

平野龍一著「刑法概説」東京大学出版会 2012年5月7日刊を読む

## 刑法とは

### 1. 刑法とは

(1) 甲が自動車を運転中、誤って乙を轢いて、けがをさせたとしよう。この場合、甲は乙に対して乙が受けた損害を賠償しなければならない。それだけでなく、甲は過失傷害罪として処罰を受けるであろう。他方 A は B から借りた金を、期限が来ても返さなかったとしよう。B は A を裁判所に訴えて強制的に金を返させることができる。しかし A は、金を期限までに返さなかったからといって処罰されるわけではない。このほか、社会生活のなかで行なわれる「悪い」行為のなかには、道徳的には人々の非難を受けるが法律上は問題にならないものもあるし、民事法上の問題にはなるが、処罰は受けないものもあり、また処罰を受けるものもある。それで、どのような行為は処罰を受け、どのような行為は処罰を受けないのかをはっきりさせる必要がある。これを明らかにしているのが(広義の)刑法である。

(2) この広義の刑法のなかで、最も重要なのは、「刑法」という法律である。これを狭義の刑法、あるいは刑法典という。この「刑法」は明治 40 年に制定されたもので、すでに制定後約 70 年を経ている。その間、部分的には数回改正されたが、ほぼ同じ内容のまま現在まで存続している。

### 2. 刑罰とは

(1) 犯罪と刑罰 犯罪は、刑罰を加えるべきだとされる行為であるという点で、単なる民事法上の不法行為その他の「悪い」行為と区別される。それで、犯罪とは何かを明らかにするためには、まず、刑罰とは何かを検討しておく必要がある。

現在、刑罰として刑法に規定されているのは、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料である。死刑は生命を奪うものであり、懲役、禁錮、拘留は、自由を奪うものであり、罰金、科料は財産を奪うものである。これらに共通しているのは、犯罪者に、その意思に反して、法益の剥奪という直接的な苦痛を加える点であるといっていよい。

(2) 刑罰の正当根拠 では、何のために、このような苦痛を加えるのか。あるいは、このような苦痛を加えることはなぜ正当とされるのか。この問題は、古くから、大きな、そして困難な問題として議論しつづけられてきたところであり、現在でも見解は必ずしも一致していない。大別すると、次のような見解があるといえよう。

- ① その一つは、応報刑論と呼ばれる。罪を犯した報いとして苦痛を加えるのだ、とするのである。罪を贖うために、すなわち贖罪として、刑を受けるのだという考えは、ほぼ同じことを、刑を受ける者の側からいったものである。
- ② このような応報は、復讐の名残りだともいわれる。被害者あるいはその近親者は、害を加えられると憤激し、仕返しをしようという気持ちを持つ。歴史の上では、このような私人による復讐が事実上ひろく行なわれたし、制度として公認されていたこともあった。しかしこのような復讐は、強い者勝ちになりやすく、また、度を越すことも多く、必ずしも公正に行なわれるとはかぎらない。それで、現在では、国家はこれを禁止し、そのかわりに、国が一定の規準に従って刑罰を加えるのだというのである。「復讐と刑罰との関係は性欲と結婚との関係に似ている」といわれるのは、このような事情を言い現わそうとしたものである。
- ③ もっとも、刑罰が応報であるといわれるとき、刑罰はこのような復讐の名残りにつきるとされるわけではない。さらにすすんで、犯罪に対して応報としての刑罰が加えられること自体が正しいことであり、これによって正義が実現されるのだとされるのである。このような考え方は、カントやヘーゲルによって端的に表明された。カントは、刑罰は何らかの目的を達成するために加えられるのではなく、「定言的命令」であり、たとえ次の瞬間には人間の社会が消滅してしまい、今後の犯罪の防止ということは全く考慮する必要がない場合でも、罪を犯した人には刑が加えられなければならない、としたのであった。そして刑罰の内容は、目には目をという同害報復、すなわち犯罪の重さに応じたものでなければならないとした。さらに、ヘーゲルは、その弁証法の論理に従い、犯罪は法の否定であり、刑罰はその否定の否定であって、これによって法が回復されるとしたのであった。
- ④ このような応報刑論は、犯罪防止という効果のいかんを問わず、犯罪に対しては必ず刑罰が加えられるべきだとするのであるから、これを「絶対的」応報刑論と呼ぶことができる。もっとも現在応報刑論を主張する者の多くは、カントやヘーゲルのように徹底せず、応報刑を加えることによって犯罪防止の効果があるであろうことは認める。しかしその場合でも、犯罪防止の効果は、いわば副次的なものであり、応報であることそれ自体によって刑罰は正当化される、とするのである。
- ⑤ このような絶対的応報刑論に対し、相対的応報刑論と呼ばれる考え方がある。この考え方によると、刑罰は、応報であるということだけで正当化されるものではなく、刑罰が、犯人を含めて一般の人々が犯罪に陥ることを防止する効果があり（これを一般予防の効果という）、そのために必要である場合にだけ刑罰は正当化されるとするのである。従って、刑罰は、犯罪の重さ以上のものであってはならないが、場合によってはそれ以下のものであってもよく、あるいは刑罰を科さないですませることができる場合もある。もちろん、刑罰に、一般の人々の犯罪を防止する力がどの程度あるのかは、現在のところ、そうはっきり測定できるものではない。刑罰の一般の人々に及ぼす抑止的效果は、刑罰をおそれるという直接的なものだけでなく、刑罰を加えられることによって、悪は許されないものであるという意識が確認され強化されるという間接的な過程を通じて発揮されるところも大きいからである。しかし原理的にいって、いわば「均衡と功用」の両者によってはじめて刑罰が正当化されるとする点で、相対的応報刑論は、絶対的応報刑論と異なっている。

