

## 初犯軽減・累犯基準刑の法理論について

中村秀次

—

近代国家の刑法は、通例、刑の量定にあたって被告人の犯罪経歴を考慮に入れている。一般的には可能性として累犯に対して刑が加重される。<sup>1)</sup>これに対して多様な意見が述べられてきた。犯罪経歴がどのように重視されるかは、その量刑理論によって様々である。所謂予測原理、被告人の将来の再犯の危険性を強調する理論は、予測資料として犯罪経歴を重要視するであろう。罪刑均衡の原理・所謂デザート原理、非難適合性に依拠する立場においてはどうか。それによれば、刑罰は犯罪行為の重さに比例すべきである。犯罪経歴はその際どのような役割を演ずべきかどうかをめぐって、言わば均衡刑論者の間に見解の相違がみられる。厳格な均衡刑論者は、犯罪経歴は全く考慮されるべきで

はないと主張する<sup>(2)</sup>。他方、穏和な均衡刑論者、所謂修正デザート論は、逡増的な軽減の喪失を主張する<sup>(3)</sup>。即ち、最初に有罪決定を受ける者（一応ここでは一般的に有罪決定を規準例として考える。）は、割引を受けて刑を軽減されるが、その後その割引の度合いは減少されていき、一定数の反復によって割引・軽減は完全に失われ、その後その者にとつて犯罪経歴は問題でなくなる。

累犯加重の根拠については既に多くのことが言われてきた。また、犯罪経歴を問題とすべきではないという正統的な見地についても説得力のある立場が述べられてきた。ここでは、言わば逡増的な軽減喪失の理論を中心に若干検討してみることとする。それは、行為者は最初に有罪決定される時には規準量よりも少いものを受けるに値するが、その軽減の度合いはその後の一定の有罪決定の反復と共に漸次減少されるべきであるという、ある意味において極めて身近な主張である。しかも量刑官の裁量の余地が大きい法域においては一定の犯罪について実際の量刑の実態に合っているようにも見える。しかし、何故そうなのか。その理論的説明はどのようにつけられるのか。

先ず、有責性の程度の変化によって説明されることがある<sup>(4)</sup>。即ち、初犯を軽いものとして取り扱うための理由は、犯罪の反復によって行為者に帰せられる有責性の程度が変化するためである。初犯者の有責性を評価するにあたっては、行為者が犯罪行為を行った時点では、本人は法が没個性的にその禁止命令を向ける一般大衆の一人にすぎなかったことが想起されるべきである。しかし、その最初の有罪決定によって行為者本人は、劇的に且つ個人的にその行為が非難されるものであるということに注意を喚起されたはずである。従つて、その有罪決定に続く犯罪の反復はもつと責任があるものと見なされよう。行為者はその先行の有罪決定・処罰を通して強く非難された後で、その行為を持続したものである<sup>(5)</sup>、と。

これは、最初に有罪決定がなされる以前においては、人は単に法の禁止命令が向けられている一般大衆の一人にす

ぎないという点に着目した議論である。その場合、行為者は、その法の禁止命令にそれほど注意を払わなかったかもしれないし、その法の禁止命令の範囲を理解しなかったかもしれないし、あるいは、その法の禁止命令が自分にとって何を意味するのか十分に把握していなかったかもしれないのである。ところで、人は自分の行為が犯罪であるとして有罪決定を受けることによって、その行為について公式に非難されると、自分が行ったことを十分に理解することになる。それは、その行為の違法性に直面させられるという言わば劇的方法によって自己認知するに至るといことである。

しかし、この議論は説明として不十分であることが認められる。<sup>(6)</sup>その議論が理論的根拠として不十分であるというのは、行為者は、その法が非人稱的に禁止命令を向けている多くの名宛人の一人にすぎないときに何故に非難が減少するのか、説明できていないからである。また、この議論では、行為者がその先行の有罪決定・処罰を通して強権的に非難された後でなお犯罪行為を反復する場合に非難輕減の利益が失われるのは何故かを十分に説明できていない。<sup>(7)</sup>更に、その言わば非人稱的非難輕減説には理論的な混乱ないし誤りも認められる。初犯者が法の禁止命令を十分認識していないか、または、その範囲を十分理解していないことがあるかもしれないが、実体刑法上法の不知は一般的には免責されない。ただ、法域によっては輕減効果が付与される場合もあるし、量刑理論上特別の事情として効果を認められる余地もあるであろう。それはそれでよいであろう。この非人稱的非難輕減説の困難さは、初犯者は常に必ずしも不知であったり、混乱しているわけではないということである。初めて有罪決定される者が、法の禁止命令について、また、その行為の違法性について完全に認識していたかもしれないが、それでもとにかく端的にその行為を行ってしまっただけということがあるであろう。従って、不知とか十分の理解の欠如という事由は、初犯者に対して一般的に適用可能な輕減を支持しないであろう。<sup>(8)</sup>

説 初犯軽減の根拠として寛容の理論、第二の機会の提供という考え方が提出される。これは個別行為責任に依拠するものでもなく、行為者の認識内容に依拠するものでもない。それは、人間の一般的な誤謬可能性に対して示される譲与・寛容という見地に依拠するものである<sup>(9)</sup>。その考えは、法の禁止命令は初度のあやまちに導く極めて人間的な弱さ

に対して同情を示すように考えられているというものであり、人間的な弱さに対する限定的寛容に意味を認めようというものである。ある一定の極端に厳格な倫理観の下では、軽減は許されないのであろう。即ち、人間的な弱さは嫌悪されるべきものであり、むしろ厳格に対応されるべきものであるということになるであろう。しかし、人間は無誤謬性の存在ではないし、また無誤謬性の存在であるかのように取り扱われるべきものではないとすれば、一定程度の寛容の制度的表現も適切であるように思われる<sup>(10)</sup>。

#### 注

(1) 平野竜一「累犯者の処遇」犯罪者処遇法の諸問題九五頁(昭和三八年)、朝倉京一「累犯加重の法理」専修法学論集三七号一頁(昭和五八年)等参照。

(2) このことは主に英米の文献を参照する。M. Kay Harris, "Disquisition on the Need for a New Model for Criminal Sanctioning Systems," 77 W. Va. L. Rev. 263, 324(1975); G. Fletcher, Rethinking Criminal Law, 460-466(1978); R. Singer, Just Deserts, ch. 5 (1979). 日本ヤマトイヅ等でも同様の考え方はある。吉岡一男「累犯と常習犯」現代刑法講座第三卷三〇七頁(昭和五四年)。

(3) A. von Hirsch, Doing Justice (1976); A. von Hirsch, "Desert and Previous Convictions in Sentencing," 65 Minnesota L. Rev. 591 (1981); A. Ashworth, Sentencing and Penal Policy, ch. 5 (1983); M. Wasik, "Guidance, Guidelines and Criminal Record," in Sentencing Reform: Guidance and Guidelines? 105-125 (M. Wasik & K.

