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

Title	量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2) : 日独における最近の諸見解の検討を中心として
Sub Title	Tatproportionalitätsprinzip und präventive Berücksichtigung bei der Strafzumessung（２）
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.9 (2008. 2) ,p.1- 84
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	堀口磊藏教授追悼号 = A special issue in memory of the Late Professor Horiguchi Raizo 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080215-0001

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.

量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（２）
――日独における最近の諸見解の検討を中心として――

小　池　信太郎

第１章　はじめに
　第１節　本稿の概要
　第２節　射程の限定
　第３節　量刑判断の全体性・裁量性との関係
第２章　量刑理論の概観
　第１節　導入
　第２節　責任刑を基礎として、予防的考慮を加味して量刑を行う見解
　第３節　責任刑を単なる上限として、予防の必要性に応じて量刑を行う見解
　第４節　刑量の決定における予防的考慮を否定する見解
　第５節　小括（以上第６号）
第３章　量刑における犯行均衡原理の根拠と犯行の重大性の評価基準
　第１節　問題の所在
　第２節　刑罰目的と量刑原理の分離の可否
　第３節　犯行均衡原理を支える刑罰目的
　第４節　刑罰目的と量刑における不法実体論
　第５節　小括（以上本号）
第４章　量刑における予防的考慮をめぐる諸問題
　第１節　「幅の理論」の有用性と限界
　第２節　量刑における特別予防的考慮
　第３節　量刑における一般予防的考慮
　第４節　小括
第５章　おわりに

慶應法学第９号（2008：２）

引用文献の略記

本稿における、量刑論および刑罰論に関する基本的文献の略記による引用については、本誌第６号２頁以下を参照。なお、本号以降、Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen（2.Aufl., 2006）は、B-D Meier 2006として、Walter Stree, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar（27.Aufl., 2006）は、S/S-Stree 2006として、それぞれ引用する。

第３章　量刑における犯行均衡原理の根拠と犯行の重大性の評価基準

第１節　問題の所在

前章で述べたように、わが国の多数説、およびドイツの圧倒的通説は、いわゆる責任を「基礎」とした量刑基準論を採用している。もっとも、責任ないし犯行の重大性が、基礎すなわち第１次的な基準として刑量を方向づけることの根拠については、理論状況が十分に把握されているとはいいがたい。そこで、本章では、犯行均衡原理の理論的根拠につながる検討を行っている諸見解を整理、分析しつつ、解決の途を探る。

その際、議論の最初の分岐点として、量刑原理としての犯行均衡性の原則を、いわゆる刑罰目的の反映と捉えるのか、それともその他の別原理の帰結と捉えるのか、すなわち刑罰目的と量刑原理の関係が問題になるので、次節において検討する。そして、この両者の結びつきを肯定し、犯行均衡原理を刑罰目的によって基礎づけなければならないことになった場合、刑罰目的の内容が問われる。もとよりこれは刑法学の根本問題であり、筆者の手には余るものがあるが、量刑理論を扱う以上、この問題を避けて通ることはできない。そこで、第３節では、刑罰目的と犯行均衡原理の結びつきに関する理論状況をできる限り客観的に明らかにするとともに、そこから浮かび上がってくる試論的な方向性を示す。さらに、以上の検討の延長線上にある、責任相当性の原則にいう行為責任、または犯行均衡原理にいう犯行の重大性をいかなる実質的基準によって評価するのかについて、第４節で論じる。これは量刑事情の（とりわけ加重

方向での）関連性の有無を左右する、実践的にきわめて重要な問題である。

第２節　刑罰目的と量刑原理の分離の可否

１　完全分離論

刑罰目的と量刑原理を分離する見解の論者によってしばしば援用されるのは、刑罰制度の正当化とその配分原理を区別するというH.L.A.ハートの見解である[1)]。彼は、社会的制度を功利主義的に正当化することと、その適用原理として功績主義によることはまったく両立すると主張する。たとえば、契約の制度は、権利義務に関する当事者の意思を有効に実現するために構想されたものであるにもかかわらず、真意に反する意思表示をした者の相手方を保護する必要性にかんがみ、契約内容は、客観的な表示にしたがって解釈されなければならないというのである。しかし、この例では、少なくとも制度目的と適用原理の間に――当事者の意思実現という目的と意思表示の客観的解釈という――大まかなつながりは見て取れるのであって、それは制度目的と配分原理の区別の例証としては不十分だろう。かかる主張は、より実質的な説明を要する。

ドイツやわが国に伝統的に存在してきたのが、刑罰の「目的」と「本質」（または「概念」）の区別[2)] に依拠した説明である。たとえば、イェシェック＝ヴァイゲントの、「予防〔目的〕……は、制度としての刑罰を根拠づけることしかできず、そこから刑の量定の基準を引出すことは不可能である。しかし、刑罰の本質から、量刑基準を導き出すことができる。一般的な理解によれば、刑罰

1）H.L.A.Hart, Punishment and Responsibility, 1968, pp.8－11. 前章で紹介した犯行均衡説の論者らは、ハートの見解を自説の出発点に据える（v Hirsch/ Jareborg 1991, S.11; Hörnle 1999, S.126f.）。犯行均衡説に批判的なヴァイゲントも、処罰根拠としての一般予防目的をそのまま量刑に用いれば、明らかに不正な処罰を防ぎえないが、他方で応報そのものは合理的な処罰根拠たりえないとして、ハートに賛同している（Weigend in: Tatproportionalität 2003, S.200f.）。さらに、曽根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康＝田中成明編『法学の根底にあるもの』（1997）383－384頁、同『刑法の重要問題〔総論〕第２版』（2005）36－39頁、井田1996・296頁、佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室283号（2004）45－46頁などを参照。

は、行為者に対して清算的な正義を実現する害悪である。刑罰がこの任務を果たしうるのは……行為者によって帰責可能な形で実現された不法の量に相応する場合だけである」という主張が典型的である[3)]。このように、刑罰の「目的」を離れた、応報としての「本質」が量刑を規制するという考え方は、わが国においても少なからぬ学説によって受け入れられている[4)]。もっとも、かかる説明もまだ形式的である。刑罰の「本質」がなぜ応報原理に則ったものでなければならないのかが問われなければならないからである。「応報を処罰の目的とみることには抵抗があるが、純粋な目的刑論では重罰化を招くおそれがある」ということ[5)] は、まだ満足のいく回答ではない。そのことだけが問題ならば、犯行ないし責任の重大性を「単なる上限」とした目的刑論を採用すれば事足りるからである[6)]。

この「目的・本質区別論」を実質的に支えているのは、刑罰が、いかなる目的をもつものとして構想されようが、「没価値的」な制裁ではありえず、犯行

2）それを強調するのは、Wilhelm Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S.4f.; Jescheck/ Weigend AT, S.63ff.; Karl Heinz Gössel, Wesen und Begründung der Strafrechtlichen Sanktionen, FS-Pfeiffer, 1988, S.13, 22ff.（井田訳「刑事制裁の本質と根拠」宮澤浩一＝井田監訳『正義・法治国家・刑法－刑法・刑事訴訟法の根本問題』〔1990〕１頁以下）

3）Jescheck/ Weigend AT, S.877. もっとも、それに続いて、「この意味での正しい刑罰は、一般予防の関心をも最適な形で考慮しているということが……推定される」などと述べられており、刑罰目的との関連づけがまったく放棄されているわけではない。

4）明確にそのような理解を示すものとして、現在では、西田・総論18頁。西原・総論下485頁、大谷・総論43－44、550頁も参照。なお、前章では、団藤重光、福田平、大塚仁らに代表されるわが国の伝統的見解を、応報を主目的、予防を従たる目的とする応報的統合説に分類した。もっとも、大塚・総論493頁の「刑罰は犯罪に対する国家的・道義的応報であるとともに、一般予防および特別予防を目的とする」〔傍点筆者〕という記述（福田・総論320頁も類似）は、応報＝本質、予防＝目的とする理解に親和的とも思える（ただし、大塚『刑法における新・旧両派の理論』〔1957〕215－216頁はかかる理解を排斥している）。

5）西田・総論17頁参照。

に対する「マイナスの価値判断」を伝達する機能を有しているということだろう[7)]。最近のわが国ではたとえば、「刑罰と保安処分は、どちらも『犯罪』防止のために国民の自由を制限する点で共通しているが、刑罰は法的非難である点で保安処分とは本質的に異なっている。しかし、法的非難としての刑罰の本質は、責任を単なる外在的制約として見る見解からは、出てこない」、「応報は国家の任務でないから、刑罰権の正当化根拠として応報刑論を用いることはできない。しかし、刑罰に応報的非難の性格ももたせたい……異なるレベルでの正当化というハートの説を読んだとき、目から鱗が落ちた」[8)] とする佐伯仁志の論述が印象的である。また、刑罰は犯行に対する否認ないし無価値評価を表現し、行為者を叱責するものであるところ、同じ重さの犯行をなした２人の行為者に異なる刑が科されるのは不公正であるという、前章において紹介した犯行均衡説の論者の中核的主張[9)] も、まさに上述の考え方を基礎に置くものである。

このように、刑罰には、犯行に対するマイナスの価値判断を伝達する機能があるということは、経験的事実の問題としては、確かであろう。ただ問題にしなければならないのは、刑罰にそのような機能をもたせることがいかなる理由で正当化されるかである。「法制度は、その目的から離れた『本質』を持つものではなく、この『本質』は、それによって達成しようとする目的によって規

6）応報による正義の実現は刑罰目的たりえないが、しかし犯行と均衡しない刑は不正義であり許されないという認識を背景に、責任枠には消極的に不相当な刑を排除する意義しかないとする見解も根強い（Zipf, Strafmaßrevision, 1969, S.51ff, 69f.; Erhard 1992, S.92ff.; 阿部純二「刑の量定の基準について（下）」法学（東北大学）41巻４号（1978）59頁、同『刑法総論』〔1997〕281頁）。しかし、それでは量刑の上限のみならず下限まで（少なくとも原則的に）責任枠に拘束されることを説明しえないように思われる。

7）Vgl. Gallas, a.a.O. Anm.（２）, S.4f; Jescheck/ Weigend AT, S.65.; Kristian Kühl, Zum Missbilligungscharakter der Strafe, FS-Eser, 2005, S.149ff. わが国の伝統的見解では、団藤・総論37、468頁がとくに明快である。さらに、福田・総論21頁、西田・総論17－18頁も参照。

8）佐伯（仁）・前掲注１「刑法の基礎理論」45－46頁。

9）詳しくは、前掲第２章第４節４（３）イ。

定される」[10] という一般に流布した命題を否定して、目的と離れた刑罰の「本質」を観念するのであれば、それなりの積極的な理由付けが要求されなければならないだろう[11]。法的非難ないし無価値評価の表現といった刑罰の本質的性格を、アプリオリなものと考えることはできない[12]。

このような疑問にこたえようとしたのが、犯行均衡説の論者による、刑罰の本質的要素としての「叱責」ないし「無価値評価の表現」の正当化をめぐる議論である。それによれば、有害行為に対する制裁が没価値的なものであってはならないということは、規範的ないし非・目的的な２つの観点において説明される[13]。まず、①刑罰における無価値評価の宣言・伝達は、「被害者に訴える」とされる。それには、国家が、被害者および潜在的被害者に対して、その権

10）Roxin ATⅠ, §3, Rn.45. なお、刑罰の目的と本質の関係を考察した古典的論考として、木村亀二「刑罰の本質と目的」『刑法の基本概念』（1948）31頁以下。金澤1988・184－185頁も参照。

11）超越論的な応報刑論の影響がまだ残っていた時代であれば、刑罰の本質が犯罪に対する非難としての応報であることは「自明のこと」であり、それに功利的な目的を「接ぎ木」して合理的な刑罰理論を構築することを考えていくのが現実的なアプローチであったのかもしれない。しかし、現在の国家観・法制度観からはそうは言えず、従来「当たり前」であったことにも「理由」が問われる。

12）これに対して、「刑罰」という概念そのものにかかる性格が含まれており、これを人為的に取り除くことはできないとの理解も示されている（Vgl. v Hirsch/ Jareborg 1991, S14; Hörnle 1999, S.135）。しかし、そうであるとしても、「それでは、なぜそのような性格を払拭できない刑罰制度を（価値中立的な新たな制裁を構想せずに）維持するのか」が問われることになる。罪と罰に関する日常的な価値判断と国家制度としての刑罰のあり方の絶対的な結びつきを否定するものとして、Günter Ellscheid, Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung, FS-Müller-Dietz, 2001, S.209f.

13）以下について、v Hirsch/ Jareborg 1991, S.16ff.; v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.52ff.; Duff in: Tatproportionalität 2003, S.27ff.; Hörnle 1999, S.114ff. 詳しくは、Hörnle/ v Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel, in: Schünemann/ v Hirsch/ Jareborg（Hrsg.）, Positive Generalprävention, 1998, S.93ff. Vgl. auch Klaus Günter, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, FS-Lüderssen, 2002, S.218f. 最近のわが国における類似の主張として、高橋直哉「刑法理論と政治哲学」刑法雑誌44巻２号56－57頁。

利・利益が、単なる自然災害や事故によってではなく、まさに行為者の不法な犯罪行為によって侵害されたことを承認するという機能がある。自然災害の場合のように、被害者に対し、被害が生じたことを確認し、それに対する共感を示すだけでは不十分であるとされるのである。次に、②刑罰による「叱責は、行為者に向けられていることがさらに重要である」といわれる。すなわち、行為者に対して、行為が間違ったものであったというメッセージを伝達することで、その者には何らかの道徳的なリアクションが期待される[14)]。中立的な制裁では、行為者を物事の善悪を理解しうる「人格（Person)」ではなく、「サーカスの猛獣」のように扱うことになってしまう。「刑罰によって表現される叱責は、それが、道徳的省察をなしうる行動主体とみなされた行為者とのコミュニケーションをとるという、倫理的に相当な方法であるがゆえに、正当である」[15)]というわけである[16)]。

14）この期待は、特別予防を目的としたものではなく、それ自体に意義があるとされる（Vgl. v Hirsch/ Jareborg 1991, S.17)。Vgl. auch Kühl, a.a.O. Anm.（７), S.159.

15）v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.54.

16）なお、このような無価値評価の表現・伝達は、刑罰のような害悪付科を伴う制裁によらずとも、たとえば、裁判所において、行為者が被害者に対して許されない犯罪行為によって損害を与えたことを公式に宣言し、行為者に伝達する（だけで現実には金銭や自由を剝奪しない）手続によっても行ないうるのではないかという疑問が生じるかもしれない。そこから、刑罰の叱責要素に結びつく「害悪付科」の正当化理由、あるいは場合により害悪付科を不要としうる可能性について議論がなされているが（v Hirsch/ Jareborg 1991, S.15f.; v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.54ff.; Hörnle 1999, S.119ff.; Günter, a.a.O. Anm.（13), S.219; Kühl. a.a.O. Anm.（７), S.159f.; 瀧川裕英『責任の意味と制度』〔2003〕199頁以下、森村進「リバタリアニズムと刑罰論」法律時報78巻３号〔2006〕27頁)、本稿では深く立ち入らない。少なくとも現在の一般的感覚では、一定以上の重さの犯罪ついて形式的な「儀式」のみで済ませることは、叱責・無価値評価の真剣さを疑わせるものといえよう。Vgl. Hörnle 1999, S.123f.; Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, S.32.; ders., a.a.O. Anm.（７), S.160.; 瀧川・前掲本注『責任の意味と制度』201頁。

2　批判的検討

しかしながら、これらの命題は、刑罰の「目的」を離れた「本質」に即した量刑の説明として説得力を有するのか疑わしい。まず、「叱責は、行為者を道徳的な判断能力を有する『人』として扱うことになる」という上記②の命題による場合、裁判官は被告人に対し、「君を処罰するのは、君のしたことに見合った刑を科さないと、君を分別のある人格として尊重しないことになってしまうからだ」と説明することになり[17]、およそ被告人の納得を得られないであろう。犯罪者のなかには、「僕は『猛獣』扱いでもいいから刑を軽くしてくれ」と訴える者も少なくないだろう[18]。上記命題は、行為者の人格性を否定することになるような刑罰は許されないという意味において、刑罰制度および個別の処罰を消極的に制約する要素となりうることはともかく[19]、刑量を第１次的に方向づける役割を担わされた「本質」の説明としては立ち行かない。

17）この命題は、論者の弁明（v Hirsch/ Jareborg 1991, S.18）にもかかわらず、いわゆる絶対的応報刑論者がしばしば用いてきた主張と酷似する。ヘーゲルは、応報刑を科すことは犯罪者自身を理性的存在として承認し、敬意を持って取り扱うことを意味するから、それは犯罪者の権利であり、そのことが刑罰の主観的な正当化根拠であると論じていた（松生健「法定刑の引き上げとヘーゲルの刑罰論」法律時報78巻３号〔2006〕40頁など参照）。Vgl. auch Kaufmann 1976, S.201.

18）もちろん、現実の被告人の承諾が処罰要件になると言っているわけではない。ここでの問題は、処罰の基礎づけが説得力を有するものであるかという理論学的な問題である。

19）そのような考え方の犯罪（要素）論における反映が、（狭義の）責任論であるといえる。ヘルンレは、責任には、不法に応じた刑を軽減する任務のみが与えられるとの見解を支持しているが（Hörnle, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, S.1080ff.）、「道徳的主体としての行為者の承認」という本文で挙げた命題が犯罪論において責任の要件に反映されていると考えれば、首尾一貫したものと評価できる。曽根・前掲注１『刑法の重要問題〔総論〕第２版』37頁以下、髙山1999・267頁以下などは、「個人主義的・自由主義的な道徳的考慮」や「消極的モラリズム」といった見地を、処罰を消極的に制約する要素と理解しているが（さらに、松原2004・11頁も参照）、その限りで適切な方向性である。

それに対して、「無価値評価の表現・伝達は、被害者および潜在的被害者に対して、その権利・利益が自然災害や事故ではなく、不法な犯罪行為によって侵害されたことを承認する」という上記①の命題は、そもそも刑罰の「目的」と切り離された説明とはいえないように思われる。刑罰に、無価値評価の表現・伝達という「本質」的性格をもたせるのはなぜかという問いに対して、①の命題をもって回答することは、そのような「目的のために」処罰していることを認めることに等しい。「現実的な目的という点に刑罰の正当性を見いだす今日の刑法観からすれば……犯行に対する無価値評価は刑罰目的に対して目的合理性をもっているのであって、無価値評価と合目的性とを切り離すのは困難である」[20]。このように、刑罰の「本質」を、その「目的」から切り離して説明しようとすると、どうしても循環論法的な論証になってしまい、無理が生じることを避けられない[21]。刑罰制度の正当化根拠と、その配分原理の結びつきを完全に分離してしまうことは、やはり困難と言わざるをえないのである。

第３節　犯行均衡原理を支える刑罰目的

１　導入

「刑罰目的の反映としての量刑基準」という伝統的な枠組みにしたがい、刑罰目的と量刑原理の結びつきを肯定する場合、量刑における犯行均衡原理は、刑罰目的の観点から説明されなければならないことになる。前述のように、そこで設定された刑罰目的は、犯行均衡原理の理論的な正当性を担保するというにとどまらず、「犯行の重大性」の実質的な評価基準を規定する重要な役割を担う。しかし、責任を「基礎」とした量刑基準論に依拠し、行為責任ないし犯行の重大性が量刑の第１次的な基準となることを承認する多数説において、それを支える刑罰目的は、それほど明確化されていない。責任と刑罰の均衡という考え方（責任相当性の原則）は、「学説において、いわば公理としての扱いを

20）松原1997・５－６頁。
21）岡上2006・33頁は、両者の分離は「理論の破綻ですらある」と述べている。

受けてきた」が、「それがなぜ妥当するのかが、まさに問われなければならない」。「なぜなら、『均衡の原則』が……『責任刑』の基本的な量を規定するのだとすれば、それにどのような根拠を与えるかによって、刑事責任の理解が決定的に左右されるからである」[22)]。

そこで、本節では、比較的近時のわが国およびドイツにおける諸見解を参照して、この問題に関する理論状況を整理するとともに、いかなる理解にしたがうべきか検討することとしたい。

2　特別予防論と犯行均衡原理

(1)　総説

いわゆる責任相当刑の原則に理論的基礎を提供してきたのは、伝統的には、応報刑論であった。それは、いわゆる幅の理論がもともと、応報ないし責任清算を主たる刑罰目的とし、それと矛盾しない範囲で副次的に予防目的をも考慮すべきであるとする刑罰論（応報的統合説）を背景として主張され、支持を拡大していったものであることからも明らかである[23)]。しかし、刑法改正論争期を経て、少なくとも学界においては、「応報のための応報」は非合理的で処罰を正当化できるものではないという雰囲気が醸成された。刑法ないし刑罰の目的は、犯罪予防を通じた法益保護でしかありえないという考え方が定着していったのである。そして、1950年代から1970年代初期の社会復帰思想の隆盛のなかで重視されたのは、特別予防、とりわけ再社会化目的であった。それは、ドイツにおけるいわゆる刑法改正代案およびそれを起草した学者グループの見解――刑は主として行為者の社会復帰を旨として量定され、責任は単に科しうる刑罰の上限を画するにすぎないという――に結実し、わが国では最近でも有力に主張されている[24)]。

22）髙山1999・108－109頁。

23）前掲第２章第２節１（1）を参照。

24）以上につき、小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学１号（2004）237－256頁を参照。

もっとも、特別予防論に立脚しながら、責任を「単なる上限」とした量刑理論とは一線を画し、刑罰目的と責任刑の内在的な結びつきを肯定する見解も、刑法改正論争期から唱えられてきた。それらは、特別予防目的の内容およびそれと責任刑の結びつきのあり方に応じて、いくつかのバリエーションに分けられる[25)]。

(2)「改悛」ないし「贖罪」による社会復帰と責任思想

まず、特別予防論と責任刑の原則を結びつける古典的なアプローチとして、刑罰を、行為者に対して、自己の犯行を見つめ直し、それによって「改悛」し、または「贖罪」を行うことで、再び社会に参加するチャンスを与えるものと位置づけ、責任刑を、そのような意味での特別予防（再社会化）目的に役立つものとして把握するものがある。

わが国では、佐伯千仞[26)] が、もともと応報刑と一体であった責任相当性の原則を捉えなおす必要があるとの認識の下、次のように主張していた。今日の「責任非難は、単なる応報のための応報ではなく、むしろ、それを超えたより現実的な目的の設定を伴」う。それは、犯罪者に、「法および社会に対して謝罪するとともに自分の規範意識を高め、これから後はまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとする……目的の定立を伴い、かつ、この目的実現の手段の考究において、刑罰が登場する」。すなわち、「刑罰の内容を決めるものは、非合理的な応報の要求でもなく、また責任と無関係に設定された目的でもなく、むしろ責任非難によって設定された目的はどうすれば最もよく実現されるかという合理的合目的的な考慮なのである（責任→目的

25）なお、新派刑法学による「性格責任論」ないし「社会的責任論」も、特別予防論と結びつけられた責任論にほかならないが、これはすでに「犯行の重大性」の意味での責任（「行為責任」）に対する評価を基準とすることを放棄し、行為者の危険性そのものを評価対象とするものであるから、ここでは取り上げなかった。同じ理由から、いわゆる人格形成責任論も検討対象から除外した。

26）佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会編『刑法講座 第1巻 犯罪一般と刑罰』（1963）133－134頁、同『4訂 刑法講義（総論）』（1981）77頁以下。

→刑罰）。刑罰は、この意味においてまさしく目的刑である。このように刑罰の中心的目的が、行為者の規範意識に訴えてその回心（あるいは改悛・後悔といってもよい）をもたらすことにあるとすれば、そこに特別予防の要求の満足もある」[27]。この考え方は、行為者の社会復帰による特別予防を最終的な目的とする場合においても、量刑の出発点として、改悛ないし後悔しなければならない対象としての責任[28]の大きさが重要な役割を演じることを示したものである[29]。

ドイツの学説で同じ方向性に属するのは、アルトゥール・カウフマンの見解である[30]。刑法改正論争においていわゆる代案グループに属したカウフマンは、社会復帰思想を基本的に受け入れ[31]、かつての絶対的応報刑論からの転

27）佐伯（千）・前掲注26『4訂 刑法講義（総論）』79－80頁。このことが量刑においても想起されなければならないと主張される（同429頁）。

28）佐伯の見解において、責任は、①個々の違法行為について非難可能性として、「行為責任」であり、「規範的責任」にほかならないが（佐伯〔千〕・前掲注26『4訂 刑法講義（総論）』228－231頁）、さらに、②「刑法上の責任は、刑罰という国家の目的意識的な活動をよびおこす要件であるということからして、その内容も、刑罰目的による色づけ……を避けることはでき」ず、「可罰的責任」、すなわち「非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰をうけるに適するような性質のもの」に特殊化されなければならないとされる（同232頁）。これは、行為責任刑を出発点としながら、特別予防（再社会化）のための働きかけを要しない場合には刑の軽減を認めることにほかならないであろう（もっとも、同234頁には、現実問題としては加重も否定されないという趣旨の論述もみられる）。

29）佐伯説を支持するものとして、中川祐夫「責任と可罰的評価」『平場安治博士還暦祝賀 現代の刑事法学（上）』（1977）252頁以下など。

30）Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, S.553ff.（加藤久雄ほか訳「刑法における責任思想の法理論的および刑事政策的側面」バウマン編著・佐伯〔千〕編訳『新しい刑法典のためのプログラム―西ドイツ対案起草者の意見―』〔1972〕69頁以下）（同論文は、Kaufmann 1976, S.263ff.に若干の修正のうえ再録されており、本稿での引用はそれによった）

31）Kaufmann 1976, S.266.

