

早稲田大学比較法研究所  
オンライン・ジャーナル・シリーズ

## 積極的一般予防の経験的基礎と規範的限界

——ポール・H・ロビンソンの刑罰論を出発点として——

Empirische Grundlagen und normative Grenzen der positiven Generalprävention: Ausgehend von  
Paul H. Robinsons Straftheorie

十河 隼人

SOGO, Hayato

早稲田大学大学院法学研究科・博士課程

No. 2020-2

2021 年 3 月

※この論文は、早稲田大学比較法研究所出版・編集委員会の査読を経たものである。



〒169-8050

東京都新宿区西早稲田 1-6-1

早稲田大学比較法研究所

# 積極的一般予防の経験的基礎と規範的限界

——ポール・H・ロビンソンの刑罰論を出発点として——

十 河 隼 人

## 目 次

序論 .....	3
1. 本稿の問題意識 .....	3
2. 本稿の目的と構成 .....	4
I. ロビンソンによる「経験的デザート」論の概要 .....	7
1. 経験的デザートの概念：復讐的／義務論的／経験的デザート .....	9
2. 公衆の正義観念の存在：その経験的証拠と進化的仮説 .....	12
2-1. 正義判断の直観性 .....	13
2-2. 公衆による相対的均衡性判断の高度な一致 .....	16
2-2-1. 従来の実証研究 .....	17
2-2-2. ロビンソンとクルツバンによる実証研究 .....	21
2-2-2-1. 研究1と研究2：公衆の一致 .....	22
2-2-2-2. 研究3と研究4：公衆の不一致 .....	27
2-3. 正義直観の起源に関する進化心理学的仮説 .....	31
2-3-1. 正義直観を共有することの進化的有利性 .....	34
2-3-2. 進化的仮説と整合する経験的証拠 .....	36
2-4. 小括 .....	39
3. 公衆の正義観念の内容：公衆は厳罰を求めているのか .....	41
3-1. ロビンソンらによる実証研究 .....	43
4. 規範的犯罪統制のメカニズム：道徳的信頼の維持を通じた犯罪予防 .....	50
4-1. 理論的枠組み .....	51
4-1-1. 基本的発想：「内面化」と「社会的影響」の力を利用する .....	51
4-1-2. 実現プロセス：スティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供 .....	53
4-2. 経験的検証 .....	55
4-2-1. ロビンソンらの実証研究 .....	56
4-2-1-1. 研究A .....	56

4-2-1-2. 研究 B .....	59
4-2-1-3. 研究 A・B の限界：自己報告尺度の問題点 .....	61
4-2-2. 従来の実証研究 .....	63
5. 経験的デザートの優位性：威嚇抑止・社会復帰・隔離との対比 .....	67
5-1. 公衆の正義観念は応報的である .....	68
5-2. 威嚇抑止の実現プロセスとその問題点：法的知識・計算能力・合理性 .....	70
5-3. 社会復帰および隔離について .....	80
6. 経験的デザートからの逸脱：公衆の正義観念をいかに批判するか .....	84
7. 本稿 I. の要約：経験的デザート論の全体像 .....	87
II. 分析：経験的デザート論から「制約された表出的抑止刑論」へ .....	93
1. 理論的位置づけ .....	93
1-1. 実証的な積極的一般予防論としての経験的デザート論 .....	93
1-2. 補論：最近のドイツにおける経験的デザート論に親近的な諸見解——シュトレンク、カスパー、T・ヴァルター .....	105
2. 経験的課題：わが国における実証研究の必要性 .....	108
2-1. 公衆の正義観念に関する経験的調査 .....	109
2-2. 積極的一般予防効果に関する経験的調査 .....	115
2-3. 経験的デザート論の限界：具体的問題に対する給付能力 .....	116
3. 規範的課題：経験的デザートに対する規範的分析の必要性 .....	119
3-1. 正義観念の質的記述：ストローソンによる「非難の自然主義的転回」を起点とした「表出的抑止刑論」の定式化 .....	119
3-2. 多元的な規範的制約の必要性：「制約された表出的抑止刑論」へ .....	130
3-2-1. 規範的制約の意義 .....	131
3-2-2. 規範的制約の正当性 .....	133
3-2-2-1. 問題 1：応報の不当な再導入 .....	133
3-2-2-2. 問題 2：刑罰の非難性の不安定化 .....	135
3-2-2-3. 問題 3：手段化禁止原理への抵触 .....	137
3-2-2-4. 問題 4：刑量導出の困難 .....	151
3-3. 制約された表出的抑止刑論の全体像 .....	153
4. 本稿 II. の要約 .....	162
おわりに .....	169

## 序論

### 1. 本稿の問題意識

わが国の刑罰正当化論における「積極的一般予防論」は、（おおよそ）1990年頃から現在に至るまで、大きな注目を浴びると共に、有力説として幅広い支持を得てきているように思われる<sup>1</sup>。また、前稿で述べた通り、積極的一般予防効果を刑罰の正当化根拠に取り込むことは、刑罰論の究極的課題の一つと云うところの「責任（ないし応報）と予防の相剋」を解決する上で、おそらく最も有望な選択肢である<sup>2</sup>。

ところで、積極的一般予防論は大きく分けて、規範妥当の維持そのものを志向する観念的なタイプのそれと、経験的な意味での刑事司法に対する国民の信頼の維持を通じた犯罪予防を志向する実証的（経験的）なタイプのそれという、二つの類型に区別される<sup>3</sup>。その上で、積極的一般予防論をめぐるわが国（およびドイツ）の議論をみると、そのエネルギーのほとんどは、同理論の規範的・哲学的な基礎の構築へと注ぎ込まれていると言える（それは主に、観念的なタイプの積極的一般予防論の根拠づけに関わるであろう）。その一方で、同理論の事実に・社会科学的な基礎の構築（それは主に、実証的なタイプの積極的一般予防論の根拠づけに関わるであろう）については、量的にみる限り、規範的・哲学的議論と比べて、盛んに行われているとは言えないように思われる（消極的一般予防効果についても、概ね同様の評価が妥当しよう）。しかし、当然ながら、刑罰の一般予防効果に関する議論を目的刑論として展開する限り、この効果が経験的に実在することの検証は、同議論の不可避的かつ中核的な論証課題となる<sup>4</sup>。それゆえ、上述した現状は、一定の反省を要するものであるとも云うる。

とはいえ、刑罰の積極的一般予防効果に関する実証的な研究が、刑法学の側からはそれほど盛んに提示されないというこの現状には、やむを得ない面もあるものと思われる。ここではその論拠として、次の二点を挙げる<sup>5</sup>。

---

<sup>1</sup> 積極的一般予防論に関するわが国の文献については、十河隼人「刑罰論の概念的・方法論的考察（1）」早誌71巻1号（2020年）208頁注（5）参照。

<sup>2</sup> より具体的には、前稿の結論は、概ね次のようなものであった。すなわち、「責任と予防の相剋」をクリアするためには、まず刑罰をプラスに根拠づける積極的理由として、その積極的一般予防効果（「適切と感じられる非難を実現すること」の予防効果）を据え、次に、これをマイナスに限定づける消極的理由として、法益保護主義や責任主義といった刑法の基本原則を（各個に基礎づけ、体系的に関連づけながら）導入することで、刑罰非難を規範的に制約・洗練するという、このような方策がおそらく最も「有望」である。このような理論構成を、前稿では「非難抑止型相対的応報刑論（別名として、制約された表出的抑止刑論）」と呼んだ。以上についてはとりわけ、十河隼人「刑罰論の概念的・方法論的考察（2・完）」早誌71巻2号（2021年公表予定）II. 2. 参照。本稿は、そこで言及したところの、「適切と感じられる非難の実現には最良の犯罪予防効果がある」という経験的仮説の検証を課題とするものである。

<sup>3</sup> 十河・前掲注（1）210頁注（11）参照。

<sup>4</sup> この点は特に、十河・前掲注（2）II. 1. 参照。

<sup>5</sup> 本稿II. 1-1. で言及するように、（わが国ほどではないにせよ）実証研究に比較的乏しいドイ

第一に、刑罰の一般予防効果は経験的に実証されていない、という類の批判は、しばしば、「どのような要件ないし手続をクリアすれば予防効果が実証されたと言えるのか」という、いわば予防効果の証明度に関する問題を考慮に入れていない。この証明度と関連づけて述べれば、現状でも、刑罰制度は一定程度の満足しうる予防効果を発揮しているものと合理的に推認できる（かつ、これによって、刑罰の犯罪予防効果の実証というハードルは、最低限クリアされていると言える）という見解は、十分に成り立ちうるというべきである<sup>6</sup>。言い換えれば、現在の目的刑論は、予防効果の経験的実在性が一切確認されておらず、それゆえ理論としての存立基盤そのものが動揺している、というわけではない。むしろ、その精度をさらに上げてゆこうとする中で、一定の壁にぶつかっているに過ぎないというべきである（例えば、予防効果を個別事件の量刑にまで反映させようとするときに、それを安定的に可能とするほどの経験的証拠は得られていないであろう、というように）。その意味で、本稿が刑罰の積極的一般予防効果に関する経験的検証に関心を向けるのも、あくまで目的刑論を、より安定した基盤をもち、かつ、具体的問題に対するより豊かな給付能力を備えた理論に高めようと試みるためのことである。

第二に、現実問題として、刑法の研究者が、刑罰の犯罪予防効果の有無・程度・発生機序といった経験的・実証的問題に取り組むことには、ディシプリンの関係上、困難が伴う。もし、刑罰の予防効果を（上述した通り、具体的問題に対する応用までが視野に入るレベルの精度で）実証するという研究計画を実際に立てるとすれば、それは、刑事政策学と犯罪学はもちろんのこと、そのほかにも、心理学、経済学、社会学といった他分野の幅広い研究者による協力を必要とする、時間的にも、労力的にも、あるいは予算的にも負担のきわめて大きい、学際的なプロジェクトとならざるを得ないであろう。そのような作業を、例えば単独の刑法研究者が担うというのは、現実的にみて不可能である。

そうなるとやはり、現代の目的刑論は、例えば「公正な形で科刑（非難）を実現してゆくことが、犯罪予防にとってもおそらく最良の選択肢であろう」というような、一種の経験則ないしヒューリスティックで満足しておくほかにはないのであるか？ よりコストの低い方法によって、目的刑論に対して（本格的な実験研究を自ら遂行した場合ほどの成果は得られないにせよ、特段何もしない状態と比べれば遥かに）明確かつ繊細な経験的基礎を与えることはできないだろうか？ これが、本稿の問題意識である。

## 2. 本稿の目的と構成

上述した問題意識との関係では、最近の海外における次のような展開を参照することができる。すなわち、アメリカの刑法学者であるポール・H・ロビンソン（Paul H. Robinson）は、「経験的デザート（empirical desert）」論という名の下で、公衆の正義観念に従った処罰の実現こそが刑罰の犯罪予防効果を最大化する旨を、詳細な経験的調査を通じて主張しており、最近ではドイツにおいても注目を集めつつある<sup>7</sup>。そこで、この理論を、本稿を通じ

---

ツにおいても、同旨の指摘がなされている。

<sup>6</sup> 十河・前掲注（1）211頁注（16）参照。

<sup>7</sup> とりわけ、ロビンソン説に強く影響を受けた研究書として、Tobias R. Andrissek, *Vergeltung als*

て紹介・検討することで、わが国における刑罰の犯罪予防効果に関する経験的仮説にも一定の目処が立てられると共に、ロビンソンの研究は、将来のわが国における実証研究の遂行に向けた、一つのモデルとして参照することもできるように思われるのである。

ただしこの点、もちろん、ロビンソンの研究はアメリカで行われたものである以上、その成果をわが国に対して即座に適用することには、慎重にならなければならない。あくまで理想としては、ロビンソン研究と同じような（あるいはもちろん、別の観点・アプローチによるものでも）経験的調査を、わが国において遂行するべきであろう。とはいえ、上述したところと重なるが、犯罪予防効果の実証には、いわば「幅」があると考えなければならない。現状でも、刑罰制度に一定の犯罪予防効果が認められると推認することには最低限の合理性があると認めるべきであるし、その一方で、わが国自身での詳細な実証研究を通じて、刑罰による犯罪予防効果の有無・程度・発生機序を詳細に解明するという目標は、理想として保持されるべきである。しかし、この後者の作業を、現在のわが国においてすぐに実現することは、現実的にみて不可能である。そもそも、ロビンソンの研究自体が、アメリカにおける実証的犯罪学や隣接する社会科学に関する膨大な蓄積を背景としながら、他分野の研究者の協力を得つつ、構想から完成までに20年以上を費やしているのである。それゆえ本稿は、上述した現状と理想の中間段階として、まずはロビンソン研究をレビューすることを出発点とする。また、同研究をわが国の文脈にどのように位置づけるか、それはわが国にどのような示唆を与えうるか、あるいは、同研究に欠点はないのかといった点は、後述するように、本稿 II. の検討課題となる。その意味で本稿は、同研究を無批判に受容するわけではない。

したがって本稿の目的は、①ロビンソンの経験的研究を紹介した上で、②その検討を通じて、同研究がわが国の刑罰論、とりわけ目的刑論の経験的基礎に対して与えうる示唆を取り出すことである。以下、これらのより具体的な内容を、本稿の構成と関連づけながら述べる。

上記①について、本稿で紹介するロビンソンの研究は、経験科学的な方法に基づいており、その過程では、統計学や社会心理学などの、刑法学にとっては馴染みの薄い諸概念も頻出する。そのため本稿では、同研究の内容を丁寧に紹介しておく必要がある。この点、彼の、2018年にアウクスブルク大学において行われた講演「刑罰論戦争の休戦？ 経験的デザート、社会的信頼、道徳的規範の内面化」(*Waffenstillstand*)<sup>8</sup>は、ドイツ語に翻訳された上で論文化されており、ロビンソンの研究全体を簡潔に要約したものとなっている<sup>9</sup>。そこで、

---

Strafzweck, 2017がある。また、下に述べる2018年のシンポジウムも重要である。さらに、近年のドイツでは、同理論から影響を受けて、あるいはそれと独立に、これと親近的な見解が主張される動きも見られる。この点には本稿 II. 1-2. で言及する。なお、経験的デザート論の紹介としては、*Manuel Cancio Meliá/Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Zurück zu den Sozialwissenschaften (und hin zu angelsächsischer Strafrechtswissenschaft)? Zu Paul H. Robinsons Straftheorie des empirical desert*, GA 2013, 288 ff.もある。

<sup>8</sup> Paul H. Robinson, Ein „Waffenstillstand“ im Krieg der Straftheorien? Die empirisch ermittelte verdiente Strafe, moralische Glaubwürdigkeit und die Verinnerlichung von gesellschaftlichen Normen, in: Johannes Kaspar/Tonio Walter (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes?“, 2019, S. 13 ff. また、邦訳として、ポール・H・ロビンソン（松澤伸監訳＝十河隼人訳）「刑罰論戦争の休戦？ 経験的デザート、社会的信頼、道徳的規範の内面化」早法96巻1号（2020年）251頁以下がある。これらは以下において、*Waffenstillstand* S. 14（邦訳252頁）というように略記する。

<sup>9</sup> この経緯は若干複雑であるため、以下に記しておく（上注（8）に引用した邦訳の監訳者あと

本稿においては、同論文を踏まえつつ、その内容を、彼の二冊の主著というべき『正義の直観とデザートの効用』(IJUD)<sup>10</sup>および『刑法の配分原理』(DPCL)<sup>11</sup>の参照を通じて補足・具体化することで、彼の研究を概観する。これが、本稿 I. の課題となる。

上記②について、上述した通り、本稿は経験的デザート論をただ紹介し、それを無批判に受容するわけではない。具体的には、そもそも経験的デザート論をわが国の視点から批評するためには、それが、わが国の（つまり概ね、ドイツの）刑罰論の枠組みの中でどのように位置づけられるのかを確定する必要がある。その上で本稿は、経験的デザート論に残された課題、ないしその限界を指摘し、その解決策を示す過程で、この理論の、一つの発展的解釈を示すことになる（それは、制約された表出的抑止刑論と名づけられる）。つまり、経験的デザート論を筆者なりに修正するということである。これが、本稿 II. の課題となる。

以上により序論の目的を達したため、本論に移行する。

---

がきも参照)。まず、同論文は、2018 年 11 月にアウクスブルク大学において開催されたシンポジウムの（英語による）基調報告原稿のドイツ語訳である。具体的には、このシンポジウムは *Johannes Kaspar/Tonio Walter* (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes?“*, 2019 として書籍化されたが、その際に、ロビンソン報告は巻頭論文として、ドイツ語に翻訳された上で掲載された、という経緯がある。その後、さらに 2020 年に、元々の英語による報告原稿が、ペンシルヴェニア大学ロースクールのリサーチペーパーとして公表された。Paul H Robinson, ‘A Truce in the Criminal Law Distributive Principle Wars?’ [2020] U of Penn Law School, Public Law Research Paper 20-04. 上注 (8) に引用した邦訳は、上述したドイツ語版を基礎としながら、英語版（リサーチペーパー）も適宜参照しつつ訳出したものである。

<sup>10</sup> Paul H Robinson, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert* (OUP, 2013). 以下、IJUD と略記する。同書は、ロビンソンによる年来の経験的研究の集大成というべきものである。その構造は、大まかに言えば、まず第一部および第二部 (ibid 5-236) においては、いわば総論として、「公衆の正義観念にしたがった処罰を実現することが、最良の犯罪予防効果を発揮する」という経験的命題の検証が行われる。続いて、第三部および第四部 (ibid 237-532) では、いわば各論として、犯罪化原理、正当化原理、免責原理、あるいは法外在的量刑要素（≡一般情状）といった、より個別的な問題に関する公衆の考え方を実証的に解明した上で、それを具体的問題の解決に適用するということが行われる。以上から明らかである通り、本稿の課題に照らして主たる参照対象となるのは、第一部および第二部である。

さらに、上述したようなロビンソンの研究の出発点となった、社会心理学者との共著による書籍として、Paul H Robinson & John M Darley, *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law* (first published 1995, Routledge, 2018)があるが、その内容は、上述したロビンソン単著の第三部および第四部に反映されている。

<sup>11</sup> Paul H Robinson, *Distributive Principles of Criminal Law* (OUP, 2008). 以下、DPCL と略記する。こちらは、抑止、リハビリテーション、隔離、デザート（応報）といった刑罰理論（ないし目的）について、それらを、犯罪論や量刑論の指導原理（ロビンソンは、これを刑法の配分原理と呼ぶ）として採用した場合には、どのようなメリットとデメリットがあらわれることになるか、という観点から包括的に検討し、最終的には自説である「経験的デザート」論が最も優れている旨を主張する、というものである。その意味で同書は、（経験的な視点も多く含まれているものの）どちらかといえば規範的な研究であり、我々にとって比較的馴染みの深い議論形式に基づくものとなっている。本稿にとっては、同書で展開された、抑止理論、リハビリテーション理論、および隔離理論に対する批判が重要な参照対象となる。

## I. ロビンソンによる「経験的デザート」論の概要

まず、議論の見通しを良くするために、ロビンソンの結論を予め要約しておく：<sup>12</sup>

刑罰の犯罪予防効果は、刑事司法システムの処罰実践が、犯罪と刑罰の公正さに関する人々の直観的判断、すなわち公衆の正義観念（die Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung）<sup>13</sup>に従ったものとなっている場合に、最良の形で実現される。なぜなら、公衆の正義観念に反した処罰は、刑事司法システムに対する公衆の道徳的信頼（moral credibility）を減少させ、それに相関して人々の遵法性も低下するという経験的証拠が存在し、かつ、公衆の正義観念に従った処罰の犯罪予防効果は、その他の犯罪予防戦略（威嚇抑止、リハビリテーション、隔離など）が有する予防効果よりも大きいと考えられるためである。

つまり、より簡潔に定式化すれば、ロビンソンが描く最良の犯罪予防プロセスは、「公衆の正義観念に従った処罰の実現→刑事司法システムに対する道徳的信頼の確立→人々の遵法性の維持（すなわち犯罪行為の抑制）」というものである。ここにおいて起点となっているところの、「公衆の正義観念に従った刑」のことを、ロビンソンは「経験的デザート（empirical desert: 経験的に明らかにされる相応刑）」と呼ぶ。言い換えれば、ロビンソンの主張は、最終的に、「処罰は経験的デザートに従って行うべきである」という一言に要約される。その意味で、これは「経験的デザート論」と呼称することができよう。

以下、本稿 I. では、この経験的デザート論について、その内容を具体的に紹介・検討する。問題は、どのような手法で検討を加えるかであるが、この点では、ロビンソン自身が、自説を要約する際に、自説に向けられうる五つの疑問<sup>14</sup>を提示した上で、それぞれに応答するという形をとっている。そこで、本稿もこれに従うこととするが、その際には、前提として、冒頭にもう一つ別の疑問を付け加えることにする。したがって、以下に取り上げるのは、経験的デザート論に対する、次の六つの疑問である：

1. 経験的デザートとは何か？ そもそも、経験的デザートという概念自体が、わが国にとっては馴染みの薄い概念である。そのため、まずはこの概念の意義を、その従来のデザート概念との共通点および相違点の記述を通じて、明確化しておく必要がある。そうすることで、ロビンソンの企図を、より明瞭に理解することも可能となるように思われる。

---

<sup>12</sup> *Waffenstillstand*, S. 14（邦訳 252 頁）。

<sup>13</sup> これは *Waffenstillstand* におけるドイツ語訳であり、かつそれを邦訳した際に採用した訳語であるが、その元となったロビンソンの表現では、「コミュニティの共有された正義判断（the community's shared judgments of justice）」と呼ばれている。また、ロビンソン自身が、その他にも基本的に同じ意味で、「人々の正義直観（people's intuitions of justice）」や「公衆の正義観念（lay notions of justice）」といった表現を用いているところである。本稿では、邦訳との相互参照に際する便宜を考慮し、上述した「公衆の正義観念」で統一する。

<sup>14</sup> *Waffenstillstand*, S. 14 f（邦訳 253 頁）。



2. 公衆の正義観念はそもそも存在するのか？ 正義に関する判断、あるいはその一種としての、犯罪と刑罰の公正さに関する判断は、究極的には主観的・相対的なものであって、専門的知識のある法律家共同体の内部でならまだしも、そのような知識のない公衆・一般人の間では、まさに「人の数だけ正解がある」ようなものなのではないか？
3. 公衆の正義観念は、野蛮で苛酷なものではないのか？ 公衆の正義観念が存在したとしても、それは常に厳罰化に流れるような、規範的にみて受け入れ難いものなのではないか？
4. 公衆の正義観念に従った処罰は、どのようにして犯罪予防効果を発揮するのか？ そもそも一般に、刑罰の犯罪予防効果は実証が困難である。その中で、公衆の正義観念に従った処罰が犯罪予防効果を持つことについて、経験的証拠を示すことは本当に可能なのか？
5. 威嚇抑止や隔離の方が有効なのではないか？ 仮に、公衆の正義観念に従った処罰が一定の犯罪予防効果を持っていたとしても、威嚇抑止（deterrence）や隔離（incapacitation）といったアプローチをとった方が、よりよい犯罪予防効果が生じるのではないか？
6. 公衆の正義観念を批判できなくなるのではないか？ 例えば、奴隷制や、最近では飲酒運転や家庭内暴力のように、かつては公衆の間であまり問題視されていなかったが、現在ではそうでない行為は多く存在する。こうした認識の変革を引き起こす際には、刑法の改正もまた大きな役割を果たしてきたように思われるが、経験的デザート論によれば、刑法改正を通じた正しい社会変革が正当化され得なくなってしまうのではないか？

以下、これらの問いを起点にして、順次検討を加える。なお、本稿 I. では専ら、経験的デザート論の内容を正確かつ体系的に理解することを目的とし、これに対する批判的な検討は、原則としてすべて本稿 II. で行う。また、ロビンソンは自説を展開する上で、法律学とは全く異なる分野（とりわけ、社会心理学）の知見を多く援用しているが、本稿では、ロビンソン自身が引用しているもの以外のわが国や諸外国における諸文献について、ロビンソン説を理解するために必要最低限のものを除き、そのフォローを断念する（ただし、上述した疑問 1. は、導入のために筆者が独自に付したものであるため、この限りでない）。なぜなら、そのような作業は、ディシプリンの関係上、筆者の能力を超えるものであって、思わぬ誤りが起こるおそれがあることから、今後の課題に委ねざるを得ないためである<sup>15</sup>。

この点に関連して、本稿 I. における議論の進め方について補足しておく。既述の通り、本稿 I. の目的は、経験的デザート論の体系的理解であるため、その内容は、基本的に全て、ロビンソンの見解（を筆者なりに要約・説明したもの）である（例外的に、ロビンソン自身の論述を離れて筆者から補足または批判を行うこともあるが、その際にはその旨を明示する）。ただし、ロビンソンの研究には多くの先行する実験研究の引用が含まれるところ、本稿ではそれらを直接参照し、筆者自身で改めて検討した上で、それを説明に組み込んでおり、その結果、多くの場合において、原著でのロビンソン自身の論述よりも先行研究の紹介が詳しくなっている。しかし、それらはあくまで、ロビンソン自身は省略した（ものと解される）部分を明示化しただけであって、ロビンソン説の説明を超えて、筆者が独自に分析を加えているわけではないし、この明示化によってロビンソン説と異なる結論が導かれることもない。

---

<sup>15</sup> そもそも *IJUD* 自体、その大部分が、それまでに公表されていた、ロビンソンと、社会心理学などの他分野の研究者による共著論文の一部からの引用によって成り立っているものである。

## 1. 経験的デザートの概念：復讐的／義務論的／経験的デザート

デザート (desert) は、功績、当然の報い、相応の賞罰などと訳されるが、刑法の文脈においては、要するに「犯罪に照らして相応な刑罰」を意味する。ここにいる相応性 (deservedness) とは、もちろん、規範的・道徳的に相応である、ということを目指す。刑罰を、犯罪との関係におけるデザートであることを理由に正当化するとき、その立場はデザート論となる<sup>16</sup>。それゆえ必然的に、この意味でのデザート論は、応報刑論の一種である。

このようなデザート概念ないしデザート論の分類方法は複数ありうるが、ロビンソンの理解では、デザート概念は次の三者に分類される。すなわち、復讐的デザート (vengeful desert)、義務論的デザート (deontological desert)、および経験的デザート (empirical desert) である。ここでは、これらの内容と相互関係に関するロビンソンの整理を確認しておく。

復讐的デザートは、いわゆるタリオの法則 (lex talionis) に基づくデザート概念を指している。ここで着目されるのは、その二つの特徴である。すなわち第一に、タリオの法則は、犯罪の引き起こした客観的な害 (≡不法) と同一の害を刑罰として科するという意味での「同害報復」を要求するものであり、したがって犯罪の主観的側面 (≡責任) には着目しないものと理解される<sup>17</sup>。また第二に、客観的な害への着目は、被害者の被った害への着目を意味する。この点で、タリオの法則に立脚する復讐的デザートは、被害者の視点と結びつく。すなわち、それは「犯行者を処罰することによる犯行者と被害者の平等を求めること、および、被害者に、彼または彼女が先に受けた苦難に対する配慮を伝えることから構成される」<sup>18</sup>も

---

<sup>16</sup> 哲学一般の文脈におけるデザート概念と、刑罰正当化論におけるデザート論については、see eg Joel Feinberg, 'Justice and Personal Desert' in his *Doing and Deserving* (PUP, 1970) 55-94 (邦訳として、嶋津格「正義と人のデザート (報いに値すること)」J・ファインバーグ〔嶋津格＝飯田亘之編集・監訳〕『倫理学と法学の架橋：ファインバーグ論文選』〔東信堂、2018年〕117-146頁); Shelly Kagan, *The Geometry of Desert* (OUP, 2012); CL Ten, *Crime, Guilt, and Punishment* (OUP, 1987) 46 ff; Michael S Moore, 'The Moral Worth of Retribution' in his *Placing Blame* (OUP, 1997) 104-110; RA Duff, *Punishment, Communication, and Community* (OUP, 2001) 19-30; Andrew von Hirsch, 'Proportionate Sentences: a Desert Perspective' in Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth & Julian Roberts (eds), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy* (3rd edn, Hart Publishing, 2009) 115-125. Vgl. Florian Zimmerman, *Verdienst und Vergeltung*, 2012, S. 10 ff. 亀本洋『ロールズとデザート』(成文堂、2015年) 81頁以下、アンドレアス・フォン・ハーシュ (松澤伸＝竹川俊也訳)「いわゆる『デザート・モデル』による量刑論」早比 51 巻 2 号 (2017 年) 113-120 頁、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018 年) 158-160 頁なども参照。

<sup>17</sup> DPCL 136 f; see also Ten (n 16) 152; Nicola Lacey, *State Punishment* (Routledge, 1988) 17 f. もっとも、タリオが要求するのは質的・価値的に同一の害 (すなわち罪刑の均衡性) であって、文字通りの同害ではないと解釈するものもある。See eg Joshua Dressler, 'The Wisdom and Morality of Present-Day Criminal Sentencing' (2005) *Arkon L Rev* 860; Jeremy Waldron, 'Lex Talionis' (1992) 34 *Ariz L Rev* 32 ff; Igor Primoratz, *Justifying Legal Punishment* (Humanities Press, 1989) 80. また、この関連では、ヘーゲル (藤野渉＝赤沢正敏訳)『法の哲学 I』(中公クラシックス、2001 年) § 101 (279 頁) も参照。これ自体は用語法の問題であると思われるが、タリオ法則を均衡原理と同一視するのであれば、それは、次に述べる義務論的デザートの範疇で捉えてもよいであろう (ただし、次に述べる被害者の視点に関する問題は別個の検討を要する)。

<sup>18</sup> George P Fletcher, 'The Place of Victims in the Theory of Retribution' (1999) 3 *Buff Crim L Rev* 58

のである。そして、復讐的デザートは、こうした被害者の苦難との関わりから、被害者がもつ復讐欲求や憎悪の感情と結びつくことになる<sup>19</sup>。

これに対して義務論的デザートは、主に道德哲学の議論から導き出された、犯罪者の非難相当性 (blameworthiness)<sup>20</sup>に基づくデザート概念を指している<sup>21</sup>。そこでは、復讐または憎悪のような情緒的観点から犯罪の客観的な害が注目されるのではなく、より洗練された規範的・理性的な観点からデザートが導かれる<sup>22</sup>。つまり、復讐的デザートから義務論的デザートへの移行においては、「被害者 (の被害) から犯行者 (の非難相当性) へ」、および「感情から理性へ」という二つの転換がある。このうち、とりわけ後者の転換に対応して、義務論的デザートは、次のような特徴を備える。すなわち、義務論的デザートは、復讐的デザートとは異なり、個別の事件をアドホックに捉えてそれに相応な刑を逐一考えるのではなく、罪刑の關係性を規律する一般的な原理をまずは基礎づけた上で、それに照らして個々の事件における刑罰配分を導出する、という思考過程をとる<sup>23</sup>。この点で義務論的デザートは、情緒的な思考ではなく、規範的・理性的な思考に基づいているのである<sup>24</sup>。そして、これが重要であるが、その帰結として、復讐的デザートが罪刑の絶対的均衡性に着目する一方で、義務論的デザートは相対的均衡性<sup>25</sup>に着目することができる。言い換えれば、デザートとし

---

(cited by DPCL 137).

<sup>19</sup> DPCL 138.

<sup>20</sup> この“blameworthiness” (非難に値するということ) の概念的 content と道德的正当化基準に関する哲学的議論は多岐にわたるが、その概念的 content に関する理解の一例として、ある者が、「正当化された道德的原理を無視または愚弄する広範な傾向性をもつ」場合、その者には非難相当性が認められる (George Sher, *In Praise of Blame* (OUP, 2005) 132)。ここで重要なことは、注目する先が、被害者から犯行者に移っているということである。なお、非難相当性の概念は以下の議論でも頻出するが、その意義は、端的に、「科刑および量刑の全条件 (を考慮した結果としての、一定の刑罰非難に値するという判断)」と理解してよいものと思われる。

<sup>21</sup> DPCL 138.

<sup>22</sup> 要するに、義務論的デザートの本質的特徴は、規範的・理性的 (ないし哲学的) な基礎づけを伴っているというところにある。逆にいえば、ここでは「義務論」という名称が用いられているが、帰結主義的にデザートを基礎づけることもありうる。これは、デザートに従った科刑からは犯罪予防効果が発生するため、それは正当である、というような議論とは異なるということに注意を要する。そうではなく、帰結主義の枠内で、デザート (つまり犯罪者が相応な罰を受けること) それ自体の善性を基礎づけるということである。言い換えれば、帰結主義に基づく応報刑論はありうるということである (この点では、「帰結主義的内在主義」に関する十河・前掲注 (1) 186-187 頁の議論を参照)。したがって、「義務論的」デザートという呼称は若干ミスリーディングな部分があり、「規範的デザート」などと呼ぶ方がよいかもしれない。

<sup>23</sup> DPCL 141.

<sup>24</sup> このような義務論的／復讐的デザートの区別は、いわゆる「応報と復讐」の区別と重なる。この問題については、橋本祐子「応報刑と復讐」法哲 2015 年号 (2016 年) 18-21 頁参照 (応報と復讐に本質的な相違を見いだすことはできないとする)。より詳細な考察として、see eg Leo Zaibert, *Punishment and Retribution* (Routledge, 2006) 69 ff.

<sup>25</sup> Andrew von Hirsch, *Past or Future Crimes* (RUP, 1987) 39-46 (cited by DPCL 141); see also von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences* (Hart Publishing, 2017) 55-62. Cf DPCL 152-159; Richard Frase, *Just Sentencing* (OUP, 2013) 14 ff. フォン・ハーシュの用語法では、絶対的均衡性にあたるものは「基数的均衡性 (cardinal proportionality)」と呼ばれ、相対的均衡性にあたるものは「序数的均

での犯行均衡刑の要請を、「個別の犯行に対して、相応な個別の刑を科さなければならない」というような絶対的な結びつきとして理解するのではなく、「同じ重さの犯行には同じ重さの刑を科さなければならない、異なる重さの犯行には異なる重さの刑を科さなければならない」というような相対的な結びつきとして理解するということである。例えば、復讐的デザートの場合、同害報復を求めるため、それぞれの個別的事件において、人を殺害する行為には死刑が対応し、人の歯を折る行為には、やはり歯を折る刑が対応することになる。これに対して義務論的デザートは、例えば、犯罪が「殺人」と「傷害」の二種類であるとして、刑罰が「懲役 10 年」と「懲役 5 年」の二種類あるとすると、傷害よりも殺人の方が相対的に重く、懲役 5 年よりも 10 年の方が相対的に重いため、「殺人は 10 年、傷害は 5 年」というのが、相応な刑であるということになる（これに対して、もし刑罰が「身体刑」と「死刑」の二種類であったとしたら、「殺人は身体刑、傷害は死刑」という刑の配分が導かれることになる。このように、犯罪に対応する刑罰の始点と終点をどこに置くかによって結論が変わってくるのであり、かつ、この始点と終点がどこにあるべきかという問題〔絶対的均衡性は、究極的にはこの問題に帰着する〕は、ここにいる罪刑の相対的な均衡性とは論理的に独立している）<sup>26</sup>。

最後に経験的デザートは、社会科学的な研究によって確かめられた、犯罪者の非難相当性に関する公衆の正義観念に基づくデザート概念を指している<sup>27</sup>。つまり、経験的デザートとは、「公衆の正義観念にとって、犯罪に照らして相応であると判断される刑」のことである。これは、非難相当性に着目しているという点では義務論的デザートと特徴を共有しているが、それ自体で規範的ないし哲学的に基礎づけられているわけではないという点では、むしろ復讐的デザートと特徴を共有している。言い換えれば、経験的デザートは、社会科学的な研究手法を通じて精緻化されているとはいえ、犯罪と刑罰に関する人々の正義直観がどのようなものであるかを記述したものに過ぎないのであって、その意味で、人々の処罰感情の記述に過ぎない。したがって、経験的デザートそれ自体では、刑罰の正当化根拠とはなり得ない<sup>28</sup>。そこで、規範的な正当化根拠を別個に用意する必要があるが、この点では例えば、正義直観に沿った科刑を実現し、その感情を処理すること自体に道徳的価値があると主張する方法もある<sup>29</sup>。しかし、ロビンソンの戦略は、より端的に、この経験的デザートの実現を通じた犯罪予防効果によって、これに従った刑を正当化するというものである（そのため

---

衡性（ordinal proportionality）」と呼ばれるが、わが国では絶対的／相対的の呼称の方が一般化していると思われる。絶対的／相対的均衡性の概念については、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）」慶應ロー（2006 年）7-9 頁、瀧川裕英「量刑権力の説明責任」法時 78 巻 3 号（2006 年）20-21 頁など参照。

<sup>26</sup> DPCL 141 f.

<sup>27</sup> DPCL 139.

<sup>28</sup> DPCL 149; cf Zaibert (n 24) 94 f.

<sup>29</sup> この関係では例えば、刑罰の根底にある感情を「応報的憎悪（retributive hatred）」と特徴づけ、その道徳的価値を擁護する議論がよく知られている。Jean Hampton, 'The retributive idea' in Jeffrie G Murphy & Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (CUP, 1988) 143-147. また、応報と復讐の連続性を認めつつ、両者に共通する機能としての被害者の名誉の回復がそれ自体で道徳的価値をもつと主張し、それを通じて刑罰を正当化しようとする議論として、Whitley RP Kaufman, *Honor and Revenge* (Springer, 2013) 167 ff. 橋本・前掲注（24）22 頁以下も同様の方向性を示唆している。

に、「経験的デザート→犯罪予防効果」という因果関係の経験的検証が課題となる)<sup>30</sup>。したがって、デザートを中心に据える刑罰論は、通常は応報刑論であるが、ロビンソンが推し進める「経験的デザート」論は、あくまで(純粋な)目的刑論である点に注意を要する。

なお、誤解を受ける余地があるため補足しておく必要があるが、経験的デザートは、絶対的均衡性ではなく相対的均衡性に着目するという点では、義務論的デザートと同様である。それゆえ、公衆の正義観念を明らかにする研究は、「これこれの事案ではどの程度の刑が妥当と考えますか」というように、個別の事案における、犯罪と刑罰の個別的・絶対的な結びつきに関する公衆の判断を調べようとするものではない。また、経験的デザート論は、例えば「事件 A には懲役 5 年、事件 B には 6 年がふさわしい」というような公衆の判断を持ち出して、事件 A に似た事件が実際に発生したら 5 年あたりの刑を科するべきであるとか、そのような主張の展開を目的とするものでもない。むしろ、事実関係を変えた複数の事件を用意し、それぞれについて(罪責の有無と量刑に関する)判断を下してもらって、そこで公衆が示した結論の相違を手がかりに、公衆の判断において重視されているとみられるファクターを抽出する。それを手掛かりにして、いわば犯罪と刑罰に関する公衆の一般原理を逆算しようと試みるのである。端的に言えば、経験的デザート論は、公衆の科刑それ自体、すなわちその結論にではなく、公衆の科刑基準にこそ関心をもつのである<sup>31</sup>。以下において「経験的デザート」や「公衆の正義観念」という概念を用いる際には、常にこのような意味が込められているということを、ここで注記しておく。

こうして、ロビンソン説の鍵概念であるところの「経験的デザート」概念が十分に明確化されたため、以下ではロビンソン説の具体的内容を検討する。

## 2. 公衆の正義観念の存在：その経験的証拠と進化的仮説

一般に、人の価値観は多様であるといわれる。それゆえ、公衆の正義観念(経験的デザート)を説明するといっても、そもそも何を正義とみなすかは人それぞれである以上、正義に関する公衆の共通見解のようなものは存在しえない、と考えられるかもしれない。刑法の文脈でも、例えばデザート論(応報主義)は処罰の「理由(why)」、「対象(who)」、「程度(how)」のいずれについても曖昧な回答しか提示しえないとして、「デザートの曖昧性(the vagueness of desert)」という見解があるほか<sup>32</sup>、量刑のレベルでも、デザート概念からは、いわば「この罪に、これ以上／これ以下の刑罰を科するのは不正義である」というような、正当な刑の大まかな幅しか得られない(刑をそれ以上に絞り込むためには、例えば予防的考慮のような他の要素を加味するしかない)という見解が主張される<sup>33</sup>。デザートの理論ですら、それほどの曖昧性を抱えているのであるとすれば、公衆のデザート感覚(正義観念)は、それ以上に曖昧なものであると予測されよう。

<sup>30</sup> DPCL 140.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> John Braithwaite & Philip Pettit, *Not Just Deserts* (OUP, 1990) 156 ff, especially 179 f.

<sup>33</sup> Norval Morris, *The Future of Imprisonment* (UCP, 1974) 75 f; Morris, *Madness and the Criminal Law* (UCP, 1982) 199.

しかし、最近の社会科学的研究は、これとは異なる結果を示している。ここでの結論を予め述べておけば、それは次の三点に要約される。

- ①正義判断の直観性：一般に、道徳・正義に関する判断は、その全てが理性的な推論を通じて下されるわけではなく、むしろ直観的判断として下されることがある。そして、このような直観的判断の内容については、人々の間で相当程度の一致がある事例が多くみられる。つまり、正義判断は必ずしも、十人十色の答えがありうるような理性的推論（に基づく価値判断）の産物ではない。
- ②公衆による相対的均衡性判断の高度な一致：刑法に関しては、確かに絶対的均衡性の領域（すなわち、刑罰の始点と終点の問題であり、例えば、死刑や身体刑は許容されるか、あるいは有期刑上限・下限はどうすべきか、といった問題領域）では、公衆の直観的判断に高度な一致が得られるとは言い難いかもしれないが、相対的均衡性の領域（すなわち、ある罪／刑の、他の罪／刑との軽重関係に関する問題領域）では、公衆の直観的判断に高度な一致がみられる部分が存在する。つまり、その限りで公衆の正義観念は存在する。
- ③正義直観の起源に関する進化心理学的仮説：公衆の正義観念が、そのような高度の一致を見せることの原因については、人類が、「不正な行為に対しては怒りを覚え、それに釣り合った制裁を加える」という傾向性を、進化の過程で獲得してきたという仮説が成り立つ。換言すれば、公衆の正義観念（の一部）は、人の精神というよりは身体を基盤としており、人間の人間性というよりは動物性に根ざすものであって、そのため、そこには意識的・理性的・規範的な推論の力が及びにくくなる、という仮説が示唆されるのである。

## 2-1. 正義判断の直観性<sup>34</sup>

一般に、正義に関する判断は、事実に関する知覚（perception）ではなく、それをもとにした推論（reasoning）の産物であると考えられている。つまり、正義に関する判断は、必要な情報を収集し、それらを十分に吟味しながら論理的整合性をもって組み立てることで導き出されるものであると考えられている。もっとも、人間は、正確な判断のために必要な情報を常に得られるわけではなく、あるいは、それらを十分に検討するための時間や能力を持っていない場合がある。そのような際、人は、判断の正確性を担保するための手続きを経るものではないが、多くの場合では正しい判断が導き出せるであろうような簡略化された判断方法を用いることがある。このような判断方法は――法的には、経験則という用語が思い浮かぶが、社会心理学においては――ヒューリスティクス（heuristics）と呼ばれる<sup>35</sup>。そして、社会心理学の研究によると、人の正義に関する判断の相当部分は、ヒューリスティックな、言い換えれば直観的な判断に依拠するものであるということが明らかにされている。

ヒューリスティクスに関する研究の嚆矢となったのは、アモス・トヴァスキー（Amos Tversky）とダニエル・カーネマン（Daniel Kahneman）による研究である。彼らによる実験の一つでは、まず、次のような課題を示し、参加者達に回答を求めた：「ある町で子供が6人いる家庭を全て調べたところ、出生順が『女男女男男女』である家庭の数は72であった。

<sup>34</sup> 本セクションの全体について、LJUD 5-8 参照。

<sup>35</sup> 池田謙一ほか『補訂版 社会心理学』（有斐閣、2019年）32頁参照。

それでは、『男女男男男男』である家庭はいくつ存在するか」。回答の中央値は 30 を示したが、確率の問題としては、生まれてくる子供の性別に関する確率は、それ以前に生まれてきた子供の性別とは無関係である。つまり、前に男子が生まれていたからといって、今度は女子が生まれる確率が高まる可能性はなく、女子が生まれる確率も、男子が生まれる確率も、その都度ごとに、常に 2 分の 1 である。それゆえ、上に示されたいずれの出生順も確率的に等価であるから、前者のパターンが 72 であれば、後者の期待値も 72 となる。しかし、回答者たちは、一般に社会の男女比は 1:1 であることから、後者のような偏りのある出生順は起こりにくいはずだというヒューリスティックな判断によって、その確率を低く見積もったのである<sup>36</sup>。その後の研究によって、ヒューリスティックな判断は、人間の意思決定において広く、頻繁に用いられていることが示されている<sup>37</sup>。

このような研究の進展を背景に、カーネマンは、人間の認知システム一般に関する、次のような主張に至った。すなわち、「直観的判断は、おそらくは進化の歴史に対応して、知覚の自動的な作動と、推論の熟慮的な作動との中間に位置する」<sup>38</sup>。このことは、次の図表 1 と共に説明される。

図に表示されている「直観（システム 1）」は、そのプロセスに関しては「知覚」と同じ特徴を持ち、「推論」と対立する。その一般的な解説は省略し<sup>39</sup>、刑法に関係する例えを出すと、例えば、ある者が複数人を次々と監禁・殺害したという事実を知った時、多くの人は、考えるまでもなく、厳罰に処すべきであると直観するであろう。つまり、この判断は高速かつ自動的に行われている。また、この直観は、一定の感情的なトーンを伴っている。すなわち、残虐な犯行に至った上記行為者に対する怒りである。直観的な、システム 1 の判断は、このようなものである。これに対して、それではどうしてこの行為者を処罰しなければならないのかと問われたならば、その際には、周知の通りの刑罰正当化論に入ることになる。刑罰正当化論において、例えば応報刑論をとるのか、目的刑論をとるのかという考慮においては、様々な論拠を相互に比較して、論証を一つ一つ積み上げる必要がある（つまり、低速かつ被統制的〔controlled〕である）。場合によっては、その結果として、刑罰廃止論に至るかもしれない（その意味で、推論的判断は、感情を乗り越えうる）。推論的な、システム 2 の判断は、このようなものである。ここで重要なのは、確かに推論による判断は、直観的に正しく感じられる結論を訂正することができるが、同時に、我々は意識的に推論をするまでもなく、ある結論を直観的に正しいと信じている場合が（多く）あるという、それ自体は常識的な事実である。

<sup>36</sup> Daniel Kahneman & Amos Tversky, 'Subjective probability: A judgment of representativeness' (1972) 3 *Cognitive Psychology* 432 f. 池田ほか・前掲注（35）33 頁も参照。

<sup>37</sup> 筆者からの補足として、最近の研究を挙げておくと、Gerd Gigerenzer, Ralph Hertwig & Thorsten Pachur, *Heuristics: The Foundations of Adaptive Behavior* (OUP, 2011); Robin M Hogarth, *Educating intuition* (UCP, 2001) などがある。

<sup>38</sup> Daniel Kahneman, 'A Perspective on Judgment and Choice' (2003) 58 *American Psychologist* 697. このような、人間の思考は無意識的な直感と意識的な推論という相互に独立した二つの過程からなる、と説明する心理学的理論は、一般に、「二重過程理論（dual process theory）」と呼ばれる。

<sup>39</sup> Ibid 698 ff. なお、日本語で読むことのできる詳細な解説として、ダニエル・カーネマン（村井章子訳）『ファスト&スロー 上・下』（ハヤカワノンフィクション文庫、2014 年）参照。

図表 1：二つの認知システムにおけるプロセスと内容<sup>40</sup>

	知覚	直観 システム 1	推論 システム 2
プロセス	高速 並行的 自動的 楽にできる 連想的 習得が遅い 感情的		低速 直線的 被統制的 楽にできない 規則にしたがう フレキシブル 中立的
内容	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 知覚</li> <li>・ 現在の刺激</li> <li>・ 刺激と結び ついている</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 概念的表象</li> <li>・ 過去、現在、未来がある</li> <li>・ 言語により喚起されうる</li> </ul>

言い換えれば、正義判断においては、直観的な思考と理性的な推論とが並行しており、またそれらは、場合によっては分裂するということである。このことを具体的に示しているのが、ジョナサン・ハイト（Jonathan Haidt）の実験研究により指摘された、「道德の無言化（moral dumbfounding）」という現象である。例えば、多くの人は、近親相姦は悪いことであるという結論をまずは示すが、その理由についてはうまく説明できないことが多い。理由としてよく持ち出されるのは、近親交配の遺伝的・生物学的な危険性であるが、具体的な事例設定において、行為者たちが慎重な避妊措置をとっており、したがって妊娠の可能性はほとんどなかったとしても、やはり「近親相姦は悪である」という結論はなかなか変わらないのである<sup>41</sup>。これに似た現象は、いわゆるトロッコ問題<sup>42</sup>に関する実験研究においても報告さ

<sup>40</sup> Ibid 698.

<sup>41</sup> Jonathan Haidt, ‘The Emotional Dog and Its Rational Tail’ (2001) 108 Psychological Review 814. 同研究においてハイトは、道德的判断は熟慮的な推論を経て獲得されるものであるとする「合理主義モデル（rationalist model）」を批判し、これに、「社会的直観モデル（social intuitionist model）」を対置する。それによれば、道德的判断は、まず、情動（affect）の強い影響下にある道德的直観によって引き起こされ、その後に、推論に基づいて正当化を行うものなのである（ただし、道德的推論から直観へのフィードバックもあり、さらに、他者の推論から自己の直観がフィードバックを受けるという社会的な影響関係の次元も存在するという）。この点ではとりわけ、ibid 815に掲載されている二つの図を参照。

<sup>42</sup> Philippa Foot, ‘The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect’ (1967) 5 Oxford Rev 5.



れている。それによると、まず、(a)トロッコが5人の人に向けて疾走しており、そのままでは全員死に至るが、目の前のレバーを引くと、歩道橋の上にいる人が滑落してトロッコに衝突し、その人は死に至るものの、トロッコは停止するため残りの5人が助かるという場合と、(b)同じくトロッコが疾走しており、放置すれば5人に衝突して死亡させるが、レバーを引けば進路が変更され、別の線路にいる1人が犠牲となるに止まるという二つの場合がある。いずれの場合も、レバーを引けば、1人を犠牲にする代わりに5人を救うことができるという点では等価であるにもかかわらず、実験参加者は、(a)ではレバーを引かないことが倫理的であるという判断で高度に一致し、(b)ではレバーを引くことが倫理的であるという判断で高度に一致する。ところが、実験参加者たちに対して、このような判断の相違を正当化する理由を提示するように求めると、実験参加者のうち70%が、それをうまく説明できないのである<sup>43</sup>。この帰結は、「道徳の無言化」において示された仮説と整合していると言えよう。以上のような、「結論はかなりの程度、直観的に見えているが、それを正当化する理論構成は悩ましい」という感覚は、刑法の解釈論について考察する際にも、日常的に経験されているものではないだろうか。

## 2-2. 公衆による相対的均衡性判断の高度な一致<sup>44</sup>

ここまでの議論を踏まえれば、犯罪と刑罰に関する公衆の判断も、正義判断の一種である以上、そこでは理性的な推論のみならず、直観的な思考もまた大きな役割を果たしているのではないか、という予測が成り立つ。ただし、ここで重要であるのは、仮に公衆が（犯罪と刑罰に関する）直観的な正義観念を有していたとしても、その具体的な内容は、人によってバラバラなのではないか、ということである。刑法に関する人々の直観は、多様な、しばしば相互に衝突する内容をもっているはずである、という考えは、おそらく常識的なものであろう<sup>45</sup>。しかし、複数の経験的調査によれば、公衆に共有された正義観念は、必ずしも存在

<sup>43</sup> Fiery Cushman, Liane Young & Marc Hauser, 'The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgment' (2006) 17 *Psychological Science* 1082 ff, especially 1086 ff. 両事例の違いは、1人の死亡を（レバーを引いてその人を直接に滑落させるという意味で）「意図的に」実現するか、それとも、（レバーを引くことの直接的な結果はトロッコの進路変更であって、1人を直接死亡させることではないという意味で）意図的ではなく、ただその死亡が予見されているだけであるかという相違であると整理されている（つまり、いわゆるダブル・エフェクトの原理と関係する）。同研究ではその他にも、レバーを引くことで5人から1人へとトロッコの危害を転嫁するのか、それとも、1人が歩道橋から落ちそうになっているのを見捨てることで5人を救うのかというヴァリエーションや（作為と不作為の相違）、レバーを引くことで1人を突き落とすのか、それとも身体を使って直接に突き落とすのかというヴァリエーション（身体的接触の有無）についてもデータが取られている。全体としては、作為・不作為パターンでは、実験参加者の79%が正当化理由を説明できており、身体的接触パターンでは、59%が正当化理由を説明できていると報告されている（なお、ここにいう正当化理由の説明とは、判断の基礎となった事実関係の相違を的確に指摘できているということを指し、その事実関係の相違が結論の相違を導くことの規範的根拠を提示できているということを意味するものではない〔ibid 1084〕。逆にいえば、それだけの割合の人々が、結論は導出できているにもかかわらず、それがいかなる事実関係の相違に由来しているのかということから既に認識できていないということである）。

<sup>44</sup> 本セクションの全体について、*IJUD* 23-34 参照。

<sup>45</sup> Michael Tonry, 'Obsolescence and Immanence in Penal Theory and Policy' (2005) *Colum L Rev* 1263;

しないわけではない。すなわち、公衆は、様々な不正行為（wrongdoing）の相対的な重大性のランク付け、すなわち相対的均衡性判断においては、高度な一致を見せる場合があることが確認されているのである。ここで「場合がある」というのは、ロビンソンが「不正行為の中核（core of wrongdoing）」と呼ぶタイプの不正行為（これは概ね、自然犯と呼ばれる行為と重なる）については、その軽重関係判断について高度な一致がみられ、この中核から離れていくと（厳密には不正確な言い方になるが、自然犯から法定犯へと移行してゆくと）、その一致が段々と崩れていくことになる、という趣旨である。また、後述する通り、上では「公衆」が主語となっているが、この領域ではさらに、文化の差を超えた、世界的な規模での一致もある程度確認されている。その意味では、犯罪と刑罰における相対的均衡性判断には、「人類の普遍的特質（human universal）」と言っている部分も含まれているのである。

## 2-2-1. 従来の実証研究

この領域において、喩えて言えばリーディングケースとしての役割を果たしているのは、1964 年におけるセリンとウォルフガング（Sellin & Wolfgang）による研究である。これは、ペンシルヴェニア州の 575 人の実験参加者に対して、計 51 件の犯罪シナリオを示し、その重大性を評価させたものである。重大性評価の尺度としては、①各シナリオの重大性を 1 から 11 までの数字で評価してもらう方式と、②自転車を盗んだという事例の重大性を 10 とした上で、それとの関係で他のシナリオの重大性を数字で評価してもらう方式（いわゆるマグニチュード推定課題〔magnitude estimation task〕）の二つが用いられた<sup>46</sup>。その結果、人々の重大性評価には広範な一致が認められ、セリンとウォルフガングは、「最も強く支持される結論としては（…）全ての評価者は（…）どのグループでも、有意差なく、犯罪の評価値を同様に割り当てる傾向にあった。（…）何が重大であり、あるいはそうでないのかということについての、広範な社会的な一致が表れているように思われる」と結論づけている<sup>47</sup>。

このような、人々の相対的均衡性判断に関する実証研究は、その後も様々な手法で行われてきたが、いずれも同旨の結論を示している。以下では、代表的な研究としてロビンソンが引用しているものを紹介する。

まず、1974 年におけるロッシら（Rossi et al）の研究では、ボルティモアの白人 125 人と黒人 75 人にインタビューを行い、80 件の犯罪シナリオを、その重さに従って九つのカテゴリーに割り振るよう求めた<sup>48</sup>。その結果として、論者は、相対的均衡性に関する判断は「黒人と白人、男性と女性、社会経済的なレベルの高低、および教育到達度のレベルの大きさ〔の

---

John Monahan, 'The Case for Prediction in the Modified Desert Model of Criminal Sentencing' (1982) 5 Int'l J L and Psychiatry 105; Dolinko (n 24) 1638 f; Ernest van den Haag, 'Punishment: Desert and Crime Control' (1987) 85 Mich L Rev 1254; Stephen Breyer, 'The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest' (1988) 17 Hofstra L Rev 15-17 (cited by *IJUD* 18 n 1-3). これらは全体として、次のような趣旨の批判を展開している。すなわち、上注（25）に掲げたように、「相対的均衡性」の発想によってデザートの観点から刑量を確定しようとする論者が存在するところ、結局のところ彼らの間でも、相対的均衡性の具体的内容に関する意見にはばらつきがある、と。デザート概念の曖昧性については、上注（32）および（33）に掲げた文献も参照。

<sup>46</sup> Thorsten Sellin & Marvin E Wolfgang, *The Measurement of Delinquency* (Wiley, 1964) 236 ff.

<sup>47</sup> Ibid 268.

<sup>48</sup> Rossi et al, 'The Seriousness of Crimes: Normative Structure and Individual Differences' (1974) 39 American Sociological Review 225 f.

相違にかかわらず、そ]の間に、極めて幅広く」共有されている、と結論づけている（キック内は引用者による補足）<sup>49</sup>。

次に、1976 年におけるトーマスら（Thomas, Cage & Foster）の研究では、9178 世帯にアンケートを送付し（有効な回答を得られたのは 3334 世帯であった）、17 の犯罪シナリオについて、公正と考えられる量刑を下すように求めた<sup>50</sup>。その結果として、論者は「性別、人種、年齢、収入、職業的地位、および教育的到達度に基づいてサンプルを分割した後でも、驚くべきレベルのコンセンサスがあるというエビデンスを見出した」と結論づけている<sup>51</sup>。

さらに、1980 年におけるハミルトンとライティナ（Hamilton & Rytina）の研究では、ボストンの 391 人の実験参加者と対面インタビューを行い、17 の犯罪について、上述した「マグニチュード推定課題」の手法を用いて、その重大性を評価するよう求めた上で、その評価と、ジャスト・デザート原理による評価（要するに、応報刑論に立った場合の理論的評価）とを比較した<sup>52</sup>。その結果として、論者は、デザート原理は公衆の間で「劇的に強固に用いられて（dramatically strong use）」<sup>53</sup>おり、個人間での評価の一致が相当程度見られると結論づけている（ただし、デモグラフィック間の相違については、学歴についてはほとんど影響がみられなかった一方で、低所得者グループと黒人グループにおいては、平均値からの乖離が見られたと報告している）<sup>54</sup>。

また、1980 年におけるブラムスタインとコーエン（Blumstein & Cohen）の研究では、ペンシルヴェニア州アレゲニー郡（州都ピッツバーグを含む地域である）の 2500 世帯に調査票を送付し（有効回答数は 603 であった）、23 の犯罪シナリオについて、最も適切と考える量刑を下すよう求めた<sup>55</sup>。その結果、論者は、各々のシナリオに対して科せられるべき刑罰の相対的な重さに関しては、デモグラフィックの相違にかかわらず、大きな一致が認められることを報告している<sup>56</sup>（その一方で、科された量刑の絶対量については、不一致が認められたと報告されている<sup>57</sup>。要するに、相対的均衡性のレベルでは意見の一致が現れるが、絶対的均衡性のレベルではこれが消失するということである<sup>58</sup>）。

---

<sup>49</sup> Ibid 237.

<sup>50</sup> Charles Thomas, Robin Cage & Samuel Foster, 'Public Opinion on Criminal Law and Legal Sanctions: An Examination of Two Conceptual Models' (1976) 67 J Crim L & Criminology 111 f. なお、同所に記されている通り、選択できる刑種は、刑罰なし、罰金、プロベーション、1 年未満の自由刑、特定年の自由刑、終身刑、死刑であったが、45 年以上の自由刑、終身刑および死刑は、すべて 45 年の自由刑として集計された。これは、同研究の目的が、人々が犯罪に対して科する刑の相対的な大きさを調査することにあるところ、一部の人は極端な厳罰を回答する傾向にあると予測されるため、それによって調査結果が歪められることを避けるためである、とされている。

<sup>51</sup> Ibid 116.

<sup>52</sup> V Lee Hamilton & Steve Rytina, 'Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment Fit the Crime?' (1980) 85 American Journal of Sociology 1124 f.

<sup>53</sup> Ibid 1117.

<sup>54</sup> Ibid 1139 f.

<sup>55</sup> Alfred Blumstein and Jaqueline Cohen, 'Sentencing of Convicted Offenders: An Analysis of the Public's View' (1980) 14 Law & Soc'y Rev 227-231. なお、同調査では、それぞれのシナリオについて、行為者が初犯者の場合と再犯者である場合の量刑に関しても回答が求められている。

<sup>56</sup> Ibid 236-238, 259.

<sup>57</sup> Ibid 252, 259.

<sup>58</sup> 絶対的均衡性の判断に関しては、公衆の間における不一致が多くみられる。例えばアメリカ

最後に、ロッシとバーク（Rossi & Berk）は、この領域に関する 1997 年までの実証研究をレビューした上で、次のように述べている。すなわち、「犯罪の重大性に関する順序については非常に強いコンセンサスが存在しており、そこでは一般に、被害者に対する実際の身体的危害またはその脅威を伴う犯罪は最も重大性が高いと考えられ、『被害者なき』犯罪は最も重大性が低いとみなされている」<sup>59</sup>。「アメリカの人口の中に、量刑規範についてラディカルに異なる見解を持っているサブグループが存在するというエビデンスは、ゼロではないにしても、皆無に近い。殺人（homicide）や誘拐（kidnapping）を宥恕する者はほとんどいないし、マリファナを用いた者を 10 年以上の刑務所収容とする者もほとんどいない。アメリカの人口の圧倒的多数が信じているものとは別の規範的秩序があるというエビデンスは存在しないのである」<sup>60</sup>。このように、アメリカにおける先行研究が示唆するところでは、相対的均衡性判断については公衆の間で相当に大きな一致が認められるのである。

このような、相対的均衡性判断に関する公衆の一致は、より世界的な規模でも報告されている。例えば、ニューマン（Newman）の研究では、インド（497 人）、インドネシア（500 人）、イラン（475 人）、イタリア（200 人）、アメリカ（169 人）、ユーゴスラヴィア（500 人）を対象とした大規模な法意識調査が行われているが、その結果として、犯罪の重さに関する順位においては、これらの諸国にわたる一般的な一致が確認されている<sup>61</sup>。また、上述したセリンとウォルフガングの研究に倣って行われた台湾の研究でも、同様の結果が再現されている<sup>62</sup>。

ところで、以上の実証研究は、全体として、簡潔な犯罪シナリオ（例えば、「人の住居に侵入し、1000 ドル相当の財物を窃取した」<sup>63</sup>など）を示して、実験参加者にそれを評価してもらう、という形式を採用している。このような簡潔な犯罪記述を採用する調査において、公衆の正義判断に大きな（あるいは、場合によってはほとんど唯一の）影響を与えるのは、おそらく結果の大きさ（要するに、行為との因果関係をも捨象した、結果不法そのものの程度）であると思われる。逆に言えば、このような形式による調査からは（調査の性質と目的に照ら

---

国内では、黒人よりも白人の方が死刑やいわゆる「三振法」のような厳罰を支持する傾向が強く、また高所得者よりも低所得者の方が厳罰を支持する傾向が強いことが報告されている。また国際的にも、例えば有罪判決を受けた者に執行された刑期の平均が、オランダは 5 月であるのに対し、アメリカは 29 月であり、コロンビアでは 140 月であったという報告もなされている。以上については、*IJUD* 64 f. さらに例を挙げれば、有期自由刑の期間は、日本の場合は最大で 30 年であるが、スウェーデンの場合は 18 年にとどまる（十河隼人「スウェーデン量刑法の生成と構造（3）」早研 173 号〔2020 年〕160 頁）。これも、絶対的均衡性に関する制度的（ないし文化的）相違の一例であると言える。

<sup>59</sup> Peter H Rossi & Richard A Berk, *Just Punishments: Federal Guidelines and Public Views Compared* (Aldine De Gruyter, 1997) 12; see also Paul H Robinson & Robert Kurzban, 'Concordance and Conflict in Intuitions of Justice' (2007) 91 Minn L Rev 1860 n 143.

<sup>60</sup> Ibid 209; なお、Rossi & Berk の研究を受けて、1998 年に行われた Jacoby & Cullen の研究でも、やはり同様の一致が確認されている。Joseph E Jacoby & Francis T Cullen, 'The Structure of Punishment Norms: Applying the Rossi-Berk Model' (1998) 89 J Crim L & Criminology 285.

<sup>61</sup> Graeme R Newman, *Comparative deviance: perception and law in six cultures* (first published 1976, Routledge, 2017) 140 ff.

<sup>62</sup> Marlene Hsu, 'Cultural and Sexual Differences on the Judgment of Criminal Offences: A Replication Study of the Measurement of Delinquency' (1974) 64 J Crim L & Criminology 350.

<sup>63</sup> Jacoby & Cullen (n 60) 309.

せばやむを得ないとはいえず)、例えば因果関係、正当防衛、故意・過失、錯誤、未遂、共犯といった、結果以外の要素に関して公衆がいかなる反応を示すのかは、十分には明らかにならない。要するに、例えば、相対的均衡性判断に関して公衆に一致があるといっても、それは結果の重大性や、あるいはせいぜい「行為が意図的か、そうでないか」といった、いわば「目の粗い」判断しかカバーしていないのではないかと疑われる。

もっとも、この領域に関しては、ロビンソン自身が関与した実証研究、とりわけ、ロビンソンとダーレー (Robinson & Darley) の研究が存在し、そこでは、公衆の正義判断は、上述したような結果以外の要素にも反応する、繊細な (nuanced) ものであることが示されている。この研究は IJUD の第三部以降に収録されており、その検討は本稿の射程外であるが<sup>64</sup>、以下、その一部について簡潔に言及しておく。

まず、因果関係に関する研究では、謀殺の故意で行われた行為から死亡結果までの因果経過について、被害者が行為により即死した、因果関係に問題のない謀殺のケースに対しては、平均で終身刑が科せられた (以下、ケース 1 と呼ぶ)。また、そもそも被害者が死亡しなかった謀殺未遂のケースについては、平均で約 10 年の刑が科せられた (以下、ケース 2 と呼ぶ)。以上に対して、まず、第一行為者が被害者に致死量の毒を摂取させたが、その毒が効果を発揮する前に第二行為者が被害者を射殺したケースでは、第二行為者については当然であるが、第一行為者についても、ケース 1 と有意差のない刑 (つまり、若干軽減されてはいるが、ほぼ終身刑) が科せられている (ロビンソンがコメントしている通り、少なくともこのケースでは、公衆は因果関係を肯定するにあたって、行為が「『なければなし』の原因」[“but-for” cause] となっていること、すなわち条件関係を要求していないことになる)。次に、被害者は行為者により傷害を負った後、病院で薬剤を投与されたところ、その薬剤に反応する特殊なアレルギーがあったため、そのアレルギー反応により死亡したケース、および、同じく病院に搬送された後、看護師の不注意により毒物を注射されて死亡したケースでは、いずれにおいても平均で約 20 年程度の刑が科せられた (この刑と、ケース 1 の刑との間には有意差が認められた)。さらに、被害者は同じく病院に搬送されたが、その途中で交通事故に遭って死亡したというケースでは、平均で約 15 年程度の刑にまで軽減された。最後に、行為者は被害者を銃撃したが狙いを外し、被害者が逃げ出したところ、その途中で、建設用クレーンのケーブルが切れたことで落下してきた物に激突して死亡したというケースでは、平均で約 10 年程度にまで軽減され、この刑は、ケース 2 の刑と有意差がなかった<sup>65</sup>。

次に、自己防衛における致死的手段の利用 (the use of deadly force in self-defense) に関する研究では、その手段が自己防衛のためにやむを得ないものであった場合には、ほとんどの実験参加者が刑罰を科さないと判断したが、安全に退避することが可能であった場合には、平均で 9.6 月の刑が科せられた。ただし、防衛者が自宅にいた場合には、たとえ安全な退避が可能であったとしても、判断が再び不可罰に収束するほか、防衛者が、安全に退避することができないという錯誤に陥っていた場合には、自宅にいたかどうかにかかわらず、やはり判断が不可罰に収束する。これに対して、防衛者が、退避可能性については錯誤がないが、退避可能な場合でも致死的手段を利用することが適法であるという錯誤に陥っていた場合に

---

<sup>64</sup> 上注 (10) 参照。

<sup>65</sup> IJUD 15, 385-393.

は、平均して 5.8 年の刑が科せられた<sup>66</sup>。

最後に、共犯の客観的要件 (objective requirements of complicity liability) に関する研究では、夫の殺害を計画している女性に対して、銃器店に行く必要がないよう銃を提供した者に対しては、平均して終身刑が科せられたが、同じく銃を提供したところ、女性が既に銃を所持していたため受け取らなかった場合は、実験参加者の 85%が刑罰を科さない選択をした<sup>67</sup>。

これらの、因果関係、自己防衛および共犯に関する実証研究においては、他にも様々なデータが報告・分析されており、ここでの紹介はごく部分的なものに過ぎない。またロビンソンらは他にも、不作為、責任無能力 (insanity)、任意酩酊 (voluntary intoxication: いわゆる原因において自由な行為の問題と関連する)<sup>68</sup>、錯誤 (mistake)、過失 (negligence)、強迫の抗弁 (duress defense)、未遂、中止、数罪に対する量刑 (punishment for multiple offenses)、法律外刑罰要素 (extralegal punishment factors: 量刑事情としての一般情状に近い) など、広範な領域にわたって経験的調査を行なっている。とはいえ、上に行った紹介のみからも、公衆の正義観念が、犯罪の客観的な害の程度や、害を発生させようという意図の有無といった、「目の粗い」判断しかなしえないものではないということが、明瞭に理解できよう。

## 2-2-2. ロビンソンとクルツバンによる実証研究

以上のように、先行研究においては、公衆による相対的均衡性判断は高度な一致をみせることが示されている。もっとも、それでは逆に、この一致の限界はどこにあるのだろうか？この点を経験的に検証するために、ロビンソンとクルツバン (Robinson & Kurzban) は 4 つの調査を行った<sup>69</sup>。その基本的な形式は、実験参加者に複数の犯罪シナリオを示し、その軽重関係をランク付けしてもらおうというものであるが、このランク付けにおける公衆の「一致の限界」を見出すという観点から、次のような対策がなされている。まず、シナリオの数を比較的多く用意した (計 36 件)。また、シナリオ間の差異を作る上では、客観的な被害の差だけでなく、行為者の精神状態のような他の要素も盛り込むと同時に、それらに関するシナリオ間の違いの程度が比較的小さく、微妙なものとなるように調整した。以上の対策により、同研究のランク付け課題の難易度は、先行研究よりも高くなるものと考えられ、かつ、この課題の遂行には 30~40 分という長時間が必要となることから実験参加者の集中力の維持も難しくなると考えられるため、その分だけ、ランキング結果の不一致の程度も高まるものと予想された<sup>70</sup>。

以下では、研究 1~4 の個別の内容について紹介する。

<sup>66</sup> LJUD 14, 278-287.

<sup>67</sup> LJUD 15, 261-268.

<sup>68</sup> イングランド・ウェールズ法に関する検討であるが、そこでの任意酩酊については、竹川俊也「自招性精神障害の刑法的評価：『原因において自由な行為』論の再定位 (1)」北法 69 巻 6 号 (2019 年) 41 頁以下参照。

<sup>69</sup> LJUD 28 ff; cf Robinson & Kurzban (n 59) 1866 ff.

<sup>70</sup> LJUD 28.

### 2-2-2-1. 研究1と研究2：公衆の一致

まずは、研究1および2について述べる。結論から述べれば、この二つの研究では、相対的均衡性判断における公衆の高度な一致が改めて示唆された。

研究1の方法：対面形式のテスト（in-person testing）である。64名の実験参加者<sup>71</sup>に対して、「ジョン」と命名された架空の人物の罪責が問題となる24件の犯罪シナリオをそれぞれカードに印刷した形で提示し、それらを軽重関係に従ってランク付けするように求めた。ランク付けの際には、机の上に置かれたカードを軽いものから重いものへと順に並べ（縦に並べるか横に並べるかは任意とされた）、そもそも刑罰に値しないと考えられるシナリオは、その列とは別のところによけておくよう指示された<sup>72</sup>。なお、これらのシナリオで犯されている犯罪は、合算すると、アメリカで犯されている犯罪の約95%を占める<sup>73</sup>。

これらの24件のシナリオについて、全訳ではないが、各々の内容を示しておく<sup>74</sup>。なお、各シナリオの単語数は150～300程度であった。

シナリオ1（防衛事例）：ジョンは、背後にいた男により殴り倒された。男はナイフを持っており、ジョンを刺殺しようとしていた。ジョンは近くにあったガラス片で男を刺突し、死亡させた。ジョンが死を免れるためには、他の手段は存在しなかった。

シナリオ2（強制事例）：ある男が、ジョンの子供を人質に取り、近くの店から高価なデジタルカメラを盗んで来なければ子供を殺すと言うため、ジョンはその指示に従った。

シナリオ3（傘事例）：ジョンは、他人の傘を、自分のものと間違えて持ち帰った。

シナリオ4（幻覚事例）：ジョンは、他人により食べ物にドラッグを盛られ、自分はオオカミに襲われているという幻覚を見た。ジョンは、オオカミから身を守るつもりで、実際には人を殴ってしまった。ジョンにとって、この幻覚を避けることは不可能であったことが確認されている。

シナリオ5（パイ事例）：食べ放題のビュッフェにおいて、店のオーナーは、食べ物の持ち帰りを明示的に禁止し、価格もそれを前提として設定されていた。ジョンは同店で金銭を支払い夕食をとったが、友人に渡す目的でパイを丸ごと2枚持ち帰ってしまった。

シナリオ6（Tシャツ事例）：ジョンは、店員の目を盗んで、支払いの意思なく、15ドルのTシャツをコートの中に隠して店を出た。

シナリオ7（釣銭事例）：ジョンはタクシー運転手である。高校生を乗せたが、彼女は混

<sup>71</sup> デモグラフィックの分布については、Robinson & Kurzban (n 59) 1871 n 183 参照。この点では、白人が 91%、四年制大学卒業以上が 94%、年収 8 万ドル以上が 50%と、かなり偏りがあるように見える。また、実験参加者の選出方法については、筆者の見落としがないう限り、述べられていないようである。以上の点は、後述する研究2によってある程度カバーされると思われるとはいえず、研究1の注意すべき特徴であるかもしれない。

<sup>72</sup> これを含む、実験参加者に対する指示（instruction）のスク립トは、Robinson & Kurzban (n 59) 1898 f に掲載されている。

<sup>73</sup> Robinson & Kurzban (n 59) 1867 n 172. 同所で掲げられている通り、Bureau Of Justice Statistics, Criminal Victimization In The United States, 2003 Statistical Tables 14 table 1 (2005)による。

<sup>74</sup> Robinson & Kurzban (n 59) 1894-1898.