Pease eds. 1987); A. von Hirsch, "Criminal Record Rides Again," 10 *Criminal Justice Ethics* 2, 55-57 (1991).

- (4) A. von Hirsch, *Doing Justice*, ch. 10.
- (5) *Id.* at 85.
- (6) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 594-595.
- (7) *Id.* at 594.
- (8) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1991), at 54-55.
- (9) A. von Hirsch, *Past or Future Crimes*, ch. 7.
- (10) A. von Hirsch, *supra* note 3, at 55.

## 二

この寛容デザート論の理論を、英米のデザート論の有力な議論に倣って、やや詳しく吟味しよう。

(一) 先ず、過去の行為が現在の行為の非難適合性、デザートとどのようにに関連するかを検討するために、説明の上でも分かり易いように、日常生活における不正な行為者の非難適合性、デザート判断がとりあげられる。

罪刑均衡の量刑理論は、基本的に刑事裁判の非難機能に依存している。この意味において古典的、規範的な見方に立っている。刑罰は非難を内に含んでおり、刑罰が厳しければ厳しいほど行為者に加えられる非難も厳しいことになる。それ故に、一応抽象的にみて行為者の取り扱いの公平さのためには、刑罰の厳しさは行為者の行為の非難可能性

の程度に適合すべきである。この考え方を前提として非難判断の論理とそこでの過去の行為の意味が検討される。既  
にここでは諸他の見解が括弧に入れられたり、排除されたりしているように見うけられようけれども、可能な限りそ  
れらを広く展望した上での複合的視点を可能性として含んだ上での中心的な把握に従っていると理解されよう。

法制度上の刑罰と日常生活上の非難・叱責とに共通する事項として、行為者たる人に対する不承認の意思の伝達と  
いうことに注目される。非難の基礎は不正な行為にあるけれども、不承認は行為者に向けられる。現実において非難  
され、処罰されるのは結局のところ行為ではなく、行為者たる人である。そして、過去の行為を行為者の受けるに値  
するもの、デザートに関連させるものとして着目されるのは、この非難伝達の特徴である。

その弁明とは、当該行為は自分の過去の行為様式からみて異例であるということである。この行為は不正ではあつ  
たけれども、過去において自分が順守してきた行動規準と一致していないが故に、自分はそれに対して十全の非難を  
受けるべきではない、百パーセントの非難を受けるに値しないという申し立てである。この申し立ては、行為者が以  
前に非行を行ったことがないときその最大の説得力を發揮し、同種行為の反復と共に漸次その説得力を失う。その考  
え方においては、反復者に対して十全の非難を加えるということは、反復行為に対する非難を累加するということ  
はない。行為者は、反復された非行に対して累加された非難を受けるに値しない。何故なら行為者は以前の非行に対  
しては既に非難されてきたものだからである。軽減の可能性の尽きた一定の反復行為者が受けるに値するものは、現  
在の行為に対する完全な量の非難である。一定の反復行為者は緩和された対応を求める資格を失う。

この弁明を理解するためには、行為評価のみならず主体評価に目が向けられねばならないであろう。ここに、個別  
行為評価を踏み越える契機があり、従って、常に注意が喚起されるべき理由がある。過去の行為が現在の個別行為の  
規範的性質に関係があるという申し立ては、規範の社会倫理的性格と共に非難の人的性格が理解される場合にのみ意

味をなすものである。当該行為に対する不承認の意思は行為者そのものに向けられるものであるから、当該行為が行為者の普段の行為様式に対して疎遠であるような場合にはその不承認の判断は十分に働かされない。それは個別行為の不正さの認識の問題ではなく、不正さの認識を有していても初度の踏み外しであったと申し立てることが許されるというものである。<sup>(11)</sup> また、人格相当性論の言うような責任能力の問題でもない。その行為者にとって非本性的であったとしてもおよそ人間的行為として十分理解の範囲内にある事柄である。

ところで、その規範的不承認は行為者人格に対するものであるとすれば過大な要求ではないかとの批判が予想される。しかし、その言わば行為様式疎遠性の弁明は、一方において個別行為のみを対象とするものではないが、他方において行為と非難判断との間の絆を放棄したり、徳や悪徳を問題とするような行為者の全人格的評価、道徳的評価を要求したりするものではない、と言われる。<sup>(12)</sup> その弁明は、行為者の現在の行為に対する判断を前提とするものであり、また、行為者はあらゆる非難から解放されるべきだというのではなく、その踏み外しが最初のものであるとした場合に幾分軽いものを入れるにすぎないことを前提とする。その行為が反復されるとき、その弁明はその効力を失う。行為者の全生活判断はそれとは異なる。その初度軽減の申し立ては、純粹に行為評価の見地からも、また、純粹に行為者評価の見地からも把握されるものではなく、むしろ行為・行為者の複合的構造の上に立った判断の一部として初めて把握されるものであろう。行為者はその行為に対して非難されるものであるから主要には現在の行為に着目されることになるが、その種の非難は行為者自身に対する不承認を伴う。行為非難は行為者に向けられた不承認判断を伴うために、その不承認は、その行為がその者の以前の日常的行為様式と一致しないことを理由として幾分弱められるべきであるということが意味をもつことになる。その複合的判断は、主に行為に焦点をあてた判断ではあるが、行為者の過去に向けられた判断によって限定された範囲に制限される、ということである。<sup>(13)</sup>

行為評価を行為者關係的判断によつて制約させるといふ考え方は、均衡理論、デザート理論といふよりもむしろ予測理論や行為者の危険性判断になじむのではないか、といふ批判が生ずるかもしれない。行為の非本性的性格といふことが特殊的人格疎遠性や性格疎遠性の概念として予測的方向でとらえられる場合、そのような批判の余地がある。しかし、均衡理論、デザート理論にあつてはそれは回顧的に理解されており、展望的予測等とは無縁のものとなる。<sup>(15)</sup>

