慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	スイスの刑事制裁制度
Sub Title	Das strafrechtliche Sanktionensystem der Schweiz
Author	Schwarzenegger, Christian(Koike, Shintaro) 小池, 信太郎(Yabunaka, Yu) 薮中, 悠(Yokohama, Kazuya) 横濱, 和弥(Araki, Taiki) 荒木, 泰貴(Yamada, Yudai) 山田, 雄大(Hashimoto, Kodai) 橋本, 広大
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.36 (2016. 12) ,p.181- 294
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20161226-0181

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

翻訳

スイスの刑事制裁制度

クリスティアン・シュワルツェネッガー
小池　信太郎／監訳
薮中悠・横濱和弥・荒木泰貴・
山田雄大・橋本広大／訳

第 1 部　刑事制裁――機能と基礎づけ〔荒木泰貴訳〕
1. はじめに
2. スイス刑法の基礎としての刑罰理論
2. 1　絶対的刑罰理論
a）同害報復（タリオ）の原理
b）イマヌエル・カントの応報理論
c）ゲオルク・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲルにおける「否定の否定」としての刑罰
d）キリスト教・ユダヤ教の伝統における罪悪の埋め合わせのための刑罰
e）フリードリヒ・ニーチェにおける刑罰理論と時代精神
f）絶対的刑罰理論についての小括
2. 2　相対的刑罰理論
a）ジェレミー・ベンサムとアンゼルム・フォン・フォイエルバッハの例にみる威嚇ないし消極的一般予防
b）犯罪人類学派および社会学派の例にみる特別予防
c）エミール・デュルケームの例にみる積極的一般予防
d）修復的刑事司法
2. 3　統合説
3. 経験的な効果研究
4. 現行スイス刑法における制裁の機能
5. 人権と刑罰――歯止めと〔最低〕準則
第 2 部　刑罰と処分〔山田雄大訳〕
1. 概念
2. 刑罰と保安処分
2. 1　カール・シュトースによる処分の導入
2. 2　一元主義的、又は二元主義的な制裁制度

2．3　制裁決定およびその執行における一元主義と二元主義
2．4　刑罰と保安処分の関係性
3．刑法の「第 3 の道」としての刑事調停、裁判外における犯罪清算および損害回復？
4．刑法典の新たな制裁制度の展望
4．1　刑罰
a）　刑種
b）　刑法典と特別刑法における刑罰の定め
4．2　処分
第 3 部　刑種概観〔横濱和弥訳〕
1．はじめに
2．個々の刑種
2．1　罰金（Geldstrafe）
2．2　公益的労働（Gemeinnützige Arbeit）
2．3　自由刑
2．4　科料（Busse）
2．5　企業科料（Unternehmensbusse）
第 4 部　刑の種類および量の決定〔橋本広大訳〕
1．はじめに
2．刑法各則における法定刑の意味
3．刑の免除（Strafbefreiung）
3．1　刑の免除の法的性質
3．2　刑の免除事由
3．2．1　要罰性の欠如（刑法 52 条）
3．2．2　損害回復（Wiedergutmachung）（刑法 53 条）
3．2．3　犯人が犯行により被った不利益（刑法 54 条）
3．3　配偶者又は生活パートナー（Lebenspartner）が被害者である場合の手続打切り（刑法 55 条 a）
3．4　刑の免除の手続
3．5　刑の免除の効果
第 5 部　量刑概観〔薮中悠訳〕
1．総説
2．量刑の各段階
2．1　通常の法定刑の決定
2．2　1 個又は 2 個以上の刑の減軽事由が存在する場合の拡張された法定刑の決定
2．3　犯罪競合の場合の拡張された法定刑の決定（刑法 49 条 1 項）
2．4　刑の減軽事由と加重事由の併存
2．5　通常の法定刑又は拡張された法定刑の枠内での量刑（刑法 47 条）
a）　犯罪行為の不法を徴表する責任（Verschulden）メルクマール
b）　不法〔の実現〕に関する犯人の非難可能性を徴表する責任メルクマール
c）　責任と関連しない量刑の諸要素
d）　責任の評価および刑量の決定の順序
第 6 部　罰金と科料の量定〔小池信太郎訳〕
1．罰金の量定
2．科料の量定

3. 刑法 102 条による企業に対する科料の量定
第 7 部　刑の執行猶予と一部執行猶予〔小池信太郎訳〕
1. 総説
2.　刑の執行猶予（bedingte Strafe）および一部執行猶予（teilbedingte Strafe）の要件
2. 1　客観的〔＝刑に関する〕要件
a）　自由刑
b）　罰金
c）　科料
2. 2　主観的〔＝犯人に関する〕要件：不良な予測（ungünstige Prognose）の欠如
a）　不良な予測の諸基準
b）（重要な）前科がない者の再犯予測
c）　前科者の再犯予測
2. 3　被害の回復
3. 罰金実刑又は科料の併科（刑法 42 条 4 項）および刑の一部執行猶予（刑法 43 条）
3. 1　前提状況
3. 2　併科刑（刑法 42 条 4 項）
3. 3　刑の一部執行猶予（刑法 43 条）
4. 付随的命令
4. 1　執行猶予期間（Probezeit）
4. 2　保護観察（Bewährungshilfe）又は指示（Weisungen）
5. 執行猶予の成功（Bewährung）と猶予期間中の非行（Nichtbewährung）
5. 1　執行猶予の成功
5. 2　執行猶予中の非行
a）　取消事由
b）　取消事由が存する場合の帰趨
c）　取消しと代替措置の時間的制限
d）　管轄

第 1 部　刑事制裁――機能と基礎づけ

荒木泰貴／訳

1. はじめに

スイス刑法 34 条ないし 96 条は、〔犯罪に対する〕法的効果ないし制裁効果、つまり、刑法上の禁止又は命令への違反に対する帰結に関する定めを置いている[1)]。

法律は、一方で、刑罰と処分（*Massnahmen*）[2)] に区分される、〔犯罪に対する〕

ありうる制裁を定義している。その上で、法定刑の決定および具体的な量刑、並びに、処分の命令のための要件を定めている。他方で、制裁の相互関係、その変更、終了および行刑の連邦法上の原則を定めている。

刑法典は、国際条約、憲法上の諸原則、カントン（州・準州）間の合意（協定）、カントン法、政令および施設規則と共に、スイスの行刑法（*Strafvollzugsrecht*）[3] を形成している。企業刑法における制裁[4] および違警罪[5] については特則がある。

構成要件に該当し違法かつ有責な行為には刑罰という制裁が定められている。刑罰は自由の制限であり、刑法上の規定に基づき、国家機関――裁判所又は捜査機関（検察、違警罪庁）――により刑事手続を経て決定され、言い渡される。国の強制手段をもって貫徹される刑の執行は、カントンの行政官庁に委ねられる[6]。

1）スイスの制裁制度に関する特別講義は 2016 年 1 月 8 日から 19 日に慶應義塾大学において行われた。本稿は、*Schwarzenegger/Hug/Jositsch*, Strafrecht II, §§ 1 ff. に改訂を施し、アップデートしたものである。井田良教授および小池信太郎教授によるこの講義の実現と翻訳に対する尽力ないし援助について心より感謝申し上げる。

2）予防志向的制裁は、オーストリアおよびスイスでは「Massnahmen」、ドイツでは「Massregeln」と称される。

3）本来は制裁執行法と言うべきところであろうが、この概念は貫徹されていない。さらに、制裁法にとって重要性を有するのは，法律の施行および適用に関する刑法第 3 編の諸規定（333 ～ 392 条）、附則（Schlussbestimmungen）（1 ～ 4 号）、刑法および軍刑法に関する政令（SR 311.01、2007 年 1 月 1 日施行）ならびに前科記録に関する政令（SR 331、2007 年 1 月 1 日施行）である。例えば、333 条は、特別刑法の刑罰規定の新たな制裁への適合について規定し、372 ～ 380 条は、刑罰および処分の執行の領域におけるカントンと連邦の権利義務について規定する。

4）102 条 3 項（企業に対する科料）。

5）105 ～ 106 条（制裁の適用可能性、科料）。公益的労働に関する規定（107 条）は 2015 年の刑法改正において刑種としては削除された。公益的労働は 2017 年から刑罰の執行のヴァリエーションとなる（79 条 a 参照、現在は未施行）。

6）例えばチューリヒ州では刑事執行庁（Amt für Justizvollzug）である。2006 年 6 月 19 日の刑事執行法（StJVG, LR 331）14 条以下を 2006 年 12 月 6 日の刑事執行規則（JVV, LR 331.1）5 条と併せて参照。

例 1：麻薬取引により 4 年の自由刑に処され、刑事施設に拘禁された者は、移動の自由、つまり個人的自由の一部[7]を剝奪される。行刑には、さらなる自由の制限が伴う。例えば、携帯電話やインターネットの使用の禁止により、受刑者の情報の自由と意見表明の自由[8]が制限されている。プライバシーの領域[9]——例えば、郵便交通が監視される場合に——や集会の自由[10]もまた、自由刑執行にあたって制限されている。

例 2：強要罪で 40 日分（日額 30 スイスフラン）の罰金刑に処されると、有罪判決を受けた者は個人的自由と所有権保障[11]に介入を受ける。1200 スイスフランを国庫に支払わなくてはならないから、自由な財産処分を妨げられる（刑法 35 条参照）。

刑罰は、害悪又は害悪の付加としても性格づけられる。そのことはさしあたり当然であるように思える。何といっても、処罰される者の法益への侵害は、原則的にネガティブな経済的、心理的副作用を、場合によっては肉体的な副作用さえ伴うのである。害悪付加が自己目的であるのか、あるいは他の目的を達成するための手段として機能するのかは、刑罰の基礎づけおよび正当化の問題である[12]。

理論刑法学[13]においては、刑罰のもう 1 つの中心的メルクマールが指摘さ

7）連邦憲法（BV）10 条 2 項、31 条、欧州人権条約（EMRK）5 条 1 項。

8）連邦憲法 16 条 1 ～ 3 項、欧州人権条約 10 条。

9）連邦憲法 13 条 1 項、欧州人権条約 8 条。

10）連邦憲法 22 条 1 ～ 2 項、欧州人権条約 11 条。

11）連邦憲法 26 条 1 項。

12）（自由）刑と苦痛との関係について、理論面は *Jung*, 15 ff. を、実証面は *Killias/Kuhn/Aebi*, Kriminologie, N 1171 ff. を参照。

13）とりわけドイツにおいては、例えば BVerG 96, 245 = NJW 1998, 443 を参照。*Jescheck*, N 35 は「刑罰は常に犯行と犯人についての社会倫理的な無価値評価を含む」とする。このスティグマは、スイス刑法においては違警罪に相当する秩序違反には、もちろん伴うべきものではないとされる。スイスおよび他の国において、この刑事不法と行政的な不法との区別は貫徹されていない。*Jung*, 49 ff. 参照。アングロアメリカの視点からの刑罰の表明的機能については *Feinberg*, 27 ff. を、それに対する批判は *Walker*, 23 ff. を参照。

れる。すなわち、刑罰は公的な否認（Missbilligung）を表現する。刑罰により犯人は公的に叱責される。刑法学者は、否認の代わりに、社会倫理的な無価値評価、犯人が法秩序に抗ったがゆえの非難、あるいは単純に叱責（Tadel）という言葉を使う。それにより、言い渡される刑に常に伴う、刑事手続および判決における罪人としてのコミュニケーション的表示ないしラベリング[14]が前面に出る。そうすると、この表明的要素は、刑罰それ自体の特質というよりはむしろ刑事手続における罪責認定ないし刑事判決における罪責表示の特性ということになる[15]。

処分もまた、犯罪行為の遂行に結びつけられた自由権の制限である。しかし、刑罰との本質的な違いが存在する。処分でもって応じられるのは、犯人の危険性ゆえにその者がさらなる犯罪行為を行うことが蓋然的である場合のみである。処分はまた、さらなる犯罪行為を帰結しうる危険な状態が存するときにも命じられうる。例えば、犯人が精神障害又は薬物依存である場合がありうる。処分は、必要な場合に刑を補うもので、通常無期限である例外的な制裁である[16]。すなわち、処分はその目的が達成されるまで続く。特定の処分の命令は、責任が欠ける場合にもまた許される。

例 3：子供との性的行為の前科が複数ある犯人が新たに子供との性的行為の未遂（刑法 187 条、22 条）で 2 年の自由刑に処される。精神の障害により再犯のおそれがある。そのことを理由に、刑と併せて入院治療（刑法 59 条）が命じられ、犯人は、精神病院の閉鎖病棟への入院を命じられる。そこでは、移動の自由、

14）ラベリング理論は純粋なレッテル貼り過程を出発点とする。*Becker*, 9 のみ参照。「逸脱とは、人間の行為の性質ではなく、むしろ、他者によってルールと制裁とが『違反者』に適用された結果である。逸脱者とは首尾よくそのレッテルを貼られた人間のことであり、逸脱行動とは人びとがそのようなレッテルを貼った行動のことである」（強調原文）。

15）損害賠償請求訴訟においても、民事法的な責任が確定され、判決において法違反が宣言され、損害賠償責任を負う者の「罪が宣告される（verurteilt）」。

16）ただし、法律は特定の処分においては期間の上限を定めている。処分は、その目的が達成不可能な場合にも終了しなければならない。

プライバシー領域およびおそらくさらなる自由権が制限される。

例 4：婦人科医が複数の凌辱罪（刑法 191 条）で 3 年の自由刑に処される。彼は犯行を職業遂行中に行い、さらなる侵害行為のおそれがあることを理由に、裁判所は、刑と併せて、4 年の職業活動禁止（刑法 67 条）を命じる。職業活動禁止により、医師の経済的自由[17]が侵害される。

スイスのような民主的法治国家において、上述のような制裁の予告、言渡しおよび執行は、合理的な基礎づけを要する。刑法は憲法の諸原則や国際法上の様々な保障と整合しなければならない。とりわけ自由権への合法的介入の要件が満たされなければならない[18]。

古代より、刑罰と刑法の機能と正当化をめぐって考察がなされ、刑罰目的が定式化され、刑罰理論が展開されてきた。この議論においては、以下の観点が区別されなければならない。すなわち――

a） 憲法と法律から明らかになる刑罰の機能[19]（解釈論的、実定法的視座）。現行刑法の基本的機能は、刑法典の一般的規定並びに条約および憲法上の準則の中に、一部は明示的に、一部は黙示的に、定められている。それらが同定される。

b） 道徳的および哲学的視点からそうあるべき刑罰の機能（規範的、法哲学的視座）。それには刑罰の正当化の問題が密接に結びついている。規範的観点は立法および現行法の解釈にもとり入れられる。

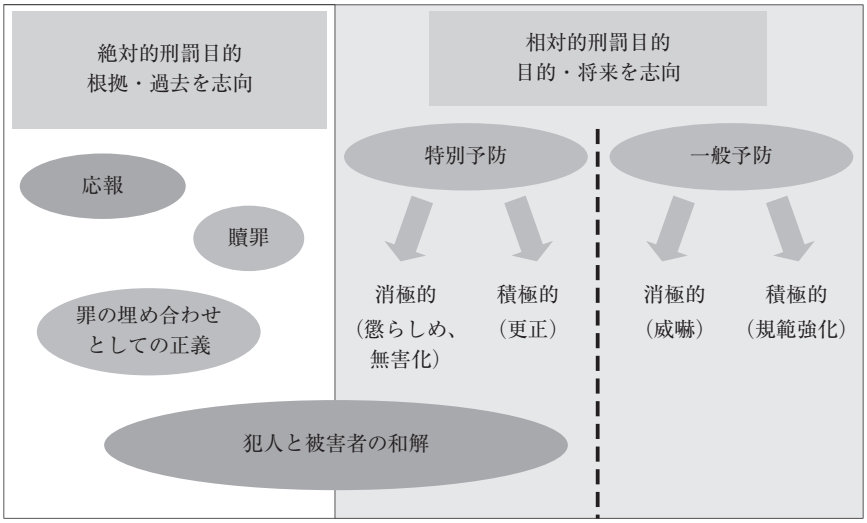
c） 社会的現実における刑罰の機能（経験的、刑事学的視座）。ここでは刑罰が犯人と社会に対して実際にどのように作用するかが問われる。経験的な

17）連邦憲法 27 条。

18）法律上の根拠、公的な利害、比例性、中核的内容の尊重（連邦憲法 36 条）。自由権の制限については、*Biaggini/Gächter/Kiener-Gächter*, § 30 N 101 ff., *Häfelin/Haller/Keller*, N 302 ff. m.w.H. を参照。自由権への介入は欧州人権条約によっても制限される。例えば自由の剝奪に関する欧州人権条約 5 条 1 項 a ～ f 参照。

19）機能とは、刑罰が刑法的リアクションの体系において追求する任務と目的をいう。*Forster*, 244 ff. m.w.H. は、刑罰の機能、目的および形態を区別する。

図１　刑罰理論の概観



効果研究が、解釈論的および規範的な立場を支えるために、あるいは反対にそれを批判するためにも援用され、それゆえに刑罰の正当化にも関連性がある[20]。

次項では、刑罰理論とその発展のいくつかの段階を断片的にスケッチする[21]。経験的な効果研究の成果についてもいくつかコメントする。そして最後に、スイス刑法典および憲法秩序で定められた刑罰の機能について説明する。

2. スイス刑法の基礎としての刑罰理論

２つの異なったアプローチがある。その１つは、刑罰の目的設定に際し、刑罰規範の違反、人又は社会一般の侵害又は危殆化を中心にとらえる。刑罰は、この視座においては、過去の清算、および、正義に適った〔法秩序を〕回復さ

20）*Hilgendorf*, Einleitung zu *Schmidhäuser*, VII 参照。

21）詳しくは，*Bommer*, BSK StGB I, N 46 ff. vor Art. 19; *Forster*, 242 ff., *Neumann/Schroth*, 3 ff. und 88 ff., *Niggli/Mäder*, Strafrecht, 443 ff., *Roxin*, § 3 N 1 ff., *Schmidhäuser*, 20 ff., *Schultz*, AT I, 41 ff., *Stooss*, 2 ff., *Stratenwerth*, AT I, § 2 N 3 ff., *Trechsel*, AT, 16 ff.

せる国家的応答という任務にのみ奉仕する（絶対的刑罰理論）。

いま1つのアプローチとして、刑罰を国家の行動統制の道具として投入することも可能である。この視座においては、犯人又は一般人の将来の行動に、刑罰の予告、量定および執行により影響を及ぼすべきだということになる（相対的刑罰理論）。

様々な統合説は、この両方の視座を有意義に結びつけようとする。

学説によっては、刑法理論、すなわち国家に対する防御権として、また他者による恣意的・暴力的な自力救済からの保護手段としての刑法を基礎づける理論と、刑罰理論、すなわち諸制裁の部分領域の構成原理にのみ制限される理論とが区別される[22)]。この区別はあまり意味をなさない。というのは、防御権は憲法から生じ（基本権侵害）、刑法によりせいぜい具体化されるにすぎないからである（刑法のマグナカルタ的性格）。刑法の保護機能もまた、刑罰の予告、量定および執行による行動統制の実効性に依存している。諸々の制裁がこれらの任務を果たすのに有用である限りでのみ、刑法はこの目的を達成できるのである。

2. 1　絶対的刑罰理論

初期の緩やかな形態の国家機構においてすでに、無制限の復讐や家族・ジッペ（氏族）共同体の間で行われるフェーデ（私闘）を抑制すべきルール（法律、ラント平和令）が発展していた。それらは、侵害に対し「見返りに報復する（zurück*vergelten*）」目的を有していた。そのときどきの権力者は、厳しい、しかし犯人に限定された刑罰により、紛争を解決しようと試みた。

a）　同害報復（タリオ）の原理

例えば、ハムラビ法典（紀元前1750年頃）は次のように要求する。「もし人が自由民の目を害したならば、彼の目を害する。もし彼が他人の骨を折ったならば、彼の骨を折る。もし人が他の彼と同じ身分の人の歯を抜いたならば、彼

22）例えば、*Calliess*, 1340.

の歯を抜く」[23]。このルールは常に厳格に遵守されたわけではないが、しかし、刑事立法の発展にとり非常に重要である。犯された罪に対する応報的な埋め合わせを目的とする類似のルールは中世の終わりまでは普通であった。ドイツ語圏では、1532 年のカール 5 世の刑事裁判法（カロリーナ刑事法典〔*Constitutio Criminalis Carolina*〕）もこの基礎に立脚していた。

b）　イマヌエル・カントの応報理論

イマヌエル・カント（*Immanuel Kant*）（1724 ～ 1804 年）は『人倫の形而上学』の第 1 部で数頁のみ刑法を論じたにすぎないが[24]、応報理論の最も重要な主張者とされている。彼の刑法理論の中核は、刑罰法規は定言命法であるから、正しい刑罰は常に個人および社会に対して及ぼしうる効果から切り離されて科されなければならない、という言明である。

カントによれば、正義は、何らかの効果のために投入されるならば、正義であることをやめてしまう。「正義の帰趨を左右するものとして」処罰は犯罪と見合わなければならない。将来において効果を生じなくても、である。ある島の全ての人々が島を離れ、将来にとっては全く意味がない場合であっても、監獄に繋がれた最後の謀殺者はなお処刑されなければならない（島の事例）。正義の刑は、カントによれば、応報原理によってのみ達成される。カントにとっては、そこから次のことが帰結する。「君が他の国民にいわれなき害として加えたものを、君は君自身に与える。君が彼を侮辱するなら、君は君自身を侮辱する。君が彼から盗むなら、君は君自身から盗むのだ……（等々）」。無辜の者の死に対し正義を満足させるにはほかにすべがないから、謀殺者は、カントによれば、常に処刑されなければならない。応報の法は、多くの場合に不条理な解決に至る。強姦や子供との性的行為のみを考えてみよう。カントですらこの

23）紀元前 1750 年頃のハムラビ法典 196 条、197 条、200 条。類似のものとして旧約聖書出エジプト記 21 章 23 ～ 25 節（紀元前 1450−1410 年頃成立）。「もし命にかかわる事故が生じたのなら、あなたは命には命を与えなければならない。目には目を、歯には歯を、手には手を、足には足を。切り傷には切り傷を、打ち傷には打ち傷を」（邦訳は旧約聖書翻訳委員会訳『旧約聖書 I』〔2004 年、岩波書店〕216 頁に依った）。

24）*Kant*, Rechtslehre, 2. Teil, 1. Abschnitt, E.I, 191−199 und Anhang 5, 230−231.

場合には応報は不可能だと認めている。それに関して、カントは第2版への追記において、そうした犯罪には（「スルタンの宮殿における宦官」のような）去勢による処罰が正義であると書いている。

c） ゲオルク・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲルにおける「否定の否定」としての刑罰

非常に抽象的な形で絶対的刑罰理論を定式化したのがゲオルク・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲル（*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*）（1770 ～ 1831 年）である。ヘーゲルによれば、犯罪は犯罪者の無効な意思に対応する。この無効な意思は、刑罰の形態における無効化をすでに自らの内に含んでいる。犯罪の止揚は、概念上、侵害の侵害である限りで応報である（否定の否定）。そうして、特殊具体的な性状においてではなく、あくまで抽象的原理として、否定（犯罪）とこの否定の否定（刑罰）の間には同一性が存するのである。

刑罰はそれ自体として正義であるということの基礎づけのために、ヘーゲルにとって、刑罰の持ちうる効果は問題ではなく、法としての法の侵害としての犯罪が止揚されなければならないということのみが重要である。しかし、ヘーゲルが主張するように刑罰が犯罪に内在する機能であるというならば、基礎づけの問題は犯罪の定義それ自体に移されることになる。というのは、犯罪が犯罪として定義されるとき、その処罰は、ヘーゲルの理解では、すでにそれ自体が正義なのである。ヘーゲル理論の真骨頂は次の言明にある。「刑罰はその中に犯罪者の固有の権利を含むものと解される。そうすることで、犯罪者は理性者として称えられる。――この栄誉は、彼の犯行自体から刑罰の概念と尺度が得られないというならば、彼に与えられることはない。――彼が無害化されるべき有害な動物として考えられたり、あるいは、威嚇や改善の目的において処罰されたりするのであっても同様である」[25)]。ヘーゲルが前提とする犯罪者は、その意思が自分の犯した法侵害の止揚へも向けられるような理性的な犯罪者である。ヘーゲルは、犯罪者たちに直接接触したことが全くなかったということ

25）*Hegel*, § 100, 97（強調原文）.

が想定されうる。死刑の制限をめぐる努力に肯定的にコメントしているとはいえ、ヘーゲルは、カント同様、死刑を不可欠と考えている（「刑罰の頂点」）。

d）　キリスト教・ユダヤ教の伝統における罪悪の埋め合わせのための刑罰

絶対的な刑罰観のさらなる源泉は、罪人およびその個人的責任に関するキリスト教的・ユダヤ教的な世界観である。この個人的責任が刑罰により埋め合わされなければならない。それも、責任と罪悪は、現世においては、犯人の積極的な贖罪（*Sühne*）と償い（*Busse*）によってのみ埋め合わされうる。そうした考えは西洋の法の発展をごく最近まで強く特徴づけていた。しかしこれには、贖罪のプロセスは、外的な強制という手段によっては貫徹できないという欠陥がある。自分の責任と罪悪を反省する犯罪者は一部にとどまる。それゆえ、多くの犯罪者において、犯行は刑罰により償われない。その反対であって、多くの犯罪者は自分は刑罰の犠牲者として不正に扱われていると感じているのである。

e）　フリードリヒ・ニーチェにおける刑罰理論と時代精神

フリードリヒ・ニーチェ（*Friedrich Nietzsche*）（1844 ～ 1900 年）にとっても、刑罰は必然的なものである。例えば、彼は 1886 年に次のように書いている。「社会の歴史には病的な軟弱化や柔弱化の時点があって、そのときには社会自らがその加害者、すなわち犯罪者の味方をし、しかも本気に、正直に味方をする。刑罰なるものが社会にとっては何かしら不当なもののように思われる。――『刑罰』とか『刑罰を課すべきである』ということが社会にとって悲しむべきもの、恐るべきもののように思われるのは確かである。『彼を危険のないものにするだけで十分ではないか。その上なお何のために罰するのか。処罰することそのことは恐るべきことだ！』――このような問いをもって，畜群道徳，恐怖の道徳はその究極の帰結を引き出して来る」[26]。

ニーチェが言うには、〔罪の〕埋め合わせという発想、また、被害者が受けた被害と犯罪者が支払わなければならない痛みの等価性という考えは、債権者と債務者の契約関係のイメージにより特徴づけられており、「おそらく現在もはや根絶することはできない」[27]。

他方でニーチェは、罰する行為又はその手続自体のみを刑罰に不変のものとして理解する。対して、処罰の手続に結びつけられた意味づけや期待は流動的で「偶然的（accidentiell）」なものというのである。刑罰の目的は、昔から存在する手続にその都度読み込まれ、恣意的な歴史的変遷、そしてまた衰退にさらされるという。「……『刑罰』の概念は、実際、もはや1つの意味ではなく、『いくつもの意味』のジンテーゼ全体を示すものである」[28]。

こうした推論は、歴史的視角からは確かに正しいが、民主的法治国家に、刑罰の投入を理解可能な基準に方向づけ、必要であれば立法的調整を行うことを免除するものではない。

f）　絶対的刑罰理論についての小括

全ての絶対的刑罰理論は、過去すなわち法規範の違反および法益の侵害又は危殆化に目を向ける。それらの理論は、犯人の個人的な責任（individuelle Verantwortlichkeit）に対処して正義を回復することを試みる。それらが絶対的刑罰理論と呼ばれるのは、その視座からすると刑罰はアプリオリに道徳的必然であり、犯罪予防の目的の達成に依存すべきではないからである――つまり、処罰への絶対的請求権が存するのである。〔罪を〕埋め合わせる刑罰が言い渡されず、執行されない限り、この理論によれば、不正義な状態が継続する。刑罰はそうして、有責に行われた犯行の不法を除去することを目指す（行為刑法〔*Tatstrafrecht*〕）。この原理は今日でもなおスイス刑法における制裁の決定および具体的量刑の出発点をなす。

もっとも、絶対的刑罰理論から相対的刑罰理論へのスムーズな架橋がある。応報的処罰は、可罰的行動についての社会のイメージの定着化又は儀式的な紛争解決に役立つことにより基礎づけられる場合、社会心理的機能を有する。刑罰は、人々を落ち着かせ、彼らの規範適合的行動を強化するという（望まれ

26）*Nietzsche*, Jenseits von Gut und Böse, Nr. 201, 123（強調原文）。（邦訳はフリードリヒ・ニーチェ〔木場深定訳〕『善悪の彼岸』〔1970年、岩波書店〕177頁に依った）。

27）*Nietzsche*, Zur Genealogie der Moral, Nr. 4, 298.

28）*Nietzsche*, Zur Genealogie der Moral, Nr. 13, 317。詳しくは *Gschwend*, 255 ff. 参照。

る）効果を有することになるのである[29]。

2．2　相対的刑罰理論

啓蒙の時代において、刑罰の意味と目的を将来に見出す基礎づけが隆盛となった（相対的刑罰理論）[30]。国家は公の利益を守らねばならず、自らの活動を理性の法により方向づけなくてはならない以上、刑罰は自己目的ではありえない。刑罰は、将来の犯罪減少効果を有する場合にのみ正当化される。この理論は、刑罰の目的を予防に見出す。この立場の典型は、チェーザレ・ベッカリーア（*Cesare Beccaria*）である。彼は、1764 年に、応報を「憤怒と熱狂又は弱い専制君主の手段」として批判した。彼にとっては、刑罰は、均衡していなければならず、なるべく迅速に科されなければならず、また予防に方向づけられなければならない。予防として彼が挙げるのは、威嚇と個人の再犯防止である[31]。

a）　ジェレミー・ベンサムとアンゼルム・フォン・フォイエルバッハの例にみる威嚇ないし消極的一般予防

18 世紀において、国際的なレベルではとりわけジェレミー・ベンサム（*Jeremy Bentham*）（1748 ～ 1832 年）により代表される威嚇（消極的一般予防）がポピュラーになる。彼の著書――『道徳および立法の諸原理序説（*An introduction to the principles of morals and legislation*）[32]』――は、いくつもの視点において言及に値する。ベンサムはこの本で元々は成文の刑法典の予備的研究を示すつもり

29）そこでは積極的一般予防の理論が問題となっている。後述 2．2 参照。

30）予防思想は、すでにプラトン『プロタゴラス』（紀元前 380 年）においてみられる。「何びとも不正をおかす者に対して、相手が不正をはたらいたという、ただそのことを念頭に置き、そのことのために懲らしめるような者はいない。……むしろ目的は未来にあり、懲らしめを受ける当人自身も、その懲罰を目にするほかの者も、二度とふたたび不正を繰り返さないようにするためなのである」（邦訳はプラトン〔藤沢令夫訳〕『プロタゴラス』〔1988 年、岩波書店〕50 頁に依った）。*Saunders*, 133 und 162 ff. 参照。

31）*Beccaria*, § XII, 54 f.（刑罰の目的）, § XIX, 70 ff.（処罰の迅速性）, *Beccaria*, § XLI, 121 を参照（「処罰するよりも予防するほうがよい」）。同じく *Montesquieu*, Liv. VI, Chap. IX（「良き立法者は犯罪を処罰するよりもその予防に意を注ぐであろう」）も参照。

であった。彼の基礎は、人間の感覚、思考および行動の合理的理論である。刑法典の立法の目的は、ベンサムによれば、最大多数の人間の幸福の促進である[33)]。ベンサムは、すべての人々が打算的に行動することを前提とする。人々は何かをする前に、その行為の肯定的および否定的な帰結、つまり快楽と苦痛を計算する。不利益が上回れば、人は「理性的には」その行為をしないだろう。犯罪行為の防止のために、国家はこの経済的計算に介入することができる。つまり、行為から得られることが予測される利益にもっと大きな損失を対置する刑罰の予告によってである。予告された刑は、理性的な人間を威嚇する。

ベンサムの業績が多くの他の哲学者を凌駕するのは、体系的、包括的アプローチにおいてである。すなわち、犯罪行為の体系は、危殆化および侵害結果に即して方向づけられる。予防的に効果がない刑罰、事後的に定められる刑罰、そして不均衡な刑罰は拒否され、さらなる刑罰目的は利益衡量に組み入れられる[34)]。そうした威嚇モデルがそもそも機能しうるために、一方で国民は十分な法知識ないし相応の法感覚を持たなければならない。他方で威嚇の成功は発覚の蓋然性に依存している。

ドイツ語圏において威嚇理論はアンゼルム・フォン・フォイエルバッハ（*Anselm v. Feuerbach*）（1775 ～ 1833 年）により広まった。その理論は心理強制説と名づけられた。法違反を防止するためには、物理的強制（損害賠償の強制）に加えて、権利侵害の既遂に先立つ心理的強制がなければならない。この心理的効果を

32）初版が印刷されたのは 1780 年のことだが、最初に公刊されたのは 1789 年である。1823 年にベンサムによるコメントが付された第 2 版が登場した。

33）*Bentham*, Ch. 5 par. 1, 74 und Ch. 13 par. 1, 158 は「政府の任務は、処罰と褒賞によって社会の幸福を促進することである。政府の任務の処罰の部分は、より特別には刑法の主題である」とする。今日、まずもって功利主義的考察の起源と考えられている。功利主義（最大幸福原理）については、*Bentham*, Ch. 1 par. 1−14, 11 ff. および *Beccaria*, § XLI, 121.

