

【研究ノート】

謙抑主義について

中 島 広 樹

1 はじめに

1 刑法学界の共有タームとして「謙抑主義」という法理があることは今更言うまでもない。かつて、小暮博士が「犯罪論の謙抑的構成」を發表され注目された¹⁾。そこでは、従來說かれて来たいわゆる「謙抑の法理・思想」に関する簡にして要を得た説明がなされていたが、博士自身があとがきで述べられたように「解釈論的実質に乏しい憾み」²⁾があったことは否めないであろう。

しかし、そもそも謙抑主義自体から、何らかの「解釈論的実質」が出てくるのであろうか。その可能性はあるのかという手掛かりを得たいと思うが、どうすればいいのか。

2 わたくしには、謙抑主義それ自身から解釈論的実質というべき何かが導かれるということを立証することは困難ではないかと予想される。謙抑主義の「根っこ」にある思想内容が必ずしも客観的に明らかではないからだ³⁾。

そこで、謙抑の特徴を持つといわれる学説につき、主要な論点を考察するといういわば間接的なアプローチを採って、おぼろげながらもでも謙抑主義の本質的な特徴を垣間見ることができないかと考えた。

すなわち、一般に謙抑的立場に立つと評される諸家の学説が、それ以外の学

説と対比して、刑法上の論点に関する考え方・結論において特徴的差異を有するかどうか、有するとすればどのような内容なのかを探るというアプローチである。

- 3 戦後の刑法学説には、おおまかにいえば主要な三つの流れがあるといわれる。すなわち、①団藤重光説、②平野龍一説、③佐伯千仞説の三つである。

この分類は、中山博士によるものであるが、①説は、小野清一郎説に由来し、戦後急速に通説的地位におさまり、60年代くらいまで大きな影響力をもっていたが、新憲法を前提とした人権尊重思想から出発して罪刑法定主義の具体化としての「構成要件の定型性」の主張や人格的主体性の強調・人格責任論の展開に及んだとされる⁴⁾。その後、大塚説に継承されて通説的地位を維持する一方、福田説の「目的的行為論」への志向や藤木説・西原説等による構成要件の形式を重視しない実質的犯罪論を生み出すなどして学説の分解現象が生じ、現在では大谷説が①説を継承しているとみる。

ところで、曾根博士は、この①説について「行為無価値論に立脚する形式的犯罪論」と分類している⁵⁾。そして、行為無価値論とは、行為規範としての刑法規範がもつ社会（倫理）秩序維持機能、および行為者に対する行為時の意思決定機能を重視し、折衷主義的立場から違法論において行為者の主観（故意・過失その他の主観的要素）を考慮に入れた規範主義的な犯罪理論（人的不法論）を展開するものとして特徴づけられるとし、また、形式的犯罪論とは、現代型犯罪に対しても刑法の厳格解釈・適用の原則を貫いて犯罪の成立を限定的に捉えようとする学説であるとする⁶⁾。しかし、山中博士はこのような立場を「行為規範的特別予防志向刑法理論」と名付け、刑罰論としては応報刑論に傾斜するか再社会化論に傾斜するかは相違はあっても、特別予防を目的とする点で共通すると指摘し、しかし、福祉国家的後見主義が人権侵害をとまなう場合の制約原理が弱く、再社会化という楽観主義的刑事政策を基礎としていると批判される⁷⁾。なお上記の文献においては、この立場に属する者として、小野・団藤・大塚・福田・大谷・川端・野村・佐久間・井田等の諸家が指摘されている⁸⁾。

中山博士の分類による②説は、60年代以降の刑法改正作業との関連で、その

「道義刑法」的方向を批判するという基本的立場を刑法解釈論として展開したもので、刑法の倫理化に反対し、法益保護こそ刑法の任務であるとしたが、その後分解現象が進み、現在まで②説を明確に継承する学説は必ずしも多くないとされる⁹⁾。

曾根博士は、この立場を「結果無価値論に立脚する実質的犯罪論」と分類されている¹⁰⁾。そして、結果無価値論とは、刑法規範のもつ法益保護機能を重視する立場に立って、客観主義の見地から違法と責任を峻別したうえで、違法論において法益侵害説（物的不法論）を展開し、故意・過失その他の主観的要素を責任に属させる考え方とし、また、実質的犯罪論とは刑法を実質的に解釈・適用して現代的な犯罪現象に対して柔軟に対応しようとするものと定義する¹¹⁾。しかし、山中博士はこのような立場を「経験的一般予防志向刑法理論」と名付け、近代学派に近い理論構成ではあるが、一般予防の枠内で、機能的・合理的に必要な限りで処罰するという思想に裏打ちされていると指摘し、効果論から要件論が考慮されることになり、本質論が疎んぜられるため、解釈論は不透明となり、刑罰論としては一般予防効果が最優先され人権保障の実現は固有の意義を持たなくなると批判される¹²⁾。なお、この立場に属する者として、平野・町野・西田・前田・山口・林幹人等の諸家が指摘されている¹³⁾。

さらに、中山博士の分類による③説であるが、これは戦後における罪刑法定主義と自由主義的な謙抑原理、そして結果無価値論の自覚的展開によって注目されるようになったもので、関西で中説・山中説への影響が大きく、中山、浅田、松宮の諸家へと継承され、内藤説・曾根説からの接近も見られると評されている¹⁴⁾。

曾根博士は、この立場を「結果無価値論に立脚する形式的犯罪論」と分類されている¹⁵⁾が、山中博士はこのような立場を「謙抑的刑事政策志向刑法理論」と名付け、謙抑主義を強調し、現在の国家権力を「悪」と捉える立場から、現在の国家社会への再社会化を目的とする特別予防に対して警戒感をもち、むしろ消極的な意味での応報主義的な刑事政策を志向する立場である、と分析されるが、この立場に対しては、今日、権力の濫用のおそれのある国家権力であっても、それを一定の枠内で操縦し、社会形成に役立てるのでなければ、危険社

会における犯罪の処理を行うことは困難になっている、と指摘される¹⁶⁾。この立場に属する者としては、佐伯千仞、中山、内藤、曾根、内田、浅田、松宮等の諸家が指摘される¹⁷⁾。

以上が現代の刑法理論・学説に関する動向についてのごく大雑把な分析であるが、最後に取り上げた、いわゆる佐伯説あるいは「結果無価値論に立脚する形式的犯罪論」ないし「謙抑的刑事政策志向刑法理論」と呼ばれる立場こそ、謙抑主義を強調する学説として本稿において考察の対象とすべきものと考えられる。本稿では、このような立場を便宜的に「謙抑学説」と呼ぶこととする。

4 では、上記の謙抑学説が解釈論上、どのような特徴をもつのかを検証するにあたり、いかなる場面における解釈論に着眼すべきであろうか。

前述した小暮論文によると、謙抑主義は、罪刑法定主義(「法律なければ犯罪なく、刑罰なし」)・法益保全主義(「法益なければ規範なし」)・責任主義(「責任なければ刑罰なし」)という刑法上の三つの原則を発現させるとする¹⁸⁾。

しかも、以上の謙抑主義の具体的発現である三原則は、それぞれ刑法の自由保障機能、保護機能、規律機能という三つの機能および構成要件、違法性、責任という犯罪成立の三つの要件に対応するとされる¹⁹⁾。

すなわち、まず、罪刑法定主義を刑法上の基本準則として承認するとき、犯罪と刑罰の法定を通じて国民の権利領域をまもり、刑罰権の恣意的発動をコントロールする保障機能の発揮が期待され、他方、犯罪概念の構成に際して、この期待にこたえるためには、構成要件該当性が第一義とされなくてはならないとされる²⁰⁾。

次いで、法益保全主義に立脚する刑法は、いわば法益保護の体系として、広範囲の生活利益を保護する機能を貫くためには、法益の侵害・脅威を中核とする違法性を犯罪成立要件に据える必要があるとされる²¹⁾。

最後に、刑法は犯罪と刑罰の関係を明規し、法的当為の尺度を示すことにより人びとの行動を一定の方向に規制するという規制機能をもつが、この種の機能は法規範の呼びかけに応じて自らの行動を制御できる名宛人側の能力、および法規範遵守の意思に支えられるという意味において責任主義と密接に関連し、

さらに責任主義と有責性との相互関連はいっそう直截だとされる²²⁾。

すなわち、謙抑主義は、構成要件該当性、違法性、有責性の各場面において、それぞれ罪刑法定主義、法益保全主義、責任主義とのかかわりにおいて問題となるというわけである。このような考え方には疑問が提起されることもあるが²³⁾、刑法理論の謙抑的発想としては傾聴に値することには異論がないと思われる。

そこで、以下においては、謙抑学説が、構成要件該当性、違法性、有責性の各局面において罪刑法定主義、法益保全主義、責任主義の実現との関連でどのような議論を行っているかを検討することを通じて、それ以外の学説（特に通説的立場）と対比して特徴的差異を有するかどうか、有するとすればどのような内容なのかを探っていききたい。ただし、この小稿においてはあらゆる論点を網羅することはできず、数個の論点を考察するにすぎないが、より徹底的な考察は後日の課題とせざるを得なかった。

