

## 論 説

# 非難、害悪、応報

——刑罰制度における非難と害悪の意味について——

松 澤 伸

- I はじめに
- II 検討の方法
- III 刑罰制度の正当化を論じるための前提
- IV 刑罰制度の正当化論
- V 刑罰制度の正当化としての抑止
- VI 非難とその内容
- VII 害悪の問題
- VIII おわりに

## I はじめに<sup>(1)</sup>

応報 (retribution) に基づく刑罰制度においては、非難 (censure) と害悪 (hard treatment) は不可欠な要素だとされている。非難と害悪は、なぜ、不可欠な要素なのか。

---

(1) 本稿は、*Andreas von Hirsch/ Ulfrid Neumann/ Klaus Günther* (Hrsg.), *Retributive Elemente in der Straftheorie: Die Rolle der Begriffe Tadel und Vergeltung*, 2020に収録を予定している拙稿 (*Shin Matsuzawa, Censure and Hard Treatment in the Punishment/ Penalty System*) を全訳したものである。表現上、若干の相違がある箇所があるが、本質的な内容に全く変わりはない。執筆にあたっては、日本学術振興会特別研究員 (DC1) 十河隼人氏との議論から多くの貴重な示唆を得、また脚注作成について協力を得た。記して感謝する。

本稿では、この問題、すなわち、刑罰制度において、非難と害悪は、どのような意味を持っており、どのような関係にあるか、という問題について、正面から答えることを目標とする。

## II 検討の方法

1 最初に、方法論を明らかにする。いかなる問題でも、それに取り組む方法論がなければ、解決のきっかけは得られない。すなわち、刑罰論について、どのようなアプローチ方法をもって研究すべきか、という問題を検討しなければならない。

この際、本稿は、通常、ドイツの刑罰論 (penal theory) が行ってきたものとは、異なるアプローチを採用する。刑罰論を検討する方法論を転回することによって見えてくる新たな視点を基礎において、刑罰論における非難と害悪の意味について考察するものである。

2 他国の刑法学と比較した場合、従来のドイツの刑罰論が方法論においてもっている典型的な特徴をかかげると、以下の2つということになるであろう。ひとつは哲学的基礎づけ主義であり、もうひとつは、規範的 (normative) 分析主義である。

前者については、例えば、Kant 哲学に回帰して刑罰論を検討する E.A.<sup>(2)</sup> Wolff の研究、Hegel 哲学に回帰して刑罰論を検討する Kurt Seelmann<sup>(3)</sup> の

---

(2) E.A.Wolff, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminazität*, ZStW 97, 1985, S. 786. 邦訳として、飯島暢=川口浩一 (監訳)・中村悠人 (訳)「〔翻訳〕エルンスト・アマデウス・ヴォルフ「一般予防についての最近の理解と犯罪への応答に関するその適格性」(1)(2・完)」関法62巻3号(2012)1185頁以下、同62巻6号(2013)2526頁以下。

(3) *Kurt Seelmann, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion : Hegels Straftheorien*, 1995; s. auch *Wolfgang Schild, Hegels Theorie der Strafrechtsinstitution*, in: *Andreas von Hirsch/ Ulfrid Neumann/ Kurt Seelmann* (Hrsg.), *Strafe - Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, 2011.

研究などがあげられるであろう。彼らは、刑罰論を議論する際、形而上学的な論拠にのみ依拠し、実践的な議論を拒絶する。刑罰論を支える基礎理論について、Kant や Hegel の哲学それ自体に依拠するのである。

しかし、こうした方法は、刑法学の方法論としては不当であると考えられる。こうした方法論によれば、その前提となる哲学が正しいということが、自己の見解の正当化根拠となる。しかし、そもそも、前提となる価値判断の正しさは、結局のところ、相対的である。Kant も Hegel も、それが真理であるかどうかは、わからない。哲学的基礎づけ主義は、結局は、自己のよって立つ哲学の立場を擁護することで、自己の正当性を主張しているにすぎない。それは、刑法学ではなく、刑罰を素材とした哲学理論である。刑法学の理論を刑法学として展開するためには、哲学に基づく形而上学的論拠ではなく、刑法それ自体に関わる事実<sup>(4)</sup>に即した形で議論しなければならない。

3 もうひとつの規範的分析主義は、法はこうあるべきだ、という議論の形式<sup>(5)</sup>である。この立場からは、刑罰論においても、このように解釈するべきだ、という形で、理論が記述される。したがって、本書の課題に対するアプローチとしても、事実とは無関係に、刑罰制度における非難の意味はどうあるべきか、害悪の意味はどうあるべきか、という形で語られること

---

(4) この点で、私見は、Klug による有名な「Kant・Hegel からの決別」という考え方と部分的に意見を共有する。Ulrich Klug, *Abschied von Kant und Hegel*, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch: Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, S. 36 ff. 邦訳として、ユルゲン・パウマン（編著）・佐伯千巳（編訳）『新しい刑法典のためのプログラム』（有信堂、1972）41 頁以下。

(5) こういった規範的な理論を哲学を根拠として基礎づけると、哲学的基礎づけ主義に至る。しかし、そうである必要はない。規範的分析のより広い価値が示され、その価値が共有されていれば、その基礎は十分に広く受けられ、また理論には発展可能性もたらされる。その点では、より有意義な方法論ということはできる。さらに、事実認識を前提として理論を展開すれば、本稿の方法論により接近する。

