

表出的刑罰論についての覚書

中 村 悠 人*

目 次

1. はじめに
2. 人格指向的な表出的刑罰論に位置づけられる見解
3. 実際の刑罰賦課（科刑）の位置づけ
4. 規範指向的な表出的刑罰論に位置づけられる見解
5. 表出的刑罰論とヘーゲル刑罰論
6. 若干の検討

1. はじめに

本稿は、近年ドイツにおいて展開されている表出的刑罰論を検討するものである¹⁾。表出的刑罰論は、刑罰のコミュニケーション的機能を中心に、刑罰の正当化を構想する刑罰理論である²⁾。ここでは、刑罰において、一定の意味が表出され、それが名宛人（例えば、行為者、被害者、社会

* なかむら・ゆうと 関西学院大学大学院司法研究科准教授

- 1) 日本において表出的刑罰論を検討する論考として、竹内健互「刑罰のコミュニケーション的機能について——表出的刑罰論は第三の選択肢となり得るか——」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）261頁以下、松澤伸「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——」早稲田法学95巻4号（2020年）1頁以下、高橋則夫『規範論と理論刑法学』（成文堂、2021年）495頁以下を参照。さらに、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2014年）616頁以下、636頁以下、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、2018年）79頁以下及び168頁以下、十河隼人『量刑の基礎理論』（成文堂、2022年）309頁以下も参照。
- 2) 松澤・前掲（注1）12頁は、刑罰の表出的機能が刑罰制度を正当化するものではないとする。

一般の人々といった社会の構成員)との間でコミュニケーションされることが前提となっている。刑罰の前提となる刑事裁判での有罪の判決や有罪の宣告,あるいは,実際の刑罰賦課(科刑)において,刑罰は一定の意味を表出し,それが社会の構成員との間で伝えられ応答し得るものとして構想されている。刑罰を通じたコミュニケーションの名宛人を想定し,そこで表出される意味に着目する見解が表出的刑罰論といえる。

もっとも,刑罰によって一定の意味が表出されることが認められる,あるいは,刑罰にコミュニケーション的機能が認められるとしても,それが刑罰という制度を正当化し得るものであるのか(ここでは,犯罪に対して何故そもそも(国家が)刑罰を科しても良いのか,そこでの刑罰はどのようなものが許容されるのか,有罪の宣告やその公表だけでなく実際の科刑までもどのように許容されるのかといったことが問われることになる)は,検討を要する課題である。はたして表出的刑罰論はそのような問いに答え得るものであるのかに焦点を当てるのが,本稿の目的である。

表出的刑罰論は,英米の道徳哲学における見解,例えば,ストローソン³⁾, ファインバーグ⁴⁾あるいはダフ⁵⁾に影響を受けて,議論されているとされる⁶⁾。例えば,ファインバーグによれば,刑罰は,怒りと憤慨の態度,不承認と非難の判断を表明するためのコンベンショナルな手段であり,他の制裁にはほとんど欠けている象徴的意義を有しているとされ⁷⁾,

3) *Peter Frederick Strawson, Freedom and Resentment and other essays*, 1974, p. 1 を参照。この点で, *Roman Hamel, Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, 2009, S. 92 ff. では, ストローソンの見解による日常的コミュニケーションにおける否認(Missbilligung)の機能について分析を加えている。

4) さしあたり, *Joel Feinberg, Doing and Deserving*, 1970, p. 101 を参照。

5) 例えば, *R.A. Duff, Prävention oder Überredung?*, in: Bernd Schünemann u. a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Uppsala Symposium 1996, 1998, S. 181 ff. を参照。ダフの刑罰論については, さらに, *Günter Ellscheid, Zur Straftheorie von Anthony Duff*, in: Henning Radtke u. a. (Hrsg.), *Muss Strafe sein?*, 2004, S. 25 ff. を参照。

6) *Tatjana Hörnle, Straftheorien*, 2. Aufl., 2017, S. 17 ff., 31 ff. を参照。

7) *Joel Feinberg, The Expressive Function of Punishment*, *The Monist*, 49 (1965), p. 7

