

公正処罰の原理

——全ての根幹——

ペッター・アスプ
松澤伸 = 十河隼人 (訳)

- I 序論
- II モデル化
- III 準備
- IV 結びつけ
- V 要約

I 序論

1. 本論文において推し進めるテーゼは、それが正しければ次のことを含意する。すなわち、刑法は本質的に、公正処罰の原理と呼びうる原理によって纏められる⁽¹⁾。私は以前、脚注においてこの原理の存在を示唆したことがあるが⁽²⁾、ここでは私の思考過程の展開を試みると共に、この原理は、刑法をめぐる我々の思考に確固として根付いている——そして、実際のところそれを完全に支配している——ということを示そう。

(1) むしろ——処罰は様々な観点と尺度から公正となりうること、および、本テキストにおけるこの原理の結びつけられ方の両方に鑑みて——、デザートに基づく処罰の原理(ないし、公正かつデザートに基づく処罰の原理)というべきかもしれない。しかし、もう既にこう名付けてしまった(次注を参照)ため、このような修正は断念する。

(2) 参照, Asp, Går det att se en internationell trend?, Svensk juristtidning 2006 s. 72 not 15.

2. 刑罰とは、観念的・類型的にみれば、望ましくない行動に対するネガティブな反動の一種である。このことは——限界領域はここでも扱いに難儀するものとなりうるとはいえ⁽³⁾——全く異論がないであろう⁽⁴⁾。しかしながら(次に)、なぜ我々は処罰するのか、そして、おそらく何にもまして、どのように我々は処罰すべきなのか(どのように我々は刑を定めるべきなのか)⁽⁵⁾ということが、常に議論的となるのである。

3. 「どのように問題」に関しては、近代史を流し見ればすぐわかるように、原理のレベルだけでも色々な解決が提案され、また様々な方向性に集まる人気は(慎重な言い方をすれば)時代によって変動してきた。ここでは次のものを参照しておけば十分であろう。

ベンサム：一般予防⁽⁶⁾

シュリュイター：特別予防⁽⁷⁾

『新刑罰体系』以降のスウェーデン：均衡性⁽⁸⁾

-
- (3) これについては例えば参照、Asp, EG:s sanktionsrätt - ett straffrättsligt perspektiv, Uppsala del II 及び Elholm, EU-svig, Köpenhamn 2002 kapitel 16.
- (4) 例えば参照、Ross, Skyld, ansvar og straff, Köpenhamn 1970 s. 59, Jareborg, Straffrättens gärningslära, Uppsala 1995 s. 14, Greve, Straffene, 2 upplagan, Köpenhamn 2002 s. 13及び Frände, Allmän straffrätt, 3 upplagan, Helsingfors 2004 s. 2.
- (5) 「なぜ問題」と「どのように問題」に関してはとりわけ、Jareborg, Straffrättsideologiska fragment, Uppsala 1992 s. 135 ff. ヤーレポリのテキストに示されているように、「なぜ問題」も「どのように問題」も、様々なレベルで議論することができる。したがって、「どのように問題」は量刑にのみ関わる、というのは〔不当な〕単純化である。これには例えば、我々は有罪判決をどのように配分すべきかということ、すなわち、刑罰を言い渡すためのそもそもの条件(責任要件)に関する問題が含まれている、ということも可能なのである。しかしながら、誤解のおそれは、この文脈においては限定的であろう。
- (6) 参照、Bentham, Punishment and Deterrence, i Principled Sentencing, Readings on Theory and Policy, 2 upplagan, utg. av von Hirsch & Ashworth, Oxford 1998 s. 53 ff.
- (7) 概説として例えば参照、Elwin, Heckscher & Nelson, Den första stenen, Stockholm 1972, S. 76 ff. 及び SOU 1956:55.
- (8) 例えば参照、Nytt Straffsystem, Brottförbyggande rådet, Rapport 1977:7. その後の報告書として、SOU 1995:91 s. 39 ff. および SOU 2008:85 s. 47 ff. も

確かに、議論されていたのが「なぜ問題」であったのか、それとも「どのように問題」であったのかということを知るのは、常に簡単であるというわけではない。換言すれば、例えば、刑罰システムの一般的目的に関する問題と、その制度設計に関する問題とは、常に慎重に区別されてきたわけではないといえる⁽⁹⁾。しかしながらこれは、「どのように」問題に関しては明白な転回が複数回起こってきた、ということの明確性を妨げるものではない。

4. 「どのように問題」に関して、このように明らかに競合する観点が存在しているという事実からすれば、刑法は——そしてとりわけ特に、量刑論は——不安定であるという考えには、根拠があると考えられる。したがって、刑法の見方は、何が起こってもおかしくない舞台における流行の変動として基本的には特徴づけられうる形で変遷するのだ、ということは可能であろう。

5. 本論文全体は、このような観点に反対するものであるといえる。反対に、本論文において私が示そうと試みるのは、刑法が、その根本的価値に関しては明白な安定性をもっており、とりわけ制裁決定の問題に関するアンビヴァレンスは実際のところ、刑法の根幹 (straffrättens grundbult), すなわち公正処罰の原理⁽¹⁰⁾が十分に明確な形で提示されてこなかったことに端を発するものだということである。