向を図りながらも[32]、当時のロクシンらとは一線を画し、「責任はやはり刑の上限を定めるための規制的原理にとどまらず、それどころか責任には、刑罰の意味および内容……にとっての構成的意義もある」[33] ことを、次のように説明した。「人を義務づける諸価値の諸要求を拒絶すること〔＝犯罪行為〕により非難にさらされるという苦悩に満ちた経験[34]」は、「有責者を圧迫し、その者は、そこから再び解放されたいと願う」。「ただ、責任からのそのような解放は……それを自己答責的に引き受け……るという方法でしかなしえない。それこそ、贖罪(Sühne)と呼ばれるものである」。「責任の苦悩を経験する人間には、贖罪が必要であり」、その者から「共同体と再び和解する可能性……を奪い、責任のなかに放っておくことは非人間的である」[35]。「再社会化を望む者は、贖罪思想に反対してはならない」。「たしかに、贖罪は強制できない」が、「行われた過ちに洞察を及ぼすことでそれを克服できるように、犯罪者に援助を与えること以上に、その者たちの将来の法に忠実な態度をよりよく保障するものはない」[36]。このようにみてくると、「責任刑と再社会化刑との間には、いず

32）責任主義には刑事政策的意義があると考えるに至ったカウフマンは、自らの旧説が、責任刑＝応報刑という誤った考え方に基づくものであったことを認めている（Kaufmann 1976, S.271, Fn.33)。なお、その後の彼の見解の変遷については、本庄2002（1）・213頁注96などを参照。

33）Kaufmann 1976, S.273.

34）カウフマンは、それを「責任体験（Schulderlebnis)」と呼ぶ。

35）Kaufmann 1976, S.271f. そこでは、贖罪が、悪行に対する害悪付科としての応報とは全く異なる行為者の倫理的な行ないであり、それによって自己および同胞との関係回復がなされうるとされる。

36）Kaufmann 1976, S.273f. なお、このように強制的贖罪の問題性を考慮して「社会復帰のための援助」という構成をとる場合、自発的に再社会化する心構えのない犯罪者――確信犯人など――に対する科刑の目的が失われかねない。カウフマンは、重大な法益侵害については特別予防の必要性がなくても処罰せざるをえない場合があり、それが応報的意義を有するものであることを認めているが（Kaufmann 1976, S.275f.)、贖罪を拒絶する者に対する処罰も、その観点から説明することになろう（本庄2002（1）・215頁。Vgl. auch v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.53, Fn.19.)。

れにせよ基本的な相違はなくなる」[37]。佐伯の見解に比してより明確に責任刑と再社会化刑の原則的一致を説く[38] このカウフマンの見解は、少なからぬ賛同者を見出している[39]。

しかしながら、このような方向性に対しては、刑罰制度および犯行均衡原理を支える中心的目的として特別予防（再社会化）を考える場合に一般的に生じる疑念をひとまず措くとしても[40]、次の疑問が指摘できよう。すなわち、そこでは、一定の行為が「責任」を生じさせるということはいわば所与の前提であり、その責任を刑罰という形で引き受けることが、再社会化にとって有用であると説かれている。ある行為を犯罪と評価し、それについて「責任」を生じさせることそれ自体の理由や目的は問題とされないのである[41]。かかる理論

37）Kaufmann 1976, S.275. これに対して、Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, FS-Arth. Kaufmann, S.528は、特別予防目的の追求を制限する責任主義の法治国家的保護機能が失われてしまうと批判する。

38）その延長線上において、贖罪目的が別の方法で達成されうる限りで、刑罰とくに自由刑の執行が回避されるべきことが主張されており（Kaufmann 1976, S.275）、その限りで、責任刑の下回りが許容されている。これは、佐伯の「可罰性論」と結論的に一致する。

39）カウフマンを支持するものとして、ユルゲン・バウマン（宮澤〔浩〕訳）「責任と贖罪」刑法雑誌19巻１＝２号（1973）８頁以下、木村静子「刑罰の量定に関する一つの理解」研修315号（1974）８頁以下、鈴木晃「責任、贖罪および再社会化（４・完）」中京大学大学院生法学研究論集６号（1986）133頁以下など。

なお、ダフは、刑罰を、行為者をして自己の犯罪と向き合わせ、悔悟と道徳的回復へと導くための贖罪金（Buße）と解する見方を示しており（R.A. Duff in: Tatproportionalität 2003, S.28, 43）、カウフマンらの見解と通じるものがある。これに対し、フォン・ヒルシュは、内心の道徳的態度を呼び覚まそうとすることは法治国家的に強すぎる介入であること、刑罰目的が行為者の悔悟にあるならば、すでに悔悟しており、またはおよそ手に負えない行為者を処罰する意義が見出せなくなることなどと批判している（v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.53, Fn.19）。

40）それについては、後掲本節２（3）(4）で述べる。

41）「責任→目的→刑罰」という佐伯のモデルがそのことを示している。またここでは、カウフマンがかつて絶対的刑罰理論に依拠していたことも想起されてよい。

的態度は容認しがたいだろう。一定の行為を犯罪として評価し、それについて行為者に「責任」を問うことは、まぎれもなく国家による人為的な活動であり、少なくともそのようなものとして理論学的に根拠づけられなければならない。アプリオリに「犯罪」や「責任」が存在し、それを前提にはじめて刑罰を科す目的が問題になるわけではないのである。そして何よりも、一定の行為を「犯罪」として評価する実質的な目的ないし理由が明らかにならなければ、その「重さ」の判断基準も一向に明確化しないだろう。量刑理論から、犯行の重大性の評価基準、ひいてはそれに関連性ある量刑事情の選別基準を導き出そうとする本稿の問題関心にとって、そのことは致命的ですらある[42) 43)]。

42）異なった文脈においてではあるが、岡上2006・45頁も、「価値中立的な法的責任論は、考慮されるべき全量刑事情について事実選別の機能も量原理ももたないという大きな不都合をもたらす」と述べている。

43）さらなる批判として、本庄2002（1）・215－216頁は、自らの罪について理解し、それが間違っていたと思うことが再社会化のために必要であるという前提自体、疑わしいとする。しかし、行刑を視野に入れるならば、この批判は行き過ぎではないだろうか。再社会化の内容を、「道徳的に立派な人格」への改変ではなく、再犯可能性の減少として理解するとしても（Vgl. Weigend 2004, S.183f.）、行為者が犯行に関する責任を自覚し、悔悟することが、そのための重要なステップであることは疑いえない。「改悛の状」を仮釈放の要件とする刑法28条は、そのことを当然の前提としている。刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（平成17年法律第50号）が、受刑者の「自覚に訴え、改善更生の意欲」を喚起することを処遇の原則とし（30条）、「犯罪の責任を自覚させ、健康な心身を培わせ」るため改善指導を行うこととしていること（103条１項）も同様の認識に基づくように思われる。同法律における受刑者処遇の趣旨について詳しくは、法律のひろば58巻８号（2005）４頁以下、自由と正義56巻９号（2005）11頁以下、ジュリスト1298号（2005）６頁以下、刑事法ジャーナル１号（2005）98頁以下、犯罪と非行146号（2005）１頁以下、名取俊也「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律について」法曹時報58巻４号（2006）１頁以下など。ここではとくに、名取・前掲12、24頁、太田達也「刑事施設・受刑者処遇法下における矯正の課題」犯罪と非行146号（2005）18－19頁を参照。

(3)　再社会化の必要性（行為者の社会侵害性）と責任相当刑

最近のわが国では、髙山佳奈子が、「重大な法益侵害が重く処罰されるのは、重大な法益に対して侵害的である行為者については再社会化の必要性が高いことによる」[44]という、かつての新派刑法学を彷彿とさせる見解を主張している[45]。彼女は、「刑罰は、犯罪の重大性を反映した故意の重大性に応じたものでなければならない」という意味での責任相当刑の原則の妥当根拠を問い[46]、次のように答える。「責任の基本的な量が認識された不法の量に応じて定まることを実質的に論じうるのは……特別予防の必要性が責任を根拠づけまた同時に限定もする、という発想[47]」である。「故意が責任要素となる根拠は……そこに行為者の犯罪性が示され」ており、「その限りにおいて、行為者には刑罰による再社会化の必要性が認められる」。「たとえば殺人犯は、『自己の所為を違法だと知りえたから』責任があるのではなく、『人を殺すような行為者だったから』刑罰によって再社会化されなければならない」。したがって、そこでは、「『均衡の原則』も、刑罰目的の追求に対する『外在的な』制約原理ではなく、むしろ『内在的』制約となる」[48]。他方、一般予防を中心とした刑罰論も有力

44）髙山1999・125頁。

45）髙山1999・108頁以下。要約として、同385頁以下。同書の刑罰論・責任論に好意的な書評として、町野朔「ジュリスト書評・髙山佳奈子著『故意と違法性の意識』」ジュリスト1167号（2005）137頁。

46）髙山1999・108－109頁。

47）なお、髙山はそれを「実質的行為責任論（性格論的責任論）」と呼び、それを提唱する平野・総論Ⅰ52頁の論述（「犯罪行為者に、刑罰が影響を及ぼしうるような心理的要素があるときに限って処罰する」）を引用している（町野『犯罪論の展開Ⅰ』〔1989〕20頁も参照）。しかし、行為者の再社会化の必要性が端的に処罰および責任を根拠づけるという理解は、平野の抑止刑論とは異なるように思われる。「抑止刑論は、一般人に対しても犯罪者自身に対しても、苦痛による威嚇で犯罪を抑止しようとする」ものであって、そこでは、受刑者の再社会化ないし「改善更生の原則は……修正的あるいは補完的な原理として存在する」ものとされるにすぎない（同25頁）。性格論的責任論は、潜在的な犯罪者一般に対する刑罰威嚇の有効性に応じて、行為者を処罰しようとするものである（同22頁、同『刑法の基礎』〔1966〕・27、40頁なども参照）。

だが、「実際の刑罰制度は、刑罰を科すことが行為者にとり意義がある場合に限って処罰することにしているのである。それが個人責任の要請である」。「本人にとり全く意味のない刑罰を受忍せよというべきではない。処罰の必要性を一般予防の必要性により根拠づけることには疑問がある」[49]。

この見解は、刑罰（目的）論において明確に特別予防（再社会化）論に立脚していながら、それに基づいて量刑理論を構築しようとする場合に生じうる問題点のいくつかを回避している。すなわち、特別予防（再社会化）の必要性に直接に依拠した量刑は、再犯予測の困難性などからして実践が困難であるし、極端な刑の不均衡を招きかねず、究極的にはきわめて重大な犯罪を行なった場合ですら、再犯可能性がまったくなければ処罰できないという問題点を抱えていた[50]。しかし、髙山の見解においてはそのような問題は生じない。すなわち、責任の内容をなす「行為者の侵害性は、故意等の責任要素を通じて認められるものであって、『刑期を何年にすると再犯の確率が何％になる』という科学的予測の形で与えられるものではない」。「重要なのは、科学的洞察そのものではなく、法的な要件がいかなる趣旨のもとに理解されるかである」[51]。「あらゆる事情」を考慮した再犯可能性や再社会化の必要性の「科学的な」予測は、はじめから要求されていない[52]というのである。これは傾聴に値する主張である。一般予防目的や国民の応報感情の充足を問題とする場合も、個別の事例の処理にあたって、「この事例で何年の刑を科すと、犯罪発生率がどの程度になる」「この事例で現実の国民の満足感の総和が最も高くなるのは何年の刑だ」といった経験科学的な判断を行うことは不可能である。刑罰目的と量刑基準の

48）髙山1999・121－123頁。それゆえ、前述の佐伯やカウフマンのアプローチが内包していた、「犯行の重大性評価の基準が空洞化する」という問題は生じない。
49）髙山1999・124－125頁。
50）詳しくは、小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」261頁以下。
51）髙山1999・125頁。
52）科学的には再犯のおそれがない場合であっても、故意の犯罪行為が行われ、そこに行為者の犯罪性が示された以上、「法的には再社会化の必要性があるものと見るべき」ことになる（髙山1999・125頁）。

つながりを断ち切ることはできないとしても、それは直接的なもの（刑罰目的→量刑基準）ではありえず、犯罪の実質的評価に関するルールの設定を介した間接的なもの（刑罰目的→犯罪評価基準→量刑基準）にとどまらざるをえないことは、犯罪論との結びつきを意識しながら刑罰論を構築するにあたっての重要な認識であるように思われる[53]。

しかし、それでもなお、一元的な特別予防（再社会化）論とそれに基づく犯罪論･量刑論の展開は、次のような基本的問題を克服できないように思われる。

第１に、一般予防論を排斥しながら特別予防論を採用する論理は、矛盾を孕む。すなわち、前述のように、髙山が一般予防による処罰の基礎づけを拒絶して、特別予防（再社会化）論にしたがう理由は、現代の刑罰は「行為者にとり意義がある場合に限って」行われるものであって、他人ないし全体の利益のために、行為者の利益にならない刑を科すべきではないという考慮にほかならない。このような感覚は、彼女に限らず、特別予防論を基調とする論者に共通した傾向である[54]。しかし、行為者の再社会化も、特別「予防」論として構成される以上、社会全体の利益の増進のために、行為者に、自由や財産の剝奪という「害悪」を与えるものであることは否定しがたい[55]。現在の特別予防論者は、刑罰はそれを受ける者に対する「害悪」を伴うものではあるが、改善更生の利益がそれを帳消しにすると考えているのだろう。しかしいずれにせよ、「改善更生しなくていいからとにかく刑務所を出たい」と希望する者の受刑拒否が明らかにナンセンスと感じられることは、特別予防論においても、処罰は純粋に行為者の利益のために行われているわけではないということを示している。処

53）後掲本節３（4）ア参照。

54）城下1995・134－136頁、浅田・総論497、511頁など。牧野英一「新憲法下の刑法理念」法律時報19巻２号（1947）13頁以下、木村（亀）・前掲注10『刑法の基本概念』25頁以下も参照。

55）後掲本節２（4）。松原2004・８頁は、改善刑論について、「刑罰が害悪であって行為者にとって不利益処分であるという事実を看過させる危険も孕んでいる。改善・教育措置といっても、犯罪防止という公益目的のために行為者を利用していることに変わりはない」とする。松宮2006・９頁、岡上2006・198頁も参照。

罰は「害悪の付科」であって、福祉とは根本的に異なるのである。「全体の利益のための個人の犠牲は許されない」ことを理由に一般予防論を排斥することは、特別予防論の首をも絞めることに注意が必要である。

第２に、特別予防（再社会化）を中心的な刑罰目的とし、犯罪行為に示された社会侵害性の大きさに応じて重く処罰するという政策判断は、刑罰を重く（長く）すればするほど高い改善効果が見込まれるということを前提としている。すなわち、「人を殺すような行為者」は、短期間の刑では再社会化が困難であるが、長期の刑によればその可能性がより高まるという認識がその基礎にある[56)]。しかし、自由刑一般についてそのようなことが言えるかについては、懐疑的な見方をせざるをえない[57)]。自由の剝奪それ自体がリハビリテーションに役立つとは言えないことは、社会復帰思想の信奉者によっても認められている[58)]。たしかに、行刑に際して行われる様々な矯正処遇が功を奏して、受刑者が改善更生することは決して少なくないだろう[59)]。しかし、矯正処遇は、

56）「量刑段階での特別予防的考慮は……行為者自身の『規範を守らなければならない』という意識にはたらきかけて、将来再び犯罪行為をしないように意思活動をコントロールすることを可能ならしめるという内容をもつべきであ」り、具体的な刑量もその必要性に応じて判断すべきであるとする城下1995・133頁も同様である。

57）Vgl. z.B. Schünemann 1987, S.215; H-J Albrecht 1994, S.67ff.; Hörnle 1999, S.86f.

58）後掲本節２（4）参照。なお、拘束によって、再社会化のための働きかけから容易に目をそらすことなく内省する機会を得る（ことにより再社会化の可能性が高まる）という効果があることは否定できないが（Weigend 2004, S.186）、長期自由刑の正当化目的としてふさわしいかは疑問である。

59）「何の役にも立たない（nothing works）」というショッキングな所見を示したマーチンソンのレポート（Robert Martinson, What works?－questions and answers about prison reform, The Public Interest 35, 1974, pp.22ff.）が本来の射程を超えて拡大解釈されたこと、およびそれに基づいて社会復帰理念を捨て去ることへの疑問として、たとえば宮澤（浩）「行刑思想の発展と動揺」石原一彦ほか編『現代刑罰法体系 第７巻 犯罪者の社会復帰』（1982）17－18頁、吉田敏雄『刑法理論の基礎』（2005）199頁以下。ドイツの最近の文献では、B-D Meier 2006, S.31; ders., Kriminologie, 2.Aufl., 2005, S.259ff.; Dölling, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts, FS-Lampe, 2003, S.606f.; Weigend 2004, S.186f.など。

刑罰そのものではないことに注意しなければならない。現行刑法における自由刑の内容は、自由の剝奪（および刑務作業の強制[60]）に尽きている。矯正処遇は、刑の執行に付随して必要的に行われる（有用な）刑事政策的活動ではあるが、それが行われなかったとしても、「刑が執行されなかった」ことにはならないのである。このように、再社会化効果が、刑罰の本質的内容に必ずしも結びつくものではないとするならば、それを（少なくとも中心的な）刑罰目的として理解することはできない[61]。もちろん、行刑においては、行為者が自らの責任を自覚し、改悛する「真の再社会化」を通じて社会復帰することを目指して、できる限りの努力をすべきであろう。そのために、ある程度強い働きかけも必要とされてよい[62]。しかしそれは、「さもなければ、刑の望ましくない影響が、もっとひどいものになってしまう」[63] からであって、再社会化を、刑罰制度を正当化する積極的な目的として捉えることとは別問題なのである[64]。

60）本稿は、いわゆる自由刑純化論を基礎に刑務作業を刑罰内容から解放しようとする見解（最近ではたとえば、津田博之「刑務作業―刑罰内容からの解放を目指して」刑事立法研究会『21世紀の刑事施設―グローバル・スタンダードと市民参加』〔2003〕156頁以下）の当否には立ち入らない。

61）松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」立命館法学306号（2006）37頁は、「『社会復帰』は、刑そのものを正当化する根拠としては、すでに破綻している」と述べている。

62）刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（平成17年法律第50号）は、受刑者に改善指導等を受けることを義務づけている（同法74条２項、150条１項等参照）。処遇の義務づけは、強制的な再社会化の禁止（Vgl. Roxin AT I, §3, Rn.17, 39; Weigend 2004, S.187 usw）と緊張関係にある（それゆえ反対するのは、土井政和「受刑者処遇法にみる行刑改革の到達点と課題」自由と正義56巻９号〔2005〕26頁）。しかし、適切な自主判断が必ずしも期待できない者に対して再社会化効果を期するには、単にその任意の選択に委ねるというのでは不十分であるから、義務づけを背景とした強い説得ないし働きかけは必要であろう（太田・前掲注43「刑事施設・受刑者処遇法下における矯正の課題」８－９頁参照）。なお、洗脳のような受刑者の人格の核心部分を侵す処遇が許されないことは言うまでもない（Vgl. Weigend 2004, S.185）。

63）Schünemann 1987, S.216. Vgl. auch Hörnle 1999, S.88f.

