HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	量刑基準に関する一試論（３）　－量刑事情としての「犯罪後の態度」を中心に－
Author(s)	城下, 裕二; SHIROSHITA, Yuji
Citation	北大法学論集, 44(2), 47-116
Issue Date	1993-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15523
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(2)_p47-116.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

量刑基準に関する一試論（三）

――量刑事情としての「犯罪後の態度」を中心に――

城下裕二

目次

第一章　問題の所在
第二章　前提的考察
　第一節　量刑論における諸概念
　　一　「量刑」の意義
　　二　量刑基準と量刑事情
　第二節　量刑基準の立法例
　第三節　判例の概観

第三章　当為としての量刑基準
第一節　序論――刑罰理論と量刑基準の関係――
第二節　我が国における刑罰理論と量刑基準
一　応報刑論と量刑基準
二　目的刑論と量形基準
三　小括
第三節　刑法改正と量刑基準
一　改正刑法準備草案四七条
二　改正刑法草案四八条（以上四三巻四号）
第四節　ドイツにおける理論状況
一　諸草案および現行刑法典における量刑基準
二　「幅の理論」について
三　「位置価説」について
四　小括（以上四三巻五号）
第五節　量刑における「責任」と「予防」
一　量刑における責任主義
二　「予防」の内容
三　小括
第四章　当為としての量刑事情
――「犯罪後の態度」を中心に――
第一節　量刑における「犯罪後の態度」の諸相
第二節　処断刑形成過程における「犯罪後の態度」
一　自首

二　自白
三　被拐取者の解放
四　検討（以上本号）
第三節　宣告刑形成過程における「犯罪後の態度」
第五章　総括と展望

第三章　当為としての量刑基準

第五節　量刑における「責任」と「予防」

本節では、これまで概観してきたことを踏まえて、我が国における「当為としての量刑基準」[1]について検討する。既に本章第一節で確認したように、あるべき量刑基準の構築に際しては、近代刑法学の基本原則である「責任主義」と、刑罰目的（予防的考慮）の内容をいかに構成し、関連づけていくかが重要な課題となる。それは、刑罰における「正義」と「合目的性」[2]、あるいは個人的側面と国家的側面[3]の相克を調和させる試みであると言ってもよいであろう。

以下においては、まず、「責任主義」が量刑においてどのような意義をもちうるのかという問題の考察から始めることにしたい。

（1）ここでは、法定刑（または処断刑）から、宣告刑を導く過程を問題とする。法定刑から処断刑を導く過程については、

第四章第二節において特に「犯罪後の態度」に焦点をあてて検討する。

(2) Heinrich Henkel, Die „richtige" Strafe, 1969, S. 5ff.

(3) Reinhart Maurach=Karl Heinz Gössel=Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 559.

一　量刑における責任主義

一(1)一般的に「責任なければ刑罰なし(nulla poena sine culpa)」という標語によって示される「責任主義」[4]は、犯罪論において、狭義では少くとも故意または過失のない行為は犯罪として処罰してはならないということを意味し、広義では非難可能性がない行為は犯罪として処罰すべきでないということを意味する。違法行為を犯したことにつき行為者を非難しうる場合でなければ刑罰を科しえないとするこの原則は、周知のように故意・過失がなくても発生した結果を処罰の対象とする「結果責任」(あるいは「厳格責任」・「絶対的責任」)や、一定の団体に属することを理由に処罰を行う「団体責任」を否定してきた。さらに、結果的加重犯・過失犯・代罰規定や両罰規定における業務主の責任などについて、その成立範囲を限定するにあたって大きな役割を果たしてきたのである。

しかし責任主義の内容は、右のような「帰責における責任主義」[5]に尽きるものではない。責任が程度を付し得る概念であるとすれば、責任は処罰の可否だけでなく、処罰の程度をも規制すべきことになる。そこから刑罰論、特に量刑論の領域でも「刑罰は責任に相応したものでなければならない」とする帰結も生じうる。このことから、「刑罰の程度・分量は責任の程度・分量に従う」という、「量刑における責任主義」[6]が導き出される。量刑において考慮される中心的要素は責任でなければならないとされるのである。

(2)我が国においては、「改正刑法草案」をめぐる議論の過程で、いわゆる「積極的責任主義」と「消極的責任主義」

という対立モデルが示されてきた。後者は「責任主義」を「責任なければ刑罰なし」という本来の意味で理解し、これを犯罪の成立範囲を限定する原理として位置づける立場であるが、前者はこれを「責任あれば刑罰あり」（責任があれば必ず刑罰を科さなければならない）という意味に捉え、犯罪の成立範囲を拡大する原理とする立場であるとされる。特に前者は後期・古典学派による道義的責任論から主張される傾向にあるとも指摘されている。(7)

この対立モデルは、「量刑における責任主義」に関して特に重要な意味をもつ。「量刑における責任主義」をめぐる「積極的責任主義」と「消極的責任主義」の対立は、「刑罰の程度・分量は責任の程度・分量に従う」という命題を絶対的なものと考えるか否かに対応する。(8) このことを肯定するならば、責任は刑罰の「正当化根拠」となり、量刑の「責任拘束性」が強まる。責任は刑罰を要求し、責任はあるが刑罰を科さないということはありえない。責任のみが刑罰を規定し、そこに予防的考慮が働く余地はないことになる。反対に、右の命題の絶対的性格を否定するならば、刑罰の責任相応性とは「刑罰の程度・分量は責任の程度・分量を越えてはならない」ことを意味するにすぎなくなる。そして、刑罰を決定するものとして、予防的考慮が重要な役割を果たすことになる。責任は、それが存在しない場合には刑罰を科してはならないという意味で刑罰の「前提条件」であり、かつ、犯罪予防目的の追求に「限界」を設定するものとして位置づけられる。責任の程度を越えた刑罰は、責任を前提とするものとは言えない。ここでは、責任の「刑罰限定機能」が強調されることになるのである。(9)

改めて指摘するまでもなく、刑法における責任主義は、「消極的責任主義」として理解されなければならない。そもそも責任主義は、可罰性の限界を画するものとして歴史的に展開されてきたのであって、そこでは近代的な個人主義・自由主義の思想に基づいて、国家の刑罰権を合理的に規制するという役割が期待されている。(10) すなわち近代刑法の基本原則としての責任主義は、責任を犯罪と刑罰の前提および限界とすることによって、「個人の尊厳（一人ひとりの人間

がもつ生存と自律的人格性のゆえに、個人がかけがえのないものとして尊重されるべき存在であるということ）によって基礎づけられる権利と自由、その意味の『人権』を国家権力による無限定の犯罪予防目的追求に対して保障するために、国家刑罰権を制約する原理として形成された[11]」ものなのである。従って、責任主義は字義通り「責任なければ刑罰なし」という趣旨に解するべきであり、それは量刑においては刑罰限定機能として具体化されるのである。このことは、いわゆる「謙抑の法理」の量刑論への反映[12]であるとも言えよう。

このように、近代刑法学の基本原則である責任主義は量刑論についても妥当する。それは「量刑における消極的責任主義」として理解され、刑罰限定機能を営むことになるのである。

(3)もっとも、「帰責における責任主義」と「量刑における責任主義」とでは、それぞれの原則にいう「責任」の意味が異なる、とする見解も存在する[13]。これによれば、前者における「責任」とは、それが故意・過失と解されるにせよ非難可能性と解されるにせよ、犯罪の成立要件の一つとして構成要件該当性および違法性から区別された狭義の責任を意味するのに対し、後者においては、構成要件該当性・違法性・責任から成る犯罪性という意味での責任が対象となる、と主張される。すなわち、犯罪論と量刑論とでは、「責任」の意味を区別して論ずるべきであるとされている。

しかし、このように両原則における「責任」の意味を別個に理解する必要性は果して存在するであろうか。責任は、常に違法行為に対する評価であって、構成要件に該当する違法な行為が存在しなければ、刑法上の責任を考えることはできない。すなわち、「違法なき責任」ということはあり得ず、責任は常に違法を包含し、責任の程度の大小も、当該違法行為に対する非難可能性の大小に他ならないのである。このように考えると、両原則における「責任」の意味を別個に理解する必要はないことになる[14]。

周知のようにドイツにおいては、アッヘンバッハ(Hans Achenbach)が責任概念を①責任理念(Schuldidee)②刑罰を基

礎づける責任(Strafbegründungsschuld)③刑量または量刑責任(Strafmaß-oder Strafzumessungsschuld)の三つに分類して以来、「刑罰を基礎づける責任」と「量刑責任」とを区別して論ずる立場が多くなってきている。[15] しかし、このような区別も、ルドルフィー(Hans-Joachim Rudolphi)が正当にも指摘するように「機能の違いに応じて立法者が区別した、責任理念の二つの表現にすぎない」と理解される限りでのみ、認めることができよう。[16] 二種類の異なる「責任」を考えるのではない。同一の意味内容をもった「責任」が、二つの場面で別の機能を果たすというだけのことである。従って、責任主義にいう「責任」の内容は、犯罪論においても、また量刑論においても統一的に理解されうることになる。[17]

二(1)「量刑における消極的責任主義」に依拠する場合、そこにいう「責任」の基礎（＝責任判断の対象）は「行為責任」（個別行為責任）でなければならない。思想や性格・人格そのものは処罰の対象となることはなく、「行為」となって外界に現われたときに初めて、その「行為」のみが処罰の対象となるとする「行為主義」の原則は、責任論において、人はその「行為」だけを責任判断の対象とされるという「行為責任」論として具体化することになる。[18] 換言すれば、犯罪予防目的の追求に対する「限界」となるべき「責任」は、個別行為に対する法的非難可能性の量（程度）なのである。[19]

(2)ところが我が国においては、行為責任論に基本的に賛意を表しつつも、さらに広範囲にわたる事情を責任判断の対象とする見解が存在する。それが、人格（形成）責任論である。[20] この立場からは、次のように主張される。

まず、犯罪行為は行為者の人格の主体的現実化である。従って、第一次的に着眼されるのは行為そのものである。行為は、まさしく人格の動態における一こまにほかならないから、行為責任の観念はやはり堅持することを要する。しかし、犯罪行為は、その背後に潜在的な人格体系を予想しているのであり、これを切り離して行為だけを論ずることはできない。しかも、このような背後にある人格も、素質と環境による重大な制約を受けながら、主体的に形成されてきたのである。行為者が、性格学的な人格に対して主体的に何かをすることができた範囲で、人格形成における人格態度に

ついて行為者に非難を加えることができる。逆に、素質や環境が人格形成を必然的に制約する面においては、非難を軽減する方向に働く。これが人格形成責任である。行為責任と人格形成責任とは、前者が第一次的、後者が第二次的に考慮されるものとして、概念的には区別されるが、生の現実では両者はむしろ不可分のものであるから、窮極においては合一されて考えられるべきであり、全体として人格責任と呼ぶことができる[21]――と。

以上のようにして、人格責任論の立場からは、個々の行為のみならずその背後にある人格も責任判断の対象となるのである。しかし、この見解に対しては、次のような批判が加えられてきた。まず、行為を離れて行為者の人格形成過程にまで非難を及ぼそうとすることは行為（責任）主義の原則に反する[22]。人格形成の過程はきわめて複雑であり、そもそも人格に対して主体的に何かできたとして非難しうる「有責な部分」と「有責でない部分」とを区別して判定することはほとんど不可能である[23]。また、行為が有責であるかどうかを行為意思の背後にある人格態度によって判断しようとする点についても、人格態度そのものは必ずしも明確に認定できるものではなく、人格態度がそのまま意思あるいは行為として現われるとは限らないから疑問がある[24]。さらに、人格形成過程は責任非難を軽減する方向にも働くとされるが、「人格を主体的に形成できたはずだ」「悪い人格環境から主体的に抜けることができたはずだ」とほとんど常に言えるから、実際上、人格形成責任が責任非難を軽減する方向に働くことはまれであろう[25]。

人格責任論が、一方では行為責任論は具体的な人間の把握において不十分であるとし、他方では性格責任論は非難の要素を欠き主体的な人間性を見失うとしつつ、両説の止揚を試み、行為の背後に存在する行為者の主体的な人格を強調したことは確かに注目に値すると言えよう[26]。しかし、右に見た批判的見解にもあらわれているように、人格責任論が――行為責任を堅持するとしながらも――行為を離れてそれ以前の人格形成過程を責任非難の対象としていることは、行為主義に反するおそれがあるように思われる。さらにこの理論によれば、例えば「『危険な性格』は、犯罪行為の結

果とならぶ『違法な結果』であり、それをつくりあげるためになされた無数の意思活動に対して、責任が問われる[27]」ことになる。ドイツにおいては、行状責任論が構成要件に記述されていない「人格の不法」を認めて責任判断の対象としたことに対して、罪刑法定主義に反するという批判が提起された[28]が、同様の問題は、人格責任論からの帰結にも当てはまると言わなければならない[29]。

(3)ところで、行為責任論を採用する立場の中にも、従来の見解は「形式的行為責任」論であるとして、行為にあらわれた限度で行為者の人格ないし環境を考慮して責任の軽重を考えようとするものがある。すなわち、自由意思というものをごく単純に考えるならば、結果を認識していた以上、結果の重さに応じた行為責任が問われることになる（形式的行為責任）。しかし現実には、同じように結果を認識していた場合でも、その行為に出た背後には種々の事情があり、行為者の人格および環境あるいは過去の経歴等からみて、そのような行為に出たことがある程度やむを得ない場合もあるであろうから、「実質的行為責任論」をとる必要があると主張されるのである[30]。

この見解は――先に見た人格責任論と異なり――人格形成過程そのものを非難の対象とするのではなく、行為にあらわれた限度で人格を考慮して行為責任の軽重を考えようとする。その場合、行為が人格相当であれば、それだけ責任は重くなる。人格には刑罰が作用しうる層（規範心理的な層）と作用しえない層（生理的な層）があり、行為が前者の層における人格に相当であれば、それだけ責任は重いと判断されるのである[31]。この考え方は、いわゆる「やわらかな決定論」に基きつつ、責任を刑罰目的（抑止刑論）から展望的に把握しようとするものであり、その根底には、どの程度の刑を科するかは、犯罪的意思がつくりあげられる可能性の強さによることになり、犯罪的な動機を持つ強い可能性のある性格であればそれだけ責任が重い（例えば、習慣によって反対動機さえ生じなかった窃盗の場合には、行為は人格相当だから強い非難に値する）とする「性格論的責任論」が存在する[32]。

しかし、この「実質的行為責任論」に対しても、次のような批判が向けられてきた。まず、行為にあらわれた限度で人格を考慮するとしても、行為が人格相当であれば、それだけ責任が重いとすることは、実際には本来の行為責任論の限界を逸脱して「そのような人格であること」に非難を加えて責任を問うことになる(33)。犯罪的な動機をもつ強い可能性のある人格ならばそれだけ重い刑罰が妥当するということは、行為責任ではなく、性格の危険性に向けられた責任論となろう(34)。また、現在の経験科学では人格を規範心理的な層と生理的な層とに必ずしも明確に分けることはできない(35)。非難を刑罰の効果にかからしめる点で、他行為可能性を前提とする本来の非難たりうるのかという疑問もある(36)。

確かに、「責任を心理的意思に対する非難可能性として実質化していくと、行為要素としての意思活動の背後にある行為者側の人格ないし環境的事情を考慮せざるをえなくなってくる」(37)であろう。しかし、そのような事情は、本来、責任能力や期待可能性の有無ないしは程度を判断する場面において考慮すべきものであり、そのことから行為の背後にある事情（特に人格的事情）を考えて行為責任の軽重を決定すべきであるという見解が一般的に正当化されるわけではない。また、「実質的行為責任論」が、刑罰目的（抑止刑論）から責任を展望的に把握したことの理論的意義は大きいとしても、「量刑における消極的責任主義」では責任を予防的考慮の「限界」とすることが求められているにもかかわらず、その責任の内容じたいを予防的観点から構成する試みは背理に陥らざるを得ない(38)。責任に刑罰限定機能を営ませようとするならば、回顧的な、すなわち違法行為に対する法的非難可能性という意味での（個別）行為責任を採用すべきなのである(39)。

三(1)以上のように、「量刑における消極的責任主義」は、「量刑における消極的行為責任主義」でなければならない。そしてこの原則から、次の帰結が導かれる。「行為責任」は、それが存在しない場合には刑罰を科してはならないという意味では刑罰の「前提条件」であり、同時に、その程度（量）を越えた刑罰を科してはならないという意味では刑罰

の「限界」となる。[40] 換言すれば、量刑においては、予防的考慮に基づいて最終刑を確定すべきことになるが、それは行為責任（による責任相応刑）の程度を最上限としなければならないのである。従って、行為責任が存在しても、そこから直ちに刑罰が「要求」されるのではない。刑罰は予防の必要性によって決定されるのであるから、予防的考慮から必要とされる刑罰が、行為責任の程度（量）よりも軽い場合には、刑罰は責任相応刑を下回ってよいことになる。[41]

(2)このような理解は、刑罰の正当化根拠との関連では、既に見た相対的応報刑論[42]の立場と親近性を有すると言えよう。しかし、我が国における相対的応報刑論が――予防的考慮の必要性を認めつつも――なお「応報」によって刑罰を根拠づけることができると主張しているのであれば、それには疑問がある。確かに刑罰は、法益剝奪という苦痛を内容とし、犯罪行為に対する反作用として行為者に科せられる。このことを「応報」と呼ぶとしても、それは「経験的事実ないし存在の問題」[43]であって、刑罰を根拠づけるものではない。国家が、その権力によって個人に苦痛という害悪を加えることが正当化されるのは、それによって犯罪の予防という効果がある場合に限られる。ただ、国家刑罰権による犯罪予防効果の追求には、内在的制約がない。犯罪予防効果さえあれば、過度の刑罰を科すことになる危険性が常に存在するのである。そこで、個人の尊厳によって基礎づけられる権利・自由を国家刑罰権に対して保障するための原則（外在的制約）が犯罪予防効果の追求には不可欠となってくるのであり、その役割を責任主義に求めるべきなのである。[44] 従って、「責任主義によって制約された目的刑論」とでも言うべき立場が、ここでは妥当することになる。