II モデル化

1. 上で明らかにしたように、本論文は、公正処罰の原理を定立し、その安定性と重要性を指摘する試みである。しかしながら、これを通じて、次のことを示すという目的もある。すなわち、量刑の基礎原理に関する現代の議論を特徴づける不安定性は、実際のところ、きわめて奇妙なものだということである。

参照。

(9) これについてはとりわけ、Jareborg (注5) と比較せよ。

(10) Jareborg (注5) が部分的には似た目的を提示している、すなわち、制裁レベルの「どのように問題」を、システム一般から分離したものとみなすことはできないと指摘している、ということ是可以する。ただし彼の議論は、私が公正処罰の原理と呼ぶものに完全に基づいているわけではない。

2. より明確に言えば、本論文は以下の三点を示す試みであるといえる。つまり、

- (i) 公正処罰の原理と呼びうる原理が存在している。
- (ii) この原理は、刑法の、最も基本的な基礎原理である（この原理から、その他のほとんどの刑法原理を導出することができる）。
- (iii) 量刑の基礎原理に関する論争は、実のところ、刑法理論的・刑法政策的言説における、一種の異物である。

3. ある原理が「存在する」と指摘したいときに持ち出されるのは、目に見える証拠や、実証的根拠ではない。むしろ、重要なのは一種の「結びつけ作業」であり、最終的にそれによって示されることになるのは、法において繰り返し現れる一定の根本的な枠組みが存在するという事、そして、この枠組みは一種の規範的命令と一体化させられうるということである。一定の原理的規範が実際に「存在する」ことの証明は、それと規範システムの内部における個別の規則との結びつきの態様、および、この規範はそれらの規則を説明できるということ、これら二点の提示によって、行われるのである。このことは当然ながら、かねてより様々な言い方をすることができる——また、そうされてきた——ところであるが⁽¹¹⁾、ここでこの問題にこれ以上深く立ち入ることはできない。しかしながらこのことは、とりわけ、私はここで主流の見解であるということのできるものに従っているということに照らせば、明らかな難点とはならないように思われる。

4. この論文において私は、〔公正処罰の原理と、様々な刑事法上の諸原理との〕結びつけという発想を出発点として、まさにデザートと正義という発想がいかに強く思考を支配しているのかを示すために、刑法における（ないし、刑法をめぐる）数多くの中心的なレベル、ないし「諸次元」を検討してゆくことになる。取り扱われるのは以下のレベルである。つまり、

- a. 刑事手続のレベル。
- b. 実体的帰責原理のレベル。

(11) 例えば参照、Tolonen, Rules, Principles and Goals: The Interplay Between Law, Morals and Politics, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 35, Stockholm 1991 s. 269 ff. および Jareborg, Vad är en princip?, *Festskrift till Åke Frändberg*, utg. av Fogelklou & Spaak, Uppsala s. 144.

c. 犯罪化のレベル。

その上でさらに、

d. 量刑のレベル

に至ることになり、〔上の a, b, c に〕相当する考慮が、このレベル〔d〕でも妥当すると見なさなければならないという点を示すことになる。

本論文の結論部では、一方で、言語的現象としての刑罰概念を出発点として同一の理由づけを導くことができるということに関していくつかの簡単な注記を行い、他方で、結論としてのまとめを行う。

Ⅲ 準備

1. 公正処罰の原理に対する論証は、刑法の根幹である。刑法の根幹は当然ながら、常にそれ自体で議論の対象となりうるし疑問に付されうところの諸前提に依存することになるものである。公正処罰の原理に対する論証はそのようなものと見なすことができるし、またそうしなければならない。このことは、およそ論証というもの全てに当てはまるが、〔論証が〕既に最初から相当に抽象的なレベルにある場合にはとりわけ明確となる。しかしいずれにしても、ここでの論証が依拠する諸前提は、ほとんどの読者にとって同意できるものであろう。私はそう期待している。

2. しかしながら、以下の点を強調しておくことには理由がある。すなわち、刑法とは様々な点で自由を制約するものであると共に、残忍なものでもあり、かつ、このことは不可避免的に、刑法は擁護可能な正統化を常に必要としているということを含意するのであって、私はこのことを論証の出発点としているといえるのである。

3. 刑法の行為規範は、それ自体で明白な自由制約であり（重大な帰結をもたらすという威嚇をもって、人々の何らかの行動が禁止される）、この時点で当然に、正当化ないし正統化の必要性が示唆される。しかしながら刑法は、ただそれが禁止であるという点のみにおいて自由制約的であるわけではない。刑法は残忍性の次元をさらに含んでいる。すなわち、禁止に違反した個人に対

しては、背後にあった威嚇が現実化されるということ（言い換えれば、その個人は処罰されるということ）との関係でも、刑法は自由を制約しているのである。

4. そして、処罰というのは残忍なことでもある。拘禁に処されたことのある者であれば誰でも、また、まっとうな洞察力と共感力を備えている者であれば誰でも、例えば刑事施設に2年間収容されることが人にとってどのような意味をもつ出来事であるのか、想像してみることができるのである。

5. したがって、刑法とは突き詰めれば、権威的立場にある何者かが、他の人間に対して、意図的かつ制度的な形で、苦難を賦課するというに至るものにほかならない。これには次のことも付け加えなければならない。すなわち、刑罰を受ける者はしばしば、何らかの点で非常に脆弱な者でもあるということである。

