

刑法総論(1)

花井哲也

I	序論	192
1	刑法の出発点	192
2	刑法の基本原理	194
3	刑罰の本質	198

I 序論

1 刑法の出発点

(1) 刑法の意義

刑法とは何かというと、それは犯罪と刑罰との関係を規定したところの法である。まず、この点から考察を始めよう。ところで、犯罪は、自然現象ではなく、人間によって行われる社会侵害的な行為である。その人間行為は、個々人の人間の意思に根ざしたものであるが、また、それは、社会の側の問題性にも深く係わったものである。その意味において、犯罪は、一方では人間そのものの個人の意思行為の現れであり、他方では人間の社会秩序に対する脅威の発現でもある。

人類は、このような犯罪に対する具体的な方策として刑罰という制度を発展させてきた。その刑罰は、近代では、犯罪を根拠として、国家が原則として行為者に加えるところの法的制裁である。しかし、これまで、刑罰がどのような内容と任務を持つかは、人間そのものに対する内的平穩の観念の変遷により、また時と所によりさまざまに理解されてきた。もっとも、なぜ人は、人を罰することができるのか。人を罰するのは何のためであるのか。さらに、どのような行為を犯罪として処罰すべきであるのか。これらについて、いまだ刑法は、必ずしも自明の回答を持つものではなく、今なお継続した課題である(平野龍一・刑法1、3頁)。とはいえ、刑法はまた、その適用という実践的な場面で、「刑罰とは何か。」「犯罪とは何か。」そして、「犯罪と刑罰に関係する法全体は何か。」について、常に問題解決をもしていかなければならない使命を担っている。

(2) 刑法規範

刑法の対象は、刑法規範である。刑法規範は、法規範であって、後述するように、「罪刑法定主義の原則」によって、成文の法をもって表示されることを要し、その成文はすなわち条文である。しかし、条文が刑法規範であるのではなく、それは刑法規範を表示した命題である。刑法は、この条文に表示されたところの命題の意味内容を明らかにすることによって認識される。その方法として、刑法は「解釈」という方法を必要とする(木村亀二・刑法総論〔増補版〕17頁)。ここでいう解釈とは、自然科学のように経験的事実を観察し、実験し、その事実を支配する法則を発見するというのとは違って、刑法規範の意味の理解をすることである。このような意味において、刑法の理解は現行刑法の客観的な法規範の意味内容を解釈によって体系的に認識することにある。

(3) 刑法総論

刑法規範の基本的形式は、たとえば刑法第199条に「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」と規定し、また、刑法第235条に「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」と規定しているように、特定の犯罪に対して、特定の刑罰を科すことを規定した法規範の形式をとっている。このような特定の刑法規範を刑法各則といい、この刑法各則を研究対象とする学問を刑法各論という。ところが、刑法規範はこのような刑法各則ばかりではなく、個々の刑法各則に規定された、さきの第199条の殺人罪とか、第235条の窃盗罪とかが共通に備えなければならない一般的規範も含まれている。そうした、一般的規範を刑法総則といい、この刑法総則を研究対象とする学問を刑法総論という。本「資料」が、考察の対象とするのは、この刑法総論である。

刑法総論は、刑法論・犯罪論および刑罰論の3つの部門に区別され、それが刑法総論の内容である(木村亀二・犯罪論の新構造上5頁)。刑法論の中心問題は罪刑法定主義であり、また、刑罰論の中心問題は刑罰の本質論である。そして、犯罪論が刑法総論の中において、もっとも重要な理論的関心の対象となっている。とくに、犯罪論では、刑法の立場から見たすべての『犯罪』に共通する一般的要件が検討される。現在、この要件は、構成要件該当性、違法性、責任の3つの要件から構成されると一般に考えられている。私も、犯罪の一般的成立要件を、この3つの要件で検討するのが妥当であると考えている。

