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

Title	日数罰金制の意義と現実 : 西ドイツの新刑法典を中心にして
Sub Title	Sinn und praktische Anwendung des Tagessatzsystems unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bestimmungen im Allgemeinen Teil des deutschen Strafgesetzbuches
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.1 (1976. 1) ,p.61- 86
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760115-0061

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.

日数罰金制の意義と現実

——西ドイツの新刑法典を中心にして——

宮澤浩一

一　はしがき
二　罰金刑の現状と改革の必要性
三　総則規定の内容と問題点
四　第二次刑法改正法及び刑法施行法により修正された各則規定における罰金刑
五　むすびに代えて

刑罰の時間は、飛び地であり、空虚な時間の経過の一片であり、生活の真只中での一片の死である。身体を切りきざむ刑罰はもはやないが、自由刑においては、人生を切りきざむ刑がある。

ラートブルフ・拘禁の心理学

一　はしがき

施設内処遇には限界がある。殊に、受刑者の自由を大幅に制限した形で執行がなされる行刑施設において、社会復帰のた

めの処遇がなされるという発想は、全くの矛盾である。自由のないところで自由な社会への復帰の準備をするのは、たたみの上の水練のようなものである。この矛盾に気がついたとき、施設内での自由の度合いを緩和し、社会内における生活に近づけたり、開放的な移行施設を造つて、釈放前の社会復帰訓練をするという方法が実際化される。しかし、それでも、なお、不自然な生活であることには変りはない。受刑者は、釈放されたとたんに、全く自由で誘惑の多い社会に放り出される。たとえ、保護観察に付せられたとしても、その行動は四六時中監督されるわけではないから、さまざまな誘惑から身をひくには、釈放された受刑者自身の意志の力にまたねばならない。ところが、自由が制限され、違反がないかどうかを四六時中監視され、いわば他律的な生活を続けてきた者は、自分の強い意志によるというよりは、絶えず光つている他人の目を意識することで、誘惑に対して抑制を働らかせているのであるから、自律的な意志の作用は必ずしも身についてはいない。従つて、むしろ、社会内に身柄を置いておいて、自制心を身につけさせることの方が合理的であろう。殊に、北欧の刑事政策家が社会内処遇に希望を見出そうとしているのは、施設処遇をいろいろ合理化してはみたものの、余り成果が上らないという現状に失望したからに違いない。その背景には、恐らく、自由刑を多用したという事実がひそんでいたのではあるまいか。西欧の刑事政策家が施設内処遇に失望している背景には、この事実が大きく作用していることは間違いない。わが国では、徐々にではあるが、実務的に、この問題は解決されていたように思われる。それは、昭和三五年以降、殆んどごくわずかの例外を除き、刑務所人口が急速に減少している傾向の中に示めされている。[1] これは、激減という言葉を使つてもよい程の顕著な減り方である。しかも、刑法犯の発生件数も検挙件数も、最近一〇年間には、徐々に減少している。[2] その減り方は、勿論、刑務所人口の減少のスピードと比べれば緩慢である。裁判官の意識の中に、矯正施設に対する不信感があるのかも知れないが、恐らくは、「施設内におけるよりは、社会内に出来るだけ多くの犯罪者を置いて、その自然的な回復力に委せた方がよい」とする考え方が、実務上、定着していると言つてもよいであろう。一方、刑務所人口の減少にもかかわら

ず、わが国の矯正関係者の努力は、施設の新・改築、施設内での処遇の改善・工夫の在り方をみるとき、目をみはるものがある。この現状は、決して、ペシミズムどころか、受刑者をよりよき市民として社会に復帰させるというオプティミズムが支配していることを示めすとさえ言うことができるであろう。矯正関係者の態度としては、勿論、これは正しい。自由刑を全く廃止することは出来ない相談である。しかも、「出来るだけ社会内処遇を」というモットーで犯罪者のセレクションが行われるとき、施設に送りこまれる者は、その多くが「処遇困難者」である。社会から疎外され、犯罪者のスティグマがおされ、たたきのめされ、社会にうらみを持つた人々が施設に入つてくる。[3] これらの人々をペシミスティックになつた施設関係者が迎えたのでは、全く救いがない。[4] 彼らに社会復帰の手助けをする者に士気が衰えていたとしたならば、もはや、手のつけられない「すね者の共同体」となつてしまうであろう。これでは、ますます、施設内人口は、こじれた少数の者によつて占められ、「改善のための施設」ではなくて、一定の時期だけ隔離しておくための「社会の治安確保のための監置施設」に堕してしまう。矯正関係者が、このようなものへと身をおとさない努力を試みているわが国の現状は、諸外国と比べて著しい特色をなしていると言つてよいであろう。[5] この点については、他日、改めて検討することとして、本稿は、「社会内処遇」の方法の一つとしての罰金刑の合理化について、若干の考察を加えることにする。

(1) 例えば、犯罪白書・昭和五〇年版一六〇頁以下参照。
(2) 犯罪統計書 昭和四九年の犯罪、(1)頁以下及び四頁参照。なお、前出犯罪白書(昭和五〇年版)、二頁以下参照。
(3) 第七十六矯正統計年報、昭和五〇年、Ⅳ頁をみれば、初入者の占める割合は、四五%、四度以上入所した者は合計二六%であるから、数の上で新収容者の中に占める「処遇困難者」の割合は、そう高くはない。しかし、具体的に、B級の施設の収容者を検討すると、本文で述べたことは、決して誇張ではない。
(4) この問題について、特に、平野龍一・矯正におけるオプティミズムとペシミズム、刑政第八六巻七号、昭和五〇年、二八頁以下参照。
(5) 宮沢浩一・外部から見た刑務所、刑政第八六巻一二号、昭和五〇年、二六頁以下参照。

二　罰金刑の現状と改革の必要性

あらゆる種類の刑罰の中で、最も多く適用されている刑種は罰金刑である。これは、西ドイツでも、わが国でも、そして多くの国々においても同様の現象である。しかし、法改正の際にも、そして又、改正を契機として公表された論文の中でも、罰金刑は殆んど継母の仕打ちのように、不当に等閑視されている。[6]施設内処遇には、限界があり、出来るだけ犯罪者を社会内で処遇し、殊に、短期自由刑を用いるのは最後の手段としてとっておくという状況が顕著に現われているのに、[7]自由刑を対象とする議論が盛況を極めているのと、好対照を示めしている。[8]余り多くの者が意見を表明しないうちに、西ドイツでは、一九六九年七月四日に、第二次刑法改正法が成立し、若干の迂余曲折を経て、一九七五年一月一日に施行された。この法律は、一八七一年刑法典のうちの総則規定を全面改正したものである。この総則規定について、刑法施行法は、若干の修正を加えてはいるものの、全面改正の方向は全体としては変わっていない。そして、此の新総則の改正点の中で、日数罰金制が登場したことが、最大の眼目の一つであることには異論はないであろう。[9]この制度が実施される直前、[10]施行された直後に、[11]かなり強い疑問が提出されたが、興味のあることに、刑法改正大委員会での討議以来、この制度ぐらい一致して賛成された規定は、[12]他に例を見ないほどである。罰金刑について、幾多の論稿を発表しているハインツ・ツィップの言葉を借りると、日数罰金制を継承したことで、罰金制度は国際的なスタンダードに近づいたとさえ評価されている。[13]たしかに、以前からこの制度を導入している北欧諸国、近時のオーストリア刑法[14]の例を見ても分るように、日数罰金制度は前進をつゞけているといってよい。現代の刑事政策全体にとって根本的な法制度を国際的な潮流に従って形成することは、犯罪防止のための国際的水準に併せて内国の法秩序を改めてゆくという刑事政策の基本的な課題に合致する試み[15]であるから、歓迎すべき立法態度であるというべきであろう。