初度軽減の申し立ては權威への不服従に対する非難といふ考え方を含むのではないか、と批判されることがある。<sup>(15)</sup> 非難に値する行為を反復する者が非反復者よりも強く非難可能とみなされるのは、反復者が權威の非難宣告を無視したからであり、不服従の態度を表明したからではないのか。過去の非行に対する非難はそのような行為を繰り返してはならないといふ命令と同種類のものであり、反復行為に対して厳しく対応するのは、權威の命令を軽視したり無視したりしたことに對する非難がつけ加わっているためではないか。このような日常的非難判断の特徴は刑法の中にとりこまれるべきではない。權威への不服従そのものは、自由主義社会では制裁のための基礎とされるべきではない。このような批判が向けられることがある。この批判は、反復加重論に對する批判としては意味があるかもしれないが、初度軽減論に對して必ずしも適切ではない。反復者は均衡理論上当然に受けるに値すると判断されるものを受けないであり、それは初度の者の取り扱いと比べて相対的に重いように見えるというにすぎないであろうから。また、非難といふ行為は命令の一種とは言われず、權威・背反、服従・不服従の關係に制約されるものではないからである。その批判が適切であるのは、刑法は実質的な人權侵害・危険の裏打ちのない単なる義務違反や不服従そのものに対して余分の罰を加えるべきではないと主張する限りにあつてであらう。従つて、不服従や義務違反といふ事實は再犯者を初犯者と異なる取り扱いをするための根拠として適正なものではありえないといふことも、均衡理論、デザート論の一般的に同意すべきことである。しかし、処罰が適正であるとされるのは、行為者の不正行為に對してであつて、權



威への不服従という事実に対してではない。行為者が行為そのものによって受けるに値するものよりも厳しく行為者を処罰するための根拠として、何らかの第二次的な義務、例えば権威への服従義務、善良な市民の義務、社会的協力義務等を持ち出すことは均衡理論、デザート論からは許容されないし、初度軽減論にはそのような意趣は含まれないはずである。初度の不正行為者の緩和された処遇を正当化するためにそのような第二次的な義務は必要とされない<sup>16)</sup>。そこで言われているのは、行為者は初度の者であれ、反復累行者であれ所定の程度の有責性を伴い、所定の程度の侵害・危険を伴う不正行為を行っているという点では同一であり、ただ、その不正行為に対してその者にどれほどの承認を向けようと欲するかという点で初度の者と反復者との間の相違が想定される、ということだからである。

初度軽減の申し立ての理由についてはどうか。行為者の非行がその過去の行為様式から外れている場合には、その行為者に行為自体について本来受けるに値するものより軽い不承認の意思を示そうとするのは何故か。第一に、人は常時規範の禁止命令を順守するように緊張しているわけではないこと、即ち、人間的な弱さということに着目される。通常は非行を抑制しているような人であっても、緊張が緩んだり利己的に放恣になったりした瞬間にあつては、その自制心を保持できないことがある。以前には制止が働いていたことに敬意を表して、そのような極めて人間的な弱さに対して若干の同情を示したいということである。反復的に違反する者に対しては、人間の瞬間的なあやまち以上のものが認められるので取り扱いを異ならしめてよいということである。行為者に対する不承認は非難であり、それによって、行為者はその行為の不正さを直視させられ、他者による不承認と直面させられる。行為者はその非難を受けることによって、現実と異なる道筋を追求するべきかどうか決定するための機会を与えられる。そのことは規範的主体としての行為者に期待されてよいことである。最初の非行の際には、行為者がその非難に対してどのように対応するかはまだ知られていない。その場合、行為者はその非難に対応すべき機会を提供され、その非難を真面目にとり

あげて対応することが期待される。そのとき行為者は第二の機会の提供を受けるに値すると言われる。初度軽減は、言わば修正デザート論によつてこのようにデザート指向的に説明がつけられる。

人間の弱さ、人間のあやまちに対して第二の機会を提供するというのは不正の認識のことであるのか、ここでも疑問がある。第二の機会の提供というのは、行為者にその行為が悪いことであつたという認識を与えるという問題ではない。行為者はそれを認識しているべきであるし、十分認識していたこと、あるいは認識することができたであろうことは当然に前提されている。行為者のその非行は無知の結果ではなく、その瞬間、正しいことをするという欲求よりも自分独自の特殊的欲求ないし性向に発現の場を与えてしまった結果であるかもしれない<sup>(1)</sup>。そのような状況が人間的な弱さとして一般的に軽減への同意を与えられるに値するものとみなされるのであり、更には量刑手続上の一般的軽減事情として考慮されるものである。

初度軽減の判断は、将来において非行を反復する蓋然性を予測する判断とは根本的に区別される。行為者毎の個別的処遇を目標とすると表現される予測判断によれば、反復の蓋然性の有無・程度によつて若干の初度の非行者は緩和された非難を受ける恩恵に浴し、他の初度の非行者はそうではないことになるであろう。そして、反復の蓋然性判断は行為者の性格や反復への刺戟等の多様な行為者の要素に依存することになるであろう。そこでは個別的処遇の名の下に強権的な判断者の裁量<sup>(2)</sup>が認められるのが通例である。予測基準、客観的資料の擬制、処遇方法論の混乱や硬直性等の事実と一緒に人々の支配が制度化されることになり、人格権保障の要点でもある法の支配の本旨を侵食するに至るであろう。それに対して、ここに言われる初度軽減論の特徴は、すべての該当行為者はその最初の行為に対して向けられる非難・不承認を幾分緩和される資格をもたされるということであり、その行為に対する他者の規範的判斷・非難に対して責任をとることのできる道徳的主体としての資格を認められるということであり、それ以上のこと

ではない。<sup>(18)</sup>

人間的な弱さに対する考慮、第二の機会の提供という考え方の基礎にあるのは、寛容の観念である。最初の不正行為の場合に行為者に対する非難が一部解除される時、一定程度の寛容が示されているのである。ここで、寛容の観念の意義が特徴づけられるために類似する慈悲の観念との相違がとりあげられる。寛容と慈悲とは明らかに区別される。寛容とは、受けるに値するとみなされる対応のレベルを決定するにあたって行使されるものと規定されるのに対して、慈悲とは、何らかの理由で人が受けるに値するとみなされるものより軽く非難したり、不承認の意思を示したりするという事柄にかかわるものと規定される。従って、寛容は、当然に人が受けるに値するものというデザート論の論理の枠内で働く余地のあるものとされるであろう。<sup>(19)</sup> 慈悲は、恩恵的に一方的にくだされるものとしてとらえられ、客観的基準として明確化されるのになじみにくいものであり、予測がつかず、裁量的で人的支配被支配関係を制度的に招き易いものとして理解されるであろう。寛容の観念は、人間のあやまり易さとか外的諸力の圧迫や誘惑にさらされ易いということによって、その非行には若干の同情がふさわしいという理由によって認められると共に、道徳的主体として他者の非難にこたえてその将来の道筋を再考するという人間の能力に負うものとされる。