になる。

こういった議論の形式で刑罰論を論じており、それを、もっとも典型的なものとして示している L. Greco が書いたものを引用しよう。Greco は以下のように述べる：

「刑罰論は第一に、規範的理論である。したがって、刑罰論に基づいて、存在している現実を記述することはできない。そうではなくむしろ、その現実に対して、それがどのようなものであるべきか、ということを目指図するのである。……このことはさらに、次のことを意味する。すなわち、経験的知見の訴求力 (Aussagekraft) は、刑罰論という枠組みの中では、限定的なものとなるように思われる。刑罰論と刑罰の現実 (Strafwirklichkeit) との矛盾が意味するのは、原則としては、刑罰論を修正しなければならないかもしれないということではない。そうではなく、むしろ、それが意味するのは、現実には何か不正統なものが含まれているから、それを変えなければならない、<sup>(6)</sup> ということなのである。」

その上で Greco は、「それ自体で自明のことであるにもかかわらず、しばしば見過ごされている点」として、以下のことを指摘する。

「刑罰とその正統性を評価するための尺度および基礎をうちたてるところの規範的理論としての刑罰論は、それでもなお、現実の刑罰を正当化するものではない。刑罰論はむしろ、正当化された刑罰を得るために、刑罰の現実<sup>(7)</sup> はどのようなものであるべきかということを描べるものなのである。」

---

(6) *Luis Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009, S. 204.

(7) *Greco* (Fn. 6), S. 205. 規範的アプローチに対する記述的アプローチについて、*Tatjana Hörnle* は、「深層心理学的あるいは精神分析的に説明されうる欲求は刑法実践の源となりうる」と述べているものの、*Greco* と同様、このアプローチは規範的アプローチに比べて重要ではないと考えているようである。*Tatjana Hörnle, Straftheorien*, 2 Aufl., 2017, S. 1 f.

ここで Greco が述べていることは極めて示唆的である。彼は、刑罰には事実的基礎があるが、それを分析する必要はない、と断言する。ここには、ドイツの規範的分析主義の特徴が、典型的に現れている。おそらく、これまで、ドイツでは、十分には意識されてこなかったと思われるが、これが示していることは、決定的に重要である。すなわち、事実は、刑罰論とは無関係だ、という姿勢である。本当にそれでよいのであろうか。

4 筆者が見るところ、ドイツ刑法学において不足していると思われるのは、事実から出発するアプローチ（経験主義的アプローチ）である。事実から出発するアプローチとは、「こうあるべきだ」ではなく、「こうである」ものから出発するアプローチである。なぜ我々が刑罰を科してよいのか（刑罰制度の正当化；Justification of penal system）を問う以前に、刑罰制度とはいかなるものか、さらには、制度化される以前に、刑罰が、これまでの社会においてどのようなものとして存在してきたのか、を問うのである<sup>(8)</sup>。

5 事実から出発する方法論として、筆者が強くインスピレーションを受けているのは、スカンジナビアン・リーガル・リアリズム（Scandinavian legal realism）による方法論である。

スカンジナビアン・リーガル・リアリズムを代表する学者の一人であるスウェーデンの Karl Olivecrona の言葉を引用しよう。Olivecrona は、その著書『事実としての法』（Law as Fact）を叙述するにあたり、以下のように述べている：

---

(8) 事実から出発するといっても、筆者はデザートモデル（desert model）を基本としてそれを修正する刑罰論を構想しているし、その前提となる価値判断（value judgement）は、リベラルな社会観であることは、価値判断として、明示しなければならない。

「私が主としてしようとしていることは、事実を事実として取り扱うことである。私の目標は、我々の法律像を跡付け、それを現にある客観的な現実の集積とすることであって、法に関する新しい素材を導入することではない。第一に重要なことは、繰り返しあらわれてくる形而上学的観念を侵入させることなく、法に関する最も基本的でよく知られている事実を、適切な文脈に位置づけることである。しかしながら、もしこれを実行すべきだとすれば、事実の意味が全く単純で明らかに思われる場合であっても、それらの事実<sup>(9)</sup>を、注意深く分析しなければならない。」

こうした方法論にもとづき、我々は、事実から考察を開始することにした。

6 では、罰の事実的基礎とは何か。19世紀を代表する社会学者である Durkheim は、これについて明快に述べた。彼によれば、「刑罰は激情的な反作用である」<sup>(10)</sup>。Durkheim の理論は示唆に富むが、そのすべてを Durkheim 自身の言葉で整理するのは難しいので、ここでは、Garland による Durkheim の見解の要約を紹介しておこう：

「Durkheim によれば、神聖な価値への違反は、つねに激怒という反応を引き起こす。犯罪行為は、社会に深く染み込んだ心情や感情を侵害し、健康的意識に不安を感じさせるものである。この違反は、直接巻き込まれていない人々にも強い心理的反応をよび起こす。それは、激怒、怒り、憤激、激しい復讐心の感覚をひき起こすのである」<sup>(11)</sup>。

---

(9) Karl Olivecrona, *Law as Fact* (1st edn, OUP 1939) 27. 邦訳として、カール・オリヴェクローナ (著)・碧海純一＝太田知行＝佐藤節子 (訳)『事実としての法』(勁草書房、1969)。

