



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑罰の正当化根拠についての一考察：コミュニケーション・改善・市民的制約
Author(s)	福田, 直樹
Citation	北大法政ジャーナル, 23, 81-114
Issue Date	2016-12-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63838
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_No23-3.pdf



刑罰の正当化根拠についての一考察

—コミュニケーション・改善・市民的制約—

ふく だ なお き
福 田 直 樹

目 次

序 問題状況	83
I. ドイツにおける議論	83
1. 積極的一般予防論の台頭	83
a. ヴィンフリート・ハッセマーの見解	83
b. ギュンター・ヤコブスの見解	84
2. 応報論のルネサンス—ミヒャエル・パヴリークの見解—	86
3. ヴォルフガング・ナウケによる「学派の争い」自体への疑義	87
4. クラウス・フェルディナンド・ゲルディッツの民主主義的刑法観	89
II. 日本における議論	92
1. 今日の応報論	92
a. 高橋直哉の分析	92
b. 中村悠人の見解	93
2. 特別予防論	94
a. 宮本英脩の見解	94
b. 高山佳奈子の見解	96
III. 検討	98
1. 現代国家における刑法の在り方	98
2. 応報論の目的?	99
3. 積極的一般予防論の意義と限界	99
4. 特別予防論とその制約	101
結 国家・科学信仰の対立軸としての市民的な制約原理	104

序 問題状況

本論文では、正当化されるべき刑罰とは何かについて検討する。刑法とは最終手段（ultima ratio）であり、その介入は謙抑的でなければならない¹。しかし、今日において「体感治安の悪化」や犯罪の国際化が叫ばれる中で刑事立法は、秘密保護法や違法ダウンロードの刑事罰化などといった新たな規制類型を設け、或いは2004年の刑法重罰化改正や危険運転致死傷罪新設など、厳罰化の流れにある。こうした中で刑法は初動的手段（prima ratio）と化しつつある²。こうした現代型の犯罪に対して、一貫した筋道を以て対応する必要性が今日益々高まってきている。近時の刑法における議論においては、応報論のルネサンスと呼ばれる応報論の再興や、積極的一般予防論の発展などといった進展がみられる。こうした議論の発展を適切に検討し評価するためには、そもそも何故刑罰を以て人を罰することが正当化されるのか、すなわち、国家が市民に対しての処遇の中で、何故特に「刑罰」という制裁が科されなければならないのか問われる必要がある。それに答えるためには、全法秩序的な観点の下での刑罰の役割の分析が重要となるだろう。

そこで、まずは日本の刑法が大きく影響を受けているところのドイツでは刑罰の意義がどのように捉えられているのか、その有力な議論を概観した後、それを受けた日本の議論状況がどういったものかを検討する。その中で、刑罰は何のために認められるのかを検討することを通して、制裁の一つとしての刑罰の意義とその限界を探究することを試みる。

I. ドイツにおける議論

1. 積極的一般予防論の台頭

カントに端を発するドイツの応報的な刑罰の基礎づけは旧派として、新派との「学派の争い（Schulestreit）」を繰り広げてきた。第二次世界大戦の直後はナチスに対する反省の下で行為責任

を導く応報刑論が採られたが、それは刑法の倫理的色彩が強いものだった。こうした系譜の1962年草案に対しては、特別予防に重点を置く対案グループによる1966年草案が対峙した。そこでは、ウルリッヒ・クルークがかの有名な「カントとヘーゲルからの訣別」³で主張したように、応報刑を全く否定し、刑法を法益保護と行為者の社会復帰に役立つものと解さなければならないとされた。しかしながら特別予防論的な試みは、実証的な結果が得られなかったこと、刑務所の過剰収容、刑務所による悪風感染と再社会化の困難などといった問題が指摘されて下火に至った。また、環境や経済などといった問題へ対応するという法益の抽象化が個人の改善を志向する特別予防論に合致しないとされ、そこに台頭してきた一般予防論は現在でもドイツにおいて有力な見解である⁴。

ここに言う一般予防論は、見せしめのために処罰をすることで犯罪を予防しようという、フォイエルバッハに代表されるような消極的一般予防論（抑止刑論）ではない。消極的一般予防論は人を威嚇の対象と見るにすぎず、それは人を犬のように扱う理論であるという問題や、経験的にその効果を証明することができるのかといった問題、また、概念的基盤や自由権的な考慮との兼ね合いの問題が指摘されている⁵。今日有力なのは、世人に対して規範を確証することで犯罪を予防しようという、積極的一般予防論である。積極的一般予防論とは、法秩序への信頼を確保することで法規範に従った行為へと動機づけようというものである。

a. ヴィンフリート・ハッセマーの見解

積極的一般予防論の代表的論客の一人としては、ヴィンフリート・ハッセマーが挙げられる。彼にとって刑法とは威嚇ではなく、法律とその適用が理性的であると信頼できるものであるという認識に依拠するものであり、規範の一般的な妥当性に対する合理的な信頼としての法的忠誠（Rechtstreue）によって人権を擁護するための社会的なコントロールを為すべきものであるとさ

れ、またそのために規範確証が求められるという。すなわち、規範違反があればそれに対して刑罰を科し、その違反が価値のないものであることを示すことで妥当を回復するというのである⁶。

彼によれば、人が隣人を殴らないのは刑法典の禁止を考慮してではなく、社会的な禁止規範それ自体が我々の中に深く入り込んでいるためである。すなわち、法典の禁止によってではなく、社会的な禁止規範が行為を正しい方向へ導くのであるという⁷。そのため、国家の刑罰はコミュニケーションとして理解されるべきであるとされる。それは上から押し付けられたものではなく、市民は自らが規制主体でもあり、また、その逸脱に対しては自ら地位を失う危険がある受託者（Beauftragte）でもある。そのために上から押し付けられたものとしての威嚇は、立法者としての地位から市民を遠ざけるものであって、それは民主的な構造に合致しないために許されない⁸。刑罰には経験的な正当化が必要であり、予防的目的の追求は不法や責任に均衡する範囲内でのみ可能であるとされる。そこでは受刑者が刑罰基礎づけの中心にあり、刑法にとって重要なことは、国民の理解の同意を得ることにある。ハッセマーは、こうした民主主義的で人間の尊厳を基調とした刑法を、「我々の刑法」と呼ぶのである⁹。

そこで重要とされるものが比例性（Verhältnismäßigkeit）である。比例性は憲法上裏付けられた原則であり、刑法においてこれは伝統的に「責任原則の制限的な機能」として現れるという。そしてこの機能が被告人に対しての刑罰を科すその作用の上限を画定することによって、予防論は維持可能なものとなるというのである¹⁰。比例性の原則は公法のあらゆる領域に妥当し、特に目的達成のために用いられた手段の評価を要求する。比例原則には二つの命題がある。第一の命題は、何らかの利益が対立するという場合においては、あらゆる他の価値が犠牲にされなければならないということである。その第二は、ある高次の財に対してであつてもいかなる財が犠牲にされなければならないかが問題とされるのではなく、

相対立する財産の全てがそのつど尚可能な限り実現されるように互いに制限されなければならないという最適化の原則であり、これこそが価値多元主義における比例原則の統合を意味するという。そのために比例原則は保安や改善に対する処分だけではなく、あらゆる刑罰においても決定的な役割を持つものでなければならないとされる¹¹。そこでは比例原則のみが社会の不合理な応報要求から距離を置き、その要求を価値合理的な体系の内部における要素として評価することができるのであり、責任主義はそのような形での応報要求を支持しなければならないとされるのである。比例原則は現実の解決策を志向するものであり、法益保護のみを考慮する。応報要求が支持される場合とは、それが沈静化されないことで法的平和や法益保護が失われる場合に考慮され得るというに留まるのであって¹²、その意味でそこにおいて検討される応報というものはあくまで目的的なものであるといえよう。ハッセマーにとって刑法は特に矢面に立つ位置づけを占めるものであるだけに、万能薬視されることで多用され希釈化されてはならないとされる。そのために、中核刑法以外の社会侵害の周辺領域はその他の介入法に委ねられるべきであり、刑法による介入は限定的でなければならないとされるのである¹³。

彼の見解に対しては、積極的一般予防論の依拠する合目的な刑罰の伝統は刑罰を制約する力を弱めてしまう恐れがあり、刑法において絶対的なものが存在しない以上刑法の限界づけは社会統制の手段の一つに過ぎず、刑法家の行う任意の自己決定にすぎないために刑法に確固たる限定を与えないと批判される¹⁴。また、ハッセマーは中核刑法に刑法の適用領域を絞ろうとするが、そこには何が含まれるのかが不明であり、結局は問題を刑法の領域から追い出したに過ぎず、そもそも何故刑法というシステムで対応しなければならないかという理由が不明瞭であるとの批判がある¹⁵。

b. ギュンター・ヤコブスの見解

積極的一般予防論の代表的論客としてもう一

人、ギュンター・ヤコブスがいる。彼にとって刑法は機能主義的なものである。その目的は規範的アイデンティティーの保障、すなわち国家、社会体制の保障であり、その機能は社会のアイデンティティーを確証することにある。そこで犯罪は瑕疵あるコミュニケーションであると解され、社会は規範を維持するという自己確認・確証のために刑罰を科すとされる。ヤコブスは、こうした積極的一般予防を経験的に考察することは理論の本質に合致しないとする。なぜなら、こうした反応が行われる場合には常にコミュニケーティヴに規範の妥当が再確認されるのであり、アイデンティティーの確証は手続の効果ではなく意義であるために経験的に把握できないというからである¹⁶。

ヤコブスは特定の規範体系を想定していない。彼にとって規範の内容は偶然的なものであり、法規範の妥当とは、制裁という手続を通して規範違反者によって為される「規範が妥当していない」という主張に対し、そうした主張は当該社会の基準にならないと確証することである。そこでは主体は所与のものとして存在せず、社会によるコミュニケーションによって存在することが可能となるものであるとされる¹⁷。彼は、コミュニケーションには道具的コミュニケーションと人格的コミュニケーションの二種類があるとし、法的コミュニケーションにおいては後者によって市民は法律上の人格（Person im Recht）とされるというのである。道具的コミュニケーションとは、自分を中心となり世界を秩序付けるものであるとされるが、自分自身に対置すべきものがないために自分自身を把握することができないとされる。主体となるためには他者が必要であるとされるが、道具的コミュニケーションにおいては客観的世界さえ存在しない。そこでは他人が従属すべきであるとされ、その逸脱は「欠陥」とであると定義されるような広義の規則＝標準により世界が定立される。それに対して人格的コミュニケーションは、他者との関係を前提とする規範の下で自己理解を可能とするもので、そういった規範こそが狭義の社会規範であり、そこでは主体の平等性が前提とされ

る。そしてこの規範は、個人の単なる選好に依拠せずに規定されるために客観的なものである。世界は必然的に常に現行規範やその枠組みに限定され、主体は社会に限定づけられる形でしか人格（Person）＝役割の担い手として現れない。そのため、非道具的コミュニケーションは人格的コミュニケーションであるという。すなわち、主体が人格であるのは役割を演じるからであるというのである。しかし人格的コミュニケーションと道具的コミュニケーションのどちらが圧倒しなければならぬというのではなく、人格的領域においてのみ機械的な情報が排除されて規範的な予期が存在するのであるから、それぞれの区別が重要であるとするのである¹⁸。その上で、責任によって判断されるものは主体（ein Subjekt）ではなく、法を尊重することが役割である人格（eine Person）であるとされる¹⁹。

かくして社会と主体は関係を有さなければならないが、個人と社会はいずれかが上位にあるわけではない。主体は社会の前提条件でありながら社会の帰結でもある。そして、機能的な見地から問題となるのは社会の自己維持力だけであり、民事的な措置へと刑罰を後退させることは、刑罰請求権の危機だけではなく公共の危機であるとされる。彼が着目するのは刑法の機能的側面である。そのため、個人の尊厳を損ねるような「テロと化した刑法」や奴隷社会によっても規範の保護が行われることを認める。そこでは一定の形態の社会が維持されなければならないとはされていない。そのため、自由権が削減されるとしてもそれは政治的な問題であり、刑法はそれに対して無力であるというのである²⁰。刑法は個々人の意識の中ではなくコミュニケーションの中で役割を果たすのであり、社会は主体を人格にする。ヤコブスにとってこうした刑法観の主張はそうであるべきだという主張ではなく、そうであるという主張なのである²¹。

ヤコブスのこうした機能的分析は、彼が依拠するところのシステム論の提唱者であるニクラス・ルーマンの言う通り、「正当化する

(rechtfertigen)」ことには関わらない²²。法社会的な観察の言明は、それ自体では法解釈における正当化を可能としない²³。経験的確証が不要であるというのは刑法の機能・作用がそうであるという限りにおいて正しいかもしれないが、それが正当化され得るものかという問題とは別であることには注意を要する²⁴。また、経験的確証を不要としながらも、民事的措置へと刑罰請求権を後退させることが公共の危機であるとして批判的に捉えることは、経験的確証を不要とするヤコブス自身の見解と合致しないばかりではなく、経験的確証を必要とするとしても疑問である。何故なら、そもそも規範に反対するコミュニケーションに対する処遇は刑罰だけに限られる必然性はなく、こういった処遇でもそうしたコミュニケーションを果たすものであるというならば非刑罰的処遇を否定する契機が存在しないはずである。また、仮に経験的に民事的制裁の効力が劣ると置き換えて解釈するとしても、場合によっては民事的・行政的処遇の方が感銘力が高く、確証する力が劣るとは偏に言えないであろう。実際に古代ローマやイギリスでは刑事裁判において市民が非常に大きな役割を占めていたはずであり、刑事制裁よりも行政許可取消の方が致命的な影響を受ける場合も少なくない。そのため、経験的確証を必要としようとも不要としようとも、彼の見解においては刑罰が必然的な前提とされている嫌いがあるように思われる。結局機能的刑法観が語り得ることとは、刑法規範がコミュニケーティヴな役割を果たすものであるという以上のことではなからう²⁵。また、国家自身も法的主体であることに鑑みれば、国家という人格が考慮されなければならないだろう。そこから、その社会における国家が負わなければならない責務に依拠した理論が、その社会ごとに構築され得るはずである。

しかしこうしたヤコブスの機能的な分析は、制裁の在り方を考えるのに非常に大きな道標となる。そして、ヤコブスの規範的确証に注目する見解の中には、実はヤコブスの見解は今日におけるドイツ応報論と近いものがあり、むしろヤコブス

を応報論に分類する見解もある²⁶。そこで次節では、ドイツ応報論の展開を素描する。

2. 応報論のルネサンスーミヒャエル・パヴリークの見解ー

ドイツでは応報論が今日もその有力さを保ち、応報論のルネサンスと呼ばれる状況にある。ここではその代表的論者の一人である、ミヒャエル・パヴリークの見解を簡単に眺めてみよう。

