

おお はら くに ふさ  
大 原 邦 英

学位の種類	法 学 博 士
学位記番号	法 博 第 20 号
学位授与年月日	昭和61年3月25日
学位授与の要件	学位規則第5条第1項該当
研究科・専攻	東北大学大学院法学研究科 (博士課程後期3年の課程) 公法学専攻
学位論文題目	刑の免除序説
論文審査委員	(主査) 教授 阿 部 純 二 助教授 岡 本 勝

論 文 内 容 の 要 旨

一 1975年1月1日施行の西ドイツ刑法総則は、第六〇条において、刑の免除 (Absehen von Strafe) についての「一般的規定」を導入した。

わが国の刑法改正作業においては、改正刑法仮案第七〇条は、刑の「一般的な」免除を規定したが、その後の草案は、刑の免除にかかわる総則規定を定めていない。

そこで、本論文は、西ドイツとわが国との刑の免除の異同並びに刑の免除のもつ刑事政策的意義について検討することを、主たる課題とする。

二 西ドイツ刑法六〇条は、行為から生じた行為者に対する「苛酷な結果」に止目し、そのような結果によって、行為者が主観的にも社会一般の目からみても、既に十分に罰せられている (「自然的刑罰」を受けている) とみられるような場合には、有罪の宣告は行なうが、刑 (法的刑罰) は科さないとするものである。六〇条は、その要件上、「一年以下の自由刑」という限界を付すことにより、刑罰の一般予防的效果をなおざりにしているわけではないが、しかし、刑事制裁における法的効果の個別化を拡大することによって犯罪を克服しようとする刑事政策的考慮に立脚し、処罰の必要がない場合には制裁は許されないとする認識に基づき、とくに行為者に生じた苛酷な結果の救済を目的とするという点において、特別予防的考慮を優先させているということが出来る (第一章第一節)。

わが国の刑の免除も、総じていえば、行為者に対する特別予防的配慮に基づくものと唱えることができよう。例えば、過剰な防衛行為あるいは避難行為に対して、苛酷な刑罰制裁を回避しようとする点において、あるいは、犯罪行為の完成の阻止を目的とし、犯罪の自発的放棄を奨励するという意図のもとに、立法者の政策的意図に応じた恩典（報償）を与えるという点において、また、身分関係の事実的存在を考慮することによって、行為者に特別な配慮を加えるという点において、特別予防的色彩を看取することができよう（第二章）。

西ドイツ刑法六〇条は、その適用においては、行為責任上の観点だけではなしに、行為の結果をも含め、行為と行為者との全体的な考量が施されるため、全ての量刑事由が考慮されるという点において、量刑活動の一場面としての性格を具える、わが国の情状による刑の免除の場合と共通すると称し得よう。

もっとも、六〇条は、行為者自らの行為によって生じた「結果」が行為者にとって「苛酷」であったかどうかということを経験として刑の免除の可否を最終的に判断する点に、その特殊性が認められる（第一章第一節）。

これに対し、わが国の刑の免除は、親族間の特例による場合を除き、行為に対する評価との関連を断ち切ることができない。否、行為自体の評価が、刑の免除の可否の判断に際し、その中心的役割を占めるといっても過言ではない。責任の著しい減少、あるいは、可罰性の消滅を理由とする、わが国の刑の免除は、西ドイツの六〇条以外の刑の免除（行為の当罰性がない場合）に近いと考えてもよいであろう（第二章第一節、第一章第二節）。それ故に、わが国の裁量的刑の免除は、その可否を判断するに際し、「行為」に対する「処罰の必要性」を優先させているのに対し、六〇条は、苛酷な結果を理由として「行為者」に対する「処罰の必要性」を否定するものということができよう。

確かに、六〇条が拠って立つ、処罰の必要がない場合には制裁は科すべきではないとする刑事政策的認識は、必ずしも否定すべきではない。しかし、六〇条は、例外的適用を予定するとはいえ、あらゆる犯罪行為を対象とし、刑の一般的かつ必要な免除を規定する。これをわが国の裁量的刑の免除と比較するときには、法定刑のもつ一般予防的機能を著しく損うおそれが強いということを弁えなければならない。もとより、六〇条を設けたことが、直ちに不当な寛刑化を助長し、社会の法意識の低下につながると速断することは許されないが、少なくとも、裁量的な刑の免除に止めるべきであったのではあるまいか。なぜならば、裁量的な場合であっても、六〇条のもつ刑事政策的意義を保持しようと考えられるからである。因みに、もしわが国に西ドイツのような刑の「一般的な」免除制度を設けるものとするれば、刑事政策上、処罰の必要を認め得ない程度にまで可罰性を減少させる事情の存在を前提とするとして規定すべきであろう（第三章第二節）。

三 西ドイツの刑の一般的な免除と、わが国の裁量的刑の免除とは、その基本を異にする。だが、「処罰の必要性」という視点を重視する点においては、共通性を見える。必要のない刑罰は、可能なかぎり回避されなければならない。不必要な刑罰権の発動は、社会に対して刑罰の苛酷さを印象づけるばかりでなく、遵法精神の崩壊に途を拓くことともなろう。刑の免除制度は、まさに、刑罰の苛酷さを除去し、「過剰な処罰を避け、あるいは刑罰の効果を過剰におよぼさない、という謙抑」の思想に適うものだといわなければならない。

わが国の判例を分析した結果によれば、情状による刑の免除においては、行為者に対する特別予防的要素より、むしろ、行為の評価という一般予防的側面を重視する傾向が看取される（第二章参照）。統計上、わが国における刑の免除制度の運用が極めて抑制されている原因は、裁判官の強い一般予防的意識に支えられている点にあるとみることも可能であろう。しかしながら、犯罪者に対する広義の「処遇」に関して裁判官が施す刑事政策的判断の重要性に思いを至すときには、わが国における刑の免除制度、とくに裁量的刑の免除制度は、行為者の改善更生への契機を強調し、刑事法の「温情主義」を高調するに止まらず、刑罰における謙抑主義を具現すべき制度として、積極的な活用をはかるべきであろう（第三章第三節）。

## 論文審査結果の要旨

わが国における刑の免除の制度につき、西ドイツの刑の免除（Absehen von Strafe）と比較したのち、個々の規定ごとに適用判例をひろく収集、分析し、その一般的性格を導出するとともに、刑事政策的意義の検討に及ぶ。わが国に未だ文献のない領域に関する貴重な業績であり、資料の読解・分析、行論の進め方ともに適切であり、博士論文の水準に達したものと認める。