

刑罰量定基準と人格責任論

大 谷 實

- 一、は し が き
- 二、『責任に応じた刑罰』の観念及び批判
- 三、人格責任と量刑基準
- 四、む す び

—

刑の量定基準は何か、という問に対して、伝統的刑法学者は「責任」(Schuld)に応じた刑罰こそ正義に合致するものである、と答えたのであったが、近時の刑法改正運動においても、その理念は揺がない地盤を築きつつあるようである。すなわち、ドイツ一九五六年案第二条は、「責任なく行為した者は、これを罰しない。刑罰は、責任の程度をこえてはならない」と規定し、更に、その理由書に「責任という概念は、国民の中に生きている。この概念がなければ、道義的価値観念による生活は存在しない。刑法学は、人間の行動のうちに責任が存在するという確信の基盤を奪うことはできない⁽¹⁾」と説いている。他方、わが改正準備草案も同様な傾向にあり、第四七条は「刑は、犯人の責任

に応じて量定しなければならぬ」としているのである。

顧れば、ドイツにおいては、一九一二年のオーストリア草案第四三条が、量刑標準として責任と性格の危険性を併列的に認める極めて進歩的な立法運動をなしたのであったし、また、わが刑法仮案もこの方途にあるものであった。

しかるに期せずして、両国の刑法全面的改正運動において、責任刑の原理を基礎觀念としていることは、われわれを深い想いに導くものがある。それにしても、一九世紀末期から二〇世紀前葉の目的主義的刑法觀が量刑に反映しない筈はなかつた。曰く「刑の適用において……犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならぬ」(草案四七条二号)「刑の種類及び分量は、法秩序の維持に必要な限度を越えてはならない」(同、三号)。

思うに、ここにいわゆる責任とは、犯罪行為についての行為者に対する非難性、換言すれば行為者に対する倫理的無価値判断である。かように理解されるものとしての責任は、刑罰が、いかなる種類であるにせよ、苦痛、害悪であることに疑いが存しない以上、刑罰前提として不可欠のものといわざるを得ない。だが、今日の刑法理論においては、刑罰が単に責任の消滅を目指すだけでなく、同時に社会秩序の維持と犯罪人の社会復帰が重要な課題である筈なのである。またそれは制度的にもかく容認されているわけである。かくして、それ等の主役は量刑に存するといえるのであって、ここに量刑理論の複雑さ、困難さがあるといわなければならない。

さて、適正な量刑は効果的な行刑の出発点であると同時に、それは、刑事裁判の究極の目標でなくてはならない。しかるに検察官の求刑、及び裁判官の刑の量定は、先例と直観に依存し、しかも量刑相場は、通常、求刑の二、三〇%減が一般に妥当する、⁽²⁾ というような状態であるとされるに至っては、改めて量刑研究の「不毛」なることを再認識し、慨嘆せざるを得ないのである。だが、それにしても、量刑標準論は、何故に、かように複雑化し、しかも困難視

されるに至ったのであろうか。ある者は犯罪的結果を重視し、他の者は刑事政策的目的を重んずる。又、時には、刑罰の一般的効果・政治性・倫理性の側面を強調する。けれども、いかなる論者も、刑罰が責任を出発点とし、更に、それによって規制されるものである点については、異論がないのである。

ところで、「責任なければ刑罰なく、刑罰は責任の量に比例すべし」(ohne Schuld keine Strafe, und Abstufung der Strafe nach dem Mass der Schuld)とする原則こそ責任刑の理念である筈であった。これは、先にも述べたように刑罰がいかなる目的を有つにせよ、結局、苦痛・害悪に他ならないという正当な認識から出発し、従つて、その前提として倫理的な非難性を要するとしたのであった。これが結果責任から個人責任に転化した近代刑法の鉄則であったのである。ところで、では、その責任の観念は、量刑標準としての役割を十分果し得たであろうか。答は否である。これは、後に詳述する予定であるが、結局、責任刑を主張しながら量刑において、刑事政策的目的考慮をなし、また、一般予防の効果を導入せんとするのは、責任が量刑基準として不十分なものであるが故に他ならない⁽³⁾。従つてここから量刑の多元的展開が学界、実務界にとり入れられたわけであるが、今や、量刑における多元性の強調は、厳しく反省すべきであり、実務界も、此の誤謬を改めるべきである。

かくして、わたくしは、元来、責任理論は、犯罪の成立問題については、それ程重要でなく、議論も複雑ではないように考え、結局、責任(『非難性』)が量刑基準として唯一のものであり、しかも、従来の責任理論では、如何ともしがたい要素を、分解し責任概念に包摂することによって、責任の再構成を目指しつつ、一般予防の効果を顧慮し、更に、行為者の教育、改善が可能な量刑標準を目標に、以下に、若干の検討を試みるわけであるが、しかし、この問題に対する研究は、「刑法理論の縮図」でもあり、その前提として自己の刑罰観、犯罪観を固定せねばならぬことから、

