

早稲田大学審査学位論文（博士）

量刑における均衡原理の研究

早稲田大学大学院法学研究科

十河 隼人

目次

序	1
1. 本稿の問題意識と目的	1
2. 本稿の構成	3
第 I 部 均衡原理に基づく量刑法の現実性	7
第 1 章 スウェーデン量刑法の生成と構造：均衡原理を徹底した量刑モデル	7
序論：北欧量刑法概観.....	7
1. はじめに	7
2. 北欧における量刑法の概観.....	11
I. スウェーデン量刑法の生成：その立法経緯と背景思想	21
1. 資料と分析視座.....	21
2. スウェーデン量刑法の立法経緯：1987/88 年立法提案書および 1986 年拘禁刑委員会報告書から	24
2-1. 前史：1962 年における現行刑法の制定まで.....	24
2-2. 88 年改正の背景事情と基本原理	25
2-2-1. 背景：特別予防効果を期待された制裁制度の相次ぐ廃止・改正.....	26
2-2-2. 原理：量刑における予防的考慮の原則的排斥と刑罰価値.....	26
2-3. 量刑基準規則の基本的趣旨.....	28
2-3-1. 量刑基準を明文化することの必要性.....	28
2-3-2. 刑罰価値と無関係であるが軽減的に考慮される事情（衡平理由）について	30
2-3-3. 制裁の選択について	31
2-3-4. 前科について	34
3. スウェーデン量刑法の背景思想：1977 年および 1984 年の犯罪防止委員会報告書から	36
3-1. スウェーデンにおける「新古典主義」の台頭	37
3-1-1. 77 年報告書における刑事制裁の犯罪予防効果に対する評価.....	37
3-1-2. 1976 年フィンランド刑法改正の影響	39
3-1-3. 北欧独自の潮流としての「新古典主義」	40
3-2. スウェーデンにおける「新古典主義」のその後の動向.....	42
4. 小括.....	45
II. スウェーデン量刑法の構造：その規定内容の概観	46
1. スウェーデン刑法の制裁体系：刑罰（straff）と制裁（påföljd）	46
2. スウェーデン刑法第 29 章における量刑規則	50
2-1. 刑罰価値の確定.....	50

2-2. 衡平理由の考慮に基づく軽減.....	52
2-3. 少年および若年者に対する軽減.....	53
2-4. 前科の考慮に基づく加重.....	54
2-5. 「刑の量定」の終了：量刑価値の確定.....	56
3. スウェーデン刑法第30章における制裁選択規則.....	56
3-1. 委託制裁の要件.....	56
3-2. 拘禁回避原則.....	57
3-3. 条件付判決および保護監督の要件.....	60
3-4. 制裁選択の相場：「量刑価値」の観点から.....	61
4. 小括.....	62
結語.....	63

第II部 量刑における均衡原理の刑罰論的基礎づけ..... 65

第2章 刑罰論の概念的・方法論的考察：相対的応報刑論の再検討..... 65

序論.....	65
1. 本章の問題意識と目的.....	65
2. 問題状況：相対的応報刑論をめぐる概念的混乱.....	66
I. 刑罰論が問うべき諸問題の明確化：タドロスの議論を参照して.....	71
1. 刑罰の直接的正当化と深層的正当化.....	71
2. 刑罰正当化における「積極的理由」と「消極的理由」の概念.....	80
2-1. 「限定づけるものは根拠づける」という命題の意味.....	82
2-2. 「刑罰の深層的正当化」という契機を認めることの理論的意義.....	87
3. 問うべき諸問題の定式化：倫理的態度決定・直接的正当化・深層的正当化.....	95
3-1. 「非帰結主義」の三つの類型.....	95
3-2. 刑罰論の基本図式.....	97
II. 相対的応報刑論の再検討：どの相対的応報刑論が最も「有望」か？.....	99
1. 応報刑論と目的刑論：目的刑論における「目的」概念の意義.....	99
2. 相対的応報刑論の諸類型とその有望性.....	107
2-1. 相対的応報刑論の課題.....	107
2-2. 応報型と抑止型、および非難抑止型と威嚇抑止型.....	108
結語.....	119

第3章 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..... 125

序論.....	125
1. 本章の問題意識.....	125
2. 本章の目的と構成.....	126

I.	ロビンソンによる「経験的デザート」論の概要	128
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	131
2.	公衆の正義観念の存在：その経験的証拠と進化的仮説	134
2-1.	正義判断の直観性	135
2-2.	公衆による相対的均衡性判断の高度な一致	138
2-2-1.	従来の実証研究	139
2-2-2.	ロビンソンとクルツバンによる実証研究	143
2-2-2-1.	研究1と研究2：公衆の一致	143
2-2-2-2.	研究3と研究4：公衆の不一致	149
2-3.	正義直観の起源に関する進化心理学的仮説	153
2-3-1.	正義直観を共有することの進化的有利性	156
2-3-2.	進化的仮説と整合する経験的証拠	158
2-4.	小括	160
3.	公衆の正義観念の内容：公衆は厳罰を求めているのか	162
3-1.	ロビンソンらによる実証研究	164
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	171
4-1.	理論的枠組み	172
4-1-1.	基本的発想：「内面化」と「社会的影響」の力を利用する	172
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	174
4-2.	経験的検証	176
4-2-1.	ロビンソンらの実証研究	177
4-2-1-1.	研究A	177
4-2-1-2.	研究B	180
4-2-1-3.	研究A・Bの限界：自己報告尺度の問題点	182
4-2-2.	従来の実証研究	184
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	188
5-1.	公衆の正義観念は応報的である	189
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	191
5-3.	社会復帰および隔離について	201
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	205
7.	本章I.の要約：経験的デザート論の全体像	208
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	213
1.	理論的位置づけ	214
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	214
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——シュトレング、カスパー、T・ヴァルター	225
2.	経験的課題：わが国における実証研究の必要性	228
2-1.	公衆の正義観念に関する経験的調査	229
2-2.	積極的一般予防効果に関する経験的調査	235
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	236

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.....	239
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.....	239
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.....	249
3-2-1. 規範的制約の意義.....	250
3-2-2. 規範的制約の正当性.....	252
3-2-2-1. 問題1：応報の不当な再導入.....	252
3-2-2-2. 問題2：刑罰の非難性の不安定化.....	254
3-2-2-3. 問題3：手段化禁止原理への抵触.....	256
3-2-2-4. 問題4：量刑導出の困難.....	270
3-3. 制約された表出的抑止刑論の全体像.....	272
4. 本章 II. の要約.....	280
結語.....	287

第 III 部 均衡原理に基づく量刑基準論の展開..... 290

第 4 章 均衡説の量刑基準..... 290

序論.....	290
1. 本章の目的.....	290
2. 均衡原理の概念.....	291
3. 本章の構成.....	295
I. 均衡説の量刑基準・総説.....	296
1. 予備的考察：量刑基準論への刑罰論／刑の数量化論からのアプローチ.....	296
1-1. 犯情と一般情状の概念.....	296
1-2. 量刑判断の理論的過程（量刑論の体系）：五分説とその問題点.....	303
1-3. 刑罰論・量刑基準論・刑の数量化論の関係：量刑基準の帰納と演繹.....	310
2. 刑の数量化論の検討.....	312
2-1. 法定刑を起点とした刑の数量化？：量刑スケール論の批判的検討.....	312
2-1-1. 補論：量刑傾向の事実的拘束力について.....	319
2-2. 量刑傾向を参照した二段階的数量化モデル：野村説の検討.....	322
3. 量刑基準論としての均衡説の定式化.....	331
3-1. 刑罰論的前提：制約された表出的抑止刑論.....	332
3-2. 制約された表出的抑止刑論に基づく量刑基準論としての均衡説.....	338
3-2-1. 制約された表出的抑止刑論からの均衡説の演繹.....	338
3-2-2. 均衡説により選別される量刑事情とその評価方向.....	341
3-2-2-1. 行為責任の要素（犯情）.....	342
3-2-2-2. ふさわしい刑の要素（第一の一般情状）.....	343
3-2-2-3. 特別予防および一般予防の要素（第二の一般情状）.....	354
3-2-2-4. そのほか政策的利益の認められる一切の事情（第三の一般情状）.....	365

3-2-3. 補論①：「均衡説」という用語法について.....	369
3-2-4. 補論②：消極的責任主義（など）の基準制約機能と量刑制約機能について.....	371
3-3. 本来的評価方向と具体的評価方向.....	376
3-4. 幅の理論と点の理論.....	383
3-4-1. 点の理論の問題点.....	383
3-4-2. 「責任刑の幅」をめぐる諸問題.....	391
3-4-2-1. 責任刑の導出方法.....	391
3-4-2-2. 「責任刑の幅」と量刑傾向からの逸脱.....	398
3-4-2-3. 責任刑の幅の上回りと下回り.....	406
4. 本章 I. の要約.....	411
II. 従来の量刑基準論の批判的検討：均衡説の立場から.....	421
1. 「単なる上限」論①：城下説.....	425
1-1. 消極的責任主義から「単なる上限」論は必然的に帰結するか？.....	429
1-2. 消極的特別予防目的の考慮は排斥すべきか？.....	439
1-3. 消極的一般予防目的の考慮は手段化禁止原理に反するか？.....	441
1-4. 量刑上の積極的一般予防効果は、積極的特別予防目的の追求に伴う反射的效果として追求すれば足りるか？.....	444
1-5. 特別予防的考慮に基づく量刑の加重は禁止されるべきか？：城下説からの主張.....	447
1-6. 補論：城下説に基づく刑の数量化プロセス.....	452
2. 「単なる上限」論②：本庄説.....	454
3. 「単なる上限」論③：岡上説.....	459
〔1〕改説前.....	459
〔2〕改説後.....	468
〔3〕改説前の岡上説に関する検討課題の析出.....	474
3-1. 積極的一般予防目的による責任主義の基礎づけは妥当か？.....	474
3-1-1. 経験的問題.....	475
3-1-2. 規範的問題.....	478
3-2. 「可罰的責任刑の要素」について：量刑事情の選別において、行為責任とも犯罪予防とも無関係な「第三のカテゴリー」を認めることは妥当か？.....	480
3-2-1. 制限説の意義と限界.....	484
3-2-2. 結合説と分離説.....	487
3-2-3. 拡張説からの批判とそれに対する反批判.....	489
3-2-3-1. 拡張説の第一の論拠とその問題点.....	489
3-2-3-2. 拡張説の第二の論拠とその問題点.....	492
3-2-4. 結論.....	496
3-3. 補論：岡上説に基づく刑の数量化プロセス.....	496
4. 「基礎としての責任刑」論：小池説.....	497
〔1〕小池説の刑罰論.....	497

〔2〕小池説の量刑基準論	500
〔3〕小池説に関する検討課題の析出	506
4-1. 量刑上の「行為無価値」の考慮は一般予防目的によって基礎づけ可能か?	507
4-1-1. 補論：犯罪論のレベルにおける行為無価値論に対する疑問	512
4-2. 責任関連事情は専ら本来的軽減事情であると考えべきか?	515
4-2-1. 第一の前提と第二の前提：規範的責任論と「責任の違法従属性」テーゼ	516
4-2-1-1. 補論：責任概念の二元的構成について——小林説、高山説、小池（直）説の試論的検討	521
4-2-2. 第三の前提：不法刑基準論	531
4-2-2-1. 第一の論拠：消極的責任主義から不法刑基準論が必然的に導かれるわけではない	532
4-2-2-2. 第二の論拠：不法刑基準論はそれ自体、不当であるのか?	533
4-2-3. 結論	538
4-3. 量刑における特別予防（再社会化・保安）の考慮は、経験的根拠に照らしたとき、どのように行うべきか?	538
4-3-1. 導入：特別予防に関する経験的考察の必要性	538
4-3-2. 特別予防の経験的基礎としての RNR 原則	541
4-3-2-1. リスク原則とニード原則：犯罪につながる 8 つの主要な要因	542
4-3-2-2. 反応性原則：一般反応性原則と特殊反応性原則	545
4-3-3. RNR モデルから量刑における特別予防的考慮に関して得られる示唆の整理	546
4-4. 補論：小池説に基づく刑の数量化プロセス	557
5. 「単なる上限」論④：野村説	558
5-1. 野村説における特別予防的考慮の在り方に関する批判的検討	561
5-1-1. 特別予防的考慮に基づく量刑の加重は禁止されるべきか?：野村説からの主張	562
5-1-2. 特別予防関連事情の範囲は責任主義などによる制約を受けるか?	565
6. 本章 II. の要約	570
結語	584
跋	586
参考文献一覧	598

初出一覧

序

書き下ろし

第Ⅰ部

第1章

「スウェーデン量刑法の生成と構造：均衡原理を徹底した量刑モデル（1）～（4・完）」
早稲田大学大学院法研論集 171号（2019年）209頁以下、同 172号（2019年）97頁以下、
同 173号（2020年）147頁以下、同 174号（2020年）177頁以下

第Ⅱ部

第2章

「刑罰論の概念的・方法論的考察：相対的応報刑論の再検討（1）（2・完）」早稲田法学
会誌 71巻1号（2020年）175頁以下、同 71巻2号（2021年）293頁以下

第3章

「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」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 2020-2号（2021年）
1頁以下

第Ⅲ部

第4章

書き下ろし

跋

書き下ろし

序

1. 本稿の問題意識と目的

「刑法学の現状は、(…)その犯罪論の一応の華やかさに較べて、刑罰論、特に量刑論はまったく貧弱だといわざるを得ない」¹という診断が下されてから、60年が経過しようとしている。此の間、状況は大きな改善を見せたといえることができる。なぜ改善に成功したのかといえば、それは、ごく大雑把に整理すれば、量刑論の理論的・実践的意義が正しく認識されてきたことによると思われる。すなわち、まず量刑論の理論的意義については、1982年には既に、本格的な量刑理論研究の動機づけとして、「量刑は刑罰理論・刑事責任論の縮図であり、基礎理論を帰納しあるいは検証するのに格好な素材は、ここに極めて多く見出される」²と、いみじくも指摘されていたところである。その上で、量刑論の実践的意義に関する共通認識の形成にも注意を払わなければならない。すなわち、2009年に裁判員制度が導入されて以降、裁判員による量刑判断への関与が現実のものとなった結果として、量刑判断の根拠と過程に関するさらなる明示化と理論化、すなわち「量刑の透明化と合理化」³が必要であるという問題意識が広く共有されているのである⁴。

このシンプルな整理に一定の妥当性があるとすれば、そこからは量刑論の、次のような問題意識を取り出すことができる。すなわち、量刑論は、刑法理論の成果を引き受け、あるいはそれにフィードバックを与えつつ、そうして得られる理論的見地から、量刑の実務に対して指針（量刑実務の説明または批判）を示し、その参考に供することで、量刑におけるさらなる公正の実現を目指すべきである⁵。それは言い換えれば、「量刑ルール的前提となるべき基礎理論を提示していくことこそが、理論量刑学の果たすべき大きな任務である」⁶ということにもなる。本稿もまた、以上のような問題意識を共有し、そのよりよい解決に若干ながら寄与しようと試みるものである。

また、これらに加え、本稿が特に重視する問題意識として、次の点に言及しておかないわけにはいかない。すなわち、裁判員による量刑の意義・趣旨が、そうすることで「国民の視点、感覚、健全な社会常識などが量刑に反映され、その結果として、刑事裁判の量刑判断に対する国民の理解が増進し、その信頼が高まることが期待される」ことに求められている点

¹ 佐伯（千） [2015] 569頁（初出1963年）。

² 井田 [1982] 68-69頁。そこでも引用されている通り、団藤 [1990] 541頁も参照：「量刑の問題は、刑法理論の縮図である」。

³ 原田（國） [2011] 16頁以下。酒巻 [2012] 873頁も参照：「量刑判断過程の明晰な言語化」。

⁴ 岡上 [2015] 115-117頁も参照。

⁵ この関連では、野村（健） [2020a] i頁も参照：「法律家の共有財産である刑法解釈学の成果を、量刑にも適用し得る形に構成し直し、刑法解釈と量刑とがどのようにつながっているのかを示すことで、量刑に携わる人が自身の判断の（刑）法的な意味を再確認するための手がかりを提供する」。

⁶ 小池（信） [2004] 222頁。

7に照らせば、次のような、理論と実務（あるいは、規範と事実、理性と感情）の交錯する課題が生じてくるはずである。つまり、量刑に関する「健全な社会常識」という、それ自体では規範的根拠のない、単なる事実ないし（時には非理性的なものとなりうる）感情を、量刑の規範的正当性を担保すべき量刑理論にいかにして取り込むか、あるいは、こうした事実・感情（の暴走）を量刑理論によっていかに統御するか、という課題である（これは量刑論のみならず、その背後の、刑罰正当化論や刑法学方法論とも関連する根源的なテーマである⁸）。

しかしながら、以上のような問題意識に基づき、量刑理論を展開しようとする際には、わが国の量刑（論）が置かれている特殊な状況に注意を向けなければならない。すなわち、通常の刑法解釈論においては、解釈の対象たる法文が存在する。これに対して、わが国の刑法は、（今日ではおそらく、世界的にみて珍しいことに⁹）量刑基準に関する規定を設けておらず、これを専ら裁判官の裁量に委ねている。つまり量刑論は、法文という安定した地盤を、十分にもっていないのである¹⁰。したがって我々は、検討の出発点を、法律家共同体における共通理解そのものに求めざるを得ない¹¹。

この点、現在のわが国においては、量刑の本質ないし基礎が「行為責任の原則」に求められるということについて、強固なコンセンサスが得られているといえる。すなわち、平成21年度司法研究は、「量刑の本質」は「被告人の犯罪行為に相応しい刑事責任を明らかにすること」にあると定式化し¹²、また、最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁（寝屋川市児童虐待致死事件）は、「裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなる」と判示した¹³。その一方で、周知の通り、学説においては従来から、量刑における行為責任主義の重要性が強調されてきている¹⁴。それゆえ、「犯罪行為にふさわしいと考えられる刑を言い渡すこと、すなわち行為責任の原則は、量刑における最も中心的な原則である」ということは、今日においてはまさに、学説と実務の別を問わない共通理解になっているといえることができる。

⁷ 司法研修所編 [2012] 1頁。司法制度改革審議会 [2001] 103頁も参照。むろん、少なくとも実務家からは、既に裁判員制度の導入以前より、量刑における社会常識の重要性が指摘されていたところである。さしあたり、松本（時） [1982] 149頁参照。

⁸ 簡明な問題提起として、前田（雅） [2019] 20頁以下を挙げておく。より詳しくは、松澤 [2001] 219頁以下、特に264頁以下を見よ。

⁹ 第1章序論1. 参照。

¹⁰ 特に、岡上 [2015] 109-113頁参照。

¹¹ 西原（博） [2014] 5頁がいうように、「実定法という準拠枠なしで規範論を語ろうとする場合、法律の内容に関する主観的願望に支配され、学として他者と共有可能な議論の土俵を簡単に失ってしまう」とすれば、このような準拠枠を欠く（あるいは少なくとも、それが弱い）量刑論は、「共有可能な議論の土俵」そのものを自覚的に問い、求めざるを得ない。

¹² 司法研修所編 [2012] 6頁。司法研修所刑事裁判教官室編 [2015] 32頁も参照。

¹³ さらに、最高裁判所が裁判員裁判制度の施行直前に全国の裁判官に資料として配布した「量刑の基本的な考え方について」（その紹介として、青木 [2013] 252頁）を参照（酒巻 [2012] 877頁も見よ）。

¹⁴ 野村（健） [2020a] 31頁以下、小池（信） [2004] 279頁以下、城下 [1995] 113頁以下、岡上 [1993] 87頁以下、川崎 [1991] 92頁以下、井田 [1982] 81頁以下など。

このことと、先述した量刑論の理論的・実践的意義とを考え併せれば、次のことを目的とした研究遂行には十分な価値が認められると思われる。すなわち、行為責任の原則が正当であることの理論的根拠を明らかにし、その上で、行為責任の原則から導かれる、量刑実務に対する指針を定式化すること、これである。つまり約言すれば、本稿は、量刑における「行為責任の原則」を、刑法理論の見地から徹底的に再考することを目的としている。その意味で本稿は、「量刑における行為責任の原則の研究」と名づけられるべきものである。

ところが、本稿の題名は「量刑における均衡原理の研究」である。この点について説明しておく、「均衡原理（英：the principle of proportionality；独：die Tatproportionalitätsprinzip；典：proportionalitetsprincipen）¹⁵」とは、その一般的であろう定義を示せば、「犯行者に対する刑罰の重さは、その刑が科せられる対象であるところの犯罪の重さと均衡していなければならない」という内容をもつ原理のことである¹⁶。つまり、行為責任の原則と同義の語であると解することができる¹⁷。なぜ本稿が、同じ意味をもつ二つの語をあえて用いるのかといえば、端的に言う、例えば諸外国の議論を検討するときなど、均衡原理という語を用いた方が便利である場合が存在する一方で、わが国の議論を検討するときなどにおいては、むしろ行為責任の原則という語を用いなければ支障が生じる場合が存在するためである。その中でも本稿は、「均衡原理」の方を多用することになり、かつ、それには一定の理由があるのだが¹⁸、それは当面、重要でない。ここでは、本稿が「均衡原理」と「行為責任の原則」とを同義語として、互換的に用いるものであることが確認できれば十分である。

さて、上述した通り、本稿は、量刑における均衡原理（行為責任の原則）の研究として、その理論的根拠を明らかにし、そこから導かれる量刑実務に対する指針を定式化することを目的とする。ただし、このような目的設定に基づく研究は、もちろん、先行研究においても遂行され、あるいは意識されてきたところである。それらに対して本稿が、どのようなアプローチで、いかなる知見を付け加えようとするものであるのかということを示さなければならない。この点は、究極的には、本稿の全体を通じて提示するほかにないが、次節において本稿の構成を述べることによっても、ある程度は明らかになるとと思われる。

2. 本稿の構成

本稿は、三つの部、四つの章から構成される。第I部に第1章が、第II部に第2章および第3章が、第III部に第4章が、それぞれ配置される。

第I部のテーマは、均衡原理に基づく量刑法の現実性である。その趣旨を具体的に述べる

¹⁵ 英語とスウェーデン語の場合は「均衡原理」が直訳であるが——比例原理、比例性原理との訳も可能であろうが、公法上の一般原則である「比例原則」との混同を招くため、適訳とは思われない——、ドイツ語の場合は「犯行均衡原理（あるいは所為均衡原理）」が直訳となる。

¹⁶ Duff [2021] 29. なお、均衡原理の概念についてより詳しくは、第4章序論2. 参照。

¹⁷ 小池（信）[2006] 6頁注（3）も、「責任相当性の原則（または、量刑における責任主義）」——これが、行為責任の原則と同じものを指していることは明らかである——と、犯行均衡原理とを同義語として扱っている。

¹⁸ 第4章I. 3-2-3. で言及する。

と、わが国の一般的理解によれば、量刑においては、刑罰論上の通説である相対的応報刑論を前提として、その「応報」の側面から行為責任主義が導かれる一方で、「予防」の側面から、量刑における予防的考慮の必要性が導かれる¹⁹。つまり、量刑においては行為責任も考慮するし、予防も考慮するということである。これは、自明のことではないかと思われるかもしれない。しかし、これに対して、北欧の量刑法、中でもスウェーデン刑法における量刑規定（スウェーデン量刑法）は、均衡原理を徹底した量刑の立法例を示すものである。徹底というのはすなわち、同国の量刑法は専ら均衡原理によって方向づけられており、その反面として、量刑から原則として予防的考慮を排除しているのである（正確に言えば、「刑の量定」の場面では予防的考慮が排除されるが、「刑種の選択」の場面では一定程度の予防的考慮が行われている）。このように、均衡原理を徹底する量刑法が現実存在しているのであって、これを紹介・検討することによっては、量刑における均衡原理の意義・射程を、従来とは異なる角度から照らし出すことができると思われる。

そういうわけで、第1章「スウェーデン量刑法の生成と構造」では、均衡原理を徹底する量刑モデルを示すスウェーデン量刑法について、その立法経緯および現行の規定構造を紹介・検討する。同章では、比較法上の資料としての意義にも鑑み、可能な限り詳細な紹介を行ったため、調査された事項は多岐にわたるが、本稿の構想全体との関係で特に重要である知見は次の二点である。すなわち第一に、均衡原理を徹底するというと、自然に考えれば、その背後には（絶対的）応報刑論がありそうにも思えるが、同法の立法経緯から明らかである通り、その理論的基礎はむしろ（積極的）一般予防論にある。第二に、量刑から予防的考慮を排除するというと、行為責任に関連する事情のみが考慮されることになりそうであるが、スウェーデン量刑法には、行為責任とは無関係であることが明文で示されている（しかし、予防に関連するとも解されていない）事情群が規定されている（衡平理由という）。つまり、同法には、責任でも予防でもない、「第三のカテゴリー」に属する量刑事情に関する、明文の規定がある。

第II部のテーマは、量刑における均衡原理の刑罰論的基礎づけである。この趣旨については多言を要しないであろう。均衡原理は、それが量刑における基本原則であるというのであれば、刑罰論によって正当化されなければならない。問題は、どのようにしてそれを行うか、ということである。

第2章「刑罰論の概念的・方法論的考察」では、この問題について、従来とは少し異なったアプローチを提案する。すなわち、おそらく自然なアプローチは、様々な論者が提唱する多様な刑罰論を、「○○説、××説、□□説……」というようにして網羅的に検討し、各々の長所と短所を比較検討して、いずれかの説を採用する（あるいは、全て棄却しつつも、「いいとこ取り」をした新たな説を立てる）、というものである。しかし、同章では、このような「いかなる見解が正しいのか」という見地から一歩退いた（あるいは、メタ的な）視点からアプローチする。すなわち、そもそも（通説であるところの）相対的応報刑論とはいかなる見解であるのか、あるいはそれ以前に、応報刑論および目的刑論というのは、厳密にはどのような立場であるのか（以上のような「である」の問題を、ここでは「概念的」問題と表現し

¹⁹ 簡明な整理として、城下 [2019] 210 頁参照。

ている)、またあるいは、さらに遡って、そもそも刑罰正当化論は一般に、いかなる論証課題をクリアすれば成功したことになるのか(このような問題を、ここでは「方法論的」問題と表現している)、という視点である。こうした視点からみると、いわば逆算する形で、相対的応報刑論は、それをどのように改良すれば、刑罰正当化論の論証課題を(従来よりもよく)クリアできるだろうか(あるいは、できそうにないのか)、という問題設定が可能になる。そして、結論を述べれば、相対的応報刑論という理論的枠組みは、今もなお、前記課題をクリアしうる「有望性」を備えているのである。具体的には、犯罪予防目的(その中でも特に、積極的一般予防目的)の追求を基本的な刑罰正当化根拠としつつ、その目的追求を、様々な外在的原理によって多元的に制約する、という理論構成が、最も有望であると示唆される。

第3章「積極的一般予防の経験的基礎と規範的限界」では、上記理論構成に基づく刑罰論を実際に展開することが試みられる。この立場は、最終的には、制約された表出的抑止刑論と呼ばれることになるが、上述したところからも明らかである通り、あくまでこれは相対的応報刑論の延長線上にある見解であり、従来の立場と断絶したものではない(上の名称の、ある種の突飛さから、そのような印象が生まれてしまうことを恐れる)。

その論証過程と内容を、もう少し具体的に述べると、まず、上記理論構成に従う場合には、刑罰の犯罪予防効果、とりわけ積極的一般予防効果の経験的(実証的)根拠をいかにして示すかという課題が生じる。これは「越えられない壁」であるように思われるかもしれないが、必ずしもそうではない。すなわち、アメリカの刑法学者であるポール・H・ロビンソンは、心理学者や、自然科学分野の研究者との長年の共同研究を通じて、アメリカの犯罪学や心理学などにおいて蓄積された膨大なエビデンスを参照しつつ、自身でも実験研究を行うことで「刑法は、公衆の正義観念(つまり、このような犯罪にはこのような刑罰がふさわしいという、公衆の感覚・直観)に従うときに、最良の犯罪予防効果を発揮する」旨を主張している(ロビンソンはこの立場を、経験的デザート論と呼ぶ)。これは、わが国の用語法でいえば、積極的一般予防論の一種ということになる。そして、結論を述べれば、ロビンソンの提示する諸々の経験的証拠は、信頼するに足るものである。つまり、刑罰の積極的一般予防効果には、従来の(わが国やドイツにおける)通念とは反対に、十分な経験的証拠が存在するのである(なお、以上から明らかである通り、私見は目的刑論に立つものであるから、消極的一般予防や特別予防も、それに経験的根拠があり、かつ、その考慮が下述する義務論的制約に反しない限りで、刑罰の正当化根拠に組み入れることになる)。これにより、公衆の正義観念(言い換えれば、上の1.でも言及した「健全な社会常識」という、それ自体では単なる事実ないし感情でしかないものが、規範ないし理論の中に居場所を得ることになる。公衆の正義観念は、理論的には考慮できないけれども実践的には無視できない、というような「後ろめたい」ものではないのである。別の観点から言えば、こうして我々は、目的刑論の内部に、「経験的研究によって実証的に明らかにされるべき処罰要求の有無・程度を正面から考慮するための回路」²⁰を得ることになるのである。

さて、そうはいっても、公衆の正義観念に従うだけでは、いわばその「暴走」に歯止めをかけることができなくなるであろう(例えば、公衆が、責任能力制度を廃止すべきだという強

²⁰ 井田 [2021] 3頁。

い直観を持っているということが実証されたとしたら、実際にそうすべきことになってしまう)。しかし、犯罪予防という帰結主義的目的(社会全体の利益)の追求に対しては、多元的な義務論的制約(つまり、たとえ社会全体の利益をある程度犠牲にしても、一定の目的追求を規範的に禁止・制約するということが必要である。それは要するに、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった、刑事法の基本原理による制約である(もちろんその他にも、憲法による制約や、道徳的な制約がありうる)。このようにいうと、そうした外在的制約を及ぼすのは、接ぎ木をするようなことであって便宜的に過ぎる、というような直感に基づく批判が、確かに生じるであろう。しかし、そのような批判が、単なる直感を越えた、理論的ないし方法論的な裏づけのある批判でありうるかどうかについては、大いに再考の余地があると思われる。この点の論証も、同章では試みられる。

第III部のテーマは、均衡原理に基づく量刑基準論の展開である。すなわち、第II部までに得られた成果を量刑論に応用し、量刑基準論について、私見を一通り示すと同時に、他説との関連づけを行うことになる。

この作業の遂行が、第4章「均衡説の量刑基準」の課題である。しかしながらもちろん、同章において、量刑に関わる全ての論点をカバーすることはできない。これについて、まず、本章で扱われる事柄から述べておくと、量刑判断の理論的過程(換言すれば、量刑論の体系)、刑の数量化の一般的な方法論、刑罰論に基づく量刑事情の選別(選別される犯情および一般情状の基本的内容と簡単な類型化)、量刑における「評価方向」の概念の明確化、いわゆる「幅の理論 vs. 点の理論」論争の検討と量刑における「責任刑の枠」の意義(とりわけ、その数量化方法)、わが国における従来の(代表的であると思われる)量刑基準論の要約・批判的検討、およびそれによって表面化する、より細かな論争点に関する態度決定、等々である。これに対して、本章では扱うことのできない事柄もある。例えば、個別の量刑事情をテーマとした、その考慮根拠、考慮範囲、考慮の重みなどに関する検討、執行猶予や罰金、無期懲役、死刑といった個別の刑種の選択・量定基準に関する検討、特定の罪種に関する量刑基準の検討、量刑事実の証明の方法・水準・責任といった訴訟法と関連する諸問題の検討、等々については、間接的な言及にとどまるか、または、全く検討できていない。これらについては、今後の課題とせざるを得ない。より端的に言えば、同章の検討が及ぶ範囲は、「量刑総論」と言いうる領域までであり、「量刑各論」と言いうる領域は今後の検討に委ねられる。

以上の作業を通じて、本稿は、量刑における均衡原理の理論的基礎を再構成し、それに裏づけられた量刑基準論(量刑総論)——本稿はこれを「均衡説」と称する——を展開することで、量刑の理論と実務に些かなりとも寄与しようとするものである。

第I部 均衡原理に基づく量刑法の現実性

第1章 スウェーデン量刑法の生成と構造:均衡原理を徹底した量刑モデル

序論：北欧量刑法概観

1. はじめに

本章の目的は、スウェーデン刑法の量刑規定（以下、スウェーデン量刑法と呼称する）について、その立法経緯（生成）と規定内容（構造）を紹介・検討することである。序論においては、このような目的設定の背後にある問題意識について述べるとともに、北欧諸国の量刑法を概観し、その基本的特徴が「均衡原理」の重視に求められるということを示す。

わが国の刑法は、量刑（刑の量定）¹について裁判官に広範な裁量を認めており、とりわけ、個々の事情を量刑上評価するための一般的・当為的基準（量刑基準）については明文の規定を置いていない²。しかし、このことは、現に妥当する法が、量刑を専ら裁判官の主観的恣意に委ねてよいという価値判断を採用している、ということの意味するものではない³。む

¹ 量刑の意義については、一般的な用語法に従い、「法定刑（刑の加重・減輕事由があるときはそれによる修正を経て導かれた処断刑）の範囲内において、被告人に言い渡される具体的な刑罰（宣告刑）の内容を決めること」（城下 [2009] 1 頁）と理解する。具体的には、量刑の意義に関するよく知られた四分類（松尾 [1971] 337 頁以下参照）、すなわち①自由刑または財産刑についての刑期または金額を定めること（最狭義の量刑）、②前者に加え、刑種の選択を行うこと（狭義の量刑）、③前者までに加え、執行猶予の許否や保護観察の有無のほか、裁量的刑の免除、刑の執行の軽減又は免除に関する判断を下すこと（広義の量刑）、④前者までに加え、未決勾留日数の通算や罰金・科料の換刑処分といった、刑の言渡しに伴う付随的処分に関する判断を下すこと（最広義の量刑）のうち④の意味で、量刑という語を用いる。そのほか、原田（國） [2008] 1 頁、小池 [2004] 214 頁、城下 [1995] 10 頁、松岡 [1975] 3 頁なども参照。なお、以上に対して、立法者による構成要件・法定刑の規定をも最広義の量刑に含めて考えるべきであると指摘するのは、井田 [2010] 454 頁。また、川崎 [1991] 28 頁以下も参照。

² この点、起訴便宜主義に関する刑事訴訟法 248 条の「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」が、量刑判断に際しても参考になるとされている（遠藤 [2011] 53 頁以下参照）。確かに、同規定が、量刑事情の大まかな枠組みを整理する上で有用な目安となりうるのは事実であると思われる。しかし他方で、既に指摘されているように、当然ながら起訴猶予の基準と量刑一般の基準とは同一ではないし（浅田 [2005] 26 頁参照）、またそれ以前に、同規定においては考慮すべき「事情」が列挙されているに過ぎず、その評価に関する一般の原理、すなわち「基準」を示したものではない（小池 [2004] 215 頁注(3)。川崎 [1991] 9-10 頁も参照）というべきであろう。

³ 現に妥当する法（ヴァリッドロー）とは、「裁判官の思考から見出される、現に効力を持つ法

しろ逆であって、その理由は当面、以下の三点に整理できるであろう。まず、①刑事訴訟法上、量刑不当が控訴理由（刑事訴訟法 381 条）および破棄理由（同法 397 条、411 条 2 項）とされている以上、量刑の法的・客観的・合理的な規制は、当然に現行法の関心事である⁴。加えて、②その実際上の重要性も疑いえない。というのも、既に指摘されているように、わが国においては有罪率が極めて高いため、ほとんどの場合、起訴後における被告人の運命を左右するのは有罪宣告の有無より遥かに量刑判断の帰趨であり⁵、また控訴理由の過半数を量刑不当が占めるといわれ⁶、さらに、（重大な）刑事事件における量刑判断の如何は、国民の大きな、第一次的といってよい注目を浴びる事柄だからである⁷。さらに、とりわけ近年の傾向としては、③2009 年における裁判員裁判の導入以降、裁判員も量刑判断に関与することとなって、裁判員に対する量刑判断の基準・方法に関する合理的かつ明快な説明が求められるようになった結果として、「量刑の透明化と合理化」が必要であるという問題意識が学説において共有されてきたと共に⁸、そのための動きは実務の側からも展開されている⁹。

以上三点に鑑みれば、量刑における客観的合理性のさらなる担保が、学説・実務の別を問わず取り組まれるべき急務であるというのは論を俟たないところであって、そのための、（主に）学説の側における中心的な企てとしては、量刑の刑法理論的研究、とりわけ「当為としての量刑基準」の研究が推し進められるべきことになる¹⁰。これらのことは今や、ほとんど自明の共通了解になっているといつてよいであろう。

ただ、本章の出発点としては、以上のことの一步手前にある、素通りされがちな一個の事実を取り上げたい。すなわち、わが国の刑法が、量刑基準に関して明文の規定を一切置いていない、という事実である。これに対して諸外国では、量刑基準に関して刑法に規定を置き、あるいは（程度の強弱はあれ、何らかの法的効力を付与された）量刑ガイドラインを制定する

を意味する」（松澤 [2001] 274 頁。なお、ヴァリッド・ローの概念一般については、同 117 頁以下及び 273 頁以下参照）。すなわちここで述べたいのは、「量刑を裁判官の主観的恣意に委ねてはならない」ということは、法典や条文といった「現行法」それ自体のみならず、それを現実に運用し、あるいは関与する（裁判官をはじめとした）法律家によっても共有された了解となっている、ということである（なお、「裁判官の思考」の意義については、同上 126 頁のほか、松澤 [2007] 149 頁注(43)も参照）。

⁴ 小池 [2004] 214 頁、城下 [2009] 2 頁、岡上 [1993] 78 頁以下など参照。

⁵ 城下 [2009] 1 頁、小池 [2004] 215 頁、井田 [1996] 294 頁など参照。

⁶ 岩井(宜) [2013] 791 頁、城下 [2009] 1 頁注(2)参照。なお、最高裁判所事務総局刑事局 [2021] 94 頁によると、令和元年における、控訴審での終局人員の控訴理由のうち量刑不当が占める割合は、被告人側では 71.7% に及ぶ。

⁷ このような意味での量刑に対する関心の高さは、犯罪被害者に対する同情と犯罪行為者に対する憤りを伴うところの、厳罰化への志向性として現れているように思われる（この点、日本における住民の厳罰化志向は、諸外国との比較の上でも著しく高いことを指摘するものとして、河合 [2004] 109 頁参照）。また、量刑に関心を向ける民意がポピュリズム的な厳罰化傾向に転化する過程に関する分析として、松原(英) [2014] 69 頁以下、とりわけ 76 頁を参照。

⁸ 原田(國) [2008] 353 頁以下。そのほか、遠藤 [2011] 7 頁、樋口 [2017] 180 頁など参照。

⁹ とりわけ、司法研修所編 [2012] 。

¹⁰ 佐伯(千) [2015] 568 頁のほか、岡上 [1993] 79 頁、城下 [1995] 2 頁、小池 [2004] 217 頁、原田(國) [2008] 1 頁など参照。

傾向が広範に見られる。

世界各国における量刑法の比較検討・類型化は本章の主題ではないため省略するが¹¹、欧米諸国についてみると、まず大陸法圏および旧社会主義法圏においては、その多くが量刑基準に関する規定を刑法典に置いており、また英米法圏では、まずアメリカにおいて1970年代以降に量刑改革（ないし、量刑革新 *sentencing innovations*）が進み¹²、ひいては英米法圏全体へと波及する形で、いわゆる量刑ガイドライン（*sentencing guideline*）の制定を主たる手段としながら量刑に法的規制を及ぼす流れが起こったのである¹³。後述するように、北欧にお

¹¹ これについては、諸外国の量刑基準規定の内容も含めて、城下 [1995] 19頁以下を参照。なお、そこに掲げられているのは、以下の各注に掲げる諸国を除くと、チェコスロバキア（ただし周知の通り、同国は現在ではチェコ共和国とスロバキア共和国に分かれている）、ロシア、ギリシャ、ハンガリーである。

¹² アメリカの量刑改革については、城下 [1995] 27頁注(18)に掲げられた文献のほか、この動きについて、実証的知見も踏まえつつ総括するものとして、Johnson [2011] 696 ff.

¹³ なお、欧米諸国における量刑制度の概要を各国ごとに紹介する最近の論文集として、Tonry [2016] がある。そこで扱われているのは以下の諸国である（なお、わが国において広くは知られていないと思われるものに関しては簡単なコメントを付す）。北欧（Lappi-Seppälä [2016] 17 ff. 本章で扱う）、ドイツ（Weigend [2016] 83 ff. 周知の通りである）、イタリア（Corda [2016] 107 ff. 量刑基準関連規定〔1930年イタリア共和国刑法典第132条および133条〕については *ibid* 135-138 を参照。犯罪の重大性および犯行者の行状を顧慮する。また同国憲法27条3項には、刑罰は非人道的であってはならず、有罪判決を受けた者の再教育を目指すものとする、と規定されている。積極的特別予防への志向性が窺われる。なお、イタリアの量刑制度については、松田 [2011] 208頁以下も参照）、ポーランド（Krajewski [2016] 175. 量刑基準関連規定〔1997年ポーランド共和国刑法典第53条〕については *ibid* 187-189 を参照。同1項では、予防・教育目的および行為の社会侵害性を考慮するが、同時に、刑は行為者の責任を超えてはならない旨が規定されている）、フランス（Hodgson & Soubise [2016] 221. 量刑基準関連規定〔1994年フランス共和国刑法第132-24条〕については *ibid* 239 ff. を参照。また、2014年に改正された第130-1条では、刑罰は、被害者の利益を尊重しつつ、社会を保護し、新たな犯罪を予防し、社会の均衡を修復するために、犯行者を処罰し、犯行者の更生・同化・社会復帰を促進するという機能を有する、と規定されている。総花的にも見えるが、その特色として、社会防衛論的な発想を窺うことができるかもしれない。なお、次に述べるベルギーも参照）、ベルギー（Scheirs, Beyens & Snacken [2016] 267. 2015年に設置された刑法及び刑事訴訟法改正委員会によるベルギー刑法改正草案第26条によれば、刑の選択および量定に際しては、社会の非難の提示、社会的均衡の回復と損害賠償の促進、犯行者の社会復帰と社会への同化の促進、および社会の保護という刑罰目的を追求し〔同1項〕、さらに、刑が直接的な関係者や周囲の者などに及ぼしうる悪影響を最小化するように考慮しなければならず〔同2項〕、自由刑は最後の手段として用いなければならない〔同3項〕。ベルギー刑法改正草案第26条の訳文は、末道 [2017] 127頁。また同条の意義については、末道 [2018] 215-217頁を参照。そこでは、同条に影響を与えた規定として上述したフランス刑法第130-1条も掲げられており、フランスに関する上の記述に際しても参考とした。これを踏まえると、上記規定は、フランス刑法と基本的に同一の理念的根拠を前提とするものと思われる）、イングランド及びウェールズ（Roberts & Ashworth [2016] 307. 周知の通りである）、カナダ（Doob & Webster [2016] 359. なお、カナダには量刑ガイドラインが存在せず、1996年に、刑法典に量刑原理〔*sentencing principles*〕に関する規定を導入するに止めるという形をとった。

ける量刑立法も、(ガイドラインという形式はとらなかったが、理論的には)この流れから大きな影響を受けて実現したものである(なおスウェーデンの場合、刑法典に現在の量刑基準関連規定が導入されたのは1988年である。つまり、アメリカより遅く、イングランドとほぼ同時期である)。また、ここ20年程度においては、英米法圏における上記の流れに、南アフリカ、イスラエル、スコットランド、そしてウガンダが加わっている¹⁴。さらにアジアでも、ここ10年程度において、中国と韓国がそれぞれ量刑ガイドラインを導入しており¹⁵、また台湾においてはかねてよりドイツ型の量刑基準規定が存在するとともに(中華民国刑法57条)、「量刑資訊系統(量刑情報システム)」が公開・整備されている¹⁶。

これらの事実から明らかであるように、量刑基準の法制化は、大陸法系と英米法系とでその活発性や方式が異なるとはいえ、今や確固たる世界的標準である。言い換えれば、わが国は未だ量刑基準の立法に向けて特に動きを見せていないが¹⁷、このような態度は、世界における常識からは離れたものとなりつつあるといえる。

ただし、本章は、量刑法ないし量刑ガイドラインに関する量刑立法論の展開を意図するものではない(そのためには例えば、現在における量刑相場の包括的な実証的調査から、刑罰論・量刑基準論に関するコンセンサスの取りまとめ、個々の量刑事情の考慮態様に関する意見のすり合わせ、諸外国における量刑制度の網羅的調査、立法形式の選択——その中では、「ガイドラインか量刑法か、英米型かドイツ型か」といった困難な論点も持ち上がるかもしれない——、より具体的な制度・規定構想とそれらが実務に及ぼす影響の予測、制度の転換に伴う費用便益の計算といった、気の遠くなるような作業の構想全体を提示し、これに着手する必要がある。それは筆者の能力を遥かに超える)。そうではなく本章は、諸外国(結論からいえば、その中でもスウェーデン)における量刑立法の成果を、(現行法を前提とした)量刑論の観点から摂取することを意図している。すなわち、当然ながら、量刑基準の法制化は、量刑に対して法的統制を及ぼすことによってその合理性・透明性・公平性を促進するための(最も素直な)手段であるから、その動向・成果を比較法的に摂取・分析することは、それを量刑立法論に直結させずとも、わが国において量刑の客観的合理性を担保・明示化し、裁判官ないし裁判員の

ibid 372 ff 参照)、オーストラリア(Freiberg [2016] 419. アメリカの連邦レベルおよび州レベルにおけるような量刑ガイドラインは存在しないものの、州レベルで量刑の原理や加重・軽減事由といった量刑基準関連規定も含む量刑法〔Sentencing Act〕が制定されており、また各州に量刑諮問委員会〔Advisory Sentencing Council〕が設置されている。なお、西オーストラリア州の1995年量刑法を紹介するのは、前田(忠) [2011] 227頁以下を参照)、アメリカ(Tonry [2016a] 459. 周知の通りである)である。そのほか、スイスの量刑制度についてはシュワルツェネッガー [2016] 251頁以下、オーストラリアにおける量刑については小池(信) [2017] 354頁以下を参照。

¹⁴ Roberts & Pei [2016] 4. See also Ashworth & Roberts [2013] 2.

¹⁵ 韓国については、Park [2010] 262を参照。中国については、See Roberts & Pei [2016] 9 ff.

¹⁶ インターネット上で公開されている(中国語)。<http://sen.judicial.gov.tw/> [2021年10月11日閲覧]

¹⁷ ただし、かつては、わが国においても量刑基準を立法しようとする試みが見られた。これについては、川崎 [1991] 8-9頁参照。

感覚のみに基づいて理論的に説明困難な量刑判断がなされるおそれを縮減して、「量刑の透明化・合理化」をいっそう実現する上で、なお大いに示唆を得られると考えられるのである。

言い換えれば、本章の根本的な問題意識は以下のようなものである。すなわち、「量刑の透明化・合理化」という目標に向けて理論量刑学を展開する上では、抽象的な刑罰目的論・量刑基準論の重要性を承認しつつも、量刑理論の具体的基準化可能性、すなわち具体的な量刑事情の考慮（その正当化根拠に加え、各事情の評価方向、重みづけ、およびそれらを踏まえた刑の数量化過程）に関する説明・批判能力¹⁸を志向した検討が必要となるのであり、そのためには、諸外国の立法例を参照し、その背後にある刑罰論・量刑基準論を視野に入れた上で、その法制のもとで具体的な量刑事情の考慮に関して（立法・学説・実務を通じて）どのような対応が行われているのかを（いわば各論的に）観察する視点が有益であると考えられるのである。この点、わが国の量刑研究における比較法的検討の対象は、量的にみれば、そのほとんどがドイツ（語圏の）量刑法に占められ、これにアメリカの（特に、連邦）量刑ガイドラインを筆頭とする英米圏の諸ガイドラインが追随する形であったといえる。しかし本章では、比較法的検討の参照先として、これらの（大雑把に分類すれば）「大陸量刑法」および「英米量刑ガイドライン」という選択肢に対し、もう一つ、「北量刑刑法」（中でもスウェーデン量刑法）という第三の選択肢を加えられるのではないかという提案を試みたい。というのも、世界における量刑立法の中では後発組に属する北量刑刑法は、先行する立法例から影響を受けつつも、個別の参照に値する独自の特徴を有しているからである。

そこで以下では、北欧における量刑法を概説的に紹介し、その特徴を素描する。

2. 北欧における量刑法の概観

前提として確認すると、北欧¹⁹ (Norden²⁰) とはヨーロッパ北部の一定地域であり、それにまず含まれるのは、一般に言語的・民族的・宗教的共通性（印欧語族ゲルマン語派北ゲルマン語群・北ゲルマン民族・キリスト教プロテスタント系ルーテル教会。ただし、特に民族・宗教については、各国に少数民族が存在し、自治領もあり、さらに移民の存在もあるため、この指標は強調すべきでない）および地理的一体性によって括られるスウェーデン、デンマーク（自治領としてフェロー諸島およびグリーンランド）、ノルウェー（正確には自治領でないが特殊な地域としてスヴァールバル諸島）である（これら三国は、総称してスカンジナビア

¹⁸ このような、量刑における公平性と合理性を促進し、かつ、その当否の基準を可視化するために、抽象的な量刑目的論から一歩進んで、より具体的な量刑事情による「加重・軽減に関する数多の問題」に目を向けることの必要性は、1970年代以降のアメリカにおける一連の量刑革新の嚆矢となったフランケル判事の論文においても既に指摘されていたところである。See Frankel [1972] 45. この視点は、立法論とは切り離してもなお、量刑理論のあるべき方向性として重視されるべきであるように思われる。

¹⁹ 基本的な情報については、池上 [2020] 3頁以下、百瀬＝熊野＝村井 [1998] 3頁以下、百瀬 [1980] 2頁以下、ハストロプ [1996]、ハストロプ [1996a]、ハストロプ [1996b] など参照。

²⁰ 以下、特に断りがない限り、括弧を付して併記される原語はスウェーデン語である。

〔Skandinavien〕と呼ばれる。なお、いずれも立憲君主制国家である）。また、言語的・民族的・宗教的には近いが、地理的には離れているアイスランドも北欧である（ただしそのアイスランド語は、スカンジナビア三言語と同じ北ゲルマン語群に属するものの、古語からの変化が非常に小さく、その結果として上記三言語との相互理解可能性は比較的乏しい。なお、共和制国家である）。さらに、言語的にも民族的にも全く異なるが、文化的・歴史的・地理的な関連性の強いフィンランドも北欧に含まれる（自治領としてオーランド諸島）²¹。

以上のスウェーデン、デンマーク、ノルウェー、アイスランド、フィンランドの五カ国が、一般的に「北欧」と括られる地域である。なお、これらに加えて、バルト三国（エストニア・ラトヴィア・リトアニア）やグレートブリテン島、アイルランド等をも北欧に含める用法もみられるが²²、言語・民族・宗教はもちろん、法制度の観点からみても、これら諸国・地域と上記五カ国の共通性は決して高くない。したがって、本章において「北欧」は、上記5カ国を総称する名辞としてこれを用いる。ただしアイスランドについては、筆者にアイスランド語の素養がなく、調査の正確性を担保することが難しいため、ここでは取り上げない。

かくして、スウェーデン、デンマーク、ノルウェー、フィンランドの量刑法を、「北歐量刑法」として対比することになる。なお、もう一つ前提として述べておくと、これら北歐の法制度は一般に、スウェーデン＝フィンランド系と、デンマーク＝ノルウェー系とに整理するのが有益である²³。以下の検討の中でも、両グループの相違点が示されることになる。

²¹ フィンランド語はウラル語族フィン・ウラル語派に属し、北ゲルマン語群の諸語とは語彙も文法も遠く隔たっている（むしろハンガリー語に近く、エストニア語により近い）。そのフィン人は歴史上、スウェーデンおよびロシアという二大国の狭間で多くの苦難を強いられてきた（20世紀においては、1917年ロシア革命と連動した右派白衛軍対左派赤衛軍のフィンランド内戦、および第二次世界大戦と連動した対ソ連の冬戦争・継続戦争が重要である。この点は刑事法史にも重要な影響を与えており、上記二つの戦争の後には、フィンランドにおける刑事施設収容者数が激増し、スカンジナビア諸国と比べて三倍以上にもなった〔Lappi-Seppälä [2016] 18〕）。それでも文化的・歴史的関連性が高いのは、500年近くにわたり、スウェーデン王国の支配下にあったためである。この事情のため、法制度全般もスウェーデンからの影響が強く、現在でも両言語が憲法上、公用語とされている。その影響とはといえば、第二次世界大戦前までは、教科書その他の法学文献はほとんどスウェーデン語によるものしかなかった、というほどであった（萩原 [2011] 129頁以下参照。現在ではフィンランド語による教科書等の方が多いが、スウェーデン語による教科書も出版され続けている。例えば刑法では、Frände [2004]）。なお現在のフィンランド憲法によれば、フィンランドの公用語はフィンランド語およびスウェーデン語であって、何人も裁判所及びその他の公的機関において両言語のうち自らの言語を使用し、当該言語による公的文書の交付を受ける権利を法律で保障される（第17条1項および2項）。また、法律はフィンランド語およびスウェーデン語で制定され、公布される（第79条4項）。国立国会図書館調査及び立法考査局 [2015] 9頁、25頁、38頁参照。

²² 例えば、<https://unstats.un.org/unsd/methodology/m49/>における国際連合統計局（United Nations Statistic Division: UNSD）の分類においては、これらの地域が「北歐（Northern Europe）」に分類されている（2021年10月11日閲覧）。

²³ これには歴史的背景がある。スウェーデンとフィンランドについては、上注（21）で言及したように、フィンランドが長らくスウェーデンの一部として支配されていたという事情がある。これに対してデンマークとノルウェーも基本的には同様であり、すなわち両国は、16世紀にスウェーデンがカルマル同盟から脱退して以降も（勿論、デンマーク王国主導のもと）同君連合を組

まずは、各国の刑法典における量刑基準関連規定を表に示す。具体的には、各国の①原則規定、および②軽減事情に関する規定をそれぞれ掲載する。加重事情を取り上げずに軽減事情に関する規定のみを取り上げたのは、こちらの方において、スウェーデン＝フィンランド系とデンマーク＝ノルウェー系との差異がはっきりと浮かび上がるからである。また参考として、わが国においてよく知られているドイツ刑法も併せて掲げる。

表1：量刑に関する各国の原則規定

ドイツ刑法 ²⁴	第46条（量刑の基本原則）1項 行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えることが予期される効果を考慮する。
スウェーデン刑法 ²⁵	第29章 ²⁶ 1条（量刑の一般原理と刑罰価値） ①刑は、法適用の統一性の利益を意識しつつ、当該一罪又は数罪の刑罰価値に従って、適用可能な刑罰スケールの範囲内で、これを定めなければならない。 ②刑罰価値の判断にあたっては、当該行為がもたらした危害、権利侵害又は危険、被告人がそれらについて認識していた事情若しくは認識すべきであった事情、及び被告人が有していた意図若しくは動機を考慮しなければならない。当該行為が、他者の生命若しくは健康又は人の平穏に対する深刻な侵害をもたらした場合は、特にこれを考慮しなければならない。
フィンランド刑法 ²⁷	第6章4条（量刑の一般原理） 刑は、罪の侵害性又は危険性の程度、行為の動機、並びに罪から判明する行為者のその他の責任と、公正に均衡するように量定しなけれ

み続け、デンマークはノルウェーに対する影響力を保持し続けたのである。これについては、松澤 [2018] 238 頁参照。

²⁴ ドイツ刑法第46条以下の訳文については、法務省刑事局 [2021] 51 頁以下を参照している。なお、法務省大臣官房司法法制部編 [2007]、シュツレング [2007] 124 頁も参照。

²⁵ Brottsbalk (1962:700). 翻訳については、坂田 [2010] 49 頁以下、坂田 [2011] 20 頁以下がある。さらに、量刑基準関連規定については、松澤 [2015] 89 頁以下において、2014 年時点の一部規定に関する翻訳が掲載されている。

ここでは、その後の改正等も反映させるため、上記の坂田教授および松澤教授による翻訳を参考とした上で、独自に訳出を行った（その結果、若干の訳語変更を行なった部分も存在する）。なお、以下に提示するスウェーデン刑法の条文に関しても同様であるが、煩雑となることを避けるため、逐一の引用は省略せざるを得ない。

²⁶ スウェーデン刑法は第1章から第38章までの全38章からなるが、条文の番号は章ごとに独立している。例えば、第1章の最後の条文である同8条の次は、第2章1条となる。フィンランド刑法も同様の特徴をもつ。したがって両国の刑法を引用する際には、章番号まで明示しなければならない。これに対して、デンマーク刑法およびノルウェー刑法はこのような特徴を持たない。

²⁷ Rikoslaki (Strafflag) 19.12.1889/39. なお訳出に際しては、Finlex で公式に提供されている、スウ

	ばならない。
デンマーク刑法 ²⁸	第80条（量刑の一般原理） ①刑罰の量定にあたっては、法適用の統一性を意識しつつ、犯罪の重大性及び行為者に関する事情に重点を置かなければならない。 ②犯罪の重大性を評価するについては、犯罪と結びついた危害、危険及び権利侵害並びにそれについて行為者が認識していたこと又は認識すべきであったことを考慮しなければならない。行為者に関する事情を評価する際は、行為者の全般的な人格的及び社会的状態、犯行前及び犯行後における行為者の態度並びに行為の動機を考慮しなければならない。
ノルウェー刑法 ²⁹	なし

北欧の量刑法は、いわゆる均衡原理（犯行均衡原理）³⁰を重視していると言われる³¹。この特徴を端的に示しているのが、フィンランド刑法第6章4条である³²。すなわち、「刑は、罪の侵害性又は危険性の程度、行為の動機、並びに、罪から判明する行為者のその他の責任と、公正に均衡するように量定しなければならない」。ここには、ドイツ刑法第46条1項2文のような、展望的ないし予防的な考慮が念頭に置かれていない。同様の特徴をもっているのがスウェーデン刑法第29章1条である。それによると、まず同1項によれば、「刑は、法適用の統一性の利益を意識しつつ、罪の刑罰価値に従って、適用可能な刑罰スケール〔引

ェーデン語による正文（<https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1889/18890039001>）〔2021年10月11日閲覧〕に依拠した（なお、上注（21）も参照）。

²⁸ Straffeloven (LBK nr 1156 af 20/19/2018). なお、デンマーク刑法第80条の訳文については、松澤〔2005〕60頁を参照（若干の訳語変更を行った）。

²⁹ Lov om straff (LOV-2005-05-20-28).

³⁰ 均衡原理 (Proportionalitetsprincipen; 英: *the principle of proportionality*) とは、刑罰は「犯罪の重大性 (*brottets svårhet*) および行為に表れた行為者の非難相当性 (*gärningsmannens klandervärdhet*) と均衡したものでなければならない」という原則のことである (se Ulväng [2005] s. 96)。つまり、量刑にあたっては（違法評価を前提とした）行為責任に相応しい刑を科さなければならないということである。ドイツにおいては犯行均衡原理 (Tatproportionalitätsprinzip) と呼ばれ、この原理を中核に据える量刑理論は「犯行均衡説 (Tatproportionalitätstheorie)」として一つの潮流を形成している (シュナイダー＝黒澤 [2019] 389頁。この潮流に属するドイツの論者としては、同415頁注(37)に掲げられた文献のほか、Giannoulis [2014] S. 16 ff.を参照。なお、ドイツにおける犯行均衡説の詳細な分析として、小池 [2006] 65頁以下参照)。

³¹ 主にスウェーデン量刑法との関係においてであるが、松澤 [2018] 246-247頁、松澤 [2014] 78頁以下、坂田 [2012] 54頁以下、岡上 [2009] 9頁、中村 (秀) [1989] 47頁以下など参照。なお、北欧量刑法全般については、Lappi-Seppälä [2016] 52 f; Hinkkanen & Lappi-Seppälä [2011] 355 f など参照。

³² Lappi-Seppälä [2002] 403 ff.

用者注：わが国でいう処断刑に相当する〕の範囲内で、これを定めなければならない」〔傍点引用者〕。刑罰価値 (straffvärde) という概念はスウェーデン量刑法に特有のものである。その意味は同2項の規定ぶりからも看取されるところであるが、より簡潔に述べれば、刑罰価値とは、「行為の侵害性または危険性と犯罪者の責任との関数である」³³。すなわち、わが国にいう量刑責任 (行為責任) の概念に概ね対応するといえる。ここでもやはり、展望的・予防的考慮は念頭に置かれておらず、量刑責任に従った公平な (つまり、法適用の統一性の利益を意識した) 量刑が志向されているのである。以上に対してデンマーク刑法第80条は、同1項において、「犯行の重大性及び行為者に関する事情」〔傍点引用者〕が掲げられており、また同2項において、この「行為者に関する事情」の評価にあたっては、「行為者の全般的な人格的及び社会的状態、犯行前及び犯行後における行為者の態度並びに行為の動機」を考慮する旨規定されている。つまりデンマーク刑法は、量刑にあたっての原則的な考慮要素を行為責任関連的要素 (均衡性関連的要素) に限定しておらず、したがって量刑における均衡原理を、スウェーデン・フィンランド刑法ほど徹底しているわけではない。さらに、そもそも原則規定を欠くノルウェー刑法は、後に軽減事情についてみる中で明らかとなるように、量刑における展望的・予防的考慮 (具体的には、社会復帰の見込みの考慮) を明文で要求している。逆に言えばこの点では、デンマーク=ノルウェー系量刑法とドイツ量刑法との間に大きな差は存在しないと解しうる (ただし、詳細は略すが、加重規定において予防的考慮を明示する規定はデンマークにもノルウェーにも存在しない。そうすると両国の量刑法は、予防関連の事情を軽減方向でのみ考慮する方に傾きやすいと言えよう。その点では、なおドイツ量刑法との差異を認めることができる)。

このように、北欧量刑法は全体として確かに均衡原理を重視するものといえるが、その中でもスウェーデン=フィンランド系量刑法はさらに進んで、均衡原理を徹底する点に特徴があるといえることができる。

表2：量刑に関する各国の軽減規定

ドイツ刑法	<p>第46条 (量刑の諸原理) 2項</p> <p>刑の量定に当たり、裁判所は、行為者に有利及び不利な事情を照らし合わせて考量する。その際、特に、次に掲げる事情を考慮する：</p> <p>行為者の動機及び目的、特にまた、人種差別的、排外的又はその他人間蔑視的なもの、</p> <p>犯行に表れた心情及び犯行の際に向けられた意思</p> <p>義務違反の程度、</p> <p>実行の態様及び犯行の有責な影響、</p> <p>行為者の経歴、人的及び経済的な状況、並びに、</p> <p>行為者の犯行後の態度、特に、損害を回復する努力及び被害者との和解を成立させる努力</p> <p>(なお、第46条 a〔行為者と被害者の和解・損害回復〕および第</p>
-------	---

³³ Jareborg & Zila [2020] s. 105. なお、坂田 [2012] 54-55 頁も参照。

	46条b〔捜査協力等〕もある。)
スウェーデン刑法	<p>第29章3条（刑罰価値を軽減する事情）</p> <p>①刑罰価値の判断に際する軽減事由としては、特定の場合について法が定めるところのものに加えて、以下各号の事情を特に考慮しなければならない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 罪が、他者の明白な権利侵害的態度によって引き起こされたものであること。 2. 被告人が、深刻な精神障害の結果として、行為の意味を理解し、若しくは行為の意味の理解に自己の行動を適合させる能力が減退しており、又はそうでない場合でも、精神の障害、意識の動揺若しくはその他の原因によって、自己の行動を制御する能力が減退していたこと。 3. 被告人の行動が、その者の発達、経験または判断能力の不足と結びついていたこと。 4. 罪が、強烈な人間的同情心によって引き起こされたものであること。 5. 行為が、無罪となるものではないが、刑法第24章³⁴に定める場合に関係するものであること。 <p>②罪の刑罰価値に照らして必要とされる場合には、その罪について規定された刑よりも軽い刑を科することができる。</p> <p>第29章5条（衡平理由）</p> <p>①裁判所は、量刑に際して、罪の刑罰価値の他に、以下各号の事情を合理的な範囲で考慮しなければならない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 被告人が、罪の結果として、重大な身体傷害を受けたこと。 2. 被告人が、高齢または健康不良の結果として、罪の刑罰価値に従って量定された刑罰により、不合理に厳しく扱われることになること。 3. 罪が行われてから、罪の種類に照らして異常に長い期間が経過していること。 4. 被告人が、その能力に応じて、罪の有害な作用を防ぎ、除去し、又は限定しようとしたこと。 5. 被告人が任意に出頭し、又はその罪の捜査にとって極めて重要な情報を提供したこと。 6. 被告人が、その罪の結果として、国外退去となることにより、損害を受けること。

³⁴ 正当防衛（24章1条）、正当行為（同章2条）、緊急避難（同章4条）、過剰な緊急行為に対する免責（同章6条）、被害者の同意（同章7条）、違法性の錯誤による免責（同章9条）などが規定されている。

	<p>7. 被告人が、その罪の結果として、雇用から解約若しくは懲戒解雇を被り、若しくはこれらを被ると思料されうることにより、又は職業活動若しくは事業活動におけるその他の支障若しくは特段の困難を被ることにより、損害を受けること。</p> <p>8. 罪の刑罰価値に従って量定された刑罰が、罪の結果として課されたその他の法的制裁に鑑みて、不均衡となる程度に苛酷になるとみられること。</p> <p>9. その他、被告人に対して罪の刑罰価値によって支持されるより短期の刑を科することを要請するような事情があること。</p> <p>②第1項に規定の事由が存在する場合、裁判所は、特別な理由がこれを要請する場合であれば、その罪について規定された刑よりも軽い刑を言い渡すことができる。</p>
フィンランド刑法	<p>第6章6条（軽減事由）</p> <p>以下各号に定める事情は刑罰軽減事由である。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 重大な強制、脅迫またはその他類似の事情が、罪の実行に寄与していたこと。 2. 行為者の法遵守能力を減退させる性質を有していたところの、罪を引き起こし若しくは例外的かつ予見されていなかった誘惑を引き起こした強烈な人間的同情心、被害者の例外的に大きい寄与、又はその他類似の事情。 3. 行為者と被害者との間で和解が成立したこと、行為者がみずからの罪の作用を予防または除去しようと努力したこと、又はその罪の捜査を促進しようと努力したこと。 4. 第8条1号及び3号³⁵に規定の事由があること。
	<p>第6章7条（公平事由）</p> <p>刑が確立された実務に従って量定されたとすれば、以下各号の理由によって不合理かつ例外的に侵害的な帰結に至るという場合、第6条に規定の事由のほか、刑罰を軽減する事情として、以下各号も考慮しなければならない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 罪が引き起こしたその他の帰結又は行為者に対して言い渡される判決。 2. 行為者の高齢、脆弱な健康状態又はその他の個人的状況。 3. 罪が行われてから著しく長い時間が経過していること。

³⁵ フィンランド刑法第6章8条は、刑罰スケール（わが国でいう処断刑に相当する）を必要的に減輕する事情を各号に定める。同1号は、行為者が行為時に18歳未満であったこと（すなわち、少年であったこと）による減輕を定め、また同3号は幫助に対する減輕及びその他の場合で行為者の寄与が他の関与者と比して小さかった場合の減輕を定めている。

デンマーク刑法	<p>第 82 条（軽減事情）</p> <p>刑罰の量定一般にあたっては、以下各号の事情を、軽減事情として含めなければならない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 行為者が、行為を行った時に 18 歳未満であったこと。 2. 行為者が、通常の刑罰は不必要かつ侵害的となる程度に高齢であること。 3. 行為が、刑事免責事由に含まれるものに近似していること。 4. 行為者が、行動の実行を禁止または命令する法規則について、責任なき不知又はまたは責任なき錯誤の状態で行動したこと。 5. 行為が、被害者又はその関係者による不法な攻撃又は重大な侮辱でもって引き起こされた、激怒した精神状態で行われたこと。 6. 行為が、強制、欺罔又は行為者の若年の利用、著しい経済的若しくは人格的困難の利用、理解の欠如の利用、無関心の利用若しくは継続的な依存関係の利用の結果として実行されたこと。 7. 行為が、強烈な同情心若しくは情動又はその他の行為者の精神状態若しくは行為の際の事情に関する特別な状況の影響のもとで実行されたこと。 8. 行為者が、任意に、可罰的行動によって引き起こされた危険を回避し、又は回避しようと試みたこと。 9. 行為者が、任意に、みずから出頭し、かつ自己の犯罪事実を全面的に認めたこと。 10. 行為者が、他人により実行された可罰的行動の捜査にとって決定的な情報を提供したこと。 11. 行為者が、可罰的行動によって引き起こされた侵害を回復し、又は回復しようと試みたこと。 12. 行為者が、可罰的行動を根拠として、第 79 条において言及されている諸権利を剥奪され、またはその他の刑罰に比しうる帰結を課されること。 13. 行為者に関する刑事手続が相当な期間内に終了せず、かつそのことについて行為者に責めを負わせることができないこと。 14. 可罰的行動が行われてから、通常の刑罰を適用することが不必要となる程度に長い期間が経過したこと。
ノルウェー刑法	<p>第 78 条（軽減事情）</p> <p>量刑に際しては、以下各号の事情を加重方向で特に考慮しなければならない。</p> <p>a) 第 80 条 b, c, d, e, i または j 号に規定の状況または状態³⁶があるこ</p>

³⁶ ノルウェー刑法第 80 条は、刑罰スケールを任意的に減輕する事情をその各号に定める。同 b 号は未遂に対する減輕である。c 号は、(1)他の当事者との依存関係に基づいて行動したこと、または(2)加功が小さなものにすぎなかったことを減輕事由とする。d 号は過剰非難（緊急避難につ

	<p>と。</p> <p>b) 犯行者が、罪により引き起こされた侵害又は福利損害を、予防、回復、限定し、又はこれらを試みたこと。</p> <p>c) 罪が、相当程度、被害者の状況によって引き起こされたものであること。</p> <p>d) 犯行者が、犯行の時点において、精神の障害、精神の発達遅滞、自ら招いた酩酊によるものでない意識障害又は強い情動のために、自身と外界との関係を現実的に評価する能力が減退していたこと。</p> <p>e) 罪があつてから長い時間が経過しており、または、犯行者の落ち度なしに、訴訟手続が、罪種に照らして公正な期間を超えて長期化していること。</p> <p>f) 犯行者が、自己の犯罪事実の全部を認めたこと、又は他の罪の捜査に相当程度貢献したこと。</p> <p>g) 犯行者自身が罪によって深刻な打撃を被ったこと、又は高齢、疾病若しくはその他の事情のため、刑罰反動が大きな負担となるであろうこと。</p> <p>h) 社会復帰の十分な見込みがあること。</p> <p>i) 犯行者が、行為時において18歳未満であったこと。</p>
--	--

以上が各国の軽減事情に関する規定である。まず着目されるのは、ノルウェー刑法78条h号にのみ、軽減事情として「社会復帰の十分な見込み」という、明確に特別予防関連的な要素が挙げられている点である。逆に、これを除くと、北欧諸国における軽減事情の内容は大部分重複している。しかしその一方で、形式面では大きな違いが見られる。すなわち、デンマーク刑法82条及びノルウェー刑法78条では、量刑の軽減をもたらす事情が一括して定められているのに対して、スウェーデン刑法では29章3条の「刑罰価値を軽減する事情」と同5条の「衡平理由」とがそれぞれ規定され、またフィンランド刑法では6章6条の「軽減事情」と同7条の「公平事由」とがわけて規定されているのである。その背後には、刑罰価値すなわち量刑責任そのものを軽減させる事情と、量刑責任は軽減させないけれども量刑を軽減させる事情とは、体系的に区別されるべきであるという態度を見て取ることができる³⁷。そうなると、単純に考えれば、上記「衡平理由」ないし「公平事由」は、量刑責任に関連しない事情でありながら、しかし予防関連の事情でもなく³⁸、それにもかかわらず量

いてはノルウェー刑法17条が定める)、過剰防衛(正当防衛については18条)、過剰自救(自救行為については19条に定めがある)に対する減軽である。e号は、(1)正当な怒りによって、又は(2)強制若しくは明白な危険のもとで行為した場合の減軽である。i号は行為時に18歳未満であった場合の減軽である。j号は、故意又は重過失を要求する刑罰法規に対する違反に際して、過失による法の不知の状態で行動した場合の減軽である。

³⁷ Ågren [2013] ss. 36-39.

³⁸ Ågren [2013] ss. 95 ff.

刑において軽減方向で考慮される事情であって、かつそのような体系的差異が、刑罰価値すなわち量刑責任の程度を軽減する諸事情と条文をわけて規定することによって法律上確認されているという解釈が成り立つ。そうだとすると、均衡原理の観点からこの事情を観察する際に第一の関心事となるのは、この事情が均衡原理の「外」にあるのか、それとも、均衡原理の「内」にあるのか、ということである。すなわち、北欧量刑法、中でもスウェーデン＝フィンランド系のそれを、均衡原理を徹底した量刑モデルとして観察する際に、自ずと決定的な関心対象になるのは、「衡平理由」ないし「公平事由」というこの法形象である。これは比較法的関心を惹くと同時に、量刑理論的な関心をも惹く。なぜならここには、量刑における「責任と予防」との間が存在する未知の空隙が予示されているからである³⁹。

以上を総括すると、まずスウェーデン量刑法およびフィンランド量刑法は、その原則規定において量刑の基礎は均衡原理（その中でも、行為責任）であることを確認しており、これに対してデンマーク刑法は展望的考慮の余地をも明文で認めている。その一方で、軽減規定について見ると、その規定内容において北欧諸国の量刑法には相当程度の一致があり、そうなるに逆に、確かにデンマークとノルウェーの量刑法もまた、相対的には均衡原理を重視する量刑法であることが予想されるが、これに対してスウェーデンとフィンランドの量刑法はさらに進んで、均衡原理を徹底した量刑モデルを提示するものであるとの見通しが立つ。さらに、先述したところの問題意識、すなわち抽象的な刑罰目的論・量刑基準論の重要性を承認しつつも、具体的な量刑事情の考慮に関する説明・批判能力を重視した量刑研究を志向するという問題意識に照らすと、立法形式それ自体としてはドイツ刑法等と同じ大陸法のものでありながら、おしなべて仔細にわたる個別的規定を置いている北欧量刑法は、比較量刑法上の検討を行う上で興味深い素材を提供するものであるといえよう。

筆者はここにおいて最後に、均衡原理を徹底した量刑法として、フィンランド量刑法ではなく、スウェーデン量刑法を参照する、という選択を行う。その理由は、正直に打ち明けてしまえば、筆者にはフィンランド語の素養がなく、スウェーデン語のみによるフィンランド刑法の調査には限界があるためである⁴⁰。

そこで本章では、スウェーデン量刑法について、その均衡原理の徹底という特徴に着目しながら、今後におけるより詳細な比較法的検討のための予備的作業として、これを総体的に紹介・分析する。この作業の遂行にあたっては、二つの視点を設定することができる。

まず、①そもそもスウェーデン量刑法が均衡原理を徹底した量刑モデルを採用するに至ったことの原因を、同法の立法経緯と背景思想に着目しながら明らかにすることで、スウェーデン量刑法の生成過程を跡づける必要がある（これが本章Iの課題となる）。

次に、②生成過程を跡付けるだけでは、各々の量刑規定の背後にある実質的考慮や、それ

³⁹ ただし、未知の空隙と述べたものの、この空隙の内実は基本的に、既に井田 [1996] 304-305 頁において指摘されていたところの、「刑事政策的合理性の見地から、もっぱら刑を軽くする方向で量刑上考慮しうる事情」、および「刑の必要性ないし刑の感応性に関する事情」の集合体なのではないか、という推測もはたらく。とはいえ、この領域は未だ相対的に未開拓の状態にあるというのも事実であろう。

⁴⁰ 上注 (21) で述べた事情により、スウェーデン語によるフィンランド法の調査もある程度は可能であるが、本格的な調査のためには、やはりフィンランド語の知識が必要不可欠である。

に基づく量刑法の体系を認識することができない。そこで本章では、スウェーデン量刑法における個々の規定を体系的に紹介することで、スウェーデン量刑法の構造を明らかにしておく必要がある（これが本章IIの課題となる）。

以上によって本章の問題意識が提示され終えたため、本論に移行する。

I. スウェーデン量刑法の生成：その立法経緯と背景思想

1. 資料と分析視座

序論において述べた通り、スウェーデン量刑法は、均衡原理を徹底した量刑モデルを示す。本章I.の目的は、同法がこのような均衡量刑のモデルを示すに至った理由を明らかにするために、1988年の刑法改正⁴¹によりスウェーデン量刑法が新設されるに至った経緯（以下、同改正を「88年改正」と呼称する）、すなわちスウェーデン量刑法の生成過程を紹介・検討することである。

この点、わが国においては北欧の刑事法に関して優れた研究業績が蓄積されているものの⁴²、スウェーデン（刑）法の基本的内容に関する知識が広く共有されているとまではいえない。そこで、以下ではまず、スウェーデン法の基礎の中でも、その立法過程について紹介する必要がある。というのも、「最高度の精密さと透明性によって特徴づけられる」⁴³との評価もなされるスウェーデン法の立法過程は、比較法的にみて特異なものといえることができ、かつ本章I.は、この過程で公開された資料を重点的に参照するものだからである。

スウェーデンの立法過程⁴⁴においては様々な資料が作成・公開されるが、それらは「立法準備資料（förarbeten）」と総称される⁴⁵。それには、立法理由、それを裏づける（規範的・実証的）調査、提案される法文およびその逐条解説などが含まれる。立法準備資料は、法解釈において判例と並んで重視すべき資料とされており、裁判例においてもしばしば引用されている⁴⁶。

既述の通り、「立法準備資料」は、立法過程の各段階において順次作成・公開される様々

⁴¹ 「刑法改正法（1988年法律942号）Lag（1988:942）om ändring i brottsbalken」により公布され、1989年1月1日に施行された。

⁴² わが国における明治時代から2000年11月時点までの先行業績については、坂田〔2000〕103頁以下において、それぞれの研究手法、対象国・分野の整理や、関心方向の推移に関する分析に加え、網羅的な文献リストが示されている。

⁴³ 萩原〔2007〕72頁。

⁴⁴ 関連法令として、スウェーデンの基本法の一つである「統治組織法 Kungörelse（1974:152）om beslutad ny regeringsform（統治憲章、統治法とも訳される。略称：RF）」、基本法に準じる法律である「国会法 Riksdagsordning（2014:801）（議会法とも訳される。略称：RO）」、および「立法関係等調査委員会に関する政令 Kommittéförordning（1998:1474）」がある。スウェーデンの基本法については下注（79）参照。

⁴⁵ 立法理由書（lagmotiv）、理由書（motiv）とも呼ばれる。なお、その大部分が電子化されており、検索には”<https://www.lagrummet.se/rattsinformation/forarbeten>”が便利である〔2021年10月11日閲覧〕。

⁴⁶ Bernitz m.fl.〔2017〕s. 110. Se även Strömholm〔1996〕s. 534 f. なお、萩原〔2007〕72頁も参照。

な資料から構成される。スウェーデンの立法過程は計 13 段階からなる⁴⁷。そこで、各段階で作成される資料も含めて順に解説すると、まず、①個人の国会議員等により法律案(motion)が提出され⁴⁸、②これについて所管の委員会により、委員会報告書(utskottsbetänkande)が作成される。③この報告書が本会議において審議され、可決されると、議会は国会議決文書(riksdagsskrivelse; 略称:rskr.)により、政府に対して上記議決の実施を要請する。④政府の授権のもと、所管の省の大臣が立法関係等調査委員会(kommitté)⁴⁹を招集し、また政府は、委員会が調査すべき内容や期限などについて指示(direktiv)を発する⁵⁰。⑤設置された委員会は、広範な規範的・実証的調査を経た上で立法理由書および法律の草案を含む報告書を作成する。この報告書は、立法関係等調査委員会報告書(Statens offentliga utredningar; 略称:SOU)として公刊される⁵¹。⑥立法関係等調査報告書は所管の省の大臣に提出され、省内で検討されると共に、⑦レミス(remiss)に付される。レミスとは、立法過程においては、立法関係等調査報告書を、社会の様々な団体に送付して、それについて意見を求めるスウェーデンに特有の伝統的制度である。報告書送付の対象となる団体は、裁判所、大学法学部、当該立法と利害関係を有する民間機関などである。意見を求められた機関(remissinstanser; レミス機関)は、レミス回答書(remissvar)を作成し、所管の省に提出する。⑧所管の省は、レミス回答書を踏まえてふたたび立法関係等報告書を検討する。また、⑨調査されている立法が重要なものである場合には、立法顧問院(lagrådet)⁵²によるレミス(lagrådsremiss)にも付され、

⁴⁷ 本段落の記述の全体について、次の文献を参照。Bernitz m.fl. [2017] ss. 114 ff; Lundmark m.fl. [2009] s. 170 ff. Vgl. Jann / Tiessen [2008] S. 99 ff. 日本語による紹介として、山岡 [2012] 10-11 頁。また、訳語の選定は、萩原 [2007] の対応箇所を負うところが大きい。

⁴⁸ 一つ(または複数)の政党に属する議員の集団により提出される法律案は”(fler)partimotion”と呼ばれる(〔複数〕政党法律案、と訳しうる)。なお、もちろん政府も法案を提出できるが(RF 4:4)、これは”proposition”(下記⑩)と呼ばれる。実際上は、政府提出法案が多い(Bernitz m.fl. [2017] s. 115)。

⁴⁹ ”utredning”とも呼ばれる。その詳細についてはさらなる調査を要するが、簡潔に述べておけば、立法関係等調査委員会は、委員長(ordförande)および委員(ledamöter)によって構成される(ただし、調査を単独の者に委嘱することもでき、この場合は特別調査官[särskild utredare]と呼ばれる)。さらに、委員会(または特別調査官)は、その他の参加者として、アドバイザー(sakkunniga)、専門家(experter)および秘書(sekreterare)の補佐を受けることができる。「立法関係等調査委員会に関する政令(上注(44)参照)」2条から6条のほか、[Ds 2000:1] ss. 9 ff.参照。実際に参加しているのは法曹三者、官僚、国会議員、大学教授、その他専門家、利益団体の代表等である(山岡 [2012] 11 頁参照。その傾向は委員会活動報告書〔下注(50)参照〕でも確認できる)。

⁵⁰ この指示は、委員会調査指示書(kommittédirektiven; 略称:Dir.)として公刊される。なお政府は、国会の議決に基づいて設置された委員会の活動を、国家に対して毎年報告しなければならないが(RO 9:9)、この報告書は委員会活動報告書(Kommittéberättelse)と呼ばれ、そこには委員会メンバーの名簿も掲載される。委員会活動報告書は、国会活動年次報告書(riksdagstrycket; 略称:skr.)の103号として公表される(例えば、2019年の委員会活動報告書は、Skr. 2019/20:103)。

⁵¹ ただし、立法関係等調査委員会が特に設置されず、所管省内で調査が完結する場合もある。その内容は、省内覚書(departementspromemoria)にまとめられる。この覚書も公刊されるが、これには「省内覚書シリーズ(departementsserierna; 略称:Ds)」という名前が付けられている。

⁵² 重要な法律案について、政府または議会の委員会による要請に基づき意見を表明するための、(元)最高裁判所判事および(元)行政最高裁判所判事によって構成される機関である。萩原・

立法顧問院は法律案について意見を表明する。⑩以上を踏まえ、立法提案書 (proposition; 略称: prop.) が所管の省により作成・公刊されて、議会に提出される。立法提案書は、最終的な立法理由と法律草案、各条の趣旨および意図されている解釈の解説 (いわば公式のコメント) などを含み、法律が成立した後の法解釈においても極めて重視される資料である。⑪議会に提出された立法提案書は、所管の委員会で審議され、委員会報告書が作成される。⑫さらに本会議において、立法提案書・委員会報告書の審議を経て、法律案が可決された場合には、国会議決文書を通じ、政府に対して議決の実施が要請される。⑬法律は、通常の場合、スウェーデン全法令集 (Svenska författningssamling; 略称: SFS) への登載をもって公布される。

以上がスウェーデンにおける立法過程の概観である。そして、立法経緯を調査するにあたって第一次的な重要性を有するのは、最終的な立法理由および法律草案を提示するところの、上記⑩の立法提案書 (prop.) である。したがって、立法提案書は重点的に参照する必要がある。また、上記⑤の立法関係等調査委員会報告書 (SOU) も補充的に参照する。以上の資料のうち、88年改正に連なるのは、1987/88年立法提案書『刑法等改正について (刑の量定および制裁選択等)』⁵³および1986年拘禁刑委員会報告書『犯罪に対する制裁: 刑罰スケール、制裁選択、刑の量定および仮釈放等について』⁵⁴である。本章は、これらの資料を通じて、スウェーデン刑法が均衡原理を量刑一般の原則として承認するに至った立法上の経緯を明らかにすることになる (これが本章I. 2. の課題である)。

さらに、この88年改正が実現に至った背景には、スウェーデンにおける刑罰思想 (刑罰論) の転換が存在した。すなわち、有名な保護法草案 (後述するようにそれは現行スウェーデン刑法の草案である) に象徴されていたような、刑罰の犯罪予防目的 (とりわけ特別予防目的) を強調する近代学派的な立場から、罪刑の均衡を強調する古典学派的立場、すなわち「新古典主義 (Nyklassicismen)」への転換である。スウェーデンが均衡原理を徹底する量刑モデルを採用したことの理由を明らかにするためには、最終的に立法準備資料にまとめられた立法経緯だけでなく、その立法準備作業自体の原動力となったところの、このような背景思想の転換をも検討しておく必要がある。この目的を達する上で中心的な手がかりとなるのは、犯罪防止委員会 (Brottsförebyggande rådet)⁵⁵により1977年に公刊された報告書『新刑罰体系: 理念と提案』⁵⁶である (84年の研究報告書も参照するが、これについては後述する)。同報告書は、スウェーデンの量刑制度から従前の近代学派的色彩を払拭し、上記「新古典主義」を理論的基礎とした量刑制度へと転換すべき旨をはじめて包括的に提案したものであ

前掲注 (43) 127頁、および Andersson m.fl. [2015] s. 117 を参照。

⁵³ [Prop. 1987/88: 120] .

⁵⁴ 全三巻からなる。[SOU 1986:13] ; [SOU 1986:14] ; [SOU 1986:15] . 第一巻の SOU 1986:13 は改正される法文の草案、第二巻の SOU 1986:14 は改正の理由書、第三巻の SOU 1986:15 は付録である。このうち、SOU 1986:14 の第6章 (刑罰体系に関する全般的検討) は邦訳されている。坂田 [1989] 84頁以下。

⁵⁵ 犯罪防止委員会とは、1974年に発足した、刑事政策に関する政府直属の研究・諮問機関である。同委員会からは毎年、犯罪に関する統計資料や政策指針を提供する犯罪防止委員会報告書 (Brå-rapport) が公刊されている (坂田 [1982] 80頁参照)。

⁵⁶ [Brå-rapport 1977:7] . 第一章の訳として、坂田 [1979] 58頁以下。

る。本章では、この報告書を中心としつつ、同時代および後年における学説の動きも併せて参照しながら、88年改正の基礎となった「新古典主義」への刑罰理論の転回の内実を明らかにすることを試みる（これが本章1.3.の課題である）。

2. スウェーデン量刑法の立法経緯：1987/88年立法提案書および1986年拘禁

刑委員会報告書から

2-1. 前史：1962年における現行刑法の制定まで

既に述べた通り、88年改正によってスウェーデン刑法の基本思想が「新古典主義」へと転回する以前は、刑罰による犯罪予防、とりわけその特別予防効果を強調する立場（「処遇思想〔*behandlingstanken*〕」と呼ばれる）が有力であった。

20世紀初頭のスウェーデンでは、1864年に制定された旧刑法（1864 års strafflag）が妥当していたが、フランツ・フォン・リストに師事しその影響を強く受けたヨハン・テュレン（Johan Carl Wilhelm Thyren）と、その方向性を引き継いだカール・シュリュイター（Karl Schlyter）によって、近代学派の思想に基づいた刑法改革が進められた（両者とも司法省大臣を経験している）⁵⁷。その代表的な成果として、1927年における精神障害者に対する保安監置（*förvaring*）および累犯者に対する保安拘禁（*internering*）の導入、1931年における日数罰金制度の導入⁵⁸、1935年における少年の不定期拘禁（*ungdomsfängelse*）の導入が挙げられる。そして、刑法全面改正に向けて、これらの部分改正を集大成し改革を制裁法全体に推し及ぼすため、1938年に刑法調査会（*Strafflagberedningen*：委員長はシュリュイターであった）が設置された（補足すると、行為法に関しては別の調査委員会があった⁵⁹）。この刑法調査会による最終答申が、有名な「保護法 *Skyddslag*（*SOU 1956:55*）」草案である。この保護法草案は、新たな制裁法における処遇思想（リハビリテーション思想）の徹底を目標とし⁶⁰、その一つの帰結として、応報的な含意を有する「伝統的な『刑罰』という語を排斥し、『制裁』という語に置き換える」という徹底的な態度を示すなど、その革新性はわが国でも反響を呼んだところであった⁶¹。

とはいえ、保護法草案はスウェーデンにおいて無批判に受け入れられたわけではなく、むしろ、刑罰の一般予防機能を強調する論者から強い批判を呼んだ⁶²。そのため、これを受け

⁵⁷ 詳細は、坂田 [2017] 55頁以下を参照。宮澤（浩） [1977] 145-151頁〔初出1967年〕も参照。

⁵⁸ その経緯について詳細は、坂田 [1990] 20頁以下を参照。

⁵⁹ 刑法調査会は、旧刑法全面改正のうち制裁規定に関する部分の調査を担当していた。これに対して、刑法総則・各則に関しては、刑法審議会（*Straffrättskommittén*）が調査を担当した。坂田 [2017] 58頁参照。

⁶⁰ 松澤 [2018] 239-240頁参照。

⁶¹ 宮澤（浩） [1977] 139頁。そのほか保護法草案については、牧野 [1962] 96頁以下、森下 [1963] 15頁以下など参照。なお、保護法草案の邦訳として、法務省刑事局 [1963] がある。

⁶² 例えば、訴訟手続法（スウェーデンでは刑事訴訟法と民事訴訟法はどちらも「訴訟手続法 *Rättegångsbalk*」という同一の法典に定められている）学者のカール・オリヴェクローナ（Karl

て1962年に制定された現行刑法（Brottsbalk (1962:700), 略称：BrB⁶³）においては、刑罰概念も残され、特別予防への志向が一般予防に譲歩する形で後退させられたのである。ここではその一つの帰結として、量刑（正確に言えば制裁選択）の一般的基準に関する、スウェーデン刑法第1章旧7条（同条は88年改正により削除されることになる）を掲げておく。

スウェーデン刑法第1章（旧）7条⁶⁴

制裁を選択するにあたり、裁判所は、一般の法律遵守を維持するために必要な事項に留意しつつ、制裁が判決を受けた犯罪者の社会復帰に役立つものであるよう特に考慮しなければならない。

当時のスウェーデン刑法における量刑基準関連規定は同条のみであり、つまり量刑は裁判官の広範な裁量に委ねられていた。同時にそこでは、一般予防（一般の法律遵守〔allmän laglydnad〕の維持）および特別予防（犯罪者の社会復帰）の考慮のみが示され、「（行為）責任」の概念はおおよそ掲げられていない。しかしこの状況は、88年改正によってほとんど真逆に転換することになる。

2-2. 88年改正の背景事情と基本原理

Olivecrona: 当時ルンド大学教授。スウェーデンを代表する法哲学者として有名なオリヴェクローナと同一人物である）と、刑法学者のイヴァール・ストラール（Ivar Strahl: 当時ウプサラ大学教授）との間でたかかわれた論争が有名と思われる。経緯を簡潔に説明すると、まずオリヴェクローナが新聞の紙面上（複数あるが、以下引用文の出典は *Dagens Nyheter*, 26/9/1957 である）において、保護法草案は「犯罪を鎮圧する方法に関するいかなる科学的調査をも踏まえたものではなく」、「そこにおいて決定的であったのは道徳的動機であったし、また今もそうである」以上、あくまで刑罰の一般予防機能を基礎として制裁法を構築すべきであるところ、同草案は科学的裏づけのない刑罰の特別予防機能を過度に強調しており、その一般予防機能を著しく損なうものに他ならないと批判した。これに対して、ストラールはスウェーデン法曹新聞（*Svensk Juristtidning*; 略称：SvJT）1957年号において（Strahl [1957] s. 569 f.）、上述した保安監置・拘禁制度や少年拘禁制度の導入を経ても刑法の一般予防効果は損なわれなかったのであって、むしろ刑法に現在欠けているのは特別予防に適した制裁形式の充実化であるからこれを実行するというだけのことであり、保護法草案は一般予防機能を軽視しようとするものではないと再批判して保護法草案を擁護したのである。SvJTの同号においては、これに対するオリヴェクローナからの再々反論（Olivecrona [1957] s. 583 ff.）も掲載されており、結論としてはやはり、保護法草案における特別予防の強調は慎重な科学的反省を経ておらず、結局その背景には（犯罪者の反社会性に対して応報すべきであるという）道徳的動機が隠されている、という点を強調している（a.a., s. 586）。上記ストラール論文には、その他の論者による保護法草案に関する多くの批判ないし擁護も整理・検討されており、当時の議論の激しさが伺えると共に、保護法草案に関する評価は決して一枚岩ではなかったということがわかる（そうであるからこそ、保護法草案と実際に成立した刑法との間には、後述する重要な相違が生まれたのである）。

⁶³ 以下では“BrB 29:5 st. 1”というような記法を用いることがあるが、これは「スウェーデン刑法第29章5条1項」という意味であり、同国で一般的な略記法である。

⁶⁴ 訳文は、宮澤（浩）[1971] 6頁。[Prop. 1962: 10] del A, s. 10も参照。

2-2-1. 背景：特別予防効果を期待された制裁制度の相次ぐ廃止・改正

現行のスウェーデン量刑法（スウェーデン刑法の量刑規定）は、1988年における刑法改正によって導入されたものである。立法提案書によると、同改正の「根本的趣旨」は「刑事司法における予見可能性と統一性の増進」であるが、同時に、同改正により導入される規定は従前の量刑実務における慣行と大部分一致するものである点も確認されている⁶⁵。すなわち同改正は、特定の理念的根拠から指図的な形で量刑を改革することを本旨とするものではなく、むしろその「相当部分は、制裁選択と刑の量定について現に行われている実践の法典化であると見なすことができる」⁶⁶のである。同改正は、そのような実践の明文化を主たる手段として、上記「予見可能性と統一性」の増進を図るものであったといえる。

この88年改正の背景事情としては、同改正に向けた動きに先駆け、あるいは並行して、特別予防効果を期待されていた制裁制度の廃止・改正が相次いでいたという点を指摘できる⁶⁷。具体的には、第一に、特別予防に主眼を置いた不定期制裁の廃止が行われた。すなわち、1980年に少年の不定期拘禁が廃止され（prop. 1978/79:212）、続いて1981年には保安拘禁も廃止された（prop. 1980/81:76。なお、保安監置は当時、既に保安拘禁に一本化されていた）。第二に、拘禁刑の社会復帰に対する弊害が指摘されるようになり、その謙抑的運用と社会内処遇への代替が志向されるようになった。その反映として、1981年から83年にかけて、拘禁刑の一般的下限が一月から14日に引き下げられ（prop. 1980/81:44）、仮釈放の形式的要件が緩和された（prop. 1981/82:153。当時、仮釈放の形式的要件は①三月以上服役し、かつ②刑期の3分の2が経過したこととされていたが、①が二月以上⁶⁸に引き下げられた）。

2-2-2. 原理：量刑における予防的考慮の原則的排斥と刑罰価値

既に述べたように、スウェーデン量刑法は均衡原理の徹底を特徴とする。そうになると、前提とされる刑罰論は応報刑論を基調としたものになりそうであるが、立法提案書はあくまで目的刑論を堅持する。すなわち、「刑事政策は、その第一の目的として、犯罪を予防しなければならない。その中で制裁システムはもちろん、中心的な役割を果たすものである。刑罰とその他の制裁は、様々な形で社会における犯罪を鎮圧しようという努力の一端を担うという点を除いては、何らそれ自体で価値をもつものではない」。それではなぜ、制裁選択に際する一般予防的・特別予防的考慮の必要性を直截に定める上掲スウェーデン刑法第1章旧7条が批判されたかといえ、それは、量刑判断を通じた犯罪予防効果に対する疑念が持ち上がったためである。すなわち、個別の事件に関する裁判の時点において被告人の再犯可能性を予測することは基本的に不可能であり、また、個別事件における判断が社会全体の犯

⁶⁵ [Prop. 1987/88:120] s. 1, 41.

⁶⁶ [Prop. 1987/88:120] s. 41.

⁶⁷ 以下の記述も含め、se [Prop. 1987/88:120] s. 29 f.

⁶⁸ 現在は一月以上にまで引き下げられている（BrB 26:6 st. 1; [Prop. 2005/06: 123] s. 72 f.）。刑期の3分の2の経過を要求する点は変わっていない。なお、スウェーデンは必要的仮釈放制度を採用している。ただし、上記形式的要件を満たしても、「強い特別な理由（synnerliga skäl）」がある場合には、仮釈放を一度に最高で六月延期することができる（BrB 26:6a）。上記「強い特別な理由」の存否の判断に際しては、重大な遵守事項違反の有無が特に考慮され、またその延滞期間は、上記違反の重大性の程度により決せられる（BrB 26:7）。

罪状況を左右するとは考えられないということである⁶⁹。つまりここでは、個別事件において量刑判断を変動させても犯罪予防効果が左右されるとは言い難いという消極的な理由から、まずは量刑における予防的考慮の原則的排斥が導かれているということが出来る。

具体的には、第一に、刑罰の一般予防効果は、法律上の刑罰威嚇（ないし予告）と、それに応じた安定的かつ一貫した法適用の継続を通じて、法の威嚇が空虚でないことが示されることによって達成される。しかしそれだけであって、これを超えて、裁判所が、個別の事件においていかなる制裁を適用すれば社会全体の法遵守性を維持できるのかを判断するのは不可能である。また、一般予防のために慣習的な量刑を逸脱することは、法の下での平等にも反する⁷⁰。したがって、刑の量定の段階で一般予防的考慮を行うべきではない。

第二に、特別予防的考慮もまた、拘禁刑の長短や罰金刑の高低を決する上での独立した根拠とするべきでない。拘禁に関していえば、それはむしろ受刑者の社会復帰にとってネガティブにはたらくものであるというべきであるし、裁判所が、施設収容期間を長くすることによって処遇の成功確率が上がるかどうかを判断することは不可能である。隔離（無害化）効果についても、将来確実に罪を犯す者を正確に特定することは難しいという問題点が妥当するし、それ以上に、正義の観点から疑問がある。結局のところ、根本的な問題は再犯予測の不確実性である。再犯可能性の予測は、不可能とは言わないにしても、裁判時点での十分な確実性をもった予測はきわめて難しいというべきである⁷¹。したがって、刑の量定の段階において特別予防的考慮を行うべきではない。

かくして、予防的考慮は原則として量刑から排斥される（ただし、重大な例外がある⁷²）。

それでは、量刑の基準は何に求めるべきなのであろうか。直感的には、一般予防も特別予防も考えられない以上、消去法によって応報（均衡性）が残ることになるが、それでは消極的理由が示されたことにしかならない。量刑基準を応報（均衡性）に求めるべき積極的理由を示さなければならないであろう。またそれに並行して、立法提案書でも取り上げられているように、刑罰論のレベルでは目的刑論を前提とするのに、個別事件の量刑においては予防

⁶⁹ [Prop. 1987/88:120] s. 32.

⁷⁰ [Prop. 1987/88:120] s. 32-33.

⁷¹ [Prop. 1987/88:120] s. 33.

⁷² 例外というのは、まずそもそもスウェーデンの量刑プロセスは「刑の量定 (straffmätning)」と「制裁の選択 (påföljdsval)」という二段階からなり、前者に関する規定が第29章に、後者が第30章に規定されているところ、現行法は明らかに「制裁の選択」の場面で一般予防的・特別予防的考慮を容れているということである（詳細は本章II. 3. 参照）。例えば、条件付判決（わが国の執行猶予に相当する）と保護監督（わが国の保護観察付執行猶予に相当する）との選択判断は、被告人の再犯可能性によるという旨が明文で定められている（BrB 30:9）。このような刑の量定と制裁の選択とのズレについて、SOUは突き詰めれば「制裁の選択は部分的に刑の量定の場合とは異なったものになる」という結論以上のことを述べていないように思われる（[SOU 1986:14] s. 73; 坂田 [1989] 100頁）。この段階では、少なくとも立法準備資料の原則的立場は本文のようなものであるが、それと、とりわけ「制裁の選択」に関する現行法の規則との間には、問題化されうる懸隔があるということを指摘しておくに止める（さらに厳密に言えば、刑の量定の段階でも、スウェーデン刑法29章5条における「衡平理由」および同4条における再犯加重規定が問題化されうる）。以上の点については本章II. 2-3-2. 以下で検討を加える。

的考慮を原則的に排斥するというのは、矛盾ではないかという疑念もある⁷³。

これに関する立法提案書の回答は以下のようなものである。すなわち、各々の私人および民間団体から、犯罪対策の有意義性に関して理解を得るためには、彼らが法システムを信頼しており、また法システムに支えられていると感じることが必要不可欠である。刑罰システムは市民と結びついたものでなければならず、市民にとって正統なものでなければならぬ。そのためには、犯罪予防とはまた別の利益をも実現しなければならない。すなわち刑罰システムは、法的保障 (rättssäkerhet)⁷⁴、罪刑法定主義、法の下での平等、均衡性ならびに法適用における客観性と中立性といった諸価値を満たさなければならないのである。また同時に、これらの根本原理は、予防の利益と矛盾するものではない。なぜなら長期的にみれば、これらの価値を尊重してこそ、刑罰システムは犯罪予防に対して効果的に役立つものとなりうるからである。このことは量刑にも妥当する。すなわち、罪刑法定主義は制裁決定の段階でも尊重されなければならない。この点で、第1章7条(上掲)の規定しか有さない現行法は改正する必要がある。同時に、法の下での平等および均衡原理の観点から、制裁決定は第一に犯罪行為の重大性を基礎としなければならない。またそのようにしてこそ、量刑に対する公共からの理解が得られるであろう。この、犯罪行為の重大性に関する判断に基づいて導き出された量刑の帰結は、これを刑罰価値 (straffvärde) と呼ぶのがよいと考えられる⁷⁵。

以上を総合するに、応報に従った公正な量刑こそが、市民からの信頼を得られるという意味で犯罪予防にも資する、という一種の積極的一般予防の観点が中心に置かれているように思われる⁷⁶。他方、「法の下での平等」のような価値に、犯罪予防には還元されない正統な利益としての地位を認めているようにも読める。いずれにせよ、これ以上の積極的理由は、立法準備資料からは見出すことができない。スウェーデン量刑法が均衡原理の徹底に至った積極的理由を、規範的観点からより明確にするためには、立法準備資料の背景にある、スウェーデンにおける(学説レベルでの議論も含めた)刑罰思想の転換そのものを明らかにする必要があろう(それが本章I. 3. の課題なのであった)。

以上が、立法提案書に表れた、88年改正の前提とする原理的主張である。続いて、立法提案書において、このような原理から量刑基準に関するどのような具体的立法が構想されたのかを確認することにする。

2-3. 量刑基準規則の基本的趣旨

2-3-1. 量刑基準を明文化することの必要性

88年改正より以前のスウェーデン刑法において、量刑基準に関連する規定は、基本的に上掲の第1章旧7条しか存在していなかった。同規定は、既述の通り、量刑における予防的

⁷³ [Prop. 1987/88: 120] s. 34.

⁷⁴ 基本的には法の支配とほぼ同義とされるが、多義的な語である(萩原・前掲注(43)192頁はこの概念を、「厳密な定義なしに多用されている」とする)。法的保障の概念については、Jareborg [1992] ss. 80 ff.; Strömholm [1996] s. 368-370 など参照。

⁷⁵ Se [prop. 1987/88:120] s. 36.

⁷⁶ わが国におけるそのような見解の総体的な整理・検討として、中村(悠) [2012c] 187頁以下を挙げておく。

考慮の規範的・実証的不当性という点で問題を抱えている。しかしそれと同時に、これを同改正の根本的趣旨であるところの「刑事司法における予見可能性と統一性の増進」という観点からみると、同規定はそもそも抽象的すぎ、量刑における実践的指針としての機能を果たしえず、そのために量刑の不統一（類似の事例に対する量刑判断が裁判所ごとに大きく異なってしまうという事態）が招来されるおそれも認められる⁷⁷。ただし実際のところ、当時のスウェーデンにおける量刑の不統一は必ずしも問題視される程のものではなかったとされているのであるが⁷⁸、量刑に対する法的統制を拡充し、その予見可能性と統一性をよりよく保障することには、平等取扱原則の法原理としての重要性に鑑みても、また、基本法上の原則である法の支配⁷⁹は犯罪の成否に関する場面のみならず制裁決定の場面においても重視されなければならないという観点からみても、価値があると考えられたのである⁸⁰。またこの点では、量刑にさらなる法的統制を及ぼすことが国際的潮流となっているということも確認されており、当時において既にこの種の立法措置をとっていた国として、フィンランド、オーストリア、西ドイツ、そしてアメリカ（の各州）が挙げられている⁸¹。ちなみに、既に引用した現行スウェーデン量刑法の規定から明らかであるように、その規定形式はアメリカの各州にみられるようなグリッド形式のガイドライン（grid-based guidelines; 典型的には、縦軸に犯罪の重大性を、横軸に前科の数を置き、それぞれの交点にあたるマス目に、特定された刑種・刑量の幅を示すという形式をとる）ではなく、むしろ（例えば現在のドイツと同じく）叙述形式で量刑原理や考慮事情を定めるといった形をとっているが、88年改正においてモデルとされたのは、1976年に制定されていたフィンランド刑法第6章であった⁸²。

以上の諸点に鑑み、本改正を通じては、量刑基準に関するより詳細な規定を導入しなければならない、とされる。その際にはまず、新規定を「刑の量定（straffmätning）」に関する規則と「制裁の選択（påföljdsval）」に関する規則に分類し、前者を新29章に、後者を新30章

⁷⁷ [SOU 1986:14] s. 418 f.

⁷⁸ 1976年のスウェーデンにおける、地方裁判所レベルでの量刑の比較対照を行った実証的研究として、Bondeson & Tollbäck [1983] (citerade av [SOU 1986:14] s. 419).

⁷⁹ 厳密に翻訳すれば、公権力行使の法的被拘束性（offentligt maktutövningens lagbundenhet）となる。スウェーデンにおける基本法の一つである統治組織法（Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform; 通称 Regeringsformen, 略称 RF. 統治憲章、統治法とも訳される）第1章1条3項に定められている。すなわち、「公権力は、法律に従って行使される」（訳文は、坂田 [1994] 73頁による）。なお、同国の基本法は、四つの法律から構成される。すなわち、①統治組織法、②「出版の自由に関する法律 Tryckfrihetsförordning (1949:105)」、③「表現の自由に関する基本法 Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)」、④「王位継承法 Successionsordning (1810:0926)」である。さらに、「国会法 Riksdagsordning（議会法とも訳される）」もかつては基本法としての地位を有していたが、1974年における現行統治組織法の制定の際に、同時に改正され、それによって基本法としての地位を失った（山岡 [2012] 2頁）。上記の基本法の全体について解説及び翻訳するものとして、山岡 [2012]。また、交告 [2020] 2頁以下も参照。さらに、特に統治組織法について、坂田 [2012a] 89頁以下参照。

⁸⁰ [Prop. 1987/88: 120] s. 39; [SOU 1986:14] s. 420.

⁸¹ [Prop. 1987/88: 120] s. 39; [SOU 1986:14] s. 57.

⁸² [SOU 1986:14] s. 58 f.

にそれぞれ定めるという方法がとられる⁸³。また、そこにおいては考慮すべき事情の列挙という形がとられるわけであるが、本改正の趣旨が量刑における予見可能性と統一性の保障にあるとはいっても、本改正は量刑の一般原理を法律に明文化することでそれを果たそうとするものであるから、個々の事情の考慮に関しては、裁判官による裁量の余地を一定程度残す必要がある。例えば、本改正では念頭に置かれていない考慮事情が、将来の個別事件において重要となってくるということが考えられるのである⁸⁴。そこで、量刑の硬直化を避け、裁判官の裁量を可能な限り尊重するという観点から、本改正により導入される諸規定における考慮事情の列挙は、基本的にすべて例示列挙とすべきことが導かれる⁸⁵。また、刑の数量化に関しては、それが刑罰スケール (straffskala; 処断刑と基本的に同義である) の範囲内に収まるべきであり、あるいは一定の場合にはその上回り・下回りが許されるという以上の法律上の指図は与えられない。つまり、具体的な形量導出は、裁判官の裁量ないし量刑慣習(相場)に委ねられる。

次に問題となるのは、諸々の量刑規定によってどのような事情を考慮すべきであるのか、そしてそれらの事情群は体系的にどのように区別されるべきであるのか、ということである。この点、基礎に置かれるのは、既に言及した通り、行為責任すなわち「刑罰価値」である。つまり、量刑においては原則として、行為責任に相応しい刑が科せられるのであり、言い換えれば、均衡原理に従って刑が科せられる。しかし、わが国も含めた他の諸国と同様、本改正に基づくスウェーデン量刑法においては、行為責任の要素のみが考慮されるのではない。整理すれば、三点の例外(に見える規定)がある。第一は、刑罰価値とは無関係であるが量刑を軽減すべき諸事情(衡平理由〔billighetsskäl〕)であり、第二は、量刑を加重する事情としての前科(tidigare brottslighet)である⁸⁶。そして第三に、以上を通じて行われる「刑の量定」を前提としつつも、「制裁の選択」という別の段階が用意される。つまり例えば、「刑の量定」において「1年の拘禁刑」という結論が出ていても、場合によってはこれを条件付判決(詳細は本章II. 1. で述べるが、基本的にはわが国でいう執行猶予に相当する制裁である)のような「自由剥奪的でない制裁(icke-frihetsberövande påföljd)」に代替する余地が認められるのである。以下では、これら三点に関する立法準備資料の態度を確認する。

2-3-2. 刑罰価値と無関係であるが軽減的に考慮される事情(衡平理由⁸⁷)について

行為者の個人的状況または犯罪後の行動は、従来から、スウェーデンの量刑実務におい

⁸³ その趣旨は上注(72)で述べたところと関連するが、詳しくは本章II. 2. で触れる。

⁸⁴ [Prop. 1987/88: 120] s. 41.

⁸⁵ [Prop. 1987/88: 120] s. 43.

⁸⁶ さらに、被告人が少年(18歳未満)である場合に量刑を軽減する規定があり(BrB 29:7)、そのほかにも特殊な制裁や手続上の特則・特別法が存在するが、ここでは省略する(ただし、特殊な制裁に関しては本章II. 1. で簡単に触れる)。スウェーデンの少年法制に関しては、近年では廣瀬健二教授による多くの業績が存在するが、その中でも俯瞰的なものとして、廣瀬[2019d] 315頁以下参照。

⁸⁷ SOUにおいては「衡平事由(billighetshänsyn)」という名称が用いられていたが、現在では「衡平理由(billighetsskäl)」という呼称が定着している。ただし、いずれも法文上の用語ではなく、事実上の呼称である。Ågren [2013] s. 17 f.

て、もっぱら量刑を軽減させる事情として考慮されてきていた。具体的には例えば、被告人が刑罰以外の制裁を受けることや、任意に出頭したこと、罪の有害な作用を防ごうと試みたことなどである（この事情群は最終的に、BrB 29:5 に定められた⁸⁸）。これらの事情の考慮根拠は従来、特別予防（社会復帰の必要性）に関連すると考えられてきたところであり、またそれが刑罰価値と無関係であることは明らかであるが（その旨は BrB 29:5 st. 1 に明文で示されている）、他方で既に述べた通り、本改正は量刑における予防的考慮を原則的に排斥するから、これらの事情の考慮根拠は何であるかが問題となる⁸⁹。

その統一的な考慮根拠については、立法準備資料によると、「これらを考慮しないことは不衡平かつ不正義（obilligt och orättfärdigt）なことであるとみるべき」であるという点に求められるとされており⁹⁰、衡平理由と特別予防の関連性は肯定されていない。しかし、それ以上の論拠は示されておらず、後はこの事情群に含まれるべき諸事情の解説がなされているだけである⁹¹。そのため現在でも、この事情群は何らかの理論的根拠をもって現行法に導入されたというよりも、以前から実務上考慮されてきた諸事情をひとまず法典化したものであったという評価がなされているところである⁹²。

なお、衡平理由の考慮根拠に関しては、スウェーデンの学説上でも一定の議論がみられるが、その詳細はここでは省略する。ただ、一点だけ示唆しておく、この点については近年、英語圏の論者から、端的に均衡原理の観点からその考慮を正当化しうる可能性が指摘されている（別の言い方をすれば、「量刑は均衡原理に従うべきである」ということと、「量刑においては行為責任に関する要素のみを考慮すべきである」ということとは、一致するものではないということである）⁹³。私見もこの方向性を妥当と考える（第4章I. 3-2-2. 参照）。

このように衡平理由は、そもそもそれが均衡原理の例外と位置づけられるべきなのか、あるいはそれを均衡原理との関連で説明することは可能ではないのか、という根本的な点から、理論的な再検討を要する対象であるといえよう。

2-3-3. 制裁の選択について

均衡原理の例外となる（ことが疑われる）規定として、前科に基づく量刑の加重と、制裁選択判断に関する諸規則が残っているが、論述の都合上、制裁選択から言及する。

まず前提から確認しておく必要がある。既に述べた通り、スウェーデンの量刑プロセスは「刑の量定」と「制裁の選択」からなり、前者に関する規則が第29章に、後者が第30章に定められる。刑の量定は原則として、その基礎である刑罰価値を確定した後、上記「衡平理

⁸⁸ BrB 29:5 の訳は、本章序論 2. の表 2 を参照。

⁸⁹ [Prop. 1987/88: 120] s. 47; [SOU 1986:14] s. 422.

⁹⁰ [SOU 1986:14] s. 423; [Prop. 1987/88: 120] s. 47.

⁹¹ [Prop. 1987/88: 120] s. 89 ff.

⁹² Se Asp m.fl. [2018] s. 1382 [Magnus Ulväng].

⁹³ Von Hirsch & Ashworth [2005] 172 ff. 同論文の紹介として、十河 [2020] 447 頁以下。なお、基本的に同じ方向性を推し進めるものとして、Roberts & Maslen [2014] 103-105. Maslen [2015] 107 ff. も参照。

なお、スウェーデンにおける、衡平理由の包括的研究書である Ågren [2013] ss. 214 ff. では、人道性を持ち出す説明と、均衡原理に関連づける説明とが混交している。

由」の考慮による軽減的修正を経て終了する（既述の通り、少年の場合は BrB 29:7 による軽減もある。また再犯加重のプロセスは特殊であるため後述する）。こうして導かれた刑の量定の帰結は、量刑価値 (straffmättningsvärde) と呼ばれる⁹⁴。

この量刑価値が制裁選択の基盤となるのであるが、その際にはまず、そもそもこれが「罰金レベル (bötesnivå)」にあるのか、それとも「拘禁レベル (fängelsenivå)」にあるのかが問題となる⁹⁵。端的に言えば、罰金刑で足りる事案であるのか、そうでないのかという限りでの制裁選択判断である。拘禁レベルにあるとされた場合、例えば量刑価値は「1年の拘禁」というように記述される（具体的刑量の導出自体は裁判官の裁量ないし量刑相場に委ねられる）。そうであれば、そのまま1年の拘禁刑を宣告すればよいようにも思われるが、ここで第30章における制裁選択規則の適用が問題となる。すなわち、制裁選択の一般的規則を定めるのは BrB 30:4 であるが⁹⁶、同条はまず1項において「裁判所は、制裁の選択にあたって、拘禁よりも軽い制裁を支持する事情に、特に関心を示さなければならない。この場合、裁判所は、第29章5条に定められた事情を考慮しなければならない」と定める。つまり、量刑価値が拘禁レベルであっても、その他の何らかの事情（特に、衡平理由）の考慮によって、例えば条件付判決（わが国でいう執行猶予に概ね相当する）や保護監督（保護観察付執行猶予に概ね相当する）⁹⁷にとどめることができるのである⁹⁸。なお、同2項が定める通り、刑罰価値が重すぎること、前科があること、問題となっているのが一定の罪種（例えば酩酊運転関連の罪）であることは、逆に拘禁回避にとり不利な事情となる⁹⁹。

しかし、条件付判決や保護監督は当然、拘禁刑よりも軽い制裁である¹⁰⁰。そうであるとす

⁹⁴ Se t. ex. Borgeke & Heidenborg [2016] s.658. 解釈上用いられている概念であり、法文上のものではない。

⁹⁵ Se Borgeke & Heidenborg [2016] s. 285.

⁹⁶ Asp m.fl. [2018] s. 1426 [Magnus Ulväng].

⁹⁷ スウェーデンの制裁制度については本章 II. 1. でも述べるが、近時におけるその概観として、廣瀬 [2017a] 132-136 頁を参照。より詳細な文献として、坂田 [2015] 59 頁以下も参照。さらに、北欧全体を視野に入れて各々の制裁制度を整理・分析するものとして、小西 [2019] 191 頁以下がある。

⁹⁸ ここで以下のような疑いをもたれるかもしれない。すなわち、衡平理由は量刑価値の段階で軽減的に考慮されているのに、制裁選択の段階でさらに有利に考慮するのは、同一事情の二重評価にあたるのではないかということである。この疑念は解釈上、以下のように解決されている。すなわち、そもそも衡平理由には複数の類型があるのだが（三類型に整理する Asp m.fl. [2018] s. 1382-1383 [Magnus Ulväng]と、四類型に整理する Ågren [2013] s. 94 がある。なお、松澤 [2015] 236 頁も参照）、これらは、主に刑の量定に影響を与える事情と、主に制裁選択に影響を与える事情に区別されるということである（Se Asp m.fl. [2018] s. 1396 [Magnus Ulväng]）。具体的には例えば、BrB 29:5 の1項2号によっては「被告人が高齢である」という事情が考慮されるが、これは高齢者に対する拘禁刑の賦課が、一般の成年者と比べて特に苛酷なものとなることをその根拠とするから、刑量の軽減ではなく、制裁選択において拘禁を回避してはじめて意味をもつ。この意味で、高齢という衡平理由は、量刑価値の段階（BrB 29:5 の適用それ自体）よりも、むしろ BrB 30:4 の適用に際して考慮すべき事情なのである（Asp m.fl. [2018] s. 1384 f., 1396 [Magnus Ulväng]）。このようにして、二重評価の懸念が回避されることになる。

⁹⁹ とりわけ「罪種」の意義が問題となろうが、この点は本章 II. 3. で触れる。

¹⁰⁰ [Prop. 1987/88: 120] s. 45; [SOU 1986:14] s. 433; BrB 30:1 st. 1.

ると、刑罰価値ないし量刑価値の観点からは拘禁刑相当であるのに、それとは別個の観点から軽い制裁を選択するのであれば、それは均衡原理に反するようにも見える。例えば現行のスウェーデン刑法では、被告人が（主に薬物犯罪の場合において）その個人的・社会的状況に関して明らかな改善を示していることや、計画更生のための処遇を受ける意思を示していることが、拘禁に代えて保護監督を選択する理由として認められている¹⁰¹。これは、特別予防の観点そのものではないだろうか¹⁰²。

この点についてはまず、そもそも本改正において、制裁の選択に関する第30章という、拘禁刑を他の自由剥奪的でない制裁に代替するための基準を定める章が置かれたことの趣旨を確認する必要がある。それは、立法準備資料が一貫して、「拘禁適用の縮減」を政策的目標として掲げていることと関連づけて理解することができるであろう。その主張は、拘禁刑それ自体に特に大きな特別予防効果を認めることはできず、むしろネガティブな影響の方が圧倒的に大きいのであって、また一般予防効果に関しても、国際的にみて拘禁適用率の低下が犯罪水準を高め、あるいはその逆が成立するという事態は認められない以上、拘禁刑の適用はできる限り避けるべきである、というものである¹⁰³。またこれに関連して、そもそも、本章I. 2-2-1. で述べたように、本改正の背景には、拘禁刑の社会復帰に対する弊害が指摘されるようになり、その謙抑的運用と社会内処遇への代替が志向されるようになったという事情があった。以上のような観点から、拘禁の適用は最後の手段でなければならないという原則が強調され、またそれがBrB 30:4 st. 1に反映されているのである¹⁰⁴。

ただし、以上のことはそれ自体正当であるとしても、それが意味するのは、一般予防的ないし特別予防的考慮に基づいて拘禁刑の選択を基礎づけることはできないということであって、均衡性の観点から拘禁刑が相当であるという場合に、例えば特別予防の観点からより軽い制裁を選択してよいということを直接に帰結するものではないであろう。この点について若干の検討を加えるならば、そもそも均衡性の観点からは（わが国において執行猶予と実刑の境界がしばしば曖昧なものとなるのと同様に）条件付判決・保護監督と拘禁のどちらを適用すべきか明確でないことがある。そのような場合には、均衡原理はいずれの適用をも許容するものと解して、端的に特別予防の観点から制裁を選択すればよいものと思われる（これに関連して、制裁の質的な相違、つまり刑種の違いによる特別予防効果の変動は比較的明確であるが、制裁の量的な相違、例えば自由刑の刑期の長さの違いによる特別予防効果の変動は必ずしも明確でないという点を指摘できよう。2年の拘禁を2年6月に加重しても再犯可能性が一律

¹⁰¹ BrB 30:9 st. 1 p. 1, 3; [Prop. 1987/88: 120] s. 104-107.

¹⁰² なお、条件付判決と保護監督の選択判断については、被告人の再犯可能性の高低により判断すべきことが明文で示されている。BrB 30:7 st. 1, 30:9 st. 1; [Prop. 1987/88: 120] s. 103-105. その背景には、そもそも保護監督と条件付判決は「同じ重さ」の制裁であるから、そのどちらを適用すべきかというのはそもそも均衡性の問題ではないという理解がある（[SOU 1986:14] s. 433; [Prop. 1987/88: 120] s. 45-46）。ただしその後、再犯のおそれが低い場合であっても、量刑価値の高さという観点から条件付判決ではなく（確かに事実上はより介入度の高い制裁であるところの）保護監督を選択することは許されるとする判例が現れている（NJA 2014 s. 559, p. 36-39）。

¹⁰³ [SOU 1986:14] ss. 80 ff. (坂田 [1989] 104 頁以下); [SOU 1986:15] ss. 55 ff.; [Prop. 1987/88: 120] s. 41.

¹⁰⁴ [Prop. 1987/88: 120] s. 99.

に低下するとは期待できないが、保護観察に付すことによる再犯可能性の低減は、それよりも遙かに期待できるように思われる)。

このように、制裁選択に関するスウェーデン刑法第30章(特にその4条)は、拘禁刑の弊害を踏まえたその謙抑的運用への志向を反映したものと見える。それと均衡原理との関係について立法準備資料は特段の見解を示していないが、やはり基本的には均衡原理と矛盾しない範囲で説明を与えるべきであり、かつそれは可能であると考えられる。

2-3-4. 前科について

88年改正後のスウェーデン刑法における前科の効果は四つに整理される。すなわち、①仮釈放の一部または全部の取消しを導き(BrB 34:5)¹⁰⁵、②一定の場合において刑罰スケールの上限を加重し(BrB 26:3)、③制裁の選択において拘禁を適用させる方向に働き(BrB 30:4 st. 2)、④刑の量定において刑を加重する(BrB 29:4)¹⁰⁶。

まず立法準備資料は、現状分析として、量刑一般において前科に大きな意義が認められていることは間違いないが、その程度や考慮プロセスは必ずしも明確でなく、したがって上記の「刑事司法における予見可能性と統一性の増進」という観点から、量刑における前科の考慮態様を法律上明確化する必要があるということを確認している¹⁰⁷。

ここで、現行量刑法における前科の考慮プロセス(の特殊性)について付言しておく必要がある。まず、前犯に関する仮釈放の観察期間中に再犯が行われた場合は、上記①の効果が発生する。次に本犯に関して、一般に量刑は、刑罰スケールを形成した後(前科がある場合は上記②としてBrB 26:3により加重されることになる)、「刑の量定→制裁の選択」という過程を経るが、刑の量定において量刑価値を確定する段階では、前科は(BrB 29:4があるにもかかわらず)一旦無視される。そして、量刑価値が罰金レベルの場合は、BrB 29:4の適用により罰金刑を加重して終わりであるが、拘禁レベルの場合は、上記③としてBrB 30:4の適用による拘禁回避が問題となる(既述の通り、前科は拘禁を適用させる方向で考慮される一要素である)。そして、上記①・③を通じては前科の考慮が十分でないと判断される場合には、拘禁が適用される場合には拘禁刑を、あるいはそれが代替された場合は自由剥奪的でない

¹⁰⁵ 正確には、「条件付で承認された自由の没収(förverkande av villkorligt medgiven frihet)」と呼ばれる。すなわち、仮釈放の観察期間中に再犯があった場合には、(前犯に関する)本来の残刑期間の全部または一部が、再犯そのものに対する刑と併せて科せられる。

¹⁰⁶ [Prop. 1987/88: 120] s. 49.

¹⁰⁷ [Prop. 1987/88: 120] s. 50-51; [SOU 1986:14] s. 424. 同箇所でも指摘されているように、例えば前科に基づく刑罰スケールの加重に関するBrB 26:3は、1976年に(量刑において前科の影響力を強調しすぎるべきではないという認識から)一旦廃止されたものの、1981年には結局復活させられ、そのまま現在に至っている。このような、スウェーデンの量刑における前科の意義の変遷については、Bäcklund [2015] ss. 397 ff.も参照。

制裁を¹⁰⁸、それぞれ上記④として BrB 29:4 の適用により加重することになる¹⁰⁹。

その上で、前科を根拠として量刑を（大きく）加重できることの理論的根拠という難問が現れる。しかし、立法準備資料においては、再犯加重の理論的根拠に関しては「多様な見解があることを考慮して」、特定の立場は示されていない。むしろ、前科が「新しい犯罪に対する制裁に影響を与えないような法体系はほとんど存在しない」のであり、その意味で量刑においてなんらかの形で前科による加重を行う必要があることは「広く一般に当然かつ合理的なものとしてされている」ことを前提とした上で、本改正を通じては、その理論的根拠に決着をつけるのではなく、再犯加重のプロセスに関して「単一かつ一貫した実務の基礎を作ること」が意図されているのである¹¹⁰。

このように、再犯加重の根拠という難問の理論的解決は解釈に委ねられたわけであるが、少なくとも、（本章I. 2-2-2. で述べたところにより）単なる特別予防の必要性に訴えることはできない。この点、後の理論的展開について補足すると、スウェーデンにおいては、均衡原理を維持しつつ（特別予防の観点を援用せずに）再犯加重を正当化しようとする英語圏の論者により提唱されたところの、いわゆる「寛容理論 (toleranst teori)」(均衡原理の観点からしても、初犯者に対して、彼に非難を伝達する上で刑を軽減しておくことによって寛容を示し、もって「チャンス」を与えることには正当性があると解して、再犯者はこのチャンスを与えられないという意味で重い刑が科せられるのだという形で再犯加重の根拠を説明する理論)¹¹¹が通説化している¹¹²。総括すれば、スウェーデン量刑法は均衡原理と矛盾しかねない再犯加重の政策的ないし直観的必要性を否定することはできなかったものの、これを均衡原理と整合的に説明する努力が現在も学説を通じて続けられている、ということになる。

¹⁰⁸ 例えば条件付判決の場合、これには日数罰金が併科されるのが通常であるが、この日数罰金が前科に基づいて加重されることになる（条件付判決の試験観察期間は2年に法定されているため、これを動かすことはできないのである）。詳細は上注(97)の文献を参照されたいが、本章II. 1. でも述べる。

¹⁰⁹ [Prop. 1987/88: 120] s. 56-57. ②の前科による刑罰スケールの加重は、前科があれば必ず発生する効果であるが、これだけで前科の考慮が十分となることはない、という点は前提とされているようである（その理由は不明であるが、上述したように、刑罰スケールは量刑の上限と下限を画するものに過ぎないという理解が前提にあるためかもしれない）。その上で、①・③の効果が発生しているにもかかわらず、更に④で刑量を加重することは、二重評価（ないし①・③の効果の重複も問題とするならば、三重評価）ではないかが疑われるが、実務上は、①・③が起こっている場合は④による加重が行いにくくなるとはいえ、不可能でもないと解されているようである（Se Borgeke & Heidenborg [2016] s.58）。

¹¹⁰ [SOU 1986:14] s. 72-73 (坂田 [1989] 99頁) . Se även [Prop. 1987/88: 120] s. 52-53.

¹¹¹ 「漸減理論 (Progressive Loss of Mitigation Theory)」という呼称もある。この理論に関する英語圏の文献としては、Von Hirsch [2017] 75 ff (邦訳として、フォン・ハーシュ [2021] 83頁以下) ; Von Hirsch [2014] 7 ff など参照。また、同理論のドイツにおける紹介として、Giannoulis [2014a] 522 ff. も参照。なお、わが国において同理論を取り上げるものとして、樋口 [2017] 184頁がある。

¹¹² Asp m.fl. [2018] s. 1430-1432 [Magnus Ulväng]; Jareborg & Zila [2020] s. 98-99; Borgeke & Heidenborg [2016] s.41-42; Ulväng [2005] ss. 335 ff. 批判的な見解として、Durling [2005] s. 102-104, 167-169, 235-236.

3. スウェーデン量刑法の背景思想：1977年および1984年の犯罪防止委員会

報告書から

前節で述べた通り、1988年スウェーデン刑法改正（88年改正）においては、「刑事司法における統一性と予見可能性の増進」という根本的趣旨のもとで、刑罰論のレベルでは目的刑論が維持されつつも、量刑論のレベルでは予防的考慮が原則として排斥され、その中心原理は均衡原理とされた。こうして、均衡原理を徹底した量刑モデルが現実のものとなった。

ところで、これも既述の通り、88年改正以前のスウェーデン刑法は、その（制裁法部分の）草案である「保護法」に象徴されるように、処遇思想（Behandlingstanken）と呼ばれる近代学派的な立場を基調とした、刑事制裁の特別予防効果を強調するものであった。88年改正を通じては、この処遇思想から、罪刑均衡を強調する古典学派的な立場へ、ほとんど180度転換したわけである。この後者の立場は、新古典主義（Nyklassicismen）と呼ばれる。

本章I. 3. の課題は、同1. でも述べたように、この「処遇思想から新古典主義へ」という、88年改正の背景にある刑罰思想の転回を跡づけ、「新古典主義」の内実を理解することである。そのためには、スウェーデンにおいて上記転回の正当性と必要性をはじめ公的かつ包括的に指摘したところの、1977年犯罪防止委員会報告書『新刑罰体系：理念と提案』（以下、「77年報告書」と呼称する）¹¹³を中心としつつ、同時代およびその後の学説をも参照しながら、同国において「新古典主義」が支配的となった理由と、それに際する（スウェーデンの内外にわたる）影響関係を明らかにする必要がある。この作業を通じて、「新古典主義」に基づくスウェーデン量刑法の理論的基礎も、よりよく明確化されるであろう。

ところで、新古典主義は、同時期のアメリカにおける「リハビリテーション思想の衰退」¹¹⁴と関連づけて論じられることがある¹¹⁵。というのも両者は、刑事制裁の特別予防効果を強調し、その円滑な実現のために裁判官の量刑裁量を広く認める立場から、特別予防効果に対する疑念を経て、裁判官の裁量を法律によって制約し、均衡原理を強調する立場が有力化したという点で重なり合っているためである。しかし、両者の間には相違点もある。例えばスウェーデン量刑法は、その形式面においては、アメリカにみられるようなガイドライン・システムからほど遠く、また、その立法に際して主に参照されたのは、1976年に導入されたフィンランド刑法（第6章）の量刑基準規定であった¹¹⁶。この対照軸も、新古典主義の内実を理解する上では意識しておくに値するであろうが、両者を適切に対比するためには、その相互の影響関係を明確化しておく必要がある。すなわち、このアメリカの潮流と、スウェーデンの新古典主義（およびそれに先行するフィンランド刑法改正）との間にはどのような影響関係が存在し、あるいは存在しなかったのだろうか？

以上のことに関して、結論を予めまとめておけば次のようになる。すなわち、①確かに70

¹¹³ 上注（56）参照。犯罪防止委員会については上注（55）を参照。

¹¹⁴ これに関する文献は数多いが、ここではAllen [1981] を挙げておく。なお、同書の紹介として、中村（秀） [1984] 99-128 頁がある。

¹¹⁵ 松澤 [2018] 240-241 頁および中村（秀） [1989] 42 頁以下参照。

¹¹⁶ 本章I. 2-3-1. 参照。

年代当時のスウェーデンは、刑事制裁の特別予防効果に対する幻滅という点で当時のアメリカと似た状況に直面していたものの、その対応策としての量刑立法の構想に際しては、必ずしもアメリカからの直接的影響があったわけではない。「新古典主義」は、その起源においては北欧独自の潮流であり、同時代のアメリカの動きとの関係では、いわば「同じ問題への異なる回答」というべきである。^②しかしその後の、80年代から88年改正の実現を経て今日に至るまでのスウェーデンにおける刑罰・量刑理論の動向をみると、後述するニルス・ヤーレポリによる精力的な紹介を通じて、英米圏の刑罰・量刑理論（中でも、デザート論）から大きな影響を受けている。そのため、今日の視点から新古典主義とスウェーデン量刑法を理解する上では、英米圏の理論との関係にも配慮する必要があると考える。

3-1. スウェーデンにおける「新古典主義」の台頭

3-1-1. 77年報告書における刑事制裁の犯罪予防効果に対する評価

既述の通り、88年改正の背景には、特別予防効果を期待された制裁制度の相次ぐ廃止・改正があった¹¹⁷。この点、77年報告書は、当時のスウェーデンにおける刑事制裁の特別予防効果（同一の再犯リスク要因を有する集団の中で、受けた処遇の種類——大きく分ければ施設内処遇と社会内処遇ということになる——によって再犯率がどの程度変動するか¹¹⁸）に関する諸研究を参照しながら、それらが、次のような帰結に至っていることを確認する。すなわち、施設内処遇は社会復帰の可能性を減少させるものであり、受刑者の人格に対する悪影響が大きく、かといって（保護観察のような、一定の介入を伴う）社会内処遇にも特段の効果はみられないのであって、結局、「いかなる措置もとらないのが（…）最善の結果を示す」ということである¹¹⁹。ここには、有名な（再犯防止のためには、刑事制裁・処遇の）「何も効果がない（nothing works: いかなる措置にも効果がない）」というスローガン¹²⁰の背後にあった認識と同じものを見出すことができよう。つまり、当時のスウェーデンとアメリカの刑事司法においては、リハビリテーション思想の衰退（刑事制裁の特別予防効果に対する幻滅）という、同じ現象¹²¹が起こっていたといえる。

¹¹⁷ 本章I. 2-2-1. 参照。

¹¹⁸ 調査手法については、se [Brå-rapport 1977:7] s. 75-76. 邦訳は、坂田 [1979] 95頁。

¹¹⁹ Se [Brå-rapport 1977:7] s. 76-78. 邦訳は、坂田 [1979] 95-97頁。

¹²⁰ Martinson [1974] 48.

¹²¹ ここで「同じ」というのは、行為者の再犯危険性と処遇の必要性に重点をおいた刑事政策（とりわけ量刑）が著しく後退したという結果、および、その背後には刑事制裁の特別予防効果に関する実証的な疑念があったという刑法内在的ないし直接的要因に関する限りでの同一性である（ただし、規範的・刑罰論的疑念も直接的要因といえようが、これは後述の通り若干異なる）。その背後にあるべき刑法外在的ないし間接的・社会的・政治的要因の同一性を主張するものではない。この点、例えばAllen [1981] は、アメリカにおいてリハビリテーション思想が衰退した要因に関する社会的・政治的観点からの分析を重視し、具体的には例えば、社会的制度の有効性に対する悲観主義の蔓延や社会における価値観の分裂 (*ibid* 18 ff.)、またあるいは、当時の公民権運動やベトナム戦争、ウォーターゲート事件などを契機とした政治的権威への反感の高まりなど (*ibid* 30 f.)、多くの要因を挙げているが、これらの要因は（あるいはそれを導

その一方で、刑罰の一般予防効果に対する77年報告書の態度は穏健である。そこでは、ノルウェーの刑事法学者であるヨハネス・アンデネース (Johannes Andenæs) の学説が取り上げられている¹²²。アンデネースの見解は、刑罰の一般予防効果のうち、その社会における道徳形成的・教育的機能を通じた規範安定化作用を強調するという点で一種の積極的一般予防論に位置づけられるが¹²³、77年報告書ではこれが、刑罰の一般予防効果に関する懐疑論への応答として援用されている。すなわちまず、その懐疑論によれば、刑法は犯罪及び刑罰に関する法律上の予告と、その実際の賦課を通じた威嚇によって人々の犯罪行為を抑止すると考えられているが、実証的に調査してみると、人々は刑法に関して十分な知識を備えておらず、むしろ自身の道徳的意識のゆえに犯罪行為に出ないのであるから、刑法は人々の行動統制にあたって現実に作用しているものではないとされる。これに対するアンデネースの応答は次の通りである。すなわち、刑罰による抑止プロセスは第一に、犯罪の種類に従って異なってくる。大きく分ければ、自然犯 (*mala per se*) については、人は刑罰害悪の直接的威嚇というよりも自らの道徳感情 (および周囲からの同調圧力) を通じて犯罪行為を取りやめるのであり、刑罰はこの道徳感情を強化する機能を有するが、その一方で、法定犯 (*mala quia prohibita*) については、刑罰の直接的な威嚇作用が前面に出てくる。また第二に、刑罰の抑止効果は社会の性質によっても異なる。すなわち、価値観の分裂が少ない静的な社会とは異なり、高度に都市化した動的な社会では、社会的ないし道徳的な圧力だけでは行為を抑止するに足りず、したがって、上述した刑罰の道徳形成力が意味を持つてくるのである。さらに、刑罰の道徳形成力からの影響の受けやすさは、それを受け取る個人の知的・情緒的特性によっても左右される。報告書は、このようなアンデネースの分析を参照することで、刑罰の抑止効果は様々な場面に応じて、異なったプロセスを通じて発揮されるのであり、一般に刑罰に抑止効果がないとするのは早計である、という結論を引き出すのである¹²⁴。当時のスウェーデンにおいて、刑罰の一般予防効果に対する期待は、特別予防効果に関

き出す分析視座・手法自体も) 特殊アメリカ的なものといえよう (政治的背景に関するこの種の分析としては、Johnson [2011] 697-699 も参照)。ここでは、このような視点からの分析にまで踏み込むことはできない。

¹²² 報告書で引用されているのはいずれもノルウェー語による業績であるが (se [Brå-rapport 1977:7] s. 81)、英語による著作、特に、Andenæs [1974] を通じて北欧圏外でも広く知られている。

¹²³ わが国における紹介・検討として、中村 (悠) [2012c] 300-303 頁、田中=里見=田中 [1998] 54-84 頁 [里見理都子] など参照。

¹²⁴ 以上について、se [Brå-rapport 1977:7] s. 79-83. 邦訳は、坂田 [1979] 97-99 頁。ただし同所の末尾では、「よりきびしい刑罰が一般的に緩やかな刑罰よりも大きい一般予防的效果をもつということを支持する科学的な経験的資料は全くない」という記述がある点は注記に値する (もっともこれも、軽微な交通事故に関しては刑の軽重と発覚危険性の大小が事件数にダイレクトに影響することが確認されている、という留保つきではある)。これは、刑罰の抑止プロセスは本質的に多様であり、そこには複数の変数が関与する (そうでありつつも、一般論として、刑罰の存在が犯罪抑止に資するとは言える) ということを報告書が認める以上、刑罰の軽重という単一の変数 (発覚の危険性も含めれば二つであるが) のみでもって抑止効果の大小を一律に導出することはできないという意味で、当然の帰結であろう。

するそれほど損なわれてはいなかったことが伺えよう¹²⁵。

3-1-2. 1976年フィンランド刑法改正の影響

77年報告書においては、当時の外国における制裁法の動向が紹介されているが、具体的に取り上げられているのは、デンマーク、フィンランド、およびノルウェーである¹²⁶。つまり、スウェーデン刑事法（北欧刑法）の改正に関する他の多くの例に漏れず、北欧諸国間での相互参照が比較法的検討の主要な方法として選択されているわけであるが¹²⁷、既に述べた通り、88年改正において特に参照されたのは、他の北欧諸国に先んじて1976年に導入されていたフィンランド刑法第6章における量刑基準規定である。

フィンランドでは、1970年代を通じて、制裁法の改正が相次いでいた（自由刑執行法や日数罰金制度に関する改正のほか、量刑に関連するものとしては、保安拘禁の適用対象を重大な暴力犯罪の再犯に限定する改正、および、再犯加重規定の廃止と新たな量刑基準規定の導入が挙げられる）。その背景にあったのはやはり、行為者の再犯危険性と要保護性を基礎とした特別予防志向的な刑罰思想の拒絶である。この拒絶の理由は第一に、そのような制度は罪刑の均衡性を損ない、平等取扱原則に反するという点であり、第二に、刑罰の特別予防効果には実証的根拠が認められないということであった。この動きは、1972年フィンランド矯正保護委員会報告書（*kriminalvårdskommitténs betänkande 1972:A1*）が原動力となって立法に結実したものであり、そのさらに背後には、1960年代後半から1970年代前半にかけて有力化した、新古典主義の潮流（*de neoklassiska strömningar*）がある¹²⁸。

フィンランド矯正保護委員会報告書によれば、厳しい刑罰は特別予防にとって有害であり、むしろその謙抑的な運用こそが特別予防に資する。また、刑罰の一般予防作用は、刑罰の安定的な適用によって実現されるものであり、刑罰威嚇の単純な強化によってよりよい一般予防が実現されるわけではない。これら二つの認識を踏まえた上で同報告書は、刑事制裁制度を次の六つの基準に従って再構想すべきであると提案する。すなわち、（死刑や長期にわたる身体的隔離のような、行為者が身体的および精神的に充実した人生を生きることを難しくする）残虐な刑の禁止、均衡原理と平等取扱原則の尊重、（帰責の意味における）責任主義の尊重、（刑罰の一般予防作用に関する上記の理解を前提として、そのためには刑罰威嚇の

¹²⁵ 88年改正の最終的な草案である1987/88年立法提案書（〔Prop. 1987/88: 120〕）も、刑罰の積極的一般予防効果を引き合いに出していた点について、本章2-2-2.を参照。なお、77年報告書の別所では、刑罰の予防効果に関するより詳細な理論的検討も行われているが（〔Brå-rapport 1977:7〕 ss. 157 ff.）、その論旨は本章2-2-2.で紹介したところと同一の方向性を示すため、ここでは重ねて検討しない。

¹²⁶ Se 〔Brå-rapport 1977:7〕 ss. 88 ff. この部分に邦訳は存在せず、以下も同様である。

¹²⁷ 刑事法に関する北欧諸国の協力関係は緊密である。同報告書の基礎となった学術交流に関しては、刑事法に関する北欧諸国の協調を目的として（60年代から80年代中盤まで）活動していた北欧刑法委員会（*Nordiska straffrättskommittén*）と、犯罪学に関して北欧全体での共同研究を行う機関として現在も活動中である北欧犯罪学協議会（*Nordiska Samarbetsrådet för Kriminologi; NSfK*）の役割が大きかったとされる。Se Antilla [1978] s. 122. 北欧刑法委員会については、see also Lappi-Seppälä & Tonry [2011] 3.

¹²⁸ Se 〔Brå-rapport 1977:7〕 s. 103-105. この時期におけるフィンランド刑法改正一般については、Koskinen [1987] S. 85 ff. も参照。

量を増やすことに大きな意義は認められないという観点から要請される意味での) 刑罰の謙抑的適用、(行政制裁など) 他の制裁との競合の調整および適切な役割分担、並びに、刑罰システムの経済的効率性の向上である¹²⁹。このような理念的基礎のもとで、上述の制裁法改正が順次行われ、その一環として1976年に、均衡原理に基づく量刑基準規定が導入されたわけである¹³⁰。以上の認識と構想は、本章I. 2. で検討した88年改正のそれと類似しており、両者の影響関係を内容面でも裏づけるものであろう。

しかしそうなると、どうしてフィンランドは北欧の中で先んじて「新古典主義」的な刑罰制度改革を実現しえたのか、という疑問が生まれる。さらに、そもそも「新古典主義」はどのような思想潮流として定義づけられるのか、という根本的疑問も残されている。以下ではこの二点の解明に取り組まなければならない。

3-1-3. 北欧独自の潮流としての「新古典主義」

フィンランドが他の北欧諸国に先んじて特別予防志向的刑罰制度からの脱却を実現しえた理由については、次のような指摘がある。すなわちフィンランドは、20世紀前半までは、既にみたスウェーデンの処遇思想(新派刑法学)に基づく刑法改革¹³¹の後を10年程度遅れる形で追い、類似した制度を実現していたが、第二次世界大戦以後になると、スウェーデンでは処遇思想に基づく改革がさらに先鋭化したのに対して¹³²、フィンランドでは処遇思想の支持者が急速に減少し、公正な応報を通じた一般予防を強調する学説が有力化した結果として、処遇思想に基づく刑法改革は停滞し、むしろその批判に軸足が移ったのである¹³³。その背景は次のように分析できる。すなわちまず、フィンランドでは、上記の処遇思想の時代を通じて一般予防目的の正統性は否定されていなかったのであり¹³⁴、「一般予防と特別予防の間での闘争(Kampen mellan allmänprevention och individualprevention)」は、潜在的には常に存在していた¹³⁵(このこと自体はスウェーデンにも妥当する¹³⁶)。このような状況の中で、

¹²⁹ Se [Brå-rapport 1977:7] s. 105-109.

¹³⁰ Se [Brå-rapport 1977:7] s. 115-116. 本章序論2. に掲載した表1および表2も参照。

¹³¹ テュレンとシュリュイターにより推進された改革である。本章I. 2-1. 参照。

¹³² その頂点が1956年の保護法であった。これについても、本章I. 2-1. 参照。

¹³³ Träskman [1984] s. 827-830. 既に述べたように、スウェーデンの旧刑法は1864年刑法であるが、これが処遇思想を基礎として1962年に改正される(これがスウェーデンの現行刑法であるが、88年改正により制裁法部分が大きく改正されたことは既述の通りである)。その一方で、1889年刑法のもとにあったフィンランドでも、同様に処遇思想の興隆は起こったが、その刑法への反映は戦間期までを中心とする部分的な改正に止まり、刑法ないし制裁法の全面改正には至らないうちに、処遇思想が衰退期に入ってしまったということである(ちなみに、この全面改正は現在まで実現されていない。上注(27)参照)。なお、当時の議論状況については、Antilla [1981] s. 343 ff.が引用されている(Träskman [1984] s. 830, not 13)。

¹³⁴ Antilla [1976] 145.

¹³⁵ Se Träskman [1984] s. 828, 830.

¹³⁶ 上注(62)で検討した通り、スウェーデンにおいても、処遇思想の絶頂期と言える「保護法」草案の公刊時から既に、一般予防を強調する論者から厳しい批判が向けられていたのであり、その一方で保護法を擁護する論者も、刑罰の一般予防効果に対する実証的ないし規範的な疑念を持っていたわけではなく、むしろその効果を前提として、さらに特別予防効果をも充実させるた

1960年代に、刑事制裁の特別予防効果に関する実証的観点からの懐疑と、規範的観点からの不公平性の認識がフィンランドで広まり¹³⁷（この認識は学術交流を通じてスウェーデンにも流入した¹³⁸）、特別予防目的の地位が後退した結果として、一般予防目的が相対的に前面に押し出されることになる。この意味での「一般予防への揺り戻し」が、「新古典主義」の実体なのである¹³⁹。そして、上述したように、フィンランドではそもそも（他の北欧諸国に比して）第二次世界大戦後における特別予防志向的な刑罰制度に向けた改革が先鋭化していなかったために、そこからの脱却もスムーズに行いえたのであって、そのためフィンランドは、新古典主義に基づく制度改革において、他の北欧諸国に先行しえたのである¹⁴⁰。

こうして、新古典主義の思想潮流としての位置づけも可能となる。すなわち新古典主義は、①刑事制裁の特別予防作用への幻滅に対する反動として、その（元来は1864年スウェーデン刑法の基礎であったところの¹⁴¹）一般予防作用の強調にむけた揺り戻しであり、かつ、②フィンランドに端を発しスウェーデンに流入した北欧独自の思想潮流¹⁴²である（この意味で同潮流は、「北欧新古典主義」と呼ぶべきであろう）。以下では特に①に関し、同時期のアメリカの動向との対比を通じて、北欧新古典主義の位置づけをさらに明確化しておく。

改めて定義すれば、「北欧新古典主義 (Nyklassicismen; 独: Neo- oder Neuklassizismus)」と

めの試みとして保護法を捉えていたのであった。

¹³⁷ Lahti [1987] S. 2-4; Antilla [1976] 146 f.

¹³⁸ この点の嚆矢となったのは、1968年にスウェーデンのウッデヴァラ (Uddevalla) で開催された、矯正保護の人道化のためのスウェーデン全国協会 (Riksförbundet för kriminalvårdens humanisering; 略称: KRUM) の会議におけるフィンランド代表団の報告を、当時の犯罪防止委員会の調査官たちが聴講したことであるとの記述がある。Se Antilla [1978] s. 124. Jmf. Aspelin [1999] ss. 123 f.

¹³⁹ Antilla [1976] 147 ff.; Zagaris [1977] 459 f.; Träskman [1984] s. 830; Lahti [1987] S. 9-12; Löfmarck [1987] S. 16 f.; Hauge [1996] ss. 313 ff.; Aspelin [1999] s. 124; Lahti [2000] 144 f. Jmf. Heckscher [1980]. 具体的に説明すれば、まず、1864年スウェーデン刑法および1889年フィンランド刑法は（前期）旧派刑法学の影響下で成立したが、まもなくこれを処遇思想（新派刑法学）の立場から克服する流れが生まれた。しかしその後、処遇思想が衰退し、再び（前期）旧派的な一般予防を強調する立場へと戻った。このような「一般予防への揺り戻し」が、「新古典主義」と呼ばれているわけである。ただし、ここで前期旧派というのは、相当に広い意味でそう呼びうるに過ぎないと理解するべきであって、そのことは、北欧新古典主義の刑罰論的基盤が上述した（この呼称も誤解を招くとはいえ、いわば教育刑論的な）積極的一般予防論にあるという事実からも明らかである。そもそも古典主義という用語自体が多義的であるし、それを措いても、新古典主義はベンサム・ベッカリーアの功利主義的刑罰論への単なる先祖返りではなく、カントの義務論的刑罰論とも当然異なるという点は注記に値しよう (Jareborg & von Hirsch [1987] S. 35 f.)。

¹⁴⁰ Se Träskman [1984] s. 830. Vgl. Löfmarck [1987] S. 18 f.

¹⁴¹ 上注 (139) 参照。

¹⁴² デンマークとノルウェーについては（序論で述べた通り、そもそも現在も量刑において均衡原理を徹底するものではないため）、今回は検討対象から外しているが、一例として、デンマークでは1977年に、短期自由刑の弊害を踏まえ、自由刑に代替する刑種を拡充すべき立法提案が行われ（[Betænkning nr. 806/1977] [citerade av [Brå-rapport 1977:7] s. 101]）、またノルウェーでも80年代以降に同様の動きが見られるなど (Bjerke [1987] S. 133 f.)、新古典主義に呼応する動きは存在していたようである。

は、1960年代から70年代以降の北欧において、リハビリテーション思想の衰退に対する反動として台頭した、刑事制裁の（積極的）一般予防作用を強調する刑罰思想の潮流のことである¹⁴³。このような新古典主義は、同時期のアメリカにおいて、リハビリテーション思想の衰退を受けて均衡原理に基づく量刑を唱導していたところの「『ジャスト・デザート』運動（独：“just deserts”-Bewegung）」から特段の影響を受けたものではなく、内容も異なる¹⁴⁴。この相違点について分析するアメリカの論者によれば、それは次の三点である¹⁴⁵。すなわち、第一に、アメリカの量刑改革においては裁判官の裁量を制限することが重要な目標とされているが、北欧新古典主義においてはそのような問題意識が薄く、その結果として、量刑立法において犯罪カテゴリーに対する刑量の幅を細分化する傾向にない¹⁴⁶。第二に、アメリカの量刑改革を支持するデザート論者は応報主義的立場をとっており、刑罰の一般予防効果に対しては懐疑的な考えが強いが、これに対して北欧新古典主義では、刑罰の道徳形成的・教育的機能を強調するタイプの積極的一般予防論が中核に据えられ、均衡原理もその帰結として位置づけられている¹⁴⁷。第三に、アメリカの量刑改革は、ミネソタ州のように寛刑化の傾向を示すものもあれば、カリフォルニア州のように厳罰化の方向を示すものもあるが、これに対して北欧新古典主義は、一貫して寛刑化の方向を示している¹⁴⁸。このように、北欧における新古典主義はアメリカにおける量刑改革（およびその理論的基礎の一つとしてのデザート論）から特段の影響を受けたものではないのみならず、両者は目標・理論的基礎・制度的帰結という三点において、それぞれ大きな相違を示しているのである。

3-2. スウェーデンにおける「新古典主義」のその後の動向

ここまでの、北欧新古典主義の起源に関する論述においては、同時期のアメリカにおける量刑改革との無関係性・相違点が強調された。しかしスウェーデンの新古典主義は、後の展開において、その旗手の一人であるといえるニルス・ヤーレボルイ（Nils Jareborg: 現在ウプサラ大学名誉教授）の貢献を通じて、英米圏において有力な刑罰・量刑理論である「デザート論（desert theory of punishment）」への理論的な接近をみせることになる。以下ではこの点について若干付言しておきたい。

その萌芽は、ヤーレボルイと、わが国でもよく知られた英米圏の刑罰（哲）学者であり、上記「デザート論」の代表的な支持者の一人であるアンドリュー・フォン・ハーシュ（Andrew von Hirsch: 当時ラトガース大学教授・現在ケンブリッジ大学・フランクフルト大学名誉教授）¹⁴⁹が共著名義で1984年に公刊した、犯罪防止委員会研究報告書『米国における量刑』にみ

¹⁴³ 上注（139）に掲げた文献の中でも、特に、Löfmarck [1987] S. 16 f. 参照。

¹⁴⁴ Lahti [1987] S. 12.

¹⁴⁵ Von Hirsch [1983] 52-54.

¹⁴⁶ この点については本章 2-3-1. も参照。

¹⁴⁷ 本章 3-1-1. 参照。また本章 2-2-2. で述べたように、88年改正に関する87/88年立法提案書も、積極的一般予防論への傾斜を示していた。

¹⁴⁸ 本章 2-3-3. で述べたように、88年改正の立法準備資料は、その政策目標の一つとして、拘禁適用の縮減を一貫して掲げていた。

¹⁴⁹ フォン・ハーシュのデザート論と、それに基づく量刑論についてここで詳細に紹介することはできないが、その内容を簡潔に示すものとして、フォン・ハーシュ [2017] 113頁以下を挙げ

られる¹⁵⁰（以下「84年報告書」と呼称する。なお、これは「研究報告書〔forskningsrapport〕」と呼ばれ、犯罪防止委員会の公式見解を示すものではない¹⁵¹。この点で77年報告書とは異なる）。84年報告書は二部に分かれ、第一部（第1章・第2章）をフォン・ハーシュが、第二部（第3章から第6章）をヤーレボルイが執筆しており、第一部は既に公刊されていた英語論文のスウェーデン語訳である¹⁵²。第二部ではそれを受けて、ヤーレボルイが、刑罰論に関する自説と、それを基礎とした量刑のあるべき方向性に関する議論を展開する¹⁵³。

ヤーレボルイ説の概要については、既にわが国において先行業績が存在するためそちらに委ねるが¹⁵⁴、ここで着目したいのは、同説にみられる、英米刑罰論からの影響である。ヤ

ておく。そこで示されているように、彼のデザート論（の論拠）は、一言で述べれば、「刑罰によって非難が伝達され、また、伝達されるべきであることを理由に、刑罰の量は当該行為の非難可能性の程度を反映したものでなければならない」というものである（同117頁）。この含意について若干付言しておけば、第一に、非難の「伝達」とあることから了解できる通り、彼の見解は「表出的刑罰論（expressive theory of punishment）」の一種でもある。この点、注記しておく、表出的刑罰論とデザート論は本来、理論的に相互に独立して主張されうが、彼の場合は両者は同一視される（Von Hirsch [1993] 9-17）。また第二に、それではなぜ「非難を伝達すべきである」と言っているのか、それ自体の正当化根拠が問題となるが、これについて彼の見解は時代ごとに変遷しているものの、その回答は基本的に、犯罪という不正行為に対して非難を伝達すること自体が道徳原理の要請である、というものになる（Von Hirsch [2017] ch 3）。その意味で、フォン・ハーシュの見解は応報刑論の一種であると言える。

¹⁵⁰ Jareborg & von Hirsch [1984] . 紹介として、坂田 [1986] 92-94 頁。

¹⁵¹ Jareborg & von Hirsch [1984] s. 2.

¹⁵² Jareborg & von Hirsch [1984] s. 8 にも記されている通りであるが、書誌情報を正確に示せば、第1章は、Von Hirsch [1983a] 6のスウェーデン語訳であり、第2章は、Von Hirsch & Hanrahan [1981] 289のスウェーデン語訳である。坂田 [1986] 92 頁も参照。以下、両論文を簡単に要約しておく。まず前者の論文では、当時のアメリカにおけるリハビリテーション思想の衰退を受けて展開されていた刑罰・量刑理論の潮流として、第一に、犯罪予防（特に特別予防）を支配的な刑罰・量刑目的に据える態度は維持しつつも、その無制約な追求に際して生じる不公正を均衡原理によって外在的に制約しようとする「新実証主義（Neopositivism: 代表的な論者の一人としてノーヴァル・モリス〔Norval Morris〕が挙げられている）」、第二に、いわゆる「法と経済学」の発想を背景に、刑罰制度の犯罪予防効果をさらに効率化・先鋭化させようとする「抑止・隔離学派（the deterrence-incapacitation school: 代表的な論者の一人としてリチャード・ポズナー〔Richard Posner〕が挙げられている）」が整理された後、各々が批判的に検討された上で、第三に、当時のアメリカにおける応報刑論のルネサンスというべきデザート論の観点から均衡原理を直接に基礎づけようとする立場（当然であるがフォン・ハーシュはこれに与する。その具体的内容については、上注（149）参照）が擁護される。後者の論文では、当時新たに導入されていたミネソタ州の量刑ガイドラインを素材として、定期量刑（determinate sentencing）の意義と課題が分析される。フォン・ハーシュ自身は（その立場からして当然であるが）均衡原理に基づく定期量刑システムに対して基本的に好意的である一方、残された課題として、（アメリカでは繰り返し指摘されている点であるが）裁判官の量刑裁量のみならず、パロール委員会の裁量や、検察官の起訴裁量に対する均衡原理による制約の必要性を取り上げている。

¹⁵³ Jareborg & von Hirsch [1984] ss. 88 ff. なお、このうち ss. 88-98 の部分は、Jareborg [1992] ss. 135 ff. に収録されている。坂田 [1986] 92-94 頁も参照。

¹⁵⁴ 松澤 [2014] 80-82 頁。松澤 [2018] 244-246 頁も参照。そのほか、英語による本人の論文と

ーレボルィは、スウェーデン刑法学に英米刑法（哲）学の知見を導入した先駆者として知られるが¹⁵⁵、その刑罰正当化理論も、英米刑法哲学の参照を通じて構築されている。例えば、刑罰論の出発点にみられる影響として、ヤーレボルィはまず、「『刑罰の正当化』および『刑罰の目的』に関する哲学的議論の特徴は、徹頭徹尾、問題圏の複雑性に対する鈍感である」という問題意識から、刑罰論は第一に、論じるべき複数の問題を分析し、個別に認識することから出発しなければならないと述べ、このような問題意識の源にある分析として、H. L. A. ハートによる「一般的正当化目的（General Justifying Aim）」と「刑罰の配分（Distribution of Punishment）」の区別を引用する¹⁵⁶。これは、前者に一般予防目的を据えた上で、後者の基準を応報に求めても、理論的矛盾は起こらないとする主張である¹⁵⁷。ヤーレボルィは、この区別が基本的に正当であり、かつアメリカにおいて大きな影響力を有していることを確認しつつ¹⁵⁸、しかしこの区別のみでは不十分であるとして、次の三つの分析軸を導入する。すなわち、（1）システム内部の理由とシステム全体に関する理由の区別、（2）犯罪化・制裁決定・執行というシステム内部の三つの段階の区別、（3）「なぜ問題（varför-frågan）」と「どのように問題（hur-frågan）」の区別である¹⁵⁹。このうち（3）の区別は、上記のハートによる区別に対応するものである。すなわち、一般的正当化目的は、「なぜ（ないし、何のために）全体としての刑罰システムは存在しているのか」という問題に対する回答であって、これに対して刑罰の配分は、この回答を前提とした、「刑罰システムの内部では、どのような基準に従って人に刑罰を割り当てるべきなのか」という問題に対する回答であると整理するのである（フォン・ハーシュも同様の用語法¹⁶⁰を用いるが、先後関係は定かでない）。

88年改正後になると、ヤーレボルィは英米刑罰論、中でもデザート論への接近をさらに強めてゆくことになる。その中でも特に深い関係にあるのが、フォン・ハーシュ説である。すなわちヤーレボルィは、フォン・ハーシュの書籍の翻訳¹⁶¹や彼との共著による書籍・論文の執筆¹⁶²を通じて、デザート論（という以上にフォン・ハーシュ説）のスウェーデン刑法学への導入を進めており、その方向性は彼の弟子筋にも引き継がれ¹⁶³、スウェーデン国内で大き

して、Jareborg [1988] 105-121. これは基本的に、Jareborg [1992] ss. 135 ff. の英訳である。

¹⁵⁵ 彼の博士論文である”*Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag*”（『行為と故意：故意〔dolus〕論の基礎に関する研究』。Jareborg [1969]）では、英語圏の文献が豊富に引用されており、当時のスウェーデン刑法学では先進的な試みであったといえる。

¹⁵⁶ Jareborg & von Hirsch [1984] s. 88. 同論文の注1では、Hart [1968] ch 1, 7, 9 が引用されているが、特に関係するのは、第二版から引用すれば、Hart [2008] 9 であろう。

¹⁵⁷ わが国では、前者は「マクロ正当化」、後者は「ミクロ正当化」という名で知られる。佐伯（仁） [2013] 6 頁参照。松澤 [2019] 49-51 頁、松澤 [2014] 79 頁も参照。

¹⁵⁸ Jareborg & von Hirsch [1984] s. 88 not 3. そこで引用されているのは、Von Hirsch [1976] 36, Harris [1975] 286-287, 323-324 などである。

¹⁵⁹ Jareborg & von Hirsch [1984] s. 89. 松澤 [2014] 80-82 頁も参照。

¹⁶⁰ See eg Von Hirsch [1991] 549.

¹⁶¹ Von Hirsch [2001]. なお、本訳書のもととなった英語原稿は、加筆・修正の上、2017年に Von Hirsch [2007] として公刊された（その邦訳として、フォン・ハーシュ [2021]）。

¹⁶² Von Hirsch / Jareborg [1991].

¹⁶³ 中でも、代表的な論者として、ペッター・アスプ（Petter Asp: 元ウプサラ大学教授、現在スウェーデン最高裁判事）とマグヌス・ウルヴェング（Magnus Ulväng: ウプサラ大学教授）が挙げ

な影響力を獲得している。このように、最近のスウェーデン刑罰論・量刑論には、英米圏の理論（中でも上述のように、フォン・ハーシュ説が特に強い影響力を有している）を参照・導入する大きな動きが存在しているのである。

4. 小括

以上、本章I. では、スウェーデン量刑法の生成過程について検討してきた。これを改めて要約すれば次のようになる。

まず、本章I. 1. では、スウェーデン法の立法過程を概観し、立法経緯の分析に際しては、その中で作成される種々の立法準備資料（förarbeten）、とりわけ立法提案書（prop.）および立法関係等調査委員会報告書（SOU）が特に重要な資料となることを確認した。

続いて、本章I. 2. では、1988年の刑法改正により導入された現行スウェーデン量刑法（スウェーデン刑法の量刑規定）について、同改正に関する上記立法準備資料の分析を通じて、その立法経緯を紹介・検討した。具体的には以下の通りである。

まず背景事情として、かつてのスウェーデン刑法は、刑罰の特別予防効果に重点を置いた制裁制度を有しており、かつ、量刑基準に関連する規定としてはごく抽象的な規定（スウェーデン刑法第1章旧7条：88年改正により削除）しか置いていなかった（以上、2-1.）。

しかし、1980年前後にはそのような制度が相次いで廃止され、88年改正においては、「刑事司法における予見可能性と統一性の増進」という根本的趣旨のもとで、現行スウェーデン刑法第29章（刑の量定に関する規則）および第30章（制裁の選択に関する規則）を中心とする詳細な量刑基準規定の導入が実現した。同改正により成立した量刑法は、序論において述べた通り、均衡原理を徹底した量刑モデルを示すが、その背景にある基本原理は次のようなものであった。まず、刑罰論のレベルでは、目的刑論が堅持されつつも、そこにおいては刑罰の特別予防効果よりも（積極的）一般予防効果が強調された。そして量刑論のレベルでは、上記の刑罰理解の帰結として、量刑における特別予防的考慮は原則として排斥され、量刑は刑罰価値（≡行為責任）に関する判断に基づいて導かれなければならないという原理、すなわち均衡原理が、量刑の中心原理とされるべきことが明言された（以上、2-2.）。

以上を踏まえて、立法準備資料に示された量刑基準規則の基本構想について、各々紹介・検討した。まず総論として、立法準備資料によれば、「刑事司法における予見可能性と統一性の増進」という根本的趣旨に鑑みて、従来よりも具体的な量刑基準規定を導入しなければならない。そこでは、既に1976年に導入されていたフィンランド刑法（第6章）の量刑規定を参考に、量刑基準と考慮事情を（英米圏の量刑ガイドラインのような刑量の限定を伴うグリッド形式ではなく）叙述する形式が採用され、また、量刑の硬直化を避け、裁判官の裁量の余地を一定程度残すために、考慮事情の列挙はこれを原則として例示列挙とすべきことが承認された。続いて各論として、現行スウェーデン量刑法に存在する、均衡原理の例外に見える三種類の規定（刑罰価値と関連しない軽減的事情〔衡平理由〕の考慮・制裁選択判断における予防的考慮・前科の考慮）について、立法準備資料を参照しつつ検討した（以上、2-3.）。

最後に、本章I. 3. では、以上のような立法経緯の背後にある、1970年代以降のスウェ

られる。Se Asp [1998] ss. 92 ff.; Asp [2018] ss. 116-134; Ulväng [2005] ss. 79 ff.

ーデンにおける刑罰思想の転回（特別予防を強調する処遇思想から、均衡性を強調する新古典主義への転換）について、その内実を明らかにした。具体的には以下の通りである。

まず、スウェーデンにおける新古典主義の生成過程について分析した。その帰結としては、まず、確かに70年代当時のスウェーデンは、「リハビリテーション思想の衰退」という、当時のアメリカと同じ問題に直面していたが、その解決に向けて参照されたのは、制裁法改革において約10年先行していたフィンランドであった。そこで、1960年代以降のフィンランドの動向も併せ分析した結果、次のことが明らかとなった。すなわち、フィンランドおよびスウェーデンの刑罰思想においては、刑罰の特別予防目的と一般予防目的の間の緊張関係は（20世紀初頭からの処遇思想全盛時代も含め）常に存在していた。「新古典主義」とは、このような前提のもとで、リハビリテーション思想の衰退を受けて一般予防効果の地位が相対的に上昇したことの効果として生まれた潮流であり、すなわちその実体は「一般予防への揺り戻し」である。このような新古典主義に基づく制裁法改革においてフィンランドが先行しえた理由は、そもそも同国においては処遇思想に基づく制裁法改革がスウェーデンほど徹底されていなかったためである（比喩的にいえば、来た道に戻る距離が短く済んだのである）。このように、新古典主義は北欧独自の潮流（北欧新古典主義）であり、同時代のアメリカの動き（とりわけ思想的に類似する「ジャスト・デザート」運動）との直接的な影響関係は存在しない。それらはいわば、「同じ問題への異なる回答」なのである（以上、3-1.）。

次に、スウェーデンにおける「新古典主義」のその後の動向について分析した。それによれば、スウェーデンでは、88年改正の直前期から今日に至るまで、ニルス・ヤーレボルイを中心に、英米圏の刑罰・量刑理論（特に、フォン・ハーシュのデザート論）が精力的に導入されている。この動向はスウェーデンの学説上、大きな影響力を有しており、この点で、スウェーデンの量刑法・理論を今日の視点から理解する上では、英米圏の理論（特にデザート論）をも視野に入れる必要があるものと考えられる（以上、3-2.）。

以上を踏まえ、本章II. では、スウェーデン量刑法の現在の構造を概観する。

II. スウェーデン量刑法の構造：その規定内容の概観

1. スウェーデン刑法の制裁体系：刑罰（*straff*）と制裁（*påföljd*）

まずは前提として、スウェーデン刑法の制裁体系について概観する¹⁶⁴。

スウェーデン刑法において、犯罪に対する刑法上の反動として基本となるのは、「罪に対する制裁（*påföljd för brott*）」である。すなわち、BrB1:3（スウェーデン刑法第1章3条）によれば、「本法典において、罪に対する制裁は、刑である罰金及び拘禁、並びに条件付判決、保護監督及び特別保護への委託として理解される」。

敷衍すると、スウェーデンにおける「罪に対する制裁」（広義の制裁）は、「刑（*straff*）」と「制裁（*påföljd*: 狭義の制裁）」に分類される。「刑」に含まれるのは罰金刑と拘禁刑であ

¹⁶⁴ 近時の先行研究については、上注（97）に掲げた文献を参照。以下では、最も詳細かつ包括的な、坂田教授による2015年の論文を除き、個別の引用は原則として省略する。

り、それ以外の「(狭義の) 制裁」に含まれるのは、条件付判決 (villkorlig dom)、保護監督 (保護観察¹⁶⁵: skyddstillsyn)、および特別保護への委託 (överlämnande till särskild vård) である。このうち「条件付判決」は、わが国でいう執行猶予に概ね対応し、「保護監督」は保護観察付執行猶予に概ね対応する。「特別保護への委託」は独特の制裁であり、後述する。さらに、独立の制裁ではないが、条件付判決又は保護監督と併科する場合にのみ選択できる制裁として社会奉仕命令 (samhällstjänst) があり、保護監督の付随処分として契約治療保護 (kontraktsvård) がある。

拘禁刑は、わが国でいう自由刑に相当し、BrB 26 章に規定がある¹⁶⁶。有期拘禁と終身拘禁がある (BrB 26:1)。単一自由刑であり、わが国のような懲役と禁錮の区別は存在しない。拘禁に処された者は、刑の執行のために矯正保護施設に収容される (BrB 26:4)。有期拘禁は、14 日を下限とし、原則として 10 年を上限とするが、一定の場合には 18 年が上限となる¹⁶⁷。仮釈放については、BrB 26:6 以下¹⁶⁸に定めがある¹⁶⁹。

罰金刑は、BrB 25 章に規定がある¹⁷⁰。日数罰金 (dagsböter)、定額罰金 (penningböter)、標準化罰金 (normerade böter) の三種がある。なお、罰金不納付者については、換刑処分としての拘禁が定められている (BrB 25:8, st. 2)。

¹⁶⁵ 「保護観察」も適訳であるが、ここでは萩原 [2007] 204 頁に従っている。

¹⁶⁶ 拘禁刑一般については、坂田 [2015] 68 頁以下参照。執行に関しては、「拘禁法 Fängelselag (2010:610)」がある。また、2019 年 4 月 1 日から新たに、期間計算について「刑期法 Strafftidslag (2018:1251)」が、未決勾留期間等の本刑算入規則について「自由剥奪期間の算入に関する法律 Lag (2018:1250) om tillgodoräkning av tid för frihetsberövande」がそれぞれ施行されている (右二法の旧法は「刑期等の計算に関する法律 Lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m.」であった)。さらに、いわゆる電子監視について、「電子的統制を伴う強化観察に関する法律 Lag (1994:451) om intensivövervakning med elektronisk kontroll」は、拘禁刑の刑期が六月以下の受刑者が希望する場合には、拘禁を電子監視によって代替できる旨を定める (かつては三月以下に限定されていたが、これについて定める同法 1 条は 2005 年に改正されている)。拘禁の執行形式については、坂田 [2015] 70-73 頁も参照。

¹⁶⁷ 一定の場合というのは、具体的には、①終身拘禁または 10 年以上の拘禁が罪に定められている場合 (BrB 26:1 st.2)、②わが国における併合罪に相当する場合において併合された刑 (gemensamt straff) が科せられる場合 (BrB 26:2)、③2 年以上の拘禁に処せられた者が、その判決が確定した後に、6 年を超える拘禁にあたる罪を犯した場合 (BrB 26:3) である。

¹⁶⁸ 仮釈放に関しては近時、刑法改正法 (2018 年法律: 1253 号) および刑法改正法 (2019 年法律: 464 号) によって改正がなされており、わが国では未だ紹介されていないようであるが、本格的な紹介は他日の機会を期したい。ただし、ごく基本的な部分は、上注 (68) で述べた。

¹⁶⁹ なお、終身拘禁には仮釈放規定の適用がない。もっとも、「終身拘禁の変換に関する法律 Lag (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid」がある (それ以前も、恩赦による有期拘禁への減刑が活用されていたようである)。同法によれば、最低でも 10 年の拘禁刑の執行を受けた後に、矯正保護局に対して終身刑の有期刑への変換 (omvandling) を申請し、これが認められた後に、当該有期刑が BrB 26 章の仮釈放関連規定の適用を受ける、というものになっている (同 2 条以下を参照)。この点は、坂田 [2015] 69-70 頁も参照。

¹⁷⁰ 罰金刑一般については、坂田 [2015] 66 頁以下参照。なお執行に関しては、「罰金執行法 Bötesverkställighetslag (1979:189)」がある。

条件付判決は、BrB 第 27 章に定められ¹⁷¹、制裁を罰金にとどめることができない場合にこれを言い渡すことができる (BrB 27:1)。つまり、罰金より重く、拘禁より軽いという位置づけである¹⁷²。条件付判決を受けた者は試験観察に服するが、その期間は二年間と法定されている (BrB 27:3)。日数罰金と併科することができ (BrB 27:2)、また実務上そうするのが通常であるが、これは犯罪の重大性を定量的に表現するためであるとされる¹⁷³。被告人が同意する場合には、条件付判決に、遵守事項として社会奉仕命令を定めることができる¹⁷⁴。試験観察期間中、被告人は善行を保持しなければならない、能力に応じて自らの生計を維持しなければならない (BrB 27:4, st. 1)。社会奉仕命令が併科される場合は、司法省矯正保護局 (kriminalvården) の作成する計画に従ってこれを完遂することも義務となる (BrB 27:4, st. 2)。また被告人には、試験観察期間中に自らの能力の範囲内で被害者に損害賠償を行う義務が課される場合がある (BrB 27:5 st. 1)。被告人が義務ないし遵守事項に反する場合は、条件付判決が取消され、他の制裁、例えば拘禁刑が宣告されることがある (BrB 27:6, st. 1, p. 3)。

保護監督は、BrB 第 28 章が定めるところの、裁判所が言い渡すことのできる社会内処遇 (kriminalvård i frihet) の一種である¹⁷⁵。制裁を罰金に止めることができないと判断される罪に対してのみ適用できるという点は条件付判決と同様であるが (BrB 28:1)、条件付判決との軽重関係については解釈上争いがある¹⁷⁶。保護監督の中心をなすのは観察 (övervakning) であるが、それに加えて保護監督には、様々な遵守事項を課すことができる。保護監督には最高 200 日の日数罰金 (BrB 28:2) を併科できるほか、社会奉仕命令も併科でき (BrB 28:2a, st. 1)、さらに 14 日以上 3 月以下の拘禁が併科される場合もある (BrB 28:3, st. 1; 「28 章 3 条拘禁 [28:3-fängelse]」と呼ばれる)。保護監督は、その執行の開始の日から三年の試験観察期間中継続する (BrB 28:4)。また、保護監督の付随処分として契約治療保護 (kontraktsvård; 処遇計画 [behandlingsplan] と呼ばれる) という制度が存在する¹⁷⁷。

特別保護への委託¹⁷⁸とは、概括的に言えば、一定の (福祉上の) 要保護性が認められる犯

¹⁷¹ 条件付判決一般について詳細は、坂田 [2015] 73-74 頁を参照。また、スウェーデンにおける条件付判決の歴史については、坂田 [1984] 127-130 頁を参照。

¹⁷² BrB 30:1 は、「制裁の選択に当たって拘禁は条件付判決及び保護観察より重い制裁と解さなければならない」と定める。

¹⁷³ Borgeke & Heidenborg [2016] s. 106. 坂田 [2015] 74 頁も参照。

¹⁷⁴ BrB 27:2a, st.1. 社会奉仕命令とは、条件付判決を言い渡す際に試験観察期間中の遵守事項として被告人に科せられるところの、40 時間以上 240 時間以下で裁判所が定める時間無報酬の労働である。作業の内容は、環境・自然保護、教育・文化・体育活動など公共活動に関わるものである。坂田 [2015] 73 頁を参照。

¹⁷⁵ 保護監督については、坂田 [2015] 74 頁以下参照。また、スウェーデンにおける保護監督の歴史については、坂田 [1984] 131-132 頁を参照。

¹⁷⁶ 上注 (102) 参照。

¹⁷⁷ 坂田 [2015] 76 頁を参照。契約治療保護とは、端的に述べれば、被告人が、要保護性が認められるような状況に促進されて犯罪 (主に薬物犯罪が念頭に置かれている) を行った場合に、被告人がその要保護的状況を改善するための処遇計画に同意したならば、刑事責任自体は重く通常であれば実刑を免れないような場合であっても保護監督を適用し、それに伴う遵守事項として上記処遇計画の遵守を定めるという制度である。坂田 [1993] 20 頁以下も参照。

¹⁷⁸ 特別保護への委託一般については、坂田 [2015] 76 頁以下参照。

罪者について、本来科せられるべき刑事制裁に代えて、保護の必要を満たすことのできる機関に処遇を「委託する (överlämna)」制度である。この制度の対象となるのは、薬物乱用者 (BrB 31:2)¹⁷⁹、精神障害者 (BrB 31:3)¹⁸⁰、そして少年 (および若年成人)¹⁸¹である (BrB 32:1)。

以上が「罪に対する制裁」であるが、犯罪の法効果はその他にも存在する。すなわち BrB 1:8 によれば、「犯罪に対しては、制裁の他に、罪に関して法律の定めるところによって、財物の没収、企業罰金、またはその他の特別な法効果¹⁸²を課すことができ、さらに、損害賠償の履行義務¹⁸³を課すことができる」(各々の詳細な規定は第36章にあるが、省略する)。

これらの規定を基本とするスウェーデン刑法¹⁸⁴の制裁体系は、次のように整理できる。

表3: スウェーデン刑法の制裁体系

☆スウェーデン刑法における犯罪の法効果 (rättsverkan av brott)

→①罪に対する制裁 (påföljd för brott)

→②その他の犯罪の法効果 (annan rättsverkan av brott)

①罪に対する制裁 (広義の制裁)

¹⁷⁹ 「薬物乱用に対する保護への委託 (överlämnande till missbruksvård)」と呼ばれる。この制裁は、行為者が薬物乱用者であって「薬物乱用者の保護に関する法律 Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall」の対象となっており、刑事制裁に代えて薬物乱用者保護施設における矯正処遇に委託する場合に適用しうるが(同1項)、罪の法定刑の上限が1年を超える場合は、特別な理由がない限り委託できない(同2項)。

¹⁸⁰ 「法精神医学的保護への委託 (överlämnande till rättspsykiatrisk vård)」と呼ばれる。この制裁は、罰金以上の刑に当たる罪を犯した行為者が重大な精神障害 (allvarlig psykisk störning) を有していて、精神医学的医療保護施設に収容される必要があるときに適用されうる(同1項)。このように、法精神医学的保護の委託に際しては、薬物乱用者の場合とは異なり、罪の法定刑の上限が1年を超える場合でも、その適用のために「特別な理由」が要求されることはない。ただし、本章 II. 3-2. で述べるところの、BrB 30:6 に定められた「明白な理由」が存在する場合には、精神障害者に拘禁刑が科せられることになる。

なお、スウェーデン刑法には責任無能力による免責規定が存在しないが、責任無能力にあたる者は、この規定により刑を免れうることになる(しかし、無罪とはならない)。また、限定責任能力に相当する場合は、刑法第29章3条1項3号により、刑罰価値を軽減させる事情として考慮される。これについては本章 II. 2. でも触れる。

¹⁸¹ 少年 (18歳未満) 及び若年者 (21歳未満) には、「少年に対する保護の措置 (ungdomsvård)」、「少年奉仕命令 (ungdomstjänst)」、「閉鎖的青少年保護 (sluten ungdomsvård)」という三種の特別な制裁が適用できる。廣瀬 [2019d] 325頁参照。その他、スウェーデンの少年法制については、同論文注(8)に掲げられた廣瀬教授の諸業績をぜひとも参照されたい。

¹⁸² その具体例として、Jareborg & Zila [2020] s. 14 には、免許の取消し (återkallelse av körkort)、国外退去 (utvisning)、懲戒解雇 (avskedande) が挙げられている。

¹⁸³ 損害賠償は民事制裁であるが (se Jareborg & Zila [2020] s.15)、犯罪の法効果としても課されうるということである。「損害賠償法 skadeståndslagen (1972:207)」および「犯罪損害法 brottsskadelagen (2014:322)」に関連規定がある。

¹⁸⁴ なお手続法には、略式命令に類似する「刑罰命令」と交通反則切符に類似する「秩序罰金命令」に関する定めがあるが、これについては廣瀬 [2017a] 133頁参照。

= 刑罰 (straff) と狭義の制裁 (påföljd) : BrB 1:3 に規定

→ 刑罰

→ 罰金刑 (bötestraff) : BrB 第 25 章に規定

→ 拘禁刑 (fängelsestraff) : BrB 第 26 章に規定

→ (狭義の) 制裁

→ 条件付判決 (villkorlig dom) : BrB 第 27 章に規定 (わが国の執行猶予に相当)

→ 保護監督 (skyddstillsyn) : BrB 第 28 章に規定 (わが国の保護観察付執行猶予に相当)

→ 特別保護への委託 (överlämnande till särskild vård) : BrB 第 31 章・第 32 章に規定

⇒ 31 章は「一定の場合における特別保護への委託」を規定 (薬物乱用者・精神障害者)

⇒ 32 章は「少年の特別保護への委託」を規定

② その他の犯罪の法効果

= 没収 (förverkande)、企業罰金 (företagsbot)、特別な法効果 (särskilda rättsverkan)、損害賠償 (skadestånd)

2. スウェーデン刑法第 29 章における量刑規則

以下では、スウェーデン刑法における量刑基準関連規定を紹介する¹⁸⁵。まず前提として、わが国と同様、処断刑 (スウェーデンでは「刑罰スケール [straffskala] 」と呼ばれる) を形成しなければならない。当然ながら、原則的には、成立した罪に関する各則規定に従った刑罰の枠が処断刑となるが、それ以上の詳細な規則については、ここでは省略する。

その上で、量刑は大きく分けて、「刑の量定 (straffmätning) → 制裁の選択 (påföljdsval) 」という段階を踏む。前者はスウェーデン刑法第 29 章、後者は同法第 30 章が定める。

ここではまず、前者から検討する。第 29 章は、1 条から 7 条までによって構成される。

2-1. 刑罰価値の確定

刑罰スケールを決定した後、裁判所は、その枠内において、罪の刑罰価値 (straffvärde) を決定しなければならない。その原則規定は BrB 29:1 にあり、本章でも既に引用したが、重要な条文であるため再掲する。

スウェーデン刑法第 29 章 1 条 (量刑の一般原理と刑罰価値)

① 刑は、法適用の統一性の利益を意識しつつ、当該一罪又は数罪の刑罰価値に従って、適用可能な刑罰スケールの範囲内で、これを定めなければならない。

② 刑罰価値の判断にあたっては、当該行為がもたらした危害、権利侵害又は危険、被告人がそれらについて認識していた事情若しくは認識すべきであった事情、及び被告人が有していた意図若しくは動機を考慮しなければならない。当該行為が、他者の生命若しくは

¹⁸⁵ 以下における紹介範囲の一部は、2012 年時点での情報として、坂田 [2012] 54-61 頁においても紹介されているため、逐一の引用は避けるが、併せて参照されたい。また、BrB の条文を引出し・引用する際には、上注 (25) に掲げた文献を適宜参照している。

健康又は人の平穩に対する深刻な侵害をもたらした場合は、特にこれを考慮しなければならない。

既述の通り、刑罰価値とは、「行為の侵害性または危険性と犯罪者の責任との関数」であり、要するに、わが国にいう行為責任と基本的に一致する概念である¹⁸⁶（もちろん、本条2項の「意図・動機」や、下記29章2条・3条に列挙された諸事情が、本当に行為責任と関連づけうるものであるかは、別途検討を要する）。これが、「刑の量定」の出発点となる。

続いて、BrB 29:2 は、「刑罰価値の判断に際する加重事由としては、個々の犯罪類型について妥当するものに加えて、特に以下各号の事項を考慮しなければならない」と定める。敷衍すると、まず刑罰価値は当然、犯罪類型ごとに独自の要素から構成される（犯罪内在的要素〔brottsinterna faktorer〕と呼ばれる）。それらを考慮すべきことは当然である。その一方で、本条が例示列挙¹⁸⁷するのは、各罪の個性とは独立に、一般的に刑罰価値を加重する要素である（犯罪外在的要素〔brottsexterna faktorer〕と呼ばれる）。なおこれに関連して、ドイツ刑法46条3項のような、二重評価禁止原則に関する独立の規定は存在しないが、「一般に、刑罰価値に影響を与える事情を『二重に考慮する（räkna dubbelt）』ことがないように注意し取り計らうことは、裁判所の任務である」¹⁸⁸ということは当然の前提とされている。

本条の考慮事情は、「被告人が、その罪によっては現実に起こったよりも重大な結果が生じるであろうと認識していたこと」（1号）、「被告人が著しい無思慮（hänsynslöshet）を示していたこと」（2号）、「被告人が他人の無防備な状態又は自身を守ることの困難を利用したこと」（3号）、「被告人が自身の地位を利用し、又はその他の特別な信頼関係を乱用したこと」（4号）、「被告人が、強制、詐術又は他人の若さ、無理解若しくは依存的地位の乱用によって、彼又は彼女を罪の共犯に誘引したこと」（5号）、「罪が、組織的形態において、若しくは系統的に行われた犯罪の一部であって、又は特別な計画（särskild planering）が罪に先行していたこと」（6号）、「罪の動機が、人種、皮膚の色、国籍若しくは民族の出自、信仰、性的指向、トランスジェンダーとしての性同一性若しくは性表現¹⁸⁹、又はその他これに類する事情に基づいた、ある個人、民族集団又はその他これに類する集団に対する権利侵害であったこと」（7号）、「罪が、少年の、その近親者との関係における平穩および信頼に対する損害をもたらしたこと」（8号）、「罪が、ある者に対して、彼又は彼女若しくはその近親者が国、コミューン、レギオン（region）、サーミ議会（Sametinget）または欧州議会の議員としての任務を負っていたことを理由に犯されたこと」（9号）¹⁹⁰である。

以上に対して、BrB 29:3 は、同1項において、「刑罰価値の判断に際する軽減事由としては、一定の場合について法が定めるところのものに加えて、特に下記の事項を考慮しなければならない」と定める。つまり、刑罰価値を軽減させる犯罪外在的要素が例示列挙¹⁹¹される。

¹⁸⁶ 上注（33）参照。

¹⁸⁷ Se [Prop. 1987/88: 120] s. 81. 本章I. 2-3-1. で述べた通り、スウェーデン量刑法における考慮事情は基本的に全て例示列挙である。

¹⁸⁸ Se Borgeke & Heidenborg [2016] s. 45.

¹⁸⁹ トランスジェンダーに関する規定は、刑法改正法（2018年：540号）により追加された。

¹⁹⁰ 本号は刑法改正法（2019年：828号）により追加された。

¹⁹¹ Se [Prop. 1987/88: 120] s. 85.

具体的には、「罪が他人の明白な権利侵害的行動 (kränkande beteende) によって引き起こされたものであること」(1号)、「被告人が、深刻な精神障害の結果として、行為の意味を理解する能力若しくは行為の意味の理解に自己の行動を適合させる能力が減退しており、又は、精神の障害、意識の動揺 (sinnerörelse) 若しくはその他の原因によって自己の行動を制御する能力が減弱していたこと」(2号)¹⁹²、「被告人の行動が、その者の発達、経験又は判断能力の不足と結びついていたこと」(3号)、「罪が強烈な人間的同情心によって引き起こされたものであること」(4号)、「行為が、無罪となるものではないが、BrB 第24章¹⁹³に定める場合に関係するものであること」(5号)が掲げられている。同2項は、「罪の刑罰価値に照らして必要とされる場合には、その罪について規定された刑よりも軽い刑を科することができる」と定める。

以上の、BrB 第29章1条、2条および3条を通じて、罪の刑罰価値が確定される。なお、次の4条(前科に基づく加重)は、論述の都合から後ろに回し、先に5,6,7条に触れる。

2-2. 衡平理由の考慮に基づく軽減

BrB 29:5は「衡平理由 (billighetsskälén)」を定める。その条文全体は、序論の表2に掲げたところであるため、ここでは繰り返さない(本章I. 2-3-2. も参照)¹⁹⁴。衡平理由は、刑罰価値と無関係に、刑量を軽減する事情である。上述した、BrB 29:3における刑罰価値を軽減する諸事情とは条文上区別されていることが特徴である。

具体的には、まず同1項によれば、裁判所は各号の事情を「合理的な範囲で (i skälig omfattning)」¹⁹⁵軽減的に考慮しなければならない。限定列举であるが¹⁹⁶、すぐ述べるように9号があるため、各号に当てはまらない事情も9号を適用することで考慮できる。各号に掲げられている事情は、「被告人が、罪の結果として、重大な身体傷害を受けたこと」(1号)、被告人が「高齢または健康不良」であるため、通常の刑では苛酷となること(2号)、罪が行われてから長い期間が経過していること(3号)、「被告人が、その能力に応じて、罪の有害な作用を防ぎ、除去し、又は限定しようとして試みたこと」(4号)、「被告人が任意に出頭し、又は罪の捜査にとって極めて重要な情報を提供したこと」(5号)、被告人が罪の結

¹⁹² 限定責任能力に相当する場合のみが掲げられていることになる。責任無能力に相当する場合は、制裁の一種としての「法精神医学的保護への委託」が問題となる(上注(180)参照)ほか、BrB 30:6の2項および3項により、自招性精神障害の場合を除いて拘禁の適用が排除され、場合によっては制裁が免除される(下の3-2. を参照)。

¹⁹³ 正当防衛 (BrB24:1)、正当行為 (BrB24:2)、緊急避難 (BrB24:4)、過剰な緊急行為に対する免責 (BrB24:6)、被害者の同意 (BrB24:7)、違法性の錯誤による免責 (BrB24:9) などについて規定する。同章には、刑の減輕または免除に関する規定はなく、犯罪不成立の場合のみが念頭に置かれている。

¹⁹⁴ さらに、衡平理由に関しては、十河 [2020] でも扱っているため、そちらも参照。

¹⁹⁵ この要件は29章3条には存在しない(同2条にも存在しない)。それゆえ、その意義が問題となるが、立法提案書はこれを必ずしも明示していない。そこで解釈上、次のように理解されている。すなわち、均衡原理の観点からすれば量刑はあくまで刑罰価値を基礎としなければならぬため、衡平理由の量刑に対する影響力は、刑罰価値との関係では二次的なものにとどまるということである (Ågren [2013] s. 332 f.)。

¹⁹⁶ Se [Prop. 1987/88: 120] s. 89.

果として国外退去処分を受けること（6号）、被告人が罪の結果として懲戒解雇等の職業関連的な制裁または不利益を受けること（7号）、被告人が罪の結果としてその他の法的制裁を受けるため、通常の刑罰では不均衡となること（8号）、その他、刑罰価値に従った刑よりも軽い刑を科するべき事情があること（9号）、である。

同2項に定められている通り、特別な理由がある場合には、衡平理由の考慮に基づき、刑罰スケールを下回る量刑を言い渡すことも可能である。

さらに、BrB 29:6は、5条に定められた事情に鑑みれば「制裁を言い渡すことが明らかに不合理である場合、裁判所は制裁の免除（påföljdseftergift）を言い渡さなければならない」と定める。このような効果は、BrB 29:3には認められていない点に注意する必要がある¹⁹⁷。

2-3. 少年および若年者に対する軽減¹⁹⁸

BrB 29:7によれば、ある者が21歳になる前に罪を犯した場合、その罪に関する量刑を軽減しなければならず¹⁹⁹、その際には刑罰スケールを下回る刑を言い渡すことができるほか（同1項）、原則として10年を超える拘禁に処することはできず、問題となっている罪の刑罰スケールに10年を超える有期拘禁もしくは終身拘禁が定められている場合、または併合罪加重が行われる場合であっても、14年を超える刑を言い渡すことはできない（同2項）。このように、BrB 29:7による軽減は少年（18歳未満）と若年者（18歳以上21歳未満）の両方を対象とするが、スウェーデンでは一般に「若年者軽減（ungdomsreduktion）」ないし「若年者割引（ungdomsrabatt）」と呼ばれる。

そのほか、刑法典は、少年・若年者に対する制裁について、いくつかの特則を定めている。まず、少年と若年者の両方を対象として、拘禁刑選択の基準に関する特則が置かれているが（BrB 30:5）、これは後述する。次に、少年に関して、本来は拘禁選択が相当である場合で

¹⁹⁷ ただし、29章3条5号の場合、それらの事情がより強いものであれば、第24章各条の法効果として無罪とはなりうる。上注（193）参照。

¹⁹⁸ 全体について、廣瀬 [2017b] 131頁以下参照。また、スウェーデンの少年保護法制一般については、以下引用する文献のほか、廣瀬 [2019d] 参照。

¹⁹⁹ 廣瀬 [2017b] 132頁において紹介されている通り、この軽減は運用上、相当大幅に行われている。拘禁刑の場合、犯行時21歳の者の刑を1とすると、犯行時15歳の者の刑は0.2、18歳では0.5、20歳では0.8が目安とされる（Jareborg & Zila [2020] s. 158 f.; Borgeke & Heidenborg [2016] s. 258-260）。判例の動向についても若干補足しておく。BrB 29:7による少年・若年者軽減の程度に関しては、立法提案書（[Prop. 1987/88: 120]）には指針が示されておらず、判例は揺れていたが（例えば NJA 1989 s. 870 は犯行時17歳および18歳の被告人に75%の軽減を認めた一方、NJA 1996 s. 509 は犯行時16歳の被告人に対して、本来は終身拘禁相当のところを4年の拘禁に軽減した）、2000年の最高裁判例（NJA 2000 s. 421. 事案は、二名の被告人による2個の強盗既遂と2個の強盗予備に関する共同正犯であり、いずれも犯行時18歳であって、本来相当な拘禁刑は一方が3年、他方が2年3月とされた。原審はこれを、それぞれ1年の拘禁、9月の拘禁に軽減した）において、上述した「目安」と同一の基準（これは本件において検察側が主張したものであった）が基本的に採用されつつも、7条による軽減の程度は、個別の事件における本来相当な刑の期間、問題となっている罪種、前科および衡平理由の有無と内容をも含めて総合的に考慮しつつ決すべき旨判示された（結論的には、一方が3年から1年6月に、他方が2年3月から1年に軽減された）。

も、公訴提起 (lagföring) の際における被告人の年齢またはその他の事情に照らして特別な理由がない限り、拘禁に代えて閉鎖的少年保護を言い渡さなければならない (BrB 32:5 st. 1)²⁰⁰。さらに、若年者と少年の両方に妥当する特則として、再犯を根拠とする刑罰スケールの加重においては、21 歳未満の時点で行われた罪を根拠としてはならない (BrB 26:3 st. 2)。

2-4. 前科の考慮に基づく加重

既述の通り²⁰¹、スウェーデン刑法における前科の効果は四種類ある。すなわち、①仮釈放の一部または全部の取消し (BrB 34:5)、②刑罰スケールの上限の加重 (BrB 26:3)²⁰²、③制裁の選択における拘禁選択の支持 (BrB 30:4 st. 2)、④刑の量定における刑の加重 (BrB 29:4) である。ここで紹介するのは④である。まずは条文を掲げる。

スウェーデン刑法第 29 章 4 条 (前科に基づく刑量の加重)

裁判所は、刑の量定に際して、被告人が以前に有罪となったことが制裁選択を通じて考慮されず、又は仮釈放の取消しを通じてはこの事情が十分な範囲で考慮されない場合には、この事情を、罪の刑罰価値の他に、加重方向で考慮しなければならない。この判断に際しては、以前の犯罪の規模、両犯罪の間に経過した期間の長さ、並びに以前の犯罪と新たな犯罪が同種であること若しくは両事件における犯罪が特に重大であることを、特に考慮しなければならない。

「罪の刑罰価値を超えて」という文言から明らかであるように、前科に基づく量刑の加重は、刑罰価値とは無関係に行われる。その上で、スウェーデンの量刑における前科の考慮プロセスは若干複雑である。これは次のように整理される²⁰³。

まず、罰金の選択しか問題とならない場合 (例えば、軽微な交通犯罪の場合) は単純である。すなわち、条文の配列通り、第 29 章 1~3 条を通じて刑罰価値を定め、同 5 条の衡平理由および同 7 条の少年・若年者軽減について検討してから、4 条の適用による量刑の加重の可否を検討することになる。もっともその際にも、前科があれば自動的に加重が行われるというわけではなく、個別の事件に即して加重の必要性が慎重に判断される²⁰⁴。

これに対して、刑を罰金にとどめることが不可能である場合、すなわち拘禁適用が問題となりうる場合には、事情が異なる。この場合も、第 29 章 1~3 条、5 条、7 条を検討するところまでは同じである。しかしそのあとで、すぐに本条を適用するのではなく、先に第 30 章 4 条を適用しなければならない。同条については下で紹介するが、これは、拘禁適用の可能性が残る事案に関して、拘禁の回避に有利な事情と不利な事情を列挙するものである。前

²⁰⁰ 閉鎖的少年保護は少年に関する委託制裁の一種であり (上注 (181) 参照)、拘禁刑の代替処分としての強制的な自由剥奪的制裁である。詳細は、廣瀬 [2019a] 96 頁以下、廣瀬 [2019b] 143 頁以下参照。

²⁰¹ 本章 2-3-4. 参照。

²⁰² 上注 (167) の③を参照。

²⁰³ Se t.ex. [Prop. 1987/88: 120] s. 88 f.; Borgeke & Heidenborg [2016] s. 45 f.; Asp m. fl. [2018] s. 1375-1377 [Magnus Ulväng].

²⁰⁴ Se Borgeke & Heidenborg [2016] s. 46.

科は、不利な事情の一つに位置づけられる。ここで前科が考慮されず、したがって拘禁が回避される場合には、上述した通り「狭義の制裁」が適用されることになる。つまり、条件付判決、保護監督、特別保護への委託のいずれかが制裁として言い渡されることになるが、これらの制裁に刑が併科される場合²⁰⁵には、その刑が、第29章4条により加重されることになる。その一方で、ここで前科が考慮され、したがって拘禁が回避されない場合にも、その期間を本条により加重することは可能であると考えられているようである²⁰⁶。

²⁰⁵ 具体的に整理すれば次の通りである。まず、条件付判決が言い渡される場合、（他の制裁が併科されない場合には）原則として罰金が併科される（上注（173）のほか、BrB 30:8も参照。また以下では、II. 1. で言及した事柄は繰り返さない）。なお、この罰金の価額は、刑罰価値に加えて、衡平理由および若年者軽減をも考慮した評価（量刑価値と呼ばれる）に均衡する形で変換される。この変換基準は慣習（tumregel）に委ねられているが、相場はある程度確立されているようである（例えば、Borgeke & Heidenborg [2016] s. 412 に例として掲載された表によると、量刑価値が3月の拘禁相当である場合は70日の日数罰金、6月の場合は110日、9月の場合は160日とされている）。また、条件付判決に社会奉仕命令を併科する場合も、量刑価値が社会奉仕活動の時間数に変換される（a.a., s. 402によれば、3月の拘禁相当ならば100時間、6月ならば160時間とされる）。

保護監督の場合、まず罰金を併科するならば、その価額は、条件付判決に罰金を併科する場合と同じように、量刑価値に従って定められる（a.a., s. 447）。保護監督に社会奉仕命令を併科する場合には、条件付判決にこれを併科する場合よりも若干時間数を少なくするべきであるというのが判例であるが、これは、保護監督それ自体が条件付判決よりも介入的な制裁であることによる（se NJA 2000 s. 256）。例えば、3月の拘禁相当ならば80時間、6月ならば140時間という例が挙げられている（Borgeke & Heidenborg [2016] s. 447）。さらに、既述の通り保護監督には短期の拘禁刑を併科することもできるが（BrB 28:3）、この拘禁刑も量刑価値に従って変換される（a.a., s. 455 f.）。

最後に委託制裁については、薬物乱用に対する保護への委託、法精神医学的保護への委託、および少年の特別保護への委託として「少年に対する保護の措置（以下、少年保護と略称する）」を選択する場合には、これらの保護措置は単に対象者の要保護性に従って行われるものである以上、その程度は量刑価値と無関係となる。ただし、少年保護には日数罰金または少年奉仕命令を併科でき（BrB 32:3）、その量は量刑価値に左右される。また、独立の制裁として（または上述したように少年保護に併科する形で）少年奉仕命令を言い渡す場合には、量刑価値に従って時間数が定められる（例えば、Borgeke & Heidenborg [2016] s. 495によれば、3月の拘禁相当ならば90時間、6月ならば150時間）。残るのは閉鎖的青少年保護（sluten ungdomsvård）である。量刑価値に均衡する形で、14日以上4年以下（BrB 32:5 st. 2）の範囲で言い渡すのが、その相場についてはさらなる調査を要する（ただし、se Borgeke & Heidenborg [2016] s. 512）。

²⁰⁶ 上注（109）参照。ただし、このような解釈は、本条が、前科に基づく刑量の加重を、前科が「制裁選択を通じて考慮され（…）ない場合」に限定していることとの関係で疑義を生む。そもそも本条は、刑法改正法（2010年法律：370号）により改正されているが、この改正前は、前科が「制裁選択を通じては『十分に考慮され得ない（inte tillräckligt kan beaktas）』場合」という文言であった。これを踏まえれば、改正法は、前科が制裁選択において考慮された場合（すなわち、前科が不利な理由となって拘禁刑が適用された場合）には、刑の量定における前科の考慮を排除する趣旨であると解するべきであるとも考えられる（se Asp m. fl. [2018] s. 1376 f. [Magnus Ulväng]）。しかし、同改正の立法提案書は、この文言の変更の趣旨を明らかにしていない（Se [Prop. 2009/2010: 147] s. 31-33）。むしろ、その全体的趣旨が、（特に重大な暴力犯罪について）法定刑を加重し、量刑レベルでも刑を加重しやすくすることであった点に照らせば（a. a., s. 1）、

加重の程度に関しては、第2文で述べられているように、いずれの場合でも、「以前の犯罪の規模、両犯罪の間に経過した期間の長さ、並びに以前の犯罪と新たな犯罪が同種であること若しくは両事件における犯罪が特に重大であること」が重視される。

2-5. 「刑の量定」の終了：量刑価値の確定

以上をもって、スウェーデン刑法第29章各条の適用を通じた「刑の量定」が終了する。その検討順序を振り返れば、「1条～3条を通じた刑罰価値の確定」、「5条を通じた衡平理由に基づく軽減（場合によっては6条を通じた制裁の免除）」、「7条を通じた若年者軽減」となる。こうして定められた刑量は「量刑価値 (straffmättningsvärde)」と呼ばれ、これが次に紹介する「制裁の選択」の基礎となる²⁰⁷。なお、刑罰価値も量刑価値も、一定量の罰金または拘禁として示される²⁰⁸。言い換えれば、事案がおよそ罰金しか問題とならないものであるか、それとも拘禁適用の可能性も残るものであるかが、刑罰価値のみからして明白であれば問題ないが、微妙である場合、最終的には量刑価値に照らして決定される²⁰⁹。この帰結の如何により、4条を通じた前科に基づく加重の取扱いが変わる点は既述の通りである。

3. スウェーデン刑法第30章における制裁選択規則

「制裁の選択」について定める第30章は、第1条から第11条により構成される。

3-1. 委託制裁の要件

まず、II. 1. で言及した「委託制裁」に言及しておく必要がある。既述の通り、委託制裁は狭義の制裁の一種であるが、その選択基準は、第30章ではなく、第31章および32章に定めることとされている (BrB 30:1 st. 2)。

BrB 31:2 によれば、犯罪行為を行なった者が「一定の場合における薬物乱用者の保護に関する法律 (Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall: 略称 LVM 法)」の対象となりうる場合、裁判所は、社会福祉委員会 (socialnämnden)²¹⁰ に対して、または被告人が既に保護施設に収容されている場合にはその施設の責任者に対して、必要な保護の準備を委託する

上述した文言の変更は矛盾とも映る。この点が混乱の原因になっているのである。少なくとも立法論としては、「十分に考慮され得ない」という要件を削除したことは、適切ではなかったということになる。

²⁰⁷ 法文上の概念ではないが、立法準備資料や判例においても一般的に用いられる概念である。Se bl. a. NJA 2000 s. 314; [SOU 2012:34] Band 2, s. 76; Borgeke & Heidenborg [2016] s. 265-267; Asp m. fl. [2018] s. 1338 [Magnus Ulväng].

²⁰⁸ Se t.ex. [SOU 2012:34] Band 2, s. 76. 例えば、「刑罰価値は1年6月の拘禁であるが、衡平理由を考慮すれば、量刑価値は1年である」というような形になる。

²⁰⁹ Se Borgeke & Heidenborg [2016] s. 47, 49.

²¹⁰ 社会福祉委員会およびその下で活動する社会事業局 (socialtjänst: ソーシャル・サービス) については、廣瀬 [2016] 97頁、廣瀬 [2017] 148-149頁、廣瀬 [2019c] 143頁以下、廣瀬 [2020] 121頁以下、廣瀬 [2020a] 142頁以下参照。

ことができる(同1項)。ただし、この委託は、罪の法定刑の上限が1年の拘禁を超える場合には、特別な理由があるときにのみ、これを行うことができる(同2項)²¹¹。

BrB 31:3によれば、制裁を罰金に止めることができないと判断される罪を犯した者に、深刻な精神障害があるとき、裁判所は、その精神状態などに照らして医療保護施設への収容が必要である場合には、その者を法精神医学的保護に委託することができる(同1項)。精神障害のため、重大な再犯のおそれが認められる場合には、「法精神医学的保護に関する法律(Lag (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård: 略称 LRV 法)」による「特別な解除事由審理(särskild utskrivningsprövning)」を行うべき旨決定することができる(同2項)。この場合、解除(保護の終了)に関する判断は行政地方裁判所の審理に委ねられることになり、精神科医の判断のみで対象者を退院させることはできなくなる。法精神医学的保護への委託には、前科等に照らして必要である場合には他の制裁を併科することができるが、拘禁またはその他の委託制裁を併科することはできない(同3項)²¹²。

BrB 32:1によれば、罪を犯した21歳未満の者に対しては、その者が「社会事業法(Socialtjänstlag (2001:453): 略称 SoL 法)」または「若年者保護特別法(Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga: 略称 LVU 法)」による、保護またはその他の措置²¹³を受ける特別な必要があり、かつこの保護または措置を右の者に行う用意がある場合には、これを「少年に対する保護の措置(ungdomsvård: 少年保護)」に処することができる(同1項)。そのほか、少年奉仕命令(ungdomstjänst)については同章2条に、閉鎖的少年保護(sluten ungdomsvård)については同章3条および5条に定めがあるが、ここでは省略する²¹⁴。

制裁の選択にあたっては、以下紹介する第30章の基準が参照されることに加えて、上述した要件が満たされる限りで、委託制裁が選択されうる点に注意しなければならない。

3-2. 拘禁回避原則

第30章の規定に入る。まず、BrB 30:1 st. 1は、拘禁は条件付判決および保護監督よりも重い制裁である旨を定める。BrB 30:2は、他に別段の定めがない限り、同一の罪に対して複数の制裁を言い渡してはならない旨を定める。BrB 30:3は数罪の場合に関する定めである。制裁選択基準の中核をなす規定はBrB 30:4である。

スウェーデン刑法第30章4条(拘禁回避原則)

①裁判所は、制裁の選択に際して、拘禁よりも軽い制裁を支持する事情に特に関心を示さなければならない。その際、裁判所は、第29章5条に定める諸事情を特に考慮しなけれ

²¹¹ 薬物乱用者の保護に対する委託一般に関しては、坂田 [2015] 81-83 頁参照。

²¹² 法精神医学的保護への委託一般に関する最新の情報については、坂田 [2015] 83-86 頁参照。ただし、上述した LRV 法はその後、複数回にわたり改正されている。

²¹³ LVU 法については、廣瀬 [2018] 96 頁以下、廣瀬 [2018a] 97 頁以下、廣瀬=十河 [2018] 45 頁以下参照。SoL 法については、廣瀬 [2018b] 139 頁以下、廣瀬 [2018c] 147 頁以下、廣瀬 [2018d] 146 頁以下、廣瀬 [2019] 140 頁以下、廣瀬 [2019e] 89 頁以下参照。ただし、LVU 法および SoL 法はその後、複数回にわたり改正されている。

²¹⁴ スウェーデンの少年保護法制についてはとりわけ、ここまで本章でも引用してきたところの、廣瀬健二教授による諸業績を参照。

ばならない。

②裁判所は、拘禁の理由として、罪の刑罰価値および罪種の他に、被告人が以前に有罪となったことを考慮することができる。

BrB 30:4、特に同1項1文の趣旨は、「拘禁は最も重い制裁であり、その適用は最後の手段でなければならない」²¹⁵というものである²¹⁶。これは「拘禁回避原則 (presumption mot fängelse)」とも呼ばれ、拘禁適用を可能な限り避けることは「人道性原理 (humanitetsprincipen)」の要請であるという表現もなされる²¹⁷。同2文は、拘禁回避を判断する際には、第29章5条の諸事情、すなわち「衡平理由」が特に考慮される旨を定める²¹⁸。拘禁が回避されるということは、拘禁が、「狭義の制裁 (それらは、拘禁と対比する意味で、非自由剥奪的制裁 [icke frihetsberövande påföljd] とも呼ばれる)」に代替されるということである。

²¹⁵ [Prop. 1987/88: 120] s. 99.