34）刑罰の従属的な性質として、改善、無害化、損害回復、そしてまた積極的一般予防（道徳教育）が挙げられる。*Bentham*, Ch. 13 par. 2−17, 158 ff. und Ch. 15 par. 14−23, 180 ff. を参照。それに対して、罪を埋め合わせる応報という考え方は、功利主義からではなく共感と反感の原理に由来するという。ベンサムは、刑罰がここでは感情的に決定される（憎むままに処罰する）という理由で、これを拒否する。*Bentham*, Ch. 2 par. 13, 25.

フォイエルバッハは刑罰の予告に見出した。「Ⅰ．法律における刑罰の予告の目的は、潜在的な〔法規範の〕侮辱者、つまり犯罪者たるすべての人の威嚇である。Ⅱ．刑罰の付科の目的は、それなくしては威嚇は無に帰すであろうという限りで、法律上の威嚇が実効的であることを基礎づけることにある。法律はすべての市民を威嚇するところ、執行が法律に実効性を与えるべきものであるため、付科の間接的目的（最終目標）もまた法律による市民の単なる威嚇である」[35]。

b） 犯罪人類学派および社会学派の例にみる特別予防

実証主義学派は、19 世紀半ばに重点を移した。すなわち、医学的、心理学的および社会学的観察に影響されて、これまで扱ってきた理論の前提であった合理的人間という理想的イメージに、決定論的な人間像を対置させたのである。人間行動は遺伝的資質や環境の影響の産物であって、それゆえに責任非難の可能性もまた欠落するという。犯罪者は自由意思で刑罰規定に違反しているのではない。むしろ、肉体的・心理的素質および社会環境の影響にもてあそばれている。そのことの刑法にとっての帰結は、合理的な制裁は犯人の危険性に即してのみ方向づけられうるということである（行為者刑法〔*Täterstrafrecht*〕）。つまり犯罪行為ではなく、犯罪者の欠陥に応答する。チェーザレ・ロンブローゾ（*Cesare Lombroso*）（1836 ～ 1909 年）、エンリコ・フェリ（*Enrico Ferri*）（1856 ～ 1929 年）その他の犯罪人類学者らはそれゆえ、刑罰の意味を犯人の無害化に見出した（消極的特別予防）。

ドイツ語圏では、刑罰の目的をめぐる議論において、フランツ・フォン・リスト（*Franz v. Liszt*）（1851 ～ 1919 年）の影響力が非常に大きかった。リストは、刑罰は様々な目的を果たすべきであるということを前提に、特別予防的な統合説を展開した。確かに、彼は刑罰を原則的に、目的観念によって決定されてはいない盲目的で本能的な社会の反応であると考えた。しかし、近代国家では刑罰権は国家機関に委ねられており、国家機関には偏見のない考察と目的思想に即した方向づけが要求されなければならないとしたのである。

35）*Feuerbach*, § 16, 26 f.（強調原文）。消極的および積極的特別予防ならびに応報は明示的に刑罰の目的および正当化根拠から退けられる。*Feuerbach*, § 18, 28.

フランツ・フォン・リストは様々な犯罪者のタイプを考慮して、3つの特別予防目的を区別した。すなわち、犯罪傾向があるがまだ絶望的とまではいえない犯人に対しては改善（*Besserung*）、処遇（*Behandlung*）およびそれらを通じた更生（*Resozialisierung*）に重きが置かれる（積極的特別予防）。セラピー、医学的治療、教育、行動訓練および類似の措置により、受刑者の「市民生活への」復帰[36]が準備されるべきであるという。彼は、改善不要な機会犯人については懲らしめる刑（*Denkzettelstrafe*）を、改善不能な常習犯人については終身の自由刑による無害化（*Unschädlichmachung*）を要求した（消極的特別予防）[37]。

フォン・リストにより開始された運動は、近代学派ないし社会学派と称して、犯罪者に関する新たな経験的知見に刑法を一般的に適合させることを要求した。刑の決定に際しては犯人の人格や個人的な生活状況が顧慮されるべきとされた。危険な犯人は無期限の保護刑でもって社会から隔離されなければならない。罪を犯した子供や少年には、教育的・特別予防的原理のみにより対処すべきであるという。行刑は犯人を社会環境から引き離すことで益よりも害をもたらすことを理由に、初犯者に対する執行猶予が提案された。

近代派は、1870年から1930年の時代に刑事立法に非常に強い影響を与えた。そのことはスイス刑法典にも妥当する。この構想に際してカール・シュトース（*Carl Stooss*）（1849年～1934年）は多くの近代学派の提案を取り入れたものの，行為刑法の原則から離れるものではなかった。ヨーロッパ全体にとり指導的であったのは、シュトースが1893年のスイス刑法予備草案において刑罰のほかに処分をも採用したことである。そのことが近代学派の目的思想に合致していたのである。

c）　エミール・デュルケームの例にみる積極的一般予防

エミール・デュルケーム（*Emile Durkheim*）（1858～1917年）は、19世紀末、国家による犯罪者処罰の全く異なる意義を強調した。彼によると、「集合又は共通意識（*conscience collective* ou *commune*）」、つまり倫理における集団的意識と

36）〔スイス〕刑法旧37条1項1号の言い回しである。

37）*v. Liszt*, Zweckgedanke, 1 ff., insbesondere 33 ff.（目的を意識した法益保護としての刑罰）。

いうものがあり、それは社会の大部分の人々により共有されている。「集合意識」が侵害されると人々は倫理的憤怒でもって反応し、法違反者の処罰を求める。これが刑罰の真の機能であるという。「それ（刑罰）は、全く機械的な反応、情動的な動因に基づき、その大部分が熟考されずに行われるとしても、なお有用な役割を演じることをやめない。ただ、この役割は普通意識されていないだけである。刑罰は、罪責を負う者の改善又はその可能的な模倣者の威嚇に役立つものではないか、せいぜい全くもって副次的にしか役立たない。この2つの観点〔改善・威嚇〕において、刑罰の有効性は正確にいえば疑わしく、いかなる場合もそれなりのものにすぎない。刑罰の真の機能は、『共通意識』に十分な生命力を保持させることで、社会的団結を維持することにある」[38]。

規範適合的に生きている人々の法意識の強化ということに最大の意義を認めるこの刑罰目的は、20世紀の最後の数十年にドイツ語圏で非常にポピュラーになった（積極的一般予防）。法違反者の処罰により、法に忠実な人々に対して彼らの行動の妥当性と適切性が確認され、〔社会を〕統合させる連帯感が生じる。それゆえ積極的一般予防は統合予防とも呼ばれ、それは威嚇とまさしく表裏の関係にある。手本に即した学習のイメージが両者の基礎にある。つまり、威嚇においては犯罪者というネガティブな手本（ネガティブな刺激）が、積極的一般予防においては同調イメージのポジティブな強化（ポジティブな刺激）が強調される[39]。

d） 修復的刑事司法

最近では、刑法をこれまでよりも被害者の需要へと方向づける刑罰理論が隆盛となっている（修復的刑事司法〔*restaurative Strafrechtspflege*〕）。生じた損害の塡補だけが問題になる賠償責任法と同じように、この理論は第一義的に「修復」つまり被害者が法益侵害前にあったような状態を回復することを目指す。ただ、それだけではなく、インフォーマルな調停交渉による被疑者・被告人と被害者

38）*Durkheim*, 76（筆者による翻訳）.

39）*Roxin*, § 3 N 26 ff. は3つの目的と効果を区別する。すなわち、社会教育学的に動機づけられた学習効果、信頼効果および満足効果である。

の間の紛争解決も可能とされるべきだという。被害者は自分のネガティブな体験を直接訴えることができ、自ら建設的な解決へと共働する。被疑者・被告人は、自分の行動の引き起こした事態を直視させられ、同時にまた自分の持てる手段で加害の償いをするチャンスが与えられる。和解は、事案により、弁償の支払い、謝罪あるいは社会一般のための象徴的給付によってなされる。刑事調停と共にまた被疑者・被告人における治療的更生促進的な効果の獲得も目指される。うまく事が運ぶと、伝統的な意味での刑罰および刑事手続の続行は全体としてとりやめられうる[40)]。修復的刑事司法は刑法上のリアクションの諸形態を有意義に補うものである。しかし、刑罰と処分に完全にとって代わることはできない。というのは、誰も――被害者も、無罪推定が妥当する被疑者・被告人も――インフォーマルな交渉における罪責の自白を強制されてはならないからである。調停協議が挫折したときは、刑事手続が続行し、刑事裁判所の判決により終了するほかはない。さらに、性犯罪や重い暴力犯罪のようにはじめから裁判外における罪の埋め合わせ（Tatausgleich）に適さない一連の犯罪行為が存在する。

損害回復の思想はスイス刑法典にもみられる。刑法 53 条によれば、損害回復は刑の免除事由である。刑法 42 条 3 項においては、被害回復を怠ることは執行猶予の拒否へと導きうる[41)]。

2. 3　統合説

「犯罪と刑罰を最上位の命題から引き出そうとする試みは失敗する。刑法は哲学的思弁の産物ではない」[42)]。社会が保護・処罰を必要とするということは、

40）スイスにおける刑事調停のポジティブな経験については、*Schwarzenegger/Thalmann/Zanolini*, 20 ff. 修復的刑事司法についてより詳しくは *Zanolini*, 7 ff. m.w.H.（チューリヒ州におけるモデル的試み）。

41）少年の刑事手続では交渉は独立の調停機関において法律上可能である（少年刑事訴訟法〔JStPO〕17 条）。それに対して、刑事訴訟法では、独自の調停手続は予定されていない。成人については、検察官、被疑者および被害者間の和解協議の可能性が制限的に存在する（刑事訴訟法〔StPO〕316 条）。

社会侵害的な行動様式の不均一なグループに関係する。あくまで例示のために3つ挙げると、ナチス犯罪者の民族謀殺、万引き、暴走車の運転者による過失又は未必の故意による殺害の各処罰は、それぞれに異なった刑罰目的の重みづけを要求する。長年にわたり[43] 複数の刑罰目的の有意義な結合が模索されてきたことに全く驚きはない。主張されている立場は、重点の置き方および組み合わせ方において相違する。応報的統合説は、応報目的に支配的機能を見出し、それと並んで予防目的をも承認する。それに対し、予防的統合説は、刑罰の予防目的を優先する。特別予防・一般予防は同程度に重要であるが、制裁付与のプロセスにおける具体的状況に応じて異なった重みを与えられる。責任主義はこの構想では〔刑罰による〕介入を限界づける手段として機能する（責任の上回り禁止）[44]。

3. 経験的な効果研究

無数の刑事学的研究において、刑事制裁の特別予防・一般予防効果を測定することが試みられた[45]。威嚇効果（消極的一般予防）については、研究の結果は興ざめさせるものである。法定刑や刑種も制裁選択や裁判官の量刑も、社会における法律の遵守にとって、大きな意義を持たない。犯行の決意に最も影響があるのは、推測される発覚のリスクである。ただし、刑罰による威嚇は、刑罰規範が社会のコンセンサスにより支えられ、すでに家族構成員、友人又は職業仲間におけるインフォーマルな社会統制によって貫かれている場合には機能するようである。それゆえに、教育において内面化された道徳的確信とインフォーマルな反応が一般予防的に有効である[46]。

特別予防に向けられた諸制裁と再犯減少の関連性は、経験的視点から長い間

42）*Stooss*, 2 f.

43）*Bentham* および *v. Liszt*, oben Ziff. 2.2 に挙げられた例を参照。

44）*Roxin* § 3 N 37 ff. それに対して *Calliess*, 1339 は「すべてが混ぜ合わされたシチューとなり、相容れないものが相容れると主張される」と批判する。

45）効果研究に関する概観については、*Kaiser*, Kriminologie, §§ 30−31, *Killias/Kuhn/Aebi*, Kriminologie, Kap. 10−11, *Kunz*, Kriminologie, §§ 24−28, *Niggli*, 89 ff. m.w.H.

争われていた。米国における矯正に関する刑事学的研究のメタ分析の興ざめさせる結果が、1974年にロバート・マーチンソン（*Robert Martinson*）をして「何の役にも立たない（*nothing works*）」[47]という挑発的な命題へと突き動かした。比較的最近の測定研究によれば、評価はもっとポジティブである。すなわち、成功が約束されるのは特に、リスク・ニーズ・反応性（*Risk-Need-Responsitivity*）モデルに従う認知行動療法プログラムである。その意味は、処遇の内容と集中度は、犯人の再犯リスクの程度に即さなければならず（リスク原則）、個人的な犯罪原因とリスク要素に適合させられなければならず（ニーズ原則）、対象者の思考・行動の在り方に対応しなければならない（反応性原則）ということである。それにより、一方で、受刑者の行刑外における生活状況を継続的に変えていき、他方で、例えば衝動性のような人格的問題をよりよくコントロールできるようにする認知的な行動修正の効果を持つという。こうした「何ならば役に立つか」といわれる、エビデンス・ベースの犯罪者処遇は、様々な国々で標準化された[48]。無害化の形での消極的特別予防については、それによって被拘禁者数が著しく増加してしまうにもかかわらず，犯罪率へのささやかな影響しか認識できない[49]。

刑罰目的についての世論は様々である。それは予防的統合説に相応する。人々は刑罰の威嚇、更生そして懲らしめ機能に刑法の目的として同等の比重を置く。被害者のための損害回復と社会の保安も重要な刑罰目的に属する[50]。

刑法はこうして、行動統制のための手段として限定された射程と有効性しか

46）*Kaiser*, Kriminologie, § 31 N 37, *Killias/Kuhn/Aebi*, Kriminologie, N 1041, *Kunz*, Kriminologie, § 25 N 16.

47）*Martinson*, 564は「これらのデータは……最も入手可能であり，我々が実際に矯正を通じて常習犯を減少させる確たる手法を有するとの希望を持つための非常に少ない理由を与える」とする。マーチンソンは最初に方法論的に価値の高い研究の欠如を確認した。そこから，さらなる議論の中で「何の役にも立たない」という結論を導いた。

48）プログラムの認可および質を確保する措置を通じてである。現実の研究状況のまとめについて、*Lösel*, 529 ff. m.w.H.

49）Vgl. *Killias/Kuhn/Aebi*, Kriminologie, N 1176.

持たない[51]。その目的は、インフォーマルな社会統制、内的な規範承認、子供やリスクの高いグループの事前予防および警察の予防活動と結びつく形で最も効果的に達成されうるということが指摘される。刑法単体では大きな効果を持ちえないのである。

4. 現行スイス刑法における制裁の機能

刑法典は今日いくつもの刑罰目的を追求している。それらは連邦裁判所（Bundesgericht）によれば相互に調和不可能というわけでもない。「それらはむしろ、複雑な相互補完的関係をなし、事の文脈に応じてある基準又は別の基準がより強調されることになる」[52]。

スイス刑法典は要するに統合説を基礎とする。刑罰においては応報的な責任の埋め合わせが出発点である。そこでは、行われた、すなわちすでに生じた犯罪行為についての個人的責任が問題となる。予防的考慮は副次的に刑の量に影響しうる。処分は予防目的に資する。制裁の執行は専ら特別予防に向けられる。

刑罰の出発点は常に犯罪行為の遂行であり[53]、犯人の責任（Verschulden）である（47 条）[54]。すなわち、あらゆる国家刑罰の要件は、刑法典又は特別刑法の規範への違反である。刑罰はその限りで応答的ないし過去関係的である（絶対的刑罰理論）。きわめて危険な人間に対しても、その者が犯罪行為を敢行して初めて刑事制裁が言い渡され、執行される[55]。しかし、それによって初めていつ処罰が可能かが明らかになる。いかなる量およびとりわけいかなる種類の刑が正しい責任の埋め合わせをもたらし、あるいは合目的的かは不明瞭なまま

50）*Languin/Kellerhals/Robert*, 46 ff., *Schwarzenegger*, 260 ff.

51）*v. Liszt*, Aufgaben, 171 も参照（「刑罰は犯罪に対する 1 つの手段であるが、唯一の手段ではない。とりわけ、最も効果的な手段でもない」）。

52）BGE 120 IV 4, 124 IV 247 f., 129 IV 163 f.; 134 IV 12 je m.w.H.「そこでは特別予防的な関心に原則的に優越が認められる」。詳しくは，*Bommer*, BSK StGB I, N 68 ff. vor Art. 19. m.w.H.

53）刑法各則はすべてこの考えに基づいている。例えば、刑法 111 条は「故意に人を殺害した者は……5 年以上の自由刑に処する」（強調筆者）と規定する。言い回しは回顧的である（「殺害した者は」）。

にとどまる[56]。法定刑は非常に広く、量刑規定は非常に開かれた定めとなっているので、責任の刑罰への換算は不明確なままにとどまる。それゆえ、責任主義（Verschuldensprinzip）[57] が一般的な比例原則（連邦憲法 36 条 3 項）を超えて基本権侵害を限定する役割を演じるのかは、疑わしいように思われる[58]。

特別予防効果――例えば、犯人の生活および将来の行動に対する予期されうる刑罰の帰結――は、量刑上、第二次的にのみ考慮されうる。その際、責任相当刑の限界を上回ることも、下回ることも許されない[59]。罰金刑（刑法 37 条）およびその自由刑に対する優先（刑法 41 条）、公益的労働（刑法 37 条）並びに全部・一部の執行猶予の可能性（刑法 42 条、43 条）はいずれも制裁体系の特別予防的な方向づけを認識させる。特別予防と一般予防の関係についていえば、連邦裁判所の解釈によると特別予防が優先される[60]。

全体的にみれば、スイス刑法典は、刑罰においては応報的統合説に従っている。

制裁体系の二元性（刑罰と処分）により、犯人に格別の危険性がある場合に

54）刑法の回顧的な基本的構想については，*Niggli/Mäder*, Strafrecht, 443 も参照。*Niggli/Mäder*, Stellung, 297 ff. は、正当にも、予防刑法は異なって構想されなければならなかったであろうことを指摘する。犯罪者の責任はその中にそもそも内在的又は個別的な機能を有さないであろうというのである。

55）いまだ犯罪行為を実行していない危険な者に対する予防的処分は、行政法（警察による危険除去）または成年保護法（福祉的な収容，民法〔ZGB〕426 条以下）の領域に属する。

56）すでにヘーゲルが確認したように、責任はほとんど個別の刑量または特定の刑種に換算されえない。

57）量刑責任の意味における。

58）ドイツについては *Roxin*, § 3 N 52 und N 58 を参照。ロクシンは責任主義（Schuldprinzip）に比例原則を超えるさらなる刑罰限定〔機能〕を認める。オーストリアで類似の見解を採るのは *Lewisch*, 260 m.w.H. *Lagodny*, 384 f. によれば，「責任主義にさらなる要求を見出す」必然性はない。

59）BGE 118 IV 341（下回りの禁止。犯行の不法および行為責任の重さは特別予防の観点からは有意義である刑罰に抗う），118 IV 350, 134 IV 75（上回りの禁止。責任相当性は一般予防的考慮に抗う），BGer vom 28.1.2010, 6B_737/2009, Erw. 2（比例原則から導かれる下回りの禁止）も参照。*Wiprächtiger*, BSK StGB I, N 57 ff. zu Art. 47 も参照。

は、古典的な責任刑法のコンセプトは特別予防目的に即した方向づけのために完全に打ち破られる（治療又は無害化）。刑罰および処分〔の双方〕が言い渡される場合、スイス刑法典は予防的統合説に従っている。例外的に、行為者が責任無能力である場合は処分のみが命じられうる。この場合、スイス刑法典は、純粋な予防法である。

最後に、刑の執行においては、更生の考え方（Resozialisierungsgedanke）が全くもって中心に置かれる（刑法 75 条 1 項 1 文）[61]。「行刑は、受刑者の社会的行動を促進し、とりわけ犯罪をすることなく生活する能力を向上させなければならない」。ほとんどすべての犯罪者は遅かれ早かれ行刑から釈放される以上、できる限り社会復帰がスムーズにでき、なるべく再犯に陥らせないように刑罰の内容を構成し、執行することが目的合理的である。

5. 人権と刑罰――歯止めと〔最低〕準則

人権は刑法と緊張関係にある。特に予防的に方向づけられた目的刑法は、その目的を犯罪者の自由権に対する無期限の過剰な介入によって実現するおそれがある。その際、人権は重要な歯止めとしての機能を果たす。具体的には、犯罪化の限界づけに関して、および、人権違反の処罰という観点においてである。人権はさらに行刑のミニマムスタンダードを保障する [62]。

人権の〔犯罪化や処罰を〕決定する機能、つまり、保障された人権を効果的に保護する義務に、以前はあまり注意が払われてこなかった。欧州人権裁判所は、欧州人権条約（EMRK）2 条による生命の保護は、刑事制裁をなしうる、また一定の状況ではなさなければならない実効的な司法制度を要求することを再三確認した [63]。導入されるべき刑罰規定は、威嚇効果を喚起するように構

60）BGE 120 IV 4 m.w.H.

61）Vgl. BGer vom 12.11.2007, 6B_43/2007, Erw. 4.4.3 参照。責任の埋め合わせという刑罰目的には、執行の際にさらなる意義は認められない。特別予防という優先的な関心にとって役に立たないからである。

62）*Kaiser*, Zweckstrafrecht, 334.

成されなければならない[64]。それにより欧州人権裁判所は消極的一般予防を非常に強調している。

ところで、欧州人権条約2条に対する違反は、刑事責任の認定のための長すぎる手続によってもまた生じうる[65]。欧州人権裁判所によれば、加盟国は、欧州人権条約3条と8条から、強姦の効果的な処罰と威嚇に役立つ刑罰規定を公布し、その規定を実務において実効的な刑事捜査と訴追により貫徹する積極的義務を負う[66]。この判例では、犯罪構成要件のディテールさえ人権保障から導かれている。「この領域における現在の水準および傾向に従えば、条約3条および8条の下での加盟国の積極的義務は、被害者による身体的抵抗がない場合を含めたあらゆる不同意の性的行為の犯罪化と実効的訴追を要求するものと理解されなければならない」[67]。

〔文献〕*C. Beccaria*, Dei delitti e delle pene, Milano 1984（Original 1764）, *H. Becker*, Outsiders, New York 1963, *J. Bentham*, An introduction to the principles of morals and legislation, Oxford 1996（Original 1780/89）, *G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener*（Hrsg.）, Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015（zit. «Biaggini/Gächter/Kiener-*Autor*»）, *R.-P. Calliess*, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338, *E. Durkheim*, De la division du travail social, 11. Aufl., Paris 1986（Original 1893）, *J. Feinberg*, The expressive function of punishment, in: Philosophical perspectives on punishment, hrsg. von G. Ezorsky, Albany 1972, 25, *A. v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 12. Aufl., Giessen 1836（1. Aufl. 1801）, *M. Forster*, Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien, ZStrR 101（1984）242, *L. Gschwend*, Nietzsche und die Kriminalwissenschaften, Zürich 1999, *U. Häfelin/W. Haller/H. Keller*, Schweizerisches

63）EGMR, Calvelli and Ciglio v. Italy [Application no. 32967/96], 17 January 2002, § 51; Öneryildiz v. Turkey [Application no. 48939/99], 18 June 2002, § 90 m.N., Vo v. France [Application no. 53924/00], 8 July 2004, § 90 m.N.

64）EGMR, Kılıç v. Turkey, [Application no. 22492/93], 28 March 2000, § 62; Mahmut Kaya v. Turkey, [Application no. 22535/93], 28 March 2000, § 85; Boso v. Italy [Application no. 50490/99] 5 September 2002, § 1.

65）欧州人権条約2条のいわゆる「手続違反」。EGMR, Byrzykowski v. Poland [Application no. 11562/05], 27 June 2006, §§ 107 ff. 参照。

66）EGMR, M.C. v. Bulgaria [Application no. 39272/98], 4 December 2003, § 148 ff.

67）EGMR, M.C. v. Bulgaria [Application no. 39272/98], 4 December 2003, § 166 m.w.H.

Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, *W. Hassemer*, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 1（2006）, 266, *G. W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Frankfurt a.M. 1972（Original 1821）, *H.-H. Jescheck*, Einleitung, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, hrsg. von B. Jähnke/H. W. Laufhütte/W. Odersky, 11. Aufl., Berlin 1992, *H. Jung*, Was ist Strafe? Baden-Baden 2002, *G. Kaiser*, Zweckstrafrecht und Menschenrechte, SJZ 80（1984）329,（zit. «Kaiser, Zweckstrafrecht»）, *G. Kaiser*, Kriminologie, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1996（zit. «Kaiser, Kriminologie»）, *I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Stuttgart 1990（Original 1797）, *M. Killias*, Muss Strafe sein?, ZStrR 97（1980）31, *M. Killias/A. Kuhn/M. Aebi*, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl., Bern 2011（zit. «Killias/Kuhn/Aebi, Kriminologie»）, *K.-L. Kunz*, Kriminologie, Eine Grundlegung, 6. Aufl., Stuttgart 2011（zit. «Kunz, Kriminologie»）, *O. Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, *N. Languin/J. Kellerhals/Ch.-N. Robert*, L'art de punir, Genf u.a. 2006, *P. Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, Wien 1993, *F. v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3（1883）1（zit. «v. Liszt, Zweckgedanke»）, *F. v. Liszt*, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, ZStW 20（1900）161（zit. «v. Liszt, Aufgaben）, *F. Lösel*, Evaluation der Straftäterbehandlung, in: Lehrbuch Rechtspsychologie, hrsg. von Th. Bliesener/F. Lösel/G. Köhnlen, Bern 2014, 529, *R. Martinson*, What works?, in: Classics of criminology, hrsg. von J. E. Jacoby, 3. Aufl., Long Grove 2004, 554（Original 1974）, *G. Mazzucchelli*, Criminalità, politica criminale e riforma del Codice penale, Repertorio di giurisprudenza patria 1994, 215, *Ch. de Montesquieu*, De l'esprit des loix, London 1772（Original 1748）, *U. Neumann/U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980, *F. Nietzsche*, Jenseits von Gut und Böse. Zur Genealogie der Moral（Sämtliche Werke, Bd. 5）, München 1980（Originale 1886/87）, *M. A. Niggli*, Mehr innere Sicherheit durch Strafjustiz und Strafvollzug? In: Innere Sicherheit – Innere Unsicherheit? Hrsg. von St. Bauhofer/P.-H. Bolle, Chur/Zürich 1995, 89, *M. A. Niggli/St. Mäder*, Was schützt eigentlich Strafrecht（und schützt es überhaupt etwas）?, AJP 2011, 31（zit. «*Niggli/Mäder*, Strafrecht»）, *M. A. Niggli/St. Mäder*, Die funktionale Stellung der Schuld in absoluten und relativen Straftheorien, in: Droit pénal et diversité culturelle, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, hrsg. von N. Queloz/M. A. Niggli/Ch. Riedo, Zürich 2012, 297（zit. «*Niggli/Mäder*, Stellung»）, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）, Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *P. Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, *C. Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006, *T. J. Saunders*, Plato's penal code, Oxford 1994, *E. Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, Nachdruck der 2. Aufl. 1971, Berlin 2004, *H. Schultz*, Abschied vom Strafrecht?, ZStW 92（1980）611, *H. Schultz*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Band I: Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. Aufl., Bern 1982（zit. «*Schultz*, AT I»）, *Ch. Schwarzenegger*, Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle, Freiburg i.Br. 1992, *Ch. Schwarzenegger/M. Hug/D. Jositsch*, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007（zit. «*Schwarzenegger/Hug/Jositsch*, Strafrecht II»）, *Ch. Schwarzenegger/U. Thalmann/V. Zanolini*, Mediation im Strafrecht, Zürich 2006,

Stapferhaus Lenzburg（Hrsg.）, Strafen, Ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart, Baden 2004, *C. Stooss*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., Leipzig/Wien 1913, *G. Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin/New York 1995, *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011（zit. «*Stratenwerth*, AT I»）, *St. Trechsel*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004（zit. «*Trechsel*, AT»）, *N. Walker*, Why punish?, Oxford/New York 1991, *H. Wiprächtiger*, Strafrecht und Strafvollzug in der Krise?, in: Jusletter 15. Januar 2001, *V. Zanolini*, Wiedergutmachung durch Mediation, Bern 2014.

第 2 部　刑罰と処分

山田雄大／訳

1. 概念

刑事法規に定められた諸犯罪の法的効果は制裁という上位概念で識別され、そして刑罰と処分に区分される。それゆえに刑法における二元主義（*Zweispurigkeit*）[68] と呼ばれている。

刑罰とは――すでにみたように[69]――構成要件に該当する違法で有責な犯罪を行った者の自由の制限だと理解されなければならない。それは、法律の考え方に従えば、犯人の法益への、責任を埋め合わせる侵襲である。

処分と称されうるのは、危険な状態が確認されるときにのみ登場する、犯罪の法的効果である。処分は責任を清算する機能を持たない。処分において何よりも重要なのは、精神障害、依存症問題又はその他の犯罪原因たりうる犯人の人格的特徴から生じうる、犯人の危険性、あるいは、再犯の危険である。治療的な、若しくは隔離による侵襲によりこの危険が回避される、又は少なくとも軽減されるのであれば、それは狭義の処分、又は保安処分（*sichernde Massnahmen*）[70]

68）*Stooss*, Strafe, 1; vgl. *Schäfer*, 334 ff. *Germann*, 172 m.H. によれば、二元主義の概念を初めて議論に持ち込んだのは、エルンスト・ハフター（*Ernst Hafter*）であった。

69）第 1 部参照。

と呼ばれる。しかし、犯罪の危険は、特別な活動、又は特定の客体、財産的価値とのかかわりにおいても存在しうる。そのような危険な諸状況に対して、法律は多くのその他の処分を定めている。保安処分と併せて、それらは広義の処分に属する。

2. 刑罰と保安処分

2. 1　カール・シュトースによる処分の導入

保安処分による制裁制度の拡充はカール・シュトース（*Carl Stooss*）がもたらした[71]。彼の 1893 年スイス刑法総則予備草案は、確かに伝統的な責任刑法を基礎としているが、シュトースは応報刑ないし責任相当刑が機能できる限界を認識していた。高い再犯の危険は、まさに、責任刑法では対処できない、あるいは不十分にしか対応できない人々にしばしば存在する。例えば、精神障害、依存症問題、又は人格性の展開における欠陥を抱える責任無能力ないしは限定責任能力の人々の場合である。それゆえにシュトースによれば刑法上の法益保護は、刑罰の性格が認められない保安処分の制度により補完されるべきだとされた。「保安処分の意義は、その犯人の状態が刑事政策上憂慮すべきであるが、刑罰についてはまだ感受性がない若しくはもはや感受性がない場合、又はその犯人にとって治療される方が刑罰よりもより効果的である場合の、当該犯人の合目的的処遇にある。……少年は教育され、怠惰な者は職業教育を受け、常習的犯罪者は長期間隔離され監置される。危険な精神病者は精神病院に監置され、その他の精神病者とアルコール依存者は医者により治療される」[72]。

〔シュトースによれば〕刑罰とは異なり、この処分は責任に応じて量定されるべきではないという。保安処分の期間は治療の目的と結果に依存する。保安処分の命令について根拠がなくなるとき、即座にその命令は中止されなければな

70）その概念は *Stooss* により導入され、処分についての改正まで旧 42 条以下にみられた。詳細には、*Kaenel*, 3 ff.

