

日本刑法学会第101回大会

2023年5月26日確定稿

共同研究・分科会 I（刑罰論の新動向）

「現実」と「常識」に根ざした刑罰論

清野 憲 一

「現実」と「常識」に根ざした刑罰論

清野 憲一

1	刑罰論	2
	(1) はじめに	2
	(2) 「刑罰の正当化論」は妥当な問を立ててきたのか	6
	(3) 何故当該違反行為に対する罰則を設ける規定はやむを得ないと言えるのか	9
	(4) 何故当該違反行為に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるのか	11
	(5) 当該違反行為に科された刑罰はどのように執行されるべきか	14
	(6) 刑罰制度が基礎を置く人間観について	15
2	刑罰論と犯罪論	17
	(1) はじめに	17
	(2) 刑罰の定義から導かれる事実解明及び訴因構成過程	18
	(3) 実行の着手論、不能犯論	21
	(4) 行為計画論の普遍性	24
	(5) 共同正犯論	27
	(6) 過失犯論	28
	(7) 正当防衛論	30
	(8) 責任能力論	33
	(9) 量刑論	36
	ア はじめに	36
	イ 司法研究が採用した行為責任論の出自	38
	ウ 司法研究が採用した行為責任論と従来の「量刑相場」の関係	42
	エ 多様な考えの有り得る量刑導出方法	44
	オ 「構成要件外の結果」の量刑事情としての評価	49
	カ 均衡刑論と一般予防的考慮	57
3	拘禁刑の創設	61
	(1) はじめに	61
	(2) 拘禁刑創設の本質と処遇の在り方	61
	(3) 英国量刑法の定める多様な刑罰・処遇	64

1 刑罰論

(1) はじめに

刑罰を、他の制裁とは異なる制裁たらしめているものが「非難」であることには幅広い合意がある¹²。この「非難」の要素は、人間の感情と根源的などころで結びついている。古来、刑罰は、これを賦課する者に殊更に精神的・肉体的苦痛を加える残酷な形式で科されるものがあったことや、殊更にこれを公衆の面前で科すことがあったことも、この人間感情と無関係ではあるまい。時代が下るにつれて、人道的な観点から残酷な刑罰が廃止されると共に、国家が行政目的を達成することを確保するためにも、自然犯のみならず、様々な行為が刑罰賦課の対象とされるようになった。しかし、そのことによって、刑罰がその根源において人間感情と結びついていることが否定されたり、刑罰が他の制裁手段と同列のものになったと言うことはできないであろう。刑罰の本質は、今もなお、非難を伴う制裁であることに変わりなく、刑罰は、「刑法の定める禁止・命令規範に反する何らかの意識的な行為(違法行為)がなされた場合に、法に違反する行為を行う意思決

¹ 小池信太郎「刑罰の定義」(2023年)法律時報95巻3号23頁参照。多くの論者が刑罰の性格づけにとって不可欠であると考えている要素が非難であることについて、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(2018年・成文堂)55頁、89頁及び119～121頁。

² この「非難」が向けられる先については「犯罪に対する非難」(小池・同・23頁)、「不正な行為に対する非難」(松澤伸「罪刑一体論について」『早稲田大学法学会百周年記念論文集・第三巻刑事法編』(2022年・成文堂)244頁)、「社会倫理に反する行為に対する非難」(団藤重光『刑法綱要総論・第3版』(1990年・創文社)68頁)という形でも用いられることがある。この点、十河隼人『量刑の基礎理論』(2022年・成文堂)391頁注33は、「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」として各概念に適切な説明を与える。本稿においては、非難とは責任非難であるという趣旨を明確にするため、非難は「犯罪を行う意思決定」に向けられるという意味で統一的に用いる。

定に対する非難（責任非難）として科される制裁」として理解される。

ところで、刑罰が一定の「目的」を有することは明らかである。しかし、現実の刑罰が自然発生的性質と人為的性質を併せ持つことに鑑みれば³、「目的論」や「本質論」から様々な問題に「理論的」「論理的」帰結を導くことには、方法論的な限界や帰結上の問題がある。

そこで、まずは最低限疑い得ない「事実」から出発することが妥当であろう。そして、筆者にとって、刑罰に関する最低限疑い得ない「事実」としては、

- ① 制定法上の罰則規定は、対象となる行為の禁止・命令（義務付け）を実効あらしめ、人々がそのような行為をする意思決定をしないように動機付けるために設けられていること⁴
- ② 人は、法の禁止・命令（義務付け）に反する（違法な）行為をしたが故に処罰されるのであり、その意味で刑罰権の発動には応報的側面があること⁵

³ 刑罰の目的論に潜む問題性を指摘し、淵源論の立場から刑罰について論じたものとして、拙稿「『刑罰の目的論』から『刑罰の淵源論』へ」（2016年）「アルフォンソ十世賢王の七部法典・第七部（第一章～第三章）」（https://researchmap.jp/kenichi_kiyono/misc/15559105/Attachment_file.pdf参照）。

⁴ 刑罰とは「素質と環境によって生み出された危険な個人が、自己の抑制力の効かない犯罪行為を行ったことに対し、その行為者の内部に巣食う原因を除去するための改善刑」と捉える新派刑法学の立場（松澤伸「刑法／刑罰制度の正当化根拠論と犯罪化論／犯罪論」石川正興古稀（2019年・成文堂）44頁参照）からは、この①についても異論があるかもしれない。しかし、現在は殆ど支持者を見出せない刑法学者の見解はさておき、立法者が罰則規定を設けるのは違反行為を抑止（防圧）しようとするためであることは、事実として疑いようがなからう。

⁵ 高橋・前掲注(1)115頁は、「刑罰に関する私たちの観念は、たとえまだ定義を与えられていないとしても、既に、回顧的backward-lookingあるいは反応的responsiveな要素を含んでいる、ということは不可避免的な事実である」というレイシーの記述を引用する。また、松澤・前掲注(4)63頁は、「回顧的に向けられた処罰が展望的な抑止に役立つ」旨を述べる。

- ③刑罰自体に犯罪抑止効果が実証されているかどうかはさておき、法執行機関による犯罪予防活動や犯罪抑挙・訴追・刑罰の執行活動には現実の犯罪予防効果があること⁶
- ④刑罰を「刑法の定める禁止・命令規範に反する何らかの意識的な行為がなされた場合に、法に違反する行為を行う意思決定に対する非難として科される制裁」と理解した場合、非難のメッセージは、判決(量刑)を公開法廷で被告人に言い渡すことにより、被告人及び社会に原理上(定義上)伝達されること⁷
- ⑤特別予防のうち、改善・矯正処遇による再犯防止効果が実証されているかどうかはさておき、刑事施設収容自体による再犯防止効果は存在すること

が挙げられる。

⁶ 松澤・前掲注(4)48頁参照。また、松澤伸「非難、害悪、応報」(2020年)早法95巻4号13頁は、「そもそも、制度としての刑法を論じる段階で、個々の刑罰の抑止効果に関する議論を持ち出すのは、ミスリーディングでもある」と指摘する。

⁷ 「定義による思考停止」の問題点について高橋・前掲注(1) 106頁以下。ここでは、上記定義が現実を反映した的確なものであることを前提とする。

なお、松澤・前掲注(6)16頁以下は、所教授の所説に触れつつ、「非難が刑罰として犯罪者に伝達されることにより、刑法というシステムが、国家において機能していることが示されることになる」という「展望的非難の理論」に言及し、高橋・前掲注(1)は、刑罰を「犯罪者に対して、その者の行った犯罪が被害者を傷つけ共同体の共通善を害するものであったということ、そしてなぜそうなのかという理由を伝達し、それによってその者が、その理由を理解・受容することを通じて悔悟し、将来の行為を自ら改善していくようになることを求めるコミュニケーションの一環として科されるもの」(23頁)と定義した上、「犯罪者も個人として尊重するからこそ、その自律的・主体的な判断に期待して、犯罪行為の意味を巡る道徳的・倫理的な問いかけをするのである。従って、刑罰は、非難をその本質的な要素としなければならない。」(55頁)と述べる。これらは、訓戒・説論と共に刑罰を言い渡す裁判官の心情にも通ずるところがあろう。もっともこれは、訓戒と共に微罪処分(犯罪捜査規範200条)を言い渡す際の警察官、訓戒と共に起訴猶予処分(刑訴248条)を言い渡す際の検察官、内省を促す言葉(少年法22条参照)と共に少年に保護処分を言い渡す際の裁判官の心情とも通ずるものがあり、これらは刑罰権を行使しない処分であることに留意が必要である。

もつとも、この5つの事実から、刑罰の「目的」が応報であるとか予防であるとか、刑罰の「本質」は苦痛・害悪である⁸などという結論が一義的に導かれるわけではないし、このような目的や本質が刑罰を「正当化」という結論が必然となるわけでもない。

また、制定法上の罰則規定は、対象となる行為の禁止・命令（義務付け）を実効あらしめるために設けられていることは事実であるとしても、この規範が向けられる人間観として、理性のみで動く存在、不合理性に満ちた存在、苦痛を避け快楽を追い求めるだけの存在、合理的損得計算のみで動く存在などを前提とした場合には、やはり現実に立脚した刑罰論とはならないであろう。この点、現代の心理学や脳神経科学が解明した人間行動のメカニズムの成果を取り入れた現実の人間観を前提とする必要がある（1(6)参照）。

以上を前提として、ここでは、従来の刑罰の目的論や正当化論が答えようとしていた問い立てそのものの是非から検討してみたいと思う。

なお、言うまでもなく、本稿で意見にわたる部分は全て筆者の個人的な見解である。

⁸ 松澤・前掲注(6)18～22頁は、「刑罰は害悪でなければならない」とし、苦痛を伴う害悪を賦課することによって、刑罰にとって重要な要素である非難の伝達が有効に機能する旨主張する。注目すべき見解ではあるが、①刑罰規定が制裁を明示して人々が犯罪を行う意思決定をしないように働きかけるために設けられるものである以上（本文①参照）、制裁が苦痛・強制・不利益等を伴うことは定義上明らかであること、②刑罰が「非難として科される制裁」である以上、これを科することにより非難のメッセージは原理上犯罪者や社会に伝達されること（本文④参照）、③「害悪」の捉え方は主観的かつ多義的であり得ること（高橋・前掲注(1)112～114頁）、④刑罰賦課は、ただでさえラベリングや悪風感染等により再犯を向上させるリスクを有するところ（本文3(5)参照）、その上、「刑罰が害悪性を持たなければならない」とするときには、刑罰執行段階における再犯リスク減少への動機付け（本文3(5)参照）を減少させてしまう懸念があることから、本稿では、刑罰の定義に取って「害悪性」を盛り込むことはしなかった。

(2) 「刑罰の正当化論」は妥当な問を立ててきたのか

我が国では「刑罰の正当化根拠」が当然のように論じられ、その結論を量刑や、ある行為の犯罪化の是非に反映させ、また、その基礎にある人間観（例えば自由意思論）を犯罪論に関連する諸論点の解決に反映させる議論が行われている。しかし、筆者は、「刑罰は如何にして正当化されるか」という問いの妥当性について疑問を抱いている。

吉岡博士は「何故刑罰が正当化されなければならないのか。刑罰を正当化することは望ましいことなのか」と問う⁹。私は、これは正当な問いかけであると思う。

刑罰は、これを受ける犯罪者に大きな負担を負わせる。また、犯罪者を処罰するためには、司法警察、検察、裁判、行刑機構を人的側面・物的側面で整備しなければならず、それ自体も社会にとって大きなコストである。人々に禁止規範を設定するだけで違反行為を抑止できるのであれば、刑罰制度などない方が望ましいと思わぬ人はいないであろう。従って、刑罰制度は、事実としても「やむを得ない制度」である。そうである以上、刑罰論も、「刑罰は如何にして正当化されるか」ではなく、「何故刑罰制度はやむを得ないと言えるのか」という問いを出発点とするのが妥当と思われる。

この点、従来の刑罰論も、刑罰制度を「やむを得ないもの」と認めた上でその「正当化根拠」を論じてきたものと思われる¹⁰。

⁹ 吉岡一男『自由刑論の新展開』（1997年・成文堂）7頁。

¹⁰ 例えば、山口厚『刑法総論第3版』（2016年・有斐閣）3頁は、「刑法が一定の行為（犯罪）の遂行に対して刑罰の付科を予告し実際にそれが遂行された場合に、犯罪行為を行った者に刑罰を付科することは、将来犯罪が行われることを防止・抑止するためのやむをえざる方策として制度的に正当化されることになる」と論じる（傍点筆者）。また、十河・前掲注(2)133頁は、「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。」と指摘し、それは、

しかし、「やむを得ない根拠」を論ずるのと、「正当化根拠」を論ずるのでは、思考の方法と志向する方向性が異なる。「やむを得ない制度」の存在理由の説明としては、「less bad than nothing」¹¹、すなわち、「刑罰が制度として存在しない世の中」が「刑罰が制度として存在する世の中」よりも悪い理由を示すことで足りるのに対して、刑罰制度の「正当化」を論じるときには、刑罰制度それ自体の正しさや有益性を積極的に論証しなければならぬがちな点である。例えば、応報刑主義や絶対主義は刑罰制度それ自体の正しさを論証しようとし、目的刑主義や相対主義は刑罰制度の有益性を積極的に論証しようとした。そして、そのことが、その論証内容の妥当性や実証性への批判を生んできたとも言える。刑罰を「望ましくないもの」と位置付けるか、「正当なもの」と位置付けるかの間には小さからぬ懸隔が存すると言わざるを得ないように思われる¹²。

これに対して、「刑罰や法執行機関が制度として存在しない世の中」が「刑罰や法執行機関が制度として存在する世の中」よりも悪い理由は、社会常識により、容易に説明することができる。

「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が故に、「刑罰は正当化を必要としている」ということを意味している旨論じる。

¹¹ なお、高橋・前掲注(1)70頁が、犯罪化論の文脈において、「何もしないという選択肢は常に存在する。費用と効用を注意深く査定した後で、利用できる何らかの制裁手段に頼るよりも、何らの制裁も課さない方がよい、という結論に至る可能性はある。その可能性を検討しなければ、いかなる立法案者も、問題を徹底的に考えつくしたと言うことはできない。」とするバックラーの所論を引用していることは興味深い。

¹² この点、正当防衛制度を「正当な」制度であることを出発点とするか、それとも、刑法36条が規定するとおり「やむを得ない」制度であることを出発点とするかによって、その要件や効果、判断枠組にも相違が生じざるを得ないことと対比可能な関係にあるように思われる。正当防衛論の出発点に関する議論については、拙稿「正当防衛判断枠組の再構築」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠＝松宮孝昭『刑事法の理論と実務①』（成文堂・2019年）44～45頁参照。「罰しない」という文言が必ずしもその行為の「正当性」を意味しないことについては、同63頁注53に掲げたる刑法38条1項、39条1項、41条、64条、109条2項、消防法39条の2第1項、39条の3等の具体例を参照。

そこは、盗み、脅し、殺し等が目の前で行われていた場合、力なき者はこれを甘受し、力ある者は実力でこれに反撃する世の中である。報復の連鎖や精神を荒廃させる薬物の供給を規制することもできない。そのような世の中よりは「刑罰や法執行機関が制度として存在する世の中」の方が望ましい。そのような常識的な直観から刑罰は制度として支持されていると言ってよかろう。しかし、そのことは、もとより「どんな刑罰や法執行機関でもないよりはまし」であることを意味しない。従って、問われるべきは、「当該違反行為に対して罰則を設ける規定はやむを得ないと言えるのか。それは何故か。」であるべきであろう。

また、刑罰が制度として存在する理由と、刑罰制度を執行する理由が同じである必然性はない。というよりも、この両者は明確に異なる考えるべきである。何故ならば、後者は、「法制度が存在する以上、それは執行されなければならない。そしてそれは公正・平等に執行されなければならない」という法の一般原理により説明することで十分に回答が可能であるからである。この点で、刑罰制度の正当化とその配分原理を区別する必要があるというハートの主張¹³は正当と思われる。このことは、また、刑法は、これに違反する行為をした者に**応報としての刑罰を科することを事前に明示することによって違反行為の一般予防を図ろうとしている**」と言い換えてもよい。しかし、このことも、「法制度が存在する以上、その枠内でどのような刑罰が科されてもよい」ことや「司法機関が科した刑罰は、法律の枠内でどのような形式で執