日数罰金制の導入は、ひとり、総則規定に限つた改正で終わるだけではない。目を各則規定に移すと、第二次刑法改正法により修正され、新たに各則に導入された罰金の規定の数は、後に指摘するように、驚く程多数にのぼつている。勿論、これには、一八七一年のドイツ刑法典が罰金刑に対して極めて消極的で、いわば日陰者の取り扱いをしていたという事情もある。[16] しかし、刑法典の中での取り扱いはそうであつたかも知れないが、その後、特別法の分野で、罰金刑の比重が高まつたので、結果的には、今回の大改正が実施される以前にすでに、罰金刑が担つていた事件処理の数は大へんな量に上つていたのである。日数罰金制は、今後、この分野についても適用範囲が拡大してゆくのであるから、刑事政策的にみるならば、この制度の導入の余波は、広範囲に拡がつてゆくことであろう。それだけに、この制度を実際に運用してゆく検察官、裁判官の実務に対する影響は多大であり、まさに、発想の一大転換[17]が必要となる。

ところで、周知のように、ドイツ刑法典をモデルとして成立したわが国の刑法典には、かなりの数の罰金刑が法定刑として登場していた。従つて、この刑法典の全面改正が試みられたとき、若し、「犯罪者処遇の重点を社会内処遇で」という現代刑事政策の動向に敏感に反応していれば、今回のドイツ刑法典のように、罰金刑に対して一層大きなウェイトを置いた「現代的な刑法典」が誕生していた筈であつたのに、わが国の改正刑法草案では、むしろ、「短期自由刑」であるところの三ケ月の期間にまで拡げられた「拘留」が多くの規定に登場するという奇妙な結果になつた。かくして、罰金刑の導入という点に関しては、「後の烏が先になり」という結果になつてしまつた。このような事態を招いたについては、わが国の改正審議において、日数罰金制度の導入を比較的早期に断念し、その合理化の努力を怠つたことに起因するところが大きい。[18] そして、その場合、実務上の観点を指摘する声が、実務家の委員から起こつたという事情が大きく作用している。これは、彼我の刑事立法の準備に当つた作業班の人的構成の差からくるものである。実務家の声が余り反映しないで、法規定をさつさと合理化する立法制度が良いか、現実を担う人々の声にブレーキをかけられて、余り急進的な改革を急いで行なわない立法の在り方

がよいかは、にわかに判断のつきかねる問題である。

日数罰金を採用しなかつたわが国の立法態度の背景には、起訴猶予、執行猶予など、各種の抑制装置が働らいて、刑罰の現実において、罰金刑により、短期自由刑の洪水をさばかねばならないという実務上の隘路がなかつたことも指摘できるであろうし、一般の風潮として、刑事々件を、少なくとも建て前の上で、余り金銭づくで解決することを好まないという考え、つまり、「金銭蔑視の思想」が微妙に働らいたとも言いうると思う。

しかし、それ以上に、罰金刑の刑罰としての効果をいかに万人に共通した苦痛として与えうるかという点について、合理的に考える努力を怠つたという事情も忘れてはならない。この点こそ、日数罰金制の採用にふみ切る最大の焦点だからである。

刑罰は、それを科せられる者にとり等しい苦痛が加えられなければならない。処罰を受ける者により、苦痛が余りにも異なつている場合には、結果的に不公平となり、刑事政策的効果の点で不均衡が生じ、結果的には失敗といわざるをえない。刑罰の効果を各人にとつて出来るだけ等しいものにすることは、正義の要請であると同時に、合目的性の要請でもある。勿論、苦痛の不平等という事実は、自由刑にもつきまとつている。かつてツィンマールが指摘したように、「自由の価値は、主観的に極めて異なつて感じられる」[19]からである。しかしながら、自由刑の場合には、そう大きな支障なしに、刑事政策的な目標設定にとつて、また正しい処罰の要請にとつても、原則として刑罰の作用は同じものとみなされる。「自由刑を量定する際に、個人的基準を無視することは正当で」[20]ある。各人の自由に対する基本的な態度はまちまちであろうが、しかし、一定の施設内で、同じように自由を奪われ、しかも、各人の能力や意志ではどうすることも出来ない「時間」という単位によつて測られる「刑期」の間、収容される自由刑の場合、各人の感じる「苦痛の差異」は殆んど度外視することが出来る程度のものである。しかし、罰金刑の場合には、事情は全く異なり、極めて複雑な様相を呈する。

罰金の対象となる所得や財産は、個々人により極めて大きな差異がある。初めから、刑罰により侵害される財産には、客観的に平等な侵害の面が欠けている。貧者と富者という歴然とした差異は、どのような社会制度をとろうと多かれ少なかれ存在している。若し、同じ金額の罰金刑が科せられるなら、当然の事理として、その苦痛は富者には軽く、貧者には重い。だからといつて、この苦痛を単に均等化するために罰金額に差をつけて、同じ程度の犯罪を犯したにも拘らず、富者には多額、貧者には少額の罰金を科すことにすれば、「刑罰は責任に応じて科すべし」とする責任主義の原則に抵触する。かくして、金額という尺度によらない、別の人為的に造られた分量単位[21]、換言すれば、各人の経済的給付能力に適合しうるように工夫することでこの不平等を克服する日数罰金制の必要性は明らかであろう。勿論、自由刑の場合と同様に、罰金刑によつて侵害される財産という客体に対する主観的な態度にも差がある。金銭は一般に大へん望ましいものであるには違いないが、この物質的財貨に対する個々人の態度には、ケチから極端な太つ腹まで、極めてまちまちな相違がある[22]。この主観的な態度の差は、罰金の効果が刑罰の苦痛を変えるから、刑罰効果に少なからざる影響を与える。しかし、重点は、やはり経済関係の差異を出発点とするところにある。日数罰金制の利点は、従来の罰金刑が、社会の実情に合つていない点に対応しようとするところに存する。それでは、どのようにして社会の実情にあつた、合理的な罰金制を実現しうるであろうか。西ドイツの新刑法典総則では、これをどのようにして解決しようとしたかについて考察してみる。

