

講 演

いわゆる「デザート・モデル」による量刑論

アンドレアス・フォン・ハーシュ

松澤伸 = 竹川俊也 (訳)

I. 実証主義のパラダイム (1940年代から1960年代)

A. 刑罰実証主義 (Penal Positivism)

刑罰実証主義は、量刑の主たる目的として、(特に再犯の減少に主眼を置いた) 犯罪予防目的を拠り所にしてきた。裁判官に対しても、犯罪予防に資する方策のうちどの観点を重視し、また、それらの目的が基盤に置かれた場合にありべき量刑 (sentence) を決定する、個人的な裁量が広く与えられていた。

重視される刑罰目的：実証主義モデルによれば、考慮されるべき刑罰目的には以下のものが挙げられる。

- ・ 犯罪者の社会復帰 (rehabilitation of the offender)：量刑を行う裁判官 (sentencing judge) は、個々の事例において、適切な社会復帰の手立てを決定し、再犯行為の断念を手助けする処遇の提供に資するために、いかなる種類の刑罰によるべきかを判断する、広範な自由を有していた。
- ・ 隔離 (incapacitation)：社会復帰を目指した処遇によって、犯罪者に再犯行為を思いとどまらせる見込みが存しないと考えられる場合には、隔離的な刑罰 (incapacitative sentence) が科されうる。この措置は、犯罪者が再犯行為に出るのを——通常は、犯罪へ戻る可能性があると考えられる期間の拘禁刑 (imprisonment) を科すことによって——妨げることを意図していた。個々の判断権者 (一般的には、裁判官) は、この種の隔離的な刑罰を科すべきか否か、また、その期間がどの程度であるべきかを決定する、広い裁量を有していた。

- ・特別抑止 (special deterrence) : この方策 (strategy) には、犯罪者による再犯行為を抑止するのに足る苛烈な刑罰賦課が含まれていた。しかし、実証主義モデルの支持者たちは、この種の特別抑止的な方策の有効性や、人道性に、疑問を呈する傾向があった。

実証主義モデルのラディカルな例としては、カリフォルニア州において1950年代から60年代にかけて用いられていた不定期刑 (indeterminate sentence) を挙げることができよう。この法律の下で、裁判官が実刑判決 (prison sentence) を選択した場合には、期間を定めなまま犯罪者を刑務所にただ引き渡すことになる。その刑罰が執行された後に仮釈放認定機関 (parole authority) によって、当該犯罪者の犯罪傾向が十分に「治癒」し、それゆえ釈放が適切な時期となったかが判断されるのである。

B. 実証主義モデルに対する批判

1960年代末になると、犯罪学者や刑事司法に関する政策担当者が抱いていた実証主義モデルへの信頼は、次第に失われていった。

- ・処遇プログラムの無効性 (ineffectualness of treatment programmes) : 実証主義モデルに対する信頼失墜の大部分は、社会復帰に主眼を置いたプログラムの有効性への疑念に起因していた。処遇プログラムによって、有罪判決を受けた者による再犯率の減少に対して有効かつ十分な影響を与えることはできない、ということを示す証拠が蓄積されていったのである。確かに、処遇プログラムの構成 (design) を改善する努力によって、——特に、少人数の処遇プログラムで熱心かつ十分な訓練を受けた職員が配置されている場合など——肯定的な結果が示される例が存在しなかったわけではない。しかし、この種の実験的なプログラムは、(犯罪率に大きく影響を与えるのに必須な) 大人数制のものへ拡大された場合には、それらの肯定的な影響が消失する傾向が見られた。これらの失敗により、量刑論における実証主義的精神への信頼は、徐々に損なわれたのである。
- ・量刑の不均衡 (sentencing disparities) : 個別的で処遇に方向づけられた量刑を強調することにより、類似の事案であっても科される刑罰に著しい不均衡が生じることになった。社会復帰の名のもとに、裁判官には、個別事案における刑罰の量を選択する広い裁量を与えられていた。これにより、類似の事

案において科される制裁の重さに広い不均衡が生じる傾向があった。この種の不均衡は、裁判官や法学者のみならず、大衆の関心を次第に集めることになったのである。

II. 応報モデルの起源とその影響 (Origins and Impact of the Desert Model)

上記の立場とは異なり、応報に基づいた量刑の理論的説明は、有罪判決を受けた者による犯罪に比例した刑罰に重点を置く。実証主義的精神の影響力が薄れるのにつれ、この考え方が次第に有力となったのである。