(二) 以上の非難・叱責の論理は、具体的に日常的な処罰慣行に対して適用可能なものとされる。例えば、家庭や学校やスポーツ団体等における規則違反行為に対する罰についても適用可能とされる。学校、会社、スポーツ団体等は、当該行為者の規則違反に対する受けるに値する罰の量を決定するにあたって、初めての違反者と以前に規則違反で制裁を受けたことのある者との間で区別するであろうし、また、区別すべきであると言われる<sup>(20)</sup>。その理由は、一般的に考えられた先の非難の論理の成立根拠に対する説明の場合と同一であり、罰は単に個別行為そのものに対する不承認ということではなく、人に対する不承認であるという点に求められる。非難・叱責が人に対する不承認を含むとすれ

ば、罰・処分はなおさら一層強い理由で人に対する不承認の意味を含む。罰・処分の苦痛を受けるのはその人であり、その苦痛は当該行為者が違反行為を行ったという決定の結果として加えられるものであるとき、その処分の決定はその人に対する不承認の意味を劇的に表現するものとなる。その際、行為者は最初の処分の決定であることを画一的根拠として、当該行為の非本性的性格を理由に完全な量の非難を受けるに値しないと申し立てることが認められることになる。

(三) 日常的な非難・叱責、非刑事的制裁の慣行とデザート判断との関連性が肯定されたとして、その推論はそのまま量刑手続の中に移し入れて考えてよいであろうか。それもまた肯定されるとしても、或種の断層があることは否定できないように思われる。人間の価値的創造と社会の発展とについての価値判断が前提されていることが認められる。そこで、現代世界思想の中で刑法規範の独自の存在領域を設定することの意味を認識した上で、量刑の基礎となる犯罪と責任の概念規定の問題が簡単ながらとりあげられる。

個別行為の責任理論に立って犯罪と責任の概念を限定規定する立場からは、行為者関係の推論の方法は許容されにくいであろう<sup>(21)</sup>。専ら現在の犯罪行為に注意が向けられて、過去に有罪決定された犯罪に対する考慮はしめだされる。被告人の犯罪行為の違法性の程度およびその行為の違法性が行為者の選択に帰属させられる責任の程度によって、量刑は決定される。これは、合理的な社会における合理的な人間が想定されるとすれば、相当な理論として成り立つように思われる。また、そうでないとしても、何らかの可能条件の下では同じように成り立つことも否定できない。

所謂修正デザート論者は、先のような犯罪と責任の定義を阻害的定義として、均衡論、デザート論の本来的な長所を考慮に入れるのを妨げる分類法として批判している<sup>(22)</sup>。そのような「定義による停止」によっては論者の言うところの現実問題は解決されないであろう。過去の非行は日常生活におけるデザート判断に関連するかどうか、また、関連

するとして通常のデザート判断におけるその関連性は刑法の量刑手続の中にとりこまれるべきかどうか、という問題は欄外にであれ依然として残されることになるからである。ただ、残されることに意味があるとみるか、そこまでふみこんで法的解決をつけるべきであるとするか、判断は分かれるであろうが、今日の均衡論、デザート論が倫理的なものの重要性を認知する指向性を有するとすれば、その方向を認知するとすれば、あえてそこにふみこむことも是認されよう。そこから刑法上のデザート判断についての「真価」に基づく「複合的記述」が展開されるべきだ<sup>(23)</sup>というのも理解される。

そうすると、逆の方向において均衡・デザート理論は犯罪を見て犯人を見ないという批判はあたらない。均衡・デザート理論、修正デザート理論は、犯人の将来の反社会的行為に陥りがちな傾向とか処遇の必要性・適合性に関係づけられるものでないことは明らかである。しかし、ここに「犯罪」という概念は、単に現在の犯罪のみを意味するたみに用いられているのではない。また、過去の有罪決定という事実<sup>(24)</sup>は、単に「犯罪人」にのみ関係するものとしてとらえられているわけではない。むしろ、量刑における均衡デザート理論、修正デザート理論は犯罪行為者の犯罪的選択の非難可能性の程度に関係するというのが正確であろう。その意味において、過去の犯罪が包摂されるのかどうか、また、包摂されるとしてどの程度までなのかという問題が正面にすえられてくることになる。

犯罪行為に基づいて行為者を処罰することは、専ら行為指向的でもなければ、専ら人格(行為者)指向的でもない。犯罪行為者の処罰には、犯罪行為を行ったことに対してその人を非難することが含まれている。そうであるとすれば、一方において専ら現在の行為のみを視野に入れることや、他方において特定行為には殆ど注意を払わず、行為者の全人格に目を向けることは、恐らく狭すぎるかあるいは誤解に導く概念構成方法である、ということになる<sup>(25)</sup>。当否の問題は一応さておいて、刑事制裁は一種の非難・叱責等と同様に、刑事制裁は行為者

が「悪い」ことをしたという意味を含むものであり、その不正に対して行為者に不承認の意思を伝えるものである。刑法の対象とする行為は、通例、社会的に重大な侵害行為であるとされているが、その種の禁止行為もなお、誤り易い人間は諸種の誘引にさらされたりして犯してしまうことがあるものであり、そのことは平静な地平からすれば一般に理解可能なことである。こうして刑事裁判制度においても、日常的な非難判断と同一の根拠で初犯者の処遇を緩和すべき理由があると論じられる。<sup>26)</sup>

四 刑事制裁は人的非難であるというところから、量刑手続における調査範囲の適正さの問題が生ずる。刑事制裁の対象領域は、通常の道徳的禁止命令の対象領域よりも一般的意味において限定される。すべての悪・不正ではなく、行為として表現されたものの中で更に特定された一定種類の悪・不正のみが犯罪として処罰するに適しており、また処罰可能とされる。刑事制裁の適用範囲が制限される実際的理由としては、処罰範囲を特定重大な侵害行為に制限することによって処罰可能な行為に対するコンセンサスが得られ易いということがあるであろう。また、刑事裁判制度において使用可能な金額は限られているとすれば、その限られたものの使用にあたっては、対象を基本的な権利侵害行為を中心として限定して優先使用させれば、ある意味において健全な適用が保証されることもあろう。また、近代法における個人のプライバシーの保護と自律的主体性の保障への関心が想定されている。刑法が干渉するのに適しない行動領域というものを設定し、それを刑法以外の社会規範なり、家庭の自治や個人の自律に委ねることで、その種の行動表現をそれなりに尊重するということは、近代社会の組織の前提として叫ばれてきたところである。<sup>27)</sup>

刑事立法政策の問題および犯罪の成否の問題に関してと同様に、量刑手続における刑の量定のための調査範囲についても類似の関心が払われるのは当然のことであったはずである。しかし、少年の保護的処遇や一般的に不定期刑の処遇経験を有する法域等においては、特に矯正改善等の社会復帰の目的関心や社会防衛と犯人の危険性予測への関心

