

## 「犯罪」に関する二、三の虚構

佐藤雅美

### (一)

一 過日、あるテレビ番組において、話題が不景気のなか仕事にありつくことができず、寒風にさらされて路上に佇むほかない釜ヶ崎の人々やいわゆるホームレスの人たちのことに及んだ時、出演していた関西出身の人気俳優であるミヤコ蝶々が「気の毒な人たちですね。私たちがしっかりしないと駄目です。何とか助けてあげたい……」<sup>①</sup>というような発言をしているのを聴いた。また、この発言を耳にした翌日、徳島大学の外国人留学生寄宿舎の建設計画をめぐって、当初これに反対していた地元の自治会が大学側に歩み寄り、計画を受け入れることにしたという内容の記事を見かけた。奇しくも相次いだこの二つの出来事は、犯罪理解に纏わる虚構や幻想の問題について考えている私に、社会の周縁に追いやられた「異なる人々」に対して、中心にいる「われわれ」がどのような関わり方をしていいのか、あるいは、どのような「眼差し」を注いでいるのかということについてちょっとしたひっかかりを残した。もちろん、厳密に言えば、両者を同列において論ずべきではないのかもしれないが、彼らに対する「われわれ」の対応の仕方には、程度の差はあっても、基本的には同じ傾向性があると考えられるから、内と外という対象の相違は考慮

の外においた。蝶々も自治会も彼らを受け入れるという結論において一致しているのだが、その受容の仕方には、かなりの隔りがあるように思われる。前者は彼らの「異質性」をあるがままに認めてそのまま受容しようとしているのに対し、後者は彼らが「われわれ」の側に同質化することを受容の前提としていると考えられるからである。

同じように、偏見、差別、排除の対象とされがちな犯罪と犯罪者に対して、われわれはどのような望ましい関係を創ることができるのか、また、そのためにはどうすればいいのか。例えば、刑事法に専門的に関わる人々のあいだだけでなく、一般的な社会生活のなかでも、犯罪者の社会復帰や人権保障ということが声高に叫ばれる。ところが、ひとたび「事」があると、目前の対象が不存在の時には溢れていた温かい眼差しは、一瞬にして冷やかなそれに変わり、偏見はメディアによる報道に煽られてますます歪み、われわれは、公的制度による解決に先んじて、社会的制裁を加えてしまうことがある。また、「事」後においても、ひとたび刑余者であることが判明すると、従来の穏やかな関係は忽ちのうちに御破算となって強い警戒感がそこを支配するようになる。この辺りのことは、「犯罪報道」をめぐる多方面のかつ深刻な諸問題についての議論のなかで、また、出所後の生活の苛酷さについての報告や再犯率の高さをめぐる議論のなかでよく論じられるところである。犯罪や犯罪者に注ぐ自らの眼差しを反省し、偏見や差別や排除を培い、助長する仕掛けを批判的に捉え返すことなしには、われわれは、犯罪の実相を理解することはもちろん、犯罪者の再社会化や人権保障といったことをおよそ現実のこととして議論することはできないと思う。

二 一般論として、われわれは、先の蝶々の発言に窺うことのできる態度をもって「異なる人々」と向き合いたいと思う。そこに見られる「気の毒だ」という同情も「しっかりしないと」という責任感も、非常に道義的色合いの濃

いものではある。それは、彼ら<sup>(3)</sup>に対してその生のあり方に変更を迫ろうとするものではなく、「彼らも、われわれの同胞であり、ともに『尊厳』をもって『自由』に生きていくことができるような社会でなければならない」と、われわれに向かつて責任を喚起しているように響く。そこには、脱落者を生みだしている社会に生き、その社会を支ええしている自らの彼らに対する責任を直感しているような深い認識が感受される。そのような心情は、時間と文化を超えて人間に貫流しているところの、人間の何か奥深いところに淵源をもつ道義心に発するものではないのか。

家族や職業はもちろん、時には、名前や住所さえも捨て、それにともなって、家庭生活の負担や国民としての義務を免れ、文明社会の快適さや消費社会の快楽とも無縁に生きようとしている彼らは、あるいは、全き「自由」を手に入れることができたのかもしれない。しかし、それと引き換えに、彼らは不安、孤独、あるいは、不便、不快といった通常は負と思われている状態に身をおくことを避けるわけにはいかない。彼らはそのようにして、愉快に、また、耐えながら生を結んでいっている。

そのような彼らの生の営みに対して、近代的な個人主義的倫理観に立って、彼らは自ら家族と定職を捨て、また、あらゆる関係を断ち切って、怠惰とも見えるその日暮らしを選択したのであるから、その現状は自業自得のしからしむるところであって、われわれが心配することではないと言いつつことができるかもしれない。また、素朴な人道主義的立場から、彼らを放置することの非人間性を否定して、福祉的方法によって何とか援助の手をさしのべて救済しようとすることもできよう。個人の「独立」「自主」を尊重するかのようにして、実際には連なっている各個人を断絶し孤立したものとして放任してしまう前者の立場は、自助に任せる他に何の対応策ももたない。後者の社会福祉的立場は、その援助を享受することになる対象者に対して、彼らがその生き難さゆえに拒否した社会的ルールにあらた

説

論

めて従うことを強要する。いずれにおいても、「犠牲者」である彼らに更なる犠牲を求めるだけである。われわれは、社会の周縁に追いやられざるをえなかった彼らの居場所にわれわれ自身の身をおき、その生の深刻さに共感をよせつつ、彼らの「落伍」を責めるのではなく、むしろ社会の現状を変更するという方向を選択すべきであらう。そうでなければ、社会的ルールへの服従を拒んだ彼らは、相変わらず、そこから脱出することはできないままであるのみならず、われわれ自身も絶えず息苦しさを感じ、「落伍」の不安を抱きながら生き続けなければならないのである。

われわれは、犯罪や犯罪者の悲劇や苦悩に共感し、それらとわれわれとのつながりを自覚する必要がある。そこにおいては、近・現代的な個人主義的な人間観や刑法原則が否定し排除してしまったものをあらためてすくい上げることになるかもしれない。

三 この方法の意義についてももう少し敷衍しておきたい。格好の手がかりを与えてくれるのは、ドストエフスキーのいくつかの指摘である。それは、導入されてまだ間もない陪審裁判において無罪判決の多すぎることに對して疑問を投げかけたなかで展開されたものである。彼は、陪審員となった民衆が犯罪の証明があるにもかかわらず無罪を評決するのは、「犯罪を不幸と呼び、犯罪者を不幸者と見なす」ロシアの民衆に秘められた観念が犯罪を環境の所産だとする論理（「環境説」）に変換されて用いられるようになったためだとして、その観念の本来の意味内容を説明しつつ、「環境説」に批判を加えた。次のように述べている。