¹³ 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)」(2008年)慶應法学第9号3頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年・有斐閣)5~6頁、高橋直哉「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『長井圓先生古稀記念・刑事法学の未来』(2017年・信山社)216頁以下。

行してもよい」ことを意味しない。この点でも、刑罰は犯罪行為を防止するための必要やむを得ない制度であるという本質が顔をもたげざるを得ないのである。従って、問われるべきは、「何故当該違反行為に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるのか」「被告人に科された当該刑罰（拘禁刑）はどのように執行されるべきか」であるべきであろう¹⁴。

従来の「刑罰の正当化論」は、このように様々な形式で問われるべき問題を「刑罰の正当化論」で包括的に答えようとしてきた。そこに無理があったことを指摘せざるを得ない。

そして、「刑罰の正当性」が具体的に問題となる場面は、主として、設定（立法）段階、個別行為への設定（司法）段階、設定された刑罰権の執行（行刑）段階という3つの場面であるから、「刑罰の正当化論」は、①「何故当該違反行為に対する罰則を設ける規定がやむを得ないと言えるのか」、②「何故当該違反行為に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるのか」、③「被告人に科された当該刑罰（拘禁刑）はどのように執行されるべきか」という3つの問いを巡って議論されることが妥当と考える。

(3) 何故当該違反行為に対する罰則を設ける規定はやむを得ないと言えるのか

「当該違反行為に対して罰則を設ける規定はやむを得ないと言えるのか。それは何故か。」と問えば、この問いは、より柔軟で具体的な理由を伴った答えを可能とする。

すなわち、ある行為を法律により禁止するとしても、違反行為に罰則を設けるかどうかにかんして所与の答えはない。卑近な例では、兇

¹⁴ なお、このような問い立てと、「具体的事件に関して法執行機関や裁判所がどのように刑罰権の実現にかかわることが（社会）正義の実現に資するか」は別次元の問題であり、本稿は後者の問題に触れるものではない。

童ポルノの単純所持行為を刑罰をもって禁止すべきかを巡って大きな論議があったところである。そして、ある行為を違法とすることの一般性に鑑みれば、この問いは、「当該行為一般を許容した場合には個人や社会にどのような不利益や弊害が生ずるか」「当該行為一般を刑罰をもって禁止した場合に個人や社会にどのような不利益や弊害が生ずるか」を比較衡量の上¹⁵、立法裁量をもって決せられるべき問題である^{16 17}。なお、このように、ある

¹⁵ このような全体としての利益衡量について触れるものとして、井田良『講義刑法学・総論・第2版』（2018年・有斐閣）28頁、高橋・前掲注(1)60～61頁、78頁注29、132頁。

¹⁶ なお、「犯罪化論」の文脈において、このような全体としての（不）利益衡量に加えて、「行為の（道徳的）不正性」が要件とすべきかが問題とされており、高橋・前掲注(1)37～138頁及び松澤・前掲注(2)244～251頁、松澤・前掲注(4)56～63頁はこれを肯定する。筆者の「刑罰は意思決定に対する非難を伴う制裁」であるという刑罰観においても、犯罪は「非難されるべき（悪い）行為」であることが前提とはなろう。もっとも、現実の犯罪立法においては、このような「非難されるべき（悪い）行為」にはいくつかの段階的類型があることにも留意を要する。すなわち、①実際に国民・消費者等に生命・身体・財産的被害が発生した段階で処罰する犯罪類型（殺人罪、業務上過失致死傷罪、過失運転致死傷罪、詐欺罪、恐喝罪等）、②上記の被害発生直前の実行の着手段階で処罰する犯罪類型（殺人未遂罪、詐欺未遂罪、恐喝未遂罪等）、③その行為を放任すれば典型的に①の被害発生に繋がりがかねない行為に及んだ段階で処罰する犯罪類型（赤信号無視、酒気帯び・酒酔い運転等）、④犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画の目的達成上、典型的に手段とされることが多い行為、又は結果発生を目的とする準備行為がなされた段階で処罰する犯罪類型（文書偽造罪、通貨偽造罪、特定商取引法上の訪問の相手方を威迫・困惑させる行為、組織犯罪処罰法上の資金洗浄罪、強盗予備罪、殺人予備罪等）、⑤国民・消費者・環境等に生命・身体・財産的被害を発生させる行為の特徴を踏まえ、行為者に不正抑止のために効果的な義務を創設し、同義務に違反する行為がなされた段階で処罰する犯罪類型（特定商取引法や貸金業法上の書面交付義務違反行為、廃掃法上の産業廃棄物管理票の交付義務違反行為等）、⑥国民・消費者・環境等に被害を典型的に発生させる可能性のある業務を行う主体を免許・許可等を受けた者に限定し、免許・許可等がなく行為がなされた段階で処罰する犯罪類型（各種業法違反、無免許運転罪等）、⑦このように免許・許可等を受けた業務主体の業務の適正化や監督官庁による監督・調査・行政処分等を実効あらしめる措置・権限行使に違反した段階で処罰する犯罪類型（各種報告義務、調査受忍義務等）がある。これらのうち、特に①～④の行為は、一般論として、典型的な「道徳的悪質性(morally wrongfulness, evil)」を備えていると言えようが、⑤～⑦の行為は、そのような悪質性を備えているとは一概に言うことはできないかもしれない。しかし、これらのような行為の犯罪化は、日本を含む諸国において、被害発生時の抑止手段としても、被害発生時の刑事制裁の手段としても有効に機能しており、犯罪化することには十分な合理性が認められよう。

¹⁷ なお、犯罪化においては、全体としての利益衡量や（道徳的）不正性以外にも、国家介入の必要性（危害原理、不快原理等）、犯罪化の規制手段としての相応性、法執行機関資源の有限性、既存法規との関係等を考慮すべきと論ずるものとして、高橋・前掲注(1)62～74頁、これらのうち、不正性の概念や禁じられた悪の問題について掘り下げて検討するものとして、松澤・前掲注(2)240～252頁。

行為の犯罪化の是非が、そのことを行うこと、行わないことの「利益と利益の比較」ではなく「不利益と不利益の比較」であることも、本稿で上述した刑罰論の出発点の正当性を裏付けていると言えよう。

そして、「当該行為一般を許容した場合には個人や社会にどのような不利益が生ずるか」は、当該行為に対する処罰の必要性を基礎付けると同時に、処罰の必要性の一般的な量（刑の上限と下限、即ち法定刑）を基礎付ける。そこでは、不利益の内容と、そのような不利益の起こりやすさ（違反行為の傾向性）が併せて考慮されるであろう¹⁸。

(4) 何故当該違反行為に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるのか

違反行為が立証されたことを前提として、「当該違反行為に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるのか」と問えば、この問いもまた、より柔軟で具体的な理由を伴った答えを可能とする。

刑訴法は「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状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」（248条）として、検察官に訴追に関する裁量権を与えている。刑罰権の行使を差し控える制度としては、他にも、微罪処分、反則金通告、少年に対する保護処分等がある

¹⁸ 古来窃盗犯は生命刑や身体刑を含む重罰に処せられる例が見られ（英国における12ペンス以上の価値のある物を窃取する重窃盗犯に対する死刑とその運用について、加藤哲実「中世イングランドにおける窃盗罪と刑罰」高塩博編『刑罰をめぐる法文化』（2018年・国際書院）181頁以下参照）、現在においても、被害者に対する財物の返還を永遠に失わせ得る器物損壊罪よりも窃盗罪の方が法定刑が高いことは、このような傾向性によっても説明できよう。

し¹⁹、刑の執行猶予制度もこれに含めて理解することが可能であろう。

そして、この段階で法執行機関が考慮すべきは、刑罰権の行使一般に応報機能や一般予防効果、特別予防効果があるかではない²⁰。犯情その他諸般の一般情状を総合的に勘案して、当該行為者に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるか、やむを得ないといえるとしてどのような刑量を科すのが適切かである²¹。

筆者の実務感覚に即してこの点をより敷衍して述べるならば、①刑罰は「刑法の定める禁止・命令規範に反する何らかの意識的な行為（違法行為）がなされた場合に、法に違反する行為を行う意思決定に対する非難（責任非難）として科される制裁」であるから、それは原理的に被告人が行った行為に対する応報性を有する。従って、個別事件において、刑罰が応報刑であるという一般論を理由として個別の刑を加重するという関係性はない、②刑罰権の具体的な行使が一般予防効果を有するとしても、それは一つ一つの事件に刑罰権を適正・公平・誠実に行使することの集積的効

¹⁹ 犯罪が目の前で発生しているのに、法執行機関が手をこまねいて何ら対処・捜査を行わないことは、不正義そのものと言えよう。これに対して、検察官による起訴猶予処分、警察による微罪処分や反則金通告等においては、刑罰権は「行使」されていないが、これら処分が適正・公平である限り、これを「不正義」と非難する者はいないであろうし、「これらの処分では規範が確認されないから刑罰権を発動すべきだ」と主張する者もいないであろう。このことは、刑罰法令の制定後は、その法の適正執行こそが重要であること、「刑罰権行使の正当化」論はその問い立てにおいて再考の余地があること、刑罰制度の正当化とその配分原理を区別する必要があること（前掲注(6)参照）を示唆しているように思われる。

²⁰ 刑罰一般についての正当化論が量刑論において必ずしも具体的な役割を果たし得なかったのは、本文で記したとおりの問い立てに問題があったためではないかと感じる所以である。

²¹ なお、従来、「責任主義は処罰を基礎付けるか、制限するのみか」という問いを巡り、積極的責任主義と消極的責任主義が対置される論争が行われてきた（特に、十河・前掲注(2)103～161頁参照）。しかし、この問いも、意味内容の多義的な「責任主義」をテーマとするのではなく、「被告人が犯行計画を形成し遂行した意思決定（過程）はどの程度の非難に値するか」と置き換えれば、より具体的に実りある議論を行い得るように思われる。

果としての側面が大きい²²、③もっとも、刑の大枠を決定する際に参照される犯罪類型における量刑傾向には、当該犯罪類型が一般的に有する犯情の悪質性と共に、当該犯罪類型の一般予防の必要性の大きさが反映されていることは有り得る²³、④被告人の行った犯罪がその思考と行動の傾向（パーソナリティ、人格）の強い影響を受けたものであり、その思考と行動の傾向を矯正することが困難である場合には、それは特別予防という意味で刑を加重する要因となり得る（後掲注(91)参照）、⑤もっとも、当該被告人に再犯予防に効果的な処遇プログラムを長期間受けさせるために刑を加重するという考えは採らないというのが素直な実務感覚であろうか。

なお、以上に見た刑罰権行使の謙抑性と、「犯罪が目の前で発生しているのに、法執行機関が手をこまねいて何ら捜査・訴追を行わないこと」とは次元の異なる問題である。「犯罪が目の前で発生しているのに、法執行機関が手をこまねいて何ら対処・捜査を行わないこと」は、不正義そのものである。「被害者がいない犯罪だから」とか「被害者が暴力団員で要保護性が低いから」などという理由で法執行を懈怠することも正義に反する。しかし、この不正義性は、「刑罰権行使の正当性」や「積極的責任主義」に

²² この点では、吉岡博士による「合理的な犯罪対応としての犯罪行為の事後処理」という説明（吉岡・前掲注(9)9頁、14～15頁、26頁）が、筆者の実務感覚にも整合する。もっとも、筆者としては、同博士が『刑事制度論の展開』（1997年・成文堂）172頁で述べるような、刑罰機能としては犯罪予防機能ではなく、事後的犯罪処理に委ねるべきとの論にまで賛意を示すものではない。

²³ 後記2(9)カ参照。なお、模倣性の強い特異重大犯罪が行われた場合（言論の封殺を目的とした政治テロ等）には、同種事犯の発生を防止することが加重処罰を基礎付ける場合はあり得る。そして、このような場合には、加重処罰が「犯罪者を道具のように（犬のように）扱うものである」との批判は当たらない。何故ならば、それはその犯罪者の加重処罰を道具として刑の予防を図ろうとしているのではなく、被告人の行為がそのように特異な社会類型に当たる犯罪であることを理由として重罰に処すに過ぎず、「その種の社会類型に属する犯罪行為」に関する量刑傾向を創出（又は確認）しているに過ぎないからである。

由来するのではなく、「法制度が存在する以上、それは執行されなければならない。そしてそれは公正・平等に執行されなければならない」という法の一般原理に由来するものと理解するのが妥当であろう。

(5) 当該違反行為に科された刑罰はどのように執行されるべきか

判決で拘禁刑が確定したことを前提として、「当該拘禁刑はどのように執行されるべきか」と問えば、この問いに対する回答は、「刑罰の正当化論」における議論の拡散とは対照的に、より現実

に即した妥当な方向性に収斂していくものと思われる。
すなわち、「刑罰の本質は害悪である」「応報である」「一般予防である」との立場に立つ論者でも、犯罪者にいたずらに害悪や見せしめを加えるような拘禁刑の執行を是とするものではあるまい。また、自由刑純化論者にあっても、拘禁刑受刑者は隔離のみされるべきで、処遇は行うべきでないとする立場は存在しないであろう。

つまり、「当該拘禁刑はどのように執行されるべきか」と問えば、「受刑者の悪風感染を防止すると共に、その自発的な更正意欲を喚起し、個々の受刑者のニーズに適合し、再犯防止にとって有意義な個別処遇を可能な限り実施すべきである」と答えることについては幅広い合意があるように見受けられる。

これは、別段、刑罰を科する目的や刑罰の本質が変わったことを意味しない。刑罰と雖も、いたずらに害悪や見せしめを加えるような執行形態が許容されないことは、人道主義や基本的人権の観点から十分に説明することができる。また、刑罰の賦課はラベリング機能を有し、特に拘禁刑の執行は、刑事施設内の悪風感染の虞れもあり、再犯のリスクを高めかねないリスクを本来的かつ

普遍的に有する²⁴。しかし、刑罰の執行によって現実にもその後の再犯リスクが高まってしまうことは、ある行為を犯罪化することによって違法行為を抑止しようとする目的にも反する。したがって、刑罰を執行するにあたっては、可能な限り再犯リスクを高める要因を除去すると共に、将来の再犯リスクを低減する処遇を行うことは、国が違反行為には刑罰をもって臨むことを明示して犯罪を抑止しようとする目的にも沿う施策と言えよう。

(6) 刑罰制度が基礎を置く人間観について

応報刑論に立つにせよ、目的刑論に立つにせよ、人間が理性や合理的な利害計算のみに基づいて行動するという前提に立つときには、到底、現実の人間行動に即した刑罰論であることはできない²⁵。

人間は、内外の環境からの刺激情報を受容し、神経系や脳の種々の回路の仲介を経た後、応答としての行動を行っている。その過程は、大きく、個人とその置かれている環境との関係についての「認知的評価」が行われ、これが、「情動」とこれがもたらす「感情状態」（喜怒哀楽、愛憎、快不快等）や「思考と行動の傾向」を含んだ「行動衝動」をもたらし、個体内コミュニケーションを経て意思決定がなされ、行動が遂行されるという過程を辿る

²⁴ 例えば、高橋・前掲注(1)123頁は、「刑罰には意図したものではないが予測可能な種々の不利益が付随している」として、職の喪失、政治参加の機会の喪失、社会的排除、施設内での暴力被害、悪風感染、自尊心の低下、家族の負担、刑事施設を維持する社会の負担を例示する。

²⁵ 例えば、高橋・前掲注(1)188頁は、現実中存在している人間は、自立した理性的主体ではない不完全なものであることを率直に認めるべき旨を論じる。もっとも、ここでは、人間の意思決定過程がどのような意味で「理性的ではなく」「不完全である」のかを具体的に示し、この現実の意思決定過程に即した犯罪論・刑罰論を構築することこそが重要である。そして、拙稿は、現代心理学や脳神経科学が解明した人のありのままの意思決定過程を、完全・不完全、理性的・非理性的などというような評価を加えることなく、現実に即した犯罪論・刑罰論の礎とするものである。