(4) 犯罪論の体系

犯罪論の体系に、完結した、唯一絶対の体系があるわけではない。犯罪論の体系は、さまざまな体系が存在しうるし、現に存在している⁽¹⁾。もともと、体系は、一定の原理に基づいて矛盾なく組織された知識の統一的全体を意味する。そして、犯罪論の体

⁽¹⁾ドイツ刑法学型体系は、犯罪の客観的要素と主観的要素の区別を基本とするものがあり、また、「客観的要素」「主観的要素」及び両者を結合するものもある。さらには、「主観的要素」を「客観的要素」に先行させて主観主義的犯罪論を鮮明にするものもある。それに、行為と行為者との二元論的分類を基本とするもの等々さまざまである。ベリング以来の構成要件概念を用いるドイツ刑法学型の犯罪論体系においても、行為論をまず独立してとりあげ、構成要件を違法の中で論じ、行為、違法、責任の三つの要件を中核とする体系をとるものもあり、また、犯罪論を基本的に故意の作為犯、過失の作為犯、不作為犯に分けて構成し、それぞれに構成要件、違法、責任を論じる体系、そしてまた犯罪論を故意犯の構造と過失犯の構造とに分けて論じるもの、さらに犯罪論を刑事政策の要請にしたがって再構成するものなど多様である。英米刑法学やフランス刑法学は、基本的には、犯罪の客観的要素や主観的要素の区別を基礎として論じられている。

系は、統一的な事象である犯罪を慎重、かつ正確に認定し、また犯罪の構造を的確に把握することのできるものでなければならない。それによって、刑法の妥当な適用に役立つという目的が達成される。すなわち、犯罪論の体系は、そうした目的論的体系である必要がある。

すなわち、そうした体系があれば、現実に行われた殺人や窃盗が、本当に、刑法でいう殺人罪や窃盗罪に該当するかどうかを判断する裁判官に対して、直観的、感情的にではなく分析的・理性的に、つまり、慎重、かつ正確そして容易に能率的な犯罪の認定を可能にするものとなる(阿部純二・刑法総論35頁、平野・前出刑法1、90頁)。このことが、究極において、刑法の目的、すなわち、被告人の人権保障及び人々の法益保護に役立つことが可能になるのである。

2 刑法の基本原則

(1) 基本原則の問題

刑法は、先に述べた刑法規範の適用の結論として、一定の事実が犯罪とされ、これに対し、その法的効果として一定の刑罰が加えられることになっている。そして、現行の刑罰の中心は、生命の剥奪を内容とする生命刑である死刑、自由の剥奪を内容とする懲役・禁錮・拘留などの自由刑及び財産の剥奪を内容とする罰金・科料などの財産刑である。ところが、これら生命・自由・財産は、人間の個人的・社会的な生活における、もっとも基本的な価値である。すると、刑法の適用という実践においては、この、もっとも基本的な価値の剥奪・侵害に深く関連を持つこととなる。また、刑法は、その適用という実践によって社会的秩序の平和的維持を目的とする。その意味において、刑法の、かかる適用は、社会の平和的存立に不可欠の関連を持つものといえる。

すなわち、刑法は個人的・社会的な基本価値と緊密な関係を持ち、またその適用という実践においては、そうした基本的価値に深刻な影響を持つ可能性を含んでいる。したがって、刑法は、その基本的価値の基礎となっているところの価値観・世界観と不可分の関係に立ち、その価値観的・世界観的見地の相違によって個々の問題に対する結論の相違をもたらす、学説・学派の相違・対立の可能性を必然的に包含している。また、実際にも、刑法上の個々の問題に対して、多様な学説等が展開されている。もちろん、このことは、刑法だけに固有なものとはいえないが、他の文化・社会科学一般に比べても、刑法はとくに顕著なものとなっている。しかし、刑法は、現行刑法がいかなる価値観・世界観の上に立っているかを確定し、その前提の下に、はじめてその基本原則を理解することが可能になるといわなければならない。そこで、刑法にお