手短かにいえば、「不仕合わせな」というこの言葉によって、民衆は「不幸なる人々」にあたかも次のように語

っているように思われる。「お前がたは罪を犯して苦しんでいる。だが、わたしらとてもやはり罪があるのだ。わたしらがお前がたの立場に置かれたら、——もっと悪いことをしでかしたかもしれない。わたしらがもう少し良い人間であつたら、お前がたも牢屋に入るようなことはなかったかもしれない。お前がたは自分自身の犯罪のために、また世間一般の放埒無慚のために、その償いとして重荷を背負つたのだ。どうかわたしたちのことをお祈りしてください、わたしらもお前さんがたのことを祈ってください。わたしらが自分自身を覚えていて、お前がたと兄弟として縁を切ってしまったというのを、お前がたに承知してもらうために、このはした金をあげるんだから」。

いやいや、民衆は犯罪を否定しはしない。そして、犯人には罪があることを知っている。ただ民衆は、自分たちも一人一人の犯人とともに、罪があるということを知っているのである。しかし、彼らは自分で自分を罪することによって、環境説を信じていないことを立証しているわけである。むしろその反対に、環境こそが自分たちに依存している。自分たちの不断の悔悟と自己完成にぜんぶ依存するものだ、と信じているのである。エネルギー、労働、闘争、——こういうものによって、環境は改善されるのだ。ただ労働と闘争によってのみ、自己と自己尊厳の感情が獲得されるのである。「われわれはそれを獲得して、より良くなる。そうすれば環境も良くなるだろう」。これこそロシア国民が口にくそ出さないけれど、犯罪人を不幸と見なす秘められたる觀念において、痛切に感じているところのものである。<sup>(7)</sup>

わたしは懲役にいったことがある。そして、犯罪人を、「極印を打たれた」犯罪人を見たのである。くり返していうが、それは長い学校であった。彼らのうちだれ一人として、自分のことを犯罪人と考えるのをやめたものはいなかった。一見したところ、彼らは恐ろしい、残忍な人たちだった。しかし、「虚勢を張る」のは少したりない連中や、新米連で、そんな連中はみなでばかにしていた。大部分のものは陰鬱な、沈んだ人たちであった。……しかし、ほんとうのところ、彼らはみな一人のこさず内心ひそかに、何より浄化力があり魂を強固にする長い長い精神上の苦悩を免れることはできなかったらしい。わたしは彼らが孤独の中に考えこんでいるのを見た。わたしは彼らが教会や懺悔の前に祈る姿を見た。彼らが突如として吐く断片的な言葉や、感に堪えたような叫び声に耳を傾けたこともある。——おお、わたしは誓っているが、彼らはだれ一人として、自分が正しいとは、内心考えていなかった<sup>(8)</sup>のである！

ドストエフスキーは、犯罪が「悪徳」「非道」な行為であり、犯人がその責を負わなければならないとしても、民衆は、犯人の悲劇と苦悩に共感を寄せ、それらを生み出さざるをえない社会を創り出した自らの責任を痛感してきたと述べている。彼は、前近代的な共同体の心性に強い憧れを抱いているが、犯罪や犯罪者を孤立的にでなく、周囲との濃密な相互関係において存在論的に見晴らすことによって、それらとそれらに注ぐわれわれの眼差しの実相を明らかに照射することができているように思う。既述の蝶々の態度もこれと通ずるものである。われわれもこれと類似の態度で日常的に物事を処理している。例えば、われわれは、物事が相対的であり、重層的なものであるという経験知に基づいて、「時として、加害者が被害者であり、被害者が加害者である」とか、正邪や是非や主客は入れ替わるこ

とがあるとか言うことがある。つまり、ある結果が当該行為者だけの仕業でなく、その背後にいる者の働きかけによるものであったり、周囲にいる者との相互作用の結果であったりすることがあり、また時には、本人よりむしろ、その背後にいる者や周囲にいる者に対して責任を追求する方がより実態に即しているということがあるのである。われわれは、「不幸」としての犯罪とか、「苦悩する」犯罪者といったドストエフスキーの見方を共有して、犯罪や犯罪者に関して支配的な言説を相対化したいと思う。

## (二)

アリス・ミラーは、長い間精神分析療法にたずさわり、多くの患者と接してきたが、それらの経験から「しつけ」や「教育」に潜む暴力性を抉り出し、われわれの蒙を啓いてくれた。われわれが必要不可欠と考えてきた「しつけ」や「教育」が時として子どもの生命力を圧殺してしまう。その際に子どもに刻み込まれた精神的外傷は、後に盲目的暴力となって噴出し、社会に害悪をもたらす。われわれはその最終場面にだけ目を奪われて犯人捜しに終始する。彼女はこの過程とそうなることの根拠を分かりやすく説明してくれる。これは、ある種の犯罪現象の実相のみならず、眼前の犯罪と犯罪者の背後に肝心のことが潜んでいるということをわれわれに教示し、さらには、それらを克服していく道すじを示唆するすぐれた指摘となっている。少し長くなるが、われわれが犯罪を捉える枠組みについて反省を迫ると思える箇所をいくつか引用してみよう。

殴られた子どもたちは殴るようになり、脅かされた者は脅かし、傷つけられた者は他の者を傷つけるようになり、

魂を殺された者は他の者を殺すようになるということです。<sup>(10)</sup>

これら（牧師の家庭……佐藤）の両親はやはりはじめから自分の子どもたちが、善良で、物わかりがよく、利口で、おとなしく、物静かで、思いやりがあり、利己的でなく、我慢強く、素直で、わがままでなく、頑固でなく、犯行的でなく、そして何より敬虔であってほしいと願っていたのでした。両親たちはこれらの徳性を子どもに植えつけるためあらゆる手段を講じ、止むを得ない場合には、この善き教育目的のために暴力を用いることもためらわなかったのです。この人たちの子どもたちが青年になって暴力行為（殺人やテロ行為……佐藤）に走るようになったら、それは子どもたちの生きられなかった子どもとしての側面と同時に、押し殺され抑圧され続け、自身の子どもにだけ見せた両親の隠された側面の表現でもあったのです。<sup>(11)</sup>

非常に幼い子どもというのは、どれほどひどい仕打ちを受けてもそれを忘れることが可能ですし、自分にそんな仕打ちをした人を理想化することもできるのです。ところがその子の成長後のふるまいを見れば、幼い時期に受けた迫害はどこかに蓄積されていたのだということがはっきりわかってしまいます。<sup>(12)</sup>

新聞は毎日のようにその種の犯罪の物語を伝えますが、残念ながら報道されるのはほとんどの場合その最終幕だけではありません。犯罪が生まれた本当の理由を知ること、刑の執行が変更され得るでしょうか？ 私は別に、有罪を宣告し、罰を与えることをやめると言っているわけではありません。けれどもどうかして……被告だけが唯



