

刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論

中 村 悠 人

1. はじめに

様々な行為の犯罪化や重罰化が活発な時代に刑罰論の課題はどこにあるのか。近年の刑事立法においては、人々の法感情や規範意識に法定刑を合わせることを狙いとされる一方で、人々の規範意識に影響を与えることも狙いとされる。例えば、2004年の刑法重罰化改正では「体感治安の悪化」や「国民の刑罰に関する正義観念」等が理由に前者が目指され¹⁾、他方で、2006年の窃盗罪への罰金刑の追加では、万引きも窃盗罪だと刑法で示すことが重要として後者が目指された²⁾。換言すれば、一方では、人々の規範意識や正義感念を尊重するとしながら、他方で、国民に対してどれだけ保護法益の侵害が重大であるかを、規範として示すことが狙いとされている。人々の不安感からなる「市民生活の安全保護への要求」が、人々が厳罰を処せば秩序維持が感じられるとして、刑罰権介入が求められることもあれば³⁾、刑法の教育的機能に期待をし、刑法を通じて人々の行動をコントロールすることも狙いとされている。

このような志向は、刑法をより積極的・効率的に投入することで問題を解決しようとする点では、刑罰積極主義と呼べよう。これは、刑法をウルティマ・ラティオ (ultima ratio) として積極的な多用を否定するのではなく、プリマ・ラティオ (prima ratio) として、問題解決に刑罰が有用であればその投入を積極的に認めるものである⁴⁾。

これに対して、従来の刑罰論は、行為応報や責任主義から、あるいは、刑罰の目的から、刑罰の投入の限界を示そうとしてきた。もっとも、刑罰の目的論を巡る議論からは、想定される目的に合致しない投入は否定されても、想定される目的に合致する場合には、刑罰という手段を用いることは必ずしも否定できない。とりわけ、刑罰の目的が犯罪の防止という、それ自体は合理的な目的設定の場合、その目的に合致しているにもかかわらず刑罰を用いないことが、アプリアリに説明できるのかが問題となる。もしここで、刑罰の目的に内在しない（つまりは外在的な）限界枠を用いるとするならば、ここでは、刑罰の目的と刑罰の限界は合致しないものとなる。そこで、本稿は、刑罰の目的として論じられているものと、刑罰の根拠と限界について論じる刑罰の正当化根拠論の関係を考察しておく。

2. 議論の整理

検討に先立ち、議論の整理をしていきたい。従来、刑罰論は、目的を有しない絶対論と、目的のために刑罰を科す相対論とに対置されてきた。ここでは刑罰目的の有無をめぐる対立している。絶対論は、刑罰を犯罪に対する反作用として、つまり「応報」としてなされるものとし、それ以外に何の目的ないしは効果も有していないことになる。それに対して、相対論とは、刑罰を科すことには何らかの目的があるのであり、それを達成するために、ないしは刑罰の賦課による何らかの効果を狙って、刑罰は科されるとする。換言すれば、目的を離れて（応報として）刑が科されるのが絶対論であり、何らかの目的のために科される目的刑論は相対論となる。

そもそも、国家が、まったく目的を持たずに刑罰を科すことは正当とされないため、絶対論は不当とされる。そこで、刑罰に目的を認める相対論が妥当とされ、その目的には、一般に、犯罪防止という予防目的が挙げられている。予防目的を掲げる予防刑論は、大別して、威嚇ないし心理強制

によって犯罪を防止しようとする消極的一般予防論、法秩序に対する信頼の維持ないし強化を目的とする積極的一般予防論、犯罪行為者への働きかけを通じて改善・矯正、あるいは社会復帰を目指す特別予防論に分類される。

もっとも、相対論に関しては、そもそも予防を刑罰目的として据えること自体が問われるべきである⁵⁾。予防刑論は、予防目的が達成されない場合には、単なる害悪の賦課となってしまうという問題が生じるからである。加えて、予防目的追求のあり方を巡っては、そこで前提とされる人間観に着目する必要もある。消極的一般予防論において特徴的な、刑罰を通じて一般の人々の行動に働きかけることは、ともすれば、人間を刑罰を通じた行動統制の客体とみなすことになる。この特徴は、後述するように、積極的一般予防論にも一部見られるものである（行動統制予防）。他方、特別予防においても、刑罰という法的強制により改善・矯正をはかろうとする場合には、犯罪行為者を強制的に改善される客体とみなすことになってしまう。人間の主体性を前提とし、少なくとも成人した市民は何が規範であるかをわきまえ、これによって自らを統制する能力があることを前提とする現代社会において、このような人間の客体視が妥当なのかが問われるべきであろう。

2-1. 消極的一般予防論

消極的一般予防論は、前述のように威嚇ないし心理強制を通じて犯罪を防止することを刑罰目的としている。威嚇が主に情感的な恐怖に訴えかけるのに対し、心理強制は、刑罰賦課の不利益を予告することで、功利的な計算によって犯罪を選ばせないというものである。これは、威嚇の場合は、刑罰法規による威嚇だけでなく、刑の執行による威嚇も想定され得るが、心理強制の場合は、刑罰法規による心理強制を前提としていることに特徴がある。現に、心理強制説を展開したことで著名なフォイエルバッハは、

刑罰法規による威嚇と刑の執行とを区別していた。すなわち、「法律における刑罰の威嚇の目的は、潜在的な侵害者としてのあらゆる市民を権利侵害から遠ざけるための威嚇であるが、刑罰執行の目的は、それなしには威嚇が意味のないものであろうという点で、法律による威嚇の実効性を基礎づけることである」とし⁶⁾、あくまで「法律による威嚇の実効性」を確保するにとどまっていた⁷⁾。

刑罰法規による威嚇や心理強制の場合は、(潜在的犯罪行為者となる)一般の人々の将来の犯罪を防ぐことが目的となるが、それにもかかわらず犯罪が発生した場合には、少なくともその犯罪行為者には威嚇や心理強制が働かなかったことを、つまり予防の失敗を意味することになる。そのため、犯罪を犯さないように刑罰法規で威嚇や心理強制をしたけれども生じてしまった犯罪に対する刑罰賦課は、犯罪の防止という目的のために行われるわけではない⁸⁾。事実、フォイエルバッハの心理強制説は、刑罰の執行に「威嚇」の目的を設定せずに、法律による威嚇の実効性の担保と位置づけていたように、刑の執行に犯罪防止という目的を認めていなかったのである。これに対して、刑の執行による威嚇の場合は、ある行為者による犯罪発生後にその者に刑罰を賦課することで、(犯罪行為者以外の)一般の人々の将来の犯罪を防ぐことが、刑罰の目的となる。もちろん、この場合には、その後の(同種の)犯罪の発生は予防の失敗であり、先の刑罰は予防効果が獲得されなかったものとなる。

この刑罰法規による威嚇・心理強制という消極的一般予防論と、刑の執行による威嚇という消極的一般予防論は、さらに問題をはらむ。まず、刑罰法規による威嚇や心理強制の場合、人々はその行為が犯罪として当該社会で悪いものであるからそれを犯さないのではなく、その行為を行うと自らが痛い目にあう、ないし不利益を被ることになるが故にそれを行わないに過ぎないことになる。人々を、恐怖の判断や損得勘定は出来ても、自らが善悪の判断が出来ない(少なくともその判断が信頼されていないという