乱している様子であったため、騙せると考え、釣り銭をわざと 20 ドル少なく渡した。

シナリオ 8 (ラジオ事例) : ジョンが歩いていると、道に停まっている自動車の後部座席にクロックラジオが置いてあった。扉に鍵がかかっていなかったため、そのクロックラジオを盗んだ。

シナリオ 9 (ドリル事例) : ジョンは、近くに住む家族が、ガレージに施錠していないことを知っていた。そこで、機会をみて無施錠のガレージに侵入し、仕事に必要なであった電動ドリルを盗み出した。返却する意図はなかった。

シナリオ 10 (電子レンジ事例) : ジョンは、ある家族が旅行に出ている間に、その住居に侵入し、キッチンから電子レンジを持ち去った。

シナリオ 11 (テレビ事例) : ジョンは他人の、当時無人であった住居に侵入し、価値のあるものを探し回ったところ、18 インチのテレビしかないの、腹を立てた。外に出ると、それが自分の欲しいものではない、古いモデルであったことに気づいたため、地面に叩きつけて破壊した。

シナリオ 12 (平手打ち事例) : ジョンがレコード店に行くと、ジョンの好きなバンドを馬鹿にするメッセージの書かれた帽子を被っている客がいた。ジョンは客の後に続いて店を出ると、彼の顔を強く平手打ちした。彼の顔には、しばらく消えないアザができた。

シナリオ 13 (頭突き事例) : ジョンはサッカーの観戦に行ったが、敵チームのファンが、こちらのチームを貶めているのが耳に入った。試合終了後、ジョンがその男に頭突きをした結果、男は二針縫う切り傷と、片目にアザを負った。

シナリオ 14 (縫合事例) : ジョンは息子のサッカーの試合を見に来たが、他の親が気に入らない発言をしているのを耳にし、試合終了後に彼を追って、彼が持っていたコーヒーマグを奪って、それで殴り倒した後、地面に倒れた彼を複数回足蹴にし、数分間にわたり殴打した。彼は五針縫う切り傷を負った。

シナリオ 15 (ネックレス事例) : ジョンは、ある女性に駆け寄り、着けていたネックレスを掴んで彼女を地面に引き倒したが、ネックレスは壊れなかった。女性は頭に数針縫う切り傷を負った。ジョンはネックレスを得られずに走り去った。

シナリオ 16 (強盗未遂事例) : ジョンはある男に、金をよこせと詰め寄ったが、拒絶されたので、男の顔を数回殴り、顎を骨折させたほか、数針縫う切り傷を複数負わせた。ジョンは金銭を得られずに走り去った。

シナリオ 17 (ゴルフクラブ事例) : ジョンは、強盗を試みている中で被害者の男に財布を差し出さるために、ゴルフクラブを用いて、財布から手を放すまで殴打した。財布には 350 ドルが入っていた。男は 2 日間の入院を余儀なくされた。

シナリオ 18 (ピットブル事例) : ジョンは違法な闘犬のために獰猛なピットブルを二匹飼っていたが、逃げ出して、ジョンの家宅を訪れた人を襲った。ジョンは警察から、ピットブルを処分するように指示され、同意したが、実際は指示に従う意図はなかった。翌日、ピットブルは再び逃げ出し、配達員の男に襲いかかって殺害した。

シナリオ 19 (幼児事例) : ジョンは、違法な銃を買いに自動車で出かけた。車には、友



人から預かっていた、よちよち歩きの幼児も載せていた。暑い日であったので、幼児を車に残すのは安全でないと考えたが、すぐに戻ってくるつもりで立ち去った。ジョンは、幼児のことを忘れて店員と話し込んでしまい、幼児は意識を失って死亡した。

シナリオ 2 0 (刺殺事例)：ジョンは、職場で、ある女性の侮辱的な言動に気分を害され、彼女をひどく痛めつけることに決めた。翌日、周囲に人がいないときに、デスクからペーパーナイフを取り出して女性を刺突した。女性はその傷により死亡した。

シナリオ 2 1 (待ち伏せ事例)：ジョンは、自分の気分をひどく害した、ある女性の住所を知った。ジョンは、前日に立てていた計画に従って、女性が帰宅するのを待ち伏せし、現れたところを銃撃した。女性はその傷により死亡した。

シナリオ 2 2 (誘拐事例)：ジョンは、ある女性により自分の悪事 (misdeed) を雇用者に暴露され、解雇された。ジョンは仕返しのために計画を立て、翌週、女性にナイフを突きつけながら自動車に無理やり連れ込み、計画していた場所まで運転して、同所で女性を銃撃し殺害した。

シナリオ 2 3 (焼き殺し事例)：ジョンは、遺産を得るため、病気を患っていた母を殺害することに決めた。ジョンは、母をベッドに引きずり入れ、事故に見せかける目的で、その酸素マスクにタバコで火をつけた。服に火が付き、彼女は叫びながら焼け死んだ。ジョンは母が燃えてゆくのをただ傍観していた。

シナリオ 2 4 (身代金事例)：ジョンは 8 歳の少女を身代金目的で誘拐し、彼女をレイプしたあと、ライターの火を押し付けて彼女が痛みに叫ぶさまを録画し、身代金の要求に従わせるため、両親にそのビデオを送りつけた。両親は指示に従ったにもかかわらず、ジョンは目撃者を残さないよう、彼女を絞殺した。

研究 1 の結果：次の図表 2 に結果が掲載されている。その内容を概観すると、まず、シナリオ 1～4 については、いずれも 90% 以上の実験参加者が、「刑罰なし」の判断を下している。これに対してシナリオ 5 では、27% の実験参加者が「刑罰なし」の判断を下したが、残りは刑を科する判断を下している。したがって、このシナリオ 5 が、可罰／不可罰のボーダーラインであったことになる。

図表 2: 研究 1 の結果<sup>75</sup>

シナリオ	最頻値ランク	“刑罰なし”の判断がなされた割合 (%)	平均値ランク
S1 (防衛事例)	刑罰なし	91	*
S2 (強制事例)	刑罰なし	92	*
S3 (傘事例)	刑罰なし	92	*
S4 (幻覚事例)	刑罰なし	92	*

<sup>75</sup> LJUD 30; Robinson & Kurzban (n 59) 1869. なお、最頻値からの逸脱数については、Robinson & Kurzban (n 59) 1870 参照。

シナリオ	最頻値ランク	“刑罰なし”の判断がなされた割合(%)	平均値ランク
S5(パイ事例)	5	27	3.9
S6(T シャツ事例)	6	8	6.3
S7(釣銭事例)	7	9	6.8
S8(ラジオ事例)	8	5	7.6
S9(ドリル事例)	9	3	8.8
S10(電子レンジ事例)	10	2	9.9
S11(テレビ事例)	11	2	10.4
S12(平手打ち事例)	12	0	12.1
S13(頭突き事例)	13	2	13
S14(縫合事例)	14	0	14.1
S15(ネックレス事例)	15	0	14.8
S16(強盗未遂事例)	16	0	15.6
S17(ゴルフクラブ事例)	17	0	16.8
S18(ピットブル事例)	18	0	18.2
S19(幼児事例)	19	3	18.6
S20(刺殺事例)	20	0	19.7
S21(待ち伏せ事例)	21	0	20.9
S22(誘拐事例)	22	0	21.7
S23(焼き殺し事例)	23	0	23
S24(身代金事例)	24	0	23.9

N (実験参加者数) = 64

(\*)「刑罰なし」に 0 の値を割り当てたとき、これら 4 つのシナリオの平均値は、それぞれ 0.6, 0.3, 1.4, 0.3 であった。

刑罰ありの判断が多数派を占めた S5～24 の計 20 事例につき、実験参加者はそれぞれランク付けを行ったわけであるが、このランク付けにおける参加者間の一致 (concordance) の度合いについては、これを 0 から 1 の値で表す統計量であるところのケンドールの一致係数 W (Kendall's W) が算出された。この W が 0 に近いほど一致度が低く、1 に近いほど一

致度が高いことになる。研究 1 の W は 0.95 ( $p < .001$ )であった<sup>76</sup>。

研究 1 の考察<sup>77</sup>：上述した通り、研究 1 における実験参加者によるランクづけ（相対的均衡性判断）の一致度は、ケンドールの W にして 0.95 であるが、これは極めて高い値である。

比較対象を示すと、ロビンソンが挙げている例では、まず、アメリカ人男性を対象とした実験研究において、WHRs (waist-to-hip ratios: ウエストとヒップの比) を変動させた複数の女性のイラストにつき、魅力を感じる程度を順序で示させた研究では、その順序の一致度にかかるケンドールの W が 0.54 を示した<sup>78</sup>。また、経済学の研究者を対象に、質が高い経済誌のランキングを 1 位から 20 位まで作成するように求めた研究では、ケンドールの W が 0.095 を示している<sup>79</sup>。

これに対して、研究 1 と同レベルの高い一致度が示されるのは、より直観的で、ほとんどの人にとって明白に感じられるような判断を求められる調査においてである。例えば、実験参加者に、次の図表 3 に示す六つの顔の絵を示し、より痛そうな顔をしている順に並べてもらう研究では、ケンドールの W が 0.97 を示している<sup>80</sup>。研究 1 の一致度が、このような調査と同水準の高さを示していることは、ここまで述べてきたところの、①正義判断は人により相対的な、専ら推論の産物なのではなく、直観的判断としての側面をもつこと、および、②先行研究により、公衆の相対的均衡性は高度な一致を見せることが示唆されていることと、整合的であるといえる。

図表 3：六つの顔の絵<sup>81</sup>



<sup>76</sup> *IJUD* 30. なお、用語について補足しておく、ここにおける”  $p < .001$ ”の意味は次の通りである。まず  $p$  の値は、帰無仮説（この場合、実験参加者の順位づけに一致はないという仮説）を前提とした場合に、観察された現象が起こる確率を示す。ここでは”  $p < .001$ ”であるため、 $p$  値は 0.1%未満ということになる。問題は、この確率がどの程度低いときに帰無仮説が否定されるかであるが（この水準は有意水準と呼ばれる）、これは一般に、5%（つまり” $.05$ ”）に置かれることが多い。ここでは  $p$  値が優位水準を下回っているため、帰無仮説は否定され、対立仮説（つまり、実験参加者の順位づけに一致はあるという仮説）が採用されることになる。

<sup>77</sup> *IJUD* 31.

<sup>78</sup> Frank Marlowe & Adam Westman, ‘Preferred waist-to-hip ratio and ecology’ (2001) 30 *Pers Individ Differ* 483.

<sup>79</sup> Kostas Axaroglou & Vasilis Theoharakis, ‘Diversity in Economics: An Analysis of Journal Quality Perceptions’ (2003) 1 *J European Econ Assoc* 1421.

<sup>80</sup> KA Herr et al, ‘Evaluation of the Faces Pain Scale for Use with the Elderly’ (1998) 14 *Clin J Pain* 29.

<sup>81</sup> *Ibid* 29; see also *IJUD* 31; *Waffenstillstand*, S. 16.

研究2の方法<sup>82</sup>：研究2の内容は、基本的に研究1と同一である。ただし、調査はインターネット上で行われた（internet-testing）。具体的には、実験参加者は、コンピュータの画面上に表示された24件のシナリオ（研究1と全く同じもの）をドラッグして、軽重関係に従って並べ替えることを求められた。研究2は、アメリカ国立科学財団の TESS（Time-Sharing Experiments for the Social Sciences）プログラムを利用して実施されたものであり、246人の実験参加者が、特定のデモグラフィックに偏ることがない形で、全米から選ばれている<sup>83</sup>。それゆえ、実験結果の信頼性はより高いものとなっているといえる。ただし、その一方で、インターネット上の実験であるため、実験参加者は研究者と対面していない。そのため、参加者のモチベーション管理ができず、その結果として作業が集中を欠いた状態で行われてしまう可能性を排除できなかった（上述した通り、同研究で求められる作業は難易度が高く、時間もかかるため、もともと参加者の集中力の維持に懸念があった点を想起されたい）。つまり、研究1よりもさらに参加者の集中力の維持が難しいということであり、そのぶんだけ、結果の不一致度がさらに高まることが予想された。

研究2の結果と考察：研究2の詳細な結果は省略するが<sup>84</sup>、まず、シナリオ1～4で多数が「刑罰なし」を選択している点は研究1と同じであった。ただし、その割合は71～87%と低下している。さらに、シナリオ5における「刑罰なし」の割合は8%にまで低下している<sup>85</sup>。この点では、厳罰化傾向の高まりが看取される。また、ケンドールの W は 0.88 ( $p < .001$ ) であった。すなわち、若干数字は下がっているものの、やはり高度な一致が示唆されていることに変わりはなく、その意味で、研究1の結果を裏づけるものであると言える。

#### 2-2-2-2. 研究3と研究4：公衆の不一致

以上に対して、研究3および4においては、相対的均衡性判断に関する公衆の不一致点が示唆された。

研究3の方法：研究3は、上述した研究1が終了した直後に行われた（そのため、当然であるが、対面により行われた。参加者も同一である）。すなわち、研究1が終了し、ランク付けされた24のシナリオが並んでいるわけであるが、研究3では、これに加えて、さらに12のシナリオが、カードに印刷された形で配布された。実験参加者には、これらの24のシナリオとの関係で、追加された12のシナリオを、軽重関係に従って並べ替えることを求められた（例えば、追加された12シナリオのシナリオAが、24シナリオの4番と5番の中間にあたる重さをもつと判断した時には、4, A, 5というようにカードを並べることになる）<sup>86</sup>。なお、この12のシナリオで行われている犯罪は、研究1における24のシナリオにおけるそれよりも発生頻度の少ないものであるが、その代わりに、公的議論の対象とされることが多い犯

<sup>82</sup> *IJUD* 32; Robinson & Kurzban (n 59) 1874 f.

<sup>83</sup> デモグラフィックの分布については、see Robinson & Kurzban (n 59) 1878 n 199. 白人が70%、四年制大学卒業以上が24%、年収8万ドル以上が20%と、上注(71)に掲げた研究1のデモグラフィックと比べて、偏りが改善されている。

<sup>84</sup> *IJUD* 32-34; Robinson & Kurzban (n 59) 1876-1879.

<sup>85</sup> この点で、インターネットテストでは、参加者の厳罰化傾向が高まっているということができるように思われる（cf *IJUD* 128）。公衆の厳罰志向性については、本稿I. 3. 参照。

<sup>86</sup> *IJUD* 65 f.

罪が選ばれている<sup>87</sup>。

この 12 件のシナリオについても、全訳ではないが、内容を示しておく<sup>88</sup>。なお、単語数は 100～250 程度であった。

シナリオ A (飲酒運転事例) : ジョンは、飲酒後に自動車を運転したところ、電柱に衝突し、同乗者に軽傷を負わせた。ジョンの血中アルコール濃度は、法律上の基準値の 2 倍であった。

シナリオ B (売春事例) : あるモーターのフロント係は、ジェーンがチェックインした後、複数の男が部屋に出入りするので、売春が行われているのではないかと疑った。部屋に踏み入ると、果たして売春が行われていた。ジェーンはどの程度の刑に値するか？

シナリオ C (大麻事例) : ジョンは、土曜日のパーティーで自分で楽しむために、売人から 6「ボウル」分の大麻を購入した。

シナリオ D (未成年飲酒事例) : ジョンの甥は 15 歳であるが、彼が友達とパーティーを開くというので、二樽のビールと半ガロンのウォッカを代わりに購入してあげた。この行為は州法に違反するものであった。

シナリオ E (獣姦事例) : ある農夫が夜中に眠っていると、納屋から奇妙な音が聞こえてくるので、起き上がって見に行くと、ジョンが農夫の羊と激しく性交していた。

シナリオ F (中絶事例) : ジョンは開業医であるが、長年の付き合いである妊婦の患者から、子供が欲しくなくなったので中絶して欲しいと求められた。彼女は妊娠 7 ヶ月であったため、後期中絶にあたり違法であるが、ジョンはかまわず中絶を行なった。

シナリオ G (コカイン事例) : ジョンはコカインを 0.5 グラム、すなわち 6「ライン」ぶんであるが、これを自分で使うために購入した後、警察に逮捕された。

シナリオ H (不同意性交事例) : ジョンは、交際中の女性と親密な愛撫を行っていたところ、性的に興奮してきたため、セックスを持ちかけた。しかし彼女は「No」と言い、ジョンがことにかかろうとすると抗議した。彼女は身を固くして、横になったまま動くことなく、やめるように言ったが、ジョンはやめなかった。

シナリオ I (累犯事例) : ジョンは宝石店で、ダイヤモンドの結婚指輪を買いたいので現物をじっくり見せてくれと頼んだ後、指輪を持ったまま素早く立ち去ったが、捕えられた。彼には二つの前科があり、刑務所 (jail) に収監された過去があった。一つは自動車の窃盗であり、もう一つは殴り合いであった。

シナリオ J (強制性交事例) : ジョンは、車の多く停まったショッピングモールの駐車場で、消えた電灯の側にある茂みに隠れ、モールの店員である女性が仕事を終えてやってくるのを待ち構え、茂みに引きずり込んでレイプした。

シナリオ K (薬物販売事例) : ジョンは、欲しがっているなら誰にでもコカインを売り、多額の金銭を稼いでいた。警察が彼の高級マンションに乗り込み、500 グラムの、つまり約

---

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Robinson & Kurzban (n 59) 1902 f.

6000「ライン」ぶんのコカインを押収した。

シナリオ L (薬物輸入事例)：ジョンはトップレベルのコカイン輸入・販売業者であり、豪邸に住み、多数の売人を従えていた。警察が家に乗り込み、5 キログラムの、つまり約 60000「ライン」ぶんのコカインを押収した。

研究 3 の結果<sup>89</sup>：研究 3 の結果を示すのが、下に掲げてある図表 4 である。まず、上述した 12 シナリオは、該当する犯罪の法定刑が軽い順に A から L までの記号を振られたものであるが（ちなみに、研究 1 と 2 では、公衆が軽く評価するであろうと予測されていた順に 1 から 24 までの番号が振られている）、“E, B, C...”とあるように、参加者の評価が法定刑の順序と矛盾していることがわかる。また、最頻値ランクの軸に注目すると、例えばシナリオ E で最も多かった回答は「刑罰なし」であるが、この回答を提出した人数は 27 人と、参加者数 64 人に対して少ないことがわかる（シナリオ F の中絶事例に至っては、最多回答として「刑罰なし」という軽い判断と、17-18 というかなり重い判断が並立している）。さらに、研究 3 ではシナリオ数が 12 件にすぎないため、これが 24 件あった研究 1 ほどは複雑な判断が要求されず、それゆえ一致を得る上では有利な状況であったと言える。それにもかかわらず、ケンドールの一致係数 W は 0.55 ( $p < 0.001$ )を示した。

図表 4: 研究 3 の結果<sup>90</sup>

シナリオ	平均ランク*	最頻値ランク (回答数)**	“刑罰なし”とした割合(%)
E (黙姦事例)	5.1	刑罰なし (27)	42.2
B (売春事例)	7.3	刑罰なし (15)	23.4
C (大麻事例)	7.4	刑罰なし (14)	21.9
G (コカイン事例)	10.2	11-12 (9)	9.4
A (飲酒運転事例)	12	11-12 (9)	3.1
D (未成年飲酒事例)	12.2	17-18 (10)	4.7
I (累犯事例)	13.6	11-12 (12)	0
F (中絶事例)	14	刑罰なし, 17-18 (8)	12.5
H (不同意性交事例)	15.5	17-18 (17)	1.6
K (薬物販売事例)	16.5	17-18 (21)	3.1
L (薬物輸入事例)	17.4	17-18 (24)	0
J (強制性交事例)	18.6	17-18 (18)	0

<sup>89</sup> *IJUD* 66 f.

<sup>90</sup> *IJUD* 67. なお、最頻値からの逸脱数については、*Robinson & Kurzban* (n 59) 1886.

N(実験参加者数) = 64

(\*) 本研究において被験者らが付した順位は、研究1の最初のシナリオで付された順位に依存することに注意されたい。したがって、シナリオ J の平均順位が 18.6 であることから、被験者はこのシナリオを研究 1 のシナリオ 18 および 19 の重大性と最も密接に結びつけていることが示唆されたことになる。

(\*\*) 表中にある 11~12 という最頻値は、そのシナリオを、11 番目と 12 番目に順位づけた第 1 セットのシナリオの間にある、と順位づけた被験者の回答が最も多かったことを示している。括弧内の数字は、当該回答を行った被験者の人数を示している。

研究 4 の方法と結果：考察に入る前に、研究 4 の方法と結果についても述べておく。研究 3 と 4 の関係は、研究 1 と 2 の関係と同じである。すなわち、研究 3 において、コンピュータ上で 24 件のシナリオを並べ替えてもらった後、研究 4 として、A~L の 12 件のシナリオを追加し、その軽重関係を、既に並べてある 24 件のシナリオとの関係で位置づけるように求めたものである。研究 4 の詳細な結果は省略するが<sup>91</sup>、シナリオ B (売春事例)、C (大麻事例) における最多回答が「刑罰なし」であったことは同様であった（ただし、その割合は 30%程度にまで増大している）。シナリオ E (獣姦事例) も、両研究で「刑罰なし」が最多回答となったが、研究 4 でのその選択率は 16%と、かなり低下している。また、シナリオ G (コカイン事例) については、研究 3 では最頻値ランクは 11-12 であり、「刑罰なし」の割合は 9%であったのに対して、研究 4 では「刑罰なし」が最多回答であり、その割合は 19%であった。以上の四つのシナリオについて、研究 3 では平均値ランクが軽い順から”E, B, C, G”であるが、研究 4 では”C, B, G, E”である。このように、両研究では、「刑罰なし」の範囲自体は、シナリオ G を除いて一致しているものの、その中での重大性の評価には既に乖離がみられている。

研究 4 におけるケンドールの一致係数 W は 0.51 ( $p < .0001$ )であった。

研究 3 と 4 の考察：研究 3 および 4 では、研究 1 および 2 と比べて、参加者の相対的均衡性判断における一致度が大幅に低下している。つまり、公衆の相対的均衡性判断は、高度な一致の認められる領域が確かに存在するが（研究 1 と 2）、この一致が崩れてしまうような領域もまた存在する（研究 3 と 4）、ということである。

それでは、研究 1 および 2 と、研究 3 および 4 との間におけるいかなる違いが、上述したような一致の崩壊を導いたのだろうか？ この点では前提として、研究 3 および 4 で用いられた犯罪シナリオは、薬物、中絶、飲酒運転、性交と同意など、いずれも公的議論が盛んに行われているテーマに関わるものであり（同研究のシナリオを構築する上ではそのようなテーマがピックアップされていたのであった）、かつ、その議論のコンテキストは各々異なっている。つまり、研究 3 と 4 において参加者の意見が割れたことは、（そのようなテーマを選んだのである以上）ある意味で当然のことであるし、かつ、そのように意見が割れる理由については、テーマごとに独自の事情があろう。ただ、両者の間には、いわば総論的・全体

<sup>91</sup> *IJUD* 67 f; *Robinson & Kurzban* (n 59) 1887-1890.

的な相違もまた存在するように思われる。すなわち、研究1および2において取り上げられた犯罪の多くは、窃盗、詐欺、暴行、故殺、謀殺など、いわゆる自然犯（*malum in se*）にあたる犯罪であるが、研究3および4で取り上げられた犯罪は、必ずしもそうではない、ということである。ロビンソンは、前者のような、その悪性に関する公衆の直観が強固かつ一致しているところの諸犯罪を総称して「不正行為の中核（*core of wrongdoing*）」と呼んでいる。つまり、公衆の相対的均衡性判断は、不正行為の中核に関しては高度な一致を見せる一方で、この中核から外れると（ないし、離れていくごとに）一致が崩れてゆく。これが、研究1～4から得られた示唆であると結論づけることができるのである<sup>92</sup>。

これ自体は、観察された現象に、「不正行為の中核」という名前をつけただけのことである。しかしこの点では、そもそもここでの目的に照らせば、「公衆の相対的均衡性判断には、高度な一致がみられる領域が存在する」ということ、すなわち、公衆の正義観念は存在するということが検証されれば十分である。そして、公衆の正義観念は、研究1と2を通じてその存在が検証され、また研究3と4を通じて、その限界も示唆された。これらの結果を総合して得られたのが、「公衆の正義観念は、不正行為の中核については一致した形で存在するが、この中核から外れたところでは一致が崩れる」という結論である。この時点で、本稿I. 2. の課題は、十分に達成されていると言える。

したがって、このままI. 3. に進んでもよいのであるが、一点、興味をそそる謎が残されているのも事実である。それは、「なぜ、不正行為の中核においては、公衆の正義観念は高度に一致するのか？」という謎である。そこで、これについて以下言及しておくことにする。

### 2-3. 正義直観の起源に関する進化心理学的仮説

既述の通り、近年の実験研究においては、次のような結果が得られている。すなわち、公衆の正義観念（罪と罰の相対的均衡性に関する判断）は、「不正行為の中核」については、高度な一致をみせる。その限りで、公衆の正義観念は、統一的なものとして確かに存在する。

しかし、なぜこのような一致が存在するのであろうか？あるいは、本稿I. 2-2-2. 2. でみたように、公衆の正義観念の一致には限界も存在するが、なぜそのような限界があるのだろうか？さらに詳しく言えば、「不正行為の中核」と、それ以外の不正行為との境界線は、どこにあるのだろうか？もちろん、この境界線自体は、実験研究を通じて発見できるものであるが、この境界線の位置を決定し、その予測を可能にするような法則を見出すことはできないだろうか？

ロビンソンは、進化心理学の知見を援用しながら、この疑問に答えようとしている。これも、結論から述べておくことが便宜にかなうであろう：人類の生存に不可欠な社会関係を構築・維持する上では、その障害となる行為（代表例として、他者に対する身体的傷害、他者の所有物の奪取、および他者との交換関係における欺罔）に対して報復（*tit for tat*）を行うことで、これを抑止する必要があった。そのため人類は、進化の過程で、このような報復を行う生得的傾向を獲得してきたのである<sup>93</sup>。より簡潔に言えば、人類が不正行為を（一定の程度 of 重さで）処罰するという傾向をもつ理由は、それが進化的に（生存と繁殖にとって）有利

<sup>92</sup> *IJUD* 69, 75; *Robinson & Kurzban* (n 59) 1890-1892.

<sup>93</sup> *IJUD* 39.



であったからだ、ということである。

したがって、このような進化的仮説と、それと整合する経験的証拠の内容を概観する必要がある。しかし、その前に、筆者からの補足として、メタ的な、次のような疑問を提示しなければならない。すなわち、ここで進化心理学などの知見を参照することに、どのような意味があるのだろうか？ この点についてロビンソンは必ずしもはっきりとした議論を示していないが、この点の検討は、ありうる誤解を避け、進化的仮説の理論的位置づけを明確化する上で、必要不可欠であるように思われる。

まず、刑罰正当化論において進化心理学の知見を参照するというと、あたかも次のような主張にコミットしているかのように見えるかもしれない。すなわち、不正行為を処罰することは、進化的に有利な戦略として人類が獲得してきた傾向である、という事実そのものが（たとえば、このことが処罰行為〔応報すること〕の合理性ないし功利性を示しているとして）、刑罰の正当化根拠になる、というような主張である。しかし本稿は、このような主張に与するものではない。その論拠としては、さしあたり次の三点を挙げることができる。

第一に、進化心理学的に説明されうるのは、人が処罰（応報）欲求ないしその傾向をもつことの経験的な原因であって、その規範的な正当化根拠ではない。前者に関する経験的言明そのものに、後者に関する規範的意味を認めるならば、それは事実から当為を引き出すという誤謬（自然主義的誤謬）を犯した、誤った論証である。換言すれば、「進化生物学の参照によって行われるのは、正当化ではなく、説明である」<sup>94</sup>。

第二に、確かに、不正行為に対する報復は不正行為を抑止する（ことで報復者やその仲間の生存と繁殖に有利に働く）という機能を有していたと考えることはできるが、それは報復（応報）が不正行為を抑止する上で役立つということを意味するだけであり、現在においてそれが抑止に役立つということまでを意味するものではない。言い換えれば、人間が報復を求める背景ないし根拠としては、その心理において、不正行為を抑止したいという関心が意識的または無意識的に存在していた、あるいは存在しているということは可能であろうが<sup>95</sup>、そのような抑止への関心に基づく報復行動が、現実抑止に限らない。例えば、報復（応報）感情とは無関係な、行為とは不釣り合いに重い法定刑による威嚇の方が、現代においては上述した報復戦略よりも効率的な犯罪予防効果を発揮するということがありうる。その場合には、目的刑論の観点からは、（かつては抑止に役立っていたがために）進化的に獲得・維持されてきた報復（応報）感情を無視して、それと矛盾するような威嚇抑止

<sup>94</sup> Andrissek, Anm. (7), S. 88. もちろん、このことと、規範的命題が部分的に経験的命題に依存する場合があることは矛盾しない。例えば、刑罰は犯罪予防効果によって正当化されるという規範的命題は、刑罰には犯罪予防効果があるという経験的命題に依存している。この点も含め、刑法解釈論と経験科学の関係に関するより一般的な考察として、例えば Urs Kindhäuser, ZStW 121 (2009), 955-957; ウルス・キントホイザー（仲道祐樹＝小池直希訳）「刑法学の対象と課題について」早比 52 巻 2 号（2018 年）98-100 頁参照。

<sup>95</sup> この点については、佐伯昌彦『犯罪被害者の司法参加と量刑』（東京大学出版会、2016 年）198 頁、212 頁、220-221 頁など参照。ただし、論者自身は、公衆の報復感情の背後には抑止への関心という動機がある（可能性がある）ということを指摘するにとどまっており、それを、刑罰の正当化根拠としての抑止に直接結びつけているわけではない。

のアプローチを採用することだけが正当化されるであろう。逆に、報復（応報）感情を刑罰として実現することが抑止に役立つと主張したいならば、その点については、別個の経験的検証を要する。報復感情の実現が過去において抑止に役立っていたということから、それが現在においても抑止に役立つということは導かれないのである。

第三に、ロビンソンの構想においても、進化心理学の知見は、刑罰の正当化根拠にとって、それ自体で重要性をもつものではない。すなわち、その構想は、本稿 I. 冒頭で述べたように、「公衆の正義観念の存在→それに従った処罰を通じた、公衆による刑事司法制度への道徳的信頼の維持→道徳的信頼に裏打ちされた公衆の遵法性の維持」という一連の因果的連鎖をそれぞれ検証することで、公衆の正義観念に従った刑罰の犯罪予防効果を経験的に基礎づけるというものである。ところで、この主張を根拠づけるためには、公衆の正義観念がいま存在しているということが示されれば足りる。したがって、それがなぜ存在しているのかという問題の答えがいかなるものになるかという進化心理学的な関心は、ここにおいても、刑罰の正当化根拠とは無関係であるということになる<sup>96</sup>。

それでは、「公衆の正義観念が存在していることの原因」を進化心理学的にさぐることに、刑罰正当化論にとって、いかなる意味もないのであろうか？ 必ずしもそうではないと思われる。ここでは、この作業の意義として、次の二点を示すことができる<sup>97</sup>。

第一に、公衆の正義観念が、統一的な形で存在している領域と、その限界を見せる領域との境界線を、ある程度予測できるようになることが期待される。つまり、公衆の正義観念が進化的に発達してきたものであるとすれば、この正義観念が捕捉するのは、言ってみれば遙か昔から、人間の社会生活に重大な支障をもたらしてきたような、「古い、原始的な」不正行為であろう。これに対して、より「新しい」不正行為は、その進化の歴史との結びつきが相対的に弱くなるために、直観には捕捉されにくくなるであろう。このような視点があれば、例えば公衆の相対的均衡性判断について新たに実験研究を計画する際には、犯罪シナリオを起草する際に、「これについては意見が強く一致するであろう、これについては一致は弱いであろう」というような仮説が立てやすくなり、その分だけ、計画の立案が容易かつ繊細なものとなる。この点でも、進化心理学のもたらす効用は大きいように思われる。

第二に、公衆の正義観念の進化的基礎を示すことによって、この観念（直観）がいかに根深く、強いものであるかということを具体的に理解することができる。すなわち、既述の通り、公衆の正義観念は、専ら理性的推論の産物なのではなく、直観に根ざす部分も大きい。あるいは、本稿 I. 2-1. で述べた「直観（システム1）と推論（システム2）」の図式に沿って言えば、我々はまず直観システムに従って、すばやく大まかな「あたり」をつけ、これを推論システムが時間をかけて「監視」ないしフィルタリングすることで、認知の内容を、利用可能な時間や情報、あるいは推論能力などの制約の範囲内で修正する、というプロセスを辿って思考する<sup>98</sup>。ここにおいて、進化心理学（ないしそれと整合する経験的証拠）の視点は、ここで出発点となっている「直観」が、精神というよりは身体を基盤としており、人間の人間性というよりは動物性に根ざしているということを明らかにする。このことから、公衆の

<sup>96</sup> LJUD 62.

<sup>97</sup> 佐伯・前掲注（95）211 頁と比較せよ。

<sup>98</sup> カーネマン・前掲注（39）314 頁参照。

正義直観は、理性や推論や規範といった精神的なものによって改変（改革）されえないわけではないが、この改変の容易性は領域によって程度が異なり、場合によっては、改変可能性がほとんど絶望的な領域も存在するということが理解できるようになるのである。

このように、本稿の企図からしても、進化生物学の知見を参照することの意義は十分に大きい。もっとも、上述した二点を実現することは、本稿にとって、喫緊の課題であるとまでは必ずしも言えない。というのも、第一点目については、本稿は新たな実験研究を独自に企画しようとするものではない。また第二点目は、本稿が取り扱っている刑罰「直観」が、従来の刑罰論が扱ってきた刑罰の規範的「理論」（つまり推論）とは根本的に異質なものであるということを具体的に理解する上で、実践的に有益ではあるが、理論的にこの段階が必要不可欠であるというわけではない。

それゆえ以下では、ロビンソンが進化心理学を参照しながら展開している議論を簡潔に確認するとどめ、それに深く立ち入るのは避けることにする（そもそも、これに深く立ち入ることは、本稿筆者の能力の制約により不可能なことでもある。そのため、以下には不正確・不十分な記述が含まれているであろうとも考えられるが、それでも、この作業に取り組むことは、ロビンソン説を十分に理解し、かつ今後の目的刑論の発展を準備する上で不可欠であると考えられるため、あえてこれを試みる次第である）。

### 2-3-1. 正義直観を共有することの進化的有利性<sup>99</sup>

人間は社会的動物であり、家族や友人と、あるいはグループ内で協力的な行動を積極的に行う。このような行動傾向は、（集団生活を営む一部の昆虫などを除いて）生物学的には珍しいものであるといわれる。人間が、なぜ協力的な行動傾向を進化させてきたのかという疑問に答えるためには、この協力傾向がもつ利益を明らかにしなければならない。

ここで指摘できるのは、協力には、互惠性（reciprocity）との関連で利益が認められるということである。すなわち、今日あなたが、わたしに足りない水を提供してくれることによって、明日わたしが、あなたに足りない食料を提供するのであれば、あなたは（わたしも）協力しない場合に比べて多くの利益を得られることになる。しかし、確かに互惠性に基づく協力的行動には利益があるとしても、その協力傾向にただ乗りする者、すなわちフリーライダーになった方が、なおのこと多くの利益が得られるかもしれない。例えば、あなたがわたしに水を提供してくれたのに、わたしはあなたに食料を提供しなかったとして、それでもあなたがわたしに協力することをやめず、ふたたび水をくれたならば、わたしは一方的に利益を搾取できることになる。このような事態を避けるためには、人間は、選択的に協力する（cooperate selectively）必要がある。すなわち、協力には協力で応えてくれる、信頼できるパ

---

<sup>99</sup> 本セクションの議論に関する、この分野の非専門家をも読者として想定した最近の包括的な文献として、邦訳のあるものを挙げておくと、リチャード・ランガム（依田卓巳訳）『善と悪のパラドックス』（NTT 出版、2020 年）、マイケル・トマセロ（中尾央訳）『道徳の自然誌』（勁草書房、2020 年）、リチャード・ドーキンス（日高敏隆ほか訳）『利己的な遺伝子』（紀伊國屋書店、2018 年〔原著の初出は 1976 年〕）ジョナサン・ハイト（高橋洋訳）『社会はなぜ左と右にわかれるのか』（紀伊國屋書店、2014 年）、クリストファー・ボーム（斉藤隆央訳）『モラルの起源』（白揚社、2014 年）5-94 頁、スティーブン・ピンカー（山下篤子訳）『人間の本性を考える 上・中・下』（NHK 出版、2004 年〔原著の初出は 2002 年〕）などがある。

ートナーと、協力を裏切る、信頼できないパートナーを判別して、前者には協力し、後者には協力しないというように、態度を使い分ける必要がある。言い換えれば、善い行動には返報をもって反応し、悪い行動には報復をもって反応する必要があるのである<sup>100</sup>。ところで、このような選択的な協力を可能とし、かつそれを維持するためには、パートナーの信頼性を判断する認知能力が必要である。より具体的に言えば、どのような行為が互惠性の侵害にあたり、あるいは例えば不公平な資源分配にあたるのかを判断し、その種の行為があった場合には、それを罰する傾向を持っている必要がある。逆に言えば、このような能力・傾向を有している方が、協力行動を通じた生存にとって有利である。それゆえ、人類の進化の過程においては、不公平・不公正な行為を認識し、またそのような行為には処罰反応を示す方向での選択 (selection; 淘汰) があったという可能性が示唆されるのである<sup>101</sup>。

ただし、以上の説明は、ある個体が、別の個体から攻撃または協力の裏切りを直接に被った場合にのみ妥当するものである。したがって、例えば個体 X が個体 A を攻撃しているときに、第三者である個体 B が X を処罰し、または X の処罰を支持することの説明は、まだ与えられていない。その一方で、人間がこのような「利他的処罰」を行う傾向をもっていることは自明である (刑罰もまた、利他的処罰の一種である)。この点をいかに説明するかは難しい問題であるが<sup>102</sup>、一つの説明として、次のようなものがある。すなわち、不正行為 (以下本段落では、これを攻撃と裏切りの総称として用いる) を処罰する集団 (group; 群) と、そうしない集団とを対比すると、処罰する集団の方が、不正行為が抑止されやすくなるため、その集団に所属する個人の方が多くの利益を得ることになる。つまり個人は、自身が不正行為の被害を受けた際に、その不正行為者を処罰すべきであるという直観を有している方が進化的に有利であるのに加えて、自身と同じ集団に属する第三者が不正行為の被害を受けた際にも、その不正行為者を処罰すべきであるという直観を有している (その結果として、自ら処罰行動に出るか、あるいは他の個人による処罰行動を支持する) 方が進化的に有利であ

---

<sup>100</sup> この点について筆者から補足しておく、まず厳密に言えば、単に協力しないということ (すなわち、利益を与えないこと) と、報復するということ (すなわち、害を加えること) は区別できる。とはいえ、攻撃によって害を加えられた場合に、それを放置しておけば一方的に害を被り続けることになるが、攻撃を受けた際に反撃を加えるようにすれば、攻撃者からみれば、反撃してくる者への攻撃はより高いコストを伴うことになり、結果として反撃者の立場が、反撃しない者に比べて有利になる。このように、上の議論を裏返して理解することができるように思われる、s. Andrissek, Anm. (7), S. 16.

<sup>101</sup> 以上について、IJUD 36 f; Paul H Robinson, Robert Kurzban & Owen Jones, 'The Origins of Shared Intuitions of Justice' (2007) 60 Vand L Rev 1646-1649.

<sup>102</sup> 補足しておく、この点に関しては、ボーム・前掲注 (99) 73-82 頁において六つの仮説が整理されている。Vgl. Andrissek, Anm. (7), S. 17-24. 代表的な仮説としては、第三者の立場にあっても、被攻撃者との間に血縁関係があれば、両者は一部の遺伝子を共有している以上、第三者にもまた自身の遺伝子を存続させるという観点から協力行動をとる理由が生まれるとする血縁選択説 (kin selection; Verwandtenselektion)、および、第三者の立場にあっても、被攻撃者に協力することで、今後自身に問題が起きた場合における被攻撃者からの協力が期待される場合には、協力行動をとる理由があるとする互惠的利他主義説 (reciprocal altruism; reziproker Altruismus) がある。前者については、非血縁者に対する協力行動をいかに説明するかという点で工夫が必要であり、後者については、直接的な交流関係がない者に対する協力行動をいかに説明するかという点で工夫が必要である、ということになる。

り、かつ、そのような直観を共有している集団の方が進化的に有利である（もし、この直観が共有されていなければ、ある個人にとっては不正行為に対する処罰行為であっても、別の個人にとっては、不正でない行為に対する処罰行動、すなわち不正行為そのものとなって、それ自体が処罰行動の対象となってしまうためである）<sup>103</sup>。

以上を総合すると、次のような結論が導かれる。すなわち、「正義直観を共有することは、個人または集団による処罰を可能とするところの能力に貢献し、その結果として、その全員を進化的に有利にする。言い換えれば、被害者に対して理解を示し、同時に不正行為を行った者に対する処罰を容認することは、進化的に有利なのである」<sup>104</sup>。

こう考えてくると、正義直観の内容に関しても、次のような発想が生まれてくる。すなわち、既述の通り、正義直観には、デモグラフィックや文化の相違にかかわらず強い一致があるものと、その一致に限界があるものとが存在する。このように一致の程度に違いが出てくることの原因については、地域ごとに異なるような環境的要因に左右されにくい、すなわちいかなる地域・社会でも互恵的な協力関係を破壊する（おそれをもつ）不正行為については、正義直観が強く一致し、逆にそうでない不正行為については一致も弱まるのだ、という仮説を立てることができるのである。もっとも、現在の研究は、前者にあたるところの、いわば不正行為の原型（prototypes）を詳細に明らかにするほどには進んでいないとされているのであるが<sup>105</sup>、例えば、身体的攻撃、他人の財産（property）の奪取、取引における欺罔（cheating）は、原型的な不正行為に含まれると考えられる<sup>106</sup>。

### 2-3-2. 進化的仮説と整合する経験的証拠

実際のところ、以上の進化的仮説を、（例えば実験による再現を通じて）「実証」することはできない。しかし、この進化的仮説と整合し、それを裏づけるような経験的証拠は多く存在する。ロビンソンは、これらの証拠群を、①動物学、②脳科学、③発達心理学に整理した上で紹介している<sup>107</sup>。そこで本稿でも、これらについて概観しておくことにする。

①動物学から得られている経験的証拠について<sup>108</sup>。共有された正義直観が進化の過程で獲得されたものであるとすれば、他の動物においても、この直観の初歩的形態が観察されるはずである。この点、霊長類に対する実験を通じては、一定の動物たちには状況の不公平さ

---

<sup>103</sup> 以上について、*IJUD* 38; *Robinson et al* (n 101) 1649-1651. この点につき筆者から補足しておく、いわゆる集団選択説（group selection）に立脚した説明であると思われる。もっとも、集団選択説に対しては、一般に、強い批判が向けられることが多いようである。ボーム・前掲注（99）76-77頁参照。ただしボーム自身は、集団選択説に対する批判を乗り越える可能性を示唆している。また、ハイト・前掲注（99）296頁以下は、集団選択説を積極的に擁護している。これに対して、集団選択説を批判するのは、Steven Pinker, 'The false allure of group selection' in David E Muss (ed), *The Handbook of Evolutionary Psychology. Volume 2* (2nd edn, Wiley, 2015) 342 ff.

<sup>104</sup> *IJUD* 39.

<sup>105</sup> *IJUD* 76.

<sup>106</sup> 以上について、*IJUD* 40; *Robinson et al* (n 101) 1653 f. 不正行為の原型として上述した三つの行為類型を示唆するのは、Owen D Jones, 'Proprioception, Non-Law, and Biolegal History' (2001) 53 *Fla L Rev* 847 ff である。

<sup>107</sup> *IJUD* 41.

<sup>108</sup> 詳しくは、*IJUD* 41-44; *Robinson et al* (n 101) 1655-1659.

を見分ける能力があり、その際には抵抗的な行動に出ることが確認されている<sup>109</sup>。例えば、オマキザル (capuchin monkeys) に関する、Nature 誌で報告された有名な実験研究がある。この実験では、まず二匹の猿が透明なケージの中に収容されており、二匹の間は目の粗い金網で仕切られている（つまり、お互いの姿がよく見える）。実験者は、まず一匹目のサルに対して、ケージの壁に空いた穴から石を入れた後、そのまま手のひらを差し出して待つ。すると、サルが実験者に石を返す。そうすると実験者は、報酬としてキュウリの切れ端を渡し、サルはそれを食べる。続いて二匹目のサルにも同じ作業を行わせるが、報酬は大好物のブドウであり、サルはこれを食べる。さて、一匹目のサルに再び同じ作業を行わせるが、報酬はふたたびキュウリであり、ブドウを貰えない。すると一匹目のサルは、渡されたキュウリを食べずに実験者に投げ返して、床を手で叩いたり、ケージの壁をゆするといった行動をとるのである<sup>110</sup>。この実験から、論者は、オマキザルには自分の報酬と他者の報酬を比較し、その相対的な程度の差に関する公平・不公平を認識して、それを受けて報酬を受け入れ、あるいは拒絶する能力があると結論づけている<sup>111</sup>。

②脳科学から得られている経験的証拠について<sup>112</sup>。人間の道徳的判断には一定の脳領域が関与していると考えられ、またそのような脳領域は、進化の過程で機能的に分化してきたものであると想定することができる。これに関する古典的な逸話としては、19 世紀前半のアメリカにおけるフィニアス・ゲージの事例がよく知られている。鉄道建築の現場で働いていた彼は、爆発事故によって飛んできた鉄の棒に頭を刺し貫かれ、左前頭葉に損傷を受けたものの、生還した。しかし、この怪我を経た後では彼の人格が大きく変容しており、以前では考えられなかったような反社会性を示すようになったというのである（逆に、それ以外の精神的能力は保持されていたという）<sup>113</sup>。最近の脳科学研究では、どの脳領域に損傷や病変が起これば反社会的行動がもたらされるのかということが、より具体的に特定されるようになってきている<sup>114</sup>。この関連でとりわけ興味深いのは、道徳に関するシナリオを人に見せるとき、一般に重要であると考えられている要因を変動させると、それに伴って活発に活動する脳領域にも変動がみられるという報告である。例えば、被験者に、意図的な危害を伴うシナリオを見せると、そうでないシナリオと比べて、前頭眼窩野や側頭極といった、感情に関連する領域の活動が活発化するというのである<sup>115</sup>。これは、進化的仮説との関連のみならず、

<sup>109</sup> Sarah F Brosnan, 'Nonhuman Species' Reactions to Inequity and their Implications for Fairness' (2006) 19 Soc Justice Res 153 ff.

<sup>110</sup> Sarah F Brosnan & Frans B M de Waal, 'Monkeys reject unequal pay' (2003) 425 Nature 297-299. なお、この実験については、共著者である Frans de Waal による一般向けのスピーチが動画共有サイトで公開されており、そこで実験の様様を動画で確認することができる。

<sup>111</sup> Sarah F Brosnan & Frans B M de Waal, 'Fair refusal by capuchin monkeys' (2004) 428 Nature 140. なお、チンパンジーについても類似の実験が行われ、やはり（自身に不利な）不公平な報酬を拒否する傾向が確認されている。Brosnan (n 109) 169 ff.

<sup>112</sup> 詳しくは、IJUD 44-48; Robinson et al (n 101) 1659-1664.

<sup>113</sup> Hanna Damasio et al, 'The Return of Phineas Gage: Clues About the Brain from the Skull of a Famous Patient' (1994) 264 Science 1102 f.

<sup>114</sup> See Joshua Greene, 'Cognitive Neuroscience and the Structure of the Moral Mind' in Peter Carruthers, Stephen Laurence & Stephen Stich (eds) *The Innate Mind: Structure and Contents* (OUP, 2005).338 ff, especially 342 ff; see also Robinson et al (n 101) 1661 n 120.

<sup>115</sup> Jana Schaich Borg et al, 'Consequences, Action, and Intention as Factors in Moral Judgments: An fMRI

本稿 I. 2-1. で述べた正義判断の直観性との関連でも重要な報告であろう（同箇所に掲げた図表 1 に、直感システムの特徴づけの一つとして「感情的」の項があったことを想起されたい）。すなわち、「人は、意思決定から感情を排除すると、超論理的（hyperlogical）になり、あるいは超倫理的（hyperethical）になるのではなく、単純な意思決定と判断の、正しさと不正さを感じられなくなってしまうのである」<sup>116</sup>。

③発達心理学から得られている経験的証拠について<sup>117</sup>。正義直観が、人類が進化の過程で獲得してきた傾向であるならば、そして、正義判断には、理性的推論によらない直観的な部分が含まれているのであるとすれば、まだ大人ではない、すなわち論理的・理性的な判断能力がまだ発達の途上にある子どもの間でも正義直観が共有されているはずである。発達心理学における、子どもによる正義判断に関する実験研究は、これと整合する結果を示している。すなわち、子どもは、かなり早い時期から、道徳に反する不正な（wrong）行為（例えば、他の子どもを殴ること）と、必ずしもそうではない、単に慣習に反するにすぎない行為（例えば、おやつを食べる前に「いただきます」と言わないこと）とを、前者の方がより重大であるという形で区別することができる。要するに、子どもは、自然犯と法定犯の区別の原型にあたるような直観を、既に有している。例えば、2歳半から3歳半程度の子どもたちのグループと、3歳半から5歳程度のグループを対象として（子どもの数は合計44名）、「ほかの子どもをぶつ」、「ほかの子どものリンゴをうばう」といった道徳的刺激（moral stimulus）と、「読みきかせのときにきちんとすわっていない」、「おやつの前にいただきますをいわない」といった社会慣習的刺激（social-conventional stimulus）を、それぞれイラストの形で示し、それらの重大性を、「オッケー」、「ちょっとダメ」、「ほんとにダメ」、「ほんとに、ほんとにダメ」という四つの段階（これは口頭で伝えられたと同時に、段階を追うごとに大きくなってゆく、四枚のしかめっ面のイラストでも表現されていた）で評価してもらった実験研究がある<sup>118</sup>。結果として、いずれのグループでも、道徳的刺激の方が重大であるという評価を下す傾向が確認された（なお、それから2～3週間後の期間で追試も行われたが、やはり同じ傾向が確認されている）<sup>119</sup>。さらに、道徳に反する行為に対する重大性判断の発達という切り口からみると、子どもは、3歳になる頃には、他人を傷つけること（身体的危害を加えること）が不正であることを理解しており、5歳程度になると、行為の意図といった他の要素をも考慮に入れるようになり<sup>120</sup>、7歳以上になると、人的損害（傷害など）と物的損害（器

---

Investigation' (2006) 18 *Journal of Cognitive Neuroscience* 803 ff. 同論文でも言及されている通り、この意図性による区別は、一般人によるトロッコ問題の判断において重要な変数となっている（つまり、その他の点が同じでも、危害が意図的である場合には、実験参加者はその行為を忌避することで強く一致する傾向にある）。この点については本稿 I. 2-1. および上注（43）参照。

<sup>116</sup> Jonathan Haidt & Fredrik Björklund, 'Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology' in Walter Sinnott-Armstrong (ed), *Moral Psychology (vol 2): The cognitive science of morality* (MIT Press, 2007) 200.

<sup>117</sup> 詳しくは、*IJUD* 48-54; Robinson et al (n 101) 1664-1675.

<sup>118</sup> Judith G Smetana, 'Preschool Children's Conceptions of Moral and Social Rules' (1981) *Child Development* 1334.

<sup>119</sup> Ibid 1335 f.

<sup>120</sup> Philip David Zelazo, Charles C Helwig & Anna Lau, 'Intention, Act, and Outcome in Behavioral Prediction and Moral Judgment' (1996) 67 *Child Development* 2488; cf David Elkind & Ruth F Dabek, 'Personal Injury and Property Damage in the Moral Judgments of Children' (1977) 48 *Child Development*

物損壊など)とを明確に区別するようになって<sup>121</sup>、9歳程度になると、自身の判断をより抽象的に理由づけられるようになることが報告されている<sup>122</sup>。このように、子どもによる不正行為に関する重大性判断は、年齢が相当程度低い段階で既に獲得され、かつ洗練の過程を辿っているということが経験的に解明されているのである。

## 2-4. 小括

以上の本稿 I. 2. の内容は多岐にわたったため、ここで議論を整理しておく。

出発点として、ロビンソンが経験的に検証しようとしている仮説は、「公衆の正義観念に反する処罰は、刑事司法に対する道徳的信頼性を損ない、その結果として公衆の遵法性を低下させることで、犯罪を増加させる（したがって逆に、公衆の正義観念に従った処罰には、犯罪予防効果があると言える）」というものである。その中で、本稿 I. 2. で問題となったのは、「公衆の正義観念の存在」である。すなわち、素朴に考えれば、正義に関する判断は価値判断の一種であるところ、人の価値観は多様である以上、この判断は人によってバラバラであると考えられる。そうであれば、公衆の正義観念はおよそ存在せず、それに従った処罰というものを考えることもできないことになる。

しかし、最近の実証研究は、これと異なる結論を示している。その内容は、具体的には次の三点に要約される。

第一に、正義判断は、専ら理性的な推論を通じて導出されるものではなく、直観的な判断としての側面をも有する。このことを裏づける事実として、一般人の正義判断に関する実験研究においては、実験参加者は自身の判断の理由を明確に説明できないのにもかかわらず、その結論は高度に一致するという現象が観察されている。このような直観と推論の関係は、アメリカの心理学者であるダニエル・カーネマンによって、「二つの認知システム」という形で定式化されている。すなわちカーネマンによれば、人間の認知プロセスは、正義判断を専ら理性的推論によって導き出すというのではなく、「まずは結論を直観し(システム1)、次にその結論に関する理由づけを探すという形で理性的な推論を行う(システム2: もちろん、この過程で、最初の直観が覆されることはありうる)」というもののなのである。このうち、システム1(直観システム)による情報処理プロセスは、事実に関する知覚における処理プロセスと特徴を共有する。つまり、直観は、それが事実であるかのように認知されるのであり、この特徴において、理性的推論と鋭く対立するのである。正義判断には、このような直観と推論とが並行しているということを確認しなければならない(本稿 I. 2-1. )。

第二に、刑法に関する判断をめぐっても、このような正義直観の存在が実証されている。すなわち、確かに、犯罪と刑罰の絶対的均衡性(たとえば、殺人に対する刑罰としては終身刑を上限とするか、死刑を認めるか、身体刑すら認めるかといった、罪と罰の絶対的な結びつきとしての均衡性)に関しては明らかに文化的な差異があるし、個人間でも、同じ罪に対して厳

---

521 f.

<sup>121</sup> Elkind & Dabek (n 120) 521 f; cf Marie S Tisak, Larry P Nucci & M Jankowski, 'Preschool Children's Social Interactions Involving Moral and Prudential Transgressions: An Observational Study' (1996) 7 Early Education & Development 139.

<sup>122</sup> Elkind & Dabek (n 120) 521 f; see also Charles C Helwig & Urszula Jasiobedzka, 'The Relation between Law & Morality: Children's Reasoning about Socially Beneficial and Unjust Laws' (2001) 72 Child Development 1382 ff.



罰を好む傾向を持つ者もあれば、寛刑を望む傾向をもつ者もある。しかし、相対的均衡性（たとえば、殺人は暴行よりも重い罪であるから、殺人の方が暴行よりも刑が重くなるし、中間に属する傷害は、刑も中間になるというような、罪と罰の相対的な結びつきとしての均衡性）に関しては、公衆の判断はデモグラフィック（人種、性別、収入、学歴など）の差異や文化の違いを超えて、高度に一致するということが、複数の実験研究によって確認されている（本稿 I. 2-2-1. ）。もっとも、この相対的均衡性判断における一致は、無制約なものではない。すなわち、ロビンソンとクルツバンによって遂行された実験研究によると、暴行、傷害、殺人や窃盗、詐欺、強盗といった、いわゆる自然犯に属し（というよりも、自然犯の中でも特に自然犯性が強いと感じられ）、古くからその犯罪性が認められてきた行為に関しては、公衆の相対的均衡性判断は高度に一致するものの、このグループには含まれないところの、飲酒運転、薬物犯罪、妊娠中絶、性的秩序に関する罪といった行為に関しては、一致が崩れるということが確認されている。とはいえ、公衆の相対的均衡性判断において高度に一致する部分があるということは確かであり、その意味で、公衆の正義観念は確かに存在すると結論づけることができる。ロビンソン自身は、その不正性について公衆に高度な一致が見られるような行為のことを、「不正行為の中核（core of wrongdoing）」と呼ぶ（本稿 2-2-2. ）。

第三に、ここまで見てきた通り、人は理性的推論とは別に一定の直観を共有しており、刑法に関する文脈の場合、「不正行為の中核」に関する相対的均衡性の直観には公衆の間で高度な一致がみられる。この時点で、ここでの課題である「公衆の正義観念の存在」は成功裏に検証されているといえるが、さらに、人間の直観は「なぜ」このように共有されているのかということを考えてみるのは、この直観の性質を具体的に理解する上で有益である。この点については、進化心理学の成果から示唆を得ることができる。すなわち、不正行為（例えば身体や財産に対して危害をもたらす行為）が起こった際には、これに対して報復・処罰を行うことで、それ以上の不正行為による被害を抑止することができる。換言すれば、不正行為に対して報復・処罰する個体は、生存可能性が高まるといえる。それゆえ人類は、進化の過程において、「不正行為に対しては罰を与えるべきだ」という直観を有するように適用してきたのである、という仮説が成り立つ。なお、この進化的仮説そのものを「実証」することはできないが、動物学、脳科学および発達心理学という複数の学問領域において、この仮説と整合的なエビデンスが報告されている。この点で、進化的仮説の確からしさは高いものであるということが出来る。こうした仮説からみれば、例えば上述した「不正行為の中核」は、いわば原始的な社会が構成された時代からその不正性が認識され続けてきた行為であるために、人々の直観が強固であり、これに対していわば「新しい不正行為」であるほど、直観は相対的に弱くなる、という推測が可能となる。このように、進化心理学的仮説は、公衆の正義観念に関するメタ理論として有用である。第二に、この仮説は、人間の直観が進化の過程で獲得されてきた傾向であることを明らかにすることで、それがいわば、人類の進化史を背景にした「根深い」ものであることを具体的に理解できるようになり、人の直観を理性的に説得することが（もちろん、不可能ではないにせよ）容易ではないことの理由も、具体的なイメージをもって理解できるようになる（さらに重要なことに、人の直観には、比較的容易に説得可能なものと、これが難しいものという程度の差も存在することが理解できるようになる）。ただし、進化的仮説はこのような有用性を持ち、今後も参照する必要があるとはいっても、本稿は（ロビンソンも）進化心理学の知見を規範的根拠として直接援用す

る（例えば、処罰行動は進化の過程で獲得されたものであり、その意味で合理性があるため、刑罰は正当化される、というような主張）ような立場に与するものではないことは、強調しておかなければならない。既述の通り、検証すべきであるのは、公衆の正義観念が「いま」存在することであって、その原因が何であるかは理論的には無関係である（上述した有用性は、いわば間接的なものに過ぎない）。

### 3. 公衆の正義観念の内容：公衆は厳罰を求めているのか

以上の本稿 I. 2. を通じては、公衆の正義観念は確かに存在するということが明らかになった。しかし、そうであったとしても、直ちに次のような懸念が生じるであろう。すなわち、公衆の正義観念に従った刑罰制度は過度な厳罰化に傾くのではないか、ということである。

この問題意識について、筆者からの補足として、わが国の例に沿って説明すると、第一に、理論的には、例えば（実証的なタイプの）積極的一般予防論に対して、国民の処罰感情に対して歯止めをかけることができないという批判がしばしば向けられているが<sup>123</sup>、これは、国民の処罰感情（正義観念）は厳罰化を過剰に求めるものであるという（経験的）認識を前提の一つとするものであろう。第二に、実践に目を移すと、まず前提として、とりわけ刑法改正の場面では、（民主主義の観点からすれば、原則としては当然のこととも言いうるが）公衆（国民）の正義観念が重要な役割を果たしうる。例えば、法定刑の引き上げ等を内容とした平成 16 年の刑法改正をめぐっては、法制審議会での議論において、当時の有期刑の上限や一部重大犯罪の法定刑が「国民の刑罰に関する正義観念に合致していない」、あるいは、この観念に照らして「低きに失する」ということが改正の中心的な理由に位置づけられていたほか<sup>124</sup>、同改正法に関する提案理由としても、「凶悪犯罪を中心とする重大犯罪に対し、最近の犯罪情勢及び国民の規範意識の動向等を踏まえた上で、事案の実態及び軽重に即した適正な対処が可能となるよう」にすることが掲げられていた<sup>125</sup>。その一方で、国民の正義観念ないし処罰感情に依拠した刑法改正の理由づけに対する懸念の一つとしては、この観念の曖昧さ、あるいは実証可能性の乏しさがしばしば指摘される<sup>126</sup>。これ自体は、どちらかといえば、本稿 I. 2. で述べた「公衆の正義観念の存在」に関連する問題であるといえる（ただし、そこで問題としたのは、公衆の相対的均衡性判断であるのに対して、刑法改正において問

<sup>123</sup> 十河・前掲注（1）211 頁注（17）に掲げた文献を参照。

<sup>124</sup> 法制審議会刑事法（凶悪・重大犯罪関係）部会第一回会議（平成 16 年 4 月 19 日開催）議事録（[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_040419-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_040419-1.html)〔2020 年 12 月 10 日最終閲覧〕）参照。

<sup>125</sup> 刑法等の一部を改正する法律（平成十六年十二月八日法律第百五十六号）の提案理由（<https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/161/pdf/k031610081610.pdf>〔2020 年 12 月 10 日最終閲覧〕）参照。

<sup>126</sup> この点の指摘として、平成 16 年改正に関わるものであるが、瀧川・前掲注（25）18 頁、城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（成文堂、2009 年）24 頁、原田國男『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、2011 年）49 頁など参照。なお、国民感情を刑事司法に直結させることの問題点に関するより一般的な整理として、松原芳博「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰」世界 761 号（2007 年）53 頁以下。

題となる事柄の多くは絶対的均衡性とも関連を有しており、とりわけ法定刑の引き上げ〔中でも有期刑の法定刑および処断刑の上限を引き上げること〕は絶対的均衡性の問題そのものであることには注意を要する<sup>127)</sup>。しかし、公衆の正義観念との合致をはかる形で刑法を改正することを認める場合には、正義観念の存在に関する問題に加えて、この観念の内容に関する問題、すなわち、公衆の正義観念は過剰な厳罰化に傾くものであり、それゆえ、刑法をいわず改悪することに繋がりがかねないのではないかという懸念は、当然に生じてくるであろう。

このような、公衆の正義観念の内容に関する問題は、アメリカにおいてはより深刻であるといえる。というのもまず、アメリカでは、いわゆる三振法や厳格責任に基づいた、（少なくともわが国と比べれば）極端に抑圧的な立法例が実在する。その根拠は、三振法の場合は、特別予防の一種としての隔離（incapacitation）であり、厳格責任の場合は一般予防の一種としての威嚇抑止（deterrence）であるが、これは公衆の正義観念の問題でもある。なぜなら、これらの立法例もまた、民主的なプロセスに基づいて、有権者の支持を得て成立したものに他ならないためである<sup>128)</sup>。同時に、公衆は、現在の刑罰制度が苛酷すぎるか、それとも寛容すぎるか（あるいはその中間か）という点に関するアンケート調査に対して、寛容すぎるという回答を行う傾向にあることはよく知られている<sup>129)</sup>。さらに、後述するように、強い重罰化を帰結した立法例は他にも複数存在するが、それらの中には、犯罪予防という政策的考慮とはまた別に（あるいはそれと同時に）、「犯罪に断固立ち向かおう（get tough on crime）」といった政治的スローガンに同調する有権者たちの支持を背景として成立したようなものも存在する。これはまさに、公衆の正義観念が反映された結果としての、（苛酷な）厳罰化であるようにみえる。

そうであれば、公衆の正義観念はやはり厳罰化に傾く、苛酷な内容を有しているのであって、それは場合によっては、極めて抑圧的な犯罪統制原理にすらお墨付きを与えかねない、

---

<sup>127)</sup> 本稿の立場から考える場合、このような絶対的均衡性に関しても、公衆の正義観念に関する経験的な検討が第一の課題となる点は変わらないが、その検証手法となると、本稿 I. 2. で紹介した手法は通用し難いものと考えられる。というのも、一例としてアンケート調査について検討してみると、絶対的均衡性について「現在の処罰は軽すぎるか」というように質問を抽象化すれば、公衆は「軽すぎる」という意見で一致する可能性が高いと考えられるが（cf *IJUD* 130）、その程度（例えば有期刑の法定刑の上限が 20 年なのか 30 年なのか、あるいは 18 年なのか）を問う段階に至っても高度な一致が得られるとは考えにくいためである。また、そもそも上記のように質問を抽象化してアンケート調査を行うことにも固有の問題点がある（というのも、抽象的に質問すると、例えば予防に基づく厳罰化が支持されるが、具体的に量刑判断を求めると、むしろ穏当な、応報にかなった均衡刑が言い渡される、といった現象が起こるためであり、かつ、抽象的な質問項目に対する回答は、具体的な政策指針としての適格性を欠くためである。下注 (350) 参照）。つまり、さしあたり述べれば、絶対的均衡性に関する立法・法改正と「公衆の正義観念」の関係性については、①重罰化・寛刑化といった抽象的な軸で測定された正義観念は、後述するように信頼性に欠ける、②絶対的均衡性の程度について一致した正義観念が存在するとは考えにくいいため、この点の論拠に公衆の正義観念を援用することはできない、という以上二点から、絶対的均衡性の問題において、公衆の正義観念はそれほど強い論拠とはなりえず、相対的均衡性判断に関連づける場合と比べれば、遙かに弱い論拠にしかなりえない、ということになる。

<sup>128)</sup> *Waffenstillstand*, S. 18 (邦訳 256 頁) ; *IJUD* 110, 112 ff.

<sup>129)</sup> See *IJUD* 129.

危険なものである、ということになりそうである。その場合、公衆の正義観念に従った刑罰制度の構想は、理論的に成り立ちうるとは言っても、実践的には問題含みの、支持しにくい立場であると言わざるを得なくなるであろう。

しかし、公衆の量刑判断に関する実験研究においては、これとは異なる結果が示されている。すなわち、例えば上述した三振法に関わる実際の判決では、（下で取り上げるが）喧嘩の際に興奮してテレビを銃撃し、これを損壊した事案において、仮釈放なしの15年の拘禁刑が言い渡されているところ、これに対する公衆の量刑判断は、後述するように、1年を少し超える程度になる。これ以外にも、抑圧的な犯罪統制原理に基づいて言い渡された実際の量刑と、その事案を用いた公衆の量刑判断とを比較すると、後者の方が、圧倒的に軽い刑を選択するのである。つまり、三振法や厳格責任といった、苛酷で抑圧的な犯罪統制原理は、公衆の正義観念に裏づけられるどころか、むしろそれと深刻に矛盾しているのである。以下では、この点について、より具体的に見てゆくことにする。

### 3-1. ロビンソンらによる実証研究

ここで主題となるのは、ロビンソンの用語法で表現すれば、犯罪予防を目的とした、道具主義的な強制的犯罪統制戦略（instrumentalist coercive crime-control strategies）ないし強制的犯罪統制ルール（coercive crime-control rules）である。これは、厳格責任や三振法のような、犯罪予防のために罪刑均衡（応報）を無視した科刑を要求するような科刑基準のことである。以下、これを「犯罪統制原理」と略称する。

ロビンソンらは、このような犯罪統制原理に基づく実際の量刑と、公衆による量刑判断との異同を確認するために、次のような実験研究を遂行した。

研究のデザインと方法<sup>130</sup>：同実験は、インターネット上で行われたものであり、本稿 2-2-2-1. で述べた研究 2 と同様、アメリカ国立科学財団の TESS プログラムを利用して実施された。実験参加者は 317 人であり、やはり特定のデモグラフィックに偏ることがない形で、全米から選ばれている<sup>131</sup>。その上で、実験参加者は、まず 12 の犯罪シナリオを提示され、これを軽重関係に従って並べ替えるように指示される。それらは、研究 2 で用いた 24 のシナリオから選り出されたものである。具体的には以下の通りである：（1）傘事例、（2）幻覚事例、（3）パイ事例、（4）ラジオ事例、（5）電子レンジ事例、（6）平手打ち事例、（7）縫合事例、（8）強盗未遂事例、（9）ゴルフクラブ事例、（10）ピットブル事例、（11）刺殺事例、（12）待ち伏せ事例。

続いて、さらに 12 のシナリオを追加して提示する。参加者たちは、既に順序づけた 12 のシナリオとの関係で、これらの新たなシナリオを順序づけることになる（最終的には、24 のシナリオが軽重関係にしたがって並ぶことになる）。この新たなシナリオは、上述した「犯罪統制原理」が適用された実際の事件を記述したものである。その内容について以下述べるが、その前に、ピックアップされた七つの「犯罪統制原理」の内容について簡単に確認する。

<sup>130</sup> *IJUD* 123 f; Paul H Robinson, Geoffrey P Goodwin & Michael D Reisig, 'The Disutility of Injustice' (2010) 85 *NYU L Rev* 1967-1969.

<sup>131</sup> デモグラフィックの分布については、*Robinson et al* (n 130) 1967 n 101.

第一の犯罪統制原理は、三振法（Three Strikes）およびそれに類似した内容をもつ常習犯法（Habitual Offender Statutes）である。三振法とは、その具体的内容は州により相違があるが、典型的には、過去に重罪で二度の有罪判決を受けた者が、三度目の有罪判決を受けた際には、通常と比べて劇的に重い刑を言い渡さなければならないと定める<sup>132</sup>。

第二の犯罪統制原理は、薬物犯罪の罰則（drug offense penalties）の強化である<sup>133</sup>。

第三の犯罪統制原理は、少年の成年としての起訴（adult prosecution of juveniles）である。これは、犯罪を犯した少年を、少年裁判所から、通常の刑事裁判所へと移送できる範囲を拡大することで、少年に対する、成人と同様の科刑を実現するものである<sup>134</sup>。

第四の犯罪統制原理は、心神喪失抗弁（Insanity Defense）の制限である。責任無能力に基づく免責の範囲を狭めるということである<sup>135</sup>。

第五の犯罪統制原理は、厳格責任（strict liability）である。過失がない場合にも科刑を認めるということであり、秩序違反行為（violation）について認められることが多い<sup>136</sup>。

第六の犯罪統制原理は、重罪謀殺化（felony murder）である。これは、重罪を犯す際に人の死を生じさせた場合には、この死亡結果を意図していなかったとしても、謀殺罪（murder）として重く処罰することを認めるものである<sup>137</sup>。

第七の犯罪統制原理は、規制違反行為（regulatory violation）の犯罪化である。行政法規に定められた義務の履行を確保するために、その義務に違反する行為に対して積極的に刑罰を科するというものである<sup>138</sup>。

続いて、12 の犯罪統制シナリオについて、全訳ではないが、内容を示しておく。なお、単語数は 250～550 程度であった。

シナリオ A（Blandford 事件<sup>139</sup>）：ジョンと二人の海産物輸入業者は、ホンジュラス共和国からロブスターを輸入するとき、これをプラスチック製のコンテナに収容していた。ところが同国の法律では、コンテナは段ボール製であるべきことが定められていた。ジョンは、外国法に違反して魚類または野生動物を輸入する行為を罰する連邦法の規定により、有罪判決を受けた。

シナリオ B（Almond 事件<sup>140</sup>）：ジョンは若い頃、無人の建物への侵入窃盗で二回の有罪判決を受けたほか、自動車に石を投げた行為と、電化製品の窃盗で一回ずつ有罪判決を受けていた。数十年が経過し、現在ジョンは 59 歳であるが、二人の息子がテレビのチャンネルを争ってずっと言い合いをしていることに苛立ち、息子のうちの一人がテーブルに置いていたリボルバー銃を手にとってテレビを銃撃することで、二人を黙らせた。

---

<sup>132</sup> *IJUD* 112 f.

<sup>133</sup> *IJUD* 114.

<sup>134</sup> *IJUD* 114 f.

<sup>135</sup> *IJUD* 116 f.

<sup>136</sup> *IJUD* 118 f.

<sup>137</sup> *IJUD* 119.

<sup>138</sup> *IJUD* 119 f.

<sup>139</sup> *United States v. McNab*, 324 F. 3d 1266 (11th Cir. 2003).

<sup>140</sup> *Almond v. United States*, 854 F. Supp. 439, 445 (W.D. Va. 1994).