ける学説・学派の相違・対立によって展開された問題と意義をあらかじめ理解しておくことが適当であろう(木村・前出刑法総論27、28頁参照)。

(2) 刑法学派の争い

刑法の基本原則についての争いは、事実上、しばしば学派の争いとして発展し、これまでも歴史の舞台に現れた。たとえば、第18世紀の初めにかけて、自然法的な天赋人権の思想を根拠に罪刑法定主義の要請を掲げて、アンシャン・レジーム(旧体制)の罪刑専断主義に対し激しい論争を展開したし、第20世紀の20年代から30年代にかけて、とくにドイツにおいて社会的自由刑法と権威刑法の思想をめぐって、「自由刑法か権威刑法か」を中心に展開された。これらは学派の争いといってよい。しかし、いわゆる学派の争いと一般にいわれるのは、第19世紀の末葉から第20世紀の初頭にかけてドイツ刑法学会において展開された、いわゆる古典学派又は旧派と近代学派又は新派といわれるもの間に展開された争いをいう。古典学派の代表者は、当初ビンディング(Binding, 1841-1920)、そして後にビルクマイヤー(Birkmer, 1847-1920)らであり、また、近代学派の代表者はリスト(List, 1851-1919)であった(木村・前出刑法総論29頁以下)。

(3) 古典学派の理論

古典学派は、アンシャン・レジーム(Ancien régime)の絶対主義的社会・政治体制下の犯罪認定の非合理性・恣意性と刑罰の残虐性などの刑法に対し、個人の自由を強調する啓蒙的ヒューマンイズムの思想を背景として、イタリアのベッカリア(Cesare Beccaria, 1738-1794. 著書「犯罪と刑罰」が有名)、イギリスのベンサム(Jeremy Bentham, 1738-1794)、そしてドイツのカント、刑法学者のフォイエルバッハラによって唱えられた。その主張は、整理して、一つの理念型としてまとめると、およそ以下のようなようになるだろう。

刑罰は、合理的理性をもった人間の犯罪行為に対して、その報いとして加えられるものである。すなわち、刑罰は悪行に対する悪果であるから、その内容は当然害悪、つまり苦痛である。その意味で、応報刑論である。そして、刑罰は、犯罪行為に対するものであるから、その犯罪行為と均衡を保つ必要がある。つまり、犯罪行為と刑罰の均衡をもって、正義が実現され、いたずらな残虐化が防止されるとする。このような点から、罪刑法定主義が要請された。刑罰がこのようなものであることによって、本人はもちろん一般の人々もいましめて犯罪を予防することができるというのである。いわゆる刑罰は一般予防を主な目的とするということになる。

この古典学派の立場は、犯罪、すなわち犯罪行為に現実的な意味を認めるので、現実主義であり、また行為そのものの客観的意味を重視する点で、客観主義であるとされる。しかし、古典学派も、もちろん行為の客観的側面だけを見るのではなく、責任の基礎は、むしろ行為をする者の意思に求められるとする。すなわち、合理的理性を持つ人間には自由意志があり、その意思によって、悪い行為も善い行為も選択できたのに、自ら自由な意思・選択に基づいて、悪い犯罪行為を行ったのであるから、これを非難して道義的な責任を問うことができるというのである。その意味で、道義的責任論を説いた。

(4) 近代学派の理論

近代学派は、いわゆるコント(Auguste Comte, 1798-1857)の科学主義的実証主義に端を発し⁽²⁾、19世紀の後期に至り、産業革命の影響による失業者・貧困者層が発生し、これらの者による犯罪の激増から刑法の無力を経験して、刑法学は、犯罪についての問題の関心を、犯罪の法的概念や実体ではなく、個人的人格、その生物学的個性又は社会的環境に深く依存している犯罪者に注目して、その犯罪原因を科学的に究明して対応する考え方が主流となった。つまり、古典学派に対し、そうした科学性を欠いていたため犯罪を増大させたとして批判し、近代学派は、新たに徹底した実証的方法により犯罪者の生物学的個性又は社会的環境について科学のメスを入れて、その合理主義的思考からの研究が行われた。その代表的主張が、イタリアのロンブローゾ、フェリー、ガロファロ、そしてドイツの刑法学者リストらによって、唱えられた。それらの主張は、さきの古典学派と同様に整理して、一つの理念型としてまとめると、およそ以下のようになるだろう。