一責任を負わねばならない存在ではなく、むしろ被告は多くの悲劇的な連環の犠牲なのだとすることをわかってもらわねばならないのです。そういう場合でも、社会が護られねばならない以上、服役刑は止むを得ないでしょう。ただ、「闇教育」<sup>(13)</sup>の原理にのっとり、邪悪な犯罪者を獄につないで罰するというのと、ある人間の悲劇を認識し、その人のために獄中で心理療法を受けられる道を拓くというのではだいぶ話が違います。<sup>(14)</sup>

犯罪者に法廷で有罪が宣せられたからといって、それだけでは実のところなんにも変わってはいないのです。私たちはあまりにも誰が悪いのかということばかりに目を奪われてしまっていて、それ以外の考え方ができることになかなか気づきません。そのために私自身も時々誤解を受け、なんでもかも両親が「悪いのだ」と考えているように思われたり、かと思うと犠牲のことばかり言い、あまりにも簡単に両親の「責任ではないのだ」と言ってしまう、すべての人間は自らの行動に責任を持たなければならないということを忘れていると非難されたりするので、このような非難を受けるのも「闇教育」のしからしむところで、早期に植えつけられた「誰が悪いか」捜しの姿勢の根強さははっきり見せてくれています。迫害者や殺人者の内面の悲劇を認めつつ、その犯罪の残虐性やその犯罪者の社会に対する危険性を少しも過小評価せずにいられるというのは、おそらく理解し難いことなのでしょう。私がそのどちらかをあきらめれば、たぶん私のやっていることも「闇教育」の図式にもっとよくあてはまるようになるでしょう。けれども私のねらいはそもそもこの図式から脱出することなのです。<sup>(15)</sup>

両親にしても、自分たちがこれまで「不可欠の教育」と信じて行ってきたことが、根本的に屈辱と、侮辱と暴行

の物語であつたのだと知れば、その態度を多少は変えるはずです。それに、社会一般で犯罪と幼児期の経験との間につながりがあることが認められてくれば、すべての犯罪は隠された物語の露われたものであり、犯された行為の一つ一つからそのものの物語を読みとることができるといふことも専門家の間だけの秘密ではなくなるでしょう。私たちがこの二つの間にあるつながりを詳しく調べれば調べるほど、これまで罰せられることなく将来の犯罪者養成のため築かれていた防壁を打ち壊すことになるのです。<sup>(16)</sup>

真正の赦しは憤りの傍をすり抜けていくのではなく、その真中をくぐり抜けていくものです。私が私に仕向けられた不正を不正として理解し、それに憤激できはじめて、つまり迫害を迫害として把握し、迫害者を迫害者として理解し、体感し、そして憎むことができた時、その時はじめて私はその人を赦す可能性を手に入れるのです。抑圧されていた憤り、激怒、憎しみは、乳幼児期における迫害の物語が明らかになった時はじめて永遠に続くことをやめるのです。そうなった時はじめてこれらの怒りと憎しみは、そうあらねばならなかったことに対する悲しみと痛みに変身するのですし、その痛みの中で怒りと憎しみが真の理解に場所を譲るといふことになるのです。今は大人となった人間としての理解に。その人はそうやって自分の両親の子ども時代をも垣間見、そうして最終的には自分の憎しみから解放されて、真の豊かな共感を持ち得るようになるのです。このような赦しは、法だとか掟だとかによって強制できるものでなく、一種の恵みのように感じられるものですし、禁じられ、抑圧された憎しみによって魂が毒されることが終わると、どこからともなく現われてきます。<sup>(17)</sup>

このようなアリス・ミラーの指摘は、犯罪を表層において処理することに慣れたわれわれにそのことの限界をあらためて告げ知らせるものである。ここでは、表舞台に現われた犯罪は「最終幕」にすぎず、相変わらずそこにだけ目を奪われて、「悪者」捜しに終始すると、それに先行する悲劇の連鎖を見落とし、犯人自身の救済もその社会的解決も実際には図ることはできないと主張している。これに対して、精神的外傷自体の存在や程度や原因の確認はそれほどたやすいものでなく、それと後の犯罪との因果関係の実証もなかなか困難であり、しかも、罪刑法定主義や個人責任や意思責任といったものを柱とする刑法の枠組みのなかにそれを取り込むことなどとても考えられないことだ等等の批判が、当然浴びせかけられよう。しかし、彼女は、「ここ何年かの間に、心理療法の適用のおかげで子ども時代の外傷体験は、抑圧された後も身体内に蓄積され、成人後の生活にも影響することがわかってき」<sup>(18)</sup>たと述べて、その認識に立って、社会は子どもを傷つける「闇教育」に目を向け、大人と秩序を守って、「犠牲者」に罪を負わせていたこれまでの愚を改めなければならぬと説いている。学ぶべきところの多い主張であると考ええる。

### (三)

一 われわれは裁判所による具体的事件に関する判決文を読むと、判決理由のなかに「被告人の身上、経歴、犯行至る経緯等」といったものを見ることができ、それは判決理由の一部として当該犯行と犯人の姿を際立たせるための補助的事実という役割を担っている。裁判所が犯人の行動に体制的な価値との照応を見出した場合を別にして、そこで叙述されていることは、概して、犯行や犯人の「悪質さ」を説明するものとなっている。

例えば、「いわゆるアベック殺人事件」についての名古屋地裁の判決（平成元・六・二八判決）は、犯行時少年で

あつた五名と成人の一名を加えた計六名の「身上、経歴、犯行に至る経緯等」を記している。それによると、懲役一七年を宣告された当時二〇歳一カ月の成人についてのその部分には、次のような文言による展開がなされている。<sup>(19)</sup>出生の翌年両親の離婚、祖母による養育、小学三年からの怠学、玩具の窃取、祖母による養育困難の結果養護施設等への収容、転校、中学卒業後就職、再婚していた母との再会と同居、その母の常習飲酒と愚痴や八つ当たり、母との別居、転職、催眠商法に従事することになったが逃亡、所持金に窮し窃盗を働き検挙、再就職と保護観察処分、義父との再会と喧嘩、不良集団との出会いと交際、シンナー吸引、暴力団への接近と加入、等々。また、死刑を宣告された一九歳六カ月の少年については、中学在学中の窃盗、入校した職業訓練校での不審火の嫌疑に関する教師とのトラブルと退校、就職、転職、過度の夜遊びによる健康破壊、低賃金と退職、暴力団との接触と加入、窃盗、検挙、保護観察、等々<sup>(20)</sup>。他の判決文を見ても、犯人の身上や経歴や経緯にこれと類似した悲劇的事実の何と多いことか。両親も家庭も本人自身もことごとく社会から脱落し、その周縁に追いやられており、犯行はそこから社会の中心に向かって挑んできたかのである。

