復帰や更生保護を刑事制度に取り込まれた者に対する福祉的な援助策（一種の便宜供与）として位置づける方向性<sup>918)</sup>は、依然として残されているのである。

もちろん、この理解は、自由刑純化論を、懲役刑と禁固刑の区別をなくすべきである、というレベルで用いている。つまり、刑罰は、自由の制限としての「強制」である以上、受刑者に作為・不作為の義務を課するものである。そのため、任意を前提とする「治療」も「矯正プログラム」も、義務として強制することはできないと考えるのである<sup>919)</sup>。そのため、矯正はせいぜいのところ「促す」ものでしかないことになる。

この見解は、特別予防目的を、本来的な刑罰目的から外し、せいぜいのところ行刑での獲得目標に位置づけるものである<sup>920)</sup>。もちろん、特別予防を本来的な刑罰目的から外すことには難点もある。例えば、犯罪行為者が悔悟し、再社会化に繋がった場合に、つまり再社会化の達成が法秩序や規範の回復に資することはない、というのはどうしても違和感がある。た

---

918) 吉岡・掲掲（注18）78頁以下、正木祐史「社会的援助の理論と課題」刑事立法研究会編『21世紀の刑事施設 グローバル・スタンダードと市民参加』（日本評論社、2003年）114頁以下を参照。

919) これらを強制できるというのであれば、治療や矯正プログラムへの参加が国家による強制を本質とする「刑罰」の内容である、ということになると思われる。このように考えると、懲役刑を「刑罰」として規定している現行刑法典は、義務としての刑務作業という点で問題であることになる。しかし、現行刑法典においても、治療と矯正プログラムを、強制という形で賦課することはできないと考えられる。

920) この点で、石塚伸一「刑罰の再社会化機能——日本の新行刑法典——」金尚均/ヘニング・ローゼナウ編『刑罰論と刑罰正義』（成文堂、2012年）171頁以下、180頁以下も参照。

だ、問題は、この法秩序や規範の回復が、刑罰を通じてのみ果たすべき課題であるのか、という点である。すなわち、法秩序の回復は、確かに犯罪によって生じた法秩序や規範の動揺に対して、刑罰賦課を通じて果たされるものであるが、刑罰によってしか、法秩序の回復が果たされないというのであれば、和解や損害賠償、刑の免除、執行猶予をいかにして説明するかが問題となろう<sup>921)</sup>。

もう一つは、「再社会化」の意味である。再犯をしないこと、他の権利を侵害しないこと、負っている刑法上の義務を果たすこと、それらの意味で規範に違反しないことが、再社会化を意味している場合には、いわば犯罪行為者に「人格たれ」ということを要求している。犯罪行為者も人格である以上、つまり、法の名宛人、権利・義務の名宛人である以上、相互承認に基づいて、犯罪行為者も「人格たれ」ということを要求するのは可能であると思われる。しかし、その要求は果たして義務的なものであるのかは検討を要する<sup>922)</sup>。特に、この要求が規範への向き合い方・態度において、規範に忠実たれと要求する場合はともかく、身体や精神の能力をも要求することになれば、疑問である。例えば、責任無能力者に責任能力者たれとは要求できないであろう。法は、責任能力を有し、法を遵守することが期待できる者には、規範に忠実たれという意味で「人格たれ」と要求し得ることを予定しているであろう。そうでなければ、そもそも法的な非難ができないように思われるからである。もちろん、責任無能力者が、刑罰を科されるという意味で刑法の名宛人ではないとしても、それ以外の法の名宛人であることは否定されない（例えば、所有権を有する）。

---

921) ひょっとしたら、刑罰によって回復されるものは犯罪によって生じた「侵害」だけであって、ゆえに犯罪という不法に対する固有のリアクションとなるようになるために、損害回復などによってのみでは犯罪による「侵害」は回復しない（ないし十分でない）ということになるかもしれない。つまり、侵害のレベルや果たすべき回復のレベルが違うのだと説明できるかもしれない。