5 まず、構成要件の罪刑法定主義的機能との関連で問題を考察してみよう。

罪刑法定主義的機能は、第一次的には刑法各則条文そのものがこれを営むのであるが、条文を解釈して得られた観念形象である構成要件もまた明確な内容をもったものとして限界づけ機能を営まなければならない。このような刑法の人権保障機能と結びついた構成要件は、その認識が比較的容易で確実な客観的要素および記述的要素から形成されるとき、もっともよくその機能を果たすことができる、すなわち謙抑的であるはずであるが²⁴⁾、謙抑学説の構成要件論はそもそもどうなっているのか。この点について、謙抑学説を一瞥してみたい。

構成要件が客観的要素および記述的要素から形成されるとき、罪刑法定主義機能がもっともよく果たされることは言うまでもないであろう。そのためには、構成要件中に故意・過失等の主観的要素を持ち込まなければいいというのは見やすい道理である。

通説的地位を占め続けた団藤説²⁵⁾やそれを継承したとされる大塚説²⁶⁾・大谷説²⁷⁾は、故意・過失を主観的構成要件要素、主観的違法要素、責任要素として

の性格を具有するとするいわゆる行為無価値型違法有責類型論をとる。これらの説と比較して謙抑学説はどうか。

まず、内田説²⁸⁾、曾根説²⁹⁾である。これらの説は、構成要件の性格については、ベーリング流の行為類型論をとるが、構成要件の罪刑法定主義的機能の延長線上にある犯罪個別化機能を重視するため、主観的構成要件要素としての故意・過失を認める。ただ、故意・過失以外の主観的要素である目的を危険という客観的要素に転換したり、傾向性は法益侵害に影響しないと解したり、偽証罪の本質を客観的に理解することによって主観的要素を構成要件に極力持ちこまないような構成要件論を展開している。

内藤説³⁰⁾、中山説³¹⁾、浅田説³²⁾は、構成要件の性格に関してはいわゆる結果無価値型違法行為類型論をとり、故意・過失をもっぱら責任要素とする。また、目的を危険と解し、傾向性は法益侵害性に影響しないとし、偽証罪を客観的に理解すること等によって、主観的構成要件要素を不要とする構成要件論に立脚し、刑法の罪刑法定主義的機能は構成要件ではなく、条文ないし犯罪類型によって果たされるべきだとする。これによって、原則的に構成要件から主観的要素をほぼ排除している。

佐伯博士は、構成要件の性格については、いわゆる結果無価値型違法有責行為類型論を採り、構成要件を違法行為類型としての構成要件と有責行為類型としての構成要件に分析し、前者の判断を後者の判断に先行させることにより団藤説等の行為無価値型違法有責行為類型論にみられる総合的全体的考察を避けつつ、違法行為類型と有責行為類型をあわせたものを構成要件（博士自身はこれを犯罪類型と呼ぶ）とすることにより、構成要件の犯罪個別化機能をも果たさせようとしている³³⁾。

以上、謙抑学説は、おおむね犯罪個別化機能をにらみながらも、団藤説などにくらべて明らかに主観的要素を構成要件から排除する志向をみせており、その限りでは罪刑法定主義・謙抑主義を実現しているといえよう。ただし、平野説も、主観的要素を排除しようとする共通性があることはこれまでの考察の中でわきまえた通りであるから、謙抑学説のみの独自性がきわだっているわけではないが、平野説と対比した場合、謙抑学説が形式的犯罪論に依拠することの重要性は、罪刑法定主義的観点からいまだに失われてはいないというべきであ

ろう³⁴⁾。

6 次に、違法性における法益保全主義との関係において考察してみよう。

代表的論点としては、可罰的違法性の問題が当初から存した。すなわち、行為の違法性が完全に阻却されなくても、したがって行為を正当化するものではないが、その違法性の質を可罰的でないものとし、あるいはその程度を低下させて可罰的程度に達しないものとする事情を「可罰的違法阻却事由（違法減少事由）」というのだが³⁵⁾、「法益侵害なし」とまではいえないが刑罰を科すにはふさわしい程度（可罰的程度）の法益侵害とまではいえない、という意味で「法益なければ」の問題に含まれるという趣旨であろう。それゆえ、先の「法益なければ規範なし」という形で具体化された謙抑主義の範疇に属するといえるかは厳密には難しい。

現に、木村博士が「可罰性は刑法上の違法行為がさらに有責である場合に原則として科せられる刑法的に特殊な法的効果としての刑罰に関連するものであり、これに対して刑法上の違法行為はもちろん、その違法行為を違法行為たらしめる違法性は可罰性の前提条件に関するものであって、可罰性を制約するものではあれ、可罰性によって制約されるものではない。従って、可罰的違法とか可罰的違法性ということは概念的混同であって妥当ではない」³⁶⁾と論じたのは形式的犯罪論からするならば、正論というほかなく、一厘事件³⁷⁾や軽微犯罪の理論的研究が行われるのは、実質的犯罪論の適用領域であるからであるとともに、謙抑主義の観点から「可罰的違法なし」も「法益侵害なし」に変わりないということを理論的に正当化させたいという動機からではないか³⁸⁾。

ところで、「法益なければ規範なし」に関する具体的事例としては、たとえば、追死すると欺いて女性を自殺させた男性には、自殺幫助罪ではなく、殺人罪が成立するとした判例³⁹⁾、強盗の意思で「今晚は」といい、家人が「おはいり」と答えたのに応じて住居に入った事案につき住居侵入罪を肯定した判例⁴⁰⁾のように、真実を知っていたならばそのような同意をしなかったであろうという関係が認められる場合であっても、法益不存在ないし法益の要保護性不存在等の理由から、謙抑学説が、違法性を否定することを認めて「法益なければ規

「規範なし」という意味での謙抑主義を貫いているかどうかという点に関心が持たれるところであるが、それについて概観してみたい。

通説的な立場というべき、大塚説⁴¹⁾、大谷説⁴²⁾、井田説⁴³⁾等は、同意の有効性を否定する判例の立場を支持している。すなわち、被害者の同意により、当該犯罪の法益ないしその要保護性は存在しないとみることができる、すなわち、「法益なければ」の状況が認められ得る状況にある上記の両判例においてなお違法性を認める議論を行うということは、やり方が卑劣という意味で、法益侵害としては捕捉できない道義的規範違反を捉えてそこに違法性の根拠を認めているということにほかならないであろう⁴⁴⁾。

内田説は、すべての偽装心中が殺人罪を成立させるわけではなく、同意の有効性について場合分けを認め、33年判例が殺人罪を認めたのは行為者が「欺いて」殺したためだとする。そこには、とにかく自殺することに錯誤はない、という見方はない⁴⁵⁾。中山説は、「強制・心理的圧迫」の有無という基準によって同意の有効性を判断するという場合分け論は、限界が不明確だとして自殺教唆として処理すべきであると論じ、広く同意の有効性を認める立場をとる⁴⁶⁾。

曾根説は、被害者には自殺すること自体、立ち入ること自体に関して何ら誤認はなく動機に錯誤があったに過ぎない、として同意は有効で殺人罪や同居侵入罪は成立しないと論ずる⁴⁷⁾。佐伯説⁴⁸⁾、内藤説⁴⁹⁾や浅田説⁵⁰⁾も同様である。

以上、同意に錯誤が存した場合について、謙抑学説の多くは法益放棄の意思に錯誤はないから、同意の有効性を認め「法益なければ規範なし」の結論に至る立論を展開していることを概観できたといえよう。ただ、内田説のように行為態様の卑劣さに着目して、「法益なくとも規範あり」的な議論を行うものもあるし、必ずしも謙抑学説と一般的には分類されない学説にも、謙抑学説と同種の議論・結論に至っているものがある⁵¹⁾。すなわち、この問題に関して、「法益なければ規範なし」という謙抑的原則を認めることは、謙抑学説の際立った特徴とはいえないように思われる。

7 最後に、有責性における責任主義との関連において問題を考察する。

この領域における代表的論点である「原因において自由な行為 (actio libera in causa)」をとりあげることにしよう。

行為責任論を前提とする限り、責任能力は犯罪行為の時に存在していなければならない(「行為と責任の同時存在の原則」)が、これは責任主義の要請である。そして、問題となるのは、例えば大量に飲酒して心神喪失に陥り、そのような状態で人を殺傷したが、そのことにつき事前に故意または過失があった場合のように、実行行為の時には責任能力がないが無能力状態に陥ったことについて行為者に責任がある場合である。

この場合、責任無能力状態での人の殺傷という現実の結果(惹起)行為(現実の殺傷行為)に実行行為性を認めるとすれば、行為者は責任能力のある状態で行った行為およびその結果についてのみ責任を問われる(「行為と責任の同時存在の原則」)とする責任主義に反するのではないかという疑問が生じる。他方、責任能力の存在する段階における原因(設定)行為(飲酒行為)を実行行為と解することは、罪刑法定主義上の疑義がある。しかし、原因において自由な行為を処罰せよという社会的要請にも無視しえないものがある。そこで、責任無能力あるいは限定責任能力の状態で違法行為を行うことについて事前に故意または過失のある場合に、当該行為につき完全な責任を問い得るための理論を「原因において自由な行為の法理」と呼んでいる⁵²⁾。

- 8 原因において自由な行為の理論は、①責任主義の原則を堅持しつつ、実行行為性を緩和し、原因設定行為を実行行為と解する原因行為説(構成要件モデル)、②罪刑法定主義の原則を堅持しつつ、同時存在の原則を緩和して、責任能力は実行行為を含む「行為」の開始時に存在すればよいとする結果行為説(責任モデル)という二つの考え方に大別できる⁵³⁾。