およそ人間には自由意思などというものはなく、犯罪は行為者の性格の必然的な現れにすぎない。すなわち、犯罪は、行為者の生まれながらの遺伝的素質とその置かれた環境によって必然的に生起する現象である。さすれば、刑罰の対象となるのは犯罪という行為ではなく、行為者である犯罪人であるから、行為は行為者とは別個ではなく、行為は行為者の行為(die Tat ist des Taters)であり、その行為は具体的な行為であって、法律に規定されているような抽象物・概念ではない。その意味で、刑罰は、犯人の分類を基礎とすることを要する。すると、犯罪行為は行為者の主観的な反社会的性格、すなわち反社会性の徴表としての意味を持つにすぎないことがわかる。その意味で、犯罪徴表説を主張した。

⁽²⁾個人的又は科学的事象の認識において感覚的知覚、つまり、我々の五感(視、聴、臭、味、触の五つの感覚)の作用によって捕らえることを趣旨とした。

また、刑罰の目的も、古典学派が主張するように、犯罪に対する応報ではなく、犯罪者を教育改善して社会に復帰させるところにあるとした。すなわち、行為者の反社会的性格を矯正する手段である教育刑主義・目的刑主義を主張した。したがって、刑罰の量は、行為の客観的側面からではなく、犯罪者の持つ、改善されるべき反社会的性格の程度、つまり、その危険性を除去して社会に復帰させるために必要な処遇の期間によって決せられることとなる。その意味において、近代学派は、刑罰をもって、行為者の特性に応じて個別化されるべきことを強調した。その結果、犯罪概念については主観主義と刑罰の個別化という二つの思想を展開したのである。

これに加えて、近代学派では、犯罪は、行為者の自由意思の所産ではないから、行為者を道義的に非難することはできない。だからといって、こうした社会的危険性を有する者を放置しておくわけには行かないから、社会は、犯罪者のもつ危険性から自らを防衛する必要がある、そのために刑罰が必要なのであるとする。そして、その意味で、犯罪者の社会的責任論を主張した。また、新派の主張には、旧派によって、閑却されていた刑事裁判と行刑の結合ということが強調され、とくに刑罰は自由刑においてはその執行である行刑において真の意義をまっとうするものであるということが指摘された。その結果、刑罰の個別化の見地から、少年に対する特別法の必要、短期自由刑の弊害を除去し、これに代わるべき制度としての有罪判決の執行猶予制の確立、不定期宣告刑の重要性、自由刑の種類の区別を撤廃して単一刑とすべきこと等を刑事政策的要請として主張した。さらにまた、新派の主張であって、目的刑のもっとも重要な要請として保安処分制度などが主張されたのである(木村亀二・新刑法読本41から42頁、前出刑法総論34、35)。

(5) 両学派の統合

両学派の主張は、それぞれの時代背景も影響して極端な主張として展開されたが、今や、両者の総合・止揚ということが課題とされている。確かに、犯罪を行った者の中には、最悪の生育環境にあつて同情すべき者も少なくない。しかし、そのような環境にある者が必ずしも犯罪に駆り立てられるものとはいえない。また、逆に、良好な環境に育った者でも犯罪を行う人間もいる。さらにまた、たとえば、無抵抗な幼児や、金銭欲や歪んだ性欲の犠牲となって殺害されるという事例も日々生起している。かかる残虐非道、かつ、人間性のかげらも見られない犯行に対しては、(厳罰をもって臨んでもらいたいという気持ちは)遺族はもちろん、一般市民の犯人に対する憎しみや応報感情は一般人の素朴な観念であろう(法務総合研究所研修第二部教官室「刑法入門」研