(10) Émile Durkheim, *The Division of Labor in Society* (2nd ed, WD Halls tr, Steven Lukes ed, Palgrave Mcmillan 2012) 67. 邦訳として、エミール・デュルケーム (著)・田村音和 (訳)『社会分業論』(筑摩書房、2017)。

(11) David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*

同様なことは、刑法学者によっても指摘されている。Franz von Liszt は言う：

「刑罰は、原初的には、社会の盲目的・合本能的・衝動的な反動である<sup>(12)</sup>」。

von Liszt は、応報刑の基礎には、このように、刑罰を暴力的反動ととらえる考え方がある、として、近代学派の刑法理論に赴くが、そうした事実があることは否定し難いところである。

Durkheim のいう激情的な反作用、von Liszt のいう盲目的・合本能的・衝動的な反動、というそれぞれの言葉は、表現は違っても、同一の現象を指しているといえる。そして、それは通常、害悪を伴った暴力<sup>(13)</sup>の形で現れることになる。これが、刑罰の事実的基礎である。

こうした発想は、より洗練されて、P. F. Strawson の論文に現れている。Strawson のいう、「反応的態度」(reactive attitude) という概念がこれである。すなわち、Strawson によれば、非難の事実的基礎には、悪意に対する「怒り」(resentment) があり、それは、本質的に自然で人間的な反応<sup>(14)</sup>(essentially natural human reactions) である。Andreas von Hirsch の言を借りれば、Strawson によれば、非難あるいは異議によって不正行為に応答するということは、人に対して何かを帰責し非難するという日常

(The University of Chicago Press 1990) 30. 邦訳として、デービッド・ガーランド (著)・向井智哉 (訳)・藤野京子 (監訳) 『処罰と近代社会』(現代人文社、2016)。

(12) Vgl. *Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: ders., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd.1, 1905, S.132. 邦訳として、西村克彦 (訳) 『近代刑法の遺産 下——ヘップ、フランツ・フォン・リスト、ユーイング』(信山社、1998) 185頁以下。

(13) 物理的な力の行使を意味する。本稿では「暴力」という語はそうした意味で用いる。

(14) P. F. Strawson, 'Freedom and Resentment' in *Freedom and Resentment and Other Essays* (first published 1974, Routledge 2008) 10. 邦訳として、門脇俊介＝野矢茂樹 (編・監修) 『自由と行為の哲学』(春秋社、2010) 31頁以下。

的な道徳判断の一部(すなわち、事実に基づく)をなし(15)ている、ということになる。

### Ⅲ 刑罰制度の正当化を論じるための前提

1 このように、罰の事実に基づくは、反応的態度にあるのだから、罪に対する罰は、罪にあたる行為が起こったとき、すでに、事実として、当然に存在している。現代社会では、それを国家が引き受け、刑罰制度を経由して、犯罪者を処罰することになる。

しかし、たとえ反応的態度が事実として存在し、それを当然のものとして国家が引き受けたとしても、それだけで、国家が刑罰を科することが当然に認められる、ということではできない。国家がその構成員に刑罰という害悪を科す以上、そうした実践の正当化が必要である。ここまで来て、初めて刑罰制度の正当化の議論に入ることができる。すなわち、反応的態度に基づく罰の存在は不可避であり、かつ、罰の内容は、怒り(resentment)に裏打ちされた暴力的な反動としての態度表明であるのだとしても、それを国家が独占し、特定の構成員を処罰するという制度を、いかに正当化するか、という問題である。

2 この問題を検討する前に、一つだけ確認しておきたい。刑罰という方法は、なぜ国家に独占されているのであろうか。たとえば、説明のひとつとして、犯罪の被害を受けた私人において、暴力的態度表明の意欲が生じるのは仕方がないが、それをそのまま放置しておくことはできないから、国家が独占したのだ、という説明がありうる。社会契約説の立場に立てば、これはこれで一つの説明である。しかし、それだけでは足りないであろう。国家が行使する暴力である以上、そこでは、私人が行使する暴力とは違う、道徳的・倫理的・人道的に洗練された、制度化された形をとる必要

(15) Andreas von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences* (Hart Publishing 2017) 33.

がある。

つまり、ここには、刑罰制度の2つの側面が現れている。刑罰制度は**国家レベルで正当化**されなければならないものである、ということ、そして、それが**反応的態度を道徳・倫理・人道に**かなったかたちで制度化した形をとらなければならない、ということである。

3 筆者の考えによれば、HLA ハートの理論は、上記の問いに、罰の事実的基礎に配慮しつつ、明快に回答を提示したものとして理解することができる。HLA ハートは次のように述べている：

「システムの一般的正当化目的を示すため、刑罰の原理の説明として、この段階で応報という語を用いるということと、「刑罰は誰に対して科されるべきだろうか（配分の問題）」という問題への回答が、「犯罪を犯した者に対してだけである」ということをはっきりさせるために応報という語を用いるということとは、全く別のことだというのが、ここで私が言いたいことである。一般的正当化目的としての応報と、法を破った者だけが——それも自発的にそれを破った者だけが——処罰されうるという単純な主張としての応報とを、多くの論者がうまく区別できていないようである。…我々は、後者を、「配分における応報」として、一般的目的における応報から区別することとする。…刑罰を科することの一般的正当化目的はその有益な結果にあること、そして、この一般的目的の遂行は犯罪者のみに刑罰を科することを要求する配分の原理に従うことにより制約されあるいは質的な担保が与えられるということ、この両者をともに主張することには、まったく矛盾はないのである。」<sup>(16)</sup>

4 ハートの見解は、刑罰の正当化と刑罰の配分とを分けて議論するものである。<sup>(17)</sup> 二段階論と呼ぶことができる。この見解は、英米において、広く

(16) HLA Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (John Gardner ed, 2nd edn, OUP 2008) 9.