(6) Heinz Zipf, Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Strafrecht. ZStrW Bd. 77, 1965, S. 526.
西ドイツの状況については、本稿に紹介する論文、著書を参照されたい。
わが国で、日数罰金制につき、本格的な発言のあつたのは、手元のメモでは、次の数点の文献にすぎなかつたと思われる。
平野竜一・犯罪者処遇法の諸問題、昭和三八年、一四五頁以下
森下忠・刑法改正と刑事政策、昭和三九年、四五頁以下
小野坂弘・罰金制度の再検討(一)〜(四)、法学第二九巻三号、三〇巻三号。特に三〇巻二号五七頁以下および六六頁以下。
私も、簡単な紹介論文であるが、この問題にふれておいた。宮沢浩一・罰金刑合理化の現代的課題、研修二五〇号、昭和四四年、三頁以下。本稿は、

その続稿である。

(7) Herbert Tröndle, Leipziger Kommentar, 9. Aufl., Rundnummer（以下、Rdnr. と略記）26 vor § 27 及びそこに引用された多くの文献参照。なお、このトレンドゥレの注釈は、第二次刑法改正法により解説をしている。筆者には、この他、Die Geldstrafe im neuen Strafsystem. MDR 1972, S. 461 ff. がある。

ウルティマ・ラティオとしての自由刑につき、Zipf, Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland. ZStrW Bd. 86, 1974, S. 513 にもふれられている。この論文は、一九七三年九月二一日に、インスブルクで開催された比較法学会における報告原稿に加筆したものである。同日、Tröndle, Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzgung unter besonderer Berucksichtigung des Tagessatzsystems, ebenda, S. 545 ff., Hans Thornstedt, Skandinavische Erfahrungen mit dem Tagesbußensystem, ebenda, S. 595 ff. 及び N. S. Alekseev, Die Geldstrafe im sowjetischen Strafrecht, ebenda, S. 614 ff が発表された。トルンステットは、ストックホルム大学教授、アレクセエフは、レニングラード大学教授であり、同氏の論稿は、討論の際の発言として用意されたものであったようである。

(8) 例えば、最近でも、Die Reform des Strafvollzuges. Programm nach den Vorstellungen des Alternativ-Entwurfes zu einem neuen Strafvollzugsgesetz, hrsgg. v. Jürgen Baumann, 1974（宮沢浩一・大谷実訳編により、公刊の予定）のほか、Arthur Kaufmann (Hrsg.), Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandaufnahme, 1971（邦訳・宮沢浩一・中山研一訳編・行刑改革――現状批判――、昭和五一年）など、多くの著書、編著がある。

(9) Zipf, Die Rechtsfolgen der Tat, in : Roxin-Stree-Zipf-Jung, Einfuhrung in das neue Strafrecht, 2. Aufl., 1975, S. 66.

(10) Eckhard Horn, Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung. NJW 1974. S. 625 ff., ders., Alter Wein in neuen Schläuchen ? Zur neuesten Fassung des § 40 Abs. 2 StGB (2. StrRG). JZ 1974, S. 287 ff.

(11) Dieter Meyer, Bemerkungen zur neuen Geldstrafenregelung. MDR 1975, S. 188 ff., Karl Peters, Der neue Strafprozeß, 1975, S. 22 ff. マイヤーは、フランスブルクの裁判官であり、かなり詳細に、新罰金規定に対する実務上の疑問を提示している。

(12) この点につき、Zipf, op. cit,（注9）S. 66.

(13) Zipf, op. cit,（注7）S. 514.

(14) 一九七四年オーストリア刑法典、法務資料四一三号、昭和五〇年。

(15) この点につき、Zipf, Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen, 1973, S. 123 参照。

(16) Zipf, op. cit.（注6）S. 527.

(17) Zipf, op. cit.（注9）S. 68.

(18) この点につき、改正刑法草案、附説明書、昭和四七年、一二五頁以下の解説参照。

(19) Leopold Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 243.
(20) Zimmerl, op cit, S. 244.
(21) Zipf, op. cit. (注6) S. 528, ders., op. cit. (注7) S. 522 の表現による。
(22) Zipf, op. cit. (注7) S. 522.

三　総則規定の内容と問題点

新総則四〇条に、罰金刑に関する規定が置かれている。[23]

日数による罰金

第四〇条①罰金刑は日数により科刑する。罰金は最低完全な五日分、法律が別段の規定をしないときは、最高完全な三六〇日分とする。

②一日分の額は、裁判所が行為者の一身上及び経済上の関係を考慮してこれを決定する。その際、原則として、行為者が平均して一日に得る実収入又は得べかりし実収入による。一日分は、最低二マルク、最高一万マルクとする。

③行為者の収入、財産及び一日分の量定に関するその他の基礎は評価することができる。

④判決中に、日数と日額を明示する。

右の規定からも明らかなように、日数罰金を用いる場合には、二段階に分けて評価がなされる。行為に対する日数による評価と一日分の金額の決定を、実際上も、観念上も全く二つに明確に分れた評価の段階として此の制度を実現することは、日数罰金制の死命にかかわる重大な事柄[24]であつて、此の点は譲るべからざる一線である。

日数分を決定するに際して、その数の大小は、行為の不法内容、責任の大小、犯人に対する予防的効果などを総合して判断[25]すべきであつて、此の場合には、従来の量刑の際の考慮とほゞ同じ過程をへて行なわれる。これに対して、一日分の金額

は、罰金を言い渡されるべき者に、ほゞ同じ程度の効果が実現されることを期待して、犯人の経済的な給付能力に純粋に適応させるための判断が加えられる。この場合、罰金の形で比較的長期間にわたつてその収入からとりあげ、有罪の判決を受けた者の生活水準を長期にわたつて制限しようとするバウマン[26]及び代案[27]の提案する「有効期間罰金」の考え方とは異なる。規定の内容からも明らかなように、一定の金額の形で、原則として直ちに支払われるべき金額が判決に明示される。もつとも、判決中に、日数分と一日分の金額とをともに明示するという要請には疑問がある。というのは、これを掛け合わせて、すぐに全体額を念頭に浮かばせることになり[28]、その総合額の印象いかんによつては、行為に対する「日数分による評価」の意味を稀薄にするおそれがあるからである。むしろ、ツィップの提案のように、日数分だけを言い渡すという規定の方が正しかつたかも知れない[29]。

法定刑として、単に、「罰金に処する」とある場合は、五日分以上三六〇日分以下の日数をいうが、併合刑（総合刑）を言い渡す場合には、七二〇日分までの範囲内で、適切な日数分を計算することができる。比較的軽い犯罪に対しては「一八〇日分以下の罰金に処する」という形で、法定刑が規定されている（第一〇六条a、一〇七条b、一六〇条第一項、一八四条a、二八四条a、三〇二条aなど）。