シナリオ C (Papa 事件<sup>141</sup>) : ジョンは、ある男から家の一室を借りて住んでいるが、しばしばその男に時給つきで雇われて、家具の移動を手伝っていた。あるとき、家に運び込まれる荷物の一部に、マリファナが入っていることに気づいた。ジョンはそれでも手伝い続けてたが、自分の住んでいる部屋にはマリファナを置かないでくれと男に告げていた。警察による後の調査では、47 個の箱に 1169 キログラムのマリファナが含まれていた。

シナリオ D (Garnett 事件<sup>142</sup>) : ジョンは 20 歳で、知的障害があり、IQ は 52 である。彼はジェーンという女性に出会い、彼女は自身を 16 歳であると述べた。彼女の友人たちも、彼女は 16 歳であると言った。ジョンは彼女と何度か、電話で長時間にわたり会話をした。ある日の夜、ジョンは車を逃して、家に帰られず立ち往生していたところ、ジェーンの家が近いことに気づいた。ジョンが来ると、ジェーンはハシゴを下ろして、自室の窓から直接彼を入れた。二人は数時間、会話をしたあと、同意のもとで性交した。その後、彼女が出産したことで両親に事態が発覚し、通報された。性交時点で彼女はまだ 13 歳であった。

シナリオ E (Haas 事件<sup>143</sup>) : ジョンは、家出をしてきたという女性を自分の部屋に泊めた。女性は、自分は 18 歳だとジョンに告げた。彼女は実際のところ 14 歳だったのだが、ジョンは、彼女は 16 歳を超えているだろうと誤信して、同意のもとで性交した。ただし、ジョンの誤信は合理的なものであった。

シナリオ F (Rummel 事件<sup>144</sup>) : ジョンは、地元のバーで飲んでいるときに、エアコンが壊れていたので、自分が修理してやると約束した。バーのオーナーは、部品代として彼に 129 ドルを渡したが、ジョンにエアコンを修理する意図はなかった。彼はこれまでに、このような軽詐欺で六回以上の有罪判決を受けていた。

シナリオ G (Harmelin 事件<sup>145</sup>) : ジョンは早朝に赤信号無視で警察に車を止められた。その後、少量のマリファナと、3 分の 2 キログラムのコカインを所持していることが発覚し、逮捕された。彼に前科はなかった。

シナリオ H (Heacock 事件<sup>146</sup>) : ジョンは、「ドラッグパーティー」にコカインを持ってくるよう頼まれた。パーティーの場で、彼は他の三人と一緒にコカインを使用した。そのうち一人が、吸う量を多くしすぎてオーバードーズを起こし、死亡した。ジョンは、この死亡者に対する殺人の罪で有罪判決を受けた。

シナリオ I (Clark 事件<sup>147</sup>) : ジョンは、妄想型統合失調症により、妄想と幻覚の症状があった。そのため彼は、エイリアンたちが警察に変装して自分を殺しに来ると信じており、毒ガスを流し込まれたときのために鳥を飼い、エイリアンたちが侵入してきたときに気づけ

---

<sup>141</sup> 公刊物未登載と思われる。この事件の被告人であった Anthony Papa は、恩赦 (clemency) により出所した後、いわゆる薬物戦争 (war on drugs) を批判する活動家として有名になった人物であり、ロビンソンもそのエピソードから直接引用している。See *Robinson et al* (n 130) 1951.

<sup>142</sup> *Garnett v. State*, 632 A. 2d 797 (Md. 1993).

<sup>143</sup> *State v. Haas*, No. A-05-804, 2006 WL 996535 (Neb. Ct. App. Apr. 18, 2006); see also *State v. Haas*, No. S-09-424, 782 N.W.2d 584 (Neb. May 07, 2020).

<sup>144</sup> *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 285 (1980).

<sup>145</sup> *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991).

<sup>146</sup> *Heacock v. Commonwealth*, 323 S.E.2d 90, 93 (Va. 1984).

<sup>147</sup> *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735, 746 (2006).

るように、家中に風鈴の付いた糸を張り巡らしていた。ある日、彼はエイリアンを遠ざけるために、自動車で、大音量の音楽を流しながら近所をぐるぐると回っていたところ、苦情を受けて警察官がやってきた。ジョンは、エイリアンが来たと思い込み、この警察官を銃殺した。

シナリオ J (Moore 事件<sup>148</sup>) : ジョンは、ある男から、所有者が家を離れているうちに侵入窃盗をするから手伝ってくれと言われ、これに同意した。二人とも銃は持っていなかった。二人がその家に侵入したところ、思いがけず所有者が帰ってきた。すると突然、共犯者の男が、手元のテーブルに置いてあった銃を取って所有者を銃撃し、殺害してしまった。

シナリオ K (Yates 事件<sup>149</sup>) : ジェーンとその夫は、二人とも非常に信仰熱心で、五人の子供をもうけていたが、ジェーンは精神に異常をきたしはじめ、自殺未遂を繰り返したり、子供に食事を与えなかったり、天井に隠しカメラがあるなどと訴えたりするようになった。彼女は、自分は悪い母親なので、子供達は地獄に落とされて永遠の責め苦に遭う運命にあると信じ込むようになった。彼女は、子供達が地獄に落ちないように、これをバスタブに沈めて、全員を殺害した。

シナリオ L (Brazill 事件<sup>150</sup>) : ジョンは 13 歳であり、中学校に通っているが、水風船を投げるといふイタズラのため、夏休みの直前になって 10 日間の停学処分を受けてしまい、動揺していた。夏休みに入るとしばらく友人たちに会えないので、ジョンは停学が明ける前に学校に向かったが、そこで仲良くしていた教師から出て行きなさいと言われた。そこでジョンは、銃を抜いて教師に狙いを定めたのだが、そこで思いがけず銃が暴発してしまい、銃弾が命中して、死亡させてしまった。

こうして実験参加者は、計 24 のシナリオについて軽重関係を確定したことになる。最後に、実験参加者には再考の機会が与えられ、それ以降はシナリオの順序を変更できなくなる。続いて参加者は、この順序を前提として、各シナリオに相応しいと考えられる刑量を割り当てるように求められた。選択できる刑量の下限は「責任なし (no liability)」、「責任はあるが刑罰はなし (liability but no punishment)」から始まり、上限の方は、「終身刑」および「死刑」<sup>151</sup>である。

研究の結果：まず、参加者の量刑についてみる前に、シナリオ A~L の元となった事件において裁判所が実際に言い渡した量刑を、図表 5 に示す。

<sup>148</sup> *State v. Moore*, No. 2006-KA-1979, 2007 WL 914637 (La. Ct. App. Mar. 28, 2007).

<sup>149</sup> *Yates v. State*, 171 S.W.3d 215 (Tex. Crim. App. 2005).

<sup>150</sup> フロリダ州第 15 巡回裁判所による判決文は既に確認できなくなっているが、これも報道を通じて有名になった事件であり、ロビンソンもそのエピソードから直接引用している。See *Robinson et al* (n 130) 1953.

<sup>151</sup> なお、参加者の科刑の平均値を算出する際には、終身刑は 40 年、死刑は 50 年として扱われた。See *Robinson et al* (n 130) 1971 n 103.

図表 5：犯罪統制シナリオにおける実際の量刑<sup>152</sup>

シナリオ	罪名	犯罪統制原理	実際の量刑
L. <i>Brazill</i> 事件	謀殺	少年の成年としての起訴	パロールなしの 28 年の拘禁刑
K. <i>Yates</i> 事件	謀殺	心神喪失抗弁の制限	終身刑
J. <i>Moore</i> 事件	重罪謀殺、侵入窃盗	重罪謀殺化	パロールなしの終身重懲役刑
I. <i>Clark</i> 事件	謀殺	心神喪失抗弁の制限	終身刑
H. <i>Heacock</i> 事件	重罪謀殺、規制物質の不法頒布	重罪謀殺化	40 年の拘禁刑
G. <i>Harmelin</i> 事件	規制物質の不法頒布の共犯	薬物犯罪の罰則強化	パロールなしの終身刑
F. <i>Rummel</i> 事件	軽詐欺	三振法	パロールなしの終身刑
E. <i>Haas</i> 事件	法定レイプ	厳格責任	40 年から 60 年の拘禁刑
D. <i>Garnett</i> 事件	法定レイプ	厳格責任	5 年の拘禁刑
C. <i>Papa</i> 事件	規制物質の不法所持	薬物犯罪の罰則強化	8 年の拘禁刑
B. <i>Almond</i> 事件	銃火器の不法発砲	三振法	パロールなしの 15 年の拘禁刑
A. <i>Blandford</i> 事件	輸入規制違反	規制違反行為の犯罪化	15 年の拘禁刑から終身刑

続いて、シナリオ A～L と、もう 12 件の仮想シナリオを含めた計 24 シナリオに対して実験参加者が下した量刑の平均値を示すのが、次の図表 6 である。なお、ここでは、被験者の付した平均順位が高い順にシナリオを配置している。

<sup>152</sup> *IJUD* 123. 若干簡略化した。



図表6. 実験参加者による量刑の平均<sup>153</sup>

シナリオ(犯罪統制原理)	被験者の平均量刑(平均順位)	実際の量刑
12. 待ち伏せ事例	死刑と終身刑の間 (23.3 位)	
11. 刺殺事例	基本的に終身刑 (22 位)	
10. ピットブル事例	20.6 年 (19 位)	
L. Brazill 事件 (少年の成年としての起訴)	19.2 年 (18.8 位)	パロールなし 28 年
K. Yates 事件 (心神喪失抗弁の制限)	26.3 年 (18.4 位)	終身
J. Moore 事件 (重罪謀殺化)	17.7 年 (17.9 位)	パロールなし終身重懲役
9. ゴルフクラブ事例	12.0 年 (17.3 位)	
8. 強盗未遂事例	9.1 年 (16 位)	
I. Clark 事件 (心神喪失抗弁の制限)	16.5 年 (15.6 位)	終身
H. Heacock 事件 (重罪謀殺化)	10.7 年 (14.7 位)	40 年
7. 縫合事例	5.0 年 (13.9 位)	
6. 平手打ち事例	3.9 年 (11.8 位)	
G. Harmelin 事件 (薬物犯罪の罰則強化)	4.2 年 (11.5 位)	パロールなし終身
F. Rummel 事件 (三振法)	3.1 年 (10.6 位)	パロールなし終身
5. 電子レンジ事例	2.3 年 (10.1 位)	
E. Haas 事件 (厳格責任)	2.9 年 (9 位)	40 年から 60 年
4. ラジオ事例	1.9 年 (8.7 位)	
D. Garnett 事件 (厳格責任)	2.3 年 (7.8 位)	5 年
C. Papa 事件 (薬物犯罪の罰則強化)	1.9 年 (7.2 位)	8 年
B. Almond 事件 (三振法)	1.1 年 (6.4 位)	パロールなし 15 年
3. パイ事例	8.3 月 (6.2 位)	
A. Blandford 事件 (規制違反行為の犯罪化)	9.7 月 (5.8 位)	15 年から終身
2. 幻覚事例	1.1 年 (5.6 位)	
1. 傘事例	1.8 月 (2.2 位)	

<sup>153</sup> この図表は、IJUD 125, 126 に掲載されている表 10, 11 をまとめたものである。

この結果について具体的に分析すると、まず、実験参加者たちによるシナリオ 1～12 の順序づけについて、ケンドールの一致係数  $W$  は 0.86 ( $p < .001$ ) を示している。これは高度な一致であり、本稿 I. 2-2-2-1. で検討した「研究 2」とほとんど同じ結果である。その一方で、シナリオ A～L に関しては、ケンドールの一致係数  $W$  は 0.52 ( $p < .001$ ) を示した。これは、本稿 I. 2-2-2-2. で検討した「研究 4」とほとんど同じ結果である。つまり、これらのシナリオで問題とされた行為は、「不正行為の中核」からは比較的遠い位置にあり、相対的均衡性判断に関する公衆の正義観念が高度には一致していない、ということができる<sup>154</sup>。

ここで特に注目すべきであるのは、参加者たちによる量刑と、実際に言い渡された量刑との矛盾である。これは図表 6 を参照すれば明らかであるが、例えばシナリオ E～L に関する実際の量刑は、いずれも終身刑ないし極めて長期の刑である。したがって、もしこれが実験参加者の直観に対応していたとすれば、これらのシナリオは、シナリオ 10 と 11 の間、ないし 11 と 12 の間に位置づけられていたはずである。しかし、参加者たちはシナリオ E～L の全てを、シナリオ 10 よりも下位に位置づけている。シナリオ A～D についても、参加者の量刑と実際の量刑は大きく食い違っている<sup>155</sup>。この食い違いを視覚的に示したものが、下に掲げる図表 7 である。実線で示されているのが参加者の量刑、点線で示されているのが実際の量刑であるが、それらの傾きは全く異なっていることがわかる。

ただし、公衆が厳罰を求めているというイメージにも、全く根拠がないわけではない。というのも、シナリオ 1～12 について、参加者の量刑と、連邦量刑ガイドラインの示す量刑とを比較すると、参加者の量刑は全体として重い刑を選択する傾向にあり、場合によってはガイドラインが示す刑の幅を大幅に上回る刑が選択されていることもあるためである<sup>156</sup>。とはいえ、少なくとも、公衆が、厳格責任や三振法のような抑圧的な犯罪統制原理が実現するような厳罰を求めているわけではないことは確かである<sup>157</sup>。その意味で、公衆の量刑判断はひたすら厳罰化に流れ、苛酷な量刑を招来するというイメージは、修正を要する<sup>158</sup>。

---

<sup>154</sup> *IJUD* 124.

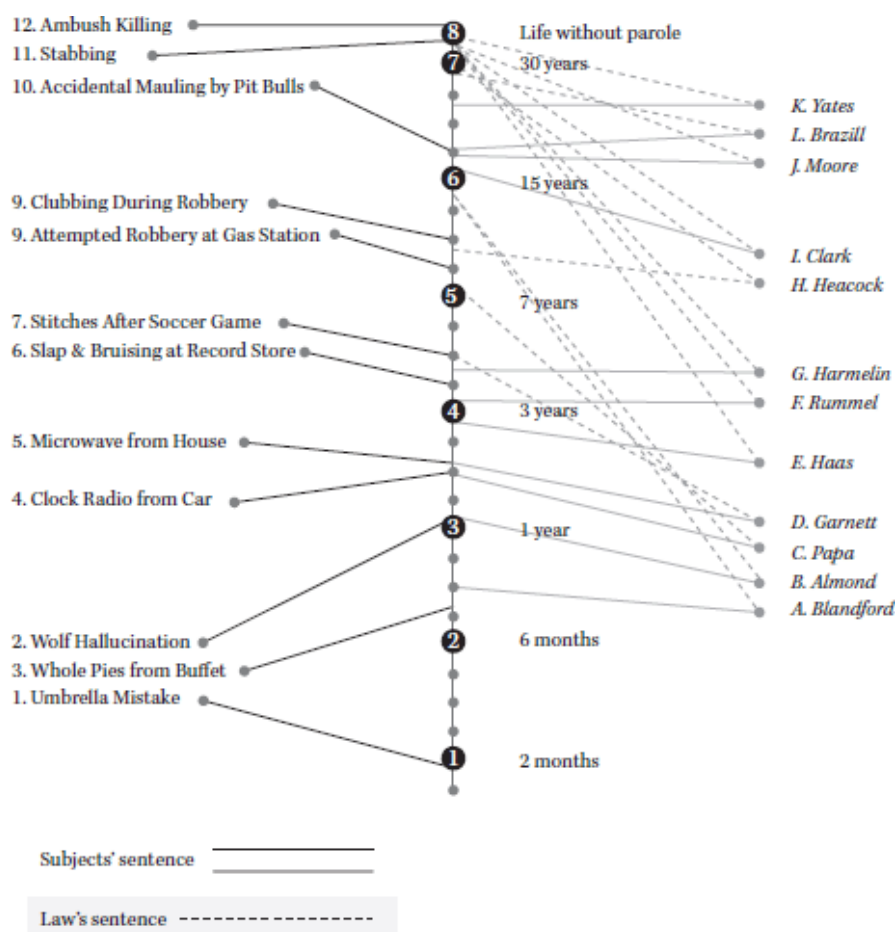
<sup>155</sup> *IJUD* 124 f.

<sup>156</sup> *IJUD* 122, 128; *Robinson et al* (n 130) 1964 f, 1974 f.

<sup>157</sup> なお、本稿では省略するが、従来の実験研究でも、このことは繰り返し示されている。この点の紹介として、see *Robinson et al* (n 130) 1975-1978.

<sup>158</sup> 経験的デザート論と厳罰化の関係に関する筆者自身の考えは、本稿 II. 2-1. の末尾で示す。

図表 7：実験参加者による量刑と実際の量刑との矛盾<sup>159</sup>



#### 4. 規範的犯罪統制のメカニズム：道徳的信頼の維持を通じた犯罪予防

本稿 I. の冒頭で述べたように、「経験的デザート論」が主張し、経験的に検証しようと試みているのは、「公衆の正義観念に従った処罰の実現→刑事司法システムに対する道徳的信頼の確立→人々の遵法性の維持（すなわち犯罪行為の抑制）」という犯罪予防プロセスである。ロビンソンは、このプロセスのことを、「規範的犯罪統制（normative crime control）」と呼んでいるため、以下でもこの呼称を用いる。このうち、本稿 I. 3. までにおいては、「公衆の正義観念」の存在と内容について検討を加えた。続いて、以下において問題とするのは、「刑事司法システムに対する道徳的信頼」と、その確立に基づく「遵法性の維持」である。言い換えれば、以下における論証課題は、「なぜ遵法性を維持する上では、公衆の正義観念に従った処罰を通じて、刑事司法システムに対する道徳的信頼を維持することが必要なのか」という問いに答えることである。

<sup>159</sup> IJUD 127; see also Robinson et al (n 130) 1973-75; *Waffenstillstand*, S. 23f（邦訳 259-261 頁）。

#### 4-1. 理論的枠組み

刑事司法システムが、公衆の正義観念に従った処罰を実現し、そのことが公衆によって認識された場合、刑事司法システムは、正義にかなったものであるという評判を公衆の間で獲得することになる。言い換えれば、刑事司法システムは、公衆からの「道徳的信頼 (moral credibility)」を得たことになる<sup>160</sup>。ここでの主題は、こうして刑事司法が道徳的信頼を得ることによって、どのような効果が発生するのかということである。

結論としては、遵法性の維持を通じた犯罪予防効果が発生するのであるが、ここでは、それがいかなる原因によって、いかなる態様で生じるのかということを経験的に明らかにしなければならない。そのためにはまず、「遵法性の原因」に関する従来の研究について言及しながら、ロビンソンがいう「規範的犯罪統制」の基本的発想を概観しておく必要がある。

##### 4-1-1. 基本的発想：「内面化」と「社会的影響」の力を利用する

現に、社会における大部分の人々は、刑法に従い、犯罪を犯すことなく生活している。しかし、なぜだろうか？ 説明として伝統的なのは、刑罰害悪の威嚇力が犯罪の利益を上回っているからであるという、消極的一般予防（ないし、威嚇抑止〔deterrence〕）<sup>161</sup>の発想であろう。しかし、この説明によって遵法性の原因を説明し尽くすことには無理がある。なぜなら、後述するように（本稿 I. 5. ）、消極的一般予防という行動統制プロセスが現実機能するための条件は、極めて限られた場面でしか充足され得ないためである。

そうであれば、別の説明を検討する必要がある。ここでロビンソンは、社会心理学の研究から着想を得る。それによれば、人が社会的に共有された（道徳）規範を遵守する原因は、大きく分けて二つある。すなわち第一に、人は、社会化の過程において、社会的に共有された道徳規範を内面化（internalization）する。つまり人は、生来的にそうであるか、学習の過程でそのように発達するのかは措くとしても、ともかく社会の中で通用している規範・価値観を受け入れる傾向を現に有しているのである<sup>162</sup>。また第二に、社会的に共有された規範に

<sup>160</sup> *Waffenstillstand*, S. 14（邦訳 252 頁）。

<sup>161</sup> 補足として記すと、この発想としてドイツ語圏で代表的であるのは、フォイエルバッハの心理強制説であろう。P. J. A. von Feuerbach (hrsg. von C. J. A. Mittermaier), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847, S. 38-41; ders., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven Rechts*, 1798, 40 ff. 英語圏では、同種の発想は、ベンサム「刑罰の値は、いかなる場合でも、犯罪の利益を十分に上回る程度を下回ってはならない」という言明に見られる。Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (first published 1781, Batoche Books, 2000) 141; see also his *The Rationale of Punishment* (R Heward, 1830) 32.

<sup>162</sup> これは、本稿 I. 2. で述べたところの、公衆は正義観念を共有しているという事実と同じことである。公衆の中の一人一人が、同じ規範・価値観を内面化しているからこそ、公衆における正義観念の一致という現象が観察されるのである。この点、この正義観念を、人は生来的に有しているのか、それとも学習によって獲得しているのかというのは一個の問題であるが、少なくとも、「正義観念は全て学習の過程で獲得される」という構築主義的な考えには無理があろう。なぜなら、この考えからは、正義直観の中には文化の差異を超えて共有されているものも存在するという事実（本稿 I. 2-2-1. 参照）を説明できないためである（see *IJUD* 56-62; *Robinson et al* (n 101) 1677-1686）。これに対して、既述の通り、人が一定の正義観念を生来的に有しているという点は、進化心理学的に説明することが可能である（本稿 I. 2-3. 参照）。

対する違反は他者からの制裁（イメージとしては、白眼視や村八分）を招くことになり、人はこの懸念からも規範遵守の動機を得る。このような社会的影響（social influence）のメカニズムも、規範遵守の原因となるのである（ただし当然ながら、この他にも、例えば環境的な要因もまた人々の遵法性に影響を与えうる<sup>163</sup>）。ところで、以上のことを前提にすると、刑法の方を社会的規範に近づけることで、公衆の意識において「刑法＝社会的規範」という認識を成立させれば、刑法は、これらの社会心理学的に説明された規範遵守メカニズムを利用できることになる<sup>164</sup>。それは、刑法が、自身を遵守するように人の行動を統制し、犯罪を予防でき

---

<sup>163</sup> 例えば、Franklin E Zimring, *The Great American Crime Decline* (OUP, 2006) 149 ff は、ニューヨーク市が 1990 年代において、アメリカ全土の中でも際立って犯罪率を大幅に減少させることに成功していたことに着目し、その要因を警察活動の変化に求めている。具体的には、警察官の増員、薬物犯罪をはじめとした比較的軽微な犯罪に対する取り締まりの積極化、警察機構の改革による警察活動の管理の合理化、という三つの要因が挙げられている。その一方で、このような要因が功を奏した背景には、ニューヨーク市に固有の事情があるということにも注意が促されている。すなわち同市は、もともと犯罪率が高かった上（元の値が高ければ、当然、それだけ劇的に減少する余地が大きい）、人口密度が高いために警察によるパトロールや監視活動を容易に効率化できたのであり（人口密度が低ければ、それだけ見回るべき場所も増える）、さらに、銃の所有率が低かったことも有利に働いたというのである（ibid 156-159）。以上については、Franklin E Zimring, *The City that Became Safe* (OUP, 2011) も参照。

これも当然、遵法性（犯罪予防効果）の原因に関する一つの確立した、有益な知見である。ただし、注意すべきことに、ここで示されているのは、刑事法制度（刑事司法システム全体）の犯罪予防効果ではあっても、「刑罰（処罰すること）」それ自体の予防効果ではない。具体的に言えば、上の研究からは、警察活動のあり方に関する教訓は引き出されうるとしても、よりよい科刑基準のあり方に関する教訓は引き出されないであろう。しかし、実体刑法学としての刑罰論にとって関心の対象となるのは、あくまで科刑の基準であって、この基準を左右しようところの、刑罰（の法定・宣告・執行）それ自体がもつ犯罪予防効果である。逆に言えば、もし「刑罰それ自体」に予防効果はなく、（この制度を究極的前提とはしているが、あくまでその間接的な効果であり、科刑そのものを取り去っても観念可能であるところの）より一般的な刑事政策（あるいは社会政策）にしか予防効果がないと判明した場合、目的刑論は、少なくとも単独では成立しえない見解になるものと思われる。なぜなら、その場合には、犯罪予防効果という視点は科刑の基準を指導できず、それゆえ、別の指導原理を立てる必要が出てくるためである。

したがって、裏から言えば、実体刑法の理論としての目的刑論の関心対象は、刑事法制度全体の犯罪予防効果ではなく、あくまで、処罰すること自体の犯罪予防効果に限定されるのである。そうすると、目的刑論の関心対象は、実証的犯罪学・刑事政策学の成果としての、犯罪予防効果（遵法性の原因）に関する経験的研究の一部（もしかすると、ごく一部）に限定されることになる（当然のことながら、それは、これらの研究の意義を否定するものではなく、単に理論としての守備範囲が異なるということに過ぎない）。犯罪予防効果の検討と言っても、それが刑罰制度全体を視野に収めたものであれば、不可避免的に多元的な視野・要素を複合したものとならざるをえないが、「刑罰（処罰すること）」の予防効果に主題を限定する場合には、必ずしもそうはならないということである。実質的に同旨の指摘として、see DPCL 21, 27, 55, 58.

<sup>164</sup> *IJUD* 152; see also Harold G Grasmick & Donald E Green, 'Legal Punishment, Social Disapproval and Internalization as Inhibitors of Illegal Behavior' (1980) 71 J Crim L & Criminology 334. 後者においては、次のような問題意識が強調されている。すなわち、刑罰の抑止効果に関する研究においては、刑罰害悪の威嚇力（つまり、害悪の大きさと処罰される確率の関数）ばかりに注目が注がれてき

るようになる、ということの意味する。それゆえ、犯罪予防のためには「公衆の正義観念に従った処罰」が求められることになるのである。これが、ロビンソンのいう「規範的犯罪統制」の基本的発想である<sup>165</sup>。

#### 4-1-2. 実現プロセス：スティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供

道徳的信頼を確立した刑法は、内面化と社会的影響の力によって、遵法性を維持し、もって犯罪予防効果を発揮することができる。ところで、ロビンソンは、この基本的発想をさらに具体化するため、ここにおける予防効果の「実現プロセス」を複数に区別して分析している。つまり、出発点が道徳的信頼であり、終着点が遵法性（犯罪予防効果）であるのは変わらないが、この終着点への「行き方」は、複数存在するのである（東京から大阪に向かうときには、新幹線で行くことも、飛行機で行くことも、夜行バスで行くこともできる、ということに似ている）。具体的には、次の三つの実現プロセスを区別することができる。なお、以下の記述を経験的に裏づける先行研究、およびロビンソンらが遂行した実験研究については、次の4-2. で扱う。

第一に、刑法に対する道徳的信頼が確立しているとき、公衆は刑罰に「スティグマ化（stigmatization）」の力を感じるようになる。つまり、犯罪者であるということは不名誉な烙印（スティグマ）を意味するようになり、それゆえ、個人にとって内的な要因としては、このような烙印を受けることはそれ自体で避けたい事態であるから犯罪行為の選択を避けるようになる。また、外的な要因としても、人々は犯罪者を信頼に値しない人物とみなすようになることから、実際にも犯罪者に様々な不利益（例えば、失業、離婚、人的交流の輪からの疎外）がもたらされる。このような、内的かつ外的に作用するスティグマ化の力を利用することによって、刑法は人の行動を統制できるようになるのである<sup>166</sup>。このプロセスは、上述した「内面化」および「社会的影響」という力の存在から、容易に想定できよう。

第二に、道徳的信頼を獲得している刑法は、公衆からの「協力」を得ることができる。これは裏面から考えると理解が容易になる。すなわち公衆は、刑法が正義に反する、道徳的に幻滅させられるものであると認識すると、刑法を正統な道徳的権威と見なさなくなる。このとき、刑事司法システムは、公衆によって、正義を実現するどころか、むしろ悪であると認

---

たところ、刑法に対する「道徳的コミットメント（moral commitment）」と、法違反による「社会的非是認（social disapproval）」もまた、違法行為の期待効用を低下させる要因となりうるはずである、と。これは、指摘されてみれば当然のことであるが、盲点となりやすい部分であるように思われる。

<sup>165</sup> このような、規範的犯罪抑止という発想自体は、アメリカでもかねてより提示されてきたものである。中でも、この発想に立脚する研究として代表的なものであると言える Tom R Tyler, *Why People Obey the Law* (first published 1990, PUP, 2006) 161 は、「遵法性に関しては、二つの理論が進歩してきた。つまり、道具的理論と、規範的理論である。本書が強調してきたのは規範的観点の重要性であり、この観点が焦点を当てるのは、人々を、法的ルールと法的機関の決定に自発的に従わせるところの諸価値である。このような諸価値は、それが存在するとすれば、法的機関が効率的に機能するための基盤を形成するものである」と述べる。

<sup>166</sup> *IJUD* 154 f; Paul H Robinson & John M Darley, 'Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy' (2007) 81 *S Cal L Rev* 19-21.

識されるようになる（そもそも刑罰は、もしそれが正当化されていなかったとすれば、単なる他者に対する法益侵害の意図的な賦課となり、すなわち犯罪にあたる行為である。つまり、刑法の道徳的権威が失墜すると、極端な場合には、刑罰権を行使する国家は、公衆の認識において、巨大な犯罪組織に転化してしまうのである）。そうすると、公衆は悪に手を貸したいという動機をもたない以上、例えば警察機関は公衆からの協力を得にくくなり、円滑な犯罪予防活動が阻害されることになる。そして、刑法が公衆の正義観念から逸脱する程度と頻度が高まり、そうして公衆の「刑法は不正義である」という認識が強まってゆくと、公衆の非協力的な態度は、「転覆と抵抗の能動的な力（active forces of subversion and resistance）」<sup>167</sup>へとエスカレートしてゆくことになるのである。また、極端な場合、一方で、処罰すべきと強く考えられている行為を刑法が処罰しない場合には、自警主義（vigilantism）、すなわち、刑事司法制度の枠外における私的制裁が横行するおそれがあり<sup>168</sup>、他方で、処罰すべきでないとして強く考えられている行為を刑法が処罰する場合には、結局その行為が地下で（例えば犯罪組織の手で）行われ続け、それによって（例えば、犯罪組織に活動資金を蓄えさせることとなって）無関係な犯罪の発生率をも上昇させてしまうおそれがあるのである（アメリカにおける事例は、いうまでもなく、いわゆる禁酒法である）<sup>169</sup>。

第三に、道徳的信頼を獲得している刑法は、その道徳的権威によって、公衆にとって信頼できる「行動基準」であると認められることになる。ここではまず、本稿 I. 2. でみたように、公衆の正義観念には、高度に一致する領域（不正行為の中核。殺人、窃盗、詐欺のような、いわゆる自然犯に概ね相当する）と、そうでない領域があることを想起する必要がある。ここで、例えば暴行・脅迫を伴わない、純粋な不同意性交（2-2-2-2. でみたシナリオ H がこれであった）を処罰すべきか、すべきであるとして、それはどのくらい重大な犯罪であるのかということについて、公衆の間では意見が割れている。ここで刑事司法システムが、「不同意性交は（例えば、強盗より少し軽い程度で）処罰する」旨の立法を行ったとする。このとき、もし刑事司法がかねてより道徳的信頼を確立していたならば、公衆は、いわば「いつもよくやっている刑法（の専門家たち）がそう言うのだから、きっとそうなのだろう」と考え、刑法の決定を受け入れて、それを自身の行動基準として内面化する。それはまさに遵法性の獲得であり、犯罪予防効果の発生を意味する。しかし、道徳的信頼がなければ、結果は逆になるのである<sup>170</sup>。なお、ここで若干補足しておく、これは一見する限り、否定的に評価すべき盲従のように思われるかもしれない。しかし、刑法に関して市民的熟議が成立しているという理想状態と、それを目指す過程において刑法に道徳的信頼が向けられているという事実状態とは区別すべきであり、後者の事実状態そのものにも独立した価値（遵法性の獲得を通じた犯罪予防効果）が認められることは否定できない。かつ、このような道徳的信頼の

<sup>167</sup> *IJUD* 156.

<sup>168</sup> そのアメリカにおける事例として、1981年にミズーリ州の小さな町で起きた事件が紹介されている（*IJUD* 155 f）。簡潔に述べると、無法者の男がれいぷや強盗といった犯罪行為を繰り返していたが、警察や証人も脅迫されていたため処罰されずじまいであったところ、最終的に町の人々が集団で彼を襲い、殺害したという事件である。

<sup>169</sup> 以上、第二点目の全体について、*IJUD* 155-161; *Robinson & Darley* (n 166) 21-28.

<sup>170</sup> *IJUD* 161-163; *Robinson & Darley* (n 166) 28-31. 要するに、オオカミ少年の寓話と同じである。

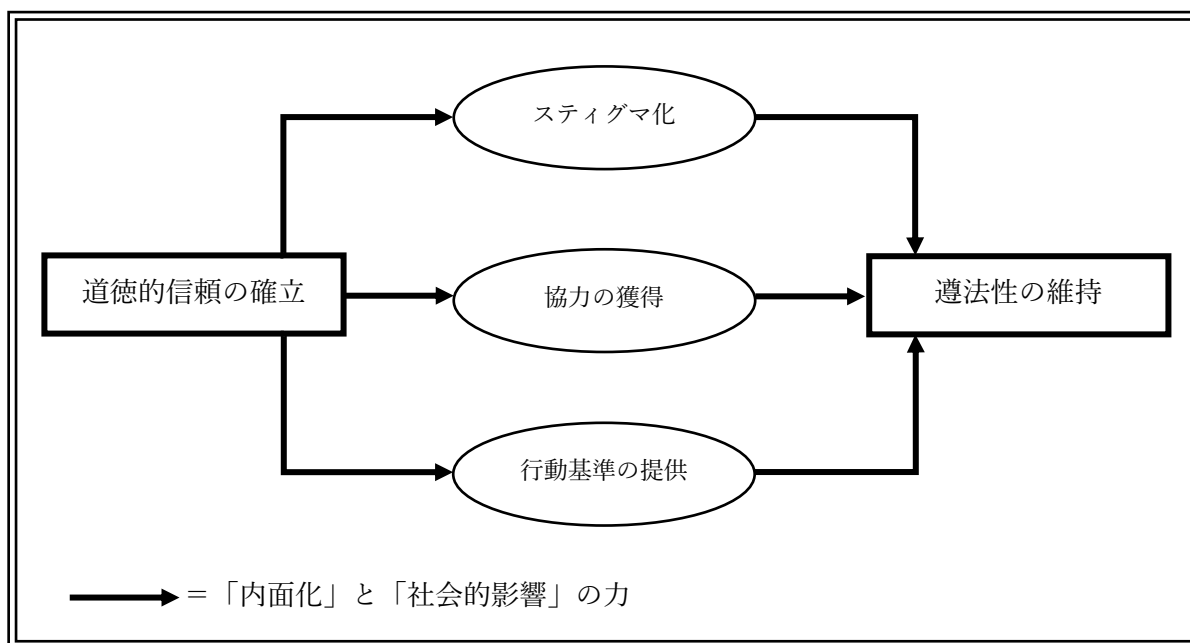
確立は、上述した理想状態にアプローチするための、現実的な必要条件ですらあるのではないだろうか。したがって、この構想を「盲従の肯定」として規範的に排斥するとすれば、それは、たらいの水と一緒に赤子を捨てることであると言わなければならない。

以上三点をまとめれば、次のようになる。すなわち、刑事司法システムが人々の間で共有された規範（公衆の正義観念）と一致している（＝道徳的信頼を獲得している）とき、刑事司法は、この規範に対する違反に伴うところのスティグマ化の力を利用できるようになる（上記第一）。逆に、刑事司法が共有された規範から逸脱すると、今度は刑事司法自身が公衆の反感を買う。その結果、一方で刑法は公衆からの協力を得られなくなって、円滑な犯罪予防活動が阻害されるのであり（上記第二）、他方で、刑法の道徳的權威が失われることで、刑法の提供する行動基準が実効性を失ってしまうのである（上記第三）。

#### 4-2. 経験的検証

上にみた「規範的犯罪統制」の理論的枠組みは、次の図表8のように図式化することができよう。すなわち、道徳的信頼を確立した刑法は、「内面化」と「社会的影響」の力によって可能となるところの、「スティグマ化」、「協力の獲得」および「行動基準の提供」という効果を通じて、遵法性を維持し、犯罪予防効果を実現することが可能となるのである。

図表8：規範的犯罪統制の理論的枠組み



次に問題となるのは、これらの効果が本当に存在するのか、ということである。そこで以下では、まず、これを経験的に検証する目的で行われた、ロビンソンらの実験研究を検討し、続いて、関連する従来の研究を紹介する。



#### 4-2-1. ロビンソンらの実証研究

まずは、ロビンソンらが遂行した二つの実験研究<sup>171</sup>を紹介・検討する。

##### 4-2-1-1. 研究 A

デザインと方法<sup>172</sup>: 詳しく述べる前に、この研究の構造全体を概観しておく。同研究の目的は、「道徳的信頼」と「遵法性」の関係を経験的に明らかにすることである。ところで、上述したように、道徳的信頼を確立した刑法は、「スティグマ化」、「協力の獲得」、および「行動基準の提供」という三つの効果を通じて、遵法性を獲得するのであった。したがって、上記目的を達するためには、実験参加者の「道徳的信頼」を変動させ、それによって上記三つの効果がどのように変動するかを確かめればよいことになる<sup>173</sup>。そこで同研究はまず、①実験参加者たちに、あるアンケートに回答するよう求める。そこには例えば、「道端に拳銃が落ちている。警察に届けますか？」というような質問がある。これにポジティブに答えれば協力的な態度があり、ネガティブならば協力的な態度がないということになる。②続いて、参加者たちに、公衆の正義観念に著しく反する、現実の判決群を見せる。そこには、本稿 I. 3-1. の実証研究で用いられたシナリオが含まれている。これによって、参加者たちは、「これほどひどく不正義な判決があるのか」と驚き呆れることになる。つまり、刑法に対する道徳的信頼が毀損されるのである。③その上でもう一度、上記①のアンケートに答え直してもらう。ここで回答傾向が変化していれば、道徳的信頼と、上述した三つの効果との間の相関関係を確認することができる、ということである。

以上が本研究の全体構造である。続いて、より細かい部分を確認してゆく。

インターネット上で行われた実験であり、参加者は 59 人であった。うち 33 人は、アマゾ

---

<sup>171</sup> 以下に紹介する二つの実験研究のほか、*Waffenstillstand*, S. 28 (邦訳 264 頁) には、また別の実証研究についても、結果のみであるが言及されている。その概要を記しておく、もともとミシガン大学が公開していた、電話インタビューによる裁判所に関する世論調査のデータを用いたものである。その中には、過去に刑事手続に関与した経験のある人々 (141 人) に対する調査 (その 3 分の 2 は陪審員としての関与であった) が含まれていた。続いて、その質問事項に、まず「あなたの地域の裁判所は、暴力事件、薬物事件および少年事件を、どのくらいうまく扱っていると考えますか」というものがあったため、これを道徳的信頼の程度に関する指標と解釈し、さらに「あなたは、今までに関与した刑事事件と似たような事件に自身が直面したとき、その解決を刑事司法システムに委ねようと思いますか」という質問項目があったため、これを「協力の獲得」の程度に関する指標と解釈した。その上で、回帰分析によって、道徳的信頼や、その他の人種・性別・収入・婚姻などの属性と、「協力の獲得」との間における相関関係を調べたところ、道徳的信頼と協力の獲得との間において、他のいかなる属性をも上回る、桁違いに強い相関関係が確認された、というものである。この研究について詳細は、*Robinson et al* (n 130) 2016-2025; Paul H Robinson, 'Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change' (2017) 111 Nw U L Rev 1585 f.

<sup>172</sup> *IJUD* 177-179; *Robinson et al* (n 130) 1997-2001.

<sup>173</sup> ここで、次のような疑念が生じるかもしれない。すなわち、この調査手法によれば「道徳的信頼→三つの効果」は経験的に検証されうるとしても、「三つの効果→遵法性の維持 (犯罪予防効果の発生)」は確かめられないのではないか、ということである。これについては、4-2-2. において、この点を裏づけると言いうる実例や実験研究を複数取り上げる。とはいえ、4-2-1-3. で述べる通り、この点の実証に一定の限界があることは否定できない。

ン社の提供する「アマゾン・メカニカル・ターク (Amazon Mechanical Turk)」システム<sup>174</sup>を利用して募集され、匿名のまま参加した（参加者には 0.95 ドルの報酬が支払われた）。残り 26 人は、ペンシルヴェニア大学ロースクールのコミュニティ（学生は除く）およびその知人に募集をかけ、参加した人々である（なお、これら二集団の間で結果に有意差はなかったことが注記されている）。上述した通り、この実験は、まず実験参加者に質問に答えてもらい、道徳的信頼を操作した後、再び質問に答えてもらうというプロセスを辿るが、このような手法のことを「被験者内実験計画 (within-subjects design)」<sup>175</sup>と呼ぶ。

まず、参加者には、次の図表 9 に掲げる質問に答えてもらった。

図表 9：刑事司法システムへの道徳的信頼に関する質問<sup>176</sup>

---

**1. 終身刑に処されたということは、凶悪な犯罪行為であったに違いない**

夕方のニュースで終身刑を宣告された囚人の話を見たとします。あなたは、彼の非常に厳しい判決を根拠に、その人が凶悪な犯罪を犯したに違いないと結論付け、彼はその罰を受けるに値すると信じるでしょう。

---

**2. 虚偽の中傷コメントの投稿が法律で禁じられているならば、それは非難されるべき行為に違いない**

あなたは、新聞記事で、他人のネット上のプロフィールサイト(フェイスブックなど)に虚偽の否定的なコメント (negative false comments)を投稿することは、刑法上の名誉毀損罪にあたる可能性があることを知りました。あなたは、刑法がこの行為を禁じている以上、それは非難されるべき行為なのだと考えるでしょう。

---

**3. 財政戦略に重い刑が科されているということは、それは非難されるべきであるということだ**

新聞によると、税金をめぐる特定の財政戦略 (financial maneuver)<sup>177</sup>が犯罪化され、法律では 28 年から 32 年という非常に重い刑に処せられるとのこと。法律がこのような重い刑を課しているので、あなたは、その行為は道徳的に非難されなければならない、おそらくそのような刑に値するのだらうと結論付けるでしょう。

---

**4. 矢じりの持ち出しを報告する**

あなたは、あなたの町に住んでいるある人が、重要な史跡を訪れ、そこから矢じりを持ち出したことを知りました。その遺跡から物を持ち去ることは違法です。あなたは、この持ち去りを関係当局に報告するでしょう。

---

**5. 見つけた拳銃を警察に渡す**

あなたは路地を歩いていて、下水管の横に拳銃を見つけました。あなたは、これを放置しておく、子供たちに危険が及ぶかもしれないと考えていますが、それを拾って警察に持っていくことで、自分にとって厄介事になるのではないかと心配しています。あなたを見ている人は、周りには誰もいません。あなたなら、銃を拾って警察に持っていきますか。

---

**6. 犬に関する規制違反を当局に報告する**

あなたのお隣さんは犬好きです。彼は最近、さらに 3 匹の犬を飼うようになり、計 6 匹になりました。法律では一軒の家に 3 匹の犬を飼うことしか認められていません。あなたは、お隣さんの新しい犬を関係当局に報告するかもしれません。

---

<sup>174</sup> Robinson et al (n 130) 1998 n 186.

<sup>175</sup> 被験者内実験計画については、*Waffenstillstand* の邦訳 273 頁訳注十四も参照。

<sup>176</sup> *IJUD* 178.

<sup>177</sup> いわゆる租税回避のことを念頭に置いていると思われる。

## 7. ガソリンスタンドに戻って自分のミスを報告する

あなたは、自分の住所から離れた場所で休暇を過ごしているときに、お金を払わずにガソリンスタンドから車に出てきてしまいました。このことには後になって気づいたのですが、従業員はあなたの正体を知らないし、追跡もできないことを知っています。あなたは、引き返して自分のミスを報告することもできますが、この行為自体が何らかのペナルティにつながるのではないかと、若干心配しています。あなたは、自分のミスを訂正するために、ガソリンスタンドに引き返すか、あるいは連絡を取ろうと試みるでしょう。

## 8. レストランに戻って自分のミスを報告する

あなたは、自分の住所から離れた場所で休暇を過ごしているときに、お金を払わずにレストランから車が出てきてしまいました。このことには後になって気づいたのですが、従業員はあなたの正体を知らないし、追跡もできないことを知っています。あなたは、引き返して自分のミスを報告することもできますが、この行為自体が何らかのペナルティにつながるのではないかと、若干心配しています。あなたは、自分のミスを訂正するために、レストランに引き返すか、あるいは連絡を取ろうと試みるでしょう。

実験参加者は、以上の質問に対して、「1. 全くそう思わない (strongly disagree)」から「9. 非常にそう思う (strongly agree)」の間で回答する。質問 1～3 は「スティグマ化」、質問 4～6 は「協力の獲得」、質問 7, 8 は「行動基準の提供」に関わるものと理解される。

次に、参加者に対して、現実存在した事件であることを明らかにした上で、7つのシナリオを示し、適切であると考える量刑を判断させた。その中には、「実際の量刑が、公衆にとっては軽すぎると感じられるもの」と「重すぎると感じられるもの」の二種類が含まれていた<sup>178</sup>。その後、実際に下された量刑を示し、参加者は、自身の下した量刑と実際の量刑との差を計算して入力するように求められた（これは、両者の差に注意を向けさせるための作業である）。こうして、参加者は刑事司法システムに「幻滅 (disillusion)」し、その道徳的信頼が損なわれると考えられる。

この作業が終了した後、参加者には、最初の質問にふたたび答えてもらった。

**結果と考察**<sup>179</sup>：同実験の結果を、次の図表 10 に示す。なお、最初の回答は「ベースライン」、道徳的信頼を損ねた後の回答は「刺激後」と表現されている。

<sup>178</sup> 各シナリオの内容・参加者の量刑・実際の量刑を対比した図が、*Robinson et al* (n 130) 2031 f に掲載されている。簡単に示しておけば、シナリオ 1 は、刑務所で守衛として働いている、障害のあるジョンが、自身は銃器の携行が許されていると考えていたが、実は違法であった、というものである（参加者の量刑：2 月、実際の量刑：3 年）。シナリオ 2 は、ある女性が、コンビニエンスストアで別の女性と口論になった後、その女性を刃物で刺突して逃げ去り、刺された女性は流血して自力で立つことができず、助けを呼ぶことができなかったところ、通りがかったジョンが、倒れている彼女をまたいで (step over)、携帯電話で写真を撮り、救急車を呼ばずにそのまま立ち去ったものであり、もしジョンが救助を要請していれば女性の命は助かったであろう、というものである（参加者の量刑：3.8 年、実際の量刑：この種の不作為を処罰する規定がなく、無罪）。シナリオ 6 は、ジョンが女性の後をつけ、その部屋に押し入った後、ナイフで脅迫した上でレイプに至り、同様の手口による被害者が他に 10 人存在していたというものである（参加者の量刑：33.9 年、実際の量刑：ジョンが外交官の息子であったため、無罪）。残ったシナリオ 3, 4, 5, 7 は、それぞれ本稿 I. 3-1. でみたシナリオ E, A, B, F である。

<sup>179</sup> *IJUD* 179-181; *Robinson et al* (n 130) 2001-2004.

図表 10：研究 A の結果<sup>180</sup>

質問	ベースラインの平均	刺激後の平均	有意性
1. 終身刑なら凶悪な犯罪行為だったに違いない	6.46	5.14	$p < .001$
2. 法律が禁じるなら非難すべき行為に違いない	6.14	5.76	$p < .07$
3. 厳罰に処されているなら重大な犯罪なのだろう	5.25	4.63	$p < .02$
4. 矢じりの違法な持ち出しを報告する	5.93	5.14	$p < .01$
5. 拾った拳銃を警察に届け出る	6.66	5.56	$p < .001$
6. 規制違反行為を警察に報告する	5.15	4.59	$p < .01$
7. ガソリンスタンドに代金の払い忘れを連絡する	7.05	5.69	$p < .001$
8. レストランに代金の払い忘れを連絡する	7.15	5.71	$p < .001$

全体として、 $p$  値が有意水準、すなわち  $p < .05$  であるが<sup>181</sup>、これを大きく下回っていることがわかる。すなわち、質問 2 に関しては、 $p < .07$  であるため微妙な結果であるが、残りについては、道徳的信頼を損なう前後で、スティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供といういずれの効果も有意に低下したことが確認された、ということになる。

その一方で、同研究が採用する「被験者内実験計画」には、問題もある。つまり、まず質問をしてから、道徳的信頼を損なう情報を示し、そのあとで同じ参加者集団に同じ質問をするため、参加者たちが、「実験者は、質問に対する回答を変えて欲しいのだな」というような意識を持ってしまい（要求特性〔demand characteristics〕と呼ばれる）、したがって回答がその方向に誘導されてしまったのではないか、という疑念がありうる。この疑念を解消するためには、別の計画のもとで同様の実験を遂行する必要がある。そこで行われたのが研究 B である。

#### 4-2-1-2. 研究 B

デザインと方法<sup>182</sup>：インターネット上で行われた実験であり、上と同様に、アマゾン・メカニカル・タスクを利用して 207 名が参加した（参加者には 0.75 ドルが報酬として支払われた）。その上で、参加者をランダムに、二つのグループに振り分けた。第一は、「高幻滅（high-disillusionment）」グループ（108 名）であり、彼らに求められる作業は、研究 A と全く同様である。第二は「低幻滅（low-disillusionment）」グループ（99 名）であり、その手順はやはり研究 A と同じであるが、参加者に提示し、量刑を判断してもらった後で現実に言い渡された量刑を知らせる段階において用いられたシナリオが異なる。すなわち、高幻滅群では、参加者の直観と実際の量刑が大きく食い違うシナリオが示されたが、低幻滅群では、この食

<sup>180</sup> IJUD 180; *Waffenstillstand* S. 26（邦訳 262-263 頁）も参照。

<sup>181</sup> *Robinson et al* (n 130) 2006. 上注（76）も参照。

<sup>182</sup> IJUD 181; *Robinson et al* (n 130) 2004 f.

い違いが小さいか、ほとんどないと考えられるシナリオが示されたのである<sup>183</sup>。このように、道徳的信頼を損なわせる程度に応じて、参加者集団そのものを変えているわけであるが、このような手法のことを「被験者間実験計画 (between-subjects design)」<sup>184</sup>と呼ぶ。

**結果と考察<sup>185</sup>**：同実験の結果を、次の図表 1 1 に示す。それぞれ、上述した研究 A におけるベースライン、つまり参加者が最初に質問に答えた状態（つまり、道徳的信頼が何ら損なわれていない状態）の回答、ならびに、研究 B における、低幻滅グループおよび高幻滅グループの二回目の回答が、それぞれ平均値で示されている。さらに、各々の数字に、6.46<sup>a</sup>, 6.59<sup>b</sup> というようなアルファベットが付されているが、これは、「同じアルファベットが付されている数字には、有意差がない」という意味である。例えば、質問 1 の行では、a、a、b と並んでいるため、無幻滅群と低幻滅群の間では有意差がなかったが、それらと高幻滅群との間では有意差があったということになる。質問 6 の行の場合、a、a、b、b と並んでいるため、無幻滅・低幻滅群間でも、低幻滅群・高幻滅群間でも有意差がないが、無幻滅・高幻滅群間では有意差が認められる、ということになる。質問 8 の行の場合、a、b、c と並んでいるため、全ての群の間で有意差が認められたということになる。

図表 1 1：研究 B の結果（研究 A のベースラインとの対比）<sup>186</sup>

質問	研究 A ベースライン(無幻滅)	研究 B: 低幻滅	研究 B: 高幻滅
1. 終身刑なら凶悪な犯罪行為	6.46 <sup>a</sup>	6.59 <sup>a</sup>	5.35 <sup>b</sup>
2. 法律が禁じるなら非難すべき行為	6.14 <sup>a</sup>	5.38 <sup>b</sup>	5.59 <sup>a, b</sup>
3. 厳罰なら重大な犯罪	5.25 <sup>a</sup>	5.16 <sup>a</sup>	4.34 <sup>b</sup>
4. 矢じりの違法な持ち出しを報告	5.93 <sup>a</sup>	5.65 <sup>a</sup>	4.95 <sup>b</sup>
5. 拾った拳銃を警察に届け出る	6.66 <sup>a</sup>	5.40 <sup>b</sup>	4.32 <sup>c</sup>
6. 規制違反行為を警察に報告する	5.15 <sup>a</sup>	4.75 <sup>a, b</sup>	4.43 <sup>b</sup>
7. ガソリンスタンドに払い忘れを連絡	7.05 <sup>a</sup>	6.63 <sup>a</sup>	5.63 <sup>b</sup>
8. レストランに払い忘れを連絡	7.15 <sup>a</sup>	6.47 <sup>b</sup>	5.84 <sup>c</sup>

無幻滅群と高幻滅群の結果を比較すると、質問 2 については、研究 A と同様に有意差が示されていないが、残りの質問については全て有意差が示されている。低幻滅群と高幻滅群を比べる場合でも、質問 2 および質問 6 を除いて、有意差が示されている。この結果は、研

<sup>183</sup> その内容・参加者の量刑・実際の量刑については、*Robinson et al* (n 130) 2033. 本稿 I. 2-2-2-1. でみた 24 件のシナリオから 7 件を選び出したものである：傘事例、幻覚事例、ラジオ事例、平手打ち事例、強盗未遂事例、ビットブル事例、待ち伏せ事例。なお、実際の量刑としては、上記事例とよく似た事件を選んで、その量刑を提示したとされる (*Robinson et al* (n 130) 2004 n 195)。

<sup>184</sup> 被験者間実験計画については、*Waffenstillstand* の邦訳 274 頁訳注十六も参照。

<sup>185</sup> *IJUD* 182-184; *Robinson et al* (n 130) 2005-2008.

<sup>186</sup> *IJUD* 182; *Robinson et al* (n 130) 2007; *Waffenstillstand*, S. 27 (邦訳 263 頁)。



究 A の結果と整合的であり、刑事司法システムに対する道徳的信頼が損なわれれば損なわれるほど、スティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供という効果が弱まってゆくということを示唆するものであるといえる。

#### 4-2-1-3. 研究 A・B の限界：自己報告尺度の問題点

刑法に対する道徳的信頼の確立は、スティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供という三つの効果を通じて、遵法性を維持し、犯罪予防効果を発揮する。研究 A および B が示唆しているのは、このような因果関係である。とはいえ、両研究によってこの関係が疑いなく実証されたものと言えるかといえ、必ずしもそうではない。というのも、そこでは、いわゆる「自己報告尺度 (self-report measures)」が用いられているためである。例えば、高幻滅群の実験参加者が、「質問 8：レストランに代金の払い忘れを連絡しますか？」に対して「そう思う」と回答したとする。しかし、そう回答していたとしても、いざ現実になそのような事態が起これば、連絡せずに逃げてしまう可能性があるのではないかと疑われるであろう。

より抽象的に言えば、研究 A・B が採用する「自己報告尺度」という手法では、参加者が、スティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供に関する質問に対してどのような回答を自己申告するか、この自己申告が道徳的信頼の程度によってどのように変化するか、ということが手掛かりとされることになる。ここでもし、「人は自己申告した通りに行動する」と想定できるのであれば、研究 A・B の結果は、次のことを確かに実証したと言える。すなわち、道徳的信頼を毀損すれば、人は現実には、刑法にスティグマ化の力を感じにくくなり<sup>187</sup>、法的機関に対して非協力的になり<sup>188</sup>、刑法を行動基準として信頼しなくなるのである<sup>189</sup>。

しかし、自己報告尺度が、人の行動を予測する上でどの程度強い証拠となりうるのかといえば、これには限界があることを認めなければならない。この点は社会心理学上も議論がな

---

<sup>187</sup> それは、刑法に違反することに対する罪悪感が薄れ、またこの違反は社会的非難を受けるだろうという認識もリアリティが弱まるということを意味する以上、遵法性を弱め、犯罪予防効果を低下させるということになる。

<sup>188</sup> これは、些細なものに見えるかもしれないが、公衆の非協力的態度が累積すれば、その犯罪予防活動に対する阻害効果は無視できないものとなる。この傾向がエスカレートすれば、より能動的な抵抗に移行するおそれがあることも上述した通りである。

<sup>189</sup> これは究極的にはスティグマ化と同じことを述べているようにも感じられるが、上にいうスティグマ化は、刑法による犯罪評価・科刑判断を、どの程度信頼に値するものと見積もるかという、公衆の心理の側面に重点があり、その一方で、行動基準の提供の場面では、自身の正義直観からは判断が微妙であるときに刑法に従う選択をするか、という行動の側面に重点があると整理できる（行動に着目する点では、協力の獲得の場面も同様である）。

その上で考えてゆくと、行動基準としての信頼の喪失は、もともと正義直観が強く働く領域では影響が小さいかもしれないが（ただしこれも、刑法の不正義の程度と頻度が高まり、それによって刑法への道徳的信頼が敵意に近いレベルにまで高まることがあれば、正義直観に反する行為も、刑法ないし国家に対する一種の報復〔ないし、”処罰”〕と理解され、公衆の意識の中で正当化されてしまうということは考えられるであろう）、正義直観からの判断が微妙である領域では、刑法に従わない行動をとる可能性が高まることを意味する以上、遵法性が低下し、犯罪予防効果に悪影響が及ぶことができる。

されているが<sup>190</sup>、ここで問題となるのは要するに、「警察に協力しますか」というような、行動傾向に関する一般的な質問を行っても、実験参加者は、より具体的な背景や事実関係を自身で補充して考えてしまうため、そこで得られた回答に基づいて、人が、いざ現実において具体的な背景と状況のもとでどのような行動をとるのかという点を確実に予測することは難しいということである<sup>191</sup>。言い換えれば、研究 A・B の手法では、上掲した図表 8 を例にとると、「道徳的信頼→三つの効果（の自己申告）」という部分までは示することができるが、「三つの効果（の現実存在）→遵法性」という部分については、一定の疑義が生じてきうることを否定できないのである。

より具体的にみてゆくと<sup>192</sup>、まず、スティグマ化の効果（質問 1～3）は、刑法の犯罪評価や科刑判断をどの程度信頼しているかという心理状態そのものに関わり、それが内面化と社会的影響の力によって遵法性に影響を及ぼすという趣旨であるため、自己報告尺度による測定に問題はないと言える<sup>193</sup>。その一方で、協力の獲得効果（質問 4～6）については、回答者の行動傾向そのものに関して申告させるものであるため、上述した問題点が妥当する。この点を補充する方策として、ロビンソンは、複数の国または地域について道徳的信頼の程度を調査し、他の変数を統制した上で、それぞれにおける協力傾向を調べる、という案を挙げている。もっとも、ロビンソン自身が指摘するように、このようなデータの収集は困難である場合が多く、コストもかかるという難点がある。最後に、行動基準の提供効果（質問 7, 8）に関しても、やはり行動傾向に関わることであるため同様の問題点が妥当するため、別の、より直接的な測定方法を用いて経験的調査を行うことは、考えられてよいであろう<sup>194</sup>。

---

<sup>190</sup> See *Robinson et al* (n 130) 2009 n 208, n 209. なお、アンケート調査による態度測定に関して注意すべき点と、態度から行動を予測するための方法論に関する一般的な記述として、池田ほか・前掲注（35）151-157 頁参照。

<sup>191</sup> *Robinson et al* (n 130) 2009.

<sup>192</sup> *Robinson et al* (n 130) 2009 f.

<sup>193</sup> もちろん、究極的には、スティグマ化の力を感じていると自己申告されても、本当にその通りに行動するかどうかはわからない、と言うことはできる。しかしこのことは、スティグマ化に伴う罪悪感（内面化）と社会的非難（社会的影響）が行動統制にとって大きな重要性をもたない、ということの意味しない。むしろ、内面化と社会的影響の力が行動に対して及ぼす影響について、社会心理学上、刑法とは無関係なものを含む様々な場面との関係で研究成果が積み重ねられていることは否定できないはずである。そうであれば、上のような懐疑論によって、スティグマ化の意識が行動に対してもつ影響力（つまり犯罪予防効果）を、取るに足らない仮説として棄却することはできないというべきではないであろう。

<sup>194</sup> その具体的な方策について、ロビンソンは明確なことを述べていない。もっとも、既述したところとも重なるが、ロビンソンによれば、行動基準の提供に関しては、正義直観の強い一致がある不正行為の中核よりも、一致が弱い周縁的な行為の方が、より大きな効果が及ぼされると考えられる。なぜなら、中核的な不正行為については、既存の社会規範が強く内面化されており、社会的非難のおそれも大きいため、人々は、刑法とは無関係に、どのみちそのような行為を避けると予測されるところ、周縁的な行為については、このことが妥当しないためである（*Robinson et al* (n 130) 2010）。この記述を、協力の獲得効果に関する記述と総合すると、行動基準の提供効果をより直接的に測定する上では、複数の国または地域において道徳的信頼性の相違を測定し、他の変数を統制した上で、周縁的な行為の発生率との相関関係を調査する、という方策が考えられるように思われる。

以上のように、研究 A・B における自己報告尺度に限界があることは否定できない。しかし、ここで筆者なりに補足しておく、本論文の冒頭で述べたように、犯罪予防効果の実証には、そもそも程度の幅があるのであって、目的刑論を成立させる要件として、一点の疑義も許されない証明を要求すべきであるということに必然性は存在しない。この点、経験的デザート論に関するこれまでの記述によって、従来（わが国で知られていたもの）と比べ、犯罪予防効果の確からしさが相当程度高まっていることは確かであろう。その上で、既述の通り、実証の精度をより高めるために、さらなる経験的調査を行う余地があるに過ぎない。また、下に述べる従来の実証研究によっても、ここで提示している「道徳的信頼→三つの効果→遵法性」という仮説に整合的な結果は複数報告されている。これに照らして考えても、犯罪予防効果の実証を目指す上では、完璧な実証へと一足飛びに向かうという手段だけではなく、様々な手法による複数の実験を通じて、いわば間接証拠を積み重ねながら、仮説の確からしさを漸進的に高めるといった手段もまた存在するのであって、かつ、この手段には十分な合理性が認められるということができよう。

#### 4-2-2. 従来の実証研究

遵法性の原因に関する従来の実験研究においては、上述した研究 A・B と整合する結果が報告されている。ここでは、ロビンソンが紹介している六つの先行研究を概観する<sup>195</sup>。

グラスミックとグリーン（Grasmick & Green）による実験研究では、刑罰害悪による威嚇に加えて、「内面化」と「社会的影響」もまた抑止力を有することが示唆されている。この実験は、フロリダ州ポルク・シティ（Polk City）からランダムに選ばれた 400 人を対象に、電話または訪問によるインタビューを行ったものである。有効な回答を得られたのは 390 人であった。質問項目としては、まず、窃盗、傷害、賭博、飲酒運転といった犯罪行為を過去に行ったことがあるか、将来それを行うことがあると思うか、について尋ねる。続いて、それらの犯罪を行うとき、自分が逮捕される確率と、逮捕された場合に科せられる刑罰の重さはどの程度になると思うか（法的刑罰の脅威）、最も親しい 5 人の（成人の）友人のうち、何人が犯罪を犯した経験があると思うか（社会的非是認の脅威）、それらの犯罪行為に出ることはどのくらい悪いこと（wrong）だと思うか（法規範に対する道徳的コミットメント）、について尋ねるのである<sup>196</sup>。その上で、前者と後者の関係性を調べた結論として、論者は、法的刑罰の脅威・社会的非是認の脅威・法規範に対する道徳的コミットメントは、いずれも犯罪行為を抑制する要因になっているとしている<sup>197</sup>。

シルバーマン（Silberman）による実験研究は、威嚇よりも、内面化と社会的影響の方が、より大きな抑止力をもつことを示唆している。この実験は、まず、147 人の大学生を対象に、軽窃盗、大麻の自己使用、未成年飲酒といった行為を行った経験があるかを尋ねた後で、それぞれの行為の反道徳性、処罰される可能性、処罰の重さ、仲間の関与（知り合いに逮捕さ

<sup>195</sup> *IJUD* 184-189; *Robinson et al* (n 130) 2011-2016.

<sup>196</sup> *Grasmick & Green* (n 164) 329-331.

<sup>197</sup> *Ibid* 334 f. なお論者は、違法行為を抑制する要因はこれら三者に尽きるのではないかともし唆しているが、これに対して、アノミーや、逸脱的なサブカルチャー的規範への同調（conformity to deviant subcultural norms）といった動機づけ要因（motivational factors）については別個の調査を要するとしている。



れた人がいるか、いないかということ）を尋ねた。すると、反道徳性の認識は、行為に出ない傾向との間で極めて強い相関関係を示したのに対して、処罰される可能性との相関関係は弱く、処罰の重さとの相関関係はほとんどの行為について認められなかった（仲間の関与については、行為に出る傾向との関係で、ある程度の相関関係がみられた）<sup>198</sup>。

ジェイコブ（Jacob）による実験研究も、シルバーマンと同様の結論を示している。この実験では、イリノイ州エヴァンストンの住人からランダムに選ばれた人々を対象に、電話によるインタビューが行われた。有効な回答が得られたのは 176 人であった。質問事項としては、まず、高速道路における速度違反の経験があるか、大麻を使用してみたいと思ったことがあるか、そして、誰も見ていないとしたら、デパートから 50 ドルの商品を万引きする可能性はどのくらいあるか、という点について尋ねた<sup>199</sup>。その上で、それぞれの行為に対する刑罰の重さを尋ねると、これについて正確な知識をもっていることと、当該行為に関する遵法性の程度の間には統計的に有意な関連性がなく、また、逮捕の可能性をどの程度高く見積もっているかを尋ねたところ、この程度の高さと遵法性の程度の間にも有意な関連性がなかった<sup>200</sup>。これに対して、問題となっている行為を処罰する法律が正しいと思うか、それとも間違っていると思うかを尋ねると、速度違反と大麻の使用については、その認識と遵法性の間に有意な関連性（法律を正しいと考えていると行為に出にくく、間違っていると考えていると行為に出やすいという関係）が認められ（万引きについては認められなかったが、これは、そもそも万引きを処罰するのは正しいと考える人が圧倒的に多く、これを不正と考えた少数の中に、万引きをするだろうと答えた人がいなかったためである）、また、自分がその行為に出た場合に周囲の人（最も親しい三人）はどう思うと考えられるかを尋ねたところ、すべての行為について、その認識と遵法性との間に有意な関連性（周囲の人は賛成しないだろうと考えていると行為に出にくく、ある程度は、あるいは完全に賛成するだろうと考えていると行為に出やすい）が認められたというのである<sup>201</sup>。

グラスミックとバーシク（Grasmick & Bursik）による実験研究においては、内面化の抑止力が強調されている。この実験では、租税ほ脱、軽窃盗、飲酒運転という三つの犯罪を題材に、実験参加者が、その行為に出た場合にどの程度の「恥（shame: ここでは、個人的な罪悪感のこと）」、「ばつの悪さ（embarrassment: ここでは、他人からの尊敬を失ってしまい、きまりが悪いという感情のこと）」、および「法的制裁の脅威」を感じるかについて尋ねた上で、実際にその犯罪行為に出ることが将来ありうるかどうかを尋ねたところ<sup>202</sup>、いずれの犯罪についても、恥の程度と犯罪行為に出る傾向との間に強い逆相関が認められ、租税ほ脱と飲酒運転では、三つの要素の中で恥が最も強い逆相関を示す要素となっていた。論者は、この結果を踏まえ、それに当時の先行研究を加味した上での結論として、「これらの知見は、遵法性を生み出す上での内部統制（internal control）の重要性を際立たせるものである」と述べている<sup>203</sup>。

<sup>198</sup> Matthew Silberman, 'Toward a Theory of Criminal Deterrence' (1976) 41 Am Soc Rev 444 ff.

<sup>199</sup> Herbert Jacob, 'Deterrent Effects of Formal and Informal Sanctions' (1980) 2 Law & Pol'y Q 64-66.

<sup>200</sup> Ibid 66-70.

<sup>201</sup> Ibid 70-73.

<sup>202</sup> Harold G Grasmick & Robert J Jr Bursik, 'Conscience, Significant Other, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model' (1990) 24 Law & Soc'y Rev 842-848; see also *IJUD* 153.

<sup>203</sup> Ibid 854. 上述した通り、これは「内面化」の抑止力に有利な証拠であると言える。その一方

ナドラー（Nadler）の実験研究<sup>204</sup>は、本稿の用語法でいう「内面化」と遵法性の関係に視点を絞り、次のような興味深い結果を報告している。すなわち、人は、ある法律が正義に反するという認識を得ると、その法律とは無関係な法律をも遵守しにくくなるというのである。実験の内容について具体的に述べると、まず、98 人の学部生を対象に、まず実験参加への同意を確認する署名を求めた上で、新聞記事への態度に対して感情が及ぼす影響に関する実験であると虚偽の説明をする。続いて、新聞記事の形で六つのストーリーを読ませる。そのうち三つが立法に関する記事である（ただし、法律に関する実験であると悟られないように、法的・非法的な記事は混在させてある）<sup>205</sup>。この三つの立法の記事には、実は二つのバージョンがあり、一つは立法の正当性を強調する記事、もう一つは立法の不当性を強調する記事である。続いて、新聞記事の内容を記憶しているかどうかに関するクイズに答えてもらったあと、新聞記事のクオリティに関する質問票に回答するよう求める（これは、参加者をミスリードするための、無意味な作業である）。続いて、実験者が退室し、別の実験者が入室する。実験参加に同意する署名を新たに求めた上で（これにより、前のものとは無関係の実験であるという印象が与えられる）、飲酒運転、駐車違反、ソフトウェアの違法コピー、軽微な食い逃げ、速度違反、未成年飲酒といった軽微な犯罪行為（これは上に現れた立法の課題とは全く無関係である）を将来行う可能性について尋ねた。すると、立法の不正性を強調されたグループの方が、正当性を強調されたグループよりも、犯罪を行う可能性を有意に高く回答したというのである<sup>206</sup>。同研究は、正義観念との矛盾を認識すると、それとは無関係なところでも逸脱的な行動が誘発される可能性を示す点で、重要な意義を有するといえる。

マレンとナドラー（Mullen & Nadler）の実験研究は、刑事判決の道徳的不当性の認識と、遵法性の関係を調査したものであるが、興味深いことに、遵法性の指標として自己報告尺度を用いていない。この実験では、まず、137 人の大学生を対象に、妊娠中絶の完全な合法化に賛成か反対かについてアンケート調査を行う。これによって、合法化に賛成する学生と、

---

で、「社会的影響」の方に関して、「非行関与に対して最大の影響を与えるのは、非公式な社会統制である」ことを強調するのは、Raymond Paternoster & Leeann Iovanni, 'The Deterrent Effect of Perceived Severity: A Reexamination' (1986) 64 Soc F 751; see also Charles R Tittle, 'Sanction Fear and the Maintenance of Social Order' (1977) 55 Soc F 579. さらに、Tyler (n 165) 64 も参照：「法の遵守（compliance with the law）に対して最も重要な規範的影響を与えるのは、人が、法に従うことは彼または彼女がもつ正・不正の感覚に合致すると評価している、ということである。第二の要素は、人が、法は遵守しなければならないという義務感と、法的機関に対する忠誠心をもっていることである」。

<sup>204</sup> Janice Nadler, 'Flouting the Law' (2005) 83 Tex L Rev 1399.

<sup>205</sup> それぞれ、民事没収（civil forfeiture）、租税法、土地賃貸法に関する話題であり、全体として刑事法との関連性は薄い領域であるといえる。Ibid 1413.

<sup>206</sup> Ibid 1410-1416. これとは別に、次のような実験も報告されている（Ibid 1416 ff）。すなわち、参加者に凄惨な事件のシナリオを見せるのであるが、このシナリオには正当に処罰されたパターンとそうでないパターンがあり、その後、無関係な模擬刑事裁判を題材に、陪審員の役割を担ったとしたらどうするかを尋ねたところ、正当な処罰がなされないシナリオを読んでいたグループの方が、陪審による法の拒否（jury nullification）を行使して無罪判決を下すと回答する可能性が有意に高まったというのである。こちらは、正義感覚との矛盾が現実の行動に結びつきうることを示唆しているといえる。ただし、IJUD 186 n 21 も参照。

そうではない学生を区別できる。続いて、その一週間後に実験参加者を教室に集めて、ある女性が後期妊娠中絶によって起訴されたという架空の新聞記事を読ませる。この記事には、有罪判決を受けたパターンと、無罪判決を得たパターンの、二種類がある。その上で、参加者には、記事を読んでどのような感情を抱いたか、結論は受け入れられるものだったか、といった質問項目に答えてもらうのであるが、実は、実験内容はこれだけではない。というのは、実験参加者たちには回答用紙に記入するためのペンが配られており、実験終了後、教室の隅に置かれた箱にこれを返却してから退出するように求められているのであるが、このペンには、ブラックライトで照らさなければ目に見えないインクで個別に番号が記されており、これによって、誰がペンを返却し、誰が返却せずに持ち帰ってしまったのかを知ることができることになる<sup>207</sup>。そして、ペンの返却率は、もともと合法化に賛成で、かつ有罪判決に接した参加者においてもっとも悪く、逆に、合法化に賛成で無罪判決に接した参加者においてもっとも良かった、というのである（この現象を、論者は道徳的スピルオーバー〔moral spillover〕と呼んでいる。道徳的な不快感が、いわば「とばっちり」のようにして、無関係な逸脱的行動に波及するということである）<sup>208</sup>。このことから、論者は、法的判断の「結論(outcomes)」が人々の道徳的規範と整合していない場合、法的機関の、市民による協力と遵法性を獲得する能力は限られたものとなる、ということを我々が得た結果は示唆している」<sup>209</sup>と結論づけている。これは、正義観念との矛盾が認識されると、それとは無関係なところで、しかも（自己報告によって逸脱的行動が増える可能性が示唆されるというのではなく）現実には逸脱的行動が増えることを示唆する点で、注目すべき報告であるといえよう。

以上のように、ロビンソンによる規範的犯罪統制の構想と整合する結果が、複数の実験研究によって報告されているのである。この事実は、道徳的信頼による遵法性の実現という仮説の確からしさを、さらに高めるものであるといえよう。

---

<sup>207</sup> Elizabeth Mullen & Janice Nadler, 'Moral Spillovers: The effect of moral violations on deviant behavior' (2008) 44 J Experimental Soc Psychol 1240-1242.

<sup>208</sup> Ibid 1243, 1244. なお、同研究では、手続的正義（procedural justice）の効果との対比も行われている。順を追って説明すると、まず、遵法性は、法システムが手続的正義にかなっている程度に依存するという主張がある（有名な研究として、Tyler (n 165); see also Mullen & Nadler (n 207) 1240）。手続的正義を実現すれば遵法性が高まり、これを損なえば遵法性が下がるということである。この点、上述した実験で用いられている新聞記事は、有罪・無罪という2パターンのみならず、手続が適切でなかったパターンと、適切であったというパターンもある（つまり、計4パターンである）。適切でないパターンでは、検察官が報道禁止命令に違反して取材を受けた上、そこで被告人女性を侮蔑する言動をとったこと、陪審員のほとんどが中絶反対派で占められていたこと、および、裁判官が被告人による最終弁論を阻止したこと、という三つの事実が追加される。ここで、手続的正義と遵法性に関連性があるとすれば、不適切パターンのグループは、適切パターンのグループよりも、ペンの返却率が悪くなるはずである。しかし論者は、これに有意な関連性は見出されなかったと報告している（Ibid 1242, 1245）。

<sup>209</sup> Ibid 1245.