これらの諸事実を摘示することは、幼少時から被告人の人格が悪しき方向において形成されてきており、当該犯行も被告人にとってけつして偶然の行為でなく、悪質で危険な性格のしからしむるところであるという認識をわれわれに抱かせる作用をもつ。それと同時に、反面においては、被告人の境遇や環境の劣悪さに共感して、当該犯行の不可避性を了解し、許容的な心情を生じさせる。しかし、彼らが家庭的にも、社会的にも脱落し、逸脱することを余儀なくされてきたことへの共感と配慮に基づいた、この後者の意義において否定的諸事実が列挙されているわけでないようである。それらは、劣悪で悲劇的な環境のなかで、被告人がどのような精神的外傷を負ったのか、あるいは、ど

のような気持ちを抱いて日々を過ごしていたのかといった被告人の心情を彼に寄り添った形で摘出したものであるようには見えないし、しかも、それらからは、悲劇や外傷体験は意識下に押え込まれることがあり、本人自身も忘れ去ったり、まったく知らずにいたりすることもあるということをも念頭において、それら精神的な苦悩に思いを致そうとする態度が些かも窺えないからである。

判決文全体を通して見れば、量刑事情において考慮に入れることを容認されている事情の範囲内<sup>(21)</sup>においては、被告人に有利な事実が指摘されることもあるが、それでも被告人の心の傷の痛みにもその想像力が及ぶということはなかなかないようである。そのような背景には、明らかに大変な子ども時代を送ったり、大変深刻な家庭環境のなかで生い育ったりしたにもかかわらず、脱落も逸脱もしなかった人がたくさんいるし、大事にされて育ったのに犯罪や非行にはしったり、心理的に病気になるってしまう者もいるではないか、問題は生まれつきの素質にあり、本人自身の主体的な生き方にあるのであって、親の影響や他の環境はそれほど決定的な意味をもたないという「常識」があるのだと思われる。また、すべてを知することはすべてを許すことであるという素朴な信仰が歯止めになって、犯人の悲劇を理解する努力が途中で放棄され、結局は「プロクルステスの寝台」よろしく自らの枠組みに合わせて犯罪と犯罪者が切り縮めて解釈構成され、非難を確保するという営みが横行していると言わざるをえない。

二　ところで、われわれが犯罪と犯罪者に向ける眼差しに大いに関わりをもっているのが刑事責任の考え方である。それはわれわれの「常識」に沿ったものであると同時に、「常識」を形成するものでもある。われわれは、ある者が刑法の網にかかって責任を問われることになったことに当然だと快哉を叫んだり、その者の背後にいる上司や大物に

は刑事責任は及ばないのかと悔しがったり、そんなに軽い責任しか問われないのかと嘆いてみたりする。刑法が犯罪要件としている行為者の意思をどのように捉えているかということは、われわれの犯罪理解にとって重要な意味をもつ。刑法の基本原則とされている個人責任や意思責任や責任主義といったこともその問題に関わってくる。

われわれは、ある行為者を処罰するためには、行為の客観的基準だけでは足りず、その行為者に主観的責任、つまり、一定の心理的要件―故意または過失―が具備されていなければならないと考え、結果責任主義や客観的責任主義を排斥した。もちろん、このような責任主義の考えが支配的になるのは、比較的最近のことで、人間の行為は何か目に見えない魔力によって突き動かされる運命のようなものではなく、人間の自由意思によるものであると考えられるようになってからのことである。

刑法は人間の意思活動を故意と過失に区別して捉える。それらは責任条件とされるが、意思活動自体を指し示す言葉として用いられることもある。故意犯の処罰が原則で、過失犯の処罰は例外的なものであり、特別の規定のある場合に限るとされている。故意は犯罪事実を認識し、犯罪を犯そうとする積極的な意思のある時に認められたが、過失には、犯罪事実の認識が欠けている。過失が不可抗力の事故と違って刑事責任を問われるのは、犯罪事実の認識可能性あるいは結果発生の見込み可能性があるからであり、意思に緊張を欠いたため結果を見しなかった不注意な心理状態が潜んでいると考えられているからである。このような可能性がありながら結果発生を認識せずに行爲に出てそのため結果を発生させたのが過失犯だとすることによって、結果発生の実質的認識がありながら、あえて行爲に出て結果を発生させる故意犯と並列させることができる。

ところが、過失の成立要件である予見可能性をめぐってはいろいろな議論がある。刑事過失の要件としての予見可

能性は、民事過失のそれと違い、どの程度の予見可能性で具体的と言えるかは必ずしもはっきりしないが、具体的事案に即して予見可能性を捉える見解や一般的・定型的な予見可能性を重要視する多数説から、「一抹の不安」<sup>(22)</sup> 感や危険感<sup>(23)</sup> 程度のもので足りるという主張まである。また、予見可能性が過失の要件であるにしても、それは、行為者自身に実際に予見可能であったことを意味しているわけではない。行為者が結果を予見しなかったのは、彼には予見が不可能であったからだと言うほかない。にもかかわらず、予見可能性を問うことに腐心せざるをえない。そして、「主観説」を採用すると、「すべてを知ることとは、すべてを許すこと」になるから、過失責任を問えなくなり、「客観説」では、当該行為者が「注意深い一般人」のレベルに達していないがゆえに処罰されることになり、従来の個人的、主観的非難という意味での刑事責任の内実が失われてしまう。<sup>(24)</sup> これらのことはすべて、過失責任を妥当な範囲にとどめるための試みであることは言うまでもないが、このように過失責任の構成に苦慮するのは、過失においては、結果を認識している故意と異なり、結果に対する現実的意思関係が存在しないと理解されているということに由来すると考えざるをえない。刑法では、責任の根拠となる人間の意思活動が意識において明瞭に自覚されているもののみにおいて捉えられている。つまり、故意責任は、犯罪事実が直接的な関心の対象として意識野の中心にすえられていることを根拠にして確定されるが、過失責任においては、適法な事実のみがそこに召喚されているにすぎず、犯罪的な行為や結果はそこには見あたらなない。それゆえ、注意義務や予見可能性といった仕掛けが案出されなければならなかった。意思をこのように解釈すれば、過失の処罰は責任主義に反すると言うこともできる。<sup>(25)</sup> もちろん、責任構成の問題点が過失責任において目立つというだけで、後述のように、故意責任の構成においても意思の理解にすでに不十分さが潜んでいるのを忘れてはならない。