A. 同理論の起源

- ・ ジョエル・ファインバーグ (1970) は、犯罪行為に対する譴責的反応 (censuring response) としての刑罰に分析を加えた。彼によれば、刑罰には、(i) 非難 (censure) (すなわち不同意) と (ii) 刑事上の剥奪 (penal deprivation) (「厳しい取扱い」) という2つの要素が含まれる。刑罰において、非難は、判決 (sentence) によって科される (利益の) 剥奪の度合いを通じて示される。
- ・ アンドレアス (アンドリュウ)・フォン・ハーシュ (1976年の“Doing Justice”において)。この著作の中で、量刑において応報理論が果たす役割に関する最初の体系的説明が提示された。同書の立場から量刑は、犯罪の相対的な重大性に基づいた段階的なものとして位置付けられる。この論拠は、(大きく簡略化すれば) 以下のようなものであった。すなわち、刑罰によって非難や咎め (blame or censure) が伝達されるのであれば、刑罰の重さは問題となる犯罪の非難に値する (つまり、重大性) の程度を反映したものである必要がある (詳細については、後述Ⅲ-Aを参照せよ)。

このモデルは、それ以降の多くの著作の中で詳述されている。この中には、(i) フォン・ハーシュ自身による後の著作 (例えば、“Past or Future Crimes” (1985年)、“Censure and Sanctions (1993年)”, “Proportionate Sentencing” (2005年、アンドリュウ・アシュワースとの共著)) や、(ii) アントニー・ダフによる著書 (“Trials and Punishments” (1985年) および “Punishment, Communication, and Community” (2001年)、(Ⅲ) アンドリュウ・アシュワー

スによる著作（イングランドの量刑法に関する彼の教科書，“Sentencing and Criminal Justice”は現在第5版である）が含まれる。

B. 応報モデルが量刑に関する理論と政策に与えた影響

70年代半ばから現在に至るまで、デザートモデルは幅広い関心を集めている。スウェーデン、フィンランド、およびイングランドの学説において、デザートモデルは支配的な量刑理論となっている。それ以外にも、アメリカやドイツ、カナダやオーストラリア、さらにニュージーランドなどの国々において、学説上多くの関心が寄せられている。

いくつかの法域においては実際に、デザートモデルが量刑法に採用された例も見られる。具体例としては、フィンランド、スウェーデン、イングランド（もっとも、修正を経ている）、そして近時ではイスラエルを挙げることができる。

C. デザートモデルが人を魅了する理由？

デザートモデルが人々の関心を集めてきた理由はどこに見出せるのだろうか。結局のところ、その理由は、このモデルが一般的な道徳感覚（moral common sense）と調和する点にある。常識的な考え方によれば、犯罪者に与えられるべき刑罰の量は、彼が受けるに値する程度——つまり、犯罪行為の重大性がどの程度であったか——に依拠すべきことになる。また、このモデルは、法的な訓練を受けた意思決定者（裁判官）が容易に適用しうる区分（categories）を用いている。裁判官は、量刑の主たる基礎を犯罪の重大性に置きながら、有罪前科の記録に基づいた若干の調整（modest adjustments）を加えるとともに、加重・減輕要素を考慮した修正を加えるという、自身の役割を容易に理解することができる。裁判官は、もはや、犯罪者が再び犯罪へ回帰する可能性の予測や、異なる刑事的処遇の間の相対的な有効性の評価など——法的訓練の中で裁判官らが引き受ける仕事としてほとんど想定されていない事項——に取り組む必要はない。

Ⅲ. デザートモデルによる正当化と同モデルの主たる特徴 (The Justification and Principal Features of the Desert Model)