パヴリークは、予防論は過去の犯行に対する盲目性のために回顧的視点とは縁遠いものであって、危険性のみが問題とされる点に問題があるとする。重要な原理である責任原理の基点は過去にあり、責任非難は行為者と市民との間における規範的平等性に依拠するものであるという。消極的一般予防論は自らの能力を適切に使用しないことが賢明ではないということしか意味しないはずであり²⁷、特別予防論では現実に罪を犯すような状態であること自体が帰責の対象とされ、積極的一般予防論についても規範の方向付け作用に対する社会的信頼の維持に必要なものに依拠するために責任概念は帰責の型を表現する補助カテゴリーにすぎないものとなり、これらいずれの観点においても責任「非難」としての観点が欠くとして批判するのである²⁸。

そこで彼は応報論に着目する。彼は正義を、人倫の力の支配が人倫の王国の中で維持されることに求める。そこでは犯罪が裁かれることとは、それによって人倫の秩序そのものが主人であることを表明することであると考え。それにより法共同体は、法に服する者は全て平等であるという原則に効力を与え、その意思を強固なものとするのである。パヴリークにとって犯罪とは、犯人による法共同体に対する協働義務違反であって、それにより法共同体と行為者との関係が問題となるのである²⁹。

パヴリークにとって人間は単に生を有するものではなく、生を営むものである。しかしどういった社会で生を営みたいかについての表象は既存の枠組みから展開されるものであって、内面から自

発的に生み出されるものではない。そういった内的・外的条件に依存しながらも、自己決定の特色は支配者と被支配者の同一性にある。自己決定とは自己の価値確信と目標という指標に従って独自に定めるものである。機能的に分化された今日の社会において個人が果たすべき役割は分離可能となっており、それ故に彼自身のアイデンティティの問題と、要求の多い協調と統合の任務とが課され、個人はそこにおいて自己の生の主体として理解されなければならないとされる³⁰。法、とりわけ刑法は、あらゆる者が自己の生を自己の洞察に従って生きるための前提であるところの、不安による萎縮や他者による抑圧的な決定から侵害されない自己固有の現存性（Dasein）の形成を保障することを主たる任務とする³¹。また、自己決定の民主主義的な側面についても、憲法上予定されている刑事立法者の形成の余地を自由論的に省察するのであれば、それは真に高く評価されるべき市民的自由の表れであるという³²。

彼の応報論は、市民のあらゆる不法に対して刑罰を科さなければならないというのではなく、単に刑罰を科すことを可能にする理論であって、これは日本でいうところの消極的応報論と通じるところがある³³。パヴリークにとって刑罰が科されるのは、自由であるという現存の状態の維持に協働するという、市民が法的共同体に有する義務に違反することにその根拠がある。その上で彼が尚も市民であり続けるために、自由の秩序の維持という責任が一次的な履行義務から二次的な受忍義務へと変化し、刑罰という自己負担により共同義務の履行と自由の享有との相互連関が確証されることで共同責任につながとめるものが、市民としての地位を保つ市民刑法（Bürgerstrafrecht）であるというのである³⁴。

これには「法の縮減（Rechtsminderung）」としてのモメントが内在する。規範の確証というメッセージが信じられるためには、見てわかるような害悪でなければならないのである。処罰は規範の信頼性の強化のために引き合いに出され、現実の自由の現存状態の攻撃をすることで自らの自由を

自ら奪う事が示されるのである。そのため、規範逸脱が例外的なものとなれば犯罪が孤立したものとなり刑罰がそれだけ軽くなるが、共同義務の履行と自由の享受のつながりの説得的な媒介のためには刑罰は保持されなければならない。また、刑量は不法の程度によるのであり、その判定は、自由侵害の範囲と自由の秩序に対する行為者の不忠誠の程度で測られるという。前科についても応報論的な刑罰観から、法の不承認を明確に示す犯罪的キャリアの構成要素であるとして刑量加重を否定しない³⁵。

こうした観点はもはや目的を有しないという意味における「絶対的応報刑論」ではないが、刑罰を自由の条件の保障と結びつけようという試みの下、犯罪行為と刑罰の連関が内在的であることを示そうという点において応報論であるといえろし、その意味でこの見解は「自由論的に基礎づけられた応報刑論」とであると評する向きもある³⁶。こうした自由論的風潮の尊重や市民に重点を置いた観点それ自体は、リベラルな法学の在り方として非常に重要である。しかし、パヴリーク自身が認めるように、法益の思想の内容は無内容であり、その内容は所与のものではない³⁷。これと同じように、応報論それ自体が制約の力があるのか、理論そのものではなくむしろそれを主張する法学者自身のリベラルさそのものがこれを支えているに過ぎないのではないかという疑念があり得る。そこで、応報論と予防論そのものが志向しているものが本当に違うのか、抜本的に問い直そうというのが、次に見るナウケの見解である。

3. ヴォルフガング・ナウケによる「学派の争い」自体への疑義

こうした応報論と予防論の争いは、19世紀末から行われてきているものである。これに対して、実は両者は共通する政策目的を有し、刑罰権を行使する国家権力へ接近するために競争していたのであり、学派の争いの妥協というものは実際のところ、応報的な禁圧と再社会化志向の予防との間における権力的な総和物ではないかとするのが、

ヴォルフガング・ナウケである³⁸。

まずナウケは応報論について、目的中立的な応報と目的を伴う応報の二つがあるとした上で、目的中立的で純粋な応報はカントのものだけであるとする。しかしながら、カントに基づきながらも合目的な刑法を構築しようとしたときに学派の争いは起こるのであり、そして現実には、合目的な刑法がカントに依拠して成り立っていると指摘する。刑罰において規範の確証や安定化という目的があることは、ビンディングを初めとした古典学派においてすでに垣間見えるものだったのである。応報は法律侵害に対する必要な処罰であって、それは規範を強化する効率的な手段とされている。そしてナウケは、合目的な応報は合目的な予防との間に、原理的な違いがないとはっきり言っている。両者はいずれも等しく将来を志向し、目の前に在る国家を将来的に安定化することを望んでいるというわけである³⁹。

そして、古典学派と近代学派の両者がともに刑事政策の在り方を巡っての争いを繰り広げているにすぎないという点については、ビンディングとリストの双方が、「刑法は法益保護である」という命題を支持していることを参照している。法益とは、内容的に変化し、不足部分を補充し、要保護性が無くなれば消滅し、革命などによって新たに生成される一過性の構造物であって、法益を限定することはほとんど不可能である。刑罰という保護手段において重要なことは、行為者を強制的に順応させることであり、両者とも「社会の安定化」を目指した政策形態に過ぎない。しかしナウケは指摘する。両学派の問題は、国家を刑罰目的論の側からしか見ていない点にあると。すなわちそこでは、合目的な刑法を制限し、統制する義務を負った国法上の国家論については論じられていない。刑法を常に制限する国家論を技術的な刑罰目的論によって克服する試みは現代にまで及んでいるが、しかしそこには合目的性という限界だけしかないのである⁴⁰。

かくして、古典学派と近代学派は共に、犯罪に対する効果的な闘争を望んでいたものであり、議

論されてきたものは刑罰効果の理論だけでしかなく、両者の間に「深い溝⁴¹」はなかったとナウケは喝破する。そこでは、制御できないものは何もないという楽観視に依拠した国家政策への貢献があったというのである。その例としてナウケはビンディングについて言及している。そこでは法律は規範貫徹のための権力手段であるとされており、ビンディングは罪刑法定主義に反対し、権力分立から導き出されるべき主観的解釈ではなくて客観的解釈を取り、拡張解釈を推奨し遡及禁止原則を評価しなかったというのである。新派のフォン・リストについても同様で、彼にとってもこうした罪刑法定主義の諸原則は興味のないテーマにすぎなかったとし、そうした学派の争いの中では刑事政策を限界づける理論は発展していなかったと指摘する。そしてナウケはこれに対して、モンテスキューやカント⁴²といった19世紀以来の刑法的考察において問題にされてきた、刑法の国法的側面、すなわち、刑法に対する外在的な法的限界づけである、消極的刑法（das negative Strafrecht）が重要であるという⁴³。

彼はハッセマーの理論を検討した後⁴⁴に、刑法の限界づけは社会統制の「手段」の一つでしかなく、刑法家が行う任意の自己限定にすぎず、それは現代的な理論でも変わりが無いと言う。そしてこの限界は積極的一般予防論においても妥当するとして、消極的刑法の形成の困難さを指摘するのである⁴⁵。

こうしたナウケの理解に対して、近時のカントの相対主義的なカント理解から、「カントまたはビンディング対リスト」という学派の争いの図式となるだろうという指摘もあり得るが、ここで問題となっているのは「消極的刑法」と「積極的刑法」の争いであるためこうした批判は本質的な問題ではない⁴⁶。むしろ問題は、消極的刑法をどのようにすれば現実のものとするのかという点にある⁴⁷。ナウケは政治が法治国家的な刑法を侵食してしまうことを問題視し、若い法学者が19世紀から20世紀にかけてのドイツ刑法学史に取り組み、彼らが政治の場面に関与することで法治国家

刑法を守るべきだという。そこでは政治、とりわけ政治家を疑いながら、それを見識ある法学者が制限していこうという図式が描かれている。彼の見解は民主主義に何の期待もしていない。彼にとって法治国家刑法とは正に、政治に対する抑止力なのである⁴⁸。そのために外在的な制約としての規範についての更なる研究が望まれることになる。しかしそれと同時に、確かに目的性という制約は刑法家の行う自己限定に過ぎないかもしれないが、それを内在的な制約として客観化する余地がないか検討してみる余地はなかろうか。

4. クラウス・フェルディナンド・ゲルディッツの民主主義的刑法観

こうした刑罰の正当化の議論の中で、刑法の民主主義的基盤を重要視するのは、クラウス・フェルディナンド・ゲルディッツである。彼は形而上学的な理論は正当化し得ないとし、相対主義的な民主主義的基盤が軽視されてきたことを指摘する。

ゲルディッツは、形而上学的で抽象的な刑罰の正義はその基準や基点が常に開かれたものであって、そのために多くの場合に単なる大衆受けする正義のまがいものの表現として、厳しい処遇の正当化につながるとする。そこで、民主主義的な「刑罰の正義」を人の手の届くものとするために、実証批判的な刑罰理論を求めて行こうというのである⁴⁹。基本法103条2項（法律無くして刑罰なし）は、法治国家の根底を有するものであるだけでなく、それに並び同程度の価値を有する民主主義的な根底を有するものである。そこでは主観的な認識可能性に加え、客観的に構成された秩序との調整も必要であり、議会立法が要求されているのだという⁵⁰。

刑法は法益の保護を第一の任務とするが、憲法から直截に刑罰は導き出されない。法益という価値やその侵害性と、近代的に伝統的とされる刑法の役割のイメージの全体的考察が重要である。そうした考慮において保護のレベルが十分か問いながらも、そこには立法者の広い裁量が認められ

る。刑法は予期された（prospektiv）法益の保護を任務とするのである。すなわちそこでは、一方で侵害された法益の価値と侵害行為の社会に対する有害性の基準が、他方では「その時々生活領域」、すなわち「近代社会における刑法の役割のイメージの発展」の「伝統的な法的規制」の全体的考察が必要になる。処罰に値する不法というのはそれ故に実定的な刑法典のみを通して生じるとされる。刑法は効力を有する法を実現するための特有の制裁装置であって、その機能は特定の振舞いを不法としてマークすることである。刑罰を通して不法を明らかにすることは自己目的ではなく、平和を齎す社会制御の形式化に向けた公共の必要の道具なのである。重要なものは刑法秩序そのものというよりも、むしろその手続である政治的決定、すなわち、民主主義的立法者が制約されることなくしてそのようにしたという「政治的」共同体の「決定」であって、それ故の民主主義的刑法なのである⁵¹。

刑罰的な重要性の付与は議会立法者に独占され（基本法103条2項）、以て民主主義的な方法による制約を受ける。そうした民主主義は内容的には開かれ、その開放性ゆえに絶対的で形而上学的なものを排除する。相対主義は形式的な合法性を重視するのであって、客観的な真実は民主主義的手段の基点でも目的でもない。民主主義は形式的原理であり、自己決定の結果として多数決原理によるものである。そのために内容は必然的に偶然的なものであり（inhaltlich notwendigerweise kontingent）、妥協を前提とする。同時に相対主義は評価を否定するものではなく絶対性に対する批判力を有し、そこでは個人主義に依拠して形式的な要求が重要視されなければならない。相対主義は価値ニヒリズムではなく、手続的な現象にその特有の価値を求める。法の可塑性にこそ、抽象的で一般的な立法における自由の理念の一般的な展開が存在するというのである。個々の民主主義やそこで創出された個別具体的な価値は「期限付き（auf Zeit）」のものであり、永続的なものではない。しかしそのこと自体がむしろ限界を有する人

間の能力に適したものである。その相対性こそが刑罰の可能性を限界づける強みなのであり、内容の相対性や修正可能性は欠陥ではなく、守るべき固有の価値なのである⁵²。

また、刑罰も「目的合理的な決定」にすぎない。憲法的な要求に適合する時、刑罰は正統化され得る。刑法典は具体的な社会の目的を追求し、議会により立法された法にのみ依拠すべきである。その限界づけは法自身の内部にのみある。そこでは議会による随意性 (Beliebigkeit) がある一方で、その随意性は民主主義的な自己決定の実定的な表現でもあり、それは基本法103条2項により要求される刑法の実定性についての厳格な要求に合致するものである。相対主義のイデオロギーとしての民主主義は、個人に法的忠誠 (Rechtstreue) の義務⁵³のみを要求し、道徳やモラル、無欲さに関する義務を要求することはない。刑法は、実定性 (Positivität)、相対性 (Relativität)、偶然性 (Kontingenz) に依拠して民主主義的な決定を行うのである⁵⁴。

こうした前提の下でゲルディッツは、基本法の下での民主主義における民主主義に合致した刑法像を描いてゆく。まず、刑罰の根拠づけは正統化に依拠しなければならない。正統性は民主主義的手続においてのみ確立するのであり、理由の正当さは正統性を導かない。刑罰は民主主義的に構築されるために、必ず具体的な法秩序の存在を前提とする。法益概念には刑罰の目的的な性格を強調し、保護目的の追求をする点において正しさがある。しかしこの法益概念そのものが民主主義的な法の構築物であって、憲法が既に何らかの財 (Gut) の保護を規定した上でそこから刑法が導出されるというのは誤りであると断じる。なぜなら、法益は立法の本質的な任務であり、憲法は法益を守る限りで、衡量 (Verhältnismäßigkeit) の枠において引き出されるに過ぎないのである。こうした相対性のため、判決が「無価値 (Unwert)」を宣言したとしても、それは規範の逸脱から生じた結果であるというに過ぎないのである。刑罰は秩序のためのも