刑罰の象徴的機能として、権威による不承認、象徴的な黙認の拒否、法の確証、有罪判決を受けた者以外の者の無罪の宣告を挙げている⁸⁾。

ドイツにおいて展開されている表出的刑罰論においては、例えばロシュタルスキーによれば、犯罪行為と刑罰は行為者と社会の間のコミュニケーション行為として捉えられる。行為者は犯罪行為を行ったにもかかわらず依然として同様の社会の構成員であるからこそ、行為者には処罰が必要であり、同等の権利を有する者のコミュニケーション的な要求に応答しないままにいることは許されないのであって、むしろ行為者は市民として不当な自由行使に対する応答を受けるに値するものであるとされる⁹⁾。このように、表出的刑罰論は、犯罪・刑罰・刑法をコミュニケーションの連関の中に置くわけである¹⁰⁾。犯罪行為と刑罰を通じて表現される、象徴化された、表明された意味が（も）問題となり、意味や意味のやり取りが問われることになる。そして、そこでは、解釈能力があり意味が帰する存在としての人間により行われ、人間により媒介されるこの意味内容を理解できること、また解釈できることが前提となる¹¹⁾。

もっとも、表出的刑罰論には多様なヴァリエーションがあり、コミュニケーションの内容、コミュニケーションに参加する名宛人の範囲、媒介されるコミュニケーション内容の間の関係が論者によって異なって評価されている。特に、コミュニケーションの内容について、一方では刑罰の規範確証機能が、他方では刑罰の否認機能が議論されている。ヘルンレによれば、規範指向的な表出的刑罰論と人格指向的な表出的刑罰論の二つに分けることができるとされている¹²⁾。規範指向的な表出的刑罰論では、コミュ

↘397, 400.

8) *Ibid.*, p. 404.

9) *Frauke Rostalski*, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S. 15 ff. および 37 ff.

10) *Hamel*, a. a. O. (Fn. 3), S. 34 ff., 73 ff.

11) *Hamel*, a. a. O. (Fn. 3), S. 34 f. また、*Angela Kalous*, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, 2000, S. 188 f. も参照。

12) *Hörnle*, a. a. O. (Fn. 6), S. 31.

コミュニケーションの名宛人は社会一般の人々であり、刑罰の規範確証機能が問題となっているのに対して、人格指向的な表出的刑罰論では、行為者や被害者がコミュニケーションの名宛人として捉えられ、刑罰の否認機能が重要となっている¹³⁾。

2. 人格指向的な表出的刑罰論に 位置づけられる見解

人格指向的な表出的刑罰論に自らを位置づけるヘルンレは、非難という形での刑罰の否認的機能に目を向ける。刑罰は、有罪判決と処罰(刑罰賦課)から構成されるが、有罪判決にはコミュニケーション的に非難の意味が与えられ、処罰という害悪の賦課はその非難を表明する手段として位置づけられている¹⁴⁾。

有罪判決や有罪の宣告と、刑罰賦課(実際の科刑)とを区別する発想は他の論者にも見られる。例えば、フロイントは、有罪の宣告と刑罰とを区分し、非難を前者に位置づける。すなわち、一定の犯罪行為を理由とする有罪の宣告は、常に人格による誤った行動に対する非難を含んでいるが、刑罰の主な役割は、行われた規範違反に対する適切な否認的反応を通じて、かく乱された法的平和を回復することにあるとする¹⁵⁾。フロイントにおいては、有罪の宣告において非難がなされる。そこでは、規範違反者と同様に行動してはならず、規範違反者が不法をなしたという確証で、規範違反に対する異議となり、行為規範の基礎になる評価に対する異議を打ち消すことになる¹⁶⁾。この見解によれば、刑罰の前提となる有罪の宣告にお

13) Hörnle, a. a. O. (Fn. 6), S. 31 ff. を参照。

14) Hörnle, a. a. O. (Fn. 6), S. 34, 43 f.

15) Georg Freund, Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafrahmen für die Strafzumessung, GA 1999, S. 509 ff., 510.