意味で自律性が不十分な)人間だとみなしてしまっているのである。ここでは、刑法は、刑罰法規を設定することで人々に立ち居振る舞いを教えるものとなる⁹⁾。換言すれば、刑罰による行動統制が目的とされている。

さらに、損得勘定という功利的計算で動く人間を前提とすると、その者にとっては、犯罪行為という利益を追求しても自身だけは例外的に刑罰という不利益を被らない、ということが一番好都合なものとなる。それを避けるためには、確実な処罰が求められるわけであるが、しかしながら、そこには、公正性という別の考慮を用いていることになる。その意味で、消極的一般予防論の前提とする人間観は貫徹することができないであろう。

刑の執行による威嚇の場合、同様の問題に加えて、刑罰が賦課される行為者はもっぱら他者(他の潜在的犯罪者)の威嚇のためだけの手段とされ、「物権の対象と混同されて」しまうことになる¹⁰⁾。ここでは、犯罪行為者以外の一般の人々が、その自律性が信頼されていないという問題だけでなく、犯罪行為者は、もっぱら他者の目的のための単なる手段・道具となることで、その自律性が等閑視されているのである。この問題は、刑罰法規による威嚇・心理強制という一般予防論において、実際に犯罪を実行した行為者(つまりは威嚇や心理強制がなされなかった行為者)に刑罰を執行する際に、フォイエルバッハと異なりなおも犯罪防止という目的を維持する場合にも同様に生じる。犯罪行為者への遅すぎた刑罰執行による威嚇により、行為者以外の潜在的犯罪者を威嚇することになるからである¹¹⁾。

以上の問題に加えて、消極的一般予防論は、犯罪と刑罰の不均衡に繋がるといえる問題がある。一方では不当に重い刑が科されることもあるし、逆に、不相当に軽くなる場合もある¹²⁾。なぜなら、心理強制の手段とすべき害悪は、犯罪によって惹き起こされることになる害悪ではなく、犯罪の動機となる利益を基準に決めなければならないはずだからである。この犯罪と刑罰の不均衡を回避するためには、威嚇ないし心理強制による犯罪の防止という刑罰目的の達成のための手段は、何らかの形で外在的に制限ない

し修正されることを必要とする。しかしながら、そのことは、この消極的一般予防論がそれ自体で刑罰の根拠と限界を十分に説明するものではなく、刑罰の目的と限界が合致していないことを意味するのである。

2-2. 特別予防論

特別予防論においては、刑罰目的は、処罰される犯罪行為者自身の将来の犯罪の防止となる。「個々の法違反者に彼の社会的欠陥を治療することで役立つ」という再社会化の観点から、第三者への影響でなく、行為者自身への影響によってその目的を達成しようとする。ここでは、犯罪行為者自身に対する改善・矯正や、場合によっては社会からの隔離による無害化が行われる。

この特別予防論は、そもそも刑罰の正当化根拠論として位置づけることが可能であるのかが問題となる。というのも、教育刑主義のように刑罰の害悪性や不利益性をそもそも否定する場合には、正当化する必要はそもそもないのであるという疑問が生じるからである¹³⁾。これをクリアしたとしても問題は残る。特別予防論を刑罰の正当化根拠として見ると、つまり、強制を本質とする刑罰の内容として改善・矯正を理解すると、改善・矯正の強制を認めることになる。刑罰という国家的強制によって、改善・矯正を果たそうとするからである。この受刑者への強制的な「処遇」による矯正には、犯罪行為者を他の市民と同じような一人前の自律的で自己決定のできる存在とはみなしていないという問題が存する。自身から社会復帰をなす主体ではなく、あくまで、強制的に正す対象とされるからである。

加えて、矯正の強制は、「公共の利益」、すなわち、社会の安全水準の改善、「将来予想されうる犯罪による社会の負担の減少」という利益から説明される。犯罪水準の低い社会で生きるとは人々の利益に役立つものであるが、将来の社会的共同生活に対して危険である行為者を予防することは、その行為者の利益ではなく、むしろ行為者以外の人々の利益に属する

ことになる。それ故、一般予防論とパラレルな問題が生じる¹⁴⁾。さらに、危険な個人には犯罪行為を犯すよりも前の段階から適切な処置を受けさせるのが得策となるので、行為原理および責任原理を放棄することになりかねない。リストのように「自由を保障するという個々の市民の利益¹⁵⁾」で根拠づけようとしても、誰が予防を必要とされるほど危険かは不明確であるし、市民に徹底した監視を求めれば自由は損なわれることになる。

また、再犯の存在が、刑罰による改善・矯正の失敗を意味する点で一般予防と同じ問題が残る。さらに、拘禁刑の場合には、刑の長期化と刑務所の過剰収容問題に至り得る。しかも、その期間が長くなればなるほど、釈放後の合法的な収入の道が閉ざされ、刑罰自体が社会復帰を妨げてしまうという疑いが残る。刑務所での「悪風感染」の危険も考えれば、単なる改善・教育の失敗には留まらない。

以上のように、特別予防論を刑罰の正当化根拠論として位置づけることは多くの点で適切ではない。もっとも、このことは、実際の犯罪行為者の処遇において、特別予防的な考え方が不当であることまでは意味しておらず、受刑者への社会復帰的なプログラムの提供が不必要となるわけではない。犯罪行為者が強制的に改善・矯正させられる客体となっている、つまり、自らが再び社会で同じ市民としてやっていく主体とはみなされていないという点が問題なのである。その社会にとって異質なものとして除外・排除される対象ではなく、社会の同等な構成員として、主体としてみなされるならば、受刑者には社会復帰を促進するための便宜供与を受ける権利があることになる¹⁶⁾。先の拘禁による受刑者への排外的作用を考えれば、その提供は国家の義務ともいえよう¹⁷⁾。ただし、それらプログラム等の便宜供与は、矯正の強制ではない以上、あくまで受刑者の任意の参加を前提にしなければならない。そうであるならば、余計に、強制たる刑罰の正当化根拠としては、問題なのである。

2-3. 相対的応報刑論と抑止刑論

現在、わが国において純粋な絶対論を主張する論者は見かけられないが、しかし、応報刑論が主張されないわけではない。そこでは、「相対論」ないし目的刑論（特に予防刑論）と組み合わせられた形での「相対的応報刑論」と呼ばれるものが主張されている。もっとも、一括りに相対的応報刑論といっても、その内容は種々異なっている¹⁸⁾。

まず、併合説的見解があげられる¹⁹⁾。この見解は、応報と予防目的の両者を加味する。もっとも、応報と予防目的の關係が、責任に見合った刑罰であることの要求と、処罰が何らかの合理的必要性を持つことの要求の両者を必要条件とするのか（論理積）、それとも、どちらか一方が満たされれば足りるとするのか（論理和）は、区別され得る²⁰⁾。後者であれば、予防目的だけでも刑罰が基礎づけられることになり、「応報」が限界づけとはならず、目的刑論の包含する問題がそのまま妥当することになる。それに対して、前者は、一般に、応報刑の範囲内で予防目的を考慮しようとするものである。この場合、刑罰を基礎づけるのは応報であって、予防目的はあくまで「外在的」に付け加えられることになる²¹⁾。しかし、何故に、応報刑の範囲内であれば予防目的を考慮しても良いのかの理由は明確ではなく、殊に責任刑の要求と予防目的の必要性が矛盾する場合には問題が顕在化する²²⁾。