相当に困難であり、かなり暴論的独断も生ずることと思われる。従つて、私の本研究は、一応の試論として展開されるに過ぎないのである。⁽⁴⁾

註(1) 一九五六年「ドイツ刑法総則草案」理由書(上)早稲田大学比較法研究所刊、一〇四頁。

(2) 竹内・「弁護人の例から見た刑の量定基準」(刑法雜誌)第一二卷二、三、四号、二二五頁。

(3) この種の前提は近代学派の承認するところであるが、ここでは、責任を非難可能性として把握する立場のみを指す。

(4) 量刑研究は、最近、日独両国の刑法学者が、簇々研究を発表されているが、本稿では詳細に触れることを、避けるつもりである。

二

一、量刑基準の確定については、まず「量刑とは何か」の問題を明確にしておく必要がある。現行刑法は、法定刑・宣告刑・処断刑・執行刑の区別を認め、法定刑と宣告刑の間に頗る大きな巾を容認している。他方、刑罰には、死刑、自由刑としての懲役・禁錮・拘留、財産刑として罰金・科料・没収を認めている。これらに関して、裁判官が、法定刑から処断刑を経て宣告刑を引出す過程を、普通「刑の適用」と称している。そこで確定された刑罰の種類につき、具体的に量的決定をなすことが刑の量定の問題である。ところが、自由刑か財産刑かの択一の場面においても、裁判官の評価に基づく裁量があり、本質的には、質的判断と解すべきであるが、現行法が、主刑の軽重を規定している以上(第九条、十條)、これも量刑の一種であると解し得るであらう。⁽¹⁾更に、刑の任意的免除(例、第三六条Ⅱ項、三七条等)、執行猶予の許否もまた、量刑の一場面である。因みに、仮釈放の許否は、裁判官の裁量権外にあるものであるが、量刑と同一原理に立脚するものである。而して、量刑標準論は、これ等裁判官の自由裁量の基準を設定することを目標

とするものである。

ところで、量刑問題の研究方法について、従来、実証的方法が一般に行われていたのであるが、私は、この部分に登場する学問的領域には、およそ三種のものが可能であると考えている。その第一は、量刑事由乃至量刑心理の実証的研究である。これは、量刑研究の分析的方法とも称すべきものであって、個々の裁判事例における基準を統一的に帰納する仕方である。これは、現況における量刑根拠、裁判官の裁量心理を明らかにすることに視点を置くことによつて有力な実務資料たり得るものである。だが、かような実証的方法は、それ自体として有意義であるけれども、あくまで量刑研究の第二次的作業であることは強く認識されなければならない。では、量刑研究の主たる作業は何か。それは「刑罰量定基準とは、量刑の際に裁判官に向ける基準である⁽²⁾」と云われているように、量刑の際に裁判官をリードするものでなければならぬ。いかえれば、量刑方法の発見こそ、この研究の「シテ」的役割を演ずるものといえよう。だが、わたくしは、更に、次のことを付加すべきものと思う。すなわち、右二者と表裏の関係にあって重要な課題となるのは、量刑の刑事政策的効果（犯人に対する）及び刑の宣告に対する社会的関心の社会学的究明である。これ等を量刑の刑事学的研究と称することができようと思う。そうして右三者は、第二の方法を幹とし前後両者を枝として体系化されるのでなければならない⁽³⁾。だが、ここでは、先に一言したように、量刑における裁判官の指導原則を理論的に明らかにする企図に基づいて展開しようとするものである。

二 量刑基準をいかなる点に求めるかは、既述のように、犯罪観、刑罰観に依存するのであるが、われわれはここで、量刑には、いかなる要素が反映すべきかの点を刑法の目的に相応して探究してみることにしよう。

刑法の一般予防的効果をもつて、刑法の本質と解し、犯罪的結果に基づいて刑の量定を主張したのはフォイエエルバッ

ハである。これに対し、特別予防主義に立脚して、フオイエルバッハに反撃の矢を放ったのは、グロールマンであるが、元来、右の二個の理念は対立的に把握されるべき性質のものでなく社会秩序の維持ということの本質を一面的に把握していたに過ぎなかつたのである。これに対応して、一九一二年のオーストリア草案の発表以来、責任刑の理念と性格の危険性の調和が論ぜられたが、これとても、実質的には、何等問題を解決するところはなかつた。けだし、一方で、応報刑の理念から出発し、犯罪的結果に重点を置き、行為に対する行為者の非難性を責任の本質と解する以上、ビルクマイヤーの実質的責任観⁽⁴⁾に立脚したとしても、結局、行為者の性格、人格を責任論に包摂せしめることは、不可能だからである。

では、責任刑の理念と性格の危険性の観念は、犯罪理論、及び刑罰理論において結局統合し得ないのであろうか。すでに刑法の機能において、われわれは、一般予防と特別予防は、社会秩序の維持というより高い次元において統一的に把握し得ることを認めたのであつた。而して、責任刑の理念は、刑法が、現在の時点において、少なくとも、国民の倫理的、道義的観念に立脚している以上、また、刑罰が害悪としての側面を払拭し得ない以上、否定し去ることとはできないし、いわんや、それを観念論として唾棄することは、かえつて真理を歪曲するものといえるであらう。しかし、このことは、実証学派によって建設された目的刑の理念に対立することを意味するものではない。近代において展開された目的刑、教育刑の理念は、社会福祉国家へと脱皮しつつある、現代の資本主義国家においては、より一層強調されてよいし、現に法制に浸透している事實は、何人も否定しがたいのである。