(3)それでは、刑罰の限界（上限）としての行為責任の量（程度）はどのようにして表現されるのであろうか。第四節において見たように、ドイツでは量刑の際に考慮される「責任」の意義に関して、いわゆる「点の理論」と「幅の理論」の対立があった。[45] もっとも、現在では――例えばドイツ刑法四六条一項の解釈について――両者は歩み寄りを示しているが、責任相応刑の数量化に関するかぎり、各々異なる出発点に立つことは明らかである。また、ドイツの刑法改正作

業の過程では、責任を刑罰の「上限」とする見解は、「点の理論」に依拠するものである、と指摘されることがあった。[46] しかし、これも既に確認したように、[47] 責任を刑罰の「上限」と解することと、「点の理論」との間に一義的な対応関係があるわけではない。従ってここでは、刑罰の「上限」としての責任相応刑の数量化について、改めて考察することが必要となる。

「点の理論」の支持者は、「幅の理論」は認識論的問題と存在論的問題を混同している、と批判した。[48] しかし、責任相応刑を行為責任すなわち違法行為に対する法的非難可能性の量と解する場合、その量に対応する刑罰が唯一の「点」として確定されるということは――認識が困難であるというよりも――そもそもあり得ないであろう。それは、行為に対する価値判断を刑量という異質な要素に変換する際に必然的に生ずる結果なのである。その意味で、行為責任の量には「幅」がある。[49] しかし、そのように考えることは「統合説」の量刑論上の帰結としての「幅の理論」に直結するものではない。既に見たように「幅の理論」そのものはドイツ連邦通常裁判所の判例においては重罰化を導く理論として登場し、我が国の改正刑法準備草案では相対的不定期刑の根拠づけとして援用されたという経緯がある。[50] ここでは、刑罰の「上限」となる行為責任に相応する刑の表現形式として「幅」の存在を肯定するに過ぎない。重要なことは、それによって行為責任の刑罰限定機能が損われるわけではなく、また、予防的考慮の濫用が認識されるためには、行為責任の厳密な数量化は不要であるという点なのである。[51]

(4)しかし、本稿におけるこれまでの考え方に対しては、先に見た相対的応報刑論の立場から次のような反論が予想される。すなわち、責任主義による制約を認めつつ予防的考慮に基づいて最終刑を決定することには、個別事例における予防効果測定が経験的に不確実である現時点では、量刑が犯罪の重さと均衡を失し、不平等・不斉一となるおそれがある。むしろ、行為者の責任に相応する刑を科すことを基本とする方が、責任刑による一定の予防効果が期待できると同

時に責任主義の要請も満たされ、かつ安定した量刑の基準が得られる――と。この見解は、「積極的責任主義か消極的責任主義かの二者択一でわり切ろうとすることは、問題をあまりにも単純化するものだということになる」[52]との観点から主張されている。確かに、例えばドイツ刑法四六条に関する通説的見解のように、責任を量刑の「基礎」とし、予防的考慮は原則として責任相応刑（の幅）の範囲内で働かせることにしても、責任の「刑罰限定機能」は維持されうる。従って、責任の「刑罰限定機能」を重視する立場においても、責任相応刑を単なる「上限」だけでなく科刑の「基礎」とする見解は必ずしも排除されないのではないかという疑問が生ずる。この点に応えていくためには、消極的責任主義に立脚した場合の「予防」の内容をさらに明らかにする必要がある。項を改めて考察することにしたい。

（4）責任主義については、木村亀二「責任主義の意義と問題」同『犯罪論の新構造（下）』（昭和四三年）四一九頁以下、福田平「責任主義の展開」同『刑法解釈学の基本問題』（昭和五〇年）九四頁以下、宮澤浩一「責任主義」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一（編）『現代刑法講座・第二巻』（昭和五四年）一六九頁以下、堀内捷三「責任主義と客観的処罰条件」平場安治＝平野龍一＝高田卓爾＝福田平＝大塚仁＝香川達夫＝内藤謙＝松尾浩也（編）『団藤重光博士古稀祝賀論文集・第二巻』（昭和五九年）一四一頁以下、同「責任論の課題」芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之（編）『刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ』（昭和六三年）一九九頁以下、同「責任主義の現代的意義」警察研究六一巻一〇号（平成二年）三頁以下、大谷實「責任主義」藤木英雄＝板倉宏（編）ジュリスト増刊『刑法の争点（新版）』（昭和六二年）六三頁以下などを参照。

（5）大塚仁『刑法概説（総論）』（改訂増補版）（平成四年）三八〇頁注（三）、大谷實『刑法講義総論』（第三版）（平成三年）三〇六頁参照。

（6）阿部純二「刑の量定の基準について（下）」法学四一巻四号（昭和五三年）四三頁、木村・前掲論文（注4）四二〇頁、大塚・前掲書（注5）三八〇頁注（三）、同『犯罪論の基本問題』（昭和五七年）二一六頁以下、大谷・前掲書（注5）三

○六頁、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）」法学研究五五巻一〇号（昭和五七年）八一頁以下。Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 311ff.; ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 89ff.; Reinhart Maurach= Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 1987, S. 84ff.; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1988, S. 18ff., 787; Adolf Schönke= Horst Schröder= Walter Stree, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., 1991, Vorbem. 6 vor §§38ff.

(7) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和四七年）五二頁、同「概括的批判――概説」平場安治＝平野龍一（編）『刑法改正の研究1　概論・総則』七頁以下、同「草案と責任主義」同一六頁以下。

(8) 堀内捷三「均衡（比例）の原則と保安処分の限界」ジュリスト七七二号（昭和五七年）四三頁以下。

(9) 堀内・前掲論文（注8）四三―四四頁参照。さらに、内藤謙『刑法講義総論（上）』（昭和五八年）一一三頁、一一七頁以下参照（そこでは、「刑罰根拠的・積極的責任主義」と「刑罰限定的・消極的責任主義」という表現が用いられている）。なお、クラオス・ロクシン〔斉藤誠二訳〕「責任主義の二面性と一面性」刑法雑誌二四巻一号（昭和五五年）二八頁以下参照。

(10) 中義勝＝吉川経夫＝中山研一（編）『刑法1総論』（昭和五九年）一七六頁以下〔浅田和茂執筆〕参照。Vgl. Claus Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 56, 1973, S. 316ff.（翻訳として、井田良訳「責任主義についての刑事政策的考察」C・ロクシン〔宮澤浩一監訳〕『刑法における責任と予防』（昭和五九年）四九頁以下。）

(11) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』七三八頁。なお、責任主義を憲法上の要請と考えるべきことについて、中＝吉川＝中山（編）・前掲書（注10）一七六頁以下〔浅田執筆〕参照。ドイツにおいても、連邦憲法裁判所は責任主義を憲法上の原則であるとしている。Vgl. BVerfGE 6, 289; BVerfGE 9, 167; BVerfGE 20, 323; BVerfGE 28, 386; BVerfGE 50, 125. なお、阿部・前掲論文（注6）四二頁以下参照。

なお、平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」平場＝平野＝高田＝福田＝大塚＝香川＝内藤＝松尾（編）・前掲書（注4）九四頁参照。

(12) 小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」平場＝平野＝高田＝福田＝大塚＝香川＝内藤＝松尾（編）・前掲書（注4）一一―一二頁参照。なお、「刑罰積極主義」と「刑罰消極主義」につき、町野朔『刑法総論〔講義案Ⅰ〕』（平成二年）一二頁以下参照。

(13) 木村・前掲論文（注4）四五五頁以下、阿部・前掲論文（注6）四三頁〔なお、次注（14）参照〕。

(14) 井田・前掲論文（注6）八二頁以下、阿部純二「刑事責任と量刑の基準」福田平＝大塚仁（編）『刑法総論Ⅱ』（昭和五七年）九八頁以下参照。井田・前掲論文（注6）八三頁は、「刑罰のObとWieは不可分で、それぞれに異なった原理が妥当することはあり得ない」とされる。Vgl. Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrechts, 1967, S. 46, 80ff.; Heinz Zipf, Die Strafmaßrevision, 1969, S. 90; Thomas Hertz, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973, S. 65ff.; Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99, 1987, S. 385f.; Eckhard Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1989, §46 Rn. 42.

(15) Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 2ff. Vgl. ders., Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Bernd Schünemann(hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 135ff.（翻訳として、浅田和茂訳「ハンス・アッヘンバッハ『個人的帰責、答責、責任』」ベルント・シューネマン〔中山研一＝浅田和茂監訳〕『現代刑法体系の基本問題』（平成二年）一五五頁以下°）; Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention, und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Arthur Kaufmann, Günter Bemman, Detlef Krauss und Klaus Volk(hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 179ff.（翻訳として、中空壽雅訳「刑法における責任、予防、答責性をめぐる最近の論争について」C・ロクシン・前掲書（注10）一七九頁以下°）; Maurach=Zipf, a. a. O. (Anm. 3) S. 401; Bruns, Strafzumessungsrecht (Anm. 6), S. 392ff.〔量刑における責任は「有責な不法」であるとする〕; Schönke=Schröder=Stree, a. a. O. (Anm. 6) §46 Rn. 9a.

(16) Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar (Anm. 14), vor §19 Rn. 1.

(17) なお、周知のように近時ドイツにおいては、責任主義に代わりうる新たな原理として、いわゆる「比例性（均衡）の原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)」が主張されている。Vgl. Günter Ellscheid=Winfried Hassemer, Straf ohne Vorwurf, in: Claus Lüderssen, Fritz Sack(hrsg.), Seminer, Abweichendes Verhalten II, Band I, 1975, S. 266ff.（翻訳として、堀内捷三訳「非難なき責任」ヴィンフリート・ハッセマー〔堀内捷三編訳〕『現代刑法体系の基礎理論』（平成三年）九一頁以下°）しかし、アルトゥール・カウフマンが指摘するように、比例性の原則は純粋に形式的な原則であり、刑罰が責任以外の何と比例するのかが明らかにされていない。少なくとも消極的責任主義に代替する原則になりうるかは疑わしいと言うべきであろう。

この点の詳細な検討は、別稿に委ねたい。Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Günter Warda, Heribert Waider, Reinhard von Hippel, und Dieter Meurer(hrsg.), Festschrift für Lichard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 26ff.; ders., Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, in: Jura 1986, S. 225ff.

(翻訳として、上田健二＝浅田和茂訳「アルトゥール・カウフマン『刑法における責任原則のための反時代的考察』」同志社法学三八巻三号（昭和六二年）一〇一頁以下。); ders., Schuld und Prävention, in: Christian Broda, Erwin Deutsch, Hans-Ludwing Schreiber, und Hans-Jochen Vogel(hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, S. 889.（本論文については、山中敬一訳「責任と予防」アルトゥール・カウフマン〔宮澤浩一監訳〕『法哲学と刑法学の根本問題』（昭和六一年）一五一頁以下参照。）さらに、堀内・前掲論文（注4・「責任論の現代的課題」）一六頁、同・前掲論文（注8）三九頁以下、林美月子『情動行為と責任能力』（平成三年）四三頁以下参照。

(18) 内藤・前掲書（注10）七四〇頁参照。さらに、内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（昭和六一年）二二四頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五三年）三九八頁、藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）八四頁、野村稔『刑法総論』（平成二年）二七七頁、曽根威彦『刑法総論』（昭和六二年）一五五頁などを参照。

(19) 法的責任論については、内藤・前掲書（注11）七四二頁以下、中山研一『概説刑法Ⅰ』（平成元年）一三四頁参照。

(20) 団藤重光『刑法綱要総論』（第三版）（平成二年）二五八頁以下。さらに、同「人格責任の理論」法哲学四季報二号（昭和二四年）一〇〇頁以下、同「責任の理論」日本刑法学会（編）『刑事法講座・第二巻』（昭和二七年）二四九頁以下参照。なお、大谷實『人格責任論の研究』（昭和四七年）一八六頁以下参照。人格責任論の基礎になったとされる「行状責任（Lebensführungsschuld）」および「生活決定責任（Lebensentscheidungsschuld）」につき、vgl. Edmund Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57, 1938, S. 689ff.; Paul Bockelmann, Studien zum Täterschaft, 2. Teil, 1940, S. 128ff. なお、大塚・前掲書（注5）三八四頁以下は、責任の存否を論ずる段階では「行為者の人格態度を背景としつつも、その主体的現実化としての個別的行為が考えられれば足りる」とされる一方、責任の程度を判断する段階においては人格形成責任を顧慮すべきであるとされる。

(21) 団藤・前掲書（注20）二五八―二六二頁。

(22) 藤木・前掲書（注18）八四頁、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）三二四頁、平野龍一「人格責任と行為責任」同『刑

法の基礎』（昭和四一年）四三頁以下、内田・前掲書（注18）二二四頁以下参照。

(23) 平野・前掲書（注7）六三頁、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）二三一頁、中山・前掲書（注22）三二四頁。さらに、藤木・前掲書（注22）八四頁、福田平『全訂刑法講義総論』（昭和五九年）一七一頁、柏木千秋『刑法総論』（昭和五七年）一九九頁、大谷・前掲書（注5）三〇九頁、野村・前掲書（注18）二七六頁以下、曽根・前掲書（注18）一五七頁などを参照。

(24) 平野・前掲論文（注22）四六頁以下。

(25) 平野・前掲論文（注22）四五頁。

(26) 団藤・前掲書（注20）二五八頁参照。

(27) 平野・前掲書（注7）六二頁。

(28) Rudolphi, Systematischer Kommentar (Anm. 14), Vor §19 Rn. 3f.; Horn, ebenda, §46 Rn. 43. 井田・前掲論文（注6）九一頁参照。

(29) 人格責任論に対する詳細な批判的検討として、内藤・前掲書（注7）七四七頁以下参照。なお、川崎一夫「メッガーの行状責任論――責任主義と人格責任論（二）――」創価法学二巻一号（昭和四七年）七九頁以下参照。

(30) 平野・前掲書（注7）六一頁以下。もっとも、これまでの行為責任論は、いわゆる期待可能性の理論に基づいて、「具体的事情」の下での他行為可能性の有無および程度を考慮してきた。その意味では――既に指摘されているように――従来の個別行為責任論は決して「形式的行為責任」を主張してきたわけではない。従って「実質的行為責任論」の特色は、行為にあらわれた限度で「人格」を考慮して行為責任の軽重を判断しようとする点にある（内藤・前掲書（注11）七五六頁参照）。

(31) 平野・前掲論文（注22）三八頁以下、同「意思の自由と刑事責任」尾高朝雄教授追悼論文編集委員会（編）『尾高朝雄教授追悼論文集・自由の法理』（昭和三八年）二三一頁以下参照。

(32) 周知のように平野博士は、人間の意思も法則性に従っているという意味では「決定されている」と認められつつ、意思が自由であることと、決定されていることとは矛盾しないとされる。すなわち、自由であるかどうかは、決定されているかいないかの問題ではなく、何によって決定されているかの問題であり、刑法の場合には社会的な非難（刑罰）によって

決定されうることが自由であるとされるのである。そして、刑罰もまた、人間の意思のもつ法則性を利用して、将来、行為者および一般人が同じような事態のもとで犯罪を行わないように新たな「条件づけ」を行おうとするものにほかならないと主張される。平野・前掲論文（注22）三八頁以下参照。

(33) 内藤・前掲書（注11）七五八頁、中山・前掲書（注22）三二四頁、野村・前掲書（注18）二七六頁注（1）、西原・前掲書（注18）三九九頁。さらに、中山研一「刑事責任の意思の自由」『現代刑法学の課題』（昭和四五年）一八三頁以下、同「刑法における意思自由論のイデオロギー的基礎」同一三二頁以下参照。なお、浅田和茂「刑事責任能力論の現状と課題」同『刑事責任能力論の研究・上巻』（昭和五八年）五頁以下参照。

(34) 西原・前掲書（注29）四〇〇頁、内藤・前掲書（注11）七五八頁。

(35) 真鍋毅『現代刑事責任論序説』（昭和五八年）七頁、内藤・前掲書（注11）七五八頁。

(36) 中山・前掲書（注22）三二四頁、野村・前掲書（注18）二七六頁注（1）、内藤・前掲書（注11）七五八頁。

(37) 中山・前掲書（注22）三二二―三二三頁。Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, 2. Aufl., S. 194ff.（本書の第一版に関しては、宮澤浩一「アルトゥール・カウフマン『責任原理』」法哲学年報「法の概念」（昭和三八年）一六七頁以下参照。）

(38) 井田・前掲論文（注11）九二―九三頁参照。

(39) ドイツにおいて、純化された行為責任論を主張するものとして、vgl. Günter Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 28ff.; Friedrich Schaffstein, Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, in: Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp, und Ernst Amadeus Wolff (hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, S. 110f.（本論文に関しては、刑法読書会〔浅田和茂〕「ウィルヘルム・ガラス記念論文集の紹介（八）フリートリッヒ・シャフスタイン『幅の理論、責任概念および刑法改正法による量刑』」龍谷法学一二巻三号（昭和五四年）一〇九頁以下参照。）; Horn, a. a. O. (Anm. 14) §46 Rn. 43; Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm. 3) S. 559ff. これらの見解については、本稿第四章第三節を参照。

なお、法哲学の立場から行為責任論を支持する論稿として、森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣（編）「法の理論8」（昭和六二年）五一頁以下。これに対する論評として、林美月子「森村進論文『行為責任・性格責任・人格形成責任』を読んで」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣（編）「法の理論9」（昭和六三年）二七九頁

以下、吉岡一男「刑事法学の動き」法律時報六三巻五号（昭和六三年）一一九頁以下。反論として、森村進「行為責任論再説――批評者に答える――」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣（編）「法の理論10」（平成二年）二〇九頁以下。

(40) 内藤・前掲書（注9）一一三頁参照。

(41) 責任は刑罰を限定するだけでなく、基礎づけるものであると主張するアルトゥール・カウフマンも、刑罰が責任相応刑を下回ることを認めている。Vgl. Arthur Kaufmann, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht (Anm. 17), S. 228.

