

〔論 説〕

## 刑法総論覚書(3)

—「刑罰」についての考察—

伊 藤 司

- 一 はじめに
- 二 「刑罰」についての考察
- 三 おわりに

### 一 はじめに

「刑法覚書」シリーズの五回目<sup>①</sup>の今回は、「刑法総論」のテーマの三回目について執筆することにした。本稿においては、「刑罰」についての考察」というテーマの下で、「刑罰」をめぐる様々な論点について<sup>②</sup>多角的に考察を加えることにしたい。

(1) 五回目とは成蹊大学に着任後の回数であるが、一回目は「成蹊法学」68・69合併号(平成二〇年)四三―九頁、二回目は同72号(平成二二年)一一―二四頁、三回目は同76号(平成二四年)七七―八八頁、四回目は同84号(平成二八年)八一―一九頁である。

(2) 「刑罰」をめぐる様々な論点につき、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(一)―日本とドイツにおける刑罰理論の展開―」立命館法学三四一―四一(平成二四年)二四五頁参照。

## 二 「刑罰」についての考察

(1) 「序論」 「刑罰」<sup>(3)</sup> という場合、今日的には「犯罪」に対応する用語として使用されるのが一般的であり、従って、ある「犯罪」が行われた場合はある「刑罰」が科せられようという対応関係にあることになる(Ⅱ「犯罪」とそれに対応する「刑罰」という視座)。この関係はいわゆる罪刑法定主義原則の根幹をなすものとも言えようが、<sup>(4)</sup> 「刑罰」についてはいわゆる量刑論が実務上は最も重要な視点ということであろう。どの程度の「刑罰」が科せられるかが被告人等にとって最も切実な問題と言えようからであるが、「犯罪」の認定がなされ、適用法条が定まり、罪数関係を経て、法定刑・処断刑・宣告刑という実定刑法上の段取りをたどる限り、そこには何も問題はないかのようである。従って、「刑罰」についての考察<sup>(5)</sup>とは言っても、量刑論上どのような影響がありうるかが、実務上は問題となつてこよう。「法定刑」の枠内でそのような考察がどの程度の影響力を有するものであるかが、実務刑法上は最大の関心事ということを意味することになる。実務は実務として日々刑の宣告に当たっているので、実態的にはそのようなものといふことになるが、そのような実務を前提としつつも、本稿においては、より多角的な視点から本テーマについて考察を加えることにしたい。

(3) 「刑罰」自体の意義については、「国家によって意図的に加えられる、過去の違法行為への非難を伴った害悪である、と」の定義が見られ(松原芳博「刑罰の正当化根拠としての応報—刑法学の視点から—」日本法哲学学会編「応報の行方(法哲学年報二〇一五)」(平成二八年)六四頁。小野清一郎「日本刑法の歴史的發展—一つの概観—」同「刑罰の本質について・その他」(昭和三〇年一刷、昭和四四年二刷)三四四頁(もつとも、ここでは必ずしも「近代国家」に限られていない(三四九以下、三五三以下、三六七以下、三八五、四〇五頁以下参照))、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)一八三頁も参照)、いわゆる「国家刑罰権」が表明されているものと言えようが、今日の刑法においては当然の前提とされている訳である(Auch vgl. TOBIAS R. ANDRISEK, Vergeltung als Stratzweck: Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, 2017.S.7)。しかし、現在の日本刑法典においては、九条に規定された「刑」を予告した刑罰法規中の「法律効果」を指すところのが狭義の形式的意味での「刑罰」ということになる(この点、Tomio Walter, Strafe und Vergeltung-Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips, 2016.S.9に「刑罰 (Kriminalstrafe) は行為者が蒙るかゝ蒙るべきである害悪と定義できるところ、この害悪は刑事裁判所の有罪判決が表明する法的な不同意 (Missbilligung) を強調すべきものであり、この意味における刑はドイツにおいてはとりわけ自由刑と罰金刑である。」とある)。

これに対し、松生建「刑罰と峻厳な取扱い」高橋則夫ほか編「曾根威彦先生古稀祝賀論文集」下巻(平成二六年)一九頁以下は、刑罰という制裁に限ってなぜ峻厳な取扱いが正当化できるのか疑問視されているが、実定法上の取扱いに体现された人類的歴史的・秩序維持的感覚に基づくものである。チャーザレ・ベッカーリア(小谷眞男訳)「犯罪と刑罰」(平成二三年)も、「社会を成り立たせている法律をかつての混沌にふたたび沈みこめようとするのを思いとどまらせるのに十分なほどの、感覚に訴えかけるような動因が必要であった。この感覚に訴えかける動因が、法律に違反する者たちに対して定められた刑罰なのである。」(一一頁)と説明されており、すなわち、「犯罪は、・・・社会に損害を与える。」(三一頁)のものであるということになる。H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, 1968 (Reprinted (with revisions) 1995), P.6 (b) も参照。

(4) 井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト二号(平成二四年)六〇頁右参照。しかし、瀧川博士は「罪刑法定主義」と「応報刑論」を結び付けて理解されていた(瀧川幸辰「確信犯人と教育刑」団藤重光ほか編「瀧川幸辰刑法著作集第四巻」(昭和五六年)六二六頁参照)。なお、吉岡一男「刑事学(新版)」(平成八年)一六八頁も参照。

(5) 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編著「量刑実務大系 1 量刑総論」(平成二三年)四頁参照。

(2) 「刑罰の性質と射程」 「刑罰」はいかなる性質を有するものであろうか。いわゆる近代国家においては、物理的強制力を独占した「国家」が「刑罰権」も独占することによって、当該領域内にあまねくその「刑罰権」を通用させうるようになったと解されているものと言えよう<sup>(6)</sup>（＝国家刑罰権の確立・独占と普遍性）。

もつとも、これは「理念型」とも言えようから、現実実際の権力独占過程や独占態様は必ずしも一様ではなく、従つて、「刑罰権」を独占したとされる「国家」と、いわゆる部分社会（家族、町内会、学校、会社など）ないし個人との不断のせめぎ合いが行われることにもなる訳である<sup>(8)</sup>。個々人の感覚・認識、そしてそれに基づく言動が大きく影響することにもなるうが、「実体刑法」としての「刑法」が制定されている以上、それに反した場合「刑罰」が科せられる可能性が出てくることは否定しえない。しかし、これも現実実際の側面における制約を免れないことも否定しえない。

(6) ちあたり、主に「ドイツ」(帝国) (Noch vgl. HEINRICH MITTELS, Neubearbeitet von HEINZ LIEBERICH, DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE/EIN STUDIENBUCH, 15. Aufl. 1978, S. 3 f. III) のほか、ヨーロッパの状況を中心とした論稿として、Otto Brunner, Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, (Nachdr. d. 5. Aufl., 1965) 1981, SS. 39f. 46f. 48, 51f. 106f. 108, 114f. 117, 157, 161, 163, 165f. 169 (ドイツ語) 本書に引くのは、世良貞志郎『西洋中世法の理念と現実』(平成三年) 三三三以下、四六九以下、四八六頁以下、山田欣吾『国家そして社会―地域史の視点―』(平成四年) 一三二頁以下参照、高柳信一『近代プロイセン国家成立史序説―その中央集権化過程における領土制と等族制とについて―』(昭和二九年初版、昭和六三年復刻版) 三〇、三九頁、堀米庸三『西洋中世世界の崩壊』(昭和三三年一刷、昭和五四年一八刷) 一〇以下、一六以下、三一、一七四以下、二四三頁以下、同『ヨーロッパ中世世界の構造』(昭和五一年一刷、昭和五四年三刷) 八〇以下、八七、九七注(97)、一二六以下、一三三以下、二一九以下、二二五以下、二三二以下、二五八以下、二六五以下、二九二頁以下、オットー・プルンナー『石井紫郎ほか訳』「Ⅷ「封建制」―その概念の歴史について―」