71）*Kaenel*, 3 f., *Kammeier*, 1 ff.

72）*Stooss*, Massnahmen, 147, vgl. *Stooss*, Strafe, 3.

らない。シュトースにとって、処分は危険防衛のための行政法的手段であった。刑事裁判所により命じられなければならないのは、専ら次のような合目的的考慮による。すなわち、刑事裁判官はいずれにせよ手続において犯人の人格やその危険性に詳細に取り組まなければならないのだから[73]。この実際的な提案により、シュトースは、歩み寄り不可能だと思われた、古典的刑法学派と社会学的刑法学派の、応報刑と目的刑の間の対立（学派の対立）[74] を一掃せずに、しかしこのようにして意味のある形で橋渡しすることに成功した[75]。

シュトースの予備草案は全体として、第一級の改正作業として強調されるに値する。そのことは、死刑の廃止、刑事司法の任務としての特別予防の導入、累進的な行刑制度の導入、刑の執行猶予と仮釈放の導入、罰金の分割支払い、罰金刑の自由労働による代替返済の可能性により、その起草期のはるかに先を行く形で示されていた[76]。

1971 年 3 月 18 日、2002 年 12 月 13 日、2015 年 6 月 19 日の刑法改正において、この二元主義的な制裁制度の基本構想は維持された[77]。

2. 2　一元主義的、又は二元主義的な制裁制度

一元主義的な制裁制度[78] は刑罰又は処分のどちらか 1 つしか予定しないものである。20 世紀前半の二元主義的制度の導入まで、各国の刑法典は一元主義的に形成されていた。すなわち、法的効果として刑罰だけが定められていた（古典的な行為刑法）。

73）*Stooss*, Strafe, 4.

74）刑罰の目的については、前掲第 1 部 2。

75）*Kammeier*, 5 によれば、「シュトースのスイス刑法典予備草案は、法学史における初めての、刑法への保安処分の体系的な導入を含むものである」。

76）*Jescheck*, 901. 以下参照。*Schäfer*, 351 によると、「シュトースのスイス草案における二元的な制裁制度は、19 世紀から 20 世紀への移行の中で、国際的な刑法の発展を作り出した」。

77）*Botschaft 1998*, 2068 によると、「それゆえに、刑法上の処分を定めないのであれば、それは、現行の制度の全ての利点を放棄することであり、従って著しい後退を意味することになる」とされる。

78）法律上の一元論と呼ばれることもある。*Schultz*, AT II, 35. を参照。

シュトースの構想の影響の下、世界中の多くの国家が二元主義的制裁制度[79]を採用した。この制度では法律上2つの制裁効果が定義されている。すなわち、刑罰と処分である。2つの制裁の具体的な適用――これらがその都度排他的に命じられなければならないのかそれとも共に宣告されうるのか――については、二元主義自体からはまだ決定されていない[80]。スイスにおいて二元主義的制裁制度は、1942年1月1日の刑法典施行以来、適用されている。

いわゆる社会防衛論（*défence sociale, difesa sociale*）、つまり処分のみに即した一元主義的制裁制度をめぐってはここ数十年で取りざたされなくなった[81]。行為者刑法として構想されたこの制裁制度は、犯罪行為に、特別予防的な手段でもって対処できるという異常状態の兆候を認める。確かに犯人の責任というものを無視するわけではないが、しかし社会の反応は判決を受けた者の更生に努めるべきであり、その内容は経験的な知識と人道的な精神[82]から導かれうる。しばしば述べられる批判は、社会防衛論は犯罪行為が行われる前に危険な人間に制裁を科そうとしているというものであるが[83]、これは正当ではない[84]。社会防衛論が貫徹できなかったということは、大部分、二元主義的制裁制度というシュトースのアイデアの成功、そして自由刑の行刑における更生促進要素の拡充と関連している。包括的な制度の転換はこのような背景からは必要ないと思われる。

79）（法律上の）二元論と呼ばれることもある。*Schultz*, AT II, 35. を参照。

80）2. 3 を参照。

81）社会防衛論は、第二次世界大戦後、頂点に達した。社会防衛論の展開とその制度の議論については、*Ancel*, 9 ff., *Melzer*, 37 ff. 参照、詳細には、Schweizer Diskussion *Graven*, 1 ff.

82）*Melzer*, 39 によれば、「人道的刑事政策運動」である。

83）例えば、*Strasser*, 19 f. は、犯罪前の保安処分の傾向について批判している。

84）*Ancel*, 222 は、「新たな社会防衛論が、非常に多大な入念さでもって、『法律なければ刑罰なし』の原則、矛盾なく構築された刑事法制度、そして起訴法定主義の下にある刑事手続に従った裁判官による介入を維持しようとしていることは、改めて証明したり、又は繰り返したりする必要はない」としている（強調原文）。

2．3　制裁決定およびその執行における一元主義と二元主義

刑罰と処分を予定する二元主義的制裁制度においてはさらなる問題が生じる。ある者が有責に犯罪を犯し、そして同時に保安処分の特別な要件が存在する場合に、〔制裁は〕どのように決定されなければならないのだろうか。そのような場合において、処分だけが命じられ、執行されなければならないのであれば、それは一元主義（裁判上の一元主義）だと言える。裁判所が両方の制裁を累積的に適用でき、両方の執行がなされうるとするならば、それは二元主義（裁判上の二元主義）と呼べる。2 つの制裁が選択的にのみ執行されなければならない、すなわち、先に処分、その後に刑罰とするか、あるいはその逆のどちらかの形で執行されなければならないならば、それは制裁の二元的・代替的執行（*dualistisch-vikariierenden Vollzug*）[85] である。この場合、一方の制裁の執行は他方に完全に又は部分的に代替する。例えば、処分の執行はその後の刑罰の執行に算入される。

スイス刑法は二元主義に従っている [86]。自由を侵奪する処分の場合は二元的・代替執行が適用される。基本的に先に処分の執行がなされる。しかし、保安監置の場合は全く逆である。自由刑の執行は保安監置に先行する（刑法 64 条 2 項）。通院による処分の場合は、自由刑が処分のために延期されないのであれば、二元的・累積的執行がなされうる。

補足されなければならないのは、処分の命令は、責任無能力者に対しては、そのような場合において刑罰は宣告されえないから、例外なく一元的なものにとどまるということである。

85）*Schultz*, AT II, 35 f. 様々なコンビネーションの可能性については、*Kammeier*, 79 ff., 135 f. 参照（ラテン語の Vikar は代行者という意味）。

86）カール・シュトースは当初一元的な執行を目指していた。*Stooss*, Dualismus, 55 参照。そこでは「保安監置は刑罰の代わりになる。それは『二元主義』の逆である」と述べられている（強調原文）。少年刑法と職業教育の場合における一元主義の例外は 2007 年に削除された。

表１　成人に対する重罪又は軽罪の有罪判決：主刑の種類と期間別

年	総数	科料	自由刑			罰金			公益的労働			処分(注1)
			実刑	一部猶予	全部猶予	実刑	一部猶予	全部猶予	実刑	一部猶予	全部猶予	
2007	85,026	1,910	5,721	573	2,576	7,991	821	62,152	2,181	117	984	656
2008	93,710	339	5,925	561	2,300	9,420	1,171	69,595	2,341	115	1,943	707
2009	96,328	184	6,039	575	2,403	10,746	986	70,857	2,276	115	2,147	720
2010	100,227	118	6,574	649	2,578	11,755	1,060	73,204	2,164	101	2,024	727
2011	96,602	79	7,025	525	1,800	12,753	1,150	70,072	1,423	73	1,702	460
2012	107,155	115	9,763	673	2,190	13,888	1,237	76,380	1,305	55	1,549	507
2013	109,278	125	11,880	722	2,392	14,482	1,183	75,681	1,252	40	1,521	563
2014	110,124	92	10,945	822	2,599	15,314	1,283	76,298	1,277	46	1,389	453

（注 1）処分を伴った全ての有罪判決が数えられている。2014 年には、59 件の判決が処分のみを命じている（責任無能力の行為者の場合）。人的・物的処分（Persönliche und sachliche Massnahmen）は統計に算入されていない。
出典：Bundesamt für Statistik, Strafurteilsstatistik, 30. April 2015.

2. 4　刑罰と保安処分の関係性

二元主義的制裁制度と制裁の決定および執行における二元主義にもかかわらず、刑罰は刑事法規のスタンダードな制裁であり続けている。刑事判決統計は処分の例外的性格を示す印象深い証拠である。1 年あたりの保安処分の割合は 1 %以下である。全ての自由侵奪的な制裁においては保安処分の割合は約 5%である。2007 年以降、執行猶予付きの罰金刑が最も頻繁に科される制裁であったことが、非常に明確に示されている。その前は執行猶予付きの自由刑が支配的であった。

こうして、保安処分の使用は刑罰を補完するものにすぎない[87)]。保安処分は一方では刑罰が全く不可能な場合において利用される。他方、責任に相当した、判決において〔制裁の〕期間を固定される刑罰が、特別予防的根拠からして、再犯の危険に対処するために十分ではないと思われるときに、刑罰と並んで保安処分が命じられる。

処分は行われた犯罪をきっかけとしてのみなされるが、犯人の危険性によっ

87）*Kaenel*, 12, *Kammeier*, 7.

表２

ある特定の行動が：	ありうる制裁効果*
客観的・主観的に構成要件に該当する〔にとどまる〕	刑罰なし 保安処分なし
違法である〔が有責ではない〕	刑罰なし 責任無能力の行為者に対する保安処分は、要件を充足すれば可能（刑法 19 条 3 項参照） 帰結：原則として制裁なし。例外的に、再犯のおそれがある場合に保安処分（一元的保安処分執行）
有責である	刑罰が義務的（場合により刑の免除） 保安処分は要件を充足すれば可能 帰結：通常は刑罰（のみ）。再犯のおそれがあれば刑罰プラス保安処分（二元的代替的制裁執行）

*物的処分は、特定人の可罰性を考慮することなく、可能である（刑法 69 条 1 項参照）。

て方向づけられ、この犯人の危険性は、予測的な方法でもって認定されなければならない。このことから、処分は基本的に不定期で命じられ、そしてその後、処分がもはや必要でないと立証されたとき、特別な法的手続によって初めて元通りに終了する[88]。そこでは責任主義は破られうる。

制裁発動のきっかけとしての犯罪行為の実行を放棄することは、処分を命じる場合であっても、できない。というのも、どのような蓋然性をもって犯罪的な行為が将来行われるかは、信頼性のある形では確認できないからである。「法治国家においては、それゆえに、処分について犯罪前〔に介入する〕モデルに余地はない。何らかの措置は、社会に危険な状態が犯罪行為の挙行により現実化され、そして犯罪の現実の脅威が露呈したときに、初めて許容される」[89]。

3. 刑法の「第３の道」としての刑事調停、裁判外における犯罪清算および損害回復？

今日ますます承認されるようになっているのは、現実に服役させる必要性、

88）もっとも、一定の処分は期間の上限が定められており、その上限は、場合によっては、処分が奏効することとは無関係である。

89）*Schultz*, Reformsituation, 802.

あるいは刑法上の規範違反を罰する必要性さえも、全ての場合に存在するわけではないということである。その際、第 1 に、刑の執行猶予という定着した制度（刑法 42 条）又は 52 条ないし 54 条の刑の免除（Strafbefreiung）事由が考えられなければならない。少年刑法は類似した刑の免除事由を置いている（少年刑法〔JStGB〕21 条）。

刑法の「第 3 の道（*dritte Spur*）」という表題の下、軽度から中程度の重さの犯罪行為については、起訴、すなわち刑罰を放棄する可能性が議論される。そこでは、中立的な立場によって進められる、裁判外における犯行の清算又は被疑者・被告人と被害者との間の刑事調停の枠内において紛争解決に成功することが条件とされる[90]。〔紛争〕解決がありうるのは、財産的な損害回復、謝罪、象徴的な清算行為又は社会一般の利益のための給付である。

もっとも、損害回復が独自の制裁として制裁制度に取り入れられたときにしか、第 3 の道と呼べないだろう。――刑事調停と同じく――裁判上の判断に先行して、帰結がオープンであるインフォーマルな紛争調整が行われる場合、それは制裁制度を結局何ら変更しない[91]。そのため、刑事調停は刑事手続法の範疇に属するものである。連邦参事会（Bundesrat）〔内閣〕は、刑事事件における調停を刑事訴訟法に置くことをまだ明らかに予定していたが、この規定は議会により激論の末に削除された。検察官、被疑者および被害者の間で協議される和解の可能性は残された（刑事訴訟法 316 条）[92]。

オーストリアの経験が示すように、裁判外の犯罪清算[93]により正当な被害者の利益が、特別・一般予防という刑罰の目的を害することなく、保護されうる（修復的刑事司法）。もっとも、実務における効果的な転換の前提条件は、刑事調停所の専門的で統一的な運営である[94]。

90）これについて、詳細には、*Kanyar*, 213 ff., *Perrier*, 169 ff., *Schwarzenegger/Thalmann/Zanolini*, 5 ff., *Zanolini*, 5 ff.

91）刑事法における「第 3 の道」については、*Roxin*, § 3 N 72 ff., *Schaffstein*, 1068 ff., *Stratenwerth*, AT I, § 2 N 25.

92）これに対して、調停は民事訴訟法には明文が設けられている（民事訴訟法 213 条以下）。

93）オーストリアにおける裁判外の犯罪清算については、*Löschnig-Gspandl*, 85 ff.

4. 刑法典の新たな制裁制度の展望

4. 1　刑罰

a）　刑種

刑法典は4つの刑種を区分している。すなわち、自由刑（*Freiheitsstrafe*）、公益的労働（*gemeinnützige Arbeit*）、罰金（*Geldstrafe*）、そして科料（*Busse*）である。

死刑は憲法上禁止されている（連邦憲法10条1項2文）[95]。死刑は非人道的で、同時に無意味である。米国の刑事学的研究[96]は、冤罪と社会的、民族的な由来に応じた不平等な取り扱いは除去できないこと、そしてその制裁は一般予防のために有用でないことを示している[97]。規範的な観点からは、死刑は人間の尊厳の侵害であり、そして人道性原則、比例原則に対する違反だと思われる。

肉刑（*Leibesstrafe*）、殴打刑（*Prügelstrafe*）あるいは身体刑（*Körperstrafe*）は欧州人権条約と連邦憲法により許容されない。連邦憲法旧65条2項はなおも身体刑の明確な禁止を含んでいた。今日では、そのことは残酷、非人道的、屈辱的な処遇、処罰の禁止から導かれる（連邦憲法10条3項、欧州人権条約3条、市民的および政治的権利に関する国際規約7条[98]）[99]。

94）裁判外の犯罪清算は、*NEUSTART* という団体の専門家によって、連邦全土で実施されている。2014年では、刑事手続において司法上の処理がなされた23万8336件のうち、4万1534件（17.4％）がダイバージョンの手続により処理された。そのうち6553件（2.7％）が裁判外の清算において処理された。より詳細な評価がなされた　*Bundesministerium für Justiz*, 7 f. und 57 ff. を見よ。

95）スイスは国際法上死刑の禁止を義務づけられている。欧州人権条約議定書1983年4月28日6号1条（SR 0.101.06、スイスでは1987年11月1日発効）、欧州人権条約議定書2002年5月3日13号1条（SR 0.101.093、スイスでは2003年7月1日発効）、市民的権利および政治的権利に関する国際規約1989年12月15日第2選択議定書1条（SR 0.103.22、スイスでは1994年9月16日発効）参照。

96）米国では、2000年以降、死刑執行数が非常に減少していることが確認されている。市民の中で死刑反対論支持者の割合も上昇している。*von Drehle*, 26 ff. 参照。

97）概要は、*Kaiser*, Kriminologie, § 95 N 22 ff., *Killias/Kuhn/Aebi*, Kriminologie, N 865 f. 参照。

98）市民的権利および政治的権利に関する国際規約（SR 0.103.2、スイスでは1992年9月18日発効）。

強制労働、義務労働は条約上でも憲法上でも禁止される（連邦憲法 7 条を 10 条 2 項と併せて読む。欧州人権条約 4 条 2 項、市民的および政治的権利に関する国際規約 8 条 3 項）。しかし様々な例外に注意しなければならない。例えば、強制労働と義務労働に関する 1930 年 6 月 28 日の 29 号協定[100]は、いかなる労働と奉仕活動も、ある者について裁判所の判断に基づいて要求されるとき、それらが公的当局の監視、監督の下で行われ、判決を受けた者が私人若しくは私的社会および団体へ奉仕しない、又はその他の方法で自由に使役させられない限りで、協定上は強制労働、義務労働ではないことを定めている（2 条 2 項 c、同様に欧州人権条約 4 条 3 項、市民的および政治的権利に関する国際規約 8 条 3 項 b、c）。従って、受刑者が自由刑の枠内において労働を義務づけられるとき（刑法 81 条 1 項、90 条 3 項）、条約・憲法上保障された強制労働の禁止には抵触しない。公益的労働の形態における受刑について強制労働禁止への違反を排除するために、犯人の同意が不可欠の要件として、刑法 37 条 1 項に取り入れられた[101]。

市民的な名誉とそれに関連した諸権利の剝奪という意味での名誉刑（*Ehrenstrafen*）、例えば禁治産の宣告、積極的・消極的選挙権の剝奪、公的侮辱や性犯罪者について公的な記録を用いるなどして恥辱を与えることは、刑法上の制裁のカタログに（もはや）挙げられていない。しかし、名誉を毀損する付加効果は全ての刑法上の有罪判決と結びついており、結局またそのように努められている。公益のために判決を公示する場合（刑法 68 条 1 項）のようにまれに、この宣言機能は前面に押し出されることすらありうる[102]。

公職追放（刑法旧 51 条）、両親の扶養と後見の剝奪（旧 53 条）、国外追放（旧 55 条）、飲食店立入禁止（旧 56 条）といった付加刑（*Nebenstrafen*）は、個別の事案における作用において不平等であり、それゆえにまた不当といえるもの

99）*Brägger*, BSK StGB I, N 3 vor Art. 37 参照。

100）SR 0.822.713.9、スイスでは 1941 年 5 月 23 日発効。

101）*Botschaft 1998*, 2196 f. m.w.H. 参照。

102）刑事手続において恥辱、スティグマを与えるという手段を積極的に、すなわち更生に向けて（resozialisierend）使用する試みについては、特に経済犯罪に関して、*Braithwaite*, 54 ff. und 124 ff.

だったので、改正された制裁制度においてはもはや定められていない[103]。もっとも、2015 年の改正により国外追放刑は再び採用された。今日、付加刑の機能は、行政法上の同種のもの、又は新たに作られた処分（職業禁止、刑法 67 条）により果たされている。

b） 刑法典と特別刑法における刑罰の定め

1） 確定的で絶対的な刑罰の定めがないこと。

スイス刑法典又は特別刑法において、確定的で絶対的な刑罰の定めはない[104]。「無期又は 10 年以上の自由刑」という最も厳しい刑罰は、例えば謀殺罪（刑法 112 条）と民族謀殺罪（刑法 264 条 1 項）にみられる。無期自由刑は上限の刑として他の刑罰規定にも定められている。

2） 相対的不確定刑。

刑罰の定めは刑法典の犯罪構成要件において 1 つの点で定められているわけではなく、下限と上限のある法定刑により示されている。この相対的に広い法定刑の中で裁判所はその都度量刑のルールに応じて刑を科さなければならない。

3） 刑罰の定めについて、以下の種類が区別されうる。すなわち――

単一の刑種が定められている場合。しかし、この場合に、公益的労働は――刑罰としての性格を持つにもかかわらず――各則の刑罰規定において決して明示的に挙げられないということに注意しなければならない。刑法 37 条 1 項によれば、自由刑であれば「6 月未満」、罰金であれば「180 日分」という上限まで、それらの刑種に公益的労働が代替しうる。その限りで、〔各則の〕刑罰の定めが一刑種に限定されている場合にも、裁判所に選択の余地がある。同様の可能性は科料の場合にも存在する（107 条 1 項）。財産犯においては、自由刑のみが定められている場合に、自由刑を罰金と組み合わせる可能性がある（刑法 172 条の 2）[105]。

103）*Botschaft 1998*, 2100 参照。

104）例えばドイツ刑法典（211 条・謀殺、212 条 2 項・犯情の重い場合の故殺）、オーストリア刑法典（321 条 1 項・民族謀殺）とは異なる。

例：故意殺人（vorsätzliche Tötung）について5年以上の自由刑が定められている（刑法111条）。この場合に裁判所は公益的労働（刑法37条1項参照）、罰金、科料で処断できない。暴行（Tätlichkeit）については科料が定められている（刑法126条1項）。ここでは自由刑も罰金も不可能である。それにもかかわらず、裁判所は、犯人の同意があれば、宣告される科料の代わりに公益的労働を命じることができるため、刑種の変更が許される（刑法107条1項参照）。

犯罪構成要件が選択刑（*Alternativstrafdrohung*）を含んでいる場合。この場合には、裁判所は自由刑と罰金とで選択肢を有する。これらの2つの刑種は原則的に互いに組み合わせることはできない[106]。しかし例外的に、自由刑と罰金の併科を要求する特則がある[107]。

例：単純傷害の場合、法律は3年以下の自由刑又は罰金を定めている（刑法123条1項1段）。この場合において裁判所は自由刑か罰金のどちらかを決定しうる。刑法37条1項の上限内であれば、裁判所は、犯人の同意があれば、自由刑又は罰金の代わりに公益的労働も命じることができる。自由刑実刑と罰金の組み合わせは不可能である。これに対して、自由刑の執行猶予又は罰金の執行猶予は、罰金実刑又は科料と組み合わせることができる（刑法42条4項）。

105）これは以下の刑罰規定で妥当する。犯情の重い場合の強盗（140条2、3、4項）、犯情の重い場合の器物損壊（114条3項）、犯情の重い場合の情報損壊（144条の2第1項2文、2項2文）、犯情の重い場合の恐喝（156条2、3、4項）、業務上暴利（157条2項）、犯情の重い場合の背任（158条1項3文）。その他の全ての財産犯の刑罰規定は選択的な刑の定めを置いている。

106）もっとも、42条4項は刑の執行猶予（自由刑、公益的労働、罰金）と罰金実刑又は科料とを組み合わせることを許容している。

107）これが妥当するのは、135条3項〔犯情の重い暴力表現〕、197条7項〔犯情の重いポルノグラフィ〕、226条の2第1、2項〔放射性物質による危殆化〕、226条の3第1、2、3項〔放射性物質による危殆化の予備〕、229条1項〔建築の危殆化〕、230条1項〔安全装置の除去・不携行〕、235条1項2文〔健康に有害な食品の製造〕、314条〔職権濫用〕。

4）　少年刑法における異なった制裁。

少年刑法に関する連邦法（少年刑法典〔JStGB〕）は独自の制裁制度を含んでいる。少年刑法 1 条 1 項 a 号によればこの制度は満 18 歳に達する前に犯罪行為を行った者に対して適用される。

5）　特別刑法における刑罰の定めの転換。

改正の際、特別刑法の刑罰の定めを刑法総則の新たな制裁制度に適合させることは放棄された[108)]。その代わりに刑法 333 条 2 項ないし 5 項は、かつての用語のままとなっている法定刑の換算規定を置いている[109)]。その規定は、刑法典の犯罪構成要件における〔法定刑の〕換算のために適用される規定に対応している。特別刑法においても、刑罰の定めの下限と上限は、その刑罰が新たな制度と矛盾がない限りで、維持され続けている。刑法 333 条の変換規定は不完全であり、適用上の問題を投げかけている[110)]。

4. 2　処分

保安処分の中で治療（therapeutisch）処分と隔離（isolierend）処分が区別されうる。

治療処分は、将来の犯罪行為の危険を回避するか減少させるべき治療（積極的特別予防）を犯人に行うことにより、行動を修正することを目的としている。個別的には、この性質を持つ処分として、精神障害の入院治療、入院による依存症の治療、入院による若年成人についての処分、そして通院による治療が挙げられる。

隔離処分、すなわち保安監置（Verwahrung）および無期保安監置は、公共の安全にとっての重大な危険を示し、治療的処分はもはや十分でない、又は無意

108）*Botschaft 1998*, 2152 参照。しかし、改正までにいくつかの法律における刑罰規定は適合された（例として、年金法〔SR 831.10〕、外国人法〔SR 142.20〕、薬事法〔SR 812.121〕、道路交通法〔SR 741.01〕、著作権法〔SR 231.1〕）。

109）換算についての例がある *Cimichella*, 53 ff; *Schwarzenegger/Martin*, Jusletter vom 17. Dezember 2007, 3 ff. 参照。

110）これについて詳しくは、*Schwarzenegger/Martin*, Jusletter vom 17. Dezember 2007, 3 ff.

味とすら評価される行為者について、予定されている（消極的特別予防）。

その他の処分は人的（*persönlich*）および物的（*sachlich*）処分に区分される。

人的処分では、犯人の特殊的に危険な状態に対処される（消極的特別予防）。物的処分により危険な物を除去することができ、また犯罪行為から生成した財産価値を剝奪することができる。

〔文献〕*M. Ancel*, Die neue Sozialverteidigung, Stuttgart 1970（französisches Original 1954）, *St. Bauhofer/P.-H. Bolle*（Hrsg.）, Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Chur/Bern 1994, *J. Braithwaite*, Crime, shame and reintegration, Cambridge u.a. 1989, *Bundesministerium für Justiz*（Hrsg.）, Sicherheitsbericht 2014, o.O.［Wien］o.J.［2015］（abrufbar unter: www.parlament.gv.at）, *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches（Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes）und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem BG über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, Bundesblatt 1999, 1979 ff.（zit. «*Botschaft 1998*»）, *S. Cimichella*, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Bern 2006, *U. Germann*, Die späte Erfindung der Zweispurigkeit, ZStrR 122（2009）152, *J. Graven*, Droit pénal et défence sociale, ZStrR 70（1955）1, *E. Hafter*, Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche, ZStrR 17（1904）211, *H.-H. Jescheck*, Das Strafensystem des Vorentwurfs zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches in rechtsvergleichender Sicht, in: Festschrift für Karl Lackner, hrsg. von W. Küper, Berlin/New York 1987, 901, *P. Kaenel*, Carl Stooss und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, ZStrR 101（1984）3, *G. Kaiser*, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1996（zit. «*Kaiser*, Kriminologie»）, *H. Kammeier*, Massregelrecht, Berlin/New York 1987, *A. Kanyar*, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht, Basel 2008, *M. Killias/A. Kuhn/M. Aebi*, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl., Bern 2011（zit. «*Killias/Kuhn/Aebi*, Kriminologie»）, *A. Kuhn*, Détenus, Bern u.a. 2000, *M. Löschnig-Gspandl*, Der aussergerichtliche Tatausgleich im allgemeinen Strafrecht, in: Diversion, hrsg. von R. Miklau/H. V. Schroll, Wien 1999, 85, *M. Melzer*, Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, Tübingen 1970, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）, Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *C. Perrier*, La médiation en droit pénal suisse, Basel 2011, *F. Riklin/A. Baechtold*（Hrsg.）, Sicherheit über alles?, Bern 2010, *F. Riklin/B. Mez*（Hrsg.）, Strafe muss sein - Wie viel Strafe braucht der Mensch?, Bern 2011, *C. Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006, *F. L. Schäfer*, Carl Stooss（1849–1934）– Eine Geschichte der Strafrechtskodifikation in drei Staaten, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 14（2013）312, *F. Schaffstein*, Überlegungen zum Täter-Opfer-Ausgleich und zur Schadenswiedergutmachung, in: Festschrift für Claus Roxin, hrsg. von B. Schünemann et al., Berlin/New York 2001, 1065, *H. Schultz*, Das Erbe Franz von Liszts und die gegenwärtige Reformsituation in der Schweiz, ZStW 81

（1969）787（zit. «*Schultz*, Reformsituation»）, *H. Schultz*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Band II: Die kriminalrechtlichen Sanktionen – Das Jugendstrafrecht, 4. Aufl., Bern 1982（zit. «*Schultz*, AT II）, *Ch. Schwarzenegger/G. Martin*, Die Anpassung der Strafdrohungen im Nebenstrafrecht an die neuen Sanktionen des Allgemeinen Teils StGB（Art. 333 Abs. 2-5 StGB）, Jusletter vom 17. Dezember 2007, *Ch. Schwarzenegger/U. Thalmann/V. Zanolini*, Mediation im Strafrecht, Zürich 2006, *C. Stooss*, Strafe und sichernde Massnahme, ZStrR 18（1905）1（zit. «*Stooss*, Strafe»）, *C. Stooss*, Sichernde Massnahmen in früherer Zeit, ZStrR 38（1925）, 147（zit. «*Stooss*, Massnah-men»）, *C. Stooss*, Der «Dualismus» im Strafrecht, ZStrR 41（1928）54（zit. «*Stooss*, Dualismus»）, *C. Stooss*, Zur Natur der sichernden Massnahmen, ZStrR 44（1930）261, *P. Strasser*, Verbrechermenschen, 2. Aufl., Frankfurt a.M./New York 2005, *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011（zit. «*Stratenwerth*, AT I）, *B. Tag/P.Grubmiller*, Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil: synoptische Darstellung, Zürich/St.Gallen 2007, *D. von Drehle*, Death of the death penalty. Why America will end capital punishment, Time 21/2015, 26, V. *Zanolini,* Wiedergutmachung durch Mediation, Bern 2014.

第 3 部　刑種概観

横濱和弥／訳

1. はじめに

2007 年の刑法総則改正に際しての喫緊の目的の 1 つは、自由刑、とりわけ短期自由刑を制限するという点にあった[111]。軽微な犯罪や中程度の重さの犯罪の領域においては、自由刑を罰金刑および公益的労働で代替するべきであるとされた[112]。この目的を実現するにあたって、刑の柔軟化（Flexibilisierung）という点に非常に大きな重点が置かれた[113]。つまり、刑を「より適切に個別化する」ために、裁量の幅が拡大されるべきとされた[114]。刑事判決の統計[115]

111）*Roth*, 4, Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Sollberger*, 24 f. 参照。

112）*Botschaft 1998*, 2032 参照。

113）例えば、*Botschaft 1998*, 1986 における刑の柔軟化への言及を参照。少なくとも 16 回にわたって「柔軟な」又は「柔軟化」という表現がみられる。

114）*Botschaft 1998*, 2052.