922) あるいはこれは人格としての責務であって、もっぱら刑罰によってのみ達成させるものではないのかもしれない。

問題なのは、刑罰によって、自由の制限以上にいわば心構えまでも強制してよいかである。規範に忠実たれという要求は、非難の根拠にはなり得るが、非難の対象ではないであろう。刑罰が犯罪行為に向けられている以上、非難の対象は個別の犯罪行為である。いずれにせよ、刑罰によって再社会化が達成されたことは好ましい結果であるかもしれないが、「達成」されなければ、刑罰の任務は果たしきれていないというのでは、刑罰に過大な要求をしていることにはならないのか、という疑問が生じる。

このように理解すると、例えば、刑の一部執行猶予において、社会貢献活動を特別遵守事項の一つとして導入することも疑問が生じる。というのも、社会貢献活動を行わないという形で、特別遵守事項を守らなかったときに、執行猶予が取り消される可能性があることに鑑みれば、それは事実上、社会貢献活動を、「善良な社会の一員としての意識の涵養及び規範意識の向上に資する地域社会の利益の増進に寄与する」ために（間接的に）強制しているのではないか、という懸念が生じるからである。

課徴金においても指摘したように、「刑罰」という名前を用いずに、事実上、犯罪行為者の行為責任を越える形で、制裁を加えるというのは、その制裁が刑罰と同種・同質の性格を有する場合には、許されるものではない。それは、刑罰という犯罪に対する固有のリアクションとしての性格を等閑視し、犯罪と刑罰の結びつきを弱めるものであろう。それを許容する場合、行為責任は外在的な制約に過ぎないことになってしまい、犯罪防止という予防目的の過剰な追及に歯止めをかけられないばかりではなく、現実が生じた規範の動揺であるか疑いのある体感治安の悪化に対して刑罰で応えることにもなってしまうであろう。

## 小 括

ドイツでの議論が我が国にどのような成果をもたらすかという点については、刑罰理論と刑事立法の領域の二つの点で有益であるように思われる。まず、刑罰理論に関しては、行動統制予防というタイプの刑罰理論へ

の反省と「相対的応報刑論」への反省が促される。前者は、その前提とする人間観から、社会における一般の人々が、行動を刑罰を通じて行動が統制される客体になってしまう、といった上述のような問題が生じている。これは、人々の自律性を信頼せずに、刑罰によって行動を方向づけようとする点で、人々の自由な活動領域を国家が過度に制限し、現実の自由を保障するどころか、限定的な形でしか認めないという危険をはらんだものである。

また、「相対的応報刑論」は、確かに、種々の刑罰理論を場面によって使い分けられることができるという点では、使い勝手の良いものと感じられるかもしれないが、それは「パッチワーク」的に刑罰理論を使うことを認める見解でもある。しかし、そのような使い分けを規律する原理がなければ、場当たりの説明であるとの批判は免れない。まさに「パッチワーク」的な思考では、その都度で使い勝手の良い理論を用いるに過ぎないであろう。そのため、異なる刑罰理論を規制することにはならないのである。そのような規制原理がないままに刑罰を用いることは、刑罰の限界づけを、それとともに正当化も放棄するものであろう<sup>923)</sup>。したがって、「パッチワーク」的思考により、種々の刑罰理論を場面によって使い分けられるという見解では、結局のところ、その種々の理論を使い分けられる統一的な基準ないし理論を生み出すものではなく、理論としては十分なものとは言えない。

刑事立法の領域に関しては、まず、刑罰を積極的に投入しようとする、いわば刑罰をウルティマ・ラティオではなく、プリマ・ラティオとして投入しようとする立場に対して、異議を申し立てられるように思われる。その前提とする人間観が、行動統制予防と同様に（あるいはそれ以上に）、

---

923) 「パッチワーク」的思考では、異なる刑罰理論を調整する規制原理を如何にして合理的に説明可能であるのかは疑問である。誰が如何にして当該法的ルールを持ち出す権限・範囲を決めることができるのであろうか。価値の多元化を前提にすれば、なおのこと困難になるであろう。