- 同「ヨーロッパ―その歴史と精神」(昭和四九年一刷、昭和五四年七刷)二〇一頁、村上淳「近代法の形成」(昭和五四年)一五以下、二四以下、三二以下、三六以下、六五以下、一三六、一四〇、一四六以下、一五三以下、一六一注(9)、一九五頁以下、成瀬治「近代国家」の形成をめぐる諸問題―「等族制」から「絶対制」への移行を中心として―吉岡昭彦ほか編著「近代国家形成の諸問題」(昭和五四年)一四頁以下、マイケル・ハワード(奥村房夫ほか訳)「ヨーロッパ史と戦争」(昭和五六年)四二以下、一〇六頁以下、莊子邦雄「近代刑法の原初形態」刑法雑誌五卷二号(昭和二九年)四五頁、同「封建制社会における刑法―刑罰権の多元的構造―」平場安治編集代表「現代刑法学の課題 上 瀧川先生還暦記念」(昭和三〇年)一七八、一九二頁、拙稿「騒擾罪の保護法益についての一考察(一)―刑法における「社会」概念を視座において―」北大法学論集三四巻一号(昭和五八年)一二〇頁以下注(3)、山内進「解題Ⅰ」新ストア主義と近代国家、そしてプロイセン・ドイツ史」阪口修平ほか「エストライヒ 近代国家の覚醒」(平成五年)八〇頁以下、同「掠奪の法観念史中・近世ヨーロッパの人・戦争・法」(平成五年)はしがき一頁以下、本文三四頁以下、同「第一章 暴力とその規制 西洋文明」同ほか編著「暴力 比較文史的考察」(平成一七年)二三以下、二六頁以下、皆川卓「第二章 フェーデと近世国家 ヨーロッパ中近世転換期」同五一以下、七七頁、加藤博「第六章 文明化と暴力 アラブ世界」同二六八頁、盛山和夫「社会科学の理論とモデル3 権力」(平成一二年)一八九頁、池田利昭「中世後期ドイツの犯罪と刑罰―ニュルンベルクの暴力紛争を中心に」(平成二二年)一七、二〇以下、二六、六九、七四以下、一二三以下、一四六以下、二〇三以下、二二五頁以下、久保田徳仁「第9章 理念としての主権国家体系の形成と浸透―国際体系観はどのように変化していったのか」山影進編著「主権国家体系の生成」(平成二四年)二九八、三〇二以下、三四頁以下、萱野稔人「死刑その哲学的考察」(平成二九年)二〇七頁以下、などを参照。Auch vgl. Von Andre Schultz, Polizeiarbeit heute—Mehr und mehr eine Frage der Legitimität, hrsg. v. Heiko Artkämper u. a. Kriminalitätsbekämpfungsein Blick in die Zukunft, 2015, S. 270f., Nr. 2. 1.
- (7) 成瀬・前掲注(6)「近代国家」二三頁には、マックス・ヴェーバー教授が、「物理的暴力の正当な独占」は近代国家のみに特有な事態とは言っていない旨の指摘も見され (Vgl. MAX WEBER, WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT, GRUNDRISSE DER VERSTEHENDEN SOZIOLOGIE, FÜNFTE, REVIDIERTE AUFLAGE, BESORGT VON JOHANNES WINCKELMANN, 1972, S.18.Nr.2. motto, マックス・ヴェーバー(脇圭平訳)「職業としての政治」(昭和五五年)九以下、一八頁以下参照)。また、ヴェーバー教授の「権力」と「支配」そして「正当(統)性」などの概念が「社会学的範疇論」に属するもので、歴史的に条件付けられたものとして示されている訳ではないがゆえに、今日利用する場合それらの範疇をそのまま活用しうる旨の指摘も見られるので(ブルンナー「石井ほか訳」・前掲注(6)「IV「支配」と「正当性」の概念についての覚書」同九八頁、

必ずしも時代に捕らわれるとも限らない概念要素であるとともに、「近代」にとつても決定的な概念要素と理解することもできるとにもなるから、一種の「理念型」としての「近代国家」概念要素としての提示と解することもできよう。

(8) T・ホップズ氏の「国家論」との関係で、田中浩「国家と個人―市民革命から現代まで」(平成二年)二〇頁以下参照。

なお、生田勝義「厳罰主義と人間の安全―刑法の役割についての一考察」広渡清吾ほか編著『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(平成一七年)五一頁以下は「相互に信頼し合う連帯的社会関係」の欠如が「厳罰主義」をもたらしている旨論じられているが、そのような関係が構築できればそれに越したことはないとしても、「犯罪」とそれに対する「刑罰」という視座からすると、そのような関係構築の欠如が「厳罰化」をもたらしているかはともかく、「刑罰法規」の存在はそれ自体として一応問題とされうるものであろう。また、同「行為原理と刑事違法論」(平成一四年)三二頁においては、「自己決定権の強調は、……従来は犯罪でなく、社会内での自主的な取組みによる解決に委ねられていた迷惑行為まで犯罪とするように求めるようになる。」と慨嘆されているが、そこで例として挙げられているドイツにおけるスプレーによる落書きの処罰の問題(五〇頁注(16)。金尚均「社会的迷惑行為と刑法の機能」同ほか編著『日独シンポジウム刑罰論と刑罰正義―日本・ドイツ刑事法に関する対話』(平成二四年)二五七頁も参照)については、近時同種の事案について「建造物損壊罪」の成立を認めた判例として、最三小決平一八・一・一七刑集六〇巻一号二九頁があるところ、より一般的に言えば、望まぬことを「部分社会」の名の下に強制したり、抗議をしても一向に改めないなどの場合は、許容の範囲を越えた事態と言わざるをえないのではあるまいか。

(3)「個人の生活・社会の在り様と刑罰」 従つて、現実実際の社会をどのようなものとして理解するか、そしてそれに基づいて個々人がどのような言動を弄しているかが、「刑罰」とも勿論無縁ではないことになる。

われわれは通常日常生活を営んでいるのであつて、何も「刑罰」や「刑法」のために行動している訳では必ずしもないということが大前提ではある<sup>9)</sup>。すなわち、個々人の生活が他者から干渉を受けるいわれはないというのが原則とも言えよう<sup>10) 11)</sup>。この意味で、「犯罪」や「刑罰」というのは例外的な現象ということになる訳である。もつとも、近時においてはいわば刑罰インフレとも言えるような状況で、「刑罰法規」が質量とも膨大なものになり、自己の感覚・

認識で行動していても「刑罰法規」に触れるとして摘発される場合もありうることも否定しえない。<sup>12)</sup>「国家からの自由」を強調すればこのような状態はけしからんということにもなるが、「刑罰法規」も通常は一定の現状に鑑み取り締まりの必要上制定されるものであるもので、そのような必要性・合理性があれば、「刑罰権」が行使されることにはなりうるであろう(警察・検察<sup>14)</sup>として裁判の場で、具体的にどのような判断がなされるかはまた別論であるが)。従って、「刑罰」や「刑法」のために行動している訳では必ずしもないということが大前提ではあるものの、ところどころで「刑罰」が出てくる可能性があるというのは悩ましい現実でもある訳である。

(9) この点、田中・前掲注(8) 国家四頁以下参照。

(10) Vgl.V.A. Schulz, (Ann6) Polizeiarbeit S.271-Nr.21.

なお、そこにおいては、個人々人にはその自由によって多数の行為の選択肢がありうるもので、第三者の人權に対する侵害の危険との緊張関係に立つと説明されているが、いかなる場合を念頭に置くかにもよるものの、理論的に言えば、個人が「犯罪」を行う「自由」を有するとは考え難いのであるまいか(小野正博「犯罪予防の法理のために」渥美東洋編著『警察政策学会犯罪予防の法理』(平成二〇年一刷、平成二二年二刷)一三二頁参照)。吉田敏雄『刑法理論の基礎Ⅳ 懲罰社会と刑法』(平成二六年)一六頁も、「自由は市民が相互の尊厳を尊重するところにある、安全は自由の均衡が保たれているところにある。」とされている。

(11) これはいわゆる近代刑法法の特徴をなすものでもであろう(生田・前掲注(8) 行為原理一八、三五、四二以下、四四頁参照)。

(12) この意味において、犯罪者は社会によってつくりだされるのであると言えなくもなからう(金光旭ほか『刑事政策』(平成二四年)五五頁―いわゆるラベリング論の知見)が、このような理論は「犯罪」「刑罰」というのは優れて「人間社会」的な現象である点を出ているという意味では的を射ていると言えるであろうものの、実体刑法的には「刑罰法規」がありそれに該当する限り、形式論理的には「犯罪」となりうると言わざるをえないであろう。

(13) この点、例えば、三島聡「現代刑法学における「国家による保護」と「国家からの自由」」広渡ほか編著・前掲注(8) 小田



中古稀八五、一〇九、一一二頁以下参照。

(14) この段階までの犯罪の取り扱いにつき、さしあたり、渡辺咲子「民事的な紛争解決と司法前処理」現代刑事法六二号（平成一六年）四五頁以下参照。

(4) 「刑罰の下の平等」① 物理的強制力を独占した近代国家が「法の下の平等」を前提とする場合、「刑罰の下の平等」もその理念とするところとなろう。しかし、この点についても現実実際のヴァリエーションは免れないことになる。わたくしはかつて「法の下の平等」の観点からいわゆる「暴力団組員」等についてもできるだけ「行為」に着目した規制を加えるべき旨を論じたことがあった。<sup>15</sup> その考え方については今日においても基本的には変わっていないが、やはり「犯罪集団」として積極的に「犯罪」を事とするとすると、現実的・実務的には「人的」な側面にも視点が当てられるのも無理からぬ面はあろう。<sup>16</sup> いわゆる暴対法は「暴力団」を明確に「反社会的集団」として法的に位置付け<sup>17</sup> たものであり、「暴力団の構成員の一定比率の者が、暴力的不法行為等又は本法に規定する罪に当たる違法行為を過去一定期間内に行った事実に着目<sup>18</sup>」したものである。本法は「暴力団の構成員」という「行為の主体」の側面からその「行為」に着目しての立法と言えようが、<sup>19</sup> 近時全国的に制定された暴力団関係の条例は「ヤクザとつきあう一般市民や民間企業の側」も規制対象とされており、<sup>20</sup> つまり、「警察対暴力団」という構図から「社会対暴力団」という構図への転換を図ることが意図されているものであり、<sup>21</sup> いろいろな事情があるが、「暴力団対策法」を実効化するためには「暴力団員」のみならずそれにかかわる「相手方」も規制しなければならないということであり、「条例」レベルとはいえ全国都道府県で制定されているということはそれだけ「一般市民ないし住民（旅行者等も含む）」（以下、「一般市民」等と略称）の切実な要求があると言わざるをえず、個々具体的な弊害は裁判で争われ