続いて、分配説的見解がある。これは、立法の段階では一般予防、科刑の段階では一般予防と特別予防、そして行刑の段階で特別予防を加味する見解である²³⁾。ここでは、それぞれに予防目的が分配される根拠が明確でないことに加え、応報を基礎に予防目的を加味するので、併合説と同じ問題が生じている²⁴⁾。

これらの相対的応報刑論は、確かに、種々の刑罰理論を場面によって使い分けることができるという点ではメリットもあり、学説の中には、社会の複雑化と価値の多元化が法的ルールおよび規制的法原理の多元化の基礎

となっているとして、法の「パッチワーク化」を認める見解もある²⁵⁾。しかし、そのような使い分けを如何にして合理的に説明可能であるのかという問題は残る。種々の刑罰理論を場面によって使い分けるという見解では、結局のところ、その種々の理論を使い分ける統一的な基準ないし理論が、必要とされるのである。

以上の相対的応報刑論に対し、抑止刑論が主張されている²⁶⁾。これは、刑罰賦課による心理的な働きかけで、一般の人に対しても行為者に対しても犯罪を防ごうとすることになる。もっとも、犯罪防止という効果のために刑罰が科されるならば、どのような刑罰でも正当化されるというわけではなく、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが正当化されることになる。その意味で、「正しい抑止刑」であることが求められる²⁷⁾。犯罪防止の効果がある限度でのみ正当化され、「幼児時代からの『社会化』の過程で内面化された社会規範を、『再強化』することによって犯罪者の行動を統制しようとするもの」である²⁸⁾。この理論は、後述する行動統制予防に主眼を置いている。

ところで、この見解にとって行為責任は、あくまで「正しい抑止刑」であるための外在的な制約であり、内在的に刑罰の限界を画するものではない。そのため、行為責任に応じた刑罰という結論自体は正当でも、何故それが論理必然的に結びついているのかを明らかにしてはいない。その意味では、いわゆる相対的応報刑論と同じように、応報と予防が何故に結びつくのかには答えていない。抑止刑論は、犯罪防止という行動統制を目的としているが、その目的と刑罰の限界は合致するものではないのである。

この行動統制という点では、抑止刑論は消極的一般予防論と相似している。威嚇という言葉を用いてはいないが、心理的に働きかけるという意味では、威嚇と心理強制と共通のものを有している。そのため、前述の消極的一般予防論と同じ問題が当てはまる。両者ともに行動統制予防的な予防刑論であり、少なくとも抑止刑論が主張するように、何らかの外在的な制

約を必要とするものなのである。そこでは、社会の人々は、その自律的判断が信頼される存在ではなく、合理的経済人を前提にする。つまり、損得勘定で規範に従うか否かを決めるのであり、犯罪が割に合わない場合にしか、規範には従わないということになってしまう。あくまで、合理的計算によってのみ規範に従うために、抑止刑論においては、刑罰を通じて行動を方向づけることが求められる。つまり、刑罰を通じて立ち居振る舞いを統制される客体となってしまう。いわば、刑罰を通じた規範形成機能を認めるものとも言えよう。刑法が立ち居振る舞いを教えるものではないならば²⁹⁾、人々を独立した自律的判断をすることのできる一人前的人格とみなす必要がある。

加えて、抑止刑論では、課徴金といった他の制裁との関係も問題となる。そこでは、刑罰は犯罪抑止の手段として相対化され、他の手段との総和でもって抑止が追及される。しかし、そこでいう、他の抑止手段と異なる刑罰とは何であるのか、害という点では同じではないのか、という疑問が残るのである。刑罰を単なる抑止手段とみることには、刑罰の正当化根拠としては問題が残るものであり、行動統制という刑罰（ないし制裁の）目的と刑罰（という手段）の根拠と限界は結びついたものとはならないことになる。

2-4. 積極的特別予防論

以上の見解とは異なって、犯罪行為者の自律的な能力を前提としようとする見解がある。例えば、佐伯千仞は、刑罰は、犯罪行為者に対し「法および社会に対して謝罪するとともに自分の規範意識を高め、これから後はまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとするもの」であるという³⁰⁾。いわば「行為者の規範意識に訴えてその回心（あるいは悔悛・後悔といってもよい）」を図るという意味での積極的特別予防と言えよう。

この見解は、「古い特別予防論が考えたような単に社会にとって危険な性格を有する人間を予定しているのではなく、むしろ社会生活上の道理あるいは規範を理解し、かつ、それに従って意思を決定し行動する能力と可能性とをそなえていると考えられる人」を予定しているものである³¹⁾。

もちろん、こうした目的追求は、合理的・合目的な考慮によるものであり、行為者に無限定な回心を迫るものではないだろう³²⁾。しかし、刑罰を通じての回心である以上、犯罪行為者自身に対する規範意識の強化や悔悛の促進も強制と言い得るだろう。その結果、刑罰が回心されるまで加えて良いということになってしまう。この限りでは、行為者を客体として扱ってしまうことになる。つまり、改善・矯正が刑罰の本質といえるかが問われる。改善・矯正が強えられるものではなく、自ら為していくものだとすれば、それは法的な強制である刑罰の本質からは外れるものであろう。

加えて、行為者に平均的な規範遵守意識があると思われる場合であっても、刑事責任が問われ得ることを認めている³³⁾。そのため、その点においては、特別予防論のみによって説明し得るものではない。

3. 積極的一般予防論

この規範順守意識に関して、わが国において、「国民の規範秩序への信頼、規範遵守意識の維持・強化を内容とする」あるいは「刑罰の存在が人々のモラルの形成を促す効果」を狙いとする積極的一般予防論が主張されている³⁴⁾。例えば、伊東研祐は、刑罰の効果として、規範意識の強化、市民の規範秩序への信頼（・規範遵守意識）の維持・強化などを挙げている³⁵⁾。林幹人によれば、「刑法の目的は一般予防にあるが、そのような場合であってはじめて、これを処罰することによって、将来同じような状況の下で、あるべき規範意識をもつように動機づけることができる」としており、刑罰による規範意識の強化を認めている³⁶⁾。

これらの考え方は、刑罰を通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動の統制を図るという意味で、行動統制予防的な「積極的」一般予防論である。行動統制予防的であるという点で、人間を客体視するという問題を抱える。また、このような予防論は、既に存在している規範に従わせることを狙いとしていると同時に、まだ確立していない規範の形成・創出をも目標とすることがある。例えば、所一彦が示唆するように、「既存の社会規範によって『悪いこと』だとされていない行為が新たに法違反とされ、処罰されるようになる。処罰は繰り返されるうちに当然視されるようになり、ついにはその種の行為はそもそも『悪いこと』なので、だから処罰されるのだと意識されるようになる。処罰はこの場合、条件づけによって新たな社会規範を『形成』・『創出』している」ことになる³⁷⁾。