支持されている。

しかし、二段階論の根拠は、これまで、十分に論じられたことはなかった。抑止 (deterrence) と刑の配分 (distribution) の問題を分ければ、予防 (prevention) と応報 (retribution) という矛盾する原理の説明がうまくいくことはわかっていたし、問題を分けて考えるべきだというものそのとおりであるが、そう考えてよい本当の理由は、はっきりしなかった。上述の方法論は、このことを、刑罰の現実に即した形で、適切に根拠づけられるであろう。逆に、ドイツにおけるような、規範的分析主義にもとづく考察では、こうした理論に至ることが困難であるように思われる。

#### IV 刑罰制度の正当化論

1 次の問題は、この二段階論を基礎として、刑罰制度の正当化をいかに説明するか、ということである。

これについて、von Hirsch は、刑事制裁の正当化には非難 (censure) の要素が決定的である、としつつ、予防も付随的に考慮される、として、非難と予防の二つの側面からこれを説明している<sup>(18)</sup>。本稿の課題の一つであ

---

(17) ただし、この見解の理解は多様でありうる。筆者は、Hart の見解を、予防と「相矛盾する原理」を、「有益な結果」すなわち予防効果を得ることと、「その目的の遂行」、すなわち刑罰を正しく配分することという異なるレベルにおいてとりあげる見解と理解している。cf Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (OUP 2005) 15.

(18) Von Hirsch (n 15) 36-43; von Hirsch and Ashworth (n 17) 21-27; Andrew von Hirsch, *Censure and Sanctions* (OUP 1993) ch 2. なお、von Hirsch は、最近の論文で自説に修正を加え、抑止による説明を後退させていることに注意。See Andreas von Hirsch, 'Censure and Hard Treatment in the General Justification for Punishment: A Reconceptualisation of Desert-oriented Penal Theory' in Antje du-Bois Pedain and Anthony Bottoms (eds), *Penal Censure: Engagements Within and Beyond Desert Theory* (Hart Publishing 2019). さらに、Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Klaus Günther (Hrsg.), (Fn. 1) に収録 (予定) の von Hirsch 論文とも比較せよ。

る非難がここにあらわれている。

2 非難 (censure) の性質とはなにか。非難は、反応的態度 (reactive attitude) に由来するものであり、前制度的 (preinstitutional) ・ 事実的な性質をもっている、と筆者は考えている。そもそも、非難を伝達しない刑罰というものがあるのでしょうか？ 反応的態度とは、「他者にひどく取り扱われたこと」に対して生じる「怒り」 (resentment) を含んだ反応であり、それは、悪に対する認定と、不賛意を導くものである。Joel Feinberg<sup>(19)</sup> が、「罰は悪に対する認定と不賛意を表現する媒体で (も) ある<sup>(20)</sup>」というものは、まったくその通りである。そして、悪に対する認定と不賛意は、悪を行なった者に伝達されることで、初めて意味を持つてくる。刑罰の事実的基礎に反応的態度が存在するということになれば、反応的態度を基礎に

---

(19) 「怒り」は、「他者にひどく取り扱われたこと」を前提とするものであり、この「ひどい取り扱い」が、刑法のレベルでいえば、「wrong な行為」である。「wrongfulness」とは、アングロアメリカ法の犯罪化論 (criminalization theory) において扱われる概念であり、不正な行為であることが、ある行為を犯罪化することを正当化する必要条件となる。こうして、刑罰論の議論は、より深く探究していけば、犯罪化の理論に到達する。cf *von Hirsch* (n 15) 31-32; AP Simester and Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (Hart Publishing 2011) ch 2.

ちなみに、犯罪化論は、犯罪の本質を探求するものとして、犯罪論 (Verbrechenslehre) の基礎を構築するはずのものである。たとえば、ドイツ刑法学の言葉で表現すれば、保護法益が存在することは、犯罪化の出発点であり、保護法益が存在しないということは、現在ある法律に対して、その立法を批判する機能を有する。同様に、英米の犯罪化論で用いられる「危害」 (harm) や「不正」 (wrongfulness) の概念は、ドイツ刑法学という違法性 (Rechtswidrigkeit) や責任 (Schuld) の基本的な構造を検討する際に、有益な知的資源となる。なお、こうした議論につき、詳細は、松澤伸「刑法 / 刑罰制度の正当化根拠論と犯罪化論 / 犯罪論」『石川正興先生古希祝賀論文集』(成文堂、2019) 55頁以下参照。

(20) Joel Feinberg, 'The Expressive Function of Punishment' in *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press 1970) 69. 邦訳として、ジョエル・ファインバーグ (著)・嶋津格=飯田亘之 (編・監訳)『倫理学と法学の架橋』(東信堂、2018) 489頁以下。