いずれの責任形式においても、人間の意思活動をその表層だけにおいて捉えていると言わざるをえない。言語哲学者・丸山圭三郎の分析によれば<sup>(26)</sup>、人間の意識は表層意識と深層意識とに区別され、後者はさらに下意識と潜意識との二層に分かれるとされている。この深層意識はフロイトやラカン用語法では「無意識」とされているものであるが、それは、自由意思的行為がなされるにあたり、その意思決定の動機として意識の要素（表層意識）となったり、召喚を抑止されて意識下に押し込められて深層意識となるといった具合に、常に意識とのかかり合いにおいて存在するところの意識の深層と考えられるものである。さらに、意識野に現前されることのない意識以前としての無意識も考えられる。

われわれが意思責任という場合の意思の中身には、これら表層意識と深層意識の全体が含まれると考えるべきではないのか。われわれが意思決定するにあたっては、明瞭に意識され自覚された理由や動機だけでなく、漠然としか意識されず、また意識下に抑圧された理由や動機も作用している。それゆえ、深層意識も責任において当然考慮に入れられ、全体としての意識が非難の対象とされるときでなくてはならないのか。現行刑法における責任は、深層意識に関わることを排除して、表層意識のみを孤立的にすくい上げて論じているにすぎない<sup>(27)</sup>。故意も過失も内容が貧弱なものとならざるをえないのである。

われわれは、人間の意識構造が「複雑・豊富・多岐な顕在的（表層的……佐藤）および潜在的（深層的……佐藤）な意識要素全体の微妙な論理的統一たる目的措定的意味連関として存在する」<sup>(28)</sup>ものであることを踏まえて、刑法上の意思責任を考えるべきではないのか。そうすると、故意は、「自己の動作により構成要件の結果たとえば人の死を惹起することが直接的な関心の対象である意思」ではあるが、それは、「そのような全体的意思としてのみ実在たり



うるのであって、単にその関心（たとえば人を死に致すことへの関心）としてのみ実在することはできない」のである。<sup>(29)</sup>「そしてそうであるからこそ、構成要件的結果の惹起が直接的関心でない所の過失が、そうであるところの故意と並んで、責任要素たりうる」と言えるのである。<sup>(30)</sup>その際、構成要件の結果の惹起に対する意思の認定は、行為者の全体的意思のいずれかの部分でその惹起が肯定的に認識されていたことの認定で足りるのであって、特に全体的意思のなかで直接的関心の対象として肯定的に認識されていたことまで認定する必要はない。その惹起がその意思に基づくものであることに変わりはないからである。<sup>(31)</sup>

刑事責任の対象となる人間の意識をこのようなものとして構成する時に、われわれは、さらに、直接目に見えるものだけでなく、その背後にあってそれに影響を及ぼしているものを想像し、視野に入れることが容易になるのではない。われわれは、結果発生時には意識による直接的関心から外れ意識下に追いやられてしまった単なる不安感や危険感程度の危険の認識といったものも評価の対象にすることができる。<sup>(32)</sup>また、意識の深層部分に押し込められて、本人自身にも気づかれないままであることもあるところの、構成要件の事実と濃密な関連をもった理由や動機（子ども期の不幸な事実や体験や記憶）といったものも、彼らに即して犯行を理解し、それと被疑者や被告人との結びつきを確認するために、考慮に入ってくることになる。アリス・ミラーが指摘した子ども時代の精神的外傷やそれをもたらした両親との関係といった子どもが考慮に入れられるであろう<sup>(33)</sup>それにともなって、当該結果を直後に惹起した当事者を捜しそれに責任非難のすべてを負わせて、一件落着としてしまうことはなくなり、時には不公平な結果をもたらすことのある個人主義的な観点を反省して悲劇の連環に即応した責任の適正な配分といったことを考えるようになるであろうし、さらには、問題の根本的解決のために精神—心理学的方法や社会福祉的方法の助けを求めたり、ある

いは、行刑の方法そのものに反省を加えたりするといった広範囲の展望ももつことができるようになるのではないか。

三 現行刑法は、意識の表層部分だけに責任を根拠づかせているにもかかわらず、刑罰には犯罪予防の目的をもたせ、それを法益の保護と並んで、刑罰の正当化理由とすることに熱心である。犯罪行動への衝迫が人間の全体としての意識の目的措定的意味連関によって可能なものとなるのだとすれば、責任は当然にもその全体を射程に入れるものでなければならず、刑罰はその全体に効果的に作用するものとして、論理的には構想されなければならないはずである。しかし、現実にはそうならないことは見てきた通りである。責任は狭小であり、刑罰は過大である。しかも、犯罪の予防、特に特別予防の効果を実際に追求しようとするのであれば、現行の刑罰制度がそれに相応しいものとして構成されていなければならないはずであるが、果してそのように構成されているのだろうか。あるいは、そのような構想がそもそも可能であるのか。そのような疑問を抱くのは、刑罰が権力の行使として強制性を免れることができず、それゆえ受刑者にとっては、いかに軽減の試みがなされようとも苦痛であることを止めることはないと思われ、他方、犯罪の予防は、そのような権力性とおよそ正反対の、無限の包摂や許容といったことによって可能となることであると思われるからである。いずれにしても、現行の刑法は、刑罰に予防という目的を与えていながら、それに相応するように責任との関係を構成してはいず、また、もっと根底的な問題として、刑罰をそもそも予防的な効果をもつものと捉えてそれを正当化の根拠とすることができののだろうかということも問われなければならない。

再入率あるいは再犯率と呼ばれる数字がある。これは、単に犯罪現象の構造を示すにとどまらず、個々の行刑や処遇—社会復帰—の成功・不成功、また、刑罰制度の効用を物語る数字として重用されることがある。果してそのよう

な意味をもつものと考えていいのだろうか。平成五年版『犯罪白書』に掲載された再入状況に関する数字は、昭和六二年出所者のうち平成四年までに再入した者についてのもので、満期釈放者で五八・九%、仮釈放者で三五・二%であるが、出所後三年にあたる平成二年までに再入した者が、それぞれ五一・二%、二九・九%に達していることを指し示している。もう少し詳細な数字を柳本教授の再犯率の意味に関する研究から拝借することにしよう。「犯罪総数の六一・六%が二犯以上のものによって犯されており、三犯以上の者で四四・九%、四犯以上に限っても三二・八%に達し、累犯者犯罪の全犯罪量に対する比率が高くなっている。また、刑法犯罪通常第一審有罪人員中に占める前科者率は、六四・二%に達している。そして、実刑新受刑者の中に占める再入者の比率は五九・四%であり、初入者のそれは四〇・六%となっている。しかも、この初入者の内、五四%のものは、執行猶予の前歴をもつものである」<sup>(34)</sup>。これらの数字から、大雑把に見積っても、全犯罪の六割強が前科者によって実行されており、刑余者の半数以上の者が短期間のうちに再び刑罰に服すことになっている状況が分かる。しかし、これらの数値は高いのか、低いのか、あるいは、これらの数値から刑罰や処遇の効果の有無を読み取ることができるのかといった問題はまだ不明である。われわれが刑罰の存在理由と考え、犯罪論を構成する時に常に暗黙の前提としている刑罰の予防効果について、その存在を肯定的に認めることができるのであろうか。