修490号96、97頁)。

しかし、また、裁判の量刑にあたって、とくに犯罪事実を認めた犯人に対しては、弁護人は犯人の情状を訴えるのが常であり、そもそも刑罰の目的が応報だけというのも妥当でないだろう。さらに、行刑の実態を見れば刑罰の目的が犯罪者の改善・教育に向けられ、犯人の再犯の防止に努力されていることがわかる。してみると、両学派によって、主張されたものを批判的に検討し、妥当な見解を見つけ出すことの重大さが理解されるであろう。

学派の争いは、ドイツ以外の世界の諸国にも影響を与えた。わが国においては、牧野英一博士によって、新派の理論が展開され、これに対して、大場茂場博士によって旧派の理論が強調され、その対立・論争の影響は今日の刑法学にも深く及んでいる。しかし、ドイツでは、新派の主張であった保安処分制度や執行猶予・仮釈放などの制度が漸次立法化されるなどして、歴史的には第20世紀の20年代において、学派の争いは一応終結したといつてよい(木村・前出刑法総論35頁)。

今日の課題は、両学派の争いの中で議論された、それぞれの主張をいかに批判的に克服し、総合・止揚して刑法上の諸問題を理論的・実際的要求に基づいて妥当な解決を見出していかにあると言わなければならない(木村・刑法総論36頁)。そして、刑法を学ぶ者として、「なぜ人を処罰することができるのか」という刑罰の意義・本質について、一度は、自身徹底的に思索してみることが大切なように思われる。その場合、もっとも重要な問題は、刑罰及び犯罪の本質、並びに、自由意思の問題である。

3 刑罰の本質

(1) 刑罰の基本問題

刑罰の本質は、なぜ法律をもって刑罰を規定し、裁判によって刑罰を言い渡し、これを執行しなければならないのかという問題である(木村・前出新刑法読本347頁)。たしかに、なぜ人間が同じ人間を罰する権利をもっているのか。これは、刑法の根本問題であるばかりでなく、人間の魂に課された永遠の根本問題でもあって、多くの優れた魂がこの問題を解こうとしている。たとえば、キリストは、「罪を犯した者をどこまでも赦す。」としたし(聖書「マタイ傳」第18章)、文豪トルストイも、「限りなく許すこと、無限に愛し合うこと、それが唯一絶対の真理であって、この真理の実践によって人間の社会生活が成り立っており、成り立ってきたのであるから、刑罰はいらない。」と述べている(『復活』)。すなわち、キリストは宗教的見地から、トルストイは人間愛から刑罰の存在を否定する思想を主張した。また、無政府主義の見地から、「あら

ゆる権力、したがって、そのもっとも強力な国家権力は、人間の本質的自由を阻害する最大の悪であり、その悪の手段として用いられる刑罰は否定されるべきものである。」と主張した(ブルードンやバクーニン、クロボトキンなどの無政府主義者)。

これらの主張は、宗教や人間愛、そしてある極端な思想において妥当するものであろう。しかし、これらの主張は、人類が社会生活を平和的に営まねばならない社会秩序維持の面からは妥当でないといわなければならない。また、人間は自己の自由を尊重しなければならないが故に、自由を侵害する犯人を罰しなければならないのである。つまり、刑罰をもって、全く存在理由がないという考えには賛同できない。しかし、問題は、刑罰の存在を認めた上で、それではその刑罰がどのようなものでなければならないかということである。ここに、刑罰の本質の問題は、刑罰の理念の問題として刑法上論じられなければならない(木村・前出新刑法読本352頁)。