この剣は峰打ちで使う⁽¹²⁾。

6. 上に述べたことに同意するならば、処罰は、我々が有する最も根本的な道徳原理の一つと矛盾するものであるということになる。すなわち、他人に害を加えることは避けなければならない、という原理である⁽¹³⁾。それゆえ、(犯罪化とそれに結びついた個別事件における処罰を通じて)刑法を用いるためには、所与の行為規範だけでなく、処罰それ自体についても正統化が可能でなければならない。

7. 上に述べたことは、〔犯罪に刑罰をおよそ科さないというレベルで〕謙抑的であり、また犯罪を甘受するようにも聞こえるかもしれない。しかし私は、処罰を正統化することが不可能であると言っているのではない。そうではなく、服従を要請するところの国家において、処罰〔という統制手段〕が用い

(12) Nelson, Kriminalpolitik och ingripanden vid brott, 1990 års upplaga, Uppsala 1990 s. 20.

(13) 例 えば、Gardner, Offences and Defences, Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, s. 203と比較せよ。「犯罪化と処罰は、人々の生活(…)に対して損害を与えるという、一見すると野蛮な行為を国家に義務づけるものである(…)」。

られることになるのであれば、それを正統化することができるようにしておかなければならないと言っているのである。そして、そのほかには、殺し文句としての (som ett skällsord) 謙抑性を顧慮する理由はないのである。

8. その場合、どうすれば処罰を根拠づけられるか？ 私の考えでは、この問いに対する正しい答えは、システムにおける様々なレベルに沿って区別されなければならない。そのようなものとしての刑罰システムは、少なくとも部分的には、帰結主義的な観点、すなわち何らかの意味での善なる帰結に鑑みて正当化されなければならない。刑罰システムの正当化において帰結主義的観点が全く無関係であると考えすることは、私には難しい。

9. したがって、もし、少なくともシステム〔全体〕のレベルで一定の善なる帰結（キーワードはとりわけ以下のようなものになるといえよう。つまり、「それなりの秩序を保った社会」、「野放しの私的制裁に対する統制」、「危害をもたらす一定の類型的行為を抑制することに対する一定の寄与」）がもたらされないのであるとしたら、〔刑罰による〕苦難を、我々が現に行なっている形で、かつ現に行われている峻厳性のレベルにおいて賦課することは正統であると思われ、ということを受け容れるのは難しい。純粋な応報主義的論拠から非難を根拠づけ、また処罰のより軽い形式を根拠づけることは（「子供の手をはたく」〔程度の軽い処罰でおさめる〕ことは）できるのかもしれない。しかし、刑罰システムの内部において我々が実際に問題としているこの〔システム全体の〕レベルにおける刑罰というのが——数十年がかりの理論的発展の過程を捨象することになるが——純粋な応報主義から正しく説き起こされうると考えることは難しい。

10. 次のことはまた別論である。すなわち、刑罰システムの正統化は、個別の刑罰の配分が、個別事件において、何かしらの類のデザート思想 (förtjänstanke) に基づいて行われる場合にのみ可能となるのである。すなわち、究極的には予防効果により根拠づけられるところの刑罰システムの枠内における刑罰もまた、その刑罰が何らかの意味で相応なものであるということに基づくのでなければならないのである。言い換えれば、処罰が正統なものとなるためには、以下の二点がともに前提とされなければならないということである。すなわち、処罰はそのシステム全体のレベルにおいて善なる帰結をもたらすも

のでなければならないということ、そして、処罰は適切な形で行われなければならないということ、換言すれば、正義に基づく一定の配分原理が尊重されるということである⁽¹⁴⁾。ハートに依拠しつつ、以下のように表現することもできる。すなわち、一定の社会的制度が一定の一般的目的を有しているという事実は、必ずしも、使える全ての手段を用いてその一般的目的を促進することが許されるということを含意するものではないのである。すなわちこの点で、また別の制約原理が存在しうるのである⁽¹⁵⁾。

11. 処罰が相応であるということの意味として私が念頭においているのは、その処罰というのが、被処罰者の行為を出発点として根拠づけられる反動であるということである。すなわち、重要であるのは究極的には、カントの言い方を用いれば（ここではそうする理由がある）、人々を手段としてのみ扱うことをしないということであり、より激しい言い回しを使うなら、〔理由もなく〕人々を火刑に処するような事態に陥らないということである⁽¹⁶⁾。

12. 次節では、次のことを主張する試みが行われる。すなわち、このデザートの思考というのがまさに刑罰システム全体に浸透しており、そのため、公正処罰の原理は確固として根づいているということには理由がある。

IV 結びつけ

a. 刑事手続法

1. 実際のところ、主題がおそらく最も明確であるのは刑事手続法である。ここから始めよう。また、刑事手続の主たる機能が何であるのか——例えばパッカー（Packer）の言い方では、それは犯罪統制とデュー・プロセスであるわ

(14) 異なる複数の根本思想に基づく複数の要請を立てることに、問題ないし矛盾は存在しない。例えば、帰結主義を志向する一般的目的を立てたからといって、そのことから即座に、当該活動の〔制度〕設計に際しては〔帰結主義的志向さえ満たしていれば〕何でもありである（anything goes）ということが含意されるとは言えない。Gardner（注13）s. 203 f. も参照。

(15) この部分についてはとりわけ、Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968 s. 8 ff. 参照。