柳本教授は、行刑や処遇自体の予防効果を測定することはできないとする。つまり、再犯率に影響を与える因子が数多くあり（素質、年齢、家庭環境、職業の有無、等々）、しかも、それらの影響も強力であるために、ある特定の処遇や処分が再犯予防の効果をもったのかあるいはどのような効果をもったのかということをその数字から掴み出すことは容易でないと言うのである。<sup>(35)</sup> 再犯率という数字は、結局、刑罰の予防効果を語るものではなく、しかも、「あ

る種の結論・推論を出したり、何らかの思考の出発点とするような力をもつものではないと言わざるを得ない」と結論する。賛同することのできる指摘である。<sup>(36)</sup>

おそらく、個別的にはある処遇プログラムがある受刑者の再犯防止に有効であったということは起こりうることはあるが、一般的に再犯防止という特別予防効果を刑罰に期待するということとはできない。そうであるとなると、われわれは理論的に再犯予防を刑罰目的に掲げることの意味を失うのみならず、具体的・実務的に、検察官の求刑や裁判所の量刑において、刑罰の再犯防止効果を考慮すべきでなく、処遇プログラムの作成においても、それが再犯率を減少させることができるからという理由づけをすべきでないことになる。付言すれば、個別具体的な刑罰は、その適用対象者への有効性を尺度にするのではなく、犯罪行為の重大性、犯行に対する社会的非難の度合、被害の程度、刑罰の与える苦痛との相関関係、刑罰経済といったことを尺度にして決定されるべきであり、処遇においても、例えば、職業訓練は出所者の再犯率を下げるためでなく、刑務作業の効率化とか受刑者の技術向上といった目的のために行われ、カウンセリングについても、施設運営の安全弁としてとか対象者のカタルシス効果のためといったことを目的として導入されるべきだということになる。<sup>(37)</sup>

また、刑罰の一般予防効果、特に消極的一般予防効果についても、従来からさまざまな疑義が投げかけられている。それは社会一般に対する威嚇目的のために、犯人の処罰を手段として利用することであり、人間の手段化に基礎においた刑罰の根拠づけは決して許されないとする古典的批判にも説得力がある。他に、犯罪抑止の効果自体を疑問視する根強い見解もある。犯罪の実行によって得られるものがありこそすれ、発覚しても失うものとてあまりない、社会からすでに脱落している者に対して威嚇効果は、そもそも考えられないし、脱落しかかっている者はその苦悩を逃

れるために犯罪に手を染めるのであり、そのような者に威嚇は犯行を思いとどまらせる効果をもつことはないであろう。また、意識の深層部分に押し込めたものが噴出して突然の犯行へとはしる者に威嚇は心に染み込むほどの感銘力をもちうるはずもないと考えられる。われわれが犯罪の実行を思いとどまっているとすれば、それは施設に収容されるという刑罰それ自体に対する恐怖感からというより、犯罪者の烙印を押されて、信用や地位や名誉を失い、家族や戦場や地域社会から切り離されてしまうことになることへの恐れ、その意味での社会的脱落者になることの恐怖感からであると言えるのではないか。

刑罰をそれ自体として正当なものと考える応報刑論でなく、何らかの目的によって正当化しようとするならば、積極的一般予防論<sup>(38)</sup>が残されるだけであると言わなければならない。それは、規範違反者の犠牲において目的実現を図るという意味では、威嚇論に対すると同様の批判を免れないが、刑罰の賦課によって規範違反を否認することを通して、国民の法に対する信頼と忠誠を取り戻しまた培うということを目的とする点において新しい刑罰正当化論である。刑罰は目に見えるかたちで法が厳存することを国民に対して確証することを目指すものだけであるのならば、犯罪予防との関係は直接的ではなくなる。

強制性を本質とする刑罰に、自発的な差し控えによってしか可能とまらない犯罪予防という目的を担わせようとすること自体にそもそも根本的な無理があると思う。そこから、実現できない目的を実現できるかのように想定したり、前提にして理論を組み立てたりすると、不可避的に多くの歪みが生じてくる。刑罰や処遇は、そのような目的を達成しうるものでなく、単に、法の厳存を周知させるものとして、あるいは、非難を体现するものとして、また、応報として課せられるということでは十分ではないのか。<sup>(39)</sup> そのように刑罰を構成することのほうが刑罰の存在論的な姿に

即応しているように思われる。

## 論

しかし、犯罪の予防ということを現実追求しようとするならば、その試みは刑罰の否定にたどりつかざるをえない。犯罪者への働きかけは、まず、社会的な脱落を生じない社会的編成であり、赦しをとまう無限の愛情の普及であり、「異なる者」の社会的受容であろう。そのなかで、人は犯罪を思いとどまり、その実行を恥じて自らを戒め、他者との同胞的信頼関係を築くことができる。もちろん、「悪」への傾斜も人間のみの特性であるが、それとても、刑罰を課すことによって、被害者やその遺族の気持ちが一時的に治まるという効果を達成することができるかもしれないが、根本的な解決にはならないはずである。なにゆえ「異常」心理へと陥ったのかを追究することによってではなく、その問題を解決する手がかりは得られないはずである。どのような犯罪者に対する場合においても、威嚇や強制や管理や暴力が彼らを犯罪から遠ざけることがあるとは思われないからである。

## (四)

さて、われわれは、犯罪によってもたらされた結果の悲劇性へのみ目を奪われて、犯人一人の責任を追求することに終始する制度的方法を当然のことと考え、些かの懷疑もしない有様を反省したり、犯罪と犯罪者が存在することの社会的意味を問い直したり、あるいは、社会構成員としての自らの責任を自覚したりといったことを忘れて、それらに対してひたすら偏見や差別や排除の眼差しを注ぐといったことをそろそろ止めなければならない。確かに、われわれ自身が犯罪による被害者として直接的に苦痛を感受せざるをえないだろうということから生ずる不安感や現実にくうなった時に生ずる憤り、犯行にもかかわらず犯人が以前と同様に苦痛から自由であるとすれば当然そこに生じざる

をえないであろう不公平感といったものが、われわれの側において刑罰を要請する根拠となっている。それらの不安感や憤りや不公平感は、アリス・ミラーの言う「闇教育」の成果として、直接の加害者のみの責任をひたすら追求することによって解消するものだと思ひ込んできた。加えて、われわれは、犯罪(者)を蔑視し、排除するこの社会において、そこに支配的な価値に自らを沿わせるよう努めながら安全にかつ愉快に生きそしてさまざまな利益を得てきたのであって、自己否定に通ずるようなそこでの自己の責任を自覚することなど並み大抵のことではないのかもしれない。これらの諸事情が相俟って犯罪や犯罪者の蔑視と同胞としての自己の責任に対する不感症を支えてきたのである。これらのことを克服するのは容易でないが、われわれの思ひ込みと偏見を一つずつ取り除いていくしか道はない。