²¹⁶ 本章I. 2-3-3. でみた通り、この規定は、88年改正の過程において一貫して掲げられていた「拘禁適用の縮減」という政策目的を反映したものである。

²¹⁷ Borgeke & Heidenborg [2016] s. 39 f., 285 f.; Asp m. fl. [2018] s. 1427 f. [Magnus Ulväng]; se även Jareborg [2003] ss. 231 ff.; Jareborg & Zila [2020] ss. 93-99. 「人道性 (原理)」という概念は、後述するようにきわめて多義的に用いられる傾向にあるが、よく参照されるのは、次の三つの文から構成された定義である。すなわち、「(1) 一般に、処罰に際しては公正性と謙抑性が要請される。(2) 処罰に際しては、過ちを犯すことに関する一定の理解と寛容を人間に対して示し、刑罰は苦痛を伴うということに対して同情し、非難を受け入れることに関する人間の能力を尊敬することを通じて、(一定の限度のもとで) ある程度の慈悲 (viss barmhärtighet) を示さなければならない。(3) 拘禁は回避しなければならない」(Ulväng [2005] s. 107. 傍点部は原文イタリック体)。ただし、人道性原理と均衡原理は、それ自体で矛盾するものとは考えられていないという点は注意を要する。すなわち、人道性原理は刑罰システム全体の抑制レベル (repressionsnivå) に関する制約原理であり、これに対して均衡原理は、その枠内での刑の配分方法を規律するものと理解されている (a.a., s. 115. その背後には、本章I. 3-2. で言及した、ハート流の「一般的正当化目的」と「刑の配分」の区別を引き継いだ、ヤーレボルの、三段階からなる刑罰正当化論がある [a.a., ss. 85-95. ヤーレボルの刑罰正当化論については、上注(154)に引用した文献を参照])。例えば、人道性は、責任原理の根拠 (Jareborg & Zila [2020] s. 95) や、死刑廃止の根拠 (a.a., s. 96) としても援用されているが、これらは刑罰システム全体の問題である。ところで、これは人道性 (原理) の多義性・曖昧性をも示していると言いうことができ、それゆえ、そこに統一的な理論的実体が本当に存在するのかどうかは疑わしいようにも思われるが、この点の詳細な検討は他日を期す。

²¹⁸ この点、衡平理由は「刑の量定」の場面で既に考慮されている以上、これを「制裁の選択」の場面でも考慮するならば、それは二重評価となるのではないかという疑問も浮かぶ。これについては多くの議論があり、関連判例も存在するが (NJA 2008 s. 359. いわゆる聖木曜日判決 [Skärtorsdagsdomen])、結論だけ述べれば、衡平理由の中には、主に量定レベルで考慮されるものと、制裁選択レベルで考慮されるものの二種類が存在すると理解されている。例えば実務上の慣習としては、国外追放 (6号) および懲戒解雇等 (7号) は主に量定レベルで考慮され、高齢・健康不良 (2号) および時間経過 (3号) は主に選択レベルで考慮され、損害回復等 (4号) および任意の出頭 (5号) はいずれのレベルでも考慮されうる (Asp m. fl. [2018] s. 1396 [Magnus Ulväng]. 1号、8号、9号および5号の捜査協力については更なる検討を要する)。

同2項は、逆に、拘禁の適用を支持する事情を掲げている。

第一は「刑罰価値」であり、すなわち刑罰価値が重すぎる場合には拘禁適用は回避できなくなる（ただし現在は、これは「量刑価値」と読み換えて理解されている²¹⁹）。

第二は「罪種 (brottslighetens art)」である。これは、一定の罪種においては拘禁刑が選択されやすくなるということである。一定の罪種が拘禁を支持する程度のことを、「罪種価値 (artvärde)」と呼ぶ。具体的には例えば、偽証罪 (mened: BrB 15:1)、狩猟法上の罪 (yaktbrott)、重酩酊運転罪 (grovt rattfylleri)、重火器法上の罪 (vapenbrott)、強盗 (rån: BrB 8:5)、薬物犯罪 (narkotikabrott) は、罪種価値が極めて高いとされる。また、租税ほ脱の罪 (skattebrott) や、アルコール法上の罪 (brott mot alkohollagen: スピリッツに属する酒類の無免許製造罪など)、接近禁止命令違反の罪 (brott mot besöksförbud)、傷害罪 (misshandel: BrB 3:5)、対公務員暴行脅迫罪 (våld eller hot mot tjänsteman: BrB 17:1) は、罪種価値が高いとされる。その一方で、脅迫罪 (olaga hot: BrB 4:5)、会計帳簿作成義務違反の罪 (bokföringsbrott: BrB 11:5)、文書偽造罪 (urkundsförfalskning: BrB 14:1) は、罪種価値が比較的低いとされる²²⁰。この罪種価値に基づく拘禁選択の支持がいかなる理論的根拠によるものであるかは難問であり、通説的には「一般予防の観点」や「政策的必要性」が持ち出されるが²²¹、批判も多い²²²。

第三は前科である。この前科が拘禁を支持する程度に関しては、BrB 29:4の第二文で列挙されていた事情を、ここでも考慮することができると考えられている²²³。

なお、以上とは別に、BrB 30:5は、少年および若年者に関する拘禁回避について定める。すなわち、少年（18歳未満の者）が犯した罪に対しては、明白な理由 (synnerliga skäl) がある場合にのみ拘禁を言い渡すことができ、しかもその際には、BrB 32:5（本章II. 2-3. 参照）の定めに従って、拘禁に代えて閉鎖的少年保護を言い渡さなければならない (BrB 30:5 st. 1)。若年者（18歳以上21歳未満の者）が犯した罪に対しては、刑罰価値などに鑑みて特別な理由がある場合にのみ、拘禁を言い渡すことができる (BrB 30:5 st. 2)。

また、BrB 30:6は、精神障害者に関する拘禁回避について定める。すなわち、まず同1項によれば、深刻な精神障害の影響のもとで行われた罪に対しては、明白な理由がある場合にのみ拘禁を言い渡すことができる。この明白な理由の存否に関する判断においては、罪の刑罰価値が高いこと（同1号）、被告人に精神医学的保護の必要性がなく、または必要性が限定的であること（同2号）、被告人が深刻な精神障害を酩酊またはその他の方法により自招したこと（同3号）、および、その他の事情（同4号）を考慮しなければならない。また、同2項によれば、被告人に、深刻な精神障害の結果、行為の意味を理解する能力若しくは行

²¹⁹ この点に関する判例として、NJA 2014 s. 559（いわゆる中国製ボールベアリング事件〔de kinesiska kullagren〕）がある。Se även Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 291-293; Asp m. fl. [2018] ss. 1444-1446 [Magnus Ulväng].

²²⁰ 以上について、Se Asp m. fl. [2018] s. 1447 f. [Magnus Ulväng]; se även Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 309-328.

²²¹ Se [Prop. 1987/88: 120] s. 100; Borgeke & Heidenborg [2016] s. 302 f.

²²² これについては、Asp m. fl. [2018] ss. 1434 ff. [Magnus Ulväng]のほか、SvJT 2003, häfte 2, ss. 111-172 に掲載された諸論文などがある。通説に対して批判的な見解としてはとりわけ、Asp [2018] ss. 679 ff.

²²³ Asp m. fl. [2018] s. 1432 f. [Magnus Ulväng]; Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 328-332.

為の意味の理解に自己の行動を適合させる能力が欠如していた場合には、裁判所は拘禁を言い渡すことができない。ただし、1項3号に定めた方法によってこの欠如を自招した場合はこの限りでない。同3項によれば、第1項または2項の場合で、いかなる制裁をも言い渡すべきでないと思えられる場合には、制裁を免除しなければならない。

3-3. 条件付判決および保護監督の要件

BrB 30:4 によって拘禁が回避されるならば、適用されるのは「狭義の制裁」、すなわち条件付判決、保護監督、または委託制裁である。委託制裁の要件は上述したため、ここでは残った二者の適用要件を概観する。もっとも、ここで事態は複雑になる。すなわち、条件付判決または保護監督の適用に至る過程は、①（典型的には BrB 30:4 により）拘禁が回避された場合と、②拘禁回避は得られなかったものの、なお「特別な理由 (särskilda skäl)」または「とりわけ特別な理由 (alldeles särskilda skäl)」がある場合の、二通りのパターンが存在するのである。さらに、③拘禁刑そのものではなく、「拘禁の併科された保護監督」を言い渡すことで、拘禁の期間を短く済ませることも可能である。

①拘禁が回避された場合には、条件付判決と保護監督の選択判断が問題となる。この場合における、条件付判決の要件については、BrB 30:7 の1項が定める。すなわち裁判所は、条件付判決の理由として、被告人が更なる犯罪に及ぶ危険性を示す特別な事由がないことを考慮しなければならない。これに対して、保護監督の要件は、BrB 30:9 の1項が定める。すなわち裁判所は、保護監督の理由として、この制裁が、被告人が更なる犯罪を自制することに対して役立ちうると思料する事由があることを考慮しなければならない。つまり、この場合における条件付判決と保護監督の選択判断は、被告人の再犯危険性に照らして行われるということである²²⁴。なお、条件付判決は原則として日数罰金と併科すべき旨が定められており (BrB 30:8. ただし、社会奉仕命令またはその他の犯罪の帰結²²⁵に照らして罰金の併科が被告人にとり過酷である場合、またはその他の特別な理由がある場合には、この限りでない)、実務上もそのような運用が定着している。保護監督にも日数罰金を併科することができるが、その必要性は、刑罰価値、罪種および前科に照らして判断される (BrB 30:10)。

②一旦は拘禁が回避されなかった場合でも、条件付判決または保護監督を選択するチャンスは残っている。拘禁に代えて両制裁を選択する「特別な理由」が存在する場合である。

「特別な理由」について、第一に、BrB 30:7 の2項によれば、裁判所は、拘禁に代えて条件付判決を言い渡す特別な理由として、次の事情を考慮できる。すなわち、被告人が、条件付判決に、遵守事項として社会奉仕命令を併科することに同意しており、かつ、右の遵守事項が被告人の人格及びその他の事情に照らして適切であることである。つまり、「社会奉仕命令の併科された条件付判決」により拘禁を回避するのである。第二に、BrB 30:9 の2項によれば、裁判所は、拘禁に代えて保護監督を言い渡す特別な理由として、次の事情を考慮で

²²⁴ ただし、再犯のおそれが低い場合でも、量刑価値の高さに照らして保護監督を適用することは許されるというのが判例である。上注 (102) 参照。

²²⁵ 例えば、被告人が、BrB 29:5 の6号から8号に定められているような、国外追放、懲戒解雇といった非刑事制裁を受ける場合や、被告人が損害賠償義務を負う場合などがこれにあたる。Se Asp m. fl. [2018] s. 1469 [Magnus Ulväng].

きる。すなわち、被告人の罪と関連を有すると思料されうる点で、被告人の人格的または社会的状況に明らかな改善が生じたこと（同1号）、被告人が、薬物乱用に対する処遇を受けており、またはその他の、彼の罪と関連を有すると思料されうる状態に対する処遇を受けていること（同2号）、依存性薬物の乱用またはその他の、相当程度の保護もしくは処遇を必要とする特別な状態が罪の実行を促進していた場合であって、かつ、被告人が契約治療保護²²⁶を受ける意思を表明していること（同3号）、被告人が、保護監督に、遵守事項として社会奉仕命令を併科することに同意しており、かつ、右の遵守事項が被告人の人格及びその他の事情に照らして適切であること（同4号）である。このように、「(3.4号の場合は、社会奉仕命令またはその他の付随処分の併科された)保護監督」により拘禁を回避するのである。

ちなみに、これに関連して、判例においては「とりわけ特別な理由」という言い回しが使われることがある²²⁷。これは、BrB 30:4による判断において、量刑価値、罪種価値および前科がより強く拘禁を推定している場合、この推定を覆す上では、上述した「特別な理由」も、より強いものが要求されるということである²²⁸。

③罪の刑罰価値または被告人の前科に照らして不可避免的に要請される場合には、保護監督に拘禁を併科することができる（BrB 30:11）。これは、本章II. 1の保護監督の部分で述べた、「28章3条拘禁」（期間は14日以上3月以下である）のことを指している。

以上を逆から述べれば、拘禁刑は、まずBrB 30:4による拘禁回避が一旦否定され、さらに上述した「特別な理由」（または「とりわけ特別な理由」）を認めて拘禁を回避することもできず、さらに28章3条拘禁でも足りない場合に、はじめて言い渡されうるのである。

3-4. 制裁選択の相場：「量刑価値」の観点から

スウェーデン刑法第30章における制裁選択規則の概要は以上の通りであるが、その流れは、「量刑価値」の程度と関連づけて再整理することができる。すなわち既述の通り、制裁選択には多くの要素が関与するが、その最も重要な基礎となるのは「量刑価値」である。つまり、BrB 30:4による拘禁回避のしやすさを最も大きく左右するのは量刑価値の程度である（上述した「特別な理由」の認められやすさも量刑価値の程度に左右されるが、この点は以下では基本的に捨象する）。この点、元スウェーデン最高裁判事であるマティン・ボルイエケ（Martin Borgeke）は、その共著である量刑体系書²²⁹において、量刑価値の程度との関連における制裁選択の大まかな相場を示しているため、ここでも紹介しておく。ただし、当然のことであるが、以下の基準はあくまで目安であり、絶対的なものではない。

まず、量刑価値が2年以上の拘禁に相当する場合である²³⁰。この場合、制裁は原則として拘禁となる。ただし、立法提案書によると、このような場合にも、契約治療保護を伴う保護

²²⁶ 契約治療保護については上注（177）で概括的に述べた。

²²⁷ Se t.ex. NJA 1999 s. 769; NJA 2000 s. 195.

²²⁸ Asp m. fl. [2018] s. 1449 [Magnus Ulväng]; Borgeke & Heidenborg [2016] s. 57 f.

²²⁹ この体系書とは、Borgeke & Heidenborg [2016] のことである。なお以下の記述は、坂田 [2012] 60-61 頁による紹介と大部分重複するが、制裁選択のより具体的なイメージを示すことに資するため、ここでも取り上げる次第である。

²³⁰ 本段落については、Borgeke & Heidenborg [2016] s. 52 f.

監督を言い渡す可能性は排除されない²³¹。ポルイエケによると、そのためには、計画されている処遇が十分に広範かつ介入的であり、かつ契約治療保護とするべき強い理由があることが求められる。そのほかにも、契約治療保護に比しうような処遇を被告人が既に自ら受け始めているような場合にも、保護監督とする余地があるとされる。

次に、量刑価値が1年以上2年未満の拘禁に相当する場合である²³²。例えば、重傷害や強盗は、通常の場合ここに属する。この場合にも、量刑価値が重すぎるため、拘禁が強く支持されるが、契約治療保護とする余地は残されているほか、拘禁（28章3条拘禁）を併科した保護監督とする余地もある。ポルイエケによると、28章3条拘禁が適用される場合の多くは、被告人が若年者（18歳以上21歳未満）であるケースであるという。また、量刑価値が1年6月以上になると、28章3条拘禁は、不可能ではないとはいえ、難しくなるとされる。

続いて、量刑価値が6月以上1年未満の拘禁に相当する場合である²³³。一般に、量刑価値が1年以上か1年未満かという点は、拘禁回避のボーダーラインと理解されており²³⁴、これに満たない場合には、量刑価値の重さのみが理由となって、BrB 30:4による拘禁回避が不可能となることはないが、罪種価値と前科の評価によっては、拘禁適用も十分にありうる。

最後に、量刑価値が14日以上6月未満の拘禁に相当する場合である²³⁵。この場合は、BrB 30:4により拘禁が回避され、条件付判決または保護監督が選択されるのが通常であるが、罪種価値と前科による拘禁支持が強い場合には、拘禁適用もありうる。

4. 小括

以上、スウェーデン刑法における制裁体系、および、同第29章による「刑の量定」と第30章による「制裁の選択」を通じた制裁決定過程について概観した。ここでは、特に複雑であるところの、制裁決定の過程について改めて簡潔に整理しておく。

第29章における「刑の量定」は、まず1条から3条を通じて「刑罰価値」を確定し、それを5条の「衡平理由」と7条の「若年者軽減」により軽減する。こうして「量刑価値」が得られる。4条の前科は、量刑価値が罰金相当の場合には、この罰金を加重する形ですぐに反映されるが、拘禁相当の場合には、次の制裁選択を経た上で、はじめて反映されうる。

第30章における「制裁の選択」は、量刑価値を基礎として、「拘禁か狭義の制裁か」を選択する。ただし、委託制裁には独自の要件がある。拘禁の回避にあたっては、（5,6条もあるが典型的には）4条の適用が問題となる。同条では、29章5条の「衡平理由」が拘禁回避に有利な事情として、量刑価値、罪種価値、および前科が不利な事情として、それぞれ考慮される。この拘禁回避のボーダーラインとしては、「量刑価値が1年以上の拘禁か、それ未満の拘禁か」が目安となるが、罪種価値および前科の程度にもよるため、絶対的な基準で

²³¹ Se [Prop. 1987/88: 120] s. 36.

²³² 本段落については、Borgeke & Heidenborg [2016] s. 53 f.

²³³ 本段落については、Borgeke & Heidenborg [2016] s. 54 f.

²³⁴ Se t.ex. [Prop. 1987/88: 120] s. 100.

²³⁵ 本段落については、Borgeke & Heidenborg [2016] s. 55.

はない。制裁選択過程は、ここでの拘禁回避の可否により二股に分かれる。

拘禁回避がなされた場合における条件付判決と保護監督の選択については、7条1項と9条1項が定める。両者の選択判断は基本的に再犯の危険性による。条件付判決を選択する場合には、原則として日数罰金を併科しなければならない。保護監督を選択する場合には、日数罰金を併科することも可能であるが、その必要性は刑罰価値等に鑑みて判断される。

拘禁回避がなされなくても、拘禁に代えて条件付判決または保護監督を適用する「特別な理由」がある場合、および、拘禁の併科された保護監督を言い渡さうる場合には、なお拘禁を回避することができる。制裁選択の基礎である量刑価値の程度に沿って整理すれば、次の通りである（ただし、あくまで目安である）。まず量刑価値が非常に重い場合（2年以上の拘禁）に拘禁回避の手段として用いるのは、「契約治療保護の併科された保護監督」（9条2項3号。ただし、上注（174）でも言及した通り、契約治療保護は基本的に薬物犯罪者を念頭に置いた制度である点に注意を要する。また、やはり薬物犯罪の場合に、被告人がこれに比しうる処遇を既に自ら受け始めている場合は同2号にあたる）である。続いて、量刑価値が比較的重い場合（1年以上2年未満の拘禁）では、契約治療保護のほか、「拘禁の併科された保護監督」（11条）を言い渡す余地も出てくる。さらに、量刑価値が比較的軽い（6月以上1年未満の場合）が、罪種価値や前科との兼ね合いで4条による拘禁回避がなされなかった場合については、拘禁に代えて条件付判決または保護監督を言い渡す「特別な理由」があれば、拘禁を回避しうる。具体的には、まず、「被告人の人格的または社会的状況に明らかな改善が生じたこと」を理由に制裁を保護監督にとどめ（9条2項1号）、あるいは「社会奉仕命令の併科された保護監督」（9条2項4号）を言い渡すという手段があり、また、「社会奉仕命令の併科された条件付判決」（7条2項）を言い渡すこともできる。最後に、量刑価値が非常に軽い（14日以上6月未満の場合）には、そもそも4条を通じて拘禁回避がなされるのが通常である。

結語

以上、本章では、スウェーデン量刑法の立法経緯（生成）と規定内容（構造）を紹介・検討した。それらの要約は、I. 4. およびII. 4. で行なったため、ここでは繰り返さない。

こうして呈示されたスウェーデン量刑法の生成と構造を捉え返すと、そこには、本章では追いきれなかった断絶があるようにも見える。というのもまず、一方で、スウェーデン量刑法の生成をみれば、それが（少なくとも主要な側面では）「均衡原理」の徹底的な志向に貫かれていると言える。他方で、スウェーデン量刑法の構造をみれば、そこには、量刑基準のきわめて緻密かつ体系的な法制化を通じた、量刑レベルでの罪刑法定主義の強固な保障—言い換えれば、「量刑の合理化と透明化」の、一つの徹底された立法的解決—をみてとることができる（同時に、それが、例えば刑の数量化については基本的に実務に委ねている点で、量刑の一定の柔軟性をも確保していることも注意に値しよう）。その両方が、スウェーデン量刑法の、おそらく比較法的にも稀な美点であるといえる。しかし、この両点を量刑理論

的な関心から観察するときには、次の疑問が生まれる。すなわち、この「幻惑される」²³⁶ほどに複雑なスウェーデン量刑法の体系を、均衡原理という最上位の量刑基準と、少なくとも矛盾なく説明することは可能なのだろうか？

筆者自身は、おそらくそれは（ほとんどの部分では）不可能でないと見立てている²³⁷。可能であるとすれば、それが意味するのは、スウェーデン量刑法に示された詳細な諸々の量刑事情が、均衡原理という理論的基盤との明確な結びつきを得るということである。そうなれば、わが国の量刑理論にも大きな示唆が与えられると思われる。というのも、「量刑の合理化と透明化」という目標に向けて量刑理論を展開する上では、その具体的基準化可能性、すなわち具体的な量刑事情の考慮（その考慮の根拠、評価方向、重みづけ、それに基づく刑の数量化過程）に関する説明・批判能力を志向した検討が重要性を増してくると考えられる。この点で、量刑の各考慮要素を詳細に分節化し体系化するスウェーデン量刑法を参照することには、いわば問題発見的な機能を期待できる。もっとも、その一方で、上記の説明・批判能力を備給するのはやはり、究極的には、上位の理論／概念であると言わなければならない。この点では、スウェーデン量刑法（のとりわけ生成過程）にみられる均衡原理への徹底的志向が参照に値する。というのも確かに、同法には、均衡原理との関係が疑われる要素も含まれているが、同時に、同法およびその解釈には、常に均衡原理との関係に配慮し、それに関連しない論拠を容易には認めないという態度が通底している。その意味で、スウェーデン量刑法はやはり「均衡原理を徹底した（ないし、徹底しようとする）量刑モデル」であると言えるのであり、このような態度があつてこそ、諸々の量刑事情は、わが国とは異なる視点から説明が試みられることになって（例えば、わが国の常識では特別予防からの説明が当然視される事情が、それとは異なる根拠から説明される）、それを我々は新鮮な印象をもって参照することができるのである。

本章は、このような問題意識のための予備的作業として、スウェーデン量刑法の生成と構造を示した。次は、量刑事情の説明能力を根底的に支えるもの、すなわち均衡原理の理論的基礎としての刑罰論の検討が要請される。この刑罰論と、それを基礎とした量刑基準としての均衡原理の理論的構造について一定の視座が得られたとき、我々は再び、今回よりも具体的な形で、スウェーデン量刑法の比較法的参照に立ち戻ることができるであろう。

²³⁶ 坂田 [2012] 61 頁。

²³⁷ その若干の方向性は、本章 I. 2-3-2. から 2-3-4. において述べた。ただし、制裁選択規則において均衡原理との関係が問題となりうる要素、とりわけ罪種価値については検討が及ばなかった（委託制裁と契約治療保護も重要な論点を構成するであろう）。

第II部 量刑における均衡原理の刑罰論的基礎づけ

第2章 刑罰論の概念的・方法論的考察：相対的応報刑論の再検討

序論

1. 本章の問題意識と目的

量刑（基準）論は、刑罰（正当化）論に関する何らかの態度決定を前提とする。したがって、量刑基準論における「（犯行）均衡説」¹に着目し、その擁護と展開を目指す筆者は²、刑罰論に関して一定の態度を決定する必要がある。しかし、筆者の見立てでは、わが国の刑罰論は、「いかなる刑罰論が正しいか」という問題以前に、各々の立場をめぐる概念的な問題（例えば、「相対的応報刑論は正しいか」という以前に、それはいかなる立場であるのかという問題）に関して更なる明確化の余地を残しており、かつ、それと関連して、「刑罰論はいかなる諸問題を問うべきなのか（問おうとしているのか）」というメタ的なし方法論的な問題³に関する整理・検討を充分に行っていない。これが本章の問題意識である。

その上で、本章の目的は次の通りである。第一に、刑罰論が問うべき諸問題（達成しようとする諸課題）を整理・明確化する。その際には、英米圏における議論、特に、イギリスの刑法哲学者であるヴィクター・タドロス（Victor Tadros）による整理を参照する（本章I.）。第二に、こうして得られた視座に照らして、まず、わが国における刑罰論の基本的立場であるところの「応報刑論」と「目的刑論」を取り上げ、それらはどのような主張を試みる理論であり、両者の境界線はどこにあるのか、ということを検討する。その上で、応報刑論と目

¹ 量刑における均衡説は、さしあたり、「量刑基準を『犯罪行為にふさわしい刑』のみに求める立場」と定義できる。第1章注（30）および（31）に掲げた文献を参照。

² この観点から、第1章では、均衡原理を徹底した量刑モデルを示すスウェーデン量刑法について、その歴史と現況を概観した。

³ この点、高橋〔2017〕5-6頁は、「刑罰論が直面する課題」の「一つ目は、方法論にまつわる問題群である。これは、刑罰について論ずるためのメタ理論的問題群と評することもできるであろう」とした上で、具体的には概ね次の四点を挙げる。すなわち、①刑罰の定義づけ、②刑罰論の諸目標の画定とそれらの相互関係の整序、③諸々の刑罰論の優劣に関する判定基準の構築・共有（およびそれに伴う刑罰論の存在意義の再確認）、④刑罰の現実と理論が乖離している場合の対処法の認識である。この中で本章が重視するのは、②および③である。

的刑論の中間に位置する「相対的応報刑論」を改めて整理・検討し、この理論には未だ、その延長線上で、刑罰論の重要課題を達成しうるポテンシャルを見出すことができることを示す(本章II.)。そうすることで、刑罰正当化論の(少なくとも、一つの)究極的課題と言いつつ「責任と予防」の相剋を解決するための展望を、従来とは異なった視点から、ある程度照らし出すことができるものと思われる。これが、本章の最終的な目的である。

以上が本章の問題意識と目的であるが、このような問題意識が持たれるべき理由は、まだ述べていない。すなわち、この問題意識は、「従来の刑罰論には何らかの問題が存在し、かつそれは、刑罰論の概念的・方法論的考察が不十分であることに起因する」という認識を前提とするところ、それでは一体何が問題なのか、ということをも未だ述べていない。そこで以下では、概念的・方法論的考察によって解決されるべき刑罰論の問題(さしあたり「問題状況」と呼称する)を概略的に示しておく。そしてそれは、相対的応報刑論をめぐる、概念的混乱というべき状況に最もよくあらわれている。

2. 問題状況：相対的応報刑論をめぐる概念的混乱

相対的応報刑論⁴はわが国の刑罰論における通説であるといっても、少なくとも今はまだ、誤りではないであろう。ただし、通説とはいっても、大いに疑われている通説である。相対的応報刑論と対抗的な位置にある近年の新たな理論潮流としては、「積極的一般予防論」⁵、「応報刑論のルネサンス」⁶、そして「表出的刑罰論」⁷が挙げられよう。中でも特に、積極

⁴ 相対的応報刑論に関する文献の引用は本章II.で行う。

⁵ 積極的一般予防論に関する最近の包括的研究として、中村(悠) [2012] 244頁以下、中村(悠) [2012a] 208頁以下、中村(悠) [2012b] 134頁以下、中村(悠) [2012c] 164頁以下参照。その他、わが国における、積極的一般予防論の紹介・検討を含む文献としては、中村(悠) [2012] 251頁注(9)および289頁注(146)に掲げられた文献と、小池(信) [2008] 29頁注(96)に掲げられた文献に加えて、三代川 [2016] 6頁以下、小林(憲) [2010] 47頁、松宮 [2008] 492頁以下、安田 [2006] 8頁以下、杉山 [2006] 147頁以下、増田 [2004] 51頁以下、本庄 [2002a] 439頁以下、吉岡 [2001] 44頁以下、林(幹) [1995] 1頁以下、岡上 [1993a] 61頁以下、伊東 [1993] 299頁以下など参照。

⁶ ドイツにおける応報刑論のルネサンス(特に、カント刑罰論の復興)に関する最近の包括的研究として、飯島 [2016] 参照。そのほか、わが国におけるその紹介・検討を含む文献としては、鄭 [2020] 115頁以下、鄭 [2020a] 83頁以下、川口 [2019] 35頁以下、飯島 [2017] 11頁以下、中村(悠) [2012a] 248頁以下、玄 [2011] 111頁以下、小池(信) [2008] 52頁以下、岡上 [2006] 200-201頁、松生 [1997] 1頁以下、松生 [1998] 25頁以下など参照。

⁷ “expressive theory of punishment”と総称され、「表明的」、「表現的」といった訳語も宛てられるほか、「コミュニケーション的刑罰論」という呼称も用いられる。その内容も一義的なものではないが、ここでは、ファインバーグの理論(Joel Feinberg, ‘The Expressive Function of Punishment’ in Feinberg [1970] 95 ff. 邦訳として、ファインバーグ [2018a] 489頁以下)の流れを汲む、英語圏の諸理論から影響を受けたものを念頭に置いている。わが国における、その紹介・検討を含む文献としては、松澤 [2019] 63頁以下、高橋 [2021] 504頁以下、竹内 [2018] 261頁以下、小池(信) [2008] 60頁以下、辻脇 [2007] 58頁以下、宿谷 [2005] 67頁以下、瀧川 [2003] 197頁以下、高橋 [2018] 176頁以下(当該箇所初出は2003年)、高橋 [2003] 40頁以下など参照。

の一般予防論は多くの注目と支持を集めているように思われる。

ところで、相対的応報刑論と、その有力な対抗馬である積極的一般予防論の典型的主張を比較すると、両者の対立点は明確であるようにみえる。量刑論との関係性を視座に据えつつ、簡潔に整理すれば次のようになる。

まず、相対的応報刑論（の現代における標準的形態⁸）は、刑罰の犯罪予防目的と応報目的をともに考慮する二元論であり、具体的には、目的刑論を基調としつつ、それを応報の要請によって消極的に制約する。この制約がもたらす重要な帰結の一つとして、（量刑における）消極的責任主義がある。それによれば、一方で、責任相当刑の範囲を超えて刑罰による犯罪予防目的が追求されることはないために、いわば予防刑の暴走を防ぐことができ、他方で、責任は刑罰を根拠づけるという主張にコミットしないでおくことができる。責任の刑罰根拠づけ機能をなぜ肯定できないかといえば、それは不当な絶対的応報刑論の（部分的）肯定に至ると考えられているからである。逆に言えば、以上の脈絡のみからは、責任相当刑の「下限」は導かれえない。なぜなら、責任に刑罰根拠づけ機能を認めない以上、それが「最低限科すべき刑」を要請する理由はないからである⁹。このような相対的応報刑論が抱える刑罰論上の問題はもちろん、予防目的を応報の観点から制約できることの根拠の所在である。換言すれば、「（消極的）応報」あるいは「（消極的）責任主義」という横からの制約はいかにして根拠づけられるのかという問題である¹⁰。

積極的一般予防論（正確には、実証的なタイプのそれ¹¹）は、処罰を通じた「国民の規範意識の維持・覚醒」ないし「司法に対する国民の信頼の維持」を目的とする一元論である。その眼目は、「責任に応じた刑罰が正しいと感じられる刑罰であって、もっともよく規範予防の目的を果たす」¹²という経験的命題によって、目的刑論の前提と、責任相当刑（応報刑）

⁸ 「抑止型相対的応報刑論」である。詳細は本章Ⅱ. 2-2. を参照。

⁹ 以上のような脈絡を量刑論において純粋な形で展開するものとして、城下 [2009] 3頁以下および246頁以下参照。これに対して、例えば違法性の実質（の一部）を刑罰の一般予防目的により基礎づける小池信太郎は、不法には刑罰根拠づけ機能を認めつつ、犯罪論体系上のいちカテゴリーとしての責任（その意味で、違法評価を前提とするところの量刑責任よりも狭義の責任）にのみ刑罰の消極的制約機能を肯定し、その帰結として、量刑責任の刑罰根拠づけ機能を（そこに含まれる不法の限りで）肯定する（小池 [2004] 315頁参照）。このように、犯罪の実質を予防目的と関連づけるのであれば、それが刑罰を根拠づけうることは、相対的応報刑論を前提としても当然に認められる。換言すれば、ここにおける相対的応報刑論の論理的帰結は消極的応報主義（応報の要請は刑罰を限定づけるのみであって、それを根拠づけるものではないということ）であり、それが上記の意味での消極的責任主義と同義であるかどうかは、責任概念と応報概念の関係に関する解釈によるということになる。

¹⁰ ここでは、瀧川 [2017] 24頁を挙げておく。

¹¹ すぐに述べるように、積極的一般予防論とは、ごく大まかに言えば、犯罪の適切な処罰を通じた、刑事司法に対する国民の信頼の維持を刑罰目的とする見解であるといえるが、その内部では大きく分けて、この「信頼の維持」を社会心理的事実として実証的・経験的に把握する見解と、これを規範の確証そのものとして観念的に把握する見解とが存在する（松宮 [2008] 492頁参照。より詳細な整理として、中村（悠） [2012] 290頁以下参照。さらに、松原（芳） [2017] 6-8頁も参照）。ここで念頭に置いているのは前者である。

¹² 岡上 [1993] 107頁。ただし、論者はその後改説している。岡上 [2006] 200-201頁参照。

の枠内に収まった処罰という帰結とを両立させる点にある。この見解を量刑論に反映させると、責任の刑罰根拠づけ機能は、それが積極的一般予防効果を実現することを理由に肯定される(つまり、これを肯定しても絶対的応報刑論の主張にコミットしたことにはならない¹³)。したがって、責任は刑罰の上限のみを画するという発想も導かれない。むしろ上述した通り、責任に応じた刑を科するべきであるという制約は、積極的一般予防目的そのものに内在しているということになるのである¹⁴。このような積極的一般予防論に対する批判は、次の三点に整理される¹⁵。第一に、経験的問題として、積極的一般予防効果は実証困難である¹⁶。第二に、規範的問題として、特に量刑上の帰結との関係で、責任主義に期待されるべき予防刑制約機能を維持しえない。別の言い方をすれば、「(規範的に)正しい」刑と「正しいと感じられる」刑とは異なっているのであって、前者の観点から国民の処罰感情に歯止めをかける理論的契機をもっていない¹⁷。第三に、これも規範的問題として、被処罰者は(積極的一般予防)目的を達成するための手段として扱われることになってしまう、ともいわれる¹⁸。

しかしここで、改めて両理論の対立点(相互排他性)を明確化しようと試みると、むしろ両者は、それぞれ異なる論点に関する各自の回答を主張しているだけであることがわかる。つまり、相対的応報刑論と積極的一般予防論は、必ずしも相互排他的な理論ではない。

まず相対的応報刑論をみると、その主張の核心は、「たとえ刑罰が犯罪予防に役立つとしても、それは応報(これが責任と等式で結ばれることは自明でないが、しばしば前提とされる)

¹³ 岡上 [1993] 107 頁参照。

¹⁴ 岡上 [1993] 93-94 頁、108-109 頁参照。

¹⁵ 中村(悠) [2012] 321-324 頁参照。

¹⁶ この問題点は犯罪予防効果を援用する見解一般に妥当するものであるが、これを特に強調する見解として、吉岡 [1984] 190-191 頁、吉岡 [1997] 17-20 頁参照。これに対して、一般予防効果の実証可能性そのものは否定せず、積極的一般予防効果の実証困難性を指摘するものとして、所 [1998] 116-117 頁、本庄 [2002a] 159-160 頁参照。ただし、注意すべきことに、そもそも犯罪予防効果の実証には、0 か 1 かではない、いわば証明度のような程度の差を認めることができるのであって、かつ、刑罰正当化のために、例えば一点の疑義も許されない自然科学的証明を要求すべき必然性はないというべきである。この点ではとりわけ、松原(芳) [2015] 75 頁、小池(信) [2008] 36-37 頁、本庄 [2002a] 160 頁注(230) 参照。

¹⁷ これは、実証的な積極的一般予防論に固有の難点となるであろう。この種の批判として、野村(健) [2020] 422 頁、小池(信) [2008] 46-49 頁、安田 [2006] 15-16 頁、曾根 [1997] 379-380, 395 頁、岡上 [2006] 199 頁など参照。

¹⁸ いわゆる「手段化禁止原理 (Instrumentalisierungsverbot)」に抵触することを理由とする。ドイツ観念論上の議論の流れを汲む批判であり、目的刑論一般に妥当しうる。すなわち、まずカントによれば、犯罪予防という社会全体の利益のために人を刑罰によって犠牲にすることは、「人間が他の人の意図のための手段としてのみ扱われること、物権の対象と一緒にされること」になるため、許されない(カント [2002] 178 頁)。またヘーゲルによれば、刑罰でもって人を威嚇することは、「人間を自由ならざる者として前提し、そして害悪の表象によって強制しようとするもの」であり、「あたかも犬に杖を振り上げるのに似ていて、これでは人間はその名誉と自由との面から取り扱われず、犬のように取り扱われることになる」ため、許されない(ヘーゲル [2021] 245-246 頁)。この論拠を援用するものとして、松宮 [2006] 41-42 頁、飯島 [2016] 24, 98-99 頁など参照。また、曾根 [1997] 394-395 頁、高橋 [2018] 21 頁、大谷 [1977] 73 頁なども参照。

によって規範的に制約されなければならない」というものである。つまりその構造は、刑罰が有する経験的機能を規範的に制約する、という二段構えの形をとる。中でも力点が置かれるのは、第二段階の部分、すなわち、刑罰に対する規範的制約の必要性である。それは、仮に刑罰に犯罪予防効果があったとしても、犯罪予防目的のみを追求する場合には無制約な重罰化が要請されるはずであるという経験的仮説を前提として、それゆえ予防刑には応報による(消極的な形での)規範的制約が必要である、というように議論を展開するのである。これに対して、(上述した限りでの)積極的一般予防論が主題とするのは、刑罰の予防効果に関する経験的仮説だけである。つまり、その主張の核心は、「刑罰の予防効果を追求しても、無制約な重罰化が招来されるわけではない。なぜなら、無制約な重罰化はむしろ、国民の司法に対する信頼を毀損することで国民の遵法性の低下を招き、したがってかえって刑罰の予防効果を減殺するからである」という経験的仮説にある。その一方で、積極的一般予防論は、そのような予防効果を有する刑に対する規範的制約の必要性に関しては何も語っていない。だからこそ、上記のような、国民の処罰感情に歯止めをかける理論的契機を有していないという批判が向けられるのである。

逆に言えば、これが重要であるが、積極的一般予防論を基調としつつ、積極的一般予防刑に対しては規範的制約が必要であるという構成をとることは論理的に可能である¹⁹。つまり、刑罰の一般予防効果は、責任相当であると感じられる刑の実現を通じてもっともよく実現されるという経験的仮説をとりながら、しかし時には、応報にかなっていないと感じられる刑と、規範的意味で真に応報にかなう刑との間には齟齬が生じる可能性を排除できないため、結局は規範的意味での応報による制約が必要である、とするのである。実際、仮に、積極的一般予防効果の観点から責任主義や均衡原理と外観上類似する指針が導かれたとしても、それは経験的事情の流動によって常に覆されうる弱い原理・原則にしかなりえない以上²⁰、この結論を回避するためには、責任主義や均衡原理を規範的制約として導入することは避

¹⁹ このような構造を示す刑罰論の例を量刑論の文脈から挙げると、例えば小池信太郎は、主要な刑罰目的として積極的一般予防目的を承認しつつ、これが不法の実体と結びつけられるという犯罪体系論上の理解を前提とした上で、違法評価を通じた一般予防目的の追求を「国民の人権・自由」を保護する観点から消極的に制約する契機として、(量刑責任ではなく、犯罪論体系上のいちカテゴリーの意味での)責任(主義)を位置づけるのである(小池(信) [2008] 33頁以下、特に50頁参照)。さらに、城下 [2009] 5頁も、「量刑における一般予防は、〔行為責任の範囲内で：引用者注〕行為者の再社会化に資する刑罰を科すことが、同時に(反射的效果として)国民に納得され受容されることをもって達成されると解すべきであるように思われる」として、相対的応報刑論の枠組みに積極的一般予防を取り込んでいる。ただし、こちらの見解は、積極的一般予防目的は法定刑の範囲内において再社会化に資する形で量刑を行うことによって十分に実現されるものであり、その意味で量刑を左右する独立の要素ではないという考えを主たる根拠として、量刑の段階では積極的一般予防目的よりも特別予防目的を優先させるという理解、言い換えれば、量刑段階での積極的一般予防効果は、特別予防効果に最も資する量刑の付随効果に過ぎないという理解を採用するものである点に注意を要する(城下 [1995] 132, 136頁参照)。

²⁰ 端的な指摘として、高橋 [2018] 138頁及び同頁注(10)参照。飯島 [2016] 9-10頁も参照。

けられないであろう²¹。そして、その際には、予防目的にかなう刑をそれとは別個の原理により制約することの根拠は何かという、相対的応報刑論が抱えていた問題が再来することになる。言い換えれば、積極的一般予防論は、相対的応報刑論が一番気にかけていたはずの問題に何ら答えていないのであって、かつ、この問題に答えることを無用とするものでもないのである。これと同じことは、相対的応報刑論の側からも記述できる。すなわち、相対的応報刑論を基調としつつ、しかしそこにおける刑罰の予防効果に関する経験的仮説として積極的一般予防効果を取り込んだ上で、それに対しては規範的制約が必要であるという構成をとることは論理的に可能である。その内容は、上述した「規範的制約を認める積極的一般予防論」と一致する。したがって、相対的応報刑論と積極的一般予防論は、それ自体で相互排他的な理論なのではない。いずれにおいても、何が正しい経験的仮説であり、何が正当な規範的制約であるのかということだけが問題なのである。

それゆえ、重要なのは、ここにおいて解くべき問題は（少なくとも）二つあるということである。その問題とは、「経験的仮説」の検証と「規範的制約」の論証である。上述した意味での積極的一般予防論と、相対的応報刑論の、いずれかが正しくいずれかが誤っているというものではない。本当の問題は、それ以前の段階に存在しているのである。この認識は、「刑罰論はいかなる諸問題を問うべきなのか」というメタ的なないし方法論的な問題に関する自覚的な整理・検討を通じて、はじめて得ることができる。したがって、いかなる刑罰論を展開する場合でも、第一に、この点の分析が必要となるのである。

以上から得られた教訓をより抽象的に述べれば次のようになる。すなわち、相対的応報刑論をめぐる従来の議論は、「刑罰論はそもそも何を論じるべきか（何について論じているのか）」という点をめぐって深刻な概念的混乱を抱えている。「相対的応報刑論か、積極的一般予防論か」という問いの立て方そのものに、既に問題意識のすれ違いが含まれているのである（このようなすれ違いは、他の刑罰論との関係でも指摘することが可能であろうが、ここではこれ以上追究しない）。そして、なぜこのようなメタ的なないし方法論的な問題が自覚されにくいのかといえば、それは、刑罰正当化論とは刑罰目的論であり、かつそれに尽きるという無根拠かつ不当なドクサに、無意識のうちに支配されているからではないだろうか。しかし、次のことを忘却してはならない。すなわち、「『刑罰の意義とは？』『刑罰の本質とは？』といった刑罰をめぐる根本的な問いは、必ずしも一義的な内容のものではなく、しばしば無自覚なまま複数の問いを含んだものとなっている」²²。これに、「刑罰の目的とは？」と付け加えても、趣旨は変わらないであろう。全てを刑罰目的、それも、ひとつの刑罰目的に収斂させる（ことを至上の目標とする）論証形式ないし方法論は、必ずしも自明視しうるもの

²¹ この点、高橋 [2018] 137 頁は、前田（雅） [1998] 33 頁以下、264 頁以下に示された積極的一般予防論類似（小池（信） [2008] 31 頁参照）の見解を批判する文脈で、次のように述べる：「（…）経験的な事実としての国民の規範意識や国民の納得といった要素だけによって刑罰を適切に限界づけることはできず、そのような国民の規範意識を正当化する規範的な論拠が同時に示されなければならないのである。だが、この見解では、この点の考慮は、刑罰論の外に置かれることになる。ここに、この見解の問題点があるように思われる」。

²² 松原（芳） [2016] 63 頁。

ではない。というのも、犯罪社会学の文脈における指摘であるが、「〔引用者注：処罰に関する様々な社会学的理論を分析・援用するときには、それぞれの理論が〕別のアプローチと別個の焦点を持っているものとして取り扱うのであれば、多様な見方と関係する複雑な現象を理解するために、それらのパースペクティブを統合してはならないという原理的な理由は存在しない。(…)すべての理論が『処罰の本質とは何か』や『処罰のただ一つの原因(*the cause*)とは何か』という問いに答えようとしていると考えてしまえば、(…)不必要なまでに還元主義的で一次元的な傾向を持つアプローチが生じてしまう」(傍点は原文斜体)²³。同じことは、刑法学としての刑罰理論にも妥当するように思われる。すなわち、「還元主義的で一次元的」な理論には確かに魅力もあるが、我々は、一旦はその誘惑を退け、先決問題として、複数の問いを複数の問いとして言語化・定式化するという作業に取り組むべきである。このような観点からみれば、相対的応報刑論は、「目的」二元論という論理的誤謬を抱えた自己規定に陥りつつも²⁴、その中で(おそらく無自覚に)、刑罰の犯罪予防効果に関する「経験的仮説」とそれに対する「規範的制約」という正しい「複数の問い」を潜在させていた点で、一定の評価に値する。言い換えれば、相対的応報刑論は直ちに廃棄されるべきのではなく、むしろ今もなお、よりよく分析される余地を残している。相対的応報刑論の「乗り越え」がありうるとしても、それは、この立場がいかなる主張を試み、そのためにいかなる点を論証する必要があるか、その過程でどのような難点を抱える理論であるのか、ということ十分に認識した後で、はじめて可能となる事柄である。そのためには、刑罰論の概念的・方法論的考察が必要である。

I. 刑罰論が問うべき諸問題の明確化：タドロスの議論を参照して

1. 刑罰の直接的正当化と深層的正当化

序論でその一端を明らかにしたように、刑罰論に関するこれまでのわが国の議論は、そもそもそこで「何について論じるべきなのか」というメタ的なないし方法論的な問いに対して、必ずしも十分な反省を行なってこなかったように思われる。しかし、刑罰論において論じる必要のある主題は、「刑罰の正当化根拠」ないし「刑罰目的」というような単一の概念に還元されうるほど、単純なものではない。この点を明確化する上では、イギリスの刑法哲学者であるヴィクター・タドロス(Victor Tadros)による整理²⁵が参考になる。

²³ Garland [1990] 13. 訳文は、基本的にガーランド [2016] 16 頁によっている。

²⁴ この限りで、相対的応報刑論は「『刑罰に目的はない』、『刑罰に目的はある』という論理的に排斥し合う2つの命題を、単純に併置したものである点で論理的矛盾を抱えているという評価(小林(憲) [2010] 408 頁)は正当である。そして、その解決を図る際には、どちらかの命題を選びとることではなく、相対的応報刑論という構成を諦めることでもなく、「無目的(自己目的)」および「目的」というように目的概念と素朴に関連づけて呼称されてきたところのこれらの観念に、より明確かつ実体に即した概念規定を与えることによって、相対的応報刑論の問題性を正確に言語化し、理解することから始めなければならない。

²⁵ Tadros [2011] 21-40.

前提として、英米圏における刑罰正当化論は伝統的に、「応報主義 (retributivism)」と「刑罰論上の²⁶帰結主義 (consequentialism)」の対立を軸に展開されてきた。両立場の定義方法自体が一個の問題ではあるが、「伝統的な刑罰の帰結主義的正当化が主張したのは、大まかに言えば、刑罰は、それにより得られる (善い) 帰結によってのみ正当化されうる、ということであった。その一方で、刑罰の応報主義的正当化が主張したのは、大まかに言えば、刑罰は、それが相応である (deserved) ということによってのみ正当化されうる、ということであった」²⁷。ところで、これら二つの立場は、しばしば、次の二つの規範倫理学上の立場と関係づけられる。すなわち、「義務論 (deontology)」と「帰結主義 (consequentialism)」²⁸である²⁹ (以下、単に「帰結主義」と述べるときは、必ず、規範倫理学上の立場としての帰結主義のことを指す。これと、「刑罰論上の帰結主義」とは、常に区別する。その一方で、「帰結主義」

²⁶ 「刑罰論上の」という限定を付す理由は、詳しくは本文で後述するが、ここにいう「帰結主義」と、規範倫理学上の立場としての「帰結主義」とでは意味が異なり、両者に必然的な結びつきも存在しないためである。

²⁷ Zaibert [2006] 7. Cf eg Dolinko [2011] 405 ff; Tasioulas [2010] 682 ff.; Alexander [2004] 816 ff; Duff [2001] 3 ff; Boonin [2008] 37 ff, 85 ff. なお、主に比較的古い文献においては、「応報主義／功利主義」という対比が用いられていることも多い (とはいえ、刑罰論の文脈では、ほとんどの場合、帰結主義と功利主義は同義語として扱われているように思われる。これに対して、規範倫理学上の帰結主義と功利主義の関係については、下注 (28) 参照)。See eg Ross [1929] 205 ff; Hart [1959] 1 ff (reprinted in Hart [2008] 1 ff); Honderich [2006] 17, 74; Ten [1987] 3; Primoratz [1989] 9-12; Lacey [1988] 16 ff.

²⁸ 「結果主義」とも訳されるが、倫理学・法哲学上、この語は「帰結主義」と訳されることが多い点 (例えば、児玉 [2010] 121 頁、水野 [2018] 93 頁、加藤 [1997] 58 頁、瀧川=宇佐美=大屋 [2014] 5 頁、安藤 [2007] 2 頁など参照)、かつ、ここでは、この倫理学・法哲学上の意味で「帰結主義」という語を用いる点に照らして、「帰結主義」という呼称を採用する。

なお、刑罰論の文脈では、とりわけ古い文献の場合、同じ意味で「功利主義 (utilitarianism)」という語も用いられる (そもそも帰結主義という語は、イギリスの哲学者アンスコムが 1958 年に案出したものとされており、功利主義という語よりも遥かに歴史が浅い。See Anscombe [1958] 12; see also Dolinko [2011] 405, n 20; Sen & Williams [1982] 4, n 3. セン&ウィリアムズ [2019] 26 頁も参照)。規範倫理学上は、帰結主義と功利主義の関係は一般に次のように整理されている。すなわち、「現代の標準的な功利主義の特徴付けは、善を幸福と関係付けて理解する厚生主義 (welfarism)、行為の正しさをその帰結 (結果) で評価する帰結主義 (consequentialism)、帰結を評価する際に個々人の幸福を総和して判断する総和最大化 (sum-making) の三つによるものと思われる」(児玉 [2010] 121 頁。See also Sen & Williams [1982] 3 f. セン&ウィリアムズ [2019] 4 頁も参照)。

各々の内容について補足すると、まず「帰結主義」は本文で定義する通りである。次に「厚生主義 (幸福主義とも)」とは、それ自体で価値のあるものは個人の幸福だけであるという考え方のことであるが、この幸福の内実をめぐることは、これを個人の快樂と捉える快樂説と、個人の選好充足 (その望み・欲求の実現) と捉える選好充足説が対比され、後者が通説であるとされる。最後に「総和主義 (総和最大化)」とは、複数の帰結の善し悪しは、その関係者が享受する効用の総和を大きい順に並べることで判断できるという考え方のことである (以上につき、水野 [2018] 92-94 頁、瀧川=宇佐美=大屋 [2014] 5-6 頁参照)。

²⁹ See eg Moore [1997] 155-159; Zaibert [2006] 175 ff; Berman [2011] 435.

と「功利主義」は、以下では特に区別しない)。簡潔に定義すると、義務論とは、「ある行為の正しさは、(少なくとも)当該行為が『行為者相対的』規範 ('agent-relative' norms)³⁰に適合しているかどうかによって左右される」という考えである³¹。これに対して、帰結主義とは、「ある行為の正しさ (rightness) は、専ら、当該行為が惹起する帰結の善性 (goodness)³²により左右される」という考えである³³。義務論によれば、「(国家は) 犯罪者を、かつ犯罪者のみを、処罰しなければならない」という規範をまず認め³⁴、それが犯罪予防などの他

³⁰ 行為者相対的規範とは、「各個人それぞれを個別的に名宛人とする規範であって、その他の場合における、その者自身または別の者による上記規範に対する適合性の最大化には関心をもたない規範」のことである。これに対して、「行為者中立的規範 (agent-neutral norms)」は、上記適合性の最大化に関心をもつ規範である。敷衍すると、まず「犯罪者は処罰すべきである」という規範があるとす。そして、X, Y, Z という犯罪者がいたとして、X は捕まっているが Y, Z は逃走中であり、あなたが X を逃せば Y, Z の情報を聞き出して彼らを処罰できるが、あなたが X を処罰すれば Y, Z を取り逃がしてしまうとする。あなたはどうすべきか、というのが問題である。ここで、上記規範が「行為者中立的」なものであるならば、X を逃した方が Y, Z という二人を処罰でき、これに対して X を処罰すれば X 一人しか処罰できないのだから、あなたは X を逃すべきだということになる。これに対して、上記規範が「行為者相対的」なものであるならば、それは「その場面」における「あなた」だけを名宛人とした規範であり、その他の場合のことは考慮に入れない以上、ただ規範に従って X を処罰するしかない、ということになるのである。以上の「行為者相対的」と「行為者中立的」の区別については、Moore [1997] 155 f, 687 ff. 堂園 [2018] 111-112 頁も参照。

³¹ Moore (n 29) 155. より一般的には、cf Alexander & Moore [2016] ch 1, 2. 堂園 [2018] 106 頁も参照。

もっとも、義務論という概念は多義的に用いられる傾向にあると同時に、そもそも、純粋な義務論というものは基本的には存在しないのであって、その意味で、義務論というのは(帰結主義と対比する上での) 理念型にすぎないという指摘もなされている点は注意を要する(以上については、児玉 [2010] 127-134 頁参照。なお、義務論概念の多義性については、Greco [2009] S. 120 Fn. 62 にも優れた整理がある)。

³² ここにいう「善」とは、社会倫理ないし道義観念に照らして肯定的評価を受けるものに限られるわけではないということ注記しておく(高橋 [2008] 209 頁注 (1) も参照)。善の定義に関する倫理学上の複雑な論争に立ち入る力量は筆者にないが、基本的には、ここでの「善 (good)」とは「内在的価値 (intrinsic value: それ自体で望ましいもの)」であり、厚生主義を基調として考えるならば、何らかの意味で個人に幸福をもたらすものが内在的価値であるということになる(この点については、安藤 [2007] 94-122 頁、米村 [2017] 35 頁以下、森村 [2018] など参照)。少なくとも、刑罰論の文脈では、犯罪の減少が善であることは自明の前提であるということができ、その一方で、犯罪者に対する害悪賦課そのものを善と云うのかどうか特に問題となる。

³³ Moore [1997] 155. Cf Hooker [2010] 444; Honderich [2006] 86; Boonin [2008] 37. 上注 (28) に掲げた文献も参照。

³⁴ その基礎づけ方法は多様なものでありうるが、例えばムーアは、最終的には「犯罪者は処罰すべきである」という直観そのものに訴える (see Moore [1997] 163-188)。ムーアの見解が直観主義 (intuitionism) と呼ばれる所以である。その背景には独自のメタ倫理学理論が強く作用しているが、ここでは立ち入ることができない。

なお、義務論的な思考枠組みを採用する場合でも、そこで想定される義務の内容は多様であり

の利益に繋がるかどうかとは関係なく、犯罪者があれば、規範に合致するのはその処罰であるということだけを理由に処罰が正当化される。つまり、応報主義に至る。これに対して帰結主義によれば、処罰それ自体は善ではない（悪である）と考える場合には³⁵、処罰が何らかの善（その代表例が犯罪予防効果である）を実現し、かつそれが処罰の悪を最良の形で³⁶上回る限りで、処罰が正当化される。つまり、刑罰論上の帰結主義に至る。

しかしタドロスによれば、この「応報主義＝義務論」、「刑罰論上の帰結主義＝帰結主義」という対応関係は、実は成立しない。その理由は一言で言えば、義務論と帰結主義がそれぞれ自説を修正してくる可能性を考慮に入れていないからである。

まずタドロスは、刑罰哲学の背景にある道徳哲学（倫理学）的正当化のことを「刑罰の深層的（deep）正当化」と呼び、これを「刑罰の直接的（immediate）正当化」と区別する。

「刑罰の深層的正当化」において対立するのは、「帰結主義」と「非帰結主義（non-consequentialism）」³⁷であるとされる³⁸。タドロスの定義では、まず帰結主義とは、「ある行為、ルールまたは実践の正・不正（right or wrong）を決する上で有意味であるのは、その行為、ルールまたは実践の帰結だけである」³⁹と考える立場である。次に非帰結主義とは、「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結だけではない」と考える立場である⁴⁰。要するに、ここにいう帰結主義は、正・不正の判断を専ら帰結の衡量に従って決する立場であり、これに対して非帰結主義は、そこに帰結とは別の考慮（典型的には例えば、拷問が大きな優越的利益を生むとしても、なおそれを絶対に禁ずるといったような、義務論的制約⁴¹）を介在させる立場である（帰結というものをおよそ考えない立場も、

うる。例えば、いわゆるヴォルフ学派によるカント解釈に立脚し、それをみずから敷衍・展開する飯島 [2016] 28-30 頁は、筆者からみれば義務論的刑罰論に映るものであるが、「各人が現実の社会において自己の自由を享受するためには、まず他者との間で相互的に相手を自由な人格として認め合う相互承認関係を形成し、互いの自由な領域というものを尊重し合わなければならない。そして、この相互的な承認関係は、いわゆる社会契約を通じて国家の段階へと拡張され、国家的な法秩序において規範的に普遍的な効力を保障されることになる」という前提から、犯罪によってこのような法秩序の効力が否定された場合には、国家は刑罰によってこれを回復しなければならないという義務を想定する。このように、義務論的刑罰論において想定される義務の内容は、論者によって多様でありうる。

³⁵ 一見、処罰それ自体が悪であることは当然であると思われるかもしれないが、ここにおいて、処罰それ自体は（例えば、犯罪者という悪者には害悪が道徳的にふさわしいという理由で）善であるとする可能性も存在する。その意味で、帰結主義的な応報主義は存在しうる。この点については後述する。

³⁶ 「最良の形で」というのは、「よりよい代替手段が存在しない」という意味で用いている。この点については、高橋 [2018] 132 頁参照。

³⁷ 「非帰結主義」と「義務論」は、一般に、特に区別されずに用いられているように思われる。ただし、下に掲げる非帰結主義の定義と、既に掲げた義務論の定義との間には、明らかにズレがある。このズレについては、本章 I. 3-1. で取り上げることになる。

³⁸ Tadros [2011] 21-22.

³⁹ この定義は、上に掲げた帰結主義の定義と同一の範囲を指すものといえる。

⁴⁰ Tadros [2011] 32. See also Kamm [2013] 261.

⁴¹ 義務論的制約（deontological constraint）とは、「帰結の善悪には還元されない、正しい・不正な行為のタイプを示し、これによってわれわれの行為を制約する」ものである（堂園 [2018] 106

定義上、非帰結主義にあたる)。

以上に対して、「刑罰の直接的正当化」において問題となるのは、「刑罰はいかなる点で善であるのか?」ということである。そこでは次の三つの立場が対立する⁴²。第一は、刑罰にはそれ自体で内在的価値 (intrinsic value) があり、刑罰の正当化にとってはこの内在的価値だけが有意味であるという立場である。この考えは、タドロスの用語法ではないが、便宜上、「内在主義」と呼ぶことにする。第二は、刑罰それ自体には内在的価値はないけれども、別の内在的価値を惹起する手段になる点で道具的価値 (instrumental value) があり、刑罰の正当化にとってはこの道具的価値だけが有意味であるという立場である。この「別の内在的価値」とは、大抵の場合、犯罪予防効果 (犯罪を減少させる効果⁴³) を指し、これが正当化の上で決定的となることは確かであろうが、一応、論理必然的にこれに限定されるわけではない⁴⁴。この考えは「道具主義」と呼ぶことにする。第三は折衷説である。すなわち、刑罰には内在的価値と道具的価値の両方があり、刑罰の正当化にとっては両方とも意味であるという立場である。この考えは、「折衷主義」と呼ぶことにする。

頁)。また逆に、「義務論的特権 (prerogative)」という語もあるが、これは、「行為者に、①公平な善を最大化しない仕方で行為すること、そして、②彼個人の視点から生じた理由にもとづき行為することを権利として認めるものである」(堂園 [2018] 110 頁)。とはいえ本稿では、帰結主義的考慮を遮断する義務論的命題のことを一括して「義務論的制約」と呼ぶことにし、ここにいう意味での制約と特権を特に区別しない。

⁴² Tadros [2011] 21, 23-24.

⁴³ 犯罪が生じている時点で刑罰による犯罪予防は失敗していると言われることがある: 「そもそも、あらゆる犯罪が、すでにその存在それ自体によって、一般予防の有効性に対する反証となっている」(Roxin [1973] S. 10. 邦訳として、ロクシン [1984] 15 頁)。しかし、犯罪予防に関する刑罰の道具的価値を示すためには、刑罰によって犯罪が減少することさえ示されれば十分である (See eg Honderich [2006] 74; Ten [1987] 7; Duff [2001] 204 n2)。もちろん、この犯罪減少による利益は、刑罰のコストを最良の形で優越するものであることが必要となるが、それ以上の「完璧な犯罪予防」を正当化要件として求めるべき理論的根拠は存在しないし、現に犯罪者が存在していることそれ自体は、理論的には意味のない事実である (一定数以上の犯罪者が現れており、言い換えれば、一定程度以下の犯罪減少しか認められず、したがってその利益が刑罰のコストを最良の形で上回るものとなっていない場合にのみ、犯罪者の存在は理論的に有意義なのである)。

⁴⁴ 例えば、「〔犯罪により: 引用者注〕現に生じた有害事態の情緒的な事後処理」(吉岡 [1983] 178 頁。吉岡 [1997] 3 頁以下、とりわけ 9 頁も参照)が行われるという事態もまた、刑罰により実現される、「別の内在的価値」であると言える。それゆえ、同説は「一種の目的刑論であるように思われる」(西田 [2019] 19 頁)という評価は正当であろう。そのほかにも、例えば、刑務所が存在することによる雇用創出効果もまた、刑罰制度により実現される「別の内在的価値」であるといえるかもしれない。ただし、注意すべきことに、これらの価値を正当化根拠に組み入れるためには、さらに、①そのような価値を実現することは国家の正統な関心事たりうるか、②そのような価値の実現のため、行為者に刑罰という犠牲を強制することは正統でありうるか、といった、別個の規範的なハードルを超える必要もある (これらはもちろん、犯罪予防効果や応報的正義を正当化根拠に組み入れる場合にも同様に問題となる。なお、この二つの要素が挙がる理由については、下注 (118) およびその本文部で言及する)。

その上で、次のことが重要である。すなわち、深層的正当化における「帰結主義／非帰結主義」と、直接的正当化における「内在主義／道具主義／折衷主義」とは、論理的に相互に独立した関係にある。具体的に言えば、6通り存在する組み合わせの全てが、理論として成立しうる。整理すれば次のようになる：⁴⁵

- ①帰結主義的内在主義 = 帰結主義 + 内在主義
- ②帰結主義的道具主義 = 帰結主義 + 道具主義
- ③帰結主義的折衷主義 = 帰結主義 + 折衷主義
- ④非帰結主義的内在主義 = 非帰結主義 + 内在主義
- ⑤非帰結主義的道具主義 = 非帰結主義 + 道具主義
- ⑥非帰結主義的折衷主義 = 非帰結主義 + 折衷主義

確認すると、「応報主義」と「刑罰論上の帰結主義」が、刑罰の直接的正当化において対立するということは間違いない。すなわち前者は、内在主義か折衷主義でなければならない。これに対して、後者は道具主義でなければならない。さらに言い換えれば、両者の対立は、「刑罰には内在的価値がある（＝刑罰はそれ自体で善である）と認めるか、認めないか」という点に収斂する。ここで翻って考えてみると、内在主義であれ折衷主義であれ、刑罰はそれ自体で（例えば、正義にかなうから）善であるとして、これを正当化根拠に位置づける点では変わりがない（かつ、この点で両者はともに、道具主義と鋭く対立する）⁴⁶。この意味で、内在主義が応報主義であることは当然であるが、折衷主義もまた、弱い意味での応報主義にあたるといえよう。それゆえ、次のように理解することができる。

内在主義 = (強い) 応報主義
 折衷主義 = (弱い) 応報主義
 道具主義 = 刑罰論上の帰結主義

しかし、刑罰に内在的価値が存在すると認めたからといって、帰結主義を採用できないとは限らないし、かつ、刑罰には道具的価値しか存在しないと認めたからといって、帰結主義を採用しなければならないわけではない。つまり、〔1〕応報主義（＝内在主義または折衷主義）と帰結主義は両立可能であり、〔2〕刑罰論上の帰結主義（＝道具主義）と非帰結主義も

⁴⁵ Tadros [2011] 22 f. ただし、順序は変更してある。また、すぐ述べるように、タドロス自身は①の存在可能性を否定している。

⁴⁶ 折衷主義を、応報主義と刑罰論上の帰結主義のいずれに含めるべきかは、形式論理的には決定しえない問題である。しかし、内在主義者であっても、犯罪が減少するという事態そのものが善であること自体は、否定できないであろう。したがって、犯罪減少の善性よりも、刑罰そのものの善性の方が遥かに論争的な話題であることに疑いはない。そうすると、「刑罰そのものの善性を認めるか、認めないか」という境界に従って線を引くことには合理性がある。それゆえ、これを認める内在主義および折衷主義は応報主義に含め、これを認めない道具主義は刑罰論上の帰結主義に含めるのが適切であると考えられる。

両立可能である。

〔1〕から検討する。応報主義は、帰結主義と両立可能である⁴⁷。

まず、帰結主義的内在主義について検討する。実は、タドロス自身は、この理論構成は存在しえないと考えている。なぜなら、刑罰に仮に内在的価値が認められたとしても、刑罰が同時に、他の道具的価値をも実現していることは否定できない以上、帰結主義の観点から、考慮対象を刑罰の内在的価値に限定する理由はないためであるという（つまり、必ず折衷主義に至るということである）⁴⁸。その背景には、帰結主義とは内在的価値の認められる全ての帰結を考慮する立場である、という理解があるものと思われる⁴⁹。しかし、この理解そのものは妥当であるとしても、刑罰の正当化にとって道具的価値は必要ではない、と考えることは可能なのではないだろうか。すなわち、確かに刑罰は、内在的価値だけでなく、道具的価値をも実現しているはずである（厳密に言えばこの点でも、例えば刑罰による犯罪予防効果を経験的に否定し、他の道具的価値〔例えば応報感情の慰撫〕についても、同様に経験的に否定してゆけば、有意義たりうる価値が刑罰の内在的価値だけになるということは、原理的にはありうるはずである⁵⁰）。しかし、刑罰の正当化にとって必要なのは、その内在的価値だけであって、仮にその道具的価値が一切失われるとしても（例えば、明日、社会が解散するとしても）、刑罰にはなお内在的価値が存在し、それによって刑罰は正当化される、と考える余地がある。言い換えれば、刑罰は確かに道具的価値をも実現するが、それは「うれしい余剰 (a happy surplus)」に過ぎないのであって、正当化にとって独立した意義を有するものではない、ということはある⁵¹。このように考えれば、刑罰の直接的正当化において、帰結主義的内在主義は存在しうる⁵²というべきである⁵³。

⁴⁷ Tadros [2011] 35 f. Cf Moore [1997] 155-159; Cahill [2007] 861-869; Berman [2011] 438-445. 批判的な見解として、Dolinko [1997] 507 ff. さらに、瀧川 [2016] 4 頁、安藤 [2017] 209-211 頁も参照。

⁴⁸ Tadros [2011] 23; cf Dolinko [1997] 513 f.

⁴⁹ Tadros [2011] 33 f.

⁵⁰ Cf Berman [2011] 444.

⁵¹ この点の指摘として、Moore [1997] 155. これはドイツの議論でいえば、例えばフリッシュが、刑罰の予防効果は、仮に存在したとしても、あくまで「二次的効果 (Sekundäreffekte)」であり、刑罰の指導的目的 (leitende Ziel) でないと述べているのと同じことである (Frisch [1988] 140 f.)。

⁵² ただし、帰結主義的な応報主義 (内在主義) は、その成立可能性はしばしば肯定されるものの、実際にその立場を支持する論者はほとんどいない、という指摘がある。Cahill [2007] 861-864. この論者は、帰結主義的応報主義を自覚的に支持するのは自身が初めてである、と述べている (ibid 864)。

⁵³ このように、帰結主義的に刑罰の内在的価値 (としての応報) を認める立場は、一般に「価値論的応報主義 (axiological retributivism)」と呼ばれる。これは、応報が実現されているという世界の状態を善と評価する立場である。これと対比されるのは、応報を実現する行為に出るべきであるという義務に照らして、応報 (を実現する行為) を善と評価するところの、「義務論的応報主義」である (以上については、瀧川 [2016] 4 頁、安藤 [2017] 210 頁参照)。要するに、ここでの用語法と対応させれば、「帰結主義的内在主義→価値論的応報主義」、「義務論的内在主義→義務論的応報主義」となる。

なお瀧川は、これとは別に「帰結主義的応報主義」という語をも用いているが、これは本章が

次に、帰結主義的折衷主義は明らかに成立する。すなわちまず、帰結主義的道具主義は当然に成立する。典型的には、刑罰の犯罪予防効果をプラスに算入し、被処罰者の被る害悪や刑罰制度の運営コスト等をマイナスに算入して、両者を衡量することになろう。帰結主義的折衷主義は、これに加えて「刑罰の内在的価値」を算入するだけで成立する。

続いて〔2〕である。刑罰論上の帰結主義（道具主義）は、非帰結主義と両立可能である⁵⁴。

これについては、非帰結主義的道具主義の成立可能性を考えればよいことになる。とはいえ、このことは非帰結主義の定義からして明らかである。すなわち非帰結主義とは、「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結だけではない」という考え方のことであったが、典型的な道具主義は、この「帰結」の部分に、プラスの要素として「犯罪予防効果」を算入する。これに対して典型的な内在主義は、プラスの要素として「正義にかなった苦難の実現」を算入する（折衷主義であれば、どちらも算入する）。言い換えれば、これらの立場は、専ら「刑罰の正当化に際しては、どのようなものを内在的価値として算入すべきなのか」という問題をめぐって対立しているに過ぎない。そうして見出された内在的価値を追求する際に、（別個の優越的無価値が実現されてしまうということ以外の）制約が存在するのか、しないのかという点については、いずれにおいても、全く語られていないのである。それゆえ、いずれの立場も、「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結（＝実現される内在的価値および無価値）だけではない」という非帰結主義の考え方と両立しうる。タドロス自身の表現でいえば、「帰結主義と非帰結主義の論争は、何が内在的価値であるのかという点での論争ではない。彼らに不一致があるのは、何が内在的価値であるかということではなく、ある物事の正・不正を決する場合に意味を持つのは内在的に価値があるものの招来という帰結だけであるか、ということなのである」⁵⁵。

それでは、帰結主義と非帰結主義の争点は、どこにあるのだろうか。具体例を用いて説明すれば、次のようになる⁵⁶。まず、健康な人間である X に心臓、肝臓、腎臓を提供させれば、X は死に至るが、この臓器提供によって病人 A, B, C の生命が助かるとする⁵⁷。このとき、X という一人の人間の死は内在的無価値であるが、A, B, C 三名の生命の保全は、前者に優

いう意味での「帰結主義的内在主義（および、これを内包する概念としての帰結主義的応報主義）」とは全く意味が異なるため、注意を要する。瀧川によれば、帰結主義的応報主義とは、「悪行に応じた報いをなすことは、結果をよくするがゆえに、正しい」とする立場であると定義し、具体例として、応報を実現することは究極的に抑止機能を果たすと考える立場を挙げている（瀧川〔2016〕7頁）。しかし、ここにおける「応報」は、刑罰の正当化根拠とはなっていない（それは犯罪予防効果である）以上、ここでの用語法によれば、あくまで道具主義（刑罰論上の帰結主義）と呼ぶべきことになる（同旨として、Cahill〔2007〕833 f）。別の言い方をすれば、上述した瀧川の用語法は、「概念／事実としての応報」と「正当化根拠としての応報」（下注（128）参照）を区別しない点で、概念の混乱を招くおそれがあるため、避けるべきであると思われる。

⁵⁴ Tadros〔2011〕37; Berman〔2011〕435 f.

⁵⁵ Tadros〔2011〕35.

⁵⁶ Tadros〔2011〕33 に掲げられた具体例であるが、若干変更してある。

⁵⁷ 倫理学において有名な思考実験であるところの、「サバイバル・ロタリー（survival lottery: 生存くじ）」（ハリス〔1988〕170頁以下。簡潔な紹介として、奈良〔2018〕33頁参照）を簡略化したものにあたる。トロッコ問題（Foot〔1967〕5 ff）の一種であるとも言える。

越する内在的価値である。ここまでのことは、帰結主義者はもちろん、非帰結主義者も同意できる⁵⁸。両者が対立するのはこの先である。すなわち帰結主義を採用するならば、それは帰結だけを考慮する立場である以上、X に対しては、臓器提供を命じなければならない。帰結主義は（基本的に）これを否定する理論的契機を有しない⁵⁹。しかし非帰結主義であれば、例えば「ここで X に臓器提供を命じるならば、それは X を、A, B, C の生命保全のための手段として扱うことになる」という義務論的制約（中でも、いわゆる手段化禁止原理〔means principle〕）から、X に臓器提供を命じることは許されない、と主張できる。

これを刑罰論に引き直せば次のようになる。すなわち、「刑罰は、犯罪予防効果を有する限りで道具的な価値をもち、それだけが刑罰の正当化根拠となる」と述べるのが道具主義である。これを前提として共有した上で、「犯罪予防効果は（別の優越的無価値が実現されるのでない限り）無制約に追求しなければならない」とまでいうのが帰結主義的道具主義であり、これに対して「犯罪予防効果は（別の優越的無価値が実現されない場合でも）なおその実現に一定の制約がかけられる」というのが非帰結主義的道具主義である。したがって、帰結主義的道具主義は、無実の人の処罰によって優越的な価値（例えば効率的な犯罪予防）が実現される場合に、これを否定する理論的契機を有しない（この結論を避ける常套手段としては、「無実の人の処罰は、刑事司法に対する人々の信頼を失わせ、かえって犯罪予防効果を損なうから、長期的に見れば無価値の方が大きい」などとされる。そして、これもまた常套的〔かつ正当〕な批判として、無実の人の処罰が例外的に肯定される可能性は常に残ってしまう、といわれることになる⁶⁰）。これに対して、非帰結主義道具主義を採用すれば、無実の人の処罰により優越的価値が実現されるとしても、それは無実の人を優越的価値の実現のための手段

⁵⁸ ただし、それは帰結主義を基調とする立場であれば同意できるということであって、これに対して、義務論を基調とする「非帰結主義者」は、そもそもこのような思考方法自体をとらないのではないかという疑念はある。詳細は本章 I. 3-1. で述べる。

⁵⁹ そうであるとすれば、「功利主義は個人を全体の、少数者を多数者の犠牲にすることを正当化する」（井上 [2021] 125 頁）という批判が妥当することになる（森永 [2020] 10 頁以下も参照）。これは、規範倫理学において功利主義に対する典型的な論難としてしばしば引き合いに出されるところの、「功利主義は人格の個別性（または別個性）を尊重することができない」という批判と重なり合うものであると思われる。なお、この批判に対する応答方法は、すぐに後述するような、義務論的制約の導入による帰結主義の修正に限られるわけではなく、純粋な帰結主義の維持と両立する応答も考案されている。この点については特に、安藤 [2007] 177 頁以下、227 頁以下参照。ここで、いずれの応答方法が妥当であるか（義務論的制約なる、「(…) 帰結を省みることを禁じるという、帰結主義者にとっては堪え難い代物」〔安藤 [2007] 177 頁〕を導入するのか、それとも、あくまで帰結主義の貫徹を追求するのか）という規範倫理学的争点に立ち入ることはしない。そのような作業は、有益である可能性は十分に高いとはいえ、方法論的に必須のものではないと考えられるためである（下注 (159) 参照）。その上で、私見が義務論的制約という応答方法を（いわば）最良とする積極的理由は、このシンプルな解決策の方が、刑法をめぐって法律家共同体の内部で共有・承認された思考枠組みによりよく合致すると想定される（要するに、この解決策の方がわかりやすい）ためであって、それ以上ではない。

⁶⁰ この種の脈絡として、高橋 [2017a] 215 頁および瀧川 [2017] 20 頁など参照。See also Ten [1987] 17-18; Duff [2001] 8; Boonin [2008] 64-75; Matravers [2000] 17 ff, especially 20-24; Honderich [2006] 94 ff.

として扱うことになるため（手段化禁止原理）、その処罰は例外なく許されない、と主張する余地が残る。しかし、いずれも道具主義である。それゆえ逆に言えば、道具主義をとっても、「無実の者の処罰」が必ず肯定されることにはならない。それはむしろ、非帰結主義をとらないことによる結論なのである。

2. 刑罰正当化における「積極的理由」と「消極的理由」の概念

上にみた刑罰の直接的正当化における三つの立場は、次のようにも整理できる。すなわち、直接的正当化の理由として、内在主義は刑罰の内在的価値（応報の価値）を、道具主義は刑罰の道具的価値（予防の価値）を、折衷主義はその両方を、それぞれ持ち出す。これらの直接的正当化理由は、刑罰を正当化する積極的な理由である。それゆえ、積極的理由と呼ぶことができる。次に、刑罰の深層的正当化における二つの立場は、次のようにも整理できる。つまり、帰結主義は、上述された諸価値／理由の実現手段に制約をかけない。非帰結主義は、この制約をかける。ここにおける制約を根拠づける理由は、上述した積極的な理由を、制約するものにすぎない。その意味で、消極的理由と呼ぶことができる。換言すれば、非帰結主義／帰結主義の区別は、消極的理由の有／無に対応する⁶¹。

ここで気にかかってくるのは、刑罰論に関する哲学的分析においてしばしば持ち出されるところの、「積極的応報主義(positive retributivism)」と「消極的応報主義(negative retributivism)」という対立と、上記の整理との関連性である。これは、オーストラリアの哲学者・メタ倫理学者であった J・L・マッキーによって定式化された区分法である。それによると、まず、積極的応報主義とは「犯罪者は処罰しなければならない」という立場である。これに対して、消極的応報主義とは「非犯罪者は処罰してはならない」という立場である。さらに彼は、「犯罪者は処罰してもよい」という、許容的応報主義も挙げていた⁶²。

積極的応報主義は、応報を、刑罰の積極的な正当化根拠として提示する。すなわち、そこにおいては、積極的意味での応報を理由として、我々は犯罪者を処罰しなければならない、

⁶¹ 厳密に言うと、これは正確ではない。なぜなら、非帰結主義の中には、深層的正当化のレベル以前に、直接的正当化のレベルにおいて既に帰結主義と異なる理論が含まれるためである。具体的には、まず、「義務論的制約は、二通りの仕方であれわれ自身の善の追求を統制する。すなわち、第一に、一定の目的を追求してはならないものとして統制し（たとえば、他者の支配を目的とする場合）、第二に、追求することが許されるあるいは義務づけられている目的であっても、そこへ至る手段を統制するのである（たとえば、待ち合わせに遅れないために他人の自転車を盗む場合）」（堂園 [2018] 114 頁）。つまり、非帰結主義は、言うなれば目的制約型と手段制約型の二類型に区別されることになる。

この点、タドロスは、「非帰結主義」として手段制約型を専ら念頭に置いているものと解されるが、これに対してムーアが採用する定義における「義務論」は、目的制約型にあたる。そうするとタドロスは、この種の義務論を、そもそも議論の射程から外していることになる（瀧川 [2016] 12 頁注 (7) 参照）。この点は本章 I. 3-1. で改めて取り上げる。

⁶² Mackie [1985] 207 (Reprinted in Tonry [2011] 272); see also Moore [1997] 154; cf Zaibert [2006] 188-194. 瀧川 [2016] 2-3 頁も参照。

ということが導かれる。これに対して、消極的応報主義は、応報を、刑罰の消極的な正当化根拠としてしか提示しない。すなわち、そこにおいては、ただ「非犯罪者は処罰してはならない」ということが言われているだけであって、我々はなぜ、どのような場合に、人を処罰しなければならないのか、ということは何も言われていない（例えば、消極的応報主義は、刑罰廃止論とも両立する。非犯罪者は処罰してはならないし、かつ、犯罪者も処罰してはならない、ということも可能である）。この意味で、消極的応報主義は、何らかの積極的正当化根拠（例えば犯罪予防）の存在を前提として、それに対して応報の観点から外在的な制約（これは、「横からの制約〔side-constraint〕」とも呼ばれる⁶³）をかける、という機能をもつ。それゆえ、逆から言えば、消極的応報主義を採用するだけでは、刑罰の正当化を行なったことにはならず、その際には、改めて積極的な正当化根拠を示す必要がある（例えば、犯罪予防効果⁶⁴）。換言すれば、消極的応報主義は、「応報は刑罰正当化の消極的理由である。ただし、刑罰正当化の積極的理由（は少なくとも一つ存在しなければならないが、それ）が何であるかは問わない」という意味をもつ。これに対して、積極的応報主義は、「応報は刑罰正当化の積極的理由である。ただし、他に積極的理由があるかは問わず、かつ、消極的理由（は存在しないかもしれないが、それ）が何であるかも問わない⁶⁵」という意味を持つ。

⁶³ Nozick [2013] 28-30. 邦訳として、ノージック [1992] 43-47 頁。

⁶⁴ Duff [2001] 12; cf Robinson [2008] 234-236.

⁶⁵ この部分は奇妙に思われるかもしれない。そのことは、松原（芳） [2016] 77 頁注（26）における、積極的／消極的応報主義に関する次の定義と照らし合わせると明らかになる。すなわち、「消極的応報とは、（有責な）犯罪行為者でなければ罰せられることはないという意味での刑罰の必要条件としての応報をいう。これに対して、積極的応報とは、（有責な）犯罪行為者は常に罰せられるべきだという意味での刑罰の十分条件としての応報をいう」（なお、Moore (n 29) 154 も、マッキーの定義を引きつつ、積極的応報主義は応報の十分条件性を、消極的応報主義は応報の必要条件性をいう立場である、と特徴づけている）。

問題となるのは後者である。まず、ここでは積極的応報主義を「『犯罪者であれば刑罰あり』でなければならない」と定義している以上、確かに、犯罪者であることは、刑罰が科せられることの十分条件である。しかし、そうであれば、積極的応報主義をとる場合に、消極的理由が存在するはずはない。なぜなら、犯罪者であることは処罰の十分条件である以上、犯罪者である時点で、他のいかなる事情をまつまでもなく、常に処罰されるはずだからである。

以上の疑義は論理的に正しいと考えられる。そのため、最初に提示した積極的／消極的応報主義の定義が不十分であったことを認め、これを若干修正する必要がある。この点、上述したものと同様の疑義が、ドリリンコによってムーアに向けられ（Dolinko [1992] 1628-1630）、ムーアがそれに応答しており（Moore [1997] 173-174）、参考になるため、以下これを筆者なりに敷衍する。

まず我々は、処罰をすべきことの十分な理由（積極的理由）と、処罰をすべきでないことの十分な理由（消極的理由）を区別する。前者について、処罰をすべきことの理由は、論者によって様々でありうる。例えばそれは応報かもしれないし、特別予防の必要性かもしれない。ここで、積極的応報主義とは、「犯罪者であるならば、処罰すべきことの十分な理由がある」という立場のことをいう（ここで十分というのは、処罰すべきことの理由があるというためには応報だけを持ち出せば足りるのであり、特別予防などといった他のものを持ち出す必要はない、という意味である）。しかし、処罰をすべきでないことの理由がどうであるか、ということ、ここでは何も語られていないのである。なぜムーアがこのような修正を行わなければならないかという

このようにみると、直接的／深層的正当化という対比と、積極的／消極的正当化という対比とは、論理構造を同じくするものであり、言ってみれば、前者は後者を抽象化した概念である、ということになる。しかし、このように解するときには、第一に、積極的／消極的正当化という対概念の論理的可能性に関する問題、および第二に、この対概念と、直接的／深層的正当化との関係に関する概念的問題が生じる。そこで、これらについて以下検討する。

なお、消極的応報主義をめぐって関心が寄せられるのは、通常の場合、それに基づいた刑罰正当化論は規範的に妥当であろうか、という問題関心であろう⁶⁶。しかし、本章の課題は、そのような規範的考察の前提たる概念的・方法論的考察であって、刑罰正当化論そのものの検討・展開ではない。したがって、ここでは専ら概念的な問題の検討に取り組む。ただし、本章では最終的に、この消極的応報主義に類似した（つまり、非帰結主義的な）刑罰論の有望性を積極的に擁護することになる。そのため、上記の問題関心については、本章全体の視点から、「結論と展望」において若干ながら言及する。

2-1. 「限定づけるものは根拠づける」という命題の意味

責任主義の意義に関する文脈においては、責任に刑罰根拠づけ機能を認めず、刑罰を限定づける機能のみを承認する見解に対する、アルトゥール・カウフマンによる次のような有名な批判がある。すなわち、「刑罰が結び付けられているあらゆる条件は、同時に刑罰をも限定する——その逆もまた同じである」⁶⁷。それを受けて、わが国でも例えば、「ある事実を限定する原理は、同時にこれを基礎づける原理としても機能しなければならない。（…）責任主義による刑罰根拠づけ機能を否定するとき、同じ責任主義に根差している刑罰限定機能も論理必然的にその基盤を失うことになろう」と言われる⁶⁸。これと同型の批判は、刑罰論の文脈においても援用されることがある。例えば、「併合説的見解の中で、刑罰を正当化する根拠が予防目的にあるとするならば、この場合は、応報という限界枠は『外在的』な制

と、次のような批判を回避するためである。すなわちまず、ムーアの採用する積極的応報主義は、「犯罪者ならば」という形式的なものではなく、「罰に値するような形で不正な行為を有責に行ったならば、罰する十分な理由がある」というものである。そこでは、功績原理により、不正かつ有責な行為の道徳的悪性が重ければ重いほど、値する罰も重くなる、という関係が哲学的に前提とされている。そうなると、きわめて重大な行為があった場合には、それに値する罰として拷問（に匹敵する身体刑）が導かれうるが、拷問されない権利は剥奪され得ないものなのではないか。このような批判である。これに対してムーアは、不正かつ有責な行為の存在は、それに値する処罰をすべきことの十分な理由であって、それとは別個に、拷問すべきでないことの十分な理由は存在しうるのであり、前者が後者に覆されることはありうる、とするのである。

このように理解する限り、積極的応報主義は、犯罪者であることを処罰の十分条件とするものではない、ということになる。以下では、この理解を前提とする。

⁶⁶ 英米圏における消極的応報主義に関する検討・言及は数多いが、最近においてこの点で興味深い業績を複数公表している論者として、リチャード・L・リプケが挙げられる。Lippke [2015] 57-71; Lippke [2014] 49-62; Lippke [2006] 273-295. また、わが国における消極的応報主義の批判的検討として、高橋 [2018] 143-147, 154-157 頁、高橋 [2017a] 216-220 頁参照。

⁶⁷ Kaufmann [1976] 268. 邦訳は、カウフマン [2000] 424 頁を参照した。

⁶⁸ 曾根 [1997] 379 頁。同旨として、岡上 [2006] 201 頁、岡上 [2007] 260 頁。松原（芳） [1997] 93-94, 201 頁も参照。

約原理となるに過ぎないことになる。この場合は、各種の予防目的が刑罰の正当化根拠として適切であるのかという問題に加えて、正当化するものが限界づけになっていないという問題が、つまり、刑罰を基礎づけるものと限界づけるものが異なっているという問題が生じるのである」⁶⁹。

責任の刑罰根拠づけ機能と限定機能を区別できないのであれば、積極的応報と消極的応報の区別もできないことになる。もっとも、このような批判に対しては、これらの機能を分離することが「あたかも形式論理の（あるいは原理的な）レベルで誤っているかのような批判は、説得力を欠いている。重要なのは、責任にいかなる役割を与えるのが妥当なのかという、実質的な判断である」という応答もなされている⁷⁰。とはいえ、刑罰論の概念的・方法的考察を目的とする本章にとっては、積極的／消極的応報主義（および直接的／深層的正当化）という区別の論理的基礎および含意を明確に認識するために、上記批判に対して、まさに論理的な観点から真摯に取り組むことが必要である。

そこで以下検討するが、結論から言えば、この批判は、積極的／消極的応報（ないし責任）主義の意味、あるいは刑罰の根拠づけ／限定づけということの意味について、その義務的な意味と許容的な意味とを明確に区別することによって、回避できるように思われる。別の言い方をすれば、「『刑罰の正当化』には、刑罰が義務的であることの正当化と、刑罰が許容的であることの正当化の二つの異なる意味がある」（傍点は原文による）⁷¹のであって、上の批判は、この二者を区別しないことに起因した、一種のすれ違いに過ぎなかったように思われる。積極的／消極的応報主義の含意は、義務的／許容的応報主義というもう一つの軸⁷²と

⁶⁹ 中村（悠） [2012c] 181 頁。

⁷⁰ 小池 [2004] 258 頁。ここにいう責任の（実質的な）役割として念頭に置かれているのは、「国家刑罰権の行使を枠づけ、人権を保障する機能」であり、言い換えれば、「犯罪予防目的からする功利主義的な科刑の要求を、功利主義的考慮とは矛盾・対立する原理によって遮断する」機能である（井田 [2005] 225 頁。小池 [2004] 303 頁も参照）。このような発想自体は、広く受け入れられているものであると考えられる。例えば、野村（健） [2020a] 16 頁以下、高山 [1999] 269 頁以下（ただし、責任の内容の中でも、違法性の意識などの「責任の消極的要件」にのみ自由保障機能を担わせる）、浅田 [1999] 353 頁、城下 [1995] 117 頁（城下 [2019] 6 頁も参照）、内藤 [1983] 127-128 頁、宮澤（浩） [1979] 193 頁などがあるほか、下注（145）に掲げる「受忍義務説」も、この発想の一種であるといえる。

⁷¹ 瀧川 [2016] 11 頁注（3）。

⁷² 上に見たように、マッキーは、積極的、消極的、許容的という三種類の応報主義を掲げていた。これは、まず積極的応報主義と消極的応報主義が対立するが、この両者の間には、いずれも義務的であるという共通点もあり、その点で、ともに許容的応報主義と対立している、という構造になっている。そうすると、ここにおいて積極的／消極的と義務的／許容的という二つの軸は互いに独立しているため、四つの組み合わせによって応報主義を分類することも可能である（そして、以下の議論にとっては、そうした方が明快性に資すると思われる。なお、マッキーが四つ目、すなわち許容的消極的応報主義を挙げなかった理由は明らかでないが、後述するように、この立場がナンセンスであるからかもしれない）。

参考として、それぞれの立場の帰結を義務論理の言語に置き換えれば、積極的義務的は処罰の命令、消極的義務的は処罰の禁止、積極的許容的は処罰の不要求、消極的許容的は処罰の許容を意味することになり、不要求は命令の否定、許容は禁止の否定という関係にある。命令・禁止・

併せて、はじめて適切に理解することができるのである。

まずは直感的な説明から行う。広場に多くの人が整列しており、その中には犯罪者も、非犯罪者も含まれている。我々はその中から、処罰される者と呼び出し、処罰されない者は帰らせる。ここで、まず消極的（義務的）応報主義に従えば、「非犯罪者は処罰してはならない」ため、非犯罪者たちを家に帰すことになる。広場に残ったのは犯罪者たちである。ここで、消極的（義務的）応報主義との関係では、我々がこの犯罪者たちを処罰することは、許される。なぜなら、仮に処罰したとしても、それは消極的（義務的）応報主義と矛盾しないためである。このように、消極的（義務的）応報主義からは、この犯罪者たちを処罰することは許される、という含意までは引き出すことができる。しかし、この犯罪者たちを処罰しなければならぬ、という含意は引き出されない。というのもまず、我々が消極的（義務的）応報主義以外に何の刑罰論上の見解を持ち合わせていなかったとすれば、我々は、残った犯罪者をどうすべきであるのか、判断することができない。なぜなら消極的（義務的）応報主義は、どのような場合に処罰してはならないのか、というマイナス方向の義務については語っているが、どのような場合に処罰しなければならぬのか、というプラス方向の義務については、何も語っていないためである。それでは、我々はプラス方向の義務として、特別予防論を採用したとする。かつ、広場に残った犯罪者たちの中に一人も犯罪に出るおそれの認められる者がいなかったとする。この場合、我々はすぐに、残った犯罪者たち全員を家に帰らせることになる。そうしても当然、消極的（義務的）応報主義に反して行動したことにはならない。他方、そのときに、もし我々の中に積極的（義務的）応報主義者が含まれていたとすれば、彼は激しく反対するであろう。犯罪者たちを家に帰してしまえば、それは「犯罪者は処罰すべきだ」という彼の行動原理に反するからである。

このことが示唆するのは、消極的（義務的）応報主義による処罰の根拠づけというのは、犯罪者の処罰が許されるという意味での許容的な根拠づけであって、義務的な根拠づけではない、ということである。もう少し厳密な形で述べれば、次のようになる。

既述の通り、積極的応報主義は、刑罰正当化の積極的理由に応報を選ぶものであると言える。言い換えれば、応報は刑罰を根拠づける、と考えるものである。ところで積極的応報主義は、義務的なものでもありうるし、許容的なものでもありうる。前者は、「犯罪者は処罰しなければならぬ」という立場であり、後者は、「犯罪者は処罰してもよい」という立場である。とはいえ、積極的応報主義という言葉で念頭に置かれているのは、ほとんどの場合、明らかに義務的なそれであろう。というのも、許容的（かつ積極的）応報主義が含意するのは、ただ「犯罪者は処罰してもよい」ということだけであって、つまり犯罪者を処罰しなくてもよいのである。その意味で、「許容的応報主義は刑罰を要求しないため、刑罰廃止論に接近する」ものですらある⁷³。刑罰の根拠づけという時に、このような立場が念頭に置かれていないことは明らかであろう。したがって、刑罰の根拠づけは、義務的な根拠づけを意味すると解すべきである。

その一方で、消極的応報主義についても、義務的なものと許容的なものを区別することが

不要求・許容の論理的関係については、杉本 [2020] 11-15 頁参照。

⁷³ 瀧川 [2016] 11 頁注 (4)。

できるが、これも、義務的なものが念頭に置かれているのは明らかであろう。「非犯罪者を処罰しなくてもよい（処罰してもよい）」というのは、意味不明であって、それでは応報による消極的制約をかけたことの趣旨が没却される（許容的な消極的責任主義というものを考えてみれば、そのナンセンスさは、なおさら明瞭に理解されるであろう）。したがって、消極的応報主義もまた、義務的なものとして理解すべきである。

さて、この義務的な消極的応報主義は、「非犯罪者は処罰してはならない」を意味する。「『犯罪者でなければ刑罰なし』でなければならぬ」とも記述できる。ところで、この「犯罪者でなければ刑罰なし」という命題（以下、命題Aと呼ぶ）が真であるのは、どのような場合であろうか。まず、「犯罪者でない」かつ「刑罰なし」の場合、命題Aは当然に真である。その一方で、「犯罪者でない」かつ「刑罰あり」の場合、命題Aは当然に偽である。これに対して、「犯罪者である」かつ「刑罰なし」の場合、命題Aは真である（命題Aに反することにはならない。これは、消極的責任主義を前提とするときに、責任があるけれども〔例えば、予防の必要性がないため〕処罰が否定される場合が認められるのと同じことである）。「犯罪者である」かつ「刑罰あり」の場合も、命題Aは真である。したがって、義務的な消極的応報主義は、「『犯罪者である』かつ『刑罰なし』」という状態と矛盾しない立場であり、すなわち許容的な積極的応報主義と両立する。

これに対して、義務的な積極的応報主義は、「犯罪者は処罰しなければならない」を意味する。「『犯罪者であれば刑罰あり』でなければならぬ」ということである。ここで、「犯罪者であれば刑罰あり」という命題（以下、命題Bと呼ぶ）が真であるのは、どのような場合であろうか。「犯罪者である」かつ「刑罰あり」の場合、命題Bは当然に真である。「犯罪者でない」かつ「刑罰なし」の場合、命題Bは真である。さらに、「犯罪者でない」かつ「刑罰あり」の場合も、命題Bは真である（例えば、「犯罪者は処罰しなければならない」と言いつつ、「犯罪に出る危険性のある者は処罰しなければならない」と言うことは可能である。この場合、犯罪者ではなくても、犯罪に出る危険性があれば処罰しうるため、「犯罪者でないが刑罰あり」ということがありうる）。しかし、「犯罪者である」かつ「刑罰なし」の場合、命題Bは偽である。ところで、許容的な積極的応報主義は、「犯罪者は処罰してもよい」という立場であるから、「犯罪者であり処罰あり」も、「犯罪者であり処罰なし」も許容する。したがって、当然のことではあるが、義務的な積極的応報主義は、許容的な積極的応報主義とは両立しない。

以上から、次のように言うことができる。すなわち、義務的な消極的応報主義が含意しうるのは、せいぜい、犯罪者は処罰してもよい、ということだけである。犯罪者は処罰しなければならない、ということまでは含意されない。言い換えれば、確かに義務的な消極的応報主義は、その制約によって反射的に、少なくとも処罰されるのは犯罪者であるという形で、処罰範囲を輪郭づけることはできる。しかしそれが意味しうるのは、犯罪者は処罰してもよいという許容までであって、犯罪者は処罰しなければならないという義務では、決してないのである。ところで既述の通り、刑罰の根拠づけも、刑罰の限定づけも、義務的なそれを意味するというべきである。そうである限り、「限定づけるものは根拠づける」という命題は、形式論理的に成り立たない。

かくして、結論はこうである。すなわち、「限定づけるものは根拠づけない」のである。同時に、「根拠づけるものは限定づけない」とも言える（これは上の命題 B が、「『犯罪者でない』かつ『刑罰あり』」と両立したことの帰結である）。それゆえ我々は、「限定づけるものは根拠づけず、根拠づけるものは限定づけない」と言うべきである。より厳密には、「義務的に限定づけるものは、（許容的には根拠づけても）義務的には根拠づけず、かつ、義務的に根拠づけるものは、（許容的には限定づけても）義務的には限定づけない」のである。

上述したカウフマンの批判を受けたロクシンは、その応答として、次のように述べていた。すなわち、「それは論理的に正しい。しかし、私が言いたかったのは、責任の程度はただ刑罰を限定づけるだけである一方で、刑罰を責任だけで基礎づけることはできない、ということである。有責な行動は、刑法上の制裁が特別予防または一般予防の観点から必要である場合にのみ、かつその限りでのみ、その制裁を正当化するのである」⁷⁴。確かに、カウフマンの批判は、論理的に正しかったと全く言えないわけではない。もっとも、その正しさは、刑罰の「根拠づけ」の意味として、義務的意味と許容的意味を共に認めるという、おそらく刑法学者のほとんど全員が拒否するであろう態度を前提とする場合にのみ、維持されるものである。この点、ロクシンがいう「限定づけ」と「基礎づけ」を義務的なものと理解するならば、その含意は、次のように書き直すことができる。「私が言いたかったのは、義務的な消極的責任主義を採用する一方で、義務的な積極的責任主義は採用できない、ということである。有責な行動という刑罰正当化の消極的理由だけではなく、特別予防または一般予防の必要性という積極的理由もまた備わる場合にのみ、刑罰は義務的な意味で正当化されるのである」。今や、ここに論理的矛盾はないということは明らかである。ロクシンは、「『責任は刑罰を限定するが、根拠づけるものではない』という命題は、たしかに、論理的に不正確」⁷⁵であったと認める必要など、なかったのである⁷⁶。

まとめもかねて、最後に定式化しておけば、ロクシンはむしろ、次のように応答するのが、もっとも望ましかったといえる：カウフマンは、「限定づけるものは根拠づけるし、根拠づけるものは限定づける」と批判するが、ここでは、次のことが看過されている。すなわち、限定づけと根拠づけには、それぞれ義務的なものと許容的なものがあるということ、および、我々が「根拠づけ」および「限定づけ」という言葉を用いるとき、それは常に義務的なものを念頭に置いているし、かつ、そうすべきなのであって、カウフマン自身もまたそう考えているはずである、ということである。例えば、責任は刑罰を根拠づけるというとき、それは「責任があれば処罰しなければならぬ」という義務があるという趣旨であり、「責任があれば処罰してもよいが、処罰しなくてもよい」という許容を排除することは当然の前提とされているであろう。同様に、「責任は刑罰を許容的に限定づける（つまり、許容的な消極的責任主義）」という言明のナンセンスさを考えてみれば、義務と許容の区別の必要性は明瞭に理解されるはずである。「責任がないならば処罰しなくてもよいが、処罰してもよい」という言明が、消極的責任主義の正当な内容であるということを認める論者はいないであろう。この点、義務と許容を区別するならば、「限定づけるものは根拠づける」という命題

⁷⁴ Roxin [1973] S. 30.

⁷⁵ Roxin [1973a] 320. 邦訳として、ロクシン [1984a] 60 頁。

⁷⁶ Vgl. Greco [2009] S. 248 f.

は、端的に論理的に成り立たない。むしろ、(義務的に)限定づけるものは(許容的には根拠づけるが、義務的には)根拠づけないし、(義務的に)根拠づけるものは(許容的には限定づけるが、義務的には)限定づけないのである。かつ、上述した通り、義務と許容は区別すべきである。したがって、カウフマンの批判には理由がない。

2-2. 「刑罰の深層的正当化」という契機を認めることの理論的意義

こうして、積極的／消極的応報主義という対比には、確固たる論理的基礎が存在する、とすることができる。この二つの応報は、既にその論理的性質を異にするのである。このことは、論理構造を同じくするところの、直接的／深層的正当化にも当てはまる。

続いての問題は、「積極的／消極的応報主義」という対比と、「直接的／深層的正当化」という対比との関係についてのものである。すなわち、後者の枠組みに前者を当てはめると、ある概念的な問題が生じる。この問題を検討することによって、刑罰正当化論において、直接的正当化だけではなく、深層的正当化という新たなフェイズを加えること(言い換えれば、刑罰正当化の積極的理由と消極的理由を区別すること)の理論的意義、ないし有用性を明らかにすることができると思われるのである。

次の一文から考察を出発させたい。「積極的応報主義と消極的応報主義は、独立の主張である。犯罪に応じた刑罰を要請しつつ、一般予防のために非犯罪者に対する刑罰を要請する立場もありうるし、犯罪予防を根拠として刑罰を正当化するが、非犯罪者に対する不処罰を横からの制約として要請する立場もありうる」⁷⁷。この場合、前半部の立場は、「積極的応報主義を採用するが、消極的応報主義は採用しない立場」であり、後半部の立場は、「積極的応報主義は採用しないが(むしろ、採用されているのはいわば「積極的予防主義」である)、消極的応報主義は採用する立場」である。

この両者を、ここまでに整理してきた図式を踏まえて説明すれば次のようになる。まず「犯罪に応じた刑罰を要請しつつ、一般予防のために非犯罪者に対する刑罰を要請する立場」は、応報は処罰の積極的理由となることを認めつつ、一般予防もまた積極的理由であると認めている。つまり、「刑罰の直接的正当化」における折衷主義である。ところがこの立場は、これらの内在的価値(応報と一般予防)を追求する手段に、何ら制約をかけていない。つまり、「刑罰の深層的正当化」における帰結主義である。したがって、応報の価値があるならば刑を科すべきであるし、それがなくとも一般予防の価値があるならばやはり刑を科すべきだ、という立場に至るわけである(帰結主義的折衷主義)。ただし、厳密に言えばこれは折衷主義の一種であると言わなければならない。すなわち、応報と予防の両方を正当化理由と認めるにしても、正当化にあたってはそのどちらかの実現で足りるとする見解もありうるが(これが上に登場したタイプの折衷主義である)、両方の実現を要求する見解もありうる⁷⁸。前者を拮一的折衷主義、後者を重疊的折衷主義と呼ぶことができる。折衷主義の見解として現実に主張されるのは、ほとんど後者であろう⁷⁹。

これに対して、「犯罪予防を根拠として刑罰を正当化するが、非犯罪者に対する不処罰を

⁷⁷ 瀧川 [2016] 2頁。

⁷⁸ Moore [1997] 93.

⁷⁹ Ibid.

横からの制約として要請する立場」にとって、刑罰を科する理由は、第一次的には、犯罪予防だけである。つまり、直接的正当化における道具主義である。ところがこの立場は、第二次的に、犯罪予防の価値を追求するにあたっては、「犯罪者に対する科刑のみを手段とせよ（＝非犯罪者に対する科刑を手段としてはならない）」という主張にもコミットしている。つまり、深層的正当化における非帰結主義である。したがって、犯罪予防の価値は刑罰を科する理由となるが、その価値の実現手段は、犯罪者に対する科刑に限定しなければならない、という立場に至るわけである（非帰結主義的道具主義）。

以上の二つの立場に加えて、「非帰結主義的折衷主義」もありうる。ここではその中でも、非帰結主義的重疊的折衷主義について考察する。その含意は、「科刑の対象者が犯罪者であり、かつ処罰により予防効果が発生する場合には、処罰の積極的理由がある。ただし、対象者が犯罪者でないならば、処罰してはならない」となる。

ここで、概念的な問題が生じる。すなわち、非帰結主義的重疊的折衷主義は、帰結主義的重疊的折衷主義と、何が違うのだろうか？ 後者の含意は、「科刑の対象者が犯罪者であり、かつ処罰により予防効果が発生する場合には、処罰の積極的理由がある」というものである。この場合、「処罰されるのは犯罪者であること」が常に要求される。換言すれば、「非犯罪者が処罰される」ことは論理的にありえない。そうだとすると、これに、「非犯罪者を処罰すべきでない」という消極的理由を付け加えても、無意味であるようにみえる。つまり、非帰結主義的重疊的折衷主義は、帰結主義的重疊的折衷主義に無意味な言明を付加したものに過ぎないのではないか？ それならば、非帰結主義的折衷主義は、実質的には、観念する意味がないということになるのだろうか？

そうではないと思われる。なぜなら、端的に言えば、「重疊的」折衷主義という主張は、消極的理由の導入なくしては、ほとんど維持不可能だからである。

その論拠は二つ存在する。すなわち、〔1〕帰結主義的重疊的折衷主義は論理的・概念的に破綻しているのではないかという論拠、および、〔2〕帰結主義的重疊的折衷主義は、刑罰正当化論としては、いわばほとんど実用に堪えないのではないかという論拠である。なお、便宜のために議論の展開を予告しておく、〔1〕については、この立場は論理的に破綻しているとまでは言えず、一つの活路が残される。しかし、その活路が、〔2〕において、再び難点として指摘されることになる。

〔1〕帰結主義的重疊的折衷主義は、論理的・概念的なレベルにおいて、既に破綻しているようにみえる。この点はおそらく、量刑を一旦経由するとイメージしやすい。まず、重疊的折衷主義が採用される場合、例えば量刑は、応報刑（≡責任相当刑）の範囲内（それが上限のみを画するのか、それとも上限と下限の両方を画するのかはさらに別問題である）に常に収まらなければならない、その内部で最良の予防効果を追求すべきものとされることになる。しかし、このような結論を、（非帰結主義ではなく）帰結主義の論理から導くことは、不可能であるように思われる⁸⁰。というのも、応報が処罰の悪に対する優越的価値を基礎づける要素の一つにとどまるのであれば、例えば、予防の価値が高い場合には、応報の価値は低くてよい（つまり例えば、応報刑から離れすぎること避けつつも、それを少しは上回って

⁸⁰ Tadros [2011] 36.

よい) という結論に至ると考えられ、あるいは場合によっては、応報の価値がゼロでもよい(つまり非犯罪者の処罰も、予防の必要性が極めて高い場合には正当化される) という結論、つまり択一的折衷主義に至る可能性すら、排除されないはずだからである。逆に、このような結論の余地を残さないために「重疊的」折衷主義を採用するというのであれば、それは結局、応報に、処罰を通じて実現すべき積極的理由としての側面のみならず、そのような価値の実現手段を制約するという消極的理由としての側面(つまり、予防と同じ秤に載せられるものではなく、予防・応報の善と処罰の悪の衡量をクリアした上で、その優越的価値の実現手段を別の審級から制約する機能)をも認めるということに他ならないであろう⁸¹。そうであるとすれば、帰結主義的重疊的折衷主義は、既に論理的・概念的なレベルにおいて、破綻していることになる。なぜならこの立場は、確かに応報と予防を共に積極的理由とする点で折衷主義であるが、同時に、応報を消極的理由にも位置づけているからである。それは非帰結主義である。すなわち、「帰結主義的重疊的折衷主義=非帰結主義」となる。これは矛盾である。

要するに、ここに示された帰結主義的重疊的折衷主義の失敗は、次の点に原因がある。すなわち、刑罰正当化の積極的理由に応報を位置づけることによって、その応報に、消極的理由という論理的性質を異にする機能をも担わせようとする、という矛盾を犯したという点である。やはり、「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」⁸²のであり、言い換えれば、上記 2-1. で述べた通り、「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」のである。それゆえ、重疊的折衷主義が目指していたところの、応報の必要条件性を確保するためには、消極的理由の導入を直截に認めなければならない、ということになる(なお、付言しておく、応報を消極的理由として導入するならば、応報の必要条件性を確保するという観点からは、もはや、積極的理由としての応報にこだわる理由は消失する。なぜなら、非帰結主義ないし消極的理由の導入という構成をとるならば、刑罰が実現すべき積極的価値は予防だけであるとする場合であっても、その予防の価値の実現手段を応報にかなうものに限定することが、少なくとも論理的・概念的には、可能となるためである⁸³。ここでは、非帰結主義的道具主義ではなく、あ

⁸¹ ちなみに、重疊的折衷主義ではなく、単なる帰結主義的内在主義(具体例として、ごく単純な絶対的応報刑論をイメージされたい)であれば、消極的応報を導入せずとも、積極的理由がそもそも応報しか存在しない以上、犯罪者だけが処罰されることになる。

⁸² Tadros [2011] 36.

⁸³ この点、周知の通りハートは、刑罰の一般的正当化目的(=制度全体の正当化目的)と、刑罰の配分原理とを区別して、前者を犯罪予防に求めつつ、後者を応報に求めることは「完全に両立する」と述べた(Hart [2008] 9)。この意味も、消極的理由の概念から適切に理解できる(Cf Scheid [1997] 448 ff. また、ハート説に関するわが国における言及として、上注(66)に掲げた高橋論文のほか、松澤 [2019] 49-50 頁、瀧川 [2017] 22-24 頁、佐伯(仁) [2013] 6 頁、小林(公) [2009] 365 頁以下など参照)。

つまりここでは、刑罰正当化の「積極的理由」は犯罪予防のみに求められるが、それに加えて「消極的理由」として、個別の処罰に際しては犯罪者のみを(責任相当の刑量でもって)処罰しなければならないという制約がかけられているのである。言い換えれば、ハートの議論が論理的ないし概念的に正しい理由は、積極的理由と消極的理由が、論理的性質を異にするからである。したがって例えば、この議論と、初期ロールズのようなルール功利主義的基礎づけとは、切り離

えて非帰結主義的重疊的折衷主義を主張することにどのような意味ないし実益がありうるかということが問題となる)。

そうすると、そもそも帰結主義的重疊的折衷主義という概念そのものが、論理的にあり得ないということにもなりそうである。しかし、必ずしもそうではないと思われる。次のような活路が残されているためである。まずは比喻から示すと、川にモーターボートが浮かんでいるとする。ボートは上流の方へ、川の流れに逆らって進まなければならない(上流の方へ進むことの成功が、刑罰正当化の成功に相当する)。川の流れは、刑罰のコストに相当する。この流れは強いいため、予防的価値というモーターのみでは推進力が足りない。応報的価値というモーターをも積まなければ、ボートは下流に流されてしまうのである。このように考えれば、予防と応報の両方を専ら積極的理由として位置づけつつ、処罰のためには応報かつ予防の実現を常に必要とすることを論証できるであろう。ここで、応報の価値と予防の価値が、ある程度トレードオフの関係にあるとすると、量刑は、この二つの価値の間における、緊張関係を伴った衡量判断の中で、各々が共に最大化(ないし最適化)される一種の均衡点を探る作業として特徴づけられるのかもしれない。

このような道がある以上、帰結主義的重疊的折衷主義は、論理的に成立し得ない見解とまではいえない。とはいえ、この脈絡は結局のところ、刑罰正当化のためには予防のみならず応報の価値も常に必要なのだ(そうしなければ、刑罰のコストを上回ることができないのだ)と断言しているだけであって、その根拠を説明する力をもっていないように思われる(そもそも、この根拠を説明し、さらには「均衡点」を探るためには、刑罰のコスト、応報の価値、および予防の価値という変数を共約する、統一単位のようなものが必要となるが、そのような単位がどこに存在するのだろうか。さらに、仮にこの点がクリアされたとしても、この立場から実際上の帰結を引き出すためには、上述した各変数が、その統一単位によって常に計算可能でなければならないが、そのような作業はあまりに非現実的ではないだろうか)。それは根拠のない断言に過ぎない以上、原理的には、予防の価値が極大であるため応報の無視が正当化される場合(例えば、極めて危険なテロリストの居所を知るため、その家族を人質にとり拷問する)の存在可能性を排除できない。しかし——語弊のある言い回しになるが——どのみち断言する

して理解できる。ロールズ説については、Rawls [1955] 3-32。邦訳として、ロールズ [1979] 289頁以下。さらに、高橋 [2017a] 211頁以下、瀧川 [2017] 20-21頁参照。

なお、ハートの議論は、少なくとも上にみた部分のみでは、なぜ消極的理由という横からの制約をかけられるのかということに関する実質的根拠を示すものでない(瀧川[2017]23頁参照)。ここでハートが述べているのは、それは論理的／概念的には可能である(そこに矛盾はない)、ということだけなのである(ただし、ハートはその実質的根拠を全く示さなかったわけではない。Hart [2008] 21-24, 44 ff. 曾根 [1997] 383-384頁および高橋 [2017a] 219頁注(30)も参照)。

最後に、ハートのいう「一般的正当化目的／配分原理」を、「積極的／消極的理由」と同様の論理構造をもつ主張として解釈するならば、わが国でよく知られている「マクロ／ミクロ正当化」解釈(佐伯(仁) [2013] 6頁参照)、すなわち、一般的正当化目的は制度全体に関わる「マクロ正当化」であり、配分原理は個人の処罰に関わる「ミクロ正当化」であるという解釈には、必ずしも理由がないということになる(この点の的確な指摘として、松原(芳) [2016] 74頁参照)。なぜなら、刑罰制度全体の正当化根拠の内部でも(あるいは個人の処罰の場面でも)、積極的理由と消極的理由は区別されうるし、常に共に作用しうるためである。これについては以下本文でもすぐに述べる。

ならば、端的に、応報は消極的理由として導入される義務論的制約であると断言する方を選んでは、どうしていけないのだろうか？あるいは、もちろん無根拠な断言は許されないとしても、ともかく問題を、刑罰の積極的な根拠づけ（＝刑罰の直接的正当化）とは別の、義務論的制約の根拠論（＝刑罰の深層的正当化）の問題として整理し、それに固有の（すなわちもちろん、予防目的とは別の）正当化根拠を探った方が、応報の無例外的な保障機能を根拠づけやすくなるのではないだろうか？この選択肢を選ばずに、実用に堪えそうにない、「刑罰の直接的正当化」という 1 段階のみからなる刑罰論にこだわらなければならない理由が、どこにあるのだろうか？こうして問題は、第二の論拠に移行する。

〔2〕帰結主義的重疊的折衷主義は、論理的には存在しえても、到底実用に堪えないのではないだろうか。むしろ、非帰結主義にコミットし、応報を消極的理由に位置づけた方が、同じ主張を、遥かに明確かつ安定的に展開することが可能となるのではないだろうか。そうであれば、帰結主義的重疊的折衷主義にこだわる理由は、言い換えれば、「積極的理由（＝直接的正当化）」という一つのフェイズの中でのみ、応報と予防の相剋を処理することにこだわる理由は、存在しないのではないだろうか。

以下において述べたいのは、実のところ、それ以上のことである。すなわち、帰結主義的重疊的折衷主義の旗色は、さらに悪くなるのである。具体的には、まず既述の通り、帰結主義的重疊的折衷主義の構想は、刑罰のコスト、応報の価値、および予防の価値という三者の間での複雑な衡量判断を招来する。しかし、より詳細に考えてゆくと、この衡量判断は、それよりも遥かに、絶望的に複雑化することになると思われる。その理由は一言で言えば、刑事法制度において現に尊重されている、今更破棄することなど到底できない基本的な諸原理の中には、応報および予防という単純な概念には還元され得ないものが複数存在すると考えられるからである。以下、この考えを具体的に敷衍する。

その出発点は、グレコによる次のような指摘に見出される。すなわち、「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。（…）刑罰は犯行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」（傍点部は原文イタリック体）⁸⁴。

このことは、法益保護主義、すなわち、犯罪化の対象は法益を侵害または危殆化する行為に限られなければならないという要請を例として敷衍できる。まず、しばしば捨象されることであるが、法益保護主義もまた科刑の範囲を画する原理である以上、刑罰論は、法益保護主義の妥当根拠を説明できなければならない。しかし、法益保護主義はおそらく、予防からも応報からも十分に根拠づけられない。敷衍すると、まず前提として、議論を簡明にするために、法益保護主義ないし法益概念の（立法批判的）機能は法的モラルイズムの排斥に求められるとしておく⁸⁵。しかし、予防の観点からすれば、犯罪化に際する制約は、（比例原則に

⁸⁴ Greco [2009] S. 249 f.

⁸⁵ 小林（憲） [2012] 25-27 頁参照。

照らした) コスト・ベネフィットの衡量判断だけに依存することになるはずである。ここでは、単に不道徳であるだけの行為を抑止してもベネフィットは小さい、と片付けたくなるかもしれない。そのような説明がおよそ成立しうるかどうかについては、別個に入念な論証を要するであろうが、少なくとも次のような問題点が認められる。すなわち、道徳的領域は個人の自律的判断に委ねられるべきであって、国家の介入すべきことではないという、憲法的にも基礎づけられうる価値または理念⁸⁶が、法的モラリズムに基づく刑事立法は許されないという共通理解において重要な地位を占めていることは否定できない。したがって、法益保護主義は予防目的の外部にある。法益保護主義を説明するためには、予防目的とは異質な、「刑罰的介入に際する国家のあるべき関心事」という規範的考慮が必要とされるのである⁸⁷。また、応報から考えれば、当然ながら、犯罪化の基準はむしろ峻厳な法的モラリズムに至るのが自然であり、法益保護主義と正面から矛盾する⁸⁸。したがって、法益保護主義は応報目的の外部にある。以上から、法益保護主義は、刑罰正当化に関する、予防とも応報とも無関係な正当化理由、ないし価値であると考えざるを得ない。つまり、法益保護主義を是認することと、帰結主義的重疊的折衷主義(=複数の”刑罰目的”を、刑罰の直接的正当化=積極的理由という一つのフェイズの中での衡量判断によって調整しようとする立場)に立つこととは、その「折衷」の中身が応報と予防であると解する限り、両立しえない。

この問題の解決策としては、次の二つが考えられる。第一に、法益保護主義を消極的理由の一つとして理解する。すなわち、深層的正当化というフェイズを追加して、非帰結主義にコミットする。第二に、法益保護主義を新たな積極的理由と理解する。すなわち、「折衷」の中身に法益保護主義という別の価値を追加して、帰結主義を維持する。

しかし後者の、帰結主義を維持するプランは、さらなる難題にぶつかる。すなわち、ここでは詳しく追究できないものの、法益保護主義だけでなく、行為主義、罪刑法定主義、訴訟法上の諸原理、責任原理といった刑法理論上明白に重要な諸原理もまた、それらを応報や予防といった概念に還元できない可能性が高く、また仮にそれが可能であったとしても、そのような統一的な上位概念のもとで各原理・原則の差異を抹消してしまうならば、それぞれに独自の保障的機能が害される可能性が高い。言い換えれば、刑罰に対する規範的な制約は、

⁸⁶ 最近では、刑事立法に対する刑法理論内在的な制約に加えて、憲法的制約もまた重要であることが再確認されている。仲道 [2019] 59 頁以下、上田 [2016] 3-4 頁、亀井 [2021] 178 頁以下など参照。ただし、嘉門 [2019] 114-116 頁も参照。刑罰論の視点から見る場合、立法に際する憲法的制約(の少なくとも一部)は、応報や予防の概念から直接演繹されるものではなく、かつ、それ自体で刑罰を根拠づけるものでもなく、それを外から限定づける場所の「消極的理由」である、と考えるのが明らかに合理的であろう。西原(博) [2014a] 21 頁も同旨に解しうる(亀井 [2021] 179 頁も参照)：「憲法は、立法者による自由な価値決定が行われる土俵の外側に引かれた境界線、政治の領域で許される価値決定の外枠を定めた法的ルールとして捉える必要がある。その意味で憲法規範は、(…)立法者が踏み越えてはならない枠によって立法が憲法適合的かを見分ける限界づけ規範(条件プログラム)なのである」。

⁸⁷ 高橋 [2018] 62 頁以下は、犯罪化を正当化するための第一の要件として「国家の介入の正当性」を挙げる。

⁸⁸ 現に、ストレートな応報主義(内在主義)に立つムーアは、「刑事立法に関する『リーガル・モラリズム的』、『完全論的』あるいは『自然法』理論」を提唱している。Moore [1997] 186.

實際上、明らかに多元的である。そうかといって、それらの全てを予防や応報と並ぶ「刑罰目的（刑罰正当化の積極的理由）」に位置づけ、一つの天秤に押し込めるならば、それはほとんど絶望的に複雑な衡量判断を招来することになる。

注意すべきことに、以上の難点は、応報・予防以外の、何らかの（一つの）上位概念を刑罰論の頂点に据えて、そこから全ての結論を演繹しようとする方法論そのものに妥当する。つまり、一元的な刑罰理論に対して一般的に妥当する。すなわち、刑事司法制度をめぐるあらゆる規範的な制約（その根拠は、憲法的なもの、刑事法理論的なもの、道徳／政治哲学的なものといった、あらゆる規範的・価値的コミットメントでありうる）を、例えば唯一の積極的理由としての「応報」や、別の例を挙げておけば、「法的平和の回復」というような観念的な上位概念によって、すべて一元的に説明するという構想には、現実的にみて無理がある⁸⁹（その意味で、ハートの、「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」⁹⁰という指摘の正当性を、改めて確認しなければならない）。もしそれが可能である（ように見える）とすれば、それが示すのは逆説的にも、その上位概念は無内容なものだということではないだろうか。あるいは、別の言い方をすれば、例えば応報概念が多義的であるのは、上のような多様な規範的制約を説明する役割が、便宜的に、同概念に担わされてきたことの反映でもあるのではないだろうか。つまり我々は、様々な規範的原理を、応報概念（ないしその他の観念的な上位概念）から実際に演繹しているのではなく、多様な規範的要請をクリアした制度を、まとめて全体として「応報（ないしその他）にかなう」と呼んでいるだけなのではないだろうか（そうなると、応報、とりわけ消極的応報という概念は、実は複数の消極的理由に分析ないし解体されるべきものではないかという着想も生まれるが、それは一旦措く）。そうであるとすれば、むしろ当初から、多元的な消極的理由の存在を端的に認め、それぞれの規範的根拠を基礎づけた上で、各々を独立の規範的制約として位置づけ、体系的に関係づけた方が、それらによる明確かつ安定的な保障的機能の実現に資するように思われる。そしてそれは、折衷主義をとる場合でも、結局は非帰結主義的折衷主義に赴いた方が、実践的にみて、得策であるということの意味する。こうして、むしろ帰結主義的重疊的折衷主義の方が、非帰結主義的折衷主義の存在によって、その実践的意義を失うのである。

ここに、言ってみれば「消極的応報主義」の論理構造を純化した概念としての、「非帰結主義」の有用性があらわれている。すなわち、消極的応報主義というと、あたかも、目的刑（つまり予防刑）に対する規範的制約が応報でしかありえないかのように思われる。しかし、この理解は、上に引用したグレコの指摘が正当にも示しているように、必然的なものではない。すなわち、予防刑に対する制約が消極的責任主義のみでなければならない原理的理由は存在しないのと同様に、予防刑に対する制約が消極的「応報」のみでなければならない原理的理由は存在しない⁹¹。非帰結主義的（義務論的）制約は、より広い、多様な規範的根拠に

⁸⁹ この点の的確な指摘として、野村（健）[2015] 159 頁注(91) 参照（ただし、野村（健）[2020a] 56 頁以下と比較せよ）。井田 [2007] 91-92 頁も参照。

⁹⁰ Hart [2008] 1. 高橋・前掲注(7) 144 頁も参照。

⁹¹ この点、既に岡上 [1988] 101 頁は、「はたして、刑罰を適切に制限するために必然的に応報

開かれたものとして理解できるのである。

なお、ここで付け加えておけば、非帰結主義という、規範倫理的な含意をもった概念を用いていると、予防刑に対する消極的制約も、規範倫理的な論証から演繹することこそが正統である、と感じられるかもしれない（実際、ここまでによく依拠してきたタドロスも、自身の刑罰正当化論を展開する上で、規範倫理学上の義務論的制約に関するアイデアを重点的に参照している⁹²）。しかし、私見としては、そのような選択肢もまた当然に存在するとはいえなくても、その選択肢しか許されないとまで言うならば、それは、刑法解釈学に関する特定の方法論（さしあたりいえば、刑法の基礎は哲学的に根拠づけられなければならない、という方法論）へのコミットメントを前提とするものであって、少なくとも自明視しうるものではないと考える。

ともあれ、この問題はひとまず措くとしても⁹³、当面、次のように提案することはできる

の見地をとらなければならないか（…）は、さらに検討されなければならないように思われる」と指摘し、罪刑法定主義、行為主義および責任主義を、応報からは独立した「人権保障原理」に位置づけていた（同上 106 頁以下）。ただし、責任主義は、論者の理解では、積極的一般予防目的に還元される（責任非難の程度を超える刑はかえって積極的一般予防上の弊害をもたらすから、積極的一般予防目的を追求すれば自ずと責任相当刑が正当化されるのだ、というようにして、責任主義を予防目的の「内在的制約」に位置づける考え方である）。これに対して、本稿における「規範的制約」は、徹頭徹尾、刑罰正当化の積極的理由に対する「外在的制約」という意味で用いられていることに注意されたい。つまり本稿の理解では、積極的一般予防目的も当然に「積極的理由」であり、責任主義は、それとは別個独立の「消極的理由」（その意味で、規範的制約であり、外在的制約）として位置づけられるのであって、後者が前者に還元されることはないのである。なぜこのような考え方をとるべきなのかという理由は、さしあたり下注（121）の本文部で示唆するように、責任主義には、行為者は処罰を通じて犯罪予防という社会全体の利益の犠牲になるべきであること、すなわち「刑罰受忍義務」を理由づけるという機能——より簡潔に言えば、「全体のために個が無条件に犠牲にされる」ことを避けるという機能——があるところ、責任主義を積極的一般予防目的に還元する場合には、この刑罰受忍義務理由づけ機能がまさに失われてしまうからである。「最良の積極的一般予防を追求した結果、行為者には責任相当刑を科することにした」というだけでは、なぜ行為者が積極的一般予防目的のための犠牲にならないのか、ということの理由が説明されておらず、それは、全体の利益だけを引き合いに出して個の犠牲を正当化すること、つまり「全体のために個が無条件に犠牲にする」ことに他ならない以上、不当なのである。

以上のような、「責任主義を予防目的に還元する（責任主義を予防目的の内在的制約とみなす）」という論証形式の問題性については、第3章II、3-2-2-3、注（434）においてより詳しく論じる。そこで取り上げているのは、責任主義を消極的一般予防目的に還元する見解であるが、同所において行う指摘は、積極的一般予防であっても、あるいは特別予防であっても同様に妥当するはずである。

⁹² タドロスの提唱する「刑罰の義務説（the duty view of punishment）」は、非帰結主義的道具主義に立ち、そこにおける非帰結主義的制約として、「手段化禁止原理（means principle）」および「作為・不作為の理論（the doctrine of acts and omissions）」の二つを挙げる。Tadros [2011] 39-40. どちらも、規範倫理学において検討される義務論的制約としては、代表的なものであると言える（例えば、堂園 [2018] 113, 120-121 頁参照）。いずれにせよ、そこで制約原理として援用されているのは「応報」ではなく、かつ応報であるべき必然性も存在しないのである。

⁹³ この点については下注（156）で言及する。

ものと思われる。すなわち我々は、予防刑に対する義務論的制約、あるいはより中立的な語を用いるならば、規範的制約の根拠づけのために、哲学に限られない、あるいは「応報」に限られない、例えば憲法上の諸原則や、刑法理論内在的なその他の諸原理・共通理解のための居場所を、空けておくべきではないだろうか。

以上の検討によって、「刑罰の深層的正当化」という、第二段階の審級を設けておくことの、次のような理論的意義が明らかにされたものと思われる。すなわち、深層的正当化における規範的制約という概念は、消極的「応報」概念の論理的性質を純化・抽象化したものとして、直接的正当化における「応報か予防か」という論争（を前提としつつも、それ自体）からは自由な諸構想のための道を開くものである。「深層的正当化」を刑罰論の構造に組み込むことは、刑罰論において問うべき諸問題を明確化する上で、必要なことであると考えられる。

3. 問うべき諸問題の定式化：倫理的態度決定・直接的正当化・深層的正当化

3-1. 「非帰結主義」の三つの類型

以上のタドロスによる図式を用いるだけでも、刑罰論が問うべき問題は相当程度明確化されるように思われる。しかし、その作業に移る前に、タドロスの図式に対して、一点の疑念を提示しておきたい。それは、「非帰結主義」が広すぎるという問題である。

もう一度引用しておく、タドロスの定義によれば、非帰結主義とは「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結だけではない」という考え方のことである。ところで、1. の冒頭で述べたように、規範倫理学においてもっとも根本的な対立は帰結主義と義務論の対立であるが、タドロスの定義によると、義務論もまた「非帰結主義」に含まれることになる。確かに、規範倫理学上は、基本的に、「非帰結主義」と「義務論」という語は互換的に用いられているようである⁹⁴。しかし、少なくとも刑罰論上の問題として考える限り、非帰結主義に、「修正された帰結主義（帰結主義を基調とするが、その帰結の追求に際して義務論的制約をかける立場を、さしあたりこのように呼称する）⁹⁵」と、ここまで述べてきた意味での純粋な「義務論」を等しく含めることには疑問がある。なぜなら、帰結主義と義務論とは、根本的な思考形式を異にする⁹⁶ものであり、かつ、そのいずれを基調とするかによって、内在主義・折衷主義・道具主義との両立可能性が変わってくるためである。具体的には、タドロスのいう非帰結主義は、次の三つの立場に区別できる。

まずは、修正帰結主義としての非帰結主義である。すなわち第一に、「帰結主義が基本的に正当であるが、帰結の追求に際しては別個の制約がかけられる」という意味での「非帰結主義」である。例えば、無実の者の処罰が、よりよい犯罪予防効果という優越的価値を実現するとしても、手段化禁止原理の見地からこれを許容しない、という立場は、帰結主義を基

⁹⁴ 奈良 [2018] 36 頁参照。

⁹⁵ この「修正帰結主義」という名称は、便宜上、筆者が仮に宛てたものに過ぎない。この立場は、定義上はあくまで手段制約型の非帰結主義である（上注（59）参照）。また、目的制約型も、帰結主義を基調とする限りは、ここに含まれる。

⁹⁶ Alexander [2000] 912.

調としつつも、その帰結の追求手段に別個の（義務論的）制約を加える立場にあたる。元の帰結主義が内在主義・道具主義・折衷主義の全てと両立する以上、修正帰結主義も同様となる。

次に、義務論としての非帰結主義である。これは、義務論と修正義務論に区別できる。

すなわち第二に、「およそ帰結主義は不当であり、義務論こそが正当であって、その意味で帰結という観念は無用である」という意味での「非帰結主義」である。これは（純粋な）義務論である。この立場は、道具主義とは両立しえない。なぜなら、1-1. 冒頭で述べたように、義務論とは、「ある行為の正しさは、（少なくとも）当該行為が『行為者相対的』規範に適合しているかどうかによって左右される」という考え方であって、この規範は定言的（つまり無例外的）なものにほかならず、それゆえ、処罰が犯罪予防効果を一切もたない場合でも、処罰が肯定される、という主張のことだからである（有名な典型例として、カントの島事例がある⁹⁷）。これは、刑罰の内在的価値だけを承認するものでない限り、導出されえない結論であろう。したがって、義務論が道具主義であることはありえない（同じ理由から、折衷主義もとりえないことになる）。

そして第三に、「義務論が基本的に正当であるが、場合によっては帰結も考える必要がある」という意味での「非帰結主義」も、論理的には考えられる。すなわち、義務論に対して、言うなれば（義務論的制約ならぬ）帰結主義的制約をかけるということであり、さしあたり修正義務論と呼びうる。刑罰論の文脈において、このような立場は、少なくとも一つ実際に存在する。ムーアの「閾值的義務論（threshold deontology）」がそれである。これは、まず「犯罪者を、かつ犯罪者だけを処罰しなければならない」という定言的義務を認めるが、義務の履行に伴う悪の帰結が一定の「閾値」を超える、つまりあまりにも大きな悪の帰結を実現してしまう場合（ムーア自身が挙げる例として、無実の者を殺害または拷問しなければ核戦争が起こってしまうという場合）には、例外的に義務を緩和するという見解である⁹⁸。これも、刑罰の内在的価値を承認する見解であることは確かであって、道具主義とは両立しない。つまりこの場合、まずは義務論の発想から、直接的正当化のレベルにおいて、刑罰正当化の積極的理由は刑罰の内在的価値だけであるとされる。その上で、深層的正当化のレベルにおいて、義務履行により実現される「帰結」も消極的理由として考慮に含められ、実現される無価値が著しく大きい場合には、義務が緩和される。

ただ、この立場は、次のような問題を抱えている点を指摘しておかなければならない。すなわちまず、何よりも大きな問題として、この立場は結局のところ、（ムーアの）義務論が

⁹⁷ 明日社会が解散するとしても、したがって刑罰がいかなる社会的利益を生まない場合であっても、なお正義のために刑を執行しなければならない、という趣旨でカントが持ち出した事例のことである。カント [2002] 181 頁参照。ただし、特に最近では、カントの刑罰論に予防の価値を読み込みうるとする解釈も示されているという点は注記しておく（増田 [2009] 608-610 頁のほか、中村（悠） [2012b] 136 頁注（544）に掲げられた文献を参照。さらに、最近のドイツにおけるそのような解釈については、飯島 [2016] 62-74 頁参照。それに対する批判については、中村（悠） [2012b] 153-155 頁、飯島 [2016] 74-80 頁参照）。

⁹⁸ Moore [1997] 719 ff. ムーアは、この理論により、義務論を維持しながら、上注（30）の事例を適切に解決できると主張している（*ibid* 158）。

招来する反直観的な結論を回避するために、「閾値を超えた」という表現を恣意的に用いているだけではないか、ということである⁹⁹。さらには、それ以前に、この立場は、最終的には義務を帰結主義的衡量によって解除してしまう以上、もはや義務論とは言えないのではないか、という問題も指摘されているのである¹⁰⁰。

以上の点をひとまず措いたとしても、少なくとも次のようには言えるであろう。すなわちこの立場は、帰結主義的考慮を行うとはいっても、それは義務を履行する際のネガティブな帰結にしか注目するものではなく、言い換えれば、刑罰の道具的価値が処罰の積極的な理由を構成することはあり得ない。したがってこの立場は、道具主義とは両立し得ないと同時に、折衷主義とも両立し得ないものと理解するべきであろう。

それゆえ結局のところ、義務論を基調とする以上は、それを修正するのであれしなないのであれ、そこに（帰結主義を基調とした刑罰論がいうのと同じ意味での）「帰結」の契機を組み込む余地は乏しく、それゆえ犯罪予防の要請を取り込む余地は乏しいものと思われる。ここに、義務論と帰結主義の、思考形式における根本的相違があらわれていると言えよう（ただし、既述の通り、そもそもの定言的義務の内容に関する理解が変われば、義務論の枠内で、予防的価値が取り込まれることはありうる¹⁰¹。もっとも、この点ではさらに、義務履行の付随的效果という限りで予防的価値が「取り込まれる」ということと、予防的価値の実現が刑罰の独立した正当化根拠／積極的理由であるということとを区別する必要がある点には注意を要する¹⁰²）。

以上を要するに、タドロスのいう「非帰結主義」の中には、「帰結主義ベースの立場」（上記第一）と「義務論ベースの立場」（上記第二、第三）という二つの類型がある。そしてタドロスは、非帰結主義的道具主義は存在しうるというのであるが、これは「帰結主義ベース」のみに当てはまることであって、「義務論ベース」には当てはまらない。言い換えれば、「帰結主義→刑罰論上の帰結主義」、「刑罰論上の帰結主義→帰結主義」、「（強いまたは弱い）応報主義→義務論」という対応関係は、確かにタドロスの指摘の通り、いずれも誤っていたが、「義務論→（強い）応報主義」という対応関係だけは、維持されるのである。

3-2. 刑罰論の基本図式

以上を踏まえてタドロスの整理を修正すると、成立しうる刑罰論は次の8通りとなる。

⁹⁹ Cahill [2007] 858-861; Alexander [2000] 893 ff; Zaibert [2006] 179 f. See also Ellis [1992] 859-70.

¹⁰⁰ Alexander [2000] 910 f は、この立場を整合的に成立させるには、これを一種の間接功利主義と解するほかないと述べている。Cf Zaibert [2006] 180.

¹⁰¹ 例えば、飯島 [2016] 61 頁は、「法秩序の規範の効力及びそれによって保障された各人の自由の回復が応報刑の目的として想定されるため、その目的に合致する場合には予防刑論の一定の内容も応報の内在的な要素として取り込むことが可能となる」とする。

¹⁰² 敷衍すると、義務論的内在主義（＝〔絶対的〕応報刑論）がこの意味で予防の価値をも読み込みうる（＝考慮できる＝認めることができる）という主張は、義務の履行が最良の予防効果を発揮する旨までが経験的に示されて、はじめて有意味となる。なぜなら、目的刑論は原則として最良の予防効果を目指すものと解される以上、義務論の側から、最良ではないが一定程度の予防効果が付随してくると主張されても、それは目的刑論にとっては、規範的に無意味なことだからである。

表 1：刑罰論の基本図式

1. 帰結主義的内在主義	2. 帰結主義的折衷主義	3. 帰結主義的道具主義
4. 修正帰結主義的内在主義	5. 修正帰結主義的折衷主義	6. 修正帰結主義的道具主義
7. 義務論的内在主義	(義務論的折衷主義)	(義務論的道具主義)
8. 修正義務論的内在主義	(修正義務論的折衷主義)	(修正義務論的道具主義)

ここで振り返ると、タドロスは、非帰結主義として専ら第一の非帰結主義のみを念頭に置いていたものと思われる。そもそも、「優越的な価値が実現されるが、その価値の追求に際しては別個の制約がかかる」という時の、この前段にある「優越的な価値」という発想自体が、帰結主義を基調としなければ出てこないものであろう。義務論と帰結主義は、やはり思考の根本的な枠組みが異なるのであって、区別しておかなければならない。

以上の考察から、「刑罰論はいかなる諸問題を問うべきなのか」という問いに対する、最初の回答が与えられる。すなわち、刑罰論において最初に問われるべきなのは、規範倫理学上の立場として帰結主義を基調とするのか、それとも義務論を基調とするのか、という問題である。これは、刑罰の直接的正当化に関する問題ではなく、かつ、「帰結主義または義務論を修正できるか」という限りでの刑罰の深層的正当化に関する問題とも異なっているのであって、その両方に先行する問題ないし態度決定である（ただしこれは、いかなる刑罰論も、まず最初に倫理学のレベルにおいて義務論と帰結主義のいずれが正しいかという大問題に取り組みなければならない、という趣旨ではない。それどころか、このような想定は方法論的に不当である。詳しくは下で述べる¹⁰³⁾。そこで、これを「倫理的態度決定」と呼んで特に区別しておく。この態度決定の如何によって、刑罰を正当化する際の根本的な思考枠組みが変わってくるのであり、かつ、後続する「直接的正当化」において折衷主義または道具主義を採用しうるかどうかも、この選択に左右される。つまり、義務論を基調とするならば（それを修正するのであれば、しないのであれば）必ず内在主義に至るのである。その一方で、帰結主義を基調とするならば（それを修正するのであれば、しないのであれば）、道具主義、折衷主義、内在主義のいずれに至る可能性もあるということになる。また、「深層的正当化」も、義務論の修正が問題となるのか、それとも帰結主義の修正が問題となるのかという点で、倫理的態度決定の影響を被る（逆に言えば、直接的／深層的正当化におけるコミットメントが、逆流して、倫理的態度決定にも影響を及ぼすことになる）。このように、刑罰論においては、倫理的態度決定を前提として、義務論または帰結主義の枠内で、直接的正当化と深層的正当化が順次問題となるのである。

つまり、刑罰論が問うべき諸問題は、根底的には「『倫理的態度決定：根本的な思考枠組みは何か』→『直接的正当化：刑罰正当化の積極的理由は何か』→『深層的正当化：刑罰正当化の消極的理由は何か』」という三者に分析される。以下では、こうして得られた視点を踏まえ、相対的応報刑論を素材に、刑罰論が解決すべき諸課題をより具体的に析出する。

¹⁰³⁾ 下注 (159) 参照。

II. 相対的応報刑論の再検討：どの相対的応報刑論が最も「有望」か？

1. 応報刑論と目的刑論：目的刑論における「目的」概念の意義

相対的応報刑論について考察するための前提として、まずは、応報刑論（絶対論）と目的刑論（相対論）という二つの概念の定義づけを試みなければならない。

わが国（およびドイツ）における刑罰正当化論の分類軸は複数存在するが、もっとも伝統的かつ一般的であるのは、絶対的刑罰論（＝絶対論）と相対的刑罰論（＝相対論）の区別であろう。周知の通り、絶対論とは、刑罰はただ犯罪に対する応報（反作用）として科せられるのであって、それ以外のいかなる目的ないし効果をまつまでもなく正当化されるとする立場であり、応報刑論とも呼ばれる。これに対して相対論とは、刑罰は、それが犯罪に対する応報であるということに尽きない、何らかの目的または効果のゆえに正当化されるとする立場であり、目的刑論とも呼ばれる。ただし、ここにおける「目的」の意義は問題である。例えば、刑罰の目的は、犯罪者に対する相応な害悪賦課を通じた「正義の実現」と規定し、したがってこれは相対論であるという言い方も、言葉の上では不可能ではない。これは、単なる用語法の問題¹⁰⁴であって、それ以上論じうるものではないとも思われるかもしれない。しかし、そもそも刑罰正当化論もまた論証、すなわち理由を与え求めるゲームであり、そこでは必ず自己の見解を基礎づける何らかの理由が持ち出される（そうでなければならない）。この「理由」を常に「目的」と言い換えることが許されるとすれば、絶対論とは論証の放棄に他ならず、したがって、理論としての資格をおよそ有しないというべきであろう。このような形での「絶対論」の規定を許すならば、絶対論に含まれうる見解は限りなくゼロに近づくことになるであろうし、そもそも非理論を取り上げる意味は存在しない以上、絶対論／相対論という分類軸そのものの存在意義が消失する。それゆえ、このように無限定な「目的」理解は、放棄するのが適切である。絶対論／相対論は、別の形で規定すべきであろう。とはいえ、この混乱は、絶対論（目的なき刑罰論）／相対論（目的ある刑罰論）という概念規定そのものに内在する欠陥であるとも言える¹⁰⁵。そのためここでは、応急処置として、応報刑論（＝絶対論）／目的刑論（＝相対論）という名称を用いておくことにする。その上で、この図式に意味を与えるための、別の形での規定方法が問題となる。

結論から言えば、応報刑論（絶対論）／目的刑論（相対論）という図式の有意味性を保つためには、上に整理した内在主義・折衷主義／道具主義の対比を当てはめることが最も適切であろう。つまり、刑罰にはそれ自体で内在的価値があり、それは刑罰正当化の積極的理由（の全部または一部）になるというのが応報刑論である。これに対して、刑罰それ自体はあくまで内在的無価値であって、それ以外の優越的な内在的価値（これが「目的」として理

¹⁰⁴ 例えば、齊藤（誠） [2000] 17頁は、このような問題は「目的という概念をただ社会的・経験的な目標という意味でつかうのか、それとも、それを（正義という）理念を実現するという意味でつかうのか、ということ（純粋な用語の問題）からでてくることである」と述べる。

¹⁰⁵ 現にドイツでも、最近になって、絶対論／相対論という図式そのものの妥当性ないし存在意義に疑問を呈する議論が出てきている。Siehe z. B. Hörnle [2017] S. 3, 17 ff., 61; Von Hirsch [2005] S. 57 f.; Spycher [2013] S. 139 ff.

解される)を実現することだけが積極的理由になるとするのが目的刑論である。また、これら二つの理論の最も純粋な、狭義の形態は、上述した刑罰論の基本図式によれば、それぞれ、義務論的内在主義¹⁰⁶と、帰結主義的道具主義であるということになる。それゆえ、次のように理解される。

広義の応報刑論(絶対論) = 内在主義/折衷主義 狭義の応報刑論 = 義務論的内在主義
 広義の目的刑論(相対論) = 道具主義 狭義の目的刑論 = 帰結主義的道具主義

しかし、ここには未だ、二つの問題が残されている。第一に、なぜこのように理解するのが適切であるのか、ということである。上で行ったのは、「目的なき刑罰論(絶対論)/目的ある刑罰論(相対論)」という特徴づけでは不十分であるという、消極的な論証にすぎない。もちろん、このような無内容な「目的」概念は放棄すべきであるとしても、目的概念の規定方法は他にも存在する。例えば、応報刑論とは回顧的な理論(つまり、過去の出来事に着目する理論)であり、目的刑論とは展望的な理論(つまり、未来の出来事に着目する理論)であるというように特徴づければ(この特徴づけ方に違和感が持たれることはないものと思われる)、二分法の崩壊ないし無意味化は引き起こされない。そうすべきでない原理的な理由はあるのだろうか。もっと言えば、応報刑論/目的刑論という二分法にこだわる意味もないのかもしれない。応報刑論でも目的刑論でもない「第三の刑罰論」を広く認め、それぞれの理論が成功しているかどうかをアドホックに検討すれば、それで足りるのかもしれない。

第二に、そもそも、上のように「広義の応報刑論=内在主義/折衷主義」、「広義の目的刑論=道具主義」と概念規定を行ったところで、最初に述べた問題は解決されていないように見える。すなわち、典型的な応報刑論を例にとると、刑罰による犯罪者に対する害悪賦課は、「それ自体」では内在的無価値であるが、この害悪賦課を通じた正義の実現は内在的価値であり、したがって刑罰は、この内在的価値を惹起する点での道具的価値を有する。ここでは、犯罪者の受ける害悪よりも、正義の方が価値が高いため、刑罰の(直接的)正当化がなされるのである。したがって、これは道具主義である。もし、このように言うてはならない原理的な理由が存在しないのであれば、結局のところ問題は振り出しに戻ることになる。

以下では、これら二つの問題に対して回答を試みる。なお、以下本節では、特に断りがない限り、応報刑論と目的刑論は、いずれも広義のそれを意味する。また、「内在主義=応報刑論」という表現を用いることがあるが、これは厳密には「内在主義または折衷主義=広義の応報刑論」ということになる。とはいえ、この省略は以下の議論には影響しない。

次のことを出発点とすることができる。すなわち、主張を異にする理論に同じ名前をつけることは適切でないし、主張を同じくする理論に異なる名前をつけることは適切でない。言い換えれば、諸理論の分類は、その主張内容の相違に従って行うべきである。このこと自体には、異論は存在しないものと思われる。ところで、ある理論の主張が成功しているかどうかは、その主張を支えるために必要な論証を成功裏に行っているかどうかによって判断されることになる。それゆえ、主張が異なるということは、論証(すべき)課題が異なるということでもある。したがって、理論の分類は、主張(しようとする)内容/論証(すべき)

¹⁰⁶ なお、帰結主義的内在主義も狭義の応報刑論にあたるといえる。

課題の相違に従って行うべきである。

ところで、刑罰論全体に共通する「問うべき諸問題」は、既に本章I. で明らかにした通り、倫理的態度決定・直接的正当化・深層的正当化であった。このうち、倫理的態度決定は、それ自体で常に論証を要求するものではない。したがって、刑罰論を展開する上で必ず突き当たる最初の論証課題は、「刑罰はいかなる点で善（内在的価値）であるのか？」という、刑罰の直接的正当化である。これは言い換えれば、「刑罰は、害悪賦課である以上、悪であるはずである。どうすれば、これを善と評価できるか」という問題である。

ここで、この問題を、評価対象と評価基準に分析することができる。すなわち、およそ規範的評価が行われる際には、特定の事実に対して、それを評価する特定の規範が適用されることになるが、刑罰の（直接的）正当化においても同様に、刑罰という事実に対する規範的評価が問題となっている。具体的に言えば、ここで評価対象となっているのは、犯罪者の受ける害悪という経験的事実である。これに対して、これを評価する際には、犯罪者の受ける害悪に関して善悪を判断するための、何らかの規範的基準が必要となる。その具体的内容は、論者がコミットする道徳的立場によるわけであるが、例えば、善を幸福と関連づける厚生主義¹⁰⁷でありうる。ところで、およそ「人に対する害悪賦課」というものは、悪（内在的無価値）であると考えざるを得ない（このことは基本的に、「刑罰は正当化を必要としている」ということをも意味している¹⁰⁸）。というのも、そもそも、刑罰による害悪賦課とは基本的に法益侵害であり、それが人の行為により意図的に賦課されるという点も考え併せれば、それは本来、犯罪を構成すべき事態である。それゆえ、我々のほぼ全員が共有しているに違いない（道徳的な善悪に関する）規範的基準によれば、人に対する害悪賦課という経験的事実は、悪と評価するほかならざるべきである。それでも刑罰を正当化しようとするならば、我々は状況を変えなければならない。取りうる戦略は必然的に二つである。すなわち、規範的基準を操作するか、それとも、経験的事実を操作するかである。

まず、規範的基準を操作する（規範的基準について視野を広げる、と表現することもできる）という正当化戦略を採用する場合、最初に視野に入るのは、刑罰は単なる害悪賦課ではなく、犯罪者に対する害悪賦課¹⁰⁹である、ということであろう。つまり、人に対する害悪賦課が善であるとは到底言えないが（それどころか、むしろ不法を構成しうる）、犯罪者に対する害悪賦課であれば、それを善であるとする規範的基準を用意できるかもしれない（そう感じ

¹⁰⁷ 厚生主義は、帰結主義および総和主義と並ぶ、功利主義の主要な内容の一つであるとされる。上注（28）参照。

¹⁰⁸ Berman [2011] 443 f. なお、明示的に論じられることは少ないが、刑罰はなぜ正当化しなければならないのかということも、それ自体で論点となりうる。See eg Boonin [2008] 28-36; Zürcher [2014] S. 5-28.

¹⁰⁹ 正当化の対象たる刑罰の記述を、刑罰の定義を通じて豊富化すれば、それだけ正当化の際に着目しうる点が増える。言い換えれば、刑罰の定義論には、刑罰論における問題発見機能が認められる。それゆえ、正当にも指摘されているように、「刑罰について明晰な議論を展開するためには、やはり刑罰の定義に関する検討が必要であるといわなければならない」（高橋 [2018] 104頁）。とはいえ、ここでは、「犯罪者に対する害悪賦課」という、最も核心的とみられる二要素のみを措定して議論を進めることにする。

られる理由は、率直に述べてしまえば、それが直観に合致するからであろう)。とはいえそれは、人に対する害悪賦課は悪であるという、(規範倫理的に言えば、例えば)厚生主義的な前提を、少なくとも条件付きで否定することを意味する。それゆえ、この規範的な正当化戦略は、非厚生主義的な規範的基準の論証を課題とすることになる。

こうした規範的戦略をとるのが、内在主義(=強い応報主義=広義の応報刑論の一種。なお、同じく広義の応報刑論に含まれるところの折衷主義に立つ場合も、この規範的戦略は当然に必要となる。折衷主義の場合に異なるのは、これに加えて道具的価値も援用するため、下に見る経験的戦略をも援用しなければならないということである)に他ならない。ハートが、応報主義は「道徳的錬金術 (moral alchemy)」¹¹⁰であると表現するのは、この点を捉えたものであると言える。すなわち、応報主義によれば、害悪賦課も、犯罪(者)という属性も、ともに悪であるはずなのに、この二つの悪を掛け合わせると不思議にも善になるという意味で、「錬金術」なのである。タドロスは同じことを、「道徳的結合価 (moral valence)」の転化と表現する。つまり、人に対する害悪賦課は、それだけでは悪であるはずが、「犯罪者」という属性と結びつくことで、善の方向へと評価ベクトルが反転する。このような発想が応報主義の本質的特徴である、ということである¹¹¹。

以上から、刑罰の直接的正当化における内在主義=応報刑論の論証課題は、非厚生主義的な(というよりも要するに、刑罰害悪は法益侵害であって悪であるという、刑法上当然に共有されているはずの基準に例外を認めるための)規範的基準の論証であるということになる。その一方で、事実の世界に関しては、単に「犯罪者の害悪」という事実を取り出すのみであるため、これといった論証課題は存在しない。

これに対して、経験的事実を操作する(経験的事実について視野を広げる、と言ったほうがよいかもしれない)という正当化戦略は、上のような規範的操作を必要としない。犯罪者に対する害悪賦課は悪であると評価するような厚生主義的基準を維持していても、その害悪賦課から、犯罪減少効果という経験的事実が惹起されるというときには、同じ基準から、この犯罪減少効果を善と評価することができる。ここでもし、刑罰が存在せず、それゆえ犯罪が減少しないことによる社会的効果が破壊的なものであると想定することが許されるのであれば(この想定のは非経験的な問題を含んでいる)、そのような不良変更を阻止するところの犯罪減少効果の善性は、刑罰の悪性を上回るであろう。したがって、総和主義¹¹²の観点から、刑罰の善性を肯定することができる。それゆえ、この経験的な¹¹³正当化戦略は、刑罰

¹¹⁰ Hart [2008] 234; see also Pojman [1997] 5 f.

¹¹¹ Tadros [2011] 25.

¹¹² 総和主義は、帰結主義および厚生主義と並ぶ、功利主義の主要な内容の一つであるとされる。上注(28)参照。

¹¹³ 経験的な正当化戦略と呼ぶと、経験的事実を規範的正当化根拠として見なし、事実から当為を導き出すという誤り、すなわち「自然主義的誤謬 (naturalistischer Fehlschluß)」(この概念については、刑法の文脈では、Andrissek [2017] S. 88-90 参照。この概念は倫理学者の G・E・ムーアに由来するが、かつてヒュームも同旨を述べていたため、ヒュームの法則とも呼ばれる〔ただし、厳密には両者の意味は異なっており、ここでは後者を用いる方が正確であるかもしれない〕。ヒューム [2019] 22-23 頁。ジェイムズ [2018] 199 頁以下も参照)を犯すものであるかのような印象を与えるかもしれない。しかし、ここで「経験的な」と呼ぶのは、この正当化戦略

から自然的因果関係を通じて別の経験的事実が生じることを実証し、その経験的事実は厚生主義的基準から内在的価値が認められることを確認し、さらにその内在的価値は刑罰の内在的無価値に優越することを論証するという、三段階の論証課題をもつことになる。

こうした正当化戦略を採用するのが、道具主義(=刑罰論上の帰結主義=広義の目的刑論)である。つまり、道具主義は、犯罪者に対する害悪賦課もまた、害悪である以上は悪であるという考え方を維持しながら、しかしその刑罰から(自然的因果関係を通じて)別個に善が実現され、それが害悪賦課の悪に優越するために、総合的にみれば善である、という主張を特徴とするものとして理解されるのである。

以上から、刑罰の直接的正当化における道具主義=目的刑論の論証課題は、①刑罰によっては「別の経験的事実」が惹起されることの経験的検証、②この「別の経験的事実」には厚生主義的基準を修正せずに(というよりも要するに、刑罰害悪は法益侵害であって悪であるという、刑法上当然に共有されているはずの基準をそのまま維持しても)内在的価値を認められることの論証、③その内在的価値は刑罰の内在的無価値に優越することの論証であることになろう。ただし、道具主義の中でも、この「別の経験的事実」として何を援用するかによって、①から③に置かれる重点のバランスは変わってくるであろう。例えば犯罪予防効果を援用する場合を考えると、②は自明であり、③は①の検証結果に大きく依存することから、実践的にみれば、道具主義に立つ論者の労力は、その大部分が①に注がれることになろう。これに対して、犯罪予防効果は援用できないと仮定して、例えば処罰による(被害者および公共の)応報感情の沈静化・安定化を援用する場合¹¹⁴を考えると、②はおそらくパスできるとしても、③においては、①と独立に、別個の問題が生じるかもしれない(感情が鎮静化されることの価値それ自体を援用するに止まる限り、それが刑罰の無価値を上回ることの論証は、質的にみて難しいと思われるためである)。

要するに、広義の応報刑論と広義の目的刑論は、刑罰の直接的正当化において、次の点で対照的な論証課題を抱える立場であると言える。まず、広義の応報刑論は、経験的事実に関しては刑罰(犯罪者に対する害悪賦課)のみに着目すればよいが、規範的基準に関しては非厚生主義的基準を特に論証しなければならない。それゆえ、その論証の力点は、規範の世界の問題に置かれる。これに対して、広義の目的刑論は、経験的事実に関しては刑罰により惹起される別の経験的事実に着目しなければならないが、規範的基準に関しては、常識的な、厚生主義的基準を単に維持すればよい。それゆえ、その論証の力点は、事実の世界の問題に置かれる。

が、刑罰から事実として別の内在的価値(例えば犯罪予防効果)が発生することを経験的手法を用いて検証するという課題を必ず含み、その点で規範的正当化戦略と区別される、という趣旨である。その意味で、あくまで便宜的な呼称である。この正当化戦略においても、惹起される事実が本当に(厚生主義的基準から)内在的価値であるか、そして、それは本当に刑罰の内在的無価値よりも優越するものであるか、という規範的な正当化作業は必要である。

¹¹⁴ 上注(43)で言及した、いわゆる「犯罪の事後処理説」を念頭に置いている。なお、同説については下注(120)も参照。

目的刑論における目的概念の意義という観点から表現すれば、次のようになる。目的刑論における目的とは、刑罰により惹起される別個の経験的事実であり、かつ、厚生主義的基準を修正せずその内在的価値を肯定できるものことである。刑罰の直接的正当化において、この意味での目的を援用しないならば、それは目的刑論ではない。

それゆえ例えば、ここでは詳細に追究できないが、実証的でない、観念的なタイプの積極的一般予防論¹¹⁵は、それが規範妥当の維持という観念的事象に対する効果を理由として刑罰を正当化しようとするものである限り、目的刑論とは言えないであろう。観念的な意味で規範妥当が維持されるというのは「別個の経験的事実」とは言えないし（逆に、経験的事実として構成するならば、刑罰との自然的因果関係に関する経験的検証の責任が必ず生じることになる）、このような観念的事象そのものを厚生主義的基準から善として評価しうるとも思われない。それゆえ、「経験的な効果を追求する目的刑論の1つとしての一般予防論ではなく、むしろ秩序応報の別の表現とみるべき」である¹¹⁶。

もう一つ、英米圏の理論からも例を挙げておけば、いわゆる刑罰のフェアプレイ論（犯罪者は、自身は犯罪を犯しながら、他人の遵法性による利益をも受けるフリーライダーであるという意味で、犯罪により不公正な利得を得ているものであり、刑罰はこの利得の剥奪という観点から正当化される、という理論である¹¹⁷）は、一般に応報主義の一種として整理されるどころ、これは「利益と責務の公正なバランスを回復する」という「展望的な関心によるもの」である以上、「むしろ目的刑論の考え方だと言わなければならない」という指摘も存在する¹¹⁸。しかし、目的刑論は展望的であり応報刑論は回顧的であるという特徴は、目的刑論（道具主義）が犯罪者に対する害悪賦課から自然的因果関係を通じて実現される別の善に着目し、その一方で応報刑論（内在主義）は犯罪者に対する害悪賦課そのものを規範的に善に転化させようとし、その際には大抵の場合、犯罪という過去の事象に着目するものであるということからくる、事実上の傾向に過ぎないのではないだろうか。両理論の本質的に重要な相違点はあくまで、上述した通り、犯罪者に対する害悪賦課それ自体を善であると規範的に論証しようとするのか、それとも、別個の優越的な善が生じることを経験的に検証しようとするのか、ということにある。それを踏まえれば、フェアプレイ論は、観念的なレベルにおいて刑罰を「不公正な利得を剥奪するもの」と把握することにより、これを善として評価しようとするものである限り、一般的な整理と同様に、応報刑論の一種であると理解すべきであろう。

なお、ここまでの考察を踏まえれば、折衷主義（＝広義の応報刑論の一種）は、定義上、広義の応報刑論・目的刑論の両方の論証課題を抱える（＝両方の主張をあわせもつ）理論であることになる。例えば、応報と予防を両方とも必要とする、重疊的折衷主義であれば、問題は単純である。これは応報を援用する以上、非厚生主義的基準から、刑罰の内在的価値を肯定しなければならない。その一方で、予防を援用する以上、刑罰から予防効果が生じることを経験的に検証しなければならない。これに対して、次のような折衷主義もありうる。刑

¹¹⁵ 上注（11）参照。

¹¹⁶ 松原（芳）〔2017〕8頁。吉岡〔2001〕46頁、吉岡〔1997〕9頁以下も参照。

¹¹⁷ 高橋〔2018〕161頁以下、米村〔2016〕42頁以下など参照。See also Boonin〔2008〕119 ff.

¹¹⁸ 高橋〔2018〕163-164頁。

罰による犯罪者に対する害悪賦課があり、そこから自然的因果関係を通じて、被害者において、応報感情の満足という事実的心理状態が生じる。ところで、既述の通り、このような心理状態に内在的価値が認められたとしても、おそらく、厚生主義的基準を単純に適用するだけでは、それが犯罪者に対する害悪賦課の内在的無価値を優越することの論証は容易でないであろう。そこで、例えば応報感情の満足を得ることは被害者の権利であるとして、この権利性という内在的価値を援用することによって、刑罰の直接的正当化を行う¹¹⁹。この見解は、一方で、犯罪者に対する害悪賦課から、被害者の応報感情の満足という心理状態が生じるというのは本当であるかという経験的検証を行う必要があり、他方で、そのような心理状態の実現を善と評価しうるのはなぜであるかという規範的論証を行う必要がある。つまりこれは、経験的検証と規範的論証の両方を課題とする理論であって、この両方を主張内容に含む理論である。したがって、折衷主義である。これに対して、例えば、上記見解を修正し、被害者の権利性を持ち出すのではなく、厚生主義的基準を維持しつつ、応報感情の慰撫を評価するのであれば、それは、規範的操作を用いるものでない以上（応報感情が満足されることが、その点でも善であり、悪ではないということ自体は、肯定不可能ではないであろう。ただし上述した通り、刑罰害悪に対して優越的であると言えるかどうかは、相当の疑問が残る）、道具主義＝目的刑論である¹²⁰。

¹¹⁹ わが国において、これに近い構成をとる見解として、橋本 [2016] 16 頁以下がある（さらに、以下に要約する橋本説は、Kaufman [2013] 167 ff.にも近い）。ただし、正当化根拠として「被害者の権利」を持ち出すわけではない。むしろ、論者の力点は、「国家刑罰としての応報刑の源泉には一般化された応報・復讐感情があるということの説明」（橋本 [2016] 26 頁。また、橋本 [2017] 36-37 頁も参照）に置かれており、その意味で、論者の関心は刑罰正当化論それ自体からは離れている。それでは、刑罰によってそのような感情を満足させることが、いかなる根拠によって正当化されるのかということ、この点について論者ははっきりとした態度決定を行なっているわけではないようであるが、おそらく、次のような脈絡となっている。すなわち、被害者自身の私的な憤慨（を伴う、不正を匡正すべきであるという正義感覚）を、それが利害関心のない公平な第三者からみて共感されうる限りで（これを論者は「応報・復讐感情の一般化」と呼称する）、刑罰によって慰撫し（あるいは正義感覚の承認を示し）、もって被害者の名誉・自尊心を回復することは、正当であるとする（橋本 [2016] 21 頁以下参照）。ただし論者は、この論証の最終段階に属するところの、刑罰により名誉・自尊心を回復することの正当化根拠については、別途の考察が必要であるとして態度を留保している（橋本 [2016] 22 頁参照）。とはいえ、少なくとも論者の構想が、応報・復讐感情の慰撫（を通じた自尊心・名誉の回復）に特別な規範的意義を付与するものであることは確かであろう。この意味で同説は、本文に例示した見解と同じ構造を示すものである。なお、論者の見解については、上に掲げた文献のほか、橋本 [2012] 967 頁以下も参照。

¹²⁰ 上注 (43) で言及した犯罪の事後処理説は、観念的な議論を退け、この処理の効果をあくまで「被害者など社会構成員の心理的満足や納得感を介し、犯人をも含んだ社会共同生活を再び平穏に行うための情緒的安定を達成する」（吉岡 [1997] 27 頁）という事実のレベルに限定して論じるものである。それゆえ、目的刑論と評価すべきことになる。ただし、心理的満足がそれ自体で刑罰害悪を優越する価値であると言いうるかは、質的にも量的にも疑問となろう。また、その一方で、「社会的共同生活」の「平穏」というような、その経験的な実体が判然としない、曖昧な観念を持ち出すならば、その曖昧性の分だけ、刑罰によるその効果の発生を経験的・定量的に検証すること、および、その内在的価値を評価することの両方が困難になるということに注意

最後に、応報刑論の論証課題と、目的刑論の論証課題とを両方達成しない、あるいはそれ以上に、どちらも達成され得ないと積極的に論証する場合には、刑罰廃止論 (abolitionism) に至る。逆に言えば、刑罰廃止論を論証するためには、上に掲げられた論証課題をすべて破綻させればよい。

かくして、理論の主張内容／論証課題という観点から、刑罰の直接的正当化における二つの立場、すなわち広義の目的刑論と、広義の応報刑論 (その中に内在主義と折衷主義がある) が定義された (さらに、刑罰の直接的正当性をそもそも否定する場合には、刑罰廃止論に至る)。同時に、全ての刑罰正当化論は必ず直接的正当化を通過することになる以上、この区分は網羅的なものであると考えられる。つまり、いかなる刑罰正当化論にも、例外なく、広義の目的刑論または応報刑論の主張内容／論証課題が認められるはずである。それゆえ、目的刑論でも応報刑論でもない「第三の刑罰論」は、原理的に存在しえない。もちろん、それぞれの内部において、論証課題を達成するための議論の構成方法は、複数存在しうる。例えば、刑罰の内在的価値は、シンプルな功績原理の観点から認められる可能性もあれば、上述したフェアプレイ論のように論証する可能性もあり、あるいは刑罰が非難表出であるという観点から論証される可能性もある。しかし、いずれも、それが応報刑論である限り、上述したような論証課題を必ず共有しているのである (なお、注記しておけば、ここでの分析は刑罰の直接的正当化に限定されているため、そこでの論証課題は当然ながら、正当化のための必要条件であって、十分条件ではない。深層的正当化のレベルにおける論証課題が残っているのである。この場面における論証課題を網羅的に整理することは本章の範囲を大きく超えるため、ここでは追究できないが、少なくとも、次の二つの課題が存在するという点には、同意を得られるのではないだろうか。すなわち、直接的正当化において援用された刑罰の善について、①いかなる根拠により、その善を実現することは国家の任務であると言いうるのかという国家側の論証課題、および、②いかなる根拠により、犯罪者はその善を実現するための刑罰を受忍しなければならないと言いうるのかという、行為者側の論証課題である¹²¹。筆者は、論証課題は他にも存在しうるものであるが、本章の範囲では、以上の二点に言及を限定することとし、それ以上の整理については他日を期す)。

以上の分析によって、刑罰の直接的正当化というレベルにおける区別として、広義の応報刑論・目的刑論の区別が概念的に規定された。こうして、相対的応報刑論の検討に入るための準備が整ったことになる。

すべきである。

¹²¹ このような構造を示す見解として、松原 (芳) [2016] 72 頁以下参照。さらに、ここでは詳しく追究できないが、この区別は、グレコにおける「刑罰に関する威嚇の場面と賦課の場面 (die Momente der Androhung und der Zufügung der Strafe)」の区別に対応する (Greco [2009] S. 227)。さらに、ヘルンレの「当事者に対する正統化 (Legitimation gegenüber den Betroffenen)」と「被処罰者に対する刑罰賦課の正統化 (Legitimation der Verhängung gegenüber den Bestraften)」の区別にも対応する (Hörnle [2011] S. 12 ff., 18 f.; Hörnle [2017] S. 3-6, 13-15, 47 ff.)。

2. 相対的応報刑論の諸類型とその有望性

2-1. 相対的応報刑論の課題

以上に整理された広義の応報刑論／目的刑論は、各々解決すべき課題を抱えている。それは突き詰めれば次の点に収斂すると思われる。すなわち、応報刑論の課題としては、応報することそれ自体の内在的価値を論証することの困難さもあるが、それ以上に、そのような「応報」の実現を国家の役割として肯定することの難しさがある¹²²。つまり、「国家は、構成員の利益のための手段的な機構であって、その権能は国民の現実的な利益の実現のためにのみ認められる。それゆえ、国家権力の行使としての刑罰の正当性は、犯罪の予防を通じた法益保護という現実的な効用によって根拠づけられなければならない」¹²³。他方、目的刑論の問題としては、刑罰の道具的価値（犯罪予防効果）を実証することの困難さもあるが、それ以上に、刑罰を「犯罪に対する（回顧的な）非難」として特徴づけることの難しさがある。すなわち、「予防刑論は、刑罰の効果に着目するばかりであり、このような刑罰の正当化問題に不可欠であるはずの刑罰と犯罪の関係性を配慮する契機を理論上有していない。（…）まさにこれこそが、予防刑論に見られる理論上の最大の弱点である」¹²⁴。ここに示されているジレンマを、佐伯仁志は的確に要約している。すなわち、「応報は国家の任務でないから、刑罰権の正当化根拠として応報刑論を用いることはできない。しかし、刑罰に応報的非難の性格ももたせたい。そんな都合のいい理論構成がありうるのであろうか」¹²⁵。

ここには、刑罰論の究極的な課題が現れている。それ自体は周知のものである。すなわち、回顧的な非難（責任）と、展望的な予防とを両立させることである。狭義の応報刑論では、前者は立つけれども後者が立たず、狭義の目的刑論では、後者は立つけれども前者が立たない。この課題を解決するためには、両者のいずれでもない、中間に位置する見解の定立を試みることになるが、そのような試みとして現代において最も一般化しているのは、言うまでもなく「相対的応報刑論」である（言い換えれば、この意味での相対的応報刑論は、「広義の応報刑論であるが狭義の応報刑論ではない見解、または、広義の目的刑論であるが狭義の目的刑論ではない見解」と定義されることになる。この「または」以前と以後の部分が、それぞれ後述する「応報型」と「抑止型」に派生することになる）。この点、上述した「刑罰論の基本図式」からみれば、狭義の応報刑論（＝義務論的内在主義）と狭義の目的刑論（＝帰結主義的道具主義）の間では、複数の理論構成が可能である（本章 I. 3-2. に示した「刑罰論の基本図式」に照らせば、帰結主義的折衷主義、修正帰結主義的折衷主義、修正帰結主義的道具主義の三者が、

¹²² 応報主義一般が論証すべき事柄は、これらの二点に集約されるという点については、Tadros [2011] 26. なお、定義上、広義の応報刑論は、強い／弱い応報主義の総体と一致する。

¹²³ 松原（芳）[2016] 72 頁。同旨として、町野 [2019] 15-16 頁、西田 [2019] 21 頁、高橋 [2018] 14, 544 頁、井田 [2018] 603 頁、曾根 [2015] 24-25 頁、佐久間 [2009] 440 頁、内藤 [1983] 125-126 頁、平野 [1972] 22 頁など参照。

¹²⁴ 飯島 [2016] 23 頁。犯罪と刑罰の回顧的な結びつきを担保する意味も含めて、刑罰論における応報ないし非難という要素の重要性を説くものとして、福田 [2011] 323-324 頁、佐久間 [2009] 442 頁、大塚 [2008] 50 頁、莊子 [1996] 58-59 頁、団藤 [1990] 37, 468 頁など参照。

¹²⁵ 佐伯（仁） [2013] 5 頁。

選択肢として残ることになる。修正義務論的内在主義もあるが、この見解は、定義上、上記課題を解決できない。内在主義だからである。したがって、残った二つの内在主義についても同様である。そこで以下では、これまでになされてきた相対的応報刑論の整理・類型化を検討することで、それらの正確な理論的位置価が（上掲した「刑罰論の基本図式」に照らして）何であるのかを確認し、その上で、どのタイプの相対的応報刑論が、いわば最も「有望」であるかを示すことにする。

2-2. 応報型と抑止型、および非難抑止型と威嚇抑止型

そもそも、わが国において相対的応報刑論という呼称をはじめて用いたのは、平野龍一であるとされる¹²⁶。その平野によれば、「一般予防論ないし抑止論は、応報のための応報、非難のための非難を加えるのは、国家の任務ではないという考え方から出発する。国家が、その権力によって個人に害悪を加えるのは、それによって、犯罪の防止という効果がある場合に限られなければならない。もちろん、犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰も正当化されるのではなく、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが正当化されるであろう。ここでも応報刑の場合と同じように、『正しい抑止刑』であるための要件として『均衡の原則』が要求される。その結果、抑止刑は、応報刑に近いものをもつ。しかし、『正当な応報』であるというだけで、ただちに刑罰が正当化されるものではなく、犯罪防止の効果があつた程度でのみ正当化されるとする点で、やはり絶対的応報刑論とは異なっている。強いていうならば、相対的応報刑論と呼ぶことは可能であろう」¹²⁷。しかし、ここで言われているのは結局、狭義の応報刑論は妥当でないが、狭義の目的刑論も妥当でなく、予防も応報¹²⁸もともに重要なことから、中間を取るべきだ、ということだけである。それ以降も、相対的応報刑論の具体的内容に関して、これ以上の一義的な共通理解が形成されてきたわけではない¹²⁹。

もっともその後、このような相対的応報刑論には、二つの類型があることが認識されてく

¹²⁶ 澤登 [1984] 51 頁注 (11) は、「絶対的／相対的応報刑論」という区分が最初に行われたのは平場＝平野 [1972] 8, 22 頁 (など) ではないか、と述べている。なお、それ以前の折衷の見解の整理法としては、例えば、応報目的と予防目的の両立を志向する併合主義と、両目的は立法・裁判・行刑という段階を通じて重心を変えながら追求されるとする分配説とに分類するものがあつた。大塚 [1956] 251-252 頁、大塚 [1957] 214 頁以下、大塚 [2008] 46 頁参照。

¹²⁷ 平野 [1972] 22 頁。

¹²⁸ この点で、「概念／事実としての応報」と「(積極的／消極的な) 正当化根拠としての応報」との混同を避けておく必要がある。すなわち、例えば内藤 [1983] 122 頁は、前者の意味での応報を認める見解もまた「応報刑論」と呼びうるとした上で、刑罰の正当化根拠を犯罪予防に求めつつも、なお刑罰は経験的事実として(=概念上)「応報」であるということ認める見解もまた、相対的刑罰論と矛盾しない応報刑論という意味で「相対的応報刑論」に含まれると整理する。しかし、これを後者の意味での応報、すなわち正当化根拠としての応報を認めることの「応報刑論」と並置するのは、概念の混乱を招くものであつて、避けるべきであると思われる。前者は刑罰の定義の問題として、後者は刑罰の正当化の問題として、区別されなければならない(ただし、内藤 [1983] 125 頁でも、この点には注意が促されている。そのほか、松原(芳) [2015] 62 頁、澤登 [1984] 37 頁参照)。

¹²⁹ 澤登 [1984] 50 頁、城下 [1995] 43 頁参照。

る。すなわち、「応報型相対的応報刑論」と、「抑止型相対的応報刑論」である¹³⁰。応報型相対的応報刑論とは、「応報刑論を基調としつつも、実際の処罰にあたっては犯罪予防目的を重視し、刑罰は犯罪予防にとって必要な範囲で科されるべきである、とするもの」であるとされる¹³¹。すぐに述べる通り、一般にこのカテゴリーに収められる諸見解の中には「相対的応報刑論」と呼びうるものであるか疑問の余地がある見解も存在するが、好意的に解釈するならば、この見解は、広義の応報刑論を出発点としつつ（つまり、刑罰の〔直接的〕正当化根拠／積極的理由に込められるという点は動かさず）、その枠内では予防の価値を最良の形で実現しなければならない、という立場であると解される¹³²。これに対して、抑止型相対的応報刑論とは、「目的刑論を基調としつつも、犯罪予防に有効であればいかなる刑罰も正当化されるわけではなく、正当な刑罰であるためには犯罪との均衡が要求される、とするものである」とされる¹³³。この見解は、広義の目的刑論（道具主義）を出発点としつつ、それに対する横からの制約（つまり消極的理由）としてのみ応報を考慮するという考え方であると解される¹³⁴。

これらを、上述した「刑罰論の基本図式」の観点から分析すると、次のようになる。まず応報型は、直接的正当化のレベルにおいて、応報を刑罰正当化の積極的理由に位置づけるものである。つまり、内在主義または（重疊的）折衷主義である。その上で、予防の契機を取り込むのであれば、可能な理論構成は、（上述した通り、修正義務論的内在主義は結局のところ犯罪予防の価値を容れるものではないため）帰結主義的（重疊的）折衷主義と修正帰結主義的折衷主義である。しかし、例えば小野清一郎のように「道義を重んずる刑法は、結局において亦能く社会の保安を完うする刑法である」とし、一般予防と特別予防は「そのいずれの方向に於ても道義的観念が支配せねばならぬ」と述べ¹³⁵、あるいは団藤重光のように、刑罰は倫理的な非難として「犯罪の規範的意味を明らかに」するものであり、それを通じて一般予防・特別予防作用が実現されることを「みとめなければならない」というとき¹³⁶、それは、直接的正当化のレベルにおいて応報とは区別された意味での予防を積極的理由と認めるものであるかということ自体が疑われる。というのもまず、これらが述べているのは、「応報を実現すれば、それを通じて自ずと予防的価値も実現される」ということだけである。しか

¹³⁰ 「応報型」および「抑止型」という名称については、前田（雅）〔2019〕13頁。そのほか、高橋〔2018〕150頁、城下〔1995〕43頁以下、遠藤〔2011〕21頁など参照。岡上〔1988〕98-99頁も参照。

¹³¹ 高橋〔2018〕150頁。城下〔1995〕43頁も参照。

¹³² 「相対的応報刑論」をこのように理解するとみられるものとして、高橋〔2018〕15頁、松宮〔2018〕7頁、山中〔2015〕59頁、福田〔2011〕321頁、佐久間〔2009〕441頁、大塚〔2008〕50-52頁など参照。

¹³³ 高橋〔2018〕150頁。城下〔1995〕44頁も参照。

¹³⁴ 「相対的応報刑論」をこのように理解するとみられるものとして、西田〔2019〕20頁、井田〔2018〕604-605頁、曾根〔2015〕25頁など参照。また、林（幹）〔2008〕12-14頁および堀内〔2004〕11-12頁の「抑止刑論」も、ここにいう抑止型相対的応報刑論と実質的に同一の内容をもつ。さらに、内藤〔1983〕126-128頁に示された立場も、抑止型と実質的に同一のものであると言える。

¹³⁵ 小野〔1956〕19頁、20頁。

¹³⁶ 団藤〔1990〕469頁。

し、応報（ないし非難／道義）の価値だけを実現すれば、予防の価値も自ずと実現され、かつ、（たとえそれが最良の予防効果を発揮するものではなかったとしても、つまり、応報を無視した方が予防効果が高まる場合があったとしても）常にそれで足りるとするのであれば、それは結局のところ、刑罰正当化はその積極的理由に応報を据えれば足りるということを意味するに過ぎない。予防効果は、その副次的・付随的效果としての意味合いしかもたず、刑罰の（積極的な）正当化根拠として独立の規範的意義をもたないものとなるのである¹³⁷。それはつまり、狭義の応報刑論（絶対的応報刑論＝義務論的内在主義）に他ならないであろう¹³⁸。これに対して大塚仁は、刑罰の「絶対主義的基幹」（犯罪により侵害された国法秩序を回復するという側面）と「相対主義的基幹」（一般予防および特別予防をはかるという側面）を分離した上で、「相対主義的基幹は、その絶対主義的基幹と緊密に表裏すべきものであり、刑罰の予防的目的も、その応報的正義の枠内において、いいかえれば、犯罪と価値的に相応する刑罰の範囲内においてのみ、合理的意義が見出されなければならない」¹³⁹とする。この見解は、次のような思考過程を経るものと解釈できる。すなわち、刑罰はまずもって応報であり、これに反する刑は許されないが、逆に応報にかなう刑の中では、今度は予防目的を最良の形で実現する刑のみが正当化される。こうして、応報と予防の両方にかなう刑となっはじめて刑罰は正当化されるのである、と。ここでは、応報と予防が相矛盾する可能性が念頭に置かれており、その意味でなお狭義の応報刑論とは別の見解と言いうるであろう。その上で分析してみると、まず、択一的折衷主義ではなく、重疊的折衷主義であることは間違いない。その上で、これは帰結主義的重疊的折衷主義ではありえないと解される。というのも、本章 I. 2. で述べた通り、帰結主義的重疊的折衷主義の観点から予防に対する応報の無例外的な優先性を根拠づけることは難しく（つまり、予防的考慮が常に応報の枠内に収まるべきであることの基礎づけが難しい）、かつ、それでは法益保護主義のような他の諸原理を説明することもできないのであって、そのためには「消極的理由」の論理が不可避免的に要請されるからである。それゆえ、修正帰結主義的（重疊的）折衷主義であることになる（というよりも、そう構成するしか道はないはずである）。つまり、積極的理由として応報と予防を共に援用した上で、さらに、刑法理論上の様々な原理が消極的理由として機能することを別個に論証すべきことになる。

このような応報型は「有望」であろうか？ 検討すると、まず問題とすべきは、応報型が、狭義の応報刑論（＝絶対的応報刑論）に向けられる根本的な不満、すなわち、犯罪予防という現実的効用を抜きにして国権の行使を正統化することの不当性を克服しえているかどうか、である。この点については、克服しえているという評価が可能であろう。というのも、まず、この不満の具体的内容（の少なくとも一つ）は、狭義の応報刑論によれば、国家は国民の現実的利益のための手段的機構であるという（憲法的にも基礎づけられるであろう）国家観を、少なくとも刑罰制度との関係では完全に放棄することになるところ、そのような考えは、他の法制度との関係で著しい不整合をきたすものであるから受け入れられない、とい

¹³⁷ これは上注（102）で述べたのと同じことである。

¹³⁸ この種の指摘として、所 [1994] 25 頁注（4）、町野 [2019] 16 頁参照。

¹³⁹ 大塚 [2008] 52 頁。

う点にある。その意味で、「ひとり刑罰制度のみが現実的目的を有しないとする」ことは不合理なのである¹⁴⁰。しかし応報型は、刑罰正当化の積極的理由に、応報に加えて予防の価値をも位置づけることによって、合目的性の契機を保持している。この点、国家的制度は一般に、合目的性のみならず正義の観点にも配慮しているし、かつそうすべきであるという一般の想定が妥当であるとすれば、応報型は、この想定に合致するものであるといえる。

その一方で、応報型の、論証上越えるべきハードルの多さは指摘しておくべきであろう。すなわち、まずそれは応報を積極的理由に位置づけるものであるから、①刑罰（応報）の内在的価値を論証し、②その価値を国家が実現することの正統性を基礎づけなければならない。その上でさらに、予防をも積極的理由に位置づけるのであるから、刑罰の犯罪予防効果を経験的に実証するというハードルも存在することになる。この意味で、応報型は、狭義の応報／目的刑論という「両説の問題点を併せた」¹⁴¹説（正確には、ここでは「問題」というよりも「課題」であるが）になっているといえる。それだけではない。この見解は、予防の価値が常に応報の枠内で実現されるべきこと、つまり本章の理解では、応報が刑罰正当化の消極的理由でもあることを論証しなければならないのである（正確には、予防にも応報にも還元されえない複数の価値ないし原理も消極的理由として論証すべきことになる）。もちろん、これらの高いハードルを越えようという企てが無意味である、と言いたいのではない。ここでの問題意識は、上述した「展望的予防と回顧的非難の両立」という究極的課題に挑む上で、ここまで高いハードルを越える必要があるのか、もっと論証コストを抑えてこの課題を解決することは本当にできないのか、ということである。これを確認して、今は次に進む。

次は抑止型である。「刑罰論の基本図式」に照らしたその理論的位置は、修正帰結主義的道具主義である。そこではまず、刑罰正当化の積極的理由は、犯罪予防効果だけである（直接的正当化における道具主義）。しかし（典型的には）、最良の犯罪予防効果を追求すれば、非犯罪者の処罰や不均衡な量刑といった不公正な帰結に至る（と思われている）。したがって、帰結の公正さを担保する要素として、「応報」（およびその他の諸原理）が消極的理由に位置づけられるのである（深層的正当化における修正帰結主義）。

抑止型は「有望」であろうか？ 上記の究極的課題に照らせば、まず国家刑罰権を現実的目的との関係で基礎づけるという点では、当然、この立場に問題はない。しかし、刑罰が回顧的非難であることを正当化するという点はどうだろうか？ この課題の達成は、現段階での抑止型には難しいであろう。なぜなら、ここにおいて応報は、予防刑に対する消極的・外在的制約に過ぎないからである。犯罪予防のみを積極的理由として投入された刑罰は、展望的目的によって特徴づけられた刑であって、それが応報の要請（例えば、非犯罪者に対する処罰の禁止と責任相当刑を科すべき要請）によって制約されたからといって、突然に非難としての性格を獲得することにはならない（実を言うと、これは正確な言い方ではないのであるが¹⁴²）。かつ、確かに、我々が現に有している刑罰制度は明らかに回顧的非難を行うもの

¹⁴⁰ 松原（芳） [2017] 5頁。上注（123）に掲げた文献も参照。

¹⁴¹ 佐伯（仁） [2013] 2頁。

¹⁴² というのも、ここにおける制約の効果が、「予防の方法が、非難の表明・伝達に限定される」（松原（芳） [2020] 400頁）というものであるならば、この制約を経た刑罰は、非難を表出するものであるということになるためである。以下、このことを具体的に述べる。

そもそも、とりわけ量刑の文脈においては、消極的責任主義（ないし応報）による予防刑の外在的制約はいわば「量の制約」というイメージで語られてきたものと思われる。例えば、予防の必要性に照らせば10年の懲役刑が必要であるが、責任相当刑（の幅の上限）は7年であるから、7年の量刑を言い渡すことになる、というようにである（このような「量の制約」というイメージは、野村健太郎のいう「分離論」と「二段階考慮論」に共通するものであろう。野村（健）[2020] 422-424頁参照。野村（健）[2020a] 25頁も参照）。これに対して、上述した松原説においては（野村説も同旨と思われる。野村（健）[2020] 425頁参照）、責任による制約はいわば「基準の制約」と解されているように思われる（あるいは、刑罰の目的は予防であるが、その目的の追求手段は非難に限定されるという意味での、「手段の制約」とも呼びうる）。つまり、予防目的のみを考えるならば、その量刑基準は「予防のために必要な刑を定めよ」というものになるが、そのような予防原理という基準そのものを責任原理によって修正ないし制約する場合には、量刑基準は「非難を通じた予防のために必要な刑を定めよ」というものになる。ここにおいて刑は、非難表出（のみ）を通じた予防を目的とするものであると理解されるため、正当化された形で非難を行うものであることになるのである。

抑止型相対的応報刑論における「応報による外在的制約」を、上記のような「基準の制約」であると理解すれば、そこでは、直接的正当化においては道具主義を維持しながら（つまり、刑罰正当化の積極的理由はその犯罪予防効果だけであるという広義の目的刑論を維持しながら）、刑罰が過去の犯罪を対象とした非難であるということをも正当化することができるであろう。かつ、応報ないし消極的責任主義による外在的制約が、上述した「量の制約」でなければならぬ理論的必然性は存在しないというべきである。このように構成するならば、上述した「究極的課題」は解決されることになる。

ただし当然ながら、こう考える場合にも、「非難表出を手段とした刑は（どのようにして）犯罪予防効果を発揮するのか？」という経験的命題の検証は必要である。かつ、上の理解による、「非難を通じた予防刑」における「非難」は、定義上、規範的意味で正当ないし公正なものであるが、本文で後述する通り、「規範的意味で公正な非難は最良の犯罪予防効果を発揮する」という経験的命題は、原理的に実証不可能である。そのため我々はやはり、まずは「事実としての非難は犯罪予防効果を有する」という経験的仮説の検証を行った上で、それを「規範的に公正な非難」であるように制約する、という過程を辿る必要があるのである。その意味で、私見は、上述した松原説・野村説を補足するものとして位置づけうる。

また、上では「非難を手段とせよ」という制約を根拠づけることが可能であることを一応の前提としているが、これが本当に可能であるかどうかは、検討の余地がある。例えばまず、論者は刑罰受忍義務の根拠を「功績原理に適ったコスト分配」（としての責任応報）に求めている（松原（芳）[2016] 73頁）。そこで、このようなコスト分配に従って害悪を賦課するところに、まさに回顧的な非難の意味が含まれているのだ、とすることができるかもしれない。しかし、そもそも功績（desert）原理とは、少なくとも（刑罰論の文脈における）通常の理解による場合、コストを各人の功績に従って分配せよという意味のみならず、「悪い行いをした者に悪の報いを与えるのは、善いことである」という意味をも含んだ道徳的原理である（Moore [1997] 160.むしろ前者の意味は、この後者の意味から導出されるものと理解される）。この原理によれば、刑罰はそれ自体で善であるということになるため、刑罰は、直接的正当化のレベルにおいて、積極的に根拠づけられることになる。しかしそうなれば、刑罰正当化の積極的理由はその犯罪予防効果のみであるという、目的刑論の前提が崩れることになるであろう（なお、これに近い指摘として、Morison [1988] 125 ff）。もちろん、「非難せよ」という規範的制約を基礎づけるための哲学的方法は、他にも考案されうるかもしれない。しかし少なくとも、これが容易な課題ではないとい

であるが、それは概念上／事実上の事柄に過ぎず、規範的意義をもたない。かくして、このような「刑罰の主たる正当化理由は犯罪予防に求めながら、個人の尊重という観点から一定の制約を設ける立場（…）によれば、非難は刑罰を構成する本質的要素ではないと解される可能性が高い」ということになる¹⁴³。こうして、抑止型のプランは挫折し、上述した「究極的課題」を解決する見込みはなくなったように見える。

しかし、既述の通り、目的刑論の論証課題の中心は、刑罰目的の実現可能性に関する経験的検証にある。それゆえ、目的刑論において問題解決を行う際には常に、その経験的側面をも視野に入れて検討する必要がある。そこで考えてみると、上記の脈絡は、次のような経験的命題を前提としている。すなわち、「最良の犯罪予防効果を追求すれば、非犯罪者の処罰や不均衡な量刑といった、応報を無視した不公正な帰結に至る」ということである。しかし、応報を実現すること（あるいは、応報を実現するものと感じられる刑を科すること）こそが最良の犯罪予防効果を実現するという経験的命題は、序論で述べたように、遅くとも既に（実証的な）積極的一般予防論によって主張されていたことである。この点、確かに、実証的な積極的一般予防論も、それだけでは、公正な刑を正当化／正統化しえない。そこではただ、公正と感じられる刑が是認されるだけである。それゆえ、一元的な実証的積極的一般予防論に、規範的な問題があることは疑いない。しかしそれによって、実証的な積極的一般予防論の経験的な側面、すなわち「応報にかなうと感じられる刑こそが最良の予防効果を発揮する」という経験的命題が否定されるわけではない。

もし、この経験的命題が実証されうるのであれば、抑止型相対的応報刑論（＝修正帰結主義的道具主義）は次のようにして、刑罰の非難としての性格を保持しうるであろう。すなわち、まず直接的正当化のレベルにおいて、「刑罰正当化の積極的理由は、犯罪予防である。ところで、最良の犯罪予防効果の発揮のためには、非難すること（応報にかなうと感じられる刑を科すること）が必要である。その意味で、刑罰は非難であるべきである」とする¹⁴⁴。続いて、深層的正当化のレベルにおいて、「このような事実としての非難と、規範的に正当／正統な非難は異なる。我々は後者を目指すべきであるから、この観点から事実としての非難は制約される」とするのである。こうすれば、上述した「究極的課題」は、達成されうるのではないか？ 言い換えれば、刑罰の「非難としての性質」を、事實的側面と規範的側面に分離し、前者を積極的正当化理由としての予防の範疇で、後者を消極的正当化理由として

うことは言いうると思われる。これに対して、ここで擁護されているところの、事実レベルの非難を先に予防目的（を実現するためのメカニズム）に取り込むことで先に刑罰の非難性を確保するというプランは、上記のような哲学的操作を必要としない。そう考えれば、やはりここで擁護されているプランは、上述した困難な課題を解決（回避）する上で有望な選択肢となりうるように思われる。

¹⁴³ 高橋 [2018] 23 頁。同 146 頁も参照。飯島 [2016] 12 頁が、このような見解について「制約として機能する応報の枠組みも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らない」と述べるのも同旨と解される（同 102 頁も参照）。

¹⁴⁴ この点で、所一彦の「展望的非難」の理論には妥当な核心が含まれている。所 [1994] 84-91 頁。松澤 [2020] 15 頁以下も参照。

の外在的制約の範疇でそれぞれ正当化・正統化し、そうしてできた刑罰論を捉え返せば、ここでは展望的予防と回顧的非難が両立されているのではないだろうか？

別の観点から述べれば、この構成は、刑罰非難の規範的基礎づけという問題を、(いわばその一部を経験的問題として処理することによって)より解きやすい問題に立て直すという効果をもつ。具体的には、次の通りである。

まず、従来行われてきたように、刑罰の犯罪予防効果に関する経験的命題を基本的に考慮の埒外におきながら、この規範的基礎づけの問題を処理しようとする場合、次のような思考過程が生じる。刑罰正当化の積極的理由は、犯罪予防効果である。この犯罪予防効果がいかなる機序によって生じるのかという経験的問題は、ひとまず考慮の埒外におかれる。当面重要なのは、こうして正当化された「予防刑」は、「(回顧的非難として)規範的に公正な刑」とは矛盾するものであるという想定である。ここで、従来一般的に行われてきたと思われる思考方法によれば、この「公正な刑」は、いわば空中から規範的に基礎づけるべきことになる。例えば、「受忍義務説」と呼びうる考え方に基づいた、次のような構想がありうる¹⁴⁵。刑罰の正当化根拠は、国家の視点のみならず、行為者の視点からも示されなければならない。言い換えれば、ある刑は、犯罪予防効果を有するというのみならず、行為者にその刑を受忍すべき義務(刑罰受忍義務)が認められる場合にのみ、正当である。行為者が刑罰受忍義務を負うことの根拠は、行為責任の存在に求められる。言い換えれば、刑罰が、「功績原理」に従った責任応報となっていることが、刑罰受忍義務の根拠となる。もっともこれに対しては、次のような疑念が向けられる。すなわち、「行為者は、自らの犯罪行為によって、特別な義務を負うとはいえる。だが、なぜその義務が刑罰受忍義務なのか」¹⁴⁶。つまり、功

¹⁴⁵ 松原(芳) [2016] 72頁以下。松原(芳) [2004] 10-11頁も参照(Vgl. Frister [1988] S. 39 ff.)。

¹⁴⁶ 瀧川 [2017] 24頁。ただし、注意すべきことに、ここで問題となるのは刑罰受忍義務の根拠であって、刑罰受忍義務を基礎づけるべきこと(すなわち、刑罰の正当化根拠の一部に刑罰受忍義務という契機が含まれるということ)ではない。言い換えれば、刑罰を正当化するためには、それが犯罪予防効果を有することだけでは理由にならないのであって、さらに、行為者がいわば犯罪予防のための犠牲となるべき理由までが示されなければならない、ということ自体には、ほとんど疑問の余地がないものと考えられる。松原(芳) [2016] 72頁以下は、これを、憲法29条3項を例に挙げつつ説明する(なお既に、所 [1994] 105-106頁)。筆者なりに敷衍すると、まず憲法29条3項によれば、国家によって公共のために私有財産が用いられる場合であって、その際における財産権侵害が特別な犠牲を強いるものである場合には(つまり抽象的に言えば、本来は社会全体で負担すべき損失が特定の者に課されることになる場合には)、負担の公平という理由から、正当な補償を行わなければならない(松原(芳) [2016] 73頁参照。また、とりわけ長谷部 [2018] 248-249頁も参照)。刑罰にも、これと似た構造が見て取れる。すなわち刑罰の場合は、犯罪予防効果という公共的な利益が、刑の宣告および執行に伴う行為者の特別な犠牲を強いることで実現されていると言うことができる。もっとも、そうであるからといって、行為者に補償を与えるわけにはいかないであろう。なぜなら、補償を受けられるとすると、犯罪に出ることに関するディスインセンティブが生まれず、あるいはそのような制度は社会一般からの理解を得られず、したがって刑罰正当化の積極的な規範的理由としての犯罪予防効果が損なわれるためである(所 [1994] 106頁参照)。そこで、刑罰という害悪賦課を正当化するため

績原理に従った処罰であることが、行為者の刑罰受忍義務を肯定する根拠になるということとそれ自体の根拠はどのようにして基礎づけられるのか、という問題である。素直な方針としては、例えば、功績原理を規範倫理的に基礎づけるというプランがありうる¹⁴⁷。

しかしここでも、本当にそこまでしなければならないのか、ということに疑う必要がある。そのためには、上の脈絡ではペンディングにされていたところの、刑罰による犯罪予防効果の発生機序という経験的問題を考慮に入れなければならない。ここで、刑罰の犯罪予防効果は、事実としての非難の実現によって実現されるとしよう。具体的には、(公衆にとって)適切な非難であると感じられる刑の実現により、刑罰制度に対する公衆の信頼が維持されて、公衆の遵法性が保たれるという機序を通じて、刑罰の(実証的意味での)積極的一般予防効果が発揮されるということが経験的に検証されたとする。ところでこの点、公衆の価値判断は、基本的に功績原理に従っている。あるいは、事実として、「均衡原理」に従うものである(さらに言い換えれば、素人が直感的に行う量刑判断は、応報的なものとなる。このことは実証研究において繰り返し指摘されている¹⁴⁸)。例えば公衆は、100円の菓子パンの窃盗よりも1000万円の貴金属の窃盗の方が、あるいは、性的虐待に耐えかねて思いつめた末の殺人よりも、快楽目的の殺人の方が、重い刑に値すると考えるであろう。もっとも、その一方で、ここでの量刑基準は、いわば、事実として存在する公衆の非難感情に委ねられており、その意味での、事実としての均衡原理である¹⁴⁹。それゆえ、極端な例を挙げれば、行為者の

には、犯罪予防という国家の視点からみた公共的な理由だけではなく、行為者が特別な犠牲を受忍すべき理由(刑罰受忍義務の根拠)という行為者の視点からみた理由もまた示されなければならない。かくして、刑罰受忍義務の基礎づけという作業は、刑罰論の論証段階の一つとして必要である、というべきである。これを踏まえた上で、次に、それでは何がこの刑罰受忍義務の根拠となるのか、という問題が現れるのである。それゆえ、仮に論者の提示した受忍義務の根拠が正当でなかったとしても、それによって、刑罰受忍義務の論証が(刑罰論においては普遍的に)必要である旨が反証されたことにはならない。

¹⁴⁷ ただし、既述の通り、このプランには問題点がある。上注(142)の最終段落を参照。

¹⁴⁸ ここでは、綿村=藤尾=高野[2011]468頁を挙げておく。これが述べる通り、「人が応報的正義を感じる背景には、“世界は公正であり、悪い行いをすればネガティブな経験を受けるはずである”という公正世界観」ないし公正世界仮説があるが、その内容はまさに、デザート原理(功績原理)に対応する。そもそも刑法(哲)学の文脈でも、我々は応報刑論(デザート論)の直感/直観適合性は否定できないところであって、だからこそ、応報刑論に立つ者はもちろん、目的刑論に立つ者もまた、明らかに、応報にかなった帰結を導きたいという共通の動機に突き動かされているのである。

¹⁴⁹ Andrissek [2017] S.32もまた、素人の刑罰意識は、刑罰は犯罪に相応したものであるべきだという「道徳的均衡性(die moralische Proportionalität)」に従っているという事実を指摘している。もちろん、このような均衡性そのものが、公衆がそう感じているというだけで正当化されるというならば、それは自然主義的誤謬を犯すものであろう。この均衡性はあくまで、それに従った科刑に最良の犯罪予防効果が認められる限りで正当化されるのである。さらに、それでもなお、その意識が本当に存在するのか(それは人によってばらばらの、あるいはきわめて広い幅をもった均衡性でしかありえないのではないか)、あるいは、厳罰主義に流れるのではないか、等々、といった経験的疑念も複数提起されうるであろう。それらに対処することもまた、「経験

顔つきが気に食わない（人相がいかに悪人である）から、その他の点では同一の事件に比べて、重い刑が科せられるかもしれない。しかしここで、公平性ないし平等性という規範的制約を導入することができる。すなわち、刑罰という国家権力の行使は、憲法14条を引き合いに出すまでもなく、公平・平等でなければならない。「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なくてはならない¹⁵⁰。これは、刑罰論上の立場の相違に関わらず妥当する事柄である。この点、基本的に応報的基準によって量刑を定めていたのに、ある時になって突然、人相の善し悪しによって量刑を変えるのであれば、それは不公平・不平等である。したがって、人相を根拠として量刑を変動させることは、規範的制約によって排除される。ところでここでは、抽象的に言えば、公衆の感情に基づく「事実としての均衡原理」という量刑基準が、公平性・平等性という規範的制約によって修正されているわけであるが、公平・平等に適用される「事実としての均衡原理」とは、もはや「規範的意味での均衡原理」に他ならないのではないだろうか？ つまり、事実としての非難を規範的に修正してゆけば、その帰結として、規範的に公正な、均衡的非難が得られるのではないだろうか？

上の例はもちろん、一種の比喩である。公平性・平等性という規範的制約の一本槍で、感情的な、事実としての非難を、規範的意味で我々が満足する形に統制しようという企ては、現実的ではない（むしろ、公平性・平等性の実質的内容こそが問題なのである）。しかしそもそも、規範的制約が一つでなければならない理論的必然性は存在しない。言い換えれば、我々が、事実上明らかに追いつめていくところの「正しい刑（応報にかなった刑、回顧的非難としての刑、均衡刑）」を、例えば功績原理のような、一元的原理によって一挙に基礎づけなければならない理論的必然性は存在しない。むしろ、正しい刑というもの、あるいは、その基準としての、規範的意味での均衡原理は、予防効果を有する「事実としての均衡原理」を基礎として、それを、行為主義、罪刑法定主義、訴訟法上の諸原理、法益保護主義、責任原理といった、刑法上明らかに何らかの形で承認せざるを得ない、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——もちろんそれらには、共通理解があるというのみならず、各々の理論的・規範的根拠もまた、相互に関係しながら、しかし互いに独立のものとして、認められるはずであるし、それらを示さなければならない——によって修正することで、得られるものであると解しうるのでないだろうか。より端的に言えば、規範的な量刑基準（ないし、刑罰制度一般の上位概念／原理）としての均衡原理（あるいは、応報）は、事実としての非難を基底としつつ、それに多元的な規範的制約を及ぼすことで、合成（synthesize）されるべきものではないだろうか？ つまりイメージとしては、例えば「応報」といったような単一の概念から、均衡原理が直接演繹・正当化されるのではなく、まず事実としての非難に照らした均衡性があり、それが、適正手続の保障、法益保護主義、責任主義、等々といった様々な原理によって制約されることで、結果として公正な

的仮説」構築の課題となる。

¹⁵⁰ 所 [1998] 105-106 頁。所 [1994] 80-81 頁も参照。

「均衡原理」が完成する¹⁵¹。このように構成してはならない理由は、存在しないのではないだろうか。

このように構成すれば、刑罰論の究極的課題は、より解きやすい形に変形されるように思われる。すなわち、「なぜ展望的な予防刑が、回顧的な非難でもありうるのか？」というように、抽象的に問題を立てると、それは端的な矛盾であって、解決不可能であるように見える。しかしこれは、「事実レベルの問題として、回顧的非難としての性格をもつ刑こそが、最も予防に資するといえるか？ そうであるとして、この刑は、複数の規範的制約を通じて、公正な回顧的非難として洗練させられなければならないが、それらの規範的制約は、各々どのような根拠で認められうるのか？」という複数の問題、より小さなゴールの集合体に、変形することができるのである。これを可能とする意味で、抑止型相対的応報刑論という構成は有望なのである。

確かに、この構成にも難点は存在する。それは、「消極的理由」という外在的制約を認めることによって、理論の一元性を害するということである。しかし、これもここまでの議論の繰り返しを含むが、刑罰正当化の積極的理由に 応報（ないしその他の上位概念）を含めた としても、それのみによって、行為主義、罪刑法定主義、訴訟法上の諸原理、法益保護主義、責任原理といった、刑法上明らかに何らかの形で承認せざるを得ない、法制度および法律家共同体の内部で強固な共通了解を形成している諸原理を一元的に説明することは、現実的にみて不可能である（同時に、この問題は、一元的な刑罰論、例えば、絶対的応報刑論の一種としての表出的刑罰論¹⁵²や、「応報刑論のルネサンス」に属する見解にも妥当するはずである）。だからこそ、応報型も、「修正帰結主義的折衷主義」という、消極的理由を含めた構成に至るしか道はないのである。消極的理由を容れる以上、理論の一元性は害されている。そうすると結局、この点でも、応報型と抑止型は等価である。その上で、応報型（＝修正帰結主義的折衷主義）を論証するならば、既述の通り、直接的正当化のレベルでは、刑罰それ自体の内在的価値の論証と、刑罰の犯罪予防効果の実証を行い、その上で、深層的正当化のレベルで、これに対する消極的理由を基礎づけなければならない。ハードルは三つである。その一方で、ここでの抑止型（＝修正帰結主義的道具主義）を論証するならば、直接的正当化のレベルでは、「事実としての非難」が最良の予防効果を発揮することを実証し、続いて、深層的正当化のレベルで、それを制約する消極的理由を基礎づける必要がある。ハードルは二つである。以上を通じて、応報型と抑止型は同じく、上記「究極的課題」を解決することになる。そうであれば、やはり、抑止型の方がローコストであって、より有望である。

¹⁵¹ このような構想に近いのは、松澤 [2020] 16-18 頁。

¹⁵² 表出的刑罰論は、目的刑論でも応報刑論でもない「第三の刑罰論」として扱われることがあるが、正確ではないと考えられる。あくまで応報刑論の一種と理解するべきである（的確な指摘として、竹内 [2018] 274-275 頁参照）。つまりこれが、刑罰それ自体の内在的価値を「刑罰の表出的機能」という規範的基準から道徳的に肯定し、それだけで刑罰を正当化しようとするものであるならば、狭義の応報刑論（＝絶対的応報刑論＝義務論的内在主義）に他ならない。言い換えれば、単純な絶対的応報刑論も、応報刑論のルネサンスに属する諸見解も、このような表出的刑罰論も、応報刑論の一種であることに変わりはない。それらはただ、（積極的理由としての）応報の価値の論証方法を異にするだけなのである。

その上で、ここまでの議論からも示唆されるように、抑止型相対的応報刑論の中でも、刑罰の犯罪予防効果はいかに発揮されるのかという経験的仮説をめぐって、少なくとも二つの類型が区別されうる。

第一は、「威嚇抑止型」である。それは一般に、消極的一般予防論的な、あるいは心理強制説的な発想を基本としながら、刑罰害悪が大きければ大きいほど、犯罪のコストが高まるから、そのベネフィットをよりよく上回ることになり、結果としてよりよい犯罪予防効果を発揮することになるはずだ、という経験的仮説を前提とする。

第二は、「非難抑止型」である。それは、「適切な非難を表出¹⁵³する（ものと公衆により感じられる）刑が、もっともよく犯罪予防効果を発揮する」という、積極的一般予防論的とも言える経験的仮説を前提とする。このような考えは、わが国でも¹⁵⁴、あるいはドイツでも¹⁵⁵、繰り返し主張されてきた。それも当然のことであると思われる。なぜなら、この経験的仮説を前提とすることができれば、上述した究極的課題の解決に向けた道が開けるからであり、「回顧的非難による最良の犯罪予防」を実現しうる刑罰制度を基礎づけられるからである。上において、最も有望な相対的応報刑論として提案したのは、まさにこの「非難抑

¹⁵³ ここで、「非難の表出」という、表出的刑罰論のような言い回しを用いるのは、奇妙に思われるかもしれない。しかし、ここでは次の点に注意しなければならない。

まず、表出的刑罰論、ないし刑罰の「表出主義」をめぐっては、次の二つの立場を区別できる（Zürcher [2014] S. 128 ff.）。第一は、刑罰は事実として非難を表出するものであると主張する、記述的表出主義（deskriptiver Expressivismus）である。要するにこれは、刑罰の定義に関する主張である。この点、しばしば捨象されるが、現代的意味での表出的刑罰論をその最初期から自覚的に支持していた論者の一人と目されるフィンバーク自身もまた、その有名な論文において、刑罰を定義する上で非難という要素を欠かすことはできないという、刑罰の定義をめぐる議論から出発していたのであった（Feinberg [1970] 95 f. フィンバーク [2018a] 489 頁も参照）。

第二は、刑罰による非難表出はそれ自体で刑罰の正当化根拠となると主張する、規範的表出主義（normativer Expressivismus）である。これは刑罰の正当化根拠に関する主張であり、ふつう、表出的刑罰論というと、こちらがイメージされることが多いように思われる。

この点、規範的表出主義は、上注（152）で述べた通り、応報刑論の一種である。これに対して記述的表出主義は、刑罰の定義に関する主張である以上、正当化根拠論からは中立である。したがって逆に、目的刑論の見地から、「最良の犯罪予防効果は、（公衆にとり公正なものと感じられる）非難を表出することにより得られる」という経験的仮説をとる場合には、刑罰の表出的機能を中核とした目的刑論が成立することになる（これは目的刑論の中でも積極的一般予防論の一種なのか、そうでないのかという点は別個に検討を要する）。

¹⁵⁴ 周知の通り、このような構想は「（実証的な）積極的一般予防論」という名の下で擁護されているところである。しかし、「応報することが予防につながる」という考えは、積極的一般予防論とは無関係に主張されうることであり、かつ、現に主張されているものと思われる（この点の指摘としては特に、小池（信） [2008] 30-33 頁）。最近において、積極的一般予防論と自説とを自覚的に区別しながらこの種の主張を行うものとして、小林（憲） [2018] 6-10 頁参照。

¹⁵⁵ これに関して Greco, a.a.O. Anm. (33), S. 234-241 は、「応報を通じた予防（Prävention durch Vergeltung）」という発想はドイツにおける支配的見解となってきたとして、その系譜をカント主義・ヘーゲル主義の時代から国家社会主義の時代、さらには第二次世界大戦後から現代に至るまでの刑法学者たちによって、表面的には形を変えつつも執拗に繰り返されていることを詳細に跡付けている。

止型相対的応報刑論」に他ならない。

ただしここで、「規範的意味で公正な応報を実現する刑罰制度こそが最良の犯罪予防効果を発揮する」という経験的仮説にコミットするのは、行き過ぎであろう。確かに、そうすれば、消極的理由という契機すら認めずに、予防の観点から、公正な刑罰制度を丸ごと一元的に根拠づけられる（その意味でそれは、「夢の刑罰論／刑罰制度」である）。しかし、これは不可能である。なぜなら、端的に示せば、何が真に公正な刑罰制度であるかについてはそもそも法律家共同体の内部ですら厳密に一致した見解はなく、まして抑止対象である市民ないし潜在的犯罪者（あるいは現実の犯罪者）一般が、真に公正な刑罰制度について十全な知識を得ているという前提は明らかに事実と反する以上、そのような経験的命題は原理的に実証不可能だからである¹⁵⁶。そこで我々は一步後退し、まずは「公正と感じられる刑（＝公衆の規範意識に合致した刑）こそが最良の犯罪予防効果を発揮する」という経験的命題の実証を目指し、次いで、それを制約する多元的な消極的理由を、相互に関係づけつつ基礎づけるべきであることになる¹⁵⁷。前者は直接的正当化における「経験的仮説」の問題であり、後者は深層的正当化における「規範的制約」の問題である。筆者の見立てでは、この二つの問題に取り組み、もって「非難抑止型相対的応報刑論」を具体的な刑罰正当化論として展開することが、上述した「刑罰論の究極的課題」を解決する上で、最も有望なプランである。これが、本章における刑罰論の概念的・方法論的考察から得られた、最終的な結論である。

結語

まずは結論として、本章の主張のうち、最も重要なものをまとめる。

刑罰正当化論は、「刑罰の直接的正当化」と「刑罰の深層的正当化」という、論理的に独立した二つの段階から構成されると考えるべきである。前者は、刑罰正当化の積極的理由

¹⁵⁶ 刑罰による抑止プロセスの（経験的な）発動条件に関する、Robinson [2008] 21 ff, とりわけ24-27における分析と比較せよ。また、稲谷 [2019] 110-112頁も参照。

¹⁵⁷ このようなプランは、前田雅英が先駆的に提示し、現在でも維持しているものと部分的に重なっている（ここでは、前田（雅） [2019] 13-16頁を引用しておく）。その方向性は、抑止型相対的応報刑論の課題に照らしても、きわめて妥当であったと言えるべきである。ただし、筆者が付け加えたいのは、それに対しては、多元的な規範的制約を及ぼすことが理論的に可能・必要・妥当であるということである（既に松澤 [2007] 145頁が確認していたように、価値判断は、無意味なものとして排斥されるべきなのではなく、ただ、それを「カッコの外に括りだす」必要があるだけである。つまり、より客観的な部分を先に問い、そのあとに「カッコの外」に移ることが合理的だということである。同論文で引用されているように、この点では所 [1994] 12頁以下も参照）。逆に、このような規範的制約を付け加えることさえできれば、このアプローチが「政治哲学一般の不毛性を喧伝するような言説」（高橋 [2018] 28頁）であるとか、「外在的諸条件に対する『理論の力』を余りにも過小評価するもの」（井田 [2019] 13頁注（1））であるといった批判は、回避できよう。かつ、上で法益保護主義との関係において述べたように、刑罰論に複数の外在的な規範的制約を導入することは、おそらく刑罰論上いかなる立場をとる場合でも不可避であるという点に注意すべきである。

(=刑罰をプラス方向に根拠づける理由)を示す段階である。そこでは、積極的理由は応報なのか、予防なのか、あるいは両方か、ということが問題となる。これに対して後者は、刑罰正当化の消極的理由を示す段階(=刑罰をマイナス方向に限定づける理由)である。そこでは、刑罰の積極的理由を追求する手段に制約はあるのか、それともないのか、ということが問題となる(なお、注に委ねざるを得なかったものの、重要な点として、この制約は、刑罰の「量」に関する制約ではなく、科刑の「基準」に関する制約であると捉える必要がある¹⁵⁸)。

さらに、直接的／深層の正当化の背後には、規範倫理学における二つの根本的な思考枠組み、すなわち帰結主義と義務論の対立が隠れている。このいずれを基調とするかという問題を「倫理的態度決定」と呼ぶ。もっとも、方法論的な観点からみれば、包括的な倫理学説として帰結主義と義務論のいずれが正しいのか(あるいはその内部で、どのような個別の理論構成が正しいのか)ということは、刑罰論を展開する上で有益な視点を提供するものではありえても(筆者もまたその恩恵を受けている)、刑法学的理論としての刑罰論の論証手続として、この点の論証が、議論の正統性を担保するために常に必要となる、というべきではない。この点で、倫理的態度決定は、文字通り態度決定の問題であって、必ずしも、それ自体で「刑罰論の問うべき諸問題」に含まれるものではない¹⁵⁹。

¹⁵⁸ 上注(142)の第二段落以下を参照。

¹⁵⁹ この点ではどうしても、(刑法解釈学)方法論的な補足を付しておく必要があるように思われる。試論にも満たないものであるが、以下、一つの問題提起として記す。

まず、そもそも筆者は、倫理的態度決定を行うにあたって、「帰結主義か義務論か」という一般規範倫理学(さらにはメタ倫理学)上の検討を必ず経なければならないとは考えない。もちろん、このような哲学的分析を参照することは、論証上援用しうる概念資源の豊富化という点で、有意義でありうる。しかし、刑罰論の論証手続として、この種の検討を必要不可欠の基礎として位置づけることは、方法論的に不当である。

言い換えれば、この態度決定の問題を、義務論と帰結主義のどちらが哲学的に正しいか、という問題に還元するべきではない。なぜなら、ある理論が、いくら特定の哲学体系の中で一貫していたとしても、その哲学体系そのものに立脚することは常に価値判断であって、かつ、その正しさは常に相対的であるからである(松澤[2020]3頁参照)。ただし、哲学的言明の正しさが相対的であるからといって、その説得性が全く無意味になるわけではない。ここで述べたいのは、哲学的な一貫性ないしその前提となる哲学的教説の正しさは、刑法理論の説得性を構成する一要素に過ぎないのではないか、ということである。その意味で、「論理の様式としては、単に法社会学的・犯罪学的な知見を援用するだけではなく、法哲学・法理論的な論理も考えられるし、規範論的なもの・伝統的な法律の論理もありうる」(松澤[2001]331頁)のである。理論上援用されるいかなる概念資源も、それが哲学的に一元的な形で基礎づけられない限り、考慮してはならないと主張するとすれば、それは逆説的にも、哲学的にすら無根拠なことであると言わなければならない。むしろ重要なのは、本来的に多様である価値判断を無理に一つの視点に統合しようとするのではなく(それによって生じうるのは、相互に没交渉な島宇宙の乱立に過ぎない)、各々の論者が自らの価値判断を明示することである(松澤[2007]155頁参照)。さらに注意すべきことに、価値判断の明示の重要性は、機能主義(より正確には、筆者は、スカンジナビアン・リーガル・リアリズム〔以下、SLRと略称する〕にコミットしている)という特定の方法論にコミットした場合にのみ妥当する事柄ではない。そもそも機能主義という選択自体もまた、

「ひとつの価値判断に過ぎない」のである（松澤 [2007] 145 頁）。つまり、機能主義を採用する場合には、機能主義をとるという価値判断を明示し、かつその理由に関する自らの基礎づけを展開して、その説得性を他の様々な価値的立場にコミットする諸論者の判断に委ね、討議に付すことが必要となるのであって、これは「機能主義」に他のいかなる立場を代入しても成立する事柄である。法解釈学的言明の正しさ（の決定）は、このような、法律家共同体内における間主観的（という形容詞は粗雑であるが、そのような）検証プロセスに依存せざるを得ないと考えられる（see Zahle [2003] 811-813. そこでは、このような真理検証プロセスが「修辭的検証〔Rhetorical Verification〕」と呼ばれている。なお、稲谷 [2019a] 110 頁以下は、法学的真理の文脈ではなく〔自然〕科学的真理の構成プロセスに関する文脈であるが、これに親近的と言いうる議論を援用しているように思われる）。それゆえ、価値判断の明示は、普遍的に重要である。その上で、特定の哲学的教説に立脚することそれ自体は、一つの価値判断に過ぎない。もちろん、その視点からの分析は有用であるが、しかし、あくまで“one of them”のアプローチに過ぎないのである。かつ、この観点からすれば、論証プロセスは一般に、①ほとんど否定不可能な形で（≡客観的科学的に）確定しうる事実（があるならばそれ）を確定し、②その事実に対する規範的評価に関する間主観的に共有された「共通理解」を記述し、③これらについて、一定の立場を明示しつつ、その観点から規範的評価を加える、という段階を踏むことが合理的と解されること、および、ここにいう機能的（刑）法解釈（学）方法論とは、（刑）法を事実として記述する方法の理論的整備を通じて、上記①②に寄与し、それを介して③への寄与をも目指すものであるといえることを付言しておく。言い換えれば、重要であるのは、法学的（ないし自然科学的）真理に、内容それ自体によって普遍性を主張しうる意味での客観性が認められるかどうかという、それ自体法学的であるというよりは科学哲学的な問題である以上に、そのような客観性が望みえないとして、それでは上述した間主観的な検証プロセスの中で、いかなる種類の論拠がどのようなプロセスを経てどの程度の説得性を獲得するに至るのかという構造を把握することである。あるいは、SLRの問題意識からこれを補足すれば、この検証プロセスにおける共通の参照項となるはずであるところの「ヴァリッドロー（現に妥当する法）」に関する（裁判官の）信念はどのような形で構築されるのかという、その構造を把握することである（少なくとも、近年のSLRの関心方向はそちらに移っていると解釈できるように思われる。この点はさらなる検討を要するが、上に引用したZahle論文のほか、コペンハーゲン大学法学部法哲学講座におけるZahleの後任にあたるJakob v. H. Holtermannによる最近の論文を掲げておく。Holtermann [2016] 535 ff, 549）。

筆者は、倫理学的態度決定として、帰結主義にコミットする。なぜなら、そうすることが、刑罰論の究極的課題の解決を目指す上で、有望であると考えられるためである。より一般的に言えば、ここで重要なのは、帰結主義が哲学上「正しい」立場であるかどうかではなく、この価値判断に基づく刑罰論が、（刑）法的にみて間主観的に許容されうる結論を導きうるものかどうか、および、その論証手続が（刑）法的にみて間主観的な説得性を有するかどうか、である（その上で、規範的基礎づけという作業に入ることになる）。逆に言えば、そのような結論と説得的論証をにらんで、我々は態度決定を行う必要があり、かつ、それは許される。さらにいえば、例えば、倫理学者や法哲学者が何らかの「応報刑論」を擁護する場合と、刑法学者が何らかの「応報刑論」を擁護する場合とでは、同じ主張をしているように見えても、実はその結論に至るまでの論証手続も、その擁護の目的も、したがって「応報刑論」という言葉の意味も、異なっているということがしばしばあるように思われる。それはおそらく、両領域において妥当しうる理由の体系が異なるということ、言い換えれば、両領域が方法論的に区別されるということの帰結であろう。その意味で（刑）法学は、倫理学／法哲学／その他の学問領域の成果を「参照」し、それを（〔刑〕法学という理由の体系と）「関係づける」だけなのであって、それらの領域に還元されたり、あるいはそれらの単なる応用編となることは、ありえないのではないだろうか（なおこの点では、

以上の視座からわが国の刑罰論を分析すると、いわゆる「応報刑論」と「目的刑論」は、専ら「直接的正当化」において対立するものである。ところで、刑罰は人に対する害悪賦課である以上、そのままでは悪であるとする他にないが、刑罰を積極的に根拠づけるならば、これが善であると言えなければならない。この点、規範的評価はおよそ「評価対象としての事実」と「評価基準としての規範」により構成されるが、そこにおいて規範の方に着目し、例えば、「人に対する害悪賦課は悪であるが、犯罪者に対する害悪賦課ならば（例えば、それが功績原理にかなうため）善である」というような規範的操作を行うのが、応報刑論である。これに対して、事実の方に着目し、例えば、「人に対する害悪賦課は悪であるが、それは（例えば、犯罪予防という）別の優越的な善を最良の形で惹起するため、善である」というような事実的操作を行うのが、目的刑論である。このように、応報刑論の最も重要な論証課題は規範的・観念的なものであるが、目的刑論の最も重要な論証課題は事実に・経験的なものであるという点で、両者は対照的なアプローチである。

ところで、刑罰正当化論の究極的課題（の少なくとも一つ）は、「責任（ないし応報）と予防の相剋」を解決することにあるといえるが、単なる応報／目的刑論には、これは困難である。相対的応報刑論は、この困難を打開すべく要請された理論であると理解できる。

単純に考えれば、この問題の解決は、刑罰論の中に応報と予防を同居させることによって可能となる。この点、本章の分析枠組みから見れば、これらを同居させる方法は二つある。第一は、刑罰の直接的正当化の場面のみで、応報と予防を共に「積極的理由」に位置づける方法である（応報型相対的応報刑論）。第二は、刑罰の直接的正当化では目的刑論を維持しつつ、深層的正当化の場面で応報を消極的理由に位置づける方法である（抑止型相対的応報刑論）。それでは、いずれの方法が、より有望であろうか。

第一の方法には複数の問題点が認められる。まずそれは、応報と予防を共に積極的理由として並立させるため、応報が予防よりも常に優越することを保障できない（そのためには、消極的理由、言い換えれば、義務論的制約の導入が必要となる）。また、この立場においては、応報と予防の価値を最大化する必要があるが、その際には常に複雑な衡量判断を迫られることになり、その点でも法的安定性に欠ける。さらに、法律家共同体の中で強固な共通了解を構成している諸々の基本原理（罪刑法定主義、法益保護主義、責任主義など）は明らかに多元的な価値から構成されており、その全てが応報や予防、あるいはその他の単一の理念に還元されうるとは、現実的にみて想定できない。しかしこの立場は、それらもまた「積極的理由」の一つに押し込めざるを得ず、したがってその衡量判断は絶望的に複雑化する。

第二の方法によれば——つまり、刑罰論に「深層的正当化」という段階を置いて、消極的理由を導入すれば——、これらの問題をより安定的に解決することができる。すなわち、積極的理由を予防のみに求めつつ、その追求を消極的に限定づける多元的な規範的制約（消極的理由）を認め、それぞれの規範的根拠を個別に基礎づけることで（この点、「消極的応報」

稲谷 [2019b] 114 頁以下における、法の「皮相性」と「自己言及性」に関する議論を参照）。それゆえ、哲学的／非法学的説得力が、即座に（刑）法学的説得力に転化するという想定、あるいは、（刑）法学的説得力の源泉が何らかの非法学的説得力に常に依存するという想定は、方法論的に不当である。換言すれば、刑法学上の論証の妥当性に関する基準が、特定の「正しい」哲学的立場によって一元的に定められなければならない、というべき方法論的根拠は存在しない。

ないし「罪刑均衡」は、この多元的な規範的制約が及ぼされた結果であって、多元的制約の背後にあってそれを基礎づける根拠ではないと解される)、正当化根拠としての予防を維持しつつ、諸々の基本原理が有する保障的機能を安定的に発揮させることが可能となるのである。

もっとも、この第二の方法、すなわち抑止型相対的応報刑論にも、いくつか問題点がないわけではない(それは複数存在するものと思われるが、この、概念的・方法論的問題ではない、正当化論そのものに関する問題については、本章では十分な検討を及ぼすことができなかつた。下記の展望における若干の言及にとどめ、あとは今後の課題とせざるを得ない)。中でも最大の問題は、おそらく、あくまで目的刑論が基調となる以上、刑罰を、将来の犯罪ではなく、過去の犯罪と結びつけるための契機としての「非難」を刑罰論に統合することが難しいという問題である。しかしこれは、次のようにして解決可能と思われる。すなわち、非難を、「事実としての非難」と、「それに対する規範的(消極的)制約」に分離する。前者は直接的正当化の問題であり、すなわち「(公衆にとって公正と感じられる)非難を表出することが、犯罪予防のための最良の手段である」という経験的仮説を、検証することが課題となる。この、実証的な積極的一般予防論に近い構想によって、予防目的を維持しつつ、そこに非難を取り込むことができる。その一方で、もちろん、そのような事実としての非難は、規範的な公正さを備えたものではない(例えば、公衆の処罰感情が暴走するおそれがある)。そこで、深層的正当化の段階において、多元的な規範的制約を基礎づけることで、事実としての非難を、規範的に公正な非難へと、いわば「合成」してゆく必要がある。

このように構想された「非難抑止型相対的応報刑論」という選択肢が存在する以上、刑罰論の究極的課題の解決は、まだ諦めなくてもよいのではないだろうか。別の言い方をすれば、相対的応報刑論は、このようなポテンシャルをもっている以上、一般に思われているほど、悪い見解ではないのではないだろうか。その上で、我々の次なる課題は、上述した経験的仮説と規範的制約の検証・論証に、具体的に取り組むことである。

以上が本章の結論である。続いて、今後の展望を述べる。

本章の提示した「非難抑止型相対的応報刑論」(あるいは、そもそも抑止型相対的応報刑論は、本章の理解からすればいかなる意味でも「応報刑論」ではないという点に鑑みれば¹⁶⁰、むしろこれを「制約された表出的抑止刑論」と呼びたいのであるが)を、刑罰正当化論として具体的に展開する上では、確かに、複数の壁が立ちはだかるであろう。その中でも特に、「非難することが最良の予防となる」という経験的仮説の検証は本当に可能なのか、という当然の疑念に対して適切に応答することには、高いハードルがあるように思われる。

しかし、この点では最近、外国において重要な展開がみられる。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

¹⁶⁰ この点、松原(芳) [2015] 80頁が、ここにいう抑止型相対的応報刑論を指して、そこにおいて「刑罰の存在理由はあくまで犯罪予防目的に求められるべきことからすれば、相対的応報刑論という名称はミスリーディングである」(傍点は原文による)と述べる。本章を通じて見てきたように、「相対的応報刑論」という名称には、何重もの概念的混乱の種が胚胎している。そう考えれば、この用語法には、相当程度、再考の余地があるのかもしれない。

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¹⁶¹、同説は近年ドイツでも注目を集めつつある¹⁶²。そこで、このロビンソンの見解を紹介・検討することで、わが国の刑罰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、わが国における経験的仮説のより具体的な検証に向けた将来の研究のモデルとして参照することもできるように思われる。このような方法に基づいて経験的仮説に関する検討を行い、その上で、規範的制約の問題にも刑罰論の観点から取り組むという課題は、次稿に委ねる。

かくして示された、刑罰論の概念的・方法論的考察によって、「刑罰論の現状と課題」の距離が少しでも縮まっていることを願いつつ、次章では、この課題達成そのものを試みることにしたい。

¹⁶¹ 特に、Robinson [2013] 参照。ロビンソンの研究に対するわが国での言及としては、刑事法の文脈では、高橋 [2017] 9頁注(32)、稲谷 [2019] 110頁以下参照。

¹⁶² Kaspar/Walter [2019]。同書は、2018年にアウクスブルク大学でロビンソンを招聘して行われた同名のシンポジウムを基礎とした論文集であり(a.a.O., S. 5)、そこにおけるロビンソンの基調講演が巻頭論文として収録されている(Robinson [2019] S. 13ff.)。なお、同論文の邦訳として、ロビンソン [2020] 251頁以下。

第3章 積極的一般予防の経験的基礎と規範的境界：ポール・H・ロビンソンの刑罰論を出発点として

序論

1. 本章の問題意識

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¹。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²。

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³。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⁴。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。

¹ 積極的一般予防論に関するわが国の文献については、第2章注(5)参照。

² 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(「適切と感ぜ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、前章では「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。本章は、そこで言及したところの、「適切と感ぜ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。

³ 第2章注(11)参照。

⁴ この点は特に、第2章II. 1. 参照。

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⁵。

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の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⁶。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、本章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、本章の問題意識である。

2. 本章の目的と構成

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）

⁵ 本章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ツにおいても、同旨の指摘がなされている。

⁶ 第2章注（16）参照。

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⁷。そこで、この理論を、本章を通じて紹介・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。それゆえ本章は、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、本章 II. の検討課題となる。その意味で私見は、同研究を無批判に受容するわけではない。

したがって本章の目的は、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、本章の構成と関連づけながら述べる。

上記①について、本章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。そのため本章では、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*)⁸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⁹。そこで、

⁷ 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、Andrissek [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。この点には本章 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、Cancio Meliá / Ortiz de Urbina [2013] 288 ff. もある。

⁸ Robinson [2019] S. 13 ff. また、邦訳として、ロビンソン [2020] 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。

⁹ 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

本章においては、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)¹⁰および『刑法の配分原理』(DPCL)¹¹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、本章I.の課題となる。

上記②について、上述した通り、本章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。その上で本章は、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、その解決方策を示す過程で、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、本章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。

I. ロビンソンによる「経験的デザート」論の概要

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Kaspar / Walter [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。Robinson [2020]。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。

¹⁰ Robinson [2013] (*Intuitions of Justice and the Utility of Desert*). 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、本章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、Robinson & Darley [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。

¹¹ Robinson [2008] (*Distributive Principles of Criminal Law*). 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。本章にとっては、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。

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：¹²

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）¹³ 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、本章 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¹⁴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、本章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。
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

¹² *Waffenstillstand*, S. 14（邦訳 252 頁）。

¹³ 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。本章では、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。

¹⁴ *Waffenstillstand*, S. 14 f（邦訳 253 頁）。

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、本章 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章 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、本章では、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¹⁵。

この点に関連して、本章 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、本章 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、本章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。

¹⁵ 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。ここにいう相応性 (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¹⁶。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¹⁷。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」¹⁸ものである。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¹⁹。

これに対して義務論的デザートは、主に道徳哲学の議論から導き出された、犯罪者の非難

¹⁶ 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 Feinberg [1970] 55-94 (邦訳として、ファインバーグ [2018]) ; Kagan [2012] ; Ten [1987] 46 ff; Moore [1997] 104-110; Duff [2001] 19-30; Von Hirsch [2009] 115-125. Vgl. Zimmermann [2012] S. 10 ff. 亀本 [2015] 81 頁以下、フォン・ハーシュ [2017] 113-120 頁、高橋 [2018] 158-160 頁なども参照。

¹⁷ DPCL 136 f; see also Ten [1987] 152; Lacey [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 Dressler [2005] 860; Waldron [1992] 32 ff; Primoratz [1989] 80. ヘーゲル [2021] § 101 (249 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)。

¹⁸ Fletcher [1999] 58 (cited by DPCL 137).