思うに、①説は責任主義を尊重するものの、罪刑法定主義を軽視し、②説は逆に罪刑法定主義を尊重するが、責任主義を軽視しており、罪刑法定主義も責任主義もいずれも本稿の前提では、謙抑主義の具体的発現たる刑法上の原則であり、両者には先験的優劣はない。したがって、謙抑学説としては、罪刑法定主義と責任主義との二つの原則を同時に尊重しなくてはならないはずである。

そして浅田説は、罪刑法定主義と責任主義との同時要請を厳格に維持する限り、原因において自由な行為の可罰性を基礎づけることはできず処罰を断念すべきだとして、謙抑学説としてもっとも一貫した立場を採った⁵⁴⁾。

また、内田説も、殺人予備行為でしかありえない原因行為に殺人としての完全な責任を負わせるためには、飲酒醜酌のうえて責任無能力状態ないしは限定責任能力状態を惹起しようとする意思と、その状態で人を殺そうとする決意とが連続的に認められ、かつそのままの形で実現される必要があるとし、意識喪失状態が惹起されたときは行為が存在しえなくなるから結果の責任を負わせることはできず予備の責任を問い得るのみで、せいぜい過失責任を問い得るにすぎない等として、「原因において自由な行為」を事実上否定している⁵⁵⁾。

しかし、佐伯説は、実行行為の客観的明確性を保持しながら問題解決を導く道を求め、責任とは非難可能性であるから、責任能力が結果行為時になくとも、全体として行為者の非難可能性を問い得るのではないかという形で、原因において自由な行為の可罰性を基礎づけようとした。すなわち、原因において自由な行為について、実行行為を遡らすかわりに、実行行為と責任能力の同時存在が必ずしも必要でないと考える余地はないであろうか、という疑問から議論が出発するわけである。そして、「責任とは行為の非難可能性」であるが、「責任能力・故意・過失はこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎず、それらが責任自体ではないのである」⁵⁶⁾。だがしかし、責任能力がなくとも非難可能といえるための根拠が明白に示されておらず、「刑法は犯罪と刑罰の関係を明規し、法的当為の尺度を示すことにより人びとの行動を一定の方向に規制するという規制機能をもつが、この種の機能は法規範の呼びかけに応じて自らの行動を制御できる名宛人側の能力、および規範遵守の意思に支えられるという意味において責任主義と密接に関連し」という本稿の前提となる謙抑主義の具体的発現としての責任主義という認識からすると遺憾な議論という観を免れない。

内藤説は、「同時存在の原則は責任主義の要請であるといわれる。この場合、責任主義の要請とは、責任能力、故意・過失の存在する時点で行われた、法益侵害の危険性のある違法行為から発生した相当因果関係のある結果についてしか責任を問うことはできないという原理の要請である。いいかえれば、行為者が、その行為によって犯罪を構成する結果（法益侵害・危険）を生じさせたとき、そのことについて行為者に完全な責任を問うためには、その結果の原因となった相当因果関係のある違法な行為の時点に、責任能力、結果惹起についての故意・過失の存在が認められねばならないというのが責任主義の要請である。

この責任主義の要請である行為と責任の同時存在の原則に反しない限りで、『原因において自由な行為』の可罰性を肯定しうる⁵⁷⁾と論じ中山説もほぼ同様の立場であるが⁵⁸⁾、巧妙な議論ではあるが、やはり実行行為と責任能力の同時存在（同時コントロール）の要請からのずれを認めざるを得ないであろう⁵⁹⁾。曾根説も、未遂犯に関する独自の自説に基づく議論を展開している⁶⁰⁾。

しかしながら、佐伯説、内藤説、中山説、曾根説が苦心して原因において自由な行為の可罰性を基礎づけようとして解釈論を展開するものの、従来の原因において自由な行為の理論において罪刑法定主義と責任主義とを堅持するのは、やはり至難の業であり、謙抑主義の具体的発現たる両原理を犠牲にしてまで原因において自由な行為の理論に固執することが謙抑学説にふさわしい態度なのかは疑問と言わざるを得ない。

思うに、原因において自由な行為の可罰性の基礎づけは、原因において自由な行為を処罰せよという社会的要請にも無視しえないものがあるとの社会的必要性が根底にあったはずだが、たとえば、曾根説は、一面において類推解釈は必要があれば認めてもよいとする議論に対しては、必要性を犠牲にしても国民の自由を保障するのが罪刑法定主義という原則だから、という理由で反対したはずである⁶¹⁾。

9 謙抑学説の試金石ともいべき論点はほかにも数多く存在すると思われる⁶²⁾が、ここで取り上げた数個の問題だけみても、当たり前と言えば当たり前かもしれないが、謙抑学説だから、謙抑主義的結論になっているとはいえ、また、謙抑的な結論にしてもその具体的内容や思考経過は様々であり、逆に必ずしも一般に謙抑学説と評されていない論者が謙抑的議論を行っている例があることをみた。多分、ほかの論点においても同様な観察結果となることが容易に推測されよう。そうすると前記小暮論文が、結論部分で「解釈論的実質に乏しい憾み」と自説を評したのは小暮論文⁶³⁾自体の問題ではなく、まさに謙抑主義そのものにある問題ではないかと感じざるを得ない。そのことはたぶん、冒頭で概観したように、学説上、謙抑主義の内容や重点の置きどころが論者ごとに種々様々で、なお研究の支えとなる確固たる最大公約数的な視点が、謙抑主義の問題には欠落していることに主因が求められるのではないと思われる。今後、

この問題についていっそう研究を深化させたいと思うが、この小稿についてひとまず筆を擱く前に、小暮・前掲論文（注1）15頁が、「百の議論に代え、主体的に謙抑の姿勢を採ること自体に謙抑主義の本旨がある」と論じている点につき、「主体的に謙抑の姿勢を採る」ことは、謙抑主義の理論的な部分に勝るとも劣らない重要性を有すると思われるので、若干ふれておきたい。

謙抑主義の本旨たる「主体的に謙抑の姿勢を採る」とは、具体的にはどういうことなのか、小暮論文自体からは判然としない。私自身は、日本行刑史のなかにおいて、「主体的に謙抑の姿勢を採る」ことの実例ではないかと感じたものが数個あったので、以下にそれを略述しておきたい。

（イ）保科正之（1611－1673）と残虐刑の禁止⁶⁴

保科正之は、徳川幕府の三代将軍家光（1604－1651）の異母弟で生涯家光から信頼され厚遇された人物である。あるとき、二代将軍徳川秀忠（1579－1632）が、その乳母の大姥局（1525－1613）付の女性静（1584－1635）を懐妊させたが、誕生した子が後の保科正之である。静は、元北条家家臣の娘といわれるが、一説に武蔵国板橋郷の大工の娘ともいわれ、秀忠正室である江（1573－1626）の嫉妬による不測の事態を危惧した近臣らの勇気と機転により、無事に出産することができ、幸松と名付けられた男児は、武田信玄（1521－1573）の次女見性院（？－1622）と六女信松院（1561－1616）の姉妹に養育された。やがて、武田家遺臣の保科家の養子正之となって高遠で母静と共に暮らしていたが、後年山形藩藩主を経て会津藩の初代藩主となった。

この保科正之が会津藩の藩主となったとき、藩内には前領主の戦国武将蒲生氏郷（1556－1595）時代からの武断主義的・厳罰主義的刑政が横行していた。

以下の正之の同時代資料「土津霊神言行録」に記録された逸話は、戦国武断から徳川文治への流れを決定づける事実のひとつといえよう。

「先太守蒲生氏郷の世に、罪人を両牛に跨がらせ、タイマツを両牛の間に入れると牛は各々、驚怒して左右に開く。これを牛裂きの刑といった。また大釜を作り、そのフタに穴をあけて罪人を釜の中に入れ、頭、顔、左右の手

は外部に出し、足にはゲタをはかせ、緩かに火で煮る。火気が釜の中に充滿すると油を注ぎ入れる。観る者は甚だ哀れんだ。また大きな壇を作り、一本の木を立て、首輪で罪人をその木につなぎ、両手に油のある竹の輪を持たせ、前後左右から火をつける。罪人は踊り狂って死ぬ。これを「タイマツアブリ」の刑といった。

公はこれを聞き、「あゝ惨酷の極だ」といい、役人に今から後はこの刑を行ってはならぬ。もし大罪ある者があれば烈火によって急に焚殺せよ。タイマツアブリのごときはナブリ殺しというべく、また刑をもてあそぶというべきである。まして牛裂の刑や、釜煮の刑は一切行ってはならぬ、と命ぜられた」。

庶民は惨刑に処せられる者を憐れんでも、これを止めるために必要な知識も力ももたなかった。汗を流して働いている庶民には大事な人たちがいる。だから、庶民は大抵馬鹿でもないのに馬鹿なふりをし、騙されてもいないのにだまされたふりをして生きている。人々の善意や人情のリレーに助けられて成長してきたようなところのある保科正之には、このような民衆への厚情はもとより儒教の学殖もあり、それゆえ「刑をもてあそぶ」かの如き嚴罰主義などは断じて認められないのであろう。江戸時代に現れた刑法思想の論者には、儒学者が多く⁶⁵⁾、保科正之はその嚆矢となった人物であろうが、これら保科の一連の言動中に、多くの人たちが「刑は刑なきを期す」（注65参照）という謙抑主義的な情操・姿勢を垣間見るのではないか。しかもその根底にあるのはとうてい400年前の人間に特有の感情ではなく、現代人の心情中にも多かれ少なかれ、あまねく潜在底流しているはずの価値的感情であるといっていいただろう。