16) Georg Freund, Der Zweckgedanke im Strafrecht?, GA 1995, S. 4 ff., 7 f. を参照。

いて非難がなされており、刑罰賦課において（少なくとも主要なものとして）非難が行われるわけではないということになる。

このように、有罪判決においてコミュニケーション的に非難の意味が与えられる場合、その名宛人はどのように想定されるのか。この問題につき、人格指向的な表出的刑罰論は、具体的な行為者や被害者を想定しているとされる¹⁷⁾。そして、そこでの行為者は、コミュニケーションの名宛人として、意味を理解し、意味のやり取りを行える存在として捉えられることになる。

フォン・ハーシュもまたヘルンレと同様に解しているが¹⁸⁾、両者は、ストローソンのアプローチから出発している。ストローソンは、「反応的態度 (reactive attitude)」に着目する。反応的態度は、怒りに代表されるような、「他者が我々に向ける善意や悪意、または無関心に対する本質的に自然で人間的な反応」である¹⁹⁾。怒りなどの反応的態度は、自分に対してある程度の善意や尊重する気持ちを示してほしいという他の人間への期待または要求を反映している²⁰⁾。

この反応的態度は、相手が受け取ることができることを必要とする。そのため、フォン・ハーシュもヘルンレも、ストローソンと同様に、「行為者を、自律的道德的な自己決定なす人格として承認すること」を要求している²¹⁾。道德的な自己決定をなす人格として承認されることで、その者が他者に対して侵害を加えた場合に、非難として、誤りであること、つまり

17) Hörnle, a. a. O. (Fn. 6), S. 34 ff. を参照。

18) *Andreas von Hirsch*, Warum soll die Strafsanktion existieren? - Tadel und Prävention als Element einer Rechtfertigung, in: Andreas von Hirsch u. a. (Hrsg.), *Strafe - Warum?*, 2011, S. 43 ff. 付言するが、フォン・ハーシュは2008年以前は Andrew von Hirsch の名義である。

19) *Strawson*, ed. cit. (Fn. 3), pp. 10-11. 怒りや憤慨、非難、是認、賞賛、感謝、許し、愛情、傷心などが含まれる。

20) *Ibid.*, p. 15.

21) *Tatjana Hörnle/ Andrew von Hirsch*, Positive Generalprävention und Tadel, in: Schünemann u. a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention* (Fn. 5), S. 93.

是認されないということの判断の伝達が、結びつけられる。犯罪は、道徳的に誤った非難すべき態度であり、法的に是認されない行為に対しては、「特定の行為態様に関する原理的な誤りという判断」²²⁾として、非難がなされる。そして、その際、道徳的誤りの判断の通達という非難をすることなしに、威嚇や改善で対応することは、道徳的な自己決定をなせる人格であるはずの行為者を、猛獣と同様に扱うことになってしまい、許されるものではないことになる²³⁾。

もっとも、刑罰のコミュニケーション的機能の中心が、有罪判決における有罪の宣告に置かれる場合、実際の科刑は(少なくともコミュニケーション的機能の点では)不要になるのではないかという疑問が生じる²⁴⁾。

3. 実際の刑罰賦課(科刑)の位置づけ

実際の刑罰賦課をどのように位置づけるかに関連して、有罪の宣告において、刑罰の象徴的・表出的な意味を認めようとする理解が、表出的刑罰論に位置づけられる見解から主張されている。ギュンターは、刑罰には象徴的・表出的な意味が認められ、それは公的に表明されなければならないとしつつ、それは実際の害悪の賦課により表現されることを必要とするものではないと主張する²⁵⁾。否認の表明と害悪の賦課は必然的なものではな

22) Hörnle/ von Hirsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 93.

23) Andrew von Hirsch, Tadel und Prävention. Die Übelzufügung als Element der Strafe, in: Schönemann u. a. (Hrsg.), Positive Generalprävention (Fn. 5), S. 105 f.

24) Peter Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 19 f.によれば、刑罰の正当化の基礎は否認と現実の処罰へと分けられることになる。また、Susanne Walther, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, 2000, S. 281 ff.は、公的な否認としての刑罰を認定・警告と害悪の賦課とに区別する。さらに、Ivo Appel, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 471 f.も参照。

25) Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in: Cornelius Prittowitz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 205 ff., 207.