115）第 2 部の表 1 を参照。

は、この主目的が達成されたことを示している。罰金の執行猶予および実刑が、最も重要な刑となったのである。以前は最も頻繁に用いられていた刑は、自由刑の執行猶予であった。

新たな制裁制度は当初から批判されていた。メディアで報道されたいくつかの事例は、世論および政界に疑問視された。例えば、2008 年に、自動車の運転手が大通りを走行中、視界は良好であったものの「注意を払って左右確認することなく」、オートバイの運転手を轢き殺してしまった事例で、当該運転手は過失致死（刑法 117 条）で 1 日あたり 40 スイスフラン・90 日分の罰金（の執行猶予）と、併科刑として 1000 スイスフランの科料（の実刑）を言い渡された。別の事例では、同じく 2008 年に、33 歳の男性が自身の義理の娘を 2 年以上にわたって繰り返し性的に虐待した（刑法 187 条）ために、24 月の自由刑の執行猶予を言い渡された。スイス国民に対するあるアンケート調査では、新たな制裁、とりわけ罰金の執行猶予が十分ではないとみられていることが示された[116]。2009 年 6 月 3 日に開催された国民議会の臨時会[117]では、80 の動議が扱われ、また 30 の意見が述べられ、この不満が顕在化することとなった。連邦司法警察省（EJPD）が各カントン政府に対して行った刑法改正に関するアンケートでは、短期自由刑の再導入を歓迎する見解が多数派となった。それに加えて、罰金の執行猶予および公益的労働の抑止効果は、不十分なものと評価された。それゆえ、連邦参事会〔内閣〕は、2010 年 6 月 30 日に、諸カントンの提案を取り入れた刑法総則改正草案を公表した。連邦議会は告示後、2012 年 4 月 4 日に修正草案[118]を議会に提出した。修正を経て、2015 年 6 月 19 日に連邦議会（Bundesversammlung）により改正規定が可決された（2015 年改正）[119]。新規定は、2018 年 1 月 1 日に施行される[120]。

116）2008 年 10 月にスイス国内で 700 人に対して行われた Konso 研究所によるアンケート調査に関しては、http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/buerger-verwaltung/artikel/umfrageergebnisse_schweizer-akzeptieren-neues-strafrecht-nicht を参照。

117）Ausserordentliche Session zur Verschärfung des Strafrechts und zur Kriminalität, Amtliches Bulletin, Nationalrat, 3. Juni 2009, 987 ff.

118）*Botschaft 2012*, 4721 ff.

表３　旧制裁法および現行（2007～2017 年）制裁法に基づく重罪および軽罪に対する刑

現行制裁法（2007 ～ 2017 年）	下限	上限	旧制裁法 （2006 年まで）
自由刑 [121]（刑法 40 条以下）			
– 実刑	1 日／ 6 月 [122]	20 年／無期	下限 3 日／上限 20 年 一定の場合は無期
– 執行猶予 [123]	6 月	2 年	3 日以上 18 月以下
– 一部執行猶予	1 年 [124]	3 年	なし
罰金刑（刑法 34 条以下）			
– 実刑	1 日分	1 日あたり 3000 スイスフランを 360 日分	4 万スイスフラン以下の科料
– 執行猶予 [125]	1 日分	1 日あたり 3000 スイスフランを 360 日分	なし
– 一部執行猶予	1 日分 [126]	1 日あたり 3000 スイスフランを 360 日分	なし
公益的労働（刑法 37 条以下）			
– 実刑	4 時間× 1 日 ＝ 4 時間	4 時間× 180 日 ＝ 720 時間	なし [127]
– 執行猶予 [128]	4 時間× 1 日 ＝ 4 時間	4 時間× 180 日 ＝ 720 時間	なし
– 一部執行猶予	4 時間× 1 日 ＝ 4 時間 [129]	4 時間× 180 日 ＝ 720 時間	なし

表４　旧制裁法および現行制裁法に基づく違警罪に対する刑

現行制裁法（2007 ～ 2017 年）	下限	上限	旧制裁法 （2006 年まで）
科料 [130]（刑法 106 条）	定めなし （1 スイスフラン）	1 万スイスフラン以下	5000 スイスフラン以下
拘留	なし	なし	1 日以上 3 月以下
公益的労働（刑法 107 条）	4 時間× 1 日 ＝ 4 時間	4 時間× 90 日 ＝ 360 時間	なし

119）2015 年 6 月の連邦議会の議決による改正規定は、*Bundesblatt 2015*, 4899 ff. で参照できる。本稿では、改正後の条文を「刑法新 xx 条」として引用する。

120）http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2016/ref_2016-03-29.html 参照。

表５　2015 年改正に基づく重罪および軽罪に対する刑（2018 年１月１日施行）

制裁法（2018 年）	下限	上限
自由刑[131] （刑法 40 条以下）		
– 実刑	3 日	20 年／一定の場合は無期
– 執行猶予[132]	3 日	2 年
– 一部執行猶予	1 年[133]	3 年
罰金刑 （刑法 34 条以下）		
– 実刑	1 日あたり 30 スイスフランを 3 日分 例外：1 日あたり 10 スイスフランを 3 日分[134]	1 日あたり 3000 スイスフランを 180 日分
– 執行猶予[135]	1 日あたり 30 スイスフランを 3 日分 例外：1 日あたり 10 スイスフランを 3 日分	1 日あたり 3000 スイスフランを 180 日分
– 一部執行猶予	削除	削除
公益的労働	刑種から除外[136]	

121）加えて、刑を言い渡された者が罰金を支払わない場合には、刑法 36 条 1 項に基づく「代替自由刑」がある。また、刑を言い渡された者が公益的労働を果たさない場合には、公益的労働を自由刑に転換することも可能である（刑法 39 条）。

122）刑法 41 条 1 項参照。刑の執行猶予の要件が存せず、かつ、罰金又は公益的労働が執行できないことが予測されるときに限り、6 月未満の自由刑を言い渡すことができる。

123）自由刑の執行猶予には、罰金の実刑又は科料を併科することができる（刑法 42 条 4 項）。

124）実刑部分は、最低で 6 月、最高で刑の半分――すなわち、1 年 6 月の自由刑である（刑法 43 条 2 項および 3 項）。

表６　2015 年改正に基づく違警罪に対する刑（2018 年１月１日施行）

制裁法（2018 年）	下限	上限
科料[137]（刑法 106 条）	定めなし（1 スイスフラン）	1 万スイスフラン以下
自由刑	なし	
公益的労働	刑種から除外[138]	

125）罰金の執行猶予には、罰金の実刑又は科料を併科することができる（刑法 42 条 4 項）。

126）実刑部分は、最低で 1 日分、最高で刑の半分――すなわち、180 日分の日数罰金である（刑法 43 条 2 項）。

127）2006 年 12 月 31 日までは、公益的労働は自由刑の執行の一形態であった。90 日以下の自由刑は、公益的労働をもって代えることが可能であった（4 時間〔の公益的労働〕は 1 日の自由刑に換算される）。

128）公益的労働の執行猶予には、罰金の実刑又は科料を併科することができる（刑法 42 条 4 項）。

129）実刑部分は、最低で 4 時間、最高で刑の半分――すなわち、360 時間である（刑法 43 条 2 項）。

130）加えて、裁判所により科料と共に言い渡される「代替自由刑」もある。これは刑を言い渡された者が科料を支払わなかった場合に執行される（刑法 106 条 2 項）。

131）加えて、刑を言い渡された者が罰金を支払わない場合には、刑法 36 条 1 項に基づく「代替自由刑」がある。

132）自由刑の執行猶予には、科料（の実刑）を併科することができる（刑法 42 条 4 項）。

133）実刑部分は、最低で 6 月、最高で刑の半分である（刑法 43 条 2 項および 3 項）。

134）例外的に、犯人の個人的および経済的事情から要請されるときには、1 日分の額は 10 スイスフランにまで下げることができる（刑法新 34 条 2 項）。

135）罰金の執行猶予には、科料（の実刑）を併科することができる（刑法 42 条 4 項）。

136）2018 年 1 月 1 日からは、公益的労働は再び自由刑、罰金又は科料の執行の一形態となった（刑法 79 条 a）。自由刑の場合、公益的労働の可能性は 180 日に限定された（4 時間〔の公益的労働〕は 1 日の自由刑に換算される）。

137）加えて、裁判所により科料と共に言い渡される「代替自由刑」もある。これは刑を言い渡された者が科料を支払わなかった場合に執行される（刑法 106 条 2 項）。

138）2018 年 1 月 1 日からは、公益的労働は再び自由刑、罰金又は科料の執行の一形態となった（刑法 79 条 a）。

2. 個々の刑種

2. 1　罰金（Geldstrafe）

現行刑法は 2 種類の財産的制裁、すなわち、重罪および軽罪の場合には罰金を、そして違警罪の場合――並びに刑法 42 条 4 項および 102 条の場合――には科料を定めている。罰金において特徴的であるのは、制度上、責任の程度を反映する罰金日数と、各々の犯人の支払能力を反映する日額が厳密に区別される点である [139)]。これに対して、科料においては金額のみが定められる。こうして、罰金の量定はいわゆる日数罰金制度（Tagessatzsystem）を志向するものである一方で、科料の量定は総額罰金制度（Geldsummensystem）を志向するものであるといえる [140)]。

罰金刑においては、犯人は――（刑事施設の中で執行される）自由刑のように――日常生活から引き離されることなく、実感できる制裁を受けることとなるとされる。家庭環境、仕事環境又は社会環境は、可能な限り損なわれずに済む。もっとも、初犯者に対して原則として科されなければならない罰金の執行猶予が、なお実感できる制裁といえるかどうかについては、争いがある [141)]。

立法者は、特に旧法における 1 年以下の自由刑を、原則として最大 360 日分（1 日あたり最高で 3000 スイスフラン）の罰金刑で代替しようとした。罰金刑は、6 月未満の領域においては公益的労働と競合し、6 月以上 1 年以下の領域においては自由刑と競合することとなる。

公益的労働（および自由刑）と比較して、罰金刑には経済的なメリットが存在する。罰金刑の執行が国家の歳入に繋がるだけでなく [142)]、行政上の労力も、公益的労働および自由刑の場合よりもはるかに少なくて済むのである。他方で、当然ながら、公益的労働は社会的・教育的側面において、はるかに有益である

139）*Bommer*, 7.

140）*Bommer*, 6.

141）*Stratenwerth*, Sanktionswahl, 16, Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Binggeli*, 61, relativierend *Cimichella*, 213 参照。

142）*Schubarth*, 1039 が述べるように、罰金刑が多くの歳入をもたらすものであるのかは、疑わしい。なぜなら、多くの犯人は支払能力を有さないからである。

ように思われる。

罰金刑は自由刑のオルタナティブであるとされ、それゆえ、各則規定の大部分が選択的に自由刑又は罰金刑による処罰を定めていることのみが合理的である。なお、最大で500日分の罰金刑が定められているマネーロンダリング罪の場合には、（特別刑法における諸種の処罰規定の場合と同様に）[143] 刑法34条1項に基づく原則としての刑の上限が踏み越えられることもありうる。

罰金刑は以下の場合に命じられうる。

・刑法34条1項および2項に従い、原則として最大360日分が[144]、執行猶予付き、一部執行猶予付き又は実刑で主刑として科される。

・具体的な構成要件において、自由刑に加えて必要的に罰金刑を言い渡す旨の定めがある場合、（執行猶予付き、一部執行猶予付き又は実刑で）自由刑が科されることに加えて、原則として最大360日分が[145]、補充的な主刑（実刑）として科される[146]。

・刑法42条4項の枠組みで、刑の執行猶予に加えて、最大360日分が、付加刑ないし併科刑として実刑で科される。

・刑法39条1項に従い、（課された条件に沿った）公益的労働がなされなかった場合に、実刑の転換刑として（最大180日分）、補充的な自由刑と選択的なものとして科される。

〔判決で〕執行可能と説明された罰金が適切に支払われなかった場合、刑法36条1項に従い、それに代わって代替自由刑が科される。ただし、本人の申立てにより、〔刑の〕修正手続（Modifikationsverfahren）の枠組みにおいて、事後的に支払期間が延長され、日額が減額され、又は（180日以下の罰金の場合に）公益的労働が命じられる場合は別論である（刑法36条3項）。もっとも、執行

143）この点に関しては、*Cimichella*, 53 ff.

144）多くの構成要件は、これよりも低い上限を定めている（刑法177条1項参照）。

145）ただし、これよりも重い又は軽い上限の罰金が定められることもある（例えば、刑法305条の2第2項）。

146）そのようなものとして、刑法135条3項、179条4項、305条の2第2項、314条。

形態の変更のためには、刑を言い渡された者の事情が、その者の責任ではなく判決以降に事後的に著しく悪化したことが要求されている。

2015 年改正は、重要な変更点として、罰金を最大で（従来は 360 日分であったのに代わって）180 日分にまで制限した。これにより、立法者は、中程度の重さの犯罪の領域における罰金刑に関する実務家の側からの絶え間ない批判と、世論に対応したのであった。また、刑の執行猶予の場合の併科刑（刑法 42 条 4 項）としての罰金は排除された。2018 年 1 月 1 日以降は、科料のみが併科刑として存在することとなる。

2．2　公益的労働（Gemeinnützige Arbeit）

スイスにおいては 1990 年 5 月 1 日以来、短期自由刑を公益的労働で代替することが可能となった。当時は、1 日あたり通常 8 時間の労働がなされなければならなかった[147)]。1995 年には期間の上限が 3 月と定められ、1 日あたりの労働が 4 時間にまで減じられた[148)]。2007 年までには、ますます多くの短期自由刑の実刑が公益的労働として執行されるようになった。公益的労働は、半拘禁を強く後退させることとなっている[149)]。

2007 年の刑法総則改正により、この執行形態は刑法典に導入されただけでなく、独立の刑種として定義された。今日〔2007 年改正法では〕、公益的労働はもはや行刑機関から命じられうる自由刑の執行の一形態に過ぎないものではなく、――刑を言い渡された者の同意をもって――短期自由刑又は罰金に代わる、その判断を裁判所が管轄する独自の刑種となった。

刑法 37 条 1 項は最長で 6 月又は〔すなわち〕720 時間の公益的労働を予定しており、刑法 39 条 2 項に従い、4 時間の公益的労働が 1 日分の罰金又は 1 日分の自由刑に相当するとされる。公益的労働は、刑法 37 条から 39 条までの規

147）VStGB 3〔訳者注：Verordnung vom 16. Dezember 1985 zum Schweizerischen Strafgesetzbuch（SR 311.03）〕旧 3 条 a。

148）*Brägger*, BSK StGB I, N 26 vor Art. 35, Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Trenkel*, 138 参照。

149）*Brägger*, BSK StGB I, N 26 vor Art. 35, Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Trenkel*, 141 参照。

定に基づく重罪および軽罪の場合だけでなく、違警罪の場合にも可能である。すなわち、刑法 107 条 1 項に従い、犯人の同意を得て、言い渡された科料に代えて最長 3 月（360 時間）の公益的労働とすることができるのである。

公益的労働の本質的特徴は、社会的施設、公益のための工場、又は扶助を要する者の利益のために無報酬で労働がなされるという点にある（刑法 37 条 2 項）。つまり、報酬が支払われなければならないとすれば行われないであろう労働である[150]。実務では主として、例えば病院や療養施設のような非営利施設での活動、自然・環境保護や公的業務における活動がこれに当たる[151]。連邦参事会〔内閣〕の理由書では、自然保護区およびハイキングロードの維持、自然災害後の損害撤去、公園の建設、又は扶助を要する者の援助が挙げられている。

公益的労働は、犯人の（明示的又は推断的な）同意がある場合にのみ命じることができる（刑法 37 条 1 項）。犯人の意思に反してこれを遂行することは、強制労働の禁止に反しよう[152]。もっとも、本人がモチベーションを欠く公益的労働は無意味であり、労働の結果もほとんど有意義ではないだろうという理由からも、同意を要求することは妥当である[153]。

重罪および軽罪の場合の公益的労働については、刑法 42 条 1 項および 43 条 1 項に従い、執行猶予又は一部執行猶予を命じることができる[154]。その際、一部執行猶予の場合には、実刑部分が刑の半分を上回ってはならないことに留意しなければならない（刑法 43 条 2 項）。加えて、42 条 4 項により、公益的労働の執行猶予に、罰金又は科料の実刑を併科することも可能である。これに対して、107 条[155] の違警罪の場合と、36 条 3 項 c[156] に基づき罰金が〔支払い不

150）*Botschaft 1998*, 2025.

151）Merkblatt des Bewährungs- und Vollzugsdienstes des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2003.

152）第 2 部 4.1 を参照。

153）*Botschaft 1998*, 2025 参照。

154）この点に関して批判的なものとして、特に、*Stratenwerth*, Erwachsenenstrafrecht, 373 f., Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Trenkel*, 147.

155）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Trenkel*, 149, *Kuhn*, Sursis, 277 f. 参照。

能のために公益的労働に〕転換された場合には、執行猶予とすることは不可能である。

公益的労働は以下の場合に用いられうる。

・刑法 37 条 1 項に従い、執行猶予付き、一部執行猶予付き、又は実刑の主刑として、最長 720 時間が科される（6 月の自由刑又は 180 日分の罰金に相当）。

・刑法 107 条 1 項に従い、科料に代わる実刑として、最長 360 時間が科される（3 月の代替自由刑に相当）。

・刑法 36 条 3 項 c 号に従い、最大で 180 日分の罰金を支払えなくなったことにつき責任がない場合の転換刑の実刑として、代替自由刑に対する代替として科される。

公益的労働が「果たされた（geleistet）」といえるのは、刑を言い渡された者が時間的な観点において労働義務を履行し、その者に課されていた条件および義務を遵守していた場合である（刑法 39 条 1 項）。労働の質的な評価は、正当にも放棄されている[157]。

労働が「果たされなかった」場合、裁判所による事後的手続の中で罰金又は自由刑に転換される。その際、自由刑を命じることができるのは、罰金を執行できないことが予想される場合に限られる（刑法 39 条 3 項）。

2007 年に改正制裁法が施行されて以来、公益的労働の件数は大きく減少した。今日の視点からみれば、公益的労働の命令を裁判所の手に委ねたことは良いアイデアではなかった。なぜなら、判決時は、この刑種〔公益的労働〕について判断を下すには早すぎ、とりわけ略式命令において、検察は効率性の理由から被疑者に関する事情の詳細を解明することを放棄してしまっているからである。このような理由から、公益的労働は 2015 年改正（2018 年 1 月 1 日施行）で再び刑執行の一形態とされたのである。

156）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Trenkel*, 159 参照。

157）*Botschaft 1998*, 2027 ではまだ異なっていた。

2. 3　自由刑

自由刑は、有罪判決を受けた者の権利を最も強く侵害する執行形態である。したがって、自由刑は条文上、最後に挙げられている。もっとも、この点に関して、あらゆる場合に自由刑が閉鎖された高い壁の中で執行され、受刑者は1日中施設を出ることができない、などという見方からは距離を置かなければならない。確かにそうした執行形態は依然として存在するが、自由刑の執行には、閉鎖行刑と開放行刑から、施設外通勤や施設外居住、果ては電子監視まで、様々なヴァリエーションがある。加えて、行刑は様々な段階に分けられ、段階を追うごとに執行の体制も緩和されていく。確かに、犯人の人物と刑期に応じて、場合によっては〔行刑の〕全段階が果たされなければならないこともあり、執行緩和がなされないということさえありうる。しかし反対に、自由刑の執行が専ら電子監視を受けながらの自宅拘禁の形でなされる受刑者も存在しており、これは伝統的な行刑のイメージにはあまり当てはまらないものである。

自由刑の上限は20年であり、一部の犯罪に関しては無期自由刑が予定されている[158]。刑期の下限は、40条に従い原則として6月であり、このことは、これより短い刑の場合には、他の2つの刑種（罰金、公益的労働）が用いられるということを意味する。しかし、例外的に、6月未満の刑を自由刑の実刑として[159]命じることも可能ではある。ただし、罰金又は公益的労働を執行できないことが「予測される」場合に限られる（刑法41条1項）。

2年以下の自由刑の場合には執行猶予が、3年以下の場合には一部執行猶予が可能である。

自由刑は以下の場合に命じられうる。

・刑法40条に従い、6月以上20年以下又は無期の主刑として実刑で科される（加えて、刑法41条に従い、例外的に1日以上6月以下の刑が科される）。

・刑法40条および42条1項に従い、6月以上2年以下の執行猶予付き主刑

158）刑法112条、185条3項、264条1項およびその他の人道に対する犯罪、266条2項。

159）*Stratenwerth*, Strafen im Bagatellbereich, 166, und *Kuhn*, Sursis, 270参照。異なる見解として、*Roth*, 9.

として科される。

・刑法 40 条および 43 条 1 項に従い、1 年以上 3 年以下の一部執行猶予付き主刑として科される（少なくとも 6 月が実刑部分でなければならない）。

・刑法 36 条 1 項に従い、執行不可能な罰金の転換の枠組みで、1 日以上 360 日以下の代替自由刑として実刑で科される。

・刑法 39 条 1 項に従い、執行されなかった公益的労働の転換の枠組みで、1 日以上 180 日以下の補充的な[160] 代替自由刑として実刑で科される。

・刑法 106 条 3 項および 42 条 4 項に従い、科料が支払われなかった場合に、1 日以上 90 日以下の代替自由刑として実刑で科される。

自由刑（代替刑を含む）の実刑の執行に際して、仮釈放は、刑期が 3 月以上の場合には、刑法 86 条 1 項の枠組みの中で原則として刑期の 3 分の 2 が経過した後に、例外的な場合には 86 条 4 項に従い刑期の半分が経過した後に可能となる。これに対して、刑の一部執行猶予の場合には、43 条 3 項 2 文に従い、実刑部分（ともかくも最長で 18 月になりうる）は完全に執行されなければならない。

立法者は 2015 年改正により、短期自由刑を再び導入した。現行刑法典では、6 月以下の自由刑を科すことができるのは、わずかな例外的場合に限られる。この場合、短期自由刑は実刑として科されなければならない。〔2015 年改正により〕新たに、自由刑の下限が 3 日と定められた（刑法新 40 条 1 項）[161]。しかし、刑法新 41 条は、従来と同様に罰金が優先することを示している。というのも、自由刑が選択されることの理由が特に述べられなければならないとされているからである（刑法新 41 条 2 項）。6 月以下の自由刑は、次の各場合にのみ可能である。⑴犯人が重罪又は軽罪の再犯をすることを防ぐために自由刑が必要不可欠と思われる場合、又は⑵罰金を執行できないことが予測される場合である（刑法新 41 条 1 項）。

160）刑法 39 条 3 項に従い、罰金が優先する。

161）すでに以前から、軽罪の場合の下限は 3 日間の拘禁刑であった。刑法旧 36 条（2007 年 1 月 1 日以前の規定）を参照。

2. 4　科料（Busse）

違警罪では、唯一の刑種として科料が予定されている。また、刑法 42 条 4 項に従い、刑の執行猶予に加えて、科料を付加刑ないし併科刑として科すことも可能である。法律上別段の定めがない場合、科料の上限は 1 万スイスフランである（刑法 106 条 1 項）。特に、特別刑法においては、それ以上の金額の科料が定められていることがある[162]。連邦の交通規則における比較的軽微な違警罪は、簡易化された手続により秩序罰（Ordnungsbusse）をもって罰することができ、その場合の上限は 300 スイスフランである[163]。

科料は総額刑のシステムにより量定される。このことは、犯罪に関する責任（Verschulden）と犯人の事情が一元的な量刑プロセスの中で評価されるということを意味する[164]。しかし、裁判官は、1 日以上 3 月以下の代替自由刑を同時に言い渡すよう義務づけられており（刑法 106 条 2 項）、これにより量刑プロセスは罰金の算定と類比可能なものとなる。もっとも、たとえ刑法 106 条 3 項により、科料および代替自由刑の量定に際して犯人の事情又はその責任が考慮されなければならないことが要求されているとしても、科料の言渡しは著しく膨大な作業であり、したがって行政上の労力も合理的な枠内に収まるものでなければならない、ということに強く留意しなければならない。

科料の言渡しは以下の場合に可能である。

- 刑法 106 条 1 項に従い、違警罪に対する主刑として 1 万スイスフラン以下が実刑で科される。ただし、例外的にそれ以上の額を科すこともできる。
- 刑法 42 条 4 項の枠組みで、重罪又は軽罪に対し、執行猶予付きの罰金、公益的労働又は自由刑に加えて、付加刑ないし併科刑として、1 万スイスフラン以下が実刑で科される。

科料の執行は、罰金に関する規定（刑法 106 条 5 項）の例に従う。〔したがって、〕科料の場合も、刑を言い渡された者が自らの責任なく、科料（の全額）を

162）Hansjakob/Schmitt/Sollberger-*Sollberger*, 111.

163）1970 年 6 月 24 日秩序罰法（SR 741.03）1 条。

164）*Cimichella*, 42 参照。

支払う能力を有していない場合には、〔刑の〕修正手続の枠組みの中で、支払期限の延長、金額の引き下げ、若しくは公益的労働への転換を要求することができる（刑法 36 条 3 項）。

2015 年改正では、公益的労働の可能性が放棄された。すなわち、刑法 107 条が削除されたのである。ただし、公益的労働は科料の執行の一形態として、なお可能である（刑法新 79 条 a）。

2. 5　企業科料（Unternehmensbusse）

刑法 102 条 1 項は、企業による重罪および軽罪に関して、500 万スイスフラン以下の科料を定めている。もっとも、ここでは一部の論者により指摘されているような、違警罪（Übertretungen）が問題となっているわけではない。そうした企業による犯罪の訴追も違警罪の手続ではなく、通常の又は簡略化された手続で行われる。略式命令を企業に対して行うことも可能である。刑法 102 条 1 項 2 文に基づく刑は固有の制裁形態であり、したがって企業科料と呼称する方がより適切である[165)]。

〔文献〕*F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger*（Hrsg.）, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006（zit. «Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Autor*»）, *F. Bommer*, Die Sanktionen im neuen AT StGB–ein Überblick, recht 1（2007）, 1, *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches（Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes）und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem BG über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, Bundesblatt 1999, 1979 ff.（zit. «*Botschaft 1998*»）, *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes（Änderungen des Sanktionenrechts）vom 4. April 2012, Bundesblatt 4721 ff.（zit. «*Botschaft 2012*»）, *S. Cimichella*, Die Geldstrafe im Schweizerischen Strafrecht, Bern 2006, *A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber*（Hrsg.）, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014（zit. «*Autor*, StPO-Kommentar»）, *F. Dünkel*, Gemeinnützige Arbeit–What Works?, in: Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, hrsg. von A. Kuhn et al., Bern 2013, 839, *D. Jositsch/M. Richner*, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches,

165）*Schwarzenegger*, StPO-Kommentar, Art. 352 N 7 m.w.H. 参照。

Würdigung der geplanten Änderungen des Sanktionensystems, Jusletter vom 5. November 2012, *M. Killias*, Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: Zur erneuten Revision des AT-StGB, ZSR（2011）I 627, *A. Kuhn*, Les effects possibles de la révision du droit des sanctions, ZStrR 117（1999）290（zit. «*Kuhn*, Révision»）, *A. Kuhn*, Sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121（2003）264（zit. «*Kuhn*, Sursis»）, *M. Michelig*, Die gemeinnützige Arbeit−ein Auslaufmodell?, ZSR（2011）I 595, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）, Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *C. Pignat/A. Kuhn*, Les nouvelles règles de la fixation de la peine：une révolution de volours, ZStrR 122（2004）251, *F. Riklin*, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZStrR 117（1999）255（zit. «*Riklin*, Revision»）, *F. Riklin*, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122（2004）169（zit. «*Riklin*, Verkehrsdelikte»）, *F. Riklin*, Zur geplanten Änderung des Sanktionenrechts im Schweizerischen Strafgesetzbuch（Botschaft vom 4. April 2012, BBl 2012 4721）, Jusletter vom 5. November 2012（zit. «*Riklin*, Sanktionenrecht»）, *R. Roth*, Nouveau droit de sanctions: premier examen de quelques points sensibles, ZStrR 121（2003）1, *M. Schubarth*, Legisvakanz und Verfassung. Zur verschleppten（Nicht-）Inkraftsetzung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, AJP 9（2005）1039, *Ch. Schwarzenegger*, Art. 352 StPO, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung（StPO）, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich 2014, *J. Sollberger*, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 121（2003）244, *G. Stratenwerth*, Das künftige System im Erwachsenenstrafrecht – ein kriminalpolitischer Fortschritt, in: Zwischen Mediation und Lebenslang, hrsg. von V. Dittmann et al., Chur/Zürich 2002, 371（zit. «*Stratenwerth*, Erwachsenenstrafrecht»）, *G. Stratenwerth*, Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Strafjustiz und Rechtsstaat, Festschrift zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo, hrsg. von M. A. Niggli, Zürich 2003, 9（zit. «*Stratenwerth*, Sanktionswahl»）, *G. Stratenwerth*, Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 122（2004）159（zit. «*Stratenwerth*, Strafen im Bagatellbereich»）, *G. Stratenwerth*, Nochmals: die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 123（2005）235.