- ⑥ この違いは、刑罰をどの程度に用いたがよいかという実際上の結論にも影響を及ぼす。絶対的応報刑論は、一般の人々、とくに被害者の応報感情をそのまま肯定しやすく、また悪はすべて罰せられるべきであるという考えに傾きやすい。これに反し、相対的応報刑論は、もし他に犯罪を防止する方法、たとえば民事上の制裁あるいは社会的非難でことが足りるならば、なるべくそれらの方法によるべきであり、刑罰を用いるのは、必要やむを得ない場合に限るべきだという考えに傾く。刑罰は、犯罪防止のための「一つの」手段にすぎないのであり、しかも行為者に直接かつ重大な苦痛を加えるものである点で、できるならば避けられるべき手段だからである。このような意味で、絶対的応報刑論よりも相対的応報刑論の方が妥当だといわなければならない。
- ⑦ このように相対的応報刑論は、犯人自身に対しても、刑罰という苦痛と非難に懲りて、犯罪をくりかえさないことを期待する。たしかに多くの場合、この期待はある程度満たされるであろう。しかし、第一に、現実に加えられる刑罰、とくに犯罪者を刑務所に拘禁する自由刑は、単に犯罪の重さに応じた苦痛というにとどまらず、社会的な地位の喪失など、余分な苦痛を与えかねないものであり、その後の社会での生活に大きな支障をもたらし、かえって犯罪をくりかえす原因にもなる。それだけでなく、罪を犯すようになったのには、その者の置かれた社会環境のひずみ、あるいはその者の性格的・心理的なゆがみが、その一つの原因となっている場合が多い。したがって、環境を調整し、性格・心理を矯正して自ら法に従って生活をするようにすることは、一面本人のためになることであると同時に、再犯の防止のためには、反撥を買いやすい単なる「こらしめ」よりも、効果が大きいことも少なくない。したがって、場合によっては、一般予防の面をいくらか譲歩させても、犯罪者の社会復帰に役立つ方法をとることが、犯罪の防止という観点からみればより有効だということもありうる。このように、なるべく苦痛を加えるという方法によらないで、犯罪者の社会復帰をはかろうとする考え方を特別予防論あるいは社会復帰論という。絶対的応報刑であるならば、このような点に配慮をしないで犯罪があればあくまで刑を科することになるであろうが、相対的応報刑であれば、応報として認める範囲内で、犯罪防止の目的のために一般予防と特別予防のどちらを重視するかは、犯罪または犯罪者の種類によって選択されるべき問題だということになる。いいかえると特別予防上効果があるというだけで、刑罰を正当化することはできないが、相対的応報刑論の一部として取り入れることはできるのである。
- ⑧ もっとも、再犯のおそれの有無は、現在の科学では必ずしもはっきりしたものではないし、特別予防の処置も、犯罪者の自由を制限するものであるから、社会復帰という名目のもとに、過度の自由の制限に陥らないようにすべきであり、少なくとも刑罰という形で、行為の重さに応じた期間以上に拘禁することは認むべきでないであろう。社会復帰論者の一部には不定期刑を主張する者もあるが、これは右のような意味で妥当でない。なお、社会復帰のための措置自体についても、これをどの限度で強制し義務づけることができるかという点に限界があるし、社会復帰は本人の自主性にまたなければ目的を達成しえないものであることにも注意しなければならない。