(ロ) 長谷川平蔵（1745-1795）と人足寄場⁶⁶⁾

長谷川平蔵は、池波正太郎（1923-1990）の小説「鬼平犯科帳」シリーズで、捕物帳系時代劇のヒーローとして広く知れ渡っている。しかし、彼の真価は捕物の領域にも増して刑事政策の分野において発揮された。

江戸幕府の老中松平定信（1759-1829）は、寛政2年（1790年）に火付盗

賊改役の平蔵の建議を入れて世に名高い「人足寄場」を建設した。すでに幕府は、田沼意次（1719—1788）専権時代に江戸の犯罪予備軍ともいべき無宿者を佐渡金山の水替人足として島送りする「佐州水替人足制度」（1778年）を設けており⁶⁷、正確には刑罰ではなく保安処分（無宿者であっても無罪者に対する処遇であるから）ではあるが佐州水替人足は無宿悪党から「必死の刑」と恐れられるほど過酷な労役刑（律令に言う「徒刑」）に近いものであった。

しかし、佐州水替人足では更生に役立たないとする認識から、長谷川平蔵は、人足寄場を設けることとしたのである⁶⁸。天明の大飢饉（1787年）によって江戸に流れ込んできて無宿人・浮浪者となった不幸な人々を佐渡の地獄に送り込んでいいのか。平蔵は、人足寄場建設のための予算不足を補うため、いわゆる「銭相場」に関与した。すなわち、幕府の府庫から借り入れた小判で安い銅銭を大量に買上げ、銭相場が上がったところで、それを悉く両替屋に売り払い、得たところの利金をもって人足寄場の費用に充てたわけである⁶⁹。まかり間違えば切腹ものの不道徳行為である。しかし、逃げられないのが長谷川平蔵という人物なのであろう。

こうして完成した人足寄場は、江戸石川島および佃島間に形成されたもので無宿人・浮浪者のための授産場であるが、無宿人のほか入墨、敲などの軽い刑に処せられた身寄りのない者をも收容し、更生のための仕事をさせ中沢道二（1725—1803）⁷⁰により心学が講じられた。ここでは、各自得意とする手業（といっても生活費を稼ぎだせそうな、石灰・炭団の製造や古紙の漉返し等）をやらせ、その工賃の一部を積み立てておいて出所するときの更生資金に充てさせた。收容期間は原則として3年3月であったが成績の良いものは期限内といえども出所を許し、改悛の情の見えない者は期限が来ても寄場にとどめ置かれた。

単に佐渡島において絶望的な奴隷的拘束を伴う水替労役による苦痛・威嚇を与えることで無宿者・浮浪者対策としていた幕府の手法に対して、人足寄場で社会復帰のための訓練をさせて希望を与え教育的感化力によって善へと遷らせるやり方を採用した長谷川平蔵の行動は、まさしく「刑は刑なきを期

す」という謙抑主義的姿勢であると感じられるのではないか⁷¹⁾。

(ハ) 有馬四郎助 (1864—1934) と愛の行刑⁷²⁾

有馬四郎助は、はじめ「鬼の典獄」と恐れられ、最後には「愛の典獄」と世界中から讃えられた人物であり、力の行刑の代表者だったはずなのに、いつの間にか謙虚を絵にかいたような行刑人として大成した。文字通り、謙抑主義の体現者という印象を万人に与えずにおかない。

有馬四郎助は、薩摩武士である。しかし、2人の兄は西南戦争 (1877年) で西郷隆盛 (1828—1877) 方として戦ったため賊軍の汚名を着せられることになった。薩摩武士の本領を自己の処世訓としていた有馬は、この反動から人並み以上に国家枢要の材たらしめたのであろうか、15歳で小学校の訓導となり、17歳の時に家郷を出て京都で二等巡査を拝命し、21歳で鹿児島県警部補となった。そして、明治19年北海道集治監看守長となり、仏教の熱心な信者であった母親と共に「約束された土地」というべき北海道に赴任したのであった⁷³⁾。

やがて、日本や薩摩のみを背負って、ひとりひとりの人間が見えなかったかのような有馬は、北海道で上司の大井上輝前 (1848—1912)、教誨師 (当時は公務員である) の原胤昭、留岡幸助 (1864—1934) らと出会い、徐々に人生観を変えてゆくのである。

本来、監獄とは小原重哉 (1834—1902) により「仁愛スル所以ニシテ、人ヲ残虐スル者ニ非ズ、人ヲ懲戒スル所以ニシテ、人々ヲ痛苦スル者ニ非ズ」(明治5年制定の監獄則) と規定され、儒教の仁愛思想が基本にあったといわれる⁷⁴⁾。さらに明治13年の内務卿伊藤博文 (1841—1909) と開拓使長官黒田清隆 (1840—1900) との協議においても、集治監の目的が、社会的危険性のある者の隔離、受刑者労働による公益の振起とならんで受刑者の改善・社会復帰 (自立更生) が挙げられていた⁷⁵⁾。

ところが、明治10年代の監獄は行刑史上まれにみる物情騒然たる時期で、監獄秩序は極度に乱れ、各地に殺傷・放火・暴動等の事件がおこり、逃走も相当数に達していた。政府は、監獄官吏に帯剣を許し、北海道に関しては銃

を携帯させることにした。有馬が刑務官になろうとした明治18年に内務卿山県有朋（1838—1922）は全国に「懲戒苦役堪へ難キノ労苦ヲ与へ、罪因ヲシテ監獄ノ畏ルベキヲ知ラシムベキ」といういわゆる「痛苦懲戒主義」の訓令を発した⁷⁶。

こうして、制度・設備の不備、処遇の未熟さも加わって、獄内管理は混乱し、いきおい力による行刑を招いた。そのため法は受刑者をもっぱら「悪人」として見てしまい、人間として向き合うことのない冷厳な処遇法となってしまわざるを得ない。たとえば、内務省は「懲戒ノ為苦役セシムルモノニ付、仮令不幸ニシテ死傷スルモ之ニ扶助手当ヲ支給スルハ妥当ナラス」と指令していた⁷⁷。

明治19年12月、22歳の若さで実母とともに渡道し、樺戸・空知について開設されたばかりの釧路集治監に赴任した有馬は典獄の大井上輝前から、さっそく警備責任者の重責が与えられた。大井上は、有馬ばかりではなく教誨師の原胤昭や留岡幸助の能力をも最大限に引き出すことになる類い稀な演出家型の人物である。

有馬は、大井上の期待通り、上記の内務省の方針に従った行刑の担い手として辣腕ぶりを発揮し、地の果てに流されて絶望的自棄心に陥り暴動を起こしかねない状態の囚人たち（軍人、軍属、元巡査などの軍事犯、とりわけ西南戦争の敗残士族が多い）から非常に恐れられていたという。留岡幸助も、脱獄者を捕縛して自信たっぷりの姿で帰って来る有馬を見ている⁷⁸。

こうして、官僚的・懲戒的行刑主義の本流の花道を堂々と歩んでいた有馬の眼前に現れたのが、原胤昭であった。有馬より10歳年上のこの元江戸南町奉行所与力は、有馬渡道の1年余り後の明治21年4月、偶然、神戸仮留監から釧路集治監に転任して来ている。原は、釧路集治監本館とアトサヌプリ硫黄山の外役所との約40キロの間を往復しながら、囚人ひとりひとりのための教誨、町民の為の日曜学校での説教につとめるとともに、出獄者の就職・更生の世話などを親身になって行っていた。キリスト教嫌いでも有名な有馬ではあったが、根は正直なので原の行動に素直に強い感銘を受けるのであった⁷⁹。やがて、明治24年には、有馬と同じ年齢の留岡幸助が空知集治監（国事犯の外凶悪犯が多い）に教誨師として赴任してきたが、以後、急速に留岡の影響

を受けることになる。

有馬の内的変化を如実に示す出来事が、明治24年8月に新設された網走分監の分監長（奏任官）になった年におきた。同年5月に開始された、網走と北見峠を結ぶ全長約180キロの「網走道路（北海道中央道路）」を開通させる囚人労働を有馬は前任者から引き継いだ。北海道中央道路は、シベリア鉄道計画によって東進をはかるロシアに対抗するための軍用道路であった。政府においては「一日遅れれば、一日ロシアに引けをとる」という危機感が募るものの、豪雪酷寒の北海道では年を越せば工事は休眠状態にならざるを得ない。したがって、本格的な冬が来る前に工事は完成させなくてはならず年内竣工が求められたが、従来の道路工事は年間40キロが最大であったのにもかかわらず、網走道路はこれまでの4倍強の仕事量が要求されたことになる。この強行軍的工事の途中で多くの死者が出た⁸⁰⁾。