据え、そこから生じる不賛意の伝達を制度化した刑罰は、当然、非難としての性質を持つことになるであろう。

別の表現でいいかえてみよう。刑罰には、非難を伝達するという性質がある。しかし、非難は、もともと、反応的態度に由来するものであり、反応的態度は、それが表現され、相手に伝達されて、初めて意味をもつのである。すなわち、事実として存在している反応的態度の表現は、刑罰制度において、刑罰の形に整えられ、犯罪者によって伝えられることによって実現される。したがって、非難は、刑罰が常に備えている性質である。しかし、そのことと、刑罰制度の正当化には、論理的関係はない。

非難は刑罰によって伝達されるため、刑罰の本質と思われがちである。しかし、非難を伝達しない刑罰が存在しないように、非難は、反応的態度という事実から直ちに生じる悪の認定と不賛意の表現であり、刑罰制度の前提となる事実的基礎である。したがって、刑罰制度に独自に与えられる性質ではないし、ましてや、刑罰制度の正当化とは、全く関係がないのである。

**3** このことは、表出的刑罰論 (expressive theory of punishment) と言われている議論においても同様である。刑罰は、表出的機能 (expressive function) をもっている。そのことは、Feinberg があの著名な論文<sup>(21)</sup>において、適切に示した通りである。しかし、刑罰の表出的機能は、刑罰制度を正当化するものではない。刑罰の表出的機能を——おそらく世界で初めて——自覚的に論じた Feinberg も、それを、刑罰の正当化根拠としては論じてはいない。刑罰がもつ表出的機能というのは、反応的態度を事実的基礎におき、それを、より洗練された形で伝達する、という、刑罰がもっているひとつの不可避的な性質と考えられる。

---

(21) Ibid ch 5.

## V 刑罰制度の正当化としての抑止

1 そうなると、刑罰制度を正当化するものとしては、抑止のみが残され<sup>(22)</sup>る。さて、このことを、簡単に標語化してみよう。“刑罰制度は犯罪を抑止するから正当化される”。あるいは、“刑罰制度は、犯罪予防効果があるから正当化される”。

このように表現すると、当然のごとく、批判が寄せられる。もっとも重要な批判は、犯罪抑止の効果があるから刑罰制度が正当化されるというのであれば、犯罪抑止に効果があるのならば、積極的に刑罰を使ってよい、ということになってしまう、というものである。これを推し進めれば、道徳的非難を寄せることはできないけれども、damageやharmを引き起こすような行為については、すべて刑罰を科することができる、ということになりかねない、<sup>(23)</sup>と。

2 こうした“予防刑法”（preventive criminal law）とでも呼ぶべき刑法は、たとえば、企業犯罪と呼ばれる領域では、実際に存在もしている。

---

(22) Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment* (Stevens & Sons Ltd 1975) 90. Olivecronaと同じくスカンジナビアン・リーガル・リアリストを代表する学者の一人であるデンマークのAlf Rossは、「刑事立法の目的は抑止である」と述べる。刑事立法とは、(部分的な)刑罰制度の創設を意味するものであるから、Rossが述べていることは、刑罰制度の目的は抑止である、と同じ意味だと理解してよいであろう。なお、Rossは、「量刑は応報の基準による」とする。この基本的な発想は、Hartと同じである。

(23) なお、第2の批判として、刑罰に抑止効果はない、というものがあろう。アメリカや北欧では、一般予防にも実証的根拠がないことが示されるとともに、リハビリテーション思想の衰退として現れた。しかし、刑法のシステムが意思に働きかけて犯罪を抑止しようとするものである以上、制度としての刑法は、抑止によって支えられているといわざるをえない。そもそも、制度としての刑法を論じる段階で、個々の刑罰の抑止効果に関する議論を持ち出すのは、ミスリーディングでもある。

確かに、道徳的非難が寄せられない行為であっても、それを刑罰で処罰すれば、特に企業のような経済効率で動いている組織をコントロールするには、有効なのかもしれない。<sup>(24)</sup>ある企業が厳しく処罰されると、他の企業は、リスクな行為には出ない。これが、企業犯罪に刑罰を用いることには威嚇効果があり、企業活動に対して、刑罰によるコントロールが有効だと思われている理由であろう。

こうした考え方は、刑罰は抑止効果があるから正当化されるのだ、という考え方からは自然に出てくる考え方である。しかし、抑止効果だけで考えていけば、刑罰の適用は、無限定になりかねない。抑止を刑罰の正当化理由とする刑法には、その点で、危うさがある。こうした刑法は、ロー・アンド・オーダー (law and order) のような、威嚇的な刑法においてさえも行き過ぎている。リベラルな立場を前提とする刑法には、<sup>(25)</sup>到底ふさわしくない。そこに、刑罰の正当化について、抑止だけでなく、非難を導入することの実践的な意味がある。<sup>(26)</sup>

## VI 非難とその内容

1 刑罰の効果の最大化をはかろうという考え方を限界づけるものとして、非難には、実践的な機能がある。そして、そこから導かれる結論の妥

---

(24) いわゆる strict liability はその典型であろう。

(25) 刑法は、まずもって、国家機関や政治家による権力の濫用を妨害するものでなければならぬ。Nils Jareborg が唱える、防衛的刑法 (defensive criminal law) とよばれる立場であり、本稿はそのような立場に立つ。See Nils Jareborg, *Scraps of Penal Theory* (Iustus 2002) 93-96.