く、刑罰の象徴的・表出的な内容は、公的でフォーマルな不法や罪責の認定手続において過不足なく表明することができ、行為者の処罰は象徴的・表出的な意味を表明するためには不要であるとする²⁶⁾。

ギンターは、犯罪という侵害が個人的なものとして帰責されるべき不法であり、この不法は公共全体において承認されるものではないということの内容とする公的な宣言に、刑罰の象徴的・表出的な意味の核心を見出している²⁷⁾。すなわち、有罪判決という公的な宣言が刑罰の象徴的・表出的な機能を有しており、被害者・行為者・公衆という三つの名宛人それぞれに異なった内容が向けられているとする。被害者に対しては、被害者への侵害が不運や運命によるものではなく、不法なものであって、社会一般の人々によって承認されるものではなく、この不法に責任を負うのはそれが帰責される犯罪行為者であるという内容が向けられる。行為者に対しては、当該行為が不法なものであり、それが帰責されることが伝えられる。そして、一般の人々に対しては、侵害が不法であり承認されるものではないこと、この不法が被害者や一般の人々に帰責されるべきものではないことが伝えられるとする²⁸⁾。

ギンターの見解によれば、行為者もまた公的な宣言の名宛人であり、そのメッセージが伝えられ得る道徳的人格としての地位が承認されている。他方で、行為者に対する実際の科刑は必然的なものではなく、まさに公的な宣言である有罪判決においてコミュニケーション的機能が尽きていることになろう。しかし、そうすると、実際の科刑には象徴的・表出的な意味がないことになるだけでなく、そのような実際の刑罰賦課を基礎づけることができているのが疑問となる。そのようなコミュニケーション的な機能が認められたとしても、そこから実際の刑罰賦課は正当化されるわけではないからである。刑罰という制度を有罪の宣告のみとして理解する

26) *Günther*, a. a. O. (Fn. 25), S. 219.

27) *Günther*, a. a. O. (Fn. 25), S. 218.

28) *Günther*, a. a. O. (Fn. 25), S. 218 f. を参照。

のであれば格別であるが、ギンターにとっては歴史的に偶然的にせよ当該社会のコンヴェンションとして否認と害悪賦課の結びつきを認められていることからすれば²⁹⁾、現になされている、あるいはなされ得る科刑を含めての説明が求められるように思われる。

このようなギンターの見解に対して、表出的刑罰論の立場から、否認と害悪賦課の結びつきを強調する見解も主張されている。ヘルンレは、否認と害悪賦課との結びつきについて、言葉による否認では、非難の程度の区別を適切に表現しきれないとしている³⁰⁾。言語のレベルでは反価値性の判断を量的に精緻化することは困難であり、もっぱら言語のみでは、不法を為したとの認定は可能でも、不法の程度による否認の表明を行うことには実際上の困難が生じることになる。ヘルンレにとっては、あるメッセージの真摯さは有形的な財の提供や剝奪といった象徴的な裏づけがあって受け取られ得るものであり、非難においては、相応した象徴的な補強として害悪の賦課が欠かせないことになる³¹⁾。さらに、言葉による表明を身体的なジェスチャーによって確証することは慣習に適合することになる³²⁾。

有罪判決や有罪の宣告においては、当該行為者の行為の否認がその前提にあることになるが、その否認は、例えば「殺害行為は許されない」とするだけでは真摯なものとして伝わらないというわけである。日本だけでなく多くの国で「〇〇の刑」(〇年の自由刑など)という形でその犯罪に相応しいと考えられる刑と合わせて表明されており、それがなければ不法の程度も示せないというように考えることになろう。もともと、このような理

29) Günther, a. a. O. (Fn. 25), S. 219.

30) Hörnle, a. a. O. (Fn. 6), S. 42.

31) Hörnle, a. a. O. (Fn. 6), S. 42 を参照。さらに, Kristian Kühl, Zum Missbilligungscharakter der Strafe, in: Jörg Arnold u. a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 149 ff., 159 f. も参照。

32) Tatjana Hörnle, Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 19/2006, S. 950 ff., 956. ヘルンレは、刑法上の反価値性判断の表出的意味を、犯罪行為者との関係では非難として、被害者との関係では弔意と連帯として捉える(S. 955 f.)。

由づけは、規範的論拠としては十分なものではないように思われる。言葉による否認の実際上の困難さが、即座に実際の刑罰賦課を根拠づけることにはならないからである。

他方、フォン・ハーシュは、刑罰には非難の機能と並んで、二次的に予防的な機能があり（威嚇予防）、これを果たすために、実際の刑罰賦課という形で、否認の判断が表明されなければならないとする³³⁾。そこでは、非難とは別の理由でもって、実際の刑罰賦課が説明されることになり、道徳的誤りの判断の通達という非難から根拠づけられているわけではない。