有馬が直接残酷な扱いを囚人にしたためではない。8月と10月の長雨で火山灰地帯の工事区域はたちまち馬が足を取られる泥濘状態になり、生鮮食料品の搬入や医師の往来が困難になったのである。すなわち、白米だけはたくさん食べられるが、医師不在で重労働が行われるという場所では、野菜不足と過労に起因する水腫性脚氣が囚人・看守を襲い、有馬着任後工事終了までの間に186名の囚人と2名の看守が死亡している（11年後に発生した有名な八甲田山雪中行軍遭難事件の死者199名に匹敵する⁸¹⁾）。しかし網走道路の年内竣工は、自らも死の危険を引き受けながら陣頭指揮をとった有馬の率いる囚人たちの超人的な努力によって多くの犠牲者を出しながらも、達成された。この工事を教誨師の立場から目撃した留岡幸助は、囚人の足から重さ約4キロの逃亡防止のための鉄丸のついた鎖が外されていることに気づいた。有馬が工事を引き継いだとき囚人を苦しめていた鉄鎖を外させたのである⁸²⁾。もちろん、この有馬の行動は規則違反であろう。しかし、留岡はそれまで有馬の事を「鬼」だと思っていた自分の偏見を訂正せざるを得なかった⁸³⁾。

網走道路の道端からは、その後鎖が出てくることが多かったが、有馬赴任前に工事で死亡した者には逃亡者もあり、見せしめのため鎖付きのまま死者を埋めたようだ。そして時を経て鎖が出てきたわけである。これがいわゆる「鎖塚」の由来である⁸⁴⁾。ところが、有馬赴任後は鎖を外された死亡者を棺

に入れて埋葬した。そのため、鎖塚はない。秋霜烈日主義を旨としたはずの有馬の内心の変化を知りうる出来事であろう。有馬はこの7年後、霊南坂教会で留岡から洗礼を受けた。その後、薩摩武士の武骨さとクリスチャンの柔和さがバランスのよい人格を形成してゆき、「真正の感化教育は無意識的に成就せらるべし。乃公一番彼を感化してやらんと、構へてかかる如きは、これ滑稽とや言わん」とその実践的感化教育理念を語っている⁸⁵⁾。有馬は、刑務所長だったとき新入受刑者に対して「決して君だけではない。僕も罪人だ」と言ったり、逃亡した受刑者が逮捕されたとき「よく帰ってきてくれた」と話しかけるなどして、世の中の普通の人たちからは「非常識だ」と冷評されたりしている⁸⁶⁾が有馬は全く意に介さない。

この有馬行刑の真価は、関東大震災（1923年）でかれが所長をしていた小菅刑務所の外塀が全壊し1295名にのぼる長期囚の前に自由への地平が開けたとき発揮された。他の刑務所ではこれを奇貨とする脱獄事件が当然のように発生したのに小菅刑務所からは一人も脱獄しない。「(脱獄すれば)有馬さんに悪い」というのが1295人の合言葉だったという。彼らは、自主的に震災復興のための自警団まで結成しており、有馬を感動させた。数日後、戒厳司令部が警備のための軍隊を派遣してきたとき、武骨な有馬はごく丁重に「小菅に軍隊は無用です。お引き取りください」と申し入れたが、もちろん笑殺された⁸⁷⁾。

この「脱獄者ゼロ」という極東の奇妙な出来事に関心をもったのが、ウィスコンシン大学の社会学教授ギリン博士であったが、来日したとき泉二新熊（1876-1947）のはからいで有馬と面談し、さらに有馬が部下の職員や囚人と接するときの「腰を低くするのではなく友人のような態度で話す」のを見て深い感動を受け、「有馬は世界中で見た刑務官の中で第一級の人物だ」と記した（Gillin, *Taming the Criminal*）⁸⁸⁾。

かくして、有馬四郎助は一生を通じて、官僚的行刑主義から自治的行刑主義へ、懲戒主義から感化主義へと思想上の変化をたどり、必罰主義も否定した⁸⁹⁾。では、犯罪者を罰しないのか。有馬はそのような革命的なことまでは肯定しない。しかし有馬は言う。「厳格主義を熱心に主張する人が、果たして自ら責任をもって主張しているのであろうか」と。そして、多くは「他人

を責むるに厳である代りに、自身には常に寛ならんことを欲する人であるから自ら手本を以てしては法の厳なることを示す能わざる人が多いやに」思われるとし、「厳は同情に根差した厳」であるべきだと論じる⁹⁰⁾。多くの人は、有馬行刑が「刑は刑なきを期す」という謙抑主義的姿勢に貫かれていると感じることであろう。

「百の議論に代え、主体的に謙抑の姿勢を採ること自体に謙抑主義の本旨がある」という小暮論文の主張の具体例を歴史の中に求めてみた。ここで取り上げた若干の先人たちの行刑が、謙抑的姿勢を採っていることを否定する意見は少ないと思われる。ただ、本稿に登場した事例における「謙抑的姿勢」の内容は、一般に考えられているような謙抑主義の定義である「刑法の発動はすべての違法行為を対象とすべきではなく、刑罰は必要やむを得ないばかりにかぎって適用されるべきであるとする原則」⁹¹⁾よりも、かなり広範囲にわたっていることは確かである。謙抑的姿勢がどのようなものなのか漠然とは感得できよう。

だからといって、ここに挙げたこの程度の事例から急いで帰納的に何らかの学問的結論を論理的に定式化しようとするのも、困難を感じるし、さらにそのような試み自体やはり「百の議論」に入ってしまうのではないか。それゆえ、そのようなことをする代わりに感想めいたものになるが、対話・合意形成を不可欠とする民主主義のもとにおける刑法だからといって100パーセント大衆任せにすると、謙抑主義は実現されないのではないか、むしろせめて1パーセント程度の者には大衆に先んじた繊細な人道的感性と大胆な行動に結びつく知識・信念を備えた、いわば貴族主義的なものがなければ、刑法は、タイマツアブリや水替人足や鉄丸付の鎖などという非謙抑的要素を排斥できなくなる、という危惧感を覚える旨を記しておきたい⁹²⁾。そういった意味では、わかりきったことではあるが、とりわけ最高裁を筆頭とする司法部の役割の重要性が再認識されよう。

謙抑主義は、「あたま」の問題というより「ハート (heart)」の問題であるということ、あらためて思い知らされた感じもする。

むかし、梁の武帝 (464-549) は仏教を信じて慈悲一筋をもって世を治め

ようとしたが、その末年には江南大いに乱れて位を失い身も失ってしまったように、慈悲一辺倒では世を治めることはできない⁹³⁾としても、トマス・アクィナス(1225頃-1274)がいったように、やはり「憐みのない正義は冷酷」であろう⁹⁴⁾。現在の立法・判例・学説における謙抑主義的な解釈や実践とはいかなるものなのか、今後さらに究明しなくてはならない。

【注】

- 1) 小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻(昭和59年) 1～15頁。
- 2) 小暮・前掲論文(注1) 15頁。
- 3) 謙抑主義という用語は、宮本英脩・宮本英脩著作集第一巻(「刑法学綱要」(大正15-昭和3年)復刻版)(昭和61年)552頁以下で、はじめて次のように説明された。すなわち、「・・・元來犯罪ハ社会ノ必然的現象ニシテ到底之ヲ根絶シ得ヘキモノニアラス。強テ之ヲ根絶セント欲スレハ、縦ヘ一般方策ヲ以テスルモ、刑罰ヲ以テスルモ、又縦ヘ其目的ハ人類愛ノ理想ニ基キ、一方ニ社会ノ安全ヲ保護シ、一方ニ犯罪人ヲ教化シテ其性格ノ改善ヲ図ルニ在リトスルモ、却テ安ニ個人ノ利益ヲ侵害シ、社会文化ノ発達ヲ妨クルニ至ル。故ニ刑罰ハ之ヲ行フニ限度アリ。是レ刑法カ自ラ謙抑シテ、一切ノ違法行為ヲ以テ処罰ノ原因ト為サス、僅ニ種類ト範囲トヲ限リテ、専ラ科刑ニ適スル特殊ノ反規範性ヲ徴表スル違法行為ノミヲ以テ処罰ノ原因ト為シタル所以ナリ。・・・予ハ刑法ノ斯カル態度ヲ名ケテ刑法ノ謙抑主義ト謂フ」。

小野清一郎「宮本教授の主観主義刑法体系について」『再録宮本著作集補巻』(平成7年)113頁以下では、謙抑主義の根本を、中国の高書舜典に見られた東洋刑法思想の無意識の発現とみる。

もっとも、小暮得雄「刑法の準則、および機能」福田平=大塚仁=宮沢浩一=小暮得雄=大谷実(編)刑法(1)(昭和52年)12頁は、1789年のいわゆるフランス人権宣言8条前段(「法律は、厳格かつ明らかに必要な刑罰のみをさだめることができ」)が謙抑主義の宣言であるとする。

また、佐伯千仞・四訂刑法講義(総論)(昭和56年)82頁では、「謙抑主義」とは、「刑法はあらゆる違法な行為に対して刑罰をもって臨もうとするような思い上がった態度をとるものではない」という意味であるとされ、このような主義のたてられる理由は、(イ)違法行為を行った者であっても、まだ科刑に適し、かつ科刑を必要とする程度に心身が発達していないものがあるし、(ロ)違法かつ有責な行為であっても、その違法または有責性が軽微であって、これを不問に付しても差支えないもの、または刑を科するにはその行為が余に一般的であり、あるいは質的に刑罰に適しないものであることがあり、(ハ)伝統的な社会感情や国家政策上の必要が、刑法上の処罰要求に譲歩を求められる場合があることなどに基づくとされる。