¹⁹ DPCL 138.

相当性 (blameworthiness)²⁰に基づくデザート概念を指している²¹。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²²。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、罪刑の関係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²³。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²⁴。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²⁵に着目することができる。言い換えれば、デザートとして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

²⁰ この“blameworthiness” (非難に値するということ) の概念的 content と道徳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、「正当化された道徳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 (Sher [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。

²¹ DPCL 138.

²² 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ことにある。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」に関する第2章 I. 1. 注(47) 本文部以下の議論を参照)。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。

²³ DPCL 141.

²⁴ 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 [2016] 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 Zaibert [2006] 69 ff.

²⁵ Von Hirsch [1987] 39-46 (cited by DPCL 141); see also Von Hirsch [2017] 55-62 (邦訳として、フォン・ハーシュ [2021] 61-69 頁)。Cf DPCL 152-159; Frase [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 [2006] 7-9 頁、瀧川 [2006] 20-21 頁など参照。

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、「殺人は死刑、傷害は身体刑」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、ここにいう罪刑の相対的な均衡性とは論理的に独立している）²⁶。

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²⁷。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²⁸。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²⁹。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）³⁰。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

²⁶ DPCL 141 f.

²⁷ DPCL 139.

²⁸ DPCL 149; cf Zaibert [2006] 94 f.

²⁹ 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 Murphy & Hampton [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、Kaufman [2013] 167 ff. 橋本 [2016] 22 頁以下も同様の方向性を示唆している。

³⁰ DPCL 140.

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。端的にいえば、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³¹。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、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）を解明するといっても、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）」をいう見解があるほか³²、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³³。デザートの理論ですら、それほど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。

しかし、最近の社会科学研究は、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。

³¹ Ibid.

³² Braithwaite & Pettit [1990] 156 ff, especially 179 f.

³³ Morris [1974] 75 f; Morris [1982] 199.

②公衆による相対的均衡性判断の高度な一致：刑法に関して言えば、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³⁴

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³⁵。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。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

³⁴ 本セクションの全体について、IJUD 5-8 参照。

³⁵ 池田ほか [2019] 32 頁参照。

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³⁶。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³⁷。

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」³⁸。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³⁹、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、推論の判断は、感情を乗り越える）。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。

³⁶ Kahneman & Tversky [1972] 432 f. 池田ほか [2019] 33 頁も参照。

³⁷ 筆者からの補足として、最近の研究を挙げておくと、Gigerenzer et al [2019] ; Hogarth [2001] などがある。

³⁸ Kahneman [2003] 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。

³⁹ 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、カーネマン [2014]、カーネマン [2014a] 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⁴⁰

	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"> ・知覚 ・現在の刺激 ・刺激と結び ついている 		<ul style="list-style-type: none"> ・概念的表象 ・過去、現在、未来がある ・言語により喚起されうる

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、「道徳の無言化 (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⁴¹。これに似た現象は、いわゆるトロッコ問題⁴²に関する実験研究においても報告されている。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

⁴⁰ Ibid 698.

⁴¹ Haidt [2001] 814. 同研究においてハイトは、道徳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、道徳的判断は、まず、情動 (affect) の強い影響下にある道徳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、道徳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った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。

⁴² Foot [1967] 5.

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⁴³。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⁴⁴

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⁴⁵。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

⁴³ Cushman, Young & Hauser [2006] 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示し、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の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）。

⁴⁴ 本セクションの全体について、*IJUD* 23-34 参照。

⁴⁵ Tonry [2005] 1263; Monahan [1982] 105; Dolinko [1992] 1638 f; Van den Haag [1987] 1254; Breyer [1988] 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⁴⁶。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、広範な社会的一致が表れているように思われる」と結論づけている⁴⁷。

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⁴⁸。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 (キッカー内は引用者による補足)⁴⁹。

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 of the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。

⁴⁶ Sellin & Wolfgang [1964] 236 ff.

⁴⁷ Ibid 268.

⁴⁸ Rossi et al [1974] 225 f.

⁴⁹ Ibid 237.

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⁵⁰。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⁵¹。

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⁵²。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)」⁵³あり、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)⁵⁴。

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⁵⁵。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⁵⁶(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⁵⁷。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⁵⁸)。

⁵⁰ Thomas, Cage & Foster [1976] 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。

⁵¹ Ibid 116.

⁵² Hamilton & Rytina [1980] 1124 f.

⁵³ Ibid 1117.

⁵⁴ Ibid 1139 f.

⁵⁵ Blumstein & Cohen [1980] 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。

⁵⁶ Ibid 236-238, 259.

⁵⁷ Ibid 252, 259.

⁵⁸ 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

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」⁵⁹。「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」⁶⁰。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⁶¹。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⁶²。

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」⁶³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せばやむを得ないとはいえ)、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。

であるが、スウェーデンの場合は 18 年にとどまる (第 1 章 II. 1. 参照)。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。

⁵⁹ Rossi & Berk [1997] 12; see also Robinson & Kurzban [2007] 1860 n 143.

⁶⁰ 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。Jacoby & Cullen [1998] 285.

⁶¹ Newman [2017] 140 ff.

⁶² Hsu [1974] 350.

⁶³ Jacoby & Cullen [1998] 309.

この研究は IJUD の第三部以降に収録されており、その検討はここでの考察の射程外であるが⁶⁴、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⁶⁵。

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は、平均して 5.8 年の刑が科せられた⁶⁶。

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⁶⁷。

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

⁶⁴ 上注 (10) 参照。

⁶⁵ IJUD 15, 385-393.

⁶⁶ IJUD 14, 278-287.

⁶⁷ IJUD 15, 261-268.

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)⁶⁸、錯誤 (mistake)、過失 (negligence)、強制的抗弁 (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⁶⁹。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⁷⁰。

以下では、研究 1~4 の個別の内容について紹介する。

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⁷¹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

⁶⁸ 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 [2019] 41 頁以下参照。

⁶⁹ *IJUD* 28 ff; cf Robinson & Kurzban [2007] 1866 ff.

⁷⁰ *IJUD* 28.

⁷¹ デモグラフィックの分布については、Robinson & Kurzban [2007] 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、研究 1 の注意すべき特徴であるかもしれない。

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⁷²。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⁷³。

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⁷⁴。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

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

⁷³ Robinson & Kurzban [2007] 1867 n 172. 同所で掲げられている通り、Bureau of Justice Statistics [2005] による。

⁷⁴ Robinson & Kurzban [2007] 1894-1898.

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で、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20（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21（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22（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23（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24（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⁷⁵

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	*
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

⁷⁵ *IJUD* 30; Robinson & Kurzban [2007] 1869. なお、最頻値からの逸脱数については、Robinson & Kurzban [2007] 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
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⁷⁶。

研究 1 の考察⁷⁷：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

⁷⁶ *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。

⁷⁷ *IJUD* 31.

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⁷⁸。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⁷⁹。

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⁸⁰。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⁸¹



研究 2 の方法⁸² : 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⁸³。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

⁷⁸ Marlowe & Westman [2001] 483.

⁷⁹ Axaroglou & Theoharakis [2003] 1421.

⁸⁰ Herr et al [1998] 29.

⁸¹ Ibid 29; see also *IJUD* 31; *Waffenstillstand*, S. 16.

⁸² *IJUD* 32; Robinson & Kurzban [2007] 1874 f.

⁸³ デモグラフィックの分布については、see Robinson & Kurzban [2007] 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。

もう可能性を排除できなかつた（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⁸⁴、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⁸⁵。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）⁸⁶。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罪が選ばれている⁸⁷。

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⁸⁸。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を見て、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？

⁸⁴ *IJUD* 32-34; Robinson & Kurzban [2007] 1876-1879.

⁸⁵ 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、本章 I. 3. 参照。

⁸⁶ *IJUD* 65 f.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Robinson & Kurzban [2007] 1902 f.

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 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⁸⁹ : 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

⁸⁹ IJUD 66 f.

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⁹⁰

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 (獣姦事例)	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

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

⁹⁰ *IJUD* 67. なお、最頻値からの逸脱数については、Robinson & Kurzban [2007] 1886.

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⁹¹、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⁹²。

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

⁹¹ *IJUD* 67 f; Robinson & Kurzban [2007] 1887-1890.

⁹² *IJUD* 69, 75; Robinson & Kurzban [2007] 1890-1892.

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、本章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、本章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、これら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⁹³。より簡潔に言えば、人類が不正行為を（一定の程度の重さで）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。しかし本章は、このような主張に与す

⁹³ *IJUD* 39.

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」⁹⁴。

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の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⁹⁵。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⁹⁶、そのような抑止への関心に基づく報復行動が、現実に抑止に役立つとは限らない。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はありうる。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、

⁹⁴ Andrissek [2017] S. 88. ジェイムズ [2018] 32-33 頁、長谷川 [2018] 30-31 頁も見よ。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可能性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 Kindhäuser [2009] 955-957; キントホイザー [2018] 98-100 頁参照。また、それを超えた、経験的命題から規範的命題を引き出すことは可能であるという考え方自体も、哲学的には成り立ち得ないわけではないとされる。この問題を、進化論（と倫理の関係）の文脈で概観するものとして、ジェイムズ [2018] 209 頁以下参照。とはいえ、本稿ではこの点の検討には立ち入らず、あくまで、事実から当為は引き出されないという（常識的）理解に立脚しておく。

⁹⁵ この種の誤解に注意を促すものとして、ジェイムズ [2018] 29-30 頁参照：「進化心理学者が心の中に詰まっていると主張する心理的メカニズムは、我々が今日直面する問題に対応して進化したわけではない。このメカニズムは今日における同様の問題を解決するのに役立つかもしれないが、それは我々がそのメカニズムを持っている理由にはならない。我々がそのメカニズムを持っているのは、我々の遠い祖先が直面した、頻繁に起こった問題をそのメカニズムが解決してきたからである」（圏点は原文の傍点による。なお、同上 31-32 頁も見よ）。

⁹⁶ この点については、佐伯（昌） [2016] 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）ということを描き出すにとどまっておき、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。

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、本章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⁹⁷。

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⁹⁸。

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も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、本章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⁹⁹。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。

⁹⁷ *IJUD* 62.

⁹⁸ 佐伯（昌） [2016] 211 頁と比較せよ。

⁹⁹ カーネマン [2014a] 314 頁参照。

このように、本章の企図からしても、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、本章にとって、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、本章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、本章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にとどめ、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、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¹⁰⁰

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¹⁰¹。ところで、

¹⁰⁰ 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、ランガム [2020]、トマセロ [2020]、ジェイムズ [2018]、ドーキンス [2018]（原著の初出は1976年）、ハイト [2014]、ボーム [2014] 5-94頁、ピンカー [2004] [2004a] [2004b]（原著の初出は2002年）などがある。

¹⁰¹ この点について筆者から補足しておくと、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（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

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恵性の侵害にあたり、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¹⁰²。

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¹⁰³、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になってしまうためである)¹⁰⁴。

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 [2017] S. 16.

¹⁰² 以上について、IJUD 36 f; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 1646-1649.

¹⁰³ 補足しておく、この点に関しては、ボーム [2014] 73-82 頁において六つの仮説が整理されている。Vgl. Andrissek [2017] 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恵的利他主義説 (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。

¹⁰⁴ 以上について、IJUD 38; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 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とされる。ボーム [2014]

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」¹⁰⁵。

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¹⁰⁶、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¹⁰⁷。

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¹⁰⁸。そこで以下では、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¹⁰⁹。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¹¹⁰。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

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(100) 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、集団選択説に対する批判として、see eg Pinker [2015] 867 ff.

¹⁰⁵ *IJUD* 39.

¹⁰⁶ *IJUD* 76.

¹⁰⁷ 以上について、*IJUD* 40; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 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、Jones [2001] 847 ff である。

¹⁰⁸ *IJUD* 41.

¹⁰⁹ 詳しくは、*IJUD* 41-44; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 1655-1659.

¹¹⁰ Brosnan [2006] 153 ff.

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¹¹¹。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¹¹²。

②脳科学から得られている経験的証拠について¹¹³。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）¹¹⁴。最近の脳科学研究では、どの脳領域に損傷や病変が起こると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¹¹⁵。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¹¹⁶。これは、進化的仮説との関連のみならず、本章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」¹¹⁷。

③発達心理学から得られている経験的証拠について¹¹⁸。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

¹¹¹ Brosnan & Waal [2003] 297-299. なお、この実験については、共著者であるデ・ヴァール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、そこで実験の様相を動画で確認することができる。

¹¹² Brosnan & de Waal [2004] 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 [2006] 169 ff.

¹¹³ 詳しくは、IJUD 44-48; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 1659-1664.

¹¹⁴ Damasio et al [1994] 1102 f.

¹¹⁵ See Greene [2005] 338 ff, especially 342 ff; see also Robinson, Kurzban & Jones [2007] 1661 n 120.

¹¹⁶ Borg et al [2006] 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章I. 2-1. および上注（43）参照。

¹¹⁷ Haidt & Björklund [2007] 200.

¹¹⁸ 詳しくは、IJUD 48-54; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 1664-1675.

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ぼう」といった道徳的刺激 (moral stimulus) と、「読みかき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¹¹⁹。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)¹²⁰。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¹²¹、7歳以上になると、人的損害 (傷害など) と物的損害 (器物損壊など) とを明確に区別するようになって¹²²、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¹²³。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

以上の本章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、本章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

¹¹⁹ Smetana [1981] 1334.

¹²⁰ Ibid 1335 f.

¹²¹ Zelazo, Helwig & Lau [1996] 2488; cf Elkind & Dabek [1977] 521 f.

¹²² Elkind & Dabek [1977] 521 f; cf Tisak, Nucci & Jankowski [1996] 139.

¹²³ Elkind & Dabek [1977] 521 f; see also Helwig & Jasiobedzka [2001] 1382 ff.

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(本章I. 2-1.)。

第二に、刑法に関する判断をめぐるても、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(本章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(本章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することができるようになり、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原因も、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、私見は（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

以上の本章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¹²⁴、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

¹²⁴ 第2章注（17）に掲げた文献を参照。

(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るのは、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¹²⁵、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¹²⁶。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¹²⁷。これ自体は、どちらかといえば、本章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¹²⁸）。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

¹²⁵ 法制審 [2004] 参照。

¹²⁶ 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（[url=https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/161/pdf/k031610081610.pdf](https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/161/pdf/k031610081610.pdf) [2021年10月11日閲覧]）参照。

¹²⁷ 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 [2006] 18頁、城下 [2009] 24, 28頁、原田（國） [2011] 49頁など参照。なお、国民感情と刑事司法の関係についての、より一般的な整理として、松原（芳） [2014] 127頁以下、松原（芳） [2007] 53頁以下、安田 [2006a] 93頁以下、高山 [1999] 117頁以下など参照。

¹²⁸ 本章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是不変であるが、その検証手法となると、本章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(351)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採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、遥かに弱い論拠にしかなりえない、ということになる（なお、ドイツの実験研究を踏まえつつ実質的に同旨の主張を展開するものとして、Streng [2019] 153 ff. シュトレング [2011] 63-65頁も参照）。

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、刑法をいわば改悪することに繋がりが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¹²⁹。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¹³⁰。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、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。

¹²⁹ *Waffenstillstand*, S. 18 (邦訳 256 頁) ; *IJUD* 110, 112 ff.

¹³⁰ See *IJUD* 129.

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¹³¹：同実験は、インターネット上で行われたものであり、本章 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¹³²。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。

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¹³³。

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¹³⁴。

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¹³⁵。

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¹³⁶。

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¹³⁷。

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¹³⁸。

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

¹³¹ *IJUD* 123 f; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1967-1969.

¹³² デモグラフィックの分布については、Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1967 n 101.

¹³³ *IJUD* 112 f.

¹³⁴ *IJUD* 114.

¹³⁵ *IJUD* 114 f.

¹³⁶ *IJUD* 116 f.

¹³⁷ *IJUD* 118 f.

¹³⁸ *IJUD* 119.

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ことである¹³⁹。

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¹⁴⁰) : 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¹⁴¹) : 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。

シナリオ C (*Papa* 事件¹⁴²) : 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¹⁴³) : 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¹⁴⁴) : 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

¹³⁹ *IJUD* 119 f.

¹⁴⁰ *United States v. McNab*, 324 F. 3d 1266 (11th Cir. 2003).

¹⁴¹ *Almond v. United States*, 854 F. Supp. 439, 445 (W.D. Va. 1994).

¹⁴² 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、ロビンソンらもそのエピソードから直接引用している。See Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1951.

¹⁴³ *Garnett v. State*, 632 A. 2d 797 (Md. 1993).

¹⁴⁴ *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, 2010).

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¹⁴⁵) : 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ため、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¹⁴⁶) : 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¹⁴⁷) : ジョンは、「ドラッグパーティー」にコカインを持って来るよう頼まれた。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¹⁴⁸) : 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¹⁴⁹) : 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¹⁵⁰) : 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¹⁵¹) : 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

¹⁴⁵ *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 285 (1980).

¹⁴⁶ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991).

¹⁴⁷ *Heacock v. Commonwealth*, 323 S.E.2d 90, 93 (Va. 1984).

¹⁴⁸ *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735, 746 (2006).

¹⁴⁹ *State v. Moore*, No. 2006-KA-1979, 2007 WL 914637 (La. Ct. App. Mar. 28, 2007).

¹⁵⁰ *Yates v. State*, 171 S.W.3d 215 (Tex. Crim. App. 2005).

¹⁵¹ 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, Goodwin & Reisig [2010] 1953.

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」¹⁵²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。

図表 5：犯罪統制シナリオにおける実際の量刑¹⁵³

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	法定レイブ	厳格責任	40 年から 60 年の拘禁刑
D. <i>Garnett</i> 事件	法定レイブ	厳格責任	5 年の拘禁刑

¹⁵² 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。Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1971 n 103.

¹⁵³ *IJUD* 123. 若干簡略化した。

シナリオ	罪名	犯罪統制原理	実際の量刑
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。

図表 6. 実験参加者による量刑の平均¹⁵⁴

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. <i>Brazill</i> 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. <i>Yates</i> 事件 (心神喪失抗弁の制限)	26.3 年 (18.4 位)	終身
J. <i>Moore</i> 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. <i>Clark</i> 事件 (心神喪失抗弁の制限)	16.5 年 (15.6 位)	終身
H. <i>Heacock</i> 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. <i>Harmelin</i> 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. <i>Rummel</i> 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. <i>Haas</i> 事件 (厳格責任)	2.9 年 (9 位)	40 年から 60 年

¹⁵⁴ 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。

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
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)	

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、本章 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、本章 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、ということが出来る¹⁵⁵。

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¹⁵⁶。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¹⁵⁷。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¹⁵⁸。その意味で、公衆の量刑判断は

¹⁵⁵ *IJUD* 124.

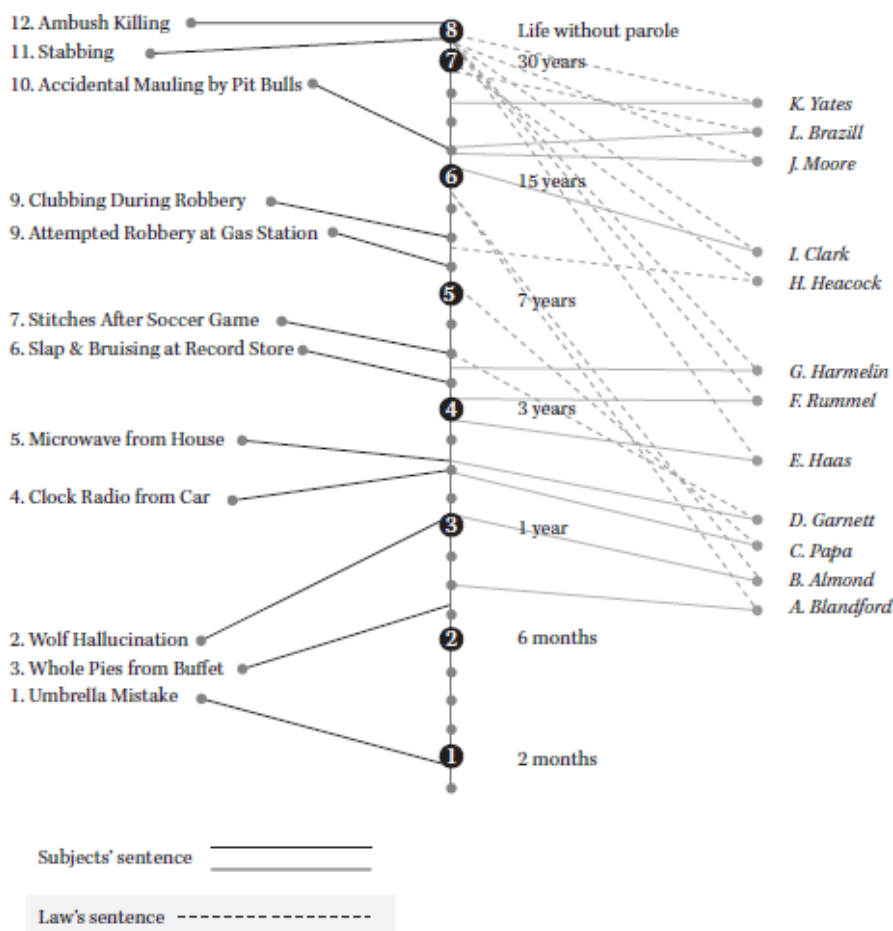
¹⁵⁶ *IJUD* 124 f.

¹⁵⁷ *IJUD* 122, 128; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1964 f, 1974 f.

¹⁵⁸ なお、ここでは省略するが、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

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¹⁵⁹。

図表 7：実験参加者による量刑と実際の量刑との矛盾¹⁶⁰



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

本章 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、本章 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、

点の紹介として、see Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1975-1978.

¹⁵⁹ 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、本章 II. 2-1. の末尾で示す。

¹⁶⁰ *IJUD* 127; see also Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1973-75; *Waffenstillstand*, S. 23 f (邦訳 259-261 頁) .

「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。

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¹⁶¹。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〕）¹⁶²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（本章 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¹⁶³。また第二に、社会的に共有された規範に

¹⁶¹ *Waffenstillstand*, S. 14 (邦訳 252 頁)。

¹⁶² 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。Feuerbach [1847] S. 38-41; Feuerbach [1798] S. 40 ff. 英語圏では、同種の発想は、ベンサムの「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。Bentham [2000] 141; see also Bentham [1830] 32.

¹⁶³ これは、本章 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、似た規範・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

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¹⁶⁴）。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

という事実（本章 I. 2-2-1. 参照）を説明できないためである（see *IJUD* 56-62; Robinson, Kurzban & Jones [2007] 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（本章 I. 2-3. 参照）。

¹⁶⁴ 例えば、Zimring [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、Zimring [2011] も参照。また、関連するわが国の議論として、特に、刑法雑誌 54 巻 3 号における特集「犯罪予防政策の総合的検討」を参照（そのキーノートとして、守山 [2015] 406 頁以下）。

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、この基準を左右しうるところの、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。そうなると、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.

ことになる¹⁶⁵。それは、刑法が、自身を遵守するように人の行動を統制し、犯罪を予防できるようにする、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¹⁶⁶。

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¹⁶⁷。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

¹⁶⁵ *IJUD* 152; see also Grasmick & Green [1980] 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。

¹⁶⁶ 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 Tyler [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。

¹⁶⁷ *IJUD* 154 f; Robinson & Darley [2007] 19-21.

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)」¹⁶⁸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¹⁶⁹、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（アメリカにおける実例は、いうまでもなく、いわゆる禁酒法である）¹⁷⁰。

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、本章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¹⁷¹。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

¹⁶⁸ *IJUD* 156.

¹⁶⁹ そのアメリカにおける実例として、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、無法者の男がレイプ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。

¹⁷⁰ 以上、第二点目の全体について、*IJUD* 155-161; Robinson & Darley [2007] 21-28.

¹⁷¹ *IJUD* 161-163; Robinson & Darley [2007] 28-31. 要するに、オオカミ少年の寓話と同じである。

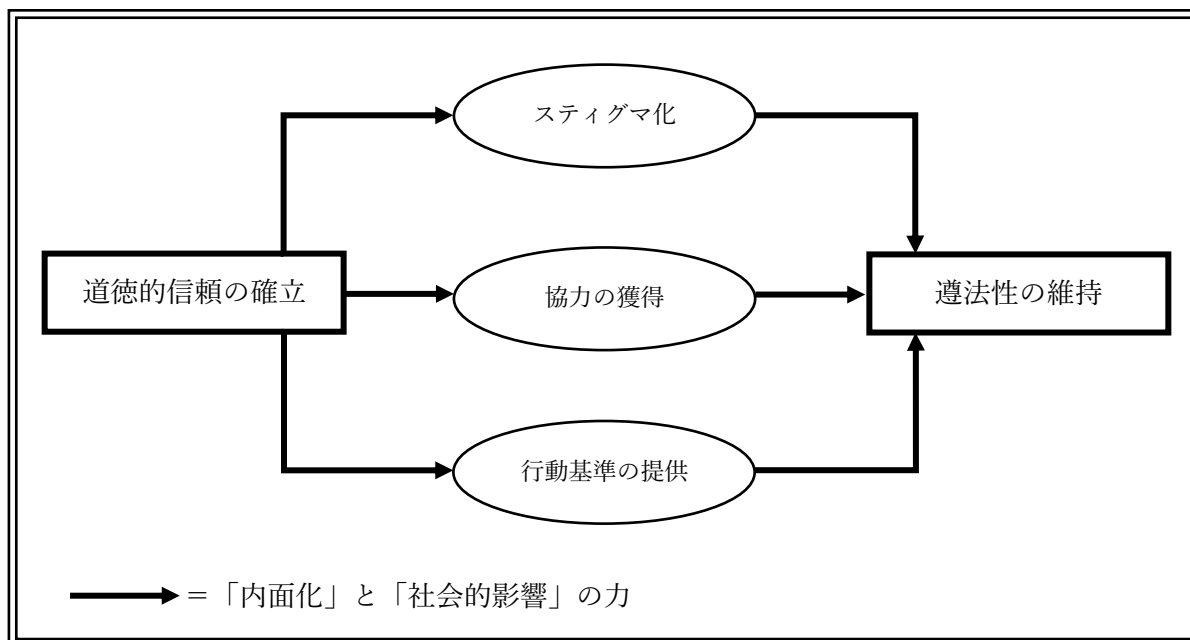
事実状態とは区別すべきであり、後者の事実状態そのものにも独立した価値（遵法性の獲得を通じた犯罪予防効果）が認められることは否定できない。かつ、このような道徳的信頼の確立は、上述した理想状態にアプローチするための、現実的な必要条件ですらあるのではないだろうか。したがって、この構想を「盲従の肯定」として規範的に排斥するとすれば、それは、たらいの水と一緒に赤子を捨てることであると言わなければならない。

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、刑法の道徳的権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¹⁷²を紹介・検討する。

4-2-1-1. 研究A

デザインと方法¹⁷³：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¹⁷⁴。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た。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、本章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

¹⁷² 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」というものがあつたため、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えますか」という質問項目があつたため、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, Goodwin & Reisig [2010] 2016-2025; Robinson [2017] 1585 f.

¹⁷³ *IJUD* 177-179; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1997-2001.

¹⁷⁴ 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いえ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¹⁷⁵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)」¹⁷⁶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¹⁷⁷

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)¹⁷⁸ 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だから、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しょう。

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。

¹⁷⁵ Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1998 n 186.

¹⁷⁶ 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。

¹⁷⁷ *IJUD* 178.

¹⁷⁸ 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¹⁷⁹。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¹⁸⁰：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。

¹⁷⁹ 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, Goodwin & Reisig [2010] 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つたところ、通りがかつたジョンが、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つたものであり、もしジョンが救助を要請していれば女性の命は助かつたであろう、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、その部屋に押し入つた後、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）。残つたシナリオ 3, 4, 5, 7 は、それぞれ本章 I. 3-1. でみたシナリオ E, A, B, F である。

¹⁸⁰ IJUD 179-181; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2001-2004.

図表 10：研究 A の結果¹⁸¹

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¹⁸²、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¹⁸³：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

¹⁸¹ *IJUD* 180; *Waffenstillstand* S. 26 (邦訳 262-263 頁) も参照。

¹⁸² Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2006. 上注 (76) も参照。

¹⁸³ *IJUD* 181; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 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¹⁸⁴。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)」¹⁸⁵と呼ぶ。

結果と考察¹⁸⁶：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^a, 6.59^b 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）¹⁸⁷

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 ^a	6.59 ^a	5.35 ^b
2. 法律が禁じるなら非難すべき行為	6.14 ^a	5.38 ^b	5.59 ^{a, b}
3. 厳罰なら重大な犯罪	5.25 ^a	5.16 ^a	4.34 ^b
4. 矢じりの違法な持ち出しを報告	5.93 ^a	5.65 ^a	4.95 ^b
5. 拾った拳銃を警察に届け出る	6.66 ^a	5.40 ^b	4.32 ^c
6. 規制違反行為を警察に報告する	5.15 ^a	4.75 ^{a, b}	4.43 ^b
7. ガソリンスタンドに払い忘れを連絡	7.05 ^a	6.63 ^a	5.63 ^b
8. レストランに払い忘れを連絡	7.15 ^a	6.47 ^b	5.84 ^c

¹⁸⁴ その内容・参加者の量刑・実際の量刑については、Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2033. 本章 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、ピットブル事例、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, Goodwin & Reisig [2010] 2004 n 195)。

¹⁸⁵ 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。

¹⁸⁶ *IJUD* 182-184; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2005-2008.

¹⁸⁷ *IJUD* 182; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2007; *Waffenstillstand*, S. 27 (邦訳 263 頁)。

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¹⁸⁸、法的機関に対して非協力的になり¹⁸⁹、刑法を行動基準として信頼しなくなるのである¹⁹⁰。

¹⁸⁸ 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。

¹⁸⁹ 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。

¹⁹⁰ 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

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されているが¹⁹¹、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¹⁹²。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¹⁹³、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賴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¹⁹⁴。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¹⁹⁵。

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ということができる。

¹⁹¹ See Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 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。

¹⁹² Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2009.

¹⁹³ Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2009 f.

¹⁹⁴ 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。

¹⁹⁵ 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,

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として、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¹⁹⁶。

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¹⁹⁷。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¹⁹⁸。

Goodwin & Reisig [2010] 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。

¹⁹⁶ *IJUD* 184-189; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 2011-2016.

¹⁹⁷ Grasmick & Green [1980] 329-331.

¹⁹⁸ *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示唆しているが、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。

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）¹⁹⁹。

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²⁰⁰。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²⁰¹。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、その認識と遵法性と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²⁰²。

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²⁰³、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

¹⁹⁹ Silberman [1976] 444 ff.

²⁰⁰ Jacob [1980] 64-66.

²⁰¹ Ibid 66-70.

²⁰² Ibid 70-73.

²⁰³ Grasmick & Bursik [1990] 842-848; see also *IJUD* 153.

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²⁰⁴。

ナドラー (Nadler) の実験研究²⁰⁵は、ここでの用語法でいう「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)²⁰⁶。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²⁰⁷。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

²⁰⁴ 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、Paternoster & Iovanni [1986] 751; see also Tittle [1977] 579. さらに、Tyler [2006] 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」。

²⁰⁵ Nadler [2005] 1399.

²⁰⁶ 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.

²⁰⁷ 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。

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、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²⁰⁸。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「とぼっちり」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²⁰⁹。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、ということをお我々が得た結果は示唆している²¹⁰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。

²⁰⁸ Mullen & Nadler [2008] 1240-1242.

²⁰⁹ 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 [2006] ; see also Mullen & Nadler [2008] 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）。

²¹⁰ 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うことが出来る。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）²¹¹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²¹²。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

²¹¹ “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。

²¹² 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²¹³。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、本章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²¹⁴。

まずは、隔離 (および社会復帰)²¹⁵との関係についての実験研究である²¹⁶。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²¹⁷。続いて、各事件の軽重関係を判断し、具体的な量刑を割り当てさせる。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

²¹³ DPCL 8-10.

²¹⁴ 以下に示すもののほか、Carlsmith [2008] 119 ff; Carlsmith [2006] 447-449; Carlsmith & Darley [2008] 193 ff も参照。

²¹⁵ 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、本章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るとは思われない。

²¹⁶ Darley, Carlsmith & Robinson [2000] 659.

²¹⁷ Ibid 679 f.

要か²¹⁸ということ意識した量刑を求めるということである²¹⁹。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（これは純粹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）²²⁰。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²²¹。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²²²。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²²³。

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うる。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（本章 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

²¹⁸ 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。

²¹⁹ Ibid 662f.

²²⁰ Ibid 670 f, 676.

²²¹ Carlsmith, Darley & Robinson [2002] 284.

²²² Ibid 288 f.

²²³ Ibid 290, 296.

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²²⁴。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）²²⁵。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る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、本章 I. 4-1-1. でも簡単に言及したところであるが²²⁶、より詳しく述べれば、次のようなものである。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。

²²⁴ *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。

²²⁵ 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、Levitt [1998] 353 ff; Von Hirsch et al [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（164）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。

²²⁶ 上注（162）参照。

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²²⁷。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²²⁸、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²²⁹、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²³⁰。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、現実にと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。

第一に、法的知識については²³¹、ダーレーらによって行われた実験研究がある²³²。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

²²⁷ DPCL 24. なお、わが国におけるこの議論の紹介として、稲谷 [2019] 110-112 頁。

²²⁸ 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。

²²⁹ 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（228）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。

²³⁰ 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（227）111 頁も同様に整理している。

²³¹ DPCL 24-27.

²³² Darley, Robinson & Carlsmith [2001] 165.

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ものである²³³。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²³⁴。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うるかを「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²³⁵。

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

²³³ Ibid 169-173.

²³⁴ Ibid 181 ff. これは、本章で検討してきた「公衆の正義観念」に関する実験研究、とりわけ本章I. 4-2-1. で紹介した研究と整合的であると言える。すなわちここでは、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。

²³⁵ DPCL 25.

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と言われれば、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言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²³⁶。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、その真価を發揮するのであり、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發揮する。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とになる）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—

²³⁶ 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。

一からして、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²³⁷。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²³⁸。「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どれ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²³⁹、まず、これは犯罪のコストとベネフィットを計算するわ

²³⁷ 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。

²³⁸ 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(165)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。

²³⁹ DPCL 32-49.

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²⁴⁰。

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す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²⁴¹。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²⁴²。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²⁴³。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、既知の事実求められる²⁴⁴。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。

²⁴⁰ 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 [1830] 38 f.

²⁴¹ 上注 (225) 参照。

²⁴² DPCL 34 f.

²⁴³ Anderson [2002] 303, 306-308; see also DPCL 36.

²⁴⁴ 上注 (225) 参照。また、Anderson [2002] 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。

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²⁴⁵。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〕）²⁴⁶。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²⁴⁷。

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。そうなると、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²⁴⁸。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²⁴⁹、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²⁵⁰。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る

²⁴⁵ DPCL 39-41.

²⁴⁶ ここで詳しく紹介することはできないが、DPCL 41 f に引用されている複数の論文を参照。

²⁴⁷ DPCL 42-44.

²⁴⁸ 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えよう。

²⁴⁹ 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。

²⁵⁰ DPCL 44.

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²⁵¹。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ぬ必然性もない。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関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。

²⁵¹ 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。

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²⁵²。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はだかるのである。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（本章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経験的に計算するのは、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るのであって、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²⁵³。

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²⁵⁴。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

²⁵² このような解釈として、稲谷 [2019] 111 頁参照。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。

²⁵³ この点は、本章 II. 2-1-3. においてより詳細に述べる。

²⁵⁴ *DPCL* 28-31.

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る人々については、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²⁵⁵。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²⁵⁶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²⁵⁷。また、個別の犯罪者類型に絞った処遇の例として、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²⁵⁸。

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であろう。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

²⁵⁵ *IJUD* 148; see also *DPCL* 58-70.

²⁵⁶ Martinson [1974] 48.

²⁵⁷ *DPCL* 100-103.

²⁵⁸ *DPCL* 103-106.

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が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²⁵⁹。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ということが出来る（本章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して重要な役割を果たしている）²⁶⁰。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²⁶¹ということも確認するべきである。

²⁵⁹ DPCL 107 f.

²⁶⁰ DPCL 124-126.

²⁶¹ 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。

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）」²⁶²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²⁶³（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ぬはずである。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

²⁶² DPCL 111.

²⁶³ 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。

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²⁶⁴。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を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²⁶⁵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」²⁶⁶。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²⁶⁷。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²⁶⁸。

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

²⁶⁴ 以上の第一から第三については、DPCL 113-116.

²⁶⁵ 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 [2016] 57頁以下、森(丈) [2017]、ポント&アンドリュース [2018] を挙げておく。なお、小長井 [2016] 68頁で紹介されているように、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、前科さえ存在すれば、その他の事情を考慮せずとも、一定の特別予防の必要性を認めることができ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。

²⁶⁶ LJUD 150.

²⁶⁷ DPCL 126-128.

²⁶⁸ 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。

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」²⁶⁹。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（本章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（本章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（本章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（本章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

²⁶⁹ DPCL 133.

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²⁷⁰。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」²⁷¹。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る。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（本章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、本章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²⁷²。

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、

²⁷⁰ *IJUD* 70-94, 189-236.

²⁷¹ *Waffenstillstand*, S. 32（邦訳 268 頁）；see also *IJUD* 198.

²⁷² *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.

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²⁷³。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²⁷⁴。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、本章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则认为られる。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²⁷⁵。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る」²⁷⁶。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るべきであり、これを裁判官の裁量に直接委ねてはならない²⁷⁷。

²⁷³ *IJUD* 193 f.

²⁷⁴ 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、本章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。

²⁷⁵ *IJUD* 194 f.

²⁷⁶ *IJUD* 196.

²⁷⁷ *Ibid.*

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. 本章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。本章は、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（本章Ⅰ. 冒頭部を参照）。

本章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²⁷⁸。

²⁷⁸ 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

本章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、本章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。

本章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²⁷⁹、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。

本章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

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、大きく左右されると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、こ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。

²⁷⁹ 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、本章Ⅱ. 2-1. の末尾で示す。

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德規範を内面化する。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德的に信頼し、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、刑法に道德的信頼がある場合、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、刑法が道德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、道德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德的に幻滅し、すなわち道德的信頼が毀損された場合、刑法は正当な道德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。そうすると、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、刑法に対する道德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、道德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に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、刑事司法がいかにか正義（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うことができるのである。

本章1. 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はなくても、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)、威嚇抑止は機能するというべきであるから、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うことができる。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は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、経験的デザートの中核で機能しうるとどまるのであり、それにとって代わるものではないというべきである(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、一定の成果が挙がっている。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、経験的デザートにと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ふ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）。

本章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、本章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と、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ているものである。本章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。

本章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²⁸⁰。これに照らすと、経験的デザート論は、積極的一般予防論の一種であると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うことができる。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²⁸¹。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

²⁸⁰ BVerfGE 45, 187 (256); s.a. BGHSt 24, 40 (42); Schäfer / Sander / van Gemmeren [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. Roxin / Greco [2020] § 3 Rn. 26-32a (邦訳として、ロクシン&グレコ [2021] 340頁以下); Kindhäuser / Neumann / Paeffgen [2017] Vor § 1, Rn. 288-296 [Hassemer / Neumann]; Hörnle [2017] S. 27-30; Kaspar [2014] S. 648-676 (s.a. Kaspar [2004] S. 48-70); Kalous [2000]; Müller-Tuckfeld [1998] S. 39-75; Schünemann [1998] S. 109 ff.; Hart-Hönig [1992] S. 98-124; Hassemer [1990] S. 324-329; Müller-Dietz [1985] S. 813 ff.; Streng [1980] 637 ff.; Haffke [1976]; Jakobs [1976] (vgl. Jakobs [2004] S. 31-34). なお、わが国の文献は第2章注(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) [2012] 303-324頁において詳しく検討されている。

²⁸¹ Meier [2019] S. 30; Kindhäuser / Neumann / Paeffgen [2017] Vor §§ 38 ff, Rn. 76 [Vilmow]; Joicks / Miebach [2016] Vor § 38, Rn. 37 [Radtke]; Streng [2012] Rn. 59.

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：²⁸²

「〔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には確言できず、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)」²⁸³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²⁸⁴。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²⁸⁵。

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²⁸⁶。しかしそれは、改めて

²⁸² Roxin / Greco [2020] §3 Rn. 30 (邦訳として、ロクシン&グレコ [2021] 342頁)。

²⁸³ Meier [2019] S. 30.

²⁸⁴ Greco [2009] 365-371; ähnl. Kuhlen [1994] 364.

²⁸⁵ Hörnle [2011] S. 8; vgl. Streng [2012] Rn. 61; Hoerster [2012] 68 f.; Schmidhäuser [1998] S. 446; Hart-Hönig [1992] S. 100-102; Schöch [1990] S. 97.

²⁸⁶ 補足すると、ここで述べていることの趣旨は、本章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、本章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

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²⁸⁷。それゆえ、仮に一般予防効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：²⁸⁸

- ・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、一連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、

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、本章I. 4-2-1-3. 参照〕、最終的には同様の問題が生じるが、本章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）。

²⁸⁷ Giannoulis [2014] S. 88-90; Hörnle [1999] S. 91; Frisch [1988] S. 134; Von Hirsch / Jareborg [1991] S. 10; Köhler [1983] S. 42 f.; Streng [1980] 678.

²⁸⁸ Streng [2012] Rn. 59. シュトレング [2011] 48 頁も参照。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 (281) の文献のほか、Seddig u.a. [2017] 259 ff.; Hirtenlehner u.a. [2013] 293 ff.; Spürgath [2013]; Dölling u.a. [2009] 201 ff.; Rupp [2008]; Entdorf / Spengler [2005] 313 ff.; Dölling / Hermann [2003] S. 133 ff.; Hermann / Dölling [2001] S. 70-77; Curti [1999]; Müller-Dietz [1996] S. 242-249; Heiland / Schulte [1993] S. 68-75; Bönitz [1991]; Schöch [1990] S. 99-109; Karstedt-Henke [1989] 168 ff.; Schumann [1989]; Schumann u.a. [1987]; Schöch [1985] S. 1081 ff.; Albrecht [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示唆している。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、本章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²⁸⁹。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²⁹⁰。すなわちまず、積極的一般予防として一

²⁸⁹ 上注(225)参照。わが国でも同旨を述べるものとして、岡上[1994]56頁参照：消極的一般予防（威嚇予防）は「量原理（Maßprinzip）をもたない」のであって、「威嚇予防を考慮して刑罰が加重される場合、それには何らの根拠もないものといわなければならない、そのような量刑がおよそ許されるものでないことは当然」である。ただし、本章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。

なお、この考え方とは反対に、安田[2006a]87頁は、「道路交通法の改正により飲酒運転に対する法定刑が引き上げられた結果として、当該事犯が激減したこと（…）は、刑罰がおよそ科されるかどうかだけではなく、どのような水準において科されるのかによっても、犯罪を抑止する効果において異なることを示すものである」と述べている。しかし、法定刑引き上げと当該事犯の激減との間における相関関係をもって、両者の間の因果関係を主張することはできない。当該現象を説明する仮説としては、科刑水準の引き上げによって抑止効果が高まったという消極的一般予防論的な仮説も成り立つし、あるいは、激減現象の主要な原因は飲酒運転の危険性ないし不正性が公衆の間に急速に浸透し、意識が高まったことによって人々が飲酒運転を自制するようになったことに求められるのであって、法定刑引き上げではない、という積極的一般予防論的な仮説も、少なくとも等しい蓋然性をもって成り立つであろう。そうであれば、この飲酒運転をめぐる現象は、「科刑水準の高低は消極的一般予防効果を左右しない」という犯罪学的知見を覆すための十分な証拠とはならないはずである。これを覆すためには、積極的一般予防論的な仮説を立てても（少なくとも消極的一般予防論的な仮説と同程度の説得性をもって）説明することができない現象を提示することが必要条件となるのである。

²⁹⁰ 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試みることはできないため、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[2017] 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

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、「法的忠誠の訓育〔Einübung in Rechtstreue〕」²⁹¹）、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はなかったか）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う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実際上困難である、ということである²⁹²。言い換えれば、確かに国民の多く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²⁹³。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²⁹⁴、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²⁹⁵。ここからシューマンは、刑罰に人の規範意識を維持

指摘されていることでもある。Vgl. Kaspar [2014] 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えることができる。

²⁹¹ Jakobs [1976] S. 10; s.a. Joecks / Miebach [2020] Einl., Rn. 71 [Joecks / Erb].

²⁹² Vgl. Kindhäuser / Neumann / Paeffgen [2017] Rn. 83 f. [Villmow]; Hörnle [1999] S. 91; Kindhäuser [2009] 956 f.; Schneider [2004] S. 331 f., 335; Müller-Dietz [1996] S. 247-249; Baurmann [1998] S. 5; Müller-Tuckfeld [1998] S. 115 ff.; Stratenwerth [1994] S. 12 f.; Hart-Hönig [1992] S. 50 f.; Bock [1991] 636; Dölling [1990] 3 f.; Schumann [1989] S. 15-17 (s.a. Schumann [1988] S. 25-28); Köhler [1983] S. 44 f.

²⁹³ Schumann [1989] S. 35 ff.

²⁹⁴ 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 [1989] S. 36）。

²⁹⁵ Schumann [1989] 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

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²⁹⁶。

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：²⁹⁷

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、

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)。

²⁹⁶ Schumann [1989] S. 51. 同研究に対する本章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 (303) で行う。また、下で検討するシェツヒの研究も含めた、わが国における検討として、本庄 [2002c] 81-82 頁参照。

ちなみに、積極的一般予防効果の文脈では、シェツヒによる研究 (Schöch [1990] S. 101 ff.; なお、同研究は Schöch [1985] 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らと思うか)、(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 [1990] 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、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ような、別個の作業を要するであろう (この点では、本庄 [2002c] 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。

²⁹⁷ Andrissek [2017] 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)。

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)²⁹⁸を前提として、そうであれば、犯罪を予防するためには、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²⁹⁹。ところが、この発想は、上述した批判に直面し、そこ

²⁹⁸ 人間観および行動モデルという概念については、Baurmann [1998] 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。

²⁹⁹ Baurmann [1998] 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

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（本章 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³⁰⁰。したがって、国家がこの処罰を行わない場合には³⁰¹、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（本章 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、刑法に道徳的権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³⁰²。こう考えてくると、上の批判

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 [2017] S. 73-75）。

³⁰⁰ 本章 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。

³⁰¹ 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される行為を処罰する場合には、である。

³⁰² 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. [2017] 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。

そうなると、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 [2017] S. 29; Hörnle [1999] 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。

は、全く当たらないことになる。 「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³⁰³。

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³⁰⁴。

³⁰³ 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（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〔2002c〕82頁参照。当人も、この点での限界は認めている。Schumann〔1989〕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（本章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〔295〕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。

³⁰⁴ 特に量刑基準に関して、上注〔287〕に引用した文献を参照。ただし、この点では、小池（信）〔2008〕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

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、不正義な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)³⁰⁵に着目する見解であると言える³⁰⁶。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

「(価値基準→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。

³⁰⁵ *IJUD* 176; Robinson, Goodwin & Reisig [2010] 1940.

³⁰⁶ 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域外に置かれている。ここに、同研究の根本的な方法論的問題があったと言える(上注(303)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(234)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。

できる。すなわち、「公衆の正義観念に従った刑」である³⁰⁷。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：

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」³⁰⁸。またシュツレングも、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」³⁰⁹。

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、本章 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足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

³⁰⁷ 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も言及してきたが、本章 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、この点は本章 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。この点も本章 II. 2-3. で扱う。

³⁰⁸ Hörnle [2019] § 12 Rn. 17.

³⁰⁹ Streng [2012] Rn. 60.

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、本章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。

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——シュトレング、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³¹⁰。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することができる。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、本章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³¹¹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³¹²、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、シュトレングの

³¹⁰ Greco [2009] S. 234-241; より最近の展開については、s.a. Streng [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（信） [2008] 27-33 頁。

³¹¹ Andrissek [2017]

³¹² Andrissek [2017] S. 2.

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³¹³。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。そこでシュトレングは、実際に経験的調査を遂行したのである³¹⁴。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グが援用するのが、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³¹⁵。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」³¹⁶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、このシュトレング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ると言えるが、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³¹⁷、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³¹⁸。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」³¹⁹。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³²⁰。

³¹³ Streng [2007] S. 82; s.a. Streng [2019] S. 149-156; Streng [2014] S. 838-841; Streng [2012a] S. 677 ff. シュトレング [2011] 45-51 頁も参照。

³¹⁴ 例えば、シュトレングが、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、Streng [2014a]; s.a. Streng [2019] 131 ff.; Streng [2014] S. 831-837.

³¹⁵ Streng [1980]. わが国における検討として、中村 (悠) [2012] 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 [2019] S. 152 f.; Streng [2014] S. 814.

³¹⁶ Schneider [2004] S. 334.

³¹⁷ Kaspar [2014] S. 666.

³¹⁸ Kaspar [2014] 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。

³¹⁹ Kaspar [2019] 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.

³²⁰ Vgl. Kaspar [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.

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³²¹。これも経験的デザート論と似た方向性を示しているのであるが、上に掲げたシュトレング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³²²、「(…)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」³²³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³²⁴、またそれが犯罪予防 (応報的予防 [retributive Generalprävention]) にも繋がるのだ³²⁵、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³²⁶。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³²⁷、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³²⁸。

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認される、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

³²¹ Walter [2020] S. 545 ff.; Walter [2019] ; Walter [2019a] S. 49 ff.; Walter [2016] ; Walter [2014] S. 831 ff.; Walter [2011] 636 ff.

³²² Walter [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、これは本章 I. 5-1. で検討したのと同じものである。

³²³ Walter [2011] 636.

³²⁴ Walter [2019] 656; Walter [2011] 644.

³²⁵ Walter [2019a] S. 54, 58 f.

³²⁶ 例えば、Walter [2019a] S. 55 f.

³²⁷ Walter [2019a] S. 52; Walter [2016] S. 17.

³²⁸ Kaspar [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 (297) 参照)、自説を積極的一般予防論に位置づけている (Andrissek [2017] S. 64) ところとも異なっている。

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³²⁹。

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と思われる。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、本章 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³³⁰、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、本章 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、本章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

³²⁹ 本章 II. 1-1. で述べた通りであるが、とりわけ上注（306）参照。

³³⁰ 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）」を最も有質な理論構成と見なしている）。この点は上注（2）参照。

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。

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³³¹を挙げることができる。というのも、ここまでに本章の論述から明らかであるように³³²、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³³³。そうなるこの作業も、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、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³³⁴。ここで強調し

³³¹ その現状紹介として、唐沢 [2013] 85 頁以下。

³³² とりわけ、I. 2-1. 参照。

³³³ この点、佐伯（昌） [2016] 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。

³³⁴ 関連する近年の研究書として、白岩 [2019]、佐伯（昌） [2016]、板山 [2014]、前田（雅）ほか [2007] 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、唐沢ほ

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、本章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³³⁵、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³³⁶。

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³³⁷。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³³⁸。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³³⁹。このことから佐伯は、「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³⁴⁰。

傾聴すべき指摘であるが、本章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

か [2018]、石村ほか [1986] 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）ほか [1979] がある。

³³⁵ アメリカとわが国における研究のレビューとして、佐伯（昌） [2016] 193-197 頁。板山 [2014] 21-22 頁も参照。

³³⁶ 綿村=分部=高野 [2010] 98 頁以下、および綿村=高野 [2008] 953 頁。

³³⁷ 佐伯（昌） [2016] 197-198 頁。

³³⁸ 松村 [2015] 70-73 頁、松村 [2007] 127-133 頁、松村 [2006] 46-47 頁。

³³⁹ ちなみに、石村ほか [1986] 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。

³⁴⁰ 佐伯（昌） [2016] 198 頁。

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うことによって、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、本章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るとして、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される³⁴¹。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³⁴²。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、本章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生じるわけでもない。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、本章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³⁴³。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³⁴⁴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

³⁴¹ 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＝分部＝藤尾＝高野[2011] 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。

³⁴² 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。

³⁴³ 伊田＝谷田部[2005] 71頁以下。伊田[2009] 207頁以下、伊田[2013] 135頁以下も参照。なお、先駆的研究として、植松[1958] 99頁以下。

³⁴⁴ なお、伊田＝谷田部[2005] 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。

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」³⁴⁵。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³⁴⁶。この点、本章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、やはり遵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（たと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、本章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

³⁴⁵ 伊田 [2013] 142 頁。伊田＝谷田部 [2005] 73-75 頁も参照。

³⁴⁶ 伊田 [2013] 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（昌） [2016] 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 [2014] 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には一定の距離があるということを意味しよう。

主張を試みているわけではなく、むしろ、経験的にみても、それには極めて慎重になる必要がある³⁴⁷。また、本章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）量刑導出判断は、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量刑のみを観察して、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、やはり本章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かかわらず、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³⁴⁸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のではないか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³⁴⁸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（それとも、いわば「一時の気の迷い」にすぎないのか）を慎重に検討すべきである。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

³⁴⁷ 上注(128)参照。この点で啓発的なのは、ドイツにおいて遂行された、激情殺の設例に関し、最も妥当と思われる刑と、許容できる刑の幅とを回答してもらうという実験である。これについて論者は、多くの支持を得た量刑が3年から終身刑と大きくバラついたこと、および、特に重い刑が妥当と回答した被験者は、許容可能と考える幅も広くなる傾向にあることを指摘した上で、こう結論づけている：「正義の観念がこのように不明確な、あるいは幅の広いものかどうかはつまり、一般に言われているような重罰の要求を裁判所が明らかに満たさなかったとしても、それで規範の妥当が揺らぐわけではないということである」（シュトレング [2011] 64-65 頁。Streng [2019] 153 ff.も見よ）。本章I. 1. の末尾も参照。

³⁴⁸ わが国における貴重な実験研究として、松原（英） [2014] 46 頁以下。そのほか、同上 69 頁以下、浜井 [2011] 323 頁以下、日本犯罪社会学会 [2009]、河合 [2004] など参照。

治戦略やメディア報道等の影響によって歪められている可能性³⁴⁹を考慮に入れなければならない³⁵⁰。そうであれば、犯罪予防のために公衆の正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³⁵¹。そして、

³⁴⁹ 実際、厳罰化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、外在的要因によって作り上げられている可能性がある。具体的には、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。それにもかか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印象をかなり強くもつ傾向にある。この点、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[2011] 349頁)。松原(芳)[2014] 129-132頁、原田(國)[2008] 334頁も参照。

³⁵⁰ ただし、このような考慮は究極的には、意識変化の純粹に記述的な観察にとどまらず、その意識変化は合理的なものであるか——例えば、ひとつの枠組みの可能性としては、その変化が「熟議」的な手続を市民社会レベルで経ているかどうか——を問うような、立法学とも関連する規範的な判断に転化してゆくであろう。この点に関して経験的デザート論はこれといった回答を用意できていないように思われ、ここには同理論の限界が表れていると考えられる。

³⁵¹ この点で注記に値することとして、公衆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である。ここで言いたいのは、

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、本章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、その厳罰化リスクを最小限に縮減してゆくほかはないと考える。

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³⁵²。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のではないかと思われる。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、本章 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

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は、上注（349）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＝松原（英）[2015] 85 頁以下、松原（英）[2018] 118 頁以下。実験について、松原（英）＝松澤[2019] 64 頁以下。See also Balvig et al [2015] 342 ff）。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な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。いずれにせよ、そのような抽象的質問は、我々の関心からすれば、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。「犯罪や刑罰に関する一般的／抽象的な意見だけを集めても、実際の具体的な事件について一般の人々（国民）がどのように刑罰を用いたいと考えているのかについてはほとんど明らかにならない」（松原（英）[2018] 119 頁）のである。

³⁵² 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[1993]がある。また、わが国における死刑の抑止効果に関する近時の実証研究として、森（大）[2020] 344 頁以下。これ以外のものとなると、基本的に、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（本章もその例に漏れないわけであるが）。松村[2017] 135 頁以下、松村[1984] 42 頁以下、松村[1983] 234 頁以下、松村[1982] 282 頁以下、松村[1982a] 428 頁以下、中島[2011] 42 頁以下、本庄[2002c] 76 頁以下、宮澤（節）[1991] 284 頁、藤岡[1986] 547 頁以下、藤岡[1982] 1 頁以下、星野[1981] 518 頁以下、棚瀬[1973] 25 頁以下など参照。

験研究を遂行する必要がある。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のであって、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、問題が具体的になればなるほど、給付能力が低くなってしまふ（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³⁵³と解されるから、この均衡原理に全く反する量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ろう。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輕するか〔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³⁵⁴、上の場合に減輕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ろう。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ろう。

したがって、抽象化すれば、次のようにいふべきである。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

³⁵³ 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。

³⁵⁴ *IJUD* 101 ff, 247 ff.

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おいてですら、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、本章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³⁵⁵、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³⁵⁶。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³⁵⁷、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³⁵⁸。これは公衆の正義観念を

³⁵⁵ 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）、本章では追究しない。

³⁵⁶ 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 [2005] 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（本章 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も縮まらなかったことも報告されている（伊田＝谷田部 [2005] 74 頁、伊田 [2009] 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「公衆の正義観念の言語化」が必要となるのである。

³⁵⁷ 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はいるし（*IJUD* 301 ff）、本章 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。

³⁵⁸ 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。

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る。

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、本章 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

本章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することができる。そうであれば、本章 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、本章 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（本章 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なくとも、公衆の正義観念にかなうものであろ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³⁵⁹。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 punishment)」³⁶⁰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、既に本章 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べきことをいう、刑罰の正当化に関する理論である³⁶¹。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、

³⁵⁹ 多様な応報概念に関する分析として、高橋 [2018] 150 頁以下参照。

³⁶⁰ 「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第 2 章注 (7) 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、ここでは、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 Feinberg [1970] 95 ff. 邦訳として、ファインバーグ [2018a]。

³⁶¹ Zürcher [2014] S. 130.

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間を提起する、というものである」(傍点は引用者による)³⁶²。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、本章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)³⁶³。

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³⁶⁴。その含意は本章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：³⁶⁵

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。悲観主義者と呼ぶ人々は、「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」³⁶⁶。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³⁶⁷。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

³⁶² Feinberg [1970] 98. 訳文は、ファインバーグ [2018a] 491 頁を参考にした。

³⁶³ Von Hirsch [2017] 33 (フォン・ハーシュ [2021] 35 頁。訳語は適宜変更してある)；同旨として、Von Hirsch [1993] 9; see also Von Hirsch [1987] 51.

³⁶⁴ Strawson [2008] 1 ff. 邦訳として、ストローソン [2010] 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。

³⁶⁵ 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 [2004] 3 頁以下、瀧川 [2003] 87-90 頁など参照。

³⁶⁶ Strawson [2008] 1; ストローソン [2010] 31 頁。

³⁶⁷ Strawson [2008] 2; ストローソン [2010] 34 頁。

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)³⁶⁸。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³⁶⁹。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。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・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」³⁷⁰。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³⁷¹。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、個人の間を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」³⁷²。

³⁶⁸ Strawson [2008] 4; ストローソン [2010] 37 頁。

³⁶⁹ 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 [2017] 31. Feinberg [1970] 95 f (フラインバーグ [2018a] 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。

³⁷⁰ Strawson [2008] 5; ストローソン [2010] 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る。

³⁷¹ Strawson [2008] 9; ストローソン [2010] 46 頁。

³⁷² Strawson [2008] 9 f; ストローソン [2010] 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、

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」³⁷³。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」³⁷⁴。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)³⁷⁵。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」³⁷⁶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

自分に対する反応的態度というものが、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 [2008] 16; ストローソン [2010] 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 [2014] S. 98 f., 133 ff. 竹内 [2018] 269-270 頁も参照)。これら三者の違いは、ここでは無視できる。

³⁷³ Strawson [2008] 12 f; ストローソン [2010] 51-52 頁。

³⁷⁴ Strawson [2008] 14; ストローソン [2010] 54 頁。

³⁷⁵ Strawson [2008] 19 f; ストローソン [2010] 64-65 頁。

³⁷⁶ Strawson [2008] 25; ストローソン [2010] 74 頁。

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、反動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)」³⁷⁷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動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³⁷⁸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、反動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³⁷⁹。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」と言い切ってしまうのである。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

³⁷⁷ Strawson [2008] 25; ストローソン [2010] 74 頁。訳語を変更した。

³⁷⁸ これについては、さしあたり、瀧川 [2003] 90 頁参照。

³⁷⁹ 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どところがある。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 [2018] 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 [2016] 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、人間社会の集約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。

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³⁸⁰。この問題を、規範的表出主義を維持しながら³⁸¹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³⁸²。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³⁸³。

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：³⁸⁴

（…）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実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、そ

³⁸⁰ Günther [2014] 133-135, 139; Günther [2002] S. 219. ギュンターの議論については、竹内 [2018] 263-265 頁、高橋 [2021] 504 頁以下も参照。

³⁸¹ 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 [2017] 36-43; Von Hirsch & Ashworth [2005] 21-27; Von Hirsch [1993] 12-14; Von Hirsch [2005] S. 73-79; Von Hirsch [2003] S. 54-58. 高橋 [2017a] 220-224 頁、飯島 [2016] 27 頁、中村（悠） [2012a] 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（382）参照。

³⁸² Hörnle [2017] S. 44 f.; Hörnle [2006] 956; Hörnle [1999] 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。Von Hirsch [2019] 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、Kleinig [2019] 3 ff.

³⁸³ 竹内 [2018] 267 頁。飯島 [2016] 28 頁も参照。

³⁸⁴ 竹内 [2018] 275 頁。

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」³⁸⁵。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

³⁸⁵ 上注（374）。

ら、喜びが湧き上がるわけではないし、称賛が不当であるとなった場合に、喜びが湧き上がらなくなるといってもいい（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³⁸⁶。

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っ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、ここでは、判断する必要もない。むしろ、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もいいし、かつ、そういうべきである³⁸⁷。ここで注目すべき点は、そこにはない。

本章が、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³⁸⁸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ったとしても、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³⁸⁹。本章 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。本章 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）何をしながらしているのか」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

³⁸⁶ 成田 [2004] 18-21, 26 頁と比較せよ。

³⁸⁷ この点については、瀧川 [2003] 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）。

³⁸⁸ これは筆者が独自に付した名称ではあるが、瀧川 [2003] 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。

³⁸⁹ 本章 I. 2. 参照。上注 (300) も参照。

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（本章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、我々がいま現に有している刑罰制度を本質的に特徴づけていると解しうことは自明である³⁹⁰。そうなることこれは、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（本章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。そうなること、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（本章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。そうなること、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³⁹¹、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

³⁹⁰ 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、筆者には思われぬ〕。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、刑罰が非難的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。

³⁹¹ 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）〔2018〕17頁。また、平野〔1972〕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）〔1995〕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）〔2008〕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、私見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。

刑論と呼ぶことができるであろう³⁹²。上述した「内在的論拠」も、その最上位概念が明らかにされたことになる。それは、「非難表出の必要性」である。

かくして本章は、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³⁹³。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、以下では、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うるためである。それゆえ、本章のいう規範的制約は、どうして正当でありうるのか、

³⁹² 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のと、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。

³⁹³ 正確にいえば筆者は、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、第2章I. 2. 参照。

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、第2章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。

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、ここで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³⁹⁴——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、本章のいう「規範的制約（義務論的制約）」として機能している。ただ、本章の立場と、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、本章にとっては、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。我々はこれを、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、私見の立場としては、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³⁹⁵。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

³⁹⁴ 第2章注(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、第2章序論2. II. 2-2. 参照。

³⁹⁵ 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。第2章での用語に従えば、「非難抑止型相対的応報刑論」である。第2章II. 2-2. 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（第2章注(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。

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。³⁹⁶

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。³⁹⁷

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³⁹⁸。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³⁹⁹、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

³⁹⁶ Roxin/Greco [2020] §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。

³⁹⁷ Greco [2009] S. 249 f.

³⁹⁸ この具体例は、Tadros [2011] 37 を若干改変したものである。なお、第 2 章 I. 1-1. も参照。

³⁹⁹ 第 2 章 I. 2-2. を参照。

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、本章が「規範的制約」の意義として念頭に置いている事柄である。

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。すなわち我々は、「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、本章Ⅱ. 2-3. で定式化した「外在的論拠」の必要性——ひとことでは、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⁴⁰⁰）においては、「制約として機能する応報⁴⁰¹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」⁴⁰²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」⁴⁰³。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

⁴⁰⁰ 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。

⁴⁰¹ 本章の立場からすれば、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。

⁴⁰² 飯島 [2016] 12 頁。

⁴⁰³ 飯島 [2016] 12 頁。

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。我々は、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理のほか、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」⁴⁰⁴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⁴⁰⁵。我々が規範的制約として導入す

⁴⁰⁴ 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）。

⁴⁰⁵ 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ぬのか、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 [2011] 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（第2章I. 2-1. 参照。Tadros [2011] 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（第2章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

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」⁴⁰⁶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」⁴⁰⁷ためである⁴⁰⁸。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⁴⁰⁹、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。

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 [2017a] 219 頁を参照。さらに、Morison [1988] 125 ff も参照。

⁴⁰⁶ Hart [2008] 1. ハートの刑罰論については、第2章注(82)を参照。

⁴⁰⁷ 高橋 [2018] 145 頁。

⁴⁰⁸ 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 [2020] § 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、同上 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、ここまですべて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、本章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。

⁴⁰⁹ 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

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」⁴¹⁰。もっとも、ここにいう「簡単に」の具体的内容

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なくてはならない」(所[1998]105-106頁。所[1994]80-81頁も参照。なお、これに近い見解として、松原(芳)[2016]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であろうか。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。すなわち本章の立場では、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、私見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。

⁴¹⁰ 高橋[2018]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、これが私見において問題

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⁴¹¹。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⁴¹²、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。本章においては、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。（…）」

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。

⁴¹¹ 厳密には、非難性の意義が問題となるが、例えば本章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、本章の立場からすると、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解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）。

⁴¹² 第2章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。

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⁴¹³。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⁴¹⁴。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」⁴¹⁵。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——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⁴¹⁶、その検討は責任原理の

⁴¹³ 高橋 [2018] 146 頁。

⁴¹⁴ 高橋 [2018] 146-147 頁。また、そこで引用されているように、Hart [2008] 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。

⁴¹⁵ 高橋 [2018] 147 頁。

⁴¹⁶ 下注 (426) 参照。

根拠論として別個に検討されるべきものであって、本章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る。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⁴¹⁷。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、ということができるとある。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、本章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、それを非難と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」⁴¹⁸。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。私見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

⁴¹⁷ オース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。

⁴¹⁸ 高橋 [2018] 170-171 頁。

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事は、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⁴¹⁹。「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⁴²⁰。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⁴²¹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⁴²²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⁴²³。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って、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

⁴¹⁹ 高橋 [2018] 172-173 頁。

⁴²⁰ 高橋 [2018] 176 頁。

⁴²¹ 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。

⁴²² 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 [2018] 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。

⁴²³ 高橋 [2018] 147 頁注 (30)。

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⁴²⁴。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」⁴²⁵。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

⁴²⁴ 高橋 [2018] 173 頁。

⁴²⁵ 高橋 [2018] 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）しようとするのは、Hilgendorf [2011] S. 1672 ff.; s.a. Hilgendorf [1999] 141 ff.

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⁴²⁶。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

⁴²⁶ 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 [2009] 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遵法義務違反（市民は遵法義務に従うことで、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、自身がその義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 [2017] 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。

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⁴²⁷。この一節から読み取ることができるよう、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の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⁴²⁸。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」⁴²⁹（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」⁴³⁰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能なのではないだろうか）。

⁴²⁷ 飯島 [2016] 74-75 頁。

⁴²⁸ 高橋 [2018] 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 [2017] 38; Von Hirsch [1993] 13 など参照。なお、前者の邦訳として、フォン・ハーシュ [2021] 41 頁) を好意的に評価している。

⁴²⁹ 飯島 [2016] 95 頁。

⁴³⁰ 飯島 [2016] 96 頁。

つまり、純粹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」⁴³¹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、「純粹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⁴³¹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

⁴³¹ 高橋 [2018] 181 頁による表現である。

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うる存在であるから、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)⁴³²、「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⁴³³。

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

⁴³² 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)。

⁴³³ 現に、威嚇抑止の実証的研究の文脈でも、上注(165)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で、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)。

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らない。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）⁴³⁴。このこ

⁴³⁴ 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で、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、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かかわ

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

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、小林（憲） [2018] 14-15 頁、79-81 頁、小林（憲） [2010] 34 頁以下、小林（憲） [2007] 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、次のような疑問が妥当する（なお、松原（芳） [2004] 9 頁、高山 [1999] 262 頁以下参照。第2章 I. 2-1. 注 (91) も見よ）。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）。

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銃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。本章 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。本章 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⁴³⁵）。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

⁴³⁵ 特に、上注（225）参照。

——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：⁴³⁶

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の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、

⁴³⁶ Pawlik [2012] S. 80 f. (邦訳として、パヴリク [2014] 266-268 頁〔中村悠人訳〕)。Pawlik [2004] S. 41 f.にも概ね同じ記述がある。

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⁴³⁷。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することができる⁴³⁸。応報的直観を持った人々を「啓

⁴³⁷ 現に、例えば上注（338）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。

⁴³⁸ 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（そうすると被処罰者は、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

蒙されていない」などを見下し、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」⁴³⁹。

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

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 [2016] 87 頁以下、特に 119-124 頁、および高橋 [2020] 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、これに対して私見は（仮に自身を並べて語ることが許されるとすれば）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、第 2 章注（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、本章の着想の全体には、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、とすることはできる。

⁴³⁹ 高橋 [2018] 145 頁。

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⁴⁴⁰（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、ということを経験的理論である。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⁴⁴¹。

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⁴⁴²。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

⁴⁴⁰ 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（304）で言及した「間接結合論」を参照）。

⁴⁴¹ 野村（健） [2020a] 13頁以下も参照。

⁴⁴² 野村（健） [2020a] 4頁以下。「二段階考慮論」という呼称は、同38頁による。

443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、それを踏まえた量刑導出の過程）を示すことによって応答すべきことになる。したがって、本章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⁴⁴⁴。

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、単に不道徳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、本章の目的は達せられたため、このまま、

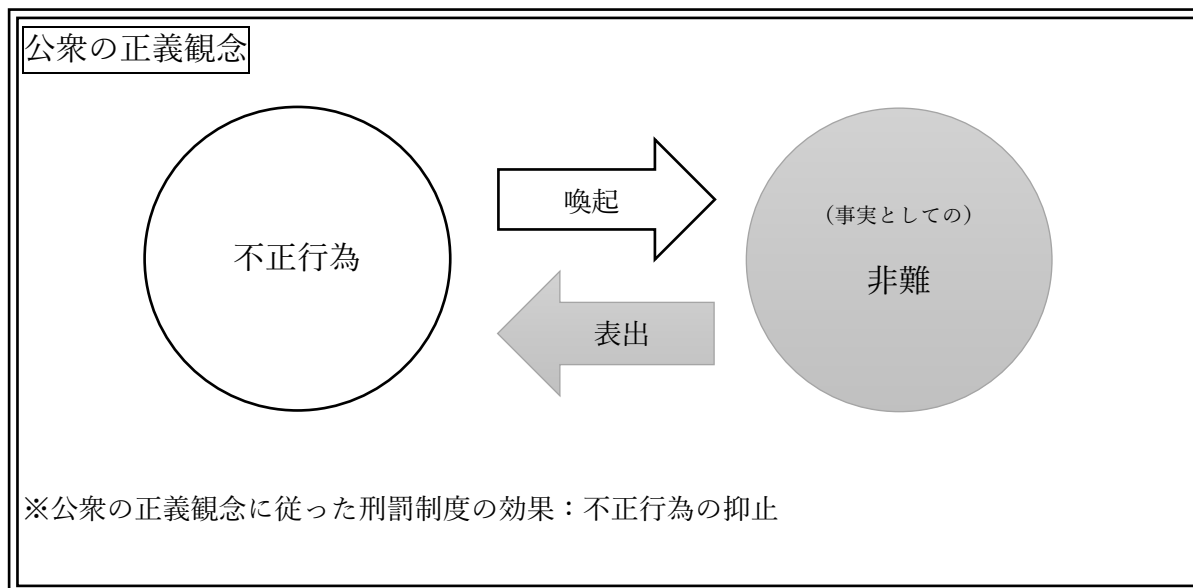
⁴⁴³ 近時における重要な業績として、野村（健）[2020a] 109頁以下。なお、司法研修所編[2012] 18-20頁も参照。

⁴⁴⁴ 積極的理由と消極的理由の概念については、上注（393）参照。

本章 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、本章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 1 3 のようになる。

図表 1 3：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、本章 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ると思われる。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

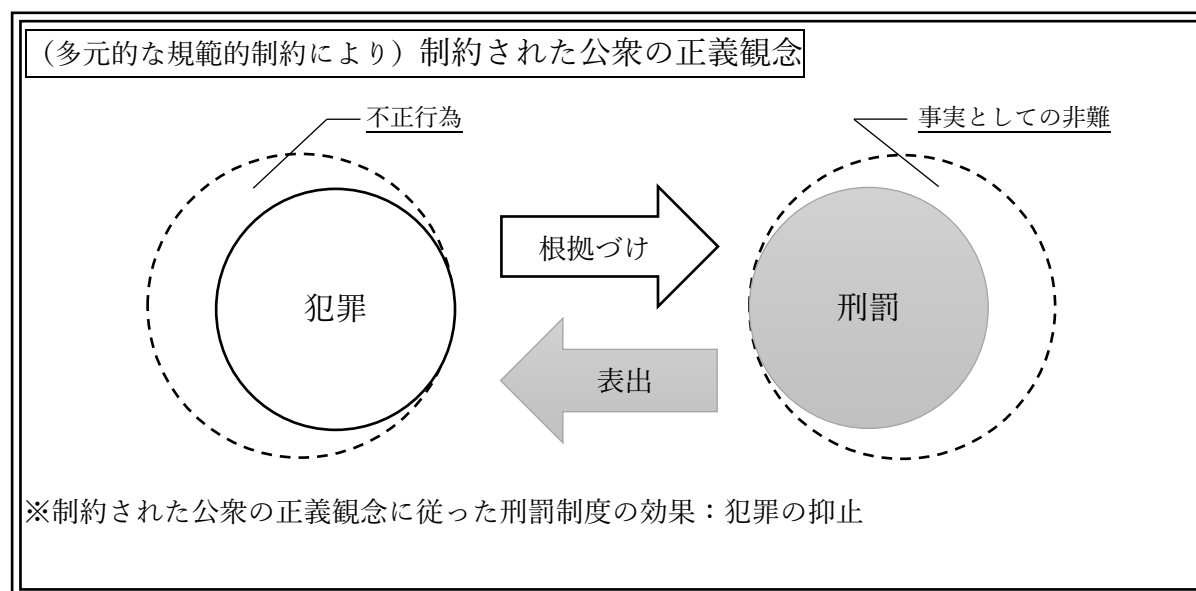
提である（罪刑法定主義による制約）。また、公衆は、不正行為に関する真実発見を何よりも重視し、それに対する処罰を必ず実現することを求めるかもしれないが、国家は刑罰権を独占しており、これが恣意的に行使されるおそれは常に存在するということに鑑みれば、刑罰法令は、適正な手続のもとでその適用実現をはかるべきである（適正手続の原則による制約）。第二に、実質的・実体的な側面にも、当然ながら複数の制約が必要である。不正行為に関する制約から考えると、その中でも犯罪化に関連する部分として、まず、公衆が怒りを感じる行為であれば何を処罰・抑止してもよいということとはできず、その行為が、国家の介入を正統化するような重要な利益の侵害に繋がるといえる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、許されないといえるべきである（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えるべきであろう（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 1 4 である。

図表 1 4：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⁴⁴⁵。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、とりわけ本章 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

⁴⁴⁵ 帰結主義と義務論の意義については、第 2 章 I. 1. を参照。

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られる。

次に、図表14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14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⁴⁴⁶。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⁴⁴⁷、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⁴⁴⁸。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、社会科学的手法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ため、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⁴⁴⁹。ただ

⁴⁴⁶ 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; Robinson [2011] 186 ff.

⁴⁴⁷ See eg Duff [2018] ch 2; Simester & von Hirsch [2011] 19 ff, 71-73; Moore [1997] 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 [2018] 79頁以下参照。

⁴⁴⁸ この対立は、本章 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。

⁴⁴⁹ 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、本章 I. 2-2-1. で紹介した、

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⁴⁵⁰。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、本章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⁴⁵¹。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⁴⁵²。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、

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。

⁴⁵⁰ なお、公衆の正義観念における不一致については、本章Ⅰ、2-2-2-2、参照。

⁴⁵¹ 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。

⁴⁵² 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 [2018] 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 [2016] 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〉」としての刑罰的原理（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

「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⁴⁵³。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、本章で論じてきた通り⁴⁵⁴、公衆の正義観念には、いわば「事実としての均衡原理」⁴⁵⁵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（向きたい）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。

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⁴⁵⁶、正当な「均衡原理」に転化する。言い換えれ

される、「刑事立法分析の2段階構造」を提示するのは、仲道 [2019] 25頁以下。

⁴⁵³ Feinberg [1984] 9.

⁴⁵⁴ 特に、本章 I. 5-1. を参照。

⁴⁵⁵ Andrissek [2017] 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。

⁴⁵⁶ これは、第2章注（139）で示唆した「基準的制約」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

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⁴⁵⁷。

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するが、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なると思われるのであるが、この点は、本章ではこれ以上追究しない。

⁴⁵⁷ 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〔2004〕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

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、本章 II. の目的は達せられた。最後に要約を行って、本章を閉じることにする。

4. 本章 II. の要約

以上に示した本章 II. の議論を、ここに要約しておこう。

筆者は、本章 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。本章 II. では、この点について検討を行った。

まず、本章 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も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。

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） [2008a] 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 [2020] 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、本章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。

そこで、本章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てみると、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の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の意味している。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から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、もとから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、独自の意義がみとめられるのである（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、とりわけ本章Ⅱ、1-1. 末尾の図表12を参照）。

次に、本章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⁴⁵⁸、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、本章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。

本章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。

本章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

⁴⁵⁸ 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[2019] 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。

してきたのである。本章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。本章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。

本章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。

本章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はなく、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、「公衆はこのように振る舞うはずだ」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、内在的論拠と呼ぶ。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。

本章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、本章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。

本章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（本章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、その含意は大要、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。

本章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。

本章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。したがって本章は、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⁴⁵⁹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考えるべきであって、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るのである。したがって本章は、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。

本章 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、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

⁴⁵⁹ 上注（393）参照。

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、これに対する我々の回答は、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られないのである（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、我々に対しては、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、例えば本章 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か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、この第二の問題も、私見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、本章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、本章の範囲で一義的な解答を示すことはできない。ただし、本章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。

本章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、いわば本章の結論にあたるものであって、本章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、本章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。

結語

かくして本章は、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。本章の結論は既に本章Ⅰ. 7. および本章Ⅱ. 4. で要約してあり、さらに、最終的な私見である「制約された表出的抑止刑論」は本章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のでできなかった視点から、本章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、本章の目的は、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、本章には、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らどうか、どうしても思えない⁴⁶⁰（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、そのうちの一つが、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、本章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、いずれの立場も同じ誤りを犯している。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

⁴⁶⁰ 橋本 [2016] 16頁以下は、「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するが、論者をそうするように突き動かした感覚は、おそらく筆者が本章において表現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、ヌスパウム [2010]。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あるいは抑圧されてきた）感情の意義の再評価が進んでいるように思われる。例えば、太田（紘） [2016]、信原 [2017]、プランパー [2020]、源河 [2021]。

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、我々は賛成できない。逆にいえば、ストローソンに言わせれば、私見も結局は「楽観主義」の一つに過ぎないのかもしれない。しかし少なくとも我々は、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。もし、この視点を得ていなかったとしたら、本章（と前章）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ふ動機は、私見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ぬ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えることができるのかもしれない。

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背景では、次のような事情も作用しているであろうといえることは、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⁴⁶¹）。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」⁴⁶²。

⁴⁶¹ なおこの点では、松村〔1984〕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ひ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ているように思われる」。

⁴⁶² 松澤〔2020〕22頁。

第 III 部 均衡原理に基づく量刑基準論の展開

第 4 章 均衡説の量刑基準

序論

1. 本章の目的

ここまでににおいては、刑罰論の議論枠組みに関する一般的・予備的な考察¹を踏まえて、刑罰論における私見（制約された表出的抑止刑論）の全体像が、一応のところ提示された²。本章の目的は、この成果に基づき、量刑基準論に関して私見を展開することである。この私見は、均衡原理を核とした理論であることから、「均衡説」と呼称することになっている。

ここで、本論に入る前に、次の二点を注記しておかなければならない。

第一の注記は、均衡原理の概念についてのものである。前提として、私見が均衡説を支持する理由は、刑罰論上の私見である「制約された表出的抑止刑論」から、均衡原理が正当な量刑基準として演繹されると考えられるためである。しかし、そもそも、均衡原理とは何を意味する概念であり、どのように定義されるべきものなのであろうか。この点は、厳密に言えば、制約された表出的抑止刑論から均衡原理を演繹する過程を経てはじめて明らかにされる事柄であるが³、それ以前に、均衡原理の、より一般的で、筆者自身の刑罰論的立場を前提としない定義（であると筆者が考えるもの）を示しておくことは、議論の内容や本章の企図の明確化に資すると思われる。そこで、この作業を、本序論の 2. において行うことにする。

第二の注記は、本章の目的の背後にある問題意識に関係する。既述の通り、量刑基準論としての均衡説は、制約された表出的抑止刑論によって正当化され、あるいはそこから演繹されるというのが私見である。しかし、詳しくは後述するが⁴、量刑基準論を、刑罰論からの演繹のみによって、十分に明らかにすることはできない。どういうことかという、例えば、量刑基準論においては、次のような原則が（ごく一部の例外を除いて）広く承認されている：「量刑は、責任刑の上限を上回ってはならない」。この原則は、確かに、一定の刑罰論上の立場から演繹される。例えば、応報刑論をとれば、刑罰によっては行為責任に対して応報しなければならないことになるところ、責任刑（行為責任にふさわしい刑）の上限を超えた刑罰は、この応報の要請に反するものであるから、許されないという結論に至るであろう。

¹ 第 2 章。

² 第 3 章。

³ この作業は、本章 I. 3-1. および同 3-2-1. で行う。

⁴ 本章 I. 1-3. 参照。

しかし、このように言うだけでは、上述した原則は、まったく空虚なものにとどまり、(悪い意味で) 観念的なものにとどまる。なぜなら、これだけでは、責任刑の数量化方法が明らかにならないためである。すなわち、「量刑は、責任刑の上限を上回ってはならない」という原則に実効性を持たせるためには、「これこれの量刑は責任刑を逸脱しており、責任主義違反である。これこれの量刑は、そうではない」というような判断を行うための基準が必要である。そのような基準を得るためには、刑罰論のみでは足りず、それとは別個の、責任刑の数量化方法に関する考察——つまり、行為責任評価の根拠となる諸々の量刑事情に対する一定の評価を、一定量の刑罰に変換する方法に関する考察——を必要とする(責任刑を上回る量刑は許されない、それが大原則である、と言っておきながら、それでは責任刑というのはどうやって数量化すればよいのでしょうか、と問われた時に沈黙しているようでは、当初の大原則は、それが守られているかどうかを確かめようのない、したがって決して破られることのない、意味のない原則となってしまうであろう)。さらにまた、この考察を行うためには、より一般的な、量刑において刑を数量化するための方法に関する考察——すなわち、刑の数量化論——が必要となるであろう。こうして、量刑基準論を、より意義深い形で展開するためには、その理論的基礎となる刑罰論だけでなく、量刑固有の問題領域としての「刑の数量化論」についても考察を加え、一定の態度を決定しておかなければならない、という認識が得られる。本章が、刑罰論上の私見の確認と、そこからの均衡説の演繹(本章 I. 3.)に、刑の数量化論の検討(本章 I. 2.)を前置しているのは、このような問題意識に基づくことである。

2. 均衡原理の概念

上述した通り、均衡原理の概念を、一般的な形で、前もって明らかにしておく必要がある。均衡原理とは、本稿の理解に従いつつ、さしあたり形式的に定義すれば、「犯罪と刑罰は価値的に相応したものでなければならないという内容をもった、犯罪と刑罰の関係を規律する最上位の原理」である。より実質的な定義を示すならば、以下のような消極的定義と積極的定義を与えることが可能であると思われる。

均衡原理の消極的定義としては、次の二つが重要である。第一に、均衡原理は、憲法上の原則としての「罪刑均衡原則」のことではない⁵。罪刑均衡原則違反に対しては、違憲という法的評価が与えられるが、ここで念頭に置いている均衡原理は、そうではない。第二に、均衡原理は、憲法ないし公法上の一般原則としての「比例原則」のことではない⁶。むしろ——これは後に行う検討と主張の先取りになるが——、罪刑均衡原則や比例原則は、均衡原理の一部(均衡原理を構成する複数の原理のうちの二つ)である。なぜなら、一言でいえば、本稿の考え方によると、均衡原理とは、その理論的出自(根拠)という観点からみれば、「公

⁵ 罪刑均衡原則については、佐伯(仁) [2009] 98頁以下など参照。

⁶ 比例原則については、小山 [2016] 70頁以下など参照。なお、均衡原理と比例原則は、英語ではいずれも“(principle of) proportionality”と表現できるが、前者の類は「回顧的均衡性 (retrospective proportionality, backward-looking proportionality)」として、後者の類は「展望的均衡性 (prospective proportionality, forward-looking proportionality)」として概念上区別される。この点についてはさしあたり、see Duff [2021] 29 ff; Billis et al [2021] 16 ff. 下注 (685) の本文部周辺も参照。

衆の正義観念に対して、刑法において妥当するあらゆる基本原理の制約を及ぼすことで得られる概念」であるからである。この基本原理には、上述した「罪刑均衡原則」や「比例原則」、あるいは罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義なども、当然に含まれる（なぜならそれらは刑法において妥当しているからである）。それゆえ、比例原則や罪刑均衡原則は、犯罪と刑罰の関係を規律する最上位の原理たる均衡原理の一部を構成する要素である、ということになるのである。とはいえ、これだけでは趣旨が明瞭に伝わらないと思われるため、より詳細な説明として、本章 I. 3-1. 以下を参照されたい。この点は、本稿の構想全体にとって根本的に重要な事柄なのであるが、ここでは一旦措く。

続いて、均衡原理の積極的定義を与えるにあたっては、「相対的均衡性」と「絶対的均衡性」という二つの概念を導入する必要がある。以下、具体例と共に説明する。

ある事件において、問題となっている犯罪に関する行為責任評価（違法性と有責性。要するに、犯罪の重さに関する評価のこと）の程度が定まったとしよう。これに基づき、当該評価に均衡した刑が根拠づけられる。このとき、罪刑の均衡性はまずもって、他の事例との比較により判断される。例えば、A という、コンビニエンスストアを狙った強盗致傷事件があるとして、この事件は、同じくコンビニ狙いの強盗致傷に関する先例 B と比較して、被害額や傷害の程度、あるいは行為態様の危険性といった不法関連事情はよく似通っているが、A の行為者は遊ぶ金欲しさの身勝手な動機に基づいており、B の行為者はむしろ、不況の故に失業して貧窮した末、自暴自棄になったという動機に基づいていたとする。いずれの動機も一定程度の責任評価に値するが⁷、B よりは A の方が責任を重く評価すべきであると言えよう。したがって、A の量刑は、B に言い渡された刑よりも重くなければならない。また、動機は A とよく似ているが、傷害の程度が重く被害額も大きい事件 C があれば、A の量刑は C よりも軽くすべきことになる。このように、「他の事例よりも行為責任の評価が重い／軽い」という形で、他の事例との比較を通じて定まる均衡性のことを、相対的均衡性という。これに対して、例えば「事件 A には懲役 5 年の実刑がふさわしい」というような、個別の事件と個別の刑量との直接的な結びつきに関する均衡性のことを、絶対的均衡性という⁸。

これに従えば、均衡原理には、次の二種類の積極的定義がありうることになる。すなわち、「犯罪と刑罰は相対的に均衡していなければならないという原理」（相対的均衡原理）、および、「犯罪と刑罰は絶対的に均衡していなければならないという原理」（絶対的均衡原理）である。

この点、本稿が念頭に置き、均衡説の基礎に据えるのは、相対的均衡原理であって、絶対的均衡原理ではない。これには積極的理由と消極的理由がある。まず積極的理由は、相対的均衡性さえ満たされていれば、公平性という正義の基本的要請が担保されるためである。すなわち、そもそも、量刑基準として均衡原理を全く認めない見解（例えば、純粋な一般予防論や特別予防論）であっても、「予防の必要性が大きい／小さいならば、刑罰は重く／軽く

⁷ 責任評価と動機の関係については別途検討を要するが、ここでは措く。

⁸ 相対的均衡性と絶対的均衡性の概念については、小池 [2006] 7 頁以下、岡上 [2009] 17 頁以下など参照。前者は序数的均衡性 (ordinal proportionality)、後者は基数的均衡性 (cardinal proportionality) と呼ばれることもある。Von Hirsch [2017] 55 ff (邦訳として、フォン・ハーシュ [2021] 61 頁以下)。

すべきである」という限りの意味での公平性は、当然の前提としているはずである⁹。このような意味での公平性は、「各人に各人のものを (suum cuique)」という標語によっても表される、法と正義の最も基本的な要請¹⁰の一つであり、その正当性を否定することは、いかなる立場を前提とする場合でも、到底不可能であろう。もっとも、それでは例えば、純粋な特別予防論もまた、「再犯可能性に均衡した刑罰」を常に科するものである以上、相対的均衡性を満たしているのだ、というような言い回しは——用語法の問題ではあるが——、一般的な理解からは離れており、あえてそれを採用すべき理由はないであろう。次のように整理するのが簡明であると思われる。すなわちまず、公平性——「各人に各人のものを」——という、正義によって要請される大原則がある。この公平性原則は、いかなる量刑学説も当然の前提としている（かつ、そうすべき）ものであり、これを否定する余地はない。次に、この公平性原則を前提として、さらに、量刑は行為責任に照らして公平でなければならない——「一定の行為責任に、それに相応した刑罰を」——ということまでを要求するのが、相対的均衡原理である。

もっとも、相対的均衡性のみならず、絶対的均衡性をも目指すべきではないか、という疑

⁹ 逆に言えば、予防の必要性に基づいて量刑を変動させることそれ自体は、この意味での公平性の要請に反しない。この点で明快なのは、野村（健） [2020a] 11-12 頁：「予防目的によって量刑に差をつけることは、公正・正義の要請に反するという考え方〔がある：引用者補足〕（…）。もっとも、犯罪予防の必要性は、行為者に対する個人的な好悪感情とは異なり、普遍化可能な判断基準であって、その考慮が直ちに正義に反することにはならないように思える」。ところで、さらに補足しておく、これも的確に指摘されているように、「均衡説が〔予防的考慮のような、行為責任とは別個の考慮に量刑を左右させることを認める見解に対して：引用者補足〕指摘する不正義とは、次の点にある。すなわち、量刑の違いは、必然的に、伝達される無価値評価（否認）の違いを意味することから、『犯罪の重さ』とは無関係な要素に基づく個別化は、伝達される無価値評価に不整合を来してしまう（『悪さ』が同じなのに『悪さの評価』が変わってしまう）、という点である」（野村（健） [2020a] 12 頁）。ここで考えてみると、なぜ上にいう無価値評価の齟齬が公平性に反すると主張されるのかといえば、それは、その主張者が応報刑論——上の引用で念頭に置かれているところの均衡説支持者は、その一種たる表出的刑罰論の支持者である——を前提としているからに他ならないであろう。確かに、「応報刑論からみた公平性」からすれば、「目的刑論からみた公平性」は不当に見えるであろうが、それは目的刑論が公平性という正義の基本的要請に反しているからではなく、目的刑論が妥当でない（と応報刑論の論者が考えている）からである。この点は誤解されやすいと思われるため、注意する必要がある。

なお、私見は均衡説であると言いながら、ここで「均衡説」を批判するのは奇異に思われるかもしれないが、私見の均衡説は、目的刑論を前提としたものである（本章 I. 3-1. 参照）。その意味で、従来わが国で知られてきた——かつ、上の引用においても念頭に置かれている——応報刑論ベースの均衡説とは、かなり異なっている。この点は、本章 I. 3-2-3. で改めて言及する。

¹⁰ 中山 [2009] 105 頁はいう：「アリストテレスが定式化し、ローマ法のなかに組み入れられ、現在ではほぼ世界中の法制度の根幹に据えられている、法の目的としての正義——すなわち、『各人のものを各人に』とか、『等しきものを等しく』といった要請」について、「仮に、思いもよらぬ経済構造の激変や環境的な危機が、これまで通りの生活形式を維持し続けることを不可能にするようなことがあったとしても、複数の人間が何らかのかたちでお互いに関わり合っ

て生きていく限り、この原理だけは、最小限の社会構成原理として必ず存在し続けるように思われる」。

義はありうるが、ここで消極的理由が出てくる。すなわち確かに、絶対的均衡性の追求という理想はあって然るべきであるが、その実現は相対的均衡性よりも遥かに困難であり、事実上不可能なのである¹¹。それゆえ我々は、絶対的均衡原理ではなく、相対的均衡原理で満足しておくほかにはないのである。

かくして、本稿が採用する均衡原理の積極的定義は次の通りである：「犯罪と刑罰は、行為責任に照らして相対的に均衡したものでなければならないという原理」（相対的均衡原理）。

¹¹ 具体的に説明すると、まず、相対的均衡性を絶対的均衡性に転化させるためには、刑の数量化が必要となる。すなわち、現在の実務が前提にしていると思われる手法に従えば、まずは問題となっている事件が属する社会的類型に関する量刑相場を参照し、当該事件には同類型に属する他の先例と比較してどのように重い／軽い犯情（本来は当然、一般情状も考慮に含められるはずであるが、ここでは便宜的に省略している）が認められるかという比較作業によって、上記量刑相場内での当該事件の位置を絞り込んでゆき、そうして最終的な宣告刑を定めることになる。この数量化プロセスについて詳しくは、下注（75）に掲げる文献を参照。

このように、絶対的均衡性は、相対的均衡性に加えて量刑相場をも前提としており、その正当性は相場それ自体の正当性にも依存することになるため、絶対的均衡性判断の正当性は、相対的均衡性のそれよりも微妙なものとならざるを得ない。それでは相場自体の正当性を検証すればよいと思われるかもしれないが、これも容易ではない。なぜなら、量刑相場そのものの軽重が、その前提となっている法定刑の高低にも間接的に依存しているため、相場の正当性は法定刑の正当性をも前提とすることになるが、この法定刑それ自体の正当性——つまり、窃盗よりも強盗の方が法定刑が重いというような、法定刑レベルの相対的均衡性を前提とした、強盗の法定刑は5年以上の有期懲役に値するという意味での絶対的均衡性判断の正当性——を確定することにも困難が伴うためである。同様に、法定刑は制度全体のレベルでの科刑水準（例えば、有期懲役の上限は18年か30年か）に間接的に依存するが、その正当性の確定もやはり困難である。以上を逆方向からいえば、絶対的均衡性の問題は、究極的には制度全体の科刑水準の問題でもある（したがって、例えば死刑の正当性は、絶対的均衡性の問題でもある）。

以上に照らすと、正当な量刑相場はどのようなものであるべきか——言い換えれば、量刑相場を前提とせずに正当な量刑を導き出すことはいかにして可能か——という絶対的均衡性の問題について、理論的観点から一義的に回答を示すことは極めて困難であり、事実上不可能であると考えざるを得ないであろう。岡上 [2011] 43-44 頁が的確にも指摘している通り、「従来の処罰の傾向を参照することなしに、『罪刑に均衡した刑罰』を見いだすことは方法論的にありえない」のであって、「従来の量刑傾向を参照することはいわば必然というべき」である（なお、小池（信） [2006] 8 頁注（5）と比較せよ）。せいぜい、量刑（宣告刑）、法定刑、制度全体という各レベルに関して、とりわけ他国の制度との比較——これも結局は、相対的な「比較」であるが——を行いつつ、法律家と一般人との間で討議を積み重ねることしかできないように思われる。つまり、実際のところ何が絶対的均衡刑であるのかを誰も知らず、その知識を手に入れるための確実な手段もないというのが実情であり、かつ、当為は可能を含意する（不可能であることを、すべきであるというのは不当である）以上、絶対的均衡刑を実現せよという要請は漸近すべき理想に止まるのであって、量刑の正当性を根拠づけるための必要条件として、これを即時に要求することはむしろ不当であると考えられるのである。

かくして、均衡原理の内容を相対的均衡性に限定することには理由がある。なお、下注（293）も参照。

3. 本章の構成

最後に、本章の構成を示しておく。まず、刑の数量化論を踏まえつつ、私見の依拠する刑罰論から「均衡説」を一気に演繹し、量刑基準論上の各々の問題点に関する均衡説の考え方を一通り示す（本章 I. ）。いわば、私見たる均衡説を、その基礎から結論まで、まずは「一筆書き」ということである。より具体的な構成としては、まず、予備的考察として、量刑判断の理論的過程、すなわち、量刑基準論の基本的体系（量刑基準論において問題とされるべき諸点およびそれらの相互関係の定式化）について検討を加える（本章 I. 1. ）。これにより、量刑基準論が、どのような諸問題について、どのようなアプローチで解決を試みるのか、ということが明らかにされる。続いて、刑の数量化論について検討する（本章 I. 2. ）。これは、上述したところの、量刑基準論を展開するためには、刑罰論だけでなく、刑の数量化論をも踏まえる必要があるという問題意識に基づく。最後に、以上を踏まえて、私見である「均衡説」の内容を、量刑基準論の（総論的側面の、概ね）全域——すなわち、本論文の性質上、あくまで総論的な記述にとどまり、より具体的な量刑事情論等の展開等は他日を期さざるを得ないし、かつ、考えによっては量刑基準論の総論に含められるべきとされうる諸論点に検討が及んでいないことがある点は認めなければならないが——にわたって、一通り、体系的に明らかにする（本章 I. 3. ）。

続いて、そうして示された均衡説の立場をもとに、従来のわが国において提唱された量刑基準論を批判的に検討する（本章 II. ）。そうすることで、従来の見解との一致点と相違点を明らかにし、私見を従来の議論の文脈の中に位置づけつつ、私見の優位性の論証を試みる¹²。具体的には、従来の量刑基準論の代表として、五つの見解を取り上げ、それぞれ私見から検討を加える（本章 II. 1～5. ）。

かくして序論の目的を達したため、本論に移行する。

¹² なお、このような構成方法は、「まずは先行研究を整理してから、私見を構築する」という一般的な論述スタイルとは逆転している。しかしこれは、私見の基盤、とりわけ刑罰論が、従来の量刑基準論の前提とされてきた刑罰論とは異質な側面を少なからず有することから、やむを得ずこのような構成方法を取るようになった次第である。この点、同じように、「私見が必ずしも従来の学説の詳細な整理の延長線上にあるものではない」ことを理由に、まずは私見を提示してから先行研究の批判に移るといふ論文構成方法を採用するものとして、江藤 [2020] 122 頁。

I. 均衡説の量刑基準・総説

1. 予備的考察：量刑基準論への刑罰論／刑の数量化論からのアプローチ

1-1. 犯情と一般情状の概念

被告人に対して、法定刑（処断刑）の範囲内で言い渡すべき具体的な宣告刑を定める場面である量刑¹³判断の過程は、一般に、「①犯情事実（犯罪行為それ自体に関わる事実）により量刑の大枠を決定し、②その大枠の中で一般情状事実を、刑を（微）調整する要素として被告人に有利ないし不利に考慮して、いわゆる量刑相場を踏まえつつ最終的な量刑を決定する」ものであるといわれる¹⁴。これはいわば、量刑判断の実際上の過程を（大まかに）記述したものであるという意味で、量刑判断の実践的過程に関する一般的な理解を示しているといえる。この理解に対して取り立てて反論すべき理由は存在しないであろう。しかし、これだけでは、量刑基準に関する理論の展開に際して、どのような諸論点を検討すべきであるのか、ということをも十分に明らかにすることができない。そこで我々は第一に、理論的に観察したときの量刑の判断過程（量刑判断の理論的過程：量刑判断の中に含まれている理論的な要検討課題を論理的に整序したもの。量刑論の体系とも言う）について検討する必要がある。

ただし、議論に入る前に一つ、用語法に関して注記しておく、本章では、犯情を「行為責任（すなわち不法または責任）に関連する事情」、一般情状を「犯情には含まれないが、量刑において考慮すべき事情」と定義する。これは、支配的な量刑学説、すなわち相対的応報刑論を背景として、量刑事情を「行為責任（関連事情）」と「（一般・特別）予防（関連事情）」に大別する学説¹⁵と同じものであるように見えるかもしれない。しかし、とりわけ実務家の想定する犯情概念の中には、行為責任とは無関係な事情も含まれているように見え、また、一般情状概念の中に、一般・特別予防目的とは無関係な事情が含まれていることはほぼ間違いないと思われる¹⁶。そうすると、「実務は支配的学説に従い、『犯情＝行為責任』、『一般情状＝一般・特別予防』と理解すべきだ、それが理論的に正しいのだ」ということができるのかどうか、という問題が生じる。結論からいえば、「犯情＝行為責任」という理解は堅持すべきである一方、「一般情状＝一般・特別予防」という理解には賛成できず、むしろ端的に、「一般情状＝犯情以外の量刑事情」と理解すべきである。その理由を以下説明する。

まず前提として、法文上の犯情概念について検討しておく、一部執行猶予に関する刑法 27 条の 2 に「犯情の軽重」との文言があるほか、2021 年に成立した改正少年法の 64 条における、特定少年の保護処分に関する特則にも同様の文言が盛り込まれている。もっとも、

¹³ 量刑概念の意義については、第 1 章注 (1) 参照。

¹⁴ 司法研修所編 [2012] 6 頁。なお、最判平成 26 年 7 月 24 日刑集 68 卷 6 号 925 頁は、「犯罪行為自体に係る情状（犯情）」という表現を用いている。さらに、犯情と一般情状の概念については、特に原田（國） [2011] 115 頁注 (3) の整理を参照。

¹⁵ その明快な説明として、城下 [2019] 210 頁参照。

¹⁶ さしあたり、城下 [2019] 211-212 頁参照。

刑法 27 条の 2 における犯情の意義は、量刑における通常の用例と異なるものではないと解されており¹⁷、改正少年法 64 条についても同様であると考えられる¹⁸。

そうなると、犯情に関する通常の用例とは何であるかが問題となるところ、既述の通り、少なくともその内包が「犯罪行為自体に関わる事実」であることは前提とすることができようが、それでは犯罪行為自体に関わる事実とは何かと言われれば、それは端的に、「行為責任（すなわち不法または責任）に関連する事実」と解するべきである。これは、犯罪の実質をなすのは不法と責任であり、かつ、それに尽きるという、犯罪論上の一般的理解¹⁹から導かれる論理的帰結である²⁰。この点、平成 21 年度司法研究は、量刑を、法益侵害・危殆化行為の程度および当該行為に対する責任非難の程度（すなわち不法と責任の程度）に応じたものとするべきであるという考え方を強調した上で、「犯情により量刑の大枠を決定し、一般情状によって刑を（微）調整する」という判断枠組みはこの考え方に従ったものであると位置づけているが²¹、これに照らせば、実務においても、少なくとも、「犯情≡行為責任（不法・責任）関連事情」という理解は共有されているとみてよいものと考えられる²²。とりわけ裁判員裁判制度の導入以降、前記司法研究などを通じて「行為責任の原則」の重要性が浸透していると思われる点からすると、現在では、法律家共同体の共通理解における犯情と行為責

¹⁷ 白井=猪股=土倉 [2016] 43 頁参照。

¹⁸ 廣瀬 [2021] 1 頁以下参照。ただし、同 29 頁注 (63) は、犯罪少年の責任能力不要説に立つとすると、改正少年法 64 条における「犯情」の意義は、責任に関連する部分については、通常の刑事裁判における犯情の用例から大きく離れることになるであろうと指摘する。

¹⁹ ただし、犯罪の構成要素として、違法性と有責性に続く第三のカテゴリー（可罰性ないし処罰の必要性などと特徴づけられることが多い）を置く見解も有力である。ここでは、その典型的な例として高橋 [2018] 389 頁および伊東 [1993] 319 頁を、そのような構想に対する一般的な批判として松原（芳） [1997] 15 頁以下を挙げておく。この問題について本章で十分に検討することはできないが、関連する問題は本章 I. 3-2-2. および II. 3-2. で議論する。結論だけ述べておけば、私見は、犯罪の実質は不法と責任であるという理解を維持するが、その犯罪に対してふさわしい刑罰の有無・程度を考慮する際には、不法とも責任とも無関係な、上でいう可罰性ないし要罰性に関連する考慮事情（私見では「ふさわしい刑の要素」と呼ぶ）を認める。つまり、可罰性ないし要罰性は、有罪・無罪の検討（および行為責任の重さの検討）において登場することはないが——その意味でそれは「犯罪の」構成要素ではなく、すなわち「行為責任の」要素ではない——、刑の免除や加重・減輕に関する検討（および行為責任に「ふさわしい刑」の検討）においては、行為責任に「ふさわしい刑の」要素として、登場する余地があるのである。このような「ふさわしい刑」の要素は、行為責任に関連するものでないため、定義上、一般情状となる。

²⁰ ただし、①そもそも犯罪論上の責任を専ら個別行為責任として理解するか、それとも人格形成責任や性格責任などを部分的または全面的に認めるか、という点には、もちろん議論がありうる。本章では、ひとまず個別行為責任論を作業仮説として採用するが、刑法における責任概念に関する一般論の検討に踏み込むことはできないため、この点について態度を決定するものではない（もっとも、関連する問題は、本章 II. 4-2-1-1. で議論される）。その一方で、②犯罪論上の不法・責任は、量刑論上の不法・責任とは異なる（もちろん、後者の方が広いとされる）という議論もありうるが、これは不当であると考える。下注 (56) 参照。

²¹ 司法研修所編 [2012] 3-6 頁。

²² なお、2011 年当時における、この点をめぐる実務の理解に関する論評として、とりわけ、遠藤 [2011] 24-27 頁参照。

任の結びつきは以前にもまして強まっており、かつ、その傾向は当面弱まらないものと推測される。

もっとも、ここでの提案は、「犯情≡(ニアリーイコール) 行為責任関連事情」を超えて、「犯情=(イコール) 行為責任関連事情」と理解すべきであるというものである。この後者の理解を実務と共有しうるかどうかは、必ずしも定かではない。現に、実務出身の極めて有力な論者は、実務は「犯情=責任(…)ときれいに割り切っておらず、(…)それ以外の要素をある程度含んでいると解している」という評価を示しているところである²³。そう解される理由については推測するほかないが、もしかすると次の二点は理由の一部になっているかもしれない。

まず、①行為責任そのものとは無関係であるが、犯罪行為と何らかの意味で関連していると考えられる事情を犯情と呼称する慣習が存在することである。例えば論者は、「犯情の中には、犯罪手段・態様について模倣性という要素が挙げられる。(…)しかし、模倣性は、厳密に言えば、一般予防の要素である」²⁴と述べている。

しかし、その一方で学説上は、違法性判断における行為無価値の軽重を、禁圧の必要性(すなわち一般予防の必要性)と結びつける立場から、模倣性を不法関連事情と捉える見解も有力に主張されている²⁵。このように、「一般予防に関連する以上は行為責任とは無関係である」という関係が、理論上、常に成立するわけではないことに注意しなければならない²⁶。抽象化すれば、「行為責任と無関係であるが犯情であると整理される量刑事情」が、実は、行為責任概念について理論的に厳密に考察することによって、端的に行為責任に関連する事情であることが明らかとなる、という可能性は少なからず存在すると考えられる²⁷。

もう一つ考えられるのは、②犯情に対応するのは「責任」というよりは「応報」であり、その意味で量刑の大枠を定める要素であるのに対して、一般情状はそれ以外の、刑を微調整する要素にすぎないという意識である²⁸。順を追って説明すると、まず、「犯情は行為責任関連事情であり、それゆえ(行為責任の原則は重要である以上)量刑の大枠を定める形で大きく考慮される」という考え方は当然に成り立つが、それとは逆に、「犯情は量刑の大枠を定める要素であり、それゆえそこには行為責任関連事情が含まれるし、量刑の大枠を定める

²³ 原田(國) [2011] 138 頁。これ(の初出論文)を肯定的に引用するものとして、林(正) [2010] 25 頁注(1)。なお、省略している部分は、「一般情状=一般予防・特別予防と割り切ることはいできない」という趣旨の記述である。これについては、本稿は全く異論がない。

²⁴ 原田(國) [2011] 137 頁。

²⁵ 小池(信) [2008a] 73 頁以下。

²⁶ これに対して、確かに、結果無価値論を採用する場合には、模倣性から導かれる一般予防の必要性によって不法の加重を根拠づけることは難しいであろう(野村(健) [2020a] 22-25 頁参照)。しかし、ある犯行手段等が模倣されやすいということは、多くの場合、法益侵害ないし危殆化結果を容易に達成できる、その意味で危険な手段等であったということの意味するであろうから、結局は結果無価値論からも、不法加重の根拠を説明できる場合が多いかもしれない。

²⁷ 近年における、行為責任概念の拡張ないし実質化を通じて、一見すると行為責任とは無関係な事情を行為責任の要素として位置づける試みとして、樋口 [2017] 179 頁以下、樋口 [2018a] 177 頁以下(樋口 [2018] 6 頁以下も参照)。これとは方向性が異なるが、野村(健) [2020a] 48 頁も、この試みの一種であると整理できる。

²⁸ 井田 [2007] 218 頁。遠藤 [2011] 26 頁も参照。

べきものと解される限り、行為責任とは無関係な事情も含まれる」という考え方も成り立つ²⁹。この後者の考え方を頭の片隅に置きつつ、「行為責任から説明できない事由を責任加重・軽減事情から排除すべきであるという考え方も（前科や損害賠償等）、実務との差が大きすぎる」³⁰という実際の考慮を考え併せると、これらの事情は、たとえ行為責任に還元できなかったとしても、犯情のカテゴリーに含めておくことで、量刑に対する、単なる調整要素には止まらない影響力を確保しておくべきである、という考慮が生じる。その一方で、何の理論的根拠もなく、行為責任とは無関係であっても強く考慮すべき量刑事情が存在するのだ、と強弁するだけでは物足りない。そこで考えてみると、これらの事情の大きな考慮を、行為責任概念に訴えずに正当化するための説明原理として、「応報」が思い浮かぶ。これに照らすと、前科については、それが行為責任そのものとは独立に（応報的）非難を加重する側面があるという説明を考えることができるし³¹、損害賠償については、犯罪終了後の事情である以上は行為責任を減少させないと解したとしても、いわば行為責任に対して一定の刑罰を科する必要性（応報的科刑の必要性）を減少させると考えることができるように思える³²。そして、理論的に考えてみても、そもそも（支配的通説であり実務も依拠していると考えられる）相対的応報刑論とは、予防と「応報」³³を要素とする刑罰論なのであるから、こ

²⁹ 一般に学説は、専ら前者の考え方に立つ（あるいはその比重が極めて大きい）傾向にあると思われるが、前者を基本としつつ後者をも考慮に入れるという考え方も成り立ちうるであろう。

³⁰ 原田（國）〔2008〕8頁。もちろん、前科をいわゆる警告理論によって違法または責任加重事由と解する立場は極めて有力であり（小池（信）〔2014〕57頁以下など）、損害賠償等に違法減少の側面を認める立場も存在する（野村（健）〔2020a〕55頁など）。しかし、いずれについても、理論的に大いに問題含みであり、行為責任関連性を否定する余地が小さくないのは事実であろう。前者については岡上〔2017〕578頁、後者については岡上〔1993a〕56頁参照。

³¹ このような説明に近いのは、樋口〔2017〕192頁：「前犯で言い渡された有罪判決には再び犯罪を行わないという特別の期待が込められており、その裏切りそれ自体が違法性を帯び、非難を加重すると考えられる」。ここでは「違法性」概念が援用されてはいるものの——「期待裏切り罪（再犯の罪）」というような罪は存在しないし、あるいはそれを措いたとしても、前犯および本犯の不法とは独立した、「再犯に及んだことそれ自体が構成する不法」というものは観念しうるのか、そこではいかなる法益が害されているのか、という点は判然としない以上——、実質的には、行為責任とは無関係に、それに対する刑罰「非難」が加重されるという説明方法をとるものと理解できる。実際、論者自身も、上の引用部の直後に、「ただし、前犯の有罪判決に込められた期待への違背を理由にした加重は、行為責任論を基礎に置く以上、あくまで非難が副次的に付加されるとの位置づけにとどめるべきではなからうか」と述べているが、これは、論者の示す説明が、少なくとも行為責任論からダイレクトに出てくるものではないことを認めたものと解される。

³² この発想については、井田〔1996〕304-305頁参照。ただし、この論者自身は損害賠償等を刑の必要性に関する事情に分類するわけではなく、また別のカテゴリーである「刑事政策的合目的性」に関する事情に分類している。

³³ 第3章II. 3-2-2-1. 注（405）でも言及した通り、一般に刑法学説は「応報」と「責任」を同視し、あるいは前者を前提としなければ後者を正当化することができないという関係を自明の前提とする傾向にあると思われるところ、それが理論的・概念的に正確であるかは大いに疑問の余地がある。より厳密に言えば、行為責任、責任非難、応報という三つの概念は、それぞれ意味内容を全く異にするということを確認する必要がある。ごく簡単に整理すれば、まず行為責任と

のような説明を排斥すべき理由は存在しないはずである。以上のように考えれば、「犯情は行為責任関連事情に尽きない」という考えを、理論的にも筋の通った形で根拠づけることができそうである。

なぜ、このような所詮は推測にすぎない発想を長々と開陳しているのかということ、この発想の中に、支配的学説には含まれていない正当な考え方が含まれていると考えられるためである。しかし、この点を説明するためには、一つ的前提を確認した上で、一つの「ひねり」を加えなければならない。

確認すべき前提というのは、犯情は量刑に対する影響が大きく、一般情状は微調整の要素に過ぎないという図式は、絶対的なものではないということである。すなわち、確かに行為責任の重大な事件においては上記図式が妥当するであろうが、その一方で、刑事事件の大半を占めるところの、それほど行為責任が重大であるわけではない（例えば、行為責任に照らせば執行猶予の可能性があり、または罰金相当であり、あるいは訴追段階であれば起訴猶予等が視野に入るような）事件においては、むしろ行為責任とは無関係な事情こそが量刑の結論を大きく左右する場合がありますと考えられる。この点は、上に引用してきた論者を含め、少なくない実務家から同意を得られるものと思われる³⁴。しかし、これだけで、上述した発想

は一般的に言って、ある行為者が違法行為を控えることができたはずである——すなわち、他行為可能性ないし適法行為の期待可能性がある——という評価そのものを意味しうる。これに対して責任非難は、そのような評価の表明ないし伝達であると理解される（つまり、「あなたは違法行為を控えることができたはずだろう」というのが責任評価であり、「それなのに、違法行為に出たとはけしからん」というのが責任非難である）。そして応報は、犯罪に対して刑罰で報いること（がそれ自体で刑罰の正当化根拠となること）意味しうる。応報は刑罰の正当化根拠を示す概念であるのに対して、責任評価・責任非難は必ずしもそうでない点に注意する必要がある。

もう少し具体的に説明すると、次のようになる。まず、行為責任が存在するという評価が正当であっても、責任非難を行うことが正当であるとは限らない（例えば、ある人物 X が有責に待ち合わせに遅刻しても、X に待たされた友人 Y もまた遅刻常習者であった場合、Y が X を非難することは不正でありうる）。また、責任非難を行うことが正当であっても、応報という刑罰正当化根拠の正当性が証明されたことにはならない（例えば、刑罰は現実的な社会的利益を実現すべきものであるから、刑罰目的は犯罪予防効果に求めるべきであって、ある状況において責任非難が正当であったとしても、当該非難が刑罰という形をとることまで正当化されるのは、それによって犯罪予防効果もまた生じる場合だけである、という考えは成り立ちうる）。最後に、おそらく最も重要なのは、「ある行為に対する責任非難が正当である場合に、その行為に対して刑罰でもって応報することは正当である」という命題を受け入れたとしても、上述したように、行為責任（という責任評価）と責任非難は意味内容を異にする以上、「応報」ないし「責任非難」には、「行為責任」に還元し得ない要素が含まれうるということである。この点は、行為責任と責任非難とを区別しない、混乱した概念使用による場合には、看過されやすくなるであろう。

³⁴ 下注(48)参照。その根拠は、綱引きの比喻を用いて説明することができるように思われる。まず、行為責任が重大な場合には、いわば屈強な大男が、刑を重くする方向へ、非常に強い力で綱を引っ張っているようなものである。このときには、行為責任以外の事情——それらはいわば、せいぜい普通の体格をした人々である——が軽減方向に綱を引っ張ったとしても、いわば焼け石に水であり、その影響力は行為責任の前に霞んでしまうというべきであろう。これに対して、行為責任が重大でない事件においては、「行為責任男」は痩せ細り、力が弱くなっている。それ

(の中に含まれていると考えられる問題意識) に対して十分に応えることはできないであろう。このように考えてもなお、「大枠を決定する要素としての犯情、調整要素としての一般情状」という、影響力の類型的な大小関係そのものが変わるわけではないのである。

そこで、「ひねり」を加えなければならない。それというのはすなわち、行為責任と、行為責任の原則とを区別するということである。この点について詳しくは、本章 I. 3-2-2-2. および II. 3-2. で述べるが、ここでも簡潔に述べておくと次のようになる。まず、行為責任の原則とは、「行為責任に対してふさわしい刑を科せ」という要請であると特徴づけることができる。行為責任に「ふさわしい刑」の程度が、行為責任すなわち不法・責任の程度と連動するのは当然であるが、それに尽きないという認識が重要である。わかりやすいのは、いわゆる社会的制裁である。すなわち、社会的制裁が犯罪行為それ自体に属する事実ではなく、行為責任を変動させないことは明らかであるが、もし社会的制裁を、刑罰に似た性質をもつことから一種の「刑罰の先取り」とみなすことができるとすれば、行為責任の原則そのものから直接に量刑軽減の必要性が導かれるはずである。例えば、10 の行為責任には 10X の刑罰が本来ふさわしいとしよう。その上で、裁判時まで、1X の刑罰に相当する社会的制裁が課されていたとすれば、当該行為責任にふさわしいのは 9X の刑罰であることになる。全体としてみれば、「10 行為責任=9X 刑罰」こそが、行為責任の原則に即しているということになるのである。このように、「行為責任にふさわしい刑」は、行為責任とは無関係に変動しうる。こうした効果をもたらす量刑事情のことを、本章では「ふさわしい刑の要素」と呼ぶ。ここまで述べれば明らかであるように、この発想は、上で述べた「応報」の発想と、基本的に同型である。

上に述べた社会的制裁に限らず、他にも損害回復など、様々な事情が、この「ふさわしい刑の要素」に分類されうる(本章 I. 3-2-2-2. 参照)。ところで、ふさわしい刑の要素は、犯情に整理すべきではない。なぜなら、そうするときには、犯情というカテゴリーの中に行為責任の要素とふさわしい刑の要素が並存することになるが、両者は、その考慮に関する理論的根拠を全く異にするためである。すなわち、行為責任の要素は、その実体が不法または責任に求められることから明らかである通り、常に犯罪論の原理によって説明されるべきものである。これに対して、ふさわしい刑の要素の本籍地は刑罰論である。例えば、相対的応報刑論をとり、行為責任にふさわしい刑を科すべき理由を応報に求めるのであれば、社会的制裁の考慮の可否・程度は、問題となっている制裁が、行為責任に対する応報であると(どの程度)認められるか、という見地から説明されるべきこととなる。刑罰論の内容が変われば、この説明方法も変わることになる。量刑に対する影響力も、結論だけ述べておけば、類型的には、行為責任の要素の方が、ふさわしい刑の要素よりも大きいと解すべきであろう。以上の理由から、「行為責任の要素=犯情」という理解、および、ふさわしい刑の要素は一般情状であるという整理が適切であると考えられる。なお、下で述べるが(本章 I. 3-2-2-3. 以下参照)、一般予防・特別予防に関する事情および刑事政策的利益に関する事情も一般情状に分類されるため、一般情状には、考慮根拠の異なる三種類の事情が含まれることになる。

ゆえ、行為責任以外の事情にも闘いようがあるということである。

しかし、三種類の一般情状の中で、第一の一般情状たる「ふさわしい刑の要素」は、特別の地位を占める。なぜならそれは、行為責任の原則の構成要素だからである。つまり、第一の一般情状を考慮することは、行為責任の原則の要請に他ならないのであり、それゆえ、行為責任の原則とは無関係であるところの第二・第三の一般情状と比べて、その影響力は類型的に大きいと考えるべきであろう。また、行為責任原則の要請として、行為責任にふさわしい刑は、量刑の上限を（原則として）絶対的に画しつつ、量刑の下限を相対的に画する（すなわち、下限の下回りが絶対的に許されないわけではないが、そのためには強い理由が必要になる）と解されるが（本章 I. 3-4-2-3. 参照）、第二・第三の一般情状はこの制約に服するのに対して、犯情および第一の一般情状はそうではない。なぜなら、そもそも「行為責任にふさわしい刑」は、後二者から導かれるものだからである。これも、第一の一般情状の強さ——その意味における、犯情への近さ——を示唆しているといえる。

以上のように考えることで、犯情概念の純粋性、すなわち、犯情は行為責任関連事情であるという理解を維持しつつ、「責任か予防か」という支配的学説の枠組みがもたらす実務にとっての窮屈さを回避することができると思われる。ただし、一点の制約として、「ふさわしい刑の要素」は、量刑を軽減する方向でしか考慮できない。なぜなら、刑罰を「積極的に根拠づける」のは行為責任のみであり、ふさわしい刑の要素は、そうして既に根拠づけられた刑罰を後から消極的に限定づける、すなわち差し引くものに過ぎないためである（本章 I. 3-2-2-2. (6) 参照。なお、加重・軽減という、量刑事情の評価方向に関する概念には、解消すべき概念的混乱が含まれている点に注意する必要がある。本章 I. 3-3. 参照）。したがって、前科のような加重事情を「ふさわしい刑の要素」として説明することはできない。前科については、結論からいえば——本章の範囲では個別の量刑事情に関する検討に限界があり、あくまで試論に止まるが——、消極的一般予防関連事情としての側面を有し、しかもそれは例外的に、行為責任にふさわしい刑の上限を超えて量刑を加重することができる、という考え方がありうる（本章 I. 3-2-2-3. (3) 参照）。このような例外はあるものの、原則としては、加重事情は犯情または一般予防・特別予防関連事情（もしくは刑事政策的利益関連事情）であり、量刑において大きく考慮すべきと思われる場合には犯情として、すなわち行為責任と関連づけて説明すべきことになる。

まとめれば、やはり、犯情は専ら行為責任に関連する事情と整理すべきであり、そのようなものとして量刑の大枠を決定づける「強い」量刑事情であると理解される。犯情＝責任とは割り切らない、という理解は、概念の混乱をもたらすおそれがあり、避けるべきである。これに対して、一般情状のうち、予防関連事情（および刑事政策的利益に関する事情）は、類型的には調整要素にとどまると考えられる。支配的学説における「責任と予防」は、このような形で量刑事情の選別に反映される。しかし、両者の中間には、さらなる一般情状として「ふさわしい刑の要素」が存在する。その考慮根拠は行為責任の原則そのものに求められるため、量刑に対する類型的な影響力は、犯情には劣るにせよ、予防・政策関連事情には勝るといふべきである。なお、この理解は、私見と異なる刑罰論的前提に立つ場合であっても、行為責任の原則を支持する全ての量刑理論に対して妥当する。そこでは、「ふさわしい刑の要素」の説明方法は変わるであろうが、「ふさわしい刑の要素」が存在することは変わらないのである。なお、犯情および三つの一般情状の具体的内容については——本章は量刑事情

論そのものにフォーカスするものではないことによる限界を伴うものの——、本章 I. 3-2.2. 参照。

こうして、犯情および一般情状の概念に関する本章の理解が提示されたため、本題であるところの、量刑判断の理論的過程（量刑論の体系）に関する分析に入ることができる。

1-2. 量刑判断の理論的過程（量刑論の体系）：五分説とその問題点

量刑判断の理論的過程は、ドイツ量刑論における伝統的な整理方法によると、「①刑罰目的の確定→（刑罰枠〔処断刑〕の確定→）②量刑事情の選別→③各量刑事情の評価方向の確定→④各事情の相互衡量→⑤刑の数量化（→執行猶予の可否や付随的処分などについての判断）」という五段階に区分される³⁵。この整理方法は、わが国でも広く受容されてきた³⁶。

上述した通り、これは量刑実務における実際の判断過程を記述しようとするもの（あるいは、それを指導しようとするもの）では必ずしもなく、むしろ理論的な関心から、「量刑の基本的問題をあますところなく分類整理し、位置づけ」るためのものであるといえる³⁷。それゆえこれは、量刑基準論の展開に先立ち、検討すべき諸課題を析出する上で有用である。そこで、この五分説の意味するところを筆者なりに敷衍すると、量刑について理論的に考察する上では、次の五つの問題が順番に現れてくる。

刑罰目的の確定（上記①）：まず、量刑の究極的前提となる刑罰目的論について、一定の態度決定を行わなくてはならない。「なぜ」刑罰を科するのかがわからなければ、「どの程度の」刑罰を科するべきであるかもわからないであろう³⁸。そのため、応報刑論を採用するのか、目的刑論なのか、それとも相対的応報刑論なのか、あるいはまた別の刑罰論なのか、という点をまずは決めなければ、話が始まらないということである。

量刑事情の選別（上記②）：続いて、そうして定まった刑罰目的に従って有意な量刑事情を選び出さなければならない。例えば、純粋な応報刑論を採用するならば、被害の大きさや犯意の強固さといった、不法・責任に関連する事情は有意となるであろうが、再犯のおそれ

³⁵ Bruns / Güntge [2018] S. 9; Meier [2019] S. 167-169. 後者のマイヤーは七段階に区分するが、残りの二段階は、本文の丸括弧内に示してある。最近のわが国における紹介・整理として、小池（信） [2009] 604 頁以下参照。

³⁶ 野村（健） [2020a] 113 頁、小池（信） [2004] 222 頁以下、城下 [1995] 13 頁以下、岡上 [1988] 96-97 頁、井田 [1982] 76 頁以下など参照。なお、小池（信） [2009] 607 頁以下は、この五分説を修正して、「（1）量刑事情に関する事実認定（五分説では除外されている段階）→量刑目的ないし量刑基準の設定（五分説における①に相当）→（3）量刑事情の評価・衡量（五分説における②③④をまとめたもの）→（4）具体的な量刑の決定（五分説における⑤に相当）」という四段階の区分に再構成している（中川 [2011] 264 頁以下も参照）。事実認定が追加されている点に大きな特徴があるが、本稿のように、五分説を、実際の量刑判断過程の記述ではなく、量刑理論の問題点を整理するためのものと捉える限りは、さしあたり別次元の問題として扱ってよいように思われる（量刑における事実認定が理論的検討の対象となり得ない、という趣旨では勿論ない）。

³⁷ 井田 [2005a] 210 頁。

³⁸ いうまでもないことではあるが、その確認として、野村（健） [2020a] 10-13 頁、遠藤 [2011] 9 頁、小池（信） [2006] 10 頁、本庄 [2002] 173-174 頁、井田 [1996] 295 頁、城下 [1995] 39 頁、岡上 [1988] 96 頁以下を挙げておく。

のような予防に関連する事情は、無意味であり、考慮すべきでないことになろう。

評価方向の確定（上記③）：さらに、選び出された各事情が量刑を重くする（加重する）事情なのか、軽くする（軽減する）事情なのかを確定しなければならない。例えば、被害結果が特に大きいという事情は加重方向で考慮すべきことになろう³⁹。また、この段階では例えば、次のような見解が主張される⁴⁰。すなわちまず、「刑罰目的は犯罪予防に求めるのが正当であるが⁴¹、人権保障の観点から、同目的の追求は責任主義によって消極的に制約されなければならない」という相対的応報刑論（の一種：抑止型相対的応報刑論⁴²）が前提とされる。次に、違法判断の指導原理は一般予防の必要性であり、その意味で刑罰を積極的に根拠づけるが、これに対して責任判断は、人権保障のためにブレーキをかける段階に過ぎず⁴³、そのため刑罰を消極的に限定づけるものにすぎないと理解される。そのため、違法性に関連する事情は、その大小によって刑を重くも軽くもするが、責任に関連する事情は、そうして定められた刑を軽くすることこそあれ、重くすることはない⁴⁴。以上から、不法関連事情は加重的にも軽減的にも考慮されうるが、責任関連事情は軽減的にしか考慮できない（したがって例えば、動機が卑劣なので量刑を加重する、といったことは許されない）、と。

各事情の相互衡量（上記④）：ここまでの検討によって、量刑において有意な（つまり、考慮すべき）諸事情が、その評価方向と共に出揃っている。例えば、「被害結果はかなり大きい。動機はそれほど悪質でなく、同情の余地が全くないとまでは言えない。被告人は職場

³⁹ 量刑を「加重・軽減」ということの厳密な意味については、本章 I. 3-3. 参照。

⁴⁰ わが国において有力に主張されている見解である。小池（信）[2004] 312 頁以下参照。

⁴¹ 厳密に言えば、同論者は、この予防目的に加えて、「価値ある法益が、犯罪行為によって侵害（ないし危殆化）されたことに対する無価値評価を公的に確認するという回顧的ないし応報的な側面」をも認める（小池（信）[2008] 62 頁）。つまり、予防だけでなく応報も、刑罰正当化の積極的理由となる、という立場である。もっともここでは、単に説明の便宜上、この側面は捨象する。

⁴² 相対的応報刑論は、応報型と抑止型の二つに分類される。第 2 章 II. 2-2. 注(130)参照。

⁴³ これは第一次的には、例えば、被告人による傷害を原因として被害者が死亡したが、死亡結果について予見可能性がなかったので傷害罪が成立するにとどまるというように、不法のうち帰責がなされる範囲を限定するという趣旨であるが（小池（信）[2004] 293 頁参照）、必ずしも、それだけには止まらない。すなわち論者によれば、責任はさらに、「不法の帰責がどの程度否定されるかという『割引率』の意味で『程度を付しうる』概念であって、違法性の意識の可能性、期待可能性といった責任要素の程度に応じて、（0～100%の間で）無限に段階化が可能」である（小池（信）[2004] 313 頁注（365））。ここでの例に例えれば、予見可能性の存在は前提として、その予見の困難性の程度に応じて、責任減少に基づく量刑軽減の程度を高めてゆくという趣旨であろう（この困難性が極大に達したとき、「予見困難」は「予見不可能」に転化して、問題となっている不法の帰責が全面的に否定されることになるわけである）。この意味で、論者にとって、責任は不法の範囲だけでなく、その程度をも限定するのである。

⁴⁴ より直感的な言い回しを用いれば、「不法とは処罰の基礎づけ（エンジン）であり、責任とは処罰の限定（ブレーキ）にすぎない」（井田 [2001] 133 頁）のだから、既に不法の考慮が終わっており、すなわちエンジンは既に可能な限りふかしてあるのに、責任の考慮によって、すなわち今度はブレーキをかけることによって、さらにスピードが上がるなどということはありません、ということである。

を解雇されており、一定の社会的制裁を受けたといえる」などである。犯情として、被害結果は加重方向、動機は軽減方向で考慮され、これに対して一般情状として、社会的制裁も軽減方向で考慮されることになる。このうち、被害結果が刑を上方に引っ張る力は「どの程度」強いのか、あるいは動機や社会的制裁が刑を下方に引っ張る力は「どの程度」強いのかを認識し（言い換えれば、各事情の「重みづけ」を行い）、それらを相互に衡量して、問題となっている事件——それは、有意な量刑事情の総体であるといえる——の、（さしあたり）法定刑⁴⁵の内部における位置づけを決めることになる。

この④においては、上記①～③から、視点が若干変化していることに注意しなければならない。すなわち、①～③においては、いわば事件横断的な、抽象的・一般的な議論が行われていた。なぜそれが可能であったのかといえ、いかなる刑罰目的論が正当なのか、それに照らせばどのような量刑事情を考慮すべきことになるのか、その考慮の方向はどうなるのか、などといったことは、個別具体的な事件を離れて、量刑判断一般に妥当する事柄だからである。これに対して④の段階では、このような抽象的・一般的議論には限界がある。例えば、一般論としては、一般情状よりも犯情の方が（行為責任の原則は量刑の基礎であることからして）影響力が大きいと言えるであろうが⁴⁶、犯情が軽微な事件では、例えば社会的制裁の有無・程度は結論を大きく左右しうるであろうし、犯情が重大であれば社会的制裁の影響力は弱まるであろう⁴⁷。その意味で、上述した一般論は、目安としての意義をもつにとどまると考えられる⁴⁸。また、犯情の内部でも、一般論としては、例えば不法関連要素の方が責任関連要素よりも影響力が大きい、などということは不可能ではないと思われるが、この力関係も、問題となっている事件の内容によって相当程度異なりうる。

もっとも、以上の点を具体的に理解するためには、次の⑤を検討しなければならない。

刑の数量化（上記⑤）：量刑の終着点は、定期刑の宣告である。したがって、各量刑事情に対する評価を、具体的な刑量に変換しなければならない。このような「刑の数量化」の方法については、例えば次のような説明がある⁴⁹。まず、「当該事件の社会的実体（違法性・有責性の観点から、その犯罪行為を特徴づける要素を盛り込んだ犯行の全体像）」を確認する。続いて、「動機・行為態様・結果等の主要な犯情事実に着目して当該事件をある程度類型化して捉え」る。具体的に説明すると、例えば問題となっているのが強盗致傷事件であるとする。この点、その中でも、金融機関強盗は、計画性が高い傾向にあり、危険な凶器が用いられやすく、また標的となる財産が多額に及ぶ場合が多いために、身体的・財産的被害が

⁴⁵ 厳密に言えば、ここでは、量刑の尺度として法定刑を用いるのか（量刑スケール論）、それとも、法定刑は量刑の上限と下限を画する枠にすぎず、その内部ではむしろ量刑傾向が尺度になるとするのか（量刑枠論）という点で考え方が変わってくるが、これについては本章 I. 2. 参照。

⁴⁶ 例えば、司法研修所編 [2012] 6 頁参照。

⁴⁷ 西崎 [2011] 252-253 頁。

⁴⁸ この点、廣瀬 [2021] 9 頁は、裁判員裁判の対象となるような重大事件においては犯情の比重が大きくなるが、これに対して、刑事裁判の大半を占めるところの、それほど重大でない、とりわけ執行猶予の可能性もあるような事件においては、（例えば執行猶予の判断などに際して）一般情状が量刑に対してもつ影響力が相当に大きくなりうることを指摘する。河原 [2017] 550 頁、原田（國） [2011] 116 頁注（4）、遠藤 [2011] 122 頁も参照。

⁴⁹ 司法研修所編 [2012] 18-19, 24-28 頁を参考にした。下注（75）に掲げる文献も参照。

大きくなりやすい（そのほかにも、強盗致傷の中には、路上強盗、タクシー強盗、店舗狙いの強盗など、様々な類型がある）。そして、問題となっている事件もまさに金融機関強盗であり、上にみた特徴を大まかに共有しているとする。このとき、当該事件の社会的実体は、金融機関強盗という社会的類型（抽象的に言えば、社会的類型とは、さしあたり、「特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型のこと」と定義できよう）に属することになる。ところで、これらの社会的類型は、主要な犯情事実の類似性に着目して切り出されたものであるから、それに応じて異なった量刑傾向⁵⁰（量刑相場⁵¹）を有しており、そこには当然、一定の幅がある。そこで、この社会的類型の中でも、問題となっている事件がどのような特徴を有しているのかを確認することによって、当該事件を、量刑傾向の幅を目安としながら、それとの関係で位置づけることができる。例えば、当該事件においては、金融機関強盗の割には人身に対する危害が比較的軽微であり、凶器も拳銃を模した簡単なおもちゃに過ぎず、ほかに際立った特徴はないというような場合には、同事件は、量刑傾向の幅の内部でも下の方に位置づけられるであろう。

このように、刑の数量化は、問題となっている事件と、それが属する社会的類型およびその量刑傾向との対比を主たる手段としつつ、それと同時に当該事件の特殊性（その量刑にあたって特に注目すべきポイント）を認識・分析することによって行われるものと理解できる。

そうすると、具体的事件における量刑事情の相互衡量（上記④）、言い換えれば、各事情が量刑の帰結に対して行使する影響力の程度も、当該事件がどのような社会的類型に属するのかによって、大きく左右されうることになる。例えば、ある特定の事件における財産的被害がそれ自体として極めて大きくても、当該事件が属する社会的類型において、そのような大きさの被害が通常のことなのであれば、被害が大きいという事情は、それ自体で殊更に大きく刑を加重する理由とはならないであろう。もちろん、刑罰論の観点から、問題となっている事情は刑罰目的の達成にとってどのくらい重要であるのかを考察することによって、当該事情の「強さ」の程度を推し量ることは、それ自体不可能ではないと思われる。しかし、究極的には「同じ事案は二つとしてない」のであり⁵²、具体的事件において現れうる量刑事情の組み合わせのパターンは無限に（とまでは言えないかもしれないが、少なくとも、手に負えないほど多く）存在する。そこにおいて、諸々の量刑事情は、相互に干渉しあい、あるいはまた、参照される社会的類型およびその量刑傾向とも関係しながら、量刑に対する最終的

⁵⁰ 従来は、量刑相場という語を用いるのが一般的であったが、これは量刑傾向と呼称する方が望ましいとする議論がある。なぜなら、量刑傾向は規範的拘束力ではなく事実的拘束力をもつに止まり、また、その事実的拘束力も裁判員裁判導入以後は緩やかなものになると解されるころ、量刑相場という語には、「相場だから従えというニュアンスがある」ためである（原田（國）[2011] 82 頁。前田（雅）ほか [2007] 171 頁も参照。また、楡井 [2017] 278 頁注（5）は、最判平成 26 年 7 月 24 日が「量刑傾向」の語を用いていることの趣旨も上記と同様であろうと分析している）。本稿も基本的にこれに従うことにするが、量刑相場という語を、量刑傾向の完全な同義語として用いる場合もある点を注記しておく。

⁵¹ 事件の事実関係およびそれに対する評価を具体的な刑に数量化するという一連の量刑判断のために用いられる基準として、「長年にわたる日々の実務の中で経験的に積み重ねられてきた基準」のことである（松本（時）[1982] 147 頁）。松本（時）[2006] 8 頁以下、岡田 [2002] 484 頁、松本（時）[2001] 11 頁以下も見よ。下注（99）も参照。

⁵² 司法研修所編 [2012] 27 頁注（15）。

な影響力を変動させると考えられる（上で見た通り、犯情が軽微であれば社会的制裁の影響力が大きくなるが、犯情が重大であれば逆である、というようにである。ここでは変数が二つに限定されているが、これが三つ、四つと増えてゆけば、おそらく、もはや抽象的な定式化は不可能となるであろう）。かくして、量刑事情の相互衡量および刑の数量化という段階では、もはや刑罰論からの演繹的アプローチが限界に達すると考えられるのである。

似たことは、量刑事情の評価方向の確定（上記③）においても生じる。例えば、社会的制裁は一見、明らかに量刑を軽減させる事情である。同時に、具体的事件において、被告人は社会的制裁を受けていないとする。そうなると、これは軽減事情の不存在に過ぎないのだから、量刑を重くも軽くもしない、つまり中立である、と言いたくなる。しかしここで、比較対象となっている事例群においては、むしろ社会的制裁を受けていることが通常であるとする。この場合、当該事例群の量刑傾向——刑の数量化は常に、これを目安にしながら行われるのであった——においては、社会的制裁を受けていることが織り込み済みであることになる。そうであれば、問題となっている事件における、「社会的制裁を受けていない」という事情は、むしろ結論的には、当該量刑傾向の幅の中で加重的に考慮されるべきであろう。より抽象的にいえば、そもそも加重・軽減とは、概念上、常に「何かとの比較における」加重であり、また軽減である。そうであれば、この「何か」——つまりは量刑傾向である——と比較しない限り、加重・軽減という概念は、およそ意味を持たないことになりそうにも見える。少なくとも、この比較対象としての「何か」について検討しない限り、量刑における加重・軽減に関する考察は、いわば片手落ちに終わるといふべきである⁵³。この点について、刑罰論からの演繹的アプローチは、どのような応答をなしうのであろうか⁵⁴。

以上を踏まえつつ、五分説を改めて整理しよう。まず、①刑罰目的の確定という段階設定については、「量刑事情を評価するための一般的原理ないし基準から、処罰により積極的に追求すべき目的以外のものをアプリアリに排除すべきでない（…）。（…）不法・責任概念がすべて刑罰目的の反映であるのかについてすら、学説の理解は一様でない。また、（…）刑罰目的に還元されない刑事政策的目的を考えることも十分にありうる」という理由から、これはむしろ、量刑目的ないし量刑基準と呼称するのが適切であるという指摘がある⁵⁵。確かに、量刑において（主要な）刑罰目的に還元されない刑事政策的考慮がありうるというのは、その通りなのであるが、私見によれば、むしろそうすることこそが、刑罰論によって要請されるのである（これだけでは意味不明ではないかと思われるため、本章 I. 3-2-2-4. を参照されたい）。その一方で、一般論としては、やはり刑法理論を根底において支えるのは常に刑罰論であると言わなければならないため、「量刑目的・基準」という呼称は、刑罰論による裏づけをまったく持たない考慮が量刑においてあたかも可能であるかのような印象を与えかねず、適切でないと考える。ただし、刑罰「目的」という呼称には問題がある。例えば、目的刑論における刑罰目的は犯罪予防であるが、責任主義は、犯罪予防目的を制約する外在

⁵³ わが国において、この点に着目して先駆的に積極的な検討を加えたのは、野村（健）[2020a] 109 頁以下である（なお、より早い時期のものとして、野村（健）[2014] 251 頁以下も参照）。

⁵⁴ 結論からいえば、評価方向の問題は、刑罰論と刑の数量化論の両面から考察すべきものである。詳しくは本章 I. 3-3. で検討する。

⁵⁵ 小池（信）[2009] 607 頁。

的・消極的制約であって、刑罰「目的」に還元されるものではない。抽象的な言い方になるが、「刑罰論」は、「刑罰目的論」よりも広い概念なのである。したがって、刑罰目的という用語は避けて、この段階は「刑罰論」と呼んでおくことにする。

五分説の場合、次は②量刑事情の選別が行われ、それに続いて③各事情の評価方向の確定、④各事情の相互衡量、⑤刑の数量化が順次問題とされることになる。このうち、②③と、④⑤との間に、抽象から具体へ、一般的な判断から個別的な判断へという断絶の線が走っていることは、上述した通りである。これは言い換えれば、②③に対しては、刑罰論という抽象的・一般的な観点から有効な指針を提供することが比較的容易であるが、④⑤に関しては、それが一気に困難になるということである。したがって、これらは区別しておく必要がある。

その上で、「①刑罰論→②量刑事情の選別→③各事情の評価方向の確定」という系列を観察すると、ここでの②③は専ら刑罰論によって指導され、基礎づけられるべきものであるから、このような整理に概念上の不満はない。とはいえ、あえて指摘するならば、刑罰論はそもそも刑法の基礎理論であり、その射程は量刑論に限らず、犯罪論をはじめとする刑法解釈論の全体にまで及ぶ。それと同時に、量刑論は犯罪論の知見を前提とし、その成果を継承・具体化すべきものである、すなわち「量刑論は犯罪論の一応用場面にすぎない」とすると（応用場面説）⁵⁶、量刑判断の理論的過程は、「①刑罰論（→犯罪論）→②量刑事情の選別……」

⁵⁶ 井田 [2010] 457 頁。井田 [2005a] 211-213 頁も参照。同旨として、野村（健） [2020a] 18 頁、小池（信） [2004] 313 頁以下、阿部 [2001] 7 頁、岡上 [1988] 93 頁以下、城下 [1995] 112 頁（城下 [2009] 67 頁も）など。ただし、一般情状の領域は、原則として犯罪論とは無関係であるため（例えば、社会的制裁の考慮根拠は、不法または責任とは無関係である）、正確には、「犯情論は犯罪論の一応用場面にすぎない」ということになる。

これに対して、犯罪論上の不法・責任と「量刑責任」を分離し、前者の観点からすれば到底考慮を正当化できないような事情についても、後者の範疇では考慮が認められる場合がある、と考える見解、言い換えれば、犯情論は「犯罪論とはある程度独立した独自の領域である」と主張するような見解（独自領域説。この名称は井田 [2010] 457 頁による）は、不合理であって採用できない。まさに、「刑罰の Ob と Wie [刑罰の有無と程度：引用者注] は不可分で、それぞれに異なつた原理が妥当するというようなことは有り得ないのである」（井田 [1982] 83 頁。井田 [1982a] 102 頁以下、井田 [2012a] 147 頁も参照）。独自領域説は、今日のわが国の量刑学説においてはおよそ支持を失っており、犯罪論と量刑論（犯情論）の連続性、すなわち応用場面説は当然の前提とされている、とあってよいと思われる。

一応、応用場面説を正当と解する根拠をより具体的に示しておけば、ある犯罪の成否を画する原理が、そうして成立した犯罪に対する評価の程度を考える段階になって突然に無関係になるという想定は明らかに不合理であるし、仮に犯罪評価の程度とは無関係な事情が量刑を左右する場合もあると考えるのであれば、それについては当然に、別個の正当化根拠の提示を要する（かつ、その根拠は最終的に、刑罰論の観点から与えられなければならない）。さらに、この正当化根拠が示されたととしても、それはここでの定義上、犯罪論上の不法・責任を基礎づける原理（により提供される正当化根拠）とは異質なものであるのだから、そのような異質な正当化根拠に基づく量刑事情を、量刑「責任」という、犯罪論上の責任との混同を招くような名称をもったカテゴリーに属させるのは、概念の混乱を招くことであって避けるべきである。したがって、犯罪論上の不法・責任と量刑責任は連続的なものであって、言い換えれば、両者は、ともに同一の原理に基づくものであり、後者は前者を応用・具体化したものであるという点で異なっている

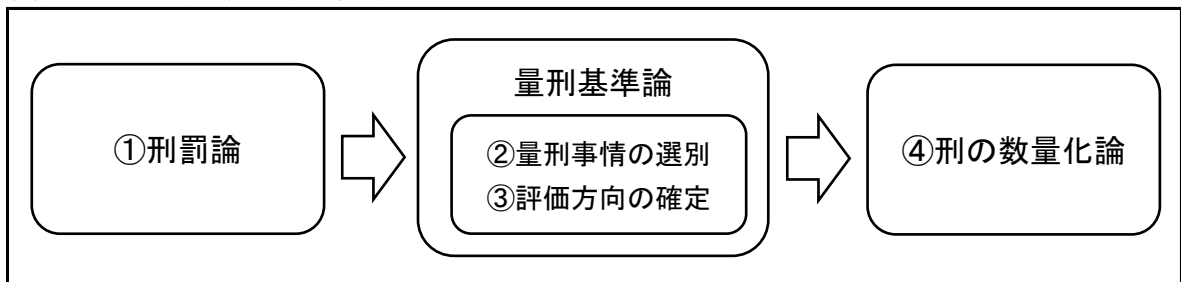
という形で進むものと理解しておくべきである。

これに対して、量刑事情の選別とその評価方向の確定は、量刑論に固有の問題である。ここで、「量刑に際して考慮されるべき個別的・具体的要素と、それらの諸要素を評価・判定するための一般的原理ないし方法とが区別」され、「前者を『量刑事情』、後者を『量刑基準』と呼ぶことができ」るのであれば⁵⁷、上記②③の問題を解決するための、一般的な量刑原理として、「量刑基準」の概念を位置づけることができる。つまり、まずは①刑罰論があり、(犯罪論もあり、)それに照らして量刑基準論が導かれ、これをさらに具体化する作業として、②量刑事情の選別と③その評価方向の確定が行われる、という理解である⁵⁸。

最後に、残った④⑤の位置づけが問題となる。この点、確かに、④各事情の相互衡量——言い換えれば、各事情の「重みづけ」であり、各事情の量刑に対する影響力の確定である——に対しても、刑罰論(と犯罪論)の抽象的・一般的視点から検討を及ぼすことは、既述の通り、不可能であるとはいえない。とはいえ、上記③までと、④⑤の間には、抽象から具体へという断絶の線が走っていることも上述したところである。ここで考えてみると、個別具体的な事件における、選別され評価方向を確定された諸事情の衡量判断というのは、参照されている社会的類型の量刑傾向と照らし合わせながら、同類型の内部における当該事件の個性を把握することによって行われるわけであるが、これは⑤刑の数量化の判断と、実質的に一致しているのではないだろうか。そうであるとすれば、④と⑤は、端的に「刑の数量化」として、一体的に把握してよいように思われる。

そうであれば、量刑判断の理論的過程は、次のような、抽象的には三つの段階、具体的には四つの段階から構成されるものと理解できる⁵⁹。

図表 1：量刑判断の理論的過程



に過ぎないという考え方、すなわち、応用場面説が正当というべきである。以下、本稿もこの理解を前提とする。

⁵⁷ 城下 [1995] 16 頁。

⁵⁸ この点、小池(信) [2009] 608 頁は、上にみた②③④を「量刑事情の評価」ということで一体的に把握して差し支えない」とする。しかし、②③を、抽象的には一つの段階として把握することは正当であると思われる一方で、④については、後述する理由から、どちらかといえば、⑤刑の数量化の段階の方と一体的なものとして理解すべきであるようにも思える。もっとも論者が、④の作業として、例えば、犯情は一般情状よりも量刑に対する影響力が典型的に大きいという議論のような、いわば典型的な重みづけ作業を念頭に置いているとすれば、それは確かに②③の仲間であるかもしれない。いずれにせよ、これは用語法の問題であって、些細な事柄である。

⁵⁹ 結論同旨として、特に、井田 [2010] 456-457 頁参照。

1-3. 刑罰論・量刑基準論・刑の数量化論の関係：量刑基準の帰納と演繹

以上の考察から、量刑論の検討は、大まかに言って三つの分野に分かれることになる。まず、①刑罰論である。量刑論の出発点として刑罰論が重要であるというのは、いうまでもないことである⁶⁰。この点、そもそも刑罰論は、量刑論に限らず、刑法理論全体における様々な議論に実質的な根拠づけを与える点で、量刑以外の領域に対しても重要な意義を有しているのは確かである。しかし、量刑基準に関して明文の規定をもたず⁶¹、したがって量刑に際する形式的な手がかりに乏しいわが国においては、刑罰論に裏づけられた実質的観点からする量刑理論の構築が、特に大きな重要性を有しているといえよう。

続いて、量刑論の中核ないし本丸であるところの、量刑基準論の構築が問題となる。既述の通り、量刑基準は、刑罰論によって（また、究極的にはやはり刑罰論を前提として、犯罪の成否を画する基準を具体化する理論であるところの犯罪論によっても）根拠づけられていなければならない。また、量刑基準論の内部では、より具体的な作業として、②量刑事情の選別と、③各事情の評価方向の確定が行われることになる。

最後に、④刑の数量化論が問題となる。この点、量刑論においては、量刑基準論に、刑の数量化に対する指図も内在させる、という議論形式が一般化しているといえる。例えば、幅の理論をとり、責任刑の上限と下限を画する幅の内部で一般・特別予防的考慮を行う、という量刑基準の枠組みは、「まずは責任刑の幅を見出し、続いてその内部で、一般・特別予防の必要性に照らして刑を調整・決定する」という、刑の数量化プロセスを含意している。したがってもちろん、用語法としては、刑の数量化論も量刑基準論の一部であると位置づけることは妨げられないし、むしろそれが通常理解であるかもしれない⁶²。とはいえ、上で述べたように、「①刑罰論から③評価方向の確定まで」と、「④刑の数量化」は、次の点で異なる。すなわち、前者では刑罰論を基礎とした一般的・抽象的な議論が通用するが、後者においてはむしろ、常に具体的事件を踏まえた量刑傾向の参照という個別具体的な場面を想定した議論が要される。言い換えれば、方法論的にみて、刑の数量化に関する一般的な理論的枠組みを構築するとしても、その作業は、例えば刑罰論の観点から量刑事情を選別するような場合とは異なる議論形式において行う必要があるのである。もっといえば、従来の量刑基準論は、刑の数量化という議論領域に対して必ずしも十分な注意を払ってこなかったため、この領域を独立の場面として主題化しておくことで、適正な注意を促すというのが、こ

⁶⁰ 上注(38)参照。

⁶¹ この点については、第1章序論1.注(2)参照。

⁶² そのため、①～④すべてを含む意味での量刑基準論を「広義の量刑基準論」、②③のみを含む意味でのそれを「狭義の量刑基準論」と呼ぶこともできる。とはいえ本稿では、この両者の使い分けを特に行わない。つまり、単に「量刑基準論」という概念を用いていても、それは広義を指している場合と狭義を指している場合の両方がある。どちらを念頭に置いているかはその時々々の文脈から明らかになるであろう。一応、基準を示しておけば、学問領域としての「量刑基準論」に言及しているとき、それは広義である一方、「刑の数量化論」と特に区別する趣旨で「量刑基準論」に言及しているとき、それは狭義である。いずれにせよ真に重要なのは、下述する通り、「(狭義の)量刑基準論」と「刑の数量化論」とを厳密に区別し、自分がどちらに関する議論をしているのかを常に明確にすることである。

ここで量刑基準論と刑の数量化論とを区別して位置づけていることの狙いである。要するに、刑の数量化論は、従来の量刑基準論とは独立に論じうるし、またそれが必要であるため、ひとまず区別しているということである。

まとめれば、量刑論は大まかに言って「刑罰論」、「量刑基準論」、および「刑の数量化論」という三つの分野から構成されるのである。かつ、量刑論の中核が、量刑基準論（の定式化と具体化）にあるという点も、異論はないであろう。それでは、我々は、いかなるアプローチによって量刑基準論に到達し、これを充実させようであろうか。

すぐに思いつくのはもちろん、刑罰論からの演繹である。かつ実際にも——筆者に総括を与える資格はないのだが——、これまでの量刑論は、方法論的・メタ的な観点からこれを観察すれば、ドイツ量刑論における議論の摂取を主たる原動力としながら、内容としては、「責任と予防」の相剋という刑罰論上の二律背反を引き受けつつ、その量刑論上の解決策として主に幅の理論を採用し（そこに点の理論との論争があり）、さらに、その幅が上限のみを画するか、それとも下限も画するのか、予防的考慮による調整はどのように行われるかといった抽象的な量刑基準論のレベルで各学説が提唱されて、最近ではさらに、具体的な量刑事情の選別および評価方向の確定といった、より応用的・実践的な場面にも議論が及んできたというように、刑罰論からの演繹というアプローチを採用して、それを量刑基準論の方向へ具体化してゆく、という方法によって理論的努力を積み重ねてきたことができる。

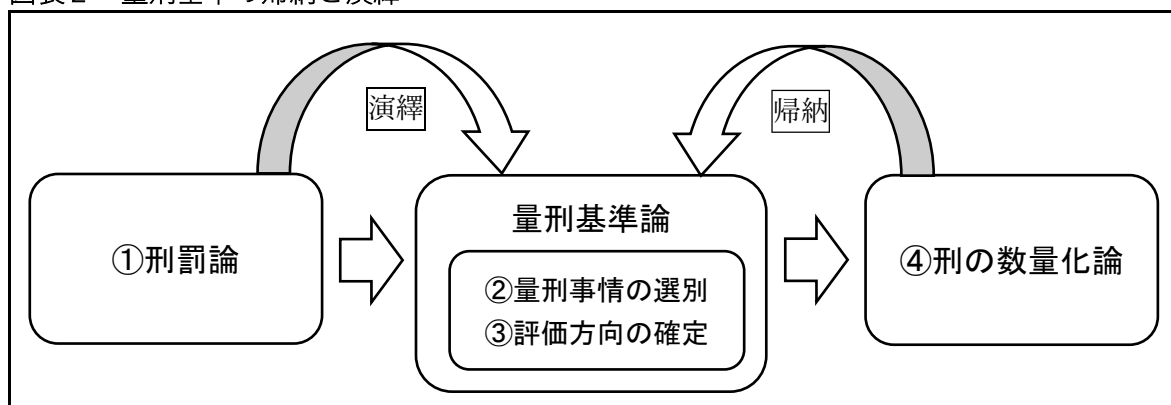
しかし同時に、量刑は、最終的には具体的な宣告刑の言い渡しに至るべきものである以上、「刑の数量化」という領域も、軽視することはできない。そうなると、次のような視座も成立しうることになる。すなわち、上のようにして構築されてきた様々な量刑基準論が、具体的に、どのようなプロセスを通じて刑を数量化することになるのか、という視座である。しかし、従来の量刑基準論においては、この点についてあまり意識が向けられず、いわばペンディングにされるが多かったように思われる。そうなると、次のようなことが起こる可能性がある。すなわち、学説上、有力な量刑基準論であって、（賛否両論はあれ）それ自体として特に違和感なく成立しているように見えた見解が、具体的な刑の数量化に応用しようとする、途端に不自然な考慮プロセスを採用することになるという点が明らかとなり、そうして例えば、わが国の実務との乖離が、従来とは別の観点から可視化される、といったことである。そこで主張したいのは、実務と乖離した見解は悉く不当である、などということではない。むしろ、量刑基準論を刑の数量化論と結びつけ、「結局のところ、ある量刑基準論は、どのような形で量刑を行おうとしているのか」ということを具体化しなければ、実務の側からみれば、そもそも同見解に賛成することも反対することもできず、つまり豊かな示唆を得ることができないのであって⁶³、それはまた翻って、学説の側も、結局は自説の意義を十分に理解していないことの証左なのではないか、ということこそをここでは述べたいのである。同時に、実務とも整合した、わかりやすく整理された刑の数量化プロセスを導くことのできる量刑基準論が、実務と乖離した不自然なプロセスを想定せざるを得ない見解よりも、その点で優れているということは、否定できないであろう。したがって例えば、二つの量刑基準論が争うとき、刑罰論のレベルでは決着がつかないが、刑の数量化における美点・難点に照らした結果、片方に軍配が上がるということもありうる。またあるいは、

⁶³ 小島 [1997] 14 頁。

ある量刑基準論が、刑罰論により確固として根拠づけられ、その正当性を主張できるならば、同理論は、実務は現在の数量化手法から自説に整合した刑の数量化プロセスに転換すべきであるということを規範的に主張し、その手段として、立法による理想的解決から、現在の実務の枠組みを基本的前提としながらその内部で漸進的に正当な方向へ進ませるといふ現実的解決までを具体的に提案できた方がよいのであって、そうしてこそ同理論の真価が発揮されることになるはずである。以上のようなところに、刑の数量化論からの帰納というアプローチを採用して、それを量刑基準論の方へフィードバックしてゆく、という方法の意義がある（なお、ここで帰納というの是一种の比喩であって、厳密な意味でこの語を用いているわけではない）。

かくして、量刑基準論は、次の二つのアプローチの両面から検討するのが望ましい。すなわち、刑罰論からの演繹と、刑の数量化論からの帰納である（図表 2 参照）⁶⁴。この点、刑罰論の検討は既に終えているため⁶⁵、刑の数量化論の構築が第一の課題となる。

図表 2：量刑基準の帰納と演繹



2. 刑の数量化論の検討

2-1. 法定刑を起点とした刑の数量化？：量刑スケール論の批判的検討

刑の数量化論は、わが国の量刑論においては「特に研究が遅れている」分野であるということができ⁶⁶、海外の動向⁶⁷の紹介も多くはない⁶⁸。もっとも、この点に関する比較法的検討

⁶⁴ それゆえ、司法研修所編 [2012] の論述が、大まかに言って基礎理論（量刑の本質）→刑の数量化→量刑事情という順序をとっていることは、（本稿のような意図はないと思われるが）合理的である。

⁶⁵ 第 2 章および第 3 章。もっともその内容は、本章の議論のために必要十分な範囲で、本章 I. 3-1. で要約する。

⁶⁶ 小島 [1997b] 38 頁。岡上 [2011a] 193 頁も参照。

⁶⁷ 例えば、最近のドイツにおけるこの分野に対する理論的貢献として、Giannoulis [2014] S. 251 ff. を挙げることができる。

⁶⁸ ドイツにおける議論の検討として、とりわけ、小島 [1997] 20 頁以下、小島 [1997a] 2 頁以下、野村（健） [2020a] 111 頁以下参照。

は本章の射程を超える。したがって、これについては他日を期し、本章では、これまでにわが国において提案されてきた刑の数量化モデルを検討するにとどめる。実際、それによって、十分に満足できるモデルが得られるのである。

刑を数量化するにあたっては、当然、法定刑（処断刑）の幅がその前提となる。ここで、法定刑が数量化に際して果たす機能に関する理解をめぐって、二つの見解が対立している。すなわち、「量刑スケール論」と「量刑枠論」である。

量刑スケール論⁶⁹とは、法定刑の幅を、「生じうるすべての事例を予想した連続的な『当罰性の尺度（スケール）』をなしており、当該の犯罪行為の相対的な重さを明らかにして、その幅のなかの一箇所に位置づけることで責任の数量化を可能にすべきものである」と捉える見解である⁷⁰。その主たる趣旨は、「罪刑法定主義の民主主義的要請ないし立法による司法のコントロールを徹底しようとする」ところにある⁷¹。具体的に説明すれば、まず、ある犯罪が成立し、それに応じて適用される法定刑の幅があるとする。次に、この法定刑の幅を例えば五つに区切り、その各々を、当該罪のうち最も軽い類型、軽い類型、中間の類型、重い類型、最も重い類型に対応させ、今回行われた犯罪行為が、そのうちのどれに当てはまるかを考える。あとは、より細かい情状を衡量して、具体的行為が当該類型の中でどの辺りに位置づけられるかを検討すれば、最終的に宣告刑を見出すことができるであろう。量刑スケール論の発想は、このようなものである。もっとも、後述する難点があることから、少数説にとどまっている⁷²。

これに対して、量刑枠論とは、法定刑の機能は「法定刑は量刑の上限と下限を決めるだけで、その間において裁判所が裁量により適切な量刑を行うことができるという考え方である」⁷³。なお、当然のことであるが、ここにいう「裁量」による量刑というのは、実務上一般に用いられているところの、量刑傾向を用いた数量化手法、すなわち、問題となっている事件の犯罪行為が属するところの社会的類型に関して集積されてきた量刑傾向を参照しつ

⁶⁹ この名称は、杉田 [2005] 6 頁によるものである。

⁷⁰ 井田 [1996] 308 頁。

⁷¹ 小池（信） [2009] 625 頁。小島 [2007] 32, 57 頁も参照。

⁷² 量刑スケール論を明確に支持するものとして、小島 [2007] 31 頁以下（小島 [1997b] 12 頁以下も参照）、野村（和） [2007] 32 頁以下。

なお、井田 [1996] 308 頁も量刑スケール論を支持していたが、井田 [2010] 465-466 頁では、量刑相場は「数量化の手がかりとしての意味をもつもの」であるとされ、「量刑決定には必ず数量化を可能とするスケールが必要であり、（…）法定刑がダイレクトにはその機能を果たし得ない状況の下では、従来の実務の中で形成されてきた量刑の水準に依拠しなければ、刑量の数量化が不可能となる（…）」として、量刑傾向への依拠は避けられないと結論づけられている（井田 [2006] 24-25 頁も参照）。また、城下 [1995] 12 頁も量刑スケール論の支持を表明したものと解釈できるが、城下 [2019] 246 頁では、「『量刑スケール論』も存在するところであるが、わが国の現行の法定刑は（…）スケールとしての機能を十分に果たすようには構成されていない。そこで（…）いわゆる『量刑相場』（…）を資料として用いる方向が採られてきた」と述べられており、そこに否定的なニュアンスは見受けられない。以上からすると、両論者は、実質的には、量刑枠論に改説したものと考えられる。

⁷³ 原田（國） [2011] 24 頁。量刑枠論という名称もこれによる。

つ、その枠内で当該行為・事件の特殊性に着目しながら刑を絞り込んでゆくという手法⁷⁴による刑の数量化を指していると理解できる。多数説であるといえる⁷⁵。

量刑スケール論には、次の三つの難点があるとされる⁷⁶。第一に、量刑スケール論は法定刑を均等に分割して、そのいずれかに具体的な犯罪行為を位置づける、という思考方法をとっているが、現実の量刑分布をみると、そのピークは、例えば重い法定刑が定められている罪における自由刑の量刑については、その下限付近に集まることが多いとされる⁷⁷。そうすると、法定刑を分割して作られる量刑スケールと、実際の量刑傾向との間には乖離があることになる。これ自体が反直観的すぎるのではないか⁷⁸、というのが第一点目である。続いて、ここで、もし量刑スケール論が、量刑傾向がいわば法定刑を余すところなく利用していないという点が不当であるとして、その「是正」を要求するのであるとすれば、それは明らかに不当であろう⁷⁹。なぜなら、これが第二点目であるが、そもそも「我が国の刑法は、一つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定め(…)具体的な可罰性の段階付けを裁判所の手にて委ねていることから、裁判例の集積によって同一構成要件の中でも犯罪類型に応じて量刑傾向が形成されることが予定されているとみることができる」⁸⁰、すなわち、現行刑法は、法定刑を極めて広く設定することで量刑を司法の裁量に大きく委ねたものと解されるからであり、また、法定刑の設定は、沿革的にみて「必ずしも各罪の科刑の実情等を正確に把握し調査した上で決められたとはいえず、法定刑の幅も上限との関係である程度機械的に定められるなど大まかに決められている面がある」⁸¹からである。つまり、そもそも立法者は、量刑において法定刑を余すところなく用いることなど

⁷⁴ 詳しくは、上注(49)の本文部を参照。

⁷⁵ 司法研修所編 [2012] 18-19, 24-28 頁のほか、野村(健) [2020a] 116-117 頁、城下 [2019] 246 頁、稗田 [2018] 82 頁以下(稗田 [2016] 372 頁も参照)、合田ほか [2017] 184-185 頁〔合田発言〕、司法研修所刑事裁判教官室 [2015] 32 頁以下、菅野 [2014] 35 頁、青木 [2013] 252 頁以下、原田(國) [2011] 29-30 頁、中川 [2011a] 19 頁以下、遠藤 [2011] 169 頁、村越 [2011] 222 頁(ただし、同 261 頁以下も参照)、安田 [2011] 276 頁(量刑スケール論の「出発点としての妥当性は否定できない」としつつも、「わが国の現行刑法の法定刑を前提とすれば、その一般的適用には問題がありうる」とする)、井田 [2010] 465-466 頁(井田 [2006] 24-25 頁も参照)、松山 [2010] 541-542 頁、伊藤=前田(巖) [2010] 376 頁以下、司法研修所編 [2009] 70 頁以下、岡上 [2009a] 7 頁以下(ただし、量刑スケール論と量刑枠論の対立を相対化している)、原田(國) [2008] 52 頁以下、小池(信) [2009] 629 頁、杉田 [2005] 8 頁(杉田 [2006] 114 頁以下も参照)、木梨 [1986] 43, 45 頁以下など参照。

⁷⁶ 小島・前掲注(71) 35 頁以下の記述と比較せよ。

⁷⁷ 小島 [2011] 68 頁以下。原田(國) [2011] 29 頁、村越 [2011] 221-222 頁、小池(信) [2009] 626 頁、小島 [2007] 35-38 頁も参照。

⁷⁸ 特に、村越 [2011] 222 頁は、量刑相場自体が、「法定刑の軽重を一応の『目安』にしつつも、必ずしもこれにとらわれない」形による、これまでの量刑実践の積み重ねを通じて形成されてきたものであって、「その経過にはそれなりの合理性を認めることができるように思われる」と述べる。

⁷⁹ 野村(健) [2020a] 130 頁参照。

⁸⁰ 楡井 [2017] 277 頁。司法研修所編 [2012] 25 頁、松本(時) [2001] 13 頁も参照。

⁸¹ 村越 [2011] 222 頁。小池(信) [2009] 626 頁、松宮 [2006a] 87 頁、杉田 [2006] 116 頁も参照。

最初から想定していないと理解される以上、量刑スケール論はその主張の前提を欠くに至るということである。最後に、第三点目として、量刑スケール論を採用すると、法定刑の加重がなされれば、それに引きずられる形で、その内部にある、あらゆる事例の量刑が自動的に引き上げられる（要するに、量刑傾向全体が一様に重くなる）ことにならざるを得ないようにも思えるが⁸²、法定刑の改正には、従来の量刑実践の維持を前提としつつ、そのよりよい実現を可能とすることを趣旨とするもの⁸³も存在する以上、上のような帰結は明らかに不当である⁸⁴、ということである。

とはいえ、この批判に応えることも、一応不可能ではないとされる。順を追って説明すると、まず、第一点目との関係では、そもそも量刑スケール論をとったからといって、法定刑を均等に分割しなければならない理由はない⁸⁵。むしろ、「われわれ人間の感覚は、『刺激』の程度が増加するにしたがって刺激を受ける『感覚』の増加の程度は低下する」のであり⁸⁶、これは心理学において確立している知見である⁸⁷。そうであれば、法定刑の分割は、下方では密に、上方では疎に行うべきことになる。したがって、量刑実務において宣告刑が法定刑の加減付近に集まるのは自然なことであるということができると、量刑スケール論は量刑実践に対して大きな是正を迫るものには必ずしもならないし、より直接的に第二点目と関連する形でいえば、「立法者は、その下限付近にピークが来る変則的な量刑スケールとして法定刑を構想したのだと解することもそれなりに合理的である」⁸⁸。第三点目との関係でも、例えば法定刑が引き上げられた場合に、その改正趣旨・理由に照らして、これが量刑実践自体の変更を意図したものでないと解されるのであれば、端的にその点を考慮して、「量刑スケールが、法定刑引き上げそれ自体によっていったんは上限方向に変更されたものの、立法理由・趣旨によって下限方向に戻されると同時に上限に新たな部分が追加される、と考えることもできるのである」⁸⁹。最後に、この他にも、例えば法定刑設定後における社会情

⁸² 原田（國） [2011] 30 頁。

⁸³ 原田（國） [2011] 26 頁にいう、「量刑支障型」の法定刑変更はこれにあたる。これは例えば、法定刑の上限が低すぎるために、量刑実務においてその上限付近の刑が言い渡される事例が頻発していて、その結果、この上限付近の事例に関して、罪刑均衡の観点から本来望ましい刑量の差をつけることが難しくなっているため、法定刑を引き上げることによってこれを可能とする、といった場合である。この関連では、村越 [2011] 235 頁以下、小島 [2011] 76 頁以下、小島 [2006] 98-99 頁も参照。

⁸⁴ 小池（信） [2009] 626 頁。

⁸⁵ 野村（和） [2007] 33 頁参照。

⁸⁶ 具体的に説明すると、例えば懲役刑が「1 年か 2 年か」という違いと、「20 年か 21 年か」という違いは、同じ 1 年の差であるが、後者よりも前者の方が大きい差であるように感じられる、ということである。より卑近な例では、10 代の頃と比べて、年をとってゆくと 1 年の経過をあっという間に感じるようになる、という現象があるが、それと似たものであると思われる。

⁸⁷ 小島 [2007] 41-44 頁。

⁸⁸ 小池（信） [2009] 627 頁。

⁸⁹ 小島 [2007] 53 頁。こうすることで、上注（83）で言及したような場合への対応が可能となるわけである。もう少し具体的に説明しておく、例えば従来の量刑相場では軽い類型に 2 年、重い類型に 4 年という刑が科されていたとする。ここで、さらに重い類型があり、従来の相場に照らすと 6 年の刑が適切と思われるが、法定刑の上限が 5 年であったとする。そこで法定刑の

勢の変化が認められ、しかし立法による適切な対応がないといった場合には、「司法がその役割を『補完』すべきであり」、法定刑から直接に決定される量刑スケール（論者はこれを理念的量刑スケールと呼ぶ）を「裁判実務において修正することも許される」⁹⁰。量刑は、立法と司法の「分業的協同作業」⁹¹である以上、量刑スケール論の立場からも、理念的量刑スケールの司法による修正は許されてしかるべきなのである⁹²。こうして量刑スケール論は、立法による法定刑の設定を通じた量刑のコントロールと、量刑に対する司法の裁量との間で適切なバランスをとることができるのである⁹³。

確かに、このようにすれば、量刑スケール論はその難点を回避できるように見える。しかし、この提案に対しては、既に次のような指摘がなされている。すなわち、「(…) そのような多くの修正可能性があるとなると、量刑スケールとしての法定刑は、現実には、刑量決定を指導する規範的機能をもはや喪失しているのではないかとの疑問が湧く。すなわち、このように複雑に修正されたスケールは、現実には、個別の量刑の妥当性と離れてその内容を認識することはできないのであり、そうすると、その指示にしたがって妥当な刑を導き出しているというよりは、他の手段により当該事案で妥当と考えられた刑を、『修正された量刑スケールの指示によるものである』と後から説明しているにすぎないように思われるのである。とすれば、量刑スケール論に固執することは、立法による司法のコントロールの徹底に『名目上』こだわっているにすぎず、その意義はあまり大きくないと考えられる」⁹⁴。

この指摘は完全に正当であり、これだけでも決定的であると考えられるが、さらに補足すれば、まず既述の通り、量刑スケール論の究極的な趣旨は、法定刑を通じた量刑の統制によって、量刑に罪刑法定主義の保障を及ぼすことにあったといえる。これはいわば、量刑に対する、形式的な統制である。この点をめぐる量刑スケール論に対する批判とそれに対する反批判については上述した通りであるが（前記整理の第二点目にあたる）、この反批判の妥当性には疑問がある。すなわちそもそも、もし立法者が、法定刑を何らかの形で——等分であれ、あるいは「下方は密、上方は疎」という形であれ——分割して、それを量刑スケールと

上限を 8 年に引き上げる。この場合、量刑スケール論の立場からは、法定刑は量刑スケールとしての機能を有するのだから、全体の幅が広がれば、その中の分割点の間隔も広がる（100cm のゴム紐を 5 つに区切れば、各分割点の間隔は 20cm になるが、この紐を 150cm に引き伸ばせば、間隔も 30cm に広がる、ということと同じである）。そうなると例えば、量刑スケール全体の幅が 1.5 倍に伸びているわけであるから、これからは軽い類型に 3 年、重い類型に 6 年の刑を科すべきことになりそうである。つまり、量刑スケールが、一旦は上限方向に変更される。しかし、立法趣旨によって下限方向に戻される。すなわち、軽い類型に 2 年、重い類型に 4 年という相場は変更しなくてよいというのが立法趣旨である以上、それに従う。その上で、いまは法定刑の上限が上がっているので、さらに重い類型に 6 年の刑を科することもできる。つまり、量刑スケールの上限に新たな部分が追加されている。このようなことが述べられているのである。

なお、法定刑の改正と量刑の関係に関する明快な整理として、村越 [2011] 234 頁以下、特に 239 頁の整理表を参照。

⁹⁰ 小島 [2007] 46 頁。

⁹¹ 川崎 [1991] 16 頁。

⁹² 小島 [2007] 55 頁。野村（和） [2007] 35 頁も参照。

⁹³ 小島 [2007] 57 頁。

⁹⁴ 小池（信） [2009] 627-628 頁。

して利用することを念頭に置いていたとしたら、現行刑法が、ドイツ刑法にみられるような構成要件の細分化——すなわち、特定の犯罪類型をさらに軽い類型や重い類型に法律上分割して、そのメルクマールを示すとともに対応する刑の幅を設定すること——を行わずに、幅広い法定刑を定めるにとどめているという現状は、いかにも不自然ではないだろうか⁹⁵。もちろんここで、それでも立法者は、この幅広い法定刑を量刑スケールとして用いることを意図していたのだ、と強弁することは不可能ではないのかもしれない。しかし、現行刑法が構成要件を細分化せず、あるいはまた、量刑基準に関する規定を置いていないという、この動かぬ事実を、立法者が量刑に対して法律による統制を及ぼすことをさほど重視していなかった——すなわち、量刑を端的に裁判所の手に委ねていた——という立法者意思解釈に繋げないままにしておくのは困難である。この問題に関する納得のいく説明がない限り、前記主張は、苦しい主張の域を出るものとはなり得ないであろう。そうするとさらに、もし量刑に対する罪刑法定主義の保障の必要性を真摯に受け止めるのであれば、この点での真摯さに欠けるとされる現行刑法を不動の前提とした解釈論にとどまらず、端的に立法論を展開するのが筋ではないかという着想も浮かぶ。この点については下で改めて言及する。

それ以上に、そもそも量刑スケール論をめぐる議論においては、量刑に対する実質的な統制を及ぼそうとする上で、法定刑と量刑傾向はどちらが優れているのか、という観点がほとんど欠けていたように思われる。そこで検討すると、実質的に正当な法定刑の量はどの程度かという問題は、究極的には絶対的均衡性の問題であり、この回答を理論的に導出することは原理的に困難である⁹⁶。つまり、確かに量刑傾向の規範的・実質的正当性は疑わしいかもしれないが、法定刑の実質的正当性も結局のところ、少なくとも同程度には疑わしいというべきである。ところで、積極的一般予防効果をはかるためには「公衆の正義観念」に沿った科刑を実現することが肝要であるから⁹⁷、法定刑にせよ具体的な刑量にせよ、(理想としては)経験的調査を通じて、公衆の正義観念に沿った量を確定し、それを実現することを目指すべきである。しかし、これもきわめて困難な課題である⁹⁸。もっとも、一般的・抽象的な

⁹⁵ 遠藤 [2011] 65-66 頁と比較せよ。

⁹⁶ 上注 (11) 参照。

⁹⁷ 本章 I. 3-1. 参照。

⁹⁸ 特に、第 3 章 I. 3. 注 (128) およびその本文部ならびに同 II. 2-1. 注 (351) を参照。まず、ある犯罪に対する法定刑の設定を公衆に問う場合、彼らは当該犯罪のうち (実際には稀であるような) 極めて重大な事例を典型例として思い浮かべる傾向にあるため、この点の手当をせず、例えば「強制性交等罪の法定刑は重すぎますか、軽すぎますか」などとアンケートをとっても、公衆の正義観念を正確に認識することはできない。とはいえ、公衆に、当該法定刑に含まれるあらゆる事件類型を認識してもらい、それらを総合的に判断した上で、自身の直観に従って法定刑の軽重を判断せよというのは、現実的にみて無理であろう。次に、具体的な設例を複数示し、素人に量刑判断をしてもらうという調査手法によれば、特定の個別的事件に対する具体的な刑量について公衆の直観を認識することはできそうに思えるが、そもそも彼らの直観は、各事件の相対的な軽重関係 (相対的均衡性判断) については高度に一致する傾向にあるが、各事件に実際に言い渡される刑量 (絶対的均衡性判断) については大きなバラつきを見せる傾向にある。例えば、1 人の人を殺害するよりも 2 人を殺害する方が、より重い刑に値するという点では極めて多くの人々が一致するが、では後者の場合に死刑が適切なのか、あるいは無期刑かという点では、人それぞれの意見が示される傾向にあるのである。そうすると、公衆の絶対的均衡性判断を経験的に

観点から定められる法定刑よりも、個別具体的な事件と向き合うことを通じて形成されてきた——同時に、裁判員裁判を通じて修正される契機も制度的に保障されている——量刑傾向の方が、公衆の正義観念にかなっている可能性が高いというべきではないだろうか。なぜなら、裁判官（およびもちろん、裁判員）もまた公衆の一人であり、その正義観念をある程度は共有し、それを可能な限りすくい上げる形で量刑実践を積み重ねてきたものと想定できるためである⁹⁹。要するに、実質的に正当な量刑の認識には、立法よりも、大量の具体的な事件の処理を通じて実践知を蓄積できる司法の方が適しているというべきなのである¹⁰⁰。そうであれば、実質的正当性という局面において、量刑スケール論（法定刑に依拠した刑の数量化論）は、量刑枠論（量刑傾向に依拠した刑の数量化論）に劣後するというべきである。

その上で、量刑に対する、立法によるさらなるコントロールを目指すのであれば、あるべき刑の数量化基準を、「これまでの『量刑相場』を踏まえた専門家によって作成される制定法のルールにして明確化しておくのが望ましい」¹⁰¹というべきであって、すなわち、端的に立法論を展開すべきではないだろうか。そもそも、具体的な量刑に際して尺度として用いる

調査して、それを現実の量刑に反映させるというプランに、大きな積極的一般予防上の利益を期待することはできない。なぜなら、そもそも人々の判断が一致しないので、ある人の判断に合わせればその人は喜ぶが、他の人は不満に思う、ということが起こるためである（刑法に対する道徳的信頼が毀損されると遵法性が低下するという経験的証拠があるため、一方の人は遵法性が高まるが他方は低まることになり、結局のところ予防上の利益があまり期待できないということである）。

以上から、法定刑にせよ具体的量刑にせよ、それを、公衆の正義観念に関する経験的調査を踏まえて、その結果に合わせて設定することで積極的一般予防をはかろうという企ては、机上の理論としては成り立ちうるが、現実的にはほとんど不可能であって弊害の方が大きいと考えられるため、避ける方が望ましいと思われる。公衆の正義観念の実現は、あくまで「相対的均衡性」の領域で行うべきであり、かつ、それで十分であろう。

⁹⁹ 松本（時） [2003] 930 頁参照：「量刑の相場とは、刑事裁判実務が、長年にわたって具体的な犯罪の『罪の重さ』に対する判断を積み重ねることにより形成してきた具体的基準であって、その根底にあるのは国民一般の価値基準にほかならない。この価値基準は（…）国民全体としてみると共通して存在する道徳的、倫理的な感覚ないし『正義感覚』によって支えられたものということができる」。また、遠藤 [2011] 169-170 頁（同 82 頁も見よ）は、「数値化された量刑の正当性の究極の根拠」は、「その量刑としての数字が、最終的には国民全体としてみると共通して存在すると考えられる道徳的、倫理的な感覚ないし『正義感覚』によって支えられているということである」とした上で、量刑相場は「このような正義感覚や健全な社会常識を反映した量刑判断の蓄積として形成されてきたと考えられてきた」と述べる。なお論者は、同じ箇所において「この正義感覚の内容は、必ずしも実証的なものではないかもしれない」とも認めているが、本稿の考え方からすれば、それは確かに現時点では実証的でないかもしれないけれども、今後、実証的な裏づけを進めることが原理的に可能であって、その意味で論者の考えは、これが実務感覚に合致するかどうかとは独立に、理論的にも支持できるものである。

¹⁰⁰ 野村（健） [2020a] 144 頁も、量刑スケール論の非現実性を指摘した上で、「結局、法律の枠内でそれまで積み重ねられてきた価値判断を一応正しいものとして前提とし、それと整合性のとれた量刑を行うことで、『正しい刑』を探っていくのが、とり得る最善の方法だということになる」と述べている。井田 [2012] 65 頁、井田 [2010] 465 頁も参照。

¹⁰¹ 松宮 [2006a] 88 頁。

ことを念頭に置いて設定されたわけではない法定刑を——均等に分割するのはあまりに粗雑であるから、例えば対数関数¹⁰²を用いて、下限付近は密に、上限付近は疎になるように分割するとしても、結局は——機械的に分割するだけでは、いわば片手落ちであろう。例えば、その分割作業自体を立法者が行った上で、そうして分割された各領域に属する典型事例を参考資料などとして明文化するといった、十分な立法的手当てを行ってはいじめて、量刑スケール論の描く理想は真に満足されうるというべきである。このような立法論を展開せず、事実として量刑スケール論に適合するようにはデザインされていない現行法制度は動かさないうまま、無理に量刑スケール論の理想を外観上実現させようとするところに、この理論の根本的な限界があると言わざるを得ない。逆に言えば、もしそのような立法が実現するならば、当然、量刑スケール論を採用するべきである。というよりも、その時には、量刑枠論か量刑スケール論かという論争自体が、幸いにもその役目を終えることになるだろう。

以上を要するに、量刑スケール論に関するこれまでの理論的蓄積は、量刑立法論の方面で活用するべきである。逆に、現行法の枠組みを前提とする限り、量刑スケール論は採用できない。量刑枠論をとり、量刑傾向との比較を通じた刑の数量化プロセスを主とするべきであって、その際に法定刑が果たす役割はせいぜい、これに「明らかに反するような刑量水準を許さないという意味での『ささやかな』規範的指示を発」することにとどまるのである¹⁰³。

2-1-1. 補論：量刑傾向の事実的拘束力について

改めてまとめると、上では次のようなことを述べた。すなわちまず、刑法は一般に、公衆の正義観念に従った処罰を目指すのが望ましい（なぜなら、それによって積極的一般予防効果が生じるためである）。量刑における刑の数量化の場面においても、このことは基本的に同様に妥当する。ところで、既述の通り、この点で量刑傾向には固有の長所がある。すなわち、司法は大量の事件処理を通じて、いわば「直観的に正しい刑」（つまりそれが積極的一般予防にかなう刑である）は何かという問題に関する実践知を蓄積することができるのであり、量刑傾向は、この実践知を反映したものとみなすことができるのである。つまり、量刑傾向に従うことが常に積極的一般予防のための最善の手段であるとまでは断言できないものの、「従来の量刑傾向は公衆の正義観念から乖離している」というべき特段の理由がない限り、それに従っておくことが、積極的一般予防の実現を目指す上で、現状において我々にとりうる最善の手段である、ということである。

このような考え方は、一見する限り、量刑傾向に、事実的拘束力を超えた規範的拘束力を認める方向に道を開くものであるようにも思える。そこで、少し脇道に逸れることにはなるが、補論として、この問題について簡単に言及しておく。

まず、少なくとも、「量刑相場は、その種事案ではそのような水準で量刑されてきたという慣行にすぎないのだから、それに法的ないし規範的な拘束力がないとの理解は、実体的量刑理論の見地からは、正当というほかない」¹⁰⁴とまでいうことは、本稿にはもはやできない。量刑傾向は、絶対的な実質的正当性を備えているとは到底いえないものの、「慣行にすぎな

¹⁰² 小島 [2007] 42 頁。

¹⁰³ 小池（信） [2009] 628 頁。安田 [2011a] 276 頁も見よ。

¹⁰⁴ 小池（信） [2009] 630 頁。

い]わけでもなく、そこに実質的正当性に漸近するための鍵が含まれていると推定することが合理的なもの——別の角度からいえば、絶対的均衡性という、根本的な理論的説明は原理的に不可能な難問に取り組む上で、我々が現在用いる資料の中で、もっとも信頼性が高いもの——である。それゆえ、量刑傾向は、単なる事実を超えた一定の規範性を有するということは認めなければならない。

しかし、そもそも「量刑傾向に規範的拘束力を認める」ということの意味を、量刑傾向に「反する量刑は、直ちに違法となり、控訴審でも実質的に量刑不当として是正すべきということになる」¹⁰⁵と理解するのであれば、上述してきた考え方を前提としても、量刑傾向に規範的拘束力を認めるべきことにはならない。これに対して、量刑傾向の事実に拘束力の意義と根拠に関する有力な理解は、それを「『判例の拘束力』に準じたものとして理解することができる」¹⁰⁶とした上で、法規範でないものが「事実的」拘束力なるものを持つことの根拠については、次のように述べている。すなわち、最高裁が下級審判決を破棄する機会は、制度上きわめて限定されているため、「最高裁判例に、量刑水準全般についての指導的役割を期待することはできず、それについての判断の統一ないし公平は、裁判例から読み取れる実務の趨勢を尊重することによってしか達成できない。(…)〔それゆえ、〕一般的にいて、それを『国の裁判所のあるべき判断』として尊重し、その幅から逸脱しない判断をすべきことは、国の裁判所の一員としての裁判官の職務上の義務であるということになる」¹⁰⁷。つまり、この見解においては、量刑傾向に事実上の拘束力を認めることの根拠は、「判断の統一ないし公平」を期すべき「裁判官の職務上の義務」に求められていることになる。ここにいる量刑判断の統一性・公平性というのは、要するに量刑の相対的均衡性と同義であるから、そこから量刑傾向の重要性が導き出されるのは当然の成り行きといえよう¹⁰⁸。しかし、このような公平性の観点に訴えるだけでは、「量刑傾向に従うということは、(…)それだけでは、いわば平均的な正義にかなうだけであって、そのような量刑傾向全体が原則として正当であるという価値判断が加わらなければ、刑罰の正当性は担保されない」¹⁰⁹という疑念

¹⁰⁵ 原田（國） [2011] 81 頁。

¹⁰⁶ 小池（信） [2009] 631 頁。

¹⁰⁷ 小池（信） [2009] 633 頁。

¹⁰⁸ 現に、実務家の手による、「量刑相場が、量刑の具体的基準として実務家に受け入れられているのは、同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対し、(…)量刑に著しいばらつきがあると、被告人に強い不公平感が生じ、刑事司法に対する社会の信頼をも失う結果となりかねないことなどを根拠とする」（岡田 [2002] 484 頁）という指摘は、量刑傾向が量刑の相対的均衡性の担保にとって決定的な役割を果たしていること、および、相対的均衡性を尊重することの意義は、刑事司法に対する社会の信頼の維持、すなわち積極的一般予防効果にも求められることを明確に示している。量刑傾向の参照を通じて量刑の公平性を担保することの重要性については、原田（國） [2008] 3 頁、伊藤＝前田（巖） [2010] 373 頁、遠藤 [2011] 81 頁、河原 [2017] 552 頁なども参照。

以上に対して、この点における小池説の独創性は、量刑傾向の判例的機能をも指摘したところに求められるが、これも正当な理解と思われ、賛成できる。その一方で、岡上 [2011] 44 頁は、量刑傾向と専門家の鑑定のアナロジーから、その拘束力を導き出すが、比喩の違いはあれ、実質的には小池説と対立するものではないと思われる。

¹⁰⁹ 河原 [2017] 557 頁。

を免れない。すなわち、事実として形成されてきた量刑傾向が、規範的な意味で「真に正しい量刑」と一致している保障はない以上、量刑傾向についてそのような拘束性を認めることには慎重でなければならないという批判の余地が残るのである¹¹⁰。しかし、これに対しては次のように応答することができる。すなわち、そもそも「真に正しい量刑」を発見することなど到底不可能である（それは我々の認識能力の限界を超えているし、それ以前に、真に正しい量刑というものが「存在」するかどうかとも疑わしい）一方で、量刑傾向は「真に正しいと感ぜられる量刑」（感ぜられる、という表現に不満があるとすれば、正しい〔可能性が高い〕と合意できる量刑、と言い換えてもよい）に関する実践知の積み重ねを反映したものであるから、他の量刑統制手段（例えば法定刑）と比べて、実質的正当性（積極的一般予防上の有益性）においても優越していると推定することには合理性がある、と¹¹¹。とはいえ、そういうことによって、前記論者の見解に変更が求められるわけではない。例えば論者は、上述の見解から導かれる、量刑傾向からの逸脱に関する一般的な正当化根拠を、「相場からの逸脱が許されるのは、裁判官が、（…）（個人的ではなく）社会全体の意識の変化を感じ取り、その方向に裁判所全体の判断を誘導できるという自信を持った場合に限られる」¹¹²という形で定式化しているが、これには本稿も賛同できる¹¹³。このような意味で、量刑傾向には事実的拘束力があると理解するべきであろう¹¹⁴。あるいは、上に見たような規範的拘束力までは認め

¹¹⁰ 城下 [2019] 248-249 頁はこのような趣旨の批判として解釈できると思われる。

¹¹¹ 真に正しい量刑の発見不可能性については本章 I. 3-4-1. を、実践知の積み重ねという点については本章 I. 2-1. の末尾を参照。

¹¹² 小池（信） [2009] 634 頁。野村（健） [2020a] 152 頁もこれに賛同する。

¹¹³ あえて付け加えれば、論者の考え方から内在的に導かれる規範的結論としては、（たとえ問題となっている逸脱が、国民の意識・感覚からは離れていたとしても）「裁判所全体の判断を誘導できる」という見込みさえあれば量刑傾向の逸脱が許されるということまでであり、さらにそれが、「社会全体の感覚の変化を感じ取」った場合に限定されていることの根拠は、裁判所が現に社会全体の感覚ないし国民（公衆）の意識を重視していることから、そうしなければ裁判所全体の判断を誘導できないであろうという事実に過ぎない、という点は一応指摘できる。もちろん、ここでは量刑の統一性を志向することが規範的に重要である以上、そのために現に利用できる最善の手段を用いるよう要求するのは当然のことである。ただ、本稿の考え方からは、社会全体の感覚に注意することには、裁判所を誘導するためにはそれが有利だからという道具的価値だけでなく、それが積極的一般予防に資するという別個の道具的価値も認められるのであり、その意味で論者の考え方とは、おそらく社会全体の感覚に対して認める意義が微妙に異なる。

¹¹⁴ なお、量刑傾向に（法規範のような）規範的拘束力はないが事実的拘束力があると認める見解の中でも、①「量刑相場の基準性を明確に承認する見解」と、②「基準というよりも相場としての量刑参考として位置づける見解」があると整理されることがあるが（原田（國） [2011] 81 頁）、この図式の内部では、一見すると、私見は①に属するということになりそうである。もっとも論者は、そのすぐ後で、「前者によれば、量刑相場に反する量刑は、少なくとも量刑不当ということになる。後者によれば、量刑相場に反していても、それなりの事案に相応した理由があれば、それだけでは量刑不当ということにはならない」と述べている（同上。なお、論者自身は②の採用を表明している）。そうなると、私見は②であるということになる。

とはいえ、後述するように本稿は、責任刑の数量化との関係で、ある量刑は、量刑傾向に収まっていれば、その量刑は責任刑の枠内にあると考えられる一方、量刑傾向から逸脱したからとい

られないが、規範性が全くないわけでもないという意味で、「弱い規範的拘束力」があると言った方がよいかもしれない。ただ、さらに裁判員裁判の場面を考える場合、既述の通り量刑傾向は公衆の正義観念を反映してきたものであるから、その意義ないし一定の拘束性が消え去ることは到底ないとはいえず¹¹⁵、裁判員の判断・感覚は、公衆の正義観念をよりよく反映していると想定できるとすれば、量刑傾向の拘束力は、裁判官に対するよりは、裁判員に対する場合の方が弱くなる¹¹⁶と考えることにはなるかもしれない¹¹⁷。

なお、この問題は、量刑傾向からの逸脱の正当化根拠に関する問題と関連している。これについては、本章 I. 3-4-2-2. で言及する。

2-2. 量刑傾向を参照した二段階的数量化モデル：野村説の検討

かくして、具体的事件における刑の数量化は、量刑枠論を前提として、当該事件が、その属する社会的類型の内部でどの位置にあるかを把握し、それと連動させる形で、当該社会的類型の量刑傾向の中から宣告刑を確定する、という方法によって行うのが適切である。しかし、我々が本当に知りたいのは、その先である。すなわち、この方法は、より詳細に観察するとき、どのようなプロセスを辿るものとして理論的に定式化できるであろうか。この点、最近のわが国では、ドイツの議論を参照しつつ、この定式化作業に取り組む注目すべき論考

って即座に責任刑をも逸脱したことになるわけではないが、少なくともその疑いは生じるため、責任主義違反の有無（および、量刑傾向からの逸脱の正当化根拠）を特に検討する必要がある、という考え方をとる（本章 I. 3-4-2-2. 参照）。これは、量刑傾向は責任刑を導出する上で、基本的には基準として機能する、と言い換えることもできよう。そうすると厳密には、私見は上記①と②の中間に位置するといふべきかもしれない。いわば、量刑傾向の基準性を原則として認めるが、そこからの逸脱の正当性も一定の要件のもとで認める立場、である。

¹¹⁵ 特に、松本（時） [2006] 14 頁。

¹¹⁶ とはいえ論者も、「裁判員制度の導入にあたって、『刑の量定』に、裁判員も関与することとされたことないしその趣旨から、これまでの量刑相場は拘束力が弱められた状態となったといふことができる。（…）量刑決定に裁判員が関与することとされたのは、国の裁判所としてあるべき量刑水準を探るにあたって、裁判官だけが判断するよりも、非法律である一般国民との協働により判断したほうが、よりよい判断が得られると考えたからにほかならない」（小池（信） [2009] 636 頁。同旨として、原田（國） [2011] 81 頁以下、神山＝岡 [2009] 56 頁など）と述べており、この結論にも基本的には賛同できる。ただ、そこからさらに遡って、なぜ一般国民と協働した方が量刑水準についてよりよい判断が得られるのかと問われた場合に、本稿は、そうした方がよりよく積極的一般予防が実現されると期待できるから、と回答することになるというだけである（もちろん、可能な回答がそれに尽きるとは考えていない）。

¹¹⁷ とはいえ、裁判員による判断は、問題となっている事件との関係でのみ行われる一回的なものであり、素人の量刑判断に関する経験的研究において一般的に行われているような、複数の事件シナリオを示して、それらに対する被験者の量刑判断を集計することで、一般化された形で素人の感覚を抽出するというプロセスとは状況が大きく異なっているともいえる（第 2 章注（345）。金岡 [2010] 90 頁も参照）。逆に、量刑傾向は、大量の事件処理の積み重ねを背景にしているという点で、裁判員による一回限りの判断にはない強みを有している。したがって結局、量刑傾向の、裁判員に対する拘束力の相対化は、あまり強調すべきではないであろう（小池（信） [2016] 359 頁も結論同旨）。

が公表されている¹¹⁸。そこで以下では、これの検討を通じて、刑を数量化するための、より具体的なモデルの獲得を目指すことにする。

論者の問題意識の淵源は、量刑の「加重・軽減」という概念の意味を明確化すべきではないか、という点にあるといえる。例えば我々は、窃盗罪の量刑において、被告人が経済的に困窮した状態にあり、それを苦にして犯行に出たものであるという事情は、責任を減少させるものとして量刑を軽減する方向で評価される、といった言い回しを何気なく用いる。ところで、経済的困窮状態が軽減事由であるとすると、被告人は経済的困窮状態に「なかった」という事情は、軽減事由の不存在に過ぎないのだから、量刑を重くも軽くもしない、中立的な事情として把握されるべきであって、これだけをもって量刑を加重することは許されない、という発想が生まれる。これをより一般化すれば、「刑を軽くする事情の不存在は刑を重くするものと評価してはならず、刑を重くする事情の不存在は刑を軽くするものと評価してはならないという原則」¹¹⁹（不存在考慮禁止テーゼ¹²⁰）が見出されることになる。

しかし、ここには、そもそもの概念的レベルにおいて混乱があることを論者は指摘する。例えば、被告人は経済的困窮状態に「なかった」という否定的な記述方法をとれば、当該事情は軽減事情の「不存在」として把握される。しかし、同じ事情は、被告人は良好な経済状態に「あった」というように、肯定的な形で記述することもできる。そうであれば、当該事情はむしろ加重事情の「存在」にも見えてくる。このように、「ある事態を記述する言葉が肯定的なものか否定的なものかは、記述される事態の実質とは必ずしも関係がなく」¹²¹、要するに、どうとでも言うことができってしまうため、こういった方法によって量刑事情の評価方向を確定することは不適切なのだ、というのである。

論者によれば、このような概念的混乱を避けるためには、「基点」概念が必要になる。基点とは、「『刑を重くする（加重）』『刑を軽くする（軽減）』という処理の前提となる、『重くも軽くもしない（されていない）状態』を示す概念であり、例えば、論者が挙げている例に沿っていえば、殺人罪の量刑における「ひもで首を絞めている」という事情が、加重事情なのか軽減事情なのかを確定するためには、「標準的な殺害手段」という基点事情が設定されていなければならない¹²²。量刑事情の評価方向は、基点事情の確定を論理的前提とするのである。

同様のことは、個別的な量刑事情を超えた、事件全体のレベルでも指摘できる。つまり、行為責任ないし犯罪行為の重さに応じた刑を量定するための「手がかりとして、当該構成要件に該当する『標準的な事例』とその責任に応じた『標準的な刑』を想定し、それよりも重

¹¹⁸ 野村（健） [2020a] 109 頁以下〔初出 2017 年〕。

¹¹⁹ 林（美） [1992] 137 頁。ドイツでは、この原則は比較的早い時期から承認され、議論を呼んできた（ドイツにおける判例と学説の検討として、同上 138 頁以下）。

¹²⁰ この名称は野村（健） [2020a] 114 頁による。

¹²¹ 野村（健） [2020a] 114 頁。

¹²² 野村（健） [2020a] 109 頁。例えば、けん銃による射殺が基点とされるならば、それよりは、ひもを用いた絞殺の方が人の生命に対する危険性が低いであろうから、この事情は軽減方向で考慮されることになる。逆に、特に道具を用いない、殴る蹴るの暴行による殺害が基点とされるならば、基本的には、それよりは絞殺の方が危険性が高いものとして、加重的に考慮されることになると思われる。

い事案にはより重い刑を、軽い事案にはより軽い刑を科すという方法が考えられる」¹²³。このようにして、事件全体を評価するための基点、すなわち基点事例の確定もまた必要とされてくるのである。

それでは、基点事例と基点事情は、どのように確定すればよいのであろうか。この点で、従来の議論は、大まかに要約すれば次のような発想を共有してきたようである。まず、第一に確定すべきは、基点事例である。すなわち、構成要件ごとに、当該犯罪の「典型例」のようなものを一つ確定して、それを基点事例とする。続いて、当該典型例を構成する様々な事情を、それぞれ基点事情として把握する。以上の作業が完了すれば、あとは事件全体レベルの評価であれ、個別の量刑事情の評価であれ、その方向は、基点事例・基点事情との比較を通じて、自ずと定まることになる。こうして問題は解決するというわけである。

そうであるならば、基点事例の設定が先決問題となるが、この設定方法をめぐっては、「規範的標準事例」を基点とするのか、それとも統計的な最頻出事例（経験的な通常事例）という意味での「通常事例」を基点とするのかというアプローチの対立がある¹²⁴。

規範的標準事例を求めるアプローチは、「刑法総則・各則の規定から各メルクマールの標準値を抽出しようという構想」に基づいている¹²⁵。法律の規定に裏づけられた量刑を志向するところにその趣旨があり¹²⁶、その意味では、上にみた量刑スケール論と同根の発想に基づいているといえよう。規範的標準事例アプローチに関するドイツにおける議論は既に十分に紹介されているため¹²⁷、詳細はそちらに委ね、ここでは概略のみを説明する。

まず、ドイツの判例において、強姦罪の量刑の際に「行為者は避妊をしなかった」という事情を加重方向で考慮することが許されるかということが問題となったが、これについて「規範的標準事例」論に立つ論者は、強姦罪の保護法益には、性的自己決定のみならず、望まない妊娠の防止も含まれるという考え方を前提に、避妊をしないということは強姦の規範的標準事例に含まれる事情であって、したがってその加重的考慮は許されない、という主張を展開した。

しかし、「妊娠のリスクが犯罪成立の必要条件ではない以上、刑法がその存在を『標準』と捉えていると解釈すべき必然性はない」¹²⁸。その趣旨はおそらく次のようなものである。まず仮に、一定程度の妊娠リスクの存在が強姦罪成立にとっての必要条件であったとすれ

¹²³ 野村（健） [2020a] 110 頁。

¹²⁴ 特に、野村（健） [2020a] 124-125 頁参照。これに対して、林（美） [1992] 155 頁は、基本的に同一の意味で、「規範的通常事例」および「（統計的）通常事例」という語を用いている（さらに、これを受けて、原田（國） [2011] 29 頁もこの用語法を採用している）。しかし、元々のドイツ語に照らすと、前者は„normative Normalfall“であり、後者は„Regelfall“であるから、両者は訳し分けるのが望ましいと思われるし、そうした方が、日本語表現としてみても、規範的な「標準」になるべき基点事例を設定するのか、それとも経験的に「通常」な事例を基点とするのかという両者のニュアンスの違いを明瞭に示すことができると考えられる。したがって、野村に従った用語法を採用する。

¹²⁵ 野村（健） [2020a] 118 頁。

¹²⁶ 特に、野村（健） [2020a] 119 頁注（45）参照。

¹²⁷ 野村（健） [2020a] 119-122 頁参照。

¹²⁸ 野村（健） [2020a] 119 頁。

ば、そもそも二重評価禁止原則¹²⁹の観点から、一定の妊娠リスクの存在それ自体をもって量刑を加重することは許されないことになる。なぜなら、「妊娠リスクの存在は強姦罪成立の必要条件である」という前提に立つならば、強姦罪の量刑の際に参照されている量刑傾向の内部では、それに対応する個別具体的事件の全てにおいて一定の妊娠リスクが存在していることになるはずだからである（逆に、妊娠リスクが生じていなかった場合には、量刑に入るまでもなく、そもそも強姦罪が成立しないことになるはずである）。つまり、比較対象となっている量刑傾向の全体において、一定の妊娠リスクの存在が「織り込み済み」になっているのであるから、問題となっている事件においてそれと同程度の妊娠リスクが認められたことをもって、その量刑を当該量刑傾向との関係で加重的に考慮する（つまり、上記妊娠リスクの存在という事情を、当該量刑傾向の幅の中で、当該事件の量刑を重い方に位置づけることの根拠として考慮する）ことは、論理的に誤っていることになるのである¹³⁰。

それゆえ、一定の妊娠リスクの存在が強姦罪成立の必要条件であったとすれば、それ自体による加重的考慮は二重評価禁止原則により当然許されないことになる。しかし実際は、妊娠リスクは強姦罪成立の必要条件ではない以上、この論拠はここでは援用できない。上にみた、「妊娠のリスクが犯罪成立の必要条件ではない以上、刑法がその存在を『標準』と捉えていると解釈すべき必然性はない」という言明はこのような趣旨をもつものと解釈できる（ただし、この一文について論者はこれ以上の説明を加えていないため、これが論者の本意に沿った解釈であるかは定かでない）。そうであるとすれば、正当な指摘であろう。

もっとも、厳密に言えば、二重評価禁止原則の問題と、刑法がいかなる典型例を「標準」と捉えているのかという問題とは、別次元のものである。とはいえ、二重評価禁止原則が使えないのであれば、結局、「妊娠リスクが強姦罪の保護法益に含まれている」という（ことを前提としても、その）こと自体から、一定の妊娠リスクの存在を刑法が「標準」とみなしている（したがって、同事情を根拠とした量刑の加重は許されない）という解釈を根拠づける

¹²⁹ 「既に法定構成要件の要素となっている事情を、量刑において重ねて考慮してはならない」という原則のことである。ドイツ刑法 46 条 3 項に定めがある。わが国における先駆的研究として、林（美） [1990] 135 頁以下。

¹³⁰ 以上の例では——そもそも妊娠リスクは強姦罪〔これもわが国の現行法上は強制性交等罪であるが〕を成立させる必要条件ではないため——わかりにくいかもしれないので、より端的な例を示せば、ある殺人事件の量刑において、「人を死亡させたこと」自体を理由に、殺人罪に関する量刑傾向に含まれている他の先例と比べて重い量刑を言い渡すことは明らかに不合理・不公平というべきであろう。その先例においても人は死亡させられているのであって（そうでなければ殺人罪に問われているはずがない）、その限りでは問題となっている事件と何ら変わらないためである。二重評価禁止原則の根本的な趣旨は、このような点に存するのである。

なお、二重評価禁止原則は、「いわば一種の論理法則のようなもの」と言われることがあるが（原田（國） [2008] 355 頁）、的確な表現であると思われる。それゆえ、ドイツ刑法のように明文規定をもたないわが国の量刑にも、二重評価禁止原則は当然に妥当する（野村（健） [2020a] 112 頁、川崎 [1991] 115 頁、林（美） [1990] 156 頁、井田 [1983] 67 頁など参照。これに対して村越 [2011] 224-225 頁は、その射程について日独の制度的相違を踏まえた慎重な検討を要すると指摘し、井田 [2007] 225 頁は、量刑枠論をとる場合には同原則は妥当しなくなるとするが、これらの指摘が上に述べた限りでの二重評価禁止原則を念頭に置いたものであるとすれば、賛成できない）。

ことは、確かにできない。というのは、まずこの場合、図式を単純化すれば、性的自由の侵害が犯罪成立の必要条件であり、その上で妊娠リスクも「保護法益」に含まれる——ここでは、妊娠リスクも量刑不法を左右する要素たりうる、という意味でこの語を用いる——とすれば、同罪の量刑は、性的自由の侵害はあるが妊娠リスクはなかった場合は軽く、性的自由の侵害があって妊娠リスクもあった場合は重くすべきことになる。しかし、ここで後者の方を刑法が「標準」とみなしている、と解すべき根拠はないはずである。前者の方を刑法は「標準」とみなしているのだ、という解釈も等しく成立しうるであろう¹³¹。こうして、「規範的標準事例」論は、二重評価禁止原則に訴えても自身の主張する帰結を根拠づけられず、その上、いかなる事例を刑法が「標準」と見なしているのかについても手がかりを得られない、という袋小路に陥るのである。

このことを別の観点から、一般的に定式化すれば、次のようにいうこともできる。すなわち、「『規範的標準事例』という構想は、『犯罪の成否』や『処断刑の形成』という類型的・抽象的判断に関する規定から、具体的な量刑のための標準値を導こうとするものであり、初めから不可能な試みであるように思われる。抽象的效果に関する規定から導くことができるのは、その抽象的效果の基準だけである」¹³²。この指摘は完全に正当かつ決定的であろう。「規範的標準事例」論は、刑法の規定のみから「基点」を設定しようとするが、それは原理的に不可能なのであって、刑法の規定それ自体から導き出しうるのはせいぜい二重評価禁止原則にとどまるのである¹³³。

さらに、補足として述べておけば、「規範的標準事例」論は、上にみた量刑スケール論と同様の、根本的難点を抱えている。つまり、この理論は、立法提案としては意味があるが、立法上の手当てなくして無理に現行法にこれを当てはめようとする、かえって不正義な量刑を招来すると考えられ、それゆえ、上述したように量刑スケール論は採用できないとすると、その時点で、「規範的標準事例」論をわが国において採用する可能性も消滅するように思われるのである。例えば、上の強姦事例において、仮に、参照されている量刑傾向の多くでは、（実際上は考えにくい）むしろ避妊具を適切に使用して妊娠リスクを低く抑えた犯行が通常であったとする。この場合でも当然、「規範的標準事例」論からすれば、避妊措置を取らなかったという事情を加重的に考慮することはできないことになる（この立場から

¹³¹ さらにいえば、仮に以上の主張を全て措いたとしても、そもそも妊娠のリスクには様々な段階を観念できる（避妊具を用いない性交であったか、あるいは、避妊具を用いはしたものの、その使用法に誤りがあったので、一定以上の妊娠リスクがあったのか、など）以上、そのいずれを刑法が標準事例・事情と見なしているかは、原理的に決定不可能であろう（野村（健）[2020a] 119-120 頁）。

¹³² 野村（健）[2020a] 122 頁。

¹³³ この点、野村（健）[2020a] 112 頁は的確にも、二重評価禁止原則「が示しているのは、『構成要件が実現された（保護法益が侵害された）』という抽象的評価をそのまま具体的な量刑の根拠とすることはできない、という論理則であり、具体的な実現態様（法益侵害の程度）に関わる評価は全て、その射程から外れるのである」と述べるが、これは、上に引用した一般的定式と表裏一体のものであるといえる。犯罪の成否や処断刑形成に関わる、その意味で抽象的なレベルにおける規定それ自体からは、やはりそれに対応する抽象的原則としての二重評価禁止原則は出てくるが、それよりも具体的な、刑量導出に関わる「基点」設定の方法に関する指針は出てこないのである。

すれば、重要なのは規範的に定められた標準事例であって、実際の量刑傾向がどうなっているかということは、法律の裏づけを欠いた、規範的に無視すべき事柄となるはずだからである)。しかし、それはかえって、「望まない妊娠の防止は強姦罪の保護法益に含まれる」という前提と矛盾するであろう。なぜなら、もし上の場合に、妊娠リスクが低く抑えられた場合に対する刑（これが、参照されている量刑傾向に現れた刑なのであった）から加重しない刑を科するのであれば、それは妊娠リスクの増加という、保護法益との関係で重要な事実を量刑上無視していることになるためである。

これを裏から言えば、「規範的標準事例」論は、それを正当なものとして展開しようとする限り、量刑スケール論の採用を前提とすることになるように思われる。刑の数量化において量刑スケール論をとらず、あくまで量刑傾向を基軸にするのであれば、その量刑傾向の中でいかなる事情・事例が通常のものであるのかということと、刑法の規定からいかなる事情・事例が標準的であると解されるかということ（を仮に決定できたとしても、それと）の間に必然的な関連性は存在しない以上、上にみたような「歪み」が、どこかで必ず生じてくるのである。そうであれば、上述した通り、量刑スケール論はわが国において採用できない以上、わが国において「規範的標準事例」論を採用することもまた、不可能である。

逆にいえば、量刑スケール論を採用し、それに対応した立法論を展開する上では、「規範的標準事例」論には意味がある。例えば、法定刑があり、それを分割する。分割された刑に、最も軽い類型、軽い類型、中間の類型、といった形で諸々の犯罪行為類型を当てはめてゆく。その上で、「最も軽い類型に当てはめられた刑の幅の中央に位置するのは、このような量刑事情の組み合わせからなる、このような事件類型である」というようにして規範的標準事例を設定するのであれば、それには意味があろう。そうすれば、具体的事件の量刑を数量化する際に、この標準事例ないしそれに含まれる事情に対応する量刑を「基点」として、そこから加重・軽減の操作を行ってゆくことができるためである。しかし、このような立法上の手当てを行わず、現行法制度を前提とする限り、「規範的標準事例」論は、上に示したような「歪み」を生むことになる。そもそも、既述の通り現行法は、法定刑を、それを量刑スケールとして用いることを念頭に置いて設定したものではないわけであるが、それと同様に、構成要件を、その中における規範的標準事例を念頭に置きながら定めたものでもない。「規範的標準事例」論の思い描く理想は、これまでの量刑傾向を網羅的に調査した上で、規範的標準事例の設定について議論を尽くし、それに関する立法者意思を定式化するという立法作業を行ってこそ、はじめて十分に満足されうるといふべきである。したがって、立法論の展開を目的とせず、現行法の枠組みを前提とする本稿にとっては、この理論は到底採用できないし、そもそも、立法論を準備・提案せずにこの理論を支持・展開することに、理論的または実践的意味があるとは思われない。この理論の構想は立法論においてこそ活きるのであって、現行法を前提とした量刑論への応用には、原理的に適していないのである。

それでは、(経験的な)通常事例を基点とするアプローチはどうであろうか。これは、基本的な方向性としては正当であると思われるが、問題は、それを具体化する方法である。少なくとも、例えば窃盗罪の中で最も経験的に(つまり統計的に)頻発している事例はこうであり、これを通常事例に設定して、あとはそれからの加重・軽減のみを問題にするというような、構成要件ごとに一つの基点事例を設定するという方法は、適切ではないであろう。な

ぜなら、「そこで選ばれた基点事例の量刑が正しいものである保証はない」以上、「比較対象を一つに絞るよりも、むしろできるだけ多くの事例を参考資料として用いた方がよい」といふべきであるし、また、基点事例が一つしかない、「例えば、ある構成要件について懲役 3 年相当の事例を『基点事例』とし、『マイナス 1 年』の事情があれば懲役 2 年、『プラス 7 年』の事情があれば懲役 10 年を科す」といった方法をとることになるが、少なくとも実務上、量刑はそのようには行われていないであろうし、かつ、このような方法は量刑を大雑把なものとするようになって、現在の実務を改善するどころか、むしろ改悪するものになってしまうだろうからである¹³⁴。

そうすると、刑の数量化はどのような方法で行うべきであろうか。ここで論者は、ドイツにおいて有力に主張されている二段階的数量化モデル¹³⁵を参照しながら議論を展開している。このモデルによれば、刑の数量化は、「①当該事案の中核をなす重要な量刑事情のみを先に評価して、大まかな量刑（の幅）を把握した後に、②それ以外の事情の考慮による微調整（加重・軽減）を経て、最終的な宣告刑（責任刑）を決める」という二つの段階を踏んで行われる¹³⁶。既に指摘されている通り¹³⁷、この二段階的数量化モデルは、近時の司法研究において提示された刑の数量化プロセス——すなわち、第一に問題となっている事件が属する社会的類型を確定し、それに対応する量刑傾向の幅を認識することで、当該事件が位置づけられるべき量刑の幅をまずは大まかに把握して、その上で第二に、この社会的類型の中で当該事件が有している個性、言い換えれば、当該事件の特殊性（その量刑にあたって特に注目すべきポイント）を認識・分析することによって具体的な宣告刑を絞り込んでゆく、というプロセス¹³⁸——とも整合的であるといえる。

このうち、まず第一段階においては、上述した通り量刑スケール論は採用できないため、類似事件の量刑傾向の参照を通じて、問題となっている事件にふさわしい量刑の幅を大まかに把握することになる。そうすると続いて、いかなる量刑事情に着目して社会的類型の「切り出し」を行うか、ということが問題となる。この点、社会的類型は、「特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型のこと」と定義できようが、こうなってくると、この第一段階においては一般情状事実を考慮してはならないのか、という問題意識が生じる。しかし、この段階の目的は「類似事例における量刑の大まかな把握にある以上、そこでの考慮事情は、類型的判断になじむか（他の事例でも言及されるようなメルクマールか）、量刑を大きく左右するか、といった基準によって選択されるべき」である¹³⁹。この観点からすれば、社会的類型の切り出しにおいて犯情事実が重要であるのは、それが、行為責任の原則からして一般に量刑を大きく左右すべき事情であると理解されるからである、ということになる。したがって、この段階での考慮対象を犯情に限定すべき必然性は存在せず、一般情状であっても、類型的判断になじみ、かつ一般に量刑を大

¹³⁴ 野村（健） [2020a] 127 頁参照。

¹³⁵ Streng [1989] 397 ff.; Streng [2012] Rn. 755-760.