64）これに対して、行刑における処遇の義務づけの正当性を、刑罰目的に特別予防（改善更生）が含まれていることと関連づけて説明する見解もなお有力である

第３に、特別予防目的を犯行均衡性の指導原理とする場合、犯罪行為の重さは、現在の多数説が考えているものとは大きく異なった主観主義的な基準によって判断されざるをえない。そのことは、最近の学説でいえば、髙山が、量刑の基礎となる責任を「認識された犯罪事実の重大性」「犯罪の重大性を反映した故意の重大性」「行為者に内面化された犯罪的事実」[65] などと定義していることに端的に示される。一定の行為を犯罪として評価する目的が、再社会化の必要性を感じさせる、社会侵害性を示す行為者（または、それがあらわされた行為）を選び出すことにあるのだとすれば、当然、重視されるべきは行為者の主観的態度のみである[66]。法益の侵害またはその（客観的）危険性が「実在」していなければならないということは、少なくとも刑罰目的からの内在的な要請としては、導かれえない[67]。そのような（一元的）主観的犯罪理論は、それ自体妥当なものとも思われないし、現行法の態度に合致するものでもない。要す

（たとえば、太田・前掲注43「刑事施設・受刑者処遇法下における矯正の課題」８頁。なお、川出敏裕「監獄法改正の意義と今後の課題」ジュリスト1298号〔2005〕28－29頁も参照）。しかし、再社会化を積極的な刑罰目的からは除外して考える場合でも、他の目的によって正当化される自由剝奪による悪い影響を少しでも軽減する（さらに「あわよくば」望ましい改善効果を得る）ために受刑者に強い働きかけを行うことの正当性は肯定できよう（松宮2006・13頁注11参照）。

65）髙山1999・103、108、122頁。さらにそこでは、「反社会的心情」ないし「法益をないがしろにする心情」が、刑罰を根拠づける責任の基礎に置かれると述べられる。

66）いわゆる社会的責任論との違いは、行為を離れた行為者の一般的態度ではなく、行為時における行為者の主観的態度を問題にするところにある。

67）この点につき、小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」303－304頁注333。髙山は、客観的な「犯罪事実の重大性は、その認識である故意を通じて責任へと媒介される」とするが（同1999・108頁）、これは彼女の前提からすれば正確でない。行為者の「法益をないがしろにする心情」に基づく再社会化の必要性が問題である以上、客観的な法益侵害の重大性は、そもそも犯罪の評価と関連性がないことになるはずである。それはせいぜい、犯罪論における――要求理由が必ずしも明らかでない――外在的な制約要素にすぎないことになるであろう。

るに、この見解は、かつてわが国の新派刑法学（教育刑論）に向けられた、「犯罪論を過度に主観化する」という批判[68]を克服できていないのである[69]。

(4) リハビリテーションの円滑化のための「社会の応報感情からの行為者の保護」

「他人の利益のために行為者を処罰することは許されない」という特別予防（再社会化＝リハビリテーション）論者の基本思想から出発しつつ、上述の矛盾ないし問題点を回避しようとするなかで、ついに特別「予防」そのものを放棄するという結論にたどりついたのが、篠塚一彦[70]の見解である。

彼によれば、「個人に公然と犠牲を求めることが制度的に是認されるのであってはならない」から、刑罰は、「犯罪者個人の利益に資するもの」でなければならず[71]、したがって純粋なリハビリテーション、すなわち「犯罪者の改善・治療、社会復帰だけを企図するのが望ましい」[72]。しかし、「自由の拘束ということじたいが、犯罪者のリハビリテーションに役立つものとは言い難い」にもかかわらず自由刑を用いる意味は、「社会から向けられる応報感情からの、犯罪者の保護」にある[73]。つまり、社会復帰のためには、「国家によってすでに一定の刑罰を科されており、相応の不利益を課されているということ

68）林（幹）・総論12頁など参照。

69）さらに、特別予防論に対しては、いわゆる犯罪徴表説（＝犯罪行為を処罰対象ではなく犯人の危険性の認識手段として捉える見解）を帰結するという批判もある（最近では、松原2004・８頁など。ただし宮澤（浩）「刑法学説の種々相（その２）」時の法令1358号〔1989〕42頁も参照）。髙山説に対して、犯罪徴表説との親和性を指摘するのは、中山研一「刑事法学の動き・髙山佳奈子著『故意と違法性の意識』」法律時報74巻３号（2002）133－134頁。

70）篠塚一彦「量刑と刑罰制度（２・完）」上智法学論集39巻３号（1996）160頁以下。

71）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」171頁。それゆえ、一般予防（抑止）や応報的正義の実現を国家が追求することは許されないとされる。

72）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」175頁。

73）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」175－176頁。

が、一般社会から向けられる諸々の非難を避けるうえでも、必須」であるから、「リハビリテーションを滞りなく進めるため……国家は、社会の応報感情が沈静するまで犯罪者を拘束し、その改善を試みるとともに、一般社会の非難から犯罪者自身を保護してやらねばならない」というのである[74]。このようにして、「犯罪者を再度受け入れる状況がととのえられる」ために、「犯行の重大性に比例した量刑」によって「相応の応報感情を汲み取」ることが要求されることになり[75]、「犯行の重大性に刑罰の上限を画させるというのではなく、これにのみ均衡した量刑をなす」[76] という基準が導かれる。

この見解によれば、「人格の改善は、その者〔犯罪者〕個人に委ねられるべき事柄で、国家は、犯罪者に自己の人格を改善しうる機会を刑罰という形で提供することに満足せねばならないのであり、現実に改善がなされたかとか、再犯が減少したかといった成果のあがる必要は、必ずしも……ない」[77]。つまり、刑罰目的は犯罪者に改善・社会復帰の機会を提供することそれ自体であり、それによって生じうる犯罪予防（ひいては法益保護）の効果は、望ましくはあるが付随的なものにすぎないというのである。そして、かかる理解によって、従来の特別「予防」論に対する前述の諸疑問は一応解消される。

しかし、このような刑罰観は、理論的には首尾一貫しているものの、現実問題としては受け入れ難いだろう。応報、一般予防、特別予防といった従来言わ

74）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」178頁。

75）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」180頁。

76）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」183頁。そこでは、予防の必要性という不明確な基準により刑を「上下させること」は、実務の恣意的判断を許すことになることを理由に排斥される。もっとも、これは必罰主義ではなく、リハビリテーションに役立つ限りで、執行猶予、保護観察などの諸制度もおおいに活用されるべきであるとされる。おそらくは、「相応の報い」を受けないこと（によって生じる社会からの非難）によるリハビリテーション妨害の程度と、非・自由剝奪的な諸制度を用いることによるリハビリテーション促進の程度が、比較衡量されることになるのだろう。

77）篠塚・前掲注70「量刑と刑罰制度（２・完）」175頁。

れてきた刑罰目的を「抑圧的」であるとしてことごとく排斥し、刑罰制度全体を純粋に福祉的なものとして性格づけ、とりわけ自由刑の実刑を、社会の応報感情が沈静化されるまで一時的に犯罪者を避難（「非難」ではない）させるパターナリスティックな保護措置として説明することは、犯罪事象における加害者と被害者の立場をほとんど逆転させてしまっている[78]。この見解は、「他人の利益のために行為者を処罰することは許されない」という命題を一貫させながら刑罰制度を基礎づけようとするアプローチの理論的な限界を示すものといえる。

以上から、特別予防（的な）目的を、刑罰制度を正当化する中心的な目的として捉え、責任相当刑の原則ないし犯行均衡原理をそれと結びつけるアプローチは、どのように構成しても無理をきたすものであることが明らかとなった。かかるアプローチがそもそも学説上も少数説にとどまっていることは[79]、望ましい傾向というべきである。

3　一般予防論と犯行均衡原理

(1)　総説

いわゆる学派の争いにおいて、「応報刑主義をとる者の多くは、犯罪に対する応報としての刑罰が、同時に、一般予防効果をもつものであることに着目し、応報と一般予防とを結合していた」[80]。この歴史的経緯からして、量刑における責任相当刑の原則ないし犯行均衡原理を、一般予防目的の観点から説明しようとするアプローチは、比較的受け入れやすいものであろう。たとえば、

78）もちろん、犯罪者＝加害者という見方の固定化は問題であって、犯罪者も社会的矛盾の被害者としての一面をもちうることへの一定の配慮は必要である。しかし、篠塚説では、「善良な行為者が社会復帰しようとするのを、非合理な応報感情をもつ社会が邪魔している」という図式が一般化されている。

79）Frisch 2000, S.277は、特別予防論による責任刑の根拠づけを、ほとんど論外のものとして退けている。

80）福田・総論317頁。平野・総論Ⅰ３頁なども参照。

わが国の1970年代の刑法改正論争期における実務家の論稿では、「責任の評価と特別予防の要請との間にかなりの違いが生じることはいうまでもないが、犯罪……の責任に見合った刑を科することが、ひいては他の者による犯罪行為を抑止する効果をもつと考えることが可能であるとすれば、行為責任に対する評価と一般予防の必要との間にそれほど大きな違いは生じない」[81] と素朴に述べられていたのである。もっとも、他方で、一般予防論では科刑の程度に上限を画することができなくなるのではないかという疑問も、伝統的に存在してきた[82]。「より重く、またより厳しい刑罰により大きい威嚇作用があるという考えが……歴史的に最も頻繁に、『際限のない』刑罰の理由となってきた」[83] というのである。

ドイツでは、1950年代から1970年代前半にかけての特別予防思想の隆盛が、アメリカや北欧におけるリハビリテーション思想の後退[84] の影響を受けるなどして急速に衰えたが、他方で「訣別」したばかりの観念的な応報刑論にただちに回帰することにも抵抗感が強かったことから、一般予防思想が再び注目を集めることとなった。その際、一般予防論は、上述の疑問を解消するべく理論的に洗練されていく。その成果が、一般予防を、①消極的側面、すなわち刑罰の恐怖によって人々を威嚇し、その犯行を阻止しようとすることと、②積極的

81）鈴木義男「量刑の基準」法学教室（第２期）３号（1973）39頁。さらに、改正刑法草案48条が、①責任に応じた刑の量定（１項）とともに、②「犯罪の抑制」の考慮（２項）を規定したことに対して、一般予防は責任に含まれている以上②は不要であるとの批判が加えられたことも（日本弁護士連合会『「改正刑法草案」に対する意見書』〔1974〕108頁）、ここで想起されてよい。

82）z.B. Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S.380; Jescheck/Weigend AT, S.75.

83）Vgl. Roxin AT I , § 3, Rn.32.

84）それについては、背景事情を含めて、宮澤（浩）・前掲注59「行刑思想の発展と動揺」13頁以下、同「刑法学説の種々相（その３）」時の法令1362号（1989）36頁以下を参照。最近のものとして、松原英世「連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（2005）74頁以下など。

側面、すなわち刑罰による「法秩序の存在力と貫徹力に対する信頼の維持と強化」、および「法共同体の面前に法秩序の不可侵性を示し、そうして住民の法的忠実を強める」こと[85]によって一般人を犯罪から遠ざけることに区別して考え、後者を強調するいわゆる積極的一般予防論である。それは最近のドイツ刑法学ではきわめて有力であり、「支配的」ともいわれている[86]。それに相応して、責任相当刑の原則と積極的一般予防の結びつきを論じる見解が広く定着しており、かかる理論動向が、わが国の学説にも強く影響しているということは想像に難くないだろう。ただ、わが国においては、そのように一般予防を画然と２つのものに区別し、一方のみを考慮することに疑問を示し、または威嚇予防をことさらに排斥しない見解も自覚的に主張されている。そして、そのような見解からも、量刑における責任相当性ないし犯行均衡性の重要性が強調されている。以下では、代表的な論者の見解を整理することを足がかりに、刑罰目的としての一般予防論の基本的妥当性と、一般予防目的と量刑における犯行均衡原理の理論的関係について考察しよう。

(2)　学説の状況

ア　積極的一般予防論（統合予防論）[87]と責任相当刑

85）BverfGE 45, 187[256].

86）Vgl. Hörnle 1999, S.89.

87）積極的一般予防論は、ドイツにおいても、論者によってその内容は区々であるとされる（ミューラー＝ディーツ1992・27－28頁。積極的一般予防論に関する包括的研究として、Schünemann/ v Hirsch/ Jareborg（Hrsg.）, Positive Generalprävention, 1998）。刑罰理論そのものを研究対象とする場合、刑事立法論をも視野に入れる場合、または刑事制裁のあり方を従来とは異なった観点――たとえば修復的司法――をも視野に入れて再考しようとする場合などには、ニュアンスの異なる様々な見解を整理することも有意義かもしれない。しかし、量刑における責任相当性ないし犯行均衡原理の導出方法に関しては、積極的一般予防論を標榜する諸学説のニュアンスの差が結論の可視的な相違に結びついているようには思われない。そこで、本稿では、その点にはあまりこだわらずに代表的な学説を取り上げる。

ドイツおよびわが国の量刑理論においては、いわゆる積極的一般予防論に依拠した責任相当刑の理論がきわめて有力といえるが、それに指導的な影響を与えたのは、ロクシンの見解であろう。彼は、当初、量刑は予防的考慮によって行なわれ、責任刑はその「単なる上限」を画するものにすぎないという、代案59条に示された考え方の主唱者であったが、責任が量刑の「基礎」であるとするドイツ刑法（現）46条１項が定着した1970年代後半になると、実質的に異なる説明をするに至った[88)]。すなわち、「法的平和と規範の妥当力は、行為者の責任が『刑の量定の基礎』となっている場合に、最もよく保障される。というのも、責任と刑罰の間の、正しいものと感じられる均衡性は、判決を法共同体において合意を得られるものとし、また、判決に対して法秩序の維持のために最も役に立つものである権威を保障する。……責任刑は、統合と満足を目指した一般予防の必要性に応じるのである」[89)]。「威嚇予防を統合予防から区別しないことに、多くの誤解の原因がある。一般予防は、法感情の満足を通じての一般の法意識の強化によって営まれうる（統合予防[90)]）。しかしまた、それは潜在的な犯罪者を（重くなりがちな）刑罰によって威嚇する……ことによっても行われうる（威嚇予防）。責任原理の維持は、統合予防を支持するという……決断を意味する」[91)]。最近でも、たとえばベルント＝ディーター・マイアー

88）Vgl. Roxin 1977, S.466ff.; ders., 1978, S.184. そのような発想は、従来からたびたび示されてきたが（z.B. Peter Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S.22; Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80, 1968, S.3; Paul Bockelmann, Strafrecht, A.T., 1973, S.215f.）、ロクシンによって、現在につながる有力な潮流に押し上げられた。

89）Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, FS-Bockelmann, 1979, S.304f. そこではさらに、「適正と感じられる刑であれば、行為者自身も最も受け入れやすい」から、責任刑には、付随的な特別予防的機能も認められるとされる。

90）ロクシンは、積極的一般予防を、①市民を法に忠実であるように訓練することによって生じる学習効果、②市民に法秩序の貫徹を示すことによって生じる信頼効果、③市民の法意識が処罰により沈静化されるという満足効果の３種類に分け、このうち③を追求するのが統合予防論であるとする（Roxin, AT Ⅰ, §3, Rn.27）。

は、「言われるところの社会心理学的効果は、判決が一般人に正しいと感じられるかにかかっている。学習、信頼および満足効果は、刑罰に一般人の正義感覚が反映されている場合に（のみ）生じる。その効果を達成するためには、裁判所が、行為者の責任の程度……と正しく、等価値的な均衡をなす刑罰を科すことで通常は十分である」[92] と述べているが、このように責任刑の原則的要請を積極的一般予防という刑罰目的から内在的に説明するアプローチは、ドイツにおいてきわめて有力である[93]。また、必ずしも積極的一般予防を全面に出した刑罰論を展開しない論者においても、責任刑が「一般予防の問題関心を最適な形で考慮しているということは証明されていないが、しばしば推定されている」[94] などと述べられており、責任刑と積極的一般予防の関連性は広く認められている[95]。

積極的一般予防の理論は、わが国にも精力的に紹介され[96]、多くの有力な論者が、少なくともその間接的な影響を受けている。たとえば林幹人は、平野龍一の抑止刑論[97] をベースにドイツの積極的一般予防論のエッセンスを取り

91）Roxin, a.a.O. Anm.（89）, S.306.

92）B-D Meier 2005, S.772.

93）そのようなアプローチに属する見解として、積極的一般予防の内容およびそれに基づく責任概念のニュアンスの差を度外視すれば、Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S.31ff.; ミューラー＝ディーツ1979・103頁; Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, FS-Jescheck, 1985, S.823f.; Hans Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schünemann（Hrsg.）, Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, 1984, S.142ff.（浅田和茂訳「個人的帰責、答責性、責任」シューネマン編著・中山＝浅田監訳『現代刑法体系の基本問題』〔1990〕155頁以下）; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl., 2002, Rn.15－25, 30, 435ff.; Ulfrid Neumann, Folgenorentierte versus schuldorientierte Strafzumessung, FS-Ellscheid, 1999, S.124f.; Dölling 2003, S.60; B-D.Meier 2006, S.34f., 182; ders. 2005, S.772.; Hart-Hönig 1992, S.128などを挙げることができる。

94）Jescheck/ Weigend AT, S.877.

95）z.B. Bruns 1985, S.92; Jescheck/ Weigend AT, S.881. Vgl. auch Schäfer 2001, Rn.469.

入れて[98]、「刑罰は、裸の暴力として科されてはなら」ず、「人の規範意識に働きかけ、規範を防衛することによって、犯罪を予防しようとするものでなければならない」という「積極的予防論によれば、犯した犯罪に不相応な刑を科すことは、かえって規範に対する市民の不信を招き、犯罪の予防という観点からも逆効果となるから、するべきでない」と主張している[99]。伊東研祐も、「市民の規範秩序への信頼を回復し、その規範遵守意識をさらに維持・強化する為に犯罪者を処罰する」ことを主たる内容とする積極的一般予防論は刑罰根拠づけ機能を果たしうるとしつつ、「その目的たる市民の規範秩序への信頼・規範(遵守)意識の維持・強化ということが……質的・量的に信頼に値しないもの・拒絶感を惹起するもの、即ち、市民の正義感情に適合しないものである場合には、達成できないがゆえに、そこにも内在的な処罰限度規制原理が存在する」

---

96) 田中久智＝田中りつ子「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学別冊西山還暦記念(1988)115頁以下、田中久智＝里見理都香＝田中希世子「積極的一般予防論の最近の動向(1)－(5)」比較法制研究20号(1997)25頁以下、21号(1998)23頁以下、22号(1999)29頁以下、23号(2000)43頁以下、24号(2001)31頁以下、林美月子『情動行為と責任能力』(1991) 8頁以下、井上大「責任論の展開と刑法における予防目的の考慮(2・完)」専修法学論集48号(1988)156頁以下、同「刑罰目的としての特別予防と一般予防―その再検討」専修法学論集50号(1989)127頁以下、宮澤(浩)・前掲注84「刑法学説の種々相(その3)」38頁以下、神田宏「責任と刑罰の積極的一般予防論的考察―予防目的の犯罪論的意義の再検討―」法と政治42巻3号(1991)65頁以下、北野通世「積極的一般予防論」法学59巻5号(1995)90頁以下、内田文昭「決定論と予防論－最近の『予防的責任論』をめぐって―」『香川達夫博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』(1996)241頁以下、松宮『刑事立法と犯罪体系』(2003)17頁以下、吉田・前掲注59『刑法理論の基礎』173頁以下、本庄2002(1)・439頁以下など。これらの論者における積極的一般予防論の理解も様々である。

97) 平野・前掲注47『刑法の基礎』3頁以下、31頁以下、同・総論Ⅰ52頁以下など。それについて詳しくは、小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」299頁以下およびそこに挙げられた文献を参照。

98) 林(幹)『刑法の基礎理論』(1995)35頁は、自説がヤコブスの見解に近いものであるとしている。

99) 林(幹)・総論15－16、20頁。

と述べており[100]、積極的予防論から、責任刑ないし「正しいと感じられる刑」の要請を内在的に導くアプローチと評価できる[101]。量刑基準としては回顧的な応報刑（責任刑）を基本に置くべきだとしながら、その「反射的効果として」積極的一般予防効果を「期待」できるとする井田良のような理論的態度が存在することも、ドイツと類似の状況である[102]。

イ　一般予防（抑止）の機能条件としての応報原理

ドイツの積極的一般予防論に基づく量刑理論は、一般予防論の内容を、積極的なそれに限定するからこそ、量刑原則としての「正しい刑罰」とスムーズに結びつけることができるのであって、消極的（威嚇）予防論にしたがうのであれば犯罪の重さを無視した重罰化が避けられないということを前提としていたように見える[103]。しかし、わが国では、刑罰における応報の観念ないし犯行均衡性の原理と（一般）予防目的の内在的な結びつきは、ドイツ流の積極的一般予防論にコミットしているわけではない有力な学説によっても強調されている。たとえば、大谷實[104] は、犯罪予防[105] による法益保護を通じて、社会秩

100）伊東1993・312－313頁。さらに、積極的特別予防についても同様の趣旨が述べられる（同314頁）。批判として、曽根・前掲注１「刑法における責任と予防」396頁。

101）さらに、岡上1993（2）・59頁以下も、積極的一般予防論と責任刑の結合を主張していた。

102）井田1996・295－296頁、314頁注17。阿部1982・101頁、2001・６頁も参照。わが国の伝統的見解（団藤・総論39頁、大塚・総論49頁など）が、刑罰の本質としての応報的原理を強調しながら、それに応じた刑罰によって一般人（および行為者）の規範意識ないし社会倫理的感覚が覚醒・強化され、その意味で一般予防（および特別予防）の効果が認められると説くことにも一脈通じるものがある。

それに対して、堀内捷三『刑法総論（第２版）』（2004）12－13、88頁は、基本的に積極的一般予防論に立脚しながら、法益侵害の程度との均衡および消極的責任主義を外在的な制約として位置づける。松原2004・８頁以下も、基本的に積極的（一般）予防が刑罰目的であるとしながら、責任主義をその内在的な要請とすることについては批判的である。

103）z.B. Achenbach, a.a.O. Anm.（93）, S.141. わが国では、林（幹）・総論20頁など。

104）大谷・総論８－９、43－44頁。詳しくは、同『刑事司法の展望』（1998）26頁以下。

序を維持することが処罰根拠であるという目的刑論から出発しながら、歴史的に育まれた社会倫理および道義的応報の観念は「国民の道徳的確信」になっている以上、それに反する処罰は「国民の法秩序に対する不信を招き」目的を達成できないとして、「応報原理に立脚した刑罰であって初めて正義に適うものとして……一般国民の規範意識の形成をも促すことが可能となり、一般予防……の効果が生ずる[106]」と説明している。前田雅英[107]が、刑罰は広い意味での犯罪防止[108]に役立つからこそ正当化されるとしながら、「その目的は、国民の納得する……システムでなければ、十分に達成し得ない……ということから応報、すなわち罪刑の均衡や責任非難の概念が導かれる。刑罰制度が社会内で有効に機能していくには、刑罰が国民の規範意識に裏づけられていなければならない。国民の『正義感覚』に著しく反する重い刑罰は社会の安定を導き得ない」と述べているのも、これと同じ方向性に属する[109]。最近では、裁判官の論稿にも、「責任非難の観念を実質的に支えるのは一般的、特別的な犯罪予防の必要性であ〔る〕」「刑罰は１つの社会的制度であるから、制度の設けられた趣旨、目的を離れてこれを運用すべきではない。相当な刑罰の量は、その刑罰により期待される一般的、特別的な予防効果……により決まる」などと説くものがあるが[110]、上記見解と親和的である。

このような方向性を理論的により精緻に展開するものとして注目されるのが、威嚇を主、条件づけ（≒積極的予防）[111]を従とする抑止刑論を展開する

105）大谷・総論45－46頁によれば、一般予防の内容としては基本的に威嚇予防（心理強制）が想定されている。

106）なお、特別予防についても同じ論理の中で説明される（すぐ後に挙げる前田説においても同様）。

107）前田・総論31頁以下、54、199頁。同『刑法の基礎 総論』（1993）17頁以下も参照。

108）前田・総論30頁。そこでは威嚇予防はことさらに排除されているわけではない。前田説と同旨を説く木村光江『刑法 第２版』（2002）11頁は、むしろ積極的一般予防論に批判的である。

109）大谷と前田の見解が実質的に一致するものであることについて、大谷＝前田『エキサイティング刑法〔総論〕』（1998）183頁、大谷・総論44頁参照。

所一彦の見解[112]である。彼によれば、「『規範秩序への信頼』は正しいと感じられる処罰、『責任』にふさわしい処罰によってこそよく維持･強化される」という積極的一般予防論の命題は適切だが、そのことは、威嚇は「威嚇される者に不満を持たれると、執拗な抵抗に見舞われて機能しなくなることがある」から消極的予防においても同様である[113]。また、責任主義は、「抑止に必要な犠牲を公平に負担する義務として理解され」るものである以上、その重要性も、威嚇か条件づけかで異ならない[114]。両者には一定の差異[115]が認められるも

110）長井秀典「数罪と量刑」判例タイムズ1188号（2005）23頁。予防の内容としては、積極的予防が主だが、威嚇や隔離という消極的予防効果も期待され、さらには被害感情の緩和・報復感情の満足といった効果も考慮されるとする。また、相当な刑の算出にあたっては、刑罰による犯人の苦痛・不利益との比較衡量が必要であるとする。