26。人が合理的利害計算に基づくならば行うはずのない犯罪行動に及ぶのは、「情動」とこれがもたらす「感情状態」の影響や、それまでに形成されたパーソナリティ、すなわち「思考と行動の傾向」を含んだ「行動衝動」の影響を逃れがたいことも大きな要因となっている。「情動」とこれがもたらす「感情状態」は理性によって容易に制御できるようなものではない。それまでに形成されたパーソナリティ、すなわち「思考と行動の傾向」を変容させることもまた相当に困難である。

このことを踏まえれば、再犯に及ぶこと一般を「処遇の失敗」と捉えることはナンセンスであり、上記の困難さを念頭に置き、粘り強く犯罪者に働きかけていく必要性を肯定し、その処遇内容を具体化していく刑罰論が求められていると言うべきであろう。

①「何故当該違反行為に罰則規定を設けることがやむを得ないと言えるのか」、②「何故当該違反行為に刑罰権を行使することがやむを得ないと言えるのか」、③「当該違反行為に科された刑罰はどのように執行されるべきか」という問いも、このような人間の現実の犯罪行動を前提としたものでなければならない。

²⁶ 鹿取廣人他編『心理学(第5版補訂版)』(2020年・東京大学出版会)34~36頁、221~222頁、マイヤーズ(村上郁也訳)『心理学』(2015年・西村書店)373~415頁、スーザン・ノーエン・ヘクシーマ他(内田一成監訳)『ヒルガードの心理学・第15版』(2012年・金剛出版)576~631頁、エリック・R・カンデル(宮下安司・日本語版監修)『カンデル・神経科学・第2版』(2022年・メディカル・サイエンス・インターナショナル)921~964頁、1021~1090頁、1307~1434頁、1493~1508頁。更に詳細な文献は、拙稿「責任能力判断の責任論的・心理学的基礎と実践(第3回)」(2021年)判時2496号106~109頁及び120頁参照。

2 刑罰論と犯罪論

(1) はじめに

刑罰論と犯罪論は不即不離の関係にある²⁷。そして、刑罰制度やその運用は、現実と国民の常識²⁸に根ざしたものであることが、国民の刑事司法に対する信頼の基盤となる。

この点、従来の犯罪論は、ともすると閉じた観念体系の上に構築され、現実や常識から遊離する面がなかったとは言えない。刑事実務が行っていることは、事実を確定し、これに刑法その他の刑事実体法を適用していくことであって、刑罰理論を適用していくことではない。犯罪論・刑罰論は現実と常識に即したものとして構築される必要がある。ではそれはどのようなものであろうか。

²⁷ 刑罰論と犯罪論がどのような意味で不即不離であるかは一つの問題である。「刑罰とは、理性的な主体である個人が、自由意思のもとで犯罪行為を選択し、犯罪結果をもたらしたことに対する応報」と捉える旧派刑法理論と、「刑罰とは素質と環境によって生み出された危険な個人が、自己の抑制力の効かない犯罪行為を行ったことに対し、その行為者の内部に巣食う原因を除去するための改善刑」と捉える新派刑法学が対立していた時代（松澤・前掲注(4)44頁参照）には、刑罰論の立場が犯罪論に直接的な影響を及ぼしていた。この対立が終息した時代における犯罪論と刑罰論の関係に関しては、刑罰論における結果の位置付けから両者の関係を論ずるものとして、松宮孝明「現代の刑罰論から見た犯罪論」（2007年）刑雑46巻2号46頁以下。刑罰目的と犯罪結果、不能犯、責任非難について論ずるものとして、松原芳博「犯罪論と刑罰論との関係」同59頁以下。犯罪化論と刑罰論の本質的不可分性は犯罪と刑罰の不可分性由来し、それを支えるメタ理論が「罪刑一体論」であり、それを具体的に分析するツールが不正（wrong）の概念であり、不正は行為・侵害・反動を同時的・一体的に把握する概念である旨論ずるものとして、松澤・前掲注(2)244頁以下。また、松澤・前掲注(4)50～51頁は、均衡刑論は事後的・客観的犯罪論モデルに、抑止刑論は事前的・行為統制論的犯罪論モデルに繋がると考えられがちであるが、制度自体の正当化と刑の配分の指導原理は異なるから、これらを直結させてはならない旨警鐘を鳴らしている。

²⁸ ここでいう「常識」とは、国民の健全な社会常識を意味する。これが何かを定義するのは困難であるが、さしあたり、「司法制度改革審議会意見書」において「裁判内容に国民の健全な社会常識を一層反映させるため、一定の重大事件につき、一般の国民が裁判官と共に裁判内容の決定に参加する制度を新たに導入する。」（10頁）、「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる。」（102頁）と記載されたものと同内容である（傍点はいずれも筆者）。これは、「存在」するものであると同時に、それが何かは裁判官裁判における裁判官と裁判員の真剣な議論によって「発見」していくべきものと言うことができよう。

この点について、筆者は、①「刑罰とは、刑法の定める禁止・命令規範に反する何らかの意識的な行為（違法行為）がなされた場合に、法に違反する行為を行う意思決定に対する非難（責任非難）として科される制裁である」というごく常識的な刑罰観に、②「犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画の発意・形成からその遂行・終了の全過程（行為者の心理学的過程を含む）を考察対象にして結論を導く」という現実根ざした意思決定過程を加えることにより、現在犯罪論で議論されている多くの主要論点には妥当な判断枠組が与えられるものと思う。

また、その際、①ある行為を禁止・許容する判断（違法判断）の一般性、②良しにつけ悪しきにつけ、情動が意思決定において果たす機能の重要性、③法律解釈である以上、条文の文言や立法経緯を軽視してはなるまい。

上記の基本的視座から、犯罪論の主要課題についての実務的な判断枠組が如何なるものとなるかの試論を提示したい。

(2) 刑罰の定義から導かれる事実解明及び訴因構成過程

まず、刑事実務において、裁判所によって罪となる事実として認定される犯罪事実は捜査機関によってどのように解明され、訴因構成されて裁判所に公訴事実として呈示されるかについての筆者の理解を述べたい。

通常、犯罪捜査は、犯罪を構成する可能性のある結果や行為を捜査機関が認知することにより開始される。そこでは、まず、①犯罪結果（結果犯にあっては結果や未遂結果、挙動犯にあっては挙動）の発生に至る主観（認識・意図・目的等）・客観（外形に現れた行為や因果経過）を含めた因果の流れをつぶさに解明し、この因果の

流れを切断して結果の発生を阻止し得る「何らかの人の意図的な行為（作為・不作為）」を抽出する²⁹。

なお、相当因果関係説にせよ、因果関係と帰属の問題を分けて相当性連関や危険連関等の概念を用いる客観的帰属論にせよ、我が国刑法学では因果関係やその帰属を規範的に捉える向きが多いが³⁰、筆者がここで前提とする因果関係は、物事の客観面・主観面を踏まえた現実の因果の流れの解明であり、規範的又は仮定的な判断を含まない。因果関係は「支配」できるようなものではなく、「原因と条件の区別」ができるようなものでもなく、また、第三者の故意行為の介入があったからといって因果関係が「中断」又は「切断」されるようなものでもないことを前提とする³¹。このような規範的判断は、訴因の対象とする行為の抽出の検討段階や、行為の義務付け（違法）や責任非難の可能性（責任）の是非・可否の検討段階で検討される。

続いて、②上記のように抽出された「何らかの人の意図的な行為」について、その発意から遂行の完了に至る心理学的過程を解

²⁹ 裁判所が最初に目にする「公訴事実」や、学者が判例分析に当たり目にする「罪となるべき事実」は、検察官によって結果（又は犯罪行為）に至る因果関係を切断し得るものとして抽出された義務違反行為が記載されたものであるとの意識を持つことは、行為論、因果関係論、違法論、責任論に関する議論をする前提として重要である（拙稿「責任能力判断の責任論的・心理学的基礎と実践（第1回）」（2021年）判時2494号125～130頁参照）。実務における条件関係、因果関係や帰属の争いは、検察官によるこの抽出作業の適切性を巡る事実上及び法律上の争いである。

³⁰ 客観的帰属論について、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（1997年・成文堂）、その後の客観的帰属論の発展を共犯論も含めて包括的に検討するものとして、足立光治「客観的帰属論」『理論刑法学の探究1』（2008年・成文堂）45頁以下、松生光正「共同正犯の構造について」（2010年）法政研究76巻4号213頁以下。客観的帰属論の「危険創出論」を共犯の成立要件に応用する試みとして豊田兼彦「共犯の一般的成立要件について」『理論刑法学の探究3』（2010年・成文堂）1頁以下。

³¹ すなわち、私見は遡及禁止論を採らない。被告人の傷害致死を招きかねない暴行の後に意思連絡なき第三者の故意行為で被害者が死亡した場合でも、被告人は傷害致死罪の刑責を免れない。最高裁も、大阪南港事件決定（最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁）において同趣旨の法理を示したものと解される。

明する³²。具体的には、①その人がどのように外界を認知し、どのような情動や感情が起って行動衝動が発意されたか、②思考と行動の傾向（人格＝パーソナリティ）が行動衝動の発意にどのような影響を与えたか、③意識化された行動衝動についてどのような個体内コミュニケーション³³が行われたか、④犯罪を不可分に内に含む行為計画（犯行計画）がどのように形成されたか、⑤同計画がどのように確定されて行為決意に至り、遂行されたかを解明する。なお、ここで言う「行為計画」とは、情動生起・行動計画形成後直ちに実行されるものから、行為計画目的確実達成・検挙防止のため綿密に形成され、行為計画形成者において準備が整ったと判断した後に着手・遂行されるものまで様々である。また、社会実態として、行為計画の目的は、犯罪の遂行そのものであることはなく、犯罪の遂行は目的達成の手段とされるものと言ってよい³⁴。刑法上の違法及び責任に対する規範的な評価は、このような行為計画とその遂行に向けられるものである（なお、後掲注(45)参照）。

続いて、③上記のように抽出された作為・不作為に対する違法評価³⁵（作為については禁止規範違反、不作為については命令規範違反

³² 拙稿・前掲注(26)106頁、『カandel・神経科学・第2版』921～964頁。

³³ なお、「逡巡」は、この個体内コミュニケーション（鹿取・前掲注(26)35頁）の一過程と理解される。

³⁴ 例えば、故意犯にあっては、（暴行を加えるや名誉を毀損することによって）恨みを晴らしたい、（殺害することによって）制裁を加えたい、（発砲することによって）暴力団組織の面子を保ち恐怖心を植え付けたい、（罪を犯してすぐに捕まることによって）刑務所に入りたい、（金品を得ることによって）異性にもてたい、賞賛されたい、以後働きたくない、勤務先を辞めてストレスから解放されたい（命じられた犯行を遂行することによって）忠誠心を認められて出世したい、（盗みというスリルを味わうことによって）ストレスを発散したい等。過失犯にあっては、（手抜きをすることによって）楽をしたい、（作業工程を省くことによって）人工や費用を浮かせたい、（徐行をせず、又は高速度で自動車を運転することによって）早く目的地に着きたい、早く帰って寝たい、（面倒な手間をかけないことによって）所属組織や関係者の軋轢や苦情を回避したい等。

³⁵ この段階では、因果経過を切断し得る人の意図的行為の介入及び介入可能性を義務付けることが可能だが、故意犯、過失犯について規定する刑法・特別刑法の条文に照らして判断される。その基

を問擬し得るか）の検討を行う。この段階では、違法の一般性に照らし、行為者の置かれた状況、その状況に関する行為者の認識内容や技能等を勘案し、同様の状況下でその種行為計画の着手・遂行一般を禁止・命令することの必要性と弊害との比較衡量の観点から判断する。なお、立法・司法段階を問わず、ある種（その種）行為一般を許した場合にどのような害悪・弊害が生じるかを考えるのが保護法益論であるところ、我が国では、この保護法益を過度に限定的に捉えているのではないかという懸念があることについては後述する（3(9)オ及び後掲注(87)参照）。

続いて、④上記で義務違反とされる行為について、行為の緊急状況性や行為者の精神障害に基づく精神症状が犯行の意思決定（発意、行為計画の形成及び遂行）に与えた影響の観点から、行為者の意思決定に対する非難可能性やその程度、又はこの非難を差し控えるべきか否かを検討する。

具体的な事件において立ち現われる犯罪論上の主要な論点は、おおよそ上記のような判断枠組に沿って事案を丁寧に分析し、刑法の条文を適用することによって解決が図られるものとする。

以下ではそのことについて略述する。

(3) 実行の着手論、不能犯論

非典型的な作為犯や、開かれた構成要件であることが多い過失犯、不作為犯においては、当該行為が刑法の禁止・命令規範に違反するかどうかは犯罪論における主要論点であるが、本稿の判断枠組によれば、この問題は、違法評価の一般性に照らして判断さ

礎事情となるのは、同因果経過の外、客観的状況、これらに対する行為者の認識・技能・行為計画の内容等のあらゆる事情に及ぶ。構成要件、違法性、責任（故意・過失）という順序で犯罪について検討するという手順は、少なくとも、具体的事実から訴因を構成するという捜査実務の観点に整合するものではない。

れる。ここにいう「違法評価の一般性」とは、当該行為が違法として禁止・命令の対象とすることは、同様の状況下における同様な行為がおしなべて違法とされる性質を持つということである。

このように、違法評価が一般性を有することに照らせば、社会的に有用性のない行為の許容範囲は狭く、社会的に有用性のある行為や、思想・良心の自由等の優越的価値を伴う行為の許容範囲は広くなることを意味する。ここから、社会的有用性を欠如する行為、例えば、「殺害目的で他人に空気を注射する行為」や「金品窃取目的で他人のキャッシュカードをATM機に挿入してランダムな暗証番号を押す行為」は、「その種行為一般を許容した場合には結果の発生が絶対にないと言えるか」という不能犯との区別基準と同様の枠組で違法性（実行の着手の有無）が判断される³⁶という結論が導かれる。相手の親族を名乗って嘘の事実を告げて金が必要である旨告げる行為も、たとえ詐欺の成功確率が著しく低いものであっても、現実には騙される人がいる以上、上記不能犯との区別基準と同様の基準によって違法性が判断されると言うてよい。

これに対して、その種行為に社会的有用性が認められる場合には、義務の設定の可否（＝違法として禁止・命令すべきか）は、同様の状況においてその種行為一般を禁止・命令することがもたらす弊害との比較衡量によって判断される。これは、違法評価は、ある行為を違法（または適法）と判断する場合には、同様の状況下における同種行為一般が禁止される（または許容される）という意味における一般性を有するからである。そのため、社会的有用性のある危険な行為については、その行為を行い得る主体や態様

³⁶ 最判昭和37年3月23日刑集16巻3号305頁、名古屋高判平成18年1月24日高刑速267頁参照。

を免許・許可制度や安全基準等により制限し、これらが満たされている限りにおいて義務を解除して次の段階に進むことを許容していることも多い。このような場合には、当該行為の違法評価は、行為者の置かれた状況、その状況に関する行為者の認識内容や技能を踏まえた行為計画内容及び違法の一般性に照らして判断される。

以上のような理解に立てば、例えば、医師の治療（手術）行為一般を構成要件に該当するが違法が阻却される行為³⁷と解する必要はなく、無免許者による手術行為や、殺害を内容とする行為計画を基準として違法判断を行えばよいと解釈することとなる³⁸。

このように、刑法上の全ての違法性判断は、具体的な行為計画の内容や個別事情を前提とするオーダーメイドの判断であり、このようなオーダーメイドの義務判断は、決して不作為犯や過失犯に限られる³⁹わけではない。そして、この判断が行為者の認識をも考慮に入れて行われるものである以上、故意犯と過失犯は違法段階で区別されるとの構造的理解が導かれる⁴⁰。

³⁷ 山口・前掲注(10)176頁、山中敬一『刑法総論・第3版』（2015年・成文堂）601頁、高橋則夫『刑法総論 [第5版]』（2022年・成文堂）354頁。

³⁸ このことによって社会常識や医師の立場からは到底受け容れがたい説明や、「社会的相当性」という曖昧な概念に頼ることなく、一貫した犯罪論の立場から、医師の適法な治療行為と違法行為の区別を明確に説明することが可能となる。