第4部　刑の種類および量の決定

橋本広大／訳

1. はじめに

刑の決定は、刑法各則に規定されている各構成要件の法定刑から始まる。裁判所は、〔各則所定の刑罰と〕個別の刑種の限界に関する総則的規定（刑法34条以下）を併せて読むことにより、刑の上限および下限を導き出すことができる（通常の法定刑〔*ordentlicher Strafrahmen*〕）。裁判所は、具体的な刑を量定する前に、例外的に刑の免除事由（*Strafbefreiungsgründe*）が存在するかどうかを調べなければならない。刑法は、一定の要件の下で処罰を放棄すること（52条ないし55条）あるいは刑事手続を打ち切ること（55条a）を規定している。その上さらに、特別なケースが顧慮される。例えば、48条aに規定された刑罰減軽事由（*Strafmilderungsgrund*）がある場合や、逆に、49条に規定された犯罪競合という刑罰加重事由（*Strafschärfungsgrund*）にあたる場合である。これらのケースでは、法定刑は、なお下方へ又は上方へと広がる（拡張された法定刑）。さらなる問題を示すのは事後的犯罪競合である（49条2項）。これは、裁判所が、犯人が（全部又は部分的に）以前の有罪判決よりも前に行った、1つ又は複数の犯行について処断しなければならないケースである。この場合に、裁判所は、仮定的な全体刑と以前の判決において科された刑との差であるところの、追加刑（*Zusatzstrafe*）を決定しなければならない。

ひとたび通常の法定刑ないし拡張された法定刑が決まると、具体的な刑の量定[166]、すなわち、犯人の個人的責任（Verschulden）の評価およびその刑罰への換算が始まる[167]。この関係で、刑罰基礎づけ責任（*Strafbegründungsschuld*）[168]とは異なる量刑責任（*Strafzumessungsschuld*）[169]が語られる。47条2項の定義によれば、量刑上の責任（Strafzumessungsverschulden）は、「被害法益の侵害又は

166）制裁効果決定の順序について、*Schwarzenegger*, FS Wiprächtiger, 40 f. の表を参照。

167）*Albrecht*, 46 参照。

危殆化の重大性、行為の悪質性、犯人の動機および目的、並びに犯人が内的および外的状況によれば法益の危殆化又は侵害を回避することができた程度に応じて、これを定める」。この責任と刑量との間には直接的な比例関係が存在する。すなわち、責任が重いと評価されればされるほど、刑量はそれに応じて大きくあらねばならない。責任が軽いと評価されればされるほど、刑量はそれに応じて小さくあらねばならない。

全く特殊な問題が裁判所に対して提起されるのは、罰金又は科料が検討の対象となる場合である。とりわけ、裁判所は、重要な意義がある犯人の経済的事情に取り組まなければならない。裁判所は、これらの刑種の場合にも、刑罰を同様に年、月又は日で決めなければならない（罰金の場合は日数、科料の場合は代替自由刑の期間）。しかし、裁判所は、さらに 1 日分の罰金額（34 条 2 項）あるいは――総額としての――科料の金額（106 条 3 項）をも決めなければならない。

これに加えて、あらゆる刑の執行猶予には、罰金又は 106 条による科料の実刑が併科されうるが（42 条 4 項）、法律は、当該判断についても基準を裁判所に提供していない。最後に、裁判所はさらに、場合によってなされている未決拘禁期間の算入も行わなければならない。

2. 刑法各則における法定刑の意味

刑法各則の法定刑は、重要な意味を有している。立法者はそれにより、一方

168）刑罰基礎づけ責任の確定は、「構成要件該当性―違法性―責任」の三者一組の中の第 3 要素であり、あらゆる刑罰の前提である。弁識能力又は制御能力の欠如（刑法 19 条 1 項）、責任阻却事由の存在（特に、16 条 2 項〔免責可能な防衛〕および 18 条 2 項〔免責可能な緊急避難〕）、違法性の錯誤（21 条）あるいは刑事未成年（少年法 3 条 1 項）の場合には刑罰は科されえない。

169）量刑責任については、47 条 1 項における意味での「犯人の責任」が問題となる。それは、犯行と関連づけられ、犯人と関連づけられ、そしてさらなる責任構成要素からなり、犯行に関連づけられていなければならない（行状責任あるいは人格責任ではない、行為責任〔Tatverschulden〕）。

で、犯罪構成要件をその重さに従って配列している。他方で、立法者はそれにより裁判所の裁量を制限している。裁判所は、具体的な刑の量定の際に、全く自由に選択することは許されておらず、立法者自身が裁判所にすでに予め、どのような幅に、最も軽い責任又は最も重い責任が収まらなければならないかを設定している。すなわち、大まかで抽象的な責任の上限および下限が問題となっている。

例 1：刑法 111 条（故意殺人）は、次のような刑の定めを置いている。「5 年以上の自由刑に処する」。40 条を併せて読むことにより、ここから、5 年以上 20 年以下の自由刑という通常の法定刑が生じる。その他の犯罪構成要件と比較して重い犯罪である（重罪〔Verbrechen〕、10 条 2 項）。このため、立法者は、裁判所が当該犯罪に罰金のみ又は公益的労働のみを科すことを排除している。最も軽い責任には 5 年の自由刑が科されなければならない。最も重い責任には 20 年の自由刑が相当である。

例 2：刑法 112 条（謀殺）は、次のような刑の定めを置いている。「……のときは、刑罰は無期又は 10 年以上の自由刑とする」。40 条を併せて読むことにより、ここから、10 年以上 20 年以下の自由刑又は無期自由刑という通常の法定刑が生じる。故意殺人罪と比較してさらに重い犯罪（重罪、10 条 2 項）が問題となっている。最も軽い責任の場合は 10 年の自由刑に処されなければならない。最も重い責任には無期自由刑が相当である。

例 3：刑法 114 条（嘱託殺人）は、次のような刑の定めを置いている。「3 年以下の自由刑又は日数罰金に処する」。34 条 1 項、37 条 1 項および 40 条を併せて読むことにより、ここから、4 時間以上 720 時間以下の公益的労働（犯人の同意を得て）、1 日以上 360 日以下の日数罰金、又は 6 月以上[170] 3 年以下の自由刑という通常の法定刑が生じる。故意殺人罪と比較して、より軽い犯罪が問題となっている（軽罪〔Vergehen〕、10 条 3 項）。最も軽い責任の場合、1 日の日数罰

170）自由刑は原則として 6 月以上でなくてはならない。例外は、限られた条件のもとにおいてのみありうる。41 条 1 項を参照。

金又は 4 時間[171] の公益的労働に処されなければならない。最も重い責任には 3 年の自由刑が相当である。

例 4：刑法 177 条 1 項（侮辱〔Beschimpfung〕）は、次のような刑の定めを置いている。「告訴により、90 日以下の日数罰金に処する」。34 条 1 項および 37 条 1 項と併せて読むことにより、ここから、4 時間以上 60 時間以下の公益的労働（犯人の同意を得て）又は 90 日以下の日数罰金という通常の法定刑が生じる。これまでに説明された生命に対する諸犯罪と比較して、より軽い犯罪が問題となっている（軽罪、10 条 3 項）。そのため、立法者は、裁判所が本犯罪に自由刑を科すことを排除している。最も軽い責任の場合、1 日の日数罰金又は 4 時間の公益的労働に処されなければならない。最も重い責任には 360 時間の公益的労働又は 90 日の日数罰金が相当である。

例 5：刑法 126 条 1 項（暴行）は、次のような刑の定めを置いている。「告訴をもって、科料に処する」。106 条および 107 条を併せて読むことにより、ここから、4 時間以上 360 時間以下の公益的労働（本人の同意を得て）又は 1 万スイスフラン以下の総額罰金という通常の法定刑が生じる。これまでに説明された犯罪構成要件と比較して、最も軽い犯罪が問題となっている（違警罪〔Übertretung〕、103 条）。そのため、立法者は、裁判所が本犯罪につき自由刑又は日数罰金を科すことを排除している。最も軽い責任の場合、1 スイスフランの科料又は 4 時間の公益的労働に処されなければならない。最も重い責任には 360 時間の公益的労働又は 1 万スイスフランの科料が相当である。

例 3、例 4 および例 5 が示しているように、通常の法定刑内に複数の刑種の重なり合いが存在している。公益的労働と罰金との重なり合い――通常は 180 日以下の日数罰金（すなわち 4 時間以上 720 時間以下の公益的労働）の領域において――には問題はない。公益的労働は、犯人が同意した場合にのみ検討されるものであるからである。それゆえ、公益的労働は、刑法各則の刑の定めの中

171）公益的労働の下限は規定されていない。換刑に関する規定である 39 条 2 項（公益的労働 4 時間は、罰金 1 日分又は自由刑 1 日に相当する）から、間接的に明らかになるのである。

においても規定されていない。そのような場合、公益的労働は罰金に優先する。なぜなら、公益的労働は、犯人に有意義で建設的な成果を可能にするからである。

罰金と自由刑とは、180 日分以上 360 日分以下の罰金あるいは 6 月以上 1 年以下の自由刑の領域において重なり合う[172]。法律により、罰金が自由刑に対してはっきりと優先する（刑法 41 条 1 項。39 条 3 項も参照）。それゆえ、1 年以下の自由刑あるいは 360 日分以下の罰金が責任相応のものと思料される場合には、裁判所は、罰金が執行されえないことがはじめから予測される場合を除いて、罰金を選択しなければならない。

責任の量定と刑種の選択とを分けずに行うことが許されるかは、議論のあるところである[173]。量刑の出発点は犯人の責任であるため、そして、予防的な刑罰目的は責任に相応する刑の枠内においてのみ考慮されることが許されるため[174]、はっきりとした順序が基礎に置かれるべきである。法律は、まず責任に相応する刑量の決定を求めている。その際には自由刑を算出単位として量定すべきである。そうして、刑量が、公益的労働又は罰金と重なり合う領域に定められる場合に初めて、裁判所は罰金又は――犯人の同意をもって――場合によっては公益的労働を選択することができる。このような自由刑と他の刑が重なり合う領域においては、公益的労働および罰金が優先する。

例 6：裁判所が嘱託殺人（刑法 114 条）につき刑を量定しなければならず、そして、責任は重大であると評価する場合には、刑量は責任に直接的に均衡しなければならない。すなわち、刑量は法定刑の上方の領域になければならない。そ

172）例 3 を参照。

173）*Schwarzenegger*, FS Wiprächtiger, 39 によれば、責任は刑種およびその執行態様（執行猶予、一部執行猶予、実刑）とは無関係に量定されなければならない。この点につき、異なる見解として、*Stratenwerth*, AT II, § 6 N 77 は、行ったり来たりする判断プロセス（zirkulärer Vorgang）が妥当するという。刑種の選択は刑の量を左右し、しかし同時に、刑量が刑種の選択に影響するというのである。*Stratenwerth*, Sanktionswahl, 9 参照。

174）第 1 部を参照。

のため、法定刑の下方の領域にある罰金は問題にならない。裁判所はそれゆえに自由刑のみを科すことができる。刑種の選択については全く議論の俎上に載せられない。

3. 刑の免除（Strafbefreiung）

刑法典の総則および各則の多くの規定の中で、たとえ構成要件に該当する違法で非難可能な行為であったとしても、一定の要件が充足される場合には刑罰が科されないことが予定されている（例えば、刑法 22 条 2 項に基づく、不思慮から行われた不能未遂）。2007 年の刑法総則改正においては、個々の事例における特別な要請を考慮できるようにするため、刑の免除の可能性を拡充することが意図された。刑の免除の根拠は、刑の免除（*Strafbefreiung*）と題する独立した節（52 ～ 54 条）の中で挙げられている。加えて、55 条 a は家庭内暴力との関連での手続の打切りについて定める。

3. 1　刑の免除の法的性質

刑法 52 条から 54 条で定められる刑の免除の可能性に関する諸規定の中では、一定の条件下で、刑事捜査、公訴提起又は有罪判決が放棄されることが予定されている。前二者の可能性は、手続法上の起訴便宜主義（Opportunitätsprinzip）の表れである（刑事訴訟法 8 条を参照）。これらは公判手続の前段階、したがって、有罪・無罪の問題の検討の前段階で訴追を放棄することを可能とするものである。これに対して、有罪判決の放棄は裁判所の管轄領域に属する。したがって、後者の形態〔裁判所による有罪判決の放棄〕のみを、本来的な意味での刑の免除と考えることができる[175]。

この点に関して、欧州人権条約が刑の免除に関して定めている要求が注目される。刑法 52 条以下においては、不正確にも、犯人、犯行および部分的に責任という言葉が使われている。しかしながら、有罪判決の前にそれらを認める

175）*Jositsch*, 3.

ことは、無罪推定の原則に反する[176]。したがって、手続のこの段階における刑の免除に関する諸規定の適用が要求するのは、単なる仮定的な責任判断ということになり、そしてそれにより、事情によっては有罪判決には全く至らないかもしれない手続の続行の放棄ということになる。このことは当該の裁判の中で明らかにされなければならない。こうして、52 条に基づく刑の免除は――法文上の誤解を招く表現に反して――犯人の責任が現に軽微である場合になされるのではなく、（行為責任又は有罪判決については留保した上で）責任が軽いであろう場合にこそなされるのである。

3．2　刑の免除事由

3．2．1　要罰性の欠如（刑法 52 条）

まずもって、刑の免除はいわゆる微罪（Bagatelldelikt）の場合に予定されている。立法者は、責任および犯行結果が軽微である場合について定めている。その定めによれば、両者の要件が重畳的に充足される場合が、微罪であるとされる[177]。

責任（*Schuld*）は、刑法 47 条の諸原則に従って量定される[178]。全事情を考慮した上で、責任が〔問題となっている〕犯罪の通常の事例と比べて軽微であると評価することができる場合に、その責任は 52 条の要求を満たすこととなる[179]。〔仮定的な〕通常の事例と実際に判断される犯行との間の差異は、刑の免除が特別予防的・一般予防的見地のいずれからみても正当化できるといえる程度に、著しいものでなければならない[180]。犯行結果の評価は、有責的に招致された結果を見据えてなされなければならない。ここで決定的であるのは、惹起された法益侵害又はその危殆化である。重大ではないと評価できる犯行結

176）連邦憲法 32 条 1 項、欧州人権条約 6 条 2 項、市民的および政治的権利に関する国際規約（自由権規約、B 規約）14 条 2 項および刑事訴訟法 10 条 1 項。

177）BGE 135 IV 130, Erw. 5.3.2; *Botschaft 1998*, 2064.

178）*Jositsch*, 4.

179）*Botschaft 1998*, 2064.

180）*Botschaft 1998*, 5551, *Jositsch*, 4.

果が、軽微な責任をもって招来された場合に、刑の免除は認められる。

軽微に過ぎない組織的責任により、重大ではない犯行結果が招来された場合、52 条に基づく刑の免除事由は、102 条に基づき処罰が予定されている企業に対しても、適用することができるというべきである[181)]。

3．2．2　損害回復（Wiedergutmachung）（刑法 53 条）

52 条は犯行時における状況と関連づけられている一方で、53 条においては、犯行後の犯人の態度が重要となる。犯人が被害を弁償し、又は自ら生じさせた不法を埋め合わせる全ての期待可能な努力をした場合には、刑の免除が認められなければならない。

第 1 の要件は、引き起こされた損害を犯人が埋め合わせた場合に充足される。この点に関しては、被害者との間で示談が締結されること（vertragliche Schadensregelung）で足りよう。犯人が損害を完全に賠償するために必要な手段を有していない場合や、あるいは物質的な損害が生じない犯罪が問題となる場合には、（完全な）損害の埋め合わせは不可能である。刑法 53 条はこのような状況下において、犯人が自身に期待可能な態様で招来された不法を埋め合わせるために高度の努力を行った場合に、刑の免除を予定している[182)]。努力の期待可能性には、高い要求が課せられる。すなわち、刑の免除が正当化されるのは、犯人が損害の埋め合わせに関して自身の経済的能力の限界を尽くした場合に限られる。53 条のこのような解釈は、48 条 d 号との関係でも採用されているものである。同規定によれば、犯人が真摯な反省を行動で示した、特に、期待できる限度で損害を賠償したときに、刑が減軽される。そうすると、53 条に基づく損害回復は、誠実な悔悟（aufrichtige Reue）を超えるものでなければならない[183)]。

181）BStGer vom 11.10.2011, BB.2011.45, Erw. 7.1; *Riklin*, BSK StGB I, N 16 zu Art. 54; *Forster*, 276.

182）*Botschaft 1998*, 2066 を参照。象徴的損害回復もまた、犯行および犯行結果の重大性について相応の関係になければならない（Hansjakob/Schmitt/Sollberger-*Keller*, 50）。

183）*Jositsch*, 8. 異なる見解として、*Exquis*, 311 ff. *Botschaft 1998*, 2066 においても、損害回復行為につきより低い要求がなされている。例えば、盗品を返還すればすでに刑の免除にとっては十分であるとされる。

犯人は最大限の努力を試みなければならない。

刑法 53 条に基づく刑の免除の可能性は、さらなる要件により限定されている。第 1 に、刑の執行猶予の要件が充足されることが要求されている（42 条）。このことは、訴追、裁判所への起訴又は処罰が放棄されるには、損害回復行為に加えて、再犯に及ばないことに関する良好な予測が立てられなければならないことを意味する。さらに、53 条は、訴追にかかる公共および被害者の利益が軽微であることを要求している。被害者又は犯行によって害されることとなる社会一般の側の視点から、刑が放棄されることが期待可能であるといえなければならない。特定の人が損害を被った場合、〔その者の〕主観的な感覚ではなく、法的に保護される訴追の利益に依拠することとなる。そうした利益はとりわけ、侵害された権利の保護が、訴追の遂行に依存している場合に妥当する[184]。公共の利益の考慮が要求されるのは、主として、特定の者が損害を被ったわけではない場合である[185]。

連邦裁判所は近時の裁判において、被疑者に犯行の不法に対する洞察が欠けている場合にも、53 条の意味における刑の免除は認められないとの判断を下した[186]。

3．2．3　犯人が犯行により被った不利益（刑法 54 条）

刑法 54 条によれば、犯人が自らの犯行の直接的な帰結により、刑が不相当と思われるほどに重い不利益を受けたときは、その者の刑が免除されなければならない。同条は、犯人が犯行によりひどい目にあったことで、十分に処罰されたと思われる状況を捕捉するものである[187]。例えば、心中（Mitnahmesuizid）に失敗した場合や、窃盗犯人が侵入に際して重傷を負ったような場合などが想定できる[188]。

184）*Jositsch*, 4 f.

185）*Botschaft 1998*, 2066.

186）BGer vom 16.6.2014, 6B_134/2014, Erw. 4.3.

187）*Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 1 zu Art. 54.

188）それについては、*Riklin*, BSK StGB I, N 42 zu Art. 54 参照。

犯人に対する不利益は、自らの犯行の直接的な結果から生じたものでなければならない。このことは、損害が犯行の実行から直接生じたか、あるいは構成要件的結果と密接な関連性を有する場合にのみ認められる[189]。これが当てはまるのは、まず、犯人自身が犯行実行に際して負傷した場合である。また、犯人と近い関係にある者が負傷したことで精神的な負担を受けたこと、例えば犯人が不注意運転で自身の子供を轢いてしまった場合にも認められる[190]。同様の不利益は、犯人が被害を受けた者と密接な関係にある場合にも認められるべきである[191]。犯人が複数の、相互に独立した罪を犯した場合、54 条に基づく刑の免除は、犯人にとっての重大な精神的負担に直接つながった犯罪に関してのみ適用可能となる。これに対して、犯人が刑事訴追によって被ったデメリット、例えば評判や職を失ったことは、行為の直接的結果ではない[192]。

犯人が直接的に不利益を受けたことは、それ自体としてみれば、刑の免除にとり十分ではない。決定的なのはむしろ、犯人の不利益が責任相当刑と相殺されるかである。それが具体的に意味するのは、犯行に見合った刑を検討した後に、犯人が被った被害分が差し引かれなければならないということである。刑が残らない限りで、犯人の刑が免除されなければならない。刑はそうしてすでに償われたものとみられなければならない[193]。かかる計算はもとより算術的精確性をもって行いうるわけではない。裁判官には、具体的事情の総合評価の中で著しい裁量の幅が与えられている[194]。

189）*Riklin*, BSK StGB I, N 14 zu Art. 54. それについては、*Wiprächtiger*, Weiterverfolgung, 148 ff. も参照。一貫しない実務についての指摘がある。

190）*Arzt*, 447, *Riklin*, BSK StGB I, N 21 zu Art. 54.

191）それについては、*Riklin*, BSK StGB I, N 22 f. zu Art. 54 参照。様々な学説や連邦裁判所の実務への言及がある。

192）*Riklin*, BSK StGB I, N 35 zu Art. 54, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 54.

193）*Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 54.

194）（旧法の要件に関する）BGE 117 IV 248 に従えば、54 条につき、犯人の責任が軽く直接的な不利益が強度の場合にその規定を適用しない一方で、他方、逆に犯人の責任が重く直接的な不利益が軽い場合にその規定を適用するとなれば、54 条違反となる。その間に位置する諸事例については、具体的事情が決定的である。

3．3　配偶者又は生活パートナー（Lebenspartner）が被害者である場合の手続打切り（刑法 55 条 a）

一部の親告罪（Antragsdelikte）〔単純傷害、反復暴行、脅迫〕は、それが家庭共同体内で生じた場合、職権で訴追される。刑法 55 条 a 第 1 項 a 号、b 号により、そうした親告罪は、配偶者間、登録パートナー間および同性・異性の生活パートナー（Lebenspartner）間で、それらの関係が継続的に世帯を共同にする限りで存在する。犯行が家庭共同体内で犯されたと認められるのは、それが婚姻若しくはパートナー関係の継続中又は離婚若しくはパートナー関係解消後最長 1 年の間、内縁関係の場合は離別後最長 1 年の間に生じた場合である。

家庭共同体と関わる犯罪の刑事訴追は、しかしながら、常に被害者の利益に合致するわけではない。刑法 55 条 a はそれゆえ、被害者[195]が希望し、又は刑事訴追機関による提案に同意する場合について、（まずは暫定的な）手続打切りの可能性を認める（55 条 a 第 1 項）。手続が確定的に打ち切られるのは、被害者又はその法定代理人が同意を暫定停止から 6 か月間撤回しなかった場合である（55 条 a 第 2 項および第 3 項）。

〔55 条 a により〕手続打切りが可能な犯罪は、単純傷害罪（刑法 123 条 2 項 3 段ないし 5 段）、反復暴行罪（126 条 2 項 b 号、c 号）および脅迫罪（180 条 2 項）である。刑の免除はさらに、常に――つまり家庭内の犯行でなくとも――非親告罪である強要罪（181 条）が問題となる場合にも予定されている。ただし、同罪についても、犯行が家庭共同体内で行われることが要件である。

3．4　刑の免除の手続

刑法 52 条以下の刑の免除は、狭義の実体法的刑の免除と訴訟法上の起訴便宜主義の双方をカバーするという事情ゆえに、手続法的考慮において違いが生じる。

刑の免除の判断を管轄するのは、刑法 55 条 2 項により、刑事司法（Strafrechtspflege）

195）行為無能力者の場合はその法定代理人。

の機関である。裁判所と並んで刑事訴追機関（Strafverfolgungsbehörde）も含まれうるが、警察は当たらない[196]。管轄は、具体的状況において、刑の免除が問題になった時点で手続がどの段階にあったかということのみを基準に決まる。刑の免除が捜査段階で行われる場合、検察官の処分により手続が打ち切られ[197]、あるいは捜査不開始処分（Nichtanhandnahmeverfügung）が行われる[198]。同じことは、裁判所への起訴が放棄される場合にも妥当する。検察官は、手続を打ち切らず、嫌疑十分と考え、かつ略式命令もなしえない場合（刑事訴訟法 324 条）、管轄裁判所に公訴を提起する。

手続上の判断権が裁判所に移された後、訴訟条件が終局的に充足されず、あるいは訴訟障害が確定的に存するために判決を確定的に言い渡しえない場合、裁判所の裁判ないし決定又はそのときどきの裁判所〔合議体〕構成員の処分により、手続の打切り（*Verfahrenseinstellung*）がなされる[199]。

それに対し、犯罪の構成要件に該当する事実が存在し、有罪言渡しのその他の要件も満たされる場合、裁判所は、被告人に有罪を言い渡し、52 条ないし 54 条を適用して刑を免除しなければならない[200]。そのような場合に制裁なき有罪言渡しがなされることになるが、そのことは、刑事手続において民事の請求権を付帯私訴により主張している私訴原告の利益のためでもある。というのも、手続を打ち切ってしまうと、裁判所は、民事の訴えを取り扱わなくてよくなってしまうからである[201]。また被告人としても、起訴された事実関係ない

196）*Botschaft 1998*, 2067, *Jositsch*, 3. このことは 55 条 a についても該当する（BBl 2003, 1924）。

197）刑事訴訟法 319 条 1 項 e 号を 8 条 4 項と併せて読む。

198）刑事訴訟法 310 条 1 項 c 号を 8 条 4 項と併せて読む。異なる見解は、*Riklin*, BSK StGB I, N 27 zu vor Art. 52 ff.

199）刑事訴訟法 329 条 4 項を 320 条 1 項、80 条 1 項、8 条 4 項と併せて読む。BGE 139 IV 220, Erw. 3.4.5.

200）BGE 139 IV 220, Erw. 3.4.5.　刑事訴訟法 8 条 1 項は、刑法 52 条ないし 54 条の適用事例における公訴提起に基づく裁判所による手続打切りのための基礎を形成しない。BGE 135 IV 27, Erw. 2.3; *Riklin*, BSK StGB I, N 18 und N 26 vor Art. 52 ff.

201）BGE 139 IV 220, Erw. 3.4.5. 刑事訴訟法 329 条 4 項を 320 条 3 項と併せて読む。

しその構成要件該当性を争っている場合、〔私訴原則と〕同じように、裁判所が起訴事実について判断し、そこでまた無罪判決のチャンスも存するということに対して正当な利益を有しうるのである[202]。

刑法 55 条 a は、被害者が希望し、又は管轄機関による提案に同意する場合の、婚姻および登録パートナー内の単純傷害、反復暴行並びに脅迫および強要に関する手続の打切りの可能性を定めている。被害者の手続停止の希望ないし管轄機関による手続停止の提案への同意には、訴訟障害の性質が認められなければならない[203]。その点で 55 条 a は、訴訟障害ではなく刑の免除事由を定めた 52 条ないし 54 条と区別される[204]。管轄機関は、52 条ないし 54 条では、各要件が存する場合、刑の免除を義務づけられる（「……免除する」と規定）のに対し、55 条 a では、法律の文言に従えば、その権限が与えられるだけで、義務づけられることはない（「……停止することができる」と規定）。このことから、刑事訴追を被害者の意思に反して続行し、犯人を処罰することも基本的に可能であるということが帰結する[205]。

こうしたルールは、家庭内暴力への対処に際して生じる特殊な諸問題との関わりの中で理解されなければならない。家族という狭い空間で生じる犯罪は、様々な理由（犯人への経済的依存、犯人による報復への不安、婚姻ないし家族の崩壊の懸念など）から、被害者又はその周囲の者により届け出られない。刑事訴追機関が被害者の消極性にもかかわらず介入する手段を持つために、対応する構成要件は非親告罪とされた。とはいっても、具体的状況において、被害者の利益を顧慮して、犯人の処罰をしない方向で考える理由がありうることはもちろんである。

手続の打切りの可能性により、刑事訴追が被害者の正当な利益に反して実行されることが妨げられうる。〔ただ、〕刑法 55 条 a による手続停止は、犯人が

202）BGE 139 IV 220, Erw. 3.4.5.

203）BGE 139 IV 220, Erw. 3.4.6.

204）BGE 139 IV 220, Erw. 3.4.6.

205）BGer vom 19.6.2013, 6B_849/2013, Erw. 1.3.2.

被害者であるパートナーに、手続打切りを申請するよう圧力をかけるおそれを内包する。それゆえ、望ましい被害者保護のために、刑事訴追機関には、そうした状況で被害者が手続打切りを希望した場合でもあえて手続を続行する手段が残されているのである。

このほか、被害者保護に役立つのは、刑法 55 条 a で立法者が選択した 2 段階手続である。刑の免除の要件が存する場合、手続はまず暫定的に打ち切られる（55 条 a 第 1 項）。被害者は、――暫定打切りの時点から起算して――6 月の間、手続打切りへの同意を撤回する機会がある（55 条 a 第 2 項）。同意が撤回された場合、手続は再開される。それに対し、被害者が何もせずにこの期間を経過させた場合、管轄刑事訴追機関は確定的な打切りの処分を行う（55 条 a 第 3 項）。

犯人が圧力をかけようと試みることからの被害者の保護という目的がこの方法で達成されうるかは、しかしながら、疑いの余地がある。ほとんどの場合、刑事訴追機関にとって、〔被害者による〕打切りの希望に関する詳細な事情を評価することは不可能といえよう[206]。

3. 5　刑の免除の効果

刑法 52 条ないし 54 条の文言によれば、各要件の下で刑の放棄がなされなければならない。問題は、刑の完全な免除が正当化されない場合に刑の減軽も可能かである。正しくは、52 条以下の適用は、刑又は手続の完全な放棄に限定されるというべきであろう[207]。

206）*Jositsch*, 6, gl.M. *Riedo*, 271 f. はそれどころか、55 条 a が非建設的な結果をもたらしうることを危惧する。その規範は、とりわけ、犯人と被害者がパートナー関係を継続するときに実際的な意味を持つ。しかし、刑事訴追機関はたいてい、家族関係に対する必要な洞察を欠くであろう。したがって、被害者の協力なしの刑事訴追の続行は、不十分な情報の基礎ゆえに不可能であろう。もっとも、家庭内暴力の被害者に保護を提供することという正当な利益にとって、刑法によらない適切な措置はより役立ちうる。さらに立ち入った検討として *Schwarzenegger/Fischbacher/ Loewe-Baur/Stössel*, 9 ff. を参照。

207）異なる見解として、*Wiprächtiger*, Revision, 428.

〔文献〕*P. Albrecht*, Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, ZStrR 109（1991）45, *G. Arzt*, Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe, ZBJV 127（1991）445, *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches（Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes）und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem BG über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, Bundesblatt 1999, 1979 ff.（zit. «*Botschaft 1998*»）, *D. Exquis*, Sinn und Gesinnung: Bemerkungen zu Art. 53 rev. StGB, AJP 14（2005）309, *M. Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Diss. Bern 2006, *D. Jositsch*, Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGB^{neu} und prozessrechtliche Umsetzung, SJZ 100（2004）2, *T. Hansjakob/H. Schmitt/J. Sollberger*（Hrsg.）, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Luzern 2006（zit. «Hansjakob/Schmitt/Sollberger-*Autor*»）, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）, Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *Ch. Riedo*, Delikte im sozialen Nahraum, ZStrR 122（2004）267, *Ch. Schwarzenegger*, Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz（Art. 49 Abs. 1 StGB）, in: «Toujours agité - jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, hrsg. von M. Heer/S. Heimgartner/M.A. Niggli/M. Thommen, Basel 2011, 37（zit. «Schwarzenegger, FS Wiprächtiger»）, *Ch. Schwarzenegger/R. Fischbacher/M. Loewe-Baur/J. Stössel*, Häusliche Gewalt, rechtliche Instrumente zum Schutz der Opfer und ihre Wirksamkeit - unter besonderer Berücksichtigung des polizeilichen Gewaltschutzes, in: Siebtes Zürcher Präventionsforum - Häusliche Gewalt, hrsg. von Ch. Schwarzenegger/R. Nägeli, Zürich 2015, 9, *G. Stratenwerth*, Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Strafjustiz und Rechtsstaat, Festschrift zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo, hrsg. von M.A. Niggli, Zürich 2003, 9（zit. «*Stratenwerth*, Sanktionswahl»）, *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006（zit. «*Stratenwerth*, AT II»）, *St. Trechsel/M. Pieth*（Hrsg.）, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012（zit. «*Autor*, Praxiskommentar»）, *H. Wiprächtiger*, Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Artikel 66bis StGB – ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit?, ZStrR 121（2003）141（zit. «*Wiprächtiger*, Weiterverfolgung»）, *H. Wiprächtiger*, Revision des Allgemeinen Teils des StGB, Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts, ZStrR 123（2005）403（zit. «*Wiprächtiger*, Revision»）.

第5部　量刑概観

薮中悠／訳

1.　総説

第1部ですでに、スイス刑法は責任主義（*Schuldprinzip*）[208] を基礎としていること、それゆえ犯人の責任が具体的な量刑の出発点であることが示された。責任主義は、個人の責任なしに処罰することを禁止する（責任なければ刑罰なし〔nulla poena sine culpa〕。刑法19条1項）。責任主義は、刑の重さを責任の最大限で限界づけ（47条1項1文）、また、刑を下方においても限定する。すなわち、刑は責任相当ないし責任相応でなければならない。責任主義は、憲法上の地位を有する原理である。それは、恣意的な取り扱いの禁止（Willkürverbot）の一場面と考えられる[209]。

刑罰基礎づけ責任は帰属論（Zurechnungslehre）の一内容であり、その基礎にはそもそも刑罰を科すことが許されるのかという問題がある[210]。量刑責任では、個別的な責任（Verschulden）がどの程度犯人に帰せられるか、当該責任はどの程度の刑量に換算されるのかが問題となる。すなわち、裁判所は、一方において責任の評価を行わなければならない。典型的なのは次のような表現である。「犯人の責任は（とても）重大である」――「犯人の責任はもはや軽いとはいえない」――「責任は極端に重いというわけではない」――「責任は中程度の重さである」等々。裁判所は、他方において当該責任につき具体的な刑を決定しなければならない（例えば「被告人を4年の自由刑に処す」）。責任と刑量との間には直接的な均衡関係が存在する[211]。

208）これに対置されるのは結果刑法（Erfolgsstrafrecht）や純粋な予防刑法（保護刑法）（Präventionsstrafrecht〔Schutzstrafrecht〕）である。

209）BGE 103 Ia 225, Erw. 3b.

210）第4部1を参照。

211）第4部2を参照。

量刑責任は、帰属論（犯罪論の構造）と直接的な関係を有している。次の諸要素は区別されるべきである（スイスでは責任要素〔*Verschuldenselemente*〕、責任メルクマールあるいは責任構成要素といった言葉が用いられている。ドイツの学説では量刑事実という概念[212]を用いるのが通例である）。

・犯罪行為の不法（*Unrecht der Tat*）を徴表する責任メルクマール。この要素は当該犯罪を実行したあらゆる犯人について認められる。

・不法〔の実現〕に関する犯人の非難可能性（*individuelle Vorwerfbarkeit des Unrechts*）を徴表する責任メルクマール。この要素はその都度の具体的な犯人にのみ認められる。

・さらに、確立された判例では量刑の際に責任と関連しない要素もまた顧慮される。予防的考慮や修復的刑罰目的との関係での犯行後の態度の顧慮、犯人が有責的にではなくさらされた国家の落ち度ある行為の顧慮（例えば長期間に及んだ刑事手続）である。

残念なことにスイスの刑法学説および判例において量刑責任は、違法論や基礎にある刑罰目的と関連づけられることなく、おおむねカズイスティックに扱われている。連邦裁判所の確立した判例は、行為関係要素（*Tatkomponente*）と行為者関係要素（*Täterkomponente*）[213]とを区別している。責任（47 条 1 項 1 文）は、行為関係要素として理解されている。すなわち、それは具体的な犯罪行為の全体的な不法内容および責任内容に関わり[214]、犯罪行為の不法に関係する責任要素と不法〔の実現〕に関する犯人の非難可能性に関係する責任要素との区別はなされない。連邦裁判所によれば、47 条 1 項 2 文に挙げられた経歴（Vorleben）や個人的状況の基準は、典型的な行為者関係要素のメルクマールで

212）*Meier*, 163, 185 ff. m.w.H.