111）所によれば、「条件づけ」とは、「悪いこと」に対して繰り返し苦痛が結びつけられることで、それを不快なこととする記憶が強化され、それが避けられるようになるという「選好の条件づけ」を意味し、その重視が積極的一般予防論の核心部分であるとされる（所1998・100－103頁）。

112）所1998・99頁以下、同1994・49頁以下。その他、同「刑の量定の基準」ジュリスト313号（1965）71頁以下、同「抑止刑の科刑基準」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第２巻』(1984) 106頁以下、同「犯罪の被害と刑罰―抑止刑の科刑基準再考―」『犯罪の被害とその修復―西村春夫先生古稀祝賀―』（2002）117頁以下など。

113）所1998・104－105頁。ゲーム理論を用いたそのメカニズムの分析として、同1994・52頁以下。そこでは、刑罰威嚇は、その対象である国民の多くがそれを不当だと考える場合には、一致団結してそれに屈しない態度を示し、為政者に威嚇による抑止を断念させる希望をもつことができるから、威嚇の機能条件として、それによって行動を制約される者の多くにやむをえないものとして受忍されるかが重要であるとされる。本庄2002（2）・434頁は、そのような内在的制約の限界を指摘する。

114）所1998・106頁。詳しくは、同1994・67頁以下。そこでは、責任主義ないし非難可能性（他行為可能性）要件の重要性が、①処罰による負担の公平な分配を通じて刑罰制度を一般に受け入れられるものにし、人々の抵抗を少なくする（威嚇の機能条件）、②直接的な抑止可能性の考慮による不当な帰結（抑止できない強い犯意を示すことによる処罰の免脱）を避ける適切な代替基準である、③やむをえない「全体のための個人の犠牲」を正当化するための条件であるといった考慮から導かれている。なお、この文脈に関する所の見解の変遷については、同1994・

のの、前述のように重要部分に共通点がみられるし、また、威嚇と条件づけは、「実際には密接に関連し合いながら協調的に作用する」[116] ものであるから、それらを完全に切り離す積極的一般予防論の立論には賛同できない[117]。このようにして、所は、威嚇と条件づけをひっくるめた抑止刑論に立脚しながら、「罪刑均衡にせよ、『責任に応じ』た刑にせよ、その基礎は、抑止のために甘受せざるを得ない苦痛の重さ」であり、人々は、明瞭に自覚しないまま、一般予防効果が発揮される刑を、「正しい」「相当な」「納得できる」刑として受け入れていると説くのである[118]。この見解は、応報と一般予防が一致するという伝統的感覚を、内省的考察によって理論的に基礎づけるものといえる。

(3)　刑罰目的としての一般予防論の検討

ア　一般予防論の基本的妥当性

刑法の任務は社会の共同生活の保護（法益[119] の保護）にあると考えることに由来して、刑罰制度の目的をそのための犯罪の防止・抑止に求める見解は、論者によって少なからぬニュアンスの違いがあることはもちろんであるが、今日では通説的な地位を占めている[120]。本稿も、それは基本的に正当と考える。

81頁注９（本庄2002（2）・123頁も参照）。

115）条件づけの場合には科刑が既存の「悪さ」の感覚に裏打ちされていることが重要であるのに対し、威嚇の場合は必ずしもそうならないという差異である（所1998・107－110頁）。それゆえ、条件づけによる処罰の説明は、自然犯にはあてはまるが、法定犯では威嚇が重視されざるをえず、また個々の処罰においても、条件づけでは「保護対象及び規範遵守の重要性」を示す意味での罪刑均衡が要求されるが、威嚇の場合の罪刑均衡は、要罰性を考慮した展望的なものが求められ、犯行によって得られることが予測される利益や、発覚の見込みといった要素が重視される。

116）所1998・111頁。法定犯の自然犯化という現象や、誘惑の強いために重い処罰の必要とされる犯罪（たとえば器物損壊に対する窃盗）が、一般にも「より悪い」と感じられるようになることが、そのあらわれであるとされる。

117）所1998・116頁。そこでは、経験的な効果の検証可能性にかんがみ、むしろ威嚇が主とされるのが望ましいとされる。

118）所1998・112頁以下。

一定の行為を遂行した者に対して、当該行為に対するマイナスの価値判断が込められた害悪を付科することを予告するという刑罰制度は、その目的が、一定の行為から人々を遠ざけることで、法益の侵害ないしその危険の発生を防止することにあると考えるのが、最も無理のない説明である。

このように刑罰を用いて望ましくない行為の抑止を図ろうとする考え方に対しては、周知のように、再社会化を刑罰目的と捉える論者[121)]、絶対的応報刑論に属する論者[122)]、さらには刑罰目的をいわゆる犯罪の事後処理に限定する論者[123)] らによって、一方で道徳的な観点から、他方で経験的な見地から、批判が向けられている。

しかしながら、第１に、「人を功利的な目的達成のための手段として扱うことは道徳的に許されない」といういわゆるカントのテーゼは、あまりにも理想主義的なものであって受け入れがたい[124)]。それを首尾一貫させた場合に、説得的な刑罰目的論の展開が可能であるのかはきわめて疑わしい。「刑罰は、犯罪者自身のためであれ、市民社会のためであれ、ある別の善を促進するための手段にすぎないものではなく、つねにもっぱらその者が罪を犯したがゆえにそ

119）刑法における法益概念をめぐる論争には、本稿は直接には立ち入らない。それについては、伊東研祐『法益概念史研究』（1984）、同「刑法における法益概念」阿部ほか編『刑法基本講座 第１巻』（1992）33頁以下のほか、嘉門優「法益論の現代的意義（１）（２・完）」大阪市立大学法学雑誌50巻４号（2004）934頁以下、同51巻１号（2004）96頁以下およびそこに引用された文献を参照。

120）西田・総論17頁。量刑における予防目的の考慮をおよそ否定する前述の犯行均衡説の論者ら（前掲第２章第４節４参照）ですら、刑罰制度の目的が犯罪の予防にあることを認めている（v Hirsch/ Jareborg 1991, S.15f.; Hörnle 1999, S.109f.）。

121）前掲本節２（3）（4）を参照。さらに、城下1995・129頁以下など。

122）前掲第１章第４節３を参照。

123）吉岡一男など（後掲本節４（2）イ参照）。さらに、刑罰の予防機能を、「謙抑的な事後予防」、すなわち法の事後的な回復に伴って生じる付随的・間接的な効果に限って肯定するものとして、山中・総論Ⅰ44－45、56頁。

124）松尾浩也「刑の量定」宮澤（浩）ほか編『刑事政策講座 第１巻 総論』（1971）350頁は、カントのテーゼに基づく主張は「ドイツにおいてさえ過去のものとなった」と述べている。

の者に科されるのでなければならない」[125] というように、あらゆる功利的目的の追求が許されないのだとすれば[126]、選択肢は文字通りの絶対的刑罰理論しかない。すなわち、犯罪に対して刑罰が科されることは「あたりまえ」、強いて言えば「それ自体が正義」であり、その「目的」を論じることに意味はないことになる。しかし、今日そのような考え方をとる者はいないだろう[127]。絶対的応報刑論の系統に属する論者も、現在、「法状態」「法的平和」「法の普遍的妥当性」「法的平等関係」の維持・回復などに刑罰の実質的目的を求めている[128]。たとえば「法状態」について、「われわれを理性に方向づけ……順調な共同生活をもっともよく保証するものと考えられ、それゆえにその維持が国家の中心的任務」であると述べられており[129]、これは結局、共同生活を営む社会構成員という他人の利益のために行為者を処罰するものにほかならない。それが道徳的に許されないと考えるならば、次に辿りうる道は、テーゼを若干緩和ないし修正して、「行為者自身の利益のため」の場合には「別の善を促進するための手段」にはあたらないから許されるとすることであり、それは行為者の再社会化を重視する特別予防論者の基本思想に合流する[130]。しかし、よく考えてみれば、再社会化刑も特別「予防」論として構成される以上、社会構成員の利益の増進のために、行為者の自由などの利益を（その意に反して）剝

125）Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797, S.331, zitiert bei Gössel, a.a.O. Anm.（２）, S.14.

126）カントが世俗的利益の追求を本当に一切否定していたのかには疑問もあるが（z.B. Kühl, a.a.O. Anm.（16）, 2001, S.31f.; 飯島暢「法概念としての刑罰」法学政治学論究〔慶應義塾大学〕54号〔2002〕68頁以下）、ここでは彼の真意が問題ではないから、深く立ち入らない。

127）Vgl. Gössel, a.a.O. Anm.（２）, S.14.

128）前掲第２章第４節３参照。

129）Frisch 2000, S.279.

130）Vgl. Ulrich Klug, Abschied von Kant und Hegel, in: Baumann（Hrsg.）, Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S.40f.（久岡康成訳「カントとヘーゲルからの訣別」バウマン編著・佐伯〔千〕編訳『新しい刑法典のためのプログラム』〔1972〕41頁以下）

奪するものであることは否定しがたいから、厳密には許されないはずである。それを避けようとして、特別予防ではなく「純粋なリハビリテーション」に刑罰目的を求めた見解が、犯行の重大性に応じた自由の剝奪の意義を、「社会の応報感情が治まるまでの犯罪者の一時的隔離による保護」に求めるという不自然な説明をせざるをえなかったことは、カントのテーゼの限界をまさに体現している[131)]。やはり、「刑罰は苦痛を与えるものである以上、それが彼自身にとっては不利益なものであることは否定しえない。刑罰が犯罪を犯した者自身の利益のために科されるというのは欺瞞である」[132)]。

第２に、一般予防論は、「刑罰のもつ威嚇力・抑止力についての常識的な当然視が存在するだけで、刑罰効果についての積極的な科学的実証がともなっているわけではない」[133)] といった経験的な批判についても、次のように反論できよう。そもそも、人々の望ましくない行動を規制するための社会的制度を、そのもたらすプラス効果が経験科学的に実証されない限り実施できないと考えることは[134)]、合理的とは思われない[135)]。たしかに、一般予防的な処罰は、犯

131）以上について、前掲本節２（4）。

132）林（幹）・総論14頁。

133）吉岡1996・162頁。同1997刑事制度論43頁、同1997自由刑論17－20頁も参照。刑罰の一般予防効果に関する実証的研究については、藤岡一郎「一般予防論の一考察」産大法学16巻３号（1982）１頁以下、同「一般予防論の現状と課題」刑法雑誌27巻３号（1986）１頁以下、松村良之「刑罰による犯罪の抑止（１）－（３・完）」北大法学論集33巻１号（1982）282頁以下、３号（1982）428頁以下、６号（1983）234頁以下、宮澤（浩）「刑法学説の諸々相（その５）」時の法令1368号（1989）44頁以下、宮澤節生「法の抑止力」木下富雄＝棚瀬孝雄編『法の行動科学』（1991）294頁以下、ヘルムート・クーリー（吉田訳）「制裁意識と（厳しい）制裁の予防的効果について（１）（２・完）」北海学園大学法学研究37巻１号（2001）177頁以下、３号（2002）233頁以下、本庄武「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的検討」法と心理２巻１号（2002）76頁以下、生田勝義「刑罰の一般的抑止力と刑法理論―批判的一考察―」立命館法学300＝301号（2005）24頁以下など参照。アメリカやドイツにおける代表的な研究も、上記文献において紹介、検討されている。

134）葛野尋之「経験科学と刑事立法」立命館法学273号（2000）24頁は、「犯罪抑止効果が相当程度にまで確実なものとして認められないにもかかわらず、より厳し

罪者の自由や財産の剥奪（やそれに伴う様々な事実上の弊害）というマイナス効果を確実に生じさせるのに、それによって生じる犯罪予防（による法益保護）というプラス効果は不確実であるという意味で、「危険な賭け」である。しかし、とりわけ問題が有害行為の抑止である場合には、そのことを理由に刑罰的規制をやめてしまうこともまた「危険な賭け」であることを忘れてはならない。刑罰制度の実施を続ける場合の犯罪抑止効果を科学的に実証できないのと同じように、それをやめてしまった場合に、多数の国民が犯罪的行為による直接・間接の被害を受けることで、トータルでマイナスにならないこともまた実証できるものではない。このように経験科学的に確実な言明がいずれにせよ不可能である以上、立法者の「決断」（と解されるもの）はそれなりに尊重されなければ、法制度は成り立たないであろう[136]。経験科学的な所見は、その「決断」の合理性ないし説得力を左右することを通じて、間接的に結論に影響するものと位置づければ十分であって[137]、効果の経験的な実証可能性の欠如は、理論学的なモデルとしての一般予防論の妥当性にとって致命的なものではないのである[138]。

い刑罰を定めることは、憲法の趣旨・精神に反する」とする。さらに、宮澤（節）・前掲注133「法の抑止力」304頁、本庄・前掲注133「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的検討」77頁、斉藤豊治「刑事法学の動き・今井猛嘉『刑法総則の罰則整備』」法律時報77巻11号（2005）95頁、城下裕二「法定刑の引上げと立法政策」犯罪社会学研究30号（2005）７頁以下など参照。

135）井田良「変革の時代における刑事法学の在り方」学術の動向11巻３号（2006）59頁、同「法定刑の引上げとその正当化根拠」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（2006）265頁参照。

136）所「犯罪の抑止と死刑」法律時報69巻10号（1997）11－12頁を参照。これに対し、実証プロセスを捨象することに対する疑問として、本庄2002（2）・160頁。

137）その限りで、一般予防論の主張する犯罪抑止メカニズムについて、その合理性がまったく問われないというわけではない。ここで言いたいのは、それが科学的に実証されない限り予防刑が正当化されえないという主張は誤っているということである。Vgl. Hörnle 1999, S.110.

イ　積極的一般予防への限定の当否

このように、一般予防が刑罰制度を支える重要な目的であることを認める場合、それをいわゆる積極的一般予防のみに限定し、威嚇予防の追求はおよそ許されない（せいぜい事実上の付随効果として容認されうる）と解すべきだろうか。一般予防実現の手段として、人々の善悪の価値判断に働きかけることは正当視するが、恐怖感ないし損得勘定に訴えることは不当視すること[139]に納得のいく理由があるかが問題である。学説においては、おおむね４つの観点が援用される。

第１に、この文脈でも、カントのテーゼを援用し、またはヘーゲルにしたがい、威嚇予防は「犬に向かって杖を振り上げるに等しい」とする道徳的見地からの批判がある[140]。最近、松宮孝明が、消極的一般予防論を、人々（ないし犯罪者）を自律能力のない単なる統制対象（社会の敵）とみなす「敵味方刑法(Feindstrafrecht)」であって社会を解体するものとして批判し、彼らをも「一人前の市民」ないし社会の担い手とみる「地球市民刑法」を目指すべきであると主張していること[141]、また高橋直哉が、「刑罰による威嚇のように単に人々

138）伊東1993･315頁注11。さらに、尾崎道明「量刑の科学」罪と罰27巻１号（1989）88頁も参照。

139）積極的な一般予防を消極的なそれから区別する簡明な基準は、犯罪を処罰するにあたって、人々のもつ「その行為は悪いことだ」という感覚を刺激し、人々に当該犯罪を行うことに強い「道徳的嫌悪感」が生じるようにさせることで、人々をその犯行の遂行から遠ざけようとするか否かである。Vgl. Jescheck/ Weigend AT, S.68; 宮澤（浩）・前掲注84「刑法学説の種々相（その３）」39頁、所1998・100頁など。

140）z.B, Jakobs AT, 1/27; Achenbach, a.a.O. Anm.（93）, S.141.; 松宮2006・８頁。さらに、伊東1993・311頁、吉岡1997自由刑論・20頁、増田豊「消極的応報としての刑罰の積極的一般予防機能と人間の尊厳」『人間の尊厳と現代法理論 ホセ・ヨンパルト教授古稀祝賀』（2000）160頁も参照。

141）松宮「刑法は何のために存在するのか？」現代刑事法54号（2003）78頁、同「刑事立法の新動向とその検討」刑法雑誌43巻２号（2004）94頁、同「『過剰収容』時代の重罰化」法律時報77巻３号（2005）３頁、同・前掲注61「法定刑引き上げと刑罰論」40－42頁など。

を法の要求に従わせようとする打算的な理由しか与えないような刑法は、名宛人を自由主義的共同体の仲間として尊重せず、ただ操作の対象としてしか取り扱っていない点で根本的な問題を含んでいる」と述べていることも[142]、この文脈で扱うことが許されるだろう[143]。しかし、カントのテーゼが維持しがたいことはともかく、少なくとも道徳的な正当性の観点において、威嚇予防と積極的一般予防を差別的に取り扱うことは矛盾を孕む。規範意識に訴えるという「謙抑的でマイルドな」[144] 手段がとられるといっても、その目的が一般予防による法益保護である限り、犯罪者を、他者の利益のための手段として処罰するものであることに変わりはないからである[145]。また、犯罪者を「社会の担い手たる市民」ないし「共同体の仲間」とみるか、「統制の対象」ないし「敵」とみるかということは、多分にイメージの問題であって、それらが二者択一的な関係にあることを前提に、いずれを選択するかを迫るかのような議論は単純

なお、Feindstrafrechtの概念の提唱者であるヤコブス自身は、最近、一般市民に対して規範の妥当性を保障する市民刑法と、テロリストなどの危険を除去する敵味方刑法を明確に使い分けるべきであると主張している（ヤコブス〔松宮序・平山幹子訳〕「市民刑法と敵味方刑法」立命館法学291号〔2003〕459頁以下。川口浩一「敵に対する刑法と刑罰論」法律時報78巻３号〔2006〕12頁以下も参照）。この概念の有用性に対する批判的分析として、Roxin AT Ⅰ, §2, Rn.126ff.

142）高橋（直）・前掲注13「刑法理論と政治哲学」51頁。高橋はそこで、法と強盗の命令（「手を上げろ。さもないと撃つぞ」）の本質的差異は、名宛人に服従を要求するにあたって、その内容の正当性を理由としているか否かにあるという見解に依拠して（井上達夫『法という企て』〔2003〕６頁以下参照）、威嚇予防は、名宛人に対し、そのような正当理由の開示努力を放棄するものであるから、法としての資格をすでに欠いている、との理解をも示す。しかし、威嚇予防論も、対象行為が社会にとって不都合なものであり、それを規制することは正当であるという評価を標榜している点で、自己の命令の不正さに意を介しない強盗の命令と同じではない。

143）Vgl. auch Streng, Probleme der Strafrechtsgeltung und −anwendung in einem Europa ohne Grenzen, in: Zieschang/ Hilgendorf/ Laubenthal（Hrsg.）, 2006, S.146−149.

144）井田1996・295頁。

に過ぎるのではないだろうか。すべての人々は、一方では、対話によって価値観を共有できる可能性のある「仲間」であり、犯罪とされる行為の不正さを訴えかけることに意味がないとはいえない。しかし同時に、「悪い」とわかっていながら、打算によって罪を犯すことをいとわない面をも確実に有しているのであって、その意味では威嚇によって統制するほかない、「敵」としての面も併せ持っているのである[146)]。

第２に、同じく道徳的な観点から、「歯止めのない厳罰化」を招くという古典的な批判も存在する。威嚇予防にそのようなポテンシャルがあることは否定できない。しかし、威嚇予防に限らず、有用な目的を刑罰目的として掲げるのであれば、刑を重くすることでそれをより強く追求しようとする誘惑は常につきまとうのであって、それには「『刑罰の謙抑性』を強調し対置させなければならない」[147)]。ある理論について、それが濫用されるおそれがあるというだ

145）Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Taugligkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, 1985, S.802f.; Köhler, Über den Zusammenhang von StrafrechtsBegründung und Strafzumessung, 1983, S.41; ders. AT, S.42, 44f.; 岡上1994・54頁、曽根・前掲注１「刑法における責任と予防」395頁、城下1995・132－136頁、所1998・104頁、岡上2006・33頁など。積極的一般予防論を基本的に支持する論者らも、そのようなジレンマが生じることを自覚している（松宮・総論７頁、松原2004・８頁〔同11頁も参照〕）。このジレンマから逃れようとすれば、積極的一般予防論は、予防に役立つことではなくて、「法の回復」それ自体としての正しさを問題とする絶対的応報刑論に回帰せざるをえない。積極的一般予防論者の応報刑への復帰傾向については、前掲第２章第４節３（2）を参照。積極的一般予防論の絶対的応報刑論への親和性は、従来から指摘されている（E.A.Wolff, a.a.O. S.800; Arth. Kaufmann, Über die gerechte Strafe, GS-Hilde Kaufmann, 1986, S.429f.〔上田健二＝浅田訳「正義に適った刑罰について」上田監訳『転換期の刑法哲学 第２版』（1999）262頁以下〕; 金澤1988・192－193頁、吉岡1996・162頁、同2001・46頁、町野『刑法総論講義案Ⅰ〔第２版〕』〔1995〕17頁、山中・総論Ⅰ56頁など）。

146）これに対しては、「全ての人が対等に潜在的犯罪者とみなされ」ることになって不当だとする批判が考えられるが（高橋〔直〕・前掲注13「刑法理論と政治哲学」52頁）、むしろそのような社会的現実を直視すべきであるように思われる。

147）松尾・前掲注124「刑の量定」350頁。

けで拒絶反応を示すのは、理性的な態度とはいえないだろう[148]。重い刑ほど威嚇作用をもつと一般的には言えるとしても、効果の程は規制対象となる行為の性質等によっても大きく異なること[149]、そもそも威嚇作用が犯罪者の自由や財産の剝奪という「害悪」の付科により営まれることをふまえたうえで、「費用対効果」の観点を――科学的に厳密なものではないにせよ――常に意識しなければならないのである[150]。

第３に、積極的一般予防論に好意的な論者のなかには、それが消極的予防に比べて、「効果的である」と論じる者もある。威嚇予防論の前提であるいわゆる心理強制説に対する批判はそれにつながる。林（幹）が、「人間は、快楽と苦痛の合理的計算によってのみ行動するものではない。……快楽の方が大きいときであっても、そのような行為は、『するべきではない』という理由で思いとどまることは多いのである。苦痛を内容とする刑罰も、このような、人間の規範意識に訴えるときに、最もよく予防の効果を達成する」[151] と論じているのが明快である。しかし、そのように有効性の見地から考えるのであれば、積極的予防と消極的予防を画然と分けて考える必要はない。人間の行動が、「それは悪いことだ」という価値判断[152] に影響されるとしても、同時にまた、「それは損だ」という合理的計算（損得勘定）にも影響されることを疑う人はいないであろう。そのウェイトの置き方は人によって（同一人物でも場合によって）異なるし[153]、また事例ごとにその「割合」を明示することも不可能である。その意味で、両者に対する働きかけは、相まって機能することが常態とい

148）異なった文脈においてではあるが、井田・総論４頁参照。

149）最近ではたとえば、生田・前掲注133「刑罰の一般的抑止力と刑法理論」34－45頁など参照。

150）所1998・109頁。

151）林（幹）・総論16頁。詳しくは、前掲注98『刑法の基礎理論』23頁。平野・総論Ⅰ22頁、内藤・総論上126頁、Jakobs AT, 1/28も参照。

152）それには、行為の遂行に伴って生じる強い「道徳的な嫌悪感」（Vgl. Jescheck/Weigend, AT, S.68.）や世間において悪とされていることを行なったことに対する「後ろめたさ」が含まれる。