(42) 本章第二節一参照。なお、法哲学の立場からの最近の論稿として、杉田秀一「目的刑論と応報刑論をむすぶもの」法律時報六四巻五号（平成四年）六八頁以下。

(43) 内藤・前掲書（注9）一一五頁。応報刑論に対する批判として、vgl. Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 379ff.（翻訳として、井田良訳「国家の刑罰の意義と限界」C・ロクシン・前掲書（注10）一頁以下。）

(44) 井田良「相対的応報刑とは何か」法学教室九三号（昭和六三年）一一六頁。なお、佐伯・前掲書（注23）七七頁以下、林幹人「刑罰目的について」ジュリスト九〇一号（昭和六三年）六三頁参照。

(45) 本章第四節注（49）参照。Vgl. Frisch, a. a. O. (Anm. 14) S. 361ff.

(46) 本章第四節注（12）・（17）参照。

(47) 本章第四節注（13）・（17）・（82）参照。

(48) 本章第四節注（47）参照。

(49) 内藤・前掲書（注9）一一七頁参照。なお、「点の理論」に対する近時の批判的見解として、vgl. Hans-Ludwig Günther, Systematische Grundlagen der Strafzumessung, JZ 1989, S. 1025f.

(50) 本章第三節一・第四節二参照。さらに中＝吉川＝中山（編）・前掲書（注10）一八六頁〔浅田執筆〕参照。なお、ドイツ連邦通常裁判所の判例における「幅の理論」について、vgl. Werner Theune, Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung ; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Teil I), StrVert 1985, S. 163f.

(51) Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 10) S. 321.

(52) 井田・前掲論文（注44）一一六頁。さらに、同「現代刑事法学の視点」法律時報六四巻九号（平成四年）八一頁参照。

なお、阿部・前掲論文（注14）九七頁以下、所一彦「刑の量定」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曽根威彦（編）『刑法基本講座・第一巻』（平成四年）二五二頁以下参照。

二　「予防」の内容

一(1)量刑における「予防」の内容として考えられてきたものは、一般予防と特別予防である。[53] しかし、両者の相互関係については、従来、必ずしも十分に検討されてきたわけではない。例えば、いわゆる「統合説」（併合説）、そしてその量刑論上の帰結である「幅の理論」によれば――「応報の中における予防（Prävention innerhalb Vergeltung）」[54]という形で「応報」と「予防」の統合が試みられたものの――一般予防と特別予防がいかに「統合」されるのかについては明らかにされていなかった。「幅」の範囲内である限りは、一般予防も特別予防も無制限に考慮することが許され、また、例えば前者が後者に対して優位に立つということも認められた。従って特別予防の観点からは、「責任の幅」の下限にある軽い刑で十分であったとしても、一般予防を理由として「幅」の上限の刑を選択することが可能だったのである。既に見たようにドイツの連邦通常裁判所は、限定責任能力者による殺人行為について無期または一五年の自由刑が責任に相応すると認められる場合に、一般威嚇の思想から無期刑を選択したとしても、法律適用の誤りではないと判示したのであった。[55]

このように従来の「統合説」が、量刑において文字通り一般予防と特別予防の並列的な「統合」を主張するにすぎないのならば、「責任の幅」を前提としたとしても、実際に最終刑を導くための有用な基準とはなりえないであろう。一般予防の観点から要求される刑量と、特別予防の観点から妥当とされる刑量が一致する場合には問題はないとしても、反対に両者が矛盾する場合――例えば特別予防の観点からみて適切な刑が、一般予防的にみて軽すぎる場合――の解決

方法がそこでは与えられていないのである。また、二つの要素を単純に併記することには却って弊害を招く可能性もある。例えば我が国において、改正刑法草案四八条二項が「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ない」として一般予防と特別予防を併記していたことに対しては、「一般予防が特別予防に対して常に優位に立つことにもなりかねない」[56]という批判が存在した。なぜならば、一般予防の必要性が罪質の軽重に基づく類型的判断であるのに対し、特別予防の必要性は当該犯人についての個別的判断であり、「類型的判断によって得られた結果は、『適度に』考慮するということを許さない」ため、「改善の必要性が『適度に』それに途をゆずることにならざるをえない」[57]からである。

(2)ドイツにおいては、従来の「統合説」の欠点を克服すべく、刑罰理論に関する新たな「統合」を試みる見解が主張されている。この見解によれば、従来の「統合説」は異なる理論を単に並列させることによってそれぞれの見解の内的一貫性を破壊し、誤りを相乗させる「加算的統合説(additive Vereinigungstheorie)」にすぎないとされ、次のような「弁証法的統合説(dialektische Vereinigungstheorie)」が提示される[58]。

刑法は個人に対して、刑の法定（立法）・科刑・刑の執行として現われ、これら三つの国家活動の領域が個別的に正当化されることが必要となる。これらの各段階は重なり合って構成され、後続する段階は先行する段階のもつ諸原則をその内部に受容しなければならない。すなわち、まず①刑の法定段階では、法益の補充的保護のための一般予防が目的となる。次に②科刑・量刑段階では、法定刑による一般予防を前提として、行為者の責任の量の範囲内で特別予防目的が考慮されて最終刑が導かれる。そして③行刑段階では、それまでの二段階を前提として、専ら特別予防目的が優先することになる[59]。

ここで示されていた量刑における「予防」についての基本的立場は、既に見たように、現行ドイツ刑法四六条の成立

に伴い、より明確なものとなった。[60] すなわち、量刑段階では、「責任の幅」の範囲内で特別予防的観点のみが考慮される。この点は、(i)四六条一項後段が「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うる効果を考慮するものとする」と命じており、また(ii)一般予防の要請は、四六条一項前段が量刑の基礎にすべきものとしている責任（の幅の最下限に位置する）刑によって既に満たされていることから導かれるのである。[61]

(3)このように刑罰理論を段階的・重量的に考察し、量刑における「予防」の内容もその一場面として位置づけていこうとする見解は、ドイツだけでなく、[62] 近年我が国においても主張されるようになった。[63] この見解は、「刑罰の一般予防と特別予防のいずれの観点に重点をおくべきかは、刑法の実現過程によって異なる」として次のように述べる。①まず立法の段階では、各則の個々の刑罰規定の立法においては一般予防の観点に、総則の刑事政策規定の立法においては特別予防の観点に重点がおかれる。次に②裁判の段階では特別予防と一般予防の観点が併存する。刑の量定は、多くの場合、行為責任の量の幅の中で、特別予防と一般予防の観点を考慮してなされる。しかし、刑の執行猶予などの刑事政策的刑罰制度を適用する場合には、自由刑に含まれる問題性[64]からみて、自由刑の執行をできるだけ避けるために、犯罪行為者の社会復帰という意味の特別予防の観点を優先させるべきである。その場合、一般予防の要請は、行為責任の量の幅の中にある刑を言い渡すことによって満たされる。また、特別予防的観点から必要な限度を超える刑罰を一般予防のために科すことは、可能な限り、認めるべきではない。行為責任は刑罰の「前提条件」と「限界」を示すものであるため、予防の観点から必要とされる刑罰が行為責任の上限を超えることは許されないが、下限を下回ることは認められる。③そして最後に刑の執行の段階では、犯罪者の社会復帰のための特別予防の観点に重点がおかれる。[65]

このように右の見解によれば、量刑においては、通常、行為責任の幅の中で特別予防と一般予防の観点が考慮されるが、特に、刑事政策的刑罰制度を適用する場合には、特別予防的観点が優先することになる。

さらに我が国では、近時、次のような「多元的・発展的・個別化的刑罰目的の理論」が主張されている。(66) まず①刑罰法定段階においては、一般予防・応報（責任清算）・特別予防（再社会化）の三つの刑罰目的が同等の目的として矛盾なく共存しうる。次に②量刑段階においては、応報（責任清算）と特別予防（再社会化）の二つの目的が考慮される。この二つの目的が対立し衝突する場合（例えば責任は軽いが再社会化の必要はきわめて大という場合）には、ドイツで主張される「幅の理論」による解決が一応妥当なものとなる。そこで、いかに特別予防の必要が強くても責任の上限を越えて量刑することは許されない。また、責任の下限を下回ることについては――ドイツと比較して我が国における「責任」の観念の曖昧さという点を考慮に入れると――よりゆるやかに解されてよい。実際には、ただ、責任の量を極端に下回るような量刑のみが排除されることになろう。一般予防は量刑と科刑の段階では刑罰目的としてはもはや考慮されず、ただ、刑罰法規が単なる空文ではなく貫徹されるものであること、そして量刑が応報・責任清算と特別予防・再社会化の見地から正しく行われることによって国民の法意識・遵法精神を強化するという機能が附随的に持続されるというにとどまる。もっとも、量刑段階においても、特別予防目的はまだ一定の可能性の枠組みとして抽象的に設定されるだけである。応報目的は、裁判の確定によって具体的な犯人に対して具体的・現実的に実現されたことになる。最後に、③行刑段階においては、一般予防も応報ももはや過去の段階での目的となり、自由制限の事実そのものの中に結果として残存しているにすぎないものとなる。ここでは、特別予防のみが唯一の目的となる。(67)

本見解においても、量刑段階では責任清算を前提としつつ、特別予防を考慮して最終刑が導かれることになる。

二(1)右に見た諸見解は、量刑における予防的考慮の内容として特別予防を優先させる点において軌を一にするものと言えよう。しかし、これは一般予防が無視ないし軽視されていることを意味するのではない。そこでは、刑の法定段階における一般予防を前提とした特別予防が考慮されているのであり、（責任の幅の中から）特別予防的観点に基づいて

導かれた最終刑が同時に一般予防の要請をも満たすことになると理解されている。すなわち、量刑段階における一般予防は、「目的ではなく、結果として刑罰に伴う機能になる」[68]と考えられているのである。

このような量刑における一般予防の理解は、近時ドイツで有力に主張されているものである。それは、従来の「威嚇」を中心的要素とする一般予防論とは明らかに異なる内容を有している。そこで、この見解が支持を得るに至った経緯を簡単に見ておくことにしたい。

(2)従来、一般予防の内容は国民に対する刑罰による威嚇であると考えられてきた。いわゆる「威嚇予防(Abschreckungsprävention)」である。威嚇予防に基づく一般予防論の代表例が、フォイエルバッハ(Paul Johann Anselm Ritter v. Feuerbach)の提唱した心理強制説(psychologische Zwangstheorie)である。彼は周知のように、人間は不快を回避し快楽を求めて打算的に行動する合理的存在であるとの前提から、犯罪によって得られる利益とそれに対して科せられる(刑罰という)不利益を比較した場合に、後者が前者を上回れば、犯罪行為に出ようとする「感覚的衝動」は止揚されるとした。すなわち、国家は、法律によって犯罪とそれに対する刑罰を予告して一般人を威嚇し、犯罪行為に出ないように心理的に強制すべきだと主張したのである[69]。

このようにフォイエルバッハの心理強制説は、主として刑罰予告(＝法定)段階における一般予防を中心としたものであったが、彼はこれを科刑・量刑段階にまで貫徹しようとした。科刑の目的は、法律による威嚇が単なる見せかけに終わってしまわないように、その有効性を基礎づけることにある。立法作用と科刑作用が一致することによって、心理的強制は働くのである。刑罰賦課の最終目的も法律による国民に対する威嚇に他ならない――と[70]。

しかし威嚇予防論に対しては、次のような批判がなされた。第一に、この考え方は必然的に厳罰につながる。なぜならば、刑罰による威嚇を行おうとする者は、できるだけ厳しく処罰することによって威嚇力を高めようとする傾向があ

るからである。換言すれば、威嚇予防論には、科刑の制約原理が内在していないことになる。[71] 第二に、威嚇による予防の効果は、多くの犯罪や行為者について今日まで証明されていない。確かに、平均人が通常の状況において、刑罰の威嚇による影響を受けることがあり得る、とは言えるであろう。しかし、職業的犯罪者や衝動的な機会犯人の場合には、このことは妥当しない。そもそも、すべての犯罪が、既にその存在自体によって予防の有効性に対する反証となっているのである。[72] また、あらゆる行為が効果についての合理的計算に基づいてなされているわけではない。合理的計算は、行為と刑罰が法的・必然的に連続しているということではなく、処罰されるか否かという実際上の蓋然性を顧慮するのである。[73] 第三に、威嚇による一般予防は、個人を、その者自身のためではなく、他人のために処罰するということを意味する。このことは、犯罪者を「手段」として他の者の犯罪行為を予防することになり、人間の尊厳に反する。個人を、国家が利用し得る人的資源としてではなく、国家以前に存在し、国家から保護されるべき人格価値の担い手であり、すべての他者と全く等しい存在として認める法秩序にとって、右のような個人の「手段化」は許されないのである。[74]

(3)以上のような批判を受けて、威嚇予防論は次第にその支持者を失うことになる。ところが一般予防にはもう一つの側面が存在することが以前から指摘されており、[75] 近年それが特に重視されるようになった。いわゆる「積極的一般予防(positive Generalprävention)」論[76]である（これに対して威嚇予防は「消極的一般予防(negative Generalprävention)」と呼ばれる）。連邦憲法裁判所も、一九七七年六月一日判決において、一般予防の「積極的側面」と「消極的観点」を区別するに至っている。[77] この判例によれば、一般予防の「積極的側面」とは、「法秩序の持続力と貫徹力に対する信頼を維持・強化すること」すなわち「法秩序の不可侵性を法共同体の前に示し、それによって国民の法的忠誠(Rechtstreue)を強化すること」[78]にあるとされる。学説においては、これを効果の側面から①法的忠誠の訓練へと導く社会教育学的に動機づけられた学習効果(Lerneffekt)②法が貫徹していることを市民が知ったときの信頼効果(Vertrauenseffekt)③一般

的法意識が法侵害に対して鎮静化し、犯罪行為者との葛藤は解決したとみなされる程度のことを彼が行った場合に生ずる満足効果(Befriedungseffekt)の三つに分析し、右の「満足効果」を「統合予防(Integrationsprävention)」と呼ぶ見解も主張されている。(79)

これらの判例および学説に見られるように、「積極的一般予防」論は、犯罪行為者が適正に処罰され、刑法規範が妥当しているという事実を示すことによって国民の法意識を安定化させるという点に一般予防の内容を求める。(80)すなわち、そこでは威嚇ではなく、規範の裏付け機能(81)が重要な意味をもつのである。(82)

この「積極的一般予防」は、量刑においてどのような意味をもつのであろうか。特に問題となるのは、一般の法意識を強化し法的忠誠を強化する機能が刑罰に与えられているとする場合に、その安定化作用・統合的作用が可能になる条件は何かという点である。(83)これについては、正義が要請する「正しい(gerecht)刑罰」、すなわち行為の不法および責任に応じた刑罰がその効果を有するとされている。統合予防(積極的一般予防)は、行為応報に近づくほど有効に作用するチャンスを有しており、一般予防(威嚇・警告)優位の刑罰も、特別予防(再社会化・保安)優位の刑罰も、「正しい刑罰」ではなく、国民を惑わして法意識を不安定にするために、統合作用を発揮することはできない。従って、一般予防ないし特別予防を理由として、責任に応じた刑罰を上回ることも下回ることも、規範意識を強化する機能を損う危険性があるため、統合予防(積極的一般予防)にとっては問題があるとされるのである。(84)そして、このように「正しい刑罰」こそが統合作用を発揮するとすれば、統合予防(積極的一般予防)それ自体は量刑の内容を規定する原理とはなり得ず、量刑に期待される効果として現われることになると主張されている。(85)

(4)「積極的一般予防」論に対しても、次のような批判ないし疑問が提起されている。すべての国民の法観念があまりにも厳格で、それによって「法的忠誠」が強制され、重罰が客観的に見て正当なものとして要求される場合には、この

理論によれば厳しい処罰が行われる。逆に、国民が犯罪をやむを得ないものとして甘受する場合にも、その状態が固定化しないように、やはり厳しく処罰される。従って、「積極的一般予防」論は、常に行為者の負担(Last)になる。[86] また、この理論によれば、刑罰は行為者の規範侵害とは無関係に他者の「法的忠誠」という目的に向けられる。それは――威嚇予防と同様に――個人が処罰者または他者の利益のために「客体」として扱われることを意味する[87]――と。さらに、「積極的一般予防」論の支持者からも、その経験科学的基礎に関する知識の不足が指摘されている。[88]

三(1)これまで概観してきたところを踏まえて、量刑における「予防」の内容をどのように理解すべきかを改めて検討しよう。

量刑段階では主として特別予防的考慮に基づいて最終刑を決定しようとする見解は、基本的に妥当なものであると思われる。刑の法定（立法）と刑の執行（行刑）の中間に位置する量刑段階では、刑の法定による一般予防を前提としつつも、「行刑の出発点」として行為者自身に対する刑の効果に着目する必要がある。[89] そうでなければ量刑と行刑は分断され、刑罰が抽象的・可能的存在から具体的・現実的存在へと適用の諸段階を経て発展していく性格を有するものであることを無視する結果となろう。[90] また、刑罰による犯罪予防効果を考慮する場合には、社会における一般人よりも、科刑の直接の対象者たる行為者への作用を重視する方が合理的であるとも言いうる。[91] このように、量刑における「予防」の内容として特別予防は重要な意義をもつことになる。

(2)それでは「量刑における特別予防」の内容をいかに構成すべきだろうか。

従来、特別予防の内容としては、威嚇(Abschreckung)・再社会化(Resozialisierung)・保安(Sicherung)が主張されてきた。そして、憲法の規定する個人の尊厳（一三条）・国民の生存権（二五条一項）・国の社会保障的義務（二五条二項）の諸原則を前提とするならば、威嚇ないし保安作用ではなく、「犯罪者を社会的責任の負える、法遵守的、生産的市民

として社会に復帰させるという意味での（再）社会化[92]」が特に行刑目的として適切であることが強調されてきた。この点は、量刑段階においても十分に尊重されなければならない。