一日分の金額をどのようにして算定するかについては、裁判官の判断の手がかりとなるような基準は与えられていない。裁判官は、罰金を量定するに際して、洞察力をもち、合理的に思考することを強いられている[30]。規定の上では、はつきりと、「行為者の収入（Einkünfte）」を目安とすることが示めされている。しかし、所期の目的を実現するために日数分の確定とともに重要な意味をもつ「一日分の金額」を確定するための手がかりを与えるべきであつた。

この点について、第二次刑法改正法の原案と刑法施行法による部分的修正を経た新規定との間に、ごくわずかであるが右の疑問に応えた修正がある。それは、新らたに挿入された「原則として、行為者が平均して一日に得る実収入又は得べかり

し実収入による」という文言である。[31]

原案に対して、〝所得のどの部分が罰金としてとりあげられ、どの部分が行為者の手元に残るかといつた基本関係がはつきりしていない〟。〝罰金刑適用の際のごく概略的な均等の運用すらも明らかにされていない〟。〝法律上、個々の日額について基準の規定がないと、均等の刑の量定も罰金の効果を完全に発揮することも、ともに達成されない〟、とする強い反対があつた。[32] 修正によつて、この点は、幾分か緩和されたが、しかし、勿論充分ではなく、ホルンなどは、この修正でも実務上の手がかりとしては不充分であると非難していた。[33]

この一日分の額の算定方式には、二つの原則がある。損失提供の原則（Einbußenprinzip）と実収入の原則（Nettoprinzip）がこれである。[34]

前者は、大体においてスカンジナヴィアの日数罰金制の範型によるものであつて、行為者がその収入のうち、節約をし、切りつめた生計を維持して余裕を残した分の所得をその者からとりあげようとするものであつて、西ドイツの刑法改正論議の際に、多くの論者がこれによることを主張した。

例えば、フレンケルは、原則問題に関する刑法改正大委員会の会議の席上で、「日数罰金とは、行為者にとつて、極度に節約につとめることで、その行為に対する贖罪として日々期待しうるような金額をいう。その額は、行為者が判決に至る時期に持ち又は善意で保持しえた日々の収入（すべての種類の所得であつて、基本財産、物的資産をも含む）に従つて算定される。その際に、支払能力にとつて重要な事情（特に、財産、扶養義務）は、適切に考慮されるべきである」と論じた。[35] 一九六六年に発表された「代案」四九条二項にも、「回数分は、行為者に生存上必要な最低限度として、少なくとも賃銀差押えの控除分を残すよう量定しなければならない」と提案していた。[36] なお、ツィップは、かつて一九六二年草案の罰金刑を批判した際に、彼自身の提案として、日数分について、次のような案を示したことがある。

「日数額は、日に換算した実収入からさし引いた後、生計に必要な額が行為者に残るように算定するものとする」というのが、その提案である。[37]

実収入の原則とは、日額として、単に、日に換算された行為者の実収入をもつて定めるとするものであつて、前者と比べて、二つの長所をもつとされている。まず、これによれば、行為者に期待しうる収入の損出提供を正しく決定するという困難な問題が解消され、次に、実収入により、罰金の刑罰効果を高めることと結びつくからである。何故なら、これによつてはじめて個々の日数分は、はるかに高額なものに至りうるからである。このような考慮により、修正がなされたのである。

もとより、修正された部分も、実務にとつて充分な判断基準となつたかどうかという点について、疑問の余地はある。詳しくは、前出のマイヤーの論文[38]が問題点を拾つている。本稿では、これ以上ふれることはできない。簡潔な言葉で、ペータースが指摘しているように、この制度を正しく実施しようとすれば、「困難な捜査の任務の前に立たされる。容易に確定することができ、はつきり定まつた所得のある者の場合には、適用は簡単である。しかし、その収入がはつきりせず、変化する者の場合は、困難である」。[39]

最後に、日額について、刑法施行法がその上限を、第二次刑法改正法の一〇〇〇マルクから一〇〇〇〇マルクにあげたことについてふれておきたい。下限は、二マルクであるが、修正規定によると、従来の罰金刑と比べて、その金額が相当重くなつたことを知る。旧規定では、下限は五マルク、上限は一万マルクであり（旧第二七条）、利慾に基づく行為の場合は、十万マルクまで引きあげることが出来た（旧二七条a）。新規定では、下限は一〇マルク、上限は三六〇万マルク、併合刑の場合（新第五四条二項）には、七二〇万マルクとなる。この部分の修正に当つては、大金持の行為者とか、経済犯罪の行為者を想定したとのことである。[40]

ナウケは、刑法特別委員会の議事録を引用し、そこでの上限の引き上げの際の議論が、法政策的に現実を直視したもので

はなくて、大学の演習での設例のような稚拙な事例でもつて終始したことを痛烈に皮肉つている。

その議論の中心に置かれ、大真面目に論じ合われた事例とは、生活扶助を受けている者と年収一〇〇万マルクの大金持とが共同して、万引きをしたというのである。「このような仲間ができるなんて、何とまあ牧歌的な風景であろうか」[41]とは、相当な皮肉である。

日額の二マルクについては、ツィップは、罰金の効果を考えると、一日分の額を五マルクにするべきであるというが[42]、インフレーションの状況を考え併せると、妥当な線であろう。

(23) ドイツ刑法典、法務資料第四二四号、昭和五〇年、五八頁。そこに訳出してあるのは、第二次刑法改正法であり、本稿に訳出した条文とは若干異なつている。本文にも指摘したように、刑法施行法により、若干の修正があつたのであるが、訳文を提出した時点では、この修正の正文を入手していなかつた。訳者として、各則と併せて全訳を出す折に、正文に従つて改訂したいと考えている。

(24) Zipf, op. cit. (注7) S. 516.

(25) この点については、多くの論者が指摘している。例えば、Horn, op. cit. NJW, op. cit. (注9) S. 625. など、Horn, Systematischer Kommentar (SK と略記) StGB, 1975, § 40 Rdnr. 4, Zipf, op. cit. (注7) S. 516 のほか、Trondle, LK, op. cit. (注7) Rdnr. 89 vor § 27, ders., MDR op. cit. (注7) S. 465. をあげておく。

(26) J. Baumann, Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe, 1968.

(27) 一九六六年刑法草案総則対案理由書、刑事基本法令改正資料第一五号、昭和四四年、八七頁以下。

(28) ツィップは、「まず総額を念頭に置き、次いで単純に日数分に分けるという誘惑を生じさせないため」にも、判決には日数を掲げるだけにとゞめるのが合理的である、とする。刑事政策的には、日数分だけを判決主文で述べ、日額は独自の決定の形式で決める方がよい、という提案をしている。この点につき、Zipf, op. cit. (注6) S. 68.