刑罰を通じた規範形成を認める点で、人々の自律性への信頼は、等閑視されている。

加えて、刑罰とそれ以外の制裁との関係でも、刑罰を犯罪に対する固有のリアクションとして際立たせることが肝要になる。課徴金や一部執行猶予における監視の長期化の点で指摘したように、「刑罰」という名前を用いずに、事実上、犯罪行為者の行為責任を越える形で、制裁を加えるというのは、その制裁が刑罰と同種・同質の性格を有する場合には、許されるものではない。それは、刑罰という犯罪に対する固有のリアクションとしての性格を等閑視し、犯罪と刑罰の結びつきを弱めるものであろう。それを許容する場合、行為責任は外在的な制約に過ぎないことになってしまい、犯罪防止という予防目的の過剰な追及に歯止めをかけられないばかりではなく、現実に生じた規範の動揺であるか疑いのある体感治安の悪化に対して刑罰で応えることにもなってしまうであろう。

さらに、例えば、刑の一部執行猶予において、社会貢献活動を特別遵守事項の一つとして導入することも疑問が生じる。というのも、社会貢献活動を行わないという形で、特別遵守事項を守らなかったときに、執行猶予が取り消される可能性があることに鑑みれば、それは事実上、社会貢献活動を、「善良な社会の一員としての意識の涵養及び規範意識の向上に資する地域社会の利益の増進に寄与する」ために（間接的に）強制しているのではないか、という懸念が生じるからである。

## 終 章

ドイツにおける刑罰理論の変遷は、刑法による倫理や道徳の保護からの脱却を図るものであった。そのなかで、いわゆる対案グループに後押しされる形で、刑事政策的思考を基礎に置いた刑罰理論が目目されることになった。これは、刑事立法の領域では、行為の可罰性の限界を画するのは倫理法則ではないとして、刑法の脱倫理化と法益保護原則と結びつけられ

て主張されることになった。他方、狭義の刑罰論においては、特別予防論の重視が叫ばれることになる。すなわち、犯罪行為者も一人の市民であって再び社会に立ち戻る存在である以上、刑罰も再社会化に向けられたものでなければならず、刑事施設を通じた社会復帰にとって弊害のある短期自由刑などは排除されるべきであると。

あくまで、犯罪行為者も一人の市民として認められる以上、矯正の対象ではなく、社会復帰をしていく主体として考えられ、それが故に国家は社会復帰の援助をしなければならないとされていた。その意味では、対案グループの思考は厳密に言えば特別予防に基づいた刑罰の正当化ではなかったといえよう。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というよりはむしろ、矯正の強制を認めず、犯罪行為者が矯正の対象ではなく、改善や矯正の主体であるならば、刑事施設では社会復帰のための様々な施策、つまり、社会復帰の為の種々の援助が提供されなければならないという帰結を導くものであったからである。

もっとも、この社会復帰思想は、経験的認識の欠如や治療的アプローチの頓挫、刑務所の過剰収容問題を前に後退を迫られる。その一方で、刑事立法の拡大に対して刑罰賦課が正当で適切なものが問われることになる。抽象的危険犯の多様化、同じく犯罪の前置化・早期化、厳罰化に対して、特別予防論からでは十分に答えることが困難であった。

他方で、刑罰による「法益」の保護が刑罰の賦課によって犯罪行為を止めさせようとするのであれば、すなわち、刑罰による抑止を狙っているのであれば、それは刑罰によって人々の行動を動機づけるものであって、自由の保障とは裏腹に、人々の行動を統制するものであることになる。犯罪予防に資するものであるなら、そしてそれが法益保護につながるのであれば、刑法による介入を認める見解や、刑法を市民の行動操縦の手段として積極的に投入する方向性が導かれたのである。

しかしながら、これらの見解は、刑罰による規範形成機能を認めるものであった。その結果、犯罪行為者も一般の人々も、単なる予防の対象、あ

るいは、刑罰によって行動統制がなされる客体であることを認めることになってしまう。そこで前提とされる人間観では、予防の対象であり、あるいは刑罰によって何をすべきかを教育される客体となるので、自律した自己決定が為せる主体とはみなされていないのである。そのような、人々を刑法によって立ち居振る舞いを教えられ、唯々諾々と従うに過ぎない存在とみなすべきではないとしたら、そこから、人々を自律的な自己決定を為せる主体としてみなす必要性が生じることになる。すなわち、自律した主体たる「人格」とみなす必要性である。そうして、行動統制の客体から、自律した規範遵守の主体への人間観の転換が意識され、「積極的」一般予防論が着目されるに至ったのである。