ることになろうところ、このような取り組みは全国的に「法化社会」を目指すものとして歓迎されるべきものと言えよう。

暴力団関係者をめぐっては、近時詐欺事犯なども散見される。詐欺罪自体は一般刑法上の犯罪であり、何人であれ刑法二四六条に該当すれば詐欺罪に問われうる訳であるが、「暴力団関係者」という「行為の主体」が詐欺罪を構成する重要な一要素とされた点が特徴的である。詐欺罪は「財産犯」であるので、通常は「支払いの意思と能力」があるか否かが決め手とされるものであるところ、近時の暴力団対策の結果、特別な人に対する特別な解釈がなされるに至ったものと言えよう。詐欺罪の本来の性質に鑑み、近時の傾向は「経済活動の自由」を阻害する恐れがないとも言えまいが、大局的に「公正な社会」を目指すためには、協力してゆかなければならないものと言えよう。<sup>25)</sup>

もつとも、暴対法及び条例などによる締め付けにより、「指定暴力団」組織はリストラをはじめ、使用者責任などを受けないように対処する傾向が見られるようであり、当局側としてもリストラされた組員などによる犯罪に対処する必要に迫られているようであり、<sup>26)</sup>このような側面にも目を向けてゆく必要があることになろう。

② 他方、「一般市民」等についてはどうかであろうか。(3)において刑罰インフレもあり、余り意識しないうちに「刑罰法規」に触れる場合もあると論じたが、さもなくとも、いろいろな欲求から意図的に「犯罪」を犯す場合もあるのではないか。近時、ビラ配布をめぐって邸宅ないし住居侵入罪に問擬した最高裁の判例が出され、<sup>27)</sup>このような場合も刑法一三〇条前段に該当すると解する最高裁の姿勢を疑問視する見解も多く、<sup>28)</sup>その政治的傾向からしても「表現の自由」や「法の下での平等」などに反すると考える向きもあろう。刑法一三〇条前段の場合「正当な理由がないのに」という文言が明示的に規定されているところからも、他人の空間への立ち入りはむしろ日常茶飯事との趣旨と理解で

きなくもなかるうが、日常の用向きについてははじめから刑法一三〇条前段の適用を考える必要はないという点が大きいとも言えよう。従って、殊更無理に立ち入るとするのは刑法一三〇条前段に該当する可能性が出てくるとも言えよう。<sup>(29)</sup> どのような場合であれば日常の通常用向きでどのような場合であればそうではないのか人によって感覚・認識の違いもあるうが、相手が容認していないか容認しそうな場合とはより、通常の対応で済むものを殊更自己の欲求で立ち入るとなると本罪に該当する可能性が出てくるということであろう。集合ポストに投函すれば済む場合、個別具体的に依頼されてもいないのに、殊更マンション内を上階から投函して回るとするのは、本罪に該当する可能性が出てくることになるう。日本国憲法三五条においても「住居の不可侵」が保障されているように、相手方の権利・利益も十分考慮に入れなければならない訳である。「暴力団員」については明示的な立法がなされ、この点で立法者の姿勢は明らかと言えようが、「一般市民」等においても「刑罰法規」に触れるような言動は許される訳もなく、特別扱いされていないからといって「人事」と思っていないとはいけまい。<sup>(30)</sup> 「暴力団員」のような人が出てくるというのはそれを培う土壌があるからということにもなり（従って、全国で「条例」が制定された訳である）、暴対法及び条例を遵守することはもとより、「一般市民」等においても「刑罰法規」を遵守しなければならないということになるう。

③ 国家が物理的強制力を独占しているということとは、「一般市民」等のレベルにおいても「自救行為」は原則としてできないということを意味することになるう。<sup>(31)</sup> 法的手続は面倒なものであり、また法的手続を踏んでも自己の満足の結果が得られるとも限らないので、いわゆる社会的権力に頼ろうとする者も出てきうるところである。<sup>(32)</sup> また、社会的権力に頼ることなく自らの手で「復讐」することも許されないことになる。<sup>(33)</sup> なぜならば、権限のある人が権限のある形で、そしてまた権限のある範囲内で行うのでなければ、勝手な言動は単なる「無法」に過ぎないからである。<sup>(34)</sup>

この意味において、「実体刑法」もそれ自体として単体として存在するのではなく、「刑事手続」と相まった形でなければ、「適正」に存在するものではないことが、現実の社会・実務との関連では、言いうるものとも言えよう。<sup>35)</sup>

- (15) 拙稿「第2講 身分犯の意義と根拠」阿部純二ほか編著『刑法基本講座第2巻構成要件論—錯誤・過失を含む』(平成六年)二八、三四頁参照。
- (16) いわゆる「山波抗争」における「人違い射殺事件」は、五代目山口組組長の組員に対する「使用者責任」による損害賠償請求権を招くとともに(このほか、警察官を組員と誤認して射殺した事件に対し、指定暴力団五代目山口組組長の損害賠償責任を認めた事例につき、最二小判平成一六・一一・一二民集五八巻八号二〇七八頁参照。松並重雄「判批—最判解民平成一六年度(下)六五〇頁以下、ほか多数の評釈がある、「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」(平成三・五・一五。以下、「暴力団対策法」ないし「暴対法」と略称)の立法理由のひとつになったものとされる(成田頼明ほか「特集・暴力団対策法(座談会 暴力団対策法をめぐって)ジュリスト九八五号(平成三年)一四頁四段(竹花豊、大道智史)山口組激動<sup>90</sup>年<sup>90</sup>の軌跡」(平成一八年)六六、七一、七六、一九〇以下、二二三頁、なお、八九、一六四頁以下も参照。大窪一志ほか「第四章 ヤクザ対策はなぜ効かないのか」猪野健治ほか編著『暴力団壊滅論ヤクザ排除社会』(平成二二年)一三四頁以下、東海テレビ取材班編『ヤクザと憲法 何を守るのか』(平成二八年)一一、八一頁以下、山之内幸夫「山口組 顧問弁護士」(平成二八年初版・三版)一九五頁以下。このほか、宮崎学「第一章 正義と利権」猪野ほか編著・暴力団壊滅論二四頁も参照。米国などからの圧力も指摘されている(猪野健治「山口組概論—最強組織はなぜ成立したのか」(平成二〇年一刷、平成二一年三刷)二二一頁以下参照)。その後、指定暴力団六代目山口組組長に対する「改正」暴対法に基づく訴訟につき、斎藤三雄「第二章 ヤクザ社会の行方」猪野ほか編著・暴力団壊滅論四一頁以下、山田英生「第三章 格差社会とやくざ」同八三頁参照。
- (17) 警察庁刑事局暴力団対策部監修・暴力団対策法制研究会編著『暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律』(平成七年)推薦の言葉一頁。國松孝次「特集・暴力団対策法」暴力団対策法の成立と今後の暴力団取締りについて」警察学論集四五巻一頁(平成四年)三頁、吉田英法「同 刑事警察と暴力団対策法の法制上の位置付け」同四六頁も参照。
- (18) 暴力団対策法制研究会編著・前掲注(17) 逐条三一頁。
- (19) 日本の暴対法はイタリア刑法のようなマフィア型結社罪(この紹介として、弁護士法人宮崎総合法律事務所編著『反社会的