が先行するような思想環境の下においては、被告人の過去の犯罪行為のみならず、その過去の非犯罪行為、学歴、職歴、家族構成、社会活動の記録、個人的習慣や嗜好等々について、事実上無限定な範囲の情報が強権の下にあるいは温情的な名目の下に強要的に探求されたことである。この種の無制限の調査は、厳しい批判を受けてきた。人格権の侵害であり、社会的差別である等々。理論上の処遇の個別化に実務がついていけなかったり、処遇の社会的意味への反省が抑止されたりして処遇目的が曖昧になり、処遇効果が疑問視され、実証的研究によつて事態が明白にされ、調査項目と処遇手段との関連性の立証等が厳しい吟味にさらされることになれば、調査の意味、対象範囲が反省されることは必然的なことである。それまで社会復帰理念の実務的支配が強かったと言われる法域において、今世紀六〇年代以降特に目立つた対応が迫られる状況が出現したが、その他の法域においても一般的に考察される必要のある切実な事柄であることに変わりはない。

所謂均衡刑の理論、釣合デザートの理論が魅力的である理由の一つは、量刑上の調査範囲を制限するのに役立つことができるということであった。即ち、被告人の犯罪行為のみが刑罰の選択を決定するであろうということであり、被告人の非犯罪的行為、勤労習慣、個人的嗜好等は、公式の刑罰の選択決定の問題に関連づけられることはできないということであった。ここに、所謂修正デザートの理論が過去の犯罪行為を量刑調査の対象とする見解を展開することについて、疑問が提起される契機があった。現在の犯罪行為に対する刑を量定するにあたって、過去の有罪決定が考慮に入れられるとすれば、均衡・デザートの理論に依拠するはずの量刑方式の調査範囲限定の意味が損なわれることになりはしないか。<sup>28)</sup>ひとたび過去の有罪決定が考慮に入ることが認められるや、その他の非犯罪的非行等を排除するのは事実上難しいのではないかということであった。現在の犯罪行為を問題とする場合、厳格なデザート・罪刑均衡の理論を主張する者は、量刑のための基礎調査は犯罪行為とその行為の侵害性および行為者の有責性に直接に関係

するような周辺の事情とに制限されるべきであると主張する。他者の権利に対する行為者の一般的態度とか、犯罪行為に対する行為者の悔恨の情の有無・程度とか、犯罪的誘引への抵抗を困難にしたかもしれない社会的・経済的事情等への広範な調査は許容されるべきではない、と主張する。これに対して、所謂修正デザート論者は、過去の犯罪の調査範囲については一定の明確な過去の犯罪の有罪決定だけに限定されるから、均衡刑論、デザート論の本旨に反するものではない、と反論している。過去の犯罪経歴への調査は、明白な定義によつて限定された被告人の犯罪行為のみに限られるのであり、それは法律に規定された行為であり、証拠記録によつてその罪が有罪決定によつて確定されたものである。過去の犯罪記録のみに限定されるのであり、非犯罪的経歴、法的に許容される選択行動、態度、嗜好等の記録は除かれる。そのことは、現在の犯罪記録についても同様であろう。現在の犯罪行為にたいして行為者が正当に受けるべきものを判断する際に、その非難可能性に対して直接または間接に関係するかもしれないような、行為者の現在の生活のあらゆる局面を調査することを求められるわけではない。過去の犯罪記録を使用することに対しても類似の制約が加えられるべきであり、過去の生活全体を調査する必要もない、<sup>(29)</sup>と言われる。この主張はその限りでもつともなことである。しかし、厳格なデザート論者を完全に納得させることはできない。過去の犯罪経歴に調査範囲は限定されるといっても、理論的に抑制は利かないのではないかと懸念されよう。即ち、過去の犯罪を考慮に入れることの正当根拠を問われた場合、その根拠としては行為者の個人的に有利な事項ないし性格の觀念に依拠しなくてはなるまいし、性格や人格の觀念は人の過去の生活全般への調査を支持することになるであろう。わずかでも過去の犯罪への言及を受け入れるや、行為者の過去の生活領域の全般的調査を理論的に必要視している人々、厳格な予測論者・改善論者に対する原理的な歯止めを主張できなくなるであろう、と批判される。<sup>(30)</sup>

この批判の仕方は、修正デザート論に対して必ずしも適切なものとは思われない。行為判断にあたって行為者の過



去の有罪決定を考慮に入れることは、結局法的判断を善悪の性格を有する生活関係全体にわたる判断に依拠させることになる。と批判論者が主張するのは、その意図はともかく、気持は理解できるが、量刑手続きにおける事態の正確な叙述とは言われないであろう。行為者がその違法行為に対して責任を問われ、非難されて、初犯であると申し立てた場合、その事実を考慮に入れるということは、依然として主に現在の行為に視点がすえられた上でのことであつて、一般的にその者が善人であるとか悪人であるとかを判断することが目的とされているわけではない。その際、理由を尋ねられて行為者の日常的行為様式との親和性・疎遠性に言及されたりしているため幾分紛らわしい点は生じているが、行為の本性的相応性・非相応性の判断というのは、単に行為者が過去にどのような行為をしたのかどうか、どれほど度々それを行ったかを決定することに外ならないであろう。しかも、それは、現在の犯罪行為に対する不承認の程度に限定的修正を認めるかどうかという点に機能するだけである。<sup>(21)</sup>

過去の犯罪経歴が量刑手続において考慮されることが認められるとして、その過去の犯罪経歴は有罪決定されたもの（あるいは刑の執行を受けたもの）でなければならぬのかという疑問が投げかけられる。細部にわたつては政策的判断の問題でもあるが、基本的には明確性の要求と有罪決定というものの社会的機能とによつて説明されるであろう。刑法上犯罪として類型化されている行為には、その要件を充足することのない雑多の周辺の行為・類似行為が伴われている。行為者は、一定の犯罪行為で有罪決定されるに際して、初犯であるとの申し立てを行うが、犯罪とされるまでに至らない多数の類似行為を反復してきたという事実があるかもしれない。そのような事実がある場合、それらの非犯罪的非行ないし不道徳行為の取り扱いが問題にされるかもしれない。両者の間で区別が為されるのは余りに形式的・画的にすぎず非科学的ではないか、むしろ区別すべきではないかといった観点から疑問視されるむきもあるかもしれない。しかし、量刑手続においては、そのような非犯罪的行動への調査は避けられねばならないで