刑事責任は意思に対して問われなければならないが、それは全体としての意識を対象とすべきである。そのような構成は責任を問うべき対象と程度の拡大をもたらし、刑法の謙抑性に逆行することになるように見えるが、それは従来の帰責の方法を再編成することを意味するのであって、ある面では拡大し、別の面では軽減されるという形をとる。つまり、当該行為者に負担させるべき責任を超えて過度の非難を加えるべきでなく、場合によっては、家族やその周囲の関係者にも拡散させるべきであろう。罪刑法定主義の制約上、もしそれが不可能であれば、行為者以外の者に帰属させるべき責任を除外して、残りを行為者に負担させるべきであると考えるか、行為者への責任を相対化して、一定の留保をおいて非難すべきだということになる。責任主義の原則にたつて刑罰が量定されなければならないが、予防や再社会化といった目的は考慮の外におかれる。具体的な処遇や処分において、本人が求める時には、生活指導や職業訓練や教科指導やカウンセリングが実施される。その際に、当該行為者の自発的意思を可能なかぎり尊重すべきであつて、強制や管理は収容して、そこでの秩序を維持するに必要最低限のものに限られるべきであろう。しかも、

## 説

施設にとどまらず、司法機関全体において、被疑者や被告人や受刑者に対しては対等の人格として尊重する態度が貫いていなければならない。

## 論

## 注

- (1) 一九九四年三月五日午後七時三〇分、NHKテレビ、BKテレビ開局四〇周年特集「時の歌・エンターテインメントの四〇年」での発言。
  - (2) 朝日新聞、一九九四年三月六日朝刊。
  - (3) 学者やジャーナリストなどによる研究、著書は数多くあるが、ここでは最新のものとして、「甲山事件」における問題点を自己批判を込めて指摘したものを参考として挙げておく。木部克己（元毎日新聞記者）『犯人視という凶器』、一九九三年、あさを社。
  - (4) 一例として、参照、安土茂、『出所後の殺人者たち』、一九九四年、第三書館。
  - (5) ホームレスについては、例えば、参照、金子雅臣、『ホームレスになった―大都会を漂う―』、一九九四年、築地書館。
  - (6) 米川正夫訳、『ドストエーフスキー全集14、作家の日記（上）』、河出書房、二〇頁。
  - (7) 同。
  - (8) 同書、二二頁。
  - (9) アリス・ミラーの著書の翻訳は、本稿で取り上げた『魂の殺人、親は子どもに何をしたか』（一九八三年、山下公子訳、新曜社）の他に、『禁じられた知、精神分析と子どもの真実』（一九八五年、同訳、同）および『沈黙の壁を打ち砕く、子どもの魂を殺さないために』（一九九四年、同訳、同）がある。彼女の知見を参考にしつつ、保護観察官としての経験をまとめたものとして、青木信人氏の『感情』をなくす子どもたち（一九九二年、青弓社）および『家族崩壊と子どもたち』（一九九三年、同）がある。その他、川名紀美、『親になれない、ルポ・子ども虐待』（一九九二年、朝日新聞社）がある。
- さらに、最近、親による子どもに対する家庭内暴力がジャーナリズムにおいて取り上げられることが多い。もちろん、子どもの虐待防止については以前から重要問題として論じられ、子どもの権利として法的保護を及ぼすところまでできていること



は周知のことである。ただ、最近の特徴は、虐待された子どもによる再虐待に焦点を当てていることである。その一例として、朝日新聞は、一九九四年三月三〇日から同四月五日にわたって特集「親たちの家庭内暴力」を編み、それに対する読者の反応を同四月一四日から一六日の三回にわたって掲載した。その特集記事のなかに、例えば、四歳の息子を階段から突き落としたり、脚にアイロンを押しつけて火傷させた母親も、かつては、その親から夜尿症のことで腕をもって振り回され放り投げられたことがよくあったとか、別の母親は自分の子どもを、かつて自分が親から罵られた時の言葉と同じ言葉をつかって罵っているのに気づいたといった述懐がある。同じ記事のなかに、子どもに対する暴力や虐待について、民間団体の「子どもの虐待防止センター」（東京都）事務局長の精神科医、斉藤孝氏の興味深い談話が見られた。「育児に疲れてつい手を出すように思われがちですが、実は虐待する親の多くが子供のころ親に虐待されている。中にはひどい暴力を受けたのに、『あれはしつけどった』などと親を美化して、虐待されたという自覚のない人も多い。こちらの方が無意識に暴力を正当化しているのだから、自分も子供に暴力をふるいやすく深刻です」。また、同センターのある相談員は、子どもに暴力をふるう母親について、「みな、母親なら子供をいとおしむのが当たり前という『母性神話』に追いつめられている。歌を歌え、絵本を読め、母乳を与えろといわれ、できないと夫や親、教師、保健婦から母親失格と決めつけられる。やり場のない怒りが子供という相手に噴出するのです。十分に愛された経験のない人に、愛することを強いることは残酷なことです」と語っている。

(10) アリス・ミラー、『魂の殺人』、三〇四頁。

(11) 同書、八二頁。

(12) 同書、一八九頁。

(13) 『魂の殺人』は、冒頭に「いわゆる『闇教育』という章（三一―一五頁）をもうけており、この言葉はキー・ワードをなしている。その詳細な意味は同著にゆずる（特に、七三―七五頁）」としても、道徳上の徳目や生活上の規則を早期に条件づけることによって自分に起こったことを気づかなくさせる「教育」方法と言えるかもしれない。例えば、「大人は、自分が面倒を見てやっている子どもの支配者である」といった観点や、「義務感によって愛情が生まれる」とか「子どもの求めに応ずるのは間違っている」といった内容を幼い時期から「しつけ」として教え込むものとされている。