- 勢力排除の法務と実務」(平成二四年)二三頁以下参照)ではなく、「結社の威力力を利用した経済活動自体を禁止・処罰する」方向での立法例と解されている(佐伯仁志「組織犯罪への実体的対応」西田典之ほか編『岩波講座 現代の法』6 現代社会と刑事法」(平成一〇年)二四五頁以下、暴力団対策法研究会編『暴力団対策法の解説』(平成四年)はしがき三頁以下参照。また、本法についての基本的な位置付け・理解として、宮澤浩一「第二部比較法的見地から見た暴力団対策法」第一章暴力団対策法の刑事法および刑事政策上の意義」日本弁護士連合会公民事介入暴力対策委員会編『注解 暴力団対策法』(逐条解説と「平成九年)二五二頁以下参照。なお、加藤久雄「死刑代替論について」慶應義塾大学法学研究六九卷二号(平成八年)一二四頁。
- (20) 宮崎学「ヤクザに弁当売ったら犯罪か?」(平成二四年)一一、二一、三八以下、五八以下、七一頁参照。
- (21) 大井哲也ほか編著『暴力団排除条例ガイドブック』(平成二三年)一七四頁、虎門中央法律事務所編『暴力団排除条例と変わる市民生活』(平成二四年)二、四一、八一頁、大塚浩ほか編著『暴力団排除条例と実務対応―東京都暴力団排除条例と業界別実践指針』(平成二六年)一一頁(加藤公司)参照。
- (22) 大井ほか編著・前掲注(21)はじめにi頁、本文二七五頁、虎門中央法律事務所編・前掲注(21)はしがき一頁、本文三一、一八頁、大塚ほか編著・前掲注(21)五頁(尾崎毅)、笹井武人「暴力団排除における詐欺罪適用の限界」高橋則夫ほか編著『野村稔先生古稀祝賀論文集』(平成二七年)三三一頁、田村正博「組織犯罪対策における条例の意義」井田良ほか編著『新時代の刑事法学 下巻 椎橋隆幸先生古稀記念』(平成二八年)三八二頁、法務省法務総合研究所編『平成二九年版 犯罪白書―更生を支援する地域のネットワーク』(平成二九年)一五四頁参照。
- (23) ①最二小判平成二六・三・二八刑集六八卷三三五八二頁、②最二小判平成二六・三・二八刑集六八卷三三六四六頁、③最二小判平成二六・四・七刑集六八卷四七二五頁、などを参照。もつとも、①は法廷意見三名対反対意見一名により詐欺罪の成立が否定された事案となっているように、「暴力団員」がピジター利用客としてゴルフ場を使用することに対する拒絶があるにもかかわらずブレイクした場合、詐欺罪を構成するかにについては、特段の措置によって拒絶の意思が明確化されている必要がある。これらの事案の段階ではなおあるとの判示とも言えよう(前田雅英「判批」捜査研究七五九号(平成二六年)三三三頁、城祐一郎「判批」同七六〇号(同年)四四頁、香月裕爾「判批」NBL一〇二四号(同年)七左、八頁左、白井智之「判批」研修七九八号(同年)二〇以下、二三頁以下、齊藤彰子「判批」法学教室別冊付録四一三号判例セレクト二〇一四「I」三五頁右、富川雅満「判批」法学新報一二三卷一・二号(平成二八年)二一五頁以下、野原俊郎「判批」法曹時報六八卷四号(同年)二八三、二八四頁以下注(20)参照。なお、土倉健太「判批」捜査研究七六一号(平成二六年)八頁は、ゴルフ場の公共性は銀行・航空会社と同程度に高いとまでいえるか否かについては異論もあり得ることから、暴力団関係者であるか否かの重要性はゴルフ場ごと

に異なる余地が大きいとされるが、「財産犯」であり「個人的法益に対する罪」と考えられる「詐欺罪」について「公共性」を前面に出すことは、論理の筋道として若干のズレが感じられないでもなからう。

(24) なかんずく、「暴力団対策法による指定暴力団の構成員」(前掲注(23)の①刑集六八巻三三三頁)。

(25) 警察庁の担当官は「暴力団員である以上不利益な取扱いをされてもやむを得ない、それが嫌ならば暴力団を辞めればいい」というのが今の社会における基本的な考え方になっているという。見解を披歴されており(松坂規生「特集暴力団排除に向け取組と課題 暴力団排除活動の動向」法律のひろば六五巻二号(平成二四年)一頁上段、他方、このような規制によってもヤクザをかえって地下に潜らせマフィア化するだけであるとの指摘が見られる(大窪・前掲注(16)暴力団壊滅論一四八頁以下参照)もの、刑事政策や社会政策などによる対応はともかく、憲法・刑法理論上はこのような立法・解釈は致し方ないものと言えよう。

(26) 猪野・前掲注(16)山口組概論二四〇以下、二四四以下、二五五頁以下参照。

(27) 最二小判平成二〇・四・一一刑集六二巻五号二二七頁、最二小判平成二一・一一・三〇刑集六三巻九号一七六五頁、などを参照。

(28) 例えば、石崎学「立川反戦ビラ事件判決―言論弾圧の先にある社会」法学セミナー六〇五号(平成一七年)六二頁以下、関哲夫「続々・住居侵入罪の研究」(平成二四年)はしがき三三頁以下、杉本吉史「葛飾区ビラ配布事件高裁判決とビラ配布活動について」民主法律二七二号(平成二〇年)一六五頁以下、中村欧介「葛飾マンションビラ弾圧事件―不当な東京高裁判決―週刊法律新聞一七四八号(同年)二頁、西田稔「特集葛飾ビラ配布弾圧事件のたまたかと到達点」法と民主主義四四四号(平成二一年)一一頁以下、同「最高裁は何を守ろうとしたのか―葛飾ビラ配布弾圧事件最高裁判決」同六八頁以下、荒川庸生「特集ビラ配布は犯罪ではない―葛飾ビラ配布弾圧事件」同四三六号(同年)二六頁以下、同「特集裁判闘争の五年とこれからのたまたか」同四五三三号(平成二二年)二六頁、などを参照。

(29) 本罪については以前検討を加えたことがあった(拙稿「刑法各論覚書(2)―「違法目的」での立ち入りと「住居侵入等」罪(一三〇条)―九州大学法政研究六三巻三・四号(平成九年)五六三頁以下参照)。本罪は立ち入る者と立ち入られる者との感覚・認識のギャップが出易い犯罪とも言え、それだけにうっかり犯してしまいがちな犯罪とも言えよう。本罪も常に必ず摘発されることも限らないであろうから、摘発に政治性が感じられる場合もないとは言えまいが、「他者の平穏で自由な生活」も尊重されなければならないので、どのような侵入行為が摘発・処罰されるものであるかは、「一般市民」等としても神経を鋭敏にしておかねばなるまい。従って、殊更勝手に合鍵を作ったり使ったりして立ち入る行為は、本罪に問われる可能性があると考える

ければなるまい。この関係では、「特殊開錠用具の所持等の禁止に関する法律」が制定され、また従来から軽犯罪法一条三号が存在する訳であるが、合鍵などの製造・販売などとの関係でもっと規制する必要があるのではあるまいか。

(30) この点、松原芳博『刑法総論(第二版)』(平成二九年)一四頁は、「社会の敵」とみなされる「犯罪行為者」と、「善良な市民」との立場の互換可能性について論じられており、その趣旨は、「特別予防」の観点から前者を余りに重く処罰することに対する批判にあるようであるが、「一般市民」等としても刑罰法規には触れないよう戒心すべきものと言えよう。

(31) なお、佐伯仁志ほか「刑法と民法の対話」(平成一三年)二三四頁以下参照。これに対し、大久保哲「報復権再考」(川端博ほか編著『立石二六先生古稀祝賀論文集』(平成二二年)九一三頁以下、同「報復権再論」新潟大学法政理論四五巻四号(平成二五年)一〇九頁以下は犯罪被害者及びその遺族等の報復権を肯定されるようであるが、そのような「権利」を觀念することが出来るとしても、そのような人達のみにもそのような権利があるか疑わしく、社会・国家的観点からする処罰の適正さに欠ける結果になるように思われる。むしろ参照されている笠井潔『国家民営化論—ラディカルな自由社会を構想する』(平成一二年)はこのテーマで一貫して書かれたものであり、このような「社会」もありえないではなからうとは思われる。もともと、殺人者の被害者の遺族や友人が「自分は安全な立場に身を置いて、犯罪者に死を要求するのは理不尽である。」(同書二一七頁)というのでは、殺人者を余りに優遇することになり、殺人者は価値中立的な行為を行った訳ではなからうと思われる。被害者の遺族や友人などに不当なリスクを負わせることになりかねない。

このほか、刑罰によって損害賠償に支障が出ること(この問題との関係では、「犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律」や「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」などを参照)の指摘や、国家による処罰を相対化する見解が見られる(森村進「自由はどこまで可能か」リバタリアニズム入門」(平成一三年一刷、平成二八年一五刷)九五頁以下参照)ところ、わたくしも国家的刑罰が唯一絶対的なものとまでは言わないが、歴史の経緯を経て来た「相対的にまし」な制度ではないかと考えている。

(32) 宮崎学『ヤクザと日本—近代の無頼』(平成二〇年)六〇、一五二頁以下は、近代社会における政治的権力と社会的権力の分離という観点から、「近代においては、政治的平等が建て前になるから、平等に反する形での権威を権力に付与することができない。正統性というものが平等のなから構成されなければならない。だから、それは部分社会に属するものであることではできず、全体社会に属する普遍的なものにならなければならない。こうして、近代社会における政治的権力は、全体社会に相即した国家のもとに一元化されるのである。」(二五五頁)と説明されており、「平等」な「参政権」による代表者の選出が権力の「正



統性」を根拠付けることになるのであろうが、このように正統化された権力でなければ、「民主的」に決めたとしてもその集団以外には通用させえないことになろう。なお、この点、坂本多加雄『国家学のすすめ』（平成一三年）七七頁以下参照。

(33) 明治時代の仇討禁止令が公布された後の「最後の仇討」とされる事件（明治一三年二月一七日）につき、吉村昭「最後の仇討」同「敵討」（平成一五年一刷、平成二七年五刷）一一三以下、一七八以下、一八八頁以下、野口武彦「解説」同書二一五頁以下参照。もっとも、この被告人は終身禁獄に処されながら大日本帝国憲法発布に伴う特赦により禁獄一〇年へと減刑・釈放されているようであり、現行刑法二八条仮釈放の原型とも言えようか。