説 であろう。刑の量定にあたっては、行為者のすべての過去の行為を審査対象とすべきではない。そのようなことは、近

代国家の行うべき事柄としてふさわしくないであろうし、実際のところ真意にできることもなく、往々にして誤認、

誤用、濫用を生ずることが経験的事実であるから。また、そのようなことは余りに片面的にすぎるのであるから。

個人やその関係集団の諸権利を不必要に侵害することになるであろうから。近代刑法は、個人のプライバシー保護、  
自律性の尊重などの要請に配慮すべきものであるとすれば、先のような個人生活に密着する周辺の類似行為等を直接  
に刑罰をもって規制するべきではないとすれば、量刑手続を通して間接的にもそのような行為を審査の対象とすべき  
ではない。<sup>32)</sup>

量刑手続の調査範囲を行為者の過去の有罪決定（あるいは刑の執行等）に制限することには、実質的な利点がある。  
それは、初犯であるとの申し立てをもとと計算に入れる余地のあるものとするであろうし、初度の有罪決定を受ける  
被告人はその初犯の申し立てを利用して容易となるであろう。仮に行為者が過去において無数の非犯罪的不実  
行為、不道徳行為で非難されたり、非刑罰的な社会的制裁を受けてきたものであるとしても、量刑目的のためには初  
犯者と考えられるであろう。行為者がその有利な地位を失うのは、その後の一定数の所定の有罪決定によってのみで  
ある。被告人は、初めて有罪決定される場合には、その過去の非犯罪的非行を調査されることなく、初犯者であると  
推定される。その後、行為者が犯罪行為を行って有罪決定を受けて所定の条件を充足するに至れば、過去の有罪決定  
の事実が明確であり、被告人の有利な取り扱いの申し立ては根拠を失い、当該犯罪に対して十分の量の処罰を受ける  
に値するものとして取り扱われることになる。量刑手続における初犯者の地位の活用可能性は、その後の犯罪を犯す  
か犯さないかの被告人の選択決定にのみ依存することになり、行為者の過去の生活様式や交友関係等を探査する必要  
はない。量刑手続上の犯罪経歴調査は、法律によって禁止され、少くとも有罪決定によって確証された過去の行為に

限られることになる。<sup>(33)</sup>

次に、「有罪決定されるに至らない」「犯罪行為」の取り扱いについて疑問が投げられるかもしれない。これについても、均衡刑論、釣合デザート論の思想からは考え方は同じであろう。最初の有罪決定は最初の罪と同じではないというのである。被告人は、初めて有罪決定を受ける行為を実行する以前にも、幾つか犯罪とされている行為を行ったかもしれないし、また、逮捕されたが有罪決定を逃れたかもしれない。概念は異なるがそのような反復行為を包括したような犯罪類型を設けたりする法域があるし、別様の考慮をする所もあるかもしれないが、しかし、国家は、そのように主張された過去の犯罪行為に対して、結局犯人を有罪決定するのに有意的でなかったとすれば、または、有意的でないかあるいは何らかの事情で有罪決定を行うことができないとすれば、それらの過去の犯罪行為と主張されているものは無視されるべきである。これが所謂ジャスト・デザート論による量刑法の態度というものであろう。<sup>(34)</sup> 立証されない先行行為は、現在の行為に対する量刑手続において考慮されるべきではないのである。

実証的調査によれば、有罪決定された者の中の一定数のものは、犯罪とされる行為を幾つか行いながらも処罰を受けることがなかったということが示されるのが普通である。しかし、そのような自己申告的な統計的情報に基づいて、最初の有罪決定を受ける被告人に対して過去の想定された「犯罪行為」を帰属させることは不正なことであろうし、不正なことであろう。被告人に初犯者地位の利益を否定するためには、被告人が実際に過去の犯罪で有罪決定を受けたこと、あるいは更に、公式の手続を通じて非難が加えられてきたことが証拠として示されなければならない。<sup>(35)</sup> 刑法上非難の一つの公式的方法は、有罪決定に基づいてその犯罪に対して刑を加えるということである。この明確性、表現性は個人（人格）の自律・自由として自己責任の保障であるはずである。

(四) 過去の犯罪経歴が行為者のデザート（受けるに値するもの）に関係があるとして、それはどのように用いられる

説  
べきか。初犯者の刑を軽減することか、あるいは再犯者の刑を加重することか。また、過去の犯罪経歴は、有罪決定の頻度と共に犯罪の重大さも考慮に入れられるべきか。従来例ではその関連性を認める法域では再犯加重例が一般的であろうが、その中身及びその実態は一樣ではない。

本論で関心が向けられるのは、初犯軽減の考え方である。即ち、初犯者は、過去の犯罪経歴と刑量との関連性を無視する量刑理論の下で受けるであろう刑よりも軽い刑を受けるべきであり、過去の犯罪経歴をもつ者（再犯者）は、過去の犯罪経歴を無視する量刑理論の下で受けるであろう刑よりも重い刑を受けるべきではないというものである。<sup>(36)</sup>  
初犯軽減の理由は、前述の通り、当該行為が行為者にとつて先例のないものである場合には非難が緩和されるということであり、その行為が行為者にとつて非本性的行為様式であるので軽く不承認されるべきであるということである。より重い刑とより軽い刑とはどのように特定され、区別されるのか、疑問視されるかもしれない。それは、判断の問題であると言われる。<sup>(37)</sup>それは、別途検討されるべき論点である。

初犯軽減と再犯加重とは実質上区別がつかないのではないのか、初犯者に軽い刑を科すことは再犯者に重い刑を科すのに等しいのではないかと批判されることがある。<sup>(38)</sup>確かに外的基準がなければ両者は同一に帰するであろう。修正テザート論の初犯軽減論者は、外部的視点をすえて過去の犯罪経歴を無視する仮設的制度での基準点が用いられる場合には、初犯者はそのような量刑制度の下で受けるであろうものより軽いものを受けるべきであり、再犯者はそれより重いものを受けることはないと言明する。このように考えれば、より軽いということはより重いということと同一ではない。

初犯軽減の考え方は、再犯加重の考え方に対して一個の利点があるとして弁護されている。再犯加重論に対しては、行為者は過去の犯罪については既に処罰を受けてきているのであって、再びそのために苦痛を受けさせられるべきで