¹³⁶ 野村（健） [2020a] 128-129 頁。

¹³⁷ 野村（健） [2020a] 129 頁。

¹³⁸ 上注（75）に掲げた文献および上注（49）の本文部を参照。

¹³⁹ 野村（健） [2020a] 132 頁。

きく左右するものと理解される限りで、考慮に入れることが許されよう¹⁴⁰。そうすると、この段階では、当該事件がいかなる社会的類型に属するかを確認し、それに対応する量刑傾向を把握することが基本となるが、重要な一般情状事実がみられる場合には、それも踏まえて量刑傾向を探索・把握すべきことになろう。

以上によって、参照されている社会的類型に対応する量刑傾向がもつ、大まかな刑量の幅が把握される。問題となっている事件は、特殊な場合を除いて¹⁴¹、この幅の内部に位置づけられることになるわけである。なお、この時点で考慮されている主要な量刑事情の程度を評価することによって、当該幅の内部において当該事件が占めるべき大まかな位置も認識されることになろう。

こうして、作業は第二段階に移る。素直に考えれば、ここでは、（第一段階では考慮の域外に置かれていた）より細かい量刑事情に着目しながら、問題となっている社会的類型に含まれている先例群を観察し、その中で、言ってみれば問題となっている事件に最も似ている（一つまたは複数の）事件を探して、それとの関係で刑を微調整すればよいようにも思える。しかし、これも既に指摘されているように、ここには、いわゆる「正解探し」¹⁴²の危険がある。「より具体的なレベルで当該事案に類似した事例を選ぼうとすればするほど、参照する事例の数は減ってゆき、その結果、全体の量刑傾向から外れた量刑をそのまま資料として用いてしまう可能性が高くなる」のである¹⁴³。量刑の精度を確保するためには（つまり、従来の量刑傾向を適切に反映した刑量を見出すためには）、比較対照される「サンプル」の数を一定以上に保つことが必要であるが、この方法によると、これが困難になってしまいかねないのである。また、さらに悪いことに、「第二段階で考慮されるのは、類型化になじまないために第一段階の考慮から外れた事情である。そのような事情は、当該事案に特殊な事情であることが多く、他の事例の量刑理由ではそもそも言及されていないことも少なくないと思われる。ところが、言及がないからといって、その事情が『存在しない』ことになるわけではない。例えば、参照事例の量刑理由に行為時の経済状況についての言及がなかったとしても、何らかの経済状況の下で行為がなされたことは前提となっているはずである。そこでは、参照事例の経済状況が明らかでない以上、当該事案との位置関係を正しく把握すること

¹⁴⁰ 野村（健） [2020a] 132 頁注（110）。この点、松山 [2010] 542 頁以下も、二段階的な数量化方法を前提としつつ、量刑事情を「大枠決定要素」と「調整要素」に分類し、犯情であるからといって全て大枠決定要素として考慮すべきことにはならないし、一般情状であるからといって全て調整要素としてしか考慮できないわけではないことを主張しており、注目に値する。具体的には、まず犯情について、「犯行態様と結果は、抽象化になじみ、他の事例との比較が容易である」ことからこれら大枠決定要素に位置づける一方、犯行の誘因や共犯関係、加功の程度といった犯情については、事案の特色が強く出るものであり抽象化・比較になじまないことから、これらを（犯情であるからといって）常に大枠決定要素に位置づけることはできないとする。また逆に、一般情状であっても大枠決定要素となることはありうるとして、裁判例の分析を通じて、覚醒剤自己使用事案では前科が、財産犯では被害弁償が大枠決定要素とされていることを指摘している。

¹⁴¹ すなわち、量刑傾向から逸脱すべき場合である。量刑傾向からの逸脱をいかなる場合に、どのような理由で認めるかという問題については、本章 I. 3-4-2-2. で述べる。

¹⁴² 中川 [2011] 265 頁。趙 [2014] 52 頁も参照。

¹⁴³ 野村（健） [2020a] 134 頁。

は難しくなるのである」¹⁴⁴。こうなってくると、第二段階の考慮プロセスとして上記のような方法を用いることは、賢明であるとはいえない。

この難点を解決するためには、次のような方法をとることができる。この点も、論者によつて的確に定式化されているため、それを引用すると、「第一段階と第二段階とで、異なる数量化基準を採用することが望ましい。すなわち、第一段階が『類似事例では通常どのような刑が科されているか』（類似事例に対する量刑の傾向）を基準とするのに対し、第二段階は『このような事情は、通常どの程度刑を重くする／軽くするのか』（類似事情の考慮の傾向）を基準とするのである（…）。第二段階では、『傾向』把握の対象を『類似事情』として一般化することで、広範な資料の参照が可能になる。（…）これにより、全体の傾向から逸脱した資料のみを参照してしまうリスクは、相当程度減少するものと考えられる」（圏点は原文による）¹⁴⁵。このような先例の収集と参照を行った上で、それを参考にしながら、問題となっている量刑事情が、当該事件の量刑をどの程度左右すべきものであるかを評価することになる。この作業を、他の量刑事情との関係でも繰り返せば、最終的に、当該事件において有意な量刑事情の全てについて、その評価が完了することになる。後はこれを、具体的な量刑に結びつけるだけである。すなわち、改めて確認すると、まず、既に第一段階において、主要な量刑事情の評価を通じて、当該事件に言い渡されるべき量刑の大まかな幅が見出され、また、より具体的に、これらの主要な量刑事情の程度をも評価することで、その幅の内部において当該事件が占めるべき位置が定まっている（下方か、中央か、上方かというように）。続いて、第二段階における、より細かい量刑事情の評価を通じて、先に定められた位置から量刑を少し「ずらす」ことになる。例えば、第二段階で考慮された事情として、強く量刑を加重する事情 X と、比較的弱く量刑を軽減する事情 Y があつたとすれば、それらを比較衡量して、比較的強めの加重を行うべきことになろう。

以上に検討した二段階的数量化モデルは、量刑傾向を具体的な量刑に適切に反映させるための方法論として優れている。それゆえ本稿は、この二段階的数量化モデルを採用する。

最後に、要約もかねて、この数量化モデルを下にまとめておく。なお、筆者の誤解がない限り、これはここまで重点的に参照してきた野村説と基本的に同じものである。

¹⁴⁴ 野村（健） [2020a] 133-134 頁。

¹⁴⁵ 野村（健） [2020a] 134-135 頁。

図表 3：刑の二段階的数量化モデル

☆刑の数量化＝「類似事例の量刑傾向の把握」＋「類似事情の考慮傾向の把握」

①第一段階：類似事例の量刑傾向の把握

- ⇒1. 問題となっている事件がいかなる社会的類型（＝特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型）に属するかを確定
- ⇒2. その社会的類型に対応する量刑傾向を把握（ただし、重要な〔＝量刑を大きく左右すると目される〕一般情状事実がある場合は、それも踏まえて量刑傾向を探索・把握）
- ⇒3. 当該事件の量刑は、当該量刑傾向の幅の内部に収めることになる（ただし、量刑傾向からの逸脱が問題となる場合は別論）
- ⇒4. ここで着目した量刑事情をより具体的に観察することで、当該幅の内部において当該事件が占めるべき大まかな位置（上方か、中央か、下方か、など）も認識可能

②第二段階：類似事情の考慮傾向の把握

- ⇒1. 第一段階では考慮されなかった、より細かい量刑事情に着目
- ⇒2. 当該量刑事情が、通常どの程度刑を重くし、あるいは軽くするのかを評価（そのための判断資料は、第一段階において参照した社会的類型に含まれる先例群に限られず、当該事情の考慮が問題となっている先例を広く参照する）
- ⇒3. 上記 2. の作業を繰り返し、当該事件において有意な量刑事情を一通り評価
- ⇒4. 上記 3. で出揃った、諸々の量刑事情に対する評価を比較衡量し、その結果を上記①の 4. に反映させることで、宣告刑を確定（例えば、上記①の 4. では「中央」であり、かつ、ここでは「少し加重」という判断が導かれた場合には、結論として、「中央から少し上方にずらした刑」が導出されることになる）

3. 量刑基準論としての均衡説の定式化

既述の通り、量刑基準論は、刑罰論からの演繹と、刑の数量化論からの帰納という、二つの観点から検討されるべきである（本章 I. 1-3. 参照）。この点、ここまでの考察によって、本稿の採用する刑の数量化モデル——二段階的数量化モデル——が定式化された。また、本稿の採用する刑罰論については、既に検討を加えた（第 2 章、第 3 章）。したがって、準備は既に整っているため、以下では量刑基準論の具体的な検討に入る。

ここでの最終的な目的は、私見である均衡説の量刑基準を定式化することである。この作業は、上述した「量刑判断の理論的過程」（本章 I. 1-2. で提示した四分説）に沿って行われる。すなわち 3-1. では、刑罰論上の私見である「制約された表出的抑止刑論」を確認し、3-2. では、そこから量刑基準論としての均衡説が導かれ、またそれに基づき選別される量刑事情の範囲などについても言及される。3-3. では、量刑事情の評価方向に関する考察を行う。3-4. では、刑の数量化論とも関連する応用的諸問題、すなわち、「幅の理論」と「点の理論」の対立、責任刑の数量化方法、および責任刑の上回り・下回りに関する問題を検討する。

3-1. 刑罰論的前提：制約された表出的抑止刑論

まず、いかなる刑罰正当化論を前提とするのか、ということが問題となる。これについては前章までにおいて既に検討したところであるが¹⁴⁶、ここでも改めて私見を確認しておく。

私見は、「制約された表出的抑止刑論」と名づけた見解に立脚するものである。このようにいうと、極めて特殊な見解を前提としているように思われるかもしれないが、要するにこれは、刑罰の積極的一般予防効果に関する（主にアメリカの）実証研究などを踏まえて、通説である相対的応報刑論を充実させ、改良したものである（したがって、私見は相対的応報刑論である、と言ってしまうこともできる。ただし、そもそも相対的応報刑論には複数のバリエーションがあることにも鑑みて、私見の内容をより直接的に反映させるために、上記名称を採用している）。それゆえ、その内実は必ずしも特異なものではない（と筆者は考えている）。

順を追って説明すると、この見解は目的刑論の一種である。すなわち、刑罰の正当化根拠の中心は、犯罪予防効果である。目的刑論が正当である根拠は、煎じ詰めれば次の二点に求められると思われる。すなわち、応報という形而上学的な正義の実現を専ら志向する行為、規則または制度を国家の任務に含めるという国家観は不当であること¹⁴⁷、および、刑罰の犯罪予防効果、とりわけその積極的一般予防効果には、経験的根拠があること¹⁴⁸である。

ただし、補足的に述べておくと、筆者は、これらの主張によって、応報刑論が、その刑罰論としての可能性を完全に否定され尽くした、と考えているわけではない。むしろ、応報を国家の正当な任務に含めることを可能とするような人間観、法哲学ないしは政治哲学を定立し、そこから応報刑論の基礎づけを行うこと¹⁴⁹は、可能であろう。しかし、このことは、ここで目的刑論から出発することの妨げにはならない。なぜなら、量刑論（またはその他の、任意の法学説・法解釈論もしくはそれに対応する制度・実践）を正当化、指導または説明するところの、上位の理論、理念または原理を主張する際に、自説こそが取りうる唯一の選択肢であり、対立候補はその正当性を根本的に否定されるということを常に立証しなければならないという考え方は、方法論的にみて不当であると考えられるためである。目的刑論も応報刑論も、それ自体としては一定の妥当性をもって成立しうる基礎理論であると想定できるのあって、両者の真偽が客観的ないし存在論的には確定しているはずだ（したがって、本当に正しい理論であれば、それと対立する理論の正当性を根本から否定できるはずだ）という考えがあるとすれば、それは無根拠な形而上学的想定であると言わなければならない。より端的に言えば、「目的刑論およびそこから出発した量刑基準論」と、「応報刑論およびそこから出発した量刑基準論」とがあるときに、その一方に 100%の真理があり、他方が 100%誤っている（ということが客観的ないし存在論的には確定しており、我々はそれを見出すことができる）という想定、すなわち両者の真偽が常にデジタルに定まるという想定は不当なのであって、むしろ、一方の理論はある局面でこれこれの利点、また別の局面ではこれこれの

¹⁴⁶ 特に、その要約として、第 3 章 II. 3-3. を参照。

¹⁴⁷ 第 2 章 II. 2-1. 参照。

¹⁴⁸ とりわけ、第 3 章 I. 7. および II. 1-1. 参照。

¹⁴⁹ この種の試みとして、中村（悠）[2012a] 226 頁以下、飯島 [2016] 87 頁以下、高橋 [2018] 3 頁以下を挙げておく。なお、ここでの「応報刑論」の理解は、第 2 章 II. 1. で示した定義を前提としている。

難点があり、他方の理論にもまた異なった利点と難点があつて、それらが、法律家共同体の内部において、その基礎づけ根拠の説得性と帰結の(直観的)妥当性という両面から総合的に評価・検証されて、いわばアナログに、例えば「87 点对 76 点」というような形で、優劣を判断されるものと考えらるべきである(より単純化すれば、応報刑論と目的刑論の間にありうるのは、真偽の差異ではなく優劣の差異に過ぎない、という考え方である)¹⁵⁰。その上で筆者は、目的刑論の方が諸々の問題を解決する上で相対的に優れているであろうという想定¹⁵¹のもとで、目的刑論から量刑基準論にアプローチするという方法を採用しているのである。したがってもちろん、応報刑論側からの反駁によって、この想定が破られる可能性は残されている。この可能性に対しては、一方において、応報刑論の支持者から批判が提起された場合には、筆者はそれに応答する責任を負うという弱い対処方法があり、他方において、筆者自身が、応報刑論そのものの批判的検討を通じてこの可能性を縮減するという強い対処方法があろう。そのいずれも、本章の射程を超える作業であり、第 2 章および第 3 章で行なった以上の検討をここで加えることはできないが、そのことによって、私見の正当性が失われるとは思われない。

そういうわけで目的刑論が出発点となるが、その中でも、制約された表出的抑止刑論は、次のような犯罪予防プロセスをその中心に置く：公衆の正義観念(=犯罪と刑罰に関する一般人の直観、「このような行為をこのように処罰すべきだ」という一般人の感覚)に従って処罰を行うことによって、刑法に対する公衆の道徳的信頼を維持し、もってその遵法性を維持することを通じて、犯罪予防を実現するのである。したがって私見は、積極的一般予防論の一種となるわけであるが、その中でも、積極的一般予防効果の発生メカニズムを経験的に詳しく特定しているところに、私見の特徴がある。すなわちまず、およそ人には、「不正(であると感ぜられる行為)には、それに均衡した刑罰を科すべきだ」という強い直観が備わっており、またその内容は、経験的調査によると、相対的均衡性に関しては人々の間で(時には文化の差も超えて)高度に一致する傾向にある¹⁵²。それゆえ、「直観(価値観)は人それぞれだから、統一的な内容をもった『公衆の正義観念』など存在せず、したがってそれに基づく処罰もありえない」というような批判は当たらない。続いて、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主張にも、経験的根拠がある。すなわち、一般人を集め、その遵法傾向を調査した後で、彼らにこの直観に反するような刑(例えば、単なる軽詐欺の事案に対して、三振法により無期懲役を選択するなど)の実例を見せ、その上でもう一度、遵法傾向を調査すると、これが有意に低下する、ということが実験研究を通じて確認されている¹⁵³。公衆の直観(正義観念)に反する処罰はその遵法性を低下させるということは、正義観念に従った処罰には遵法性を維持する効果、すなわち犯罪予防効果があるということになる。このようにして私見は、積極的一般予防効果の発生プロセスを経験的に基礎づけているのである。

¹⁵⁰ 関連する問題として、第 2 章結語注(159)。

¹⁵¹ より厳密にいうと、刑罰の直接的正当化における内在主義または折衷主義よりも、道具主義の方が有望であろうと見立てている。特に、第 2 章 II. 2-2. 参照。

¹⁵² 第 3 章 I. 2. 参照。

¹⁵³ 第 3 章 I. 4. 参照。

ところで、私見はあくまで目的刑論である。したがって、犯罪予防の手段を、上にみたような積極的一般予防に限定すべき必然性はない。消極的一般予防であれ、また積極的・消極的特別予防であれ、その有効性が経験的に確認されうる限りで、当然に、刑罰を通じてこれを追求すべきである¹⁵⁴。ただ、特に量刑との関係で述べておけば、まず消極的一般予防は、ある行為に対する処罰の有無に関しては一定の効果を期待できる一方で、処罰の程度を重くすればするほど消極的一般予防効果が上がる、という期待には経験的根拠が乏しい。なぜなら、刑罰規定の有無は、刑罰害悪のみならず、その過程における刑事手続の負担や、それに伴う社会的制裁といった、諸々の不利益の総体の有無に直結するため、威嚇効果を大きく左右すると考えられるが、処罰の程度を（とりわけ、法定刑のような大きなレベルにおいては、量刑という小さなレベルで）変動させるだけでは、威嚇効果に対して与える影響力は無視できるほどに小さいと考えられるし、また、それ以前の問題として、公衆が量刑傾向の変動を知覚する（または、それについていちいち調べる）と期待することは現実的でないためである（実際、処罰の有無や処罰確率は予防効果に一定程度影響するが、重罰化それ自体にはほとんど効果が認められないということは、確立した経験的知見である¹⁵⁵）。また、特別予防についても、いわゆる処遇プログラムなどが特定の犯罪類型との関係で一定の効果をあげているのは事実であるが、刑期を長くすればそれに比例して特別予防効果も高まる、というような単純な相関関係が認められるわけではない点に注意が必要である。以上に照らすと、少なくとも、消極的一般予防や特別予防は、積極的一般予防に劣後する、いわば従属的な刑罰目的であるというべきであり、量刑におけるその考慮は、経験的な有効性が期待できる例外的な場面に限られることになろう。

ところで、公衆の正義観念に従った処罰を行うということは、公衆にとって適切に感じられる非難を、刑罰を通じて表出するというのと、同じことである¹⁵⁶。我々は日常的に、不正な行為に対して怒りを抱き、非難を差し向けるということを実践しているが、公衆の正義観念に従った処罰は、まさにその延長線上にあることなのである。そうなるこの見解は、積極的一般予防論の中でも、非難の表出を通じた犯罪予防を行うところに特徴があるといえる。同時に、上述した通り、この見解においては、消極的一般予防や特別予防も、従属的な形においてはあがあるが、考慮される。以上を総合すれば、この見解は、犯罪予防プロセスの中心を、非難表出を通じた積極的一般予防に求めるものであること、および、それに加えて、消極的一般予防と特別予防も取り込んで総合的な犯罪抑止を目指すものであることに鑑みて、表出的抑止刑論と呼称するのが適切であろう。

もっとも、表出的抑止刑論は、それを十分に正当化するためには、規範的な限界づけを受けなければならない。例えば、公衆は、厳格責任のような、刑法上の無過失責任を支持することがあるかもしれない。しかし、責任主義は、いくら公衆の正義観念によって否定されようとも（その意味で、予防効果が損なわれることになるとしても）貫徹されなければならない。その理由を説明すると、まず表出的抑止刑論は目的刑論であり、刑罰の犯罪予防効果というプラスの利益が、人々に対する自由制約や被処罰者に対する法益侵害、あるいは刑事施設や

¹⁵⁴ 消極的一般予防および特別予防に関する検討は、第 3 章 I. 5. 参照。

¹⁵⁵ 特に、第 3 章 I. 5-2. および II. 1-1. 参照。

¹⁵⁶ 第 3 章 II. 3-1. 参照。

捜査機関の維持・運営コストといったマイナスの利益を上回るという、いわば優越的利益原則の枠組み（比例原則と言った方がよいかもしれない）によって刑罰を正当化する理論である。規範倫理的に言えば、帰結主義的理論であるということになる。要するにこの理論は、国家の側からみて、刑罰は社会全体にとって役に立つ（純益がある）から正当化されるのだと言っているわけである。しかし、行為者の側に視点を転換すると、この者は、いわば社会全体の利益のために、刑罰という特別の犠牲を強いられることになる。ここで、もし社会全体の利益だけを追求するのであれば、例えば究極的には、無実の者であっても、それを犯人であるとして処罰した方が犯罪予防効果があがるといえる限りで、その処罰を正当化できることになってしまう。しかし、それは明らかに不当であろう。より一般化して言えば、「全体のために、無条件に個を犠牲にする」ような考え方は、道徳的にも法的にも、到底受け入れられないはずである。したがって、ある者の処罰を正当化するためには、それが犯罪予防効果という社会全体の利益になるという論拠を提示するだけでは足りず、さらに、被処罰者が処罰を通じてそのような全体的利益のための犠牲となるべき義務の根拠、すなわち刑罰受忍義務の根拠をも示さなければならないのである。責任主義には、この根拠を提示する機能があるといえる。すなわち、（この点では様々な構成方法があるが¹⁵⁷、単純化して言えば）適法行為の期待可能性があるのに違法行為に出た者に対しては、犯罪予防のための犠牲となりたくないのであれば、違法行為に出なければよかつたではないか、ということが出来る。逆に、期待可能性がない場合に処罰を行えば、被処罰者は、本人にはコントロールしえない外力によって、否応なしに全体のための犠牲にされることになるが、それは不当であろう。かくして、責任主義は、被処罰者の刑罰受忍義務を根拠づける契機として、処罰の犯罪予防効果とは独立に、犯罪予防効果の追求を外在的に制約する形で、要求されるのである。

こうして表出的抑止刑論は、責任主義という外在的制約により、規範的に限界づけられなければならない。犯罪予防効果にとってマイナスであったとしても、責任主義は、それとは無関係に妥当するのである。このような外在的制約を認めることは、理論的一貫性を害すると思われるかもしれない¹⁵⁸。しかし、こうした外在的制約は、哲学的・倫理的にみて、決して不自然なものではない。すなわち、上述した通り、表出的抑止刑論は帰結主義的理論であるが、倫理学の領域では、帰結主義的目的追求を、その目的とは別個の観点から制約する原理は「義務論的制約」と呼ばれている¹⁵⁹。この点、上で行ったことを倫理的に表現すれば、表出的抑止という帰結主義的目的追求に対して、責任主義という義務論的制約を及ぼしていることになる。このような形で、責任主義による外在的制約は、哲学的にも十分に成り立ちうる考え方として理解できるのである。また、このような義務論的制約としての外在的制約は、人権論の領域における有力な憲法解釈である、いわゆる「切り札としての人権」論とも整合的である。すなわち論者は、憲法による人権保障の根拠は、それが公共の福祉（ないし、より有効な人権保障）に役立つからであるという考え方を批判して、「もし人権保障の根拠が、通説の主張するように、結局は社会全体の利益に還元されてしまうのであれば、公共の福祉とは独立に、人権とは何かを考える意味はほとんどない。（…）少なくとも、一

¹⁵⁷ 第 3 章 II. 3-2-2-3. 注 (426) 参照。

¹⁵⁸ この問題については、第 3 章 II. 3-2. 参照。

¹⁵⁹ 詳しくは、第 2 章 I. 1. における「深層の正当化」をめぐる議論を参照。

定の事項については、たとえ公共の福祉に反する場合においても、個人に自律的な決定権を人権の行使として保障すべきである。言いかえれば、人権に、公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす『切り札』としての意義を認めるべきであ」¹⁶⁰り、「個人の自律を保障する権利の範囲が、つねに公共の福祉によって支配され、画定されるという考え方は、憲法 13 条前段のいう『個人の尊重』の原理と真っ向から衝突する」¹⁶¹というのである。その具体例としては、「たとえば、ポルノグラフィは道徳的に墮落したものであるから、その出版を禁止することは正当であるという理由づけは、ポルノの読者の道徳的な自律性の否定のうえに成り立っており、ここにいう『切り札』としての権利を侵害することになる」と述べられているが¹⁶²、この問題に関しては、刑法の側からも、これと整合する形で次のような説得的な議論がなされているところである。すなわち、「法益保護主義の具体的な中身」であるところの、「(…)『刑法は道徳を守ってはならない』という、『法と道徳の区別』のテーゼ」を維持すべき理由は、「(…)道徳というものが、たとえ、それが世間の多数派が支持するものであったとしても、所詮は一定の価値観に過ぎず、にもかかわらず、それを国家が法をもって強制することは、国家による個人に対する一定の価値観の押しつけとなる、それゆえ自律を侵害することとなるからである」¹⁶³。以上を倫理的に改めて捉え返せば、「切り札としての人権」論は、公共の福祉（社会全体の利益）という帰結主義的目的の追求に対して、それとは別個の観点から及ぼされる外在的制約、すなわち義務論的制約としての性質を有しており、かつ、そのような議論形式は、刑法の文脈においても現に示されている、ということになる。したがって、「帰結主義的目的追求に対して義務論的制約を及ぼす」という考え方は、上述したように哲学的に十分ありうる考え方であると同時に、憲法的小よび刑法的小にみても、違和感なく採用しうる理論構成であるといえよう。

ここで、注意すべきことに、刑法において妥当する義務論的制約が、責任主義だけであると考えべき必然性はない。既に上でも言及したように、法益保護主義にも、義務論的制約としての性質を認めることができるし、その他にも例えば、いくら社会的利益が守られるとしても、類推解釈はそれ自体、許されないであろう。より一般化していえば、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、訴訟法上の諸原理といった、刑法の基本原理の多くは、犯罪予防目的に還元できない、独自の保障的機能を果たしていると考えられるべきであるように思われる¹⁶⁴。したがって、刑罰による犯罪予防目的の追求に対しては、多元的な義務論的制約（規範的制約）が及ぼされなければならない。このような意味で、表出的抑止刑論は、それが正当なものであるためには、多元的な義務論的制約の及ぼされた、制約された表出的抑止刑論でなければならないのである。

¹⁶⁰ 長谷部 [2018] 111 頁。

¹⁶¹ 長谷部 [2018] 145 頁。切り札としての人権論については、長谷部 [2016] 102 頁以下のほか、法哲学的背景として、ドゥウオーキン [2003] も参照。なお、このような考えは、「憲法規範の意義」を「多数決に抗してでも守られるべき国家権力の限界を定め」ることに見出す（西原（博） [2014a] 21 頁）、おそらく一般的な理解に対して異質なものではないと思われる（この理解と、切り札としての人権論との関係について、西原（博） [2014a] 27 頁注（17）も見よ）。

¹⁶² 長谷部 [2018] 112 頁。

¹⁶³ 小林（憲） [2012] 25 頁。

¹⁶⁴ 第 2 章 I. 2-2. 注（84）本文部以下および第 3 章 II. 3-2-1. 参照。

要するに、制約された表出的抑止刑論とは、①公衆の正義観念に従った処罰を通じた積極的一般予防（および付随的に、消極的一般予防と特別予防）を、処罰を根拠づける理由、すなわち刑罰正当化の積極的理由としつつ、②罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、訴訟法上の諸原理、責任主義といった多元的な義務論的制約（規範的制約）を、処罰を限定づける理由、すなわち消極的理由として取り込むという、二段階の構造をもつ刑罰論である¹⁶⁵。もっと簡略化していえば、直観的妥当性を旨としつつ、それに基づく考慮が刑法の基本原理に反しないように気をつける、ということである。

このような考え方は、多くの法律家（とりわけ、おそらく実務家）にとって、受け入れにくいものでは必ずしもないと思われる。例えば、（特に量刑の場面における）国民の正義感覚ないし健全な社会常識に対する配慮の重要性そのものは、裁判員裁判が定着した今日においては、広く共有された前提であると言ってよいように思われる¹⁶⁶。また、裁判員裁判の文脈を離れても、その導入以前から既に、量刑実務においては、量刑相場と健全な社会感覚の距離（を縮めること）には気が配られていたと考えることができる：「現実存在する量刑の具体的基準について問われなければならない第一の問題点は、いうまでもなくこれが健全な社会感覚において支持されているかどうかということである」¹⁶⁷。

これについて、制約された表出的抑止刑論からみれば、国民の正義感覚・常識に対する配慮は——国民の意見であれば何でも従えばよいというわけではない点に注意を要するが¹⁶⁸——、実際上そうせざるを得ないとか、そうするのが自然であるといった消極的・非規範的根拠からではなく、そうしてこそ刑法は最良の犯罪予防効果を発揮できるという積極的・規

¹⁶⁵ ここにいう「積極的理由」と「消極的理由」の区別は重要である。特に、論理的に言って、積極的理由から消極的理由を導くことはできず、また消極的理由から積極的理由を導くことはできない、という点に注意しなければならない。これについて詳しくは、第 2 章 I. 2. 参照。

¹⁶⁶ ここでは、司法研修所編 [2012] 1 頁を挙げておく。

¹⁶⁷ 松本（時） [1982] 149 頁。

¹⁶⁸ 繰り返し強調してきた通り、そこには義務論的制約（規範的制約）が及ぼされなければならないわけであるが、それだけではない。公衆の正義観念を経験的に明らかにする作業に際しても、留意すべき事柄が複数存在する。この点については特に、第 3 章 I. 1. 注 (31) 本文部の段落全体、同章 I. 3. 注 (128)、同章 I. 7. 注 (278)、同章 II. 2-1. 注 (347) 本文部以下に述べたことが重要である。その結論をここでも簡潔に述べておけば、①絶対的均衡性と相対的均衡性を区別した上で、公衆の、直観に基づく絶対的均衡性判断に関しては、あまり信用しないほうがよい。また、②公衆が厳罰化を求めているように見えることがあるが、厳罰化意識は、公衆の直観から直接構成されるものではなく、その時々社会情勢や政治状況、報道、社会団体の活動などが複雑に絡み合って醸成されるものであるから、結果的には厳罰化を求める世論が形成されているからといって、それが本当に「公衆の正義観念」にかなうものであるとは限らない。例えば、公衆の支持を得て三振法が制定されたはずであるのに、いざそれに基づいた量刑の実例を見せると、むしろ幻滅して遵法性が低下するという実験結果も存在しているのである。さらに、③例えば「犯罪者に対する処罰は軽すぎますか」というような抽象的な質問をして、「強くそう思う」とか「どちらかといえばそう思う」といった回答が多いからといって、公衆の正義観念に照らせば厳罰化が求められている、と結論づけるのは短絡的である。公衆の正義観念は、より具体的な調査方法によって解明することが可能なのであって、かつ、そうしなければならない。

範的根拠から支持される¹⁶⁹。上でも示唆した通り、刑事法をめぐる実践においては、直観的に妥当な、社会的常識にかなう結論を確保することにもそれ自体で重要性が認められるということ、これは否定できないと考えられるが、制約された表出的抑止刑論は、この「直観」それ自体に、正当な理論的地位を与えることができるのである。

また、学説との関係でも、私見は必ずしも突飛なものではないと考えられる。というのともまず、「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」というテーゼは——公衆の正義観念によって求められているのは、上述したように、非難であり、また別の言い方をすれば、応報的処罰である¹⁷⁰から——、大雑把に言えば、「応報することが予防につながる」ということを意味している。このような、「応報を通じた予防」という構想は、既に指摘されている通り、わが国でもドイツでも、積極的一般予防論が自覚的に提唱されるようになる前から、暗黙のうちに支配的見解になっていたといえる¹⁷¹。つまり、「応報的処罰を行えば十分な予防効果が発生する」という発想は、多くの論者によって支持されてきた、ごく一般的な発想なのであって、制約された表出的抑止刑論は、それに経験的基礎づけを与え、明確化しただけのものである。また、この理論は、(抑止型) 相対的応報刑論——刑罰目的は専ら犯罪予防効果に求めつつ、それを応報ないし責任主義の観点から外在的・消極的に制約する見解である¹⁷²——の延長線上にある。すなわち、抑止型相対的応報刑論にいう「犯罪予防効果」を、「刑罰による、公衆の正義観念に照らして適切な非難表出を通じた積極的一般予防(および従属的に、消極的一般予防および特別予防)」と修正し、また「応報ないし責任主義」を、「多元的な義務論的制約(規範的制約)」と修正すれば、それが制約された表出的抑止刑論である。つまり私見は、通説たる相対的応報刑論と根本的に異なる主張内容を持つものではなく、それを改良したものに過ぎないのである¹⁷³。

以上のような理由から、この 3-1. の冒頭では、私見の「その内実は必ずしも特異なものではない」と述べたのである。それゆえ、以下において展開する量刑論はこの制約された表出的抑止刑論を前提としたものになるが、そうであるからといって、それは特殊な見解を前提とした、多くの人にとってはおよそ参照できないような議論にはならないものと期待している。

3-2. 制約された表出的抑止刑論に基づく量刑基準論としての均衡説

3-2-1. 制約された表出的抑止刑論からの均衡説の演繹

繰り返しになるが、参照の便宜のために再掲しておく、制約された表出的抑止刑論と

¹⁶⁹ 本章 I. 2-1. の末尾でも、この観点から、量刑傾向の規範的重要性を擁護したところである。

¹⁷⁰ 一般人の量刑判断が応報的であるということは確立した経験的知見であり、わが国でも実証研究を通じて確認されている。第 3 章 I. 5-1. 参照。

¹⁷¹ 第 2 章 II. 2-2. 注 (154) および注 (155)。

¹⁷² 第 2 章 II. 2-2. 参照。

¹⁷³ その意味で私見は、相対的応報刑論の一種であり、その中でも特に非難表出を通じた犯罪抑止を目的とするものであることを捉えれば、「非難抑止型相対的応報刑論」と呼ぶこともできるのであるが、そもそも相対的応報刑論という概念ないしネーミングそのものに疑問があるため(第 2 章結語注 (160) を見よ)、この呼称は採用しない方がよいと考えている。

は、①公衆の正義観念に従った処罰を通じた積極的一般予防（および付随的に、消極的一般予防と特別予防）を、処罰を根拠づける理由、すなわち刑罰正当化の積極的理由としつつ、②罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、訴訟法上の諸原理、責任主義といった多元的な義務論的制約（規範的制約）を、処罰を限定づける理由、すなわち消極的理由として取り込むという、二段階の構造をもつ刑罰論である。次の問題は、この理論からはどのような量刑基準が帰結するのか、ということである。

まず、既述の通り、公衆の処罰直観は応報的なものである（という経験的証拠がある）が、これは言い換えれば、公衆の正義観念には均衡原理が内在している、とも表現できる¹⁷⁴。ここにいう均衡原理が要求するのは、絶対的均衡性ではなく、相対的均衡性である¹⁷⁵。したがって、表出的抑止刑論の見地からは、「公衆がより重いと考える罪にはより重い刑を、より軽いと考える罪にはより軽い刑を科する」ということが大原則となる。このような考え方は、裁判員裁判において裁判員が量刑判断にも関与するものとされたことの趣旨が、この関与により「国民の視点、感覚、健全な社会常識などが量刑に反映され、その結果として、刑事裁判の量刑判断に対する国民の理解が増進し、その信頼が高まることが期待されるところにある」¹⁷⁶と解されていることと整合し、その理論的正当性の根拠（少なくとも、その一つ）を説明するものである。なおもちろん、一般予防の重要性は非裁判員裁判事件においても変わることはない以上、この考え方は、量刑全般に妥当すべきものでもある。

しかし、注意すべきことに、これは「事実としての均衡原理」、「事実としての相対的均衡性」にすぎない。「事実としての」という用語法はわかりにくいかもしれないが、要するに、ここにいう均衡原理は、その内容について規範的観点からの吟味を受けていない、単なる公衆の均衡性感覚に過ぎないということである。したがって、事実としての均衡原理は、規範的にみて不当な内容を含んでいるおそれがある。だからこそ、既述の通り、多元的な規範的制約（義務論的制約）が必要になってくるのである。

別の言い方をすれば、まず、事実としての均衡原理は、「不正行為に対してふさわしい非難を表出せよ」という要請として記述できる。ここで不正行為というのは、「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」と定義できる¹⁷⁷。と

¹⁷⁴ 第 3 章 II. 3-3. 注 (454) の本文部以下を参照。

¹⁷⁵ 上注 (98) 参照。またそもそも、私見のような刑罰論を前提としない場合でも、およそ均衡原理の要請は絶対的均衡性までには及ばず、相対的均衡性にとどまると考えるべきであると思われる。この点は、本章序論 2. 参照。

¹⁷⁶ 司法研修所編 [2012] 1 頁。司法制度改革審議会 [2001] 103 頁も参照。

¹⁷⁷ なお、ここで不正「行為」というとき、それは、刑法上の行為概念と同じものではないことを注記しておきたい。すなわち、不正行為は、定義上、公衆の正義観念に照らして非難が差し向けられさえすればよいのであるから、単なる内心的態度に限りなく近いもの——例えば、ふてぶてしい目つきで人を見ること——も、これに含まれざるを得ない。不正「行為」というのは、このようなものも含めて便宜的に行為と呼称しているにすぎないのである（それゆえ、概念の混乱を避けるためには、「不正態度」などと呼んだ方がよいのかもしれない）。このような、単なる内心的態度に限りなく近いような「行為」が、刑法による問責対象から外されうるとすれば、それは刑法上の原理としての行為主義に基づく規範的制約によってである。詳しくは、第 3 章 II. 3-3. の関連箇所を参照。

ここで、事実としてのものではない、通常の均衡原理は、「『行為責任にふさわしい刑』を科せ」という要請として定義できるところ、ここにおいて、「不正行為」と「行為責任」は、大まかに一致しているとは考えられるが、厳密に一致する保障はなく、また、それらにふさわしい「非難」と「刑」も、大まかに一致しているとは考えられるが、厳密に一致する保障はない。

具体的には、ここで述べたいのは要するに、次のようなことである：¹⁷⁸

公衆の正義観念には、いわば「事実としての均衡原理」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¹⁷⁹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。

「日常言語（＝公衆の直観をそのまま記述する言語）」と「刑法学の言語」という二つの言語があり、両者は重なり合っているが、必然的に一致するものではない、という比喻がわかりやすいかもしれない。例えば、まず日常言語から、一方では「A が B に、わざと怪我を負わせた」と記述される事態があり、他方では「C が D を、わざと殺した」と記述される事態があるとす。前者よりも後者の方が重い不正行為であり、したがって重い非難に値する、ということになろう。これを刑法学の言語によって記述し直せば、さしあたり、「A は故意に、B の身体の生理的機能に障害をもたらした（つまり、人の身体を傷害した）」、および、「C は D の生命を侵害した（つまり、人を殺した）」などと記述できる。前者よりも後者の方が行為責任が重大であり、したがって重い刑を科するべきことになる。この場合、日常言語と刑法学の言語とでは、結論は一致しており、考え方もよく似ているといえる。これに対して、日常言語から、「C が D を、わざと殺した。D は前科者であり、カツアゲやレイプなど、数々の素行不良で知られていた」と記述される事態と、「E が F を、わざと殺した。F は品行方正な若者で、春から東京の大学に進むはずだった」と記述される事態があるとす。公衆はおそらく、前者より後者の方が重い非難に値する、と考えるであろう。しかし、これを刑法の言語から記述しようとするとき、もし前者より後者の方が不法が大きいと評

¹⁷⁸ 第 3 章 II. 3-3. 注 (454) 本文部以下。

¹⁷⁹ 平等原則（法の下での平等）に反するというべきであったかもしれない。下注 (180) 参照。

価値するのであれば、それは生命の価値に差をつけることになって、平等原則に反し、不当であると考えられる¹⁸⁰。つまりここでは、日常言語による考え方および結論とは異なり、前者よりも後者の刑を重くすることが、（法益保護主義のさらに背後にある）平等原則という規範的制約により排斥されるのである。

したがって、抽象的に述べれば、次のように言うべきことになる。まずは、公衆の正義観念に従った処罰が志向される（そうすることが積極的一般予防に資するためである）。そのためには、「事実としての均衡原理」に従った処罰が求められる（逆に言えば、事実としての均衡原理による要請と、現実の処罰とが完全に一致する場合に、積極的一般予防効果は最大化される）。しかし、刑法に対しては、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった多元的な規範的制約が及ぼされる。それに反する処罰は、公衆の正義観念による要請といえども、認められない（理論上は、予防効果が一定程度低下することになるが、やむをえない。帰結主義的目的の実現をある程度犠牲にしてでも、「個人を、全体のための無条件な犠牲から守る」ことの価値を保護するところに、義務論的制約の本旨がある）。比喩的に言えば、まず公衆の正義観念（に基づく広い処罰範囲）があり、そのうち規範的に不当な部分が、多元的な制約によって次々と削ぎ落とされてゆくようなイメージである¹⁸¹。そうして、規範的に洗練された均衡原理が残るのである。

以上を要するに、制約された表出的抑止刑論を前提とするときには、まず、公衆の正義観念により要請されるところの「事実としての均衡原理」に従った処罰が、積極的一般予防のために、求められる。しかし、事実としての均衡原理に対しては、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった、多元的な規範的制約を及ぼさなければならない。このプロセスを通じて規範的に洗練された均衡原理が、量刑基準となる。つまり結論としては、制約された表出的抑止刑論に基づくときには、「行為責任にふさわしい刑を科する」ということ、すなわち均衡原理が、量刑基準となる。言い換えれば、制約された表出的抑止刑論は、量刑基準論においては、均衡説を帰結するのである。

3-2-2. 均衡説により選別される量刑事情とその評価方向

続いて、均衡説からはいかなる量刑事情が選別されるのかという点を検討する。結論から述べれば、均衡説においては、次の四種類の事情が、量刑上、考慮対象となる。

¹⁸⁰ 井田 [1983a] 73 頁：「一定の法益については、享受する主体の相違に従って価値に差異を設けることが、平等原則に反し禁じられる」のであり、「殺人罪の量刑において、被害者が社会的に『重要な』人物であつたという事情やその年齢が若かつたという事情を、法益侵害の重大性を理由に刑を重くする方向で考慮するとすれば、それは『生命の価値』を理由とする（逆）差別的取り扱いとせざるを得ないであろう」。同旨として、岡上 [2011] 55 頁も参照。ただし、これに対しては、上述した事情を法益侵害の重大性評価に反映させることは不当であるとしても、それとは別個の損害結果として量刑上考慮することは、「被害者の年齢等により、逸失利益等の損害賠償額に差がある以上」、正当であるとするものもある（原田（國） [2008] 20 頁）。

¹⁸¹ 第 3 章 II. 3-3. の図表 1 3 および図表 1 4 と比較せよ。

3-2-2-1. 行為責任の要素（犯情）

第一に有意な量刑事情となるのは、「行為責任」の要素（つまり、不法関連事情と責任関連事情であり、その限りでの犯情）である。不法または責任が重ければ、それにふさわしい刑も重くなるし、それらが軽ければ、ふさわしい刑も軽くなる。より厳密に述べれば、ここにいう行為責任は、次のような形で構成される。まず、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）がある。逆にいえば、公衆の怒りが向かない行為は、犯罪として評価するための前提を欠くことになる¹⁸²。この点、量刑の場面でも、法益保護主義や責任主義の観点からは加重方向で評価される事情であるが、公衆の正義観念に照らすとそうはならない（むしろ軽く評価されるか、あるいは無意味と理解される）事情というものが出てくる場合を観念することは、原理的に不可能というわけではない。ただ、実際には、当該事情が法益保護主義や責任主義の観点からむしろ重く評価される理由を説明すれば、公衆の納得が得られるであろうと期待できるであろうから、規範的見地から不法または責任が重くなると評価できるのであれば、その評価は公衆の正義観念によっても是認されるものと推認してよい¹⁸³であろう¹⁸⁴。それゆえ、ここでは、端的に不法・責任の観点から量刑事情を選別し、その評価基準に従って評価方向を定めれば足りる。

ところで、ここにいう「行為責任（不法・責任）の要素」は、処罰を根拠づけるものであり、すなわち処罰正当化の積極的理由である。理由を説明すると、まず、不正行為の要素は処罰を根拠づける（そうすることが積極的一般予防効果に資するのであり、かつ、積極的一般予防は刑罰論上、刑罰正当化の積極的理由であるためである）。これに対して、確かに、法益保護主義や責任主義といった多元的な規範的制約は、処罰を限定づける、刑罰正当化の消極的理由に過ぎない。しかし、「行為責任（不法・責任）の要素」は、比喩的にいえば、不正行為から多元的制約を「引き算」することによって得られるものである。つまり、もともと不正行為があるところ、これを多元的な規範的制約というフィルターによって濾過してゆき、最終的に残るのが「行為責任（不法・責任）の要素」である。そうである以上、これは処罰を根拠づけるものとなるのである¹⁸⁵。したがって、行為責任の要素、すなわち不法関連事情と責任関連事情は、加重と軽減の両方向で評価されうる¹⁸⁶。

¹⁸² 言い換えれば、公衆によって非難の対象とされない行為の犯罪化は正当化されない。このことを、第 3 章 II. 3-3. 注 (446) 本文部以下では、経験的不正性は犯罪化の必要条件である、と定式化した。

¹⁸³ これは第 3 章 II. 2-3. で述べた「内在的論拠」に基づく論証である。それゆえ、法益保護主義や責任主義に基づく加重評価が、公衆の正義観念と明白に矛盾すること、すなわち、公衆は当該事情の不考慮または軽減的考慮を求めているということについて明らかな経験的証拠がある場合には、加重評価はできない。

¹⁸⁴ 逆に、公衆の正義観念に照らせば加重方向で評価されるが、法益保護主義や責任主義からはそのように評価できない（無意味であるか、むしろ軽減方向で評価される）事情を、加重方向で評価してはならないのは当然である。これを許すことは、規範的制約の趣旨と正面から矛盾する。

¹⁸⁵ このような発想と論理的に同型の考え方は、従来からわが国の量刑論でも示されてきた。第 3 章 II. 3-3. 注 (457) 参照。

¹⁸⁶ 厳密にいえば、責任主義の解釈によっては、責任関連事情の評価方向を軽減に限定する可能

3-2-2-2. ふさわしい刑の要素（第一の一般情状）

本章 I. 1-1. で述べた通り、量刑事情のうち、犯情ではないものは全て一般情状と呼称することにしているが、それはさらに三種類に分類することができる。これらはそれぞれ「第一、第二、第三の一般情状」と呼ぶことにする。まずは第一の一般情状から検討する。

犯情の次に有意な量刑事情となるのは、「ふさわしい刑」の要素である。これは何であるのか、というところから順を追って説明する。まず、均衡原理によって要請される刑は、「行為責任にふさわしい刑」（責任刑）である。ところで、行為責任にふさわしい刑を言い渡すのであるから、犯罪行為に対する、行為責任の原則に従った評価——すなわち、犯情評価——の程度が決まれば、それは刑量の程度にそのまま反映されなければならない。しかし、このことは、「行為責任にふさわしい刑は、行為責任とは無関係な要素によって左右されうる」ということと両立する。ここにおいて、行為責任評価とは無関係でありながら、行為責任にふさわしい刑（責任刑）を変動させる事情のことを、「ふさわしい刑の要素」と呼ぶことができる。

もう少し詳しく説明すれば、次のようになる。ふさわしい刑の要素を考慮すべきことは、「行為責任にふさわしい刑を科せ」という均衡原理（相対的均衡原理）から直接に導かれる¹⁸⁷。その具体例として最も明快なのは、未決勾留期間の算入である。まず、均衡原理の要請は、行為責任にふさわしい刑を科することである。ここでは、議論を簡明にするため、ある事件 X においては、行為責任に照らして、懲役 5 年の実刑を言い渡すのがふさわしいと仮定しよう。同時に、同事件の被告人には、200 日の未決勾留期間があったとする（議論を単純化するため、算入基準の問題はここでは捨象する）。ここで、未決勾留が、刑罰に匹敵する厳しい取扱いであると言えるとして——これに対する異論は少ないと思われる——、それでも X の被告人に 5 年の懲役刑をそのまま言い渡すとしたら、どうだろうか。それはかえって、均衡原理に反する、不公平な取扱いであるというべきであろう。なぜならここでは、行為責任に照らせば懲役 5 年がふさわしいはずであるにもかかわらず、「刑罰＝未決勾留」という等式が成立している以上、実質的には 5 年と 200 日の刑に処されたことになり、したがって被告人には、ふさわしい刑よりも重い刑が科せられたことになるためである。これと同じ発想は、わが国において現に一般情状として考慮されている、いわゆる社会的制裁にも適用できる。すなわち、例えば犯罪を原因として懲戒解雇を受けた場合に、この取扱いが、刑罰に匹敵する制裁であると言えるならば¹⁸⁸、上述したものと同じ論理によって、行為責任

性はなお残されるが、私見はそのような考えを採らない。この点の論証は、本章 II. 4-2. 参照。

¹⁸⁷ 「ふさわしい刑」の要素の存在は、相対的均衡原理（＝行為責任の原則）それ自体の帰結であるから、基本的に、行為責任の原則を承認する全ての見解に妥当するはずであることに注意されたい。つまり、ふさわしい刑の理論は、私見である「制約された表出的抑止刑論」を不可欠の前提とするものではない。いかなるタイプの刑罰論を採用するのであれ、行為責任の原則（均衡原理）を量刑基準として承認するのである限り、何らかの形で（行為責任の要素とは区別された）「ふさわしい刑の要素」の存在を認めることは避けられない（ただしもちろん、ふさわしい刑の要素の具体的内容に関する理解は、前提とする刑罰論の内容によって変わってくる）。

¹⁸⁸ これには異論もありうるが、さしあたりその当否は、当該制裁が刑罰に期待される機能を少

は同一であるにもかかわらず、行為責任にふさわしい刑を軽減し、すなわち量刑を軽減すべきことになる。このような発想自体も、社会的制裁を「刑罰の先取り」ないし「代替的害悪」と理解するという形で、わが国の量刑理論において従来から存在してきたものである¹⁸⁹。

このように、行為責任とは無関係であるにもかかわらず、行為責任に「ふさわしい刑」を変動させる事情が存在するのである。一言でいえば、「科刑（非難）の必要性を減弱させる事情」ということになるであろう。とはいえ、それは未決勾留や社会的制裁といった、「刑罰の先取り」が問題となるような量刑事情との関係でのみ生じる、特殊な現象に過ぎないと思われるかもしれない。しかし、そうではない。この点では、まさにここでいう「ふさわしい刑の要素」に相当する事情群について定めるところの、スウェーデン刑法 29 章 5 条（以下、BrB 29:5 と略称する）における「衡平理由」に関する議論が参考になる¹⁹⁰。現時点ではごく簡単な検討にとどまらざるを得ないが、これによると、「ふさわしい刑の要素」は以下に示す四類型に整理できる¹⁹¹。なお、「衡平理由」は専ら量刑を軽減する事情であり（BrB 29:5 に明文で定められている）、私見も、「ふさわしい刑の要素」は全て軽減事情であると解するものであるが、その根拠については下記（6）参照。

各類型の検討に入る前に、論理的に当然のことではあるが一応確認しておく、ふさわしい刑の要素は、責任刑の構成要素なのであるから、それが責任刑の幅に拘束されることはない。すなわち、量刑が責任刑の幅の下限を下回することは許されないとする「基礎としての責任刑」論を採用したとしても、ふさわしい刑の要素の考慮による量刑軽減は、そのような制約を受けない。というよりも、行為責任の要素に加えて、ふさわしい刑の要素をも考慮してはじめて、「責任刑」が導出されうるのであり、その幅の下限も設定されうるのである。このように、「ふさわしい刑の要素（第一の一般情状）」は、下に見る第二・第三の一般情状とは、前者は責任刑の構成要素であるが後二者はそうではない（つまり後二者の考慮は責任

なくとも部分的に果たすものといえるか、という基準によって決せられることになる。

¹⁸⁹ 小池（信）[2008a] 41 頁、原田（國）[2008] 167 頁。西崎 [2011] 252 頁も参照。

¹⁹⁰ 衡平理由については、第 1 章序論 2. および I. 2-3-2. 参照。十河 [2020] 459 頁以下、松澤 [2015] 225 頁以下も参照。第 1 章でも述べた通り、スウェーデン刑法における量刑規定は、均衡原理を徹底する形で立法されたため、量刑の一般原理に関する規定（BrB 29:1）および量刑を加重・軽減する事情に関する規定（BrB 29:2, 3, 5）に、犯罪予防に関連する事情が定められなかった。その上で、「刑罰価値」（わが国でいう行為責任）に関連する加重・軽減事情（BrB 29:2, 3）と、刑罰価値とは無関係な軽減事情（衡平理由、BrB 29:5）が、条文上区別された形で規定された（フィンランド刑法の量刑規定も同様の特徴を有するが、スウェーデン刑法ほど詳細でない）。以上の点は、ドイツ刑法はもちろん、均衡原理を重視するといわれるデンマーク刑法やノルウェー刑法にも見られない特徴である。こうして、スウェーデン刑法 29 章 5 条においては、特異なことに、「均衡原理（＝行為責任の原則）とは関連しているが、行為責任そのものとは無関係な量刑軽減事情」、すなわち本章のいう「ふさわしい刑の要素」そのものが、明確に括り出される形で定められるに至ったのである。このように、スウェーデン刑法は、均衡原理（行為責任の原則）に忠実な量刑を志向する上で好適な比較法の素材を提供するものであって、以下ではその作業を、「ふさわしい刑の要素」との関連で若干ながら展開する。

¹⁹¹ 以下に引用するもののほか、次の文献を参照。Ågren [2013] s. 94, 100 ff.; jmf. Jareborg & Zila [2020] 131 ff.; Asp m.fl. [2018] ss. 1381 ff.[Magnus Ulväng]; Borgeke & Månsson [2018] ss. 108 ff.

刑の幅によって拘束される) という点で、理論的位置づけを全く異にするのであり、考慮に際する自由度も異なるのである。

(1) 制裁の累積

第一の類型は、制裁の累積 (sanktionskumulation) と呼ばれる。スウェーデンにおいては、この類型にあたる事情として、国外退去処分 (BrB 29:5, 6 号)、懲戒解雇のような職業・事業活動に関連する損害 (同 7 号)、または法的制裁 (同 8 号) といった事情 (なお、これらはいずれも「罪の結果として」課されるものであることが要求される) が考慮されている¹⁹²。わが国でいうところの「社会的制裁」¹⁹³に概ね相当すると考えられる。この種の事情が、それを「刑罰の先取り」と捉えることができる限りで軽減的に考慮可能であることは、わが国でも既に指摘されているところである¹⁹⁴。

(2) 被告人の責任引受け (不法・責任構成事実の事後的減少)

第二の類型は、被告人の責任引受け (ansvarstagande) と呼ばれる (ただし、下に示す考えからすれば、むしろ「不法・責任構成事実の事後的減少」と呼ぶ方が適切ではないかと思われる)。スウェーデンにおいては、この類型にあたる事情として、損害回復など (BrB 29:5, 4 号)、ならびに、任意の出頭および捜査協力 (同 5 号) といった事情が考慮されている¹⁹⁵。わが国でいうところの損害回復 (被害弁償)、示談、自首などに概ね相当すると考えられる¹⁹⁶。スウェーデン量刑法におけるこれらの事情の考慮態様の紹介、および、それを踏まえた理論的検討を、ここで行うことはできないが、以下では、私見が、この種の事情は「ふさわしい刑の要素」として考慮されうると考える理由について、損害回復を念頭に置いて、簡単に方向性を示しておく。

損害回復は、言ってみれば、不法 (および、例えばそれが真摯な反省に基づいたものである場合には、責任) に関連する犯情事実の、(犯罪終了後という意味で) 事後的な減少である (これは、違法・責任評価の対象となった事実が、その評価が終了した後に減少しているということであって、違法・責任評価そのものの減少とは厳密に区別しなければならない。ここでは、犯罪終了後に、その犯罪に対する評価——すなわち不法と責任——が変動することは原理的にありえないという理解を前提としている)。これによる量刑軽減を、量刑基準の通説的枠組みから説明しようとするならば、まず思い浮かぶのは、特別予防の必要性の減少をみとめるという構成である。その場合には、例えば、行為者は反省など一切しておらず、そうすれば刑を軽減してくれるはずだというような単なる打算によって損害回復を行ったという場合には、一切の量刑軽減が認められないということになる。しかし、直観的にみれば、損害回復とい

¹⁹² [Prop. 1987/88:120] ss. 92 ff.; [Prop. 2014/15:37] s. 39 f.; Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 235 ff.

¹⁹³ その内実については、西崎 [2011] 248 頁以下など参照。

¹⁹⁴ 上注 (189) 参照。

¹⁹⁵ [Prop. 1987/88:120] ss. 91 f.; [Prop. 2014/15:37] s. 38 f.; Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 230 ff.

¹⁹⁶ その内実と議論については、城下 [2019] 226 頁以下、横田 [2011] 43 頁以下 (横田 [2013] 409 頁以下も参照)、川合 [2011] 172 頁以下、高橋 [1997] など参照。

う量刑事情にとって重要なのは、まさに客観的に損害が回復されたということそれ自体であって¹⁹⁷、そうであるからこそ、同事情には量刑上、(一般情状としては)比較的強い効果認められているのではないだろうか¹⁹⁸。それならば今度は、事後的な違法減少を認めるという構成も候補に挙がってくることになる。しかしこれは、中止犯論における違法減少説¹⁹⁹に対する、違法評価が犯罪終了後に変動することはありえないはずである、という(おそらく)決定的な批判²⁰⁰が同様に妥当する。すなわち、損害回復が行われても、損害(不法)が引き起こされたという過去の事実は変わらないのであって、そうであるのに当該不法に対する評価が変動するというのは、矛盾である²⁰¹。

ここで、損害回復について、「ふさわしい刑」の観点から考えてみると、次のように考えることができるかもしれない。まず、一定程度の行為責任に応じて、一定程度の刑罰が根拠づけられる。ところで、刑罰とは、犯罪に対する非難である。より具体的に言えば、刑罰は、裁判時(言い渡しの時点)において、「このような不法が実現され、かつそのことについて行為者にはこの程度の責任がある」という非難を表出する機能を有する。ところで、ある不法が実現されてしまったという事実は、それ自体、取り返しのつかないことである。だから

¹⁹⁷ 司法研修所編 [2012] 62-63 頁:「被害回復・被害弁償(損害賠償)・示談という客観的事実それ自体を(それに向けた被告人の意図や動機、被害弁償に用いた金銭の出所等にかかわらず)、量刑上刑を減輕する方向で考慮することができるといえよう」。原田(國) [2008] 14 頁も同旨を述べつつ、これを「実務家のほぼ共通な理解であろう」と指摘するほか、横田 [2011] 56 頁は、「裁判実務上、特別予防説を純粋に貫くのは、困難であろう」として、「被告人の意図や動機に関係なく、被害回復という客観的事実それ自体を、量刑上、被告人に有利に取り扱うことになろう」と述べている。

¹⁹⁸ そのほかにも、「例えば、性犯罪で、高額な被害弁償を申し入れたところ、被害者が全部または大部分の受領を固く拒んだような場合、高額な被害弁償の申入れをしたことを量刑上重視することはできない」(河原 [2017] 550-551 頁)という見解が実務家により示されているが、特別予防説を貫徹するならば、このような事例は、被害弁償が受け入れられた場合と全く同列に扱うべきことになるであろう。そうした帰結が直観に反することは間違いないと思われる。

¹⁹⁹ 最近におけるその擁護として、松本(圭) [2020] 182 頁以下参照。

²⁰⁰ この問題をめぐる議論に関する最近の整理として、鈴木(一) [2016] 287 頁以下参照。なお、当然のことであるが、同様の批判は、犯罪終了後における責任評価の変動を認めようとする見解にも妥当する。

²⁰¹ 岡上 [1993a] 56 頁参照。これに対して、横田 [2011] 56 頁は、「犯罪の終了により確定するはずの違法性、責任を、犯罪後の事情も加味して判断しようとするのが、行為(責任)主義に反するとまではいえない」として、違法減少を根拠とする構成に賛成している。また野村(健) [2020a] 55 頁も、量刑において損害回復を大きな軽減事由として扱うことは「犯罪要素である『(結果)不法』が被害弁償によって事後的に減少したと考えなければ、説明できないものである」として、前記構成を支持している。しかし、仮に、不法の事後的減少を認めることが犯罪論の基本原則と決定的には矛盾しないという理解を受け入れたとしても、確実に言えるのは、「違法・責任評価は犯罪終了時に確定する」ということが大原則であるという事実が揺らぐことはないということである。それゆえ、不法の事後的減少という、かろうじて可能ではあるかもしれないが確実に「苦しい」構成を用いずに、損害回復(かつ/あるいは、中止減免)の強い効果を説明できるオルタナティブがあるとしたら、それに越したことはないはずである(そのとき違法減少説は、いわばオッカムの剃刀によって剃り落とされるべきことになろう)。

こそ我々は、犯罪という不法実現に対して怒りをおぼえ、それに対して刑罰という非難を表明しようとするのである²⁰²。しかし、不法は、部分的には「取り返しがつく」場合がある。もちろん、損害回復がそれである。このとき、確かに、不法が一旦は実現されてしまったという過去の事実は、取り返しがつかない。しかし、一旦実現された違法状態が、損害回復によって、事後的に解消されることはありうるものであり、その限りでは、犯罪は取り返しがつくのである。もちろん、これによって、一旦は犯罪が成立したという事実が変わることはない以上、それを無罪とすること（ないし、違法減少を認めること）は原理的に不可能であると考えるのが自然である。とはいえ同時に、①犯罪が行われ、かつその不法が回復されていない場合（取り返しがついていない場合）と、②犯罪が行われたが、その不法は回復されている場合（部分的に取り返しがついている場合）とを量刑上区別し、前者と比べて後者の刑を軽減することには、裁判時における非難の必要性の相違に照らせば、十分な理由がある。これを均衡原理の観点から記述すれば、まず当然の前提として、第一に重要なのは行為責任の原則である。したがって、損害回復がなされているのであれ、いないのであれ、行為責任（ここでは、そこに含まれた不法）の程度が同一であれば、その点での評価もまた同一である（不法が一旦は実現されてしまったという事実それ自体は、取り返しがつかないのである）²⁰³。しかし、「ふさわしい刑」が担う非難とは、あくまで裁判時における非難である。その内容は、若干口語的に表現すれば、「被告人は、これほどの不法を、この程度の責任のもとで実現したものであって、実にけしからん」というものになる。ここで、裁判時において、「これほどの不法を」の部分が増少していたのであれば、そのぶん、非難は弱まるといえる。より具体的にいえば、非難は裁判時に行われるものであるところ、通常の場合は、不法を構成した事実が裁判時にもそのまま存続している。言い換えればここでは、「この程度の不法を構成する事実が一旦は実現された（ため、一定の違法評価に値する）」という過去の状態と、「その不法を構成する事実が今もそのまま存続している」という現在の状態とが、いわば重ね合わせの状態が存在しているのであって、これを前提として、一定の非難が導かれ、すなわち「行為責任にふさわしい刑」が量定されるのである。損害回復がある場合には、このうち、現在の状態が欠落した場合にあたる。したがって、そのぶん非難が軽くなるのである。こうして、「ふさわしい刑」が、行為責任とは無関係に、軽くなるのである。しかし、上述した通り、その根拠は、違法性そのものの減少ではなく、不法に関する犯情事実の事後的減少である²⁰⁴。したがって、犯罪の終了後に、犯罪に対する評価が変動するという背理は、ここで

²⁰² Cf Tadros [2011] 44 ff.

²⁰³ したがって、講壇設例的ではあるが、例えば、①被害額が 50 万円で損害回復のなされていない窃盗と、②被害額が 100 万円であるが、そのうち 50 万円について損害回復がなされた窃盗とがあり、両事件はその他の点では同一であるとすれば、②の量刑は①のそれよりも重くするべきであろう。

²⁰⁴ これと同様のことは、責任に関する犯情事実にもそのまま妥当する。簡潔に説明すれば、（故意犯の場合は）行為者が一定の反法益的価値観にしたがって、適法行為に出ることが期待可能であるのに違法行為を選択してしまったという過去の事実は決して変わらないが、裁判時において、当該価値観が行為者自身によって撤回され、自分はやそのような価値観を採用するものではないというように訂正されることはありうる。つまり、実行行為時には「犯罪をしてやろう」という価値観を採用していたが、裁判時には、それは間違ったことであつたと認めるということ

は生じない。

以上はあくまで試論に過ぎないが、少なくとも、「ふさわしい刑の要素」には、「刑罰の先取り」とは異質な考慮に基づく事情も含まれる、という可能性は示すことができたものと思われる。とはいえ逆にいえば、現時点での本稿の主張は、損害回復や自首・捜査協力といった事情も「ふさわしい刑の要素」として位置づけられる可能性がある、というものにとどまる²⁰⁵。より詳細な論証や態度決定については他日を期す。

(3) 被告人の特別な脆弱性（刑罰感痛性）

第三の類型は、被告人の特別な脆弱性（särskilda utsatthet）と呼ばれる。スウェーデンにおいて、この類型にあたる事情として第一に定められているのは、被告人が罪の結果として重大な身体傷害を受けたこと（BrB 29:5, 1号。一過性のものではない恒久的な傷害であることが要求される。例えば、飲酒運転中に事故を起こし、行為者自身が、半身不随といった障がいを負った場合がよく挙げられる）であり、また、第二に定められているのは、被告人が高齢または健康不良状態にあることから、通常の刑罰を科すると不合理に厳しく扱われることになる、という事情である（同2号）²⁰⁶。以上のような事情の考慮は、わが国においても行われている²⁰⁷。

その考慮根拠について、スウェーデンの議論では、次のような視点が提示されている。すなわち、これらの事情を抱える被告人は、通常の被告人に比べて、同じ量の刑罰から、より多くの苦痛を受けることになるため、そのぶん刑罰を軽減しなければならない、というものである²⁰⁸。これは、ドイツの量刑においていわれる「刑罰感痛性（Strafempfindlichkeit: 刑罰感銘性などとも訳される）」の考慮²⁰⁹と同じものであると思われる。刑罰感痛性の考慮は、次のような発想に基づく。すなわち、行為責任が同等である場合には、それに対して科せられる刑罰の客観的な量を等しくすべきなのではなく、刑罰によって被る主観的な苦痛が等しくなるように刑を量定するのでなければならない、と²¹⁰。これは要するに、行為責任が同一であっても、それにふさわしい刑を変動させるべき場合があるという主張であるから、もしこの考え方を受け入れるのであれば、それはまさに「ふさわしい刑の要素」の考慮に関する一つの説明原理として位置づけられるべきことになる。

しかし、そもそも、刑罰感痛性の考慮に対しては、理論的な観点から、次のような批判が

であって、すなわち、行為者は反省したということである。これもまた、責任に関する犯情事実の事後的減少であって、責任減少ではないが、ふさわしい刑の軽減をみとめる理由になる。

²⁰⁵ なお、自首や捜査協力を、不法・責任構成事実の事後的減少類型として説明することには限界もあると思われる。その場合にはおそらく、それらの行為によって真摯な反省が示されているという点を捉えた、責任構成事実の事後的減少しか認めることができないためである。この点がネックになるとすれば、これらの事情については、さらに別の説明原理を考案する必要がある。とはいえ、その検討は他日を期さざるを得ない。

²⁰⁶ [Prop. 1987/88:120] ss. 91, 95; Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 224 ff.

²⁰⁷ 米山 [2011] 101 頁以下、131-132 頁、畑山 [2011] 216 頁以下など参照。

²⁰⁸ Ågren [2013] ss. 107 ff., 241-243.

²⁰⁹ BGHSt 7, 28, 31.

²¹⁰ Vgl. Schönke / Schröder [2019] § 46 Rn. 54 [Walter Stree]; Bruns / Güntge [2018] Kap. 13 Rn. 14.

向けられている。すなわち、刑罰による責任清算 (Schuldausgleich) というのは、社会的な文脈の中で行われるものであって、行為者に苦痛を与えることそれ自体を目的として行われるものではない。そうであれば、刑罰の量というのは、行為者の主観的な苦痛によってではなく、より客観的な基準によって定められなければならない。つまり刑量は、行為者に対する害悪として、正義にかなっていると一般 (社会) に受け止められるような形で定められなければならないのである²¹¹。また、わが国でも、「刑罰目的には (…) 一般予防的な側面と、犯罪行為 (…) に対する無価値評価を公的に確認するという応報的な側面がある」という前提から、刑罰がこれら両面において機能するためには、刑罰の量というのは「受刑者個人の苦痛感覚ではなく、社会一般によって理解可能な、より客観化された基準によって判断されなければならない」とし、「このような論理は (…) 積極的一般予防論、(現代的な) 応報刑論、さらに犯行均衡説といった、社会一般に対するメッセージの伝達を刑罰の本質的作用とみる見解からは、広く支持されうるものである」と主張するものがある²¹²。さらに、次のような、より実践的な観点からの疑問も示されている。すなわち、刑罰感痛性を量刑において広く考慮するときには、例えば被告人が極めて繊細な心の持ち主であれば、刑罰を受けることによる苦痛が通常の被告人に比して大きくなるから、それに応じた程度で責任相当刑の軽減が認められ、逆に (例えば、就職が困難であったために生活が慢性的な困窮状態に陥っているような者が、刑務所にいれば衣食住に困ることはないというような理由で) 刑務所への収容を積極的に志願するような場合には、刑罰苦痛が低い以上、責任相当刑が理論上は限りなく加重される、というような、「明らかに不当な帰結を招く」という指摘である²¹³。

以上の批判は正当なものであると考えられる。その上で、補足的な視点をも示しておけば、仮に、「犯罪と刑罰の均衡」に「犯罪と刑罰苦痛の均衡」という側面を少なくとも部分的には認めることができると考え、被告人が高齢や健康不良などによって著しい刑罰苦痛を被ることを避けなければならない場合が存在すると想定したとしても、そのために取りうる手段は量刑軽減だけではないのであって、むしろ、例えば医療刑務所への移送や、刑の執行停止²¹⁴といった行刑上の措置によって対応すれば足りるのではないだろうか²¹⁵。

さらに、そもそも高齢・健康不良・(犯罪に起因する) 被告人の重大な傷害といった事情は、それを独立の一般情状類型として観念せずとも、他の量刑事情と関連させることによって十分に量刑上考慮することができるようにも思われる。例えば、被告人が犯罪に起因して自ら重大な傷害を負ったことによって、いわば犯罪に「懲りて」おり、反省を深めていると認定することができる場合には、上述した第二類型の範疇 (反省による、責任構成事実の事後的減少) で軽減的に考慮することができよう。また、高齢や健康不良は、被告人の再犯危険性を低下させる事情としても捉えることができると考えられる。そうであれば、端的に特別予防関連事情として考慮することができるであろう。

²¹¹ Streng [2012] Rn. 720.

²¹² 以上について、小池 (信) [2008a] 37-38 頁。

²¹³ 小池 (信) [2008a] 34-36 頁参照。

²¹⁴ 刑事訴訟法 482 条 1 号は、「刑の執行によって、著しく健康を害するとき、又は生命を保つことのできない虞があるとき」を、また同 2 号は「年齢七十年以上であるとき」を、刑の裁量的執行停止事由として定める。

²¹⁵ 米山 [2011] 103-104, 132 頁と比較せよ。

以上のように、犯罪に起因する重大な傷害・高齢・健康不良という事情の軽減的考慮を、「刑罰感痛性」という説明原理によって正当化しようという構想に対しては、①そもそも刑罰感痛性という説明原理には理論的にも実践的にも問題があること、②被告人が、刑罰から、通常受刑者よりも多大な苦痛を被ることを避けるべきであるという問題意識の正当性を承認するとしても、この問題には行刑上の措置によって十分に対応できるように思われること、および、③これらの事情は、行為者の反省や再犯可能性の低さのような、他の考慮根拠と関連づけることによって考慮対象とすることができること、という三点から、反対せざるを得ない。「刑罰感痛性」を、「ふさわしい刑の要素」の考慮に関する一つの説明原理として取り込む必要はないし、また、「被告人の特別な脆弱性」を、ふさわしい刑の要素の内部における独立の類型として観念する必要もないと思われる。

最後に、特に高齢との関係で、高齢者は通常の行為者に比べて余命が短いため、同じ期間の自由刑でも、いわばその重みが異なるから、量刑を軽減すべきであるという視点も示されている²¹⁶。この主張は、このような事情があるから高齢者は主観的な刑罰苦痛を強く受けることになるのだ、というだけでなく、そもそも高齢者に対する刑罰は、通常の行為者に対するそれに比べて、期間が同一であっても客観的に重いものとなるのだ、という含意をも有するものであると考えられる。すなわち、刑罰感痛性とは異質な考慮根拠を含むものであると解される。

もっとも、この考え方は、直感的には説得力を有するものの、理論的に厳密に考えると、必ずしも合理的でないように思われる。すなわち、自由刑（の害悪性）の本質に関する議論にここで踏み込むことはできないが、一般的な理解と思われるものを引いておけば、自由刑の害悪性は「移動の自由の剥奪（Entziehung der Fortbewegungsfreiheit）」に存するのであって、そのことは具体的には、第一に、有罪判決を受けた者が、刑事施設への収容によって、将来の生活を以前と同じように継続することが妨げられるという側面をもち、また第二に、刑事施設という閉鎖施設内での生活において様々な不自由や制約を余儀なくされるという側面をもつ、と分析される²¹⁷。これに即して分析すると、前記主張は、高齢者はこの第一の側面から受けるダメージが通常の行為者よりも大きいのだ、という指摘であると理解される。しかし、ここにいる「将来の生活を以前と同じように継続することが妨げられる」というのは、自由剥奪によって、社会内における自律的な幸福追求が妨げられる（例えば、刑事施設に収容されることによって、神田川の桜並木を見に行くことができず、ビルの清掃員として働くこともできないというように、幸福追求活動の選択肢が狭められる）と読み替えることもできると考えられるが、そもそも、同一単位時間において可能な幸福追求活動の総量は、年齢に関係なく同一であると考えられるし、あるいは、そう考えるべきであろう。例えば、30分という時間があるとすると、普通は、喫茶店でコーヒーを飲んでいればすぐに時間がなくなってしまふであろうが、これが、高齢者であるからといって、コーヒーを飲んだ上で美術館で絵画を鑑賞することもできるようになるわけではない。またあるいは、確かに一定時間内にお

²¹⁶ Ågren [2013] ss. 240 f.

²¹⁷ Meier [2019] S. 88 f. なお、同箇所ではさらに、上記第一の側面が、社会への統合から切り離す作用（die integrierende Wirkungen）——具体的には、家族、友人、職場、住居などからの隔離ないし切り離し作用——と結び付けられている。

ける行動の選択肢の広狭には個人差がありえ、例えば一定の身体障がい者の場合、通常人であれば 30 分で移動できる距離の移動に 1 時間を割く必要がある、といったことが考えられる。しかし、この思考を突き詰めてゆくと、身体障がい者であれば、同じ期間の自由剥奪であっても、その枠内で実現しえた幸福追求の総量は通常人に比べて小さいから、刑量を加重すべきである、というような結論に至りかねないが、その著しい不当性は火を見るよりも明らかである（なぜなら、抽象的にいえば、ある個人による幸福追求の総量は、当該個人自身が評価すべきであって、他人がその価値の多寡を外から判断し、押し付けることは正義に反すると考えられるためである。また、上のような考え方を突き詰めると、逆に年齢が若ければ若いほど刑罰を加重すべきである、ということにもなりうるが²¹⁸、それもまた不当であろう）。それゆえ国家は、同一単位時間内において可能な幸福追求活動の総量に個人差はない（それに国家の立場から差をつけること自体が不当である）という価値判断を採用すべきである。

このように考えれば、上に取り上げた主張に理由はないと結論づけることになる。高齢者であれ、非高齢者であれ、1 年は同じ 1 年であり、その枠内で可能な幸福追求活動の総量は同じである（と考えるべきである）から、1 年の自由剥奪によって受けるダメージの総量もまた同じである。もちろん、直感的には、残された時間が少なければ、同じ 1 年であっても、より「貴重」に感じられ、それゆえ同じ 1 年の自由剥奪であっても、より「重く」感じられるであろうが、上述した通り、それを、当該時間の客観的価値を反映したものとみなすことはできないのであって、あくまで、高齢者は同じ時間の自由剥奪に対して、非高齢者に比べて強い主観的苦痛を覚えやすい、というだけのことに過ぎない。つまり刑罰感痛性の問題であり、かつ既述の通り、量刑におけるその考慮は基本的に不当である。それゆえ、高齢という事情は、「ふさわしい刑の要素」の中で独立の類型を構成するもの（反省や特別予防などとは無関係な、それ独特の考慮根拠・説明原理をもつもの）ではない、という上述した結論を変更する必要はない。

(4) 犯罪後の時間経過

第四の類型は、犯罪後の異常な時間経過である（BrB 29:5,3 号）。スウェーデンの学説を見ると、この時間経過はさらに、犯罪終了時から起訴までの異常に長い時間経過と、起訴から結審までの異常に長い時間経過とに分類され、前者の場合は時間経過に伴う社会的非難の減弱という観点から量刑軽減が正当化され、また後者の場合は、不必要に訴訟が長期化しているときには、被告人の、迅速な裁判を受ける権利が害されている²¹⁹ため、被告人に対する埋め合わせが必要であるという観点から正当化されている²²⁰。これらに相当する事情は

²¹⁸ 実際、模擬裁判において裁判員役の参加者からそのような意見が出された例があるようである。神山＝岡 [2009] 48 頁。

²¹⁹ 少なくとも、Ågren [2013] s. 272 の記述を見る限り、迅速な裁判を受ける権利が問題とされているように見える。しかし、そもそもの前提となるスウェーデン訴訟手続法（の刑事訴訟関連規定）について、わが国では紹介・検討が進んでおらず、筆者自身も十分に調査できていないため、この点に関する厳密な検討は他日を期さざるを得ない。

²²⁰ Ågren [2013] ss. 267 ff.

わが国でも考慮されている²²¹。この問題（とりわけ前者）は、公訴時効の根拠論²²²との関係でさらなる検討を要するが、この局面において、例えば規範感情緩和説を少なくとも公訴時効の根拠の一部に取り込むことを認めるのであれば、公訴時効が完成していない場合であっても、長い時間の経過によって犯罪に対する非難の必要性（ないし、非難欲求）が低下することを捉えて、行為責任に「ふさわしい刑」の軽減を認めることになろう。

(5) まとめ

以上のように、「行為責任評価とは独立に科刑（非難）の必要性を減弱させる事情」であるところの「ふさわしい刑の要素」は、科刑（非難）の必要性の減弱を認める根拠（その説明原理）の相違に従って、複数の類型に区別することができる。この諸類型として上で特定されたのは、①「制裁の累積」類型（具体例として、社会的制裁）、②「不法・責任構成事実の事後的減少」類型（具体例として、損害回復。被告人の高齢・健康不良や、犯罪に起因する重大な傷害なども、この類型との関連である程度は考慮できる。自首や捜査協力にもこの類型に含めて理解することができるが、それに尽きるものであるか、また他の考慮根拠・説明原理も存在しないかどうかは検討を要する）、③「犯罪後の時間経過」類型（具体例として、犯罪後の時間経過。特に、公訴時効の根拠論との関係で検討を要する）である。さらに、スウェーデン法上は、「被告人の特別な脆弱性（刑罰感痛性）」類型（具体例として、被告人の高齢・健康不良、犯罪に起因する重大な傷害）も観念されているが、既述の通り、私見は懐疑的である。

なお、「ふさわしい刑の要素」が、以上三つの類型に尽きるとは限らない。別の説明原理が正当化されうるならば、当然、新たな類型を観念することになる。例えばわが国では、実務上、違法捜査などの「国家機関の違法行為」があった場合に量刑軽減を行うという慣行が定着しているが²²³、これは上に見た三類型のいずれにも属さないように見える。したがって、もしその考慮を正当化するのであれば、その説明原理に従って、新たな類型が創設されることになろうが、そのような新類型創設の可能性に関する検討は、他日を期さざるを得ない。また、上においては、各類型に属する一般情状として、スウェーデン量刑法上は明文の根拠をもって考慮されている諸事情のみを取り上げてきたが、それは、わが国でもそれらの事情だけを各類型のもとで考慮すべきであるという趣旨でそうしたわけではない。上に掲げた諸類型（あるいは、その他の新たに創設される類型）の内部では、ここまで言及されたものの他にも、様々な事情が考慮されうるのである²²⁴。とはいえ、その具体的検討も、今後

²²¹ 丸田 [2011] 389 頁以下など参照。

²²² 近時の関連文献として、山崎 [2020] 71 頁以下、飯島 [2018] 277 頁以下、原田（和） [2017] 238 頁以下、原田（和） [2014] 41 頁以下など参照。

²²³ これに関する文献として、野村（健） [2020a] 39 頁以下、范（ファン） [2019]、峰 [2012] 121 頁以下、小倉 [2011] 275 頁以下、城下 [2009] 89 頁以下、宇藤 [1999] 16 頁以下、藤井 [1998] 211 頁以下など参照。

²²⁴ この点、上では BrB 29:5 の 1 号～8 号を取り上げたが、残された 9 号は、（わが国の用語法に置き換えれば）「その他、行為責任評価によって支持されるよりも短期の刑を科することを要請するような事情」を考慮しなければならないと定める。要するに、1 号～8 号に列挙された事情でなくても、実質的にみて考慮に値する事情は 9 号の範囲で考慮できる。その内実について詳しくは、Borgeke & Månsson [2018] ss. 113 ff.; Borgeke & Heidenborg [2016] ss. 241-245; Ågren

の課題として残される。

このように、「ふさわしい刑の要素（第一の一般情状）」に関する具体的な量刑事情論の展開を本稿の範囲で行うことはできず、それは上にみた「行為責任の要素（犯情）」についてもそうであるし、また下において瞥見する第二・第三の一般情状についても同様である。

本稿の関心はむしろ、そのための前提となる量刑基準論（量刑事情を選別し評価するための枠組み）の整備に向けられているのである。その中でも、ここで強調しておきたいことは、行為責任の要素でもなく、犯罪予防とも関係しない量刑事情であるところの「ふさわしい刑の要素」を考慮すべき要請が、均衡原理そのものから導かれるということである。それゆえ、「ふさわしい刑の要素」は、均衡原理——量刑においては「行為責任にふさわしい刑（責任刑）」を科すべきであるという原理——を承認する全ての見解が、その存在を認めなければならない（もちろん、「科刑の必要性」判断の基準と内容は、刑罰を科することの根拠に関する理解——すなわち、刑罰論上の立場——に依存する。刑罰論が変われば、「ふさわしい刑の要素」に関する考え方、根拠づけ方も変わるのである。しかし、「行為責任にふさわしい刑」が、行為責任評価とは独立に変動する場合があるということ自体は、刑罰論上の立場の相違を超えて、普遍的に妥当する事柄であると考えられる）。

ところで、要するに私見は、「行為責任にふさわしい刑（責任刑）」を「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」に分割して、この両カテゴリーに、それぞれ別個の量刑事情を割り振るものであるが、これは、「行為責任」と「可罰的責任刑」を区別して、前者には属さないが後者には属する量刑事情を独立に観念する岡上説の発想と、基本的に同じものであり、かつ、それから影響を受けたものである²²⁵。また、これに関連して、わが国においては、このような区別は不当あるいは不可能であるという批判が既に向けられているのであるが、結論だけ述べておけば、当該批判に理由はなく、「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」の区別は堅持すべきである。詳細は、本章 II. 3-2. 参照。

(6) ふさわしい刑の要素の評価方向

最後に、評価方向を示しておかなければならない。結論から述べれば、ふさわしい刑の要素に対する評価は、軽減方向に限定される。その理由を説明すると、まず、私見は目的刑論であるから、刑罰を積極的に根拠づけるのは犯罪予防の必要性だけである。犯罪予防のためには、第一に、公衆の正義観念に従った処罰が求められる（それには積極的一般予防効果があるからである）。公衆の正義観念により要請されるのは、「不正行為に対する、それにふさわしい非難の表出」である。ここで非難の表出は、常に不正行為に対するものであり、それを根拠とするものであるといえる。不正行為の内容が全く変わっていないのに、非難が重くなるということは、概念的にありえない²²⁶。不正行為のみが、非難を根拠づけるのである。

[2013] ss. 276 ff.

²²⁵ この側面も含め、岡上説については本章 II. 3. 参照。

²²⁶ 厳密に言えば、公衆の正義観念は事實的・感情的なものにすぎないため、同じ不正行為であっても、「昨日は機嫌が良かったので許せたが、今日は何だか腹が立つ」（なお、昨日と今日で不正行為者は別人であるとする）ということ、不正行為とは独立に「非難が重くなる」ということは考えられなくもない（それは概念的・論理的には、「今日は腹が立った」という事情〔あ

ところで上述した通り、不正行為は、多元的な規範的制約を経て、行為責任（犯罪）へと洗練される。したがって、行為責任のみが刑罰を根拠づける。そうであれば、行為責任とは無関係な要素によって刑罰が根拠づけられることはないから、それが加重方向で評価されることもありえない。むしろ「ふさわしい刑」の要素というのは、既に行為責任によって根拠づけられた刑罰を、後から差し引くものに過ぎないのである。したがって、ふさわしい刑の要素は、軽減方向でしか考慮されえない。

3-2-2-3. 特別予防および一般予防の要素（第二の一般情状）

第三に有意な量刑事情となるのは、消極的一般予防および特別予防の要素である。既述の通り、制約された表出的抑止刑論は目的刑論であり、つまり、犯罪予防が社会全体にもたらす利益を刑罰正当化の積極的理由とするものである。したがってそれは、積極的一般予防を中核とするものの、それ以外の予防手段を排斥すべき理由はない。経験的な根拠が認められる限りで、消極的一般予防や特別予防に関連する事情も、当然に考慮できる。なお、これらの内実を明らかにする上では、本章 II. で扱う議論にも触れる必要が出てくる場面もあるが、それについては適宜、II. の該当箇所を参照指示する。

(1) 特別予防

まずは特別予防関連事情である。これについては、規範的側面と経験的側面の両方向から考察する必要がある。規範的側面について、そもそも刑罰による特別予防には特別威嚇、隔離（以上を総称して消極的特別予防）、および社会復帰（積極的特別予防）という三つの方法に整理されるところ、消極的特別予防目的に基づく科刑は正義に反するため、量刑においては積極的特別予防目的のみを考慮すべきであるという主張がある。しかし、この主張には賛成できない。消極的特別予防目的を考慮することによって、規範的な問題が生じることはない（本章 II. 1-2. 参照）。なお、行為者の再犯危険性評価に際して、行為責任主義や罪刑法定主義の制約から、「行為に表れていない危険性」の考慮は許されないという見解があるが、不当である。特別予防的考慮にあたっては、行為に表れているかいないかに関係なく、再犯危険性を基礎づけるあらゆる事情の考慮が許される（本章 II. 5-1-2. 参照）。

続いて、経験的側面から考察する。まず前提として、行為者の再犯危険性評価は、科学的知見（とりわけ RNR モデル）に可能な限り忠実な形で行うべきである。特に、経験的研究によって、行為者の再犯危険性を基礎づける主な要因は 8 つに特定されている（8 つの主要な

るいは、それを引き起こした何らかの、行為者に属しまたは属さない事情。例えば、行為者の人相が気に入らない、あるいは、雨が降っていて気分が悪い、など）を不正行為〔者〕に帰属しているのだ、ということになるはずではあるが）。しかし、概念的観点を抜きにしても、どのみち、そのような判断は、相対的均衡性そのものに内在する公平性の要請——すなわち、「各人に各人のものを (suum cuique)」であり、あるいは、ここで役割を果たしているのはそれよりもさらに根源的な、判断は普遍化可能なものでなければならないという要請（普遍化要請。これについては、井上 [2021] 282 頁参照）であるかもしれない——によって規範的に排斥される。したがって、このルートから、「不正行為とは独立に非難が重くなる（つまり、行為責任とは独立に非難が重くなる）」という事態が刑法の中に現れることはない。

犯因論的リスク要因。いわゆるセントラルエイト)。したがって、裁判における再犯危険性予測も——科学的手法に基づいた判断ではないため限界はあるものの、せめて——それら 8 要因との関連を意識して行うべきである(セントラルエイトについては、本章 II. 4-3-2-1. 参照)。

続いて、行為者の再犯危険性を、どのような方法で低下させるか(または、その社会内における現実化を防ぐか)が問題となる。刑罰による再犯防止方法として考えられるのは、既述の通り、特別威嚇、隔離、および社会復帰である。このうち、特別威嚇の再犯防止効果に経験的根拠はなく、むしろ再犯可能性を増悪させると考えられるため、量刑において特別威嚇を考慮することは許されない。したがって社会復帰と隔離が残るが、刑罰には社会復帰(改善)効果があるという想定にも経験的根拠がなく、むしろ、刑罰は社会復帰を阻害する効果(非社会化効果)があると考えるのが事実在即している。それゆえ、「再犯危険性の高い行為者に対して、再社会化を促すために、量刑を加重する」という判断は許されない(再社会化加重禁止説)。これに対して、「再犯危険性の低い行為者に対して、刑の非社会化効果を回避するために、量刑を軽減する」という判断は許される(ただし、この考慮は、量刑判断ではなく、刑種選択判断に反映させるのが望ましい。後述)。続いて、刑事施設に隔離することに再犯防止効果が存在することは、確かに経験的にみても当然である(刑事施設に収容されている限り、社会内で再犯に及ぶことは物理的にありえない)。それゆえ、「再犯危険性の高い行為者に対して、隔離のために量刑を加重する」ことは、一応は許される(再犯危険性が低く、隔離の必要性が小さいので量刑を軽減するという判断も許される)。ただし、この加重は、刑の量定ではなく、刑種選択(特に、実刑と執行猶予の選択判断)において反映されるべきである。なぜなら、そもそも隔離とは、再犯リスクの「先延ばし」にすぎず、したがって刑の期間を多少長くすることにどれほどの意義があるのか疑問に思われる一方で、刑種選択、とりわけ実刑と執行猶予の選択にあたっては、その判断の如何によって、「まさに今(裁判時)、行為者が社会内に戻るか、刑事施設に収容されるかが決まる」わけであるから、再犯可能性の高い者をすぐに社会に戻してしまうわけにはいかないという要請が切迫したものとして妥当するためである(つまり、被告人の高度な再犯リスクを、その者を社会内に戻すことによって、今すぐに現実化する状態に置くのか、それとも刑事施設に収容することでひたすらリスク現実化を防ぎ、「先延ばしに」するのか、という選択を迫られている場合には、確かに前者を選択するのが合理的であろう。これに対して、刑の量定の場面では、もう先延ばしにすることは決まっているのであって、その先延ばしをどこまで延ばすか、ということが問題となっているに過ぎないのである)。それゆえ、保安に基づく刑種の加重は許されるが、刑量の加重は原則として許されないと考えるべきである。なお、再社会化軽減については、刑量軽減が許されないとまでは言えないが、刑種の軽減への反映を優先させるべきである。

以上を要するに、経験的に考察する場合、量刑における特別予防的考慮は、①社会復帰を根拠とする軽減、②保安を根拠とする軽減、③保安を根拠とする加重が許される。ただし、③については、刑種選択判断に反映させるべきであり、刑量の加重根拠として援用するのは原則として許されない。これに対して、①②も、なるべく刑種選択判断に反映させるのが望ましいが、刑量軽減が禁止されるとまでは言えない(以上について、本章 II. 4-3、特に 4-3-3. 参照)。

なお、ここまでの論述においても既に前提としてきた事柄であるが、特別予防関連事情

は、軽減方向ではもちろんのこと、加重方向でも考慮できる。その理由は端的に、犯罪予防目的は刑罰を根拠づけるからである。つまりこれは、目的刑論を採用したことによる当然の帰結である。

ただし、その加重的・軽減的考慮によって量刑を左右しうる範囲は——結論の先取りになるが、幅の理論をとり²²⁷、かつ、「単なる上限」論²²⁸をとるため——責任刑（行為責任にふさわしい刑）の幅の上限までに限定される。より具体的に述べれば、予防的考慮による幅の「上回り」は、いかなる場合でも一律に禁じられるのに対して、「下回り」は——実際上は稀なことであろうと思われるものの、原理的には——許容される。その理由は、端的に言えば次の通りである。まず、責任とは刑罰受忍義務を理由づけるものである以上、それに応じた刑の上回りは、受忍義務のない刑を行為者に受忍させることとなって不当であるから、一律に許されない。その一方で、責任刑を下回る場合には、重い刑の受忍義務があるならば軽い刑についても受忍義務があることは当然である以上、一律に許されないとまでは言えない。ただし、責任刑の幅の下限を超える刑を言い渡すことには積極的一般予防上の利益があり、逆に言えばその下回りは同利益との関係でコストになるところ、それでも下回りを行うことが正当化されるのは、このコストを補って余りある、特別予防上の大きな利益が認められる場合に限られる。もっとも、特別予防は結局のところ、行為者ひとりの犯罪を抑止するものに過ぎない一方で、一般予防はその効果が社会全体に及び、つまり多数の潜在的行為者に及ぶ。そうなると、一対多であるから、一般予防の利益の方が典型的に大きいことは明らかであろう。したがって、下回りは、責任主義の観点から一律に禁じられるわけではないが、それ以前の予防的利益の衡量判断に際して、結局のところほとんどの場合において正当化されないことになるとと思われる。それゆえ、下回りは原理的には許容されるが、実際上は稀なことであろう、という結論に至るのである。

責任刑の幅の「上回り・下回り」問題に関する私見の考え方は、以上のようなものである。もっとも、この問題は究極的には、そもそも「責任刑の幅はどのように導出されるのか」という、刑の数量化論と密接に結びついた根本問題を検討しなければ答えられないものである。そこで、この点を本章 I. 3-4-2. を通じて検討し、同 3-4-2-3. で改めて最終的な論証と結論を示すことにする。

(2) 積極的一般予防と消極的一般予防

続いて、一般予防である。まずは積極的一般予防目的について考察すると、すぐに思い浮かぶのは、これは責任刑を科することによって既に満足されるから、同目的を、量刑において責任刑と独立に援用する余地はない（つまり、責任刑とは無関係な、「裸の積極的一般予防的考慮」を量刑において行う余地はない）、という考え方である²²⁹。その成否を検討する上で、

²²⁷ 本章 I. 3-4-1. 参照。

²²⁸ 量刑が、責任刑の幅の上限を上回ることは許されないが、下限を下回るとは許されると主張する見解である。この定義については、下注 (362) の本文部を参照。ただし、私見では、下限の下回りが正当化される場面は例外的なものであるため、結論的にはむしろ「基礎としての責任刑」論（上限の上回りだけでなく下限の下回りも許されないとする見解）に近い。詳しくは本章 I. 3-4-2-3. で議論するが、すぐ下でも言及する。

²²⁹ 例えば、岡上 [1993] は、積極的一般予防「のために必要な刑罰の判断は (…) 責任刑の判

第一に重要なのは経験的根拠であるが、これについては繰り返し述べてきた通り、刑罰の積極的予防効果には十分な経験的証拠がある。その知見に照らすと、「裸の積極的一般予防的考慮」の射程内に収まる量刑事情というのは、さしあたり定式化すれば、「犯情からは漏れるが、公衆の正義観念に照らせば考慮すべきと思われる事情」となろう。例えば、被害者・遺族等の処罰感情（被害感情）は、それに対する公衆の感情移入を考えれば、この種の事情に含めることができるかもしれない（この事情は、被害者の利益のようなものを観念すれば、下に見る政策的利益の要素としても位置づけられうるが、この要素は量刑に対する類型的な影響力が最も小さいとみるべきであるから、積極的一般予防関連事情として構成した方が、より大きな考慮を行いやすいであろう）。この場面ではまた、処罰感情そのものの大小に並んで、問題となっている事件に関する社会的注目の程度も重要となるであろう（この変数によっても公衆の感情移入は左右されると考えられるためである）。

「裸の積極的一般予防的考慮」は許されるだろうか。結論から述べれば、このような考慮は、責任刑の幅の上限を上回らない限り、犯情（および、ふさわしい刑の要素）よりも量刑に対する影響力が類型的に小さいことに留意した上で、加重・軽減の両方向で許されると考える。その論拠を提示するためには、後に述べる諸々の私見をある程度先取りしなければならないが、簡潔に述べれば次のようになる。まず、裸の考慮に消極的な立場から、どちらかといえば経験的な批判として、「一般予防のうちとくに重要な部分は、特別予防目的と異なって、犯行の重大性（不法）の評価を介した間接的考慮によって追求されうるのであり、そこで考慮の対象から外された事情を、幅の範囲内とはいえここで再び登場させるまでの必要性があるかは疑問である」といわれている²³⁰。しかし、そもそもここで問題としているのは、いわば「とくに重要」ではない部分である。考慮の必要性が低いことから考慮の禁止を導くことはできないであろう²³¹。この論拠から出てくるのはせいぜい、裸の考慮は（責任刑の要素と比べて）量刑上、控えめに行われるべきである、ということまでではないかと思われる²³²。また、やはり消極的な立場から、今度はどちらかといえば規範的な批判として、「社

断に尽きる」という認識から（109頁）、「責任を媒介しない〔一般：引用者注〕予防的考慮をしない」という結論を導いている（111頁注（71））。同じく、裸の積極的一般予防的考慮を否定するものとしては、下に引用する井田、小池説のほか、城下〔1995〕135-136頁も参照。

²³⁰ 小池（信）〔2008a〕78頁。

²³¹ なお、ここにいう考慮の必要性の低さというのは、量的な意味におけるそれである（つまり、責任刑に関連する事実の方が、そうでない事実と比べて、その考慮態様によって積極的一般予防効果が左右される程度が大きいであろう。なぜなら公衆は一般に、責任刑に関連する事実、例えば法益侵害の程度や行為者の動機を重視していると思われるためである）。これに対して、質的な意味、すなわち量刑事情の選別の場面における（裸の）積極的一般予防的考慮の必要性は、必ずしも小さくないかもしれない。例えば、いわゆる犯罪の社会的影響や被害・処罰感情は、その加重的考慮を正当化するとしたら、それらを犯情に還元することは困難であり、また、ふさわしい刑の要素は軽減方向に限定されるから、裸の積極的一般予防的考慮を認めるかどうかによって結論が分かれることになる。

²³² この点、遠藤〔2011〕99頁は、「量刑実務では、（…）責任刑の観点を重視した公平性の高い量刑判断が重視されており、そこで一般予防の観点から刑が加重されるといっても、極端な加重はされず、いわば1ランク程度加重されるといったマイルドな加重に止められているのが現状ではないだろうか」と述べている。このような考え方が許されない理由は、上記批判からは導

会の非合理的な処罰感情、とくにマスコミによる選択的・偶然的な報道等に影響された『世論』の反応を考慮することになるおそれ大きい」といわれている²³³。しかしこれも、例えば被害・処罰感情に対する公衆の感情移入には偶然的要素が介入することから、これを考慮するにあたっては、そのような偶然をいわば差し引いて考えるべきである、というような教訓を導くものではあっても、裸の考慮の禁止まで導きうるものではないように思われる²³⁴。最後に、一旦は責任主義等の、犯情を選別するフィルターから漏れた事情を、直接的な予防的考慮として量刑事情に呼び戻すのは、玄関で追い払った客を裏口から招き入れるようなことであって、責任主義等の量刑制約原理を潜脱することに等しい、という直感が生じるかもしれない。しかし、これは正しくない。そもそも、犯情（および、ふさわしい刑の要素）が、残余の一般情状と決定的に異なる点は、前者が責任刑の構成要素となり、後者はそうでないというところにある。この相違点は重要であり、なぜなら、そうして導かれる責任刑の幅の上限は、行為者の刑罰受忍義務を画するためである（つまり行為者は、責任の範囲内でのみ、処罰を通じた犯罪予防効果のために甘んじて犠牲とならなければならないのであって、逆にいえば、責任の範囲を超えて犠牲を払う義務はない）。それゆえ逆に、そもそもなぜ犯情（および、ふさわしい刑の要素）を選別するのかといえば、その作業は行為者の刑罰受忍義務を画するために必要不可欠だからである。したがって、「ある事情が犯情（および、ふさわしい刑の要素）から漏れた」ということがもつ意味は、「その事情の考慮によって責任刑の上限・下限が変動することはない」ということであり、また、「その事情の考慮によって責任刑の上限を上回することはできない」ということであって、それに尽きる。かくして、積極的一般予防に直接関連する事情の考慮、すなわち裸の積極的一般予防的考慮については、「責任刑の上限を超えるような刑を科すべきではないことは当然である。しかし、だからといって、一般予防の観点を、少なくとも責任刑の幅の中で刑を加重する方向の因子とすることを否定

かれないように思われる。

²³³ 井田 [1996] 299 頁。

²³⁴ そもそも、偶然ということを持ち出し始めると、究極的には、犯罪行為者 X が犯罪行為者 X という人物であり、特定の環境の中で生活してきたということそのもの（例えば怨恨に基づく殺人でいえば、行為者が被害者と出会ったこと自体）が根本的には偶然なのであるから、論理的には、「『犯罪を試みてさえいない者も、犯罪を試みて結果を惹起した者と同等の非難に値する』というラディカルな立場」に行き着かざるを得ず、逆に、このような（直観的には到底受け入れがたい）立場を貫徹しないのであれば、この議論は結局のところ、「運の介在をどれほど許容するかという程度問題に過ぎない」ことになろう（山田 [2017] 278 頁）。つまり、もとより「われわれは、偶然性が偏在している世界に存在している」のである（山田 [2017] 287 頁）。なお、ここで言いたいことは、刑法における偶然に基づく責任の排除という問題意識が無意味であるということではない（上記引用元の趣旨も同様である）。むしろ、「偶然に応じて取扱いを変えることは道徳的ないし（刑）法的に不正である」という、一見すると自明の原則は、実はそれだけではほとんど実質的な意味内容をもたない以上、「そのような考慮は偶然に基づいているから不当だ」といった議論はいかなる場合にも有効たりえず、常に「どのような種類の偶然か（刑法上の取扱いの差異に反映させることが許容可能な偶然か、許容不可能な偶然か）」を問わなければならないのである。しかし本稿は、刑法における偶然の問題（いわゆる「道徳的運 [moral luck]」と刑法の関係に関する問題）を取り扱うための理論的道具を準備できていないため、ここではこれ以上立ち入らない。

する理由はない」²³⁵というべきである。

こうして、裸の積極的一般予防的考慮は、前段落冒頭で述べた形において、許されるといえる。もちろん、この考慮に何ら問題が残っていないわけではない。経験的には、そもそも公衆は、(犯情またはふさわしい刑の要素からは漏れる事情の中で)どのような事情の考慮を、どの程度強く要求しているのかという問題がある。さしあたりは、上で行ったように、「その事情を考慮すべきだ」という直観が働くか」という内観心理学的方法に頼らざるを得ないが、本来は、この点をテーマとした社会科学的な方法論に基づく実験・調査が行われるべきである。また、規範的問題としては、結局のところ、積極的一般予防関連事情というのは「(公衆の)直観的に考慮すべき事情」と等しいわけであるが、このような「ナマの直観・感情」を量刑に持ち込むことは確かに、一定の危惧感ないし嫌悪感を生じさせるであろう。しかし、本稿において繰り返し強調している通り、我々は「合理的な理論」と「不合理な感情」という二項対立を乗り越える必要がある。公衆の不合理な感情が、積極的一般予防という合理的目的にとって重要であるという、一見すると逆説的な事実の存在を認めなければならぬのである。もちろん、感情や直観に、理性的推論にはない特有の不安定性があるのは確かである。つまり、積極的一般予防関連事情の考慮として、どのような事情の考慮が正当化されるかわからない——どのような結論が飛び出してくるか予測がつきにくい——という不安には十分な理由がある。しかし、だからといって、この種の考慮をやめるべきである(という主張に合理性がある)とは、筆者には思われぬ。なぜなら、例えば(前記経験的問題とも関連するが)、この領域に関する公衆の正義観念を実証的に調査した上で、犯情やふさわしい刑の要素からは漏れるが公衆が強く反応する事情を洗い出し、そのような事情を、責任刑とは無関係であるが量刑上考慮すべき事情として法に定めるといった立法的な手当てを施す方が、生産的であるように思われるためである(逆に言えば、量刑基準規定の立法が望めない現状においては、この不安定性の問題から、裸の積極的一般予防的考慮に対する謙抑的態度の必要性を導くことはできるかもしれない)。

次に消極的一般予防について、この目的も、犯罪予防である以上は刑罰正当化の積極的理由となるから、その考慮は、刑罰の加重と軽減の両方を基礎づける。量刑における消極的一般予防的考慮についても、規範的側面と経験的側面から考える必要がある。まず、消極的一般予防目的による科刑は、行為者を公益のための手段として用いることであり、個人の尊厳に反するため許されないという批判があるが、賛成できない。行為者は、責任刑の上限を超えない刑を受忍する義務——それは、一般予防という公益のために犠牲払うべき義務であり、その限りで公益のための手段として用いられることを甘受すべき義務である——を負うのであるから、責任刑の上限を超えない限りでの消極的一般予防的考慮を排斥する理由はない(本章 II. 1-3. 参照)。

しかし、経験的に考えると、「刑罰の有無は、消極的一般予防効果を左右する」が、「刑罰の程度を重くしても(または軽くしても)、消極的一般予防効果が高まる(または低まる)わけではない」ということ²³⁶は、確立した実証的知見である²³⁷。消極的一般予防効果という

²³⁵ 遠藤 [2011] 97 頁(ただし、ここで念頭に置かれているのは主に消極的一般予防のである)。

²³⁶ 結論同旨として、岡上 [1994] 56 頁。

²³⁷ 特に、第 3 章 I. 5-2. および II. 1-1. 注 (288) の本文部以下を参照。

のは、「刑罰」の害悪のみから生じるのではなく、逮捕や勾留といった刑事手続に伴う負担、懲戒解雇のような社会的制裁、あるいは配偶者・親族・友人からの非難や、彼らとの関係が解消されてしまうことの恐怖など、犯罪の発覚に伴うあらゆる害悪、不利益の総体によって作用すると考えるのが合理的であり、この総体に比べれば、刑罰の程度の差というのは、些細なものに過ぎないと考えられる。このように考えれば、刑罰の程度のみを変動させても消極的一般予防効果が左右されないという事実は、納得のいくものとなる。

もっとも、量刑における消極的一般予防的考慮への経験的疑念に対しては、次のような再反論が向けられている。少し長くなるが、全体を引用する：「ある社会が、ある犯罪について、重い刑罰を科している場合には、その犯罪に対してその社会は厳しい態度で臨んでいるものと考えられ、軽い刑罰をもって臨んでいる場合には、鷹揚な態度で臨んでいると考えることができる。この場合、例えば、重い刑罰が科されていることは、その犯罪類型に対し、国家が厳しい態度で臨んでいることの社会に対するメッセージとみることができる。このメッセージには、当然に警告という意味合いがあるから、このような見方は、学説の分類でいけば、威嚇予防という分類にされるのであろう。しかし、このような量刑判断を通して社会に対して示されるメッセージ効果は、刑罰の実質を考えた場合には、否定できないものではないだろうか。近時であれば、『ひったくり』や『振り込め詐欺』について、一般予防の観点からある程度刑を加重することは肯定できるのではないだろうか」²³⁸。また論者は別の箇所でも、その具体例と思われる興味深いエピソードを紹介している。すなわち、「平成 14 年ころの大阪地裁管内におけるひったくりの求刑は、他地域と比べ 1 ランクほど重かったように思える」と述べた上で、それを正当化する考慮事項として、次のような事実を挙げるのである：「当時、大阪府内でのひったくりは増加の一途をたどっており、特に、年少者を中心に発生件数が急増し、現実には身体被害まで発生する事件も多発していたから、その早急な対策が求められたことは明らかであった。したがって、ひったくりに関し、大阪が、他の地域よりも一般予防の必要性が高かったことは否めないし、意外に年少者達は、知人・友人の処罰結果や俗説的な量刑相場に関心のあることが多いから、量刑相場の引き上げがもたらす一般予防の効果もある程度想定できたともいえよう。また、何より、量刑相場が上がることで、社会全体がひったくりに対して厳しい姿勢を打ち出すことの必要性もあったともいえる」²³⁹。このようにして論者は、量刑における、責任刑の幅の内部での、裸の（消極的）一般予防的考慮の合理性を主張するのである。

検討すると、まず前提として、ここで問題となっているのが積極的・消極的一般予防のいずれであるのかを考察する必要がある²⁴⁰。これは、実践的には無意味な講学的論議に思える

²³⁸ 遠藤 [2011] 96-97 頁。

²³⁹ 遠藤 [2011] 76 頁。なお、同頁で述べられているが、「当時、検察官は、ひったくりの事案に関し、大阪府内においてひったくりが如何に多発し、危険な結果を発生させているかに関する報告書を証拠として請求し、一般予防の見地についても立証していた」とのことである。

²⁴⁰ 確かに、この両者を截然と区別するのは難しい場面もある。というよりも、そのためには一般予防の定義に関する厳密な概念的考察を要するが、それを行うと本章の文脈からあまりに離れてしまうため、ここでは断念せざるを得ない。さらに、そもそも積極的一般予防概念は極めて曖昧な形で用いられる傾向にあることに加え、筆者の前提とするその理解が少々特殊であり、おそらく一般的である理解とは離れているという問題点もある。とはいえ以下では、以上の諸点を

かもしれないが、後述する通り、必ずしもそうではないと考えられる。さて、そもそも、おそらく一般的な理解によれば、消極的一般予防とは、潜在的行為者（これから犯罪行為に出ようかどうかを検討中の者）の損得勘定（快・不快）に訴えかけることでその犯罪を抑止しようとするものである。その際に刑罰害悪は、まさにそれ自体が、犯罪の実行の結果として潜在的行為者にもたらされると予期される「不快」を——犯罪の実行により得られると予期される「快」を上回るように——プラスすることで、抑止に役立つことになる。その一方で積極的一般予防とは、これまた恐らくは一般的な理解によれば、潜在的行為者の道徳的良心ないし規範意識に訴えかけることで犯罪を抑止しようとするものである。その際に刑罰害悪は、当該行為の「道徳的・規範的な悪さ」を推認させる証拠となることで、抑止に役立つことになる。その一方で両者は、法律から発せられた何らかのメッセージが潜在的行為者に対して直接に到達することを想定する点で共通している。メッセージの内容が害悪の不快性そのものを伝達するのか、それとも、そこから推認される当該行為の悪さを伝達するのかという点が異なるだけであって、メッセージが行為者に到達することで行為者が犯罪をやめるという抑止プロセスを想定する点では同じなのである。

この図式をもとに考えると、上で論者がいう「メッセージ」は、消極・積極両面の一般予防効果を志向するものであるといえる。なぜなら、量刑相場が重くなる傾向にあるということをもって発せられる、「国家が厳しい態度で臨んでいることの社会に対するメッセージ」は、犯罪行為に出れば被ることになると予期される不快（刑罰害悪）そのものの増加を含意すると同時に、「そういった行為に出るのはは悪いことである、断じて許されない」という国家ないし社会の強い無価値評価をも含意するからである。

それでは、このような「メッセージ」を通じた消極的かつ積極的な一般予防には、どれほどの効果が期待できるだろうか。この文脈で特に重要なのは、遵法行動の動機づけにおいては、狭い意味での損得勘定、すなわち刑罰害悪そのものよりも、「悪行が露見すれば親族・仲間内から非難される、恥をかくことになる」というような、まさに道徳的良心ないし規範意識（いわゆる内部統制）の方が大きな役割を果たすらしいということである（この点については特に、第 3 章 I. 4-2-2. 参照）。それゆえ、論者がいう「メッセージ」の効果としては、消極的一般予防よりも、積極的一般予防の方に期待がかかるようにも思える。しかし、このような「積極的一般予防」は、そもそも、消極的一般予防効果を疑問に付す経験的研究の射程内に入ってしまったのではないと思われる。なぜなら、少なくともこの種の研究に関する一般的理解によると²⁴¹、刑罰の重さ（そこで念頭に置かれているのは法定刑レベルでの加重である）に犯罪予防効果は認められないわけであるが、その加重に際しても、同様に上のような「メッセージ」が生じているはずだからである。例えば、ある犯罪の法定刑が加重されれば、それは予期される刑罰害悪・不快それ自体の増大を示唆すると同時に、社会が当該犯罪に対して厳しい態度で臨んでいることもまた示唆するであろう。したがって、法定刑加重による、上記の意味での積極的・消極的一般予防に効果がないのであれば、それよりも加重幅が小さく、また潜在的行為者に対する伝達力も小さいと考えるほかにない量刑（傾向の）加重にも効果がないと考える他にないのではないだろうか。これに対して、少なくとも軽微

意識しつつ、可能な限り明確に整理する。

²⁴¹ 第 3 章 II. 1-1. 注 (288) の本文部以下を参照。

な犯罪については、発覚リスクの増大（その最たるものは犯罪化であろう。犯罪化がなされていなければ、発覚も何もないからである）に一定の予防効果が確認されているといわれるが、その原因はおそらく、発覚リスクの増大（特に犯罪化）は、刑罰に限られない、刑事手続やそれに並行する社会的制裁等、犯罪の発覚に伴うあらゆる害悪・不利益の総体そのものについて、潜在的行為者の期待値を左右することに求められよう（いくら刑罰や関連する不利益が重くとも、絶対に露見しないのであれば無意味である）。しかしまた、この効果についてすら、その発揮のためには様々な限界・条件がある。例えば潜在的行為者は、いわば「自分の行為はバレない」という無根拠な自信をもっているかもしれない²⁴²、潜在的行為者が犯罪傾向の進んだグループに属している場合——上に引用したエピソードにおける「年少者達」としては、そのような者が主に念頭に置かれているようにも読めるが——、その内部において犯罪行為はむしろ推奨されるものであるかもしれない（そうだとすると内部統制は極めて働きにくくなるであろう）。以上に加えて、より直接的な証拠を示せば、ドイツにおいて上述した意味での積極的・一般予防効果に関する実験研究が行われており、簡潔に要約すれば、被験者たちの、麻薬の栽培罪の犯罪化前と犯罪化後における、当該行為に関する規範意識の変化を調査したものであるが、結果としては、改善を示すどころか、むしろ増悪が示唆されたというものである²⁴³。つまり、犯罪化による「メッセージ」は伝わらず、それどころか逆効果であった可能性すら示されたことになる。この 1 件の研究を安易に一般化することはできないにせよ、最大の効果を期待できる「犯罪化」（しかも比較的軽微な犯罪である）の予防効果ですらこの結果であれば、法定刑レベルの加重や、ましてそれ未満の量刑傾向の加重がもつ効果に希望をもつことは難しいと考えざるを得ない。

それだけではない。仮に、上にいう「メッセージ」の積極的・消極的・一般予防効果は経験的に信頼できることを前提にしたとしても、なお疑問を挟む余地がある。なぜなら、量刑相場の加重よりも侵害的でない手段により、同様のメッセージを発することが明らかに可能だからである。例えば、当該犯罪行為の被害・悪性に関する宣伝・啓蒙活動や、警察力を用いた取締の強化（発覚リスクの向上）がそれである。このような明快かつ直接的な手段とは別に、量刑（傾向）の加重という迂遠な手段を用いて、行為者の自由・人権に対して重大な制約をもたらす必要が本当に存在するのだろうか（それはいわば、比例性をクリアしないのではないだろうか）。それでもなお、量刑を加重したいという心理が我々の中にあるとすれば——これが最も重要であるが——それは犯罪抑止そのもののためでなく、むしろ問題となっている行為に対する我々の、あるいは公衆の非難感情が喚起されているからではないだろうか。公衆の非難感情と乖離して、検察当局や裁判所に独自の非難感情が先走るという事態は避けなければならない。「消極的・一般予防のために刑を加重する」というレトリックは、そのような事態の認識・自覚を困難にするおそれがある。公衆の非難感情を代弁するという本来の任務（および、それを通じた、真正な積極的・一般予防の追求）がそれ自体として主題化されてはじめて、それに関する、開かれた、真に生産的な社会的討議が可能となるのである。

²⁴² アメリカの研究ではあるが、犯罪行為者は自身の行為の露見可能性を著しく低く見積もる傾向にあるという経験的研究が存在する。第 3 章 I. 5-2. 注(241)の本文部以下を参照。

²⁴³ 第 3 章 II. 1-1. 注 (293) の本文部以下を参照。

さて、上で言及してきた「積極的一般予防（経験的に問題のある積極的一般予防）」は、筆者の理解する積極的一般予防とは異なる²⁴⁴。これについては第 3 章（特にその II. 1-1.）で詳述したが、それは要するに、「公衆の正義観念に合致する処罰の実現による、刑法に対する信頼の獲得・増大を通じた、公衆の遵法性の増大」というプロセスを踏む犯罪抑止戦略である。上の不真正積極的一般予防および消極的一般予防は、いずれも、まさに刑罰のメッセージを通じて潜在的行為者に対して直接的に働きかけるものであった。これに対して、筆者の理解する積極的一般予防は、潜在的行為者との関係では間接的なものである。つまり、特定の潜在的行為者をターゲットとして想定し、刑罰などのメッセージを通じてその規範意識を直接に改善させようとするのではなく、公衆そのものをターゲットにして、適切な処罰実現を通じて刑法への信頼を涵養し、以って公衆全体の遵法性を高めるのである。このような抑止戦略（を核とする刑罰論）に経験的・規範的妥当性のあることは、第 3 章で述べた通りである。

このような、経験的に正しく理解された積極的一般予防の見地からすれば、上に引用した論者の考えに対しては、次のようにいふべきことになる。まず、「ある社会が、ある犯罪について、重い刑罰を科している場合には、その犯罪に対してその社会は厳しい態度で臨んでいるものと考えられ」るのではない。逆であって、「ある社会が、ある犯罪に対して厳しい態度で臨んでいるならば、その犯罪には重い刑罰を科する理由がある」のである（逆に、鷹揚な態度で臨んでいるならば、軽い刑罰を科する理由がある）。刑罰を重くすることで社会の規範意識を変えようとするのではなく²⁴⁵、社会の規範意識の変化に応じて科刑の変容を検討するという方策を基本とするべきである。それゆえ、『ひったくり』や『振り込め詐欺』——今日においてよりアクチュアルであると思われるものでいえば、性犯罪や特殊詐欺一般となるであろうか——が多発し、あるいは社会問題化しているから、量刑傾向を重くして一般予防をはかるべきであるという論証には、経験的に問題含みの飛躍がある。ある犯罪が多発しており、それによって当該犯罪に対する公衆の非難感情が強く、現在の刑量はこの非難に相応なものとなっていないから、刑罰を重くして一般予防をはかる、と言わなければならないのである。それゆえ、一般予防に関する立証についても、当該犯罪の多発を示すだけでは不十分であり、公衆の感情の変化を示さなければならない²⁴⁶。もし、それが難しいと感

²⁴⁴ 用語法の問題ではあるが、上述してきたような、経験的に問題のある積極的一般予防というのはそもそも、潜在的行為者に対して直接働きかけて、そのコスト意識に訴える——害悪そのものであれ、規範意識との葛藤であれ、それが行為者にとってコストである点では変わらない。物理的コストか心理的コストかという違いがあるにとどまる——点では消極的一般予防と同じである以上、消極的一般予防に含めて考えてよいのではないかと思われる。もっともこの点は、本来、筆者の方が別様の用語法を提案すべきなのかもしれない。

²⁴⁵ これも不可能というわけではないが、経験的に別途考察すべき点がある（第 3 章 I. 6. 参照。もちろん、さらに別に、規範的論点も存在する）。

²⁴⁶ 公衆の正義観念が変化しているのであれば、そこには何らかの理由（背景事情）が存在するはずであるし、立証に際してはその摘示が要されると思われるが、当該理由ないし背景事情は犯罪の多発以外のものでもありうる。例えば、問題となっている事件がセンセーショナルな報道の対象となっており、それによって当該行為に対する、あるいは同種犯罪に対する重罰が要求されるようになった、ということも考えられる。しかし、煽動的な報道の対象になるという事実は、

じられるのであれば、それはとりもなおさず、量刑における積極的一般予防的考慮の難しさを表していると考えべきである。

こうした積極的一般予防的考慮は、量刑において、大きく分ければ二つのレベルで現れる。一つは、量刑事情の選別のレベルであり、上にみた「裸の一般予防的考慮」のレベルである（例えば被害・処罰感情は、責任刑の要素ではあり得ないであろうが、裸の積極的一般予防的考慮に基づく量刑事情となるかもしれない）。もう一つは、刑の数量化のレベルである。これは要するに、一定の量刑事情の集合に対応すべき刑量は公衆の正義観念にかなった形で定められなければならない（というより、それを手がかりに定めるしかない）²⁴⁷ということであり、例えば、性犯罪に対する量刑傾向が軽すぎるためこれを重くするという場合には、このレベルで積極的一般予防的考慮が作用しているのである（直前の段落で問題としていたのはこのレベルである。なお、この加重が量刑傾向からの逸脱を伴う場合には、逸脱の正当化要件——本章 I. 3-4-2-2. 参照——も満たさなければならないことに注意を要する）。

かくして、犯罪の成否（当然ながら、それは多くの場合において処罰の有無に直結する）に関する判断ではまだしも、量刑判断において消極的一般予防の考慮が行われる余地は、原則として存在しないと考えるべきである。

(3) 二つの重要な例外

ただし、以上に述べたことには、二点、重要な例外がある。

第一は、「予防的考慮による責任刑の上回りの禁止」に関する例外である。この禁止の根拠は、既述の通り、行為者は責任刑の限度でしか刑罰受忍義務を負わないためである。しかしこれは、逆に言えば、責任以外の刑罰受忍根拠を用意できれば、責任刑の上回りも当然に許されうるということである。それが具体的にどのようなものになるのか、現時点では提示することができないが（ただし、次の第二点目はその一つの実例でありうる）、少なくともその理論的可能性が存在するという点には注意しておく必要がある。

第二は、「消極的一般予防関連事情は存在しない」という原則の例外である。すなわち、これは試論に過ぎないが、一般に、前科のある者は、上に示した「犯罪の発覚に伴うあらゆる害悪・不利益の総体」を、一度は経験しており、いわばそれに慣れているため、この害悪による消極的一般予防効果が弱まっていると考えられる。それゆえ逆に、前科がある者の刑は加重することとしておけば、それは再び犯罪を行おうとしている者にとって「未知の害悪」が上乘せされることを意味するため、消極的一般予防効果を期待できるのではないだろう

上でも言及したように、多分に偶然的な要因に依存していることから、だからといって積極的一般予防的考慮を禁止するのは行き過ぎであるとしても、その点を割り引いて考えるべきであり、当該考慮の量刑への反映にはなおさら慎重を期すべきことになろう。これに対して、犯罪の多発や被害の増大という現象が事実として存在しているのであれば、そこにおける偶然的要員の作用は相対的に小さく、あるいはそのような事実に基づく公衆の怒りは、それが煽動的報道等によって一時的に喚起されているに過ぎない場合に比べて——曖昧な語用であることは認めなければならないが——より合理的であるから、その積極的一般予防的考慮のためのハードルは低くなると思われる。

²⁴⁷ 詳しくは、下注 (423) を見よ。

うか。この点、再び犯罪を行おうとしている者に対する消極的一般予防加重が責任刑の上限を超えることは許されないようにも思える。しかし、少なくとも刑法 57 条による加重の場合であれば、法定刑の加重が法律によって事前に告知されている以上、行為者に対しては、その告知に従って再犯を避けるよう自身の行動を制御することが期待されていたのであって、それゆえ、当該行為者は、社会における潜在的再犯者に対する消極的一般予防のために加重された刑罰について受忍義務を負うということができるように思われる。これに対して、刑法 57 条の要件を満たさない、すなわち量刑レベルでのみ問題となる、前科に基づく加重の場合も、行為者は前犯に対する判決による警告を真剣に受け止めて自身の行動を制御すべきであったと期待できる、ということによって、同じように責任刑の上限を超える量刑加重を正当化することができるように思われる²⁴⁸。なお、前科がある者の刑を、前科がない者に比べて加重することは、公衆の正義観念にも合致すると考えられる（実際、前科に基づく量刑加重を一切行わない法制度は想像しにくいし、おそらく存在しないのではないかとと思われる）。それゆえ、前科を根拠とする消極的一般予防加重は、無制約なものにはならず、積極的一般予防の観点によって、その上限を制約されることになるであろう。

かくして、量刑加重事情としての前科は、消極的一般予防に関連する事情として捉えられる可能性があるように思われる（それ以外にも、刑罰加重に消極的一般予防効果があると想定することが、経験的にみて、例外的に合理的であり、かつ、その加重された刑について行為者に受忍義務を認めることができる場合であれば、前科の他にも、消極的一般予防関連事情を認めることはできるかもしれない）。詳細な検討は他日を期すが、このような理論的可能性が存在するということはここで注記しておく。

3-2-2-4. そのほか政策的利益の認められる一切の事情（第三の一般情状）

刑罰目的と関連を有しない事情は、量刑において考慮できない²⁴⁹、と考えるのが、一見、自然な理解であるようにも思える。もしそうであれば、私見により選別される量刑事情は、上に述べてきた三種類の事情（行為責任の要素、ふさわしい刑の要素、特別予防および一般予防の要素）に尽きるはずである。しかし、この理解には穴がある。

まず確認すべきなのは、刑罰論とは、刑罰正当化の必要十分条件を画定するための理論である、ということである。例えば、純粋な目的刑論からすれば、刑罰正当化のためには、犯罪予防効果が必要であるが、同時に、それで十分である（それゆえ、いくら罪刑の均衡を失し

²⁴⁸ なお、こちらに対しては罪刑法定主義違反の疑義がありうるが、わが国の刑法は、処断刑の加重ではない、単なる量刑加重に関する規定を置いていない以上、法律は、量刑レベルの加重を——基本的な法原理に則することは前提として——裁判官の裁量に委ねているという考え方が成り立ち、かつ、前科があると量刑が重くなることは一般常識に属すると言える。そうなると、それにもかかわらず、前科に基づく量刑加重についてのみ罪刑法定主義の要請が及ぶという解釈は、自明視しうるものではなく、特別な理論的基礎づけを必要とするように思われる。とはいえ、そもそも論として、本来は刑法を改正して量刑基準規定を設ける（そしてその中に、前科がある者の量刑を加重する規定を置く。スウェーデン刑法でいえば、29 章 4 条がこれにあたる）方が望ましいことは当然である。

²⁴⁹ この点を明言するものとして、城下 [2009] 75, 128, 246 頁参照：「刑罰の正当化根拠との関連性を有しない要因をも量刑事情に含めようとすることは背理である」（246 頁）。

た刑であっても、そうすることが犯罪予防のための最善の手段でありさえすれば、問題なく正当化される)。そこから抑止型相対的応報刑論に進めば、犯罪予防効果は、刑罰正当化のための必要条件ではあるが、十分条件ではない。行為責任（消極的責任主義）の制約にかなっていることもまた必要であり、かつ、それで十分である。

その上で、重要なのは、刑罰を正当化する必要十分な理由と、その単なる理由とは区別しなければならないということである。次のように述べればわかりやすいかもしれない。そもそも、目的刑論の背後にある倫理的な正当化枠組みは、功利主義（帰結主義）である²⁵⁰。ところで、功利主義の内容の一つである厚生主義によれば、個人の幸福を増進させるもの（および逆に、この幸福を低下させるもの）は全て（かつ、そのみが）、功利計算において考慮に入れられる²⁵¹。ここで、犯罪予防効果が、個人の幸福にとってプラスであることに疑いはない。つまり、功利主義的にみて、犯罪予防効果を生じさせることは、刑罰正当化の「理由」となる。しかし、それだけではない。この世界において個人の幸福を増進させるものは、何も犯罪予防だけではないためである。例えば、処罰によっては、被害者の復讐感情が（少なくともある程度は）満足させられるであろうし、あるいは刑罰制度の維持・管理に携わる人々の雇用を創出・促進するという側面も認めうる。このような復讐感情の満足や雇用創出もまた、個人の幸福を一定程度増進させるものであることは否定できない。それゆえこれもまた、功利主義を前提とする限り、刑罰正当化の一つの「理由」たりうることになるのである。それではなぜ、目的刑論は一般に、このような満足機能や雇用創出機能を問題としないのであろうか？ それは、復讐感情の満足や雇用創出というだけでは、刑罰正当化には足りないためであり、逆に、それとは別個に犯罪予防効果があり、かつ消極的責任主義を満たしてさえいれば、刑罰正当化には必要十分であると考えられるためである。より直感的に言えば、ここにスイミング・プールがあるとする。このプールに水を貯めてゆくのであるが、その入水量は、刑罰によって実現される一切の個人の幸福の量に相当する（逆に、刑罰による個人の不幸の量——例えば被処罰者が被る種々の不利益や、刑罰制度の運営コストなど——は、排水量に相当する）。プールの壁には赤い線が引いてあり、この線を超えれば刑罰は正当化され、超えなければ正当化されない。ここでまず、犯罪予防効果に着目して水を貯めてゆく。犯罪予防の利益は非常に大きいので、これを貯めれば、その他の種々のコストによる排水があるにもかかわらず、なお赤い線を超えている²⁵²。それゆえ、復讐感情の満足や雇用創出と

²⁵⁰ 刑罰論と倫理的正当化枠組みの関係について詳しくは、第 2 章 I. 3-2. 参照。

²⁵¹ 第 2 章 I. 1. 注 (28) および注 (32) 参照。功利主義と帰結主義は、特に刑法の文脈では厳密に区別されないことが多いので、わかりにくくなっているが、功利主義とは一般に、帰結主義・厚生主義・総和主義という三つの主張を承認する、規範倫理学上の理論（枠組み）のことであると理解される。

²⁵² この関連で付言しておくとして、繰り返し述べている通り、消極的責任主義は義務論的制約であり、その性質は、ここにおける「水」とは全く異質なものであることに注意されたい。ここでの比喩に沿って言えば、水を貯めていって、それが赤線を超えるどころか、プールそのものから溢れんばかりになったとしても、消極的責任に反するならば、その一事をもって、一気に倫理的評価が逆転する。これが、義務論的制約のもつ性質である。言い換えれば、ここでの「水」は、積極的理由（および暫定的に言えば、積極的反理由）のことであり、それと、義務論的制約という

いった水を、あえて注ぎ足すまでもない。逆にいえば、そうしてさらに水量が多くなるならば、それに越したことはない。水は多ければ多いほどよい（個々人の幸福の総量は大きければ大きいほどよい）からである。もし、復讐感情の満足や雇用創出といった利益を考慮したくないとしても、そのための論拠は、（おそらく）功利主義からは出てこない（功利主義の利益参入基準は、個人の幸福に資するかどうかという一点に尽きると考えられるためである）。同時に、ある事実が刑罰正当化の必要十分条件と関係しないからといって、当該事実が正当化の上での単純な理由になりえなくなるわけではない。確かに、復讐感情の満足や雇用創出といった利益は、刑罰正当化の必要十分条件（すなわち、義務論的制約の範囲内における犯罪予防効果の利益の実現）とは無関係であろう。しかし、だからといって、これらの利益が、個人の幸福を一定程度増進させることを否定すべきことにはならない。それらは、刑罰正当化の上では、せいぜい些末な利益であるに過ぎないというだけであって、その利益性そのものが否定されるわけではないのである。そうだとすると、これらの利益の付随的考慮は、責任刑の上限を超えず、かつ、犯罪予防の利益と矛盾しない限り、許されるはずである。この考えを突き詰めてゆくと、例えば、責任刑の範囲内に実刑と執行猶予が両方あり、かつ、行為者の再犯可能性は低くはないという場合においては、「実刑に処した方が刑事施設の収容人口が増え、そこで働く人々の雇用が守られるため、実刑を選択する」とあるとか、「被害者が厳罰を望んでいるため、実刑を選択する」といった判断が正当化されうることになる。

もっとも、試論に過ぎないが、このような事情の考慮を限定するための理論構成も考えられなくはない。すなわち、イギリスの刑法哲学者であるヴィクター・タドロス (Victor Tadros) は、功利主義的目的追求を制約する義務論的制約の見地から、犯罪行為者は、自身が「犯罪」を行ったからこそ、将来における「犯罪」予防に（処罰の受忍を通じて）貢献すべき特別の義務を負う、という議論を展開している²⁵³。

これを比喻を用いて敷衍すれば、例えば、覚醒剤取締法に違反して有罪判決を受けた芸能人 X がいるとする。このとき X が、その後、覚醒剤撲滅キャンペーンに協力するようになったとしたら、X はいわば、自身の道徳的義務を果たしている、と言いうるであろう。より広く、刑事司法や犯罪対策に協力する場合にも、同じように理解することができると思われる。これに対して、それでは X に、発展途上国に学校を建設したり、ヴィーガンに転向したり、保健所の犬を引き受けるべき道徳的義務はあるだろうか。少なくとも直観的にみて、そのような考えは説得力に乏しいように思われる。

同じことが、犯罪者一般に対しても妥当する。すなわち、犯罪者は、犯罪の一般予防や特別予防に対して協力すべき道徳的義務を負うと言いうる（ただし、道徳的義務の存在から法的義務の存在を推論することは、積極的モラリズムであって正当化されないであろう。刑罰受忍義務を根拠づけるのはあくまで、責任主義という法的原理である。以下の議論もこの点は当然の前提としている）。これに対して、犯罪者が、刑事施設で働く人々の雇用という利益「それ

消極的理由とは根本的に異質なものである。さらに別の観点からいえば、水を貯めたり排水したりする作業は刑罰の「直接的正当化」の次元であり、その上で義務論的制約に反していないかをチェックする段階は「深層的正当化」の次元であって、両者は区別しなければならない（この区別について詳しくは、第 2 章 I. 1. 参照）。

²⁵³ Tadros [2011] 265 ff.

自体」の創出に対して貢献すべき、市民一般が負う義務（例えば、納税義務を果たせば、刑事司法にも間接的に貢献することになる）以上の特別の道徳的義務を負うとはいえないように思われる。ここで、処罰を積極的に根拠づける理由として道徳を援用してはならないが（積極的モラリズムの拒否）、処罰を消極的に限定づける理由として道徳を援用することは許されるという立場（消極的モラリズム）に一定の説得力がありうるとすれば、上の場合は、加重された刑罰を受忍すべき道徳的義務がないところに、その法的義務を認めることになる以上、消極的モラリズムに反して許されないということができないのではないだろうか²⁵⁴。しかし、これに対して、被害者の処罰感情の満足という利益の考慮は、この論拠では制約できないと思われる。

その一方で、量刑を軽減するのであれば、行為者にとって利益になるわけであるから、その根拠には、犯罪予防以外のあらゆる利益を援用することができることになる。例えば、「刑事施設が過剰収容状態にあるため、自由刑の受刑者をなるべく減らす必要がある」ということは、実刑回避の一つの理由として援用しうることになる。

それゆえ、次のような結論が導かれる。すなわち、量刑においては、犯罪予防とは無関係なあらゆる利益に関連する事情を、軽減方向で考慮することが許されるが、加重方向での考慮は、そのような利益のために加重された刑罰を受忍すべき道徳的義務を行為者に認めることができるのでない限り、許されない。これを上では「政策的利益に関連する一切の事情」と表現したが、本来はそもそも、「政策的」である必要すらなく、原理的には、ただ「善い」と言いうる利益、すなわち、およそあらゆる利益が考慮可能である。後はせいぜい、どのような利益の考慮が、刑事裁判という場、あるいは量刑という判断の性質になじむか、という直観による制約がありうるだけである（つまり、公衆の正義観念に反する考慮は避けるべきであるという、もっとも基本的な要請のみが残る）。もちろん、これによっては、量刑事情の輪郭が決定的に曖昧なものとなる以上、これは、明確な量刑を志向する上では望ましくない結論である。しかし、帰結主義的な正当化枠組みに基づく目的刑論を前提とする限り、理論的には、このように考えるほかにないと思われる。

ただし、一点注記しておくとして、政策的利益に関連する一切の事情が量刑に対してもつべき影響力は、残った三種類の事情に比して、質的に、著しく小さいと考えるべきである。それ自体は刑罰論から合理的に根拠づけられる。すなわち、「行為責任の要素」および「ふさわしい刑の要素」は積極的一般予防と関連しており、「特別予防および消極的一般予防の要素」はその名の通りであって、すなわち全て犯罪予防の利益と関係している。ところで、犯罪予防の利益は、刑罰正当化の必要十分条件であるが、なぜそうであるのかといえば、犯罪予防の利益がそれだけ重要であり、価値が高いと考えられるためである。それゆえ逆に、犯罪予防とは無関係な利益（一般的な政策的利益）は、刑罰正当化の必要十分条件ではないのだから、その価値もそれだけ低いことになる。したがって、上のように考えるべきなのである。そのため、仮に、この第三の一般情状として被害者感情を加重的に考慮するとしても、その影響力は非常に小さいもの、すなわち、あくまで量刑を微調整する要素として扱う必要がある。

²⁵⁴ 積極的モラリズムと消極的モラリズムについては、高橋 [2018] 90 頁以下参照。

以上で、私見における量刑事情の選別基準は提示され終えたが、考察を次に進める前に、補論として二点を確認しておきたい。第一は、私見が「均衡説」という用語法に関係し、第二は、私見における刑の数量化プロセスに関してありうる誤解に関係する。

3-2-3. 補論①：「均衡説」という用語法について

上述してきた量刑基準論上の私見は、「均衡説」と称してはいるが、ここまでの論述から明らかであるように、これは、わが国においてこれまで均衡説として知られてきた諸見解²⁵⁵とは刑罰論的前提からしてかなり異なる。これは私見が、アメリカ（および英国等の英語圏ならびにそれらから影響を受けたドイツ）型の均衡説（およびそれをベースとした量刑立法）ではなく、北欧、特にスウェーデン型の均衡説（をベースとした量刑立法）から出発していることによる。具体的には、第 1 章で検討した通り、アメリカとスウェーデンは、いずれも 1970 年代頃から、均衡原理に基づく量刑改革を推し進めた点で類似しており、その背景には、刑罰の特別予防効果に対する強い幻滅があったという点も同じであるが、それでもなお、これらの両潮流は重要な点で異なっている²⁵⁶。すなわち第一に、アメリカの量刑改革においては、裁判官の裁量を制限するという問題意識に基づいて、言い渡す刑量の幅についても法律による制約を細かく及ぼす傾向にあるが、スウェーデンにそのような傾向はみられない。第二に、アメリカの量刑改革は応報刑論の観点から支持されているが、スウェーデンの量刑改革は積極的一般予防論の観点から支持されている。第三に、アメリカの量刑改革は厳罰化にも繋がっているが、スウェーデンは一貫して寛刑化の方向に動いていた。

その一方で、アメリカ型とスウェーデン型の間では、共有されている特徴もある。とりわけ、アメリカ型の均衡説（の中の有力説）がもつ重要な特徴として、刑罰制度の目的と量刑原理を分離させ、前者を（少なくとも部分的に）犯罪予防に求めつつ後者を応報に求めることは矛盾しない、というように議論を展開させる点、およびその帰結として、予防的考慮（≡行為者関係的な量刑事情の考慮）を排除する点があり、スウェーデンでも学説上そのような考え方が有力であるところ²⁵⁷、この種の発想に対してはわが国でも批判がある²⁵⁸。この点、私見はそもそも、これらの特徴・発想を共有していない。私見においては、刑罰制度の目的も量刑原理も、ともに一貫して「制約された表出的抑止刑論」に貫かれているし、目的刑論である以上、予防的考慮は当然に認められる（そもそも私見では、行為責任の要素の考慮ですら——義務論的制約を経ているとはいえ——根底的には予防的観点により正当化されているのである）。さらに言えば、上に引用してきた文献からも明らかであるように、これまでの均衡説は、応報刑論の一種としての表出的刑罰論（規範的表出主義）を採用するものが多かったといえるところ、私見にとっても、刑罰の表出的機能自体は重要であるものの、それは応

²⁵⁵ その内容については、野村（健） [2020a] 10 頁以下、岡上 [2009] 15 頁以下、松澤 [2014] 76 頁以下、小池（信） [2006] 65 頁以下、中村（秀） [1999] 261 頁以下、中村（秀） [1998] 39 頁以下など参照。

²⁵⁶ 詳細は、第 1 章 I. 3-1-3. 注（140）の本文部以下参照。

²⁵⁷ 第 1 章 I. 3-2. および松澤 [2014] 78 頁以下参照。

²⁵⁸ 野村（健） [2020a] 11-13 頁、岡上 [2006] 199 頁、小池（信） [2006] 3 頁、82 頁以下など。

報刑論とは全く無関係である（記述的表出主義）²⁵⁹。

そうなると、私見を「均衡説」と称すること自体の妥当性も、疑われてこざるを得ない。そもそも究極的には、ほとんど全ての量刑学説は、行為責任の原則を何らかの形で尊重するものであるから、その意味では、どのような立場も多かれ少なかれ均衡説である。そうなると、量刑基準論の分類に際して「均衡説」というカテゴリーを設けることの意義は、思われている以上に小さいのかもしれない²⁶⁰。むしろ重要なのは、均衡原理をいかなる刑罰目的論に基づいて根拠づけ、量刑のレベルにおけるその内容をどのように理解し、またそれをいかなる形で具体化するのかという実質的な面における理論構成の相違であるに違いない。

ただ、それにもかかわらず、「均衡説」という切り取り方には、量刑における均衡原理の重要性を明示的に主題化する点で、なお意義があると考えられる。その理由は以下四点である。

①従来の均衡説は、量刑における（特に、特別）予防的考慮に対する（とりわけ経験的な問題意識に基づいた）徹底的な批判をも大きな特徴としているが、この問題意識は私見も共有している²⁶¹。

②両見解は、応報刑論をベースにするか、目的刑論をベースにするかという点で（あまりに）大きい溝はあるものの、最終的に、刑罰の表出的機能が理論の中核をなす概念となる点では、なお共通している。

③行為責任にふさわしい刑という、この「ふさわしい刑」の要素の存在を示す上では、「行為責任の原則」よりも、「均衡原理」という語の方が優れているように思われる。すなわち、行為責任の原則は、本来、行為責任に対してふさわしい刑を科すべきであるという原則、すなわち、行為責任評価を行った上で、それに相応する刑罰を言い渡すべきであるという原則として理解されるべきであるところ、ここには「行為責任」という語しか含まれていないことから、「必要な考慮事項は行為責任（不法と責任）に尽きる」という誤ったイメージを連想させてしまう。これに対して、均衡原理はまさに犯罪と刑罰の均衡であるから、「ふさわしい刑の要素」に対して適切な注意を促すことができると考えられる。もちろん、行為責任の原則という用語法は既に広く定着しているため、法律家共同体に対してその変更を求めることは望み得ないし、合理的でもないと思われるが、「行為責任の原則＝均衡原理＝『行為責任』に『ふさわしい刑』の要求」という理解を強調するために、均衡原理という術語を優先的に用いることには意味があろう。

④繰り返し述べてきた通り、私見の本質的特徴ないし究極的な出発点は、公衆の正義観念、およびそれに内在している「事実としての均衡原理」に着目するところにある。したがってやはり、私見は常にこの意味での均衡原理に根ざしているということを、均衡説という用語法に象徴させておきたい。

²⁵⁹ 規範的表出主義と記述的表出主義については、第 2 章 II. 2-2. 注 (153)、および第 3 章 II. 3-1. 注 (360) 本文部以下参照。

²⁶⁰ 文脈が若干異なるが、小池（信）[2006] 82 頁注 (316) も、「犯行均衡説の独自性を強調することにはあまり意味がないのかもしれない」と述べる。

²⁶¹ 経験的根拠がないから考慮すべきでないという考え方と、経験的根拠を具体的に示して考慮しようという考え方とは、同じコインの表裏である。

以上から、私見は均衡説であると称し続けることにする。ただ、そうはいつても、私見が、従来わが国で知られてきた均衡説とはかなり異なる見解であるということに間違いはない。そこで、両者を特に区別する上では、さしあたり、従来のものを「応報的均衡説」、私見を「予防的均衡説」と呼ぶことができるかもしれない²⁶²。以下においては、私見を単に均衡説と呼び続けるが、その実体は予防的均衡説であることを、ここに確認しておく。

3-2-4. 補論②：消極的責任主義（など）の基準制約機能と量刑制約機能について²⁶³

既述の通り、私見は、「犯罪予防の追求+規範的制約」という二段階の構造をもつ。それは刑罰論のレベルでは、第一に公衆の正義観念に従った処罰によって積極的一般予防を実現し（ただし、経験的根拠が認められる限りで消極的一般予防や特別予防も考慮し）、その上で第二に、罪刑法定主義、法益保護主義、責任主義などの多元的（かつ消極的かつ外在的）な規範的制約（義務論的制約）によって、犯罪予防効果を一定程度犠牲にしてでも、規範的にみて正当な処罰範囲を確保する、という形をとる。ここで、刑罰論と量刑論は連続しており、前者は後者を基礎づけるという関係にあるため、上記の思考プロセスは、量刑にもそのまま引き継がれる。つまり、これも既述の通りであるが、まずは公衆の正義観念に従って——換言すれば、直観的にみて（どのように）考慮すべきと思われるか、という観点から——量刑事情を選別する。しかしそうなると、例えば「行為者の人相が気に食わない」というような、規範的にみれば考慮することが不当であるような事情が考慮範囲に入ってくるおそれがあるが、そういった事情は、規範的制約の段階で排除されることになるわけである。

これは、刑罰論からの演繹という視点に基づいて、多元的な規範的制約が、量刑事情の選別という段階において果たす機能を簡潔に記述したものであるといえる。また、量刑事情の評価方向の確定という段階においても、上述したように、刑罰論の視点から議論を行うことができる²⁶⁴。その一方で、刑の数量化という段階では、規範的制約はどのように機能するのだろうか？

これがいかなる問題であるのかということから、順を追って説明する。まず、一般的な相対的応報刑論、すなわち「刑罰目的を基本的に犯罪予防に求めつつ、その予防目的の追求を、責任主義という規範的原理によって、外在的・消極的に制約する」という考え方をとる場合、それに基づく刑の数量化は、どのように行えばよいであろうか。この点で、わが国の有力な

²⁶² とはいえ、これもうまい用語法ではないと思われる。そもそも、多岐にわたる論点を内包する「量刑基準論」の全体に、一言で名前をつけようという試み自体に無理があるのかもしれない。また、上の記述は、私見を均衡説と呼称することに強くこだわっているように見えるかもしれないが、必ずしもそうではない。率直に言えば、名前などなくても何ら問題はないのであるが、量刑における「均衡原理」というトポスに対して——本章の主張するような仕方においてであれ、あるいは別の仕方においてであれ——注意を向けてもらいたいがために、その一手段として、均衡説という呼称をあえて用いているにとどまる。

²⁶³ 両者の区別は、第 2 章 II. 2-2. 注 (142) において、「基準の制約」と「量の制約」の区別という形で提示したが、以下ではこれをより具体的に説明する。

²⁶⁴ ただし、評価方向に関する議論にあたっては、刑の数量化論も踏まえる必要がある。この点は本章 I. 3-3. で検討する。

見解²⁶⁵は、次のような思考プロセスをとる。まず、「犯罪予防のために必要な刑」を量定する（後でみるように、同説は、予防の観点を不法概念と結びつけるため、この段階では「不法刑」が量定されることになる）。つまり、刑罰目的に素直に対応する刑がどの程度のものであるかを、まずは考える。その上で、今度は責任主義の観点の問題となる。この点、予防目的は刑罰を根拠づけるが、責任主義は刑罰を限定づけるものに過ぎないから、責任（ここでは、量刑上の行為責任、すなわち犯罪論上の不法と責任の総体ではなく、犯罪論上の責任に意味が限定されていることに注意されたい）に関連する量刑事情の評価は、軽減方向に限定される（消極的責任主義）。以上を総合すると、この見解においては、まず「予防刑」を量定し、そこから、責任を考慮して刑を割引いてゆく、という形で刑の数量化を行うことが予定されているのである。

このような思考プロセスを、仮に、「制約原理による割引構成」と読んでおこう。これをより一般的に定義しておけば、「刑罰論において刑罰根拠づけ原理（上では犯罪予防）と刑罰限定づけ原理（上では責任主義）を両方認める見解をとった上で、刑の数量化に際してもそれを直接反映させて、『まずは前者によって刑を量定し、そこから後者に照らして刑を割引してゆく』という数量化プロセスを想定する考え方のこと」である。

「制約原理による割引構成」は、一見する限り、自然なものに見える。しかし、これを私見に適用するときには、途端に不合理な帰結がもたらされるのである。すなわちまず、「公衆の正義観念に従った刑」を量定することになる。これ自体をどのように見出すのかは一個の問題²⁶⁶であるが、ここで話題にしたいのは、それではない。ここでの問題は次のことである。すなわち、仮に「公衆の正義観念に従った刑」が判明したとして、その上で「制約原理による割引構成」に従って考えると、例えば今度は「罪刑法定主義に基づく割引」、「法益保護主義に基づく割引」、「責任主義に基づく割引」を次々行ってゆくことになりそうであるが、それは明らかに不自然であり、現実的でもないのではないかと、ということである²⁶⁷。

²⁶⁵ いわゆる不法刑基準論である。本章 II. 4-2-2. 参照。

²⁶⁶ 上注 (98) で述べたように、公衆の絶対的均衡性判断はバラつく傾向にあるためである。ただ、現在の刑罰制度全体の科刑水準（つまり一般的に選択されうる刑種および刑量の範囲）および法定刑が基本的に妥当であるという仮説を承認するならば、あとは公衆の相対的均衡性判断に従って刑を配分することによって、「公衆の正義観念に従った刑」の近似値を得ることはできるであろう。どういうことかということ、まず事件 X があるとして、それだけを公衆に提示し、どのような刑量が適切かを公衆に判断させようとしても、はっきりとした結論は出ない（司法研修所編 [2012] 24 頁：「量刑事情の存否や評価については裁判員から活発に意見が述べられているのに、いざ具体的な刑期が論題になるに至ると、裁判員が戸惑いを見せて口が重くなるということも我々が経験するところである」）。つまり、公衆の絶対的均衡性判断を見極めることは現実的に困難である。これに対して、「公衆は事件 X よりも事件 Y をどのくらい重い／軽いと評価するか、事件 Z との関係ではどうか」といったこと（つまり、相対的均衡性）については、信頼のおける調査を行うことが可能である。このようにして各事件の相対的な軽重関係が判明すれば、あとは次のようにして具体的な刑量を導くことができる。例えば、仮想的に、ある刑罰制度は、有期の自由刑のみをもち、その期間は 1 年から 3 年に限定されていたとする。かつ、軽い順に、事件 X, Y, Z があるとする。以上の二つの情報から、X には 1 年、Y には 2 年、Z には 3 年という刑量を当てはめることができるわけである。

²⁶⁷ 刑罰論の側からの問題提起として、第 3 章 II. 3-2-2-4. 参照。

結論から言えば、これは偽問題である。というのは、そもそも「制約原理による割引構成」を採用することに必然性はないためである。

具体的に説明すると、まず、従来においては、刑罰論における制約原理（＝規範的制約＝義務論的制約。そのようなものとして、従来の議論において主に念頭に置かれてきたのは、もちろん消極的責任主義である）は、量刑においては量の制約として機能する（言い換えれば、量制約機能を果たす）、ということが前提とされてきたように思われる。それは例えば、まず予防刑を量定し、それが 8 年の懲役であったとして、それを責任割引によって 6 年に軽減するとか、あるいは、まず（いわば、純粋な応報刑論の支持者になったつもりで）責任刑を量定すると 6 年であり、また、（今度は純粋な目的刑論の支持者になったつもりで）予防刑を量定すると 8 年となるが、責任主義の制約があるので結論としては 6 年の刑を言い渡す（またあるいは、予防刑が 2 年であったとしたら、それは責任主義に抵触しないため、2 年の刑を言い渡す）、といったものでありうる。どちらも、責任主義が量刑を「量的」に制約している点では同じである。ここで、どうしてこのような量的制約が必要であると感じられるのかという点を説明するならば、さしあたり次のようにいうことができると思われる。まず、刑罰論における予防と責任の相剋は、「刑罰目的として合理的なのは展望的な犯罪予防であるが、その目的追求が暴走してしまつては困るので、回顧的な責任も考慮に入れなければならない」というジレンマとして現れるところ、量刑論の段階ではこれがまさに具体的・現実的な問題となる。すなわち、上述した「相剋」は、専ら予防目的に照らして刑を定めれば行為者にとって苛酷な厳罰が帰結されるおそれがあるため、責任の観点からそれを回避しなければならない、という問題意識に転化するのである。こう考えてくれば、刑罰論における制約原理（消極的責任主義）を、量刑論において「量の制約」を果たすべきものとして構想することは、自然かつ当然の発想であるようにみえる。

しかし、以上のような考え方とは別に、制約原理は量刑において基準の制約として機能する（言い換えれば、基準制約機能を果たす）、と考えることもできる。順を追って説明すると、まず、ここで改めて想起すべきなのは、本章 I. 1-2. で整理した、量刑判断の理論的過程である。そこでみたように、量刑判断は、「①刑罰論→量刑基準論（②量刑事情の選別→③評価方向の確定）→④刑の数量化論」という形で理論的に整理できる。この点、「量の制約」論は、制約原理の量刑制約機能について、最終的にはこれを④において発揮させることを狙うものである。これに対して、ここで確認したいのは、「制約原理の量刑制約機能は②および③の段階でも発揮されうること」、および、「制約原理の量刑制約機能を④において発揮させる上では、刑の数量化論を踏まえるべきであること」である。

前者の、「制約原理の量刑制約機能は②および③の段階でも発揮されうること」を敷衍する。まず、もし刑罰論を、制約原理を抜きにして、専ら犯罪予防目的によって構成したとすれば、そこから導かれる量刑基準は、「犯罪予防のために必要な刑」を定めよ、といったものになるであろう。その場合には、犯罪予防に関連する事情が、有意な量刑事情として選別され、その評価方向としては加重・軽減の両方が正当化されることになる。これに対して、消極的責任主義という規範的制約を及ぼすときには——もちろん、消極的責任主義の意義に関する多様な理解を反映して、様々なバリエーションがありうるが、一旦はそれを無視して簡潔に定式化すれば——、量刑基準は「犯罪予防のために必要な責任刑」を定めよ、とい

ったものになるであろう。したがって、犯罪予防に関連する事情に加えて、責任に関連する事情も、有意な量刑事情として選別されることになる。

このように、刑罰論における制約原理は、刑の数量化という段階に先行する意味での量刑基準論（＝量刑事情の選別論および評価方向の確定論）の段階において、既に量刑を制約する機能を果たしている。これを、基準の制約（基準制約機能）と呼んでいるわけである。この点、本章 I. 3-2-1. でみたように、私見においても、このような基準の制約が及ぼされている。すなわち、既述の通り、そもそも刑罰論における消極的・外在的な制約原理（＝規範的制約＝義務論的制約）は、責任主義に限られるものではなく、罪刑法定主義や行為主義、法益保護主義といった様々な刑法の基本原則もそこに含まれると考えられる。これらの多元的な規範的制約が、「公衆の正義観念」を制約し、その結果として、例えば「行為者の人相が悪い」というような不当な量刑事情の考慮は排斥されるのであった。また、規範的制約は各量刑事情の評価方向に対しても影響を及ぼしているが、この点には本章 I. 3-2-2. で一通りの説明を与えたため、ここでは繰り返さない。

その上で、規範的制約が量刑において「量の制約」としても機能することはないのか、という点を検討する必要がある。この点、形式的に考えれば、そもそも量刑基準が何らかの形で変われば、刑の数量化はその基準にしたがって行われるものである以上、量刑に対しても当然に影響があると考えられる。したがって、規範的制約が量の制約としても機能するという点自体には、疑いがない。それでは、上においてはなぜ、「基準の制約」と「量の制約」をわざわざ区別したのか、という疑義が生じてくるが、その理由はやはり、上で確認した量刑判断の理論的過程と関係する。すなわち既述の通り、量刑基準論（量刑事情の選別および評価方向の確定）とは異なり、刑の数量化論の段階では、刑罰論からの演繹的アプローチが限界に達する²⁶⁸。そのため、消極的責任主義（をはじめとする多元的な刑罰制約原理）が量刑において果たす機能について考えるためには、その基準制約機能と刑量制約機能を区別した上で、後者に関する検討に際しては、前者を検討する場合とは発想方法を転換しなければならないのである。

では、どのように発想が転換されるのかといえ、刑量制約機能に関する考察においては、本章 I. 2. で検討したところの刑の数量化論を踏まえることになるのである。なぜなら、刑の数量化プロセスが有する一般的構造が明らかになってこそ、消極的責任主義などがその内部でいかなる刑量制約機能を果たしうる（または、果たすべき）かを明らかにすることができるためである。この点、既述の通り、刑の数量化方法としては、量刑傾向との比較を通じた二段階数量化モデルが妥当であるから、それに従って検討を進めると、まず第一段階では、問題となっている事件がいかなる社会的類型（特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型）に属するかを定め、それに対応する量刑傾向を把握することになる（刑量を大きく左右すると目される一般情状がある場合には、それも含めて量刑傾向を探索する）。つまり、私見の枠組みとの関係でいえば、「公衆の正義観念に従った刑」というものを独立して量定するという段階は想定されていない。それは、不可能であるという以前に、そもそも不必要なのである。むしろ、既に述べた通り、量刑に

²⁶⁸ 本章 I. 1-2. における「刑の数量化」に関する記述を参照。

おける行為責任概念は、公衆の正義観念（に基づく不正行為概念²⁶⁹）を罪刑法定主義や行為主義、法益保護主義、責任主義などによって制約することで得られるものであるところ——つまり、この時点で基準制約機能が発揮されているわけである——、刑の数量化にあたっては、この行為責任概念（に従って量刑事情が選別され、かつ評価方向が確定されていること）が前提となる。つまり、問題となっている事件の行為責任がいかなる量刑事情から構成されているかは既に把握されているわけであるから、それがいかなる社会的類型に属するかを考え、それに対応する量刑傾向を確認して、（量刑傾向からの逸脱を正当化する理由がある場合を除き）その枠内で刑量を定めることとなるのである。あとは第二段階において、より細かい量刑事情に着目して刑量を調整するだけである。刑の数量化は——既述の通り、量刑スケール論は採用できない以上——このようなモデルに従って行うしかないのであって、本節冒頭で述べたような、「公衆の正義観念に従った刑を量定してから、それを様々な制約原理に従って次々と割引してゆく」というような考え方は、刑の数量化論を踏まえない、地に足のついていない議論であると言わざるを得ない。刑の数量化方法はそれだけではない（そう考えるべき必然性はない）し、それは不可能・不適切でもあるのである²⁷⁰。

ただ、以上の議論によって読者を完全に説得することはできないものと思われる。なぜなら、ここまでの議論を前提とする限り、結局のところ、量刑において消極的責任主義が果たすべきものと期待される「刑量制約機能」が、従来の量刑傾向に依存した形でしか発揮されえなくなってしまうためである。言い換えれば、量刑傾向は、究極的には、これまでそのような刑量が選択されてきたという「事実」を示すものに過ぎないが、消極的責任主義の刑量制約機能として一般に想定されてきたのは、量刑は責任相応刑の枠内に収まらなければならないという「当為」を内容とするものであろうから、上の議論は実質的には、消極的責任主義の（当為としての）刑量制約機能を諦めるものに他ならない、ということである。

これに対する私見からの回答は——概ね察されているとは思われるが——「当為は可能を含意する」ということ、すなわち、上にみたような疑念は、原理的に不可能なことを期待している点で不当である、というものになる。より端的に言えば、ある事件における「責任刑」を、量刑傾向から全く離れて正当化することは、それが「絶対的均衡性」の問題である以上、原理的に不可能であるということである²⁷¹。ただ、この点は、いわゆる「幅の理論」をめぐる本稿の考え方と関連しているため、本章 I. 3-4. において引き続き検討を加えることにする。少なくともここでは、この問題は残るにしても、私見のような見解は、本節冒頭でみたような「公衆の正義観念に従った刑を量定し、そこから各制約原理に従って次々に割引を与える」といった数量化プロセスを論理必然的に帰結するものではなく、私見は刑の数量化論において二段階数量化モデルを採用する以上、上のような数量化プロセスを認める

²⁶⁹ 「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」である。上注（177）参照。

²⁷⁰ 本稿で踏み込んだ考察を行うことはできないが、ここから示唆されるように、従来の量刑基準論の一部も、事実上不可能な刑の数量化プロセスを（暗黙のうちに）前提としてしまっている（そうせざるを得ないような理論構成を採用してしまっている）可能性がある。もしそうであれば、それは、「刑の数量化論からの帰納」アプローチによって量刑基準論の妥当性が否定されることの実例となるであろう。その具体的な検討は他日を期す。

²⁷¹ 上注（11）参照。

ものでもない、ということが確認できれば十分である。

3-3. 本来的評価方向と具体的評価方向

ここまでに、刑罰論上の前提としての「制約された表出的抑止刑論」の内容を確認し、そこから導かれるところの、量刑基準論上の私見である均衡説（予防的均衡説）の内容をも確認した。本章 I. 1-2. で検討した「量刑判断の理論的過程」に従って整理すれば、「①刑罰論」を確認し、そこから「量刑基準論（②量刑事情の選別→③評価方向の確定）」を最低限、演繹したことになる。それに続く「④刑の数量化論」については、既に検討を終えている。

ここで、私見の均衡説の内容をもう一度まとめておくと、そこで選別される量刑事情は第一に、「行為責任」に関する事情（不法または責任に関連する事情）である。同事情は加重方向でも軽減方向でも考慮されうる。第二は、「ふさわしい刑」に関する事情である。その考慮は軽減方向に限定される。以上二つの事情によって、均衡原理により要請される刑、すなわち「行為責任にふさわしい刑」（責任刑）を導出するための根拠となる量刑事情が出揃うことになる。第三は、「一般予防または特別予防」に関する事情である。同事情は、その考慮に経験的根拠が認められること²⁷²を前提として、加重・軽減の両方向で評価しうるが、その結果として責任刑の幅を上回することは例外なく許されず、これに対してその下回りは、絶対に許されないとまでは言えないが、実際上は考えにくい²⁷³。その意味で私見は、実際上の結論としては、いわゆる「単なる上限」論よりも、「基礎としての責任刑」論に近いと思われる。とはいえ、責任刑の下限は、上限とは異なり、量刑を一律に拘束するものではない。そのため例えば、責任刑の下限を科すると特別予防上のマイナスが極めて大きくなるために、幅の下回りを行なった方が、積極的一般予防効果の一定程度の犠牲というマイナスを補って余りある、特別予防も含めた犯罪予防全体の利益が最善の形で実現されるという場合には、下回りが正当化される。その意味で私見は、厳密に言えば、「単なる上限」論の一種であることになる。結局のところ、責任刑の下限に絶対的な拘束性を認めるというのは、応報刑論・積極的責任主義の帰結であって、目的刑論・消極的責任主義とは相容れないものであろう。

その上で、本節において問題としたいのは、次のことである。すなわち、ここまでの論述においては、「加重／軽減方向で考慮されうる」といった表現を、特に注釈なく用いてきた。この、加重／軽減方向での考慮という概念は、既に提示した刑罰論からの演繹によって得られたものである。しかし同時に、量刑事情の評価方向について考える上では、刑の数量化論からの帰納という視点も踏まえなければならない。

順を追って説明すると、まず、ここまでにしても議論してきたように、量刑事情の評価方向は、刑罰論の観点から、これを定めることができる。例えば私見では、行為責任の要素

²⁷² 例えば、再犯リスクが高いので刑を重くするというときには、①再犯リスク予測の精度が十分な水準を超えていること、②刑を重くすれば再犯リスクも減少するという関係が認められること、という二点について、経験的な根拠が認められなければならない。

²⁷³ 詳しくは、本章 I. 3-4-2-3. で検討する。

(不法または責任に関連する事情としての犯情)は加重・軽減の両方向で考慮できるが、ふさわしい刑の要素(第一の一般情状。例えば社会的制裁)は軽減方向でのみ考慮できる。一般予防および特別予防の要素(第二の一般情状)は、責任刑の上限を超えない限りで、かつほとんどの場合ではその下限を下回らない範囲で、加重・軽減の両方向で考慮できる。このような、刑罰論の観点から(つまり、当該事情の考慮を正当化するのが刑罰を根拠づける原理なのか、それともこれを限定づける原理なのかという違いに応じて)確定される評価方向のことを、本来的評価方向と呼ぶことにする。

これに対して、量刑事情の評価方向は、刑の数量化論とも関係する。なぜならまず、既述の通り、刑の数量化は常に、量刑傾向との比較を通じて行われる。ここで例えば、ある事件 X の量刑に際して、「行為者は社会的制裁を受けた」という事情が認定されたとする。この事情は、「ふさわしい刑」の要素であるため、本来的には軽減方向で考慮されるべき事情である。しかし同時に、参照されている量刑傾向の内部では、行為者が社会的制裁を受けていることが通常であったとする。そうであれば、参照されている量刑傾向においては、「行為者が社会的制裁を受けた」という事情が、いわば織り込み済みになっていることになる。このとき、それにもかかわらず、事件 X の量刑を、当該量刑傾向との関係で軽減方向に動かすのであれば、それはかえって不当となろう。なぜなら、ここでは当該量刑傾向の全体が、社会的制裁という量刑事情によって既に「軽くなっている」と考えられるところ、それとの比較において、やはり社会的制裁を根拠として事件 X の量刑を軽くするのであれば、それは同事情をいわば二重に評価することになってしまうためである。したがってこの場合、事件 X の量刑において、社会的制裁は、評価方向においては中立(ニュートラル)と捉えられるべきである。

これに対して、やはり当該事件において社会的制裁を受けたという事情が認められるが、参照されている量刑傾向では、「行為者は社会的制裁を受けなかった」というのが通常であると。この場合には、当該事件の量刑を、社会的制裁を根拠に軽減しても、上述した問題は生じないことになる。

以上は本来的軽減事情を例にとったが、本来的加重事情の場合には、論理的にちょうど逆のことが起こる。例えば、窃盗の被害額が大きいことは、不法を加重するものとして、本来的には加重方向で考慮されるべき事情となる。しかしここで、参照されている量刑傾向の内部では、同程度の被害額が通常であったとすれば、実際には同事情は、評価方向においては中立と捉えられるべきことになる²⁷⁴。これに対して、参照されている量刑傾向では、当該事件よりも小さな被害額が通常であったとすれば、同事情は、その本来的評価方向と同じく、加重的に考慮されるべきことになろう。

このように、ある量刑事情の評価方向は、最終的には常に、参照されている量刑傾向との比較によって決定されるのである。この、量刑傾向との比較によって、最終的な結論として確定される評価方向のことを、具体的評価方向と呼ぶことにする。

²⁷⁴ 量刑傾向における通常の被害額が、問題となっている事件の被害額よりも大きいならば、当該事件では「被害額が比較的小さい」という事情が存在することになり、それを軽減的に考慮すべきことになる。

抽象的に定式化すれば、ある量刑事情の評価方向は、次のようなプロセスによって確定されることになる。すなわちまず、刑罰論の観点からその本来的評価方向を加重または軽減に確定する。ただし、当該事情は、具体的な量刑（刑の数量化）の場面においても、常に必ず加重または軽減方向で考慮されるわけではない。なぜなら、そこで参照されている量刑傾向の内部において当該事情が「存在」するのが通常であれば、当該事情は既に同量刑傾向において「織り込み済み」であることになる以上、それに重ねて加重または軽減の操作を行う場合には、同事情を二重に評価することになってしまうためである。つまり、この「存在」の場合には、本来的評価方向が加重であれ軽減であれ、実際の量刑における評価方向、すなわち具体的評価方向は「中立」となる。その一方で、同事情が量刑傾向に「不存在」であるのが通常であれば、本来的評価方向と具体的評価方向は一致する。本来的に加重事情なのであればそのまま加重すればよいし、本来的軽減事情であれば軽減すればよいのである。

ところで、以上の論述では、ある本来的加重／軽減事情が、問題となっている事件において「存在」する場合を念頭に置いてきた。しかし、これが不存在である場合も考えられる。例えば、「損害回復を行うこと」は、ふさわしい刑の要素であって本来的軽減事情と解されるところ、ある事件では、この事情が不存在であったとする（つまり被告人は、損害回復を行わなかった）。このとき、参照されている量刑傾向において損害回復の存在が通常である場合には、「損害回復を行わなかったこと」の具体的評価方向は加重となる。逆に、問題となっている具体的事件において本来的加重事情が不存在であり、量刑傾向においてこれが存在するのが通常である場合には、具体的評価方向は軽減となるのである。

ここまで述べてきた、本来的評価方向と具体的評価方向の論理的関係を図の形でまとめておくと、次のようになる。

図表 4：本来的評価方向と具体的評価方向の関係

			当該事情は参照されている量刑傾向において、通常の場合		
			存在	不存在	
当該事情の本来的評価方向が	加重	当該事件において同事情は	存在	具体的評価方向は 中立	具体的評価方向は 加重
			不存在	具体的評価方向は 軽減	具体的評価方向は 中立
	軽減	当該事件において同事情は	存在	具体的評価方向は 中立	具体的評価方向は 軽減
			不存在	具体的評価方向は 加重	具体的評価方向は 中立

ところが、このような構想は、わが国において既に提示されている、ある疑義に直面することになる。それが、量刑事情が「存在」するとはどういうことか、あるいは「不存在」であるとはどういうことか、という点に関連する。

具体的には、次のような疑義である。まず、そこで批判対象となっているのは、責任関連事情を本来的加重事情として考慮することを禁止する見解である。これによれば、責任に関連する本来的加重事情が存在する場合に、量刑傾向では同事情が存在しないのが通常であるということで、これを加重的に考慮することは、許されない。その一方で、責任関連の本来的軽減事情が存在しない場合に、量刑傾向では同事情が存在するのが通常であるということで、これを加重方向で考慮することは、上述した禁止には抵触せず、許されると考えられる。なぜなら、この加重的考慮は、軽減事情が存在しないことによる反射的效果にすぎず、そこにおいて、「責任関連の事情を本来的加重事情として把握する」ということが行われているわけではないためである。

このような考え方を、論者は次のように批判する：「(…) ある状態が量刑事由の『存在』なのか、それとも『不存在』（ニュートラルな状態）に過ぎないのかを区別する基準は、必ずしも明らかではない。(…) ある事態を記述する言葉が肯定的なものか否定的なものかは、記述される事態の実質とは必ずしも関係がないからである。例えば、『行為者は、経済的困窮状態にはなかった』という否定的表現で記述される事態は、『行為者は、良好な経済状況にあった』という肯定的表現によって記述することも可能である。前者の加重的考慮は〔軽減事情の不存在の反射的效果に過ぎないので：引用者注〕許されないが後者の加重的考慮は〔加重事情が存在していることになるので：引用者注〕許されるという区別に、合理性はないであろう」²⁷⁵。このような見地から出発して、論者は最終的に、「あらゆる事情を『加重的事情』と『軽減的事情』のいずれかに分類する必要はない」という結論に到達している²⁷⁶。

この疑義は、私見との関係では次のような批判となる。具体例を交えて説明する²⁷⁷。

まず、論者の具体的な批判対象は、「不法に関連する事情は本来的に加重・軽減の両方向で考慮しうるが、責任に関連する事情は本来的に軽減方向でしか考慮できない」という立場であった。これに対して私見は、「行為責任の要素は本来的に加重・軽減の両方向で考慮しうるが、ふさわしい刑の要素は本来的に軽減方向でしか考慮できない」というものになる。両者は構造が同一であり、論者による批判も同様に妥当することになる。

より具体的に見ていこう。まず、「被害者の処罰感情が強い」という事情が問題になっているとする²⁷⁸。この点、同事情は、行為責任とは無関係であるが、これを行為責任に対する

²⁷⁵ 野村（健） [2020a] 114-115 頁。

²⁷⁶ 野村（健） [2020a] 127 頁。この点では実務側でも、「量刑が多く基礎事情を踏まえた総合的裁量判断であり、一つの事情をつかまえて、有利、不利の判断がしにくい（同じ事情が、ある観点からは刑を重くする方向に働くが、別の観点からは刑を軽くする方向に働くこともある。）」という特徴を「量刑判断の本質」であると認めるものがある（遠藤 [2011] 15 頁）。

²⁷⁷ 以下の考察を準備するにあたっては、野村健太郎准教授（愛知学院大学）から多大な教示を賜った。記して感謝申し上げる。

²⁷⁸ 混乱を避けるため、ここで、量刑事情としての処罰感情ないし被害感情の位置づけに関する（暫定的な）私見を簡潔に示しておきたい（なお、ここにいる被害感情というのは、被害者が犯行により精神的に傷つけられたという事態——それは、罪種によっては法益侵害結果の一部、あ

「非難」を独自に重くする事情であると理解して、本来的加重事情であると解釈することは可能である。しかし、私見を前提とするときには、そのような加重的考慮は許されない（つまり、たとえ量刑傾向において同事情の不存在が通常であったとしても——例えば、量刑傾向における通常の、被害者の処罰感情よりも、問題となっている事件の処罰感情が遥かに強い場合である——、具体的評価方向は加重とならず、なお中立にとどまる）ことになる。これに対して、例えば「被害者は宥恕の意を示しており、行為者を寛大に取扱うことを求めている」というような場合には、これを本来的軽減事情と捉えることは妨げられない。

しかし、上記疑義は、このような考えに対して、ある事態は、その実体とは無関係に、肯定と否定の両方の形式で記述することができてしまう、という点を指摘する。これを「被害者の処罰感情が強い」という事情との関係で具体化すれば、次のようになる。

・記述方法 A：「被害者の処罰感情が強い」という事情を、「『被害者は宥恕の意を示している』という本来的軽減事情の『否定』」という量刑事情として記述する。かつ、量刑傾向の中では、「被害者は宥恕の意を示している」ことが通常であるとする。

⇒このとき、同事情は「本来的軽減事情の不存在」として把握されている。かつ、量刑傾

るいは構成要件外結果として犯情に含まれうる。小池（信）〔2007〕72 頁以下など参照——のことではなく、被害者や遺族等の、行為者を重く処罰してほしいという希望、あるいはその背後にある憤りや怨恨等の感情のことであり、すなわち処罰感情の完全な同義語である。前者のような犯情としての「被害感情」と、後者のような一般情状としての「被害感情」とは、理論的性質を全く異にするため、両者の混同は是非とも避けなければならない。このような被害感情の二義性については、小池（信）〔2011〕127 頁以下、原田（國）〔2011〕126 頁注（19）参照。本来であれば、前者の意味での被害感情は、「被害者の精神的ダメージ」、「精神的打撃」などと呼び、用語上、後者と区別すべきであるようにも思われる。いずれにせよ本稿では、両者の混同を避けるため、基本的に、後者の意味における被害感情は被害・処罰感情と呼んでいる）。

①行為責任の要素でないことは間違いないであろう。②「ふさわしい刑の要素」であるかどうかは不明であり、態度を留保している。③一般予防の要素（中でも、裸の積極的一般予防的考慮）として考慮できる可能性は存在する。④政策的利益の要素として考慮できる可能性はかなり高い。②として構成する場合、同事情の考慮が責任刑の幅に拘束されなくなる（つまり、強い考慮が可能になる）という利点があるが、本来的軽減事情としてしか把握できなくなるという難点がある。③の場合、本来的加重事情として把握しうるという利点があるが、その考慮が責任刑の上限を超えることができない（下限の下回りは不可能ではないがハードルが高い）という難点がある。④の場合も、利点・難点ともに③と基本的に同様であるが、政策的利益は犯罪予防の利益に比べて典型的に小さいため、③よりもなおさら弱い、恐らくはごく微調整的な考慮しかできない。まとめて言えば、処罰感情は、加重方向では考慮できたとしても弱い考慮にとどまるが、軽減方向ではそれよりも相当強く考慮されうる。

重要なのは、同事情は②としては本来的軽減事情でしかありえないが、③・④としては本来的加重事情ともなりうることである（このように、ある量刑事実が複数の根拠から考慮可能であるために、いわば諸根拠が競合するという事態は、処罰感情以外の事情でも起こりうることである）。これに対して本節では、単に議論の簡略化のために、③・④の可能性を無視し、同事情が②としてしか構成しえなかったという仮定に立つ。それゆえ、筆者は同事情の考慮を②によってしか正当化しえないと考えているわけではない（むしろ、②と無関係である可能性すら残っている）。他に、より好適な例があったかもしれないが、ここでは同事情を例にとって議論する。

向の中では同軽減事情の存在が通常であるから、具体的評価方向としては、加重方向で考慮されることになる。しかしこれは、軽減事情が存在しないことの効果に過ぎないため、「ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止」には抵触しない。

・記述方向 B: 「被害者の処罰感情が強い」という事情を、「『被害者の処罰感情が強い』という本来的加重事情の『肯定』」という量刑事情として記述する。かつ、量刑傾向の中では、「被害者は宥恕の意を示している」ことが通常であるとする。

⇒このとき、同事情は「本来的加重事情の存在」として把握されている。かつ、量刑傾向の中では同軽減事情の存在が通常であるから、具体的評価方向としては、加重方向で考慮されることになる。これは、「ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止」に抵触する。

以上のように、「被害者の処罰感情が強い」という事態は、本来的軽減事情の不存在としても、本来的加重事情の存在としても記述でき、いずれの記述方法を採用するかによって、本来的評価方向に関する制約（ここでは、ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止）に抵触するかどうか左右される。しかし上記の通り、いずれの記述方法を採用するかは、記述される事態の実体とは無関係である以上、それによって帰結が左右されるのは不合理である。そうすると翻って、本来的評価方向を制約することによって（つまり、本来的評価方向としては軽減方向しか許されない量刑事情というものを認めることによって）量刑を制約しようという構想は、実体の伴わない議論によって帰結が振り回されてしまうという点で、根本的な難点を抱えているのではないか（ひいては、各々の量刑事情について統一的に評価方向を定めるという構想には、そもそも意味がないのではないか）、ということになるのである。

しかし、この批判の有効性には疑問がある。具体的には、上述した議論は、上にいう記述方法 A と B の相違が「実体とは無関係」であるということを前提としているが、本当にそうであろうか。まず、記述方法 B からみると、そこでは「被害者の処罰感情の強さ」という事情が、直接に評価の対象とされている。証明の対象も、「被害者の処罰感情が強いこと」そのものとなるであろう。したがって、それを評価して量刑を加重することは、「ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止」に当然ながら抵触することになる²⁷⁹。これに対して、記述

²⁷⁹ ちなみにこの場合、そのような事情が量刑傾向の中に「不存在」であるのが通常であるならば（つまり、量刑傾向においては、行為者にそこまで強い処罰感情がないことが通常であるならば）、「強い処罰感情」の加重的考慮は端的に否定されることになる（つまり、中立的事情として扱われ、言い換えれば、量刑にとって無意味な事実として無視される）。これは、ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止から導かれる、当然の帰結である。その一方で、その種の事情が量刑傾向の中に「存在」しているのが通常である場合にどうすべきかという問題も存在する。この場合には、仮に本来的加重を認めるとしても、同事情は「中立」と扱うべきことになるが、それでは、これに「ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止」を及ぼすときには、どのような帰結が導かれるのであろうか。検討すると、ここではそもそも、量刑傾向が、その種の事情を本来的加重事情と認め、それを織り込み済みにして形成されているといえる（実務は上記「禁止」を支持していないと想定する場合には、そうなる）。つまり、「ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止」の支持者からすれば、量刑傾向そのものが不当に重くなっていることになる。そうであれば、「被害者の強い処罰感情」がある場合には、これを中立的事情として把握するのではなく、量刑傾向を規範的に正当な状態へと近づけるために、むしろ量刑を軽減すべきことになろう。

もっとも、このような理由にわざわざ言及して、強い処罰感情があるにもかかわらず、それを

方法 A の場合は、「被害者の処罰感情が強いこと」は評価・証明の対象とはならない。むしろここでは、「被害者の宥恕の意」の不存在だけが問題となっているのである以上、被害者は宥恕の意を特に示していないことはもちろん、強い処罰感情もなかったということが前提とされるのである。この場合の処理は、被告人の動機の存在が特に立証されていない場合とパラレルに考えることができる。すなわち、被告人には悪質な動機がなく、かといって一定の共感を呼ぶような動機があるわけでもなく、つまり動機に関する立証がおよそなされていない場合には、被告人にとって最も有利な動機があるものとして扱うべきであるという考え方も成り立ちうる。しかし、そのような場合は、さしあたり、端的に動機不明の事件として、他の量刑事情に基づいて量刑を行えば足りると考えてよいであろう²⁸⁰。これと同じように、「宥恕の意」が不存在であることしか判明していない場合には、処罰感情が不明の事件として扱えばよいものと思われる。いずれにせよ、この記述方法 A の場合において、これが B の場合と比べて、量刑評価の対象たる「実体」を異にしているのは明らかであるように思われる。つまり A の場合には、処罰感情が不明とされ、あるいは被告人に最も有利な処罰感情（ここでは、宥恕の意という、積極的な不処罰感情がないことは判明しているので、いわば消極的な、特に重く処罰して欲しいとは思わないというような弱い処罰感情しかない場合と捉えることになろうか）の存在が認定されてそれが評価対象となることはありうるが、B の場合のように、「強い処罰感情」そのものが評価・証明対象とされることは決してないのである。したがって、B の場合は「ふさわしい刑の要素の加重的考慮の禁止」に抵触するが、A の場合には抵触しないという考え方も、必然的なものとして導かれることになる。

このように、ある事態を肯定の形式で記述するか、それとも否定の形式で記述するのかわかることは、むしろ評価対象となる実体を変動させ、それに応じて量刑における証明対象をも異らしめるものである。したがって、上述した論者の批判に理由はなく、量刑事情について本来的評価方向を定めることには、なお意味があるというべきである。

まとめれば、量刑事情の評価方向に関する本稿の考え方は、次のように表現できる。まずは、刑罰論の観点から、その本来的評価方向を加重または軽減に確定する必要がある。しかし、ある事情が本来的加重／軽減事情であるからといって、具体的な量刑の場面でも、問題となっている事件においてその事情が存在してさえいれば、そのことから即座に、実際に加

理由にしてかえって量刑を軽減することは、被害者の感情を踏みにじることになるとも思われ、実際上は実行しにくいであろう。つまり、規範的にはそれが「最善の策」であるが、感情的には受け入れにくいであろう（それはひいては、公衆の正義観念との関係でも悪影響を及ぼし、刑法の積極的一般予防効果を損なう可能性もある）。そこで、規範的にみたときの「次善の策」として、強い処罰感情は、刑量決定に際しては無意味な事情として扱い（裁判員や被害者に対しては、行為責任の原則がある以上は処罰感情を根拠に刑を加重することはできない旨を説明して理解を求め）、むしろ、そのような被害者の感情があることを被告人に伝達するというコミュニケーション的な観点から、これを量刑理由の中で言及するにとどめるという方法をとることも、考えられてよいように思われる。

²⁸⁰ 原田（國）[2008] 35 頁。この問題に関しては、杉田 [2012] 302 頁以下、308-309 頁、中川 [2011b] 229 頁、堀江 [2011b] 247 頁以下、小池（信）[2009] 612 頁以下も参照。量刑事実の証明に関わる検討としてはさらに、原田（國）[2015] 1 頁以下、原田（國）[2011] 155 頁以下、松岡 [2000] 281 頁以下などがある。

重・軽減を行うべきことが帰結するわけではない、ということに注意が必要である。なぜなら、量刑においては、最終的には（つまり、刑の数量化の段階では）必ず量刑傾向との比較を行うことになるところ、問題となっている事情がその量刑傾向において「存在」しているのが通常であるならば、同事情は同量刑傾向において「織り込み済み」であるから、それに重ねて加重／軽減を行うことは、同事情を二重に評価することになるためである。この場合には、本来の加重／軽減事情は、「中立」的事情として扱われなければならない（このような、量刑傾向との比較を通じて、最終的に確定された評価方向のことを、具体的評価方向と呼ぶ）。これに対して、量刑傾向の内部で、問題となっている事情の「不存在」が通常であるならば、当然、本来の評価方向と具体的評価方向は一致することになる。

このように、量刑事情の評価方向は、それを、刑罰論と結びついた本来の評価方向と、量刑傾向との比較を踏まえた具体的評価方向とに分類することで、その確定プロセスを、概念的に明確な形で整理することができるように思われる。以下でも、この考え方を前提として議論を進める。なお、以下において、特に注記せずに、（例えば、「軽減的に考慮される」、「加重方向での考慮は許されない」というような形で）量刑事情の評価方向について言及することがあるが、それらは全て、本来の評価方向のことを念頭に置いたものである。

最後に、補足として述べておくと、以上に示した「本来の評価方向と具体的評価方向の区別」は、裁判員裁判における量刑評議に際しても意識しておくに値するものであり、それによって、裁判官と裁判員の間で量刑事情の評価方向に関して見解の対立があるように見える場合²⁸¹に、それが本物の対立であるのか、それとも、上記区別を意識することで解消できる対立であるのかを見極めることができるようになると思われる。この点については、損害回復の評価方向を題材に、下で言及する²⁸²。

3-4. 幅の理論と点の理論

3-4-1. 点の理論の問題点

ここまでの流れを改めて確認すると、まず、刑罰論上の前提として、「制約された表出的抑止刑論」を採用することを確認した。これは、量刑判断の理論的過程（上掲図表 1 参照）にいう「①刑罰論」に相当する。続いて、刑罰論的観点から、いかなる量刑事情有有意なものとして認められるかを検討した。具体的には、「行為責任（不法・責任）の要素」、「『ふさわしい刑』の要素」、および「一般予防・特別予防の要素」が、有意な量刑事情となる。これは、量刑判断の理論的過程にいう「②量刑事情の選別」に相当する。さらに、やはり刑罰論の観点から、「行為責任の要素」は加重・軽減の両方向で考慮可能であり、「ふさわしい刑の要素」の考慮は軽減方向に限定され、「一般予防・特別予防の要素」は加重・軽減の両方向で考慮できることを示した（なお既述の通り、これらは「本来の評価方向」であり、具体的な量刑の場面で、量刑傾向との関係で問題となる「具体的評価方向」とは異なる）。これは、量刑の判断の理論的過程にいう「③評価方向の確定」に相当する。そして、これに続く最終段階として「④刑の数量化論」が問題となるが、これについては本章 I. 2. において既に検