³⁹ 仲道祐樹「過失行為のとらえ方」『理論刑法学入門－刑法理論の味わい方』（2014年・平文社）22～23頁、同「不作為犯における『可能性』」同書53頁参照。

⁴⁰ 過失犯における義務設定について参考になる文献として、樋口亮介「注意義務の内容確定基準－比例原則に基づく義務内容の確定」山口献呈（2014年・成文堂）196頁以下、同「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(1)～(3)」曹時69巻12号（2017年）1頁以下、70巻1号（2018年）3頁以下、70巻2号（同年）1頁以下。「違法性の判断は意思行為を法的構成要件の尺度と違法阻却事由の尺度とに基づいて（利益衡量の観点の下に）評価する。非難可能性の判断は動機形成の過程とかかわり合いを持つ」と論ずるものとして、カール・エンギッシュ（莊子邦雄＝小橋安吉訳）『刑法における故意・過失の研究』（1989年・一粒社）572頁）。目的的行为論の立場から、行為者の主観的判断や認識内容は違法判断の対象として重要な意味を持ち、過失犯にあっても、行為者が如何なる事情を認識していたかを確定することは注意義務判断の前提である旨論じるものとして、井田良『犯罪論の現在と目的的行为論』（1995年・成文堂）38～39頁。なお、筆者の

(4) 行為計画論の普遍性

刑法38条は「犯罪を実行してこれを遂げなかった」者を未遂犯とするのではなく、「犯罪の実行に着手し」という用語を用いている。従って、未遂の成立時期を実行行為の開始の時期と解さなければならぬ必然性はなく、「実行の着手」時期は、市民の一般常識を踏まえた解釈に委ねられていると解することも十分に可能であろう⁴¹。

我が国では近時、犯行計画の進捗度を実行の着手判断の中核に位置付ける判断枠組が有力に主張され⁴²、近時の判例にもこのような判断枠組に親和的な判示をしたと評価し得るものが現れている⁴³。「実行の着手」の意義について、筆者も、「違法の一般性に鑑み、同様の状況下における同種行為一般が禁止される行為と

基本的な考えについては、拙稿・前掲注(26)125～130頁を参照。さらに本文2(2)及び(6)、後掲注(46)参照。

⁴¹ この点、英国判例の示す「犯罪と直接結びつく行為」「妨害されなければ犯罪の事實的遂行を構成するであろうような諸行為の一部を形成する行為」「既遂罪の遂行に終わるであろう諸行為の一部を形成する明白な行為」「特定の犯罪に向けられた一段階であり、その遂行に直接結びつくような行為が実行され、かつ、そのよう行為の実行が当該犯罪の遂行以外の目的有するものとは合理的に理解し得ないこと」「既遂罪に十分近接する物理的行為、すなわち、ルビコンを渡り自己のボートを燃やしたこと」「犯罪それ自体の開始」という基準(小野晃正「イギリス刑法における未遂罪の客観的要件について(一)」(2005年)熊本法学108号48～65頁)や、ドイツ判例の示す「さあ、やるぞ」「さあ始まった」という基準(萩原滋「実行の着手と所為計画」野村古稀(2015年・成文堂)103頁、樋口亮介「実行の着手」(2018年)東京大学法科大学院ローレビュー13号37頁)も、諸外国における実行の着手判断の在り方として興味深い。

⁴² 佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(2016年・慶應義塾大学出版会)230～231頁。同「実行の着手について」(2018年)研修838号6～8頁、樋口亮介「実行行為概念について」西田献呈(2017年・有斐閣)20～37頁、樋口・前掲注(41)65～66頁、東條明德「実行の着手論の再検討(6・完)」(2021年)法協138巻10号138～158頁、同「不能犯論と実行の着手論」(2021年)刑雑61巻1号11～12頁。特殊詐欺における実行の着手に言及するものとして、中川正浩「特殊詐欺対策としてのいわゆる『だまされた振り作戦』に関する法的問題と捜査手法の正当性について」(2018年)警察学論集71巻12号62頁以下。

⁴³ 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁、最判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁、最決令和4年2月14日裁判所ウェブサイト。

行為計画上一連一体をなす行為が行われた段階」に実行の着手が認められるものと理解している⁴⁴。

もっとも、「犯行計画」の重要性は、ひとつ実行の着手論に留まるものではない。

刑法は、違法とされる行為とこれへの応報として下される刑罰を事前に示し、犯罪行為に及ぶ意思決定をしないことを期待することによって犯罪を抑止することを目的とするところ、内心の意思決定を外界における犯罪行動として実現することを導く駆動力を有する青写真が「行為計画」に他ならない。刑法が刑罰という制裁を伴う義務を予め明示し、これに違反する行為に出る意思決定をしないよう期待することによって犯罪を抑止しようとするものである以上、この義務（行為の違法評価）や期待（意思決定に対する責任非難）は、これからそのような行為に着手しようと思意思決定する段階から実行を終了する段階に至る動的な行為計画（犯行計画）に向けられると解することは極めて自然な発想と思われる⁴⁵。従って、刑法がこのような意味における行為計画を違法及び責任という規範的判断の対象とすると解することは、理論上も実際上もごく自然な結論と思われるのである。

⁴⁴ 違法の一般性について、拙稿・前掲注(26)125～130頁、「一体性」基準について東條・前掲注(4)150～152頁参照。

⁴⁵ このような考えは、何ら行為主義に反するものでも、思想処罰を招くものでもない。刑法は、処罰の対象をすべからず人の行為とし、結果発生そのものや思想そのものを処罰対象とすることはしていない。しかし、刑法は、人の違法行為を実力で阻止するという立場は採らず、予め違法行為とこれに対する制裁を明示し、違法行為に出るような意思決定をしないように期待する（働きかける）ことによって違法行為の抑止を図っている（この点について更に本文1(1)①及び後掲注(79)参照）。つまり、刑法上の規範は、本来的に人の内心の意思決定に向けられている。そして、内心の意思決定を外界における人の行為として実現する青写真として人の行動を駆動するものが行為計画であるから、刑法の設定する義務や期待がこの行為計画に向けられることはごく自然な成り行きである。換言すれば、刑法は人の行為に着目して、「思うべからず」ではなく「実行すべからず」と命じているのであり（違法）、また、人間の行為の意思決定過程に着目して、「計画すべからず」ではなく「計画を実行に移す意思決定をすべからず」と期待している（責任）のである。

このことも踏まえ、筆者の事実認定に関する基本枠組では、人の行為衝動の発意から、犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画（犯行計画）の形成・確定、犯行計画遂行の意思決定、実行の着手・遂行・終了に至る心理学的及び事実的過程全般が基本的な考察対象となる。そして、筆者は、上記の基本的な判断枠組は、実行の着手論、正当防衛論、過失犯論、責任能力論、その他、犯罪論から刑罰論（量刑論）全般に通有する普遍妥当性を有すると考えている^{46 47}。

⁴⁶ 因果論の志向に囚われていた刑法学への対抗としてヴェルツェルにより提唱された目的的行为論は、人の意図的行為の目的性という存在構造に対して刑法の規範評価を行うことを議論の出発点とする（井田・前掲注(40)2～4頁）。本稿の判断枠組も、行為計画の形成者・参画者性を判断する段階では因果的共犯論を必要なものとは考えず、人間の意図的な行為の目的性を前提とするため、目的的行为論との親和性が高い。そのため、敢えて井田教授が同書において説く目的的行为論と本稿の判断枠組との相違点を述べておくと、①所説は、故意作為犯と過失犯、不作為犯の実体的・構造的差異を強調するが（同書12頁）、私見は、これら3類型を基本的に同じ枠組により判断する、②所説は、故意作為犯と過失作為犯とは構成要件の結果の発生が目的連関に含まれているか否が相違するとするが（同書12頁）、私見は、行為の許容性評価の段階で、同種行為一般を許容した場合の結果発生の可能性という統一基準を用いる（上記2(2)参照）、③所説は、違法は行為無価値及び結果無価値双方を考慮に入れて判断するものとするが（同書21頁）、私見は、違法とは飽くまで刑法の設定する義務規範（禁止・命令）に違反する行為であると捉えるし、また、その際に一般的な利益衡量判断も行うことから、違法一元論では処罰の範囲が著しく拡大するとの批判（同書22頁参照）は当たらない、④所説は、行為支配=目的的决定の中核となる要素は現実の事象を客観的に形成する因子としての行為意思であり故意であるとするが（同書24頁）、私見は、この「行為意思=故意」は「行為計画」に外ならないと理解する、⑤所説は、過失犯における目的的行为を現に行っている注意義務違反行為そのものと捉えるが（同書39頁）、私見は、過失犯においても行為計画の目的やこれに含まれる行為は故意犯と異質なものとは考えない（下記2(6)参照）、⑥所説は、過失犯を可能な限り作為犯（禁止義務違反）として構成しようとするが（同書55頁、60頁）、私見は、多くの過失犯は、結果に至る因果を切断する作為義務を果たさなかった（命令違反）という不作為犯として構成されていると理解する、⑦所説は、故意犯の場合には結果は行為の一部となるとするが（同書58頁）、私見は、故意犯・過失犯共に、行為と結果は因果関係で結ばれるものであって、結果が行為の一部になることはないと考えることが主だったところであろう。なお、小島秀夫『帮助犯の規範構造と処罰根拠』（2015年・成文堂）80頁が紹介するヴェルツェルのいう「目的的实现意思=構成要件の故意」や、同87頁、92～94頁等で言及する「実行行為に内在する共同決定としての『構成要件の故意』」は、そのまま本稿の判断枠組判断における「行為計画」に置換可能であり、その方が適切と思われる。

⁴⁷ なお、前注で述べた「私見は、違法とは飽くまで刑法の設定する義務規範（禁止・命令）に違反する行為であると捉える」という表現が、いわゆる「行為無価値一元論」との誤解を招くことを危惧して敷衍する。そもそも筆者には、所謂結果無価値・行為無価値論争にコミットする意図はない。上の表現は、「犯罪とはすべからく行為である」という純然たる事実を述べたに過ぎない。行為無

(5) 共同正犯論

本稿では、人の意図的な行為を導く内心の決意内容を「行為計画」と名付ける。すると、「犯行計画」とは、行為計画のうち、犯罪の遂行が不可分に内に含まれるものということになる。この「行為計画」は、外界認知、情動や感情の生起、思考と行動の傾向を含んだ行動衝動の発意、意識化された行動衝動を巡る個体内コミュニケーションを経て形成され、人の意図的な行為を導く駆動力を有すると共に、犯罪の遂行過程においても、状況の変化に応じてその内容を変じ得る「青写真」である。この行為計画の発意・形成から遂行過程に複数人の関与が認められる場合に共犯の成否が問題となる。

そして、複数人が関与する犯行計画の実体を観察すると、①行為計画形成者にとっては、「行為目的の確実達成」と同等に「検挙防止」が重要であること、②「行為目的の確実達成」と「検挙防止」のために計画に含まれる諸準備には、一見すると「実行行為」とは直接の関連を持たないような様々な準備や工作が含まれ得ること、③行為計画形成者にとっては、これらの諸準備・諸工

価値論とは「行為無価値があれば犯罪成立要件としての違法性としては十分であるとする立場」を指すようであるが（松澤伸『機能主義刑法学の理論－デンマーク刑法学の思想－』（2001年・信山社）235頁参照）、何が違法行為に当たるかは各本条の定め方による。前掲注(16)で掲げた犯罪処罰の各段階になぞらえて述べるならば、①故意結果犯にあっては犯罪結果を引き起こした行為、②未遂犯にあっては実行の着手行為、③挙動犯にあっては典型的に結果を引き起こしかねない行為として刑法が規定した行為、④結果発生を目的としてなされる行為については、刑法が典型的に禁止した行為、⑤⑥⑦典型的に被害を発生させる可能性のある業務主体について刑法が刑罰をもって禁止した行為等である。確かに、筆者は、結果無価値論に立つ論者が、「③から⑦のような処罰規定は処罰の早期化を目指すもので不当」「キャッシュカードをATM機に挿入してランダムな暗証番号を押しても、結果発生の確率は1万分の1だから未遂犯として処罰するのは不当」と主張するのであれば、そのような結果無価値論には懐疑的にならざるを得ない（違法の一般性に照らせば、結果発生の危険性は、原則として、その種行為一般を許容した場合を念頭に判断すべきことについて2(3)参照）。しかし、筆者は、国民・社会・経済・国家等の利益・安全・秩序・存立・機能等と無関係な行為処罰を正当とするものではないし、迷信犯や、人形を人と誤信して拳銃を発砲する行為を殺人未遂罪として処罰するような立場に立つものでもない。

作が整うことが実行の着手判断を後押しすることになることが判明する。

筆者は、このような検討を踏まえ、「共同して犯罪を実行した」(刑法60条)とは、「犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画を共同にした」ことであり、「行為計画を共同にした」とは、「行為計画を形成し、またはこれに参画した」ことであり、「行為計画に参画した」とは「行為計画上の役割遂行を引き受けた」ことであると解釈を提唱する。そして、近稿においては、このような解釈を具体的な事件に適用する際に踏むべき手順(ステップ)を示すことにより、判断プロセスを透明化し、検証可能なものとするを目標している⁴⁸。

(6) 過失犯論

本稿の判断枠組によると、過失犯の正否や訴因構成は、「①結果発生に至る因果経過を確定し、これを切断可能な人の意識的介入行為(作為・不作為)を特定する(川下からの後方視的検討)、②行為時点において上記介入行為を対象者に義務付けること(命令・禁止すること)が可能であったかを検討する(川上からの前方視的検討)、③上記で義務付けに反した対象者の意識的行為の非難可能性を検討する」という順序で検討される。このような思考方法は、一般の故意犯と異なるものではなく、①は客観的な事実確定(因果関係論)、②は義務違反行為の特定(違法論)、③は当該行為を行う意思決定の非難可能性(責任論)に関わる。どのような訴因構成が適切かは、事案の本質、立証の難易、予想される量刑等により裁量的に判断される(上記2(2)参照)。

⁴⁸ 詳しくは、拙稿「共同正犯判断枠組の再構築」(近刊)参照。

このような判断枠組によると、従来、責任要素を構成するかのようによわれていた予見可能性、予見義務、回避可能性は、いずれも、結果に至る因果関係を切断する義務やその判断要素であり、いずれも客観的因果経過や違法性に関連する要素であることが判明する。予見という内心に関する事情が外形的な行為に関する義務付け（違法）に関連してくるのは、過失犯の義務内容が行為者の技能や知識、事実の認識等に応じて段階的に変化していくためである。すなわち、これから行う具体的な行為について一般標準又は法令の求める最低限の義務すら果たし得ない者、又は果たさない者はその行為に及ぶこと自体が禁止される（最も広範な避止義務）。このような一般標準又は法令の求める最低限の義務を果たし得た場合には、これを前提として、次段階の結果回避措置を行い得る限りにおいて、より前段階にある広範な禁止義務が解除されて（つまり行動の自由が確保され）、結果回避義務内容が次の段階のものに変化していく⁴⁹。

そして、刑法の命令・禁止する義務付け（違法）の持つ一般的な性格（上記2(3)参照）に鑑みると、各事案の具体的段階において設定される義務の内容は、行為者やその関係者、将来の潜在的被害者等を取り巻く具体的環境の下において、本人の技能や認識した事実を前提として、当該事案においては因果関係を切断し得ると事後的に判明した措置を行わないことを一般的に許容した場合に想定される結果や影響を、同措置を行うことを一般的に義務付けた場合の結果や影響との相関関係において具体的に確定していくこととなる。

⁴⁹ このことは、実務がいわゆる「段階的過失論」に依拠している理由の一つを提供する。

そして、このようにして設定される具体的な義務内容が前提とする危険を正しく評価せず、又は、その危険を正しく評価したが義務に反する行為を意思的行為として行った者については、その意思決定に対して刑法上の責任非難が向けられることとなる⁵⁰。