かようにして、M・E・マイヤーの、かの有名な分配説が注目されるのである。

かれは、応報主義と目的主義の調和を処罰に関する主体の側から考察し、それに関与する国家機関としての立法者、

裁判官、行刑官の役割として「立法者＝刑罰威嚇」(Gesetzgeber=Strafdrohung)、「裁判官＝刑の量定」(Richter=Strafzumessung)「行刑官＝刑の執行」(Strafanstaltsbeamte=Strafvollzug)を示し、夫々に対応せしめて、応報法の確定、目的刑を分配したのである。⁽⁵⁾これは、グリュンフートの思想に端を發しているようであるし、後に、ザウアー⁽⁷⁾、ナーグラ⁽⁸⁾等によって、主張されているところである。

では、右の学説は、いかなる価値を有っているであろうか。

この学説は、抽象的な法秩序と具体的な法の確定、その具体化としての行刑の、それぞれの段階における支配原理を明らかにし、従来の刑罰論争が片面的に過ぎることを指摘した点で、独自のものとされ、また、法過程の発展を動的に考察しようとした点で高く評価されたのであろう。だが、第一に立法化された刑罰法規の支配原理が応報であるとするこの誤謬は、いずれとしても、法の具体的な宣言としての判決と行刑との関連が、いかに交錯するのか、全く明らかでない。すなわち、立法過程が応報であるとするならば、その具体的宣告も応報を内容としている筈である。目的刑の原理が、行刑を支配するとしても、それは宣告刑のワク内でのことであって、その宣告刑が、具体的な行刑目的を顧慮しない限り、彼の理論は単なる刑罰論の名称を分配したに過ぎないと評されても仕方ないのである。⁽⁹⁾かくして、マイヤーにおいても、応報刑と目的刑の理念上の統一は不可能であったと評し得よう。

右に考察したように、マイヤーの分配説は、宣告刑と行刑のダイナミックスに着眼しつつ、実は、両者を断絶してしまつたのであるが、では、彼は、いかなる原理に立脚して刑の量定をなそうとしたのか。

「量刑は責任に比例しなければならぬ」(Proportionalität von Schuld und Strafe)という原則は、応報刑理論の到達した終着点であるが、それについては、M・E・マイヤーも例外ではなかった。彼は行為者の違法性、或い

は行為動機の決定におけるその義務違反性をもって責任と解し、それに応じた刑罰の確定が、量刑の問題であると解したのであった。かくしてマイヤーは、「量刑は責任に比例しなければならぬ」という原則は、文化主義刑法の根本的な要請であると主張する⁴⁰。

ところで、責任性は、刑罰の量定基準としての役割を保全し得ないというのが、われわれの主張であった。そこで、改めてこの問題を検討してみることにしよう。

マイヤーが、宣告刑における法の保護、行刑における目的性を強調しながら、両者を連結し得なかったのは、実は、責任概念の裡に、行刑の主たるモメントであるべき行為者の要素を導入し得なかったからである。而して、行為の違法性の大小、行為についての行為者の義務違反性を問責することによっては、行刑の具体的客体である行為者を明確にし得ないことは明らかである。更に、より根本的には、非難可能性としての無価値判断は、たしかに程度の認識を許すものであり、その点、木村（亀）博士⁴¹のように価値判断は、有無の判断のみであるということは妥当でないが、元来、量刑判断と非難性の判断とは、質的に異なるのであって、一元的に把握し得ないものなにかかわらず、責任の量と刑罰の量が比例し得るかの如くに考える誤謬、迷信こそ問題である。たしかに、刑罰を一般予防乃至応報として一元的に考察する見地からすれば、責任を帰属関係として把握、その量は法益侵害性の大小によらしめることは可能であろう。だが、これとても、法益侵害性の大小と刑の量との結合点は、何一つ明らかにならない。

責任を行為について行為者に向ける価値判断としての非難可能性として把握する以上、それは、行為者の過去の行為を責め、非難する以外にその意義を認めることはできない筈である。これに対し、刑罰は、社会秩序の維持に本義的役割をもつことから、一般予防、特別予防の機能が第一義的に重視され、次にそれに派生して犯罪人の改善・教化

が考慮されるべきだとするにしても責任と刑罰は、単純に結合し得べきはずはないのである。にもかかわらず、ドイツ一九五六年草案、わが準備草案が依然として責任に応じた刑罰を強調することは（少なくとも、従前の責任観に立脚する以上）理解に苦しむのである。

三 もつともわが準備草案の建前が「責任に応じた刑罰」を前提にしながら、その責任のワクの中での目的配慮を容認していることは、注目してよいことである。しかし、責任のワク内で目的理念を導入したところで、問題は、責任の量自体と、その尺度と刑罰との尺度が何等かの形で統一されない限り、それは結局、観念論とされてしまいうであらうし、何等、実践的意義を有たないということにあると云えよう。

ところで、顧れば、「責任に応じた刑罰」の観念が、学問的に実践的な意義を有たないと解し、「裁判官による刑の量定は、法定の種類に対する平行的評価であるだけではない。それは類型的には法律によって放置されている評価をも顧慮せねばならない」（ポツケルマン）との立場から、多元主義的に量刑評価をなそうとする見解がある。これは、量刑評価を、犯罪成立の問題と関連せしめつつ、（従って責任を前提としつつ）更に、一般予防的考慮、特別予防的考慮、政治性を強調する立場である。¹² たしかに実務界にあっては、かかる実際の考慮が多岐に亘って導入されている事實は否定しがたいのであるが、裁判官の刑の量定の問題としては、次の二点において承服しがたい。その第一点は、この見解は、求刑と量刑についての混同を犯しているということである。検察官は、国家の機関として公益を代表し、社会を侵害し、治安を錯乱する犯罪を糾弾する積極的意識に立脚している行政官であり、そこでは、主として一般予防の効果が支配的原理となるのであって、時には、社会に対する警告として求刑がなされる場合も、当然あり得るわけである。これに対して量刑においては、勿論、一般予防、特別予防の考慮は、入ってくるわけであるが、ここでは、