(16) 例えば、さらなる引用文献も含め、Asp, *Från tanke till gärning, del I, Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt*, Uppsala 2005 s. 47参照。

けだが⁽¹⁷⁾——という点について議論することが(明らかに)可能であるとすれば、様々な刑事手続規則の究極的な目的が、責任のない者が有罪判決を受けるリスクを最小化されるように取り計らうことであるというのは明確である(この目的が無制限に追求されるというわけではない)。

2. この目的に関する原則として第一に引き合いに出すことができるのは、無罪推定の原則(疑わしきは被告人の利益に)およびそれと結びついた諸規則、ならびに、挙証責任と証明度に関する諸原理であるが⁽¹⁸⁾、例えば刑事事件における評決(omröstning)に関する諸規則や、検察官の客観性義務に関する諸規則も引き合いに出すことができる。これらもまた、部分的には同一の機能を果たすものと解するべきである。

3. この点に鑑みて無罪推定の原則に従う場合、スウェーデン手続法の標準的研究を読んでみると、以下のような記述が見つかる：

検察官にすべての挙証責任を負わせることの趣旨は、何らかの点で誤った有罪判決が言い渡される事態を避けることである。序論において指摘したように、そのような事態は、行為者が刑罰を免れることよりも遥かに不幸な出来事であると考えられるのである。「十人の真犯人を逃すとも、一人の無辜を罰するなかれ」。刑事司法により市民の平穩(trygghet)が害されるような形で挙証責任を負わせないということには、強い社会的利益が認められる。もし挙証責任が被告人に負わせられたならば、十分な証拠を示すことに失敗したことにより責任のない者が罪に問われるという事態が増える可能性があるだろう。刑事司法の効率性に関する考慮は、違法者が刑罰を科せられるリスクを最小化するために、留保されてきたのである。これは、刑法における類推禁止になぞらえることができる。類推禁止は、違法者が、許されていることと許されていないことの境界を判断することができるようにすることを目的としている。どちらの場合においても、重要であるのは、法に従う意思がある者に平穩をもたらすことである。

同書ではその後、以前はこのようには考えられていなかったという点が注記され、それから著者は本筋に戻り、以下のように述べている：

しかしながら西欧諸国においては、フランス革命以来ずっと、「疑わしきは被告

(17) Herbert L. Packer, Two Models of Criminal Process, 113 University of Pennsylvania Law Review, 1964 s. 1 ff.

(18) これについては特に、Strandbakken, Uskyldspresumsjonen, «In dubio pro reo», Bergen 2003参照。

人の利益に」は、刑罰を言い渡されるという事態から遵法的市民を保護すべき重要な法治国家原理 (*rättsstatlig princip*) であると考えられているのである⁽¹⁹⁾。

4. 同書の著者は、責任のない者が有罪判決を受けることが大きな「不幸」であり、また、疑わしきは被告人の利益にという原則は、有罪判決を受けるという事態から遵法的な市民を保護する趣旨のものであるということをはっきりと論証している。しかしながら、責任のない者が有罪判決を受けるという事態が大きな「不幸」であることの理由、および、遵法的な市民を保護すべきであることの理由について特に多くのことが語られているわけではなく、またそこで注目されているのは平穩である。

5. 個人が自身の行動の帰結を理解し、またそれに沿って計画を立てることを可能とするためには、平穩、あるいはこちらの方が正確な言い方であろうが、予測可能性が当然に重要である。

6. しかしながら、この種の諸規則を根拠づけようとする場合には、正義の概念を避けることはできない。責任のない者が有罪判決を受けるという事態を避けたいということは、責任のない者の処罰がお金をどぶに捨てることになるという点と直接関係するものではなく（責任のない者の処罰は、たとえそれが司法制度に対する信頼を低めるおそれを作り出しうるとしても、一般予防の観点から利益が認められるということにすらなりかねない？）、また、責任のない者の処罰が社会における平穩を損ないうるということと直接関係するものでもない⁽²⁰⁾。そうではなく、有罪判決が個人にもたらす明白な不正義が問題なのである。その際の出発点としては基本的な道徳を基礎とすることになるし、またそれは多くの点で、前面に出てくることが減多にないという程に根本的かつ自明のものである。

7. 上で展開したように、根底にあるのは、カント的と呼び得べき考えである。すなわち、国家が個人を非難し、彼に苦痛を賦課することは、彼が有責

(19) Ekelöf, Rättegång, Fjärde häftet, 6 upplagan, Stockholm 1992 s. 113 f.

(20) 法に携わる者は全て、人が無実であるのに有罪判決を受けてしまう可能性は十分にあるということ自覚していることが望まれる（そのおそれは小さいということは別にしても）。

に罪を犯したという前提のもとでのみ正統と見なされうる、という考えである。個人に責任がないということは、この前提が欠けるということであり、それが意味するのは、一面では国家的措置が正統でありえないということであって、また他面では、その個人は処罰というきわめて介入的な措置に「相応でない」にも関わらず、それを被ってしまうということである。

8. 処罰が公正かつ相応であることは重要であるという根本的な考えによらなければ、この枠組みを十分に説明することは到底不可能である（市民の平穩の重要性に意義がないと考えるべきでは全然ないのだが、平穩に認められる重要性、すなわち、無罪であるのに有罪判決を受けてしまう危険にさらさないことの重要性は、部分的には、そのような判決が含意する不公正と不正義を基に説明することができるのである）。