## 5. 経験的デザートの優位性：威嚇抑止・社会復帰・隔離との対比

ここまでの議論から、公衆の正義観念に従った刑（経験的デザート）を科することによる刑事司法システムに対する道徳的信頼の確立、すなわち規範的犯罪統制には、遵法性の維持を通じた犯罪予防効果が認められるといえることができる。しかしここで、次のような疑念が示されうる。すなわち、経験的デザートよりも、威嚇抑止（deterrence）<sup>210</sup>や社会復帰（rehabilitation）、あるいは隔離（incapacitation）といった科刑基準に従って処罰を行った方が、よりよい犯罪予防効果が発揮されるかもしれない。より正確に言えば、経験的デザートを科刑基準とする場合と、威嚇抑止や隔離を科刑基準とする場合について、それぞれのコストとベネフィットを計算したときに、後者だけを唯一の科刑基準とすることが最もベネフィットが大きいのであれば、我々は経験的デザートを放棄して、専ら威嚇抑止や隔離に従って科刑判断を行うことだけが正当化されることになる<sup>211</sup>。つまり、ある科刑基準を、その犯罪予防効果を根拠として正当化する上では、その科刑基準に従った処罰に犯罪予防効果が認められることの検証だけでは足りず、それに最良の犯罪予防効果が認められることまでを示さなければならない（対立仮説を排除しなければならない）のである。

そこで以下では、威嚇抑止や隔離を通じた犯罪予防という構想が抱える問題点を明確化し、それによって、経験的デザートの優位性を示す。この作業は、次の二つの段階を通じて行われる。

第一に、前提として、次のような疑念に対応しておく必要がある。すなわち、そもそも公衆の正義観念は、応報的（デザートの）な基準ではなく、威嚇抑止や隔離の基準に従って（も）いるのではないか、という疑念である。これが失当であることは、ここまでの論述から明らかであるようにも思われるが、念のため、この点に関する実験研究を確認しておく。

第二に、威嚇抑止や社会復帰・隔離に、経験的デザートに従う場合よりも大きな犯罪予防効果は期待できないということを示す必要がある。そこで、これに関するロビンソンの議論を紹介・検討する。

ここで、具体的な内容に入る前に、以下に登場する、犯罪予防を目的とした諸々の科刑基準の概念について若干の整理を示しておきたい。まず、一般威嚇抑止（general deterrence）と特別威嚇抑止（special deterrence）がある。いずれも、刑罰害悪を通じた威嚇を方法として心理的に犯罪を抑止するという予防プロセス（予防効果の発生機序）を想定するものであるが、前者は社会全体の一般人（population at large: 全住民）を抑止対象とする一方で、後者は個別の犯罪行為者を抑止対象とするものであるという点に違いがある。これに対して、上にみた経験的デザート（規範的犯罪統制）は、抑止対象を一般威嚇抑止と同じくするが、公衆の正

<sup>210</sup> “deterrence”をあえて「威嚇抑止」と訳すことに対しては、「抑止」という語そのものに威嚇的な意味が含まれているはずであるという疑義も生じうるであろうが、ここではその威嚇的性格を特に強調し、規範的犯罪統制との相違を明示するために、「威嚇抑止」と呼んでおきたい。

<sup>211</sup> したがって、ここで批判的に検討するのはあくまで、経験的デザートを完全に無視し、威嚇抑止または隔離だけを科刑基準とするという選択肢である。これらを併用する可能性については、適宜言及するものの、基本的には以下の検討の射程外となる。

義観念と一致した処罰の実現を通じた刑事司法システムに対する道徳的信頼の確立によって公衆の遵法性を維持するという予防プロセスを想定する点で異なる。さらに、社会復帰(rehabilitation)は、抑止対象を特別威嚇抑止と同じくするが、刑事施設内または社会内での処遇を通じて犯罪行為者の犯罪への意欲ないし傾向性を改善させるという予防プロセスを想定する点で異なっている。最後に、隔離(incapacitation)は、やはり抑止対象を特別威嚇抑止と同じくするが、犯罪行為者を刑事施設に収容することによってその再犯の可能性を物理的に消滅させるという予防プロセスを想定する点で異なっている<sup>212</sup>。わが国の用語法と大まかに対応させれば、「積極的一般予防＝経験的デザート(規範的犯罪統制)」、「消極的一般予防＝一般威嚇抑止」、「積極的特別予防＝社会復帰」、「威嚇による消極的特別予防＝特別威嚇抑止」、「無害化による消極的特別予防＝隔離」ということができよう。もちろん、以上のような整理法そのものに対して、あるいはそれとわが国の用語法との対応関係に対しても、なお異論がありえようが、本稿の範囲ではこの理解を前提とする。

#### 5-1. 公衆の正義観念は応報的である

公衆は、威嚇抑止や社会復帰・隔離ではなく、応報的な基準(であると彼らが考えるもの。つまり、経験的デザート)に従って科刑判断を行う。このことは、カールスミス(Carlsmith)を中心に遂行された一連の実験研究によって確認されている<sup>213</sup>。

まずは、隔離(および社会復帰)<sup>214</sup>との関係についての実験研究である<sup>215</sup>。二つの実験から構成されているが、第一の実験について紹介する。まず、54人の大学生を対象に、犯罪シナリオを読んでもらう。シナリオの内容としては、まず犯罪の重大性に関して、CDの窃盗、美術品の窃盗、傷害、故殺、謀殺という5つのシナリオがあり、続いてそれらに、被告人に複数の前科・前歴があるパターンと、前科・前歴がないパターンを組み合わせる。つまり、合計で10件のシナリオがあることになる<sup>216</sup>。続いて、各事件の軽重関係を判断し、具体的な刑量を割り当てさせる。この作業が終了した後、実験参加者たちに、それぞれの事件に相応な刑は何かという点を考慮して、改めて量刑判断を行うように求める。つまり、応報刑を意識した量刑を求めるということである。また、社会に対する危険性を考慮して、改め

<sup>212</sup> DPCL 8-10.

<sup>213</sup> 以下に示すもののほか、Kevin M Carlsmith, 'On Justifying Punishment: The Discrepancy Between Words and Actions' (2008) 21 Soc Just Res 119 ff; Carlsmith, 'The roles of retribution and utility in determining punishment' (2006) 42 J Experimental Soc Psychol 447-449; Kevin M Carlsmith & John M Darley, 'Psychological Aspects of Retributive Justice' in Mark P Zanna (ed) *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol 40 (Academic Press, 2008) 193 ff も参照。

<sup>214</sup> この論文自体は「隔離」についての実験研究と題されているが、下に掲げる質問事項が「再犯を防ぐため」という抽象的なものであることに鑑みると、公衆に求められているのは専ら隔離に基づく判断ではなく、社会復帰をも含んだ、わが国の用語法でいう特別予防全体を考慮に入れた判断であると言える。もちろん、公衆の隔離判断と社会復帰判断を別個に観念・調査することは可能であろうが、いずれにせよ、同研究をみても、本稿によるここまでの検討に照らしても、公衆が経験的デザートを全く無視して、専ら隔離または社会復帰を考えて量刑判断を行なっている(そのような正義観念を有している)という仮説が合理的に成り立ちうとは思われない。

<sup>215</sup> John M Darley, Kevin M Carlsmith & Paul H Robinson, 'Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment' (2000) 24 L & Hum Behav 659.

<sup>216</sup> Ibid 679 f.

て量刑判断を行うようにも求める。つまり、被告人の再犯を防ぐためにはどの程度の刑が必要か<sup>217</sup>ということ意識した量刑を求めるということである<sup>218</sup>。こうして、三つの量刑判断が集まったことになるが、これらを相互に比較したところ、最初の判断（これは純粋に直観的な判断として扱うことができる）は、デザートを意識した判断とはよく似た傾向を示していた一方で、隔離・社会復帰を意識した判断とは大きく食い違っていた（全体として、犯罪の重大性が無視されることはなかったが、特別予防を意識した場合にのみ、量刑判断における再犯可能性の比重が高まっていた）<sup>219</sup>。以上から、公衆の正義観念に基づく量刑判断は応報的なものであり、隔離・社会復帰に基づく判断とは異なっていることが示唆される。

次に、威嚇抑止との関係についての実験研究である<sup>220</sup>。これは、予備的調査と三つの実験から構成されているが、一つ目の実験について紹介する。この実験の手続きは、上のものと比べると複雑であるが、簡潔に述べれば、136人の大学生に対して複数の犯罪シナリオを示して量刑を判断するように求め、そのシナリオの内容は、犯罪の重大性が高いパターンと低いパターン、および、威嚇抑止の必要性が高いパターン（例えば、この観点からは、検挙率が低いならば、そのぶん刑罰を重くする必要がある）と低いパターンの組み合わせから構成される（最終的に6パターンのシナリオがある）。ここで、参加者の量刑が、犯罪の重大性を変えた時に大きく変動するならば、その判断は応報的に行われていることになり、威嚇抑止の必要性を変えた時に大きく変動するならば、その判断は威嚇抑止を基準にして行われていることになる<sup>221</sup>。結果としては、参加者の量刑は抑止必要性よりも犯罪の重大性によって遥かに強く左右されていた。これは、公衆の正義観念に基づく量刑判断は応報的なものであり、威嚇抑止に基づく判断とは異なっているということを示唆している<sup>222</sup>。

以上から、公衆の正義観念は、応報的な量刑基準に従っているということができる。これは換言すれば、公衆の正義観念は、威嚇抑止や隔離・社会復帰といった基準とは根本的に異なっているということである。それゆえ、（例えば、応報、一般予防、特別予防のいずれが正当な刑罰目的であると考えますか、といった抽象的なアンケートの結果を根拠にして）「公衆は威嚇抑止／隔離・社会復帰を求めていると考えられるため、これらを基準とした刑は、公衆の正義観念にかなう刑でもあるはずだ」というような主張は、成り立たないことになる。抽象的な刑罰目的の選択という無機質かつ理論的な局面と、具体的な事例に対する量刑判断という有機的かつ実践的な局面とでは、公衆の振る舞いには食い違いが生じる。なぜなら、前者においては理性的推論が優位に立つが、後者においてはむしろ直観が優位に立つと考えられるためである（本稿 I. 2-1. で述べた通り、直観と理性は区別すべきである。人の行動はその両者から影響を受ける以上、理性的側面のみを確認して、専らそれに基づいて人の具体的な行動を予測しようとするれば、誤りが生じるのは当然である。法律の専門家は、量刑の本質を前

<sup>217</sup> 上には「隔離」とあるが、この部分をみればわかるように、社会復帰をも含んだ、わが国の用語法でいう特別予防の全体を考慮した判断が、実験参加者には求められているといえよう。

<sup>218</sup> Ibid 662f.

<sup>219</sup> Ibid 670 f, 676.

<sup>220</sup> Kevin M Carlsmith, John M Darley & Paul H Robinson, 'Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment' (2002) J Personality & Soc Psychol 284.

<sup>221</sup> Ibid 288 f.

<sup>222</sup> Ibid 290, 296.

提として、それによって自らの直観を統制〔時には、排斥〕しながら具体的な量刑判断を下すという思考プロセスに慣れているであろうが、この感覚をそのまま素人に当てはめてはならない)。そういうわけで、経験的デザートという基準と、威嚇抑止、および隔離・社会復帰という基準は、相互に明確に区別される、全くの別物と理解するべきである。それゆえ、いずれの基準によるときに最良の形で犯罪予防効果が発揮されるのかを検討しなければならない。

## 5-2. 威嚇抑止の実現プロセスとその問題点：法的知識・計算能力・合理性

もし、「威嚇抑止の必要性」という基準に従って科刑基準を定めることに、犯罪予防効果は認められたとすれば、その効用は極めて大きい。なぜなら、そのときには、「少数の人々を処罰することによって、数千人、あるいは数十万人の潜在的犯罪者の行動に対して影響を与えることができる」ためである<sup>223</sup>。もし、その効果を経験的に検証できたならば、威嚇抑止は、経験的デザート（規範的犯罪統制）と並ぶ、有力な科刑基準となるであろう。

それでは、どうすれば威嚇抑止の犯罪予防効果を経験的に検証できるであろうか。例えば、典型的な手法としては、ある犯罪について厳罰化が行われたとして、その前後において当該犯罪の認知件数がどのように変化したかを調べる、というものがある（もちろん、ここで因果関係を主張するためには、厳罰化以外の要因が作用していないことを示す必要がある）<sup>224</sup>。しかし、ここで採用されるアプローチは、それとは異なる。すなわち、威嚇抑止の実現プロセス、言い換えれば、威嚇抑止が機能するための前提条件を考え、それらの条件がいかにして満たされうかを考察することによって、その効果の実現可能性を評価するのである。

まず、威嚇抑止の理論的枠組みは、本稿 I. 4-1-1. でも簡単に言及したところであるが<sup>225</sup>、より詳しく述べれば、次のようなものであろう。すなわち、人間は、自身の行動を、そのコストとベネフィットを冷静に計算して、後者が上回る場合には行動に出ることを選択するような合理的主体であるという理解を前提として、それゆえ、刑罰によって犯罪のコストを

---

<sup>223</sup> *IJUD* 144. 逆に、特別予防について言えば、下でも触れるように、これは既に犯罪を行った者のみを対象とするため、同じ犯罪予防効果であっても、威嚇抑止（≡消極的一般予防）に比べて効用の「量」が相当に小さいという点に注意すべきである。

<sup>224</sup> 威嚇抑止の効果に関する先行研究は、*DPCL* 50-58 でレビューされている。そこでの分析を簡潔にまとめれば、処罰の「量」を高めることに予防効果がないことは多くの研究によって示唆されているが、その一方で、処罰の「確率（例えば、検挙率）」については、これを（警察による取締り活動の積極化などを通じて）高める場合には、抑止効果が増大する旨を示している研究が存在している。同所でも引用されているが、この点で特に重要な研究として、Steven D Levitt, ‘Why Do Increased Arrest Rates Appear to Reduce Crime: Deterrence, Incapacitation, or Measurement Error?’ (1998) 36 *Econ Inq* 353 ff; Andrew von Hirsch et al, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Hart Publishing, 1999). この点、注意すべきことに、処罰確率の高さが犯罪予防効果を有するということは、威嚇抑止という科刑基準に有利な証拠にはならない。なぜなら、処罰確率を高めるのは、警察活動のような一般的な刑事政策・犯罪予防活動であって、このことは、立法の段階であれ裁判の段階であれ、ある行為に対してどの程度の量の刑を割り当てるかということとは、無関係だからである。つまり、上注（163）でも述べたように、このことは「刑事法制度全体」の犯罪予防効果を示すものではありえても、「処罰すること」それ自体の犯罪予防効果を示すものではありえないのである。

<sup>225</sup> 上注（161）参照。

加重し、もって犯罪のベネフィットを上回らせれば、犯罪は抑止されるであろう、というものである。これを裏から観察すれば、威嚇抑止が機能するためには、犯罪行為に出るかどうかを合理的に計算するための前提条件を整える必要がある、ということになる。

この点、ロビンソンによると、威嚇抑止が機能するためには、次の三つの条件が満たされる必要がある<sup>226</sup>。すなわち第一に、潜在的犯罪者は、これから自分が行おうとしている行為は、法律の定めによれば違法であり<sup>227</sup>、かつ、これこれの程度の刑罰に処されるものであるという点について<sup>228</sup>、法的知識を有している必要がある。なぜなら、人々にこれらの知識が備わっていなければ、行為のコストを計算するための判断資料を持っていないことになる以上、威嚇による行動統制は不可能となるためである。第二に、潜在的犯罪者は、上記の判断資料が得られていることを前提として、そこから犯罪のコストを正確に計算し、これを犯罪のベネフィットと正しく衡量する能力と意欲をもっていなければならない。すなわち、犯罪のコストとベネフィットに関する計算能力、または、計算能力を行使する意欲が必要である。なぜなら、例えば刑罰制度がいくら検挙率を高め、そうして犯罪のコストを高めたとしても、潜在的犯罪者にそのような確率計算を行う気がなく、あるいは「自分は絶対に捕まらない」と確信している場合には、犯罪の主観的なコストが（客観的には高いコストがあったとしても、そのことを認識できないために）低下してしまい、結局行為を抑止できないことになってしまうためである<sup>229</sup>。第三に、必要な法的知識を有し、かつそれに基づいて費用便益計算を正確に行う能力と意欲を持っていたとしても、現実の行為状況において、その知識と計算能力を発揮して、その結果を実際に行動に移すことができるという意味での合理性を備えていなければならない。なぜなら、いくら正確な知識と計算能力を有していても、それが適法行為の選択に繋がらないのであれば、結局は犯罪が行われることになるためである。

こうして、威嚇抑止は、抑止対象者の法的知識・計算能力・合理性という三つの機能条件を有することになる。それでは、この条件が満たされる場合は、現実にはどの程度存在するのであろうか。この点について、ロビンソンは懐疑的な議論を展開しているため、以下に紹介・検討する。ただし、結論を先に述べておけば、法的知識、計算能力及び合理性のいずれについても、ロビンソンの議論には疑問があり、修正を要する。この点にも適宜言及する。

---

<sup>226</sup> DPCL 24. なお、わが国におけるこの議論の紹介として、稲谷龍彦「刑事学の方法と課題 第2回：近代刑事司法の現代的課題（1）」法セミ 772号（2019年）110-112頁。

<sup>227</sup> ただし、厳密に言えば、違法性の意識の可能性で足りるというべきであろう。これについては下の「法的知識」の部分で言及する。

<sup>228</sup> 正確にいうと、ロビンソンはここでは、「法律が行為者にとってもつ意味を知っていること」というような、曖昧な書き方をしているのであるが、分析をもう一歩進めれば、さらなる検討を要するとはいえ、その内容は、違法性の意識（またはその可能性。上注（227）および同所で指示した箇所の本文を参照）および刑量の認識（またはその可能性）ということになるものと思われる。この点も後述する。

<sup>229</sup> ロビンソン自身はこれを三番目に位置づけ、次に述べるものを二番目に位置づけているのであるが、体系的にみれば、上記の順序の方が適切であろう。稲谷・前掲注（226）111頁も同様に整理している。



第一に、法的知識については<sup>230</sup>、ダーレーらによって行われた実験研究がある<sup>231</sup>。これは、テキサス州、ウィスコンシン州、ノースダコタ州、サウスダコタ州という四つの州について、それぞれの州立大学の学部生 203 名を対象に、救助義務（ウィスコンシン州には例外的に、人を救助しない行為を処罰する定めがある）、自己防衛における退避義務（ノースダコタ州とウィスコンシン州は例外的に、致死的手段による防衛行為を正当化する要件として、事前に退避を試みたことを要求している）、致死的手段による財産の自己防衛（テキサス州には例外的に、これを許容する規定がある）などを題材とした犯罪シナリオを読んでもらい、量刑判断を求めるというものである<sup>232</sup>。つまり、上記四州の刑法は、アメリカの他地域ではあまり見られない特殊な規定を有しているところ、もし威嚇抑止の前提条件としての「法的知識」が満たされているならば、当該規定をもっている州に居住する参加者はそれを反映した判断を下すはずであるから、この点を調べれば、人々がどの程度、自身に適用される刑法上の規定について知識を有しているかを確認することができるわけである。しかし、結果としては、実験参加者の回答は、自身が居住する州の規定が特殊であるか、あるいは一般的なものであるかという点での相違によって左右されていないことが明らかになった。すなわち参加者たちは、法律について自ら調査して知識を得て、それに基づいて判断しているわけではなく、むしろ自身の直観に照らした、「法律はこういうものであるはずだ」（言い換えれば、「まさか法律がそんなに変なことを定めているはずはない」という予測に基づいて判断を下しているのである<sup>233</sup>。また、ここでは詳細に紹介しないが、重罪により刑務所に収容された経験がある者に対するインタビュー研究によると、犯罪の実行時に、自らの行為にどの程度の刑罰が科せられるかを「考えもしなかった」と答えた者が 35%を占め、そのことを「知らなかった」と答えた者は 18%にのぼる他、これを「正確に知っていた」と答えた者は 22%であったが、また別の研究によると、その知識も結局はしばしば間違っていることが明らかにされているという<sup>234</sup>。

検討すると、公衆が自身に適用される刑法の規定について十分な知識を有しているかどうかは疑わしい、というロビンソンの主張には、確かに説得力がある。多くの人々が、刑法のことを特に気にかけることなく生活しているというのは事実であろう。しかし、この事実は、威嚇抑止が機能するための必要条件を掘り崩すものであるとは思われない。順を追って

---

<sup>230</sup> DPCL 24-27.

<sup>231</sup> John M Darley and Paul H Robinson and Kevin M Carlsmith, 'The Ex Ante Function of the Criminal Law' (2001) 35 Law & Soc'y Rev 165.

<sup>232</sup> Ibid 169-173.

<sup>233</sup> Ibid 181 ff. これは、本稿で検討してきた「公衆の正義観念」に関する実験研究、とりわけ本稿 I. 4-2-1. で紹介した研究と整合的であると言える。すなわちそこでは、参加者に、厳格責任や三振法といった原理・規定に基づく反直観的な判決を見せることによって、刑法に対する幻滅（道徳的信頼の毀損）が起り、結果としてその遵法性が低下するという結果が報告されたわけであるが、もし公衆が、そのような原理・規定の存在について明確な知識を持っていたならば、このような幻滅（に基づく遵法性の低下）はそもそも観察されなかったはずであろう。法律が反直観的であると知らないからこそ、実は反直観的であるという「衝撃の事実」を知らされることによって、参加者の法に対する態度が変わりうるのである。したがって、この研究もまた、公衆は十分な法的知識をもっていないということを裏づけていると言えるのである。

<sup>234</sup> DPCL 25.

説明すると、まずロビンソンの主張は、「威嚇抑止が機能するためには、公衆が、あらゆる行為について、（もしその行為に出たとすればそれは違法になる、という意味での）違法性の意識を有していなければならない」という形で書き換えることができる（上の実験も、違法性の意識に関する調査であったといえる）。しかし、一般論としては、違法性の意識の可能性で足りるのではないだろうか。なぜなら、常日頃からあらゆる刑罰法規について知識を収集しているわけではなくても、社会における多くの人に、実際に具体的な犯罪を行うことになる前に当該犯罪と関連する法律を調査する能力があり、かつ、その能力を行使すれば違法性の意識に到達できるという状況が整備されていれば——つまり、違法性の意識の可能性があれば——、人々は平常時には違法性の意識を有していなくとも（つまり、何らかの行為を出題して、「これは違法か適法か」というような違法性クイズに対して正確に回答できるという能力を常に有しているわけではなくとも）、その行為に出そうになっているという、いわば「いざという時」には違法性の意識を獲得して適法行為を選択することを期待できることになり、そうして犯罪抑止効果が発生するといえるためである。言い換えれば、公衆に違法性の意識を直接に獲得させなくても、「調べればわかる」状態を作っておいて、あとは公衆が、自身が日々行なっている、あるいは行おうとする行動と関係する範囲で自ら調査をする能力を有していれば（かつ、その能力を行使すれば）違法性の意識を獲得できる、という状態さえ整えておけば足りる。つまり、違法性の意識の可能性で十分なのである。

そうすると、上に見たダーレーらの実験は、違法性の意識に関する調査であって、その可能性に関する調査ではない以上、威嚇抑止の機能条件の充足可能性を消極に解する証拠にはならない。ただ、それではロビンソンの議論は完全に破綻するのかわかれれば、必ずしもそうではない。そこにはなお、重要な知見が残されている。すなわち、「公衆は、法律について自ら調査して知識を得て、それに基づいて判断しているわけではなく、むしろ自身の直観に照らした、『法律はこういうものであるはずだ』という予測に基づいて判断を下している」という知見である。厳密に言えば、これは犯罪類型（ないし、問題となっている局面の性質）によって異なるというべきであろう。この点を具体的に考察する上では、経験的デザート論の考え方が役に立つ。まず、公衆の正義観念が高度に一致する領域——「不正行為の中核」——と、そうでない領域を区別する。前者の領域において、法律が、正義観念と矛盾するものであったとしよう。この場合には、潜在的行為者は、「法律は正義観念に沿った規定を有しているはずだ」という思い込みのもとで行為に出るおそれがある。当然に思われることを、あえて調べようとは考えないだろうからである。そうだとすると、威嚇抑止の観点からも、正義観念に矛盾した立法にはデメリットがあるといえる。もちろん、例えば大々的な宣伝キャンペーンを張れば、ある程度は、人々の思い込みを矯正（という用語が適切であるかは疑問であるが）することはできるかもしれない。しかし、それ自体コストがかかるし、その上で、今度は規範的犯罪統制の観点を想起する必要がある。正義観念と矛盾する立法を喧伝すれば、それだけ人々の道徳的信頼も失われることになり、その遵法性を損なうのである。そうすると、正義観念が高度に一致している領域において、それに反する立法を行うことによって威嚇抑止効果をはかろうというのは、有害無益の企てであるというべきであろう。その一方で、正義観念が必ずしも高度には一致していない領域においては、そもそも人々の間に「法律はこうなっているはずだ」という思い込みがあまり存在しないことにな

るから、かえって、国家の側からみれば、例えば法律をわかりやすい形で定めることや、その内容を周知する活動などに、威嚇抑止の観点から大きな意義が認められることになる。このような国家の取り組みと連動する形で、今度は行為者の側からみれば、自身の中にそこまで強い直観がなく、法律がどうなっているかわからないという場合には、法律を能動的に調査するよう動機づけられることになるであろう。その意味で、こちらの領域では、（存在してはいるがそれほど強くない）正義観念を補強する上で、威嚇抑止が果たす役割が大きくなるということができる。

以上を要するに、確かに、法的知識に関する実験から威嚇抑止の有効性を否定するというロビンソンの議論は、失敗していると言わざるを得ない。彼は、威嚇抑止の機能条件として、公衆が常に違法性の意識を有していることを要求しているが、この前提自体が不当であり、違法性の意識の可能性で足りるからである（同時に、公衆の間で一般に違法性の意識の可能性がないということの経験的証明は、それに取り組むまでもなく、不可能であろう）。したがって、法的知識との関係では、威嚇抑止はその機能条件を満たすものとして、有効性があると解される<sup>235</sup>。もっとも、上述した通り、威嚇抑止は、経験的デザート論に基づく規範的犯罪統制と矛盾しない限りで用いられてこそ、その真価を発揮するのであり、言い換えれば、威嚇抑止の効果は、それが規範的犯罪統制の枠内で用いられてはじめて最大化されるというべきである。その根拠を改めて具体的に説明しておく、例えば（同意ある）肛門性交を処罰するという選択肢は、少なくとも今日では公衆の正義観念から全く支持を得られないであろう。ここで威嚇抑止によって肛門性交を抑止しようとしても、法律に関心のない者は自分の思い込み（肛門性交によって処罰されるはずがない）によって行為に出るので抑止に失敗し、またそれを防ぐために肛門性交の犯罪化を喧伝すれば、それは刑法が自身の不正義を公言することになって、公衆からの道徳的信頼を失い、その遵法性が損なわれることになる。したがって、公衆の正義観念が高度に一致している領域においては、それに反する立法は威嚇抑止効果も規範的犯罪統制効果も得られず、それに従う立法は両方の効果を得られるというように、両効果が連動する関係にある。これに対して、例えば大麻の単純所持のように、公衆の正義観念の中でも意見が割れる――現在のわが国では必ずしもそうでないかもしれないが、ここでは仮にそうしておく――行為に関しては、公衆の正義観念からは一義的な結論が出ないため、威嚇抑止の役割が重要になる（つまり、行動統制を公衆の直観に委ねるのではなく、公衆に、当該行為に関する違法性の意識の可能性があるという状態を積極的に創出・維持する必要がある）。しかしここでも、規範的犯罪統制と威嚇抑止は、後者を前者の枠内で機能させてこそ最大の効果を発揮する。つまり、大麻の単純所持が違法であり、刑罰も科せられるという事実の周知も有効であるが、それと同時に、同行為が不正であることの理由（例えば――実際に説得力があるか、あるいは理論的にみてそれ自体正当であるかは別として――反社会的組織の資金源になり犯罪を助長する。この場合、ここにいう「犯罪」が望ましくないものであること自体は公衆の正義観念によって認められているため、その力を流用できるこ

<sup>235</sup> 威嚇抑止そのものの有効性を確定するためには、下にみる計算能力および合理性の問題を検討する必要があるが、結論の先取りになるものの、私見としては、これらもクリアできるため、威嚇抑止は有効であると考えられる。

となる)をも示してこそ、抑止効果は最大化されるであろう。さらに言えば、そのほかの、正義観念が確立している領域において公衆の正義観念に従った処罰を実現し、いわば道徳的信頼を貯金しておけば、正義観念が確立していない領域でも、「いつもよくやっている刑法(の専門家たち)がいうのだから、そうなのだろう」というように、刑法の主張が説得力を持つようになる。この点からみても、規範的犯罪統制を放棄して威嚇抑止のみを科刑基準に採用するという戦略は、目的刑論に内在する論理——すなわち、犯罪予防効果の最大化——からして、正当性を否定される。規範的犯罪統制と威嚇抑止は、ともに有効であるが、両者を併用し、かつ後者は前者の枠内で機能させてこそ、全体としての犯罪予防効果が最大化されるのである。

なお、以上では専ら違法性の意識の可能性との関連で検討を行ったが、威嚇抑止は、刑罰によって、犯罪のメリットよりもデメリットの方が大きいことを担保することによって機能するのであるから、刑量の認識も必要であることになろう<sup>236</sup>。というよりも、上述したのと同じ理由で、刑量の認識の可能性で足りることになる。ここで、その認識の内容について考えてみると、例えば自身が行おうとしている行為の社会的類型に対して言い渡されている量刑の相場や、あるいは法定刑の具体的な数字を具体的に認識している必要はなく、むしろ、科されることになる刑が犯罪行為のメリットを上回る程度に重いという抽象的な認識が、社会において一般的に共有されていればよいというべきであろう。犯罪は割に合わないという認識さえ得られれば抑止は成功するのであり、それ以上の認識は必要がないためである(厳密に言えば、刑量認識の可能性があれば足りるため、社会における多くの人々が、「いざという時」には上述した抽象的認識に至りうるのであれば、それで十分である。以下でも同様であるが、冗長になるため省略する)。言い換えれば、「犯罪に出ることは割に合わない」という社会的な共通認識を担保しうる程度に重い刑が現に定められていることの認識があれば足りることになる(なお、以上の論述は、処罰される確率、例えば検挙率が十分な水準に達していることを前提としている)。

また、この点に関連してさらに言えば、社会における大多数の人々にとっては、例えば法定刑が3年以上の有期懲役かそれとも5年以上なのかということよりも、犯罪行為に元から付随しているところの、逮捕から起訴、有罪判決、受刑といった一連のプロセス全体が有するコストの方が重要であるように思われる<sup>237</sup>。「3年以上なら良かったが、5年以上では割に合わないから、やめておこう」と考えるような潜在的犯罪者が現実になんほど存在するかは疑問であり、またその判断が合理的であるかどうかとも疑わしい。その一方で、検挙率は、上にみた一連のコスト全体の期待値を左右することになるわけである。この点で、厳罰化の抑止効果を経験的に否定する研究が多いのに対して、むしろ検挙率のような処罰確率の増加に着目した研究では、抑止にとってポジティブな結果が報告されることが多い理由も、理解できるように思われる。同時に、以上の見地からすると、威嚇抑止からは、違法性の意識と、逮捕に端を発する一連の刑事手続に伴うコストが社会において広く認識されているこ

<sup>236</sup> 処罰確率の認識可能性も必要となるが、この点は次の「計算能力について」で議論する。

<sup>237</sup> なお、このコストが、刑罰が有するスティグマ効果に大きく左右されることは、容易に想像できる。だからこそ、威嚇抑止の経験的研究の文脈から、上注(164)のような問題意識が生まれてくるのである。ここにも、威嚇抑止と規範的犯罪統制の無矛盾性が表れているのである。

とが重要となるわけであるが、逆にいうとそれ以上の、科刑の程度に関する具体的な基準は、ほとんど出てこないことになろう（これに対して、規範的犯罪統制の見地からは、公衆の正義観念における相対的均衡性という基準を提示できるのである）。この点でも、威嚇抑止は、それを単独の科刑基準とするには適していないと言える。

第二に、計算能力については<sup>238</sup>、まず、これは犯罪のコストとベネフィットを計算するわけであるから、潜在的犯罪者はこの二者を正確に認識できなければならない。さらに、このコストは、処罰される確率、科せられる刑量、そして、処罰されるまでの時間という三つの要素の関数として理解される<sup>239</sup>。

まず、処罰される確率について検討すると、これが犯罪予防効果を左右しうる重要な要素であることは、従来の研究によっても確認されているところである<sup>240</sup>。しかしこの点で、ロビンソンは第一に、アメリカにおいては、検挙率をはじめとして、有罪判決を受け処罰される確率が著しく低いことを指摘している<sup>241</sup>。ただし当然ながら、この論拠は、当該確率が高い地域（わが国はこれに含まれるであろう）には妥当しない。また第二に、潜在的犯罪者の行動統制にとって重要なのは、現実の処罰確率ではなく、彼ら自身が見積もる主観的な処罰確率であるが、この点、現に犯罪を行った経験のある者を対象としたインタビュー研究によれば、彼らは自らが逮捕・処罰される確率を著しく低く見積もる傾向があるとされている<sup>242</sup>。しかし、そもそも犯罪者は、法がその抑止に失敗したところの者である以上、彼らがこの確率を低く見積もる傾向にあるのは当然のことではないだろうか。もちろん、処罰確率の低さを補うために、刑罰をより重くする、という考え方が威嚇抑止のアプローチから導かれることは否定できず、かつそれに効果が見込まれないことは確かであり、その意味で、威嚇抑止の科刑基準に問題があることには間違いがないであろう。しかしその理由は、そもそも厳罰化には抑止効果が認められないという、既知の事実に求められる<sup>243</sup>。それとは別に、一般論として、現実の処罰確率、および、公衆が評価するその主観的確率を高めることには抑止効果があるということは、従来の経験的調査が示唆するところと同様に、認めるべきであろう。したがって、上でロビンソンが挙げたところの、現実の処罰確率および潜在的犯罪者が評価する主観的な処罰確率が低いという事実から導かれるのは、その確率を、厳罰化とは別の手段（例えば、警察活動の強化・効率化）によって高めるべきだという指針だけであって、刑罰には威嚇抑止効果が認められないということではない。もちろん、あまりに処罰確率が低下すれば、刑罰の威嚇抑止効果が存在しなくなるということも考えられるが、そもそも、その場合には、ロビンソンが擁護する規範的犯罪統制も機能不全に陥るはずである。なぜな

---

<sup>238</sup> DPCL 32-49.

<sup>239</sup> DPCL 32. 同所でも引用されている通り、この整理はベンサムに遡る。*Bentham* (n 161), *The Rationale of Punishment*, 38 f.

<sup>240</sup> 上注 (224) 参照。

<sup>241</sup> DPCL 34 f.

<sup>242</sup> David A Anderson, 'The Deterrence Hypothesis and Picking Pockets at the Pickpocket's Hanging', (2002) 4 *Amer L & Econ Rev* 303, 306-308; see also DPCL 36.

<sup>243</sup> 上注 (224) 参照。また、*Anderson* (n 242) 306 を見ても、そこで強調されているのは、厳罰化は犯罪予防にとって有効でなく、むしろ潜在的犯罪者の知覚する処罰確率が低いことが問題なのだということにとどまるのであって、この確率が低すぎるため、威嚇抑止のアプローチには成立する見込みがない、という主張が展開されているわけではない。

ら、そこでの重要な行動統制要因である社会的制裁ないし非難のおそれは、犯罪行為が露見するおそれと連動していると考えられるが（行為が露見するからこそ社会的制裁を受ける）、行為が露見する可能性は、これまた検挙率をはじめとする処罰確率と相当程度連動するであろうからである。現実のものにせよ主観的なものにせよ、アメリカにおいてもそのレベルまで処罰確率が低下しているとは思われないが、そうであれば、威嚇抑止効果の可能性を掘り崩すレベルにまでこれが低下しているとも考えることもまた、不可能であろう。

次に、刑罰の量について検討すると、ロビンソンは概ね、次のような議論を展開している。その出発点は、心理学上知られている次のような現象である。すなわち、人は、良いまたは悪い状況に移行すると、当初は大きく喜び、あるいは強い苦しみを感じるものの、時間が経過するにつれて、たとえその状況が大きな変化なく継続していたとしても、喜びや苦しみが薄れ、ニュートラルな状態に戻ってゆくのである（ヘドニック・トレッドミル〔hedonic treadmill〕現象と呼ばれる）。ロビンソンは、このことは刑罰にも当てはまるとして、例えば、刑務所における自殺の50%は最初の24時間に起こる、受刑者の不快感・ストレス・退屈感は時間とともに減少する、といった経験的証拠を援用している<sup>244</sup>。また、この他にも、苦痛の大きさは、その持続時間ではなく、その始点と終点における瞬間的な苦痛の大きさに依存するという心理学の研究も引用している（持続時間無視効果〔duration-neglect effect〕）<sup>245</sup>。以上のことが含意するのは、次のことである。すなわち、威嚇抑止のアプローチは、例えば1年の刑よりも2年の刑の方が苦痛が大きく、したがって2年の刑の方が、より大きな抑止効果を有するということを前提としている。つまり、刑の苦痛と持続時間が比例するという関係を前提としている。しかし、上に引用した知見は、そのような関係が成り立たないことを示している。それゆえ、威嚇抑止のアプローチは、ここにも欠陥を有していることになる、というのである<sup>246</sup>。

この議論は、興味深いものではあるが、なお疑問がある。第一に、当然の出発点として、威嚇抑止について考えるにあたって問題とすべきなのは、一定量の刑罰に対して、その受刑者が現に知覚した苦痛ではなく、潜在的犯罪者が予測する苦痛である。そうすると、未だ刑罰を受けたことのない潜在的犯罪者は、そのほとんどが上述されたような心理学的な現象を知らないと考えられる以上、例えば1年の自由刑よりも、2年の方が重いと考えるのであろうし、どの程度重いのかと問われれば、おおよそ2倍と答えるであろう<sup>247</sup>。ロビンソン自身、これと似た問題に気づいているのであるが<sup>248</sup>、これには次のように応じている。すなわち、既に刑の執行を終え、出所した者が、みずからのコミュニティに帰り、いわば刑は「そんなに大したものではなかった (isn't so bad)」ということ、周囲の、犯罪傾向のある仲

<sup>244</sup> DPCL 39-41.

<sup>245</sup> ここで詳しく紹介することはしないが、DPCL 41 fに複数の論文が引用されている。

<sup>246</sup> DPCL 42-44.

<sup>247</sup> この点で、これは刑罰の展望的な苦痛ではなく、回顧的な苦痛に関係する論拠である以上、目的刑論ではなく、むしろ応報刑論の方に問題を提起するものであるとも言いえよう。

<sup>248</sup> DPCL 43: 「持続時間無視効果は、既に刑務所に収容されたことがある者(…)に対して抑止プログラムを適用する場合にのみ問題を生じさせる、と議論することができるかもしれない」。ただしこれは、既に複数回、異なる期間で刑務所に収容されたことがある者、と修正すべきである。

間に伝えることによって、この認識が伝播してしまうおそれがあるというのである<sup>249</sup>。しかし、これは回答になっていない。まず、大したものではなかったと感じる者もいれば、実に最低な経験だったと感じ、それを他人に（言語または振る舞いを通じて）伝播させる者も存在するであろうから、上記の点は威嚇抑止にとって有利でも不利でもない。もちろん、受刑を恐れない特殊な社会的集団も存在するであろうが、それは威嚇抑止全体の問題ではなく、そのような集団を特に対象とした刑事政策・犯罪予防活動の課題として整理すべきであろう。さらに、例えば、一度、5年の刑期を終えた者がいたとして、彼がその苦痛のいわば絶対量を「大したことがなかった」と感じたとしても、彼は、それでは10年の刑はどうであるかということを経験したわけではない。上述した心理学的現象を知らない以上、やはりその苦痛は、自分の経験したものの2倍程度であると見積もられることになるだろう。もちろん、二度、三度と入出所を繰り返せば、この限りではないかもしれない。しかし、ここで次の第二の論拠を考慮する必要がある。すなわち、そもそも刑罰が人に与えるディスインセンティブは、（自由刑の場合であれば）移動の自由を奪われることによる精神的苦痛に限られるわけではない。なぜなら、例えば、長期の刑には、それだけ重い非難を受けたという象徴的・社会的意味もまた付随すると考えられるためである（そしてそれには、規範的犯罪統制の構想そのものが指摘するところの、スティグマ化の効果の増大も付随するであろう）。このことも考え併せれば、やはり、刑期が長ければ被害も大きいという認識は、揺らがないものであろうと考えることには合理性があるというべきである。

最後に、時間の問題である。これは、犯罪のコストの問題であると同時に、それと犯罪のベネフィットとの衡量判断とも関係する。つまり、犯罪を実行してから、実際に処罰を受けるまでにはタイムラグがあり、これに対して犯罪の利益は、基本的に、それを実行すればすぐに得られる。そうすると、人は、遅れてくる害よりも近くの利益を高く評価しがちであるため、その点で刑罰の威嚇抑止効果は弱いものになるというのである<sup>250</sup>。しかし、これもミスリーディングであるように思われる。そもそも、人が刑罰について感じるディスインセンティブは、有罪判決を言い渡されることそのものだけではなく、かつ、威嚇抑止のアプローチがそれだけに着目しなければならない必然性もない。むしろ、犯罪を行うことにより被る不利益は、逮捕から起訴、公判、有罪判決、刑の執行という一連のプロセスと、それに並行し、部分的には刑の執行後も持続する様々な社会的な不名誉・不利益の総体である。そうすると、犯罪の利益と不利益に関する時間的離隔の終点は、有罪判決ではなく、せいぜい逮捕の時点に求めるべきであろう。そのときには、この時間的離隔は、ロビンソンが想定するものよりもはるかに短いものとなる。逆に、もしこの程度の時間的離隔も予防効果にとって致命的であると判断するならば、その批判は規範的犯罪統制の構想にも跳ね返ってくると言わなければならない。なぜならこの場合にも、犯罪の実行そのものと、その露見およびそれに基づく社会的非難の発動までには、タイムラグが存在するためである。もっと言えば、およ

---

<sup>249</sup> DPCL 44.

<sup>250</sup> DPCL 45-48. これもここでは省略するが、アメリカにおいては逮捕から有罪判決までに、有罪答弁を行った場合であっても平均で7ヶ月程度、陪審裁判の場合は1年以上であるというデータや、人は時間的に遠くのリスクよりも眼前の利益を過度に優先する傾向にあることを示す心理学の実験、さらに、この傾向はアルコールの影響下では特に強まることを示す経験的証拠が援用されている。

そ制裁と言いうるものには全て、この意味での何らかのタイムラグが存在すると言える。行為から逮捕までの時間的間隔を前提として考えれば、犯罪行為から刑事法制度に關係する不利益賦課までの間隔が、他種の制裁よりも著しく長いというべき事情は存在しない。そうであれば、時間的間隔の論拠を用いる場合、とりうる選択肢は、およそ存在する全ての制裁の予防効果を一切否定することのみになる。しかし、それは明らかに不合理であろう。したがって、この点におけるロビンソンの論証は、やはり成功していないというべきである。

以上、見てきたように、計算能力に関するロビンソンの議論には、そのいずれの段階についても疑問がある。ただし、以上の議論を、次のように解釈することもできる。すなわちこれは、威嚇抑止を構想する際における犯罪のコストとベネフィットの衡量計算そのものが（威嚇抑止を支持する論者が考えるよりもはるかに）複雑かつ困難であることを示すものである、とも言えるのである<sup>251</sup>。この場合、上述したように、刑罰の量を単純にその期間に還元できないことは、犯罪の費用便益計算に対して著しい困難をもたらすと言いうる上、それが処罰確率と（私見としては大きな影響があるとは思えないが）処罰までの時間といった他の変数にも影響されるとすれば、確かに、この計算は現実的にみて、ほとんど不可能というべきほどに複雑化するといえよう。しかし、注意すべきことに、このことが帰結するのは、威嚇抑止を、アナログな、刑罰の量に関する唯一の基準として転用することは難しいということであって、これに対して、威嚇抑止を、デジタルな、処罰の有無に関する唯一の基準として用いることの可能性は必ずしも排除されない。この時点で確かに、威嚇抑止を唯一の科刑基準とすることはできないことになる（量刑判断を行わない刑罰制度は観念しえない以上、我々は量刑に関する指導原理を必要としているからである）。これに対して、経験的デザート論は、刑罰の量についても、相対的均衡性という基準を提示できるため、威嚇抑止よりも一歩先に進んでいると言える。しかし、そのまた先では、やはり計算可能性の問題が立ちのぼるのである。すなわち、経験的デザート論も、常に公衆の正義観念と厳密に一致した科刑を要求するわけではなく、その「逸脱」をある程度認めるわけであるが（本稿Ⅰ. 6. 参照）、ここで、どの程度の逸脱が、どの程度の予防効果の減少をもたらすのかということを計算するのは、ほとんど不可能であろう。規範的犯罪統制は、あくまで集合的な、あるいはマクロな効果としてのみ検証されうるものであって、したがってそこから出てくる指針も、「公衆の正義観念になるべく近い判断を下すことが望ましい」とか、「公衆の正義観念から大幅に離れた判断を正当化することは難しい」といった、緩やかなものにしかなりえないのである<sup>252</sup>。

以上を要するに、計算能力の問題も、威嚇抑止にとって特に不利なものとはならず、量刑を導出する際に困難が生じるという、それ自体は既知の難点を補強するに過ぎないと言える。上述した、規範的犯罪統制の枠内で、それと矛盾しない形で威嚇抑止を考慮するという構想が、計算能力の問題によって否定されることはないというべきであろう。

第三に、合理性については、ロビンソンは次のような議論を展開している。すなわち、仮に法的知識があり、かつ犯罪に関する費用便益の計算能力とその意欲があったとしても、例

<sup>251</sup> このような解釈として、稲谷・前掲注(226)参照。この点についてはロビンソン自身も、*DPCL* 88-91 で扱っている。

<sup>252</sup> この点は、本稿Ⅱ. 2-1-3. においてより詳細に述べる。



えば精神疾患がある場合や、行為者がリスク愛好的な性格を有している場合、薬物の影響下にある場合、いわゆる激情犯の場合、あるいは犯罪行為が集団によって行われる場合などには、結局のところ、合理的な行動選択が不可能となり、したがって刑罰による威嚇抑止が効果をもたなくなるというのである<sup>253</sup>。しかし、これ自体はその通りであろうが、威嚇抑止のアプローチを前提とする論者にとっても、そもそも精神疾患をもつ者や、激情犯の一部、あるいは一定の人格障害や発達障害がある者の一部を抑止できないことは織り込み済みであろう。その一方で、ロビンソンは、リスク愛好的な性格、集団による犯罪実行であること、あるいは薬物が犯罪に影響している場合は多くあることを強調している。しかし、これらの性格・状況・状態には、不合理な行動選択を促進する側面がありうるとしても、それが威嚇抑止が不可能となるレベルにまで達するのは、やはり例外的なことであるように思われる。逆に、そのような場合には、威嚇抑止のアプローチをとる論者でも、抑止不可能性を端的に認めることができるのではないだろうか。なぜなら、その場合でも、どのみち、社会の大部分を占める合理的な行動選択が可能な人々については、変わらず抑止することができるためである。したがって、この点に関するロビンソンの議論が、威嚇抑止のアプローチに対する決定的な批判となるようには思われない。

ロビンソンが認めているように、以上の法的知識・計算能力・合理性という、ロビンソンの考えでは極めて限定的にしか満たされない三条件が満たされる場合には、威嚇抑止のアプローチを用いることが可能となる<sup>254</sup>。かつ、ここまで議論してきたように、これらの三条件は、威嚇抑止にとって、大きな問題とはならない。したがって、これも既述の通り、威嚇抑止はそれ自体、有効なアプローチであり、経験的デザートの枠内で、それと矛盾しない形で併用されるべきである。ただし、その上でも、威嚇抑止は、刑罰の有無の基準は示しうるが、その程度については具体的な指針をほとんど提供できないという点には注意を要する。

### 5-3. 社会復帰および隔離について

それでは、社会復帰を唯一の科刑基準とするのはどうであろうか。この点では周知の通り、1970年代以降のアメリカにおいては、「何をやってもだめ (nothing works: 何も機能しない)」というスローガン<sup>255</sup>に象徴されるように、社会復帰理念の経験的有効性に対する激しい幻滅が起こったが、現在では、これには誇張が含まれていたという認識が共有されている。すなわち、一定の場合には、社会復帰を目的とした処遇による、若干の再犯率の低下が報告されている。具体的には、まず受刑者一般を対象とした社会復帰プログラムについて、ロビンソンの整理によると、これは教育プログラム (educational programs)、職業訓練・就労プログラム (vocational and work programs)、および治療 (therapy) に大別される。このうち、前二者については、確かに再犯率を低下させる効果を報告する経験的調査が複数存在しており、また後者については、認知行動療法 (CBT: the cognitive-behavioral therapy) を通じた犯罪傾向の改善が一定程度の成功を収めているとされる<sup>256</sup>。また、個別の犯罪者類型に絞った

<sup>253</sup> DPCL 28-31.

<sup>254</sup> IJUD 148; see also DPCL 58-70.

<sup>255</sup> Robert Martinson, 'What works? – Questions and answers about prison reform' (1974) 35 The Public Interest 48.

<sup>256</sup> DPCL 100-103.

処遇の例として、ロビンソンは薬物犯罪者と性犯罪者に対する処遇を紹介しているが、こちらについても、やはり一定の効果が認められている<sup>257</sup>。

しかし、以上のことを前提とする場合でも、やはり社会復帰を唯一の科刑基準とすることには無理があろう。第一に、特別予防一般に妥当する事柄であるが、これは既に犯罪を行った者だけを抑止対象とするものであるため、社会全体の一般人を抑止対象とする一般予防と比べて、得られる効用の量が遥かに小さいという点に留意する必要がある。あえて一般予防の効用を切り捨てて、社会復帰の効用のみを選択するならば、そのことには別個の論証が必要されるであろう。第二に、例えば社会復帰が不可能な者または処遇プログラムを受け終わった者を全て釈放する場合には、公衆の正義観念との深刻な矛盾が生じ、その一般予防機能を著しく損なうことになる。つまり、社会復帰を唯一の科刑基準とすることは、上記第一で述べたようにプラスが小さいというだけではなく、それとは別に、マイナスが大きいのである。第三に、そもそも経験的デザートを科刑基準とする場合でも、その枠内で、行刑の過程において社会復帰のための処遇を実現することは十分に可能である。つまり、経験的デザートと社会復帰は、相互排他的なものではなく、両立しうるものである<sup>258</sup>。そこであえて公衆の正義観念に反する科刑を行い、特別予防というそれ自体小さなプラスのために、規範的犯罪統制効果の減少という大きなマイナスを甘受すべき合理的理由は見出し難い。さらに付け加えれば、第四に、そもそも上述した処遇の有効性は、刑罰の軽重とは無関係である。つまり、自由刑を念頭に置くと、これを長くすればするほど、それに比例してより徹底した施設内処遇が可能となり、それにまた比例してより大きな再犯予防効果が発揮されるというような関係は、経験的にみて明らかに成立しえないものであり、これを示唆する証拠も存在しないであろう。ここには、社会復帰を科刑の基準とすることの原理的な限界があらわれていると言える（この問題点は、これを唯一の科刑基準とする場合だけでなく、別個の科刑基準と併用する場合にも妥当する）。

かくして、社会復帰を唯一の科刑基準にするという選択肢は、とりえないというべきである。また、経験的デザートとの併用を考えると、社会復帰の目標は、経験的デザートの枠内で（すなわち、基本的には量刑ではなく行刑の枠内で、あるいは、量刑判断に影響があるとしても、せいぜい、重さにおいて同一であると解される複数刑種間での選択判断の枠内で）十分に達成可能であるように思われる。

続いて考察すべきなのは、隔離を科刑基準とすることの可能性である。この点、刑事施設に隔離することに再犯予防効果があることは自明であるといえる。隔離されている以上、（少なくとも、施設外において）犯罪を犯すことは物理的に不可能となるからである。これに対して、まず社会復帰との関係で述べたように、隔離の場合でも、それに基づいて経験的デザートから逸脱した刑を言い渡せば、それだけ一般予防効果が損なわれることになる。とりわけ、隔離は行為者の危険性に基づくものであり、それによって長期の拘禁を正当化する可能性を有しているわけであるが、これに対して経験的デザートは、あくまで過去の行為に対する公衆の非難を前提とするものである以上、これら両基準による判断は強く相反しやすいうことができる（本稿 I. 3. で検討した三振法に関しても、隔離はその正当化根拠と

---

<sup>257</sup> DPCL 103-106.

<sup>258</sup> DPCL 107 f.

して重要な役割を果たしている)<sup>259</sup>。つまり、隔離目的は、追求すればするほど、規範的犯罪統制に基づく一般予防効果を（社会復帰を追求する場合よりも大きく）損なう可能性が高いと言えるのである。また、これも社会復帰の場合と同様に、隔離も特別予防の一種である以上、その効用は、量的に一般予防効果よりも小さい<sup>260</sup>ということも確認するべきである。

以上だけでも十分に決定的であるようには思われるが、ロビンソンはさらに、隔離という科刑基準そのものに対する内在的な疑念について議論を展開している。この点、隔離に対する疑念としてすぐさま思い浮かぶものといえば、行為者の再犯危険性に関する予測の信頼性であるが、ロビンソンによる問題の立て方は、これとは少し異なっているのである。すなわち彼は、隔離を、刑罰制度とは区別された予防拘禁（preventive detention）制度の枠内においてではなく、まさに科刑の基準として考慮することの弊害を指摘する。なお、以下の論述を見れば明らかとなるように、この指摘は、隔離を唯一の科刑基準とする場合だけでなく、これを他の基準と併用する中で、隔離の必要性に従って処罰の有無と量を左右させる場合にも妥当するものと解される。

ロビンソンによれば、刑罰制度の枠内で「隔離刑」を認めること、つまり、専ら隔離によって刑罰の有無または程度を左右させることは、「予防拘禁を、刑事司法だということにして隠蔽すること（cloaking preventive detention as criminal justice）」<sup>261</sup>である。そして、このような予防拘禁と刑罰の制度的混淆には、複数の弊害がある。第一に、予防拘禁の正当化根拠は再犯の危険性である以上、拘禁期間中においても、受刑者の危険性が継続していることを定期的に検証すべきであるが、予防拘禁を名目上刑罰として執行する場合には、このような機会が受刑者から剥奪されてしまう<sup>262</sup>（これについては、下の第三および第五も参照）。第二に、これは純粋な刑罰と「隔離刑」を別個に観念し、両者を併せて刑として執行する場合に生じる問題であるが、刑罰は過去の行為に対する非難であり、受刑者にはその行為に関する責任がある一方で、隔離刑はあくまで、受刑者の危険性そのものを根拠にして、社会防衛のために受刑者の自由を侵害するものである。そうであれば、刑罰が苦痛を賦課することには、それが責任非難であることに鑑みて理由が認められるが、隔離刑にはこのような理由が認められないから、それは苦痛をもたらすものであってはならず、あるいは少なくとも、刑

<sup>259</sup> DPCL 124-126.

<sup>260</sup> さらに補足すれば、隔離は基本的に刑事施設への収容を方法とするところ、それ自体が多大なコストを要し、かつ施設の収容能力には限界があることも、隔離の効用の量的な小ささを裏づけるといえる。

<sup>261</sup> DPCL 111.

<sup>262</sup> 仮釈放制度では十分でないということは、ここでは前提とされているものと解されるが、検討の余地があろう。なおロビンソンは、この点に関連して、民事拘禁（civil commitment）に関するアイダホ州法典第 66 編 337 条(a)項の規定（収容を継続するかどうかについて、可能な限り頻繁に、最初の 90 日が経過するまでに少なくとも一度は決定を下さなければならない、その後も 120 日ごとに同様の見直しを行わなければならないと定める）を引用している。DPCL 129 n 256. また、同所ではロードアイランド州とサウスダコタ州の規定も引用されているが、前者は 6 月ごとの見直しを義務づけ、後者は、最初の年のみ 6 月経過時点で見直し、その後は 1 年ごととする旨を定めている。アメリカ全体としては、6 月ごとに見直すのが一般的となっているようである。確かに、仮釈放制度の枠内で、これと同等に見直しの機会を提供することは到底不可能であろう。

罰よりも苦痛の緩和された、異なる取扱いでなければならないはずである。しかし、隔離刑を名目上刑罰として執行することによって、受刑者はこの点での不利益を被ることになる。第三に、これは上記の第一点目とも関連しているが、隔離効果を発揮する上で、本当に自由刑が必要最小限の手段であるか、例えば電子監視や薬物療法でも足りるのではないかということを検討される機会を、受刑者に対して保障すべきである。予防拘禁を刑事司法として隠蔽するときには、両者の境界線が曖昧になるため、再犯危険性のみに照らした隔離措置の必要性判断が、いわば、その目を曇らされてしまうと考えられる<sup>263</sup>。第四に、ロビンソンの見立てでは、隔離判断に際して被告人の前科・前歴が過度に重視される傾向も、刑罰制度と予防拘禁制度の混淆がもたらす弊害である。すなわち、隔離期間を判断する上では、行為者の再犯危険性を、せいぜいこれを推認する一要素に過ぎない前科・前歴を過度に重視して間接的に推認するのではなく、科学的・経験的な手法に基づいて直接に評価する<sup>264</sup>方が明らかに合理的である。それでもなぜ、前科・前歴が突出して重視されるのかといえば、ロビンソンの考えでは、「(…) 過去の前科・前歴は(…) 何らかの形で犯行者の非難相当性と関連しているように感じられ、それゆえ、〔前科・前歴を考慮することは〕正義にかなっているように見えやすいからである」<sup>265</sup>。こうして、ここにも刑罰と予防拘禁の境界線を曖昧にしておくことの弊害が表れていると言えるのである<sup>266</sup>。第五に、これも上記第一点目と関連するが、刑罰制度の枠内にある限り、判決を下す時点で刑を言い渡さなければならない以上、隔離を考慮するならば、再犯者の危険性判断もその時点までに行う必要がある。しかし、現在時点における被告人の再犯危険性を予測することですら困難であるのに、将来における危険性を判断するのはますます困難である。このような状況では、刑を長めに言い渡しておいて予防資源を浪費するリスクを負うか、それとも短めに言い渡しておいて予防が果たされないリスクを負うかという選択を迫られることになるが、このような場合には(何よりも最悪の事態は再犯の発生である以上) 前者を選ぶことが一般的であり、そうして無用の自由侵害の増大に繋がってしまうのである<sup>267</sup>。

<sup>263</sup> 以上の第一から第三については、DPCL 113-116。

<sup>264</sup> ロビンソンは、再犯危険性の予測方法については特に立ち入った行っていないが、おそらく、いわゆるリスクアセスメントツールを用いた科学的な危険性評価を念頭に置いているものと思われる。これに関する文献として、小長井賀與「世界の保護観察の動向」今福章二＝小長井賀與『保護観察とは何か』（法律文化社、2016年）57頁以下、森丈弓『犯罪心理学——再犯防止とリスクアセスメントの科学』（ナカニシヤ出版、2017年）、ジェームズ・ポンタ＝D・A・アンドリュース（原田隆之訳）『犯罪行動の心理学〔原著第6版〕』（北大路書房、2018年）を挙げておく。なお、小長井・同上68頁が示しているように、再犯リスク評価は、次のような、いわゆる「主要8因子」を評価することによって行われる：①反社会的行動歴、②反社会的人格パターン、③反社会的認知（犯罪を是認する態度・価値・信念などのこと）、④反社会的交友関係、⑤家族・婚姻関係、⑥学校・職業状況、⑦余暇・娯楽状況、⑧物質乱用（アルコールなどのこと）。これに照らしても、前科の存在がそれ自体で特別予防の必要性を特に基礎づけるかのような考えは、やはり十分な経験的基礎を欠いているというべきであるように思われる。

<sup>265</sup> LJUD 150.

<sup>266</sup> DPCL 126-128.

<sup>267</sup> DPCL 128-129. これ自体は、予防拘禁制度そのものに内在する問題であるが、刑罰制度の枠内の方が、危険性判断の精度が低くなるぶん、この問題が悪化するという趣旨で解釈できよう。

このように、刑罰制度の枠内で隔離目的を考慮しようとする、多くの弊害に直面することになるのである。このことからロビンソンは、仮に、危険な者を隔離することによって社会を防衛することの重要性は否定できないという前提に立ったとしても、それは刑罰制度の枠内においてではなく、別個に予防拘禁制度を立法する方が、経験的にみて明らかに合理的であるという結論を導く。もちろん、そのような制度について公衆から理解を得ることは困難も予想されるが、それでも、「開かれた予防拘禁システムと隠蔽された予防拘禁システムしか選択肢がないのであれば、コミュニティと、潜在的な被拘禁者の両方が、開かれたシステムの方を望ましく思うはずである。予防拘禁が政府によって濫用されるおそれがあるとしても、そのおそれは、予防拘禁が掲示司法として隠蔽されるときに、最も大きくなるのである」<sup>268</sup>。かくして、隔離は、唯一の科刑基準として採用し得ないのはもちろんのこと、経験的デザートと隔離を併用すること（前者の枠内で後者を考慮するというのではなく、両者が矛盾する場合に、少なくとも一定の場合には後者を優先させるということ）の妥当性も疑われよう。やはり、隔離に対する経験的デザートの優位性は揺るがないというべきである。

## 6. 経験的デザートからの逸脱：公衆の正義観念をいかに批判するか

ここまでにおいて、ロビンソンの提唱する経験的デザート論の理論的基礎は提示され終えた。改めて述べれば、それは、「公衆の正義観念に従った処罰の実現→刑事司法システムに対する公衆からの道徳的信頼の確立→公衆の遵法性の維持（→犯罪予防効果の発生）」というプロセスを想定する目的刑論（〔積極的〕一般予防論）である。そして、この実現プロセスに対して向けられうる複数の疑念に対しても、上述してきた検討を通じて回答が与えられた。すなわち、公衆の正義観念は存在し（本稿I. 2.）、その内容は必ずしも過度な厳罰化に流れるものではない（本稿I. 3.）。経験的証拠に照らせば、公衆の正義観念に従った処罰には犯罪予防効果があるということができ（本稿I. 4.）、かつその効果は、威嚇抑止や社会復帰、あるいは隔離といった他の科刑基準による場合よりも大きくなる。つまり、科刑基準としては経験的デザートを原則としつつ、他の要素はせいぜい、副次的に考慮するに止める場合にこそ、刑罰の犯罪予防効果は最大化されるのである（本稿I. 5.）。

しかし、次のような疑念が残っている。すなわち、経験的デザート論は、公衆が「いま」有している正義観念に従った処罰を推奨する。その一方で、歴史的にみれば（当然ながら地域・文化ごとに差異があるものの）、かつては公衆によって当罰性があまり認められていなかったが、現在はこれが強く認められている行為（例えば飲酒運転や家庭内暴力）が存在し、逆に、かつては当罰性が認められていたが、現在はそうではない行為（例えば、婚前交渉や同性愛）も存在する。つまり、公衆の正義観念は通時的に変遷するのである。そうであれば、現在における公衆の正義観念の中にも、実は規範的にみれば不当なものが存在していると考えるのが自然である。そして、公衆の正義観念を、規範的意味での正義に漸近させ、もって社会における正義をよりよく実現するという歴史的過程の中で、刑法の改正（それが犯罪化であれ非犯罪化であれ、あるいは他の点での改正であれ）が大きな役割を果たしてきたこと

---

<sup>268</sup> DPCL 133.

に疑いはない。しかし、経験的デザート論を前提とする限り、このような、経験的デザートから逸脱する形での刑法改正は、正当化され得なくなってしまうのではないだろうか？これが、ロビンソンが自身に対して提起する最後の問題である。

この問題を、より抽象的に定式化すれば、次のようになる。すなわち、経験的デザート論は、公衆の正義観念に従った処罰を正当化する。しかし、正義にかなっているということそれ自体と、そうであると「感じられる」ことは、異なっている。経験的デザート論からは、立法論の次元であれ解釈論の次元であれ、常に後者のみが正当化されることになる。したがって、この理論は、公衆の正義観念が規範的に不正義である場合に、これを修正するための理論的契機をおよそ有しておらず、その意味で不正義を正当化するおそれがあるのである。

経験的デザート論にとって、この問題は重大であると考えられる。現に、ロビンソン自身も、具体的な事例を多く挙げながら、これについて多くの紙幅を割いている<sup>269</sup>。以下では、この問題に対するロビンソンの解決策について、その骨子を紹介する。

ロビンソンの解決策は、突き詰めれば次の一文に要約できる：「刑法が、人々の間での道徳的信頼を改善させれば——つまり、共同体の中で『信頼ポイント』を稼げば——、刑法は、公衆の見解に従う代わりに、社会改革者にとって特別な重要性をもつものとして選ばれたテーマに関して、これを先導する役割を担うことによって、この『ポイント』を、狙いを定めて『支払う』ことができるのである」<sup>270</sup>。要するに、部分的に経験的デザートから逸脱し、それゆえ道徳的信頼が多少毀損されたとしても、その毀損が、刑法が全体として公衆の正義観念に従うことで獲得している道徳的信頼を掘り崩してしまう程度のものにならないのであれば、上記の逸脱は経験的デザート論の枠内でも正当化できる、ということである。ここにおいて、「信頼ポイント」をどのように支出するかという点については、ロビンソンの議論からは、原則として、社会改革者（主に念頭に置かれているのは立法者であるが、裁判官をはじめとする法律実務家や、立法・解釈に関して提案する研究者も、刑法による社会改革に関与する一主体となりうるであろう）の信念ないし裁量によるということになろう。別の観点から言えば、ロビンソンの理論自体は、「何が正しい刑法改革なのか（経験的デザートからの正当な逸脱と、不当な逸脱とを画する規範的境界はどのように引かれうるのか）」という点について、何ら触れるところがない。端的に、彼の関心は、そこには向けられていないのである。これ自体が、経験的デザート論の限界を示しているようにも思われるが、この点は後に言及するとして（本稿Ⅱ. 2-3. 参照）、ここではロビンソンの議論のレビューを続ける。

社会改革者がどこに「信頼ポイント」を使うかは、原則としてその信念ないし裁量によることになるが、経験的デザート論の視点から、このポイントの使い方について一定の指針を導くことはできる。大要を示せば以下の通りである。

まず、経験的デザートから逸脱する以上、それは刑法を、一定の点で公衆の正義観念と矛盾させることを意味する。ところで、この矛盾は、刑法に対する道徳的信頼を毀損し、その犯罪予防効果を減少させる。したがって、可能ならば、なくした方がよい。つまり、社会改革者は、自身の信念が正義にかなっているということを、公衆に対して説得するのが望ましい。この点、既述の通り、公衆の正義観念は、「不正行為の中核」（に関する相対的均衡性

<sup>269</sup> *IJUD* 70-94, 189-236.

<sup>270</sup> *Waffenstillstand*, S. 32（邦訳 268 頁）；see also *IJUD* 198.

判断)では高度に一致するが、それ以外の領域では一致が崩れてゆく(とりわけ、本稿I. 2-2-2. 参照)。そうなると、「中核」に属する部分では、説得がより困難であり、それ以外ではより説得の余地が大きいということになる。また、中核に関する改革を目指す場合には、それだけ大きな道徳的信頼に対する毀損が起こるリスクを抱えることになる<sup>271</sup>。

説得が成功すれば、経験的デザートからの逸脱は、逸脱でなくなることになる。しかし、この説得は失敗に終わる可能性もあり、あるいはそうでないとしても、成功までには時間がかかる。したがって、逸脱した改革を行わなければならない場合も当然に生じうるであろう。そこでロビンソンは、経験的デザートから逸脱する際の方針として、次の三つの原則を掲げている<sup>272</sup>。第一に、経験的デザートの逸脱は、それが十分に小さいものであり、したがって公衆に気づかれにくく、道徳的信頼の毀損が些細なものにとどまると考えられる場合には、正当化される<sup>273</sup>。第二に、犯罪予防を目的とした経験的デザートからの逸脱は、その逸脱自体が犯罪予防効果に対するマイナスの効果を有することに十分注意した上で、(a)この逸脱によるベネフィットがコストを上回り、かつ、(b)逸脱を伴わない手段によって同様の効果を得ることができない場合にのみ、正当化される。とはいえこの点、犯罪予防効果を達成する上で経験的デザート以外に候補となるのは威嚇抑止、社会復帰、および隔離であろうが、本稿I. 5-2. および5-3. で述べた通り、一般論としては、これらは結局のところ経験的デザートの枠内で併用されるにとどめてこそ(隔離に関しては併用することにすら疑問の余地がある)、全体としての犯罪抑止効果が最大化されと考えられる。それゆえ、犯罪予防を目的とした経験的デザートからの逸脱が正当化される場面は、あったとしてもごく例外的なものにとどまるものと予測される(逆にいえば、威嚇抑止などを目的とした経験的デザートからの逸脱を、原理的に、一律に排除すべき理由はない)。なお、以上の判断は、システム全体に関わる複雑な費用便益計算を伴うため、立法者や量刑ガイドラインの作成機関に判断させるのが望ましく、これを裁判官の裁量に委ねるのは、できる限り避けるべきである<sup>274</sup>。第三に、犯罪予防以外の利益(例えば適正手続や平等取扱い、国家権力の制限、プライバシー、権力の適切な分配など)を目的とした経験的デザートからの逸脱は、その利益が犯罪予防効果の減少よりも重要であり、かつ、逸脱を伴わない手段によって同様の利益を得ることができない場合にのみ、正当化される。自明のことであるが、刑罰制度をめぐっては、犯罪を予防することの他にも重要な利益が複数存在する。この点、「もちろん、これらの利益のうち、いずれのものが、正義の実現とその犯罪統制上の利益を上回るのかということ、前もって正確に明確化するというのは、途方もない企てとなる。これは、道徳哲学、憲法理論、そして政治理論の課題の、かなりの部分を占めるものである。ここで重要であるのは、単に、それらの議論が確かに刑事責任と刑罰の配分と関連していると認めることであ

<sup>271</sup> *IJUD* 74-76. この点では、ある行為の不正性を説得する際には、その行為の、既に強い直観が共有されている行為(その最たるものが不正行為の中核である)との類似性を強調し、両者を公衆の意識の中で関連づけることが有効であるということもできる。*IJUD* 77-79.

<sup>272</sup> *IJUD* 193 f.

<sup>273</sup> この点について、ロビンソンはこれ以上具体的なことを述べていないが、本稿II. 2-3. で述べることと関連づけて理解できるように思われる。

<sup>274</sup> *IJUD* 194 f.

る」<sup>275</sup>。つまり、ロビンソンは、これらの利益の内実や相互関係を明確にしていないが（上に述べた通り、そのような規範的な議論は、ロビンソンの関心の埒外にある）、ともかくも、刑罰の正当化根拠と科刑基準のあり方について考察する上では、犯罪予防の利益以外にも、考慮に入れるべき利益・価値が複数存在するということが、ここでは認められているのである。なお、ロビンソンによれば、このような利益は多岐にわたるため、それらと経験的デザートとの優先関係は、専ら立法者や量刑ガイドライン委員会が定めることで、個々の判断の安定性を担保すべきであり、これを裁判官の裁量に直接委ねてはならない<sup>276</sup>。

こうして、ロビンソンの結論としては、経験的デザート論を前提とする場合でも、他の利益との衡量判断を通じて経験的デザートからの逸脱を正当化し、そうして規範的意味での正義を追求する余地は残されている、ということになる。

## 7. 本稿Ⅰ. の要約：経験的デザート論の全体像

以上に提示され終えた経験的デザート論の全体像を、改めてここに要約しておこう。

経験的デザート論とは、「公衆の正義観念に従った処罰の実現→刑事司法システムに対する公衆からの道徳的信頼の確立→公衆の遵法性の維持（→犯罪予防効果の発生）」という犯罪予防プロセスを想定する、目的刑論（〔積極的〕一般予防論）である。本稿は、この理論を包括的に紹介・検討するための手法として、この理論に向けられうる疑問を六つに整理し、それらに対して回答を与えてゆくという方法を採用した（本稿Ⅰ. 冒頭部を参照）。

本稿Ⅰ. 1. で扱った第一の疑問は、経験的デザートとはいかなる概念であるのか、というものである。まず一般に、デザート（desert）とは、刑法の文脈では、「犯罪に照らして相応な刑罰」のことを指す。この相応性は、規範的ないし道徳的にみて相応であるということの意味する。そのため、デザート論といえば、通常は応報刑論のことである。これに対して、経験的デザートとは、「公衆の正義観念にとって、犯罪に照らして相応であると判断される刑」のことを指す。したがって経験的デザートは、社会科学的な方法によって、経験的に明らかにされる刑である。それゆえ、ある刑が経験的デザートであるということそれ自体によって、その刑を正当化することはできない。「正義にかなうと公衆が感じている」ということと、「規範的に正義にかなっている」ということは、異なる事態だからである。しかし、上に述べたように、経験的デザート論によれば、公衆の正義観念に従った処罰（経験的デザート）は、犯罪予防効果を有するのであり、これを根拠として、経験的デザートは正当化される。したがって、経験的デザート論は、「デザート論」という名を冠しているものの、その実体は目的刑論であることに注意を要する。さらに、誤解を受ける余地があるため補足しておく必要があるが、経験的デザート論は、例えば、ある事件 A では、アンケート結果の中央値が懲役 6 年であったとして、したがってこれに似た事件 A' では、懲役 6 年かその周辺の量刑を言い渡すべきだ、というような主張を展開するものではない。むしろ、経験的デザート論は、次のような目標を持っている。すなわち、まずは事実関係を変えた複数の犯罪

---

<sup>275</sup> *IJUD* 196.