(7) 正当防衛論

学説における正当防衛論は、問題解決を条文ではなく理論から出発したために、議論や争点が拡散した典型例である。ある事例について、正当防衛を否定する結論は同一であっても、その根拠を何に求めるかについての立場は正当防衛のほぼすべての要件や存在根拠にまで拡散し⁵¹、かつ、これらの判断要素は間接事実レベルにおいてもかなり重複・関連している。このことは、正当防衛に関する各論点の問題領域が相互に排他的でなく、重なり合っていることを示唆している。

判例においても、正当防衛論を巡る議論は錯綜している⁵²。判例における正当防衛の判断枠組が非常に難解なものとなっている原因として、判例が結論の妥当性を第一に志向する判断を積み重ねる過程で、「侵害の予期」「積極的加害意思」「喧嘩闘争」

⁵⁰ 詳しくは拙稿・前掲注(26)125～130頁で論じてあるので参照されたい。

⁵¹ 自招侵害を例にとると、自招侵害について正当防衛を否定する結論は同一であっても、その根拠を何に求めるかについての立場は正当防衛のほぼすべての要件や存在根拠にまで拡散している。すなわち、自招侵害事例において正当防衛を否定する根拠については、①急迫性を否定するもの、②不正な侵害の要件を欠くとするもの、③防衛の意思を欠くとするもの、④防衛行為の必要性及び相当性を欠くとするもの、⑤防衛行為の相当性を欠くとするもの、「やむを得ない」の要件を欠くとするもの、⑥積極的加害意思論から「防衛するための行為」と言えないとするもの、⑦正当防衛権の濫用とするもの、⑧社会的相当性を欠くとするもの、⑨法確証の原理が消滅・減少とするもの、⑩保護の必要性を欠くとするもの、⑪原因において違法な行為の理論を援用するもの、⑫侵害回避義務論から説明するものなどがある。同様の状況は、侵害の予期や積極的加害意思、相互闘争状況（喧嘩闘争）等の主要論点の取扱いにおいても見られる（この点について、後掲注(56)参照）。

⁵² 例えば、同じ自招侵害事例（最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁）について正当防衛が否定される理由を、地裁は一連の喧嘩闘争であることに、高裁は急迫性が否定されることに、最高裁は、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないことに求めた例がある。

「侵害の自招性」「防衛の意思」「防衛行為の必要性」「防衛行為の相当性」「反撃が正当化される状況（正当防衛状況）」等の用語・概念を生成・創出し、かつ、「急迫」「防衛するため」「やむを得ずにした行為」等の条文文言に、それが直感的には想起させない様々な意味内容を付与してきたことが挙げられる⁵³。

そもそも、近代的な意味での正当防衛制度が規定されたのは1532年のカロリナ刑法典とされているところ、刑法における違法論が確立したのは19世紀も半ばのことであるから、「正当防衛は違法性阻却」ということすら所与の前提と考える必要はない。また、正当防衛の解釈や当てはめを各種原理やテーゼ⁵⁴から行うと、立場の異なる者における議論が困難になる憾みもある。原理・原則や理論を過度に強調することは、微妙な判断が求められる事案の個別性への配慮を低下させると共に、裁判官と裁判員の理性的な評議が困難となり、健全な社会常識に従った結論を導くことが期待されている裁判員裁判においてはむしろ有害である。この点については、最決平成29年4月26日が指摘したとおり、正当防衛制度は秩序維持権や刑罰権の国家独占が確立される過程でその例外として許容されることにより成立したという刑法36条の趣旨や、同条の制定経緯に立ち返って検討することが有用かつ必要と考える。

そこで、今一度刑法36条に立ち返ってみると、同条は、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむ

⁵³ このような問題を的確に指摘し、特に相互闘争状況における正当防衛判断において裁判実務に有益な判断枠組を提供する試みとして、木崎峻輔『相互闘争状況と正当防衛』（2023年・成文堂）がある。

⁵⁴ 例えば法確証原理（法の自己保全原理）、優越的利益原則、法益保護原理、（個人の）自己保存（保全）原理（個人保護原理）、生命侵害禁止原理、均衡性原理、最大利益満足原理、社会秩序原理、武器対等原則、「正は不正に譲歩する必要はない（譲歩すべきでない、譲歩しない）」というテーゼ、その他違法性や違法阻却に関する一般原理・原則が挙げられる。

を得ずにした行為は、罰しない。」という誠に簡潔明瞭で一般市民にとっても容易に理解可能な規定振りとなっている。してみれば、刑法36条の解釈・適用は、可能な限り、条文に素直で、規定の文言が直感的に想起させる平明な用語法に従ってなされることが望ましい。このような観点からは、従来「急迫性」の問題として扱われてきた規範的判断は、「やむを得ずにした行為」の問題として扱った方が適切と思われる。そして、そのような方法によっても、従来判例が示してきた結論の妥当性を確保できるのであれば、敢えて上記のような難解概念を用いる必要はない道理である。もしそのようなことが可能となれば、裁判員裁判における分かりやすい主張、立証、評議に資するであろう。

そして正当防衛に関する各論点の問題領域が相互に排他的でなく、重なり合っており、判断要素は間接事実レベルにおいても重複・関連していることに鑑みれば、正当防衛・過剰防衛成否の判断は、個別論点の要件解釈というより、当該事案の諸事情を考察に入れた総合判断としてなされるべきである。そして、この総合判断をどのようなステップを踏んで行い、その際どのような事情をどのような観点から考慮するかを明確化することが、判断過程や判断要素の透明性及び検証可能性を確保し、事案に即した的確な判断を安定的に行うことを可能にするであろう。

この観点からは、被告人が訴追された行為は、急迫（切迫又は現在）の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛する対応関係にあるかを外形的・客観的に判断し、これが肯定される場合に、訴追対象行為に至る経緯や主観的事情を俎上に乗せ、適法又は違法性のより小さい他行為やその期待可能性を具体的に検討し、刑法36条の趣旨に照らし、被告人が訴追された行為は、急迫（切迫

又は現在)の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため「やむを得ずにした行為」として許容されるかを検討し、①被告人の行為はおよそ防衛行為と言えない／被告人は反撃行為にできることが許容されないと判断される場合には、「やむを得ずにした行為」と言えず、正当防衛・過剰防衛を否定し、②被告人には適法又はより違法性の小さい行為をすることが規範的に要求・期待でき、被告人の行為に行き過ぎがあったと判断される場合には、「やむを得ずにした行為」と言えないが、防衛の程度を超えたものとして、過剰防衛の成立を認め、③被告人の行為は急迫（切迫又は現在）の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、「やむを得ずにした行為」と判断される場合には、正当防衛が成立するとの法的結論を導くとの判断枠組が適切と考える⁵⁵。

(8) 責任能力論

責任能力制度は、近代刑法理論から生まれた制度ではなく、責任能力制度と目される規定は古今東西に見出される。このことは、責任能力制度が人間の普遍的な情念や社会常識から生まれたものであることを示している。その内実は、「行為者が犯罪の決意をしたのは病気のせいであって本人のせいではない。そのような意思決定を非難するのは、行為者に酷であり、国は非難を控えるべきである」とするのが、社会常識に最も合致し、裁判員の腑にも落ちる説明と思われる。制度自体に対する批判も絶えない責任能力制度を適切に後世に受け継いでいくためには、責任能力の判断枠組やそこから導かれる結論が、立法者が特に明示した意図に反

⁵⁵ 以上の詳細は、拙稿・前掲注(12)41頁以下参照。

するものでない限り、可能な限り国民の健全な社会常識に合致することが求められる。

現行刑法39条は、責任能力制度について、「心神喪失者の行為は罰せず、心神耗弱者の行為は刑を減輕する」という法律効果のみを定め、心神喪失者や心神耗弱者の法律要件を定めていない。立法経緯を繙くと、その理由は、精神障害については医学的にもその意味内容が定まっていないことに照らし、敢えて精神医学の用語を用いず、法律用語を用いることにより、その解釈を後世に委ねるといふ、立法者の謙虚な姿勢の賜物であったことが判明する。そして、精神病の原因別診断法が後退し、操作的診断基準に基づく精神障害分類が世界標準となり、その診断基準も不断の見直しを受けている現在、精神障害の本質が解明されていないという状況は現行刑法定時と何ら変わっていない。してみると、健全な社会常識に基づいて責任能力判断を行うべしという要請以外の立法者意思的制約は存在しないと行ってよかろう。

責任能力論は責任論に属する。しかし、現在異論なき通説とまで評される規範的責任論は、責任能力判断において適切な結論を帰結しないことが批判されてきた。これは奇妙なことというほかない。そこで、その原因に立ち入って考察すると、その原因は、①規範的責任論が拠って立つ期待可能性の思想の理解そのもの、②「責任」能力判断を責任「能力」判断に収斂させてきた判断枠組、③責任能力判断における「正常」と「異常」が正しく概念づけられていなかったことにありと判明する。

以上のことを踏まえ、筆者は、①規範的責任論の拠って立つ期待可能性の思想は、国家が平均人を標準とする「違法性の意識の期待可能性」及び「適法行為の期待可能性」を意味するものと捉

え直した上、②「能力」論に問題を収斂させる判断枠組から離脱し、「本件犯罪を決意したのは病気のせいであって行為者のせいでないと言えるか、行為者の意思決定を非難することは酷であると言えるか」を直接問う責任能力判断枠組を提言する。

ここでいう「正常・異常」判断は、行為者が犯罪を決意するに至る心の動きを通常の心理学的過程として理解することができるか否かによるのが相当である。これと精神症状・精神障害該当判断は必ずしも一致するものではない。

そして、責任能力判断における「正常・異常」を的確に切り分けるのに必要な現代心理学及び脳神経科学の知見の内容に照らし、責任能力判断枠組に基づいた責任能力判断を行う場合、岡田幸之博士が提唱した「8ステップ」論⁵⁶の第5ステップ以降を法曹の立場からより具体化する必要がある。

筆者は、以上の観点から、第5ステップ以降を、⑤「犯罪の意思形成から実行に至る心の動きは通常の心理学的過程として理解・説明することができるか」という観点からの検討、⑥上記心の動きに通常の心理学的過程としては理解・説明のすることのできない精神症状（精神障害の症状）が介在していると認められる場合には、それがどのような影響を（影響の中身）、どのように与えているか（影響の作用）に関する事実認定、⑦「本件犯罪を決意したのは病気（通常の心理学的過程としては理解・説明できない精神症状）のせいであって行為者のせいでないと言えるか。平均人を標準として行為者の意思決定を非難することは酷でありこれを控えるべきであると言えるか」に関する規範的判断、⑧心神喪

⁵⁶ 岡田幸之「責任能力判断の構造と着眼点－8ステップと7つの着眼点」精神経誌115巻10号（2013年）1064頁以下、同「精神医学がいう「異常」と法律判断」法時90巻（2013年）1号39頁以下。

失者の行為・心神耗弱者の行為該当性判断（刑法39条適用判断）とすることが妥当と考える⁵⁷。

(9) 量刑論

ア はじめに

裁判員法施行から3年後に公表された司法研究『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（以下、単に「司法研究」という。）は、従来、網羅的、総花的な量刑事情を主張・立証し、そうした量刑事情を前提として、同種先例との比較・対照をした量刑相場により刑の量定が行われていたとされる実務⁵⁸に大きな変革をもたらした⁵⁹。

ここにおいて、量刑の本質は被告人の犯罪行為に対する責任（これを「行為責任」ということがある。）であるという考えを基礎とし、同種事案の量刑傾向を参照して「責任の枠」について大まかなイメージを共有した上で、①犯罪の結果や行為の危険性に着目した犯罪の客観的重さ、及び、②犯罪行為を行うに至った意思決定に対する非難の程度（①及び②を併せて「犯情」ということがある。）を踏まえ、同種社会類型の量刑傾向にも照らして当該事案の実態を評価した「責任の枠」（行為責任から導かれる量刑の大枠）

⁵⁷ 以上の議論の詳細は、拙稿「責任能力判断の責任論的・心理学的基礎と実践（第1～4回）」（2021年）判時2494～2497号、拙稿「責任能力判断枠組の再構築－「能力」論からの離脱と法曹にとつての「第5ステップ」以降－」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠＝松宮孝明『刑事法の理論と実務③』（2022年・成文堂）61頁以下参照。

⁵⁸ 井田良＝大島隆明＝園原敏彦＝辛島明『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』司法研究報告書63輯3号（2012年・法曹会）はしがき参照。

⁵⁹ 同司法研究の判断枠組に先鞭をつけたものとして、原田國男『量刑判断の実際（第3版）』（2008年・立花書房）及び司法研修所刑事裁判教官室『刑事裁判修習読本Ⅱ－これからの刑事裁判を担う人たちへ』（2008年）参照。なお、松山昇平「量刑判断過程の分析」『原田園男刑事退官記念論文集・新しい時代の刑事裁判』（2010年・判例タイムズ社）539頁以下、拙稿「裁判員裁判における証人尋問・被告人質問の在り方」高嶋智光＝園原敏彦＝清野憲一編『新時代における刑事実務』（2017年・立花書房）274頁参照。

を定め、そのようにして位置づけられた責任枠を超えない範囲で、一般情状等を調整要素として考慮して具体的な刑をピンポイントで定めるという量刑判断の枠組み（このような判断枠組みを「行為責任論」ということがある。）が主流となり、最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁は、量刑が行為責任の原則を基礎として量刑要素を客観的に評価し、犯罪類型ごとの量刑傾向に照らして公平性を損なわないものであることが求められる旨を判示するに至っている。

本稿では、刑罰とは「刑法の定める禁止・命令規範に反する何らかの意識的な行為（違法行為）がなされた場合に、法に違反する行為を行う意思決定に対する非難（責任非難）として科される制裁」であるという刑罰観から、犯行の発意から遂行に至る心理学的過程や、犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画全体を違法、責任という規範評価の対象とすべきとする犯罪論を提唱しているところ、同じように人を轢過して死亡させる行為に過失運転致死、危険運転致死、ストーカー殺人、わいせつ目的誘拐殺人、交通トラブルに起因する激情殺人、強盗殺人、保険金殺人等の彩りを与えるものが行為計画である。この行為計画は犯罪の社会類型を基礎付けるものと考えられる。また、本稿の判断枠組からは、犯行の発意から遂行に至る心理学的過程全体が意思決定に対する非難可能性（責任評価）の対象となる。従って、「行為責任論」に基づく上記量刑判断枠組は、大枠として支持することができる。

もっとも、「行為責任論」が基本的に妥当であるとしても、それは、司法研究が述べる行為責任論を全面的に受け容れるべきことを意味しない。そもそも、司法研究が述べる行為責任論は、如何なる出自や内容を持つものなのか、それはかつて人格形成責任

論や性格論的責任論責任論と対置されていた行為責任論と同じものなのか、それはかつて裁判所が量刑に当たり依拠してきたとされる「量刑相場」と同じものなのかも自明ではない。司法研究が述べる行為責任論が、従来の「量刑相場」を是としてこれを言語化したものに過ぎないと理解するのか、それとも、これを否として離脱したものと理解するのかによって、量刑の判断枠組や様々な量刑事情が持つウェイトは大いに異なり得る。

また、行為責任論の基礎にある考え方を受け容れるとしても、具体的な量刑判断枠組として構築していく思考枠組が、司法研究が提言した方法のみに限られるわけではない。例えば、英米では法定刑の幅が広く、裁判官の量刑裁量も大きかった状況を是正すべく立法や量刑指針評議会により量刑指針が定められるに至っており、そこで考慮される量刑要素の多くは我が国のそれと重なり合っているが、具体的な刑量の導出過程は相互に、また我が国のそれとも全く異なる。そのように考えると、司法研究が述べる量刑判断枠組も量刑判断方法の一つの枠組として相対化され得るのであり、これを唯一無二の原理としてではなく、より良いものに改良していく過程にあるものとして捉えるのが妥当であろう。

そして、司法研究が述べる量刑判断枠組をそのような改良過程にあるものと捉えたとき、本稿で述べた犯罪論が問題解決に向けた糸口を示唆することができるように思われるのである。

イ 司法研究が採用した行為責任論の出自

団藤博士は、昭和32年の刑法教科書において、個々の行為における悪い意思に非難の根拠を認める見解を行為責任論又は意思責任論として、行為者の性格（社会的危険性）に責任の根拠を認める性格責任論と対置し、自らは構成要件に該当する行為を責任