ちなみに、高橋治俊ほか編（松尾浩也増補解説）『増補刑法沿革総覧』（大正一二年、平成二年増補復刻版）の「刑法改正政府提出案理由書」二一三八頁によると、旧刑法典五三条二項における「無期徒刑」の場合のように、仮出獄のために「一五年」経過する必要があるというのでは在監期間が長過ぎることが、現行刑法二八条の無期徒刑については「一〇年」の経過で足りると変更する理由とされていた。もっとも、今日的には平均寿命が大幅に延びたので（植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 4 刑の選択・量刑手続』（平成二三年）八、三六頁注（18）参照、同日には論じられない面があるが、刑法二八条の条文自体に変化はない訳である。「死刑」に対する近時の批判の高まりもあり、「無期徒刑」「仮釈放」の運用に対する「ひずみ」が生じているものと言えようか（「無期徒刑」の性質の理解として、太田達也『仮釈放の理論 矯正・保護の連携と再犯防止』（平成二九年）五七頁参照。もっとも、「無期徒刑」を「不定期刑」とする表現自体には批判も見られる（藤本哲也「無期徒刑受刑者の仮釈放について考える」罪と罰四六卷二号（平成二二年）三九頁）。

(34) Vgl. V. A. Schulz, (Anm.6) Polizeiarbeit S.270-Nr.2. もっとも、「応報と復讐はともに不正の匡正を訴えるもの」であるという点では同様なものと言えるであろうから（橋本祐子「応報刑と復讐」日本法哲学会編・前掲注（3）「応報の行方」二一頁参照）、刑事罰としての「応報主義」は「復讐」に代替しうるゆえんという点になろう。

(35) Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil 8. Aufl. 2017, S.32. III. 1. なお、谷口安平「二 手続的正義」松尾浩也ほか編『岩波講座基本法学 8—紛争』（昭和五八年）三九頁も参照。Lucia Zedner, 4 Security Against Arbitrary Government in Criminal Justice, edited by Anthe du Bois-Pedain etc. Criminal Law and the Authority of the State, 2017, P.91 は「犯罪を刑事手続によって訴追される事柄と定義付けたウィリアムズ（Granville Williams）教授の説との関連で、悪い行いを定義しかつ分類することによって、刑法は国家をして被疑者を訴追する権限を与える（authorises）ものである」と捉えうる点に長所を見出している。この点、吉田敏雄『法的平和の恢復 応報・威嚇刑法から 修復的正義指向の犯罪法へ』（平成一七年）一七四頁も参照。



(5)「一般予防か特別予防か、応報の意義、死刑の問題」① 佐伯教授はH・L・A・ハート教授の論稿を参照しつつ、「刑罰制度の正当化としては一般予防論を採用、個人処罰の正当化としては応報刑論を採用。」という枠組みに好意的な見解を示された。<sup>(37)</sup> もっとも、そこでの「応報刑論」というのは「責任に応じた刑罰が正当であるとするもの」とされ、それは、「被害者や社会の応報感情の満足と同じ」ものでもなく、また「国民多数の利益のために個人の権利が侵害されることを防ぐという消極的責任主義の役割」を強調されるなど、慎重な留保が付されているものである。<sup>(38)</sup> ここで、「責任に応じた刑罰」とは言っても、どのような形であればそのようなように言えるのか必ずしも明らかではなく、これは(1)で言及したように、「量刑」の問題ということにもなるが、それを指導する基本理念はどのようなものが妥当かということになってこよう。

私見によれば、この程度の行為を行った人であって、しかも同種のいわゆる前科もあったといった場合、その者の規範意識や更生可能性そして社会・国家秩序の尊重姿勢について重大な疑義が出されることにもなり、その性格面・人格面に疑いが生ずることにもなるように思われる。もっとも、性格・人格が悪いから「処罰」してもかまわないという訳ではなく、そのような「行為」に表れたところに窺えるものを指しているのである。<sup>(39)</sup> 従って、犯罪結果が重大である場合は強い非難に値することが通常であるとともに、犯罪結果が比較的軽微な場合であっても、同種の非行が多数確認できる場合など、反覆・継続性が窺え、性格・人格の悪さによりそれなりに重い非難に値するというのが基本原理ということになる。<sup>(40)</sup> つまり、「財物」の量や額が比較的過少であるからといって、自動的に「無罪」という結論が導き出される訳ではなく、「未遂」の処罰規定も存在するように、犯罪の「故意」は当然の前提であるとともに、犯行時における行為者の行為をめぐって看取できる行為者の「性質」「(法敵的)傾向」なども勘案されることによつ

て、当該犯罪の「成立」が認められる場合もあることになる。<sup>(42)</sup> このように行為者の性格・人格的な側面も考慮に入れられるのは、犯罪は単に「行為」に止まるのではなく、当該「行為者」によって行われたものであるからということになる。<sup>(43)</sup> もっとも、通常は「行為」に即して量刑を定めることが不安定性・恣意性を避けるゆえんであろうと思われるが、常習犯罪者などについて盗犯等防止法といった特別法が設けられている場合のように、特別な犯罪構成要件が設定されている場合もあると<sup>(44)</sup>ともに、刑法の通常の犯罪との関係でも行為者の性格・人格面が考慮に入れられる場合もありうるということになる。このような考慮は「行為責任主義」そして「消極的責任主義」を逸脱するものとは言えないであろう。「行為」を行った「行為者」自身のことを考慮するに止まるからである。<sup>(45)</sup>

以上の検討から、当該行為はこの程度の刑に値するという趣旨における応報主義の観点から基本的な刑の重さが決められることになる。「法定刑」を前提とした、いわゆる「量刑相場」に基づくものということになる。<sup>(46)</sup> が、「特別予防」的に改善・更生の可能性が大であり、再犯の可能性が殆ど考えられないような場合は減軽したり、執行猶予を付けることも可能となる。<sup>(47)</sup> これに対し、累犯・常習といった場合や、改善・更生の可能性に乏しく再犯の可能性が大であると見うるような強固な犯罪意思を有するような場合は、「法定刑」の限り重い処断に値するということにもなる。このような観点から処断刑・宣告刑をたどれば、自ずと「一般予防」的な効果はありうるであろうから、「量刑」において殊更「一般予防」は強調する必要はなく、単にリップ・サービスの機能有しているに過ぎないとも言えよう。というのも、「罪刑の均衡」と「一般予防」という用語（最二小判昭和五八・七・八刑集三七卷六号六〇九（六一〇、六一三）頁）については、概念的には違うものではあるが、「罪刑の均衡」に基づいて宣告刑を言い渡すことで、自ずと「一般予防」上の効果はありうるものと言えようからであり、後者は前者に対し、いわば表裏の関

係にあるとも見うるであろうからである。<sup>(48)(49)</sup>

② このような観点からすると、仮釈放の恩典に浴したにもかかわらず、また同種の強殺を行うなどした者は、刑事手続的に誤りがない限りかつ責任能力がある以上、「死刑」という「絶対的隔離」ということもありうる訳である。刑務所に収容されている時は周りから常に矯正を強く求められるため品行方正に至っていたとしても、「しゃば」に出て自由になると、規制も緩くなつて自己抑制も出来なくなり、同種の強殺を行うなどというのは、<sup>(50)</sup>結局、十分な自己反省もなく、高を括っていたということにならざるをえないであろう。このような者に対する「死刑」判決が「消極的責任主義」に反するものと言えるであろうか。自己の利益追求に腐心し他者の権利・利益侵害を何とも思わないような法敵的な傾向の強い者については、「被害者」に代わって「国家」がしかるべき「刑罰」を科するというのが、「公刑罰」たるゆえんであろう。「個人」は尊重されるべきであるとしても、「社会」「国家」内の存在として、代議士等によって制定された法令を尊重してもらわなければ、「民主主義」の精神にも反するものと言えよう。もっとも、「責任」に見合つた「刑罰」という場合、何も「死刑」でなければならぬという訳でもあるまいとの反論もある。刑事手続的な問題もあるであろうが（誤判の問題<sup>(51)</sup>、「故意」に他者の「生命」侵害をしたような場合は、自らの「生命」をもって償うべきであるという発想はありうることであつて、緩刑傾向が過ぎると「無法」な言動を当然視するような風潮を招きかねず、「一般市民」等も安んじて暮らすこともできないようになりかねないであろう。「国家」としてはそのような「無法者」には屈しない強い姿勢を示しておくことが肝要なのである。<sup>(52)</sup>

(36) Vgl. H. L. A. Hart, (Anm.3) Punishment, pp.9-11.