ただ、かような内容をもつ「行刑における特別予防」を量刑段階で考慮し、行刑のあり方を展望して最終刑を尊くとしても、特別予防は「量刑段階ではまだ一定の可能性の枠組みとして抽象的に設定されるだけで[93]」あると言わなければならない。行刑段階になって初めて特別予防（再社会化）目的は具体化するのである。また、量刑における特別予防判断は、裁判時において明らかになっている事実のみを評価資料として行われるという制約もある。従って、量刑段階での特別予防的考慮は、行刑のあり方を展望しつつも、行為責任の存在を「前提条件」とし、かつその範囲内で――換言すれば行為者の通常の意思活動の範囲内における行為について――責任を問い刑罰を科すことによって、行為者自身の「規範を守らなければならない」という意識にはたらきかけて、将来再び犯罪行為をしないように意思活動をコントロールすることを可能ならしめる[94]という内容をもつべきであると解される。これを「規範意識の確認・強化」と呼ぶことができよう。すなわち、量刑における特別予防的考慮では、行為者の「規範意識の確認・強化」の必要性に応じた判断が行われることになる。このような特別予防的考慮は――ドイツにおいて位置価説[95]が主張するように刑の執行猶予などの刑事政策的刑罰制度を適用する段階だけでなく――ひろく刑種・刑量の決定に際して働かされるべきであろう。

(3)従来、特別予防論に対しては次のような批判が提起されてきた。第一に、特別予防論は、刑罰権の内容を限界づけることができない。この立場を徹底すれば、例えば期間がどれだけ長くなっても、終局的に改善されるまでの処遇が目指されることになり、個人を際限なく国家の干渉に委ねる傾向が生じる[96]。第二に、再犯の危険が存在しない場合には、極めて重大な犯罪であっても処罰できないことになる[97]。第三に、刑罰による強制的な社会的適応の思想についての正当性、すなわち、国民のうちの多数者が、自分たちに都合のよい生活様式に少数者を適合させるように強制することがな

ぜ可能なのか、ということの正当性を、この理論の内容として含んでいない。(98)

右の諸批判は、量刑段階における特別予防論のみに向けられたものではないが、ここでの検討に際しても考慮に入れる必要がある。本稿の立場からは、それぞれの批判に対して次のように応えることができよう。第一に、行為責任を刑罰の「限界」とすることによって、特別予防的考慮が過度にわたることを防止しうる。第二に、再犯の危険が存在しない場合には、法定刑（又は処断刑）の最下限に位置する刑罰を科す（あるいは執行猶予にする）ことになる。第三に、刑罰の正当化根拠を犯罪防止に求めるならば、犯罪行為者の再社会化という意味での特別予防的考慮に基づいた量刑を行い、それによって将来の犯罪を防止することも正当化される。

(4)次に、「量刑における一般予防」の内容について考察しよう。

一般予防の内容を「威嚇」と解するならば、それは量刑段階においても独自の意義を有することになる。特別予防的考慮によって導かれた刑罰が――例えば当該犯罪が頻発しているという理由から――「まだ威嚇刑としては不十分である」と判断された場合、さらにそれを加重することも許されよう。しかしこのような帰結は、必ずしも明確でない「威嚇」という要因を理由にして、まさに当該犯罪行為者を「手段」化することとなり、憲法一三条の保障する「個人の尊厳」に反するものと言わなければならない。「威嚇」を理由に加重された刑罰が行為責任を上回るものであれば既に「量刑における責任主義」に反することは明らかであるが、それが行為責任の範囲内にとどまるものであったとしても、右の批判は同様に妥当するのである。(99)

本稿は先に、量刑における特別予防の内容を「行為者に対する規範意識の確認・強化」として理解したが、このことは同様に量刑における一般予防の内容をも規定するものと考えられよう。すなわち、それは「一般人に対する規範意識の確認・強化」であると解されるのである。その意味で、いわゆる一般予防の「積極的側面」に着目する必要がある。

それでは、量刑において一般人の規範意識はどのように確認・強化されるのであろうか。既に見た「積極的一般予防」論によれば、それは「正しい刑罰」、すなわち「行為の不法および責任に応じた刑罰」を科すことによって可能になるとされる。従って、責任相応刑を上回ることはもちろん、下回ることも国民の法意識を不安定にすると主張されてきた。[100] また、ドイツ刑法四七条一項・五六条三項・五九条一項において規定されている「法秩序の防衛（Verteidigung der Rechtsordnung）」概念[101]を一般的な量刑基準にまで拡大し、「積極的一般予防」と関連づけようとする立場からも、特別予防的考慮から責任相応刑を下回ることには一定の「限界」が求められることになる。[102]

しかし、このような認識に基づいて責任を下回る刑罰を排除ないし制限しようとすることには疑問がある。確かに、責任を上回る刑罰を科すことは、行為者本人はもちろん、一般人に対しても――行為者の意思活動の範囲を超える部分を犯罪とし刑罰を科すことになるから――規範意識の確認・強化という面では有効に作用しえないであろう。しかし、このことは、責任に相応する刑罰でなければ一般人の規範意識に作用しないという帰結を導くものではない。一般人の規範意識に作用させることを目的として責任相応刑を要求するならば、それは一般人の「応報感情」を満足させるための量刑へと転化するおそれがあるばかりではなく、「一般予防それ自体は量刑の内容を規定する原理ではなく量刑に期待される効果として現われる」という理解[103]にも反することになろう。量刑において特別予防的考慮を重視する場合には、行為者の再社会化に資する刑罰こそが一般人によって納得・受容され、その規範意識の確認・強化に役立つものと解するべきである。換言すれば、量刑における（一般人に対する規範意識の確認・強化という意味での）一般予防は、消極的行為責任主義の下で、行為者に対する特別予防的考慮に基づいて導かれた刑罰を科すことによって達成されるのである。従って、量刑においては、一般予防を理由として責任相応刑を加重することはもちろん、軽減（下回り）を阻止することも許されないと解されよう。[104] 一般予防を独立した要因として考慮すべきなのは、むしろ刑の法定段階においてで

あろう。

四　以上の検討から、量刑における「予防」の内容としては、特別予防（再社会化）が最も適切であるということが明らかになった。従って、量刑においては、行為責任の程度（量）を上限として、行為者に対する規範意識の確認・強化という意味での特別予防的考慮に基づいて最終刑が決定されるべきことになる。そのようにして導かれた刑罰が、同時に一般予防効果をも有すると考えられるのである。行為責任は刑罰の「上限」に過ぎないから、特別予防的考慮の必要性が少ない場合には、責任相応刑を下回ることも当然許される。

確かにこのような考え方によれば、同種の事案であっても、特別予防の必要性の程度が異なる場合には、最終刑が異なることはあり得る。しかしこれを量刑の不平等・不斉一と呼ぶとしても、そのことから例えば責任を「基礎」とする（責任相応刑を科すことを基本とする）量刑が正当化されるわけではない。また、予防的考慮に不明確性・不確実性が伴うという事実は否定できないとしても、それは刑罰の害悪性および刑法の謙抑性・断片性・適応性を認識しつつ[105]、責任を「上限」とした量刑を行うことで是正するべき問題であって、責任を量刑の「基礎」とすることによって解決すべきではないのである。

(53) Vgl. Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm. 35) S. 582ff.
(54) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., S. 838.
(55) 本章第四節二3参照。
(56) 澤登俊雄「刑の適用」平場＝平野（編）・前掲書（注7）二五七頁以下。
(57) 澤登・前掲論文（注56）二五八頁。なお、堀内捷三「刑罰目的としての『法秩序の防衛』の意義」堀内捷三＝町野朔＝西田典之（編）『判例によるドイツ刑法（総論）』（昭和六二年）二四九頁参照。

(58) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 377.
(59) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 381ff.
(60) 本章第四節二7参照。
(61) Vgl. Claus Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Hans Walder und Stefan Trechsel, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, 1977, S. 463ff.（翻訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」C・ロクシン・前掲書（注6）一一五頁以下。）
(62) Vgl. Heinz Müller-Dietz, Strafen als Prozeß, in: ders., Grundfragen des Strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 30ff.（翻訳として、宮澤浩一監修・井田良訳「プロセスとしての刑罰」法学研究五三巻七号（昭和五五年）一〇二頁以下）; Günter Bemmann, Über das Ziel des Strafvollzugs, in: Festchrift für Bockelmann (Anm. 15), S. 891ff. 前者は一般予防・法の確認・再社会化が、後者は一般予防・行為応報・再社会化がそれぞれ立法・量刑・行刑の目的であるとしている。
　なお、周知のようにM・E・マイヤーによる「分配説」(Verteilungstheorie) も刑罰目的を刑の法定・量定・執行の三段階に分けて考察していた。しかし、この見解では、各段階に応報・法の確証・目的刑という単一の刑罰目的が独立した形で配分されており、各々の目的は次の段階では既に達成されたものとして除外されていたのである (Vgl. Max Ernst Mayer, Der Allgemeine Teil des deuschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 419f.)。
(63) 内藤・前掲書（注9）一二八頁以下。
(64) ここでは、①自由刑それ自体が犯罪者の烙印を押すことになり、社会復帰の障害となる②監獄という特異な社会に閉じこめられることによって、自尊心の喪失、他の犯罪者との接触による犯罪性感染の弊害が生ずる③拘禁に伴って夫婦関係、家族生活、職業生活などが破壊されるといった点が挙げられている（内藤・前掲書（注9）一三〇頁）。
(65) 内藤・前掲書（注9）一二八―一二九頁。
(66) 金澤文雄「刑罰の目的」矯正協会（編）『矯正協会百周年記念論文集・第一巻』（昭和六三年）一八一頁以下。
(67) 金澤・前掲論文（注66）二〇一頁―二一五頁、同「刑罰理論の再構成」広島法学一一巻二号（昭和六三年）八頁―一四頁。さらに、宮澤浩一「刑法学説の種々相（その4）」時の法令一三六六号（平成元年）四三頁以下参照。
(68) 金澤・前掲論文（注67）一〇頁。

(69) Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Teil, 1799, S. 45ff., 52ff.

(70) Feuerbach, a. a. O. (Anm. 69) S. 52.

(71) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 380. Vgl. Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1991, 2. Aufl., S. 309f. (本書の第1版（1981年）に関しては、井田良「ヴィンフリート・ハッセマー『刑法入門』」法学研究五六巻1号（昭和五八年）111四頁以下参照。)

(72) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 380.

(73) Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 21. (本書の初版（1983年）に関しては、西ドイツ刑法理論研究会「ギュンター・ヤコブス『刑法総論』(1)」法学ジャーナル四1号（昭和六〇年）四五頁以下参照。)

(74) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 380. Vgl. Jakobs, a. a. O. (Anm. 73) S. 20f.

(75) Vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht (Anm. 3), S. 197ff.

(76) いわゆる「積極的1般予防」に関する文献は多いが、ここでは以下のものを参照。Ulfrid Neumann= Ulrich Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 33ff.; Winfried Hassemer, Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, und Wolfgang Naucke (hrsg.), Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, S. 39ff. (本論文に関しては、刑法読書会〔川口浩1〕「ハッセマー、リューダーセン、ナウケ『社会科学による刑法の進歩?』(11) ヴィンフリート・ハッセマー『社会科学的に方向づけられた刑法における刑罰目的』」立命館法学1七六号（昭和五九年）九〇頁以下参照。); ders., a. a. O. (Anm. 71) S. 324ff.; Heinz Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, in: Theo Vogler u. a. (hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 813ff. (本論文に関しては、刑法読書会〔浅田和茂〕「ハインツ・ミュラー＝ディーツ『統合的予防と刑法』」立命館法学1九1号（昭和六11年）九三頁以下参照。); Heinz Zipf, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Walter Melinizky und Otto F. Müller (hrsg.), Festschrift für Franz Pallin, 1989, S. 479ff.; Reinhard Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, ebenda, S. 283ff.; Karl F. Schumann, Positive Generalprävention, 1989, S. 1ff.; Santiago Mir Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102, 1990, S. 914ff.; Jakobs, a. a. O. (Anm.

73) S. 6ff.

我が国の文献では、田中久智＝田中りつ子「積極的一般予防に関する一考察」名城法学三七巻別冊（昭和六三年）一一五頁以下が詳細である。さらに、宮本弘典「統合予防理論の意義と限界」中央大学大学院研究年報一六号Ⅰ―2（昭和六二年）一八七頁以下、同「刑法システム正当化の新局面――統合予防理論とBarattaの批判をめぐって――」犯罪と刑罰七号（平成三年）一〇三頁以下、井上大「刑罰目的としての特別予防と一般予防」専修法学論集五〇号（平成元年）一二七頁以下、宮澤浩一「刑法学説の種々相（その3）」時の法令一三六二号（平成元年）三八頁以下、神田宏「責任と刑罰の積極的一般予防論的考察」法と政治四二巻三号（平成三年）六五頁以下などを参照。さらに、ハインツ・ミュラー＝ディーツ〔上田健二＝浅田和茂訳〕「一般予防の根本問題」同志社法学四四巻三号（平成四年）二一頁以下を参照。

(77) BVerfGE 45, 187〔256〕. Vgl. BGHSt 24, 40〔46〕; 24, 64〔66〕; BGH GA 1976, S. 113〔114〕.

(78) BVerfGE 45, 256.

(79) Claus Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Heinz Schöch (hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 48; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1992, S. 27. Vgl. ders., a. a. O. (Anm. 61) S. 470ff.; ders., a. a. O. (Anm. 15) S. 306. なお、「積極的一般予防」と「統合予防」が同義語として用いられる場合もある。Vgl. Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 76) S. 816.

(80) このような見解は、既にノルが主張する「責任と予防」論の中に見られた。彼は次のように主張する。「威嚇」が一般予防の最も重要な側面なのではない。一般予防の効果は、法律が市民に現行規範の内容を教えることによって生ずる。多くの市民にとっては、処罰されないということだけではなく、そもそも法に抵触することなく生活することの方に関心があるからである。さらに一般予防の効果は、法律が理性的で正しい内容をもち、一般人の法意識と一致することによっても生ずる。以上のように理解された一般予防は従来のものと概念的に区別され、有罪判決の執行やその他の刑事司法の機能による予防作用を含まず、ただ法規範に由来する予防作用を内容とする「規範的予防（normative Prävention）」である。それは刑罰による威嚇ではなく、自己決定についての理解と方向づけ、ないしアピールに基づいて効果を生ぜしめることになる（Peter Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtpunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Friedrich Geerds und Wolfgang Naucke (hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 219ff., 223, 227.)。

さらに、現在「積極的一般予防」論の主唱者の一人であるハッセマーは、次のように述べる(Hassemer, Strafziele im sozialwissenshaftlich orientierten Strafrecht (Anm. 76), S. 57ff.)。刑法の任務は、積極的一般予防に求められる。すなわち、犯罪に対する国家的反作用であると同時に社会的規範意識を有効に支援するという点である。この「有効な支援(hilfreiche Unterstützung)」は犯罪者への強制的援助と比例性および負担の限界(Opfergrenze)という二重の性格をもつ。従って、再社会化と行為応報は、積極的一般予防目的の実現のための道具に他ならない――と。Vgl. Hassemer, a. a. O. (Anm. 71) S. 324ff.; ders., Generalprävention und Strafzumessung, in: Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen und Wolfgang Naucke (hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 39.〔「一般的一般予防(allgemeine Generalprävention)」とする〕

(81) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 62) S. 40. Vgl. Johannes Andenaes, General prevention revised, in: Journal of Criminal Law and Criminology 66, 1975, S. 338ff.（翻訳として、藤本哲也＝朴元奎訳「一般予防再考・研究と政策的意義（上）（下）」犯罪と非行三七号（昭和五三年）一頁以下、同三八号（昭和五三年）三三頁以下。）

(82) ヤコブスは「積極的一般予防」論をシステム理論に依拠して次のように説明している。刑罰による規範違反の否定は、それ自体のためではなく、社会生活において保障された方向づけ(Orientierung)が放棄されないためになされる。刑罰は社会的相互作用の条件を保護すべきであり、そのために予防的な任務を有することになる。そのような保護は、規範を信頼する者の信頼を確認すること(Bestätigung)によって行われる。「確認」は以下の内容をもつ。第一に、刑罰の名宛人は、潜在的な犯罪者ではなく、すべての人である。すべてのことが、社会的相互作用なくしては生じえないのであり、従って、すべての人が何を予期できるかを知らなければならないのである。その限りで、刑罰は「規範信頼の訓練(Einübung in Normvertrauen)」のために行われる。第二に、刑罰は規範に違反する態度に負担効果を負わせる。それによって、このような態度が一般に議論する価値のない「態度の選択肢」であることを学習させる機会を提供するのである。従って、刑罰は「法的忠誠の訓練(Einübung in Rechtstreue)」のために行われる。第三に、規範が学習されたにもかかわらず、再び違反されたとしても、刑罰は少くとも態度と負担を負う義務との関連性を学習させる。従って、刑罰は「帰結甘受の訓練(Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen)」のために行われる。――ヤコブスは以上の三つの効果は「規範認知の訓練(Einübung in Normanerkennung)」として要約することができるとする。Vgl. Jakobs, a. a. O. (Anm. 73) S. 13f.; ders., Schuld und Prävention, 1976, S. 10.

(83) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 76) S. 823.

(84) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 76) S. 823f.

(85) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 76) S. 826.

(86) Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, 1985, S. 803f. (本論文に関しては、田中久智「エルンスト・アマデウス・ヴォルフの一般予防論(一)(二)(三)」熊本法学四九号(昭和六一年)一八五頁以下、同五二号(昭和六二年)七三頁以下、同五三号(昭和六二年)九三頁以下参照。

(87) Wolff, a. a. O. (Anm. 86) S. 802f. Vgl. Michael Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 45f.; Karl Heinz Gössel, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, in: Otto Friedrich Freiherr von Gamm, Peter Raisch und Klaus Tiedemann (hrsg.), Festschrift für Gerd Pfeiffer, 1988, S. 19f. (翻訳として、井田良訳「刑事制裁の本質と根拠」K・H・ゲッセル〔宮澤浩一＝井田良監訳〕『正義・法的国家・刑法』(平成二年)一頁以下。

(88) Vgl. Hassemer, a. a. O. (Anm. 76) S. 66.