判断の対象とする人格形成責任論が正当と論じた⁶⁰。また、平野博士は、昭和38年の論稿において、人格責任論は応報非難という厳しい態度で行為者の内部まで応報非難で立ち入ろうとするものであるとして批判し、自らは、行為の背景としての人格や性格を考慮するものではあるが、「正しく理解した行為責任」としての性格論的責任論（実質的行為責任論）が正当と論じた⁶¹。

これに対して、井田教授は、その最初期の論稿において、行為主義の原則を前提とする責任主義によれば、①科刑は不法を前提とし、刑罰の量は不法の分量・程度によって限定される、②科刑は行為責任の存在を前提とし、刑量はその程度によって画されねばならないとの立場から、①人格形成責任論は責任非難の対象たる事実を個別行為に限定せず、個別行為の背後にある人格形成のためになされた無数の意思活動に向けている点で罪刑法定主義原則に反し、②性格論的責任論は責任主義の刑罰限定機能を失わせるものであると批判し、自らは、将来の犯罪予防目的を度外視し、過去の違法行為に対する非難可能性の意味における行為責任論を擁護する⁶²。しかし、井田教授は、量刑事情を個別行為の諸要素に限定することはせず⁶³、罪刑法定主義・行為責任主義を原則とする刑法において、どの範囲の事情が、如何なる理由から刑量に影響を与え得るのか、とりわけ、非構成要件の事情が量刑におい

⁶⁰ 団藤重光『刑法綱要総論』（1955年・創文社）182～188頁。なお、同『刑法綱要総論・第3版』（1990年・創文社）257～263頁参照。

⁶¹ 平野龍一「人格責任と行為責任」日本刑法学会『刑法講座第3巻・責任』（1963年・有斐閣）8～14頁。平野龍一「人格責任と行為責任」平野龍一『刑法の基礎』（1966年・東京大学出版会）38～45頁も同様。

⁶² 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（一）」（1982年）法学研究55巻10号88～93頁。

⁶³ 井田・前掲注(62)88～95頁。

て考慮され得るか、もし考慮され得るとしたらどの程度かを問う⁶⁴。

そして、井田教授は、①規範論としては、法規範は人為の及ばない結果の不発生自体を命ずることはできず、結果を発生させる危険のある「行為」を禁ずることができるに過ぎないが、「行為の無価値」は、処罰範囲の明確性を害さず、刑法の法益保護目的に矛盾しない限度内で違法性の判断に意味を持つに過ぎない、②不法の中核は保護法益の侵害ないし危険にあり、非構成要件の事情が行為の違法性、従って法益侵害性に影響し得るかが問題である、③量刑において、保護法益以外の利益に対する影響を行為者に不利益な方向に考慮することには反対する、④法益の種類によっては、一定の「非構成要件の」事情が行為の法益侵害性の程度を左右する重要な事情となり得る場合があるが⁶⁵、このような「不真正の非構成要件の事情」は、当該刑罰法規の保護法益の侵害の内容として考慮する程度を超えて、これを独立の量刑要素として考慮することは許されず⁶⁶、行為の不法・責任判断の評価の幅の枠内において二次的に考慮し得るととどまり⁶⁷、かつ、責任主義の原則からこれを量刑事情として考慮するには認識を必要とする⁶⁸、⑤「不真正の非構成要件の事情」以外の非構成要件の事

⁶⁴ 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(四)」(1983年)法学研究56巻1号71頁。

⁶⁵ その具体例としては、ピアニストの指を負傷させることにより、以後十分な演奏をすることを不可能にした場合や、経済的困窮状態にある被害者から財物を詐取した場合を挙げ、このような場合には、行為者がその事情を認識している限り、行為の法益侵害性自体が通常の事例よりも重いとしなければならないとする(井田・前掲注(64)74頁)。

⁶⁶ 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(五)」(1983年)56巻2号72頁。

⁶⁷ 井田・前掲注(66)85頁

⁶⁸ 井田・前掲注(66)86頁。

情は、限られた場合にのみ、例外的に、かつ、二次的な判断要素として考慮し得るに留まる⁶⁹旨を主張した。

井田教授の所説は、量刑論に行為責任論を本格的に持ち込み、またドイツ学説も参照しつつ⁷⁰、法益侵害又はその危険に関わる量刑事情とその認識によって量刑評価の幅を定め、この幅の範囲内で「不真正の非構成要件の事情」その他の事情を調整要素として考慮するという段階的な量刑の判断枠組を提唱した点で先駆的であり、かつ、教授自身が協力研究員として参画した量刑評議司法研究には、この判断枠組が色濃く反映されている点でも極めて重要な実務的意義を有する。

筆者は、井田教授の所説の先駆性と重要性には大いに敬意を払いつつも、教授の「保護法益」や判断対象とする「行為」の捉え方には狭きに失する部分があり、それが一部の量刑事情を過度に軽く扱う原因となっているように感じている。しかし、そのことについては後に触れることとし（2(9)参照）、まずは、司法研究登場以前に実務を支配していたと考えられる「量刑相場」の考え方や、諸外国の量刑方法を参照することにより、司法研究の提

⁶⁹ 例外的な場合としては、生命のように自己目的とされる法益において、その保護の反射的利益の侵害と見られる事情や、犯罪によって生じた「違法状態」の変更に関する事情（いわゆる不可罰的事後行為、執拗な恐喝行為により被害者が自殺に追いやられたような場合）が挙げられている（井田・前掲注(66)72～76頁、91頁参照）。

⁷⁰ 具体的に参照されている西ドイツにおける量刑判断学説のうち特に重要と思われるものは、① 応報・贖罪目的を主目的、予防目的を副次的目的と位置付ける、② 量刑事情として考慮すべきでない事情を除外した上、考慮すべき事情を行為の要素、行為者の要素に分かつ、③ 各量刑事情の軽重評価方向を確定する、④ 各量刑事情を関連づけ、比較衡量して重要性の程度を全体評価する、⑤ これらの量刑要素を一定の刑量へ数値化する旨のブルンスの量刑判断枠組（井田・前掲注(62)78～79頁）、及び、量刑事情を①行為事情、②行為者の人的要素、③行為と行為者とは緩やかにしか関係しない事情に三分し、①の事情によって量定された刑の「幅」の枠内で②の事情を、②及び③の事情を考慮してもなお生ずる刑の「幅」の範囲内で③の事情を勘案し得る旨のシュベンデルの量刑判断枠組（井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（三）」（1982年）法学研究55巻12号94頁）である。

唱した行為責任論の出自を探り、これを相対化することを試みようと思う。

ウ 司法研究が採用した行為責任論と従来の「量刑相場」の関係

司法研究は、従来実務家の暗黙知とされていた「量刑相場」に基づく量刑を定式化すると共に、従来「量刑事情」として一括して総合評価の対象とされてきたものを、量刑の大枠を決定する一次的な（主たる）量刑事情と、この大枠の中で刑量を変動させるに過ぎない二次的（副次的）な量刑事情に区分した。

これが従来の「量刑相場」を単に言語化したものに過ぎないのか、それとも、裁判員裁判における量刑評議において量刑の本質論を踏まえつつ、裁判官と裁判員が真の意味で共働したと言えるような量刑評議を実現する必要があるという喫緊の必要に迫られてなされた「量刑相場からの飛躍」であったかについては、議論があるところであろう。

しかし、仮に、司法研究の採用した行為責任論に基づく判断枠組は、従来の「量刑相場」を単に言語化したものに過ぎず、内容においてこれと寸分違わないと主張するならば、それは、司法研究の趣旨⁷¹にも、従前の「量刑相場」に関する実務家の感覚⁷²に

⁷¹ 井田等・前掲注(58)はしがきの「裁判員裁判では、法曹三者は、これまで慣れ親しみ、暗黙のうちに了解事項とされてきた量刑判断の手法から思い切って発想を転換する必要があり、量刑の本質等についてはより一層理解を深めてそれが裁判員の量刑判断に適切に反映されるようにしていくことが求められる。このような観点から、本研究は、量刑の本質論を踏まえつつ、裁判員と裁判官とが真の意味で協働したといえるような量刑評議を実践するための、いくつかの方策を考えようとするものである。」（傍点引用者）参照。

⁷² 裁判員法制定の翌年に公表された遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討（第2回）」（2005年判タ1185号36～40頁）では、量刑相場について「長年の経験によって体得した一種の勘」「古くは明治時代に近代的な刑事裁判制度が確立して以来、長年にわたる基準」「現在のところ全体として不文の存在で、量刑不当を理由とする上訴に対する上訴審の審査結果もある範囲で基準を示唆しているとはいえ、一般的な手引書のようなものがあるわけではない」「量刑相場は、これが今なお『相場』と呼ばれていることにも表れているように、裁判官はじめ刑事裁判に関与する実務家らの一種の体験的感覚でこれを知るほかはない」「長年の実務において形成されてきたものであり、熟

も、「行為責任論」に基づく量刑が行われ始めた平成20年台半ばの実務家の認識⁷³にも大いに反する強弁と言わなければなるまい。

このことに鑑みるならば、司法研究以前は、重要な量刑事情として総合評価の対象とされていた諸要素について、それらは量刑の大枠を決定する一次的な量刑事情か、それともこの大枠の中で量刑を変動させるに過ぎない二次的な量刑事情に過ぎないか、それは何故か、また、そもそもそのような区分自体が正当かについて改めて問い直す必要がある。

具体的に位置付けやウェイトを検討すべき量刑要素としては、例えば、刑訴法248条が掲げる「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状」（いわゆる「犯情」以外の要素と考えられる記述に筆者が傍点を付した。以下同）、改正刑法草案（昭和49年）48条2項が掲げていた「犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情」、最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁（永山事件最高裁判決）が掲げる「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、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状」、最判平成24年2月20日

達した裁判官であれば、一応身に付けている認識判断」等の説明が引用され、その内実は必ずしも明確なものではなく、ブラックボックスのようなもので、実は、裁判官自身にとってもとらえにくい、あるいは説明のしにくいところがある旨評されている。

⁷³ 司法研究が提唱されてから最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁が出されるまでは、司法研究のドラスティックでマニュアル的にも見える判断枠組に違和感や懸念を覚える実務家が少なくなく、法曹三者の協議会でも行為責任論の是非が度々取り上げられていたというのが筆者の経験に基づく認識である。

集刑307号155頁が犯行後の情状として考慮した罪証隠滅行為、更なる犯罪敢行、真摯な反省の情、社会への衝撃、更生可能性、被害弁償、被害者への慰謝の措置等が挙げられよう。

このように、我が国では、司法研究が量刑の大枠を決する事情として重視する①結果の重大性、②行為態様の悪質性、③犯行に至る経緯や意思決定の非難可能性以外にも多様な要素が重要な量刑要素として掲げられてきたことには留意する必要がある。

エ 多様な考えの有り得る量刑導出方法

司法研究が述べるように、犯罪行為の悪質性、犯罪行為の結果や危険、犯行に至る経緯に対する非難可能性等を主要な犯情事実と捉えるとしても、必ずしも、この3つのみが量刑の大枠の設定する要素になるわけではないし、刑の大枠を他の量刑事情で調整するという量刑導出方法が必然となるわけでもない。

そのような例として、米国と英国の量刑指針を取り上げる。比較のため、裁判員裁判でもしばしば現れる激情による殺人罪（米国ではVoluntary Manslaughter（故意故殺）、英国ではManslaughter by reason of loss of control（激情故殺））の量刑指針を取り上げる。

米国の量刑指針⁷⁴第2章によると、故意故殺罪の基本犯罪等級は29である（ちなみに第一級謀殺罪のそれは43、第二級謀殺罪のそれは38）。続く調整段階（第3章）では、嫌悪犯罪として犯された場合は+3、公務員に対する犯罪として犯された場合は+3、犯罪組織の首犯である場合は+4、被告人が被害者の監護者的立場に

⁷⁴ 現行の米国連邦量刑指針 (<https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated>) を参照した。やや旧聞に属するが、米国の量刑指針の解説として、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討（第4回）」（2005年）判タ1187号36頁以下、松原英世「連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化」前野育三他編『量刑法の総合的検討・松岡正章先生古稀祝賀』（2005年・成文堂）71頁以下。

ある場合は+2、司法過程妨害行為を伴う場合は+2、死亡の危険を無謀に発生させた場合は+2、白白等責任の引受けがある場合は-2等の調整がなされる。続く前科等の考慮段階（第4章）では、1年を超える拘禁刑前科ごとに+3、60日以上1年未満の拘禁刑前科ごとに+2、18歳以上の者が2個以上の粗暴犯又は薬物事犯の重罪前科を有する場合の犯罪レベルの調整（法定刑上限が無期拘禁刑の場合には37、25年以下の場合は34等）がなされる。なお、第3章及び第4章では、量刑指針を機械的に適用した場合の不都合を是正するための離脱(upward / downward departure)事由が定められている。続いて縦軸を犯罪等級、横軸を前科分類とするマトリックスへの当てはめが行われる（第5章）。例えば、上記による犯罪等級計算結果が29である故意故殺で前科が0又は1の場合の拘禁刑期間の幅は87月から108月（前科が10~12の場合には140月~175月）、仮に上記調整で犯罪等級が35となった場合で前科が0又は1の場合の拘禁刑期間の幅は168月から210月となる。

次に、英国の激情故殺罪の量刑指針⁷⁵によると、第1段階では犯罪の悪質度を決定する。A（悪質度高）を基礎付ける事情としては、①激情状態に陥る前の犯罪行為の計画（武器の携帯等）、②他の重大犯罪行為の過程における犯罪敢行、③武器の使用（現場使用に限らない）、④法律の定める原因による抑制不能、⑤死体の隠匿・破壊・汚損・切断、B（悪質度中）を基礎付ける事情としては、AとCの間にあること、C（悪質度低）を基礎付ける事情としては、相手による極めて高度の挑発がある。

⁷⁵ <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/manslaughter-by-reason-of-loss-of-control/>

第2段階では、開始基準刑量から加重事情、減軽事情を考慮して、刑量幅の中で量刑を行う。加重事情としては、①関連性のある前科の存在、②保釈中の犯行、③嫌悪犯罪、④緊急職員に対する犯行、⑤被害者への暴行・虐待歴、⑥強制・脅迫・搾取の存在、⑦被害者に対する精神的・身体的ダメージ、⑧公務執行中の者に対する犯行、⑨アルコールや薬物の影響下での犯行、⑩粗暴癖、⑪武器の使用、⑫被害者以外の者をも危険にさらした事、⑬犯跡隠蔽・証拠隠滅・その他の事後の行動、⑭仮釈放又は保護観察中の犯行、減軽事情としては、①関連性のある前科の不存在、②反省悔悟、③殺害の意図なく重傷を負わせるに留める意図であった事、④被害者による重大暴力・虐待歴、⑤善性・善行、⑥緊急・強度又は長期間の治療を要する重大な医療状態下にあった事、⑦精神障害又は学習障害、⑧低年齢・未成熟、⑨片親家庭が挙げられている。開始基準刑量と拘禁刑量刑幅は、それぞれ、悪質度Aにあっては14年、10～20年、悪質度Bにあっては8年、5～12年、悪質度Cにあっては、5年、3～6年である。

第3段階では捜査協力、第4段階では有罪答弁による減軽（時期により3分の1から10分の1まで）、第5段階では危険性を考慮した加重（無期拘禁刑、延長刑）又は最低拘禁期間の設定、第6段階では総合性を考慮した連続執行拘禁刑又は同時執行拘禁刑の選択、第7段階では、賠償命令その他付随命令の賦課、第8段階では量刑理由の説明、第9段階では未決拘留期間の算入を行う。

このように、英米量刑指針で考慮される量刑要素の多くは我が国のそれと重なり合っているが、具体的な量刑の導出過程は相互に、また我が国のそれとも全く異なる。

なお、その他の欧州の量刑原則に関する規定を見ると、ドイツ刑法は、その46条（刑の量定の原則）において、

- ① 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と期待し得る効果を考慮するものとする。
- ② 刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な事情及び不利な事情を相互に比較衡量する。その際に、特に、次のことを考慮する。