(29) かつて、ツィップは、次のような提案をしたことがある (Zipf, op. cit. (注6) S. 535)。

a条 日数による科刑①省略

②判決主文には、科せられた日数のみを明示する。

(30) Horn, SK § 40 Rdnr. 1.

(31) この修正点につき、Naucke, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975, S. 13, Baumann, Strafrechtsreform ohne Gesamtpar-

lament? ZRP 1974, S. 79 は、ともに批判的である。殊に、後者は、この規定により、新しい罰金刑の效果は極めて疑わしくなつた、としている。

(32) Zipf, op. cit. (注7) S. 154 f.

(33) Horn, JZ op. cit. (注10) S. 288.

(34) この点につき、簡潔に説明しているものは、Zipf, op. cit. (注9) S. 70 である。本文も、これによつた。

(35) Niederschriften uber die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Bd., 1956, S. 155.

(36) 前出、一九六六年刑法改正草案総則対案理由書、八七頁以下参照。

(37) Zipf, op. cit. (注6) S. 546.

(38) Meyer, op. cit. (注11) 参照。

(39) Peters, op. cit. (注11) S. 22.

(40) ナウケは、前出の論著（注31）の中で、刑法特別委員会における発言を詳細に引用して、きびしい批判を加えている。細かく立ち入ることは、本稿では断念する（前掲書七頁以下を参照されたい）。

(41) Naucke, op. cit. (注31) S. 12.

(42) Zipf, op. cit. (注6) S. 71.

四　第二次刑法改正法及び刑法施行法により修正された各則規定における罰金刑

第二次刑法改正法の施行に伴い、刑法各則にも、大幅の修正がほどこされたが、この中で特に目立つのは、法定刑に罰金刑を加えた例が極めて多いことである。何と、九三ヶ条に罰金があらたに登場しているのである。このうち、堕胎罪関係の五ヶ条は、一九七五年二月の連邦裁判所の違憲判決[43]により、修正案を提出せざるをえなくなり、不安定となつたから、これを除くとしても、八八ヶ条に、罰金が登場した。既存の条文に罰金刑が規定されていたものは、七一ヶ条にのぼるから、今や一五九ヶ条に罰金が法定刑として掲げられている。さらに、一二ヶ条に、従来、罰金が併科されていたのを改めて、選択刑として規定されるようになつたので、正確には、一七一ヶ条に罰金刑が掲げられている。しかも、その罪種は、極めて多彩で

ある。条文の順序に従ってこれを列挙すると、左の通りである。

罰金刑が新らに導入された規定

八四条二項（違憲判決のあつた政党を持続させる罪）、八五条一項（結社禁止違反）、八六条一項（違憲組織の宣伝材料の頒布）、八六条a一項（違憲組織の記章の使用）、八七条一項（サボタージュを目的とする仲介活動）、八八条一項（憲法に敵対するサボタージュ）、八九条一項（連邦軍及び治安機関に対する憲法に敵対する干渉行為）、九〇条a（国家とその象徴に対する侮辱）、九七条（国家機密の漏示）、九八条（叛逆的な仲介活動）、九九条（スパイ活動）、一〇二条（外国の機関又はその代表者に対する攻撃）、一〇三条（同じく侮辱）、一〇六条a一項（国会、憲法裁判所の平穏を確保すべき区域の侵害）、一〇七条（選挙妨害）、一〇七条a（選挙の際の偽瞞行為）、一〇七条c（選挙の秘密の侵害）、一〇八条（選挙人に対する強要）、一〇八条a（選挙人に対する欺罔行為）、一〇九条二項（自傷による兵役義務の回避）、一〇九条a（欺罔による兵役義務の回避）、一〇九条d（連邦軍に対する妨害宣伝）、一〇九条e五項（防衛手段に対するサボタージュ活動）、一〇九条f（治安を危険にさらすスパイ活動）、一〇九条g（治安を危険にさらす撮影と叙述）、一二〇条（受刑者の不法な解放）、一二三条（住居侵入）、一二四条（加重住居侵入）、一二五条（騒擾）、一二六条（公共に危険な犯罪行為を告知する威嚇）、一二七条（武装した群衆の形成）、一二九条（犯罪結社の形成）、一三三条（官の保管にかかる文書を保管を侵害して奪取する行為）、一三四条（公示の侵害）、一三八条（犯罪の不告知）、一四四条（移民に対する欺罔行為）、一四五条（緊急電話等の乱用）、一四五条a（行状監督の指示違反）、一四七条（偽造通貨の行使）、一四八条（有価証券の偽造）、一四九条（同・予備）、一五六条（宣誓に代わる保証の際の虚偽行為）、一六〇条（偽証の誘導）、一六三条（過失による偽証）、一六四条（誣告）、一六八条（死者の安息の妨害）、一八四条a（禁じられた売春の実行）、一八七条（誹謗）、〔二一八条（堕胎）、二一八条c（妊婦に教示、助言なしに行なつた堕胎）、二一九条（鑑定を経ずに行なつた堕胎）、二一九条a（堕胎の宣伝・広告）、二一九条b（堕胎剤の取引）〕、二二二条（過失致死）、二二三条二項（尊属に対する傷害）、二二三条a（危険な傷

害）、二二四条二項（重傷害のうち、特に軽い場合）、二二七条（喧嘩・闘争への関与）、二三四条a三項（国外移送のための誘拐の予備）、二四一条a（他人に政治的な嫌疑をかける行為）、二四二条（窃盗）、二四八条b（自動車等の無権限使用）、二五三条（恐喝）、二五八条a（公務員の犯人庇護のうち、軽い事例）、二五九条（賍物）、二六七条（文書偽造）、二六八条（技術的文書の偽造）、二七五条（証明書偽造の予備）、二七七条（健康診断書の偽造）、二七八条（不正な健康診断書の発行）、二七九条（同・行使）、二九二条（密猟）、二九三条二項（密漁の重い場合）、二九七条（輸出入禁制品を持ち込むことにより船舶押収の危険を生ぜしめる行為）、三〇五条（建造物損壊）、三一一条四項（過失による爆発物の爆発）、三一四条（過失による溢水）、三一五条四項（過失による往来危険）、三一五条a（往来危険）、三一五条b（交通危険）、三一五条c（同上）、三一六条b（公企業の妨害）、三一七条（通信施設の妨害）、三二六条（過失による公共危険）、三三一条（収賄の申込）、三三二条（収賄）、三三三条（贈賄の申込）、三四八条（職務上の虚偽証明）、三五三条a（外国で活動する者の連邦政府を困惑させる報告）、三五三条b（職務上の秘密の侵害）、三五三条d（公判の秘密を侵害する行為）、三五四条（通信、電話の秘密の侵害）、三五五条（租税の秘密の侵害）