える[154]。それゆえ、刑罰による予防戦略も、どちらか一方のみを選択しなければならないかに考える必要はないのである[155]。

第４に、消極的予防によれば、犯罪行為はその社会侵害性ではなく、それにより行為者が受ける利益の程度によって評価されることになってしまうと、批判的に述べられることがある[156]。予防の見地からは、たとえば殺人犯人が殺人を犯す傾向と窃盗犯人が窃盗を犯す傾向が同程度である限りで、刑量に差を設ける必要はなくなるのではないかという指摘もある[157]。しかし、消極的予防がそのような行為者側の要素「だけ」を重視するものであるとの理解は、誤

153）「もはや一般市民と共存することがおよそ不可能なほど根本的価値観を異にする人々から成る犯罪組織、宗教団体、政治集団等」（井田「最近における刑事立法の活性化とその評価」刑法雑誌43巻２号〔2004〕80頁参照）の場合は、価値判断を共有することによる説得がかなり困難であり、威嚇のウェイトが相対的に高まるといいうる。

154）前述の所一彦の議論を参照。遠藤2005（３）・27頁も、やや異なった文脈ではあるが、積極的一般予防の側面「のみで刑罰と社会の関係を考えるのは……刑罰が果たしている役割をストレートに反映していない。……刑罰には、積極的一般予防の観点よりも、もう少しストレートに同種の犯罪を抑止せんとする役割が与えられているのではないだろうか」と述べている。なお、刑罰威嚇による抑止（狭義の抑止）を「規範強化」などを含めた刑罰が犯罪防止に働く一切のプロセス（広義の抑止）から識別できないことに、威嚇による抑止刑論の限界があるとする見解もあるが（松村良之「社会学・社会心理学と刑罰論」法律時報78巻３号〔2006〕45頁）、それはむしろ両者が相まって機能し、いずれか一方のみを選択できないことの理由と考えられる。

155）これに対して、松宮は、社会一般において「悪い」と感じられない行為を犯罪としても、（たとえば駐車違反や速度違反のように）それが多くの人に遵守されなかったり、差別的な法執行につながったりして実効的でないから、その社会に定着した既存の社会規範に照らして「悪い」と感じられる行為だけを犯罪として処罰するべきであると主張し、その限りで積極的一般予防論に好意的である（松宮・前掲注96『刑事立法と犯罪体系』41－44頁、同「どのような行為が犯罪とされるべきか」現代刑事法56号〔2003〕95頁）。しかし、解釈論としては、道交法に代表される法定犯をも含めた現行刑罰法規を説明しなければならないのであるし（所1998・108頁参照）、立法論としても、害悪性（「悪さ」）が一般には十分に認識されていない行為の刑罰的規制をおよそ否定してしまうことは現実的でないだろう。

っている。行為に対する一般予防の必要性の判断においては、行為者側の利得への期待や当該行為類型への親和性も考慮されうるが、むしろ中心的な役割を果たすのは、当該行為がもたらすことが予想される害悪（すなわち、「行為の危険性」）の程度である。刑法は、重大な結果であるほどより強くそれを避けようとするのであるから、それをもたらしうる行為を、軽微な結果しか予想されない行為よりも強く取り締まるのは当然のことである。

このように、一般予防論を基本的に正当としながら、その手段から、いわゆる積極的予防に限定するための納得のいく理由は見出せない。積極的一般予防論は、一般予防が恐怖による威嚇のみを手段として行われるわけではないことを強調した点ではみるべきものがあったが[158]、威嚇予防をことさらに排斥する理論的根拠においては脆弱だったといえる。

付言すれば、一般予防目的を積極的なそれに限定しない理解は、刑罰の「本質」をその「目的」からいかに説明するかという問題に関しても、納得のいく説明をなしうるように思われる。すなわち、刑罰が、害悪付科および犯行に対する叱責（マイナスの価値判断）の伝達という２つの本質的機能を併せもつ制裁であるということは、その目的が、人間の損得勘定と善悪の価値判断の双方に働きかけようとしていることに対応するものと解される。一定量の刑罰のうちどこまでが積極的予防を目的としており、どこからが威嚇を目的とするものであるかを画然と区別できないということも、上記２つの性質が分離して並存するものというよりも、不可分に混ざり合って「刑罰」という固有の制裁を特徴づけているということに起因するものといえよう。このようにみてくると、刑法における一般予防目的は、法益侵害的な行為を犯罪として禁止・処罰することによって、国民の善悪の価値判断ないし規範意識、およびその損得勘定ないし合理的計算の両方に訴えかけ、それらの行為を抑止して法益の保護を図る

156）Jakobs AT, 1/32; 松宮2006・８頁。

157）増田・前掲注140「消極的応報としての刑罰の積極的一般予防機能と人間の尊厳」141頁参照。

158）松原2004・８頁など参照。

ものと理解されざるをえないように思われる。

(4)　一般予防論の量刑原理への反映方法

ア　犯行の評価を通じた間接的反映

以上のように一般予防を中心的な刑罰目的として認める場合、量刑原理にそれをストレートに反映する、すなわち、個別事例ごとに一般予防の必要性を測定して刑を量定するという態度をとることも考えうるだろう。「量刑に際して、どの程度の刑罰を科せば、当該犯罪に類似する犯罪が防止しうるかを考慮して、必要な刑罰量を導かなければならない」[159]とする本庄武の見解はそのような考え方に忠実である。しかし、それは現在の刑事学的知見の下では現実的でない。犯罪の検挙およびそれに続く刑事訴追の蓋然性が、一般予防（威嚇）効果にとって意味をもちうるということは認められているものの、個々の刑について予想される予防効果を具体的に述べることは不可能に近い[160]。経験科学的な予測がない限り処罰できないと考えることは、刑事裁判における諸制約にかんがみ非現実的であるばかりか、法政策決定者による大局的判断を無意味なものにするであろう。すでに概観してきたように、刑罰（目的）論としては

159）本庄2002（3）・186頁。

160）注133に挙げた文献のほか、概観として、Hörnle 1999, S.79ff., 92を参照。さらに、裁判における量刑の軽重は、刑の威嚇効果にとってほとんど意味がないから、一般予防的見地からは、様々な刑を等価値なものとして用いることができるという見解（「交換可能性テーゼ」）すら主張されている。Vgl. insbesondere Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, FS-Jescheck, 1985, S.1104; Günter Kaiser, Kriminologie, 1996, S.258ff. それに対して、本庄は、個別事例における厳密な証明は不可能であることを認めつつ、「長い目で見れば、重いAという量刑と軽いBという量刑で抑止効果に変わりはないが故に、Aが排斥されるということは考えられるであろう。この程度であっても実証可能性を維持しておくことが重要である」（同2002（2）・160頁）と述べて、実証可能性の要求を大幅に後退させたうえで、最終的には量刑相場を拠り所とした量刑理論を主張している（同2002（3）・186頁以下）。批判として、小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」269頁注205。

基本的に予防刑論にしたがう多くの学説も、かかる直接的な予防的量刑理論の困難性にかんがみ、一般予防目的には原則的に、直接的な量刑基準ではなく、量刑における犯行均衡原理（ないし責任相当性の原則）を導く「背景」としての役割を与えている。一般予防論をバックとした「犯行の重大性」が、量刑基準の中核に位置することによって、直接的な予防的量刑理論の問題点が回避され[161]、「安定した科刑原理」[162]が確保されるというのである。

このような多数説の態度は、犯行の重大性のほかには拠り所がないという消極的理由[163]からだけではなく、刑罰目的の量刑基準への反映はいかにあるべきかという理論的な観点においても支持されうる。量刑基準は、たしかに刑罰目的の反映として導かれなければならないものであるが、すでに触れたように[164]、それらのつながりは直接的なもの（刑罰目的→量刑基準）ではなく、犯罪評価の実質的基準というルールの設定を介した間接的なものでなければならない（刑罰目的→犯罪評価基準→量刑基準）。刑罰目的をいかなるものと解するにせよ、刑法におけるその追求手段は、一定の行為を「犯罪」と評価し、処罰することに限定されているから、刑罰目的（論）の役割も必然的に制約を受ける[165]。つまり、刑罰目的（論）は、いかなる行為を処罰対象たる「犯罪」と考えるか、およびその「重さ」をいかなる事情を考慮して判断するかについての実質的な基準を提供することでその役割を終える。それを超えて、個々の有罪判決によってその目的がどの程度実現されうるかを科学的に予測しなければならないわけではないのである。刑罰目的と量刑原理がまったく無関係なものであることを予定する「完全分離論」は採りえないが、刑罰目的をストレートに量刑基準につなげる「直接結合論」にも賛成しえない。刑罰目的が、処罰対

161）Vgl. Hörnle 1999, S.93.

162）井田1996・296頁。

163）Vgl. Henning Radtke, in: Joecks/ Miebach（Hrsg.）, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I , 2003, Vor § 38ff., Rn.35.

164）前掲本節２（3）。

165）それが個別行為（責任）主義の趣旨である。髙山1999・127頁参照。

象たる「犯罪」の実質的な評価基準を設定し、量刑は基本的にその適用によって行われるという意味での「間接結合論」をおそらく暗黙の前提としている点において、多数説は正当である。

イ　多数説の問題点――「正しいと感じられる」刑としての「責任」相当刑？

もっとも、本稿が多数説にしたがうことができるのは以上の限りにおいてである。次の２点については根本的な疑問がある。

第１に、多数説が、犯行の重大性の評価の実質的基準を包括的に、「市民の正義感情」ないし「一般国民に『正しい』『相当な』『納得できる』刑として受け入れられる」ことといった、「実態のはっきりしない概念」[166] に真に委ねようとするものであるとしたら[167]、すでに少なからぬ論者によって指摘されているように、問題がある。まず、現実の一般国民の正義感情を評価基準とするならば[168]、「処罰感情に迎合した刑罰を科しさえすれば、それだけで、法的にも合理性があるということにな」りかねない[169]。犯行の重大性判断にとって何が重要な事情となるかは、無作為に抽出された一般国民に対するアンケート調査によって決めればよいということになるであろう。それは、量刑「理論」の名に値しないものであるばかりか、「社会的非難は、法的非難をはるかにこえて一人歩きしている場合が少なくない」[170] ことからして危険ですらあ

166）本庄2002（2）・469頁。

167）前掲本節３（2）で紹介した諸学説を参照。さらに、実務家の立場から、主として犯情から決まる「量刑相場」が、国民の正義感覚に支えられたものであることを強調するのは、松本2001・33頁、同「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」刑法雑誌46巻１号（2006）９頁、百瀬武雄＝安森幹彦「量刑基準と国民意識」法務総合研究所研究部紀要31（1988）６頁、遠藤2005（2）・47頁など。

168）Neumann, a.a.O. Anm.（93）, S.125は、明示的に、「正しい刑ではなく、正しいものとして体験される刑にこそ、一般予防効果がある」と述べている。

169）岡上1993（2）・72頁。髙山「実体法の見地から」刑法雑誌43巻１号（2003）16頁以下、同「交通犯罪と刑法改正」刑法雑誌44巻３号（2005）101、110頁は、主として刑事立法の文脈ではあるが、処罰根拠として、「世論」それ自体ではなく、その内容的正当性が問われるべきことを強調する。

る。これに対して、より穏健に、「人々の規範意識から不健全と認められる部分を除いた残りを集約して『社会通念』と呼び、これを……裁判の根拠に用いる」[171]、すなわち「健全な」正義感情が真の基準であるというのであれば、それ自体としては何も言っていないのに等しい[172]。それは、判断者の望むあらゆる内容を吸収し、刑罰目的やその具体化をめぐる鋭い理論的対立を隠蔽してしまう「ブラック・ボックス」にほかならないのである。最近の犯罪論においては、「社会的相当性」といった内容空虚な定式を理論の中核に据えることに警戒感を示し、刑法または刑罰の目的との合理的関連性を考慮した理論構築が志向されている[173]。にもかかわらず、量刑論における犯罪の重大性評価を「正しいと感じられる」といった無内容な基準に委ねることは、首尾一貫しないだろう[174]。およそ普通の人の支持を得られないような結論を導き出す学説

170）岡上1993（2）・73頁、髙山1999・120－121頁。その背景としての「人間の非難欲求」については、松原2004・６頁を参照。

171）所1994・90頁。

172）髙山1999・120頁参照。遠藤2005（4）・49頁は、本文に引用した岡上の批判に対して、「筆者には、わが国における量刑判断が、一般人の処罰感情に迎合するような情緒的な量刑判断になっているとは到底思えない」と反論する。そうであるならば、言われるところの「法的合理性」（同48頁）ないし「量刑に携わる法曹の健全なリーガルマインド」（同49頁）を支える実質的考慮を探求する必要があるだろう。結果的に量刑相場に沿った穏健かつ公平な判断になっているならばその理論的根拠は問わない、という姿勢では不十分である。

173）それに対し、社会的相当性概念の理論学的な有用性を強調する最近の論稿として、橋本正博「刑法における違法性と社会的相当性」『変動期における法と国際関係（一橋大学法学部創立50周年記念論文集）』（2001）235頁以下、松澤伸「違法性の判断形式と犯罪抑止」早稲田法学78巻３号（2003）253－256頁を参照。松澤は、社会的相当性のようなあいまいな概念について、裁判官が、判決理由を示すにあたって、自らの思想や倫理観、弁護人の弁護の仕方、検察官の訴追の仕方、事件の起きた時点での社会環境や人々の処罰感情といった「要素還元できないノイズ」を拾うものとして一定の積極的評価を与える。しかし、そのような「理論的に説明しえない処罰」を正面から認めることは、刑法理論の自己否定である。

174）犯罪論と量刑論を画然と区別することの問題性について、小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」310頁以下など。

は、理論的にも重大な欠陥を抱えている可能性が高く、再検討の余地があるという程度のことは言えるかもしれないが、「国民の納得」それ自体が積極的に結論を正当化できるものではないのである。

第２に、刑罰目的としての一般予防との合理的関連性が議論されるべき「場」として、刑罰論や量刑論に関する議論を眺める限り、どちらかといえば「狭義の責任論」が念頭に置かれていることが問題である。いわゆる予防的責任論に立脚する論者らが、そのように考えるのは当然かもしれない[175)]。しかし、犯罪論において、「責任による刑罰の限定は、犯罪予防目的による功利主義的な科刑の要求を、功利主義的考慮とは矛盾・対立する原理によって遮断することを意味する」[176)]、「不法とは処罰の基礎づけ（エンジン）であり、責任とは処罰の限定（ブレーキ）にすぎない」[177)] という認識を示す井田良ですら、狭義の責任非難の程度が没価値的・事実的な他行為可能性ではなく「社会的期待」を基準とした世俗的なものであるという認識を足がかりに[178)]、「このように責任概念を……社会化するとき、責任評価と一般予防との間の関連が明らかとなる。つまり、責任に応じた刑を量定することにより……国民に適正なものとして受容されると期待できる刑が得られる」[179)] という主張を展開しているのである。しかしながら、狭義の責任判断を経て導き出された刑量が、（積極的）一般予防のために必要な刑と一致するのであれば、責任主義にはすでに、「功利主義的な科刑の要求と矛盾・対立する原理」としての適格がない。「現実の

175）その問題性について、小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」298頁以下を参照。

176）井田・総論225頁、同1996・297頁。

177）井田・総論73頁。同１－２頁、同「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」『刑事法学の現代的課題―阿部純二先生古稀祝賀論文集』（2004）125頁なども参照。

178）井田・総論227頁以下、同1996・297－298頁。

179）井田1996・314頁注17。同2005・219－220頁も参照。井田の見解に影響を与えたと思われるロクシンも（井田「現代刑事法学の視点」法律時報64巻９号〔1992〕83頁参照）、一方では責任主義の法治国家的・自由主義的な刑罰限定機能を強調しながら、他方では責任刑が統合予防のために必要な刑量と一致するとしている（Roxin ATⅠ, §3, Rn.53; ders. 1979, S.304f. usw.）。

世論を見ると、責任のない者を処罰することは必ずしも国民にとって納得し難いことではなく、むしろ処罰しないことの方が納得し難い」[180] などといわれるように、狭義の責任評価による「割引」を経た刑の重さは、一般国民によって「正しい」「相当な」ものとして納得される刑よりも軽いことが通例と思われる。理論上も、積極的一般予防論が、禁止された行為の「悪さ」を人々のイメージに焼き付けることによって、人々をそこから遠ざけようとするものであるとするならば、違法行為が行われたにもかかわらず、責任がない、または少ないという理由で、処罰されなかったり、あるいは犯行の違法性（「悪さ」）に応じた程度よりも軽くしか処罰されなかったりすることは、目的達成にとって望ましいことではないだろう。そうだとすれば、予防目的を積極的一般予防と解する場合にも、責任主義は処罰の「ブレーキ」になっているはずであるし、そうでなければならない[181]。刑罰目的とのつながりを考慮すべき「場」として、狭義の責任論を考えることはやはり適切ではないように思われる。

ウ　小括

以上述べてきたところによれば、刑罰目的としての一般予防の量刑原理への反映方法については、次のような理解をとることになる。

すなわち、法益保護のための一般予防を刑法ないし刑罰の目的として承認する以上、刑罰を科すか否か、およびどの程度の刑を科すかは、究極的には、その目的によって裏づけられていなければならない。しかし、前述のように、「経験科学的な一般予防の必要性」を第１次的な量刑基準として用いることはできない。刑罰目的としての一般予防は、行為に「犯罪」としての評価を付与し、その重さを決定するための規範的基準が、その目的との合理的関連性を保つということを通じて、間接的に追求されるものでなければならない。逆にいえば、一般予防論は、犯行の重大性の評価基準を設定するところで、その直接的

180）松原2004・10頁。髙山「責任能力について」刑法雑誌45巻１号（2005）11頁も参照。
181）山中・総論Ⅰ52頁注10、松原2004・11頁も参照。

な役割を終える。

そして、そのような考慮の「場」は、犯行均衡原理ないし犯罪評価基準の「全体」またはその内部的カテゴリーとしての「責任論」ではなく、あくまで「違法論」のカテゴリーでなければならない。刑法がもっぱら刑罰目的の実現のみを考えるものであるならば、科刑・量刑決定基準としての犯罪評価基準も、目的との合理的関連性のみを考慮していればよく、それを徹底すれば、「違法性と責任」という２つの体系カテゴリーを内部的に設けて別個の考慮を行う必要はなくなるだろう[182)]。しかし、刑法は、刑罰目的達成のために一定行為の処罰を推進するとともに、それが国民の人権・自由を無視したものにならないようバランスを保つという、逆方向の刑事政策的目的を同時に担っている。それに応じて、犯罪評価基準も、処罰を積極的に根拠づける方向で考慮される基準（「エンジン」）と消極的に制約する方向で考慮される基準（「ブレーキ」）に分裂することは避けられない。そして、前者の役割を担う体系カテゴリーとして、「違法論」を考えることは、わが国における有力な論者のほとんどが、犯罪論における実質的違法概念を、法益保護という刑法の任務ないし刑罰目的（処罰根拠）に関連づけて論じていること[183)]とも整合的である。量刑理論において必要な作業は、犯行均衡原理ないし責任相当性の原則を、「正しいと感じられる」などという情緒的または無内容な基準に委ねることではない。刑罰目的としての一般予防は、犯行の重大性の規範的な評価基準を構成する内部的カテゴリーとしての「違法性」の実質に反映されることを通じて、犯罪均衡原理との合理的関連性を保つべきなのである。

182）小池・前掲注24「量刑における消極的責任主義の再構成」281－282、312－313頁参照。なおここでは、ヤコブスの弟子のレッシュが、積極的一般予防論を発展させた「機能的応報理論」の立場から、不法と責任の区別を廃棄したことが（高橋2003・37頁注６参照）、想起されてよい。このように犯罪評価基準を一元化する見解と、「『犯罪』という一体のものを違法性と責任という要素に２分することには無理があ」り、「それはあたかも、象の頭はどこまでで、胴はどこまでかを論じることと似ている」と述べる前田・総論52頁注23のような見解との距離はわずかである。

4　応報理論と犯行均衡原理

（1）　総説

以上のように、法益保護のための一般予防という刑罰目的の妥当性は否定することが困難であり、量刑基準としての「犯行の重大性」にとって構成的意義をもつ違法評価も、それとの合理的関連性を有するものでなければならない。しかしこのことは、刑罰目的がそれに尽きるということまで意味するわけではない。「学派の争い」が沈静化して以来、刑罰の目的ないし機能は多元的であるという見解が多数を占めてきた。理論的に許容しうる他の刑罰目的が存在し、それも量刑における犯行均衡原理ないし責任相当性の原則に反映されると推測することは、むしろ自然である。

その場合に、「もう１つの目的」の候補として浮上してくるのは、「応報」である。伝統的には、それが量刑における犯行均衡原理ないし責任相当刑の原則を支える中心的論拠として扱われてきたのであるし、最近のドイツでは、「カント・ヘーゲルからの訣別の困難性」[184] が叫ばれるなど、いわゆる絶対的応報刑論を再評価する動きも生じている[185]。他方、わが国において、一般予防論に基づく犯罪論を展開している井田は、「刑罰には『過去への反動』と『将

183）とくに明快なのは、井田・前掲注177「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」125－126、130頁。さらに、平野・総論Ⅰ39頁、43頁以下、福田・総論144頁、中野・総論28頁以下、西原・総論上126－127頁、内藤・総論中298頁以下、大谷・総論248頁、曽根・前掲注１『刑法の重要問題〔総論〕第２版』70頁以下、浅田・総論169頁、西田・総論29、118頁、前田・総論48頁、林（幹）・総論30、34頁以下、山口・総論92－93頁、松宮・総論95頁、松原1997・219頁など多数。ここに挙げられた論者の顔ぶれをみてもわかるように、実質的違法概念が刑法の任務によって指導されることは、いわゆる結果無価値論と行為無価値論の対立にかかわらない。その対立は、刑法の任務そのものの理解の対立ではなく、その任務の達成のための方法論の違いであることに注意が必要である。

184）Frisch, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des „Abscheids von Kant und Hegel “, in: Schünemann/ v Hirsch/ Jareborg（Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S.125ff.

来の危険防止』という側面がみられ、処罰の根拠ないし刑罰の機能が一元的でない」[186]、「行なわれたことに対する反動として刑罰が科されるべきであるとする応報的処罰の要求が『処罰の動力』として働いていることを否定することはできない」[187] と述べている。このような状況においては、「今日支持されうるすべての刑罰理論は、刑罰の目的は予防的なものでしかありえないという認識から出発しなければならない」「応報は、予防と並んで考慮されうる刑罰目的としてすら妥当しない」[188] といった、少なくとも刑法改正論争期以降の学界においてきわめて有力であった思潮の妥当性を再検討してみる価値はあるだろう。そのためには、「回顧的な応報的処罰の要請」の中身を吟味してみなければならない。

(2)　諸見解の検討――２つのアプローチとその克服――

ア　観念的な「法の回復」

いわゆる絶対的応報刑論の名の下に一般的に想起されるのは、カントやヘーゲルに遡りうる観念的な刑罰理論である。前述のように、最近のドイツにおいては、そのような意味での応報刑論を再生しようとする少数ながら有力な動向がある。彼らの理論の中核にあるのは、「刑罰は、法の否定としての犯罪の否定である」というヘーゲルの命題の現代版とみられる、「刑罰の法的根拠は、犯罪行為によってその普遍的妥当性を侵害された法関係を、犯罪行為の筋の通

185)「応報刑論のルネサンス」とでもいうべき理論動向の概観として、Schünemann, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: Schünemann / v Hirsch / Jareborg（Hrsg.）, a.a.O. Anm.（87）, S.115.; Hörnle 1999, S.104.; Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation der Strafe, 2004, S.45ff.