のであり、実定法は随意的で非一貫的で仮初のものである (in all seiner Beliebigkeit, Inkohärenz und Flüchtigkeit) 実定法によってのみ生じる秩序を守るためのものである⁵⁵。

民主主義的刑法は規範安定化の道具である。リベラルな自由主義国家は、人間を在る「べき」ものとしてではなく、「在る」ものとして捉える。民主主義的な立法の特別な負担は、手続や多数決、利己的な修正可能性を通した社会的不完全性や対立、利己的利益の衝突や内なる矛盾などにも「耐えられる (aushaltbar)」ことにその本質があるのであって、個人の自由はここでも、特定のある価値観から一定の距離を置くことによって守られるのである。民法などの規制は、規範の階級としては刑法と同等の階級にあり、刑法は特別な倫理的連帯などを示す必要はない。ゲルディッツは、民主主義的な体系に最も適切なものは積極的一般予防論であり、そこではコミュニケーション論的な論拠のみが重要であるという。すなわち、ゲルディッツにおいても規範違反は法の安定性を損なう紛争である。法は、効力 (Geltung) だけではなく、実践的な有効性 (praktische Wirksamkeit) においても社会規範が受容されていることを求めるのであり、これにより社会規範の安定化に与し、処罰によって社会コミュニケーション的にも正しいと証明されるというのである。刑罰は、単なる従属的な、その時々々の規範の「強化手段」にすぎない (lediglich abhängiges “Verstärkungsmittel” der jeweiligen Norm) のであり、積極的一般予防論は民主主義的な法の偶然性と結びつけられるとする点で、ゲルディッツは積極的一般予防論と民主主義の結合を図るのである⁵⁶。

また、こういった随意的な帰責に対してゲルディッツは基本法が調整をする役割を果たすと言う。刑罰的な帰責は、人為的な偶然性を有して規範的に作られなければならないものであり、民主主義的な基盤は刑罰の基礎づけとなる立法をするが、そこでは「犠牲者の限界 (Opfergrenzen)」が基本法に求められなければならない。刑罰に内

在する制約というものは絶対的応報論によるものしかないが、しかし応報の正しい量や効用はア・プリオリに導き出され得るものではなく、応報論では個人の自由を守ることはできない。それは民主主義的に構築されるべきであり、ア・プリオリでないからこそ、多数決原理という偶然に対する補償としての調整機能を有することができるのである。その際の基点は、憲法的に実定化された自由の理念の基点としての人間の尊厳（基本法1条1項）である。また、他にも要求されるものとして、法的比例原則（基本法20条3項）、刑法的明確性の命令（基本法103条2項）、一般平等原則（基本法3条1項）、そして、自由国家的に構造化された生活状況に加入することを要求するところの地域独自の基本法ドグマティークがある。これら全てが、民主主義的な立法へ向けた均衡（Gegengewichte）として形式化され得る有効な道具なのである。ここでは刑法的な自由侵害の特殊性が考慮されなければならない。敢えて行政法的な処理をせずに刑罰という処遇をとるというその特殊性は、立法という民主主義的な手続の問題でもある。しかし憲法と刑法の距離が遠いその原因として彼は、刑法理論と憲法とが独立してしまっていることを挙げる。公法は刑法のドグマを理解できなくなっているのである。そこから形而上学への逃避が起り、結果が約束された、公法学における刑法の法ドグマ的な再統合論が生じる。そこで彼は、憲法的なドグマから法政治的な批判の正確な層に分けることで、いくつかの議論を客観化させ得るかもしれないとする⁵⁷。

民主主義的な妥協は「理性的」ないし「正しい」法に反する決定をも含み、刑法にとって重要なことは、所与のものとしては何もない。民主主義的な犯罪概念は純粹に形式的なものであり、規定された犯罪類型が肅々と適用されるものであると彼はいう。しかし同時に、刑罰の実定法から外れた最終的な正当化を目指すことには意義があるのだという。そこでは効力を有している法の対を為し、民主主義的な手続から外れた観察者としての役割が、刑法理論に求められる。そこにおいて

は学問的に別立てされた目標が、実定憲法のドグマとして追求される。そこでは民主主義の偶然性と撤回可能性が前提とされ、自分自身が違反をしないかチェックするのである。システム形成は学問的な仕事である。国家の刑罰に対して実定法から外れた最終的な正当化を目指して努力することは不必要なことではなく、偶然性と撤回可能性はシステムに内在するシステム違反に向けた目線を鋭くする。民主主義的な手続は結局のところ、政治的な賢明の規則（Klugheitsregeln）を必要とする。それは効力を要求しないが、理性的な決定の助けとなるのである。法の内容は確かに随意性があるけれども、法は実践的な基盤から随意に変わることはできないのである。このように、伝統化された文化的行為類型の刑法的な帰責の体系から離れ過ぎないのであれば、法は意義あるものとなる。政治的な賢明さは少なくとも、効力を有する憲法の外に基礎づけられる「創造」ドグマティークに関係する。民主主義的な関係システムの内側には、刑法や刑法理論の意味内容に大きな余白が残されている。それに伴って、一般国家理論による刑法理論の（再）統合が可能となるだろうと彼はいう。近代の刑罰正当化の出発点は自由の理念の様々な色合いにあり、民主主義的に基礎づけられるのであるということを考慮するのであれば、刑罰正当化における民主主義的要素の統合は成功するのではないか、というのがゲルディッツの見立てである⁵⁸。

こうして見てきた中で、ゲルディッツは個人の自由から民主主義との関連を前提にし、人間の不完全性に適合したものとしての不完全な刑法に積極的な価値を見出している⁵⁹。これに対しては、ゲルディッツの観点は共同体の目線から片面的に刑法を捉えたものであり、人民の支配による専制が生じ、個々人の権利が衰退することを防げないという批判⁶⁰や、ゲルディッツの解釈では全ての人間の自由の普遍的な保障につながらず、探究される合目的性も、利益の追求を内容とするイエーリング的で経験的な實際上の法の目的でしかないという批判がある⁶¹。確かにここには消極的刑

法としてのソリッドな制約は、直ちには見出し難いかもしれない。しかしゲルディッツは憲法的原理を刑法解釈に用いることについて言及しており⁶²、偏に合目的性のみを考慮するわけではない。彼は同時に、公法の一部として刑法を捉えなおすべきだという傾聴に値する主張をしている。刑法は確かに憲法上の原理に服しなければならない。また、ゲルディッツの、不完全性を常に前提とし自ら偶然性を有した仮初のものであるという常に自己批判的な刑法観についても、特筆すべきものがあると考ええる。しかし、それはツァツィクやナウケが批判したように、そうした自己限定は重要であるにしても、共同体目線のものに過ぎないのではないかということは意識しておかなければならないだろう。

Ⅱ. 日本における議論

1. 今日的な応報論

今日の日本では相対的応報論が通説的な地位を有する⁶³。それは、1970年代までの学派の争いの果ての、応報刑論と目的刑論の歩み寄りの結果であるとされる。しかし、両者の結合体であるとされる相対的応報論において、応報論それ自体が固有の意義を有しているのかが問われなければならない。また、上限としての応報を考える消極的応報論においても、その応報の意義が明らかにされなければ、応報が果たして刑罰の上限としての枠の機能を有するのかがそもそも自明ではないのである。

a. 高橋直哉の分析

この問題について高橋直哉は、目的から離れて応報という価値は独自に刑罰を基礎づけ得るかについて、応報として考えられる類型を6つに分けて検討し、そのいずれも積極的に刑罰を基礎づけ得るものではないとしている。そこで高橋は応報概念の可能な意味として、①タリオの法則 (lex talionis)、②消極的応報、③応報感情、④当然の報い (desert)、⑤フェアプレイ理論、⑥非難とい

う応報概念に分類した⁶⁴。

まず①タリオの法則については、「過去に生じさせた害と同じ害を受けるべきだ」というのは確かに回顧的な関心に基づくが、しかしなぜ「過去に害を生じさせた」ことが「それと同じ害を受けるべき」ことになるのか、また、「同じ害を受けることが」なぜ「処罰される」のか明らかではないと指摘する。タリオは「どのような刑罰を科すべきか」の答えではあり得るとしても、正当化の理由の説明たり得るものではないとして排斥する⁶⁵。

②消極的応報は一般的に、「犯罪を行った者でなければ処罰されない」とか「刑罰は犯罪と釣り合いのとれたものでなければならない」という限定を設けることによって初めて刑罰が正当化されるとする。それは確かに回顧的な関心に基づくが、そこでは応報は処罰のための積極的な理由ではなく、刑罰正当化の必要条件として消極的な役割のみが与えられている。そして問題とされなければならないことは、なぜこうしたことが要求され得るのかということである。結局そこでは、なぜ罪を犯していない者を処罰することが正当化されないのかという答えが、実は展望的に「自由を最大化する」という目的に奉仕することにあると指摘して、ここで語られる応報は、応報と呼ぶには適切ではないとする⁶⁶。

③の応報感情について高橋は、これを、精神的満足を与えるものととらえるのであれば将来的展望に基づくものであり応報と呼ぶには相応しくないとする。また、応報感情が成り立つのは被害感情と苦痛に関係があるためだとしても、報いを受けるべきだと「望まれていることは、そのことの故に望ましい」理由は明らかでなく、しかも応報感情にはその量に多寡があることを指摘する。また、刑罰が、民衆が犯罪者への私讐に出ることを防止するためのものだというならば、それは展望的な関心に依拠し、むしろ目的刑論に合致するとするのだと指摘する⁶⁷。

④当然の報い (desert) というのは、「犯罪者は当然それを受けるべきである」とか「犯罪者はそれを受けるに値する」という形式化の軸とされ

てきたもので、それは確かに回顧的であるとしながらも、その内容は悩ましいほど不明確であるとする。そこでは、もし自分が罪を犯したとしたら、罪の意識という有徳な感情により苛まれて、「自分は処罰されるべき」であると判断するのであって、他者を自分自身と同様に尊重するのであれば、彼の受けるべきもの（desert）について、同様の判断に基づいて処罰されるべきであるというムーア⁶⁸を例にとり、これは詰まるところ直感に訴えかける以上のものではなく、問題はその直感を正しいとする理由であるにも関わらず、それに対する答えをムーアはしていないと批判する⁶⁹。

⑤フェアプレイ理論は、社会構成員が規範を守ることで維持される秩序という公正（fairness）に対し、そうした遵守行為の利益を受けながら自らは逸脱するというフリーライドで得られた不公正利益を剥奪する追加的責務こそが刑罰であるとするものであるとされる。これに対して高橋は三つの問題を指摘する。第一に、そこで得られた「不公正な利益」が何なのか具体的に不明であり、そこから犯罪類型や量刑の差異も導くことが出来ないということ。第二に、強姦犯は強姦を自制する者すべてを不公正に利用したフリーライダー故に罰せられるからではないように、犯罪がなぜ不正なものかという理解の歪みを、そして第三に、公正のバランスの回復を企図するために刑罰を科すのであればそれは将来展望であり、目的を志向するものであると指摘する⁷⁰。

⑥非難については日本でも非常に有力な考え方であるとするが、高橋は、そもそもなぜ刑罰の形で非難が表明されなければならないかが不明であるとし⁷¹、結局は犯罪予防という目的のために非難が表現されるのであると指摘する⁷²。こうした検討の後に高橋は、応報概念には、目的刑論に解消されない独自の意義が当座は認められ得ないとしている。ここでは、応報と目的の深遠な溝⁷³が見失われ、両者の妥協が可能であると安易に考えられていないか再慮する必要があるというのである⁷⁴。

このように、応報はそれ自体が正当化根拠では

ないという見方があり得る。こうした観点からは、相対的応報刑論はむしろ、「責任主義によって制約された目的刑論」と呼ぶ方が正確であるかもしれないとまでいわれるのである⁷⁵。これに対して、ドイツでの応報論の分析に依拠した応報論が日本でも主張されている。本論文ではそこから、中村悠人の応報論を検討する。

b. 中村悠人の見解

中村はドイツの積極的一般予防論や応報論についての研究を通し、応報の意義を規範の回復に求めるパヴリーク的な見解を支持する。彼はまず、カントやヘーゲルを始めとして、応報論の主張はいずれも、目的を有しないという意味における「絶対論」ではないということを指摘する⁷⁶。しかし同時に、犯罪行為が刑罰の内在的な根拠となり犯されたが故に刑罰を科すのであり、犯されないように刑罰が科されるのではないことを重要視し、この意味においてこうした理論は確かに応報論であるとするのである⁷⁷。すなわち、規範確証的な予防論に近い見解であっても、刑罰と内在的に結びつけられるのであれば応報論であるというわけである。そして、近年ドイツで主張されている応報刑論はカントやヘーゲルの着想を受け展開されてきたものであり、それは「目的を有しない」という意味での『絶対的応報刑論』ではないが、応報の枠内で威嚇や教育改善を目指すという形での『相対的応報刑論』でもなく、刑罰自体が法秩序に果たしている役割—自由の条件の保障と関係づけられたものである⁷⁸として応報論を定義する。そして、そこでは人々を自由で自律的な存在と見なすことが重要であるとされ、矯正の強制は否定されるべきとされているのである⁷⁹。

そこで中村は自律的な存在としての人間を前提とした刑法観の構築を試みる。彼の刑罰観においては、刑罰を、犯罪によって生じた、社会における標準としての規範の動揺を鎮静化することを目的とするものと捉える。その上で、犯罪によって動揺したその規範を確証する積極的一般予防であって、且つその確証の効果は実証的に不要とする

ことにより、刑罰が科されたという事実のみを以て規範の確証が求められ、更に規範動揺の程度に応じて為されるべき規範確証の程度が導出されるという理論は、過去に対して刑罰が向けられており、且つ刑量の根拠が行われた犯罪行為でもあるために一種の応報理論として評価すべきだとするのである。なぜなら、規範確証に必要な程度が犯罪行為によって生じた規範の動揺を基礎とすることで、犯罪行為と刑罰賦課が結びつけられているからである⁸⁰。その上で、なぜ刑罰で対応しなければならないのかという刑罰の必要性については、犯されたが故に刑罰を科すという応報論の理論で答えるべきであるとする。すなわち応報刑論は目的を有するものでありながらも、刑罰自体が法秩序に果たしている役割である、自由の条件の保障との関係づけが重要であるとする。そこでは、刑罰によって規範を形成していくという発想は人間を理性的な存在ではなく教育されるべきものとして捉えるものであって自由主義的な人間像と相反するとされ、予防の失敗が正当化の失敗を導くものとして不当とされる。それに対して中村はヘーゲルに、人間を犯罪を行った後でも理性的な人格者として扱い、且つ、世界についての「円環的な理解」⁸¹から社会の発展に伴い社会が安定化することで刑罰の必要性が減少するというリベラルさを見出すことで、将来的に刑罰の必要を減少させていくという像を描くのである⁸²。