213）BGE 117 IV 113 f. Erw. 1, 129 IV 20 Erw. 6.1, 135 IV 137 Erw. 5.4, BGer vom 19.4.2012, 6B_759/2011, Erw. 1.1, BGer vom 29.10.2012, 6B_284/2012, Erw. 4.1.1, BGer vom 13.6.2013, 6B_325/2013, Erw. 3.2.2, BGer vom 19.11.2013, 6B_660/2013, Erw. 2.2 参照。*Stratenwerth*, AT II, § 6 N 16 ff., *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 85 ff. zu Art. 47 も参照。

214）BGE 134 IV 11 Erw. 5.3.3. 最近では BGer vom 22.7.2014, 6B_776/2013, Erw. 1.5, *Stratenwerth*, AT II, § 6 N 14, *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 14 zu Art. 47.

表７　１個の可罰的行為についての制裁決定の順序〔一罪の場合〕

1. 通常の法定刑（ordentlicher Strafrahmen）の決定（各則の刑罰規範と 10 条、34 条 1 項、37 条 1 項、40 条、103 条、106 条とを併せて読む）。
2. 刑の減軽事由（Strafmilderungsgrund）が存在する場合は、法定刑を下方へ拡張（48 条および 48 条 a）。
3. 犯罪行為の不法を徴表するメルクマールに基づく責任評価（Verschuldensbewertung）。その後、不法〔の実現〕に関する犯人の非難可能性の評価。帰結：責任の程度が段階的に評価される（軽い、中程度、重い）。責任の具体的な刑量への換算（47 条 1 項）。
4. 通常の法定刑の枠内での義務的な軽減（Strafminderung）、又は刑の減軽事由が存在する場合における拡張された法定刑の枠内での任意的な減軽（Strafmilderung）（48 条 a）。
5. 場合により、予防的目的や修復的目的に基づく刑量の調整（ただし責任相応刑の枠内でのみ）。また、場合により、国家の落ち度ある行為（例えば迅速手続の要請への違反）に基づく刑量の調整。
6. 執行形態の決定：執行猶予、併科刑としての罰金刑又は科料（42 条）、一部執行猶予（43 条）。
7. 場合により、要件を充足していれば、1 個又は 2 個以上の処分（Massnahme）の言渡し（56 条以下）。

ある。予防的な要素は、行為者関係要素の中で部分的に検討される。

1 個の可罰的行為が存在する場合の量刑および制裁決定は、上記の表 7 のような手順による。

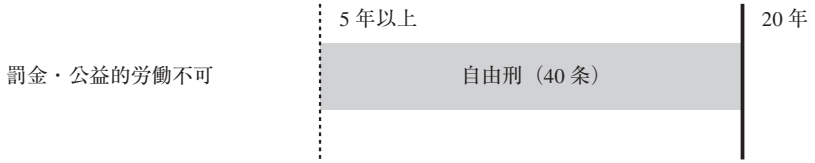
2 個以上の可罰的行為又は 2 個以上の刑罰規定が同時に問題となり、互いに真正の犯罪競合（echte Konkurrenz）の関係にある場合には（49 条）、まず同種の刑の要件が存在するかどうかを調査しなければならない。同種の刑である場合には、法定刑が引き上げられ、裁判所は具体的な刑を少なくとも通常の法定刑の枠内で重くする（erhöhen）。裁判所は、刑を加重する（schärfen）こと、すなわち、通常の法定刑を上回ることも可能である。

2.　量刑の各段階

2. 1　通常の法定刑の決定

具体的な量刑の出発点は、各則に規定された個別の構成要件における通常の法定刑である。刑種の法律上の定義と結びつくことで、それぞれの罪について一定の刑の下限および上限が生じる。法定刑の意義はすでに第 4 部 2 で説明し

図２　加重強盗罪の通常の法定刑（刑法 140 条４号）



た。通常の法定刑について具体的な例を示してもう一度説明したい。

2. ２　１個又は２個以上の刑の減軽事由が存在する場合の拡張された法定刑の決定

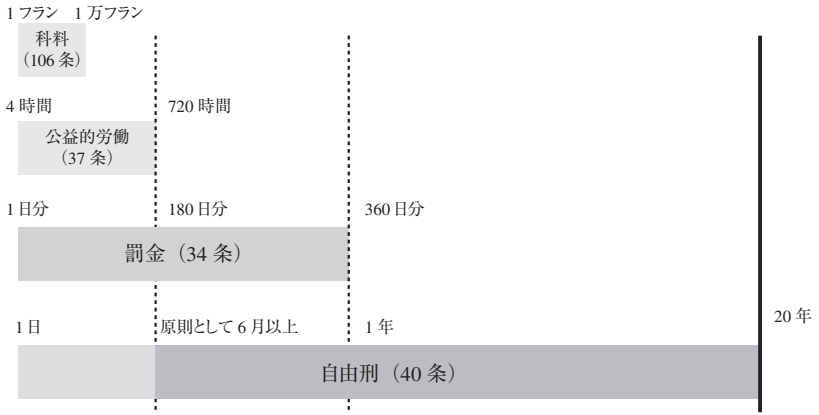
具体的な事例において使用される法定刑の修正は頻繁になされる。なぜなら、刑の減軽事由が顧慮されなければならないからである（刑法 48 条 a）[215)]。

裁判所は、これらの事例ではもはや通常の法定刑の下限には拘束されず、刑種も自由に選択することができる。しかし、それぞれの刑種の法律上の上限および下限は遵守しなければならない。

例えば、ある被告人が加重強盗罪（140 条 4 項）で有罪判決を受ける場合で、行為時に当該被告人が限定責任能力（19 条 2 項）の状態にあったとき、まず通

215）48 条のほかに次に挙げる規定が刑の減軽を定めている。刑を減軽する場合の法定刑の拡張および具体的な量刑は 48 条 a による。11 条 4 項（不作為犯）、16 条 1 項（過剰防衛）、18 条 1 項（免責可能な緊急避難の一定の場合〔危険にさらされた利益を諦めることが期待可能だった場合〕）、19 条 2 項（限定責任能力）、21 条 2 文（回避可能な違法性の錯誤）、22 条 1 項（未遂）、23 条（中止又は行為による悔悟〔既遂の阻止〕）、25 条（従犯）、26 条（特別義務犯〔Sonderdelikt〕の共犯）、101 条 2 項（時効にかからない犯罪）、123 条 1 項 2 段（単純傷害罪の軽微な事例）、173 条 4 項および 174 条 3 項（名誉に対する罪〔事実に反することを認めて撤回した場合〕）、185 条 4 項（略取誘拐〔要求を撤回して人質を解放した場合〕）、260 条の 3 第 2 項（犯罪的集団への関与〔さらなる犯罪的活動を阻止しようとした場合〕）、308 条（司法に対する罪〔自己又は近親者の刑事訴追を免れるため偽証等を行った場合〕）〔訳者注：講演者によれば、ここに刑の減軽を定めた規定の全てが挙げられているということである〕。

図３　限定責任能力（19 条２項と 48 条ａとを併せて読む）の犯人による加重強盗罪（140 条４項）の拡張された法定刑



常の法定刑は 5 年以上 20 年以下の自由刑となる。限定責任能力という刑の減軽事由が存在するため、法定刑は下方に開かれる（48 条 a）。その結果、拡張された法定刑は次のような内容となる（図 3 を参照）。

・1 スイスフラン以上 1 万スイスフラン以下の科料（106 条）

・4 時間以上 720 日以下の公益的労働（37 条）

・1 日分以上 360 日分以下の罰金（34 条）

・6 月以上 20 年以下の自由刑（40 条）

したがって、拡張された法定刑の最下限は、1 スイスフランの科料である。これは上述の事例にだけ妥当するのではなく、刑の減軽事由が 1 個だけ存在する場合には、あらゆる事例のヴァリエーションに妥当する。

立法者は、48 条 a に基づいて拡張された法定刑によっても、最も軽い責任および最も重い責任はいかなる範囲になければならないのかに関する指示を裁判所に与えている。大まかで抽象的な責任の限界ないし刑量の限界である。

立法者は、2007 年の総則改正において、段階的に法定刑を拡張する体系の導入を断念した。立法者は、あらゆる場合に備えて、全ての使用可能な刑種の

範囲内での自由裁量に基づく刑の減軽を導入した[216]。結果的に刑の減軽事由が存在する場合の法定刑は非常に広く、犯行の不法が大きい犯罪（例：殺人の罪）では広範囲に過ぎることが明らかとなっている。限定責任能力の状態で行われた謀殺罪（112 条）の場合には、1 スイスフランの科料から無期自由刑までのあらゆる刑種を包含する拡張された法定刑が生じるのである。つまり、裁判所は、当該犯罪が問題となる場合には、事実上もはや防護柵を有していない。

裁判所は、具体的な量刑の際に（後述 2.5 を参照）通常の法定刑の枠内で刑を軽くする（義務的な刑の軽減〔*obligatorische Strafminderung*〕）。また、裁判所は、刑を通常の法定刑の下方にまで大幅に引き下げることができる――しかし、そうしなければならないわけではない――（刑の任意的な減軽〔*fakultative Strafmilderung*〕）。

ドイツ語の用語法について。〔スイス刑法では〕通常の法定刑の枠内での刑の引き下げは、刑の軽減（*Strafminderung*）と呼ばれる。拡張された法定刑まで〔刑を〕引き下げること、つまり通常の法定刑を下回ることは、刑の減軽（*Strafmilderung*）と呼ばれる。この区別は、1800 年頃の刑法典編纂まで遡る[217]。

2. 3　犯罪競合の場合の拡張された法定刑の決定（刑法 49 条 1 項）

裁判所の実務においては、犯人が 2 個以上の犯罪を実行して起訴されることがよくある。スイスの刑法および刑事訴訟法では手続一回性の原則が妥当するからである。すなわち、被告人が 2 個以上の犯罪を実行した場合には、別の場所で実行したときでも、同じ機関により訴追され、判決が下されるべきとされている[218]。刑法は、犯罪行為あるいは処罰規定の同時発生・適用の場合、より正確には〔そのうちの〕真正の犯罪競合（echte Konkurrenz）の場合につき、

216）旧法では、単純な刑の減軽事由と特別な（qualifiziert）刑の減軽事由〔自由裁量による減軽〕とが区別されていた。単純な刑の減軽事由の場合は、法定刑は〔減軽方法を定めた〕特定の規定（旧 65 条参照）に従い減軽された。特別な刑の減軽事由の場合は、法定刑の下限は科料にまで開かれた――現在と同様（旧 66 条参照）。

217）*Hepp,* 1836, 38 ff. m.H. を参照。

表８　真正の犯罪競合と不真正の犯罪競合との区別

<table>
<tr><td colspan="2">真正の犯罪競合</td><td>不真正の犯罪競合
（法条競合又は表見的競合）</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">真正の観念的競合</td><td>不真正の観念的競合</td><td rowspan="2">1 個の行為
2 個以上の処罰規定</td></tr>
<tr><td>同種
例：家屋爆破で 5 名殺害（=複数の謀殺〔112 条〕およびその他の犯罪）</td><td>異種
例：顔殴打に伴い眼鏡が破損（=傷害〔123 条〕および器物損壊〔144 条〕）</td><td>処断される行為の不法内容はすでに競合する規定で完全に罰される
特別関係―吸収関係―補充関係―択一関係を検討</td></tr>
<tr><td colspan="2">真正の実在的競合〔併合罪〕</td><td>不真正の実在的競合</td><td rowspan="2">複数の行為
1 個又は 2 個以上の処罰規定</td></tr>
<tr><td>同種
例：1 月、6 月そして 10 月に万引（=複数の窃盗〔139 条と 172 条の 3 第 1 項とを併せて読む〕）</td><td>異種
例：窃盗（138 条）、器物損壊（144 条）および強盗（140 条）を遂行</td><td>共罰的事前又は事後行為
事前行為―例：性的行為の強要の後に強姦（190 条。189 条適用なし）
事後行為―例：窃盗犯人が犯行後に物を破壊（139 条。144 条の適用なし）</td></tr>
<tr><td colspan="2">刑の加重（49 条 1 項）</td><td colspan="2">刑の加重なし</td></tr>
</table>

法定刑の決定および量刑に関する特別の規定を置いている[219]。スイスでは、ドイツやイタリアとは異なり、量刑に関して真正の観念的競合（Idealkonkurrenz）か実在的競合（Realkonkurrenz）かどうかで区別はされていない。

49 条 1 項は、1 個又は 2 個以上の可罰的行為により 2 個以上の同種の刑の要

218）刑法 49 条、刑事訴訟法 29 条 1 項 a 号および 34 条 1 項。刑事訴訟法 34 条 3 項は、手続を 1 つにできないために異なる裁判所によって 2 個以上の同種の刑を言い渡された者に、申請により刑法 49 条 1 項に基づいて 1 個の全体判決を下すことを認めている。このような複数の犯罪を実行した者に対する統一的な手続は、手続的な合目的性の要請に基づくものであり、統一的な量刑とその後の統一的で首尾一貫した執行を可能とする。BGE 127 IV 135 E. 2e; BStrGer Entscheid vom 24.5.2006, BB.2006.9, E. 3, および Entscheid vom 9.10.2007, BB.2007.21, E. 3（裁判籍）を参照。

219）さらに詳しくは、*Schwarzenegger*, 42 ff. m.H.

件を充足した場合に適用可能である。厳密にみると、49 条 1 項は決して犯罪競合のあらゆるケースについて規定しているわけではない。可罰的行為又は刑罰規定の真正の犯罪競合の場合であっても、同種ではない刑を科すべきときは、法律上〔特段〕の定めがないため、裁判所は、それぞれの行為について個別に法定刑を決定して量刑を行い、犯人にその全ての刑を科さなければならない（併科主義〔*Kumulationsprinzip*〕）。

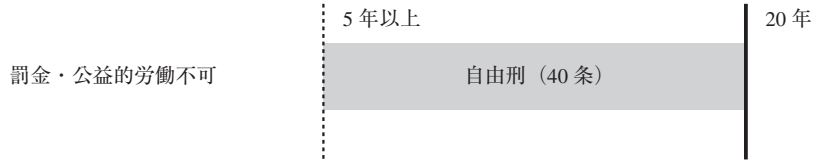
同種の刑の場合にのみ加重主義（*Asperationsprinzip〔exasperatio poenae〕*）が妥当し、その場合は複数の犯行についての全体刑（Gesamtstrafe）が決定される。この点を敷衍すると、全体刑は個別に量刑された場合の刑の合計よりも軽くなるべきである。この原則は、刑は長くなるにつれて被収容者にとって一層〔累進的・加速度的に〕厳しくなることにより根拠づけられる。つまり、被収容者の自由権に対する〔一定期間ごとの〕侵害は、常に同じわけではなく、刑期の上昇につれて大きくなっていく。

2 個以上の同種の刑の要件が存在するかどうかの判断は、2 通りの方法によりなされうる。1 つ目は、個々の犯行に相応しい刑を個別的・具体的に比較することによって判断する方法である（具体的方法）。2 つ目は、該当する構成要件に規定されている刑罰を一般的・抽象的に比較することによって判断する方法である（抽象的方法）。具体的方法では、刑の同種性は、法定刑を決定して具体的な量刑を行った後、結果として同じ種類の刑（自由刑、罰金、公益的労働、科料）になった場合にようやく認められる。これに対して、抽象的方法では、該当する構成要件の通常の法定刑を比較することで足りる。〔各犯罪構成要件に定められた〕刑の中に挙げられた刑種が同じである場合には、同種性を肯定することができる[220]。連邦裁判所は――ただし歴史的根拠の詳細な調査はせずに――具体的方法を支持する判断を示した[221]。もっとも、学説ではこの考え

220）*Schwarzenegger*, 45 f.

221）BGE 138 IV 122 Erw. 5.2 m.w.H., BGer vom 22.10.2013, 6B_499/2013, Erw. 1.7, BGer vom 16.1.2014, 6B_370/2013, Erw. 3.2.5, BGer vom 26.5.2014, 6B_681/2013, Erw. 1.3.3, 最近では BGer vom 26.1.2015, 6B_157/2014, Erw. 2.2.

図４　複数回実行された加重強盗の拡張された法定刑（140 条４号および 49 条１項）



方に対する評価は依然として分かれている[222)]。

同種の刑のケースでは、法定刑は上方に〔加重する方向に〕拡張される。〔複数の犯罪のうち〕最も重い罪の通常の法定刑の上限が 2 分の 1 加算される。ただし、当該刑種の法律上の上限を上回ることは許されない（49 条 1 項）。〔上記の図 4 の〕複数回実行された加重強盗の例は、法定刑に変更が生じないことを示している。〔最も重い罪の上限の 2 分の 1 を加算するという〕上述のルールによれば、拡張された法定刑の上限は 30 年以下（10 年の加算）となるはずである。しかし、40 条は当該刑種について 20 年を上限としており、法律上の刑種の上限を上回ることは許されないため、法定刑はそのままで変わらない。

裁判所は、具体的な量刑の際に（後述 2.5 を参照）刑を通常の法定刑の枠内で重くする（義務的な〔量〕刑の引上げ〔*obligatorische Straferhöhung*〕）。また、裁判所は、刑を通常の法定刑の上方にまで大幅に引き上げることができる――しかし、そうしなければならないわけではない――（裁量的な刑の加重〔*fakultative Strafschärfung*〕）[223)]。このドイツ語の用語法は、19 世紀初頭に遡る。

困難な問題に直面するのは、いわゆる事後的な犯罪競合（*retrospektive Konkurrenz*）の場合である（49 条 2 項）。これについては本稿では扱わない。

222）この点について詳しくは、*Koch*, 84 ff., 102 ff. *Giovannone-Hofmann*, 5 も参照。賛成しているのは、*Ackermann*, BSK StGB I, N 86 f. zu Art. 49, StGB Kommentar-*Hug*, N 5 zu Art. 49, *Riedo*, 358, *Stratenwerth*, Gesamtstrafenbildung, 349 f., *Trechsel/Affolter-Eijsten*, Praxiskommentar, N 7 zu Art. 49. 異なるのは、*Koch*, 113 f., 116. 簡易化の立法提案については、*Koch*, 156, 287 ff. を参照。反対しているのは、*Dolge*, 76 f., *Schwarzenegger*, 46 ff.

223）*Hepp*, 38 ff. m.H. を参照。

2. 4　刑の減軽事由と加重事由の併存

刑法 48 条 a に規定された刑の減軽事由と 49 条 1 項に規定された刑の加重事由が併存する場合、両方の法律効果が組み合わされることになる。すなわち、法定刑は上方および下方に拡張される。裁判所は、義務的に刑の軽減と引き上げを行わなければならない。また、裁判所は、裁量的に刑を加重または減軽することができる。

2. 5　通常の法定刑又は拡張された法定刑の枠内での量刑（刑法 47 条）

通常の法定刑又は拡張された法定刑は、責任相応の刑の幅を限界づけている。例を挙げて示してきたとおり、立法者は裁判所に対して非常に広く限界を設定した。

具体的な量刑の際には、個々の責任要素の検討と刑量への換算が問題となる。現在の量刑体系による責任の刑への数量化は不精確である。47 条に規定されている諸概念は漠然としており、精密な算出を可能とするものではない。さらに、連邦裁判所も、量刑の各段階についての数値や詳細な判示を求めていない。むしろ、連邦裁判所は「原審が法律に規定された法定刑を上回った又は下回った場合、法的に重要ではない基準を基礎とした又は重要な観点を考慮しなかったあるいは裁量を逸脱又は濫用して誤って評価をした場合」[224] にだけ量刑に介入する。このため、量刑は、精密さの点において犯罪行為の要件（構成要件、違法性、責任）の検討に大きく遅れをとっている。

法は、47 条で量刑の「原則」を規定している。47 条 1 項 1 文によれば、裁判所は、犯人の責任（*Verschulden*）に応じて刑を量定する。これに関して 47 条 2 項は法的な定義を規定している。責任は、次の要素から構成される。

・被害法益の侵害又は危殆化の重大性

・行為の悪質性

・犯人の動機および目的

224）BGE 135 IV 130, Erw. 5.3.1, 134 IV 17, Erw. 2.1 je m.H.

・犯人が内的および外的状況によれば法益の危殆化又は侵害を回避することができた程度

もっとも、このような責任要素のリストアップは完全なものではない[225]。以下では、行為関係要素と行為者関係要素[226]という伝統的な分類とは異なる、理論的な考察を基礎とする責任要素の分類を行いたい。

a） 犯罪行為の不法を徴表する責任（Verschulden）メルクマール

「被害法益の侵害又は危殆化の重大性」（47 条 2 項）という責任メルクマールは、結果の不法を示すものである。保護法益が重要であればあるほど（例えば生命）、この責任メルクマールはより大きな重みを持つことになる。法益の危殆化から侵害までのグラデーションは、徐々に増大する形で責任に反映される。未遂（22 条）は、既遂犯との関係において結果不法がより少ないと説明することができる。未遂は、法益を危殆化しただけですでに可罰的である。

「行為の悪質性（Verwerflichkeit des Handelns）」（47 条 2 項）という責任メルクマールでは、犯行の結果不法（*Erfolgsunrecht*）（行為の性質および態様）と行為不法（Handlungsunrecht）（故意の態様、計画性の程度、過失犯における注意義務違反の態様）の双方が捕捉される。

「犯人の動機および目的（Beweggründe und Ziele des Täters）」（47 条 2 項）は、さらなる責任メルクマールとして行為不法と結びつくものである（強欲、権力欲、復讐、エゴイズム）。

不法を増加させる又は減少させるメルクマールは一部がすでに構成要件に取り込まれている。例えば、謀殺罪における特に悪質な動機（112 条）や利欲（135 条 2 項、313 条）がそれである。また、尊重に値する動機（48 条 a 号 1、114 条）のように、立法者が同じ減軽事由を総則と各則に分けて規定している場合もある。これらの例では、不法に関連する諸要素はすでに帰属〔犯罪論〕において捕捉されており、量刑の枠組みでもう一度考慮することは許されない（二重評価禁止〔*Doppelverwertungsverbot*〕）。

225）*Stratenwerth*, AT II, § 6 N 17. 参照。

226）この点については前述の第 5 部 1 を参照。

b）　不法〔の実現〕に関する犯人の非難可能性を徴表する責任メルクマール

「犯人が内的および外的状況によれば法益の危殆化又は侵害を回避することができた程度」（47 条 2 項）は、意思決定の自由の程度（*Mass an Entscheidungsfreiheit*）の評価を求める責任メルクマールである。個々人について問題とされ、行為者が判断時に自由であればあるほど責任は大きくなる。19 条 2 項に規定された限定的な弁識能力や制御能力は、立法者が独立の刑の減軽事由を規定した特別な場合である。過剰防衛（16 条 1 項）、免責可能な緊急避難の一定の場合（18 条 1 項）、そして回避可能な違法性の錯誤（21 条 2 文）といった特別の刑の減軽事由もまた意思決定の自由の程度が比較的小さいことの表れである。これらはいずれも立法者により刑の減軽事由として個別に刑法典中に取り上げられている。

不法の実現についての個人の非難可能性を特徴づけるさらなる責任要素は、「経歴（Vorleben）」である（47 条 1 項 2 文）。敷衍すると、経歴からは具体的な行為の特別な非難可能性が導かれうる。すなわち、同種の犯罪で処罰された前科（Vorstrafe）からは、犯人は前に処罰されたにもかかわらず不法に対する洞察を及ぼさなかったことが推認され、このことは責任（Verschulden）を重くする。しかし、「経歴」は、第一義的には責任とは関係のない量刑の基準である。前科は、特別予防目的になじむ。前科が特別の危険性（例えば多くの同種の再犯）又は特別な治療の必要性（例えばアルコール依存者のためのプログラム）を示すような場合がそうである。

「個人的状況（persönlichen Verhältnisse）」（47 条 1 項 2 文）という責任メルクマールからもまた、具体的な犯罪行為の非難可能性を推認することができる。例えば、犯人が良好な所得状況にもかかわらず罪を犯した場合には、彼の「犯罪的エネルギー」から〔非難可能性を〕推し量ることができる。この場合の責任は、貧しさから又は状況に絶望して罪を犯した場合のそれよりも重くなる。しかし、この量刑基準もまた第一義的には予防を志向している[227)]。

227）部分的に異なるのは 、BGE 136 IV 55.

c） 責任と関連しない量刑の諸要素

まず、そもそもこのような要素が量刑において考慮されてよいのかという問題が生ずる。というのは、47 条の基本原則によれば、刑は犯人の責任に応じて量定されなければならないからである。

連邦裁判所の判例は、正当にも、責任相応刑は一定の定まった大きさを示すもの（点の理論〔*Punkttheorie*〕）ではなく、一定の枠の中で動くものであるという理解（幅の理論〔*Spielraumtheorie*〕）を基礎としている。概念や責任の刑量への具体的な換算の不精確さは、顧慮すべき要素の評価にあたり裁判所に一定の裁量の幅を認める[228]。それゆえ、裁判所は、この枠内で責任以外の量刑原理を考慮することが許される。したがって、責任相応刑の限界の中で予防目的も考慮することができる。もっとも、責任相応刑の上回りも下回りも許されない[229]。この判例に関しては、とりわけ責任相当よりも下に位置する刑（いわゆる責任下回り刑〔Unterschuldstrafe〕[230]）を場合によっては認める可能性をめぐり異論が全くみられないわけではない[231]。

47 条 1 項 2 文では「刑が犯人の生活に与える効果」が量刑メルクマールとして挙げられている。ここでは純粋な特別予防的側面が問題となっている。犯人は刑によって将来の再犯を思いとどまり（積極的特別予防）、また、懲らしめ（Denkzettel）を受けるのである（消極的特別予防）。

228）例えば、BGE 118 IV 338 Erw. 2a, 122 IV 300 Erw. 2a, 135 IV 134 Erw. 5.3.1, 最近では BGer vom 9.10.2014, 6B_69/2014, Erw. 2.3 参照。この点についてはさらに、*Trechsel/Affolter-Eijsten*, Praxiskommentar, N 4 zu Art. 47, *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 13 zu Art. 47. *Stratenwerth*, AT II, § 6 N 66 f. も参照。

229）BGE 118 IV 350 Erw. 2g, 134 IV 75 Erw. 7.3.2. さらに、BGE 121 IV 263 Erw. 1a, 129 IV 164 Erw. 4.2（責任相応刑が「骨抜きに」されることは許されない 。刑罰－通院治療処分の関係）、*Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 68 ff. zu Art. 47, *Stratenwerth*, AT II, § 6 N 69 f., 74 参照。

230）*Hug*, Bemerkungen, 233, *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 78 zu Art. 47.

231）この点について詳しくは、*Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 75 ff. zu Art. 47. さらに、*Trechsel/Affolter-Eijsten*, Praxiskommentar, N 12 f. zu Art. 47. BStGer vom 25.9.2012, SK.2011.29, Erw. 4.3 参照。簡易手続（abgekürztes Verfahren）での責任相当程度を下回る刑に関して。

前項で取り上げた「経歴」、「個人的状況」および「犯行後の態度」は、同様に特別予防を志向している。

連邦裁判所は、量刑の際に一般予防的考慮を取り入れることは許されると繰り返し判断している[232)]。一般予防的考慮は、責任を規定する具体的犯行の全体的な不法・責任の重さの評価に際して、基本的に次のような意味で行われるものだという。すなわち、刑は一般の人々に刑法規範を遵守する契機を与えるのに適したものでなければならないということである。そのような方法で犯罪予防への寄与が行われるべきだという。ただし、一般予防の考え方の考慮は、それにより「責任相応刑」を上回らない限りにおいてのみ認められている[233)]。

この判例は学説において強く批判されている[234)]。実際、個別の事例において何らかの見せしめを行おうとすることは失当である。そもそも見せしめ的な科刑が威嚇効果を持つのかは疑問なので、なおさらである[235)]。刑罰の予告を手段とする一般予防的効果を考慮することは、基本的に立法者の役割である[236)]。立法以外の場面では、一般予防的必要性はせいぜい特定の犯罪類型で利用可能な法定刑が十分に活用されているかどうかを考えさせる契機となるくらいであろう[237)]。

法は、さらに修復的な刑罰目的（48 条 d 号、53 条）を規定している。刑事手続における振舞いや自白を刑を軽減する方向で考慮することもこれに関係する。

これまでにみてきた要素とは全く別に、国家の違法な行為により惹起された事実（例えば迅速手続の要請に反したこと）もまた考慮に含まれる。量刑におけ

232）Kritisch u.a. *Albrecht*, Bemerkungen, 1182.

233）BGE 116 IV 290 Erw. 2a, 118 IV 25 Erw. 2b, 118 IV 350 Erw. 2g, 134 IV 75 Erw. 7.3.2, 最近では BGer vom 3.3.2014, 6B_510/2013, Erw. 4.4.

234）*Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 74 zu Art. 47 m.w.H., *Trechsel/Affolter-Eijsten*, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 47 参照。

235）前掲第 1 部 3 を参照。*Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 72 f. zu Art. 47, *Mazzucchelli*, BSK StGB I, N 18, 20 zu Art. 41 も参照。それによれば、予防の必要性で短期自由刑を根拠づけることは許されない。

236）同様なのは、BGE 94 IV 111 Erw. 7.

237）同様なのは、*Trechsel/Affolter-Eijsten*, Praxiskommentar, N 10 zu Art. 47.

るこのような考慮は実際上の理由から生じるものである。

d） 責任の評価および刑量の決定の順序

具体的な量刑は、犯罪行為の不法を徴表する責任メルクマールの評価から始まる。その後、不法〔の実現〕に関する個人の非難可能性を徴表する責任メルクマールが評価される。その結果、段階的に評価されうる責任の程度（軽い責任、中程度の責任、重い責任）がもたらされる。

責任の程度は、通常の法定刑内で刑量に換算される。刑の減軽事由又は刑の加重事由が存在する場合には、裁判所は刑を軽減し又は引き上げなければならない。裁判所は、通常の法定刑の限界〔下限・上限〕を下回ることや上回ることもできる（刑の減軽、刑の加重）。

その後、裁判所は、特別予防的な刑罰目的や修復的な刑罰目的に基づいて刑量の修正を行う（ただし責任相応刑の枠内で）。最後に、国家の逸脱行動でも刑量の調整を行うことができる。

未決拘禁の期間は刑に算入することができる（51 条）。

個々の段階について〔判決で〕数値を示す必要はない。しかし、法律は、量刑の各段階の根拠づけを要求している（50 条）。

〔文献〕*P. Albrecht*, Bemerkungen zu Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, 22. November 2007, i.S. X. c. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 6B_131/2007, BGE 134 IV 17 ff., AJP 17（2008）, 1181（zit. «*Albrecht*, Bemerkungen»）, *A. Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, ZStrR 128（2010）58, *A. Donatsch*（Hrsg.）, StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013（zit. «StGB Kommentar-*Autor*»）, *K. Giovannone-Hofmann*, Bemerkungen zu Nr. 1 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 4. Februar 2011 i.S. X gegen die Oberstaatsanwaltschaft Zürich - 137 IV 57, Forumpoenale 2012, 2, *F. C. Th. Hepp*, Die Theorie von der Zurechnung und von den Milderungsgründen der Strafe, Heidelberg 1836, *M. Hug*, Bemerkungen zu Nr. 52 Bundesgericht, Urteil vom 22. November 2007, Strafrechtliche Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B_131/2007, BGE 134 IV 17（ausschnittsweiser Abdruck）, fp 2008, 230（zit. «*Hug*, Bemerkungen»）, *M. Hug*, Der Trend des Bundesgerichtes zu härteren Strafen, insbesondere im Lichte von BGE 136 IV 55 zur verminderten Schuldfähigkeit, Forumpoenale 2011, 361（zit. «*Hug*, Trend»）, *S. Koch*, Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, Diss. Zürich 2013, *B.-D. Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）,

Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *Ch. Riedo*, Retrospektive Intransparenz, Bemerkungen zu Art. 49 Abs. 2 StGB, in: Droit pénal et diversités culturelles, Festschrift für José Hurtado Pozo, hrsg. von N. Queloz/M. Niggli/Ch. Riedo, Genf 2012, 341, *Ch. Schwarzenegger*, Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz（Art. 49 Abs. 1 StGB）, in: «Toujours agité - jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, hrsg. von M. Heer/S. Heimgartner/M.A. Niggli/M. Thommen, Basel 2011, 37, *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006（zit. «*Stratenwerth*, AT II»）, *G. Stratenwerth*, Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, Forumpoenale 2008, 356（zit. «*Stratenwerth*, fp 2008»）, *G. Stratenwerth*, Erneut zur Gesamtstrafenbildung, Forumpoenale 2011, 349（zit. «*Stratenwerth*, Gesamtstrafenbildung»）, *St. Trechsel/M. Pieth*（Hrsg.）, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012（zit. «*Autor*, Praxiskommentar»）.