さらに、団藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕(平成2年)53頁においては、謙抑主義は実体的デュープロセスの一面であると説かれ、平野龍一・刑法の基礎(昭和41年)115

頁以下では、「刑法の補充性（市民的安全が、慣習的、道徳的制裁、地域社会のインフォーマルなコントロールや民事的コントロールでは不十分なときはじめて刑法が発動する）」、「刑法の断片性（刑法が補充的だと刑法が働く場合はおのずから断片的にならざるを得ない）」、「刑法の寛容性（たとえ市民的安全が侵され、他のコントロール手段が十分に機能しなくても刑法はこれをあまさずもらさず処罰する必要はない）」を総括して「刑法の謙抑性」ということができようとする。浅田和茂・刑法総論〔補正版〕（平成19年）47頁、板倉宏・刑法総論（平成16年）4-5頁、伊東研祐・刑法講義総論（平成22年）2頁、大嶋一泰・刑法総論講義（平成16年）25-27頁、内藤謙・刑法講義総論（上）（昭和58年）55頁、中山研一・刑法総論（昭和57年）2-3頁、西田典之・刑法総論（第二版）（平成22年）32頁、林幹人・刑法総論〔第2版〕（平成20年）24頁、松宮孝明・刑法総論講義〔第4版〕（平成21年）14-15頁等も同様である。とりわけ、上記浅田説は、解釈論において謙抑主義が可罰的違法性論・可罰的責任論として生かされるべきだと論じているほか、松宮説は、民法720条2項により民法上の損害賠償責任不存在ならば、刑法261条の器物損壊罪により処罰できないという例を挙げる。

ただし、山口厚・刑法総論〔第2版〕（平成19年）5頁においては、補充性と断片性のみにつれ、前田雅英・刑法総論講義〔第5版〕（平成23年）28頁では、断片性だけが記述され、いずれも謙抑主義という言葉を取り上げていないのが注目される。

また、大塚仁・刑法概説（総論）〔第4版〕（平成20年）6-7頁は、謙抑主義とは、刑法における犯罪は、あらゆる違法行為、そしてすべての有責行為者を当然の対象とすべきではなく、刑罰は、必要やむをえない範囲に限って適用されるべきであるとする建前のことをいい、刑法の解釈・適用のみならず、立法、運用に関しても常に考慮することを要する基本原理だとする。

また、大谷實・刑法講義総論〔新版第4版〕（平成24年）8頁は、刑法の人権保障機能との関連で、謙抑主義が重視されるべきだと述べ、これに対して曾根威彦・刑法総論〔第4版〕（平成20年）8頁は、刑法の謙抑性が刑法の第一次社会統制機能（法益保護機能）に内在する制約原理とみており、山中敬一・刑法総論〔第二版〕（平成20年）52頁は、これを「謙抑的法益保護の原則」と呼ぶ。

小暮・前掲論文（注1）5頁は、謙抑主義の究極にあるものを、「人間愛または人間の尊厳性」という言葉以上に表現することは難しいとしたうえで、刑法・刑罰が全能でないこと、刑罰の害悪性、刑罰の正当化根拠のあいまいさ等への考慮が謙抑の思想を支えたとする。

なお、斎藤信治・刑法総論（第六版）（平成20年）36-37頁、103頁は、謙抑主義との関連で、「非犯罪化」・「非刑罰化」についてふれ、厳格故意説を謙抑主義と親和的と評し、福田平・全訂刑法総論〔第五版〕（平成23年）3-4頁は、補充性と非犯罪化の問題を指摘している。さらに、岡野光雄・刑法要説総論〔第2版〕（平成21年）1頁は、謙抑性を刑法の「最後の手段（ultima ratio）性」との関連で説明している。

さらに、謙抑主義は、齋野彦弥・基本講義刑法総論（平成19年）11頁によれば、刑法消極主義の一内容であり、鈴木茂嗣・刑法総論〔犯罪論〕〔第2版〕（平成23年）9頁においては、刑法の積極的責任主義の否定であるとされ、町野朔・刑法総論講義案Ⅰ（平成7年）26頁では、刑罰消極主義の一局面だとされる。

他方、莊子邦雄・刑法総論〔第3版〕（平成8年）18頁は、「刑法独自の合目的性を・・・謙抑性に求めて目的論的解釈を行うことも必要だが、法秩序の維持を忘れるべきではない」とするが、中義勝・講述犯罪総論（昭和55年）6頁は、謙抑主義の対極にある「刑

- 罰万能主義」や「完全主義」による人心の萎縮・荒廃・反発の発生に注意を促している。
- 4) 中山研一・新版口述刑法総論〔補訂2版〕(平成19年) viii頁。
 - 5) 曾根威彦「現代の刑事立法と刑法理論」刑事法ジャーナル第1号(平成17年) 9頁。
 - 6) 曾根・前掲論文(注5) 9頁。
 - 7) 山中・前掲書(注3) 45-46頁。
 - 8) 曾根・前掲論文(注5) 9頁、中山・前掲書(注4) viii頁、山中・前掲書(注3) 45-46頁。
 - 9) 曾根・前掲論文(注5) 9頁。
 - 10) 曾根・前掲論文(注5) 9頁。
 - 11) 曾根・前掲論文(注5) 9頁。
 - 12) 山中・前掲書(注3) 46-47頁。
 - 13) 曾根・前掲論文(注5) 9頁、中山・前掲書(注4) viii-ix頁、山中・前掲書(注3) 45頁。
 - 14) 中山・前掲書(注4) ix頁。
 - 15) 曾根・前掲論文(注5) 9頁。
 - 16) 山中・前掲書(注3) 45-46頁。
 - 17) 曾根・前掲論文(注5) 9頁、中山・前掲書(注4) ix頁、山中・前掲書(注3) 45-46頁。
 - 18) 小暮・前掲論文(注1) 9-12頁。このように解してこそ、謙抑主義は、漠たる法思想の域を脱し、法理としての明確さをそなえることが可能となる一方、前記の三原則は、謙抑主義の具体的発現として、確固たる方向性をあたえられることになろう、というわけである。
 - 19) 小暮・前掲論文(注3) 9-11頁。なお、堀内捷三・刑法総論〔第2版〕(平成16年) 270頁は、「今日の法益論は、いわゆる謙抑性の原則の下に法益侵害に対する具体的危険が生じたときに介入すべきことを明らかにしている」とする。
 - 20) 小暮・前掲論文(注1) 14頁。
 - 21) 小暮・前掲論文(注1) 14頁。
 - 22) 小暮・前掲論文(注1) 14頁。
 - 23) 吉岡一男「応報刑と謙抑主義」京都大学法学部創立百周年記念論文集第二巻 公法・国際法・刑事法(平成11年) 522頁。
 - 24) 曾根・前掲書(注3) 60頁。
 - 25) 団藤・前掲書(注3) 134-135頁、290頁。なお、団藤の影響を受けた藤木説・西原説は、実質的犯罪論へと転化する(西原春夫・犯罪実行為論(平成10年) 1頁以下参照)が、実質的犯罪論自体は、結果無価値論に立脚する前田説に代表されるようになり(前田雅英・現代社会と実質的犯罪論(平成4年) 3頁以下、同・刑法入門講義(平成12年) 28-89頁参照)、処罰範囲の限定よりも、国民の規範意識に依拠した議論を展開し、大谷説を補完するものとなりつつあると評されている(中山研一・新版概説刑法I(平成23年) 8頁等)。
 - 26) 大塚・前掲書(注3) 177-178頁。
 - 27) 大谷・前掲書(注3) 122頁。
 - 28) 内田文昭・改訂刑法I(総論)〔補訂版〕(平成9年) 111-112頁。ただし、同書112頁では、目的をも犯罪個別化機能の観点から主観的構成要件要素と認めているが、同書180頁では、わいせつ罪における「汚れた心理的傾向」、偽証罪における「記憶に反する