このような行動統制的予防に対し、松宮孝明は、そのような機能を否定し、規範の維持・確証を刑罰目的とする積極的一般予防論を主張する³⁸⁾。現に社会に存在している規範を標準に、その標準から乖離した規範意識、すなわち法敵対的な内心態度から生じる規範違反行為を責任非難の対象としている。その際、法敵対的な内心態度が行為者の危険性とされている³⁹⁾。もっとも、ここでは、行為責任が否定されるわけではなく、あくまでも非難の根拠は行為に現れた社会の標準からのズレであって、行為者そのものの危険性を対象として非難を行うわけではない⁴⁰⁾。犯罪行為者の犯罪行為に現れている規範に違反する態度、つまり法敵対的な内心態度は、規範というその社会の標準から乖離しているが故に、刑罰によって既に妥当している規範が、犯罪行為にもかかわらず依然として標準のままであることを示すのである。その意味で、「予防」を規範の維持・確証と理解している⁴¹⁾。

これは、刑罰は、犯罪によって生じた社会における標準としての規範の動揺を鎮静化するものとして理解される。犯罪は当該社会における（法）規範への攻撃であり、法の妥当への攻撃である。そして、刑罰は、犯罪に

よって生じた規範の動揺を鎮静化する、つまり、その規範は依然として社会における標準であるということを明らかにすることで確認するものとなる。ここでの予防は、人々の行動に影響を与えることを主眼とするものではなく、動揺した規範それ自体を確認するものとして理解されている。

両者は、積極的一般予防論という名前では一致しているが、それらの見解が前提としている人間観と、その「予防」の意味において相違が見られる。まず、人間観においては、人々は、刑罰による「啓蒙」によって教育ないし操縦される存在であるのか、それとも、自らの洞察に基づいて行動することができる存在であるのかという違いがある。これは、成人した市民にとって、社会の規範に従うことが、教え込まれてようやくできるようになるのか、それとも、自らの自律的な判断で従うことが信頼されているのかという相違である。

前者は、人々を行動統制の客体とみるという問題があり、刑法で教え示すという意味で過保護刑法にもなりかねない。それに対して、後者の場合、教え諭されるといった行為者にとって受動的な働きかけは、理論上認められない。あくまで、人間は、社会の規範に、他者から強制されることなく、自らの自律的な判断に基づいて従う存在とされる。つまり、刑罰賦課がなされたことでようやく規範に従う存在、あるいは、刑罰を通じて創出された規範に従う存在ではない。

次に「予防」の意味に相違がある。規範確認的予防は、「予防」の意味からすると、既存の規範の動揺を鎮静化することを目的とする。それに対し、前者の行動統制予防タイプの積極的一般予防論では、規範の「安定」または「確認」ではなく、「強化」まで認める。規範の強化にせよ、規範意識の強化にせよ、弱まったそれらを刑罰を通じて強化することになる。ここでは、刑罰で知らしめるという契機があるため、人々を客体視することにつながってしまう。なお、規範確認的予防というタイプの積極的一般予防論は、規範の確認の効果について実証的検証を欠くからといって、無

意味なものとなるわけではない。その点でも、両者には違いがみられる。

さらに、行動統制的な予防論は、一般に、その性格上、予防の必要性和行為責任は必ずしも一致するものではない。予防の必要性が刑量にとって決定的であるが故に、場合によっては、行為責任を上回ることも下回ることも当然にあり得る。この場合、行為責任はせいぜい刑量を定める外在的な制約に過ぎないことになる。これに対して、規範確証的予防というタイプの積極的一般予防論は、犯罪によって生じた規範動揺に対して、その規範の妥当性を確証するために刑罰が科される。それ故、規範の確証の程度は、犯罪行為によって生じた規範動揺の程度と結びつけられる。

つまり、この見解によれば、刑罰の量は、規範への攻撃の程度・規範の動揺の程度によるので、犯罪の軽重が刑量を限界づけることになる。そして、刑罰自体が規範を確証するものであるので、刑罰賦課（応報）はすなわち規範確証（予防）となる⁴²⁾。ここでは、応報と予防は相克するものではない。そうすると、この見解は、「予防」とは銘打っていても、その思考枠組は純粋な予防論ではなく、むしろ、一種の応報刑論として評価した方が良いようにも思われる。

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

以上から、犯罪行為者も含め、市民を自律的な判断ができる存在（「人格」）とみなすことが要請される。また、自律的な主体を前提とする刑罰論からは、経験的検証にかかるものではない理論構成をとることになる。

そして、犯罪行為と刑罰の内在的な結びつきを認める必要性がある。そこで、次に、ドイツにおける近年の刑罰論を検討するなかで、この点を明らかにしていきたい。

4. 近年の応報刑論について

4-1. カント・ヘーゲルの見直し

ドイツにおける近年の刑罰論は、法の目的を自由の保障と理解し、法秩序において自由の保障が実現されていることを目指そうとしている⁴³⁾。法秩序の構成員は、自律的な存在であり、法秩序のなかで自由が安定的に行使できることになる。そして、この自由は構成員各人のなかで相互的に認め合う対等・平等なものであるので、他者の自由を侵害する者は、他者の自由の保障を不安定にただけでなく、自由の保障それ自体にも攻撃をしていることになり、自身の自由の保障をも不安定なものとしている。そこから、自由が相互的に平等に保障されるためには、再び構成員各人が相互的に認め合う対等・平等な関係に戻る必要がある。その際に、自由の制限という形で刑罰が登場し得ることになる。

換言すれば、社会における人々を自由な「人格」としてみなすことから展開し、自由な存在であるが故に、刑罰が科される根拠にもなり得るとして、個人の自律性や自由に基づいた刑罰論が展開されているのである。そして、この展開は、従来、絶対的応報刑論と考えられていたカントやヘーゲルの刑罰論を見直すことで行われている。そこでは、刑罰は法の目的である自由の保障と結びつけられており、現実の具体的な法秩序において自由の保障が実現されていることを目指すために、現実社会からまったく切り離されたものでもなければ、目的からは離れて刑罰が科されるわけではない。

たとえば、カントは、刑罰は犯罪によって侵害された国家的法秩序を回

復させるために科されるものとされる⁴⁴⁾。犯罪行為者も理性的な存在であることから出発し、犯罪は、国家的法秩序への攻撃とされる。そして、刑罰によって、その国家的法秩序を回復しようとするのである⁴⁵⁾。

また、ヘーゲルの刑罰論も目的から離れた絶対的応報刑論ではない。ヘーゲルも犯罪行為者も理性的な存在であることを前提としている。もっとも、犯罪は「自由の定在への攻撃」であるが⁴⁶⁾、犯罪行為者の特殊な意思であり⁴⁷⁾、法としての法の侵害であるが、みせかけだけの⁴⁸⁾ それ自体において無効なものであり⁴⁹⁾、無効と表明される必要が生じる。その無効性を顕現するのが刑罰となる⁵⁰⁾。

ゼールマンの分析によれば、ヘーゲルは、法を「自由で等しい人格としての相互承認の全方面的理解」としているとし⁵¹⁾、犯罪は人格への侵害と同時に承認関係全体の阻害とされる。承認は、お互いが同等であることを前提としているが故に、「一方的に他人を超えて主体に躍り出」た者は、再び行為者と対等になるために、承認関係の喪失という侵害を被らなければならぬとされる。これが刑罰を引き起こすことになる。ここでは、法の回復、つまり承認関係の回復によって、侵害者と被害者が、再び承認者・被承認者という通常の関係に還元されるために科されることになる⁵²⁾。