なお、「積極的一般予防」論の経験科学的基礎づけについては、vgl. Franz Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92, 1980, S. 637ff.; ders, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984.; Heinz Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Festschrift für Jescheck (Anm. 76), S. 1081ff.; Schumann, a. a. O. (Anm. 76) S. 14ff.; Dieter Dölling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102, 1990, S. 1ff.

(89) Vgl. Maurach=Zipf, a. a. O. (Anm. 3) S. 540 ; Günter Blau, Die Wechselbeziehungen zwischen Strafurteil und Strafvollzug, MSchrKrim 60, 1977, S. 332f.

(90) 金澤・前掲論文(注66)一一〇一二頁参照。

(91) 朝倉京一「刑法における責任と予防の問題」刑法雑誌二六巻三＝四号(昭和六〇年)一八頁以下参照。

(92) 吉田敏雄『行刑の理論』(昭和六二年)一二六〇頁。なお、宮澤浩一「行刑思想の発展と動揺」石原一彦＝佐々木史朗＝西原春夫＝松尾浩也(編)『現代刑罰法大系7・犯罪者の社会復帰』(昭和五七年)三頁以下参照。

(93) 金澤・前掲論文（注66）二〇八頁。
(94) 内藤・前掲書（注11）七六〇頁。
(95) 本章第四節三参照。
(96) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 379. Vgl. Hassemer, a. a. O. (Anm. 71) S. 285ff.
(97) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 379.
(98) Roxin, a. a. O. (Anm. 43) S. 379f.
(99) Vgl. Zipf, a. a. O. (Anm. 3) S. 587.; ders., a. a. O. (Anm. 14) S. 110ff.
(100) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 76) S. 823f. Vgl. Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit (Anm. 88), S. 301ff.
(101) ドイツ刑法典上、「法秩序の防衛」は①罰金刑ではなく短期自由刑を科すため（四七条一項）②刑の執行猶予を行わないため（五六条三項）③刑の言渡の留保を行わないため（五九条）の概念として機能する。
(102) Vgl. Maurach=Gössel=Zipf, a. a. O. (Anm. 3) S. 587ff.; Bruns, Strafzumessungsrecht (Anm. 6), S. 324ff.; Roxin, a. a. O. (Anm. 61) S. 470ff.; Jescheck a. a. O. (Anm. 76) S. 817ff. 我が国における詳細な研究として、岡上雅美「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について（一）～（五）」警察研究六二巻一一号（平成三年）一七頁以下、同六二巻一二号（平成三年）四一頁以下、同六三巻一号（平成四年）一六頁以下、同六三巻二号（平成四年）四四頁以下、同六三巻三号（平成四年）三五頁以下がある（論評として、井田・前掲論文（注52）八一頁以下参照）。さらに、川崎一夫『体系的量刑論』（平成三年）一六六頁以下参照。
(103) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 76) S. 826.
(104) 中＝吉川＝中山（編）・前掲書（注10）一八七頁〔浅田執筆〕参照。Vgl. Frisch, a. a. O. (Anm. 14) S. 369ff.
(105) 内藤・前掲書（注9）五五頁以下、一二六頁、小暮・前掲論文（注12）一一頁以下、町野・前掲書（注12）一二頁以下参照。

三　小括

本節では、「量刑における責任主義」から出発して、消極的行為責任主義の妥当性を確認しつつ、特別予防を中心とした犯罪予防目的を科刑の際に考慮すべきであるとの立場に基づいて、「当為としての量刑基準」についての一つの試論を提示した。すなわち、量刑においては、当該犯罪行為に対する「行為責任」の量（程度）を「上限」として、行為者の規範意識を確認・強化するという意味での特別予防（再社会化）の必要性に応じて最終刑が決定される。この場合、右のようにして導かれた刑罰が同時に一般人の規範意識に作用することによって一般予防効果をも満たすことになる。

以上の「当為としての量刑基準」をより実質的なものとするためには、個々の「量刑事情」が、「上限」としての行為責任に影響を与えるのか、あるいは予防的考慮に際して意味をもつのかといった観点からの考察が不可欠となる。本稿では、次章において、量刑事情としての「犯罪後の態度」を素材としてこの点を検討する。

第四章　当為としての量刑事情
――「犯罪後の態度」を中心に――

前章では、「当為としての量刑基準」について本稿の立場を示した。それでは、「犯罪後の態度」は、かような「当為としての量刑基準」を前提とした場合に、評価の対象となるべき「当為としての量刑事情」に含まれるのだろうか。含まれるとすれば、それはいかなる理由からなのか。それは、刑法学上の諸原則と矛盾することなく説明できるのか――本章では、こうした問題を明らかにすることになる。

第一節　量刑における「犯罪後の態度」の諸相

(1)量刑事情としての「犯罪後の態度」は、法定刑から処断刑を経て宣告刑へと至る量刑過程のさまざまな段階において考慮されうる。ここでは、かような「犯罪後の態度」の諸相について見ておくことにしよう。

①まず、法定刑から処断刑へ至る段階（本稿では「処断刑形成過程」と呼ぶことにする）において、法律上の減免事由として「犯罪後の態度」が類型化されている場合がある。我が刑法典では、自首ないし首服（四二条・八〇条・九三条但書・一二八条ノ三）・自白（一七〇条・一七一条・一七三条）・被拐取者の解放（二二八条ノ二）という事後行為についての規定が存在する。

②次に処断刑から（場合によっては法定刑から）宣告刑へ至る段階（本稿では「宣告刑形成過程」と呼ぶことにする）において、多種多様な「犯罪後の態度」が量刑事情として考慮されうる。我が国の改正刑法草案四八条二項にいう「犯罪後の態度」がまさにこれにあたる。その諸事情を類型化することが一つの課題となるが、判例や立法によってある程度行われてきていることは後に見る通りである。

③また処断刑形成過程においては、「情状」による法律上・裁判上の減免事由（三六条二項・三七条一項但書・三八条三項但書・六六条・一一三条但書・二〇一条但書）も存在する。通常この「情状」には――犯罪そのものの情状にとどまらず――あらゆる事情が含まれると解されており、ここでも「犯罪後の態度」が考慮される可能性がある。もっともこれらの場合は、先に見た①に掲げた諸事由と異なり、「犯罪後の態度」が規定上は類型化されていないという点において、むしろ②に掲げた「犯罪後の態度」に類似すると言えよう。しかもここに掲げた諸事由がいずれも「任意的」減免事由であることは、いったん宣告刑を想定した後で減免の可否を決めざるを得ないこと――特に酌量減軽（六六条）

についてはそうである――を示していると考えられるのである。

(2)従って本稿では、右の①を処断刑形成過程における「犯罪後の態度」の問題として、②および③を宣告刑形成過程における問題として把握し、以下順次検討していくことにする。

第二節　処断刑形成過程における「犯罪後の態度」

本節では、我が刑法上の自首・自白・解放減軽規定の本質（法的性格）に関する諸見解を概観し、その対立状況を検討することによって、処断刑形成過程における「犯罪後の態度」の判断構造を明らかにする。

一　自首

(1)我が刑法四二条一項は、「罪ヲ犯シ未タ官ニ発覚セサル前自首シタル者ハ其刑ヲ減軽スルコトヲ得」と規定し、自首を任意的減軽事由としている（同条二項は親告罪の告訴権者に対する首服につき同様の規定をおく）。内乱予備・陰謀罪およびその幇助における自首（八〇条）と私戦予備・陰謀罪における自首（九三条但書）は必要的免除事由であり、身代金誘拐予備罪における自首（二二八条ノ三但書）は必要的減免事由である。

任意的減軽事由となる刑法四二条一項の本質については、現在、①捜査及び処罰を容易ならしめるという政策的考慮に基づくとする見解と、②基本的には①に依拠しつつ「改悛による非難の減少」ないし「責任の事後的軽減」という理由を加味する見解が主張されている。

右の見解の中で、①の立場は特に立法当初から有力に主張されてきた。例えば「法律カ自首ヲ以テ法定減軽理由ト為

シタル所以ハ捜査機関ヲシテ成ルヘク速ニ真犯人ヲ確知セシメンカ為メナリ」[1]とされ、また②の立場に対しては「自首スル者皆ナ真心悔悟セリト云フコトヲ得ス中ニハ単ニ減軽セラレンカ為メニ自首スルモノモアルヘク而モ法律ハ自首トシテ其刑ヲ軽減スルヲ禁セサルニ由リテ之ヲ見レハ……真正ノ犯人ヲ処罰シ得ルト同時ニ無辜ヲ疑ヒテ之ヲ処罰スルノ危険ヲ避クルコトヲ得ルノミナラス其結果国家ハ犯罪捜査ノ労費ヲ省キ他ノ一面更ニ民人ヲシテ安堵セシムルコトヲ得ヘキ巨大ノ利益アルカ故ニシテ畢竟巧妙ナル刑事政策ニ出テタルモノナリト云フヲ以テ正当トスヘシ」[2]と主張されていたのである。このような基本的発想はその後も受け継がれ、最近でも「政策的考慮」の内容として「真犯人を処罰し、無辜を処罰する可能性を防止し、犯罪捜査の労を省き、犯人が早期に検挙されることによる国民の安心感を満足させるということが含まれている」[3]と説かれている。

一方②の立場からは、古くは「自首減軽ヲ認ムル理由ハ一ハ由テ以テ本人悔過ノ状ヲ認ムルニ足ルモノトシ一ハ国家機関ヲシテ可及的ニ真正ノ犯人ヲ速知セシメ冤罪者ヲ処罰スルカ如キ危険ヲ予防スルノ主旨」と説かれ、「裁判官ハ自首ノ動機、自首者ノ人格等ニ照シ減軽ノ許否ヲ決スルヲ至当トス」と主張されていた[4]。現在もこの立場を採る論者は多い[5]。

これに対して①の立場は(i)捜査機関に発覚する前か否かという手続的な事情が基準とされていること(ii)主観的な悔悟が要求されていないことを理由に、②の見解を批判する。そして「動機などにてらして当否を判断するために任意的な減軽理由とされたのだという反論があろうが、そのような情状の具体的判断ならば、端的な量刑（酌量減軽）として可能なはずである」と主張するのである[6]。

(2)右のような見解の対立は、旧刑法の下でも存在した。旧刑法は、自首に関して次のような規定を掲げていた。

第八五條　罪ヲ犯シ事未タ発覚セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減ス但謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減軽ノ限ニ在ラス

第八六條　財産ニ対スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其賍物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半数以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減ス

第八七條　財産ニ対スル罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同ク前二条ノ例ニ照シテ処断ス

このように旧刑法においては、謀殺・故殺を犯した者に「自首」を適用せず（八五条）財産犯に関しては賍物返還の程度によって減軽の程度に差を設けていた（八六条）。さらに自首は必要的減軽事由とされていたのである。

旧刑法の下でも、自首規定の本質として政策的考慮を掲げる学説が有力であった。例えば「現行法カ刑ヲ減軽シテマテ自首ヲ奨励シタル理由ハ(1)有罪ヲ不問ニ附シ(2)無辜ヲ逮捕処罰スルノ二大弊害ヲ予防セントスルニ在リ……此ノ如キ弊害ハ真ノ犯人官ノ手裡ニ入ルニ因テ全然除去スル事ヲ得ルモノナルカ故ニ僅々刑ヲ減軽シテ自首ヲ促スハ実ニ有益且ツ巧妙ナル手段ト云ハサル可ラズ」とされ、さらに「右ノ手段ニ依リ犯人速ニ自首スル時ハ別ニ第二級ノ利益ヲ生ス曰ク犯罪捜査ノ労費ヲ省ク事ヲ得ル是ナリ」と説かれていたのである[7]。真犯人の処罰及び無辜の不処罰を第一の目的とし、捜査の容易化を二次的な目的とする見解と言えよう。

もっとも、旧刑法下においても――現在主張されている②の立場と同様に――「改悛による非難の減少」を並列的な要因して掲げる見解が存在した。「一体自首法ヲ設クル所以ハ未タ犯人ノ何人タル事ヲ知ラサル以前官ニ自首スレハ多少悔悟ノ情ヲ顕ハシ且裁判所ニ於テ犯人ヲ捜査スルノ手数ヲ省ク為メナリ[8]」という説明がその例である。しかし、このように「悔悟ノ情」を理由とする見解に対しては「(1)自首スル犯人ハ尽ク真心悔悟シタル者ノミニ非スシテ其中ニハ単ニ減免ノ利益ヲ得ント欲スルニ基ク者アルヤ必セリ従テ右ノ説ハ事実上正当トスル克ハス(2)我刑法ハ悔悟ニ基クト減軽ノ利益ヲ得ント欲スルニ基クト又其他ノ理由アルニ基クトニ拘ラス汎ク自首ノ効アラシメタルハ明文上此種ノ制限ナキニ依リテ明ナリ従テ悔悟ヲ賞スル為ニ減免ノ利益ヲ与フル主旨ナリトハ解釈上之レヲ容ル、克ハズ[9]」といった観点から

の批判がなされていた。

このように旧刑法が必要的減軽事由としての自首を規定していたにもかかわらず、政策的考慮のみに依拠しない学説が主張されていたことには注目すべきであろう。しかも、その学説を批判する論拠、すなわち自首は常に悔悟に基づいて行われているわけではないという考え方が、逆に、現行刑法における自首を任意的減軽事由とするための理由としても採用されることになったのである。現行法への経緯に関する次の記述を見よう。

> 本條第一項ハ現行法第八十五條及ヒ第八十六條ヲ合シ之ニ修正ヲ加ヘタルモノニシテ現行法ハ謀殺、故殺ニ係ル者ヲ除キ自首シタル者ハ必ラス本刑ニ一等ヲ減シ又財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者ニハ其損害賠償ノ程度ニ因リ減等ノ度ヲ異ニスルノ規定ヲ設クト雖モ謀殺、故殺ニ係ル者ヲ除外スル理由ナク又自首者ニハ必ラス本刑ニ一等ヲ減スル為メ自首減等ヲ期シテ罪ヲ犯ス者ナキニアラサルノミナラス損害ヲ賠償スル程度ニ従テ減等ノ度ヲ異ニスル如キハ其規定細微ニ過キ弊害ヲ生スル虞アリ是ヲ以テ本案ハ之ヲ改メ罪ノ種類ヲ問ハス自首シタル者ハ其刑ヲ減軽スルコトヲ得ルコトト為シ此等ノ弊ヲ一掃シ且自首減軽本来ノ目的ヲ達センコトヲ期ス(10)

右の説明によれば、規定の複雑さと並んで、必要的減軽事由であるために減軽を期待して犯罪に出る者が存在するようになるという弊害が、旧刑法から現行刑法の自首規定へと改正された主な要因であったことになる。

(3)次に、現行刑法典施行後の諸草案が、自首についてどのような規定を掲げることになったのかを見てみよう。

まず、「改正刑法仮案」（総則・昭和六年）は、その第六十条において次のような自首規定を置いていた。

> 第六十條　罪ヲ犯シ未タ官ニ発覚セサル前自首シタル者ハ其ノ刑ヲ減軽又ハ免除スルコトヲ得官ニ発覚シタル後自首シタル者亦同シ

仮案では、自首は任意的減免事由とされただけでなく、犯罪の発覚後においても同様の取扱いが認められることとなった。これについては「旧刑法が条文の構成も荒けずりで美的でないばかりか、損害賠償の規定をおくなど刑法中に私

法的観点さえ混入しているともいえるものだったのに対して、自首減免を責任（広義の）のレベルで理論的に純化しようとしたものといえる」[11]という指摘がなされているが、こうした考え方はその後の改正案においても維持されることになる。次に掲げる「改正刑法準備草案」（昭和三六年）も、仮案に若干の変更を加えた規定を置くこととなった。

第五〇条①　罪を犯したことが発覚する前に捜査機関に自首した者は、その刑を軽減し、又は免除することができる。発覚した後に自首した者は、その刑を軽減することができる。

準備草案理由書は次のように述べている。一項前段では刑の軽減のほかに刑の免除をも認めた点が現行四二条第一項と異なるが、その他は現行法と同一である。これに対し、後段は、仮案第六〇条第一項後段にならって新たに付加されたもので、犯罪ならびに犯人のだれであるかが発覚した後の自首についても、その刑を軽減する理由（特に犯罪捜査を容易にするという政策的な理由）があることを考慮したものである。ただし、この場合は、前段との権衡上、刑の免除までは認めないこととした。[12]

このように仮案においては発覚前後を問わず任意的減免事由とされたのに対して、改正刑法準備草案では発覚前の自首は任意的減免事由、発覚後の自首は任意的減軽事由として規定されていた。その後の「改正刑法草案」（昭和四九年法制審議会総会決定）の審議過程では、準備草案と同様の意見（第一次案第五〇条A案）、発覚前後を問わず任意的減軽事由とする意見（第一次案第五〇条B案）のほか、現行法と同様に発覚前のみ任意的減軽事由とする意見（別案）が提出されたが、結局B案に決定された。次に掲げよう。

第四九条①　罪を犯したことが発覚する前に捜査機関に自首した者は、その刑を軽減することができる。発覚した後に捜査機関に自首した者も、同じである。

審議過程については、次のように報告されている。まず、発覚後の自首については(i)犯人が自首したという事実にあ

まり大きな効果を与えるのはもともと適当でないし、(ii)発覚前の自首と発覚後の自首とでは検挙の必要および犯人の悔悟という二つの観点からみてかなりの差があるのであるから、現行法通り、発覚後の自首は情状の一種として考慮すれば足りるという意見もあった。しかし多数意見からは(i)自首という行為にあらわれた犯人の悔悟が責任を軽くするという事情は、発覚後の自首の場合にも否定できないこと(ii)自首を促すことによって犯人の検挙を容易にするという政策上の必要は、犯人が誰であるかがわかった後にも変わりがないこと(iii)捜査機関に発覚しているかどうかは犯人にわからないことも多く、発覚の有無という犯人にとっては偶然の事情によって異なった取扱いをするのは公平でないことなどから、発覚後の自首について少なくとも刑の軽減を認めるべきであると主張された[13]。次に、自首に刑の免除も認めるかどうかについて、積極意見は(i)犯人が真に悔悟して自首した場合などその責任が著しく軽い場合もあること(ii)免除を認めることによって現在以上に自首を促すという効果も期待されることを理由とした。さらに積極意見の中には、発覚前の自首についてだけ刑の免除を認めるべきであるとする意見と、発覚後の自首にもこれを認めてよいとする意見とがあった。一方消極意見は、数多い情状要素の中で自首だけを特に重要視することは疑問であり、検挙を容易にするという政策上の必要が大きい犯罪については各則で自首免除を規定すれば足りることを理由として主張された[14]。