しかし、「積極的」一般予防論といっても、その実、前提としている人間観と、その「予防」の意味において区別をされる必要があった。すなわち、人間観においては、人々は、刑罰による「啓蒙」によって教育される存在であるのか、それとも、自らの洞察に基づいて行動することができる存在であるのかという区別である。これは、社会における規範に従うことが、教え込まれてようやくできるようになるのか、それとも、自らの自律的な判断で従うことが信頼されているのかという相違である。

前者を前提とした場合、刑罰は人々の行動に大きな影響を与えることが期待される。つまり、刑罰賦課を通じて、一般の人々の行動を統制することが狙いとされ得るのである。刑罰を通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動の統制を図るという意味で、この「予防」は、行動統制予防とでも言い得る。この行動統制予防は、すでに存在している規範に従わせることを狙いとしていると同時に、まだ確立していない規範の創出をも対象とし得る。なぜなら、人々は刑罰によって立ち居振る舞いを教えられる存在であるので、すでに存在している規範に従うよう方向づけられるだけでなく、新たな規範に従うようにも方向づけられ得るからである。つまり、行動統制予防というタイプの「積極的」一般予防論は、殊に刑事立法の領域においては、新たな規範の創出という規範形成機能を認めるも

のとなる。

これに対して、後者、すなわち、社会における人々が自らの洞察に基づいて行動をなす自律的な存在とみなされる場合、刑罰による人々の行動への影響は、限定的な形でしか認められないであろう。あくまで、社会における規範に、他者から強制されることなく、自らの自律的な判断に基づいて従う人間を前提としているので、刑罰賦課がなされたことでようやく規範に従うわけでもなければ、刑罰を通じて創出された規範に従うよう方向づけられるわけでもない。ここでは、刑罰は、犯罪によって生じた、社会における標準としての規範の動揺を鎮静化することが狙いとされる。犯罪によって動揺した規範ではあるが、その規範は依然として社会における標準であるということが、刑罰賦課によって明らかなものとなる。そして、それ以後のその社会において、当該規範は標準としてみなされることになる。その意味で、ここでの「予防」は、規範確証的予防と言い得る。この規範確証的予防は、あくまでも規範の動揺の鎮静化をはかるものであるもので、生じた規範の動揺以上に刑罰が科されることにはならない。その意味で、規範（または規範意識）の「強化」ではなく、規範の「安定」ないし「確証」なのである。動揺した規範を刑罰賦課を通じて強化することは、人々の自律的な判断能力を信頼せず、行動の方向づけをはかるものであるために、規範確証的予防には含まれない。

ところで、刑罰による規範動揺の鎮静は、規範的なものとして理解されるのか、それとも事實的・心理的なものとして理解されるのかの違いは出てくる。規範動揺の鎮静化が成されたことを実証的に検証することが必要か否かの違いでもある。刑罰を通じて、既に存在している規範がこの社会における標準であり、その規範に従うことが正しかったと確信するか、あるいはせいぜいのところ、自分の判断が誤謬ではなかったことにつき安心することになる。

ところが、この規範確証的予防というタイプの「積極的」一般予防論も、刑罰の正当化根拠としては、十分なものとは言えなかった。すなわ

ち、規範の確証の効果について実証的検証を要する場合には、その予防効果が獲得されない場合には正当化されないという帰結に至ってしまうからである。この点は、規範の確証は刑罰の意味そのものであり、規範が確証されたことの実証を必要としないと理解した場合には、問題とされない。

しかし、問題は、この規範確証的予防において、犯罪によって生じる規範の動揺の程度は、果たして行為責任と一致することになるのかである。一般に予防論は、その性格上、予防の必要性和行為責任は必ずしも一致するものではない。というのも、予防論は、将来犯罪が犯されないように処罰をするというものであるために、将来犯罪が犯されないようにするために必要なだけの処罰を認めるものであるからである。つまり、予防論にとっては、犯罪行為者によって犯された犯罪行為は、刑罰賦課にとつての根拠ではなく、刑罰賦課をするためのきっかけに過ぎないのである。そのため、過去に行われたものとしての犯罪行為は、刑量を定める際の要素ではあるかもしれないが、刑量にとつての根拠とはなっていない。そうすると、予防の必要性和刑量にとつて決定的であるが故に、場合によっては、行為責任を上回ることも下回ることも当然にあり得るのである。この場合、行為責任という限界はせいぜい外在的な制約に過ぎないことになる。