中村のこの見解は、応報論は実はカントやヘーゲル以来目的を有していたが、応報論において重要なことは予防効果ではなく、犯罪に刑罰が起因することであるということを主張するものである。そしてそこでは法の確証を目的とすることで、自由権を保護する砦としての応報を刑罰理論の内部に取り込もうという試みが為されていたのである。応報論の（合目的的な）リベラルな色彩を提示した点で、ドイツ応報論と同様に中村の見解は特筆すべきものがある。

中村の見解に対しては、刑罰が人権の剥奪である以上、受刑者を国家的強制の客体として扱う観点を完全に排除することは可能なのかという疑問

が提起されている⁸³。中村は行刑において改善を志向する受刑者の自律性を尊重して特別予防を肯定する⁸⁴が、思うに経験的実証を本当に不要としてよいのか、すなわちこうしたことを望まない受刑者に対しては特別予防どころか規範の確証さえ疑われはしないのか疑問である。また、論者が想定するところの回復されるべき規範というものもまた自明ではないように思われる。経験的なものであるとすればこれは体感治安悪化の主張で動揺するものであるし、非経験的なものであれば裁判官のフリーハンドとならないのか。社会が安定することで刑罰の必要が減じていくとしても、どのようにして安定したと評価することができるのかという点に疑問がある。

2. 特別予防論

特別予防論は、刑罰の意義は犯罪者の危険性の除去にあると近代学派によって主張されてきた理論である。ドイツでは刑罰の正当化理論としては下火のままであるが、日本では今も有力な見解である。そこでの責任は伝統的に性格責任や社会的責任とされ、危険性さえ認められれば犯罪行為さえ本質的に不要なものであるという常套的な批判が為されるものとししばしば見なされてきた。これに対してフォン・リストの、「刑法典は犯罪者のマグナ・カルタであり」、「刑法は刑事政策が越えることのできない柵」であるとの反論もまた等しく有名である⁸⁵。こうしたフォン・リストのような制約原理はそれ自体十分に可能なものであろうが、しかし性格責任こそが刑罰を科す根拠であるとしながらも、厳然と犯罪行為がその前提となるべきであると主張する論客は他にもあったのである。ここではまず宮本英脩の見解を紹介する。

a. 宮本英脩の見解

宮本は「二重責任主義」をとる。この見解は、道義的責任と社会的責任（社会的危険）の双方が認められる場合のみ刑罰が科されるべきであるというものである。すなわち、一般規範上の違法の責任を規範的（道徳的）なものと捉え、刑法上の

責任を社会的なものと捉えるのであり、刑法に先立つ禁止の規範としての前者を欠く場合には保安処分⁸⁶の理由たり得るとしても刑罰の理由たりえないというのである。そこでは、一般規範は自由の世界を前提とし、刑法は因果（必然）の世界を予想するものとされている⁸⁷。非難や応報が語られるのは、自由の問題であるところの一般規範上の問題でなければならないのであり、刑罰は有形的な干渉であって応報の当然な反動ではなく、保安処分や警察処分と同様、一種の行政に他ならないとされているのである⁸⁸。そのため宮本にとって犯罪とは犯人の危険な性格の徴表であるが、そこにいう性格の危険とは生物たる人間としての事実上の危険性と異なり、専ら犯罪すなわち違法行為を通じて証明された規範的危険性であって、それは規範に対する無関心（無頓着）に他ならないということになる⁸⁹。宮本は、社会秩序維持が刑罰の目的であるために応報や一般予防の意義を否定するわけではないが、目的には主従が生じざるを得ず、刑罰を万能薬視することになるとしてこれらとの折衷を否定する⁹⁰。

宮本が刑罰を通して目指したものは、反省と調和であった⁹¹。そこでは人類の進歩が望まれるために、人類相互の同情、いわゆる愛を原動力として調和が望まれる。これがかの有名な「愛の刑罰観」である⁹²。責任が追及されることの意義とはそこにおいて、責任を問う側と問われる側が共通の価値判断の理想を有することに依拠することを前提として、他人の行為に対する自己の価値判断の結果を行為者に告知するという外部的行為であるとされる。価値判断の標準を同じくするからこそ他人の価値判断は自己の価値判断ともなり、それによって初めて羞恥や改悔の念を感じることができるのであって、行為の道徳的価値を知って行われた必要があるという⁹³。そこで宮本は次に、なぜ責任ということが認められるのかを問う。非難それ自体が社会的反動というのでは、社会が反動を起こし社会が責を問うというトートロジーに過ぎない。また、不正行為により惹起された不快不満を慰めるためでもない。それでは怒りに任せ

て人を悪罵するのと等しく、倫理的価値は毫も認められない。責任を問うことの価値は唯一、行為者と批判者の立場が相互に含まれての調和においてのみ求められなければならない、その調和は行為者の自覚に訴え、その反省を促す意味においての善意の忠告でなければならない。これによって行為者は自己の非を悟り将来を慎み、批判者も行為者の改悔により釈然たることを得るのであって、同様の不正が生じる心配から免れることができるのである。責任を問うことの意義は、こうした調和の意義に基づかなければならない。その直接の目的は、責任者の意識における破られた規範の回復であり、間接の目的は、規範の回復による責任者に対する教育である。刑罰は行為者にとって一つの苦痛と感じられないわけではないが、それも本人に対する本人のための教育手段と考えて初めて是認されるのである。保安処分と刑罰を分かちものは規範的価値を認識し得る能力の有無であり、それに伴う教育方法の差異である⁹⁴。

また、刑罰の目的が犯人の教育にあるために、一般人に対する威嚇という意義は全く除かれなければならない。主権者の威力を承認せしむるような威嚇は、一般正義を基調とする倫理説の見地からしても不当であるという。強者の意志や権力は必ずしもそれ自身、正当の理由とはならない。これは交換可能性を考えれば自明のことである。ここには同情を基調とする調和はなく、刑罰を受ける側からの納得が望めない⁹⁵。かくして、刑罰は犯人を苦しめるという意味からも全く離れなければならない。刑罰として、危険な犯人の自由を拘束することは實際上やむを得ないことであるが、その拘禁の目的は専ら犯人の破壊的行動を防ぐだけの目的であって、拘禁に伴う不便と苦痛は出来る限り除去されなければならないのである⁹⁶。かくして、刑罰の目的が教育ということになれば、絶対に拘禁の必要があるのは極めて危険性の大きな、一刻も監視の目を離すことのできない犯人に過ぎないはずであり、拘禁されるべき囚人の数も減少する事となるとしている⁹⁷。

宮本の教育的刑罰観は、次の言葉に表されよう。

「教育と思へば監獄は畢竟学校の寄宿舎に外ならない」⁹⁷。

こうした宮本の見解は今日において、犯罪論行刑論ともに見直すべき価値が非常に大きいものと思われるが、幾許か検討の余地があるだろう。まずは、人間を矯正する対象としてしまうという人間観や、国家が調和の主体となること自体に対する疑義があり得る⁹⁸。それに加えて、現行法制では保安処分がないために宮本の見解はどの程度現実的なものなのかという疑義や、一般規範において自由に依拠すること自体の正当性や法秩序の統一性に依拠したものの方見方について疑義があり得るかもしれない。

b. 高山佳奈子の見解

近年の論者で性格論的責任を主張する一人は、高山佳奈子である。彼女は、故意や常習性が行為者の侵害性、すなわち特別予防の必要性を表すという、実質的行為責任論という立場を主張する。そこでいう「実質的」というのは、不法が故意や過失のいずれかで媒介されるのであるがそれだけで足とするのではなく、それがどのように媒介されているのかを問題とするものであり、その帰結として、単純過失、重過失、未必の故意、確定的故意、常習性のそれぞれによって裏打ちされた場合によって実質的行為責任が異なるとする見解である⁹⁹。彼女によれば行為者に内面化された心理的な犯罪の事実が責任となり、そこにおいては責任要素として規定されていること以外を考慮した行為者の危険判断は許されず、この点が徴表説との違いであるとされる¹⁰⁰。その上で高山は刑罰を、害悪賦課による法的非難であることを前提に、これによって社会復帰を図ろうとする、特別予防を重視したものであると考えている。しかしそこでは、保安処分だけではなく刑罰においても無制限の処分を禁じるものとしての比例原則が満たされる必要があり、更に責任主義の観点から処罰が否定されなければならないこともあるとする¹⁰¹。

まず比例原則についてであるが、刑事責任の認められない強制入院処分などにも妥当するもので

あり、刑罰制度においては「罪刑均衡の原則」として現れるとしている。それは、社会に対して齎す害の回避という目的と、その対処のための害悪という手段の比較故のものであるとされ、それが依拠するところのものは、社会にとっての害悪を制限しようという功利主義的な発想であるとされる¹⁰²。この「均衡の原則」は、刑罰目的に内在する制約であるとされ、重過ぎる刑罰も軽過ぎる刑罰も制限されなければならず、そこでは人道的観点や円滑な社会復帰という観点が重要であるとされる¹⁰³。

次に責任主義¹⁰⁴についてであるが、これについては、刑罰が害悪賦課であるとされるために、刑罰は交換可能性に依拠した応報的で倫理的な非難でなければならず、他行為可能性がなければならないとしている。そしてこうした観点から高山は、受刑に罪の償いという意味を認めているのである¹⁰⁵。すなわち、こうした「回顧的責任」の要素が行為責任主義を基礎づけ、保安処分と刑罰を分かつものであるという。そこでは、再社会化の効果が重要であるならば、その手段が害悪賦課である「必然性」がないにも関わらず敢えて害悪が科されるものとして刑罰が捉えられている¹⁰⁶。その上で、刑罰があえて苦痛を科す本来的な性質は、動物に鞭を打つような「条件づけ」ではなく、「法的非難」の意味があるとし、それによって社会復帰を目指すのであるとされる。非難主体である国家は刑罰権を持つ国家そのものではなく法秩序を担う個々の市民により構築された全ての個人であり、被非難者は行為者である。両者の「対等性」＝「交換可能性」、すなわちいつ罰する者が罰せられるものになり、或いはその逆になるのであるということが重要であるとされる。その上で、「自分が行為者であったとしたら、法に従って動機づけられえた」といい得る時に、「法に従った動機づけ」の条件において対等であると評価できるために非難可能性があり¹⁰⁷、純粹に予防的な責任論はこうした互換性を否定する点で問題があるとされる¹⁰⁸。

そして、「責任刑」が故意・過失によって裏打

ちされた不法の範囲と、故意・過失による裏打ちの程度との「積」によって定められるとされる。そこでは、余罪処罰の手續潜脱や二重処罰としない限りで、構成要件要素となっていない付随的な法益侵害や危殆化も客観的不法に含めることも法定刑の枠の広い日本では考慮されてよいとされ、主観面についても犯罪性を表すものであれば、付随結果についての過失や動機、同種類犯や前歴などをも考慮してよいとされている。それに加え、被害者の処罰感情や社会への影響については、犯罪その物の内容として量刑上考慮されている以上の打撃が故意・過失によってもたらされた場合において、付随的な法益侵害として考慮が可能であるとされている¹⁰⁹。

その上で刑罰を科すための要件としては、①改善可能性、②非難可能性（責任能力、違法性の意識の可能性、期待可能性）、③受刑能力の3つが責任主義として要求され、それに加えて④比例原則の遵守が要求されるとしている。そこでは、③受刑能力が処罰を意味あるものとするための前提とした上で、①改善可能性が予防の必要性の観点から刑罰の上限を定め、②非難可能性と④比例原則がそれぞれ刑量を限定するものとされている。そうした上で行刑は、人権の制限による非難の形をとりつつも、再社会化の効果を追究する方法でなされなければならない、責任能力のない場合は比例原則の範囲内で医療処分を科し、限定責任能力の場合には再社会化の効果がより大きく期待される制度を採るべきであるとしている。

かくて彼女の刑罰観は、実質的行為責任による特別予防の必要性が処罰の必要性を基礎づけ、責任阻却事由などを通して非難・応報の要素を前提とし、一般予防の効果は刑罰が害悪であることから生じるといったものである¹¹⁰。

また彼女は、犯罪を行った者は二度と同じことをするおそれがないと言えないために特別予防論では処罰を基礎づけられないというお決まりの批判に対しては、「同じ状況が現実には発生するかどうか」が問題になっているのではなく、行為者の犯罪的性質が改善されなければならないことが問題

なのであるから、同一の状況が生じ得ないとしても、類似の条件で同様の行為に出るおそれがあれば、はたらきかけの必要性は認められる」のであり、同じ犯罪性は様々な形で具体化できるために、再犯のおそれが全くないのは知的能力が低下し、受刑能力すら失われたような例外的な場合に限られるとしている¹¹¹。

こうした高山の見解に対しては、故意を予防目的に、違法性の意識を非難可能性に配分するということは、同じ責任原理でありながら両者を別個の基本原則からの派生物とするもので困難がないだろうかという批判、故意を反社会的な心情などといった表現をし、主観自体を侵害者の属性と見ることは徴表説を想起させるものがあるといった批判や、責任阻却事由という例外的な事由が存在しない大部分には予防的な責任のみが前面に出ることにならないかといった批判が為されている¹¹²。これに関して言えば、確かに刑罰を基礎づけるものと制限するものの扱いが曖昧な面があるように見受けられる。例えば高山は、刑罰に内在する限界として刑罰の均衡を想定していたが、それは予防の必要性という刑罰の基礎づけから内在的に導かれるようには思われない。むしろ、予防の必要から導出された刑罰の要求を、法治国家的な目線から抑止する外在的制約ではないのか。同様に高山は、処罰される側と処罰する側の「交換可能性」故に非難可能なものとしての刑罰を考えているが、「交換可能性」を想定する基盤である市民をどう措定するかが自明ではないために、どういったものが非難可能なのかも自明ではないように思われる。また、刑罰の前提となるこうした枠組み自体を為す観念である応報自体の正当性が問われなければならないだろう。それに加え高山は、害悪賦課を選択していることの意義が認められるべきであるから非難が重要であるとするが、仮に害悪を科すものとしての刑罰に正統性があるとしてもそれは直ちに刑罰の正当性を意味するわけではなく、刑罰を科すことの正当性、或いは少なくとも合理性についての積極的な説明を欠いているように思われる。なぜなら、刑罰が敢えて害悪を

科すのは、時の立法府がそのような選択をしたからだというだけでは近代法治国家において認められないからである。それに伴う人権侵害が意味のない侵害ではないこと、すなわちそうした侵害の形をとる積極的な意義が必要なのであり、高山の見解にはそれが欠けているように思われる。刑罰が大きな侵害であるからこそ制約的でなければならないならば、そもそも刑罰という害悪である必然性——少なくとも合理性——が問われなければならないはずである。