9. ここでの主題、すなわち手続のレベルにおける主題は、最も明確なものである。手始めにこれを確認した。これが最も明確であるというのは、「疑わしきは被告人の利益に」のような刑事手続上の基本原理を疑うものは皆無に近いという意味において、そうなのである。もちろん、一定の局面においては証明度の水準を落としてもよいのではないかという議論を行うことは可能であるが、そのような議論は原則として、中核刑法（kärnstraffrätt）の領域の外にある制裁との関係で行われるものであって、いずれにせよ、刑事手続法上の基本原理が高度の安定性と自明性を備えているということを妨げるものではない。

10. 刑事手続の諸原理から始めることの眼目は、この安定的かつ自明の諸原理からは他の多くのことが導かれる旨の論証を試みることである。つまり、我々がこの種の自明な諸原理を本当に真剣に受け止めるならば、また全然違う〔領域における〕帰結もまた得られるのである。

b. 実体志向的帰責原理

1. 次に進もう。刑事手続においては、事実問題（すなわち、被告人は訴追の対象となった行為を行ったものであるかどうかの確定）のみが扱われるわけではない。行為を被告人に帰責することができるかどうかという点も調べられるのである。

2. 厳密にいえば、犯罪概念のうち何らかの意味で人的責任に関連する部分——例えば、故意と過失、免責事由、あるいは責任能力⁽²¹⁾に関する諸規則と諸原理を想起せよ——の主たる機能として究極的に目的とされているのは、処罰される者に、処罰の基礎であるところの行為に関する何らかの意味での責任を認めることができる旨を保障することであるといえる。

3. そして私は以下のことを主張しようと思う。すなわち、このような責任帰属原理・規則はすべて、処罰は相応なものでなければならないという考えの重要性に照らして理解されなければならないのである。

4. 「疑わしきは被告人の利益に」が基本的原理として考慮されており、かつその主要目的は不相応かつ不公正な処罰を避けることであるとすれば、この手続的原理の延長線上には、実体的帰責原理が必然的に存在していると言うことができる。このことは以下のように表現できよう。すなわち、手続的諸原理（「疑わしきは被告人の利益に」とそれに類する手続上の基礎的規範）は、それを内容〔実体〕に関する要請によって補充しなければ、ほとんど全く無意味なものになってしまうということである。

5. 例えば、我々は「疑わしきは被告人の利益に」を十分に尊重しており、同時に、危害——例えばある者の死亡——を惹起したと確実にいうことができる者に刑罰を差し向けているのだが、それを公平な形で非難することはできないとしよう（例えばその行為は、かなり小さな子供や、重大な精神疾患のある者によって行われ、あるいは強いてんかん発作のもとで行われたとしよう）。この者は確かに、ある者の死亡の惹起を「実際に犯した（skyldig）」と考えら

(21) 責任能力に関する問題はもちろん、スウェーデン法の視点からこれを見るときには、例外的なものである。その規定ぶりは、原理的観点からすると極めて奇妙であると考えられている（人はみな責任を引き受けることができる「ことにする」などというのは、容易にはできない）〔訳者注：スウェーデン刑法には責任能力に関する免責規定が存在しないが、実質的には量刑規則の中で考慮される〕。しかし、この規定ぶりは、非常にプラグマティックな観点から考えるつもりがあるならば、擁護できるようにも思われる（その観点とは、〔責任無能力の場合には〕有罪判決を受けないわけではないが、処罰はされない、すなわち、実際に拘禁に処されることはないという点が重要であるということである）。

れるが、彼に対する処罰が相応である——この相応な処罰というのが「疑わしきは被告人の利益に」の背後にある主要目的なのであった——というのが公平であるとは、いかなる意味でも言い難いのである。

6. この例は、これ以上は望み得ないほど明確に、次のことを示している。すなわち、手続上の諸規則は、それが果たすべきと考えられる機能——すなわち、被処罰者が何らかの意味で相応な処罰を受けるよう取り計らうことへの貢献——を果たすことが可能となるためには、これを実体志向的な帰責の一般原理によって補充しなければならないのである。少なくともなんらかの範囲でこの原理をも尊重するのでなければ、「疑わしきは被告人の利益に」を尊重することの意義は著しく小さくなるのである。

7. 私見によれば、手続的諸規則の場合と同様に、様々な責任帰属規則・原理が有する安定性は——刑法上の根本的な帰責原理のすべてが憲法との結びつきを有しているとは到底言えないにもかかわらず、それらの原理に規範的有意義性が相当程度認められていることは明らかである——、公正な処罰にむけた一種の根本的な努力があるということを認める場合にのみ説明可能である、すなわち、処罰は相応なものでなければならないという根本的な考えに付与された重要性に鑑みるときにのみ説明可能であるということができるのである。

c. 犯罪化

1. 別稿において展開したことであるが、正統な処罰の根拠を作り出そうという考えに何かしら適切な内容を持たせる上では、刑事手続のレベルおよび実体的帰責原理のレベルで表れている思考を、犯罪化のレベルにも持ち込むことができる——というより、持ち込まなければならない：