²⁸¹ 具体的には例えば、原田（國） [2011] 125-130 頁参照。

²⁸² 下注（446）参照。

討を終えている。したがって、量刑基準論について言及すべき話題は、総論の範囲では、もはや尽きたようにも思える。

ところが、刑の数量化論との関係で、一つ問題が残っている。いわゆる「幅の理論」と「点の理論」の対立がこれである。一般的（ないし伝統的）な定義としては、幅の理論とは「確定した唯一の責任刑は、単に主観的に認識困難ないし認識不可能というだけではなく、客観的に存在しない、と考える」立場であるとされる。これに対して、点の理論は、「(…) 確定した唯一の責任刑は存在するが、ただそれは認識が困難なだけだとする立場」であるとされる²⁸³。幅の理論という理論構成が果たす機能は、ドイツにおけるその創始の時点からそうであったように、量刑における「責任と予防」の調停である。すなわち、責任と予防を共に考慮に含めるタイプの刑罰論を前提とすると、責任刑と予防刑は食い違うため、量刑において矛盾が生じるが、責任刑には幅があると考え、その枠内で予防的考慮を行うことにすれば、この矛盾は解決できる、というわけである²⁸⁴。

ただし、この対立に、背後にある刑罰論上の対立と比べてどの程度の独立した意義がありうるかと言われれば、それはきわめて疑わしいように思われる。すなわち、一方において、責任と予防を共に考慮するという刑罰論上の立場を前提としつつ、それを刑の数量化プロセスに反映させる際に、責任を優先させて予防的考慮はその範囲内で行うという考え方の表明として「幅の理論」を採用する者があり、他方において、刑罰論の時点で予防を排斥し、あくまで責任（応報）のみで、（人間の認識能力の限界はあるにせよ）一点の宣告刑まで定めるべきであるという考え方の表明として「点の理論」を採用する者がある場合には、両者の間には有意味な対立がある。しかし、この対立が有意味であるのは、背後にある刑罰論が異なっているためであり、それ以外ではない。これに対して、「量刑において犯行の重大性（責任の重さ）のみならず、独立的な予防目的にも考慮の余地を認めるというのであれば、その理論構成として、幅の理論をとるか、点の理論をとってそこから逸脱を認めるのかという違いにこだわるのは、あまり生産的ではないであろう」²⁸⁵。つまり、「まずは責任相当刑があり、それを予防的観点から、一定の許容範囲内で修正する」という点で、量刑基準の実質的内容を同じくするのであれば、それを「責任相当刑は点であり、そこから一定範囲で予防的考慮に基づく修正が許される」と表現するのか、それとも「責任相当刑は幅であり、その範囲内で予防的考慮に基づく修正が許される」と表現するのかという対立は、結局のところ量刑の帰結を左右しえないものであって、議論する実益に乏しいと考えられるのである。このように考えれば、幅の理論と点の理論の対立を、論争点としてそれ自体で取り上げることの意義は、相当程度、薄れてくると言わざるを得ない。

これに対して、わが国における点の理論の支持者は、概ね次のような形で、幅の理論に対して批判を展開している。もしそれらの批判に理由があれば、上述した違いにこだわることには、未だ実益ないし生産性があることになるかもしれない。したがって以下検討する。

第一に、一点の正しい責任刑は、人間がそれを厳密に認識することは不可能であるが、な

²⁸³ 阿部 [1977] 8-9 頁。

²⁸⁴ ドイツにおける幅の理論の展開については、阿部 [1977] 2 頁以下、岡上 [1993] 91 頁以下、城下 [1995] 83 頁以下、本庄 [1999] 81 頁以下、小池（信） [2006] 12 頁以下など参照。

²⁸⁵ 小池（信） [2006] 34 頁。岡上 [1993] 96 頁も参照。

おそれ自体として——存在論的なレベルでは——客観的に、確定された形で存在しているというべきである、とするものがある²⁸⁶。その論拠としては、次のように言われる。すなわち、量刑における責任の実質は、「(…) 犯罪論で犯罪の有無を決するために考慮されているような諸要素と同じような性質を持った諸要素で構成されているはずである。少なくとも、現在刑法学で犯罪を構成するとされている個々の要素については、例えば過失の予見可能性の程度、不作為犯の作為義務違反の程度等をとってみても、存在論的にその程度が確定し得ないと言われているようなものは存在していない。もし総体としての責任が、このような個々に明確化されうる要素の集合体であるならば、認識できるかはともかくとして、存在論的には特定の程度として存在するはずなのである。(…) 責任が客観的に確定し得ないという主張は、承認できない」²⁸⁷。「責任に何等かの実質があるということを前提とすれば、責任相当刑は客観的には特定しているが、主観的に認識が困難であるという理解が、幅の理論の正しい理解なのである」²⁸⁸。

この批判は、「責任の程度が（客観的・存在論的には）一点に定まる」のであれば、「それに応じた刑量も（客観的・存在論的には）一点に定まる」ということを主張している。しかし、仮に前者の正当性を全面的に認めたとしても、そこから後者を導出することはできない。その理由を、順を追って説明すると、まず、刑の数量化は——既に論じてきたことであるが、改めて別の角度から述べると——、一般に、言うなれば「犯罪スケール」と「刑罰スケール」を重ね合わせることによって行われる²⁸⁹。図示すれば次のような形になる。

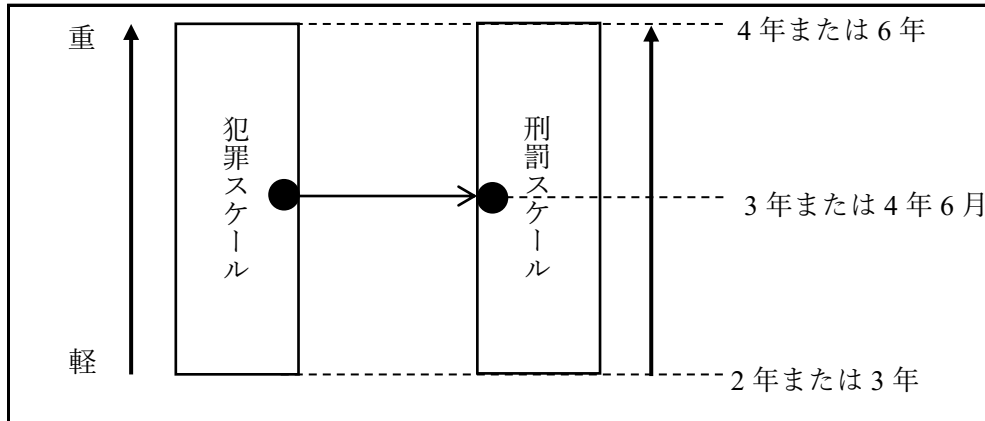
²⁸⁶ 厳密に言えば、まず幅の理論の内部でも、責任刑は存在論的レベルでも幅の形でしか存在しないのか（事物の本質説）、それとも存在論的には一点に定まるが、人間の認識能力には限界があることから、人は責任刑を幅としてしか認識できないとするのか（認識困難説）という対立がある。したがって、この第一の批判を受け入れても、（認識困難説としての）幅の理論を維持する可能性はある（この対立については、小池（信）[2006] 20-21 頁参照。別の言い方をすれば、認識困難説としての幅の理論と、点の理論とは、責任刑は客観的・存在論的には一点に定まると考える点では一致するものであるといえる）。

²⁸⁷ 本庄 [1999] 84 頁（本庄 [2002] 193 頁も参照）。なお、論者はこの時点では、結論としては幅の理論を採用しているが（本庄 [1999] 99 頁）、責任刑が存在論的には一点に定まると考えるところでは、点の理論と立場を同じくするものであるため、便宜上、点の理論からの批判として扱っている。なお、「この時点では」と述べたが、後には、論者は点の理論の支持を表明している（本庄 [2002] 196 頁）。

²⁸⁸ 本庄 [1999] 85 頁。

²⁸⁹ 一般的な発想であると思われるが、明快な説明として、ロビンソン [2020] 254 頁。

図表 5：犯罪スケールと刑罰スケール



ここにいう犯罪スケールは、その（不法および責任の）程度が微妙に異なる様々な行為を、その程度の軽重に応じて縦に配列することで構成される。つまり、「犯罪スケール」と書かれたこの箱の中に、様々な犯罪行為が、重い順に上からぎっしりと並べられているようなイメージである。ここで、そのちょうど中央部に、問題となっている個別の行為（上掲図の黒丸）が位置づけられるとする。言い換えれば、当該行為の不法および責任の程度は、「犯罪スケール」に収められた諸々の犯罪行為と比較して、ちょうど中間に位置すると評価されたということである。この意味での行為責任の程度を、一つの点として認識することは可能であろうし、それが客観的・存在論的に正しいと合理的に確信できる場合もあろう。

しかし、そこから責任「刑」を導出するためには、この犯罪スケールを、何らかの刑罰スケールに対応させなければならない。例えば、犯罪スケールに 2 年から 4 年の刑罰スケールに対応する場合であれば、犯罪スケールの中間に位置する行為の責任刑は、3 年であることになる。ここで問題となるのは、この「刑罰スケール」として正当なものを人間は認識できるか、および、厳密に認識することはできなかったとしても、そのような正当な刑罰スケールが客観的・存在論的には存在していると言うことはできるのか、ということである。

いずれの問いに対しても、否定的に答えざるを得ないであろう。というのもまず、ここにいう刑罰スケールは法定刑を前提としており、またその法定刑は刑罰制度全体の科刑水準（例えば、有期刑の上限）を前提としている。この点、例えばわが国では、有期刑の上限は、併合罪加重を含めれば 30 年であるが、スウェーデンにおいてこれに対応するのは 18 年である。両者の間には 1.5 倍以上の開きがあることになる。それに応じて両国では、特定の犯罪について定められている法定刑も大きく異なってくる場合があり、したがって当然、より細かい量刑傾向にも差が出てくる場面がある。このように、刑罰スケールの設定という場面においては、地域ごとに著しい相違が現れるのであって、そこで例えばわが国が、あるいはどこかの外国が一方的に「正解」を引き当てているなどと主張するとすれば、それは無根拠で独善的な断言ないし強弁以上のものではないであろう。したがって、そこに普遍的な「正解」を想定することは、およそ不可能であるように思われる²⁹⁰。より具体的に説明すると、まず、点としての責任刑は、存在はするが認識は困難であると言われるとき、それは例えば

²⁹⁰ 原田（國） [2008] 4 頁と比較せよ。

「4 年か、4 年 2 月か」というような厳密な認識は困難であるという趣旨であって、点としての責任刑は概ねこの辺りに存在するだろう、というような大まかな認識は可能であると考えられているであろうし、また、現実の量刑においてその近似値を言い渡すことも可能であると考えられているであろう（もしそうでないならば、点の理論は完全な机上の空論であるということになり、主張する実益が完全に無くなってしまう）。しかし、既述の通り、刑罰スケールの場面では地域ごとに大きな差異があるのであって、スウェーデンの制度（量刑傾向）を前提としたときに導出される責任刑が、わが国ではそもそも法定刑の外側にあるということも当然に起こりうるのである。以上のことを踏まえれば、我々は、客観的に正しい刑罰スケールというものについて、大まかに当たりをつけることすらできず、いわば「皆目見当もつかない」状態にあるというべきである²⁹¹。このように考えてくると、客観的に正しい責

²⁹¹ 少なくともこの考え方と両立可能な、啓発的な指摘として、井田 [2007] 222 頁。これはいわばメタ倫理的な論証であるが、具体的に説明すると、まず一般論として、当然のことながら、ある主張（価値判断）の当否を決するのは、当該主張を支える理由づけの優劣である（より説得力のある理由づけを示した主張が、いわば勝利を収めることになる）。そうなると、次のように言える。すなわち、ある 2 つの主張があるとして、その各々の当否を決しうる——すなわち、そこに正解がありうる——というためには、その論理的前提として、両主張にそれぞれ異なった理由づけを与えることが可能でなければならない（それができないならば、両主張に優劣をつけることもできないからである）。以上を踏まえれば、次のような認識に到達することになる。すなわち、「異なった理由づけを与え得ない 2 つの命題（価値判断を含む命題）に決着を付けることは原理的にできない。（…）〔ある具体的事件において：引用者注〕責任に相当する刑が 3 年 6 月の懲役であるか、それとも 3 年 10 月の懲役であるかが議論されるとき、結論を差別化し得るような論拠をあげ得るとは思われない。（…）このようにして、責任に対応する刑量に幅があることの根拠は、『点』で定めることが可能な程度に刑量を差別化する規範的論拠をあげることが原理的に不可能であるところに求められるのである」（井田・同上）。

とはいえ、これに対しては、量刑傾向を参照を通じて責任刑を一点に定めることが常に不可能であると本当に言えるか、という疑問を差し向けることができてしまう。あるいは、一点までは不可能であったとしても、かなり狭い幅——それこそ、まさに論者が例に挙げるように、6 月か 10 月か、という程度の幅——に絞り込むことは、それなりに多くの場面で可能でありそうにも思える。しかしながら幅の理論は、「幅の内部における予防的考慮にそれなりの意味を持たせなければならない都合上、責任刑の幅について（…）それなりの『広がり』を確保してやらなければならない」（小池（信） [2008a] 24 頁）。井田のいう、その内部でいかなる刑を定めるべきかという主張に際して規範的論拠をあげることができないような（つまり、量刑傾向との比較からは説明のつかないような）、そういう「幅」に、上にみた「それなりの広がり」が残されているかどうかには、疑問が残る。なお、量刑傾向は慣習の積み重ね、つまり事実すぎないから「規範的論拠」にはそもそもならない、と思われるかもしれないが、そうではない。本章 I. 2-1. で述べた通り、量刑傾向は、その積極的一般予防効果との関係で一定の規範性を有するのである。

それゆえやはり、議論をもう一段、メタ的なレベルに引き上げる、すなわち本文で述べたような、外国との比較という視点を持ち出す必要があると思われる。確かにわが国の量刑傾向は、わが国においては公衆の直観にかなない、したがって積極的一般予防に資するから、その限りで一定の規範性があるかもしれないが、外国には外国の量刑傾向がある。そのどちらが一方向的に正しい（あるいはその中間に絶対的な「正解」がある）などとはいえない。わが国の公衆の直観がたまたま間違っていて、ある国の直観の方が実は規範的に正しい（またはその逆、またあるいはその中間）という可能性が常に残されているのである。ここにはまさに、井田のいう、「異なった理

任刑の点というのは、その厳密な認識が困難であるのはもちろんのこと、その存在²⁹²すら疑われてくるのではないだろうか²⁹³。もちろん、それが存在すると強弁し続けることは、言葉の上ではなお可能であるが、それだけでは理論的言明として無意味に近い。厳密な認識は不可能であったとしても、客観的に正しい一点の責任刑という理想に現実を漸近させるための方法をせめて抽象的にでも示してはじめて、理論的言明として意味が生まれてくるというべきである。しかし、少なくとも筆者には、その実現可能性は絶望的であると思われ

由づけを与え得ない」複数の命題が存在しているのであって、その優劣につき「決着をつけることは原理的にできない」という論拠を援用できよう。それゆえ結局、どの国の量刑傾向が究極的に正しいのか、どこに絶対的な「正解」があるのかという問いは、その答えを我々が認識できないのはもちろん、それ以前に、そもそも原理的に答えの存在しない問いなのである。

²⁹² なお、規範的に正しい一点の責任刑の存在を疑う根拠としては、上述したような、いわば「間文化的な論証」——すなわち、客観的に正しい刑量については事実として文化ごとに大きな差異があり、かつ、いずれかの文化が一方的に正しく、優位にあるとは言い切れないことから、客観的に正しい刑量の「存在」を否定する論証——とは別に、「文化内在的な論証」も考えられる。この点で明快なのは、松本（時）[1982] 158 頁：「可罰性の度合の評価は（…）社会の実質的違法評価や刑罰感覚によって基礎づけられ裏づけられたものである。そして、社会的な評価や感覚は、その存在基盤や生成過程などに照らし一定範囲の幅を持つことが本来のものである」（賛意を示すものとして、遠藤 [2011] 30 頁）。つまり、責任刑の適切な量というのがそもそも、究極的には社会における正義感覚によって裏打ちされたものでしかあり得ないと考える限り——これは私見の刑罰論的立場と整合的な想定であるほか、例えば井田 [1996] 299 頁も、「責任非難に相応する刑（すなわち『応報刑』）とは、その時代の社会心理に基礎をもつ相対的な評価の所産にほかならない」とする——、たとえこの正義感覚が同一文化内ではある程度の収束傾向を見せるとしても、究極的にはなおその内に一定の「ゆらぎ」を常に含むと考えることになる。正しい責任刑は、客観的には一点に確定しているがそれを認識できないというのではなく、そもそも、その存在自体が「ゆらぎ」なのである。それゆえ、このように考えるときにも、存在論的意味での幅の理論の正当性が導かれることになる。とはいえ、これに対しては、上注（291）で井田説に対して述べたのと同じ懸念が妥当するかもしれない。つまり、このようにして導かれた「ゆらぎ」としての幅は、通説的な幅の理論が思い描いているであろう幅よりは、かなり狭いものになる可能性が否定できない（ここにいう正義感覚に裏打ちされた刑というものを、量刑傾向に従った刑と相当程度、同一視できるという前提に立つ場合には、そうなる）。この幅に十分なゆとりを持たせてやるためには、やはり間文化的な論証に訴える必要が出てくるとと思われる（ただし、第 3 章 II. 2-1. 注（347）で言及したドイツの実験研究を踏まえると、この「ゆらぎ」はかなり幅広いものであると考えることも不可能ではない。そうすると残るのは、このような実験研究と量刑傾向とでは、どちらが公衆の正義観念——その絶対的均衡性判断——をよりよく反映しているだろうかという問題である。結論だけ言えば、どちらも一長一短であり、文脈に応じて双方の知見を使い分けるべきであると思われるのであるが、その論証はここでの主題から離れすぎるため、立ち入らない。筆者は、少なくともこの場面では量刑傾向の方が信頼に値すると考えるものである）。

²⁹³ 言い換えれば、「犯罪の重さの程度」（相対的均衡性）の認識に比べて、「それに対応する刑罰の重さの程度」（絶対的均衡性）の認識は遥かに困難であり、人間の認識能力の限界を捨象したとしても、各文化圏内において絶対的均衡性に関わる制度が現に大きく違う点、および、同一文化圏の内部でも絶対的均衡性に関する認識が一点に厳密に収束するとは考えにくい点に鑑みれば、そもそも「客観的に正しい絶対的均衡性」の存在自体が疑われるのである。この関連では、上注（11）も参照。また、小池（信）[2006] 21 頁も参照。

ない。

第二に、より実践的な観点から、幅の理論に対して次のような批判が向けられている：「(…) 幅の理論によれば、刑罰の上限と下限とが不明確なものであって、上限とも下限とも一義的な値にはならないと解すべきだとすると、(…) 責任刑の上限が一点に定まらないのに、それが刑罰限定機能をもつことなどありえないのではなかろうか」²⁹⁴。また、同じ論者は、次のように述べてもいる：「責任刑は一点に決まるという理由から、幅の理論は採用すべきでない。(…) 責任刑の判断でさえ、抽象的に幅の形でしか定まらないものが、なぜ予防の判断であれば一点に定まるのかということが明らかになっていない(…)」²⁹⁵。しかし、まず前者の指摘について、刑罰の上限または下限について、「客観的に正しい」値を一義的に導出できないのは確かであるが、点の理論をとったからといって、それが突然に可能になるわけではない。上において第一の批判との関係で述べたところの、「客観的に正しい一点の責任刑」の認識には原理的に著しい困難があり、それが客観的に存在するとも考えにくいという事情は、いかなる理論をとろうとも変わらないためである。そうである以上、むしろ我々は、刑罰の具体的な量に関して、量刑実務を直接に、理論的観点から規制・批判するという構想そのものに問題があることを認めるべきなのではないだろうか。むしろ我々は、まず量刑事情の選別およびそれらの評価方向の確定について刑罰論的観点から理論的検討を行い（これらについては、学説の側からクリアカットな議論を展開することが可能である）、またそこから、各事情の評価の重み（程度）についても一定の指針を示そうと努めた上で、それをもとにして量刑実務と対話を重ね、両者の感覚をすり合わせていくという（ある意味で迂遠な）道をとるべきなのであって、そのようにしてはじめて、具体的な量刑に対しても間接的な影響力を及ぼし、その正当性を少しずつ高めることに貢献できるといふべきであるように思われるのである²⁹⁶。このことは結局、論者による後者の指摘にも妥当

²⁹⁴ 岡上 [1993] 94-95 頁。

²⁹⁵ 岡上 [1993] 107-108 頁（95-96 頁も見よ）。遠藤 [2011] 31 頁、前田（雅） [2007] 198 頁も参照。

²⁹⁶ 言い換えれば、刑の数量化の場面において、量刑傾向を理論的見地から直接的・外在的に批判するという構想を諦め、量刑傾向を総論的には受け入れた上で、その内部で、各論的場面において、量刑事情の評価の重みづけなどに関して対話を重ねる方が建設的ではないか、ということである。そのような形で、量刑傾向を内在的に批判・検証することは可能であるし、また量刑傾向からの逸脱の正当化根拠について議論を行うことも可能である。おそらく似た考え方として、遠藤 [2011] 32 頁：「例えば、『考慮できるのか、できないのか。』という視点も重要であるが、『考慮できるが、その性格上当然に限度があり、せいぜい量刑を 1 ランク程度重くするに止めるべきであろう。』といった量的制限の視点からも立論も説得的であり実践的であるように思える」。また、原田（國） [2008] 4-5 頁も、似た考えに基づいていると思われる：「(…) 量刑相場に沿った量刑をしていけば、自然と責任主義の責任の幅の中に収まるというべきであろう。(…) [むしろ逆に、] 法令上の基準としての量刑基準は、量刑相場を除いて考えると、具体的に何によって決まるのであろうか。極めて、観念的なものになってしまい、実際上考えにくいものとなる。(…) 法令上の基準としての量刑基準は、(…) 理念としては当然尊重されるべきであるが、実際の量刑の基準としての役割は補充的で小さいといふべきである。むしろ、この量刑基準は、そのよって立つ責任主義に照らして、個々の量刑事情を洗い直し、当該事情がどのような意味で量刑上考慮すべきであるのかを吟味し、責任と予防との混同を防ぎ、合理的な量

する。すなわち、論者は「責任刑は一点に決まる」と述べるが、確かに、責任刑を一点に決めることはできるであろう。しかし問題は、そうして決められた刑が客観的・普遍的に正しいものかどうか、我々には（というより、この世の誰にも）皆目見当もつかないというところにある。この事情はもちろん、独立した予防的考慮を加味しても変わらない。したがって確かに、論者が指摘する通り、幅の理論が「責任だけでは客観的に正しい刑を導き出せないが、予防的考慮を行えばこれを導き出せる」という主張を行うものであるとすれば、その主張は不当であるというべきであるが、幅の理論はこの主張を必然的に伴うというわけではない。むしろ、正しく理解された幅の理論は、次のようにいうのである：「責任のみを考慮して刑を一点に決めることも、やろうと思えばできるであろう。しかし、客観的に正しい一点の責任刑というものを見出すことはできないし、それが存在するかも疑わしい。我々にできるのは、『この範囲の内部であれば、おそらく、責任刑として客観的に正しいものであると言えるであろう』と言えるような、その幅を曖昧ながら認識し、その内部で、やはり原理的にはその正当性に不明確な部分が残るものの、ともかくも予防的考慮をも加味しながら宣告刑を定めることだけである」。以上のように考えれば、論者の批判には理由がない²⁹⁷。

第三に、少し異なった角度から、次のように点の理論を擁護するものがある：「(…) 責任刑の存在とその認識とを区別する『点の理論』の主張が、それだけでは量刑理論として不十分であるとしても、同理論の、量刑判断を常に疑いに開かれたものにしようとする姿勢は、正しいものといえる。これに対し、一部の『幅の理論』の論者のように、責任刑を（初めから存在するものではなく）判断者によって創り出されるものに過ぎないと捉えるならば、量刑の正しさを批判的に検証する可能性は封じられてしまう」（圏点は原文による）²⁹⁸。検討すると、確かに、量刑の正しさを批判的に検証しようという態度は重要であるといえるが、それは、幅の理論と点の理論の対立とは無関係であるように思われる。むしろ、量刑に対する理論的統制を実現するために、第一に必要なのは、上述した通り、量刑事情の選別から始め、その評価方向の確定、および、その重みづけに関する提言を行い、それが個別

刑過程を確立するための重要な意味をもつというべきであろう。(…) 実際の量刑は、量刑相場を第 1 の手掛かりとして行うべきものである」。その趣旨は明瞭に理解しにくい部分もあるが、もしそれが次のようなものであるとすれば、賛同できる。すなわち、量刑傾向からは独立した規範的指図としての量刑基準は、量刑事情の選別の場面（など）において量刑を統制・合理化する上では重要な意味を有するが、これに対して、刑の数量化の場面においては——例えば「責任刑の幅の内部で量刑を行え」などと言われるが——、量刑相場を前提にしない議論を可能とするほどの理論的給付能力を有しているとは思えない、と。

²⁹⁷ なお、岡上 [1988] 111 頁は、予防的考慮によって「責任の下限をも下回る可能性を認めることになれば、責任をあえて幅であると構成する必要はないことになろう」とも指摘する。その趣旨は、そもそも責任刑の幅を観念し、したがってその下限を観念することには、この下限に量刑に対する拘束性を認めてはじめて意味が生じるところ、下回りを認めるということは下限に拘束性を認めないことを意味する以上、下回りを認める場合には幅の理論をとる意味がなくなる、ということであろう。しかしこの点では、結論からいえば私見も下回りの余地を認めることになるが、下の I. 3-4-2-3. で述べる通り、責任刑の下限は、積極的一般予防効果と特別予防効果の衡量判断に際して重要な目安となる。したがって、この指摘も当たらない。

²⁹⁸ 野村（健） [2020a] 70 頁。

的事件における具体的刑量の導出に際して参考にされることを目指すという、間接的なアプローチである。幅の理論を採用する場合でも、このようなアプローチをとることは当然に可能である。また、絶対的均衡性の問題（客観的に正しい刑罰スケールはどのようなものかという問題）についても、その原理的解決は極めて困難である一方で、例えば、比較法的検討を通じてわが国の常識を相対化する（その意味で、批判的に検証する）ことは可能である。むしろ、点の理論は、「（あらゆる個別的事件において）客観的に正しい一点の責任刑は存在する」と（結局のところ、さしたる根拠もなく）断言してしまうことによって、その背後には絶対的均衡性という難問が存在するというを、あるいはまた、上述したような間接的アプローチの必要性を隠蔽してしまいかねない点で、むしろ刑量を批判的に検証しようとする上で弊害をもたらす可能性があるとすら言えるように思われる²⁹⁹。いずれにせよ、刑量の正しさの批判的検証は、「幅の理論か点の理論か」という対立とは無関係に追求されるべき課題である。点の理論をとればそれが可能になるとか、あるいは容易になるというような論理的関係が存在するとは考えられない。

かくして、点の理論は採用できない。以下では幅の理論を前提として議論を進める。

3-4-2. 「責任刑の幅」をめぐる諸問題

幅の理論を採用する以上、責任（相当）刑には幅があり、その枠内であれば、責任とは無関係な考慮によって刑量を変動させたとしても、責任主義には抵触しないということになる。この言明からは、さしあたり整理すれば三つの問題が生じてくるといえる。

第一の問題は単純である。すなわち、幅の理論の内部でも、責任刑は、そもそも客観的・存在論的なレベルにおいても幅としてしか存在しえないのか（事物の本質説）、それとも存在論的には一点に定まるが、人間の認識能力の限界から、人間の目には幅として映るに過ぎないのか（認識困難説）、という対立がある³⁰⁰。これを解決するために必要な議論は、既に上の 3-4-1. で行ってあり、そこから、事物の本質説が帰結される。

残り二つの問題は、①責任刑の導出方法、および②責任刑の幅を上回る、または下回る量刑の可否である。そこで、以下ではこれらについて検討を加える。

3-4-2-1. 責任刑の導出方法

まず前提として、責任（相当）刑とは、「行為責任にふさわしい刑」のことであり、すなわち均衡原理にかなう刑のことを指すと理解できる。責任刑は、既述の通り、「行為責任の要素」および「ふさわしい刑の要素」という二種類の事情から構成されるが、なぜこの責任刑の幅の内部であれば、均衡原理とは無関係な考慮に基づく量刑の変動が許容されるかといえば、その理由は次の通りである。

まず、行為責任は不法および責任から構成される。すなわち、行為に客観的に帰属された

²⁹⁹ この関連では、前田（雅）[2007] 199 頁を参照：「（…）『正しい点を求める』という発想を強調しすぎるのは危険であり、「そこでは唯一の正しい結論を探求するというより、先例も十分に意識しながら、幅を次第に絞り込んでいく形で、『合意のできる量刑』を導くプロセスが重要であるように思われる」。

³⁰⁰ 上注（286）参照。

不法の存在が前提となるが、さらに、行為者には、当該違法行為に代えて、適法行為に出ることの期待可能性（つまり、責任）があったと認められなければならない。なぜなら、この期待可能性が認められない場合に処罰を行えば、行為者は、本人にはコントロールしえない外力によって、否応なしに社会全体（における犯罪予防の実現）のための犠牲にされてしまうためである。この意味で責任は、行為者の刑罰受忍義務を根拠づける。この点、不法はもちろん、責任（期待可能性）もまた程度を付しうる（つまり、その有無のみならず、量をも観念できる）概念である³⁰¹。このことの意味を順を追って説明すると、次のようになる。まず、仮に責任が有無しか観念できない、程度の付され得ない概念であったとしても、一定の不法について責任が存在しさえすれば行為者はいかなる量の刑についても受忍義務を負う、などということにはならない。なぜなら、どのみち不法に程度を付しうることは間違いないためである。このように考える場合には、まず一定程度の不法があり、当該不法に関する責任の有無が確認され、責任なき不法は捨象し、有責な不法のみを取り出して（この有責な不法を総称したものが「行為責任」である）、その不法の程度（つまりそれは、行為責任の程度でもある）との関係で相対的均衡性を満たす刑の限りで、行為者は刑罰受忍義務を負うことになる。これに対して、上述のように、責任もまた程度を付しうる概念であると認めるならば、「有責な不法」すなわち行為責任の程度は、不法の程度および責任の程度の関数となる³⁰²。この行為責任の程度との関係で相対的均衡性を満たす刑の限りで、行為者は刑罰受忍義務を負うことになる。

ここで忘れてはならないのが、「行為責任にふさわしい刑」は——これも既に述べたことであるが——、行為責任の程度とは無関係に、「ふさわしい刑」の要素によっても変動するということである。例えば、一定の行為責任の程度に応じて、一定の責任刑が根拠づけられるが、それとは別に、刑罰と同視しうる社会的制裁が既に課されていたならば、「刑罰の先取り」があったものとして、そのぶんを差し引いた刑こそが責任刑であるということになる。このような、「ふさわしい刑」の考慮に基づく量刑軽減については、それが「責任刑の幅」の内部に収まらなければならないというような議論は原理的に出てこない。なぜなら、上述した通り、行為者は、「行為責任の程度との関係で相対的均衡性を満たす刑」（＝「行為責任にふさわしい刑」＝責任刑）の限りにおいて刑罰受忍義務を負うところ、ここでは、その責任刑そのものが変動しているためである。

以上のような意味で、行為者は、責任刑の限りにおいて刑罰受忍義務を負う。ところで、この責任刑には、既述の通り、幅がある。したがって行為者は、その幅の内部に収まる刑であれば、そのいずれについても受忍義務を負うのであり、当該幅の内部であれば、均衡原理とは無関係な考慮によって刑を量定することが許されるということになるのである。

³⁰¹ 野村（健） [2020a] 31 頁、城下 [2009] 240-241 頁（城下 [1995] 110 頁）、高山 [2010] 5-6 頁、小池（信） [2004] 313 頁、浅田 [2002] 12 頁、堀内 [1988] 196 頁など参照。

³⁰² より端的に表現すれば、行為責任は、「（…）故意または過失によって裏打ちされた客観的不法の範囲と、裏打ちの程度との『積』によって決まる」（高山 [2010] 5 頁）。言い換えれば、まず客観的不法が一定程度存在し、それが責任がある部分とない部分に分けられ、その前者について、さらに「責任の程度」が問題とされることになる。この「責任によって分けられた不法の程度」と「責任の程度」とを掛け算することによって、行為責任の程度が導き出されることになるわけである。

前置きが長くなったが、ここでやっと、本題に入ることができる。すなわち、「責任刑の幅」は、いかなる方法によって導出されるのであろうか。この点、従来の量刑論の一部は、行為責任の要素となる犯情事実（例えば、殺人罪、単独犯、被害者〔知人〕が1人死亡、凶器は刃物、計画的犯行、動機は怨恨、殺意は強固、といった諸事情）が出揃えば、例えば「有期刑の上限程度～無期」といった量刑の幅が即座に導かれるかのような議論を行ってきたのではないかという疑いがある³⁰³。あるいは、そこまでは行かずとも、従来の議論は、責任刑の幅という概念を用いる際に、それを導出可能とする何らかの数量化プロセスがあることを単に措定して、その具体的内容についてはペンディングにしながらか、「もし、責任刑の幅が導出されたとしたら」、予防的考慮によるその上回りや下回りが許される／許されない、あるいは、そもそも責任刑には上限しかない、といった議論を展開してきたとみることができ。「責任刑の幅」というのが具体的にどのようなものであるのか、どうすれば我々はそれを認識できるのか、ということ詳しく考えてこなかったのではないかと思われるのである。実際、責任刑の幅の内容ないし認識方法について具体的に言及がなされること自体が少ない中で、その一例を挙げると、「刑罰が当該犯行に対する処罰としての性格づけを保ちうる『許容範囲』を想定し、その範囲内で別の考慮によって刑を決めたとしても、（個別行為）責任主義に反するものではないというべきである」と述べるものがあるが³⁰⁴、これは、ある事件の量刑において何らかの具体的量刑が導かれたとして、それを犯情事実と照らし合わせ、直感的にみて重すぎる／軽すぎるように感じられる場合には責任主義違反をいう、という以上の内容をもつものではない。しかし、それは結局のところ、責任主義の量刑規制機能を放棄することに他ならないであろう³⁰⁵。もちろん、量刑理論は、量刑事情の選別およびその評価方向の確定においてのみ規制機能を果たせば足り、刑の数量化については裁判所の裁量（ないし良心）に委ねてよいという価値判断も、それ自体、十分に成り立ちうるであろう。とはいえ、もう少し踏み込んで、この問題について理論的指針を提供することは、本当にできないのであろうか。

責任刑の幅をいかにして導出できる（すべき）かというのは、もちろん、刑の数量化の問題である。したがって、刑の数量化論、中でも本稿の立場としては、二段階的数量化モデルを出発点として考察を行うべきである。そこで検討すると、まず刑の数量化の第一段階においては、問題となっている事件がいかなる社会的類型（すなわち、特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型）に属するかを確定し、それに対応する量刑傾向の幅が把握され、当該幅の中で当該事件の量刑が占める位置（上方か、中央付近か、下方か、といった程度に）にも目処が立てられる。そうなると直ちに、こうして見出された量刑の幅は、少なくとも量刑傾向を前提とした場合における「責任刑の幅」にあたるのではないかという発想が浮かぶ。

しかし、この考えには、四つの点で問題がある。まずは、そのうちの、あまり深刻ではな

³⁰³ 少なくとも、上注（286）の本文部以下でみた議論は、そのようなイメージを前提としたものになっている。もしこのようなことが可能であったとすれば、責任主義（幅の理論）は有意義な量刑規制機能を果たすであろう。しかしもちろん、現実はそのようではない。

³⁰⁴ 小池（信）〔2008a〕26頁。

³⁰⁵ 上注（294）の本文部以下でみた議論は、幅の理論のこのような不備を突いたものであったとも理解できる。ただし、既述の通り、この事情は点の理論をとる場合でも変わらない。

い二つについて言及する。第一に、ここで問題とすべきなのは責任刑である以上、その幅を見出すためには、犯情事実だけでなく、一般情状の一種たる「ふさわしい刑」の要素³⁰⁶をも考慮に入れなければならない³⁰⁷。そこで、「ふさわしい刑」の要素のうち主要なものをも考慮して量刑傾向を把握することになるが、そうすると次の第二の問題が生じる。すなわち、そうして把握された量刑傾向の幅は、厳密には、責任刑の幅——すなわち、責任刑の要素のみを考慮することによって導出された量刑の幅——とは異なるのである。なぜなら、基本的に全ての事件においては、均衡原理のみならず、（とりわけ、特別）予防の要素も考慮されているという当然の想定を踏まえる限り、把握された量刑傾向には、実際のところ予防的考慮も含まれていることになるためである³⁰⁸。とはいえ、この場合には、把握された量刑傾向から、予防的考慮が大きな役割を果たしたと考えられる事例を注意深く取り除き、あるいはそれを差し引いて考えることによって、最終的には「責任刑の幅」の近似値を得られることになる。こうして、以上の二つの問題は解決できる。

より重要なのは、次の第三の問題である。すなわち、既述の通り、行為者が受忍義務を負うのは、行為責任の程度に応じた刑の限りにおいてであるが、この行為責任の程度は、上述した「主要な」行為責任およびふさわしい刑の要素のみならず、より細かい事情によっても当然に変動しうる。そうであれば、上述した、第一段階の考慮によって見出された幅を、責任刑の幅と同視することは原理的に不可能である。第二段階で考慮対象となるような、より細かい責任刑の要素（＝行為責任の要素＋ふさわしい刑の要素）をも考慮した、それゆえ、さらに限定された幅こそが、責任刑の幅となるはずである。もっとも、こう考えるときには、そのように限定された幅の中で、十分な予防的考慮をはたかせることは本当にできるのか、という疑念が生じる³⁰⁹。そもそも、責任刑の要素のみを考慮して、量刑を一点に定めることすら、おそらくやろうと思えばできてしまうであろう。そう考えると、ここにいう「限定された幅」は、「点」に近づいてゆき、すなわち幅の理論は、いわば自壊してほとんど点の理論に転化してしまうのではないかと思われるのである。これは深刻な問題であるが、結論からいえば、これは解決可能である。ただしそのためには、次の第四の問題を先に検討しなければならない。

第四の問題は、そもそも論として、あるべき責任刑の幅を見出すために、量刑傾向という、それ自体では従来の慣行に過ぎない、事実的なものを前提とするのは、方法論的に誤っているのではないかという点に関わる。しかし、これは既に上で解決を与えたものである。すなわち量刑傾向は、大量の事件処理を通じて蓄積されてきた実践知であることから、公衆の正

³⁰⁶ 既述の通り、量刑事情は大きく分けて、行為責任の要素、ふさわしい刑の要素（以上二つを総称して、責任刑の要素）、および消極的一般予防・特別予防の要素という三種類に整理されるが、このうち「行為責任の要素」が「犯情」にあたり、残った二つが「一般情状」にあたる。

³⁰⁷ 念のため述べておくと、このことは、私見のような均衡説に立脚せず、「行為責任の原則」を主要な量刑原理として承認する全ての見解に当てはまる。なぜなら、行為責任の原則は「行為責任にふさわしい刑」を求めるものである以上、そこでは「ふさわしい刑の要素」も必ず問題となってくるためである。つまり、「責任刑」を追求する場合にも、「ふさわしい刑の要素」は考慮に入れなければならない。

³⁰⁸ 野村（健） [2020a] 153 頁参照。

³⁰⁹ 野村（健） [2020a] 68 頁参照。

義観念に合致している可能性が高いと想定でき、それゆえ量刑傾向に従うことには積極的一般予防を実現する上で（現状、我々にとりうる）最善の手段であると推定できるから、その限りで実質的正当性（規範的意義）があるということである³¹⁰。

この見地から、上述した第三の問題を解決する方策も立てられる。すなわち、量刑傾向は確かに一定の規範性を帯びているが、既述の通り、それが究極的に、絶対的に正当であるという保障はない。「本当の正解」は別のところにあるということも十分にありえ、かつ、それではその正解がどこにあるのかと言えば、それは我々の誰にとっても、皆目見当もつかないのである。あえて述べれば、結局のところ、次のようにいう他にないであろう：「刑罰が当該犯行に対する処罰としての性格づけを保ちうる『許容範囲』を想定し、その範囲内で別の考慮によって刑を決めたとしても、（個別行為）責任主義に反するものではないというべきである」³¹¹。その許容範囲というものが具体的にどのようなものなのか、それをいかにして認識しうるかということについて、我々に手段は残されていない。

ところで、上では、この「許容範囲説」³¹²に批判的なニュアンスで言及して、「もう少し踏み込んで、この問題について理論的指針を提供することは、本当にできないのであろうか」と述べた。しかし結局は、許容範囲説に戻ってきてしまった。そうすると、問題は振り出しに戻ってしまったのであろうか。

必ずしもそうではないと思われる。確かに、刑の数量化の場面では、「こうであれば必ず責任主義違反となる」というようなクリアカットな基準を理論的に提示することは、上の考察からして、原理的に不可能である³¹³。しかし、次のような形で、責任主義に反しない刑量（つまり、責任刑の幅の中に収まる刑量）を導くための目安を立てることはできる。

まず、上述した通り、量刑傾向は、原則として、実質的に正当な刑量を反映している可能性が高い。したがって、「量刑相場に沿った量刑をしていれば、自然と責任主義の責任の幅の中に予定調和的に収まるというべきであらうか」という認識には賛成できる³¹⁴。この点、これも既述の通り、量刑傾向を前提とする場合であっても、責任刑の要素を細かく見てゆけば、相当に狭い「責任刑の幅」（実質的には点に近いかもしれない）がおそらく見出されうる。しかし、その幅を踏み越えれば直ちに責任主義違反になる、ということとはできない。仮にこの刑を、「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」と呼んでおくとするれば、確率の問題としては、これが本当の責任刑である可能性が最も高いわけであるが、あくまで可能性であ

³¹⁰ 本章 I. 2-1-1. 参照。同所で述べた通り、これは量刑傾向に（いわゆる事実的拘束力を超えた）規範的拘束力を認めるということの意味しない。

³¹¹ 上注（304）。

³¹² この名称は、野村（健）〔2020a〕72頁による。

³¹³ これに対して、量刑事情の選別や評価方向の確定の場面であれば、クリアカットな議論は必ずしも不可能ではない。例えば、行為者の素行が不良であり、近所からの評判も悪かったというような事情を、責任を加重する事情と評価して量刑に反映させれば、それは直ちに責任主義違反となる（最終的な刑量が責任刑の幅の内部に収まっていたとしても、当然この点は是正の対象とされるべきであり、是正の結果として量刑の結論に影響が及ぶのであれば、量刑不当を認めて破棄すべきことになろう。小池（信）〔2006〕18頁参照）。量刑事情の評価方向を誤った場合も同様である（原田（國）〔2011〕195頁参照）。

³¹⁴ 原田（國）〔2008〕4頁。遠藤〔2011〕70頁、大島〔2015〕386頁も参照。

って、真実は（誰にも）わからないのである。したがって、「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」から離れば離れるほど、責任主義に反することになる可能性も高まってゆき、それだけ慎重を要することになる、とまでしか言えない³¹⁵。「『最もふさわしい刑』からどこまで離れてよいか」ということの判断基準としては、上述した通り「許容範囲説」が妥当するわけであるが、これは基準として役に立たない。そこで、より具体的に目安を設定しておく、少なくとも、二段階的数量化モデルにおける第一段階で見出される幅³¹⁶の内部であれば、責任刑の幅の内部にあると想定してよいであろう（なぜならそれは、「この程度の刑であれば、行為責任との均衡性を満たしているであろう」という過去の判断すなわち実践知の蓄積を反映したものだからである³¹⁷）。

この部分は記述が込み入ったため、その意図するところを下の通り図示しておく³¹⁸。

³¹⁵ 似た考えとして、小池（信）〔2008a〕25-26頁：「（…）通説的な幅の理論は、予防目的の直接的追求のために、行為責任からして『最もふさわしい』刑を逸脱する（…）ことを容認する考え方なのということ、はっきりと認めなければならない。（…）『最もふさわしい』刑を少しでも上回ったら、刑がただちに当該犯行と無関係のものになってしまう〔つまり、許容範囲説のいう『許容範囲』を超えてしまう：引用者注〕わけではない」。なお、これに対して、野村（健）〔2020a〕72頁は、「少なくとも、責任刑〔＝上にいう、行為責任からして『最もふさわしい』刑〕よりも重い『許容範囲』は否定すべきではないか」と批判するが、少なくとも本稿には妥当しない。本文で述べたように、ここで問題としているのは、最もふさわしいと思われる刑に過ぎないのであって、それが本当に最もふさわしい刑であるのかどうかは、誰にもわからないのであり、だからこそ、最もふさわしいと思われる刑を上回る範囲にも、「許容範囲」を観念できるのである。

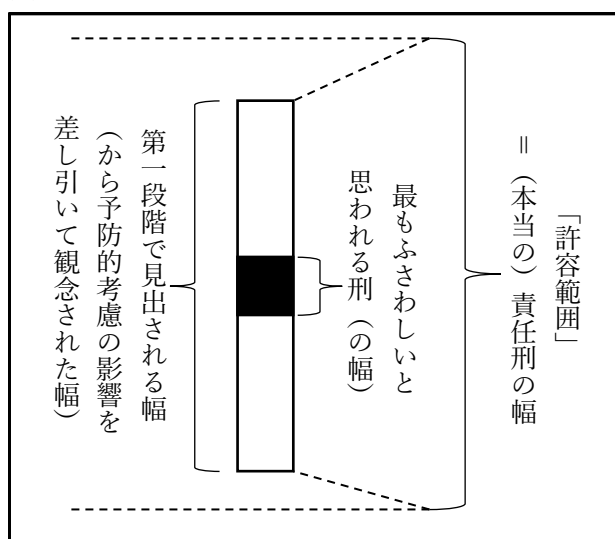
³¹⁶ さしあたり、上掲図表3における①の4.で見出された「幅」（ないし、「大まかな位置」）を念頭に置いている。ただし、厳密に言えば、上において第二の問題との関連で述べた通り、この「第一段階で見出される幅」は、実際のところ予防的考慮も反映されているため、その影響は差し引いて考える必要がある。

³¹⁷ また、各国の量刑制度・慣行の大きな違い（上では日本とスウェーデンを対比しながら述べた）に鑑みれば、「許容範囲」は相当に広いと想定されるから、第一段階で見出される幅に収まっていれば、いわば十分「安全圏」であると考えられることには合理性が認められよう。

³¹⁸ 原田（國）〔2011〕119頁の図と比較せよ。この図は、まずは最も幅の狭いものとして「従来の量刑相場」があり、そこから同心円状に、「（控訴審における量刑審査の）審査枠」、「量刑の大枠」、「責任枠」が広がっているというものである。これについて、「従来の量刑相場」が図表6の「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」に対応し、「量刑の大枠」が図表6にいう「第一段階で見出される幅」に、「責任枠」が図表6にいう「許容範囲」にそれぞれ対応するとしたら、論者による図と図表6の内容は一致することになる。

もっとも、責任枠と許容範囲が同一の概念であることはおそらく前提とできる一方、論者がいう「従来の量刑相場」というのは経験豊富な裁判官の考える量刑枠を指し、また「量刑の大枠」というのは（経験の少ない裁判官も含めた）「わが国の全刑事裁判官の量刑の幅」を指すものとされている（原田（國）〔2011〕118頁）。つまり、論者の整理は、わが国の全刑事裁判官による日々の量刑をマクロ的に観察するという視点に立っている。これに対して、図表6にいう「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」と「第一段階で見出される幅」というのは、特定の事件に接する裁判官が量刑（責任刑）について考えている際のプロセスに着目した、その意味でミクロな視点に立ったものである。それゆえ、「『従来の量刑相場』と『最もふさわしいと思われる刑

図表 6：責任刑の幅



図の内容を解説しておく、まず、責任刑の幅は、本質的には、許容範囲説がいうところの「刑罰が当該犯行に対する処罰としての性格づけを保ちうる『許容範囲』」である。しかし、それだけでは基準として機能しないため、具体化する必要がある。そこで考えてみると、量刑傾向は、「どの範囲の刑であれば一定の犯行に対する処罰としての性格づけを保ちうるか」という点に関する従来の判断の積み重ねを反映しているとみなすことができ、かつ、それは正しいものである可能性が高い。したがって、二段階的数量化モデルにおける第一の段階で見出された幅の内部に収まる刑であれば——その意味で、量刑傾向に従った量刑であれば——、基本的に、「許容範囲」すなわち責任刑の幅の内部に収まるものと考えてよいであろう（とはいえ、これを逸脱したからといって、即座に責任主義違反をいうことはできない）。この意味で、「量刑相場に沿った量刑をしていれば、自然と責任の幅の中に予定調和的に収まる」のである。もっとも、欲を言えば、「第一段階の幅」だけでなく、第二段階をも考慮することで得られる、より狭い幅——すなわち、「最もふさわしいと思われる刑 (の幅)」——に収まる刑を言い渡すことが、責任主義の観点からすれば、なお望ましい。しかし、それを逸脱したからといって、即座に責任主義違反をいうことはできない（逆にいえば、この幅の内部に収まる刑であっても、従来の量刑傾向が根本的に不当なものであったために、実は責任刑の幅から外れていた、ということもあり得ないわけではない）。むしろ、そこにあるのは程度問題に過ぎない。すなわち、「最もふさわしいと思われる刑 (の幅)」から逸脱していても、責任主義違反の可能性はゼロとまでは言えず、その幅から逸脱していれば、責任主義違反の可能性が一応は存在し、これに対して、「第一段階の幅」からも逸脱していれば、責任主義違反の可能性がそれなりに生じる、ということになるのである³¹⁹。実際上は、前二

（の幅）』」、および「『量刑の大枠』と『第一段階で見出される幅』」は、それぞれ別個の概念であり、相互に内容は厳密に一致するものではないが、実際的には、近似すると思われる。

なお、量刑不当の肯否を決する「審査枠」の位置に関する検討は他日を期したい。

³¹⁹ なお、この関連で言及しておく、量刑に関する意識調査を背景に、「(…) 実際の量刑判

者の場合、責任主義違反の可能性を取り立てて思案する必要はなく、せいぜい「行為責任(均衡原理)とは無関係な予防的考慮には慎重を期すべきである」という一般的な心構えを持っておけば足りると思われる。これに対して、後者の場合には、責任主義違反の可能性を現実的なものとして考えた方がよいかもしれない。

3-4-2-2. 「責任刑の幅」と量刑傾向からの逸脱

ここまでにおいては、「量刑傾向に従った判断を行う場合」(「第一段階の幅」の枠内で量刑を行う場合)を取り上げ、基本的にその枠内であれば責任主義違反はないものと考えてよい、と結論づけた。続いて、量刑傾向から逸脱する場合(第一段階の幅から逸脱する場合)について、責任刑の幅(責任主義)との関係で検討しよう。

量刑傾向からの逸脱に関する議論は、周知の通り、逸脱に際しては「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである」と判示した最判平成 26 年 7 月 24 日刑集 68 卷 6 号 925 頁(寝屋川市児童虐待致死事件)を契機として活発化した³²⁰。その中で、ここでの議論との関係で第一に確認しておくべきなのは、「量刑傾向」という言葉には二つの意味があるという点である。すなわち、「まず、一定の事例類型〔社会的類型のこと：引用者注³²¹〕に対する過去の量刑の大まかな分布そのものを『量刑傾向』と呼ぶことがある(以下ではこれを『量刑分布』という)。これに対し、その分布状況から抽出された、整合性のある価値判断(当罰性評価)の水準を『量刑傾向』と呼ぶこともある(以下ではこれを『量刑水準』という)」³²²。これによれば、量刑傾向からの逸脱には、「量刑分布逸脱型」と「量刑水準逸脱型」の二つがあることになる。それぞれの内容を具体的に述べれば、前者は、例えば従来の量刑傾向の前提にあった価値判断を前提とするからこそ、今回の事件については(例えば、犯行がかつてないほど悪質、または軽微であるために)従来の量刑傾向から逸脱した刑を言い渡さざるを得ない、という場合に当たる(要するに、量刑傾向の意図に従うからこそ、量刑傾向を外れた刑が必要になる場合である。したがってこれは、不真正な逸脱〔結果的には逸脱しているが、実質的には逸脱でない〕とも表現できよう)。これに対して後者は、従来の量刑傾向の前提にあった価値判断そのものが不当である(例えば、一定程度の悪質性を備えた犯行に対して言い渡してきた量刑がそもそ

断プロセスを見れば、(…)幅のある責任刑を基礎にさらに予防的考慮を経た後の量刑は、より広い幅の中から選択され、それぞれの幅の許容範囲を超えていなければ、『妥当な量刑』と考えているように思われる」と述べるものがあるが(前田(雅) [2007] 198 頁)、ここにいう「幅のある責任刑」が「最もふさわしいと思われる刑(の幅)」を指しており、その後に出てくる「より広い幅」が、「第一段階で見出される幅」または「許容範囲」を指していると解釈することができる。これは必ずしも理論的に不当なことではない。もっとも、その直後に論者は、「責任刑の幅に、さらに予防的考慮が加われば、その上限・下限は広がると考えるのが自然である」とも述べているが、これは当然に不当である(正当な批判として、城下 [2009] 281-282 頁)。³²⁰ 同判決を契機とした考察として、野村(健) [2020a] 155 頁以下、城下 [2019] 266 頁以下、重田 [2019] 81 頁以下、小池(信) [2016] 351 頁以下、原田(國) [2014] 43 頁以下などがある。

³²¹ 野村(健) [2020a] 145 頁注(23) 参照。

³²² 野村(健) [2020a] 145 頁。

も軽過ぎた／重過ぎた) と考え、それを理由に量刑傾向から逸脱した刑を言い渡す、という場合に当たる(要するに、こちらの場合は、従来の量刑傾向の妥当性を端的に否定しているのである。こちらはまさに、真正な逸脱であるということになる)³²³。

その上で、改めて確認しておく、ここでの問題関心は、ある量刑が「責任刑の幅」に収まっているか、あるいはそうでないのかを認識する上で、量刑傾向およびその逸脱がいかなる意義を有するか、ということに向けられている。具体的にいえば、まず既述の通り、量刑傾向(ここでは、第一段階で見出される幅から予防的考慮の影響を差し引いて観念された幅のこと)に従って導出された刑量は、責任刑の幅に収まっているものと推定することができる。なぜなら、責任刑の幅は、本来的には許容範囲説のいう「刑罰が当該犯行に対する処罰としての性格づけを保ちうる『許容範囲』」であるところ、この点で量刑傾向は、「この程度の刑であれば、行為責任との均衡性を満たしているであろう」という過去の判断すなわち実践知の蓄積を反映したものとなっている——いわば、「正解」を引き当てている可能性が高い——以上、それを許容範囲と推定することが、現状、我々にとりうる最善の手段であるからである。したがって、逆にいえば、この推定を破る合理的な根拠がある場合であれば、量刑傾向から逸脱していても、責任刑の幅から逸脱していないということはある。

ところで一般に、量刑傾向からの逸脱は、「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情」があると考えられる場合に試みられるといえる。以下では、この事情を、さらに「責任刑の要素(=行為責任の要素およびふさわしい刑の要素)に関連する事情」と、「犯罪予防(一般予防と特別予防)に関連する事情」に分割して、各々検討を加える。

責任刑の要素に関連して、「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情」があると認められる場合がある。具体的には第一に、責任刑の要素との関係で、特異な「事実」が存在している場合がある。例えば、問題となっている事件の犯行がかつてないほどに悪質であり、すなわちそれほどに行為責任が重いため、従来の量刑傾向を逸脱する重い刑を科さなければならぬ場合がこれにあたる。つまり、上述した「量刑分布逸脱型」の逸脱である。そうして導出された刑は、やはり責任刑の幅の範囲内にあると理解できるであろう。なぜなら、そもそもこれは、「この程度の刑であれば、行為責任との均衡性を満たしているであろう」という過去の実践知の蓄積に、忠実に従って判断したからこそ、結果的に従来の量刑分布を逸脱することになっただけである(この点を捉えて、上では分布逸脱型を「不真正な逸脱」と表現した)。そのため、これが「正解」を引き当てている可能性も、他の普通の事件において量刑傾向を逸脱しない量刑を行う場合と同様に高く、それゆえ、導き出された量刑は

³²³ なお、小池(信) [2016] 354 頁は、分布逸脱型に当たるものを「事案を異にする」タイプ、水準逸脱型に当たるものを「求判例変更」タイプと表現している(さらに、小池(信) [2009] 634 頁も参照)。重田 [2019] 86 頁以下も参照。さらにいえば、この二分法は、法定刑の変更の根拠に関する次の分類法と同じ構造をもっていると言える。すなわち、「量刑支障型」(例えば、特に悪質な事件の量刑を量刑傾向に従って行おうとすると、法定刑の上限を超えてしまうため、法定刑を変更するという場合)と、「評価変更型」(右のような支障によるのではなく、端的に従来の法定刑が軽過ぎた／重過ぎたことを理由に、これを変更する場合)である。この分類について詳細は、原田(國) [2011] 26-28 頁参照(岡=神山 [2017] 539-540 頁、村越 [2011] 235 頁以下も見よ。さらに、小島 [2006] 98-99 頁、小島 [2011] 76 頁は、前者に相当するものを「立法追隨型」、後者に相当するものを「立法主導型」とも呼んでいる)。

「許容範囲」の内部にあるという判断にも同様の合理性が認められるためである。

ただしこれは、当該逸脱が正当化される場合にのみ認められることである。この正当化要件は、既に指摘されているように、次の二つに求められるであろう。すなわち、「当該事案に、①量刑の基本的考え方（とりわけ行為責任主義）の下で特に重い（又は軽い）刑を科すことを正当化する量刑事情があり、かつ、②その事情が従来の量刑傾向を形成してきた先例では存在しなかった（…）場合」³²⁴である。①の要件が必要である（つまり、量刑事情の評価を適切に行う必要がある）ことは当然であり、また「②の要件は、今回の事案がいかに悪質であろうと、従来の傾向自体、匹敵する事案を含んで形成されているならば、今回だけ重罰を科すのはまさに不公平であるという考慮による」³²⁵。逸脱が正当化されない場合には、（加重方向の逸脱であれば）端的に責任主義違反となる。

第二に、責任刑の要素との関係で、その「評価」を変更した結果として、量刑傾向からの逸脱が起こる場合がある。つまり、上述したような特異な事実がなく、つまり同種の前例も見られるが、それにもかかわらず、従来の傾向と異なった刑を科する場合であり、すなわち「量刑水準逸脱型」である。例えば、従来は性的自由に対する侵害の重大性が過小評価されていたために、性犯罪の量刑傾向も軽きに失っていた、という社会意識の変化がある場合がこれにあたる。このパターンの性質に関しては、既に、次のような形での確な指摘がなされている：「（…）『量刑水準』の逸脱については、責任主義による制約は不可能である。『量刑水準』の逸脱とは、『責任に応じた刑とはこのくらいの刑である』という価値判断自体に変容を迫るものであり、それに対して『責任に応じた刑を超えてはならない』と述べることには、意味がないからである」³²⁶。「もっとも、意図された量刑水準の変容に説得力がないと評価される場合（…）には、従来通りの水準が正しいという前提の下、その水準に照らして当該量刑が責任主義違反と評価されることになろう」³²⁷。敷衍すると、第一に問題となるのは、「水準逸脱型」の逸脱が正当化されるかどうかである。このタイプの逸脱が正当化されるのは、「（…）裁判官が、（…）（個人的ではなく）社会全体の意識の変化を感じ取り、その方向に裁判所全体の判断を誘導できるという自信を持った場合に限られる」とされる³²⁸。賛同できるが、より具体的に説明すると、まず「裁判所全体の判断を誘導できる」ことの見込みが必要となる理由は、「その場合にのみ、『当該行為者だけが不利に（あるいは、有利に）扱われる』という不公平・不整合を回避する見込みも立つからである」³²⁹。また、「社会全体の意識の変化」が必要である理由は、そのような場合にこそ他の裁判体も新たな量刑水準に従うことを期待できるという点に加えて、本稿の考え方としては、社会全体の意識（公衆の正義観念）に対応していない量刑水準（の変更）は刑罰制度の積極的一般予防効

³²⁴ 小池（信） [2016] 354 頁。なお、引用中で省略した部分には、「（少なくとも意識されてこなかった）」と記されているが、これは、従来あまり重視（意識）されてこなかった事情を再評価し、重視（意識）するように変更するということであるとすると、量刑水準逸脱型（論者の用語法では、「求判例変更」型）にあたるのではないと思われるため、除外した。

³²⁵ 小池（信） [2016] 354 頁。

³²⁶ 野村（健） [2020a] 151 頁。

³²⁷ 野村（健） [2020a] 151 頁注（50）。

³²⁸ 小池（信） [2009] 634 頁。野村（健） [2020a] 152 頁もこれに賛同する。

³²⁹ 野村（健） [2020a] 152 頁。

果を害するおそれがあることに求められる。さらに、これらの要件が満たされたとしても、大幅な水準変更——具体的にどの程度の変更であれば「大幅」であることになるのかを確定するのは原理的に困難であり、法律家共同体の共通感覚に依存せざるを得ないが——は正当化されない可能性があり、その点でなお慎重を要するというべきであろう。つまり、「水準逸脱型」の逸脱を通じた量刑水準の変更は、漸進的なものでなければならないという要請も、ここには妥当するのである：「(…) 職業裁判官たちは、一般市民に適正なものとして受容される宣告刑を得るべく努力し、それが幾度か検証され定着してきたのであり、そのような努力の沈殿物が従来の量刑相場なのである。一般市民の意見・感覚は、それを土台とし、部分的・漸次的な修正を施していくという形で全体の量刑傾向を(必要な限度で)変えていくべきものでなければならない」³³⁰。以上のように、量刑水準の変更を必要とする社会的意識の変化があること、新たな量刑水準に他の裁判体が追随する見込みがあること、および、量刑水準の変化が大幅なものでないこと、という三つの要件が満たされる場合に、水準逸脱型の逸脱は正当化されることになる。こうして正当化されてしまえば、それに従って導出された刑は、責任刑の幅の内部に収まっているものと考えることができる。逆に、正当化されない場合は、(加重方向の逸脱であれば)端的に責任主義違反となる。

以上が、責任刑の要素に関連して、「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情」が問題となる場合である。これに対して、犯罪予防の要素に関連して、「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情」が問題となってくる場合もある。これについても、分布逸脱型と水準逸脱型に場合分けして考察することにしよう。

まずは分布逸脱型である。この場面では、次のような主張がある：「(…) 犯情そのものではない事情(「一般情状」あるいは予防的考慮)を理由として従来の量刑傾向を超える刑を科すことは、行為責任とは異質の要素によって行為責任を超える量刑を導く結果となる」³³¹。つまり、犯罪予防の要素の考慮を理由として量刑傾向を逸脱した場合には、自動的に、責任刑の幅をも逸脱していることになる、というのである。しかし、既に指摘されているように、これは必ずしも正確ではない。少し長くなるが引用しよう：「例えば、懲役 3 年(事例群 A)と懲役 5 年(事例群 B)とを両極とした量刑分布を前提とする場合、『責任』に関わる事情だけをみれば事例群 B と同程度である事案に対して、再犯可能性の高さを理由に懲役 5 年を超える刑を科すことには、責任主義違反の疑いが生じるであろう。(…) もっとも、このような、事案の特殊性を根拠とした『量刑分布』の逸脱においても、責任と無関係

³³⁰ 井田 [2012] 65 頁。基本的に同旨として、岡上 [2011] 45 頁、小池(信) [2016] 354-355 頁も参照。経験的観点から付言しておけば、ここまでにも何度か述べたことであるが、①全体的な科刑・量刑水準(つまり絶対的均衡性)に関する公衆の判断は、相対的均衡性判断ほど高度に一致する傾向にないと考えられるため、量刑水準の変更を促すような意識の変化が本当に存在するのか、存在するとしてどの程度であるのかを具体的に確定することは難しいこと、②まして、実験研究による裏づけが必ずしも存在せず、裁判官ないし裁判員という、サンプルとしては少数である人々が社会意識の変化を「感じとっている」にすぎない場合においては、意識変化の有無と程度はなおさら不明瞭であることからすれば、量刑水準の変更にはなおさら慎重になるべきであって、行うとしても漸進的に進めるべきことになろう(さらに、上注(117)も参照)。

³³¹ 城下 [2019] 279 頁。厳密には、これが分布逸脱型を念頭に置いたものであるかは断定できないが、便宜上、そのようなものとして扱う。

な事情の援用を直ちに責任主義に反するものと断定することはできない。(…) 前述の例でいえば、事例群 B で言い渡された懲役 5 年という刑が、責任刑の上限に位置するものだったのか、それとも、責任刑の上限は懲役 6 年程度であるところ、特別予防的考慮から上限よりも軽い刑として選択されたものなのか、はっきりしない(…)。そうなると、責任の重さが事例群 B と同程度である事案について、再犯可能性を根拠に懲役 5 年を超える刑を言い渡したとしても、それが(従来の量刑水準に照らして)責任刑を超えたことになるのか、それとも、責任刑の枠内で重い刑を科したに過ぎないことになるのか、直ちには判断できないことになる」³³²。

この問題を、本稿の考え方を前提としつつ検討する。まず、責任刑の幅としては、「第一段階の幅から、予防的考慮の影響を差し引くことで観念される幅」を考えることになる。つまり、問題となっている事件が属する社会的類型(特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型)に対応する量刑傾向の幅を把握してから、もう少し細かい犯情事実も意識して、当該事件がその幅の内部でどの辺りに位置づけられるかを考える(こうして見出される幅が、「第一段階の幅」である)。続いて、予防的考慮を差し引いて考える段階に入る。すなわち、「第一段階の幅」には、様々な先例が含まれているわけであるが、その上限付近または下限付近に存在している事件に着目して、そこでどのような予防的考慮がなされていたかを確認する(ただし、正当にも指摘されているように、「量刑分布を示す資料では、各事案は一定程度類型化・抽象化された形で記述されており、特別予防的要素のように類型化になじまない事情の多くは、捨象されていると考えられる」³³³ため、この点を厳密に確認することは難しい場合もあるかもしれない)。例えば、「第一段階の幅」の上限付近に位置する諸事件が、軒並み再犯可能性が比較的高い場合であったとすれば、責任刑の上限も概ねその辺りにあるのだろうと当たりをつけることができる。逆に、再犯可能性が中程度ないし低めのものが多ければ、責任刑の上限はもう少し上方にあるのだろうと考えられることになる。ただし、ここには、いわゆる「正解探し」の危険があることに注意しなければならない。つまり、ここにいう上限付近の事件というのは、例外的なものである以上(そうであるからこそ上限付近の刑が科されているのである)、サンプル数としては少ないと考えられるため、それだけ信頼性が低くなるのである³³⁴。そうなるとやはり、予防的考慮を差し引くことで認識される責任刑の上限・下限は、大まかなものとならざるを得ないが、「このような不明確さは、参照事例が典型的・抽象的に記述されることの必然的な帰結として生じるものであり、完全には克服することのできないものである」³³⁵。ともあれ、このようにして(曖昧な)責任刑の幅が見出されれば、今回は、責任刑の要素に関連する「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情」があるわけではないため、この幅をそのまま用いることができる。すなわち、いま問題となっているのは、犯罪予防に関する特異な「事実」——つまり、かつて例がないほど再犯可能性が高いとか、近年同種犯罪が著しく増加し

³³² 野村(健) [2020a] 152-153 頁。

³³³ 野村(健) [2020a] 153 頁。

³³⁴ 上注(143) およびその本文部を参照。

³³⁵ 野村(健) [2020a] 153 頁。

ている(ため、一般予防のために量刑の加重が要請されている)³³⁶といった事実——であるが、これらを、上に見出された責任刑の幅の範囲に収まる程度に考慮することになる。もっとも、既述の通り、そもそもの責任刑の幅の上限・下限自体が大まかにしか認識し得ないものである。それゆえ、ここではせいぜい、予防的考慮による量刑傾向からの逸脱が大きければ大きいほど、責任刑の幅をも逸脱している疑いも強まる³³⁷ため慎重を要する、といった程度のことまでしか言えないであろう。仮に、責任刑の幅を逸脱していると考えられるのであれば、その際には「責任刑の幅の上回り・下回り」の正当化可能性に関する問題が生じる。

なお、この場面でも、逸脱の正当化要件を満たしているかどうかは問題となる。責任刑の要素に関連する分布逸脱型について提示した二つの要件が同様に妥当するであろう。正当化される場合には、上述した方法により、責任刑の幅の内部に収まる刑を量定することだけが問題となる。これに対して、正当化されない場合は、そもそも量刑事情の評価を誤っていることになり、それが量刑の結論に影響を及ぼすものであれば独自に量刑不当としての破棄理由を構成しうるであろう。その結果として、上述した方法により、責任刑の幅を逸脱していたことも確認されたならば、その点も別途問題されることになる。

水準逸脱型の場合には、予防的考慮の対象となる事実に対する「評価」の変更が検討される。例えば、新たな経験的知見がもたらされ、あるいは新制度の運用が始まったことなどによって、犯罪予防に関連する事実が従来とは同じでも、異なった量刑をすべきことになった場合がこれにあたる(具体的には、一部執行猶予制度の導入により、再犯可能性が高い者に対する実刑以外の対応が可能になったことなど)³³⁸。この点、上では水準逸脱型の逸脱に関して

³³⁶ そのような考慮に経験的根拠が認められるかどうか、という点はまったくの別論である。すなわち、ここでは、一般的と思われる理解に従って、量刑を重くすればよりよく一般予防効果が発揮されるという想定に経験的根拠が認められることを前提として論じるが、筆者自身は懐疑的である。詳しくは、とりわけ上注(237)の本文部以下を参照。

³³⁷ 野村(健) [2020a] 154頁。

³³⁸ これに対して、野村(健) [2020a] 150頁は、具体例として「犯罪予防に対する国民の意識の変化」や「治安の維持を求める世論の高まり」を挙げる。しかし、行為責任に対応する刑の評価(これは積極的一般予防と関連している)とは異なり、積極的一般予防以外の犯罪予防手段のために必要な刑の評価を変動させたいのであれば、そのためには、「公衆の正義観念にかなう刑には積極的一般予防効果がある」というもの以外の経験科学的知見による根拠づけが必要であろう(なお、小池(信) [2006] 39頁注(136)参照)。逆に、もしそのような知見がないならば、むしろ公衆に対して、「現状から刑を重くしても、治安維持が効率的になるわけではない」と説得すべきである。この点を無視して、公衆が求める通りに、「治安維持のための重罰化」を実現した場合、一時的には(公衆の直観に一致する刑法改革が行われたということ)積極的一般予防効果があがるかもしれないが、もし公衆が「本当に」求めているものが治安維持なのであれば、実際には経験的根拠がない改革である以上、長期的にみても治安維持効果はあがってこないはずであり、したがって公衆はかえって不満を抱き、積極的一般予防効果も最終的にはマイナスに転じるだろうからである(信頼を得ることは難しいが、それを壊すことは容易い)。

この関連で付言しておく、もし、実際に治安維持効果があがってなくても、公衆が不満を抱かないのであったとすれば(あるいは、公衆に対して「重罰化それ自体に治安改善効果は見込めない」と説得を試みたとしても、彼らがそれに心を動かされる様子がないのであれば)、それは、彼らが「本当に」求めているのは治安維持などではなく、犯罪者に対する厳しい措置そのものであり、つまり行為責任に対する評価を従来よりも重くすることそのものであったというこ

三つの正当化要件を掲げたが、それはここでも同様に妥当すると考えられる（ただし、それに加えて、「その水準変更を経験科学的根拠があること」も必要であろう³³⁹）。正当化されない場合には、量刑事情の評価を誤ったことになり、その誤りが量刑の結論に影響を及ぼす場合には、量刑不当として破棄の理由となるであろう。これに対して、この逸脱がそれ自体では正当化されたとしても（あるいは、正当化されない場合であっても）、責任刑の幅を上回り、または下回っていないかという点は別途確認する必要がある。ここから先の流れは、上に述べたものと変わらない。まず「第一段階の幅」を見出した上で、そこに反映されているとみられる予防的考慮の影響を差し引いた幅を観念する必要がある。あとは、今回の事件の刑を、その幅の範囲内に収まるように量定するだけである（ここでも、責任刑の幅を明確に認識することはできず、水準変更の程度が大きければ大きいほど、責任刑の幅をも逸脱している疑いが強まる、ということしか言えない）。この幅の範囲を逸脱していると考えられる場合には、「責任刑の幅の上回り・下回り」の問題が生じることになる。

以上の議論を、次の図表 7 にまとめておく。

図表 7：量刑傾向からの逸脱と責任刑の幅

<p>☆量刑傾向からの逸脱＝「量刑分布逸脱型」or「量刑水準逸脱型」</p> <p>☆「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情」＝「責任刑関連」or「予防関連」</p> <p>①責任刑の要素（＝行為責任の要素 or ふさわしい刑の要素）について……</p> <p>☞分布逸脱型の場合（eg 問題となっている事件の犯行が異例に悪質）</p> <p>→逸脱正当化要件：（1）特に重いまたは軽い刑を正当化する量刑事情があること、（2）その事情を含む先例が存在しないこと</p> <p>⇒当該逸脱が正当である場合：導出された量刑は責任刑の幅の内部にある</p> <p>⇒当該逸脱が不当である場合：導出された量刑は責任主義に違反する</p> <p>☞水準逸脱型の場合（eg 従来の性犯罪量刑は軽すぎた、というように社会意識が変化）</p> <p>→逸脱正当化要件：（1）社会全体の意識に変化があること、（2）今後、他の裁判体も追随する見込みがあること、（3）逸脱が大幅でないこと</p>
--

とになるであろう。このように、公衆が外観上は「犯罪予防」や「治安維持」を求めているとしても、その実体はむしろ行為責任評価の引き上げ要求であるということが考えられるのであって、この点には注意が必要であると思われる。つまりその場合には、ここで観察されている社会意識の変化を、「予防関連の」量刑水準変更の要求としてではなく、行為責任評価の引き上げ（つまり、「責任関連の」量刑水準変更の要求）として処理しなければならないのである。

³³⁹ その理由は、上注（338）参照。ただし、厳密に言えば、「（積極的一般予防以外の）経験的根拠はあるが、国民の正義観念はあまり追随してきていない」、つまり、消極的一般予防または特別予防に照らした根拠はあるが、積極的一般予防からみるとむしろマイナスであるような量刑水準変更も問題となりうる。つまり、元々の三要件における「社会意識の変化」は満たされていないが、ここで追加した「経験的根拠」は満たされている状態である。検討すると、このような場合を一律に排除すべき理由はないように思われ、個別に、積極的一般予防上のマイナスとその他の予防効果に関するプラスとを衡量するほかにないと考えられる。もっとも、国民の理解を得られなければ他の裁判体による追随も期待し難く、その一方で、経験的根拠が十分に存在しているのであれば国民を説得することができるであろうと考えられるため、実践的には、元々の三要件も、「経験的根拠」も全て満たした上で量刑水準を変更する方が賢明であると思われる。

⇒当該逸脱が正当である場合：導出された量刑は責任刑の幅の内部にある

⇒当該逸脱が不当である場合：導出された量刑は責任主義に違反する

②犯罪予防の要素（＝一般予防 or 特別予防の要素）について……

☞分布逸脱型の場合（eg 問題となっている行為者の再犯可能性が異例に高い）

→逸脱正当化要件：上記①「分布逸脱型の場合」と同様

⇒当該逸脱が正当である場合：本文に述べた方法で責任刑の幅を導出し、その範囲内で量刑……逸脱が大きいほど、責任刑の幅を逸脱している疑いも強まる

→責任刑の幅を逸脱する場合、責任刑の幅の上回り・下回りの問題が生じる

⇒当該逸脱が不当である場合：それ自体が量刑不当の根拠となりうる＋責任刑の幅との関係も、逸脱が正当である場合と同様に問題となる

→責任刑の幅を逸脱する場合、責任刑の幅の上回り・下回りの問題が生じる

☞水準逸脱型の場合（eg 刑罰による犯罪予防に関する新たな経験的知見の登場）

→逸脱正当化要件：上記①「水準逸脱型の場合」の三要件＋経験的根拠があること

⇒当該逸脱が正当である場合：本文に述べた方法で責任刑の幅を導出し、その範囲内で量刑……逸脱が大きいほど、責任刑の幅を逸脱している疑いも強まる

→責任刑の幅を逸脱する場合、上回り・下回りの問題が生じる

⇒当該逸脱が不当である場合：それ自体が量刑不当の根拠となりうる＋責任刑の幅との関係も、逸脱が正当である場合と同様に問題となる

→責任刑の幅を逸脱する場合、責任刑の幅の上回り・下回りの問題が生じる

ここまで述べてきた通り、量刑傾向に従って量刑を行っていけば、責任刑の幅の内部にも自然と収まる。これに対して、量刑傾向からの逸脱には、責任刑の幅からは逸脱していない場合と、それから逸脱している場合との両方が含まれる。問題となっている量刑がいずれの場合にあたるのかを判断するプロセスを示したのが、上掲図表 7 である。その中で、犯罪予防の要素を考慮することによって量刑傾向を逸脱する場合には、分布逸脱型であれ水準逸脱型であれ、どちらにおいても、責任刑の幅を導出してから、それとの対比を通じて、予防的考慮による責任刑の幅からの逸脱の有無を確認することになる。

ここで、導出された責任刑の幅と、予防的観点からして必要と考えられた刑量が矛盾している可能性が高いと感じられる場合がありうる。ここに来て、（やっど）主題化されてくるのが、「予防的考慮による責任刑の幅の上回り・下回りの可否」という問題である。すなわち、圧倒的に多くの場合においては、量刑傾向に従って量刑を行うことになるであろうところ、そこでは「上回り・下回り問題」は原理的に無関係であるし、また、仮に量刑傾向からの逸脱を行うとしても、どこまでが責任刑の幅の範囲内の量刑であって、どこからが「上回り・下回り」の量刑であるのかは極めて曖昧となるわけであるが、ともかくも、その曖昧な幅をも超えると考えられるに至って初めて、「上回り・下回り問題」というものが出てくるのである。

言い換えれば、ここまでの論述を踏まえれば、「上回り・下回り問題」は、実際上は極めて例外的な場合にしか表面化しないものであらうと考えられる。とはいえもちろん、この問題の理論的重要性が否定されるわけではない。そもそも、この問題が重要でないとすれば、上の考察において「責任刑の幅」という概念を用いてきたことの意味そのものが消失するで

あろう。しかし同時に、「上回り・下回り問題」が、具体的にどのような場面を念頭において議論される（べき）ものであるのかという点の認識は、議論における無用の混乱を避ける上で、あるいは、その議論の意義を明確化する上で、重要であると考えられる。

以上を踏まえて、幅の上回り・下回りの可否について検討を行うことにする。

3-4-2-3. 責任刑の幅の上回りと下回り

本章 I. 3-4-2-1. の冒頭で述べた通り、行為者は、行為責任の程度との関係で相対的均衡性を満たす刑（責任刑）の限りで、刑罰受忍義務を負う。ここで問題となるのは、この責任刑（の幅）を上回り、または下回る刑を科することが許されうるのか、許されるとして、それはいかなる場合においてであるか、ということである。

ところで、私見の枠組みからすれば、責任刑の幅からの逸脱は、特別予防的考慮に基づくものと、一般予防的考慮に基づくものに大別される（ここでは便宜的に、両者を「予防的考慮」と総称する）。ここで注意しなければならないのは、以下の考察とは全く別個に、そのような予防的考慮に基づく量刑の調整には、それ自体として経験的根拠が認められなければならない、ということである。例えば仮に、下の考察の結果として、「特別予防的考慮に基づく、責任刑の幅の下回りは許される」という結論が導かれたとしても、それは、そうした考慮は均衡原理（責任主義）には抵触しないという趣旨にすぎない。その一方で、例えばもし、刑罰の軽重と特別予防効果との間に、経験的に根拠づけられた相関関係が認められないのであれば、「特別予防の必要性が低いため、量刑を軽くする」という判断は結局、正当性を失うことになる（なお、当然ながら、このことは、責任刑の幅の内部においても同様に妥当する）。既に正当にも指摘されている通り、「『責任主義に反しさえしなければ、（少なくとも特別）予防的考慮については裁判官の裁量に任せてよく、そこに検討すべき理論的問題はない』という感覚があるとしたら、それは反省されなければならない」のであり、「『責任主義に反しない』ことは、予防的考慮による刑量修正の消極的条件にすぎず、積極的根拠ではない」のである³⁴⁰。

このような、予防的考慮の経験的根拠に関する問題については、ここでは一旦措くが³⁴¹、以下に検討する均衡原理（責任主義）との関係における問題とは別個に、このような問題もまた存在するということを失念してはならない。

以上を確認した上で、本題に戻ると、責任刑の幅からの上回りと下回りの可否は、行為者の刑罰受忍義務との関係に左右されると考えられる。

そうであれば、まず下回りについては、下回る分には受忍義務の問題は生じないため（重い刑の受忍義務が基礎づけられている以上、軽い刑についても受忍義務が認められるのは当然である）、必ずしも責任主義には反しないというべきである。そうなると、責任主義という義務論的制約はクリアされているのであるから、残された問題は、その背後にあるもの、すなわち帰結主義的衡量である。具体的に言えば、予防的考慮に基づく下回りの可否は、責任刑を科することによる積極的一般予防の利益と、犯罪予防の利益とを俎上に載せて、①責任刑の枠内で犯罪予防にとって必要な刑に近づくように刑を軽くする場合と、②均衡性を破

³⁴⁰ 小池（信） [2008a] 27 頁。

³⁴¹ 特別予防の経験的根拠については、本章 II. 4-3. で議論する。

ってまで犯罪予防のために刑を軽くする場合とで、いずれにおいて利益が最大化されるかを衡量することで決されるべきことになろう³⁴²。逆にいえば、下回りの可否を考える際にはこのような衡量判断を行わなければならないのだから、単なる上限論をとるからといって、責任刑の幅の下限に意味がなくなるわけではない、という点に注意しなければならない。責任刑の下限は、上限のような「絶対的（義務論的）拘束性」は確かにもたないが、その踏み越えに何ら障害がないわけでもなく、いわば「相対的（帰結主義的）拘束性」をなお有するのである。

もっとも、特別予防と消極的一般予防については、下回りに正当性が認められる場合というのは、相当程度、考えにくいものであるように思われる。まず、特別予防について検討すると、そもそも、一般予防は社会全体における潜在的犯罪者の犯罪を抑止するが、これに対して特別予防は、行為者個人の（再度の）犯罪を抑止するにすぎない。そうであれば、一般論としては、前者の利益の方が著しく大きいと考えられる³⁴³。そうすると、上記①は、積極的一般予防という大きな利益のロスなくして、特別予防という小さな利益を一定程度実現できるが、②は、大きな利益をロスして、小さな利益をよりよく実現することになる³⁴⁴。このように考えてくると、特別予防を根拠とした幅の下回りは、一律に否定されるべきものではなく、究極的には個別の事件ごとに衡量判断を行わなければその可否を決しえないとは

³⁴² 結論同旨として、野村（健） [2020a] 73-74 頁：「責任刑を下回る刑を科すべきかどうかは（…）利益衡量の問題に過ぎない」。井田 [1996] 301 頁も参照。

³⁴³ 第 3 章 I. 5-3. 注 (258) の本文部以下参照。

³⁴⁴ もちろん、幅からの「微妙な」下回りであれば、積極的一般予防の利益のロスも、無視できる程度のものにとどまるかもしれない。その意味で、「（…）一つの事案に対する刑を多少軽くすることで直ちに一般予防効果が減少するという事態が現実には想定し難いとすれば、刑期の短縮によって行為者の社会復帰を容易にする効果の方が、優先されるべき」（野村（健） [2020a] 86 頁）であるとする見解にも、一定の合理性が認められる。しかし、上述してきたように、そもそも責任刑の幅自体がきわめて曖昧なものであるから、幅からの「微妙な」下回りが行われる場合というのは、結局のところ観念的に措定されるものにすぎず、実際上は、「幅の下限の刑を科したものである」と説明できてしまうのではないだろうか。これに対して、ここで議論の対象とすべきなのは、責任刑の幅から逸脱していることが明白であるような、「大幅な」下回りが行われる場合である。このときには、幅からの逸脱が明白である以上、公衆がそれを知れば相当程度の幻滅を覚えるであろうから、積極的一般予防上のロスも大きいものと想定せざるを得ない（なお、本庄 [2002] 223-224 頁も参照）。

もっとも、それ以前に、この問題をメタ的に観察すると、(1) 「責任刑」の幅はそれ自体がきわめて曖昧なものであること、および、(2) 特別予防と一般予防の衡量（優先関係）は、結局のところ各事件の個性に即して具体的に判断すべきものであって、一般的なレベルでいずれが優先される傾向にあるかを論じることが、具体的判断の精度の向上に大きく資するとは必ずしも思われないことからして、個別具体的な事件を離れてこの問題を細かく議論し続けることにはどこまで実践的な意味があるのか——および、この問題が結局のところ理論的に一義的に解決できないものであるとすれば、理論的にみても、どれほど意味があるのか——疑問なしとしない。予防的考慮による「責任刑の幅の下回り」は許されるという点で一致しているのであれば、あとは具体的な予防的利益の衡量判断であるから、それ自体は裁判官の裁量に委ねた上で、量刑理論としては、どのような量刑事情が予防的考慮にとってどの程度重要であるのかという点を、経験的証拠を踏まえつつ検討することの方に注力する方が、生産的であるようにも思われる。

いえ、一般論としては、正当化されにくいように思われる。正当化される場合があったとしても、限定的・例外的であろう³⁴⁵。

³⁴⁵ この点、小池（信）[2008a] 48 頁は、ドイツにおける有力説——原則として、特別予防的考慮に基づく責任刑の幅の下回り可能性を肯定するものの、その軽減に限界がないわけではないのであって、むしろ、一般予防の観点から最低限必要な刑をも下回することはできないとする見解——を紹介した上で、「特別予防は、少なくとも刑罰制度の存在を根拠づけるような中心的な目的ではありえず、せいぜい副次的な刑罰目的（または広い意味での刑事政策的目的の一環）として考慮されるものにすぎない。このような刑罰制度における位置づけを考えれば、犯行の重大性に均衡した（少なくとも、許しがたいほどに不均衡ではない）量刑が優先されるべきは当然だろう」と述べる。ここまでの記述を見ると、上述した私見と同旨にも思える。ただし論者は、このような、一般予防の観点から最低限必要とされる刑というのは「まさに責任刑の幅の下限のことにほかならないように思われる」（小池（信）[2008a] 47 頁注（96））とも述べている。この考え方によると、以上に述べたことは要するに、「特別予防的考慮は、責任刑の幅の下限（＝一般予防の観点から最低限必要な刑）を下回することはできない」ということを意味することになるのであって、そのため結局は、特別予防的考慮に基づく責任刑の幅の下回りは禁止されるという結論に至る。しかし、本稿の立場からは、これには賛同できない。なぜなら、一般予防のために「最低限」必要な刑、という概念には混乱が含まれているためである（なお、この概念の不明確性の指摘として、野村（健）[2020a] 76-77 頁参照）。以下、具体的に説明する。

本稿の立場を確認すると、責任刑の幅とは一言でいえば、「公衆の正義観念に照らして行為責任にふさわしい刑であると認められる刑の範囲」のことである。ところで、この幅の具体的数値を、量刑傾向を前提とせず、理論的にストレートに導くことは不可能であって、この幅を見出す際には、量刑傾向を目安とせざるを得ない。具体的にはまず、刑の数量化において「第一段階で見出される幅（から予防的考慮の影響を差し引いて考えた幅）」の内部に収まっていれば——その意味で、量刑傾向を逸脱していなければ——、それは責任刑の幅を逸脱してもいいと考えられ、逆に、上記の意味で量刑傾向を逸脱しているならば、それは責任刑の幅をも逸脱している可能性が高い（本章 I. 3-4-2-1. 図表 6 および 3-4-2-2. 参照）。「可能性が高い」だけであって、実際どうであるかは結局、わからない。裁判官の直観に委ねるほかにないであろう。

このように考えるとき、「責任刑の幅の下限」は、「公衆の正義観念に照らして、責任相応であると認められる最低限の刑」であり、その意味で確かに、「（積極的）一般予防のために最低限必要な刑」である。ここにいう「最低限」とは、「それを超えると積極的一般予防効果のロスが飛躍的に増大することになるところのボーダー」のことを意味する。既述の通り、このボーダーは、基本的には量刑傾向の下限と一致するものと想定されるが、量刑傾向を下回っているからといって必ずこのボーダーをも踏み越えていると判断されるわけではなく、ただその可能性が高いと想定されるだけであって、責任刑の幅を下回っているかどうかの最終的判断は、究極的には裁判官の直観に委ねざるを得ない。言い換えれば、「量刑傾向の範囲内なら安全圏、範囲外なら、裁判官が直観をはたらかせて個別具体的に検討」という判断枠組みである。

さて、「（積極的）一般予防のために最低限必要な刑」というものを以上のように理解する限り、特別予防的考慮によってこの刑を下回ることができない、という結論は出てこない。なぜなら、この最低刑を下回ることの意味は、積極的一般予防効果に対するロスが大きい、ということまでしか意味しないのであって、そのロスを補って余りあるほどに大きな特別予防効果が発生する可能性は、原理的に排除されていないためである。例えば、最低刑を上回れば、積極的一般予防効果は 50 生じるが、特別予防の観点から——行為者に著しい非社会化リスクがあるという理由などから——マイナス 100 の効果が生じてしまうとする。これに対して最低刑を下回れば、積極的一般予防の観点からはマイナス 50 となるが、特別予防の観点からは、かえって効果的な

消極的一般予防については、上述したような問題は生じない。もっとも、経験的研究によると、刑罰の程度の差は、消極的一般予防効果の大小とは相関しないことが示されている³⁴⁶。つまり、そもそも論として、責任刑の幅の内部であれ、またはそれを上回り、もしくは下回るのであれ、「消極的一般予防の必要性が高い／低いため、刑を重く／軽くする」という判断そのものに、経験的根拠が備わらないと考えられる³⁴⁷。さらに、この点を措く場合でも、消極的一般予防論は刑罰威嚇を手段として犯罪を予防しようとするものである以上、より重い刑の方が一般予防に資するという結論は導出され得ても、軽い刑の方が予防に資するという結論が出てくることはないように思われる。したがって結局は、「消極的一般予防を根拠とした、責任刑の幅の下回り」は、正当化されないであろう。

その一方で、積極的一般予防の考慮（すなわち、責任刑とは無関係な「裸の積極的一般予防的考慮」）に基づく責任刑の下限の下回りについては、上述した、特別予防および消極的一般予防を理由とした下回りに対する反対論拠が妥当しない。むしろ問題はそれ以前のレベル、すなわち、そのような裸の考慮の対象となる事情——「犯情」にも「ふさわしい刑の要素」にも還元できないが、なお公衆の正義観念によって考慮が強く要請される事情——というのが具体的に何であるのかというレベルにある。この点の検討は他日を期すほかはないが、少なくとも、ある事情の考慮の可否・程度を考える際には、可能な限り、責任刑の要素（犯情またはふさわしい刑の要素）と関連づけて説明した方がよく、「裸の考慮」はなるべく避けるのが望ましい、とは言えるであろう。なぜなら、責任刑の要素には、責任刑の上限・下限には拘束されず、この考慮の正当化根拠を行為責任の原則から素直に説明することができるという利点があるためである。その意味でやはり、裸の積極的一般予防的考慮による下回りというカードを切らなければならない場面は、それほど多くないのではないかと予想される。

続いて、上回りを行う場合には、受忍義務との関係で問題が生じる。本人に再犯のおそれがあるということや、（例えば、社会において同種の犯行が頻発しているため）消極的一般予

社会内処遇が可能となるといった理由から、50 の効果が生じるとしよう。前者は合計してマイナス 50 であるが、後者は差し引きゼロであり、したがって後者の方が純益が大きいので、正当化されるのは後者である。要するに、「一般予防のために最低限必要な刑」というのは、一般予防のことだけを考えれば最低限これくらいは欲しい（それを下回ると一般予防効果が大きく減少する）という刑にすぎないのであって、特別予防も考慮に含めれば結論が変わってくる、ということはあるはずなのである。言い換えれば、「一般予防のための最低限の刑」における「最低限」の意義については、「一応の」(*prima facie*) 最低限と、「全てを考慮した上での」[*all-things-considered*] 最低限とを区別するべきである。前者は、一般予防のことだけを考えた、その意味で「一応の」最低限であるため、特別予防のような、その他の考慮によって覆されうる。これに対して後者は、全てを考慮した上での結論であるから、覆されることは定義上、あり得ないのである。従来議論は、この両者を混同している疑いがある。こう考えれば、「一般予防のために最低限必要な刑＝責任刑の下限」は正しいが、「一般予防のために最低限必要な刑＝特別予防による下回りの許されない刑」は誤りであり、それゆえ、「責任刑の下限＝特別予防による下回りの許されない刑」も誤りとなる。

³⁴⁶ 特に、上注 (237) の本文部以下を参照。

³⁴⁷ 結論同旨として、岡上 [1994] 56 頁。

防の必要性が高いということについて、行為者に「責任」を認めることはできないであろう。そうであれば、行為者に受忍義務の認められない刑を科することは不当である以上、予防的考慮による責任刑の幅の上回り³⁴⁸は、原理的に許されないというべきである。

もっとも、ここで発想を逆転させれば、もし、この「責任」にあたるような何らかの受忍根拠を提示できたならば、予防的考慮に基づく上回りも原理的には正当化可能である³⁴⁹。現に、例えばドイツにおける保安処分の正当化根拠論は、そのような方向で議論が進んでいるように思われる³⁵⁰。ドイツのような、刑罰と保安処分の二元主義をとらないわが国においては、経験的根拠に関する疑義を除けば、上述した受忍義務の問題が解決される限り（とはいえそれは容易でないであろうが）、特別予防のための責任刑の幅の上回りを認めない理由はないであろう。とりわけ、特別予防の中でも隔離は、経験的根拠そのものには一応、疑問がないため（隔離されている以上、少なくとも刑事施設外で犯罪が行われないことは確かだからである。とはいえ、それによって実現される利益は当該行為者の再犯抑止だけである一方、そのコストは、積極的一般予防上の不利益もそうであるが、その他、刑事施設の運営コストなども含め、莫大なものであるという問題はなお残る）、あとは隔離受忍義務さえ根拠づけられれば、そのための責任刑の上回りが正当化される可能性はある。実際、感染症の拡散防止効果を根拠とした強制隔離措置が原理的に正当化されえないとは、（少なくとも直観的にみて）考えにくいことからすると、この可能性を過小評価すべきではないであろう。ただし、それでは責任以外の刑罰受忍根拠をどのように構成すべきなのか、という問題をここで追究することはできない。そのためには、（その一部として）保安処分の正当化根拠に関する別個の研究を要するのであり、これについては他日を期す。

以上を要するに、予防的考慮による責任刑の幅からの逸脱に関しては、次のように考えるべきである。①下回りについては、これを排斥すべき特段の理由はなく、責任刑の幅に収まる刑を科する場合と、それを下回る場合のいずれにおいて、積極的一般予防・消極的一般予防・特別予防という犯罪予防の利益が最大化されるかを衡量することによって、下回りの可否を判断すべきである。ただし、事実上は、下回りが正当化される場面は、相当に例外的な場面に限定される（もっと言えば、ほとんど考えられない）ように思われる。これに対して、②上回りについては、「責任」により受忍義務を認められている範囲を超える刑を科することになる以上、そのままでは、原理的に許されない。しかし、逆にいえば、「責任」とは別の受忍根拠（その有無も含めて、これに関する検討は他日を期すが）を提示することができれば、上回りは正当化されうる。

³⁴⁸ これを明確に許容する見解として、井田 [1996] 299 頁：「我が国には保安処分（ないし刑事治療処分）の制度が存在しないことから、責任主義による拘束をある程度ゆるめても、刑罰に一定の改善・治療・保安の機能を期待せざるを得ないことは事実であろう」として、一定の条件——特別予防の必要性が明白に認められる例外的場合であること、および、当該加重刑が比例原則（コストとベネフィットの衡量）をクリアすること——のもとにおいては責任刑の上回りが許されるとする。前田（雅） [2007] 198-199 頁も参照。

³⁴⁹ 以下の記述に加え、本章 I. 3-2-2-3. の (3) も参照。

³⁵⁰ *Statt vieler, Roxin / Greco* [2020] § 3, Rn. 66a ff.

4. 本章 I. の要約

以上に示した本章 I. の議論をここに要約しておこう。本章 I. の目的は、私見である均衡説の立場を提示することである。なお、本要約は、主張された内容のうち核心的なものを簡潔に示すためのものであるため、「補論」と題されたセクションは省略している。

1. では、予備的考察として、**量刑基準論**を展開するためのアプローチ（方法論）を整理した。

1-1. では、**犯情と一般情状の概念**を整理した。結論のみ記せば、犯情は専ら行為責任（不法または責任）に関連する事情のみを指すと定義すべきであり、一般情状はそれ以外の量刑事情であると定義されるべきである。もっとも、ここで支配的学説を前提とすると、量刑基準の理論的枠組みは「責任と予防」であるから、「犯情＝行為責任関連事情」、「一般情状＝一般・特別予防関連事情」と理解すべきことになるが、この考え方は採用できない。むしろ、行為責任そのものと、「行為責任の原則」とは、異なる概念として区別されるべきであり、そうすれば行為責任の原則は、行為責任と、それに「ふさわしい刑」という二つの要素から構成されることが明らかとなる。上述した通り、行為責任関連事情のみが犯情とされる以上、「ふさわしい刑の要素」は一般情状と整理されることになるが、この要素を考慮すべきことは行為責任の原則そのものからダイレクトに導かれるのであって、その点で単なる一般予防・特別予防関連事情とは異なる。さらに、犯罪予防とは無関係な刑事政策的利益に関連する事情も認められるから、一般情状には、「ふさわしい刑に関連する事情」、「一般・特別予防に関連する事情」、「その他の刑事政策合理性に関連する事情」という、それぞれ考慮根拠を異にする三種類の事情が含まれることになる。犯情と一般情状の概念は、以上のように理解すべきである（各々の具体的内容は、本章 I. 3-2-2. である程度明らかにされる）。

1-2. では、**量刑基準論の体系**について検討を行った。体系を検討するというのはすなわち、「量刑論はいかなる諸問題に対して、どのようなアプローチで、どのように答えてゆく（べきである）のか」という問題に対してさしあたりの回答を与えるということであり、そのような意味での「**量刑判断の理論的過程**」を明らかにするということである。これについては、ドイツ量刑論における伝統的な考え方である五分説（①刑罰目的の確定→②量刑事情の選別→③各量刑事情の評価方向の確定→④各事情の相互衡量→⑤刑の数量化）が、わが国でも広く受け入れられているが、本稿はこれに若干の修正を加え、「①刑罰論→**量刑基準論**〔②**量刑事情の選別**→③**評価方向の確定**〕→④**刑の数量化論**」という四つの過程に整理した。つまり、量刑論は、刑罰の正当化根拠に基づいて（刑罰論）、量刑において考慮すべき事情と考慮すべきでない事情とを区別する基準を示し（量刑事情の選別）、そうして選び出された量刑事情が、刑を重くする事情であるのか、それとも軽くする事情であるのかを明らかにし（評価方向の確定）、最後に、そうして評価方向まで確定された諸々の量刑事情を、具体的に刑量に変換する方法について検討する（刑の数量化論）という、四つの分野から構成されるということである（なお、上記①～④すべてを含む意味での量刑基準論を「**広義の量刑基準論**」、②③のみを含む意味でのそれを「**狭義の量刑基準論**」と呼ぶこともできる。本稿において、単に「**量刑基準論**」という概念を用いているとき、それは広義を指している場合と狭義を指している場合が両方あるため注意されたい）。

1-3. では、上に示された、**量刑論の四つの分野の相互関係**について考察した。具体的に

はまず、量刑論の中心的課題は、「量刑基準論（＝量刑事情の選別と評価方向の確定）」であるということができる。この量刑基準論を明らかにするための方法として、第一に思い浮かぶのはもちろん、「刑罰論からの演繹」である。例えば応報刑論をとれば、窃盗の被害額のような不法関連事情は有意な量刑事情として選別されるし、特別予防関連事情は排除されるであろう。評価方向も、不法関連事情については、不法が大きければ刑は重くなるし、小さければ軽くなる、と考えることができる。しかし、量刑基準論に対しては、「刑の数量化論からの帰納」（ここで帰納というのは、一種の比喩であって、厳密な意味でこの語を用いているわけではない）というアプローチをとることも必要である。下で見てゆくように、刑の数量化論という視点は、「量刑事情の評価方向」や、「幅の理論と点の理論」といった量刑論上の重要問題に取り組む上で、欠かすことのできないものなのである。言い換えれば、ここで重要なのは、量刑論には「刑罰論」と「刑の数量化論」という二つの基礎があるのであり、これら両面からのアプローチが必要であるという認識である。

2. では、刑の数量化論について検討した。刑罰論の検討は既に終えてあるため（その内容は 3-1. で要約した）、今後は刑の数量化論を検討することで、量刑基準論を展開するための基礎を整えるということである。

2-1. では、刑の数量化の基本的枠組みに関する論争であるところの、「量刑スケール論」と「量刑枠論」の対立を取り上げ、後者が正当であることを確認した。この対立は、量刑における法定刑の意義に関わる。すなわちまず、量刑スケール論とは、法定刑の幅を、「生じうるすべての事例を予想した連続的な『当罰性の尺度（スケール）』」をなすものと捉える見解である。つまり、ある事件において何らかの犯罪が成立し、その量刑が問題となる時には、その罪に対応する法定刑から出発して、当該事件がその法定刑のどの辺りに位置づけられるかを考える、という思考方法によって刑を数量化しようとする見解である。これに対して、量刑枠論とは、法定刑というのは量刑の上限と下限を画するだけであり、具体的事件をその中間のどこに位置づけるのかを考えるにあたっては、量刑傾向（量刑相場）を積極的に参照しながら判断を下すべきである、という見解である。私見が量刑枠論を正当と解する根拠のうち重要なものは、さしあたり次の三点に整理できる。第一に、量刑スケール論は、法定刑を量刑スケールとして用いることが、量刑における罪刑法定主義の保障にとって重要であることを強調するが、そもそも立法者は法定刑をそのように用いることを念頭に置いていたわけではないと解される以上、前記主張はその前提を欠くように思われる。第二に、量刑スケール論の支持者は、それから導かれる不当な帰結を回避するために、量刑傾向を踏まえて量刑スケールに様々な修正を加えることを提案しているが、それは結局、量刑傾向の参照を正面から認める見解（すなわち量刑枠論）に帰着するのではないかと疑われる。第三に、量刑スケール論は、上述した罪刑法定主義の見地、言い換えれば量刑に対する形式的統制の重要性を強調する一方で、その実質的正当性の問題を看過している。すなわち、量刑傾向は、大量の事件処理に裏づけられた、量刑に関する過去の判断の蓄積に基づいている。それゆえ、実質的にみて正当な量刑に近づくためには、法定刑を出発点にした量刑にこだわるよりも、量刑傾向を積極的に参照する方が適しているように思われる（私見の刑罰論を踏まえていえば、現行の制度を前提とする限り、量刑傾向こそが、「公衆の正義観念に照らしてふさわしい刑」を推し量るための最善の判断資料であると考えられる）。

2-2. では、量刑傾向を参照した刑の数量化の方法について検討した。上述した通り、量

刑枠論が正当であるから、それでは量刑傾向を参照した刑の数量化は具体的にどのように行えばよいのか、ということが問題となるのである。この点では、結論から言えば、「刑の二段階的数量化モデル」が妥当である。その内容は概ね次のようなものである。まず第一段階においては、問題となっている事件がいかなる社会的類型（＝特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型）に属するかを確定する。当該事件の量刑は、この社会的類型に対応する量刑傾向の刑の幅の内部に位置づけられることになる（ただし、量刑傾向からの逸脱が正当化される場合には、この幅から離れた刑を科することができる。その正当化要件については本章 1. 3-4-2-2. 参照）。また、犯情のみならず、一般情状のうち刑を大きく左右すると目されるもの（例えば、損害回復）も、この第一段階において考慮に入れておく必要がある。なぜなら、第一段階の目的は、問題となっている事件はどのような刑の幅の中に位置づければよいのかということ、まずは大まかに把握することだからである。続いて第二段階において、上で明らかにされた刑の幅の内部で、より細かい量刑事情（主要でない犯情事実と、刑を大きく左右しない一般情状事実）に着目することによって、刑を調整し、宣告刑を決定する。なお、二段階的数量化モデルの全体像については、2-2. 末尾に掲載した図表 3 も参照。

3. では、量刑基準論上の私見である均衡説を定式化した。その論述は、上述した「量刑判断の理論的過程」に対応して、刑罰論、量刑事情の選別、評価方向の確定、および、責任刑の数量化方法（幅の理論と点の理論の対立に関する検討）という順序で進む。

3-1. では、刑罰論上の前提である「制約された表出的抑止刑論」の内容を確認した。この見解は、一言でいえば、①公衆の正義観念に従った処罰を通じた積極的一般予防（および付随的に、消極的一般予防と特別予防）を、処罰を根拠づける理由（刑罰正当化の積極的理由）としつつ、②罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった多元的な義務論的制約（規範的制約）を、処罰を限定づける理由（刑罰正当化の消極的理由）として取り込むという、二段階の構造をもつ刑罰論である。これ以上の詳細については、3-1. そのものが要約的論述であるため、同所を直接参照されたい。

3-2. では、制約された表出的抑止刑論から、量刑基準論としての均衡説を演繹した。具体的には、私見である均衡説においてはいかなる量刑事情が選別され、また、その評価方向はどのようなものになるのか、ということを一通り提示した。

3-2-1. では、なぜ制約された表出的抑止刑論から均衡原理が出てくるのか、ということの説明をした。これも同所を直接参照されたいが、簡潔に述べれば次のようになる。まず、公衆の正義観念は、応報的なものであり、犯罪と刑罰の均衡を重視するものであることが、経験的調査によって明らかにされている。それゆえ、積極的一般予防のためには、この公衆の、いわば「均衡性感覚」に従った処罰が必要であることになる（これは、上述した、制約された表出的抑止刑論の①に対応する）。しかし、均衡性感覚をそのまま刑罰として実現することはできない。すなわち、均衡性感覚に従えば、犯罪はいわば、「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。社会通念に照らしてけしからん行為、社会倫理規範に違反する行為、などと言っても良い）」であり、刑罰は、それに対するふさわしい非難でなければならない、ということになる。しかし、不正行為の全てを犯罪と認めることはできない。例えば、いくら公衆が処罰すべきと叫ぶ行為であっても、法律に定めがなければ、罪刑法定主義の制約により、その行為は処罰できない。また、いく

ら同性愛に対する処罰感情が強くても、法益保護主義の観点から処罰できないし、いくら特定の反社会的思想に対する社会的非難が高まっても、思想処罰は行為主義に反するし、公衆がいくら強く非難するとしても、過失のない行為の処罰は責任主義に反する。また、不正行為に対してふさわしいと感じられる非難の全てを、刑罰として実現することはできない。例えば、公衆がどれほど強く要請するとしても、身体刑は正当化できない。このように、公衆の正義観念・均衡性感覚は、刑法（など）の基本原則による消極的制約（規範的制約ないし義務論的制約とも呼ぶ）を受けるのであって、この制約を経ることによって、均衡性感覚は、規範的に洗練された均衡原理に転化するのである（これは、上述した、制約された表出的抑止刑論の②に対応する）。言い換えれば、均衡性感覚という、公衆の正義観念そのものから、刑法などの基本原則によって「不純物」を取り除いてゆくことによって、規範的に正当な均衡原理を取り出すイメージである³⁵¹。このように、制約された表出的抑止刑論からは均衡原理が演繹され、量刑基準論としての均衡説が導出される。

3-2-2. では、均衡説の立場に基づく量刑事情の選別を行い、それらの評価方向を示した。均衡説からは、四種類の事情が有意なものとして選別される。

- ① 行為責任の要素（犯情。詳細は 3-2-2-1. 参照）。不法に関連する事情と責任に関連する事情である³⁵²。その評価方向は加重と軽減の両方である。
- ② ふさわしい刑の要素（第一の一般情状。詳細は 3-2-2-2. 参照）。説明すると、量刑においてはまず、「行為責任にふさわしい刑（責任刑）」を導出することになる。この点、責任刑が行為責任評価に左右されるのは当然であるが、責任刑は行為責任評価とは独立に変動する場合がある。このような形で責任刑を変動させる要素のことを、ここでは「ふさわしい刑の要素」と呼んでいるのである。「科刑（非難）の必要性を減弱させる事情」と呼ぶこともできるであろう。ふさわしい刑の要素の典型例は社会的制裁である。すなわち、社会的制裁を「刑罰の先取り」と捉えることができる場合であれば、行為責任評価が同一であっても、既に刑罰が部分的に科されているようなものである以上、そのぶん量刑を軽減すべきことになろう。その一方で、ふさわしい刑の要素は、このような「刑罰の先取り」に尽きるわけではない。ふさわしい刑の要素にはいかなる量刑事情が含まれるのかという点の解明は、量刑事情論の課題であって、本稿の射程を超えるが、

³⁵¹ 厳密に言えば、取り除かれなかった部分も、基本原則による制約によって変容する。例えば、「不正行為」のレベルでは、「将来有望な若者を殺し、未来を奪った」などと記述される行為は、法益保護主義の制約によって、「人の生命を侵害した」と書き換えられる。それゆえ、「法益保護主義それ自体」は、刑罰を消極的に限定づける原理に過ぎないが、「法益保護主義によって制約された（＝書き換えられた）不正行為」は、刑罰を積極的に根拠づけるものとなる。なぜなら、その原型ないし基体であるところの不正行為が——その不正行為の処罰には積極的一般予防効果があり、かつ、犯罪予防は刑罰正当化の積極的理由であるので——刑罰を積極的に根拠づけるものだからである。よく知られた比喩（上注（44）参照）になぞらえて言い換えれば、不正行為が処罰の「エンジン」であり、それを制約する、法益保護主義や責任主義などのあらゆる制約原理は処罰の「ブレーキ」なのである。

³⁵² 量刑における不法と責任の内容については、本章 II. 4-1. および同 4-2. 参照。この問題について本稿の範囲で完全に態度決定を行うことはできないのであるが、暫定的な結論を述べておけば、不法は結果無価値論の観点から構成し、責任は期待容易性（他行為容易性）の観点から構成することになる。

さしあたりの検討として、スウェーデン量刑論の議論を参考にしながら、「ふさわしい刑の要素」を三つの類型に整理した(ただし、その三類型に尽きるという趣旨ではない)。なお、ふさわしい刑の要素は、既に行為責任評価によって根拠づけられた刑罰を後から差し引くだけのものであるから、その評価方向は軽減に限定される。さらに、以上の①②はともに、責任刑の要素である。逆に言えば、責任刑は、①および②に属する量刑事情を基礎として数量化されることになる³⁵³。

- ③ 特別予防および一般予防の要素(第二の一般情状。詳細は 3-2-2-3、参照)。私見は目的刑論を採用するものであるから、積極的一般予防に限らず、特別予防目的や消極的一般予防目的も当然に考慮できる³⁵⁴。また、犯罪予防効果は刑罰正当化の積極的理由(刑罰を根拠づける理由)である以上、その評価方向は加重と軽減の両方が許されるというのが原則である(ただし、すぐ下で述べるように、経験的考慮に由来する一定の制限がある)³⁵⁵。ただし、その考慮によって責任刑の上限を上回ってはならない(単なる上限論。詳細は後述)。

具体的に説明すると、まず(1)特別予防については、経験的にみて³⁵⁶、特別威嚇は再犯予防を促進するどころか、行為者の再犯リスクをかえって増悪させるため、考慮できない。社会復帰についても、刑罰を重くすればよりよく社会復帰が促されるなどという経験的証拠はない。ただし、刑罰を軽くすれば、刑罰による非社会化効果を回避できるという関係は認められる。それゆえ、再犯危険性³⁵⁷の低い者に対して、非社会化の回避を根拠として量刑を軽減することは許される。以上に対して、保安(隔離)に再犯防止効果があるのは確かであるため、再犯危険性の高い者に対して、保安を根拠として量刑を加重または軽減することは許される。ただし、保安を根拠とした刑量の加重は許されず、刑種の加重(例えば執行猶予でなく実刑を選択すること)だけが許される。なぜなら、例えば執行猶予と実刑の選択の場面では、再犯危険性の高い者をすぐに社会に戻してしまうわけにはいかないため、保安を考慮することには重要な意味がありうるが、刑事施設に収容されることが決まっているならば、その期間を多少伸ばしたところで、さしたる意味はないためである(むしろ、量刑の場面では加重をしないでにおいて、行刑に入り、行為者の再犯リスクが改善しないようであれば、仮釈放を遅らせるという形で対応する方が合理的であるように思われる)。なお、これと似た発想から、保安または社会復帰

³⁵³ 言い換えればこの見解は、「責任刑」という概念の中に、「行為責任」とは異質な要素を含めるものであるが、このような考え方には複数の批判がある。しかし、いずれも妥当でない。本章 II. 3-2. 参照。

³⁵⁴ 量刑における消極的特別予防の考慮は規範的に不当であるという議論があるが、妥当ではない。本章 II. 1-2. 参照。

³⁵⁵ 特別予防を根拠とした量刑加重を規範的な観点から一律に禁止する見解があるが、妥当ではない。本章 II. 1-5. および同 5-1-1. 参照。

³⁵⁶ 特別予防の経験的基礎について詳しくは、本章 II. 4-3.

³⁵⁷ 再犯危険性の評価方法については、本章 II. 4-3-2. 参照。なお、責任主義などの見地から、この危険性評価の判断資料は「行為に表れた危険性」に限定すべきであるという見解があるが、妥当ではない。本章 II. 5-1-2. 参照。危険性の判断に際しては、行為に表れたかどうかとは関係なく、あらゆる事情を(もちろん、現実認定しうる限りで)考慮することが許される。

を根拠とする軽減についても、なるべく、刑量の軽減ではなく、刑種の軽減に反映させるのが望ましい。

次に (2) 一般予防につき、まず積極的一般予防は、責任刑を科することによって既に一定程度実現されている。ただ、「責任刑の要素からは漏れるが、公衆の正義観念に照らすと考慮すべき要素」については、積極的一般予防の観点から、その考慮の必要性が直接に根拠づけられる（裸の積極的一般予防的考慮）。これに対して、消極的一般予防については、そもそも、経験的研究によると、刑罰を重く／軽くしても消極的一般予防効果は増大／減少しない。それゆえ原則として、量刑において消極的一般予防関連事情というものは存在しないと考えべきである。ただし例外として、前科を根拠とする加重の場面では、消極的一般予防からの説明が有効でありうるが、本稿ではその理論的可能性の提示にとどまっている。

- ④ そのほか政策的利益の認められる一切の事情（第三の一般情状。詳細は 3-2-2-4. 参照）。このような、刑罰の正当化根拠と関連しないように見える事情の考慮を正当化するのは不当に思われるかもしれないが、むしろ、理論的に厳密に考えてゆけば、この種の事情の考慮は正当化せざるを得ない。順を追って説明すると、そもそも目的刑論は、帰結主義という倫理的枠組みに基づく理論である。ところで帰結主義とは、行為や制度は、それが個人の幸福に繋がる（優越的な幸福を実現する、と言った方が良いかもしれない）限りで正当化される、という理論枠組みである。それゆえ、目的刑論が犯罪予防効果を重視するのも、犯罪予防効果が個人の幸福に繋がり、かつ、その利益が量的に大きいため、犯罪予防効果は刑罰正当化の必要十分条件であると解されるからに過ぎない。それゆえ、逆に考えれば、刑罰正当化の必要条件でも十分条件でもないが、個人の幸福に繋がるとはいえる利益を、量刑において考慮してはならない理由はないはずである。ただし、一定の制約はある。例えば、「刑事施設の雇用創出の利益があるので実刑を選択する」という判断は、いくら犯罪者であっても雇用創出のために犠牲を払うべき義務はないため、そのような判断は正当化されないであろう。とはいえ、この④の範疇ではいかなる利益の考慮が許され、いかなる利益は許されないのかという基準としては、「犯罪者に、その利益実現のために犠牲を払うべき義務が認められるかどうか」という抽象的なものしかしか提示できず（なお、この限定基準は、④の事情によって量刑を加重する場合にのみ妥当する。量刑軽減を受ける場合には、犯罪者は犠牲を払っておらず、むしろ利益を受けているためである）、あとは個別に議論を行うしかないと思われる。ただし、政策的利益に関する事情が量刑に対してもつ影響力は、上記①②③と比べて著しく小さいと考えるべきである。なぜなら、そこで考慮されている「利益」は、刑罰正当化の必要条件でも十分条件でもないが、①②③で考慮されている利益——犯罪予防の利益——はまさにその必要十分条件である以上、前者よりも後者の利益の方が、重要性が質的に大きいと考えられるためである。それゆえ政策的利益に関する事情は、あくまで刑の微調整のための考慮要素であると考えべきである。また、④は、量刑事情の説明原理としては、いわば「最終手段」と捉えるべきである。なぜなら、ある事情の考慮について、①②③の範疇で説明がつくのであれば、そちらで説明した方が、当該事情を考慮することの説得力が高まるであろうからである。

3-3. では、評価方向の概念について整理を行った。まず、ここまでにおいて用いてきた「加重」や「軽減」という概念は、刑罰論（そこにおける、刑罰の「根拠づけ」と「限定づけ」という概念）と結びついている。すなわち、刑罰を根拠づける要素（例えば、行為責任の要素）は、加重・軽減の両方向で考慮できる。これに対して、刑罰を限定づけるに過ぎない要素（例えば、ふさわしい刑の要素）は、既に根拠づけられた一定の刑罰を前提として、それを後から差し引くだけのものであるから、軽減方向でしか考慮できない。このような、刑罰論と結びついた評価方向のことを、本来的評価方向と呼ぶ。しかし、この本来的評価方向と、実際の量刑における評価方向は、異なったものになる場合がある。その原因は、刑の数量化に際して量刑傾向を考慮することにある。例えば、社会的制裁の本来的評価方向は明らかに軽減である。しかし、参照されている量刑傾向において、被告人が社会的制裁を受けていることが通常であるならば、社会的制裁による軽減は、その量刑傾向に「織り込み済み」であることになるから、そこから、社会的制裁を根拠としてさらに量刑を軽減する場合には、同事情を二重に評価することになってしまう。したがって、この場合には、社会的制裁という量刑事情が存在するにもかかわらず、その評価方向は「中立」（加重も軽減でもない）でなければならない。このような、本来的評価方向に加えて量刑傾向の参照をも前提とした、具体的事件における実際の評価方向のことを、具体的評価方向と呼ぶ。具体的評価方向は、加重・軽減・中立のいずれかに定まる。ここでは詳細は省略するが、従来の量刑論においては、これらの本来的評価方向と具体的評価方向の混同によって、様々な議論の混乱が生じてきたように思われる。それゆえ、この二つの概念は、厳密に区別しておかなければならない。なお、本来的評価方向と具体的評価方向の関係は、図表 4 にまとめたため、そちらも参照。

3-4. では、幅の理論と点の理論の対立を扱った。幅の理論とは、責任刑には幅があると考える立場であり、これに対して点の理論とは、責任刑は一点に定まると考える立場である。その実質的な論点は、責任刑の数量化方法にある。例えば、「量刑は責任刑の上限を上回ってはならない」という原則は、その責任刑の数量化方法が全く不明であるときには、その重要性を大きく減殺されるであろう。また、「数量化」と述べてある通り、この領域は、量刑基準論の中でも刑の数量化論と密接に関連しており、これを意識せずに、この領域における諸問題を適切に解決することはできないと考えられる。

3-4-1. では、点の理論が不当であることを主張した。その論拠は複数あるが、最も重要なのは以下の点である。前提として、幅の理論も点の理論も、あくまで、それ自体として規範的に正しい、量刑傾向を前提としない責任刑を問題とするものであり、かつ、そうでなければならない、ということを確認しなければならない。すなわち、量刑傾向の参照を前提として、そこから導かれた責任刑は、ここでは問題ではないのである。その理由は次の通りである。まず、量刑傾向というのは結局のところ——上述した通り、積極的一般予防効果との関係における優位性は認められるものの³⁵⁸——、究極的には、裁判官の量刑慣行の積み重ね

³⁵⁸ これも結局、「公衆の正義観念にかなっている（可能性が高い）」というだけのことにはすぎない。例えば、数百年前であれば、残虐な身体刑は、公衆の正義観念にかなう刑であったかもしれない。しかし、そのような刑が、「それ自体で規範的に正しい」刑でないことは、今日においては明らかである。それと同じように、今日の量刑傾向も、未来人の目から見れば、「それ自体で規範的に正しい」ものでは全然ないかもしれない。この可能性を認識することが重要である。

という事実に基づくものに過ぎない。それゆえ、量刑傾向に忠実に従って数量化された「責任刑」が、規範的に正しい保障など、どこにもない。しかし、量刑論は規範的な理論であり、そこで探究されるのは「当為としての量刑基準」なのであるから、そこで問題とされる責任刑は、量刑傾向を前提としない、「それ自体として規範的に責任刑」でなければならないのである。このように、責任刑は、「量刑傾向を前提とした責任刑」と、「量刑傾向を前提とせず、それ自体で規範的に正しいものとして想定された、観念上の責任刑」という二種類に分析されるのであって、概念と議論の混乱を避けるためには、この両者は厳密に区別しなければならない。

それでは、「それ自体で規範的に正しい責任刑」は、点なのだろうか、それとも幅なのだろうか。結論から言えば、幅であるとしか言いようがないであろう。なぜなら、そもそも量刑傾向は、法域ごとに様々である。それどころか、量刑傾向の当然の前提となる法定刑もまた、法域ごとに様々であり、さらに、法定刑の前提である刑罰制度全体の科刑水準も、多種多様である（例えば、有期刑の上限は、日本では 30 年、スウェーデンでは 18 年である）。このような状況にあって、「日本の量刑傾向から導かれる責任刑こそが『正解』である、スウェーデンは間違っている」（あるいは、その逆）という主張を合理的に根拠づける手段は存在するであろうか。存在しないであろう。また同時に、結局のところ刑の数量化は量刑傾向の参照を通じてしか行えないのであって、量刑傾向を前提としない「責任刑」を認識する手段を我々は有していない（それでも、それ自体として規範的に正しい責任刑は点として「存在」すると強弁することは、言葉の上では可能かもしれないが、全く無意味である）。このように、何がそれ自体で規範的に正しい責任刑であるのか、我々には皆目見当もつかないのであって、それは神のみぞ知ることなのである。それゆえ、点の理論は誤りであるというほかにない。その一方で、いかなる刑も正しい責任刑でありうるという想定も直感に反する。正しい一点の責任刑が存在すると考えることは不合理であり、それを認識することも不可能であるが、「責任刑というには重すぎる／軽すぎる刑」というのは確かに存在するし、それを我々は漠然と認識している、ということ是可以のできるのである。したがって、「量刑は、一定の許容範囲を逸脱すると、責任にふさわしい刑とは言えなくなる（ただし、その許容範囲を厳密に認識することは不可能である）」という主張に読み替える限りで、幅の理論が正しいということになる。

3-4-2. では、以上の基本的認識を踏まえて、量刑における責任刑をめぐる諸問題を検討した。具体的には、①責任刑の導出方法、②責任刑と「量刑傾向からの逸脱」の関係、および③責任刑の幅の「上回り・下回り」の正当化可能性がそれぞれ俎上に載せられる。

① 責任刑の導出方法について（詳細は 3-4-2-1. 参照）。上述した通り、何が正しい責任刑であるのかということは、究極的には、わからない。しかし、正しい責任刑である可能性が高い刑であれば、我々は認識することができる。それはまさに、量刑傾向に従って導出された責任刑である。なぜなら、量刑傾向における責任刑は、「この程度の刑であれば、行為責任に照らしてふさわしいであろう」という過去の判断、すなわち実践知の蓄積を反映していることから、そのような蓄積を背景としない、いわば単なる思いつきに基づく「責任刑」よりも信頼に足ると考えられるためである。

それでは、量刑傾向に従うとき、責任刑の幅はどのように導出されるであろうか。こ

ここでは再び、複数の「責任刑の幅」概念を区別して議論する必要がある（なお、図表 6 を参照）。まず、責任刑の幅は、理論的には、「刑罰が当該犯行に対する処罰としての性格付けを保ちうる『許容範囲』」である（許容範囲説）。ここでの問題は、この許容範囲——それ自体は原理的に不明確である——を、量刑傾向の参照を通じて、大まかに推測することである。ところで、責任刑は「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」という二種類の量刑事情を資料として数量化されるものである。ここで、ある具体的事件の量刑がいま問題になっているとして、そこにおいて認定された、前記二種類の量刑事情を細かいものまで微細に評価することで、参照されている量刑傾向の幅の内部における当該事件の位置づけを絞り込んでゆけば、責任刑はかなりの程度、特定することができると思われる。これを、「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」と呼ぶ。「幅」と述べたが、この刑は、場合によっては点にまで特定することもできるかもしれない。しかし、既述の通り、そもそも原理的には、量刑傾向が正しい保障は存在しないのであるから、「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」を上回ったからといって、即座に責任主義違反と評価することはできない。言い換えれば、「最もふさわしいと思われる刑（の幅）」は、まさに、正しいと思われる刑に過ぎないのであって、正しい可能性が最も高いというだけなのである。それゆえ、可能であればこの幅の内部に量刑を収めるのが望ましいし、その内部に収まっている限り責任主義違反の可能性を検討する必要性は全くないが、この幅を逸脱しても特に問題はない。次に、上述した「二段階的数量化モデル」における「第一段階で見出される幅（から予防的考慮の影響を差し引いて観念された幅）」を観念することができる。量刑がこの幅の内部に収まっていれば、その量刑は一応、量刑傾向に従ったものと評価できるであろう。それゆえ、この幅の内部に収まっていれば、責任主義違反の可能性は考えなくてよいと思われる。これに対して、この幅を逸脱した場合には、責任主義違反の可能性も、ある程度現実的なものとして想定する必要があるが、この幅の逸脱によって、即座に責任主義違反と評価すべきことになるわけではない。このように私見は、基本的に、「責任刑の幅」を、「第一段階で見出される幅」と同視するものであり、その上で、「第一段階で見出される幅」を逸脱していなければ責任主義違反の可能性も考えないが、「第一段階で見出される幅」を逸脱していれば責任主義違反の可能性も意識した方がよい、という考え方を採るものである。もっと簡潔に言えば、量刑傾向から逸脱せずに量刑を行うのである限り、その量刑は、責任刑の幅の内部に予定調和的に収まるものと考えてよい。

以上を別の観点から言えば、私見は根本的に、「責任刑の上限・下限による量刑（実務）の統制」という構想そのものに懐疑的である³⁵⁹。なぜなら既述の通り、「それ自体

³⁵⁹ ただしそれは、刑の数量化論から見るとそうであるということであって、刑罰論から見れば、この問題は変わらず重要である。そもそも、責任刑の上限・下限という概念がなければ、責任刑の上限を超えないように、あるいは下限を下回らないように気をつけようという動機づけそのものがなくなり、ひいては、量刑においてまずは責任刑の範囲を重視しようという動機づけそのものが失われかねないが、それは間違いなく問題である（なぜなら、刑罰論的にはあくまで、行為者は責任刑の上限を超えない限りにおいてしか刑罰受忍義務を負わない以上、このこととの関係では、責任刑の範囲は重要性を持ち続けるためである）。ただ、責任刑の上限・下限という

で規範的に正しい責任刑」というものを認識する手段を我々は持っていない以上、そのようなものが「存在するかのよう」に議論を行うことは、非生産的であると考えられるためである。むしろ、この場面では、次に述べる「量刑傾向からの逸脱」の正当化要件に関する議論の方が重要であり、責任刑の上限・下限というのは、それに付随する形で意識しておけば足りるように思われる。

- ② 「責任刑の幅」と、量刑傾向からの逸脱の関係について（詳細は 3-4-2-2. 参照）。既述の通り、私見は、「量刑傾向からの逸脱なければ責任刑からの逸脱なし」という考え方を採用するため、量刑傾向からの逸脱をめぐる議論は重要となる。量刑傾向からの逸脱と責任刑の関係に関する結論は図表 7 にまとめたため、そちらを参照されたい。
- ③ 責任刑の幅の上回りと下回りについて（詳細は 3-4-2-3. 参照）。前提として、私見は、行為者は責任刑の限りで刑罰受忍義務を負う、という考え方を採用している。つまり、そもそも刑罰は犯罪予防という社会全体の利益を、行為者の被処罰という犠牲のもとに実現する制度であるが、なぜそのようなことが許されるのかといえば、それは、行為者が有責に違法行為を行ったことによって、「犠牲になりたくないのならば、違法行為を避ければよかったではないか」という形で、行為者が犠牲になるべき正当な理由を基礎づけることができるためである。このような意味で、行為者は責任の限りで刑罰受忍義務を負うのであり、それゆえ責任刑の限りで刑罰受忍義務を負うのである。ところで、重い刑について受忍義務を負うならば、軽い刑についても当然、受忍義務を負うというべきである。したがって、責任刑の上回りは禁止されるが、下回りは禁止されない（単なる上限論）。

それでは、責任刑の幅の下限は、量刑に対して何ら影響力を及ぼさないのかといえば、そうではない。既述の通り、量刑傾向を通じて数量化された責任刑は、「この程度の刑であれば、行為責任に照らしてふさわしいであろう」という過去の判断の蓄積を反映したものであり、その意味で、公衆の正義観念を反映したものと見なすことができる。それゆえ、責任刑の下限を下回る量刑を行うことは、積極的一般予防効果に対してマイナスに働く。そうであれば、例えば犯罪予防の必要性の低さ（第二の一般情状）や、政策的利益の見地（第三の一般情状）を根拠とした責任刑の下回りを正当化するためには、責任刑を下回る刑を科する方が、積極的一般予防上のマイナスを補って余りある、犯罪予防または政策的利益に関するプラスが生じるのでなければならない（これに対して、上回りは、そうした方がいくら犯罪予防や政策的利益に照らしてプラスになると考えられたとしても、絶対的に禁止されるという点で異なるということに注意しなければならない。この相違は、責任主義が義務論的制約であることに由来する）。しかし、そもそも、政策的利益に関する事情の影響力は極めて小さいと解すべきであり、その利益は犯罪予防の利益よりも質的に小さいと評価すべきであるから（上述）、政策的利益に関連する事情を根拠とした責任刑の下限の下回りは、ありえないと考えるべきであろう。これに対して、犯罪予防関連事情を根拠とした責任刑の下限の下回りも、極めて例外的な場

概念が重要性を持つのは、以上の議論の限りにおいてであって、それをさらに推し進めて、責任刑の上限・下限（としてそれ自体で規範的に正しいもの）が、（量刑傾向を前提とせずに）数量化可能であるかのように議論することは無益である、というのがここで述べたいことである。

合にしか正当化されないと考えるべきであるように思われる。なぜなら、まず特別予防については、そもそもこれは結局のところ、「行為者一人」による将来の犯罪を予防しうるものに過ぎない一方で、一般予防は「社会全体」における数多くの潜在的犯罪者による将来の犯罪を予防しうるものであるためである。このように、「一对多」の関係が存在するのであるから、一般予防の利益は、特別予防の利益よりも質的に大きいと捉えるべきなのである³⁶⁰。また、消極的一般予防については、そもそも「刑を軽くした方が消極的一般予防にかなう」という場面がほとんど想像できない。最後に、積極的一般予防（裸の積極的一般予防的考慮）による下回りについては、そもそも責任刑そのものが積極的一般予防と関連していることから、端的に責任刑と関連づけて軽減的考慮を行う方が実践的に明快であるといえることができる。逆に、責任刑と関連づけた説明が不可能であるが、どうしても（大幅な）軽減が必要である——そうしなければ公衆の正義観念と著しく矛盾する——という場合があれば、裸の考慮による下回りが現実的な選択肢となるかもしれないが、そのような場合がどこまで存在しうるのかは、なお不透明である。

このように、私見は「単なる上限」論を採用するものであるが、その実際上の結論は、「基礎としての責任刑」論——量刑は、責任刑の上限を上回らず、かつ、下限を下回らない範囲で行うべきであるとする見解——に限りなく近いものとなる。それゆえ私見は、責任刑の上限さえ上回らなければ、あとは専ら特別予防の必要性によって量刑判断を行い、その必要性が低いのであれば法定刑の下限まで軽減してしまえばよい、というようなタイプの「単なる上限」論とは全く異なる、ということを確認しておく。以上により、本章 I. の目的は達成されたため、II. に移行する。

II. 従来の量刑基準論の批判的検討：均衡説の立場から

続いて、ここまでに於いて定式化された均衡説を踏まえて、従来のわが国において主張されてきた主要な量刑基準論を批判的に検討する。この作業を行なっておくことは、均衡説に含まれる諸々の主張の趣旨と意義を明確化し、またそれを他者からの批判に（よりよく）開かれたものとする上で、有益であろう。ただし、この作業は、わが国における、量刑基準に関するあらゆる主張を網羅的に検討することを趣旨とするものではなく、とりわけ私見の趣旨と意義を明らかにする上で、重要であると考えられるものに検討対象が限定されていることは、ここで注記しておく。

³⁶⁰ もちろん、下限からの下回りが微妙なものであれば、公衆はそのような些細な下回りを気にしないであろうから、積極的一般予防上のマイナスは観念的なものにとどまり、これに対して特別予防は、目の前の行為者に関係する、まさに現実的な利益である以上、特別予防の利益が質的に小さいとは限らない、という反論も成り立ちうる。しかし、そもそも責任刑の上限・下限というのは原理的に曖昧なものなのであるから、「微妙な下回り」が起きる場合というのは、結局のところ「下回りが無い」場合としても把握することが、常にできてしまうであろう。そういうわけで、下限を下回っていることが誰の目にも明らかな事例を念頭に置くとすると、そのような量刑による積極的一般予防上のマイナスはまさに、決して軽視できないものとなるであろう。

まず前提として、従来の量刑基準論の大勢は、究極的には、「刑罰の正当化根拠および量刑の一般原理としての犯罪予防（一般予防・特別予防）を前提とした場合に、そこに『責任』の意義ないし機能をいかに位置づけるか」³⁶¹という問題意識に立脚してきたものと理解できる。言い換えれば、責任と予防の相剋という、刑罰論にまで遡る刑法理論上の根本的対立を量刑論においてどのように妥結させるか、という問題意識である。

これは逆にいえば、多数説は、そもそも刑罰論のレベルで、純粋な応報刑論の排斥を前提としているということを意味する。この点、本章 I. 3-1. で述べた通り、私見もまた目的刑論を出発点とするものであるから、この前提は承認できる。その一方で、多数説は、単なる目的刑論に飽き足らず、そこに「責任」という別個の契機を持ち込もうとする点で、純粋な目的刑論をも排斥していることになる。この考え方もまた、本稿にとってみれば妥当なものである。なぜなら、既述の通り、犯罪予防という社会全体の利益の追求から行為者の自由・人権等を適切に保護するためには、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった刑法の基本原則によって、上記利益追求（帰結主義的目的の追求）に対する多元的な「義務論的制約（規範的制約）」を及ぼさなければならぬためである。それゆえ、私見にとっても、量刑における消極的責任主義の正当性は当然の前提となる（それに加えて、消極的罪刑法定主義、消極的行為主義、消極的法益保護主義、等々も妥当するのである）。

以上を要するに、「量刑において責任と予防の相剋をいかに処理するか」という多数説の問題設定は、それ自体、まったく正当なものと解されるのであって、その意味で私見は、多数説と「同じ土俵」の上にある。均衡説が「問う問題」は、多数説と同じものであって、ただ、いくつかの点で、その問題の「解決の仕方」が異なるのである。

それでは従来、上記の問題はどのような形で解決を試みられてきたのだろうか。この点では、大きく分けて、次の二つの見解が対立してきたと整理するのが一般的であると思われる。すなわち、「(…) (1) 行為者の責任を『上限』として、それを超えない範囲で予防的考慮に基づいて最終刑を決定すべきであるとする見解 (…)」と、(2) 行為者の責任を量刑の『基礎』としながら、原則として責任評価の『幅』の範囲内で（あるいは責任からあまり離れない限りで）予防的考慮を加味して最終刑を決定すべきであるとの見解」である³⁶²。つまり、両者の基本的な対立点は、量刑を拘束するのは責任刑の「上限」のみであると考えられるのか（したがって例えば、特別予防の必要性が著しく低いことを理由に、法定刑の下限まで量刑を軽減することが許されうるのか）、それとも、責任刑の上限のみならず下限もまた量刑を拘束すると考えるのか（したがって例えば、特別予防の必要性がいくら低くても、責任刑の下限を下回る量刑を言い渡すことは絶対に不可能と考えるのか）、というところにある³⁶³。本稿もこの整理軸に従い、前者を「単なる上限」論、後者を「基礎としての責任刑」論と呼んで区別しておくことにする³⁶⁴。

³⁶¹ 城下 [2009] 242 頁。

³⁶² 城下 [2009] 3, 242 頁。この対立が顕在化したのは、1950 年代から 60 年代にかけての、西ドイツ刑法の改正作業においてであった。その経緯について詳しくは、小池（信） [2004] 248 頁以下、城下 [1995] 71 頁以下、阿部 [1976] 221 頁以下など参照。

³⁶³ これらのいずれとも異なる、予防的考慮等による責任刑の上限の上回りを認める見解については、上注 (348) 参照。

³⁶⁴ なお、ここにおける「単なる上限」論は、さらに狭義のそれと広義のそれとを区別すること

ができる。狭義の「単なる上限」論によれば、責任刑の上限のみが量刑を拘束すると解されると同時に、この上限から法定刑の下限までの範囲における量刑決定は、専ら予防的考慮によって決せられる。具体的に言えば、まずは責任だけを考慮して刑の上限・下限——点の理論を採用場合には、責任刑の点——を考えた後に、今度は責任のことを一切忘れ、予防のことだけを考慮して刑を量定し、その刑が責任刑上限（または点）を超えていなければ、（たとえ下限を下回るようになったとしても、気にせず）当該予防刑をそのまま言い渡す一方、超えていれば当該責任刑上限（または点）を言い渡す（最善の予防のためにはそれ以上の刑が必要であるが、それは断念する）というイメージである。

これに対して、広義の「単なる上限」論は、狭義の単なる上限論だけでなく、次のような見解をも含む。すなわち、責任刑は量刑の上限のみを拘束すると考えるのは同じであるが、その後の量刑決定を専ら予防的考慮によって決めるとするのではなくて、あくまで責任刑の幅の中心付近の量刑を言い渡すのが最も望ましいという前提に立ちつつ、ただ、そこから、予防の必要性が低いということで量刑を軽減していった結果として、幅の下限を下回することは、妨げられないということである。具体的にいえば、幅の理論の場合、まずは責任刑の上限・下限を観念し、その上で予防的考慮に入るのであるが、その先はいわば「責任と予防の綱引き」である。つまり、上限さえ超えていなければ責任のことなど忘れて好きに予防刑を量定してよいというのではなく、「上限・下限の中間にある（いわば、責任に最もふさわしい）刑を科すのが望ましい」という考慮と、「犯罪予防のためには中間の刑から離れた方がよい」という考慮との葛藤の中で、後者が勝つ限りにおいて、漸進的に上限または下限へと刑が離れてゆくのであるが、そうして責任刑の上限に達したときにはそれを超えることが許されず、しかし下限に達したときはそれを下回ることもありうる、というイメージである。以上に対して点の理論の場合、そこからの加重は、定義により責任主義違反とならざるを得ないため、軽減のみが問題となるが、「点としての責任刑を科すのが望ましい一方、予防のためには軽減が望ましい」という葛藤の中で、責任と予防の「綱引き」が行われるという点では、同じである。

小池（信）〔2006〕39頁以下は、以上の両者を「似て非なるアプローチ」と指し示した上で、ここにいう「狭義の単なる上限論」のみを単なる上限論と呼称し、その一方で、ここにいう「広義の単なる上限論（から狭義のそれを除外したもの）」は、「基礎としての責任刑」論に分類している。もっとも、本稿が「単なる上限論」という語を用いる際には、一貫して、「広義の単なる上限論」を指している。なぜなら——用語法の問題である以上、これが絶対的に正しいということとはできないが——、単なる上限論の本質は、責任主義を刑罰根拠づけ原理と認めないこと（つまり、消極的責任主義）にあると筆者は考えているためである。別の言い方をすれば、本稿の理解では、「単なる上限」論とは、「予防的考慮（などの、責任刑とは無関係な量刑事情の考慮）によって責任刑の上限を上回ることは、何があっても許されないが、下限の下回りはそうではない」と考える見解のことである。ただし、このように整理する場合、「広義の単なる上限論（であり狭義のそれではない見解）」と「基礎としての責任刑」論の相違がきわめて微妙なものとなるのは事実である。なぜなら両者は、上述した「綱引き」思考をする点では同じであり、ただ下限に達した時にその下回りを許すかどうかという点で異なるに過ぎないのであるが、この下限の下回りというのは、實際上、上限超えほど問題視されにくいと思われるためである（また、そもそも、綱引き思考を行う場合には、狭義の単なる上限論であれば許容するであろうようなラディカルな下回りが實際上正当化されにくいというのも理由の一つになる）。

要するに、責任主義の理論的理解を重視すれば、「広義の単なる上限論／基礎としての責任刑論」という、本稿の採用する分類法が導かれるが、よりプラグマティックに、量刑の思考方法の相違（「綱引き」かそうでないか）や結論のコントラストを重視すれば、「狭義の単なる上限論

以下では、「単なる上限」論または「基礎としての責任刑」論として、これまでわが国で主張されてきた代表的学説の内容を簡単に確認した上で、均衡説の立場から検討を加える。この点について予め見取り図を描いておくと、まず、「単なる上限」論は、ドイツでは、「行為者の責任は、刑の量定の基礎である」とする明文規定（ドイツ刑法 46 条 1 項 1 文）との関係で、解釈論として主張することが難しくなっているが、そのような規定のないわが国では、現在でもなおきわめて有力である³⁶⁵（学説上は、今では通説といってよいように思われる）。これに属する代表的見解としては、まず、城下説および本庄説を挙げることができる。両説の違いは、責任刑の上限を超えない範囲で刑を量定する際に、主に特別予防に着目するのか、それとも一般予防に着目するのかという点にある。次に、岡上説および野村説も、「単なる上限」論である。岡上説および野村説と、城下説および本庄説との違いを簡潔に説明すれば、前者は、責任刑と犯罪予防目的との間に何らかの結びつきを認めるのに対して、後者はむしろそれらを完全に分離するものである。この文脈で、岡上説と野村説の違いを挙げておくと、岡上説は責任刑を積極的一般予防刑と完全に同視する（つまり、積極的一般予防を追求する上で最善の刑が責任刑であるし、行為責任のみを考えて刑を量定すれば、それが自ずと最善の積極的一般予防効果を発揮するというように、責任と積極的一般予防の予定調和を認める見解である）のに対し、野村説は——この構想は、誤解のおそれを封じながら簡潔に説明することが難しいのであるが——責任刑は、責任主義という、一般予防目的を抑制する原理に配慮しながら一般予防目的を考慮することで導出されるものであると理解するものである（つまり、岡上説にとっては、一般予防目的は責任刑の「すべて」であるのに対して、野村説にとっては「一部」にすぎない。城下・本庄説では、責任刑と犯罪予防目的はそもそも無関係である）。

以上の諸学説に対して、「基礎としての責任刑」論³⁶⁶を強力に支持する代表的学説として、小池説を挙げることができる。ただ、先に述べてしまえば、下の検討を通じて明らかになってゆくように、「単なる上限」論と「基礎としての責任刑」論の相違は、突き詰めてゆけば、かなり相対化される。なぜなら、理論的には「単なる上限」論をとりつつ、結論的には「基

／それ以外」という分類法が導かれよう。本稿は前者を採用するものの、両方の分類軸を意識しておくとなお混乱しにくいと思われる。

³⁶⁵ 小池（信）〔2004〕247, 251 頁（この論者自身は「基礎としての責任刑」論を採用する）。単なる上限論を支持するものとしては、下で検討する城下説、本庄説、岡上説、野村説のほか、岡＝神山〔2017〕537 頁、内藤〔1983〕128 頁、阿部〔1982〕97-98 頁（ただし、「ときに責任量を下まわる刑を科することも許されてよいが、それは法がとくにみとめている場合（酌量減輕、執行猶予、刑の免除）にかぎられるべきである」として、下回りの余地を狭く、かつ形式的に限定する）など。遠藤〔2011〕101 頁も、特別予防的考慮による下回りを認めているように読める。

ただし、上注（364）で述べた通り、「単なる上限」論には広狭の二種類が存在することに留意する必要がある。この点、城下説および本庄説が狭義の「単なる上限」論を採るものであること、および、岡上説および野村説がこれを採らないことはほぼ間違いないものの、その他の説がいずれに属するのかは判然としない場合も少なくない。

³⁶⁶ 下で検討する小池説のほか、川崎〔1991〕39, 177 頁。この両者は、下限の下回りの余地を認めないことが明確であると思われる。その一方で、岡田〔2002〕482 頁、松本（時）〔1982〕159 頁などは、一見すると「基礎としての責任刑」論に見えるが、広義の「単なる上限」論と両立する可能性もあり、必ずしも判然としない。

礎としての責任刑論とほとんど同一の結論を導くことができるためである。したがって、実践的には、どちらの立場をとっても、最終的にはあまり影響はないといえる。とはいえ、このことは、この対立の理論的重要性を損なうものではないし、そもそも、出発点において両立場を区別して、その理論的検討を進めてこそ、両者の間に結論の違いはほとんど生じないという妥結点を見いだすことができるのである。その意味では、両者の区別には実践的意義もあることに注意すべきである。

なお、以下の検討は、論述の都合上、城下説→本庄説→岡上説→小池説→野村説という順序で行うことにする。

1. 「単なる上限」論①：城下説

城下説の出発点には、量刑における消極的行為責任主義がある。論者によれば、「(…)この原則から、次の帰結が導かれる。『行為責任』は、それが存在しない場合には刑罰を科してはならないという意味では刑罰の『前提条件』であり、同時に、その程度(量)を超えた刑罰を科してはならないという意味では刑罰の『限界』になる。換言すれば、量刑においては、予防的考慮に基づいて最終刑を確定すべきことになるが、それは行為責任(による責任相応刑)の程度を最上限としなければならないのである。(…)刑罰は予防の必要性によって決定されるのであるから、予防的考慮から必要とされる刑罰が、行為責任の程度(量)よりも軽い場合には、刑罰は責任相応刑を下回ってよいことになる」³⁶⁷。ここでは、消極的責任主義からは「単なる上限」論が(いわば論理必然的に³⁶⁸)帰結すること、および、背景にある刑罰論(論者は抑止型相対的応報刑論³⁶⁹を採用している³⁷⁰)の帰結として、刑量は、責任刑という上限を超えない範囲で、実質的には専ら予防的考慮によって決定されること、という二点が述べられていることになる(なお、城下説は幅の理論を採用しているが³⁷¹、本章 I. 3-4. で検討した通り、幅の理論の正当性には異論がないため、ここでは取り上げない)。

この枠組みにおける予防的考慮の内実については、次のように述べる。論者は、「刑の法定による一般予防を前提」としつつ、「量刑段階では主として特別予防的考慮に基づいて最

³⁶⁷ 城下 [1995] 116-117 頁。

³⁶⁸ 城下 [2009] 4 頁は、消極的責任主義を徹底するならば、単なる上限論を採用することが「理論的に一貫している」と述べる。

³⁶⁹ 抑止型相対的応報刑論とは、刑罰正当化の積極的理由を専ら犯罪予防に求めつつ、その追求を、責任主義という消極的理由によって制約する見解のことである。上注(172)参照。

³⁷⁰ 城下 [1995] 117 頁：「国家が、その権力によって個人に苦痛という害悪を加えることが正当化されるのは、それによって犯罪の予防という効果がある場合に限られる。ただ、国家刑罰権による犯罪予防効果の追求には、内在的制約がない。(…)そこで、個人の尊厳によって基礎づけられる権利・自由を国家刑罰権に対して保障するための原則(外在的制約)が犯罪予防効果の追求には不可欠となってくるのであり。その役割を責任主義に求めるべきなのである」。

³⁷¹ 城下 [1995] 118 頁。「単なる上限」論は点の理論としか結びつきえないという考えがあるとすれば、それは誤解である。幅としての責任刑を観念した上で、その上限は量刑を拘束するが、下限はそれと同じような拘束性をもたない、と考えれば、幅の理論に基づく「単なる上限」論が問題なく成立する。

終刑を決定しようとする見解」に与するものである³⁷²。そこにおける一般予防および特別予防の実質的理解について、まず特別予防から説明すると、「量刑段階での特別予防的考慮は、(…)責任を問い刑罰を科すことによって、行為者自身の『規範を守らなければいけない』という意識にはたらきかけて、将来再び犯罪行為をしないように意思活動をコントロールすることを可能ならしめるという内容をもつべきであると解される。これを『規範意識の確認・強化』と呼ぶことができよう。すなわち、量刑における特別予防的考慮では、行為者の『規範意識の確認・強化』の必要性に応じた判断が行われることになる」³⁷³。

その趣旨を、より明確化してゆこう。まず、特別予防の内容は、一般に、積極的特別予防（社会復帰）と消極的特別予防（威嚇および無害化〔その同義語として、隔離ないし保安〕）に区分されるが、論者は、このうち積極的特別予防（のみ）を正当と解するものである。その理由は、「(…)積極的特別予防は、犯罪行為者の主体性を尊重しつつ、社会生活の再建（への援助）ないし社会構成員としての共生を可能にすると同時に、憲法の規定する個人の尊厳（13条）、国民の生存権（25条1項）、国の社会保障的義務（25条2項）とも適合する」ことに求められている³⁷⁴。逆に、消極的特別予防としての威嚇については、そもそもこれは「(…)（消極的）一般予防の行為者への反映という面が大き」いため³⁷⁵、消極的一般予防論に対するのと同様の批判が妥当する（これは後述する）。また、消極的特別予防のもう一つの内容である「隔離による無害化は、犯罪行為者をも社会の一員と認めるべきであるという考え方と矛盾する」として、これを排斥している³⁷⁶。

ところで、上では、「責任を問い刑罰を科すことによって、行為者自身の『規範を守らなければいけない』という意識にはたらきかけ」る、という表現が用いられていた。これは一見すると、責任相応刑を科することこそが、結局のところ最善の特別予防効果を発揮するというような、責任と特別予防の予定調和を説く見解³⁷⁷に近いようにも見えるが、それは誤解であることに注意しなければならない。すなわち論者は、「規範的責任の存否・程度と、特別予防（の必要性）の存否・程度の間には、概念的・内容的な一致はない」と明言した上で、「(…)責任と予防の必要性を同一視したり、前者を後者によって『代置』したりすることなく、両者を対抗的な関係に立つものとして理解していくことは、消極的責任主義の見地からみても（特に責任概念の有する刑罰限定機能に鑑みれば）望ましいことである」と述べている³⁷⁸。責任相応刑と、特別予防の必要性を最善の形で満たす刑とは連動せず、両者は基本的

³⁷² 城下 [1995] 132 頁。

³⁷³ 城下 [1995] 133 頁。

³⁷⁴ 城下 [2019] 3 頁。

³⁷⁵ 城下 [2019] 3 頁。

³⁷⁶ 城下 [2019] 3 頁。

³⁷⁷ わが国では、佐伯（千） [2015] 584 頁、佐伯（千） [1981] 78-80, 429 頁が、これに類する主張を展開していた（斉藤（豊） [2008] 130 頁も参照）。また、この文脈では、「(…)責任刑と再社会化刑との間には、いずれにせよ大きな相違はなくなる」として、両者の予定調和関係を強く認めるカウフマンの見解にもしばしば言及される。Kaufmann [1976] S. 275（邦訳として、カウフマン [2000] 433 頁）。

³⁷⁸ 城下 [2019] 6 頁。そのほか、責任と特別予防の予定調和を認める見解（ここでは仮に「予定調和説」と呼んでおく）に対する批判として、本庄 [2002] 215 頁以下、小池（信） [2008] 14-15 頁参照。この点での私見を示しておく、確かに、行為者に非難を差し向けて改悔させるこ

に矛盾するものであることがあくまで前提とされているのである。

続いて、一般予防に関してはどのように考えられているのだろうか。まず、消極的一般予防（威嚇予防）については、刑罰論のレベルにおいて、次の三点の批判が展開されていることを確認している。すなわち、①消極的一般予防論に立つときには、威嚇力が高ければ高いほど予防効果も高まることになる以上、際限なき厳罰化につながることで、②消極的一般予防効果は、とりわけ職業的犯罪者や衝動的な機会犯罪者との関係で、経験的に証明されていないこと、③威嚇のために人を処罰することは、「個人を、その者自身のためではなく、他人のために処罰するということの意味する」のであって、つまり被処罰者を犯罪予防のための手段におとしめることになるが、それは人間の尊厳に反すること、である³⁷⁹。その上で、論者自身の見解をみると、まず、量刑において、例えば問題となっている犯罪が頻発しているといった理由から、消極的一般予防の観点に基づき刑を加重することに、経験的有効性がありうることは認められているようである。つまり、「威嚇のために量刑を重くすれば犯罪が減少する」という自然的因果関係の存否自体、本来は経験的に疑われるべき事柄であるが、この点は特に疑問が示されていない（ただし、「必ずしも明確でない『威嚇』という要因」という表現はみられ、これは経験的有効性に関する疑義を示す趣旨であるかもしれない）。しかし、そのような威嚇のための処罰は、「まさに当該犯罪行為者を『手段』化することとなり、憲法十三条の保障する『個人の尊厳』に反する」のであり、威嚇の必要性という観点から責任刑の上限を上回る刑を科する場合には、それが責任主義違反となることは当然であるが、「それが行為責任の範囲内にとどまるものであったとしても」、行為者を手段化しているという「批判は同様に妥当するのである」と述べている³⁸⁰。消極的一般予防論に対する刑罰論レベルでの批判のうち、特に③が重視されていると言える。その理由は、推測するに、①の懸念はそもそも責任主義の制約によって解消でき、また②については、そもそも論者自身、消極的一般予防の経験的有効性については、（上述の通り、職業的犯罪者や機会犯罪者の場合など）これが有効でない場合もあると考えているだけであって、一律に、一切有効性がないとまでは考えていない以上、必ずしも決定的な批判とは解されないためであろう³⁸¹。いずれにせよ、論者の見解では、消極的一般予防目的は、正当な刑罰・量刑目的とは認められていない。

続いて積極的一般予防である。これについて論者は、まず刑罰論のレベルで、消極的一般予防に対するのと似た批判が提起されていることを確認している。まず、積極的一般予防は、国民の法観念に合致した処罰を通じて、犯罪者が適正に処罰されているという事実を公示することで国民の法意識を安定させ、その法に対する忠誠心を維持しようとするもので

とは、行為者の社会復帰・再犯防止にとって重要な一つの要素ではあろうが、経験的にみれば、他にも例えば釈放後の帰宅先・就労先の見込みや、監督者の有無、交友関係など、社会復帰と再犯防止にとって重要な要素は他にも多く存在するというべきである。それゆえ、予定調和説は、改悛という、せいぜい特別予防のいち要素に過ぎないものを十分な経験的根拠なく誇張するものであって、不当である。

³⁷⁹ 城下 [1995] 130 頁。

³⁸⁰ 以上について、城下 [1995] 134-135 頁。

³⁸¹ 城下 [1995] 130 頁では、「確かに、平均人が通常の状態において、刑罰の威嚇による影響を受けることがあり得る、とは言えるであろう」と述べられている。

ある、と理解される。しかし、①この法観念が苛酷なものであれば厳罰化に至るし、逆にこれが緩く、すなわち「国民が犯罪をやむを得ないものとして甘受している」ような場合には、国民の意識を引き締めるためにやはり厳罰化が求められることになる。こうして、いずれにしても厳罰化が帰結されることになる。また、②積極的一般予防についても、経験的証拠の乏しさが指摘されている。さらに、③積極的一般予防の場合でも、被処罰者は、他人の、法に対する忠誠心を維持するための手段とされることに変わりなく、つまり、犯罪予防のための手段におとしめられることになる³⁸²。その上で、論者自身の見解としては、まず、「一般人に対する規範意識の確認・強化」という内容をもつ積極的一般予防を、「行為者に対する規範意識の確認・強化」を内容とするところの積極的特別予防と対になるものとして位置づけた上で、「(…)量刑における一般予防の内容をも規定するもの」であると評価する³⁸³。しかし、その一方で、積極的一般予防を量刑において追求しようとするならば、「一般人の規範意識に作用させることを目的として責任相応刑を要求するならば、それは一般人の『応報感情』を満足させるための量刑へと転化するおそれがある」ことを指摘し、その上で、「量刑において特別予防的考慮を重視する場合には、行為者の再社会化に資する刑罰こそが一般人によって納得・受容され、その規範意識の確認・強化に役立つものと解するべきである」とする³⁸⁴。以上を要するに、論者の見解は、積極的一般予防が正当な刑罰・量刑目的であること自体は認めつつも、応報感情の追求に傾く可能性があるという規範的根拠、および、結局のところ量刑において最善の特別予防を目指せば、その反射的效果として積極的一般予防も十分に実現されるであろうという経験的想定から、積極的一般予防目的が量刑を左右する独立の要因であることを否定する、というものである³⁸⁵。

以上から論者は、特別予防に重きを置いた「単なる上限」論、すなわち論者自身の表現では、「量刑においては、当該犯罪行為に対する『行為責任』の量(程度)を『上限』として、行為者の規範意識を確認・強化するという意味での特別予防(再社会化)の必要性に応じて最終刑が決定される」という考え方が妥当であると結論づけている³⁸⁶。

つまり、城下説において、有意な量刑事情は、「行為責任」に関連する事情と、「積極的特別予防(再社会化)」に関連する事情とに選別されることになる。ただ、その上で注意しておかなければならないのは、論者はこのうち、特別予防に関連する事情の評価方向に対して限定を加えていることである。すなわちまず、行為責任関連事情が加重・軽減の両方向で考慮しうることは当然の前提になっているものと考えられるが、特別予防関連事情については、その考慮を軽減方向に限定すべきことを主張しているのである。その論拠に関する論

³⁸² 城下 [1995] 131-132 頁。

³⁸³ 城下 [1995] 135 頁。

³⁸⁴ 城下 [1995] 135-136 頁。城下 [2009] 5, 243 頁も参照。

³⁸⁵ ただし、積極的一般予防を刑罰・量刑目的として承認するのであれば、上記①～③の批判に対してどのように応えるかが問題となりそうであるところ、論者はこの点について見解を明らかにしていないように見受けられる。もっとも、おそらく、積極的一般予防を、積極的特別予防目的の追求に付随する反射的效果としてのみ期待するのである以上、いずれも決定的な批判にはならないと考えられているのであろう(いずれにせよ、積極的特別予防を追求することに変わりはないのであるから、この問題はどうか転んでも結論を左右しないのである)。

³⁸⁶ 城下 [1995] 143 頁。

者の説明を見てみよう：「たとえば、『損害回復に積極的であったこと』を（反省の情を示す資料として）有利に考慮する一方で、『損害回復の努力を怠ったこと』を不利な事情とすることは許されるであろうか。量刑における消極的（行為）責任主義は、予防目的の追求に対して、責任による制約を課すところにその本質があるが、そのような制約は『量的』のみならず『質的』にも維持される必要があると解するならば、上述のような刑罰加重的考慮は否定すべきであるように思われる。責任とは無関係な事情を判断資料とした予防的考慮の結果、より重い刑罰が選択されたならば——それが『量的』には責任を上回っていないとしても——『質的』には責任主義が予防的考慮に譲歩したことを意味するのではないだろうか。したがって、特別予防判断において、（…）『行為者関係的』事情を判断基底とする場合には、それを刑罰加重的（ないし減輕阻止的）に考慮すべきではないと解される」³⁸⁷。この、「特別予防加重禁止説」³⁸⁸と呼ばれる見解に特徴的なのは、責任主義による制約として「量的」なもの、「質的」なものを区別し、たとえ、責任刑の幅の範囲内における特別予防的考慮であっても（つまり量的責任主義はクリアしていても）、それに基づいて量刑の加重を行うならば、それは「責任主義が予防的考慮に譲歩したことを意味する」として別個に不当と解する（つまり質的責任主義に反すると解する）点である。

以上をまとめると、この見解は大まかにいって、（1）消極的責任主義からは「単なる上限」論が帰結すること、（2）量刑における積極的特別予防目的の追求は正当であること、（3）量刑における消極的一般予防目的の追求はおよそ不当であること、（4）量刑における積極的一般予防目的は、積極的特別予防目的の追求に付随する反射的效果としてのみ実現されるにとどまり、量刑を左右する独立の要因とはならないこと、および、（5）たとえ責任刑の幅の内部であっても、特別予防的考慮に基づく量刑の加重は許されないこと（特別予防加重禁止説）、という五つの主張から成り立っているといえる。

続いて以下では、これらの主張について、均衡説の立場から個別に検討を加える。

1-1. 消極的責任主義から「単なる上限」論は必然的に帰結するか？

城下説の主張（1）を検討する。すなわち、消極的責任主義からは「単なる上限」論が帰結するという考え方である。これに対しては、「消極的責任主義の本来の（適切な）理解と、

³⁸⁷ 城下 [2009] 72 頁。同 242 頁も参照。このように、特別予防的考慮を軽減方向に限定する見解としては他にも、高山 [2010] 6 頁、浅田 [2005] 37 頁（浅田 [2019] 530 頁も参照）、西原（春） [1993] 506 頁などがある。なお、岡上 [1993a] 67 頁も、「（…）『責任刑』の要求が、行為者の再社会化要求のために後退する可能性が残される」として、特別予防的考慮を、軽減方向でのみ認めている。ただしこれは、論者が点の理論をとっているために（上注（295）参照）、特別予防的考慮によって責任刑を上回る刑を定めることは当然に不当であるから、必然的に、「点の責任刑」からの軽減しか問題となり得なくなる、という経緯によることであると考えられる（なお、本庄説も同様の特徴をもつ。下注（472）参照）。しかし、本章 I. 3-4-1. で述べた通り、そもそも点の理論は不当である。いずれにせよ、岡上説が特別予防的考慮を軽減方向に限定するのは、点の理論をとったことの帰結であって、城下説とはその論拠が異なる。

なお、特別予防的考慮に対する責任主義の制約を、以上のように「評価方向」の場面に及ぼそうとするのではなく、「量刑事情の選別」の場面に及ぼそうとする見解もある。これについてはまず、下注（435）参照。

³⁸⁸ 野村（健） [2020a] 81 頁。

責任を『基礎』とした量刑基準論の採用は、何ら矛盾するものではない」と正面から批判するものがある³⁸⁹。この批判を理解する上で最も重要なのは、量刑において問題となる「行為責任」と、犯罪論体系におけるいちカテゴリーとしての「責任」とを明確に区別することである。すなわち、前者の「行為責任」の実体は、「有責な不法」である³⁹⁰。つまり、量刑における「行為責任」の重さは、第一に、例えば窃盗の被害額のような不法の大きさによって左右され、その上で第二に、当該不法に対する責任の程度（争いがあるが理解しやすい例として、犯行動機の悪質性を挙げることができる）によって左右される。もしそうでなければ、例えば被害額の大きさは「行為責任」を左右せず、それゆえ「責任刑」を重くすることもないということになるが、そのような荒唐無稽な主張を本気で展開する者は存在しないであろう。量刑における「行為責任」は、不法および責任の両方をその要素とするのであって、これは、犯罪論における、犯罪の実質は不法および責任からなるという一般的な理解からも必然的に導かれる、当然の帰結である。

その上で批判者は、「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」という考え方をもち出す³⁹¹。これは要するに、刑法は、一定の所為を禁圧すること——すなわち、当該所為を違法なものと評価すること——を手段として、当該所為を抑止し（つまり一般予防効果を発揮し）、それによって、法益保護という刑罰目的を達成するものである、という理解である³⁹²。この理解は、違法性の有無のみならず、その程度との関係でも貫徹される：「ある所為に重い違法評価を下すということは、その所為には重い禁圧の必要性が含まれていることを承認することと同義である」³⁹³。つまり、法益を侵害・危殆化する所為を（それを行えば刑罰を科するという予告のもとで）禁止すれば、一般予防効果によって当該所為が行われなくなり、したがって法益保護が達成されるし、法益をより大きく侵害・危殆化する行為を（それを行えばより重い刑罰を科するという予告のもとで）より強く禁止すれば、一般予防効果によって当該所為がますます行われなくなって、したがってよりよい法益保護が達成されるという考え方である。そうであれば、量刑における不法の程度は、一般予防の必要性の程度と連動することになる。この場合、目的刑論が前提となる以上、不法の程度は、刑罰を根拠づけるものとなる³⁹⁴。なぜなら、不法があるということは禁圧の必要性があるということの意味し、それはまた一般予防の必要性があるということであって、それゆえ、不法があれば、刑罰が「要求」されることになるからである。「不法あれば刑罰あり」なのであって、「不法なければ刑罰なし」ではないのである。ここに、不法と、消極的責任主義に基づくものであるところの「責任」との決定的な違いがある。

ところで既述の通り、量刑における「行為責任」は、不法および責任から構成されるもの

³⁸⁹ 小池（信） [2004] 315 頁。なお、この批判者の見解は、本章 II. 4. で主題的に検討するため、詳しくはそちらも参照。

³⁹⁰ 小池（信） [2004] 14 頁。

³⁹¹ 小池（信） [2004] 315 頁。

³⁹² 小池（信） [2004] 312 頁。

³⁹³ 小池（信） [2004] 312 頁。

³⁹⁴ 小池（信） [2004] 315 頁：「（…）違法性は、刑罰を根拠づける機能（刑罰構成機能）を有している」。

であり、すなわち「有責な不法」である。したがって、以上の理解を踏まえれば、行為責任は、その一部（不法の部分）において、一般予防の必要性を反映していることになり、その限りで、刑罰を根拠づけることになる。その上で、犯罪論上のいちカテゴリーとしての責任は刑罰を消極的に限定づけるものであるという理解、すなわち消極的責任主義が妥当することになる。つまり、既に確定された不法のうちから、有責な部分のみを切り出し、そうして限定された「有責な不法」に基づいて、責任刑が量定されることになるのである³⁹⁵。これが意味するのは、別の言い方をすれば、「（量刑における）行為責任＝不法－責任」という等式であり、その意味で、行為責任とは「責任というフィルターをくぐり抜けた不法」である。そうだとすると、不法は刑罰を基礎づけるものであるということから、行為責任もまた刑罰を根拠づけるという結論が論理的に出てくる。かくして、消極的責任主義は、「単なる上限」論を論理必然的に帰結するものではないという主張が導かれるのである³⁹⁶。

続いて批判者は、今度はより積極的に、「単なる上限」論を次のように論難する：³⁹⁷

（…）『単なる上限』論における、犯罪論と量刑論の関係についてのイメージは、次のようなものであろう。すなわち、処罰は一定の目的（たとえば、犯罪予防）を目指して行われるものであるが、その目的の無制限の追求は、国民の自由保障の見地から危険であるので、犯罪の成立およびその違法性・責任の程度という「柵」を設ける。一定の重さの犯罪の成立が認められたことは、ただその「柵」の高さが設定されたにすぎず、実際にどの程度の処罰をおこなうかは、柵を乗り越えないかぎりでも、そもそもの目的に立ち戻って考えなければならない。それゆえ、重大な犯罪の成立が認められても、それだけでは処罰は「要求」されず、刑罰目的を直接考慮した量刑が求められる。このようなイメージは、まさしく「犯罪を機縁として犯罪予防の政策を行おうとするもの」にほかならない。そして、このような、違法論を含めた犯罪論全体を、刑罰論と切り離された単なる「柵」として捉える理解こそが、責任を「単なる上限」とした量刑基準論の内包する最大の理論的欠陥である。かかる理解によれば、何が「重大な犯罪」であるかの評価基準は、アプリアリに与えられている、ないし無目的に決められるべきものであるということになりかねない。ある所為に「犯罪」としての評価を付し、禁圧の対象とすることが人為的な営みである以上、そのようなことを承認するこ

³⁹⁵ より詳しくは、上注（43）参照。

³⁹⁶ なお、以上の主張には、次のような反批判が寄せられている：「『責任による制約』は、あくまでも違法性の分量のうちで行為者の主観に帰せられる部分ほどの程度かという意味での制約にすぎないから、これを通過したからといって違法性に内在する展望着的・一般予防的側面が排除されたことにはならない。（…）こうした性質を有する違法性を出発点とした『責任』に、一般予防的考慮の限界としての機能を負担させることは、消極的責任主義に一種の矛盾を内包させることになると考えられる」（城下〔2009〕263頁）。しかし、「有責な不法」に展望着的側面が残るとするのは、確かに論者が指摘する通りであるが、その何が問題なのであろうか。責任は、展望着的目的（犯罪予防目的）の無制約な追求を否定するための義務論的制約であり、展望着的目的の追求そのものを否定しようというものではない。「有責な不法」に応じた処罰によっては、このような責任の制約が及ぼされた限りで予防効果が実現されるのであって、そこに何ら矛盾はないというべきである。

³⁹⁷ 小池（信）〔2004〕316-317頁。

とはできない。ある所為に対して付与される「犯罪」としての評価それ自体に、刑罰目的の観点からの処罰の必要性が反映されていると考える現代的な犯罪論（とりわけ違法論）からすれば、かかる理解を採りえないということは、理論的にみて、至極当然のことなのである。

敷衍すると、まず既述の通り、論者は不法概念を刑罰目的（一般予防を通じた法益保護という目的）と結びつけるという理解を採用していた（これを前提として、そこから、「消極的責任主義と、『基礎としての責任刑』論は両立する」という結論が演繹されたのであった）。これに対して、「単なる上限」論は、刑罰目的（犯罪予防目的）と犯罪論の分離を前提としている。なぜなら、仮に、不法と責任の少なくとも一方が犯罪予防目的によって基礎づけられるとしたならば、量刑における行為責任（＝有責な不法）は「犯罪予防目的によって根拠づけられた部分」を含むことになり、したがって行為責任は刑罰を根拠づけることになるが、それは「単なる上限」論と矛盾するからである。しかし、刑罰目的と犯罪論を分離するという理解を採用すれば、「何が『重大な犯罪』であるかの評価基準は、アプリアリに与えられている、ないし無目的に決せられるべきものであるということになりかねない」。しかし、そのような、目的思想によって支えられていない犯罪論は不当である³⁹⁸。このようにして批判者は、「単なる上限論」には理論的欠陥がある、と論難するのである。

さて、この批判の妥当性については、どのように考えるべきであろうか。あらかじめ筆者の結論を示しておけば、筆者の考えは、批判者と被批判者の中間にある。すなわち、この批判は、「消極的責任主義から、論理必然的に、『行為責任は刑罰を根拠づけない（それは専ら、刑罰を限定づけるだけのものである）』という主張が出てくるわけではない」という点を指摘する限りでは、正当である。しかし、それだけでは、単なる上限論を完全に論駁したことにはならない。なぜなら、「行為責任は刑罰を根拠づけない」というテーゼと、「単なる上限」論の主張内容は、完全に一致するものではないからである（より正確に言えば、「単なる上限」論の主張は二つに分析できるが、上記テーゼは、そのうちのひとつ——しかも、「単なる上限」論にとって本質的でないし、消極的責任主義とも無関係な主張——にすぎない）。

まず前提として、批判者が支持するところの、違法性と一般予防目的とを結びつける見解それ自体の妥当性は、別個に問われなければならない³⁹⁹。もっとも、これについてはひとまず措くことにしよう⁴⁰⁰。

その上で、批判者の指摘は、「消極的責任主義から、論理必然的に、『行為責任は刑罰を根拠づけない』という主張が出てくるわけではない」という形で読み替える限りでは、確かに正当というべきである。ただし、私見がそのように解する理由は、批判者とは異なり、不法を犯罪予防目的によって基礎づけるからではない。以下、その趣旨を説明する。

本章 I. 3-1. で確認した通り、私見は、刑罰論のレベルにおいて「制約された表出的抑止刑論」を採用する。その内容を改めて確認すると、これは、①公衆の正義観念に従った処罰を通じた積極的一般予防（および付随的に、消極的一般予防と特別予防）を、処罰を根拠づけ

³⁹⁸ 量刑論の文脈で同旨を述べるものとして、岡上 [1988] 94 頁以下。

³⁹⁹ 城下 [2009] 261 頁。

⁴⁰⁰ この点も含め、批判者自身の見解は、本章 II. 4. で検討する。

る理由、すなわち刑罰正当化の積極的理由としつつ、②罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、訴訟法上の諸原理、責任主義といった多元的な義務論的制約（規範的制約）を、処罰を限定づける理由、すなわち消極的理由として取り込むという、二段階の構造をもつ刑罰論である。ここでのポイントは、この「公衆の正義観念」には、素朴ないし日常的な犯罪・刑罰概念とでも呼びうるものが含まれている、ということである。例えば、「X は前途有望な若者を殺した。しかるべき報いを受けるべきだ」という、法的には素朴な考え方があるとき、そこには、「前途有望な若者を殺すこと」という罪の観念と、「しかるべき報いを受ける」という罰の観念とが含まれている。これを、上記②の「規範的制約」によって洗練させると、例えば前者は、故意有責に惹起された生命法益の侵害たる殺人罪として把握され（ただしもしかすると、例えば傷害致死かもしれない。日常的な言語使用としては、これも「人を殺した」の語義に入りうるためである。逆に言えば、殺人と傷害致死を明確に区別することも、規範的制約の効果である）、また後者は、20年の懲役刑などと把握されうる⁴⁰¹。日常感覚では、被害者が「前途有望であること」も罪の重さにとって重要な要素である（この事情は、例えば被害者が悪人であった場合よりも重く処罰する根拠となる）と考えられるかもしれないし、また「しかるべき報い」に含まれるのは、自由の剥奪ではなく、むしろ死刑や、身体刑ですらありうるかもしれないが、それらは規範的に制約され、排斥される。

ここには、批判者が展開していた論理をそのまま適用することができる⁴⁰²。順を追って説明する。まず、公衆の正義観念に内在している、素朴な犯罪概念がある。これに相応しい（と公衆が考える）罰を与えることには積極的一般予防効果がある。その意味で、素朴な犯罪概念は、積極的一般予防目的と結びついており、それによって正当化される。ところが、これは十分な正当化ではない。なぜなら、規範的制約が及ぼされていないためである。例えば公衆は、責任無能力者によって惹起された不法についても、それを処罰すべきだと考える可能性が十分にある。それに従って処罰を行えば、確かに積極的一般予防効果が生じるであろう。しかしそれは、責任なき不法が犯罪を構成しうることを認めることになり、まさに消極的責任主義に反する。したがって、たとえ積極的一般予防効果が一定程度、犠牲になるとしても、その追求を別個の観点から遮断するところの、消極的責任主義という規範的制約（義務論的制約）を貫徹し、行為者の自由および人権を保障しなければならない。このような規範的制約には、消極的責任主義の他にも、（消極的）罪刑法定主義、（消極的）行為主義、（消極的）法益保護主義など、様々なものが存在するのであって、規範的制約を責任主義に限定すべき理論的必然性はない。

ここで行われていることの論理構造は、批判者が行っていたことと全く同じである。すなわち、批判者の論理は、「（量刑における）行為責任＝不法－責任」というものであったが、これに対して私見は、「（量刑における）行為責任＝素朴な犯罪概念－あらゆる規範的制約」という理解に立脚しているのである。批判者の見解においては、不法が一般予防目的と結びつけられていたが、私見では、素朴な犯罪概念が積極的一般予防目的と結びつけられている。不法から消極的責任主義に反する部分を取り除き、そうして取り出された「行為責任」が刑罰を根拠づけるのと同様に、素朴な犯罪概念から、あらゆる規範的制約に反する部分を

⁴⁰¹ 本章 I. 3-2-4. で述べた、「消極的責任主義（など）の基準制約機能」と同じことである。

⁴⁰² 第 3 章 II. 3-3. 注（454）の本文部以下も参照。

取り除き、そうして取り出された「行為責任」は、刑罰を根拠づけるのである。

したがって、批判者が以上のような思考過程を踏まえて、「消極的責任主義から、論理必然的に、『行為責任は刑罰を根拠づけない』という主張が出てくるわけではない」という結論を導いたことは正当であり、私見もこれを支持する⁴⁰³。もっとも、これによって、「単なる上限」論の意義が完全に否定されるわけではない。その論拠は二つあるのだが、先に述べておけば、第一の論拠は失敗する可能性が高く、むしろ重要なのは第二の論拠である。

第一の論拠は次の通りである。まず確認すると、批判者は、「単なる上限」論に対して、それが刑罰目的と犯罪論の分離をもたらすことになる点を強く批判していた。ここにいう刑罰目的とは、本稿の用語法では、「刑罰正当化の積極的理由」であり、要するに犯罪予防目的である（応報刑論を採用するならば、応報ということになるが）。そうすると批判者の主張は、「犯罪論は、少なくとも部分的に、犯罪予防目的（刑罰正当化の積極的理由）によって根拠づけられなければならない」という形に書き直される。その上で批判者は、そうしなければ、上で引用したように、「何が『重大な犯罪』であるかの評価基準は、アプリアリに与えられている、ないし無目的に決せられるべきものであるということになりかねない」⁴⁰⁴のであって、「現代的な犯罪論（とりわけ違法論）からすれば、かかる理解を採りえないということは、理論的にみて、至極当然のこと」であるとまで断言するのであった。しかしこれは、結論からいえば、正しい公算が相当に高いものの、一応、疑問の余地もないではない。この「疑問の余地もないではない」ことが、第一の論拠である。

疑問の余地なしとする理由は、次の点にある。すなわち、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった、犯罪概念を構成するあらゆる規範的制約（基本原理）を、全て刑罰正当化の消極的理由であると理解することは、（ここでその証明を与えることはできないものの、原理的には）必ずしも不可能ではないと思われるのである⁴⁰⁵。すなわち、「何

⁴⁰³ より厳密に言えば、「消極的責任主義から、論理必然的に、『行為責任概念はいかなる意味においても刑罰を根拠づけない』ということが出てくるわけではない」という考えが正しい。なぜこのように言い換えるかという点、下で述べる通り、「責任刑の上限と下限は性質が異なる」という、「単なる上限」論のもう一つの含意はいまだに正しく、かつ、それは確かに消極的責任主義から論理必然的に導出されるためである。

⁴⁰⁴ 上注（397）。

⁴⁰⁵ 念のため述べておくと、いわゆる比例原則は、定義上、消極的なものではありえない。目的刑論と結びついた比例原則は、ごく簡略化して述べれば、刑罰によるベネフィット（その大部分は犯罪予防効果である）とコスト（例えば被処罰者に対する人権侵害や、刑事施設の運営費用など）を衡量して、前者が後者を最善の形で上回っていることを要求する原則であると定式化できる。しかしこれは、目的刑論の内容そのものを言い換えただけであろう（それゆえ、目的刑論を採用する場合には、比例原則が必ず妥当する）。目的刑論はそれ自体、帰結主義的な理論であり、帰結主義とは、ある行為や制度などのコストとベネフィットを衡量して、前者が後者を最善の形で優越することを理由に、当該行為または制度などを正当化する、規範倫理学上の理論枠組みなのであるから、その内容に比例原則が含まれているのは当然のことである。その上でここでは、予防目的と犯罪概念を分離する見解について述べているのであるから、ここにおいて比例原則は、犯罪概念を定義づける原理にはならない。これに対して、例えば不法を犯罪予防目的（法益保護目的）によって基礎づけるならば、その不法概念は当然、比例原則に服することになる（同時に、比例原則をクリアしていることは、当然、刑罰正当化の積極的理由となる）。もっともこ

が犯罪であるか」という形で記述される、犯罪の積極的定義をもたないような犯罪概念、言い換えれば、「法律に定められていない行為は犯罪ではない、行為でない態度は犯罪ではない、法益を侵害または危殆化しない行為は犯罪ではない、有責でない行為は犯罪ではない…」といった、消極的定義のみによって記述される犯罪概念を、少なくとも考えてみることはできる。さしあたり、否定的犯罪概念と呼ぶことができよう⁴⁰⁶。否定的犯罪概念の構想は、少なくとも犯罪論のレベルでは、成立するように思われる。すなわち、刑罰を積極的に根拠づけるのは犯罪予防目的のみであり、ただ、その追求は、上のように否定的に定義される犯罪概念の枠内で行われなければならない、と考えることは可能である。上に引用した批判者の表現を借りれば⁴⁰⁷、このときにはまさに、犯罪予防「目的の無制限の追求は、国民の自由保障の見地から危険であるので」、否定的犯罪概念という「柵」を設けることになるのであるが、この柵は、刑法の基本原則によって基礎づけられたものであって、無目的なものでは

の点、比例原則は、科刑の範囲を「制約」する原則であると表現されることがあるが、それは用語法として不可能ではないものの、混乱を招きかねないように思われる。すなわち、比例原則は、帰結主義的目的を追求する以上は当然に妥当する「制約」であり、その性質は帰結主義であるのに対して、責任主義のような、本稿がいう意味での規範的「制約」は、帰結主義的目的の追求には内在しない制約であり、むしろ帰結主義的目的追求を別個の観点から遮断するものなのであって、その性質は義務論である。このように、性質の異なる原則を、同じように「制約」と呼称することは、概念の混乱を招くことであって避けるべきであると思われる。実際、両者の混同は、例えば、犯罪予防という「社会全体の利益」から「個人」を守るための義務論的制約である責任主義を、上述したように帰結主義的な原則であり、すなわち社会全体の利益の追求そのものを最適化するための原則にすぎない比例原則によって置き換えることができる、というような誤解を招きかねないのである。

⁴⁰⁶ この点、犯罪論と刑罰論との関係について考察する松原（芳）[2007a] 235 頁以下は、「一般予防・特別予防といった刑罰目的から直接に犯罪論の内容および構成方法を演繹する立場」を「直結主義」と呼び、これに対して、「犯罪論をもっぱら被告人の権利を保障するための防波堤として、意識的に刑罰論と対立させる立場」を「対立主義」と呼ぶ、という分析軸を提示している。これを踏まえれば、ここでいう否定的犯罪概念は、対立主義を純粋に貫徹させる犯罪概念構想であると特徴づけることができる（そして城下説——およびおそらく、下で別途に検討する本庄説——は、対立主義を前提として量刑理論を展開するものであると理解できる。「全面的否定的犯罪概念」と呼んでもよいかもしれない。なお、本文でいう否定的犯罪概念は、この全面的なものを指す）。これに対して、小池説や、下で別途に検討する野村説、あるいは私見は、犯罪概念の中に、直結主義的契機と対立主義的契機の両方を認める、中間的な見解にあたることになる（例えば小池説であれば、不法概念は一般予防目的および応報によって基礎づけられるのであるから直結主義的であり、これに対して責任概念は、人権保障等のために、刑罰目的の追求を遮断するものとして捉えられるのであるから、対立主義的である。「部分的否定的犯罪概念」と呼んでもよいであろう）。最後に、やはり下で別途に検討する岡上説は、少なくとも一見する限り、直結主義を純粋に貫徹させるものであるように見える（これはいかなる意味でも否定的犯罪概念ではない、ということになる）。

結論としては、ここまで様々な形で論じてきた通り、かつ、下でも論じてゆくように、中間的な見解が妥当である（松原（芳）[2007a] 236-237 頁も同旨）。

⁴⁰⁷ 上注（397）。

全くないし、理論的に採りえないことが至極当然であると論難されるべきものでもない⁴⁰⁸。

もっとも、否定的犯罪概念の構想は——そもそも私見はこの構想を採用するものではないため、厳密にその可能性を検討したわけではないが——、まさに量刑論において破綻することになるようにも思える。ここでは、例えば「法益侵害・危殆化が不存在であれば、犯罪ではない」というような形で犯罪概念が定義されているわけであるが、このことから、「法益侵害・危殆化が存在していれば、犯罪である」ということを導くのであれば、それは論理的誤謬を犯している。なぜなら、論理的に言って、「限定づけるものは根拠づけず、根拠づけるものは限定づけない」ためである⁴⁰⁹。それゆえ、否定的犯罪概念からは、「法益侵害・危殆化が多く存在していれば、より重い犯罪である」という判断が出てくることもないように思われる。そうだとすると、否定的犯罪概念からは、不法の有無を画することはできても、不法を量化することはできないのかもしれない。不法がそのようなものである限り、同じことは責任についても妥当するはずである⁴¹⁰。以上の考察が正しいとすれば、否定的犯罪概念の構想は、帰責における消極的責任主義を基礎づけることはできても、量刑における消極的責任主義を基礎づけることはできないということになる⁴¹¹。なぜならこの構想は、行為責任（すなわち不法と責任）を量化することができず、したがって行為責任の程度に応じた刑（すなわち責任刑）を観念することもできず、そうである以上、責任刑の程度によって、犯罪予

⁴⁰⁸ もしかすると、城下 [2009] 261-262 頁において述べられている、批判者の上記批判に対する応答は、このような意味で理解することができるのかもしれない（しかし、定かではない）。

⁴⁰⁹ これは奇異に思われるかもしれないが、詳しくは、第 2 章 I. 2-1. 参照。

⁴¹⁰ もちろん、不法の方が、刑罰を根拠づけるものと解されているのであれば、責任が専らの消極的なものと解される場合であっても、量刑論における破綻はもたらされない。まさに上にみた批判者の見解のように構成すればよいためである。また私見のように、素朴な犯罪概念（正確には、不正行為と呼ぶことにしている）を、刑罰を根拠づけるものと解している限り、法益保護主義や責任主義などを全て消極的なものと理解したとしても、やはり量刑論における破綻はきたされない。要するに、「犯罪の重さ」が量化不可能になってしまうという難点は、犯罪の全ての要素を否定的に定義する場合にのみ生じる（全面的否定的犯罪概念）。これに対して、犯罪の一部の要素のみを否定的に定義するのであれば（部分的否定的犯罪概念）、上記の難点は生じないのである。批判者の犯罪概念も、私見の犯罪概念も、上述したところから明らかである通り、この部分的否定的犯罪概念に属する。

⁴¹¹ この点、小池（信） [2004] 311 頁は、不法は一般予防目的によって基礎づけられるため刑罰根拠づけ機能を有するが、責任は刑罰を限定づける要素に過ぎないという見地から、「(…) 違法性の大きさは、それ自体として刑量に変換することが可能な『実体』としての大きさであるが、責任の程度は、それ自体として刑量に変換できるような『実体』をもつものではない」とする。この考え方は——不法を一般予防と結びつけつつ、責任は純粋な刑罰限定づけ要素であるという前提をとる限り——正しいと考えられるが、そうであれば、不法と責任をともに、刑罰目的（刑罰正当化の積極的理由）から切り離された刑罰限定づけ要素（消極的理由）であると解する場合には、行為責任そのものが、「それ自体として刑量に変換できるような『実体』をもつものではない」ことになるはずである。つまり、そもそも行為責任を量化できないということになる。それは量刑における消極的責任主義の断念を意味しよう。したがって、本文で述べていることは、批判者の批判の延長線上にあることであると考えられる。

防のために必要な刑を量的に制約することもできなくなるためである。それは量刑における消極的責任主義の断念を意味する。上で「破綻」と述べたのは、このことである⁴¹²。この点を指摘するものと捉える限りで、批判者による「単なる上限」論批判は、正当かつ決定的なものであると考えられる。

しかし、仮にそうであったとしても、もちろん、私見には影響がない。その犯罪概念は、積極と消極の両面から定義されるからである。すなわち犯罪概念は、まずは公衆の正義観念に内在する素朴な犯罪概念として積極的に定義され、その上で、あらゆる規範的制約によって消極的に定義される。言い換えれば犯罪概念は、素朴な犯罪概念から、規範的制約に反する部分を取り去ることによって得られる。例えば、素朴なレベルでは「被害が大きければ罰も重くなる」という意識であったものが、「法益侵害の程度が大きければ責任刑も重くなる」というように書き直されるのである⁴¹³。こうして、私見においては、上にみたような量刑論（における消極的責任主義）の破綻はもたらされない。

しかし、以上の議論にもかかわらず、「単なる上限」論の意義は、必ずしも失われない。むしろ、批判者が、その批判から、あたかも「基礎としての責任刑」論が根拠づけられるかのように見える主張を展開する点には疑問がある。こうして議論は第二の論拠に移る。

第二の論拠は次の通りである。まずは結論的な部分から述べておくと、確かに、「単なる上限」論は、「犯罪論と犯罪予防目的は無関係である（行為責任は刑罰を根拠づけない）」というテーゼとセットで主張されてきたところ、それは既述の通り、おそらく不当であって、かつ、消極的責任主義から論理必然的に出てくることでもない。しかし、「単なる上限」論にはもう一つの含意が存在する。それは、「責任刑の上限を上回るのは絶対に禁止される一方で、下限を下回することは必ずしもそうではない」という含意であり、つまり、責任刑の上限と下限は性質が異なるということである。これは確かに正しく、かつ、消極的責任主義の論理的帰結であって、その意味で、「単なる上限」論には、未だに正しい主張が含まれているのである。

⁴¹² ただし、いわゆる消極的応報主義を規範的制約として丸ごと基礎づければ、この難点は回避される。つまり、その内容をここでの文脈に従って限定すると、「『不法と責任の程度に応じた刑を科する』のでなければ、刑罰は正当化されない」という内容をもつ規範的制約を認めるのである。ただし、目的刑論を採用する限り——相対的応報刑論をとる場合であれば、応報型相対的応報刑論ではなく、抑止型相対的応報刑論を採用する限り（応報型と抑止型については、上注（172）の文献を参照）——、そもそも応報（すなわち、不法と責任の程度に応じた刑を科すること）の正当性は否定されているはずであって、それにもかかわらず、なぜここに至って応報を再導入することができるのか、ということが問題となる（これについて詳細は、第 3 章 II. 3-2-2-1. 参照）。しかし、この問題をクリアすることは、おそらく不可能である。この点は、本章 II. 1-5. で議論する。

逆にいえば、もし、この問題がクリアされることがありうるのなら（ありえないだろうというのが私見ではあるが）、否定的犯罪概念に基づく量刑論は、破綻せずに成立することになると考えられる。つまり、城下説がそうであるとされるような、犯罪論と刑罰論の分離を前提とした量刑論は、それ自体、正当でありうることになる。そのとき、私見である均衡説との間に残された差異はただ、刑罰論における見解の違いのみとなる（もちろん、それも重要な争点である）。

⁴¹³ 上注（401）の本文部で述べたのと同じことである。

そう考えられる理由は、至ってシンプルである。本章 I. 3-4-2-3. で最終的に確認した通り、消極的責任主義によっては、行為者の刑罰受忍義務が基礎づけられる。つまり、行為者は、責任刑の幅を超えない限りにおいてのみ、刑罰受忍義務を負う。これは、犯罪予防という帰結主義的目的の追求を別個の観点（さしあたり言えば、行為者ひいては市民の自由と人権の保障）から遮断する、義務論的制約である。この意味で、責任刑の幅の上回りの禁止は、消極的責任主義の論理的帰結である。ところで、重い刑について受忍義務を負うのであれば、軽い刑についても当然に同様であるため、以上の考え方からは、幅の下回りの禁止は出てこない。言い換えれば、消極的責任主義という義務論的制約は、上回りの禁止のみを含意し、下回りの禁止は含意しない。

それでは、責任刑の幅の上限を超えない限り、いかなる刑も正当化されるのかといえ、当然、そうではない。責任刑の下限を超える刑の言い渡しには、積極的一般予防効果が認められるためである（このような犯罪予防目的によって、刑罰が「根拠づけ」られるというのは、既述の通り、確かなことである）。もっとも、これも本章 I. 3-4-2-3. で述べた通り、この下限を下回って、積極的一般予防効果にロスが生じたとしても、それを補って余りある（消極的一般予防の利益が生じるという場合はおよそ考えられないため）特別予防の利益が生じる場合には、下回りは正当化されうるのであって（厳密に言えば、積極的一般予防の利益についても同様である）、その可能性は——確かに、実際には考えにくいものの——決して排除されない。ここで重要なのは、このような、責任刑の上限を超えない限りでの刑の量定は、究極的には積極的一般予防目的と、特別予防目的との衡量判断であるに過ぎないということであり、これは帰結主義的性質をもった判断であって、義務論的なものではないということである。帰結主義的衡量と義務論的制約がどのような点で違うのかといえ、簡単に言えば、前者は覆されうのに対して、後者は決して覆されえないという点で異なる。例えば、上で述べた通り、確かに責任刑の下限を超える刑を言い渡すことは積極的一般予防上の利益があるが、それは、優越的な特別予防（または積極的一般予防）の利益によって、原理的には覆されう。これに対して、責任刑の上限を上回る刑を言い渡すことは、そうすることにどれほど大きな犯罪予防効果があったとしても、絶対に許されないのである。

かくして、責任刑の上限と下限は、前者は義務論的なもの、後者は帰結主義的なものであるという点で、その性質を異にするのである。この意味で、両者の間には「非対称性」があるのであって、「(…) 責任刑を下回る刑がもつ意味と、上回る刑がもつ意味とを、鏡を映したように対称的に解し、両者を同じ原理に基づいて論じることが適切でないのは、確か」であると言わなければならない⁴¹⁴。この非対称性は、既述の通り、消極的責任主義の論理必然的帰結である。このことを示唆する点で、「単なる上限」論には未だ正当性が認められると言わなければならない。それと同時に、消極的責任主義を承認するところの私見（均衡説）もまた、城下説と同じく、上述した意味での「単なる上限」論に与することになる。ただ、その具体的帰結は——城下説が想定しているものとは異なり⁴¹⁵——「基礎としての責任刑」論とほとんど同じである。なぜなら、繰り返し述べてきた通り、責任刑の下限を下回らなけ

⁴¹⁴ 野村（健） [2020a] 75, 76 頁。

⁴¹⁵ この相違は、積極的一般予防に関する理解の相違に起因する。すぐに後述する。

ればならないほど大きな特別予防上の要請が存在する場合というのは、實際上、考えにくいためである。とはいえ、理論的には、あくまで「単なる上限」論が正しいと言わなければならない。結局のところ、責任刑の上限のみならず、下限にまで絶対的（義務論的）な拘束力を認めるという意味での「基礎としての責任刑」論は、応報刑論（厳密に言えば、刑罰正当化の積極的理由に「応報を含む見解」のみが採りうる結論にほかならず、目的刑論（厳密に言えば、積極的理由に「応報を含まない見解」からは採用しえないものというべきであろう⁴¹⁶。

1-2. 消極的特別予防目的の考慮は排斥すべきか？

続いて、城下説の主張（2）を検討する。すなわち、量刑における積極的特別予防目的の追求は正当であるという主張である。ただ、すぐに述べる通り、私見は、積極的特別予防の正当性については——その経験的根拠を常に問わなければならないという重大な留保のもとで——基本的に異論がないため、以下における検討はむしろ、この主張の背後に存在するところの、量刑における消極的特別予防目的の考慮の排斥に重点を置いたものとなる。

さて、そもそも特別予防について考察するにあたっては、規範的検討のみならず、経験的知見を踏まえた検討も必要であるが、後者は下で扱うため⁴¹⁷、ここでは前者のみが関心対象となる。まず、積極的特別予防に、この点で問題がないことについては、異論はない。これに対して論者は、消極的特別予防としての威嚇と隔離について、そのような目的の追求そのものに批判的なスタンスをとっている。しかし、繰り返し述べてきた通り、刑が責任刑の幅の上限を上回らない限り、行為者はその刑について刑罰受忍義務を負う。その具体的な意味は、刑が上限を上回らない限り、その刑を受けることで「行為者が社会全体の利益のための犠牲とされても仕方がない」ということである⁴¹⁸。そうである以上、経験的根拠が存在する

⁴¹⁶ ただし、上記の非対称性を承認する場合であっても、結局のところ、特別予防的考慮に基づく軽減は、「一般予防のために最低限必要な刑」を下回らない限りで許されるのであり、かつ、この「最低限の一般予防刑」とは責任刑の下限のことに他ならないから、やはり特別予防による責任刑の下回りは許されず、「基礎としての責任刑」論が帰結する、という議論を行う可能性が未だ残されている。これも、上限と下限の非対称性を認める限りでは、「単なる上限」論に他ならないが、下限の下回りが例外的にすらあり得ないと主張するのであれば、それは本稿や城下説が支持する意味での「単なる上限」論とは異なる見解であって、それを「基礎としての責任刑」論と呼ぶという用語法は成り立ちえよう。しかし、いずれにせよ、上注（345）で検討したように、この戦略は成功しない。結局のところ、消極的責任主義をとり、責任刑の下限の下回りについて、その可否を予防的利益の衡量問題に還元する限り、下回りの可能性は（ごく例外的なものとするにせよ）肯定せざるを得ないのである。

⁴¹⁷ 本章 II. 4-3. 参照。

⁴¹⁸ 予防目的に基づく科刑は行為者を他人の利益のための手段として扱うことになる（から不当である）という原理——いわゆる手段化禁止原理——に基づく論証はしばしば行われるが、手段化禁止原理を文字通り貫徹することはできない（さもなくば、例えば侵害行政はいかなる場合でも正当化され得ないことになるが、そのような帰結は法的にも道徳的にも到底受け入れられないであろう）。手段化禁止原理には、必ず「解除条件」があるのであって、刑法の場面では、「責任」がこの解除条件としての役割を果たすのである（ただし、責任がなければ必ずこの解除条件がない、というべき論理的必然性は存在しない。刑法に関連する場面で、責任以外の解除条件が認められる可能性は存在するのであって、我々はまだそれを知らないだけであるに過ぎないか

限り（つまり、本当に予防効果があり、したがって法益保護という社会全体の利益にかなう限り）、責任刑の上限を超えない場合において威嚇目的や隔離目的を考慮してはならないとする理由は存在しないのではないだろうか。もちろん、威嚇や隔離に頼るよりも、社会復帰・再社会化を促す方が望ましいことは当然であるが、「行為者の再社会化も、特別『予防』論として構成される以上、社会全体の利益の増進のために、行為者に、自由や財産の剥奪という『害悪』を与えるものであることは否定しがたい」⁴¹⁹。積極的か消極的かの違いとはかわりなく、特別予防目的の追求とは常に、行為者の犠牲のもとでの公益の追求に他ならないのであって、そのような公益追求に伴う犠牲は、責任を根拠として、行為者に対してその受忍が義務づけられるのである。このような視座からみれば、社会復帰を目的とした受刑者の自由の制約であれ、威嚇や隔離を目的としたそれであれ、社会全体の利益を増進するための措置であるという点では変わりがない以上、その受忍根拠は、責任によって等しく説明されるというべきであろう。

さらにいえば、論者は、隔離は「犯罪行為者をも社会の一員と認めるべきであるという考え方と矛盾する」と批判していたが、そもそもこの問題点は、隔離措置に並行して、行刑上の取り組みとして、社会復帰のためにいわば「手を尽くす」ようにすれば、回避できるのではないだろうか。すなわち、基本的に行為者に改善の見込みが薄く、したがって社会復帰のための措置をとっても、そこから因果的に特別予防効果が発生する可能性は低いであろうと考えられる場合であっても（したがって、責任刑の上限を超えない限りで、ある程度重い刑を選択することの正当化根拠自体は、専ら隔離を通じた特別予防効果に求められることになるとしても）、それに甘んじてただ漫然と隔離するのではなく、その改善可能性を信じ続け、社会復帰のための働きかけを継続すればよいように思われる。そうする限り、行為者を社会の一員と見なしていないという批判は当たらないであろう。より抽象的にいえば、社会復帰・威嚇・隔離に関しては、「動機ないし目的」としてのそれらと、「効果」としてのそれらとを、明確に区別しなければならない。「威嚇や隔離のみを目的とした特別予防効果の追求は許されず、常に社会復帰を目的としなければならない」という主張と、「威嚇や隔離を通じた特別予防効果しか生じないと見込まれる場合であっても、それに基づく（責任刑の上限を超えない限りでの）刑の加重は許される」という主張は両立しうるのであって、前者の肯定から、後者の否定を演繹することはできないのである⁴²⁰。

かくして、論者の見解とは異なり、社会復帰だけでなく、威嚇および隔離に基づく特別予防効果についても、それに経験的根拠があるとすれば、責任刑の上限を超えない範囲で、量刑におけるそれらの追求が許されると解するべきである。

もしれないのである。上注（350）の本文部を参照）。この関連では、第3章II. 3-2-2-3. 参照。
⁴¹⁹ 小池（信）[2008] 18頁。同所でも引用されているが、松原（芳）[2004] 8頁も参照：「改善・教育措置といっても、犯罪防止という公益目的のために行為者を利用していることに変わりはない」。

⁴²⁰ 基本的に同旨として、小池（信）[2008a] 63頁：「行刑において再社会化目的を重視することと、量刑の加重根拠として、再社会化ではなく保安〔隔離と同義：引用者注〕を考慮することは、全く矛盾しない」。

1-3. 消極的一般予防目的の考慮は手段化禁止原理に反するか？

城下説の主張(3)を検討する。すなわち、量刑における消極的一般予防目的の追求はおよそ不当であるという主張である。上で確認した通り、論者はこの局面において、威嚇のための処罰は、「まさに当該犯罪行為者を『手段』化することとなり、憲法十三条の保障する『個人の尊厳』に反する」という論拠を重視し、その考慮が「行為責任の範囲内にとどまるものであったとしても」、行為者を手段化しているという「批判は同様に妥当する」と主張するのであった。しかし、これに対しては、上において、消極的特別予防としての威嚇および隔離について述べたのと全く同じ反批判が妥当する。確かに、消極的一般予防のための処罰は、行為者を、公益のための手段とすることに他ならない。そうすると一見、手段化禁止原理に反するようにも思える。しかし、手段化禁止原理には、常に「解除条件」があるのであって、刑法の場合は、責任がこの解除条件にあたるのである⁴²¹。逆に、もし、それでも手段化は許されないと主張するのであれば、論者が承認する積極的特別予防目的の、行為責任の範囲内における追求すら、その正当性を否定するのが一貫している。そうである以上、この点における論者の批判には理由がない⁴²²と考えられる⁴²³。

⁴²¹ 上注(418)参照。

⁴²² 結論同旨として、小池(信) [2008] 38頁以下。

⁴²³ この点、岡上[1994] 54頁以下の議論は、筆者の考え方もも整合するものとして援用できる。論者はまず、責任刑を上回る刑を、威嚇予防のために科することは責任主義に反し不当であることに異論はないが、ドイツにおいては、責任刑の範囲内における消極的一般予防目的の考慮も、「個人を手段として用いるという側面」(同上 56頁)をもつものとして、「人間の尊厳」(ドイツ基本法 1 条 1 項)に反するのではないかという疑義が取り沙汰されており、積極的一般予防目的や特別予防目的に関しても、結局は予防目的のために行為者を手段として用いていることに変わりはない以上、同様の疑義が妥当することを確認する。その上で、「思うに、『人間の尊厳』といっても、これは程度概念でもあ」るのであって、「どの程度まで、『人間の尊厳』を保障するか(…)については、(…)『人間の尊厳』の本質論から明らかになるわけでもない。結局は、国民の納得という要因を避けては通れないということになろう。犯罪行為者個々人が自らの人間の尊厳を害されていると感じるからといって、処罰を断念していたのでは、国民の司法に対する信頼は完全に損なわれることになろう。決定的なのは(…)、行為者の人間の尊厳を害する量・態様の刑罰ではないと国民が納得することである」とする(同上 55-56頁)。ここでは、「人間の尊厳に反しない刑(=手段化禁止原理に反しない刑)=国民の納得を得られる刑」という等式が成り立っている。この理解を前提としつつ、岡上説においては「責任刑=積極的一般予防刑」という等式も肯定されることから、「行為についての規範予防の観点から責任刑に重なるものであり、このような責任刑を科しても、(…)人間の尊厳を害しているとはいえない」と結論づける(同上 56頁)。その一方で論者は、消極的一般予防については、「これは経験的基礎をまったくもたないものであって、量原理(Maßprinzip)をもたないものである。すなわち、威嚇予防を考慮して刑罰が加重される場合、それには何らの根拠もないものといわなければならない、そのような量刑がおよそ許されるものでないことは当然であろう」と述べている(同上 56頁。岡上[1992] 44頁も参照)。

この議論には、結論においては賛成できるが、補足を要する。まず、論者は、責任主義を積極的一般予防に還元するという理解(責任刑=積極的一般予防刑)を前提としているが、これは不当である。ここまでに繰り返し述べてきた通り、責任主義は、「行為者が処罰を通じて犯罪予防という社会全体の利益の犠牲となるべき義務」すなわち「刑罰受忍義務」を理由づける機能を持ち、その点で、犯罪予防目的(刑罰正当化の積極的理由)の追求を別個の観点から遮断する「規

範的制約（外在的制約、刑罰正当化の消極的理由）」であると理解しなければならないが、論者の責任主義理解には、まさにこの観点が抜け落ちているのである。ただ、「責任刑＝国民の納得を得られる刑」という理解は、それでもなお誤りではない。この点も、ここまでにおいて（断片的に）説明してきてはいるが、理解しにくい点であるため、改めて確認しておく。まず責任主義は、「帰責における責任主義」として機能し、そのため例えば、予見不可能な不法は犯罪を構成しえない。続いて責任主義は、量刑事情の選別においても制約的に作用する（基準制約機能）。それゆえ例えば、行為者の素行が悪いという事情は、これを責任関連事情として考慮することができない。逆にいえば、「帰責における責任主義」の機能と、「基準制約機能」というフィルターによって、量刑上の行為責任評価の根拠としうる事情が出揃うことになる（厳密に言えば、量刑上の行為責任は不法も含むものであり、言い換えればここにいう行為責任とは「犯罪」と同義であるから、法益保護主義や行為主義のフィルターも機能しているし、罪刑法定主義のフィルターも、その他の様々な規範的制約のフィルターも機能している。例えば、強制性交の量刑において、性的自由の侵害の大きさを量刑上考慮できることは当然であるが、被害者が既婚者であったという事情をも取り上げて、そのような性交の反道義性を理由に、同事情を不法に関連する加重事情として考慮することは、法益保護主義に反するであろう）。このように、責任主義は量刑事情の選別において制約的に機能しているわけであるから、その効果として、刑量制約機能をも確かに有している。例えば、もし「行為者の素行が悪いこと」を責任関連事情として加重的に考慮できたとしたら、責任主義を尊重してこれを考慮しない場合よりも、量刑は重くなっていたであろう。もっとも、これは逆にいえば、責任主義それ自体に由来する刑量制約機能は、その基準制約機能の反射的効果にすぎないということである。ここで「刑の数量化論」を考える必要がある。たとえ、ある事件において考慮すべき量刑事情が全て出揃ったとしても、そこから、一対一対応で、「正当な刑量はこれだ」というように結論を導出することはできない（点であれ幅であれ、これは不可能であることに注意しなければならない。そもそも量刑の大前提たる法定刑や、そのまた前提である犯罪類型の切り出し方はもちろん、それらのさらなる前提である刑罰制度全体の科刑水準もまた、国・地域によってきわめて多様であって、そのいずれが規範的に「正解」であるかを導き出す手段を我々はもっていないはずである。例えば、有期自由刑の上限はわが国では 30 年、スウェーデンでは 18 年であるが、いずれかが正しいのか、それとも両者とも重すぎ、または軽すぎ、またあるいは中間に正解があるのか、我々には皆目見当もつかないのである。そうであれば、個別事件の量刑の絶対的な「正解」が、我々にわかるはずがない。このことはここまでにおいて、絶対的均衡性を理論的に導き出すことは不可能である、などと表現してきた）。したがって、量刑事情を刑量に変換するために、我々は量刑傾向を参照しなければならないのであった。この量刑傾向は、司法による大量の事件処理によって洗練されているとはいえ、あくまで裁判官（と裁判員）の慣習・直観に基づくものであり、裁判官・裁判員の直観はさらに、公衆の正義観念を反映した（少なくとも、反映させようとする）ものであると見なすことができる。それゆえ、「責任刑＝国民の納得を得られる刑（＝公衆の正義観念〔量刑傾向〕を反映した刑）」であるという理解は、確かに、部分的には正しい。すなわち、責任刑は、その基礎となる量刑事情が規範的に制約されている以上、国民の納得や直観といった「事実」にのみ依拠したものではなく、その限りで規範的正当性（これは消極的理由に照らした正当性であり、義務論的正当性と表現することもできる）を備えているが（この点を看過することになりかねない点で、上述した理解は部分的に不適切である）、それと同時に、量刑事情を刑量に変換する際には量刑傾向を参照せざるをえないことから、責任刑には、最終的には「公衆の正義観念」（を反映した量刑傾向）という事実的なものもまた入り込むことになるのである（とはいえ、公衆の正義観念にかなう科刑は積極的一般予防効果をもつのである以上、これを「事実的なもの」と表現するのは、厳密には正確でない。量刑傾向それ自体にも、積極的一般予防効果目的にかなうという点での規範的正

当性は存在するのである。しかしそれは、上にみた消極的理由に照らした正当性〔義務論的正当性〕とは性質の異なる、積極的理由に照らした正当性〔帰結主義的正当性〕である。

以上の理解をより簡潔に言えば、「行為者は行為責任の限度で刑罰受忍義務を負う→この『行為責任の限度』とは、責任主義の基準制約機能（などの、行為責任に及ぼされる様々な規範的制約）に基づいて量刑事情を選別し、それだけを考慮して数量化された刑の限度という意味である→規範的制約によって選別された量刑事情のみを考慮した『刑の数量化』に際しては、量刑傾向を参照することになるから、その意味で確かに、『行為責任の限度』というのは『国民の納得を得られる刑（公衆の正義観念を反映した刑）の限度』のことであるという理解は正しいが、あくまでもこの刑は、規範的制約を踏まえた量刑事情の選別を前提として導出されている刑である以上、この刑について行為者は受忍義務を負うということが出来る」というものである（確かにここにおいては、最終的には、量刑傾向という、責任主義によって直接に根拠づけられてはいないものによって「責任刑」が左右されるわけであるが、これには違和感もたれるかもしれないし、その違和感は必ずしも、完全に不当なものではない。なぜなら、責任主義の量刑制約機能を貫徹する上でもっとも理想的なのは、責任主義によって最終的に選別された量刑事情から、量刑傾向という所詮は直観・慣習の集積物に過ぎないものを介さず、ダイレクトに刑量を導出することであるということ、これは確かだからである。量刑傾向に従うことには積極的一般予防上の利益があり、それゆえ社会全体の利益になるが、それだけでは、「そのような社会全体の利益のために行為者が犠牲になるべき根拠」は説明されない。しかし、繰り返しになるが、上のようなダイレクトな刑量導出を行うためには、絶対的均衡性の「正解」を突き止めなければならないのであって、かつ、その正解を我々は決して知りえないのである。それゆえ我々は、責任主義に基づいて量刑事情が選別され、それによって刑量も一定程度は規制されているから——その意味で、行為者が当該刑量について受忍義務を負うべき理由が、完璧には説明されていないが、満足できる程度には説明されているから——よしとするか、それとも、あくまで責任主義の理想的貫徹を要求し、かつ、それは不可能である以上、刑罰制度そのものを不当とする〔つまり刑罰廃止論を主張する〕かという選択を迫られることになる。しかし後者は、刑罰制度がもつ犯罪予防効果をも完全に断念するものである以上、到底採用できない〔厳密に言えば、刑罰に代替する手段によって犯罪予防効果を実現できるとする立法論の展開はありうるが、その検討は本稿の射程を遙かに超えるため、扱うことができない〕。したがって我々は前者を選ぶことになる。かくして上述した理解が帰結するのである）。この理解に整合的なものとして解釈する限りで、岡上説の考え方は正当であるということが出来る。

なお、脇道に逸れるが、以上の議論は応報刑論に基づく量刑論にも妥当することに注意しなければならない。なぜなら、いかなる量刑論も、「量刑傾向の参照」を免れることはできないし、立法上の手当てを通じて法的刑を量刑スケールとして用いることにしても、その際にはやはり、従来の量刑傾向や、そのさらに背後にある公衆の正義観念を無視することなどできないはずだからである。応報刑論の側からは、目的刑論は行為者を手段化するという批判がしばしば行われるが、上述してきたような目的刑論側からのディフェンスすら認めず、あくまで手段化禁止原理の貫徹を主張するのであれば、それはブーメランのように自説に跳ね返ってくるのである。