Ⅲ. 検討

1. 現代国家における刑法の在り方

啓蒙時代以降、不幸な時代を経ながらも我々の社会はゲルディッツがそれに沿って理論を展開したように、人間の尊厳に依拠した民主主義的な社会像を採用している。そこで基盤とされている基本的人権は、人間が人間であることにより認められる、憲法に先立つ¹¹³強い確信である。国家の目的は市民が各々幸福を追求することにある。なぜなら、それがConstitutionとされているからである（憲法13条、97条）。そのために、市民に対する害悪は最小限にとどめられなければならない。こうした要求が、ハッセマーやゲルディッツ、高山などが刑法においても重要な要素であると主張するところの、比例原則である。比例原則は、「法治国家原理から必然的に導き出される、全ての国家活動の支配的な指導準則」であるとされ、その侵害が過剰なものとなることを禁じるものである¹¹⁴。そして比例原則の判定は、適合性（Geeignetheit）、必要性（Erforderlichkeit）、均衡性（Proportionalität）によって為される¹¹⁵。ここでは、刑罰についても憲法に適合する目的に適合した手段が必要最小限であって、且つ、過度な負担とはならないことが求められる。また、比例原則はアリストテレス的な配分的正義の観念と合致するものであって、その定式は「各人にその分を与えよ（suum cuique tribuere）」の原理であり、その性質は将来的なものであるとされる¹¹⁶。

ここで求められなければならないことは幸福量の最大化であり、それは行為者と世人を含めた全ての人間のそれが問題となるべきである。そのため、配分的正義という大きなテーゼだけから、直ちに刑事制裁の在り方を特別予防論に依拠すべきであるというわけにはいかない。なぜなら、各人の取り分が社会全体における利益に先取されてしまったのであれば、人間が威嚇の道具となることさえ否定し得ないからである。ハッセマーが比例原則の重要な要素として挙げた最適化の原則、すなわち、一つの価値が重要であるからといってその保護に偏重することにより齎され得るところの価値相対主義の死に対しての抑止力を想起しなければならない¹¹⁷。そのため、比例原則に合致した、すなわち人権制約が最小となる刑罰の在り方に重要なことは、国家権力の作用する場面それぞれで何が合目的的であるかを多面的な観点から審査することであり、害悪の量を最小化する観点から検討されなければならないのである。

同時に、我々は民主主義国家に生きている。この点についてもゲルディッツの分析があった。すなわち、そこで為される立法は必ずしもベストなものであるとはいえないものであって、法典はどうしても、実定性、相対性、偶然性の要素を抱えざるを得ない¹¹⁸。しかしそれは、人間という不完全な生き物が為すことであり、不可避のことである。そこで、法の可塑性は強みでもあるとは、確かにいえるだろう¹¹⁹。禁止されるべき類型やその禁止の程度も相対的なものであってよいのである¹²⁰。そうして立法されたものは、その正統性のために原則的に尊重されなければならないが、そうはいっても出来上がった刑法典を野放図にはできない。それを縛るためのものの一つが、国家による合目的性に依拠した比例原則である。しかしそれとて、ナウケが指摘したように国家の側からの規制である。市民的な見地から、すなわち国家に対する警戒の目線から、ある種の義務論的な理論的制約について、検討の余地はないのだろうか。

2. 応報論の目的？

これまで見てきたように、応報論には新しい展開が見られた。そこでは旧来想定されてきた、タリオ的な絶対的な応報論はもはや過去のものとなり、刑罰は犯罪という規範侵害の事実から規範の安定性を確証するという目的を有するという、相対的で合目的な応報論が採られていたのである。パヴリークや中村の応報論も、合目的性に依拠した刑罰観が人間の尊重の程度を軽んじるものと考え、その尊重を企図したものとしての人道性と、応報を規範の確証と捉える点に新たな展開が見られた。

こうした応報論の展開は、法治国家として刑罰を制約しようという枠組みと親和的なものであるという点において意義があるだろう。しかし刑罰の性質について言えば、ナウケが言及しヤコブスが分析したように、応報論は規範の確証を目的とするという、一種の国家政策的なものであるという面は否定し難いように思われる¹²¹。むしろ今日の応報論の積極的な意義は、正に刑罰を制限しようという消極刑法¹²²的な志向から為された試みであるという色合いが見て取れることそれ自体にあるのではないか。予防目的に依拠した刑罰観が陥りがちな重罰の処遇や刑罰の初動的手段（*prima ratio*）化を制限する手段として、応報論に大きな意義を認めようとすることで法治国家の意義を重要視するという志向は、注目に値するものであると思われる。

しかし問題は、応報は確かに犯罪が原因となって刑罰が科されるという限りの連関を示すかもしれないが、それは十分な説明となっているのかということである。特定の人間行動に対して賞罰を与えるという制裁（*Sanktion*）を以て報いるという意味での広義の応報律（*Prinzip der Vergeltung*）¹²³は、新派的予防論¹²⁴や心神喪失状態に対する医療的処遇などを含めた全ての法現象に妥当するはずであるが、それは一定の事実と規範に連関があるという以上の意味はなく、刑罰の特別性、或いは刑罰に特有の応報というものの説明とはならない。これはしばしば消極的責任を基

礎づけるとされる法的責任論¹²⁵においても同様に妥当するはずであり、刑罰が法に規定されている（＝正統化されている）としても、何故それが正当化されるのかという問題には答えるものではないのである。そこで問われなければならないのは、刑罰がなぜ正当化されるのかということであって、すなわち高橋が指摘したように、正に応報の「目的」そのものが問われなければならないと考える。近時の応報論が規範を確証するという限りで応報を正当と解するのは、正にその応報の「目的」が正当なものであると解するために外ならず、法治国家的な制約として応報が意義を有するのと同様にこの「目的」のためである。応報はこの意味において、起因する事実と制裁には法的な関係があるという意味があるに過ぎず、それ自体は全く価値中立的で基準を持たない。それはツァツィクの、自由の理念が18世紀以来法の原理となっているという指摘についても同様であり、確かに今日において国家はそれを主な目標としているが、その理念そのものから所与のものとして具体的な処遇を導出することはできない。

したがって、応報論の正当性はむしろ、規範の確証、回復という「目的」が正当であるのか、すなわち応報論自体が志向する価値とは何かという問題において争われるべきであると考ええる。そのため、本論文では応報論を規範の確証や回復を目的とした積極的一般予防論の一種と分類し、これまで検討してきた積極的一般予防論と共に検討することとする。

3. 積極的一般予防論の意義と限界

積極的予防論は、個々人を規範の主体としての側面を認め、規範との関係を示すものとしての刑罰を想定するものであった。そこではその解釈について、規範を強化するものと解しても良いのか否か、実証を必要とするか否かという問題が横たわっている。これらの点についてどのように考えるべきだろうか。

まずは第一の問題、世人の規範を強化するものとして刑罰を想定しても良いのか、或いは規範を

回復・確証する限りのものとしてのみ刑罰が許されるのかという問題について¹²⁶。これについては一見したところでは確かに、前者には刑罰の威嚇力を通じた強権的な国家像が結びつけられ、後者には法治国家的な国家像が結びつけられそうにも思われ、中村が抱いた規範強化に対する警戒心は極めて妥当なものにも見える。しかし、規範の強化と回復を分かťことはそもそも可能だろうか。ゲルディッツが指摘したように、刑罰法規というものはその時々民主主義によって立法される相対的なものにしか過ぎない、不完全なものである。近時であれば秘密保護法などのように、国民のコンセンサスを得られないままに立法される法律は珍しくも無く、立法されてしまった以上は原則的にその法律は執行される。中村は社会において規範が安定してきた場合において刑罰の運用は穏やかになるとしていた¹²⁷が、国民の合意形成自体に対立があった場合にはむしろ、刑罰がかえって峻厳な統治の道具となることを認めざるを得ないこととなるのではないか。回復すべき規範状態というものが問題なのである。ヤコプスの言うようにそれは国家による立法によって作られるものでしかない。しかしゲルディッツの言うようにそれが民主主義国家の弱みでもあり強みでもある。回復すべき静的な状態の想定は刑量を制約する方向にのみ働くわけではない。したがって、第一の問題についてはこう答えることとなる。世人の規範を強化するものとしての刑罰が想定されざるを得ず、慎重な対応が常に望まれるのであると。

続いて第二の問題、刑罰の実証的効果は不要なのかという問題である。この問いについて中村は、多くの市民が刑罰の正当性を「信じる」という言明と刑罰が正当「である」という言明と異なることであり、市民の多くが正当と感じない刑法が正当なものでなくなるわけではないとして、経験的実証をそもそも不要とする¹²⁸。確かに正当性を「信じる」、そう「考える」こと自体が当為を導出すると考えることは自然主義的誤謬を犯すものである。しかし、法は人の世界において「妥当」することによって初めて意義がある。そのメ

カニズムを欠落したものは空中楼阁に過ぎない。刑法は布告されなければならない、法の不知においては諸状況が考慮されなければならない。刑罰は実践的な経験と断絶を許すものではないのである。少なくとも法規範の命令は天から降ってくるものではない。国家は法主体として、その命令もまた正当性審査に服するのである。そして自由民主主義に依拠する今日の国家において、それは人間の尊厳から導出されるものであり、比例原則や平等原則などという形を通して正当性が審査され、刑罰が無意味なものであれば唯の不当な人権侵害となる。刑罰が有効に機能するか否か、この点についての経験的研究は人間の尊厳に照らして不可欠である。そもそも実証が困難であるからという理由で実証的効果は不要であるという考え方はその目的を抽象化することで反証可能性を否定する方法であり、社会科学としての法学の在り方自体さえ問われかねない¹²⁹。実証がこれまで得られなかったとしても、そのことを以てより安易な道へと逃げることは正当化されない。常に実証効果が有るか否かという問題に向き合いながら、それでも刑罰という制裁を科していくべきなのかという駆け引きが続けられなければならないのである¹³⁰。実証研究を不要とすることはむしろ、体感治安の悪化を主張する政治勢力に力を与え、人権侵害を促進しかねない。

もっとも、実証的研究をどの段階でどう用いるべきかは問題とされなければならない。行刑段階と刑事立法段階での実証研究は大いに異なる。特にマクロな問題である刑事立法の議論ではミクロな領域である行刑段階に比しても、漠然とした実証性があるという主張により安易な厳罰化に走る危険性が高い。実証性があるというデータの取り方やその重要性判断が常に客観的に行われる保障はない。往々にしてある種の権利団体などの力によってポピュリスティックに判断が為されがちで、慎重な判断が望まれる領域であり、少なくとも厳罰化の方向においての実証研究についてはその取捨選択が特に冷静に行われなければならない。またそもそも、刑罰が世人に一定の影響を与

えるであろうとは言えるとしても、一般予防に依拠して刑罰理論が正当化されなければならないのかという根本的な問題はそもそも別問題である。

では、この一番重要な問題についてどう考えるべきか。市民同士の無秩序による災厄を防止するためには確かに規範の定立とその確証が必要であり、その限りで一般予防に依拠した刑罰理論の正当化の余地はあり得るように思われる。しかし、そこで市民を単に脅かされるものとして想定する抑止刑論は、今日的な憲法が想定する市民像とは合致しもしなければ、偏に抑圧されるものとして人間の尊厳という今日の国家の大前提となる観点からしても不適切である。むしろそこでは、ハッセマーやヤコブスが言うように、市民が規範に逸脱しない程度には規範を尊重するという主体性が尊重されるべきであり、それが内的ルールに従う規範のプレーヤーとしての市民であるという実践的な解釈にも合致するだろう。そしてそこでは、当該規範が重要でその逸脱を国家は見逃さないのであるということを市民に理解させるという、コミュニケーション的理解が肝要である¹³¹。しかし、これはある行為を禁止するというコミュニケーションとしての規範が必要であることは意味しても、その処遇としての「刑罰」が必要であるということの説明としては不十分である。世人に対するコミュニケーションとしては、当該秩序がある行為を禁止しようとするのであるという直感的に感じられるような意思を示すこと自体が重要なのである。そのために検挙率・その迅速性は確かに極めて重要な要素であると考えるが¹³²、しかし行刑を基礎づける裁判段階やそれを前提とした行刑においてこうした世人へのコミュニケーションを考慮すべきではないと考える。裁判は慎重な審理が求められ、そのために刑の宣告には時間のかかるものであり、刑罰は更にそれに後置するものであることに加え、行為者は規範確証のための見せしめとされるべきではなく、それら自体はそもそも一般予防に適するものではない。理性人として尊重すると刑罰を賦課する側が自ら主張しても、それ自体が刑罰を正当化するわけでもなければ、見せ

しめとしての性質も失われないのであり、事態は変わらない。また、法定刑の重罰化についても原則的に同様である。なぜなら、法定刑は裁判より先の場面でのみ問題となるものであり、国家の禁止規範の確証それ自体について、その取り締まり以上の大きな役割は原則的に持たないからである。但し、罰則が軽いことにつけ込み違反行為を犯すというなどという穴¹³³に対しては法定刑を上げて処遇すべきである。なぜなら、こうした禁止規範の逸脱を容認することは、法秩序自らが自らの禁止規範を否定することになるからである。

そのため、一般予防、とりわけ積極的一般予防が考慮されるべき局面は、こうした留保のもとでの刑事立法と警察行政であるということになる。国家が市民に対して何を禁ずるのかというコミュニケーション、布告は世人を対象とするものであり、そこで伝えられるべきことは、当該法秩序がある行為を禁止するのだという継続的な意思を示すことにある。すなわち、積極的一般予防論は、禁止を合理化するための理論としての意義を有する。しかし、このコミュニケーションによっては刑罰を実際に科すことは正当化されない。なぜならば、たとえそのように立法されているという正統性が認められるにしても、その効果は合目的的ではないために不必要な人権侵害であり、正当性が認められないからである。このコミュニケーションが志向するのは、法秩序がどのように市民の責務（obligation）を定立しているのかを示すことだけである。

4. 特別予防論とその制約

かくして刑罰の正当化に残された道は特別予防論ということになる。この理論の秀でる点は、犯罪者個々人に着目し、その規範侵害的傾向に対する改善という具体的な目的を志向する点にある。これが実態に根差した処遇を可能とし、個別事案を対象とするためにその均衡逸脱の可視化も比較的容易にするのである。しかし、こうした特別予防論については種々の批判がこれまで投げかけられてきた。それらについて検討をしていかなければ