(26) なお、非難が重要であるということは、抑止効果でなく、刑罰の表出的機能 (expressive function of punishment) を考えた場合でも同様である。表出的刑罰論によれば、刑罰の表出的機能により、ある者によれば、秩序維持がはかられ、ある者によれば、処罰感情の沈静化がはかられ、ある者によれば、被害者の救済がはかられるとされる。しかし、いずれにしても、その効果の最大化を考えていけば、重い刑罰を用いることで、表出的機能を最大化しよう、という方向に働く可能性がある。そして、やはり刑罰の使用は無限定となりうる。

当性には、かなりの説得力がある。刑罰論において、非難は、不可欠の構成要素である。

しかし、それでも、私見によれば、非難は刑罰を正当化するものということではできない。非難は、何かを正当化するものではない。感情を逆なでする不正な行為に対する不承認（disapproval）としての反応的態度（reactive attitude）に由来する、刑罰に不可避免的に備わった「性質」なのである。

2 そうすると、問題となるのは、非難と抑止の関係である。この両者を矛盾なく一つに統合する理論が必要となる。

ところで、先に、刑罰制度の正当化は、抑止に一元化される、と述べた。その基本方針に沿って、解決方法を考えるならば、その方法は次のようになる。すなわち、両者を矛盾なく統合するには、非難の契機を、抑止の中に取り込むしかない。

従来、これを行おうとしてきた理論の構成は、次のようなものである。犯罪者を非難することで、犯罪を行うと非難が寄せられることが世間に示される。世間の人々は、それを見て、そうした行為を行うことをやめよう、と考える。

しかし、その人を処罰することで、将来の犯罪を抑止する、ということは、その人の処罰を、犯罪予防の道具とすることに他ならない。そうした処罰は、道徳的国家においては許されない。こうした形での非難と抑止の統合は、理論的に誤っている<sup>(27)</sup>。

3 なぜこうした誤りが生じるのか。それは、非難を回顧的なものと捉えるからである。回顧的に作用する非難は、展望的な方向に作用する抑止とは、決定的に相容れない。ベクトルが正反対である両者を統合しようとす

---

(27) Vgl. z.B. Andrew von Hirsch and Nils Jareborg, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit* (Forum Verlag Godesberg 1991) 9-11.

れば、矛盾が生じるのは当然のことである。では、どう考えるべきか。

抑止が展望的なものであることは動かしようがない。ならば、非難が展望的であることは考えられるか。問題解決の鍵はここにある。回顧的 (back-looking) 非難ではなく、展望的 (forward-looking) 非難を考えることができるか。

4 この問題に回答する理論がある。所一彦による展望的非難の理論である。所は、次のように述べる：

「非難や称賛の対象となる行動は、それぞれの社会で期待される行動が何であるかによって異なるが、それぞれの社会で期待される行動の動機づけに非難や称賛が一定の役割を果たす現象は、おおよそ普遍的に見られるところであるといつてよいであろう。のみならず非難は、人類の長い経験のなかで、期待される行動の動機づけとして効率的に作用しうるように、次第に洗練されて来たと推測される。…処罰は非難に基づかねばならない。しかし非難が正当化されるのは、それが先験的倫理であり、あるいは非難感情に基づくからではなく、期待に背く行為を抑止するからである。…処罰が非難に基づかねばならないのは、それによって処罰が先験的倫理や本能的な感情に基づくものになるからではなく、国家的処罰が社会的非難に基づく民主的なものになるからであり、またひいては、それによって円滑に抑止機能を発揮<sup>(28)</sup>できるようになるからである。」

称賛や非難は、ある行為に対して「ふさわしいもの」として社会に生ずる反応的態度を前提としている。そして、国家は、それを、そのまま生ずるのに任せるのではなく、民主的に統制し、倫理的・道徳的な制度として洗練する。そうしてできたのが、褒賞制度 (たとえば叙勲制度) であり、刑罰制度だということになる。

---

(28) 所一彦『刑事政策の基礎理論』(大成出版社、1994) 85-87頁。

5 非難の事實的基礎には、悪意に対する「怒り」(resentment)があり、その「怒り」は、本質的に自然で人間的な反応であることは既に述べた通りである。その点で、非難は合目的なものではないと理解されがちである。しかし、非難は、事実としてそのような性格をもつものを持つものとしても、結果として、抑止に役立ち、その限りで、刑罰の正当化に寄与する。

刑罰制度が国家によって制度として洗練される過程で、非難は、民主的な過程(プロセス)を経ていく。そのプロセスの中で、手続的な正義が制度化されていくのは当然であるが、同時に、犯罪行為にふさわしい非難の量も、適切なものとなっていく。罪罰の均衡は、もともと、原初的な形で、非難の事實的基礎に含まれていると考えられるが、それが、行き過ぎた重い処罰とならないよう、倫理的・道徳的観点から、国家は制度を洗練し、整えていくのである。さらに、国家が関わることで、刑罰制度はまた、人道的なものにもなっていく。非難を向けることが困難である相手には、国家は、その向けられる非難の量を減少させて対処する。