4-2. ヴォルフ学派

このような見直しのなかで、例えば、E・A・ヴォルフは、相互承認関係の存続という目的をもって、「普遍的外部的な自己規定（外部的自由）のために」科されるとする⁵³⁾。ヴォルフも、人間は自由で自律的な存在であるということから出発する。そして、その条件のために必要な関係として、人々は対等にお互いの権利や自由を認め合う、相互承認関係を築くことになる。この相互承認によって安定的に自由や権利の行使が保証されていく。そして、ヴォルフにとっては、その相互承認関係の特に重大な侵害が犯罪となる。

この承認侵害に対して、刑罰を通じて、再び行為者を他の人々との平等な関係に導くことが求められる⁵⁴⁾。しかし、その平等な関係へと戻すのは、行為者自らが、自由な存在であるために、それに対する応答を受け入れなければならないとする⁵⁵⁾。つまり、犯罪は相互承認関係の侵害であり、刑罰は相互承認関係の存続の維持であることになる。ここから、刑罰は決して無目的なものではないことになる。

ヴォルフ学派のケーラーも、同様に自由な主体を前提とし、犯罪行為が現実の自由や自律性の保障を奪うがゆえに科されるとする⁵⁶⁾。彼らは、ドイツ観念論に依拠しながら、応報刑論の再評価を行っており、その際、人間の自由および自律性の保障を法の課題としている。現実の社会において自己の自由を享受するためには、まず他者との間で相手を「相互的に」自由な人格として認めあう相互承認関係を形成し、互いの自由な領域を尊重し合う必要がある。その際、承認は互いが対等な関係であることを必要とされる。この相互的な承認関係は、社会契約を通じて国家へと拡張され、国家的な法秩序において普遍的な効力が保障される。

この普遍的な効力に対する攻撃が犯罪となる。すなわち、犯罪とは、他者の自由な領域の侵害による相互承認関係の破壊であり、同時に相互承認関係を保障している法秩序の効力の否定でもある。ここでは、刑罰は、犯罪により侵害された相互承認関係を回復させるために、そしてその相互承認関係を保障する法秩序の効力を回復するために、科されることになる。国家的な法秩序において普遍的に保障されている他者の自由を侵害し、不当な形で自己の自由を拡張した犯罪行為者は、自らが法秩序の構成員であるために、つまり再び他者と相互的な関係に戻るために、自由の制限という形で、刑罰を受けるのである。その際、刑罰は、犯罪によって生じた被害者の自由の領域への侵害の程度と、法秩序の普遍的な効力の否定の程度に価値的に見合ったものでなければならないことになる⁵⁷⁾。

4-3. パヴリク

このヴォルフらの発想に近いながらも異なる形で理論を展開するのが、パヴリクである。パヴリクも、現実の自由を保障していくために、各人は市民としての義務が認められ、その義務に違反するのが犯罪だとする。そして、刑罰は、その違反に対する固有のリアクションとして、市民の義務と自由の享受が分かちがたく結びついていることを表明し、そして現実での法秩序の規範的な効力を維持するために科されることになる⁵⁸⁾。

パヴリクは、法関係の状態に応じて、人格の法、主体の法、市民の法という三段階に分類をする。人格の法において問題となるのは、自分以外の他の人格に対する、その権利領域 (Rechtskreis) を尊重し不当な介入 (他人の行為可能性の縮減：人格の不法) をしないという要求である。いわば「人格たれ、他者を人格として尊重せよ」という要請 (法命令) である。この他者を人格として尊重するという要求は刑法にとっても基礎となっているが、さらなる具体化が必要とされる⁵⁹⁾。

そこで、主体の法においては、自身の具体的な生活設計 (Lebensentwurf) を表明し、尊重を求めることができることになる。ここでは他人の生活設計の価値を縮減 (主体の不法) させてはならないことが要求されるが、その価値の縮減において、自らの態度の規範的な意味内容を与えることが必要とされる。そのため、刑法上、規範的意味内容を自らの態度に与えることができない責任無能力者や子供は、主体からは外れることになる⁶⁰⁾。

もっとも、自由の安定的保障のためには、「形式的な法の性質は、強制的な法であり得るという、つまり、法であるものが、心情と一致しようがしまいが、生じているべきであるという性質」に着目しなければならないとされる。そこで、自由の保障のためには、市民に対する帰属という市民の法の段階が必要とされる。「市民は法秩序の受け手でもあり、その共働の担い手でもあるという二重関係」にたつことになる⁶¹⁾。

つまり、パヴリクにとっては、法秩序への忠誠は、平和と自由を享受するための代償ということになる⁶²⁾。法、とくに刑法は、各人が自己の生活を自らの洞察に応じて営みうるとする願望を保障することを、つまり、厳格な相互性の条件の下で他者の決定から自由な固有の存在形成を各人に可能ならしめることを課題とするからである⁶³⁾。これを果たすには、刑法は現実形成力を有しなければならない。つまり、法の課題は、いわゆる万人の万人に対する市民戦争を克服し、あらゆる者の生活を保障する秩序を確立することにある。

このような自由を安定的に行使できる状態への攻撃が犯罪ということになる。犯罪行為者は、刑法上の規範に従うことを通じて現存の法的状態の維持に関与する義務を侵害することになる。この義務は市民としての役割であり、犯罪によって市民の役割に反して、法共同体に対する不法をなす⁶⁴⁾。

もつとも、犯罪行為者も市民であり、また以後も市民であり続ける。そのため、犯罪行為者は、市民として法的状態の維持に共働する市民的義務を負う。ただ、その義務の内容は、規範に従う（そしてそれを通じて現存の法的状態の維持に関与する）という、一次的な充足義務から、自由の享受と共働義務の充足が解消不可能な形で結びついていることを確証するための制裁を甘受するという、二次的な甘受義務へと変化する⁶⁵⁾。これが刑罰の意義である。

ここでは、現実の自由である状態を攻撃した者は、そのコストとして刑罰によって自らの自由の一部を奪われることが示される。自由の一部が実際に奪われることで、自由について義務を負っていることが確認される。刑罰はこのような関係を示す為に放棄し得ないものであり、害悪賦課は刑罰内在的なものとなる⁶⁶⁾。もちろん、刑量は、行為者が帰属可能な形でなした不法の程度、自由侵害の範囲に応じて量定されることになる。しかも、刑罰の量自体は、ヘーゲル同様に⁶⁷⁾、当該社会が安定すればするほど、そ

の社会において犯罪が偶然的なもの (Unfestes) として捉えられるために、軽くなっていく⁶⁸⁾。

4-4. ヤコブス

また、積極的一般予防論を展開したヤコブスも、近年では、応報刑論的な発想との類似性を明確にしている⁶⁹⁾。ヤコブスによれば、社会的コンフリクトとして扱われる犯罪は、人格である行為者による社会や法への否定の表明であり、それによって動揺した法規範の妥当性を刑罰によって確証するために、それも認知されるような形で (認知的な形で)、刑罰が科される⁷⁰⁾。苦痛の賦課がコミュニケーション的ではない、強制力を伴う現実的活動である限り、そこには意味が見出されない。それ故に、苦痛の賦課の根拠付けは、コミュニケーションではなく、もっぱら外的な状態の変化の中に見出されなければならない。犯罪者による自己の帰属可能な犯行に対して、刑罰が科せられなければ、規範の認知的保障が蝕まれ、それによって規範の現実性が失われる、あるいは少なくとも弱められる状況となってしまう。このような状況に対して苦痛としての刑罰を賦課することで、規範に認知的保障に対する侵蝕の危険は帳消しにされる⁷¹⁾。ここで、人々が行動の自由を享受することの意味が問われる。つまり、行動の自由は、結果に対する責任を負うことを前提とし、犯罪行為者は、自由であるが故に、自己の違法な行為の結果に対する責任を引き受けなければならないとされる⁷²⁾。