A. 均衡のとれた制裁が公正の観点から要求される理由？

デザートモデルは、刑罰の基礎に非難 (censure) を据える考え方に依拠している。(単なる拘束や隔離とは対照的に) ある者に対して刑罰を科す営みの中には、不正な行為 (wrongful act) への不同意の表明 (expresses disapprobation) という形をとりながら、彼に対する (利益の) 剥奪 (「厳しい取扱い」) の賦課が含まれる。しかし、犯罪行為に対してこの種の譴責的反應 (blaming response) が生じるのはなぜだろうか。オックスフォード大学の哲学者 P・F・ストローソンは、1974年の論稿の中で、ひとつの理由を示唆していた。彼によれば、非難や叱責は、自身の行為への責任を負わせるという、道徳原理の一部をなすものと位置付けられる。フォン・ハーシュは (1993年の著作の中で)、この点をさらに以下のように発展させる。非難を加えることで犯罪の実行者 (perpetrator of the criminal act) に対し、他者に不正を加えたこと、また、その行為に出たことへの不同意に直面していることが伝達される。また、刑罰の中に具現化される非難によって、当該行為が咎むべきものであること、それゆえ避けられるべきであることが、公共の構成員に対しても伝えられるのである。

しかし、刑罰が非難を含まず、また、含むべきでないとすれば、デザートモデルの中心をなす均衡性要件はいかにして擁護されるのだろうか。この論拠を簡潔に述べれば、刑罰によって非難が伝達され、また、伝達されるべきであることを理由に、刑罰の量は当該行為の非難可能性の程度を反映したものでなければならない。詳述すれば、刑罰の均衡性を支持する論拠は、以下に示す3つの段階を伴うことになる。

第一段階：先に述べた理由から、犯罪行為に対する国家による制裁は、応報による形式 (punitive form) が採用されなければならない。すなわち、非難や咎めの表明という形で実現される、利益の剥奪の賦課として理解される必要がある。

第二段階：特定の犯罪形式に対する制裁の厳しさは、他の犯罪形式に対する制裁との比較を通じて、非難の重さを示すことになる。

第三段階（結論）：したがって、非難に値する可能性——つまり、被告人による犯罪行為の重大性——の程度に沿った罰則を適用するという形で、刑罰が配置されなければならない。

この図式的な論証のうち、最終段階（第三段階）によって罪刑均衡原理（Principle of Sentence-Proportionality）が示されている。この原理は、以下のように言い換えることができる。刑罰の重さは、被告人による犯罪行為の重大性の程度に正しく均衡したもの（fairly proportionate）でなければならない。

注意を要する点について言及すれば、均衡原理による上記の正当化は、有罪判決を受けた犯罪者が処罰を通じ、自己の犯罪によって被害者に加えられたのと同じ量の罰を受けなければならないことを意味しない。ここでは、タリオ的な「目には目を」という規範が提唱されているわけではない。それゆえ、犯罪の重大性に沿って処罰が相対的に評価されるのであれば、処罰に関する尺度は、現行の刑罰実践（penal practice）との比較を通じて全体的にその厳しさを著しく減じうる。

B. 刑罰の均衡性とその判断

- ・犯罪の重大性が第一義的に重視される点について。応報モデルによれば、刑罰の厳しさを判断するための第一義的な基準は、実証主義モデルとは異なり、有罪判決を受けた犯罪者の再犯可能性には、もはや求められない。むしろ、主たる基準は、有罪となった犯罪の重大性に置かれるべきである。したがって、刑罰は、犯罪の相対的な重大性に沿って段階づけられなければならない。
- ・等価性ではなく、均衡性が求められる点について。犯罪の重大性と刑罰の厳しさの関係は、同害報復的な等価性（harm-for-harm equivalence）ではなく、公正な均衡（fair proportion）の中に見出されるべきである。したがって、均衡モデルにおいては、被害者が受けたのと同様の罰を与えることを内容とする、報復的なタリオの慣例基準は退けられる。この点は、きわめて重要である。というのも、このことによって、著しく減じられた刑罰へと調整された、均衡のとれた量刑が可能となるからである。「目には目を」というタリオ的な制裁へと回帰する必要性は存しない。
- ・有罪前科の果たす役割について。デザートモデルの下では、犯罪者の有罪前

科を考慮して、量刑の重さに若干の調整 (modest adjustments) を加えることが認められるものの、それ以上に重点が置かれることはない。刑罰実証主義の下で認められていた、隔離的な目的による大幅な加重という手段は排除される。