- (37) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（平成二五年）六頁参照。
- (38) 松原・前掲注（3）応報の行方七四頁も結論的に同旨となろうか。
- (39) 「行為者人格（Täterpersönlichkeit）の考慮なしには、適切な刑は見出せなく、」ことは、ドイツ刑法の量刑論においても一般的に認められ、J. v. Bar, Die Strafmessung (Z. B. vgl. Hans - Jürgen Bruns, Das Recht der Strafzumessung: Eine systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl. 1985, SS. 144, 191)。
- (40) 大判明治四三・一〇・一一判録一六輯一六二〇頁のいわゆる一厘事件判決も、「零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険性アリト認めキ特殊ノ情况ノ下ニ執行セラレタルモノニアラサル限り共同生活ノ觀念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要求スヘキ法益ノ侵害ト認めサレ以上ハ之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フル必要ナシ」（一六二四頁）と判示しており、「犯人に危険性ありと認むべき特殊の情況」の有無という「留保」が付されていたところ、戦後の判例東京高判昭和六〇・一〇・一四東高時三六卷一〇〥一二号八〇頁は、「焼魚（目刺）二尾等時価一六〇円相当の食品を盗み食いたことが窃盗罪に当たるとされた事例」となっており、ホテルの一階フロント内を物色して金品窃取を企てたが果たしえず、二階の食堂において、冷蔵庫内の焼魚（目刺）二尾、豆腐二丁（但し、その三分の二位）及び米飯二掴み位（但し、この部分は訴因外）を盗み食いた事案を「窃盗既遂」としたものであるが、「一厘事件」判決を参照しつつ、上述の「留保」を指摘して、「金品窃取の未遂の点からも被告人の危険性を充分窺い得るうえ、窃取行為により、刑法上の保護に値する個人の財物に対する権利を侵害したことの認められる本件にあつては、右判例の趣旨に徴しても、犯罪の成立が阻却されるものと解すべきいわれないことは明らかである。」（八二頁）と判示した（軽微な窃盗等についての判例傾向につき、前田雅英『可罰的違法性論の研究』（昭和五七年）四六八頁以下参照）。
- (41) 一般論としては、内田文昭『刑法概要中巻（犯罪論(2)』（平成二一年）六二頁以下も、第三の視座としてではあるが、「当該行為のもつ『社会的意味』を考慮しなければならぬ場合もある」とし、「結果の軽微性にもかかわらず、一般予防・特別予防の見地から、特に刑罰を必要とする場合もありえないわけではない」という「特例」を留保」されている。しかし、後掲注(42)から窺えるところでは、「盗罪」の場合は原則的に犯罪の「不成立」ということは考え難いようでもあるが、「微罪」として取り扱われるような場合、すなわち、窃盗罪の法定刑の下限「二万円」を二回減軽した額「二五〇〇円」以下程度の財物窃取については、初犯であつて賠償がなされ、反省の情が顕著であり、かつ身元引受人がいるといったような場合であれば、「国家刑罰権の発動」の観点から、犯罪「不成立」を觀念することもできるのではあるまいか。
- (42) これに対し、美濃部達吉「所謂『一厘事件』に付て」国家学会雑誌二五卷一号（明治四四年）四五頁（復刻版国家学会雑誌五三

卷(平成八年)四五頁所収)は、裁判官は危険性がないからといって法律の適用を免除する職権は有さないのであって、このような行為は全く煙草専売法四八条の規定に該当しないとされてきたが、これは犯罪の「成立」に関してであり、「量刑」に際しては事情に応じた危険性を考慮することを認めていた(四六頁)。この点、城下裕二「量刑基準の研究」(平成七年)六七頁も、行為責任論の立場からは「犯人の性格」を考慮して重い刑罰を科することは疑問とされるが、例えば、軽微な物の万引であっても累行されれば、物の客観的な市場価格だけの評価にとどまらない、行為者の性格・人格に対する強い非難が付加されるのではあるまいか(小林充ほか「座談会「量刑判断の実際」と量刑判断」法律時報七六卷四号(平成一六年)七一頁四段も、「前科があるのにまた犯罪を行って再犯の可能性がある場合、重く処罰することも許されるだろう。」とされる、七三頁三段も参照。なお、鮎川潤「犯罪学入門殺人・賄賂・非行」(平成九年)一四九頁以下には、前科三犯の被告人がおにぎり二個、計二六〇円を盗った事例に対し懲役一年六ヶ月の実刑判決が下された「常習累犯窃盗」事件が紹介されており、詳細は不明であるが、余程努力して生活してゆかないとこのような状態から抜けられないことが示されているものと言えようか)。

しかして、大審院判決は葉煙草七分・価額金一厘という原審の認定した事実関係を前提としたものであろうから(一六二四頁以下参照)、この限りでの判断ということにはなろう(もつとも、「一罰百戒」的な判断はしなかつたということにはなろうか。この点、富井正章「一厘事件ノ判決ニ就テ」法学協会雑誌二九卷一号(明治四四年)三一頁以下、勝本勘三郎(勝本正晃編)「刑法の理論及び政策」(大正一四年)四八二頁参照)。また、本件は「税法(煙草専売法)」にかかわる判断であって、「盗罪」の場合と同日には論じられないとの趣旨とも取れよう(大判大正一・一一・二五刑録一八輯一四二二頁、大判大正四・六・二二刑録二一輯八七九(八八三)頁、宮原三男「判批」ジュリスト二〇〇号(昭和三五年)一〇頁四段、一一頁三段、日沖憲郎「財物の概念」日本刑法学会(代表者瀧川幸辰)編「刑事法講座第四卷」(昭和二七年)八四六頁参照)。

(43) 莊子邦雄「第二章」「罰せられるべきは行為者の行為である」同「刑法の基礎理論」(昭和四六年一刷、昭和五三年三刷)はしがき一頁以下、本文四五頁以下参照。

(44) ちなみに、盗犯等防止法三条の「常習」の意義を制限的に解した判例もあり(東京高判平成五・一一・三〇判時一四九五号一四一頁、中島広樹「常習累犯窃盗罪における「常習性」」小田中聰樹ほか編著「裁判救済と刑事司法の課題 渡部保夫先生古稀記念」(平成一二年)五五五頁以下参照)、その場合、「窃盗」を従来から多数行っていたという事情は「単純窃盗」の量刑事情として考慮されることになろう。

(45) Vgl. GÜNTER STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung* 1972, SS. 8, 15, 17, もともと、本書自体はドイツの量刑実定法に対して批判的な立場から書かれたものであり、「われわれが法と道徳を最終的に量刑の領域においても分離しようとす

るためには、人格のあらゆるそのような責任評価（例えば、飲酒により身を持ち崩して、家庭を崩壊させたなどといった事情の責任の観点の下での評価―伊藤注）を放棄するという、その一つの道だけが残されている」（三六頁）とさえ述べられているが、量刑の一事由としてそのような被告人の行状を考慮することは必ずしも法と道徳の混同ということにはならないのではあるまいか。どのような生活をするかは個人の自由であるとしても、そのような行状が「犯罪」につながったとすれば、「行為者」関係事情として、「法的に」量刑事由として考慮することもできようからである。

(46) 近時の判例においても、検察官の求刑懲役一〇年を五割増しの被告人二名いずれも懲役一五年とした一・二審の宣告刑が甚だしく不当であるとして破棄・自判し、それぞれ懲役一〇年と懲役八年に処したものの（最一小判平成二六・七・二四刑集六八巻六号九二五頁。この点、稗田雅洋「裁判員裁判と刑法理論―裁判官の視点から―」刑法雑誌五五巻二号（平成二八年）一八五頁以下参照）や、一審の死刑判決を破棄・自判し、無期懲役刑を言い渡した二審判決を維持したものの（最一小決平成二七・二・三刑集六九巻一号一頁、最一小決平成二七・二・三刑集六九巻一号九九頁）があるように、裁判員制度の下での刑事裁判においても、量刑の面についても裁判官が的確に裁量権を行使してゆかなければならないことが示されているとも言えよう（前田雅英「判批―捜査研究七六三号（平成二六年）四一頁参照）。なお、後者の判例に見られるような悪質な人間が「死刑」にならないのはおかしいと思うのが、日本の「一般市民」等の感覚とも言えようが、それは一名殺害の先例（例えば、最一小判平成一〇・四・二三裁判集刑二七三三三頁・東京高判平成一七・三・二九判時一八九二号一六六頁参照。これに対し、最一小判平成一一・一一・二九裁判集刑二七六号五九五頁・東京高判平成九・五・一一判時一六一三三号一五〇頁を参照（本件も含めて、岩井宣子「判批」ジュリスト一七九号平成一一年度重要判例解説（平成二二年）一九六頁以下、前田雅英「死刑と無期刑との境界」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（平成二二年）四八〇頁以下参照）を考慮しつつ、量刑における「公平性」を前提とした（松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系6刑事手続Ⅱ』（昭和五七年）一四八頁、伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー三五号（平成二八年）一三三頁以下も参照）、「応報」の観点により歯止めを掛けられていると見ることもできよう。というのは、殺害の「計画性」が明確でない場合、ないし「計画性」と匹敵するような他の事由、例えば犯行態様の甚だしい残虐さがあるとかまで言えないような場合、他の事案との比較で「死刑」まで言い渡すのは「公平性」の観点から問題があるとする、「生命侵害」以外の他の事由がいかに悪質に見えても、被告人の「生命剥奪」にまで至らないというの、一人の「生命」以上の「生命侵害」がないことが歯止めとなっているものと言えようからである（しかし、他方、二名殺害したからといって、直ちに「死刑」となる訳でもない。