ばならない。

まず、処遇の失敗は刑罰正当化の失敗ではないかという批判であるが、これは根本的に誤っている。すなわち、処遇を如何なるものとするか決めるのは事前判断によるために、その判断時点においてその判断が正当と言い得る範囲内のものであるならば、予測に反してその結果が伴わないとしてもその判断は不適当ではあっても違法なものではない。また、特別予防には改善と隔離の二つの効果が求められるのであり、少なくとも後者の効果は得られる限りにおいて、仮に改善に失敗したとしても特別予防論の全否定ということに必ずしもならない。しかし勿論、隔離だけで満足してしまうならば特別予防論は刑罰が人権を侵害することをただただ追認するだけのものに成り下がってしまう。特別予防論は、現行の処遇、行刑そのものに問題があることを指摘していく理論であることについては異論のないところと思われる¹³⁴。

行刑の理論としての特別予防論が是認されるのであれば、それに一体とされて且つ前置される過程である判決において必要とされる正当化がこれと異なる理論に依拠することは奇妙としか言いようがない¹³⁵。行刑の目的が改善にあると主張しながら裁判では応報や一般予防を考慮するといった立論は倒錯している。どういった処遇をするか、過不足ない期間かといった判断から判決が下されなければならないはずである。被害者の問題は極めて重要であり、そのケアに対してはより一層光があてられていく必要があるが、それは支援の問題であり刑罰の問題ではない。なぜなら、刑罰は公法として、これからの侵害の最小化に努めなければならないものだからである。そこで求められる処遇、すなわち国家の目的は、幸福の最大化である。それはすなわち、人権制約と改善効果の費用対効果が最大化されることであり、これが最も人権制約が少ない状況である。ここで重要となるのは、改善効果がどのようにして得られるのかという支えとなる科学的知見であり¹³⁶、再社会化が望まれるのである。そのためには宮本の言うように、刑務所内処遇に捉われない、再社会化を中心

とした処遇が望ましい。その意味で、刑務所の過剰収容は処遇の失敗であると言えよう。尤も科学的知見は直ちに得られるものではなく漸進的に進歩するものであって、その発展段階においては社会に再度の危険が齎される再犯のおそれと対比してやむを得ない程度の刑罰の幅を、隔離の性質に着目して認めざるを得ないことは否定し難い。

その際に重要な判定基準は、人権制約の程度である。すなわち、処遇の人権制約の「程度」と「期間」の「積」が問題である。例えば、3年の自由刑が上限として科されていた者がいたとする。科学的知見の発展に伴い刑務所外処遇が可能となった場合、その処遇期間は3年を超えても一概に不当とは言えない。そこで衡量されるべきは、自由制約の「程度」とその「期間」から導き出される人権制約の総量である「積」である¹³⁷。これは高山が主張した、「不法」×「故意・過失」の「積」としての「責任刑」とは異なる。高山は刑罰が害悪という点から刑罰に償いとしての性質を認め、刑罰の上限と下限を画すものとしての「責任刑」を想定している。しかしそもそも宮本の言うように、刑罰が害悪である必然性も必要性も本来無いはずである。刑罰が害悪でなければならないのは、(積極的一般予防論をも含めた)一般予防論に依拠した、何らかの形での見せしめ、威嚇といった、犯罪行為禁止のコミュニケーションといった考え方によるものである。特別予防論の刑罰は個別事案における幸福量の最大化によらなければならない、また、改善への合目的性に依拠しなければならないのであるが、それが害悪である必要は全く無い。そして幸福量の最大化のための手段として、どういった制約の「程度」と「期間」が、再犯を防止するための必要最小限の人権制約の総量＝「積」なのかが問われなければならないのである。高山のように不法の量に依拠することは、国家による幸福量最大化という合目的性に反した処遇を是認することになる。しかし、不法の程度に伴う刑罰の規制は、刑罰を内在的に基礎づける危険とは合致しないはずであることに加え、幸福量の追求の観点からそもそも刑罰からは極力

害悪性が取り除かれなければならないのである。処遇されなければいけない危険は行為者の侵害性それ自体である。そのため、刑務所外処遇の処遇期間が単純に長くなることを以て不当であるとは言えない。あまりに短期間で改善効果の認められない処遇はそれ自体無益な人権侵害に過ぎない上に、再犯により社会が侵害されそれに伴い再収容されることになり、いずれにしても不利益しか齎さないものである。

次に、特別予防論が人を教育するという点について、それは人の自律性を尊重していないのではないかという批判があった。しかし、刑罰という処遇が人の自由を制限し、その限りで客体とせざるを得ないものであるという限りにおいては、どのような理性人を想定しようとも事実として自律性が否定されることは認めざるを得ないはずである¹³⁸。人格を尊重して処遇をするという理論に依拠することで処遇それ自体の性質が変わるわけではない。この点においては、ヤコブスの人格的コミュニケーションの理論が客体となることで役割を担うこと、そしてその見解に通じるところの大きい今日的な応報論の展開を見れば、人間がいずれの理論をとっても法規範にとって客体であるという事実は明らかであるように思われる。問題とされなければならないのは、何が許されないのかということである。許されないことは、人間の尊厳（憲法13条）の侵害であり、より具体的にこの問題に即して言うのであれば、内心の自由（憲法19条）の侵害である。これは絶対的なものであり¹³⁹、たとえ如何に犯罪的なものであったとしてもそれ自体に干渉することはできない。制限されるのはそれが表に現れる場合である（憲法13条後段、21条など参照）。国家は刑罰を予定し（憲法18条、31条など）、その限りで人権の制約を認めている。国家はどういった価値観が正しいといった教育をすることは許されないが、少なくとも国家が定めた規範を守るように要求することはできる。「善い人間」であることを要求することは内心の自由の侵害となるが、「良い市民」として最低限の外形的な振舞いのみを求めることは許される

であろう¹⁴⁰。

そして特別予防論に向けられる最大の問題は、危険性のみで処遇することが正当化されないのか、という問題である。これについて答えるには、なぜ刑罰でなければならないかを問わなければならない。結論から言えば、刑罰は絶対に必要なわけではない。この点について新派理論は非常に自覚的であった。すなわち、危険性¹⁴¹への処遇の態様は多様なものがあり得るのであり、刑罰はそのうちの一つのオプションなのである。国家にとって重要なことは、様々な法益が侵害されないことそれ自体であり、その保護手段としての制裁は刑事的なものに限られる必然性はない。ゲルデイツの言うように、民事的制裁や行政的制裁は刑事的制裁と同じ階級にある。スウェーデンのように責任能力制度を否定し、刑罰と保安処分とを連続的なものとして捉えるのも、ドイツやフランス、イタリアなどのように保安処分と刑罰の二元論をとるのも各国の立法裁量の問題であり、それぞれが議会立法を経て正統化されたものである。問題は、立法されたという事実だけでは正統とは言えても正当ということにはならないということである。そこには実質的な判断として、そういった処遇が人権制約をする積極的な理由づけが必要となるのである。思うに、それは受刑能力者（責任能力者）の規範意識に特に訴える処遇をする、その合目的性に求められるべきである¹⁴²。すなわち、刑罰は「良い市民」であるのに十分なだけ、規範意識を高めることが目的とされることで正当化されるのである。そして、規範意識に特化した処遇であるということから、刑罰は非難としての意義を有する¹⁴³。

刑罰は規範意識に訴えかける必要性を前提とし、そのために犯罪は故意・過失という自分自身の帰責性に依拠するものとなる¹⁴⁴。刑罰は規範意識を通してそれでも尚侵害を為した主体の危険性に対する処遇であり、非難は行為者自身にとって内的に為されなければならないものである¹⁴⁵。重要なことは宮本の言うように、行為者の規範意識において反省をすることそれ自体である。決して

非難それ自体が刑量を規定するのではない。この非難は規範意識に訴えるコミュニケーションツールであって¹⁴⁶、刑罰の害悪性を如何なる意味でも裏打ちしない。刑罰の害悪性を裏打ちするものは改善の必要性それ自体だけだからである。刑罰は目的適合性から要求される比例原則というその最小限性の要求に従わなければならないのであり、刑罰は規範意識、すなわち規範のプレーヤーとしての市民の内的視点に訴えかけることで再犯を抑制するものである。特別予防論の批判に際してしばしば勘違いされているように思われるが、国家の目的は、どこまでも抑圧することを前提とした刑罰効果の最大化ではなく、幸福量の最大化にあるのである。不幸な時代において、Volkや国体の利益の最大化が企図されたことでさえも、求められる利益の計算方法の違いにすぎず、幸福量の最大化という目的はいつの時代も一貫する「純粹」なものである。但し現代国家において、この方法は市民の幸福量に依拠すべきことは、人間の尊厳に依拠した今の時代のConstitutionからして自明のことである。刑罰効果の極大化＝法的処遇に伴う効果の最大化が求められる。そのため、犯罪者自身にとって刑罰が「非難」や「応報」であると「思われる」ことは改善効果の観点から意義はある¹⁴⁷が、しかしそれ自体は非難や応報という「性質を有しはしない」のである。かくして刑罰の正当化は以下のように語られるべきである。

刑罰がなければならないという必然性はないが、立法が為されたという正統性に基づいて、規範意識に訴えかけるための処遇として措定されたという合理的な理由を有する制度としての刑罰は、国法の制限原理である比例原則に適合するものである限り正当化され得る。

結 国家・科学信仰の対立軸としての市民的制約原理

しかし、これだけが全てなのだろうか。そこで提起されるべきは、前述のテーゼが十分な人権の保護機構足り得るのかという問題である。幸福量

が最大化するように比例原則に基づかなければならないという近代国家そのものの内在的な制約は極めて重大な原則であるが、これは国家刑罰権の側からの制約のあり方であり、これを支配するのは科学的知見に依拠した功利主義である。そこでは司法と科学的見識としての医療が密接であることが望まれる。しかし、こうした「刑務所的な巨大な連続体」の依拠するものは処遇の合目的性であり、限定された時間や空間というスキームが限定されず、際限のないものとなるのではないかという不安の声が聞かれる¹⁴⁸。その不安は当然のものである。また、合目的性の徹底的な探究は、脳科学の発展による刑法の完全な侵食を齎さないとは誰も言えまい。とはいえ、ここで求められるべき「連続体」は処遇（ないしそれに伴う人権制約）を無為なものとしないうためのものであり、比例原則（これが極めて重要なのであるが）に合致する限りこれ自体は擁立されるべきであると考えられる。しかし思うに、これに加えてナウケが指摘したように、市民の側からの外在的な制約が求められるべきである¹⁴⁹。それは罪刑法定主義や侵害原理、行為主義などといった諸原則が、義務論的に求められることにあるだろう¹⁵⁰。

こういった諸原則は、ツァツィクが主張したように、18世紀以来市民がアンシャン・レジームと戦う中で勝ち取った近代法治国家の伝統、それ自体が根拠となっているものである。しかしこれらは抽象的な原則であり、その境界は常に不安定で、理念的な闘争が繰り広げられ続けざるを得ない領域である。例えば、拡張解釈と類推解釈の明確な境界はどこにもない。また、危険犯や未遂犯が危険という侵害を為すという技巧も、実際は侵害原理の程度をどの程度のものと捉えるかの争いに過ぎないだろう。ナチズムにおいて罪刑法定主義が否定されたこともあれば、倫理自体の法益化といった問題など、これらがどれほど尊重されるかについて確たるものは何も無いのである。これはその時々々の市民の意識に依拠して争われ続けるものであり、拡張し縮小しながら常にその落としどころが探られるものである。というのも、これ

は国家による幸福量の最大化＝調和という目的と一致する必然性はなく、こうした市民国家的な制約は自明のものとは言えない¹⁵¹。上述した原則は刑罰が比例原則という幸福量の最大化を図るものであったが、ここで語られる諸原則は人権制約という側面にのみ着目する¹⁵²。しかしこれを、不必要な人権保護で犯罪者を過剰に保護するものであると決めつけることは即断である。確かに法的処遇の効果が最大化される状態こそが、最も人権侵害が少なくと言える。そしてそれにより近づくために科学的見識の発展が必要となる。しかしそれは理想状態であり、現実にはそれとの齟齬が生じざるを得ない。国家や科学に対して無条件の信頼を措くことは人権に対する危険な楽観視であり、しかも現実に刑罰は害悪としての性質を有しているのである。それに対応するために、こうした客観主義的な市民的制約は意義あるものである。国家は相対的なものであり、国家による刑罰は容易に、国家によるテロか多数者によるテロに至る可能性がある¹⁵³。こうした諸原則が国家の行き過ぎを規制し、調整する。これこそが民主主義という不完全な社会であり続ける我々の世界において、よりよい調和を求めるための意義ある手段たり得るものなのである。

¹ 宮本英脩「刑法の根本主義」『宮本英脩著作集第六卷』（成文堂、1990年）122-123頁。

² 生田勝義『人間の安全と刑法』（法律文化社、2010年）99-100頁、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）」『立命館法学』341号（2012年）245-248頁。

³ Ulrich Klug, “Abschied von Kant und Hegel”, in: Jürgen Baumann(Hrsg). Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. 1968, S.36ff.

⁴ 中村・前掲註（2）257-276頁。

⁵ Klaus Ferdinand Gärditz, “Strafbegründung und Demokratieprinzip”, Der Staat 49, 2010, S.354.

⁶ Winfried Hassemer, “Warum Strafe sein Muß”.

Ein Plädozer, 2009, S.108-109.

⁷ Hassemer, a.a.O.(Fn.6), S.88-89.

⁸ Hassemer, a.a.O.(Fn.6), S.106-108.

⁹ Hassemer, a.a.O.(Fn.6), S.109-110.

¹⁰ Hassemer, a.a.O.(Fn.6), S.79-82.

¹¹ Günter Ellscheid/ Winfried Hassemer, “Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung”, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack(Hrsg), “Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität”, Bd1 Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, 1975, S.283-284.

¹² Ellscheid/ Hassemer, a.a.O.(Fn.11), S.286-287.

¹³ Winfried Hassemer, “Warum und zu welchem Ende strafen wir?”, ZRP 1997, S.320.

¹⁴ Wolfgang Naucke, ““Schulenstreit” ?”, in: Felix Herzog und Ulfrid Neumann (Hrsg.) in Verbindung mit Jong-Dae Bae, Andreas von Hirsch, Shozo Horiuchi, Francisco Muñoz Conde und Juraez Tavares, “Festschrift für Winfried Hassemer”, 2010, S.571.

¹⁵ 中村・前掲註（2）320頁。

¹⁶ Günther Jakobs, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken Oder: Verabschiedung des alteuropäischen Strafrechts?”, ZStW107, 1995, S.843-845.

¹⁷ Jakobs, a.a.O.(Fn.16), S.849.

¹⁸ Jakobs, a.a.O.(Fn.16), S.867-876.

¹⁹ Jakobs, a.a.O.(Fn.16), S.866.

²⁰ Jakobs, a.a.O.(Fn.16), S.851-855.

²¹ Jakobs, a.a.O.(Fn.16), S.867.