行為者の動機及び目的

行為によって表示された心情及び行為に際して向けられた意思

義務違反の程度

行為実行の種類及び行為の責めに帰すべき結果

行為者の前歴、その一身的及び経済的状态、並びに、

行為後の行為者の態度、特に、損害を回復するための努力及び被害者と和解するための努力

- 3 すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを考慮してはならない。

と規定し⁷⁶、スウェーデン刑法は、その第29章261条（量刑の一般原理と刑罰価値）において、

⁷⁶ 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討（第1回）」（2005年）判タ1183号26頁。

- 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。

と規定し、フィンランド刑法は、その第6章4条（量刑の一般原理）において、

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。

と規定し、デンマーク刑法は、その第80条（量刑の一般原理）において、

- ① 刑罰の最定にあたっては、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。

と規定している⁷⁷。

このように、フィンランドを除く多くの国でも、司法研究が量刑の大枠を決する事情として重視する①結果の重大性、②行為態様の悪質性、③犯行に至る経緯や意思決定の非難可能性以外にも多様な量刑事情が掲げられていることに留意する必要がある。

オ 「構成要件外の結果」の量刑事情としての評価

司法研究は、①保護法益の侵害やその侵害の危険性、②行為態様の悪質性等に顕れる法益軽視の態度、③動機・経緯の非難可能性を主要な犯情と位置付け、同種社会類型の量刑傾向に照らして量刑の大枠を決定し、上の3要素に当てはまらない要素は量刑の大枠内で刑量を変動させるに過ぎない事情と位置付ける量刑枠組を提唱した。これは数年の間に裁判員裁判対象事件の実務で広まり、最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁が出された後は、裁判員裁判非対象事件でも同様の考えに基づく量刑が行われるに至っている。

筆者は、従来ブラックボックスとも評されていた裁判所の量刑判断枠組が司法研究によって透明化され、比較的安定した量刑判断が行われると共に、量刑過程の適切性に関する検証可能性も高まったことは積極的に評価している。

他面で、上記の「変革」は実際には従来の量刑判断枠組に著しい変化をもたらすものであったにもかかわらず、国民や法律家の間で十分な論点整理や議論がなされることもないまま、現実の必

⁷⁷ 十河・前掲注(2)20～21頁。

要にも迫られて急速に変革が進行し、刑事裁判官においても、司法研究の示した量刑判断枠組は従来とは異なるものになったという自覚を十分に有しないままこれを所与の前提として受容したことにより、従来は重要な意義を与えられていた量刑事情が軽視され、国民の刑事司法に対する期待や社会常識との間に齟齬を生じているのではないかという懸念を筆者は拭えないでいる。

そのような量刑事情として特に問題としたいのは、犯罪が被害者や遺族にもたらした精神的・身体的苦痛や経済的苦境、具体的には、①窃盗や詐欺等の財産犯が、その財産の持つ特別の価値や、被害者の脆弱性の故に、被害者に著しい精神的苦痛や変調・自殺等をもたらした場合、②性犯罪が被害者に極度の精神的苦痛や日常生活における苦痛・変化、異性との交際ができなくなるなどの永続的な影響をもたらした場合、③殺人、傷害致死、過失運転致死罪における被害者の死が遺族に著しい精神的・経済的苦境をもたらした場合、④傷害罪が被害者の専門的な職業の続行を不可能にした場合等の取扱いである。

司法研究は、このような事例を「いわゆる構成要件外の結果」と位置付け、①主観的要件として構成要件外の結果の発生についての予見可能性が認められることが、これらの事情を量刑事情として考慮する要件となる、②刑罰法規が本来保護の目的としている法益の侵害結果ではない構成要件外の結果は、量刑判断に際しては基本的に従たる位置付けしか与えられない、③被害者が死亡した場合に、遺族がいる被害者といない被害者で量刑に大きな差をつけるのは妥当でないとの見解を示している⁷⁸。

⁷⁸ ①及び②について井田等・前掲注(58)40～44頁、③について同57～58頁。

しかし、これらの結果は、「風が吹けば桶屋が儲かる」式の長い因果連鎖を経て発生した結果ではない。まさに、被告人の犯罪行為が直接的に惹起した現実の結果である。結果は様々な偶然的な事情によって発生・不発生が左右され、それらの事情の中には、行為者の認識が及ばない事情も少なくない⁷⁹。犯罪論においてすら、被害者にたまたま持病があったために被告人の攻撃を受けた被害者が死亡した場合であっても、被告人は傷害致死の罪責を免れないと理解されている⁸⁰。量刑論において帰責の前提として被告人の具体的認識を求めることは権衡を失すると共に、素朴な社会常識にも反するのではなからうか。

そもそも世の中には色々な人がいるということは周知の事実である。持病がある人もいれば、精神的に脆弱な人もいれば、自己の身体を専門的活動の道具として活用している人もいれば、経済的にぎりぎりの状況で生活している人もいれば、世間的には無価値なようなものでも親の形見や子供の成長記録として大切に保管している人もいる⁸¹。また、犯罪被害者が犯罪によって大きな精

⁷⁹ この点、井田教授が「刑法の目的が法益の保護にあるとしても、そのために刑法が用いる手段は、一定の行為規範を定立し、規範違反に対して制裁を課することにより、規範の妥当性を維持・強化すること以外にはない。加えて、法益侵害結果の発生・不発生は多くの場合「偶然」に左右され、法規範は、人為のおよばない結果の不発生自体を命ずることはできず、結果を発生させる危険のある「行為」を禁ずることができるに過ぎない。刑法の目的が法益の保護にあるとしても、そのために刑法が用いる手段は、一定の行為規範を定立し、規範違反に対して制裁を課することにより、規範の妥当性を維持・強化すること以外にはない。加えて、法益侵害結果の発生・不発生は多くの場合「偶然」に左右され、法規範は、人為のおよばない結果の不発生自体を命ずることはできず、結果を発生させる危険のある「行為」を禁ずることができるに過ぎない。」（井田・前掲注(64)72頁）と述べるのは正当である。

⁸⁰ 例として、大判大14年12月23日刑集4巻780頁、最判昭和22年11月14日刑集1巻6頁、最判昭和25年3月31日刑集4巻3号469頁、最判昭和32年2月26日刑集11巻2号906頁、最決昭和32年3月14日刑集11巻3号1075頁、最決昭和36年11月21日刑集15巻10号1731頁、最判昭和46年6月17日刑集25巻4号567頁参照。

⁸¹ 英国では、運河上のボート内で女性を強姦した2名の被告人を12年の拘禁刑及び8年の延長刑に処した原判決に対して法務総裁から不当な寛刑を理由として量刑審査が申し立てたところ、英国控訴院は、原判決は被告人両名がフランスで強姦罪により10年の拘禁刑を受けて服役したことや、被害

神的打撃を受け得ることもまた今や一般的な常識となっていると言っておかろう。詐欺の被害者が家族から責められ、或いは自責の念から精神的に孤立し、自殺に至るといふこともしばしば報道されている⁸²。これらの結果は、正に被告人の犯罪行為が有していた「危険が現実化」したものと評価することができる。そのようなことにお構いなしに被害者や被害物品を狙った被告人を、被害者の個別事情に関する具体的認識がなかったとして「責任主義」の名の下に量刑上無答責とするのは、「無責任主義」と言わざるを得ないのではなからうか。この点、従来の量刑の整理によっても、このような「構成要件外の結果」は量刑相場を決定する犯情に含まれるものと理解されていたことにも留意すべきである⁸³。

者から母の形見である宝石という代替性のない心情的価値のある財物を奪ったことを適切に考慮していないとして原判決を破棄し、量刑指針の基準分類を引き上げ、18年の拘禁刑及び6年の延長刑に変更する自判をした事例がある (Mamaliga, R v [2018] EWCA Crim 515、拙稿「英国刑事法務事情(55)」英国刑事法務事情57号68頁)。

⁸² 例として、NHK「クローズアップ現代：詐欺被害者 閉ざされた苦悩」(2015年2月19日、<http://www.nhk.or.jp/gendai/articles/3619/>)、産経新聞「自ら命を絶つオレオレ詐欺被害者のもう一つの悲劇 「なぜだまされた」家族から責められ自責、孤独、苦悩」(2015年4月13日、<https://www.sankei.com/article/20150413-73MYRGZFYBIETNM2MY5J4V33XQ/>)、福島民友新聞「責められ『死にたい』残された家族にも悔い」(2015年7月9日、<https://www.minyu-net.com/serial/narisumasi/FM20150709-009644.php>)、朝日新聞「振り込め詐欺被害、頭をよぎる自死 家族からも非難され」(2019年1月20日、<https://www.asahi.com/articles/ASM1L521VMI1UCLV00V.html>)、東京新聞「投資詐欺被害に悩み娘自殺 母親が勧誘者ら3人を提訴『悪質さ知ってほしい』」(2022年11月3日、<https://www.tokyo-np.co.jp/article/211677>)、ヤフージャパンニュース「偽パイロット詐欺で2000万円被害『自殺未遂をしました。元の生活には戻れない』女性の涙の訴え」(2023年2月19日、<https://news.yahoo.co.jp/byline/tadafumiaki/20230219-00337432>)。また、那須修「特殊詐欺事件におけるだましのメカニズムを踏まえた防犯講話案」(2023年)警察学論集76巻3号13頁以下も参考となる。

⁸³ 例えば、原田・前掲注(59)8～9頁)。犯罪論における行為責任よりも、量刑責任においては社会的影響を含めて広く考えられる旨述べるものとして、座談会「「量刑判断の実際」と量刑理論」(2004年)法律時報76巻4項7頁 [小林発言]。「構成要件要素の評価を介さずに、直接、構成要件的结果以外の実質的被害の発生を量刑上考慮することが許されるのではないかとの意見もまた少なくなかった」ことに言及するものとして、伊藤寿「構成要件的结果以外の実質的被害の発生と量刑」(2006年)判タ1217号47頁。構成要件外の結果が犯情事実の一部をなすのかについて、従来我が国では敢えて言えれば肯定するのが一般的であったと総括するものとして、小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」(2007年)慶應法学7号25頁。

まして、被害者に家族があり得ることや、犯罪行為による人の死亡が遺族に測り知れない精神的・経済的打撃を与え得ることは誰もが予見可能である。

また、司法研究は、たまたま遺族がいた場合といなかった場合で量刑に大きな差をつけることの妥当性を問題とする。しかし、ここで問題になっているのは、被告人の行為がどのような結果をもたらしたかであって、人の命に差をつけるべきかというような抽象論ではない。被告人の致命的な犯罪行為が、現実には遺族に測り知れない精神的苦悩や経済的苦境をもたらした以上は、量刑枠を左右する重要な犯情事実としてこれらを取り扱うべきは当然ではなかろうか。

ところで、司法研究や井田教授が「構成要件外の結果」に「量刑枠内での調整要素」としての意義しか与えていない主な根拠としては、刑法は法益保護を目的としており、殺人罪は人の生命、傷害罪は人の身体、窃盗罪や詐欺罪は人の財産権、強姦罪や強制わいせつ罪は人の性的自由を保護法益とするから、それ以外の利益・権利の侵害は保護されないか、せいぜい副次的な保護しか与えることができない、ということが挙げられている⁸⁴。これは適切であろうか。

筆者は、このような保護法益の捉え方自体が狭きに失すると考えている。問題解決の鍵を握るのは、前述した違法の一般性である。

本稿は、何故当該違反行為に対する罰則を設ける規定はやむを得ないと言えるのかとの問いに対して、「当該行為一般を許容し

⁸⁴ 井田等・前掲注(58)35～36頁。また、井田・前掲注(64)74頁における「量刑において、行為者に不利益な方向に、保護法益以外の利益に対する影響を考慮することには反対しなければならない」との記述参照。

た場合には個人や社会にどのような不利益や弊害が生ずるか」と「当該行為一般を刑罰をもって禁止した場合に個人や社会にどのような不利益や弊害が生ずるか」を比較衡量の上、義務付け(禁止・命令)がやむを得ないと認められる場合に、刑法は当該行為を違法とし、違反行為に対する制裁を予め明示し、犯罪行為に及ぶという意思決定をしないように働きかけるものであると答えたのであった(上記1(3)参照)。ここで、「当該行為一般を許容した場合には個人や社会にどのような弊害や不利益が生ずるか」で考察されるのが保護法益論である。

そして、ある行為一般を許容した場合に個人や社会が被ると想定される不利益や弊害は、通常、一つに留まらない。例えば、詐欺罪の保護法益は、通常、財産的法益と考えられているが、詐欺で財産を騙し取られた者の受ける被害は、単に財産が目減りしたということに止まらない。自分が不覚にも犯人の甘言に乗って大切な財産を騙し取られてしまったという屈辱感を抱くこともあろうし、虎の子の財産を騙し取られたことにより将来への不安が一気に増して、精神的に不安定になることもあろう。また、大切な財産を騙し取られたことで配偶者や親、子に責められて家族関係が悪化することもあろうし、そのことを苦に自殺を考える被害者が生ずることすらないとは言えない(前掲注(65)参照)。刑法が詐欺罪について定める10年という懲役刑(拘禁刑)は、このような詐欺行為一般を禁圧するためにやむを得ないものと考えられる。ましてや、この詐欺が組織犯罪として実行されるときには、犯罪組織は犯罪収益の獲得により、さらにその勢力や被害が拡大していくことが想定される。組織犯罪処罰法3条1項13号が組織詐欺罪について定める1年以上の有期懲役(有期拘禁刑)は、このよう

な組織詐欺行為一般を禁圧するためにやむを得ないものと言えよう。

強制性交等罪（不同意性交等罪）の被害者が被る精神的被害は筆舌に尽くしがたいものがある。被害者は性犯罪被害をきっかけとして精神科治療を長期間にわたって受けざるを得なくなる、退職して収入の道を立たれる、配偶者・交際相手からの離婚・婚約破棄・交際継続拒否に直面したり、性被害をきっかけとして異性と通常の交際をすることが永続的にできなくなる等の様々な不利益を受けることも少なくない。

殺人罪、傷害致死罪、過失運転致死罪、業務上過失致罪等の人の死を招く犯罪における被害者が味わう苦痛・無念には想像を絶するものがあることは言うまでもない。それと同時に、被害者遺族が味わう悲嘆、精神的苦悩も同様に筆舌に尽くしがたいものがあるし、遺族が経済的苦境に立たされることも少なくない。被害者が心血を注いでいた事業が頓挫したり、被害者を様々な面で頼りにしていた人々が苦悩を覚えることもある。これらの苦悩や苦境が、犯人に対する厳しい処罰感情、時には報復感情に転化することがあることもごく一般的な事象である。

要するに、現在刑法により禁止されているような行為を一般的に許容した場合に個人、社会、国家に生じ得る不利益としては、精神的・身体的苦痛・苦悩、財産的損害や苦境、犯罪組織の膨張による被害・苦悩の再生産、風紀や秩序の紊乱・破壊による青少年や住環境への悪影響、自尊心や名誉等の感情侵害、報復感情の発生や復讐の連鎖等を容易に想定し得る。このような不利益や弊害を防止するために、刑罰という強力な制裁を明示することにより当該行為を禁止することが許容されるのである。そうであると

するならば、刑罰を科するに当たっても、被告人の犯罪行為により現実的かつ直接的に生じたこのような不利益や弊害を量刑に当たって考慮することが許されないとか、それは副次的にしか保護されない法益であるなどということが刑法の理念であるとは到底思われなところである。

少なくとも、犯罪が被害者や遺族に直接的にもたらした身体的・精神的苦悩、悲嘆や経済的苦境を正面から刑法の保護法益を侵害したものと認め、これも量刑の大枠を決する事情として扱うのが妥当と思われる。それは、従来からこれらの事情が量刑を左右する重要な量刑事情と位置付けられていたことや⁸⁵、被害者や遺族に対して真摯な慰謝の措置を講じたことが量刑上も斟酌されていること⁸⁶、さらには諸外国において修復的司法の取組が広がりを見せている背景等をよく説明し得るであろう。窃盗罪の保護法益は人の財産権に限る、性犯罪の保護法益は人の性的自由に限る、殺人罪の保護法益は人の生命に限るなどと狭く限定し、それ以外の法益を副次的と捉えるのは、一つのドグマ（主張）に過ぎない。このような理解を出発点として量刑の大枠に関する議論を始める必要があると考える所以である⁸⁷。