4-5. 小括

以上の諸見解は、人々を自律的な判断ができる存在と理解している点、刑罰の理論的根拠付けが経験的検証にかかるものではない点、そして、自由とは責任を前提とし、自由と責任が表裏の関係にあることから、犯罪行為と刑罰の内在的な結びつきが認められる点で、共通しているように思わ

れる。その際、応報刑論は、目的を有しないという意味での「絶対的応報刑論」とは理解されていないであろう。そこでの応報刑論には、目的が認められている。その意味では、「相対的応報刑論」といえるかもしれない。しかしそれは、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すというものではない。従前の相対的応報刑論は、応報と予防目的とが理論的に結びついていない点で問題があった。ここで検討した応報刑論は、刑罰自体が法秩序に果たしている役割—自由の条件の保障と関係づけている。その意味では、純粹理念的な応報刑論でもない。

もっとも、ヴォルフやケーラーの見解とヤコブスらの見解には、人間観、つまり「人格」概念の理解につき相違がある。これは、人々は生得的に、つまりア・プリオリに人格であるのか、それとも、社会ないし法秩序の中で人格とみなされることになるのか、という相違である⁷¹⁾。このような相違はあるにせよ、人々を、少なくとも成人した市民である限り、自由で自律的な存在とみなし、法や刑法の課題を、現実の自由の安定的保障に結び付ける点は、大いに参考になると思われる。つまり、一般の人々も犯罪行為者も自律的な主体的存在であるとみなされるべきである以上、刑罰という強制によって、人々の行動の統制を図ることや、改善・矯正を強いることは、刑罰の本来の目的からは外れてくるであろう。この点で、日本において主張されている相対的応報刑論との相違がある。

もちろん、人々を自由で自律的な存在とみなしても、刑罰の現実の付随効果として、影響を受けることはあろう。ただ、規範に従うことは自らの判断で行っているということは捨象してはならないように思われる。そうでなければ、人々は自律的な主体ではなく、行動統制をされる客体とみなされてしまうからである。そこから、少なくとも刑罰の目的に行動統制を掲げることは否定されることになる。刑法によって立ち居振る舞いを教えるような立法は、理論的に疑問視されよう。

それでは、国民の規範意識に合わせるとしても、それは常に適切なもの

であろうか。たとえば、2004年改正の人身犯罪と財産犯の法定刑を比べた時に、財産犯のほうが重いというのは現在の社会の規範に合致しているとはいえない。もっとも、それに対する対応として、人身犯罪に対する法定刑を引き上げたことは問題が残る。むしろ、財産犯の引き下げという方向性もあり得たからである。法定刑を変更する際には、やはり実際の量刑実務を無視することはできない。事実、2004年改正で行われた強盗致傷罪の刑の下限の引き下げについては、裁判実務の要請に沿っており、歓迎されるという分析もある⁷⁴⁾。量刑に関するルールも汲み取るべき規範である。

5. おわりに

さて、以上の考察から、刑罰の正当化根拠を考察する際には、人々をどのような存在とみなすかという人間観にまで遡って考察することで、従来の刑罰論には、理論的な問題があったことが、明らかになったように思われる。その際、ドイツで展開されている人々を自由で自律的な存在とみなし、主体性を刑罰の前提とする刑罰論が、刑罰の正当化根拠論の基礎（基底）となろう。そこから、市民は自律的な主体的存在として尊重される以上、行動統制予防的な目的は、強制を手段とする刑罰を通じて達成されてはならないことになる。つまり、刑罰を通じて、人々の行動を統制するという目的は、刑罰目的からは外れる。

そして、犯罪と刑罰の内在的なつながりに関しては、刑罰を現実の自由の安定的保障と関係づける思考枠組みが、日本の議論においても参考になる。自由の安定的保障も重要な目的となるように思われる。自由の保障に関しては、確かにドイツにおける近年の刑罰論の展開は、死刑を前提とはしていない点には注意を要する。しかし、自由刑・財産刑については妥当するといえる。

もつとも、人々を自律的な存在とみなすからといって、いかなる場合でも自律的であった、たとえば自己決定していたとされるわけではない。具体的な場面において、個々人が自律的でなかったとされる場合は、当然に存在する。責任能力が無い場合もあれば、強制の場合もあり得る。加えて、行為者の自律性は犯罪の前提であるが、それには幅（程度）があり得る。行為者の自律性が弱い場合には、それに応じて軽い刑を科すことになる。自律的な人格によって侵された犯罪行為は、確かに刑罰の根拠であるが、それと同時に限界でもある。量刑においても、それは妥当する。もちろん、量刑においては様々な要素が検討されることになるが、それでも、犯罪行為以上の刑を科すことはできないという限界は維持される。犯行後から裁判時点までの行為者の態度が好ましくないからといって刑を加重することはできないのである。それはただ、犯罪行為時点の行為責任から減輕されないというに過ぎない⁷⁵⁾。犯罪行為以上に刑罰を賦課することは、行為責任を逸脱し、刑罰以上の（以外の）ものを行為者に負わせることになってしまう。

以上の立論は、特別予防に対しても位置づけを与えることになる。犯罪行為者は、罪を犯しても同様に自律的な主体とされるのであって、社会復帰においてこの主体性が尊重される。外部からの強制という問題のために、特別予防は刑罰の正当化根拠からは外れる。しかし、それは、行刑において、特別予防的な取り組みをすることが否定されることにはならない。改善・矯正の取り組みは、せいぜいのところ「促す」ものであり、一種の便宜供与となる。それにかかわる人々は、自律的な社会復帰をサポートすることになる。これは、特別予防を、行刑における獲得目標に位置づけることになる。社会復帰や更生保護を刑事制度に取り込まれた者に対する福祉的な援助策として位置づける方向性が考えられる。これには、自由刑純化論が適合的であろう。

少なくとも、犯罪行為者は、主体的に社会に立ち戻る存在と期待される。

そこから、受刑者の社会復帰への権利も基礎づけられ、国家は、社会復帰への援助の義務を負うことになる。ここでは、社会復帰を阻害するもの、いわば社会に立ち戻るための障害たる「社会的排除」は必要最小限のものであることが要請される。そのため、自由刑が刑務所で行われる必然性が再度問われる必要がある。少なくとも、社会内処遇の試みは有用なものとなり得る。

註

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

確かに、認知件数自体は2003年までに増加はしている。そのため、この認知件数の増加を根拠に治安の悪化を主張する見解もある（前田雅英「犯罪の増加と刑事司法の変質」罪と罰39巻1号（2001年）5頁以下等を参照）。しかしながら、通常犯罪学においては、犯罪統計は一暗数はもちろんのこと—特定の目的のために収集し、編集されたデータであることを前提に議論している（R・フット／R・スパークス（細井洋子訳）『犯罪学入門』（平凡社、1972年）を参照）。各省庁の白書や青書は、行政の仕事ぶりを示す指標であるという指摘もあり（吉岡一男『刑事学』（青林書院、1980年）43頁、石塚伸一『刑事政策のパラダイム転換』（現代人文社、1996年）41頁）、これを踏まえれば、認知件数の増減は、データのバイアスを意識して読む必要があるのであって（河合幹雄『安全神話のパラドックス—治安の法社会学—』（岩波書店、2004年）26頁、浜井浩一「治安悪化神話はいかにつくられたか」犯罪社会学研究29号10頁以下等を参照）、