²² Niklas Luhmann, “Legitimation durch Verfahren”, 2.Aufl., 1975, S.1-3, S.6-7. 本論文においてはlegitimierenとrechtfertigenの区別を重視し、前者を正統化、後者を正当化とする。

²³ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）260頁。同旨、中村悠人「刑罰の正当化に関する一考察（2）」『立命館法学』342号（2012年）226頁。

²⁴ 尚、ヤコブスは抽象的危険犯を規範的な安全性を維持する権利を侵害するものであると捉えながらも、一部の犯罪類型については正当化されず抹消されるべきであるという (Jakobs, a.a.O.(Fn.16), S.858.)。ここでは「自由な市民によるコミュニケーション」というタームを使っているが、これ自身がそもそもヤコブスの叙述的な機能的刑法システムに内包されるものかは疑問に思われる。

²⁵ ヤコブスの機能的刑法観に関して、期待可能性に関する佐伯千仞の国家標準説について言及するものとして、ギンター・ヤコブス (訳: 松宮孝明・金尚均) 「機能主義と古きヨーロッパの原則思考の狭間に発つ刑法 はたまた「古きヨーロッパ」刑法との決別か?」『立命館法学』247号 (1996年) の翻訳コメント 469頁。そして国家標準説に対する、それだけではメルクマールにならないという批判がヤコブスの見解にも等しく妥当するだろう。

²⁶ 中村・前掲註 (23) 272-273頁。

²⁷ 同様の指摘として、高山・前掲註 (23) 266-267頁。彼女は、威嚇で抑止されないことを契機として刑罰を科す消極的一般予防論を、「他人との差異」に対して非難を加えることになるとして批判する。

²⁸ Michael Pawlik, "Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre", 2012, S.82-85.

²⁹ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.89-91.

³⁰ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.99-100. 尚、ここにおいてパヴリークはヤコブスと同様にルーマンを引用している(ebd.S.100)。

³¹ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.101.

³² Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.104.

³³ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.109.

³⁴ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.110, 116. 尚、市民刑法の概観については、中村・前掲註 (23) 261-272頁も参照。

³⁵ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.116-120. 尚、パヴリークは、行刑は特別予防に依拠しなければならず、

そうでなければ野蛮であるという。彼にとって行刑は社会的な側面もあるものであって、市民としての尊重が前提とされなければならないのである。

³⁶ 中村・前掲註 (23) 277頁。

³⁷ Pawlik, a.a.O.(Fn.28), S.130.

³⁸ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.559-572.

³⁹ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.560-562.

⁴⁰ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.563-564.

⁴¹ Hassemer, a.a.O.(Fn.6), S.50.

⁴² ナウケはカントが、その時代において刑罰を制限的に解そうとしたとして消極的刑法を強化したと解している。(Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.565.)。

⁴³ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.564-566. 日本における1970年代以降の学派の争いの鎮静化の後の対立は刑事政策の方法をめぐる対立であるというものとして、山中敬一『刑法総論』(第二版、成文堂、2008年) 38頁。刑罰が犯罪防止による社会秩序維持という「功利主義的な目標」達成のためのものとして正当化されるべきだということは、現在ではほぼ一般的に承認されているというものとして、井田良「相対的応報刑論とは何か。」『法学教室』93号 (1988年) 116頁。

⁴⁴ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.567-571. 本論文I-1-aにおけるハッセマーへの批判を参照のこと。

⁴⁵ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.571-572.

⁴⁶ 朴普錫「ドイツ刑法史研究の現代的意義」『立命館法学』350号 (2013年) 595-596頁註6。

⁴⁷ 朴・前掲註 (46) 596-597頁。

⁴⁸ Wolfgang Naucke, "Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts", Baden-Baden, 2000, S.427-429.

⁴⁹ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.333-338.

⁵⁰ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.338-339.

⁵¹ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.339-342.

⁵² Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.342-346.

⁵³ ここで要求されるべき法的忠誠は、一種の道徳を強要して「善い人間」(a good man)になることを強いるものであってはならないだろう。

それは人間の尊厳に反する。ここで要求されるのは、少なくとも犯罪に陥らないで市民生活を営むことのできるような「良い市民」(a good citizen)であることである(金沢文雄「刑罰目的の多面的・発展的考察」中山研一先生古稀祝賀論文主編集委員会『中山研一先生古稀祝賀論文集 第四巻 刑法の諸相』(成文堂、1997年)11頁)。

⁵⁴ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.346-348.

⁵⁵ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.348-353.

⁵⁶ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.353-358.

⁵⁷ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.358-362.

⁵⁸ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.365-367.

⁵⁹ Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.345-346.

⁶⁰ Rainer Zaczyk, "Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz", Der Staat, Bd. 50, 2011, S.296-301.

⁶¹ 飯島暢「刑罰の目的とその現実性」川端博ほか編『理論刑法学の探究6』(成文堂、2013年)62-63頁。

⁶² Gärditz, a.a.O.(Fn.5), S.366.

⁶³ 高橋直哉「応報概念の多様性」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年)29頁。

⁶⁴ 高橋・前掲註(63)33-43頁。尚、ここでの応報とは、その内容と必要とされる理由が回顧的であることに求められるとして、展望的な要因によってその内容が変化したり、それが必要とされる理由が展望的なものではあったりしてはならないという意味で定義されている(同32-33頁)。

⁶⁵ 高橋・前掲註(63)32-33頁。

⁶⁶ 高橋・前掲註(63)34-36頁。

⁶⁷ 高橋・前掲註(63)36-37頁。尤も、体感治安の悪化や応報感情を目的とすることが正当とは思われない。公憤も単純な怒りに過ぎず、そうした感情に依拠したものは復讐に過ぎないというものとして、宮本・「刑罰とは何ぞや」前掲註(1)82-83頁。

⁶⁸ M.S.Moore, "The Moral Worth of Retribution in Responsibility, Character and the Emotions", F. Schoeman (ed.), 1987, pp.178-219.

⁶⁹ 高橋・前掲註(63)38-39頁。尚、高橋はこのムーアの見解について、ある種の処罰感情を出発点としながらも、そのような感情を満足させるための処罰という構成をとらないために展望的な関心に基礎を置いていないとするが、「他者を自分自身と同様の人間として尊重する」という命題を守るという目的として解釈することは可能であり、この限りで、応報の目的が当然の報い(desert)概念に内包されていると見る余地があるだろう。そう解釈するのであれば、その応報の目的の当否が問われることとなる。

⁷⁰ 高橋・前掲註(63)39-42頁。

⁷¹ ここで高橋は、「有罪判決も、犯罪者を非難する要素を当然に含んでいるが、なぜ、それだけでは十分ではなく、場合によっては相当に厳しい取り扱いをする刑罰を通してまで非難を表現しなければならないのか」(高橋・前掲註(63)42頁)と問うことは、非難の実質的な意義が目的にあることを指摘する以上の意義があると考ええる。それは、刑事手続に乗ること、それ自体が非難する要素を含んでいるということの意義である。つまり、刑罰に先立つ手続自体によってその目的は一定程度達成されることもあるのではないか、ということである。

⁷² 高橋・前掲註(63)42-43頁。

⁷³ ここではナウケが、(絶対的応報刑論ではなく)相対的応報刑論と目的刑論の間に「深い溝」がなかったことを指摘していた(Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.566、本論文I-3参照)ことが想起されてよいだろう。

⁷⁴ 高橋・前掲註(63)49-50頁。

⁷⁵ 井田・前掲註(43)116頁。

⁷⁶ カントにおける刑罰の目的は、犯罪によって侵害された、自由を保護するものとしての国家的法秩序の回復にあり(中村悠人「刑罰の正当化に関する一考察(3)」『立命館法学』343号(2012年)140-144頁、152-153頁、同「刑罰の正

当化に関する一考察（４・完）』『立命館法学』344号（2012年）167頁。）、ヘーゲルにおける刑罰の目的は、犯罪によって侵害された規範という法則がしかし不動のものであることを示すことを示し、或いは、犯罪により奪われた相互承認の回復にある（同・（３）181-183頁、197-199頁、同・（４・完）168-170頁。）とする。

⁷⁷ 中村・前掲註（23）233-234頁。中村は、「予防論は、刑罰の根拠が（その限界も）犯罪であるとはしていないという意味で、すべからず犯罪と刑罰の結びつきを分解することになろう」

（同・233-234頁）としており、応報刑論は「刑罰の根拠と限界が犯罪に在る、つまり、犯罪と刑罰を表裏一体のものとして結びつける『犯されたが故に』という発想」（同・234頁）に依拠するものだとする。そしてこれは、応報刑論が目的を有しないわけではないということを応報刑論の側から認めるということでもある。

⁷⁸ 中村・前掲註（76）（４・完）166-167頁。

⁷⁹ 中村・前掲註（76）（３）276-277頁。

⁸⁰ 中村・前掲註（76）（４・完）201-204頁。

⁸¹ 中村・前掲註（76）（３）199頁。

⁸² 中村・前掲註（76）（４・完）204-207頁。

⁸³ 高山佳奈子「中村悠人『刑罰の正当化根拠に関する一考察——日本とドイツにおける刑罰理論の展開（１）～（４・完）』」『法律時報』85巻8号（2013年）113頁。

⁸⁴ 中村悠人「刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論」『現代法学』28号（2015年）197-198頁。

⁸⁵ 内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、1983年）69-74頁。

⁸⁶ 宮本英脩『宮本英脩著作集四巻』（成文堂、1988年）18-19頁。しかし宮本自身、主観性は本質的に違法性の基準類型性と共通の性格を有すると自認しているように（同・77頁）、一般法秩序における規範を主観的なものと捉える宮本の見解においては、二つの「責任」は厳密には区別されていないことには注意を要する。そこでは主観的要素と違法性が混和しており、違法性と犯罪の前提たる性格責任の関係は自明とはいえない

い。その問題が具体的に表れている一例としては、精神病者の凶暴な所為を「不正な行為」と言及する点が挙げられる。宮本はこれを保安処分で処理すべきものであり、責任のない場合であるとし、そこでは「不正」とは「社会自身の立場から客観的に観察して下した価値判断」であるとされている（宮本・前掲註（67）73頁）。ここにいう「不正」は、客観主義的な違法に類似するものであろう。そこでは不正と責任の間を為す概念としての違法が想定されているようにも思われる。

むしろ、違法を客観的に捉えるのであれば概念の整理が容易になるように思われる。法秩序共通の枠組みとしての「不法」（民事法的に言うのであれば「損害」と言ってもよからう）を想定した後に、民事法は民事法なりの「責任」、公法は公法なりの「責任」を規定することは、十分に考えられることである。

⁸⁷ 宮本・前掲註（1）121頁。

⁸⁸ 宮本・前掲註（86）30頁。

⁸⁹ 宮本・前掲註（86）17頁。「法のパッチワーク化」（井田・前掲註(50) 116頁）の問題はここにおいて想起されてよいと思われる。

⁹⁰ 宮本・前掲註（67）69頁。

⁹¹ 宮本・前掲註（67）71頁。

⁹² 宮本・前掲註（67）73-74頁。

⁹³ 宮本・前掲註（67）75-77頁。

⁹⁴ 宮本・前掲註（67）77-79頁。

⁹⁵ 宮本・前掲註（67）80頁。更に宮本は、自由拘禁のために犯人の家族が一家の支柱を失ったために糊口の道を失った場合には、国家からの相当の扶助をも考えるべきだとする。それこそが真に文化国家と称せられる国家の活動であるという。「無限の愛の刑罰観」はここにも垣間見えてこよう。

⁹⁶ 宮本・前掲註（67）84頁。

⁹⁷ 宮本・前掲註（67）85頁。尚、確信犯についても求められることは同様であるとされる。すなわち、確信犯の認定はイデオロギーの判断を通してでなければ不可能であるために結局は一種

の理想論で罪を犯したに過ぎない。また、時代の支配的精神に即した法律秩序に反する限りはこれを犯罪として取り扱うことが刑法の使命であるため、たとえ彼の主張が真に進歩的であるとしても原則的に処罰せざるを得ない。そこでの処遇もやはり改善主義に依拠すべきであるとされる。しかもこの場合、確信犯人の確信がいかなる意味においても全くの誤謬であるとするのは困難であり、その逆に全くの正当であるとするのもできないのであって、結局のところ、少なくとも犯人をして、社会の現実ないし特殊事情を無視した理想論が、どうすれば真に妥当な大調和に到達し得るかという方向において反省させることが改善の目標でなければならないというのである（宮本・前掲註（1）116-117頁）。

⁹⁸ 中村・前掲註（2）287頁。

⁹⁹ 高山佳奈子「『責任主義』と『比例原則』」『刑法雑誌』53巻1号（2013年）78-79頁、高山佳奈子「量刑論の現代的課題」『刑事法ジャーナル』21号（2010年）5頁、高山・前掲註（23）121-126頁、269-276頁、385-393頁。

¹⁰⁰ 高山・前掲註（23）122-123頁。

¹⁰¹ 高山・前掲註（99）「責任主義」79-80頁。高山は、故意・過失を心理的・特別予防論的なものとして捉え、違法性の意識の可能性を規範的・応報論的なものとして区別して捉える見解をとっている。この問題についての研究が、高山・前掲註（29）である。

¹⁰² 高山・前掲註（99）「量刑」4頁。公法、とりわけ警察法の比例・均衡原則と共通する枠組みとしての比例原則が刑法においても妥当すべきだとし、しかも価値多元的な社会の統合においてそれらの全てを最大化するように努めることが自由主義的な憲法と合致するものであるというものとして、vgl. Ellscheid/Hassemer, aa.O.(Fn.11), S.281-288.