(14) 同書、二六一頁。

(15) 同書、二六二頁。

- (16) 同書、二七〇頁。
- (17) 同書、三二五頁。
- (18) 同書、「まえがき」vii頁。
- (19) 参照、『判例時報』、一三三二二号、三八—九頁。
- (20) 参照、同、三九頁。
- (21) 責任刑の量定に際して、どの範囲の事情を、どのように(刑罰加重的にか、減輕的にか)考慮に入れることができるかという問題は、現在、多くの議論を呼んでいる。例えば、ごく最近の研究として、川崎一夫、『体系的量刑論』、一九九一年、成文堂。所一彦、「刑の量定」、『刑法基本講座、第一巻、基礎理論・刑罰論』…岡上雅美、「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(2・完)」、『早稲田法学六九巻一号』、一一頁以下。林美月子、「量刑事情と評価方向」、『神奈川法学二七巻二・三号』、一三五頁以下。ハインツ・ミューラー・ディーツ(吉田敏雄訳)、「量刑と結果指向」、『法学研究二八巻二号』、一八一頁以下。中村秀次、「刑の量定—アメリカ量刑改革におけるオレゴン・パロール方式」、『熊本法学六六号』、一頁以下などを参照。
- (22) 森永ドライミルク事件についての高松高判昭和四一・三・三一、『高等裁判所刑事判例集』、一九巻二号、一三六頁。
- (23) 徳島地判昭和四八・一一・二八、『判例時報』、七二二号、七頁。故藤木英雄博士が危惧感説を積極的に展開し、この判決の理論的支柱となったのは周知のところである。
- (24) 堀内教授は、非難可能性を基礎づける他行為可能性を「当該具体的状況の下において一般人には他の行為が可能であったから、行為者も他に行爲『すべき』であったという意味に解」す他ないとして、そうだとすれば、非難可能性の実体は「きわめて空虚である」と指摘している。堀内教授は「空洞化された責任概念」を実質的に補充するために「予防目的」を持ち込む。参照、堀内捷三、「責任主義の現代的意義」、『警察研究』、六一巻一〇号、他。
- (25) 意識野には、結果を支配する意思が存在しないからである。
- (26) 参照、丸山圭三郎、『欲動』、一九八九年、弘文堂。同、『生命と過剰』、一九八七年、河出書房新社。
- (27) もっとも、「潜在意識」という言葉を用いて故意を認めた判決はある。例えば、大津地判昭和三九・九・八、『下級裁判所刑事判例集』、六巻九—一〇号、一〇一—一六頁以下。それによると、「意識上あるいは潜在意識下に自車が同巡査に衝突し、重傷を

与えるかまたは死に至す危険性を充分認識しつつも、逃走したい一心から同巡査の生命身体に対する危険を顧慮することなく、あえて同巡査めがけて自車を突進せしめたこと……」として、未必の故意による殺人を認定した。これは、行為自体が定型にかなりの危険性を有しているという観点からも十分に故意を認めることができるものである。

(28) 沢登佳人、『刑事法における人間の虚像と実像』、一九七六年、大成出版、六二頁。

(29) 同書、六三頁。

(30) 同。故意と過失の相違について、沢登教授は次のように述べている。「彼(ドライバー……佐藤)は承知の上で人身事故惹起の危険を敢えて犯し、その結果予期通り婆さんをしき殺したのだ。彼のこの行為には、構成要件の結果への因果的進行に対する目的支配が現実存在していたのである。その点では過失致死と故意の殺人との間に、異なる所は何ら存在しない。違うのは、致死の危険性が、過失致死より故意の方において遙かに大きい、または危険性の大きさはそれほど違わなくても致死の結果を惹起する手段としての定型性が、過失致死より故意殺の方において遙かに大きい、ということだけである。同じ構成要件の結果を惹起する故意犯と過失犯との違法性の大きさの違い、したがってそれぞれに対して科せられる刑罰の重さの違いは、正にそこから来るのである。」

(31) 同。

(32) 過失を存在論的に捉え、「すべての過失は認識ある過失である」とする沢登教授の見解には傾聴すべきところが多い。参照、沢登佳人、「すべての過失は認識ある過失である」、「刑法と科学、法律編、植松博士還暦祝賀」、一九七一年、三二―一頁以下。

(33) これらの事情が背後にある場合には、行為への関わり方に応じて、責任能力に影響して責任の有無に関係したり、故意論や行為論にも関係すると考えられる。参照、林美月子、『情動行為と責任能力』、一九九一年、弘文堂。意識障害をともなわず、激情行動とも言えないような場合にもそれらの影響を無視することはできないと思われる。それらは刑の量定において行為前の事情として考慮に入れられることがあるか疑問である。特に、社会的にも必要であり、好ましいものと考えられているような「闊教育」による精神的外傷である場合にはなおのこと司法機関の視野に入り難い。行為者本人の残虐性を裏づける事情と解されることになるのかもしれない。現実的には、これらのことは、主として、収容施設において考慮に入れられるべきであらう。心理療法の道を開き、過失において心に受けた深い傷、耐えなければならなかった暴力や憎悪を絵画や彫刻などによって創造的に表現する機会を与えることによって、それらを犯罪の方法でやっつけようとする欲求を鎮静化することができ

るのではないか。これらは、もちろん、強制によってなされるものではない。

(34) 柳本正春、「再犯率とは何か」、『刑法雑誌』、二六卷三―四号、二五頁。

(35) 参照、同、三五頁。

(36) 同、四三頁。

(37) 参照、同、三七―八頁。

(38) ドイツにおいて主張され始めたこの理論に関するわが国の研究は、数多い。例えば、田中久智、田中りつ子、「積極的一般予防論に関する一考察」、『名城法学別冊、西山教授還暦記念』、一九八八年…井上大、「刑罰目的としての特別予防と一般予防―その再検討」、『専修法学』、五〇号、他。

(39) 刑罰は、事実として多くの機能を果たしていることは言うまでもないが、合理的な理論構成を企てると、そのいずれかを重視せざるをえず、そうすると、概して、過剰なものになったり、不十分なものになったり、片寄ったりしがちである。犯罪に対しては社会的な非難を加える他ないが、刑罰は社会的均衡の回復や法の威存の確証ということで足りると思う。その観点から見た時、ここにあげた範囲での刑罰論は大きな相違はないと思われるのである。もちろん、個々具体的な処分や施策が原則に基づいて構成されなければならないのであるから、相違がないと言うのは誤りではあるが、教育しようとか、懲らしめようとか、邪悪で劣等な奴らだから排除しようとかいったことを内容とせず、受刑者を独立対等な人格として尊重するような、例えば、スポーツ競技におけるルール違反に対する制裁のような、退場やしばらくの出場停止といったものと比定できるような刑罰を構想することはできないだろうか。犯罪へと向かわざるをえなかった自己の内にある傾向性の克服はあくまでも本人の自主性、自発性に基づくものでなければならない。罪悪感や後悔の念はもとより、自己の変革は強制できるものではない。カウンセリングや心理療法や精神分析は、本人の要求がある時にはいつでも応じられるように整えておくべきだと思う。収容施設の現実には、そのような方向にはなく、むしろ、管理や強制が横行しているという報告をよく聞く。それは、おそらくは、施設側と受刑者側とのあいだに受刑ということについての意識に大きなズレがあるからだと思われる。受刑者にとって、施設で行われることは、基本的に「苦痛」であることを拭えないと思う。例えば、参照、「七〇歳死刑囚最後の手紙」、『法学セミナー』、一九九四年二月号。