- ・非拘禁刑について。デザートモデルは、非拘禁刑 (non-custodial penalties), つまり、刑事施設への収容 (imprisonment) を伴わない刑罰にも適用することができる。この種の制裁の例としては、罰金 (fines), 保護観察 (probation), さらに社会奉仕活動 (community-service) の命令が挙げられる。こうした非拘禁的な制裁は、何よりも有罪となった犯罪の重大性に沿った形で段階づけられる。「中間的な制裁」、つまり、厳しさの点で中間に位置づけられる非拘禁的な制裁は、重大性が中程度の犯罪に対して用いることができるものの、それより軽微な犯罪に対しては認められない。同程度の厳しさを含むものであれば、異なる制裁間で置換が認められるものの、この種の置換が許容される範囲は政策に基づいた制限を受ける。非拘禁刑の執行過程での諸条件への違反に科される、二次的な制裁の厳しさについてもまた、著しい制限を受けることになる。

[質疑応答]

質問 個別の事案において、例えばリハビリテーションの観点を優越させ、デザート^①の観点をある程度後退させることは許されるのか。

回答 前提として、刑法が予防的役割を果たしていることは否定できない。特に、犯罪化 (criminalisation) の段階では、何かの行為を禁止することによる予防効果が勘案されることは当然である。しかし、量刑の段階ではこうした考慮を基礎にするべきではない。特にリハビリテーションに主眼をおいた量刑を行った場合、量刑にかなりの不均衡が生じてくる。これは、行為の非難可能性の点で同程度の行為に対して、かなり異なる量の刑罰が科されうることを意味し、端的に不公平である。将来の可能性に基づいて、こういった不均衡を生じさせることは問題である。

質問 ①本報告の主題であるデザート・モデルは、いわゆるリトリビューティブ・ジャスティス (retributive justice) とは異なるものなのか、②デザート・モデルと修復的司法の関係性についてどう考えるか、③法益概念とハーム (harm) の相違についてどう考えるか。

回答 ①について、リトリビューティブとは一般に、行為者が何をしたかに基づくものであり、伝統的には負債を返済する (compensate) といった観点に基づく。こうした観点からは、苛烈な処罰に至る傾向があった。そのような種類の、いわゆるリトリビューション (応報) には疑問がある。本報告における均衡性の問題と、リトリビューションの問題は分けて考えるべきである。②について、修復的司法については、以下の3つの理由から支持できない。第一に、修復的司法の考え方によれば、刑罰実践の営みが公共のものから私的なものへと変わってしまう。第二に、判断権者がコミュニティや近隣住民に置き換わることによって、例えばその地区における人気者に対して寛大な刑罰が科される、といった事態を防ぐ内在的な制約が存在しない。第三に、どのような行為に対してどういった刑罰を科すかという判断の根拠といったものが乏しい。つまり、どのような種類の較量を刑罰賦課の判断の基礎に置くことが可能かについて不明確である。③について、法益概念とハーム (harm) は、全く異なる原理というわけではない。私は資源という概念を、ハーム・プリンシプルの中で用いているが、その資源と法益は、私の立場からは似通ったものであり、犯罪化の文脈においてどちらを用いようと、そこまで差はない。

質問 同種前科が量刑の場面で果たす役割について、どう考えるか。

回答 同種前科の存在は、量刑の場面における若干の調整という形であれば正当化されうる。同種の前科を繰り返すことで、段階を踏んである程度刑を重くしていくことは認められてもよいだろうが、歯止めがなくなってしまうことは問題である。やはり当該犯罪の重さが量刑判断の中核に置かれる必要がある。

〔訳者付記〕

本稿は、2015年10月10日に開催されたアンドレアス・フォン・ハーシュ教授による比較法研究所公開講演会の記録をまとめたものである。フォン・ハーシュ教授は、スイスのチューリヒで生まれのドイツ人であり、イギリス、アメリカに渡って法学・哲学を学び、ケンブリッジ大学教授を経て、現在は、フランクフルト大学名誉教授の地位にある。その経歴が示すように、英米とドイツの刑罰理論の両者に深い造詣をもち、これを真の意味で架橋できる世界でも数少ない研究者の一人である。日本では初めてとなる教授の講演は、大変な盛況を博し、多くの学問的刺激を与えるものであった。本稿が、教授の理論のさらなる理解に資するものとなれば幸いである。