「無実の者を処罰することは問題であるという点で我々が一致しているとすれば、その問題は、一定の規則が〔可罰性を認めるために：原文筆者注〕要請するところの何かを被処罰者が有責に行なったという根拠さえあれば、小さくなるものなのかという点について問うことには理由がある……

この考えは、以下の例によって例証することができる。強盗を行なった者と同日に出生した者は一年以上十年以下の拘禁に処するという規則があったとしよう。強盗を行なった者と出生日を同じくする者は、上に述べた意味で、有罪であると考えべきである。けれども、その者が（刑罰と責任を概念的に結びつける諸点のうち的一点であったところの）何かについて処罰されるというのは、意に

満たないところがある。」⁽²²⁾

2. 言い換えれば、出発点は次のことである。すなわち、処罰に対して非帰結主義的な制約をかけることの中心的意義のひとつは、個別の事件における処罰がデザートに基づいて（そして、予期されるところの他者に対する効果には基づかずに）行われるよう保障することである。この出発点からみれば、諸規則の内容に関する要請を何一つ立てないでデザートを語るのは完全なミスリーディングになるということは容易に説明できる。我々は「有罪の」個人ないし刑罰に値する個人だけを処罰する、というときには、「有罪」（およびデザート）概念には実体的な内容を与えなければならない。そうしなければ我々はふたたび、「人々を火刑に処する」ような事態に陥るおそれがある。このことは以下のように表現できる。すなわち、要請は、〔処罰の根拠に関する〕回答が実体的な反対論に対する形式的な応対にとどまることがないように刑法を形作れというものでなければならないのである。

3. このことは、我々は実体的帰責原理を尊重しなければならないということの意味するが（前節を参照）、犯罪化に対する一定の要請を立てなければならないということも意味する。ダグラス・フサクはこのことを、これ以上ないほど適切に表現している：

「これ以外の、法哲学者たちが注目する傾向にあった規範的関心事に、そもそも犯罪化するべきでなかった行為を国家が処罰するとき不可避的に起こる不正義の埋め合わせを望むことはできないであろう。」⁽²³⁾

d. 量刑

1. 私は次のように主張したい。すなわち、上に述べたことからすれば、

(22) Asp (注 3) s. 385.

(23) Husak, *Reflective Equilibrium between Punishment and Crime*, Flores Juris et Legum, Festschrift till Nils Jareborg, utg. av Asp, Herlitz & Holmqvist, Uppsala 2002 s. 346 参 照。Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, *Arizona Law Review* 1995 s. 153も参照：「そもそも国家がいかなる種類の行為をも犯罪化できるほとんど無制約な権限を有しているとすれば、罪に関する合理的な疑いを超える証明を要求することに何の意味があろうか。」

さらにもう一步先に進むのはあたり前のこと——あるいは、ほとんど必然的なこと——であって、それは究極的に、刑罰システムは分化されており、あらゆるものごとを包含しているということに基づく。形式的にみれば、速度違反に対する秩序罰も、殺人に対する終身刑も、刑罰システムの内部における「別物」とみるべきである⁽²⁴⁾。しかしながらこのことは、これほど形式的なアプローチはとらず、(形式的な意味においてのみ刑罰と呼ばれうるものを排除して、) かつこれほど極端な例を取り上げなくても、当てはまる。つまり、条件付判決と、罰金や数年の拘禁刑との間には、著しい違いがあり、また同様に、1月の拘禁を言い渡されることと、12月の拘禁を言い渡されることとの間にも違いがある。

2. これは次のことを意味する。すなわち、相応な処罰に関する問いは、相応である／ないというデジタルな観点 (digitalt på/av-perspektiv) から議論されると、意味を失ってしまうのである。デザートは、程度の問題として議論しなければならない。デザートに関する議論はすべて、規範的な文脈で行われるのであり、その際には、デザートの問題は不可避免的に、別のものとの関係に置かれることになるのである。これについては、以下に掲げる有罪判決を受けた五人の者に関して、それらが相応であるかを——「日常的な価値判断」のようなものを前提としつつ——説明しようとするとうどういことになるか、と考えてみれば十分であろう：

- A はナイフで殺人を犯し、1月の拘禁に処された
- B は斧で殺人を犯し、10年の拘禁に処された
- C は一切れのピザを盗み、25年の拘禁に処された
- D はピロシキを一つ盗み、1年の拘禁に処された
- E はグローベン〔訳注：スウェーデンの地名〕で爆破事件を起こし、1年の拘禁に処された

3. この上で、C に対してあなたの刑は相応であると説明するならば、それは間違いなく一定の困難に陥る。

4. 要するに、相応な処罰を唱導するということは、その〔処罰を受ける〕者が、起訴されたことを行ったという意味で有罪であるということだけを意味

(24) 刑法第1章1条および3条を参照。

するものではないのである。それは、起こったことについてその者が「有責である」という意味においても有罪であるということも前提とするし、(口頭での非難や無関心、賞賛などではなく) 処罰の支持されうる何かしらのものごとをその者が行ったということも、そして、処罰の程度が上述の諸要素からみて支持されうるものであるということも、前提としているのである。これをもとにすれば、制裁決定論において長年にわたってみられる明白な安定性は、簡単に説明できるものとなるのである。