ところで、規範確証的予防というタイプの「積極的」一般予防論は、犯罪によって生じた規範動揺に対して、その規範の妥当性を確証するために刑罰が科されるので、規範の確証の程度を、犯罪行為によって生じた規範動揺の程度に結びつけることになる<sup>924)</sup>。ここでは、過去に行われた犯罪

---

924) 注329でも指摘したように、社会の状況に応じて規範の動揺の程度は変化するし、その動揺を鎮静化するために必要な程度の刑罰の内容・刑量も変化し得る。規範の動揺が大きければ大きいほど刑量が上昇するため、その結果、厳罰化を容認することになるとの問題が考えられるが、例えばセンセーショナルな殺人事件が起きたからといって、社会における「汝、人を殺すなかれ」という殺人の禁止規範が大きく動揺するわけではない。当該社会において殺人の禁止規範が確固たる基準として認められているからこそ、その殺人事件がセンセーショナルと受け取られ得るのであって、滅多に犯されないということは、当該行為を禁止する規範が十分に妥当しているということを意味するであろう。逆に、ある

に対して、刑罰が向けられており、しかも、刑量の根拠は、行われた犯罪行為である。ここでは、犯された犯罪行為が刑罰賦課の根拠であり、刑量の根拠ともされているように思われる。そうすると、この見解は、「予防」とは銘打っていても、その思考枠組は純粋な予防論ではなく、むしろ、一種の応報刑論として評価した方が良いでしょうにも思われる。規範確証に必要な程度（「予防」の必要性）が犯罪行為によって生じた規範の動揺を基礎にしている点で、犯罪行為と刑罰賦課が結びつけられているからである。

もっとも、犯罪による規範の動揺に対して、何故に刑罰でもって対応しなければならないのか、つまり刑罰の必然性までは明らかとはなっていない。この規範確証的予防の思考枠組は、確かに犯罪行為と刑罰賦課を結びつけるものであるが、規範を確証する方法として、何故に刑罰を用いて良いのか、その他の方法による規範動揺の確証では何故に不十分であるのに、いまだ答えてはいない。この課題に応えるためには、犯罪行為と刑罰賦課が内在的な関係として結びつけられなければならないであろう。

つまり、犯罪行為が刑罰賦課の（また刑量の）根拠であり、その限界でもあるということ、そして、犯罪に対しては刑罰でなければならないことを示す必要があるのである。その意味で、犯罪行為が刑罰賦課の根拠であり、刑量の根拠でもあるという、つまり、犯されたが故に刑罰を科するという応報刑論を正面から検討する必要が生じるのである。

もちろん、この課題は、人々の自律的な判断能力を前提とする「積極的」一般予防論の人間観を否定するものではない。むしろ、刑罰による規範形成機能を否定し、損得によって規範に従うか否かを決めるという問題を解決するためには、社会における人々を、犯罪行為者も一般の人々も等しく、独立で自律的な判断が出来る「人格」とみなす要請がある。ところが、先の「積極的」一般予防論では、何故にそのような人間観を前提にし

---

ㄨ種の犯罪が頻繁に起きている場合には、規範の動揺が大きいとも評価し得る。もちろん、規範の動揺が鎮静化されるのは、刑事司法が適正になされていることを前提とする。

なければならないのかは、まだ十分に明らかにはなっていないのである。

かくして、種々の「積極的」一般予防論の検討から、人々を「人格」とみなす要請、経験的検証にかかるものではない理論構成、犯罪行為と刑罰の内在的な結び付きを認める必要性という課題が明らかとなった。

そこで、この課題に応じていくために、ドイツでは、ドイツ観念論を援用する形で、個人の自律性や自由に基づいた刑罰理論の展開が見られている。そこでは、いずれも応報刑論を、目的を有しないという意味での「絶対的応報刑論」と理解してはいない。そこでの応報刑論には、目的が認められている。その意味では、「相対的応報刑論」ではあるが、しかしそれは、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すというものではなく、刑罰自体が法秩序に果たしている役割——自由の条件の保障と関係づける点で、パヴリクが言うところの自由論的に基礎づけられた応報刑論と評すべきであろう。