その場合の刑罰の本質の問題というのは、刑罰がその本来の姿において何かの問題であり、刑罰がいかにあるべきかの問題であるから、それは刑罰の当為の問題であることに注意しなければならない。したがって、刑罰の本質の問題は、その事実の問題、存在の問題と区別しなければならない。歴史的・心理的等の存在の事実として刑罰は、政治的闘争の手段であったし、加害の道具であったし、財政的収益の源泉であったし、また、そうであることが可能であった。しかし、それは、刑罰の歴史・心理学・社会学の問題であって、刑罰の本質の問題ではない。つまり、刑罰の本質は、その事実によって論証することも、反駁することも、論理的には許されない。また、刑罰の本質である目的についても、本質的な目的と偶然的な目的を区別しなければならない。本質目的は刑罰そのものに必然的に内在し、刑罰があらねばならない当為としての目的であり、偶然目的とは、歴史的・心理的・社会学的事実としての目的である。したがって、刑罰の偶然目的をもって本質目的に代えることはできないし、両者を混同することも許されない。このように、刑罰の本質の問題は、刑罰の本質目的の問題であり、その意味において、刑罰の本質と目的は同一であることに注意すべきである(木村・前出刑法総論38、39頁)。

この刑罰の本質の問題に関して、応報刑論と目的刑論という二つの根本的な対立思想が存在する。応報刑論は、「刑罰は、犯罪行為に対してその責任に応じて科すものであり、そのような応報の実現が正義の要請である。」と主張する。これに対して、目的刑論は、「刑罰は、犯罪行為を防止するために科すものであり、犯罪を防止して人々の諸々の権利・利益を順守し、そうして社会全体の利益を犯罪から防衛することにある。」と主張する。この両主張はとくに啓蒙時代以降多くの学問的洗練を受けて現在ま

で続いている。古典学派(旧派)と近代学派(新派)との間の、いわゆる前出2「刑法学派の争い」がそれである。この主張の争いは、単に、応報刑論と目的刑論の対立を超えて、人間性、倫理、法の本質などをめぐる世界観を深く包蔵すると同時に、また第19世紀から今世紀にかけての社会を背景とする特殊近代的な論争であることも忘れてはならない(平野龍一・法学セミナー「刑法の基礎」)。

(2) 応報刑論

応報刑論は、犯罪は害悪、すなわち悪であるから、この悪行に対して、害悪をもって「報いる」ことが刑罰であり、そうした応報が刑罰の本質でなければならないとする思想である。つまり、刑罰の本質を応報でなければならないと理解する思想であり、最も古くから主張された考え方である。では、応報とは何かというと、およそ三つの要素から成っている。その一は、応報をもって動に対する反動であるとする思想であって、それは人間の本能に根ざす根本事実であるとする。したがって、それは本能主義である。その二は、応報をもって、同じものに対して同じものをもって反動することであるとする。つまり、動と反動とが分量的に平等であることが応報であるとする。それは、「目には目を、歯には歯を」という、いわゆる「同害報復」のカントの思想がよく引き合いに出される。カントのような主張を絶対的応報刑論といい、また、ヘーゲルの有名な弁証法の論理から「犯罪は法の否定であるから、その否定である刑罰は犯罪と質的・量的に相応しなければならない。」と主張する等価的・絶対的応報刑論もある。この応報刑論の主張する応報は、いずれも均衡を失した復讐と異なり、平等を基礎とするところの正義であるとする。その三は、動に対する反動である応報の内容は、刑罰にあつては害悪であり、苦痛でなければならないとする思想である。すなわち、犯人は、悪を行った者であるから、これを苦しめ、これに苦痛・害悪を与えて返すのが応報であり、それが刑罰であるというのである。その意味において、応報刑論は害悪刑・苦痛刑の理論である(木村・前出新刑法読本334頁、335頁。同・総論「増補版」44頁、45頁)。

(3) 応報刑論の問題点

応報刑論は、「悪いことをしたのだから、刑罰は当然の報いだ。」という素朴、かつ、否定しようのない人間的感覚の内実を表現するものであり、また、それは、刑罰を科すことが「それ自体」刑罰の正当根拠(正義の要請)であるとの主張にも相応する(先に述べたカント、ヘーゲルらの主張)。しかも、応報刑論は、行為者の責任に応じた刑罰だけを正当化することによって、いわゆる責任主義と罪刑の均衡を基礎づけることが