### (3) 刑罰論の変遷

- ① 歴史的に見ると、これらの考え方のうちのどれかが、時代によって他よりも一段と強調されたことを知ることができる。
- ② 18世紀末から19世紀の初頭には、イタリアのベッカリーア、ドイツのフォイエルバッハ、イギリスのベンサム等によって、相対的な応報刑論ないし一般予防論が主張された。この旧派の人たちは、人々の苦痛をさげ快樂を求めて罪を犯すものであるから、罪の重さに応じた苦痛としての刑罰を予告し、執行すれば、犯罪は防止できるものだとし、罪刑の均衡を主張した。この場合、苛酷であり、恣意的であった中世の刑罰を緩和し、平等なものにすることに、その議論の重点があったといえることができる。
- ③ これに対して、19世紀末に、新派、あるいは近代派とよばれる人たちがあらわれた。イタリアのロンブローゾやフェリー、ドイツのリスト、オランダのハメル、ベルギーのプリンスなどがそれである。旧派の理論によれば、犯罪に応じた刑罰を科すると、犯人もふたたび犯罪に陥らないはずであるが、現実にはそうではなく、刑罰を加えてもまた犯罪を繰り返す人たちがいる。常習犯人と呼ばれるものがそれである。それは、これらの人々は、主として、社会的、性格的な欠陥、あるいは刑罰そのものの持つ欠陥にもとづいて犯罪を行なうからであり、これらの欠陥をそのままにしておいて、ただ犯罪に応じた刑罰を科しても、犯罪は防止できない。したがって、「社会政策は最良の刑事政策である」(リスト)といわれるように、犯罪の社会的原因の除去に努めると同時に、一方では猶予の制度(起訴猶予、宣告猶予、執行猶予など)を設けて有害な刑罰はなるべく避け、他方では犯人の性格的な欠陥によって罪に陥る者に対しては、これを改善し治療する効果があがるように刑罰を改良しなければならないとしたのである。いわゆる改善刑、教育刑の主張がそれである。
- ④ このような新派の主張に対しては、旧派の人達から、このような刑罰は行為者の自由意思および責任を否定するものであるという批判があった。そして新派と旧派との間に、いわゆる「刑法学派の争い」が展開された。しかしこの場合の旧派は、フォイエルバッハなどの旧派とちがひ、絶対的応報刑に傾いたものであった。この点は、その自由意思論にも現われている。フォイエルバッハなどが主張した自由意思とは、合理的な判断にもとづいて自己を規律する能力をいうものであったのに対し、この場合の旧派の人々が主張した自由意思は、原因がないという意味の自由意思であったのである。したがって、わが国ではともに単に旧派と呼ばれているが、この旧派を後期旧派と呼び、フォイエルバッハ等の旧派を前期旧派と呼んで、両者を区別する必要がある。

### (4) 不定期刑と改善保安処分

- ① この旧派と新派との論争で、実際上の問題として議論がたたかわされたのは、常習犯人に対して不定期刑を採用することの是非であった。不定期刑ということになると、どうしても行為についての責任の範囲を越えて自由を拘束することになる。新派の人たちは、刑罰は犯罪者を改善するための手段であるから、必ずしも責任の範囲内である必要はないとして、不定期刑を主張した。旧派の人たちは、刑罰はあくまで責任に応じたものであるべきだとして不定期刑に反対した。

- ② この二つの見解の妥協として採用されたのが改善保安処分の制度である。責任に応じた刑罰を執行した後、なお再犯のおそれ大きいときは、改善保安処分として拘禁し、改善の処置を講じようというのである。ヨーロッパ諸国とくにドイツでは、このような改善保安処分が採用された。しかし、この場合の保安処分は、實際上刑罰とそれほど違いはないものであるので、改善保安処分という名のもとで、実は責任以上の刑罰を加えているのではないかという批判は、まぬかれがたい。
- ③ もっとも改善保安処分は一切許されないというわけではないであろう。とくに少年や精神障害犯罪者の場合は、刑罰は効果が薄いだけでなく、弊害も一段と大きい。それで、刑罰を加える「代りに」改善保安処分(少年については保護処分、精神障害者については治療処分と呼ばれる)を課するのが妥当なこともある。この場合でも、改善保安処分も自由を制限するものである以上若干の刑罰的な色彩を伴うことは否定できないし、将来の犯行の予測は現在の科学ではまだかなり不確かであるから、改善保安処分としてであっても自由を拘束することには、慎重でなければならない。
- ④ なお最近では、後期旧派の立場からも、行為だけでなく行為者人格そのものについても責任を問うことによって(これを人格責任あるいは人格形成責任という)、常習犯人に対する不定期刑あるいは長期の刑を認める見解もある。しかし、人格の形成そのものについてまで責任を問うのは、刑法としてはゆきすぎであり、また實際上、人格を形成したことについての責任の有無を明らかにすることは不可能であるから、実際上は責任をこえた刑罰になってしまうであろう。

P3 ~ 13

[コメント]

私が最もよく読んだ刑事法学者のお一人、平野龍一先生の刑法のテキストが復刊された。よくまとまっております、刑法をもう一度勉強させていただくには最適のテキストの一つと確信する。初版は1977年3月に刊行され、大人気であった。

— 2012年9月30日 林 明夫記 —