第 6 部　罰金と科料の量定

小池信太郎／訳

1. 罰金の量定

罰金刑の決定にあたり、罰金の日数（Anzahl der Tagessätze）（1 ～ 360 日分[238]）と一日分の金額（Höhe des Tagessatzes）（原則 30[239] ～ 3000 スイスフラン〔約 3500 円～ 35 万円〕）は厳格に区別されなければならない[240]。罰金刑は――科料（刑法 106 条）とは異なり――総額罰金ではない[241]。つまり、まず責任の大きさが罰金の日数に置き換えられる（34 条 1 項）。しかる後に初めて日額の高さが検討される（34 条 2 項）。支払われるべき罰金刑は、日数と日額を掛け合わせることで算出される。日数と日額は判決で明示されなければならない（34 条 4

238）刑法 305 条の 2 第 2 項第 1 段〔資金洗浄〕では 500 日分が上限である。そのほか、特別刑法における刑法 34 条 1 項と異なる上限については、*Cimichella*, 53 ff. を参照。

239）判例による。刑法典は下限額を示していない。

240）BGE 134 IV 65 f. Erw. 5.2, BGer vom 29.3.2008, 6B_476/2007, Erw. 3.3. *Cimichella*, 3, 8, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 34 を参照。

241）BGE 134 IV 64 Erw. 4.1. *Cimichella*, 42, *Dolge*, BSK StGB I, N 11 f., 27 f. zu Art. 34 を参照。

項）。この2段階の量刑により、罰金は、一方でより透明、より理解可能なものとなる[242]。他方で、収入又は資産の多い犯人が困窮している犯人よりも高額の罰金を支払わなければならないため、より正義に適っている。自由権、ここでは所有権の自由と生活行動の制限が、富める者と貧しい者に等しい痛みを与えることになるのである。

反対のやり方は許されない[243]。すなわち、裁判所は、例えば、最初に総額を定め、ようやく第2ステップで日数と日額を決めること[244]、あるいは、日数が少ない場合に、総額が不当に低いと思われるという理由で日額を後から引き上げること[245]は許されない。

罰金の日数の量定は、刑法34条1項2文により、犯人の責任に即して行う。基準となるのは47条に挙げられたすべての量刑要素であり、特に47条1項2文に示された人的要素も含む。つまり、自由刑の場合と同じように考えることになる[246]。ただ、犯人の現在の経済状態は、日数の決定に際してではなく、日額の高さの量定（34条2項）にあたって初めて考慮されるべきものである[247]。特に良好な経済状態は、それゆえ、主として日額の高さの算定に際して考慮されなければならない。さもなくば、犯人は二重評価により不利に扱われることになるからである[248]。

242）BGE 134 IV 66 Erw. 5.2, *Dolge*, BSK StGB I, N 12, 27, 95 zu Art. 3. *Heine*, 5 参照。

243）*Dolge*, BSK StGB I, N 29 zu Art. 34.

244）BGer vom 29.3.2008, 6B_476/2007, Erw. 3.2, *Heine*, 6, *Sollberger*, 251 参照。

245）BGE 134 IV 73 Erw. 6.6, BGer vom 13.5.2008, 6B_152/2007, Erw. 8.4.5, BGer vom 30.6.2009, 6B_760/2008, Erw. 2.1, Forumpoenale 2010, 203, *Heine*, 6. もっとも、これは裁判所の広範な裁量ゆえに防ぎにくい。*Killias* et al., AT, Rz. 1324.

246）BGE 134 IV 66 Erw. 5.3. Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Binggeli*, 67, *Dolge*, BSK StGB I, N 39 zu Art. 34, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 6 zu Art. 34, *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 35 zu Art. 47 参照。

247）*Dolge*, BSK StGB I, N 40, 45 ff. zu Art. 34, *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 37 f. zu Art. 47.

248）二重評価禁止（Doppelverwertungsverbot）。 BGE 134 IV 66 Erw. 5.3, BGer vom 29.3.2008, 6B_476/2007, Erw. 3.3, BStGer vom 16.9.2008, SK.2007.18, Erw. 4.4. *Dolge*, BSK StGB I, N 40 zu Art. 34 参照。

日額の高さの確定は、罰金刑の量定の中核問題である。いくつもの原則に留意しなければならない。まず、ルールは痛みの平等（*Opfergleichheit*）という原則に整合すべきである[249]。さらに、罰金刑は確かに責任に見合ったものであるべきだが、同時に、更生（*Resozialisierung*）を妨げるべきではない。すなわち、高すぎる日額は非生産的でありうる。とりわけ訴訟費用や被害者の民事上の請求――それらは日額の高さの量定にあたって考慮されるべきではないのだが[250]――も経済的負担となる[251]。また、36 条 1 項の代替自由刑（Ersatzfreiheitsstrafe）の執行が原則化すべきではない。その上、ルールは実践しやすいものでなければならない。裁判所は日数の決定にあたり相対的に広い裁量の幅を持つ以上、日額の高さの算定上、算術的な精確さは存在しないのである[252]。

新刑法総則の草案[253]では、日額の高さの決定に関していわゆる実収入主義（*Nettoeinkommensprinzip*）が予定されていた。実収入主義の制度では、裁判所は、犯人が 1 日に収入として得る又は得ることができるであろう金額を調査する。この収入からの控除は、限定的な範囲でのみ可能である。〔それに対し、〕損失主義（*Einbussenprinzip*）にあっては、犯人に対し 1 日に要求できる損失を基準に日額を決める。裁判所は、収入と評価可能な資産を算定し、そこから扶養義務やそのほかの支払い義務を控除し、犯人にとって剝奪されても耐えうる 1 日の金額を確定するのである[254]。刑法典では、これらの主義のいずれも純粋な形態では実現されなかった[255]。刑法 34 条 2 項 2 文によれば、実収入に加えて、その他の個人的および経済的状態、資産、生活費、扶助義務並びに生存の

249）BGE 134 IV 91 Erw. 7.2.4, Forumpeonale 2009, 288, *Botschaft 1998*, 2019, unter Hinweis auf BGE 92 IV 5 Erw. 1, 101 IV 16 Erw. 3c, *Dolge*, BSK StGB I, N 27, 86 zu Art. 34.

250）BGE 134 IV 71 Erw. 6.4, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.4.

251）*Botschaft 1998*, 2020.

252）BGer vom 30.6.2009, 6B_760/2008, Erw.3, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 34 参照。*Killias*, 631 f., 639, und *Killias* et al., AT, Rz. 1326 の要求も参照。日額の量定は、連邦参事会の政令により直ちに構造化される必要があるという。

253）*Botschaft 1998*, 2021, Bänziger/Hubschmid/Sollberger-Binggeli, 69, *Dolge*, BSK StGB I, N 34 zu Art. 34 参照。

254）ドイツ法からみたこの原則については、*Meier*, 69 f. 参照。

ための最低限が日額の決定のための基準である。

a） 収入（*Einkommen*）には、賃金、恩給ないし年金、土地収入、有価証券およびその他の投資資産並びに現物給付が含まれ、社会保障負担、保険料、職業費用および租税が控除される（刑法上の実収入）[256]。犯人が権利濫用的な行動に出た場合、仮定的収入[257]を基準としなければならない。例えば、重要でない理由で、又は罰金額のことを考えて、収入を放棄する場合である[258]。

b） 資産（*Vermögen*）は、日額の量定上、補充的な意義のみを持つ。それが考慮されるのはとりわけ、犯人が大きな資産を有しているが、収入がない又は少ない場合である。つまり、資産の中から生活費用を賄っている犯人（例：恩給ないし年金受給者）が問題となるケースである[259]。もっとも、

255）BGE 134 IV 67 f. Erw. 5.4, 135 IV 181 Erw. 1.1, *Cimichella*, 62, *Dolge*, BSK StGB I, N 31 ff., 35 f., 52 zu Art. 34, *Killias* et al., AT, Rz. 1323 参照。異説として、*Jeanneret*, 277 f., *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 9 zu Art. 34.

256）BGE 134 IV 68 Erw. 6.1, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.1, BGer vom 3.5.2013, 6B_313/2013, Erw. 2.1, BGer vom 16.7.2013, 6B_281/2013, Erw. 4.1.1, *Dolge*, BSK StGB I, N 52 f., 59 zu Art. 34, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 10, 15 zu Art. 34. 実務では、原則として、健康保険および租税については 30% までの概算控除を認めるのが合理的とされている。特に OGer BE vom 2.7.2009, SK-Nr. 2009/176, Erw. III.4.2d, KGer GR vom 27.4.2011, SK1-11-8, Erw. II.10f m.w.H., *Dolge*, BSK StGB I, N 60 zu Art. 34 参照。

257）*Botschaft 1998*, 2019 参照 . 仮定的収入は、（見積もられた）生活費を基準とする。BGE 134 IV 69 Erw. 6.1 a.E., *Dolge*, BSK StGB I, N 55 zu Art. 34, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 13 zu Art. 34.

258）BGer vom 13.7.2010, 6B_610/2009, Erw. 1.3, Forumpoenale 2011, 23, OGer BE vom 2.7.2009, SK-Nr. 2009/176, Erw. III.4.2a, *Cimichella*, 118 参照。ただし、尊重されるべき（低収入の）職業選択ないし真摯な理由による退職との関係で、*Dolge*, BSK StGB I, N 56 zu Art. 34, und *Heine*, 7 参照。

259）BGE 134 IV 69 f. Erw. 6.2, BGer vom 29.3.2008, 6B_476/2007, Erw. 3.4.2, BGer vom 14.4.2008, 6B_217/2007, Erw. 2.1.2, BGer vom 13.5.2008, 6B_152/2007, Erw. 8.4.2 f., letztmals BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.2, *Dolge*, BSK StGB I, N 62 zu Art. 34, *Heine*, 6, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 14 zu Art. 34. もっとも、ここで die *Botschaft 1998*, 2020, も、変更されることとなった 34 条 2 項の旧案を前提としている。

節約家である犯人が金銭を慎重に取り扱うということゆえに〔日額を高く算定されて〕加重的に処罰されるべきでもない[260]。従って、資産状態はある種の「微調整」のみに適している[261]。

c） 生活費（*Lebensaufwand*）という基準は、連邦裁判所の確立した判例によれば、収入状態が見積もられなければならない場合の補助的論拠として機能する[262]。そこで考慮されるのは、裁判所の下にある犯人の申告および書類から判明するよりも高い生活水準を推認させる事情である[263]。

d） さらに、ありうる「家族に対する義務ないし扶助義務」が、刑を言い渡される者がそれらを実際に履行している限りで、考慮されなければならない[264]。その算定はおおむね家族法の原則に従う[265]。

e） 生存のための最低限（*Existenzminimum*）というのは、強制執行法上の生活最低必要費用（強制執行法〔SchKG〕93 条）を問題とするわけではない[266]。裁判所は、生存のための最低限付近又はそれ以下で暮らしている者について、実収入というベースから離れて、日額をより低く量定することができる[267]。連邦裁判所によれば、「一方で制裁の真剣さが平素の生活行動の

260）BGE 134 IV 70 Erw. 6.2, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.2, *Delnon/Rüdy*, 91.

261）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Sollberger*, 51 参照。

262）BGE 134 IV 70 Erw. 6.3, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.3. 最近では、BGer vom 16.11.2012, 6B_568/2012, Erw. 2.1, BStGer vom 14.12.2010, SK.2010.18, Erw. 7.4.2, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 16 zu Art. 34, vgl. *Dolge*, BSK StGB I, N 68 f. zu Art. 34.

263）*Cimichella*, 167, *Dolge*, BSK StGB I, N 67 zu Art. 34 参照。

264）*Dolge*, BSK StGB I, N 70 zu Art. 34, *Heine*, 6.

265）BGE 134 IV 70 Erw. 6.4, 135 IV 181 f. Erw. 1.1, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.4, *Botschaft 1998*, 2020. *Delnon/Rüdy*, 89 参照。裁判所の実務では配偶者と第一子の概算控除が例えば各 15% である。特に OGer BE vom 2.7.2009, SK-Nr. 2009/176, Erw. III.4.2d, KGer GR vom 8.3.2011, SK1-10-49, Erw. II.8d, *Dolge*, BSK StGB I, N 73 zu Art. 34, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 17 zu Art. 34 参照。 *Breitschmid*, BSK ZGB I, N 10 zu Art. 285 参照。

266）全体につき、BGE 134 IV 71 f. Erw. 6.5.1, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.5, BGer vom 3.5.2013, 6B_313/2013, Erw. 2.1, *Mazzucchelli*, BSK StGB I, N 45 zu Art. 41, vgl. *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 19 zu Art. 34, *Wiprächtiger*, 368. なお異なる見解は、*Delnon/Rüdy*, 93, 95. おそらく *Jeanneret*, 278, 280, *Stratenwerth*, AT II, § 2 N 9 もそうである。

制限により認識可能であるべきだ……が、他方でその制限は……期待可能に思われるものであるべきである」。目安として、実収入からの割引は少なくともその半分は要請される。「罰金日数が多い場合――特に 90 日分を超える罰金刑にあっては――さらに 10 ～ 30％の割引が適当である」[268]。

個々の算定基準の列挙だけで基準額が計算されるわけではないことはもちろんであり、まさにそこにこそ困難がある。2007 年から 2013 年の刑事判決統計によると、罰金の実刑における日額の中央値は、30 ～ 50 スイスフラン〔約 3500 円～約 6000 円〕の間にある[269]。平均的な稼ぎで一家を養う父親はいずれにせよ 100 スイスフラン〔約 1 万 2000 円〕前後の日額を支払うことができる状況には全くないといえよう[270]。

これまでの法律とは異なり、〔2015 年〕改正後の刑法 34 条 2 項は 30 スイスフランという最低日額を定めた――2012 年 3 月 7 日のスイス刑事訴追機関カンファレンツ（KSBS）で推奨されたように[271]――。ただし、犯人の個人的又は経済的状態から要請される場合には、例外的に日額を 10 スイスフランまで下げることができる。この絶対的最低額は、連邦裁判所の確立した判例に由来する[272]。留意すべきは、初犯者はほとんど常に、罰金刑の執行猶予によりもう一度チャンスを与えられることである[273]。

267）BGE 134 IV 72 Erw. 6.5.2, 135 IV 182 Erw. 1.1, BGer vom 29.3.2008, 6B_476/2007, Erw. 3.4.3, BGer vom 13.5.2008, 6B_541/2007, Erw. 6.4.7. 最近では、BGer vom 3.5.2013, 6B_313/2013, Erw. 2.1. *Dolge*, BSK StGB I, N 77 zu Art. 34 参照。

268）BGE 134 IV 73 Erw. 6.5.2 m.w.H., BGE 135 IV 182 Erw. 1.1, BGer vom 13.7.2010, 6B_610/2009, Erw. 1.3, Forumpoenale 2011, 23, BGer vom 3.5.2013, 6B_313/2013, Erw. 2.1. 最近では BGer vom 12.11.2013, 6B_609/2013, Erw. 1.4.3. これに賛成するのは、*Dolge*, BSK StGB I, N 48, 85 zu Art. 34. 正当にも批判的であり、分かりやすい例を示すのは、*Heine*, 8, *Omlin*, 302.

269）Bundesamt für Statistik, Strafurteilsstatistik T 19.3.3.2.2.1.2 und T 19.3.3.2.2.2.1（Stand 30.6.2014）. 経済的弱者に対する日額に関して、*Dolge*, BSK StGB I, N 75, 127 zu Art. 34 も参照。

270）しかしながら、結婚しており、資産がなく、年少の子供 2 人がおり、月収約 7000 スイスフランの家族の父親について 86 スイスフランの日額を見積もる Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Sollberger*, 41 ff., 50 f. の提案を参照。

271）*Thalmann*, 1481 f., *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 5a zu Art. 34.

刑事訴訟法から導かれるのは、犯人には日額の確定に関与ないし協力する義務はないということである[274]。犯人は自分の経済状態を開示しなければならないわけではない。それゆえ、必要な書類を調達するのは基本的に刑事訴追機関および裁判所の仕事であるが、刑法 34 条 3 項は、連邦、カントンおよび地方公共団体の機関に情報提供を義務づけている。そのため、実収入の調査のために、原則として、税額査定データを基礎にできる[275]。

2. 科料の量定

科料（Busse）は、違警罪（Übertretungen）のために定められた刑種である。その量定については刑法 106 条が適用される。例外的に重罪又は軽罪に対してもこの刑種が科されることがありうるのは、42 条 2 項により刑の執行猶予に科料が併科される場合、又は、48 条 a 第 2 項に従い、法定刑の減軽により科料にまで下げられる場合である。

106 条 1 項により、総額罰金の最高額は 1 万スイスフラン〔約 120 万円〕である。ただし、特別刑法にはより高い最高額を予定する多数の規定がみられる[276]。

272）BGE 135 IV 185 Erw. 1.4.2, BGer vom 13.7.2010, 6B_610/2009, Erw. 1.3, 1.5, Forumpoenale 2011, 23 f. 最近では、BGer vom 19.4.2012, 6B_792/2011, Erw. 1.4.2. BGE 134 IV 72 Erw. 6.5.2 参照。これに賛成する、*Dolge*, BSK StGB I, N 44, 80 zu Art. 34, *Lenzinger*, 40. OGer SO vom 25.9.2008, STAPP.2007.43, Forumpoenale 2009, 99 も参照。批判的なのは特に、*Omlin*, 303, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 5–5a zu Art. 34（1 スイスフランの最低額を推奨）。*Albrecht*, 301, *Killias* et al., AT, Rz. 1321 も参照。この批判的見解に賛同するのは、*Heine*, 7. すでに刑事手続自体が犯人に対するスティグマ付与に役立つから、1 スイスフランという日額ですら象徴的な刑罰にとどまるものではないという。

273）BGE 134 IV 104 Erw. 5.2.3, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.5 参照。「執行猶予が事実上保証されている」ことの問題性については、*Killias*, 637, 640 参照。*Heine*, 2, *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 36 zu Art. 42 も参照。

274）刑事訴訟法 113 条 1 項、158 条 1 項 b 号、*Cimichella*, 119, *Dolge*, BSK StGB I, N 88 zu Art. 34 参照。

275）BGE 134 IV 69 Erw. 6.1, BGer vom 11.1.2010, 6B_845/2009, Erw. 1.1.1, vgl. BStGer vom 21.9.2010, BG.2010.11, Erw. 3.3, TPF 2010 138 f., *Dolge*, BSK StGB I, N 88 f. zu Art. 34, *Killias* et al., AT, Rz. 1322, *Trechsel/Keller*, Praxiskommentar, N 20 zu Art. 34.

法律は最低額を定めていないから、最低額は基本的に1スイスフラン〔約120円〕と考えることができる[277]。

科料と代替自由刑は、106条3項により、犯人の状況に応じて、責任に相応する刑が与えられるように量定されなければならない。つまり、金額の決定にとり第一次的には責任が基準となる。第二次的に犯人の（経済）状態に目が向けられる[278]。顧慮されるのは、収入と資産、家族状況および家族に対する義務、職業と所得並びに年齢および健康状態である[279]。

科料の量定は、その要件からして、罰金のそれと同じ原理に従い行われるが、総額刑としての科料[280]は、理論的には2つではなく1つのステップで決められる。その際、47条以下の量刑の一般的ルールが適用される。106条3項は一般的ルールの例外を定めたものではなく、それに科料の特殊性を加味して明確化したものだからである[281]。

49条1項を104条と併せて読むと、複数の違警罪について処断する場合は加重主義（*Asperationsprinzip*）が妥当することがわかる。ただし、同時に重罪又は軽罪の処罰がなされなければならない場合はその限りではない[282]。

106条2項により、裁判所は、最短で1日、最長で3月の代替自由刑（実刑）を必要的に言い渡す。代替自由刑の刑期は罰金日数と、換算率の高さは個々人

276）例えば、核エネルギー法（KEG）93条1項は、違警罪について10万スイスフランの科料を定める。さらなる例につき、*Heimgartner*, BSK StGB I, N 5 zu Art. 106 参照。

277）*Heimgartner*, BSK StGB I, N 6 zu Art. 106 m.w.H., Heine, 4, *Trechsel/Bertossa*, Praxiskommentar, N 1 zu Art. 106, vgl. *Ackermann*, BSK StGB I, N 121 zu Art. 49, *Niggli/Maeder*, BSK StGB I, N 27 zu Art. 22, *Wiprächtiger/Keller*, BSK StGB I, N 1 zu Art. 48a.

278）OGer GL vom 24.8.2012, OG.2010.00041, Erw. III.3b, *Heimgartner*, BSK StGB I, N 19 zu Art. 106 m.w.H.

279）BGE 90 IV 155 f. Erw. 5b, 116 IV 6 Erw. 2a, 129 IV 21 Erw. 6.1 zu alt Art. 48 Ziff. 2 Abs. 2, BGE 134 IV 114 Erw. 6.3.7.1, *Heimgartner*, BSK StGB I, N 21 ff. zu Art. 106, StGB Kommentar-*Hug*, N 4 zu Art. 106 参照。

280）この点につき、BGE 134 IV 64 Erw. 4.1, *Heimgartner*, BSK StGB I, N 19 zu Art. 106, *Omlin*, 301 参照。

281）BGE 119 IV 13 Erw. 4b.

282）BStGer vom 5.4.2012, SK.2012.4, Erw. 5.4.2, *Heimgartner*, BSK StGB I, N 36 ff. zu Art. 106.

についての日額と、それぞれ類比しうる[283]。過半数のカントン刑事訴追機関の実務は、基本的に100スイスフラン〔＝代替自由刑1日〕（約1万2000円）の換算キーで動いている[284]。これはおそらく、90日という代替自由刑の最長期間および1万スイスフランという総額罰金の最高額から導かれているのであろう[285]。

違警罪の科料との関係で大きな実務的意義があるのは、秩序罰法（OBG）[286]である。それによれば、連邦の道路交通規則における違警罪は、簡素化された手続により秩序罰を科される。その際、犯人の経歴や個人的状態は考慮されない。秩序罰の上限は300スイスフラン〔約3万5000円〕である（秩序罰法1条）。

3. 刑法102条による企業に対する科料の量定

102条による企業の処罰に関し、立法者は、独自の企業刑と考えられる科料をとり入れることにした。102条1項2文によると、最高額は500万スイスフラン〔約6億円〕である。具体的な金額の量定に際しては、47～48条又は106条に挙げられた量刑の諸基準は部分的にのみ援用されうる。というのも、102条では組織的責任が前面に出るからである[287]。それゆえ、企業罰金の高さは、102条3項により、組織的欠陥の重大性（*Schwere des Organisationsmangels*）を主たる規準とする。ただし、それに加えて3つの基準が考慮されなければならない。犯行の重大性、惹起された損害および企業の経済的支払能力である[288]。

283）従って、連邦裁判所によると、42条4項の併科刑については、併科科料の額を日額で割るというやり方で日額を換算キーとして用いることが合理的と考えられている。BGE 134 IV 77 Erw. 7.3.3.

284）*Heimgartner*, BSK StGB I, N 14 zu Art. 106, *Heine*, 4, StGB Kommentar-*Hug*, N 5 zu Art. 106, *Lenzinger*, 40 f. 賛成するのは、Hansjakob/Schmitt/Sollberger-*Sollberger*, 115 f. 批判的なのは特に *Abo Youssef*, 49 f., Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Binggeli*, 83 f., *Omlin*, 303.

285）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Binggeli*, 86 参照。

286）Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970（SR 741.03）.

287）これについては、*Niggli/Gfeller*, BSK StGB I, N 331 ff. zu Art. 102 参照。

288）これについては、*Niggli/Gfeller*, BSK StGB I, N 322 ff. zu Art. 102 参照。

〔文献〕*O. Abo Youssef,* Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, ZStrR 128（2010）38, *P. Albrecht*, Anmerkungen zur Diskussion über einen Mindestbetrag des Tagessatzes bei der Geldstrafe gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB, ZStrR 126（2008）292, *F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger*（Hrsg.）, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006（zit. «Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Autor*»）, Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches（Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes）und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem BG über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, Bundesblatt 1999, 1979 ff.（zit. «*Botschaft 1998*»）, *S. Cimichella*, Die Geldstrafe im Schweizerischen Strafrecht, Bern 2006, *V. Delnon/B. Rüdy*, Die Höhe des Tagessatzes gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB, in: Festschrift für Franz Riklin, zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, hrsg. von M.A. Niggli/J. Hurtado Pozo/N. Queloz, Zürich/Basel/Genf 2007, 83, *A. Donatsch*（Hrsg.）, StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013（zit. «StGB Kommentar-*Autor*»）, *G. Heine*, Das neue Strafensystem im Spiegel der Rechtsprechung: blechen oder schwitzen statt sitzen - gegebenenfalls gemischt!, recht 27（2009）1, *Y. Jeanneret*, Droit des sanctions: le Tribunal fédéral souffle le chaud et le froid, ZStrR 126（2008）273, *H. Honsell/N. P. Vogt/T. Geiser*（Hrsg.）, Zivilgesetzbuch, Basler Kommentar, Bd. I, 5. Aufl., Basel 2014（zit. «*Autor*, BSK ZGB I»）, *M. Killias*, Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: Zur erneuten Revision des AT-StGB, ZSR 2011 I, 627, *M. Killias/A. Kuhn/N. Dongois/M. F. Aebi*, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009（zit. «*Killias* et al., AT»）, *F. Lenzinger*, Der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches - Erste Erfahrungen: der Standpunkt einer erstinstanzlichen Richterin, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie 1/2008, 39, *B.-D. Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）, Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *E. Omlin*, Die Geldstrafe - Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?, Forumpoenale 2009, 300, *H. Schmitt*, Mindesttagessatz? Zur Bemessung eines Tagessatzes für Personen in bescheidenen wirtschafltichen Verhältnissen, Forumpoenale 2009, 48, *J. Sollberger*, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 121（2003）244, *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006（zit. «Stratenwerth, AT II»）, *V. Thalmann*, Nouveau droit des sanctions: premiers enseignements de la jurisprudence, AJP 16（2007）1479, *St. Trechsel/M. Pieth*（Hrsg.）, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012（zit. «Autor, Praxiskommentar»）, *H. Wiprächtiger*, Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches - taugliche Instrumente?, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Freiheitsstrafe, bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung - Die Sicht des Bundesgerichts, ZStrR 126（2008）364.

第 7 部　刑の執行猶予と一部執行猶予

小池信太郎／訳

1. 総説

刑の執行は、特別予防的な観点の下では常に問題をはらんでいる。執行の間ずっと、犯人を犯罪行為をしない生活へと導くためにいかに多くの努力をしようとも、である。それゆえ、犯罪者に対し、原則として、実刑になる前にもう一度チャンスを与えることが有意義かつ適切であるように思われる[289)]。

ただし、執行猶予（bedingter Strafvollzug）については、それを付しうる犯罪の重さに関して、限界が設定されている。それもパラドキシカルなことに、上方においてだけではなく下方においても、である。まず、長期の自由刑に処された犯罪者は、執行猶予が特別予防的理由からはより望ましいとしても、受刑しなければならない。謀殺犯人が無期自由刑を言い渡されながら、その刑の執行を猶予されるというならば、執行猶予という制度が一般的に疑問視されることになろう。立法者はこの上限を、自由刑については、〔全部〕執行猶予では 2 年（刑法 42 条）、一部執行猶予では 3 年（43 条）に設定した。

その上、刑の執行猶予はまた、軽い罪の領域（*Bagatellbereich*）でも排除されている。というのも、執行猶予および一部執行猶予に関する規定は、違警罪については適用されない（105 条 1 項）。つまり科料は常に実刑である。罰金については執行猶予が可能であることとは異なる。

289）*Roth*, 11: «Clause de la seconde chance», *Pieth*, 355 ff. m.w.H.

2. 刑の執行猶予（bedingte Strafe）および一部執行猶予（teilbedingte Strafe）の要件

2. 1　客観的〔＝刑に関する〕要件

a）　自由刑

自由刑については、執行猶予および一部執行猶予は、宣告刑の刑期が下記の枠内にある場合に認められうる。

・〔全部〕執行猶予：2 年以下の自由刑（刑法 42 条 1 項）

・一部執行猶予：1 年以上 3 年以下の自由刑（43 条 1 項）

立法者はまた、執行猶予を付しうる自由刑の最下限を 6 月と定めた。理由は、6 月未満の刑は、刑種として原則的に予定されないからである（40 条）。立法者は、執行猶予の失敗（Nichtbewährung）の場合に、短期自由刑が執行されることになるのを避けようとしたのである。2015 年の改正により、6 月未満の自由刑は再び独自の意義を獲得した。2018 年 1 月 1 日より、執行猶予を付しうる最下限ももはや存在しないことになった（新 42 条 1 項）。

一部執行猶予の場合、刑期の最下限は 1 年である。なぜなら、43 条 2 項〔実刑部分が刑期の半分を上回ってはならない〕および 3 項〔実刑部分と猶予部分は各最短 6 月〕の下、全体刑期が 1 年を下回ると、実刑部分が 6 月未満になってしまうからである。

執行猶予を付しうる刑期の限界は、すでに量刑の際、視野に入れられなければならない。裁判所が、全ての責任要素――刑やその執行が犯人の生活に与える効果（47 条 1 項）を含む――を評価して、上限の 2 年（全部猶予・42 条 1 項）や 3 年（一部猶予・43 条 1 項）を少し上回る刑量に達するケースがある。こうしたケースにおいて、連邦裁判所は、上限を超えない自由刑がなお責任相当刑の幅そして裁判所の裁量の幅に収まらないかどうかの検討を要求する。収まるというのであれば、裁判所は、その刑期〔2 年、3 年〕の自由刑を定め、執行猶予ないし一部執行猶予を許さなければならない。しかし、この刑期をわずかに下回る刑がもはや責任相当でないというならば、裁判所は、それをわずかにしか上回らない自由刑も言い渡すことができる。つまり、例えば、25 月〔2 年 1

月〕又は 37 月〔3 年 1 月〕の刑である。法律上の限界値を法解釈の方法で相対化してしまう余地はないというのである[290]。

基準となるのは常に宣告刑の長さであって、なお執行されるべき刑ではない。従って、未決拘禁がなされていること[291]はこの文脈では考慮されない。犯人がすでに未決拘禁により刑期の全部を終えてしまうにもかかわらず、執行猶予や一部執行猶予を付すことすら可能である[292]。

刑法 49 条 2 項〔事後的犯罪競合〕にいう追加刑が言い渡される場合、確立した実務によれば、基本刑および追加刑〔の加算〕により生じる全体刑期が、追加刑において執行猶予が考慮されるか否かの基準となる[293]。

b） 罰金

罰金刑（Geldstrafe）が問題になるのは、12 月を上回る刑が科されない場合のみであるから、立法者はこの刑種については執行猶予の上限を設けなかった。ゆえに、罰金刑はその適用領域全体において執行猶予又は一部執行猶予付きで言い渡すことができる。

2015 年改正により、罰金刑の一部執行猶予は廃止されることとなった。

c） 科料

科料（Busse）について、執行猶予又は一部執行猶予を付すことはできない（刑法 105 条 1 項）。

2. 2 主観的〔＝犯人に関する〕要件：不良な予測（ungünstige Prognose）の欠如

有罪判決を言い渡される者に執行猶予又は一部執行猶予というチャンスを与えることが有意義であるのは、その者がもはや再犯をしないことの十分に具体

290）BGE 134 IV 17, Erw. 3.3. この判例はより詳細な理由づけを要する。旧制裁法の下での BGE 118 IV 337, 127 IV 101 では異なった解釈がとられていた。限界領域では特別予防的理由により刑の下方への修正が行われなければならないとされていた。

291）刑法 51 条、110 条 7 項参照。

292）BGE 81 IV 212, 84 IV 10.