具体的妥当性が主題となり、従つて、責任性の確定が重んぜられるのである。その故に、量刑における警告的意義、あるいは、政治性が重んぜられるとすれば、それは、量刑における司法的領域を逸脱するものといわざるを得ない。次に、その第二点として、量刑理論は、裁判官の量刑指針を提供するところに実践的意義が存するのであるから、そこにおのずと統一性が要求されるはずである。しかるに多元的量刑論によれば、多元的要素を何によつて一元化するのかが明らかにならない以上、単なる量刑要素の分析に終始していると評されても仕方のないことである。

責任性が、刑罰の一定値を導きだす機能を持たないとする見解は、今日、支配的であるようであるが、そうだとすると現実の量刑要素の多元性に行きあたり、結局、再び逆戻りして、量刑は、先例と直観に依存するということに落ち着いてしまうことになる。そこで、贖罪刑か保安刑か、或いは、一般威嚇か特別予防かという対立する命題に立脚して刑の量定を試みることはナンセンスであり、結局、実質的に刑の量定標準を導きだすためには、右の諸要素を併呑しつつ、目的的観点から決定する外に道はないようである。佐伯博士が、規範的評価と可罰的評価を分別し、前者は責任評価、後者は量刑的評価だとせられ「量刑の標準も行為の責任非難性を根柢としつつ而も『責任に比例する刑罰』は何かという評価を一步出でて、行為者を如何に処遇することにより規範意識の覚醒強化を最も確実に且早く実現し得るかといった目的手段的な技術的評価とならねばならぬ¹³⁾」としているのも、かような趣旨に由来するものであるろう。

だが、ここにも深刻な疑問が存することを、われわれは、見落してはならないのである。すなわち、量刑における目的性の強調は、「手段の原因超過的傾向」を導く。ところで、責任非難は個別行為責任として容認されるはずであった。してみると、行為者の改悛と反省を促がし規範意識の覚醒強化による社会復帰を究極の目標とする刑罰手段は、

行為から離れた行為者人格を対象とすることになるであろう。換言すれば、量刑評価において裁判官は、如何なる手段をも撰択できることになりはしまいかと云うことである。佐伯博士はこのばあい「責任の大枠は、これに対する保墨となるであろう」⁽⁴⁾としていられるが、責任が量刑基準として具体的な意義を有さない以上、その大枠自体明らかにならないが故に、かなり問題点を含んでいるといわざるを得ない。

かようにして、われわれに残された唯一の道は、実質的内容をもつ責任概念を構成することにある。而して、それは、刑法のあらゆる機能を具備する底のものでなければならぬ。以下に章を改めて検討することにした。

註(1) 佐伯博士は、「当該事件に適用される刑罰の種類と程度が一定した後で、その枠のなかで、例えば被告人を徴役六月に処すか、」というように量的決定をのみ「刑の量定」は指すとしている。刑法講座・所収「刑の量定基準」一一四頁。

(2) Hinüber, Strafrecht, Allg. Teil, S. 111.

(3) 不破博士、エクスナー等の研究は、主として、実証的研究に属するものであるが、理論的には、佐伯博士が最も貴重な研究を残されている、なお、最近では、森下教授、安平教授が、この問題を正面からとりあげ、また、シュミットの研究は、われわれにとって極めて貴重である。

不破・「刑の量定に関する実証的研究」(昭・一四)。

佐伯・「刑法における期待可能性の思想」(昭・二二)、及び前掲論文。

森下・「不定期刑の量定をめぐる諸問題」(刑法雑誌)十二卷、二、三、四号九七頁以下。

安平・「刑の量定基準について」右、同、七六頁以下。

E. Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem Künftigen Strafgesetzbuch, Materialien, I. Bd., S. 9 ff.,

(4) Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit, 1914,

(5) M. E. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1915, SS. 419-420.

(6) Grünhut, Gefährlichkeit als Schuldmoment, 1926, S. 90. ff.

- (7) Sauer, Die Bedeutung der Strafvollzugsordnung, V. 22. 7.
- (8) J. Naglar, Die Strafe, 1918, S. 61 ff.
- (9) 団藤・「刑法と刑事訴訟法との交錯」四九―五一頁、前田・「犯罪と刑罰」三一―八頁。
- (10) M. E. Mayer: Allg. Teil. 3,5,4, 95,
- (11) 木村・総論・三二―七頁。
- (12) 伝統的立場にあっても、刑事政策的考慮を配慮すべしとする見解は一般に採用されている。なお、秋山教授は、量刑における政治性を特に強調される。秋山・「量刑における政治性・倫理性」(同志社法学六五号)
- (13) 佐伯・前掲書、六一―七頁。
- (14) 佐伯・講座、一三四頁。