<sup>276</sup> *Ibid.*



シナリオを用意し、それぞれについて実験参加者に（罪責の有無と量刑に関する）判断を下してもらって、そこで参加者が示した結論の相違を手がかりに、公衆の判断において重視されているとみられるファクターを抽出する。そこから、いわば犯罪と刑罰に関する公衆の一般原理を逆算するのである。端的に言えば、経験的デザート論は、公衆の科刑それ自体、すなわちその結論にではなく、公衆の科刑基準にこそ関心をもつのである<sup>277</sup>。

本稿Ⅰ. 2. で扱った第二の疑問は、そもそも、公衆の正義観念など存在しないのではないか、というものである。すなわち、人の価値観は多様である以上、科刑判断も人それぞれであると考えられるところ、そうであれば、「公衆の正義観念に従った処罰」というものも、考えられなくなるであろう。しかし、最近の経験的調査は、これとは異なった結果を示している。これについては、本稿Ⅰ. 2-4. で要約したため、そちらも参照されたいが、結論だけを述べれば、公衆は、相対的均衡性判断（複数の犯罪行為の軽重関係に関する判断）については高度な一致をみせる場合がある（具体的には、「不正行為の中核」と呼ばれる行為群については極めて高度な一致をみせ、それ以外の行為では、高度な一致は崩れるが、なお一定程度の一致が示される）。この点で、公衆の正義観念は確かに存在し、それゆえ、これに従った刑罰制度を構想することも可能である。

本稿Ⅰ. 3. で扱った第三の疑問は、公衆の正義観念に従った処罰は、過度な厳罰化に傾くのではないか、というものである。しかし、経験的証拠によれば、必ずしもそうではない。このことは次のように調べられた。まず、アメリカには、三振法や厳格責任といった、極端に抑圧的な立法例・ルールが実在する（これらの立法例も公衆の支持を受けて成立したものである以上、公衆の正義観念はこのような処罰を求めていると予想され、したがって経験的デザート論はこれを正面から正当化することになるのではないか、ということが危惧されるわけである）。例えば、単なる軽詐欺にパロールなしの終身刑が科せられたという実例がある。そこで、このような極端に抑圧的な刑が科せられた実例を集め、その事案概要だけを実験参加者に読ませ、それに基づいて量刑判断を下してもらった。すると、この量刑判断は、実際に言い渡された量刑よりも、遥かに軽かったのである（3. の末尾、とりわけ図表7を参照）。もちろん、公衆の量刑判断に、厳罰傾向が全くないとは言えないのであるが<sup>278</sup>、少なくとも、無制約な厳罰化に流れるようなものではない。第二の疑問の部分でも述べたように、やはり公衆の意識の中には、一定の罪刑均衡原理が存在しているのである。

本稿Ⅰ. 4. で扱った第四の疑問は、公衆の正義観念に従った処罰から犯罪予防効果が生じ

---

<sup>277</sup> なぜ、公衆が導いた具体的な刑量を重視せず、その背後にある一般原理の方を重視するのかというと、後者は相対的均衡性に関わるのに対して、前者においては絶対的均衡性が関与するためである。絶対的均衡性の関与がなぜ問題なのかといえば、それに関する公衆の判断には、相対的均衡性判断のような高度な一致がみられず、むしろ前提となる文化や法制度によって、あるいは個人の感覚によって、大きく左右されることが考えられるためである（例えば、上注（58）およびその本文部参照）。さらに言えば、仮に、以上のことを措くとしても、一般論として、量刑基準の問題と、それに従った刑の数量化の問題とは区別して考えるべきであり、後者よりも前者の方が先決問題であるから、経験的デザート論としても、公衆による刑の数量化に着目する前に、公衆の量刑基準の解明に取り組むのが、方法論的に妥当であるといえよう。

<sup>278</sup> 経験的デザート論と厳罰化の関係に関する筆者自身の考えは、本稿Ⅱ. 2-1. の末尾で示す。

るというのは本当か、いかにしてそれを経験的に検証できるのか、というものである。これに対するロビンソンの回答は次のようなものであった。まず、公衆の正義観念に従った処罰によっては、刑事司法システムに対する道徳的信頼を確立することができる（道徳的信頼の確立とは、刑事司法システムは正義にかなっているという評判が公衆の間で獲得されること、と定義される）。ところで、この道徳的信頼が毀損されると、公衆は刑法に従わなくなる。言い換えれば、道徳的信頼の確立・維持は、公衆の遵法性を維持する効果を有する。そして、遵法性の維持は、犯罪予防効果の発生を意味するわけである。つまり、「道徳的信頼の確立→遵法性の維持（＝犯罪予防効果の発生）」というのがロビンソンの主張であり、彼はこれを規範的犯罪統制と呼んでいる。それでは、この規範的犯罪統制は、いかにして経験的に検証できるだろうか。

そのためには第一に、規範的犯罪統制の理論的枠組みを理解する必要がある（4-1.）。まず、その基本的な発想は、「内面化」と「社会的影響」の行動統制力を、犯罪予防に利用する、というものである。具体的に説明すると、まず人は、社会化の過程において、社会的に共有された道徳規範を内面化する。規範を自発的に守るようになるということである。次に、社会的に共有された規範に対する違反は、他者からの制裁（イメージとしては、白眼視や村八分）を招くことになり、人はこの懸念からも規範遵守の動機を得ることになる。これが、社会的影響である。ところで、公衆が刑法のことを道徳的に信頼し、それを社会的規範と同視するようになれば、刑法はこれらの力を利用できるようになるはずである。犯罪予防のために内面化と社会的影響の力を利用するというのは、このような趣旨である（以上、4-1-1.）。続いて、刑法における内面化と社会的影響の力の実現形態としては、次の三者を区別することができる（これについては、4-2. 冒頭の図表8も参照）。①まず、「スティグマ化」である。すなわち、刑法に道徳的信頼がある場合、それに違反して犯罪者になるということは、不名誉な烙印（スティグマ）を意味することになる。それゆえ、人は自発的に犯罪行為を避けるようになり（内面化）、また、犯罪者に対しては社会的非難が向けられるようになる（社会的影響）。こうして、公衆の遵法性が創出されるのである。これは、刑法が道徳的信頼を得ている場合の効果に関する記述であるが、これに対して次の二つは、道徳的信頼が毀損された場合の記述である。すなわち、②次は「協力の獲得」である。これはどういうことかという、公衆が刑法に対して道徳的に幻滅し、すなわち道徳的信頼が毀損された場合、刑法は正当な道徳的権威とは見なされなくなり、それどころか、悪であると認識されるようになる。そうなると、公衆は悪に手を貸したいという動機を持たない以上、例えば警察機関は公衆からの協力を得にくくなり、円滑な犯罪予防活動が阻害されることになる。また、刑法の経験的デザートからの逸脱が大きくなると、極端な場合ではあるが、公衆の非協力的姿勢が、能動的な抵抗活動へと転化することになりうる。例えば、公衆が処罰すべきと考える行為を国家が処罰しない場合には、自警団が結成されて私刑行為が行われ（アメリカにはその実例がある）、また、公衆が処罰すべきでないと考えた行為を国家が処罰する場合には、結局人々は刑法に従わず、その行為が地下で行われるようになり、例えばそれが犯罪組織の資金源となって、かえって犯罪が増加することになる（その実例はもちろん、禁酒法である）。最後に、③「行動基準の提供」である。すなわち、上述した通り、公衆の正義観念には、高度に一致している部分もあるが、意見が割れている部分もある。例えば、不同意

性交の犯罪化については大きな議論がある。ここで、例えば刑法が、これを処罰すると決断した場合、刑法に対する道徳的信頼が確立していれば、多くの人は、「いつも良くやっている刑法（の専門家たち）が言うのだから、そうなのだろう」と納得し、刑法に従うことになる。この点で、道徳的信頼のある刑法は、人々の意識の中に確固たる直観がない場合に、行動基準を提供することができるようになるのである。こうして、やはり公衆の遵法性が実現され、犯罪予防効果が発生することになる。

続いて第二に、以上のような規範的犯罪統制効果を経験的に検証する必要がある(4-2.)。これについて、ロビンソンらは次のような実験を行った。すなわち、まず実験参加者に対して、「ある人が終身刑に処されました。ということは、その犯罪行為は凶悪なものだったのだろう。あなたはこれに同意しますか?」、「あなたは、ある人が遺跡から違法に矢じりを持ち出すところを目撃しました。関係当局に通報しますか?」、「あなたはうっかり、お金を払わずにレストランから出てきてしまいました。ペナルティがあるかもしれませんが、レストランに連絡して、このことを申告しますか?」というような質問項目に対して、「1. 全くそうは思わない」から「9. 非常にそう思う」までの範囲で答えてもらう。これらの質問はそれぞれ、上にみた「スティグマ化」、「協力の獲得」、「行動基準の提供」に対応している。回答の値が高いほど、刑法はこれらの効果を大きく得られていることになるわけである。続いて、参加者に対して現実存在した複数の事件の概要を示し、直観に従って量刑を判断してもらう。その上で今度は、その事件に対して実際に言い渡された量刑を示す。実は、これらの事件はいずれも、三振法や厳格責任といった、極端に抑圧的なルールの適用が問題となったものであり、その実際の判断が参加者の直観と大きく矛盾するであろうことは、上記3. の研究から予想されていた。そして現に、参加者の量刑は、実際の量刑と大きく矛盾し、彼らは驚きと共に、刑事司法がいかに正義（自身の正義直観）に反しているかを実感することになった。つまり、道徳的信頼が毀損されたのである。その上で、最初に出てきた質問項目にもう一度答えてもらう。そうすると、回答の値が有意に低下していたのである。これは、道徳的信頼の毀損が、上述したスティグマ化・協力の獲得・行動基準の提供という効果を低下させ、すなわち遵法性を低下させるということを示唆する。こうして、規範的犯罪統制は、経験的な裏づけを得たことになるのである（以上、4-2-1.）。このような、道徳的信頼と遵法性の関係については、ロビンソンら以外にも、複数の研究者による先行研究があり、それらもまた、規範的犯罪統制の有効性を経験的に裏づけている(4-2-2.)。かくして、「経験的デザートに従った処罰には、犯罪予防効果がある」という言明には、経験的根拠があるといえるのである。

本稿Ⅰ. 5. で扱った第五の疑問は、仮に経験的デザートに従った処罰に犯罪予防効果があったとしても、威嚇抑止(deterrence)、社会復帰(rehabilitation)、あるいは隔離(incapacitation)といった科刑基準に従った方が、よりよい犯罪予防効果が生じるのではないか、という疑問である（以下、5-1. は省略し、5-2. から述べる）。

しかし、まず威嚇抑止については、これが機能するためには、次の三つの条件がすべて満たされる必要がある。すなわち、①抑止対象者が、抑止対象行為は違法であり、一定の刑罰を科せられるという知識を持っていること（法的知識）、②抑止対象者に、犯罪行為のコストとベネフィットを正確に計算する能力と意欲があること（計算能力）、③抑止対象者に、合理的な行動選択能力があること（合理性）、である。ロビンソン自身は、この三要件のい

ずれについても、それが満たされる場合は限定的であることを強調しているのであるが、それを検討した上での筆者の結論は異なっている。すなわち、まず③合理性については、精神疾患のある者や、アルコールのような薬物に強い影響を受けている場合でもない限り、ほとんどの人間が備えていると思われるため、大きな問題にはならない。次に、②計算能力については、そもそも刑罰のコストは、刑量以外にも複数の変数によって左右されるため、その全てを前もって計算して、抑止対象者が「犯罪は割に合わない」と判断するであろうような刑量を定めることは、確かに難しいであろう。しかし、そもそも正確な計算は必要ではなく、犯罪は割に合わないという抽象的な認識があれば抑止効果は発揮されうると言えるのであって、そのような認識は現に広く共有されていると思われる――逆からいえば、犯罪を行えば身体の拘束や社会的信頼の喪失といった大きな不利益を被ることになり、自身の社会生活にとって手痛いダメージとなるということを理解するために、各罪の法定刑やその内部での量刑相場などの正確な知識が必要であるとは言えない――以上、やはり大きな問題にはならないと思われる。最後に①については、そもそもロビンソンは、威嚇抑止が機能するためには、公衆に法的知識、言い換えれば、（ある行為を行なったとすれば、それは違法になるであろうという正確な知識を有しているという意味で）違法性の意識があることが必要となる、ということを前提としているが、そもそも違法性の意識の可能性さえ担保されていれば（つまり、簡潔に言えば、あらゆる行為についてその違法性または適法性を常に意識し、あるいはその知識を有しているのでなくても、自身が具体的に何らかの行為に出ようという段階に至ったときに、一定の注意を払って情報を収集すれば違法性の意識に到達できるという状況があれば）、威嚇抑止は機能しうるといふべきであるから、ロビンソンの主張には、前提に誤りがある。以上から考えると、威嚇抑止それ自体は有効な犯罪統制戦略であるといえることができる。ただ、そもそも目的刑論は犯罪予防効果の最大化を志向する理論であるところ、同効果は、経験的デザートの枠内で、それと矛盾しない形で威嚇抑止を考慮するときに最大化されるというべきである。なぜなら、人は基本的に、いちいち法律を詳しく調査せず、自身の直観に従って行動する（場合が多い）ところ、公衆の正義観念と矛盾する内容の立法を威嚇抑止によって正当化しようとするれば、同法の内容を周知しなければ人々は自身の直観に従って違法行為に出る一方で、その内容を周知すれば、今度は刑法が自身の不正義を喧伝することになって、公衆からの道徳的信頼を喪失することになるためである。また、処罰の有無は威嚇抑止効果を左右するが、処罰の程度は同効果を有意に変動させないというエビデンスが蓄積しているところ、これも、科刑基準としての威嚇抑止の不十分性を示している。以上から、威嚇抑止は、それ自体は効果を有しているものの、経験的デザートの枠内で機能しうるととどまるのであり、それに取って代わるものではないといふべきである（以上、5-2.）。

次に、社会復帰については、確かに1970年代以降のアメリカにおいて、いわゆる「何をやってもだめ（nothing works）」というスローガンのもとで、社会復帰を目的とした処遇に効果のないことが強調された。もっとも現代では、これは誇張であったことが明らかになっており、教育プログラムや職業訓練プログラム、あるいは認知行動療法などを通じて、一定の成果が挙げられている。もっとも、そもそもこのような処遇プログラムは、経験的デザート論を前提とするときも、行刑の枠内で十分に実施できるものであろう。つまり、経験的デザートと社会復帰は両立可能なものであって、あえて前者を捨てる理由はない。それゆえ、社会復帰もまた、経験的デザートに取って代わりうるものではない。

最後に、隔離については、確かに、その再犯予防に対する有効性は明確である。隔離されている以上、少なくとも刑事施設の外では、再犯に出ることが物理的に不可能となるためである（ただしこの時点でも、隔離は既に犯罪を行った者だけを対象とするものであり、かつ刑事施設の収容能力には限界があるため、社会全体の一般人に対して遍く行動統制効果を発揮する一般予防に比べて、その効用の量が相当程度小さいといことには注意を要する）。しかし、そもそも刑罰制度の枠内で「隔離刑」を観念することそのものに多くの弊害がある。例えば、量刑において隔離の必要性を判断するときには、一般に、前科・前歴がきわめて重視される。しかし、再犯リスクの評価根拠となる要因は多様であり、隔離を通じた再犯予防・社会防衛効果が必要であると本気で考え、それを真摯に追求するというならば、その再犯リスクは、科学的な方法によって、例えば確立されたリスクアセスメントツールを用いて、直接に評価すべきである。そのほかにも、刑罰の言い渡しは判決の時点で行わなければならないが、現在時点での再犯リスクを評価するのも容易ではないのに、将来時点での再犯リスクを（上のような科学的手法すらない中で）評価するのは、なおさら困難である。むしろ、隔離期間中（つまり行刑の間）にも、再犯リスクを定期的に再評価すべきであるが、刑罰制度の枠内では、これが実現できない。さらに言えば、そもそも再犯リスクそのものについては行為者に責任がない以上、（もし、責任刑に対する隔離刑の「上乘せ」を認めるならば、）責任を根拠とした刑罰と、「隔離刑」とが処遇を同じくしているのは不合理である。この不合理も、刑罰制度の枠内では是正できない。以上に鑑みれば、そもそも刑罰制度の中で隔離を考慮することは適切ではないのであって、隔離を通じた再犯予防がどうしても必要であるというのであれば、予防拘禁（保安処分）制度を別個に立法すべきである。言い換えれば、現行の刑罰制度は、隔離を基準とした運用のための準備が整った状態にあるとは言い難い。したがってやはり、隔離は、経験的デザートに取って代わりうるものではないというべきである（また、経験的デザート論と矛盾しない範囲であっても、隔離を――とりわけ、刑種選択ではなく刑の量定において――考慮することに、どこまで合理性が認められうるかという点については、結論を出すためには刑罰論を超えた量刑論上の検討を要するものの、疑問なしとしない）。

本稿Ⅰ. 6. で扱った第六の疑問は、経験的デザート論によると、公衆の正義観念が規範的に不正義であるような場合にもこれに追従するほかなく、したがってさらなる規範的正義を目指すための社会変革が全く正当化できなくなるのではないか、というものである。これに対してロビンソンは、経験的デザート論によっても、常に公衆に追従すべきことになるわけではなく、全体として道徳的信頼を稼いでおきつつ、必要な場面では、この信頼が掘り崩されない範囲内であれば、公衆の正義観念に反した、しかし規範的には正しいと考えられる利益を追求することは可能であるし、かつそれは必要なことでもあると述べている。逆にいえば、それ以上に具体的な議論を示すことはできていないように思われる。

## II. 分析：経験的デザート論から「制約された表出的抑止刑論」へ

以上によって、経験的デザート論の概要が紹介・検討されたため、続いてその分析を行う。具体的にはまず、経験的デザート論の刑罰論としての位置づけを、これと方向性において大まかに類似するドイツの諸見解との対比を通じて明らかにする（1.）。その上で、経験的デザート論に残された課題を、経験的および規範的観点の両面から指摘し、同理論を発展的に解釈するための方途を示す（2. および 3.）。最後に、本稿 II. の全体を要約する（4.）。

なお、ここで予め旗幟を鮮明にしておく、筆者は、経験的デザート論は基本的に正当であり、刑罰の正当化根拠論として支持するに値すると考えている。ただし、筆者はこの理論を無批判に受け入れるわけではなく、その残された課題の解決を通じて、これを「制約された表出的抑止刑論」として発展的に解釈するべきであると考えたものである。本稿 II. を通じては最終的に、このような主張に到達することになる。

### 1. 理論的位置づけ

#### 1-1. 実証的な積極的一般予防論としての経験的デザート論

経験的デザート論に対して、好意的にであれ批判的にであれ分析を加えるためには、それがいかなる刑罰正当化論であるのか、他の諸理論といかなる関係に立つのか、という点の理解を大まかにでも定めておく必要がある。つまり、経験的デザート論を、刑罰正当化論全体の文脈の中に位置づけなければならない。ここで、わが国の刑罰論はドイツの理論展開から大きな影響を受けてきていることに鑑みれば、経験的デザート論をわが国の視点から参照する上では、これをドイツ刑罰論の概念図式に即して位置づけておくことが便宜にかなうであろう。

本稿 I. 4. の論述から明らかである通り、経験的デザート論にとって、刑罰の正当化根拠は、その犯罪予防効果に求められる。したがって、この理論は目的刑論である。その中でも、社会全体の一般人を抑止対象とするものであるから、一般予防論である。ところで、広く普及している整理法によると、刑罰の一般予防効果は消極的側面と積極的側面に区別され、前者においては、刑罰による威嚇抑止（Abschreckung）を通じた犯罪予防プロセス（予防効果の発生機序）が想定されるのに対して、後者においては、「法秩序の存立力と貫徹力に対する信頼を維持し強化すること」が想定される<sup>279</sup>。これに照らすと、経験的デザート論は、積極

<sup>279</sup> BVerfGE 45, 187 (256); s.a. BGHSt 24, 40 (42); Gerhard Schäfer/Günther M. Sander/Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, S. 40; 学説における積極的一般予防の理解は多様であるが、これについてはとりわけ、vgl. z.B. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 26-32a; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Hassemer/Neumann, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 1, Rn. 288-296; Tatjana Hörnle, Strafrecht, 2. Aufl. 2017, S. 27-30; Johannes Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 648-676 (s.a. ders., Wiedergutmachung und Meditation im Strafrecht, 2004, S. 48-70); Angela Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000; Jens Christian Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1998, S. 39-75; Bernd Schünemann, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Strafrecht, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg, Positive Generalprävention, 1998,

的一般予防論の一種であるとして理解することができる。

それでは、いかなる積極的一般予防論なのだろうか。この整理法は複数考えられるが、一つの視点として、経験的デザート論の特徴は、刑罰の積極的一般予防効果を、社会科学的な手法を用いた経験的調査を通じて明らかにするという実証的なアプローチをとる点にあるといえることができる。すなわち、経験的デザート論は、実証的な積極的一般予防論である。

そうであれば、次は、実証的な積極的一般予防論の中で、経験的デザート論にはいかなる点で独自性が認められるのか、という問いを立てることができる。ところが、実際のところ、問題状況はそれ以前の段階にある。すなわち、そもそもドイツは、（アメリカに比べれば）刑罰の一般予防効果に関する実証研究に乏しいのである<sup>280</sup>。その理由（そうであってよい、あるいは、それはやむを得ないということの理由）としては、概ね次の二点が挙げられる。それらを検討する中で、経験的デザート論の意義も浮かび上がってくることになる。

第一は、ドイツのように実証研究に乏しい状況にあっても、刑罰に一般予防効果があると推定することには最低限の合理性が認められるということである。なぜかという、例えば、次のように言われる：<sup>281</sup>

「〔一般予防効果など存在しないのではないか、という〕異議に対しては、常に次のように反論することができるからである。すなわち、公衆の多数は、あらゆる犯罪が存在しているにもかかわらず、法に対して忠実に行動しているのであって、このことが一般予防の有効性を示している、と。確かに、これがどの程度、一般予防の消極的側面と積極的側面によるものであるのかという点は、未だ経験的に解明されておらず、十分な証明力をもって立証することも難しい。しかし、まさにそうであるがゆえに、（…）〔刑罰には一般予防効果があるという〕仮説を、誤りであると証明することはほとんど不可能（kaum falsifizierbar）なのである」。

これは、一見する限り、「この仮説は誤りであるとは言えない以上、正しいのだ」というような乱暴な議論であるようにもみえるが、次のような文脈と併せて理解すれば、必ずしもそうではない。すなわち、そもそも刑罰の一般予防効果は、それを示唆する経験的証拠が全くない（あるいは、これを明らかに否定する証拠が山積している）わけではない。後述するよう

---

S. 109 ff.; Kai Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992, S. 98-124; Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 324-329; Heinz Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, S. 813 ff.; Franz Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) 637 ff.; Bernhard Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; Günther Jakobs, Schuld und Prävention, 1976 (vgl. ders., Staatliche Strafe, 2004, S. 31-34). なお、わが国の文献は十河・前掲注(1)の注(5)に掲げたが、その中でも、ドイツにおける実証的な（すなわち、観念的なレベルでの規範妥当そのものを志向するものでない）積極的一般予防論のバリエーションについては、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(1)」立命 341号(2012年)303-324頁において詳しく検討されている。

<sup>280</sup> Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 30; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Villmow, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 38 ff, Rn. 76; Joecks/Miebach/Radtke, MüKoStGB, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 38, Rn. 37; Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. überarbeitete Aufl. 2012, Rn. 59.

<sup>281</sup> Roxin/Greco, a.a.O. Anm. (279), §3 Rn. 30.

に、少なくとも一定の犯罪類型に対して、一定程度の消極的一般予防効果が経験的に確認できることは、ドイツでも承認されている。予防効果の経験的基礎が不明確である（すなわち、「証明されていない」というのは、その効果が全ての犯罪類型に妥当するのかは確言できず、あるいは、予防の必要性を科刑基準としうるほどに詳細かつ確実なデータが集積しているわけではない、ということに過ぎない。一般予防効果の経験的実在性が「真偽不明（non liquet）」<sup>282</sup>であるという言明は、以上のような意味で理解されなければならないが、そのような状況の中では、法律家としての「健全な常識（gesunder Allgemeinsinn）」に従って、この真偽に関する心証を真の方へと傾けることは——すなわち、刑罰制度が存在し、刑罰という重大な害悪が行為に科せられていることは、その行為を抑止する上で何らかの、十分に重要な役割を果たしているであろうと想定することは——許される<sup>283</sup>。したがって、現状で得られている経験的証拠から導かれるのはせいぜい、刑罰制度の一般予防作用を「過信してはならない」ということだけなのであって、「このような作用を無条件に否認するのは、妥当とはいえない」のである<sup>284</sup>。

以上の第一点目は、それ自体、首肯しうるものであると言える<sup>285</sup>。しかしそれは、改めて確認すれば、一般予防論を正当化する上では刑罰の予防効果に関する経験的証明を要しない、ということの意味するものではない。むしろ、一方で、もとより刑罰の一般予防効果を示唆する証拠は一定程度示されてきているのであって、ただその妥当範囲や確実性には限界も指摘されているところ、他方で、我々の健全な常識に従えば（言い換えれば、直観的に判断すれば）刑罰威嚇に一定の抑止力が存在することは容易に了解できる。それゆえ、刑罰には概して一般予防効果があるという言明は、最低限の合理性を有するものとして承認することができる、ということである。より端的に言えば、刑罰の一般予防効果に関する経験的証拠は、完璧ではないが、一定程度存在してもいるのであるから、我々の常識に照らしてこの効果の存在を肯定することには、最低限の合理性が認められるということである。

とはいえ、このような状態では、例えば一般予防の観点を量刑基準に具体化することは困難であり、すなわち一般予防論の給付能力は低いままとなる<sup>286</sup>。それゆえ、仮に一般予防効

<sup>282</sup> Meier, a.a.O. Anm. (280), S. 30.

<sup>283</sup> Luis Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, 365-371; ähnl. Lothar Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 364.

<sup>284</sup> Tatjana Hörnle, Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 1, 2011, S. 8; vgl. Streng, a.a.O. Anm. (280), Rn. 61; Norbert Hoerster, Muss Strafe Sein?, 2012, 68 f.; Eberhard Schmidhäuser, Über Strafe und Generalprävention, Festschrift für E.A. Wolff, 1998, S. 446; Kai Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992, S. 100-102; Heinz Schöch, Zur Wirksamkeit der Generalprävention, in: Christel Frank/Gerhart Harrer (Hrsg.), Der Sachverständige im Strafrecht Kriminalitätsverhütung, 1990, S. 97.

<sup>285</sup> 補足すると、ここで述べていることの趣旨は、本稿の立場を前提としない場合であっても、刑罰の一般予防効果の存在を推定することには、なお最低限の合理性を認めうるということである。これに対して、本稿の立場を前提とすれば、少なくとも積極的一般予防効果がロビンソンの研究によって説得的に検証されていると解するため、そもそもこの第一の問題が生じない（正確に言えば、この検証も完璧なものではないため〔例えば、本稿 I. 4-2-1-3. 参照〕、最終的には同様の問題が生じるが、本稿の立場を前提としない場合よりも、前提とする場合の方が、一般予防効果の確からしさは遥かに高まっているため、後述する「健全な常識」によって補充すべき部分が、大幅に小さくなるのである）。

<sup>286</sup> Georgios Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 88-90; Tatjana Hörnle, Tatproportionale



果の存在そのものは承認したとしても、具体的な量刑基準を導出する上では応報刑論の方が優れている、という結論に至ることも十分にありえよう（この意味で、上記第一点目を承認したとしても、それは応報刑論に対する一般予防論の優位性を必然的に意味するものではない）。それゆえ、一般予防効果に関しては、さらなる経験的調査が必要となる。ところが、ここで次の第二点目に直面することになる。

第二は、一般予防効果の実証には実際上の、いわば技術的な困難があるということである。ただし正確にいうと、ドイツにおいては、消極的一般予防の経験的検証はある程度可能である一方で、積極的一般予防については困難であると評価されることが多い。

まず前提として、ドイツにおける、一般予防効果に関する実証研究の現状はどのようなものであろうか。この点については、シュトレング（Streng）が次のように要約している：<sup>287</sup>

- ・一定の行為に対する、予期される刑罰の重さは、無意味であることが示された。
- ・知覚された発覚リスクは、多くの軽微な罪の場合にのみ、少なくともある程度は重要である。
- ・規範同調性（Normkonformität）を説明する上で遥かに重要な要素として浮上したのは、

---

Strafzumessung, 1999, S. 91; Wolfgang Frisch, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 134; Andrew von Hirsch/Nils Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991, S. 10; Michael Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 42 f.; Streng, a.a.O. (279), 678.

<sup>287</sup> Streng, a.a.O. Anm. (280), Rn. 59. なお、刑罰の一般予防効果に関するドイツの実証研究をまとめ、または自ら遂行したものとしては、上注（280）に引用した文献のほか、Daniel Seddig u.a., Beeinflussen Sanktionsrisikoeinschätzungen das delinquente Handeln junger Menschen oder ist es umgekehrt?, Köln Z Soziol 69 (2017) 259 ff.; Helmut Hirtenlehner u.a., Hängen Abschreckungseffekte vom Ausmaß der Normbindung ab?, MschrKrim 96 (2013) 293 ff.; Tobias Spirgath, Zur Abschreckungswirkung des Strafrechts, 2013; Dieter Dölling u.a., Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment, Eur J Crim Policy Res 15 (2009) 201 ff.; Thomas Rupp, Meta Analysis of Crime and Deterrence. A Comprehensive Review of the Literature (Ph.D. thesis), Technische Universität Darmstadt (2008) [[http://tuprints.ulb-tu-darmstadt.de/1054/2/rupp\\_diss.pdf](http://tuprints.ulb-tu-darmstadt.de/1054/2/rupp_diss.pdf) : 2020 年 12 月 15 日最終閲覧]; Horst Entdorf/Hannes Spengler, Die generalpräventive Wirkung erwarteter Strafe, MschrKrim 88 (2005) 313 ff.; Dieter Dölling/Dieter Hermann, Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme, in: Hans-Jörg Albrecht/Horst Entorf (Hrsg.), Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat, 2003, S. 133 ff.; Dieter Hermann/Dieter Dölling, Kriminalprävention und Wertorientierungen in komplexen Gesellschaften, 2001, S. 70-77; Henning Curti, Abschreckung durch Strafe. Eine ökonomische Analyse der Kriminalität, 1999; Heinz Müller-Dietz, Prävention durch Strafrecht, in: Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), Kriminalprävention und Strafrecht, 1996, S. 242-249; Hans-Günther Heiland/Werner Schulte, Strafe und Verhalten – oder: Wieviel Strafrecht ist nötig? in: Helge Peters (Hrsg.), Muß Strafe Sein?, 1993, S. 68-75; Dieter Bönitz, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur Generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung, 1991; Schöch, a.a.O. Anm. (284), S. 99-109; Susanne Karstedt-Henke, Sanktionserfahrungen und Sanktionserwartungen von Jugendlichen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis, 1989, 168 ff.; Karl F. Schumann, Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung, 1989; ders. u.a., Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention, 1987; Heinz Schöch, Empirische Grundlage der Generalprävention, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Halbbd. II, 1985, S. 1081 ff.; Hans-Jörg Albrecht, Die generalpräventive Effizienz von Strafrechtlichen Sanktionen, in: Forschungsgruppe Kriminologie (Hrsg.), Empirische Kriminologie, 1980, 305 ff.などがある。全体として、消極的一般予防効果の研究が多くを占めるほか、専ら少年を対象とした研究も少なくない。

刑罰規範の知覚された道徳的拘束性、すなわち刑罰規範の受容（Strafnormakzeptanz）である。この脈絡は、刑罰によって規範を確認することの重要性を指摘するものである。もっとも、積極的一般予防の有効性は、未だに実証されていない。

前二者が消極的一般予防、後者が積極的一般予防に関する言明となっている。このうち、消極的一般予防について、刑罰の加重には効果がほぼ存在せず、発覚リスクの上昇については一定の効果が認められているという点は、本稿でも既に言及したところと一致しており、特に問題はないであろう<sup>288</sup>。これに対して、積極的一般予防効果に関して経験的証拠が示されているかどうかという点については、懐疑的な評価が少なくない。その根拠としてよく引き合いに出されるのは、次のような事情である<sup>289</sup>。すなわちまず、積極的一般予防として一般に想定されている作用連関は、刑罰によって国民の規範意識を維持・強化する（よく用いられる標語としては、「法に対する忠誠が身につくように訓練する〔Einübung in Rechtstreue〕」<sup>290</sup>）、というものである。しかし、そもそも国民が規範意識を有していることの原因は多様であり、例えば、幼少期からの発達過程を通じて道徳適合的な行動傾向が育まれたかどうか、あるいは、行為者が置かれた社会的環境が犯罪的なものではなかったか（例えば、仲間内で犯罪行為を奨励するような雰囲気かなかったか）といった要素も大きく作用する。そのような中で、刑罰が、国民に規範意識を獲得・維持させる上で重要な役割を果たしているかどうかは疑わしく、あるいは、このように多様な要素の中から刑罰だけを取り出してその効果を測定することは實際上困難である、ということである<sup>291</sup>。言い換えれば、確かに国民の多く

<sup>288</sup> 上注（224）参照。ただし、本稿 I. 5-2. で述べたように、消極的一般予防について検討すべき点は他にも多く存在する。

<sup>289</sup> なお、以下に示す事情とは別個に、一般予防効果の経験的検証に対して全般的に妥当しうる疑問として、そもそも刑罰制度をなくしてみることができないため、刑罰制度が存在すること自体の一般予防効果を検証することは原理的に不可能である、と言われることがある（Hörnle, a.a.O. Anm. (279), S. 28 f. ただし、ヘルンレ自身は、一般予防効果の存在そのものについては楽観的な立場をとっている）。しかし、上述したように、発覚リスクの上昇に犯罪予防効果があることはドイツでも承認されているが、そもそも刑罰制度が存在しなければ、この発覚リスクは原理的にゼロとなる以上、逆に言えば、刑罰制度の存在に消極的一般予防効果があることは自明であるように思われる（そのことから、「何らかの刑罰制度が存在している必要がある〔あるいは、刑事政策的介入の根拠ないし抑止目標として犯罪が定義されている必要がある〕」とまではいえても、それ以上の科刑基準を導くことはできるのか、という問題は別個に生じるにせよ）。また、経験的デザート論から考えても、刑罰制度の消滅は、公衆の正義観念に従った処罰の安定的な機会の消滅を意味し、すなわち正義観念に反した状態が社会の中に出現・固定化することになる。このことが、公衆の規範適合性に著しい悪影響を与えるであろうことは、既に収集されている経験的証拠から当然に推認できる（このこと自体は、経験的デザート論とは無関係に、ドイツでもかねてより指摘されていることでもある。Vgl. Kaspar, a.a.O. Anm. (279) S. 658 f. m.w.N.）。以上のように考えれば、上述したような疑問は、一般予防論に対して何らダメージを与えるものではないということができる。

<sup>290</sup> Jakobs, a.a.O. Anm. (279), 1976, S. 10; s.a. Joecks/Miebach/Joecks/Erb, MüKoStGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Einl., Rn. 71.

<sup>291</sup> Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Villmow, a.a.O. Anm. (280), Rn. 83 f.; Hörnle, a.a.O. Anm. (286), S. 91; Kindhäuser, a.a.O. Anm. (94), 956 f.; Hendrik Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, 2004, S. 331 f., 335; Müller-Dietz, a.a.O. Anm. (287), S. 247-249; Michael

は遵法的に行動するが、彼らは自身の良識に従ってそうしているだけであり、かつ彼らは、刑罰の存在とは無関係に、最初からそのような良識を持っていると考えられる以上、刑罰に規範意識を維持・強化する効果があるとは言い難い、ということである。

実際、ドイツで行われた実証研究においては、少年を対象としたものではあるが、これと整合的な結果を報告するものが存在する。すなわち、1981年から1982年にかけて行われたシューマン（Schumann）の研究である<sup>292</sup>。説明すると、まず1982年に麻薬法が改正され、それまでは不可罰であった麻薬の無許可栽培が犯罪化された。このような背景のもとで、改正前の1981年に16歳から17歳の少年740名に対して、大麻を栽培してしまった架空のシナリオを示し<sup>293</sup>、これを処罰するべきかどうかを尋ねた。ここで「いいえ」と答えた518名を対象に、改正の前後における、上述した栽培禁止規範の受容度の変化を調査する。1982年における調査の結果としては、まず法改正のことを知っていた者が175名、知らなかった者が343名であった。もし積極的一般予防効果が存在するならば、法改正を知っていた者においては、規範の受容度が高まっているはずである。しかし実際は、全体として改正後の方が受容度が低下していた上に、改正を知っていた者たちの方が、知らなかった者たちよりも規低下率が大きかったというのである<sup>294</sup>。ここからシューマンは、刑罰に人の規範意識を維持しないし強化する効果、すなわち積極的一般予防効果は存在しないという示唆を導き出している<sup>295</sup>。

---

Baurmann, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg, Positive Generalprävention, 1998 (zuerst erscheinen in GA 1994, 368), S. 5; Müller-Tuckfeld, a.a.O. Anm. (279), S. 115 ff.; Günter Stratenwerth, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1994, S. 12 f; Hart-Hönig, a.a.O. Anm. (284), S. 50 f.; Michael Bock, Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991), 636, 654, 656; Dieter Dölling, Generalprävention durch Strafrecht, ZStW 102 (1990), 3 f.; Schumann, a.a.O. Anm. (287), S. 15-17 (s.a. ders., Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg, Positive Generalprävention, a.a.O., S. 25-28); Köhler, a.a.O. Anm. (286), S. 44 f.

<sup>292</sup> Schumann, a.a.O. Anm. (287), S. 35 ff.

<sup>293</sup> 示されたシナリオは次の通りである：「アンゲリカは観葉植物が好きである。偶然にも、彼女の飼っていたインコの鳥かごから、下にあった植木鉢に麻の実が落ち、そのまま育ち始めた。アンゲリカは、よく育っている大麻草を気に入り、これをそのまま成長するに任せた。アンゲリカの行為は処罰に値するだろうか？」（Schumann, a.a.O. Anm. (287), S. 36）。

<sup>294</sup> Schumann, a.a.O. Anm. (287), S. 36 f. なお、この規範受容度の低下は、少年たちが1年間の発達により、家族によるコントロールを離れたことで、より一般的な（つまり他の犯罪類型についても共通する）レベルで規範受容度が低下したことの所産ではないかという対立仮説も検討されている。これについては、同じ参加者を対象に、他の14罪種に関して1981年および82年に規範の受容度が調査されているが、結果としては、受容度の低下はみられなかった（a.a.O. S. 38）。

<sup>295</sup> Schumann, a.a.O. Anm. (287), S. 51. 同研究に対する本稿としてのコメントは、以下本文で行う検討を踏まえた上で、下注（302）で行う。また、下で検討するシュェヒの研究も含めた、わが国における検討として、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年）81-82頁参照。

ちなみに、積極的一般予防効果の文脈では、シュェヒによる研究（Schöch, a.a.O. Anm. (284), S. 101 ff.; なお、同研究はSchöch, a.a.O. Anm. (287)でも報告されている）もしばしば引用される。これは、14歳から87歳にわたる2036名の男女を対象に、密輸、職場での窃盗、酩酊運転、重傷害という四つの罪に関して、まず独立変数として、①インフォーマルな制裁に関する知覚（自分は当該行為をどの程度の非難に値すると考えるか、母や友人はその行為が発覚したときにど

しかし、アンドリセク（Andrissek）が的確に指摘しているように、以上のような考えと、それを前提とした実験研究には、そもそもの前提に見落としがあるように思われる。彼は言う：<sup>296</sup>

通常の場合、刑罰規範の遵守には、個人による、または少なくともその社会的環境における、対応する行動規則の受容が先行する。この考察が明らかにしているのは、規範を遵守しようという心構えの大部分は、国家による刑罰や報酬ではなく、市民たち自身の考え方に左右されるということである。しかし、この全体〔上記の考察そのもの〕に、見落とされている面（Schattenseite）がある。つまり、人は、ある道徳的規則にひとたび納得すると、他人がその規則に従わない場合に、刑罰的な反作用（Strafreaktion）を要求する。ここで、この反作用が起こらないときには、人はみずから協調性の低下を示すのではないか？

この指摘を具体的に理解するために、まずは改めて整理すると、通常の積極的一般予防論は、「刑罰→人々の規範意識の維持・強化→犯罪予防効果の実現」という作用連関を想定している。これを消極的一般予防の作用連関と対比すると、まず消極的一般予防は、「人は損得の合理的な計算に基づいて自身の利益を追求する存在である」という人間観（Menschenbild）ないし行動モデル（Verhaltensmodell）<sup>297</sup>を前提として、そうであれば、犯罪を予防するため

---

う評価するだろうか、など）、②フォーマルな制裁に関する知覚（刑罰の重さと発覚危険性に関する評価）について質問票を用いて調査を行い、続いて従属変数として、（1）行為の実行（その行為に出たことがあるか、将来その行為に出ることがどの程度ありうと思うか）、（2）法の妥当に関する感情（ドイツ国内でその犯罪がどのくらい行われていると思うか、犯罪はどのくらい増えていると思うか、犯罪対策のためには厳罰化が必要だと思うか、など。つまり、この値が高いと、規範の存立・貫徹力に対する信頼が低いということになる）に関して同じく質問票による調査を行って、両者の関係を調べたものである。結果として、（1）および（2）のいずれに対しても、①インフォーマルな制裁に関する知覚の影響力が大きく、その中でも行為の重大性に関する評価（言い換えれば、規範の道徳的拘束性）が大きかった。つまり人は、インフォーマルな制裁を真摯に受け止めているほど、犯罪を犯しにくくなるのであり、特に、自身の道徳的な規範意識のゆえに犯罪を犯さないということである（Schöch, a.a.O. Anm. (284), S. 103-109）。もっとも、シェツヒは、従属変数のうち（2）は積極的一般予防に対応するとしているが（a.a.O. S. 104）、これには疑問がある。上の結果から示唆されるのはせいぜい、例えば「行為に関する規範の道徳的拘束性を強く承認する者は、その規範が世間一般にもよく守られていると考える傾向にある」ということまでであって、そのような規範への信頼感が実際に犯罪予防につながることで、すなわち積極的一般予防効果を検証するためには、例えば従属変数（2）を独立変数として、それと（1）との相関関係を調べるというような、別個の作業を要するであろう（この点では、本庄・同上 81 頁注（21）も参照）。したがって同研究は、基本的に、積極的一般予防効果について何らかの事実を確認したものとは言えないように思われる。

<sup>296</sup> Andrissek, Anm. (7), S. 94. 刑罰の犯罪予防効果に関するその主張内容は、ロビンソンから強く影響を受けており、その点での結論もほとんど同じである（a.a.O. S. 94-101）。

<sup>297</sup> 人間観および行動モデルという概念については、Baurmann, a.a.O. Anm. (291), S. 3 f. バウルマンによれば、予防理論は人の行動を統制しようとするものであるから、その前提として「人はこのような形で行動する」という仮説をもっておく必要がある（人がどう行動するかわからないならば、それを誘導することもできない）。そして、ある理論が前提とする行動モデルの相違によ

には、刑罰によって人々に「犯罪は損である」という印象を与えればよい、と発想する。これに対して積極的一般予防は、「人は社会的に共有された規範を内面化して、それに基づいて行動する存在である」という人間観ないし行動モデルを前提として、そうであれば、犯罪予防のためには、刑罰によって人々に「犯罪は（社会的に）許されないことである」という印象を与えればよい、と発想する<sup>298</sup>。ところが、この発想は、上述した批判に直面し、そこで行き詰まることになる。すなわち、改めて簡潔に述べれば、人が規範意識を形成し、あるいはそれに失敗するのは、発達過程や社会環境の問題であって、つまり事実として、人は刑罰（制度）によって規範意識を習得する存在ではない、ということである。

しかし、この批判は本当に決定的であろうか。経験的デザート論の視点を踏まえれば、必ずしもそうではない。というのもまず、ロビンソンがいう「不正行為の中核」（すなわち、殺人、傷害、窃盗、詐欺といった基本的な自然犯）に関する公衆の規範意識（正義観念）は、確かに刑罰とは無関係に、元から直観的に共有されているものであって（本稿 I. 2. 参照）、これが刑罰によってはじめて形成され、あるいは維持・強化されるとは考えにくい。もっと

---

って、その理論に関して経験的に検証すべき対象も変わってくるため、この点でも行動モデルに関する分析は重要であるとするのである。正当な問題意識であると思われる。

<sup>298</sup> Baurmann, a.a.O. Anm. (291), S. 4-6 は、前者の行動モデルは「経済人 (homo oeconomicus)」であり、後者の行動モデルは「社会人 (homo sociologicus)」であるとして、両者を対比している。ただし厳密にいうと、バウルマンは、「社会人」モデルそのものは積極的一般予防の前提たりえないとする。その理由は次の通りである：「(…) 社会化の過程において、外的な強制手段を伴う国家刑罰システムには、あいにく、居場所がない。ここにおいて国家刑罰は、規範の内面化の成就に寄与する要素ではないように思われる。刑罰は、せいぜいのところ、内的な行動統制の構築が役に立たない場合における、外的な行動統制という二次的なメカニズムとして機能するに過ぎないのである」(a.a.O. S. 5. 傍点部は原文斜体)。つまりこれは、上にみた「刑罰を通じて規範意識を維持・強化することはできない（刑罰によって規範意識を変えることはできない）」という批判を典型的な形で示すものである。

もっとも、バウルマン自身は、犯罪に対する科刑を通じて、遵法的でない行動傾向をもつことの長期的・累積的な不利益を市民に認識させることで、遵法性を維持させるという形での積極的一般予防の構想は成り立ちうるとしている (a.a.O. S. 7 f. 彼はこれを「広義の積極的一般予防論（または統合予防論）」と呼ぶ)。つまり、刑罰は規範意識の獲得そのものには役に立たないが、獲得された規範意識を、害悪による条件づけを通じて修正することはできると考えているようである。さらに、このような害悪による条件づけではなく、刑罰の象徴的・表出的な意義を通じて市民の道徳的信念に影響を与えるという構想も可能であるとして (彼はこれを「狭義の積極的一般予防論」と呼ぶ)、その中でも三つの仮説を提示している。すなわちまず、①市民が刑法の正統性を認める場合には、刑法が遵守されるという仮説である。次に、②市民は、自分だけが遵法的に振る舞い、他人は犯罪を犯しながら処罰もされないという場合には、その他人だけが一方的に利益を享受していることになるため、自身も遵法的に行動しようと思わなくなる。したがって、刑法は応報的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit: 詩的正義) を実現する場合にこそ従われるという仮説である。そして最後に、③多くの人が遵法的に振る舞うのでない限り、刑法による利益保護は機能不全に陥る。そうなると市民は、刑法は役に立たない、無意味なものであると見なすようになる。したがって、十分に多くの人が刑法に従う場合にのみ、全体としての遵法性もまた保たれるという仮説である。以上三つの仮説には、経験的デザート論に近い発想を見て取ることができよう (vgl. Andrissek, Anm. (7), S. 73-75)。

も、この規範意識には、「不正行為を行ってはいけない」というだけではなく、「不正行為を行なってはいけないし、それを行なった者は処罰されるべきだ」という内容もまた含まれている<sup>299</sup>。したがって、国家がこの処罰を行わない場合には<sup>300</sup>、それは不正義として受け取られる。ところで、これもロビンソンが経験的に検証しているように（本稿 I. 4. 参照）、人は、刑法の不正義に幻滅させられ、その道徳的信頼を毀損させられると、刑法に道徳的權威を感じにくくなり（スティグマ化機能の低下）、刑事司法に協力しにくくなり（協力獲得機能の低下）、刑法に反する行動に出やすくなる（行動基準提供機能の低下）。その結果として、公衆の遵法性が低下し、犯罪予防効果が減少するのである<sup>301</sup>。こう考えてくると、上の批判は、全く当たらないことになろう。「規範意識がもともと強いから、処罰を通じてそれを強化する必要はない」というのは誤りである。むしろ、「規範意識がもともと強いからこそ、それに従って処罰を行うことで、刑法に対する道徳的信頼の毀損を避ける必要がある」のである。ここに、従来の発想では見落とされていた面が存在するのである<sup>302</sup>。

<sup>299</sup> 本稿 I. 2. で述べた通り、公衆の間では、とりわけ不正行為の中核に関する相対的均衡性判断が共有されているが、それは「不正行為は処罰すべきだ」という意識の存在を論理的前提としている。また、この意識については、*IJUD* 19-23 も参照。

<sup>300</sup> 厳密に言えば、公衆の正義観念に照らして処罰すべきとされる行為を処罰せず、または処罰すべきでないとしてされる行為を処罰する場合には、である。

<sup>301</sup> 補足すれば、ここでも、「人々は自身の規範意識のゆえに犯罪行為に出ないのである」という認識はなお通用している。すなわち、「不正行為の中核」に関しては、特に強固な規範意識が存在しているため、刑法に対する道徳的信頼が多少毀損されたとしても、人々はそのような行為をなかなか行おうとはしないであろう。より周縁的な、いわば法定犯的な行為の方が、信頼低下の効果をより強く被ることになると予想される。この点では現に、消極的一般予防効果に関する研究ではあるが、最近のドイツでも、行為の重大性が低いと、刑事制裁の存在は犯罪傾向の低下に強く作用するが、重大性が高まると、刑事制裁があっても犯罪傾向の低下にあまり寄与しなくなる、という実験結果が報告されているところである（*Seddig u.a., a.a.O. Anm. (282), 276-278*）。この結果は、軽微な罪の方が、規範意識の抑制効果も低いため、消極的一般予防により補充される余地が大きい（つまり、有効性が高い）という形で解釈することができる。

そうすると、従来の発想からすれば、軽微な犯罪については処罰することに一般予防上の意義が認められるが、重大な犯罪ではそうでもない、ということになりそうである。現実にも、例えばヘルンレは、犯罪類型ごとに一般予防の有効性は異なることから、それに併せて一般予防の論拠の妥当範囲も変化させるべきであるという主張を展開している（*Hörnle, a.a.O. Anm. (279), S. 29; dies., a.a.O. Anm. (291), S. 121-124*）。しかし、これに対して、経験的デザート論の視点からすれば、強い規範意識が既に共有されている重大犯罪こそ、その意識に従って応報的処罰を行うべきことになる。なぜなら、本文で述べたように、その処罰によって、公衆による刑法への道徳的信頼が維持され、それが遵法性の維持と犯罪予防効果の実現につながるためである。

<sup>302</sup> このような経験的デザート論の視点を踏まえて、上で検討したシューマンの研究を分析すると、次のようになる。まず前提として、この研究は薬物犯罪（の中でも無許可栽培罪）に視野を限定したものである以上、その帰結を他の犯罪類型にまで一般化できないことは当然である（本庄・前掲注 (295) 82 頁参照。当人も、この点での限界は認めている。*Schumann, a.a.O. Anm. (287), S. 51*）。特に、薬物犯罪は「不正行為の中核」に属するものではなく、それゆえおそらく当該行為に関する公衆の正義観念には比較的ばらつきが多いであろうと予想される（本稿 I. 2-2-2-2. には薬物犯罪シナリオが含まれている）。その上で、同研究の調査対象は、そもそも改正前に当該行為の当罰性を否定していた人々である点に注意する必要がある。つまり、当該行為の当罰性

要するに、通常の積極的一般予防論と比較した時の、経験的デザート論の意義（独自性）は、次のところにある。まず、通常の（実証的な）積極的一般予防論は、人々の規範意識（正義観念）を、科刑を通じて確証しようとしている。これは、「正義にかなった処罰→人々の規範意識の維持・強化」というプロセスを想定する点で、正義の効用に着目する見解であるといえる。また、ここにおいて予防効果を発揮するための手段は、まさに人々の「規範意識の維持・強化」そのものに求められる。しかし既述の通り、ここには、処罰を通じて規範意識が直接に維持・強化されるということの経験的証拠は乏しいという難点がある。さらに、これも既述の通り、この理論から導かれる科刑基準（特に、量刑基準）は、曖昧なものとなる。なぜなら、その科刑基準はおそらく「規範意識を維持・強化するために科刑を要するかどうか」となり、量刑基準は「規範意識を維持・強化するために必要な程度の刑」となるが、そもそも経験的証拠に乏しい以上、基準を具体化するための前提を欠くためである<sup>303</sup>。

これに対して経験的デザート論は、公衆の正義観念に照らして不正な行為を処罰せず、あるいは不正でない行為を処罰するときには、刑事司法システムは、公衆によって、不正な

---

を低く評価するグループが切り出されたと評価できる。そして改正後に、改正を知っていた集団の方が、知らなかった集団よりも規範の受容度がむしろ低下したという結果が出たわけであるが、前者の集団について分析すると、そこでは、もともと当該行為を処罰すべきでないという正義観念を有する人々に、これを処罰するという刑事司法システムの意思表示が認識されたということになる。つまり、道徳的信頼の毀損が起こったと考えられる。そうであれば、当該集団における規範受容度の低下は、経験的デザート論の仮説とむしろ整合的である。この点、同研究では他の犯罪類型に関する規範受容度の変化も調査されていたが（上注（294）参照）、データが公開されていないものの、もしこの結果を上記両集団の間で比較したならば、おそらく、知っていた集団の受容度には低下が見られたのではないだろうか。いずれにせよ、シューマンの研究は、経験的デザート論の経験的根拠にとって不利なものではなく、むしろこれを補強するものであると解釈できるのである。

<sup>303</sup> 特に量刑基準に関して、上注（286）に引用した文献を参照。ただし、この点では、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（2）」慶應ロー9号（2008年）44-45頁がいう「間接結合論」に注意すべきである。すなわち、「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」ところ、そのような「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」ことになってしまう以上、刑罰目的と量刑基準の「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）」これは説得的な主張であろう。そもそも、経験的デザート論に立つ場合でも、個々の量刑判断が刑事司法システムに対する道徳的信頼をどの程度毀損し、それが具体的にどの程度の遵法性の低下と犯罪の増加につながるのかを具体的に予測することは到底不可能であるし、不必要でもある。

もっとも、犯罪評価基準に主題を限定したとしても、通常の積極的一般予防論に立脚する場合には、「当該犯罪行為による規範意識の動揺が、刑罰による規範意識を維持・強化を必要とする程度に至っているか」というような基準を立てることになるが、その前提にある「刑罰による規範意識の維持・強化」という因果関係に経験的基礎が欠けている以上、どのような場合にその科刑が必要なのかを具体化することは、原理的に不可能であろう。この点で、経験的基礎がより強固な経験的デザート論の方に大きな優位があることは否定できないと思われる。



ものとして受け止められるという事実から出発する。そして、公衆は、この不正義を認識すると、その遵法性を低下させるということを経験的に検証するのである。この意味で、経験的デザート論は、正義の効用ではなく、不正義の不効用 (Disutility of Injustice) <sup>304</sup>に着目する見解であると言える<sup>305</sup>。同時に、この理論において、予防効果を発揮するための手段は、刑法に対する「道徳的信頼の維持」に求められる。そして、道徳的信頼が毀損されれば遵法性が低下する（つまり、信頼の維持には予防効果がある）ということには、経験的証拠がある。さらに、この理論からは、通常の積極的一般予防論よりも明確な科刑基準を導出することができる。すなわち、「公衆の正義観念に従った刑」である<sup>306</sup>。以上の点に、経験的デザート論の独自の意義があると言えよう。これを図表にすれば、次のようになる：

---

<sup>304</sup> *IJUD* 176; Robinson, Goodwin & Reisig (n 130) 1940.

<sup>305</sup> より詳しく述べると、要するに経験的デザート論の特徴は、「公衆の正義観念と刑法の合致→刑法に対する信頼の確立→遵法性の維持（犯罪予防効果）」という因果関係（それ自体は、従来の、通常の積極的一般予防論の枠内でも、一つの主要な仮説として念頭に置かれていたものであろう）を、正面から経験的に検証した点にある。ここにおける独立変数は「公衆の正義観念と刑法の合致」であり、従属変数は「遵法性の維持」であるから、上記の因果関係を検証するためには、他の変数を統制した上で、「公衆の正義観念と刑法の距離」を操作し、それに伴う遵法性の変化を（主には自己報告尺度を用いて）観察する必要がある。ところが、例えば上述したシューマンの研究では、独立変数は「犯罪化の有無」そのものであり、公衆の正義観念という別の変数が仮説の埒外に置かれている。ここに、同研究の根本的な方法論的問題があったと言えよう（上注（302）と比較せよ）。さて、ここで、上記「距離」の操作方法は、論理的に二つある。第一は、「公衆は刑法を正義にかなっていると思っている→刑法に幻滅する」というやり方である。これはロビンソンが採用した方法であり、この場合には「不正義の不効用」が示される。これに対して、第二に「公衆は刑法を不正義だと思っている→刑法を見直す」というやり方もある。この場合には、遵法性の改善が観察されるはずであり、その場合に示されるのは「正義の効用」であろう。しかし、この正義の効用に関する調査には、事実上の困難がある。というのも、公衆は一般に、刑法は正義にかなっていると考えているからである（上注（233）およびその本文部を参照）。それゆえ、上述した「公衆は刑法を不正義だと思っている」という前提条件を整えることは事実上困難であり、むしろ刑法を正義だと思っている者を集め、彼らを幻滅させる方が容易である。こうして、「不正義の不効用」の方が、「正義の効用」よりも経験的に調査しやすく、またその点に着目して現に調査を行ったところに、経験的デザート論の独自の意義、いわば方法論的なブレイクスルーが認められるのである。

<sup>306</sup> もっとも、「公衆の正義観念に従った刑」というと、厳罰化への懸念が当然に生じるであろう。この点についてはここまでにも言及してきたが、本稿 II. 2-1. で改めて扱う。また、一定の場合には正義観念からの逸脱も可能であり、かつそれは必要なことでもあると考えられるが、この点は本稿 II. 2-3. で言及する。さらに、この科刑基準が（通常の積極的一般予防論と比べて相対的に明確であるのは確かであると思われるが、それ自体として絶対的にみた場合に）本当に明確なのか、という疑問も向けられるかもしれない。この点も本稿 II. 2-3. で扱う。



図表 1 2：経験的デザート論と通常の（実証的な）積極的一般予防論の対比

	着目点	予防の手段	経験的証拠	科刑基準
通常の積極的一般予防論	正義の効用	規範意識の維持・強化	乏しい	曖昧
経験的デザート論	不正義の不効用	道徳的信頼の維持	あり	明確

とはいえ、経験的デザート論による、不正義の不効用に着目した積極的一般予防効果の経験的検証にも、一切の疑義が残らないわけではない。ドイツでも、ヘルンレ（Hörnle）が、経験的デザート論を名指しして次のような批判を加えている：「このような研究に方法論的な問題があることは明白である。つまり、情報が蓄積し、それを評価的に処理するということから、みずから行動に出るまでの過程は、複雑で、長期間にわたり、またおそらく部分的にしか意識されないものであって、この過程は、室内実験の条件のもとでは、（仮に再現可能であったとしても）せいぜい断片的にしか再現できないのである」<sup>307</sup>。またシュトレックも、質問票調査（Befragungsstudie: アンケート調査）を用いた予防効果の経験的研究には根本的な難点があるとして、次のように述べている：「（…）質問を行うときの『平穏な』状況の中で聞き出されたデータは、ある者が具体的な誘惑状況の中で何を感じ、何をしようと決意するのかということについては、きわめて限定的な証明力しか有しない」<sup>308</sup>。

要するに、質問票調査において「犯罪行為に出る可能性が低い（あるいは、存在しない）」という回答を得たとしても、現実世界の具体的な状況において、実際に犯罪行為が回避されるという保障はない、ということである。これ自体は、その通りであろう。同時に、この問題は、本稿 I. 4-2-1-3. で検討した自己報告尺度の問題と同じものである（つまり、ロビンソンも、この問題には当然気づいている）。したがって、同所でも述べたことであるが、理想的には例えば、犯罪統計を用いた研究（Kriminalstatistische Studie）と組み合わせて、刑法に対する道徳的信頼が異なる二つの地域において、他の変数を統制した上で犯罪発生率を比較するというような補加的調査が望まれることになる（もっとも、そのようなデータの収集にも、他の変数の統制にも、實際上、きわめて高い壁があろう）。しかし、これはあくまでも理想である。それ以前に、そもそも予防効果の経験的検証には「幅」があることを想起しなければならない。質問票における行動傾向の自己報告は、人の行動を完璧に予測する指標となりうるものではないが、この予測に際して全く無意味であるわけでもない。さらに、その確からしさは、条件の異なる複数の実験から同一の結果が導かれることによって、なおさら高まるといえよう。この点、本稿 I. 4-2-1. で検討したロビンソンらの実験研究の結果は、4-2-2. で検討した複数の先行研究と整合的であった。このように、自己報告尺度を用いた研究であっても、それが蓄積すれば、間接証拠を積み上げるようにして、仮説の確からしさは漸進的に高まってゆくことができるのである。したがって、上にみたような疑義は、自己報告尺度が完璧なものではないということに注意を促す点では正当であるが、それ以上のものではない。経験的デザート論の経験的基礎に対する決定的批判とはなりえないであろう。

<sup>307</sup> Tatjana Hörnle, Strafrecht, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 12 Rn. 17.

<sup>308</sup> Streng, a.a.O. Anm. (280), Rn. 60.

## 1-2. 補論：最近のドイツにおける経験的デザート論に親近的な諸見解——シュトレック、カスパー、T・ヴァルター

ところで、経験的デザート論は、大雑把に言えば、「応報を通じた予防（Prävention durch Vergeltung）」を志向するものであると言えるが、そもそも、そのような志向をもった見解は、ドイツにおいても啓蒙期の昔から（つまり、積極的一般予防という形象が取り沙汰されるよりも前から）、いわば手を替え品を替えて繰り返し主張されてきたものである<sup>309</sup>。その意味では、経験的デザート論の結論自体は、必ずしも新しいものではない。とはいえ、「応報を通じた予防」を志向する従来の見解のほとんどは、応報的処罰こそが最良の予防効果を発揮するという仮説をただ措定しているに過ぎず、上述した通り、その経験的証拠の解明は進んでいないのである。この、いわば「経験的証拠の間隙」を埋めうる点に、経験的デザート論の独自の意義が存するのであった。

もっとも、最近のドイツでは、経験的デザート論から独立に、あるいはこれと交流しながら、上述したような現状から一歩進んで、公衆の正義観念（というよりは、周知の通り、ドイツでは刑罰欲求〔Strafbedürfnis〕という語が用いられることが多い）に関する経験的調査の重要性を強調する見解がいくつか見られる。そのような見解は、経験的デザート論との親近性が特に高いと言えることができる。裏からいえば、同理論を今後発展させる上で、重要な参照先となるであろう。そこで、本稿の範囲ではこの諸見解を詳細に紹介して経験的デザート論と対比することはできないものの、補論として、簡潔な整理とコメントを行っておく。

なお、検討に入る前に付記しておく、ドイツにおいて経験的デザート論から最も大きな影響を受け、かつ同理論に対する最も詳細な言及を含むのは、ここまでも何度か引用してきた、アンドリセクの研究<sup>310</sup>であろう。これは、親近的な見解という以上に、その基本的な部分に関しては、もはや全く同じ見解であると言ってよいように思われる。なお、そもそもアンドリセク説は、下にみるヴァルター説を出発点としてこれを具体化したものなのであるが<sup>311</sup>、後述するようにその結論は、ヴァルター説から離れている部分もある。

まず、経験的デザート論に親近的な見解として挙げることができるのは、シュトレックの見解である。その主張内容は、一言でいえば、「規範確証という意味での一般予防効果を最も大きく期待できるのは、正当と感ぜられる刑である」ということである<sup>312</sup>。上にみた「応報を通じた予防」という構想をストレートに表現したものとみることができよう。ところで、このような効果を実現させるためには、その前提として、どのような刑が人々にとって正当と感ぜられるのかという点を、経験的に明らかにしなければならない。そこでシュトレ

<sup>309</sup> Greco, a.a.O. Anm. (283), S. 234-241; より最近の展開については、s.a. Franz Streng, Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen, in: Friedrich Lösel u.a. (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, S. 82 Anm. (49) m.w.N. わが国でも事情は同様であり、すなわち、ドイツ流の積極的一般予防論に影響を受けたかどうかを問わず、公正な応報こそが最良の一般予防効果を発揮するという理解は通念として広く共有されきているといえよう。この点の指摘として、小池・前掲注 (303) 27-33 頁。

<sup>310</sup> Andrissek, a.a.O. Anm. (7).

<sup>311</sup> Andrissek, a.a.O. S. 2.

<sup>312</sup> Streng, a.a.O. Anm. (309), S. 82; s.a. ders., Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung, in: Kaspar/Walter, a.a.O. Anm. (9), S. 149-156; ders., Schuldausgleich im Zweckstrafrecht?, in: Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 838-841; ders., Die absolute Theorie als wahrer Kern der relativen Straftheorie?, in: Festschrift für Wolfgang Heinz, 2012, S. 677 ff.

ンクは、実際に経験的調査を遂行したのである<sup>313</sup>。もっとも、当然ながら、人々の刑罰欲求を経験的に記述したとしても、それに従った処罰が犯罪予防効果に繋がるまでのメカニズムについては、別個の検討が必要である。この点でシュトレンクが援用するのが、わが国でも知られているように、深層心理学 (Tiefenpsychologie: フロイトの精神分析学のこと) に基づく説明である<sup>314</sup>。しかし、このような深層心理学的メカニズムは、「経験的に証明することも、反証することもできない」<sup>315</sup>のものであって、経験的根拠として受け入れうるものではないというべきであろう。

次に、このシュトレンク説に近い方向性を示しているのが、カスパー (Kaspar) の見解である。説明すると、そもそも、カスパー説の特徴ないし力点は、予防刑法 (Präventionsstrafrecht)、すなわち専ら犯罪予防目的によって方向づけられた刑法に対する規範的な制約を、憲法を起点として体系的に基礎づけることにありとも言えるが、そこで制約される対象であるところの予防刑法の方をみると、これもまた憲法の要請であると解されるのではあるが、その経験的な具体的内容については、「経験的に理解された、法的平和の回復の概念」が積極的一般予防の基礎に置かれ<sup>316</sup>、その手段として、一般人の「制裁欲求 (Sanktionsbedürfnis)」を経験的に調査し、それに従った処罰を行うことが求められるとしている<sup>317</sup>。カスパー自身の表現で言えば:「私は、一般予防の立場は憲法という所与の基準から導くことができると確信している。その立場からは、科せられる刑の重さに関しては公衆の態度に配慮すべきことが示唆されるのである」<sup>318</sup>。ただ、そこでもやはり、制裁欲求に従った処罰が犯罪予防効果を発揮するというものの作用連関に関する経験的証明が課題となっている<sup>319</sup>。

最後に、上述したアンドリセクの指導教授であったトニオ・ヴァルター (Tonio Walter) は、近年において「経験的・社会学的応報刑論 (die empirisch-soziologische Vergeltungstheorie)」と名づけられた独自の刑罰論を展開している<sup>320</sup>。これも経験的デザート論と似た方向性を示

<sup>313</sup> 例えば、シュトレンクが、学生を対象に 1989 年から 2012 年にかけて行った様々な質問票調査のまとめとして、*Franz Streng, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel*, 2014; s.a. *ders.*, a.a.O. Anm. (312), 2019, 131 ff.; *ders.*, a.a.O. Anm. (312), 2014, S. 831-837.

<sup>314</sup> *Streng*, Anm. (279). わが国における検討として、中村・前掲注 (279) 319-314 頁。ただし、最近の論文においては、犯罪を処罰することによって刑法の行動規範が動揺していないことを示す、というような、より中立的な説明方法がとられている。*Streng*, a.a.O. Anm. (312), 2019, S. 152 f.; *Streng*, a.a.O. Anm. (312), 2014, S. 814.

<sup>315</sup> *Schneider*, a.a.O. Anm. (291), S. 334.

<sup>316</sup> *Kaspar*, a.a.O. Anm. (279), 2014, S. 666.

<sup>317</sup> *Ebd.*, S. 668-671. ただし、制裁欲求を寛刑化欲求と厳罰化欲求に区別し、後者の考慮に対しては、基本権保護の観点から謙抑的になるべきであるとしている。

<sup>318</sup> *Kaspar*, *Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention*, in: *Kaspar/Walter*, a.a.O. Anm. (9), S. 65. ただしもちろん、その上で憲法上の制約がかかることになる。*Ebd.*, S. 79 ff.

<sup>319</sup> Vgl. *Kaspar*, a.a.O. Anm. (279), 2014, S. 658-661. なお、カスパー自身は消極的一般予防効果も排除しておらず、より下位の目的として特別予防も組み込んだ上で、それらを比例原則によって制約するという「比例的一般予防論 (Theorie der verhältnismäßigen Generalprävention)」を唱えている。*Ebd.*, S. 703-708.

<sup>320</sup> *Tonio Walter*, *Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts*, JZ 13/2019, 649 ff.; *ders.*, *Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie*, in: *Kaspar/Walter* (Hrsg.), a.a.O., Anm. (9), 2019, S. 49 ff.; *ders.*, *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, 2016; *ders.*, *Das Absolute*

しているのであるが、上に掲げたシュトレック説およびカスパー説からは、少し距離があるようにも見受けられる。すなわち、その内容をごく簡潔に要約すれば、公衆の処罰欲求の根底に応報欲求があることは経験的調査から明らかであるところ<sup>321</sup>、「(…)法は人間のために存在し、その共同体に奉仕しなければならないのであるとすれば、その基本的欲求を無視することはできない」<sup>322</sup>以上、「公正な応報を通じた法的平和の確立」は正統な刑罰目的であるというべきであり<sup>323</sup>、またそれが犯罪予防（応報的予防〔retributive Generalprävention〕）にも繋がるのだ<sup>324</sup>、というのである。この限りでは、上述した二つの見解と実質的に一致しているようにも見える。ただ、その一方でヴァルターの記述の中には、犯罪予防効果を、せいぜい「法的平和の確立」の一つの効果ないし価値として位置づけるに止めており、それとは別に、法的平和の確立そのものに独立した規範的価値を認めているように見える箇所もある<sup>325</sup>。そうであるとすれば、ヴァルター説はこの点で、経験的デザート論や上の二つの見解とは異なっているということになる。ヴァルター自身、積極的一般予防論そのものには批判的な評価を示しており<sup>326</sup>、自説をあくまで「応報刑論」と称しているところにも、この相違点が表れていると言いうるかもしれない<sup>327</sup>。

以上の諸見解はいずれも、「応報を通じた予防」という構想への忠実さにおいて共通している。すなわち、この構想により立てられる仮説は、人々は公正な応報を求めているはずであるから、それに従って処罰すれば刑法に対する信頼が得られ（あるいは、人々の規範意識が確証される、という中間結果を置いてよいが）、したがって予防に資するはずだ、というものである。そうであれば、それでは次に、人々は本当に応報を求めているのか、求めているとして、具体的にどのような応報なのか、といったことを経験的に調査しよう、という発想に至るのは自然な流れである。ただし、上の整理からも明らかであるように、人々の刑罰欲求を経験的に記述し、それが応報的なものであると判明し、あるいはそのさらに具体的な内容を解明したとしても、「人々の刑罰欲求に従った処罰→予防効果の発生」という因果関係を証明しなければならないという問題は別個に残される。換言すれば、従来の実証的な積極的一般予防論は、この問題にぶつかり、そこでデッドロックに陥っていたということができよう。そして、既述の通り、この点を正面から、「不正義の不効用」に着目して経験的に検証したところに、経験的デザート論の重要な意義が存するのである<sup>328</sup>。

---

wird relativ – wie sich Vergeltung als Strafzweck soziologisch begründen lässt, in: Frank Neubacher/Michael Kubink (Hrsg.), GS für Michael Walter, 2014, S. 831 ff.; ders., Vergeltung als Strafzweck, ZIS 7/2011, 636 ff.

<sup>321</sup> Tonio Walter, a.a.O. Anm. (320), ZIS 7/2011, 638-641. その主たる根拠として示されているのは、アメリカにおいてカールスミスを中心に遂行された一連の実験研究であるが、これは本稿 I. 5-1. で検討したのと同じものである。

<sup>322</sup> Ebd., 636.

<sup>323</sup> Tonio Walter, a.a.O. Anm. (320), JZ 13/2019, 656; ders., a.a.O. Anm. (320), ZIS 7/2011, 644.

<sup>324</sup> Tonio Walter, a.a.O. Anm. (320), in: Kaspar/Walter (Hrsg.), 2019, S. 54, 58 f.

<sup>325</sup> 例えば、ebd., S. 55 f.

<sup>326</sup> Ebd., S. 52; Tonio Walter., a.a.O. Anm. (320), 2016, S. 17.