186）井田・前掲注153「最近における刑事立法の活性化とその評価」275頁。

187）井田・前掲注177「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」127頁。もっとも、そこではさらに、応報思想を、規範的一般予防の思想により制約し、「洗練」されたものにすることが意図されている。

188）Roxin AT I , § 3, Rn.37, 44.

った否定／止揚において清算的に回復する必要性である」[189]、「刑罰を投入する目的は、法状態、すなわち、われわれを理性に方向づけ……順調な共同生活をもっともよく保証するものと考えられ、それゆえにその維持が国家の中心的任務とされる状態の回復および維持にほかならない」[190] といった考え方である。その出発点は、あらゆる人間は自律的主体として等しく尊重されなければならない、という強力な思想である。この見解の論理を要約すれば、次のようなものになるだろう。法の究極の目的は、すべての人間に主体性に基づく自由を平等に保障することにあるから、人は、法によって、他者の自由領域の尊重を要求される。しかし犯罪者は、不当にも他者の自由領域を制限すると同時に、自らの自由領域を拡大することで、特権的・例外的な地位を獲得し、法的な平等関係を害している。そのままでは、法の究極の目的が害された状態が継続するから、行為者が、自らの犯罪行為による法関係の侵害と等価値的とみられる自由の制限（＝刑罰）を受けることによって、かかるアンバランスな状態を解消しなければならない[191]。

このような論理は、「正義が滅びるならば、人が地上に生き残る価値はない」といった従来の絶対的応報刑論に対するイメージからすればそれなりに洗練されており、「人間の制度としての国家は、正義という形而上の理念を実現する能力も資格もない」[192] といったステレオタイプの批判はもはや妥当しないのかもしれない[193]。しかし、「犯罪によって他者の自由を制約し、それによって特権的地位を得た者がいる場合に、その者の自由をも制約することで、『法的平等関係』を回復する」といった論理の主たる関心は、具体的な法益侵害への

189）Köhler AT, S.37.

190）Frisch 2000, S.279.

191）以上につき、Köhler AT, S.48ff.および飯島・前掲注126「法概念としての刑罰」59－67頁、松生・前掲注17「法定刑の引き上げとヘーゲルの刑罰論」39頁以下などを参照。なお、彼らの見解は、「相互承認的法関係論」といったドイツ観念論における難解な理論を学ばなければ正確には理解できないものであり、筆者による要約はその関心の範囲内での粗雑なものであることをおことわりしておきたい。

192）Roxin AT Ⅰ, §3, Rn.8.

対応にではなく、あくまで「あるべき状態」の回復に向いているという点がやはり問題である。刑法の保護客体、すなわち犯罪行為によって侵害または危殆化される対象は、基本的には個々の具体的法益と捉えるべきであり、抽象的・包括的な法秩序それ自体を問題とすべきではない[194]。たとえば殺人行為の犯罪性の実質を、殺人禁止規範が妥当している状態の錯乱とか、共同体メンバーの平等関係の侵犯に求めることで、犯罪による害悪の実態を直視することを妨げるべきではないからである。そのような「被害者を最もラディカルに排除した考え方」[195]が、現代社会において無視しえない「処罰の動力としての応報的処罰の要求」の内実をなすものとしてふさわしいとはいえないだろう。応報的な処罰要請の対象である「過去に生じさせてしまったこと」の内容は、あくまで具体的な法益の侵害・危殆化[196]である[197]。

イ　現実的な「情緒的動揺の鎮静化」

193）「正義」の内容を「人々の自由の平等な保障」と捉えるかぎり、それ自体には反対することが困難であろう。なお、観念的応報刑論に対して、「法の否定の否定」「法関係の回復」のために、何故に行為者に害悪を加えなければならないのか（犯罪を否定するというだけなら、単なる非難宣言だけでも十分ではないか）という批判もあるが（吉岡1996・８頁、Hörnle 1999, S.104f.）、「他人の犠牲の上に獲得した特権的地位の解消」という論理はかかる批判に対する反論を含んでいるように思われる。

194）Vgl. Hörnle 1999, S.209. さらに、Radtke, a.a.O. Anm.（163）, Vor § 38ff., Rn.17は、フリッシュが自らの刑罰論を基礎に展開する量刑不法の観念化を批判して、あくまで具体的な法益侵害にこだわるべきだとする。

195）高橋2003・33頁。

196）Hörnle 1999, S.210f.は、「法益」は抽象的な価値そのものであって特定の主体には帰属せず、厳密には「侵害」できないとの理解（Jescheck/ Weigend AT, S.256ff.）を前提に、量刑における犯行結果は、法益侵害とは区別された「法益の担い手（被害者）の侵害」として理解しなければならないとする（高橋2003・57－60頁も参照）。しかし、そのように法益概念の価値的構成は、単なる法益の尊重要求違反と現実の法益侵害の区別を失わせ、「概念の混乱のみをもたらす」（伊東・前掲注119「刑法における法益概念」39－40頁）。少なくとも個人的法益に関しては、「法益」は各個人に帰属し、現実に「侵害」されうるものとして観念すべきである。

反対に、広義の応報的処罰を理論化するにあたり、一般社会の「生の声」を聴こうとするならば、「犯罪は、被害者および一般市民に『許せない』という感情を惹き起こすものであるから、刑罰によってそれを鎮めなければならない」という理解に行き着く。そのような発想に最も近いと思われるのは、1970年代以降のわが国において、吉岡一男によって繰り返し主張されてきた「犯罪の事後処理説」である[198]。

彼は、犯罪予防目的による刑罰制度の根拠づけに対する強い疑念[199]を背景に、次のような議論を展開する。応報それ自体が正しいという絶対主義は妥当でない[200]ものの、それは「社会的機能としての犯罪の事後処理として再構成できる」[201]。すなわち、「有害行為の発生は……被害者を中心にそれを見聞し

197）さらに他の方向からの批判として、ケーラーやフリッシュにおける「法状態の動揺」「法的平和の侵害」といった概念は、量刑理論に反映されるにあたって出発点から離れて一人歩きしてしまっていることを指摘できる。論者らは、第２章でみたように、当該犯罪が頻発している場合には犯行の「具体的な社会状況にとっての普遍的意義」にかんがみ不法が高められるとか（Köhler AT, S.582f.）、「すでに繰り返し罪を犯し、それによって法秩序との関係が壊れていることを認識させる者はより重い刑を科される」ことが、「法秩序の回復という見地からして（すでに）必要と思われる」（Frisch 2000, S.304f.）などとして、実際には判断基準を多元化している。「法状態の回復」「法的平和の回復」といった概念は、「国民の正義感覚」と同レベルの、望ましい結論を導くための道具概念になってしまっているのである。「法的平和……または秩序の動揺の下に何が理解されているのかが明瞭でない」「何が法的平和に影響するかは、まったくもって、この概念を使用する者の好きなように定義される」との批判（Hörnle 1999, S.207f; dies. in: Tatproportionalität 2003, S.103）にも十分な理由がある。

198）吉岡一男『刑罰制度の基本理念を求めて』（1984）101頁以下、同1996、同1997刑事制度論・13頁以下、129頁以下、同1997自由刑論・３頁以下など。

199）吉岡1996・25頁以下、149頁、162－173頁など。そこではとくに、犯罪予防という魅力的な目的を認めることは刑罰積極主義（「刑罰の無限拡大」）につながることが繰り返し主張される。しかし、刑罰が犯罪者に「害悪」を科すものである以上、それが有用な目的によって正当化されない限り用いることができないのは当然である（本庄2002（3）・728頁以下参照）。およそ何らかの目的をもって刑罰制度を根拠づける以上、濫用のおそれはつねに存在するのであって、それは吉岡自身の見解においても同じことである。

た人々の間に、情緒的な動揺や反発、行為者に対する怒りなどを呼び起こ」すが、「事後処理とは、このような現に生じてしまった過去の有害行為およびそれがもたらした事態の修復作業を意味する」[202]。それは、「犯罪行為をめぐって被害者を中心に社会構成員に生じた心理的動揺・不満・恐れ・憤激などを鎮め、再び（理想的には犯人自身も含めた）社会生活が営まれていけるような（被害者にとっての）生活基盤と（被害者を含めた社会構成員全員の）情緒的安定の獲得として具体化できる」[203]。この立場から「被害者などを中心に大きな情緒的反発が生じ、当該事態に責任を負う者……を明らかにして処罰すべきことが望まれるような事態が犯罪とされるべき」であって、「個人侵害性の明確な有害行為こそが処罰対象としての犯罪にふさわしい」[204]。また、「犯罪の事後処理目的は、量刑基準としても、当該犯罪に見合った刑罰量を出発点にする」[205]。とりわけ、「刑罰たる法益剝奪を受けるにふさわしい根拠として、かれが現実に他者に対して法益侵害を行ったことが〔必要で〕あり、その法益侵害たる犯罪に見合うものとしての刑罰が出発点になる」から、「刑罰量は、有責性というよりは侵害結果を中核とする不法の大きさ[206]と釣り合うべき」である[207]。そして、この出発点は、制度目的たる事後処理が充足される限りで下方修正が可能であり、それによってダイバージョンや「刑罰ゼロ」が積極的に活用されることになる[208]。

200）吉岡1996・171頁。同1996刑事制度論13－14頁は、「犯罪処罰を単に言葉のうえでだけで観念的に、たとえば、種々の秩序維持や、法の確証などと言い換えるにすぎないのでは問題」であるとする。

201）吉岡1996・172頁。

202）吉岡1996・32頁。

203）吉岡1997刑事制度論37－38頁。同1997自由刑論27頁以下も参照。

204）吉岡1996・163－164頁。「法益保護のためにそれ〔法益侵害〕を犯罪とするのではなく、法益侵害そのものを事後処理の必要な犯罪だとする」べきであるとされる。さらに、同1997刑事制度論・48頁参照。

205）吉岡2001・46頁。

206）吉岡1997刑事制度論169頁以下は、事後処理説の論理的帰結として、徹底した法益侵害（他者侵害）説＝結果無価値論を採用する。

この犯罪の事後処理説[209]は、「観念的な規範論議を捨て」[210]、犯罪を現実的な侵害行為として把握している点で従来の応報刑論とは一線を画している。応報の対象としての「過去に生じさせてしまったこと」は、抽象的・包括的な法秩序の侵害と捉えるべきではないという限度では、望ましい方向性といえよう。しかし、この見解が、「事後処理の対象になるのは、すでに過ぎ去った現実の有害行為そのものというよりも、そこから生じた被害者の窮状や、人々の情緒的動揺・反発である」[211]と明言しているのは、観念的な応報刑論とは逆の意味で問題がある。それは前近代的な粗野な刑法観、すなわち、刑罰は被害者およびその関係者、さらには一般国民のために「復讐」を代行して、その「報復感情」を満足させるためにあるという考え方に――論者の弁明[212]にもかかわらず――限りなく近づくものである。そのような、刑罰が被害者の復讐権の代理行使であるといった考え方は、それ自体として正当とは思われない[213]。

207）吉岡2001・48頁。なお、彼は他の箇所では、事後処理説のメリットとして、責任主義ないし責任要件を刑罰目的からの内在的な要請として説明できるとしている（同1996・163、173、同1997自由刑論23頁など）。しかしこれは疑問である。「犯罪処理という考え方自体には、広い意味での応報という観念が内在しているとはいえるが……有責性を要求するという意味での責任主義は内在していない」（本庄2002（3）・164頁）。

208）吉岡2001・46、48頁、同1997自由刑論26頁以下など参照。

209）それが量刑実務に最も適合的であるとして支持する裁判官の論稿として、安原2000・417頁など。

210）吉岡2001・49頁。

211）吉岡1996・32頁。

212）吉岡は、一方では、個人心理レベルでの応報感情がストレートに刑罰に反映されるべきではなく、法制度として昇華・洗練されなければならないとも主張している。「現実の心理的満足を必ず得ることが要求されるものでもない。……犯罪の心理的処理も、なまの応報感情が刑罰制度で直接に満たされるというよりも、犯罪・犯人が放置されるのではなく、手続きを踏んできちんとした対応が行なわれるという刑事システムの存在と作動が……人々の共同生活に必要な情緒的安定をもたらすことが期待されている」というのである（吉岡1997自由刑論・8、27－29頁）。しかし、これでは逆に、彼自身が強く批判している「言葉のうえで『秩序が維持された』とする観念的論議」に接近することになるだろう。

また、一般国民の処罰感情を問題にするとしても、事件を直接見聞しない一般国民の感情はマスコミ報道によって生じるものであって[214]、それをも「処理」の対象に含めるならば、「メディアの報道によって犯罪の実態以上に社会の感情が昂った場合には、重罰による感情の鎮静が必要だということになってしまう」[215]。反対に、たまたま別の重大事件が時を同じくして発生したために事件が報道されなかった場合や、殺人の被害者が、親族やコミュニティにおいて「お荷物」扱いされており、皆「内心ほっとしている」ような場合には、被侵害法益の価値に見合わない軽い刑が科されることになってしまうのではないだろうか[216]。

ウ　被侵害法益の価値の公的確認――犯行均衡説の主張の再構成――

このように、「応報的な処罰要請」の内実をなす回顧的な刑罰目的として、純粋に観念的な「法の回復」にも、徹底的に現実的な「報復感情の充足」にも与することはできない。両アプローチは、逆方向にではあるが、「過去に生じさせてしまったこと」の内容を「法益の侵害・危殆化」とする理解から離れてしまう。すなわち、一方で、「法的平等関係」の確保を問題とする観念的アプローチに対しては、犯罪による「現実的な被害」にも目を向けるべきであると批判しうる。他方で、関係者の「情緒的安定」を目指す徹底的に現実的なアプローチには、「刑法が法益を問題とし、刑事司法がこれに限定されるものであ

213）それについては、小池「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学７号（平良木登規男教授退職記念号）（2007）73頁以下、およびそこに引用された文献を参照。

214）松原2004・７頁。マスコミ報道以外によって一般国民の報復感情が芽生える場合としては、犯行が「衆人環視の下で」行われた場合が考えられる。そこで、量刑上、かかる犯行の「公然性」が量刑上重視されることになるだろう（Vgl. Hörnle 1999, S.208）。

215）松宮・総論８頁。原田2004・209頁、本庄2002（3）・169頁も参照。

216）松原2003・21頁参照。さらにいえば、未発覚の犯罪はいまだ処罰根拠たる「社会の情緒的動揺」を生じさせていないから、あえて捜査・訴追を行なって情緒を乱すべきではないという暴論すら帰結されかねない（林〔幹〕・総論８頁参照）。

る以上、そのような被害者のニーズは、その枠内でのみ充足可能なもの」[217]との批判を向けうるのである[218]。

では、以上のことに基づいて、応報的・回顧的な刑罰目的をまったく断念してしまうこと[219]が妥当であろうか。たしかに、具体的な法益侵害を問題とする限り、それはまさに過去の事実であり、刑罰によって「回復」できるものではないから、回顧的な刑罰目的と刑法の法益保護の任務を結びつけることは、理論的に不可能ともいえる[220]。「個々の被害者に関する限り、法益はすでに侵害されているのであって、これを刑罰によって保護することはできない」[221]。

217）本稿とは若干異なった文脈ではあるが、高橋2003・40頁参照。

218）もっとも、各構成要件においてどの範囲の法益（利益）侵害が捕捉されうるかは、個別的に考える必要がある。それについて、小池・前掲注213「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」60頁以下参照。

219）松原2004・7頁。同「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(2002) 332頁も参照。

220）この感覚が、直接的な犯罪予防に還元されない回顧的な刑罰目的を探求する論者をして、刑罰の付科によって回復されうる状態としての観念的な「法秩序それ自体」、または現実的な「関係者の情緒的安定」に目を向けさせた原因である。前者のアプローチとして、犯罪行為は、現実的な結果（個々の法益侵害）と観念的な結果（法状態の動揺）を生じさせるものであるが、現実的結果は刑罰によって取り除くことはできない民事賠償の問題であるとして、刑罰目的を法状態の回復に求めるフリッシュの見解（Frisch 2000, S.278f.）が典型的である。後者としては、刑罰により法益は回復されない以上、法益保護のための刑法の役割はその事前予防のための行為規範の設定にあるとしながら、事後的な刑罰（制裁）目的を、加害者、被害者およびコミュニティの「癒し」を含めた現実的な意味での「法的平和の回復」に求める高橋則夫の見解（同「主観的違法要素と違法論」現代刑事法３号〔1999〕57－59頁、同2003・30、48、50頁以下など）が想起される。高橋自身は、自説が加害者、被害者、およびコミュニティの三者の満足をも包含しうる積極的一般予防論と親和的であると解しているが（同2003・４頁以下、29頁以下、33頁以下など。Vgl. auch Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Schöch（Hrsg.）, Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S.47ff.)、これを「予防」論と呼ぶことには無理があるだろう（本庄2002（3）・175頁も参照)。高橋説が、「心理的動揺の鎮静化」の発想に近いものであることについて、同『刑法における損害回復の思想』（1997）189頁、吉岡2001・46頁を参照。

「殺人者に対して刑罰を科しても……被害者が生き返るわけではない」のであり、「刑罰を具備する刑法による法益保護は、つねに将来に対してのみ意味をもつ」[222] といった主張にも相当の説得力がある。しかし、そのような「合理的な」発想を貫く場合、刑罰は、もっぱら法益侵害の事前予防の（ための禁止を担保する）目的で準備され、実際に犯罪が行われた場合にも、禁止の実効性が将来にわたって失われないためだけに科される。いいかえれば、その直接的原因となった当該事件との関係では、何らの目的をもたないことになる。それは、現在のわが国において妥当させるべき刑罰観としては、あまりにも「クール」なものではないだろうか。抽象的・観念的な説明、および一般人の観点を持ち出した情緒的な説明のいずれにも陥らず、事件を回顧的に評価する視点を失わない刑罰目的の追求を、断念すべきではないように思われる。

このような問題意識からここまでの議論を振り返るとき、犯行均衡説の論者によって主張されていた「犯行に対する無価値評価の表現」という関心に再び着目されてよいであろう。それによれば、刑罰における無価値評価は「被害者に訴える」とされる[223]。すなわち、「刑事訴追の本質的な機能は、被害者へのメッセージにある。制裁付科に含まれる公式の否認は、被害者に対して、当該行為によってその者に不法が行われたということ、その状態を受け入れることは義務づけられていないことを確認するものである」[224]。このように、国家が、被害者に属する法益が単なる自然災害や事故ではなく、犯罪行為によってまさに「侵害」されたことに対する無価値評価（マイナスの価値判断）を公式に確認するという関心は、犯罪予防目的とも[225]、抽象的・観念的な規範の回復とも、被害者や一般人の処罰感情の満足とも区別された刑罰目的として十分

221）松原2003・22頁。

222）高橋2003・56頁。

223）v Hirsch/ Jareborg 1991, S.16ff.; v Hirsch in: Tatproportionalität 2003, S.52ff.; Duff in: Tatproportionalität 2003, S.27ff.; Hörnle 1999, S.114ff. Vgl. auch Günter, a.a.O. Anm.（13）, S.218.

224）Hörnle, Die Opferperspektive bei der Strafzumessung, in: Schünemann/ Dubber（Hrsg.）, Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S.180.

考慮に値する。かかる理解によれば、抽象的・観念的な規範の回復を問題する場合の空虚さを避けつつ、一般人や被害者の処罰感情の満足を直接目的とする場合の刑事司法の不安定化・不公平化も回避できる。それに関連して、ヘルンレの次の指摘がとくに重要である。「これは規範的な叱責の構想であって、心理的なそれではない。伝達という要素の強調は、刑事手続が被害者の療養、または特殊な情緒的支援として構想されるということを意味しない。そうではなくて、刑事判決による被害者の権利の公的な確認が問題である。個々の場合に、打ちひしがれた被害者を慰める付加的効果があってもよいが、被害者の諸権利を確認する理由は、具体的な被害者の個人的な必要性を超える」[226)]。殺人（既遂）罪のように、法益侵害とともに法益主体が消滅する場合もある以上、「被害者へのメッセージ」は、現実の心理的慰撫とは別問題として考えざるをえない。とすれば、上記構想は、「価値ある法益が犯罪行為によって侵害されたということを、国家として公式に確認する」ことそれ自体に意義を見出すものとして構成できよう[227)]。それは当該法益が当該犯罪行為から守られなければならなかったことの公的承認にほかならないから、広い意味での法益保護という刑法の任務とも整合する。法益の保護は、それに対する攻撃の「予防」か、

225）侵害された法益の価値は、積極的一般予防の観点からも重要であるとされることがある（z.B. Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92, 1980, S.650. 井田「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法律時報75巻２号〔2003〕５頁も参照）。しかし、「予防」が行為の遂行を事前的に抑制することによって果たされるものである以上、それは、あくまで行為の攻撃対象としての法益の価値に関してのみいえることである。事後的に捉えられた法益侵害の程度が、予防目的にとって合理的意義を有するとは思われない（後掲本章第４節３（1）参照）。

226）Hörnle, a.a.O. Anm.（224）, S.181. なお、クラウス・ギュンターは、犯罪が被害者を軽視し辱めるものであることに相応して、被害者の満足要求が尊重されてよいとし、それと刑罰の叱責表現機能を結びつける（Vgl. Günter, a.a.O. Anm.（13）, S.207ff.）。しかし、これがもし被害者の屈辱感の慰撫と処罰要求の満足を意味するならば、論者のねらいに反して、復讐感情の満足を目指す刑罰観に堕することになろう（吉田敏雄『法的平和の恢復』〔2005〕398頁参照）。被害者の満足要求（Genugtuungbedürfnis）は、ここでは客観的な意味での「名誉回復」要請という意味合いで理解されなければならない。

それが毀損された場合の文字通りの「回復」によってしか行いえないわけではないのである。

刑法改正論争期以降の学説においては、予防以外の刑罰目的を認めることは、超越論的な正義を問題にするものであるとか、非生産的な復讐感情の吐露にすぎないとして排斥される傾向にあった。しかし、「過去に生じさせてしまったこと」はせいぜい処罰の消極的な制約事由であり、刑罰目的とは関係がないという理解をとることに躊躇を覚える一般的感覚は、遠い将来についてはともかく、現在においてはなお否定できないように思われる。以上の考察は、そのような一般的感覚を、現在の犯罪論および刑罰論における動かしがたい前提——犯罪行為を「抽象的な法秩序の侵害」ではなく「法益の侵害」として把握すること、刑法の任務を「復讐感情の満足」ではなく「法益の保護」と考えること——との抵触を避けつつ理論化しようと試みたものである。その当否は、刑罰目的の反映として構築されるべき量刑不法論、さらには量刑事情論への具体化を経て、量刑理論全体としての説得力との兼ね合いで判断されなければならないであろう。

第４節　刑罰目的と量刑における不法実体論

１　総説

以上のように、本稿は、刑罰目的には、法益の保護のために、①法益侵害的な行為を犯罪として禁止・処罰することによって、国民の規範意識（善悪の価値判断）および功利的計算（損得勘定）に働きかけ、かかる行為を抑止するという展望的ないし一般予防的な側面と、②価値ある法益が、犯罪行為によって侵害（ないし危殆化）されたことに対する無価値評価を公的に確認するという回顧的ないし応報的な側面があるという理解に立脚するものである[228)]。前述