三

一、責任を抽象的、形式的な価値判断として把握せずに、そこに、何等かの具体的、実質的要素を織り込もうとする運動は、ビルクマイヤーの「実質的責任観」(materieller Schuldgedanke)あるいはグリュンフォートの性格責任論(Characterschuldlehre)等によって展開されたが、それが、主として、量刑理論を顧慮して開陳せられたことは、問題史的に、われわれの課題にとって極めて興味があるのである。すなわち、伝統的立場は、近代学派との論争の過程において、「責任に応じた刑罰」の理念が、いかに曖昧なものであるかということを反省し、それを解決するためには、責任概念の深化(Vertiefung des Schuldbegriffs)を企てる以外に方法はないとして認識を改めたからである。⁽¹⁾これは例えば、フランクの附随事情論にも現われているのであって、彼の頭初の企図は、まさしく「量刑標準として妥当な責任概念」⁽²⁾の構成にあったことは、疑いを容れないのである。

このように、責任を個別行為責任として構成し、それを純粋に規範的概念として把握することが、量刑上、いかなる実質的意義をも有し得ないということについての反省は、すでに古くからなされていたのであるが、われわれもまた、同様な立場にあって、「責任に応じた刑罰」の観念を墨守しようと考えるのである。ところで、固有の量刑基準に入る前に、若干の先決命題を提供しておくことにしよう。

(イ) まず、第一に、いっさいの刑罰は、「責任刑」(Schuldstrafe)でなければならない。従って、刑の量定は、この責任の程度によらなければならない。但し、責任は、個別行為責任と考えてはならない。

(ロ) 刑の量定は、罪刑法定主義の領域を逸脱するものであってはならない。これが破られるとするならば、刑事司法は破壊し、憲法三十一条違反となり、法的安定性は潰滅を余儀なくされるからである。

(ハ) 一切の刑罰は、被害者、国民一般の刑罰意識を無視するものであってはならない。「被害者の要求は、むしろ刑事訴追により満されるのであり、個々の刑罰により満されるのではない」(シュミット、コールラウシュ)こと勿論であるが、被害者の要求は、刑罰賦科によって最終的に解消されることを忘却すべきでない。また、国民一般の刑罰意識は、一般予防に対応するものであるが、「一般予防は、いかなる範囲までそれができるか、それ自体一つの問題である」(ポツケルマン)が「これを刑罰予告の作用に委ねるべきである」⁽³⁾という見解は、妥当でない。ただし、刑罰予告は刑罰の行使を担保としているからである。従って一般予防を考慮しての量刑は、誤りであり危険であるが、量刑の効果が一般予防に及ぶのでなければならない。

(ニ) いっさいの刑罰は行為者人格を第一次的に対象とし、その人格を刑罰的手段によって、教化遷善することを主たる目的とするものである。その際、刑事学的行為者類型の個別的把握は不可能であるから、法的見地から一般的に

把握すべきである。従つて、自然主義的犯罪人の構成も否定されるべきである。

右のような命題を充足し得る唯一の量刑標準は、一体、いかなるものであろうか。

すでにわれわれは、「責任に応じた刑罰」の観念は、依然として墨守されるべきであることを容認したのであった。而して、そこに所謂責任の観念は、近代学派の性格の危険性を意味するのでなく、道徳的、倫理的性格を有するものと考えるのであった。そのような見地からは、先ず、量刑の実質と責任の内容が、同一理念の範疇に属さなければ、結局、先にわれわれが検討した規範的責任論の自己偽瞞に再び陥ることになると思われる。かくして到達した結論は、責任の人格化乃至行為者主義的責任ということである。すでに、われわれは、刑罰の機能的側面から、それが最高の目的は、社会秩序の維持にあり、その理由においてのみ一般予防、特別予防、応報刑、教育（保安刑をも含む）刑（主義）の刑法原理が承認されたのであった。従つて、これを対立的に構成するのではなく、むしろ綜合した形において刑罰が考えられるのである。ポツケルマンが、最近、合一説（Vereinigungstheorie）と称する刑罰観が、まさにこれに該るであろう。⁽⁴⁾その故に、E・シュミットが刑罰を主として「犯人の再社会化」（Resozialisierung）に力点を置いて構成しているのは、社会の倫理的基盤を無視するものと評さざるを得ない。

われわれは、しかしながら、右の刑罰における諸理念が、各別に分離して存在し得るとは考えないのであるし、現に、一ケの犯罪について一ケの刑罰が科せられるのである以上、右の諸理念を統一化する原理に行きあたらざるを得ない。而してこの問題は、単に抽象的、理念的に構成すべきではなく、それを考慮しつつ、現行法の制度に則つて、解決されるべきであらう。それで、現行法が、法定刑の巾を広く認め、執行猶予、仮釈放、累進処遇の制度を容認していることは、いかなる立場にあるにせよ、現行法の主眼が、行為者の改善、再社会化にあることについては、疑念

の余地がないのである。かようにして、われわれは、刑罰を単に過去の行為につき責め、苦しめるのでなく、あくまでも、それを媒介として、「未来に向つてその改悛を齎らそうとする」目的に対する手段として把握しようとするのである。團藤教授が道義的教育刑と称し、佐伯教授が可罰的評価をもつて「行為者を如何に処遇することにより彼の規範意識の覚醒強化を最も確実に且早く実現し得るかといった目的手段的な技術的評価」であるとしたのも、右のような刑罰観に立脚するのであらう。而して、かかる刑罰観に立つ以上、刑罰の対象は、犯罪行為乃至結果よりも、むしろ、行為者の具体的、個別的把握へと突き進まなければならない。