従来罰金を法定刑としていた規定

一〇四条（国章などの損壊）、一〇六条a二項（集会等による平穏区域の侵害）、一〇六条b（立法機関の活動妨害）、一〇七条b（選挙資料の偽造）、一一三条（執行吏に対する抵抗）、一三一条（暴力を美化する行動）、一三二条（職務の僭称）、一三二条a（称号、記章の悪用）、一三六条（封印破棄）、一四〇条（犯罪不告知の勧誘）、一四五条d（犯罪行為の虚偽告知）、一六六条（信仰の侮辱）、一六七条（礼拝の妨害）、一六七条a（埋葬の妨害）、一六九条（身分の偽造）、一七〇条b（扶養義務違反）、一七〇条d（保護、教育義務の侵害）、一七一条（重婚）、一七三条（近親相姦）、一七四条（保護義務者の性的乱用）、一七四条a（受刑者等の性的乱用）、一七四条b（公務員の地位利用による性的乱用）、一七五条（同性愛）、一七六条（幼児の性的乱用）、一七九条（抵抗不能者の性的乱用）、一八〇条（幼少者に対する売春の勧誘）、一八〇条a（売春の勧誘）、一八二条（誘惑）、一八三条（露出

症的行為)、一八三条a(公の怒りの喚起)、一八四条(ポルノ文書等の頒布)、一八四条b(青少年に有害な売春)、一八五条(名誉毀損)、一八六条(侮辱)、一八九条(死者の追憶の毀損)、二〇二条(文書の秘密の侵害)、二〇四条(他人の秘密の利用)、二二三条一項(傷害)、二三〇条(過失傷害)、二三五条(略取・誘拐)、二三六条(未成年女子の同意を得た誘惑)、二三七条(未成年の女子の意志に反した誘惑)、二三九条(監禁)、二四一条(脅迫)、二四六条(横領)、二五七条(犯人庇護)、二五八条(犯人に処罰を免れしめる行為)、二六三条(詐欺)、二六五条a(自動販売設備の乱用)、二七一条(間接的な文書偽造)、二七四条(文書毀棄)、二八一条(証明書の乱用)、二八四条(賭博)、二八六条(富くじの無許可発売)、二八八条(強制執行を免れる行為)、二八九条(質物の奪取)、二九〇条(質物の無権限使用)、二九三条一項(密漁)、二九六条a(外国人による領海での密漁)、三〇二条f(賃貸の際の暴利)、三〇三条(器物損壊)、三〇四条(公共に危険な器物損壊)、三一六条(酩酊運転)、三三〇条(建築物を危険にする行為)、三三〇条a(泥酔)、三三〇条b(禁絶施設収容者にアルコールを提供する行為)、三三〇条c(緊急救助の懈怠)、三三四条(贈賄)、三四〇条(職務上の傷害行為のうち、軽い場合)、三五二条(手数料等の詐取)、三五三条c(秘密文書等の無権限譲渡)

罰金の併科規定を選択刑に改めた規定

一〇八条b(選挙の際の買収)、一四二条(事故後の逃走)、一四五条c(職業禁止違反)、二〇一条(無権限の録音)、二〇三条(他人の秘密の利用)、二四八条c(電気窃盗)、二六六条(背任)、二八四条a(賭博への参加)、三〇二条a(信用暴利)、三〇二条b(同・加重罪)、三〇九条(失火)、三一〇条a(発火の危険の招来)

興味あることに、旧規定から罰金を削除したのは、三〇二条d(営業的、慣習的信用暴利)わずか一ケ条にすぎないのである。

これを、いわゆる国家、社会、個人法益による区別に分けて、罰金刑の科せられている条文を計算すると、次のようにな

る。

国家法益に関する罪五〇、社会法益に対する罪七四、個人法益に対する罪四七の合計一七一ケ条である。

此のように、大幅な罰金刑の導入は、非刑罰化（ディペナリゼーション）ではないが、非刑務所化（ディプリゾニゼーション）ないしは非施設化（ディスインスティテュショナリゼーション）ともいうべき発想の大転換である。しかも、改正前の刑法典における罰金刑の地位を考えると、画期的な企てというべきであろう。しかも、個人法益に対する罪のみならず、社会法益、さらには、国家法益に対する罪についても、極めて多くの罰金刑の新設された規定が登場しているのは、注目してよいであろう。行為者は、その収入に応じて、相当程度まで多額の罰金を支払わされることになるのである。

実務上、特に注目すべき点は、窃盗罪に罰金が登場したことである。私は、この改正は、現代の社会状況を考えた場合、妥当な措置であると考える。従来、窃盗罪に罰金刑を科さない理由として、貧困なるが故に窃盗を犯す者から、罰金をとることは矛盾であるとされていた。しかし、今日の状況から考えると貧困なるが故の窃盗、いわゆる「手から口へ」という困窮窃盗よりもむしろ、遊興型、虚栄型ないしは、福祉国家型の窃盗が増大しているように思われる。このような、「不真面目な窃盗犯」に対して、日数罰金制をもつて予防効果を狙うことは、現実的な意味のある対応措置であると考えられる。予想される反論としては、処理件数の増加ということが考えられるが、これは、わが国の伝統的な起訴便宜主義の運用でどうにでもなることである。匿名の多数人により構成される社会への急激な移行によつて、第一次的社会統制の方法による解決が望めなくなり、公的な機関に事件が多く送られて来たらどうするかという不安もあろう。この場合は、別稿[44]で指摘したように軽微な財産犯罪について、非犯罪化の方策を併せて考えればよいと思われる。

国家法益、社会法益に対する罪について、罰金刑を導入するについては、「従来、起訴猶予などで処理されていた事件が、略式手続により処理され、かえつて犯罪化がすゝむではないか」というお定まりの反対論が出るであろう。

これについては、特に、国家犯罪に関連して、真剣に対応策を考える必要性を指摘したい。今日の憲法秩序は、左右双方の攻撃によつて崩壊する危険を常にはらんでいる。殊に、〃右〃の攻撃について、われわれは、ナチス運動を支持した者は誰か、青年将校運動に資金援助をしたのは誰かについて、過去の出来事を直視する必要がある。西ドイツの場合、ナチズムの復活に対する予防措置については、法律的に、慎重すぎるほどの各種の規定を置いている。わが国の状況は、労働運動、政治運動を抑圧する危険があるとして、力による現行法秩序の破壊に対する予防措置は、全くないに等しい。全体として日本を外から見たとき、「ハダカの王様」同然の姿である。起るかも知れない万一の事態に備えて、法規を整備するという努力を怠つていても、一応、どうにか暮していられるのは、事態が安定しているからであつて、無防備、無準備であることに変りはない。力による国家・政体の変革に対して、マスコミほど頼りにならぬものはない。「強きを助け、弱きをくじく」装置以外の何物でもないからである。五・一五事件、二・二六事件などの資料を読み、当時のマスコミの論調を読み、富者も又、国家犯罪の黒幕たりうるという事実を凝視することによつて、〃地に足のつかない進歩主義〃から脱却した議論が冷静に戦わされることは、平穏な時代にこそ必要である。政治的混乱が始まつたときでは、すでに遅いのである。