6 こうして、国家により、犯罪行為に相応する量の刑罰が、倫理的・道徳的・人道的に定められてきたのである。刑罰制度は、国家による単なる力の独占ではない。

そうした非難に基づく刑罰は、その刑罰量を事前に示し、人の意思に働きかけて、刑罰を科せられる行為、すなわち、犯罪を抑止する刑法というシステムを、最終的に実効ならしめる。すなわち、非難が刑罰として犯罪者に伝達されることにより、刑法というシステムが、国家において機能していることが示されることになる。これが、非難が展望的に機能するメカニズム、すなわち、展望的非難の理論である。

ただし、ここで展望的非難といっても、個々の非難それ自体は、行為者

---

(29) 人を殺した場合が人にけがを負わせた場合より重く処罰されることは、人類のどのような文化においても共通であろう。

に対して回顧的に向けられていることに注意しなければならない。そうでなければ、行為者の処罰を犠牲として、抑止を図ることになってしまうからである。(個々の処罰において) 回顧的に向けられた処罰が、(刑罰制度において) 展望的に抑止に役立つ、ということが、展望的非難の理論の本質である。

## VII 害悪の問題

1 刑罰論においては、この回顧的非難を行為者に伝達することが問題となる。刑罰としてのメッセージの伝達の方法は、どのような社会においても、害悪が用いられてきた。刑罰は害悪でなければならない。しかし、なぜ罰が害悪の形をとるのかは、自明では<sup>(30)</sup>ない。

とりわけ、罰は、個人の法益を侵害するもの、利益を奪うものである。これが罰として行われるのであれば、逆に、犯罪に該当する行為である。なぜそれが犯罪とはならないのか。刑法理論で考えていけば、正当化理論がもちいられることになる。すなわち、たとえば、それを上回る社会的な利益があるから(優越的利益説)、あるいは、社会的に相当な行為であるから(社会的相当性説)、あるいは、刑罰を受けなければならない者は元々もっている利益が減少するから(受忍義務説)、<sup>(31)</sup>等々。

しかし、そもそも、この問い方は誤っている。この問いは、国家による害悪がなぜ正当化されるかを問うているだけで、なぜ国家は害悪を科するののかということについて問うていない。本質的な問いは、後者の問いである。なぜ国家は刑罰として害悪を科するという方法をわざわざ選んだの

(30) 害悪 (hard treatment) の意味、定義について、*Feinberg* (n 20) ch 5.

(31) 個人の利益を上回るのは、将来の犯罪の抑止の利益だ、と答えることはできない。第一、その効果は実証されていない。社会的に相当な行為だという答えは、結論を持って問いに答えているだけである。刑罰を受けなければならない者は元々もっている利益が減少するという説明は、その理由が不明である。そうなると、その根拠は、制度の維持、ということになるであろう。

か。

2 この問いに答えるには、最初に述べたように、答えるための方法論が重要である。本稿の方法論は、Olivecrona にしたがって、事実から出発するというリアリスティックな考察方法であり、法を事実として把握する方法論である。

そもそも、非難は、反応的態度に基づくものであった。すなわち、ひどい取り扱いに対する不承認である。そして、刑罰に対する不承認が、その他の不承認と違うのは、承認しない方向への、暴力的反動を伴うことである。暴力的反動は、犯罪に対する反応的態度の場合には、不可避的に付随する。

このことは、人間の行為が決定されているからといって処罰しなくてよい、とならないのと同じである。犯罪は社会がある以上<sup>(32)</sup>なくなることはない。それに対する刑罰は、社会にとって必要なものである。その基礎として、罰の基礎になるものが暴力的反動であることは、社会的事実として、避けることができない。そうした本質的に反応的態度に由来する暴力的反動である罰を、倫理的・道徳的・人道的な内容として整備し、民主的に統制し、洗練し、適正化してきた成果としての制度が、現代における国家による刑罰である。

この成果は、具体的には、害悪は、その事実的基礎である暴力的反動そのもの（死刑や身体刑）ではなく、自由や金銭（や、その他の権利）の剥奪という形でおこなわなければならない、という形であられる。倫理的・道徳的・人道的な国家は、たとえ刑罰という形を取ろうとも、暴力的反動そのものを直接国民に行使すること、すなわち、死刑・身体刑は、禁じら

---

(32) Durkheim は、「犯罪は特定の種類の社会の大部分に見られるのではなく、あらゆる種類のあらゆる社会に見られるのである」と述べる。Émile Durkheim, *The Rules of Sociological Method* (WD Halls tr, Steven Lukes ed, Free Press 1982) 98. 邦訳として、エミール・デュルケーム（著）・菊谷和宏（訳）『社会学的方法の規準』（講談社、2018）。

れる。刑罰は、道徳的・倫理的・人道的に許されうる害悪として、すなわち、自由の剥奪、金銭の剥奪としてしか、許されないのである。

3 刑法による非難は、このような内容を持つものとして、犯罪者に伝達される。すなわち、刑罰は伝達を鍵としている。伝達である以上、最も有効な形で伝達する必要がある。すなわち、問題は、刑罰が害悪であることを前提として、それが最も有効に機能する場面はどういうものか、ということになる。害悪というのは、苦痛をもたらすものである。そこで重要なのは、苦痛というものの心理学的な意味である。これを考察する必要がある。