はないとの批判が加えられる。再犯加重論者は、再犯の処罰は過去の犯罪をあらためて処罰するわけではないから二重処罰の禁止には触れない等と説明するのが常であるが、十分に説得的ではないし、行為責任原理の消極的本性から判断して、論理的に筋が通らないであろう。それが許容されるように思われるのは、余分のものが前提に付加されているか、責任刑の概念自体が曖昧にされているからであろう。そして、我国の現実の実務などでは、必ずしも再犯加重の法定刑を必然的に要求しなくても、普通の法定刑の範囲内でまかないきれていることが一般的に認められるというところでもあろう。初犯軽減の考え方に立てば、その種の疑いを払拭することができる利点がある。そこでは、行為者は再犯であつても同一犯罪で二度苦痛を受けさせられることにはならない。行為者は、最初の場合には、そうでなかつた場合より軽く罰せられる。それは、初犯者に完全の量の非難を加えることにはためらいを覚えるという人間の感覚に意味が認められるからである。それ以降一定の行為が反復される場合に、行為者はこの有利な地位を喪失し、現在の当該行為に対して本来受けるに値する非難を受け、その通りに処罰されることになるだけである。これは、端的に明確であり、二重処罰の疑いはないし、制度の体面と現実実務の口実との齟齬もない。ただ公式の決定の權威を重視したり、決定の温情的性格、慈悲的性格をことさらに強調したりすることに何らかの刑事政策的な機能を見出してゐる人々にとつては物足りないかもしれない。一定種類の犯罪行為者の側にもやりにくさを感じられるかもしれないことは認められる。その落差は一個の問題として残るように思われる。

過去に有罪決定された犯罪の重さ・軽さは考慮に入れられるべきかという問題がある。先の論理の筋道からは、日常の非難判断において過去の非行の重さ・軽さが影響力をもつように、量刑においても過去に有罪決定された犯罪の軽重に何らかの影響力を認めることになるであろう。所謂重大な犯罪で刑を量定されるにあつて、以前にはもつと軽い犯罪で有罪決定を受けたことはあるが、重大な犯罪としては今度が最初であるという場合、被告人はなお刑を幾

分緩和される資格をもつべきであると言われるであろうが、細かな事項については、更に実証的な検討と配慮が必要とされることになろう。その際には規準は客観的に明確に示される必要があるうし、それが可能とされるような量刑手続の構造化が要請される場合もあるう。

軽減の申し立てが完全に効力を失うまでの反復行為（有罪決定）の数はどれだけか、という問題がある。これは、日常的非難の場合でも理論的に画一的な規準はたて難く、判断の問題と考えられる<sup>(10)</sup>。ただ、言われることは、一定の限定された反復の後にはその軽減の申し立ては完全に尽くされてしまつて、それ以降は行為者は当該行為について受けるに値する十分の量のものを受けることになるということである。その後に行爲者が更に反復行為を行うことがあつても、その行為について受けるに値するものより以上に厳しい刑を受けることはない。その場合には軽減が適正でないというだけであり、行為者は本来通りに非難され、処罰を受けるということである。

先の犯罪の軽重の問題と関連するであろうが、過去の犯罪の種類の問題がある。過去の犯罪経歴が考慮される場合、現在の犯罪行為と同一ないし類似する犯罪に対する有罪決定のみを考慮すべきか。あるいは類似性の有無に関係なくあらゆる犯罪に対する過去の有罪決定が考慮されるべきか、問題となる。ここでも、通常の非難判断から類推して考えられる。日常的非難において、不正行為によつて侵害される道德規範の原理において類似するものであればよいように、量刑手続においても、過去の犯罪行為と現在の犯罪行為とがその侵害する基本原理において類似するものであればよいとされ、と言われる<sup>(11)</sup>。この類似性の原理は不明確さを免れない。もし実効的であろうとするなら、明確な規準が必要であろう。

過去の有罪決定はどの時点までさかのぼられるか、即ち、過去の犯罪経歴の時間的限定の問題がある。先の考えから推して、以前の有罪決定以降の経過期間が考慮に入れられるべきであり、それについて明確な規定が必要とされ

るであろう。<sup>(12)</sup> 初犯者に対する処罰を緩和することの正当根拠は、人は、その現在の行為が過去の行為様式と本性的になじまない場合には、その行為に対する完全な量の非難を受けるべきではないということであるとすれば、この期間の考慮も関連性をもつことになる。現在の犯罪と類似する犯罪行為を求めて遠い過去までさかのほらなければならぬような場合には、現在の行為までの被告人の順法的生活期間は相当に長いということであり、現在の行為が行為者の日常的行為様式にふさわしいと主張することは説得的でなくなるということである。その根拠は、釣合・均衡のデザート論の考え方に基づくものであり、疎遠な過去の犯罪経歴を現在の行為者に対して推し及ぼすことには何か不適正なものがあるということであり、人は自らを規制するようになった行為様式によって判断されるべきであるということである。<sup>(13)</sup> 予測論が予測因子としての薄弱さを問題とするのとは異なる。

注

- (11) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 598.
- (12) *Id.* at 598-599.
- (13) *Id.* at 599.
- (14) *Id.* at 599-600; S. Hampshire, "Dispositions," 14 *Analysis* 5 (1953).
- (15) G. Fletcher, *supra* note 2, at 464-466.
- (16) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 600-601.
- (17) *Id.* at 602.
- (18) *Id.* at 602-603.
- (19) A. Smart, "Mercy," 43 *Philosophy* 345 (1968); C. Card, "On Mercy," 81 *Philosophical Rev.* 182 (1972).

- (20) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 604.
- (21) G. Fletcher, *supra* note 2.
- (22) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 605.
- (23) *Id.*
- (24) *Id.* at 605-606.
- (25) *Id.* at 607.
- (26) *Id.*
- (27) H. Morris, "Punishment for Thoughts," in *Essays in Legal Philosophy*, 95-120 (R. S. Summers ed. 1968); H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, 249-363 (1968).
- (28) R. Singer, *supra* note 2, at 67-74.
- (29) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 608-609.
- (30) R. Singer, *supra* note 2, at 70.
- (31) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 609-610.
- (32) *Id.* at 610-611.
- (33) *Id.* at 611-612.
- (34) *Id.* at 612.
- (35) *Id.*
- (36) *Id.* at 613.
- (37) *Id.* at 614.
- (38) G. Fletcher, *supra* note 2, at 463-466 ; R. Singer, *supra* note 2, at 67.



- (39) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 615.
- (40) *Id.* at 616.
- (41) *Id.*
- (42) A. von Hirsch, *Doing Justice*, at 87.
- (43) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1981), at 616.