これらの刑罰理論の裏打ちをするために、改めてカントの刑罰理論やヘーゲルの刑罰理論の考察をしたわけであるが、それによれば、カントの刑罰理論も、決して目的を持たない「絶対論」ではないことが明らかになった。カントは、刑罰の根拠を国家的法秩序の侵害という意味での犯罪に見ており、侵害された国家的法秩序を国家的刑罰によって回復しようとすることから、犯罪が刑罰の内在的根拠である、犯されたが故にという意味での「絶対論」を主張しており、確かに「応報論」を主張しているのである。しかしながら、刑罰は、犯罪によって侵害された国家的法秩序を回復させるためにある。これはカントにおいては刑罰の目的であり、目的を持たないという意味での「絶対論」を主張しているわけではないのである。つまり、国家的法秩序の回復という目的のために刑罰を科すという意味では、「相対論」を主張しているのである。

また、ヘーゲルの刑罰論は、レッシュの分析によっても、ゼールマンの分析によっても、犯罪の反作用として刑罰が科されることがわかった。これはともすると、目的を有しないという意味での「絶対論」と理解されて

しまうかもしれないが、決してそのようなものではなかった。つまり、ヘーゲルの刑罰論においては、侵害された規範が今後もまた正しいものであるということを示すこと、あるいは承認関係の回復をすることが、目的として内在的に結びついているのである。その前提として、犯罪行為者は、経験的な衝動体ではなく、理性的な存在として扱われていた。

この二つの見解に対して、フォイエルバッハの刑罰論は、犯罪行為者は理性的な存在として扱われるものではなかった。彼が問題としたのは、国家の予防的保全機能であり、その保全のために、刑罰賦課によって人々の行動を動機づけ、犯罪を予防しようとするものであった。このような、刑罰によって行動を統制しようとする、いわば刑罰による規範形成機能を認めるかのような思考方法は、人間を、感覚的で経験的な、心理的に決定される衝動体としてみなし、決して理性的な存在としてはみなされていないことになる。このような人間観は、少なくとも現代社会において前提とされている自由主義的な人間像とは相反するものである。もちろん、フォイエルバッハの功績としての、すなわち自由主義的な意義としての、その心理強制説から来る罪刑法定原則は無視して良いものではない。しかしながら、その自由主義的な側面を重視するなら、刑罰効果を恐れて避けるという人間観には問題があろう<sup>925)</sup>。

フォイエルバッハの刑罰論は、このような人間を前提として、将来の危険を防ぐことに目を向け、予防という外在的な目的で刑罰を基礎づけようとした。しかしながら、そのような根拠づけは、経験的検証可能性を必要とするという点で、つまり、犯罪の発生はその予防の失敗を意味するという点で、刑罰が何故許されるのかという刑罰の正当化根拠としては、不十分なものなのである。予防の失敗は刑罰の正当性を奪い、それは単なる害悪となるのである。

それに対して、今まで国家主義的と理解されてきたヘーゲルの自由主義

---

925) 特に、高橋・前掲(注603)44頁以下、60頁以下、71頁以下を参照。

的側面が強調されよう。すなわち、彼においては、犯罪行為者も理性的な人格として扱われるという点、さらに、ゼールマンが指摘するように、社会の発展に伴って社会が安定することで、刑罰の必要性が減少することになる、という点である。このような特徴は、ヘーゲルとは国家主義者であるという理解からかけ離れた極めてリベラルなヘーゲル像である。これはカントにはない視点でもあった。すなわち、カントにおいては、社会の安定といったものに結び付けられないために、厳罰化を制限する論拠に乏しかったのに対し、ヘーゲルは社会の発展によって刑罰の必要性は減少していくのである。

残された課題としては、社会が安定すればするほど刑罰で対応する必要は減少するとしても、最終手段としての刑罰は最後に残るのかという点である。行為者も理性的な人格とみなし、社会の変化に伴って変化して行く規範を、犯罪によってその安定が動揺せられたときに、刑罰がその規範が妥当することを確認するという、積極的一般予防論の展開にとっても影響を与えているであろう。もっとも、歴史的展開として、ヘーゲル以降現代まで、どのような継受されてきたのかは検討できていない。この点については今後の研究の課題としていきたい。