<sup>327</sup> Kaspar, a.a.O. Anm. (279), 2014, S. 666 Anm. (276). この点でヴァルター説は、アンドリセクが、公衆の正義直観に従った処罰の犯罪予防効果を強調し（上注（296）参照）、自説を積極的一般予防論に位置づけている（Andrissek, a.a.O. Anm. (7), S. 64）ところとも異なっている。

<sup>328</sup> 本稿 II. 1-1. で述べた通りであるが、とりわけ上注（305）参照。

その一方で、経験的デザート論の方が、ドイツの諸見解から学ぶべき点も存在するように思われる。とりわけカスパーの見解において明確に示されているが、刑罰による一般予防効果の追求には、（憲法をその一つの根拠とする）諸々の規範的な制約を及ぼすべきではないだろうか。より抽象的にいえば、経験的デザート論は、経験的側面には強みを有している反面、その規範的な分析に関しては、未だ課題を残しているのではないだろうか。この点は、本稿 II. 2-3. 以下で改めて検討する。

## 2. 経験的課題：わが国における実証研究の必要性

こうして、経験的デザート論の理論的な位置づけも明らかにされた。すなわち、この理論は実証的な積極的一般予防論の一種である。また、既述の通り、通常の積極的一般予防論は、予防効果を実現する作用連関の経験的検証という段階でデッドロックに陥っていたということが出来るが、これに対して経験的デザート論は、「『正義の効用』から『不正義の不効用』へ」という着目点の転換を契機として、積極的一般予防効果の経験的検証を実現したところに独自の意義を有する。これは重要な進歩であると考えられる。目的刑論の全体に視野を広げても、経験的デザート論は、最も強固な経験的基礎を有する理論の一つであるということができよう。したがって、目的刑論を基調とする場合には<sup>329</sup>、経験的デザート論の採用は、有力な選択肢の一つとなるはずである。以上の諸点に鑑み、筆者自身の態度決定としては、本稿 II. 冒頭でも述べた通り、経験的デザート論は基本的に正当であると解し、これを支持する。

とはいえ筆者は、経験的デザート論をそのまま受け入れるわけではない。なぜならこの理論には、経験的側面と規範的側面の両方において、なおいくつかの課題を残しているからである。そこで以下では、本稿の締めくくりとして、この諸課題の指摘を通じ、最終的な私見——それは上で予告したように、「制約された表出的抑止刑論」と呼びうるものである——の基本的な方向性を示すことにする。経験的側面についてはこの 2. で扱い、規範的側面については次の 3. で扱う。

そういうわけで、以下では経験的デザート論に残された経験的課題について検討する。もっとも、実のところ、この点で筆者に指摘できることは多くない。それは究極的には、次の点に尽きる。すなわち、経験的デザート論は、基本的にはアメリカで行われた実証研究を基礎とするものであるから、その結果を日本に即座に適用することには、慎重にならなければならない（ただし当然ながら、このことは、わが国において経験的デザート論を有力な仮説として採用することを妨げるものではないというべきである）。理想的には、わが国において実証研究を行い、経験的デザート論と整合する結果が報告されるか、あるいは矛盾する結果が報告されるのかを、確かめるべきである。

---

<sup>329</sup> なお、筆者自身は、前稿で行った分析の帰結として、基本的に目的刑論を採用している（正確には、「非難抑止型相対的応報刑論（別名として、制約された表出的抑止刑論）」を最も有る理論構成と見なしている）。この点は上注（2）で簡単に要約したが、詳細は十河・前掲注（1）および（2）を参照されたい。

ただし、この点を確認する上では、新たに実験研究を遂行すること以外にも、取りうる手段は存在する。すなわち、これまでにわが国で行われてきた研究のレビューを通じて、それらとの整合性を検討するのである。とはいえ、この作業を十全な形で行うためには、心理学・社会学・経済学といった隣接領域の方法に基づいて行われた諸研究を広く評価・分析する必要がある。ここで注意すべきであるのは、その際の参照対象には、刑法をおよそ主題に含まない研究すら含まれるということである。その一例として、社会心理学における、人の道徳判断に関する研究<sup>330</sup>を挙げることができる。というのも、ここまでにける本稿の論述から明らかであるように<sup>331</sup>、公衆は犯罪と刑罰に関する判断を直観的な正義判断として行うものである（正確には、そのような側面がある）以上、道徳的な正義に関する公衆の振る舞いは、法的な正義に関するそれと一致してくると考えられるためである。その他にも、隣接領域における、一見する限りでは刑法と関連しないように思えるが、実は刑罰による一般予防効果の経験的基礎に対して重要な示唆を含んでいるような諸研究は、少なからず存在するものと予想される<sup>332</sup>。そうなる则该作業も、隣接領域の研究者に協力を請い、刑法に限られない、より大局的な視座から遂行する必要があることになる。

そのような作業は筆者の能力を大幅に超えるものであり、その実現は将来の課題とするほかないが、以下では、現状における筆者の認識として、経験的デザート論の経験的側面と、わが国における先行研究との関連づけを簡単に行っておきたい。

まず前提として、改めて確認しておくが、経験的デザート論が想定する犯罪予防プロセスは、「公衆の正義観念に従った処罰の実現→刑事司法システムに対する公衆からの道徳的信頼の確立→公衆の遵法性の維持（→犯罪予防効果の発生）」であり、これが経験的検証の対象となる。そうだとすると、経験的デザート論を仮説とする場合における予防効果の実証研究は、大まかに言って、次の二つの部門に分かれるということができる。すなわち、①公衆の正義観念に関する経験的調査、②積極的一般予防効果（道徳的信頼の変動に伴う遵法性の変化）に関する経験的調査である。予防効果の検証そのものは②で行われ、①はその前提となる予備的調査であるということになる。以下では、これら二点について各々検討する。

## 2-1. 公衆の正義観念に関する経験的調査

公衆の正義観念を経験的に解明する上では、一般人の量刑判断に関する心理学的研究をそのまま参照することができるであろう。このような研究はわが国でも、とりわけ裁判員裁判の導入を契機として、近年において活発化してきているように思われる<sup>333</sup>。本稿として強

<sup>330</sup> その現状紹介として、唐沢穰「社会心理学における道徳判断研究の現状」社会と倫理 28 号（2013 年）85 頁以下。

<sup>331</sup> とりわけ、I. 2-1. 参照。

<sup>332</sup> この点、佐伯・前掲注（95）190-221 頁は、人々の量刑判断を経験的に記述する際の理論的視座となる心理学の分野として、公正の心理学、帰属研究、感情研究を挙げ、さらに、「どうして人はそのような判断を下すのか」という点に関するメタ的な説明理論としての進化心理学の重要性も指摘しており、示唆に富む。

<sup>333</sup> 関連する近年の研究書として、白岩祐子『「理性」への希求：裁判員としての市民の実像』（ナカニシヤ出版、2019 年）、佐伯・前掲注（95）、板山昂『裁判員裁判における量刑判断に関する心理学的研究』（風間書房、2014 年）、前田雅英＝合田悦三＝井上豊＝野原俊郎『量刑に関

調しておきたいのは、一般人の量刑判断に関する経験的研究には、裁判員裁判において反映されることになる市民の価値観の内容を経験的に解明するという、それ自体重要な、かつ従来から意識されてきた意義のほかに、刑罰の犯罪予防効果について実証的に研究し、あるいはその効果のよりよい実現をはかる上での不可欠の前提であるという、別個の意義もまた認められるということである。

わが国におけるこの種の研究の内容について簡単に言及しておく。まず、公衆の量刑判断は応報的なものであるということについては、本稿 I. 5-1. で検討を行なったが、この認識はわが国でも共有されており<sup>334</sup>、綿村英一郎を中心に遂行された実験研究においても同様の結果が報告されている<sup>335</sup>。

もっとも、これに対して佐伯昌彦は、また別の実験研究を引用して、上にみた「公衆の量刑判断は応報的である」という（いわば）通説を相対化している<sup>336</sup>。その研究というのは、松村良之による刑罰動機の研究である<sup>337</sup>。そこでは、実験参加者に小話を読ませた上で、「罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与えるのは当然である」（応報）、「犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して、同じ犯罪が起こることを抑制する」（抑止）、「刑務所に入れて、犯罪者がまっとうな人間になるよう教育する」（矯正）、「被害者に代わって仕返しをする」（復讐）、「犯罪者には、罪人というレッテルを貼ることによって、その社会で面目を失わせた方がよい」（地位低下）といった項目に対する賛否を六点尺度で質問し、その回答について因子分析を行って二因子を抽出した。すると、第二因子は「復讐」と「地位低下」であり、それ以外が第一因子に含まれていた。この結果が示唆するのは、人々の意識の中では、応報、抑止および矯正は明確には区別されていない、ということである<sup>338</sup>。このことか

---

する国民と裁判官の意識についての研究——殺人罪の事案を素材として——』司法研究報告書第 57 輯 1 号（法曹会、2007 年）などがある。なお、量刑よりも広く、一般人の責任観に関する研究として、唐沢穰＝松村良之＝奥田太郎編『責任と法意識の人間科学』（勁草書房、2018 年）、石村善助＝所一彦＝西村春夫編『責任と罰の意識構造』（多賀出版、1986 年）があり、犯罪化・非犯罪化に対する国民の意識に関する研究として、岩井弘融＝所一彦＝星野周弘『犯罪観の研究』（大成出版社、1979 年）がある。

<sup>334</sup> アメリカとわが国における研究のレビューとして、佐伯・前掲注（95）193-197 頁。板山・前掲注（333）21-22 頁も参照。

<sup>335</sup> 綿村英一郎＝分部利紘＝高野陽太郎「一般市民の量刑判断：応報のため？ それとも再犯抑止やみせしめのため？」法と心理 9 巻 1 号（2010 年）98 頁以下、および綿村英一郎＝高野陽太郎「刑事事件における量刑判断：結果の重大さ、再犯可能性、および社会的脅威が量刑に及ぼす効果」日本心理学会大会発表論文集 72 巻（2008 年）953 頁。

<sup>336</sup> 佐伯・前掲注（95）197-198 頁。

<sup>337</sup> 松村良之「責任主義と刑罰の目的」松村良之ほか編『日本人から見た裁判員制度』（勁草書房、2015 年）70-73 頁、同「応報か行動コントロールか——刑罰動機をめぐって」菊田幸一ほか編『社会のなかの刑事司法と犯罪者』（日本評論社、2007 年）127-133 頁、同「社会学・社会心理学と刑罰論」法時 78 巻 3 号（2006 年）46-47 頁。

<sup>338</sup> ちなみに、石村ほか編・前掲注（333）166 頁以下においても、応報、無害化、一般抑止、特別抑止、改善教育を含む 8 項目を挙げて、それに対する賛否を問うという形で刑罰動機の調査が行われているが、それによると、「概括的な所見は、8 項目すべてについて日米ともに適切と答えるものが、不適切と答える者より多かったということである。（…）好意的にみれば、人々は

ら佐伯は、「人々の意識においては、(…) 応報という意識に、行動コントロール〔引用者注：抑止と矯正の総称〕の意識が関連している可能性があるように思われる」と述べる<sup>339</sup>。

傾聴すべき指摘であるが、本稿の立場に対するその射程は、ここで適切に限定しておく必要がある。まず、綿村らの研究と松村の研究とでは、実験手法が異なる。すなわち、前者は実験参加者に対して複数の犯罪シナリオを示し、量刑判断を下してもらふことによって、それに強く作用している要素（例えば、結果の重大性や再犯可能性）をさぐるという方法をとっている。つまりこの研究は、単純化して言えば、量刑判断の結論から、それに影響を与えている要素を逆算する、というものである。これに対して後者は、実験参加者に対して、処罰することの理由を直接に問うものである。そうすると、本稿 I. 2-1. で紹介した図式（いわゆる二重過程理論）から考えれば、前者は公衆の正義直観（システム 1）が少なくとも部分的に反映しているとみることができのに対して、後者は専ら理性的推論（システム 2）の産物であったのではないかという解釈が成り立ちうると思われる<sup>340</sup>。すなわち端的に言えば、以上の両実験は、公衆は量刑判断を求められれば応報的な結論を示すが、その理由を問われると、応報だけでなく一般予防や特別予防を挙げる傾向もある（というよりも、公衆の意識の中では、これら三つの理由は明確に区別されていない）というように、相互排他的でない形で解釈することができるのではないだろうか<sup>341</sup>。もちろん、松村による研究と、それに基づく佐伯の指摘は、公衆の量刑判断の結論が応報的であるからといって、その動機ないし理由までが専ら応報的であるとは限らないという事実に対して注意を向けさせる点では正当であると解される。とはいえ、このことによって、公衆の量刑判断の結論が応報的であるという知見が否定されるわけではないし、本稿 I. 4-2-1. の研究で示唆されたような、予防に基づく犯罪統制原理（例えば厳格責任ルール）によって応報刑を大幅に上回る刑を科すれば、公衆は刑法に対して幻滅し、その道徳的信頼が毀損されるという理解を変更する必要があるわけでもない。それゆえ、上述した研究と指摘は、経験的デザート論に認識の変更を迫るものではないという点を、ここで確認しておく。

それでは、より具体的に、公衆による量刑判断の内容に関するわが国の研究はどうであろうか。まず、本稿 I. 2-2-1. で検討したセリンとウォルフガングの研究、および同 2-2-2. で

---

受刑者も含めて、刑務所を応報であれ、隔離であれ、改善教育であれ、何でもできる多面的機能の施設とみているといえるかもしれない」（同上 167 頁）。この結果も、一般人は抑止や矯正に比べて応報を殊更に好むわけではないことを示すものと解釈すれば、松村による研究と整合的であると評価できるかもしれない。

<sup>339</sup> 佐伯・前掲注（95）198 頁。

<sup>340</sup> 実際、最近のわが国における実験研究によっても、応報的動機は意図的ではなく潜在的な形で（つまり、「応報が正しいからこういった量刑にしよう」と意識的に判断するのではなく、いわば無意識的に量刑の結論が応報的なものとなるという形で）素人による量刑判断の結論に作用していることが示唆されている。この点は、関連文献も含めて、綿村英一郎ほか「量刑判断にはたらく応報的動機の認知プロセス」法と心理 11 巻 1 号（2011 年）68-72 頁参照。これに対して、上にみたような刑罰動機の調査では、一般人の意識的な刑罰動機しか反映されないのである。

<sup>341</sup> あるいは、システム 1 とシステム 2 という概念を持ち出さずとも、よりシンプルに、「公衆は『応報を通じた』予防を志向しており、応報と予防を並列的な理由として考えているわけではないため、その量刑の結論は常に応報的なものとなる」という形で説明できるかもしれない。



検討したロビンソンとクルツバンの研究と基本的に同様の形式で、一般人による主観的量刑判断を調査したものとして、伊田政司と谷田部友香により遂行された実験研究がある<sup>342</sup>。方法としては、64名の大学生を対象に、新聞報道された20件の刑事事件<sup>343</sup>に関する判決を犯罪シナリオとして要約し、量刑判断を下してもらったものである。結果としては、参加者の量刑は実際の量刑と比べて全体的に重かったものの、「その順位に着目すると専門家・非専門家の間には統計的な一致が見られた」<sup>344</sup>。専門家と非専門家における量刑判断の差異に関する調査を主眼とした研究であり、確認された一致も、実際の判決と参加者による量刑の中央値との一致であるため、ロビンソンとクルツバンの研究結果と単純に比較することはできないが、これと整合的な結果として傍証的に引用しておくことはできよう。

その一方で、公衆の量刑判断に影響を与える要因としては、犯罪の重大性（不法と責任の大きさ）の他にも多くのものが指摘されており、この点には経験的デザート論としても注意を向けておく必要があるように思われる。具体的には例えば、少年であることによる軽減が認められにくい、責任能力に関する事情の評価が専門家と異なる、被告人ないし被害者の印象（その人格・性格に限らず、容姿の魅力も含まれる）によって量刑が左右される、あるいは、量刑判断が集団での評議を通じて行われる場合には、この評議の過程における社会心理学的な相互作用も量刑の帰結に影響してくる、といった現象が報告されている<sup>345</sup>。この点、本

---

<sup>342</sup> 伊田政司＝谷田部友香「刑事事件にたいする主観的量刑判断」法と心理4巻1号（2005年）71頁以下。伊田政司「裁判員制度における市民の量刑判断」岡田悦典＝藤田政博＝仲真紀子編『裁判員制度と法心理学』（ぎょうせい、2009年）207頁以下、同「法心理学における量刑判断の研究：罪と罰の主観的均衡」伊東昌子編『コミュニケーションの認知心理学』（ナカニシヤ出版、2013年）135頁以下も参照。なお、先駆的研究として、植松正『新版 裁判心理学の諸相』（有信堂、1958年）99頁以下。

<sup>343</sup> なお、伊田＝谷田部・前掲注（339）79-80頁に掲げられたシナリオを見ると、20件のうち13件が殺人または致死の罪であり（一部は死体遺棄も含む）、残りは窃盗、詐欺、身代金目的誘拐、強姦（当時）、放火であった。

<sup>344</sup> 伊田「法心理学における量刑判断の研究」・前掲（342）142頁。伊田＝谷田部・前掲注（339）73-75頁も参照。

<sup>345</sup> 伊田「法心理学における量刑判断の研究」・前掲（342）142-144頁。なお、被害者の司法参加が量刑に及ぼす影響に関するわが国の実験研究では、被害者情報の提示（遺族の被った経済的・精神的影響や、被害者の人となりが良好であったことなど）そのものには量刑を重くする効果が認められたが、これが検察官による供述調書の読み上げとして提示されるか、それとも意見陳述として遺族が手紙を書いてそれを自ら読み上げるのかという点の相違による量刑への影響は確認されず、遺族質問の有無による影響もみられなかった。さらに、遺族質問における遺族の態度（つまり俳優の演技である）が怒りをあらわにするものであったか、それとも冷静であったかという点の相違も、量刑には影響を与えなかったと報告されている。佐伯・前掲注（95）270頁、279-281頁。この実験からは少なくとも、公衆の正義観念は常に被害者の感情に配慮した厳罰を求めるようなものではなく、公衆による被害者に関する情報の処理過程もまた繊細なものであるという教訓を引き出すことができるように思われる。また、集団による評議が個人の量刑判断に及ぼす影響に関するわが国の実験研究として、板山・前掲注（333）79頁以下があり、論者は、集団的な量刑判断と、従来の研究が専らフォーカスしてきた「個人の」量刑判断との異質性を強調している（同165-166頁）。これは逆から言えば、個人の量刑判断に関する実験研究を通じて観察された公衆の正義観念と、裁判員裁判において反映される裁判員の正義観念との間

稿 I. 2-2. で検討したような実験研究では、これらの要因はそもそも量刑判断の対象であるシナリオから排除されているため、この点でも公衆の評価に一致があるのか、さらには、この点で公衆の評価に反した量刑を行うと、やはり違法性の低下が見られるのか、といったことは調査の対象となりうるかもしれない。ただ、それ以上に、量刑事情の考慮にあたっては、その考慮自体の正当性という（予防効果とは別の）規範的観点を捨象することはできないし、とりわけ被告人や被害者の容姿の魅力に関する考慮は（例え予防効果に対する弊害があったとしても）規範的に排除すべきであろう（経験的デザート論に対する規範的制約の必要性については、本稿 II. 2-3. で述べる）。

最後に、経験的デザート論のような構想に対しては、やはりどうしても、厳罰化に対する懸念がつきまとうものと考えられ、かつ、それは正当な疑義でもであろう。ただし、既に強調してきたように、この構想において重視される公衆の正義観念とは、その相対的均衡性判断であって、その絶対的均衡性判断をも即座に処罰実践に反映させなければならないという主張を試みているわけではない<sup>346</sup>。また、本稿 I. 3-1. で検討したように、公衆の正義観念が、常に無制約な厳罰化に流れるものであるというイメージがあるとすれば、それは必ずしも経験的に正確なものではない。とはいえ、公衆が厳罰傾向を全く有していないわけではないということもまた、事実であろう。ただし、一点注意すべきなのは、ここで示されている公衆の（相対的均衡性判断ではなく）刑量導出判断は、なお洗練される余地を残しているということである。例えば、実験において「X は、前日に立てていた計画に従って、女性が帰宅するのを待ち伏せし、現れたところを銃撃した。女性はその傷により死亡した」という犯罪シナリオに量刑判断を下してもらおうとする。この行為はわが国では殺人罪ということになるが、同罪の中にも様々な社会的類型があり、その各々に関して量刑傾向があり、さらにその内部でも、より細かな量刑事情の相違にしたがって、加重・軽減を微調整することができる。この点、例えば裁判員裁判における量刑評議に際しては、以上のような点の知識を共有することにもある程度の時間をかけることができると思われるが、人々の直観を調査するための実験研究においては、当然ながらこの種のプロセスが全く欠けることになる。そうであれば、公衆の正義観念に従った刑罰制度を志向する場合であっても、上のような実験において示された刑量のみを観察して、その裁判官による量刑との矛盾を説くことには、慎重にならなければならないであろう。

さらに、この点ではそもそも、やはり本稿 I. 3-1. でみたように、公衆は有権者として三振法を支持したはずであるにも関わらず、いざ実験の過程で三振法に基づいた量刑判断を目の当たりにすると、かえって刑法に対して幻滅していたことを想起する必要がある。つまりこのことは、犯罪予防のために考慮すべき公衆の正義観念と、その時々の政治戦略や社会状況に左右される厳罰化意識ないし世論とは、経験的なレベルで既に同視できないものであるという可能性を示唆している。一見、公衆の正義観念からして重罰が望まれているように見え、したがって犯罪予防のためにはそれに従った処罰を行うべきであるように思えた

---

には一定の距離があるということを意味しよう。

<sup>346</sup> 上注 (127) 参照。本稿 I. 1. の末尾も参照。

としても、厳罰化を支持する世論の形成過程・要因に関する経験的分析<sup>347</sup>を踏まえて、問題となっている意識の変化が、本当に公衆の正義観念を反映したものと言えるのかを慎重に検討するべきである。より端的に言えば、「公衆の正義観念（規範意識、処罰感情）が厳罰化の（唯一の、ないし主要な）原因である」という経験的前提そのものを疑うべきであって、むしろ正義観念の方が、一定の政治的戦略やメディア報道などの影響によって歪められている可能性<sup>348</sup>を考慮に入れなければならない<sup>349</sup>。そうであれば、犯罪予防のために公衆の正

---

<sup>347</sup> わが国における貴重な実験研究として、松原英世『刑事制度の周縁』（成文堂、2014年）46頁以下。そのほか、同上 69頁以下、浜井浩一『実証的刑事政策論』（岩波書店、2011年）323頁以下、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』（現代人文社、2009年）、河合幹雄『安全神話崩壊のパラドックス』（岩波書店、2004年）など参照。

<sup>348</sup> 本稿では省略したが、この問題に関するロビンソンの考えも、この可能性の指摘から始まる：「（…）興味深いことに、犯罪問題に対する人々の関心に関する〔厳罰化の原因は国民の意識そのものであるという考え方とは：引用者注〕別の考え方によっては、次のように論じられている。すなわち、公衆の意識の中には、潜在的には犯罪統制に対する一定の関心が存在しているかもしれないが、公衆の圧力がしばしば厳罰化につながっていると結論づけるのは誤りであろう、と」（IJUD 129）。むしろ、公衆の厳罰化意識が、背後にある別個の要因によって作り上げられている可能性があるのである。その具体的要因としては、まず、①メディア報道における情報が省略されすぎていることである。すなわち、報道においては事件の概要や判決の内容が大きく省略され、合理的な量刑判断のために必要な情報がほとんど提供されない。それにも関わらず受け手の側は（おそらく、足りない情報を自身で無意識に補って）下された量刑は軽すぎるという印象をかなり強くもつ傾向にある。ここで、ある実験研究において、参加者に、同じ事件について、メディア報道（新聞記事）と、重要な情報が一通り揃っている裁判資料を読ませたところ、新聞グループでは63%が実際の量刑を軽すぎると評価した一方で、裁判資料グループでは19%にとどまり、むしろ52%が量刑を厳しすぎると評価したというのである（Ibid 130 f）。そのほかにも、②ニュース報道では重大犯罪が大きく取り上げられるため、公衆はそのような犯罪が多発していると思い込んでしまう（Ibid 134-136）、③公共選択理論からの示唆として、政治家の主要目的は再選することであるところ、「犯罪に甘い」というイメージをもたれることは不利に働くため、「自分の方が犯罪に厳しい」というアピールのために、厳罰化キャンペーン合戦のような状況が生まれてしまう（Ibid 138 f）、④実はニュース報道の情報源の多くは政府であるため、民意が議員を動かして厳罰化を進めさせるというよりは、厳罰化を志向する議員がメディアを介して国民に影響を与えているという側面がある（Ibid 131-134）、といった要因が挙げられている。以上の分析に照らして考えてみると、厳罰化意識は当初から公衆の意識の中に内在しているのではなく、最初は小さな不安や動きであったのが、メディア・政治家・公衆の意識という三者（もちろん要因がこれに尽きるという趣旨ではない）が一体となって、相互に影響を与え合いながら処罰意識を増幅させ、いつの間にか厳罰化を強固に支持する世論が形成され、それが公衆自身に帰属されて、あたかも公衆の正義観念が当初からそうであったかのような印象が持たれているのではないだろうか。わが国の厳罰化過程に関する次のような分析も、これと重ね合わせて読むことができよう：「（…）日本の厳罰化は、犯罪被害者やその遺族を中心とする市民運動家が一般市民の代弁者としてマスコミに登場し、犯罪被害の実態やそのリスクを訴え、現在の刑事司法が十分な対策を立てていない点（犯罪者に対して甘すぎる）を批判しつつ、体験に基づいた、常識的で分かりやすい厳罰化施策を訴え、それがマスコミ世論に支持されたことで推し進められている」（浜井・前掲注（347）349頁）。

<sup>349</sup> とはいえ、公衆における意識の変化が観測されたとして、それが政治的・社会的状況によって歪められた一種の錯覚にすぎないのか、それとも新たな正義観念として定着するものなのか

義観念を取り出す上では、このような影響をなるべく排除することができるような測定方法を採用するべきであろう<sup>350</sup>。そして、ここまで述べたことを全て踏まえた上で、それでも、公衆の正義観念に、規範的にみて容認しがたい内容が含まれていたとすれば、予防効果を一定程度犠牲にしても、そのような処罰実践を規範的に排除するべきである。少なくとも、本稿の立場として述べておきたいのは、刑法を通じた犯罪予防を追求するのである限り、公衆の正義観念を（もちろん全てではないが、一定程度は）法に反映させるという作業は避けられないということである。正義観念を考慮するにあたっては、その内容と形成過程を経験的に解明し、その上で規範的評価を加え、必要な場合には規範的に排斥するという形で、その厳罰化リスクとも付き合っていくべきである。

## 2-2. 積極的一般予防効果に関する経験的調査

以上のように、公衆の正義観念に関する経験的調査は、わが国においても一定の蓄積がみられる。これに対して、刑罰の一般予防効果に関する経験的研究は、わが国においてはきわめて乏しい<sup>351</sup>。特に、積極的一般予防効果に焦点を当てた実証研究は、おそらく存在しない

---

を判別することは難しいかもしれない。意識変化の経験的観察が重要であることは確かであるとしても、結局はそれに加えて、その意識の変化に合理的な理由が認められるかどうかを、規範的な観点から検討するという作業もまた不可欠になるであろう。この点に経験的デザート論の一つの限界が表れているように思われる。

<sup>350</sup> この点で指摘できるのは、国民の処罰意識に関する実験研究では、「裁判所の判決は寛容すぎる（賛成か、反対か）」というような抽象的な質問・尺度が用いられることも多いのに対して、公衆の正義観念を調べる際にはむしろ、より具体的な犯罪シナリオを複数示した上で、それに対して実際に量刑を下してもらうという手法を活用すべきだということである。ここで言いたいのは、そのどちらかが方法論的に不当であるということではなく、両者では経験的調査の目的が異なるのであり、一方の結果を他方に無媒介に流用してはならないということである。

なお、調査方法の重要性ということであれば、上注（348）の①とも重なるが、わが国でも、人々に対して抽象的に質問を行うと、厳罰化が支持されやすい一方で、より具体的な情報を与えてゆくと、寛大な処遇に赴きやすくなるという仮説が提示され、実験を通じた検証も行われている（理論的枠組みについて、松澤伸＝松原英世「刑罰政策に関する国民の法意識について：『法感情』と『法理性』についてのフレミング・バルヴィの研究」刑ジャ 46 号〔2015 年〕85 頁以下。実験について、松原英世＝松澤伸「『民意』は刑事立法の根拠となりうるか：刑罰政策における公衆の意識構造」刑ジャ 59 号〔2019 年〕64 頁以下）。この点では、しばしば言われることであるが、抽象的な質問は、実験参加者が自ら具体的事情を補って回答してしまうため、一見同じ回答（例えば、「刑事司法は犯罪者に甘すぎる」）が人気を集めたとしても、その中では、いわば同床異夢の状態になっている可能性も指摘できる。何れにせよ、そのような抽象的質問は、本稿の関心からすれば、公衆の正義観念を正確かつ繊細に認識し、それを処罰実践の指針にするという経験的デザート論の目的に適した方法ではないということになる。

<sup>351</sup> わが国における刑罰の抑止効果に関する計量経済学的方法に基づく実証研究として、秋葉弘哉『犯罪の経済学』（多賀出版、1993 年）がある。また、わが国における死刑の抑止効果に関する実証研究については、森大輔「日本の死刑の抑止効果—3 つの先行研究の計量分析の再検討」熊法 148 号 344 頁以下参照。これ以外は、警察活動の抑止効果などに関する散発的な研究を除き、専ら外国（主にアメリカ）における研究のレビューを方法とする研究に限られてくるように思われる（本稿もその例に漏れないわけであるが）。松村良之「『法の抑止』と『法的社会化』」

のではないかとと思われる。もちろん、アメリカにおいて複数の実験研究を通じて確認されてきた効果が、わが国では全く存在しないはずであると想定するのは不合理であるが、参加者の示す振る舞いが、アメリカのそれと一定程度、異なってくることはありうるかもしれない（例えば、刑事司法に対する幻滅を与えても、遵法性の低下が比較的鈍い、というような量的な差異は観察されるかもしれない）。それゆえ、将来的には、本稿 I. 4-2. で検討した研究の手法に倣う形で（あるいはもちろん、他のアプローチに基づくものであっても）、わが国でも実験研究を遂行する必要があるだろう。ただ、わが国にはそもそも（幸いなことではあるが）アメリカにみられるような極端に抑圧的な立法例・裁判例は存在しないため、公衆の刑法に対する幻滅を実験的に創出する際の手法には、工夫が必要になるかもしれない。

### 2-3. 経験的デザート論の限界：具体的問題に対する給付能力

以上のように、経験的デザート論は、その事實的側面において、いくつかの課題を残している。もっともその課題というのは、厳罰化に関する課題を除けば、結局のところわが国自身の経験的データを揃えた方がよいということに尽きるであって、それは将来における実験研究の遂行によって解決できるものである。したがって基本的に、経験的デザート論に対して、クリティカルな問題点となることはない。もっとも、この理論を推し進めてゆこうとするときには、上に述べたのとは別の、原理的な（わが国であれアメリカであれ、普遍的に妥当する）問題が生じるように思われる。それは一言でいえば、経験的デザート論は、問題が具体的に<sup>352</sup>なればなるほど、給付能力が低くなってしまう（解決の指針を明確に示すことができなくなる）ということである。以下、どういうことかを詳しく説明する。

まず、前提から確認すると、経験的デザート論が公衆の正義観念を解明しようとするのは、この観念が具体的事件においてどのような判断を下すかを調べ、刑罰制度をそれに適合させるためではなく、この観念が、どのような複数の事件にまたがる一般的判断を下すものであるのか、言い換えれば、どのような原理を採用しているのかを調べ、刑罰制度をそれに適合させるためである。ところで、この原理にも、抽象から具体まで、複数のものを観念できる。例えば、公衆の正義観念は、犯罪行為に対する非難としてふさわしい刑を科するという原理、すなわち均衡原理を採用している<sup>352</sup>と解されるから、この均衡原理に全く反する量

---

北法 68 巻 4 号（2017 年）918 頁以下、同「一般抑止研究の新しい動き」犯社 9 号（1984 年）42 頁以下、同「刑罰による犯罪の抑止：アメリカにおける経済学的研究を中心として（1）～（3・完）」北法 33 巻 1 号（1982 年）282 頁以下、同 33 巻 3 号（1982 年）428 頁以下、同 33 巻 6 号（1983 年）234 頁以下、中島隆信「経済学の視点から見た刑事政策」犯社 36 号（2011 年）42 頁以下、本庄・上注（295）76 頁以下、宮澤節生「法の抑止力」木下富雄＝棚瀬孝雄『法の行動科学』（福村出版、1991 年）284 頁、藤岡一郎「一般予防論の現状と課題：最近の英米の研究を中心として」刑雑 27 巻 3 号（1986 年）、同「一般予防論の一考察」産法 16 巻 3 号（1982 年）1 頁以下、星野周弘『犯罪社会学原論』（立花書房、1981 年）518 頁以下、棚瀬孝雄「規範コミュニケーションと法の実効性」川島武宜編『法社会学講座 8』（岩波書店、1974 年）25 頁以下など参照。

<sup>352</sup> 念のため述べておくと、これはいわば公衆にとっての主観的な均衡原理であり、事実としての均衡原理である。理論的に導き出された均衡原理と内容上完全に一致するものではない。

刑原理を採用することは、正義観念と刑罰制度の極めて大幅な矛盾をもたらすものとして、到底許容できないことになる。次に、その枠内でも、結果不法を量刑に反映させるか（例えば、未遂の刑を既遂から減軽するか〔その中でも、必要的か任意的か〕、しないか）という問題を考えると、経験的調査によれば、公衆は結果の発生／不発生に強く反応するため<sup>353</sup>、上の場合に減軽を全く行わないことは、正義観念と刑罰制度の大幅な矛盾をもたらすものとして、採用が極めて難しい選択肢であるということになる。これに対して、より具体的な量刑のレベルで、特定の量刑事情について正義観念と刑罰制度（量刑実践）とが食い違う場合があったとしても、そこにおける矛盾の幅は、上に見てきたようなものと比べれば、はるかに小さいことになる。

したがって、抽象化すれば、次のようにいえるべきである。すなわち、刑罰制度と公衆の正義観念との矛盾には、幅がある。この幅が小さければ小さいほど、他の観点に基づく正義観念からの逸脱は肯定されやすくなるし、逆に大きければ大きいほど、否定されやすくなる。そのため、問題が個別具体的になればなるほど、経験的デザート論の解決力（給付能力）が弱まるのである。かつ、残念ながら、どこまで逸脱が大きければ、ある選択肢はいわば指図的に「選ぶべきでない」ことになり、どこまで小さければ、「選ばないほうがよい」に止まるのかということの線引きは、原理的に不可能である。我々が知っているのは、犯罪予防のためには、全体的傾向として公衆の正義観念に従っておいた方が良さそうということ、および、ある場面における公衆の正義観念は概ねこうである（ここにも、公衆の一致度が高い／低いというグラデーションがある）ということだけである。どこで公衆の正義観念に従うことにし、どこでこれから逸脱するのかという選択は、原理的に開かれており、一義的に決定することができないのである。そうすると、経験的デザート論だけで刑罰制度の内部における諸論点の全てに決着をつけようとするには原理的な困難が生じる、といわざるを得ない。それは、上にみた結果不法の問題に於いてですら、そうである。確かに、公衆の正義観念に照らせば、既遂と未遂を同一に扱うよう刑法を改正することは、明らかに非現実的であって、公衆からの相当の反発が予想され、積極的一般予防効果に対する強い弊害を伴う公算が高い。それゆえ、予防的観点からみれば、結果不法を犯罪評価に反映させるという結論は、おそらく動かないであろう。しかし、我々は明らかに、その結論が正当化されることの、（公衆がそう考えており、そうした方が予防にかなうから、ということ以外の）論拠を必要としているであろう。このことの厳密な理由をここで提示することは難しいが（基本的には、犯罪論が体系的でなければならないことの理由と同様であろうが）、たとえば結果不法が総論的に重要であることの論拠は、各論の場面における構成要件の結果の解釈にも当然に影響を及ぼす。その各論解釈の一つ一つについて公衆の正義観念を調査することは不可能であるし、そこにおいては逸脱の可能性も増大してゆく（つまり、正義観念という論拠が弱まってゆく）。それゆえ、経験的デザート論は、基本的には結論のみを（予防という規範的根拠と直接に結びつけることによって）示唆する機能を有し、その示唆は、ほとんど決定的であるほどに強い場合もあれば、比較的弱い場合もあるが、その一方で、その示唆の（そうした方が予防にかなう公算が高いという、究極的には指図的でなく勧告的なものに過ぎない理由

<sup>353</sup> LJUD 101 ff, 247 ff.

とは別個の)論拠を表示する機能はない。しかし、我々はそのような論拠を必要としている。

したがって、結論はこうである：公衆の正義観念は、問題発見機能を有するが、問題解決機能を原理的に有しない。もちろん、これは経験的デザート論の意義を失わせるものではない。我々は公衆の正義観念を経験的に解明してこそ、円滑な犯罪予防効果の実現をはかることができるのである。しかし、公衆の正義観念という一本槍だけでは、刑法解釈論上の諸問題を解決できない。経験的デザート論に立つとき、我々は、「公衆の正義観念に照らせば、こうした方がよい」という幅をみることになる。しかし、それは問題の解決ではなく、むしろ問題の発見である。公衆の正義観念に従った結論が良さそうには見えるが、本当にそうすべきなのかは、究極的にはわからない。そこで決断するためには、我々は別個の論拠を必要とするのである。

それでは、我々はどうすべきなのだろうか。さしあたり、二つの論拠概念を整理しておきたい。すなわち、内在的論拠と外在的論拠である。

内在的論拠というのは、「公衆はこう考えるであろう」というように、公衆の正義観念に内在する形で導き出される論拠である。例えば、後の議論の先取りになるが、本稿で検討してきた経験的証拠によると、おそらく、公衆は犯罪に対する非難を求めている。ここで、この非難概念から考えた場合に、もし行為者が反省を示しているということが、この非難を減少させると考えられるならば、例えば公衆が実際に反省態度に対して量刑の軽減をもって反応するという経験的証拠が示されていなくても<sup>354</sup>、犯罪予防のためには量刑を軽減しておくことが合理的であるということができる。また、仮にこれに反する経験的証拠が出てきたとしても、その強度にもよるが、内在的論拠が即座に排斥されることにはならない。なぜなら、この論拠は、公衆が別のところで現に示した観念（例えば、犯罪を非難するという態度）から首尾一貫した形で導き出されるものであるため、一旦は異なる判断を見せたとしても、公衆を説得できる可能性を高く想定できるからである<sup>355</sup>。もちろん、まず量刑判断を下してもらって、この内在的論拠を示し、その上で改めて公衆の意見が変わるかどうかを経験的に確かめることもできるし、それでも意見が変わらないという証拠が積み重なれば、この内在

---

<sup>354</sup> 実際のところ、この点には一応の経験的証拠が示されているのであるが（IJUD 520）、本稿では追究しない。

<sup>355</sup> 例えば、上で検討した伊田と谷田部による研究では、現実の事件について参加者に量刑を求めた後に、実際の量刑を見せてから再び量刑判断を求めたところ、参加者の判断が実際の量刑に近づく形で収束したことが報告されている。伊田＝谷田部・前掲注（339）75頁、77頁。ここには、道徳的信頼を確立した刑法による行動基準提供機能（本稿I. 4-1-2. 参照。要するに、刑法が道徳的信頼を得ていれば、その専門家の意見が受け入れられやすいということ）をみてとることができる（cf IJUD 162）。ただし、同上 79頁に掲げられている事例13（母親が自身の遊興〔パチンコ〕や経済的負担のためという身勝手な動機から、出産した乳児を殺害し、遺体をポリ袋に入れて放置していたという事件）については、実際の量刑（懲役4年6月）と、参加者による量刑の中央値（無期懲役）の乖離が、実際の量刑を提示した後にも縮まらなかったことも報告されている（同上 74頁、伊田・「裁判員制度における市民の量刑判断」・前掲注（342）210頁）。つまり、（当然であるが）専門家の意見も無条件に受け入れられるわけではない。したがって、説得力を高めるために、公衆の正義観念に内在した形で論拠を案出すること、換言すれば、いわば「公衆の正義観念を理論化する」ことが必要となるのである。

的論拠が覆されることはありうる。その意味で内在的論拠は、経験的に反証可能な（empirically falsifiable）論拠であるとも言う（どの段階に至れば反証されたことになるのかを事前に定めることは難しいが、こう言ってよければ、この問題は、いかなる観察結果があれば、理論が反証されたことになるのかということの限界に関する問題に似ているかもしれない）。

外在的論拠というのは、「ある考えは正当である／正当でない」というように、公衆の正義観念とは無関係に、それに外在する形で導き出される論拠である。例えば、責任主義は犯罪予防効果とは無関係に刑法理論上尊重されるべき原理であるとすれば、公衆の正義観念に照らして、ある行為を過失がなくとも処罰することがどれだけ強く支持されたとしても<sup>356</sup>、そのような正当でない結論は規範的に排除すべきである<sup>357</sup>。これは公衆の正義観念を引き合いに出す論拠ではないため、その限りで、経験的に反証不可能な（empirically unfalsifiable）論拠であるとも言う。

以上の二つの論拠を整備することによって、経験的デザート論による問題発見を、問題解決へと導くことができるように思われる。つまり、経験的証拠が不十分な部分については、内在的論拠によって正義観念の内容を合理的に推測し、その内容に従った処罰実践を犯罪予防効果に照らして正当化する。同時に、それとは別個に、公衆の正義観念がどのようなものであれ、規範的に不当な部分は、外在的論拠によって排除するのである。

したがって我々は、以上述べてきた経験的デザート論の原理的問題を解決し、これを発展的に解釈・活用するために、内在的論拠と外在的論拠を整備しなければならない。

### 3. 規範的課題：経験的デザートに対する規範的分析の必要性

続いて、経験的デザート論に残された規範的課題を具体的に扱う。この課題は、本稿 II. 2-3. において整理したように、内在的論拠と外在的論拠の整備という二つから構成される。まず、3-1. では前者を扱い、その結論として、経験的デザート論を「表出的抑止刑論」と読み換えることが提案される。次に、3-2. では後者を扱い、その結論として、表出的抑止刑論を「制約された表出的抑止刑論」に転化させるべきことが主張される。最後に、3-3. では、この理論の全体像を、図を交えながら、改めて提示する。

#### 3-1. 正義観念の質的記述：ストローソンによる「非難の自然主義的転回」を起点とした「表出的抑止刑論」の定式化

本稿のここまでの論述においては、公衆の正義観念は、経験的調査を通じて明らかにされ

---

<sup>356</sup> これも実際には、経験的調査により、公衆の正義観念には解釈論上一般に認められている責任要件（culpability requirements）と重なり合う部分が少なからずあることが示されているし（*IJUD* 301 ff）、本稿 I. 3-1. で見たように公衆は厳格責任ルールに幻滅する傾向にあるが、それらとは全く無関係に、仮に公衆が責任主義を支持しない場面があったとしても、なお責任主義は貫徹されなければならないということである。

<sup>357</sup> それゆえ、正当な応報こそが予防にも最適であるというような「正当な応報を通じた予防」という一本槍で刑罰制度を正当化しようとする構想——経験的デザート論も、それ自体ではこの構想の一種であるということになるが——は、受け入れられない。



ている。それは例えば、「犯罪シナリオ A, B, C について実験参加者に量刑を下してもらった結果、その軽重関係は、最頻値としては軽い順から B, C, A となった。これから逸脱した回答の数はこれこれであり、したがってこの軽重関係判断（相対的均衡性判断）には高度な一致がみられる。以上から、公衆の正義観念は、『B より C の方が重い刑に値し、C より A の方が重い刑に値する』という評価を下すものである」というように記述される。これは言ってみれば、公衆の正義観念を量的に記述したものである（これが適切な用語法かは筆者としても若干疑問であるのだが）。ところで、それでは、また別の犯罪シナリオ X, Y, Z については、公衆はどのように判断するだろうか。手っ取り早いのは、改めて経験的調査を実際に行ってみることであるが、観念可能なすべての行為類型について調査することは不可能である。そこで、シナリオ A, B, C に関して得られた経験的調査を手がかりに、それでは公衆は X, Y, Z についてどのように判断するだろうか、と予測してみることができる。そのためには、A, B, C に関する上の経験的調査の結果をもとに、いわば「公衆は何をしたがっているのか」を、概念的に把握する必要がある。言い換えれば、そこから一定の法則性を見出す必要がある。例えば、B, C, A という並びが、不法と責任の重さに従ったものになっていれば、我々は、公衆の考え方は応報的である、と概念的に把握できる。そうであれば、不法と責任の重さにおいて「 $X < Y < Z$ 」という関係がある場合には、経験的調査を行わなくても、公衆は「X より Y が、Y より Z の方が重い刑に値する」と判断する可能性が十分に高い、と予測することができる。ここにおいて我々は、公衆の正義観念を質的に記述したということができる。そうであれば、本稿 II. 2-3. で述べたところの「内在的論拠」を整備するためには、我々は公衆の正義観念を質的に記述する必要があるということになる。

それでは、この質的記述はいかにして可能となるであろうか。ここで、本稿 I. 2-2. で検討した「公衆の正義観念」を全体として観察すると、それは、犯罪に対する科刑・量刑判断を下す際に、明らかに一定の法則に従って振る舞っていることがわかる。その法則とはすなわち、応報である。公衆の量刑判断が応報的であるということは、それ自体、確立した経験的知見でもある（本稿 I. 5-1. および II. 2-1. 参照）。したがって、公衆は応報に従って科刑・量刑判断を下すであろうと推測することには合理性がある。つまり、ある行為に対して応報にかなう形で科刑・量刑を行うことは、たとえその行為に対する公衆の評価について個別に経験的調査を行っていないくとも、公衆の正義観念にかなうものであらうと合理的に推測できるということであり、それは、応報にかなうということが、上にみた「内在的論拠」として妥当するということである。

しかし、そもそも、応報概念は多義的である<sup>358</sup>。公衆の正義観念が求めているのは、どのような応報なのだろうか。ここで問題となっているのは、公衆が見せている応報的な態度を、事実として、しかし質的・概念的に記述し、具体化することである。

それでは、公衆は応報的な態度によって、何を行なっているのだろうか。結論から言えばそれは、「犯罪に対する非難の表出」である、というべきである。非難の表出と述べたことからわかるように、ここには、経験的デザート論と、「表出的刑罰論（expressive theory of

<sup>358</sup> 多様な応報概念に関する分析として、高橋・前掲注（16）150 頁以下参照。

punishment) 』<sup>359</sup>との接続点がある。もっとも、これは奇異に思われるかもしれない。というのも、既に本稿 II. 1-1. において、経験的デザート論を実証的な積極的一般予防論の一種として位置づけたにもかかわらず、ここに来て、表出的刑罰論という異質な理論が突然に持ち出されているようにみえるであろうからである。そこで、どうしてこのようなことになるのか、以下において順を追って説明したい。

そもそも、表出的刑罰論は、根源的に、二つの種類に区別することができる。すなわち、記述的表出主義 (deskriptiver Expressivismus) と規範的表出主義 (normativer Expressivismus) である。前者は、刑罰は非難としての性質 (非難表出機能) を有するものであることをいう、刑罰の定義に関する理論であり、後者は、刑罰は非難表出機能を有するべきことをいう、刑罰の正当化に関する理論である<sup>360</sup>。我々は一般に、刑罰の定義論よりも正当化論に関心を有しているため、表出的刑罰論の記述的側面は捨象されがちになるが、そもそもこの理論の最初の (自覚的な) 提唱者であるファインバーグ (Feinberg) 自身、その問題意識の出発点を、あくまで刑罰の定義に置いていたのである：「本論文で私が提示する理論は、(1) 罰がもつ『害悪 (hard treatment) 』的側面と非難の機能はどちらも、法的処罰の定義の不可欠な要素であるに違いない、(2) 上記の両側面のそれぞれは、一般的な慣行となっている法的処罰を『正当化』するについて、それぞれ別の種類の問を提起する、というものである」(傍点は引用者による)<sup>361</sup>。ここには、表出的刑罰論の記述的側面と規範的側面とが、区別された形で明確に表れていると言える。

これを一旦、頭の片隅に置いた上で、今度はフォン・ハーシュ (von Hirsch) の表出的刑罰論に注目したい。というのは、彼の理論は、表出的刑罰論の記述的側面と規範的側面が、いわば混淆した形で示されており、それを解きほぐすことによって、本稿が必要としている理論的視点を切り拓くことができるためである。

フォン・ハーシュは、自説を基礎づけるに際して、次のように述べている：「しかしなぜ、刑法が対処する行為に対しては、非難的な応答 (blaming response) が行われるべきなのだろうか? (….) 今は亡き、オックスフォード大学教授であった P・F・ストローソン (Strawson) が出発点を提供してくれる。彼の主張では、不正行為に対して異議 (reprobation) ないし譴責 (censure) でもって応答することは、端的に、人に自分の行為の責任を取らせるという道徳の一部である」(傍点は原文イタリック体)<sup>362</sup>。

---

<sup>359</sup> 「表明的刑罰論」、「表現的刑罰論」も適訳である。この理論に関するわが国の文献は、十河・前掲注 (1) の注 (5) に掲げた。そこでも述べたことであるが、そもそも表出的刑罰論の内容は一義的なものではないものの、本稿では、ファインバーグの理論の流れを汲む、英米の諸理論から影響を受けたものを念頭に置いている。Joel Feinberg, 'The Expressive Function of Punishment' in his *Doing and Deserving* (PUP, 1970) 95 ff. 邦訳として、J・ファインバーグ (長谷川みゆき訳) 「罰の表出的機能」嶋津格＝飯田亘之編『倫理学と法学の架橋：ファインバーグ論文選』(東信堂、2018 年) 489 頁以下。

<sup>360</sup> Tobias Zürcher, *Legitimation von Strafe*, 2014, S. 130.

<sup>361</sup> Feinberg (n 359) 98. 訳文は、ファインバーグ・前掲注 (359) 491 頁を参考にした。

<sup>362</sup> Von Hirsch (n 25, 2017) 33; 同旨として、von Hirsch, *Censure and Sanctions* (OUP, 1993) 9; see also von Hirsch (n 25, 1987) 51.

ここで、フォン・ハーシュがストローソンの名前を挙げて引用しているのはもちろん、彼の有名な論文である「自由と怒り (Freedom and Resentment)」である<sup>363</sup>。その含意は本稿にとってきわめて重要であるため、長くなることを厭わず、ここにおいて必要な範囲で筆者なりに要約すれば、概ね次の通りである：<sup>364</sup>

自由意思論において、決定論が正しいとすると、どのような結論が導かれるだろうか。悲観主義者と呼びうる人々は、「決定論が正しいなら、道徳的な義務や責任の概念を適用する余地が何ひとつなくなり、処罰する、責める、道徳的観点から非難・是認する、といった実践がまったく不当なものになってしまう、と考える」<sup>365</sup>。これに対して、必ずしもそうではないという人々もいて、楽観主義者と呼ぶことができるが、彼らは例えば、決定論が正しくとも、処罰や非難には望ましくない行為を予防する効果があるのだから、これらの実践が不当であることにはならない、と応じるのである<sup>366</sup>。しかし、この楽観主義者の議論には穴がある。つまり、悲観主義者はこう反論できる：「(…) 君が示したのは、社会的に望ましい仕方では人々の行動を規制するにあたって、こうした実践が有効であるという論点だけだ。だが、あくまで私たちが理解しているとおりのものとしてこうした実践を扱うのなら、君が挙げた論点はその実践に対する十分な基盤とはなっていない。いやそれどころか、そもそも基盤として適切な種類のものではない」(傍点は原文イタリック体)<sup>367</sup>。つまり、楽観主義者の行き方では、何か予防的で道具的な措置・行動のようなものは正当化されるが、それは、我々が非難や処罰と呼び、実践していることとは異なるものであるから、これでは非難・処罰が正当化されたことにはならない、ということである<sup>368</sup>。こうして議論は袋小路に入り込んでしまう。楽観主義者の側から、すなわち、決定論が正しいとしても非難と処罰の実践は守られる、と言うための手立てはないだろうか。

この状況を打破するためには、議論の方法ないし視点そのものを転換する必要がある。

<sup>363</sup> PF Strawson, 'Freedom and Resentment' in his *Freedom and Resentment and Other Essays* (first published 1974, Routledge, 2008) 1 ff. 邦訳として、P・F・ストローソン (法野谷俊哉訳) 「自由と怒り」門脇俊介＝野矢茂樹編『自由と行為の哲学』(春秋社、2010年) 31頁以下。引用に際する訳文は、いずれも基本的にこの邦訳によっている。

<sup>364</sup> 同論文に示されたストローソン理論の概要と意義については、成田和信『責任と自由』(勁草書房、2004年) 3頁以下、瀧川裕英『責任の意味と制度』(勁草書房、2003年) 87-90頁など参照。

<sup>365</sup> Strawson (n 363) 1; ストローソン・前掲注 (363) 31頁。

<sup>366</sup> Strawson (n 363) 2; ストローソン・前掲注 (363) 34頁。

<sup>367</sup> Strawson (n 363) 4; ストローソン・前掲注 (363) 37頁。

<sup>368</sup> 表出的刑罰論の文脈でも、非難の要素を考慮しなければ罰金と税金を区別できなくなる、と言われることがある。Von Hirsch (n 25, 2017) 31. Feinberg (n 359) 95 f (フラインバーグ・前掲注 (359) 489-490頁) の場合、罰と、フットボールでのオフサイド・ペナルティや駐車違反チケットなどとの区別が問題とされている。上でストローソンが述べているのは、これらと同じことであろう。駐車違反チケット(割増料金でもよいであろう)は、例えば規定の時間を超過した駐車を予防する上で有効であろうが、犯罪を予防する上での有効性に基づいて正当化されるのも、この駐車違反チケットと同じような「何か」に過ぎないのであって、それは「刑罰」とは別のものだ、というわけである。

すなわち、上の楽観主義者と悲観主義者はいずれも、非難と処罰の実践を外から眺めて合理的に正当化しようとしている。その一方で、この実践を、それに直接的に関わる当事者の立場から、つまり内から眺めると、そこにおいて人々は、「対象から距離をおかない態度をとり、対象から距離をおかない仕方でも反応する。(…)それは、害をこうむった人やよいことをされた人がもつ態度・反応であり、感謝、怒り、許し、愛、精神的苦痛がそれにあたる」<sup>369</sup>。これらを総称して、「反応的態度 (reactive attitude)」と呼ぶ。以下では、この反応的態度を基本的視座に据えて、上記の問題にアプローチする。

反応的態度は、言い換えれば、「人間的な関係に関わったりその当事者となるときにとる(一群の)態度」であるとも言えるが、これは、人を人間的関係の参与者とはみなさずに、いわばモノとしてみなすところの態度、すなわち「客体への態度 (objective attitude)」と対比することができる<sup>370</sup>。例えば、相手の精神が錯乱していたり、子供であったりすると、反応的態度をとることはできず、客体への態度をとることになって、その相手を治療やしつけの対象とみることになる。この客体への態度には様々な感情が——例えば嫌悪や恐れ、哀れみ、あるいはある種の愛すら——伴いうるが、「客体への態度によって伴われることのない一群の反応的感情・態度が存在する。それは、個人の間に生じる人間的な関係に他人とともに関わったりその当事者となる場面に似つかわしいものであり、怒り、感謝、許し、立腹がそれにあたる」<sup>371</sup>。

さて、ここで決定論の問題と、上における悲観主義者の考え方に立ち戻ろう。それに沿って考えると、決定論が正しければ、上のような反応的態度をとることは不当ということになって、人に対する態度はすべて客体への態度でなければならない、ということになりそうである。それでは、「決定論者の命題を受け入れた結果、どの人に対してもつねに客体への態度だけを向けて接するようになる——これはありうることなのか。あるいは、こうなるべきなのだろうか」。確かに、それを観念することは、絶対に不可能であるとまで

---

<sup>369</sup> Strawson (n 363) 5; ストロースン・前掲注 (363) 38 頁。処罰と非難の実践を念頭に置く場合には、その主役はまさに「怒り」であるということになろう。

<sup>370</sup> Strawson (n 363) 9; ストロースン・前掲注 (363) 46 頁。

<sup>371</sup> Strawson (n 363) 9 f; ストロースン・前掲注 (363) 47 頁。なお、この反応的態度は、個人的反応的態度 (personal reactive attitude)、代行的反応的態度 (vicarious reactive attitude)、自己反応的態度 (self-reactive attitude) の三種類に区別される: 「個人的反応的態度は自分のために他人に課す要求と結びつき、代行的反応的態度は他人のために別の他人に課す要求と結びつく。同じように、自分に対する反応的態度というものがあり、それは他人のために自分自身に課す要求と結びついている」 (Strawson (n 363) 16; ストロースン・前掲注 (363) 59 頁。訳語を若干変更した)。単純化して説明すれば、例えば、X が A を殴り、B がそれを目撃したとする。A は、自身のために、X に対して、「痛いだろ、謝れ」と怒る (個人的反応的態度)。B は、A のために、X に対して、「なんてことをするんだ、A 君に謝りなさい」と怒る (代行的反応的態度)。X は、A のために (A には悪いことをしてしまったと思い)、「ひどいことをしてしまった、A に謝らなければ」と、罪悪感と謝罪の義務感を覚える (自己反応的態度。B との関係で、自分の行為を釈明する責任感を覚える、とも言えるかもしれない)。刑法に当てはめれば、刑罰非難は代行的反応的態度にあたることになる (Zürcher, a.a.O. Anm. (360), S. 98 f., 133 ff. 竹内健互「刑罰のコミュニケーション的機能について」伊東研祐ほか編『増田豊先生古稀祝賀論文集』〔勁草書房、2018 年〕269-270 頁も参照)。これら三者の微妙な違いは、ここでは無視できる。

は言えない。しかしそれでも、このようなことは、「現実の私たちにとっては実際問題としては想像不可能なのだ、と私にはどうしても思えてしまう。私たちは、個人間の通常の関係の当事者となり、その関係の中におかれている。そのことに人間らしい仕方で深く関わることは、私たちのすみずみにまで行き渡り、深い部分に根を下ろしている」<sup>372</sup>。つまり上の決定論者は、誰にも、自分自身にすら、できもしないはずのことを言い立てているのである。「決定論が正しいことを私たちが理屈の上で確信し、その結果、もっぱら客体として見るという態度を他人に対して向けるに至る——こうした想定は、現実の私たちにとって大まじめに行えることではない」<sup>373</sup>。ここで、次のように問われるかもしれない。すなわち、「決定論が正しいという理屈上の確信が広く行き渡ったとしたら、私たちの世界を変容させ、(…)〔反応的態度を〕完全に抑制することが合理的になるのではないのか」(傍点部は原文イタリック体)。しかし、「この問いを提起する人は、先に与えた応答の要点、すなわち、反応的態度に人間らしい仕方で深く関わるという私たちの本性を何ひとつ理解していない。『私たちの本性に根づいていない行為(あるいは、私たちの本性に根づいていない能力を使って為される行為)であっても、それを行うことは合理的になるのではないのか』と問うても、何も得られはしないのである」(傍点部は原文イタリック体)<sup>374</sup>。より積極的な形で言えば、「さまざまな態度からなるこの一般的枠組の存在自体は、人間が社会をなすという事実とともに与えられた所与であり、この枠組全体について言えば、外側からの『合理的』正当化は必要ないし、そうした正当化の余地があるわけでもない」<sup>375</sup>のである。

こうして悲観主義者は誤っている。他方で、冒頭で指摘したように、楽観主義者もまた正しくない。なぜなら彼らは、処罰や非難の社会的有用性を強調するばかりで、それに伴う、人間的・感情的な、反応的態度を全く見落としているからである。悲観主義者も楽観主義者も同じく、決定論が正しいときに処罰や非難の実践は不当になるのか、ならないのかという、合理的・規範的な思考枠組みばかりに捉われているのであって、それこそが両者に共通している誤りである。つまり彼らはいずれも、事柄を「過度に知性化している(over-intellectualize)」<sup>376</sup>ところに、根本的な問題を抱えているのである。我々は事実として反応的態度をとっているものであり、それは、正当だとか不当だといった、専ら合理的・規範的な考えとはおよそ無縁に、そうなのである。このことを看過してはならない。

以上のようなストローソンの議論が、自由意思と責任をめぐる哲学的議論に与えたインパクト、ないしそれに対する反論<sup>377</sup>は、ここでは扱わない。それでは、専ら刑罰論的な観点から見たときに、以上のストローソンの議論は、どのように評価されるであろうか。以上の

<sup>372</sup> Strawson (n 363) 12 f; ストローソン・前掲注 (363) 51-52 頁。

<sup>373</sup> Strawson (n 363) 14; ストローソン・前掲注 (363) 54 頁。

<sup>374</sup> Strawson (n 363) 19 f; ストローソン・前掲注 (363) 64-65 頁。

<sup>375</sup> Strawson (n 363) 25; ストローソン・前掲注 (363) 74 頁。

<sup>376</sup> Ibid. 訳語を変更した。

<sup>377</sup> これについては、さしあたり、瀧川・前掲注 (364) 90 頁参照。

議論を持ち出して、「したがって刑罰（非難）には正当化の必要がないのだ」と述べ、そうして表出的刑罰論を擁護することは可能であるか？

おそらく、ほとんどの人は、物足りないと感じるのではないだろうか。規範的表出主義としての表出的刑罰論を擁護するとき、我々は、犯罪に対して非難を表出することはそれ自体で規範的に正当であるという主張にコミットしており、したがって、そのことを論証すべき責任を引き受けている（し、引き受けなければならない）。それゆえ、結局は、反応的態度としての刑罰（非難表出）がそれ自体で規範的に正当化されうることの論拠を示す必要が出てくる<sup>378</sup>。しかし、そのような論拠を、ストローソンの議論そのものから取り出すことは原理的に不可能である（彼はそもそも、「正当化は必要ない」と言い切っている）のである。これは、「正当である」という主張とは別個のものであり、かつ、前者は後者を含意しない）。さらに、仮にこの点をクリアできたとしても、それ以上に困難なのは、刑罰の害悪性をいかに正当化するか、という問題である。すなわち、仮に非難を表出すること自体に規範的正当性を認めることができたとしても、それは言葉で「なんてひどいことをする」などと伝え、それによって怒りの感情や、相手の行為の不正性を伝達すれば（つまり刑法で言えば、判決を言い渡せば）、それで非難表出は完遂されたことになるはずである。したがって、ギュンター（Günther）がいうように、規範的表出主義のみによっては、刑罰害悪を正当化することはできない、という結論に至るのが一貫している<sup>379</sup>。この問題を、規範的表出主義を維持しながら<sup>380</sup>解決するための方策として、ヘルンレと（最近の）フォン・ハーシュが引き合いに

<sup>378</sup> この点、表出的刑罰論をめぐるのは、すぐに述べるように、有罪判決の言い渡しを非難表出と捉え、これが刑罰の害悪（例えば自由刑であれば、少なくとも場所的移動の自由に対する侵害を伴う）と対置され、後者の正当化可能性が取り沙汰されることが多い。しかし、それ以前に、非難表出と刑罰害悪を区別することには、ミスリーディングなところがある。なぜなら、非難表出それ自体も、刑罰のような公的な非難表出を念頭に置くならば、明らかに外部的名誉に対する侵害を伴うのであって、その限りで確かに「害悪性」をもっているからである。この点では、下で触れるギュンター説に関する竹内・前掲注（371）265頁の指摘を参照：「もっとも、Güntherの論証からは、（…）なぜそのように〔非難表出として：引用者注〕理解された刑罰（公的宣言）が正統なものであり得るのかという点に関する規範的な論拠は依然として提出されていないように思われる」。この指摘が当てはまる表出主義者は、ギュンターに限られないであろう。現に、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）28頁も、フォン・ハーシュ（とヘルンレ）の見解は、「（…）一定の道徳的立場に関する、人間社会の集合的な確信に基づくものでしかない。（…）応報刑論の正当性を（…）規範的に根拠づけたとはいえない」とする。

<sup>379</sup> Klaus Günther, 'Criminal Law, Crime and Punishment as Communication' in AP Simester, Antje du Bois-Pedain & Ulfrid Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Hart Publishing, 2014) 133-135, 139; ders., Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. in: Festschrift für Klaus Lüderssen. 2002. S. 219. ギュンターの議論については、竹内・前掲注（371）263-265頁、高橋則夫『修復的司法の探求』（成文堂、2003年）38-40頁も参照。

<sup>380</sup> すぐ下でフォン・ハーシュの見解に触れるが、厳密に言えば、彼はかつて、刑罰害悪の正当化に際して威嚇抑止の観点を導入し、非難と予防を共に援用する二元的な立場を採用していた。Von Hirsch (n 25, 2017) 36-43; von Hirsch & Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing* (OUP, 2005) 21-27; von Hirsch (n 362) 12-14; von Hirsch, Die Existenz der Intuition Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 73-79; ders., Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 54-58. 高橋直哉「英

出すのは、要するに、非難表出に害悪を伴わせるのは社会的に確立した慣習である以上、刑罰害悪は非難を真摯なものとするために必要不可欠である、という論拠である<sup>381</sup>。確かに、刑罰害悪を抜きにした言葉の上での非難だけでは真摯さを感じられないというのは、事実としては、その通りであろう。しかし、ここで問われているのは、刑罰害悪を通じて非難に真摯さをもたせてよいことの規範的根拠である。前者から後者を直接に導出するならば、それは事実から当為を導くという基本的な方法論的誤謬（いわゆる自然主義的誤謬）を犯すものである。それゆえ、「刑罰を単に事実的に、コミュニケーション的なものと捉えるだけでは、依然として刑罰の正統化にはならない」のである<sup>382</sup>。

このように見てくると、やはり、ストローソンの議論を出発点とする刑罰の規範的表出主義は、行き詰まることを運命づけられていると言わざるを得ないように思われる。竹内健互は、このような根本的疑問に基づく批判を的確に定式化している：<sup>383</sup>

（…）しばしば表出的刑罰論を擁護するコンテクストで取り上げられる Strawson の「反応的態度」の理論の給付能力も問題となるであろう。（…）Strawson は、私たちが日常生活において他人の行為を道徳的に評価し、その道徳的責任を帰属する道徳的实践を既に営んでいるという「事実」を、人間社会の根源的なあり方や人間本性としての枠組みとして捉え直そうとしたのであった。（…）けれども、さらに遡って、なぜ非難や否認という反応的態度として刑罰を科すことが規範的に「も」正統化されるのかという一層高次の問いは、ここでは十分に提起されないままになっているように思われる。生活実践や社会的コンヴェンションを指示することは、せいぜいその「事実性」を裏づけることには奉仕するにしても、その実践の「正統性」を基礎づけることまで可能であるか、あるいはその十分条件となるかという点については、やはり疑問が残ると言えよう。

「反応的態度」の理論を規範的表出主義との関係で捉える限り、この批判は完全に正しいと考えられる。しかし、その一方では、そもそもの前提において、次のように問いかけるこ

---

米におけるハイブリッドな刑罰論の諸相」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）220-224頁、飯島・前掲注（378）27頁、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（2）」立命 342号（2012年）237頁も参照。もっとも、「かつて」と述べたように、現在のフォン・ハーシュはこの二元的説明から抑止の要素を後退させている。下注（381）参照。

<sup>381</sup> Hörnle, a.a.O. Anm. (279), S. 44 f.; *dies.*, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 19/2006, 956; *dies.*, a.a.O. Anm. (286), S. 123 f. また、最近のフォン・ハーシュは、刑罰害悪はまずもって、非難表出を増幅する機能（amplifying function）と等級づける機能（grading function）によって正当化されるのであり、その犯罪抑止効果も正当化根拠の一部ではあるが、付随的なものに過ぎないというように、かつての二元的説明から抑止の要素を後退させている。Andrew von Hirsch, 'Censure and Hard Treatment in Punishment's Justification' in du Bois-Pedain & Bottoms (eds), *ibid.*, 88, 90 f. 実質的には、この点ではヘルンレの見解と合流したとみてよいであろう。なお、この両者の議論は、オーストラリアの刑罰哲学者であるジョン・クレイニクの議論から影響を受けたものである。本人による最近の議論として、John Kleinig, 'The Architecture of Censure' in Antje du Bois-Pedain & Anthony Bottoms (eds), *Penal Censure: Engagements Within and Beyond Desert Theory* (Hart Publishing, 2019) 3 ff.