¹⁰³ 高山・前掲註（23）123頁。

¹⁰⁴ ここでいう責任主義とは、狭義におけるものとしての「故意・過失なければ責任なしの原則」

と、広義におけるものとしての責任能力、違法性の意識の可能性、適法行為の期待可能性の双方が要求され、更に量刑における責任主義として、これらの要素の範囲や程度に応じた責任の程度が求められるとしている（高山・前掲註（99）「量刑」4頁）。尤もそこにおける責任が特別予防論的に解されている点には注意を要する。

¹⁰⁵ 高山・前掲註（23）267-276頁、同・前掲註（99）「責任主義」80-82頁、同・前掲註（99）「量刑」5頁。

¹⁰⁶ 高山・前掲註（23）250頁。

¹⁰⁷ 高山・前掲註（23）270-271頁。期待可能性の問題に関する各種の標準も、こうした置き換えの問題であるとしている（同271頁）。また、互換性の観点から、行政機関による指示等に従って行動したがそれが不法な行為であった場合、国家法秩序の側で行為者から「法に従った動機づけ」のための手段が奪われており、国家に非難する資格がなく、具体的な当該行為者は非難されないとする（同329頁）。

¹⁰⁸ 高山・前掲註（23）272頁。

¹⁰⁹ 高山・前掲註（99）「量刑」6頁。そこでは遺族を痛めつけることを意図して特別に大きな苦痛を生ぜしめた場合が挙げられ、既知の關係のない被害者が相手となる場合にはそうしたことが予見不可能であるために追加的な考慮はされないとされ、模倣犯の後続などについても同様とされている。しかし、被害者を特段に痛めつける意図があった場合に関しては、こうした付随的法益侵害と言った形式をとることで客観的不法を拡張せずとも元から幅の広い法定刑が規定されているのであるからそうした点を主観面で考慮すれば足りるように思われるし、模倣犯といった社会的な影響の考慮というものについてはこの点に加え、法益ではなく法規範そのものの保護・確証を処罰で為そうという色合いが出てきて特別予防論を基礎とする高山の見解には合致しないのではないかという疑念は拭えないように思われる。高山自身、「個別の行為者の処罰は、結果として一般予防効果をもちえて

も、逆に一般予防によって行為者の責任を決めることはできないと思われる」としているのである（高山・前掲註（23）124頁）。

¹¹⁰ 高山・前掲註（99）「量刑」7頁。

¹¹¹ 高山・前掲註（99）「責任主義」82頁。高山は、同じ犯罪類型であっても共謀共同正犯としての関与形態まで広く含めて考えるとき、受刑能力が無いことを別論としても、全身不随となっても「再犯」可能性があると言及しており（高山・前掲註（23）124-125頁、133-134頁註56）、これもこうした意味で理解されるべきである。牧野英一『罪刑法定主義と犯罪徴表説』（有斐閣、1918年）199頁も、嬰兒殺犯人が同様の犯罪に出ることが出来ないとしても、その悪性は他人の嬰兒殺に加功することで発揮される可能性があると指摘する。

¹¹² 中山研一「高山佳奈子著『故意と違法性の意識』」『法律時報』74巻3号（2002年）133-134頁。また、浅田和茂「高山佳奈子『故意の構造（一・二完）』」『法律時報』67巻11号（1995年）66-69頁も参照。

¹¹³ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（第六版、2015年、岩波書店）82-83頁。

¹¹⁴ Klaus Stern, "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", Bd.1, 1984, S.861., vgl. BVerfGE19, 342[348-349]; 23,127[133]; 43,101[106]; 56,298[315]; 57,250[270].

¹¹⁵ Klaus Stern, a.a.O.(Fn.172), S. 866., ders., "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", Bd.III/2, 1994, S.775-785.

¹¹⁶ Arthur Kaufmann, "Rechtsphilosophie", 2.Aufl., 1997, S.161-163.

¹¹⁷ vgl. Ellscheid/ Hassemer, a.a.O.(Fn.11), S.284.

¹¹⁸ Gärditz, a.a.O(Fn.5), S.347.

¹¹⁹ Gärditz, a.a.O(Fn.5), S.345.

¹²⁰ 通時的、或いは共時的な規範の差異や変動は、法律の可塑性（Formbarkeit）というダイナミズムの下において必然的なものであり、それ故に「在るべき法」というものも一主張に過ぎないのである。

¹²¹ Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.562., Jakobs, a.a.O. (Fn.16), S.844-845.

¹²² Naucke, a.a.O.(Fn.14), S.565.

¹²³ Hans Kelsen, "Reine Rechtslehre", 2.Aufl., 1960, S.25-26.

¹²⁴ 徴表説を採る牧野も、刑罰が犯罪に対する効果であるという意味においては応報であるとも言えるとしている（牧野・前掲註（111）172-173頁、179-180頁）。

¹²⁵ 内藤・前掲註（85）112-113頁。内藤は、個人の尊厳の観点から刑罰を制限するものとしての「非難」を要求し、それを法的責任とする。そこにおいては刑罰が積極的に正当化される理由は、国家が国民の生活利益やその前提条件を保護するという任務に見出されているのである（同8-9頁）。しかしこれではまだ、刑罰という手段でなければならない理由、すなわち刑罰がこうした目的に適合的であるとされて正当化されるべき理由は示されていない。

¹²⁶ 中村・前掲註（2）221-222頁参照。

¹²⁷ 中村・前掲註（76）（4・完）207頁。

¹²⁸ 中村・前掲註（76）（3）323頁。

¹²⁹ Karl R. Popper, "Conjectures and Refutations", 1963, p37.

¹³⁰ 「やはり目的刑論として現実社会との接点を維持するためには、積極的一般予防効果の達成に関する経験的な検証は不可欠となる。」（飯田・前掲註（61）41頁註42）。

¹³¹ cf. H.L.A.Hart, "The Concept of Law", 1961, pp79-89.尚、ここで重要なのは、市民という規範のプレイヤーのその一定以上が、規範が規範であることそれ自体を重視していることであり、それが刑罰などの制裁により外的に保障されていようともいまいとも、内的にそう思う者が一定以上いることそれ自体がそうした規範順守の力足り得ることによって規範が実践的に確証されること（すなわち、内的ルールが行為者にとって当為化することで外的な力となること）を示せばそれで充分なのである。なぜなら、国家が外的に規範の遵守されている

「状態」以上を望むことは内心に対する介入であり、過剰な介入となるからである。内的ルール概念を認めるからといって国家の命令が直ちに当為となるという解釈は、短絡的な強権的国家観に依拠していると言わざるを得ない。すなわち、ここでの内的ルールたるべき過程とは、国家による規範定立それ自体に伴う（時に強制された（obliged）ものであるにせよ）説得というコミュニケーションであり、命令＝定立された規範はそれを責務（obligation）と考える市民の規範意識を介してのみ当為となるのである。尤も、国民の規範意識と乖離した立法は押し付けたコミュニケーションにより規範が威嚇でしかないが、規範が実際に立法されたとなれば、民主主義による規範撤回か、上位規範としての憲法違反という形でこれが撤回されない限りそれは外的に効力を有し続けることになる。

付言すれば、立法者その人自身は規範に従属する者として内的ルールにも従う。但し、立法者という「公人」という役割＝人格（Person）の目線はそうであるべきではなく、そこから一步距離を置かなければならない。もしそうであるならば、定立されるべき新たな法規範に立法者個人の内的ルールがそのまま反映してしまうという問題を犯しかねないからである。

¹³² 生田勝義の研究によれば、厳罰には抑止力はなく、抑止力があるのは確実な取り締まりであり、過失犯を防止するには刑罰ではなく充実した安全対策が必要であるという（生田・前掲註（2）14頁）。

¹³³ 例えば、一度の摘発に伴って科される罰金が最大30万円にも関わらず、その罪を犯せばほぼ確実に50万円以上の利得が得られるために法規範が守るべき当為であると全く考えられていない状況が考えられる。

¹³⁴ 中村・前掲註（84）197-198頁。尚、再犯可能性については本論文註111を参照のこと。

¹³⁵ 日本の刑事司法が、警察、検察、裁判所、刑務所、保護観察所の縦割りにより全部寸断され、どこへとつながるべきかが何も共有されてい

いという指摘について、浜井浩一『罪を犯した人を排除しないイタリアの挑戦』（現代人文社、2013年）143-144頁。

¹³⁶ ポルノグラフィの規制が性犯罪を抑止するどころかむしろ加速させるものであることの実証的な研究として、Milton Diamond & Ayako Uchiyama, "Pornography, Rape and Sex Crimes in Japan", *International Journal of Law and Psychiatry*, 22(1), p1-22. また、クレプトマニアや麻薬依存症に対して刑罰を科すだけでは意味がなく、その治療的処遇の重要性についても近時は意識共有が始まりつつある。こうした問題について、「特集「治療的司法」への道」『刑事弁護』64号（2010年）14-68頁、田中拓「あるクレプトマニアの情状弁護で新人弁護士が得たもの」『刑事弁護』67巻（2011年）86-92頁参照。

¹³⁷ 原則的に懲役刑よりも禁錮刑の方が自由制約の程度が少ないため、処遇化の期間を長くする余地がある。尤もそれは、改善的処遇の自由侵害の程度をどの程度と考えるかによる。実際、刑務所内での処遇が非人道的であればあるほどに、許容される処遇期間は減じなければならない。

¹³⁸ 高山・前掲註（83）113頁。

¹³⁹ 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』（第四版、有斐閣、2000年）〔中村睦男〕301頁。

¹⁴⁰ 金沢・前掲註（53）11頁。つまり、法は構成要件に該当する行為をするなど要求することが出来、且つ、それまでだというのである。

¹⁴¹ この危険性については嫌疑や推測によるものであってはならない。高山の見解で言及したように、新派論者もまた、犯罪を処遇の要件としているのである。宮本も牧野も危険性を憶測で認めてはいなかった（宮本・前掲註（86）148頁、牧野・前掲註（111）184-188頁）。

¹⁴² そのため、責任能力は規範意識に訴えるという刑罰目的の前提であり、これを欠いて加害行為に出た場合には刑罰は適さない。なぜなら、この加害行為は前規範的に起こされたものであり、規範に訴えることでは改善効果が見込めな

いためであり、処遇が為されるとしたら前規範的なものに訴えかけるものが為されなければならない。逆に、責任能力を以て犯罪を行った後でそれを失った場合、規範意識に訴えることはできず刑罰は延期されなければならないが、仮に責任能力を取り戻し尚その危険があった場合には刑罰による処遇が為されるべきことになる。

¹⁴³ この非難はここで見るように目的的なものである。これは目的的观点から受刑者にとって応報的に感じられることが望まれ得るが、それ自体の性質は厳密には応報ではない。

¹⁴⁴ 尚、規範意識を欠く場合には前規範意識に訴えかける必要がある。それは責任能力を欠く場合であり、前規範意識的処遇である保安処分などで処遇されるべきものである。また、規範意識を有しながらも規範的抑制をかけることのできない状況においては、市民の守護者たるべき社会がその状況から守ることができなかったのであって、違法性の意識の可能性や期待可能性の欠如といった理論によって、その負担は刑罰や保安処分のように行為者本人ではなく、社会が負うべきことになると考える。本論文註107参照。

¹⁴⁵ 宮本・前掲註(67) 75-76頁参照。

¹⁴⁶ 宮本・前掲註(67) 76-77頁は、保安処分と刑罰の差異は規範的価値を認識する能力の有無のために生じる処遇の差異であるとするが、これは改善を有効なもの足らしめるという観点から極めて妥当であると考え。尚、刑罰手続に乗ること自体のコミュニケーション的な意義について、本論文註71参照。

¹⁴⁷ 尤も、刑罰が応報であるというコミュニケーションは逆の意味で理解されることがあり得る。すなわち、「とくに満期出所者のなかには、「これで自分は完全に自由だ。ダルクや病院に行かなければいけない法的根拠があるなら言ってみろ」と言う人もいる」(尾田真言「アバリのケース研究から」『刑事弁護』64巻(2010年)40頁)わけであって、刑罰が害悪でありそれを果たしたこと、それで全てが完結したと考えられてしまうことがあり得る。応報はあくまで、

反省のためのコミュニケーション「ツールの1つ」に過ぎない。

¹⁴⁸ 赤池一将「刑罰が危険性に向き合うとき——問題提起にかえて——」『刑法雑誌』53巻1号(2013年) 13-14頁。

¹⁴⁹ 牧野英一は「エネルギー」論という形で比例原則をすでに主張していた。そこでの主張は個人的法益と社会の防衛の双方の最大化を図ろうというものである。(牧野英一『現代の文化と法律』(有斐閣書房、1917年) 516-524頁)。しかし牧野は「個人の権利事由が、社会の利益に対しては対抗し得るものではないことを信ずる」としており(牧野・前掲註(111) 192頁)、個人を社会に比して軽んじていたと言えよう。ここでは戦後社会において、比例原則の基盤に人間の尊厳というものが憲法上厳存するようになったことを特筆しなければならない。それと同時に、こうした見解が全体化の流れに至れば、現代であってさえも社会や国家に重きを置き批判力を減退していく可能性があることを厳然と自覚しなければならない。それを内在的に規制(調整)するのが科学的知見であり、外在的に規制するのがここで述べる、近代法治国家の伝統である。

¹⁵⁰ これは実定刑法だけの問題ではない。一事不再理や黙秘権といった刑事手続法的な諸原則は勿論、禁反言や既判力などといった民事法的な領域をも含めた問題がそれぞれの法領域で(そしておそらくそれぞれの法領域特有の形で)問題となるのである。

¹⁵¹ 敵刑法(Feindstrafrecht)の提唱者であるギュンター・ヤコブスは、敵刑法という考え方が必然的なものかという問いに対して、それはその人の人間観によると答えた(ギュンター・ヤコブス(訳:平山幹子)「市民刑法と敵味方刑法(講演)」『立命館法学』291号(2003年) 483頁)。累犯加重などといった行為責任原則の個別具体的な内容と結論についてもその答えは自明のものではなく常に開かれた問題であって、基盤とされている法治国家観の、その時代におい

て変動しゆく理解によるのであり、決してその上に胡坐をかいて居座ることのできる概念ではないのである。ヤコブスは、敵刑法は危険の除去にウエイトを置く、警察法・行政法に接近したものだとする（同・478頁）が、これは刑事法独自の要素である規範的要素としての責任主義のあり方が、危険に応じて薄くなっているということではないか。それは逆に言えば、市民刑法においても共通する、「危険の除去」という観点を常に前提として、この規範的要素を維持するために戦っていかなければならないということにもなる。人権的概念それ自体は人権を守らず、その主張者自身のみがそれを守り得るにすぎない。責任非難や正義といった概念もまた、それ自体としては価値的に空虚である。

¹⁵² しかし市民的制約は、厳密に言えば刑罰を削減する方向のみに作用するわけではない。市民的制約は国家に対する不信感に依拠するものである。そのため、検察や警察の証拠改竄や特別公務員暴行陵虐罪などについてはむしろ積極的に糾弾されることが望まれることになるだろう。それだけに留まらず、国家が自らに忠誠を誓う者に対して処罰を避ける傾向にあるのではない

かという市民の不信感があれば、市民的制約はたとえ合目的的な非犯罪化に対してさえも反対の声を挙げ、必罰を求めることもあるかもしれない。確かにこの場合、それが見逃されることにより世人に対して大きな不利益が及ぼされることに鑑みて、その主張は一概に不当であるとは言い難い面もある。また、裁判のワイドショー化や二次的被害を防止するために裁判を非公開にしようとすることに對して、裁判の公開を要求することもこういった問題に関係しよう。こうした意味で市民的制約それ自体もまた、ポピュリズムという問題と隣り合わせの劇薬としての性質を有し得ることに注意しなければならない。

¹⁵³ 高山・前掲註（23）121頁は現実の一般人の規範意識に鞭を入れることを追求すればその刑罰は国家によるテロ、規範を現実合うように修正すれば多数者によるテロ足り得ると積極的一般予防論を批判するが、これは民主主義国家において常に妥当する問題である。

（ふくだ なおき 北海道大学法学研究科修士課程修了）