本題に戻ると、以上からして、やはり行為責任の範囲内（責任刑の上限を超えない範囲）において、行為者は——この「範囲」は量刑傾向を前提として導出されたものであるにもかかわらず——刑罰受忍義務を負うといわなければならない。それゆえ、この範囲内であれば、消極的一般予防や特別予防の目的をいかに考慮しても、責任主義違反にはならない。それを否定する上で残された可能性は、上での確に指摘されていた通り、経験的根拠を否定することだけである。逆に言えば、経験的根拠が認められる限り、行為責任の範囲内における一般・特別予防目的の考慮を否定することはできない。

したがって、消極的一般予防目的は、責任刑の上限を超えない場合には、その追求が許されるというべきであろう⁴²⁴。むしろ、その問題性は、量刑を変動させることが消極的一般予防目的にかなう場合がありうるという考え方の経験的根拠にあると思われる。すなわち、個別事件の量刑を重くしたところで、そもそも社会の一般人は量刑相場を知らないし、仮に知っていたとしても——科刑の有無は予防効果を左右しうるとされるのに対して——科刑の程度は予防効果を左右しないという経験的証拠が存在するのである⁴²⁵。そうである以上は、結局、量刑における消極的一般予防の考慮は、経験的観点から、原則として、正当化される余地がないということになるであろう。そうすると、この点では、理由は異なるが、結論においては、城下説と基本的に一致することになる⁴²⁶。

1-4. 量刑上の積極的一般予防効果は、積極的特別予防目的の追求に伴う反射的效果として追求すれば足りるか？

城下説の主張(4)を検討する。すなわち、量刑における積極的一般予防目的は、積極的特別予防目的の追求に付随する反射的效果としてのみ実現すれば足り、量刑を左右する独立の要因とはならない、という考え方である。その背景にある考え方としては、次の二通りのものがありうるように思われる。すなわち第一は、積極的特別予防目的にかなう刑と、積極的一般予防目的にかなう刑とは、いわば予定調和的に一致するのであり、そもそも両者が矛盾することは想定されない、という考え方である。この点で注目できるのは、論者が、上で引用した通り⁴²⁷、自説を「刑の法定による一般予防を前提」とした、「量刑段階では主として特別予防的考慮に基づいて最終刑を決定しようとする見解」と定義づけていたことである。ここで一般予防目的が「刑の法定」と結びつけられていることの背後には、法定刑の枠内に収まる刑であれば、そのいずれを選択して言い渡しても一般予防効果に差異は生じない、という理解があるのかもしれない。この考え方では、量刑を通じた積極的一般予防効果の発生に関する経験的想定が鍵になっている。つまり、積極的特別予防刑は、積極的一般予防効果を考慮に入れても常に最善の⁴²⁸予防刑であるという主張も、あるいはまた、法定刑

⁴²⁴ ただし、上注(350)の本文部でも示唆した通り、「刑罰受忍義務を根拠づけるのは『責任』だけである」というべき理論的必然性は存在しない以上、経験的根拠があり、かつ、刑罰受忍義務を根拠づける場合には、一般・特別目的による責任刑の上回りも正当化される。

⁴²⁵ 特に、第3章II. 1-1. 注(288)本文部以下を参照。

⁴²⁶ ただし、ありうる例外として、本章I. 3-2-2-3. の(3)を参照。

⁴²⁷ 上注(372)。

⁴²⁸ この点は看過されやすいと思われるため、詳しく述べておくと、積極的特別予防刑には積極的一般予防効果がある、というだけでは不十分である。例えば、積極的特別予防に照らして最善の刑 X を言い渡すと、100 の特別予防効果と、50 の積極的一般予防効果が生じるとしよう。これに対して、X よりも重い刑 Y を言い渡すと、(例えば刑期の長期化に伴う非社会化効果によって)特別予防効果が80に落ちるが、この重い刑の方がよりよく公衆の正義観念にかなうことによって、積極的一般予防効果は100に上がるとする。この場合、前者は合計150の利益を実現し、後者は合計180の利益を実現することになるため、最終的に正当化されるのは後者である。この意味で、ある刑を犯罪予防効果によって正当化するためには、その刑に予防効果が「ある」と主張するだけでは不十分であり、それが「最善の」予防効果を発揮することまで示さなければ

の内部に収まる限り、いかなる量刑を言い渡しても（積極的）一般予防効果に差異は生じないという主張も、その真偽は経験的に定まるものである。続いて第二は、積極的特別予防目的にかなう刑と、積極的一般予防目的にかなう刑とは——法定刑の内部における量刑のレベルでも——矛盾することがありうるが、積極的特別予防刑でも一定程度の積極的一般予防目的は生じると考えられる以上、たとえその結果として生じる予防的利益が最善のものでもなくとも、それで満足すべきである、という考え方である。しかしなぜ、それで満足すべきなのだろうか？ ここで、上に引用したところの、「一般人の規範意識に作用させることを目的として責任相応刑を要求するならば、それは一般人の『応報感情』を満足させるための量刑へと転化するおそれがある」という論者の言明⁴²⁹を想起する必要がある。つまり、これを前提とする場合には、積極的一般予防目的を量刑においてダイレクトに追求すると、量刑が一般人の応報感情を満たすための場に変質してしまう危険性があるから、積極的一般予防効果の直接的追求は、避けるべきであり、積極的特別予防刑によって付随する効果で満足しておくべきだ、という主張が成立してくるのである。以上から明らかである通り、この考え方では、量刑における積極的一般予防目的の考慮に関する規範的主張が鍵になっている。

論者の主張は、以上の二つの考え方をともに自説の論拠として援用するものであると分析することができよう。そこで、それぞれの正当性を検討することになるが、その前提として、積極的一般予防効果に関する論者の理解を改めて確認・検討する。

論者は、刑罰論のレベルにおいて、積極的一般予防論の内容を、国民の法観念に合致した処罰を通じて国民の法意識を安定させ、その法に対する忠誠心を維持しようとするものであると理解していた。その上で、積極的一般予防の難点を、消極的一般予防とパラレルな形で指摘していた。すなわち、①積極的一般予防目的からは、国民の法観念が厳格なものである場合には厳罰化が要され、逆にこの法観念が緩いものであれば、かえって国民を引き締めて遵法性を高めるために厳罰化が要されることになるから、常に厳罰化が帰結することになる。②刑罰による積極的一般予防効果は経験的証拠に乏しい。③行為者を、積極的一般予防の利益のための手段として利用することになる。これに対して私見は、積極的一般予防の作用プロセスを、「公衆の正義観念に合致した処罰を通じた公衆の遵法性の維持」に求める。つまり、基本的な理解は論者と一致しているといえる。

その上で、論者の指摘する難点を検討すると、まず①のうち、「国民の法観念が厳格であれば厳罰化が帰結する」という側面について、確かに、公衆の正義観念に厳罰化志向が全くないとはいえない。もっとも、そもそも世論を厳罰化支持に至らしめる過程では、経験的調査を通じて明らかにされている通り、その正義観念だけが原因となっているわけではなく、その時々の報道傾向や社会的・政治的状況も強く作用している⁴³⁰。その意味で、公衆の正義

ならないのである。したがって論者は、「積極的特別予防刑は、積極的一般予防効果を考慮に入れても常に最善の予防刑である」という経験的主張にコミットせざるを得なくなる。そうする場合にのみ、積極的一般予防目的は量刑を左右する独立の要因ではない、という主張を正当に展開できるのである。しかし、このような経験的主張は事実と反する（証拠として、第 3 章 I. 5-1.）。

⁴²⁹ 上注 (384)。

⁴³⁰ 第 3 章 II. 2-1. 注 (349) 参照。

観念における厳罰化志向は、過大評価される傾向にあるということは留意されてよいであろう。また、少なくとも私見は、常に公衆の言いなりになろうとするものではなく、その科刑要求に対して様々な規範的制約を及ぼすものである。これによって厳罰化に歯止めをかけることが可能なのであって、その点で、規範的制約を考慮に入れず、例えば責任主義をも積極的一般予防目的に還元してしまうような「裸の積極的一般予防論」とは決定的に異なるのである。厳罰化の懸念は第一に、そのような裸の積極的一般予防論に向けられるべきものであり、私見にとっては必ずしもクリティカルなものではないと考えられる。さらにいえば、およそ目的刑論をとり、刑罰を通じた犯罪予防効果の実現を期するならば、経験的にみて、処罰に際して公衆の正義観念を顧慮することは避けられない。もしそこで、公衆の正義観念そのものを捨象してしまうならば、それは刑罰の犯罪予防目的をも否認することになるが、それは「たらいの水と一緒に赤子を流す」ことに他ならないであろう。したがって、社会の厳罰化欲求を生じさせる経験的プロセスと、それに対抗するために利用可能な規範的制約とに留意して、厳罰化リスクとうまく付き合いながら、刑罰による犯罪予防効果を追求するのが、最も生産的な態度であると考えられる⁴³¹。続いて、①のうち、「国民の法観念が緩ければ、それを引き締めるために厳罰化が帰結する」という側面について、そのような議論を「積極的一般予防論」の名の下に主張する見解に対しては、積極的一般予防を経験的に正しく理解しておらず、それを消極的一般予防と混同しているという批判が妥当であろう（厳密に言えば、繰り返し述べてきたように、「刑を重くすること」に消極的一般予防効果はないというのも確立した経験的知見であるから、たとえ消極的一般予防論であったとしても、このような考え方は経験的に誤っているのであるが）。私見からすれば、そのような場合には端的に寛刑を科するべきである。公衆の正義観念が犯罪的行為に対して不当に寛大であると考えられる場合に、我々がとるべき選択肢は重罰化ではなく、公衆とのコミュニケーションを通じて正義観念そのものに働きかけ、公衆の納得を得ることでこれを変容させることである（その手段として、いわゆる象徴立法が経験的に有効かつ規範的に妥当と言いうるかという発展的問題は、ここでは措く）。したがって、この側面の批判は、少なくとも私見には当たらないものであって、むしろ、このような批判が妥当するような「積極的一般予防論」は、その名に値しない、経験的に不当なものであるというべきである。

続いて、②積極的一般予防効果には経験的証拠が乏しいという点であるが、これは私見には当たらない。本章 I. 3-1. でも確認した通り、公衆の正義観念に従った処罰から積極的一般予防効果が生じるという想定には、経験的根拠がある。最後に、③行為者を手段として扱うことになるという批判は、上において消極的特別予防および消極的一般予防との関係で述べたのと同じ反批判によって解消される。すなわち、行為者に責任がある限り、その者の刑罰受忍義務（犯罪予防という社会全体の利益のために犠牲を払うべき義務）が根拠づけられるのである以上、責任の範囲内においてであれば、犯罪予防目的を追求しても、手段化の問題は生じないのである。

以上の検討を踏まえて、論者による、「量刑における積極的一般予防目的は、積極的特別予防目的の追求に付随する反射的效果としてのみ実現すれば足りる」という主張の検討に立ち戻ろう。既述の通り、その背後には二つの考え方があり、一方は経験的なものであって、

⁴³¹ なお、私見と厳罰化の関係については、上注（168）も参照。

他方は規範的なものであると考えられるのであった。

第一の考え方（経験的なもの）について検討する。結論からいえば、このような想定に経験的根拠はないというべきである⁴³²。なぜならまず、公衆の正義観念から要請されるのは、応報——周知の通り、この概念は多義的であるが——にかなう刑であって、特別予防にかなう刑ではない。このことは、アメリカにおける実験研究によって確認されており、わが国でもそれに倣った実験が行われて、やはり同様の結果が報告されている⁴³³。それゆえ、積極的特別予防刑と、積極的一般予防刑は明白に矛盾するのであり、両者の間に予定調和は成立しないのである。また、法定刑の枠内に収まる刑であれば、いずれを選んでも積極的一般予防効果においては等価であるという想定も、経験的にみて承認できない。経験的調査を通じて明らかにされている通り、公衆の正義観念は繊細なものであって、同一の犯罪類型の内部でも、ふさわしい刑量が異なる様々な下位類型を区別するのである⁴³⁴。したがって、積極的一般予防効果のためには、法定刑の内部でも、公衆がふさわしいと考える刑量の相違を量刑に反映させなければならない。この点での論者の主張に理由はないというべきである。

それでは、第二の考え方（規範的なもの）についてはどうであろうか。ここでは、「一般人の『応報感情』を満足させるための量刑へと転化する」ことの問題性の本質を見定める必要がある。この点に関して論者はそれ以上の説明を与えていないものの、おそらく、量刑が応報感情の言いなりになって、厳罰化に向けたその暴走に対して歯止めをかけることができなくなるということが、その懸念の中核にあるのではないかと考えられる。そうであるとすれば、それに対しては、上において述べたところの、厳罰化の懸念に対する私見の応答がそのまま妥当することになる。我々は、厳罰化の懸念のために、量刑における積極的一般予防目的の考慮をやめてしまう——その結果として、犯罪予防効果という「赤子」を流してしまう——べきなのではなく、その厳罰化リスクに、経験的側面と規範的側面の両方から対抗しつつ、これとうまく付き合っていくべきなのである。したがってこの点でも、論者の主張に理由はないといわなければならない。

以上から、論者の主張に反し、積極的一般予防目的は、量刑を左右する独立の要因であると考えべきである。具体的には、私見の枠組みからすれば、「行為責任にふさわしい刑」を言い渡すことが、最も積極的一般予防目的にかなう手段であるから、その意味で積極的一般予防目的は、量刑における、独立していると同時に最も重要な要因であることになる。

1-5. 特別予防的考慮に基づく量刑の加重は禁止されるべきか？：城下説からの主張

城下説の主張（5）を検討する。すなわち、たとえ責任刑の幅の内部であっても、特別予防的考慮に基づく量刑の加重は許されないという主張（特別予防加重禁止説）である⁴³⁵。そ

⁴³² なお、城下説に対するこの方面からの批判として、本庄 [2002] 219-220 頁も参照。

⁴³³ 第 3 章 I. 5-1. および II. 2-1. 。

⁴³⁴ 特に、第 3 章 I. 2-2. 。

⁴³⁵ なお、野村（健） [2020a] 79 頁以下は、この主張それ自体に対しては批判的にコメントしつつも、結論としては、「特別予防加重禁止説によって示された、特別予防的事情の範囲を責任主義によって画するという問題意識は正しいといえる」（同上 89 頁）として、特別予防的考慮に対する、責任主義による「質的制約」そのものは認める。つまり、城下説における「特別予防加重禁止説」は、特別予防的考慮に対する責任主義の質的制約を、その「評価方向」に関する問題

の根拠として論者は、上で引用した通り、「責任とは無関係な事情を判断資料とした予防的考慮の結果、より重い刑罰が選択されたならば(…)『質的』には責任主義が予防的考慮に譲歩したことを意味する」と述べていた⁴³⁶。

しかし、論者の量刑論体系を前提として考えると、この主張は極めて奇妙なものに映る。理由を説明すると、まず、ここまでに於いて繰り返し強調してきた通り、刑罰論において根本的に重要な思考枠組みは、刑罰正当化の「積極的理由」(刑罰を根拠づける理由)と「消極的理由」(刑罰を限定づける理由)の区別である。このうち「積極的理由」は、しばしば「刑罰目的」と呼ばれるものであり、城下説において、それは専ら「犯罪予防目的」に求められる。さらに、既に確認した通り、城下説の場合、量刑のレベルでは、犯罪予防目的の中でも「積極的特別予防目的」のみが、量刑を左右する独立の要因として承認される。その一方で、城下説において「消極的理由」の役割を果たすのは、まさに消極的責任主義である。

要するに、量刑において「処罰を根拠づける」のは「犯罪予防目的」であり、これに対して、消極的責任主義から導かれる「行為責任」は、「処罰を限定づける」ものに過ぎないことになる。したがって、これを素直に推し進めれば、積極的特別予防の考慮は、刑罰を根拠づけるものとなる以上、これが量刑を加重する契機となるのはいわば「当たり前」のこととなるはずであって、それに対して、行為責任の考慮が刑罰を加重することの方がこそ——これが消極的理由に過ぎないことに照らして——むしろ奇妙なことであり、その理論的成否が検討されるべきことになるはずである。それにもかかわらず、論者は、特別予防加重禁止説を主張する段階では、むしろ、行為責任関連事情は刑罰を「根拠づける」ことを前提としており、その一方で積極的特別予防関連事情は、行為責任によって根拠づけられた刑を単に、消極的に「限定づける」に過ぎないものとして扱っているように見える。しかしこれは、端的に言って、城下説の前提からみても背理であって、体系内在的な矛盾を犯しているというべきではないだろうか。

すなわち、城下説における——おそらく、最大の——理論的難点は、行為責任が、それ自体で刑罰を根拠づけることを説明できない、というところにあるはずである⁴³⁷。これは、本章 II. 1-1. において、特に否定的犯罪概念との関係で述べた事柄であり、すなわち、「量刑における消極的責任主義」を理由づけられないという問題と同じものである。同所で述べた

として扱うのに対して、野村説はこれを、「量刑事情の選別」に関する問題として読み換えるのである。このような野村説の主張については、本章 II. 5-1. で検討する。

⁴³⁶ 上注(387)。

⁴³⁷ というよりも、そもそも、「行為責任は刑罰を根拠づける」という主張は本来、「基礎としての責任刑」論の主張であり、「単なる上限」論は、これを積極的に批判するものであったはずである。ただ、その理論的帰結は、「幅の上回り・下回り」に関する争いに限定されるものではなく、行為責任関連事情の加重禁止説にも及ぶはずであるということは、従来、あまり意識されてこなかったのかもしれない。しかし、本章 II. 1-1. において検討した批判者の見解——小池説——が、(不法は刑罰を根拠づけるのに対して)責任は刑罰を限定づける要素に過ぎないという前提から、責任関連事情は軽減方向でのみ考慮されるという結論を導いたのと同様に、行為責任全体を「刑罰を限定づける要素」と解するのであれば、行為責任関連事情すなわち不法関連事情と責任関連事情の全部について、軽減方向でのみその考慮が許されると結論づけるのでなければ、背理である。

通り、この問題の解決策としてありうるのは、おそらく、「『不法と責任の程度に応じた刑を科する（すなわち、応報にかなう刑を科する）』のでなければ、刑罰は正当化されない」という内容をもつ規範的制約を認めることだけである⁴³⁸。

しかし、これは成功するとは思われない。まず、この解決策の中に含まれているところの、「不法と責任の程度に応じた刑を科する（すなわち、応報にかなう刑を科する）」ことは正当であるという主張は、城下説がその出発点において否定したはずであるところの、応報刑論（正確に言えば、刑罰正当化の積極的理由に応報を含める見解）そのものである。したがって、まずは刑罰論のレベルにおいて、一度は正当性を否定したものを、なぜ、特段の説明もなく再び導入できるのかという問題、すなわち「応報の不当な再導入」という問題が生じる。それは、玄関口から追い払った応報をこっそりと裏口に招き入れることであって、許されない理論的矛盾であると言わなければならない⁴³⁹。

それだけではなく、この問題は量刑論にも波及する。なぜなら、まず、上の解決策をとる場合、不法と責任の程度に応じていること（応報にかなうこと）は、刑罰正当化の積極的理由であるという主張にコミットすることになる⁴⁴⁰。しかし、これは、行為責任は刑罰を根拠

⁴³⁸ 上注（412）参照。

⁴³⁹ 第 3 章 II. 3-2-2-1. 参照。なお、野村（健）〔2020a〕17 頁は、「そのような批判は、しばしば『処罰を限界づける要素は同時に処罰を根拠づける』というテーゼに依拠してなされる」とした上で、このテーゼを排斥することによって、上記批判の正当性をも否定している。確かに、このテーゼが不当であるのは論者が指摘する通りである（第 2 章 I. 2-1. 参照）。しかし、本文で述べてゆく通り、上記批判は、このテーゼとは無関係に主張することができる。

実際、論者自身も、このテーゼとは無関係に上記批判を展開していたことがある。すなわち、野村（健）〔2020〕422-423 頁は、城下説のような立場は「予防の必要性を考慮せずに、責任刑、つまり、『正当な非難』としての刑を導くことが可能だという前提に立」つものであると分析した上で、それと同時に、刑罰目的を犯罪予防による法益保護に求めるという考え方も維持するのであれば、「この考え方からは、犯罪予防にとって不必要な刑罰（非難）は、正当化されないはず」である以上、上述した立場は「犯罪予防目的からみた必要性が明らかでない刑罰を、『正当な非難』として認めるものであり、支持し得ない」とする（野村（健）〔2020a〕13 頁も参照：「絶対的応報刑論を否定し、法益保護に役立たない処罰は正当化されないと考える限り、予防的必要性がなければ、いかなる刑罰も正当化されない。正当化されない刑罰を、『責任に応じた刑』と評価することはできないのではないだろうか）。これは、本稿の用語法でいう「応報の不当な再導入」を的確に表現したものであって、正当な指摘であろう。

⁴⁴⁰ 城下説の前提を維持しつつ、この方向性をとる場合、より具体的に述べれば次のような理論構成に至ることになる。すなわち、もともと承認されているところの消極的責任主義を排斥するわけにはいかない以上、これは引き続き保持することになる。つまり言ってみれば、積極的責任主義と消極的責任主義を同時に採用することになる。より厳密に言えば、犯罪予防と応報（責任）を両方とも積極的理由に組み込み、その上で、責任を消極的理由にも組み込むことになる（消極的責任主義）。

刑罰論上、このような理論構成をとることは、一応、論理的には可能である。第 2 章 I. 2-2. では、これを「非帰結主義的折衷主義」と定義した上で、検討の俎上に載せた。そして、同所で述べた通り、この理論は——上述した「応報の不当な再導入」という批判を措いたとしても、それとは別個に——刑罰論として成功しないと思われるが、ここではこれ以上言及しない。ひとまず、上に述べた「応報の不当な再導入」問題、および以下に述べる量刑論上の問題に加えて、刑罰論のレベルでさらなる問題が生じるということを示唆しておくにとどめる。

づけるという主張に他ならない以上、量刑論のレベルでは、「基礎としての責任刑」論に至る。したがって、城下説の根幹であるところの「単なる上限」論とは、正面から矛盾する帰結を受け入れることになるのである。そうすると、この解決策は取りえないであろう。

以上から明らかであるように、城下説と特別予防加重禁止説は両立しない。むしろ、論者自身が、消極的責任主義を徹底するならば、「単なる上限」論を「支持することが理論的に一貫している」⁴⁴¹と正しく指摘しているわけであるが⁴⁴²、この正しい認識を——本章 II. 1-1. でみた通り、小池説や私見のような形で、行為責任と犯罪予防目的を部分的に結びつけるという理論構成をとらずに——徹底するならば、量刑における消極的責任主義を断念し、行為責任加重禁止説を支持することこそが理論的に一貫していると言わなければならないのである。一応、この考えに従えば、(犯罪論のレベルでは、帰責における消極的責任主義が作用しているが、その上で) 量刑においては専ら積極的特別予防目的によって定め、そこから、行為責任に関連する本来的軽減事情がある場合には、それに基づく軽減のみが行われる、という立場が帰結することになるであろう。しかし、このような帰結自体が到底受け入れ難いものである点に加えて、この立場の最も核心的な趣旨であるはずの、量刑における消極的責任主義の徹底が、その(誤った方法による)徹底それ自体によって、かえって消極的責任主義の断念を招いている点に鑑みれば、もはや、この見解は量刑基準論として破綻してしまっていると評価すべきであるように思われる。この事態を避けるためには、既述の通り、犯罪概念と刑罰目的(刑罰正当化の積極的理由)の完全な分離をやめ、両者を何らかの形で結びつけるという選択肢をとるほかにないものと考えられる。逆に、この選択肢をとれば、この難点は解消されるし、「単なる上限」論も維持できる(つまり、そうしてこそ量刑における消極的責任主義を徹底できる)のである。

かくして、ここにおける特別予防加重禁止説は、そもそもその主張のための前提を欠くのである。ただ、最後に述べた通り、犯罪概念と犯罪予防目的を結びつける見解をとれば、「前提を欠く」という事態もまた治癒されるため、特別予防加重禁止説も再び選択肢に入ることになる。ところで、私見である均衡説は、「犯罪概念と犯罪予防目的を結びつける見解」の一種である。そこで最後に、均衡説の立場から、なぜ特別予防的考慮に基づく加重を禁止しなくてもよいのかを説明しておけば、特別予防加重禁止説に十分な対応をとったことになるであろう。

既に述べた通り、論者は、責任刑の範囲内であっても、行為責任とは無関係な事情を特別予防の観点から評価して、それを加重根拠にするならば、「責任主義が予防的考慮に譲歩」することになると批判していた。しかし、このような「譲歩」がなぜ問題であるのかということは、刑罰制度において責任主義が果たすべき実質的な機能から説明されなければならない。そこで検討すると、繰り返し述べてきた通り、責任主義の機能は、行為者が、処罰を通じて、犯罪予防という社会全体の利益のための犠牲となるべき義務、すなわち刑罰受忍義務を根拠づけることに存する。そうすると問題は、「責任とは無関係な事情によって、特別予防の観点から加重されたぶんの刑」について、行為者に受忍義務がないというべき理由が

⁴⁴¹ 城下 [2009] 4 頁。

⁴⁴² 本章 II. 1-1. で述べた通り、「単なる上限」論の本質は、責任刑の上限と下限の「非対称性」を承認することにあると理解する限り、この言明は正しい。

あるかどうか、という点に還元される。しかし、そのような理由は存在しないであろう。責任刑の上限を超えるものでない限り、行為者はその刑を受忍すべきなのであって、量刑における消極的責任主義の内容は、刑の数量化の段階では、これに尽きる⁴⁴³というべきである。また、これは上で述べたことと表裏一体であるが、私見は目的刑論を基調とするものである以上、犯罪予防目的は刑罰を根拠づけるものと理解されるのであり、したがって、犯罪予防に関連する事情が加重方向で考慮されうるのは当然のことである。

逆に、この結論を否定するためには、「責任主義は、責任に関連しない事情の加重的考慮を排斥する機能を有する」（つまり、責任関連事情のみが加重方向で考慮されうる）という主張を基礎づける必要があるが、端的に言ってそれは、責任応報のみを刑罰正当化の積極的理由と解する見解、すなわち積極的責任主義・応報刑論のみが採りうる帰結であろう。論者は、正当にも目的刑論を採用し、かつ消極的責任主義を採るにもかかわらず、消極的責任主義と積極的責任主義を混同し、後者を承認する場合にのみ主張しうる帰結を、前者の名の下に主張するという理論的誤謬を犯しているのではないかと疑われる。

以上の理由から、私見は、特別予防加重禁止説を不当と解し、これを採用しない。

最後に、一点補足しておく。論者は特別予防加重禁止説の起点となる問題意識として、既に引用した通り、「『損害回復に積極的であったこと』を（反省の情を示す資料として）有利に考慮する一方で、『損害回復の努力を怠ったこと』を不利な事情とすることは許されるであろうか」と述べていた⁴⁴⁴。この問題意識は、「損害回復の努力を怠ったこと」を理由に量刑を加重される⁴⁴⁵のは被告人に酷であるという考えに基づいていると思われる。しかし、本章 I. 3-3. で行なった議論を踏まえれば、この事情は、「損害回復を行ったこと」という本来的軽減事情の不存在として把握される。したがって、参照されている量刑傾向において損害回復が行われているのが通常であるならば、端的に言って、具体的評価方向は加重とすべきである（これも、もしここにおいて加重を否定するならば、かえって、他の被告人たちによる損害回復に向けた努力を否定することにもなりかねない以上、それが本当によい帰結であるかどうかは、慎重に考慮する必要がある）。しかし、参照されている量刑傾向に含まれている事例群においては、損害回復が行われていないのが通常であることも多いと考えられるのであって、そのような場合であれば、上記事情の具体的評価方向は中立となり、行為者が不利益を被ることはない⁴⁴⁶。そうすると、上の問題意識が、どこまで深刻に受け止める

⁴⁴³ 消極的責任主義の刑量制約機能である。責任主義は、その前提として、量刑事情の選別において作用するところの、基準制約機能も果たす。本章 I. 3-2-4. 参照。

⁴⁴⁴ 上注（387）。

⁴⁴⁵ 実際、裁判員が、損害回復を行うのは当然のことであるから、それを量刑上有利に考慮すべきではなく、むしろ、損害回復を行っていないことを不利に考慮すべきである、という意見を示すことは「模擬裁判を通じて各地で見受けられて」いる、という報告がある（金岡 [2010] 85 頁）。また、損害回復の意義・影響力に関する裁判官の理解と国民感覚の差異はアンケート調査でも確認されている（司法研修所編 [2007] 34 頁）。

⁴⁴⁶ これを裁判員に対する説明という文脈に引き直すと、例えば、量刑評議において、被告人による損害回復に対する量刑軽減に対して、「損害回復を行うのは当然のことであるから、それを根拠に量刑軽減をすべきではない」という意見が示されたときには、次のような説明を示すことができる：「確かに、損害回復は行って当然だという考え方もありうるどころです。しかし、そうであるからこそ、損害回復を行った被告人の量刑は、損害回復という当然のことすら行っていない

必要のあるものであるのか、そもそもの問題設定の仕方が誤っているのではないのか、といった点について、再考を要するようと思われる。

なお、特別予防加重禁止説（に近い主張）は、野村説からも唱えられている。これについては、本章 II. 5-1-1. を参照。

1-6. 補論：城下説に基づく刑の数量化プロセス

さらに、城下説には、刑の数量化論との関係でも若干の疑問があるため、補論として言及しておく。

まず最初に、もし、本章 II. 1-5. で行なった考察が正しかったとすれば、城下説は、「積極的特別予防刑を上限として、そこから行為責任関連事情に基づき刑を軽減する（なお、量刑における消極的責任主義は、そもそも妥当しない）」という数量化プロセスをとることになるが、これが受け入れられないものであることは当然であって、それ以上に議論すべきことはなくなる。しかし、上記考察をひとまず捨象して、城下説それ自体の主張を前提としつつ、それはどのような刑の数量化プロセスと整合しうるのかを考えてみることに、意味があろう。そこで、以下検討を加える。

刑の数量化論の観点からみたときの、城下説の際立った特徴は、犯罪予防目的と行為責任を「分離」するところにある⁴⁴⁷。すなわち、同説の思い描く刑の数量化プロセスは——筆者の推測に過ぎないが——、まずは応報刑論の支持者になったつもりになって、行為責任のみ

ない者に対して科された刑よりは軽くすべきなのではないでしょうか。なぜなら、もしここで量刑軽減を否定したならば、当然のことをした被告人と、当然のことすらできなかった者が同等に扱われることになって、損害回復を怠った者が、かえって得をすることになるからです。抽象化すれば、損害回復に限らず、任意の量刑事情の評価方向に関して、裁判員と裁判官の間に見解の対立があるように見えるとき、その対立は、本章 I. 3-3. で導入した「本来的评价方向と具体的評価方向の区別」を明確にすることによって解消できる場合があると考えられる。

なお、上の説明は、「損害回復は本来的軽減事情である」という理解を論理的前提としている。したがって逆に、「損害回復を怠ったこと」を本来的加重事情と把握すべきであるという理解が裁判員から示された場合——これによると、むしろ過去の量刑傾向が（損害回復の不存在を根拠とする量刑加重が行われていないという意味で）不当に軽かったのであるから、本件では、損害回復を行っていない先例群と同等の刑を科すること、すなわち量刑軽減を行わないことによって、不当な量刑傾向を是正すべきである、という主張が成り立つ——には、裁判員と裁判官の間に、量刑事情の評価方向をめぐる真正な対立が存在していることになる。しかし、本来的评价方向は量刑の本質（刑罰論と犯罪論を踏まえた量刑の目的と基準）から演繹されるべきものであるから、裁判員よりも裁判官の判断が優先される「専門的判断事項」（小池（信）[2009] 618 頁）に属すると解すべきである。したがって、裁判官が損害回復を本来的軽減事情と考えるのである限り、その理論的根拠を十分に説明することで、裁判員に理解を求めるべきことになろう。損害回復に限らず、任意の量刑事情の本来的评价方向について見解の対立が生じた場合も同様である。

⁴⁴⁷ 野村（健）[2020] 422 頁。なお、野村（健）[2020a] 13, 38 頁では「責任純化論」と呼ばれているが、これは、行為責任を犯罪予防目的から分離し、すなわち行為責任をそれ自体に「純化」するという側面を捉えた表現であって、すなわち、その意味するところは「分離論」の意味するところと同じである。

を顧慮して責任刑の幅を見出し、続いて、積極的特別予防の観点から、その刑を順次軽減してゆく、というものであると思われる。

しかしまず、既述の通り、応報刑論の正当性を否定しているはずであるのに、なぜ「応報刑論の支持者になったつもり」になることができるのか、そして、その見地から見出された量刑が、量刑を正当に制約するものであるとどうして認められるのか、という問題がある（上述した、「応報の不当な再導入」の問題）。とはいえ、この点は既に批判を加えたため、ここでは措くことにしよう。

行為責任の考慮が終了した後は、積極的特別予防の観点に基づいて量刑の軽減のみを行うわけであるが、この軽減の「基点」はどこに求められるのだろうか。この点も、確定的に判断することはできないが、おそらく、私見の採用する刑の数量化プロセスを前提とする限り、「第一段階で見出される幅（から予防的考慮の影響を差し引くことで観念された幅）」⁴⁴⁸の上限から出発して、問題となっている事件において存在している、積極的特別予防に関連する本来的軽減事情を選別し、それらの事情が先例においてどの程度の重みをもって考慮されていたのかを参考にしながら⁴⁴⁹軽減を行なってゆくことになる、と考えるのが自然であるように思われる。

もっとも、このような数量化プロセスは、量刑実務が前提としている立場とは大きく乖離している⁴⁵⁰ため、実務に対する提案としては受容されにくいであろう。それを覆すほどの理論的な正当性が備わっていれば、この点はもちろん、クリティカルな問題とはならないが、ここまで述べてきた通り、同説の理論的正当性に関して、相当程度の疑問が向けられる。さらにいえば、それ以前の問題として、そもそも量刑傾向は量刑実務における量刑基準理解を前提として積み重ねられているものである以上、これと著しく乖離している城下説が、量刑傾向を刑の数量化に際して利用することは正当でありうるのか（量刑傾向を利用して刑を数量化すると、城下説の理論的主張と矛盾する主張を認めることになってしまわないか）、という論点も生じてくるであろう。現行法を前提とする限り、刑の数量化に際しては量刑傾向を利用せざるを得ない以上、同説の理論的主張を維持しながら、量刑傾向の参照をも正当化する理由の説明が求められよう。もし、そうしないのであれば、本格的な量刑立法論に踏み込まなければならないことになると思われる。

⁴⁴⁸ 本章 I. 3-4-2-1.（特に、その末尾の図表 6）参照。

⁴⁴⁹ 本章 I. 2-2. の図表 3 における②の 2. で述べた通り、ここにおける判断資料の収集に際して、その参照対象は、数量化プロセスの第一段階において参照した社会的類型に含まれる先例群に限られず、当該事情の考慮が問題となっている先例を広く参照することになると思われる。

⁴⁵⁰ 伊東研祐＝小島透「『量刑と責任・予防に関するアンケート』報告」名法 165 号（1996 年）57 頁において報告されている通り、法律実務家を対象としたアンケート調査において、量刑判断における責任と予防の関係について、「主に予防的考慮から刑を決定し、これが責任相当を超える場合には責任相当刑を宣告する」という回答は、有効回答数 42 通のうち 0 通であった。これに対して、「まず責任に相当する刑を決定し、予防的考慮により刑を減輕する」という回答は、同じく有効回答数 42 通のうち 5 通であった。城下説は、特別予防加重禁止説を踏まえるならば、後者に属すると考えられるため、それを前提に考えると、実務と完全に離れた見解ではないことになるかもしれない（ただし、そもそも城下説から同説を矛盾なく導きうるかどうかは、上述した通り、疑わしい）。

2. 「単なる上限」論②：本庄説

続いて、本庄説に検討を加える。

論者はまず、量刑基準の明確化のためには犯罪論の知見を活用する必要があるとして⁴⁵¹、責任刑の内容を、犯罪論上の諸概念と関連づけながら次のように理解する。すなわち、「まず、違法性の観点から行為者が惹起した法益侵害の程度、並びに行為者の法益に対する危殆化の程度が評価される。それにより全体の違法性の量が確定され、それが行為者に科される可能性のある刑罰の上限を画する。(…)その後、有責性判断が行われ、他行為可能性の観点から行為者が非難される分の違法性の量が決められる」⁴⁵²。その上で、「有責性段階においては、不法性を完全に帰責するか、その一部のみを帰責するか、あるいは全く帰責しないかということが検討されるのみである。有責性を加重するということとはあり得ない」⁴⁵³とする。これは、責任刑の量定プロセスとして、まずは不法の程度によって刑罰が基礎づけられ、すなわちそれが「刑の上限を画する」ことになり、続いて責任の観点から、その刑を差し引いてゆく、という過程を含意している（なお、論者は、当初は幅の理論を採用していたが、その後、点の理論に改説している⁴⁵⁴）。

続いて、論者は、量刑基準論の背後にあるべき刑罰論について検討を進めている。

まず、絶対的応報刑論に関する論者の理解を確認する。論者はまず、絶対的応報刑論が責任主義の二面性（責任は刑罰を限定づけると同時に、刑罰を根拠づけもするという）を重視している点を確認した上で、その根本的な動機は次の点にあると分析している。すなわち、「犯罪者は刑罰によって責任から解放され、再び人格的尊厳を完全に所有するに至るものであるから、犯罪者自身にも処罰を要求する権利がある(…)。もし、犯罪者に罪を償う可能性が保障されないならば、その者を未成年者のように、行為の責任をとることのできないものとして扱うことになるからである」⁴⁵⁵。この意味で、絶対的応報刑論は、「(…)犯罪者の主体性を認め、一人前として扱う」ことに大きな意義を見出しているわけである⁴⁵⁶。しかし論者は、このような考え方に対して、①「刑罰制度が、いくら観念的に犯罪者に主体性を認めるといっても、現実には犯罪者に処罰が強制されるという実体は変わらない」⁴⁵⁷として、絶対的応報刑論がこだわりを見せているところの、「犯罪者の主体性を認めること」の意義を相対化している。その上で、②「現代の民主国家が国民の合意により成立していると仮定する事が許されるならば、国家が国民の税金を使用して執行できる政策は、社会にとって現実的な利益のある合理的な政策でなければならない」⁴⁵⁸として、目的刑論を採用することは、この意味での「合理性獲得のための必要条件」とであると述べる⁴⁵⁹。以上から論者は、

⁴⁵¹ 本庄 [1999a] 132 頁。

⁴⁵² 本庄 [1999a] 142 頁。

⁴⁵³ 本庄 [1999a] 140 頁。

⁴⁵⁴ 上注 (287)。

⁴⁵⁵ 本庄 [2002] 176 頁。

⁴⁵⁶ 本庄 [2002] 177 頁。

⁴⁵⁷ 本庄 [2002] 177 頁。

⁴⁵⁸ 本庄 [2002] 178 頁。

⁴⁵⁹ 本庄 [2002] 178 頁注 (11)。なお、この部分の全体を引用しておく、次の通りである：

「責任主義の二面性、応報刑論はもはや維持し得ない」としつつ⁴⁶⁰、同時に、責任主義そのものを断念することも当然ながら不可能であるとして、「やはり、責任による刑罰の限定は外在的なものと位置づけ、刑罰自体は目的刑論の立場から考察していくべきだと思われる」と結論づける⁴⁶¹。以上を要するに、論者は、絶対的応報刑論が強く重視するところの、「犯罪者の主体性を認めること」の意義に、いわば過大評価の疑いをさしはさんだ上で、社会契約論的な観点から、応報それ自体という形而上学的な正義の実現は国家の任務ではないという、よく知られた応報刑論批判の論拠⁴⁶²を援用したものである。その結果として、刑罰正当化の積極的理由は専ら犯罪予防目的に求め、その目的追求を責任主義の観点から消極的・義務論的に制約する見解、すなわち抑止型相対的応報刑論⁴⁶³の基本的正当性を認めたものと理解できよう。

続いて、犯罪予防目的に関する論者の理解を確認する。まず、特別予防に関しては、「特別予防目的の追求は行為者の責任の限度内で行われなければならない」⁴⁶⁴と述べているが、それ以外の点では、同説における特別予防的考慮のあり方について積極的・具体的に定式化してはいないように思われる。その一方で、一般予防に関する論者の主張において特徴的であるのは、その実証可能性に関する「きわめて楽観的な態度」である⁴⁶⁵。すなわち、まず前提として、論者は、「応報刑から予防刑への転換の意味が、社会にとって役に立たないような無目的な処罰はもはや正当性を持たないということにあるのであれば、予防刑の正当性はまずもってその処罰の有効性が『実証可能』であることに求められるのではないだろうか。(…)一般予防目的を掲げる以上は、経験的に確認可能な抑止効果に注目すべきだと考えられる」とする⁴⁶⁶。つまり、一般予防効果を刑罰の正当化根拠に含める以上は、それを実証しなければならない、という問題意識である。その上で論者は、「効果の経験的な確認に親しまない概念を前面に出す積極的一般予防論は目的刑の資格を満たさない」⁴⁶⁷として、量刑においては消極的一般予防の考え方を基本に据えるべきであると主張する⁴⁶⁸。

そうなると、具体的に、一般予防目的をいかにして量刑に反映すべきかが問題となろう。

「但し、目的刑論たることは合理性獲得のための必要条件に過ぎない。いかなる目的が追求されるべきかは別問題である」。目的刑論を採用した上で、そこにいう「目的」の合理性についてさらに検討を行わなければならないという趣旨であろう。

⁴⁶⁰ 本庄 [2002] 178 頁。

⁴⁶¹ 本庄 [2002] 209 頁。

⁴⁶² 第 2 章 II. 2-1. 参照。

⁴⁶³ 上注 (172)。

⁴⁶⁴ 本庄 [2002] 210 頁。

⁴⁶⁵ 小池 (信) [2004] 256 頁。

⁴⁶⁶ 本庄 [2002a] 472-473 頁。

⁴⁶⁷ 本庄 [2002a] 472 頁。同「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) 76 頁以下も参照。

⁴⁶⁸ なお論者は、特別予防論および一般予防論のほか、犯罪の事後処理説、損害回復論、および均衡説 (本庄 [2002b] 723 頁以下、734 頁以下、744 頁以下) についても検討を加えた上で、一定の評価を与え、自説への取り込みを示唆している。もっとも、具体的にこれらがどのような形で本庄説の中に組み込まれ、量刑基準論上のいかなる主張として反映されるのかという点までは明示されていないため、以上の点はここでは省略する。

この点について論者は、次のような議論を提示する。「抑止刑の立場からは量刑に際して、どの程度の刑罰を科せば、当該犯罪に類似する将来の犯罪が抑止しうるかを考慮して、必要な刑罰量を導かなければならない」。その上で、わが国は、アメリカのような諸外国とは異なり、犯罪発生率を低く抑えることに成功してきたことを指摘した上で、「それを前提とすると、多くの場合、過去の同種事案において科されてきた刑、即ち量刑相場に基づいた刑を超える刑罰を科すことは正当化されないことになる。それは抑止の必要性を上回る過剰な制約となるからである。(…)このように抑止刑論からは、量刑相場は『事実的な拘束力をもつに過ぎない』ものではなく、規範性を帯びたものと位置づけられるのである」とする⁴⁶⁹。敷衍すると、まずは、わが国の犯罪発生率が諸外国と比較して低い水準にあるという事実が前提にある。続いて、その要因（の少なくとも一つ）には、現行の量刑傾向が十分な一般予防効果を発揮していることがあると推論する。その意味で、その傾向を超える刑を科さないことには、一般予防に資するという意味での「規範性」が認められることになるのである。

続いて論者は、以上の構想を次のような形でさらに推し進めている。「量刑実務は犯罪抑止効果を不断に検証する場でなければならない。故に、犯罪現象が安定している限り、現状の相場に従った量刑を行うことが原則とされるべきである。一定期間後に犯罪が増加しないかどうかを検証し、刑罰の効果を確認しなければならない。その後、ある程度のある程度の確度を持って抑止効果が確認できた場合は、一定割合の事例でむしろ量刑相場をやや下回る刑罰を科することが規範的に要求される。量刑相場より刑を引き下げても、犯罪が増加しないのであれば、そのことは現在の相場が犯罪抑止という目的に照らして、過剰であるということになる。(…)そこから再度、新しい相場の有効性を確認するプロセスが始まることになる」⁴⁷⁰。つまり、量刑傾向を現状のまま維持していても犯罪が増加しないという場合には、現状の量刑はかえって、犯罪抑止のためには重すぎるという可能性が残る。もう少し量刑傾向を軽くしても、犯罪増加はなお起こらないかもしれないのであって、そうであればかえって、現行の量刑傾向は犯罪抑止の観点からすれば過剰なものであることになる。したがって、犯罪情勢に動きが見られない場合には、まずは試しに量刑傾向を引き下げることが要求されるのである。それで相変わらず犯罪が増加しないのであれば、さらなる引き下げが視野に入ることになる。もっとも、「これに対し犯罪が増加し、現行の量刑相場による刑罰では抑止のために不十分であると評価される場合(…)は、量刑相場よりも重い刑を科すことが考えられるのであるが、その場合でも刑罰以外の犯罪対応策として有効なものが存在するならば、できるだけそちらを優先させなければならない。また刑罰による抑止にそもそも馴染まないような性質の犯罪行動については、抑止刑の有効性が欠けるのであるから、重罰化を図ることは慎まなければならない」⁴⁷¹。これは、たとえ犯罪の増加がみられたとしても、犯罪防止手段は刑罰（量刑傾向の引き上げ）の他にも存在するのであるから、常に、より制限的でない犯罪防止手段を選ばなければならない、という考え方を示したものであろう。

ところで、ここまでににおいては一般予防と量刑の関係に関する論者の見解を確認してき

⁴⁶⁹ 以上について、本庄 [2002b] 750-751 頁。

⁴⁷⁰ 本庄 [2002b] 751 頁。

⁴⁷¹ 本庄 [2002b] 752 頁。

たが、既述の通り、特別予防的考慮も排除されない。すなわち論者によれば、上のような一般予防的考慮を踏まえた上で、さらに「特別予防上の必要性が認められる場合には、刑を減輕することができないか検討しなければならない⁴⁷²。この場合、刑の減輕に伴って一般予防効果が減殺される可能性があるが、比較衡量により一定範囲であれば、特別予防の考慮を優先させることが認められるべきである。(…)一般予防と特別予防の適切な調和点につき不断の検証が必要となる」⁴⁷³。

以上が、論者による量刑構想の概要である。続いて、その検討に入る。

まず、論者の量刑基準論は、一言で表現すれば、「(点としての)責任刑を上限としつつ、一般予防および特別予防のために必要な刑を科する」という形をとった「単なる上限」論であると言える。つまり—もちろん、責任刑の内容や特別予防の方法に関する、より細かな理解の相違はありうるが、全体構造としては—、上にみた城下説に一般予防の観点をプラスしたものであると理解できる。そうすると、本庄説には、城下説に対する批判のうち、本章 II. 1-1. (および同 1-5.) で述べた事柄が妥当する。すなわち、行為責任と犯罪予防目的(すなわち刑罰正当化の積極的理由)を切り離し、前者を専ら消極的理由から構成する場合には、行為責任の「量化」が不可能となり、つまり行為責任に応じた刑の程度を観念できなくなって、それゆえ、量刑における消極的責任主義を断念するほかになくなる。もし、この批判が正しければ、そもそも同説は、量刑基準論として破綻をきたしているおそれがあり、したがって受け入れることができないということにならざるを得ない。

論者による、犯罪予防目的の実質ないしその実現プロセスに関する理解にも疑問がある。まず、論者が指摘する通り、確かに、目的刑論をとる以上は、刑罰の犯罪予防効果は実証可能なものでなければならないであろう。この問題意識は全く正当であると思われる。もっとも、既に引用した通り、論者は積極的一般予防を「効果の経験的な確認に親しまない概念」と形容していたが⁴⁷⁴、これは経験的にみて、誤りであると評価しなければならない。本稿においても既に繰り返し強調してきた通り、積極的一般予防効果には経験的証拠がある。むしろ、消極的一般予防効果の方こそ、とりわけそれを量刑と結びつけるときには、経験的根拠に疑問が生じてくるように思われる。すなわち、消極的一般予防の実現プロセスに関しては議論すべき点が多くあるが、その中でも量刑との関係で決定的に重要であるのは、複数の経験的調査において、消極的一般予防効果は、刑罰の「有無」とは連動するが、その「程度」とは連動しないことが確認されている点である⁴⁷⁵。これを前提とする限り、そもそも、量刑傾向を引き上げようが、引き下げようが、消極的一般予防効果に有意な変動は起こらないと想定される。そうすると、論者の構想は、その根本において、経験的な難点を抱え

⁴⁷² ここで、特別予防関連事情の評価方向が軽減に限定されている(ように見える)理由は、論者が点の理論を採用していることに求められるものと考えられる。つまり、まずは点として定められた責任刑が出発点になる(と論者はおそらく考えている)ため、予防的考慮においては、そこからの軽減からしか問題とし得なくなるのである。もっとも、そうすると今度は、上において一般予防的考慮に基づく量刑の加重がありうるかのように述べられていたこととの整合性が問題となってくるが、この点は「刑の数量化」との関係で後述する。

⁴⁷³ 本庄 [2002b] 752 頁。

⁴⁷⁴ 上注 (467)。

⁴⁷⁵ 消極的一般予防(威嚇抑止)をめぐる諸問題については、第 3 章 I. 5-1. 参照。

ていると言わざるを得ないように思われる。また、犯罪情勢は、量刑傾向以外にも様々な社会的現象（例えば失業率）によって左右されると考えられる。そうであれば、量刑判断の際にも、犯罪発生率の上昇／低下が量刑傾向を原因とするものなのか、あるいは他の要因によるものであるのかを確定すべきことになるが、そのような事実の調査・立証・認定を裁判当事者および裁判官に要求するのは明らかに過大であり、端的に言って、現行制度の枠組みの内部では（あるいは、立法論を視野に入れたとしても）到底実現不可能ではないだろうか。論者は、自身の提案について、「実務上（…）実践は容易であろう」⁴⁷⁶と述べるが、この見通しが本当に正確なものであるかには再考の余地が大いに存在すると思われる。

最後に、論者の構想を前提とした場合に、どのような刑の数量化プロセスが帰結することになるのかを考えてみると、不分明な点が残る。論者の構想に従った場合、刑の数量化は——筆者の推測に過ぎないが——まず、量刑傾向を前提として導出された、「行為責任に最もふさわしいと思われる刑」⁴⁷⁷の幅の中心点から出発することになる⁴⁷⁸（この出発点からして、既に不当ではあるが）。これを超えた刑を言い渡せば責任主義違反となるため、予防的考慮は、そこからの軽減のみが問題となる。この観点から、論者が特別予防的考慮を軽減方向に限定していたことも整合的に理解できる。これに対して論者は、一般予防的考慮に関しては、それに基づく量刑加重がありうることを前提として議論を進めていたが、素直に考えれば、これも実際には、点としての責任刑を出発点として、一般予防の必要性が高いならばこの責任刑そのものを科し（それでも一般予防のためには足りない場合には、諦めざるを得ず）、一般予防の必要性の低下に応じて軽減を加えてゆくということになるものと思われる⁴⁷⁹。このように構成すると、本庄説は、刑の数量化プロセスに関しても基本的に城下説と同様の構造をとることになり、したがって、実務との乖離が大きすぎる⁴⁸⁰という難点、および、そこからさらに生じるところの、量刑傾向の参照そのものが不可能になるのではないかという難点などの、同じ問題が生じることになるろう。

⁴⁷⁶ 本庄 [2002b] 751 頁。

⁴⁷⁷ 本章 I. 3-4-2-1.（特に、その末尾の図表 6）参照。

⁴⁷⁸ 点の理論を採用し、かつ、刑の数量化に際して量刑傾向を参照する（現行法を前提とする限り、これは不可避である）のであれば、このようにならざるを得ないと思われる。もっとも、本章 I. 3-4-2-1. 図表 6 以下の本文でも述べた通り、「行為責任に最もふさわしいと思われる刑」を、「点としての責任刑」と同視するのは不当である。なぜなら、前者はあくまで、量刑傾向を前提とすれば最もふさわしいと「思われる」刑に過ぎないのであり、規範的にみて本当に最も行為責任にふさわしい刑（つまり、ここにいう「点としての責任刑」）は、結局のところ、誰にもわからないためである。そうであるからこそ、幅の理論こそが正しいのであって、点の理論は不当であるということも、既述の通りである。要するに論者の量刑構想は、点の理論という誤った立場を採用してしまっているために、刑の数量化論においても根本的な難点を抱えざるを得ないのであるが、以下ではこの点をひとまず措いて、論者の考え方を貫徹すればいかなる刑の数量化プロセスが帰結することになりそうであるかを明らかにしておこう。

⁴⁷⁹ つまり、同種犯罪の発生状況が改善していることを、一般予防に関連する本来の軽減事情と解し、これを考慮する。これに対して、同発生状況の悪化は、本来の加重事情とは認めずに、中立的な事情として量刑においては無視すべきことになる。このような「一般予防加重禁止説」が、点の理論を根拠として導出されることになるものと思われる。

⁴⁸⁰ 上注（450）。

3. 「単なる上限」論③：岡上説

続いて、岡上説を検討する。なお、この論者は、2006 年を境に、刑罰論のレベルで大きな改説を経ているのであるが、これらは「改説前」、「改説後」として区別する。まずは改説前の見解を検討し、続いて改説後の見解に言及するが、後述する通り、この改説は、結果的には量刑基準論上の主張を大きく変容させるものではない(とおそらく論者は考えている)ため、以下における紙幅の多くは改説前の見解の検討に割かれる。また、以下の論述において、「改説後」と特に断っていない場合は、改説前の岡上説を念頭に置いて論じているものと理解されたい。

(1) 改説前

改説前の岡上説は、結論から述べれば、点の理論を前提としつつ⁴⁸¹、「行為責任の程度を起点として、そこから、積極的一般予防の必要性(可罰的責任)にしたがって刑を軽減し、そこからさらに、特別予防の必要性を考慮して刑を軽減する」という枠組みをもつ理論であると要約できるように思われる⁴⁸²。以下では、論者がいかにしてこのような結論に到達したのかを順に確認する。

まずは、刑罰論における論者の考えを確認する。

応報刑論に対する論者の態度は次の通りである。論者はまず、「国家作用としての刑罰権発動に関してはできるかぎり形而上学的な概念を避けるべき」⁴⁸³であるという理由から、絶対的応報刑論を排斥し、犯罪予防目的の顧慮は避けられないとする(これは、本稿でも繰り返し登場してきた、「応報は国家の任務ではない」というのと同じ論拠であると見なすことができる)。そこで、刑罰論において応報と予防を両立させようとする相対的応報刑論が登場してくるわけであるが、論者はここで、応報型相対的応報刑論と抑止型相対的応報刑論の区別⁴⁸⁴を導入する⁴⁸⁵。その上で、応報型については、これは結局のところ応報を刑罰の正当化根拠として認めるものである以上、「応報という、それ自体は何らの目的もない抽象的観念を根拠にして」刑罰を正当化するものであって、不当であるとする⁴⁸⁶。つまり、応報型に対し

⁴⁸¹ 上注(294)の本文部以下を参照。既述の通り、点の理論は不当であるが、ここでは措く。

⁴⁸² 岡上 [1993] 107 頁、岡上 [1993a] 65-66 頁、岡上 [1992] 44-46 頁参照。

⁴⁸³ 岡上 [1988] 105 頁。同 98 頁も参照。

⁴⁸⁴ 応報型と抑止型については、第 2 章 II. 2. 参照。

⁴⁸⁵ 岡上 [1988] 98-99 頁。論者自身の表現では、「応報であることのみで刑罰は正当化されると解する『道義的応報刑論』の立場」と、「応報に『動に対する反動』としての意味を認めるにとどめ、「刑罰の『目的』は社会秩序の維持に求め」る立場とに区別されている。この点、前者は、厳密に言えば絶対的応報刑論に他ならない——応報型相対的応報刑論とは、応報と予防が両方備わってはじめて刑罰は正当化されるという見解のことであると理解すべきである——以上、論者の区別は、「応報型と抑止型」の区別と必ずしも完全に一致するものではないが(さらに言えば、後者と本来の抑止型も微妙に異なるが、ここでは省略する)、この点は無視しても以下の整理に支障は生じない。

⁴⁸⁶ 岡上 [1988] 100 頁。

ては、「応報は国家の任務ではない」という、絶対的応報刑論に対する批判がそのまま当てはまってしまうということである。これに対して、抑止型については、まず、そもそもこの種の見解が、犯罪予防目的を承認しながらも、同時に「応報」をも堅持しようとするものの背景には、刑罰の正当化根拠を専ら犯罪予防目的に求めると無制約な処罰の拡大がもたらされるのではないかという危惧があると分析した上で、「はたして、刑罰を適切に制限するために必然的に応報の見地をとらなければならないか、及び一般予防・特別予防等の予防目的が刑罰の正当化根拠であると一元的に理解することが、直接無制限の刑罰拡大につながるかは、さらに検討されなければならないように思われる」とする⁴⁸⁷。この趣旨は、後述する論者の主張を先取りした方がわかりやすいであろう。つまり、論者は、量刑を制約する人権保障原理として罪刑法定主義、行為主義、責任主義を挙げ（なお、これらが量刑のみならず犯罪の成否に関する場面でも妥当することは当然である）、その全てを応報とは無関係な形で根拠づける。これに対して、従来の見解が応報を堅持しようとしてきたのは、そうしなければ「責任主義」（罪刑の均衡）が維持できないと考えてきたからであろうが、論者によれば、責任主義はむしろ積極的一般予防目的によって基礎づけられる。したがって、「刑罰を適切に制限するために必然的に応報の見地をとらなければならない」わけではないと理解される。また、積極的一般予防目的によっては責任主義が基礎づけられる、すなわち、犯罪に均衡した刑罰こそが正当化されると理解する以上、「予防目的が刑罰の正当化根拠である」と一元的に理解することが、直接無制限の刑罰拡大につながる「わけではないということになるであろう。上で論者が述べていたのは、このようなことであると理解できる。

続いて、犯罪予防目的に関する論者の理解を確認する。まず、特別予防目的については、「単独では刑罰の正当化根拠とはなりえない」としつつも⁴⁸⁸、その内容の一つである再社会化に関しては好意的に評価する一方で、威嚇については「いきすぎた威嚇は再社会化にとっても有害であることを確認する必要がある」と抑制的な態度を示し、隔離についても、その効果は結局のところ受刑期間中に限られること、および、重罰化に傾くおそれがあることから「量刑にあたって、この隔離効果を主眼におくことは避けるべき」であると注意を促している。とはいえ、威嚇・隔離目的を量刑から一律に排除するのかどうかは明らかでない⁴⁸⁹。

次に、一般予防目的については、これを消極的一般予防と積極的一般予防に区別した上で、まず消極的一般予防に関しては、そもそも刑罰目的として認められないとまでは述べていないが、量刑における独立の考慮要素としては認めていない。その理由は、量刑を変動させても消極的一般予防効果は増減しないという経験的認識にある⁴⁹⁰。その一方で論者は、積極的一般予防については、これを高く評価している。すなわち論者によれば、積極的一般予防の内容は、「国民に刑法が実効性を有していることを認識せしめ、規範意識を覚醒・強化

⁴⁸⁷ 岡上 [1988] 101 頁。

⁴⁸⁸ 岡上 [1988] 103 頁。

⁴⁸⁹ ただ、岡上 [1993] 107 頁では、「特別予防の観点（有害な刑罰を回避するという意味での再社会化）」という表現があり、その他にも例えば、岡上 [1992] 44 頁以下においても、特別予防との関係では再社会化にしか言及されていない。そう考えると、少なくとも量刑上の特別予防の内容としては、再社会化しか認めないというのが論者の見解であるのかもしれない。

⁴⁹⁰ 岡上 [1994] 56 頁。岡上 [1992] 44 頁も参照。

する」⁴⁹¹ことであると理解されるところ、この効果が最大化されるのは、責任刑を科する場合に他ならない。それゆえ論者は、「責任に応じた刑罰が正しいと感じられる刑罰であって、もっともよく規範予防の目的を果たす」のであり⁴⁹²、「いたずらに苛酷な刑罰は刑事司法への不信感を招くばかり」である以上、量刑においては、「一般予防的考慮は責任と独立して行われるわけではなく、責任刑と関連する限度で一般予防効果が考えられるべきである」と結論づけるのである⁴⁹³。要するに、責任刑を量定すれば、基本的には、自ずと積極的一般予防効果が最善の形で実現されるのだ、という主張である。「基本的には」という留保が必要である理由は次の段落で述べる。

さらに論者は、量刑に対しては「刑法解釈学においてほぼ異論なく認められている罪刑法定主義・行為主義・責任主義」の制約が及ぼされなくてはならないことを強調している。このうち、罪刑法定主義および行為主義は、その正当性は前提とされており、刑罰目的と結びつけた基礎づけはなされていない⁴⁹⁴。その一方で責任主義は、既述の通り、積極的一般予防目的によって基礎づけられている。ただ、ここで論者は、規範的責任と可罰的責任という二つの概念を導入する。論者の理解する可罰的責任とは、簡潔に言えば、「積極的一般予防の必要性」と同義である。つまり、この必要性が高ければ可罰的責任も重く、低ければ可罰的責任も軽い。このように可罰的責任は機能的な概念であり、専ら積極的一般予防の観点から定められるものである。これに対して規範的責任は、他行為可能性の観点から定められるものであり、その意味で一般的な理解に従った「責任」であって、それ自体では、犯罪予防目的とは無関係である。ここで、両概念の関係をどのように解するかが問題となるが、これは次のように定式化されている。すなわち、「可罰的責任を認定する手段として、他行為可能性を中核とする規範的責任評価が前提となり、質と量の両側面から、当該行為が、一般に刑罰を用いて抑止することが、可能かつ妥当であるかの判断がなされることになる」⁴⁹⁵。ここにおいて「認定手段」とはっきり記されていることから了解できるように、論者の理解では、規範的責任と可罰的責任の関係は、いわば原則と例外の関係として把握されているものと思われる。すなわちまず、積極的一般予防目的の追求が第一にある。この追求を行う上では、原則として、規範的責任の程度に応じた刑を科すればよい（つまり、規範的責任に応じた刑という意味での責任刑は、「基本的には」、自ずと最善の積極的一般予防効果を実現するものと想定されている）。しかし、規範的責任の程度と、積極的一般予防の必要性の程度とが、常に予定調和的に一致するとまでは想定されていない。この一致が崩れる場合には、いわば例外的な調整要素として、「可罰的責任」という、実体としては裸の積極的一般予防的考慮に他ならない契機が顔を出し、責任評価を修正するのである。以上のことを逆に言えば、論者の責任理解は、いわゆる予防的責任論に他ならないことになろう⁴⁹⁶。そうであるか

⁴⁹¹ 岡上 [1988] 104 頁。

⁴⁹² 岡上 [1993] 107 頁。なお、同所で述べられている通り、責任刑は、基本的には、積極的一般予防にとって最善であるのみならず、積極的特別予防にとっても最善であると想定されている。

⁴⁹³ 岡上 [1988] 104 頁。

⁴⁹⁴ 岡上 [1988] 106-107 頁。

⁴⁹⁵ 岡上 [1988] 108 頁。

⁴⁹⁶ もっとも、岡上 [1988] 108-109 頁では、規範的責任の程度と、積極的一般予防の必要性の程度とは「たいていの場合一致するであろうが、だからといって逆に、予防の必要性があることが規

からこそ、規範的責任は、可罰的責任の「認定手段」に過ぎないということになるのである。

以上をまとめれば、岡上説は、刑罰論のレベルにおいては、原則として目的刑論であって、責任主義も積極的一般予防目的に還元されるが（予防的責任論）、その他の規範的制約（論者は罪刑法定主義と行為主義を挙げているが、人権保障原理がそれらに限られるわけではないことは当然の前提とされていよう）も認める以上は、抑止型相対的応報刑論（その中でも、消極的一般予防ではなく積極的一般予防を重視する見解）を採用していることになろう。

こうした刑罰論的立場は、どのようにして量刑基準論に反映されているであろうか。

まず、論者の考え方では、「応報」は刑罰論から排斥されており、かつ、消極的一般予防目的は、量刑においては意味をもたないものとされる。したがって残るのは、積極的一般予防目的と特別予防目的であり、これらが量刑判断においていかなる関係に立つのかが問題となる。さらに、積極的一般予防目的は「責任」と関連づけられているが、この責任概念は、「規範的責任」と「可罰的責任」に区別される。したがって、岡上説の量刑基準論において問題となるのは、規範的責任、可罰的責任、および特別予防という三者の関係である。

まずは責任刑の内容から見てゆこう。この点で論者は、「一般人の規範意識に訴えることによる犯罪の予防のために必要な刑罰の判断は、社会に現存する行為責任の量のうち、どこまでを刑罰という手段で対処するかという、（可罰的）責任刑の判断に尽きる」⁴⁹⁷という表現を用いている。これをパラフレーズすれば、「積極的一般予防のために必要な刑罰の判断は、『社会に現存する行為責任の量』を出発点として、この量に対応した刑が本当に積極的一般予防のために必要であるのかを洗い直し、これを修正することで行われる。そうして得られるのが『可罰的責任刑』であり、これをもって責任刑の量定は終了する」ということになろう。そうすると、「社会に現存する行為責任の量」の意義が問題となるが、これは次のように説明されている。すなわち、「この『（可罰的）責任刑』の構想は、現存する社会的非難に対して（この点で、違法行為に対する非難可能性が前提となる）、どの程度まで、刑罰で対応すべきかを問題とすることになるため、個別行為責任（規範的責任）の程度を超えることはありえない」⁴⁹⁸。ここからは、「『社会に現存する行為責任の量』＝違法行為に対する非難可能性（の程度）＝個別行為責任（規範的責任）」という等式を読み取ることが

規範的責任が存在することと同一視できる（…）ということにはならないように思われる。（…）真に処罰に値するか否かは、結局は犯罪論内部での、非難を中核とする規範的責任判断が前提となるのであり、その前提は予防の必要性を理由に擬制されてはならないのである」とも述べている（なお、同上 15 頁も参照。また後述するように、量刑基準論上では、論者はこの考え方に整合的な議論を展開している）。この記述はむしろ、予防的責任論に対して批判的なものであるように思われ、上に引用した、規範的責任は可罰的責任の「認定手段」であるという位置づけとは矛盾していると考えられる。なぜなら、この記述によれば、「規範的責任がない（ないし、程度が小さい）が、可罰的責任すなわち積極的一般予防の必要性がある（ないし、程度が大きい）」場合には、前者を優先させなければならないということになるが、そもそも、「責任は積極的一般予防目的によって根拠づけられる」と考えるならば、むしろ後者を優先させるべきことにはずだからである（予防的責任論であればそう考えるであろう）。そうすると、結局のところ論者はどちらの立場をとっているのかということになるが、その答えは、下注（506）およびその本文部で明らかにする。

⁴⁹⁷ 岡上 [1993] 109 頁。同 83 頁も参照。

⁴⁹⁸ 岡上 [1993a] 65 頁。

できる。要するに、「社会に現存する行為責任の量」とは、量刑上の行為責任（一般的な理解と同様に、その内容は、不法の程度と規範的責任〔他行為可能性〕の程度の関数であると理解される）のことである。その上で、可罰的責任刑が行為責任の程度を超えることはありえないというわけであるから、上にパラフレーズしたものはさらに、次のように書き換えられる。すなわち、「積極的一般予防のために必要な刑罰の判断は、行為責任（規範的責任）の程度を上限として、それに対応する刑が本当に積極的一般予防のために必要であるのかを洗い直し、これを修正することで行われる。そうして得られるのが『可罰的責任刑』であり、これをもって責任刑の量定は終了する」。より簡潔に言えば、責任刑の判断は、まずは行為責任の程度の確定からはじまり、そこから、積極的一般予防の必要性を直接に考慮することによって、もっぱら刑を軽減してゆく、というプロセスを通じて行われるのである。

しかし、どうして、可罰的責任刑が行為責任の程度を超えることはありえない、ということができるのであろうか。この点に関する論者の考え方を、順を追って確認してゆこう。まず、前提となるのは、「責任刑を積極的意味での一般予防の観点から構成する」⁴⁹⁹というアプローチであるが、論者はその実質的内容を、ヴォルフガング・フリッシュ (Wolfgang Frisch) の議論を援用しながら次のように定式化する：⁵⁰⁰

フリッシュは、責任刑の正当化に新たなアプローチを提示する。すなわち、「行為によって実現された法的平和の動揺 (Rechtsfriedensstörung)」を処理することが問題であるとする。したがって、フリッシュは、量刑責任を決定するのは、法違反の非難可能性の量ではなく、法的平和の動揺の程度を決定する要因であるという。(…)

フリッシュは、この点について、さらに以下のように説明する。この責任刑の確定にとって、確かに第一次的な方向づけとなるのは、行為者に責任を負わせることのできる不法の量である。規範の妥当性の侵害の量に応じた反作用が期待される。(…)[しかし]この規範の妥当性の侵害を除去するという要求は、固定的な量ではなく、「刑罰を相対的に軽減する」という意味で変化するものである。これに対する明らかな証拠の一つは、時間的要因を考慮している時効の規定である。いま一つの例は、行為者自身が被った一定の侵害が補足的に重要性をもつという規定である。

ここに表れている論者の「責任刑」観は、次のように言い換えることができると思われる。まず刑罰は、積極的一般予防を主要な目的とする。その内容は、上で引用した通り、「国民に刑法が実効性を有していることを認識せしめ、規範意識を覚醒・強化する」とことと定義されるのであった⁵⁰¹。ところで、犯罪が起こると、国民は、刑法の実効性（刑法規範の妥当性、妥当力）に疑問を感じ、ひいてはその規範意識が弱まってしまうであろう。この「犯罪によって引き起こされた、刑法の実効性に対する国民の疑問」のことが、ここでは「行為によっ

⁴⁹⁹ 岡上 [1993a] 61 頁。

⁵⁰⁰ 岡上 [1993a] 61-62 頁。なお、この点に関するフリッシュの所説について詳しくは、同論文で論者が引用しているもののほか、フリッシュ [2011] 28-29 頁、フリッシュ [2002] 85 頁以下、Frisch [2002] 207 ff. など参照。

⁵⁰¹ 上注 (491)。

て実現された法的平和の動揺」と表現されていると考えられる。刑罰は、犯罪に対する「反作用」として賦科されることで、この刑法の実効性を確認する。これを国民の目からみれば、最初は犯罪の発生によって刑法の実効性に不安を抱いたが（法的平和の動揺）、その犯罪行為に対して刑罰という反作用が科せられることで、やはり刑法は実効的であると安心し直す（法的平和の動揺の回復。その結果として、国民の規範意識が覚醒・強化される）、ということがここでは起こっているのである。ところで、この「法的平和の動揺」の大きさは、それを引き起こした犯罪の実質を構成しているところの、「有責な不法」（行為責任、規範的責任）の大きさに比例する⁵⁰²。動揺が大きければ、それを鎮めるための反作用も、それだけ強いものでなければならない⁵⁰³。このような意味で、「規範の妥当性の侵害の量に応じた反作用が期待される」のである（つまり、規範的責任刑が要請される）。しかし、要するに規範の妥当性の侵害が除去されればよい（法的平和が回復すればよい）のであるから、その除去手段が刑罰でなければならないという必然性はない。上で例に挙げられているように、刑罰が科せられない状態が続いていても、規範の妥当性の侵害は、いわば時間経過を通じて自ずと治癒してゆくのであり、そうであるからこそ刑事法制度には時効の定めがあるのである（とフリッシュおよび論者は理解している）。また、もう一つの例は、具体的には例えば社会的制裁がこれにあたるであろう。刑罰ではなく社会的制裁が行為者に課されることによっても、規範の妥当性の侵害は一定程度回復すると考えられるのである。このような形で、刑罰以外の手段または現象によって、犯罪行為を通じて動揺させられた法的平和が一定程度回復している場合であれば、そのぶんだけ、刑罰によって動揺を回復すべき必要性も低下する。つまり、刑罰を軽減してよいということになる（こうして規範的責任刑を軽減することで得られるのが、積極的一般予防のために真に必要な刑であるところの、可罰的責任刑である）。

⁵⁰² その理由を論者ははっきりと述べていないように思われるが、おそらく、不法または責任においてより重大な行為であればあるほど、それに対する刑法の否定的評価（無価値評価または行為に出るなという要求の程度）も大きくなるはずであり、そのように強く否定される行為が行われた場合には、否定の程度が弱い行為が行われた場合よりも、刑法の実効性に対する疑問が大きくなる、と考えられているのであろう。例えば、ある教師が、生徒から呼び捨てにされている場合には、いわば多少「なめられて」おり、当該教師の生徒に対する統制力にも多少の疑問符がつくであろう（ここでは、「教師を呼び捨てにしてはいけない」というルール of 妥当力が弱められており、それに伴って、教室の平和が多少動揺している。生徒の規範意識も多少弱まった状態であろう）。しかし、授業中に生徒たちが騒いでいる場合に、当該教師が一喝することでこれを鎮めることができる場合には、本格的な学級崩壊には至っておらず、いわば「締めるところは締める」ことができているといえる。これに対して、教師がいくら言っても無視され、授業中に生徒が騒ぎ続けるのであれば、それはまさに学級崩壊であって、教師の統制力はほとんど失われた状態にあるといえよう（ここでは、「授業中に騒いではいけない」という、呼び捨て禁止ルールよりも強いルール of 妥当力が弱められており、それに伴って、教室の平和が強く動揺している。生徒の規範意識も大きく弱まった状態であろう）。このようにして、起こった行為に対する否定的評価の程度の大きさと、それに伴う「動揺」の大きさは比例関係にあると考えられているものと思われる。ただし、後述するように、結局のところこれは比喩的・直感的な説明に過ぎず、その理論的な裏づけは不明確であって、この不明確性は結局のところ、法的平和の動揺という概念の理論的実体の不明確性に由来するというべきである。

⁵⁰³ これも、直感的には理解できるが、「理論的」な根拠は不明確である。

もっとも、以上のような説明だけでは、可罰的責任刑が行為責任の程度を超えることはありえないということ、言い換えれば、可罰的責任刑は、規範的責任刑を上限として、それを専ら軽減することによって定められるという結論は正当化されない。この結論は、法的平和を動揺させる（その動揺を引き起こし、悪化させる）のは行為責任（規範的責任）だけであるということが示された場合にのみ、正当化されるはずである。この点に関する論者の見解を示しているのは、おそらく次の部分である：⁵⁰⁴

「法的平和の動揺の回復」という観点は、あくまでも「規範的な」ものである。したがって、たとえ、事実上、社会の一般人が「法的平和の動揺」を強く感じる場合、例えば行為者が自らの罪を認めず、自白をしなかったという事情があり、そのため社会の一般人がいつそう「法的平和」が動揺している感じを受けたとしても、下位基準である「被害者の防禦権を完全に保障すべきである」という命題が優先する。何故ならば、「法的平和の動揺」を回復するのが必要な理由は、国家の刑事司法が犯罪を「正しい」と感じられる方法で処理することによって、一般人が司法に対する信頼を維持し、社会を効率的に統制することであり、ひいては犯罪を予防することにつながるからである。したがって、防禦権などの法治国家の要請を十分に尊重することが、まさに一般人の「司法に対する信頼」のために必要となるからである。「法的平和の動揺の回復」や「司法に対する信頼」といった観点は、数々の憲法原理や刑法上の人権保障原理を十分に顧慮した下位基準を遵守することによってはじめて実現することができる应考虑すべきである。

この直後において、論者は次のようにも述べている。「『法的平和の動揺』は『非難可能』な行為によってのみ実現されるものであって、例えば、非難されえない者が法益を侵害したからといって『法的平和』は動揺することはないのであるから、『非難可能性』も、『法的平和の動揺の回復』または『司法に対する信頼』の有無および程度を判断する前提条件として理解することができるであろう。規範的責任とは無関係に犯行後に生じた事情、例えば、被害者への損害回復や国家側の訴追上の瑕疵が影響し得るのは、責任刑を必要とする実質的理由からみて、責任を『問う』必要がなくなったから、または『問う』ことができなくなったからである。このような事情がある場合には、国家が刑罰を科すことの許される上限が低められると考えることができよう。このような規範的責任の後に、『責任』の量を変化させると考えられてきたのは、従来いわれてきたところの『可罰性』の概念なのである」⁵⁰⁵。

以上の言明はきわめて意義深いものであり、後の検討において詳しく取り扱うことにするが、ここでは暫定的な理解のみを提示しておこう。まず論者は、「法的平和の動揺」を自然化する——言い換えれば、純粋に経験的に理解する——ことをせず、これを「規範化」と称している。つまり、もし法的平和の動揺を経験的に理解するならば、この動揺とは要するに「社会における一般人の規範意識の動揺」という心理的事実に還元されることになる。この点、規範的責任のみが一般人の規範意識を動揺させるなどという想定は、事実と反するであろう。そのような想定は、例えば、責任無能力者による違法行為や少年による触法

⁵⁰⁴ 岡上 [1993a] 62-63 頁。

⁵⁰⁵ 岡上 [1993a] 63-64 頁。

行為が社会的非難を喚起する（その結果として、極端な場合には、責任能力制度や少年法制度の廃止論すら持ち上がる）という、日常的に経験されている事実、明らかに反している。これをそのまま間に受けるのであれば、例えば責任無能力者を処罰したり、あるいは論者の挙げる例でいえば、自白しないことそのものを量刑において本来的加重事情として考慮する方が、そうしない場合よりも、よりよい積極的一般予防効果につながる以上、正当化される、ということになりそうである。しかし、論者の想定としては、そのようなことはせず、責任能力制度を維持し（すなわち、「規範的責任なければ刑罰なし」という意味での責任主義を貫徹し）、あるいは被告人の防禦権を保障した方が——その意味で、憲法上の諸原理や刑法上の人権保障原理を貫徹する刑罰制度の方が——、結局のところ司法に対する信頼が高まり、最善の積極的一般予防効果が発揮されるのである。その意味で、論者が持ち出しているのは結局のところ、経験的なものである（したがって、法的平和の動揺は「規範的な」ものだ、という論者の用語法はミスリーディングであるように思われる）。

規範的責任に話題を限定しつつ、筆者なりに整理すれば、要するに、論者の見解は次のようなものである。まず、既に述べられた通り、「規範的責任（行為責任）の程度」と、「積極的一般予防の必要性の程度」とは、一見すると、常に一致するわけではない。例えば、責任無能力者の行為については、その規範的責任はゼロであるが、その行為によっても法的平和は動揺すると考えられよう（一般人は、そう「感じる」はずである）。本当にそうであるとしたら、積極的一般予防のために、責任能力制度の廃止が要求されることになる。しかしそれはあくまで、「一見すると」そう思えるというだけのことに過ぎない。実際は、「規範的責任がなければ処罰してはならない」という意味での責任主義——それは刑法において妥当する、行為者の人権を保障する原理の一つである——を貫徹する刑罰制度の方が、そうしない刑罰制度よりも、国民からの高い信頼を得られるのであり、したがって、よりよく積極的一般予防効果を実現するのである（繰り返すが、これは経験的な想定であることに注意すべきである。いずれの制度の方がより大きな一般予防効果を発揮するのかというのは、規範的な問題ではなく、経験的に確かめられるべき事実の問題だからである）。こうして、責任主義（あるいはその他の、刑法に関して妥当するあらゆる憲法原理や刑法の基本原則など）の正当化根拠は、次の二つの段階を踏んで説明されることになる。すなわちまず、「なぜ責任主義（やその他の基本原則）が重要なのか？」と問われれば、「それらが行為者の人権保障に資するからだ」という答えが返ってくる。次に、「それではなぜ、行為者の人権を保障すべきなのか？」と問われれば、「行為者の人権をよく保障する方が、よりよい積極的一般予防につながるからだ」という答えが返ってくるのである（論者はそう答えるはずであるし、そうでなければ一貫しない）⁵⁰⁶。逆にいえば——これが重要であるが——、人権を保障しない方がよりよい積極的一般予防につながるという経験的事実が確認されてしまえば、人権保障原理を

⁵⁰⁶ したがってやはり、論者の見解は予防的責任論に属する。ただし、経験的想定として、「規範的責任を超えた刑を科すれば、かえって予防効果が低まるのであるから、予防的責任論を突き詰めれば、規範的責任をその上限とすることになる」と論者は考えているのである。そこで問題となるのはもちろん、「規範的責任を超えた刑を科すれば、かえって予防効果が低まる」という想定に経験的根拠があるかどうか、である。

尊重する必要もなくなるはずであり、その意味で、論者の見解によると、刑法の基本原則は、経験的事実に左右される流動的なものとなるのである。

かくして、規範的責任がある場合にのみ、かつ、その限度でのみ、法的平和は動揺すると解されることになる。ここでは、「法的平和の動揺」という概念を用いて説明がなされているため、わかりにくくなっているが、要するに、規範的責任の程度を超えて——その意味で、責任主義を破って——重い刑を科すれば、かえって国民の信頼を喪失することになり、積極的一般予防にとってマイナスの効果が生じてしまうため、量刑は、規範的責任の程度が上限になる、ということである。別の言い方をすれば、法的平和の動揺とは要するに、「刑法の実効性に対する国民の疑問」の言い換えであり、その意味で、「積極的一般予防の必要性」の言い換えである。そして、規範的責任がある場合にのみ、かつ、その限度でのみ、積極的一般予防のため刑罰を科する必要がある。規範的責任がない場合に処罰を行わなくても、それは責任主義を貫徹し行為者の人権を保障した結果であるから、国民もそれに納得し、むしろ刑罰制度に対する信頼を高める（それゆえここでは、積極的一般予防効果のために刑罰を科する必要などない）。規範的責任の程度を超えた刑罰も、同様の理由から、必要とされないことになるのである。「『法的平和の動揺』は『非難可能』な行為によってのみ実現されるものであって、例えば、非難されえない者が法益を侵害したからといって『法的平和』は動揺することはない」という論者の言明は、このような意味で理解できよう。

ここに述べたことは、次のようにも言い換えられる。すなわち、「規範的責任刑を超えた刑罰は、積極的一般予防のためには必要でない」。しかし、このことから、「規範的責任刑は、積極的一般予防のために必要である」ということは出てこない。なぜなら、既に説明した通り、積極的一般予防効果をもちうるのは、刑罰だけではないからである。例えば、論者の考えでは、犯罪から長い時間が経過すれば、刑罰が科されていないからでも、刑法の実効性に対する国民の疑問は薄れてゆくのである（つまり、法的平和の動揺は、刑罰のみがこれを回復しうるわけではないのであって、時間経過によって自動的に回復するのである）。それゆえ、積極的一般予防のために必要な刑（つまり、可罰的責任刑）は、規範的責任刑を超えることはないが、それを下回ることはありうる。以上のような理由から、論者の量刑基準論における責任刑は、「まずは規範的責任刑を定め⁵⁰⁷、積極的一般予防の必要性を低下させる事情が認められる場合には、そこから専ら軽減のみを行って、可罰的責任刑を定める。これをもって責任刑が確定する」という形で定められることになるのである（なお、ここにおいて、規

⁵⁰⁷ 正確にいえば論者は、「『規範的責任』は量刑に換算する必要がないと考えられる（…）。『規範的』責任刑と『可罰的』責任刑の双方を具体的な数値に表現することは意図していない」と留保している（岡上 [1993] 85-86 頁注（12））。しかし、「換算する必要がない」ことの根拠は述べられていないようである。おそらく、このような二つの責任刑を数量化することは困難であるという批判を想定し、それを先回りして封じておこうとしたのであろう。しかし、そもそも規範的責任刑の数量化は、量刑傾向を前提とした二段階的数量化プロセスを用いれば（岡上 [2009a] 7 頁以下に記されている通り、論者は刑の数量化に際する量刑傾向の参照を肯定している）、当然に可能であると思われる（そこから、積極的一般予防に関連する本来の軽減事情を選別し、それに基づいて刑を軽減すれば、可罰的責任刑が得られることになる）。したがって、論者によるこの留保には、もともと理論的根拠がない上、どのみちそうすべき理由もないため、ここでは無視する。

範的責任とは無関係であるが、積極的一般予防の必要性——すなわち「法的平和の動揺」——の程度に関連する事情としては、例えば、損害回復や和解、国家機関の違法行為などが挙げられている⁵⁰⁸）。

こうして可罰的責任刑が定まったため、最後に特別予防的考慮が問題となる。この点、既に述べた通り、論者の理解では、可罰的責任刑は積極的一般予防のみならず、積極的特別予防にとっても原則として最善の刑であると考えられている⁵⁰⁹。現在の理解に照らせば、おそらく、次のように言い換えることができよう。まず、規範的責任刑を超える刑は、国民の納得を得られないが、それはすなわち、行為者の納得も得られないということである。逆に、規範的責任刑から、積極的一般予防の必要性に照らして可罰的責任刑まで軽減する場合、それは国民の納得を得られるから、やはり行為者の納得も得られる。ただ、行為者の再社会化のためには、可罰的責任刑よりもさらに軽い刑でも足りるかもしれない。その意味で、「責任に解消しきれない特別予防の観点（有害な刑罰を回避するという意味での再社会化）から責任刑を下回る可能性は、なお残」されることになる⁵¹⁰。ただ、この軽減も無制約なものではなく、その限界は、「特別予防的観点から、責任相当の刑罰をどの程度まで下回れば、司法機能に対する国民の法的確信が動揺するか、という観点」⁵¹¹から決されることになる。要するに、積極的一般予防効果と特別予防効果を衡量し、それらの総和が最大化される水準まで刑を軽減するということである。

以上から、岡上説の量刑基準論は、次のように要約できることになる。すなわち岡上説は、点の理論を前提としつつ、「行為責任（規範的責任）の程度を起点として、そこから、積極的一般予防の必要性（可罰的責任）にしたがって刑を軽減し、そこからさらに、特別予防の必要性を衡量しつつ刑を軽減する」という枠組みをもつ量刑基準論である。

〔2〕改説後

続いて、「改説後」の岡上説を検討する。なお以下では、改説後の見解の整理のみならず、その批判も一括して行う。

まず論者は、「やはり刑罰の正当化根拠は応報刑論に求める以外にはないように思われる」⁵¹²というように、従来の立場から 180 度転向している。しかし、なぜ論者は、積極的一般予防論を捨て去るに至ったのだろうか。その理由は次のことに求められている。すなわち、積極的一般予防論とは、「大まかにいえば、刑罰は国民の規範意識を覚醒し強化することを通じて、犯罪を予防する手段であるという」見解であるが、「行為者を処罰しなければ国民の法的忠誠が動揺させられるというだけで、刑罰は正当化しえない。なぜなら、国民が刑罰を正当だと考えているということと、刑罰それ自体が正当だということとは別の事柄だからである」⁵¹³。この趣旨は、次のことと関連づけると理解しやすいと思われる。すなわち、既述の通り、改説前の論者の見解によると、刑法の基本原理は、経験的事実に左右され

⁵⁰⁸ 岡上 [1993a] 66 頁以下。

⁵⁰⁹ 上注 (492)。

⁵¹⁰ 岡上 [1993] 107 頁。

⁵¹¹ 岡上 [1992] 46 頁。

⁵¹² 岡上 [2006] 198 頁。

⁵¹³ 岡上 [2006] 199 頁。

る流動的なものとなるのであった。例えば、責任主義の妥当根拠は、表面的には人権保障であるが、それではなぜ人権保障が重要なのかといえば、そうした方が積極的一般予防に資するからである。逆にいえば、人権を保障しない方が積極的一般予防に資する場合——そもそも、人権とは得てして、公益を追求しようとする際には「邪魔」になるものに他ならないであろう——には、人権侵害がそのまま正当化されてしまうことになる⁵¹⁴。言い換えれば、この構成によると、責任主義を尊重して人権を保障すべき理由は、「人権を保障することは正当だから」ではなく、「人権保障は正当だと国民が考えているから」に他ならないことになる（それゆえ、国民の考えが変われば、人権も容易に捨て去られることになる）。しかし、責任主義は、国民が何を考えており、いくら公益上それが邪魔であっても、貫徹すべき原理なのであって、なぜなら、繰り返し述べてきた通り、責任主義とは「全体のために個を無条件に犠牲にする」ことを避け、行為者に、全体のために犠牲になるべき義務（刑罰受忍義務）が認められる場合にのみ、これを処罰することを保障するための原理だからである⁵¹⁵。この意味で、責任主義は、帰結主義的な目的（つまり、犯罪予防目的）の追求を別個の観点から遮断する義務論的制約であるところに、その本質をもつものなのである。この点、改説前の岡上説が支持していた積極的一般予防論は、確かに——いわゆる予防的責任論を実質的には採用することによって——、責任主義を尊重する理由を、「責任主義が正しいから」ではなく、「責任主義が正しいと国民が考えている（ため、そうした方が積極的一般予防に資する）から」というように説明するものであった。しかし、改説後の論者が的確に指摘する通り、ある原理が正しいことと、それが正しいと感じられることは、全く別の事柄である。より理論的に精密に定式化すれば、改説前の岡上説は、帰結主義的目的追求と義務論的制約の相違を看過し、後者を前者に還元することで、後者に真に期待されるべき機能——責任主義との関連でいえば、「全体のために個が無条件に犠牲にされる」ことを避ける機能——を失わせてしまっていたのである。論者の改説の動機はこのように理解できると同時に、それは正当な動機であるともいえよう（ただし、だからといって応報刑論を採用する必要があるに当たったのかということは問題である。つまり筆者の考えでは、読者においてはおそらく察されている通り、積極的一般予防論を維持しつつ義務論的制約を導入すれば足りたはずである）。

その上で論者は、新たに採用する刑罰論上の立場を、次のように定式化している：「責任主体としての市民が、自らの犯罪行為によって法に違反し、法秩序の妥当性を疑問視させたという知見から、責任とは、行為者を法の主体としてその主観的帰責を問題とするものであり、刑罰とは、行為者が行為の重さに応じて行為に相当なものを受けとることになるという

⁵¹⁴ 例えば、無実の人を処罰した方が——公衆はみな、その人が真犯人であると思込んでおり、かつ、その信念はあまりに固定化していて訂正できる見込みがないため——積極的一般予防効果が大きい場合というのは当然に考えられるのであって、積極的一般予防論を純粋に貫徹する場合には、その際には無実の人の処罰を選択せざるをえないことになる。この問題は、周知の通り、刑罰論において、目的刑論に対する常套的批判として用いられるものである（倫理的な背景も含めて、第 2 章 I. 1. 注 (56) 本文部以下参照) これは一見、非現実的で、実践的にはあまり意味のない問題であると思われるかもしれないが、例えば、上における「無実の人の処罰」を「無過失刑事責任の肯定」に置き換えて考えてみれば、必ずしも軽視すべき問題ではないことがわかる。要するに、国民感情の暴走に一切の歯止めがなくなるのである。

⁵¹⁵ 上注 (161) およびその本文部周辺で言及した、切り札としての人権論も参照。

ことであり、不法な法違反に対するこのような非難が刑罰を伴って初めて、法が回復され、法秩序によりいっそうの妥当力が付与されるという点にその正当化根拠を求めることができる⁵¹⁶。いわゆる「応報刑論のルネサンス」の潮流⁵¹⁷に属する、新しいタイプの応報刑論を採用したということになる。この理解によれば——論者自身、引用箇所の直後で述べている通り——、責任は刑罰を根拠づけるというテーゼ、すなわち積極的責任主義が肯定されることになる⁵¹⁸。ただ、この見解自体の当否については——応報は国家の任務ではないこと、および、犯罪予防という合理的・経験的目的ないし機能による刑罰制度の方向づけを放棄するのは、犯罪予防効果という明らかに重要な「利益」の断念を意味するが、これは、国家は構成員の利益を実現するための手段的機構であるという説得的な国家観と耐え難く矛盾すること、という極めて重大な疑義があるもの——、ここでは措いておこう。検討の重点は、論者による、他説への批判にどの程度の説得力が認められるか、というところに置く。

さて、上の論述によれば、論者はもはや「単なる上限」論を捨て去り⁵¹⁹、「基礎としての責任刑」論に転回したものと評することができよう。現に論者は、「責任は刑罰を正当化せず、単に上限を画するにすぎないと考える、いわゆる消極的責任主義は、いわば消去法による思考方法であり、刑罰の正当化根拠に直接向き合うものではない」というように消極的責任主義を批判している。その趣旨はおそらく、消極的責任主義は、責任を刑罰論から切り離すものであって（つまり、責任主義の根拠を刑罰論的に説明せず、ただ措定している）、しかし応報（責任）の観点を無視してしまうわけにもいかないという実践的な必要性から、根拠なく応報（責任）を処罰制約原理として認めるものである（その意味で、応報刑論による積極的な責任の根拠づけは受け入れられないから、消極的な制約原理としてとっておこうというような、「消去法による思考方法」である）が、それは不当である、ということであろう⁵²⁰。

⁵¹⁶ 岡上 [2006] 201 頁。

⁵¹⁷ これに関する最近のわが国における文献は、第 2 章序論 2. 注 (6) に掲げた。

⁵¹⁸ ただしこれは、責任の刑罰根拠づけ機能を認めるという限りでの積極的責任主義であり、「責任があれば必ず（その程度に応じた）処罰を行わなければならない」という意味でのそれではない。なぜなら論者は、後述するように、責任とは無関係な考慮による刑罰の軽減を肯定しているためである。城下 [2009] 251 頁参照。

⁵¹⁹ ただし厳密には、改説前の見解は「単なる上限」論であるとは言えない（「基礎としての責任刑」論でもない）。なぜなら、そこにおいて責任は予防目的に還元される以上、「責任と予防の相剋」それ自体が否定されている（責任と予防はそもそも矛盾しないものと捉えられている）のであって、これに対して、「単なる上限」論と「基礎としての責任刑」論というのは、両者の相剋があることを前提とした、その解決方法に関する対立であるためである。ここでは、改説前の岡上説が規範的責任刑から出発して、そこからの軽減のみを問題にするという構成をとっている点を捉えて、いわば表面的・便宜的に、これを「単なる上限」論に分類しているにとどまる。正確を期すならば、本来は、城下説、本庄説、野村説、小池説などとは、およそ出発点を異にする、別カテゴリーの見解として整理すべきであろう。

⁵²⁰ なお論者は、「現在の日本では、無内容で価値中立的な応報刑論がいわゆる法的責任論と結びついて有力に主張されている」と述べ、その直後に、上に引用した消極的責任主義批判を展開している（岡上 [2006] 201 頁）。そうすると、論者は、「消極的責任主義を採用するならば無内容で価値中立的な応報を刑罰論に組み込まなければならない」という論理的関係があると考えているのかもしれない。しかし、そうであるとすれば、それは誤りである。「全体のために個を無条件に犠牲にしてはならない」という考え方は無内容でも価値中立的でもないし、そもそも

しかし、以上のような考えには誤りがあると言わなければならない。

順を追って説明すると、結局のところ、全ての誤りは、刑罰正当化における積極的理由と消極的理由を区別しないところに端を発している⁵²¹。すなわち、応報も（積極的一般）予防も、刑罰正当化の積極的理由であるという点では変わらない。その上で論者は、おそらく、刑罰論にはこの積極的理由しか含まれ得ないと誤解している（これはカウフマンが陥ったのと同じ誤解である⁵²²）。そうであるからこそ、「それゆえ責任主義も、積極的理由（すなわち応報か予防）によって根拠づけなくてはならない」と考え、改説前は予防から根拠づけたが、それは上述したように不当であるので、応報刑論に転向したのであろう。しかし刑罰論には、応報とも予防とも無関係な、多様な消極的理由（義務論的制約）が含まれるのであって——責任主義もそうであるし、罪刑法定主義や行為主義や法益保護主義もそうである——、そこに理論的矛盾はない。消極的責任主義についていえば、その妥当根拠は、繰り返し述べてきた通り、「犯罪予防目的のために行為者が犠牲になるべき義務（刑罰受忍義務）を説明せねばならず、かつその義務の根拠は『（規範的）責任』の存在に求められると考えられるため」である。それは応報刑論とは何ら関係のない考慮であり、消去法によって導き出されたものでもないし、無内容でも価値中立的でもない。そもそもこの点で論者は、既に引用した通り、ごく初期において、量刑において妥当すべき「人権保障原理」として罪刑法定主義、行為主義、責任主義を挙げ、責任主義は積極的一般予防目的に還元したが、残りの二つは、応報とも予防とも切り離された形で（つまり、刑罰正当化の積極的理由とは無関係に）自説の内部に位置づけていたのであった⁵²³。そこにこそ、真に正しい方向性が含まれていたというべきである。つまり、確かに、責任主義を積極的一般予防に還元することは不当であったが、その対応策として論者がとるべきだったのは、目的刑論そのものを捨て去るという選択肢ではなく、むしろそれを維持しつつ、責任主義が（その他の憲法原理や刑法の基本原則と並んで）刑罰正当化の「消極的理由」であることを認識し、そのような形でそれらを理論体系に取り込むという選択肢である。つまり、改説前の自説に含まれた問題点の認識は正当であったが、その解決策は誤ったものと評価せざるを得ない。

ともあれ、改説後の見解では、責任刑を規律する実質的な原理は、「法秩序の妥当の回復」に求められることになる⁵²⁴。その意味では、改説前の量刑基準論と、結果的には類似した地

応報刑論とも無関係である（関連する問題として、第 3 章 II. 3-2-2-1. ）。

⁵²¹ 論者は、岡上 [2006] 201 頁において、「『限界づけるものは、同時に根拠づけるものである』というアルトゥール・カウフマンの命題」を肯定的に引用しているが、これが誤りであることは、第 2 章 I. 2-1. において詳細に論じた通りである。むしろ、論理的にみて、「限界づけるものは根拠づけず、根拠づけるものは限界づけない」と言わなければならないのである。

⁵²² 上注 (521) 参照。

⁵²³ 上注 (494)。

⁵²⁴ 岡上 [2006] 202 頁。岡上 [2007] 264-265 頁も参照。また、似た説明として、松宮 [2009] 13 頁以下。この論者自身は、この考慮を積極的一般予防と関連づけているが（同上 12 頁）、専ら観念的な意味での規範侵害とその回復のみを論じているように見えること（同上 4 頁以下）、および、刑法における（犯罪）予防の意義や行為者の（犯罪に出る）危険性の意義を規範化して捉えていること（同上 8 頁以下）などから、むしろ改説後の岡上説に近いものと理解される。つまり、このような見解を積極的一般予防論に分類することには問題があり、実質的には応報刑論に他ならないのではないかと考えるが、この点については下の 3-1-1. を参照。

点に落ち着いていると言える⁵²⁵。その後の展開も似ている。すなわち、法秩序の妥当を侵害するのは、行為責任（規範的責任）だけである（と論者はおそらく考えている）が⁵²⁶、それとは無関係な要素によって妥当回復が引き起こされる余地を認めている。具体的に挙げられているのは、次の三つの類型である⁵²⁷。すなわち第一に、自首や真実解明への協力、あるいは損害回復といった「犯行後の法適合的態度」であり、第二に、公務員の懲戒解雇のような「他の公的制裁によって被告人がすでに相当の負担を被っていること」であり、第三に、行為者が高齢である場合や、重篤な疾病がある場合のように、客観的には同じ量の刑罰でも通常人と比べて大きな苦痛を行為者が被ること、すなわち「刑罰感銘性⁵²⁸」である。これらは、行為責任とは無関係に、法秩序の妥当を回復するものであると捉えられているわけであるが、その理由づけは、それぞれ見てゆくと、まず第一類型は、「行為者が法秩序の妥当性・不可侵性を再び承認した」こと、第二類型は、「それらの処分が（…）法秩序の妥当性を確認するという役割を既に果たしている」ことが挙げられている（第三類型については説明がない）⁵²⁹。しかし、そもそもの法秩序の妥当性という概念がきわめて抽象的かつ不明確であるために、いかなる場合にどのようにしてその妥当性が回復するのかも不明確となり、それゆえ、上に挙げた理由づけも、本当に理由づけとして機能しているのか、如何とも判断し難いというのが率直な感想である。言い換えれば、「法秩序の妥当の回復」という基準が、そもそも基準として機能しうるものであるか、疑問なしとしない⁵³⁰。例えば損害回復の場合、行為者による法秩序の妥当性の承認が問題なのであるとすれば、その回復額の客観的な大きさはせいぜい、その承認の真摯さを推認する事情となるに過ぎず、真に重要なのは損害回復に臨む行為者の真摯さそのもの（その意味で、行為者の主観的状态）であるということになりそうであるが、むしろ法秩序を純粹に客観的に捉えれば、回復額の客観的な大きさこそ

⁵²⁵ ただし、既に示唆した通り、改説前における「法的平和の動揺」は、積極的一般予防を基礎とする以上、徹頭徹尾、経験的なもの（つまり、公衆の心理状態）でなければならない。これに対して、応報刑論から導かれる「法秩序の妥当」は、経験的事実からは完全に遊離した規範的観念であることになる。したがって、これらの「法的平和の動揺」と「法秩序の妥当」とは、似て非なるものであることを認識しなければならない。

⁵²⁶ しかしここでも、「『法秩序の回復の必要性』（…）と『行為責任』がなぜ一致するのか」が説明される必要がある。（…）行為者に刑罰を科すことによって、不安定にされた法秩序がいかなる意味において『回復』されるのかも明らかにされなければならない」（城下 [2009] 254 頁）ところ、この説明はなされていないようである。改説前であれば、「法的平和」概念を自然化する（経験的に捉える）ことによって、この点を明確化する余地があったと思われる。

⁵²⁷ 岡上 [2006] 202-203 頁。

⁵²⁸ 刑罰感銘性は、ドイツ量刑論における“Strafempfindlichkeit”の訳語であり、刑罰感痛性とも訳される。詳細は、本章 I. 3-2-2-2. (3) 参照。

⁵²⁹ 岡上 [2006] 202-203 頁。

⁵³⁰ 下位基準の豊富化が課題であると言い換えられるかもしれないが、そもそも、上位基準が最低限、基準として機能しうるものであることは、下位基準の導出のための論理的前提である。この点の的確な指摘として、野村（健） [2015] 159 頁注 (91)：「『規範（法的平和）の回復』という基準に、下位基準の正当性を審査し得るだけの明確性がないのであれば、そもそも上位基準としての意義自体が疑わしいとわざるを得ないのではないだろうか」（これは改説前の岡上説に対する指摘であるが、改説後の見解にも妥当しよう）。ヘルンレ [2011] 120 頁も参照。

が重要であり、行為者の主観的状态は無関係であるようにも思えてくる。しかし、いずれの考え方をとるのか、あるいは両方なのかということを決する基準は、本当に「法秩序の妥当の回復」概念に内在しているのであろうか。また、付随的に述べておけば、前者の考え方を採用する場合、そのような考え方は、論者自身が（自首減軽との関係においてではあるが）批判するところの、「『反省または悔悟』という名目の下」における「感情的な判断」⁵³¹を許すことと紙一重なのではないだろうか（さらに言えば、例えば自発性は法秩序の妥当の回復にとって有意味であり、あるいは必要条件であるが、それ以上の反省や悔悟は無意味であり、あるいは必要条件でないといった判断が、恣意的な決断に過ぎないわけではないということ、いかにすれば根拠づけることができるのだろうか）。また第二類型についても、犯罪は刑事法秩序に反し、その妥当性を疑義に付すものである（逆に例えば、一般的には、行政法秩序の妥当性を疑義に付すものではない）以上、その回復も刑事制裁によってしかなされ得ないのであって、行政制裁のようなものはおよそ無関係である、と言ってはならない理由は何であろうか。逆に、法秩序を刑事法に限らず、より広いものと捉えてよいのであれば、論者は軽減根拠を「公的」制裁に限定しているところ、民間企業における懲戒であっても、その種類・内容は労働基準法に基づいて就業規則に定められるものである以上、そのような懲戒の存在も法秩序に含まれていると解することもできるはずである。それなのに、そのような公的でない制裁によっては、法秩序の妥当は回復しないと考えられるのであるとすれば、それはなぜだろうか。

結局のところ、「法秩序の妥当が回復がなされたかどうか」という基準からは、ここにいう「法秩序」および「回復」の定義を操作することによって、直感的に望ましい帰結を恣意的に引き出すことができってしまうのであり、その意味で、そもそも基準として機能せず、あるいは、法的基準として必要な安定性を著しく欠いていると言わざるを得ないように思われる。逆にいえば、そこにいう「法秩序」および「回復」の定義は、一義的な形で理論的に根拠づけられたものでなければならぬが、少なくともその作業は、現段階では実現されていないようである。しかし、これこそが決定的に重要な問題であるから、結局のところこの点では、今後におけるその帰趨を見守るほかにない。肯定的にも否定的にも評価できないということになる。

最後に、特別予防的考慮に基づく軽減も許容されており⁵³²、この点でも改説前と同様である。この帰結が正当化されるとするならば、応報に加えて少なくとも特別予防をも刑罰正当化の積極的理由に含める見解、すなわち応報型相対的応報刑論を、論者は採用していることになる。一般予防については、まず消極的一般予防は、改説前と同様に、経験的観点からその量刑上の考慮を否定されるものと思われる（刑罰論のレベルでこれを排斥するのかどうかは不明である）。積極的一般予防は、論者が、これは「『正しく理解された応報刑論』の社会心理学的反映と考えることができる」⁵³³と述べていることからすると、そもそも刑罰論のレベルにおいて、刑罰を正当化する独立の目的ではなく、応報を通じて付随的に実現される事実上の効果に過ぎないと位置づけられているものと考えられる。以上のような理論構

⁵³¹ 岡上 [2006] 202 頁。

⁵³² 岡上 [2006] 204 頁。

⁵³³ 岡上 [2006] 200 頁。

成自体は、成り立ちうるものであると思われる。

かくして、改説後の岡上説に関する整理と検討は終了したため、改説前の見解の検討に戻ることにしよう。

〔3〕改説前の岡上説に関する検討課題の析出

さて、改めて確認すると、改説前の岡上説は、次のような一連の主張から成り立つものであった（なお、以下の検討は、積極的一般予防と量刑基準の關係に焦点を合わせる）。すなわち、(1) 責任主義は、積極的一般予防目的によって基礎づけられうる（また、積極的一般予防効果は、規範的責任に応じた刑を科するときに最もよく発揮されるのであり、言い換えれば、「可罰的責任が規範的責任を超えることはない」）→（量刑においても、責任主義のほか、罪刑法定主義や行為主義などの制約が及ぼされる）→ (2) 規範的責任刑は、積極的一般予防の必要性の低下に応じて軽減されうる（その結果として得られるのが可罰的責任刑である）→ (3) 可罰的責任刑からはさらに、特別予防的考慮（再社会化の観点）により刑を軽減しうる。ところで、このうち (3) は、いわゆる特別予防加重禁止説に与するものである。論者がこれに与する理由は第一に、点の理論を前提としているからであろうが（責任刑が点であり、それを前提として特別予防的考慮を行うならば、特別予防関連事情を本来的加重要素と解してそれを量刑に反映させた瞬間に、責任主義に違反することになる）、既述の通り、点の理論は不当である（さらにいえば、実のところ、そもそも岡上説は、その主張に完全に内在して議論を進めたとしても、結局は特別予防加重禁止説と矛盾するのであるが⁵³⁴、この点はここでは措く）。そのほか、そもそも特別予防加重禁止説がおよそ不当であることは、既に本章 II. 1-5. で論じた通りである。そこで以下では、残った (1) および (2) の主張の妥当性について検討を加えることにする。

3-1. 積極的一般予防目的による責任主義の基礎づけは妥当か？

岡上説の最大の特徴は、責任主義を積極的一般予防目的によって基礎づける点に求められるであろう。その理路は上で詳細に確認したが、改めて簡潔にまとめれば、次のようになる。第一に、規範的責任の程度に応じた刑を科する場合よりも、それを超える刑を科する場合の方が、積極的一般予防効果が大きいということはある。言い換えれば、最善の積極的一般予防目的を追求するときには、最大でも、規範的責任刑までしか正当化され得ない。第二に、積極的一般予防効果に照らしても、規範的責任刑を科すには及ばず、それを下回る刑で足りるということはある。このうち第二点目は次の 3-2. で扱うため、ここでは第一点目を扱う。

結論から述べれば、論者が構想する、積極的一般予防目的による責任主義の基礎づけには、経験的側面と規範的側面の両方において問題があり、賛成できない。しかし、私見によれば、論者の構想は、その根底にある発想それ自体においては妥当であり、これに経験的および規範的観点から修正を施す場合には、賛成できるものである。というよりも、それらの修正を施す場合、論者の構想は私見と本質的部分において一致するものであり、その意味で、私見は論者の構想の延長線上にある（というより、私見は——論文構成の都合上、この位

⁵³⁴ 下注 (547) と、そこに到達するまでの 3-1. の議論全体を参照。

置で言及することになってしまったが——論者の構想に大きく触発されたものである）。

3-1-1. 経験的問題

論者の表現では、規範的責任刑を超える刑が正当化され得ない理由は、規範的責任がある場合にのみ、かつ、その限度でのみ、「法的平和が動揺する」からである。問題は、この想定に経験的根拠が認められるかどうか、である。なぜ、かつ、どのようにして経験的根拠が問題になるのかという点から、順を追って説明する。

規範的責任の限度においてしか法的平和は動揺しないという表現は、法的平和は「規範的な」ものであるという論者の言明と合わさって、その実体を理解しにくくさせているが、上で検討した通り、それは次のように理解すべきものである。すなわち、処罰の際に規範的責任を要求する根拠は、表面的には、行為者の人権を保障するためである。もっとも、なぜ人権を保障するのかといえば、そうした方が司法に対する国民の信頼が高まり、それゆえ積極的一般予防効果が高まるからであるに過ぎない。

このことを、「法的平和」概念に即して言い換えれば、以下のようなになる。犯罪行為によって法的平和が動揺するということは、次のことの言い換えである。すなわち、国民が、犯罪行為——刑法規範を無視した行為——が発生しているにもかかわらず、それが処罰されていない（または、その重大性に均衡した形での処罰がなされない）という事実を認知することによって、刑法規範の妥当性に疑念ないし不安を抱くということである。この「疑念ないし不安」という心理的事実こそが、法的平和の「動揺」の実体である（その一方で、「法的平和」の実体は、国民が刑法規範の妥当性を確信しているという心理的事実である）。ところで国民は、規範的責任が認められない単なる不法があり、それに対して処罰がなされなくても（あるいは、規範的責任の程度の限りで処罰がなされており、それ以上の処罰がなされなくても）、刑法規範の妥当性に不安を感じることはない。なぜなら国民は、規範的責任がない場合に処罰を行い、あるいはその程度を超えた処罰を行うことは、人権保障の要請に反することだということに納得しているためである。この納得があるからこそ、刑法規範が規範的責任の限度でしか処罰を行わないことは、いわば当然のこととして受け止められるのであり、それゆえ、不安や疑念は生じない——つまり、法的平和は動揺しない——のである。

このように、論者の見解において、法的平和は徹頭徹尾、経験的に把握されるべき事実状態であるのであって、その意味で、論者がこれを「規範的な」と表現するのは、ミスリーディングなことであると言わなければならない。というよりも、法的平和は経験的に理解しなければならないのであって、もしこの理解を拒絶するのであれば、それは、積極的一般予防論をとるという前提そのものと矛盾する。なぜなら、積極的一般予防論とは、積極的一般予防効果という現実の利益を刑罰の正当化根拠とする理論であり、また、この利益は国民の規範意識の覚醒・強化という事実状態を通じて実現されるものであると想定する理論だからである。別の言い方をすれば、法的平和とは、国民の規範意識が十分に覚醒されているという事実状態のことを指すのであり、かつ、この事実状態が存在するからこそ、国民が犯罪を行いくくなる、すなわち、犯罪予防効果という現実の利益が生じるのである。「法的平和」というものを、このような事実状態とは離れた、観念的構築物たる法秩序そのものと

して把握し（あるいは法的平和概念にそのような側面を混入させ）、その保護を「積極的一般予防」の名の下に正当化するのであれば、それはいわば羊頭狗肉であって、単なる秩序応報を目的刑論であるかのように偽装して、目的刑論の「売り」である犯罪予防効果を実際は何ら顧慮していないのに、その理論的美点だけを借りてこようとする欺瞞（または、その欺瞞性を自覚できていないという意味において、概念的混乱の産物）に限りなく接近する⁵³⁵。積極的一般予防論との関連において法的平和概念を持ち出すのであれば、その概念は完全に経験的なものとして理解されなければならないということは、強調しておくに値する。法的平和概念は、専ら経験的な現象として犯罪予防目的と結びつけるか、さもなくば、観念的な現象として把握して応報と結びつけるかの、いずれかしかないのであって、その中間は存在しないのである。

かくして、「法的平和」、その「動揺」、およびその「回復」は、徹底して経験的に把握されなければならない。その上で、論者自身も認めている通り、法的平和概念は「曖昧で、輪郭がはっきりしないことは否定できない」ものである以上、この概念から出発するとしても、それをもとにして「実際に機能し得る下位命題を豊富にすること」が決定的に重要な課題となるであろう⁵³⁶。しかし、この概念は、現段階では、下位基準の正当性を審査しうる程度の明確性を備えているとは言い難い⁵³⁷。それでは、我々はどうすべきであろうか。

既述の通り、法的平和は経験的な概念でなければならない。そうであれば、その明確化のための第一歩もまた、経験的な方法に基づかなければならない。私見である表出的抑止刑論は、この方法を提供することができる。改めて確認すれば、表出的抑止刑論における犯罪予防プロセスは、「公衆の正義観念（＝犯罪と刑罰に関する一般人の直観、『このような行為をこのように処罰すべきだ』という一般人の感覚）に従って処罰を行うことによって、刑法に対する公衆の道徳的信頼を維持し、もってその遵法性を維持することを通じて、犯罪予防を実現する」というものである。これに照らせば、法的平和とは、公衆が刑法を道徳的に信賴している状態のことであると理解できる。法的平和の動揺——すなわち、道徳的信頼の毀損——は、犯罪行為（正確に言えば、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〕⁵³⁸）が行われ、それにもかかわらず、公衆の正義観念に照らして適切な処罰がなされない場合に引き起こされる（不正行為でないものを犯罪行為と認定し、それを不当にも処罰する場合にも、同じことが起こる）。それゆえ、犯罪行為があれば即座に法的平和が動揺するという理解があるとすれば、それは経験的には不正確であり、観念的な「規範の侵害」というイメージの混入が疑われる。刑法に対する道徳的信頼が確立している場合には、犯罪行為が生じて「動揺」は引き起こされない。なぜなら、そのとき公衆は、それを刑法がうまく処罰してくれるはずだと安心しているためである。したがっ

⁵³⁵ 松原（芳）〔2017〕8頁、吉岡〔2001〕46頁、吉岡〔1997〕9頁以下と比較せよ。第2章II.

1. 注（115）の本文部以下も参照。

⁵³⁶ 岡上〔1993a〕62頁。

⁵³⁷ 上注（530）参照。

⁵³⁸ この不正行為概念と、法的に定義づけられた犯罪行為概念とが一致するものでないのは当然のことである。厳密に言えば、犯罪行為は、不正行為の部分集合である。そして、公衆が怒りの対象とするのは定義上、不正行為だけであって、それが同時に犯罪行為であるとは限らない。

て、法的平和の動揺の「回復」という概念も、経験的に正しく捉え直す必要がある。すなわち確かに、法秩序を観念的に捉えれば、個別の犯罪によってそれが害され（動揺し）、個別の刑罰によってそれが回復するという直感的なイメージが成り立つ。しかしそれは、経験的現象の記述としては正しくない。むしろ、法的平和のためには、公衆の正義観念に従って処罰を行うことだけが重要なのである。その失敗の積み重ねに応じて、法的平和は動揺してゆく。逆に、そうして法的平和の動揺状態が悪化してゆき、あるいは固定化しつつある場合には、公衆の正義観念に従って処罰実践を修正し、これを再び積み重ねることによって、動揺状態を回復に向かわせることができるであろう。言い換えれば、法的平和の動揺とは、公衆の正義観念に反した処罰実践の累積を原因として、公衆の遵法性が弱まっている状態（これは、規範意識の鈍化と呼んでもよいであろう）のことであり、逆に法的平和の回復とは、処罰実践を公衆の正義観念に照らして修正し、そうして修正された実践が累積することで、公衆の遵法性が強まってゆく状態（これは規範意識の覚醒・強化と呼んでもよいであろう）のことである⁵³⁹。これが、「法的平和」、その「動揺」、およびその「回復」という概念の、経験的に正確な理解であると考えられる。

以上を踏まえて、「法的平和は規範的責任の限度でしか動揺しない」というテーゼを検討すると、やはり、そう断言するのは行き過ぎであるように感じられる。例えば責任能力制度に対して批判的な世論が盛り上がる可能性があるという事実にも象徴されるように、規範的責任がない場合にも公衆が非難を向けようとすることは十分に考えられることであるし、規範的責任概念から導かれる程度を超えた非難を向けようとすることは、ますます高い蓋然性をもって想定される事柄である。もちろん、責任主義の規範的意義を公衆に対して伝

⁵³⁹ ここでは、「個別の／積み重ね」という対比に注意する必要がある。例えば、「事件 X においては、被害者に対する損害回復が行われたため、法的平和の動揺が（部分的に）回復している」という言明は、経験的には無意味なものとなる（無意味である以上、このように理解された「法的平和の動揺の回復」は、抽象的すぎてそれ自体では基準として機能しないというだけでなく、そこから下位基準を導かないし審査することも原理的に不可能である）。むしろ根本的には、「損害回復を理由として刑罰を軽減することは、公衆の正義観念に合致するから、積極的一般予防上の利益があり、したがって正当化される」というべきである。ただし、このようにいうだけでは、いわば「正義観念万能主義」にも映り、理論的に物足りないものと感じられるに違いない。さらに踏み込んで、損害回復を理由とした量刑軽減はなぜ正義観念に合致したものと感じられるのだろうか、という点を説明する「論拠」を用意する必要がある。そこで想起すべきなのは、「内在的論拠」の概念である。内在的論拠とは、「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（対概念は「外在的論拠」である。その一例は責任主義である。すなわち、公衆がどう考えていようと、過失のない行為を処罰してはならない。内在的論拠と外在的論拠について詳細は、第 3 章 II. 2-3. ）。この点、例えば次のように考えることができる。すなわち、刑罰は、引き起こされた不法に対する感情的な反動という性質を備えている。この感情の主要な源泉の一つは、引き起こされた不法は「取り返しがつかない」というところにある。しかし、損害回復とは、部分的に、この取り返しをつけることであるといえる（もちろん、不法が一旦は実現したという過去の事実は決して変わらない以上、違法という評価が変更されることはありえない。責任についても同様のことが妥当する。それゆえ、損害回復による違法性阻却または責任阻却は原理的にありえないことになる）。それゆえ、損害回復を根拠に量刑を軽減することには、理由が認められるのである。

達・説得し、理解を求めてゆくことで、行為責任と公衆の非難感情との一致を目指すことは（積極的一般予防の観点からも）重要かつ有益であろう。しかしそれはあくまで、漸近すべき理想なのであって、所与の事実として扱いうることはない。公衆の非難が規範的責任の限度を超える可能性は想定せざるを得ないのであって、その意味で、責任主義を積極的一般予防目的によって基礎づけるという企てには、やはり無理があるというほかないであろう。

3-1-2. 規範的問題

論者の責任構想は、積極的一般予防目的と結びついており、その帰結として論者は、責任概念を「規範的責任」と「可罰的責任」に区分していた。これは文字通り見れば、可罰的責任論の一種である。もっとも——これはすぐれて用語法の問題ではあるが——、可罰的責任論はあくまで「責任と予防とを対立的に把握する立場」であり、すなわち予防目的とは無関係に設定され回顧的に構成された規範的責任を前提として、そこから責任評価を低める際に、展望的な予防目的を加味しようという立場であるという整理が許されるとすれば⁵⁴⁰、論者の見解はやはり、可罰的責任論からは逸脱していると評価すべきである。むしろ、既に整理した通り、論者にとって規範的責任とは、究極的には予防の必要性の「認定手段」に過ぎないのであって、規範的責任という回顧的な責任を問題とする根拠は、そうすることが積極的一般予防に役立つからという展望的な考慮のみに求められているのである。そうすると、論者の責任構想はやはり、専ら犯罪予防目的によって責任概念を構成・正当化する理論、すなわち予防的責任論⁵⁴¹に与するものである。

しかし、予防的責任論は、量刑論の文脈において既に正しく批判されている通り⁵⁴²、不当である。繰り返し述べてきたことであるが、責任は、犯罪予防目的の追求を別個の観点から遮断する義務論的制約であり、そうすることで、行為者の刑罰受忍義務を根拠づけ、以って行為者の人権・自由を保障する機能を有するところに意義がある。責任を予防目的に還元すれば、この機能はまさに失われ、「全体のために個を無条件に犠牲にすること」が肯定されることになってしまうのである。

この問題は、論者を改説に向かわせる主要な動機となったものと推測される⁵⁴³。もっとも、上で既に示唆した通り、この問題を回避するために積極的一般予防論を捨て去るのは、過剰な対応である。そうではなく、責任主義を、予防目的の追求を消極的な形で規範的に制約する原理として位置づければ足りるのである。さらに、規範的制約を責任主義に限定すべき必然性はないため、罪刑法定主義や行為主義、法益保護主義といった、その他のあらゆる原理も、それらを規範的制約として承認した上で、量刑にも推し及ぼすべきである（これ自体、上で確認した通り、当初は論者自身が重視していた問題意識なのであった）。

翻って考えてみれば、そもそも、論者が積極的一般予防論を援用し、それに従えば責任に均衡する刑罰を正当化することができるという方向で議論を進めたこと自体は、着眼点として正しかったと評価できる。しかし、積極的一般予防刑と責任刑が完全に一致するものと

⁵⁴⁰ 西岡 [2007] 124 頁以下。

⁵⁴¹ 予防的責任論の意義については、さしあたり、内田 [1996] 241 頁以下参照。

⁵⁴² 小池（信） [2004] 302 頁以下、野村（健） [2020a] 16-17 頁参照。

⁵⁴³ 上注（513）の本文部以下を参照。

見なした（おそらく、そうしなければ責任刑を正当化できないと考えた）点に問題があったのである。そうではなく、必要であったのは、まずは積極的一般予防目的によって責任刑の近似値が正当化され、続いてそれを、いわばヤスリをかけるようにして、規範的制約によって彫琢・洗練するという発想である。とはいえ、これはいわば後知恵にすぎない。むしろ、論者の構想と着眼点から着想を得て、それを上記の発想に基づいて展開させようと試みた結果として、私見が構想されたというのが実際のところである。ともあれ、論者の構想の根底に含まれている発想と着眼点には妥当な核心が含まれていた（し、それ自体は今日でも妥当である）ことは確かである。

かくして、積極的一般予防目的による責任主義の基礎づけは、不当である。ちなみに、この関連で最後に確認しておく、この知見からは、論者の構想にはそもそも消極的責任主義は含まれていない、という認識が導かれる。すなわち、既述の通り、目的刑論をとりつつ、その目的追求に対する消極的制約として責任主義を導入するときには、その論理必然的帰結として、責任刑の上限と下限の間には「非対称性」があるという考え方が導かれる⁵⁴⁴。具体的には、まず、上限は、責任主義の規律する「義務論的」な制約であるから、いかなる予防的理由があっても絶対に上回ることはできない、超えることのできない壁となる。これに対して下限は、単に、それを下回ると積極的一般予防効果のロスが大きくなる可能性が高い、という程度の目安に過ぎないため、特別予防の観点から例外的に強く要請される場合——実際にはきわめて稀であろうが——には、下回りも当然に正当化される。より簡潔に言えば、上限で起こるのは「義務論的制約 vs. 帰結主義的目的（主には特別予防目的）」であり、そこでは定義上、義務論的制約が必ず、例外なく勝利する。これに対して、下限で起こるのは、「帰結主義的目的（積極的一般予防目的） vs. 帰結主義的目的（主には特別予防目的）」であるから、後者によって前者が覆される理論的可能性は何の問題もなく肯定される、ということである。しかし、論者の構想においては、もはや明らかである通り、上限においても「帰結主義 vs. 帰結主義」でしかない。したがって、そこに消極的責任主義はない。論者は改説後において、その新たな見解の独自性の一つを「消極的責任主義を否定したこと」⁵⁴⁵に求めているが、ここでの理解によれば、そもそも論者は当初から、消極的責任主義を採用していないのである⁵⁴⁶。したがって、論者の構想では、特別予防の必要性がきわめて高い場合には、規範的責任の程度をはるかに超えた刑が正当化されてしまうことになる⁵⁴⁷。もちろん、そのような場面は現実的には生じえないというように、経験的な論拠をさらに持ち出すことは不可能ではないが、それが「絶対に」あり得ないと断言することは原理的に不可能であろう。しかし、責任を超える刑は、「絶対に」あってはならないのである。この帰結を確

⁵⁴⁴ 上注（414）の本文部周辺を参照。

⁵⁴⁵ 岡上 [2006] 204 頁。

⁵⁴⁶ なお、上の理解をさらに拡張し、責任主義の本質を、その義務論的性質に求めるとすれば、論者の見解は積極的責任主義でもないことになる。つまり論者の構想は、責任とは全く無縁な、予防的利益の純粋な衡量だけから構成される量刑基準論であって、ただ、その帰結が、責任を考慮する場合と「たまたま」似ているだけである、ということになる。

⁵⁴⁷ したがって、論者の量刑理論においては、特別予防的考慮は可罰的責任刑を専ら軽減するものと扱われていた（つまり、特別予防関連事情は常に本来的軽減事情であると解されていた）が、この結論は、岡上説の前提と矛盾するものと言わなければならない。

保するためには、義務論的制約の導入が必要である（一応、応報刑論を採用する場合でも——厳密には、応報刑論には義務論的なものと帰結主義的なものの二種類がある⁵⁴⁸ため論理的必然ではないのであるが——責任刑の上限の絶対的な拘束性は導くことができる。ただしその場合はもちろん、下限にも同様の拘束性が生じるため、その点で違いが出てくる）。

3-2. 「可罰的責任刑の要素」について：量刑事情の選別において、行為責任とも犯罪予防とも無関係な「第三のカテゴリー」を認めることは妥当か？

論者は規範的責任と可罰的責任を区別するが、これは量刑事情の選別基準としても作用する。すなわち、規範的責任は、行為責任（有責な不法）と同義であると解されるため、例えば窃盗の被害額のような不法要素や違法性の意識の困難性といった責任要素は、規範的責任に関連する事情として量刑上考慮しうることになる。この点、あえて規範的責任という語を用いる必要はないため、概念の混乱を避けるためにも、このような事情群は「行為責任の要素」と呼称しておく。

これに対して、論者の量刑論体系においては、行為責任とは無関係であるにもかかわらず、（可罰的）責任刑を軽減する事情というものも認められる。論者はその例として、違法捜査などの国家機関の違法行為（論者自身の表現では、国家側の訴追上の瑕疵）や損害回復などを挙げていた。以下においては、このような事情群のことを——これも論者自身の表現ではないが——、「可罰的責任刑の要素」と呼ぶことにする。

読者においては既に察されているかもしれないが、ここにおける「行為責任の要素」と「可罰的責任刑の要素」の区別は、私見における、「行為責任の要素」と行為責任に「ふさわしい刑の要素」の区別と、明らかに似た構造をもっている。すなわちどちらも、量刑事情の選別に際して、行為責任とも犯罪予防目的とも関連しないという意味で、責任でも予防でもない「第三のカテゴリー」を認める点で共通しているのである。このような発想方法のことを、仮に「第三のカテゴリー論」と呼んでおくことにしよう⁵⁴⁹。こうした「第三のカテゴ

⁵⁴⁸ 第 2 章 I. 1. 参照。

⁵⁴⁹ もっとも実は——ややこしいことに——、岡上説はそもそも責任主義を積極的一般予防目的に還元するため、行為責任の要素であれ可罰的責任刑の要素であれ、結局のところは積極的一般予防目的の考慮である点には変わりがない。ただ、論者の見解において、行為責任の要素は、最終的には積極的一般予防と結びつくとしても、その中間段階において「規範的責任」と関連づけられるという特徴を有している。これに対して、国家機関の違法行為のような「可罰的責任刑」の要素、規範的責任を介さずに、「法的平和の動揺の回復」（つまり積極的一般予防）と直接に結びつけられるという特徴を有しているのである。このように、岡上説においては、究極的には予防関連事情しか存在していないのであるが、その内部で、規範的責任と関連づけられているか（行為責任の要素）、関連づけられていないか（可罰的責任の要素）という区別が存在しているのである。もっともそうなると、論者の見解はやはり、第三のカテゴリー論ではないのではないかという疑念が浮かぶ。なぜなら、ここにおいて可罰的責任の要素は、特別予防の要素と同じく、予防目的によって考慮が正当化される事情である以上、論者の見解においては、「行為責任の要素」と「犯罪予防の要素」という二種類の量刑事情しか存在しないことになるためである。つまり、責任でも予防でもない「第三のカテゴリー」は存在しない、ということになる。

実際、第三のカテゴリー論を、本文で上述したように、「責任とも予防とも無関係な事情の考

リー」の存在の認否をめぐるのは、まず肯定説と否定説の対立があるが、それだけではない。すなわち、肯定説の中でも、第三の категория の位置づけをめぐる、二つの立場を区別することができるのである。また、否定説の中でも、そもそも第三の categoria に属する事情の考慮を端的に否定する見解と、そのような事情の考慮自体は肯定するが、それはむしろ行為責任の要素に他ならないのだ、という形で第三の categoria の存在自体は否定する見解という、結論的には真逆の方向を向いている二つの見解があるのである。先に、その見取り図を示しておこう。

図表 8：量刑事情における「第三の categoria」の考慮をめぐる諸見解

- ・肯定説①（結合説）：行為責任とも犯罪予防とも無関係な事情の考慮は認められる。例えば、損害回復はこれにあたる。この種の事情は、行為責任とは無関係であるが、行為責任に照らしてふさわしい反作用を変動させる事情である以上、責任刑の構成要素である。
 ⇨岡上説、井田説（の一部）、鈴木説、私見（の一部）など。この場合、第三の categoria に属する事情は、行為責任とは無関係な責任刑の構成要素であるため、その考慮は責任刑の幅に拘束されない。
- ・肯定説②（分離説）：行為責任とも犯罪予防とも無関係な事情の考慮は認められる。例えば、損害回復はこれにあたる。この種の事情は、刑事政策的合目的性の見地ないしは応報的科刑の必要性の観点から量刑におけるその考慮が正当化されるものであって、責任刑とは全く無関係である。
 ⇨井田説（の一部）、小池説、私見（の一部）など。この場合、第三の categoria に属する事情は、責任刑と無関係である以上、その考慮は責任刑の幅に拘束される。
- ・否定説①（拡張説）：行為責任とも犯罪予防とも無関係な事情の考慮は認められる。例えば、損害回復はこれにあたる。しかし、厳密に言えば、これもまた行為責任の要素なのである。なぜなら、結合説は「行為責任」と「責任刑」の区

慮を認める見解のこと」と定義する場合には、このように考えるのが正しい。しかし、本当のところをいえば、これは定義の方が不十分なのである。詳細は以下本文を通じて明らかにすることになるが、ここで予示しておく、この「第三の categoria 論」の本質は、次のことに気づいている点にある。すなわち、「責任刑」の量定にあたっては、行為責任そのものの評価と、行為責任に対してふさわしい反作用の評価という二つの視点がある、ということである。岡上説に即して言うと、そもそも責任刑とは一般に、法的平和の動揺を回復（して積極的一般予防効果を発揮する）ために科せられるものである。この点、可罰的責任刑の要素、例えば損害回復は、それ自体が一定程度、法的平和を回復させるものであることによって、いわば刑罰を一部代替するものであると捉えられることになる。これに対して、特別予防の要素、例えば行為者に監督者がおり今後の円滑な更生が見込まれるというような事情は、上にみたような責任刑の必要性とは無関係であろう。つまりそれは、行為責任の評価とはもちろん無関係であり、それに対してふさわしい反作用の評価とも無関係な、端的に予防目的としか関連していない事情なのである。このように、「行為責任そのものの評価と、それに対するふさわしい反作用の評価との区別」は、岡上説に内在していると考えられる。したがって、岡上説は第三の categoria 論にあたる。

別を前提としているところ、この両者は概念的に区別できないため、結合説がいうところの責任刑の要素は、端的に行為責任の要素として整理されるべきだからである。逆にいえば、通常の意味での行為責任概念は狭すぎたことになる。上述した見地から、行為責任概念を拡張し、その中に損害回復のような諸事情を含めてゆくべきである。

⇒野村説など。この場合、第三のカテゴリーなど存在しないのだが、従来の意味での行為責任には含まれない事情も、行為責任の要素として考慮できる。行為責任の要素である以上、その考慮は責任刑の幅に拘束されない。

・否定説②(制限説)：行為責任とも犯罪予防とも無関係な事情の考慮は認められない。例えば、損害回復は、行為責任とは無関係である以上、犯罪予防(特別予防)の見地からの考慮が正当化されうるとどまる。逆に、行為責任とも犯罪予防とも無関係な事情の考慮というのは、刑罰論によって基礎づけられていない事情の考慮を認めるものであって、背理である。

⇒城下説など。この場合、第三のカテゴリーなど存在しないし、従来の意味での行為責任概念も維持される以上、これに含まれない事情は、犯罪予防の見地から考慮を正当化するか、それとも考慮を否定するかの二者択一である。犯罪予防の見地から考慮する場合、その考慮は当然に、責任刑の幅に拘束される。

各々の引用と検討は下で行うことにして、その前に、図表 8 の内容を解説しておこう。まず、問題となっているのは、通常の意味における行為責任には関連せず、犯罪予防にも関連しないように見える事情(この事情を、ここでは「ファクター X」と呼んでおく)の考慮の可否である。その上で、ここにおける肯定説と否定説の違いは、量刑事情の分類に際して、行為責任とも犯罪予防とも無関係な第三のカテゴリーを認めるかどうか、という点にある。したがって、ファクター X の考慮を肯定するか否定するか、という対立軸ではないということに注意する必要がある。すなわち、肯定説であれば、「ファクター X」の考慮も肯定しうるのは当然であるが、否定説であっても、図表に記した拡張説のように、行為責任概念そのものを拡張することによって「ファクター X」の考慮をなお肯定することはありうるのである。

ところで、「ファクター X」とは、通常の意味における行為責任に関連せず、犯罪予防にも関連しない事情であると述べたが、その具体的意義は次の通りである。損害回復を例にとって説明すると、この事情は犯罪後に生じている事情であるから、通常の意味によれば、遅くとも犯罪終了時に確定するはずであるところの行為責任評価とは関連しえないと考えられる。いわゆる社会的制裁も、それは定義上、犯罪後に課されるものであるから、やはり犯罪後の事情であって、それゆえ通常の意味における行為責任とは関連しえないであろう⁵⁵⁰。

⁵⁵⁰ 犯罪の終了以前から存在する事情であっても、「ファクター X」として位置づけられうる事情は存在する。例えば、被告人は高齢であるという事情は、通常の意味における行為責任とは無関係であろう。その一方で、もしこの事情を、特別予防とは別個の観点から考慮することを認めるのであれば、そのとき高齢という事情は、「ファクター X」として扱われていることになる。

続いて、「ファクターX」は「犯罪予防にも関連しない」事情であると述べたが、これは厳密には不正確である。例えば損害回復は、それが被告人の真摯な反省態度を示していると捉えることで、特別予防に関連する事情として考慮することが可能であるとされるのが一般的であろう（否定説における制限説は、このように考えることになる）。しかし、肯定説は、損害回復は特別予防関連事情であると同時に、責任刑の要素としても考慮できる、と主張する余地がある（否定説における拡張説は、これは特別予防関連事情であると同時に、端的に行為責任の要素でもある、と主張することになる）。この点、もともと特別予防という正当化根拠があるのだから、他の論拠を示す意味などないのではないかと思われるかもしれない⁵⁵¹。しかし、そうではない。例えば、特別予防の見地から損害回復を考慮する場合、そこにおいて損害回復は結局のところ、行為者の反省という主観的状态を推認させる事情であるに過ぎない以上、重要なのはいわば、行為者が損害回復を行うに至った動機だけであって、それ以上の、損害回復の客観的な程度は量刑上無意味であることになる。例えば、被害額 100 万円のうち、全額を回復した被告人 X と、10 万円しか回復できなかった被告人 Y がいたとして、しかし X と Y はともに、心から反省しており、損害回復にむけて同程度に真摯に努力していたとする。この場合、専ら特別予防の見地に基づくのであれば、量刑軽減は同程度でなければならないことになろう⁵⁵²。また、損害回復が第三者によって行われている場合には、特別予防の見地からは、損害回復は全く無意味な事情として扱わざるを得ないことになる。これに対して、肯定説、および否定説における拡張説は、特別予防とは別個の論拠を援用できる可能性をもっているから、このような損害回復の客観的側面をも、量刑評価に適切に取り込む余地がある。このような帰結の相違が生じてくるのである。

以上の考察からすると、「ファクターX」は、次のように再定義される：「ファクターX」とは、その考慮根拠の少なくとも一部が、通常の意味における行為責任とも、犯罪予防目的とも無関係な見地に認められる事情のことである。この意味での「ファクターX」について、その考慮の余地を認めつつ、それは責任でも予防でもない「第三のカテゴリー」に属すると理解するのが、肯定説である。これに対して、そのような第三のカテゴリーは存在しないと主張するのが、否定説である。その中で、通常の意味での行為責任概念を維持するのが制限説であり、同概念を拡張するのが拡張説である。

こうして、肯定説と否定説の境界線は厳密に定義されたものと思われる。しかし、図表 8 には、もう一つの分類軸がある。それは一言でいえば、「ファクターXの考慮は、責任刑の幅によって拘束されるかどうか」という軸である。まず、制限説の場合は明白である。「ファクターX」は行為責任と無関係な、犯罪予防目的を直接的な根拠として考慮される事情であるから、その考慮は責任刑の幅に拘束されることになる（つまり、「単なる上限」論をとる場合には責任刑の上限を超えない限りで考慮すべきことになり、「基礎としての責任刑」論をとる場合には、上限を超えないことはもちろん、さらに、下限を下回らない限りで考慮すべきこ

⁵⁵¹ 城下 [2009] 74 頁参照。

⁵⁵² もしかすると、損害回復の額は、それに向けた努力の真摯さを推認させ、さらにその真摯さが特別予防の必要性の低さを推認させると主張することはできるかもしれない。しかし、これは明らかに迂遠であって、そのような推認は、例えば行為者が富豪であって、全く努力せずに専ら打算的な動機から大きな損害回復を達成したような場合には、すぐさま覆されることになる。

となる)。これに対して拡張説の場合は、「ファクターX」はもはや行為責任概念の一部なのであるから、その考慮が責任刑の幅に拘束されないことは当然である。むしろ、この「ファクターX」も考慮に入れてはじめて、責任刑の幅が定まることになるのである。結合説の場合も同様である。結合説においては、「ファクターX」は行為責任の要素ではないが、「責任刑」の要素ではある以上、やはり「ファクターX」も踏まえてはじめて責任刑が定まることになるのである。最後に、分離説の場合は、「ファクターX」は、行為責任とも責任刑とも無関係な事情であることになる以上、その考慮は責任刑の幅に拘束されることにはならずである。以上の相違点は、そもそも責任刑の幅という概念自体が曖昧であって、その上回り・下回りの可否という問題は実際にはほとんど表面化しないものであると考えられるため(本章I. 3-4-2-2. の末尾を参照)、実践的には些細なものにすぎないという考え方も成り立ちうる。ただ、例えば損害回復のように、一般に影響力が強いと考えられる事情に関しては、その考慮に際して責任主義の拘束を心配すべきなのか、原理的に心配する必要がないのかという点がもつ意味は、小さくないと思われる⁵⁵³。

以上により、検討の前提となる整理は終了したため、各々の見解の検討に入る。その順序は、まず、(1) 否定説における制限説を検討し、その意義と限界を明らかにする。続いて、(2) 肯定説における結合説を定式化し、分離説からの批判に応答する。最後に、(3) 否定説における拡張説からは、結合説(および分離説)に対する詳細な批判が展開されているため、これに反批判を試みる。最終的な結論としては、結合説(および付随的に、分離説)が支持されることになる。

3-2-1. 制限説の意義と限界

制限説は、量刑事情として、通常の意味における行為責任とも、予防とも関係しない「第三のカテゴリー」があることを否定する。その論拠は明快である：「量刑事情の基礎づけに関して『責任』と『予防』以外の視点を導入するならば、それは刑罰の正当化根拠についても既存の刑罰理論(応報・一般予防・特別予防)と並ぶ新たな(固有の)刑罰理論を承認することを意味する点に注意しなければならない」⁵⁵⁴。ここでは、量刑事情の考慮は、最終的には刑罰論に裏づけられたものでなければならないこと、および、そうである以上は、既存の刑罰理論の枠内で議論を行う限り、全ての量刑事情は責任または予防のいずれかに関連づけられなければならないはずであることが確認されている。

この指摘は、一見する限り、疑問の余地なく正当であるように見える。この点、私見のみ

⁵⁵³ もっともさらに、損害回復は本来的軽減事情であると解されるから、「単なる上限」論をとる場合には、そもそも最初から責任刑の下限に拘束性はない以上、この相違点に大きな意味はなくなるとも思われるかもしれない。しかし第一に、そもそも単なる上限論をとる場合にも、責任刑の幅の下限には一定の拘束性がありうる(「相対的〔帰結主義的〕拘束性」である。本章I. 3-4-2-3. 参照)。また第二に、いずれの立場をとるかによって、ファクターXの考慮根拠に関する説明の仕方が変わってくる(例えば結合説によれば責任刑の概念と結びついた論拠が提示されるのに対し、分離説によれば、責任刑とは切り離された、いわば裸の政策的考慮が提示されることになるのである)ため、四つの立場を区別する意義は残ると考えられる。また、ファクターXの量刑に対する影響力の解釈も、四つの立場で考え方が変わってくるであろう。

⁵⁵⁴ 城下 [2009] 75 頁。同 128 頁も参照。

ならず、本章 II. を通じて検討している諸見解は、刑罰論上、細かな差異はあれど、全体としてはみな相対的応報刑論を採用している。そうである以上、刑罰論が量刑論に対して提供できる論拠は、一般予防、特別予防、および行為責任（応報）に限られるはずである。したがって、上の指摘に従えば、これら三つの要素のいずれとも関連しない量刑事情の考慮は、許されないということになる。

しかし、これに反する見解もある。すなわち井田良は、考慮すべき量刑事情の中には「刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情」（例えば示談や損害回復）および「刑の必要性・感応性に関する事情」（例えば社会的制裁。また損害回復はこの事情の範疇でも考慮できると解されているようである）が含まれるとして、行為責任にも予防にも関連しない事情の考慮を認めつつ⁵⁵⁵、そのような考慮を「責任判断に還元しようとする」と、責任概念は明確な輪郭を失ってルーズな概念になってしまう」という考慮から、これらの事情を、行為責任概念と切り離れた形で考慮している⁵⁵⁶。これは、同事情が責任「刑」とも無関係であるという趣旨であれば、分離説である（もっとも論者は、後者について、これは「責任刑を科すことを不必要に思わせる事情であるから、責任判断を下回る量刑を可能にし得るのは当然である」と述べている。そうすると論者は、少なくとも後者との関係では結合説に立っていることになる⁵⁵⁷）。しかし問題は、このうち前者の「刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情」

⁵⁵⁵ 井田 [1996] 302, 305-306 頁。なお論者は、量刑事情を、①犯罪の要素たる事情（つまり、不法または責任に関連する事情）、②行為の違法性・有責性の程度を具体的に推認させる事情、③犯罪の当罰性の程度に影響する事情、④特別予防に関連する事情、⑤刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情、⑥刑の必要性・感応性に関する事情という六種類に整理している。このうち、①②が行為責任の要素であり、④が犯罪予防の要素であり、⑤⑥が「第三のカテゴリー」にあたることは当然である。問題は③であるが、論者はその具体例として、「殺人罪における被害者の遺族への影響、財産罪の実行後、非代替性の強い目的物を故意に損壊・売却することにより、被害者の追求を困難にし、または、所有権を失わせたという事情（つまり、不可罰的事後行為にあたる事実のうちとくに重い事情）などがこれにあたる」として、「これらの事情は、行為の違法性・有責性に影響する事情とはいえないが、不法・責任評価の幅の範囲内で（…）考慮し得ると思われる」と述べている（同上 303 頁）。しかし——別途の検討を要するものの、出発点としては——これらの事情は端的に不法・責任に関連する事情として整理すべきであって、逆に、その関連性が認められないのであれば、端的に⑤に位置づけるべきであると思われる。そう考える限り、①②③はすべて、犯情という上位カテゴリーに包摂されるべきものと解されよう。

⁵⁵⁶ 井田 [1996] 305 頁。厳密にいえばこれは、「刑の必要性・感応性に関する事情」との関係で述べられたことであり、「刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情」に関する言明ではない。とはいえ、この後者の事情が行為責任と無関係であることは当然の前提とされているものと理解できる。

⁵⁵⁷ 井田 [1996] 306 頁。その一方で論者は、「刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情」の考慮によっても、「犯罪の性質によっては」下回りが許容されうると述べているが、その根拠は必ずしも明らかではない（もっとも、論者の責任主義理解からすれば、当然のことであるかもしれない。これについては下述する）。少なくとも、この事情が、責任「刑」との関連性はなお有するものであることが示されない限り、論者はこの事情を責任刑とも無関係な事情と解釈するものと見なすほかにない。このような見地から、上の図表 8 では、井田説を部分的に結合説、部分的に分離説として分類した。

とはいえ、刑事政策的合目的性に関連する事情による、責任刑の下回りの可能性が肯定される

である。これに関する論者の記述は、要するに次のことを意味する。すなわち、量刑の帰結が責任刑の幅の内部に収まりさえすれば（つまり、「単なる上限」論であれば上限を超えず、「基礎としての責任刑」論であれば上限と下限の間に刑が収まるならば）、いかなる事情であっても、その考慮に何らかの刑事政策的有用性が認められる限り、自由に考慮してよい、と。この言明は確かに、上述した制限説の考え方と真っ向から衝突するものであって、（少なくとも理論家の）直観に反するであろう。

しかし、結論から言えば、（このように解釈された）井田説の方が正しく、城下説の方が誤っている。すなわち、行為責任とも犯罪予防とも関連しない事情を、政策的利益そのものを根拠として考慮することは、刑罰論的にも正当である。その理由は、本章 I. 3-2-2-4. で述べたため、そちらを参照されたい。

もちろん、量刑事情論の構築に際しては、行為責任刑または犯罪予防と結びつけた説明を優先的に模索すべきであるし（なぜなら、そうして説明された考慮の方が、説得力があると思われるためである）、そのように説明された事情の方が、実務上も利用しやすいということではできよう。しかし、制限説がいうところの、相対的応報刑論を前提とする限り、犯罪予防とも行為責任刑とも関連しない事情の考慮は一律に許されないという主張は、理論的にみて、誤りであると言わざるを得ないのである。

なおこれは、逆にいえば、分離説にも一定の正当性があるということの意味する。すなわち、上にみた「ファクター X」を、責任刑とはまったく無関係な、政策的利益に直接関連する事情として考慮することはありうる。例えば、下で取り扱う「国家機関の違法行為」との関係で説明すれば、この事情の考慮を、捜査における規律の維持（違法捜査の抑止）というような政策的利益そのものを根拠に正当化することは考えられる（上において、私見の一部が分離説であると述べたのはこのためである）。本章 I. 3-2-2-4. では、このような裸の政策的利益を正当化根拠とする量刑事情を「政策的利益の認められる一切の事情（第三の一般情状）」と呼んだのであった。ただし、これも同所で述べた通り、政策的利益関連事情は、量刑に対する影響力において、責任刑の要素よりも劣ることはもちろん、特別予防関連事情にもなお劣後する、ごく微調整的な要素にとどまると考えるべきである。その考慮によって責任刑の下限を下回ることもほとんど不可能であろう。これに対して、結合説に立ち、ファ

のは、論者の責任主義理解からすれば当然のことであるかもしれない。なぜなら、それによれば、責任刑の下回りの可否は、責任刑を科することによる一般予防の利益（など）と、それを下回ることによる特別予防の利益（など）との衡量判断に還元されるためである。このような「下限」理解は、I. 3-4-2-3. で定式化したところの「単なる上限」論における「下限」理解と同じものである。そうである以上、「単なる上限」論においては責任刑の下限を下回る量刑が当然に許されうると同様に、井田説においても下回りが正当化されうるのは当然であるということになる（問題は、井田 [1996] 300 頁において、責任刑の上限の上回り判断ですら衡量判断に還元され、それゆえ上回り肯定説が正当化されてしまっている点である。これが、責任主義の義務論的性質——予防目的を別個の観点から遮断するという性質のことであり、「全体のために個を無条件に犠牲にさせない」ことを保障するという性質のことであり——を看過するものであって不当であることは、繰り返し論じてきた通りである）。いずれにせよ、論者はこの種の事情を、行為責任と無関係であるのはもちろん、責任刑とも無関係な事情として扱っているものと捉えるべきことに変わりはない。

クターX、例えば国家機関の違法行為を「ふさわしい刑の要素」に位置づけることができれば、これは責任刑の要素であるから、量刑におけるより大胆な考慮に踏み出すことができるし、責任刑の下限を気にかける必要もなくなる。したがってファクターXについては、その考慮の正当化根拠を分離説的に基礎づけるのみならず、その結合説的な基礎づけをも試みる価値がある。したがって我々は、結合説の擁護に向けて歩を進めなければならない。

3-2-2. 結合説と分離説

井田説においては、「刑事政策的合目的性」に関する事情に加えて、「刑の必要性・感応性」に関する事情も挙げられていた。既述の通り、この事情は、行為責任とは無関係でありながら、なお責任「刑」を軽減させる事情であると捉えられている。このような、量刑において「行為責任そのもの」と「責任刑」を区別する結合説の考え方は、井田説や、既に確認した岡上説の他にも存在する。

ここで注目すべきなのは、この両者の区別を自覚的に論じるところの、鈴木茂嗣の見解である。それによれば、量刑論においては、「とくに『規範的評価』と『可罰的評価』の区別が重要である。規範的評価とは、ある行為が一定の法的行為規範に違反したとする『規範的違法』評価と、かかる規範的違法行為に対する規範的な非難可能性評価としての『規範的責任』評価の二つをいう」⁵⁵⁸。「さて、犯罪の成否や軽重を左右するのは、まずこのような『規範的評価』の成否・高低である。(…)しかし、『犯罪』は、そもそも『可罰的行為』である。(…)処罰対象行為に対する規範的評価である法的非難可能性の判断は処罰によって不可欠のものであるが、それを踏まえた上で、さらにその法的非難を『処罰』という方法で行うことが相当かどうかの判断、すなわち『可罰的評価』を行なうことが必要となる」⁵⁵⁹。このような見地から、論者は、「(規範的)『行為責任』評価段階」と、前記可罰的評価の反映を行う「『責任刑』確定段階」とを別個のものとして観念するのである⁵⁶⁰。なお、責任刑段階で考慮される事情としては、国家機関の違法行為や、社会的制裁が挙げられている⁵⁶¹。

このような結合説の考え方に対しては、「『責任刑＝行為責任の重さに応じた刑』という理解を崩すのは、やはり概念の混乱を招くように思われる」⁵⁶²と批判が向けられている。しかし、「責任刑には行為責任と無関係な要素が含まれる」という認識は、むしろ「責任刑＝行為責任の重さに応じた刑」という理解そのものから出てくるのではないだろうか。なぜなら、行為責任評価そのものと、行為責任評価にふさわしい刑の評価とは、概念上、区別できるためである。そもそも論者自身、いわゆる社会的制裁などについて、これは、刑罰をいわば先取りする「代替的害悪」であると特徴づけた上で、そのような「『代替的害悪』は、たしかに責任刑(犯行の重大性と均衡した刑)を100パーセント科すことを不要ならしめるも

⁵⁵⁸ 鈴木(茂) [2005] 6頁。

⁵⁵⁹ 鈴木(茂) [2005] 7頁。

⁵⁶⁰ 鈴木(茂) [2005] 12頁。これに賛同するのは、堀江 [2011] 241頁、堀江 [2011a] 379-380頁。畑山 [2011] 225-226頁も参照。決定的ではないが、松宮 [2009] 8頁もおそらく同旨。

⁵⁶¹ 鈴木(茂) [2005] 13頁。

⁵⁶² 小池(信) [2008a] 42頁注(79)。

のではある」⁵⁶³と認めているのであって、これは、「行為責任」の評価と「ふさわしい刑」の評価とが概念的に別のものであることの承認に他ならないであろう（なぜなら、もしその場合において、代替的害悪の存在を理由とした軽減を行わないまま刑を科したとすれば、それは均衡原理に反するというほかにはないはずだからである）。行為責任が変わらなくても、それに「ふさわしい刑」が変動することはありうるのである。別の言い方をすれば、行為責任評価それ自体は、概念上、犯罪終了時までには確定しているはずであって、それによって一定の刑罰が根拠づけられることも確かである。しかし、その後の事情を含めると、一旦根拠づけられたほどの刑罰は必要なかった、ということになる可能性は——上述した代替的害悪の場合に限らず——常に存在するのである。このうち前者を支配する原理は、犯罪論と連続した、不法および責任の実質である。つまり、いわばその「本籍地」は、犯罪論である。これに対して、後者を支配する原理は、責任に応じた刑罰を科すことの目的である。つまり、その本籍地は刑罰論である。ここで、「なぜ、これこれの程度の行為責任評価を行うのか」と問われれば、その回答は、「不法がこれくらいで、責任がこれくらいであるからだ」というものになるであろう。これに対して、「なぜ、一定の行為責任がある場合に、それに応じた刑罰を科すのか」と問われたとき、先ほどと同じように、「不法がこうで、責任がこうだから……」と回答しても、答えにならないであろう。応報刑論であれば、責任に対しては応報することが正義の要請であるからだ、と答えるべきであるし、目的刑論——のうち、私見——であれば、責任に応じた刑罰を科すことは積極的一般予防に資するからだ、と答えることになる。岡上説であれば、責任に応じた科刑によって法的平和の動揺の回復が果たされるからだ、と答えるであろう。このようにみても、やはり、行為責任評価そのものと、行為責任にふさわしい刑の評価とは、既に論理上、別の問題であると言わなければならない。責任刑という呼称は、「責任」と「刑」とがあたかも切り離しえないものであって、責任刑を左右する変数は行為責任だけであるかのような印象を与える（「非難可能性」概念に至っては、この混乱はいよいよ深刻になる。つまりそれは責任評価そのものという意味での「非難」なのか、それとも、一定の責任評価を前提として、それに対する、応報や予防といった何らかの目的をもったリアクションに担われる「非難」なのかという点が、たやすく混同される）。しかし、厳密に分析すれば、均衡原理（行為責任の原則。あるいは、責任刑）には、行為責任と、それにふさわしい刑という、二つの変数があるというべきなのである。行為責任評価と、それにふさわしい刑の評価は、区別しなければならないのであって、量刑事情における「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」との区別は、その論理的帰結である⁵⁶⁴。

⁵⁶³ 小池（信） [2008a] 42 頁。

⁵⁶⁴ ここで、ふさわしい刑の評価を「可罰的責任評価」と呼ぶことは、用語法としては妨げられないが、かえって混乱を招くように思われる。問題となっているのは、行為責任そのものの評価と、それに対する反作用の必要性の評価の区別なのであって、この反作用の方にまで「(可罰的) 責任」という名前をつけると、そもそも両者の違いが「責任評価そのものなのか、それとも、それに対する反作用、リアクションの評価なのか」という点にあったことが見えにくくなってしまふからである。したがって、可罰的責任という用語は避け、端的に「ふさわしい刑の評価」と呼ぶ方がよいように思われる。なお、下注 (574) も参照。

ところが、このような「行為責任評価と、それにふさわしい刑の評価との区別」そのものに対して、既に詳細な批判が加えられている。そこで最後に、この批判を検討し、それに対して反批判を試みることで、結合説を擁護しよう。

3-2-3. 拡張説からの批判とそれに対する反批判

この批判は、いわゆる国家機関の違法行為（例えば、違法捜査）という本来の軽減事情を、量刑基準論においてどのように位置づけるか、という問題をめぐって展開されたものである。この事情の考慮を肯定する見解は、最大公約数的に要約すれば、国家自身が違法行為に出ている被告人の違法行為を非難するのは公平性を欠くという見地から、国家機関に違法行為がある場合には「国家の処罰適格」が減少し、それゆえ量刑を軽減すべきである、というように議論を進める⁵⁶⁵。この議論がそれ自体、理論的に根拠のあるものであるかどうかはなお検討を要するが、それはここでの主題ではないため捨象する。ひとまず、この議論は成功しているという前提に立った上で、その位置づけを考えると、私見からはさしあたり次のように考えられる。まず、これは犯罪終了後の事情であるから、行為責任に関連することは原理的にありえない。その上で、行為責任に「ふさわしい刑」を考える段階、すなわち、一定の行為責任に対する反作用としてどの程度の刑罰が必要であるかを考える段階に移行するわけであるが、ここで、国家の処罰適格が減少しているのであれば、それは、国家の、行為責任に対して必要な反作用を実現する資格が減少しているということの意味する。より端的に言えば、国家は行為責任に対する非難を、刑罰という形で表出するわけであるが、この非難表出を弱めなければならないということである。そうであれば、国家機関の違法行為は、「ふさわしい刑」の要素であるということになる。

ところが論者は、このような位置づけ方法を批判して、むしろこれを行為責任の要素として位置づけるべきであるという主張を展開する（拡張説）。その論拠は複数示されているため、順に見てゆこう。

3-2-3-1. 拡張説の第一の論拠とその問題点

第一の論拠は、「『非難の量』と『量刑』は区別できない」というものである。その内容を説明すると、論者は、まず、拡張説に対しては次のような批判が向けられうるとする。すなわち、国家機関の違法行為によって減少するのは、一定の責任非難を前提として科される「刑罰」の量であって、責任非難そのものが減少するわけではない、と。しかし論者によれば、このような「非難の量」と「量刑」の区別は維持できない。なぜなら、「非難とは、必ず何かによる非難であり、その『何か』を抜きにして、『非難の量』を観念することはできないからである。刑法上の非難の量とは、刑罰による非難の量であり、それを測る『単位』は、『量刑』以外にない。量刑における責任判断とは、『この行為者をどの程度の刑罰で非難できるか』という判断にほかならず、それに先行して抽象的な『非難の量』というものを

⁵⁶⁵ 整理として、野村（健）〔2020a〕45頁以下参照。そのほか、この問題領域については、上注（223）に掲げた文献を参照。

明らかにする過程を観念することはできないのである」（圏点は原文による）⁵⁶⁶。この批判を、私見に当てはめながら言い換えれば、次のようになる。私見によれば、国家機関の違法行為は、「行為責任」自体は左右しないが、それに「ふさわしい刑」を減少させる。しかしそもそも、「行為責任の程度・量」は、それに「ふさわしい刑罰の程度・量」としてしか観念しえない。そうであれば、行為責任に「ふさわしい刑」が減少したという言明は、行為責任が減少したということの言い換えに過ぎない、というべきであろう。したがって国家機関の違法行為という量刑事情は、行為責任の要素と扱うべきである。より一般化すれば、そもそも、「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」の区別というのは原理的に成り立ちえないものなのであって、いずれの要素も、全て行為責任の要素であると位置づけるべきなのである。

このように、この第一の論拠は、私見の前提とする「行為責任とふさわしい刑の区別」の全体を射程に含んでいる。したがって、一見すると、これに応答しなければ、この点における私見の根幹が崩れることになりそうである。そこで検討するが、結論からいえば、これに対しては、ソフトな再反論とハードな再反論という二通りの応答が可能である。

ソフトな再反論は、「行為責任の量と、それにふさわしい刑の量とは、区別できない」という前提を承認する。しかし、それでもなお、「行為責任」の要素と「ふさわしい刑」の要素を、量刑事情の分類に際して区別しておくことには、意味があると考えるのである。なぜなら、行為責任の要素——つまり不法または責任に関連する量刑事情であり、例えば窃盗の被害額である——は、いわば問責対象行為そのものに属する事情（これを仮に「一次的行為責任要素」と呼んでおこう）を根拠として量刑を変動させるという性質をもつ。このような問責対象行為そのものの評価が、量刑の中核であり、その結論をもっとも大きく左右すべきものであることに異論はないはずである。つまりこの意味での行為責任の要素は、量刑に対する影響力が典型的に大きいと考えられる。これに対して、国家機関の違法行為も、上記前提に照らせば、確かに「行為責任」の構成要素であると考えざるを得ない。しかし同時に、この事情が、問責対象行為そのものとは無関係であるという評価もまた、動かすことはできないはずである（このような、問責対象行為そのものには属さないが、それでも行為責任を変動させる事情のことを、仮に「二次的行為責任要素」と呼んでおこう）。これは、問責対象行為の評価とは関係しない以上、その量刑に対する影響力は、二次的なものにとどまるであろう（さらに、刑罰を「根拠づける」のは一次的行為責任要素のみである——したがってこの要素は、本来的加重要素でも軽減要素でもありうる——と考えるならば、逆に二次的行為責任要素は、根拠づけられた刑罰を後から軽減するだけの要素、すなわち本来的軽減事情でしかありえないことになる。こうして両要素は量刑事情としての「評価方向」を異にすることになる。この相違点も見逃せないであろう）。

このように、論者の前提を承認したとしても、行為責任の内部において、問責対象行為それ自体の評価に関わる「一次的行為責任要素」と、それには関わらないがなお行為責任を変動させる「二次的行為責任要素」とを区別することは可能であるし、両要素は量刑における重要度を典型的に異にする（またおそらく、評価方向も異にする）ものであると考える限り、この区別には妥当性が認められる。ところで、この「一次的行為責任要素」と「二次的行為

⁵⁶⁶ 野村（健） [2020a] 51 頁。

責任要素」の区別は、結局のところ私見における「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」の区別と完全に重なり合っており、ただ名称が変わっただけであるといえる⁵⁶⁷。そうであれば、論者の理解は、一つの整理方法としてはありうるが、私見のような整理方法と相互排他的な関係に立つものではなく、つまり私見のような類の見解に対する批判にはならない、というべきであろう。いずれの整理方法も、その理論的正当性においては等価なのであって、あとは、どちらの整理方法の方がわかりやすい、あるいは使いやすいかというプラグマティックな論点だけが残されることになる⁵⁶⁸。

以上に対して、ハードな再反論は、「行為責任の量と、それにふさわしい刑の量とは、区別できない」という前提そのものに疑義を呈する。なぜなら、この主張は一見すると説得力があるが、実際のところは、一言でいえば「相対的均衡性という発想の看過」に基づいているためである。この点では、本章 I. 3-4-1. の図表 5 で示した「犯罪スケールと刑罰スケール」を思い浮かべながら議論すると、おそらく明快である。確かに、行為責任の程度とは、究極的には、「それにふさわしい刑の量」に他ならないであろう。しかし、ふさわしい刑量

⁵⁶⁷ あえていえば、私見による場合、ふさわしい刑の要素は「一般情状」として整理すべきことになる一方で、ソフトな再反論に沿って考えれば、「二次的行為責任要素」もまた究極的には行為責任の要素に他ならない以上、これもまた「犯情」として整理すべきことになるのかもしれない。しかし、この後者の用語法は実務および学説において一般的な概念理解とは乖離するものであろう（例えばこの場合、社会的制裁もまた「犯情」であることになりかねない）。

さらに突き詰めれば、論者の見解によると、上位概念としての「行為責任」は、第一次的および第二次的行為責任要素を包括する概念として捉え返されることになる。そうなれば、従来の圧倒的多数説においては、行為責任の（いわば）本質は、（不法を前提とした）「規範的責任」であると統一的に理解されていたわけであるが、このような、行為責任概念の統一的理解も、もはや維持できなくなる。そうなれば、既に指摘されている通り、論者のような見解をとれば責任概念が弛緩してしまうという危惧（井田 [1996] 305 頁、城下 [2009] 121 頁、城下 [2019] 281 頁など参照）が表明されるのも、無理からぬことではないだろうか。論者はこの種の批判を、「『責任の構成要素は少なければ少ないほどよい』という一般論が、それ自体として妥当するわけではない」としてあっさり退けているが（野村（健） [2020a] 51 頁）、この批判の趣旨は、「責任概念の構成要素が増えてしまう」という点にあるのではなく、責任概念に従来の理解とは異なる要素が含まれることによって「責任概念の統一的理解が危うくなる」という点にあるように思われるのである（ただし、筆者自身は、この種の批判の妥当力には懐疑的でもある。なぜなら、第一次的・第二次的責任要素がそれぞれ明確に定義されており、かつ、上位概念としての行為責任も「一定の刑罰量によって表示されるところの、問責対象行為に対する評価の程度」などと定義しておけば、概念の統一性は崩れないし、従来の規範的責任論そのものを変更する必要性も生じないためである。とはいえ、この定義が、従来の学説において共有されてきた定義と異なるものであることは確かであるから、すぐに下述する通り、このような根本的概念の定義を変更してまで追求すべきメリットがあるのかどうかは疑問である）。

以上のように、論者の行為責任理解は、実務と学説に広く共有された理解と乖離するものである。しかし、本文で述べた通り、そのような論者の理解は、結局のところ実質においては、私見のような整理——「行為責任」と「ふさわしい刑」の区別——と同じものなのであった。そうであれば、あえて支配的学説と実務の両方と乖離する用語法を採用することに、十分なメリットないし合理性はないように思われる。

⁵⁶⁸ 上注（567）で述べた通り、この点でも結局は私見の方が優れているように思われる。

は、第一に、何かよりも重い／軽いという相対的な量として観念することができる。ここで「犯罪スケール」を想起されたい。ここでは、様々な犯罪行為が、その行為責任評価——上の用語法でいえば「第一次的行為責任要素」のみに対する評価である——の軽重に従って、ぎっしりと敷き詰められている。ここで、中央部に、問題となっている犯罪行為 X (例えば、被害額 5 万円の窃盗) があるとして、その上方には行為 A (例えば、被害額 10 万円の窃盗)、下方には行為 B (例えば、被害額 1 万円の窃盗。なお、行為 A, B, X は、その他の点ではよく似ていると仮定する) があるとする。このとき、行為 X に対して下される行為責任評価に「ふさわしい刑」は、A よりも軽く、B よりも重い、という形で観念できるのである。相対的均衡性という概念の根幹には、このような発想方法への気づきがあるのである。このようにして、行為責任評価そのものを、刑罰の相対的な量によって把握したならば、今後はその相対的な量を、行為責任にふさわしい反作用ほどの程度かという評価の見地から修正すればよい。あとは（厳密に言えば、私見においては、以上に行われた「行為責任」評価および「ふさわしい刑」の評価に加えて、一般予防と特別予防に照らした刑の必要性評価も行われ、さらに刑事政策的利益の観点からの評価もごく付随的に考慮されるわけであるが、その作業が終了して、いわば「修正された犯罪スケール」における当該事件の位置づけが確定すれば）、これに「刑罰スケール」を当てはめる作業、すなわち「刑の数量化」が残されるのみである。そうして量刑は最終的に、何年の自由刑というような絶対的な量に変換されることになる。

この見地からすれば、次のようにいふべきことになる。すなわち確かに、上で引用した通り、行為責任の量とは、究極的には「刑罰による非難の量であり、それを測る『単位』は、『刑量』以外にない」⁵⁶⁹。しかしそれは第一に、相対的な量として観念しうるものである。それゆえ、まずは行為責任評価の程度そのものを、刑罰の「相対的な量」として観念し、続いて、今度はそれにふさわしい刑の程度はどの程度かという見地から、この相対的な量を修正してゆく、という思考方法をとることができる。このように考えれば、「行為責任の量（行為責任だけを考えたときに、それにふさわしいと評価される刑の量。いわば、*prima facie* な『ふさわしい刑』）」と、それに「ふさわしい刑の量（最終的に決定された、行為責任にふさわしい刑の量。いわば、*all-things-considered* の『ふさわしい刑』）」とは、区別できるのである。したがって、論者の批判には理由がない。

以上に述べたソフトな再反論およびハードな再反論により、論者が提示した第一の論拠は反駁されたものと思われる。これらの再反論の少なくとも一方が正しいものである限り、「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」の区別は可能かつ必要であって、論者のように、全てを行為責任の要素と位置づけるのは誤りである、という結論が導かれる。

3-2-3-2. 拡張説の第二の論拠とその問題点

続いて、第二の論拠である。その内容を確認すると、まず、結合説の考え方によれば、国家機関の違法行為がある場合には、行為責任そのものは減少しないが、いわば、それにふさわしいものとして国家が科しうる刑罰が減少する、と説明することになる。しかし論者は、

⁵⁶⁹ 上注 (566)。

この考え方は「『行為者自身の責任』と『国家が問うべき（問い得る）責任』とを区別すること」⁵⁷⁰が可能であるという前提に立つものであると指摘した上で、そのような考え方は不当であるという主張を次のように根拠づけている：「行為者に責任が認められるということは、行為者に対する非難（処罰）が正当化されるということの意味する。『国家の処罰適格』が非難（処罰）の正当化要件だと解する限り、それは『行為者自身の責任』の要件でなければならない。（…）このことは、責任の『有無』のみならず、『量』についても妥当する。一定量の刑を『行為者の責任に応じている（正当な非難である）』と評価するためには、その刑を科す（その刑によって行為者を非難する）資格が国家にあるといえなければならない。通常の裁判でこのことが顕在化しないのは、国家の処罰適格が個別の事案ごとに大きく異なることは少ないため、通常想定される程度の処罰適格を暗黙の前提とした量刑判断を行えばすむからである」⁵⁷¹。つまり、国家が処罰適格を有するということが、行為者に責任を認めるための正当化要件（の一つ）なのであって、そのことは責任の有無に関しても程度に関しても変わることがない以上、処罰適格の減少とはすなわち行為責任の減少であると理解しなければならない、ということであろう。

確かに、論者のように、「国家が処罰適格を有するということが、行為者に責任を認めるための正当化要件の一つである」ということを前提とするのであれば、国家の処罰適格は行為責任の構成要素であることを認めるべきことになりそうである。しかし、この前提そのものに問題があると思われる。なぜなら、国家の処罰適格は、行為者の責任の正当化条件（前提条件）なのではなく、行為者に対してその責任に応じた刑罰を科することの正当化条件（前提条件）だからである。

順を追って説明する。まずは前提から確認しておこう。そもそも、論者はこの問題を、「『行為者自身の責任』と『国家が問うべき（問い得る）責任』とを区別すること」の可能性に関する問題として整理していた。しかし、この整理方法には、概念的混乱を招く落とし穴がある。この落とし穴の内実は、ある法哲学者の記した次の一文によつて的確に要約されている：「『責任はあるが、責任を負う必要はない』という言明は矛盾しておらず整合的であるが、それはこの二つの責任の語が別の意味で用いられているからである」⁵⁷²。これはちょうど、次のように言い換えることができる：「『責任はあるが、責任を問う必要はない』という言明は矛盾しておらず整合的であるが、それはこの二つの責任の語が別の意味で用いられているからである」。別の意味というのはすなわち、「責任はある」というのは「行為責任がある」という意味をもっているのに対して、「責任を問う必要はない」というのは「（行為責任に応じた）刑罰を科する必要はない」という意味をもっている点で、異なるということである⁵⁷³。日本語では、その両方を、「責任」という語を用いて表現することがで

⁵⁷⁰ 野村（健） [2020a] 52 頁。

⁵⁷¹ 野村（健） [2020a] 53 頁。

⁵⁷² 瀧川 [2003] 3 頁。

⁵⁷³ 瀧川 [2003] 23-24 頁の整理に従って考えると、前者は「責任原因（責任の帰属根拠となる事態。さらに、どのような事態〔=事実〕であれば責任帰属の根拠たりうるのかは、『責任規範』によって決定される）」に関する言明であり、後者は「責任負担（担われる責務のこと）」に関する言明である、と整理できるものと思われる。つまり、「行為責任がある」ということは、「（規

きてしまうため、混乱が起りやすいが、各々の意味内容は全く異なっているのである。以下では、前者の意味での責任は単に「(行為) 責任」と呼び続け、後者の意味での責任は常に「(行為) 責任非難」と呼ぶことで、両者を厳密に区別しておくことにしよう⁵⁷⁴。

このように考えるとき、論者の指摘に対しては、次のようなシンプルな応答をなすことができるであろう。すなわち、国家の処罰適格は、行為責任の前提条件(正当化要件)なのではなく、責任非難の前提条件(正当化要件)なのである、と。

もっとも、論者自身は、この区別を意識した上で、次のように考えているものと解される。前記第一の論拠との関係で確認した通り、論者は、行為責任の程度と、それにふさわしい刑の程度というのは、概念上まったく同じことである(両者は既に概念上区別できない)、という考え方を前提としている。このような前提に基づくならば、確かに、「行為責任の正当化要件」と「責任非難の正当化要件」を区別することはできないのだから、国家の処罰適格は後者に属すると整理したとしても、そのことに意味はなく、結局のところこれは行為責任の正当化要件の一部に他ならないという結論が変わるわけではないことになろう。

しかし、既に上で確認した通り、「行為責任の程度とふさわしい刑の程度というのは概念上同じことである」という前提そのものが誤りである⁵⁷⁵。したがって、ここで検討を打ち切ることもできるが、その一方で、この論拠を援用しなくとも、なお論者の指摘に対して再反論を示すことが可能である。その内容は次の通りである。まず、行為責任があるということは、責任主義との関係では、「行為者に刑罰受忍義務がある」ということを意味する。より詳しくいえば、行為者には、犯罪予防効果という社会全体の利益のために、刑罰という特別な犠牲を払うべき義務がある、ということである。このことを言い換えれば、「行為責任の正当化要件」とは、「行為者の刑罰受忍義務を根拠づけるための要件」に他ならないということである。ところで、行為者には刑罰を受忍すべき義務があるということと、国家には行為者に対して刑罰を科すべき義務があるということとは、概念的に別のことである。例えば、少し設定を変えて、行為者には、その責任を根拠に、応報的正義のために犠牲を払うべき義務が生じると考えたとしよう。しかし、この考えは、応報は国家の任務ではないという考えと問題なく両立する。その代わりに、被害者またはその親族に、行為者に対して復讐を行う義務または権利が生じると考えることも論理的には可能なのである。それでは、私見の立場において、国家の処罰義務は何を根拠に生じるのであろうか。その厳密な基礎づけは困難な課題であるが、少なくとも、目的刑論を採用する限り、国家には犯罪予防義務(犯罪予

範的責任論という『責任規範』に照らして) 行為者に対して、行為に関する責任を帰属する根拠となる事実が存在する」という意味であり、これに対して「責任を問う必要はない」というのは、「(以上のような意味での行為責任は存在しているが、それにもかかわらず) 刑罰を受けるという責務を担う必要はない」という意味であると分析されることになる。

⁵⁷⁴ 上注(564)では、「行為責任と可罰的責任」という用語法を批判したが、その問題の根源は、これが「責任」と「責任非難」の区別を見えにくくしてしまう点にある。つまり、行為責任にいう「責任」は前者の意味でのそれであるが、可罰的責任にいう「責任」は後者の意味での責任、つまり「責任非難」を指しているのであって、このように意味を異にする二つの概念をともに「責任」と呼んでしまうことによって、混乱・混同のおそれを生じさせているのである。なお、本稿では一貫して、前者は「行為責任」、後者は「ふさわしい刑」という名称で名指している。

⁵⁷⁵ 上で提示した「ハードな再反論」を参照。

防のために必要かつ相当な措置をとるべき義務)があるという考え方を前提としていることになるはずである。そうであれば、刑罰という手段に犯罪予防効果があるという経験的想定が正しい限りで、国家の犯罪予防義務から、国家の処罰義務が導かれることになる。ところで、国家の処罰適格というのは、まさにこの国家の処罰義務と関連する概念である。すなわちそれは、国家自身が違法行為に出たという事実を根拠にして、国家の処罰義務に対して制約を加えるものと理解されるのである。しかし、この事実によって、行為者に刑罰受忍義務があるという評価——それはすなわち規範的責任評価であり、またこれは(少なくとも主に)、行為に際する行為者自身の主観的状态に関する諸事実を根拠に生じる評価であって、国家机关の違法行為とは明らかに無関係である——が変わることはない。不法を前提とした規範的責任が行為者に認められるならば、行為者には刑罰受忍義務がある。しかしそうであるからといって、即座に、国家に処罰義務が生じるわけではない。むしろそれは、科そうとしている刑罰に犯罪予防効果があることを根拠としてはじめて生じる義務であり、しかし同時に、国家の処罰適格によって制限される義務である。以上のように考えるならば、論者の考えとは異なり、「国家の処罰適格は、行為責任の前提条件(正当化要件)ではなく、責任非難の前提条件(正当化要件)である」という考え方は、やはり正しいというべきである。前者は、刑罰の受忍に関する行為者の義務を根拠づける要件であるのに対して、後者は、処罰を行うことに関する国家の義務を根拠づける要件なのであって、両者は区別すべきである⁵⁷⁶。論者はこの区別の必要性を看過していると言わざるを得ない。

上で引用した通り、論者は第二の論拠を次のように定式化していた:「行為者に責任が認められるということは、行為者に対する非難(処罰)が正当化されるということを意味する。

『国家の処罰適格』が非難(処罰)の正当化要件だと解する限り、それは『行為者自身の責任』の要件でなければならない⁵⁷⁷。しかし、我々が今や到達した地点から捉え返せば、むしろ「行為者に責任が認められるということは、行為者に非難(処罰)を受忍させることで犯罪予防効果を実現することが正当化されるということを意味する」と言わなければならない。かつ、「『国家の処罰適格』は、非難(処罰)を通じて犯罪予防効果を実現する上で、国家が充足すべき正当化要件である」と言わなければならない。このように理解された「国家の処罰適格」が、「行為者の刑罰受忍義務(の正当化要件としての行為責任)」と無関係であると解することには、何の問題もないはずである。そうである以上、国家の処罰適格は「『行為者自身の責任』の要件でなければならない」という論者の主張には賛成できない。かくして、第二の論拠は妥当でなく、論者の批判には理由がないというべきである。

以上の二つの論拠に対する反批判を通じて、拡張説は妥当でなく、むしろ、「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」を、同じく責任刑の構成要素に位置づけつつも、その内部で明確に区別するところの結合説の考え方こそが妥当であることは、十分に示されたと考えられる。

⁵⁷⁶ この区別は、瀧川 [2003] 23-24 頁による整理に従えば、「問責者」の義務と、「答責者」の義務との区別であることになる。

⁵⁷⁷ 上注 (571)。

3-2-4. 結論

以上の検討から、結合説の正当性が明らかになったものと思われる。それゆえ、「規範的責任」と「可罰的責任刑」を区別した岡上説の考え方は正当であって、同説はこのような結合説のアプローチを先駆的に定式化したものとして、高く評価すべきことになる。私見も、結合説を採用する。もっとも、上で示唆した通り、規範的「責任」と可罰的「責任」刑というこの二つの術語において、「責任」という語は全く異なる意味で用いられている。そうすると、この用語法は、概念の混乱を招きかねないものであって、避ける方が望ましいことになる。したがって私見は、前者に相当するものを「行為責任」、後者に相当するものを「ふさわしい刑」と呼称することにしている。いずれにせよ、この両者は常に区別しなければならない。また、分離説にも、それはそれで正当性がある。つまり、通常の意味での行為責任にも、犯罪予防にも関連しない事情——ファクターX——の考慮を正当化する方法としては、それを「ふさわしい刑の要素」として考慮する道と、「政策的利益の要素」として考慮する道の二つが存在するのである（もちろん、その両方が可能である場合もありうる。一つの量刑事情に複数の考慮根拠がありうるのは当然のことである）。

3-3. 補論：岡上説に基づく刑の数量化プロセス

最後に、補論として、岡上説を、刑の数量化論からも観察しておく。改めて確認しておけば、岡上説の量刑基準論の基本的枠組みは、(1) 規範的責任（行為責任）判断→(2) 可罰的責任判断（専ら軽減方向）→(3) 特別予防（再社会化）判断（専ら軽減方向）である。

まず、論者は点の理論を採用しているため、責任刑それ自体を点のレベルにまで特定することになる。そうすると、まずは行為責任関連事情だけを判断資料として、行為責任に「最もふさわしいと思われる刑」⁵⁷⁸を特定することになる。続いて、この点を、可罰的責任の要素に照らして軽減する。そうして、（可罰的）責任刑が最終的に確定することになる。あとは、特別予防関連事情に照らして刑を軽減方向で調整するだけである。

要するに、まずは責任刑を点のレベルに特定し、続いてそこから特別予防的考慮によって専ら軽減を行うというのが、論者の量刑基準論から帰結する刑の数量化プロセスである。このような数量化プロセスは、実務上行われているそれとは、比較的乖離が大きいものと思われる⁵⁷⁹。ただ、そもそも実は、論者の量刑体系には（論者自身の理解に反して）責任主義が妥当しないため⁵⁸⁰、「特別予防によって責任刑を超えてはならない」という要請も妥当しない。つまり、論者は責任概念を積極的一般予防目的に還元しているため、責任刑とは「積極

⁵⁷⁸ その意義は、本章 I. 3-4-2-1.（特に、その末尾の図表 6）参照。なお、論者自身は、規範的責任刑を可罰的責任刑と独立した形で数量化することを予定していないようであるが、既述の通り、そのようにすべき必然性はない（上注（507）参照）。むしろ、それぞれ数量化した方がわかりやすいであろう。

⁵⁷⁹ 伊東＝小島〔1996〕57 頁が報告する通り、法律実務家を対象としたアンケート調査において、量刑判断における責任と予防の関係について、「まず責任に相当する刑を決定し、予防的考慮により刑を決定する」という回答を選択したのは、有効回答数 42 通のうち 5 通であった。

⁵⁸⁰ 上注（546）の本文部を参照。既述の通り、責任主義は「義務論的制約」であると解すべきところ、論者の理解のように、専ら帰結主義的目的（積極的一般予防目的）によって根拠づけられた“責任主義”は、原理上、義務論的制約としての機能を決して果たし得ない。

的・一般予防目的に照らして最適な刑」を意味することになるのだが、そもそも目的刑論を採用する以上、例えば、その刑を少し上回る刑の方が、積極的・一般予防効果は少しロスするが、それを補って余りある特別予防効果が生じ、結果として大きな予防的利益が実現されると考えられる場合には、この上回る刑を言い渡すべきことになるのである。ところで、このような刑は、「積極的・一般予防目的に照らして最適ではないが、そのロスが許容範囲内にある刑」と表現することもできるであろう。そうすると論者の見解による数量化プロセスは、「まず責任に相当する刑を決定し、責任相当と思われる範囲内で予防的考慮を取り入れ、刑を加減する」というプロセスの一種であることになるが、そうすることによっては、実務上のプロセスにも接近することになるものと思われる⁵⁸¹。このように読み替えれば、岡上説を前提とした刑の数量化の実現可能性は比較的高いものと見積もることができる。量刑傾向との乖離も少ないことになるため、量刑傾向の参照にも大きな支障は生じないであろう（もちろん、責任主義は貫徹されるべきである以上、どのみちこの見解は支持しえないのであるが）。

4. 「基礎としての責任刑」論：小池説

続いて、小池説を検討する。ここでも、まず小池説の刑罰論上の立場を確認した上で、それが量刑基準論にいかなる形で反映されているかを確認する。

〔1〕小池説の刑罰論

まず論者は、刑罰目的を特別予防のみに求める見解（その意味で、いわば純粋な特別予防論）を、次の三点を理由に批判する。第一に、純粋な特別予防論に立つ論者はしばしば、特別予防は（その効果が発揮されれば、行為者は今後、犯罪を行わないようになって社会に復帰できるため）行為者の利益になるが、一般予防は（社会における潜在的犯罪者の犯罪行為が抑止されるだけである以上）層ではないという根拠から、一般予防目的の正当性を否定する⁵⁸²。しかし、特別予防もまた、社会全体の利益のために行為者に害悪を賦課しようとするものであることは否定できない⁵⁸³以上、上のような議論は妥当でない⁵⁸⁴。これが第一点目である⁵⁸⁵。続いて第二に、純粋な特別予防論は、「刑罰を重く（長く）すればするほど高い改善効

⁵⁸¹ 伊東＝小島 [1996] 57 頁においてこの回答を選択したのは、有効回答数 42 通のうち 21 通であった。

⁵⁸² 論者も挙げている通り、このような主張の代表的な例として、高山 [1999] 125 頁：「本人にとり全く意味のない刑罰を受忍せよというべきではない。処罰の必要性を一般予防の必要性により根拠づけることには疑問がある」。

⁵⁸³ 上注 (419) 参照。

⁵⁸⁴ 本稿の立場から補足しておく、確かに一般予防を目的とした処罰は、社会全体の利益のために行為者を犠牲にすることに他ならない（し、上述の通り、特別予防も多かれ少なかれそうである）が、そもそも「全体のための個の犠牲は許されない」という原理（手段化禁止原理）は常に例外なく妥当するものではなく、必ず一定の「解除条件」をもっていると考えるべきである。刑法の場合、少なくとも「責任」が、この解除条件にあたる。つまり、責任を根拠に、（一般予防や特別予防を目的とするところの）刑罰を受忍すべき義務が行為者に生じるのである。このことは随所で述べてきているが、さしあたり、上注 (418) 参照。

⁵⁸⁵ 小池（信） [2008] 18 頁。

果が見込まれるということ为前提としている」が、「自由の剥奪それ自体がリハビリテーションに役立つとは言えないことは、社会復帰思想の信奉者によっても認められている」ことである以上⁵⁸⁶、上のような前提は承認できない。要するに、上記前提には経験的根拠に疑問があるということである。第三に、特別予防目的を量刑の指導原理とし、それを犯罪の重さに関する評価も特別予防の観点から行うこととすれば、この評価が過度に主観主義化してしまう。例えば、仮に客観的にみれば何ら法益が危殆化されていなかったとしても、行為者においてその危殆化の認識さえ存在していれば、そのような認識のもとで実際に行為に出ることは行為者の危険性を示し、よって特別予防の必要性が根拠づけられる以上、法益の客観的な状態は、処罰の有無および程度にとって全くどうでもいい事情であることになる。その意味で、純粋な特別予防論からは、「法益の侵害またはその（客観的）危険性が『実在』していなければならないということは、少なくとも刑罰目的からの内在的要請としては、導かれえない」のであって、しかしそれは正当な結論であるとは到底考えられないし、現行法からも著しく乖離するものである⁵⁸⁷。

このように論者は、純粋な特別予防論を排斥している。ただし当然ながら、後述する一般予防目的に併せて、特別予防目的をも刑罰によって追求することは妨げられない。

続いて一般予防目的であるが、まず一般論として、論者はその正当性を認めている。具体的にはまず、論者は一般予防目的に対する批判を道徳的なものと経験的なものに整理する。道徳的批判というのは、刑罰による一般予防目的の追求は、行為者を他人（社会全体）の手段とすることになるというものであり、いわゆる手段化禁止原理に基づく批判であるが、論者は、これは「あまりにも理想主義的なものであって受け入れがたい。それを首尾一貫させた場合に、説得的な刑罰目的論の展開が可能であるのかはきわめて疑わしい」として、この種の批判を排斥している⁵⁸⁸。続いて経験的な批判というのは、端的に、刑罰の一般予防効果は実証されていないというものである。これに対して論者は、確かに刑罰に一般予防効果が「存在する」ことに確証はないが、それが「存在しない」ことにも確証はないところ、その上で立法者は、一般予防効果が存在するという方に、いわば「賭けている」のであり、そうして刑罰制度を創設したものと解されるから、そのような「立法者の『決断』」（と解されるもの）はそれなりに尊重されなければ、法制度は成り立たないであろう」と反批判している⁵⁸⁹。

⁵⁸⁶ 小池（信） [2008] 19 頁。

⁵⁸⁷ 小池（信） [2008] 21 頁。逆に、もし純粋な特別予防論者がこの帰結を承認しないのであるとすれば、それはその論者が実際には純粋な特別予防論に立脚しておらず、何か別の刑罰目的（一般予防や応報）を承認していて、あるいは特別予防目的の追求に対する何らかの外在的制約を暗黙のうちに認めていることになる。要するに、自己矛盾に陥るということである。この点では、小池（信） [2008] 21 頁注（67）も参照。

⁵⁸⁸ 小池（信） [2008] 34 頁。これはいわば、「手段化禁止原理を貫徹すると、そもそも、刑罰をおよそ正当化できなくなってしまう（がそれは不当であろう）」という趣旨の反批判であり、実践的な、結論の妥当性ないし直感に訴えた論証であるといえる。それ自体妥当であると思われるが、補足しておく、より理論的にみても、上注（418）などで述べた通り、上のような手段化禁止原理に基づく批判は妥当性を欠くというべきであろう。

⁵⁸⁹ 小池（信） [2008] 37 頁。この反批判もそれ自体妥当と思われる（ただし、あえて言えば、立法者が、刑罰の一般予防効果に賭けているという理解は自明のものではないかもしれない。立

その上で問題となるのは、積極的一般予防と消極的一般予防の双方を刑罰目的に取り込むべきか、それとも、前者のみに限定すべきか、ということである。このような限定に理由はないというのが論者の立場であるが⁵⁹⁰、妥当である。この問題は、既に本章 II. 1-3. で扱ったため、ここでは繰り返さない。

最後に応報である。この点、論者は総じて応報刑論に批判的なスタンスをとる一方で⁵⁹¹、「応報的・回顧的な刑罰目的をまったく断念してしまうことが妥当であろうか」⁵⁹²と逡巡を見せてもいる。この逡巡の理由は、もっぱら直感的なものである。すなわちまず、刑法の任務は法益保護に求められるという（本稿も承認する）考え方を前提とする場合、既に生じてしまった犯罪は取り返しがつかない——例えば、殺されてしまった人はもう帰ってこない——以上、回顧的な応報と法益保護目的は原理的に結びつきえない、といった議論が当然に出てくる。しかし論者は、このような考えには「相当の説得力がある」としつつも、「そのような『合理的な』発想を貫く場合、刑罰は、もっぱら法益侵害の事前予防の（ための禁止を担保する）目的で準備され、実際に犯罪が行われた場合にも、禁止の実効性が将来にわたって失われないためだけに科される」ことになり、したがって現に行われた犯罪行為そのものを回顧的に評価するという側面は刑法から完全に排除されることになるが、それは「現在の我が国において妥当させるべき刑罰観としては、あまりにも『クール』なものではないだろうか」と疑問を呈するのである⁵⁹³。ここに表れている論者の疑問、あるいは直感の正体は、私見の立場からみれば、次のようなものとして把握される。すなわち、そもそも我々がなぜ刑罰を科したいと思うのかといえば、それは、現に生じた犯罪行為に対して、怒り（など）をおぼえるからである。もし我々が怒り（などの、正義・公正に関わる感情）をもたない生物であったとしたら、我々は処罰という実践を営もうとはしなかったであろう。その意味で、感情的・事実にみれば（その意味で、直感的にみれば）、刑罰は回顧的なものでしかありえないのである。しかし、上にみたような「合理的な」発想においては、このような刑罰の感情的性質（から導かれる回顧的性質）が完全に抜け落ちてしまっている。それゆえ、この種の発想は、規範的には正当・合理的と考えられても、なお直感のレベルにおいて、納得できない部分が残るのである⁵⁹⁴。

このような直感的な違和感を解消するために、論者が持ち出すのが、いわゆる表出的刑罰論である⁵⁹⁵。すなわち論者は、この理論を、「『価値ある法益が犯罪行為によって侵害されたということを、国家として公式に確認する』ということそれ自体に意義を見出すもの」で

法者は応報主義者であるという解釈も、おそらく成り立ちうるためである）。もっとも、より端的に、刑罰の積極的一般予防効果（および、限定的な範囲において、消極的一般予防効果）には経験的根拠があるといえることができる（第 3 章参照）。

⁵⁹⁰ 小池（信） [2008] 38 頁以下。

⁵⁹¹ 小池（信） [2008] 52 頁以下。

⁵⁹² 小池（信） [2008] 59 頁。

⁵⁹³ 小池（信） [2008] 60 頁。

⁵⁹⁴ このような「感覚」は、私見にとっても根底的なものであって、極めて重要である。第 3 章 II. 3-1. 参照。

⁵⁹⁵ 論者によるその紹介・検討は、小池（信） [2006] 70 頁以下。

あると特徴づけた上で、このような構想を、「抽象的・観念的な規範の回復を問題とする場合の空虚さを避けつつ、一般人や被害者の処罰感情の満足を直接目的とする場合の刑事司法の不安定化・不公平化も回避できる」ものであると同時に、この構想における非難表出というのは、ある事件において「当該法益が当該犯罪行為から守られなければならなかったことの公的承認にほかならないから、広い意味での法益保護という刑法の任務とも整合する」として肯定的に評価している⁵⁹⁶。こうして論者は、刑罰目的に、一般予防目的（および特別予防目的）だけでなく、このような非難表出目的⁵⁹⁷をも取り込むことによって、上記違和感を解消しようとするのである。

以上から、論者の刑罰目的理解は、次のように定式化される：「刑罰目的には、法益の保護のために、①法益侵害的な行為を犯罪として禁止・処罰することによって、国民の規範意識（善悪の価値判断）および功利的計算（損得勘定）に働きかけ、かかる行為を抑止するという展望的ないし一般予防的な側面と、②価値ある法益が、犯罪行為によって侵害（ないし危殆化）されたことに対する無価値評価を公的に確認するという回顧的ないし応報的な側面がある」⁵⁹⁸。

その上で最後に、論者の刑罰論体系においては、この刑罰目的の追求に対する外在的制約として「責任主義」が妥当させられているという点に注意する必要がある⁵⁹⁹。このように、論者の刑罰論は、刑罰正当化の積極的理由として、犯罪予防と（非難表出目的としての）応報を援用し、それを責任主義という消極的理由によって制約するものであるから、いわゆる「応報型相対的応報刑論」であることになる。

〔2〕小池説の量刑基準論

以上が、論者の刑罰論的立場の概要である。続いて、これがどのようにして量刑基準論に反映されるのかをみていこう。ここで、論者の量刑基準論全体の特徴を予め要約しておけば、次のように定式化できるのではないと思われる：まず、量刑の基礎・中心である行為責任を確定する。行為責任は不法と責任からなる。不法は、刑罰目的によって基礎づけられる。具体的には、行為不法が一般予防目的によって、結果不法が非難表出目的によって基礎づけられる。この不法は、刑罰を積極的に根拠づけるものであるから、不法に関連する量刑事情は加重方向と軽減方向の両方で考慮できる。これに対して、責任は、責任主義によって基礎づけられる。責任主義は、刑罰目的の追求を、人権・自由の保障という別個の観点から外在的に制約する原理である（具体的には、不法のうち責任帰属できないものを取り除くだけ

⁵⁹⁶ 小池（信）〔2008〕61頁。

⁵⁹⁷ ここで非難表出「目的」というのは、他に適切な用語がないため、やむなくそのように呼称しているだけであって、表出的刑罰論をとったとしても、「目的」刑罰論をとったことにはならない点に注意が必要である。応報刑論／目的刑論という二分法は、後者の論証においては刑罰が当該「目的」（例えば犯罪予防効果）を生じさせることの「経験的検証」が常に要求されるのに対して、前者においてはそのような論証負担が生じない、という点での相違を捉えたものと理解するのが最も合理的だからである。第2章II. 1. 参照。

⁵⁹⁸ 小池（信）〔2008〕62頁。

⁵⁹⁹ 小池（信）〔2008〕48頁など随所。

の段階である⁶⁰⁰)。それゆえ責任は、刑罰を根拠づけるものではなく、これを消極的に限定づけるものにすぎない。したがって、責任に関連する量刑事情は、軽減方向でしか考慮できない。ただ、行為責任すなわち「有責な不法」は、比喩的に言えば「責任フィルターをくぐり抜けた不法」であって、かつ、不法は刑罰を根拠づける要素である以上、行為責任は刑罰を根拠づける。それゆえ、行為責任にふさわしい刑、すなわち責任刑は、量刑の上限と下限の両方を画する。その意味で、「基礎としての責任刑」論が妥当である。最後に、この責任刑の幅の中で、特別予防的考慮によって量刑を調整することができる⁶⁰¹。

まずは、論者による量刑不法の理解からはじめよう⁶⁰²。論者によれば、量刑不法は刑罰目的と結びつけられる。刑罰目的は、一般予防と非難表出の二つである。

まずは、一般予防目的と不法の関連性である。この点、一般に、不法の実質は、事前判断により評価される不法である行為無価値と、事後判断により評価される不法である結果無価値に二分されるところ、事後的にみて外界に有害な作用（すなわち「結果」）をもたらさなかつた行為を禁止する必要はない以上、専ら一般予防目的からみても、違法性を認める上では結果無価値を要求すべきであると主張するものがある⁶⁰³。しかし論者は、「一般抑止の目的を承認するのであれば、事後的にみれば結果に至らなかつた行為をも含めて、事前判断により禁止せざるをえない場合があることは否定しがたい」⁶⁰⁴としてこれを批判する。その趣旨は要するに、刑罰による一般予防とは、行為の時点で行為者の意思に働きかけ、当該行為を控えさせることによって法益を保護しようとするものである以上、この観点からは、あくまで行為の時点で視点が固定された事前判断に基づいて法益侵害結果を生じさせる可能性が認められるかどうかということだけが決定的となるのであって、事後判断に基づく結果無価値としての法益侵害またはその危険を待たなければ違法性を認めてはならないとい

⁶⁰⁰ ただし、ここにおいて責任は、「ある不法が有責であるか、ないのか」というように、「有無」しか問題としないものと理解されているのではなく、「有責な不法」の中でも有責性の高低が観念されるという意味で、「程度を付しうる」ものであると理解されている点に注意せよ。上注(43)参照。

⁶⁰¹ 厳密に言えば、社会的制裁のような、刑罰の先取りないし「代替的害悪」の考慮も認められる(小池(信) [2008a] 39頁以下)が、その量刑基準論上の位置づけに(行為責任の要素なのか、それとは独立した犯罪予防に関連する要素なのか、それとも第三の要素なのか)ついて論者がどう考えているかは必ずしもはっきりしない。とはいえこのような事情は、既に本章 II. 3-2. において議論した通り、行為責任の要素でも予防の要素でもない、行為責任に「ふさわしい刑」の要素、言い換えれば責任「刑」の構成要素として把握すべきである。この結論は、均衡原理(行為責任の原則)を承認するいかなる見解にも妥当するという意味で、均衡原理の必然的帰結である。

⁶⁰² なお、量刑不法の理論的構成は、本来であれば——上注(56)で述べた通り、犯罪論上の不法・責任と量刑上の行為責任は、同一の原理によって規律される連続的なものであることを認める「連続論」が妥当である以上——犯罪論における違法性の実質をめぐる論争を前提として議論すべきものであるが、この論争をめぐる膨大な研究蓄積の整理は本稿の目的を遥かに超えてしまうため、ここでは断念せざるを得ない。以下の論述はあくまで、小池説を正確に理解することのみを目的とするものである。

⁶⁰³ 論者も引用している通り、このような理解の代表例として、松原(芳) [2002] 330-331頁。

⁶⁰⁴ 小池(信) [2008] 67頁。

う結論は出てこない、ということであろう。論者は、このような見地から、「一般予防による法益保護という刑罰目的から『事後的な視点』で評価される結果無価値の必要性を説く」ことは「合理的でない」と結論づけ⁶⁰⁵、一般予防目的によって根拠づけられるのは、不法の中でも行為無価値のみであると主張するのである。

続いて、事後判断に基づいて評価される不法、すなわち回顧的に判断される不法であるところの結果無価値が、非難表出目的によって基礎づけられることは、いうまでもないであろう。犯罪行為によって結果が生じれば、自動的に、上で引用した通り、問題となっている「法益が当該犯罪行為から守られなければならなかったことの公的承認」⁶⁰⁶の必要性が生じる。それゆえ、ここにおいては、「行為無価値によって基礎づけられた違法性の程度が、結果無価値の発生によってさらに加重される」ことになる⁶⁰⁷。なお、以上の論述から明らかである通り、量刑における行為無価値関連事情も結果無価値関連事情も、ともに不法を根拠づけるものであるから、加重・軽減の両方向で考慮できるものとされる。

なお論者は、量刑における一般予防の考慮は、以上のような量刑不法の評価を介した間接的なものに尽きるのであり、不法評価を介さない直接的考慮は行うべきでないとする（例えば、ピッキングを用いた侵入など、犯行に用いられた手段が巧妙であって、「成功可能性」や「実行可能性」が高い場合、そのような巧妙な手段は、法益保護の要請に照らせば、より強く禁圧すべきであるため、行為無価値を加重することになる。これに対して、犯行それ自体に、典型的に法益侵害の高い可能性が認められるわけではない——つまり、行為無価値の加重はない——場合において、同種犯行が頻発しているという事情に着目して、量刑を〔もちろん、責任刑の上限を越えない限りで〕重くすることによってよりよい一般予防をはかり、以ってこの種の犯行の頻発を抑えよう、というような考え方は認められない）⁶⁰⁸。なぜなら、個々の量刑を重くすることによって、よりよい一般予防効果が生じるというような因果関係の経験的検証は極めて困難だからである⁶⁰⁹。もっともそう考えると、行為無価値の加重を介した一般予防効果もまた、量刑を重くすることによって、よりよい一般予防効果を実現しようとするものにも変わりはないのであるから、その経験的検証は同様に困難なのではないか、という疑問が生じる。

しかし、これに対して論者は、刑罰目的と量刑基準の「間接結合論」⁶¹⁰と呼ばれる議論をもって応えている：「量刑基準は、たしかに刑罰目的の反映として導かれなければならないものであるが、（…）それら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）。（…）刑罰目的（論）は、いかなる行為を処罰対象たる『犯罪』と考えるか、およびその『重さ』をいかなる事情を考慮して判断するかについての実質的な基準を提供することでその役割を終える。それを超えて、個々の有罪判決によってその目的がどの程度実現されうるかを科学的に予測しなければならないわけではないのである」

⁶⁰⁵ 小池（信） [2008] 66 頁。

⁶⁰⁶ 上注（596）。

⁶⁰⁷ 小池（信） [2008] 77 頁。

⁶⁰⁸ 小池（信） [2008a] 71 頁以下。

⁶⁰⁹ 小池（信） [2008a] 78 頁。

⁶¹⁰ 小池（信） [2008] 46 頁。同 17-18 頁も参照。

611. この主張は、次のような趣旨に理解することができよう。まず、量刑を通じて一般予防を達成しようとするとき、第一に思い浮かぶのは、個々の量刑判断を通じて直接に一般予防を実現するという手段である。特別予防的考慮においては、現にこれが行われる。例えば、ある具体的事件において、再犯リスクの高い被告人を実刑に処せば、それによって直接に保安効果が生じる（刑事施設に収容されている限り、施設内における犯罪は別論としても、少なくとも社会の中でその者により犯罪が行われる可能性は物理的に消滅するためである）。一般予防的考慮の場面でも、これと同様に、例えば同種犯行が頻発している場合に、具体的事件の量刑を重くすることを通じて、その種の犯行に科せられる刑が重いものであることを社会に示すことで、個別的量刑から直接に一般予防効果を生じさせようというわけである。しかし、このような「個々の量刑→一般予防効果」という因果関係の経験的検証は明らかに不可能であるし、そもそもそれ以前に、この因果関係の想定は合理的であるとは言い難い。なぜなら端的に言って、そもそも一般予防とは——少なくとも論者の理解では、積極／消極の別を問わず——ある種の行為に対する科刑（厳密に言えば、違法評価の宣明）を通じて、その行為の禁圧されていることを市民に示し、そうして市民の意識に働きかけて、法益侵害につながる行為を抑止しようとするものであるところ、そもそも一般市民が個別の量刑をいちいち意識している、ないし、それを意識する可能性があるとは到底考えられないためである⁶¹²。抽象化して言えば、特別予防はまさに行為者に対して直接的に働きかけるため、上のような「直接的考慮」が有効であるが、これに対して一般予防は、科刑が行われ、その情報が市民の意識に到達して行為が抑止されるという形で、市民（潜在的犯罪行為者）に対して間接的に働きかけるものであるため、特別予防と同じような「直接的考慮」の発想方法が通用しないのである。

そこで、量刑を通じた一般予防は、次のような手段をとるべきことになる。すなわち、複数の事件に対して等しく適用される一定の量刑ルール⁶¹¹の適用実現を通じて、一般予防をはかるのである。上における「間接結合論」において行われているのは、まさにこれである。すなわちまず、一定の（法益を侵害する可能性が典型的に高い）行為態様に対しては、重い行為無価値評価を下すという、一般的な犯罪評価ルールを設定する。そうすると、このような行為態様が存在して事件 A, B, C といった複数の事件において、重い行為無価値評価が下され、つまり重い不法が認められることになって、それぞれ量刑が加重される。このような量刑判断の積み重ねによって、「これこれの行為態様は、法益侵害の可能性が典型的に高いため、強く禁圧される」という刑法のメッセージが確認され続けることになるため、かつ、それは一つの事件における個別的判断ではないため、いわば市民の目に触れるチャンスが大きくなると考えられる。このように、一般予防目的をまずは犯罪評価の実質的・一般的基準として具体化し、それを複数の量刑事件において適用実現してゆけば、量刑を通じた一般予防効果の実現も可能であると考えられるのである。

このように分析すれば明確に理解できるように、間接結合論の本質は、量刑を通じた刑罰目的（一般予防目的）の追求を、個別的な量刑判断によって直接的に実現しようとするので

⁶¹¹ 小池（信） [2008] 45 頁。

⁶¹² 関連する論点として、第 3 章 I. 5-2. における「法的知識」に関する記述を参照。

はなく、集合的な量刑判断（積み重ねられる量刑実践の総体）によって間接的に実現しようとするところにある、ということができる。「個別的ではなく集合的に」という発想の転換が重要なのである。別の言い方をすれば、違法論において論者と同様の立場をとる井田良によって定式化されている通り、これは、「『およそその種の行為を一般的に許容したとき、社会にどのようなマイナス効果が生じるか』、そして『そのようなマイナス効果の発生を防止するためにどういう行動準則を示して遵守させるのがよいのか』という考慮」に基づく、「ルール功利主義」の発想を⁶¹³、量刑論に推し及ぼしたものであると理解できるのである。

こうして量刑不法が確定し、今度はそれを外在的に制約するところの責任判断が問題となる。ここでは、確定された不法のうちどの部分に責任が「ある」のかという判断と、そうして選り分けられた「有責な不法」について、その責任が「どの程度」であるのかという判断とが行われることになる⁶¹⁴。ここにおいて、そもそも責任主義は一般予防目的の追求に対する外在的・消極的制約であるにすぎないため、責任関連事情は専ら軽減方向でしか考慮されないことになるが、その論理は、本章 II. 1-1. において（城下説に対する）「批判者の見解」として詳細に扱ったため、ここでは繰り返さない。

さて、以上によって量刑における不法と責任、すなわち「行為責任」が確定することになる。ところで、論者の考えによれば、この行為責任にふさわしい刑として導かれる「責任刑」は、あくまで、責任によって制約された不法によって基礎づけられた刑である。かつ、上述した通り不法は刑罰根拠づけ要素である以上、行為責任は刑罰を根拠づけるものである。以上二つの前提から、「基礎としての責任刑」論が帰結する⁶¹⁵。しかし、これも本章 II. 1-1. を通じて示したように、この考えは正しくない⁶¹⁶。その根拠を改めて簡潔に述べておくと、「責任刑」は、行為責任を構成する量刑事情を判断資料として、量刑傾向を参照することで、一定の幅をもつ刑量として認識される。上述したところから明らかである通り、この刑には一般予防（および加重要素として、応報）の必要性が反映されている。つまり、責任刑の幅を下回れば、一般予防効果は（無になることはないにせよ）減殺されことになる。しかし、下回った刑による特別予防上のプラスが、一般予防効果の減殺を補って余りあるという事態は、（実際には考えにくいであろうが）原理的にはありうることである。それゆえ、論者の立場を前提としても、幅の下回りの余地は認めなければならないはずである⁶¹⁷。これに対し

⁶¹³ 井田 [2007] 119 頁。より一般的な定義としては、ルール功利主義（規則功利主義）とは、「規則を採用する段階では、その規則が社会の幸福を最大化するかという基準で、つまり功利主義によって評価する。次に、個々の行為を評価する段階では、第一段階で採用された規則に合致しているか否かで、つまり義務論によって評価する」という考え方のことである（瀧川＝宇佐美＝大屋 [2014] 16 頁）。対概念は行為功利主義であり、こちらは、最初から個々の行為に着目して、その功利性をその都度判断するという、一段階的な判断構造を採用する功利主義である。

⁶¹⁴ 論者の理解では、責任は程度を付しうる概念であるためである。上注 (43) 参照。

⁶¹⁵ 小池（信） [2004] 319 頁。

⁶¹⁶ 厳密に言えば、「行為責任は『責任によって制約された不法』であるから、不法が刑罰根拠づけ要素である以上、行為責任もまた刑罰を根拠づける」という推論は正しい。しかし、「行為責任は刑罰根拠づけ要素であるから、『基礎としての責任刑』論が正しい」という推論は——自明に見えるが、実は——正しくない。

⁶¹⁷ なお、この場合には応報的価値（応報の利益と言ってもよいが、若干ミスリーディングでは

て、責任主義の要請は、行為者は責任刑の限りで刑罰受忍義務を負うということであるから、責任刑の幅の上限を超えた量刑が責任主義に反することは当然である⁶¹⁸。それゆえ、論者の前提からも、「単なる上限」論が帰結するというべきである。「消極的責任主義を採用すれば『単なる上限』論が論理必然的に帰結する」という城下説の主張は、この限りでは、正しかったというべきなのである。

最後に問題となるのが、責任刑の上限（および、小池説の考えでは、下限）を踏み越えない限りで行われるところの、特別予防的考慮である。

この点で、論者の見解において第一に特徴的であるのは、再社会化（積極的特別予防）を根拠とした量刑の加重に対して、経験的な観点から疑義を示している点である。すなわちまず、量刑における特別予防的考慮は一般に、「行為者の再犯リスクの評価→当該リスクを消滅または十分に低減させるために必要な刑の種類・程度の判断」という二つの段階を踏むものと整理できる。論者は、このうち前者については、「どのような人格・環境にある者が再犯に陥りやすいかについては、経験科学的に確度の高いものであるかどうかはともかく、ある程度の常識的判断が可能である」⁶¹⁹として、裁判における合理的な再犯リスク評価は一応可能であるという立場をとっている⁶²⁰。

論者が問題とするのは後者である。この点における疑問を、論者は次のような具体例を挙げて説明している：「たとえば、犯行の重大性（責任の重さ）だけを考慮すれば懲役 8 年程度が最も相当であるが、許容される幅としては懲役 6 年程度から 10 年程度が想定できるという場合に、懲役 10 年の刑（によって、より長期間にわたって矯正処遇を行う可能性を確保すること）が、懲役 8 年の刑に比べて、より効果的に行為者を再社会化するということが、（科学的実証までは要求しえないとしても）合理的な期待をもって言えなければならない。しかし、そのようなことが言えるかは甚だ疑問である。（…）刑務所における処遇がその長さに応じて行為者を再社会化するという見通しをもつことはできない」⁶²¹。その趣旨は、抽象化すれば、刑罰の程度と、それによる受刑者の再犯リスクの軽減との間に比例する関係があるという想定に合理的な経験的根拠は存在しない、ということであろう。このような考えから、論者は、「行為者の再社会化（改善更生）が、それ自体としては望ましい目標であることに疑いはないとしても、量刑を加重することによってそれを追求するという考え方は、合理性を欠いているように思われる」と結論づけるのである⁶²²。

これに対して、再社会化の見地からする量刑の軽減——この文脈では、「非社会化の回避」という言い回しがよく用いられる——に関しては、論者は肯定的な立場をとっている：「有罪判決と刑罰は、その種類と重さによって、行為者から、それまでの職業を奪い、一般社会

ある）も滅殺されることになるが、責任刑の幅を下回った瞬間に応報的価値がゼロになると解すべき根拠もないであろう。そうであれば、特別予防上のプラスが応報的価値の滅殺を補って余りあるという事態は、ありうるはずであるといえる。