<sup>382</sup> 竹内・前掲注（371）267頁。飯島・前掲注（378）28頁も参照。

<sup>383</sup> 竹内・前掲注（371）275頁。

とができる：そもそもストローソンは、問題を専ら規範的な視点からとらえるという方法そのものを批判したのではなかっただろうか？ 言い換えれば、ストローソンに依拠した表出的刑罰論は、反応的態度という概念を規範的表出主義に結びつけるという出発点において、既に誤りを犯していたのではないか？ もし、そうであるとすれば、改めて基本に立ち返り、これを記述的表出主義と結びつけ直す場合には、どうなるであろうか？

検討すると、まず、ストローソンの議論の到達点、ないしその最大の力点は、決定論と非難（刑罰）をめぐる議論は、問題を「過度に知性化している（over-intellectualize）」という認識にあるといえる。すなわち、彼のいう悲観主義者は、決定論が正しければ非難（刑罰）は正当たりえない、と述べている。楽観主義者は、決定論が正しくても、行動統制（犯罪予防）に役立つという社会的有用性がある以上、非難（刑罰）は正当たりうる、と述べている。この両者の共通点は、いずれも専ら、正当たりうる／たりえないという規範的なレベルだけで議論を展開しているところにある。これに対して、ストローソンの批判の矛先は、そのような議論形式そのものに向けられる。この問題を、専ら規範的なレベルで議論しようとするときには、非難や処罰という実践は、そのような規範的思考とは無縁に、日常的に行われているという事実が、視野の外に置かれてしまい、そのまま見落とされてしまうのである：「決定論が正しいことを私たちが理屈の上で確信し、その結果、もっぱら客体として見るという態度を他人に対して向けるに至る——こうした想定は、現実の私たちにとって大まじめに行えることではない」<sup>384</sup>。我々はここで、規範的な思考を一旦宙吊りにして、ストローソンが言わんとすることを正確に把握・実感する必要がある。考えるのではなく、感じるのである。例えば、厳格な非両立論的決定論者の男がいるとする。非両立論であるから、決定論が正しい以上は、賞賛や非難といった実践は規範的に不当となる。ところで、彼に娘がいるとする。彼女は、浪人生活の中での血の滲むような努力を経て、大きく成績を伸ばし、ついに希望の大学に奇跡的な合格を果たしたとする。彼が娘を賞賛することは不当だ、と短絡してはいけない。いま、我々は正当性の話をしていないのである。合格のニュースを耳にしたとき、彼は、胸の底から喜びが湧き上がるのを感じるはずである（少なくとも、彼が正常な人間であるならばそうなるはずだ、と我々は感じるであろう）。このときに、娘の成功が喜ばしいという感情が湧き上がること、そして、娘に賞賛の言葉を贈るという態度を取りたくなることと、自由意思論に関する自説が両立不可能論的決定論であるということの間に、いかなる関係があるだろうか。全くないのである。彼女を称賛することが規範的に正当であるから、喜びが湧き上がるわけではないし、称賛が不当であった場合に、喜びが湧き上がらなくなるというわけでもない（裏からいえばもちろん、喜びが湧き上がるから正当である、ということにもならない）。我々は、理屈がどうあれ、規範がどうあれ、理由がどうあれ、一定の状況においては事実として一定の感情をもち、一定の態度を取るのである。この事実を捨象して、専ら規範や正当化といった文脈に引きこもること、これが、ストローソンが「過度の知性化」と指弾した振る舞いの実体であろう<sup>385</sup>。

<sup>384</sup> 上注（373）。

<sup>385</sup> 成田・前掲注（364）18-21, 26 頁と比較せよ。



その上で彼は、このような実践の「正当化は必要ない」と言い切ってしまうのであった。これが正しいことであつたかどうかをここで判断することはできないし、実際のところ、本稿の限りでは、判断する必要もない。むしろ本稿としては、少なくとも刑罰は人に重大な不利益を賦課する実践である以上、「正当化は必要である」と端的に言ってしまってよいし、かつ、そういうべきである<sup>386</sup>。本稿が注目する点は、そこにはない。

本稿が、ストローソンの「自由と怒り」という論文に見出す意義は、それがいわば、非難の自然主義的転回と呼びうる事態<sup>387</sup>をもたらしたところにある。すなわち一言でいえば、非難は事実として扱うことができるのであり、非難は、それが規範的に不当であつたとしても、事実として消え去ってしまうわけではない、ということである。ここで再び、「公衆の正義観念」を想起しよう。それは要するに、「重大な不正行為は処罰しなければならない」という、人類に普遍的に共有された（その意味で、人間の本性に根ざす）判断である<sup>388</sup>。本稿 I. 2-1. で述べたように、それは専ら理性的推論（システム 2）の産物なのではなく、直観的判断（システム 1）としての側面をもっていた。本稿 I. 2-3. で述べたように、この直観的判断が普遍的に共有されるに至った背景には、おそらく人類の進化の歴史が横たわっているのであった。ここに、公衆の正義観念と、反応的態度との並行関係を見て取ることができる。この両者は、根本的に、同じものを指し示しているのである。異なるのは記述の形式である。公衆の正義観念は、社会科学的な方法に基づく経験的調査を通じて、いわば量的に記述された。これに対して反応的態度は、哲学的な方法に基づく概念分析を通じて、いわば質的に記述された。しかし、その記述対象は、一致しているのである。

こうして我々は、公衆の正義観念の質的記述を発見したことになる。それは反応的態度である。したがって、当初の問い、すなわち「公衆は（応報的な態度によって）何をしたがつているのか」という問題にも回答が与えられる。犯罪と刑罰に関する公衆の正義観念が要請し、行おうとしているのは、犯罪に対する非難の表出という反応的態度である。より簡潔に定式化すれば、公衆の正義観念によって要請されるのは、事実としての非難の表出である。しかし、ストローソンとは異なり、この非難表出は「正当化の必要がない」という必要はない。刑罰という非難表出は、人に重大な不利益を被らせる実践である以上、正当化は必要であろう。そして、正当化は可能である。なぜなら、公衆の正義観念に従って、事実としての非難を表出することには、刑事司法システムに対する道徳的信頼の確立を通じた、積極的一般予防効果が認められるからである（本稿 I. 4. および II. 1-1. 参照）。

ストローソンがいみじくも指摘したように、人は、不正な行為があれば、反応的態度とし

<sup>386</sup> この点については、瀧川・前掲注（364）90 頁の批判を受け入れることもできる：「人間には理論への関与、すなわち事実〔＝決定論が正しいという事実。ここは、規範的正当性や理論的合理性・一貫性などと言い換えることもできよう：引用者注〕がどのようなものかに従って行為することに対する関心もあるのであり、ストローソンは決定論問題を、逆に過度に非知性化しているのではないかという疑問がある」（傍点は原文による）。

<sup>387</sup> これは筆者が独自に付した名称ではあるが、瀧川・前掲注（364）90 頁がストローソンの立場を「自然主義的両立可能論」と呼称していることに倣ったものである。

<sup>388</sup> 本稿 I. 2. 参照。上注（299）も参照。

て、事実としての非難を表出する存在である。この意味での非難表出が、我々がいま現に行っている刑罰制度を本質的に特徴づけていると解しうることは自明である<sup>389</sup>。そうするとこれは、記述的表出主義でもあることになる。したがって、経験的デザート論は記述的表出主義と整合する。というよりも、上述したように、経験的デザート論の中核概念である「公衆の正義観念」と、記述的表出主義の中核に置かれる「(反応的態度であるところの)事実としての非難」は、同じものなのである。

以上を総合すれば、経験的デザート論は、実証的な積極的一般予防論の一種である(本稿Ⅱ. 1-1. 参照)と同時に、記述的表出主義に立脚する表出的刑罰論の一種でもある、ということになる。そうすると、このように発展的に解釈された経験的デザート論には、そもそもわが国において「経験的デザート」という概念には馴染みが薄いことに照らしても、別の名前をつけてよいであろう。この点、上述したように(本稿Ⅰ. 5-2 および 5-3)、この理論は、積極的一般予防効果を中核とはするものの、消極的一般予防効果や特別予防効果も、それが有効である場面では、その考慮を排除すべき理由は存在しない。そうすると、以上の一般・特別予防作用をまとめて「抑止」と総称することが許されるとすれば<sup>390</sup>、この理論は、非難の表出を主たる手段とした犯罪抑止を正当化根拠とする理論であることから、表出的抑止刑論と呼ぶことができるであろう<sup>391</sup>。上述した「内在的論拠」も、その最上位概念が明らか

<sup>389</sup> 念のため述べておくと、この刑罰制度を、非難的性質をもたない制裁の体系として解釈することが不可能であると主張しているわけではない(確かに刑罰制度は、系譜的にみれば明らかに、上にみたような事実としての非難に根ざしているであろう〔これ自体を否定する議論もありうるが、成功する可能性が高いとは、筆者には思われない〕。しかし、刑法解釈に際してはそのような非難的性質を無視すべきである、という規範的立場は成立しうるし、それに基づいて現行法と深刻に矛盾しない解釈論を展開することは、不可能ではないであろう)。そのような解釈が可能であるということと、刑罰が非難の性質を有するものであると解釈することの可能性および自然さとは矛盾しない。せいぜい、可能な解釈が二つ並立するだけである。そうであれば問題となるのは、いずれの解釈がより優れているかということだけである。

<sup>390</sup> 文脈が若干異なっているが、概ねこのような用語法として、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)17頁。また、平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、1972年)も、今日でいう消極的一般予防と消極的特別予防の「両者をあわせて抑止刑論と呼ぶこともできる」(同20頁)とした上で、今日でいう積極的特別予防(平野は「社会復帰」と呼ぶ)との関係では「抑止刑論と社会復帰論との間には原理的な対立はない。受刑者の改善更生の原則は、(…)修正的あるいは補完的な原理として存在する」(同25頁)と述べている。さらに、林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1995年)10頁以下および22頁以下は、消極的一般予防に疑問を呈して積極的一般予防を正当としつつ、その自説を抑止刑論と呼称してもいる(林幹人『刑法総論〔第2版〕』〔東京大学出版会、2008年〕15頁:「単に苦痛としての刑罰によって犯罪をなくそうとする考えを威嚇刑論、あるいは消極的予防論というのに対して、規範による予防を強調する考えを抑止刑論、あるいは積極的予防論という」)。以上に照らせば、本稿の立場を抑止刑論と呼ぶ用語法は、成り立ちうるものであると考えられる。

<sup>391</sup> なお、当然のことではあるが、表出的抑止刑論は、規範的表出主義が行き詰まった難点(刑罰害悪の正当化)を問題なく解決することができる。端的に言えば、害悪を伴わなければ刑罰非難が真摯なものであるという社会的了解を得られないということは、刑罰非難に害悪を伴わせることは公衆の正義観念の要請であるということと、同じことである。害悪なき「刑罰非難」に公衆が納得しないであろうことは明らかである。つまり、表出的抑止刑論は、上にみたクレイ

にされたことになる。それは、「非難表出の必要性」である。

かくして本稿は、経験的デザート論を「表出的抑止刑論」として発展的に解釈することによって、残された課題の一つであった内在的論拠の整備という問題を、解決することができた（というよりも、解決にむけた道を拓くことができた）といえる。

### 3-2. 多元的な規範的制約の必要性：「制約された表出的抑止刑論」へ

続いて、外在的論拠の問題である。公衆の正義観念にかない、したがって犯罪予防効果を有する刑であっても、それが別個の規範的論拠によって不当となる場合は観念できるし、かつ、そのような余地を認めるべきである。例えば、きわめて例外的な場合には、公衆によって、身体刑のような残虐な刑罰が要請されることが絶対にあり得ないとは言えないが、その際には公衆を説得するための努力を怠ってはならないとしても、それとは全く別個に、公衆が何を思うのであれ、残虐な刑罰は、絶対に禁じられるのである。このような、予防目的の追求を、その目的とは別個の論拠から制約するという契機のことを、筆者は前稿において、規範的制約と呼んだ<sup>392</sup>。規範倫理学の用語に置き換えれば、表出的抑止刑論は目的刑論であり、したがって帰結主義的な立場であるが、この目的追求に対しては、義務論的制約 (deontic constraints) を及ぼさなければならない。つまり、その限りで、非帰結主義的 (non-consequentialist) な立場をとらなければならない。

もっとも、単にこのように述べても、その趣旨がいまいち判然としないかもしれない。具体的に整理すれば、次の二点において、判然としない部分が残っていると思われる。まず、①規範的制約の意義を提示する必要がある。すなわち、本稿は、規範的制約という名の下で、具体的に何を行おうとしているのかを明確化する必要がある。さらに、②規範的制約の正当性について説明を加える必要がある。すなわち、上ではただ「規範的制約」が必要である、あるいは同じことであるが、「義務論的制約を及ぼさなければならない」などと述べたものの、これはいささか唐突に感じられるかもしれない。というのは、積極的一般予防目的（を中心とする犯罪抑止）を刑罰目的に位置づけたのであれば、その理論的帰結は全てこの目的から演繹すべきであって、この目的追求を規範的ないし義務論的制約という別個の審級から遮断するというのでは、理論的一貫性が害されるのではないか、といった類の疑義が生じるためである。それゆえ、本稿のいう規範的制約は、どうして正当でありうるのか、という疑問に対して一定の回答を与える必要が出てくるのである。そこで、以下ではこれらの二点について検討する。なお、その論述は、前稿<sup>393</sup>で示した分析と重複する部分もあるが、それも含め、ここで改めて整理を行う。

---

ニク、ヘルンレ、フォン・ハーシュらの刑罰害悪に関する議論を取り込むことができ、その時にこそ、この議論は、(犯罪予防にかなうという) 規範的根拠を確かに備えたものとなるのである。

<sup>392</sup> 正確に言えば筆者は、刑罰をプラスに根拠づける理由のことを「積極的理由」と呼び、これに対して刑罰をマイナスに限定づける理由のことを「消極的理由」と呼んでいるが、「規範的制約」はこの後者の別名である。積極的理由と消極的理由の概念については、十河・前掲注 (1) の I. 2. を参照。

<sup>393</sup> 十河・前掲注 (1) および十河・前掲注 (2)。

### 3-2-1. 規範的制約の意義

まず、規範的制約の意義から検討を始める。結論から述べれば、本稿が行おうとしているのは次のようなことである。いわゆる抑止型相対的応報刑論——刑罰目的を犯罪予防に求めつつ、それを責任主義によって消極的に制約すること（消極的責任主義）によって、目的刑論の前提を維持しつつ、それを、行為責任に照らした罪刑の均衡という帰結と両立させようとする理論構成である<sup>394</sup>——において、ここにおける責任原理ないし消極的責任主義は、本稿のいう「規範的制約（義務論的制約）」として機能している。ただ、本稿の立場と、このように解された限りでの抑止型相対的応報刑論とが異なるのは、本稿にとっては、予防目的の追求に際する規範的制約は責任主義に限られないという点である。つまり、責任主義の他にも、行為主義、罪刑法定主義、法益保護主義、訴訟法上の諸原理といった様々な原理が、刑罰による予防目的の追求を消極的に制約する、と解するべきである。

もう少し広い視野から整理すれば、抑止型相対的応報刑論とは上述の通り、「犯罪予防目的＋当該目的に対する消極的制約」という構造をもつ理論である。その中では、予防目的の内実をどう捉えるか（消極的一般予防なのか積極的一般予防なのか、特別予防なのか、あるいは、これらを併用するならば、どのように優先順位を付けるのか）という点、および、規範的制約の内容と根拠づけをどのように捉えるかという点で、様々なバリエーションを観念することができる。その中で私見（制約された表出的抑止刑論）は、次のように考える。予防目的に関しては、「事実としての非難」を通じた積極的一般予防が主であり、これに対して、消極的一般予防と特別予防が（それらの経験的有効性が見込まれる場面において）従として関与する。本稿はこれを、ロビンソンから学んだのであった。続いて、規範的制約に関しては、本稿の立場としては、それは「多元的である（様々なものがある）」と端的に答えることになる<sup>395</sup>。この回答の含意と正当性が、以下問題となるわけである。

このような、刑罰の予防目的に対して規範的制約を多元的に及ぼすという方向性を示唆する論者として、ルイス・グレコ（Luis Greco）を挙げることができる。彼はいう：

いかなる応報をも放棄するとはいっても、やはり、応報論の決定的な要素は、これを予防的統合説にも含めなければならない。その要素とはすなわち、刑罰を制限する手段としての、より正確に言えば、刑罰に対する義務論的制約としての、責任原理である。<sup>396</sup>

<sup>394</sup> 十河・前掲注（2）の注（127）参照。わが国における、このような構成を採用する文献の引用は、十河・前掲注（1）の序論2. および十河・前掲注（2）II. 2-2. 参照。

<sup>395</sup> つまり、制約された表出的抑止刑論は、抑止型相対的応報刑論の一種である。前稿での用語に従えば、「非難抑止型相対的応報刑論」である。十河・前掲注（2）のII. 2-2. を参照。ただ、このように、同じ理論に二つの名前があるというのは、混乱を招きやすいであろう。これに照らしても、やはり前稿で提案したことであるが、抑止型相対的応報刑論という呼称はもはや取りやめて、「制約された目的刑論」という、実体をよりよく反映した呼称に切り替えた方がよいかもしれない（十河・前掲注（2）の注（157）参照）。それゆえ、以下では専ら、自説を、制約された表出的抑止刑論と呼称する。

<sup>396</sup> Roxin/Greco, a.a.O. Anm. (279), §3 Rn. 51. 厳密に言えばこれは、同書第4版におけるロクシンの記述に対して、同5版においてグレコが加筆したものである。「より正確に言えば、刑罰に対する義務論的制約としての」というのが加筆部分である。

ロクシンが責任について述べたこと——責任は単なる制約であって、目的を構成するものではないということ——は、そのほかの、目的合理性とは関連しない刑法上の保障との関連でも、当てはまることである。(…) 刑罰は所為と比例しないものであってはならない、法律なくして刑罰を科してはならない、刑事裁判官は公正かつ中立でなければならない。しかしなお、均衡性があり、法律があり、公正中立な裁判官があるということは、それだけで、人を処罰すべきであるということの意味するものではない。<sup>397</sup>

引用文のうち上の段落で的確に表現されているように、責任原理は、予防目的の追求を別個に制約するところの、義務論的制約として位置づけるべきである。したがって、仮に公衆の正義観念から責任原理に反する刑が要請されたとしても、そのような刑は規範的制約により排除される。たとえ、それによって犯罪予防効果が減少するとしても、そうすべきことには変わりはない。これは例えば、次のような倫理的判断と構造を同じくする。すなわち、健康な人間である X に心臓、肝臓、腎臓を提供させれば、病人 A, B, C の生命を救うことができるが、X は死亡してしまうという場合に、たとえ臓器提供をさせた方が 2 人ぶん多くの生命が助かるとしても（したがって帰結主義的観点からは臓器提供が要請されるとしても）、手段化禁止原理 (means principle) という義務論的制約によって、臓器を提供させることは X を 3 名の生命を救うための手段として扱うことになり不当であるから、臓器提供を許容しない、と<sup>398</sup>。つまり、「予防目的の追求を責任原理によって制約する」という立場は、規範倫理学における、「帰結主義的な目的追求に義務論的制約を及ぼす」という立場に対応しているのである。それゆえグレコは、責任原理は「刑罰に対する義務論的制約」とであると述べているわけである。ただし、義務論的制約という用語には倫理的な含意があるところ、このような制約のすべてが、倫理的に基礎づけられる（べき）ものであるとは限らない（例えば、憲法による制約の基礎づけは、その倫理的基礎づけと完全には一致しないであろう）。したがって筆者は、用語法の問題に過ぎないとはいえ、これを規範的制約と呼ぶことにしている。

同時に、引用文のうち下の段落で指摘されているように、そのような規範的制約が、責任原理だけであるというべき理論的必然性は存在しない。他にも例えば、行為主義、罪刑法定主義、訴訟法上の諸原理、法益保護主義といった、法制度および法律家共同体の内部で強固な共通理解を形成している諸原理が存在し、かつそれらが承認されるべきことの規範的根拠は、それぞれ別個に存在する。それゆえ、規範的制約は、多元的なものとなるし、その根拠づけもまた、多元的なものでなければならない。そうしてこそ、個々の基本原理に固有の保障的機能が、よりよく果たされるというべきであるし<sup>399</sup>、それらを刑罰論から一元的に演繹しようとするれば、その理論的動機が、かえって、多元的な諸根拠の差異を見失わせ、それらの理解を歪めることになりかねないのである（一元的な刑罰論から、刑法解釈論の全ての論点を基礎づけようという目論見そのものが、いわば「色眼鏡」なのである）。これが、本稿が「規範的制約」の意義として念頭に置いている事柄である。

<sup>397</sup> Greco, a.a.O. Anm. (283), S. 249 f.

<sup>398</sup> この具体例は、Victor Tadros, *The Ends of Harm. The Moral Foundation of Criminal Law* (OUP, 2011) 37 を若干改変したものである。なお、十河・前掲注 (1) の I. 1-1. も参照。

<sup>399</sup> 十河・前掲注 (1) の I. 2-2. を参照。

### 3-2-2. 規範的制約の正当性

次に、規範的制約の正当性が問題となる。次のところに、この検討の出発点を置くことができる。すなわち本稿は、「事実としての非難（公衆の正義観念に従った処罰）」に対して、それとは異質な、多元的な規範的制約を及ぼすことで、本稿 II. 2-3. で定式化した「外在的論拠」の必要性——ひとことで言えば、法益保護主義や責任主義といった、公衆の正義観念とは無関係に基礎づけられる諸原理を通じて、「公衆の正義観念の暴走」に対する、いわば防壁を構築する必要があるということである——を満足させようとするものである。しかし、このような構成（以下、仮に「制約原理構成」と呼称する<sup>400</sup>）においては、「制約として機能する応報<sup>401</sup>の枠組みも〔予防目的に対して：引用者補足〕異質な要素に留まらざるを得ず、外部から接木を足すようなものにしかない」<sup>402</sup>とも感じられるのは事実であろう。このような、制約原理の唐突さ、異質さ、あるいは「接木」という語は、制約原理構成に対する違和感のイメージを、核心を突いた形で表現しているといえる。しかし同時に、これだけでは、単なるイメージに過ぎない。これを有効な批判とするためには、「接木」が具体的にいかなる問題を生じさせるのか、ということを実体化しなければならないであろう。実際のところ、（少なくともわが国において）この点が直接に主題化されることは少ないように思われるが、筆者なりに整理すれば、次の四つの問題が生じうる。

#### 3-2-2-1. 問題1：応報の不当な再導入

第一に、制約原理構成は、いわば、玄関で追い払った応報を裏口から招き入れるものではないかという問題がある。すなわち論者は、上に引用した一節に続けていう：「応報の観点そのものは否定的に解されていたのであるから、何故いきなりそれが予防の観点に対する制約として機能（…）できるのかを基礎づけなければならないはずである。つまり、応報の観点それ自体が刑法において法治国家的な保障を担い、人間の自律性の維持に資する肯定的な意義を有するものであることを明らかにする必要がある」<sup>403</sup>。確かに、一旦は排斥された概念が、特段の論証なくして再び理論に導入されるのであれば、それは矛盾であって、論証の不備というべきであろう。しかし、この批判が成り立つのは、次のことを前提とした場合だけである。すなわち、ここにいう「法治国家的な保障」や「人間の自律性の維持」といった機能を果たしうるのは、「応報」なる概念ないし原理だけである、と。本稿は、この前提そのものを否定する。すなわち、そのような保障機能は、法益保護主義や責任主義といった刑法の基本原則のほか、適正手続の原則のような刑事訴訟法上の諸原理、あるいは憲法上

<sup>400</sup> 既に言及してきたように、この構成は、英米刑罰論においては「消極的応報主義」、あるいはドイツの議論から影響を受けたわが国では「消極的責任主義（責任主義の一面性）」として知られてきた構成と論理構造を同じくする。しかし、そこにいう「消極的なもの」が、責任主義だけであるとは限らない。この点を反映するために、より抽象的な語彙を採用する必要がある。

<sup>401</sup> 本稿の立場からすれば、法益保護主義や責任主義といった諸々の制約原理が多元的に存在するのみであって、それらを「応報」と総称する必然性はない（つまり、刑罰目的を制約する多元的な諸原理の正当化根拠が「応報」なる一つの哲学的原理によって基礎づけられる〔ないし、そうでなければならない〕と解すべき必然性はない）。この点はすぐに言及する。

<sup>402</sup> 飯島・前掲注（378）12頁。

<sup>403</sup> 同上。

の諸原理や、道徳哲学から導出される諸原理など、刑事司法システムに対して影響力を行使する多元的な規範的制約の全体を通じて果たされるべきものである。もちろん、これらの多元的制約の全体を、「応報」などと総称することは妨げられないが、それ自体は用語法の問題に過ぎず、そう呼んだところで何か理論的に意味があるわけではない。むしろこれは、多元的な制約原理が、あたかも「応報」という一つ概念・原理から演繹されるかのような誤った印象を誘う点で、有害無益な用語法である（もちろん、応報以外の任意の概念を用いても事態は変わらない。多元的な諸原理を統一的に根拠づける「一つの」概念・原理を想定し、それによって各原理の間にある差異が見落とされてしまうことそのものが、ここでの問題である）。したがって我々は、上に引用したロクシンの表現、すなわち「応報論の決定的な要素は、これを予防的統合説にも含めなければならない」<sup>404</sup>という言明からも身を引き離し、応報という規範的概念そのものを刑罰論から排除する道を選ぶ<sup>405</sup>。我々が規範的制約として導入す

<sup>404</sup> 上注（396）。同所で述べた通り、この部分はロクシンの筆によるものである（もちろん、第5版でもグレコの判断で維持されているわけではあるが）。

<sup>405</sup> なお上では、多元的な制約原理を「応報」（ないし、その他の任意の統一的概念）によって基礎づけられる（べき）ものとする発想そのものを批判し、その結論として刑罰論から応報という規範的概念を排斥したが、これに対しては次のような疑問も生じるかもしれない。すなわち、応報から要請される制約として念頭に置いていたのは基本的に責任原理だけであって、他の制約原理と並んで、責任原理を応報的な制約原理として位置づけてはいけいいのか、と。この点、そもそも応報概念は、少なくともその一種であるデザート概念としてこれを考える限り、そこから責任原理のような内容を導きうるようなものであるのか、という点には少なからず疑問の余地があるが（*Tadros* (n 398) 61-66 参照）、応報と呼ばれうる何らかの哲学的概念・原理から責任原理が基礎づけられ、その内容が豊富化される可能性が存在しないとまでは言えないであろう。

ただ、それでもなお注意すべきことに、刑罰正当化の積極的理由（刑罰を根拠づける理由）としての応報の論拠を、消極的理由（刑罰を限定づける理由）の根拠づけに転用することはできない。例えば、功績原理（デザート原理）の観点から、「相応な報いを与えることは正当であるから、責任のある者には刑罰を科さなければならない」という結論が導かれたとして、このことから、目的刑論を採用する者が、「功績原理は我々にとっても重要であるから、責任がない者には刑罰を科してはならない」ということはできない。なぜなら、前者において責任は積極的理由であり、後者では消極的理由であるところ、両者は論理的性質を異にするのであって、「根拠づけるものは限定づけず、限定づけるものは根拠づけない」からである（十河・前掲注（1）のI. 2-1. 参照。*Tadros* (n 398) 36 も参照：「あることを行う積極的理由があるということから、それを行うことに対する制約がもたらされることは、ありえない」）。より正確に言うと、犯罪予防を積極的理由に認める者、すなわち目的刑論の支持者が、上のようにして応報の観点を導入するとき、そこで構成されるのは、「予防と応報の二つを積極的理由とする刑罰論」であって、その内容は、「予防を積極的理由、応報を消極的理由とする刑罰論」とは異なるのである（十河・前掲注（1）のI. 2-2. 参照）。かくして、積極的理由としての応報は、消極的理由としての応報と、同じ語で呼ばれていても、その意味内容は論理的に異なっているのであって、前者により後者が（または後者により前者が）含意されることはない。それゆえ、目的刑論と対立する意味での「応報」（つまり積極的理由としての応報）を、応報と呼び続けるのである限り、消極的理由として応報的な機能を果たすものをも「応報」と呼ぶことは、両者の混同を招くものであるから、避けたほうがよいように思われるのである。

なお、以上のような、積極的理由としての応報を消極的な制約原理に転用することの疑問との関連では、高橋・前掲注（380）219 頁を参照。さらに、John Morison, 'Hart's Excuses: Problems with

るのは応報ではなく、多元的な規範的制約そのものである。この点で、H・L・A・ハートによる、「この〔刑罰：引用者注〕制度に関する道徳的に許容可能ないかなる説明も、別個の、部分的に衝突する諸原理の間における妥協を示すものとならざるを得ない」<sup>406</sup>という指摘の正当性を、改めて確認すべきである。

以上のように考えれば、この第一の問題は解消される。我々は、刑罰の予防目的（表出的抑止目的）を正当と解し、応報の正当性を否定する。この予防目的には、多元的な規範的制約が及ぼされる。ここにいう「応報」と、「多元的な規範的制約」は、全くの別物である。応報が（裏口から）再び招かれることはないのである。

### 3-2-2-2. 問題2：刑罰の非難性の不安定化

第二に、制約原理構成によっては、刑罰の非難性が失われるという問題がある。なぜそうなるかという点、「過去の行為を非難することそれ自体に予防目的には還元されない意味を見出すことは、目的刑論の本旨に反する」<sup>407</sup>ためである<sup>408</sup>。もっとも、実際のところ、この批判そのものが本当に成立しているかどうかということ自体、既に疑いが残るのであるが<sup>409</sup>、この点を措いたとしても、少なくとも私見は、この批判を容易に回避することができる。

---

a Compromise Theory of Punishment' in Philip Leith and Peter Ingram (ed), *The Jurisprudence of Orthodoxy: Queen's University Essays on H.L.A. Hart* (Routledge, 1988) 125 ff も参照。

<sup>406</sup> HLA Hart, *Punishment and Responsibility*, (John Gardner ed, 2nd edn, OUP, 2008), 1. ハートの刑罰論については、十河・前掲注(1)の注(82)を参照。

<sup>407</sup> 高橋・前掲注(16) 145頁。

<sup>408</sup> この点では、そもそも、刑罰が非難でなくて何が問題なのか、と思われるかもしれない。現に、例えば *Roxin/Greco, a.a.O. Anm. (276), § 3 Rn. 65* は、刑罰と保安処分は、目的において本質的には異ならず、その限界が責任原理にあるのか、それともそうではないのかという点で異なるだけであるとした上で、同 Rn. 69 では、両者が非難性の有無によって区別されるとする見解を明示的に排斥している。もっとも、刑罰の非難性を否定することは、それほど容易にとりうる選択肢ではない。なぜなら、一言でいえば、その想定はあまりに反直観的だからである。すなわち、ここまでにおいて繰り返し強調してきたように、不正な行為を非難するという、一定の感情（主には怒り）に彩られたこの実践は、事実として、人間の本性に深く根ざしており、我々は刑罰を明らかに「そのようなものとして見ている」のである（少なくとも、人類のうちの十分な多数が、このような刑罰に対する感情的視点を捨てることができる、あるいは、そのような視点を捨てた“刑罰制度”に十分に納得することができる、という想定は、現実的ではないと思われる）。これまでの刑法理論の歴史において、目的刑論が応報刑論から、あるいは、新派刑法学が旧派刑法学から頑強な抵抗を受け続けてきたことの背景に、それらの理論には「この感情」の居場所がないということの反直観性が強く作用していないと言い切ることにはできないのではないだろうか。また、理論の根本にある理念のレベルで反直観的なものを抱えるという欠点は、より理論的にみても、本稿の立場からすると看過できない。それは刑罰の犯罪予防効果という、刑罰を正当化する積極的な、根本的な理由に対してネガティブに働く可能性が高いためである。

<sup>409</sup> 例えば、消極的一般予防目的に基づく刑を責任原理により消極的に制約するという単純なモデルを考える。責任原理の根拠は、仮に、公平性に求められるとする（この概念は、直感的には、非難に対して中立的であると思われるためである）：「犯罪予防のために処罰が必要だというだけでは、そのための犠牲を個人が払わなければならない『責任』は説明されない。（…）その犠牲は、（…）公平に負担されるのではなくてはならない」（所一彦「抑止刑再論——威嚇と条件づけ——」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』〔有斐閣、1998年〕105-106頁。



なぜなら、(回顧的) 非難は犯罪予防のために必要である、と回答できるためである。しかし、論者はこの構成についても、次のような問題点を指摘している：「(…) 非難を表現することの意味を予防目的の観点から理解することも可能であるが、その場合、非難が予防目的を達成するための一要素としての位置づけしか与えられず、非難が犯罪予防のために有効でないということになれば簡単に放棄されることとなり、結局、非難は刑罰の本質的な要素ではないということになるであろう」<sup>410</sup>。もっとも、ここにいう「簡単に」の具体的内容

---

所一彦『刑事政策の基礎理論』（大成出版社、1994年）80-81頁も参照。なお、これに近い見解として、松原芳博「刑罰の正当化根拠としての応報——刑法学の立場から」法哲 2015 年号（2016年）72 頁以下）。ここにいう公平性の意義を、筆者なりにもう少し具体化すれば、一例として、犯罪予防を通じた法益保護のために社会が負うべき被処罰リスクは公平に分配しなければならないという義務論的制約を認めた上で、そこにいう公平性の解釈として、偶然の事情により科刑の有無が左右されるのは不公平であって、他行為可能性があるという意味で有責に、法益を侵害または危殆化する行為に出た者にのみ、このリスクを負担させることこそが公平性にかなう、と理解することができよう。

こうなると、消極的一般予防と、公平性という、いずれも非難とは直結しないと思われる概念の組み合わせによって、刑罰論が構成されることになる。そうなると、刑罰の非難性は否定されることになりそうであるが、上注（408）で述べたように、それは避けるべき選択肢である。

しかし、このモデルは、本当に刑罰の非難性と矛盾しているのだろうか。むしろ、ここでは常に責任にかなう刑が科せられることになる以上、そうして正当化された刑は責任非難であるということは、可能なのではないだろうか。より一般化すれば、結局のところ、「制約原理構成においては刑罰が非難でないことになる」という批判の成否を決するためには、非難の概念そのものを明確化し、それが上のモデルと矛盾することを示す必要がある。そして、下で見てゆくように、本文で上述した「非難性批判」を展開する論者は、確かに、ここで矛盾をきたすような非難概念を前提としているのである。この点は、次の第三の問題と主に関連するため、そこで検討するが、ここでも述べておけば、論者にとって非難性とは、被処罰者を自律的・理性的主体として見なすような、そういった意味を付与された刑罰こそが帯びうる性質なのである。

これに対して、補足しておく、筆者の前提とする非難概念は、これとは異なる。すなわち本稿の立場では、刑罰非難とは事実としての非難、反応的態度としての非難であり、公衆の正義観念ないし処罰欲求という事実的な感情に根ざすものである。ところで、公衆は現行の刑罰制度を基本的に支持しているはずであるから、現行の刑罰は、非難であるために必要な要素を既に備えていると考えることができる。したがって、ある措置が非難性を帯びるための厳密な要件は、端的に言えば、国家刑罰の定義を検討し、そこから国家的な要素を差し引くこと——例えば、現行法上の国家刑罰は必ず有権的な機関による一定の手続を経て実現するものであるが、これは国家刑罰のうち、「国家」に由来する要素であろう——によって析出できることになる。以上を要するに、本稿にとって非難とは専ら事実的な、刑罰の定義に関する問題であり、いわば日常言語学派的なスタンスで、上のような方法でアプローチすべきものである。このような私見からすると、上述のモデルにより正当化された刑罰も、非難と呼びうることになる。これに対して、上記論者は、非難をあくまで規範的な、刑罰の積極的な正当化理由に位置づけるものと思われるから、刑罰の非難性を解明する上でこのような方法を取ることはできないのであろう。

つまるところ、この議論は、ここにあらわれた二つの非難概念のいずれを是認しうるか、という問題に収斂するのである。この点が、次に検討する第三の問題の主題となる。

<sup>410</sup> 高橋・前掲注（16）145 頁注（26）。ちなみに、この後は、「また、このように理解した場合には、非難に刑罰を限定する機能を付与することもできなくなる」と続くが、これが私見におい

が問題である。少なくとも、私見によれば、公衆の正義観念（としての不正行為に対する処罰欲求、および、その表出であるところの「事実としての非難」）は、人間の進化の歴史に根ざした、いわば人間がその本性として有する感情ないし傾向性である。こうした正義観念にしたがった処罰という意味での非難は、表出的抑止刑論における、第一次的な犯罪予防の手段である。もちろん、消極的一般予防や特別予防といった手段も、既述の通り、経験的有効性が十分に保障される場合であれば、これを排斥する理由はない。しかし、このように他の予防目的を付随的に考慮したからといって、かつ、それに加えて様々な規範的制約を及ぼしたからといって、表出的抑止刑の非難性が損なわれることになるとは思われない<sup>411</sup>。そもそも、目的刑論でなく応報刑論をとった場合に、付随的に一般・特別予防目的をも考慮し、あるいはそれに規範的制約（例えば身体刑の禁止）を及ぼしたとしても、刑罰の非難性が損なわれるとは言いえないものと思われるが、そうであるならば、私見においても結論は同様になるはずである。ここにおける両者の違いは、応報刑論は非難を「それ自体」として規範的に正当化するものでありうるのに対して、私見はそうではないという点にあるが<sup>412</sup>、もしこれが「非難が刑罰の本質的要素であるかどうか」の分水嶺になると主張するのであれば、それには説明が必要であろう。本稿としては、この論点は次の第三の問題点と関連を有しているため、その限りで言及しておくことにする。

### 3-2-2-3. 問題3：手段化禁止原理への抵触

第三に、制約原理構成によると、人（被処罰者）を、予防目的のための手段として扱うことになるのではないか、という問題がある。この問題は、刑罰の非難性と結びついた形で指摘されている。すなわち、論者はいう：「（…）責任による刑罰の制約を強調するのは、裏を返せば、刑罰を考える際の出発点において、個人の尊重に対する配慮が欠けているからに他ならない。（…）ここで、責任には刑罰を『外在的』に制約する意義しか認められていないことに注意しなければならない。これは、過去に行われた犯罪行為に対する回顧的非難と

---

て問題を生じさせないことは当然である。刑罰限定機能は多元的制約により果たされるためである。

<sup>411</sup> 厳密には、非難性の意義が問題となるが、例えば本稿 I. 4-2. でみたような、厳格責任や、その他のアメリカにおける極端に抑圧的な立法例・裁判例は明らかに、刑罰を、もはや非難ではない、純粋な犯罪予防のための道具に転化させている。この点には共通了解を得られるであろう。しかし、やはり同所でみたように、そのような運用は公衆の正義観念と著しく矛盾し、予防効果を大きく減殺しうるであろうことが示唆されているのである。これに照らしても、私見にとって、公衆の正義観念にかなうという意味での、刑罰の非難性を手放すことが「簡単」な選択肢であるとは到底言えないのである。なお、より形式的にいえば、上注（409）で補足的に述べたように、本稿の立場からすると、ある措置が非難性を獲得するための要件は、刑罰の定義に関する検討を通じて説明されるものである。したがって逆にいえば、この刑罰の定義と矛盾するような措置が正当化されたときに、非難が放棄されたことになるとも言えるが、少なくとも私見の枠組みを前提とする限り、そのような事態は起こり得ないように思われる（この意味での非難性が放棄されるのは、規範的制約を認めない純粋な消極的一般予防論や特別予防論くらいのものではないだろうか）。

<sup>412</sup> 十河・前掲注（1）の I. 1. で整理した概念を用いれば、非難に内在的価値を認めるか、それとも道具的価値しか認めないか、という対立である。

いう要素が、刑罰の内容を構成する『内在的』な要素ではないということを意味する。(…)だとすれば、この立場に対しても、従来から目的刑論に対して唱えられてきた、『個人を他の目的のための単なる手段として取り扱うことになる』というカント主義的批判が妥当しないのか、という疑問が提起されることになるであろう<sup>413</sup>。この時点で直ちに、次のような疑義が生じる。すなわち、そもそもなぜ「出発点」において個人の尊重を考える（おそらく、回顧的非難を刑罰の「内在的」要素と見なすというのは、これの言い換えであろう）必要があるのかという疑義である。より具体化した形で換言すれば、内在的要素としてであれ外在的制約としてであれ、最終的に責任原理が尊重されるのであれば、「行為者が犯罪予防のための犠牲になるかどうか」は行為者の自由な意思決定に委ねられていたことになる以上、予防目的の処罰を行なっても、行為者をそのための手段として扱ったことにはならないのではないだろうか。もっとも、論者自身は、この疑義の妥当性をすすんで認めている<sup>414</sup>。しかし、それでも別の問題が残る、というのである。

いかなる問題が残るかという点、こうである：「(…)ここでは、犯罪を行うかどうかという点についての自己決定の自由は尊重されているが、現に犯罪を行った者の自己決定に対する関心は必要とされていない。だが、真に個人を尊重するというのであれば、犯罪を行った者の自己決定に対してもそれに相応した配慮が示されるべきであろう。そして、その配慮は、非難という形で表されるはずである。この非難が、刑罰の本質的要素とならないと見るところに、この立場の根本的な問題性があるように思われる」<sup>415</sup>。この一節には多くの含意が込められているため、検討の前に、この指摘の内容を解きほぐしてゆく必要がある。筆者の理解としては、ここで最も重要なポイントは、手段化禁止原理を「犯罪の局面」と「刑罰の局面」に分けて考えることである。

まず既述の通り、大前提として、被処罰者は、自律した理性的主体として扱われなければならない、この者を他の目的（その代表例はもちろん、犯罪予防目的であり、あるいはそれを通じた社会全体の利益の実現である）のための手段とすることは許されない。

①ここで、「犯罪の局面」から考えると、不法を客観的に帰属される行為を行った者が、当該行為を自由な意思決定のもとで行ったといえない場合に、その行為を理由にして刑罰を科し、もってその者を犯罪予防目的のための犠牲にすることは、手段化禁止原理に反し、許されない。その理由を理解する上では、問題を裏から立て直す必要がある。すなわち、自由な意思決定があれば、処罰を通じた予防目的の実現に一定の理由が備わる——言い換えれば、自由な意思決定は、手段化禁止原理の「解除条件」（少なくとも、その一つ）となる

---

<sup>413</sup> 高橋・前掲注（16）146頁。

<sup>414</sup> 高橋・前掲注（16）146-147頁。また、そこで引用されているように、*Hart* (n 406) 22-24. 同所でハートが出発点としているのは、ある個人を犠牲にして他者の幸福を増進させることは原則として許されないということであり（これは手段化禁止原理と同旨であるとみてよいであろう）、それに続いて、いわばその禁止の「解除条件」としては、この犠牲が、犠牲となる個人の「自由な選択（free choice）」の所産でなければならない、と議論を進めている（*ibid*, 21 f）。逆に言えば、自由な選択があるということさえ担保されていればよいのであり、それが刑罰を正当化する内在的要素となるか、それとも外在的制約なのかということは重要でなくなるのである。

<sup>415</sup> 高橋・前掲注（16）147頁。

——といえるのはなぜだろうか。この点の構成方法は複数存在し<sup>416</sup>、その検討は責任原理の根拠論として別個に検討されるべきものであって、本稿の範囲で態度決定を行うことはできないが、仮に一例として挙げれば次のようになろう。国家は罪刑を予め法定し、人はその範囲内でしか処罰されないということを保障している。このとき、もし当該行為を行なった者が実際に現れたのに、予告された処罰が行われなかったとすれば、当初の予告は確証されないことになるが、そのような刑法は公衆からの道徳的信頼を失うであろう<sup>417</sup>。ただ、「当該行為を行なった」といっても、不法を客観的に帰属される行為が存在する（かつ、違法阻却事由もない）というだけでは十分ではなく、その行為が、自由な意思決定に基づいて（つまり、他行為可能性がある状況で）行われたのでなければならない。なぜなら、他行為可能性がある場合にこそ、行為者は、行為を避けることができたのにそれを避けないことによって、刑罰予告を確証する必要性をみずから生み出したのであるから、この確証のための犠牲（つまり、予告された通りに処罰されること）も受忍すべきだ、ということができするためである。したがって逆に、他行為可能性がない場合には、上のような理由がないのに、行為者を予防のための犠牲に供することになる以上、それは手段化禁止原理に抵触するのである。こうなると、責任原理を外在的制約として導入する場合にも、自由な意思決定がなければ処罰されない点に変わりはないため、「犯罪を行うかどうかという点についての自己決定の自由」は変わらず尊重されていることになる。

②しかし、ここで「刑罰の局面」についても考える必要がある（これを本当に手段化禁止原理の問題と扱ってよいのかという点は、本来はさらなる検討を要するが、類似しているのは確かであるため、本稿では同じ問題として扱っておく）。つまり論者の趣旨は、自由な意思決定のもとで問題となる行為が行われ、その意味で「犯罪を行うかどうかという点についての自己決定の自由」を尊重したとしても、なおその犯罪に対するリアクションないし非難としての刑罰のあり方によっては、なお手段化禁止原理への抵触が起こりうる、ということである。この点を理解するためには、論者の前提としている非難概念を理解する必要がある。関連する部分から順次引用する：「私たちは、普通、不正を行った者に対しては、これを非難するであろう。その非難は、様々な感情を表現しうるものである。憤慨、怒り、軽蔑〔などが、この感情にあたる〕（…）。しかし、（…）それが単なる感情の吐露に過ぎないのであれば、それを非難を呼ぶことは不適切であるように思われる。（…）私たちは、だれかを非難する場合、通常は、それによって相手方に何かが伝わることを前提としているであろう」<sup>418</sup>。ここにおいて論者は、事実のレベルにおいて、非難は、第一に一定の感情的なトーンを伴っており、第二にコミュニケーション的な意図に担われているということを確認している。本稿の立場である表出的抑止刑論においては、まさにこのようなものとしての「事実としての非難」が、公衆の正義観念によって要請されているのであり、それを実現することの

<sup>416</sup> 下注（426）参照。

<sup>417</sup> オーソドックスな消極的一般予防論からは、よく知られているように、予め罪刑を法定することで刑罰威嚇を示し、それによって一般予防効果をはかった上で、実際に行為者が現れた場合には、これが、いわば「こけおどし」にならないように、つまり刑罰威嚇を確証するために、その者を処罰する必要がある、という説明がなされることになる。表出的抑止刑論も、これと構造を同じくする説明方式を採用することが可能であり、上述したものがそれである。

<sup>418</sup> 高橋・前掲注（16）170-171頁。

正当化理由は、積極的一般予防効果に求められる。しかし、論者によれば、「(…) 非難の意義を、ある目的を達成するための手段としての効率性という点に求める考え方には、根本的な問題があるように思われる。それは、非難される相手方を自律した理性的な主体として尊重していないという点である。〔原文改行：引用者注〕相手方を自律した理性的な主体として尊重するということは、相手方も、自分と同じように、自ら思考し、自分の判断で自らの行動を律することができる存在として対応すべきである、ということを要求する。従って、相手方に行動の修正を求める場合にも、それは、あくまで、それが要求される理由を相手方が理解し、それによって相手方が自ら行動を変えていくというものでなければならない」<sup>419</sup>。「このように非難は、相手方の不正な行為を契機として、その行為が不正なものであるということを伝え、それによって、相手方が自己の非を悟り、今後の行動を自ら変えていくようになることを期待してなされるコミュニケーション的な行為である、と解することができる」<sup>420</sup>。こちらでは、規範的なレベルにおいて、非難のあるべき姿が語られているわけである。このような意味での非難の表出が、上で引用した、「真に個人を尊重するというのであれば、犯罪を行った者の自己決定に対してもそれに相応した配慮が示されるべきであろう。そして、その配慮は、非難という形で表されるはずである」という、この「配慮」およびその表現としての「非難」に相当すると理解できる。

もっとも、これだけでは、「非難の意義を、ある目的を達成するための手段としての効率性という点に求める考え方」が、「非難される相手方を自律した理性的な主体として尊重していない」ことになる理由は、十分に明確化されていない。この点については、論者は以下のように述べている。まず、ここまでにもみてきたように、「犯罪を行った者であっても、自律した理性的な主体として尊重する限り、今後の自らの行為のあり方に関しては、自分で適切に判断できる存在だという前提で対応しなければならないであろう。従って、何らかの方向付けを強制するのではなく、そのような方向に自ら向かうようにさせるための理由を提示し、説得することがこの原理の要請にそうものであるように思われる。問題は、その際に示される理由の性格にあり、これが打算的な類のもの<sup>421</sup>であってもよいのか、それとも、道徳的に関連性のある重要な理由<sup>422</sup>を提示することによって行わなければならないのか、という点にある」<sup>423</sup>。この問題に対する回答は、打算的な理由を提示することは、上記の要請に反する、というものである。その根拠を、論者はセクシャル・ハラスメントを例にとり、次のように説明する：「(…) その行動を止めなければならない理由は、それが不正な行為だからである。しかし、その行動を止めさせるために相手方に提示される理由が『そのようなことをすると会社を首になる』というような打算的な理由であるならば、(…) この場合、私は、自分が支持している価値(…)を相手方に伝えようとはしていない。つまり、そのような価値的な議論をする必要がない者(…)として相手方を見ており、そのような価値的な

<sup>419</sup> 高橋・前掲注(16) 172-173 頁。

<sup>420</sup> 高橋・前掲注(16) 176 頁。

<sup>421</sup> 犯罪は、刑罰という重い害悪を科せられて「損」であるから、これを行わないほうが賢い、というような理由のことである。

<sup>422</sup> 論者の見解に準拠していえば、犯罪は「共同体の共通善を害する」(高橋・前掲注(16) 23 頁) という意味で不正であるから、これを行うことは許されない、というような理由である。

<sup>423</sup> 高橋・前掲注(16) 147 頁注(30)。

議論に訴えかける代わりに、相手方が特定の行動をとるよう仕向けるために打算的な理由を提示して操作しているのである。しかし、それは、相手方を自律した理性的主体として尊重することと一致しないものといわなければならない<sup>424</sup>。刑法の局面で簡単に例えれば、例えば殺人が不正である——非難の対象となる——ことの理由は、それが生命という法益を故意に侵害する行為であることに求められる。言い換えれば我々は、生命という法益を大事に思い、その規範的価値を承認するからこそ、それを故意に侵害する行為を非難しようと動機づけられるし、また、そのような行為は不正であるからこれを抑止しよう、と考えるのである。ここで（刑罰威嚇の場面を念頭に置くが）、殺人を行おうとしている者がいるとする。相手を理性的主体とみなすならば、端的に、「生命は尊重されるべき法益なのだから（命は大事なもののなのだから）、それを故意に侵害するなどということは、やめるべきだ」と伝えなければならない。これに対して、「殺人をすれば何年も牢屋から出てこれないぞ、それは嫌だろう」というならば、それは、彼に対して「生命法益の重要性、命の大事さ」云々と呼びかけても無駄である、すなわち彼はそのような価値に心を動かされる人間ではない（つまり、社会の共通善について認識を共有している者ではないし、共有する能力もない）とみなしていることになる。だからこそ、「牢屋は嫌だろう」というように、本人の理性ではなくて感覚（苦痛）に訴えようとするのである。したがって、打算的な理由を提示して人を操作しようとすることは、手段化禁止原理の要請に反するのである。

以上のような前提を踏まえて、論者は最終的に、「この非難が、刑罰の本質的要素とならないと見るところに、この立場〔＝予防刑でも、責任原理によって外在的に制約をかければ手段化禁止原理には抵触しないだろう、という見解：引用者注〕の根本的な問題性があるように思われる」という結論に至るわけである。

こうして、ここでの問題は十分に明確化されたと考えられる。改めて整理しつつ検討しよう。まず、前提としての手段化禁止原理そのものについて、論者も認めるように、この「カント主義的原理が、何を意味するのかということについては確かに曖昧な点もある」<sup>425</sup>。とはいえ、これは批判というよりは、このトポスをめぐる今後の課題であるというべきであって、「人を自律的な理性的主体として扱え（人を他の目的のための手段としてのみ扱うことをするな）」という要請それ自体に一定の説得力があることは否定できず、これに何ら倫理的価値（ないし場合によっては、憲法に整合的な価値）が認められないと想定することは困難であろう。ただし、当然の前提として確認しておかなければならないのは、手段化禁止原理には必ず、「このような条件が満たされる場合には、人を他の目的（例えば、社会における犯罪予防）の犠牲としてもよい」というような、何らかの「解除条件」があるということである。言い換えれば、「他の目的」（刑罰論の場合は、犯罪予防目的、ないし、犯罪を予防した

<sup>424</sup> 高橋・前掲注（16）173頁。

<sup>425</sup> 高橋・前掲注（16）147頁注（30）。なお、この点で重要な指摘として、（手段化禁止原理の前提にあると考えられる）「人間の尊厳」は複数の権利の集合体を曖昧に総称したものに他ならないのであって、それゆえこれは、その各権利に端的に解体されるべきであるという「人間の尊厳のアンサンブル理論（Ensembletheorie der Menschenwürde）」を提案し、手段化禁止原理もこの見地から明確化（ないし解体）しようと試みるのは、Eric Hilgendorf, Instrumentalisierungsverbot und Ensembletheorie der Menschenwürde, in: Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 1672 ff.; s.a. ders., Die mißbrauchte Menschenwürde. Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 7 (1999), 141 ff.

いという動機)を有するという一事をもって刑罰が正当でなくなるかのような議論を、この原理を援用して展開することは明らかに不当である。もしそのような議論が成立するのであるとすれば、例えば侵害行政は一切正当化されないことになるように思われるが、この結論は、法的にも倫理的にも、到底受け入れられるものではないであろう。したがって、犯罪を予防するという目的で、あるいはそのような動機で刑罰を科することは、一定の条件(解除条件)のもとでは、手段化禁止原理の制約をクリアすることができるはずである。

それゆえ問題は、手段化禁止原理の解除条件はどのようなものであるか、という点に移る。これは、上にみた「犯罪の局面」と「刑罰の局面」という図式によって整理できる。

まず、「犯罪の局面」においては、自由な意思決定のもとで行為に出たのであれば、行為者は処罰される(ことで予防目的のための犠牲になる)ことに同意したとみなすことができるため、手段化禁止原理が解除され、彼の処罰を通じて予防目的を実現することができる、という考え方が一例として成り立つ<sup>426</sup>。ところで、この「責任が認められる(自由な意思決定のもとで犯罪を行った)」という解除条件は、責任それ自体を刑罰正当化の根拠とするか(つまり、上にみた論者の用語法では、責任を刑罰の「内在的」な要素とするか)、それとも責任は予防刑を制約する外在的要素であるとするのか、という相違とは無関係に満たされる。上で述べたとおり、この点には、基本的に争いはないであろう。

続いて、「刑罰の局面」について検討する。私見としては、この局面に関して手段化禁止原理を持ち出して、制約原理構成(を含む目的刑論一般)を批判する議論には複数の疑問がある。こちらでは、手段化禁止原理の解除条件というよりも、その前提にある、同原理の趣旨そのものの明確化が問題となる。同時に、ここでの筆者の根本的な問題意識は次のようなものである: この、刑罰の局面における手段化禁止原理の問題は、非難や応報といった要素を刑罰の積極的な正当化根拠に位置づけなければ、解決できないのか? 積極的理由は予防目的に限定しつつ、それに消極的理由として規範的制約を及ぼすという方法で、これを解決することは本当にできないのか?

そもそも、予防目的の中でも消極的一般予防について、これが手段化禁止原理——および、その背後にある「人間観」——と矛盾することはしばしば当然の前提とされているが、それ自体に疑問がある。ここでは、わが国においてカント主義的刑罰論を強力に主張する論

<sup>426</sup> このような、同意とのアナロジーを援用する論者として代表的であるのは、(一時期の)フォイエルバッハであろう。詳しくは、*Greco, a.a.O. Anm. (283), S. 484-509*。ただし、この点の構成方法は他にも複数存在する。ヘルンレの整理によれば、上述した①同意の擬制のほか、次のような観点が引き合いに出されている。すなわち、②他行為可能性、③損害回復義務(被害者に対する損害回復の一環として、将来における被害者の安全を確保するために、自身が処罰を受けることを通じて社会における犯罪予防に貢献すべき義務が生じるという議論)、④社会契約、⑤民主主義の観点からの基礎づけ(民主主義的に正統に成立した規範については、国民はそれに従うべき共同の責任を負うため、そのような規範により科刑が根拠づけられるならば、それに従わなければならないという議論)、⑥遵法責務違反(市民は遵法責務に従うことで、人々は一般に規範遵守傾向をもつという期待を作り出しており、行為者もそれにより利益を得ているのだから、自身がその責務に違反した場合には、上記期待を安定化するために処罰されるという犠牲を甘受すべきであるという議論)である。*Hörnle, a.a.O. Anm. (279), S. 50-59*。いずれの見解を妥当と解するか、あるいは他の考え方もありうるのかといった点に関する私見の態度は、保留する。

者による、フォイエルバッハの刑罰論に対する次のような批評から出発したい：「カントにおける公の法的秩序が行為規範としての性格を有し、刑法の領域で法定刑を提示しながら犯罪を実行しないように各人の行動を制御するという観点は、(…)当然に正当なものである。(…)全ての者が刑法規範に適った行動をとるのが理想であるが、現実には自己の自由を濫用して犯罪を行う者もいるため、強制の手段として法定刑の提示が必要となる。(…)しかし、このような法定刑の提示による行動の制御の際に、フォイエルバッハ的な『威嚇』の要素は、(…)法的に正当なものとして見なされるものではない。何故なら、全ての者を自由な人格として扱うカント的な立場では、現実の法秩序における人間は、経験的諸条件に囚われながらも自己の行動を理性によって方向づけ得る能力を有していることが前提とされるからである」<sup>427</sup>。この一節から読み取ることができるように、人間を理性的主体として扱うといっても、それは人間が常に正しい理性的判断のみに従って行動できる存在であることを前提としなければならないということを意味するものではないのであって、それゆえ、行動制御のための強制的手段としての、法定刑の提示それ自体が規範的に不当とされるわけではない。規範的にみて前提とされるべき人間観は、あくまで、人間は「経験的諸条件に囚われながらも自己の行動を理性によって方向づけ得る能力を有している」存在である、というものであり、すなわち、人間を、理性的であるが可謬的でもある存在として捉えること自体は許容されているのである<sup>428</sup>。ただ、フォイエルバッハの威嚇理論は、人間を専ら、恐怖のような感性的刺激にのみ反応する、動物のような存在として捉えるものであって、したがって上述したような人間観と矛盾するから正当性がない。このように考えられていると解釈できる。しかし、消極的一般予防論ないし威嚇抑止の理論は、本当にこのような人間観と矛盾するのだろうか。言い換えれば、消極的一般予防論は確かに、刑罰害悪を通じて、人の感性的側面（不快を避け快を追求するという側面）に訴えかけることを方法とするものであるが、そのことは論理必然的に、「威嚇の対象者である一般人を、感性的な衝動だけに突き動かされて自己の快（Lust）を追求する存在、つまり、正当な事柄を洞察する理性的な能力を欠いた自律的ではない存在として捉えている」<sup>429</sup>（傍点は引用者による）ということを含意するものであろうか。むしろ、論者自身が、フォイエルバッハが心理強制説を構想したのは、法と道徳を厳格に峻別するという見地から「人間の理性的側面は道徳の領域に属する内心の事柄であると捉えたからに他ならない」<sup>430</sup>と指摘しているように、消極的一般予防論が害悪による人の感性的側面への訴えかけに着目する理由は、人間を、感性衝動だけに突き動かされる動物のような存在とみなしているからではなく、むしろ、人間は理性的判断もできるが、時に感性的衝動に屈しもある存在であるという人間観を前提とした上で、刑罰害悪は、人間が感性的衝動に屈した場合に備えた安全装置であり、それが刑罰害悪の守備範囲なのである、と捉えているからなのではないだろうか（少なくとも、そう解釈することは可

<sup>427</sup> 飯島・前掲注（378）74-75 頁。

<sup>428</sup> 高橋・前掲注（16）181-183 頁も、人間を、道徳的・理性的に判断を下す能力を有してはいるが、同時に可謬的（fallible）な存在でもあるとするフォン・ハーシュの人間観（*Von Hirsch* (n 25, 2017) 38; *von Hirsch* (n 362) 13 など参照）を好意的に評価している。

<sup>429</sup> 飯島・前掲注（378）95 頁。

<sup>430</sup> 飯島・前掲注（378）96 頁。



能なのではないだろうか)。

つまり、純粋な消極的一般予防論を採用する場合でさえも、刑罰を、人間という、理性的であるが可謬的でもある主体を名宛人とした道徳的メッセージであると理解しつつ、刑罰害悪は、人間の「可謬的」側面が顔を出した場合に備えて制度的に用意された「打算的な補充」<sup>431</sup>であると解することに、理論的障害はないように思われるのである。ただし、注意すべきことに、「理論的障害はない」というだけである。すなわち、ここで言いたいのは、「純粋な消極的一般予防論にコミットしたからといって、論理必然的に、『人間＝動物』的人間観にコミットしたことにはならない。それは、『人間＝可謬的・理性的主体』的人間観とも整合しうる」ということだけである。消極的一般予防という刑罰目的から、刑罰は理性的主体に規範的言語で語りかけるようなコミュニケーション的意味をもっている、という旨が演繹されうるとは述べていない。そうすると、そこにおいて刑罰のコミュニケーション的意味をどのように基礎づけるのか、消極的一般予防論にそのような契機は内在していないのではないか、この基礎づけのためには、一般予防目的とは別個に、応報をも刑罰の積極的な正当化根拠に組み込まなければならないのではないかと疑問に思われるかもしれない。しかし、それに対しては、そもそもなぜ、刑罰にコミュニケーション的意味があるということ<sup>431</sup>を正当化しなければならないのか、と問い返さなければならない。例えば、健康診断の結果が悪いのに不摂生な食生活を改善しない夫を心配した妻が、「間食のチョコレートは一日ふた粒まで、破ったら罰金 1000 円」と言い渡したとして、このとき妻は夫のことを、罰金という不快を理由(というより原因)としてしかチョコレートの我慢ができない、動物のような存在だとみなしていることになるのだろうか。そうはならないであろう。妻によるこの言明と、妻は「夫ならば、健康のためには間食を控えた方がいいとわかってくれるはずだ。しかし、誘惑に負けてしまうこともあるだろうから、罰金が必要だ」と想定している、ということとは矛盾しない。同時に、「間食のチョコレートは一日ふた粒まで、破ったら罰金 1000 円」という言明には、既に「チョコレートの食べ過ぎは(健康にとって)悪いことだ」という意味が既に含まれているのであって、そのことに特段の「正当化」は必要ない。さらに、その後、夫がこっそりチョコレートを食べていたとして、「はい、罰金 1000 円」と取り立てても、それは、犬に棒を振りおろすかのような意味しかもたないわけではない。そこでは、もともとの罰金 1000 円という宣言が本気であったし、今後も同様であることが再確認されていると同時に、その背後にあった「チョコレートの食べ過ぎは悪いことだ」という意味もまた再確認されているのである(妻の意図としても、夫の受け取り方としても、それを眺める第三者にも、このやり取りはそのような意味をもつものと捉えられるであろうし、そのこと自体に特段の正当化は必要ないはずである)。逆に、例えば、チョコレートは食べれば食べるほど健康に良いと思い込んでいる者がいたとして、その人物が「間食のチョコレートは一日 100 粒食べろ、破ったら罰金 1000 円」と述べたとしたら、これは健康という目標に照らして明らかに不当な言明であるが、そうであるからといって、この言明の「チョコレートを大量に食べないのは(健康にとって)悪いことだ」というコミュニケーション的意味がなくなるわけではない。そのような意味をもっているが、その内容は不当だ、というだけである。刑罰

<sup>431</sup> 高橋・前掲注(16) 181 頁による表現である。

に関しても同じことが妥当する。「人を殺した者は、(…)五年以上の懲役に処する」という法文を、「人間は理性的であるが可謬的でもある」という人間観を出発点にしつつ、消極的一般予防論の視点から観察してみよう。そこにおいて、人間は、「刑罰を科せられるからではなく、人の生命は重要な価値であるからこそ、人を殺してはいけないのだ」ということを理解できる存在として捉えられているし、基本的にはその理解に従って殺人行為を行わないことができる存在であるとも認められている。しかし人間は、時に憎しみに駆られて殺人を犯してしまいいう存在であるから、その際の「打算的補充」として、刑罰害悪が用意されている。そのことによって、「人を殺した者は、(…)五年以上の懲役に処する」という法文から、「人を殺すことは(刑罰を科せられるからではなく、生命という重要な利益を害するからこそ)許されない」という意味を読み取り得なくなるわけではないのであって、そのこと自体に正当化は必要ない。そのような意味を理論的に重要でないものとして捨象することは可能であるし、そのような意味が消極的一般予防論から内在的に導かれないことも確かであるが、そもそも内在的に導く必要自体が存在しないのであって(ある行為を禁圧する意思が示されたということそれ自体が、既にそのような意味を生じさせるのである)<sup>432</sup>、「消極的一般予防論をとる以上、そのような意味は存在しなくなる」とか、「そのような意味は捨象すべきである」ということにはならないのである。さらに言えば、消極的一般予防という目的からみても、既に理性的に犯罪を自制できる人間に対していたずらに威嚇を差し向けても無駄であるから、人間は基本的に理性的であるという認識は、抑止に際する功利計算に際しても重要性をもつ。したがって、そのような人間観と、理性に訴えかける刑罰のコミュニケーション的意味を想定することは、消極的一般予防目的と矛盾しないどころか、ある意味で要請されているとすら言えよう<sup>433</sup>。

以上を要するに、まず確かに、「人間＝動物」的な人間観を前提とする者は、消極的一般予防論(消極的特別予防論でもよいが)に至るであろう。しかし、「消極的一般予防論を採

---

<sup>432</sup> 表出的刑罰論との関係に言及しておけば、この理論は、(規範的表出主義であれば)刑罰のコミュニケーション的機能はそれ自体だけでも刑罰を積極的に正当化する、ということを基礎づける理論であって、刑罰にはコミュニケーション的意味がある、ということを基礎づける理論ではない。刑罰にコミュニケーション的な意味があるというのは事実(社会的慣習といってもよいであろう)の問題であって、規範的な正当性または不当性によって、コミュニケーション的意味が生じたり失われたりするわけではない(その内容が変わることはあるが、消極的一般予防論をとったことによって、刑罰が打算的理由しか提示しえなくなる、ということはない。この理論は、「人間＝動物」的な人間観としか両立しないわけではないためである)。

<sup>433</sup> 現に、威嚇抑止の実証的研究の文脈でも、上注(164)で引用したように、刑法に対する道徳的コミットメントや犯罪の社会的非是認を、犯罪の期待効用を計算する際に考慮に入れるべきであるという問題意識が示されている。もちろん、このような「犯罪のわるさ」に関する人々の認識を「期待効用」という概念に包含するからといって、「人間＝動物」的な人間観にコミットしたことにはならない。むしろ、「理性的だが可謬的」という人間観を前提として、ある人の可謬的側面が前面に出てきてしまったとしても、上述した道徳的コミットメントや社会からの目を全く気にしなくなるわけではないだろうから、それらを踏まえて、どの程度の外的刺激(威嚇)が必要なのかを正確に計算しようとしているだけだ、と返答することができるであろう(そのような計算が本当に可能かどうかというのは、ここでの主題とはまた別の問題である)。

用する以上、『人間＝動物』的な人間観を前提としている」という推論には理由がないと思われる。この理論は、「理性的であるが可謬的でもある」という人間観とも整合しうるのである。それゆえ、この理論に立つ場合でも、刑罰は、打算的な理由を提示するだけでなく、人間の理性的側面に訴えかけるという性格もまた有していると解することは可能である。

ただし、上のような人間観に立脚したとしても、純粋な消極的一般予防目的だけでは、刑罰がもつ理性的主体に対する訴えかけとしての側面について、その意味内容を規定することがほとんどできない（ただ、社会的な慣習ないし事実として受け止められる意味が、そこに生じるだけであって、その内容を規定・統制することができない、ということである）。つまり、現段階では確かに、消極的一般予防目的により規定された刑罰は、打算的な理由と、慣習的で規範的正当性の担保されていない理由しか提示しないものとなっている。しかし、その理由は――上述したところであるが、言い換えれば――消極的一般予防という目的が、「人間＝理性的主体」的な人間観や、刑法は規範的言語で訴えかけるコミュニケーションの意味をもつといったことと、それ自体で矛盾するものだからではない。単に、この目的が、それらについて何も語っていないからに過ぎないのである。それでは、どのようにすれば、消極的一般予防刑に、規範的に妥当な意味を付与することができるだろうか。

ここで規範的制約を使えないか、というのが筆者の問題意識である。例えば、刑罰予告の場面において、法益保護主義の制約を受け入れることによって、禁圧される行為は、法益を侵害または危殆化する行為であるという意味が付与される。このように規定された刑罰予告は、理性的な統制を通常通り維持できている者にとっては、「法益という重要な価値を侵害する行為であるから、許されないのだな」という形で受け取られる。その一方で、可謬的側面が前面に出つつある者にとっては、そのようなメッセージも一定の重みをもつが、同時に、「打算的な補充」としての刑罰害悪そのものの恐怖も受け止められる。次に、刑罰賦課の場面に眼を向けると、そこにおいて被処罰者に対する現実の処罰がもつ意味は、このままでは、それが問題となっている行為に対する刑罰威嚇の確証（を通じた法益保護効果の維持）に役立つ、というものにしかない。それは、この処罰が、被処罰者を「他の目的（法益保護による社会全体の幸福の増進）」のための手段とする、という意味をもつことを意味する。したがって、責任主義の制約を認めることによって、過去における行為者の行為（刑罰威嚇により禁圧された行為を自由な意思決定のもとで行なったということ）という、彼を社会全体の目的のための犠牲とする根拠、言い換えれば手段化禁止原理の「解除条件」を充足させる必要があるのである（これは上述した「犯罪の局面」で行なった作業である）<sup>434</sup>。このこ

<sup>434</sup> それゆえ、責任原理を、消極的一般予防目的そのものに内在する要請であり、かつ、それに尽きると理解する場合には、そもそも責任原理は規範的制約ではないわけであるから、それによって、行為者が全体のための犠牲になるべき根拠が示されることもなくなる。

詳しく述べると、罪刑を予め法定し、制裁の要件を事前に告知しておくことによって、そのような告知を認識して自身の行為を制御する能力をもつ者（その意味での抑止対象者）の意思に働きかけ、もって犯罪を予防するという犯罪抑止プロセスを想定する場合（少なくとも消極的一般予防はこれに当てはまる）、犯罪行為者を処罰することの予防的意義は、先行する刑罰予告を抑止対象者の心理において確証することに求められるのであって、すなわち抑止対象者に「自身の能力を発揮しなければ本当に処罰されるのだ」と確認させることにあり、かつ、それで十分であ

とは、「刑罰の局面」にも影響を及ぼす。すなわちそこにおいて、被処罰者に対する刑罰は——上にみた法益保護主義の制約と併せれば——「あなたは、法益を侵害または危殆化する行為を自由な意思決定のもとで行ったため、もともと予告していた刑罰を実際に科し、それによって社会全体における犯罪予防の利益のため犠牲になってもらう」という意味をもつことになるのである。そこからさらに、「法益を侵害または危殆化する行為を自由な意思決定のもとで行った」ことは不正であり、つまり行為者はそうすべきでなかった（かつ、これ

---

るとも考えられる。逆にいえば、ある者が、抑止対象者であるのにその能力を発揮しなかった、すなわち犯罪を行ったにも関わらず、その者を処罰しなければ（つまり刑罰予告が確証されなければ）、「能力を発揮しなくてもよいのか」ということになり、抑止対象者の適法行為への動機づけが損なわれるが、例えば不法の予見可能性がなく、したがってそもそも抑止対象者ではなかった者を処罰しなくても、上記の動機づけが損なわれることはない（能力を発揮しなければ処罰されるという事実が、このことによって変わるわけではないためである）。この意味で、消極的一般予防を典型とする、刑罰予告を通じて人の意思に働きかけるという抑止プロセスを想定する刑罰論に立つ場合には、そこから責任主義の要請を演繹することができる、という想定には一定の説得力がある（この種の明快な主張としては、小林・前掲注（390）14-15頁、79-81頁、同「刑罰に関する小講義（改）」立教78号（2010年）34頁以下、同『刑法的帰責』（弘文堂、2007年）43頁以下参照）。同時に、このように理解する場合には、行為者の責任はあくまで「それが満たされる場合に処罰することこそが、他の抑止対象者に対する抑止効果の維持に役立つ」という意味しか持たないため、行為者自身がそのような抑止目的のための犠牲を払うべき根拠は示されないということになる。

しかし、このような構想に対しては、まず、次のような疑問が妥当する。すなわち、例えば厳格責任（strict liability）ルールに対して期待されうるように、上の意味での抑止対象者以外の者をも処罰することによって、抑止対象者がいわば必死になり、結果としてその能力自体が底上げされるかもしれない（とりわけ、特に抑止したい一定の犯罪類型に限定して厳格責任ルールを採用すれば、その行為類型に対する人々の注意が特に高まるかもしれない）。あるいは個人責任の原則を修正して一定の場合に団体責任・連座制を認めた方が、当該団体の中での相互監視が強化され、遵法性が底上げされるという可能性も否定できないように思われる。このように考えるとき、厳格責任ルールや連座制を排斥すべき根拠を、予防目的から内在的に導くことはできるだろうか。まず、その底上げ効果よりも、例えば過剰収容のマイナスの方が大きいと再反論できるかもしれないが、それではまさに、責任主義が経験的事情という流動的なものに左右されることになり、その保障的機能が損なわれるであろう。むしろここでは、責任原理は予防効果との関係で利益を有すると同時に、行為者が予防目的のための犠牲となるべき理由を示す義務論的制約でもあると理解する方が、その保障的機能の安定化に資すると思われる。義務論的制約としての側面によって、厳格責任や連座制は規範的に、安定的に排除されるのである。その一方で、責任主義の遵守には予防効果との関係で一定の利益があるという指摘も、決して無意味なものではない。それによって、責任主義という義務論的制約を予防目的に及ぼすことは、それほど大きな「予防上のコスト」を生じさせないということが示唆されるためである。義務論的制約によって、予防効果が大きく削がれ、台無しにされてしまうのであれば、元々の予防目的が名目的なものになってしまいかねない。そうではないということを示すのは、実践的にみて、義務論的制約の説得力を高める一要素となるであろう（なお、消極的一般予防との関係のみならず、表出的抑止との関係でも、公衆の正義観念の中にも責任原理類似の原理はあると解されるため——そもそも「他行為可能性が無ければ処罰できない」というのは我々の間で強く共有された直観である——、この制約にあまり予防的コストがないという点は同様である）。

からは、そうすべきでない) というメッセージも自然に生じてくる。これはもはや、「打算的な理由」の提示に止まるものではないであろう。このように、様々な規範的制約を重ねがけしてゆくことによって——あるいは、場合によっては手段化禁止原理という大鈞を振るわなければならない場面も出てくるかもしれないが、議論の明確性を志向するならば、上位原理は可能な限り下位原理に分析・解体した方が望ましいという方針は、認められてもよいように思われる——刑法と刑罰が発信するコミュニケーション的意味は、人を自律した理性的主体として尊重せよという要請にかなうような、正当なものに彫琢されうるのである。

かくして、消極的一般予防論であっても、人間を自律的な理性的主体と認める人間観と整合可能であり、かつ、法益保護主義や責任主義といった規範的制約を及ぼすことによって、その刑罰に適切なコミュニケーション的意味を担わせることができるのである。言い換えれば、人間を理性的主体とみなす人間観は、応報刑論や表出的刑罰論（規範的表出主義）の専売特許ではない。そうすると、このような人間観に基づく論証は、おそらく従来考えられていたように、（応報刑論の立場から）目的刑論全般を批判する根拠となるわけではなく、目的刑論に、規範的制約という修正を迫るにとどまるということになる。「人間観論証」が刑罰論に対してもつ射程は、従来よりも小さく見積もる必要があると思われる。

消極的一般予防論ですら、規範的制約という方法を用いれば手段化禁止原理への抵触を回避できる以上、表出的抑止刑論（上述の通り、これは積極的一般予防論の一種である）もまたこの点で問題を生じさせないということは明らかであるようにも思われるが、検討を加えておこう。本稿 II. 3-1. でみたように、不正行為に対する反応的態度としての「事実としての非難」は、相手方を物として扱う「客体への態度 (objective attitude)」からは事実のレベルで区別されている。言い換えれば、人間（の多く）は、不正行為を目の当たりにしたときには、否応無しにそれに怒りを覚え、行為者に対して反応的態度を示し、その責任を追及するという実践に参入する傾向性を、既に事実として備えている。刑罰とは第一次的に、この反応的態度の表出である。本稿 I. を通じて検討した経験的デザート論が示唆するように、最適な犯罪予防戦略は、このような反応的態度としての非難の適切な表出、言い換えれば、公衆の正義観念に従った処罰を通じて、公衆の遵法性を維持することである。それゆえ、表出的抑止刑論の抑止プロセスは、「刑罰害悪を打算的理由として提示することで犯罪を取りやめさせる」というものとは根本的に異なっている。当初から、単なる威嚇により人を操作しようなどとはしていないのである。それゆえ我々も、人は自律的に、犯罪の悪さを洞察し、それを理由にして行為をとりやめる能力をもつ理性的主体であるというテーゼを問題なく承認できるし、それは表出的抑止刑論と問題なく整合する（理性的であり、かつ可謬的でもあるという人間観も、もちろん承認できる。しかし、「だから刑罰威嚇という打算的理由の提示が必要である」という議論には、経験的にみて受け入れられない部分がある。刑罰害悪の程度がほとんど威嚇効果を左右しないことは確立した知見だからである<sup>435</sup>）。それに基づく表出的抑止刑論の抑止プロセスは、そのコミュニケーション的意味も含めて改めて要約すれば、次のようなものである：（公衆の正義観念を基礎としながら、法益保護主義や責任主義により制約された）刑法と刑罰のメッセージ——例えば、殺人は刑罰を科されるからやめておけと

<sup>435</sup> 特に、上注（224）参照。

いうのではなく、生命を故意に侵害する行為であるから許されないのだ、という意味の伝達——は、公衆によって問題なく受け入れられ、また彼らはそれに従って自発的に犯罪を取りやめる能力を有していることも前提とされる（これに失敗してしまう者も当然出てくるが、上述した経験的知見が示唆するように、それ自体の抑止は、刑罰によって対応しうる範囲を超えている場合が多い）。しかし、いざ犯罪者が出てきたときにそれを野放しにすれば（あるいは処罰すべきでないと感じられる者を処罰すれば）、刑法に対する道徳的信頼が毀損されて公衆の遵法性が低下し、刑罰の犯罪予防効果が減退する。したがって逆に、公衆の正義観念に従った処罰を実現すれば、予防効果がもたらされることになるのである。ここには、犯罪の局面についても刑罰の局面についても、手段化禁止原理に抵触する部分はないと思われる。

もっとも、これとはまた少し別の角度から、積極的一般予防論についても、それが手段化禁止原理（人を自律的な理性的主体として承認せよという原理）に抵触すると主張するものがあり、表出的抑止刑論にも妥当するおそれがある。この種の主張を最も洗練された形で定式化しているのは、パヴリク（Pawlik）である。まずはその内容を要約する：<sup>436</sup>

典型的な場合、積極的一般予防論者は、刑罰が人々の法意識と合致するときに最良の予防効果が発揮されるという前提に立った上で、人々は応報刑論を支持していると想定し、その結論として「正当な応報を通じた予防」というテーゼを支持するに至る。ところで、積極的一般予防論は、その名の通り予防論であるから、その立場からすれば、応報刑論は不合理な、誤った見解であるということになるはずである。そうすると、積極的一般予防論者による、有罪判決を受けた者に応報的処罰を加える理由の説明は、次のようなものになる。すなわち、彼に加える応報的処罰は、それ自体では不合理なものだが、人々はそれが正しいと愚かにも思い込んでいて、それに従って処罰する方が社会的平和に資するから、そうするのだ、と。しかし、それを彼に正直に告げるならば、「有罪判決を受けた者に対して、社会的平和のために非理性的に動機づけられた強制に服させるという無理な要求をすること」になってしまう。こう考える場合、「(…) 積極的一般予防の支持者に残されているのは、積極的一般予防の正当化論的考慮を隠してしまうこと、あるいは司法構成員に、その職業活動の枠内でいわば二枚舌を使うことを推奨することしか残されていないように思われる。社会的平穩の強化という住民の本来的利益に資するために、彼らは、あたかも——彼らに意識されているように、実際は非理性的な——その応報の利益を共有しているかのように振る舞うべきであろう。(…) けれども、この戦略に対して支払われなければならないだろう対価は、受け入れ難いほどに高いものである。すなわち、（消極的一般予防の場合のように）有罪判決を受けた者だけではなく、『啓蒙されていない』全住民に対しても、コミュニケーション的同等性を否定することになってしまう」。

結論から言えば、この議論は批判として成立していない。以下、表出的抑止刑論の立場から、その理由を説明する。まず、公衆の示す量刑判断が全体として応報的であるのは事実で

---

<sup>436</sup> Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 80 f. (邦訳として、飯島暢＝川口浩一監訳「ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』(3)」関法 63 巻 5 号 (2014 年) 266-268 頁〔中村悠人訳〕). *Ders.*, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, S. 41 f. にも概ね同じ記述がある。

あるが、それは公衆の直観であって、公衆の間で、理性的推論の結果として「応報刑論が正しい」という規範的立場が共有されているわけではない（ここにおける直観と理性の対立は、量刑の結論と理由になぞらえることもできる）。別の言い方をすれば、「公衆は、規範的立場として、どのような刑罰目的を正当と考えているのだろうか」という問いがあったとすれば、それに対する回答は「わからない」とか「様々であろう」というものになるのであって、しかし、そのような様々な立場がありうる中でも、量刑の結論は応報的なものに収斂するという事実が観察されている、というところに、表出的抑止刑論（その前提にある経験的デザート論）のポイントがあるのである。この相違は些細に見えるかもしれないが、重要である。例えば、公衆（の相当部分）が、「抑止という刑罰目的のために応報的処罰をしよう」とか、あるいは「抑止が正しい刑罰目的であるが、結論としての刑は応報的な範囲にとどめよう」と考えている可能性も十分に存在するのである<sup>437</sup>。もしそう考えているとすれば、それは表出的抑止刑論からみても十分に合理的な考え方である。いずれにせよ、我々が知っているのは公衆の直観であって、その背後にある規範的立場ではない。したがって、公衆が応報的処罰を求めていることの背後に、私見にとっては不合理な立場（応報刑論）があると即断することもできない。それゆえ、有罪判決を受けた者に対して、予防目的のため応報的処罰を行うことは、我々にとっても「非理性的に動機づけられた強制」などではない。我々は、公衆の直観を「非理性的」とみなすようなことはしていないのである。そうである以上、「二枚舌」を使う必要もない。我々もまた、公衆の一員として応報的直観を共有しているのであって、その上で、それに従った処罰が、刑事司法に対する道徳的信頼を維持させて犯罪予防効果につながるという刑罰目的を堂々と語ることができる<sup>438</sup>。応報的直観を持った人々を「啓

---

<sup>437</sup> 現に、例えば上注（337）に引用したわが国の実験研究では、人々の意識の中では、そもそも応報と抑止という刑罰目的が截然と区別されていない、ということが示唆されている。つまり、刑罰目的に関しては、人々の間で「応報することは抑止につながるし、抑止しようとするれば応報することになるだろう」というような考えが、曖昧な形でゆるやかに共有されていると解釈することができる。要するに、刑罰目的論という高度に専門的な規範的理論に関して、公衆の間で確立した見解はない（ただ、抑止も応報もほどほどに人気であり、それと同時に両者の対立関係はあまり意識されていない）ということまでしか言えないのである。公衆のほとんどは刑法の専門家ではない以上、これは当然のことである。我々の頭の中にも、例えば自然界の物理法則や自動車の駆動メカニズムに関しては、実に曖昧な概念図式しか存在していないはずである。