さらに、相当高額の罰金を科しうる余地を設けることは、経済犯罪、会社犯罪に対抗する措置としても極めて重要である。企業の刑事責任を追及するに当つて、罰金額の低さが、最終的には隘路となつている。日数罰金制を導入し、日額の最高額をこの種の「企業自体の処罰」にあてることができるようにすれば、今日の刑事司法の矛盾をやや合理的に解決出来る突破口が開かれるであろう。

会社の起した刑事事件で、現場の末端責任者を「スケープ・ゴート」として処罰し、実刑を科することほど、自己偽瞞はない。[45] このような「会社組織」ないしは「司法制度」の被害者である者を「犯罪者」に仕立てあげるための「過失理論の再構成」など、法律家の無責任の現われにすぎない。

罰金制度の合理化こそ、現時の急務である。

(43) 宮沢浩一・西ドイツ連邦憲法裁判所の堕胎罪規定違憲判決について、ジュリスト五八七号、昭和五〇年八三頁以下参照。
(44) 宮沢浩一・軽微な財産犯罪の非犯罪化について、研修昭和五〇年二月号三頁以下参照。
(45) 勿論、ここでは、森永ドライミルク事件を念頭に置いていることは、言うまでもない。

五　むすびに代えて

――刑事政策の立場からみた新罰金制度の運用上の問題点について――

私が、今、一時的に勤めているミュンスターで、新罰金制度に関連して、若干の実務家に会つて意見を聞いてみた。司法試験の指導に来ているプッツオ判事とメシュデ判事から得た情報によると罰金刑の運用について、今のところ別段の支障はないが、家務家の間では、理論倒れのした改正であると不評判であつたという。たしかに、トレンドレが書いているように、「かくも深く、かつかくも突如として、刑事裁判の日常の実務に法律上の改革が侵入してきたことは、最近一〇〇年間にはなかつたこと」(46)である。法律家、殊に実務家は、改革を極端にいやがる性癖がある。これまでの条文数とは違つた条文を覚えなければならないことだけでも、憂鬱なことであるに違いない。現に、メシュデ判事は、説明しながら、「新しい条文は何条であつたかな」と何度となく注釈書をめくつていたのが印象的であつた。リンゲ判事補は、新しい罰金制では、本人の財産状態を調べるについて何ら法律上の手がかりを与えていないから、結局、本人が述べる所得や財産状態を根拠にして算定するしか方法がない。従つて、低い額を申告する者の方が、結局、得をする仕組みになつている。しかし、公務員などは、給与が決められているので、裁判所に虚偽の申告ができず、一般の給与所得者も、大体、どの程度の所得であるか分るので、これも、ほゞ間違いない計算はできるが、商人とか固定資産、配当で生活している人々については、銀行や税務所に通知を求める権限を裁判所が持つていないので、日額を決めるのに、困難があると指摘していた。

新総則の施行を前にして、多くの裁判所では、自主的に司法省の関係官、裁判所の上席判事、直近の大学の教授を招いて、研究会を開き、皆で検討し合つたという。ミュンスターでは、ここのヨハネス・ウェッセルス教授が講演をし、討論をしたとのことであつた。同教授は、今学期は休暇をとつていたが、会つて話を聞く機会を得た。

日数罰金制が、合理的な制度であることは、誰もが認めるところであろう。しかし、持てる者と持たざる者という厳然とした差異のある人々の間に、苦痛を平等にするために、どうしても人為的な評価単位を造り、それによつて、不平等を平等にするという操作がなされるのであるから、どこかに無理がある。

殊に、金銭は、一身専属的なものではないから、刑罰を受ける者自身が、苦痛を受けるとは限らない。自由刑に身代りということは殆んど起りえない。しかし、罰金は、他人が引き受け、苦痛が転嫁することは大いにありうる。少年、就学中の若年成人、固有の収入をもたない主婦などは、親や夫が代つて支払うということになるであろう。[47] 住み込みの店員や中小企業の傭人などは、主人が代つて支払うということになるであろう。この場合に、刑罰の効果は、本人に及ぶであろうか。附随効果として、小遣いが減額されるとか、予定していた買物が出来なくなるとか、給料からさしひかれるとか、主人に感情的な借りができて、大きな顔ができなくなるといつた形で、波及効果があろう。日額の算定に当つて、主婦や学生のように、定収入のない者についてはどうすればよいか。ツィップは、これらの者の場合には、潜在的な収入能力を計算の基礎とすることを提案している。[48] つまり、パートタイムで働らいた場合に、平均してどの程度の収入が得られるかを念頭に置いて、日額を計算すればよいというのである。一つの方法であろう。

日数罰金制を採用した場合、どういう計算で日数罰金を算定するかについては、特に、ホルンが詳しいモデルを提示している。[49] これによつて、検討してみよう。

日数分の計算については、余り問題はない。この場合には、裁判官は、日数を何日分にするかについて、具体的な行為者

に対して宣告せられるべき行為が、何日の自由刑に相当するかという仮定的考慮をなして、日数分を明確にする方法がすゝめられている。[50] これは、結果的に、罰金が支払われなかつた時の代替自由刑の日数と合うことになるからである（新第四三条第二項）。

ただ、繰り返し強調すべきは、日数分の量定と日額の量定とを厳格に二つの段階に分けて行なうべきこと、これである。まず全体額を定め――これは、旧法の罰金刑の場合と同じようなやり方であるが――、その後に、それを日数分に分解するようなことをすれば、[51] 新制度を切角導入しても、出費が何の役にもたたない死産のようなものである。[52] 従つて、日数分を多く言い渡した際には、一日分の額を低く評価するとか、[53] 罰金刑を少額にして長期に分割する場合に、全体の刑を幾分高めにすることなど考えられるが、[54] この両者の考慮とも、不当である。さらに、特別予防の理由で、日数又は一日分の額を高めたり、[55] 低めたりして、それにより日数分の適用領域や刑罰効果に有利に用いようとすることは、[56] この制度の趣旨ではない。威嚇のために、日数分の数を行為責任を越えて多くすることは、責任の程度を越えた刑であつて許されない。

要するに、行為者にとつて、努力して獲得しうる収入、その換価しうべき財産、その実際上の生活の規模に基づき、扶養その他適切な支払い義務並びに個人的関係を考慮して、その損失提供を平均して毎日期待しうるような金額が評価の単位として考えられる。[57]