例えば、最三小決平成二〇・九・二九裁判集刑二九五号一三五頁参照。死刑回避の理由としては、本件殺害行為自体は計画性が明確ではないこと、更生が不可能ではない可能性があること、などが考慮に入れられたものである。これら近時の判例を前提とした論稿として、樋口亮介「二〇 行為責任論を基礎にした前科の位置づけ―近時の英米圏の学説を素材に―」高橋則夫ほか編著『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』（平成二九年）一七九頁以下参照。

(47) 曲田統「死刑制度は保持されるか」法学新報一一八巻七・八号（平成二三年）五頁以下参照。

(48) このほか、「一般予防」は実効面において過度な期待は持ちえないように思われるのであり、つまり、犯罪関係情報は犯罪を行わない「一般市民」等にとつては単なる現状・状況説明に止まるとも言えようし、他方、犯罪を行う者にとつてはそのような「威嚇」は効果がなかったということにもなるからである。Auch vgl. Karl F. Schumann, Positive Generalprävention: Ergebnisse und Chancen der Forschung, 1989, S. 52. 川崎一夫「体系的量刑論」（平成三年）一六三頁以下、ハインツ・ミュラー II デイーツ（上田健二ほか訳）「一般予防の根本問題」同志社法学二二七号（平成四年）三八頁以下、小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学一号（平成一六年）二二七頁以下参照。なお、浅田和茂「量刑基準」前野育三ほか編著『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（平成一七年）三七頁も参照。

従つて、応報刑論ななくすく相対的応報刑論が妥当であるということにならうが、それは「被害者」等に代つて「報復」することができるという視座から根拠付けられるものであり、逆に、「被害者」等は「報復」する権限は有しないのであり（auch vgl. T. R. ANDRISSEK, (Anm. 3) Vergeltung S. 38f.）、「刑罰論」としての意義はここに尽きるのであり、「特別予防」「一般予防」の観点はこれを前提として、量刑上・行刑上考慮に入れられる事由に過ぎないことになる。この点、駒村圭吾「仇討ち―死刑制度存廢論には法治国として果たすべき重大な役割が抜け落ちてゐる―光市母子殺害事件の被害者遺族が現代の行刑システムに投げつけた「報復の論理」」SAPIO一九巻二六号（平成一九年）七二頁以下参照。これに対し、松宮孝明「刑事立法と犯罪体系」（平成一五年）九、一六頁は「市民の自己防衛権」を強調されているが、それは基本的に日本刑法三五条以下ないし超法規的違法・責任阻却事由の解釈論にかかわることにもなる。

(49) これに対し、松宮孝明「刑罰目的と刑事立法」広瀬ほか編著・前掲注（8）小田中古稀七三頁以下は「消極的一般予防」は、人々をいわば潜在的犯罪者とみなす「刑法観」である（Auch vgl. Herbert Koch, Jenseits der Strafe: Überlegungen zur Kriminalitätsbewältigung, 1988, S. 13）のに対し、「積極的一般的予防」は、人々を社会の担い手＝「市民」とみなすものであるとして、後者を積極的に評価されているが、犯罪を行った場合そのような捉え方は理念型に過ぎないことにもなる。窃盗などの場合確実な捜索・逮捕が肝要である旨述べているように（七二頁。松宮・前掲注（48）刑事立法五二頁以下も参照）、



徒らに寛容にし過ぎることなく、「事の善悪」を明確に示すことが重要であろう。

(50) 例えば、最二小判平成一一・一二・一〇刑集五三卷九号一六〇頁・広島高判平成一六・四・二三高裁判事裁判速報集(平一六)一八五頁(LEX/DB38095490)・最三小判平成一九・四・一〇裁判集刑二九一三三七頁参照。

(51) 例えば、西原春夫「死刑制度を考える―永山判決を契機として―」法学教室三八号(昭和五八年)八七頁四段にそのような指摘が見られるほか、三原憲三「わが国における「誤判」と「死刑廃止論」との関連についての一考察」同ほか編著「刑事法学におけるトポス論の実践追悼論文集」(平成二六年)一頁以下、菅野・前掲注(6)「死刑二〇〇頁以下などを参照。

もつとも、一気に「廃止」を唱えるよりも、「誤判」をなくするような特別な手立を講ずるといのが物の順序ではあるまいか。例えば、笹倉香奈「死刑事件における量刑の全員一致制について―アメリカの最近の状況を中心に―」井田良ほか編著「浅田和茂先生古稀祝賀論文集「下巻」」(平成二八年)五八五頁以下、四宮啓「日本における死刑量刑手続について―その公正性・倫理性そして憲法適合性―」高橋ほか編・前掲注(3)曾根・田口古稀七七三以下、七八二以下、七八八以下、八二四頁以下参照。なお、現行法の下においても、最高裁は死刑事件については、原判決を見直すか否とにかかわらず弁論を聞くことが慣行となっていることである(判時一六三八号一五五頁三段参照)。また、刑事捜査上の改善も必要であろう。

(52) 最三小判平成一八・六・二〇裁判集刑二八九号三八三頁の検察官の上告趣意は、被害者や遺族らの処罰感情との関連で、「国家が私的復讐を禁止して刑罰権を独占している以上、「刑事司法が被害者に代わって裁いてくれる。」という国民一般の信頼を裏切ることがあってはならない(四二七頁)」と主張され、東京高判平成二二・二・二八判時一七〇五号一七三頁も「量刑の当否」検討の一環としての「社会的影響」につき、「本件犯行は、その発生直後から、約七年前の強姦等の被害について被害者が正当にも捜査機関に申告したことを逆恨みされて、出所して間もない被告人から自宅を突き止められ、待ち伏せされて惨殺されたという特異な犯行動機や凄惨な被害結果が報道機関等により大きく取り上げられ、近隣住民に与えた恐怖感や社会一般に与えた衝撃は甚大であり、また犯罪被害者、とりわけ性犯罪被害者に被害申告を躊躇させる悪影響を与えかねないことにも一定の考慮がなされるべきで、本件は刑事司法に対する重大な挑戦であり、刑事司法制度の根幹に関わるという検察官の所論には直ちに同調できないにしても、右の意味での社会的影響には大きなものがあって無視できない。」(一七六頁四段―一七七頁一段)と判示しており、量刑も具体的事案に応じた具体的判断であるので、事案に応じた判断(本件は一番の無期懲役刑を死刑に改めたもの)の一環として「社会的影響」も考慮されるに過ぎないものであるが、本件のような事案においては、検察官の主張に見られるように、正当な司法活動を尊重せず、あくまでも自己の私力を貫徹させようとする被告人の強い犯意に対し、それを屈服させなければならないという強い国家意思が働くことは否めないところと言えよう(なお、本件は最二小判平成一六・

一〇・一三裁判集刑二八六号三一五七頁によって二審の死刑判決が確定している。

このほか、山口地判平成一一・三・一一LEX/DB35489335・広島高判平成一四・三・一四判時一九四一号四三頁三段・四五頁三段以下・最三小判平成一八・六・二〇裁判集刑二八九号三八三頁・広島高判平成二〇・四・二一LEX/DB28143306・最一小判平成二四・二・二〇裁判集刑三〇七号一五五頁は、「犯罪被害者等基本法」(平成二六・二・一八)の制定や少年法・刑訴法の改正を通じて、「被害者」の刑事司法への参加を促す原動力のひとつとなったものと言え(岡村勲「基調講演」犯罪被害者の権利の実現を目指して)、本村洋ほか(「パネルディスカッション」被害者のための正義は日本においてどう実現されるべきか)諸澤英道ほか編『被害者のための正義は日本においてどう実現されるべきか』(平成一六年)一五以下、六六頁以下(もつとも、「全国犯罪被害者の会(あすの会)」は平成三〇年六月に解散する旨、報じられている。西日本新聞平成三〇年三月二日夕刊九版九面参照)、「光市母子殺人に死刑判決!五〇枚本村洋さん独占手記」WILL二〇〇八年六月号三八下段以下、四八頁上—中段、門田隆将「なぜ君は絶望と闘えたのか—本村洋の三三〇〇日」(平成二二年発行、平成二四年九刷)一三二以下、一四五以下、一七五以下、一八六以下、一九八以下、二二五以下、二六九頁以下、佐木隆三「解説」同書三四五頁、井上薫「裁判官が見た光市母子殺害事件 天網恢恢疎にして逃さず」(平成二二年)七四以下、二四六頁以下参照。特に少年法の関係では、土師守「淳」(平成一四年発行、平成二七年五刷)二四四頁以下参照。なお、宗像紀夫「1 日本の刑事司法における検察の役割—特捜検事の見た司法制度改革、検察の責務及び犯罪被害者への配慮—」森下忠ほか編集代表『日本刑事法の理論と展望—下巻—佐藤司先生古稀祝賀—』(平成一四年)一九頁以下、高田昭正ほか「特集 犯罪被害者保護と刑事手続」刑法雑誌四二巻一号(平成一四年)七九頁以下、奥村正雄「特集 犯罪被害者と量刑—分科会の趣旨」刑法雑誌五二巻三号(平成二五年)四九頁以下、大久保哲「刑法と報復の論理」徳田靖之ほか編著『刑事法と歴史の価値とその交錯 内田博文先生古稀祝賀論文集』(平成二八年)七三六頁以下、本庄武一<sup>6</sup> 最近の刑事立法は何を実現しようとしているのか—浜井浩一責任編集『シリーズ刑事司法を考える第6巻 犯罪をどう防ぐか』(平成二九年)一三三頁参照)、近代国家の物理的強制力の独占とともに、極限まで限定されていた「被害者」の刑事司法上の地位を再認識させたものとも言える(吉田・前掲注(10)懲罰社会三五頁は、「被害者のルネサンス」ということが言われるが、それは、被害者が刑事訴追から排除される前の時代に戻り、刑事訴追の私事化を促進するべきということを意味するのではなく、むしろ、捜査手続から始まる刑事手続全般にわたって、被害者を人として尊重するべきことを意味するのではないかと考えられる」とされており、勿論「フェーデ」の昔に戻るとい趣旨では決してなく、理念的にもっと「当事者」的な扱いをすべきということになるが、「国家刑罰権」を前提とする以上、「刑事司法の当事者」とまでは位置付けられてはいないということではある(番敦子「4 犯罪被害者支援」指宿信責任編集『シリーズ刑事司法