認知件数の増加が治安の悪化であると即断することは出来ないであろう。

- 2) 人々に刑法で示すことを重視する点では、2001年の飲酒運転等の危険運転行為による死亡事故に対応するための危険運転致死傷罪の新設(旧208条の2。自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律2条)や、2004年の全ての犯罪類型にかかわる自由刑の上限の引き上げ、2005年の人身売買罪の新設(226条の2)、2013年の自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律4条の過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪や、同法6条の無免許運転による加重規定などの立法が、その例として挙げられよう。
- 3) 井田良『変革の時代における理論刑法学』(慶應義塾大学出版会、2007年)18頁を参照。井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題」ジュリスト1369号(2008年)58頁以下では、「市民の欲求がメディアを通じて、あるいはよりダイレクトに政治や行政の機構に向けられ、可能な限りそれに応じることが政治や行政の課題とされるようになったという変化」を受けて、ポピュリズムの傾向がみられ、犯罪問題に対して、効果の高い、いわば「特効薬」が求められがちであるとの指摘がなされている。このような傾向は「刑事立法の政治化」とも評される(松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)65頁以下参照)。

なお、ポピュリズムについては、日本犯罪社会学会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』(日本評論社、2009年)91頁以下での指摘が有益である。また、「不許容社会」「排除社会」を指摘するものとして、村井敏邦「戦後の刑法改正と重罰化」『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(日本評論社、2005年)15頁を参照。
- 4) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社、2002年)34頁、井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題」ジュリスト1369号(2008年)58頁以下、松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)65頁以下を参照。
- 5) この点で、特に、飯島暢「刑罰の目的とその現実性—一法の目的、法の原理としての自由の保障との関係—」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』(成文堂、2013年)29頁以下を参照。また、高橋直哉「刑罰の定義」駿河台法学24巻1・2号(2010年)104頁も参照。

- 6) Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Lehebuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1. Aufl., 1801, S. 16 f.
- 7) Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Teil 1, 1799, S. 39. 高橋直人「心理強制をめぐる十九世紀前半の議論—フォイエルバッハの「威嚇」論はどのように受け止められたのか—」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学—生田勝義先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、2014年）177頁以下、181頁以下参照。さらに、同「意思の自由と裁判官の恣意—ドイツ近代刑法成立史の再検討のために—」立命館法学 307号（2006年）1頁以下、37頁以下、44頁以下も参照。
- 8) 犯罪行為者は、刑罰法規により威嚇・心理強制されなかった者であるので、なおも犯罪の防止を目的とする場合には、犯罪行為者への刑罰の執行により、犯罪行為者以外の一般の人々（潜在的犯罪者とみなされる）を威嚇することになろう。この点で、Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 69 Fn. 329（翻訳としてミヒャエル・パブリック（飯島暢・川口浩一監訳、飯島暢・中村悠人・安達光治訳）『市民の不法』（3）関西大学法学論集 63巻5号（2014年）231頁以下、252頁）を参照。
- 9) 明確に否定するものとして、平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣、1972年）21頁。
- 10) Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, A 197 / B 227 (Werkausgabe Band VIII. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel (suhrkamp taschenbuch wissenschaft 190), 1968).
- 11) 注8を参照。
- 12) 例えば、何百ユーロのために謀殺を計画する行為者は、すでに相当に確実に生じる、何千ユーロの罰金刑によって持続的に威嚇されるかもしれない（Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Auf., 1991, 1/29 f.）。
- 13) 吉岡一男『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）7頁。
- 14) Michael Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, S. 34.
- 15) Franz von List, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1883), S.38.

- 16) 吉岡・前掲(注13) 78頁以下。
- 17) 土井政和「社会的援助としての行刑」法政研究 51 卷1号(1984年) 35頁以下、39頁以下、85頁以下も参照。
- 18) 泉二新熊『日本刑法論(上巻)』(有斐閣、1927年) 30頁以下、41頁以下、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』(有斐閣、1955年) 429頁、江口三角「フランス新古典学派の刑法思想」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』(有斐閣、1983年) 50頁以下を参照。
- 19) 福田平・大塚仁『演習 刑法総論』(青林書院、1983年) 8頁。
- 20) 吉岡・前掲(注13) 10頁以下を参照。
- 21) 刑罰を基礎づけるものとして予防を考慮していない場合には、予防は「外在的」な要素となる。これに対して、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006, § 3, Rn. 37 ff. (S. 85 ff.) のように、責任刑の意味での応報も、一般予防・特別予防も刑罰を同じく刑罰を基礎づける要素として認める方向はあり得る(予防的統合論)。しかし、それらの相反し得る要素が如何にして統合され得るのか、そして、矛盾する場合の優劣関係は問題である。
- 22) 応報刑の枠内で考慮される予防目的も、一般予防目的と特別予防目的が考慮されるとしても、その優劣関係は明らかではない。また、刑罰を正当化する根拠が予防目的にあるとするならば、この場合は、各種の予防目的が刑罰の正当化根拠として適切であるのかという問題に加えて、刑罰を基礎づけるものと限界づけるものが異なっているという問題が生じる。
- 23) 団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(創文社、1983年) 510頁。
- 24) この点で、法の「パッチワーク化」を認める見解(井田・前掲(注3) 20頁)も同様の問題を抱える。そのような使い分けを如何にして合理的に説明可能であるのかという点は、明確にされてはいないのである。種々の刑罰理論を場面によって使い分けるという見解では、結局のところ、その種々の理論を使い分ける統一的な基準ないし理論を前提としなければ、理論としては十分なものとは言えないであろう。
- 25) 井田・前掲(注3) 20頁。
- 26) 平野・前掲(注9) 21頁以下。
- 27) 平野・前掲(注9) 22頁。

- 28) 平野・前掲(注9) 22頁以下。
- 29) 再び、平野・前掲(注9) 21頁。
- 30) 佐伯千仞『刑法講義総論[四訂版]』(有斐閣、1981年) 79頁。
- 31) 佐伯・前掲(注30) 78頁。「そのような可能性があるにもかかわらず犯罪行為をあえてしたと考えられる人」である(78頁)。佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(有斐閣、1947年(復刻版1985年)) 619頁では、「刑罰が犯人の教育を望みつつ学校教育と異なり、又治療を求めつつ病院と同じでなく、又保安処分とも異なる所以は、正にそれが受刑者に対して『汝は悪の誘惑に打克つ力を有するのである』という責任非難を向けることに於いて、彼を一個の人格・自由なる主体として扱ふところにある。実にかくすることによって受刑者の責任感を強固ならしめ、或ひは又彼の自覚してゐなかつた潜在的な人格の力を引き出すことにもなるとされる」。
- 32) 佐伯・前掲(注30) 80頁。
- 33) 佐伯千仞『刑事法と人権感覚』(法律文化社、1994年) 336頁。
- 34) 曾根威彦『刑法学の基礎』(成文堂、2001年) 48頁。別名、社会教育説とも呼ばれる。
- 35) 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防、特別予防」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討福田平大塚仁博士古稀祝賀(上巻)』(有斐閣、1993年) 308頁。
- 36) 林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版、1995年) 14頁。
- 37) 所一彦「抑止刑再論」芝原邦爾・西田典之・井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(有斐閣、1998年) 99頁、111頁。
- 38) 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』(成文堂、2009年) 9頁および339頁、同『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年) 17頁以下。
- 39) 松宮孝明「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」立命館法学 323号(2009年) 1頁、9頁。
- 40) 松宮・前掲(注39) 6頁以下。
- 41) 松宮・前掲(注39) 12頁以下。
- 42) そして、刑罰(規範確証)の結果、(副次的)効果として人々が影響を受けることまでを排斥するものではないことには、注意を要する。
- 43) 飯島・前掲32頁以下を参照。