以上のように、準備草案および草案の自首規定の根底にも、既述の学説が主張する①捜査および処罰を容易ならしめるという政策的考慮と、②改悛による非難の減少という要素が存在していたことは明らかであろう。ただ学説上①の立場が、現行法の規定が発覚前という要件を掲げていることを自説の根拠づけの一つとしていたのに対し、準備草案および草案の成立過程においては、発覚後の自首についても①のような政策的考慮の必要性が認められていたことに注意しなければならない。

(4)右に見た見解の対立は、自首の成立要件の解釈についても帰結の相違をもたらすことになる。ここでは、我が国に

おける判例を通して、自首の成立範囲がどのように解されているのかを概観する。

刑法四二条一項の規定、および自首の意義（犯人が捜査機関の取調べをまたずに自発的に自己の犯罪事実を申告し、その処分を求める行為）から、㋐「未タ官ニ発覚セサル前」に、㋑犯人が自発的に自己の犯罪事実を捜査機関に申告することが自首の成立要件であると一般に解されている。(15)

まず、㋐の要件から見てみよう。「発覚」とは犯罪および犯人の発覚をいうものと解するのが多数説であり、従って、犯罪事実が全く捜査機関に発覚していない場合は勿論、犯罪事実は発覚していても、その犯人が誰であるかが発覚していない場合をも含むとされる。しかし、犯罪事実および犯人が誰であるかが発覚していて、単に犯人の所在だけが不明である場合は含まないと解するのが判例の立場である。次の最高裁判決を見ることにしよう。

〔1〕最判昭和二四年五月一四日刑集三巻六号七二一頁。

「刑法四二条一項の『未タ官ニ発覚セサル前』とは犯罪の事実が全く官に発覚しない場合は勿論犯罪の事実は発覚していても犯人の何人たるかが発覚していない場合をも包含するのであるが、犯罪事実及び犯人の何人なるかが官に判明しているが犯人の所在だけが判明しない場合を包含しないものと解すべきである。

本件において原審の確定したところによると被告人は本件犯行の翌々日即ち昭和二一年五月一〇日Kをたのんで共に高田警察署に出頭した形跡はあるがそれより先既に司法警察官に本件犯行及び犯人が被告人等なることが発覚していたというのであるから原審が被告人の自首を認めなかったのは正当で論旨は理由がない。」

本判決が、自首規定の本質についていかなる立場を採用しているのかは必ずしも明らかではない。先に見た②の見解が主張するように「改悛による非難の減少」を重視するならば、所在不明にとどまる場合を特に除外する必要はないとも解せよう。もっとも政策的考慮を強調する①の立場からも、「すでに発覚しているかいないかはかなり偶然の事情に左右されるものであること、および、所在不明でも検挙を容易にすることは変わらないこと」を理由に、やはり所在不

明にとどまる場合にも自首の成立を認めるべきであると主張されている。[16] 本判決は、自首規定の本質を十分に顧慮することなく「発覚」の意義を狭く解しすぎたのではないかと考えられよう。

次に④の要件について見てみよう。自己の犯罪事実を申告する方法は、自ら直接行うだけでなく、他人を介して行うことも有効であり、[17] また書面によることも有効であると解されている。[18] もちろんこれらの場合には、犯人が誰であるかを明らかにする必要があり、自首者が誰であるかを捜査機関が確知しえないような方法で行ったものは自首とは言い難い。[19] 捜査機関の取調べに応じて自己の犯罪事実を申告することが自首とならないことは当然であるが、[20] その申告が捜査機関の取調べ中ないしは職務質問に際して行われたものであっても、そのような取調べが職務質問の結果としてなされたものではないと認められる場合には、自発性が肯定されている。[21] また、近時最高裁は、被告人の警察官に対する犯罪事実の申告が尋問をまたずに進んで行われた以上、自己に犯罪の嫌疑の及ぶのを妨げた事情があったとしても、自首と認めうるとして次のような判断を示した。

〔2〕最決昭和六〇年二月八日刑集三九巻一号一頁。

「本件事案において、捜査にあたった警察官は、被告人が業務上過失傷害の事実を申告するまで、同人に対し人身事故の嫌疑は抱いておらず、右申告は警察官の尋問を待たずに進んで行われたものであるから、被告人が、警察官に真実を告げず、その場をつくろって自己に嫌疑が及ぶことを妨げた事情があったとしても、原判決がその説示するような理由により被告人について自首の成立を否定するのは正当ではなく、本件業務上過失傷害、道路交通法違反（人の負傷を伴う交通事故の報告義務違反）については、被告人の自首があったものと認めるのが相当であり、被告人について自首の成立を否定した原判決の判断は刑法四二条一項の解釈を誤ったものというべきである。[22]」

本件の原判決は、被告人が警察官に対し「同乗者はいないなどと虚言を弄し、警察官をして同乗者がいなかったものと誤解させ、一時的にもせよ、捜査官憲の事件の真相についての認識を誤らせ真実の発見を妨げたものといわなければ

ならない」から、その後真実を申告したとしても、そのような申告は「捜査及び処罰を容易ならしめるため、捜査官憲に対して自ら進んで自発的に犯罪を申告した場合とはおよそ趣を異にするものというべく、自首制度の趣旨、目的にかんがみれば、情状の一事由とはなりえても、法律上の任意的減軽事由である刑法四二条所定の法律上の自首にはあたらない」と判示していた[23]。しかるに本最高裁決定は、「原判決がその説示するような理由により被告人について自首の成立を否定するのは正当でな」いと述べている。しかしこのことから最高裁決定が、自首制度の趣旨・目的からその成立要件を判断していくことに対して否定的な態度をとっているとするのは早計であろう。両者は決して無関係ではなく――本稿において後に検討するように――むしろ有機的に関連づけて考察していくことが必要であるとさえ言えるからである。その意味で、最高裁決定の右説示は「原判決は、被告人が虚言を弄し、事件の真相の発見を妨げたという事実を、自首制度の趣旨、目的に反するということに安易に結合させるぎている[24]」という点を指摘しているにすぎないと解することができよう。なお、本件では当初捜査機関は被告人の犯罪事実について全く嫌疑をもっていなかったのであり、被告人の申告によってはじめてその事実が発覚したものである。従って、先に見た①の立場からするならば、被告人の申告は捜査ないし処罰を容易ならしめることに役立っており、「自発性」の要件も当然充足されるものと認められよう[25]。

(5)続いて、自首の「特例」、すなわち必要的免除事由（刑法八〇条・九三条但書）および必要的減免事由（一一八条ノ三但書）としての自首規定に関する議論を見てみよう。

これらの規定の本質については――いずれも予備罪・陰謀罪ないし幇助罪における自首であることも関連して――犯罪の重大性に鑑み、自首を勧奨することによって、実害発生を防止しようとする刑事政策的考慮にあるとする点において学説はほぼ一致していると言えよう[26]。八〇条（内乱予備・陰謀罪およびこれらの罪の幇助罪における自首）では、国民の存立基盤を破壊しようとする危険性が、また、九三条但書（私戦予備・陰謀罪における自首）では、外国の安全に

脅威を与え、我が国の外交作用を害する危険性が、さらに二二八条ノ三但書（身代金拐取予備罪における自首）では被拐取者の生命・身体に対する危険性が、それぞれ特に重大であり予防の必要性が大きいと認められているのである。(27)

右規定の中で二二八条ノ三但書は昭和三九年に新設されたものである。そこで、八〇条・九三条但書についてその沿革を見てみよう。旧刑法一二六条は、内乱予備・陰謀罪における自首につき、「本刑ヲ免シ六月以上三年以下ノ監視ニ付ス」としていた（必要的免除事由）が、現行法九三条但書に相当する規定は見られなかった。その後、改正刑法仮案は、内乱予備・陰謀罪およびそれらの幇助罪における自首を必要的減免事由（一七一条）、私戦予備・陰謀罪における自首を必要的免除事由（一八〇条）として掲げていた。

改正刑法準備草案では、内乱予備・陰謀および内乱の教唆・補助の罪を犯した者が「暴動に至らない前に自首したとき」（一二三条）、および私戦予備・陰謀罪を犯した者が「武力の行使に至らない前に自首したとき」（一四一条）に、その「刑を軽減し、又は免除する」と規定された（必要的減免事由）。準備草案理由書においては、前者について「自首は行為者の道義的責任を軽減するものであるが、この場合とくに現実の暴動に至ることを防ぐ政策的な意義を有するであろう」(28)とされ、後者についても「自首した者に対してその刑を軽減又は免除するのは、その道義的責任の軽減を評価すると同時に、それが実行に発展することを防止しようとする政策的な意味の規定である」(29)と説明されている。もっとも前者について、旧刑法上での「必要的免除事由」から「必要的減免事由」へと変更されたことの理由は明らかでない。

改正刑法草案では、内乱の予備・陰謀又は補助の罪を犯した者の自首（一二一条）、および私戦予備・陰謀罪を犯した者の自首（一二七条）につき、いずれも現行法同様、必要的免除事由として規定された。前者につき「審議の過程では、自首したからといって常に刑を免除する必要はなく、刑の軽減又は免除のいずれかを認めれば足りるとする意見も

あったが（第一次案第一三三条）、自首を促し、暴動を未然に防止する政策的見地から、現行法どおり刑の必要的免除としておくことになった」[30]とされ、後者についても「審議の過程では、自首の場合に必ず刑を免除するのではなく、刑の軽減にとどめる余地をも認めることが検討されたが（第一次案第一四一条）、内乱罪の場合とほぼ同様の理由によって、現行法どおり、必ず刑を免除することとされた」[31]という説明が行われている。

（1）大場茂馬『刑法総論下』（大正一三年）一三四三頁。

（2）勝本勘三郎『刑法要論総則上巻』（大正四年）五八五頁。

（3）山火正則「刑法四二条一項の自首が成立するとされた事例」判例時報一一六七号（昭和六〇年）二〇一頁（判例評論三二二号三九頁）。さらに、団藤重光（編）『注釈刑法(2)のⅡ』四三七頁以下〔田宮裕執筆〕、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）四四九頁を参照。

（4）泉二新熊『日本刑法論総論』（昭和二年）八二二―八二四頁。

（5）例えば、団藤重光『刑法綱要総論』（第三版）（平成二年）五二五頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（改訂増補版）（平成四年）四七九頁、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（昭和五六年）四一九頁以下、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）五六二頁以下、大谷實『刑法講義総論』（第三版）（平成三年）五三〇頁、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉（編）『大コンメンタール刑法・第二巻』（平成元年）八一二頁以下〔増井清彦執筆〕など。

（6）団藤（編）・前掲書（注3）四三九頁〔田宮執筆〕。

なお近時、刑法における損害回復論を重視する立場から、自首制度の再構成が主張されている（高橋則夫「刑法における損害回復論――刑法理論的・解釈論的アプローチ――」刑法雑誌三一巻三号（平成四年）三五頁以下）。これによれば犯罪捜査を容易にするという政策的な理由や、犯人の改心による非難の減少という根拠は行為者関係的側面に基づくものであり、被害者関係的側面から把握すれば、自首は社会に対する謝罪的側面を有すると同時に、被害者に対する現実的な損害回復の端緒の側面を有するとされる。いわば、自首は、それによって法的平和が回復され、被害者保護のためにも犯人

に対して一種の「後戻りのための黄金の橋」を架けるものであり、それを渡った者に対して刑の減軽可能性を与えたと考えることができると指摘されるのである。これが第一次的根拠であり、前述の二つの根拠は第二次的根拠であると解されている。

さらに、犯罪社会学的な観点から自首制度を検討するものとして、服部朗「自首に関する一考察」西原春夫＝湯浅道男（編）『善家幸敏教授還暦記念・宗教法学の課題と展望』（平成四年）一六五頁以下参照。

（7）岡田朝太郎『日本刑法論』（明治二七年）六二九頁以下。

（8）村田保『刑法註釋』（再版）（明治一三年）巻一・三三頁。

（9）岡田・前掲書（注7）六二八頁。

（10）倉富勇三郎＝平沼騏一郎＝花井卓蔵『刑法沿革綜覧』（大正一二年）二一四六頁。

（11）団藤（編）・前掲書（注3）四三八頁〔田宮執筆〕。

（12）刑法改正準備会『改正刑法準備草案理由書』（昭和三六年）一二八頁〔中野次雄執筆〕。

（13）鈴木義男「刑法改正作業レポート（一一）・刑の適用（その二）」ジュリスト三九七号（昭和四三年）一〇一頁。さらに、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案説明書』（昭和四七年）一三〇頁。

（14）鈴木・前掲論文（注13）一〇一頁。

（15）例えば、大塚・前掲書（注5）四七九頁。

（16）団藤（編）・前掲書（注3）四四二頁〔田宮執筆〕。なお、長利正己「刑法四二条一項にいわゆる『罪を犯し未だ官に発覚せざる前』の意義」刑事判例評釈集一一巻（昭和二九年）二四四頁以下参照。判例〔1〕と同旨のものとして、最判昭和二九年七月一六日刑集八巻七号一二一〇頁、東京高判昭和二七年一二月一八日高刑時報二巻一七号二六〇頁、東京高判昭和二八年三月一二日高刑集六巻二号二六二頁、東京高判昭和二八年一一月二六日高刑集六巻一三号一八四六頁、東京高判昭和三四年四月一日高刑時報一〇巻四号二四一頁。

（17）最判昭和二三年二月一八日刑集二巻二号一〇四頁。

（18）大判昭和九年一二月二〇日刑集一三巻一七八五頁。

（19）大判昭和九年一二月二〇日刑集一三巻一七八五頁。

(20) 大判昭和一〇年五月一三日新聞三八六六号七頁、最判昭和二九年七月一六日刑集八巻七号一二一〇頁。

(21) 最決昭和四二年二月二〇日裁判集刑一六二号四四一頁、大阪高判昭和三六年七月六日下刑集三巻七＝八号六七五頁、東京高判昭和四二年二月二八日高刑時報一八巻二号五八頁、大阪地判昭和四五年二月二八日判タ二五五号二八二頁、東京高判昭和六一年七月七日高検速報二八五一号、東京高判昭和六二年一一月一四日判時一二六七号一五四頁など。

(22) 事実の概要は、被告人が普通乗用自動車を無免許で運転中に、自車をガードレールに衝突させ海中に転落させる事故を起こし、警察官の取り調べを受けた際に同乗者はいなかったと嘘をついたため、無免許運転中の物損事故として処理されたところ、事故発生二週間後になって被告人は自己の運転していた自動車に同乗者がおり、同乗者が右転落事故により負傷したという業務上過失傷害の事実を初めて電話で警察官に申告したというものである。

(23) 仙台高判昭和五八年一二月七日刑集三九巻一号一三頁以下。なお、東京高判昭和五五年六月一六日判時九九四号一二五頁参照。

(24) 山火・前掲論文（注三）二〇三頁以下。

(25) なお、福田雅章「刑法四二条一項の自首が適用された事例」ジュリスト八六二号（昭和六〇年度重要判例解説）（昭和六一年）一五〇頁以下参照。

(26) 八〇条につき、泉二新熊『日本刑法論（下）』（明治四一年）三八頁、団藤重光『刑法綱要各論』（三訂版）（平成二年）二一頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（改訂増補版）（平成四年）五三四頁、前田雅英『刑法各論講義』（平成元年）五〇七頁、中山研一『刑法各論』（昭和五九年）四九〇頁、大谷實『刑法講義各論』（第三版）（平成三年）五〇三頁、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉（編）『大コンメンタール刑法・第四巻』（平成二年）五二頁〔鈴木享子執筆〕など。

九三条但書につき、大場茂馬『刑法各論下巻』（明治四三年）六一六頁、団藤重光（編）『注釈刑法(3)』（昭和四〇年）三八頁〔小暮得雄執筆〕、大塚・前掲『刑法概説（各論）』六三〇―六三一頁、大塚＝河上＝佐藤（編）・前掲『大コンメンタール刑法・第二巻』七六頁〔鈴木享子執筆〕。

二二八条ノ三但書につき、長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その二・完）」法曹時報一六巻八号（昭和三九年）一七頁以下、団藤重光（編）『注釈刑法(5)』（昭和四〇年）三二五頁〔香川達夫執筆〕、大塚・前掲『刑法概説（各論）』九四頁、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉（編）『大コンメンタール刑法・第八巻』（平

成二年）六四九頁〔山室恵執筆〕など。

なお、大原邦英「刑の免除序説（三）」法学五二巻三号（昭和六三年）五三頁以下参照。

(27) 大原・前掲論文（注26）五四頁注（1）参照。

(28) 前掲書（注12）一九四頁〔小野清一郎執筆〕。

(29) 前掲書（注12）一九七頁。

(30) 前掲書（注13）一七二頁。

(31) 前掲書（注13）一七三頁以下。

二　自白

(1)刑法一七〇条は、偽証罪（一六九条）を犯した者が、証言した事件の裁判確定前または懲戒処分前に自白したときには、その刑を減軽または免除できるとしている。虚偽鑑定・虚偽通訳罪についても本条が適用される（一七一条）。また、一七三条は、誣告罪（一七二条）を犯した者が、申告した事件の裁判確定前又は懲戒処分前に自白したときには、同じくその刑を減軽または免除することができるとしている。以上のように「自白」は任意的減免事由として規定されている。

本規定の性格については、①犯人に自白を奨励することによって誤った裁判または懲戒処分が行われることをなるべく未然に防止しようという政策的考慮に基づくとする見解と、②基本的に①に依拠しつつも責任の減少を認める見解、③さらに②に違法性の減少をも加味する見解が主張されている。