- と思うこと」の必要性に対しては否定的である。なお、内田前掲書において「謙抑主義」という言葉が用いられているのは、同書103頁の作為形式の犯罪が刑法の原則である理由説明の場面程度である。内田説では、謙抑主義よりも実質的違法性論という用語の方がキーワードのように思われる。
- 29) 曾根・前掲書(注3)60頁、67-68頁、85頁は、故意・過失以外の主観的要素である目的を危険という客観的要素に転換し、傾向性は法益侵害に影響しないと解し、主観的要素を構成要件に極力持ちこまないような構成要件論を展開している。ただし、同書68頁は、偽証罪における記憶に反する内心状態は主観的構成要件要素であると分析している。
- 30) 内藤・前掲書(注3)215-220頁。
- 31) 中山・前掲書(注3)205-208頁、238-244頁。
- 32) 浅田・前掲書(注3)95頁、124-127頁。
- 33) 佐伯・前掲書(注3)123-126頁。ただし、基本的に平野説に属する西田・前掲書(注3)72-73頁、前田・前掲書(注3)47頁以下も類似の立場であるから、構成要件から主観的要素を排除しようとする結果無価値型違法有責任行為類型論は、謙抑学説に独自のものではない。
- 34) 曾根・前掲論文(注5)10頁における「形式的な犯罪の枠組みを取り払って実質的に処罰の効果・目的の観点から犯罪論を構築しようとする動きが顕著な今日の刑法学においてこそ、罪刑法定主義・行為主義・侵害主義・責任主義そして謙抑主義(刑罰法規の最終手段性)といった近代刑法学の諸原則が再確認され、強調される必要があると思われる」という主張は、単なるきれいごとではない十分傾聴すべき原則論として、今日においてもなお肝に命じなくてはならない。「伝統的な概念法学的体系性を背景とする形式的保障原則がカズイスティックな経験主義的、問題的思考によって掘り崩される」(曾根・前掲論文(注5)10頁)ような解釈論や立法論が時代の勢いとして安易に肯定されてはならないであろう。
- 35) 曾根・前掲書(注3)96頁。曾根説は、可罰的違法性を違法性の質的軽微と量的軽微に分け、後者を絶対的軽微型と相対的軽微型に区別し、従来からの可罰的違法性論を堅持している(曾根・前掲書(注3)92-93頁)。
- 36) 木村亀二(阿部純二増補)・刑法総論〔増補版〕(昭和53年)237頁。木村博士は、可罰的違法性の議論が体系的に倒錯した理論だという考え方を採用するところに見られるような理論的に堅牢な姿勢のためか、政策的色彩の強い謙抑主義という概念自体についても言及されていない。なお、団藤説を継承していると評されている大谷説は、正当化事由と可罰的違法性阻却事由の区別を否定し、可罰的違法性を刑法上の違法性の実質的判断基準と解している(大谷・前掲書(注3)243-244頁)。同様に、基本的に平野説に属するとされる前田説も、刑法上の違法性のことを可罰的違法性と解するので、わざわざ可罰的違法性という概念を持ち出す必要性は乏しいとして、大谷説同様に可罰的違法性に独自の意味を認めていない(前田・前掲書(注3)87頁)。
- 37) 大判明43・10・11刑録16・1620。葉煙草七分を手刻として消費し納入しなかったという煙草専売法違反の事案について、周知の通り、大審院は「零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り、共同生活上ノ観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メサル以上ハ、之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルノ必要ナク、立法ノ趣旨モ亦此点ニ存スルモノト謂ハサルヲ得ス。故ニ共同生活上ニ危害ヲ及ホサル零細ナル不法行為ヲ不問ニ

付スルハ、犯罪ノ檢挙ノ問題ニアラスシテ、刑罰法ノ解釈ニ関スル問題ニ属シ、之ヲ問ハサルヲ以テ立法ノ精神ニ適シ解釈法ノ原理ニ合スルモノトス。從テ此種ノ反法行為ハ、刑罰法条ニ規定スル物的条件ヲ具フルモ、罪ヲ構成セザルモノト断定スヘク、其行為ノ零細ニシテ而モ危険性ヲ有セサルカ為メ犯罪ヲ構成セサルヤ否ヤハ法律上ノ問題ニシテ、其分解ハ物理的ニ設クルコトヲ得ス、健全ナル共同生活上ノ觀念ヲ標準トシテ之ヲ決スル外ナシトス。而シテ原院ノ認メタル事實ニ依レハ被告カ政府ニ対シテ怠納シタル煙草葉ハ僅僅七分ニ過キサル零細ノモノニシテ、費用ト手数トヲ顧ミスシテ之ヲ誅求スルハ却テ税法ノ精神ニ背反シ、寧口之ヲ不問ニ付スルノ勝レルニ如カサルノミナラス、被告ノ所為ハ零細ナル煙草葉ノ納付ヲ怠リタルノ外特ニ之ヲ危険視スヘキ何等ノ状況存セザリシコトハ原判文上明白ナレハ、被告ノ所為ハ罪ヲ構成セサルモノ」と判示して無罪を言い渡した。団藤・前掲書（注3）140頁は、この判例を「構成要件は、違法性を定型化したものであるから、例えば、侵害された法益がきわめて零細で、当の構成要件の予定する程度の法益侵害があったとはいえないばあいには、構成要件該当性が無いものといわなければならない」という趣旨として理解しており、藤木英雄・刑法総論（昭和50年）118-119頁も同様に構成要件不該当とする。他方、佐伯・前掲書（注3）179頁は、被害法益の軽微そのものが、行為の可罰的違法性を失わせるとして、違法阻却の拡大化を図る。ただ、いかに軽微な法益侵害であっても、違法阻却されない限り、違法であることに変わりはないというのがむしろ正論なはずである（内田・前掲書（注28）186頁）から、一厘事件は、「法益侵害あっても規範違反（違法）なし」を宣言した特異な判例理論の展開といえよう。しかし、内田説においては、ここが実質的違法性論への導入部となり、小暮説ではここが謙抑主義への契機となっている。ただ、謙抑主義は、「法益（侵害）なければ規範（違反）なし」であったはずで、「法益侵害あれば規範違反なし」まではいわないのではないか。それとも、謙抑主義は少なくとも「法益なければ規範なし」であって、「法益あれば規範なし」であることは一向にかまわないのか。だとすると、一厘事件を謙抑主義で説明しようとする場合、そこでいう謙抑主義は、「法益なければ規範なし」という意味での当初の謙抑主義よりもその内容を拡大するものとなり、それがまさに謙抑主義の本旨たる「謙抑的姿勢」だというならばせつかく法益保全主義として謙抑主義に内容を与えた意味がほとんどなくなってしまふ。謙抑主義は、ふたたび元の「漠たる法思想」に回帰してしまうであろう。だがしかし、そこがまさに謙抑主義の玄妙で含蓄深い所以であるのか。

なお、大越義久・刑法総論〔第4版〕（平成19年）98頁は、可罰的違法性の背後には「刑法の謙抑性」があるとし、井田良・講義刑法学・総論（平成20年）17頁は、「法は些事に拘泥せず（De minimis non curat praetor）」という法格言から、被害が極めて軽微な場合には刑を科すことを差し控えるべきであるとするのが謙抑主義の一内容であるとしている。さらにまた軽微犯罪が、構成要件該当性・違法性・有責性のいずれの要件を欠如させることになるのかという問題については、龍岡資久「刑法から見た〈De minimis non curat praetor〉（「法官は些事を取り上げず」）の原則—刑法における謙抑の思想序説—」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（昭和43年）113頁以下参照。

38) 小暮・前掲論文（注1）8頁。

39) 最判昭33・11・21刑集12巻15号3519頁。なお本判例について、被害者の自殺意思の有効性に関する最近の学説の分布状況については、佐伯仁志「偽装心中と殺人罪」刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕（平成26年）4-5頁参照。

40) 最判昭24・7・22刑集3巻8号1363頁。

- 41) 大塚・前掲書(注3) 420頁。
- 42) 大谷・前掲書(注3) 255頁。
- 43) 井田・前掲書(注37) 323-325頁。
- 44) 西田・前掲書(注3) 193頁。
- 45) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成8年) 21頁。
- 46) 中山・刑法各論(昭和59年) 36頁。
- 47) 曾根・前掲書(注3) 125-126頁、曾根威彦・刑法各論〔第五版〕(平成24年) 14頁、81-82頁。
- 48) 佐伯千仞・刑法各論〔訂正版〕(昭和56年) 101頁。
- 49) 内藤謙・刑法講義総論(中)(昭和61年) 592頁。
- 50) 浅田・前掲書(注32) 125-126頁。
- 51) たとえば、植松正・再訂刑法概論I総論(昭和49年) 186頁において「正常な成年女子から自分と情死してくれと求められた男が偽って追死を約束し、それを信じた女が服毒自殺を決意して実行したような場合には、その男の行為は、殺人罪を構成するのではなく、自殺幫助罪を構成するにすぎない。この女は幼児や白痴とは異なり、死の何たるかの意味を理解し、かつ自己の服毒により死を招来すべきことをも承知して行為するものだからである」と論じられている。なお、植松・前掲書383頁は、予備の従犯との関係で謙抑主義にふれているが、特に謙抑主義を強調する立場ではない。
- 52) 曾根・前掲書(注3) 150頁。
- 53) 曾根・前掲書(注3) 151頁。
- 54) 浅田・前掲書(注32) 293-294頁。
- 55) 内田・前掲書(注28) 238-241頁。
- 56) 佐伯千仞・刑法における違法性の理論(昭和49年) 309頁以下。
- 57) 内藤謙・刑法講義総論(下) I(平成3年) 884頁。
- 58) 中山・前掲書(注4) 205-206頁。しかし、実行行為と実行の着手の区別が体系的な疑問として残るとも指摘する。
- 59) 中山・前掲書(注25) 137頁。
- 60) 曾根・前掲書(注3) 152-154頁。ここでは実行行為を原因行為、結果行為開始時期を未遂犯成立時期と解しており、実行の着手と未遂犯の成立時期を分けて考える曾根説の未遂犯一般に関する考え方が反映しているのが特徴的である。
- 61) 曾根・前掲書(注3) 19頁。
- 62) たとえば、謙抑主義の観点からの累犯加重や常習犯加重の問題性については、中島広樹・累犯加重の研究(平成17年) 1頁以下、同様に併合罪加重の問題については、同「併合罪に関する一考察」平成法政研究35号(平成26年) 27頁以下、前科抹消の問題については、同「刑法34条の2について」平成法政研究38号(平成27年) 1頁以下。
- 63) 小暮・前掲論文(注1) 15頁は、「百の議論に代え、主体的に謙抑の姿勢を採ること自体に謙抑主義の本旨がある」と論じている。他方、小暮得雄「犯罪被害者の復権」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』(平成12年) 591-609頁によれば、謙抑主義は単に処罰・重罰を回避すればよいというような単純な内容のものではないことにも注意が必要であろう。佐久間修・刑法総論(平成21年)にも同旨の記述がある。
- 64) 以下の記述は、主に中村彰彦・保科正之(平成18年) 9頁以下によった。
- 65) 小野清一郎・刑罰の本質について、その他(昭和30年) 398-407頁、奈良俊夫・概説刑法総論〔第3版〕(平成10年) 42-48頁、龍岡・前掲論文(注37) 104頁等に