293）BGE 109 IV 70.

的な見込みが存する場合のみである。従って、裁判所は、刑を言い渡される者が刑事手続から必要な教訓を得ているために「犯人が重罪又は軽罪の再犯をすることを防ぐために実刑が必要不可欠と思われない」という期待を持てる場合に執行猶予を許す（刑法 42 条 1 項）。つまり、要求されているのは〔再犯のおそれに関する〕不良な予測の欠如[294]である。精神科医の鑑定意見には「再犯に及ばないことの予測（Legalprognose）」という概念が多くみられる。ただし、犯人の経歴が芳しくないほど、執行猶予の成功の見込み（Bewährungsaussichten）は具体的なものでなければならない。

a） 不良な予測の諸基準

予測を行う際は、犯情、経歴、評判（Leumund）および犯人の性格や猶予の成功の見込みへの有効な推論を許すその他の全事実が考慮されなければならない。再犯リスクの評価については、犯人の人物（*Täterpersönlichkeit*）の全体像をつかむことが不可欠である。関連性がある要素は、例えば以下のものである[295]。

- 前科（strafrechtliche Vorbelastung）[296]（一定の場合には 42 条 2 項が適用される）
- 社会履歴や労働態度[297]
- 社会的な人間関係網[298]
- 依存症の危険[299]や禁酒[300]に関する注意
- 犯行後の態度[301]
- 保護観察（Bewährungshilfe）による支援措置（93 条）[302]、指示（Weisungen）（94 条）又は 66 条以下の処分、例えば職業活動禁止[303]又は運転禁止[304]

294）*Botschaft 1998*, 2049 参照。

295）要約として、BGE 134 IV 140, Erw. 4.4. 理由は判決で示されなければならない。BGE 128 IV 193, Erw. 3a, *Wiprächtiger*, 457 m.w.H 参照。

296）BGE 134 IV 140, Erw. 4.4, 128 IV 193, Erw. 3a. 再犯期間も考慮されなければならない（BGE 118 IV 101）.

297）BGE 134 IV 140, Erw. 4.4, 128 IV 193, Erw. 3a.

298）BGE 134 IV 140, Erw. 4.4, 128 IV 193, Erw. 3a.

299）BGE 134 IV 140, Erw. 4.4, 128 IV 193, Erw. 3a.

300）BGE 134 IV 140, Erw. 4.4, 128 IV 193, Erw. 3a.

301）*Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 76 zu Art. 42 参照。

（あるいは交通犯罪の場合の運転免許取消し）[305] による見込まれる効果

・同じ手続で言い渡される、執行を猶予されていた前刑の〔猶予取消しによる〕執行のショック・警告効果 [306]

それらと別に、再犯予測の評価に際し、基本的に基準とならない一連の観点がある。例えば、犯罪の性質および重大性は、量刑〔刑期の量定〕上考慮されるべきで、再犯予測においては考慮されるべきではない [307]（もっとも、立法者は、一部執行猶予について、43 条 1 項で「責任（Verschulden）」が考慮されるべきとしたことで、この観点をあやふやにした）。

以上のことの帰結として、個々の特定の犯罪カテゴリー、例えば薬物取引や飲酒運転に関し、全ての初犯者と再犯者につき執行猶予を除外することも許されない [308]。また、専ら（あるいは主としてにとどまるとしても）一般予防的考慮から執行猶予を拒否してはならない [309]。

最後に、被告人による犯行の否認ないし黙秘から、不利な予測を引き出してはならない。というのも、第 1 に、犯人は、連邦憲法や欧州人権条約で認められた自己の防御権を行使したことで処罰されてはならない。第 2 に、被告人はその〔供述〕態度について、他に十分な理由を持っていることもあるからである [310]。

（入院および通院）治療処分（*therapeutische Massnahme*）を命じる場合、同時に言い渡す刑の執行は、42 条や 43 条ではなく、57 条 2 項又は 63 条 2 項によってのみ猶予されうる。処分の命令は 56 条 1 項 a 号により「再犯をする危険」

302）BGE 99 IV 69, 100 IV 257, 128 IV 200.

303）67 条。

304）67 条 b。

305）BGE 118 IV 102.

306）BGE 116 IV 100.

307）BGE 73 IV 78. *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 56 zu Art. 42 参照。

308）BGE 101 IV 123; BGE 118 IV 101. BGE 128 IV 199 も参照．それについて詳しくは *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 50, 56 ff. zu Art. 42.

309）*Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 57 zu Art. 42 参照。

310）BGE 101 IV 258. *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 73 ff. zu Art. 42 参照。

を要件としており、それゆえに、不良な予測が前提とされなければならないからである[311]。しかし、処分の執行（がその成果が生じる前に）停止された後、要件を充足すれば事後的に仮釈放がなされうる[312]。

基準となるのは、裁判の時点での状況であり[313]、良好な予測は、執行猶予期間のみに限られてはならず、また処断される犯罪行為と同種の重罪・軽罪に限定されてはならない[314]。

裁判所には、再犯予測評価にあたり甚だしい裁量がある。連邦裁判所がカントンの裁判を破棄するのは、裁判所が法的に基準となる観点から出発しなかった場合又はそれらの観点を裁量の逸脱ないし濫用により不適切に評価した場合のみである[315]。ただし、42 条 1 項が原則として良好な予測を、同 2 項が不良な予測を出発点としており、その限りで 2007 年総則改正は裁量の幅を狭めたことになる。

b）（重要な）前科がない者の再犯予測

刑法旧 41 条に関する実務では、初犯者は、刑期が妨げにならず、治療処分が命じられない限りで、常に執行猶予が認められるのが大原則であった。そうした実務を立法者は、〔現行〕42 条 1 項で、執行猶予の許可は初犯者には「原則」であるとした限りで考慮している。それゆえ、初犯者の場合には、良好な予測が存し、刑の執行猶予を認めうることを特段理由づける必要はない。むしろ、不良な予測の欠如が要件なのである[316]。別の表現をすれば、良好な予測が推定され、それゆえに詳細な理由づけは、裁判所が異なった判断をしようとするときにのみ必要となる。

311）BGE 135 IV 180, Erw. 2.3 m.H. それについて、*Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 24 ff. zu Art. 42. いずれにせよ、通院処分（63 条）に代えて執行猶予を命じ、同じような指示（Weisung）を与える可能性がある。

312）刑法 62 条 c 第 2 項第 2 文、63 条 b 第 4 項第 2 文。

313）BGE 134 IV 140, Erw. 4.4. Vgl. BGE 117 IV 4, 118 IV 101, 128 IV 199.

314）BGE 74 IV 196, 91 IV 59, 95 IV 52, 102 IV 64.

315）BGE 116 IV 280, 128 IV 198.

316）*Botschaft 1998*, 2049 参照。

c） 前科者の再犯予測

刑法 42 条 1 項は良好な予測ないし不良な予測の欠如から出発しているのに対し、2 項は反対の想定に依拠する。犯行前 5 年間に一定範囲の、つまり 6 月以上の自由刑[317] に処された有罪判決が存する場合、執行猶予はそれを認めるための「特に有利な情状（besonders günstige Umstände）」を要件とする。初犯である前科の犯行が故意犯、過失犯のいずれであっても、執行猶予の制限事由となる[318]。初の有罪判決で 6 月より軽い刑が言い渡されていた場合は、なお良好な予測が推定される。もっとも、比較的短い期間で再犯に及んだという事実は、微妙なケースでは、42 条 1 項の下での予測評価に際し一定の役割を演じる。

立法者は明らかに、42 条 2 項は、そこに示された刑期を単独の有罪判決が示す場合にのみ適用されることを前提としている。

再犯予測つまり「特に有利」でなければならない情状の評価に際しては、いわゆる同種前科すなわち同じ又は類似の領域における有罪判決が問題となっているのか否かも、そうした同種前科がやはり不良な予測をうかがわせる限りで重要である[319]。しかし、同種前科があっても、特に有利な事情が存在することもありうる[320]。

5 年の期間は、裁判の言渡し（*Fällung des Entscheids*）の日に進行を開始する[321]。犯人が期間の経過前に（最初の）重罪又は軽罪を犯した場合、犯人がさらに期間の経過後に犯した罪で同時に処断される場合であっても、（前科が 6 月以上であれば）42 条 2 項が適用される。新たな犯罪行為の処断の時点は基準にならな

317）経過規定によれば 180 日分を超える罰金刑でもよい。

318）旧 41 条 1 項 2 段ではまだ異なっていた。

319）BGE 100 IV 132（過度に断定的）. BGE 101 IV 195 および BGE 105 IV 226 参照（外国における犯罪行為や有罪判決も予測上意味がある）。

320）この文脈では、ほろ酔い状態での運転（BGE 118 IV 101, 128 IV 199）や血液検査の妨害を理由とする有罪判決（道路交通法〔SVG〕91 条 3 項 : BGE 92 IV 168, 106 IV 6, 117 IV 300）に関する論争を招く実務を参照。ほろ酔い状態での運転に関する全面禁酒の意義につき、BGE 128 IV 199.

321）事後的犯罪競合に関する 49 条 2 項の類推。それについて、BGE 129 IV 117.

い[322]。もっとも、数年の間の善行は特に有利な事情を示唆しうる。

2. 3　被害の回復

刑法42条3項によれば、執行猶予は、犯人が「期待可能な被害回復（zumutbare Schadenbehebung）」を怠った場合に拒否されうる。このルールは、2007年総則改正の際、旧法[323]から――表現がいくらか弱められたが――受け継がれた。連邦参事会（内閣）の見解によれば、新法ではこの要件は放棄されるべきであった。なぜなら、それは以前の実務でずっと意義を有していなかったし[324]、また再犯予測にとって全く基準たりえないからである[325]。しかしながら、議会は連邦参事会（内閣）に従わず、この要件の存置は、被害者の応報の必要性を考慮するために意義深く、また個別事例に即した柔軟な解決を可能とするものとして、学説上も賛同者を見出した[326]。

もっとも、上記ルールは、犯人が損害の補塡に努力し、執行猶予の要件を充足し、公共および被害者の刑事訴追に関する利益が乏しい場合には、裁判所への起訴を差し控えることができるものとする53条（損害回復）と部分的に競合する。

3. 罰金実刑又は科料の併科（刑法42条4項）および刑の一部執行猶予（刑法43条）

3. 1　前提状況

一見したところでは、刑法42条4項の併科刑（kombinierte Strafe）と43条の刑の一部執行猶予（teilbedingte Strafe）は全く異なった制裁ヴァリエーションである。併科刑では、執行を猶予される（主）刑が、即時に感じられる経済的ダ

322）10年以上後の有罪判決に関するBGE 110 IV 1.

323）旧41条1項1段。

324）そのことについては、*Schneider/Garré*, BSK StGB II, N 98 ff. zu Art. 42 参照。

325）*Botschaft 1998*, 2049.

326）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Greiner*, 102.

メージを伴う付加刑の実刑により加重される。一部執行猶予では、（単一刑種の）刑が、実刑と執行猶予の 2 つの部分に分割される。

もっとも、これら 2 つの刑のヴァリエーションの区別は実は截然としない。そのことは、例えば、42 条 4 項でも 43 条 1 項でも結果的に執行猶予と実刑が結合しているということから理解できる。さらに、法律の文言は、これらの規定の適用範囲に関する使用可能な主観的〔＝犯人に関する〕基準をほとんど示していない。42 条 4 項は全てをオープンにしており、43 条 1 項の「責任」もあまり助けにならない。

振り返ってみればおそらく――いささか単純化すれば――、言えるのはせいぜい次のことである。42 条 4 項により、（違警罪についての）科料の実刑と（軽罪についての）罰金の執行猶予の接点（Schnittstelle）をスムーズにすることが目指されたといえよう[327]。また、当初より争われていた一部執行猶予においては、おそらく、執行猶予を付しうる刑の上限の引き上げを世論に認めてもらうための「売り込み」[328] を行って、「全か無かのジレンマを解消する」[329] ことが特に問題となっていたといってよい。こうした立法動機を背景として解釈がなされるべきである。

3. 2　併科刑（刑法 42 条 4 項）

裁判所は、刑の執行を猶予すべきと考えるときは、刑法 42 条 4 項により、猶予される刑に罰金実刑又は 106 条の科料を併科することができる。

この規定は、それ自体誤解しようがない文言によれば、自由刑の執行猶予だけではなく、罰金刑および公益的労働刑の執行猶予にも関係する。その結果、罰金の執行猶予に罰金又は科料の実刑を組み合わせることさえ可能である。こ

327）*Schubarth*, 1041 f. 参照。道路交通関係の軽罪の有罪判決では――この場合は義務的な――非常に厳しい運転免許取消しの制裁がこれに加わることが適切に指摘されている。さらに、*Botschaft 2005*, 4703 f.

328）*Stratenwerth*, Strafen im Bagatellbereich, 164 参照。

329）*Riklin*, Verkehrsdelikte, 185. 類似するのは、*Kuhn*, Sursis, 274.

こで立法者は、組み合わせの可能性を何らかの実質的又は形式的要件に結びつけることを放棄した。

この規定の目的は、執行猶予を言い渡される犯人に「懲らしめ（Denkzettel）」を受けさせることにある（消極的特別予防）。つまり一部執行猶予の導入に至らせたのと類似の考慮である。一部執行猶予については、43 条 1 項の文言は、犯人の責任を十分に顧慮するべきものとしている。

問題となるのは、42 条 4 項により第 2 の刑として言い渡される併科刑（Verbindungsstrafe）はどのくらい重くできるのかである。連邦裁判所は、その点に関するルールを詳細に述べた。すなわち、併科刑は、より重い刑へと導いてよいものではなく、あくまで先行して決められた全体刑の一部をなす。その意味するところは、責任相当刑が定められ、しかる後にようやく、執行猶予と場合によっては併科刑の判断がなされるということである[330]。さらに、併科刑に重心があってはならない。具体的には、併科刑は全体刑の最大 20％にとどめられなければならない[331]。科料を併科刑とするときは、代替自由刑を決める場合のように日数に換算する[332]。

3．3　刑の一部執行猶予（刑法 43 条）

刑法 43 条 1 項によれば、自由刑、罰金刑又は公益的労働刑の執行は、「犯人の責任を十分に顧慮するために（um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen）」一部のみを猶予することができる。

その際には、いくつかの要請に留意しなければならない。実刑部分（unbedingt vollziehbarer Teil）は刑の半分を上回ってはならない（43 条 2 項）。一部執行猶予は、自由刑については、刑期 1 年以上 3 年以下の間でのみ可能である。そのことは、一部執行猶予は、1 年以上 2 年以下の刑の領域では、42 条の

330）BGE 134 IV 53, Erw. 5.2.

331）BGE 135 IV 188. この判例では、18 月の主刑（執行猶予）と併科刑としての 180 日分の罰金実刑（つまり全体刑の 25%）の組み合わせが問題となった。

332）BGE 134 IV 60, Erw. 7.3.3. *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 108 zu Art. 43 参照。

〔全部〕執行猶予と競合することを意味する。他方で、実刑部分は43条3項により6月以上でなければならず、また一部執行猶予の実刑部分について86条による仮釈放は不可能である。つまり、例えば18月〔1年6月〕の自由刑を言い渡すとき、実刑部分は最長で9月である。最短では6月となる[333]。

43条1項の適用に際し、「犯人の責任（*Verschulden*）」が顧慮されるという。問われるのは、ここで責任としていかなる概念が考えられているのかである。それ自体、47条2項における法律上の定義のみを考えうる[334]。この解釈を後押しするのは、連邦参事会（内閣）の理由書によれば「一部執行猶予（sursis partiel）」は「刑をよりよく個別化する」[335]ことに寄与すべきものであるという事情である。しかし、この解釈に従うならば、量刑〔刑期の量定〕との区別の問題が生じることが避けがたい。

結局のところ、刑の一部が実刑として執行され、それにより責任の一部が43条1項を介して償われるという事情は、（一部猶予される）自由刑の割引に導かなければならないのではなかろうか。例えば、「2年の刑の〔全部〕執行猶予＝16月〔1年4月〕の刑の一部執行猶予」といった方程式によって、である[336]。それゆえ、許されない二重処罰の危険もある。というのは、例えば、1年前後の自由刑が検討されるケースで、裁判所が、ありえた10月の刑ではなくて14月〔1年2月〕の刑に決め、そしてさらに全部執行猶予ではなく（刑期が10月では全く不可能な）一部のみの執行猶予を選択するとしたら、犯人は裁判所による量刑上の厳格な基準のために二重に処罰されることになりかねない[337]。

42条の〔全部〕執行猶予の諸原則〔＝不良な再犯予測の欠如の要件など〕が一部執行猶予にも転用されるのか、あるいはどの程度まで転用されるのかについては、法律に定めがない。2年を超え3年以下の自由刑のことを考えれば――

333）刑法43条3項1文。

334）*Garré*, 301参照。

335）*Botschaft 1998*, 2052参照。執行猶予と一部執行猶予の基準は、さらに議会により大きく修正された。

336）*Stratenwerth*, Sanktionswahl, 11 f. の批判も参照。

337）接点（Schnittstelle）の問題に関しては、BGer 6B_681/2011 vom 12.03.2012.

そして、この領域に一部執行猶予の主たる適用領域がある[338]——、42 条 1 項および 2 項の再犯予測に関する推定が役割を演じないというのは、やはり理解しがたい[339]。なんといっても、43 条 2 項の「責任」概念からは、それを純粋に文法的に解釈するならば、特にこの〔2 年から 3 年の〕刑罰の領域においては何も導きえないのである。

同じことは、42 条 3 項で予定された損害回復〔の懈怠による猶予の拒否〕との関係でも妥当しなければならない。すなわち、この基準について〔全部〕執行猶予と一部執行猶予で異なった取り扱いをする理解可能な根拠は存在しない[340]。それに対して、一部執行猶予では違警罪の科料との接点の問題（Schnittstellenproblematik）はもはや解消される必要がない。それゆえ、42 条 4 項の併科は一部執行猶予においては不可能である[341]。その結果、一部執行猶予については、42 条 1 項ないし 3 項は考慮されるべきだが、4 項は別ということになる[342]。

4. 付随的命令

4. 1　執行猶予期間（Probezeit）

裁判所が刑の執行の全部又は一部を猶予するときは、言渡しを受ける者に対し、刑法 44 条 1 項に従い、2 年以上 5 年以下の間で執行猶予期間を決定する。

猶予期間は犯行の重大性ではなく、再犯のおそれの大きさを基準とする[343]。特に 42 条 2 項の前科を有する犯人の場合、猶予期間を長めの領域で調整することが許される。それに対し、再犯に関する特段の事情がない初犯者の場合、猶予期間は 2 年に量定されるべきである。

338）BGE 134 IV 1 Erw. 4.2.2.〔訳者注：本判決の全訳として、本誌 363 頁以下〕。

339）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Greiner*, 111 ff., *Cimichella*, 223 参照。

340）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Greiner*, 113 参照。

341）Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Greiner*, 119 参照。類似するのは、*Stratenwerth*, Sanktionswahl, 12. 要するに同じことになるのは、*Botschaft 2005*, 4703.

342）BGE 134 IV 60, Erw. 7.4. 全部猶予、一部猶予、実刑の基準は再犯予測であるとする。

343）BGE 95 IV 121, *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 4 zu Art. 44.

44 条 3 項は、執行猶予や一部執行猶予の意義を言渡しを受ける者に説明することを裁判所に義務づけている。説明されるべきは、裁判がいかなる射程を持ち、猶予の成功又は猶予中の非行の効果はいかなるものであるかである[344]。実際の便宜から、場合によっては書面による説明を添付するというのでも十分である[345]。しかし、いずれにせよ、すでに捜査終結前の意見聴取（Schlusseinvernahme）の際には、ありうる執行猶予の意義を被疑者に説明しておくことが推奨に値しよう。

4. 2　保護観察（Bewährungshilfe）又は指示（Weisungen）

44 条 2 項によると、裁判所は、執行猶予に保護観察（93 条）又は指示（94 条）を結びつける権限がある。義務づけられるわけではない。新法では保護観察および指示を「司法制度の独立の部分として位置づける」[346] ために別の章で定めたことからは、これらの手段を――執行猶予の枠内でだけではなく――より多用したいという立法者の希望がうかがわれる。

5. 執行猶予の成功（Bewährung）と猶予期間中の非行（Nichtbewährung）

5. 1　執行猶予の成功

執行猶予判決を言い渡された者が猶予期間の経過まで無事に過ごせば、刑はもはや執行されない。猶予期間の経過により、判決は、執行猶予又は一部執行猶予の場合には、私人のための前科登録簿抄本においてもはや表示されなくなる[347]。

344）*Botschaft 1998*, 2054 参照。

345）Hansjakob/Schmitt/Sollberger-*Sollberger*, 38 参照。

346）*Botschaft 1998*, 2126.

347）刑法 371 条 3 項の 2。

5. 2　執行猶予中の非行

a）　取消事由

いったん認められた執行猶予の再考の契機は、次のいずれかである。

・猶予期間中の新たな重罪又は軽罪（違警罪は含まれない）による有罪判決が確定に至ること（刑法 46 条 1 項）、又は

・刑の執行猶予に結びつけられていた追加的命令（保護観察、指示。46 条 4 項）を無視したこと[348]

b）　取消事由が存する場合の帰趨

猶予期間中の重罪又は軽罪は――新たな犯罪の重さとそれに対する刑期にかかわらず――、必要的に取消しに至らせるわけではない。この文脈でも決定的であるのは、良好な予測がなされうるか、つまり、新たな犯行にもかかわらずさらなる犯罪行為（違警罪を含む）がもはや予測されえないか否かである。法律は、刑法 42 条 2 項の意味での前科者に対する執行猶予のような「特に有利な情状」を要求することすらない。良好な予測も不良な予測もこの文脈では推定されない。

不明瞭であるのは、取消しを差し控えるためにこの「予測（Erwartung）」はどの程度良好でなければならないのかである。刑法 46 条 2 項からは――適切にも、そして 42 条 1 項および 2 項と整合的に――総合評価が自然である。ただし、6 月を上回る（42 条 2 項参照）自由刑で新たに処罰する場合、取消しを差し控えるには、おそらく全くもって特に有利な事情が存在しなければならないであろう。改善の見込みの評価にあたっては、支援措置（保護観察、指示）の効果[349] 並びに同じ手続で言い渡される実刑のショックおよび警告効果も考慮されなければならない[350]。

裁判所が執行猶予ないし一部執行猶予部分が取り消されるべきだという考えに至った場合、そのことはまだ、新たに言い渡す刑も自動的に同じく実刑にな

348）刑法 95 条 3 項ないし 5 項参照。

349）BGE 99 IV 69, 107 IV 93, 116 IV 178, 117 IV 106.

350）BGE 116 IV 100 参照。

るということを意味しない。そのことが特に妥当するのは、初犯の刑の刑期（例えば、180 日分未満の刑）に鑑みて〔再犯の刑に〕42 条 1 項が適用可能で、それゆえ新たな有罪判決につき良好な予測が推定されることになる場合である。つまり、裁判所は、初犯の刑について認められた執行猶予の取消しを命じながら、新たな犯行について執行猶予を認めるということが全く可能である。

裁判所が〔前刑の執行猶予の〕取消しと共に新たな犯行について同種の刑を言い渡す場合、49 条〔犯罪競合の科刑〕の「準用」により、1 つの併合刑（*Gesamtstrafe*）を形成する。

以上を要するに、執行猶予判決を言い渡された者が猶予期間中に新たに重罪又は軽罪を犯したときは、――新たな刑の程度からして許される限りで――以下の組み合わせの可能性があるということである。

- （a）〔前刑の執行猶予の〕取消しの回避
- （b）新たな刑についての執行猶予、一部執行猶予又は実刑
- （c）〔前刑の執行猶予の〕取消し
- （d1）同種の刑の場合の併合刑の形成又は
- （d2）異なる刑の（各執行）を別々に言い渡すこと

裁判所が取消しを回避する場合、46 条 2 項により、有罪を言い渡される者を戒告し、又は猶予期間を判決で定められた期間の最大で半分だけ延長することができる。猶予期間がすでに経過している場合、追加の猶予期間は言渡しの日に進行を開始する[351]。延長された猶予期間について、裁判所は（改めて又は新たに）保護観察や指示を命じることができる。

c） 取消しと代替措置の時間的制限

取消事由は、場合によっては猶予期間の経過後しばらくしてから発覚しうる。そうしたケースのために、46 条 5 項は特別の時効規定（*Verjährungsregel*）を置いている[352]。この規定によると、取消しは、猶予期間の経過から 3 年以上が経過したときはもはや許されない[353]。取消しが時間の経過ゆえにもはや不可

351）この意味ですでに、BGE 104 IV 147, 110 IV 4.

352）その点については、*Botschaft 1998*, 2058 参照。

能になった場合は、代替措置ももはや不可能である[354]。

d） 管轄

執行猶予を取り消す裁判は、裁判所の仕事であり、例えば執行機関（Vollzugsbehörde）の管轄にはない[355]。ただし、付随的命令（保護観察、指示）の違反の場合は、執行機関は猶予期間を延長し、その態様を変更することができる[356]。

〔文献〕*O. Abo Youssef*, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, ZStrR 128（2010）38, *F. Bänziger/A. Hubschmid/J. Sollberger*（Hrsg.）, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006（zit. «Bänziger/Hubschmid/Sollberger-*Autor*»）, *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches（Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes）und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem BG über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, Bundesblatt 1999, 1979 ff.（zit. «*Botschaft 1998*»）, *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches（in der Fassung vom 13. Dezember 2002）und des Militärstrafgesetzes（in der Fassung vom 21. März 2003）vom 29. Juni 2005, Bundesblatt 2005, 4689 ff.（zit. «*Botschaft 2005*»）, *S. Cimichella*, Die Geldstrafe im Schweizerischen Strafrecht, Bern 2006, *R. Garré*, Die bedingten Strafen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, Anwaltsrevue 2005, 299, *T. Hansjakob/H. Schmitt/J. Sollberger*（Hrsg.）, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Luzern 2006（zit. «Hansjakob/Schmitt/Sollberger-*Autor*»）, *A. Kuhn*, Sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121（2003）264（zit. «*Kuhn*, Sursis»）, *M. A. Niggli/H. Wiprächtiger*（Hrsg.）, Strafrecht, Basler Kommentar, Bd. I-II, 3. Aufl., Basel 2013（zit. «*Autor*, BSK I oder BSK II»）, *M. Pieth*, Bedingte Freiheit, Basel u.a. 2001, *F. Riklin*, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122（2004）169（zit. «*Riklin*, Verkehrsdelikte»）, *R. Roth*, Nouveau droit de sanctions: premier examen de quelques points sensibles, ZStrR 121（2003）1, *M. Schubarth*, Legisvakanz und Verfassung, Zur verschleppten（Nicht-）Inkraftsetzung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, AJP 9（2005）1039, *G. Stratenwerth*, Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Strafjustiz und Rechtsstaat, Festschrift zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo, hrsg. von M. A.

353）旧 41 条 3 項 5 段はまだ、5 年の期間を定めていた。

354）Vgl. *Schneider/Garré*, BSK StGB I, N 81 zu Art. 46.

355）刑法 46 条 1 項、3 校、95 条 5 項。

356）刑法 95 条 4 項。

Niggli, Zürich 2003, 9（zit. «*Stratenwerth*, Sanktionsauswahl»）, *G. Stratenwerth*, Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 122（2004）159（zit. «*Stratenwerth*, Strafen im Bagatellbereich»）, *H. Wiprächtiger*, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug – eine Herausforderung für die Strafbehörden, ZStrR 114（1996）422.

【監訳者あとがき】

本稿は、文部科学省「スーパーグローバル大学創生支援」事業の一環として、慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）の特別招聘教授（国際）に任用されて来日したクリスティアン・シュワルツェネッガー（Christian Schwarzenegger）教授が、2016 年 1 月 8 日、12 日、15 日および 19 日に行った連続講演（助教・大学院生向けセミナー。原題：Das strafrechtliche Sanktionensystem der Schweiz）の原稿を翻訳したものである。

翻訳に際しては、原文の意味を損なわないまま、日本の法律家が理解しやすい文章とすることを重視し、逐語訳ないし原文の文法構造に忠実な訳には必ずしもこだわらない方針をとった。訳文において傍点が付されている箇所は、原文においても強調の趣旨で斜字体とされている部分である。訳文における〔　〕内の記述は、訳者の判断で原文を補ったものである。助教および大学院生が翻訳を担当した部分については、監訳者が主として訳語・表現の統一の観点から手を加え、翻訳担当者との協議を経て、訳文を完成させた。

講演者の略歴は、以下のとおりである。シュワルツェネッガー教授は、1959 年生まれであり、チューリヒ大学（スイス）で法律学および政治学を、ペルージャ大学（イタリア）で言語学を学び、1985 年から 1992 年までチューリヒ大学の犯罪学研究所においてギュンター・カイザー教授のもとで研究助手を務め、1992 年に博士学位を取得した。そして、シャフハオゼン・カントン裁判所において勤務した後、1994 年から 1996 年は新潟大学でヨーロッパ法・比較法・刑法・犯罪学の助教授を、1997 年から 1999 年までは愛知大学で同分野の助教授を務めた。1999 年から 2008 年までチューリヒ大学で刑法・刑事訴訟法・犯罪学の助教授を務めたのち、2008 年に刑法・刑事訴訟法・犯罪学の教授資格を取得した。現在は、チューリヒ大学の教授であり、副学長の地位に就いている。

シュワルツェネッガー教授の研究分野は多岐にわたるが、主たる研究分野は犯罪学および刑法である。初期の研究は、被害調査・DV・犯罪予防を含む被害者学的なテーマに関するものであった。最近では、サイバー犯罪等にも研究

領域を広げている。日本語を含む多言語が堪能であり、比較法的なアプローチも得意としている。

その著作も多岐にわたっており、刑法や刑事訴訟法に関する教科書やコンメンタール等の執筆も多数ある（詳細は http://www.rwi.uzh.ch/de/lehreforschung/alphabetisch/schwarzenegger/publikationen.html 参照）。シュワルツェネッガー教授の講演又は論文の翻訳としては、神馬幸一訳「自殺の誘導及び介助（スイス刑法第 115 条）における利己的な動機」静岡大学法制研究 13 巻 2 号（2008）320 頁以下、甲斐克則＝福山好典訳「スイス臓器移植法」比較法学 44 巻 1 号（2010）1 頁以下、丹羽正夫訳「メディア刑法の適用範囲（スイス刑法典 28 条、322 条 bis）」法政理論 46 巻 2 号（2014）210 頁以下などがある。

なお、本稿の理解に資するために、神馬幸一准教授（獨協大学）のご尽力を得て、2007 年に施行されたスイス新刑法総則[357]の条文の翻訳を行い、本誌 295 頁以下に掲載した。また、本稿第 7 部において言及されている新刑法総則の執行猶予制度に関する基本判例の翻訳を本誌 363 頁以下に掲載した。併せて参照していただければ幸いである。

357）紹介記事として、末道康之「スイス刑法改正について――刑事制裁論を中心に（1）（2）」捜査研究 627 号（2003）66 頁以下、同 628 号（2004）68 頁以下、外山美砂子「スイス刑法改正について――犯罪論を中心に（1）（2）」捜査研究 633 号（2004）56 頁以下、同 634 号（2004）58 頁以下があり、1998 年に公表された改正草案の翻訳として、葛原力三＝川口浩一監訳「スイス刑法典総則改正草案（一）・（二・完）」法学論集 52 巻 1 号（2002）131 頁以下、同 52 巻 2 号（2002）155 頁以下などがある。