三

初犯軽減の修正デザート理論に対しては、不徹底ではないかという風の別の種類の批判が加えられることがある。人間的弱さという事実があるとしても、何故それに対して刑の軽減という有利さを付与することによって対応するべきなのか。もしそのように寛容でありたいと欲するのであれば、何故にそれを徹底的に維持しないのか。何故に反復行為者に対しては刑の軽減を認めないのか。人が犯罪行為を反復するというのは人間的な弱さが表現されているのではないか、と。これに対して釣合・均衡刑の理論、修正デザート論の弁明は基本的に前記の説明の仕方と異なるものではない。<sup>(44)</sup><sup>(45)</sup>

先ず、日常的な道徳判断における「あやまち」の観念によって先の説明が補足される。通常は立派にふるまう人であっても、ふとした瞬間に、気の弱さや放恣等で、その道徳的禁止を欠落させることがある。そのような一時的な自制の弛緩は一種の人間的な弱さであって、それに対しては幾分の理解が示されるべきである。量刑の場合においても、

刑法規範の違反について同様のあやまちが考えられる。それについて、そのあやまちを幾分か寛大に取り扱う余地が残される。そのような寛大な措置をとる理由は、他者の非難に対応することのできる人間の能力への敬意の念である。初犯者は、非難に直面させられた後では、自分の行ったことの規範的意味について反省することができるし、また、もつとよく自制力を働かせるための努力を尽くすことができる。初犯者軽減を認めることは、この種の現象の重要性を認知することであり、犯人に第二の機会を提供することである。<sup>(16)</sup>これは人間の自律性の尊重であり、結果として刑事司法制度の儉約性の原理に適用ものであるかもしれない。

反復によつて軽減の申し立てが認められなくなるのは何故か。これまでの説明の論理によれば、犯罪行為が反復されて有罪決定が繰り返されたものであればあるほど、あやまちとしての説明がつかなくなるからであるということになる。即ち、刑罰という非難の倫理的機能によつて説明される。非難の一つの機能は端的に不承認の判断を表明することであるが、更に、この純粋に表現的機能をこえて密接不可分に関連している伝達の機能に注意が向けられる。<sup>(17)</sup>非難は合理的主体に向けられる説教の一形態である。それによつて行為者が将来においてその種の行為を単に思いとどまることが意図されているのみならず、行為者がその非難の意味の認識を共有するが故に思いとどまろうと試みるであろうことが意図されている。何故刑事制裁が存在するかというその正当化根拠がたとえどのようなものであつても、刑罰が責任非難を表明することは確かであり、それが伝達の機能を有していることは確かである。<sup>(18)</sup>何故非難的・処罰的対応を最初にはゆるめるべきなのか。それは、人間はあやまちに陥りうるものであると共に、何か尊重に値する価値あることを為すことができる、即ち他者の非難に傾聴することができると思定されるからである。その可謬性の考慮は、あやまちに対する限定的寛容を要求するものであり、処罰による対応を幾分か緩和させることを通して表明される。次に一定数の反復の後に刑の軽減が断念される理由は何か。それは、非難機能に対して敬意が表明された

という事実が生じたとは思われないためであり、行為者は以前の有罪決定等の機会に自分に対して示された不承認の意思を無視することを選択したものであり、必要とされる自己抑制の努力を尽くさなかつたからである、と論じられる。<sup>(49)</sup>

この第二の機会論は社会復帰論者の主張のような響きをもっていて、誤解され易いので注意を要する。ここに言う機会論は、改善とか改悛の情の表現を新たな一定の法的効果発生の個別的条件とするものではない。初犯軽減の利益は、再犯を減少させるための手段として提供されるものではない。むしろある倫理的判断を表明するものである。しかも、その倫理的という意味は、一定の主観的価値意識の装いをもつた特殊の価値観念が意図されているのではないことに注意する必要がある。釣合・均衡刑論、デザート論の倫理性とは、端的に人間界に限れば人間の尊厳、主体性、自律性の尊重等に外ならないものと考えられるからである。従って、初犯軽減の措置は、およそ道徳的主体として刑罰における非難に傾聴すべき人間の能力に対して敬意を表わす一方法であるということになる。ただそれも「刑罰権力」の存在を前提とした暫定措置ではあるが。こうして、特定行為者が刑罰における非難に傾聴しないで再犯行為を行うとすれば、それに対する適切な対応は、端的に有罪決定に対する刑の軽減・緩和を低減させることであらう。<sup>(50)</sup>

社会復帰刑の理論によれば、初犯に対する刑の軽減の可能性は、行為者がその処遇に対してどれほど応答的であることが期待されるかに依拠する。これに対して、所謂修正デザート論によれば、行為者の将来の行為を予測して現在の行為に対する処遇決定を行うことは許されない。修正デザート論のいう初犯軽減は、あらゆる初犯者に対して活用可能であり、所定の有罪決定の教に達するまで活用できる。初犯軽減は、何故行為者の予測される改善可能性等に依存するものではないのか。その理由は、あらゆる者は刑罰処遇を通して表明される非難を理解することのできる合理

説  
論  
的な主体とみなされるべきであるということである。そして、その後の現実的な犯罪行為の選択実行を通して、刑罰  
非難を傾聴しないことが示された場合にのみ、その寛容的措置は失われ、本来当然にその行為に対して受けるに値す  
るものが表示通りに与えられる。<sup>(51)</sup>この初犯軽減論は、社会復帰刑の導入ではないが、それに類似する側面があること  
は否定できない。ただ、それは社会復帰刑の考え方の背後にある正当なものを体現するのだと説明される。その正当

なものとは、刑を行為者の診断上の処遇可能性に基づけるべきであるという慣例的な実証主義の見解のことではなく、  
むしろその行為に対する非難を真面目に受けとるべき人間の能力は道徳的次元をもつものであって、刑法上も認知さ  
れるべきものであるということである。<sup>(52)</sup>

以上の通り、説明の仕方自体としては殊更に新しいというものではないが、初犯軽減論は現実的に興味ある考え方  
である。誤解され易い所もあり、理論的に徹底さを欠くようにも見えるが、公正な量刑、公平な刑の分配、処分の明  
確性の観点から考慮に値する。<sup>(53)</sup>

#### 注

- (44) J. Stuart, "Retributive Justice and Prior Offenses," 18 Phil. Forum 40 (1986); A. Durham, "Justice in Sentence-  
ing: The Role of Prior Record of Criminal Involvement," 78 J. Crim. L. & Crim. 614 (1987).
- (45) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1991), at 55.
- (46) *Id.*
- (47) R. A. Duff, *Trials and Punishments*, ch. 9 (1986).
- (48) A. von Hirsch, *supra* note 3 (1991), at 55-56.
- (49) *Id.* at 56.

(50) Id.

(51) Id.

(52) Id.

(53) 最後になお懸念されることが残る。それは、デザートの概念である。行為者がその行為に対して受けるに値するものの意味内容の特定に困難が残る。しかも、それが判断において公正であること、行為者の取り扱いにおいて公平であることが求められている。そこに自ら抑制するものがなくてはならなくなる。そうすると、必ずしも公正に組み立てられていない社会、その作用も必ずしも公平ではないと言われる社会の中にあつて、公正なデザートとは何かとの疑問にぶつかるともかもしれない。この点は、本論の課題をこえる。