だが、われわれは、先に、先決問題の確定において、被害者及び国民一般の刑罰意識が充足されるべきことを説き、それが法的安定性の保全に有用なることを認める前提に立つた。それで、右の如き刑罰観が果してその要求を満足し得るか否かが吟味されなければならない。確かに被害者の応報的観念は、現行の法制においても容認されているのであつて例えば、親告罪の設置は、このことを示している。そうして、この応報は、もとより、行為に対するものである。そうとすれば、行為者を直接的に刑罰賦科の対象とすることと矛盾することにならないか。だが、これに対しては、次のように答えることができるであらう。すなわち、なるほど、犯罪行為を単なる性格の危険性の徴表と考へる近代学派の立場に対しては、被害者の応報観念を無視するものである、とする非難は成立し得ようが、われわれは、むしろ、行為の現実的意義を重視し、特定の構成要件を実現した行為者に着目して、刑を規定するのであり、しかも、刑罰は、倫理的、道徳的基礎の上に立脚するところから、何等矛盾は生じないといえよう。また、このことは、国民の刑罰意識、すなわち一般予防の観点にも妥当すると考へる。

さて、われわれは、こうしてようやく、われわれの立場における量刑基準を設定する段階に到達した。

二、先にわたくしは、責任評価と可罰(量刑)評価が同一のディメンジョンで構成されない限り「責任に応じた刑罰」の基礎観念は、自己偽瞞だと述べた。そうして、この意味から、保安刑≠教育刑を説く近代学派が責任の実質を「性格の危険性」であるとしたのは当然のことであった。ところで、われわれの刑罰観からは、いかなる責任観が生ずるというのであろうか。

刑罰が結局、苦痛、害悪である以上、その基礎となるものが、非難性であることは、すでにドイツ一九五六年草案の理由書の見解を俟つまでもなく、国民の倫理観念に根差している。だが、刑罰が単に非難性についての贖いをのみ目的としているのではない以上、責任もまた、新たな内容が盛られてしかるべきである。すなわち、「責任非難とは、単に過去に属する事実につきその惹起者を責め苦しめるというだけの意味ではない筈」なのである。フィッガラルド(P. J. Fitzgerald)が「恰かも、性欲に対する結婚と同様、刑法は応報感情を保護する」が「われわれが刑罰の目的を考える時、両親の子に対する制裁と、国家的刑罰とは同様に見える」と説いているように、責任非難は、責めを通して将来の規範意識の覚醒と改悛を期待しているのである。責任と刑罰はかように原因に対する結果、目的に対する手段として相即不離の関係にあるわけであって、ここに手段の目的超過的傾向は、入り得る余地がないといわなければならない。さて、責任が単に倫理的無価値判断に終るものでないとするならば、最早、責任論の領域で行為者の人格(存在 So-Sein)自体が考慮されるのは必然でなければならない。かくして責任性は、以下のように規定することができるであろう。

責任の核心は、非難性を前提とした実質的概念でなければならない。法規範は「その妥当性において法的共同体構成員である人間に依存している」従って「法肯定的意思情操の墮落は、法の墮落である」⁽⁹⁾が故に、一般的・抽象的当

為として法を遵守する人格態度を要求している¹⁰⁾。また、その具体的・個別的要求は、刑法各本条の個別的構成要件を設定している。かようにして法規範の命令・禁止に反する情操頹落こそ刑法法規範にとって、最大の関心事となる。されば責任非難は、法的情操の頹落に向けられる。ところで、責任非難は、法的情操の頹落を否定的に非難しつつ、それを通して行為者の頹落を是正し、社会的正常化を企図する筈であった。そうとすれば、非難性という個有の抽象的判断を一応離れて、具体的実質的に法的情操の頹落の度量に従って、責任の軽重が決定され得ることになるのである。さて、われわれの人格責任乃至情操頹落責任をもう少し詳細に検討してみよう。

ここに情操乃至人格とは、行為の意思決定のみならず、半意識的、無意識的な生活経験を形成し、または半意識的な関心・主義・傾向を形成する人格層を意味する。そしてその人格層は「世界との交渉において、個人的傾向の基礎のうえに合成された基本的信念であり、内的傾向と立場の体系である¹¹⁾」。かかる人格乃至情操は、団藤教授、メツガー等によれば、形成上自業自得的要素と決定論的要素に分け得られ、前者についてのみ非難性が及ぶわけであるが、わたくしは、法的情操を形成する国家的要請は、責任能力者であるかぎり、「他者存在の可能性 (das Anders-Sein-Können)¹²⁾」を擬制する前提から出発していると考えるのであって、人格形成上の自由の契機をとりあげ決定論的部分としからざる部分に分別する仕方は、結局、経験的方法では不可能なのであって、今や、かかる方法論から解放され、端的に法規範の側から自由を擬制する必要があるのである。もつとも、この点については人間の倫理的世界においてとるところの「実践する者としての立場」があり、それは、「人格の自律と意思の自由」を要請している、とする立場からの反論が予想されるが、¹³⁾ 元来、刑法法規範は因果法則と充足理由との関係において定立が可能なのであり、法規範が国民に命令・禁止をしているのは、当然、その前提として、規範の遵守が可能であることを予め容認しているの

であつて、これは、国家的規範の論理的前提であり、若しこの前提を欠くとすれば、規範の遵守を強制することは不可能に帰し、遂には、国家的共同生活は潰滅せざるを得ないのである。