できる点で優れているとされる(佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方」法学教室 No.283号43頁)。すなわち、それは、刑罰の謙抑性に奉仕し、いたづらな残虐化を防止する面があるというわけである(酒井安行「スタートだ!刑法」No.473、82頁)。しかし応報刑論には、以下のような問題点がある。

(1) 応報刑論は、刑罰を科すこと自体が自己目的で良いことであるから、悪い行為があれば「必ず罰せよ」とする必罰主義に陥るおそれがある。すなわち、犯罪者は必ず罰せられなければならないことになる。しかし、問題はその必要があるだろうかということである。例えば、軽微な犯罪について刑罰が不必要な場合にも、刑罰を科さねばならないことになる。また、犯人の事情を一切顧慮することなく、犯罪に応じて刑罰を科すことになるから、重い犯罪に対する刑は苛酷にもなる。こうした応報思想の硬直性は、「素朴な人間的感覚」からもそのままでは受け入れられない理由ともなる。

(2) 応報刑論は、罪を犯したことについて行為者に「責任」とらせ、その償いとして罰するのだとする論理である。その場合、処罰の対象となる「償い」という責任の性質、その実質をなすのは「自由意思」を前提にする。その基礎に置かれる、自由意思とは、決定されていないこと、すなわち、原因がないことである。しかし、自由意思は、後述するように、科学的に証明されない内容空虚な概念である。また、「償う」ということは、本来、個々人の心の問題(反省とか、悔悟とか)にかかわるものであり、道義あるいは倫理的性質を帯びたものである。すると、これに対して国家が、「犯罪」や「刑罰」という形で深入りすることは決して好ましいものではないといわなければならない。

(3) 応報のための応報、非難のための非難という応報刑論による正義の実現は、国家が行う任務ではないという問題がある。つまり、国家の任務は、正義の実現というよりは、個人の生活利益を基礎とした法益を保護し社会の安定した平和的な秩序を維持することにあると考えるべきである。国家が、「悪」を懲らしめ、「償い」をさせ、「悔い改め」させるという応報的正義は、個人の尊厳を基調とする現代国家の任務にそぐわないものである。その意味において、刑罰は応報であると同時に犯罪予防の効果を持つことによって正当化されるとする、いわゆる相対的応報刑論(統合説)も同様の問題がある。

(4) 目的刑論

目的刑論は、「犯罪が行われないように刑罰を科する。」ものであるが、刑罰によって、社会の一般人が犯罪に陥るのを予防することに刑罰の目的の重点を置く一般予防論と犯人が再び犯罪に陥るのを防止することにその重点を置く特別予防論に分かれる。目的刑論によれば、犯罪は、自由意思に基づいて行われるというようなものではなく、

犯罪者の個人的人格、その生物的個性又は社会環境等に深く依存した原因によって生み出されるものであり、それらは科学的に究明されなくてはならないというものである。すなわち、目的刑論は、その究明に対応して、刑罰を将来に向かって、一定の目的を達成するために科することになる。その目的とは、犯罪を防止して国民の諸々の権利・利益を平和的に維持することにほかならない。つまり、目的刑論は、犯罪を犯してしまったから処罰するのではなく、犯罪が犯されないようにするために処罰するということになる。

(5) 目的刑論の問題点

目的刑論は、刑罰の犯罪防止効果を問題にする点で、刑罰を合理的・科学的に論じることができるという長所を有している(佐伯・前掲法学教室44頁)。また、一般予防が、刑罰の予告や犯人処罰の実現によって、一般人を犯罪から遠ざける予防的効果があることは経験的に知られている。さらにまた、特別予防は、再犯防止のため犯人に働きかけてこれを教育し、社会復帰を図るということで、刑罰の社会化、人道化を進めることにもなった(阿部・前出刑法総論280、281頁、酒井・前掲セミナー84頁)。しかし、目的刑論には、以下のような問題点がある。