5. デザートの思想はときおり——現行刑法以前の時期におけるスウェーデンがそうであったように——、ほとんど度外視され、まったく別の考えに取って代わられてきた。歴史的には、もちろんこのように指摘できる。しかしながら、より長期的な視野からみれば、この種の時代——その際にはデザートの思想が相当程度退けられたわけであるが——というのはほとんど、継続の中の断絶として映るのである。重要なのは、この種の時代においては退けられる傾向にあったのはデザートの思想だけではなく、刑罰概念そのものもまたそうであったということである⁽²⁵⁾。要するに、私見は次のようなものであるといえる。すなわち、ここまでに行ってきた諸々の論証は、我々が刑罰システムを全く別の何かに置き換えようと真剣に試みるのでない限り、真である。

e. 補論：刑罰概念について

1. 上に示した論証過程の全体は、次のことを出発点としている。すなわち、処罰が何らかの意味で相応であることの保障は、規範的観点からみて、重要であるということである。

2. この出発点は全く自明のことであると私には思われるのだが、この前提を受け入れない者との関係では、次のことが注記に値するであろう。すなわち、すぐれて概念的なレベルでも、言い換えれば、刑罰概念とその適用についての、より一般的・哲学的な省察を出発点とする場合でも、一定程度、〔上記の議論に〕対応した理由づけを導くことができるのである。

(25) 注7に引用した保護法草案、および Strahl, Pressdebatt om strafflagberedningens förslag till skyddslag, Svensk Juristtidning 1957 s. 575 ff. と比較せよ。

3. 刑罰は罪を犯した者に対して向けられるものでなければならないということは、何らかの形で、刑罰の概念に含まれているという考えがある。長きにわたって、様々な論者がこのような考えに立ち至ってきた⁽²⁶⁾。この事実を開始点とすることができる。この議論を微細に観察すれば、その根本には、次のようなことを意味する主題が認められる。すなわち人は、無実の者を本気で処罰することなど——概念的に——できないのである。例えば、次のような言明を考えてみよう。

「私は、君がXの罪を犯したとは思っていないが、君をXの罪で処罰する」

4. 刑罰と有罪性との間にあるこの関係はどのようなものに見えるか、ということを議論の対象にすることは可能であるし、実際議論されてきたところでもある。そして、その議論の中には、当然ながら様々なニュアンスの違いがあり、見解の対立がある。しかしながら、次のことが重要である。すなわちここでは、正統性の要請を出発点とした論証〔=上記aからdの議論〕の場合と全く同じように、もしこの概念規定〔=罪のある者だけを処罰しなければならないということ〕をさらに何らかの種類（とりわけ有責性と、責任が問われる何らかの対象に関する）要請によって補充しないならば、それは——その外縁がどこまで切り詰められることになるのかという点とは全く無関係に——ほとんど無意味なものになってしまうということを引き合いに出すことができるのである⁽²⁷⁾。

(26) 例えば、Asp（注3）s. 383 ff.において引用した文献を参照。同所ではそれに加えて、この根本的テーマを色々な観点から取り扱う多くの二次的文献も引用しておいた。

(27) もちろん、我々は複数の、様々でありながら関連している刑罰概念を日常生活の中で実際に使っているということは留保しておかなければならない。この関連では、多くの様々な繊維を一本により合わせてできている糸（しかし、どの繊維も糸の全長にわたって伸びてはいない）という、ヴィトゲンシュタインのメタファー（哲学探究 §66以下〔訳者注：ルートヴィヒ・ヴィトゲンシュタイン〔丘沢静也・訳〕『哲学探究』〔岩波書店、2013年〕61頁以下〕が丁度よいと思われる。ジョイ・ディヴィジョン（Joy Division）とペット・ショップ・ボーイズ（Pet Shop Boys）との間に共通の特徴を見出すことが難しいのと同じように、存在する全ての刑罰概念に共通の特徴を見出すことは難しいであろう。別の言い方をすれば、無実の者の処罰というのが、言ってみれば概念の用い方として可能な範囲内に明確に収まっているよ

5. したがって、正統化の必要性という出発点から自由になる場合でも、一面における刑罰および処罰と、他面におけるデザートとの間にはすぐれて概念的な繋がりがあり、また、この繋がりは——デザートに関して上に示した考えを受け入れるかどうかとは無関係に——処罰実践と深く結びついているという点を指摘することができるのである。(もちろん、この結びつきが存在していることには理由があるのだが、この点に立ち入る必要はない。)

6. 刑罰概念に基づく論証に、正統化としてのデザートの思想に基づく論証ほどの力は間違いなく存在しないであろう。このことは、制裁の程度に関連させて言い直すことができる。つまり、ある者が些細な犯罪についてきわめて厳しく処罰される場合に、それが刑罰であるということは、不合理ではあるが、十分可能というべきではないだろうか？(しかしながら、もし裁判官が、刑罰のうちAの部分は君が行ったことに対して言い渡し、その一方で刑罰のうちBの部分は他者〔による犯罪〕を抑止するために言い渡すなどと言ったならば、いやそれは話が全然別である、ということにもなりうるのかもかもしれない。)

7. しかしながら、これとは無関係に、次のようにいうことができる。すなわち、有罪性「の要請」を立てることにおよそ意味をもたせるためには、純粹に形式的な要請(言い換えれば、被告人は、ある規則により許されていない何事かについて「有罪」でなければならぬという要請)を何らかの形で補充しなければならないということ、これは、刑罰概念とその適用を出発点とする場合にも、明確になるということである。そして私がみる限り、次の主張は自明の事柄である。すなわち、この概念的繋がりを「引き起こした」接着剤はまさに、正義に基づく刑罰配分原理、すなわち本論文において公正処罰の原理と呼んだところの原理にほかならないのである。