ところで、かかる擬制は、国民の倫理観念乃至法観念と合致するものでなければ、その存立の基礎を失うことになる。われわれの人間の評価は、彼自身の外形的行為、または、態度にもとずいてなされるのであるが、それはまた、彼の現にある存在が彼自身の行為に由来しているときのみ、彼の存在を非難し、称讃するのであつて、しからざるときは、単に愛情、憐憫、嫌悪の対象となるにすぎないのである。かくして、このことは、刑事責任を確定するについても妥当する。すなわち、法的情操の頹落は、行為者の内的生活を追求するが、しかし、それを認めるためには、それを現実化するところの行為、とくに犯罪行為を必須とするということである。それはまた、刑法理論の側からも保全される。すなわち刑法規範は、行為威嚇を通じて、ポツケルマンに従えば、それを生の形式として行為者威嚇をなしているのであるから、その現実活動を通じて、情操頹落が客観化されるのでなければならぬ。なるほど情操頹落は、内心的、主観的領域における現象であり、その意味で、その客観化、現実化は、われわれの立場によつて第二次的意義しか持ち得ないように見える。だが、これは正当ではない。何故なら「犯罪行為に到達する以前においては、行為者は依然として正道への復帰が可能であり」、従つて情操頹落は、未だ不完全なものであるが、それが実行行為として、客観的世界に現実化した以上、最早、決定的なものとなるからである。かようにして、わたくしもまた、犯罪行為に現実的、構成的意義を認めるのである。このようにみえてくると、単に可罰的行為の実行が問題なのでなく、情操頹落によつての特徴的行為が問題となり、その観点から人格の現実化として行為論、違法論、責任論が統一的に把握し得るのではないかと考えるのである。⁽¹⁶⁾

では、このような責任観念は、団藤教授の人格責任論といかに相違するのか。わたくしの立場をより鮮明にするために対比的に把握してみよう。

団藤教授によれば、「人格態度に対する非難可能性の評価が、すなわち責任判断」である。責任判断の対象は「行為における行為者の人格態度」及び「人格形成についての責任事実関係」であるが、責任評価は、規範と右の責任判断となる事実、そうして前者による後者の非難可能性の判断として構成される。さて、ここに非難可能性というのは、教授によれば、「行為者が性格学的な人格に対して何かをすることができた範囲」にのみ及ぶというのである。この見解は、行為者人格の具体的な把握を目指し、それによって責任と行刑との有機的結合を企図するのであるが、そうだとすると非難可能性の大小こそが、量刑の唯一の基準だということに帰着する。ところが非難可能性それ自体は、われわれが再度に亘って論評したように抽象的判断であって、具体的な刑の量を決定する機能を有たない。もっとも、非難可能性の程度は、人格形成の主体性の中によって決せられるといえようが、人格は、生来的性格と環境及び教育、更に主体性とが相互関連を保って、生成してくるのであって、そこから主体性の中を過去に遡及して確定することは、現実的に不可能に近いといえるであろう。われわれは、かかる困難を顧慮しつつ、責任非難は、前提命題としておくに過ぎず、その実質を法的情操の頹落として観念したのである。

かようにして、わたくしは、実質的内容を有する責任観念を構成し得たように思う。刑罰は、まさに、かかる法的情操の頹落者に対し非難を込めつつ、その頹落からの脱却、覚醒を目標として量定されるのでなければならぬ。だが人は、あるいは問うであろう、責任能力者であっても、かかる刑罰手段によって、遷善、教化し得ないとされるばあいは如何、と。これは、たしかに理由ある設問だといえようが、われわれは、責任能力者であるかぎり、自己の意

識的・乃至決断的形成によつて頽落からの復歸が可能であると考えるのであつて、それを否定するのは、人間觀察の自然主義的偏見だと考へる。もつとも、これは、責任能力を新たに再構成することによつて、その限界が動くことは、あり得るであらう。⁽¹⁷⁾

三、われわれは法的情操の頽落が、量刑の統一的基準であるとしたのであつたが、では、それは、いかなる具体的要素によつて決定されるのであらうか。

(A) 犯罪行為の要素

情操頽落が、特定の構成要件的行為によつて完成する以上、その行為が故意によるものか過失によるかが第一次的要素となる。更に「法益侵害の種類・程度」「犯罪原因及び動機」「行為の目的」及び行為環境としての附随事情等が含まれるが、これ等諸々の要素は、すべて行為者の情操頽落、法規範に対する人格態度を確定するために用いられるべきである。

(B) 犯罪後の要素

これまでの責任刑主義に立脚する所説は、行為責任に立つのであつたから、量刑において、犯罪後の要素を反映せしめることは、少なくとも理論的に不可能な筈であるが、殆んどの学説は、これを容認している。これは、奇妙なことでとしなければならぬ。

われわれの立場からは、責任非難のうちに合目的考慮を認めるのだから、犯罪行為後の行為者の法的情操乃至人格態度も重大な関心事とならざるを得ない。しかし、法規範が非難の対象とするものは、構成要件的行為によつて現実化した情操の頽落なのであつて、その現存在を如何に処遇するかが量刑の課題だつた筈である。従つて犯罪後の情

状が顧慮されるのは、刑罰の減少する方向においてのみであることを注意する必要がある。そこで、その要素として「改悛の有無」「損害の填補」「正道復帰への努力の有無」等を掲げ得るが、抽象的に行為後の態度を考慮することは加重的に解される危険があるから妥当でなく、また、訴訟中、または拘禁中の態度を考慮することも同様にして排除されるべきである。