4 苦痛の心理学的意味については、Kurt Lewin の重要な研究がある。<sup>(33)</sup> Lewin は、その著書で、人は、無意味に塩なしソーダ・クラッカーを三枚も食べさせられることは拒むが、それがなにかの実験であることを説明されて食べさせられると我慢することができる、というエピソードを紹介している。このことは、苦痛は、それが与えられる理由を正しく理解すると、やわらぐ、ということの意味する。すなわち、苦痛を通じたメッセージが、最も有効に機能するケースとは、メッセージを受け取る側が、害悪の意味を理解しているときである。

続いて、Lewin は、刑務所における苦痛の調査結果を紹介している。ここでは、不当に長期間服役させられているという心理が、苦痛を強める、という調査結果が示されている。そこで、こうした心理を、刑罰の代表的な形式である、自由刑（拘禁刑）と罰金刑について当てはめてみよう。犯罪者は、自由刑を与えられることで、自由刑に服さなければならない期間について、また、その期間が自分のやったことにふさわしいのか、

---

(33) Kurt Lewin, *Resolving Social Conflicts: selected papers on group dynamics* (Gertrud Weiss Lewin ed, Harper 1948) 106-107. 邦訳として、クルト・レヴィン (著)・末永俊郎 (訳)『社会的葛藤の解決』(ちとせプレス、2017)。

また、自分が不当に扱われているかどうか、等々を考える機会が与えられる。罰金刑も同じである。金銭を失うのは一瞬であるから、苦痛は一瞬であるが、その後、金銭がなくなったことを意識するたびに、犯罪者は、メッセージの意味を考えることになる。人は苦痛を感じる時、苦痛から逃れようとするし、そのために、通常、その意味を理解しようとする。こうして、国家からの非難のメッセージは、犯罪者に、有効に伝達される。<sup>(34)</sup>

##### 5 この理論からいくつかの重要な帰結が導かれる。

実務上、非難の伝達に、害悪をともし合わせるべきかが問題となる場面がある。すなわち、裁判官が、実刑とするか、保護観察とするか、執行猶予とするか、迷うような場面である。そこでは、裁判官は、害悪によって非難を伝達すべきかを考慮することになる。そうだとすれば、裁判官が考慮すべきなのは、犯罪者個人の事情、すなわち特別予防である。刑種の選択（の限界事例）において特別予防が考慮されるのはそのような事情による。

また、量刑の際に考慮される一般情状の中には、非難の意味を十分に理解している者に対して、刑を軽くする事由がある。こうした事由を考慮するについては、これまで、デザート・セオリーの外側で考慮されることが多かったと思われるが、この理論によれば、デザート・セオリー内部に、<sup>(35)</sup>ダイレクトに組み入れることができる。すなわち、一般情状には、デザート内在的要素と、別原理による外在的要素のふたつがある、ということである。私見では、いままでの mitigating factors のうち、デザート・セオリー内部で解決できるものがどれかを確定し、それから、外部的な原理に

(34) もちろん、有効なメッセージの伝達方法は他にもあるはずである。しかし、刑罰が害悪であることは、罰の事実的前提から不可避である。不可避ならば、それを最も有効に用いるべきである、ということになる。

(35) cf *von Hirsch and Ashworth* (n 17) 172-178; Julian V Roberts and Hannah Maslen, 'After the Crime: Post-Offence Conduct and Penal Censure' in AP Simester, Antje du Bois-Pedain and Ulfrid Neumann (eds), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Hart Publishing 2014) 103-105; Hannah Maslen, *Remorse, Penal Theory and Sentencing* (Hart Publishing 2015).

基づく要素については、その位置付けを考える、ということになる。このうち、デザート内在的要素は、刑罰の本質により関連する事情であるから、特に重視されるべき要素だということになる。

## VIII おわりに

1 本稿では、刑罰の事実的基礎から出発する方法論を取り、非難、および、害悪の意味について考察してきた。

そこで得られた結論は、以下のようなものである。

(1)まず、非難は、刑罰の事実的基礎を構成するものであり、刑罰制度の正当化とは無関係である（別の言葉で言えば、デザートは刑罰制度を正当化する根拠とはならない）。

(2)害悪は、刑罰の事実的基礎に含まれる反動に由来するものであり、刑罰にとっては不可避なものである。それゆえ、そのことを前提として有効に用いるべきであるが、苦痛は、刑罰にとって重要な要素である非難の伝達について、極めて有効に機能しうるものである。

2 以上の結論は、あくまで素描であって、さらに検討が必要である。ただ、その検討には、ドイツの刑罰論とは異なる、事実から出発する方法をとり続けることとしたい。

ドイツにおいても、20世紀初頭、von Listzt は、事実から出発して問題を検討していた。von Listzt は、刑罰の基礎には衝動的反動がある、という明らかな事実から出発しながら、その事実を、同じく事実だと（当時は）思われたリハビリテーション思想で修正し、目的刑論に至った。その後、リハビリテーション思想は、事実に合致しないため、アメリカや北欧を皮切りに衰退していったのは、周知の通りである。我々は、現にそこにある刑罰を観察しつつ、今一度、事実に即して、刑罰論を再構成する必要があると思われるのである。