うな領域が生じることは、十分にありうるのである。しかしながら、このことを特に懸念する必要はない。というのも、私が本論文において注目しているのは、どのようなものであれば刑事罰の法(kriminalstraffrätten)と呼ぶことができるだろうか、ということだからである。

V 要約

1. 本論文の結びとして、私の論証を表の形で要約したいと思う。この表が図解しようとしているのは、刑罰システムの内部における、それぞれ異なったレベルに焦点を当てている四つの柱はすべて、個別事件における処罰が公正かつ相応であることの保障を目的としているということである。

表層的原理	1 「疑わしきは被告人の利益に」など — 手続法上の諸原理	2 責任要件、責任能力など — 帰責に関する諸原理	3 犯罪構成要件の内容 — 正統な犯罪化の諸原理	4 量刑モデル — 制裁決定の諸原理
機能	「有罪性」 (の保障)	「責任」 (の保障)	「危害」 (の保障)	「2 および 3 の公正な格付け」 (の保障)
根幹	公正処罰の原理			

2. したがって、ここに示した観点からみれば、「疑わしきは被告人の利益に」も、帰責に関する諸原理、犯罪化の諸原理、および制裁決定の諸原理（例えば責任原理、危害原理および均衡原理）も、究極的には、より根本的な原理の派生物であるということができるのであって、その根本的原理というのは、処罰は（デザートに従って配分されるという意味で）公正でなければならないということの意味するものなのである。

3. また、当然いうまでもないことであるが、この表の内容が承認されるとしても、私は実際のところ、公正処罰の原理を何らかの実質的な内容で満たすことはしていない。どのデザート概念が適用されるのか？ 例えば実体的帰責に関する諸原理の尊重に関して、どのような要請をクリアすれば、デザートをいうことができるということになるのか？ 再犯者を重く処罰すること（あるいは、厳しい生育環境にあった者を軽く処罰すること）は相応であるのか？ 等々。

4. これらの諸問題について議論することは常に必要となってくるし、広いデザート概念から出発する場合には、上に行った分析は特に長い射程をもつものではなくなるということが出来る（というのもその際には、デザートという言葉によって、途轍もなく多くの事柄を理由づけることが出来るからである）。つまり、いかなる要素が重要であるのかという問題は、デザートの要請には何が含まれているのかという問題に置き換わっただけなのである。

5. しかしながら、私の考えでは、上で議論した諸々のレベルの全てがデザートの問題と関連しているということについて我々が一致できるのであれば、それは実に大きな成果である。それはとりわけ、この議論における分割線が、何が相応であるのかという点に関する様々な見解に基づいて常に形成されているとは到底言えないということによる。デザートは重要であるのか、あるいは一定の文脈においておよそ意味のある要素となりうるのかということに関して人々が様々な意見をもっているということも、それ以上とは言わないが、同じくらいよくあることである。公正処罰の原理が全ての根幹であると認められれば、全ての状況において出発点となるものが得られるのである。

6. 最後に、公正処罰の原理は緊張に晒された根幹であるということを書き記せる。これは部分的には、次のことによる。すなわち人は往往にして、上で援用した論証の帰結とは反対に、道具的な思考を、「配分的な」レベルにも滲出させているのである。公正処罰の原理が緊張に晒されているということをもより詳細に示すことは容易である（ここでは例として、拡張没収や、精神障害のある犯行者に関する従来の規定には欠陥があるという意見などを挙げる事が出来る）。この筋をこれ以上展開することはせず、緊張があるということの確認で満足しておく。

7. とはいえ、このテキストによって、この原理を強固なものとする事に貢献することができ、また、法治国家的に方向づけられた刑法におけるその原理の全く根本的な地位を示すことができればという（分不相応な）希望を表明することもできなくはないかと思う。それによってこのテキストは、この緊張を少くくは和らげるにも貢献できるかもしれない。

〔訳者付記〕

本稿は、Petter Asp, Principen om rättvis bestraffning - alltings grundbult, i *Texter om, och omkring, straffrätten*, Iustus 2018, s. 116-134 (初出は、*Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, häfte 5-6, 2008, s. 530-543) の全訳である。アсп判事は、1970年に生まれ、ウプサラ大学で博士号を取得後、刑法学者としてウプサラ大学教授、ストックホルム大学教授を歴任し、2017年にスウェーデン最高裁判事に任官されて現在に至る。本稿は、アсп刑法学の基礎理論を簡潔に提示したものであると同時に、一定の原理を抽象的に論証してそこから帰結を演繹するというスタイルとは逆の、現実を受け容れられている諸命題から出発して、その背後にある原理にむけて仮説的推論を行うという、北欧ならではのリアリスティックな論証スタイルをとる点で、わが国の刑法理論に対して内容面のみならず方法論の面でも大きな示唆を与えるものと思われる。

翻訳にあたっては、十河が全体を訳出し、松澤が校閲・監訳した。なお、丸括弧内での原語の併記およびキックコー内の記述は、特に断りがない限り、訳者による補足である。本訳稿の公刊を快諾してくださったアсп判事に心より感謝申し上げる。