⁶¹⁸ 小池（信） [2008a] 67 頁以下参照。

⁶¹⁹ 小池（信） [2008a] 57 頁。

⁶²⁰ 小池（信） [2008a] 64 頁以下も参照。

⁶²¹ 小池（信） [2008a] 56 頁。

⁶²² 小池（信） [2008a] 59 頁。

(とりわけ家族などの人間関係) から引き離すことでその社会性を徐々に喪失させ、さらには他の受刑者による犯罪性の伝染の危険にさらすことがある。(…)それにより、行為者の再犯リスクがむしろ高められることになれば、社会にとって有害な帰結である。このような、現在では周知のものとなっている刑罰(とくに自由刑の実刑)の特別予防的にマイナスの効果にかんがみれば、その刑期はなるべく短いものとしなければならない⁶²³。このような考え方をとる場合、量刑においては、「再犯リスクが低いこと」(を根拠づける諸々の事情。例えば監督者があることや、行為者の就業先が雇用の継続を確約していることなどが挙げられる)は、「非社会化の回避」の考慮に基づき、本来的軽減事情として扱われるべきことになろう。これに対して、「再犯リスクが高いこと」を、再社会化の考慮に基づき、本来的加重事情として扱うことは、上述したところから、許されないということになる。論者は、このような再社会化加重禁止説を採用しているのである。

ただ、論者は、特別予防的考慮に基づく量刑の加重の余地を完全に否定するわけではない。上で述べられたのは、再社会化の考慮に基づく量刑の加重は許されない、ということだけである。これに対して論者は、「保安は、刑罰を加重する目的として考えるとき、再社会化(改善)に比べて、ずっと合理的である⁶²⁴として、保安(隔離)の必要性を根拠とした量刑の加重を認めるのである。要するに、再犯リスクの高い行為者に対して、「徹底した矯正処遇により再社会化しなければならないから」量刑を重くする、というのは不当であるが、「刑事施設に収容しておくことで、少なくともその収容期間だけは再犯を抑止しておいたほうがよいから」量刑を重くする、というのは正当である、ということである⁶²⁵。

量刑における保安の考慮のあり方を、論者は次のような具体例とともに説明している：「たとえば、犯行の重大性(責任の重さ)だけから考えれば懲役3年6月程度が相当であるが、しかし懲役5年程度までなら許容範囲といえる場合、重大犯罪(たとえば殺人、強姦、強盗)の再犯が強く予想されるのであれば、その程度に応じて、最長で許容期間ぎりぎりまでの間、隔離し、一般人の安全が確保される期間を延ばすことになる⁶²⁶。このような形で行われる、「保安を根拠とした」特別予防加重は、合理的な考慮として許されるのである。

(3) 小池説に関する検討課題の析出

以上が小池説の概要である。その内容を——上の要約とは順序が前後するが——改めて整理すると、これは次のような一連の主張から成り立つものであった：(1)一般予防目的は刑罰目的として正当であり、それは量刑において、量刑不法の一部たる行為無価値の考慮という形で反映される。その一方で、応報(非難表出)も正当な刑罰目的であると認められ、それは量刑において、量刑不法の一部たる結果無価値の考慮という形で反映される(これに対して、不法評価を介さずに行われる、直接的な一般予防的考慮は認められない：間接結合論)。

⁶²³ 小池(信) [2008a] 29頁。

⁶²⁴ 小池(信) [2008a] 60頁。

⁶²⁵ このような保安の考慮が合理的であることの最大の理由は、端的に定式化すれば、刑罰の程度と、それによる保安効果との間に比例する関係があるという想定は明らかに合理的であるということに求められよう。小池(信) [2008a] 60-61頁と比較せよ。

⁶²⁶ 小池(信) [2008a] 61頁。

これらの意味における不法に関連する量刑事情は、加重・軽減の両方向で考慮できる→(2) 量刑不法は責任主義によって外在的・消極的に制約される。責任主義によって基礎づけられる意味での「責任」は、刑罰を限定づける要素に過ぎないため、責任に関連する量刑事情は軽減方向でしか考慮できない→(※) 以上の不法と責任の評価をもって、量刑における「行為責任」評価が完成する。この行為責任は刑罰を根拠づける要素であり、かつ、行為責任にふさわしい刑（責任刑）は量刑の上限と下限を画する（「基礎としての責任刑」論）→(3) 最後に、特別予防的考慮が責任刑の枠内で行われる。特別予防的考慮の中でも、保安（隔離）に基づいて考慮される事情は、加重・軽減の両方向で考慮できる。これに対して、ある量刑事情を、再社会化を根拠とする場合には、これを本来的軽減事情として扱うことは許されるが、本来的加重事情とすることは許されない。なぜなら、「刑が重ければ重いほど再社会化効果も高まる」というような比例関係に経験的根拠はないためである。このように、再社会化加重禁止説が妥当するのであり、特別予防的考慮によって量刑を加重したいのであれば、保安の論拠に訴えるほかにない。

このうち、(※) は、上でも言及した通り、本章 II. 1-1. で既に検討した。それゆえ以下では、上記 (1)、(2) および (3) について検討を加える。

4-1. 量刑上の「行為無価値」の考慮は一般予防目的によって基礎づけ可能か？

犯罪論のレベルにおける違法論の知見を量刑論にも導入し、量刑不法を一般予防目的の観点から基礎づけ、その過程で「行為無価値」を量刑不法の本質的要素の一つに位置づけていることは、小池説の大きな特徴である。この点、私見の刑罰論も一般予防を中核としている以上、一見すると、論者と同じ考え方を採用すべきことになりそうにも思える。しかし、結論から述べれば、そうはならない。むしろ、一般予防目的から行為無価値の重要性を導く論者の推論には複数の問題点が認められるのである。ただし、本稿の範囲で、この問題の背後にある、違法性の実質をめぐる大問題に対して態度決定を行うことは到底不可能であるため、以下の論述はあくまで試論に過ぎないことを確認しておきたい。

まず、そもそもの前提として、小池説における積極的一般予防の作用プロセスに関して経験的な疑問がある。すなわち、上で引用した通り、論者によれば、「刑罰目的には、法益の保護のために、①法益侵害的な行為を犯罪として禁止・処罰することによって、国民の規範意識（善悪の価値判断）および功利的計算（損得勘定）に働きかけ、かかる行為を抑止するという展望のないし一般予防的な側面」がある⁶²⁷。このうち前者が積極的一般予防、後者が消極的一般予防を念頭に置いていることは明らかであろう。すなわち、口語的に表現すれば、殺人行為の禁止に際して、「人を殺すのは悪いことなのだからやめなさい」というように、潜在的行為者の価値観ないし良心に訴えかけるのが積極的一般予防であり、「人を殺せば刑務所行きになるぞ」というように、潜在的行為者の損得勘定に訴えかけるのが消極的一般予防だ、という理解である。そして、その背後には、積極的一般予防であれ、消極的一般予防であれ、潜在的行為者の行為意思に働きかけて行為を控えさせることで法益を保護す

⁶²⁷ 上注 (598)。

という作用プロセスを有する点では変わりがない、という考え方が伺える。

確かに、消極的一般予防が、人の意思に働きかけることで行為を抑止するという作用プロセスを通じて発揮されるものであることは確かである。しかし、この理解を、積極的一般予防にもいわば「転用」することは——自然な理解ではあるだろうが、それにもかかわらず——、自明のことではない⁶²⁸。ここでも簡潔に説明しておく、例えば、人を殺してはいけないという規範意識を、我々のほとんどは成長・発達の過程で当然に会得している。そうした規範意識を刑罰によって覚醒・強化するなどと言っても、そのようなことはいわば「余計なお世話」なのである。それでは、刑法における殺人禁止規範は我々のほとんどにとって無意味なものであるのかといえ、必ずしもそうではない。我々の正義観念には、「人を殺してはいけない」ということ——いわば、行為規範——だけでなく、「人を殺した者は処罰されなければならない」ということ——いわば、制裁規範——まで含まれている。つまり、我々のほとんどは、「人を殺すな」という規範を、わざわざ刑法によって命じられるまでもなく内面化しているのであって、その意味で、「刑法が『人を殺すな』という行為規範を提示している」ことは、我々のほとんどにとって、言ってみればどうでもよいこと（釈迦に説法）である。しかし、その一方で、人を殺した者が刑法によって適切に処罰されるということは、我々のほとんどにとって極めて重要なことなのである。もし刑法が、その適切な処罰に失敗すれば、我々（公衆）は刑法に対する道徳的信頼を失うであろう。道徳的信頼が失われれば、公衆の遵法性も弱まる。その結果として、殺人のような、直観的にみて反道徳性の極めて強い行為が著しく増加することは、遵法性の低下が余程進行しない限り起こらないであろうが、反道徳性においてより周縁的な行為——例えば、財産犯の方が、生命や身体に対する罪よりは道徳的抵抗感が小さいであろうし、諸々の無許可営業罪など、法定犯的な側面の強い罪であれば、なおさら小さいであろう——に関する遵法性は掘り崩されてゆくことになるのである。このように、経験的に正しく理解された積極的一般予防は、「刑法の規範的メッセージ→人々の規範意識の強化」という直接的な作用モデルによってではなく、「刑法による、公衆の正義観念に合致した処罰→人々による刑法に対する道徳的信頼の維持・強化→遵法性の維持・強化」という間接的な作用モデルにおいて理解されなければならないのである。

積極的一般予防をこのように理解する限り、それは、違法性の事前判断とは必ずしも結びつかない。公衆の正義観念に内在しているのは常に、不正行為に対する回顧的な評価と非難である⁶²⁹。したがって、論者のように、事後判断による結果不法を、一般予防目的から独立に、応報（非難表出）の観点から基礎づける必要もない。結果不法が重要であるのは、第一に、それを公衆が重視するからであり⁶³⁰、第二に、その考慮が法益保護主義のような刑法の基本原則に反しないからである。それゆえ、「一般予防による法益保護という刑罰目的から『事後的な視点』で評価される結果無価値の必要性を説く」ことは「合理的でない」という

⁶²⁸ 以下本段落の議論も含め、第 3 章 II. 1-1. 注 (297) の本文部以下を参照。

⁶²⁹ 第 3 章 II. 3-1. 参照。

⁶³⁰ 松原（芳） [2007a] 242 頁と比較せよ。

論者の結論⁶³¹には賛同できない。結果無価値は、法益保護主義などによって制約された積極的一般予防でもって基礎づけることができるのである⁶³²。

その一方で、この見地からは、論者が念頭に置いているような事前判断に基づく行為不法の考慮は、おそらく出てこない。まず前提として、侵害犯の量刑であっても、その行為態様の危険性（例えば凶器の有無）を独立の要素として量刑不法に取り込むことは可能であると思われる⁶³³。具体的に述べると、試論に過ぎないが、不能犯論における修正された客観的危険説に立てば、現実には結果が発生しなかった場合を全て不能犯とするのではなく、いわば可能世界⁶³⁴における結果発生蓋然性を捉えて法益に対する危険性を認めることができる限りは未遂犯の成立を認めることになるが、この発想を逆転させれば、現実には結果が発生している限り、その結果を客観的に帰属される行為は全て危険性において等価である——等しく「最強の危険性」を備えていたものである——と評価すべきことにはならず、むしろ同じ侵害犯でも、可能世界における結果発生蓋然性の大小に応じて行為の危険性の大小に差を設けることができることになる。こうして把握された、現実の侵害結果からは独立した危険性を量刑において考慮してはならない理由はないものと考えられる。例えば、同じく一人の人を死亡させた事件であっても、殺害の態様が（事後的にみて）非常に危険な場合（例えば、拳銃で射殺した場合）の方が、それよりも危険性が低い場合（例えば、手拳で撲殺した場合）よりも違法性が重いと評価し、それによって量刑を加重することは公衆に共有された直観にかなうと考えられるし、かつ、そのような考慮が法益保護主義に反するとは思われない⁶³⁵。

⁶³¹ 上注（605）。

⁶³² 小池（信）[2008] 69 頁注（253）は、積極的一般予防の観点から結果無価値の重要性を基礎づける見解について、「積極的一般予防論も一般予防論である以上、事前判断において同程度の法益侵害の危険性を有した（…）行為の中で、重い（現実的）結果の発生に結びついたものだけを加重処罰する（＝より強く禁止する）理由にはならないように思われる」と批判する。確かに、積極的一般予防も、これを「行為者の意識に働きかける」ことで作用する直接的な予防プロセスである（その点では消極的一般予防と変わらない）と理解する限り、そうであろう。しかし、上述した通り、そのような前提に立つ積極的一般予防論は十分な経験的効果を発揮しないと考えられるため、本稿はそれを採用しない。

⁶³³ 小林（憲）[2007] 94 頁も、「侵害が発生したという事実とは別に、大きな危険が作り出されたという事実が実態として存在する以上、そこに独自の不法評価を加えることは十分に可能」であるとす。

⁶³⁴ 佐藤（拓）[2016] 76 頁：「修正された客観的危険説が採用する事実の置き換えという手法は、現実には存在した一定の事実を消し去って現実には存在しなかった世界の存在可能性を問うところに特徴がある」（圏点は原文による）。

⁶³⁵ この点、朝山 [2010] 504 頁は、いわゆる永山事件判決（最判昭和 58 年 7 月 8 日刑集 37 卷 6 号 609 頁）について、「この判例が『結果の重大性ことに殺害された被害者の数』という結果無価値的要素を重視しているのは明らかであるが、それと並んで、『犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性』という行為無価値要素をも考慮要素として挙げている」と指摘して、本判決は「結果無価値的要素（本件では殺害された被害者）及び行為無価値的要素（犯行の態様や動機等）を重視すべき」であることを示していると分析する。しかし、本稿の立場からしても、ここにいう「行為無価値的要素」を全く考慮できなくなるわけではない。殺害の

このように、ここに現れている「危険性」もまた、あくまで事後判断によって評価されるものである。言い換えれば、侵害結果に加えて、危険結果も量刑不法の一部を構成しうる、というだけのことに過ぎないのであって、そこに、「事前判断に基づく行為不法」が存在する余地はない。なぜなら、上のように（経験的に正しく）理解された積極的一般予防は、行為の時点で行為者に行動基準（違法と適法の境界線）を予示し、それによって行為者の意識に直接働きかけることで、その行動を統制し法益を保護するという法益保護プロセスに基づくものではない以上、行為時点に視点を固定して法益侵害の可能性を判断し、その可能性が認められる行為を違法と評価しようという動機をそもそも欠くためである⁶³⁶。

手段方法が執拗・残虐であるという事実は、人を殺害に至らしめる高度の（事後的）危険性があるという観点から解釈すれば、不法に関連する本来的加重事情として考慮することができる。それと同時に、この事実は、人の生命を著しく軽視する態度のあらわれとして解釈することもできるため、責任に関連する本来的加重事情としても考慮できよう。責任関連犯情に関する本稿の基本的な考え方については、下記 II. 4-2-1. とりわけ下注（670）の本文部以下を参照。

⁶³⁶ ただし、この対立軸ですら相対化する見解もある。すなわち、小林（憲）[2007] 107-108 頁は、保護責任者遺棄罪を例にとりつつ、次のようにいう：「あくまで保護責任者は条文に類型化された概念であるから、典型的にみて要扶助者の生存が保護責任者に依存させられており、それゆえ遺棄が非保護責任者による場合よりも法益に対して高い侵襲性を有するのであれば、たとえ個々の事例において保護責任者であることが現実には生じた法益侵害・危殆化の構成要素でなくても、不法要素に含めてよいのである。（…）〔これに対して、行為無価値論者は：引用者補足〕『行為の具体的な法益侵害性ないし危険性という点では何ら区別されない行為であっても、法益保護の見地から区別することが合理的であることはいくらでもある』（この出典は、井田 [2005] 9 頁である：引用者補足）というのであるが、そもそも類型化する、条文を作るというのはそういうことである。したがって結果無価値論もそれを否定したことなどない」。

しかし、保護責任を違法身分と解するのである限り、これが「現実には」何らの危険（としての結果無価値）の増加も及ぼしていない場合であれば——すなわち、保護責任を基礎づける（とされている）諸事実を、これを基礎づけない諸事実置き換えても、生命法益の侵害に向けた事態の成り行き（として予測されるもの）が、あらゆる可能世界において変わらないのであれば——、違法身分を根拠づける不法が存在していないことになる以上、端的に保護責任者遺棄罪の成立を否定すべきではないだろうか（井田 [2020] 99 頁の記述と比較せよ）。条文上、法益に対して高度な危険性を生じさせる場合が類型化されて定められており、かつ、現実には（一見するとその類型に合致する事情が備わっているが、例外的に）その高度な危険性が生じなかったのであれば、それは、一見すれば条文の予定していた事態が生じているように思えたが、実際には（法益に対して現実には及ぼされた効果を実質的に考察すれば）そうでなかったことが判明した、ということにほかならない。こう考えれば、前記小林の議論は、「これこれの要素から成り立つ行為類型 X には一般に危険が伴う→具体的行為 x は類型 X の要素を満たしているが、例外的に危険を発生させなかった→しかし x は類型 X に包摂されるのだから、危険が生じたものとみなす」というものであるかのように見える。しかし、このような論証こそ、結果無価値論が批判してきた当のものではないだろうか。それゆえ、小林が、上のような議論によって行為無価値論との対立軸を相対化する（かのような言明をなす）ことは、少なくともミスリーディングであると思われる。

別の例を挙げれば、現住建造物等放火罪における現住性要件との関係で、行為者による、建造物等の内部に人がいないことの確認措置などを通じて、そこに「人がいる可能性」が確実に排除されていた（あるいは、同罪の重い法定刑を正当化しえない程度にそれが大幅に低下していた）

このように、正しく理解された積極的一般予防は、事前判断に基づく不法（行為無価値）とは整合しないと考えられる。そうすると、残るのは消極的一般予防である。しかしここで、消極的一般予防の経験的基礎をなす基本原則を想起しなければならない。すなわち、ある行為に対する刑罰の「有無」は、当該行為の（消極的一般予防のメカニズムを通じた）抑止効果の「有無」と連動しうが、ある行為に対する刑を「重く／軽く」したからといって、抑止効果が「大きく／小さく」なるわけではない⁶³⁷。消極的一般予防（威嚇予防）は「量原理（Maßprinzip）をもたない」のであって、「威嚇予防を考慮して刑罰が加重される場合、それには何らの根拠もないものといわなければならない、そのような量刑がおよそ許されるものでないことは当然」といなければならないのである⁶³⁸。つまり、消極的一般予防のために、ある行為を違法とする（禁圧する）、という議論は経験的に成り立ちうるが、よりよい消極的一般予防のために、ある行為により重い違法評価を与える（より強く禁圧する）という議論には経験的根拠がない（というよりも、それを否定する経験的根拠が、無視できない程度に蓄積されている）のである。そうすると、小池説における「行為不法」が、量刑において考慮されることはありえない、という結論が導かれる。例えば論者は、「同等の法益侵害を目指すものであったとしても、手段・態様において、より成功しやすく、また実行しやすい（手を出しやすい）ものであるならば、事前抑止（一般予防）の見地からより強く禁止する必要があるから、より重大な犯行（不法）と評価すべきである」⁶³⁹と述べているが、このような議論には、経験的にみて無理があると思われる⁶⁴⁰。消極的一般予防論と結びついた

場合には現住性を否定するという（正当な）解釈が有力化しており（佐藤（輝） [2017] 199 頁以下、橋爪 [2018] 98 頁など参照）、論者も基本的に賛意を示している（小林（憲） [2021] 368 頁）。しかし、上にみた論者の議論を前提とするならば、前記確認措置等が行われた場合においても、（住居の場合であれば）「住居としての利用の実体が継続している以上、原則として『人がいる可能性』が典型的に認められる」（橋爪 [2018] 98 頁）ことを根拠に、現住性を肯定すべきことになるのではないだろうか。ここにおいて現住性を否定する論理と、上において保護責任者遺棄罪を成立させる論理との両立可能性には疑問があり、かつ、ここには結果無価値論と行為無価値論の間の、相対化しえない対立軸が表れているように思われる。

かくして、上にみた論者の議論の趣旨が、現実には何ら法益に対する高い侵襲性が発揮されていないのに、類型化に際して示された諸々のメルクマールを形式的に満たしていることのみをもって、高い侵襲性が発揮された「ことにする」というような思考方法の承認であるとするれば、それは、結果無価値論を前提とする限り、背理であって支持しえない。それゆえ、前記対立軸を相対化することは不可能である。

⁶³⁷ 特に、第 3 章 I. 5-2. および II. 1-1. の関連箇所を参照。

⁶³⁸ 岡上 [1994] 56 頁。

⁶³⁹ 小池（信） [2008a] 71 頁。

⁶⁴⁰ 確かに、ある見解について経験的根拠が「存在しない」——すなわち、それを肯定する証拠も否定する証拠もない、あるいはそれらが拮抗している——場合であれば、その見解の採用は必ずしも妨げられない（第 3 章 II. 1-1. 参照）。しかし、ある見解の経験的根拠を否定する証拠がそれなりに「存在」してしまっている場合には、同見解をそのまま採用することはできず、否定的証拠を無視してよい理由を積極的かつ説得的に論証しなければならないであろう（これについては、本章 II. 4-3-1. も見よ）。消極的一般予防の見地を刑量の程度に反映させようとする見解において、この点が十分に論証されているようには思われない。

行為無価値論は、犯罪論のレベルにおいてであれば別論⁶⁴¹、量刑論には応用できないのである⁶⁴²。量刑不法には、不法の本質は事後判断に基づく法益侵害または危険結果であるという理解と整合する要素、その意味での結果無価値のみが含まれうると結論づけるべきである。

4-1-1. 補論：犯罪論のレベルにおける行為無価値論に対する疑問

上述した通り、行為無価値論を量刑論に応用することは、経験的にみて不可能である。これに対して、こう述べるだけでは、犯罪論のレベルにおいて行為無価値論が少なくとも部分的に妥当する可能性は残される（私見の刑罰論には消極的一般予防目的も組み込まれている以上、なおさらそうである。なお、そうであるからこそ逆に、以下、本節の論述の関心は、「一般予防目的による行為無価値論の基礎づけの可能性」に限定される。つまり、それ以外の論拠、例えば規範論による行為無価値論の基礎づけ⁶⁴³の当否などについて何らかの態度を表明するものではない）。しかし、私見としては、この点にも疑問がある。これは、純粹に犯罪論上の問題であり、本来は本章の射程を超えるものであるから、ここにおいてこの問題に対する終局的な態度決定を行うことは到底不可能ではある。もっとも、犯罪論と量刑論の連続性を重視する立場（応用場面説）の正当性⁶⁴⁴に照らせば、犯罪論では行為無価値論が妥当するが量刑論では妥当しない、というような「ズレ」の生じる可能性を、いわば仮処分として排除しておくことには一定の意味があると考えられる。

小池説が強調するのは、一般予防目的と行為無価値論の関連性（一般予防論によっては行為無価値論が基礎づけられ、また一元的結果無価値論は排斥されるということ）である。しかし、この主張には複数の点で疑問がある。まずは、次のような指摘から出発しよう：「行為に出れば結果無価値が生じるかもしれない場合に『結果を生ぜしめるような行為を止めよ』という行動基準を提示するという機能は、行為に出た場合に常に違法評価を下す立場（行為無価値論）によっても、そうではなくて実際に結果無価値が生じたときだけ違法評価を下す立場（結果無価値論）によっても、まったく同様に果たされる。というのも行為者は常に違法評価が下される場合のみならず、それが下されるかもしれない場合にも行為を差し控えざるを得ないからである」⁶⁴⁵。敷衍すると、確かに、行為無価値論の理解に従って、事前判断によって結果を生じさせる行為を一律に違法と評価し、これを禁圧すれば、潜在的行為者はその「結果を生じさせそうな行為をするな」という刑法からのメッセージを受け取ってその種の行為を控え、もって法益の保護が果たされるであろう。しかし、結果無価値論の理解に従って、刑法は「違法評価は事後判断に従って結果が生じた場合に下される」というメッセージを発していると考えたとしても、潜在的行為者は常に事前判断しかなし得ないのであるから、そこから行為者は、「結果を生じさせそうな行為に出るのは（違法評価を受ける

⁶⁴¹ とはいえ、これにも結局は疑問がある。この点は補論として、次の 4-1-1. で言及する。

⁶⁴² 論拠は異なるが、量刑不法から行為無価値を明示的に排斥する点で結論を同じくするものとして、野村（健） [2020a] 20 頁以下。

⁶⁴³ 例えば、高橋 [2021] 1 頁以下、江藤 [2014] 25 頁以下、増田 [2009] 60 頁以下など参照。

⁶⁴⁴ 上注 (56) 参照。

⁶⁴⁵ 小林（憲） [2003] 179 頁。

リスクがあるため) やめておこう」という判断に至ることになる。つまり、行為者の判断において「結果を生じさせそうな行為に出るのはやめておこう」という結論に至る点では、いずれの立場においても同じであり、かつ、法益保護のために決定的に重要であるのは、行為者がまさにこの結論に至ることに他ならない以上、行為無価値論の方が一般予防機能に照らして一方的に優越しているということはできないのであり、むしろ両立場はこの点で等価であると言わなければならないのである。そうである以上、やはり、結果無価値を生じさせなかった「行為は、たとえ行為者または一般人の事前的な視点からは禁止されるべきように見えたとしても、結局のところ禁止する必要のない行為であったと言わなければならない」のであり、一般予防のためと言って事前判断により違法評価を下すことは、「不必要に国民の自由を制約するものであって正当化され得ない」というべきなのである⁶⁴⁶。なお、逆に、事前的にみて結果に繋がらなさそうであるが、実は事後的には結果を生じさせてしまう行為に出してしまった行為者については、責任阻却で対応することができるため、問題は生じない：「結果無価値論は『行為の時点で〈行為に出れば結果無価値が生じるかもしれない〉ことを知り得る』ことを、責任判断のレベルにおいて要求している。したがって(…)、なお可罰性要件全体のレベルでは、刑法が個別具体的事例における行為の時点で国民に対して行動基準を提供することができるのである」⁶⁴⁷。さらに付言しておけば、このような、行為時点での違法評価の不確定性が、罪刑法定主義との関係で何ら問題のないものであることも明らかである：「もし個々の事案が(…)規範の適用を受ける可能性があるかどうかまで、あらかじめ知らせておくことが罪刑法定主義の要請だとすれば、そうしていない現行刑法は違憲無効だということになろう」⁶⁴⁸。このように、結果無価値論の立場からは、確かに、行為時点において違法・適法の境界線を確定的に提示することは不可能になるが、そうであるからといって一般予防機能が毀損されるわけでも、処罰範囲が不当に拡大して被告人に酷な帰結がもたらされるわけでも、罪刑法定主義に反するわけでもないのである(結果無価値論の消極的優位性。積極的優位性もあるが、これは下で述べる)⁶⁴⁹。

この点、論者は、結果無価値論をこのように擁護することは、「本音では、『結果を生じさせる可能性のある行為』が抑止されることを期待していることにほかならず、それは、『結果を生じさせた行為』以外の禁止は『不必要な自由の制約』であるとする理解とは相容れないだろう」と反論している⁶⁵⁰。しかし、結果無価値論はそのような本音を持ってな

⁶⁴⁶ 松原(芳) [2002] 331頁。ただし、厳密に言えば、行為無価値論においては、「事前判断によると結果を生じさせそうな行為」に出れば、定義により、100%の確率で違法評価を受けることになるのに対して、結果無価値論においては、事後的に結果が生じない場合がありうる以上、違法評価を受ける確率は低まるため、この点で行為無価値論の方がよりよく一般予防機能を果たしうるという考えも成り立つ。しかし、後述する通り、このような行為無価値論は法益保護のために必要十分な範囲を超えた部分にまで違法評価を下すという点、すなわち違法評価の対象範囲が過剰であるという点において問題を抱える。

⁶⁴⁷ 小林(憲) [2003] 181頁。松原(芳) [2002] 331頁も参照。

⁶⁴⁸ 小林(憲) [2007] 37頁。

⁶⁴⁹ もちろん、結果無価値論に対する、ありうる批判がこれに尽きると主張するものではないが、ここではさしあたり、補論としての性質にも鑑み、この三点に議論を止めておく。

⁶⁵⁰ 小池(信) [2008] 67頁。

ない。むしろ、「事前的にみれば結果を生じさせようであったが、事後的には結果を生じさせなかった行為を違法と評価しても過剰である（逆に、事前的には結果を生じさせようでなかったが、事後的には結果を生じさせた行為を適法と評価するのは過少である）」という考えこそが結果無価値論の本音である。この点を論証する上では、次の記述を出発点とすることができる：「結果無価値が生じたと事後的に判明したからといって、さかのぼって行動基準の逸脱（ルール違反）があったとする」⁶⁵¹と、「行為無価値と結果無価値は同値になり、対概念としては機能しなくなる」⁶⁵²。この記述の趣旨は、行為無価値論が自身の行為無価値評価を事後判断により修正すると、結果無価値論と同じ立場（同値）であることになる（から、行為無価値論は、自身は結果無価値論と異なる立場であると自認するのである限り、そのような修正を行わない立場であると考えべきである）、というものであろう。この点、翻って考えると、結果無価値論は、事後的な結果の発生・不発生を、違法・適法評価と連動させることで、当該結果を客観的に帰属される行為の評価を事後的に定めるものと見ることができると、結果無価値論に立つ場合における、刑法の消極的一般予防機能は、次のような形で作用するものと理解できる。すなわちまず、行為者の立場から見たときに、行為 X は結果を生じさせようである（事前判断による結果発生の可能性）。したがって多くの市民は行為 X を控えるが、刑罰威嚇を押し切って（あるいは、不注意にも）行為 X に打って出る者も現れる（行為者 A としよう）。もっとも、行為 X は事後的にみると結果を生じさせなかった。それゆえ結果無価値論からは、適法と評価されることになる（行為 X は結局のところ違法と評価する必要のなかった行為であることが判明する。つまり、行為に対する適法評価が、事後判断によって確定される）。こうして市民（行為者 B, C, D...）は、行為 X は適法であると知ることになり、安心して同種の行為に出られるようになる（逆に、事前的には適法に見えたが事後的にみて違法とされた行為 Y に出た行為者 A は、責任を阻却され、またその後、市民は、違法性が確定した行為 Y に類する行為を前もって控えることができるようになる）。

ここで、行為無価値論の代表的論者（であり小池説にも大きな影響を与えているとみられる論者）が、「行為無価値論の本質は（…）行為の時点で違法・適法の限界を明らかにするという提示機能・告知機能を重視するところにある」⁶⁵³と述べていることを想起されたい。というのは、上述してきた議論を踏まえれば、仮にこのような提示・告知機能を重視するとしても、むしろ結果無価値論の方が同機能を法益保護の要請に照らしてより洗練された形で発揮できるように思われるためである（結果無価値論の積極的優位性）。まず、上の行為者 A においては、確かに、行為 X が事後的に結果に繋がるのか、それとも繋がらないのかを、行為時点で判断することができない。しかし、このような行為時点における違法評価の不確定性に問題がないことは、結果無価値論の消極的優位性として、上で述べた通りである。さて、行為 X は裁判を経て適法であることが確定し、行為者 A はめでたく無罪を得ることになる。そうすると、その後に行為 X と同種の行為に出ることを検討する新たな行為者 B, C, D... は、安心して行為に出ることができるようになるのであった。これに対して、行為無価値論に立ち、行為 X が違法であるという結論が維持され続けるのであれば、行為 X に対す

⁶⁵¹ 小林（憲） [2003] 180 頁。

⁶⁵² 小林（憲） [2003] 180 頁注（78）。

⁶⁵³ 井田 [2005] 8 頁。

る違法評価（行為無価値評価）を事後的・客観的に見直す機会には永遠に与えられず、事前判断に基づく違法評価という、事後的・客観的にみればまさに「憶測」⁶⁵⁴であったというほかにない違法評価が残り続けてしまうことになる。裏からいえば、結果無価値論は、事後的、客観的、科学的判断によって裏づけられた司法による判断の蓄積を通じて、行為に対する評価を不断に合理化、洗練化させてゆくことができるのであり、それゆえ、仮に行為の違法評価に関する提示と告知の機能を重視するという前提に立つとしても、そこから導かれるのは、行為無価値論ではなく結果無価値論の優位性に他ならないように思われるのである。行為者 A の行為時点においてはともかく、行為 X の事後的にみた適法性が確定した時点に立ってみれば、行為 X に出ようとする行為者 B, C, D... に対して、行為無価値論に従い、なお行為 X が違法であるというメッセージを発し続けるのは、法益保護主義に照らして明らかに過剰であって不合理であると言わなければならない。抽象的にいえば、行為無価値論は、

（問題となっている行為に関連する裁判例等がないという意味で）最初の行為者に対する共時的な違法性告知機能に拘泥するあまり、行為に対する評価を、裁判例等の集積によって明確化してゆくという（上にみた行為無価値論の理論的前提たる法益保護主義および一般予防論からすれば重視すべきであるはずの）通時的な違法性告知機能を見落としていると思われる。

以上の簡潔な考察によって、犯罪論のレベルにおける結果無価値論の優位性を十分に立証できたと主張するつもりは全くない。しかし、少なくとも、「『一般予防の中心的重要性を否定できない限り行為無価値が違法の基本』という理解は正当である」⁶⁵⁵という論者の主張が自明のものではなく、むしろ相当程度の疑義を免れないこと、および、私見においては量刑論のみならず犯罪論のレベルでも行為無価値を考えない（という立場を、今のところは採用しておく）ことの根拠に関する最低限の説明にはなっているものとする。

4-2. 責任関連事情は専ら本来的軽減事情であると考えべきか？

論者は、責任関連事情（「行為責任＝有責な不法」ではなく、犯罪論上の体系カテゴリーとして不法とは切り離された意味での責任に関連する量刑事情）の本来的評価方向を軽減に限定している（責任加重禁止説）：「多数説は、（…）責任の刑罰加重的考慮を——とりわけ前科、常習性、および動機・目的などの心情要素による刑罰加重の説明にあたって——肯定している点で妥当でない。というのは、責任という体系カテゴリーの担う刑事政策的な目的は、刑罰目的の追求を、それとは別個の観点（国民の人権・自由の保障）から制約することにある以上、責任に属する要素を刑罰加重的に考慮することは背理だからである」⁶⁵⁶。このような見地に立つときには、例えば、遊ぶ金欲しさに強盗をはたらいたというような悪質な動機を、それ自体が重い責任非難に値するとして、責任加重を根拠に量刑上考慮することは許されない。この事情を加重方向で考慮したいのであれば、不法関連事情として説明するか

⁶⁵⁴ 松原（芳） [2002] 331 頁。

⁶⁵⁵ 小池（信） [2008] 68 頁（井田 [2005] 15 頁も参照）。

⁶⁵⁶ 小池（信） [2004] 318 頁。

(この場合、同事情は行為責任の構成要素として位置づけられる以上、その考慮は責任刑の幅による拘束を受けない)、特別予防関連事情として説明するしかない(こちらの場合、その考慮は責任刑の幅により拘束される)のである。そして、その根拠は、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という考え方に求められている。

そうだとすると、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という考え方は、ここまで繰り返し述べてきた通り、本稿もこれに賛同するものである以上、私見もまた、必然的に責任加重禁止説をとるべきことになるのであろうか。結論から述べれば、必ずしもそうではない。この点を理解するためには、以下に見てゆく三つの前提を確認しながら議論を進める必要がある。

議論の見通しを良くするために、以下の展開を予告しておく。まず、責任加重禁止説は、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という前提と、下に見る第一および第二の前提との連言から論理的に導出される可能性がある(ただ結論から言えば、これは正しくない)。また、責任加重禁止説は、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という前提と、下で確認する第三の前提との連言によって論理的に導出される可能性もある(結論を言えば、この推論自体は正しいが、第三の前提そのものが不当であるため、結局のところ責任加重禁止説は擁護できない)。以上の検討から、最終的には、責任加重禁止説は不当であり、責任関連事情による量刑の加重はありうる、という結論が導かれることになる。

4-2-1. 第一の前提と第二の前提：規範的責任論と「責任の違法従属性」テーゼ

第一の前提は、(刑事)責任評価の基準論である。具体的にはまず、責任の基礎理論は大きく分けて、責任の本質論、責任評価の対象論、責任評価の基準論という三つの分野に区別されるが、ここで重要なのは本質論と、それを受けた基準論である。責任論の検討は本稿の主題ではないため、教科書的な説明になるが、簡潔に確認しておこう。

責任の本質論においては、かつての学派の対立を背景として、一方において、自由意思論における非決定論を前提としながら、責任の本質は、行為者が自由な意思によって犯罪行為を遂行したことに對して向けられる回顧的な道義的非難であるとする道義的責任論と、他方において、自由意思論における決定論を前提としながら、責任の本質は、行為者がその素質と環境によって犯罪行為を遂行する傾向性を有しており(かつ、その傾向性の発露として犯罪を現に行ったものであり)、それゆえ社会に対する危険性を有することを根拠として、社会防衛(特別予防)という展望的目的のために行行為者に負わされる負担である(それゆえ逆に、非難ではない)とする社会的責任論が対立していた。もっとも、前者には法と道徳を混同しているという問題があり、後者には刑罰権の行使が無限定なものになってしまうという問題があることから、現在では、責任とは非難であるという道義的責任論の発想を受け継ぎつつも、それは道義的立場からの非難ではなく法の立場からの非難であるとする法的責任論が通説化しているとされる。もっとも、この法的責任論は、「責任は道義的なものではない」という消極的内容によって定義されているため、責任の積極的内容を明らかにしな

い、空虚な理論ではないかという疑義も向けられているところである⁶⁵⁷。この点、本稿の採用する理解によれば、「責任主義の第 1 の意義は、行為者の刑罰受忍義務を正当化することにある」⁶⁵⁸のであり、その意味で責任の本質・積極的内容は、それが行為者の意思決定に対する道義的非難を説明・正当化する（ことによって刑罰正当化の一要件となる）点でも、それが行為者の危険性から社会を防衛する必要があることを説明・正当化する（ことによって刑罰正当化の一要件となる）点でもなく、それが、犯罪予防を志向する刑法の立場から、（後述するように、行為者に適法行為の期待可能性があることを根拠として）行為者に刑罰受忍義務があることを説明・正当化する（ことによって刑罰正当化の一要件となる）点に求められるのである（法的責任論としての刑罰受忍義務論）。

刑罰受忍義務を持ち出すかどうかは別としても、責任の本質が法の立場からする否定的評価（非難⁶⁵⁹）であるという法的責任論の限りでは、今日においてコンセンサスが得られていると思われる。その上で問題となるのが、責任評価の有無および程度を画する基準が何に求められるのかということ、すなわち責任評価の基準論である。この場面では、かつて、責任の実体を故意・過失という事実的な心理状態に求める心理的責任論が唱えられたが、現在では、責任とは、行為者は違法行為を控えることができたのにそうしなかったことに対する規範的な否定的評価であるとみる「規範的責任論には今日異論をみない」⁶⁶⁰とされていた。ここに引用した文章が書かれたのは 30 年以上前のことであるが、現在でも規範的責任論の圧倒的優勢に変わりはないと思われる。もっとも、その一方で、近年では、この規範的責任論・他行為可能性論に対する異議申立ての動きもまた見られるということは注意されてよい。すなわち、英語圏の分析哲学・法哲学を背景に、他行為不可能性（決定論）と責任は両立するとして、他行為可能性の代わりに「理由能力」を理論の中核に据える新たな責任論（理由能力論）がこれである⁶⁶¹。

以上の、規範的責任論と理由能力論のいずれを正当と解するかという問題については、そもそも両理論が本当に相互排他的なものであるのかという点も含めて⁶⁶²、根本的な検討を要するが、そのためには別個の研究計画が必要であるから、ここでは扱うことができない。ただ、現時点でも言えることとして、上述した「法的責任論としての刑罰受忍義務論」からみれば、行為者に適法行為を期待できないのに、責任を認めて刑罰を科することは、行為者にとってコントロール不可能な外力を根拠にして、犯罪予防という社会全体の利益のための負担を行為者に押し付けることになる。それゆえ、規範的責任論の根本原理たる期待可能

⁶⁵⁷ 以上について、岡上 [2008] 112-113 頁参照。

⁶⁵⁸ 松原（芳） [2017] 25 頁。

⁶⁵⁹ 本来は、行為者の意思決定に対する否定的な「評価」としての「責任」と、その評価に応じて向けられる害悪（ないし否定的評価の言語による伝達）であるところの「責任非難」とは厳密に区別すべきである。上注（574）およびその本文部を参照。上の段落では、一般的な用語法に従って「非難」としたが、以下では改めて「否定的評価」や「責任評価」といった語を用いる。

⁶⁶⁰ 堀内 [1988] 175 頁。

⁶⁶¹ 瀧川 [2003]、瀧川 [2008] 31 頁以下参照。その責任能力論への応用の試みとして、竹川 [2018] 123 頁以下。

⁶⁶² 野村（健） [2020a] 32 頁注（151）参照。

性原理（他行為可能性原理）は、やはり放棄できないのであって⁶⁶³、仮に理由能力論に、従来の規範的責任論には含まれていなかった新たな正当な知見が含まれていたとしても、それは期待可能性原理と整合可能な範囲で援用されるべきであろう。それゆえここでは、責任判断の最上位基準を、やはり期待可能性原理に求めておきたい。

したがって以下では、規範的責任論（他行為可能性論、期待可能性論）を前提として議論を進める。これが第一の前提である（ただし、責任概念を、期待可能性に加えて別原理をも導入することによって二元的に構成しようとする見解も有力である。本章 II. 4-2-1-1. 参照）。

第二の前提は、責任の違法従属性である。これはすなわち、「責任が違法性をその論理的な前提とする、当該違法行為についてのものである」⁶⁶⁴ということであり、要するに、責任とは常に（違法）行為を対象とした、それについての判断なのであって、この枠を超えるような「違法なき責任」は認められないということである。このような、責任評価の対象は（個別）行為責任であるという考え方は——それを純化して、動機や性格等の行為者関係的事情を行為責任概念から放逐するのか、あるいはそうしないのか、という対立点は残っているとはいえ——今日においては広く承認されている⁶⁶⁵。刑罰受忍義務という視点からみても、行為者は違法行為を自由な意思決定のもとで行ったものあるからこそ、刑罰受忍義務を負うのであるから、責任評価は違法行為についての評価である、というテーゼそのものを否定することは困難であろう。

このように、以上二つの前提はいずれも妥当である。両者を総合すると、「責任判断は、違法行為についての、適法行為の期待可能性を基準として行われる評価（非難）である」となる。そうすると、ここから即座に、次のような結論が導出されそうにも思える：「行為責任主義を維持し、違法評価の加えられていない悪しき一般行状や人格形成活動は責任非難の対象となりえないとすれば、当該違法行為に直接関係しない事情に基づいて責任が加重されることはありえない。これを量刑論に応用するならば、たとえば、働こうと思えば働けるのにあえて無為徒食の生活を送っていた者が困窮し食べ物を盗んだ（窃盗罪）（…）という事案（…）において、『無為徒食の生活を送っていた』こと（…）を、責任刑を加重する事情と考えることは許されない。窃盗罪（…）の規定は、無為徒食すること（…）それ自体に違法評価を加えようとするものではないからである」⁶⁶⁶。しかし、論者自身が認める通り、この論証は成り立たない。なぜなら、上の例においては、働くことができるのに無為徒食の生活を送るという「非難すべき人格態度のあらわれとして、窃盗（…）という違法行為が行われている以上、それによって『当該違法行為についての』責任非難が増大する」と説明することができるのであって、「このように、責任の違法従属性ないし行為責任主義を前提としながら、行為にあらわれたかぎり、様々な（構成要件外の客観的事実からも推認される）主観的事実を考慮して責任を加重できる」という議論が成り立つためである⁶⁶⁷。ただし、こ

⁶⁶³ 松澤 [2019] 62 頁注 (49) 参照。

⁶⁶⁴ 小池 (信) [2004] 280 頁。

⁶⁶⁵ 野村 (健) [2020a] 31 頁以下、遠藤 [2011] 16-17 頁、小林 (充) = 原田 = 井田 = 岡上 [2004] 76 頁 [小林充発言]、小池 (信) [2004] 279 頁以下、岡田 [2002] 484 頁、城下 [1995] 113 頁以下、岡上 [1993] 87 頁以下、川崎 [1991] 92 頁以下、井田 [1982] 81 頁以下など参照。

⁶⁶⁶ 小池 (信) [2004] 284 頁。

⁶⁶⁷ 小池 (信) [2004] 284-285 頁。

ここで挙げられている事例に関しては、行為時点に視点を限定すれば、その際に行為者は困窮していたわけであり、その点ではむしろ期待可能性が低下しているのであって、かつ期待可能性判断は行為時点において適法行為の選択をどの程度期待できたかということに関する判断なのであるから、無為徒食の生活という背景事情は捨象して、むしろ責任を軽減すべきであるという議論も成り立つ。そこで、より明白な事例として、遊ぶ金欲しさという動機によって強盗を行った行為者について、この動機自体は違法評価の対象ではないが、その動機のあらわれとして問題となっている違法行為が行われている以上、後は、当該動機が期待可能性に関連すると言いうる限り、「違法行為についての」責任評価の加重を認めうるであろう（あるいは、こう言った方がよいかも。すなわち、責任判断とは「違法行為についての」期待可能性判断であり、この「違法行為についての」という限定が、責任の違法従属性テーゼの要請であるところ、上記動機が期待可能性に関連しているのであれば、その動機によって「違法行為についての」期待可能性が増大することになるから、それを根拠に責任加重を行なっても前記テーゼに反しないことは当然である、と）。かくして、やはり、「責任の違法従属性ないし行為責任主義を前提としながら、行為にあらわれたかぎり、様々な（構成要件外の客観的事情からも推認される）主観的事情を考慮して責任を加重できる」場合は考えられるのであり、上述してきた二つの前提から、違法評価の対象ではない、責任のみに関連する事情による責任加重の可能性が即座に排除されるわけでは、ということになろう。

それゆえ、「個別行為責任主義を前提とした場合であっても、一定の心情要素の存在によって責任が加重されるということは、およそ観念不可能というものでもない」⁶⁶⁸ということになる。残る争点は、本質的に、各論的なものである。すなわち、「問われるべきは、『責任非難が重いから刑罰を加重する』といわれる様々な場面で、実質的に何を目的としている（と解されざるを得ない）のか、そして、その目的は、責任という体系カテゴリーの設置に託された政策目的に適っているのかということである」⁶⁶⁹。つまり、例えば悪質な動機のような、責任関連事情としての考慮の可否が問題となる事情について、個別に、それが期待可能性原理の見地から整合的に説明しうるかを確認してゆくことになる。この点、論者は、責任加重を正当化する諸見解の個別的検討を経て、最終的には責任加重禁止説を維持しているのであるが⁶⁷⁰、量刑における責任加重を一律に否定するというその結論を、この各論的検討というルートを通じて維持することが本当に可能であるかという点には、疑問が残る。

それでは逆に、どうすれば、より積極的に、上のような心情要素による責任・量刑加重の正当化根拠を、期待可能性原理と整合的に説明することができるだろうか⁶⁷¹。試論に過ぎな

⁶⁶⁸ 小池（信） [2004] 294 頁。

⁶⁶⁹ 小池（信） [2004] 294 頁。

⁶⁷⁰ 小池（信） [2004] 304 頁。

⁶⁷¹ これに対して、小池（直） [2021a] 112 頁以下は、故意・過失を法益侵害的または軽視的な心情として理解した上で、そのような心情は規範的責任論とは無関係に責任非難を根拠づける——すなわち、部分的に心理的責任論が復活する——という主張を展開している。しかし、以下本文に述べるような形で考えれば、法益侵害的（または軽視的）心情は、端的に、期待可能性の程度（期待容易性、他行為容易性）を推認させる事実として、これを期待可能性原理の内部に位置づけることができるのではないだろうか。小池（直）説について詳細は、本章 II. 4-2-1-1. 参照。

いが、次のように考えることができるかもしれない。例えば、遊ぶ金欲しさに強盗をはたらいたという悪質な動機を例にとり、これに基づく責任加重を期待可能性原理から整合的に説明できるかを考えると——なお、さしあたり、期待可能性の標準に関して国家標準説をとっておく——、国家の期待する法益尊重意識を備えた人物であれば、遊ぶ金が欲しいからといって強盗を行うなどということは、いわば考えもしない、同情・共感の余地の全くない発想であって、言い換えれば、行為者の法益尊重意識（行為を通じて表出したその価値観）は、国家の期待する標準人の法益尊重意識・価値観から遠く離れているといえる。ところで逆に、期待可能性が存在しない場合というのは、行為を通じて表出した行為者の法益尊重意識・価値観が、国家の期待する標準人のそれと一致している場合であると言える（例えば、違法性の意識の可能性がなければ、行為者の置かれた立場に、それと同様の生理的能力を備えつつ、規範意識については国家の期待するレベルのものを有する人物を置き換えても、やはり行為に出してしまうと考えられるのであって、それゆえ行為者には適法行為の期待可能性が認められずに責任が阻却されるのである）。このように、期待可能性が「ゼロ」であるということは、国家の期待する標準人と、行為者との間における（違法行為に出ることについての）価値観の距離が「ゼロ」であることを意味する。そうであれば、翻って考えてみると、この距離が遠くなればなるほど期待可能性の程度も強まる、つまり、責任が重くなると考えることができそうである。そうであれば、上の「遊ぶ金が欲しい」という動機に基づいて行為に出ることで、行為を通じて表出された、「遊ぶ金を得るために強盗をして人から金を奪ってもよい」という価値観は、国家の期待する標準人の価値観から遠く隔たっているといえることができる以上、ここにおいてはまさに、責任が加重されるということができるのではないだろうか⁶⁷²。

かくして——厳密な態度決定や、具体的にどのような事情が責任関連事情として加重方向で考慮されるのかといった点の検討は、責任主義や期待可能性原理の本質に関する検討を前提とするものであるため、他日を期すほかないが、少なくとも現時点での見通しとしては——、責任関連事情が本来的評価方向において加重方向で考慮されることはありうるのであって、責任加重禁止説は妥当でない可能性が極めて高いと結論づけるべきである。確かに、責任加重の名の下に、実際は十分な理論的根拠なく考慮されている量刑事情は多くありうるし、またあるいは、そこにおいて心情要素などが無造作に考慮されることで、いわば量刑の悪しき倫理化がもたらされるのではないかという問題意識は、それ自体、理解できる。とはいえ、そうであるからといって責任関連事情の加重的考慮を一律に禁止するというのは、やはり行き過ぎであるように思われる。「量刑の倫理化を招くかどうかは、責任加重を認めるかどうかではなく、考慮される量刑事情の内容・性質による」⁶⁷³のであって、量刑の倫理化を避けるために真に必要なのは、責任加重の一律禁止ではなく、個々の量刑事情を

⁶⁷² 同じく国家標準説の見地から、期待可能性の程度を「行為者人格がもつ、法によって期待される人格からの乖離」と定式化するのは、松宮 [2009] 7 頁。また、微妙に異なる発想に基づくものであるかもしれないが、野村（健） [2020a] 34 頁も、「行為者の犯罪性が強いと評価される事案では、同時に、他行為への期待が容易であったとも評価しうる場合が多いであろう。そのような事案で、行為と行為者人格との結び付きが強いことは、他行為容易性（期待可能性）を減少させるような外部的影響が相対的に小さいことを意味する」と述べる。

⁶⁷³ 野村（健） [2020a] 7 頁注（25）。

期待可能性原理との関係で厳密に検討してゆくという各論的戦略であろう。

ただ実は、話はこれでは終わらないのである。

4-2-1-1. 補論：責任概念の二元的構成について——小林説、高山説、小池（直）説の試論的検討

一旦、議論の流れを寸断することになるが、上では、「第一の前提」との関係で、「責任判断の最上位基準を、やはり期待可能性原理に求めておきたい」と述べた。すなわち、責任概念を、期待可能性原理によって統一的に理解するという方向性を、さしあたり採用するというのである。しかし最近では、このような統一的理解を排斥（または断念）し、責任概念を、規範的責任プラス性格責任、または規範的責任プラス心理的責任というように、二元的に構成する見解が有力に主張されている。そこで以下では、このような構成をとる見解として小林説、高山説、および小池（直）説の三者を取り上げ、それらの批判的検討を通じて、本稿が二元的構成を採用しないことの原因を述べておく。ただし、あくまで試論であり、終局的な態度を決定しようとするものでないことはお断りしておく⁶⁷⁴。

まず、小林憲太郎は、「故意はいったいどのような観点から付加的に要求されているのだろうか。それは端的に言って性格責任である」⁶⁷⁵として、「故意は（…）、処分（特別予防）の必要性という観点から刑罰を加重する、規範的責任要素とは異質の責任要素である」と主張する⁶⁷⁶。つまり、故意犯の刑は、過失犯の刑（これを基礎づけるのは「規範的責任」である）に、専ら特別予防のための刑、すなわち実質的には保安処分をプラスしたものだ、という理解である。これは、責任判断の最上位基準を、期待可能性と性格責任（ないし性格論的責任）に二元化して捉えるものと理解できる。

しかし、この理解は、以下に述べる、相互に独立した二つの論拠からして不当である。

第一は規範的な論拠である。すなわち、我々が処罰のために規範的責任を要求するのは、繰り返し述べてきた通り、それによって行為者の刑罰受忍義務が基礎づけられるからである（言い換えれば、責任主義とは予防目的の追求に対する義務論的制約である）。この前提に立ち、かつ、故意が規範的責任の要素でないとするのであれば、故意加重は、過失犯の行為責任から導かれる刑の上限を超えない限りで行われるべきことになるが、過失致死罪や傷害致死罪の法定刑・量刑傾向に比べて殺人罪の法定刑・量刑傾向が圧倒的に重いという事実を照らすとき、それらが全て同じ「責任刑の幅」の内部に位置づけられると主張するのは無理であろう。それゆえ論者の理解は、まさに「予防のために役立つ（故意犯を重く処罰することで行為者の再犯が防止され、以って社会の利益が増進される）」という一事をもって行為者という個人に特別な犠牲を払わせることを肯定するものであることになる。実際、論者は、規範的責任の基礎づけも、専ら消極的一般予防目的の観点から行っている（つまり、責任主義そのものを「予防目的」によって基礎づけており、その「義務論的制約」としての性格を

⁶⁷⁴ 本セクションの考察については、小池直希氏（早稲田大学任期付講師）から多大な教示を賜った。記して感謝申し上げます。

⁶⁷⁵ 小林（憲） [2007] 74 頁。

⁶⁷⁶ 小林（憲） [2020] 167 頁。ただし、この点に関する小林説には若干の変遷がみられる。小池（直） [2021a] 110-111 頁参照。

最初から認めていない) ため、論者の理解は内的には一貫している⁶⁷⁷。しかし、その前提——すなわち、「全体にとって利益がありさえすれば、個人に、受忍義務のない犠牲を払わせることは許される」という前提——そのものが不当である。そこにはまさに、「『刑罰目的にとって有用であっても、被告人にとって〈酷〉な処罰はしない』という発想の入り込む余地がない」⁶⁷⁸のである。

第二は経験的な論拠である。すなわち、論者の議論は、「故意行為者は過失行為者よりも再犯リスクが高く、かつ、再犯リスクと刑罰の重さは反比例する」という経験的命題を前提とせざるを得ない。しかし、上で(後者の前提について)小池信太郎が説得的に述べていた通り⁶⁷⁹、かつ、下の4-3.でも(両方の前提について)扱う通り、このような前提に経験的根拠はない⁶⁸⁰。確かに故意は、行為者の反社会的認知(犯罪を肯定するような態度、価値観)を徴憑するものであるといえるが、反社会的認知は行為者の再犯リスクを構成する要素(再犯リスク要因)の一つに過ぎない(正確にいえば、反社会的認知は故意のみからしか推認しえないものでもないはずであるから、故意があるという事実は、再犯リスクの認定においてさらに低い地位しか有しないことになろう)。そうすると現行法は、他の再犯リスク要因については法定刑レベルの加重をほとんど用意していない(ように見える)のに対して、故意(反社会的認知)のみについて大幅な特別予防的加重をあらゆる場所で用意していると解することになるが、これは現行法に著しく不合理な態度を帰属させるものであって、解釈論としてバランスを欠いている。また、この点を措くとしても、立法論のレベルにおいて、故意から推認された高度な再犯リスクに対する対抗策として、刑罰(とりわけ自由刑の期間)の大幅な加重を予定するのは、行為者の人権・自由に対する過剰な侵害であると解される余地がある。例えば、故意加重の内容としては、一定の処遇プログラムを受けることを義務づけるに止めるとする規制の方が、より少ないコストのもとで十分な効果を上げうると言えるかもしれない。しかし、そのような立法論を本気で展開することが、本当にできるだろうか。故意加重を保安の観点から説明するという方法もありうるが、既述の通り、故意(反社会的認知)は再犯リスク要因の一つに過ぎないのである。そうであれば、他の要因を全く考慮せずに、ただ故意のみをもって保安の高度な必要性を認めることは、経験的にみて合理性を認め難い。このように論者の故意理解は、経験的にも複数の問題があり、賛同できない。

以上の小林説に似て、高山佳奈子も、故意に基づく刑罰加重の根拠を専ら特別予防の必要性の高まりに求める見解⁶⁸¹を主張し、またその観点から責任加重禁止説を批判してもいる：「過失犯の処罰が客観的不法に対応した過失を前提にしていると、故意犯は追加的な主観的要素のみによってそれよりも刑を加重することになる」⁶⁸²。ただ、高山説は、上のような故意理解と同時に、「違法性の意識を含む責任の『消極的要件』」を、規範的責任論・非難可能性の見地から要求される要件であるとして、すなわち、「個人の行動の自由の保障に基づいて、刑事責任の要件になる」ものとして、正しく理解している点で、小林説

⁶⁷⁷ この点については、第3章II. 3-2-2-3. 注(434)参照。

⁶⁷⁸ 小池(信) [2004] 302頁。

⁶⁷⁹ 上注(620)の本文部以下参照。

⁶⁸⁰ 小池(直) [2021a] 108, 110頁も参照。

⁶⁸¹ 高山 [1999] 124-125頁。

⁶⁸² 高山 [2010] 5頁。

と異なる⁶⁸³。しかし、この正しい前提と、故意は規範的責任の要素でないという前提を併せれば、上における小林説を批判する第一の論拠（規範的論拠）の中で示した通り、故意加重は、（違法性の意識の可能性など、責任の消極的要件は過失犯においても要求されると考える限り）過失犯の行為責任に応じた刑の上限を超えない限りで行うしかなくなるが、そのような帰結は現行法と著しく矛盾するであろう。

なお、上のことと緩やかに関連する点として言及しておく、論者は、特別予防（再社会化）を追求するときにも、『いつまでも隔離しておけばよい』という帰結は出てこない（…）。重すぎる刑、軽すぎる刑は、制限されなければならない」として、同説においても「均衡の原則」は内在的制約として妥当する、と述べている⁶⁸⁴。その趣旨は、再社会化刑もまたベネフィット（特別予防効果）とコスト（受刑者の自由剥奪等）がバランスする限りでしか正当化され得ないのであり、その意味で、「均衡の原則」——つまり、比例原則——が妥当する、というものであると解される。しかし、コストとベネフィットの展望的な衡量に関する「比例原則」と、犯罪と刑罰の回顧的な相応性に関する「均衡原理」（その一部としての責任主義）とは別物であり——本稿の採用する用語法でいえば、前者は帰結主義的な原理に過ぎない一方、後者には義務論的なものが含まれている（責任主義は義務論的制約である）——、前者によって後者を置き換えることはできない⁶⁸⁵。より実践的にみても、高山説の援用する比例原則には「改善更生がなされていない者を社会に出す論理は（…）内在しておらず」、したがって同説には（正しく理解された、すなわち、回顧的・義務論的な責任主義などを前提とした）「罪刑均衡原則がないがしろにされるおそれがつきまとう」というべきであろう⁶⁸⁶。

さらに、小林説を批判する第二の論拠（経験的論拠）は、高山説にもそのまま妥当する。この点で論者は、「重要なのは、科学的洞察そのものではなく、法的な要件がいかなる趣旨のもとに理解されるかである」として、故意が認められれば行為者の侵害性も認められたことになり、「法的には再社会化の必要性があるものと見るべきである」と述べているが⁶⁸⁷、苟も特別予防という看板を掲げるのであれば、特別予防というのは徹頭徹尾、経験科学的な現象・概念に他ならない以上、経験的・科学的洞察を無視して、それと明白に矛盾する解釈論を支持することは許されない（どれほど譲歩しても、経験科学的に再犯リスクが確定できない場面において、法的な視点から高い再犯リスクが「あることにする」などということが許されうるとは到底思われない）。そして、論者も前提としているはずの、「故意行為者は過失行為者よりも再犯リスクが高く、かつ、再犯リスクの低減力と刑罰の重さは正比例する」という経験的前提は、既述の通り、合理的な経験的洞察と明白に矛盾するであろう。

かくして、責任の基準を期待可能性と性格（論的）責任に二元化し、そうして故意責任の本質を説明しようとする構想は、成功しない。さらに一般化すると、責任の基準を期待可能性と性格（論的）責任に二元化する構想は、特に上述した規範的論拠との関係で根本的な限界を抱える。すなわち、規範的責任は刑罰受忍義務を説明できるが、性格（論的）責任は一

⁶⁸³ 高山 [1999] 269 頁以下。

⁶⁸⁴ 高山 [1999] 123 頁。

⁶⁸⁵ Vgl. Roxin / Greco [2020] § 3 Rn. 58. 論者自身も両概念の相違そのものは認めている。高山 [2013] 79 頁。

⁶⁸⁶ 小池（直） [2021a] 109 頁。

⁶⁸⁷ 高山 [1999] 125 頁。

一根本において、「行為者がそのような性格である」こと自体は、行為者本人の自由な意思決定によるものではない以上——刑罰受忍義務を説明できないのである。それゆえ、特別予防的考慮を「性格責任の考慮」と呼ぶという用語法自体は可能であるとしても、その考慮は常に、規範的責任に応じた刑の上限を超えない範囲でしか正当化されない。しかし、結局そうなるならば、その考慮は、性格責任の考慮ではなく、端的に「特別予防の考慮」と呼ぶ方が、概念の混乱を防ぐことができるであろう。

以上に対し、注目すべき動向として、小池直希は、上述した高山・小林説を批判しつつ、「行為者の性格の危険性に着目する必然性はなく、単に、行為時点における行為者の法益侵害的心情に着目すれば足りるように思われる」として、規範的責任と心理的責任の二元的構成を唱え、故意（と過失）を心理的責任要素として再構成することを試みている⁶⁸⁸。すなわち、故意責任の根拠は、規範的責任（期待可能性原理）とは無関係に、行為時における法益侵害的心情そのものに求められるのであり、なぜなら、「立法者が無価値と評価した内容を、行為者も（素人なりに）追体験しているにもかかわらず、侵害行為に出ている（…）。この心理状態が、心情無価値として、実質的責任を構成する」⁶⁸⁹からだ、というのである。その一方で論者は、「『反対動機形成可能性がない場合には責任を問うことができない』という規範的責任論の消極的側面には意義を与えるべきである」ともして、最終的には、「刑事責任論体系は、積極的・心理的責任要素である故意・過失と、消極的・規範的責任要素である違法性の意識の可能性や期待可能性によって構成されることになる」⁶⁹⁰と結論づけている。

この見解の妥当性については別途検討を要するが、さしあたり、次のような疑問点を提示しておきたい。まず前提として、繰り返し述べてきた通り、私見は、規範的責任（期待可能性原理）を刑罰受忍義務と結びつける。すなわち、行為者に刑罰を科することによって犯罪予防という社会全体の利益のためにこの者を犠牲とすることは、行為者は適法行為に出るべきであったという期待を向けることができる場合にのみ正当化できる。そうだとすると第一に、もし論者の構想において、量刑（少なくとも法定刑）のレベルで、いわば「規範的責任を超えた、心理的責任によって基礎づけられた（加重された）刑」というものが観念されるのであれば、その部分の刑をどうして行為者は受忍すべきであると言いうのか、という疑問が生じる（それは広い意味でいえば、心理的責任の刑罰論的な正当化根拠はどこにあるのか、という疑問である）。続いて第二に、論者は、法益侵害的心情が責任非難の根拠となる理由を、上に引用した通り、「立法者が無価値と評価した内容を、行為者も（素人なりに）追体験しているにもかかわらず、侵害行為に出ている」ことに求めていた。もしかするとこれが、上記第一の疑問に対する論者の回答であるのかもしれない。しかし、そもそもこの説明は、（少なくとも、国家標準説の見地から理解された）期待可能性原理と両立可能なもの、あるいはそれどころか、期待可能性原理からの説明そのものなのではないだろうか。すなわち、詳しくは上述した通りであるが⁶⁹¹、ある結果の法益侵害性を行為者が追体験しないし認識しているにもかかわらず、あえてそのような結果を招来する行為に出たという

⁶⁸⁸ 小池（直） [2021a] 112 頁以下参照。

⁶⁸⁹ 小池（直） [2021a] 114 頁。

⁶⁹⁰ 小池（直） [2021a] 115 頁。

⁶⁹¹ 上注（671）の本文部以下を参照。

ことが、どうして責任非難（加重）の根拠になるのかといえば、それは、「国家の期待する規範意識を備えた者であれば、そのような法益侵害性の認識に到達した場合、当該侵害行為には到底、出ないであろう」からであり、つまり行為者に対して当該侵害行為を控えることを（強く）「期待」できるからなのではないだろうか（言い換えれば、法益侵害的心情を、このような形で、期待容易性・他行為容易性を推認する事実位置づけるのでは、どうしていけないのだろうか）。仮に、このような理解が可能であるとすれば、あえて責任概念を規範的側面と心理的側面に分断する理由はなくなるように思われる。この点、論者は、「提訴機能による故意責任理解が維持できなくなると、心理的責任要素としての故意（および過失）は、反対動機形成可能性を基準とする規範的責任論との接合点を失い、規範的責任概念から分離されることになる」と述べるが⁶⁹²、上述したような考え方が可能であるならば、このような推論に必然性はないということになる。当然のことではあるが、反対動機形成可能性は、違法性の意識（を喚起する契機が与えられていること）のみに依存するわけではないのであって、それゆえ、故意責任を規範的責任論の見地から根拠づけるための方法は、提訴機能の援用には限られないと考えられる⁶⁹³。

⁶⁹² 小池（直） [2021a] 104 頁。

⁶⁹³ よりストレートな説明の仕方をすれば——これもあくまで、試論ではあるが——、次のようになる。まず、期待可能性原理からの統一的な説明を志向する以上、故意犯に対して過失犯よりも重い責任非難が差し向けられることの根拠は、「期待可能性の程度」の差に訴えるほかない。その際、提訴機能を援用する見解は、故意がある場合は、それが無い場合よりも、いわば「違法性の意識の容易性」が高い（から高度の反対動機形成可能性が認められ、したがって責任が重い）、という説明を行うものであろう。しかし、そこには論理の飛躍がある。すなわち、殺人の例を挙げれば、そもそも通常人が殺人を行わない理由は、「それが違法だから」というだけではなく、「それは（道徳的に）悪いことだから」でもある。現に我々は、無法地帯においてもほとんど変わらず、殺人を行うことに対して強い抵抗感を覚え続けるであろう。これを国家の視点から記述し直せば、次のようになる。国家の期待する法益尊重意識を備えた人物 A は、法益侵害結果を予見すれば、同結果を惹起する行為（つまり違法行為）を控える。しかし、さらに遡って、ここで A が違法行為を控えることの動機は何であるのかを考えてみれば、それは、国家が「法益侵害結果を惹起する行為に出るな」という意思決定規範を差し向けており、A が（法益侵害結果の予見による）当該規範に直面したからであるとは限らない（提訴機能に専ら着目する見解は、この「とは限らない」を見落としているように思われ、それを上では論理の飛躍と表現した）。確かに、「法益侵害結果を予見する→その違法性を意識し、意思決定規範に直面する→行為を控える」というような、「意思決定規範を経由した、違法行為の取りやめ」は、法益尊重意識のあらわれであるといえるが、こうした意思決定規範とは無関係に、「法益侵害結果を予見する→それに道徳的抵抗（あるいは、単に面倒臭いから、ということでも構わないわけであるが）を覚える→行為を控える」というような、「意思決定規範を経由しない、違法行為の取りやめ」も、立派な法益尊重意識のあらわれであるといえる。さて次に、X は、法益侵害結果を予見したにもかかわらず、当該結果を惹起する行為に出たとする。また、X の行為状況や生理的能力を前提として、その規範意識（法益尊重意識）のみを A のそれと取り換えたとしたら、そのとき（A の規範意識をもった）X は、当該行為に出なかったであろうとする。このとき X には故意責任が認められるであろうが、それは X が意思決定規範に直面したからというだけではない。ここで問題なのは、「法益侵害結果を予見しているのにあえて行為に出た X」の反法益的価値観と、「法益侵害結果を予見すれば行為には出ない A」の法益尊重的価値観との間にある、価値観の隔

たりそのものであり、意思決定規範違反はせいぜいその一部である。別の言い方をすれば、「法益侵害性の認識が重要なのは、認識者を法的な決定規範に直面させるからである」という推論には飛躍がある。むしろ、次のように言わなければならない：「行為者 X の故意責任を認める上で法益侵害性の認識が重要なのは、それによって、『国家の期待する法益尊重意識を備える人物 A が当該認識を得れば適法行為に出るよう（強く）動機づけられたはずであるのに、X は当該認識を得ながら違法行為に出るよう動機づけられ、同行為に及んだ』ということができるようになり、この『A ならば適法行為に出る状況で X は違法行為に出た』というこの X の行為を通じて、『A の法益尊重的価値観と X の反法益的価値観との間における、価値観の隔たり』が表明されていることが判明するからである。ところで、そもそも A はなぜ、法益侵害結果を予見すると適法行為に出るよう（強く）動機づけられるのかといえば、それは、『法益侵害結果を予見すれば、違法性の意識に（容易に）到達するから』であるとは限らない。確かに A は、法益侵害を予見したとき、『これは違法だ、だからやめよう』と思って適法行為に出るよう動機づけられるかもしれないし、あるいは、『これは（法律とは関係なく、単に道徳的ないし常識的に）悪いことだ、だからやめよう』と思って、適法行為の動機を得るかもしれない。法的な意思決定規範を経由した動機づけと、道徳的ないし前法的な意思決定規範を経由した動機づけの両方があるのであって、A が適法行為にさえ動機づけられるのであれば、どちらでも良いのである。したがって、故意責任を認める上で法益侵害性の認識が重要なのは、それが違法性の意識を喚起するからだ、という言明には飛躍がある。法益侵害性の認識が重要なのは、それが国家の期待する法益尊重意識を備えた者 A を適法行為に（強く）動機づけるからであり、その動機づけには法的なもの（違法性の意識が喚起されたから適法行為に出るという動機）と前法的なもの（法律とは無関係に、道徳意識ないし常識が喚起されたから適法行為に出るという動機）とが存在するというだけのことである。よりシンプルに言えば、故意にとって法益侵害性の認識が重要なのは、それが違法性の意識または道徳的（前法的）規範意識を喚起し、それゆえ当該認識を得れば国家の期待する法益尊重意識を有する者は適法行為に（強く）動機づけられたはずだからである」。故意責任の根拠づけにとって決定的に重要なのは、国家の期待する標準人が適法行為に（強く）動機づけられる（状況で行為者が違法行為に出た）ことだけであって、それさえ確認できるならば、標準人がそう動機づけられる理由が違法性の意識にあるのか、それとも前法的な道徳意識ないし常識にあるのかは、（言ってしまうと）どうでもよいことである。提訴機能に専ら注目する見解は、この「前法的な道徳意識ないし常識」の重要性を看過しているのであり、その点で、論理の飛躍がある。

なお、故意論の領域における、おそらく同旨、または親近的な見解として、齋野 [1995] 190 頁以下参照。論者は、規範的責任論という前提から、「故意とは（…）反対動機形成可能性を直接的に喚起する機能を有するものでなければならない」として、故意の提訴機能（Appellfunktion）を持ち出すものの、それではいかなる認識があれば提訴機能が発揮されるのか——すなわち、いかなる認識があれば故意が認められるのか——については、それは「構成要件関係の利益侵害性の認識」であるとす。なぜなら、その認識があれば行為者は「社会の利益を侵害してはならないという価値的評価に到達しうるはずであるから」であり、言い換えれば、「『利益侵害禁止』という行為規範」に行為者が直面するからであって、その行為規範はといえば、「非法律的存在あるいは前法律的なもの」だということである。ここにおいては実に、提訴機能という言葉の一般的（多数説的）な意味において指し示されるような、「違法性の意識の喚起」（つまりいわば、法的提訴）とは区別された、「道徳意識・常識の提訴」（つまりいわば、事実的提訴、道徳的提訴）が俎上に載せられているのである（小池（直）[2021] 256 頁参照。同箇所引用されている通り、

石井 [1992] 11 頁以下、洲見 [1987] 164 頁注 (68) も参照。とはいえ後者は、同注本文部において、「過失犯に比し重い責任が問われる故意犯は、『違法性を意識してその意識にもとづいて違法行為をやめることへの期待』が可能な場合に認められるので、構成要件の故意は、違法性の意識を喚起する機能をもつものでなければならない」とも述べている。洲見 [1987] 157 頁。そこにおいては、前記事実的ないし道徳的提訴は結局のところ、法的提訴に繋がる限りにおいて意義が認められているに過ぎないように読めるが、そうであるとしたら、それは本稿の構想とは異なる。「事実的提訴→反対動機形成可能性の担保」であれば十分なのであって、「事実的提訴→法的提訴→反対動機形成可能性の担保」というように、法的提訴を介在させる必要はないのである)。

ただし、「法的提訴か事実的提訴か」という問題の立て方は、必ずしも適切でない。真に重要なのは、上述した通り、「国家の期待する法益尊重意識を備えた者が適法行為の方に動機づけられるかどうか」ということだけであり、その動機づけの根拠 (なぜそのように動機づけられるのか) は、違法性の意識でも道徳意識・常識でも、どちらでもよいのであって、そもそも両者は相互排他的なものではない (小池 (直) [2021] 263 頁) のである。

ともあれ、本稿の構想に従うとすると、さしあたり、さらに次の二つの問題が生じてくる。すなわち、①行為者と国家の期待する通常人との間における「価値観の隔たり」は、法益侵害結果を予見しながら行為に出ることによっても、意思決定規範に直面しながら行為に出ることによっても示されるといえるが、前者のみをもって (つまり、違法性の意識とは無関係に、法益侵害性の認識のみをもって) 故意を認めるべきなのか、それとも前者に加えて後者まである場合にのみ故意を認めるべきなのか (つまり、法益侵害性の認識に加え、提訴機能に由来する、「規範への直面」云々という要件をも、故意の要件に含めるべきなのか、場合によっては、厳格故意説まで採用すべきなのか)。これについては、前者のみで十分であるように思える。行為者は、法益侵害結果を予見しながらあえて行為に出ることによって、かつ、それだけで、当該行為を通じて反法益的価値観を表明しているといえる。実に、「法益侵害性を認識するに至らずに行為に出た者と、法益侵害性を現に認識しつつ行為に出た者との間には、厳然たる責任非難の差異が見出される」のである (小池 (直) [2021a] 122 頁)。これに対して、(違法性の意識の可能性に止まらず) 違法性の意識があること、あるいは違法性の意識の容易性が認められることも、「意思決定規範を経由した反法益価値観 (の強さ)」を示すものと言っているが、これは故意責任の程度の問題として量刑に反映させればよいと思われる。ここで問題となっているのは、「法益侵害性の不認識/法益侵害性の認識/(同認識に加え) 意思決定規範への直面」というこの三つの段階の中で、(a) 故意と過失を分かつ線を前者の”/”で引き、後者の”/”は故意犯の量刑に反映させるのか、(b) それとも後者の”/”で線引きをし、前者の”/”は過失犯の量刑に反映させるのか、という選択である。少なくとも期待可能性の見地からは、上述した通り、(a) で十分であり、これに反対する理由は引き出されない。それでもあえて (b) を擁護したいのであれば、別個の根拠づけが必要である。

さて、それでは逆に、②法益侵害性の認識は存在しないが、意思決定規範への直面 (究極的には、違法性の意識そのもの) は認められる事例があったとして、この場合に上述した「価値観の隔たり」は認められるであろうか。認めるのであればそれは不当であると批判する者があるかもしれない。この問題は、いわゆる「二重の錯誤」の場合に表面化するが、最も簡明な応答は、「行為者の実現した構成要件該当事実の認識なくして、違法性の意識を抱くことはできないのであって、批判者の想定する事例はそもそも存在しない」というものであろう (小池 (直) [2021a] 92 頁。二重の錯誤について詳しくは、小池 (直) [2019] 257 頁以下参照)。より実質的に考えても、法益侵害性の認識はないが違法性の意識をもった上で (意思決定規範に直面した上で) 行為に出た者が、当該行為を通じて表明する価値観というのは、反法益的なものではなく、むしろ反法律的価値観にとどまる——すなわち、これこれの法益を侵害してしまってもよいという価

試論ではあるが、以上のように、小池（直）説における故意・過失の心理主義的理解は、（提訴機能を持ち出すとは別の形で）期待可能性原理の内部に位置づけることができるよ

値観は表明されておらず、それとは切り離された、法律を破ってもよいという価値観が表明されているだけである——以上、そこに重い故意非難を認めるのであれば、それは法益からは切り離された、法に対する不服従それ自体を非難することとなり、刑法の法益保護目的に反すると思われる。刑法は市民に対して、何よりも法益を保護する（侵害しない）ことを求めているのであって、遵法を要求するのはそのための手段に過ぎないのである。「本来、刑罰によって非難されるべきなのは、司法制度や行刑制度〔引用者補足：この文脈では端的に『法律』というべきかもしれない〕に敵対する態度ではなく、『法益』に敵対する態度のほうである」と言わなければならない（高山 [2011] 74 頁。これ自体は、累犯加重の根拠論における〔素朴な〕警告理論に対する批判として述べられたものであるが、その趣旨はここでも同様に妥当しよう）。

要するに、ここで最も述べたかったのは、故意責任の（加重）根拠に関して専ら提訴機能に注目する見解は（あるいは、例えば厳格故意説も）、その背後にある刑法の行動統制プロセスに関して、いわば（刑罰論の用語でいえば）消極的一般予防論のような、「違法行為を告知して意思決定規範を差し向け、違法性の意識を喚起させることで違法行為を抑止する」というプロセスだけに目を奪われており、「法とは無関係な、人の（道徳的な）規範意識それ自体による行動統制に期待しつつ、法は、処罰実践を通じて当該規範意識を強化するという二次的な役割を果たすことで行動統制に貢献する」という積極的一般予防論的なプロセスを根拠なく視野から排除しているように思われる、ということである（念のため述べておけば、これは、本試論が、私見の擁護するような刑罰論〔積極的一般予防論〕を理論的前提とする、ということの意味しない〔下注（694）で言及する〕。一般的な提訴機能論の念頭にあると思われる、刑法による行動統制プロセスの「イメージ」が一面的であることを示すために取り上げた例であるに過ぎない。そもそも、少なくとも私見では、責任主義は犯罪予防目的を外在的に制約する義務論的制約であるから、犯罪予防目的の理解とは理論的に独立している）。小池（直）説も、それが規範的責任論と（法的提訴としての）提訴機能の必然的な結びつきを前提にしているとすれば、この陥穽にはまってしまうのではないだろうか（少なくとも論者には、この点で、刑罰論上の立場が問われることになると思われる。言い換えれば、小池（直）説は、私見の基礎理論的・刑罰論的枠組みと整合する根拠づけを採用しうるし、それに反する根拠づけも採用しうる。下注（694）参照）。

最後に付言しておけば、このようにして、法的な意思決定規範への直面を経由させずに、規範意識ないし道徳意識を持ち出す説明方法については、道義的責任論の影が見え隠れすると感じられるかもしれない。しかし第一に、全き道徳的決定規範違反に対する責任非難が刑法に取り込まれるおそれは、違法性の意識の可能性を要求することによって、かつ、価値観の比較対象を法益関係の価値観に限定することによって、十分に排除されると思われる。また第二に、本稿は基本的に、次の指摘に賛同する：「道義的責任論は強い批判にさらされたが、それはその主唱者であった小野清一郎が国家道義を強調してリーガル・モラリズムと結びついたからであって、責任は不正な行為に対する非難であるという意味においては、道義的責任論は誤っていない。（…）重要なのは、責任は無色透明な法的責任ではない、ということである」（松澤 [2019] 61 頁注（46）。岡上 [2008] 113 頁も参照）。より一般的にいえば、「刑法の倫理化に対する意識過剰は、刑法学の領域から価値判断を伴う原理的な問題を放逐してしまったかのようなのである」（高橋 [2018] 56 頁）という問題提起の重要性を、我々は真剣に受け止める必要がある（小池（直） [2021] 262 頁注（100）も見よ）。刑法は、根源的には道徳的なものでありつつ、その道徳性を法的諸原理によって制約することで構成されるべきものであって（刑法の非道徳化はその限りで進められるべきものであって）、刑法を道徳的に全く中立なものとするなど不可能であるし、可能であったとしても妥当でないと考える。

うに思われる。そうすれば、心理的責任の(刑罰論的)正当化根拠の問題も回避できよう(少なくとも、規範的責任の正当性を前提とする限り)⁶⁹⁴。したがってやはり、本稿としては、同

⁶⁹⁴ つまり、上記提案は小池(直)説と少なくとも両立可能である。もちろん、上に引用してきたところから明らかである通り、小池(説)は明らかに、規範的責任と心理的責任の分断(二元的構成)を志向しており、故意の実体とされる法益侵害的心情は、規範的責任論とは無関係に、それ自体を「心情無価値」として評価しようとしている(小池(直) [2021a] 114 頁)。しかし、小池説がなぜそのような方向性を志向するのかといえば、その(おそらく)最大の積極的根拠は次の点にある:「故意の提訴機能は、まさに故意責任を意思決定規範との関係で捉えてきた。しかし、刑法は、殺人が窃盗より強い反対動機を設定するから、殺人の故意を窃盗の故意よりも強く非難するわけではない。刑法は、生命法益を財産法益よりも重視しているから、殺人の故意を窃盗の故意よりも強く非難するのである。不法媒介機能を基軸に据えて故意責任の実体を探るためには、むしろ意思決定規範の正当性を裏付ける評価規範のほうに着目すべきではないだろうか」(小池(直) [2021a] 113 頁。圏点は原文による)。この点、確かに、例えば金持ちが遊び半分で窃盗に及ぼうとする場合よりも、介護に疲れて追い詰められた結果として殺人に及ぼうとする場合の方が、反対動機の形成が困難であるということは、言葉の上では不可能ではない。それゆえ規範的責任論からは、当該窃盗の故意責任よりも当該殺人の故意責任の方が軽く評価されるのだとしたら、それは原則として、不当であろう(小池(直) [2021a] 93-94 頁参照。高山 [1999] 75 頁も参照)。これを避けるためには、故意と規範的責任を分断し、法益侵害的心情そのものを評価対象としなければならない、そうしてこそ、意思決定規範の背後にある「評価規範」の観点を責任論に正しく取り込むことができるのだ、と論者は考えているのであろう(こうすれば、例えば「人を殺害してやろうという心情」、「生命という極めて重要な法益を侵害してやろう」という心情そのものを責任評価に取り込むことができる、というわけである。あるいは、上で既に検討した高山説や小林説であれば、このような心情を、行為者の法益侵害的な傾向性と読み替える、すなわち、「人を殺害してやろう」と考える者は、また殺人に及びかねず危険であるから、特別予防の必要があり、したがって重い刑を科する必要がある、故意犯が重く処罰されるのはそのためだ、と考えているのであろう)。確かに、「金持ち窃盗の責任よりも介護殺人の責任の方が軽い」というのはいかにも奇妙であるから、それが不当であるという認識は、正当であろう。

しかしその解決策には少なくとも、ここまで見てきた通り、三つある。まず、①高山説・小林説のように、特別予防と関連づける行き方である。その不当性は上述した通りである。次に、②小池(直)説が示唆するように、規範的責任論とは別次元において、法益侵害的心情を非難の対象とし、それによる独自の刑罰加重を根拠づける行き方である。確かにそうすることによっても、上のような不当な帰結は回避できよう。その刑罰論的根拠づけを論者が何に求めるのかは、現時点では不明であるが、「法益を侵害してやろうという心情そのものが悪い/非難に値する」という発想に親近的であるのはやはり、応報刑論であろうと思われる(関連する議論として、小池(信) [2004] 293 頁以下参照)。しかし、本稿が提案するのは第三の道であり、上に詳しく述べた通りであるが、要するに③規範的責任の程度を測る際に、「行為を通じて表出された『行為者の反法益価値観』」と、「国家の期待する標準人の法益尊重的価値観」との隔たりに着目するアプローチである。この構想は一般予防論と両立可能であり、応報刑論とは無関係に展開される。ここにおいては、(法益侵害性の認識から導かれる、行為者の)法益侵害的心情は、確かに重要であるけれども、それは行為者-標準人間の価値観の隔たりを推認させる事実として重要であるに止まる。故意責任評価の対象、あるいは故意責任の実体は、あくまで「価値観の(大きな)隔たり」なのであって、法益侵害的心情そのものではない。そして、この③のアプローチからも、上述した小池(直)説の問題意識に対応することができる。そこにおいて、殺人の責任が窃盗の

責任よりも重くなることは、基本的にはありえない。比喩的な言い方をすれば、決定的なのは、「『金持ちだけれど遊び半分で窃盗をする』行為と、『非常に負担の重い、自分の人生も犠牲になるような介護生活に疲れてついに殺人に及ぶ』行為とのどちらが、標準人の立場からして、より大きな共感の対象になるか」という判断である。この点、佐伯千仞はいみじくも、『刑法に於ける期待可能性の思想』の冒頭において、期待可能性思想の根底にある人間的感情を説いたのであった。すなわち、瀕死の病人である夫が呻吟し、死を切望するにつけ、妻がこれに堪え兼ねてついに夫を殺害したという例について、「然しこの場合を一般の同意殺人と何等区別なきものとして扱うことには強い人間感情の反撥がある。それは誰もが若しこの妻と同じ境遇におかれたならば、やっぱり同じ行為をとったのではあるまいかという精神の葛藤を感じずるからである。

(…) 期待可能性の思想は、人間の遭遇する様々な人生の危機に際して圧倒的な力を以て自分の立場を押し通そうとするレヴァイアサンに対して人間性の弱さ (*humana fragilitas*) にもそれに相当する座席を保障しようとする人間的な志向に基くものであるとなすことができるであろう」

(佐伯 (千) [2015a] 3 頁)。ともあれ、前記のような「共感の大小」はもちろん、公衆の正義観念そのもの、すなわち裸の直感のみによって測られるものではなく、そこには法的視点・規制が介入するのであり、小池 (直) がいう評価規範の視点、すなわち保護法益の視点もその (極めて重要な) 一つである。一般に、殺人 (に及ぼうという意味、ないしそれが行為意思に媒介されて外界に表出したものとしての、殺人をしてもよいという価値観) は、窃盗 (に及ぼうという意味、価値観) よりも弱い共感の対象にしかならないものとみるべきである。なぜなら、法は生命法益の価値を財産法益よりも高く評価するからであり、かつ、市民に対してこの評価の共有を求めるからである。そして、このような評価を踏まえた上で、なお、例えば遊び半分の万引きの窃盗よりも、凄惨な背景のある同意殺人の責任の方が軽くなることはありうる。それは、およそ期待不可能性による責任阻却というものを認めるならば当然に認められるべき事柄であって、論者も承認する事柄であろう。いずれにせよ、前記のような期待可能性・他行為可能性理解をとるのか、それとも、論者が批判したような、いわば素朴で事実的な他行為可能性理解をとるのかは、まさに規範的責任の本質に関わる事柄であり、かつ、少なくとも私見の見立てでは、刑罰論 (犯罪予防目的または応報の内実理解) とは無関係な問題である。なぜなら、刑罰正当化の「積極的理由」に関わる応報・予防と、その「消極的理由」である責任主義 (など) とは、理論的に相互に無関係に展開されるからである (この点は特に第 2 章で強調した通りである)。もちろんこれは、期待可能性の本質を私見のように理解してよいのかどうかという大問題が、未だ手つかずのまま残されているということをも意味するものであって、この点は認めつつ他日の検討機会を期さなければならない。

したがって、論者が示唆する②のアプローチも、私見が試論として展開する③も、論者が示す (正当な) 問題意識に回答できるのであって、③もまた論者の構想と整合的である。両アプローチの違いにも、簡単なが言及しておこう。まず理論的には、②は法益侵害的心情をまさに責任評価の対象とみて、故意責任の実体に位置づける一方、③にとっても同心情は確かに重要であるが、それは規範的責任の程度——価値観の隔たり——を推認させる事実として重要であるにとどまり、故意責任の実体はまさにこの価値観の隔たりそのものである。次に、実践的にも、両者の帰結は (微妙なものであるが) 分かれるかもしれない。すなわち量刑のレベルにおいて (あるいは、例えば故意の認定プロセスにも微妙な違いをもたらしかもしれないが)、③は、行為意思に媒介されて外界に表出された限りでの——言い換えれば、「行為に繋がった」限りでの——反法益的価値観を重視することになる。それゆえ、行為責任主義は、いわば内在的に根拠づけられることになる。これに対して②は、それが例えば法益侵害的心情の保持そのものを応報的非難の対象とするものになるとしたら、そのとき行為責任主義は、せいぜいこれを外在的に根拠づけるしかなくなるかもしれない。すなわち、いわば性格論的責任論と性格責任論の相違と似たような

説のような二元的構成も採用せず、責任概念の、期待可能性原理による統一的理解を維持しておきたい。

4-2-2. 第三の前提：不法刑基準論

改めて、現在の到達点を確認しよう。以上の検討からすると、責任論における大前提である「責任の違法従属性」および「規範的責任論」を考え併せても、「責任のみに関連する事情による量刑加重はありうる」という結論が出てくる。この推論の前件に、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」というテーゼを、さらなる前提として付け加えても、結論は変わらないように思える。なぜなら、このテーゼは、責任の違法従属性とも、規範的責任論とも、矛盾するものではないように思われるためである。

とはいえ、それでもなお、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」のに「責任のみに関連する事情による量刑加重はありうる」というのは、反直感的である。なぜならそこでは、責任は刑罰を限定づける要素に過ぎないのに、それが刑罰をプラスに根拠づける場合が認められてしまっているからである。それはいわば、ブレーキをかけているのに車の速度が速くなるというようなことであって⁶⁹⁵、いかにも奇妙である。そして結論からいえば、この直感は、次の第三の前提を認める場合、理論的にも正しい。

第三の前提は、不法刑基準論である⁶⁹⁶。これは要するに、刑罰を根拠づけるのは不法のみであり、責任は、そうして根拠づけられた刑罰の量を差し引いてゆくだけのものにすぎない、という理解である。この理解は、論者の手による次の一節において象徴的に示されている：「違法性の大きさは、それ自体として刑量に変換することが可能な『実体』としての大きさであるが、責任の程度は、それ自体として刑量に変換できるような『実体』をもつものではない。責任判断とは、所為の違法性のうち、行為者の責めに帰することができない部分を犯罪の重大性評価からそぎ落とす『割引』の判断なのであって、それゆえに、量刑責任に積極的な『量』を与えるのは、違法性の大きさをおいてほかにはないのである」⁶⁹⁷。

これは、私見における、「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」との関係と、全く同じである。すなわち私見では、行為責任の大きさは、それ自体として刑量に変換できる「実体」をもつ。言い換えれば、行為責任は刑罰を根拠づける。これに対して、「ふさわしい刑」の要素——例えば、刑罰の先取りと見なすことのできる社会的制裁——は、上に根拠づけられた刑罰を差し引くだけのものである。言い換えれば、ふさわしい刑の要素は、それ

違いが、③と②の間に生じてくるかもしれない。とはいえ、未だ著しく抽象的であり、今後、検討を要する。

⁶⁹⁵ 上注(44)と比較せよ。

⁶⁹⁶ この名称は、野村(健) [2020a] 4頁による。

⁶⁹⁷ 小池(信) [2004] 311頁。そのほか、不法刑基準論を採用するものと解されるのは、安田 [2011a] 289頁、浅田 [2005] 29頁、井田 [2012] 65-66頁(井田 [2005a] 217-219頁、井田 [1982] 88頁以下、特に89頁も見よ)、本庄 [1999a] 141頁など(なお、野村(健) [2020a] 5頁注(12)も参照)。傾向として、行為無価値論に立脚する論者が多いようであるが、これは、故意を違法要素に位置づけることにより、「責任は専ら軽減事由であるというが、故意があれば責任は『重く』なるのではないか」という直感的違和感が生じなくなるためではないかと思われる。この点については、高山 [2010] 5頁、本庄 [1999a] 140頁参照。

自体で刑罰を根拠づけることがなく、むしろ行為責任によって根拠づけられた刑罰を限定づけるだけのものに過ぎない。それゆえ、「ふさわしい刑の要素」の本来的評価方向は、軽減方向に限定される。

したがって、もし不法刑基準論が正しければ、そこから、責任加重禁止説が論理的に帰結する。論者が責任加重禁止説にこだわる（べき）真の理由は——もちろん、量刑における心情要素の無制約な考慮に対する警戒感などもあると思われるが——、この第三の前提たる不法刑基準論を採用していることに他ならないと考えられる。

しかし、結論から述べれば、本稿は不法刑基準論を採用しない。なぜなら第一に、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という理解から、不法刑基準論が論理必然的に帰結するわけではなく、むしろ不法刑基準論は私見の刑罰論的立場と矛盾するためである。また第二に、そもそもこの不法刑基準論の妥当性それ自体に対して、批判が向けられている。それがもし正しければ、不法刑基準論はどのみち採用できない考え方であることになろう。そこで以下では、これら二つの論拠について検討を行う。

4-2-2-1. 第一の論拠：消極的責任主義から不法刑基準論が必然的に導かれるわけではない

まずは第一の論拠である。ただし、私見の刑罰論的立場は本章 I. 3-1. で詳述したため、以下ではその参照を前提とする⁶⁹⁸。私見は「制約された表出的抑止刑論」であり、これによると、刑罰を根拠づけるのは「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）」である。なぜ不正行為が刑罰を根拠づけるかという点、公衆の正義観念に従った処罰には最善の積極的一般予防効果があるためである。つまり、公衆の正義観念に照らして非難に値する行為（つまり、不正行為）を、その非難の程度に従って処罰することこそ、公衆の正義観念に最もかなう処罰であるから、最も積極的予防目的にかなう処罰である。同時に、犯罪予防目的は刑罰正当化の積極的理由である。それゆえ、不正行為は刑罰を根拠づける（このような発想に基づく刑罰論を、「表出的抑止刑論」と呼ぶ。公衆の正義観念にかなう非難の表出によって犯罪を抑止しようとする見解だからである）。

この不正行為に対して、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった刑法の基本原則による制約（規範的制約、義務論的制約）が及ぼされることで、犯罪概念が彫琢される。言い換えれば、犯罪とは、不正行為から刑法の基本原則に反する部分を差し引くことで得られる概念である。これらの基本原則は、犯罪予防目的とは無関係な原理であると考えられるため——目的刑論を採用する以上、刑罰正当化の積極的理由は犯罪予防目的に限定されるから——、刑罰正当化の消極的理由であることになる。この点で私見は、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という理解（消極的責任主義）を共有する。

この理解によると、量刑における行為責任概念は、「不正行為から、あらゆる規範的制約を引き算する」ことで得られる⁶⁹⁹。ところで、この不正行為には、いわば原始的な不法・責

⁶⁹⁸ 本章 I. 3-2-1. も参照。

⁶⁹⁹ ちなみに、そうであるからといって、「まずは不正行為に応じた刑を量定し、そこから、法益保護主義や責任主義に応じて刑を差し引いてゆく」などという刑の数量化プロセスを取るべきことにはならないという点は、本章 I. 3-2-4. で述べた通りである。

任が含まれている。例えば公衆は、ある殺人事件を知った時、「犯人は将来有望な若者をナイフで刺し殺した。ひどいことだ」という感想を抱き、怒りを覚えるであろう。これが原始的な不法であり、それが法益保護主義などによって洗練されると、「ナイフによる刺突行為によって人を殺害した」などとなる。また公衆は、「犯人は、幸せそうな若者が妬ましいという動機で、その殺害に至った。けしからんことだ」という感想も抱き、怒りを覚えるであろう。これが原始的な責任であり、それが責任主義によって洗練されると、「行為者は、幸せそうな若者が妬ましいという身勝手な動機で犯行に及んだものであり、重い（責任）非難に値する」などとなる（動機が他行為容易性と関連づけられるという前提に立つならば、そうなる。逆にこの前提を否定するならば、動機という事情は行為責任記述から排斥される。規範的制約はこのように、不正行為から不純物を取り除くという機能も持つ）。あとは、そうした洗練化を通じて得られた行為責任をもとにして、「ふさわしい刑の要素」や犯罪予防関連事情も考慮しながら、量刑傾向の参照を通じて刑を数量化することになる。

おおよそこのような意味で、私見においては、不正行為こそが刑罰を根拠づける、刑量に変換可能な「実体」をもつものと解されるのであり、かつ、消極的責任主義をはじめとする規範的制約には、そのような実体がない、ということになる。しかし、そうであるからこそ、「責任」には、刑罰を根拠づける「実体」があるものと認めうる点に注意が必要である。なぜならこの責任とは、「原始的な責任から消極的責任主義を引き算すること（原始的な責任を消極的責任主義によって洗練化し、不純物を排除するということ）」によって得られるものだからである。原始的な責任は不正行為の要素であり、かつ、不正行為は刑罰根拠づけ要素なのであるから、「責任」もまた刑罰根拠づけ要素である。それゆえ、責任関連事情が本来的加重要素でありうると考えても、矛盾は起きない。

ここが、小池説と異なる点である。すなわち、私見が「行為責任＝不正行為－あらゆる規範的制約」と捉えるのに対して、小池説においては、「行為責任＝不法－責任」と捉えられている⁷⁰⁰。そう考える限り、確かに、責任関連事情によって刑罰が加重されるのはおかしい。したがって逆に、論者が責任加重禁止説を採用しているのは理論的に一貫している。「行為責任＝不法－責任」という理解をとる以上、責任加重禁止説を採用する他にないのである。しかし、「責任主義は犯罪予防目的の追求に対する外在的・消極的制約である」という理解をとるからといって、「行為責任＝不法－責任」という理解をとらなければならないわけではない。私見が反例である。

以上からやはり、私見は、責任加重禁止説を取らなければならないものではない。また、上の 4-2-1. において、第一および第二の前提との関係で述べた通り、責任関連事情の加重的考慮が、期待可能性原理によって正当化される場合は十分に考えられる。それゆえやはり、責任加重禁止説は採用できないし、そうすることで私見に矛盾が生じることもない。

4-2-2-2. 第二の論拠：不法刑基準論はそれ自体、不当であるのか？

続いて第二の論拠は、そもそも不法刑基準論がそれ自体、不当な主張を含んでいるではないか、ということ指摘するものである。ただし、結論から述べておくと、こちらの指摘は必ずしも当たらない。不法刑基準論は、既述の通り私見とは異なる刑罰論上の前提に立脚す

⁷⁰⁰ この点の対比は、第 3 章 II. 3-3. 注 (457) で行った。

るものではあるが、それ自体、一つの考え方として成り立ちうるとされる。とはいえ、この指摘は不法刑基準論の含意を正確に理解する上で重要であるため、以下検討する。

不法刑基準論それ自体に対する批判者の論拠は、次の三つの疑義から構成されている。

①不法刑基準論は、不法の程度を、それだけでダイレクトに一定の刑量に変換可能なものとして捉えているが、刑罰は不法だけでなく、責任も備わってはじめて正当化される以上、この考え方は背理なのではないか、という疑義が示されている⁷⁰¹。もっとも、不法刑基準論は何も、責任が存在しなくとも刑罰は正当化される、と主張しているわけではないであろう。まず一定量の不法があることを前提として、当該不法についての責任の存在が確定されれば、その時点で刑罰が正当化されるのであり（逆に、責任阻却がなされるのであれば、それに対応する不法について行為者が罪責を負わず、つまり処罰されないことは当然である）、続いて刑罰の程度の確定すなわち量刑に移ることになるが、この段階ではもはや、責任の程度の減少しか問題とならないのだ、というのが不法刑基準論の主張である。このこと自体は、批判者も自覚している。すなわち、次のような解決策によって、第一の疑義は回避できることを論者自身が認めているのである：まず一定量の不法があるが、これについて「減少していない（100%の）責任」⁷⁰²がある場合をまず観念して、それを刑量に換算し、あとは責任の減少にしたがって刑量を引き下げてゆくことにすればよい⁷⁰³。

②ところが、この解決策はうまくいかない、というのが批判者の主張である：「『100%の責任』というものを観念することは、できないように思われる。一定量の不法に対する『責任の量』を判断する場合、そこには、①『行為者によって惹起された不法のうち、どの範囲までを非難の対象とするか』という問題と、②『その対象に対してどの程度の非難を向けるか』という問題が含まれる。このうち、(…)②について『100%』（それ以上強い非難を想定し得ないような、最も強い非難を向けること）は観念できないのではないだろうか」⁷⁰⁴（圏点は原文による）。確かに、同じく不法に対する責任が存在する場合であっても、それに対する責任非難の程度は、事件によって千差万別である。例えば、基本的に同一の不法要素を実現しているあらゆる事件において——不法刑基準論者には行為無価値論者が多いであろうから、殺人の不法としておこう——、これ以上はない、最強の責任非難が向けられる事件（言い換えれば、適法行為に出ることが、起こりうるあらゆる事件と比較して、最も強く期待される事件）というものを思い浮かべ、それはこれこれこのような事実から構成されるのだ、と定式化することはできるだろうか。明らかに、不可能であろう。したがって不法刑基準論は成り立ちえない考え方なのだ、というのが論者の批判の趣旨であると解される。

しかしこれは、問題の立て方を誤っている。つまり確かに、もし不法刑基準論が、論者の

⁷⁰¹ 野村（健） [2020a] 5 頁。

⁷⁰² ドイツ量刑論において同じく責任加重禁止説を展開する論者は、この観念を「責任の完全な形態（die Vollform der Schuld）」であるとか、まさに上の批判者と同じく「減少していない（制限されていない）責任（die uneingeschränkte Schuld）」などと呼んでいる（Hörnle [1999] S. 153）。ヘルンレ [2011] 127 頁も参照。

⁷⁰³ 野村（健） [2020a] 6 頁。

⁷⁰⁴ 野村（健） [2020a] 6 頁。

というような「100%の責任」を観念しなければ成り立ちえない見解であるのだとすれば、不法刑基準論は破綻するであろう。この推論自体は正しいと思われる。しかしそもそも、不法刑基準論に立つ場合でも、上のような「100%の責任」を観念しなければならないわけではない。

不法刑基準論からは、前記批判に対して、次のように応答できるのである。まず、一定量の不法がある。その上で、当該不法に関する責任の存在を確定する。そうすれば、当該不法に対して刑罰非難を向けることは正当化されるため、量刑に入ることができる。ここで、不法刑の数量化を行うわけであるが、その方法を考えるためには、刑の数量化論（本章 I. 2-2 および 3-4. 参照）を考慮しなければならない。そうすると、不法を構成する量刑事情を前提として、量刑傾向を参照すれば、不法の量が同一程度の諸事件においてどのような刑が科されているかということがわかるであろう。こうして得られるのが不法刑の幅である。その上で——ここからが真に重要であるが——、刑罰を根拠づけるのは不法だけであり、責任は刑罰限定づけ要素に過ぎないのだから、責任関連事情すなわち期待可能性に関連する事情はすべて、その本来的評価方向を、軽減方向とするものであると理解しなければならないのである（これが責任加重禁止説の主眼であると理解できる）。もう少し具体的に説明しよう。現時点において我々は、「不法を構成する量刑事情はすべて判明しているが、当該不法に対する責任は、その存在しか確認されていない」という段階にある。それゆえ次に、責任の程度を左右する量刑事情を探索しなければならないであろう。ここで例えば——動機が期待可能性と関連性をもつと仮定して——「行為者は、遊ぶ金欲しさという悪質な動機によって犯行に及んだものである」という量刑事情が明らかになったとする。動機の悪質性は期待可能性（期待容易性、他行為容易性）を高めるといのがここでの前提であるから、当該動機は責任関連の本来的加重事情となりそうである。しかしここで、責任加重禁止説が介入する。なぜならこの見解においては、責任関連事情を本来的加重事情として把握することが禁止されるためである。それゆえ、「遊ぶ金欲しさという悪質な動機」は、行為責任判断の基礎となる量刑事情から排斥されることになり、当該事件は、動機不明の事件として扱われることになるであろう。つまり当該事件は、責任加重禁止説が介入する前は、「悪質な動機という本来的加重事情が『存在』する事件」であったのが、介入後には「動機という本来的軽減事情が『不存在』である事件」に変わるのである⁷⁰⁵。

⁷⁰⁵ 量刑事情の選別において、本来的加重事情が「存在」すると把握されるのか、それとも本来的軽減事情が「不存在」であると把握されるに過ぎないのかという違いは、量刑の帰結（具体的評価方向）に対して影響を及ぼす。このことは、本章 I. 3-3. で述べた通りである。

同所での論述を前提として、発展的な問題に言及しておく。実務は一般に、責任加重禁止説を採用していないと考えられるため（朝山 [2010] 502 頁注 (9) 参照）、参照されている量刑傾向において「悪質な動機」が存在するのが通常であるとすれば、その量刑傾向は、責任加重禁止説からみれば、いわば不当に重くなっていると解されることになる。同時に、責任加重禁止説の視点からは、悪質な動機が存在する事件というのは、いわば「同情に値する動機（期待容易性・他行為容易性の低下を推認させる動機）が存在しない事件」として把握されることになる。ところで上述した通り、量刑傾向においては悪質な動機が存在するのが通常であるというのがここでの仮定であるから、それはすなわち、論理的に言って、同情に値する動機は量刑傾向において存

以上の説明において、「100%の責任」という観念は用いられていないが、責任加重禁止説に従った刑の数量化プロセスを示すことができている。したがって、批判者による、「100%の責任」を観念することの不可能性に依拠した批判は当たらない。小池説のように、「不法は刑量に変換可能な実体を持ち（＝不法は刑罰根拠づけ要素であり）、責任はそうではない（＝責任は刑罰限定づけ要素に過ぎない）」という刑罰論上の立場を前提とするならば、責任加重禁止説に至るのは理論的にみて当然であり、そこに矛盾や問題はない。

ただ、私見からすれば、そもそもそのような刑罰論的前提それ自体が不当である。また、上の 4-2-1. で述べた通り、期待可能性原理との関係で考察する限り、責任加重を一律に禁じるのは行き過ぎであると思われる。そうすると、そのような行き過ぎた結論を論理的に導出してしまふ小池説の刑罰論的立場は、実践的にみても難点があると評価することになる。

③批判者による最後の批判は、不法刑基準論によると被告人に酷な結論が導かれるというものである。すなわち、不法刑基準論によれば、まず不法の程度に応じた刑が導かれ（既述の通り、小池説においては、この不法のうち、行為無価値については一般予防の必要性と同義である）、そこから責任の軽減に応じて刑が差し引かれてゆくわけであるが、このように「予防的考慮と非難可能性の考慮とを、『違法』と『責任』という異なる評価段階に分離すると、予防目的に基づく刑の量定に対して、非難可能性の観点からの制約が及ばなくなってしまう。（…）犯罪予防のために、行為者の非難可能性を無視した刑量がいったん導かれてしまえば、軽減（割引）の機能しかもたない責任判断によって、不当に重い処罰を回避することはできないであろう。例えば、被害の軽微な窃盗に対して、模倣可能性が極めて高いという理由で、長期の自由刑が科されることにもなりかねない」⁷⁰⁶。つまり、一般予防の必要性に照らした刑罰加重は、特に消極的一般予防を念頭に置く場合、いわば強く威嚇すればするほど予防効果も上がるということになって、無制約なものになりがちであると考えられる。こ

在しないのが通常であるということになる。そうすると、問題となっている事件においては「同情に値する動機」が存在せず、かつ量刑傾向においてもその不存在が通常であることになる。

ここで本章 1. 3-3. に掲げた図表 4 を見ればわかる通り、問題となっている事件において本来的軽減事情が「不存在」であり、量刑傾向においても同事情の「不存在」が通常である場合、同事情の具体的評価方向は「中立」となるのであった。しかし、上述した通り、責任加重禁止説に言わせれば、そもそも量刑傾向は不当に重くなっているのである。したがって、その不正義を漸進的に解消するために、同事情の具体的評価方向は「軽減」に修正しなければならない。

つまり実質的には、悪質な動機があること（かつ、その裏面として、同情に値する動機がないこと）を理由に、量刑を軽減しなければならない、という結論が導かれるのである。責任加重禁止説からはこのように、直観に反する結論が、理論的に正しいものとして導かれる。それゆえ、同説の厳格な貫徹は、実務には受け入れられにくいであろう。そこで、軽減方向への修正までは求めず、悪質な動機を端的に無視して、それによって量刑を加重も軽減もしないように実務に要請する（量刑傾向そのものの不正義にはひとまず目をつぶる）というのも、責任加重禁止説の実践的戦略としては、ありうるものであろう（悪質な動機によって量刑を加重されてしまうよりは、そうしてもらった方が、まだ良いからである）。

最後に補足しておく、この一連の脈絡は、上注（279）で言及したものと論理的に同じものである。つまり一般化すれば、上記のような問題は、何らかの事情の評価方向について、実務の理解と異なるものを正当と解する場合には、必ず生じてくる。

⁷⁰⁶ 野村（健） [2020a] 19 頁。

れを抑制するために責任主義がある。しかし小池説においては、まずは不法刑の量定が独立に行われ、そこでは責任のことを考えないわけであるから、一般予防のための刑罰加重が無制約に行われてしまう。そうして不法刑が極めて重くなってしまった後で、遅ればせながら責任による軽減が登場するわけであるが、それではもう軽減が追いつかないのではないか、ということである。

この批判に対してはさしあたり、二点の反批判が可能であろう。まず、そもそも小池説においては積極的一般予防目的も刑罰目的に組み込まれているわけであるが、それに照らせば、野放図な加重はかえって予防効果を損なうことになる以上、不法だけを考えて刑罰の加重は、決して無制約なものにはならない。次に、そもそも不法刑の数量化もまた量刑傾向を参照して行われるわけであって、かつ、現在の量刑傾向は不合理に重すぎるものであるとは必ずしも言えない以上、やはり不法だけを考えて刑の量定が無制約かつ不当に重くなるとは考えられない。以上からすれば、批判者が挙げている「被害の軽微な窃盗に対して、模倣可能性が極めて高いという理由で、長期の自由刑が科されることにもなりかねない」という例については、そのような大幅な刑罰加重は、まず、積極的一般予防効果に照らして不合理であるし、次に、それは量刑傾向からの逸脱を伴うことになると思われるが、その逸脱は正当化されないはずである、と応答できよう。

その一方で、不法刑基準論によると責任主義による制約が不十分になるという批判者の指摘には、正当な部分もあるかもしれない。すなわちまず、上記①で述べた通り、不法刑基準論は、まず、責任の存在する不法を一定の刑量に変換するのであるから、不法刑量定時点でも、責任主義の制約が及ぼされてはいる。とはいえ、批判者が挙げている例に沿って考えると、模倣可能性が極めて高い手段を用いたこと（例えば、被告人が、効率的に侵入窃盗を行う手段として革新的なピッキング方法を開発し、それを用いて実際に住居侵入に至ったという場合）の行為無価値について、責任の存在を否定することは、確かに困難であるように思われる。また別の例を挙げると、一般予防・行為無価値の見地からは、例えば有名人による薬物犯罪や銃刀法違反の罪があったとして、「その事件がマスメディアによって大々的に報道され、国民の多数が当該犯罪（その魅力や薬物・銃砲刀剣類の入手可能性）についての情報を獲得し、模倣犯や追従犯のおそれが生じた」⁷⁰⁷場合には、その有名人によって行われた類の行為を強く禁圧しておくべきことになって、行為無価値を重く評価すべきことになりそうであるが、ここでも、行為者は、自身が有名人であることは当然に把握していたはずであると同時に、その行為が露見すれば大々的に報道されて、模倣犯等を少なからず生じさせることの予見可能性を本当に否定できるかには不安が残ると思われる⁷⁰⁸。より一般化すると、行

⁷⁰⁷ 小池（信）[2008a] 74 頁。

⁷⁰⁸ ちなみに、小池（信）[2008a] 74 頁以下は、そもそもこの種の事情を行為無価値評価に取り込むこと自体を否定している。具体的には、「当該犯行の『実行可能性』に着目した不法加重は、行為の事前抑止のためになされるものである以上、その評価の基準時は、犯行の時点に固定しなければならない。上述の有名人の事例では、当該犯行が国民に知れ渡り、模倣・追従による『実行可能性』が高まったのは犯行後のことである。言い換えれば、犯行時においてはまだその犯行は『実行可能性』のとくに高いものではなかったのであり、そのことが、不法評価の加重を否定する真の理由となっているわけである」という（小池（信）[2008a] 74-75 頁）。とはいえ、ここにおいて模倣犯等が生じる危険性（すなわち実行可能性）を大きく基礎づけているのは、行為

為無価値論は、事前判断に基づいて行為それ自体の性質に着目することで違法評価を行うわけであるが、その行為を行っているのは行為者自身である以上、自分の行為がどのようなものかは得てして、よくわかっているのであって、それゆえ、行為無価値に対しては責任主義による制約が期待しにくい、ということではできるのかもしれない。とはいえ、これは不法刑基準論の問題というよりは、行為無価値論（による量刑）の問題である。また、それ以前に、上で見てきたような行為不法については、責任の存在がおそらく理論的に認められる以上、何の問題もないのだと言われてしまえば、それまでである、とも考えられよう。

かくして、不法刑基準論に対する諸批判は、必ずしも当たっていないように思われる。この見解を、それ自体で不当な考え方であると断じることはできないであろう。既述の通り、不法刑基準論は私見の刑罰論と矛盾する（と同時に、行為無価値論も採用しない方向で考えている）し、その理論的帰結たる責任加重禁止説も実践的にみて行き過ぎであると考えられるため（上記 4-2-1. 参照）、私見はこの立場を採らない。とはいえ、不法刑基準論が、一つの考え方として、内的に一貫した形で成立しうるものであることは、認めなければならない。

4-2-3. 結論

かくして、量刑における責任関連事情は、専ら軽減方向でしか考慮が許されないものではない。期待可能性原理（期待容易性ないし他行為容易性の見地）から整合的に説明できる限り、責任関連事情を本来の加重事情と把握することは正当であるというべきである。

4-3. 量刑における特別予防（再社会化・保安）の考慮は、経験的根拠に照らしたとき、どのように行うべきか？

4-3-1. 導入：特別予防に関する経験的考察の必要性

ここまでに於いて複数回言及した通り、特別予防の内容は、再社会化（社会復帰）・威嚇・保安（隔離・無害化）に三分される。ただ、その中の威嚇について言えば、「刑罰を重く／軽くすればするほど、行為者に対する威嚇力が高まる／低まるから、その再犯リスクが低下／上昇する」という考え方は、後述するように再犯予防に際する自由刑の弊害が共通了解となっている今日において、到底採りうるものではないであろう⁷⁰⁹。したがって以下では、再社会化および保安を対象を限定して議論を進める。また、ここでの議論は基本的に、自由刑の量定や、自由刑と執行猶予との選択の場面を念頭に置いて行われる。なぜなら、以下にお

者が「有名人である」という属性・事情であるところ、この事情は行為時に存在しているのではないだろうか。革新的なピッキング技術を用いた犯罪も、有名人による犯罪行為も、それらを事前的に評価するとき、それを許せば多くの模倣犯や追従犯を呼ぶおそれがある以上は一般予防のために強く禁圧すべきことには変わりはないはずである。そうである以上、前者については行為無価値の加重を認め、後者についてはそれを認めないという区別を、行為無価値論から一貫した形で基礎づけられるかどうかには疑問が残る（ただし、有名人であることは「自分の努力で抜けられない主観的事情」である以上、そのような一種の不法身分を創設することは「平等原則ないし（狭義の）責任主義に反するのではないか」とは言いうるかもしれない。小池（信）[2008a] 76 頁注（190）参照）。

⁷⁰⁹ 関連する実験研究として、下注（741）の本文部以下参照。

いて参照する経験的議論は、施設内処遇や社会内処遇に関連するものであって、そもそも罰金刑しか問題とならないような事件はその射程の範囲外にあると考えられるためである。言い換えれば、罰金量刑については（そもそもそこにおいて特別予防を独立の考慮要素とすべきであるのかという点からして）別個の考察を必要とするであろうが、この点は以下では捨象される。

その上で、この局面における論者の見解は、大要次のようなものであった。すなわちまず、再社会化による刑罰の加重は許されない。なぜなら、「刑罰を重くすればするほど、再社会化効果があがる」という想定には明らかに経験的根拠がないためである。逆に、もともと再犯リスクの低い者に重い刑を科すれば、かえって自由刑の非社会化効果により再犯可能性が増悪すると考えられる。それゆえ、再犯リスクの低下を理由とした、再社会化の観点からする量刑軽減（すなわち、「非社会化の回避」を根拠とする軽減）は許される（再社会化加重禁止説）。以上に対して、保安は、刑事施設に収容されている限りは再犯が物理的に不可能である以上、その再犯防止効果において明確である。それゆえ、再犯リスクが高いことに着目した量刑加重は、保安を根拠にしたものと解するべきであり、かつその限りで、許される（逆に、再犯リスクが低ければ、非社会化の回避の観点のみならず、保安の観点からも量刑軽減が支持されるということになろう）。以下では、この見解の当否を中心に、量刑における特別予防的考慮の経験的基礎について考察する。

まず、大前提として是非とも確認しておかなければならないのは、量刑における特別予防的考慮に関する理論的考察は、常に、最善の経験的証拠に従ってこれを行うように努めなければならないということである。この点で区別しておかなければならないのは、経験的証拠が「存在しない」場合と、「存在する」場合である。すなわち、経験的証拠が存在しなくても、刑罰を通じた特別予防効果の追求が一切許されなくなるわけではない。一般予防の場合でいえば、刑罰に一般予防効果があるかどうかについて明確な経験的証拠が仮になかったとしても、だからといって、一般予防効果がないと考えられる以上は刑罰を廃止してしまってもよい、というような結論を正当化するのは、（もしかしたら、我々がまだ知らないだけで、刑罰には一般予防効果があるのかもしれないのだから）いわば危険な賭けであって容認できない。またあるいは、立法者はそのような状況の中でも、刑罰制度には一般予防効果があるという可能性に賭けたのであり、そうして刑罰制度を創設することを決断したものであると解することができる以上、その立法者の決断は尊重しなければならない、という判断も成り立ちうるであろう⁷¹⁰。特別予防の場合も、同様に解することができる。しかし、その一方で、経験的証拠が存在するのであれば、量刑における特別予防のあり方は、常に、それに従うのでなければならない。一般予防の場合でいえば、繰り返し述べてきたように、「公衆の正義観念に従った処罰には積極的一般予防効果がある」という主張には経験的証拠がある以上、当該証拠を経験的に否定するのではない限り、当該主張を否定することはできない。また、消極的一般予防効果は、刑罰の「程度」の増減には左右されないという経験的証拠がある以上、「刑罰を重くすることによってよりよい消極的一般予防をはかる」というような理由づけ

⁷¹⁰ 上注（589）の本文部参照。第 3 章序論 1. および同 II. 1-1. 冒頭部も参照。

命題を刑法解釈論において援用してはならない。ここでもやはり、特別予防の場合も同様に解すべきである。

つまり、簡潔に言えば、刑法における、犯罪予防効果を論拠とした論証は、犯罪予防をめぐる経験的証拠と矛盾してはならないのである。これは、そもそも目的刑論というものが、刑罰を通じて惹起される犯罪予防効果という現実の、経験的現象に認められる価値ないし利益こそを理由として刑罰を正当化しようとする理論であるという事実から導かれる、論理必然的な帰結である。それゆえ例えば、故意のみから高度の再犯リスクを推認することはできない、という経験的証拠が存在するとして、それにもかかわらず、法的には高度な再犯リスクがあるものとみるべきである、といった論拠によって当該経験的証拠を相対化することは許されない。再犯リスクは経験的概念であり、その存否は経験科学的な検証手続きにのみ依存する。経験科学的にみて再犯リスクが高いならば、再犯リスクは高いのであって、経験科学的にみて再犯リスクが低いならば、再犯リスクは低い、というのが、最も確からしい結論である。そこに「法的な視点」を介入させても、精度が落ちるだけであって、有害無益であろう。もちろん、経験科学は万能ではない。しかし、経験科学による経験的事象の予測は（経験科学についての訓練を経ていない法律家などの）素人の判断よりも遥かに信頼性が高いということは、どのように考えても否定し難い⁷¹¹。

そういうわけで、再犯予防に関する経験的証拠を収集する必要がある。ところで、刑罰による一般予防効果に関する経験的証拠については、前章において、一応はこれを収集して検討を行った⁷¹²。それゆえ本来は、特別予防の経験的基礎についても、当該分析と同等かそれ

⁷¹¹ この点では、エビデンス（科学的証拠、経験的証拠）を、その信頼性の程度に応じて六つのレベルに分類する見解が参考になる（浜井 [2013] 31-33 頁〔浜井浩一執筆部〕）。このレベル分類は、公衆衛生分野でよく使われるものであるとのことである。同上 31 頁注 (5) 参照。それによると、エビデンスは信頼性が低い順から、⑥単なる専門家の意見、⑤事例研究、④分析疫学的研究、③非無作為比較対象実験、②1 つ以上の無作為比較対象実験、①系統的レビュー（前記②③に関する諸々の研究論文のメタ分析）に分類される。このうち⑥の具体例として、「高名な刑法学者や精神科医などが、犯罪や犯罪対策について、これまでの経験や専門的な知見から解説する」ということが挙げられているが、論者はこれについて、「エビデンスに基づく刑事政策ではなく、権威または（刑罰）信仰に基づく刑事政策であり、単なるお墨付き以上のものではない」と、かなり強い表現を用いて、経験科学的方法に裏づけられた経験的証拠の収集を推奨している。さらに、このエビデンスのレベルに関する整理を参照しつつ、「科学的な根拠に基づかない処遇の危険性」について述べるものとして、森（丈） [2017] 17 頁以下も参照。そこでも、「単なる専門家の意見」については、「過去のしっかりした実証研究を踏まえて知見を説明しているのであれば問題はないが、そうではなくて個人的な意見や考え方、主張を述べているだけの場合にはエビデンスとして当てにしていけない」と明言されている（同上 18 頁）。この点、経験科学の専門的訓練を受けていない者（例えば筆者）が、経験科学の成果を参照する場合には、もちろん、思わぬ誤解やミスリードが起こるおそれもあるが、それらを参照しようと試みることなく、単に主観的な確信に基づいて「特別予防的考慮の在り方」について提言するよりは、せめて（蛮勇であっても）その試みを行った方が、よい結果に繋がる可能性が高いと思われる。それゆえやはり、一般的原則として、自身の主観的確信・直感と、収集されたエビデンス（上の⑤以上のもの）とが衝突する場合には、後者を優先すべきであろう。

⁷¹² 第 3 章。

以上の紙幅を割く必要があるようにも思われる。とはいえ、この課題を達するためには別個の研究計画が必要であり、本稿の範囲でそれを行うことはできない⁷¹³。したがって以下では、主に犯罪心理学の分野において、再犯予防のための経験的に合理的な指針・原則として常識化している（ものと思われる）事実限定して、簡潔に整理を行い、そこから量刑における特別予防的考慮について引き出しうる若干の教訓を定式化するにとどめる。

4-3-2. 特別予防の経験的基礎としての RNR 原則

経験的に観察するとき、特別予防のために重要であるのは、第一に、行為者の再犯リスクを正しく評価することであり、第二に、その再犯リスクを低下させることに適した合理的な措置を講じることであろう。このような観点から、経験的に合理的な再犯防止施策をとる上で、今日において支配的な影響力を有しているのは、カナダの心理学者（かつ矯正実務家）と犯罪学者であるボンタとアンドリュース（Bonta & Andrews）⁷¹⁴の提唱にかかる「RNR 原則」、およびその背後にある、リスクアセスメントに関する包括的理論・手法であるところの RNR モデル（the Risk-Need-Responsivity model）である。これは、今日における、エビデンスに基づく再犯抑止施策に対して、世界規模で支配的な影響力を有する⁷¹⁵と評されており、同原則・モデルを顧慮せずして、特別予防（再犯抑止）について経験的に考察することは不可能であると考えてよいものと思われる。

RNR 原則とは、リスク原則（the Risk principle）、ニード原則（the Need principle）、反応性原則（the Responsivity principle）という三つの原則の頭文字をとったものである。その含意は、まず、対象者の再犯リスクを評価することによって、処遇（治療）を必要とする者（つまり、再犯リスクの高い者）を選別し（リスク原則）、次に、そのリスクを構成している要因を特定することによって、処遇（治療）の対象を確定し（ニード原則）、そして最後に、再犯リスクの要因に働きかける上では、処遇対象者の特徴ないし素質に応じた手段を選択する（反応性原則）、というものである⁷¹⁶。

なお、このようなリスクアセスメントは、専ら少年に対して用いられるものであるというイメージがあるかもしれないが、RNR モデルは年齢の別を問わず、幅広く適用可能なもの

⁷¹³ ちなみにこの点では、「我が国では、再犯や処遇効果を検証した論文そのものが大変僅かしかなく、メタアナリシスを実行しようにも元となる検証論文が見つからないといった状況である」との記述がある（森（丈） [2017] 20 頁。同 14 頁も参照）。そうであるとすると、わが国における特別予防の経験的基礎は、一般予防のそれと似た状況に置かれているのかもしれない。またあるいは、再犯研究は、再犯リスクそのものの評価に加え、処遇プログラムの開発、あるいは（追跡調査の手法を用いる場合には）処遇対象者の（10 年や 20 年といったスパンでの）長期間にわたる追跡など、多くのコストがかかるため、いわば一朝一夕に成しうることではないという指摘もある（森（丈） [2017] 12 頁以下）。一般予防効果の経験的調査は（もちろん、採用する手法によるが）一日の調査で完結させることもできる点からすると（第 3 章 I. 4-2. 参照）、特別予防研究の方がハードルは高いようにも思える。

⁷¹⁴ Bonta & Andrews [2016] . 邦訳として、ボンタ&アンドリュース [2018] 。

⁷¹⁵ 森（丈） [2017] 24 頁。小長井 [2016] 67 頁も参照。さらに、RNR モデルに関する概説として、柴田 [2021] 277-280 頁も見よ。

⁷¹⁶ Bonta & Andrews [2016] 191-192（ボンタ&アンドリュース [2018] 244-245 頁）。

であることが経験的証拠とともに示されている⁷¹⁷。わが国の実例としても、刑事施設における特別改善指導として行われている処遇プログラムの中でも、最も体系的・科学的に進められているものと評価されている性犯罪再犯防止指導（性犯罪者処遇プログラム）⁷¹⁸は、例えばリスクアセスメントツールを用いた再犯リスク評価の高低に応じて処遇密度を割り振るなど、RNR 原則に則った形で実施されており⁷¹⁹、効果検証においても、全体として再犯抑止効果が確認されている⁷²⁰。

4-3-2-1. リスク原則とニード原則：犯罪につながる 8 つの主要な要因

以上で前置きを終え、特別予防の経験的基礎に関する具体的な考察に入る。既述の通り、出発点となるのは、行為者の再犯リスクの評価である。この点では、RNR モデルにおいて特定されている、8 つの犯因論的リスク要因（criminogenic risk factor: 犯因性リスク要因とも訳される。なお、この 8 つの要因は「セントラルエイト」とも呼ばれる。以下では「主要 8 要因」という呼称を用いることもある）が参考になるであろう⁷²¹。前提となる諸概念の内容から説明する。

犯因論的リスク要因（以下、単に「リスク要因」と呼称する）とは、再犯リスクを高める要因のことである。リスク要因は、静的リスク要因（static risk factor）と動的リスク要因（dynamic risk factor）に分類される。静的であるというのは、後から処遇によって改善することができないという意味である。静的リスク要因は、改善が不可能である以上、処遇における改善の対象とはならない。主要 8 要因の中では、下記①犯罪経歴がこれに当たる。犯罪歴は過去の事実である以上、変えることができないためである。残った 7 つの要因は全て動的リスク要因である。つまり、後から改善することが可能だということである。ところで、再犯防止のための処遇の目的は、再犯リスクを減少させることであるから、この動的リスク要因の変化・低下を目指すことになる。この点を捉えて、動的リスク要因は、犯因論的ニーズ（criminogenic needs）⁷²²とも呼ばれる⁷²³。なお逆に、リスクを軽減させるポジティブな因子は、「ストレンクス（強み）」と呼ばれる⁷²⁴。

犯因論的リスク要因は、次の 8 つに特定されている⁷²⁵。

⁷¹⁷ Bonta & Andrews [2016] 209 ff（ボンタ & アンドリュース [2018] 267 頁以下）。

⁷¹⁸ 川出＝金 [2018] 197 頁参照。

⁷¹⁹ 法務省矯正局成人矯正課 [2020] 1 頁および 26 頁注（13）。森（丈） [2017] 174 頁、東本 [2014] 220 頁以下も参照。

⁷²⁰ 森（丈） [2017] 175 頁以下、法務省矯正局成人矯正課 [2020] 25 頁以下参照。ただし、後者によると、強姦事犯者には再犯抑止効果が認められた一方で、迷惑防止条例違反事犯者（その大半は、以前より再犯率の高さが指摘されている「痴漢」型性犯罪者であると指摘されている）については有意な再犯抑止効果が確認できなかったと報告されている。

⁷²¹ Bonta & Andrews [2016] 43 ff（ボンタ & アンドリュース [2018] 56 頁以下）。なお、以下の整理は、基本的に、森（丈） [2017] 20 頁以下による解説に従って進める。小長井 [2016] 68 頁以下、柴田 [2021] 280 頁以下も参照。

⁷²² 小長井 [2016] 69 頁（ただし、訳語は平仄を合わせた）。

⁷²³ 以上本段落の全体について、森（丈） [2017] 20-21 頁参照。

⁷²⁴ Bonta & Andrews [2016] 46（ボンタ & アンドリュース [2018] 57 頁）。

⁷²⁵ 森（丈） [2017] 22 頁（8 要因の順序・訳語はこちらに準拠した）。See also Bonta & Andrews

- ①犯罪経歴 (Criminal History)
- ②反社会的人格パターン (Antisocial Personality Pattern)
- ③反社会的認知 (Procriminal Attitudes: 犯罪指向的態度)
- ④不良交友 (Procriminal Associates: 犯罪指向的交友)
- ⑤家庭環境・婚姻状況 (Family/Marital)
- ⑥学校・職場 (School/Work)
- ⑦余暇・娯楽 (Leisure/Creation)
- ⑧物質乱用 (Substance Abuse)

以下、それぞれの内容を紹介する⁷²⁶。

①犯罪経歴は、見ての通りである。文字通りの前科・前歴のほかにも、初発逮捕年齢が低いかどうかも重視されるようである。逆に、犯罪経歴がなく、または極めて稀であることは、ストレンクスとなる。

②反社会的人格パターンとは、「衝動性、リスクシーキング、対人トラブルの反復、攻撃的言動等、犯罪に結びつく人格傾向のこと」⁷²⁷であり、より抽象的には、この人格パターンには、自己統制力の弱さと計画性の欠如、および、イライラ感や被害感、敵愾心などのネガティブな情緒性という二つの側面からなる⁷²⁸。逆に、自己統制力の高さなどはストレンクスである。なお、反社会的人格パターンは、精神医学にいう反社会的パーソナリティ障害とは全く無関係の概念であり、後者であるからといって前者が認められるというような推論は成り立たない点に注意しなければならない⁷²⁹。この犯因論的ニーズに対処するための目標として、共感性やアンガーマネジメントの確立が挙げられている。

③反社会的認知とは、「犯罪に親和的で肯定的な態度、価値観、信念、それに合理化の程度及び自己を犯罪者とみなす自己認知など」⁷³⁰である。より具体的には、反社会的認知は次の三つに分類されている⁷³¹。すなわち、例えば「自分の犯罪は被害者に対する当然の報いだ」というように自己正当化を行うこと（「中和の技術」と呼ばれている）、マフィアのような犯罪者に憧れたり、犯罪によって得られる犯罪者仲間からの肯定的評価に満足して、自身の犯罪行動を誇りに思うなどすること（「犯罪指向的な他者への同一化」と呼ばれている）、およ

[2016] 45-46 (ボンタ&アンドリュース [2018] 58-59 頁) . 小長井 [2016] 68-69 頁も参照。

⁷²⁶ 以下①～⑧に関する既述の全体について、Bonta & Andrews [2016] 45-46 (ボンタ&アンドリュース [2018] 58-59 頁) 参照。

⁷²⁷ 森 (丈) [2017] 23 頁。

⁷²⁸ なお、Bonta & Andrews [2016] 46-47 (ボンタ&アンドリュース [2018] 59 頁) においては、幸福感、自尊感情、社交性、不安感、苦悩、精神病理といったパーソナリティは、犯罪行動との関連性がないということも強調されている。例えば、幸福であるか不幸であるかは、犯罪行動の有無とは結びついていない (不幸である人は犯罪に出やすいわけではないし、幸福である人は犯罪に出にくいというわけでもない) ということである。

⁷²⁹ Bonta & Andrews [2016] 95 ff (ボンタ&アンドリュース [2018] 122 頁以下) .

⁷³⁰ 森 (丈) [2017] 23 頁。

⁷³¹ See Bonta & Andrews [2016] 126 ff (ボンタ&アンドリュース [2018] 162 頁以下) .

び、仕事、教育、あるいは法律や警察・裁判所といった社会制度の価値を否定すること（「慣習の拒絶」と呼ばれている）である。以上のようなものとは逆の傾向を持っていれば、それはストレンクスとなる。

④不良交友とは、犯罪指向的な他者、要するに不良仲間との付き合いである。向社会的他者からの孤立もここに含まれる。逆に、向社会的他者と交友があり、犯罪指向的な他者との交友がないことはストレンクスとなる。

⑤家庭環境・婚姻状況は、見ての通りである。ここにおいては、「少年の場合には家庭環境に、成人の場合には婚姻状況に犯罪行動を促進する影響を与える要素が含まれている。少年と成人の違いが生じるのは、青年期になると親からの直接的な影響は、仲間集団からの影響力にとって代われ、家族に関連したリスク要因は影響力を失っているからである」⁷³²。家庭環境については、親との絆の断絶、監督の不十分さ、しつけの非一貫性がリスク要因になるとされる⁷³³。婚姻状況については、婚姻関係にある者の方が犯罪リスクが低く、また関係が良好であればさらに低いことを示す経験的調査が報告されており、その原因は、婚姻すると仲間との交友が減少し、すなわち不良交友も減少するためであるとか、あるいは婚姻は雇用の安定性につながるためであるといった分析が示されている⁷³⁴。逆に、思いやりをもって養育がなされていることや、強力な監督があることはストレンクスとなる。

⑥学校・職場については、そこでの対人関係・適応状況などがリスク要因となり、例えば成績・業績の悪さや欠席・欠勤の多さはリスクを高め、またより一般的には、教育水準・雇用水準・収入は犯罪リスクに関連する⁷³⁵。逆に、権威的な存在（教師など）が機能していることや、仲間の生徒・同僚に対する愛着があること、成績・業績の良好さや満足感はストレンクスとなる。

⑦薬物乱用は、アルコールやその他の薬物（タバコを除く）の乱用である。過去の乱用歴よりも、現時点での乱用の方が重要であるとされる。逆に、薬物に関して問題を抱えておらず、乱用について否定的な価値観を有していることなどはストレンクスとなる。

⑧余暇・娯楽は、反社会的でない趣味や娯楽に、満足感をもって取り組んでいるかどうかに関わる。これがなければリスクとなり、あればストレンクスとなる。

以上の 8 要因を総合的に考慮することで、行為者の再犯リスクを評価することになる。このリスクが高ければ、高密度の処遇・教育を行うべきであり、低ければ低密度処遇を選択すべきである（リスク原則）。また、処遇や教育においては、上に特定された動的リスク要因（犯因論的ニーズ）に対する働きかけを優先的に行うことで、より効果的な再犯抑止が可能となる（ニード原則）。

リスク原則について補足しておくとして、経験的調査によれば、高リスク者に低密度処遇しか行わなかった場合における再犯率は、高密度処遇を行った場合よりも高くなる傾向にあり、

⁷³² 森（丈） [2017] 23-24 頁。同所では、Office of the Surgeon General [2001] が引用されている。See also Bonta & Andrews [2016] 115 ff (ボンタ & アンドリュース [2018] 147 頁以下)。

⁷³³ Bonta & Andrews [2016] 135 ff (ボンタ & アンドリュース [2018] 172 頁以下)。

⁷³⁴ Bonta & Andrews [2016] 143 (ボンタ & アンドリュース [2018] 184 頁)。

⁷³⁵ 森（丈） [2017] 24 頁。See also Bonta & Andrews [2016] 144 ff (ボンタ & アンドリュース [2018] 185 頁以下)。

また、低リスク者に高密度処遇を行う場合にも、やはり再犯率が高くなる傾向にある⁷³⁶。後者の場合において再犯率が高くなる原因としては、悪風感染、社会資源の喪失、および編成の偏りという三点が挙げられている⁷³⁷。すなわち第一に、低リスク者に高密度処遇を行うと、高リスク犯罪者との接触が起こり、不良交友の構築に繋がってしまう（悪風感染）。第二に、低リスク者は遵法的態度を持っていることが多いが、そのような者を、高密度の、制限の多い状況においてしまうと、かえってその低リスク性の基盤が破壊されてしまうおそれがある（社会資源の喪失）。例えば、長期の治療プログラムへの参加によって、職を失ったり、家庭が崩壊したり、反社会的でない交友関係が疎遠になってしまうおそれがある。第三に、低リスク者と高リスク者が同じ治療グループに入れられている場合において、同時に同グループ内の被処遇者に知能（これ自体は個別的反応性の要素である）の差があると、高知能の高リスク者が低知能の低リスク者をやりこめて、再犯抑止効果がより増悪するおそれがある。このようなことを避けるためには、同程度のリスクを有する者は同一の治療グループに編成しなければならない（編成の偏り）。

4-3-2-2. 反応性原則：一般反応性原則と特殊反応性原則

再犯抑止のための処遇にあたっては、以上に特定された犯因論的ニーズを満たすこと（動的风险要因を解消すること）が目標となる。もっとも、この目標の達成に向けて処遇を施す際には、「犯罪者の能力や学習スタイルに合ったやり方で行わなければならない」⁷³⁸。この原則を、反応性原則という。反応性原則は、一般反応性原則（General Responsivity Principle）と特殊反応性原則（Specific Responsivity Principle）に分類される。

一般反応性原則とは、「犯罪者も人間であり、最も強い影響を及ぼすために活用できる方略は、認知行動的、認知社会学習的方略であるということ」⁷³⁹であり、「もう少しわかりやすく言えば、一般反応性原則は、犯罪であれ、喫煙であれ、過食であれ、個人の問題行動を変化させるには、その認知と動機づけのパターンを変化させるように働き掛けることが効果的であるという考え方である」⁷⁴⁰。このような方略・働き掛けの代表例は、認知行動療法である。

一般反応性原則の裏づけとして、少年を対象としたものではあるが、興味深い実験研究が紹介されている⁷⁴¹。これは、1958年から2002年までに英語圏で行われた、12歳から21歳までの犯罪少年を対象とした再犯防止に関する548個の研究を分析することで、少年に対する介入の種類と、再犯防止効果との関係性を測定するものである。俎上に載せられた介入には、例えば、次のようなものが含まれている：接触や指導を増やすという形で強化された保護観察・仮釈放などの「監視（surveillance）」、犯罪行動から生じる帰結（例えば受刑）の恐ろしさを劇的に表現することで再犯を防止しようとする「威嚇抑止（deterrence）」――

⁷³⁶ 森（丈） [2017] 26頁以下。See also Bonta & Andrews [2016] 179（ボンタ&アンドリュース [2018] 228頁）。

⁷³⁷ 森（丈） [2017] 29-30頁。同所で引用されているのは、Lowenkamp & Latessa [2004] 3 ff.

⁷³⁸ 森（丈） [2017] 33頁。

⁷³⁹ Bonta & Andrews [2016] 180（ボンタ&アンドリュース [2018] 231頁）。

⁷⁴⁰ 森（丈） [2017] 33頁。

⁷⁴¹ Lipsey [2009] 124. 以下の記述は、森（丈） [2017] 34頁以下による紹介に負っている。

その具体例として、犯罪少年を刑務所に訪問させ、受刑者から刑務所がいかに不快な場所であるかを聞かせるという、スケアード・ストレート (scared straight) という方略が挙げられている——、軍隊的な訓練を通じて犯罪者に規律を学ばせることで再犯を抑止しようとする「訓練 (discipline)」、損害回復や社会奉仕活動などを通じて、犯罪者・被害者・地域社会の関係の修復を目指す「修復的処遇 (restorative programs)」、認知行動療法や職業訓練などを通じて、犯罪者が自分の行動を統制し、向社会的活動に取り組むスキルを発達させようとする「スキル形成処遇 (skill building programs)」などである⁷⁴²。これらの介入による再犯率の変化を比較すると、「監視」 (-6%) や「修復的処遇」 (-10%) については一定の効果が見られたが、「威嚇抑止」 (+2%) や「訓練」 (+8%) はかえって逆効果であることが示され、そしてそれ以上に、「スキル形成処遇」、その中でも認知行動的な理論的基礎をもった処遇が最も良好な成績を残している (-26%) ことが明らかになったのである⁷⁴³。

続いて、特殊反応性原則とは、「犯罪者にはそれぞれ異なる人格傾向や動機づけ、長所や能力等を有しており、処遇に対する反応は個々人によって異なるので、その違いを考慮しながら介入の方法を適宜調整していくことで、処遇効果の上昇が見込まれるとする考え方である」⁷⁴⁴。より具体的には例えば、知能の低さという問題を抱えている犯罪者に対して、通常の知能を有する者と同様の教育プログラムを実施しても大きな効果は期待できないし、希死念慮の強い対象者に一般的な職業補導を行うことは困難である、といった考慮である⁷⁴⁵。この点について論者は、「対象者の特性を査定し、個別の処遇計画を立てることは特殊反応性原則という言葉を持ち出すまでもなく、犯罪・非行臨床に携わる専門家がこれまで行ってきたことである」とコメントしている⁷⁴⁶。

4-3-3. RNR モデルから量刑における特別予防的考慮に関して得られる示唆の整理

ここまでにおいて概観してきた RNR モデルは、犯罪者処遇に焦点を合わせた理論である。それゆえ、それは本来的には行刑論の領域において指針とされるべき理論であって、それに先立つ裁判時における刑の宣告に関する判断基準を問題とする量刑基準論にそのまま妥当するものではないと思われるかもしれない。しかし、行刑論も量刑論も、行為者の再犯抑止 (特別予防) を目的 (の一つ) とする点では完全に共通している。したがって、行刑における再犯抑止方策に関して RNR モデルが有益な知見をもたらすという当然の前提を承認する限り、量刑における特別予防的考慮に関しても事情は同様であると考えるのが合理的であろう⁷⁴⁷。

⁷⁴² 森 (丈) [2017] 34-35 頁。Lipsey [2009] 133 ff.

⁷⁴³ 森 (丈) [2017] 36 頁。Lipsey [2009] 136 ff.

⁷⁴⁴ 森 (丈) [2017] 36 頁。See also Bonta & Andrews [2016] 182 (ボンタ & アンドリュース [2018] 231-232 頁)。

⁷⁴⁵ 森 (丈) [2017] 36-37 頁。

⁷⁴⁶ 森 (丈) [2017] 37 頁。

⁷⁴⁷ 現に、柴田 [2021] 245-246 頁は、「『再犯防止と量刑判断の関係についての今後のあり方』を考慮するにあたり、何を参照するのか」という問題を提起した上で、「犯罪リスクアセスメントに関する犯罪心理学の知見に学び、その改善に向けたヒントを得るということも 1 つの重要なアプローチではないだろうか」といみじくも述べている (同上 285 頁も参照)。

そこで以下では、RNR モデルから得られると思われる、量刑における特別予防的考慮に対する示唆を整理する。ただし、その前に、次の指摘を補足的視点として提示しておきたい。すなわち、「RNR モデルは (…) 短期間 (通常は 2~3 年間、長くてもせいぜい 5 年間) の再犯可能性に照準を当てて理論を構成している」⁷⁴⁸ という指摘である。これは、同モデルにおいて特定された犯因論的ニーズが「動的」リスク要因であるという事実に照らせば、納得のいくことである。すなわち、行為者に認められる、再犯につながる要因は、「動的」なもの、すなわち変動しうるものなのであるから、長い時間が経過した後に、その要因が最初の状態と同様に保存されている保証は無いであろうということ、これは、確かに常識的に考えても、ありそうなことである。その意味で、RNR モデルに従った再犯リスクのアセスメントは、仮に心理学などの専門的訓練を積んだ専門家の手で行ったとしても⁷⁴⁹、いわば、その「賞味期限」は比較的短いと考えることになろう⁷⁵⁰。そもそも論として、長期的な再犯リスク評価には原理的に限界があるということを確認しておく必要があるのであって、結局のところ、「(ずっと) 先のことはわからない」のである。

以上を踏まえて、得られる示唆を整理すると、それは次の五点にまとめることができる。

① 行為者の再犯可能性の評価にあたっては、RNR モデルにいう 8 つの犯因論的リスク要因 (セントラルエイト) を意識すべきである⁷⁵¹。もちろん、量刑における特別予防的考慮およびそれを部分的に前提とするところの行刑における犯罪者処遇の合理化のためには、本来は——人的資源などの困難な問題が当然指摘されるが、理想的にはやはり——判決前調査制度⁷⁵²の導入や情状鑑定の拡充⁷⁵³といった、立法上の手当てまたは現状の運用の小さくない変更が要されると言わざるを得ないが、仮にそれが当面不可能であるとしても、現に存

⁷⁴⁸ 小長井 [2016] 67 頁。

⁷⁴⁹ 上に概観した犯因論的リスク要因の特定とは全く別個に、それらを資料として行為者の再犯可能性をどのように評価するかというリスクアセスメントの方法論 (いわゆるリスクアセスメントツールの開発) についても、経験科学的・専門的な議論が蓄積されているという点には注意しなければならない (森 (丈) [2017] 41 頁以下参照)。量刑における再犯可能性評価の段階においても、犯因論的リスク要因という視点を全く無視するよりは、それを意識した方が相対的に良いということは疑いえないと考えるが、それよりもなお、専門家の手を借りたアセスメントを行う方が本来は遥かに適切であるという事実が変わることはないのである。

⁷⁵⁰ なお、そもそも犯罪者処遇の理論的基盤として有力なのは RNR モデルだけではなく、「立ち直り (desistance) 研究」や「善い人生 (Good Lives) モデル」といった——RNR モデルと必ずしも相互排他的な関係に立つものではなく、むしろ相互補完的な関係に立つ——モデルが有力に展開されてもいる。その紹介として、小長井 [2016] 70 頁以下参照。したがって、特別予防の経験的考察にあたっては、本来はこれらも考慮に入れる必要があると思われるが、筆者の能力の限界から、ここではこれらを捨象し、本格的検討は他日を期さざるを得ない。

⁷⁵¹ 同旨として、柴田 [2021] 289 頁：「量刑実務において、中核となる 8 つのリスク・ニーズ要因 (セントラルエイト) を評価要素として採り入れるよう、運用の改善を図ることが望ましい。Evidence-Based-Sentencing (EBS) を視野に入れた量刑実務の改善が期待される」。

⁷⁵² その必要性和課題に関する最近の文献として、須藤ほか [2018] 182 頁以下に収録された諸論文を参照。

⁷⁵³ この点に関する最近の文献として、松嶋 [2020] 103 頁以下。須藤ほか [2018] 2 頁以下に収録された諸論文も参照。

在するエビデンスを最低限、意識することで、再犯可能性評価の漸進的な合理化を図るべきであろう。具体的には、さしあたりの考え方として、主要 8 要因に対応する事情については、裁判のレベルでも、それに基づいて再犯可能性の評価を行うことに一定の合理性が認められるが、これに対応しない事情に基づく再犯可能性評価の変更には、その合理性に関して大きな疑義が生じるというべきである。

この関連で極めて興味深い知見を示すのが、柴田守による研究である。すなわち論者は、性犯罪事件における量刑判断に関する（特に特別予防判断に着目した）実証研究の中で、「再犯可能性」に言及していた裁判例 55 件および「更生可能性」に言及していた裁判例 30 件を対象に、テキストマイニングの手法を用いて、特別予防判断において現に重視されている事実の内容を統計学的に明らかにしている。これは要するに、裁判例において「再犯」および「更生」という語が、どのような語と一緒に現れる頻度が高いかを示すものである⁷⁵⁴。その結論を引用すれば、再犯可能性の認定にあたっては、(1) ある一定の期間内での複数の犯行、(2) 規範意識の乏しさ／鈍磨／問題性、(3) 性犯罪や粗暴犯の常習性、(4) 服役歴、(5) 盗撮や痴漢等などのわいせつな行為の前科前歴、(6) 女兒に対する性的な興味／嗜好／犯行、等に言及されている場合が多く、また、更生可能性の認定にあたっては、(a) 被害者への謝罪／見舞金／被害弁償、(b) (交通関係以外の) 前科前歴がないこと、(c) 改善更生への期待感⁷⁵⁵、(d) 親や配偶者による監督、(e) 犯行を認めていること、(f) 反省が認められること、(g) 治療や指導を受ける旨の宣言、等に言及されている場合が多いとのことである⁷⁵⁶。

その上で論者は、これらのファクターについて、上記主要 8 要因（セントラルエイト）との間にかなる対応関係を見出しうるかを考察している。具体的には、まず、犯罪経歴（要因 1）については、前記 (3) 常習性、(4) 服役歴、(5) 盗撮等の前科前歴、(6) 女兒に対する性的興味等、および (b) 前科前歴がないことに紐づけられている。また、反社会的人格パターン（要因 2）には前記 (1) 一定期間内の複数の犯行が紐づけられ、反社会的認知

⁷⁵⁴ 柴田 [2021] 266 頁以下。もう少し具体的に述べておけば、対象裁判例のテキストデータから、「再犯」および「更生」という語について、それぞれどのような語と共に現れている（共起性がある）かを統計学的に明らかにするという手法である。これによって何が判明するのかというと、例えばこの分析から、「再犯」という語とよく共起するものの一つに、「及ぶ」という述語があることがわかる。この共起がどのような文脈で発生しているかを実際のテキストに当たって確認してみると、「○○ということを言わざるを得ない（得ず）」という形で用いられる傾向がある。この語はさらに、「規範意識」という語と共起性があることも確認される。そうして最終的には、裁判例においては、規範意識の乏しさ、鈍磨、問題性に言及がなされた上で、それが再犯可能性の認定に効いている場合が多いという傾向が見出されるのである。

⁷⁵⁵ これはそのまま、裁判官が改善更生を期待しているということである（柴田 [2021] 271 頁）。そうだとすると（筆者の側に誤解があるかもしれないが）、論者の研究を、更生可能性の認定にとって現に重視されている事実（そのような意味での量刑事情）の解明という観点から援用する場合、期待感は、量刑判断の理由命題ではなく、むしろ結論命題（の言い換え）であろうから——つまり、「期待感のあることが、更生可能性の根拠となる」のではなく、「例えば前科前歴がないから更生を期待でき、すなわち更生可能性が認定できる」ということであろう——、上述した意味での量刑事情からは除外されることになる。

⁷⁵⁶ 以上につき、柴田 [2021] 274 頁。

(要因 3) には、前記 (2) 規範意識の鈍磨等、(a) 被害者への被害弁償等、(c) 更生への期待感、(e) 犯行を認めていること、(f) 反省、(g) 治療等を受ける宣言が紐づけられる。最後に、家庭環境・婚姻状況 (要因 5) には (d) 親や配偶者の監督が紐づく。以上に対して、不良交友 (要因 4)、学校・職場 (要因 6)、余暇・娯楽 (要因 7)、物質乱用 (要因 8) は、いずれのファクターとも紐づけられない⁷⁵⁷。これを踏まえて論者は、性犯罪量刑における特別予防判断においては犯罪経歴および反社会的認知が強く重視される傾向にあり、「8つのリスク・ニーズ要因 (セントラルエイト) に照らして見ると、一部の要因への偏りが生じてしまっている」と診断し、残ったリスク要因に関する視点の共有を進めると共に、関連する資料の充実を図るべきであると提案している⁷⁵⁸。

同研究について検討すると、以上の知見が、量刑実務における特別予防判断の「偏り」を示唆するものであるかどうかは、むしろこれが性犯罪という罪種の特殊性の反映である可能性⁷⁵⁹も考えられることから、さらなる検討を要すると思われるが、全体としては、極めて重要な示唆をもたらすものと評価すべきである。具体的にはまず、量刑実務の内在的理解という側面からいえば、犯罪経歴の中でも同種行為の前科・前歴が重視されているように思われ、また反社会的認知の中でも、やはり同種行為に及びうる価値観・嗜癖等が重視されているように思われる点からすると——もちろん、性犯罪の量刑に関する研究を量刑全般に安易に一般化することは避けなければならないとはいえ——、裁判所は特別予防判断において、犯罪一般の再犯リスクよりも、同種犯罪の再発リスクを重く見ていると言えそうにも思える⁷⁶⁰。また、このような研究によっては、セントラルエイトの観点を、裁判例で頻出する言い回しに「翻訳」することが可能となると思われ、それによって量刑における特別予防的考慮をめぐる、各当事者の立証戦略および裁判所の判断方法のさらなる合理化が促進されると期待できる。次に、その一方で、量刑実務に対する批判的視点の確保、ないしその発見という側面からいえば、前記立証戦略や裁判所の判断における盲点を発見することにもつながることは、論者が指摘する通りである。

このように、RNR モデルにおけるセントラルエイトという視点は、量刑における特別予防関連事情 (の正当化根拠や重みづけ等) を整理するための図式として有用であると同時に

⁷⁵⁷ 柴田 [2021] 287 頁。なお、セントラルエイトの訳語は本稿の採用したものと平仄を合わせた。

⁷⁵⁸ 柴田 [2021] 286 頁。

⁷⁵⁹ とりわけ、下注 (760) 参照。

⁷⁶⁰ この視点からみれば、性犯罪量刑の裁判例が、とりわけ犯罪経歴と反社会的認知が強く重視されている——それも、異種前科や、一般的な意味において犯罪に親和的な認知よりも、問題となっている性犯罪と関連のある行為・認知が重視されているように見える——という「偏り」も、合理的に理解できるかもしれない。つまり、これらの事情は、少なくとも直観的には、「同種行為の」再犯リスクと強く結びつくように感じられる一方で、他の事情 (例えば、薬事犯以外の場合における物質乱用や、不良交友、余暇・娯楽など) は、犯罪一般の再発リスクとは結びつくものと思われるが、同種行為の再犯リスクとダイレクトに結びついてはいないように思われるのである。

なお、このように考えてくると、今度は、なぜ犯罪一般の再発リスクではなく、同種再犯のリスクに特に着目するのか、そのようにすべき規範的理由は存在するのか、という点が気にかかってくるが、これに関連する問題は、本章 II. 5-1-2. とりわけ下注 (815) で検討される。

に、柴田研究が適切に先鞭をつけた通り、この図式を生かせば、裁判例における特別予防的考慮の現状を、従来よりもきめ細やかに理解できるという効用をも有する。したがって、(実務へのより本格的な導入という論点も存在するが、それ以前に)「当為としての量刑基準論」に取り組む際にも、特別予防的考慮について検討する場合には、セントラルエイトに十分な意識を向けるべきであると考えられる。

②再社会化に基づく量刑の加重は禁止されるべきである。ここで「量刑」というのは、自由刑の期間のことを指しており、刑種の選択(例えば執行猶予と実刑の選択判断)とは区別されていることに注意されたい(以下においても同様である)。さて、自由刑の第一の本質的内容が自由剥奪に求められることに異論はないと思われるが、上述した一般反応性原則の観点からして、この自由剥奪それ自体に再社会化効果を認めるのが不合理であることは——小池説においても指摘されていたが、上に見た経験的考察に照らしても——明らかである⁷⁶¹。刑務作業を考慮に入れてとしても、それは認知行動的な理論的基盤を持つものでない以上、同様に解さなければならない。したがって、再社会化の必要性に関連する事情を本来的加重事情と捉えること——厳密に言えば、再犯可能性の高さを示す事情の存在を認定して、重い刑罰による再社会化が必要であるという理由づけによって、同事情を本来的加重事情と捉えること——は、禁止されるべきである。この点で小池説の結論は妥当であるといえることができる。

③再社会化(非社会化の回避)に基づく量刑の軽減および行為者にとって有利な刑種選択は正当である(ただし、基本的に、刑の量定ではなく刑種選択判断に反映させることが望ましい)。行為者の再犯可能性が低く見積もられる場合、上述したリスク原則の観点からすれば、強度の介入はかえって行為者の再犯可能性を増悪させ、その社会復帰を阻害するおそれが高い。それゆえ、再犯可能性の低さを示す事情を根拠にした量刑の軽減は認められるべきであろう(ただし、量刑を多少、軽減したところで、非社会化効果が有意に低下すると合理的に期待できるかどうかという点には疑問もある。結局のところ実刑に処されてしまうのであれば、悪風感染や社会資源の喪失のおそれはほとんど同程度に生じてしまうのであって、〔例えば〕1年程度の刑期軽減は焼け石に水ではないだろうか。その意味でこの考慮は、次に述べる刑種選択の場面の方においてこそ、重要な意味をもつと考えるべきであるように思われる)。同じことは、刑種選択の場面でも妥当するはずである。すなわち、責任刑の幅が実刑と執行猶予の間にまたがっていると考えられる場合において、行為者の再犯可能性の低さを理由に執行猶予を選択することは合理的であり、そのようにしてこそ、行為者の社会復帰に資するというべきである(なお、上では「再社会化に基づく」と記したが、保安の観点からしても、低リスク者に強度の介入を行うことはかえってリスクを高めることになる以上、結局は同じ結論が導かれる)。単純執行猶予と保護観察付執行猶予との間の選択判断についても同様であろう⁷⁶²。それゆ

⁷⁶¹ とはいえもちろん、この点については、より具体的な実証研究を踏まえたさらなる検討の余地がある。さしあたり、ドイツの研究状況の概観として、シュツレング [2011] 46-47 頁、Streng [2012] Rn. 67 ff., 310 ff., 324 ff.

⁷⁶² 一部執行猶予の選択に関しては——もちろん別途検討を要するが——、行為者の再犯可能性が高いから実刑を選択して徹底した矯正処遇をはかるためにそれを選択する、というように考えるべきではない。むしろ同制度は、その創設以前であれば行為責任に照らして実刑を免れなか

えこの点でも、小池説の結論は、（刑種選択と刑の量定を区別して論じるべきではないか、という疑義を除けば）妥当である。

④保安に基づく、行為者にとって不利な刑種選択は正当であるが、刑量の加重の正当性は大きい疑問である。すなわちまず、行為者の再犯可能性が高く見積もられる場合に、不利な刑種を選択することは合理的である。なぜなら、刑事施設に収容することそれ自体に、執行猶予の威嚇効果や保護観察の監視効果とは強度が質的に全く異なる、物理的な再犯抑止効果があることは疑いえないためである。例えば、行為責任に照らすと実刑と執行猶予の両方が考えられるという境界的な事例において、再犯可能性が高いと見積もられるという場合であれば、実刑を選択することによって当面の再犯を抑止することには意味があろう⁷⁶³。

これに対して、専ら自由刑の量定を問題とする際に、再犯可能性の高さのみを理由に——すなわち、保安を根拠として——刑量を加重することが合理的であるかどうかは疑問である。例えば、薬物事犯における再犯加重の文脈においては、再犯があるごとに2か月から4か月程度、刑期を上乗せしてゆくという、いわゆる「段階的量刑」が実務上定着しているとされる⁷⁶⁴。しかし、この加重を威嚇や改善（再社会化）の見地から説明する場合には、「数月程度加重すると犯人に対する威嚇ないし改善効果が生じて再犯の可能性が減少するという説明は極めて疑わしい」という正当な批判が妥当することになる⁷⁶⁵。すなわち、そもそも威嚇および改善の効果が刑罰によって生じる（および、その効果が刑期の長短に比例する）という想定自体が経験的にみて不合理である以上、数月程度の加重にその効果を認めるのは

ったであろう行為者に対して、刑罰以外の処遇による犯因論的ニーズへの働きかけ（その意味でのダイヴァージョン）を行う機会を担保するために創設されたものであると理解するべきであろう。その意味で、一部執行猶予は「全部実刑の亜種」であり、その選択判断は、行為責任に照らせば実刑相当（＝単純執行猶予はあり得ない）という判断を前提として、それでも一部猶予であれば行為責任の観点からしても正当化されうること、および、そうしてこそ特別予防的効果が最大化されると期待されうること、という二点を基準として行われるものと理解することになると思われる（小池（信） [2017a] 27-28 頁および 30 頁以下、ならびに太田（達） [2018] 98 頁ほか随所など参照）。

⁷⁶³ 実務上も、実刑から執行猶予までの刑種選択に際して特別予防的考慮は一定以上の重みを持っているであろうと思われる。例えば、最近における性犯罪量刑の実証研究によると、全部執行猶予の選択に際して、特別予防的考慮は「一般情状として、比較的大きな影響力を与えている」とされる（柴田 [2021] 264 頁）。もちろん、この知見を量刑実務の全体に安易に適用することはできないが、少なくとも一般論としてこのような傾向があるとすれば、それは支持できる。

⁷⁶⁴ 難波 [2011] 36 頁以下。なお、無銭飲食等詐欺における段階的量刑についての分析として、安西 [2019] および安西 [2019a] があるが、そこにおける前科を理由とする刑期の上乗せの規模も、上にみた薬物事犯の場合と特段異なるものではないように見受けられる。

⁷⁶⁵ 樋口 [2017] 182 頁。朝山 [2010] 513 頁も同旨。なお、そのほかにも、例えば最近における性犯罪量刑の実証研究によると、「刑期判断において『再犯可能性』という量刑因子（アイテム）が持つ影響力は、【一般情状として、刑の大枠内において、だいたい±12 月程度】と解することができる」とされている（柴田 [2021] 259 頁）。これについても、1 年加重すれば再犯可能性が減少するという説明は、当該加重によって初めて処遇プログラム等の（ある程度の）経験的裏づけのある再犯防止措置が可能になるというような特段の事情がない限り、やはり極めて疑わしいと言うべきであろう。

なおさら不合理だということべきである。それでは、この再犯加重の根拠を保安の見地から説明する見解⁷⁶⁶はどうだろうか。これも、次のような疑問を免れない。すなわち、そもそも保安という再犯防止策は、再犯リスクの高い者をただ収容するだけであり、そのリスクを減少させる（すなわち犯因論的ニーズに働きかける）という作業をそもそも想定していない。そうなると、理論的には、保安加重というのは、再犯リスクの社会における現実化（つまり、再犯）が起こりうる時期を、ただ（数月程度、あるいはそうでなくてもどのみち、責任刑の上限を超えない限りで）「ずらすだけ」のものであることになる。ここから、保安加重はしょせん「一時しのぎ」に過ぎないという批判が生じるわけである⁷⁶⁷。この批判に対して論者は、「具体的事情によっては一時しのぎでも合理的であり得るし、もともと責任の幅によって正当化可能な範囲内でもあるのだから、考慮から除外すべきではない」⁷⁶⁸と応じている。

この点、確かに、「再犯リスクの高い行為者をすぐに社会に戻してしまうわけにはいかない」という意味での「一時しのぎ」——つまり、刑種選択の場面における保安の加重的考慮——は、既述の通り、合理的でありえよう⁷⁶⁹。なぜなら、行為責任に応じた刑を受け、その中で各種の矯正処遇を施されても再犯リスクが低減しなかった者が、それでも社会に戻ってしまうこと——すなわち満期釈放されてしまうこと——は、まさに行為責任の原則に照らしてやむを得ないことであるし、その対応は刑罰以外の手段に委ねるほかにないが、量刑の段階で、行為責任の範囲内で実刑に処することでひとまず保安効果を発揮させるという選択肢がある場合において、それを選ばない理由はないためである。

しかし、それに対して、刑の量定において加重された刑を言い渡しておくという「その場しのぎ」には、そもそも、いかなる意味があるのだろうか。むしろ、量刑段階では（再犯可能性の高さを認識しつつも、それは量刑に反映させずに）加重されていない刑を言い渡しておいて、ひとまず矯正処遇をはじめとする行刑段階での対応に望みを繋いでおき、その中で再犯リスクの低減が認められれば仮釈放を検討することになるし、逆に認められなければ、満期釈放まで待つという意味での「加重」（つまり、仮釈放の時期を遅らせ、あるいは最後まで認めないという意味での不利益な取り扱い）で対応できない理由は、存在しないのではないだろうか。

ここで注意しておかなければならないのは、刑種選択判断に関する再犯可能性評価・保安的考慮と、量刑判断に関するそれとでは、行為者の再犯リスク評価の時間的起点が異なるということである。すなわち、刑種選択において問題となっているのは、まさに「いま」の問題である。実刑となれば、行為者は「いま」（あるいは、すぐに）刑事施設に収容されることになるし、そうでなければひとまず行為者は「いま」（あるいは、すぐに）社会内に戻ることになる。それゆえこの場合においては、例えば、現在を起点として、その後の3年間に再犯が起こる可能性はどの程度か、などと考えることになる。最終的に考慮対象となるのは、現在～3年後までの期間における再犯可能性である。これに対して、刑罰の加重におい

⁷⁶⁶ そのような立場として、小池（信） [2014] 63 頁。

⁷⁶⁷ 論者自身、そのような批判のありうることを認めている。小池（信） [2014] 63 頁および同頁注（43）参照。

⁷⁶⁸ 小池（信） [2014] 63-64 頁。

⁷⁶⁹ 野村（健） [2020a] 85 頁参照。

て問題となるのは、究極的には、「満期釈放時点」を起点とした再犯可能性評価である。すなわち例えば、満期釈放時点が 3 年後であれば、最終的に考慮対象となるのは、3 年後～6 年後までの期間における再犯可能性を考えることになるのである。

これを確認した上で、上述したところの、そもそも再犯可能性評価においては究極的に「先のことはわからない」という原則を想起する必要がある。再犯可能性評価の正確性が最も高く期待されるのは、「いま」の再犯可能性評価であって、これが 1 年後、2 年後、3 年後と先のことになるにつれて、その評価の正確性に関する期待値も低下してゆく。そうなる場合場合には、専門的訓練を受けていない裁判官が、専門家ですら極めて困難な「将来起点」の再犯可能性予測を行わなければならないことになる。そのような予測判断に、経験的合理性が認められるとは思えない。まして、5 年や 10 年、20 年後となれば、いよいよ予測不可能であるという他にないであろう⁷⁷⁰。そうであれば、行為者の再犯可能性が高いと考

⁷⁷⁰ この点、太田（達）[2018] 104 頁は、死刑と無期の選択判断——これも特殊な問題であり、ここで本格的に検討することはできないが——に関して、更生可能性の有無を根拠に死刑選択を否定または肯定するという実務が定着していることを確認した上で、「これなどは無期刑で刑事施設に 30 年以上収容し、いろいろな処遇を行った後の更生の可能性を判断しているのである」と的確に分析している。もっとも、論者はその直後の部分から、実務上はこのような判断が可能であると解されているのであり、かつ論者自身もその合理性を少なくとも否定しない、という形で議論を進めている。しかし、端的に言って、30 年後時点における行為者の再犯可能性予測など、いかなる意味でも不可能・不合理であるという他にないのではないだろうか。そうすると、例えば小池（信）[2013] 83 頁のように、更生可能性——これを文字通り、30 年後時点において行為者の再犯リスクが低下していると一定の蓋然性をもって予測しうること、などと理解するとして——の存在を、死刑回避の根拠とすることもできなくなる。30 年後時点における行為者の再犯リスクは、あるとも言えないし、ないとも言えない、と考えるほかにないはずだからである。

しかしここで、真に疑わなければならないのは、この文脈にいう「更生可能性」を、上のように「文字通りに」、すなわち経験的に理解することの妥当性である。すなわち、死刑・無期刑の選択判断を行う裁判官が「行為者の更生可能性」をいうとき、そこでは本当に、冷静かつ科学的な意味における、30 年後を起点とした行為者の再犯可能性予測が問題とされているのだろうか。それが可能か不可能かという以前に——不可能なのであるが、それとは無関係に——、そもそも裁判官は実際のところ、そのような予測を行おうともしない、と解する余地はないだろうか。むしろ例えば、ここにいう「更生可能性がない／ある」というのは、犯罪の態様や動機といった諸般の事情からして、行為者に対して共感がまったくできず、すなわち我々とは全く異質の価値観が犯行に表れていること、その意味で行為者との間で理性的・価値的なコミュニケーションをとる可能性がほとんど想定できないことを指して「更生可能性がない」と表現し、あるいは上記のような可能性が残されていることを指して「更生可能性がある」と表現しているのであって、すなわちその実体は行為責任判断（その中でも、期待可能性の程度の判断。上注（670）の本文部以下で、試論としてではあるが述べた通り、期待可能性判断の実体は、行為者と国家の期待する一般人との間の「価値観の比較」であると解する余地がある）であると捉える余地があると思われる。

より一般化すると、次の⑤とも関係することであるが、そもそも、一般に量刑実務において「特別予防的考慮」とされていたり（少なくともそのような名称で呼ばれていた）、あるいは学説において特別予防を根拠するものとして提示されている考慮が、本当に特別予防的考慮である

えられる場合であっても、ひとまず実刑を選択したならば、あとは矯正処遇に対応を委ね、再犯リスクが改善したならば仮釈放を行えばよいし、改善しない、または増悪するようであれば満期釈放まで仮釈放を許さなければよい、という考え方も成り立ちうるように思われる。確かに、量刑判断の時点で、「数年後にも行為者の再犯リスクは全然低下していないはずだ」という強い直感が生じる場合もありえようが、その経験科学的合理性は極めて疑わしいものであることは、銘記されるべきである。そのような不確かな「憶測」に基づいて量刑を加重することが、公正なことであると自信をもって確言できるだろうか。あるいは仮に、それに従って量刑を加重したとしても、おそらくはせいぜい数月か1年程度であり、あるいはどこまで行っても責任刑の上限までである。そのような「数月～1年程度の保安効果」の利益——それはもともと量的に小さいが、さらに数年後の再犯可能性予測は正確性が著しく低いため、なおさら小さいものとなる——は、本当に、数月～1年程度の自由剥奪の不利益を優越するものと評価できるであろうか。逆に、それではより大きく量刑を加重して、責任刑の上限ぎりぎりの刑を言い渡すとしても、その前提となっている再犯可能性予測の正確性が低いことには変わりはない以上、「保安効果の利益」はやはり小さく見積もられ、その一方で、当該利益と衡量されるべき自由剥奪の不利益はさらに大きくなっているのである。

要するに保安加重は、その程度が小さければ、数月あるいはせいぜい1年程度、行為者の再犯を遅らせたところで何の意味があるのか、また、加重しない刑を言い渡しておいて仮釈放で調整することでは足りない合理的根拠をもって反論できるのか、できないのであれば被告人に有利な選択肢——すなわち保安的加重の否定——を支持すべきではないのか、という批判を招く。そうかといって、保安に基づいて数年等の加重を行い、あるいは責任刑の上限ぎりぎりまで加重を行おうとすればするほど、将来起点の再犯可能性予測という「憶測」に基づいて被告人の利益を大きく害することの正当性に重大な疑問符が付いてこざるを得ないのである。

したがって、例外が一切存在しえないとまで断言することはできないが、原則として、保

のか、我々はそこで本当に特別予防のことを考えようとしている、あるいは考えたいと思っているのか、ということは、常に自己批判的に反省しておく必要があると思われる。第3章II. 2-1. で紹介した松村良之による実験研究において示されていた通り、一般人の思考においては、応報・一般予防・特別予防は概念的に截然と区別されておらず、刑罰による一般予防を支持しながら、その考慮の実体は、理論的にみればむしろ応報である、といったことが起こる。しかし、法学の専門的訓練を経た者も、この種の概念的混乱を常に免れ得るわけではないと思われる。例えば、犯罪行為のあまりの悪辣さに、考える間もなく「この行為者には徹底した矯正処遇が必要である」という思考が浮かんだことはないだろうか。その時に、その考慮の実体はむしろ、犯罪行為に対する道徳的非難であって、したがって実は犯情として整理すべき事柄であるかもしれないと疑ってみずに、ただ言葉の表面だけを捉えて、自分の頭の中にいま浮かんでいるのは特別予防的考慮なのだとは結論づけ、片付けてしまったことはないだろうか（少なくとも筆者にはその経験がある）。かつてのスウェーデンにおいて、特別予防に重点を置いた刑法改正——いわゆる保護法草案——が取り沙汰されたときに、カール・オリヴェクローナはまさに、保護法草案をめぐる政策的議論の中では、このような特別予防的考慮と「道徳的動機」が混同されていることを喝破したのであった（第1章注（62）参照）。このオリヴェクローナの警告は、現在でも真剣に受け止めるに値するものであるように思われる。

安に基づく刑量の加重は正当化されないと考えるべきである。むしろ保安の考慮は、刑種選択において反映されるべきである。それゆえ保安に関する小池説の結論は、半分正当、半分不当と評価することになる。

最後に、原理的には、同じ問題は非社会化の回避に基づく刑量軽減との関係でも生じる。すなわち、上でも示唆した通り、「実刑か実刑回避か」という選択判断は、悪風感染の可能性や、行為者の社会的資源の維持または喪失（例えば、実刑に処されれば、そうでない場合よりも職業を失う可能性や、家庭が崩壊する可能性は大きく高まると考えられる）にとって大きな意味をもつ。しかし、どのみち実刑に処されてしまうのであれば、その期間が多少変わろうとも、非社会化にとって重要な相違は生じないようにも思われる。裁判時において行為者の再犯リスクが低いように見えても、矯正処遇を通じてこれを改めて正確に見極め、本当にリスクが低いのであれば早期に仮釈放を行えばよい、という考え方も成り立ちうるのではないだろうか。この点、非社会化の回避を根拠とする刑量軽減は、被告人に有利な判断である以上、その経験的根拠の脆弱性は、保安加重の場合ほど大きな問題にはならないため、やはり一律に禁止するには及ばないが、経験的根拠に疑義がある以上は、量刑においてその考慮を多用することは望ましくない（例えば、「ふさわしい刑の要素」の考慮として構成することで同じ結論を導きうるのであれば、そちらを選んだ方がよい）ということはできよう。

このように、以上③④を別の観点から整理すれば、量刑における特別予防的考慮は、保安であれ再社会化であれ、主に刑種選択判断に反映されるべきであり、これに対して量刑判断にそれを反映させることは、一律に禁止されることはなくとも、基本的に正当化されないと考えるべきである、ということになる。その意味で、この部分における私見の結論は、実質的には、ドイツ量刑論における少数説である位置価説⁷¹に接近することになる。

⑤ある量刑事情の考慮根拠は、可能な限り、特別予防以外の観点から説明するべきであ

⁷¹ その内容を簡潔に述べれば、刑の量定は専ら行為責任に応じて行うべきであり、これに対して刑種選択判断は専ら予防的考慮に基づいて行うべきであるという見解である。わが国における紹介・検討として、阿部 [1984] 133 頁以下、岡上 [1993] 99 頁以下、城下 [1995] 101 頁以下、本庄 [2002] 201 頁以下、小池（信） [2006] 41 頁以下など参照。わが国の論者は位置価説に対して総じて批判的であると思われるが、そもそも同説はドイツ刑法における量刑規定を前提として、その条文解釈を大きな根拠として主張されたものであると思われ、私見とはその理由づけが大きく異なるし、また私見は「特別予防的考慮は刑種選択判断に（事実上）限定される」と述べているのであって、「刑種選択判断の論拠は特別予防的考慮に限定される」とは述べていないため、私見と位置価説は外観上似ているだけで、実際の主張内容は重要な部分で異なっている点も確認しておく必要がある。さらに言うと、そもそも均衡説（ここでは私見のような予防的均衡説ではなく、応報的均衡説を指す）に立つ論者が、重さが同等と解される二つの制裁の選択判断を予防的考慮によって行うことを——重さが同等である以上、均衡原理に抵触しないため——許容する結果、位置価説類似の結論に到達することは、それほど珍しいことではない（この点に関しては、小池（信） [2006] 73 頁注（286）参照。さらに、Von Hirsch [2017] 89 ff（邦訳として、フォン・ハーシュ [2021] 97 頁以下）、ドイツでも、均衡説に立ちつつ「位置価説の再興」をいう見解として、Giannoulis [2014] S. 25 ff.）。私見も、このような均衡説の発想と軌を一にするものである。

る。この趣旨を説明するにあたって、まずは具体例を挙げる。例えば、行為者が損害回復を行っており、そこに行行為者の真摯な反省が表れているという事実は、これを再犯リスクを低下させる要素と捉えることで、特別予防関連の本来的軽減事情とみなすことが一応は可能である⁷⁷²。しかし同時に、全く同じ事実は、科刑の必要性を減少させるものとみて、これを「ふさわしい刑の要素」として捉えることもできる。この点、特別予防の視点からは、例えば行為者に就労先や帰住先の見込みがないという事情も認められる場合であれば、これらによって、再犯リスクの低さがいわば「相殺」され⁷⁷³、結果として量刑軽減を受けられないということになりうる。しかし、「ふさわしい刑の要素」として構成する限り、このような問題は生じないし、そもそもこの構成による考慮には、責任刑の幅に拘束されない（この考慮によって責任刑が構成されるのであるから当然である）という長所もある。さらに言えば、そもそも、上のような特別予防的考慮は、刑種選択の際には合理的であるが、刑量に反映させる時には、禁止されるとまでは言えないまでも、その経験的合理性に疑問が残るという問題点もある。まして、特別予防的考慮による量刑の加重を行いたい場合には、その反映は原則として刑種選択において行うほかなく、刑量の加重は——よほど例外的な事情でもない限りは——正当化されないと考えるべきことになる。

このように、特別予防的考慮は、おそらく一般的に考えられているよりも、いわば「使い勝手の悪い」ものであり、かつ、そのように考えるのが経験的にみて合理的であると思われる。ところで、ここで視点を転換すると、とりわけある事情を本来的加重事情として考慮することを検討している場合において、たとえ「第一感」では特別予防関連事情としての構成が思い浮かんだとしても、もしそれを犯情としても構成できるのであれば、そちらで説明するに越したことはないように思われる（端的に政策的利益に関連する事情として構成することも——それ自体、問題含みはであるが——考えられる。こちらの場合、特別予防的考慮とは異なって、刑量の加重根拠として用いることそれ自体に理論的問題はないためである。数月程度の小さな加重を説明する場合であれば、政策的利益に基づく事情の量刑における役割は小さいものでなければならないという原則にも合致するため、その際には、どうしても犯情として構成できないであれば——典型的には犯罪後の事情がこれにあたる——、政策的利益に関する事情と理解・説明するべきであろう）。そうした方が、責任刑の上限を気にする必要もないし（ただし政策的利益に関する事情は、当然、責任刑に拘束される）、上にみたような経験的な懸念をもつ必要もないのである。量刑軽減を問題とする場合であっても、ある事情が一見、特別予防に関連するように思えたとしても、犯情や「ふさわしい刑」の要素、あるいは政策的利益に関連する事情として構成した方が、経験的疑義を回避し、上述したような「相殺」の可能性も考えないで、安定的な判断を行うことができるように思われる。

要するに、特別予防的考慮というのは、いわば量刑の「ウルティマ・ラティオ（最後の手

⁷⁷² 主要 8 要因でいうと、反社会的認知の弱さを示す事情であるということになると思われる。

⁷⁷³ 就労先および住居の確保が社会復帰・再犯予防にとって重要であることは、刑事政策の文脈において広く承認されている事柄であると思われ、実証的な裏づけも存在するが、この点についてはさしあたり、川出＝金 [2018] 279-281 頁参照。主要 8 要因からみても、職業はそもそも 8 要因の一つであるし、また、就労先・帰住先があることは、例えば不良交友の断絶にとっても効果があると考えられる。

段)」なのであって、その他の全ての構成方法——すなわち私見では、犯情としての構成、「ふさわしい刑の要素」としての構成、および、政策的利益に関連する事情としての構成である——によると望ましい結論がどうしても得られない場合にのみ用いるべきであり、逆に、別の構成方法が可能なのであれば、そちらを優先して量刑の理由（に反映する場合であればそれ）に記載し、あるいは裁判員への説明も、なるべく、特別予防以外の構成方法によることとする方が得策なのではないだろうか。これだけでは、理論的言明というよりはプラグマティックな提案にすぎないが、より理論的な側面からも根拠を示しておけば、そもそも判決前調査制度もなく情状鑑定の役割も限定的であるというわが国の量刑の現状に照らすとき、量刑における特別予防的考慮は、説明原理としてはなるべく用いないようにすることで、経験的根拠を無視した予防的考慮が「悪しき慣例」となってしまうことを防ぐべきであるように思われるのである。特別予防的考慮は経験的な事柄なのであって、したがって徹頭徹尾、経験科学的な知見に基づいて行うべきことであり、それゆえ逆に、（本来は、おそらく一般に思われているよりも遥かに）使い勝手の悪い構成方法・説明原理なのであるということ、これが、本稿が特別予防的考慮との関係で最も強調したいことである。

以上によって、特別予防的考慮に関する小池説の、私見の立場からの検討は終了した。改めてまとめておくと、同説は、特別予防的考慮において経験的視点を自覚的に導入し、それに基づいて再社会化加重を否定した点で重要な功績があると同時に、その結論も妥当であるが、その一方で、保安による量刑加重を認める点については、「量刑」の加重との関係では不当である。特別予防に関する量刑加重は、全く例外がありえないとまでは言わないが、基本的には、刑種選択の場面で反映させることを原則とするべきである。特別予防に基づく量刑軽減に関しても、やはり刑種選択を、いわば「主戦場」とするのが経験的にみて合理的であろう。さらに、より一般的な視点として、量刑事情の説明はなるべく、経験的事情に依存しない、特別予防的以外の説明原理に依拠することが望ましいという点も付け加えておきたい。

4-4. 補論：小池説に基づく刑の数量化プロセス

小池説による刑の数量化プロセスについては、本章 II. 4-2-2-2. の②で言及されたが、ここでも簡潔かつ体系的に確認しておく（なお、ここでの整理は、私見が採用する刑の数量化論を小池説に当てはめればどうなるか、という観点から行うものである点に注意されたい）。まず小池説において、責任の存在する不法は、それ自体で量刑に変換しうる実体を有するものである。したがってまず、不法関連事情を選別・認定し、それぞれについて責任の存在を確認する（責任が認められなければ、当然、当該事情を量刑において考慮することは許されない）。こうして「責任の存在する不法」関連事情が洗い出されることになる。この事情をもとにして、量刑傾向の参照を通じ、「不法刑」の幅を暫定的に導出することになると思われる。なお、ここにおいて念頭に置いているのは、二段階的数量化モデルにいう第一段階における考慮である（本章 I. 2-2. の図表 3 参照）。したがって、不法刑の幅の導出に際して考慮に入れられるのは、量刑に対する影響力が大きいと目される、主張な不法関連事情（責任の存在する不法関連事情）であり、より細かい不法関連事情は、下の第二段階において考慮されることになる。続いて、責任関連事情の考慮に入ることになるが、この事情を「本来的加重事

情」と把握することは禁止され、「本来的軽減事情」のみが考慮対象となる（責任加重禁止説）。責任関連事情のうち、量刑に対する影響力が大きいと思われるものは、二段階的数量化モデルにいう第一段階において考慮する。以上によって、「責任刑の幅（第一段階の幅）」が認識されることになる。続いて、上の第一段階では考慮されなかった、細かな不法関連事情と責任関連事情も考慮することによって、「責任に最もふさわしいと思われる刑（の幅）」⁷⁷⁴に目星をつけておくことになろう。あとは、犯罪予防に関連する事情の考慮を行うことになるが、その際には、この「最もふさわしいと思われる刑」を出発点としつつ、「責任刑の幅（第一段階の幅）」を踏み越えないように注意しながら⁷⁷⁵、刑量を調整することになると思われる。

5. 「単なる上限」論④：野村説

最後に、野村説の検討を行う。ただし、野村説を要約する過程では、上において既に私見を明らかにした論点にも多く逢着することになるが、それらについては、いちいち節を改めて下に括り出すことをせず、その場でコメントや、クロスリファレンスを示しておくことにする。なお、野村説による刑の数量化プロセスについては、本章 I. 2-2. において詳細に検討したため、ここでは繰り返さない。

まず論者は、刑罰論においては「処罰を要求する原理」と「処罰を制約する原理」の二つがあることを指摘し、前者は刑罰目的としての犯罪予防に求められ、後者は、その目的追求を行為者利益の保護の見地から外在的に制約する原理としての責任主義に求められるとする⁷⁷⁶。これは、私見の刑罰論の枠組み——刑罰を根拠づける理由（積極的理由）は犯罪予防効果であり、刑罰を限定づける理由（消極的理由）は責任主義などの義務論的制約であるという考え——と実質的に一致するものであって、異論はない⁷⁷⁷。

⁷⁷⁴ 上注 (317) の本文部以下、特に図表 6 を参照。ここで注意すべきなのは、これに続く予防的考慮は、この「責任に最もふさわしいと思われる刑（の幅）」に拘束されるわけではないということである。本章 I. 3-4. を通じて強調したように、上に出てきた「責任刑の幅（第一段階の幅）」や、「責任に最もふさわしいと思われる刑（の幅）」というのは、しよせん、量刑傾向を前提として導出されたものに過ぎない。そして、その量刑傾向自体が規範的に絶対的に正しいものであるという保障などどこにもないのである。それでは、量刑における責任主義の制約をどのように考えればよいのかということ、基本的に量刑傾向に従った刑であれば責任主義にも違反していないと推定してよく（つまり、上記「第一段階の幅」に収まっていれば、基本的に、量刑傾向に最低限従っていると言えるであろうから、とりあえず責任刑の幅もその辺りにあると推定してよい）、ただ、量刑傾向を逸脱しているからといって即座に責任主義違反が帰結するわけでもなく、その検討の際には、逸脱の正当化要件と併せて責任主義違反の有無を検討しなければならない。詳しくは、本章 I. 3-4-2-2. 参照。

⁷⁷⁵ 「責任刑の幅」と「第一段階の幅」は、原則として同視されるが、例外もある。上注 (774) 参照。

⁷⁷⁶ 野村（健）[2020a] 8-10, 25-27 頁参照。

⁷⁷⁷ あえて言えば、予防目的の追求を外在的に制約にする機能を果たすのは責任主義だけではなく、罪刑法定主義や行為主義にもその機能は認められるはずであること、および——これには考え方の相違がありうるが——法益保護主義にもそのような機能が認められうることを指摘でき

続いて問題となるのは、この「犯罪予防目的（＝処罰を要求する原理）」と「責任主義（＝処罰を制約する原理）」とを、量刑基準論の内部でどのように位置づけるか、である。この点で論者は、前者を「不法」に、後者を「責任」に対応させる小池説の構想（いわゆる不法刑基準論）を批判している。既に検討した通り、論者による不法刑基準論批判は必ずしも当たっていないのであるが、不法刑基準論を採らないという結論においては、論者の見解も私見も同じである⁷⁷⁸。

それでは、論者自身は、量刑における「責任と予防の相剋」をどのように処理するのであろうか。

まずは不法概念から見てみよう。論者の結論は、「違法判断の対象は、行為者の行為によって惹起された法益侵害・危殆化に限定されるべきであり、また、その評価も、回顧的な無価値評価に尽きるべきものと考えらるべきである」⁷⁷⁹というものである。その積極的な根拠について、筆者の理解に誤りがなければ、論者はまとまったことを述べていないように思える⁷⁸⁰。あえて引用すれば、「不法の量が大きければ大きいほど刑が重くなるのは、（…）より大きな不法の惹起はより強い非難に値するという価値判断に、説得力が認められるからである」⁷⁸¹という記述はこれに当たるかもしれない。しかし、これでは結論の先取りであろう。なぜ説得力が認められるのか——結果無価値という「回顧的な無価値評価」が、いかにして一般予防という展望的目的から積極的に要請されうるのか——ということこそ、明らかにしなければならないのである。

この点に関する私見の立場も既に確認したが、改めて簡潔に確認しておこう。第一に、行為無価値論からは、（消極的）一般予防目的——すなわち、人の意思に行為時点で働きかけることによって、犯罪を抑止し法益を保護するという法益保護プロセス——からは、行為時点での違法判断が帰結するというものがあるが、既述の通り（本章 II. 4-1-1. 参照）、むしろ、そのように理解された一般予防目的を前提としても、結局は結果無価値論の正当性が導かれるように思われる。第二に——私見にとってはこちらの方が遥かに重要であるが——、経験的に正しく理解された積極的一般予防論によれば、刑罰制度の積極的一般予防効果は、「公衆の正義観念に従った処罰」を行うときにこそ最大化される。ところで、公衆が処罰対象とするのは、その正義観念に照らして「けしからん行為」である（これを私見は「不正行

よう。詳しくは、本章 I. 3-1. およびそこで引用した文献を参照。

⁷⁷⁸ 詳細は、本章 II. 4-2-2. 参照。

⁷⁷⁹ 野村（健） [2020a] 22 頁。

⁷⁸⁰ 論者は、野村（健） [2020a] 19-21 頁において、一般予防目的から量刑における行為無価値の考慮を導く見解——具体的には小池説である。その内容について詳しくは、上注（604）の本文部以下を参照——を詳しく批判してはいる。この点、量刑における行為無価値の考慮に対して批判的であるのは筆者も同様であるため（本章 II. 4-1. 参照）、少なくとも論者の結論には異論がない。しかし、「量刑において行為無価値を考慮できない」ことから、「量刑において結果無価値を考慮できる」ことは論理的に導出されない、という点に注意する必要がある。前者によって得られるのは結果無価値論の消極的正当化に過ぎず、我々はさらに、結果無価値論の積極的正当化をも必要としているのである。この積極的正当化について、論者はまとまった議論を示していない（ように筆者には見える）というのがここでの趣旨である。

⁷⁸¹ 野村（健） [2020a] 24 頁。

為」と呼んでいるが、「社会通念上、けしからん行為」であるとか、「社会的倫理規範に違反する行為」と言った方がわかりやすいかもしれない⁷⁸²。つまり、比喩的に言えば、不法の原型ないし基体は、社会倫理規範違反（公衆の正義観念の逆鱗に触れること）である。積極的一般予防のことだけを考えるならば、社会倫理規範違反行為を全て処罰することこそが正当化される。しかし、刑法の任務は、社会倫理規範の保護ではなく、法益保護である（積極的一般予防目的の追求に対する義務論的制約としての法益保護主義）。したがって例えば、社会倫理規範には違反するが法益は侵害・危殆化しない行為——日本には処罰規定がないが、いわゆる猥褻や、完全な同意のもとで行われる親族間性交などはその典型である——は、法益保護主義の制約により、違法評価を受けることができず、処罰対象から排除される⁷⁸³。つまり、正義観念に照らして「けしからん行為（不正行為）」は、法益保護主義によって、いわばその不純物を切り落とされ、「法益を侵害または危殆化する行為」となるのである⁷⁸⁴。野村説との関係では、後者については私見に独自の刑罰論的前提に基づくものであるため、共有できないかもしれないが、前者については野村説の前提とも矛盾しないものと思われる。いずれにせよ、量刑不法において行為無価値の考慮は排除されるべきであり、これを結果無価値に純化すべきであるという結論においては、論者と筆者は共通していると思われる。

続いて責任概念について見てみると、論者は端的に、他行為可能性（他行為可能性）の程度の大きさを示す事情は責任加重事情として考慮し、その小ささを示す事情は責任軽減事情として考慮する、というシンプルなモデルを提示している⁷⁸⁵（なお、論者は責任加重禁止説の正当性を否定している⁷⁸⁶）。この点にも異論はない。

以上によって、不法または責任に関連する量刑事情の選別基準が示されたことになる。ところで私見では、これら「行為責任の要素」としての量刑事情によって責任刑が根拠づけられるところ、その責任刑は、行為責任評価とは無関係であるが「責任刑」を軽減する事情、すなわち「ふさわしい刑の要素」によって軽減される。この点、論者は、このふさわしい

⁷⁸² 詳しくは、本章 I. 3-1. および 3-2-1. 参照。

⁷⁸³ わが国でもありうる例を簡単に挙げれば、不能犯論において、積極的一般予防目的からは具体的危険説が帰結するが、これは、法益保護主義の制約によって、客観的危険説に修正されなければならない。

⁷⁸⁴ 法益を侵害または危殆化する行為が公衆の正義観念の逆鱗に触れるであろうことは当然である（別の言い方をすれば、そこでは、公衆の正義観念に照らすと「何の罪も無い若者の将来を奪う、許せない行為」と記述されていたものが、法益保護主義の制約によって、「人の生命を侵害する行為」と記述し直される。法益保護主義は、法益と無関係な不正行為を排除するだけではなく、法益と関連する不正行為に対して、まさに法益関連行為としての記述・定義を与えるという機能も営むのである）。逆に、もし公衆の正義観念に照らした無価値評価が全く向けられないが、法益侵害性または危険性を認めざるを得ない行為というものがあるとすれば、その犯罪化および処罰は、積極的一般予防効果を欠き、すなわち処罰の積極的理由を欠く以上、刑罰を科するための「エンジン」が動いていないことになるから、正当化されない。

⁷⁸⁵ 野村（健）[2020a] 31 頁以下参照。私見の詳細は、本章 II. 4-2-1. 参照。

⁷⁸⁶ 野村（健）[2020a] 4 頁以下参照。本章 II. 4-2-2. で検討した通り、論者による責任加重禁止説批判は必ずしも当たっていないが、責任加重禁止説が不当であるという結論には筆者も同意する。

刑の要素を、むしろ行為責任の要素として位置づけるべきだ（つまり、それらの事情は一見すると行為責任評価とは無関係であるように見えるが、実はそうではないのだ）、という議論を展開している⁷⁸⁷。しかし、これが不当であることは既に示した通りである⁷⁸⁸。責任刑の構成要素である「行為責任の要素」と「ふさわしい刑の要素」は、厳密に区別しなければならない。

こうして責任刑の構成要素が出揃う。ところで、論者によれば、刑罰目的の一つである一般予防目的は、この責任刑を科すること——すなわち、責任非難をさし向けること——を通じて実現されるものであるが、特別予防は非難とは無関係であるため、責任刑に対して外在的な要素にとどまるとする。その上で論者は、「責任刑の上回り・下回り」について、下回りは、予防的利益の衡量の問題であって、一般予防効果を特別予防効果が上回る場合であれば正当化されるが、上回りは、予防的利益の衡量の問題ではなく、たとえ、上回った刑を科した方が大きな予防的利益が実現されるとしても、なお上回りは許されないとする。このような意味で、上回りと下回りの間には、「非対称性」があるというのである。それゆえ、特別予防的考慮は、責任刑を越えない範囲でのみ許される（「単なる上限」論）とする⁷⁸⁹。これについても異論はない。

以上のように、責任刑の構成要素と、特別予防の要素が、野村説において選別される量刑事情である。ところで論者は、これらの事情の「評価方向」について、そもそもある事情の評価方向を加重または軽減に、一方向に定めること自体に対して疑義を呈している（要するに、ある量刑事情について、これは加重方向で考慮されるべき事情なのだろうか、それとも軽減だろうか、などと考えることの意味そのものに疑問を挟んでいる）。しかし、既述の通り、論者の疑義は、「本来的評価方向」と「具体的評価方向」を区別することで解決できる⁷⁹⁰。それゆえ、この論点に関する詳細は、ここでは省略する。

このように、論者の見解と私見は、結論においては一致する部分も多い（ただし、それらの結論の基礎づけ方には相違点も多いように思われ、またそれ以前に、刑罰論的な前提も根本的には異なっているため、具体的な量刑事情の解釈については異なる結論が導かれる場面も少なからず出てくるものと予測される。とはいえ、この点について本稿で詳細に踏み込むことはできない）。しかし、これに対して、量刑における特別予防的考慮の在り方については、私見とかなり異なっている。そこで、この点については、節を改めて、検討を加えることにしよう。

5-1. 野村説における特別予防的考慮の在り方に関する批判的検討

この場面における論者の主張として、私見と対立しているのは、次の二点である。すなわち、(1) 特別予防的考慮に基づく量刑加重は禁止されるべきであること、および、(2) 特別予防関連事情の範囲は責任主義による制約を受けるべきこと、である。以下、それぞれ批判的に検討を加える。

⁷⁸⁷ 野村（健） [2020a] 48 頁以下参照。

⁷⁸⁸ 本章 II. 3-2、とりわけ同 3-2-3. 参照。

⁷⁸⁹ 野村（健） [2020a] 29-31, 63-64, 73-76 頁参照。

⁷⁹⁰ 本章 I. 3-3. 参照。

5-1-1. 特別予防的考慮に基づく量刑の加重は禁止されるべきか？：野村説からの主張

論者の見解は、特別予防的考慮の在り方に関する次のようなモデル⁷⁹¹を提示し、それを批判的に検討するという形で示されている：⁷⁹²

- ①行為者の再犯可能性が低い場合には、非社会化の回避のために刑を軽減する。
- ②行為者の再犯可能性がはっきりしない場合には、責任相当刑を軽減も加重もしない。
- ③行為者の再犯可能性が高い場合には、保安の見地から刑を加重する。

これについて、論者はまず、「③の加重的考慮は、責任刑（責任に最もふさわしい刑）の超過を否定する本書の立場からは、認めることはできない」⁷⁹³とする。その趣旨は次のようなものであろう。すなわち、そもそも論者は点の理論を採用しているが⁷⁹⁴、それを前提として、まずは責任刑を点のレベルに確定する必要がある（すなわち、「責任に最もふさわしい刑」を数量化し）、かつ、「単なる上限」論を採用する以上、この責任刑を特別予防的考慮によって上回ることは許されない、と。しかし、これは不当である。まず、そもそも点の理論が不当であるが⁷⁹⁵、それ以上に重要な認識は、そもそも「責任に最もふさわしい刑」がそれ自体として規範的に正しい保障などない、ということである。既に述べたことであるが⁷⁹⁶、ここでも確認しておこう。まず、論者が提唱する刑の数量化モデル⁷⁹⁷を前提とする限り、「責任に最もふさわしい刑」もまた、量刑傾向を前提として数量化されたものとなるはずである。ところで、量刑傾向は、わが国の裁判官による量刑慣習の積み重ねである。それゆえ、ドイツにはドイツの量刑傾向が、スウェーデンにはスウェーデンの量刑傾向があるということになる。ところで、そもそも各法域は、各罪の法定刑や、その前提となる有期刑の上限などからして大きく異なる以上、その内部における量刑傾向も当然に異なってくる。それでは、どの法域の量刑傾向が「正解」なのだろうか。そのようなことは、我々にとっては「皆目見当もつかない」というべきであろう。そうだとすると、次のように考えるべきことになる。まず、確かに、わが国の量刑傾向を前提とすれば、「責任に最もふさわしい刑」を数量化することはできるし、それを点のレベルにまで特定することも不可能ではないかもしれない。しかし、実はわが国の量刑傾向そのものが、実は「真の責任刑」を反映しておらず、実はそれはもう少し重かったとか、あるいは軽かったという可能性は常に残されているのであり、かつ、それを厳密に認識することは、我々にとっては原理的に不可能である（それはいわば、神のみぞ知ることなのである）。もっとも——少なくとも私見の刑罰論を前提とする限り——、量刑傾向は、行為責任にふさわしい刑に関する裁判官の直観を反映したものであり、つまり、公衆の正義観念を（少なくともある程度は）反映したものとみなすことがで

⁷⁹¹ 小池説である。この点に関する小池説の内容と、その私見からの検討については、本章 II. 4、特に 4-3. 参照。

⁷⁹² 野村（健） [2020a] 83-84 頁。

⁷⁹³ 野村（健） [2020a] 84 頁。

⁷⁹⁴ 私見からの批判も含め、上注（298）の本文部以下を参照。

⁷⁹⁵ 本章 I. 3-4-1. 参照。

⁷⁹⁶ 本章 I. 3-4-2. 参照。

⁷⁹⁷ 本章 I. 2-2. 参照。私見もそれを正当と解している。

きるから、量刑傾向に従った量刑は、(正当な理由なく)それを逸脱する量刑よりも、より多くの積極的一般予防効果を発揮すると期待することができる。そうであれば、ひとまず、量刑傾向に従っている量刑であれば、責任主義にも違反していないだろうと(いわば)擬制しておいて、量刑傾向からの逸脱が問題となる場合には、その逸脱の正当化要件の検討と同時に、責任主義違反の検討も行う、とするのが合理的であるように思われる⁷⁹⁸(責任刑の「本当の正解」は原理的に不明なのであるから、こうすることが、いわば我々にとりうる最善の手段として正当化されるであろう)。そうすると、量刑傾向を前提として数量化された「責任に最もふさわしい刑」は、確かに一つの目安にはなるであろうが、それ以上のものではない。責任刑の「本当の正解」は、それよりも上方にあるという可能性は常に残されているのだから——そこから大幅に加重する場合には、責任主義違反の疑いが強まることになるし、そもそも量刑傾向からの逸脱の正当化要件も満たされにくくなるとは言えようが——調整程度の加重であれば、それを否定すべき理由はない(これを否定したいのであれば、わが国の量刑傾向こそが「正解」であることを立証する必要がある。しかし、上述した通り、それは不可能である)⁷⁹⁹。かくして、上記③に関する論者の議論は不当である。

これに対して、上記①と②については、論者は次のように指摘している。まず、刑罰そのものに改善効果(社会復帰効果)はなく、むしろ非社会化効果がある(つまり、論者の想定では、刑罰を重くすれば、非社会化効果によって行為者の再犯リスクは高まるし、刑罰を軽くすれば再犯リスクは低まる。刑罰と再犯抑止効果は反比例するのである)。それゆえ、再犯可能性の高い者に刑罰を科しても——刑罰によってその再犯リスクが改善することはないのだから——、それはいわば、再犯リスクの「先延ばし」に過ぎない。刑事施設に収容されている間は、確かに(少なくとも社会内での)再犯は行われませんが、収容中にもそのリスクは温存

⁷⁹⁸ 「量刑傾向からの逸脱」と責任刑の幅の関係について詳しくは、本章 I. 3-4-2-2. 参照。

⁷⁹⁹ このように言うと、実質的には、「責任刑の上限・下限(その上回りや下回りの禁止)」による刑量規制機能を放棄するに等しいのではないかと批判されるかもしれない。しかし、私見の考え方は、むしろ、「責任刑の上限・下限」によって量刑を規制しよう(それによって例えば、裁判実務に対する批判的視点を確保しよう)という企図そのものが間違っている、というものである。確かに、「責任刑の上限・下限」概念は、刑罰論と結びついている以上、その理論的重要性は否定されないが、実践的には重要性が低いというべきである。この点については、本章 I. 3-4-2-2. の末尾を参照。また、このように考えても、責任主義の規制機能を放棄したことにはならないという点にも注意すべきである。そもそも責任主義の機能としては、「基準制約機能(つまり、量刑事情の範囲を制約する機能)」と「刑量制約機能」の二つを観念できるのであって、上のように考えても前者の機能は残されるのであり、かつ後者の機能も、前者の機能の反射的效果としての限りで残される(本章 I. 3-2-4. 参照。例えば、行為者の素行・行状そのものは、責任主義により量刑事情から排除されるであろうが、もしここで責任主義が存在しなかったとしたら、素行・行状も量刑において考慮されることになるから、量刑はそのぶん重くなっていたであろう。このように、量刑事情の範囲を制約すれば、自動的に刑量も制約されるのである)。むしろ、「責任刑の上限・下限」によって量刑実務を拘束しようという企ては、責任主義の基準制約機能を看過し、直接的に刑量制約機能を実現させようとする、実現不可能かつ性急な試みであったと言わざるを得ない。まとめれば、責任主義の、「基準制約機能を介さない刑量制約機能」は、むしろ放棄してしまうことこそが正しい。(理想的ではあるが)現実的には不可能な試みに、可能であるかのような装いを与えることによって得られるのは、概念と議論の混乱だけである。

され、あるいは非社会化効果によって増悪するとすら考えられるのであるから、釈放された後に、そのリスクが現実化——つまり、再犯——してしまうかもしれないのである。しかし、その一方で、再犯可能性が濃厚である場合には、非社会化のリスクを冒してでも、「先延ばし」を選ばざるを得ないことはあるかもしれない⁸⁰⁰。しかし、再犯リスクがはっきりしない場合においてまで、非社会化リスクを冒し、「先延ばし」を行う必要があるとは思えない。したがって、①の場合と②の場合とともに、刑の軽減を行うべきである⁸⁰¹。具体的には、再犯可能性が高い場合（上記③）には責任刑を軽減せずにそのまま科し、それがはっきりしない場合（上記②）および低い場合（上記①）には、等しく刑を軽減すべきである⁸⁰²（特別予防加重禁止説⁸⁰³）。

しかし、これも不当であろう。その不当性は、論者が用いる「再犯可能性についてはっきりとした判断ができない場合」⁸⁰⁴（上の図式でいう②）という概念の不明確性に起因する⁸⁰⁵。つまり、この「はっきりとした判断ができない場合」というのが、行為者の再犯可能性がそもそも「わからない、不明である」ということ、すなわちそれを認定できないという趣旨で

⁸⁰⁰ これは上にいう③の場合を念頭に置いたものと解されるため、このとき、論者の見解では、「責任に最もふさわしい刑」をそのまま（軽減せずに）科すべきことになろう（その不当性は既述の通りであり、それゆえ本来は、端的に加重を認めるべきなのではあるが）。

⁸⁰¹ 野村（健）〔2020a〕83-84頁。

⁸⁰² 野村（健）〔2020a〕86頁。

⁸⁰³ 厳密に言うと、実のところ論者は、特別予防加重禁止説を排斥している（野村（健）〔2020a〕88頁以下）。これは、ここまでの議論の脈絡からすると理解困難に映るかもしれない。しかし、論者がこのような結論に至る理由は、「量刑事情の評価方向」という概念そのものに関して、論者が独自の立場に立っているからである。その内容を簡潔に要約すれば次の通りである。例えば、社会的制裁は、一見すると軽減事情に見える。しかし、参照されている量刑傾向において、被告人が社会的制裁を受けていることが通常であるならば、社会的制裁を受けていることを根拠として、問題となっている具体的事件の刑を量刑傾向に対応する刑の幅の中で軽い方に位置づけることは、いわば社会的制裁の二重評価になってしまう（つまり、社会的制裁による軽減は、量刑傾向の中で既に「織り込み済み」である以上、それを重ねて考慮することはできないのである）。また逆に、具体的事件において被告人が社会的制裁を受けておらず、かつ、量刑傾向においては社会的制裁を受けていることが通常であるならば、この被告人の量刑はむしろ重くしなければならないことになる。このように、ある事件において特定の量刑事情をいかなる方向で考慮するかということは、常に参照されている量刑傾向に依存するのであるから、それを離れて、量刑事情の評価方向を問題としても意味がない（それは量刑傾向の内容によって、加重にも軽減にも変わりうるのである）。したがって、「特別予防加重禁止説」という言明にも意味がないから、この説を採用することもできない。論者はこのように考えているものと思われる。

しかし、結論から言えば、この立場は誤りであって、「本来的評価方向」と「具体的評価方向」を区別しないことに起因する概念的混乱に基づくものである。この点は本章 I. 3-3. で詳細に検討したため、そちらを参照されたい。

このように、評価方向概念に関する論者独自の立場は誤っているのだから、それを前提とした「特別予防加重禁止説」の排斥も誤っている。論者の議論からは、同説の採用こそが理論的に導かれるのである。したがって以下では、論者は同説を採用しているものとして扱う。

⁸⁰⁴ 野村（健）〔2020a〕86頁。

⁸⁰⁵ ただ、これはもともと小池（信）〔2008a〕52頁の表現であるから、元を辿れば、ここにおける表現が若干ミスリーディングであったというべきなのかもしれない。

あるのだとしたら、実体論的には、再犯可能性が不明な場合として扱われることになる以上、そもそも量刑における特別予防的考慮が行われないことになって、それゆえ量刑は加重も軽減もされないということになるはずである（ただし、被告人に有利に、再犯可能性が極めて低いものと扱うべきであるという見解も成り立つかもしれない。そうすると、上記①の場合に当たることになるから、当然、量刑を軽減すべきことになる）。これに対して、この「はっきりとした判断ができない場合」というのが、行為者の再犯可能性が高くも低くもない、いわば中程度であると認定できる場合のことを指しているのであれば——①は再犯リスク低の場合、③は再犯リスク高の場合と定義されているのであるから、②の位置には本来、再犯リスク中の場合を位置づけるのが、整理としては自然であろう——、次のように解するべきことになるはずである。すなわち、③は軽減なし、②は少しの軽減、①はそれより多くの軽減、である。しかし、既述の通り、③は端的に量刑を加重するべきである。そうすると、①は量刑軽減であるから、②の場面は量刑を加重も軽減もしない、ということになる。より踏み込んで、私見に即して言うならば、そもそも特別予防的考慮は基本的に刑種選択の場面で行うべきである。ここで、実刑と執行猶予の選択が問題となっており、責任刑の見地からはいずれも正当化できるとする。このとき、①の場合は、基本的には執行猶予を選択すべきことになり、③の場合は、基本的には実刑を選択すべきことになる。これに対して、中間である②の場合は、責任刑をさらに絞り込んで考え、「責任にもっともふさわしいと思われる刑」が、「実刑寄り」か、それとも「執行猶予寄り」かを考える。前者であれば実刑を選択しやすくなり、後者であれば執行猶予を選択しやすくなるであろう。とはいえ最終的には、行為者は再犯をしないだろうと信じるのか、それとも、やはり行為者は再犯に及んでもおかしくないと考えのかという、裁判官の決断の問題にならざるを得ないと思われる。これについて、理論的に、一義的な解決を示すことは不可能であろう。いずれにせよ、このとき②は、端的に①および③の中間なのであって、②の扱いが①と同じでよいということは、ありえない。

5-1-2. 特別予防関連事情の範囲は責任主義などによる制約を受けるか？

続いて論者は、次のような見解に批判を向ける。すなわち、「個別行為にはあらわれなかった犯人の性格」は、「責任の幅の枠内」で考慮するのである限り、「これを禁止する理論的根拠はないし、許容される限界を決める基準も存在しない」⁸⁰⁶。具体例としては例えば、窃盗罪の量刑において特別予防的考慮を行うときに、行為者に盗癖があり、この性癖が窃盗行為を通じて表出しているという場合については、野村説においても、当該事情を特別予防関連事情として考慮できる。これに対して、同じ窃盗の場合において、窃盗行為とは何ら関係がないが、行為者は激昂しやすい性格であり、近い将来に粗暴犯に及ぶ危険性が極めて高いということが認定されたような場合、当該性格は窃盗行為を通じて外に表れたものではないが、その考慮を制約すべき理由はないというのが、上記引用の趣旨である⁸⁰⁷。しかし、

⁸⁰⁶ 井田 [1996] 304 頁。

⁸⁰⁷ 本章 II. 4-3-3. で示した枠組みからも明らかである通り、私見からも、このような考慮に反対する理由はない。行為者の再犯可能性は、問題となっている行為とは無関係なあらゆる事実を考慮して（RNR 原則を意識しながら）評価すべきである。ただ、そこで述べた通り、特別予防的考慮に基づく量刑加重は——特別威嚇はかえって再犯可能性を増悪させ、また刑罰に社会復帰効果は認められないことから——保安を根拠とするものとなるが、保安の考慮は刑種選択（例

野村説によると、これは許されないというのである。

論者によると、その根拠は次の通りである：「犯罪行為を前提としない特別予防は、純粋な保安処分としてはともかく、刑罰としては正当化されない。（…）犯罪行為とは無関係な『行為者の危険性』を持ち出すことは、犯罪行為を口実として実質的な保安処分を科すことに等しい。そのような考慮は、犯罪行為に対する責任という枠を逸脱した特別予防的考慮である点で、責任主義違反であるばかりでなく、処罰規定の目的外使用（上記の例でいえば、窃盗罪の処罰規定を暴行・傷害の防止に転用すること）である点で、罪刑法定主義上の疑義も向けられるであろう」⁸⁰⁸。

しかし、この主張には賛成できない。

まず、「行為に表れていない行為者の危険性」を特別予防の観点から考慮することを、「犯罪行為を前提としない特別予防」と等値するのはミスリーディングである。なぜなら、上の例でいえば、窃盗という犯罪行為の存在が当然の前提とされているからである⁸⁰⁹。

次に、「犯罪行為とは無関係な『行為者の危険性』を持ち出すことは、犯罪行為を口実として実質的な保安処分を科すことに等しい」というが、その趣旨は不明瞭である。逆になぜ、行為に表れた危険性でありさえすれば、その考慮が「実質的な保安処分」でないことになるのであろうか。そもそも保安処分とは——少なくともドイツ法上は一般的であろうと思われる理解を引けば——「公共に対する行為者の危険性が、彼による攻撃から公共を十分に保護するためには責任刑では不十分であるという程度に大きい」場合に、行為者の自由を剥奪して施設に収容することで特別予防をはかる制度である⁸¹⁰。この定義を参照すれば理解できるように、行為に表れた危険性だけを考慮する場合であっても、そのために責任刑を超えた期間の自由剥奪を正当化するならば、それは保安処分であるし⁸¹¹、行為に表れていない危険性を考慮していても、そのために正当化される自由剥奪の期間が責任刑の枠内に収まっているならば、保安処分ではない。考慮対象たる危険性が行為に表出している／していないという区別を、非保安処分／保安処分という境界に連動させ、かつ、後者を問題化するのであれば、その点についてはさらなる説明と正当化が必要であろう。

さらに、行為に表出していない危険性を特別予防の観点から考慮することが、「犯罪行為に対する責任という枠を逸脱した特別予防的考慮である点で、責任主義違反である」という主張も、筆者には賛同できない。繰り返し述べてきた通り、行為者は、その責任を根拠に、その責任によって正当化される限りで——すなわち、責任にふさわしい刑の上限を超えな

えば実刑と執行猶予の選択判断)において反映させるべきであり、刑量の加重においてそれを反映させることの正当性については、私見は懐疑的である。

⁸⁰⁸ 野村(健) [2020a] 87頁。

⁸⁰⁹ ただし、例えば窃盗罪の量刑で、特別予防的考慮の範疇で粗暴癖を問題とする場合には、暴行(など)の罪に及ぶ危険性を、暴行という犯罪行為の存在を前提とせずに考慮することになる、とは言うるし、論者の指摘もこのような趣旨に基づくものであるとも考えられる。そうだとすると、この指摘は、下に見る罪刑法定主義の関係における疑義と同じものであることになろう。

⁸¹⁰ Roxin/Greco [2020] § 3 Rn. 63.