(1)目的刑論は、科学的・合理的な考え方として強い説得力を持つものの、刑罰による犯罪者の改善効果や一般予防効果はその多くの実証的研究にもかかわらず、科学的に証明されているとはいえない。もっとも、刑罰による一般予防の効果が、科学的に完全に証明されている必要はないであろう。しかし、少なくとも、その効果が国家の刑罰制度を正当化するに足る程度には、信頼できるものでなければならないであろう(佐伯・前掲法学教室44頁)。ところが、目的刑論によれば、刑罰は非難とは無関係であり、行為者に再犯の危険性がある限度で、その性格に応じた正確な刑を科学的に判定しなければならない。そこには、多くの問題が残されている。

(2)まず、特別予防論については、行為者の性格の危険性の改善に対し特別予防に必要な刑が正当化されるであろうが、そうした考えは、徹底すると妥当でない方向に行く可能性も生じ得る。つまり、軽微な犯罪であっても犯人の改善の必要によって長期の拘禁が正当化されることになるし、常習窃盗犯のような改善不能者に対しては終身隔離のようなことも許されることになる。また、逆に、どんなに重大な犯罪を犯しても再犯の可能性のない行為者に対しては刑を科することができないことになる(阿部・前出刑法総論280頁)。かかる結論は、行為者だけを考慮して、一般社会および被害者に対する刑罰の効果を看過・無視することとなり、場合によっては行為者優遇の印象さ

え一般人に対し与え、刑罰の真の目的を達成することが不可能となる(木村・前出新刑法読本361頁、362頁)。

特別予防論は、行為者の危険性を重視して、行為者の個別化を行い、それに対応して改善の必要性の有無・強弱を判定するので、同じ重さの犯罪でも行為者によって科される刑が異なり、刑の不平等が生ずる。また、国家が、行為者の人格の矯正や改善に踏み込むことは、医師が患者の病気を治療するのとは違って、人権侵害の問題となることもある。さらにまた、行為者の危険性の量・程度を客観的に判定する基準自体も大いに問題なのである。

次に、一般予防論についても、一般予防の必要が大きければ、行為者の責任の量を超えた刑罰が正当化されてしまう、という問題がある(佐伯・前掲法学教室44頁)。特に、一般予防を強調すると、必罰、厳罰に陥りやすく、極端な威嚇刑主義となる。すなわち、威嚇ということは、社会一般人に対し一定の心理的効果を発揮するが、これを極端に進めるとかえって逆効果となって、社会の一般人がその威力を感じなくなり、その効果が微弱化して、人々を無感覚にするものである。すると、一そう強度、かつ不必要な威嚇を呼び起こし、残虐刑と化する結果ともなる(木村・前出刑法総論41頁)。このことは、一般的に、予防の効果が実証困難だからである。この点に関して、最近、ドイツのギュンター・ヤコブス教授によって、規範の実効性に対する国民の信頼を維持・強化することから、罪刑均衡の原則を導き出せるとの主張がある。この主張を、積極的一般予防論と称している。つまり、刑罰による威嚇を問題にする消極的一般予防論は、極端な威嚇による刑罰を科すこともあり、国民の正義観念に反するとの批判がある。これに対して、積極的一般予防論は、威嚇よりも国民の規範意識の維持に注目する。すなわち、規範が守られている状態それ自体が重要だと考える。刑罰は「規範信頼の訓練」のために行われると考えるのである。しかし、この主張に対しても、規範違反があれば、常に処罰すべきであるという立場につながるおそれが強いとの批判が加えられている(佐伯・前掲法学教室44頁)。

注 刑法総論(1)は、枚数制限から中途である。本資料は、刑法総論の研究をまとめるつもりで執筆を始めた。できるだけ簡潔を期しているので、完成するまでには人名の紹介等の「注」などをつけようと考えている。とりあえず、まず読者諸賢の忌憚のない批判を頂戴し、さらに不備を補い、学問的責務を果たしたいものと考えている。