これらの見解の中では①が多数を占めていると言えよう。古くは、例えば「此特例ヲ設ケタル所以ノモノハ犯人ノ自白ヲ奨励シ以テ裁判ノ失当ヲ避ケ国家司法権ノ行使ヲ正当且確的ナラシメントスル趣旨ニ出ツ」(32)という説明や、「自白

ヲ奨励シ実害ヲ未然ニ防カントスル政策ニ基ク特例タリ」[33]といった主張がなされていた。誤判防止という政策的考慮を強調するものと解することができるであろう。最近でも、「自白の時期を『裁判確定前または懲戒処分前』に限定している点から、これらの規定が、ただちに政策的規定であることを看取し得よう。自白に対して刑の減軽という特典を以て臨むのは、偽証、虚偽鑑定、通訳、誣告などの犯罪自体の処罰よりも、裁判・懲戒処分という国家の審判作用の公正を一層優先させたものというべきであろう」[34]という指摘がなされている。

また②の立場からは、本規定が「必要的な免除ではなく、任意的な減軽または免除であるから、その裁量にあたっては一般の量刑と同様の考慮も働くべきことは当然であって、反面からいえば、この減免は、単なる政策的考慮のほかに、責任の減少という要素が含まれているものと考えなければならない」とされ、同時に「もっとも、本条は、犯罪が既遂に達したのちのことであるから、ここに責任というのは、犯罪論における責任そのものではなく、いわばその延長線上にあるところの広義のそれを意味する」と主張されている[35]。さらにこの立場は、「責任減少のほかに違法性（犯罪論の延長線上における広義の違法性）の減少をも加えることも、充分に考えられる」[36]とし、行為無価値には影響がなくても法益の現実的侵害を防止しえた点を考慮しうることを認めている。ただ、そのように考えると「本条適用の一身専属的性質を肯定することが困難となるであろう。けだし、この場合は行為無価値でなく結果無価値に関するものであるから、『人的不法』の理論も、ここでは妥当しないからである」[37]という観点から、③の立場に対する疑問を呈示している。

③の立場からは、「法益の現実的侵害の防止という点に事後的な違法性の減少を見ることは、偽証罪の抽象的危険をより限定し、これを客観説によって、結果無価値論的に構成するアプローチに、よりよく対応するように思われる」[38]と主張される。もっともこの論者は、③の見解の内部でも、行為無価値論や、偽証罪における「虚偽」の陳述の意義につき主観説を採る立場が存在することから、その論理整合性を疑問視している[39]。また、②の立場から指摘される一身専属

的性質の問題については「これは、もっぱら違法性減少とみる立場に対するものであり、違法性および責任の減少とみる立場には妥当しないであろう」[40]と反論する見解もみられる。

(2)ここで、我が国の旧刑法の規定をみてみよう。本規定に関するものとしては、次のような条文が存在した。

第二二六条　此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ於テ自首シタル時ハ本刑ヲ免ス

旧刑法においては、第六章（偽証の罪）に該当する犯罪を行った者が「裁判宣告ニ至ラサル前」に「自首」した場合には刑を免除すると規定されていた。現行法と比較すると、「裁判確定前または懲戒処分前」が「裁判宣告ニ至ラサル前」となっていたこと、また「自白」が「自首」となっており、さらに必要的免除事由であったことが主たる相違点である。

旧刑法下でも、右の規定を政策的考慮に基づくものとして理解するのが一般であった。例えば「証言鑑定通訳ヲ変改シ得ル時期ニ変改セサル者ハ偽証ノ既遂犯ナリト雖モ成ル可ク実ヲ吐カセシメ裁判ノ公平ト本案ノ被告人トヲ害セサラシメントスル政策ヲ以テ宣告前ノ自首ニ刑ノ全免ヲ担保トス」[41]と主張されていたのである。現行法上は任意的減免事由であるのに対して旧刑法では必要的免除事由であったことを考え併せると、かような見解はより説得力を有したであろう。もっとも、旧刑法の規定が「自首」の一特例として位置づけられていたことは、既に見たような「改悛による非難の減少」という要素がその根底に存在していたという主張を可能にする。ただ、旧刑法の一般的な自首規定（八五条～八七条）が必要的減軽事由であったことからすれば、やはり本特例においては政策的考慮が強調されていたと考えられよう。そして一方では、「実際ニ於テハ此規定アルカ為メ却テ屢〻無責任ニ証言ヲ買収セラルヽ者アリ為メニ裁判ノ進行ヲ妨ケ甚シキハ遂ニ事実ノ真想ヲモ攪乱シテ不明ナルニ至ラシムルコト少カラス宜シク削除ス可キモノトス」[42]として、本特例の弊害を憂慮する廃止論までもが主張されていたのである。

旧刑法から現行法への改正の経緯については、次のような説明がなされている。

第百七一條ハ現行法第二百二十六條ノ趣旨ヲ少シク修正シタルモノナリ即チ現行法ハ其事件ノ裁判宣告前自首スルトキハ本刑ヲ免スルコトヲ規定スト雖モ本案ハ其事件ノ裁判確定前又ハ懲戒処分前被告人カ偽証シタルコトヲ自白スレハ其刑ヲ減軽又ハ免除スルコトヲ得ト改メタリ是一方ニ於テハ自首ヲ自白ト改メタルヲ以テ刑ヲ減軽ス可キ場合ヲ多クシ又一方ニ於テハ自首以外ノ自白ニモ恩典ヲ及ホスヲ以テ必ス本刑ヲ免ス可キモノト為ササリシナリ(43)

自白は自首と異なって、単に自己の犯罪事実（自己の記憶に反する事実を証言したこと）を具体的に告白すれば足り、自ら進んで告白するのではなく尋問に応じて告白したものでもよいと解されている。従って、「自首」が「自白」に修正された点は、減軽の機会が増加することにより、政策的考慮の重視に結びつきうる。もっとも必要的免除が任意的減免へと改められた点は、裁判官の裁量の余地を生ぜしめ、先に見たような責任の減少をも認めようとする②の見解が主張される契機となる。そこで例えば、裁判確定の直前に自白を行ったが事実上あるいは法律上、その裁判の過誤を防止できないといった場合に、本条に該当するが減免は行わないとしたり、減軽のみにとどめるという判断がなされる可能性が生じてたのである。(44)

(3)その後「改正刑法仮案」（各則・昭和一六年）は、偽証罪・虚偽鑑定および虚偽通訳罪・誣告罪における自白（二二四条・二二五条・二二九条）を、現行法と同様に任意的減免事由として規定した。改正刑法準備草案は、これらの自白を、任意的免除事由としている（一八〇条・一八一条・一八五条）。準備草案理由書においては、例えば一八〇条について「現行法第一七〇条の規定に照応するものであり、その趣旨においても同一であるが、現行法が刑の裁量的軽減まで規定しているのは不必要と考え、単に刑を免除することができるものとした」という説明が行われている。(45)改正刑法草案も同様である（一六一条・一六二条・一六六条）が、その理由としては、例えば偽証罪の刑は十年以下の懲役であり、その下限について特別の制限がないことからみて裁量的な軽減を認める実益がないためであるとされる。(46)もっと

もこの点については、「懲役刑の下限が三月に引き上げられていること（二五条一項）を考えると、疑問がないわけではない」という批判もなされている。[47] なお、改正刑法草案は、現行法一七〇条の「懲戒処分前」という文言を「処分が確定する前」と改めたため、懲戒処分以外の行政処分のための手続における偽証にも草案一六五条は適用され、さらに懲戒その他の処分があった後もこれに対し不服申立ができる間は自白による刑の免除が可能となっている。

(4)次に我が国の判例の状況を見ることにする。大審院昭和五年決定は、自白した偽証教唆者にも一七〇条の適用があるか否かの問題に関して、次のような判断を下した。

〔3〕大決昭和五年二月四日刑集九巻三二頁。

「（刑法一七〇条は）虚偽ノ陳述ヲ為シタル者ガ自白シタル場合ノミニ限セズ法ガ此ノ規定ヲ設ケタル所以ハ蓋犯人ニ自白ヲ奨励シ裁判ノ公正ガ偽証ニ因リ阻害セラルヲ未然ニ防止センガ為ニ他ナラズ而シテ此理由ハ虚偽ノ陳述ヲ為シタル者ト之ヲ教唆シタル者トニヨリ其ノ選ヲ異ニスベキニ非ルヲ以テ同条ハ偽証教唆者ニモ亦之ガ適用アルモノト解スルヲ相当トス」

この判例で、一七〇条の規定の本質として言及されている要因は、「犯人ニ自白ヲ奨励シ裁判ノ公正ガ偽証ニ因リ阻害セラルヲ未然ニ防止センガ為ニ他ナラズ」という政策的考慮――すなわち右に見た①と同様の見解――である。しかし大審院の判例には、次のような立場を示すものもあった。

〔4〕大決大正一三年四月八日刑集三巻三三二頁。

「裁判所ガ其ノ刑ヲ減軽又ハ免除スルト否トヲ裁定スルニ当リテハ、自白ヲ為スニ至レル動機其ノ他之ニ伴フ事情ヲ斟酌スルノ要アルコト論ヲ俟タズト雖モ、而カモ其ノ余ノ情状ヲ参酌スルヲ得ズトスルノ理ナク、却テ犯罪ノ動機、被告人ノ性格等汎ク諸般ノ事情ヲ併セ審究シ、其ノ適応スル所ニ従テ之ヲ決スルヲ至当トス」

本判決は、一七〇条の規定が任意的減免事由であることから、そもそも減免を行うか否か、行うとして減軽又は免除のいずれにするかといった判断には「汎ク諸般ノ事情」を考慮に入れるべきものとする。先に見た②の立場が、政策的

考慮のほかに責任の減少を採用するに至った理由――「裁量にあたっては一般の量刑と同様の考慮も働くべきことは当然」だとする――も、本判決とほぼ同趣旨であった。

その後、東京地裁による次のような判断が示された。

〔5〕東京地判昭和四二年四月二六日判例タイムズ二〇八号二一六頁。

「被告人らが前記民事事件の判決確定前に自白したとはいえ、これはAの告訴に基づき検察庁が捜査を開始し、被告人らも取調べを受けるいたった際当初はこれを否認して極力弁解しておりながら、追求された結果漸く自白したものにすぎないし、その自白も前記民事事件の第一審判決後であって被告人らの偽証によって誤った判決がなされる可能性がなかったわけではなく、更にはその偽証の内容も賃借したものを買受けたものであると陳述するなど全く虚偽の陳述をしたものであることなどを考慮すると到底右主張を採用し、刑の免除或は減軽をすることはできない。」

本判決も、基本的には判例〔4〕と同様に、減免を行うか否かの判断にあたって「汎ク諸般ノ事情」を考慮すべきだとする立場を採るものと言える。特に本判決においては、自白が当該民事事件の第一審判決後になされ、また検察官の追求によって漸くなされたに過ぎず、事実を充分知悉しながらも全く虚偽の陳述をなしていたという点において、誤判の危険性が存在していたという事情が重視されている。従って学説の側からも、本判決に関して「刑法一七〇条が適用されるためには、『裁判確定前』に自白がなされたというだけでは十分でなく、それ以外に、さらに刑を減免するに値する情状がなければならないということになろう」[48]という指摘がなされている。もっともこの論者からは「このように解すれば、自白に関する情状のよくない者は、たとえ自白したとしても同条の特典を受けられないこととなり、従って、自白することに躊躇するという結果を招き、自白を奨励するという刑法一七〇条の『刑事政策性』は著しく後退せざるを得ないこととなろう」[49]とも主張されている。その意味では――判例〔3〕からも窺えるように――減免の可否を自白の有無のみに依存させることも可能となろう。しかし右の論者は、一七〇条が任意的減免事由にとどまることから「政

策性」を最優先することはできず、従って「自白による刑の免除は、自白が『裁判確定前または……処分前』になされた結果、審判作用の公正が害されず、さらに、自白に関する『減軽』事情以上の行為者に有利な情状が存在するために、行為の可罰性が消滅する場合と把えることができるであろう」[50]と述べている。この点は、自白が任意的減免事由であるということをどのように理解するかに関わってくるが、後に改めて検討することにしたい。

(32) 岡田庄作『刑法原論各論』（第四版）（大正七年）一三五頁。
(33) 泉二新熊『日本刑法論各論』（昭和六年）三七七頁。
(34) 大原邦英「刑の免除序説（二）」法学五一巻三号（昭和六二年）八七頁。
(35) 団藤重光『刑法綱要各論』〔三訂版〕（平成二年）一〇五頁。さらに、同・前掲書（注5）四七五頁参照。
(36) 団藤重光（編）『注釈刑法(4)各則(2)』（昭和四〇年）二五六頁〔団藤重光執筆〕。
(37) 団藤（編）・前掲書（注36）二五六頁〔団藤執筆〕。
(38) 中山・前掲書（注5）五六五頁注（2）。
(39) 中山・前掲書（注26）五三九頁注（1）、同・前掲書（注5）五六五頁注（2）。
(40) 大塚仁『注釈刑法〔増補第二版〕』（昭和五二年）七七五頁。
(41) 岡田朝太郎『日本刑法論（各論之部）』（明治二九年）五四〇頁以下。
(42) 勝本勘三郎『刑法析義各論之部（上巻）』（明治三六年）六三五頁。
(43) 倉富＝平沼＝花井・前掲書（注10）二一八九頁。
(44) なお、団藤（編）・前掲書（注36）二五七頁以下〔団藤執筆〕参照。
(45) 前掲書（注12）二〇九頁・二一〇頁〔日沖憲郎執筆〕。
(46) 前掲書（注13）一八五頁。
(47) 鈴木茂嗣「偽証及び証拠湮滅の罪」平場安治＝平野龍一（編）『刑法改正の研究2・各論』（昭和四八年）一八八頁。

(48) 大原・前掲論文（注34）八九頁。
(49) 大原・前掲論文（注34）八九頁以下。
(50) 大原・前掲論文（注34）九〇頁。

三　被拐取者の解放

(1)刑法二二八条ノ二は、二二五条の二（身代金拐取・要求罪）、二二七条二項（拐取幇助罪）もしくは四項（被拐取者収受罪）に該当する罪を犯した者が、公訴の提起前に被拐取者を安全な場所に解放した場合には、その刑を減軽するとしている（必要的減軽事由）。本規定は昭和三九年の改正によって新設されたものである。

本規定の性格については、学説上①犯人に犯罪からの後退の道を与え、被拐取者の生命の安全を図るという刑事政策的考慮に基づくとする立場と、②刑事政策的考慮を認めつつも違法性の事後的減少を主張する立場、および③同じく刑事政策的考慮を認めつつも責任の事後的減少を主張する立場、さらには④刑事政策的考慮を認めつつも違法性・責任の両者の事後的減少を主張する立場、に分かれている。

これらの中では①の立場が多数説であると言える。例えば「身代金目的の拐取に対する法定刑の苛酷さは、それが犯罪予防の効果をもちうるのは事実としても、現に拐取行為あるいは収受行為をおこなってしまった者との関係では予防的効果を期待しえない。ために、犯罪の中途から後退しうるだけの道はひらいておいた方が賢明である。そして本条は、それを意図している。同時に、被拐取者の安否をきづかう者の心情をも考慮し、一日も早く返還することを助成する効果も予定している」[51]と主張されるのである。一方、②の立場からは、①を基本的に妥当としつつも、「『政策的』というと、違法性にも全く関係のない理由によって刑の減軽をするのだという印象を与える」が「この規定は、実質的に見て、

誘拐することによって生じさせている、被拐取者の生命・身体に対する重大な危険と自由の拘束という違法性を、解放することによって犯人自らが将来にわたって減らしたことを評価するものと見るべきであり、その意味で『違法性の減少』を理由とするものだとする方が、より正確ではないかと思う」[52]と論じられている。また、③の立場としては、立法に関与した論者の側からの次のような意見が挙げられよう。すなわち「みのしろ金目的の誘拐罪やその事後従犯及びみのしろ金目的の収受罪等が極めて危険な犯罪であり、被拐取者の殺害された事例も少なくない実情にかんがみ、被拐取者を解放した場合には、これらの罪の刑を必要的に減軽することとし、犯人に反省の機会を与えそのような不幸な結果の発生をできるだけ防止しようとする政策的な考慮が中心をなす」が、さらに「被拐取者を自発的に解放することによって示された犯行後における犯人の心情がその責任を軽からしめる要素となるとも考えることができる」とされ「これは犯行の着手後、自発的に犯行を中止して結果の発生を防止した中止犯の場合と共通する思想に立っているということもできる」と指摘されているのである[53]。④の立場からは、より端的に「被拐取者の生命・身体の安全をはかろうとする刑事政策的効果を狙うとともに、解放者の行為についての違法性および責任の減軽にもとづく法律的意味を考慮した規定である」と解されている[54]。

もっとも、特に③の立場に対しては、①の立場からの次のような批判がある。すなわち、「中止犯が犯罪それ自体の評価に基礎をおいているのに対し、解放減軽は、犯罪後の事情に基づいているのであって、中止犯と同列に論ずることはできない」[55]というものである。同様の指摘は、中止未遂に関して責任減少説を採用する論者からも「拐取後の解放は、犯罪行為完成後のそれであり、中止未遂とは実行行為終了後、結果発生前までが要件とされ、結果発生後の中止を予想しえない」ため、解放減軽と中止未遂とを「同一次元で理解することに抵抗を感ずる」[56]という形でなされている。さらにこの論者からは、両者を同一に解するためには拐取罪を継続犯と把握しなければならないが、我が国の多数説は拐取

罪を状態犯としているため、このこととの調節も問題となるとされている。[57]

(2)以上のような本規定についての理解の相違は、当然のことながら、要件に関する解釈上の差異をもたらすことになる。

判例上特に問題となったのは、本規定の「安全ナル場所ニ解放シタ」ことの意義についてである。本規定を、刑事政策的考慮のみに基づくものと解する立場からは、「安全ナル場所ニ解放シタ」という要件の意義も、比較的ゆるやかに解されることになろう。近年の身代金目的の誘拐事件が悪質化していることに鑑み、一刻も早く被拐取者の身柄を解放させようという趣旨を徹底させるためには、本規定の適用範囲を狭く捉えることは必ずしも適切ではないからである。すなわち「解放の結果が重視されこそすれ、減軽の契機ないしその基礎づけを明確に検討する必要性もうすれ、要するに被拐取者の安全の確保さえ保障されれば、さほど諸般の事情を厳格に解する必要もなくなってくる、ともいいうる」[58]のである。