(C) 犯罪前の要素（行為者に個有の事情）

情操頹落現象は、何も、突如として、犯罪行為において、完成するものではない。それは行為者に個有の過去の生活経歴、心理学的性格、素質及び、人格環境とが潜在力となって客観化するものであるからその限度で情操頹落を認定する要素となるのである。従って、「被告人の経歴」「性格、素質（心理学、精神医学上の）」「家庭環境」「前科の有無」「常習性」等が、人格態度の頹落性を認定する手段として用いられるであろう。ただ、ここで注意すべきことは、刑罰的処遇にとって主たる課題となるものは、現実の犯罪に具体化した個別的行為者の人格なのであり、そのばあい、単に行為者の行為環境のみが考慮されるのではなく、行為者の人格環境をも併せ含むのであって、右の要素は、犯罪前のものでして独自の意義を持つわけではない、ということである。

註(1) Birkmeyer, a. a. O. S. 220-224.

(2) Frank, Über der Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 3. 4.

(3) シュミット前掲書、佐伯訳「ドイツにおける刑法改正論」一四頁、参照。

(4) Bockelmann, "Wie würde sich...auswirken?" (Materialien, Bd, I, 1954, S. 30).

(5) シュミット、前掲書二〇頁。

(6) 団藤、前掲書、四九一五〇頁。

- (7) 佐伯・期待可能性思想、六一九頁。
- (8) P. J. Filzgerald, Criminal law and punishment, 1962, p. 99.
- (9) Husserl, Recht und Welt, 1929, S. 137.
- (10) 拙稿、「ポツケルマンの人格責任論」（同志社法学、六四号）一三一頁参照。
- (11) Welzel, Schuld und Persönlichkeit, Z. St. W. 57. Bd., S. 435. 拙稿、「人格責任に関する二つの見解」（同志社法学七号）六〇頁。
- (12) 団藤・「人格責任の理論」（法哲学四季報第四号）一〇六頁。
- (13) Mezger, Grundriss, S. 72 ff.
- (14) Ann. Bockelman, Studien zum Täterstrafrecht, Teil II, S. 147-151.
- (15) 佐伯・前掲書、五八一頁。
- (16) 私の見解は、前記ウォルフ、ポツケルマン、ウェルツェル、団藤教授等の見解に啓発されて生まれたことを、ここでお断りしておきたい。
- (17) Wehofer, The urge to punish, 1957. なお次回には、本稿との関係において責任能力論を考察したいと考えている。

四

以上、わたくしは、量刑基準を統一的に構成する仕方として、先ず、伝統的な責任の観念が「非難可能性」として把握している以上、それは、実質的意義をもたず、従って、「責任に応じた刑罰」の観念は自己偽瞞だとすることに、責任を実質的に構成する方法から出発した。そうして到達した結論は、法的情操の頹落という観念であり、これが唯一の量刑基準だと述べたのであった。そこで最後に、これに派生する若干の問題を検討して、右の大雑把な研究をむすびたいと思う。

すなわち、その第一点は、右のような量刑原則を樹立したとして、情操の頹落として現われた行為者人格の法規範に対する包括的形像を、非難を通して再社会化、（正道への復帰）に導くといつても、それが具体的に財産刑を相当とするかそれとも自由刑が妥当か、あるいはどれだけの量を必要とするか、という点になるとかなり曖昧なものであることは、確かである。従つて、裁判官は、行為威嚇を通して行為者威嚇を導く法定刑の上限↓下限をメヤスとしながら、非難に内在する目的考慮を念頭において量刑する以外に方法はない。まことに「正しい刑の量定は、何等絶対的性質のものではなく、あらゆる時代と場合とに妥当するような量刑基準といつたものはない⁽¹⁾」のであるが、われわれは、一応、従来の量刑における多面性を統一してみたわけである。

さて、かように量刑則を考えることは、實質的に、近代学派、就中、シュミット等の實質的責任概念（materieller Schuldbe-griff）を量刑原理とする所説といかなる点で相違するであろうか。シュミットによれば、この實質的責任の核心は「行為に表明された行為者の社会の要求に対する態度」または、「行為者の非社会的な、または反社会的な態度⁽²⁾」であった。而して、目的刑をとるこれ等の立場と、われわれの所見は、極めて類似しているということが、できようかと思う。だが、行為者の反社会性、非社会性という観念は、責任の中から倫理性を排除した抽象的な概念であつて、そこからいかなる非難性の観念をも導きだすことはできない。従つて、「刑罰は、責任刑罰でなければならぬ」とする命題をいかなる理由によつて認めるのかも明確ではないのである。われわれは、先にも述べたように、責任の内容をば、法の命令・禁止に対する反応の仕方を問い、その体系を情操頹落と解することによつて規定したのであつた。かようにして、その両者間には、依然として重要な相違点があるといえよう。

以上、簡単ながら量刑基準に関し、人格責任乃至行為者責任の理論を応用する企図において一応、その大筋を述べ

てみたのであるが、これは更に、執行猶予、累進処遇、仮釈放等にも妥当する筈であり、また、量刑の社会学的研究においても承認される筈である。かくて、この種の研究は他日を期して発表するつもりである。

註(1) Liszt, Ansätze und Vorträge, 1905, I, S. 161.

(2) シュミット、前掲訳、一九頁。