翻って、ドイツでの議論が我が国にどのような成果をもたらすかという点については、刑罰理論と刑事立法の領域の二つの点で有益であるように思われる。まず、刑罰理論に関しては、行動統制予防というタイプの刑罰理論への反省と「相対的応報刑論」への反省が促される。前者は、その前提とする人間観から、行動を刑罰を通じて統制される客体になってしまうといった上述のような問題が生じている。これは、人々の自律性を信頼せずに、刑罰によって行動を方向づけようとする点で、国家による過度な統制となる危険を含む。

また、「相対的応報刑論」は、確かに、種々の刑罰理論を場面によって使い分けることができるという点では、使い勝手の良いものと感じられるかもしれないが、それは「パッチワーク」的に刑罰理論を使うことを認め

る見解でもある。しかし、そのような使い分けを如何にして合理的に説明可能であるのかは疑問である。誰が如何にして当該法的ルールを持ち出す権限・範囲を決めることができるのであろうか。価値の多元化を前提にすれば、なおのこと困難になるであろう。種々の刑罰理論を場面によって使い分けるとい見解では、結局のところ、その種々の理論を使い分けると統一的な基準ないし理論を前提としなければ、理論としては十分なものとは言えない。

刑事立法の領域に関しては、まず、刑罰を積極的に投入しようとする、いわば刑罰をウルティマ・ラティオではなく、プリマ・ラティオとして投入しようとする立場に対して、異議を申し立てられるように思われる。その前提とする人間観が、行動統制予防と同様に（あるいはそれ以上に）、刑罰を通じた規範形成を認める点で、人々の自律性への信頼は、等閑視されている<sup>926)</sup>。

---

926) 刑罰によらずに規範が醸成されることを否定するものではない。しかし、刑罰は既に規範が存在している場合にだけ、そしてそれが刑罰を用いてしか保証できない場合にだけ、登場し得るのであろう。この点で、刑法による規制は、人々に過度な義務を課す場合があることには注意しなくてはならない。例えば、2011年刑法改正による168条の2であるが、場合によっては、プログラムのバグを修正するという刑法上の義務をプログラム作成者に課すことになりかねない。というのも、プログラムの開発に伴うバグの発生が事実上、不可避の事象であり、一般ユーザーにおいても認識され、消極的にせよ許容されているが、バグの程度が大きい場合には、当該プログラムは不正指令電磁的記録となってしまう可能性があるからである（ジュリスト1431号（2011年）の特集「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正」を参照。今井猛嘉「実体法の視点から」同号69頁）。これは、事実上、バグを修正するという刑法上の義務をプログラム作成者に課することを意味しよう。すべての重大な危険を生じさせるプログラムの作成等を処罰することが妥当でないならば、明文で除外すべきであろう。

付言すれば、168条の2の供用未遂と作成罪ないし取得罪との関係で、供用未遂は減輕の可能性があるが、作成罪にはない点も疑問である。不正作出準備とスキミングの未遂・予備の関係において、カード情報取得（163条の4第1項）が未遂に終わった場合には減輕できるが（163条の5）、情報取得が予備段階で終わったが情報取得のためのスキマー等の機器を用いていた場合に、不正作出準備罪（163条の4第3項）となって減輕の可能性の有無と同様の問題が生じている。↗

加えて、刑罰とそれ以外の制裁との関係でも、刑罰を犯罪に対する固有のリアクションとして際立たせることが肝要になる。課徴金や一部執行猶予における監視の長期化の点で指摘したように、「刑罰」という名前を用いずに、事実上、犯罪行為者の行為責任を越える形で、制裁を加えるというのは、その制裁が刑罰と同種・同質の性格を有する場合には、許されるものではない。それは、刑罰という犯罪に対する固有のリアクションとしての性格を等閑視し、犯罪と刑罰の結びつきを弱めるものであろう。それを許容する場合、行為責任は外在的な制約に過ぎないことになってしまい、犯罪防止という予防目的の過剰な追及に歯止めをかけられないばかりではなく、現実が生じた規範の動揺であるか疑いのある体感治安の悪化に対して刑罰で応えることにもなってしまうであろう。