227）これを刑罰目的の「応報」的側面と呼ぶことには抵抗があるかもしれない。しかし、「応報刑は、毀損された社会的価値を社会の成員が再確認する行為なのである」と述べられていることからすると（松村・前掲注154「社会学・社会心理学と刑罰論」45頁）、あながち的外れの用語法ではないだろう。

したところによれば、刑罰目的に関する上記理解は、量刑基準としての「犯行の重大性」の評価基準における内部的カテゴリーである「(量刑) 不法論」に反映される。処罰を積極的に根拠づける方向で考慮され、それゆえに量刑における犯行均衡原理の中で構成的な意義をもつ、犯行の「違法性」ないし「不法」の実質がいかなるものであるのかが、ここでの議論の対象である。

周知のごとく、犯罪論においては、違法性の実質論ないし不法実体論をめぐり、激しい議論がたたかわされている。その議論は、いかなる実質的考慮が行為を「犯罪」たらしめるのか(「処罰根拠」たりうるのか)を論じるものである以上、量刑不法の構造を検討するうえでも大いに参考になる[229)]。ただし、それをめぐる膨大な議論を網羅することが本稿の役割を逸脱することも明らかであるから、本節では、違法性の実質論をめぐる比較的最近の諸見解を、刑罰目的論との関係で把握することを心がけることとする[230)]。

---

228) 殺人、強姦、強盗、窃盗といった侵害犯の(少なくとも)既遂犯の処罰は、これらの双方の刑罰目的のために行なわれるものである。犯罪類型によっては、①のみでの処罰も理論上可能と思われるが、その範囲については各論的な検討が必要であり、本稿では立ち入らない。

229) それに対して、「犯罪論における(妥協困難な)対立を、量刑論にまで伝染させてはならない」と考える者も少なくないかもしれない(Vgl. Bruns, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988, S.46f.)。しかし、犯罪論における不法実体論が「何を何ゆえに処罰するかを明らかにする」(井田・総論1－2頁。山口・総論92－93頁も参照)ものだとすれば、それを量刑基準としての犯行の重大性評価に及ぼさないことは理論的に不可能である。さらにいえば、犯罪の成否の場面では、不法論における見解の相違が具体的な事例の取扱いを左右することは実は稀である。しかし、量刑の場面では、何が「処罰根拠」たりうるのかという問題は――処罰対象としての量刑事情の選別を通じて――「つねに」生じる。量刑論において機能させてこそ、不法の実質をめぐる論争に実践的意味が認められるのである(Vgl. Hörnle 1999, S.148.)。不法論の量刑への適用可能性を否定することは、それが「不毛な概念の遊戯」であり、せいぜい結論的な影響の少ない場面でのみ存在を許されるものであるということを告白するに等しい。

2　一般予防目的と不法実体論

(1)　一般予防的法益保護と結果無価値・行為無価値の関係

まず、刑罰目的の一翼を担う、法益保護のための一般予防という関心からすれば、犯行均衡性の中核を担う違法評価の基準は、どのようなものになるであろうか。

わが国においてきわめて有力な理論動向は、犯罪予防を通じた法益保護という刑法の目的・任務から、当該具体的行為が法益の侵害・危殆化を惹起したことに対する否定的評価（結果無価値）が、違法性を肯定するための不可欠の要件になると解している。違法性の実質に関していわゆる結果無価値一元論をとる見解は、「法は、個人の生活利益を守るために存在するのであって……法益に対する『侵害またはその危険』が発生したときはじめて干渉することができる」[231] とした平野龍一の主張が強い影響力をもったこともあり、かなり有力化している[232]。また、通説的見解として扱われ、実務家の中にも多くの支持者がいると思われる「結果の無価値を基礎としつつ人的違法観を導入する違法二元論」[233] も、（少なくとも表面的には）結果無価値の存在が違法性を肯定するための前提条件であるとするところ、その根拠としては、やはり法益保護と

230）なお、ドイツおよびその影響を受けたわが国の議論では、違法性の実質をめぐる見解を述べるに際し、自説は「○○規範論」であるとの言明が併せてなされることが多い。しかし、本稿は基本的にそれには立ち入らず、もっぱら各論者における実質的考慮の内容を問題にすることとしたい（規範論は形式論であり、いかなる実質的な主張でもそのタームで説明できることについて、川端博ほか『徹底討論 刑法理論の展望』〔2000〕153－154頁〔山口、前田発言〕、井田「犯罪論をめぐる学説と実務」『田宮裕博士追悼論集 下』〔2003〕556－557頁を参照）。

231）平野・総論Ⅰ51頁。さらに、同『刑法の機能的考察』（1984）15頁以下。

232）その方向性に属するものとして、曽根・前掲注１『刑法の重要問題〔総論〕第２版』72頁、町野・前掲注145『刑法総論講義案Ⅰ〔第２版〕』19頁、浅田・総論170、174頁、西田・総論29、118頁、前田・総論48頁、林（幹）・総論29－38頁（ただし、事前判断に服する行為の危険性という意味での行為無価値をも要求する）、山口・総論93頁など多数。

233）大谷・総論255頁。

いう刑法の任務が念頭に置かれている[234]。このように、犯罪予防による法益保護という関心と結びつくのは「有害な事態」[235]の惹起としての結果無価値であるというのが、わが国における多数説の理解である。最近、松原芳博は、「外界に対して有害な作用を及ぼさなかった行為は……結局のところ禁止する必要のない行為であったといわねばならない。このような場合には、禁止……は『余計なこと』であったのであり、憶測に基づく当初の禁止を事後的にも貫徹することは、法の任務を逸脱し、不必要に国民の自由を制約するものであって正当化され得ない」[236]と述べているが、これは上記理解を補足するものといえる。そのような理解は、因果関係論の文脈における、「行為がなくとも結果が依然として発生していたであろうという場合……将来における（同様の状況における）法益侵害の抑止という刑罰目的の観点から、処罰を正当化できない」[237]、「法益保護という目的に役立たない行為を義務づけるべきではない。これが結果無価値が犯罪の不法内容として要求される根拠である」[238]といっ

234）福田・総論３、143頁以下、大塚・総論５－６、336頁以下、西原・総論上126頁以下、大谷・総論５、８、41、247頁以下、裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案（３訂版）』（2004）160－161頁、但木敬一＝坪内利彦＝馬場義宣＝古田佑紀『実務刑法〔３訂版〕』（2002）49－50頁など。これらの見解の（少なくとも表面的な）論理は、刑法の任務は法益保護にある以上、結果無価値が違法性の基礎にあるべきは当然であるが、全ての法益侵害を違法として禁止すれば社会は停止してしまうし、現行刑法の構成要件・法定刑は行為態様や行為者の主観面をも考慮している以上、適切な違法判断のためには行為無価値、すなわち「社会倫理規範違反」「社会的非相当性」といった観点をも併せ考慮しなければならないというものである（大谷・総論41頁は、これを「社会倫理主義による法益保護主義の修正」と呼ぶ）。

235）内藤・総論上142頁。

236）松原・前掲注219「犯罪結果と刑法規範」330－331頁。同1997・219、223頁注11も参照。最近のドイツにおいて、類似の発想から結果を行為無価値論の内部に統合しようとした試みとして、Erich Samson, Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, FS-Grünwald, 1999, S.596ff.（紹介、松原「エーリッヒ・ザムゾン『刑法における結果無価値と行為無価値との関係』」早稲田法学78巻１号〔2002〕221頁以下）

237）山口・総論49頁。町野・前掲注145『刑法総論講義案Ⅰ〔第２版〕』53頁も参照。

た主張にもあらわれている。

しかし、「結果の発生が犯罪の成立に要求されていることは、将来にむけた事前判断であることを特徴とする一般予防の観点からは説明できない」[239] と述べられるように、一般予防による法益保護という刑罰目的から「事後的な視点」で評価される結果無価値[240] の必要性を導く上記理解は合理的でない。「行為を止めさせて法益を保護するという抑止や一般予防とは、その性質上、行為に出る時点でその効果を発揮しなければならない」[241]。とすれば、「結果を生じさせるような行為をしたことだけで処罰に十分」[242] であって、いいかえれば、「法益保護を……犯罪予防として捉えた場合は、結果無価値の発生を待つの……は無意味」[243] である。事後的にみて有害な事態を生じさせた行為以外の禁止は、「憶測に基づく」「余計なこと」であるとする松原の主張は、禁止行為の範囲をあらかじめ設定し、抑止を機能させることを要求される法政策決定者の認識能力を無視しており、現実的ではない[244]。

これに対しては、次のような反論がありうる。第１に、「結果（無価値）を生じさせた行為」だけを違法とする規制の下でも、処罰を避けようとする者は、各人の判断において「結果を生じさせる可能性のある行為」を差し控えるであ

238）林（幹）・総論38頁。同120頁も参照。

239）佐伯（仁）「因果関係論」山口ほか編『理論刑法学の最前線』（2001）10頁。西田・総論95頁も参照。

240）山口「コメント①」前掲注239『理論刑法学の最前線』83頁。なお、大谷・総論256頁も、「結果の無価値を基礎とする二元論をとる以上は、事後的に法益侵害の存否・程度が判断され、それとの関連において行為の無価値が判断されるから、違法性の判断は、結局は行為と結果を総合した事後の判断ということにな」るとする。

241）小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（2003）17頁。鈴木左斗志「因果関係の相当性について」刑法雑誌43巻２号（2004）43頁も参照。

242）小林・前掲注241『因果関係と客観的帰属』17頁。

243）吉岡一男『刑事法通論』（1995）67頁。

244）増田豊「犯罪論における法益侵害結果の重要性」法律論叢（明治大学）76巻１号（2003）５頁、同「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（2002）295頁参照。

ろうから、「結果を生じさせる可能性のある行為」を広く違法とする場合と同じ抑止効果が得られる[245]。とすれば、謙抑性の思想からして、結果無価値が生じた場合に限って処罰する方が望ましいのであって、その意味で（適正な）一般予防の関心と結果無価値要件が関連しないわけではない、と。しかし、そのような規制のあり方を是とすることは、本音では、「結果を生じさせる可能性のある行為」が抑止されることを期待していることにほかならず、それは、「結果を生じさせた行為」以外の禁止は、「不必要な自由の制約」であるとする理解とは相容れないだろう[246]。一般抑止の目的を承認するのであれば、事後的にみれば結果に至らなかった行為をも含めて、事前判断により禁止せざるをえない場合があることは否定しがたいのであって、それを正面から認める理論構成の方が実態に即している[247]。

第２に、次のような反論もある。すなわち、結果が犯罪要素とされていることと一般予防目的の関連性を否定する「理解には賛成できない。……結果発生に至るまでの間には行為者自身のものも含めたさまざまな行為……の介入がありうる」。「いったん『危険のある行為』がなされたとしても、その後危険が取り除かれれば、法益侵害は回避される以上、結果の要件は法益保護に大いに関係する……。因果経過の行く末は最後までわからないのであるから、法益

245）小林・前掲注241『因果関係と客観的帰属』179頁参照。Hörnle 1999, S.203も、「結果の禁止によっても、〔行為の禁止と〕同じように統制効果が達成されうる」とする（もっとも、これらの論者自身は、結果無価値要件を一般予防によって説明するわけではない）。

246）「建前」を貫けば、「結果を発生させる可能性のある行為」を思いとどまった国民の中の一定割合は、「憶測に基づき」「不必要に自由を制約された」と評価されることになってしまう。

247）これに対して、山口「条件関係論」法学教室235号（2000）50頁は、そのようにすれば一般予防は相当に図れるが、「過度の予防主義に陥る」から、「結果が現実に発生した場合にだけ処罰を認めている」とする。しかし、処罰を制約するためであればいかなるファクターでも用いてよいとはいえない以上、「過度の予防主義」にならないようにするための基準をほかならぬ結果無価値に求める理由が示されなければならない。

保護のチャンスは、結果発生の直前まで追求されるべき」である[248]。要するに、法益保護は、単に危険な行為を止めさせることのみならず、その終了後にも、状況に応じて適切な結果回避活動を行わせることによって営まれうるところ[249]、結果の発生に（加重）処罰をかからしめておけば、行為者にそのような活動への動機づけが生じるのであり、その意味で一般予防的な法益保護と結果要件には合理的関連性があるということであろう。しかし、そのような理解は、作為結果犯一般についての問責対象を、因果の出発点となった作為のみならず、その終了後の（結果発生を阻止しなかったという）不作為にまで拡張することを意味し、様々な問題を孕む[250]。とりわけ、そのような理解の下では、作為終了時点において結果発生を回避できる可能性はなかったという場合[251]には結果帰責が認められないということになりかねない。そのような（不当な）結論を承認しないというのであれば、結果発生による（加重）処罰を、行為後の結果回避活動を動機づけるという意味において一般予防目的と関連づける試みは頓挫する。

このように、法益保護のための一般予防という関心と、犯罪評価基準としての不法の実体を「有害な事態」の惹起としての結果無価値に求めるアプローチには、やはり合理性な関連性が感じられない。その意味で、「一般予防の中心的重要性を否定できない限り行為無価値が違法の基本」[252]という理解は正当である[253 254]。

248）髙山「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（2003）26－27頁。

249）体系的位置づけは全く異なるが、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌15巻１＝２号（2002）34－35頁にも、類似の発想が窺える。

250）間接正犯についてそのような理解をとることに対する批判として、福田・総論229頁注５、内藤謙『刑法講義 総論（下）Ⅱ』（2002）1237頁など。

251）殺人罪でいえば、被害者を「即死」させた場合、致命傷を与えてしまったためもはや救命不可能であった場合、あるいは行為者が気を失ったため回避行為に出ることが不可能であった場合などがそれにあたる。

252）井田・総論15頁。

(2)　行為無価値の内容について――各論的検討の必要性

もっとも、そのことを言うだけでは、実は問題のごく一部しか解決していない。ここまでの検討によって確認されたのは、一般予防による法益の保護という関心は、事後的に判断される「有害な事態」の惹起としての結果無価値の要求には結びつかないということにとどまる。行為無価値の内容ないしその限界――それは、行為不法に関連する量刑事情の範囲を限界づけることになる――についても、確かなのは、法益侵害結果や事後的判断に服する危険状態の惹起

253）これに対して、学説の中には、不法における結果無価値の重要性を、積極的一般予防上の要罰性と結びつけて説明する見解もある（z.B. Manfred Maiwald, Die Bedeutung des Erfolgsunwerts im Unrecht, in: Schöch（Hrsg.）, Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S.70ff. Vgl. auch Erhard 1992, S.191）。しかし、積極的一般予防論も一般予防論である以上、事前判断において同程度の法益侵害の危険性を有した（または規範を否定するメッセージを社会に対して発信した）行為の中で、重い（現実的）結果の発生に結びついたものだけを加重処罰する（＝より強く禁止する）理由にはならないように思われる。

さらに、塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理（下）」法学教室266号（2002）102頁は、「違法な行為の処罰は、一度は失われた〔社会一般人における〕法益の安全感を刑罰を通して回復させることを意味し、それは、将来の法益侵害を予防することに連なる」とする理解を前提に、そこにいう違法性は、一般人をして法益への脅威を感じさせる「行為」においてすでに認められるが、「結果」発生による法益の安全感の動揺拡大に応じてさらに高められると主張する。しかし、刑罰が予防効果をもつのは、それにより刑法的禁止（命令）の実効性が強められることそれ自体によるのであって、人々が「安全になった気がする」からではありえない。刑罰による「法益の安全感」の回復は、せいぜい刑罰法規の実効性が高められたことの付随効果にすぎない。

254）なお、結果無価値論でも、事前判断における行為態様の一般的危険性をも含めて「結果無価値」と呼び（平野・前掲注231「結果無価値と行為無価値」17－18、29頁、佐伯（仁）「違法性の判断」法学教室290号〔2004〕61頁。さらに、曽根・前掲注１『刑法の重要問題〔総論〕第２版』72頁も参照）、あるいは処罰範囲を画するにあたって行為態様などに着目した刑事政策的な「保護目的との合理的関連性」を考慮できる（山口・総論94頁）というのであれば、その限りで対立は相対化される。もっとも、それらの論者が、「結果無価値」の構成要素として、「有害な事態」の惹起が必須と考える理由について説明が必要であることは、本文で述べた通りである。

は含まれないこと[255]くらいであって、そこから先の態度決定はまだ開かれている。いかなる要素が行為無価値の有無および「程度」に影響を及ぼしうるのか[256]については、行為のいかなる属性に狙いを定め、いかなる態様で一般予防を営もうとするかに応じて様々な理解がありうる。同じ行為無価値論にも、規範による働きかけは人の意思活動にまでしか及ばないという認識を基礎に、いわゆる志向無価値（法益侵害に向けられた行為者の意図）のみが行為無価値の要素たりうると考える主観的アプローチ[257]から、「客観的危険性が認められない行為は……一般人の認識能力を基準とすれば危険であると判断されるものであっても、もはや禁止される必要はない」[258]として、「過剰禁止の原則」

255）これに対して、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュは、ヴェルツェルの見解を受け継ぎ、故意既遂犯においては、既遂結果が発生してはじめて完全な行為無価値が実現されるとする（Hans Joachim Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, in: GS-Meurer, 2002, S.11ff.）。これは、「人を殺す」という「行為」は、殺害に成功した場合にはじめて完全に遂行されたことになるという理解であり、人間行為の存在論的な分析としては理解できなくもない（松原「人的不法論における行為無価値と結果無価値―ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為無価値、事態無価値および結果無価値』の検討を通じて―」早稲田法学78巻３号〔2003〕279頁も参照）。しかし、そもそも、「問題の出来事が行為主体に帰属できる限り、その都度の問題関心の下で『行為』と認定される事象の範囲は伸縮自在のもの」（杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の２つの潮流（上）」比較法学〔早稲田大学〕37巻２号〔2004〕171頁）である以上、どこまでを「行為」とするかは、それに対する評価が「何のために」行なわれるのかによって決まる。本文で述べたように、不法における行為無価値要素の刑罰論的基礎が、一般予防（事前の抑止）にあるとすれば、やはり「手を離れた」後の事情をその判断に影響させるべきではない（「事後処理＝判決による一般予防」という関心から反対の理解をとるのは、杉本「規範論から見たドイツ刑事帰属論の２つの潮流（下）」比較法学〔早稲田大学〕38巻２号〔2005〕107頁以下）。

256）この問題に関する最近の検討として、井田・前掲注177「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」128頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005）39頁以下など。

257）批判として、注256に挙げた文献のほか、松原・前掲注219「犯罪結果と刑法規範」322頁以下など。

258）増田・前掲注244「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小」295－296頁。

から行為無価値の内容を極限まで客観化するアプローチ[259]まで、様々なバリエーションがあるのである。それによって、違法要素たる量刑事情の範囲も大きく影響されうる。とりわけ、前科・常習性といった属人的要素に、量刑（行為）不法の判断との関係でいかなる位置づけを与えうるかは、それらの量刑事情の果たす役割を左右する重要な問題であろう[260]。もっとも、そこでなすべき議論の膨大さにかんがみ、本稿は、行為無価値の評価対象の限界について立ち入った検討は行わない。それについては、他日における各論的な量刑事情をめぐる考察に委ねることとしたい。

3　応報的・回顧的刑罰目的と不法実体論

(1)　予防一元論の不法論における帰結

以上のように、法益侵害の事前抑止という関心と、事後的に判断される結果無価値の要求は結びつかないと考える場合、刑罰目的が展望的な一般予防（のための禁止の実効性確保）のみにあると捉える立場からは、狭義の行為と区別された結果それ自体は処罰根拠たりえない、すなわち犯行の重大性の評価基準に含まれないという帰結が導かれる。学説の一部で主張されている行為無価値一元論[261]はそのような理解に基づくものである。一元論者のホルンは、量刑不法に関して、「禁止……できるのは、（目的的）行為のみであって、結果ではない。禁止されているのは……構成要件的結果について故意・過失での関連性

259）増田・前掲注244「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小」290頁以下。その帰結として、行為無価値一元論から、不能犯論における客観的危険説（295頁）、偶然防衛論における不可罰説（298頁）、抽象的危険犯における具体的危険の要求（303頁）などを導く。Vgl. auch Samson, a.a.O. Anm.（236）, S.598.

260）前科と量刑（行為）不法の関連性の有無について、とくに詳細に検討したものとして、Erhard 1992, S.263ff. を参照。

261）それについては、ドイツの学説の紹介を含めて、増田「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢（明治大学）49巻５号（1977）109頁以下、同「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」同49巻６号（1977）137頁以下、同・前掲注244「犯罪論における法益侵害結果の重要性」１頁以下など。

を示す行為である。そのような行為の終了後に生じた構成要件的結果が、不法を基礎づけたり高めたりすることはありえない。不法の量にとって決定的なのは、つねに、いかなる（種類および重さの）結果を行為者が……その意思において想定していた……かのみである」[262] と述べている。一元論を理論的に徹底したことで有名なディートハルト・ツィーリンスキーは、このような考慮、および偶然に左右される結果の大きさに刑量を依存させることは責任主義と決定的に矛盾するという論拠に基づき、量刑の基礎となる行為責任（犯行の重大性）の評価にあたって、当該行為により惹起された結果は重要でないと主張した[263]。また、最近の犯行均衡説の文脈でも、アンドリュー・アシュワースは次のように同様の主張を展開している。「行為者は、彼または彼女が惹起しようとした……ものを基礎に有罪判決されるべきであろう。つまり、ＤがＸを、ＥがＹをそれぞれ狙撃し、Ｄの弾はＸを傷つけたが、ＥはＹを撃ちそこなったという場合、この結果の差異は、量刑にとって意味がない。たしかに……Ｄは傷害既遂であるのに対し、Ｅは未遂[264] にすぎない。しかしながら、ＤとＥの間には、罪責（Verschulden）に関して、道徳的に意味のある違いはない。両者は、同じ目的を達成しようとして……できることを全てなしたのである」[265]。

(2)　応報的・回顧的刑罰目的と結果無価値

しかしながら、そのような理解は、多くの場面において、刑の軽重を結果の大きさに依存させている実定法の態度と相容れないし、量刑の現実的妥当性からしても容認できない[266]。「発生結果の重要性およびその程度の考慮は、いずれにせよ量刑においては争われえない」[267] ということは、実務上も当然視さ

262）SK-Horn 2001, § 46, Rn.47.

263）Vgl. Diethart Zielinski, Handlungs- und Erforgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S.213ff.; ders. Der Notarzt als Retter des Täters－Vom Glück und Pech als Maß der Schuld, FS-Schreiber, 2003, S.541ff.

264）「傷害未遂罪」の存在を前提とする論述である。

265）Andrew Ashworth, in: Tatproportionalität 2003, S.89.

れている[268]。

このような量刑不法における結果無価値の関連性が、刑罰目的の観点からいかに説明されるのかを検討するにあたっては、刑罰目的の回顧的な側面に着目する必要がある。ドイツにおいて、行為無価値論を出発点としつつ、結果無価値にも不法を構成する意義を認める違法二元論[269]を、一元論に対抗する形で自覚的に展開したガラスは次のように述べている。結果無価値の概念を考えるにあたっては、「終了未遂の段階で完結する禁止違反行為と、それによって生じた構成要件的結果の惹起を区別すること」が重要である。「行為者は、その意思に統制された……行為の完結によって……さらなる事象の経過を、ともかくもありうる他の諸事情の影響に委ねた。そうして同時に、行為者の作用領域

266）一元論に対する批判として、曽根威彦『刑事違法論の研究』（1998）19頁以下、松原1997・191頁以下、井田・前掲注177「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」127頁以下、照沼・前掲注256『体系的共犯論と刑事不法論』24頁以下など。とくに量刑の場面を意識したものとして、Erhard 1992, S.190f.; Hörnle 1999, S.202f.