よると、江戸時代（特に中期以降）の刑政論の多くは儒教の教化思想を根本とするものであり、当時の刑政を批判しつつ、刑罰を緩和し、刑事責任を行為者の道義的責任に対応させる方向において刑法思想を展開し、それを現実の刑政に対応させたと評されている。このような儒学者としては著書「太平策」において「刑罰は仁の道」と説き、追放刑（無宿者が増える）の不可を説いた荻生徂徠（1666-1728）が有名である。また仙台藩儒官の芦野徳林（1696-1776）は、「刑は刑なきを期す（刑期干無刑）」という謙抑主義の精神そのものといえる「書経」の言葉（小暮論文注19は、このことばは、刑罰の志向するところが単なる威嚇や改善ではなく、いわんや苦痛でもない、まさに刑罰そのものの止揚であり、無刑であることを喝破したものと思われるとする）をタイトルとした大著「無刑録」（欧米に比べても約100年先行する教育刑思想であったため生存中は封建社会に対する危険思想として出版が許されず、明治10年に元老院幹事である陸奥宗光らの尽力で出版にこぎつけた）の完成者として知られる。他に国学者ではあるが、「玉くしげ別本」（1787年）において寛刑主義（「刑は随分寛く軽きがよきなり」）を主張したのが本居宣長（1730-1801）である。

- 66) 以下の記述は、主に瀧川政次郎・長谷川平蔵（昭和57年）5頁以下によった。
- 67) 磯部欣三・佐渡金山（平成4年）65頁によると、原胤昭（1853-1942）の兄で江戸南町奉行所与力・裁判官・代言人等を勤めた佐久間長敬（1839-1923）は、その著「清陰筆記」中で佐水替人足のことを以下のように記している。すなわち「此の水替人足と云ふは、無期限にて使役せられ、其の苦役の状は、恰も生き乍ら、地獄に陥入りたるが如しと云ひて、無宿悪徒には、最大恐怖心を起さしむるものにてありき。その使役業体惨酷にして、真に地獄の苛責を斯くならんやと思はせたり」と書き残している。なお、司馬遼太郎・街道をゆく15（昭和60年）240頁においては、天保11年（1840年）に佐渡に在勤した奉行川路聖謨（1801-1868）がその日記「島根のすさみ」のなかで「十七、八くらいのもものもありと。それらも三、四年にては死するなるべし」と水替人足作業の過酷さについて記していることが指摘されている。
- 68) 磯部・前掲書（注67）68頁。平松義郎「日本の刑罰」莊子邦雄＝大塚仁＝平松義郎（編）『刑罰の理論と現実』（昭和47年）45頁。なお、人足寄場における青年の成長譚として有名な文学作品が、山本周五郎「さぶ」（昭和38年）であり、他方、人足寄場を皮肉っぽくみている文学作品が、松本清張「海嘯（つなみ）」『無宿人別帳』（昭和35年）である。
- 69) 瀧川・前掲書（注66）118頁。
- 70) 中沢 道二／石川 謙校注・校訂道二翁道話（平成3年）29頁以降参照。
- 71) 瀧川・前掲書（注66）118頁において、長谷川平蔵直筆の文書が残っていることが明らかにされている。平蔵には、書簡も著書も残っていないが、この文書は上司松平定信からの諮問への短い回答書であり、平蔵の刑罰観を垣間見ることができるとぶん現在唯一の資料である。すなわち、「無宿者養育所之儀者、易き義にて甚難儀と奉存候」（無宿者を養育することはたやすいようでも、なかなか難しい）とはじまり、「其訳と申上候は、一昧悪黨ニ罷成候程之者共故、生れ付家業を不勤、恥と申儀は露程も不存、猛欲無道之者共ニ御座候得ば、平人とハ大ニ相違仕候。此者共を悉善ニ歸せしめ可申す事とは相成申間敷奉存候得共、十人ニ付、五人ハ善ニうつり可申儀は、養育所頭取申候者心にて、差而難き儀ニても御座有間敷か」と続く。つまり、人足寄場を差配する者の心がけ次第では、10人中5人までは改善可能だが、10人全員を改善することは困難であるとの回答である。しかし「悪黨ニても人に御座候間、感候者早出来可仕奉存候」と教育の

感化力に期待し、「此外ニも誠より頭取候者工夫候ハマ、其節の工夫、何程も出来可仕奉存候。親之子ヲ教訓仕候心にて、仕候ハマ、行届可申哉と奉存候」と続く。「誠」と「(親の子に対する)愛情」とをもって臨めば、どのように教育すべきかは、場合ごとに人ごとに自ずから工夫が付くものであると述べるのだ。ちなみに、これとは対照的に中国の代表的刑罰思想である韓非子の考え方は、一般予防(いまだ犯罪に手を染めていない一般人に罪を犯させないこと)がすべてであり、犯罪者の更生という考え方は片鱗さえうかがえないし、そのことは歴史的に見て中国の刑罰思想の一般的な特徴といえる(富谷至・韓非子(平成15年)130-131, 187-189頁)。

- 72) 以下の記述は、主に三吉明・有馬四郎助(昭和42年)5頁以下によった。
- 73) 三吉・前掲書(注72)14-17頁。
- 74) 小川太郎「小原重哉」『日本刑事政策史上の人々』(平成元年)149頁以下によると、小原はいち早くベンサム(1748-1832)の主張にかかる「パノプチコン式十字型建築」に関心をもち、明治15年に書かれた「監獄則注釈」はフランスを模範とするもので、明治27年に小河滋次郎(1863-1925)がドイツに範を求める「監獄学」を出すまでは完全に権威的書物であった。
- 75) 三吉・前掲書(注72)32-33頁。
- 76) 中尾文策「有馬四郎助」『日本刑事政策史上の人々』(平成元年)209頁。
- 77) 三吉・前掲書(注72)65頁。
- 78) 高瀬善夫・一路白頭ニ到ル(昭和57年)72-73頁。
- 79) 三吉・前掲書(注72)54-56頁。
- 80) 小池喜孝・鎖塚(昭和48年)73-78頁。この工事を題材とした文学作品として安倍譲二・囚人道路(平成5年)がある。
- 81) 小池・前掲書(注80)88-89頁、251-257頁は、明治35年9月10日に作成された「網走監獄沿革史」が、この大量死の責任について「すでにその本において行刑の初期に反す。ひとりその末の正しからんことを欲するも、あに得べけんや」と鋭く指摘し、直接工事を担当させられ苦しい立場に追い込まれた有馬の責任よりも、囚人労働を否定する行刑思想を無視して工事を強行した本庁の責任を問うている事実を記す。そして、大井上輝前、原胤昭、留岡幸助、有馬四郎助らは、一見すると手を拱いていたようであるが、たぶんこの悲惨な工事が刑罰ではなくむしろ愛国的意義をもつものであると囚人たちに説き、工事に携わる囚人たちの勲功を讃え、それに囚人たちが感銘を受けたとしか考えられないとする(津田三蔵(1855-1891)がその愛国心からロシア帝国皇太子ニコライ(1868-1918)に斬りつけたいわゆる「大津事件」はこの工事が行われたのと同じ明治24年の5月11日に発生していることを想起すべきであろう。しかも、無期徒刑に処せられた津田はこのとき原胤昭の勤務する釧路集治監にいた)。しかし、小池・前掲書256頁は、現実の大量死に対する痛切な哀悼から後日、いわば「大井上チーム」による幌内炭鉱の囚人労働廃止(明治27年)への尽力が生み出されたのではないかと論じている。
- 82) 小池・前掲書(注80)73-89頁
- 83) 高瀬・前掲書(注78)97頁。
- 84) 小池・前掲書(注80)12-16頁。
- 85) 三吉・前掲書(注72)163-164頁。
- 86) 中尾文策「有馬四郎助」『更生保護史のふびと』(平成11年)24頁。
- 87) 中尾・前掲書(注86)24-25頁。三吉・前掲書(注72)230頁によると、松戸工兵学校工兵35人、歩兵第58連隊一箇中隊、近衛歩兵第2連隊一箇小隊が交代で警備し、漸次

兵員を減少させつつ大正12年11月15日に全部撤兵した。

88) 中尾・前掲書(注76) 215-216頁。

89) 中尾・前掲書(注76) 213頁。

90) 中尾・前掲書(注76) 213頁。

91) 川端博・刑法総論講義〔第2版〕(平成18年) 54頁。

92) 適菜収・ゲーテの警告(平成23年) 177頁が「市民感覚を反映させることにより薄らぐのが法原理」と指摘しているのは興味深い。

93) 石川謙・石田梅岩と「都鄙問答」(昭和43年) 130頁。

94) 団藤重光・法学の基礎〔第2版〕(平成19年) 231頁。