⁸⁵ 2(9)ウ及びエ、並びに前掲注(83)参照

⁸⁶ もっとも、被害者による慰謝の措置や被害者の処罰感情が刑事処分や量刑上重視されるべき犯罪とそうでない犯罪があり得ることは当然の前提である。強盗致傷事件における被害者の宥恕等を過大に評価した誤りを理由に原判決を破棄した東京高判平成28年6月30日高刑速106頁参照。

⁸⁷ なお、刑法の保護法益論においては、放火罪の本質を公共危険犯と捉えて、現住建造物等放火罪の第一次的な保護法益からすら当該家屋居住者・現在者の生命・身体の安全を除外しようとしたり、詐欺罪の保護法益を個人の財産権に限定して国家財産の保護を除外しようとしたり、社会的・国家的法益を殊更に個人的法益に還元しようとしたり、ある行為一般を許容した場合に社会にもたらされる混乱や不秩序を保護法益から除外しようとする議論が行われることがあり（なお、嘉門優「法益論の現代的意義」（2011年）刑雑50巻2号125頁以下）、筆者としては疑問を禁じ得ないところである。しかし、これらは本稿の射程を逸脱するため、別の機会に論じることとした。

カ 均衡刑論と一般予防的考慮

司法研究は、「被告人に科される刑は被告人の行為に見合ったものでなければならない」⁸⁸という意味における均衡刑論に立脚しているものと思われる。また、近時、フォン・ハーシュとシメスターの理論やスカンジナビア量刑論の発展を踏まえた均衡刑論が紹介され、均衡説に立った量刑の定式化が試みられてもいる⁸⁹。

ところで、罪と刑が均衡していなければならないということはそのとおりであるとしても、具体的に、どのような刑であれば罪と均衡しているといえるのか、刑の大枠を決定するのは罪刑均衡の観点のみであるであるのかは、それ自体大きな問題である。特にここで取り上げたいのは、介護疲れ殺人と保険金殺人の量刑傾向の相違である。現在の裁判員裁判の量刑実務では、前者は懲役3年・執行猶予5年というような執行猶予付きの刑に処せられることが多いのに対して、後者（の主犯）はほとんどの場合無期懲役刑以上の刑に処せられる。同じような態様で人を殺害したにもかかわらず、どうしてこのように大きな相違が生まれるのであろうか。本稿では、この量刑較差自体を不当とするのではなく、このような量刑較差は裁判官・裁判員が真摯な量刑評議の結果到達した健全な社会常識（前掲注(28)参照）を反映したものであることを前提として検討したい。

まず、殺害手段や殺害態様の相違はこの格差を説明することはできず、両者の違いは、主として、殺害の動機・経緯・目的の相違に由来するということは間違いなく言うことができるであろう。

では、この「動機・経緯・目的」の本体、実質は何であろうか。これこそは、「犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画」であり、その

⁸⁸ 例えば、司法研究163頁参照。

⁸⁹ 松澤・前掲注(4)41頁以下、十河・前掲注(2)。

発意から形成・遂行に至る心理学的過程の総体そのものではなかろうか。介護殺人においては、例えば、長年介護をしたことによる心身の疲れに認知機能の衰えた被害者による心ない言動が引き金となって、やりきれなさや絶望感、怒り等の情動が生じ、被害者を亡き者にして（自分も後を追って死んで）しまえば楽なるという目的が生じ、手近にある電気コードを目にして、これで相手を絞め殺そうという行為計画を瞬時に形成し、高ぶった情動状態からこれを抑止するような個体内コミュニケーションが行われることもなく、そのまま行為計画を実行に移すという過程を辿る。また、保険金殺人においては、例えば、遊興や事業の運転のために多額の現金を獲得したいという目的から、計画的に保険金殺人を実行すれば、犯罪と発覚することではなく、数千万円から1億円超の現金を取得できるのではないかと考え、保険金をかける相手、相手を殺害する手段、相手の死亡が犯罪死であると疑われないための諸工作、嫌疑が自分に降りかからないための諸工作を綿密に検討して行為計画を練り上げ、この計画であれば犯罪が露見することではなかろうと確信できた後に実行の着手に及ぶという過程を辿る。

この場合、殺害態様の悲惨さは、両者の量刑傾向の相違を説明できるような量刑要素とはならないであろう。また、「計画性は行為の危険性を高める」などと結果発生危険乃至は結果無価値論に引き寄せた説明がなされることもよくあるが⁹⁰、一概にそのように言えるかは疑わしい。如何に計画的な犯行であろうとも、その計画の多くが行為者の犯行発覚回避に向けられている場合には、計画性の高さは実行の決意を後押しするとは言えても、行為態様の危険性を高めることとは無関係である。また、計画的な殺人事件における死亡発生危険性が、

⁹⁰ 司法研究48頁参照。

高齢・無抵抗の寝たきり女性の首を絞め続けるという危険を上回るということも一概には言いかねるところであろう。

そうすると、保険金殺人を犯した者を無期懲役刑に処さざるを得ない理由は、主として、「金銭を得る目的のために人を殺害したこと」に求められることとなろう。では、「金銭を得る目的のために人を殺害したこと」はどのような意味で無期懲役刑を科されてもやむを得ない事情と評価されるのであろうか。

この点、「殺害が金銭目的に出たという理由だけで十分に無期懲役刑に処される悪質性を説明できるのだ」と考えることは、もちろん可能である。しかし、それと共に、「同種事犯の発生を予防するためにも、この種事犯には厳罰をもって臨む必要がある」という考慮が大きな役割を果たしていることも否定できないように思われる。

実際、最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁（永山事件最高裁判決）は、「死刑制度を存置する現行法制の下では、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、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない。」（傍点筆者・以下同）と判示し、明らかに、一般予防の考慮を罪刑均衡と並列に位置付ける記載ぶりとなっている。下級審判決を見ても、被告人が8歳の児童を性的目的で誘拐して殺害した誘拐・殺人被告事件において被告人を無期懲役に処するに当たり、「特にこの種犯罪については一般予防に対する配慮も必要である。」と判示したもの（大阪高判平成3年9月26日LEX/DB28019099）、保険金目的

の殺人被告事件において被告人を無期懲役に処するに当たり、「この種の事犯では一般予防の観点も軽視できない。」と判示したもの（千葉地判令和3年3月2日LEX/DB25569119）なども見られる。このような表現からは、保険金目的殺人や性的目的の児童殺人事件のような類型の事件については、同種犯罪の発生を許さないというメッセージを社会に対して発する必要があるという裁判所の強い意思が窺える。

このように、一般予防的要素を量刑において考慮することに対しては、①予防効果は実証されていない、②犯罪者を犬のように扱うものであるという定型的な批判が寄せられるかもしれない。しかし、そのような批判は当たらないと考える。何故ならば、①上のような一般予防・特別予防の必要性の考慮は、特定の犯罪類型について行われるもので、一般予防を目的として制定される刑法（上記1(1)①参照）自体が採用している法定刑の加重（例えば、殺人罪-刑法199条に対する強盗殺人罪-刑法240条後段）と同趣旨の運用と思われること、②上のような量刑上の考慮は、同種犯罪類型を踏まえた量刑傾向を参酌し、その中で公平に行われるもので、特に当該被告人を加重処罰する理由とするものではないこと（前掲注(23)参照）の故である⁹¹。

⁹¹ 本稿では詳論しないが、同様に、犯罪を繰り返す者についての量刑傾向も観念しうる。特に、万引き窃盗、覚醒剤自己使用罪や自己使用目的の覚醒剤所持罪、道交法違反（無免許運転罪、酒気帯び運転罪）等においては、初犯から三犯程度の量刑には明確な量刑傾向が認められる。これもまた、刑事処分を受けたにもかかわらず同種犯行を繰り返すことにより、行為者に対する責任非難が加重されると共に、保安・改善更生の両面における典型的な特別予防の必要性が増大することによって説明することが可能であろう。

3 拘禁刑の創設

(1) はじめに

懲役刑・禁固刑の拘禁刑への「単一化」⁹²は、もともと、選挙年齢の引き下げ方針を受け、若年者に対する処遇の在り方に関する検討が行われたことに端を発しており、本来的に、「処遇の在り方」、すなわち、「刑罰（自由刑）はどのように執行されるべきか」という問題である。

すると、今般の拘禁刑への「単一化」は、その外観とは裏腹に、起訴猶予、刑の執行猶予、刑の一部執行猶予、仮釈放、保護観察、少年に対する保護処分等と共に、刑罰権行使や処遇の「多様化」「柔軟化」の視点から統一的にとらえられるべきものであろう。この点、諸外国の刑事法が規定する多様な刑罰や社会内命令が我が国にとって参考となる点が多いと思われる。

(2) 拘禁刑創設の本質と処遇の在り方

第208国会による刑法改正による拘禁刑創設の本質については、「拘置のみならず、作業や指導も刑の内容か」を巡って様々な議論がされている。これは、「懲役は、刑事施設に拘置して所定の作業を行わせる」としていた刑法12条2項を「拘禁刑は、刑事施設に拘置する」「拘禁刑に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」と書き分け、「刑事施設の長は、禁錮受刑者又は拘留受刑者が刑事施設の長の指定する作業を行いたい旨の申出をした場合には、法務省令で定めるところにより、その作業を行うことを許すことができる。」としていた刑事収容施設法93条を「刑事施設

⁹² 刑としての拘留は維持されるが（改正後の刑法9条）、改正後の刑法12条2項と同様の規定が16条に設けられるため、ここでは拘禁刑への「単一化」として扱う。

設の長は、受刑者に対し、その改善更生及び円滑な社会復帰を図るため必要と認められる場合には、作業を行わせるものとする。ただし、作業を行わせることが相当でないとするときは、この限りでない。」と改正した趣旨解釈の問題であると共に、①刑罰とは何か(害悪であるべきか、意思に反した処遇の義務付けで足りると考えるか)、②刑と処遇の内容や関係を如何に解するべきか、③刑法12条2項と3項を書き分けたことに意味を見出すべきか、④刑務作業の性質は改正前後で変質したと考えるべきか、⑤作業や指導について(少なくとも間接)強制が可能なことをどのように説明するか、⑥刑の執行と行刑にどのような違いを見出すかという問いを巡る見解の対立の問題でもある。

ところで、受刑者には様々なタイプがあるところ、今般の刑法改正(拘禁刑創設)が行われた入口は、選挙年齢の引き下げ方針を受けて若年者に対する処遇の在り方に関する検討が行われたことであり、その出口では、再犯を繰り返す犯罪者に対して柔軟で効果的な処遇を行うことが目的とされた。とするならば、立法当局者が述べる如く、「刑の内容」という概念については講学上様々な理解があり得るとしても、この点に関する議論を棚上げして、「拘禁刑受刑者はどのように処遇されるべきか」と問うならば、「作業や指導は受刑者の自発性や動機付けに基づいて行われることが望ましく、作業については丁寧にその必要性を指導し、指導についても直ちに懲罰で対応することは従来同様望ましくない」という点について広く見解の一致があるように見受けられる⁹³。

⁹³ 参考として、小池・前掲注(1)23頁以下、小西暁和「拘禁刑の創設と犯罪者処遇の新たな展開」(2023年)罪と罰60巻2号5頁以下、佐伯温「拘禁刑下における刑事施設の矯正処遇等について」同45頁以下。

そして、現実に基礎を置く刑罰論の立場から今般の刑法改正が念頭に置く再犯を繰り返す受刑者における「犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画の発意・形成からその遂行までの心理学的過程」を見るならば、外界認知、情動や感情の生起、行動衝動の発意（意識化）、これを巡る個体内コミュニケーションを経て形成される行為計画の決意・遂行に、行為者の思考と行動の傾向の強い影響を与えていることが看取される。この思考と行動の傾向こそは、行為者のパーソナリティであり、変容させることが著しく困難な代物である。これは、何も犯罪者にとってのみの特質ではない。思考と行動の傾向とは人格そのものであり、誰もが変えようと思ってもにわかに変えられるようなものではないのである。犯罪の行動衝動を生みがちな思考と行動の傾向を矯正することは、歯科矯正と同じような困難さがある。すなわち、その矯正には痛みを伴い、矯正が奏功するには長い期間と粘り強い根気を要し、中途半端なところで中断した場合には、すぐに元に戻ってしまう。そして、思考と行動の傾向の矯正を歯科矯正と比べるならば、成果が確実に出るとは言いがたいことや、対象者の自発的な取り組みがなければ成果に乏しいことから、これを奏功させることは一層困難であることが理解されるのである。

すると、このように再犯を繰り返す者については、再犯の防止に向けた効果的で一貫性のある個別処遇を施設内及び社会内において切れ目なく行うことが目指されるべきである。拘禁刑の創設は、このような処遇を行うにあたって、現行刑法12条が犯罪者処遇に及ぼす硬直性を緩和する意義を有するものであり、上記の目的を達するための諸般の改正（若年受刑者に対する処遇調査の充実や処遇原則の明確化、刑の執行段階における被害者等の心情等の聴取・伝達制度、保護観察における新たなアセスメントツールを活用した

処遇手法の促進、刑の全部の執行猶予制度の拡充等)と共に、再犯防止に向けた処遇の充実化を支えるものと位置付けるのが相当であろう。

(3) 英国量刑法の定める多様な刑罰・処遇⁹⁴

英国では、様々な刑罰(附加刑)や処遇命令・処遇要件が規定されている。2020年量刑法を中心とする現在の刑罰・処遇体系⁹⁵を列挙すれば、下記のとおりである。

ア 主刑の種類

a 拘禁刑

- ・実刑、刑の執行猶予
- ・有期拘禁刑、無期拘禁刑、再犯リスクが認められる場合の延長刑
- ・無期拘禁刑に処する場合の最低拘禁期間の設定
- ・再犯リスクが認められる場合の不定期刑は廃止(遡及効なく不定期刑受刑者は存続)
- ・同時執行拘禁刑、連続執行拘禁刑

b 罰金刑

イ 刑事処分からのダイバージョン

a 警告、注意処分 b 固定反則金通知 c 訴追延期合意

ウ 利益剥奪手段

⁹⁴ 英国刑事立法や刑事実務の動向を取りまとめたものとして、拙稿「英国刑事法務事情(1)~(74・未完)」(2006年~2023年・刑事法ジャーナル3~76号)及びこの前身としての「英国法務事情第1~28号」(2003~2005年。https://researchmap.jp/kenichi_kiyono/)。なお、2020年量刑法57条は、成人被告人に対する量刑の目的は、①犯罪者処罰、②犯罪減少、③犯罪者の改善矯正、④公衆保護、及び⑤犯罪により影響を受けた人々に対する犯罪者による償いの5つにあるものとしている。

⁹⁵ Sentencing Act 2000の外、Magistrates' Courts Act 1980, Mental Health Act 1983, Company Directors Disqualification Act 1986, Road Traffic Offenders Act 1988, Education Act 1996, Protection from Harassment Act 1997, Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, Proceeds of Crime Act 2002, Sexual Offences Act 2003, Crime and Courts Act 2013, Serious Crime Act 2015等の諸法令による。

「現実」と「常識」に根ざした刑罰論（清野憲一）

a 刑事没収 b 民事没収 c 脱税

エ 附加刑

a 被害者課金 b 賠償命令 c 補償命令

d 回復命令 e 没収命令 f 運転免許失格

e 会社役員失格

オ 社会内命令

a 共同体内命令と各種要件

- ・無償労働要件
- ・矯正活動要件
- ・処遇要件
- ・禁止活動要件
- ・外出禁止要件
- ・排除要件
- ・居住要件
- ・外国渡航禁止要件
- ・精神保健治療要件
- ・薬物矯正要件
- ・薬物検査要件
- ・アルコール検査要件
- ・禁酒監視要件
- ・センター出頭要件
- ・遵守電子監視要件
- ・場所電子監視要件

b 少年矯正命令 c 犯罪行動防止命令 d 重大犯罪減少命令

e 性的危害防止命令 f 嫌がらせ行為制限命令 g 養育命令

h 入院制限命令 i 入院保護命令 j 接近禁止命令

(前橋地方検察庁検事正)