これに対し、増田は、結果は処罰根拠たりえないからその重大性を理由に刑を加重してはならないとしつつ、それを不法・責任の外にあって処罰をただ制限する要素（処罰条件）として考えることはできるから、その軽微性を、刑を軽減する方向で考慮することは許されるとする（増田・前掲注261「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」146－147頁など）。それは、論理としては理解できるが（かかる「根拠づけ」と「制約」の区別を「言葉のうえのもの」とする松原1997・210頁の批判は適切でない）、重大な結果が量刑上加重的意義をもたないとする結論はやはり妥当でないだろう。また、結果（の軽微性）による処罰の制約の実質的根拠として言われる、①「コミュニケーション機能」（結果不発生の場合、被害者や社会に対する影響などが軽微である）、②「徴表機能」（結果不発生の場合、行為無価値も軽微なものであった蓋然性がある）は、いずれも説得的でない。処罰の目的を禁止規範の実効性確保に求める（「被害者や社会に対する影響の除去」には求めない）のであれば、①がなぜ軽減事由になるのか明らかでない。②は、論者の弁明にもかかわらず、嫌疑刑の謗りを免れないし、重大な行為無価値が独立に証明された場合の説明に窮する（松原1997・197－198頁）。

267）Erhard 1992, S.190. Vgl. auch H-J Albrecht 1994, S.333ff.; NK-Streng 2005, § 46, Rn.57.

268）原田2004・８頁、岡田2002・487頁参照。

と被害者の保護の必要性の領域が衝突し、それによって、犯罪概念にとって本質的な対立関係が示される」[270]。「刑罰法規は、それが行為のほかに行為と区別された結果を要件としている限りで、……行為者と被害者の二元主義に立脚して、一方で……被害者を脅かす行為の実行を否認し、他方で……被害者に保障された不可侵性の侵犯を否認する……ものと解されうる」[271]。このように、不法における結果無価値要素の理論的基礎を、被害者に対する侵害を事後的に評価（否認）する機能に求めるアプローチは、ドイツではかなり有力であり[272]、わが国にもこれを好意的に捉える論者が存する[273]。それは、刑罰目的の回顧的・応報的側面の内実に関する前述した本稿の理解、すなわち、要保護性のある法益が、犯罪行為によって不当に侵害された（「当該法益は、当該犯罪行為から守られなければならなかった」）[274] ということを公式に確認することそ

269）ドイツにおける通説である。学説の網羅的な引用として、松原1997・207－208頁。わが国においてその方向性に属すると思われるのは、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（1991）178頁以下、野村稔「刑法規範の動態論―刑法規範の１つのデッサン」研修495号（1989）７頁以下、川端『違法性の理論』（1990）66頁以下、高橋（則）『共犯体系と共犯理論』（1988）278頁以下、井田・前掲注177「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」126頁以下、照沼・前掲注256『体系的共犯論と刑事不法論』24頁以下など。量刑不法論の文脈では、Jescheck/ Weigend AT, S.887f.; Schäfer 2001, Rn.310ff.; Hans-Ludwig Günter, Grade des Unrechts und Strafzumessung, FS-Göppinger, 1990, S.457f.; NK-Streng 2005, § 46, Rn.57ff.; Erhard 1992, S.190ff.; Hörnle 1999, S.200ff.; Frisch 2001, S.251ff.; B-D Meier 2006, S.169; ders. 2005, S.771. Vgl. auch M/ G/ Zipf AT Ⅱ, § 63, Rn.20.

270）Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbgriffs, FS-Bockelmann, 1973, S.161.

271）Gallas, a.a.O. Anm.（270）, S.162.

272）Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Schünemann（Hrsg.）, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S.107f.（邦訳、葛原力三訳「不法への客観的帰属と人的帰属」中山＝浅田監訳『現代刑法体系の基本問題』〔1990〕115頁以下）; Theodor Lenckner, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Aufl.,2001, Vor § § 13ff., Rn.49. usw. 量刑論の文脈では、Hörnle 1999, S.204ff. Vgl. auch Erhard 1992, S.191f.

れ自体に意義があるという考え方とも矛盾しない。というよりもむしろ、上記刑罰目的の理解は、不法実体論における結果無価値要素の重要性を整合的に説明できることに理論的な有用性があり、両者を一体のものとして捉えるべきである[275)]。

(3) 量刑不法の要素としての結果無価値の内容および評価方向

このような理解に基づき、結果無価値を、量刑における不法評価の一翼を担うものと考える場合、以下の２点について総論レベルで確認しておく必要がある。

第１は、結果無価値の程度は、各刑法規範によって保護されている利益の危殆化または侵害の程度に即して測定されるものとして理解されなければならないということである[276)]。しかし、不法における結果無価値要件の理論的基礎を「国民の処罰感情の満足」といった社会心理学的な必要性に求めるなら

273）照沼・前掲注256『体系的共犯論と刑事不法論』49頁以下。高橋（則）・前掲注269『共犯体系と共犯理論』278－279頁、山中・総論Ⅰ387頁も参照。なお、このアプローチに属する見解においては、結果無価値の惹起は、「被害者の側からみて法益侵害を受けないことを保障する規範」（＝「保障規範」または「保護規範」）の違反として説明されることも多い。しかし、これが、「結果無価値の処罰によって、被害者に法益侵害が生じることの防止を目指す」という趣旨であるとすれば適切でない。法益侵害の予防は行為無価値の処罰によって目指されるという前述の理解からは、結果無価値の理論的基礎は、犯罪予防とは切り離して理解すべきである。

274）なお、この定義は、処罰根拠となる結果無価値は、「犯罪行為」、つまりそれ自体刑法上違法な行為に起因して生じたものでなければならないということを意味する。言い換えれば、二元論においてしばしば言われるように、行為無価値を経由しない結果無価値に刑法上の意味はない。それ自体許された行為から発生した結果は、被害者にとって、「悲しむべきこと」であるとしても、「当該行為から守られなければならなかった」とはいえないからである。刑法は、ある行為を許容した時点で、それによって侵害されうる法益の保護を断念したと解されるのである。

275）Vgl. Hörnle 1999, S.206.

276）Vgl. B-D Meier 2005, S.771; Erhard 1992, S.205.

ば[277]、上記理解を維持することは困難だろう[278]。一般人の処罰感情はそもそも構成要件（ないしそれによって保護されている利益の侵害）ごとに別々に生じるものではないからである。かかる方向を推し進めて、犯罪行為が「社会をお騒がせした」度合いに即して量刑（結果）不法の程度を評価するのであれば、刑法の断片性と結びついた罪刑法定主義の要請が空洞化されることは明らかであろう[279]。そのような事態を防ぐためにも、量刑における結果不法の刑罰論的基礎について前述のように解しておくことは有用である。

第２に、量刑における結果無価値の評価方向、それは刑を加重する方向で考慮されるのかということが問題とされなければならない。従来のわが国において一般的であった、「結果の無価値を基礎としつつ人的違法観を導入する違法二元論」にあっては、法益保護主義と結びつく結果無価値こそが主たる処罰根拠とされる以上[280]、この問いに肯定的な回答がなされることに問題はなかったであろう[281]。しかし、刑罰目的の二元性を前提に、一般予防的な禁止の側面に行為無価値が、応報的・回顧的な評価の側面に結果無価値がそれぞれ対応

277）z.B. Günter Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwerts, FS-Schaffstein, 1975, S.186.; Maiwald, a.a.O. Anm.（253）, S.70ff. 最近のわが国においては、塩見・前掲注253「違法性・違法性阻却の一般原理（下）」102頁が、たとえば殺人罪における「法益侵害」の内容を、現に生じた被害者の死ではなく、「社会にもたらされた、人の生命に対する安全感の動揺」として把握し、刑罰はそれを回復すべきものであるとする（批判として、照沼・前掲注256『体系的共犯論と刑事不法論』56頁注114参照）。

278）松原・前掲注219「犯罪結果と刑法規範」332頁参照。

279）詳しくは、小池・前掲注213「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」57頁以下を参照。

280）たとえば、大谷・総論41頁。

281）そこでは、むしろ行為無価値の加重的考慮の可否が問題になろう。行為無価値が、「法益を侵害する行為であっても、社会的に相当なものは違法ではないとしなければならない」ということを担保するために違法要素とされるのであれば、これを加重的に考慮することはできないというのが一貫している。なお、日髙義博『違法性の理論』（2005）60、76頁は、行為無価値は、結果無価値によって設定された不法の枠組みの中でそれを減少させる方向でのみ考慮されると述べる。

する[282]という違法二元論においては、いかに考えられるのだろうか。すなわち、①行為無価値によって基礎づけられた違法性の程度が、結果無価値の発生によってさらに加重されると考えるのか（行為無価値と結果無価値の加算）、それとも、②行為無価値によって基礎づけられた（仮の）違法性が、結果により裏打ちされた限度で刑法上意味をもつと考えるのか（結果無価値による行為無価値の制約）。このような問いかけは、犯罪の成否のみを念頭に置く限りは、ほとんど実益がないようにも思われ、現に自覚的には議論されていない。しかし、量刑においては、①によれば、結果無価値はその程度に応じ「犯行の重大性」を構成し、それを重くする要素として考慮されることになるし、②によれば、それは片面的に、すなわち犯行の重大性の程度を制約ないし軽減する方向でしか考慮されないことになるのであるから、いずれが正しいかは重要な問題である。

これについては、上記①をもって正当としなければならない。繰り返し述べてきたように、実質的違法性は、刑罰目的の反映として、処罰を積極的に根拠づける方向で働き、それゆえに量刑における犯行均衡原理において構成的意義をもつものとして概念づけられる。そして、（ⅰ）法益侵害的な行為を禁止し、抑止するという展望的ないし一般予防的な関心と、（ⅱ）価値ある法益の犯罪的侵害に対する無価値評価を公的に確認するという回顧的ないし応報的な関心は、本稿の理解によれば、いずれも刑罰目的を構成するのであるから、それを反映して、行為無価値と結果無価値の両者はそれぞれ「根拠づけ」のために援用できなければならないのである。それに対し、回顧的な被害の評価という観点（上記（ⅱ））は積極的な刑罰目的ではありえず、行為無価値すなわち一般予防の必要性（上記（ⅰ））による処罰の根拠づけに、道徳的または法治国家的な「正当性」の見地から歯止めをかける役割を担うにすぎないと考えるのであれば、上記②が帰結されることになろう[283]。しかし、まず、行為無価値のみでは肯定しえないとされる処罰の「正当性」が、結果無価値の発生によって

282）井田・総論15頁注18。

なぜ充足されるのかは定かではない。また、そのような理解では、従来の違法二元論に対する批判を回避できない。すなわち、行為無価値を違法の基本としつつ、結果無価値の考慮をも認める違法二元論に対しては、行為無価値と結果無価値は「否定的な価値判断」であるということ以外には共通性がないから不法概念の内部的統一性を害し、さらに否定的な価値判断という意味では責任判断も共通であるから不法と責任の区別が流動的になるといった批判が加えられてきた[284)]。これに対して、二元論からは、不法概念は、刑罰目的の反映として犯罪的評価の「根拠づけ」を担うという点において内部的統一性を有し[285)]、まさにその点で、犯罪的評価を「制約」するにすぎない責任概念と区別しうるものであると反論することが可能であり、また適切である。しかし、結果無価値を片面的な制約要素とする見解によればかかる反論は不可能であり、上記批判がいよいよ説得力を帯びてくるのである[286)]。さらに、その理解によれば、

283）行為無価値のみによる処罰では、「『同種の行為の予防』という形で直ちに……正当化されてしまい、その処罰の有無・程度の正当性を客観的に判断するための指標を見出すことが困難」であるとの問題意識を背景に、結果無価値の意義は、「予防の必要性をこれと対立する機能を持つ要素によって遮断する」ことにあるとして、「被害者に対して実際に生じさせた侵害の限度でのみ、最終的な不法が肯定される（消極的応報の要請）」とする照沼・前掲注256『体系的共犯論と刑事不法論』28、56、65頁は、そのような理解に親和的といえる（もっとも、同35頁注63は、惹起された結果に基づき違法性が「加重」されるとしている）。このほか、それぞれ背景となる立場も文脈も異なるものの、梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』（2001）228頁、佐伯（仁）・前掲注239「因果関係論」10頁、同・前掲注254「違法性の判断」57頁注１、前原宏一「刑法と犯罪被害者」被害者学研究14号（2004）84頁など参照。

284）松原1997・215－217頁など。

285）それゆえ、刑罰目的が二元的ならば不法概念も二元的になるのは当然である。井田・総論15頁、同・前掲注177「いわゆる違法二元論をめぐる一考察」130頁。

286）行為無価値と結果無価値が全く異なった働き方をするものであることを正面から認めるのであれば、別個のカテゴリーで把握することが適切だろう。その意味で、増田が、結果を処罰条件として把握し、それに刑量軽減的な役割しか認めないのは（たとえば増田・前掲注244「犯罪論における法益侵害結果の重要性」19頁以下）一貫している。

量刑における犯行の重大性は、結局のところ、行為無価値によって導かれる刑量と結果無価値によって導かれる刑量のうち軽い方を選択して評価の基礎とすることになり、犯罪事象の実態に即した評価を妨げる。犯罪事象における行為と結果は、まさしく「相俟って」違法性の程度を決するものとして理解されなければならないのである。

第５節　小括

本章においては、大要以下のような議論を展開した。

量刑理論における多数説は、責任ないし犯行の重大性を「基礎」とした量刑基準論を採用している。すなわち、刑量は、責任刑を「単なる上限」として予防の必要性に応じて決められるのではなく、なされた犯行の重大性と均衡すべきことが第１次的に重要である（量刑における犯行均衡原理）。しかし、その理論的な根拠、および犯行の重大性の実質的基準について、対立状況が十分に把握されているとはいえない[287]。

伝統的には、量刑原理は刑罰目的の反映であるとされてきた。これに対して、量刑原理としての犯行均衡原理を、刑罰の「目的」と結びつけることを拒絶して、犯行に対する応報的非難ないし無価値評価（マイナスの価値判断）を伝達するという「本質」的機能から説明する見解もある（刑罰目的と量刑原理の「完全分離論」）。しかし、現代における刑罰は人為的な制度として理論づけられなければならない以上、刑罰にそのような性質を持たせる実質的根拠こそが検討されなければならない。無価値評価の伝達は、行為者を判断能力ある「人格」として扱い、また被害者に対する不当な侵害を確認することにつながるから、犯罪に対する道徳的に正当なリアクションであるという説明もあるが、刑罰目的から離れた説明に成功しているとは思われない。刑罰目的と量刑原理の結びつきを放棄することはできない[288]。

287）以上について、前掲本章第１節。
288）以上について、前掲本章第２節。

そのことを前提に、量刑における犯行均衡原理を基礎づけうる刑罰目的を探求するに、特別予防（とりわけ社会復帰）目的を刑罰目的の中心に据え、それと犯行均衡原理を結びつけようとする少数説は適切でない。なぜなら、①多くの特別予防論者が前提とする、「全体のために行為者を犠牲にすることは許されない」という思想は維持しがたい。改善・更生を欲しない者による受刑拒否がナンセンスと感じられることは、刑罰が必ずしも行為者の利益にならない「害悪」を（何らかの他の目的のために）科すものであることを示している。また、②特別予防（社会復帰）により刑罰を根拠づけうるとする見解は、刑罰（自由刑）の付科が、一般的にその重さに応じて改善効果を有することを前提とする。しかし、実際上、長期の受刑はむしろ行為者を非社会化することが多いという所見が有力であるし、理論上も、刑罰の要素である害悪付科（自由や財産の剥奪）がそれ自体として行為者を改善するわけではない。たしかに、行刑は、様々な矯正処遇を通じて受刑者の再社会化を目指すべきであるし、それなりの成果は期待できる。しかし、それは刑罰を根拠づける目的ではなく、別の目的によって根拠づけられた刑罰の執行に「付随して」目指されるべきことである[289)]。

これに対して、最近の多数説は、法益保護のための一般予防を中心的な刑罰目的としており、その中でも、恐怖による威嚇ではなく国民の法秩序への信頼や規範意識への働きかけを重視する積極的一般予防論が有力である。それを背景に、犯行の重大性に応じた「正しいと感じられる刑」が国民の法感情の満足を通じて一般予防効果を有すると説く見解がかなり一般化している[290)]。

一般予防を中心的な刑罰目的とすることは基本的に妥当である。法益保護にとって問題のある行為に対して、犯行に対する無価値評価が込められた害悪を付科する刑罰制度は、そのような行為を広く抑止しようとする関心から自然に説明される。いわゆるカントのテーゼ（「個人を他者の利益のための手段として扱うことは許されない」）または予防効果の経験的実証がないことを理由とした批

289）以上について、前掲本章第３節２。
290）以上について、前掲本章第３節３（1）（2）。

判もあるが、いずれも刑罰目的の受容に高すぎるハードルを設定するものである。一般予防の内容については、積極的予防に限定する見解も有力であるが賛成しえない。道徳的にも、功利主義的にも、積極的予防を受け入れながら、消極的予防を排斥する理由はない。むしろ、犯行に対する無価値評価の伝達と害悪の付科が不可分に結びついて刑罰の固有の「本質」を成しているということは、この制裁が、人間の是非善悪の価値判断と損得勘定の両方に働きかけることを「目的」としていると考えれば納得がいく[291)]。

もっとも、このことは、個々の刑事裁判において当該量刑判断により一般予防目的がどの程度実現されるかに関する科学的予測を行なわなければならないことを意味しない。刑法における目的の追求は、一定の行為を「犯罪」と評価し、処罰することを手段とするのであるから、刑罰目的（論）の役割も制約を受ける。それは、行為を「犯罪」と評価し、同時にその「重さ」を量るための実質的基準を設定することに眼目がある、すなわち、量刑における犯行均衡原理の理論的基礎として一般予防論が援用されることに意味があるというべきである（刑罰目的→犯罪評価基準→量刑基準の「間接結合論」）[292)]。

一般予防論を量刑基準としての犯行均衡原理に反映させるに際しては、次の２つのことに注意が必要である。第１に、量刑基準としての「犯行の重大性」の実質的評価を、「国民の正義感情」といった実態のはっきりしない概念に委ねてはならない。犯罪論においては、可罰性の評価を、「健全な社会通念」といった一般条項的な概念（「ブラック・ボックス」）に依存させるアプローチは過去のものと思われるが、量刑論において異なる取扱いが正当化される理由はなく、国民感情それ自体は、何らかの結論を正当化できるわけではないというべきである。このようにして、犯行の重大性の評価基準は、あくまで刑罰目的を合理的に反映したものでなければならないが、第２に、そのことを意識すべき「場」は、犯行評価基準の内部的カテゴリーとしての「責任論」ではない。

291）以上について、前掲本章第３節３（3）。
292）以上について、前掲本章第３節２（3）および３（4）。

責任は、刑罰目的からの科刑の要求を、それと矛盾・対立する原理によって制約・軽減する役割を担うものである以上（消極的責任主義）、刑罰目的のために必要な刑量が、狭義の責任評価を反映した刑量と一致するのではナンセンスである。違法性に応じた刑量を、「責任が軽いから」という理由で軽減することは、理論上も、実際上も、予防目的の追求にとって「足かせ」になっており、またそうあらねばならない。刑罰目的としての一般予防は、犯行評価基準の内部的カテゴリーとしての「違法性」に反映されることを通じて、犯行均衡原理との合理的関連性を保つべきである[293)]。

このように一般予防目的の基本的重要性を肯定することは、さらなる刑罰目的の受容を排斥するものではない。刑法改正論争期以降、広い意味での応報を刑罰の「目的」と言うことに対して否定的な論調がかなり有力であるが、「過去に生じさせてしまったこと」はせいぜい処罰の消極的な制約事由にすぎないと考えることには、なお躊躇を覚えざるをえない。犯罪を回顧的に評価すること自体に意義を認めるという意味での応報的な刑罰目的を理論化する途を模索すべきである。ただ、その場合に、観念的・抽象的な法秩序（「法的平等関係」）の侵害を問題にすることで、犯罪が「現実的・具体的な」法益の侵害・危殆化であるとする現在の一般的理解を見失わないようにしなければならない。反対に、具体的な被害者およびその周辺、さらには一般国民の間に生じた現実の処罰感情の充足（情緒的安定の獲得）を問題にすることで、応報の対象はあくまで特定の利益侵害であって、「社会をお騒がせしたこと」ではないという一般的理解に反することにならないようにも注意が必要である。その意味で注目されるのが、一部の論者の主張する「被害者の利益が単なる自然災害等ではなく、犯罪行為によって侵害されたことに対する無価値評価（マイナスの価値判断）を伝達する」、いいかえれば「価値ある利益が犯罪行為によって不当に侵害された、それは本来守られるべき（要保護性のある）利益であったということを、

293）以上について、前掲本章第３節３（4）（5）。
294）以上について、前掲本章第３節４。

国家として公式に確認する」という関心である[294)]。

以上のような刑罰目的の二元的理解は、前述のように、「犯行の重大性」の内部的カテゴリーである「(量刑)不法」に反映されなければならない。一般予防目的に関して、従来、それを「有害な事態の惹起」としての結果無価値に結びつけるアプローチが有力であったが、合理的ではない。最近の学説が指摘するように、行為の事前抑止による法益保護という関心からは、当該行為について事前判断においてどの程度禁止の必要性が認められるかが問題であり、いわゆる行為無価値がそれと関係する。結果無価値の(量刑)不法関連性と結びつくのは、むしろ回顧的・応報的な観点である。学説の中には、結果の程度に量刑関連性を認めるべきではないとする主張もあるが、現実的ではない。「価値ある法益が犯罪行為によって不当に侵害されたということ、それは本来守られるべき(要保護性のある)法益であったということを国家として公式に確認する」という関心は、結果無価値の(量刑)不法関連性を整合的に説明しうるものである。そして、それを反映して、結果無価値の量は「社会をお騒がせしたこと」ではなく、特定の利益侵害(および危殆化)の程度に即して測定されるべきことを確認すべきである。また、不法論の意義は何が「処罰根拠」たりうるのかを明らかにすることにある以上、結果無価値は、行為無価値とともに刑罰の「根拠づけ」を担うものでなければならない。すなわち、行為無価値によって基礎づけられた違法性の程度は、結果無価値によってさらに「加重」される[295)]。

以上のように、量刑における犯行均衡原理の根拠としての刑罰目的論と、量刑基準としての「犯行の重大性」を根拠づける(量刑)不法の構造論には、首尾一貫したつながりが認められなければならない。そして、それを前提に、狭義の責任評価による「割引」ないし「軽減」の考慮がなされたものが(量刑における消極的責任主義)、量刑の基礎としての(広義の)責任ないし「犯行の重大性」である。そしてこの犯行の重大性に応じた刑量(いわゆる責任相当刑)が、

295)以上について、前掲本章第4節。

直接的な予防的考慮やそれに関連するその他の考慮を通じてどのように修正されるのかということが、次章における検討課題である。

〔2006 年 12 月 15 日脱稿〕