⁸¹¹ それゆえ、責任刑の上限を上回る刑を特別予防的考慮によって正当化しようとする見解に対して、「それは責任主義違反であり、実質的な保安処分を科すことに等しい」と批判を向けるのであれば、それは当然ながら、正当である。

い限りで——、刑罰受忍義務を負う。つまり、犯罪予防という社会全体の利益のために、被処分という犠牲を払うべき義務を負うのである。それゆえ逆に、責任刑の上限を超えない限り、特別予防的考慮によっていくら刑を変動させても——そこにおいて行為に表出していない危険性を考慮したとしても——、「犯罪行為に対する責任という枠を逸脱した」ことにはならない。あるいは、もしかすると論者は、責任非難とは（また、責任非難であるところの刑罰とは）「行為に対する非難」なのだから、この行為に属さない事情を考慮することは責任非難の（つまり、刑罰の）本旨に反する、と考えているのかもしれない。もっとも、この懸念には理論的根拠がないと思われる。確かに、責任非難の名の下に、行為に表れていない危険性を特別予防の観点から考慮すれば、それは責任非難の本旨に反することになる（例えば、窃盗罪の量刑において、行為者の盗癖を考慮し、刑を加重しようとする場合、それによって責任非難が重くなると説明するのであれば、当該盗癖が行為者の他行為容易性を高める事情であると説明するのでない限り、不当となろう）。しかし、そもそも責任非難とは、「消極的責任主義の制約を踏まえた（積極的）一般予防目的の追求」である（この点では、論者の立場と私見の間に、大きな違いは存在しないはずである）。こう考えるとき、責任非難は、一般予防という刑罰目的と関連しているのであり、特別予防目的とは全く別個のものであると解される。つまり——およそ刑罰目的として、一般予防目的のみならず特別予防目的をも承認するという前提に立つならば——、刑罰は、（一般予防目的と消極的責任主義の反映された）責任非難としての機能を果たすと同時に、特別予防目的の反映された、「（一般予防目的と消極的責任主義の反映された）責任非難」としての性質をもたない制裁でもありうると考えることになるのである⁸¹²。このように、特別予防的考慮は、「責任非難」とは全然別の営みであると解される以上、それが行為責任主義の制約を受けない⁸¹³ことは当然ではな

⁸¹² それゆえ逆に、高山佳奈子や小林憲太郎のように、（故意）責任非難を特別予防目的によって基礎づけるという立場を採用する（この立場の不当性については、本章 II. 4-2-1-1. 参照）場合には、故意以外の事情（例えば、盗癖）を特別予防の観点から考慮するときにも、その考慮（に基づく刑罰加重）は、責任非難の名の下に行われると考えることになり、したがって、行為責任主義の制約が責任非難の一環としての特別予防的考慮に及ぼされることになりうる（言い換えれば、責任非難＝特別予防的考慮の判断資料は行為に表れた事情に限定される、ということになる）。しかし、論者はこの立場を採用していないはずである。野村（健）[2020a] 64 頁参照。

これはややこしいため言い換えておくと、前記立場は、（部分的に）特別予防目的に導かれた刑罰のことを責任非難であると定義する。これに対して、その反対説（私見はこちらに含まれるし、野村説もそうであるはずである）は、特別予防目的に導かれた刑罰を責任非難とは定義しない。それゆえ、前者においては、特別予防的考慮に、責任非難ならではの制約が及ぼされうるが、後者においてはそうならないはずだ、ということである。

⁸¹³ もちろん、特別予防的考慮によって責任刑を上回ることはいかなる量的制約も存在するが、これも厳密に考えれば、「責任主義が特別予防的考慮のあり方に対して影響力を及ぼしている」わけではない。責任主義が要請するのは、およそ量刑は——責任以外の刑罰受忍根拠が示されるのでない限り——責任刑を上限とせよ、ということだけである。それゆえ、特別予防的考慮であれ、一般予防の考慮であれ、あるいは（それを許すならば）被害・処分感情の考慮であれ、それらによって責任刑を上回る形で量刑を加重することは許されない。そして同時に、ここにおいて責任主義は、特別予防、一般予防、または被害・処分感情という考慮の「あり方」、あるいは

いだろうか⁸¹⁴。

さらに、行為に表れていない危険性を考慮することは「処罰規定の目的外使用（上記の例でいえば、窃盗罪の処罰規定を暴行・傷害の防止に転用すること）である点で、罪刑法定主義上の疑義も向けられる」というが、いかなる点で「目的外使用」であるのかも、またいかなる点で「罪刑法定主義違反」であるのかも不明である。まず、「窃盗罪の処罰規定を暴行・傷害の防止に転用する」ことになるというが、例えば、窃盗の不法を、暴行や傷害の事実を根拠に認めることがあるとすれば、確かにそれは明らかに不当であって、罪刑法定主義違反、あるいはそれ以前に、ごく基本的な法令適用の誤りであろう。しかし、そのような犯罪成立要件に関する当然の制約とは別に、「窃盗の規定を根拠として科せられる刑罰は、窃盗の再犯予防だけを目的としなければならない」となどと解すべき理論的根拠はない（なぜなら、刑罰目的として特別予防を認める以上、いかなる罪の再犯を防止するのであれ、そのことには刑罰正当化の積極的理由となる利益が認められ、かつ、その利益の追求は、上述した通り、刑罰受忍義務の範囲内では許されるためである）し、まして、それが罪刑法定主義の要請であるというのは——確かに、量刑に対して罪刑法定主義がもつ制約機能の詳細については別個に検討が必要であるけれども——、少なくとも上の説明のみでは、納得できない言明である。窃盗行為者が、窃盗以外の罪に関する、行為に表れていない危険性を認定され、それによって量刑を左右されることが、いかなる意味で国民の予測可能性を害し、あるいは、罪刑法定主義の基礎にある民主主義の思想に反するのであるだろうか？ そもそもわが国の刑法は量刑基準規定を置いていないのであって、例えば刑法 235 条は「窃盗罪の成立要件と法定刑」につ

はその「内容」については、何も語っていないのである。したがって、「責任主義によっては、特別予防的考慮に基づく責任刑の上回りは許されないというように、特別予防的考慮に対して統制が及ぶのだから、行為責任主義の統制によって、特別予防的考慮の判断資料が行為の範囲に限定されてもおかしくない」というような感覚があるとするれば、それには理論的根拠がない。

⁸¹⁴ それゆえ、論者の支持するような結論を導きたいのであれば、責任主義に訴えるのではなく、さしあたり「行為特別予防主義」と呼びうる、「特別予防的考慮は、常に行為に表れた危険性だけを対象に行わなければならない（なぜなら、そうしなければ、判断資料が行為以外に無制約に拡大してしまい、刑法が行為者の行状・素行一般を評価するに等しくなって、刑法の介入根拠が広がりすぎるためである）」というような独自の制約を別個に根拠づけなければならないであろう。行為特別予防主義を責任主義から導くのは、カテゴリー錯誤であって不当である。さて、このような独自の制約を基礎づけることが可能であるかどうかという点については、さらなる検討が必要であるが、筆者は懐疑的である。そもそも目的刑論をとり、そこから特別予防目的を排斥しない以上、刑法には特別予防のために必要な措置を——もちろん、責任主義の制約による、責任刑の量的限界の範囲内（つまり、責任刑の上限を超えない限り）で——とる機能ないし権限が認められることになる。特別予防のためには、行為者の危険性一般を評価することが必要であり、そこから「危険性が行為に表れたかどうか」というような制約が内在的に導かれることはない。そうであれば、外在的制約として構成するしかないが、やはり筆者の考えとしては、確かに、原理的には行為者の素行・犯罪前の日常生活、あるいはその人格一般に判断対象が広がりうるという点に一種の居心地の悪さは覚えるものの、そのような単なる感覚によって、特別予防の判断対象を行為に表れた危険性に限定するという、極めて強力な、かつ、そもそも特別予防実践を骨抜きにし、その再犯予測の精度を毀損することでかえって行為者に不利益をもたらしかねない義務論的制約の導入が正当化されうるとは思われない。

いて定めているにすぎない。そうである以上、そこに、「本罪の量刑に際する特別予防的考慮において、窃盗以外の罪の再犯可能性を考慮してはならない（本規定を窃盗の予防以外の目的で用いてはならない）」という立法者意思を読み込むのは不可能であろう（仮に、立法者が量刑に対するそのような法的統制を意思していたとしたら、既にその旨の量刑基準規定を立法しているはずである）。また、窃盗罪の量刑において粗暴癖を特別予防の観点から考慮することが、国民の予測可能性を害するとも思われない。というよりも、そもそもわが国は量刑基準規定を置いていないのだから、「このような形での量刑判断（例えば、窃盗の量刑で粗暴癖を考慮すること）は予測可能性を害するが、別の形での量刑判断（例えば、窃盗の量刑で盗癖を考慮すること）はこれを害しない」という問題設定そのものが成り立たないはずである（言ってみれば、いかなる量刑判断であれ、すべて一律に予測可能性が害されている、と考えることもできるのである。なお、これが罪刑法定主義の趣旨に照らして好ましい事態でないことはもちろんであり、この観点からすれば、量刑基準の立法を行うのが望ましい）⁸¹⁵。

⁸¹⁵ ただし、上注（760）及びその本文部で言及した通り、事実として裁判所が、特別予防的考慮において、犯罪一般の再発リスクではなく、行われた犯罪行為と「同種の行為の再発リスク」を重視する傾向にあるとは言えるかもしれない。そうだとしたら、それはなぜだろうか。

この関連で、遠藤 [2011] 166 頁は、量刑実務における一般情状の取扱いという文脈で、次のような興味深い指摘を行っている。すなわち、一般に量刑実務では行為責任を中心としつつ、それと関連しない事情（すなわち一般情状）については「示談や前科といった類型化しやすく評価しやすい事情を中心に量刑判断をしてきた」という認識を示して、その背景には次のような「実践的な理由」もあったとする。すなわち、「行為責任以外の予防を中心とした要素に関する判断は、（…）過去の事実に基づいて将来を予測するという判断である場合が多く、したがって、その判断には、不安定さがつきまといやすい。また、その根拠となる事情についても、行為責任に関する事情と比較すると、事実関係の解明やその評価が難しい分野といえる。（…）したがって、前述した運用の背景には、量刑判断における不確実性、不安定な要素を可及的に少なくするという実践的理由があったのである」、と（松田 [2011] 206 頁も参照：「現行刑事手続は、（…）基本的には、過去に犯された具体的な犯罪事実を被告人の犯人性の認定に主眼を置いた制度になっており、『将来に目を向けた展望的な政策的判断』を行うためには限界があることは確かである」）。

これを踏まえれば、次のような推測が成り立つ。すなわち、同種行為の再発リスクは、同種前科や、当該行為に表れた反法益的価値観（例えば性犯罪の場合であれば、他人の性的自由の軽視）という、犯情とも関連する事実によってそのまま認定しやすい（と思われる）。その一方で、より広く、犯罪一般の再発リスクを評価するためには、犯情との関連性が薄いか、または全く存在しないような、いわば行為者の行状一般の認定にも踏み込む必要が出てくるが、量刑の中心はあくまで行為責任判断であるから、立証や事実認定、評価等の主なエネルギーもまた、行為責任・責任刑の評価に注がれるべきである。そうであれば必然的に、同種行為の再発リスクに関連する事実がよく集まるようになり、したがって特別予防判断の重点も同種行為の再発リスクに置かれやすくなるし、また同種行為の再犯リスクに関する心証の方が、犯罪一般（ないし異種行為）の再発リスクに関するそれよりも確実になりやすくなると思われる。このように、もし裁判所が同種行為の再発リスクを特に重視する傾向があるとすれば、その原因は、以上のような事実上の傾向（実体法というよりは手続法上の、立証・認定過程の構造ないし経済の問題）に求められるのではないだろうか。いずれにせよ、犯罪一般ないし異種行為の再発リスクを考慮してはならないという実体法的・規範的根拠は存在しないのであって、認定できるのであれば——もっともそのためには、「判決前調査制度あるいはそれに類似した制度の導入等、実体レベルでの『刑罰論』

最後に補足しておくとして、論者は、「『更生環境』（例えば、身元引受人の有無）のように、行為者の危険性とは直接関係のない特別予防的事情については、責任主義による制約はそもそも問題とならない」⁸¹⁶と述べているが、その趣旨は、筆者には理解できない。身元引受人が有ることは、当然、再犯危険性を低める事情であって、それが無いことは危険性を高める事情であり、そうであるからこそ、「特別予防」的考慮の対象となりうるのである。特別予防関連事情は、それが特別予防関連事情である限り、必ず再犯危険性と関係しているのであって（逆に、関係しないのであれば、それは特別予防関連事情と認めるべきではない）、そこに「直接」も「間接」もないであろう。そうであれば、例えば「身元引受人が無い」という特別予防関連の本来的加重事情は、行為に表れていない、行為者の危険性を示す事情であるから、論者の立場からはその考慮を否定するのが一貫しているのではないだろうか。

以上のように、論者の主張には理由が認められないと思われる。特別予防的考慮における再犯危険性予測においては、認定可能なあらゆる事情を——それが行為に表れているかどうかにかかわらず——判断資料に取り込んでよいと解すべきである。

6. 本章 II. の要約

以上に示した本章 II. の内容を要約する。本章 II. の目的は、上において定式化した均衡説の立場から、従来の量刑基準論を批判的に検討することである。なお、本要約は、主張された内容のうち核心的なものを簡潔に示すためのものであるため、「補論」と題されたセクションは省略している。

まず前提として、量刑基準論は、「単なる上限」論と「基礎としての責任刑」論に二分することができる。これは、責任刑が量刑に対して及ぼす拘束力の態様に着目した分類であるといえる。すなわち前者は、「量刑を拘束するのは責任刑の『上限』のみである」と考える見解であり、後者は、「量刑を拘束するのは責任刑の『上限と下限』である」と考える見解である。なお、「単なる上限」論には、さらに広義と狭義を区別することができる。広義のその定義は、上述した通りである。これに対して狭義のそれは、「量刑を拘束するのは責任刑の『上限』のみであり、上限を下回る範囲における量刑は専ら予防的考慮によって行う」という見解である。つまり、これによれば、量刑における責任刑の機能は、まさに量刑の超えてはならない上限を示すことに尽きるのであり、後は純粹な予防的考慮（主としては特別予防的考慮であろう）によって刑を定めるべきことになるから、例えば責任刑の上限が 10 年の懲役であったとしても、行為者の再犯可能性がゼロであるならば、法定刑の下限まで刑を軽減することが（少なくとも理論的には）要請されることになる（言い換えれば、責任刑の「下限」に、量刑上の意義をほとんど認めない見解、ということもできるかもしれない）。これに対して、広義の「単なる上限」論には、このような見解も含まれるが、それだけではなく、責任刑の上限が示された後で、それを下回る範囲における量刑に際しても、責任刑（の下限）

を『手続法』に反映させるための立法論に行き着くことになる」（松田 [2011] 206 頁）のかもしれないが——それを考慮してはならない理由は存在しないというのが私見である。

⁸¹⁶ 野村（健） [2020a] 88 頁注（47）。

は一定の役割を果たすと考える見解も含まれる（例えば私見はこれにあたる。本章 I. 3-4-2-3. 参照）。以上の点を前提とした上で、本稿では、「単なる上限」論という語を、専ら広義のそれを指す意味で用いる。

1. では、城下説を検討した。その量刑基準論は、幅の理論を前提としつつ、「責任刑を上限として、積極的特別予防の必要性に応じて刑を軽減する」というものであるが、具体的には、同説の主張は、次の五点に整理できると思われる。

(1) 城下説によれば、消極的責任主義からは、「単なる上限」論が論理的に帰結する。すなわち、刑罰は予防の必要性によって決定されるというのがあくまで（目的刑論から導かれる）原則であり、消極的責任主義は、この刑罰を限定づけるものに過ぎない以上、そこからは、量刑が責任刑を超えてはならないという要請は導出されるが、責任刑を下回ってはならないという要請は導出されない、ということである。

(2) 城下説によれば、責任刑の上限を超えない範囲における量刑は、特別予防的考慮、それも、「規範意識の確認・強化の必要性」を指導原理とするところの積極的特別予防の考慮によって行うべきである。その理由としては、まず、積極的特別予防は、犯罪行為者の主体性を尊重すべきであるという要請を満たすものであって、正当である。その一方で、消極的特別予防（すなわち、威嚇と隔離）については、まず威嚇に対しては消極的一般予防に対するのと同じ批判が妥当し、また隔離は、犯罪行為者をも社会の一員と認めるべきであるという考え方と矛盾するものであって、不当である。

(3) 城下説によれば、量刑において消極的一般予防の考慮を行うことは不当である。なぜなら、消極的一般予防（威嚇予防）は、そもそも正当な刑罰目的としては認められないためである。具体的には、威嚇による一般予防効果を社会において発揮させるために行為者を処罰するというのは、行為者を他人の利益のための手段におとしめることであって、個人の尊厳に反するためである（つまり、手段化禁止原理に反するということである）。それゆえ、消極的一般予防の考慮により責任刑を上回る刑を科することが、責任主義に反し、許されないことは当然であるが、責任刑を下回る範囲においても、その考慮は結局のところ許されない。

(4) 城下説によれば、量刑において、積極的一般予防の考慮を行う必要はない。すなわち、積極的一般予防は、正当な刑罰目的ではあるが、それは量刑を左右する独立の要因とはならない。なぜなら、積極的特別予防の必要性に照らした量刑を行えば、そのような量刑は一般人からの納得も得られるため、いわば反射的效果として、十分な積極的一般予防効果も発揮されると考えられるためである。また、量刑において積極的一般予防を追求すると、量刑が、一般人の応報感情を満足させるための量刑へと転化してしまう、という規範的論拠も示されている。

(5) 城下説によれば、量刑における積極的特別予防の考慮は、軽減方向でのみ許容される。なぜなら、責任刑の上限を超えない限りにおいて特別予防的考慮による量刑加重を行う場合、そこでは「量的」な意味における責任主義は満たされているが、その一方で、責任とは無関係な事情によって刑罰が加重されているということは、責任主義が予防的考慮に譲歩していると捉えることができ、その意味で、「質的」な意味における責任主義には反していると考えられるためである。

以上の主張について、均衡説からは、(1) については条件付きで賛成するが、(2)～(5)

については、全て反対すべきことになる。

1-1. では、城下説の主張(1)、すなわち、「消極的責任主義からは『単なる上限』論が論理的に帰結する」という主張を検討した。これに対しては、「基礎としての責任刑」論に立つ論者(小池説)から、次のような批判が向けられている。すなわち、批判者は、その刑罰論上の立場から、不法は刑罰目的(一般予防と応報)によって根拠づけられる一方で、責任は、この不法の考慮を通じた刑罰目的の追求を、消極的に限定づける要素である(消極的責任主義)、と考えている。これは言い換えれば、刑罰は不法の存在によって根拠づけられ、そうして根拠づけられた刑罰が、責任によって差し引かれるということである(もっと簡潔に言えば、不法は処罰のエンジンであり、責任は処罰のブレーキだということである)。ところで、量刑の基礎である「行為責任」とは、「有責な不法」のことであり、かつ、不法は刑罰を根拠づける要素なのであるから、「行為責任」もまた刑罰を根拠づける。そうであれば、「行為責任にふさわしい刑」すなわち「責任刑」は、まさに刑罰目的によって積極的に根拠づけられた刑であって、量刑を消極的に限定づけるだけのものではないということになる。このように、消極的責任主義は、「責任刑は刑罰を根拠づける」という主張とも両立するのであって、「責任刑は刑罰を限定づける」という主張、すなわち「単なる上限」論を論理必然的に導くものではない。このように批判するのである。

これについては、批判者の主張も、城下説の主張も、半分正しく、半分誤っているというのが私見であるが、詳細な論証は省略し、結論だけを記す。まず、私見の依拠する刑罰論によれば、「行為責任」とは、「不正行為」(公衆の怒りが向けられる行為)に対して、法益保護主義や責任主義といった、刑罰を限定づける諸原理による制約(義務論的制約)を及ぼすことで得られる概念である。不正行為は刑罰根拠づけ要素であり、義務論的制約は刑罰限定づけ要素であるから、「行為責任」は刑罰を根拠づける。ところで、ここにいう「不正行為」を「不法」に、「義務論的制約」を「責任」に置き換えれば、その内容は批判者の指摘と全く同じものにある。それゆえ、この点に関する批判者の指摘は、私見からも妥当と解される⁸¹⁷。これに対して、城下説は、おそらく行為責任そのものを専ら刑罰限定づけ要素と捉えるものであるが、それは不当である(かつ、それは実際上も不当な帰結をもたらす。下記1-5. 参照)。

しかしながら、その上で確認しなければならないのは、「行為責任は刑罰を根拠づける」という主張を認めるからといって、「基礎としての責任刑」論を支持しなければならなくなるわけではない、ということである。すなわち私見によれば、責任刑の下限は、積極的一般予防目的によって基礎づけられる(それを下回る刑は公衆の正義観念に反すると考えられるためである)。それゆえ、例えば下限を下回る量刑も、そうすることで積極的一般予防利益を上回る特別予防の利益が生じる場合には、正当化されうる。これに対して、責任刑の上限は、積極的一般予防目的によっても基礎づけられているが(それを上回る刑は公衆の正義観念に

⁸¹⁷ ちなみに、これだけでも、「狭義の単なる上限論」批判としては成立する。しかし、後述する通り、「広義の単なる上限論」批判にはならない、というのが私見の趣旨である。もっとも、そもそも批判者が、単なる上限論として狭義のそれだけを念頭に置いていたのかもしれない。とはいえ、そうであるとしても、下で述べる通り、「広義の単なる上限論」と「基礎としての責任刑論」は異なる見解であり、区別しなければならない。

反すると考えられるためである）、同時に、責任主義という義務論的制約によっても基礎づけられている。義務論的制約とは、帰結主義的な目的追求を、問答無用で遮断する原理である（例えば、仮に、身体刑には大きな一般予防効果があるという経験的知見が得られたとしても、身体刑は義務論的制約として絶対的に禁止される）。それゆえ、責任刑の上回りは、そうすることにいくら特別予防上の大きな利益が認められても、絶対的に禁止されるのである。この絶対的禁止は、既述の通り、消極的責任主義という義務論的制約の論理必然的帰結である。同時に、上で定義した通り、（広義の）単なる上限論は、「責任刑の上回りは禁止されるが、下回りは正当化されうる」という見解であって、言い換えれば、単なる上限論の本質は、責任刑の上限と下限の間に、上述したような「非対称性」を認めるところにあるのである。それゆえ、この限りにおいては、「消極的責任主義からは単なる上限論が導かれる」という城下説の指摘は、確かに正当であったということになる⁸¹⁸。

1-2. では、城下説の主張（2）、すなわち、「量刑においては積極的特別予防を考慮すべきであり、消極的特別予防を考慮してはならない」という主張を検討した。まず前提として、量刑における特別予防について考察する際には、規範的側面のみならず、経験的側面からも検討を行うべきであるが、後者は下記 4-3. で扱われるため、ここでは専ら規範的な観点が考察が行われる。さて、量刑における積極的特別予防の考慮の規範的正当性については、異論はない。これに対して、消極的特別予防の考慮は規範的観点から排除すべきであるという議論には賛成できない。まず、行為者は責任刑の限りで刑罰受忍義務を負うわけであるが、これは要するに、犯罪予防という社会全体の利益のために、責任刑の上限を越えない限りで、被処罰という犠牲を払うべき義務が、行為者にはあるということである。言い換えれば、行為者は、責任刑の限りにおいて、「手段化」される義務を負うのである（責任には、手段化禁止を「解除」する機能がある、といってもよい）。そうすると、それは手段化禁止原理に反すると批判されるかもしれないが、そもそも積極的特別予防を目的とした刑罰であっても、行為者に害悪を賦課することで（つまり、犠牲を払わせることで）再犯防止という社会全体の利益を実現しようとするものであることは否定できないのだから、手段化禁止原理を貫徹するのであれば、積極的特別予防目的の正当性も否定しなければ一貫しない。さらにいえば、手段化禁止原理を貫徹する場合には、いわゆる侵害行政も一切正当化されないということになるはずであるが、それは明らかに不当である。それゆえ、手段化禁止原理は、全く例外を許さないものではなく、「責任があれば手段化してもよい」というように、一定の「解除条件」をもつ原理であると考えるのが合理的である。それゆえ、責任刑の上限を超えない範囲における積極的・消極的特別予防的考慮を禁止すべき理由はない。

1-3. では、城下説の主張（3）、すなわち、「量刑における消極的一般予防の考慮は不当

⁸¹⁸ ただし、刑罰正当化の積極的理由を（私見や城下説のように）犯罪予防に純化するのではなく、これに応報をも含める（小池説）場合がありうることを考えると、「『消極的責任主義からは単なる上限論が論理必然的に導かれる』というのは正しい」とは、なお言い切れないかもしれない。なぜなら後者の場合、責任刑の上限が、消極的責任主義によって義務論的性質を帯びるのは同様であるが、責任刑の下限を、「応報のために最低限必要な刑」と構成し、かつ、これが義務論的要請であると解するならば、確かに、消極的責任主義と、基礎としての責任刑論は両立することになるためである（ただし、小池説は、責任刑の下限を、一般予防のために最低限必要な刑と解しているため、このような見解とはまた異なると思われる。上注（345）参照）。

である」という主張を検討した。これについても、上記 1-2. と同様であり、責任刑の上限を超えない限り、消極的一般予防目的を考慮すべきでない規範的理由はない。むしろ重要なのは、量刑を重く／軽くしても消極的一般予防効果が高まる／低まるわけではないのではないかという、経験的な問題である。これについては、本章 I. 3-2-2-3. 参照。

1-4. では、城下説の主張 (4)、すなわち、「量刑において積極的一般予防を考慮する必要はない」という主張を検討した。その主たる根拠は、積極的特別予防にかなる量刑を行えば、それが公衆に納得されて、自ずと十分な積極的一般予防効果が生じる、というものであった。しかし、この想定は経験的根拠に反する。すなわち、複数の実験研究によって確認されている通り、公衆が求めているのは「(積極的) 特別予防」ではなく、「応報」である。それゆえ、応報刑と特別予防刑は矛盾する場合が当然に存在する以上、積極的一般予防刑と特別予防刑も矛盾しうると考えなければならない。また論者は、量刑において積極的一般予防を追求すると、一般人の応報感情を満足させるための量刑へと転化してしまう、という論拠も示していた。これについては、確かにその通りであるが、そのおそれを縮減するために、我々は「義務論的制約 (刑法の基本原則)」を導入しているのである。確かに、公衆の正義観念の考慮には、厳罰化リスクが付き物であるが、これについて「ゼロリスク」を要求するために、公衆の正義観念を無視し、したがって経験的に合理的な積極的一般予防効果を放棄するというのは、「たらいの水と一緒に赤子を流す」ことに他ならない。それゆえ、この点でも論者の指摘には賛成できない。

1-5. では、城下説の主張 (5)、すなわち「量刑における積極的特別予防の考慮は軽減方向でのみ許容される」という主張を検討した。その論拠は、責任ではなく特別予防を根拠に量刑を加重することは、たとえそれが責任刑の上限を超えない範囲のものであったとしても、「質的」な意味での責任主義に反する、というものであった。しかし、そもそも、このような主張は、城下説の理論的前提と矛盾するように思われる。すなわち、城下説においては、「刑罰を根拠づける理由」は犯罪予防 (量刑においては積極的特別予防) であり、これに対して行為責任は、専ら「刑罰を限定づける理由」として構成されているものと考えられる。そうであれば、理論的にみれば、むしろ積極的特別予防の考慮こそが、加重・軽減の両方向で考慮されるべきであり、これに対して行為責任は刑罰を限定づけるものに過ぎない以上、行為責任の要素は軽減方向でしか考慮できない、という主張に至るのが一貫しているはずである。さらに敷衍すれば、そうなることは、論者の量刑理論からは、およそ「責任刑」というものを構成できなくなるように思われる。なぜなら、行為責任は専ら刑罰を限定づけるものであると理解するということは、行為責任は刑罰の「ブレーキ」に過ぎないと解することを意味するが、そうであれば、ブレーキしか付いていない、エンジンのない車が走ることはないのと同様に、「行為責任によって導かれる刑」というものを観念することもできなくなるはずだからである。それゆえ、この理解に従えば、城下説は、本来であれば、まずは専ら特別予防のために必要な刑を量定してから、行為責任要素に従って刑を軽減する (厳密に言えば、行為責任関連事情のうち、本来的加重事情と解されるものは、行為責任加重は禁止される以上、考慮対象から排斥し、本来的軽減事情と解されるものだけを考慮対象として量刑を行う、ということになる)、という主張に至るべきものである (この帰結を回避するためには、小池説や私見のように、行為責任は「刑罰を根拠づける要素」であることを認めなければならない。上記 (1) で小池説から城下説に向けられていた批判も、まさに城下説が、行為責任は刑罰を根

拠づける要素であるという理解をとらないことに対して向けられていたのであった)。それゆえ城下説は、上記主張(5)を主張するための前提を欠くと言わなければならない。

以上の点を措くとしても、特別予防加重禁止説には賛成できない(なお、この論点については、下記 5-1-1. も参照)。すなわち、ここまで繰り返し述べてきた通り、責任主義は、行為者の刑罰受忍義務を基礎づける機能を有する。この見地からすれば、「特別予防加重は質的責任主義に反する」という論者の成否は、「責任とは無関係な事情によって、特別予防を根拠に加重された刑について、行為者には受忍義務がない」というべき理由があるかどうか、という点にかかっていることになる。しかし、そのようにいうべき理由は存在しない。責任刑の上限を超えない限り、行為者はその刑について受忍義務を負うのであるから、その範囲内で特別予防加重が行われることには、何の問題もないというべきである。これを否定するためには、「責任主義は、責任に関連しない事情の加重的考慮を排斥する機能を有する」(つまり、責任関連事情のみが加重方向で考慮される)という主張を基礎づける必要があるが、端的に言ってそれは、責任応報のみを刑罰正当化の積極的理由と解する見解、すなわち積極的責任主義・絶対的応報刑論のみが採りうる帰結であろう。論者は、正当にも目的刑論を採用し、かつ消極的責任主義を採るにもかかわらず、消極的責任主義と積極的責任主義を混同し、後者を承認する場合にのみ主張しうる帰結を、前者の名の下に主張するという理論的誤謬を犯しているのではないかと疑われる。かくして、この点における城下説の主張には賛成できない。

2. では、本庄説を検討した。その結論は、「(点としての)責任刑を上限としつつ、一般予防および特別予防のために必要な刑を科する」というように要約できると思われる。全体的な構造は城下説によく似ているが、点の理論を採用していること、および、量刑における一般予防的考慮を認めること、という二点において異なる。このうち、本章 I. 3-4-1. で論じた通り、点の理論は不当であるが、その論証はここでは繰り返さない。

まず、量刑理論の前提となる刑罰論に関して、論者は応報刑論の不当性を主張しているが、これには異論はない。続いて、犯罪予防目的については、まず積極的一般予防目的は、「効果の経験的な確認に親しまない」としてこれを排斥し、量刑においては消極的一般予防と特別予防目的を考慮するとしている。しかし、繰り返し述べてきた通り、刑罰の積極的一般予防効果には経験的な根拠があるため、論者の指摘には賛成できない。

続いて、量刑における一般予防的考慮のあり方については、次のようなモデルを提示している。まず、現在において犯罪発生率が上昇傾向にあるか低下傾向にあるかを確認し、低下傾向にあるならば、現在の量刑傾向によって十分に予防効果が発揮されていることになり、したがって現在の刑はむしろ重すぎる可能性が出てくるから、量刑傾向を全体として軽減すべきことになる。これに対して、犯罪の増加が見られた場合には、刑罰以外による対策手段が存在しない限り、量刑傾向を加重すべきことになる。

これについて検討すると、まず、犯罪予防目的を刑罰目的として承認する以上、刑罰の犯罪予防効果は実証可能なものでなければならないという問題意識は、きわめて正当であると考えられる。しかし、そもそも、消極的一般予防効果の大小は、刑罰の有無とは連動しても、刑罰の軽重とは連動しないというのが、多くの経験的研究によって示されているように思われる。そうであれば、論者の主張するようなモデルによる消極的一般予防の考慮は、経験的に不合理なものとならざるを得ない。また、犯罪情勢は、量刑傾向以外にも様々な社会

的現象（例えば失業率）によって左右されると考えられる。そうであれば、量刑判断の際にも、犯罪発生率の上昇／低下が量刑傾向を原因とするものなのか、あるいは他の要因によるものであるのかを確定すべきことになるが、そのような事実の調査・立証・認定を裁判当事者および裁判官に要求するのは明らかに過大であり、端的に言って、現行制度の枠組みの内部では（あるいは、立法論を視野に入れるとしても）到底実現不可能ではないだろうか。

最後に、論者は量刑における特別予防的考慮を認めつつ、その評価方向を軽減に限定している。その理由はおそらく、論者が点の理論を採用し、かつ、刑の数量化は第一に責任刑の確定から開始するというプロセスを前提としているため、予防的考慮による「加重」ということが原理的にありえないと考えているためであると思われるが、そもそも点の理論は不当である。その他の点でも、特別予防加重禁止説に賛成できないことは、本章 II. 1-5（および同 5-1-1.）で述べた通りである。また、本庄説に対しては、本章 II. 1-1. で述べた批判も妥当することになる。

3. では、岡上説を検討した。なお論者は、刑罰論のレベルにおいて、積極的一般予防論から応報刑論への改説を経ているが、そもそも応報刑論には賛成できず、かつ、量刑基準論の枠組み自体にはそれほど変更がないように見受けられるため、ここでは改説前の見解のみを扱う。改説後の岡上説については、本文を直接参照されたい。

岡上説の量刑基準論は、点の理論を前提としつつ、「行為責任（規範的責任）の程度を起点として、そこから、積極的一般予防の必要性（可罰的責任）にしたがって刑を軽減し、そこからさらに、特別予防の必要性を考慮して刑を軽減する」というものであると要約できる。この点、まず、本章 I. 3-4-1. で論じた通り、点の理論は不当であるが、その論証はここでは繰り返さない。

具体的には、岡上説は次の三点の主張から構成されるものと整理できる。

- (1) 責任主義は、積極的一般予防目的によって基礎づけられる。なぜなら、積極的一般予防効果は、行為責任（規範的責任）に応じた刑を科するときに、もっともよく実現される（行為責任を超えた刑を科すると、積極的一般予防効果はかえって低下する）と考えられるためである。
- (2) 規範的責任刑⁸¹⁹は、積極的一般の必要性の低下に応じて軽減されうる（こうして得られる刑のことを、可罰的責任刑と呼ぶ）。なぜなら、規範的責任を上回る刑を科した方がよりよい積極的一般予防効果が発揮されるということはあるが、これを下回る刑を科すことでも足りるという場合はありうるためである。具体的には例えば、行為者が損害回復を行なった場合、これは犯罪後の事情であるから行為責任には影響を与えないが、損害回復によって「法的平和の動揺」が回復しているため、刑罰による積極的一般予防の必要性が低下する。それゆえ、量刑を軽減すべきことになる。
- (3) 可罰的責任刑からは、さらに、特別予防の必要性の低下に応じて、刑を軽減することになる。特別予防に基づく量刑加重はできない。なぜなら、可罰的責任刑が既に点と

⁸¹⁹ 厳密に言えば、論者は、可罰的責任刑とは別個に「規範的責任刑」を数量化することを予定していない。しかし、規範的責任刑の数量化は可能であり、かつそうすべきであると考えられる（上注（507）参照）。以下では、岡上説においては規範的責任刑の数量化も行われる、という前提で議論を進める（この修正は同説の論旨に本質的な影響を与えるものではないと解される）。

して定まっている以上（点の理論）、そこから特別予防加重を行えば、責任主義に違反することになるためである。

以上の主張について、均衡説は、(1)には反対する。(2)については、(前提となっている刑罰論が、広い意味では同じ積極的一般予防論であっても、その内実異なるため)理論構成と具体的帰結は異なってくるが、その構想自体は妥当なものであって、賛成する。(3)には反対するが、その根拠は、繰り返し述べてきた通り、点の理論は不当であるためである。したがって(3)は省略し、上記(1)および(2)について具体的に検討する。

3-1. では、岡上説の主張(1)、すなわち、「責任主義は、積極的一般予防目的によって基礎づけられる」という主張について検討した。この構想は、その核心においては妥当であり(確かに責任主義は、部分的には、積極的一般予防目的によって基礎づけられるものである)、私見はこれから大きな影響を受けたものでもあるが、その結論は、経験的側面と規範的側面の両方において賛成できない。

3-1-1. では、前記主張(1)には経験的にみて問題があることを指摘した。具体的には、上述した通り、論者は「行為責任(規範的責任)を超えた刑を科すると、積極的一般予防効果は低下する」という主張を展開していたが、これには経験的根拠が認められない。前提として、論者は積極的一般予防というものを、「犯罪による法的平和の動揺を、刑罰によって回復する」というように、観念的に、あるいは規範化して捉えている。しかし、そもそも目的刑論とは、犯罪予防という現実の利益によって刑罰を正当化する見解なのである以上、犯罪予防効果を「規範化」する余地は一切存在しないのであり、それゆえ積極的一般予防効果もまた、徹頭徹尾、経験的に理解・構成されなければならない。その上で、経験的根拠に裏づけられた積極的一般予防論(表出的抑止刑論)によれば、刑法の積極的一般予防効果は、「公衆の正義観念に従った処罰」を行うときに最大化される。この点、確かに、公衆の意識の中にも一種の「責任主義」は存在していると考えられる(過失もないのに処罰されるのは不当だという直観は、誰でも持っているものであろう)⁸²⁰。しかし、常にそうであるということとはできないのであって、例えば責任能力制度に対して批判的な世論が盛り上がるように、公衆の正義観念は、時には責任主義を逸脱した処罰を要求することがあるので

⁸²⁰ 補足しておくとして、もし、公衆の正義観念の中には、罪刑法定主義や行為主義、法益保護主義、責任主義といった基本原理など全く内在しておらず、「彼ら・彼女らは、犯罪者(悪人)という『敵』に対する暴力衝動に常に満ち満ちているのであり、刑法の基本原理など全く無視してどんどん悪人を処罰すればよいとしか考えていないのだ」という想定があるとすれば、考え直す必要がある。第3章I. 2-2-1. でも紹介したように、むしろ公衆の量刑判断は、基本的には穏当なものであり、刑法の基本原理のことを知らないはずであるのに、それに即していると言えるような判断を下すことも少なくないのである。それゆえ、刑事法の基本原理を守る刑罰制度は、大筋において公衆からの道徳的信頼を獲得し、満足のゆく積極的一般予防効果を発揮するであろうという想定は、経験的にみても、必ずしも根拠のないものではない。ただし、公衆の正義観念には、稀ではあるにせよ、必ず「例外」がある。公衆は時に、感情に流され、刑事法の基本原理を逸脱した処罰を要求してしまうのである。しかし、責任主義などの基本原理は、例外なく、常に貫徹されなければならない。それゆえ我々は、「公衆の正義観念の中にある責任主義」では満足できないのであり、義務論的制約としての責任主義を導入して、いくら公衆の反対に遭う場合があろうとも、それを貫徹しなければならないのである。

ある。かくして、最善の積極的一般予防を追求すれば、常に必要な刑罰は規範的責任の範囲内に収まるという論者の想定は、経験的にみて合理的であるとは言えず、賛成できない。

3-1-2. では、前記主張 (1) には規範的にみて問題があることを指摘した。上述したように、公衆が責任主義に反した処罰を要求するとき、このとき、「積極的一般予防目的によって基礎づけられた責任主義」は、無力である。それゆえ、責任主義は、たとえ積極的一般予防効果を弱めることになろうとも必ず貫徹される、義務論的制約であると理解されなければならない。より具体的に述べれば、責任主義は、国民が何を考えており、いくら公益上それが邪魔であっても、貫徹すべき原理なのであって、なぜなら、繰り返し述べてきた通り、責任主義とは「全体のために個を無条件に犠牲にする」ことを避け、行為者に、全体のために犠牲になるべき義務（刑罰受忍義務）が認められる場合にのみ、これを処罰することを保障するための原理だからである。この意味で、責任主義は、帰結主義的な目的（つまり、犯罪予防目的）の追求を別個の観点から遮断する義務論的制約であるところに、その本質をもつものなのである（なお、このことは、責任主義以外にも、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義といった、刑法において妥当する様々な基本原理にも同様に当てはまる。もちろん、予防の見地から基礎づけられる基本原理——例えば、比例原則——も存在する。重要なのは、そのような帰結主義的原理と、責任主義のような義務論的原理とを区別することである）。これに対して、岡上説の構想は、責任主義を、専ら帰結主義的に基礎づけようとするものであって、そうであるからこそ、上述したような難点を生じさせるのである。それゆえ、この構想には、規範的観点からして賛成できない。

3-2. では、岡上説の主張 (2)、すなわち、「規範的責任刑は、積極的一般予防の必要性に応じて軽減されるのであり、そうして可罰的責任刑が得られる」という主張を検討した。これは、既に述べた、次のような私見と、同じ構造を有する主張である（というよりも、この私見は、岡上説から影響を受けて形成されたものである）：「責任刑（行為責任にふさわしい刑）は、行為責任によって根拠づけられ、かつ、その程度に応じて変動するが、行為責任とは無関係な事情（すなわち、『ふさわしい刑の要素』）によっても変動しうる。ふさわしい刑の要素は、根本的には科刑の必要性を減弱させる要素であり、既に行為責任によって根拠づけられた刑を差し引くだけのものであるから、その評価方向は軽減に限定される」（本章 I. 3-2-2-2. 参照）。つまり、岡上説における「規範的責任の要素」は、私見にいう「行為責任の要素」に対応し、岡上説における「可罰的責任の要素」は、私見にいう「ふさわしい刑の要素」に対応するものである。もちろん、岡上説と私見とでは、前提となっている刑罰論の内容が異なるため、各要素の内実や、そこから導かれる結論も異なったものにはなるが、それを捨象して、主張の構造に着目すれば、岡上説と私見は一致している。それゆえ当然、私見は、この部分における岡上説に賛成し、大きな理論的意義を認めるものである。

ところが、このような構成に対しては、既にわが国の論者から批判が向けられており、また、それを検討するためには、諸々の概念整理作業が必要となる。それをここで要約すると、かえって煩雑になるため、省略せざるを得ないが、一点だけ言及しておく、その中でも最も重要なのは、野村説からの批判である。この批判は、本章 3-2-3. において扱っているため、私見が、批判にもかかわらず上記構成を維持する理由については、同所を直接参照されたい。

4. では、小池説を検討した。その量刑基準論の全体像は、次のように要約できる：幅の理論が前提である。その上でまず、量刑の基礎・中心である行為責任を確定する。行為責任は不法と責任からなる。具体的には、行為不法が一般予防目的によって、結果不法が非難表出目的（応報）によって基礎づけられる。この不法は、刑罰を積極的に根拠づけるものであるから、不法関連事情は加重方向と軽減方向の両方で考慮できる。これに対して、責任を基礎づける責任主義は、刑罰目的の追求を、人権・自由の保障という別個の観点から外在的に、消極的に制約する原理にすぎない。したがって、責任関連事情は、軽減方向でしか考慮できない。ただ、行為責任すなわち「有責な不法」は、比喩的に言えば「責任フィルターをくぐり抜けた不法」であって、かつ、不法は刑罰を根拠づける要素である以上、行為責任は刑罰を根拠づける。それゆえ、行為責任にふさわしい刑、すなわち責任刑は、量刑の上限と下限の両方を画する。その意味で、「基礎としての責任刑」論が妥当である。最後に、この責任刑の幅の中で、特別予防的考慮によって量刑を調整することができる。ただし、経験的にみて、刑罰に再社会化効果は認められず、むしろ非社会化効果があるため、再社会化を根拠とした量刑加重は許されず、むしろ軽減のみが可能である。これに対して、刑罰に保安効果（隔離を通じた再犯防止効果）があるのは確かであるため、保安を根拠とする場合には、量刑の加重と軽減がともに可能である。

この見解については、同意できる部分も多いが、均衡説と対立する、または補足を要する点を整理すると、次のようになる。

- (1) まず私見は、応報を刑罰の正当化根拠（処罰を根拠づける理由）として認めないため、結果不法に関する論者の基礎づけには賛成できない。また論者は、一般予防論からは行為無価値論が導かれると主張している。しかし、違法性の実質をめぐる大問題についてここで態度決定を行うことはできないものの、私見は、積極的一般予防目的と、それに対する法益保護主義の消極的制約という道具立てによって、量刑における結果不法（結果無価値）の考慮を基礎づけることができると考える。
- (2) 論者の責任主義理解には、まったく異論がない。しかし、論者がそこから導出するところの、責任加重禁止説には賛成できない。
- (3) 論者の特別予防理解は、特別予防の経験的側面を考慮に入れている点で、きわめて正当な問題意識に基づくものであって、その結論にも大筋では賛成できる。しかし、特別予防の経験的基礎づけは、これをさらに推し進める必要がある。また、そうすることによって、論者の考えとは部分的に異なる結論が正当化されることになる。

そこで、4. においては、以上三点について順次検討を行った。

4-1. では、上記 (1) に関連して、量刑においては行為無価値を考慮すべきことは、必ずしも、刑罰の一般予防目的から導かれるわけではないという主張を行った。すなわち、結論から述べれば、私見は、結果無価値一元論を採用し、量刑においても行為無価値は考慮しない、という見解を採用している。とはいえ、この問題は、違法性の実質をめぐる大問題と直接的に関連するものであるところ、その検討は本稿の射程を遥かに超える。ただし、暫定的な論証は 4-1. および 4-1-1. で示したため、この論点に関する私見について詳しくは、同所を直接参照されたい。しかしそれも、現時点での考えに過ぎず、違法論における終局的な態度決定を示すものではなく（率直に言えば、筆者にはそのための十分な準備が全くできていない）、ということはお断りしておかなければならない。

4-2. では、上記 (2) に関連して、責任加重禁止説は妥当でないことを主張した。まず、「責任判断は、違法行為についての、適法行為の期待可能性を基準として行われる評価（非難）である」という考え（個別行為責任主義と規範的責任論）に対しては、論者を含めて異論は少ないものと思われるが、私見もこれを正当と解している（とはいえ、この私見も、あくまで現段階での考えであると理解されたい。責任の基礎理論について態度を決定するためには、別個の研究計画が必要である）。さて、この前提に基づく場合においても、責任関連事情の加重的評価は正当化可能であるように思われる。例えば、遊ぶ金欲しさという動機によって強盗を行った行為者について、この動機自体は違法評価の対象ではないが、その動機のあらわれとして問題となっている違法行為が行われている以上、後は、当該動機が期待可能性に関連すると言いうる限り、「違法行為についての」責任評価の加重を認めうるであろう。

さらに、より実質的に考察しても、責任加重を一律に禁止するという論者の結論は、やはり行き過ぎなのではないかと思われる。すなわち、以下は試論に過ぎないが、例えば、遊ぶ金欲しさに強盗をはたらいたという悪質な動機を例にとり、これに基づく責任加重を期待可能性原理から整合的に説明できるかを考えると——なお、さしあたり、期待可能性の標準に関して国家標準説をとっておく——、国家の期待する法益尊重意識を備えた人物であれば、遊ぶ金が欲しいからといって強盗を行うなどということは、いわば考えもしない、同情・共感の余地の全くない発想であって、言い換えれば、行為者の法益尊重意識（行為を通じて表出したその価値観）は、国家の期待する標準人の法益尊重意識・価値観から遠く離れているといえる。ところで逆に、期待可能性が存在しない場合というのは、行為を通じて表出した行為者の法益尊重意識・価値観が、国家の期待する標準人のそれと一致している場合であると言える（例えば、違法性の意識の可能性がなければ、行為者の置かれた立場に、それと同様の生理的能力を備えつつ、規範意識については国家の期待するレベルのものを有する人物を置き換えても、やはり行為に出てしまうと考えられるのであって、それゆえ行為者には適法行為の期待可能性が認められずに責任が阻却されるのである）。このように、期待可能性が「ゼロ」であるということは、国家の期待する標準人と、行為者との間における（違法行為に出ることについての）価値観の距離が「ゼロ」であることを意味する。そうであれば、翻って考えてみると、この距離が遠くなればなるほど期待可能性の程度も強まる、つまり、責任が重くなると考えることができそうである。そうであれば、上の「遊ぶ金が欲しい」という動機に基づいて行為に出ることで、行為を通じて表出された、「遊ぶ金を得るために強盗をして人から金を奪ってもよい」という価値観は、国家の期待する標準人の価値観から遠く隔たっているといえることができる以上、ここにおいてはまさに、責任が加重されるということができるのではないだろうか。

かくして、現時点で厳密な態度決定を行うことはできないが、上のように考える限り、やはり、責任加重禁止説は妥当でない（可能性が極めて高い）、というべきであると思われる。期待可能性原理によって、責任関連事情の加重的考慮が合理的に正当化されるということは、十分にありうるであろう。

4-3. では、上記 (3) に関連して、量刑における特別予防的考慮は、可能な限り、経験科学の知見に即した形で行うべきであることを主張した。

4-3-1. では、特別予防の経験的基礎について考察するにあたって、前提となる考え方を確認した。すなわち、経験的証拠が存在しなくても、刑罰を通じた特別予防効果の追求は許

される、という考え方は成り立ちうるが、経験的証拠が存在するのであれば、量刑における特別予防のあり方は、常に、それに従うのでなければならない。より一般化しつつ言い換えれば、刑法における、犯罪予防効果を論拠とした論証は、犯罪予防をめぐる経験的証拠と矛盾してはならないのである。これは、そもそも目的刑論というものが、刑罰を通じて惹起される犯罪予防効果という現実の、経験的現象に認められる価値ないし利益こそを理由として刑罰を正当化しようとする理論であるという事実から導かれる、論理必然的な帰結である。とはいえ、特別予防の経験的基礎に関する本格的考察は、本稿の射程を超える。そこで本稿においては、主に犯罪心理学の分野において、再犯予防のための経験的に合理的な指針・原則として常識化している（ものと思われる）事実限定して、簡潔に整理を行い、そこから量刑における特別予防的考慮について引き出さう若干の教訓を定式化する。

4-3-2. では、経験的に合理的な再犯防止施策をとる上で、今日において支配的な影響力を有している、再犯リスク評価とその対策に関する包括的理論・手法であるところの、RNR モデルについて、その内容を紹介・整理した。RNR モデルの中核にあるのは、RNR 原則である。これは、リスク原則、ニード原則、反応性原則という三つの原則の頭文字をとったものである。その含意は、まず、対象者の再犯リスクを評価することによって、処遇（治療）を必要とする者（つまり、再犯リスクの高い者）を選別し（リスク原則）、次に、そのリスクを構成している要因を特定することによって、処遇（治療）の対象を確定し（ニード原則）、そして最後に、再犯リスクの要因に働きかける上では、処遇対象者の特徴ないし素質に応じた手段を選択する（反応性原則）、というものである。

RNR モデルによると、再犯に繋がる重要な要因は、次の 8 つ（これを犯因論的リスク要因と呼ぶ。セントラルエイトとも呼ばれる）である。すなわち、①犯罪経歴、②反社会的人格パターン、③反社会的認知（犯罪指向的態度）、④不良交友（犯罪指向的交友）、⑤家庭環境・婚姻状況、⑥学校・職場、⑦余暇・娯楽、⑧物質乱用である。詳しい内容の解説は本文に譲るが、裁判の場面での再犯危険性評価も、これらの要因を意識して行うべきであると思われる（もちろん、本来であれば、専門家の手によるリスクアセスメントを行うべきではあるが、現行の制度を前提とする限り、それを望むことはできないであろう）。このようなセントラルエイトに注目して、正確に対象者の再犯リスクを評価すべきであるというのが「リスク原則」であり、また、処遇にあたっては、そうして特定されたリスク要因の改善を目標に設定して、そのために合理的な措置をとるべきであるというのが「ニード原則」である。

これに対して、反応性原則とは、対象者のリスク要因の改善を目指すにあたっては、個別の犯罪者の能力や学習スタイルをも意識して、それに合った措置をとらなければならない、という原則である。これは、一般反応性原則と特殊反応性原則に分かれる。前者は、犯罪者に限らず、およそ人の問題行動を変容させるためには、経験的にみて、「認知行動的、認知社会学習の方略」（例えば、認知行動療法）が最も有効であるという原則である。これに対して、特殊反応性原則とは、犯罪者に対する処遇に際しては、個々人の能力や人格傾向を踏まえて、働きかけ方を適宜調整しなければならない、という原則である。例えば、知能の低さという問題を抱えている犯罪者に対して、通常の知能を有する者と同様の教育プログラムを実施しても大きな効果は期待できないし、希死念慮の強い対象者に一般的な職業補導

を行うことは困難である、といったことである。

以上を踏まえて、最後に、RNR モデルの知見からは、量刑における特別予防的考慮についていかなる示唆が得られるかを整理した。もっとも、その結論は、本章 I. 4. の要約における、3-2-2. ③の部分で既にまとめたため、ここでは繰り返さない。

5. では、野村説を検討した。その量刑基準論は、点の理論を前提とした上で、「責任刑を上限として、特別予防的考慮によって刑を軽減する」というものである。まず、本章 I. 3-4-1. で論じた通り、点の理論は不当であるが、その論証はここでは繰り返さない。さて、上のように定義すると、城下説ないし本庄説とほとんど同じであるように見えるが、実際はかなり異なる。一言でいえば、城下説・本庄説は「狭義の単なる上限論」である一方で、野村説はそうではなく、「広義の単なる上限論」である（ちなみに、岡上説もそうである）。

より具体的に述べると、まず論者は、刑罰論においては「処罰を要求する原理」と「処罰を制約する原理」の二つがあることを指摘し、前者は刑罰目的としての犯罪予防に求められ、後者は、その目的追求を行為者利益の保護の見地から外在的に制約する原理としての責任主義に求められるとする、これは小池説および私見と同じであり、異論はない。

続いて、量刑の基礎となる行為責任概念について、まず不法の内容は、小池説のような行為無価値を導入する構成を批判した上で、専ら結果無価値に求められており、私見と同様である。また責任の基準は他行為容易性に求められており、責任加重禁止説は採用していない。これにも、私見からは賛成できる。

その一方で論者は、岡上説や私見が採用するような、（私見の用語法でいえば）「行為責任の要素とふさわしい刑の要素の区別」を批判して、私見でいえば「ふさわしい刑の要素」にあたる事情を、端的に「行為責任の要素」に位置づけるべきであると主張している。しかし、これが不当であることは、本章 II. 3-2. で論じた通りである。また、論者の見解と私見の間には、量刑事情の「評価方向」の概念に関しても対立があるが、これについては本章 I. 3-3. で論じたため、そちらを参照されたい。

さて、行為責任が確定した後は、特別予防的考慮が問題となる。これについて論者は、「責任刑の上回り・下回り」について、下回りは、予防的利益の衡量の問題であって、一般予防効果を特別予防効果が上回る場合であれば正当化されるが、上回りは、予防的利益の衡量の問題ではなく、たとえ、上回った刑を科した方が大きな予防的利益が実現されるとしても、なお上回りは許されない、と述べている。この理解についても異論はない。

ただ、その上で論者は、(1) 特別予防的考慮に基づく量刑加重は禁止されるべきである⁸²¹、および、(2) 特別予防的考慮に際して、行為者の危険性を評価するにあたっては、責任主義などの制約から、「行為にあらわれた危険性」のみを考慮しなければならないとする。例えば、窃盗罪の量刑の場合、行為者に盗癖があり、それが今回の行為に表出しているという場合には、この盗癖から予測される（窃盗の）再犯危険性を考慮してよいが、当該行為者

⁸²¹ 厳密に言えば、論者は、特別予防加重禁止説は採用しないということを明言している。ただ、それは論者が、そもそも「評価方向」概念に関する一般論において——このように要約するすることが許されるとすれば——、「そもそも、量刑事情ごとに加重・軽減を一意に定めるということには意味がない（あるいは、論理的に誤っている）」という考え方を採用しているためである（詳細は、上注（803）参照）。しかし、この考え方は、本章 I. 3-3. で論じた通り、不当である。それゆえここでは、論者は端的に特別予防加重禁止説を採用するものとして扱っている。

に、今回の窃盗とは関係なく、粗暴癖があることが判明した場合には、この粗暴癖から予測される（例えば暴行や傷害の）再犯危険性を考慮してはならないというのである。

しかし、5-1. で論じた通り、以上（1）および（2）のいずれも不当である。

5-1-1. においては、上記（1）、すなわち野村説による特別予防加重禁止説に対して、批判を行った。まず論者は、特別予防的考慮に関する、次のような（小池説の）モデルを取り上げる。すなわち、①行為者の再犯可能性が低い場合には、非社会化の回避のために刑を軽減する。②行為者の再犯可能性がはっきりしない場合には、責任相当刑を軽減も加重もしない。③行為者の再犯可能性が高い場合には、保安の見地から刑を加重する。これについて論者は、まず③については、これを行うと責任刑を超過することになるため認められないとする。これは、論者は点の理論を採用するため、点として責任刑を確定すれば、そこからの加重は即座に責任刑の超過となる、ということであろう。しかし、繰り返しになるが、点の理論は不当である。次に論者は、①については異論を挟まない。問題は②である。これについて論者は、次のように議論を展開する。まず、隔離によって再犯可能性が低下することはない（刑罰に改善効果はなく、むしろ非社会化効果があるためである。この前提は小池説および私見と同様である）。それゆえ、再犯可能性の高い者に刑罰を科しても——刑罰によってその再犯リスクが改善することはないのだから——、それはいわば、再犯リスクの「先延ばし」に過ぎない。この点、再犯可能性が濃厚であれば、そのような「先延ばし」もやむを得ないかもしれないが、再犯リスクがはっきりしない場合においてまで、非社会化リスクを冒し、「先延ばし」を行う必要があるとは思えない。それゆえ、①は当然として、②の場合にも量刑を軽減すべきである。このように主張するのである。

しかしこれは、「再犯可能性がはっきりしない」という概念規定の不明確性に由来する、議論の混乱であるように思われる。すなわちまず、この「はっきりしない」場合というのが、行為者の再犯可能性がそもそも「わからない、不明である」ということ、すなわちそれを認定できないという趣旨であるのだとしたら、実体論的には、再犯可能性が不明な場合として扱われることになる以上、そもそも量刑における特別予防的考慮が行われないことになって、それゆえ量刑は加重も軽減もされないということになるはずである。これに対して、「はっきりしない」ということの趣旨が、行為者の再犯可能性が高くも低くもなく、中程度であると認定できる場合のことを指しているのであれば、上記③において量刑を加重するという前提に立つ場合、①は軽減であるから、②はその中間、すなわち中立ということになる。より踏み込んで、私見に即して言うならば、そもそも特別予防的考慮は基本的に刑種選択の場面で行うべきである。ここで、実刑と執行猶予の選択が問題となっており、責任刑の見地からはいずれも正当化できるとする。このとき、①の場合は、基本的には執行猶予を選択すべきことになり、③の場合は、基本的には実刑を選択すべきことになる。これに対して、中間である②の場合は、責任刑をさらに絞り込んで考え、「責任にもっともふさわしいと思われる刑」が、「実刑寄り」か、それとも「執行猶予寄り」かを考える。前者であれば実刑を選択しやすくなり、後者であれば執行猶予を選択しやすくなるであろう。とはいえ最終的には、行為者は再犯をしないだろうと信じるのか、それとも、やはり行為者は再犯に及んでもおかしくないと考えなのかという、裁判官の決断の問題にならざるを得ないと思われる。これについて、理論的に、一義的な解決を示すことは不可能であろう。いずれにせよ、②と①の扱いが同じになるということは、ありえない。以上から、論者による特別予

防加重禁止説には理由がないというべきである。

5-1-2. においては、上記 (2)、すなわち「特別予防的考慮における判断資料は、『行為にあらわれた危険性』に限定すべきである」という主張に対して、批判を行った。具体的には、論者によると、行為とは無関係な危険性の考慮は、①実質的には保安処分を科すのと同じことになる、②責任主義に反する、③処罰規定の目的外使用（例えば、窃盗罪の規定を暴行・傷害の防止に転用すること）であって、罪刑法定主義に反する、という以上三点から、不当であるという。しかし、①について、そもそも保安処分とは、一般的と思われる定義によれば、「責任刑では十分に再犯防止をはかることができない場合に、それを上回る期間、行為者を施設に收容することを認める制度」であって、「行為にあらわれていない危険性に着目して再犯可能性評価を行い、それに応じた期間、施設に收容することを認める制度」ではない。それゆえ、この点に関する論者の主張は失当であるように思われる。次に②について、そもそも、論者も認めるように、責任非難と、特別予防は、概念上別のものであって、相互に無関係である。そして、責任主義とは、責任非難のあり方を規律する原理である。それゆえ、責任主義の制約が特別予防的考慮のあり方に対して及ぶというのは、端的に言って、論理的矛盾ではないだろうか。最後に③について、確かに、例えば窃盗の不法を、暴行や傷害の事実を根拠に認めることがあるとすれば、それは明らかに不当であって、罪刑法定主義違反の問題、あるいはそれ以前に、ごく基本的な法令適用の誤りであろう。しかし、そのような犯罪成立要件に関する当然の制約とは別に、「窃盗の規定を根拠として科せられる刑罰は、窃盗の再犯予防だけを目的としなければならない」などと解すべき理論的根拠はない。窃盗行為者が、窃盗以外の罪に関する、行為に表れていない危険性を認定され、それによって量刑を左右されることが、いかなる意味で国民の予測可能性を害し、あるいは、罪刑法定主義の基礎にある民主主義の思想に反するのか、その根拠は、全く明らかでない。

最後に、そもそも論として述べておくと、刑罰により特別予防を追求することを認める以上は、行為者の危険性に関連するあらゆる判断資料を（もちろん、現実的に可能な範囲で）収集し、そうすることで少しでも正確な再犯可能性予測を目指すべきである。これに対して、論者のように、判断資料を「規範的に」限定するならば、それはかえって科学的根拠の（現在よりもさらに）薄い「憶測」によって行為者の自由剥奪に関する判断を変えることになるから、むしろ行為者にとっても社会（潜在的行為者）にとっても不利益となるであろう。

以上から、この点における論者の主張にも賛成できない。特別予防的考慮の判断資料に、責任主義などの制約は及ばないのであって、再犯危険性と関連性のあるあらゆる事実を考慮することができるし、かつ、そうすべきである。

こうして、本章 II. の目的も果たされた。

結語

かくして、均衡説の量刑基準は、その総論的側面において、最低限、明らかにされたものと思われる。それらの内容は、本章 I. 4. および本章 II. 6. において要約したため、ここでは繰り返さないことにしよう。

とはいえ、本稿冒頭の序でも述べた通り、本章は、量刑論における諸問題を網羅するもの

ではない。残された課題は山積しており、さしあたり挙げれば次のようになる。

まず、量刑事情論（およびそれらの評価方向論）の場面では、犯情にせよ一般情状にせよ、個別の量刑事情に関する私見の考え方は、示されていないか、示されたとしてもせいぜい試論にとどまった。すなわち、犯情論は、犯罪論の延長線上に存在するものである以上、違法性と責任の本質論を前提とした上で、刑法総論および各論における諸議論との連続性を常に意識しながら展開されなければならない。また、一般情状論についても、その理論的基礎、ないし「本籍」は刑罰論であるが、そこに含まれる個別の情状は多彩であり、それぞれの個性に即した検討が行われなければならない。

次に、刑の数量化論も、基本的なモデルとしては、本章に示したもので間違っていないのではないかと思われるものの、より踏み込んだ比較法的検討の必要性や、とりわけこの領域では研究者よりも遥かに適正な感覚を体得していると考えられる実務側からの指摘・批判を踏まえたブラッシュアップの必要性など、これから取り組むべき作業は多い。

そのほかにも、罰金や執行猶予、無期懲役、死刑といった諸々の刑種の選択基準に関する問題、量刑事実の証明方法・水準・責任のような訴訟法と関連する問題、あるいは裁判員裁判における量刑評議のあり方など、本章ではほとんど言及できず、あるいは全く触れることのできなかつた諸問題は、枚挙にいとまがない。

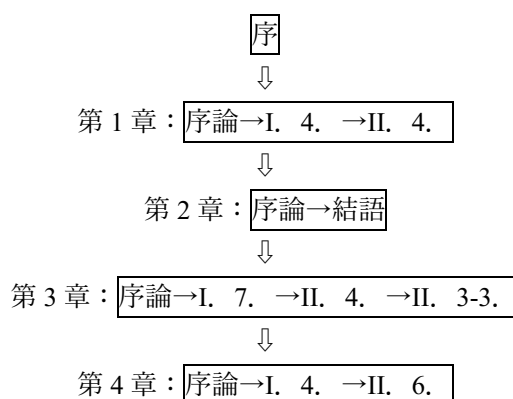
以上のような、いわば量刑各論に属する諸問題は、今後の検討機会に委ねることとする。

とはいえ、その一方で、以上に例示したような、残された諸課題の検討は、その全てが、理論的に基礎づけられ、整理され、体系化された量刑基準論の存在を必須の前提とするものであるということ、これは、確かなことであろう。それゆえ、本章が量刑理論を可能な限り突き詰めようとしていることは、必ずしも無駄ばかりではないものと思われる（というよりも、そうであって欲しいと希望している）。

跋

1. 総括

まずは、本稿の主張内容を総括する。ただし、これについては、各章で適宜要約を与えてきたところであるため、そちらを直接参照されたい。なお、参考までに、各章の主題が示され、あるいはその主張が要約されている部分を下に示しておく。この順序で読めば、本稿の主張内容が一通り把握されるはずである。



したがって以下では、本稿の内容を、特に重要なものに絞って振り返っておく。

まず、第1章のテーマは「比較法」であった。具体的には、均衡原理を徹底する量刑モデルを示すところの、スウェーデン量刑法について、その立法経緯と現行の規定ぶりとを紹介・検討した。ただし、同章は予備的・資料的な性格が強いものである点は確認しておかなければならない。すなわち、同章で行った検討は、本稿の着想の源になっているという点で、その思考枠組みを深い部分で規定しているとは思われるものの、あくまで比較法的な調査研究に徹しているため、同章における調査結果は、第2章以降における理論的な主張内容とダイレクトに結びついている（それを根拠づける役割を果たしている）わけではない。

この点を確認した上で、第1章で明らかになった事柄の中でも特に重要と思われるのは、以下の諸点である。まず、スウェーデン刑法は、1970年代頃まで、特別予防に強く傾斜したものであった（それを象徴するのが、1956年の「保護法」草案〔SOU 1956:55〕である）。しかし、刑罰の特別予防効果に対する疑念、および、裁判官の量刑裁量に対して十分な法的統制を及ぼすことによって量刑の予見可能性と統一性を増進することの必要性、という二点が主に重視された結果、均衡原理に基づく量刑基準規定を立法すべく刑法改正作業が進められ、1988年に実現した（88年改正）。その理論的・思想的根拠としてしばしば言及されるのが「北欧新古典主義（Nyklassicismen）」であるが、これは（応報刑論ではなく）刑罰の（積極的）一般予防効果を強調するものである。こうして立法されたスウェーデン量刑法の大きな特徴は、「刑の量定」に関する規則（刑法第29章）と「制裁の選択」に関する規則（刑法第30章）とを分けて定めた上で、前者のレベルでは予防的考慮を排除している点で

ある。そうなると、刑の量定のレベルでは、専ら犯情（行為責任そのものに関連する事情）しか考慮できないことになりそうであるが、スウェーデン量刑法は、犯情に関する規定とは別の条文に、被告人の高齢、損害回復、捜査協力、刑罰以外の法的制裁の賦課といった、行為責任とは無関係な事情群を、量刑軽減を導く事由として定めている（スウェーデン刑法 29 章 5 条における衡平理由）。このことから、量刑事情においては、犯情とは無関係であるが、予防的考慮とも無関係な「第三のカテゴリー」が存在し、しかもそれは均衡原理そのものによって根拠づけられるべきものなのではないか、という見通しが立つ。

要するに、スウェーデン量刑法の比較法的検討から得られた視点の中で特に重要であるのは、「（積極的）一般予防と均衡原理の関係はどのようなものか」、および、「量刑事情における『第三のカテゴリー』と均衡原理の関係はどのようなものか」、という二点である。

続いて、第 2 章および第 3 章のテーマは「刑罰論」であり、具体的には、均衡原理を刑罰論によって基礎づけることであった。

その中でも、第 2 章では、刑罰正当化論に関する概念的・方法論的な見地からの見直しを行った。なぜなら、わが国の刑罰論は、「いかなる刑罰論が正しいか」を問う以前に、刑罰論において用いられる諸概念の明確化、および、「刑罰はどのような論証がなされたときに正当化されたことになるのか（そこに、目的刑論や応報刑論といった各立場の相違を超えた共通の基準を定立することができるか）」という方法論に関する検討を、十分に行ってきたおらず、そうであるとしたらそれは、刑罰論をめぐる議論における無用の混乱を引き起こす（あるいは、既に引き起こしている）おそれがあるためである。

刑罰論の概念的・方法論的検討の結果として、同章が到達した結論のうち、特に重要であるのは次の三点である。

- ・刑罰の正当化根拠は、「積極的理由」と「消極的理由」に区別されるべきである。前者は、「これこれの場合には刑罰を科するべきであること」を示す正当化理由（いわば、科刑のエンジンとなる、「根拠づけ」の理由）であり、後者は、「これこれの場合には刑罰を科してはならないこと」を示す理由（いわば、科刑のブレーキとなる、「限定づけ」の理由）である。この点、伝統的に、「限定づけるものは根拠づけるし、根拠づけるものは限定づける」というテーゼが言われ、両者の区別を否定するものがあるが、これには賛成できない。というのは、このテーゼは、刑罰の正当化には「義務的な正当化」と「許容的な正当化」という二つの種類がある（このことは、英語圏の刑罰哲学においては広く知られている）ことを看過しているためである。例えば、「責任がなければ処罰は正当化されない（責任は処罰を限定づける）」ということは、同時に「責任があるとき処罰は正当化される（責任は処罰を根拠づける）」ということを含意する（したがって、「限定づけるものは根拠づける」）ように見える。しかし、前者の命題を承認する刑法学者は、これが「責任がなければ処罰してはならない」という義務的な意味で理解されるべきであることを当然の（かつ、暗黙の）前提としていようが、これが論理的に含意するのは、せいぜい「責任があれば処罰してもよい」という許容までであって、義務ではない。それゆえ、前者の命題を承認する論者が、「行為者 X に責任が認められるが、

これを処罰しても犯罪予防効果が全く発生しないので、Xを処罰しない」という判断を下したとしても、矛盾はない。これに対して、義務的な意味における後者の命題——責任があるなら処罰しなければならない——を承認する論者が、前記判断と同じ判断を下したとしたら、それは矛盾である。このように両命題は意味内容を異にするのであって、前者が後者を含意することはない。「限定づけるものは根拠づける」という認識は、義務的正当化と許容的正当化の混同に起因する錯誤である。したがってやはり、「積極的理由（根拠づける理由）」と「消極的理由（限定づける理由）」とは区別されるべきである。

・刑罰正当化論の根本には、次のようなジレンマがある：「応報刑論を採ると、刑罰の回顧的非難としての性格を維持する（ことによって均衡原理を正当化する）ことができるが、刑罰が、現実的な利益と無関係な、不合理・無目的なものになってしまう。これに対して、目的刑論を採ると、刑罰の合理性・目的性は維持できるが、その回顧的非難としての性格（および均衡原理）を維持できなくなってしまう」。しかし、目的刑論と回顧的避難（および均衡原理）は、次のように構成すれば両立可能となる。すなわち、まず刑罰正当化の「積極的理由」は犯罪予防効果に求め、その中でも、「（公衆が正義にかなうと考えるような）回顧的非難を表出することこそが、最善の犯罪予防効果を発揮する」という意味での積極的一般予防効果に求める。その上で、積極的一般予防目的の追求を、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった刑法の基本原則（など）によって外在的に制約するのである。したがって、（1）刑罰の犯罪予防効果、中でも積極的一般予防効果の経験的（実証的）根拠を示し、（2）犯罪予防目的の追求を、外在的な規範的原理によって制約すべきことの根拠を示すことができれば、目的刑論の立場から、上記ジレンマを解決することができるはずである。

・ところで、この「積極的理由（犯罪予防目的）を消極的理由（責任主義など）によって制約する」という構成方法は、わが国の刑罰論において、長年、通説の地位を占めてきた「相対的応報刑論」（の一種）が採用してきたものに他ならない。したがって、相対的応報刑論は、その中でも上に示したような「積極的一般予防ベースの相対的応報刑論」（本稿の用語法では、非難抑止型相対的応報刑論）として、前記（1）（2）の課題に対して自覚的に取り組むことで、刑罰論の根本的ジレンマを解決しうるポテンシャルを有している。それゆえ、近年の刑罰論においては、従来の相対的応報刑論が限界に直面していることを暗黙の前提として、それに代わる多様な立場が提唱されているように思われるところ、むしろ、「相対的応報刑論では本当にいけないのか」という点こそが問い直されるべきであり、すなわち、相対的応報刑論は適切に再評価されるべきである。

続いて、第3章では、刑罰正当化論における私見の展開を試みた。すなわち、上で述べた通り、相対的応報刑論は、（1）積極的一般予防効果の実証、および、（2）予防効果の追求に対して外在的制約を及ぼすべきことの論証を通じて再構成・再評価されるべきであるが、これら作業を実際に遂行するのでなければ、第2章の論述は画餅に帰する。そこで、この作業に実際に取り組む、ということである。

第3章における検討を通じて到達した結論のうち、特に重要なのは次の三点である。

・刑罰の積極的一般予防効果には経験的根拠がある。具体的には、アメリカの刑法学者であるポール・H・ロビンソンが、同国の犯罪学・心理学等において蓄積された膨大なエビデンスを整理しつつ、自身でも実験研究を遂行した結果として、次のことを主張した：刑法は、公衆の正義観念（このような犯罪にはこのような刑罰がふさわしい、という公衆の直観・感覚）に従った処罰実践を行うとき、最善の犯罪予防効果を発揮する。この主張を支える経験的根拠は、大雑把に言えば次の二つである。

- ① 「人の数だけ正義がある」というように、公衆の間に共通した正義観念など存在しない、と思われるかもしれない。しかし、素人の量刑判断に関する多くの実験研究によって示されている通り、殺人、傷害、詐欺といった、自然犯と言われるような領域に関しては、素人の量刑判断（具体的にいえば、相対的均衡性判断¹）は、文化等の差を超えて高度に一致する傾向にある。したがって刑法は、そのような領域においては、公衆の統一的な正義観念を実証的に明らかにして、それに従った処罰実践を行うことで、公衆からの信頼を得ることができる。
- ② 公衆の刑法に対する信頼度は、公衆の遵法性と相関する。すなわち、多くの実験研究を通じて示されている通り、人に対して、刑法が不正義をはたらいた事例（例えば、単なる軽詐欺に終身刑を科すというような、明らかに公衆の正義観念・均衡性感覚に反する事例）を見せると、それ以前に比べて遵法意欲が低下し、刑法に非協力的な態度を示すようになる。ところで、上記①の通り、公衆の正義観念に合致した刑法は公衆からの信頼を得るのであり、逆に、合致しない刑法は信頼を失うのであった。そうであれば、「公衆の正義観念に合致した刑法は、公衆の遵法性を（正義観念に合致しない刑法に比して）高める」と考えられる。すなわち、刑法は、公衆の正義観念に従った処罰実践を行うことで、犯罪予防効果を発揮することができる。

なお、刑罰の消極的一般予防や特別予防効果についても、一定の経験的証拠がある（ただし、いずれについても、「刑を重くすれば、それに比例して効果が高まるわけではない」ということに注意する必要がある）。それゆえ、これらの効果も、刑罰正当化の積極的理由に組み込み、積極的一般予防に対して従属的な地位にある刑罰目的として考慮すべきである。

・もっとも、公衆の正義観念に従うだけでは、いわば、「正義感の暴走」に対して歯止めをかけることができなくなる。それゆえ、罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義といった刑法の基本原則（や、他にも訴訟法・憲法上の原理、あるいは場合によっては道徳的な制約原理など）によって、犯罪予防目的の追求に対して外在的制約を及

¹ つまり、例えば「一人を殺害するよりは二人を殺害した場合の方が、他の事情が同じであれば、重い刑に値する」とあるというような、「複数事例間の刑の軽重関係」に関する判断である。これに對置されるのは、ある殺人事件において死刑が適切か、無期懲役にすべきなのかといった、他の事例との比較を前提としないという意味で絶対的な量刑判断（絶対的均衡性判断）である。

ばすべきである。つまり、刑法の基本原理は、たとえそれを遵守することによって公衆の正義観念に反する結論が導かれる（それゆえ、積極的一般予防効果が一定程度、減少する）としても、なお貫徹されるべきである。これは、理論的矛盾であるように見えるかもしれないが、そうではない。このような制約は、規範倫理学の用語でいえば、帰結主義的目的（社会全体の利益）の追求に対して、個人の権利・自由等を保護するために及ぼされる義務論的制約であり、哲学的にも十分に成り立ちうる考え方である。また、このような外在的制約を及ぼすことに対して、（おそらくは）理論の純粋性ないし一貫性を重視する立場から向けられてきた批判は、注意深く観察すると、「外在的要素が突然飛び込んでくるのはおかしい」という単なる直感に基づくものでしかないようにも思われ、当該批判が本当に理論的に正当な根拠を備えているかどうかには疑問がある。

・以上の考え方は、広くみれば相対的応報刑論の一種であるということが出来るが、その中でも、「公衆の正義観念に従った（回顧的）非難の、刑罰を通じた表出」によって犯罪予防効果を実現しつつ、それに対して、義務論的制約を及ぼす立場である。それゆえ、私見は特に、「制約された表出的抑止刑論」と呼称することができる。

最後に、第4章では、以上の検討の成果を踏まえて、量刑基準論に関する私見——それは均衡原理に立脚し、これを強く重視するものであることから、「均衡説」と称することになっている——の展開を試みた。その射程は、本稿冒頭の序でも述べた通り、量刑総論と呼ぶ領域を（一応は）一通りカバーするものである。

それゆえ、その主張内容は多岐にわたるが、その中でも特に重要なのは次の五点である。

・**量刑論の体系**。量刑論は、①刑罰論、②量刑事情の選別、③量刑事情の評価方向の確定、および④刑の数量化論という四つの領域に分割することができる。このうち、②③は、①から演繹的に結論を導くことができる。例えば絶対的応報刑論をとるならば、被害結果の重大性という事情は量刑上有意となり、加重または軽減の方向で考慮されるべきことになろうが、再犯の危険性という事情は無視すべきことになろう。これに対して、④刑の数量化論については、必ずしも刑罰論から演繹的に結論を導くことができない領域であることに注意する必要がある（つまり、次の点の先取りになるが、応報刑論をとるのであれ目的刑論をとるのであれ、刑の数量化においては「量刑傾向との比較」が必要であることに変わりはないのである）。それゆえ、刑罰論については第3章までにおいて既に検討を完了しているが、刑の数量化論については、量刑論に固有の問題として、別途検討しなければならない。

・**刑の数量化論**。刑を数量化するための方法としては、「量刑傾向」との比較を用いる量刑枠論と、「法定刑」との関係で刑量を導こうとする量刑スケール論とが対立している。しかし、わが国の法定刑は、量刑スケールとして用いられることを前提に立法されているわけではないため、量刑スケール論を成立させるためには、量刑に対する十分な指針を示すための立法的手当が欠かせない。したがって、現行法を前提とする限り、量

刑粹論を採用すべきである。

その上で、量刑傾向を用いた刑の数量化の方法論を定式化する必要がある。これについては、「二段階的数量化モデル」が妥当である。すなわち、まず第一に、問題となっている事件が属する社会的類型（特定の犯罪類型の内部でさらに区別される、主要な犯情事実に関して類似している事件類型）を確定し、それに対応する量刑傾向の幅を認識することで、当該事件が位置づけられるべき量刑の幅をまずは大まかに把握して²、その上で第二に、この社会的類型の中で当該事件が有している個性、言い換えれば、当該事件の特殊性（その量刑にあたって特に注目すべきポイント）を認識・分析することによって具体的な宣告刑を絞り込んでゆく、というプロセスである。これは、司法研究等で示されている刑の数量化プロセスと同じものであると考えてよいであろう³。

・量刑事情の選別と評価方向。量刑において考慮すべき事情は、「犯情（＝行為責任に関連する事情）」と「一般情状（＝犯情以外の量刑事情）」に区別される。このうち、まず、犯情は加重・軽減の両方向で考慮できる。

これに対して、一般情状は、さらに三種類に区別される。第一は、「ふさわしい刑の要素」である。これは行為責任の原則（均衡原理）そのものによって考慮を根拠づけられる一般情状である。すなわち、行為責任の原則とは「犯罪行為（行為責任）に対してふさわしいと考えられる刑を科せ」という原則であるが、この刑（責任刑）は、犯罪行為とは無関係に変動しうる。例えば、刑罰に匹敵する社会的制裁が課されるという事情は、行為責任とは明らかに無関係であるが、ここではいわば刑罰の先取りが行われているのである以上、この事情を無視して行為責任のみを考慮した重い刑を科するときには、当該刑はかえって不均衡に重い刑であることになるであろう。他にも、損害回復（被害弁償）や犯罪後の時間経過などは、「ふさわしい刑」の要素として考慮できる可能性がある。このように、責任刑は、まさに行為責任の原則を根拠として、行為責任とは無関係に変動しうるものであり、このことは、刑罰論上の立場とは無関係に、行為責任の原則を採用する限り必ず妥当する論理的帰結であることに注意しなければならない。

「ふさわしい刑」の要素は、他の一般情状にはない、二つの特徴がある。まず、その評価方向は軽減に限定される。なぜならこの事情は、既に行為責任によって根拠づけられた刑を、後から差し引くものに過ぎないからである。次に、この事情の考慮は、「責任刑の粹」には拘束されない。ふさわしい刑の要素を考慮してこそ責任刑が導かれるのである以上、これは当然のことである。

² このように述べると、第一段階では犯情しか考慮しないように見えるかもしれないが、そうではない。一般情状であっても、量刑に対して典型的に大きな影響を与える要素（例えば財産犯における被害弁償）であれば、第一段階で考慮する方が適切となりうる。逆に、犯情であっても、常に第一段階で考慮すべきことにはならず、量刑に対する影響力が典型的に小さいと考えられるのであれば、第二段階で考慮すべきことになりうる。要するに、第一段階では強い犯情・社会的類型を中心に、強い一般情状も時には考慮しながら量刑の大枠を定め、第二段階では弱い事情によって微調整するということである。

³ 司法研修所編 [2012] 24 頁以下、司法研修所刑事裁判教官室編 [2015] 32 頁以下など参照。

第二の一般情状は、「犯罪予防の要素」である。私見は目的刑論であるため、消極的
一般予防や特別予防も当然に考慮できる。ただし、前者については、経験的にみて、刑
を重くすれば消極的一般予防効果も高まるわけではない（逆も然りである）以上、そも
そも量刑において消極的一般予防効果を考慮することは、原則として許されないと考
えられる（ただし、例外がある）。また後者については、刑の重さと特別予防効果は比
例するわけではない以上、刑の量定に際する特別予防的考慮は原則として不合理であ
ると考えられるが、刑種の選択に際しては、特別予防的考慮が合理的となる場合も十分
に存在しよう（例えば、行為責任に照らすと実刑も執行猶予もありうる場合で、かつ、行
為者の再犯危険性が高い場合には、すぐに社会内に出してしまうことはできず、ひとまず刑
事施設に収容することで、施設内処遇やその他の対応に望みをつなぐべきであろう。つま
り、特別予防的考慮により実刑が選択されることになる）。いずれにせよ、重要であるの
は、犯罪予防の考慮は、最善の経験的証拠に従って行わなければならないということであ
る。

犯罪予防効果は、刑罰正当化の積極的理由（刑罰を根拠づける理由）であるから、軽
減方向だけでなく加重方向でも考慮できる。ただし、後述する理由から、「責任刑の上
限」を超えることはできない。これに対して、予防的考慮から「責任刑の下限」を下回
ることは、原理的には可能であるが、実際には稀であろう。その理由も後述する。

第三の一般情状は、「政策的利益の要素」である。すなわち、以上の犯情または一般
情状としては考慮できない事情であっても、その考慮に何らかの政策的利益があると
考えられる場合には、考慮が許される。このような事情の考慮は、刑罰論と矛盾するよ
うに思われるかもしれないが、実際は逆であり、理論的に厳密に考察すれば、少なくと
も目的刑論を採用する限り、犯罪予防効果とは無関係な利益も考慮に含めなければなら
ないことが帰結されるのである（その論証は、ここでは省略する）。

ただし、犯罪予防の利益に比べて、その他の利益の方が、刑法にとって重要性が小さ
いことは明らかである（そうでなければ、犯罪予防効果が刑罰の決定的な正当化となるは
ずがない）。したがって、この第三の一般情状が量刑に対してもつ影響力は、第二の一
般情状と比べてもなお小さいというべきであり、つまり、刑量を微調整する要素でしか
ないと考えるべきである。なお、評価方向としては、原理的には加重・軽減の両方が許
されるが、事情の種類によっては、軽減方向に限定すべき場合もある。

・評価方向の概念。上において既に、量刑事情の評価方向に言及したが、これは刑罰論
から演繹される評価方向である（本来の評価方向と呼ぶ）。しかし、本来の評価方向は、
実際の量刑に対して常にそのまま反映されるべきものではない。なぜなら、刑の数量化
に際しては量刑傾向との比較を行わなければならないためである。例えば、ある事件に
おいて被告人が社会的制裁（本来的軽減事情である）を受けているとしよう。しかし、
参照されている量刑傾向に含まれている諸事件では、むしろ、被告人が社会的制裁を課
されているのが通常であったとする。そうだとすると、当該量刑傾向は、既に社会的制
裁による量刑軽減を反映していることになる。それゆえ、問題となっている事件で、そ
の量刑傾向に比してさらに量刑を軽減したならば、社会的制裁を二重に評価し、過剰な

軽減を行うことになってしまう。かくして、当該事件における実際の評価方向（このような、量刑傾向を踏まえて最終的に決定される評価方向のことを、具体的評価方向と呼ぶ）は、「中立（重くも軽くもしない）」でなければならない。同様に、「被告人が社会的制裁を受けていない」場合であり、かつ、量刑傾向においては「社会的制裁を受けているのが通常である」場合には、「社会的制裁がない」という事情の具体的評価方向は「加重」となる一方、量刑傾向において「社会的制裁を受けていないのが通常である」ならば、具体的評価方向は「中立」となる。さらに、「被告人が引き起こした不法が重大である」という事情（本来的加重事情として把握されうる）も、具体的評価方向としては、量刑傾向において、さらに重大な不法の惹起が通常であるならば「軽減」、同じくらいの不法惹起が通常であるならば「中立」、より小さい不法惹起が通常ならば「加重」とすべきことになろう。

このように、刑罰論との関係で「加重」または「軽減」の値をとる本来的評価方向は、量刑傾向との関係で定まる「加重」、「中立」、「軽減」の値をとる具体的評価方向と区別すべきである。この区別は論理的なものであるから、量刑基準論においていかなる立場をとる場合にも、これを承認しなければならない。実際、量刑事情の評価方向をめぐる議論は、時に、この両者を区別しないことによって無用の混乱に陥っていることがあると思われるため、注意を要しよう。

・責任刑の意義。この場面では周知の通り、「幅の理論」と「点の理論」が対立するが、結論から述べれば、幅の理論を正当と解すべきである。というのもまず、確かに、犯情（および、ふさわしい刑の要素）のみを考慮することで、刑を一点に数量化することはできるかもしれない。しかし、上述した通り、そもそも刑の数量化は、量刑傾向の参照を通じて行われるものである。それゆえ仮に、現在のわが国の量刑傾向に従えば、一点の責任刑が導かれる場合があったとしても、それが「絶対的に正しい」保障はどこにも存在しない。「本当に正しい責任刑」は、それよりも重いかもしれないし、軽いかもしれない。かつ、我々は刑の数量化の手がかりを、量刑傾向以外に持ち合わせていないのであるから、「本当に正しい責任刑」がどこにあるのかということは、我々には皆目見当もつかない事柄なのである。それゆえ、点の理論は、「現在の量刑傾向を前提とした責任刑」と、「本当に正しい責任刑」とを混同するものであって、支持できない。かくして、幅の理論を採用すべきことになる。

幅の理論を前提とした上で、責任刑の幅をどのように数量化するかが問題となる。この点、上述したのと同じ理由から、「本当に正しい責任刑の上限・下限」を見出すことは不可能である。しかし、量刑傾向は、裁判所が、公衆の正義観念に配慮しながら、大量の事件処理を通じて形成してきたものであり、その意味で、量刑傾向に従った量刑は、そうでない量刑よりも、積極的一般予防効果に照らして優位性があるといえよう。つまり、量刑傾向に従って、犯情（および、ふさわしい刑の要素）のみを考慮することで導き出される刑の幅は、「本当に正しいものに近い可能性が最も高いと期待できる責任刑の幅」であるといえる。したがって、ある量刑は、量刑傾向に従っている限りは、責任刑の幅も逸脱していない、と考えることができる。これに対して、量刑傾向から逸脱し

ているからといって、必ず責任刑の幅を逸脱していることになるわけではない。このとき、いかなる場合において責任主義違反を認めるべきであるかという点については、「量刑傾向からの逸脱」の正当化要件との関係で整理する必要があるが、複雑であるためここでは省略し、本文の記述に委ねる。

最後に、ある量刑が、責任刑の上限または下限を逸脱していると認識されたとして、それがどのような効果をもつべきかということが議論されなければならない。この点、そもそも責任主義は、刑罰受忍義務を負う者のみが、その限度で刑罰を科せられるべきであることを要求する、義務論的制約であると解される。つまり、行為者に対して適法行為を期待することができない場合において、刑罰を科することで犯罪予防効果を実現するならば、そのとき行為者は、本人にはコントロールできない外力、不可抗力によって、犯罪予防効果という社会全体の利益のための犠牲にされることになってしまう。このような、全体のために個人を無条件に犠牲にする考え方は、法的にも倫理的にも、正当化されえないであろう。それゆえ逆に、行為者は、責任主義（期待可能性）の見地からして正当化される刑の限度においてのみ、刑罰受忍義務（刑を科せられることによって社会全体の利益のための犠牲となるべき義務）を負うのである。

そうであれば、責任刑の上限を上回る刑を、予防的考慮（または政策的利益の考慮）を根拠に科することは、絶対的に許されないことになろう⁴。これに対して、責任刑の下限を下回る刑を言い渡しても、責任主義違反にはならない。重い刑について受忍義務を負うならば、軽い刑についても当然に受忍義務を負うというべきだからである。したがって、責任主義は、責任刑の上限のみを画すると解される（単なる上限論）。ただし、責任刑の上限を超えさえしなければ、予防的考慮によっていかに軽い刑を科してもよいのかといえば、そうではない。そもそも責任刑の幅は量刑傾向から導くことができ、かつ、その背後には公衆の正義観念が存在するのであるから、責任刑の幅の下限を下回る刑は、積極的一般予防効果（がゼロになるわけではないにしても、それ）を大きく減殺することになると考えられる。そうなると、下限を下回る刑を正当化したいならば、そうすることによる特別予防効果の「プラス」が、積極的一般予防効果の「マイナス」を超えるといえなければならない（軽い刑を科する方が消極的一般予防が高いということは考えられないため、ここでは特別予防に限定している）。そのような場合が全くありえないとまでは言えないが、實際上、かなり稀なのではないだろうか（その際には、下限に一致する程度の刑を科しては特別予防効果が壊滅的なダメージを受けることが示されなければならないだろうが、具体的にそれがどのような場合であるのか、想像しにくい。また、特別予防は結局のところ「一人」の予防効果しか問題としないのに対して、一般予防は「不特定多数人」の犯罪を抑止するものである以上、後者の方が、典型的に利益が大きいという点も重要である。なお、政策的利益は、上述した通り、典型的に小さい利益であるから、この衡量をクリアすることは、ほとんど考えられないであろう）。

⁴ ただし、裏を返せば、責任以外の刑罰受忍根拠を用意できるならば、責任刑の上限を超える刑も正当化されうるということになる。それがありうるのか、ありうるとして何であるかという点を、本稿で詳細に追究することはできなかったが、例えば保安処分⁵に正当化根拠があるとすれば、そこには責任以外の刑罰受忍根拠が含まれていなければならない、ということは確かである。

以上のようにして本稿は、「比較法」、「刑罰論」、およびそれらを踏まえた「量刑基準論」という三つのアプローチを軸にして、量刑における均衡原理（行為責任の原則）の理論的根拠、および、そこから導かれる量刑（実務）に対する指針を、一定程度、明らかにしえたのではないかと考える次第である。

2. 残された課題

本稿冒頭の序でも述べた通り、本稿は量刑論に関わる諸問題の全てを網羅するものではなく、多くの課題が残されている。これについても各章の結語で適宜言及したところではあるが、本稿全体の視点から改めて簡潔に整理しておく、次のようになる。

第1章との関係では、スウェーデン量刑法の可能性は未だ、全く汲み尽されていないのであって、今後も比較法的検討を継続しなければならない。この作業は、今後において量刑各論の検討を続けてゆく中で、それと並行して進められるべきものであろう。この点、最近におけるスウェーデン量刑法の重要な展開の一つ挙げておくと、2021年には、いわゆる王冠証人規定を導入し、新たな一般情状として量刑規定に追加することを内容に含んだ、立法関係等調査委員会報告書（SOU）が公表された⁵。この動きは、わが国における協議・合意制度等と量刑の関係について、立法論も含めて検討しようとするとき、興味深い比較法上の素材を提供するものといえよう。

第2章との関係では、今後、そこで重点的に（しかし結局は、表面的に）参照した英語圏の刑罰哲学を中心に、刑罰正当化論における様々な立場の検討をさらに深めてゆく必要がある。そもそも、私見は目的刑論を支持しており、今後も変わらずそうであろうと思われるが、本稿における刑罰論上の他説の批判、特に応報刑論に対する批判は、弱いものにとどまったといわざるを得ない。上でも述べた通り、本稿は、目的刑論（としての相対的応報刑論）の立場から、刑罰論の根本的ジレンマを解決することができると見立て、実際、一定の解決を示したと考えているが、それでは応報刑論にこのジレンマの解決ができないのか（あるいは、既に解決した見解が存在するのではないか）と言われれば、その可能性は全く否定できない。この点についてさらに踏み込んだことを述べるならば、そもそも本稿は、応報刑論が正当化され得ない見解であるとは考えていない。本稿が目的刑論を支持するのは、究極的には、刑罰の正当化根拠が犯罪予防効果という現実的利益と無関係であるとは到底考えられないという直感を否定できないためであるが、直感に過ぎないと言われればその通りである。犯罪予防効果のほかにも、刑罰によって積極的に実現されるに値する利益ないし価値が存在する可能性は十分にある。それゆえ、「犯罪予防効果を正当化根拠として考慮しないならば、そのとき刑罰は不合理なものとなる」という推論の根拠は、端的に言って薄弱である。

ただ、このことが、本稿における論証の不備であるとは思われない。なぜなら本稿は、自

⁵ [SOU 2021:35] s. 167 ff.

的刑論を擁護するために応報刑論を否定する必要などないという方法論的想定にコミットしているためである（もちろん、逆も成り立つ。応報刑論を擁護するために目的刑論を否定する必要などない）。すなわち、目的刑論も応報刑論も、それ自体として内的に一貫した、刑罰正当化の必要条件を満たした立場として成立しうるのであって、後に残るのは、どちらの方が現行法に整合的な説明を提供できるか、あるいは、魅力的な（すなわち法律家共同体の共通了解に訴え、あるいはそれを適切に啓発するような）立法提案をなしうるかといった、優位性の量的な差異しかないとは本稿は考えているのである。そうであれば、刑罰正当化論において優先されるべきであるのは、「ただ一人の勝者」を決めるための闘いにとどまり続けることよりも——上記の通り、ただ一人の勝者を決めることができるというメタ刑罰論的想定に筆者はコミットしない——、むしろ前に進むこと、すなわち自身のプロジェクトを可能な限り現実化・具体化することで、新たな視点を、法律家共同体および市民社会に、より多く還元することであるに違いない。本稿も、このような見地から、「前に進むこと」を優先した次第である。

とはいえ、他説との相互交流が、学説の発展を促す大きな動因であることに疑いはない。それゆえ今後は、多様な刑罰論を対象とした、より視野の広い検討を目指すこととしたい。

第3章との関係では、ひとまず一通り定式化した「制約された表出的抑止刑論」をさらに精緻化するということが今後の課題となる。第2章の課題と関連して取り組むべき事柄であろう。もう少し具体的に述べておけば、本稿はもちろん、刑罰の犯罪予防効果（積極的一般予防効果）に関連する諸外国のエビデンスを網羅的に紹介・比較検討したものではないのであって、この点では多くの積み残しがある。また、わが国における実験研究の遂行も、当然、理想としては——おそらく遠い理想ではあるが——保持しなければならない。

義務論的制約についても、当然ながら検討課題が山積している。罪刑法定主義、行為主義、法益保護主義、責任主義、等々といった刑事法の基本原理の妥当根拠というのは、その各々が、一冊の書籍を宛てるに値するテーマである。あまりにも大きな課題であるが、少しずつ検討を深めてゆきたい。

第4章との関係で残された課題については、同章の結語、および本稿冒頭の序でも言及した通りであるため、ここでは繰り返さない。本稿を通じて獲得された均衡原理・均衡説を踏まえながら、量刑における、より各論的な諸問題に対して、新規かつ統一的な解決方法を提案することを目指したい。

本稿を閉じるにあたって、最後に一点、述べておきたい。私見の量刑基準論は確かに、「制約された表出的抑止刑論」という、（良く言っても）独自の刑罰論を理論的前提とするものである。それゆえ、結局は異説であって、法律家共同体におけるさらなる共通了解の創出と、立場を異にする多くの人々に開かれた議論の発展に資するものではないと思われるかもしれない。実際、筆者自身も、本稿の構想および執筆の全過程において、それを何よりも危惧してきた。もっとも、制約された表出的抑止刑論の主張内容というのは煎じ詰めれば、次の三点に帰着するものである：

- 「理論」とは別個に、市民の常識ないし直観もまた重要であるということ。
- 大筋において常識・直観にかなう刑法こそが、市民からの信頼を獲得しうるものであり、またそうしてこそ、刑法の一般予防効果は十分に発揮されるということ。
- それはそれとして、やはり刑法の基本原理は守られなければならないということ。

つまり結局は、当たり前のことである。しかし、そうであるからこそ、本稿で提示した理論には、少なくない人々に多少の示唆を与える可能性が残されていると、わずかながら期待することも許されるのではないかと思われるのである。また同時に、均衡説の量刑基準は、前提とされるべき刑罰論的根拠を（少なくとも、筆者に気づき得た限りでは）曲げることなしに、おそらくある程度は常識的な結論——本稿にとって、「常識的であること」は、他でもなく理論的に重要なことなのである——を導出したのではないかと考える。しかし、もちろん、本稿に対する評価は専ら、法律家共同体に委ねられている。

以上により、本稿の目的は全て達成されたと考える。

参考文献一覧

〔日本語文献〕

あ

青木孝之

- 青木 [2013] 『刑事司法改革と裁判員制度』（日本評論社、2013年）

秋葉弘哉

- 秋葉 [1993] 『犯罪の経済学』（多賀出版、1993年）

浅田和茂

- 浅田 [1999] 『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999年）
——浅田 [2002] 「刑事法における責任主義」法律時報 74 卷 2 号（2002年）10 頁以下
——浅田 [2005] 「量刑基準」前野育三＝斉藤豊治＝浅田和茂＝前田忠弘編『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（成文堂、2005年）25 頁以下
——浅田 [2019] 『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）

朝山芳史

- 朝山 [2010] 「量刑における結果無価値と行為無価値」原田國男判事退官記念論文集
刊行会編『原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ社、2010年）499 頁以下

阿部純二

- 阿部 [1976] 「刑の量定の基準について（上）」法学 40 卷 3 号（1976年）219 頁以下
——阿部 [1977] 「刑の量定の基準について（中）」法学 41 卷 1 号（1977年）1 頁以下
——阿部 [1982] 「刑事責任と量刑の基準」福田平＝大塚仁編『刑法総論 II』（有斐閣、1982年）88 頁以下
——阿部 [1984] 「量刑における位置価説について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第三卷』（有斐閣、1984年）133 頁以下
——阿部 [2001] 「量刑論の現状と展望」現代刑事法 3 卷 1 号（2001年）4 頁以下

安西二郎

- 安西 [2019] 「段階的量刑の実際（上）」季刊刑事弁護 97 号（2019年）114 頁以下
——安西 [2019a] 「段階的量刑の実際（下）」季刊刑事弁護 98 号（2019年）92 頁以下

安藤馨

- ――安藤 [2007] 『統治と功利』（勁草書房、2007年）
- ――安藤 [2017] 「応報主義と帰結主義の相剋（?）」若松良樹編『功利主義の逆襲』（ナカニシヤ出版、2017年）209頁以下

い

飯島暢

- ――飯島 [2016] 『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）
- ――飯島 [2017] 「応報刑論のルネサンスの射程とその課題（特集：刑罰論の現代的意義）」
刑事法ジャーナル 54号（2017年）11頁以下
- ――飯島 [2018] 「刑罰論から見た時効制度」伊東研祐＝小島秀夫＝中空壽雅＝松原芳博
編『増田豊先生古稀祝賀記念論文集』（勁草書房、2018年）277頁以下

池上佳助

- ――池上 [2020] 「北欧とは」東海大学文化社会学部北欧学科編『新版 北欧学のすすめ』
（東海大学出版部、2020年）3頁以下

池田謙一＝唐沢穰＝工藤恵理子＝村本由紀子

- ――池田ほか [2019] 『補訂版 社会心理学』（有斐閣、2019年）

石井徹哉

- ――石井 [1992] 「故意の認識内容とその認定――薬物事犯における対象物の認識を例に
――」早稲田法学会誌（1992年）1頁以下

石村善助＝所一彦＝西村春夫

- ――石村ほか [1986] 編『責任と罰の意識構造』（多賀出版、1986年）

井田良

- ――井田 [1982] 「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（一）」法学研究
55巻10号（1982年）67頁以下
- ――井田 [1982a] 「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（三）」法学研
究 55巻12号（1982年）81頁以下
- ――井田 [1983] 「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（四）」法学研究
56巻1号（1983年）62頁以下
- ――井田 [1983a] 「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（五・完）」法
学研究 56巻2号（1983年）60頁以下
- ――井田 [1996] 「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究 69巻2号（1996年）293
頁以下

- ――井田 [2001] 「コメント②」山口ほか『理論刑法学の最前線』（成文堂、2001年）131頁以下
- ――井田 [2005] 『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）
- ――井田 [2005a] 「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集 113号（2005年）203頁以下
- ――井田 [2006] 「何が法定刑の引き上げを正当化するか」刑雑 46 卷 1 号（2006年）21頁以下
- ――井田 [2007] 『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会、2007年）
- ――井田 [2010] 「量刑判断の構造について」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ社、2010年）453頁以下
- ――井田 [2012] 「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト 2号（2012年）59頁以下
- ――井田 [2012a] 「量刑の本質について」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）138頁以下
- ――井田 [2018] 『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）
- ――井田 [2019] 「平成時代の刑法学説（特集：平成の刑事法）」刑事法ジャーナル 61号（2019年）13頁以下
- ――井田 [2020] 『講義刑法学・各論〔第2版〕』（有斐閣、2020年）
- ――井田 [2021] 「『応報』の盛衰」刑事法ジャーナル 68号（2021年）3頁

伊田政司

- ――伊田 [2009] 「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
- ――伊田 [2013] 「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

伊田政司＝谷田部友香

- ――伊田＝谷田部 [2005] 「刑事事件にたいする主観的量刑判断」法と心理 4 卷 1 号（2005年）71頁以下

板山昂

- ――板山 [2014] 『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）

伊東研祐

- ――伊東 [1993] 「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田雅章ほか編『福田平大塚仁博士古希祝賀 上』（有斐閣、1993年）299頁以下

伊東研祐＝小島透

- ――伊東＝小島 [1996] 「『量刑と責任・予防に関するアンケート』報告」名古屋大学法政論集 165号（1996年）47頁以下

伊藤雅人=前田巖

- ――伊藤=前田（巖） [2010] 「裁判員との量刑評議の在り方」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集』（判例タイムズ社、2010年）371頁以下

稲谷龍彦

- ――稲谷 [2019] 「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）」法学セミナー772号（2019年）110頁以下
- ――稲谷 [2019a] 「刑事学の方法と課題 第5回：科学・法学・刑事学（1）」法学セミナー775号（2019年）110頁以下
- ――稲谷 [2019b] 「刑事学の方法と課題 第6回：科学・法学・刑事学（2）」法学セミナー776号（2019年）114頁以下

井上達夫

- ――井上 [2021] 『共生の作法〔増補新装版〕』（勁草書房、2021年）

岩井弘融=所一彦=星野周弘

- ――岩井（弘）ほか [1979] 『犯罪観の研究』（大成出版社、1979年）

岩井宜子

- ――岩井（宜） [2013] 「量刑の在り方を考える」法曹時報65巻4号（2013年）791頁以下

う

上田正基

- ――上田 [2016] 『その行為、本当に処罰しますか』（弘文堂、2016年）

植松正

- ――植松 [1958] 『新版 裁判心理学の諸相』（有信堂、1958年）

内田文昭

- ――内田 [1996] 「決定論と予防論――最近の『予防的責任論』をめぐって――」内藤謙ほか編『香川達夫博士古稀祝賀』（成文堂、1996年）241頁以下

宇藤崇

- ――宇藤 [1999] 「捜査手続の違法に対する事後的処理について」刑法雑誌38巻2号（1999年）16頁以下

え

江藤隆之

- ――江藤 [2020] 「遺棄概念に関する簡潔なドグマ」桃山法学 33 号（2020 年）121 頁以下
- ――江藤 [2014] 「行為規範と事前判断」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』（成文堂、2014 年）25 頁以下

遠藤邦彦

- ――遠藤 [2011] 「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会・編『量刑実務大系 1 量刑総論』（判例タイムズ社、2011 年）3 頁以下

お

大島隆明

- ――大島 [2015] 「裁判員裁判と控訴審の役割：実務家の視点から」刑法雑誌 54 卷 3 号（2015 年）374 頁以下

太田達也

- ――太田（達） [2018] 『刑の一部執行猶予〔改訂増補版〕』（慶應義塾大学出版会、2018 年）

太田紘史

- ――太田（紘） [2016] 編『モラル・サイコロジー：心と行動から探る倫理学』

大塚仁

- ――大塚 [1956] 「刑罰――その本質について――」尾高朝雄編『法哲学講座 第八巻』（有斐閣、1956 年）251 頁以下
- ――大塚 [1957] 『刑法における新・旧両派の理論』（日本評論社、1957 年）
- ――大塚 [2008] 『刑法概説（総論）〔第四版〕』（有斐閣、2008 年）

大谷實

- ――大谷 [1977] 「現代刑事制裁論」中山研一ほか編『現代刑法講座第一巻』（成文堂、1977 年）63 頁以下

岡上雅美

- ――岡上 [1988] 「量刑判断の構造一序説」早稲田大学大学院法研論集 48 号（1988 年）93 頁以下

- 岡上 [1992] 「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について（五・完）」警察研究 63 卷 3 号（1992 年）35 頁以下
- 岡上 [1993] 「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（一）」早稲田法学第 68 卷 3=4 号（1993 年）77 頁以下
- 岡上 [1993a] 「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早稲田法学 69 卷 1 号（1993 年）11 頁以下
- 岡上 [1994] 「量刑における『威嚇予防目的』の考慮——ドイツにおける問題状況を中心にして——」早稲田法学 70 卷 2 号（1994 年）1 頁以下
- 岡上 [2006] 「量刑体系における量刑事実の選別について」刑法雑誌 45 卷 3 号（2006 年）197 頁以下
- 岡上 [2007] 「刑罰正当化論から見た責任概念および意思の自由」刑法雑誌 46 卷 2 号（2007 年）258 頁以下
- 岡上 [2008] 「責任論総説」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008 年）108 頁以下
- 岡上 [2009] 「いわゆる『罪刑均衡原則』について」川端博ほか編『理論刑法学の探究②』（成文堂、2009 年）1 頁以下
- 岡上 [2009a] 「刑量の数値化に関する一考察—裁判員制度の下での新たな量刑？」研修 732 号（2009 年）3 頁以下
- 岡上 [2011] 「裁判員制度の下における量刑をめぐる諸問題——学問としての量刑法の展望と課題——」刑法雑誌 51 卷 1 号（2011 年）39 頁以下
- 岡上 [2011a] 「刑種および刑量についての諸基準」ヴォルフガング・フリッシュ＝浅田和茂＝岡上雅美編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—』（成文堂、2011 年）193 頁以下
- 岡上 [2015] 「量刑研究の進展——理論と実務の新たな関係——」犯罪と刑罰 24 号（2015 年）105 頁以下
- 岡上 [2017] 「裁判員裁判時代における死刑事件の判断について」井田良＝川口浩一＝葛原力三＝塩見淳＝山口厚＝山名京子編『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』（成文堂、2017 年）565 頁以下

岡慎一＝神山啓史

- 岡＝神山 [2017] 「量刑——弁護の立場から」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎編『刑事手続の新展開（下）』（成文堂、2017 年）533 頁以下

岡田雄一

- 岡田 [2002] 「量刑——裁判の立場から」三井誠＝馬場義宣＝佐藤博史＝植村立郎編『新刑事手続 II』（悠々社、2002 年）481 頁以下

小倉哲浩

- 小倉 [2011] 「違法捜査等と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011 年）275 頁以下

小野清一郎

——小野 [1956] 『新訂刑法講義総論〔第十五版〕』（有斐閣、1956年）

か

カウフマン、アルトゥール

——カウフマン [2000]（甲斐克則訳）『責任原理』（九州大学出版会、2000年）

加藤尚武

——加藤 [1997] 『現代倫理学入門』（講談社学術文庫、1997年）

金岡繁裕

——金岡 [2010] 「裁判員裁判における量刑理由の検討：主として公平性の観点から」季刊刑事弁護 64号（2010年）82頁以下

カーネマン、ダニエル

——カーネマン [2014]（村井章子訳）『ファスト&スロー 上』（ハヤカワノンフィクション文庫、2014年）

——カーネマン [2014a]（村井章子訳）『ファスト&スロー 下』（ハヤカワノンフィクション文庫、2014年）

神山啓史＝岡慎一

——神山＝岡 [2009] 「裁判員裁判における量刑判断」日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動——その思想と戦略——』（日本評論社、2009年）41頁以下

亀井源太郎

——亀井 [2021] 「刑事立法学の構想」法学会雑誌 62巻1号（2021年）157頁以下

亀本洋

——亀本 [2015] 『ロールズとデザート』（成文堂、2015年）

嘉門優

——嘉門 [2019] 『法益論』（成文堂、2019年）

唐沢穰

——唐沢 [2013] 「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

唐沢穰＝松村良之＝奥田太郎

――唐沢ほか [2018] 編『責任と法意識の人間科学』（勁草書房、2018年）

ガーランド、デービッド

――ガーランド [2016]（藤野京子監訳＝向井智哉訳）『処罰と近代社会：社会理論の研究』（現代人文社、2016年）

川合昌幸

――川合 [2011]「被告人の反省態度と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系3 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）172頁以下

河合幹雄

――河合 [2004]『安全神話崩壊のパラドックス』（岩波書店、2004年）

川口浩一

――川口 [2019]「日本におけるヘーゲル刑罰論研究の最近の動向」ノモス45巻（2019年）35頁以下

川崎一夫

――川崎 [1991]『体系的量刑論』（成文堂、1991年）

川出敏裕＝金光旭

――川出＝金 [2018]『刑事政策〔第2版〕』（成文堂、2018年）

河原俊也

――河原 [2017]「量刑――裁判の立場から」三井誠＝渡邊一弘＝岡慎一＝植村立郎編『刑事手続の新展開（下）』（成文堂、2017年）547頁以下

カント、イマヌエル

――カント [2002]（樽井正義＝池尾恭一訳）『カント全集11 人倫の形而上学』（岩波書店、2002年）

き

木梨節夫

――木梨 [1986]「刑の量定基準に関する一考察」比較法23号（1986年）1頁以下

キントホイザー、ウルス

――キントホイザー [2018]（仲道祐樹＝小池直希訳）「刑法学の対象と課題について」

比較法学 52 卷 2 号 (2018 年) 81 頁以下

く

け

源河亨

——源河 [2021] 『感情の哲学入門講義』 (慶應義塾大学出版会、2021 年)

こ

小池信太郎

——小池 (信) [2004] 「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学 1 号 (2004 年) 213 頁以下

——小池 (信) [2006] 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮 (1)」慶應法学 6 号 (2006 年) 1 頁以下

——小池 (信) [2007] 「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学 7 号 (2007 年) 19 頁以下

——小池 (信) [2008] 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮 (2)」慶應法学 9 号 (2008 年) 1 頁以下

——小池 (信) [2008a] 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮 (3・完)」慶應法学 10 号 (2008 年) 21 頁以下

——小池 (信) [2009] 「裁判員裁判における量刑評議について」法学研究 82 卷 1 号 (2009 年) 599 頁以下

——小池 (信) [2011] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 2 犯情等に関する諸問題』 (判例タイムズ社、2011 年) 127 頁以下

——小池 (信) [2013] 「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論究ジュリスト 4 号 (2013 年) 82 頁以下

——小池 (信) [2014] 「量刑における前科」刑事法ジャーナル 39 号 (2014 年) 57 頁以下

——小池 (信) [2016] 「量刑判断の在り方」刑法雑誌 55 卷 2 号 (2016 年) 346 頁以下

——小池 (信) [2017] 「オーストリア刑法における責任能力と量刑：関係規定の概観」慶應法学 37 号 (2017 年) 343 頁以下

——小池 (信) [2017a] 「刑の一部執行猶予の現状と相対的応報刑論」刑事法ジャーナル 54 号 (2017 年) 26 頁以下

小池直希

——小池 (直) [2021] 「『故意の提訴機能』の史的展開とその批判的検討 (1) : 心理

- 的責任要素としての故意理解について」早稲田法学 96 卷 2 号（2021 年）225 頁以下
——小池（直） [2021a] 「『故意の提訴機能』の史的展開とその批判的検討（2・完）：
心理的責任要素としての故意理解について」早稲田法学 96 卷 3 号（2021 年）83 頁以下
——小池（直） [2019] 「いわゆる『二重の錯誤』について」早稲田法学会誌 69 卷 2 号
（2019 年）257 頁以下

交告尚史

- 交告 [2020] 『スウェーデン行政法の研究』（有斐閣、2020 年）

合田悦三＝金子達也＝神山啓史＝菅野亮

- 合田ほか [2017] 「座談会：量刑評議を適正かつ充実したものにするために」日本弁
護士連合会刑事弁護センター編『裁判員裁判の量刑 II』（現代人文社、2017 年）183 頁以
下

小島透

- 小島 [1997] 「量刑の評価過程と数量的構造（1）：量刑における数学モデルの検討
を中心として」名古屋大学法政論集 168 号（1997 年）1 頁以下
——小島 [1997a] 「量刑の評価過程と数量的構造（2）：量刑における数学モデルの検討
を中心として」名古屋大学法政論集 169 号（1997 年）1 頁以下
——小島 [1997b] 「量刑の評価過程と数量的構造（3・完）：量刑における数学モデルの
検討を中心として」名古屋大学法政論集 170 号（1997 年）1 頁以下
——小島 [2006] 「刑事司法の運用に対する法定刑変更の効果：統計データから見た法定
刑変更と量刑等の関係」法律時報 78 卷 4 号（2006 年）98 頁以下
——小島 [2007] 「量刑判断における法定刑の役割：量刑スケールとしての法定刑の可能
性」香川法学 26 卷 3=4 号（2007 年）31 頁以下
——小島 [2011] 「量刑の経験的基礎」ヴォルフガング・フリッシュ＝浅田和茂＝岡上雅
美編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—』（成文堂、2011 年）67 頁以
下

国立国会図書館調査及び立法考査局

- 国立国会図書館調査及び立法考査局 [2015] 『各国憲法集(9) フィンランド憲法』（国
立国会図書館、2015 年）

児玉聡

- 児玉 [2010] 『功利と直観』（勁草書房、2010 年）

小長井賀與

- 小長井 [2016] 「世界の保護観察の動向」今福章二＝小長井賀與編『保護観察とは何
か：実務の視点からとらえる』（法律文化社、2016 年）57 頁以下

小西暁和

- 小西 [2019] 「『ケア』と『制裁』——北欧の犯罪者処遇に関する一試論——」吉開多一＝小西暁和編『石川正興先生古希祝賀論文集』（成文堂、2019年）191頁以下

小林公

- 小林（公） [2009] 『法哲学』（木鐸社、2009年）

小林憲太郎

- 小林（憲） [2003] 『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、2003年）
——小林（憲） [2007] 『刑法的帰責：フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』（弘文堂、2007年）
——小林（憲） [2010] 「刑罰に関する小講義（改）」立教78号（2010年）31頁以下
——小林（憲） [2012] 「『法益』について」立教法学85号（2012年）24頁以下
——小林（憲） [2018] 『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）
——小林（憲） [2020] 『刑法総論〔第2版〕』（新世社、2020年）
——小林（憲） [2021] 『刑法各論の理論と実務』（判例時報社、2021年）

小林充＝原田國男＝井田良＝岡上雅美

- 小林（充）＝原田＝井田＝岡上 [2004] 「座談会：『量刑判断の実際』と量刑理論」法時76巻4号（2004年）67頁以下

小山剛

- 小山 [2016] 『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）

さ

最高裁判所事務総局刑事局

- 最高裁判所事務総局刑事局 [2021] 「令和元年における刑事事件の概況（上）」法曹時報73巻2号（2021年）37頁以下

斉藤誠二

- 斉藤（誠） [2000] 「刑罰の正当性の根拠をめぐって」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻』（成文堂、2000年）1頁以下

斉藤豊治

- 斉藤（豊） [2008] 「佐伯刑法学における刑罰論と量刑論」刑法雑誌48巻1号（2008年）121頁以下

齋野彦弥

——齋野 [1995] 『故意概念の再構成』（有斐閣、1995年）

佐伯千仞

——佐伯（千） [1981] 『刑法講義総論〔四訂〕』（有斐閣、1981年）

——佐伯（千） [2015] 「刑の量定の基準」同（中川祐夫監修、浅田和茂＝井戸田侃＝久岡康成編）『佐伯千仞著作選集第三巻 責任の理論』（信山社、2015年〔初出1963年〕）
565頁以下

——佐伯（千） [2015a] 「刑法に於ける期待可能性の思想 増補版」同（中川祐夫監修、浅田和茂＝井戸田侃＝久岡康成編）『佐伯千仞著作選集第三巻 責任の理論』（信山社、2015年〔初出1985年〕）1頁以下

佐伯仁志

——佐伯（仁） [2009] 『制裁論』（有斐閣、2009年）

——佐伯（仁） [2013] 『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）

佐伯昌彦

——佐伯（昌） [2016] 『犯罪被害者の司法参加と量刑』（東京大学出版会、2016年）

坂田仁

——坂田 [1979] 「スウェーデンの現行制裁体系とその評価：新刑罰体系＝理念と提案＝抄訳」法学研究 52巻12号（1979年）58頁以下

——坂田 [1982] 「スウェーデン犯罪防止委員会の報告書概観（一九八一年）」法学研究 55巻5号（1982年）80頁以下

——坂田 [1984] 『犯罪者処遇の思想—懲治場からスウェーデン刑政へ』（慶應通信、1984年）

——坂田 [1986] 「スウェーデン犯罪防止委員会の報告書概観（一九八四年）」法学研究 59巻5号（1986年）82頁以下

——坂田 [1989] 「現行制裁体系を改正すべき理由（スウェーデン）：犯罪に対する制裁（拘禁及び施設内矯正保護に関する委員会答申、SOU 一九八六年一四号）第六章」法学研究 62巻3号（1989年）84頁以下

——坂田 [1990] 「スウェーデンにおける罰金制度の沿革：日数罰金を中心に」法学研究 63巻4号（1990年）20頁以下

——坂田 [1993] 「スウェーデンにおける契約治療保護」犯罪と非行 96号（1993年）20頁以下

——坂田 [1994] 「スウェーデン統治組織法（試訳）」法学研究 67巻8号（1994年）71頁以下

——坂田 [2000] 「日本における北欧刑事法・犯罪学研究」法学研究 73巻11号（2000年）103頁以下

——坂田 [2010] 「スウェーデン刑法典及び刑法施行法（試訳）（1）」犯罪と非行に関

- する全国協議会機関誌 105号（2010年）49頁以下
- ――坂田 [2011] 「スウェーデン刑法典及び刑法施行法（試訳）（2・完）」犯罪と非行に関する全国協議会機関誌 107号（2011年）20頁以下
- ――坂田 [2012] 「スウェーデン刑法における制裁の量定」人間科学論究 20号（2012年）49頁以下
- ――坂田 [2012a] 「スウェーデン統治組織法の改正（二〇一〇年）について」法学研究 85巻 11号（2012年）89頁以下
- ――坂田 [2015] 「スウェーデンの制裁制度・二〇一五年」法学研究 88巻 12号（2015年）59頁以下
- ――坂田 [2017] スウェーデンの19世紀以降の刑法の歴史―P・E・ヴァレン著『スウェーデン刑法史』を中心に― 常磐大学大学院学術論究 4号（2017年）55頁以下

酒巻匡

- ――酒巻 [2012] 「裁判員制度における量刑の意義」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）865頁以下

佐久間修

- ――佐久間 [2009] 『刑法総論』（成文堂、2009年）

佐藤拓磨

- ――佐藤（拓） [2016] 『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会、2016年）

佐藤輝幸

- ――佐藤（輝） [2017] 「現住建造物等放火罪に関する諸問題」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑩』（成文堂、2017年）169頁以下

澤登俊雄

- ――澤登 [1984] 「現代における刑罰の本質と機能」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 1』（日本評論社、1984年）35頁以下

し

ジェイムズ、スコット

- ――ジェイムズ [2018] （児玉聡訳）『進化倫理学入門』（名古屋大学出版会、2018年）

重田裕之

- ――重田 [2019] 「裁判員裁判における量刑の公平性の判断」刑事法ジャーナル 62号（2019年）81頁以下

柴田守

- 柴田 [2021] 「再犯可能性の量刑判断上の評価に関する序論的考察」法学会雑誌 62 卷 1 号 (2021 年) 241 頁以下

司法研修所刑事裁判教官室

- 司法研修所刑事裁判教官室編 [2015] 『プラクティス刑事裁判』 (法曹会、2015 年)

司法研修所

- 司法研修所編 [2007] 『量刑に関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——』 (法曹会、2007 年)
——司法研修所編 [2009] 『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』 (法曹会、2009 年)
——司法研修所編 [2012] 『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)

司法制度改革審議会

- 司法制度改革審議会 [2001] 「司法制度改革審議会意見書—21 世紀の日本を支える司法制度—」 (2001 年) (URL=<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html> [2021 年 10 月 11 日閲覧])

白井智之＝猪股正貴＝土倉健太

- 白井＝猪股＝土倉 [2016] 「刑法等の一部を改正する法律及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律について」法曹時報 68 卷 1 号 (2016 年) 25 頁以下

城下裕二

- 城下 [1995] 『量刑基準の研究』 (成文堂、1995 年)
——城下 [2009] 『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』 (成文堂、2009 年)
——城下 [2019] 『責任と刑罰の現在』 (成文堂、2019 年)

宿谷晃弘

- 宿谷 [2005] 「英米における自由主義的刑罰論への批判の本意と『批判後』の刑罰論に関する一考察——ダフ (Duff) の政治理論・刑罰論の検討——」比較法学 39 卷 1 号 (2005 年) 67 頁以下

洲見光男

- 洲見 [1987] 「意味の認識と故意の符合」早稲田大学大学院法研論集 40 号 (1987 年) 139 頁以下

シュトレング、フランチ

——シュトレング [2007] (井田良=小池信太郎訳) 「ドイツにおける量刑：その概要と現代的課題」慶應法学 8号 (2007年) 123頁以下

——シュトレング [2011] (高山佳奈子訳) 「量刑の経験的基礎」ヴォルフガング・フリッシュ=浅田和茂=岡上雅美編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—』(成文堂、2011年) 45頁以下

シュナイダー、ユリア=黒澤睦 (黒澤睦監訳、高村紳=村瀬健太訳)

——シュナイダー=黒澤 [2019] 「ドイツ量刑法概説：日独比較法対話とともに」法律論叢 91巻6号 (2019年) 377頁以下

シュワルツェネッガー、クリスティアン

——シュワルツェネッガー [2016] (小池信太郎=藪中悠=横濱和弥=荒木泰貴=山田雄大=橋本広大訳) 「スイスの刑事制裁制度」慶應法学 36号 (2016年) 181頁以下

莊子邦雄

——莊子 [1996] 『刑法総論〔第三版〕』(青林書院、1996年)

白岩祐子

——白岩 [2019] 『「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)

す

末道康之

——末道 [2017] 「ベルギー刑法改正の動向 (一)」南山法学 41巻1号 (2017年) 115頁以下

——末道 [2018] 「ベルギー刑法改正の動向 (二・完)」南山法学 41巻2号 (2018年) 213頁以下

杉田宗久

——杉田 [2005] 「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判例タイムズ 1173号 (2005年) 4頁以下

——杉田 [2006] 「法定刑の改正動向について——裁判実務の立場から——」刑法雑誌 46巻1号 (2006年) 111頁以下

——杉田 [2012] 『裁判員裁判の理論と実践』(成文堂、2012年)

杉本一敏

——杉本 [2020] 「刑法における『法的に空虚な領域』と『放任行為』の論理 (上)」比

較法学 53 卷 3 号 (2020 年) 1 頁以下

杉山和之

——杉山 [2006] 「犯罪論と刑罰論の調和——積極的一般予防論に対する批判的考察」日本大学大学院法学研究年報 36 号 (2006 年) 147 頁以下

菅野亮

——菅野 [2014] 「量刑評議のあり方と実務の現状」季刊刑事弁護 80 号 (2014 年) 34 頁以下

鈴木一永

——鈴木 (一) [2016] 「中止犯の根拠論について」早稲田大学法学会誌 66 卷 2 号 (2016 年) 267 頁以下

鈴木茂嗣

——鈴木 (茂) [2005] 「犯罪論と量刑論」前野育三 = 齊藤豊治 = 浅田和茂 = 前田忠弘編『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』(成文堂、2005 年) 3 頁以下

須藤明 = 岡本吉生 = 村尾泰弘 = 丸山泰弘

——須藤ほか [2018] 編『刑事裁判における人間行動科学の寄与』(日本評論社、2018 年)

ストローソン、P・F

——ストローソン [2010] (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

せ

セン、アマルティア&ウィリアムズ、バーナード

——セン&ウィリアムズ [2019] (後藤玲子監訳) 『功利主義をのりこえて：経済学と哲学の倫理』(ミネルヴァ書房、2019 年)

そ

十河隼人

——十河 [2020] 「外国文献紹介」早稲田法学 95 卷 4 号 (2020 年) 447 頁以下

曾根威彦

——曾根 [1997] 「刑法における責任と予防」奥島孝康 = 田中成明編『法学の根底にある

- もの』(有斐閣、1997年)375頁以下
 ——曾根 [2015] 『刑法原論』(成文堂、2015年)

た

高橋直哉

- 高橋 [2017] 「刑罰論の現状と課題(特集:刑罰論の現代的意義)」刑事法ジャーナル 54号(2017年)4頁以下
 ——高橋 [2017a] 「英米におけるハイブリッドな刑罰論の諸相」高橋則夫=只木誠=田中利幸=寺崎嘉博編『長井圓先生古稀記念』(信山社、2017年)209頁以下
 ——高橋 [2018] 『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018年)
 ——高橋 [2020] 「刑法基礎理論の可能性を夢想する」佐伯仁志=高橋則夫=只木誠=松宮孝明編『刑事法の理論と実務②』(成文堂、2020年)147頁以下

高橋則夫

- 高橋 [1997] 『刑法における損害回復の思想』(成文堂、1997年)
 ——高橋 [2003] 『修復的司法の探求』(成文堂、2003年)
 ——高橋 [2018] 『刑法総論〔第4版〕』(成文堂、2018年)
 ——高橋 [2021] 『規範論と理論刑法学』(成文堂、2021年)

高山佳奈子

- 高山 [1999] 『故意と違法性の意識』(有斐閣、1999年)
 ——高山 [2010] 「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル 21号(2010年)2頁以下
 ——高山 [2011] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系3 一般情状等に関する諸問題』(判例タイムズ社、2011年)72頁以下
 ——高山 [2013] 「『責任主義』と『比例原則』」刑法雑誌 53巻1号(2013年)71頁以下

瀧川裕英

- 瀧川 [2003] 『責任の意味と制度:負担から応答へ』(勁草書房、2003年)
 ——瀧川 [2006] 「量刑権力の説明責任」法律時報 78巻3号(2006年)17頁以下
 ——瀧川 [2008] 「他行為可能性は責任の必要条件ではない」法学雑誌 55巻1号(2008年)31頁以下
 ——瀧川 [2016] 「応報の問題地図——統一テーマ『応報の行方』について」法哲学年報 2015年号(2016年)1頁以下
 ——瀧川 [2017] 「相対的応報刑論という二元論(特集:刑罰論の現代的意義)」刑事法ジャーナル 54号(2017年)19頁以下

瀧川裕英=宇佐美誠=大屋雄裕

——瀧川＝宇佐美＝大屋 [2014] 『法哲学』（有斐閣、2014年）

竹内健互

——竹内 [2018] 「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）261頁以下

竹川俊也

——竹川 [2018] 『刑事責任能力論』（成文堂、2018年）

——竹川 [2019] 「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）29頁以下

田中久智＝里見理都子＝田中希世子

——田中＝里見＝田中 [1998] 「積極的一般予防論の最近の動向（2）」比較法制研究21号（1998年）23頁以下

棚瀬孝雄

——棚瀬 [1973] 「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 社会と法2』（岩波書店、1973年）25頁以下

団藤重光

——団藤 [1990] 『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、1990年）

ち

趙誠峰「『量刑評議の在り方』から弁護戦略を考える」季刊刑事弁護80号（2014年）47頁以下

つ

辻脇葉子

——辻脇 [2007] 「応報と修復の関係—コミュニケーション的刑罰論の視座から—」情報コミュニケーション学研究3号（2007年）58頁以下

て

鄭超

——鄭 [2020] 「量刑論の基本構造（一）」法学論叢187巻2号（2020年）99頁以下

——鄭 [2020a] 「量刑論の基本構造（二）」法学論叢 187 巻 5 号（2020 年）81 頁以下

と

堂園俊彦

——堂園 [2018] 「義務論」赤林朗＝児玉聡編『入門・倫理学』（勁草書房、2018 年）105 頁以下

ドゥウオーキン、ロナルド

——ドゥウオーキン [2003] （木下毅＝小林公＝野坂泰司訳）『権利論〔増補版〕』（木鐸社、2003 年）

東本愛香

——東本 [2014] 「刑務所における性犯罪者の処遇」女性犯罪研究会編『性犯罪・被害——性犯罪規定の見直しに向けて——』（尚学社、2014 年）220 頁以下

ドーキンス、リチャード

——ドーキンス [2018] （日高敏隆ほか訳）『利己的な遺伝子』（紀伊國屋書店、2018 年）

所一彦

——所 [1994] 『刑事政策の基礎理論』（大成出版社、1994 年）

——所 [1998] 「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）97 頁以下

トマセロ、マイケル

——トマセロ [2020] （中尾央訳）『道徳の自然誌』（勁草書房、2020 年）

な

内藤謙

——内藤 [1983] 『刑法講義総論（上）』（有斐閣、1983 年）

中川博之

——中川 [2011] 「量刑に関する評議・評決」大阪刑事実務研究会編『量刑実務体系 4 刑の選択・量刑手続』（判例タイムズ社、2011 年）257 頁以下

——中川 [2011a] 「裁判員裁判と量刑」刑法雑誌 51 巻 1 号（2011 年）13 頁以下

——中川 [2011b] 「事実審における量刑決定」ヴォルフガング・フリッシュ＝浅田和茂＝岡上雅美編『量刑法の基本問題——量刑理論と量刑実務との対話——』（成文堂、2011 年）

227 頁以下

中島隆信

——中島 [2011] 「経済学の視点から見た刑事政策」犯罪社会学研究 36 号（2011 年）42 頁以下

長沼範良

——長沼 [2006] 「公訴時効期間の見直し」刑法雑誌 46 卷 1 号（2006 年）43 頁以下

仲道祐樹

——仲道 [2019] 「法益論・危害原理・憲法判断：刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察」比較法学 53 卷 1 号（2019 年）25 頁以下

中村秀次

——中村（秀） [1984] 「社会復帰理念の衰退（フランシス・アレン）」熊本法学 42 号（1984 年）99 頁以下

——中村（秀） [1989] 「刑の量定：スウェーデンの量刑改革提案評価」熊本法学 62 号（1989 年）39 頁以下

——中村（秀） [1998] 「挑発と責任：英米等における均衡刑論と減輕事由」熊本法学 92 号（1998 年）39 頁以下

——中村（秀） [1999] 「犯罪行為の侵害性について：英米等における均衡刑論の検討」熊本法学 95 号（1999 年）261 頁以下

中村悠人

——中村（悠） [2012] 「刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）」立命館法学 341 号（2012 年）244 頁以下

——中村（悠） [2012a] 「刑罰の正当化根拠に関する一考察（2）」立命館法学 342 号（2012 年）208 頁以下

——中村（悠） [2012b] 「刑罰の正当化根拠に関する一考察（3）」立命館法学 343 号（2012 年）343 頁以下

——中村（悠） [2012c] 「刑罰の正当化根拠に関する一考察（4・完）」立命館法学 344 号（2012 年）164 頁以下

中山竜一

——中山 [2009] 『法学』（岩波書店、2009 年）

奈良雅俊

——奈良 [2018] 「倫理理論」赤林朗＝児玉聡編『入門・倫理学』（勁草書房、2018 年）27 頁以下

成田和信

——成田 [2004] 『責任と自由』（勁草書房、2004年）

難波宏

——難波 [2011] 「前科、前歴等と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）1頁以下

に

西岡正樹

——西岡 [2007] 「実質的責任論に関する一考察（二・完）」法学 71 巻 5 号（2007年）115頁以下

西崎健児

——西崎 [2011] 「社会的制裁・行政処分と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）247頁以下

西田典之

——西田 [2019]（橋爪隆補訂）『刑法総論 第三版』（弘文堂、2019年）

西原春夫

——西原（春） [1993] 『刑法総論〔改訂準備版（下巻）〕』（1993年）

西原博史

——西原（博） [2014] 「立法システムの再構築」西原博史編『立法学のフロンティア 2 立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版、2014年）3頁以下

——西原（博） [2014a] 「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」西原博史編『立法学のフロンティア 2 立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版、2014年）17頁以下

日本犯罪社会学会

——日本犯罪社会学会 [2009] 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）

楡井英夫

——楡井 [2017] 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 26 年度）』（法曹会、2017年）272頁以下

ぬ

ヌスバウム、マーサ

- ヌスバウム [2010] (河野哲也監訳) 『感情と法：現代アメリカ社会の政治的リベラリズム』 (慶應義塾大学出版会、2010年)

ね

の

ノージック、R

- ノージック [1992] (嶋津格訳) 『アナキー・国家・ユートピア』 (木鐸社、1992年)

信原幸弘

- 信原 [2017] 『情動の哲学入門』 (勁草書房、2017年)

野村和彦

- 野村(和) [2007] 「量刑における法定刑の意義——ブルンスの見解を中心に——」
法政論叢 44 卷 1 号 (2007 年) 23 頁以下

野村健太郎

- 野村(健) [2014] 「刑量導出の理論的過程と量刑事情の機能」
法学研究 55 卷 1・2 号 (2014 年) 239 頁以下
- 野村(健) [2015] 「国家機関の違法行為と量刑責任」
愛知学院大学論叢法学研究 56 卷 3・4 号 (2015 年) 133 頁以下
- 野村(健) [2020] 「研究会報告：責任・予防と量刑」
早稲田法学 95 卷 2 号 (2020 年) 420 頁以下
- 野村(健) [2020a] 『量刑の思考枠組み』 (成文堂、2020年)

は

ハイト、ジョナサン

- ハイト [2014] (高橋洋訳) 『社会はなぜ左と右にわかれるのか』 (紀伊国屋書店、2014年)

萩原金美

- 萩原 [2007] 『スウェーデン法律用語辞典』 (中央大学出版部、2007年)
- 萩原 [2011] 『北欧法律事情』 (中央大学出版部、2011年〔初出1972年〕)

橋爪隆

- 橋爪 [2018] 「刑法各論の悩みどころ 第21回〔最終回〕放火罪をめぐる問題について」法学教室 450号 (2018年) 94頁以下

橋本祐子

- 橋本 [2012] 「復讐感情と法に関する覚え書」同志社法学 64巻3号 (2012年) 967頁以下
- 橋本 [2016] 「応報刑と復讐」法哲学年報 2015年号 (2016年) 16頁以下
- 橋本 [2017] 「刑事司法における『感情』の所在——応報を中心に」論究ジュリスト 22号 (2017年) 34頁以下

ハストロプ、K

- ハストロプ [1996] 編 (菅原邦城=新谷俊裕訳) 『北欧社会の基層と構造1 北欧の世界観』 (東海大学出版会、1996年)
- ハストロプ [1996a] 編 (熊野聡=清水育男=早野勝巳訳) 『北欧社会の基層と構造2 北欧の自然と生業』 (東海大学出版会、1996年)
- ハストロプ [1996b] 編 (菅原邦城=熊野聡=田辺欧=清水育男訳) 『北欧社会の基層と構造3 北欧のアイデンティティ』 (東海大学出版会、1996年)

長谷川真理子

- 長谷川 [2018] 「ヒトはなぜ犯罪を犯すのか：進化生物学から見たヒトの行動戦略」罪と罰 55巻3号 (2018年) 18頁以下

長谷部恭男

- 長谷部 [2016] 『憲法の理性〔増補新装版〕』 (東京大学出版会、2016年)
- 長谷部 [2018] 『憲法〔第7版〕』 (新世社、2018年)

畑山靖

- 畑山 [2011] 「被告人が自己の犯罪により自ら多大の不利益を被ったことと量刑」大阪刑事实務研究会編『量刑実務大系3 一般情状等に関する諸問題』 (判例タイムズ社、2011年) 216頁以下

パヴリック、ミヒャエル

- パヴリック [2014] (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)」関西大学法学論集 63巻5号 (2014年) 1531頁以下

浜井浩一

- 浜井 [2011] 『実証的刑事政策論』 (岩波書店、2011年)
- 浜井 [2013] (編著) 『犯罪統計入門〔第2版〕』 (日本評論社、2013年)

林正彦

- 林（正） [2010] 「構成要件外の結果と量刑」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、2010年）24頁以下

林幹人

- 林（幹） [1995] 『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、1995年）
- 林（幹） [2008] 『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）

林美月子

- 林（美） [1990] 「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学 26 卷 1 号（1990年）135頁以下
- 林（美） [1992] 「量刑事情と評価方向」神奈川法学 27 卷 2・3 号（1992年）135頁以下

原田和往

- 原田（和） [2014] 「公訴時効制度に関する実体法的説明について」岡山大学法学会雑誌 64 卷 2 号（2014年）41頁以下
- 原田（和） [2017] 「時の経過による証拠の散逸について」刑法雑誌 56 卷 2 号（2017年）238頁以下

原田國男

- 原田（國） [2008] 『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、2008年）
- 原田（國） [2011] 『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、2011年）
- 原田（國） [2014] 「裁判員裁判の量刑の在り方」刑事法ジャーナル 42 号（2014年）43頁以下
- 原田（國） [2015] 「量刑事実の証明責任」慶應法学 31 号（2015年）1頁以下

ハリス、ジョン

- ハリス [1988] （新田章訳）「臓器移植の必要性」H・T・エンゲルハート＝H・ヨナスほか著（加藤尚武＝飯田亘之編）『バイオエシックスの基礎：欧米の「生命倫理」論』（東海大学出版会、1988年）167頁以下

ひ

稗田雅洋

- 稗田 [2016] 「裁判員裁判と刑法理論——裁判官の視点から——」刑法雑誌 55 卷 2 号（2016年）361頁以下

——稗田 [2018] 「裁判員裁判と量刑」松澤伸＝高橋則夫＝橋爪隆＝稗田雅洋＝松原英世『裁判員裁判と刑法』（成文堂、2018年）77頁以下

樋口亮介

——樋口 [2017] 「行為責任論を基礎にした前科の位置づけ」『刑事法学の未来——長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）179頁以下
 ——樋口 [2018] 「責任非難の意義——複数の視点の析出と構造化の試み」法律時報 90巻1号（2018年）6頁以下
 ——樋口 [2018a] 「不遇な生育歴と責任非難」慶應法学 40号（2018年）177頁以下

ヒューム、デイヴィッド

——ヒューム [2019] （伊勢俊彦ほか訳）『人間本性論 第3巻 道徳について〔普及版〕』（法政大学出版局、2019年）

玄守道

——玄 [2011] 「刑罰に関する一試論——ヤコブス説とパヴリーク説の比較検討を通じて」浅田和茂ほか編『村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、2011年）111頁以下

平野龍一

——平野 [1972] 『刑法総論 I』（有斐閣、1972年）

平場安治＝平野龍一編

——平場＝平野 [1972] 『刑法改正の研究（1）概論・総則』（東京大学出版会、1972年）

廣瀬健二

——廣瀬 [2016] 「外国少年司法事情 2」家庭の法と裁判 7号（2016年）95頁以下
 ——廣瀬 [2017] 「外国少年司法事情 3」家庭の法と裁判 8号（2017年）147頁以下
 ——廣瀬 [2017a] 「外国少年司法事情 4」家庭の法と裁判 10号（2017年）130頁以下
 ——廣瀬 [2017b] 「外国少年司法事情 5」家庭の法と裁判 11号（2017年）131頁以下
 ——廣瀬 [2018] 「外国少年司法事情 7」家庭の法と裁判 13号（2018年）96頁以下
 ——廣瀬 [2018a] 「外国少年司法事情 8」家庭の法と裁判 14号（2018年）97頁以下
 ——廣瀬 [2018b] 「外国少年司法事情 9」家庭の法と裁判 15号（2018年）139頁以下
 ——廣瀬 [2018c] 「外国少年司法事情 10」家庭の法と裁判 16号（2018年）147頁以下
 ——廣瀬 [2018d] 「外国少年司法事情 11」家庭の法と裁判 17号（2018年）146頁以下
 ——廣瀬 [2019] 「外国少年司法事情 12」家庭の法と裁判 18号（2019年）140頁以下
 ——廣瀬 [2019a] 「外国少年司法事情 14」家庭の法と裁判 20号（2019年）96頁以下
 ——廣瀬 [2019b] 「外国少年司法事情 15」家庭の法と裁判 21号（2019年）143頁以下
 ——廣瀬 [2019c] 「外国少年司法事情 17」家庭の法と裁判 23号（2019年）143頁以下
 ——廣瀬 [2019d] 「少年法の展開：スウェーデンの若年者に対する特則の概要」吉開多一＝小西暁和編『石川正興先生古希祝賀論文集』（成文堂、2019年）315頁以下

- 廣瀬 [2019e] 「スウェーデンの少年保護法制——社会事業法を中心に——」 立教法務研究 12 号 (2019 年) 89 頁以下
- 廣瀬 [2020] 「外国少年司法事情 18」 家庭の法と裁判 24 号 (2020 年) 121 頁以下
- 廣瀬 [2020a] 「外国少年司法事情 19」 家庭の法と裁判 25 号 (2020 年) 142 頁以下
- 廣瀬 [2021] 「量刑・処遇選択における『犯情の軽重』の意義・機能について」 法曹時報 73 卷 8 号 (2021 年) 1 頁以下

廣瀬健二=十河隼人

- 廣瀬=十河 [2018] 「スウェーデンの少年保護法制——若年者保護特別法を中心に——」 立教法務研究 11 号 (2018 年) 45 頁以下

ピンカー、スティーブン

- ピンカー [2004] (山下篤子訳) 『人間の本性を考える 上』 (NHK 出版、2004 年)
- ピンカー [2004a] (山下篤子訳) 『人間の本性を考える 中』 (NHK 出版、2004 年)
- ピンカー [2004b] (山下篤子訳) 『人間の本性を考える 下』 (NHK 出版、2004 年)

ふ

ファインバーグ、J

- ファインバーグ [2018] (嶋津格訳) 「正義と人のデザート (報いに値すること)」 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) 117 頁以下
- ファインバーグ [2018a] (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

范耕維 (ファン・ケンウェイ)

- 范 (ファン) [2019] 「違法捜査を量刑事情とすることの正当化根拠：刑罰目的の観点からの検討を中心に」 (博士論文〔一橋大学〕、2019 年)

フォン・ハーシュ、アンドレアス

- フォン・ハーシュ [2017] (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」 比較法学 51 卷 2 号 (2017 年) 113 頁以下
- フォン・ハーシュ [2021] (松澤伸訳) 『デザート・モデルの量刑論』 (成文堂、2021 年)

福田平

- 福田 [2011] 『全訂刑法総論〔第五版〕』 (有斐閣、2011 年)

藤井敏明

――藤井 [1998] 「量刑の根拠」平野隆一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法 [III] 証拠・裁判・上訴』（青林書院、1998年）203頁以下

藤岡一郎

――藤岡 [1982] 「一般予防論の一考察」産大法学 16 卷 3 号（1982年）1頁以下

――藤岡 [1986] 「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」刑法雑誌 27 卷 3 号（1986年）547頁以下

プランパー、ヤン

――プランパー [2020] （森田直子監訳）『感情史の始まり』（みすず書房、2020年）

フリッシュ、ヴォルフガング

――フリッシュ [2002] （岡上雅美訳）「連邦通常裁判所における刑罰構想、量刑事実および量刑基準―1つの批判的かつ建設的評価―」法政理論 34 卷 3 号（2002年）49頁以下

――フリッシュ [2011] （松宮孝明訳）「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」ヴォルフガング・フリッシュ＝浅田和茂＝岡上雅美編『量刑法の基本問題―量刑理論と量刑実務との対話―』（成文堂、2011年）3頁以下

へ

ヘーゲル

――ヘーゲル [2021] （上妻精＝佐藤康邦＝山田忠彰訳）『法の哲学（上）』（岩波文庫、2021年）

ヘルンレ、タチアナ

――ヘルンレ [2011] （葛原力三訳）「量刑上重要な犯行情形」ヴォルフガング・フリッシュ＝浅田和茂＝岡上雅美編『量刑法の基本問題―量刑理論と量刑実務との対話―』（成文堂、2011年）117頁以下

ほ

法制審議会刑事法（凶悪・重大犯罪関係）部会

――法制審 [2004] 第一回会議（平成 16 年 4 月 19 日開催）議事録（URL=http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_040419-1.html）（2021年 10 月 11 日閲覧）

法務省矯正局成人矯正課

――法務省矯正局成人矯正課 [2020] 「刑事施設における性犯罪者処遇プログラム受講者の再犯等に関する分析」（2020年）1頁以下

法務省刑事局

- ――法務省刑事局 [1963] (佐藤裕訳) 『スウェーデン保護草案 刑事基本法改正資料第三号』 (法務省刑事局、1963 年)
- ――法務省刑事局 [2021] (樋口亮介=深町晋也=小池信太郎=佐藤拓磨=仲道祐樹=神馬幸一訳) 『刑事法制資料 ドイツ刑法典』 (法務省刑事局、2021 年)

法務省大臣官房司法法制部編

- ――法務省大臣官房司法法制部編 [2007] 『ドイツ刑法典』 (法曹会、2007 年)

星野周弘

- ――星野 [1981] 『犯罪社会学原論』 (立花書房、1981 年)

ボーム、クリストファー

- ――ボーム [2014] (斉藤隆央訳) 『モラルの起源』 (白揚社、2014 年)

堀内捷三

- ――堀内 [1988] 「責任論の課題」芝原邦爾=堀内捷三=町野朔=西田典之編『刑法理論の現代的課題・総論 I』 (日本評論社、1988 年) 171 頁以下
- ――堀内 [2004] 『刑法総論〔第二版〕』 (有斐閣、2004 年)

堀江慎司

- ――堀江 [2011] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』 (判例タイムズ社、2011 年) 240 頁以下
- ――堀江 [2011a] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』 (判例タイムズ社、2011 年) 378 頁以下
- ――堀江 [2011b] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 4 刑の選択・量刑手続』 (判例タイムズ社、2011 年) 245 頁以下

ジェームズ・ボンタ & D・A・アンドリュース

- ――ボンタ & アンドリュース [2018] (原田隆之訳) 『犯罪行動の心理学』 (北大路書房、2018 年)

本庄武

- ――本庄 [1999] 「量刑責任の刑罰限定機能について (1)」一橋研究 24 巻 1 号 (1999 年) 79 頁以下
- ――本庄 [1999a] 「量刑責任の刑罰限定機能について (2・完)」一橋研究 24 巻 2 号 (1999 年) 113 頁以下
- ――本庄 [2002] 「刑罰論から見た量刑基準 (1)」一橋法学 1 巻 1 号 (2002 年) 173 頁以下

- 本庄 [2002a] 「刑罰論から見た量刑基準 (2)」一橋法学 1 卷 2 号 (2002 年) 424 頁以下
- 本庄 [2002b] 「刑罰論から見た量刑基準 (3・完)」一橋法学 1 卷 3 号 (2002 年) 723 頁以下
- 本庄 [2002c] 「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 卷 1 号 (2002 年) 76 頁以下

ま

前田忠弘

- 前田 (忠) [2011] 「西オーストラリア州の量刑と犯罪者処遇」甲南法学 51 卷 4 号 (2011 年) 225 頁以下

前田雅英

- 前田 (雅) [1998] 『刑法総論講義〔第三版〕』 (東京大学出版会、1998 年)
- 前田 (雅) [2007] 「刑事法学的視点から見た今回の結果の意味するもの」司法研修所編『量刑に関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——』 (法曹会、2007 年) 173 頁以下
- 前田 (雅) [2019] 『刑法総論講義〔第 7 版〕』 (東京大学出版会、2019 年)

前田雅英＝合田悦三＝井上豊＝野原俊郎

- 前田 (雅) ほか [2007] 『量刑に関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)

牧野英一

- 牧野 [1962] 「スエーデンの保護法案」同『刑法の新立法と新学説 刑法研究第 18 卷』 (有斐閣、1962 年) 96 頁以下

増田豊

- 増田 [2004] 「刑罰論における応報と積極的一般予防についての法理論的研究」明治大学社会科学研究所紀要 43 卷 1 号 (2004 年) 51 頁以下
- 増田 [2009] 『規範論による責任刑法の再構築』 (勁草書房、2009 年)

町野朔

- 町野 [2019] 『刑法総論』 (信山社、2019 年)

松生建

- 松生 [1997] 「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰 (1)」海保大研究報告法文学系 43 卷 2 号 (1997 年) 1 頁以下

——松生 [1998] 「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰（2・完）」海保大研究報告法文学系 44 卷 2 号（1998 年）25 頁以下

松尾浩也

——松尾 [1971] 「刑の量定」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座 第 1 卷』（成文堂、1971 年）337 頁以下

松岡正章

——松岡 [1975] 『量刑手続法序説』（成文堂、1975 年）

——松岡 [2000] 『量刑法の生成と展開』（成文堂、2000 年）

松澤伸

——松澤 [2001] 『機能主義刑法学の理論』（信山社、2001 年）

——松澤 [2005] 「デンマークの参審制（連続特集：裁判員制度と刑事弁護（4）量刑はどうなるのか？）」季刊刑事弁護 44 号（2005 年）59 頁以下

——松澤 [2007] 「機能的刑法解釈方法論再論」早稲田法学 82 卷 3 号（2007 年）131 頁以下

——松澤 [2014] 「スウェーデンにおける刑罰の正当化根拠と量刑論：いわゆる『均衡原理』の基礎」罪と罰 51 卷 3 号（2014 年）76 頁以下

——松澤 [2015] 「文献紹介：ヤック・オーグレン（Jack Ågren）著『スウェーデン刑法 29 章 5 条における衡平理由（Billighetsskälén i BrB 29:5）』（2013, Jure Förlag, Stockholm）」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑧』（成文堂、2015 年）225 頁以下

——松澤 [2018] 「スウェーデンの刑罰理論について：刑罰文化を踏まえた一考察」高塩博編『刑罰をめぐる法文化』（国際書院、2018 年）237 頁以下

——松澤 [2019] 「刑法／刑罰制度の正当化根拠論と犯罪化論／犯罪論」吉開多一＝小西暁和編『刑事政策の新たな潮流 石川正興先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2019 年）41 頁以下

——松澤 [2020] 「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」早稲田法学 95 卷 4 号（2020 年）1 頁以下

松澤伸＝松原英世

——松澤＝松原（英） [2015] 「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

松嶋祐子

——松嶋 [2020] 「情状鑑定の現状について」専修人文論集 107 号（2020 年）103 頁以下

松田岳士

——松田 [2011] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 1 量刑総論』（判

例タイムズ社、2011年) 205頁以下

松原英世

- 松原(英) [2014] 『刑事制度の周縁』(成文堂、2014年)
- 松原(英) [2018] 「市民の規範意識と裁判員裁判」松澤伸=高橋則夫=橋爪隆=稗田雅洋=松原英世『裁判員裁判と刑法』(成文堂、2018年) 99頁以下

松原英世=松澤伸

- 松原(英)=松澤 [2019] 「『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

松原芳博

- 松原(芳) [1997] 『犯罪概念と可罰性』(成文堂、1997年)
- 松原(芳) [2002] 「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀記念論文集』(成文堂、2002年) 319頁以下
- 松原(芳) [2004] 「刑事責任の意義と限界」法律時報 76巻8号(2004年) 6頁以下
- 松原(芳) [2007] 「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
- 松原(芳) [2007a] 「犯罪論と刑罰論との関係」刑法雑誌 46巻2号(2007年) 235頁以下
- 松原(芳) [2014] 「立法化の時代における刑法学」井田良=松原芳博編『立法学のフロンティア 3 立法実践の変革』(ナカニシヤ出版、2014年) 123頁以下
- 松原(芳) [2015] 「刑法と哲学——刑罰の正当化根拠をめぐって——」法と哲学 1号(2015年) 57頁以下
- 松原(芳) [2016] 「刑罰の正当化根拠としての応報——刑法学の立場から」法哲学年報 2015年号(2016年) 63頁以下
- 松原(芳) [2017] 『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社、2017年)
- 松原(芳) [2020] 「研究会報告：責任と予防をめぐる日本の議論」早稲田法学 95巻2号(2020年) 398頁以下

松宮孝明

- 松宮 [2006] 「法定刑引き上げと刑罰論」立命館法学 306号(2006年) 27頁以下
- 松宮 [2006a] 「法定刑の原理論」法時 78巻4号(2006年) 86頁以下
- 松宮 [2008] 「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学 317号(2008年) 481頁以下
- 松宮 [2009] 「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」立命館法学 323号(2009年) 1頁以下
- 松宮 [2018] 『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』(成文堂、2018年)

松村良之

- 松村 [1982] 「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)」北大法学論集 33 卷 1 号 (1982 年) 282 頁以下
- 松村 [1982a] 「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 (2)」北大法学論集 33 卷 3 号 (1982 年) 428 頁以下
- 松村 [1983] 「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 (3・完)」北大法学論集 33 卷 6 号 (1983 年) 234 頁以下
- 松村 [1984] 「一般抑止研究の新しい動き」犯罪社会学研究 9 号 (1984 年) 42 頁以下
- 松村 [2006] 「社会学・社会心理学と刑罰論」法時 78 卷 3 号 (2006 年) 44 頁以下
- 松村 [2007] 「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) 125 頁以下
- 松村 [2015] 「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) 67 頁以下
- 松村 [2017] 「『法の抑止』と『法的社会化』」北大法学論集 68 卷 4 号 (2017 年) 135 頁以下

松本時夫

- 松本 (時) [1982] 「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第 6 卷』(日本評論社、1982 年) 145 頁以下
- 松本 (時) [2001] 「量刑の実務と今後の課題」現代刑事法 21 号 (2001 年) 11 頁以下
- 松本 (時) [2003] 「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」法曹時報 55 卷 4 号 (2003 年) 921 頁以下
- 松本 (時) [2006] 「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」刑法雑誌 46 卷 1 号 (2006 年) 1 頁以下

松本圭史

- 松本 (圭) [2020] 『刑法における正当化と結果帰属』(成文堂、2020 年)

松山昇平

- 松山 [2010] 「量刑判断過程の分析」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集』(判例タイムズ社、2010 年) 25 頁以下

丸田顕

- 丸田 [2011] 「犯罪後の時の経過と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』(判例タイムズ社、2011 年) 389 頁以下

み

水野俊誠

- ――水野 [2018] 「功利主義」赤林朗＝児玉聡編『入門・倫理学』（勁草書房、2018年）91頁以下

峰ひろみ

- ――峰 [2012] 「捜査手続における違法を量刑上考慮することの当否について」法学会雑誌 52 卷 2 号（2012年）121頁以下

宮澤浩一

- ――宮澤（浩） [1971] 訳『スウェーデン刑法典 法務資料四〇六号』（法務大臣官房司法法制調査部調査統計課、1971年）
- ――宮澤（浩） [1977] 「一九六二年スウェーデン新刑法典における『制裁』について」同『刑事政策の源流と潮流 刑事法論集第三卷』（成文堂、1977年〔初出1967年〕）137頁以下
- ――宮澤（浩） [1979] 「責任主義」中山研一ほか編『現代刑法講座第2巻 違法と責任』（成文堂、1979年）169頁以下

宮澤節生

- ――宮澤（節） [1991] 「法の抑止力」木下富雄＝棚瀬孝雄編『法の行動科学』（福村出版、1991年）284頁以下

三代川邦夫

- ――三代川 [2016] 「積極的一般予防論における危険の引受け」立教法学 94 号（2016年）1頁以下

む

村越一浩

- ――村越 [2011] 「法定刑・法改正と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 1 量刑総論』（判例タイムズ社、2011年）216頁以下

め

も

百瀬宏

- ――百瀬 [1980] 『北欧現代史』（山川出版社、1980年）

百瀬宏＝熊野聰＝村井誠人

- ――百瀬＝熊野＝村井 [1998] 「一つの世界としての『北欧』」百瀬宏＝熊野聰＝村井誠人編『北欧史』（山川出版社、1998年）3頁以下

森下忠

- ――森下 [1963] 「スウェーデン新保護法の成立」法律のひろば 16 卷 12 号（1963年）15頁以下

森大輔

- ――森（大） [2020] 「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」熊本法学 148 号（2020年）344頁以下

森丈弓

- ――森（丈） [2017] 『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）

森永真綱

- ――森永 [2020] 「緊急避難論からみた侵害回避義務論」刑法雑誌 59 卷 1 号（2020年）4頁以下

森村進

- ――森村 [2018] 『幸福とは何か』（筑摩書房、2018年）

守山正

- ――守山 [2015] 「犯罪予防論の現代的意義」刑法雑誌 54 卷 3 号（2016年）406頁以下

や

安田拓人

- ――安田 [2006] 『刑事責任能力の本質とその判断』（成文堂、2006年）
――安田 [2006a] 「法定刑の改正動向について——犯罪論の立場から——」刑法雑誌 46 卷 1 号（2006年）86頁以下
――安田 [2011] 「コメント」『量刑実務大系 1 量刑総論』（判例タイムズ社、2011年）271頁以下
――安田 [2011a] 「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 2 犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）285頁以下

山岡規雄

——山岡 [2012] 「スウェーデン憲法」国立国会図書館調査及び立法考査局『基本情報シリーズ⑦ 各国憲法集（1）』（2012年）

山崎優子

——山崎 [2020] 「公訴時効制度に対する市民の認識：インターネットによる調査結果をふまえて」地域情報研究 9号（2020年）71頁以下

山田慧

——山田 [2017] 「未遂犯を基礎づける客観面と主観面に関する一考察：英米未遂犯論と『モラル・ラック（道徳的運）』をめぐる議論を参考に」同志社法学 69巻3号（2017年）249頁以下

山中敬一

——山中 [2015] 『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）

ゆ

よ

吉岡一男

——吉岡 [1983] 「犯罪現象と刑事法」長尾龍一＝田中成明編『現代法哲学第3巻』（東京大学出版会、1983年）159頁以下

——吉岡 [1984] 『刑事制度の基本理念を求めて』（成文堂、1984年）

——吉岡 [1997] 『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）

——吉岡 [2001] 「量刑と積極的一般予防論（特集：量刑の基準と理念）」現代刑事法 3巻1号（2001年）44頁以下

横田信之

——横田 [2011] 「被害者と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 2 犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）1頁以下

——横田 [2013] 「犯罪被害者と量刑」刑法雑誌 52巻3号（2013年）409頁以下

米村幸太郎

——米村 [2016] 「『功績 desert』概念と応報」法哲学年報 2015年号（2016年）32頁以下

——米村 [2017] 「欲求か快楽か、快楽だとしてもどのような快楽か？」若松良樹編『功利主義の逆襲』（ナカニシヤ出版、2017年）35頁以下

米山正明

——米山 [2011] 「被告人の属性と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 3 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）78頁以下

ら

ランガム、リチャード

——ランガム [2020] （依田卓巳訳）『善と悪のパラドックス』（NTT出版、2020年）

り

る

れ

ろ

ロクシン、C

——ロクシン [1984] （井田良訳）「国家の刑罰の意義と限界」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』（成文堂、1984年）1頁以下

——ロクシン [1984a] （井田良訳）「責任主義についての刑事政策的考察」C・ロクシン（宮澤浩一監訳）『刑法における責任と予防』（成文堂、1984年）49頁以下

ロクシン、クラウド&グレコ、ルイス

——ロクシン&グレコ [2021] （松澤伸監訳=十河隼人訳）「刑罰および処分の目的と正当化——『刑法総論 第I巻（第5版）』より——（1）」早稲田法学 96巻2号（2021年）315頁以下

ロビンソン、ポール・H

——ロビンソン [2020] （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、道徳的信頼、社会的規範の内面化」早法 96巻1号（2020年）251頁以下

ロールズ、ジョン

——ロールズ [1979] （深田三徳訳）「二つのルール概念」同（田中成明編訳）『公正としての正義』（木鐸社、1979年）289頁以下

わ

綿村英一郎＝高野陽太郎

――綿村＝高野 [2008] 「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

綿村英一郎＝藤尾未由希＝高野陽太郎

――綿村＝藤尾＝高野 [2011] 「素人が直感で行う量刑判断の本質的目的とは？：応報的正義と公正世界観との関連性」日本心理学会第 75 回大会発表論文集（2011 年）468 頁

綿村英一郎＝分部利紘＝高野陽太郎

――綿村＝分部＝高野 [2010] 「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

綿村英一郎＝分部利紘＝藤尾未由希＝高野陽太郎

――綿村＝分部＝藤尾＝高野 [2011] 「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 頁以下

〔外国語文献〕

A

HANS-JÖRG ALBRECHT

－ Albrecht [1980] Die generalpräventive Effizienz von Strafrechtlichen Sanktionen, in: Forschungsgruppe Kriminologie (Hrsg.), *Empirische Kriminologie*, 1980, 305.

LARRY ALEXANDER

－ Alexander [2000] ‘Deontology at the Threshold’ (2000) 37 San Diego L Rev 893.
－ Alexander [2004] ‘The Philosophy of Criminal Law’, in Jules L Coleman et al (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP, 2004) 815.

LARRY ALEXANDER & MICHAEL MOORE

－ Alexander & Moore [2016] ‘Deontological Ethics’ in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 edn), url = <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-deontological/> (2021 年 10 月 11 日閲覧)

FRANCIS A ALLEN

－ Allen [1981] *The Decline of the Rehabilitative Ideal* (New Haven and London Yale University Press, 1981).

JOHANNES ANDENÆS

- Andenæs [1974] *Punishment and Deterrence* (The University of Michigan Press, 1974).

DAVID A ANDERSON

- Anderson [2002] ‘The Deterrence Hypothesis and Picking Pockets at the Pickpocket's Hanging’, (2002) 4 *Amer L & Econ Rev* 295.

TORBJÖRN ANDERSSON m.fl.

- Andersson m.fl. [2015] *Juridikens Termer*, 10. uppl. (Liber, 2015).

TOBIAS R. ANDRISSEK

- Andrissek [2017] *Vergeltung als Strafzweck*, 2017.

GEM ANSCOMBE

- Anscombe [1958] ‘Modern Moral Philosophy’ (1958) 33 *Philosophy* 1.

INKERI ANTILA

- Antilla [1976] ‘A New Trend in Criminal Law in Finland’, in CWG Jasperse, KA van Leeuwen-Burow & LG Toornvliet (eds), *Criminology between the Rule of Law and the Outlaws* (Springer, 1976) 145.
- Antilla [1978] ‘Nytt Straffsystem’, *SvJT* 1978, ss. 121 ff.
- Antilla [1981] *Kansainväliset vaikutteet Suomen vankeinhoidon kehityksessä. Suomen vankeinhoidon historia. Osa 1. Katsauksiavankeinhoidon kehitykseen* (Helsinki, 1981).

ANDREW ASHWORTH & JULIAN V ROBERTS

- Ashworth & Roberts [2013] ‘The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales’, in Andrew Ashworth & Julian V. Roberts (eds), *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model* (OUP, 2013) 1.

PETTER ASP

- Asp [1998] *EG:s sanktionsrätt* (Iustus, 1998).
- Asp [2018] *Texter om , och omkring, straffrätten* (Iustus, 2018).

PETTER ASP m.fl.

- Asp m.fl. [2018] *Brottsbalken. En kommentar. Kapitel 25-38* (Karnov Group, 2018).

ERLAND ASPELIN

- Aspelin [1999] ‘Strafftes grunder – historisk bakgrund’, *SvJT* 1999, ss. 108 f.

KOSTAS AXARLOGLOU & VASILIS THEOHARAKIS

- Axarloglou & Theoharakis [2003] 'Diversity in Economics: An Analysis of Journal Quality Perceptions' (2003) 1 J European Econ Assoc 1402.

B

FLEMMING BALVIG ET AL

- Balvig et al [2015] 'The Public Sense of Justice in Scandinavia: A Study of Attitudes towards Punishments' (2015) 12 Eur J Criminology 342.

MICHAEL BAURMANN

- Baurmann [1998] Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg, Positive Generalprävention, 1998, 1 (zuerst erscheinen in GA 1994, 368).

JEREMY BENTHAM

- Bentham [2000] *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (first published 1781, Batoche Books, 2000).
- Bentham [1830] *The Rationale of Punishment* (R Heward, 1830).

MITCHELL N BERMAN

- Berman [2011] 'Two Kinds of Retributivism' in RA Duff & Stuart P Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (OUP, 2011) 433.

BETÆNKNING

- [Betænkning nr. 806/1977] Alternativer til frihedsstraf – et debatoplæg.

EMMANOUIL BILLIS, NANDOR KNUST & JON PETTER RUI

- Billis et al [2021] 'The Typology of Proportionality' in Emmanouil Billis, Nandor Knust & Jon Petter Rui (eds), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021) 3.

HANS KRISTIAN BJERKE

- Bjerke [1987] Zielsetzung und Stand der Strafrechtsreform in Norwegen, in: Albin Eser / Karin Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 107 ff.

ALFRED BLUMSTEIN & JAQUELINE COHEN

- Blumstein & Cohen [1980] 'Sentencing of Convicted Offenders: An Analysis of the Public's View' (1980) 14 Law & Soc'y Rev 223.

MICHAEL BOCK

- Bock [1991] Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991), 636.

ULLA BONDESON & KRISTINA TOLLBÄCK

- Bondeson & Tollbäck [1983] *Variationer i domstolspraxis* (København, 1983).

JAMES BONTA & D A ANDREWS

- Bonta & Andrews [2016] *The Psychology of Criminal Conduct* (6th edn, Routledge, 2016). (→ 邦訳：ボンタ & アンドリュース [2018])

David Boonin

- Boonin [2008] *The Problem of Punishment* (CUP, 2008).

JANA SCHAICH BORG ET AL

- Borg et al [2006] 'Consequences, Action, and Intention as Factors in Moral Judgments: An fMRI Investigation' (2006) 18 *Journal of Cognitive Neuroscience* 803.

MARTIN BORGEKE & MARI HEIDENBORG

- Borgeke & Heidenborg [2016] *Att bestämma påföljd för brott*, 3. uppl. (Wolters Kluwer, 2016).

MARTIN BORGEKE & CATHARINA MÅNSSON

- Borgeke & Månsson [2018] *Studier rörande påföljdspraxis m.m.*, 6. uppl. (Jure, 2018).

JOHN BRAITHWAITE & PHILIP PETTIT

- Braithwaite & Pettit [1990] *Not Just Deserts* (OUP, 1990).

STEPHEN BREYER

- Breyer [1988] 'The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest' (1988) 17 *Hofstra L Rev* 1.

SARAH F BROSNAN

- Brosnan [2006] 'Nonhuman Species' Reactions to Inequity and their Implications for Fairness' (2006) 19 *Soc Justice Res* 153.

SARAH F BROSNAN & FRANS BM DE WAAL

- Brosnan & de Waal [2003] 'Monkeys reject unequal pay' (2003) 425 *Nature* 297.
- Brosnan & de Waal [2004] 'Fair refusal by capuchin monkeys' (2004) 428 *Nature* 140.

BROTTSFÖREBYGGANDE RÅDET

- [Brå-rapport 1977:7] *Nytt straffsystem. Idéer och förslag.*

HANS-JÜRGEN BRUNS / GEORG-FRIEDRICH GÜNTGE

- Bruns / Güntge [2018] *Das Recht der Strafzumessung*, 3. Aufl. 2018.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS

- Bureau of Justice Statistics [2005] *Criminal Victimization In The United States, 2003 Statistical Tables 14 table 1* (2005).

AGNETA BÄCKLUND

- Bäcklund [2015] *En kriminalpolitisk nödvändighet? – Om tidigare brottslighet och dess betydelse vid straffmätning*, SvJT 2015, ss. 397 ff.

DIETER BÖNITZ

- Bönitz [1991] *Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur Generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung*, 1991.

C

MICHAEL T CAHILL

- Cahill [2007] 'Retributive Justice in the Real World', (2007) 85 Wash U L Rev 815.

MANUEL CANCIO MELIÁ / IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

- Cancio Meliá / Ortiz de Urbina [2013] *Zürück zu den Sozialwissenschaften (und hin zu angelsächsischer Strafrechtswissenschaft)? Zu Paul H. Robinsons Straftheorie des empirical desert*, GA 2013, 288 ff.

KEVIN M CARLSMITH

- Carlsmith [2006] 'The roles of retribution and utility in determining punishment' (2006) 42 J Experimental Soc Psychol 437.
- Carlsmith [2008] 'On Justifying Punishment: The Discrepancy Between Words and Actions' (2008) 21 Soc Just Res 119.

KEVIN M CARLSMITH & JOHN M DARLEY

- Carlsmith & Darley [2008] 'Psychological Aspects of Retributive Justice' in Mark P Zanna (ed) *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol 40 (Academic Press, 2008) 193.

KEVIN M CARLSMITH, JOHN M DARLEY & PAUL H ROBINSON

- Carlsmith, Darley & Robinson [2002] 'Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment' (2002) J Personality & Soc Psychol 284.

ALESSANDRO CORDA

- Corda [2016] ‘Sentencing and Penal Policies in Italy, 1985-2015: The Tale of a Troubled Country’ in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 107.

HENNING CURTI

- Curti [1999] *Abschreckung durch Strafe. Eine ökonomische Analyse der Kriminalität*, 1999.

FIERY CUSHMAN, LIANE YOUNG & MARC HAUSER

- Cushman, Young & Hauser [2006] ‘The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgment’ (2006) 17 *Psychological Science* 1082.

D

HANNA DAMASIO ET AL

- Damasio et al [1994] ‘The Return of Phineas Gage: Clues About the Brain from the Skull of a Famous Patient’ (1994) 264 *Science* 1102.

JOHN M DARLEY, KEVIN M CARLSMITH & PAUL H ROBINSON

- Darley, Carlsmith & Robinson [2000] ‘Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment’ (2000) 24 *L & Hum Behav* 659.

JOHN M DARLEY, PAUL H ROBINSON & KEVIN M CARLSMITH

- Darley, Robinson & Carlsmith [2001] ‘The Ex Ante Function of the Criminal Law’ (2001) 35 *Law & Soc’y Rev* 165.

DEPARTEMENTSSERIENA

- [Ds 2000:1] *Kommittéhandboken*.

DAVID DOLINKO

- Dolinko [1992] ‘Three Mistakes of Retributivism’ (1992) 39 *UCLA Law Rev* 1623.
- Dolinko [1997] ‘Retributivism, Consequentialism and The Intrinsic Goodness of Punishment’, (1997) 16 *Law Philos* 507.
- Dolinko [2011] ‘Punishment’ in John Deigh & David Dolinko (eds), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (OUP, 2011) 403.

ANTHONY N DOOB & CHERYL MARIE WEBSTER

- Doob & Webster [2016] ‘Weathering the Storm? Testing Long-Standing Canadian Sentencing Policy in the Twenty-First Century’ in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 359.

JOSHUA DRESSLER

- Dressler [2005] ‘The Wisdom and Morality of Present-Day Criminal Sentencing’ (2005) *Arkona L Rev* 853.

RA DUFF

- Duff [2001] *Punishment, Communication, and Community* (OUP, 2001).
- Duff [2018] *The Realm of Criminal Law* (OUP, 2018).
- Duff [2021] ‘Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?’ in Emmanouil Billis, Nandor Knust & Jon Petter Rui (eds), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021) 29.

CATHARINA SITTE DURLING

- Durling [2005] *Tidigare Brottslighet. Om rättsverkningar av återfall i brott* (Stockholms universitet, 2005).

DIETER DÖLLING

- Dölling [1990] *Generalprävention durch Strafrecht*, *ZStW* 102 (1990) 1.

DIETER DÖLLING / DIETER HERMANN

- Dölling / Hermann [2003] *Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme*, in: Hans-Jörg Albrecht/Horst Entorf (Hrsg.), *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*, 2003, 133.

DIETER DÖLLING U.A.

- Dölling u.a. [2009] *Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment*, *Eur J Crim Policy Res* 15 (2009) 201.

E

DAVID ELKIND & RUTH F DABEK

- Elkind & Dabek [1977] ‘Personal Injury and Property Damage in the Moral Judgments of Children’ (1977) *48 Child Development* 518.

ANTHONY ELLIS

- Ellis [1992] ‘Deontology, Incommensurability and the Arbitrary’, (1992) *52 Philos Phenomenol Res* 855.

HORST ENTENDORF / HANNES SPENGLER

- Entdorf / Spengler [2005] *Die generalpräventive Wirkung erwarteter Strafe*, *MschKrim* 88 (2005) 313.

F

JOEL FEINBERG

- Feinberg [1970] *Doing and Deserving* (PUP, 1970).
- Feinberg [1984] *Harm to Others*, Vol. 1 of *The Moral Limits of the Criminal Law* (OUP, 1984).

GEORGE P FLETCHER

- Fletcher [1999] ‘The Place of Victims in the Theory of Retribution’ (1999) 3 *Buff Crim L Rev* 51.

PHILIPPA FOOT

- Foot [1967] ‘The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect’ (1967) 5 *Oxford Rev* 5.

MARVIN E FRANKEL

- Frankel [1972] ‘Lawlessness in Sentencing’ (1972) 41 *U Cin L Rev* 1.

RICHARD FRASE

- Frase [2013] *Just Sentencing* (OUP, 2013).

ARIE FREIBERG

- Freiberg [2016] ‘The Road Well Traveled in Australia: Ignoring the Past, Condemning the Future’, in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 419.

WOLFGANG FRISCH

- Frisch [1988] Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schönemann / Andrew von Hirsch / Nils Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1988, 125.
- Frisch [2002] Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat. Rechtsvergleichende und sctaftheoretische Überlegungen zur Strafzumessung, i Petter Asp, Carl Erik Herlitz & Lena Holmqvist (red), *Flores juris et legum. Festschrift till Nils Jareborg* (Iustus, 2002), 207.

HELMUT FRISTER

- Frister [1988] Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Undchuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988.

DAN FRÄNDE

- Frände [2004] *Allmän straffrätt*, 3 uppl. (Helsingfors universitet, 2004).

G

DAVID GARLAND

- Garland [1990] *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (Clarendon Press, 1990).
(→邦訳：ガーランド [2016])

GEORGIOS GIANNOULIS

- Giannoulis [2014] Studien zur Strafzumessung, 2014.
- Giannoulis [2014a] Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung, ZIS 2014, 522.

GERD GIGERENZER, RALPH HERTWIG & THORSTEN PACHUR

- Gigerenzer et al [2019] (eds), *Heuristics: The Foundations of Adaptive Behavior* (OUP, 2011).

HAROLD G GRASMICK & ROBERT J JR BURSIK

- Grasmick & Bursik [1990] 'Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model' (1990) 24 Law & Soc'y Rev 837.

HAROLD G GRASMICK & DONALD E GREEN

- Grasmick & Green [1980] 'Legal Punishment, Social Disapproval and Internalization as Inhibitors of Illegal Behavior' (1980) 71 J Crim L & Criminology 325.

LUÍS GRECO

- Greco [2009] Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009.

JOSHUA GREENE

- Greene [2005] '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.

KLAUS GÜNTHER

- Günther [2002] Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen. 2002, S. 205.
- Günther [2014] '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) 123.

H

BERNHARD HAFFKE

- Haffke [1976] *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976.

JONATHAN HAIDT

- Haidt [2001] ‘The Emotional Dog and Its Rational Tail’ (2001) 108 *Psychological Review* 814.

JONATHAN HAIDT & FREDRIK BJÖRKLUND

- Haidt & Björklund [2007] ‘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) 181.

V LEE HAMILTON & STEVE RYTINA

- Hamilton & Rytina [1980] ‘Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment Fit the Crime?’ (1980) 85 *American Journal of Sociology* 1117.

M KAY HARRIS

- Harris [1975] ‘Disquisition on the Need for a New Model for Criminal Sanctioning Systems’ (1975) 77 *W Va L Rev* 263.

HLA HART

- Hart [1959] ‘Prolegomenon to the Principles of Punishment’ (1959) 60 *Proc Aristot Soc* 1.
- Hart [1968] *Punishment and Responsibility* (OUP, 1968).
- Hart [2008] *Punishment and Responsibility* (John Gardner ed, 2nd edn, OUP, 2008).

KAI HART-HÖNIG

- Hart-Hönig [1992] *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, 1992.

WINFRIED HASSEMER

- Hassemer [1990] *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2 Aufl. 1990.

RAGNAR HAUGE

- Hauge [1996] *Straffens begrunnelser* (Universitetsförlaget, 1996).

STEN HECKSCHER

- Heckscher [1980] (red.) *Straff och rättfärdighet: ny nordisk debatt* (Norstedt, 1980).

HANS-GÜNTHER HEILAND / WERNER SCHULTE

- Heiland / Schulte [1993] *Strafe und Verhalten – oder: Wieviel Strafrecht ist nötig?* in: Helge Peters (Hrsg.), *Muß Strafe Sein?*, 1993, 61.

CHARLES C HELWIG & URSZULA JASIOBEDZKA

- Helwig & Jasiobedzka [2001] ‘The Relation between Law & Morality: Children’s Reasoning about Socially Beneficial and Unjust Laws’ (2001) 72 *Child Development* 1382.

DIETER HERMANN / DIETER DÖLLING

- Hermann / Dölling [2001] *Kriminalprävention und Wertorientierungen in komplexen Gesellschaften*, 2001.

KA HERR ET AL

- Herr et al [1998] ‘Evaluation of the Faces Pain Scale for Use with the Elderly’ (1998) 14 *Clin J Pain* 29.

ERIC HILGENDORF

- Hilgendorf [1999] Die mißbrauchte Menschenwürde. Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 7 (1999), 137.
- Hilgendorf [2011] Instrumentalisierungsverbot und Ensembletheorie der Menschenwürde, in: Hans-Ulrich Paeffgen (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, 1672.

VILLE HINKKANEN & TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ

- Hinkkanen & Lappi-Seppälä [2011] ‘Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries’, Michael Tonry & Tapio Lappi-Seppälä (eds.), *Crime and Justice in Scandinavia*. Vol. 40 of *Crime and Justice: A Review of Research* (CUP, 2011) 349.

HELMUT HIRTENLEHNER U.A.

- Hirtenlehner u.a. [2013] Hängen Abschreckungseffekte vom Ausmaß der Normbindung ab?, *M SchrKrim* 96 (2013) 293.

JACQUELINE HODGSON & LAURÉNE SOUBISE

- Hodgson & Soubise [2016] ‘Understanding the Sentencing Process in France’, in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 221.

NORBERT HOERSTER

- Hoerster [2012] *Muss Strafe Sein?*, 2012.

ROBIN M HOGARTH

- Hogarth [2001] *Educating intuition* (UCP, 2001).

JAKOB VH HOLTERMANN

- Holtermann [2016] ‘Getting Real or Staying Positive: Legal Realism(s), Legal Positivism and

the Prospects of Naturalism in Jurisprudence' (2016) 29(4) Ratio Juris 535

TED HONDERICH

- Honderich [2006] *Punishment: The Supposed Justification Revisited* (first published 1969, Pluto Press, 2006).

BRAD HOOKER

- Hooker [2010] 'Consequentialism' in John Skorupski (ed), *The Routledge Companion to Ethics* (Routledge, 2010) 444

MARLENE HSU

- Hsu [1974] 'Cultural and Sexual Differences on the Judgment of Criminal Offences: A Replication Study of the Measurement of Delinquency' (1974) 64 J Crim L & Criminology 348.

TATJANA HÖRNLE

- Hörnle [1999] *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999.
- Hörnle [2006] *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, JZ 19/2006, 950.
- Hörnle [2011] *Claus Roxins straftheoretischer Ansatz* in: *Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Band 1, 2011, S. 3 ff.
- Hörnle [2017] *Straftheorien*, 2. Aufl., 2017.
- Hörnle [2019] *Straftheorien*, in: Eric Hilgendorf / Hans Kudlich / Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 2019, 507.

I

J

HERBERT JACOB

- Jacob [1980] 'Deterrent Effects of Formal and Informal Sanctions' (1980) 2 Law & Pol'y Q 61.

GÜNTHER JAKOBS

- Jakobs [1976] *Schuld und Prävention*, 1976.
- Jakobs [2004] *Staatliche Strafe*, 2004.

JOSEPH E JACOBY & FRANCIS T CULLEN

- Jacoby & Cullen [1998] 'The Structure of Punishment Norms: Applying the Rossi-Berk Model' (1998) 89 J Crim L & Criminology 245.

WERNER JANN / JAN TIESSEN

- Jann / Tiessen [2008] *Gesetzgebung im politischen System Schwedens*, in: Wolfgang Ismayr

(Hrsg.), *Gesetzgebung in Westeuropa. Eu-Staaten und Europäische Union*, 2008, S. 99 ff.

NILS JAREBORG

- Jareborg [1969] *Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag* (P.A. Norstedt & Söners förlag, 1969).
- Jareborg [1988] *Essays in Criminal Law* (Iustus, 1988).
- Jareborg [1992] *Straffrättsideologiska fragment* (Iustus, 1992).
- Jareborg [2003] ‘Böter i stället för fängelse?’, *SvJT* 2003, ss. 231 ff.

NILS JAREBORG / ANDREW VON HIRSCH

- Jareborg & von Hirsch [1984] (under medverkan av Kathleen J Hanrahan), *Påföljdsbestämning i USA*, Brå-rapport 1984:4.
- Jareborg & von Hirsch [1987] „Neoklassizismus“ in der skandinavischen Kriminalpolitik, in: Albin Eser / Karin Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 35 ff.

NILS JAREBORG & JOSEF ZILA

- Jareborg & Zila [2020] *Straffrättens påföljdslära*, 6. uppl. (Norstedts Juridik, 2020).

WOLFGANG JOECKS / KLAUS MIEBACH

- Joecks / Miebach [2016] *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd.2, 3. Aufl. 2016.
- Joecks / Miebach [2020] *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020.

BRIAN D JOHNSON

- Johnson [2011] ‘Sentencing’, in Michael Tonry (ed), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice* (OUP, 2011) 696.

OWEN D JONES

- Jones [2001] ‘Proprioception, Non-Law, and Biolegal History’ (2001) 53 Fla L Rev 831.

K

SHELLY KAGAN

- Kagan [2012] *The Geometry of Desert* (OUP, 2012).

DANIEL KAHNEMAN

- Kahneman [2003] ‘A Perspective on Judgment and Choice’ (2003) 58 American Psychologist 697.

DANIEL KAHNEMAN & AMOS TVERSKY

- Kahneman & Tversky [1972] ‘Subjective probability: A judgment of representativeness’ (1972)

3 Cognitive Psychology 430.

ANGELA KALOUS

- Kalous [2000] Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000.

FM KAMM

- Kamm [2013] ‘Nonconsequentialism’ in Hugh LaFollette & Ingmar Persson (eds), *The Blackwell Guide to Ethical Theory* (2nd edn, Blackwell Publishing, 2013) 261.

SUSANNE KARSTEDT-HENKE

- Karstedt-Henke [1989] Sanktionserfahrungen und Sanktionserwartungen von Jugendlichen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis*, 1989, 168.

JOHANNES KASPAR

- Kaspar [2004] Wiedergutmachung und Meditation im Strafrecht, 2004.
- Kaspar [2014] Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.
- Kaspar [2019] Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, in: Johannes Kaspar / Tonio Walter (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes?“*, 2019, 61.

JOHANNES KASPAR / TONIO WALTER

- Kaspar / Walter [2019] (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes?“*, 2019.

WHITLEY RP KAUFMAN

- Kaufman [2013] *Honor and Revenge* (Springer, 2013).

ARTHUR KAUFMANN

- Kaufmann [1976] *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl. 1976. (→邦訳: カウフマン [2000])

WHITLEY RP KAUFMAN

- *Honor and Revenge* (Springer, 2013).

URS KINDHÄUSER

- Kindhäuser [2009] Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung, *ZStW* 121 (2009) 954.

URS KINDHÄUSER / ULFRID NEUMANN / HANS-ULRICH PAEFFGEN

- Kindhäuser / Neumann / Paeffgen [2017] *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017.

JOHN KLEINIG

- Kleinig [2019] ‘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.

PEKKA KOSKINEN

- Koskinen [1987] Strafrechtsreform in Finland: Zielsetzung und Stand, in: Albin Eser / Karin Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 83 ff.

KRZYSZTOF KRAJEWSKI

- Krajewski [2016] ‘Sentencing in Poland: Failed Attempts to Reduce Punitiveness’ in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 175.

LOTHAR KUHLEN

- Kuhlen [1994] Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 347.

MICHAEL KÖHLER

- Köhler [1983] Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983.

L

NICOLA LACEY

- Lacey [1988] *State Punishment: Political Principles and Community Values* (Routledge, 1988).

RAIMO LAHTI

- Lahti [1987] Aktuelle Entwicklungstendenzen in der Kriminalpolitik der nordischen Länder, in: Albin Eser / Karin Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 1 ff.
- Lahti [2000] ‘Towards a Rational and Humane Criminal Policy? Trends in Scandinavian Penal Thinking’ (2000) 1:2 J Scand Stud Criminol Crime Prev 141.

TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ

- Lappi-Seppälä [2002] ‘Proportionality and other Values in the Finnish Sentencing System’, in Petter Asp, Carl Erik Herlitz & Lena Holmqvist (red), *Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg* (Iustus, 2002) 401.
- Lappi-Seppälä [2016] ‘Nordic Sentencing’, in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 17.

TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ & MICHAEL TONRY

- Lappi-Seppälä & Tonry [2011] ‘Crime, Criminal Justice, and Criminology in the Nordic Countries’

in Tapio Lappi-Seppälä & Michael Tonry (eds), *Crime and Justice in Scandinavia*. Vol. 40 of *Crime and Justice* (The University of Chicago Press, 2011) 1.

STEVEN D LEVITT

- Levitt [1998] ‘Why Do Increased Arrest Rates Appear to Reduce Crime: Deterrence, Incapacitation, or Measurement Error?’ (1998) 36 *Econ Inq* 353.

RICHARD L LIPPKE

- Lippke [2006] ‘Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions’ (2006) *South J Philos* XLIV 273.
- Lippke [2014] ‘Some Surprising Implications of Negative Retributivism’ (2014) *J Appl Philos* 31 (1) 49.
- Lippke [2015] ‘Elaborating Negative Retributivism’ (2015) *Philosophy and Public Issues* 5 (1) 57.

MW LIPSEY

- Lipsey [2009] ‘The primary factors that characterize effective interventions with juvenile offenders: A meta-analytic overview’ (2009) 4 *Victims & Offenders* 124.

CRISTOPHER T LOWENKAMP & EDWARD J LATESSA

- Lowenkamp & Latessa [2004] ‘Understanding the risk principle: How and why correctional interventions can harm low-risk offenders’ (2004) *Topics in community corrections* 3.

KJELL LUNDMARK, ULF STABERG & ARNE HALVARSSON

- Lundmark m.fl. [2009] *Sveriges statskick. Fakta och perspektiv* (Liber, 2009).

MADELEINE LÖFMARCK

- Löfmarck [1987] Neo-Klassizismus in der Nordischen Strafrechtslehre und -praxis: Bedeutung und Auswirkungen, in: Albin Eser / Karin Cornils (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 15 ff.

M

JL MACKIE

- Mackie [1985] *Persons and Values. Selected Papers Volume II* (OUP, 1985)

FRANK MARLOWE & ADAM WESTMAN

- Marlowe & Westman [2001] ‘Preferred waist-to-hip ratio and ecology’ (2001) 30 *Pers Individ Differ* 481.

ROBERT MARTINSON

- Martinson [1974] ‘What Works? – questions and answers about prison reform’ (1974) 35 *The Public Interest* 22.

HANNAH MASLEN

- Maslen [2015] *Remorse, Penal Theory and Sentencing* (Hart Publishing, 2015).

MATT MATRAVERS

- Matravers [2000] *Justice and Punishment: The Rationale of Coercion* (OUP, 2000).

BERND-DIETER MEIER

- Meier [2019] *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl. 2019.

JOHN MONAHAN

- Monahan [1982] ‘The Case for Prediction in the Modified Desert Model of Criminal Sentencing’ (1982) 5 *Int’l J L and Psychiatry* 103.

MICHAEL S MOORE

- Moore [1997] *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law* (OUP, 1997).

JOHN MORISON

- Morison [1988] ‘Hart’s Excuses: Problems with a Compromise Theory of Punishment’ in Philip Leith & Peter Ingram (eds), *The Jurisprudence of Orthodoxy: Queen’s University Essays on H.L.A. Hart* (Routledge, 1988) 117.

NORVAL MORRIS

- Morris [1974] *The Future of Imprisonment* (UCP, 1974).
- Morris [1982] *Madness and the Criminal Law* (UCP, 1982).

ELIZABETH MULLEN & JANICE NADLER

- Mullen & Nadler [2008] ‘Moral Spillovers: The effect of moral violations on deviant behavior’ (2008) 44 *J Experimental Soc Psychol* 1239.

JEFFRIE G MURPHY & JEAN HAMPTON

- Murphy & Hampton [1988] *Forgiveness and Mercy* (CUP, 1988).

HEINZ MÜLLER-DIETZ

- Müller-Dietz [1985] Integrationsprävention und Strafrecht, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, 813.
- Müller-Dietz [1996] Prävention durch Strafrecht, in: Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), *Kriminalprävention*

und Strafjustiz, 1996, 227.

JENS CHRISTIAN MÜLLER-TUCKFELD

– Müller-Tuckfeld [1998] Integrationsprävention, 1998.

N

JANICE NADLER

– Nadler [2005] ‘Flouting the Law’ (2005) 83 Tex L Rev 1399.

GRAEME R NEWMAN

– Newman [2017] *Comparative deviance: perception and law in six cultures* (first published 1976, Routledge, 2017).

ROBERT NOZICK

– Nozick [2013] *Anarchy, State, and Utopia* (first published 1974, with a new foreword by Tomas Nagel, Basic Books, 2013). (→邦訳：ノージック [1992])

O

OFFICE OF THE SURGEON GENERAL

– Office of the Surgeon General [2001] *Youth Violence: A Report of the Surgeon General* (2001).

KARL OLIVECRONA

– Olivecrona [1957] Genmälen, SvJT 1957, ss. 583 ff.

P

HYUNGKWAN PARK

– Park [2010] ‘The Basic Features of the First Korean Sentencing Guidelines’ (2010) 22 Fed Sent’g Rep 262.

RAYMOND PATERNOSTER & LEEANN IOVANNI

– Paternoster & Iovanni [1986] ‘The Deterrent Effect of Perceived Severity: A Reexamination’ (1986) 64 Soc F 751.

MICHAEL PAWLIK

– Pawlik [2004] Person, Subjekt, Bürger, 2004.

– Pawlik [2012] Das Unrecht des Bürgers, 2012. (→邦訳：パヴリック [2014])

STEVEN PINKER

- Pinker [2015] ‘The false allure of group selection’ in David E Muss (ed), *The Handbook of Evolutionary Psychology. Volume 2* (2nd edn, Wiley, 2015) 867.

LOUIS P POJMAN

- Pojman [1997] *The Death Penalty: For and Against* (Rowman & Littlefield Publishers, 1997)

IGOR PRIMORATZ

- Primoratz [1989] *Justifying Legal Punishment* (Humanities Press, 1989).

REGERINGENS PROPOSITION

- [Prop. 1962: 10] Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till brottsbalken.
- [Prop. 1987/88:120] Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval).
- [Prop. 2005/06: 123] En modernare kriminalvårdslag.
- [Prop. 2009/2010: 147] Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.
- [Prop. 2014/15:37] Strafflindring vid medverkan till utredning av egen brottslighet.

Q

R

JOHN RAWLS

- Rawls [1955] ‘Two Concepts of Rules’ (1955) 64 (1) *Philos Rev* 3. (→邦訳: ロールズ [1979])

JULIAN V ROBERTS & ANDREW ASHWORTH

- Roberts & Ashworth [2016] ‘The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015’, in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 307.

JULIAN V ROBERTS & HANNAH MASLEN

- Roberts & Maslen [2014] ‘After the Crime: Post-Offence Conduct and Penal Censure’ in AP Simester, Antje du Bois-Pedain & Ulfrid Neumann (eds), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Hart Publishing, 2014) 87.

JULIAN V ROBERTS & WEI PEI

- Roberts & Pei [2016] ‘Structuring Judicial Discretion in China: Exploring the 2014 Sentencing Guidelines’ (2016) 27 *Criminal Law Forum* 3.

PAUL H ROBINSON

- Robinson [2008] *Distributive Principles of Criminal Law* (OUP, 2008). 略号: DPCL
- Robinson [2011] ‘Criminalization Tensions: Empirical Desert, Changing Norms, and Rape

- Reform’, in RA Duff et al (eds), *The Structures of the Criminal Law* (OUP, 2011) 186.
- Robinson [2013] *Intuitions of Justice and the Utility of Desert* (OUP, 2013). 略号：IJUD
 - Robinson [2017] ‘Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change’ (2017) 111 Nw U L Rev 1565.
 - Robinson [2019] 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, 13. (→邦訳：ロビンソン [2020]) 略号：Waffenstillstand
 - Robinson [2020] ‘A Truce in the Criminal Law Distributive Principle Wars?’ [2020] U of Penn Law School, Public Law Research Paper 20-04.

PAUL H ROBINSON & JOHN M DARLEY

- Robinson & Darley [2007] ‘Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy’ (2007) 81 S Cal L Rev 1.
- Robinson & Darley [2018] *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law* (first published 1995, Routledge, 2018).

PAUL H ROBINSON, GEOFFREY P GOODWIN & MICHAEL D REISIG

- Robinson, Goodwin & Reisig [2010] ‘The Disutility of Injustice’ (2010) 85 NYU L Rev 1940.

PAUL H ROBINSON & ROBERT KURZBAN

- Robinson & Kurzban [2007] ‘Concordance and Conflict in Intuitions of Justice’ (2007) 91 Minn L Rev 1829.

PAUL H ROBINSON, ROBERT KURZBAN & OWEN JONES

- Robinson, Kurzban & Jones [2007] ‘The Origins of Shared Intuitions of Justice’ (2007) 60 Vand L Rev 1633.

WD ROSS

- Ross [1929] ‘The Ethics of Punishment’ (1929) 4 Philosophy 205.

PETER H ROSSI & RICHARD A BERK

- Rossi & Berk [1997] *Just Punishments: Federal Guidelines and Public Views Compared* (Aldine De Gruyter, 1997).

PETER H ROSSI ET AL

- Rossi et al [1974] ‘The Seriousness of Crimes: Normative Structure and Individual Differences’ (1974) 39 American Sociological Review 224.

CLAUS ROXIN

- Roxin [1973] Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: *ders.*, *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, 1 ff. (→邦訳：ロクシン [1984])
- Roxin [1973a] Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, *MSchrKrim* 56 (1973) 312 ff. (→邦訳：ロクシン [1984a])

CLAUS ROXIN/LUÍS GRECO

- Roxin / Greco [2020] *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 5. Aufl. 2020.

THOMAS RUPP

- Rupp [2008] *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 : 2021 年 10 月 11 日閲覧]

S

DON E SCHEID

- Scheid [1997] ‘Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments’ (1997) 10 (2) *Can J Law Jurisprud* 441.

VEERLE SCHEIRS, KRISTEL BEYENS, & SONJA SNACKEN

- Scheirs, Beyens & Snacken [2016] ‘Belgian Sentencing as a Bifurcated Practice?’, in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 267.

EBERHARD SCHMIDHÄUSER

- Schmidhäuser [1998] Über Strafe und Generalprävention, in: Rainer Zaczyk / Michael Köhler / Michael Kahlo (Hrsg.), *Festschrift für E.A. Wolff*, 1998, 443.

HENDRIK SCHNEIDER

- Schneider [2004] *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?*, 2004.

KARL F SCHUMANN

- Schumann [1988] Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention, in: Bernd Schünemann / Andrew von Hirsch / Nils Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1988, 17.
- Schumann [1989] *Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung*, 1989.

KARL F SCHUMANN U.A.

- Schumann u.a. [1987] *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, 1987.

GERHARD SCHÄFER/GÜNTHER M. SANDER/GERHARD VAN GEMMEREN

- Schäfer / Sander / van Gemmeren [2017] *Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl. 2017.

HEINZ SCHÖCH

- Schöch [1985] *Empirische Grundlage der Generalprävention*, in: Joachim Herrmann u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Halbbd. II, 1985, 1081.
- Schöch [1990] *Zur Wirksamkeit der Generalprävention*, in: Christel Frank / Gerhart Harrer (Hrsg.), *Der Sachverständige im Strafrecht Kriminalitätsverhütung*, 1990, 95.

ADOLF SCHÖNKE/HORST SCHRÖDER

- Schönke / Schröder [2019] *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl. 2019.

BERND SCHÜNEMANN

- Schünemann [1998] *Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie*, in: Bernd Schünemann/Andrew von Hirsch/Nils Jareborg, *Positive Generalprävention*, 1998, S. 109 ff.

DANIEL SEDDIG U.A.

- Seddig u.a. [2017] *Beeinflussen Sanktionsrisikoeinschätzungen das delinquente Handeln junger Menschen oder ist es umgekehrt?*, *Köln Z Soziol* 69 (2017) 259.

THORSTEN SELLIN & MARVIN E WOLFGANG

- Sellin & Wolfgang [1964] *The Measurement of Delinquency* (Wiley, 1964).

AMARTYA SEN & BERNARD WILLIAMS

- Sen & Williams [1982] (eds), *Utilitarianism and Beyond* (CUP, 1982). (邦訳：セン&ウィリアムズ [2019])

GEORGE SHER

- Sher [2005] *In Praise of Blame* (OUP, 2005).

MATTHEW SILBERMAN

- Silberman [1976] ‘Toward a Theory of Criminal Deterrence’ (1976) 41 *Am Soc Rev* 442.

AP SIMESTER, ANTJE DU BOIS-PEDAIN & ULFRID NEUMANN

- (eds) *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Hart Publishing, 2014).

AP SIMESTER & ANDREAS VON HIRSCH

- Simester & von Hirsch [2011] *Crimes, Harms and Wrongs* (Hart Publishing, 2011).

JUDITH G SMETANA

- Smetana [1981] ‘Preschool Children’s Conceptions of Moral and Social Rules’ (1981) 52 Child Development 1333.

STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

- [SOU 1986:13] Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m. Del 1. Lagtext och Sammanfattning.
- [SOU 1986:14] Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m. Del 2. Motiv.
- [SOU 1986:15] Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m. Del 3. Bilagor.
- [SOU 2012:34] Nya påföljder.
- [SOU 2021:35] En stärkt rättsprocess och en ökad lagföring.

TOBIAS SPIRGATH

- Spirgath [2013] Zur Abschreckungswirkung des Strafrechts, 2013.

DANIEL SPYCHER

- Spycher [2013] Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe, 2013

STIG STRÖMHOLM

- Strömholm [1996] *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning. En lärobok i ämnen rättslära*, 5. uppl. (Norstedts Juridik, 1996).

IVAR STRAHL

- Strahl [1957] Pressdebatt om strafflagberedningens förslag till skyddslag, SvJT 1957, ss. 561 ff.

GÜNTER STRATENWERTH

- Stratenwerth [1994] Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1994.

PF STRAWSON

- Strawson [2008] ‘Freedom and Resentment’ in his *Freedom and Resentment and Other Essays* (first published 1974, Routledge, 2008) 1. (邦訳→ストローソン [2010])

FRANZ STRENG

- Streng [1980] Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) 637.
- Streng [1989] Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte, NStZ 1989, 393.
- Streng [2007] Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen, in: Friedrich Lösel u.a. (Hrsg.), *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik*, 2007, 65.

- Streng [2012] *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl. 2012.
- Streng [2012a] Die absolute Theorie als wahrer Kern der relativen Straftheorie?, in: Eric Hilgendorf / Rudolf Rengier (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Heinz*, 2012, 677.
- Streng [2014] Schuldausgleich im Zweckstrafrecht?, in: Roland Hehfendehl / Tatjana Hörnle / Luís Greco, (Hrsg.), *Festschrift für Bernd Schünemann*, 2014, 827.
- Streng [2014a] Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel, 2014.
- Streng [2019] Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung, in: Johannes Kaspar / Tonio Walter (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes?“*, 2019, 131.

T

VICTOR TADROS

- Tadros [2011] *The Ends of Harm. The Moral Foundation of Criminal Law* (OUP, 2011).

JOHN TASIOULAS

- Tasioulas [2010] ‘Justice and Punishment’ in John Skorupski (ed), *The Routledge Companion to Ethics* (Routledge, 2010) 680.

CL TEN

- Ten [1987] *Crime, Guilt, and Punishment* (Clarendon Press, 1987).

MARIE S TISAK, LARRY P NUCCI & M JANKOWSKI

- Tisak, Nucci & Jankowski [1996] ‘Preschool Children’s Social Interactions Involving Moral and Prudential Transgressions: An Observational Study’ (1996) 7 *Early Education & Development* 137.

CHARLES R TITTLE

- Tittle [1977] ‘Sanction Fear and the Maintenance of Social Order’ (1977) 55 *Soc F* 579.

CHARLES THOMAS, ROBIN CAGE & SAMUEL FOSTER

- Thomas, Cage & Foster [1976] ‘Public Opinion on Criminal Law and Legal Sanctions: An Examination of Two Conceptual Models’ (1976) 67 *J Crim L & Criminology* 110.

MICHAEL TONRY

- Tonry [2005] ‘Obsolescence and Immanence in Penal Theory and Policy’ (2005) *Colum L Rev* 1233.
- Tonry [2011] (ed), *Why Punish? How Much? A Reader On Punishment* (OUP, 2011).
- Tonry [2016] (ed) *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016).
- Tonry [2016a] ‘Equality and Human Dignity: The Missing Ingredients in American Sentencing’,

in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 459.

PER OLE TRÄSKMAN

– Träskman [1984] ‘Brottspåföljder och brottmålsförfarandet – rättsutvecklingen i Finland och i Sverige under femtio år’, *SvJT 1984*, ss. 826 ff.

TOM R TYLER

– Tyler [2006] *Why People Obey the Law* (first published 1990, PUP, 2006).

U

ULF BERNITZ m.fl.

– Bernitz m.fl. [2017] *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 14. uppl. (Wolters Kluwer, 2017).

MAGNUS ULVÄNG

– Ulväng [2005] *Påföljds konkurrens. Problem och Principer* (Iustus, 2005).

V

ERNEST VAN DEN HAAG

– Van den Haag [1987] ‘Punishment: Desert and Crime Control’ (1987) 85 Mich L Rev 1250.

P. J. A. VON FEUERBACH

– Feuerbach [1847] (hrsg. von C. J. A. Mittermaier), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847.

– Feuerbach [1798] *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven Rechts*, 1798.

ANDREAS VON HIRSCH (=ANDREW VON HIRSCH)

– Von Hirsch [1976] *Doing Justice* (Northeastern University Press, 1986, first published 1976).

– Von Hirsch [1983] ‘“Neoclassicism,” Proportionality, and the Rationale for Punishment: Thoughts on the Scandinavian Debate’ (1983) 29 Crime Delinq 52.

– Von Hirsch [1983a] ‘Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory’ (1983) 42 Md L Rev 6.

– Von Hirsch [1987] *Past or Future Crimes* (RUP, 1987).

– Von Hirsch [1991] ‘Proportionality in the Philosophy of Punishment: From “Why Punish?” to “How Much?”’ (1991) 25 Isr L Rev 549.

– Von Hirsch [1993] *Censure and Sanctions* (OUP, 1993).

- Von Hirsch [2001] (översatt av Nils Jareborg) *Proportionalitet och straffbestämning* (Iustus, 2001).
- Von Hirsch [2003] Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Wolfgang Frisch / Andrew von Hirsch / Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, 47.
- Von Hirsch [2005] Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in: Ulfrid Neumann / Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005. S. 57 ff.
- Von Hirsch [2009] ‘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.
- Von Hirsch [2014] ‘Proportionality and the Progressive Loss of Mitigation: Some Further Reflections’ in Julian V Roberts and Andrew von Hirsch, *Previous Convictions at Sentencing* (Hart Publishing 2014) 1.
- Von Hirsch [2017] *Deserved Criminal Sentences* (Hart Publishing 2017). (→邦訳：フォン・ハーシュ [2021])
- Von Hirsch [2019] ‘Censure and Hard Treatment in Punishment’s Justification’ in Antje du Bois-Pedain & Anthony Bottoms (eds), *Penal Censure: Engagements Within and Beyond Desert Theory* (Hart Publishing, 2019) 87 ff.

ANDREW VON HIRSCH ET AL

- Von Hirsch et al [1999] *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Hart Publishing, 1999).

ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH

- Von Hirsch & Ashworth [2005] *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (OUP, 2005).

ANDREW VON HIRSCH & KATHLEEN HANRAHAN

- Von Hirsch & Hanrahan [1981] ‘Determinate Penalty Systems in America: An Overview’ (1981) 27 *Crime Delinq* 289.

ANDREW VON HIRSCH / NILS JAREBORG

- Von Hirsch / Jareborg [1991] *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, 1991.

W

JEREMY WALDRON

- Waldron [1992] ‘Lex Talionis’ (1992) 34 *Ariz L Rev* 25.

TONIO WALTER

- Walter [2011] Vergeltung als Strafzweck, *ZIS* 7/2011, 636.

- Walter [2014] Das Absolute wird relativ – wie sich Vergeltung als Strafzweck soziologisch begründen lässt, in: Frank Neubacher / Michael Kubink (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Michael Walter*, 2014, 831.
- Walter [2016] *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, 2016.
- Walter [2019] Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, *JZ* 13/2019, 649.
- Walter [2019a] Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie, in: Johannes Kaspar / Tonio Walter (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes?“*, 2019, 49.
- Walter [2020] Zur Demokratisierung des Strafrechts, in: Jan Christoph Bublitz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Merkel*, 2020, 545.

THOMAS WEIGEND

- Weigend [2016] ‘No News Is Good News: Criminal Sentencing in Germany since 2000’ in Michael Tonry (ed), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*. Vol. 45 of *Crime and Justice: A Review of Research* (UCP, 2016) 83.

X

Y

Z

BRUCE ZAGARIS

- Zagaris [1977] ‘The Finnish Penal System: Recent Reforms’ (1977) 3 *New Eng J on Prison L* 437.

HENRIK ZAHLE

- Zahle [2003] ‘Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth. A Critical Analysis of Alf Ross’ Conception of Legal Doctrine’ (2003) 14(4) *EJIL* 801.

LEO ZAIBERT

- Zaibert [2006] *Punishment and Retribution* (Routledge, 2006).

PHILIP DAVID ZELAZO, CHARLES C HELWIG & ANNA LAU

- Zelazo, Helwig & Lau [1996] ‘Intention, Act, and Outcome in Behavioral Prediction and Moral Judgment’ (1996) 67 *Child Development* 2478.

FLORIAN ZIMMERMANN

- Zimmermann [2012] *Verdienst und Vergeltung*, 2012.

FRANKLIN E ZIMRING

- Zimring [2006] *The Great American Crime Decline* (OUP, 2006).
- Zimring [2011] *The City that Became Safe* (OUP, 2011).

TOBIAS ZÜRCHER

– Zürcher [2014] *Legitimation von Strafe*, 2014.

Å

JACK ÅGREN

– Ågren [2013] *Billighetsskäl i BrB29:5* (Jure, 2013).