- 44) 特に、飯島暢「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」香川法学 26 卷 3・4 号 (2007 年) 101 頁以下、同「カント刑罰論における予防の意義と応報の限界—ヴォルフ学派のカント主義的な応報刑論に基づく一考察—」香川法学 28 卷 2 号 (2008 年) 2 頁以下を参照されたい。
- 45) Kant, a. a. O., Rechtslehre A 34, 35 f. / B 35 f. を参照。さらに、Rainer Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 186 f. も参照。
- 46) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, hrsg., von Karl-Heinz Ilting, Bd. 3. Philosophie des Rechts. Nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho (1822/23), 1974, S. 300.
- 47) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse, § 99 Anmerkung, S. 189 (Werkausgabe Band 7. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel (suhkamp taschenbuch wissenschaft 607), 1986).
- 48) Hegel, a.a.O. (Fn. 46), S. 482.
- 49) Hegel, a.a.O. (Fn. 47), § 97, S. 185; § 1/Anm., S. 29.
- 50) Hegel, a.a.O. (Fn. 47), § 97, S. 185; § 82 / Zusatz Gans, S. 173 によれば、非理性的なものは「それ自身において無効」であり、現実性を有しないことになる。
- 51) Kurt Seelmann, Anerkennungverlust und Selbstsubsumtion, 1995, S. 70 f.
- 52) Seelmann, a.a.O. S. 11 ff.; 68 ff. を参照。
- 53) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 786, 803. (翻訳として、エルンスト・アマデウス・ヴォルフ「一般予防についての最近の理解と犯罪への応答に関するその適格性」(1～2・完)) 関西大学法学論集 62 卷 3 号、413 頁以下、62 卷 6 号、326 頁以下。
- 54) Wolff, a.a.O. (Fn. 53), S. 825 f.
- 55) Wolff, a.a.O. (Fn. 53), S. 820 f.
- 56) Michael Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 47 ff., 51.
- 57) Köhler, a.a.O. (Fn. 56), S. 55.

- 58) Pawlik, a.a.O. (Fn. 14), S. 75 ff.
- 59) Pawlik, a.a.O. (Fn. 14), S. 77 f.
- 60) Pawlik, a.a.O. (Fn. 14), S. 79.
- 61) Pawlik, a.a.O. (Fn. 14), S. 82.
- 62) Pawlik, a.a.O. (Fn. 14), S. 90.
- 63) Michael Pawlik, Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke, in: Eva Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2009, S. 84 f.
- 64) Pawlik, a.a.O. (Fn. 63), S. 87 f.; ders., a.a.O. (Fn. 8), S. 107.
- 65) Pawlik, a.a.O. (Fn. 63), S. 89 f.; ders., a.a.O. (Fn. 8), S. 116 ff. ここから、行為者には再社会化への協働の義務が課されることになる (Pawlik, a.a.O. (Fn. 63), S. 91 f.; ders., a.a.O. (Fn. 8), S. 120 を参照)。この点で、飯島・前掲 (注 5) 57 頁注 100 では、パヴリクの見解を再社会化の強制を否定する見解であると理解することは間違いであると指摘している。すなわち、パヴリクの言う「市民的な態度 (Haltung) は強要され得ない」や「忠誠からの義務の履行は個々の市民には要求され得ない」というのは (Pawlik, a.a.O. (Fn. 14), S. 83 f.)、道徳性 (Moralität) の基準での要求はできないという趣旨であり、忠誠義務に適った行動を期待することはできるのであって、法秩序の維持に関する協働義務の内容として法に適った行動を行うことは当然の前提とされている (Pawlik, a.a.O. (Fn. 8), S. 106 を参照)。そのため、ドイツ行刑法 4 条 1 項での受刑者の同意や任意の協働が前提とされるのは、あくまで実用論的 (pragmatisch) な理由に基づく便宜上のものであり、再社会化の働きかけを強固に拒む受刑者については、行刑の緩和や早期の仮釈放を認めないことは許される (S. 120 Fn. 665) ことになる。なるほど、市民の義務としては法に適った行動をする義務があるとしても、問題であるのは、それを刑罰によって強制して良いのかということである。すなわち、犯罪行為者 (ここでは受刑者) も自由で自律的な存在であり、同じく法秩序を構成する存在であるならば、自由の主体=義務の名宛人として法秩序を共に構成していく役割は認められても、そのような義務を (それ以外の法的義務ではなくまさに) 刑罰によって強制して良いのかという点である。パヴリクが再社会化への義務ではなく、再社会化への協働の義務と表現した

のは、やはり受刑者に自らが再び社会の構成員としてやっていく主体としての地位を有することを表現したかったからの様に思われるのである。もちろん、再社会化への義務を認めることが、すなわち主体性を否定する（再社会化させられる客体となる）のかは検討の余地がある。いずれにせよ、正当にも飯島自身も同箇所指摘するように「犯罪者の内面に対する不当な干渉に至らないように」しなければならないのである。

- 66) Pawlik, a.a.O. (Fn. 63), S. 90 f.
- 67) Hegel, a.a.O. (Fn. 47), § 132 A, S. 246.
- 68) Pawlik, a.a.O. (Fn. 63), S. 90.
- 69) ヤコブス自身は自身の見解を積極的一般予防論とし（Günther Jakobs, Staatliche Strafe, 2004, S. 31（翻訳として、飯島暢・川口浩一訳『国家刑罰』（関西大学出版部、2013年））、あるいは「妥当維持的（geltungserhaltend）一般予防」として、あくまで予防論であることを主張するが、社会の状態と結びつき、そのために相対的である応報と同様の見解であるとされる（ders., System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 15を参照）。もっとも、かつては、消極的一般予防を潜在的な機能としていたのに対して、近年ではそれも前面に押し出しているという指摘がなされている（飯島・前掲（注554頁注85および注87を参照されたい））。
- 70) Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, 31 ff.（本書の翻訳として、ギンター・ヤコブス（川口浩一・飯島暢訳）『法的強制と人格性』（関西大学出版部、2012年））
- 71) Jakobs, a.a.O. (Fn. 68), S. 33.
- 72) Jakobs, a.a.O. (Fn. 68), S. 33 f.
- 73) 飯島・前掲 108頁以下、拙稿「刑罰の正当化根拠論に関する一考察（2）—日本とドイツにおける刑罰理論の展開—」立命館法学 342号（2012年）277頁以下を参照。
- 74) 杉田宗久「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判例タイムズ 1173号（2005年）13頁。
- 75) その意味では、量刑責任は行為責任と全く同じわけではないことになる。