一方、本規定の理解に際して違法性ないし責任の減少という観点を重視するならば、要件の解釈も自ら制約を受けてくることになろう。例えば、違法性の減少を重視する場合には、被拐取者の生命・身体に対する重大な危険と自由の拘束という意味での違法状態を、犯人自らが軽減させたと評価するに足る解放行為が要求されよう。また、責任の減少を重視するならば――特に中止未遂と本規定とをパラレルに把握しようとする立場からは――解放行為に自発性（例えば広義の「後悔」ないし「反省」に基づいたものであること）が必要となろう。「一般的にいえば、犯罪の成立要件の一を欠如するからという理解は、厳格に解されるのが通例である」[59]と考えられるからである。

(3)最高裁は、本規定における要件の解釈に関して、昭和五四年に次のような決定を下した。

〔6〕最決昭和五四年六月二六日刑集三三巻四号三六四頁。

本件は、六歳の女児を身代金目的で誘拐した被告人が、夜一〇時二〇分ごろ自宅から数キロメートル離れた、同児にとって地理不案内の人通りの少ない道路で解放し、女児の自宅に連絡すべく努力したという事案である。刑法二二八条ノ二の要件の解釈について、最高裁は職権で次のように判断した。

「被告人の右解放行為が刑法二二八条の二にいう『被拐取者ヲ安全ナル場所ニ解放シタ』という場合にあたるかどうかについて考えてみると、同条にいう『安全ナル場所』というのは、被拐取者が安全に救出されると認められる場所を意味するものであり、解放場所の位置、状況、解放の時刻、方法、被拐取者をその自宅などに復帰させるため犯人の講じた措置の内容、その他被拐取者の年齢、知能程度、健康状態など諸般の要素を考慮して判断しなければならないものである。それとともに、右規定は、身代金目的の誘拐罪がはなはだ危険な犯罪であって被拐取者の殺害される事例も少なくないことにかんがみ、犯人が自発的、積極的に被拐取者を解放した場合にはその刑を必要的に減軽することにして、犯人に犯罪からの後退の道を与え被拐取者の一刻も早い解放を促して、右のような不幸な事態の発生をできるだけ防止しようとする趣旨に出たものであることなどを考慮すると、解放の手段、方法などに関して、通常の犯人に期待しがたいような細心の配慮を尽くすことまで要求するものではなく、また、前述の『安全に救出される』という場合の『安全』の意義も余りに狭く解すべきではなく、被拐取者が近親者及び警察当局などによって救出されるまでの間に、具体的かつ実質的な危険にさらされるおそれのないことを意味し、漠然とした抽象的な危険や単なる不安感ないし危惧感を伴うということだけで、ただちに、安全性に欠けるものがあるとすることはできない、と解するのが相当である。[60]」

本判決が、解放減軽規定の性格に関する右に見た諸見解のいずれに与するのかは、必ずしも明らかではない。しかし、「犯人に犯罪からの後退の道を与え……」という部分や、「『安全』の意義も余りに狭く解すべきでなく……」との文言から推測すれば、刑事政策的考慮を重視していると言えよう。すなわち、本規定の要件を厳格に解釈することによって、被拐取者が無事に返還される機会が少なくなるような事態を回避しようとする姿勢が窺えるのである。このような基本的態度が、「安全に救出される場所」であったか否かの判断について、「諸般の事情」を考慮すべきであるとしつつも解放行為が「通常の犯人」に期待できるものであればよいとし、また「具体的かつ実質的な危険にさらされるおそれがな

い」ことで足りるとした結論へ導いたと考えられよう。

(51) 香川達夫『刑法講義（各論）』（第二版）（三一七年）三七一頁。
(52) 林幹人「刑法二二八条の二にいう『安全ナル場所』の意義」警察研究五一巻一二号（昭和五五年）六九頁。
(53) 長島・前掲論文（注26）一二頁。
(54) 大塚・前掲書（注26）九四頁。
(55) 曽根威彦「略取・誘拐の罪」小暮得雄＝内田文昭＝阿部純二＝板倉宏＝大谷實（編）『刑法講義各論』（昭和六三年）一〇五頁。
(56) 香川達夫「略取・誘拐罪における解放減軽規定の解釈」ジュリスト七一八号（昭和五四年度重要判例解説）（昭和五五年）二〇二頁。
(57) 香川・前掲論文（注56）二〇二頁。
(58) 香川達夫「一、刑法二二八条の二にいう『安全ナル場所』の意義　二、刑法二二八条の二にいう『安全ナル場所』に解放したとされた事例」判例時報九五四号一八四頁（判例評論二五四号四六頁）。
(59) 香川・前掲論文（注58）一八四頁。
(60) 本決定はさらに「被告人が被拐取者M子を解放した場所は同児の自宅のある那覇市から直線距離で数キロメートル離れ、同児にとって全く地理不案内の地域であったこと、解放の時刻には人通りの少ない寂しい場所であったこと、解放後も同児の安否を見守るなどしないで立ち去っていることなどを考えると、解放の場所、時刻、方法は必ずしも適切と認められるものではなかったといわなければならない」としている。しかし「解放地点は、農村地帯の県道から少し入った脇道上で、民家のそばであり……地所自体が危険なものであるとは認められず、通行人の少ない時刻であるとはいえ、これらの民家の者らによって救出される蓋然性も見込まれるものであったこと、被告人は、解放に先立って同児の自宅に対して、一五分以内に解放して解放場所を通知する旨予告し、解放後ただちに解放場所を通知するため前記のとおり種々努力したこと、被告人がした右通知行為は、同児がまもなく通行人に発見、救出されたことに伴う通話の重複などのため効果をあげ得な

かったが、通行人による救出という事情が存在しなかった場合においても、解放場所の位置及び状況並びに被告人の右努力の内容などに照らすと、同児はその両親及び警察官などによってこれほど長い時間の経過をまたずに救出され得たと認められ、その間、危険は皆無とはいえないが、その短時間内に同児が具体的かつ実質的な危険にさらされる実際上の可能性ははなはだ僅少であったと思われること」などから、被告人の解放行為は刑法二二八条ノ二の要件を充たすに足りるものとした。

四　検　討

(1)以上見てきたように、我が国の刑法典に規定されている、処断刑形成過程における「犯罪後の態度」に関わる諸事由の本質については、大別して①〔捜査・処罰の容易化、犯罪の実害防止といった〕刑事政策的考慮に基づくとする見解と、②基本的には①に依拠しつつも(i)違法性の減少(ii)責任の減少(iii)違法性および責任の減少を認める見解に分かれる。自首については①および②(ii)の立場（但し自首の特例については①のみ）、自白については①・②(ii)・②(iii)の立場が、解放減軽については①・②(i)・②(ii)・②(iii)の立場がそれぞれ対立しているのである。

ここでは、例えば中止未遂における必要的減免の本質をめぐる政策説と法律説の場合ほど厳しい対立状況があるとは言えない。右に見た②の諸見解も、「違法減少説」「責任減少説」といった固有の立場を採用するわけではなく、あくまでも基本的には①に依拠しつつ、併列的に違法・責任減少を加味しているに過ぎないのである。このことは、これらの諸規定がその沿革・成立過程において強い政策的必要性に基づいて生じたものであることが明らかであり、中止未遂の場合とは異なって、既遂後の事情に関するものであるという点からも首肯されよう。既述のごとく、中止未遂については責任減少説を支持する立場が、ここでは専ら①の見解を採用していることもその現われと言える。

(2)従って、検討すべきなのは、第一に①の主張する政策的考慮に基づくとする見解が基本的に妥当かどうかであり、

第二に②の諸見解のように①の考え方にさらに違法・責任減少という理由を加味する必要があるかどうかである。まず、第一の点から考察しよう。

本稿は、処断刑形成過程における「犯罪後の態度」に関わる諸規定の理解として、基本的に①の立場が妥当であると解する。これらの規定においては、「官ニ発覚セサル前」（四二条一・二項、九三条但書）・「暴動ニ至ラサル前」（八〇条）・「裁判確定前又ハ処分前」（一七〇・一七一・一七三条）・「公訴ノ提起前」（二二八条ノ二）・「実行ノ着手前」（二二八条ノ三但書）という時間的制限が設けられており、かような時点より以前に自首・自白・解放行為を行わせることによって、それぞれの政策目的を実現しようとする意図が明確に窺われるからである。既に見たように、これらの政策的考慮の内容は、自首においては捜査・処罰の容易化、自首の特例および自白においては実害の発生防止、解放減軽においては被拐取者の生命の安全の確保であったが、いずれもより重大な法益侵害へと至る前に行為者に後退の途を開いておくという意味で、一般予防的考慮につながると言ってよいであろう。(61)

これに対し、②の諸見解に対しては次のような疑問がある。それは、これらの規定における諸事情が明らかに犯罪後の行為であるにもかかわらず、かような事後行為によって違法・責任が減少するという論理を採用している点である。当該犯罪の終了により確定するはずの違法性・有責性を、犯罪後の事情によっても判断しようとすることは、行為（責任）主義、ひいては罪刑法定主義に反すると言わなければならない。もっとも既に見た学説の中には「広義の責任」といった概念を用いることによって、右に述べた難点を回避しようとしているかに解されるものもある。(62) しかし、本来の犯罪論上の概念を拡大することによって、刑法学の基本原則との抵触を解消しようとする方向には疑問がある。少くとも、その実体が必ずしも明確でない概念による説明を行うことは妥当ではないように思われる。(63) 以上のように考えるならば、①の見解に、さらに②の主張する違法・責任減少という論理を付加して理解する必要性は乏しいと言えよう。

このように①の見解を妥当と解することによって、処断刑形成過程における「犯罪後の態度」の判断構造について次の点が明らかになる。当該行為者が、各々の規定に掲げられている――自首・自白・解放行為という――「犯罪後の態度」の要件を充足した場合には、一般予防的考慮により、「処罰の寛大化」が要求される。すなわち、既に行った犯罪行為に対する刑罰の減軽・免除が行われることになるのである。

(3)①の見解を採用する場合に検討しなくてはならないことは、一般予防という刑事政策目的を貫徹するためには自首・自白などを「必要的」な「免除」事由として規定する方が望ましいと解されるのに、実際には任意的な事由・減軽にとどまる事由も含まれている点である。

この点を解明するにあたっては、量刑における「処断刑形成」の意義について、改めて考察しなければならない。

本稿で先に確認したように、量刑が立法者と裁判官による「協同作業」であるとするならば[64]、法律上の加重・減軽事由は、いわば「法定の量刑事情」[65]である。量刑事情が予め「法定」されることにより、行為者自身に対しては「当該事項の重大性」[66]が知らされ、裁判官にとっては――特定の重要な事情を予め一括して提示しておくことによって――法定刑から事案を全体的・直観的に評価するのではなく、法定刑の幅をさらに枠づけ、合理的・分析的判断を先行させることが可能となるのである[67]。

処断刑形成過程における「犯罪後の態度」に関わる諸事由についても同様である。この場合、法が――犯罪の重大性などから――一般予防的考慮を特に重視しているときには、「任意的」事由よりも「必要的」事由が、また「減軽」事由よりも「免除」事由が規定されることになろう。従って、「任意的」事由や「減軽」「減免」事由が規定されているときには、法は――予め「法定」しておくことによる――一般予防的考慮を重視しつつも、なお裁判官に対して当該「事後行為」（＝「犯罪後の態度」）における具体的事情を判断してこれらの事由を適用すべきことを要請しているのである。

すなわち裁判官は㋐まず当該行為が各々の事由に掲げられている要件を満たしているか――一般予防目的が客観的に達成されているか――を検討し、㋑そのうえで当該事由が「任意的」であったり「減免」規定であるときには、減軽するか否か、減軽にするか免除にするかなどを決定することになる。例えば四二条一項の自首については㋐当該申告行為が、官憲未発覚のときに、自ら進んでなされたものかどうかを判断し、それが肯定されれば自首は成立し㋑次に具体的事情に応じて減軽するか否かを決定するのである。(68)

右の判断構造における㋐の部分は、当該「犯罪後の態度」が法の掲げる一定の要件に該当するか否かという一般的・類型的判断であるのに対し、㋑の部分は、「犯罪後の態度」に内在する諸事情に応じて刑種の選択も含めて減免の可否を決定するという具体的・個別的判断であると言えよう。従って、㋑の部分は、次に検討する「宣告刑形成過程」における「犯罪後の態度」の判断構造と一致するのである。

(4)これまで、自首・自白・解放減軽規定の本質に関する学説の対立状況を概観することによって、処断刑形成過程における「犯罪後の態度」の判断構造を明らかにしてきた。(69)すなわち、これらの規定は、「法定」されることにより一般予防目的を果たすことを期待しており、実際に各々の要件が充足されたときには、一般予防的考慮に基づいて刑の減免という「処罰の寛大化」が要請されることになる。ただ、法はさらに減免の可否ないし選択を裁判官の裁量に委ねていることもある。この場合には、宣告刑形成過程における判断構造が当てはまると解される。

そこで次節では、宣告刑形成過程における「犯罪後の態度」の判断構造について考察することにしたい。

(61)なお、団藤(編)・前掲書(注3)四三九頁〔田宮執筆〕、大原・前掲論文(注34)八七頁参照。さらに、高橋・前掲論文(注6)二八頁以下は、これらの「犯罪後の態度」を「損害回復的行為」として理解され、それは「現実的な損害回復」

と「象徴的な損害回復」とに分類できると同時に、「予防的な損害回復」と「補償的な損害回復」とに分類できると主張される。そして、内乱予備の自首は「現実的」で「予防的」な損害回復であり、解放減軽は「現実的」で「補償的」な損害回復であり、一般的な自首は「象徴的」で「予防的」または「補償的」な損害回復であると指摘している。

(62) 例えば団藤（編）・前掲書（注3）四三八―四三九頁〔田宮執筆〕参照。

(63) このような説明は、本稿第三章第五節一において批判した、犯罪論上の「責任」と量刑論上の「責任」とを別異に理解する立場と親近性を有するものと言えよう。なお、本稿第四章第五節参照。

(64) 本稿第二章第一節一参照。

(65) 井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察（四・完）」法学研究五八巻一二号（昭和六〇年）五四頁。

(66) 吉岡一男「累犯と常習犯」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一（編）『現代刑法講座・第三巻』（昭和五四年）三一一頁。

(67) 井田・前掲論文（注65）五四頁参照。

(68) 既に見た最高裁昭和六〇年決定も、かような観点から理解することが可能である。なお、特別刑法においては、自首を①必要的免除事由とするもの（爆発物取締罰則一一条）②必要的減免事由とするもの（破壊活動防止法三八条三項など）③必要的減軽事由とするもの（流通食品への毒物の混入等の防止等に関する特別措置法九条四項）④任意的減免事由とするもの（土地改良法一四一条二項、破産法三八一条二項など）があるが、いずれも本文で述べたところに従って考えることができよう。

(69) なお、ドイツ刑法典における類似の規定として、内乱企図の予備罪における中止行為（八三条a・任意的減免）、偽証罪における陳述の訂正（一五八条一項・任意的減免）、過失偽証罪における陳述の訂正（一六三条二項・不処罰）、恐喝的人身奪取罪における被害者の返還（二三九条a三項・任意的減軽）などがある。これらの、いわゆる「有効な悔悟〔行為による悔悟〕（tätige Reue）」ないしは「既遂後の中止」（Rücktritt vom vollendeten Delikt）については、vgl. Wilfried Bottke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreinden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S. 613ff.; Thomas Hillenkamp, Möglichkeiten der Erweiterung des Institus der Tätigen Reue, in Heinz Schöch (hrsg.),

Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 81ff.; Matthias Bergmann, Die Milderung der Strafe nach §49 Abs. 2 StGB, 1988, S. 140ff.; Adolf Schönke= Horst Schröder= Albin Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., 1991, §24 Rn. 116f.; Rüdiger Schäfer, Die Privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, S. 189ff. さらに高橋・前掲論文（注6）111五四頁以下参照。

（未完）

Untersuchungen über die Grundsätze der Strafzumessung (3)

— insbesondere zum „Verhalten nach der Tat" als Strafzumessungstatsache —

Yuji SHIROSHITA*

§1 Fragestellung

§2 Einleitung
Ⅰ. Grundbegriffe in der Strafzumessungslehre
Ⅱ. Die Strafzumessungsregeln in ausländischen Strafrechten
Ⅲ. Die Rechtsprechung

§3 Strafzumessungsgrund als Sollen
Ⅰ. Vorbemerkung
—— Zusammenhang von Straftheorie und Strafzumessungsgrund ——
Ⅱ. Die Straftheorie in Japan und der Strafzumessungsgrund
Ⅲ. Die Strafrechtsreform in Japan und der Strafzumessungsgrund
(soweit im 4. Heft des 43. Bands)
Ⅳ. Die Strafzumessungslehre in BRD
(soweit im 5. Heft des 43. Bands)
Ⅴ. „Schuld" und „Prävention" in der Strafzumessung
1. Das *Schuldprinzip in der Strafzumessung*
2. Die Prävention in der Strafzumessung
3. Fazit

§4 Strafzumessungstatsache als Sollen
—— insbesondere zum „Verhalten nach der Tat" ——
Ⅰ. Vorbemerkung
Ⅱ. Das „Verhalten nach der Tat" in der gesetzlichen Strafbemessung
1. Die Selbstanzeige
2. Das Geständnis

*a. o. Professor an der juristischen Fakultät der Sapporo Gakuin Universität, Dr. jur.

3. Die Freilassung des Opfers
4. Zwischenergebnis (in diesem Heft)
Ⅲ. Das „Verhalten nach der Tat“ in der richterlichen Strafzumessung

§5 Zusammenfassung