を考える第4巻犯罪被害者と刑事司法法(平成二九年)七〇、七二頁以下、滝沢誠「被害者参加制度について」刑法雑誌五四巻二号(平成二七年)二六、三三頁、加藤克佳「犯罪被害者の権限拡充法制の意義と課題」刑法雑誌四三巻三号(平成二〇年)八一頁以下参照。なお、川出敏裕「犯罪被害者の刑事裁判への参加」刑事法ジャーナル九号(平成一九年)二〇頁左。Noch vgl. Dieter Rössner, WIEDERGUTMACHEN STATT ÜBELVERGELTEN (STRAF-) THEORETISCHE BEGRÜNDUNG UND EINGRENZUNG DER KRIMINALPOLITISCHEN IDEE, derselbe, u. a. (Hrsg.), Täter-Opfer-Ausgleich: Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, 1990, S.8f.) などにも、近代国家の行き過ぎを刑事司法上揺り戻したものと見えよう(なお、柳重雄「死刑適用の拡大を考える」裁判員制度のはじまる前に検討するべきこと」自由と正義五九巻五号(平成二〇年)一四一頁右参照。国家機関がきちんとした対応ができないとどのようなことになるかについては、明治初期の事例につき、吉村・前掲注(33)最後の仇討参照のほか、戦後における警察力の低下とヤクザの攻防の物語につき、田岡一雄「完本 山口組三代目 田岡一雄自伝」(平成二七年初刷・二刷)一八六頁以下参照)。

これに対し、小法廷の五名の裁判官のうち三名対二名の結論により、原判決の無期懲役刑を維持した判例として、最一小決平成二〇・二・二〇裁判集刑二九三号一一九頁がある。暴力団内部での女性関係をめぐる争いをきつかけとした強盗殺人事件等が問題とされたものであるが、甲斐中辰夫裁判官と才口千晴裁判官は首謀者に当たる者につき、「死刑を回避するに足りる特に酌量すべき事情があるか否かにつき更に審理を尽くさせるため、原裁判所に差し戻すべきである」とするものであり(一二七、一三〇頁)、前述のいわゆる光市母子殺害事件判決差戻し最高裁判決と同様な判断枠組みとも言えるので、殺害された二名の暴力団員A及びその関係者Bという行為客体の性質の違い―本件においては、客観的に被害者Aが首謀者の交際していた女性を寝取った形になったことのほか、被害者Aが首謀者に対し殺害に使用された拳銃を預けていたという事情があった(一二二、一二三頁)―が影響したと見ることもできることになろう。このほか、暴力団という部分社会内での抗争事件であり、しかも同じ暴力団内での事件ということで―もともと、被害者Bは暴力団事務所に全く無関係な者との主張も見られる(検察官の上告趣意一三四頁)ものの、二審の認定によると、「Bは、A班に属して日が浅く、A経営の飲食店の従業員として稼働していたもの」(検察官の上告趣意一四一頁による)とのことであるから、Aの「関係者」ということではあろう(同一七〇頁では、検察官自身も「A班の準構成員といえる立場にあった」とはしている)―、近時の家庭内での二名以上の殺害事件の無期懲役刑の宣告に見られるように、同様な取り扱いと言えなくもなからう。さらに、最一小判平成二八・一二・五刑集七〇巻八号七四九頁は、「被告人が暴力団員との間で当該暴力団員に土地の所有権を取得させる旨の合意をし、被告人が代表者を務める会社名義で当該土地を売主から買い受けた場合において、当該土地につき売買契約を登記原因とする所有権移転登記等を当該会社

名義で申請して当該登記等をさせた行為について、売買契約の締結に際し当該暴力団員のためにする旨の顕名が一切なく、当該売主が買主は当該会社であると認識していたなどの本件事実関係(判文参照)の下では、当該登記等は当該土地に係る民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映したものであり、これに係る申請が電磁的公正証書原本不実記録罪にいう「虚偽の申立て」であるとはいえず、また、当該登記等が同罪にいう「不実の記録」であるともいえない。」との「判決要旨」を示した(七四九頁。本件は直接には民法一〇〇条・九三条などの解釈を前提とした(一審七八九頁以下、最高七五三頁以下。これに対し、二審七九九頁以下)刑法一五七条一項・一五八条一項の解釈問題に止まるし、また「暴力団員」の関与の有無にかかわらず通用しうるものであろうから、結論的に「暴力団員」関係者を捕捉できなかったとしても、それはまた別の対応によるべきということになろう(成瀬幸典「判批」法学教室四三八号(平成二九年)一三八頁右も参照)。

### 三 おわりに

以上の論旨は、徒らに苛酷な刑罰制度を認めるという趣旨ではなく、より良い「社会・国家」を維持・増進するために必要な対応であるとの認識から来るものであり、従って、ひとり「暴力団員」のみならず「一般市民」等も日本の刑罰法規の遵守を心掛けなければならないという帰結となる。とはいえ、「暴力団員」のように、殊更「私力」に訴えて事の解決を図ろうとする人・集団については、「近代社会・国家」の原則に真っ向から反するものであり、そのような観点からも、強い非難に値することは明らかというべきであろう。<sup>53)</sup> 法を担う主体の自覚の不足などにより自ずと限界もあるが、我々は可能な限り「法化社会」を目指さなければならないゆえんである。<sup>54)</sup> 他方、被害者の『司法に対するニーズ』を満たす助けをすることがその重要な目的のひとつとして位置付けられている。「修復的司法」のさらなる進展は今後の課題ということになろう。<sup>55)</sup>

- (53) というのも、犯罪者を訴追し処罰するのは、害を防止し安全と良き秩序をもたらすべき国家の義務から来るものであるからである (Vgl. L. Zedner, (Ann. 35) Security P. 91)。
- (54) 法務省法務総合研究所編・前掲注(22) 犯罪白書のはしがき(佐久間達哉)によると、「平成八年以来、毎年戦後最多を更新した刑法犯の認知件数が一四年をピークに減少に転じ、二八年には戦後初めて一〇〇万件を下回り、ピーク時の約三分の一まで減少するなど、我が国の犯罪情勢は全体として大きく改善している。」としつつも、その一方で、凶悪事件の発生は後を絶たないことなどや、再犯防止対策を充実させる試みなどが紹介されている。認知件数は警察等がその発生を認知した事件の数として、犯罪の実数に最も近い官庁統計とされており(金ほか・前掲注(12) 刑事政策八頁)、減少したことは確かなのであろうから、喜ばしい傾向と言つて良いと思われるが、犯罪が減少すればそれだけ「被害」を受けた者は耐えがたい思いにかられることは否めないであろうし、また比較的軽微な犯罪行為についても過敏になることも否めないところであろう(この点、萱野・前掲注(6) 死刑九八頁以下参照)。
- (55) ハワード・ゼア〔平山真理訳〕「講演 近代における刑罰論と修復的司法―修復的司法と伝統的刑事司法制度の比較より見えてくるものとは―」早稲田大学比較法学四〇巻三号(平成一九年)八九以下、九二頁参照。なお、黒澤睦「関係修復正義としての修復的司法の犯罪学・被害者学・刑事政策的素地―犯罪・被害原因論としての関係犯罪論から犯罪・被害対応論としての関係犯罪論・親告罪論へ―」西村春夫ほか編著『修復的正義の諸相 細井洋子先生古稀祝賀』(平成二七年)一一九頁。部分的には、「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」の第六章に見られるものと言えようか。
- (56) なお、本稿は立法論を展開することを意図しておらず、「死刑」制度をどうするかについては立法政策の問題と考えるが、実体刑法上の観点からは、この程度の「行為」を行った場合については「死刑」に値するとの判断はありうることを考えている(「犯罪」とそれに対する「刑罰」という視座)。自己の「行為」に対する「刑事責任」を重く受け止めねばなるまい。