<sup>438</sup> ただし、もしかすると上の議論には、次のような含意もあるのかもしれない。すなわち、応報的直観「それ自体」には規範的根拠が存在しないのであって、その存在を、基礎づけを行わずに所与の前提としておいて、それに反すれば犯罪予防効果が減殺されるから直観に従って処罰しようというのでは、一種のマッチポンプではないか、と。この背後にはさらに、応報的直観それ自体は野蛮な、規範的にみれば克服すべきものであって、そのような、それ自体に規範的根拠のないものを理論的前提とすべきではない、という感覚があるのかもしれない（そうなると被処罰者は、予防という名目のもとに、そのような野蛮な、規範的根拠のない人民の喝采のごときものの犠牲にされることになる、というわけである）。

しかし第一に、それは、行き過ぎた道徳的完全主義ないし規範的完璧主義であるように思われる。上述したように、公衆の正義観念（応報的直観、応報欲求）は、進化の歴史に深く根ざした、その意味での人間の本性的傾向性であって、容易に変更できるものではない（これを変更するということは、究極的には例えば、我が子を惨殺されても笑って許せるようになるということであ

蒙されていない」などに見下し、コミュニケーション的同等性を否定する必要性もまた存在しないということになる。表出的抑止刑論は当然に、公衆と専門家の対等性を承認する。

以上から、手段化禁止原理を援用することによって、制約原理構成を論駁することはできないということが明らかになったものと思われる。

### 3-2-2-4. 問題4：量刑導出の困難

第四に、制約原理構成によると、量刑において困難が生じるのではないか、という問題がある。次の指摘を考察の出発点としたい：「(…) 責任による刑罰の限定が可能となるためには、過去に行われた犯罪行為に対する適切な非難の量を具体化し、かつ、それと予防目的の達成のために必要とされる刑罰の度合いを比較できるようにしなければならないはずであるが、これが可能であるかは極めて疑わしいように思われる」<sup>439</sup>。

一見する限り、この指摘は当たっていないようにみえる。説明すると、上の指摘において念頭に置かれているのは、要するに、「予防刑を責任刑の範囲にとどめる（この責任刑が上限のみを画するのであれ、下限をも画するのであれ）」というような量刑構想であると考えら

---

る)。もちろん、このような傾向性が道徳的に批判不可能であるとか、絶対的に変更不可能であるとは言えないが、上でもみたように、人を自律的な理性的主体とみなすといっても、それは道徳的に完全な主体観を常に前提としなければならないわけではないのであって、理性的であるが可謬である主体観を採用することも許されるのである（そもそも、そうしなければ刑罰論は現実との接点を完全に失い、あるいはそれどころか、道徳的に完全な主体は犯罪を犯さない以上、刑罰論ないし刑法学の意義そのものが消滅するであろう）。人間は基本的に理性的であるが誤りを免れない存在であるという人間観が排斥されないのであれば、人間はそれ自体としては不合理な直観を抱くが、それを理性的に方向づけ、時には乗り越える存在であるという人間観を排斥しなければならない理由もないはずである。

また第二に、そもそも目的刑論の基本的スタンスは、純粋に規範的に基礎づけられた前提のみから出発しようというものではない、という点も指摘しておく必要がある。それは何よりも、この現実の世界において犯罪予防目的を志向する議論であって、その現実の世界には公衆の正義観念が現に存在するのであるから、これを所与の条件として予防戦略を組み立てているのである。もちろん、この正義観念そのものを克服しようという規範的議論も成り立つが、それは目的刑論という議論枠組みを超えたさらに高次の問題であって、区別して論じるべきである。ただ、ここには究極的に、理想から出発するのか、それとも現実（事実）から出発するのかという方法論的な対立軸があるのかもしれない（この問題についてはとりわけ、飯島・前掲注（378）87頁以下、特に119-124頁、および高橋直哉「刑法基礎理論の可能性を夢想する」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020年）151-156頁参照）。この両論者は、規範的な理想状態を最上位に置くという、大きな方法論的枠組みは共有しているものと思われるが、これに対して本稿は――この二人の偉大な先駆者と自身を並べて語るのは、甚だおこがましいことではあるけれども――現実の方に軸足があり、常に事実から出発する（この点に関するさしあたりの考えは、試論にも満たないものであるが、十河・前掲注（2）の注（156）に示してある）。筆者としては、事実から出発する方法論が、規範的理想状態から出発する方法論に対して一方的に優位にあるとは全く考えていないが、一方的に劣位にあるとも考えていない（そもそも、両者を公平に比較するための準備が筆者には足りていないのであるが）。少なくとも、本稿の着想の全体には、事実から出発しようとしたことによってはじめて気づくことができた、と言うことはできる。

<sup>439</sup> 高橋・前掲注（16）145頁。



れるが、その実現可能性が極めて疑わしいというのはなぜであろうか。単純に考えれば、次のようにな解決策を示すことができる：ある事件に接したとして、まずは「純粋な目的刑論の支持者ならいかなる量刑を言い渡すか」を考え、今度は「純粋な応報刑論の支持者ならどうか」を考え、その上で両者を比較し、調整をはかればよい。純粋な目的刑論からの量刑はおよそ不可能であるという立場を採用するのでない限り<sup>440</sup>（純粋な応報刑論による量刑の可能性を疑う者は存在しないと考えられる）、この解決策が実現不可能であるということではできないであろう。

しかし、本当にこの解決策でよいのだろうか。結論から言うと、問題はそこまで単純ではない。なぜなら、上記解決策に関していえば、これは「責任刑」を予防目的とは独立に導出可能であることを前提としているが、そもそも制約原理構成は、責任（上の解決策では、これが応報と同視されている）は刑罰正当化の積極的理由にならない、ということを前提とした理論である。つまり、そもそも刑罰論のレベルで、責任が予防と独立に刑罰を正当化するという可能性が排斥されているのである。したがって、制約原理構成をとりながら、上述したような解決策（分離論、と呼ぶことができる）をとることは、問題1として上述した「応報の不当な再導入」を行うものであって、妥当ではない<sup>441</sup>。

それでは、まずは予防刑を独立に量定した上で、それを責任の観点から「引き下げる」というようなプロセスを踏めばよい、と思われるかもしれない。しかし、そのような構想（二段階考慮論と呼ぶことができる）にも、量刑論の文脈において批判が展開されている<sup>442</sup>。そもそも、上述したように、量刑に対して（も）及ぼされる規範的制約は多元的なものであって、これを責任主義（ないし応報）なるものに限定すべき必然性は存在しない。そうすると、制約された表出的抑止刑論を前提とする場合、まずは「表出的抑止刑」を独立に導出し、その後で、法益保護主義による軽減、責任主義による軽減、訴訟法上の原理による軽減、などという形で、制約原理に基づく量刑軽減をかけてゆくような、いわば多段階考慮論をとることになるのだろうか。

このような議論からは、一見してすぐに、「何かがおかしい」という印象を受けるであろう。しかし、筆者の見立てでは、ここで疑うべきなのは、刑罰論としての制約された表出的抑止刑論ではなく、むしろ、量刑論としての（それも、刑量の導出過程に関する理論としての）二段階考慮論である。すなわち、制約原理構成をとった上で、刑量導出を行うにあたって、まず予防刑を独立に導出し、次にそこから制約原理により「引き算」という過程をとることに、本当に必然性があるのだろうか。あるいは、そのような構想を維持することは可能かつ正当であると、本当に言えるのだろうか。この点を決するためには、近年の量刑論にお

---

<sup>440</sup> 確かに、一般論として、刑罰の犯罪予防効果には経験的証拠が乏しい以上、この効果を得るために必要な刑量を特定することはできないはずだという批判は成り立ちうるが、少なくとも表出的抑止刑論（経験的デザート論）には妥当しない。他の立場に関しても、それによるときには予防上必要とみられる刑量を想定することが原理的に不可能であるとか、不当であるというのであれば、それは行き過ぎであるように思われる。なお、確認しておく、個々の量刑による一般予防効果を予測することは、確かに、常に不可能であるが、その予測が必要であるという前提そのものが不当である（上注（303）で言及した「間接結合論」を参照）。

<sup>441</sup> 野村健太郎『量刑の思考枠組み』（成文堂、2020年）13頁以下も参照。

<sup>442</sup> 野村・前掲注（441）4頁以下。「二段階考慮論」という呼称は、同38頁による。

いて進展が見られるところの——刑罰論を踏まえた当為としての量刑基準の定式化や、それに基づく量刑事情の選別、評価方向の確定といった、従来から議論されてきた問題領域を踏まえながらも、それとは区別された——「刑の数量化」の過程・方法に関する理論的分析<sup>443</sup>を参照することから始める必要がある。

もっとも、これはもはや、刑罰論としてではなく、量刑論として議論すべき事柄である。つまり、第四の問題に対しては、制約された表出的抑止刑論に基づく量刑基準論（および、それを踏まえた刑量導出の過程）を示すことによって応答すべきことになる。したがって、本稿においてはこれ以上追究しない。

### 3-3. 制約された表出的抑止刑論の全体像

こうして我々は、経験的デザート論の発展的解釈として、「制約された表出的抑止刑論」に到達した。改めて確認すれば、これは目的刑論、中でも積極的一般予防論の一種であり（ただし、消極的一般予防や特別予防も、積極的一般予防と矛盾しない範囲で考慮される）、同時に、抑止型相対的応報刑論（犯罪予防だけを正当な刑罰目的と解するが、その目的追求に際して規範的制約〔義務論的制約〕を設ける見解）の一種でもある。

具体的には、まず、公衆の正義観念に従った処罰が最良の犯罪予防効果を発揮するという、経験的デザート論から得られた事実認識が前提にある。ここで、刑法に関する公衆の正義観念は、これを概念的・質的に記述すれば、「不正な行為に対して、反応的態度としての非難の表出を求める公衆の意識」という形で定式化できる。ここにいう非難とは、事実として存在する公衆の正義観念によって要請されるものであるから、事実としての非難、と呼ぶことができる。そうすると、経験的デザート論とは、事実としての非難を通じて積極的一般予防をはかる見解であるから、一言でいえば、「表出的抑止刑論」と読み換えられるということになる。ここで提示されるのは、刑罰正当化の積極的理由である<sup>444</sup>。

しかし、公衆の正義観念は時に暴走する恐れがある。よりテクニカルに言えば、処罰に際して公衆の正義観念を考慮することの正当化根拠は、その積極的一般予防効果にあるわけであるが、そもそも、刑罰を予防効果だけによって正当化することはできない。なぜなら、予防効果が示すのは、刑罰が社会全体との関係で有する効用であるところ、社会的効用さえあれば国家は何をしても良いということとはできないし、あるいは、社会全体のためであればいかに個人を犠牲にしても良い、ということもできないためである。より具体的に言えば、例えば、いかに予防効果が見込まれたとしても、国家は、単に不道德であるに過ぎない行為に介入すべきではないし（法益保護主義あるいは反リーガル・モラリズム）、かつ、犯罪予防という社会全体の目的のために個人を犠牲にすることの根拠となる理由、すなわち責任がないのに、その者を処罰することは許されない（責任主義）。他にも、罪刑法定主義や適正手続の原則など、予防目的とは関係なしに遵守されるべき刑事法上の原理は複数存在する。したがって、表出的抑止目的の追求に対しては、これらのような、多元的な規範的制約（義務論的制約）を及ぼさなければならないのである。ここで提示されるのは、刑罰正当化の消

<sup>443</sup> 近時における重要な業績として、野村・前掲注（441）109頁以下。なお、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（法曹会、2012年）18-20頁も参照。

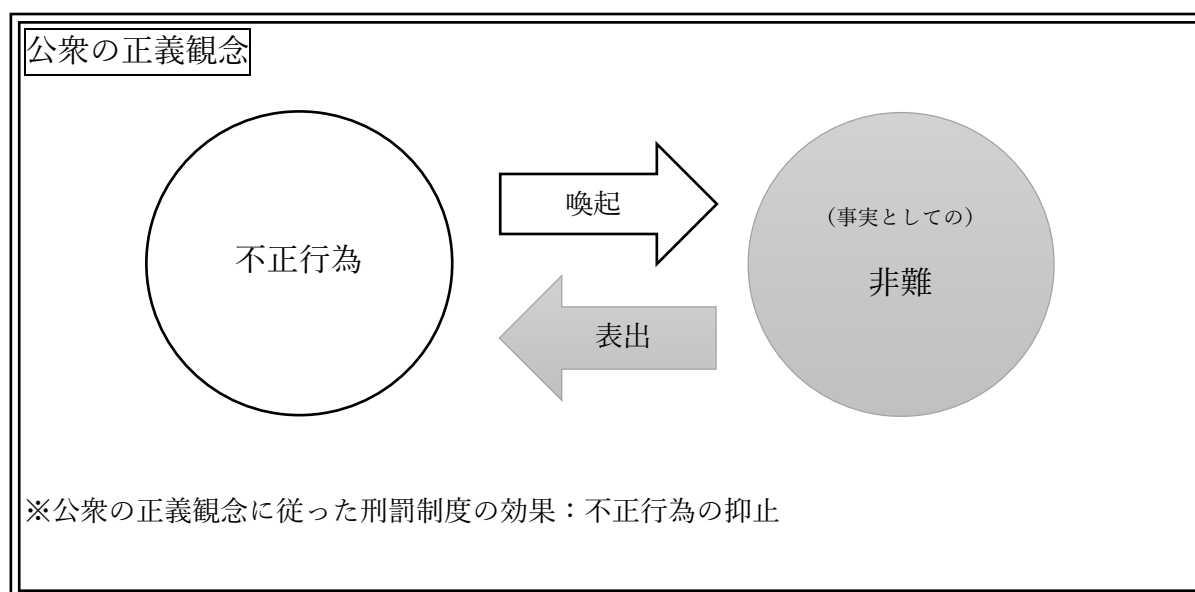
<sup>444</sup> 積極的理由と消極的理由の概念については、上注（392）参照。

極的理由である。

これら二点を総合したものが、「制約された表出的抑止刑論」である。以上をもって、この理論の基本構想に関する叙述はすべて終了し、本稿の目的は達せられたため、このまま、本稿Ⅱ. が辿った道筋の要約に移ることもできる。もっとも、それとは別に、結論として到達した「制約された表出的抑止刑論」そのものの全体像を提示しておくことには、本稿の企図を明確にする上で利益があるように思われる。そこで、以下においてこの作業を行う。

まずは、「制約された表出的抑止刑論」のうちの、「表出的抑止刑論」の部分について述べる。その基本構造を図で表すと、次の図表13のようになる。

図表13：表出的抑止刑論の基本構造



上述した通り、刑法に関する公衆の正義観念は、質的に記述すると、「不正行為に対する反応的態度としての、事実としての非難の表出」を要請するものである。「事実としての非難」と述べた通り、ここにおける非難は、公衆が感じた怒りの表出であって、つまり事実的なものである（＝それ自体としての規範的正当性はない）。また、不正行為の方も、公衆がそれを認識したときに怒りを感じ、非難を表出したくなるような行為として定義されるため、やはり事実的なものである。ところで、本稿Ⅰ. を通じて検討した経験的デザート論が示唆するところでは、刑罰制度は、公衆の正義観念に従った処罰を実現するとき（すなわち、不正行為を犯罪化し、それに対する非難を刑罰として実現するとき）に、もっともよく道徳的信頼を獲得し、それにより公衆の遵法性が維持される。この事実から、公衆の正義観念に従った処罰を行うことの規範的根拠（積極的理由）が得られる。すなわち、そのような処罰は、不正行為という望ましくない行為の抑止に資するのである。これが表出的抑止刑論である（同時に、その内容は、公衆の正義観念が、量的に把握されるだけでなく、質的・概念的にも把握されているという点を除けば、ロビンソンの経験的デザート論と一致する）。

しかし、このような（素朴な）表出的抑止刑論に複数の規範的問題があることは明らかである。この点、それらを全体として妥当な形で体系的に定式化することは、きわめて重い課題であり、筆者の手に負えるものでは到底ないが、さしあたり、次のようにいうことはでき

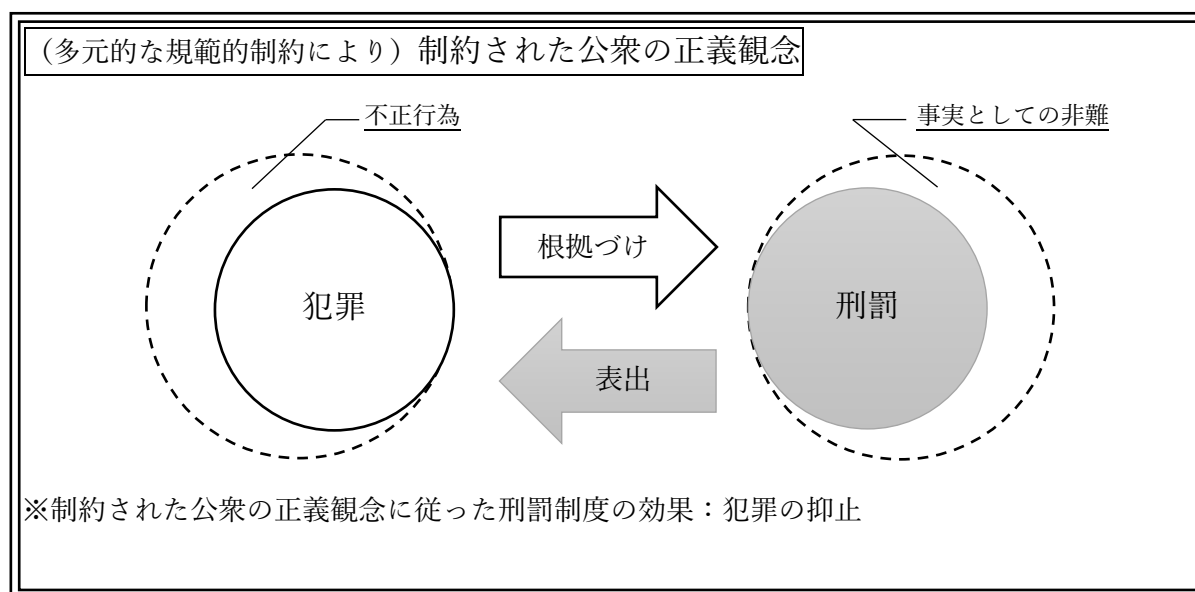
と思われる。第一に、形式的・手続的な側面に着目すると、まず、不正行為であることが明らかであるのに、法律において明確に定められていないという理由でその処罰を断念するならば、公衆は不満を抱くかもしれないが、これは法治国家の刑罰制度として譲れない前提である（罪刑法定主義による制約）。また、公衆は、不正行為に関する真実発見を何よりも重視し、それに対する処罰を必ず実現することを求めるかもしれないが、国家は刑罰権を独占しており、これが恣意的に行使されるおそれは常に存在するということに鑑みれば、刑罰法令は、適正な手続のもとでその適用実現をはかるべきである（適正手続の原則による制約）。第二に、実質的・実体的な側面にも、当然ながら複数の制約が必要である。不正行為に関する制約から考えると、その中でも犯罪化に関連する部分として、まず、公衆が怒りを感じる行為であれば何を処罰・抑止してもよいということとはできず、その行為が、国家の介入を正統化するような重要な利益の侵害に繋がるということができなければ、それを国家刑罰による抑止対象とすることに積極的理由を認めることはできない（法益保護主義による制約）。また、公衆は、内心の思想そのものや、せいぜいその単なる発露であって、それ自体ではそのほかに外界への重要な作用を及ぼさないような人の心理的・身体的態度にも何らかの行為性を見出し、非難の対象とするかもしれないが、そのような態度を国家刑罰の対象とすることは、個人の自由に対する制約を著しく強めるものであって、許されないといふべきである（行為主義による制約）。さらに、犯罪化もまた国家による基本的人権の制約であることには変わりがない以上、これが法益保護のために有効かつ必要な手段であり、かつ、その利益が不利益を上回っていなければならないことは当然である（比例原則。ただし、これ自体は義務論的制約ではなく、その前提にある帰結主義的な正当化原理である）。以上により、（上記の諸原理により内容的に制約された）不正行為を抑止することが社会全体にもたらす利益の内容が画定されたことになる。ところで、刑罰制度は、この不正行為を処罰してゆくことによって、自身が公衆の正義観念を実現するものであるということを確認し、そうして道徳的信頼を獲得・維持することで積極的一般予防をはかるわけであるが、その際、被処罰者は、社会全体の利益のための犠牲にされることになる。このような犠牲が正当化される理由は、被処罰者が自由な意思決定のもとで不正行為に出たと言いうる場合にのみ備わるというべきであろう（責任主義による制約）。以上により、不正行為は、それ自体として規範的に正当な犯罪概念へと彫琢・洗練されることになる。なお、事実としての非難も、このような犯罪概念を前提として行われるわけであるから、その意味で既に制約を受けているが、こちらに独自の規範的制約も存在している。例えば、残虐な刑罰の禁止がこれである。こうして、事実としての非難も、それ自体として規範的に正当な刑罰概念へと彫琢されることになる。

したがって、素朴な表出的抑止刑論（経験的デザート論）に対しては、以上のような規範的制約を及ぼさなければならない。ところで、ここで補足しておく、上に示した多元的な規範的制約の内容に関する理解は、別様のものでもありうる。例えば、法益保護主義を権利侵害論に置き換えたり、あるいは、法益保護主義を危害原理・不快原理といった英米刑法哲学の犯罪化原理によって置き換えることもできるかもしれない。あるいは、責任主義の根拠となっている自由な意思決定の意義について哲学的に掘り下げることにも有益であろう。そ

のほかにも、さらに広く、諸々の規範的制約を、憲法的な価値・保障的原理と結びつけることによって、その実定法的基礎を強固にするというアプローチも有望であるかもしれない。いずれにせよ、ここで重要なのは、刑罰制度における多元的な規範的制約は、刑罰正当化の積極的理由（ここでは、〔制約された〕公衆の正義観念に従った処罰の積極的一般予防効果）には還元せずに、それとは独立に論じうるし、かつ、そうすべきだということである。

こうして、「制約された表出的抑止刑論」が定式化される。これを図式化したものが、次の図表14である。

図表14：制約された表出的抑止刑論の全体像



この理論の基本的な特徴について、いくつか注記しておく。まず全体について、倫理的な視点からみると、この理論は、「帰結主義的な目的追求に義務論的制約を及ぼす」という構造をもつ<sup>445</sup>。すなわち、素朴な表出的抑止刑論のレベルでは、事実として存在する公衆の正義観念に従った処罰の実現による積極的一般予防効果が、刑罰制度の様々なコストを最良の形で上回る利益として、刑罰の積極的な正当化根拠となるのであり、言い換えれば、この理論的枠組みの内部では、積極的一般予防という目的にかなう限りで、あらゆる手段が正当化される。その意味で、素朴な表出的抑止刑論は、専ら帰結主義的な刑罰正当化論であると言える。これに対して多元的な義務論的制約を及ぼすと、制約された表出的抑止刑論が完成する。それゆえ、別の角度からいえば、この理論は、構造としては、抑止型相対的応報刑論（犯罪予防を刑罰目的としつつ、それを責任主義により制約する立場）と同じである。

逆に、制約された表出的抑止刑論と、従来の抑止型相対的応報刑論との相違点は、大まかに整理すれば、経験的側面と規範的側面にそれぞれ一つずつある。第一に、経験的側面について、従来の抑止型においては、刑罰の犯罪予防効果に関する経験的検討が基本的に考慮の外に置かれ、一定の作用連関が単に前提とされるにとどまっていた（ことがほとんどであった）が、制約された表出的抑止刑論は、経験的デザート論の参照を通じて、刑罰の積極的一

<sup>445</sup> 帰結主義と義務論の意義については、十河・前掲注（1）のI. 1. を参照。

般予防作用の発生機序を経験的に明確化している。その結果として取り出されたのが「公衆の正義観念」、あるいは「事実としての非難」という概念である（もちろん、とりわけ本稿 II. 2. で述べたように、この点で残された課題がないわけではないし、経験的デザート論＝表出的抑止刑論が刑罰の経験的機能を完全に解明したと主張する意図はないが、従来の目的刑論と比べて、この理論の方が進歩していることは認められると思われる）。第二に、規範的側面について、従来の抑止型においては、予防目的に対する規範的制約が、「応報」や「責任」というように、漠然と、あるいは単一の概念によって把握されていたが、制約された表出的抑止刑論にとっては、規範的制約は徹頭徹尾、多元的なものである。以上のことを裏からいえば、（抑止型）相対的応報刑論は、これら二点の修正を施すならば、刑罰論的にみても、まだまだ使える、現役で活躍できる理論的枠組みであると考ええる。

次に、図表 1 4 の内容に移ると、この理論的枠組みにおける犯罪概念は、不正行為（＝公衆が事実として怒りを感じ、非難の対象とする人間の身体的・心理的態度の総体）を、罪刑法定主義、法益保護主義、行為主義、比例原則、責任主義などにより制約することで構成される。比喩的にいえば、これらの制約原理はフィルターのようなものであり、不正行為は、この制約をくぐり抜け、濾過されることで、規範的に彫琢・洗練される。この洗練された不正行為が犯罪である。したがって、不正行為に対して事実としての非難を差し向けることは積極的一般予防にかなない、それゆえ不正行為は非難することの積極的な正当化理由となるが、それと同じように、犯罪があることは、刑罰の積極的な正当化理由となる。図表 1 4 において、犯罪が刑罰を「根拠づけ」と記していることの趣旨は、このようなものである。

このように、公衆の正義観念を規範的に制約して、残った部分を刑罰の積極的な正当化根拠とする、というのがこの理論の基本的な構造である。以下では、このプロセスをもう少し具体的に示すため、例として、犯罪化（刑事立法）の場面から法益保護主義を、量刑の場面から消極的責任主義をそれぞれ取り上げる。

ある行為を犯罪化することの是非が問題となる場合、表出的抑止刑論の観点からは、その行為の犯罪化が公衆の正義観念にかなうということ、言い換えれば、公衆によって不正であると受け止められ、非難の対象となるという意味での「不正性（wrongfulness）」が必要条件となる<sup>446</sup>。この点、犯罪化に際する行為の不正性の要求は、英米圏では応報的な刑罰論と結びついた形でしばしば行われるものであり、その意味で一般的な主張であるといえるが<sup>447</sup>、そこにおける不正性はあくまで、道徳的・規範的な意味での不正性である。これに対して、表出的抑止刑論にとって重要なのは、上述した通り、公衆が不正だと感じるという意味での、いわば自然化された不正性である<sup>448</sup>。そこで、混同を避けるため、ここでは仮に「経験的不正性」と呼んでおく。ある行為に経験的不正性が備わるかどうかは、社会科学的な手法

<sup>446</sup> 当然ながら、この点はロビンソン説（経験的デザート論）と同様である。犯罪化論に関するロビンソンの研究としては、さしあたり、*IJUD* 239 ff; Paul H Robinson, 'Criminalization Tensions: Empirical Desert, Changing Norms, and Rape Reform', in RA Duff et al (eds), *The Structures of the Criminal Law* (OUP, 2011) 186 ff.

<sup>447</sup> See eg RA Duff, *The Realm of Criminal Law* (OUP, 2018) ch 2; AP Simester & Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs* (Hart Publishing, 2011) 19 ff, 71-73; Moore (n 16) 639 ff. なお、犯罪化と不正概念をめぐる問題圏を扱ったわが国の文献として、高橋・前掲注（16）79 頁以下参照。

<sup>448</sup> この対立は、本稿 I. 1. で整理した義務論的デザートと経験的デザートの対立と同型である。

に基づく実験研究を通じて解明すべき問題である。規範的・思弁的手法のみによってこれに対処することは不可能である。犯罪化の場合は、その成否が社会に対してもたらす影響が大きいと、相応の資源を投入し、実際に実験を遂行することが望ましいと思われる<sup>449</sup>。ただし、この経験的不正性が、どこまでクリアカットな要件として機能しうるのかというのは一個の問題である。この概念は原理的にアナログなものだからである。例えば、ある行為の不正性をどの程度感じるかについて質問票調査を遂行し、それを次のようなグラフにまとめるとする。横軸の中央にゼロをとり、右に行けば不正性が強く、左は弱い。縦軸は回答者の人数である。このとき、右側に大きな山があり、左側にほとんど人がいなければ、経験的不正性は備わっていると言えるであろう。右に人がおらず、左に山ができていれば、経験的不正性がないということになる。しかし、右側と左側にそれぞれ、同じくらいの高さの山ができていたり（例えば、アメリカにおいて人工妊娠中絶を題材に調査を行えば、このような結果が表れるものと思われる）、あるいは回答のばらつきが大きく、あまり山らしい山がない場合は、どうすべきか<sup>450</sup>。この場合には、犯罪化をしてもしなくても、一定の道徳的信頼が獲得され、かつ毀損されるわけであるから、経験的不正性の観点からは、どちらともいえない、という以上の回答は出てこないであろう。

これは、本稿 II. 2-3. で検討した「経験的デザート論の限界」と本質的に同型の問題である。したがって解決策としても、そこで定式化したところの、内在的論拠と外在的論拠を活用することになる。内在的論拠を活用する道としては、問題となっている行為を、既に犯罪化されており、その経験的不正性が疑われていない行為と比較し、不正性の質において両者が類似していることが示されれば、そのことは、その行為の犯罪化の正統性を公衆に対して説得できる可能性を高めるものとして、犯罪化することに有利な理由となるであろう<sup>451</sup>。逆に、そのような類似関係がないことを示せば、犯罪化することに不利な理由となる。以上の内在的論拠に基づく説明が、実際に公衆の間で共有され、議論が成熟すれば、正義観念の分裂状態がある程度は解消されるかもしれない。これに対して、外在的論拠を活用する道としては、問題となっている行為が、犯罪化に際する規範的制約——さしあたり、法益保護主義、行為主義、比例原則が挙げられる——をクリアできるかどうか、という問題を立てることになる<sup>452</sup>。ただし、これらの規範的制約はあくまで、刑罰正当化の消極的理由に過ぎず、

<sup>449</sup> これに対して、ある事実が既に定立された特定の犯罪概念に包摂されるかどうかを判断する犯罪論の場面では、逐一実証実験を遂行することは現実的ではないかもしれない（ただし、考えられる全ての場合をカバーできるわけではないというだけであって、本稿 I. 2-2-1. で紹介した、因果関係や自己防衛に関するロビンソンとダーレーの研究は、この場面でも有用なモデルとして参照できるように思われる）。したがって——そもそも、この場面で、既に制約原理によって画定された法益概念や責任概念とは別に、経験的不正性が独立に重要となる場合がどれほどあるか、ということ自体が一個の問題ではあるが——そこでは、問題となっている犯罪に特有の、不正性の質を概念的に把握し、事実がそれに包摂されるかどうかを、直観によって判断するという選択肢が有力になる。要するに、犯罪論の場面で直観的に当罰性判断を行うことは、この理論的枠組みの内部では、それ自体で価値を有するということである。

<sup>450</sup> なお、公衆の正義観念における不一致については、本稿 I. 2-2-2. 参照。

<sup>451</sup> 例えば、*IJUD* 199 f は、音楽のいわゆる違法ダウンロードを窃盗のイメージと結びつける、という例を挙げている。

<sup>452</sup> これらの規範的制約の相互関係や、その立法者に対する拘束力の性質の相違は、別個に検討

「消極的理由がある」ということは、「積極的理由がある」ということを意味しない。したがって、「経験的不正性が不明」かつ「全ての犯罪化原理をクリアしている」という状況があったとすれば、そのときに導かれる結論は、せいぜい、「犯罪化は許容される」ということに過ぎない（この場合は犯罪化をしても、しなくてもよいわけであるから、一般的な謙抑性の原則、ないし、より犯罪化に限定された文脈で言えば、ファインバーグ（Feinberg）がいうところの、「立法者が、市民に法的義務を課すか、それとも自由にさせておくかという選択に直面した際には、他の条件が同じであれば、立法者は常に、個人を、彼らが自分自身で選択することについて自由な状態にさせておくという方を選ぶべき」であるという推定、すなわち「推定的な自由擁護論（presumptive case for liberty）」が妥当することになる<sup>453</sup>。それゆえ、犯罪化の可否に関する判断は、否定の方向に傾くことになろう）。立法者に対して犯罪化の積極的理由を提供し、すなわち犯罪化を義務づけうるのは、経験的不正性だけなのである（ただし、実際には、消極的一般予防の観点による義務づけもありうるため、この言明は厳密ではない）。

以上に対して、量刑の場面では、公衆の正義観念と規範的制約の関係は次のようなものとなる。まず、本稿で論じてきた通り<sup>454</sup>、公衆の正義観念には、いわば「事実としての均衡原理」<sup>455</sup>が内在している。すなわち、不正行為の重さに均衡した非難を向けるべきだ（向けたい）という意識である。このとき、「不正行為の重さ」というのは、単純化していえば、問題となっている行為に対して公衆が感じる怒りの大きさを意味する。しかし、その怒りの程度を無媒介に量刑に反映させることはできない。規範的制約に反する場合があるためである。例えば公衆は、客観的に帰属される法益侵害の程度が大きいような行為の方が、そうでない行為よりも重いと評価するであろうが、同時に、被害者が人格的に立派な人物である場合の方が、悪評の多い人物であった場合よりも、行為が重大であると評価するかもしれない。しかし、前者は問題がないが、後者は法益保護主義の規範的制約に反するというべきである。また公衆は、行為に関する行為者の動機が悪質である場合の方が、そうでない場合よりも重大であると評価するであろうが、同時に、行為者が公判の場で悪態をつき続けている場合の方が、そうでない場合よりも重大であると評価するかもしれない。しかし——こちらについては争いがより多いと思われるが、一つの考え方として——前者は消極的（行為）責任主義に反しないものの、後者は反するというべきである。

---

すべき課題となる。前者に関して、犯罪化に際して超えるべきハードルを体系的に設定するという問題意識に立脚した近年の重要な業績として、英米圏の犯罪化論における研究蓄積を活用する高橋・前掲注（16）58頁以下、憲法から導かれる刑事立法の審査枠組みを体系化する上田正基『その行為、本当に処罰しますか』（弘文堂、2016年）がある。また後者に関して、刑事立法の正統性を分析する際の枠組みとして、立法者を拘束する「外側の〈限界〉」としての憲法と、立法者に対してより良い立法を提案するための「内側の〈討議の場〉」としての刑法的原理（哲学的・倫理学的原理もここに含まれると思われる）から構成される、「刑事立法分析の2段階構造」を提示するのは、仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断」早比53巻1号（2019年）25頁以下。

<sup>453</sup> Joel Feinberg, *Harm to Others* (OUP, 1984) 9.

<sup>454</sup> 特に、本稿I. 5-1. を参照。

<sup>455</sup> Andrissek, a.a.O. Anm. (7), S. 32 は、公衆の間で共有されている、刑罰は犯罪の重さに照らして相応なものであるべきだ、という信念のことを、「道徳的均衡性（die moralische Proportionalität）」と呼んでいる。



このように、公衆の正義観念に内在している「事実としての均衡原理」は、規範的制約を通じ、基準として修正されることによって<sup>456</sup>、正当な「均衡原理」に転化する。言い換えれば、「不正行為に均衡した非難を行え」（事実としての均衡原理）という基準が、規範的制約を通じて、「犯罪（不法と責任）に均衡した刑罰を科せ」（均衡原理）という基準に修正されるのである。ところで、ここにおける犯罪の重さ、すなわち不法および責任の大きさは、刑罰を根拠づける（言い換えれば、それらは量刑の「基礎」となる）。その理由は、上に述べた「フィルター」の例えと同じである。すなわち、もともと不正行為は、刑罰を根拠づける（すなわち、刑罰正当化の積極的理由である）。これを、多元的な規範的制約というフィルターに通して、残ったものが犯罪である。したがって、この犯罪もまた、刑罰を根拠づけるものとなる。法益保護主義（など）も、責任主義も、それ自体では刑罰を限定づけるもの（刑罰正当化の消極的理由）に過ぎないが、だからといって法益侵害の程度や責任の程度が刑を軽減する方向でしか考慮されないということにはならないのであり（この結論の奇異さはすぐに了解されるであろう）、むしろ不法や責任は、これらの規範的制約をくぐり抜けた不正行為（の構成要素）として、刑罰を根拠づけるのである<sup>457</sup>。

---

<sup>456</sup> これは、十河・前掲注（2）の注（139）で示唆した「基準の制約」である。すなわち、例えば、不法は刑罰を根拠づけるものであり、これに対して責任は刑罰を限定づけるだけであるとして、不法によってまずは独立に刑を量定してから、責任によってそれを差し引く、というプロセスを考えることができる（その実例として、下注（457）参照）。このとき、責任による制約は、「量の制約」となっている。100 あった刑罰が責任によって 70 に制約されるというように、である。これに対して、制約された表出的抑止刑論に基づく量刑論にとって、多元的な規範的制約の性質を、このような量の制約として捉えるべき必然性は存在しない。むしろ、「基準の制約」として捉えることができる。例えば、「不正行為のわるさが大きい」という素朴な意識における、この「わるさ」を、法益保護主義（など）の観点から「行為に客観的に帰属される法益侵害または危殆化の程度」と洗練させ、あるいは責任主義の観点から「行為責任の程度」というように洗練させるのである。これが、基準の制約である。

なお、以上の記述は制約された表出的抑止刑論を前提としているが、不法を責任により制約するという構成をとる場合でも、同じように考えることは可能と思われる。要するに、「不法の程度に従って刑を量定せよ」という基準を、責任主義により制約することで、「有責な不法の程度に従って刑を量定せよ」という基準に修正するのである。この場合にも、不法関連の事情は刑を加重も軽減もしうるが、責任関連の事情は専ら軽減的にしか考慮されない、という結論は維持される。そこで、先に不法により基礎づけられた刑を数量化し、その後でやはり数量化された責任割引を反映させる、という思考過程をとるべき必然性はない。要するに、量刑基準の問題と、それに基づく量刑導出過程の問題は、理論的に分けて考えるべきである。こうすることによって、この種の構成に対する、上注（442）に掲げた文献による批判は、少なくとも大部分を回避することができるようにと思われるのであるが、この点は、本稿ではこれ以上追究しない。

<sup>457</sup> このような発想自体は、従来の量刑論においても定式化されている。すなわち、小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應ロー1号（2004年）315頁はいう：「狭義の責任が、違法性に応じた刑量を消極的に制約する機能しかもたないということと、その責任によって制約された違法性の大きさ（＝広義の責任）が刑罰構成機能をもつことは、両立するのである。

（…）ある所為が刑法によって違法だと評価されるとき、そこには刑罰目的という観点からみた禁圧の必要性が反映されているのであるから、原則として――責任による『割引』を経ることを予定しつつも――その重さに応じて処罰することが『要求』される。その意味で、違法性は、刑

以上のような意味で、制約された表出的抑止刑論に基づく量刑基準は均衡原理であり、かつ、それだけである。この理論は、量刑基準論において、犯行均衡説 (Tatproportionalitätstheorie) を帰結するのである。

かくして、経験的デザート論を、「制約された表出的抑止刑論」として発展的に解釈するという、本稿 II. の最終的目的は、完全に達せられた。最後に要約を行って、本稿を閉じることとする。

---

罰を根拠づける機能(刑罰構成機能)を有しているのであって、単なる科刑の前提にとどまるものではない。それゆえ、責任によって制約された違法性の大きさ(=量刑責任)は、まさしく量刑の『基礎』でなければならないのである」。ここに示された議論の論理構造は、上に述べたことの趣旨と全く同一である。ただし、「制約されるもの」と「制約するもの」が異なっているのである。すなわち、小池説の場合は、「制約されるもの」は不法であり、「制約するもの」は責任である。したがって、責任に関連する事情は軽減方向でしか考慮されないが、責任により制約された不法は、刑罰を根拠づけるものとして、加重方向でも考慮されうる。これに対して私見の場合は、「制約されるもの」は不正行為であり、「制約するもの」は違法性と責任(を定義づける規範的制約)である。したがって、違法性と責任にかかわる諸原理によって制約された不正行為——すなわちそれは、不法と責任そのものである——は、加重的にも軽減的にも考慮されるのであって、それで終わりである。ただし、次のようにいうことはできる。すなわち、公衆の正義観念において、事実としての非難を喚起するのは不正行為だけである(というよりも、事実としての非難を喚起させる事情の総体を、不正行為と呼んでいるのである)。したがって、制約された公衆の正義観念において、刑罰を根拠づけるのは犯罪だけである。しかし、犯罪とは別に、刑罰のみを軽減する事情を観念することができる。例えば、いわゆる社会的制裁が、もし刑罰に匹敵する非難を既に犯罪に対して差し向けているということができたとしたら、犯罪に対して既に一定の非難が差し向けられたことになるのであるから、この点を考慮せずに、犯罪それ自体に均衡する刑を科したならば、それは均衡原理の要請に反するというべきである(小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3・完)」慶應ロー10号(2008年)39頁以下も、社会的制裁が刑罰の「代替的害悪」であると言える場合には量刑を軽減する理由となるという形で、同旨の発想を是認している。なお、十河隼人「外国文献紹介 アンドリュウ・フォン・ハーシュ＝アンドリュウ・アシュワース『量刑における衡平要素』」早法95巻4号〔2020年〕459頁以下も参照)。このような、犯罪の評価には関わらないが、それとは独立に刑罰(非難)を軽減させる事情は、均衡原理の要請から、専ら軽減的に考慮される量刑事情であると位置づけることになる。

ただし、上に述べたことは、「責任主義が刑罰を限定づける根拠に過ぎないからといって、責任関連の事情が専ら軽減的にしか考慮されえないという帰結が即座に出てくるわけではない」ということにすぎない。責任主義の内容そのものに関する解釈、とりわけそれと不法との関係に関する解釈によっては、やはり責任関連の事情は軽減的にしか考慮されえないという結論に戻る可能性は存在する。例えば、責任は帰責される不法の範囲を限定するにすぎないという理解を採用すれば、責任関連の事情が加重方向で考慮される余地は再び消失するように思われる。もっとも、これはもはや、責任主義の意義に関する個別的検討に委ねられるべき問題であって、本稿の目的を完全に超えるものであるから、ここではこれ以上追究できない。

#### 4. 本稿Ⅱ. の要約

以上に示した本稿Ⅱ. の議論を、ここに要約しておこう。

筆者は、本稿Ⅰ. で検討した経験的デザート論を基本的に支持しているが、それを無批判に受容するわけではない。なぜなら、この理論に対しては、複数の課題が残されていることを指摘できるためである。本稿Ⅱ. では、この点について検討を行った。

まず、本稿Ⅱ. 1. では、経験的デザート論の理論的位置づけについて検討した。というのも、およそある理論を好意的にであれ批判的にであれ分析するときには、その前提として、その理論がいかなる理論であるのか、他の理論といかなる関係に立つのかということを明らかにしなければならないためである。この点、わが国の刑罰論は基本的に、ドイツ刑罰論の影響を受け、その概念的枠組みに従って議論を行っていることに鑑みれば、経験的デザート論も、ドイツの諸理論との関係で位置づけておくことが、この理論の理解を容易にする上で便宜にかなうであろう。

そこで、本稿Ⅱ. 1-1. においては、実際にこの位置づけ作業を遂行した。その結果をまとめると、まず、経験的デザート論が目的刑論であり、かつ、一般予防論であることに疑いはない。さらに、その予防プロセスは「道徳的信頼の維持」を中核とするところに着目すれば、この理論は、「法秩序の存立力と貫徹力に対する信頼を維持し強化すること」を予防プロセスとする一般予防論、すなわち積極的一般予防論の一種であると整理することができよう。その中でも、経験的デザート論は、徹底した経験的調査によって根拠づけられているところに大きな特徴と長所を有する。そうであれば、経験的デザート論は、実証的な積極的一般予防論の一種であるということができよう。

ここで、ドイツにおける実証的な積極的一般予防論の現況をみると、そもそもドイツにおいては、刑罰の一般予防効果に関する経験的調査が比較的乏しく、積極的一般予防については特に乏しいことがわかる。その理由は概ね二点ある。第一は、この効果の存在を直接に裏づける実証研究が乏しかったとしても、刑罰に（積極的であれ消極的であれ）一般予防効果があると想定することには最低限の合理性が認められるということである。これ自体は首肯しうるものであるが、その一方で、一般予防効果の経験的基礎を明らかにしてこそ、「このようにすれば、一般予防効果が高まる／低まる」という指針を得られるのである以上、この経験的基礎が乏しいときには、一般予防論の、刑法理論上の具体的な諸問題に対する給付能力は低いままになってしまうであろう。したがって、一般予防論の魅力を高めるためには、さらなる経験的調査が望まれるということになる。第二は、積極的一般予防効果の実証はきわめて困難であり、不可能と評する論者すらみられる、ということである。しかし、結論からいえば、これは積極的一般予防効果を実証するための方法が存在しないとか、この効果は現実に存在するものではないということを意味するものではなく、むしろ、その効果を実証するための方法論に問題があったということを意味している。すなわち、通常の積極的一般予防論は、「正義にかなった処罰→人々の規範意識の維持・強化」というように、正義の効用に着目している。したがって経験的検証の対象も、この正義の効用となる。その場合には例えば、犯罪化の前後における人々の規範意識を調査し、その変化を調べることにな

る（ドイツにはこの調査を実際に遂行した実例がある）。しかし、そもそも公衆はもともと十分に高い遵法性を有していることが多いため、法律の状況によってこれがさらに強化されるさまを経験的に確かめることには、實際上、困難がある。これに対して、経験的デザート論は、「公衆の正義観念に反する処罰→公衆の遵法性の低下」という、不正義の不効用に着目する。この場合には、もともと高い遵法性を有する公衆に、刑法の不正義（例えば軽微な詐欺に終身刑を科するというような、著しく均衡を失った処罰）に関して実例を見せ、刑法に対して幻滅させることによって、その前後での遵法性の変化を観察することになる。この方法によれば、正義の効用の調査に関して存在していたような実際上の困難は回避することができるわけである。こうして経験的デザート論は、正義の効用から不正義の不効用へ、という着目点の転換に基づいて、刑罰の積極的一般予防効果の経験的検証を行い、そうすることで積極的一般予防論に強固な経験的基礎を与えることができたのである。ここに、経験的デザート論の、独自の意義がみつめられるのである（なお、通常の積極的一般予防論と経験的デザート論の対比については、とりわけ本稿Ⅱ. 1-1. 末尾の図表12を参照）。

次に、本稿Ⅱ. 1-2. においては、補論として、近年のドイツにおいて展開されている、経験的デザート論に親近的な諸見解を概観した。具体的には、フランツ・シュトレング（Franz Streng）、ヨハネス・カスパー（Johannes Kaspar）およびトニオ・ヴァルター（Tonio Walter）の見解である。これらの見解は、経験的デザート論を今後さらに彫琢する上で、重要な示唆を与えるものになるであろう。同時に、カスパーおよびヴァルターは経験的デザート論に強い関心を示しているため<sup>458</sup>、今後、経験的デザート論がドイツでも支持を広げるか、少なくともさらなる注目を受けることになると期待することもできる。

続いて、本稿Ⅱ. 2. および3. では、経験的デザート論に残された課題を指摘し、その解決にむけた方策を示した。この課題は、経験的な課題と、規範的な課題に分析されるため、それぞれ検討を行う。なお、結論を先に述べておくと、経験的デザート論は、その課題の解決にむけた発展的解釈を通じて、これを制約された表出的抑止刑論と呼びうる見解に読み替えるべきである。これが筆者の私見となる。

本稿Ⅱ. 2. では、経験的デザート論に残された経験的課題を検討した。その課題というのは、一言でいえば、この理論は主にアメリカで行われた経験的研究を基礎とするものであるから、その結果のすべてをわが国に即座に適用することには慎重を要するのであり、将来的には、経験的デザート論を（も）モデルとして、わが国でも独自に経験的調査を遂行するのが理想的であろう。ただし、わが国での経験的調査が乏しいからといって、経験的デザート論の検証した積極的一般予防効果が、わが国ではまったく存在しないと想定するのは不合理である、ということは確認しておかなければならない。

ともあれ、この点、経験的デザート論は、ごく大まかに言えば、「公衆の正義観念に従った処罰→遵法性の維持（積極的一般予防効果の発生）」という作用プロセスを想定するもの

<sup>458</sup> ロビンソンを招いて開催されたシンポジウムを書籍化したものである Kaspar/Walter, a.a.O. Anm. (9)の存在自体がその証左であると言えるが、より具体的には、同書に収録された両者による論文のほか、シンポジウムの議事録である S. 35-37 および S. 113-116 を参照されたい。これらは、未だドイツでも広くは知られていない経験的デザート論に対する同国の反応を知る上で、貴重な資料である。

であるから、その経験的調査は大まかに、「公衆の正義観念（の内容）に関する経験的調査」と、「積極的一般予防効果に関する経験的調査」という二つの部門に分かれることになる。前者は 2-1. で、後者は 2-2. で扱われる。さらに、2-3. では、以上の課題を踏まえつつ、経験的デザート論には、その給付能力に原理的な限界があることを示す。

本稿 II. 2-1. では、公衆の正義観念に関するわが国の経験的調査について、先行研究を概観した。要するにこれは、素人の量刑判断に関する心理学的研究と同じことである。このような研究は、とりわけ裁判員制度の導入を契機として、わが国も一定の蓄積がみられるようになってきている。そこで、経験的デザート論に関連すると思われた先行研究を検討した。ただし、筆者は心理学の専門的訓練を受けていないため、紹介の網羅性は保障できず、その正確性にも不安が残る点は、正直に打ち明けておかなければならない。そもそも、経験的デザート論に関連する経験的証拠は、いわゆる法と心理学に限られるものではなく、社会心理学をはじめとする、それ自体では法律学とは何ら関係のない分野にも及ぶ（ロビンソン自身も、多くの社会科学者の協力を得て、共著の形で業績を積み重ねながら経験的デザート論を構築してきたのである。本稿で繰り返し引用してきた *IJUD* [=Paul H Robinson, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013] も、それまでの諸論文を体系的に編集したものであるが、元となった論文の大部分が社会科学者との共著である。本稿 I. 2-3. で検討した進化心理学に関する部分では、自然科学者との共著もある）。わが国でも、ハードルは高いが、将来的には、このような学際的なアプローチが求められることになろう。先行研究の具体的内容は同所を直接参照されたいが、公衆の正義観念に従って処罰することによる厳罰化への懸念についても末尾で扱っていることはここに記しておく。

本稿 II. 2-2. では、積極的一般予防効果に関するわが国の経験的調査について検討した。とはいえ、周知の通り、そもそも刑罰の一般予防効果に関する実証研究は、わが国では（アメリカはもちろん、ドイツよりも遥かに）きわめて乏しい。積極的一般予防効果の実証研究に関しては、筆者の知りえた限りでは、存在が確認できなかった。今後、ロビンソンの研究を一つのモデルとしつつ、実際に実験を遂行することが求められよう。

本稿 II. 2-3. では、経験的デザート論の限界について述べた。それは要するに、具体的問題に対する給付能力に限界があるということである。すなわち、第一に、確かに経験的デザート論は、公衆の正義観念について経験的に調査がついた部分については、具体的指針を示すことができるが、問題となりうる論点の全てについて経験的調査を行うことは不可能である。また第二に、専ら公衆の正義観念に従った処罰を志向するだけでは、この観念を批判する契機が失われてしまう。したがって、たとえ予防効果を一定程度犠牲にしても、公衆の正義観念に従った処罰に対する規範的制約の余地を認めるべきである。

この二つの限界にはいかに対処すべきであろうか。それぞれについて、次のような解決方を提示できる。まず第一点目については、公衆の正義観念を個別に調査するだけでなく、そもそも公衆の正義観念がどのような内容をもっているのか、何を求めているのか、という点について法則性を見出す必要があり、言い換えれば、公衆の正義観念を質的・概念的に把握する必要がある。そうすることによって、経験的証拠が乏しい場面でも、「公衆はこのような振る舞うはずだ」と予測することができるようになるであろう。このような予測の論拠を、内面的論拠と呼ぶ。次に第二点目については、公衆の正義観念とは無関係に、これを外在的・規範的に制約する論拠を基礎づける必要がある。このような論拠を、外在的論拠

と呼ぶ。以上を総合すれば、経験的デザート論の限界を克服するためには、内在的論拠と外在的論拠の整備が必要である、ということになる。

本稿 II. 3. では、経験的デザート論に残された規範的課題について検討した。その課題とは、本稿 II. 2-3. で示したように、内在的論拠と外在的論拠という、二つの論拠の整備である。以下、3-1. では前者について検討がなされ、その結果として、経験的デザート論が「表出的抑止刑論」に読み替えられる。続いて、3-2. では後者について検討がなされ、その結果として、表出的抑止刑論が「制約された表出的抑止刑論」に読み替えられる。最後に、3-3. では、かくして得られた私見であるところの、制約された表出的抑止刑論の全体像を、その適用に関する若干の具体例を示しながら、図も交えつつ提示する。

本稿 II. 3-1. では、内在的論拠に関する問題について検討し、「表出的抑止刑論」を定式化した。この点、そもそも、公衆の量刑判断が応報的であるということは、既に確立した経験的知見であるため（本稿 I. 5-1. 参照）、基本的には応報の観点から考察を進めればよい。とはいえ、そもそも応報概念は曖昧であるし、この情報だけでは物足りない部分が残る。「公衆は何をしたがっているのか？」という点を、よりの確に言い当てるような概念が求められているのである。

結論から言えば、ここで参照できるのが、ストローソンによる「反応的態度」に関する議論である。これはもともと自由意思と責任をめぐる哲学的議論の文脈における議論であるが、その含意は提要、次のようなものである。まず、自由意思論をめぐるのは、「決定論が正しければ、非難や処罰は正当化されない」という悲観主義者と、「決定論が正しくとも、非難や処罰は、犯罪を予防するという社会的有用性があるから正当化される」という楽観主義者が争っているが、どちらも、専ら「正当化」の次元で議論している点で、根本的な誤りないし見落としを犯している。すなわち、我々は、正当化されようがされるまいが、不正（であると感ぜられる行為）に対しては、考えるまでもなく怒りを覚えて非難する存在なのであり（このような、人間的関係を外から、それが正当かどうかなどと眺めるのではなく、その当事者として内在・参与するときにとられる態度・反応のことを、**反応的態度**と呼ぶ）、彼らはこのことを根本的に見落としているのであって、このような反応的態度は人間の本性に属する実践なのだから、正当化は不要なのである。このようなストローソンの議論は、刑罰論では、いわゆる「表出的刑罰論」にインスピレーションを与えてきた。しかし、刑罰の正当化が不要であるとは言えない。それゆえ、この点で「正当化は不要」と言い切ってしまうストローソンの議論を刑罰論において援用することには、原理的な困難がある。しかし、この「反応的態度」という概念は、犯罪と刑罰をめぐる公衆の正義観念に従って行われる、処罰という実践そのものを生き生きと記述している点では、きわめて優れている。公衆の正義観念が求めているのは、「反応的態度としての、事実としての非難の表出」であるということができるのである。したがって、上述した内在的論拠も、究極的には、「非難表出の必要があるかどうか」という点に収斂することになる。こうして、ストローソンの議論に示唆を得て、内在的論拠の問題を解決することができるのである。ところで、こうなると、経験的デザート論は、事実としての（すなわち、公衆の正義観念から要請される）非難の表出を通じて犯罪抑止をはかる見解であるという意味で、表出的抑止刑論と呼ぶことができる。以上から、内在的論拠の問題を解決するためには、経験的デザート論は、ストローソンの議論から示唆を得て、これを表出的抑止刑論として発展的に解釈すべきなのである。

本稿 II. 3-2. では、外在的論拠に関する問題について検討し、筆者の最終的な私見である「制約された表出的抑止刑論」を定式化した。制約された表出的抑止刑論とは、表出的抑止刑論における犯罪予防目的（すなわち、公衆の正義観念に従った処罰を通じた表出的抑止という意味での積極的一般予防目的である）に対して、多元的な規範的制約を及ぼす見解である。この見解の意義と正当性について検討を加えることになる。

本稿 II. 3-2-1. では、制約された表出的抑止刑論における「多元的な規範的制約」の意義について検討した。すなわち、多元的な規範的制約と言われても、それが具体的にどのような企図で、どのような理論的操作を加えようとしているのかということのイメージが掴みにくいように思われるため、この点を具体的に説明するということである。まず、倫理的な視点からみたとき、表出的抑止刑論は、帰結主義的な刑罰論であると言える。なぜなら、この理論による刑罰正当化の基本的構造は、表出的抑止の予防効果というプラスの利益によって、刑罰制度が発生させる諸々のコストを最良の形で（つまり、他のありうる代替的制度・手段よりも優れた形で）上回るという、いわば利益衡量の枠組みを示すものだからである。これに対して、制約された表出的抑止刑論は、このような帰結主義的目的——すなわち犯罪予防目的である——の追求に対して、義務論的制約を及ぼそうとするものである。例えば、いくら予防効果が見込まれようとも、責任主義は貫徹されなければならない。その理由は明確である。なぜなら、まず、行為者が犯罪を自由な意思決定のもとで行なったと言えない場合には、行為者は、いわば自分にはコントロールしえない外力によって、犯罪予防という社会全体の利益のための犠牲にされることになる。しかし、このような、全体のために個を犠牲にする発想は、倫理的にも政治哲学的にも、かつ憲法的にも、受け入れられるものではない。したがって、刑罰の正当化のためには、義務論的制約が不可欠なのである。ところで、義務論的制約は、それ自体では哲学的・倫理的な含意をもっているが、そのような制約が哲学的に基礎づけられる（基礎づけられなければならない）というべき必然性はない。例えば、憲法による制約は、たとえその哲学的基礎について争いがあったとしても、刑法解釈論のレベルでは、それ自体として承認すべきである。したがって本稿は、義務論的制約のことを、より中立的に、「規範的制約」と呼ぶことにしている。

なお、ここにおいて、表出的抑止目的（犯罪予防目的）は刑罰正当化の積極的理由であり、規範的制約は消極的理由であると位置づけられる。これは要するに、前者は刑罰をプラスに根拠づける理由であるが、後者は刑罰をマイナスに限定づける理由にすぎない、ということである。これらの概念については前稿<sup>459</sup>で分析したため、ここでは繰り返さない。

予防目的に規範的制約を及ぼすという刑罰論は、周知の通り、新しいものではない。いわゆる抑止型相対的応報刑論がこれにあたる。この理論は、典型的には、予防目的の追求を、責任原理によって制約するという構成をとる。もっとも、ドイツにおいても示唆する論者があるように、刑罰論における規範的制約が、責任主義だけであると解すべき必然性はない。むしろ、罪刑法定主義、訴訟法上の諸原理、行為主義、法益保護主義といったあらゆる刑法原理は、例えばそれを予防目的に還元すれば、各々に期待されている保障的機能を喪失することになるし、またそれらが承認されるべきことの規範的根拠は、それぞれ別個に存在すると思われるべきであって、そうしてこそ、各々の保障的機能が十分に発揮されうると考えられ

<sup>459</sup> 上注（392）参照。

るのである。したがって本稿は、表出的抑止目的という唯一の積極的理由に対して、消極的理由であるところの、多元的な規範的制約を及ぼすことによって、時に暴走するおそれのある公衆の正義観念（の実現を通じた犯罪予防の追求）を規範的に洗練させるという戦略を採用する。これが、制約された表出的抑止刑論であって、多元的な規範的制約を及ぼすというのは、このような趣旨を有しているのである。

本稿 II. 3-2-2. では、このような多元的な規範的制約を及ぼすことの正当性について検討した。まず、ここでは、刑罰目的に対して規範的制約を加えるという構想一般のことを、制約原理構成と呼んでおくことにする。その上で検討すると、確かに、予防目的に対して突然に規範的制約を加えるというのは、いかにも唐突で、便宜的な感じを受けるかもしれない。しかし、それだけでは、単なるイメージに基づいた批判にしかならないのであって、このような規範的制約が、刑法理論上のいかなる問題を生じさせるのかということを、具体的に示す必要がある。少なくともわが国の刑罰論において、この点が直接に主題化されることは多くないように思われるのであるが、さしあたり、次の四点の問題が生じるように思われる。しかしそれらは、筆者の考えでは、いずれも解決可能である。

第一に、制約原理構成は、一度は排斥したはずの応報を、裏口から招き入れるようにして不当に再導入するものではないかという問題がある。確かに、一度は応報を否定しておきながら、特段の論証なくしてそれを再び理論に組み込むならば、それは端的な矛盾であろう。しかし、これに対する本稿の回答は、そもそも応報を制約原理に位置づけること自体が誤りである、というものである。そもそも、上で見た通り、刑罰論における規範的制約は多元的なものであって、そのすべてが応報なるものから基礎づけられるというべき必然性はない。あるいは、例えば責任主義だけは応報と関連するがその他の原理は別個の制約である、などと考えたとしても、責任主義が応報からしか基礎づけられえないという考え（があるとしたら、それ）は単なる思い込みに過ぎないと思われる。責任主義が要求されるのは、個人を特段の理由なくして全体の利益のための犠牲にするのは不当ないし不公平であるからであって、それは応報とは無関係に基礎づけることのできる事柄である。より一般的にいえば（これ自体は前稿で分析したことであるが）、そもそも応報とは、予防目的と対立するところの、刑罰正当化の積極的理由の一種であって、消極的理由ではない。消極的理由から積極的理由は出てこないし、その逆も成り立つのである。すなわち、根拠づけるものは限界づけず、限界づけるものは根拠づけないのである（それゆえ、何かしらの消極的理由を応報と呼ぶという用語法は不可能ではないが、それは積極的理由としての応報とは決定的に異なったものであって、仮に片方が理論的に基礎づけられたとしても、それをもう片方の論拠に援用することは不可能である。その意味で、消極的理由に応報という名前をつけるのは、概念の混乱を招く有害無益な用語法として、避けるべきである）。この点、制約された表出的抑止刑論は、刑罰の正当化根拠としての応報は不当であると考えているが、それだけであって、この応報が理論に再び招かれることはない。多元的な規範的制約は、多元的な規範的制約そのものなのであって、応報概念とは無関係である。したがって、本稿に対しては、この第一の問題は妥当しない。

第二に、制約原理構成を採用すると、刑罰の非難性が失われてしまうのではないかという問題がある。確かに、予防刑は非難とは無関係な、むしろ道具的なものであって、それに（やはりそれ自体としては非難と無関係な）制約原理が及ぶだけなのであるから、そうして正当化された刑罰は、非難ではないということになりそうである。しかし、刑罰が非難であると



いうことは我々の常識である以上、この結論はあまりに反直観的であり、避けたほうが良いように思われる。実際のところ、この批判そのものが本当に成立しているのか自体に疑問があるのだが、少なくとも、制約された表出的抑止刑論には妥当しない。ここにおいては、公衆の正義観念自体が、「不正行為に対する、事実としての非難の表出」を要求するものなのであって、刑罰はこれに応えることで犯罪予防目的を達するのである。したがって、刑罰の非難性は、予防目的によって基礎づけられているのである。もっとも、このような議論に対しても、それでは予防目的にとって有効でないとみれば、刑罰の非難性が簡単に放棄されるおそれがある、という批判がある。しかし、これも当たらない。表出的抑止刑論にとって、事実としての非難の表出は第一次的な犯罪予防手段であり、例えば本稿Ⅰ. 3-1. でみたように、この意味での非難性を放棄した刑罰がいかに公衆の道徳的信頼を幻滅させ、予防効果に悪影響を及ぼすかということは経験的にも確認されているのである。それゆえ、この第二に問題も、本稿に対しては妥当しない。

第三に、制約原理構成は、手段化禁止原理に抵触するのではないか、という問題がある。つまり、犯罪予防目的のために被処罰者を手段として扱うことになる、というのであるが、そもそもこの批判は重層的なものであるから、それを踏まえつつ応答する必要がある。まず最初に、確かに、責任がない者を予防のために処罰すれば、それは被処罰者を社会全体のための手段として扱ったことになるだろう。しかしこれは、責任主義の制約を及ぼせば解決できる。次に、確かに、消極的一般予防に基づく威嚇刑は、その名宛人を、威嚇しなければ犯罪をやめられない動物のような存在とみなしており、手段化禁止原理（ないし、その背後にある、人を自律した理性的主体として扱えという要請）に照らして不当であると言いうるかもしれない（実のところ、筆者はこの議論の成立可能性そのものに疑問を抱いており、すなわち消極的一般予防論に対する批判としても成功していないと考えているが、ここでは省略する）。しかしこの点も、表出的抑止刑論には妥当しない。なぜなら、本稿Ⅱ. 3-1. でみたように、表出的抑止刑論の中核にある「事実としての非難」は、ストローソンがいう反応的態度に相当するが、これはまさに人間を対象とした態度であって、相手が人間であるからこそ生じる態度・感情である。したがって、この理論が刑罰の名宛人を動物扱いしているという批判は当たらない。こうして、第三の問題も、制約された表出的抑止刑論には妥当しないことになる。

第四に、制約原理構成は、量刑において困難を抱えることになるのではないか、という問題がある。確かに、制約された表出的抑止刑論からはいかなる量刑基準が導かれ、それに基づく量刑導出過程がどのようなものとなるのかというのは、重要な検討課題である。もっとも、これはもはや刑罰論を超え、量刑論そのものとして扱うべき問題であるから、本稿の範囲で一義的な解答を示すことはできない。ただし、本稿Ⅱ. 3-3. において、制約された表出的抑止刑論に基づく量刑のありようについて若干の例示を行なっている。

以上から、制約原理構成は必ずしも理論的問題を生じさせないのであって、規範的制約という方法には正当性が認められると考える。

本稿Ⅱ. 3-3. では、最終的な私見である「制約された表出的抑止刑論」の全体像について、図を交えながら総括的な整理を行った上で、試論としての簡単な検討にとどまるものではあるが、刑事立法の場面と量刑の場面を例にとり、この理論の具体的適用に関する展望を提示した。この部分はもともと要約的な叙述になっているため、ここでその内容を繰り返すことはしない。なお、同所は、いわば本稿の結論にあたるものであって、本稿Ⅰ. およびⅡ.

の分析を通じて筆者が示そうと試みたことそのものを直接かつ体系的に提示する唯一の部分となっているため、本稿 I. 7. に示した I. の要約と、ここに示した II. の要約に続けて、ぜひとも同所を直接参照されたい。

## おわりに

かくして本稿は、積極的一般予防の経験的基礎を構築し、その規範的限界を画定するという課題への取り組みを終えた。本稿の結論は既に本稿 I. 7. および本稿 II. 4. で要約しており、さらに、最終的な私見である「制約された表出的抑止刑論」は本稿 II. 3-3. で示してあるため、ここでは繰り返さないことにしよう。

むしろ以下では、本文では明示的に述べることのできなかった視点から、本稿を通じて筆者が実現しようとした企図について述べておきたい。まず全体として、本稿の目的は、ある種の実証的な積極的一般予防論——制約された表出的抑止刑論——を擁護することであり、より具体的には、論題の通り、「積極的一般予防の経験的基礎と規範的限界」を、可能な限り確立・定式化することであった。もっとも、本稿には、ここまであまり触れられなかった、ある意味では最も重要な目的ないし意識がある。それは、刑罰論（刑法理論）の内部に、直観ないし感情的なもの——その意味で、事実的なもの——を位置づけるための場所を確保する、ということである。確かに、感情は暴走する危険があり、不合理・非理性的なものであり、法解釈の際には、自身が感情に流されて偏った判断をしていないかどうか、常に注意する必要がある、つまり感情は意識的に排除してゆくべきであるという考え方には説得力がある。この点にこそ法解釈論の存在意義がある、という考えも成り立ちうるであろう。しかし同時に、少なくとも筆者には、人間が怒りという感情をもたなかったとしたら、その社会に刑罰という制度があっただろうとは、どうしても思えない<sup>460</sup>（かつそれは、感情は理性により統制されるべきであるという考えとは矛盾しない）。感情を抜きにして刑罰を理解し、その何らかの理論を構築することはできず、仮に可能であったとしても、そこには必ず、どこか「釈然としないもの」が残るのではないかと感じられるのである。特に、応報刑論が目的刑論に対して優位に立つ部分があるとしたら、そのうちの 하나가、応報刑論は、悪いことをしたら処罰されるべきだという、我々が強く抱いている「感情」ないし「直観」をすくい

---

<sup>460</sup> 橋本・前掲注（24）16頁以下では、「応報・復讐感情の根源性」が、刑罰制度とは切り離すことのできないものとして繰り返し強調されているが、論者をそうするように突き動かした感覚は、おそらく筆者が本稿において昇華しようとしたものと、本質的に同じものなのではないかと、手前勝手ながら推測する。なお、より広く、法における感情の根源性に関する法哲学的な分析として、マーサ・ヌスバウム（河野哲也監訳）『感情と法：現代アメリカ社会の政治的リベリズム』（慶應義塾大学出版会、2010年）。さらに、近年では、哲学・人文学一般の文脈においても、（これまでは理性に劣後するものとして軽視、異端視あるいは抑圧されてきた）感情の意義の再評価が著しく進んでいるように思われる。例えば、信原幸弘『情動の哲学入門』（勁草書房、2017年）、ヤン・プランパー（森田直子監訳）『感情史の始まり』（みすず書房、2020年）、源河亨『感情の哲学入門講義』（慶應義塾大学出版会、2021年）。

上げることができる点にあったことは、否定できないのではないだろうか。しかしその上で、同時に、それは応報刑論にしかできないことであるのか、あるいは、そもそも応報刑論自体、本当にそれができているのかということも、疑わなければならない。なぜなら、応報刑論における応報は、刑罰の正当化根拠であって、すなわち規範的なものであるが、ここで問題となっている感情ないし直観は、事実的なものだからである。この点でむしろ応報刑論は、感情ないし直観に規範的な装いを与えることで、「感情そのもの」、「直観そのもの」という事実的なものを覆い隠してしまうようにも思われたのである。

この点で、本稿Ⅱ. 3-1. で言及したストローソンの「反応的態度」に関する議論（非難の自然主義的転回）を想起することができる。その議論を改めて筆者なりに敷衍すれば、こうである。哲学的自由意思論の文脈における、決定論・非決定論と責任実践（例えば、処罰や非難）の関係について、「悲観主義者」は、「決定論が真ならば責任実践は正当化不可能である」という。「楽観主義者」は、「決定論が真であっても責任実践は正当化可能である（なぜなら、例えば、犯罪を予防できるため）」という。この楽観主義者は、目的刑論の支持者に似ており、悲観主義者は、それを批判する応報刑論の支持者に似ている。しかし、ストローソンの考えでは、両者ともに共通の誤りを犯している。すなわち、二人とも専ら「正当化」という枠組みの中で動いており、それは彼にとっては、問題を「過度に知性化」することなのである。もちろん、そうであるからといって、責任実践ないし非難という実践の正当化そのものが不要ないし無意味であるという彼の結論を、刑罰論に適用することには、本稿は賛成できない。逆にいえば、ストローソンに言わせれば、本稿も結局は「楽観主義」の一つに過ぎないのかもしれない。しかし少なくとも本稿は、彼の議論から、次の教訓を学んでいる：非難という実践を、正当化という視点を一旦は宙吊りにして、事実として捉えてみよう。もし、この視点を得ていなかったとしたら、本稿（と前稿）を着想することもなかったであろう。少なくともこの意味で、刑法理論の中に、事実としての感情や直観の居場所を作るという動機は、本稿にとって最も重要なものなのである。

最後に、上記の点と緩やかに関連していることとして述べておきたいのであるが、近年のわが国における有力な刑罰論は――これも前稿の冒頭で言及したように――概ね「積極的一般予防論」、「応報刑論のルネサンス」、「表出的刑罰論」に整理することができるように思われるところ、いずれも、規範的なアプローチの比重が極めて大きい刑罰論である。応報刑論のルネサンスは自明に応報刑論であり、したがって規範的な理論であるし、表出的刑罰論も、（規範的表出主義としてのそれは）経験的ではなく専ら規範的な方法に基づくものであることは、了解を得られるであろう。そして積極的一般予防論の研究も、冒頭で述べた通り、規範的・観念的なアプローチによるものが大多数を占めているのである。しかし、規範的アプローチというのは本来、応報刑論の方法であって、これに対する目的刑論は、社会における現実的な利益の実現を追求するものである以上、その方法の基礎はあくまで経験的アプローチに求められるべきである。目的刑論は、事実から出発するものでなければならないと思われるのである。このような、アプローチ・方法論という観点からみれば、現代の刑罰論は、まさに応報刑論の絶頂期にあるということができるともいえるかもしれない。

しかしそれは、刑罰論を主題とした専門的研究に視野を絞った場合のみに当てはまることである。刑罰論を主たるテーマとして現在研究を遂行しているわけではない、しかし刑罰

論に関心は有しているという層まで含めれば、目的刑論は、まだまだ多くの支持を得ているはずである（そもそも、刑罰論を主題とする研究に応報刑論〔規範的アプローチ〕を支持するものが多いことの背景では、次のような事情も作用しているであろうということは、否定できないように思われる。すなわち、刑法研究者は、社会科学的・経験的な研究方法に馴染みがなく、関心もあまり惹かれないので、規範的手法のみで済ますことのできる応報刑論の方が研究しやすいのであり、目的刑論を採用するとしても、やはり規範的なアプローチがとられやすいという、事実上の傾向である<sup>461)</sup>）。とはいえ、刑罰論を主題とした研究の蓄積となると、目的刑論が、応報刑論に水をあけられているということもまた、否定できない事実であろう。

そうであるからこそ、「今一度、事実在即して、刑罰論を再構成する必要があると思われるのである」<sup>462)</sup>。本稿が、その要請に応える上での、一つの寄与たりえていることを祈る。

〔付記：本論文は、JSPS 特別研究員奨励費 19J21093 の助成による研究成果である。〕

---

<sup>461)</sup> なおこの点では、松村良之「一般抑止研究の新しい動き」・前掲注（351）46 頁が興味深い見方を示している：「アメリカにおいては、抑止理論は 1960 年代における改善・社会復帰思想の破産の上に生じてきたのであり、それ故抑止刑論は経験的な研究と結びつきやすかった。これに対し、日本においては抑止刑論と対峙するのは応報刑論であり、（…）それ故、抑止刑論の立場に立つ人々も（…）教義学的・形而上学的・イデオロギー的論争に引きこまれざるを得ず、そのことが経験的な一般抑止研究に対する問題関心の低さと研究の貧困をもたらししているように思われる」。

<sup>462)</sup> 松澤伸「非難、害悪、応報——刑罰制度における非難と害悪の意味について——」早法 95 巻 4 号（2020 年）22 頁。