ホルンの示めす図式は左の通りである。

日数額を具体的な事件において調べるためには、当座の収入とその他の財産とに分けることが合理的である。

(1)当座の収入

aその者は、一ヶ月いくらかせいでいるか或いはどの程度の収入が期待されるか

b一ヶ月の扶養義務その他適切な支払い義務はいくらか

c――流動資産はないものとして――どの程度の額が一ケ月の生活の維持に必要か。

その中間的な結論はaからbとcとをさし引き、それを三〇で割る。その商は、行為者に対し、その得べかりし収入に基づき、一日に期待しうる額を示めす。

例a二一〇〇マルク（実収入）

b　八〇〇マルク（扶養その他の義務）

c　四〇〇マルク（最低の生活維持費）

一日分は、差引九〇〇マルクを三〇日で割つた三〇マルクということになる。

(2)その他の財産

a行為者は、どういう財産的価値を持つているか。

bいかなる負担又はいかなる財産の換価がその生活上の用意を考慮して、行為者に期待しうるか。

(2)のbからの中間的な結論は、科せられた日数分で割られる。商は、その他の財産に基づき、科せられた日数の期間、一日に期待されるべき日額を示めす。

例土地に対して期待しうべきクレジット

二〇〇〇マルク

科せられた日数分・四〇日分

従つて、一日五〇マルク

かくして、一日の日額は、(1)と(2)の総額を合計した金額である。これに対して、特別予防などの考慮を加えて、額を調整することはできない。事例では、三〇マルク足す五〇マルクで、一日分八〇マルク。この結果、四〇日分であるから、総額

は三二〇〇マルクということになる。

実務上、少額の罰金が大量におし寄せてくるのをさばく必要上、行為者の階層、個人の生活関係、事実上の生活の用意などを基礎として、或る程度、「原則的な日数分」を図式化しておくことを余儀なくされるであろう。

問題は、罰金刑の量刑の基礎をいかに得るかということである。代案は、銀行や税務署から情報を得ることができるように法規上の手がかりを提案した。これに対して、罰金刑は、匿名性のあることを特色とするのであり、銀行や税務署に連絡することで匿名性を失うことはかなり疑問視されている。[58] 反面、このような調査の可能性がない場合に、「財産その他の基礎を評価する」手がかりをどうして得、日数罰金制を本来の使命通りに実施することが現実的に可能かどうかは、すべて、将来の評価にまたねばならない。

刑事訴訟の当面する問題点として、「軽微犯罪と中程度の犯罪を解明するに当り、公正に捜査しうるか、この制度を、うまくだましたり、かくしたりする者が、正直者や何もかくすことの出来ない者と比べて、〝うまく〟立ち廻ることのないように正しく実施しうるかどうか」が疑問視されている。[59]

一方では、罰金刑を将来の主刑にし、自由刑を施設内の社会復帰と隔離という罰金刑に欠ける機能や特に重大な行為責任を例外的に威嚇する機能に限定する目標が、今次の改正では実現されなかったとする批判[60]があり、他の側からは、罰金刑の比重を強力にすることは、経済状態を悪化させ、失業を拡めて、これまで考えられなかった新らしい困難さに導く。最下限のない代替自由刑が執行されるならば、社会政策と刑事政策の問題が生じるという憂慮[61]の声も出ている。

罰金刑は、日数罰金制を採用することで、合理的な解決をもたらすけれども、実務上、種々の克服すべき問題点も残すことは事実であろう。

さらに、一般の間に、この制度を定着させるには、これまでの常識を打破するための息の長い努力が必要である。一つの

実例を私は当地ではからずも経験した。

一九七五年一一月六日のミュンスター新聞に、四八歳の耳鼻咽喉科の女医が一九七二年に一〇歳の小学生の女子生徒に扁桃腺手術を行ない、失敗し、死亡させ、過失致死罪に問われているという記事が出た。一一月八日には、ビーレフェルト地方裁判所がこの事件に対し無罪を言い渡したと報じられた。この記事の中で、「検察官は、過失致死の罪により、被告に九〇〇〇マルク（九〇日分の日数罰金、一日につき一〇〇マルク）を求刑した」とあつた。正確には、九〇日分の日数罰金、一日につき一〇〇マルクが求刑されたと報じられるべきであつたろう。しかし、一般人には、やはり、総合額の方が分りやすいのかも知れない。いずれにしても、多大の問題を残しながら、次第に日数罰金制は、一般に定着してゆくことであろう。

この制度の採用によつて、短期自由刑が次第に駆逐されてゆくかどうか、数年の経過を待たねばなるまい。

(46) Tröndle, op. cit. MDR (注7) S. 461.

(47) この問題については、殊に、Zipf, op. cit. (注7) S. 528 ff. を参照のこと。

(48) Zipf. op. cit. (注7) S. 524 f.

(49) ホルンは、この計算の図式を三つの論著において提示している。Horn, op. cit. NJW (注10) S. 626, ders., SK § 40 Rdnr. 19, Horn, Die Strafrechtlichen Sanktionen, 1975, S, 12. 本文は、注釈書の例によつた。なお、その第三番目の著書は、新刑法総則によつて錯綜した刑事制裁をどのように実務上、運用すべきかを考えるに当つて、極めて有用な判断材料を提供している。

(50) Horn, SK § 40 Rdnr. 4.

(51) Tröndle, op. cit. LK Rdnr. 89, vor § 27 Zipf, op. cit. (注7) S. 516.

(52) Zipf, Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindammung der kurzen Freiheitsstrafe, 1966, S. 41.

(53) Tröndle, op. cit. (ZStrW), (注7) S. 557.

(54) Tröndle, op. cit. (ZStrW) (注7) S. 556, ders., LK Rdnr. 13 vor § 27.

(55) Zipf, op. cit. (注7) S. 516.

(56) Tröndle, op. cit. (注7) S. 584 ff., ders., LK, § 28 Rdnr. 2.

(57) Horn, op. cit. (注19) SK § 40 Rdnr. 6.

(58) Zipf, op. cit. (注7) S. 528.
(59) Peters, op. cit. (注11) S. 23 f.
(60) Zipf, op. cit. (注7) S. 538.
(61) Peters, op. cit. (注11) S. 24.

昭和五〇年一一月三〇日、ミュンスターにおいて稿了

後　記

学生時代から数えると、二〇年以上、御指導を頂き、日頃、尊敬し、敬服し、又、ごくわずか反撥もし（殊に、その国民性論に対して）、全体としてみれば、自分の学問的成長に多大の刺激を受けた青柳文雄教授の退職記念論文集に、ささやかな論文を捧げることは、私自身が自分に課した義務である。これまで、多くの学問上の先達に、機会あるごとに、怠ることなく、私なりの敬意を寄稿という形で続けてきた。その際に、論文を捧げる相手の方の業績とその論述を小論の出発点として執筆する原則を貫いてきた。しかし、今回は、私の主観的事情により、それが出来ない。手元に、殆んど日本の資料がないのである。

今回は、此の状況の下で自分に出来るベストをつくして、私共、慶應義塾大学法学部、殊に、その刑事法研究陣の水準を学界に示めして来られた先生の御精進に敬意を表する。

刑法学会で、おぼつかない足取りで学問の歩みを続けた私には、先生の拓かれた道があつたことは幸せであつた。御健康と御健筆のますます盛んであるよう、心から祈り、擱筆する。