本稿では、若干の検討を行ったものの、刑罰以外の制裁との横断的研究の視点は十分ではない。たとえば、修復的司法であったり、あるいは、治療的司法であったり、損害賠償に置き換える場合であるかもしれない。しかし、重要なのは、それらがどのような場面で、そしてどの範囲で機能し有効なものなのかを慎重に見極める必要があるということである。もし、刑罰という制裁手段を解消して、何らかの代替手段に置き換えることができるのだとすれば尚更である。しかし、それにもかかわらず、刑罰という制裁が残るのだとすれば、刑罰という国家による害悪の賦課が、何故、どの範囲で、どの様にして、どの程度で許されるのかという問いに答えなく

---

↘ また、2012年10月1日に施行された改正著作権法による、いわゆる「違法ダウンロードの刑事罰化」であるが、ダウンロードの罰則については、2006年から2009年にかけて文化庁の審議会などで議論されてきたが、犯罪として軽微であり、家庭内で行われる私的な行為を取り締まるため、実効性に疑問が残るとして適用は見送られていた点を無視してはならない（平成19年10月12日文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会中間整理106頁、平成21年1月文化審議会著作権分科会報告書156頁を参照）。今回の改正は、2009年改正からの変化の検証は十分に行われていないままに、しかも議員立法として法案が国会に提出され、わずか5日で成立している。十分な議論を尽くしてから、つまり処罰に対するコンセンサスが社会において得られていなければ、その規範は、せいぜい威嚇や抑止によってしか担保されないことになる。そのような人間観が妥当かは述べた通りである。

てはならないのである。それがまさに刑罰論の中心であり、その他の制裁手段との分水嶺であろう。これに対する答えは、ヘーゲル理論から導けるように、その時代、その社会によって異なるものである。この点で、近年大きな注目を集める、刑法の国際化についても寄与することができよう。

そのように考えると更なる課題が生じてくる。組織犯罪やテロ、トランスナショナルな犯罪といった現代的課題を前に刑罰理論は何かができるか、どのような刑罰理論が答えられるのかを明らかにする必要がある。その際、本稿にて扱った刑罰の正当化根拠からの視座に基づく考察だけでなく、ヤコブスの構想する「敵味方刑法 (Feindstrafrecht)」を明らかにする必要がある<sup>927)</sup>。彼の構想によれば、現在なされている刑事立法を分析すると、二つの理念型として「市民刑法」と「敵味方刑法」があるとされる。前者は、行為者を人格として扱うのに対し、後者においては、その代わりに、保安のために処置がとられなければならない、危険な個人と見ることになる。

特にテロ行為に対する立法には、このような「敵味方刑法」的特徴があるとされる。それでは、「敵味方刑法」が概念されるときも、いずれにせよ刑罰を用いるのであるから、それにつき刑罰の正当化は如何に考えられるのか。それは「市民刑法」でいわれるものと異なるのか。従来の議論では、ヤコブスの言うところの「市民刑法」でしか刑事立法を見てこなかったが、組織犯罪やトランスナショナルな犯罪はどう捉えることができるのか。このような問題を解決するためにも、その概念を明確化することが必要になってくる。テロや組織犯罪への対応は、その必要性や効率性から正当化しようとするものが多い。しかし、必要性や効率性にのみ基づい

---

927) ヤコブス (平山訳)・前掲 (注309) 460頁以下、川口浩一「敵に対する刑法と刑罰論」法律時報78巻3号 (2006年) 14頁以下、玄守道「近時の刑事立法に対する批判的検討——何が問われているのか?——」立命館法学327・328号 (2009年) 646頁以下、Luis Greco, Feindstrafrecht, 2010, S. 13 ff.; Stefan Schick, Feindstrafrecht als regulative Idee, ZIS 3, 2012, S. 46 ff. も参照。

た正当化は果たして妥当なものなのか<sup>928</sup>）。また、果たしてそもそも効率性はあるものなのか。このような問題に答えていく中で、刑事立法における現代的課題にも一定の方向性が示されるように思われる。

（完）

\* 本稿執筆の際、立命館大学法学部とミュンヘン大学の学術交流協定に基づく DAAD（ドイツ学術交流会）のプログラムにより、2ヶ月間のミュンヘン留学および資料収集の機会を得た。本稿は、その研究成果の一部である。

---

928) 生田勝義「治安と刑事立法——安全と自由と刑法——」同『人間の安全と刑法』（法律文化社、2010年）145頁、159頁以下を参照。