この点で、ツウルヒャーは、ストローソンの反応的態度に依拠しつつ、異なる根拠づけを試みている³⁴⁾。ツウルヒャーは、刑罰は道徳的に誤った行動に対する道徳的に適切なリアクションであり、また刑罰はコミュニケーション的なものであり、さらに、刑罰は道徳的共同体の構成員に向けられる場合にのみ、あるいは処罰される者を道徳的共同体の構成員とみなす場合にのみ正当化されるとする³⁵⁾。そして、人格性の条件、理解の条件、反応の条件を挙げる³⁶⁾。

まず、人格性の条件は、処罰される者が自律的に（十分に意図的に、自由に）行動しうる道徳的行為者であったというものとされる。もっとも、回顧的に行為当時に行為者が道徳的行為者であったということだけでなく、同時に、処罰された者が現在も道徳的な対話の相手方であり、将来もそうであるという予期の下で向き合うものとされる³⁷⁾。次に、理解の条件は、

33) *Andrew von Hirsch*, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Wolfgang Frisch u. a. (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 55.

34) *Tobias Zürcher*, Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe, 2014, S. 1 ff. ツウルヒャーは自身を規範的表出主義としている（S. 128 ff. を参照）。ツウルヒャーの見解については、竹内・前掲（注1）268頁以下で詳細に検討されている。

35) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 98 f.

36) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 132.

37) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 132.

刑罰の適切性を扱うものであり、刑罰が原則的に理解され得るものでなければならぬ意義に満ちたメッセージである、ということを含んでいる³⁸⁾。その際、ツェルヒャーは言語行為論を手掛かりとする³⁹⁾。三つ目に、反応の条件は、個々の態度が連続的に結びついていること、そして、ある要素(例えば非難)が前後の態度に照らして初めて意味を持つことが関わってくることになる⁴⁰⁾。

反応の条件に関しては、ツェルヒャーは個人的な反応態度を問題とはしていない。彼によれば、刑罰の表出的意味や否認を基礎づけるのは、自分自身に対して為される、自己反応的態度(*selbst-reaktive Einstellung*)ではなく、代行的反応的態度(*stellvertretende reaktive Einstellung*)であるとされる⁴¹⁾。代行的反応的態度は、他者に対してある程度の善意や尊重を示して欲しいという一般化された内容をもつものである。そのため、国家的な刑罰システムが個人の反応的な態度を表現する「舞台」として理解されることにはならないわけである⁴²⁾。

理解の条件は責任帰属の成功条件ともされ⁴³⁾、意味を構成するコンヴェンション、すなわち責任の社会的帰属メカニズムが基本であるとする⁴⁴⁾。ここでは、コンヴェンションは、社会的なプロセスや儀式的ルールであり、意味や、時には権利や義務も生み出すものとされる。そして、コンヴェンションは、社会的事実の創出や変更に関する間主観的な理解であり、再び変更できるかどうか、どのように変更できるかは、その性質に大きく依存するとされる。あるコンヴェンションが社会生活にどれだけ強く組み込まれ、その結果どれだけ固定化したかは、経験的な問題とされ

38) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 132.

39) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 148.

40) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 132.

41) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 98 f.

42) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 137.

43) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 132.

44) *Zürcher*, a. a. O. (Fn. 34), S. 164.

る⁴⁵⁾。ツェルヒャーによれば、コンヴェンションが一定の行為と非難の種類の間を決定し、それにより、ある一定の厳しい措置（ハードトリートメント）がある一定の非難として理解されるかが決まる⁴⁶⁾。

このような発想からは、当該社会のコンヴェンションによって、非難と解される厳しい措置が刑罰として科されることになる。厳しい措置と否認とは併存し、自由に組み合わせることができるといったものではなく⁴⁷⁾、相互に結びついていることになる。もっとも、刑罰の目的は特定の害悪の賦課ではなく、適切な表現形式を選んで適切な非難をすることであり、厳しい措置でなくとも非難が可能な場合には、厳しい措置を控えなければならぬとされる⁴⁸⁾。

以上のように、ツェルヒャーの見解はコンヴェンションに依拠することになる。もっとも、コンヴェンションの内容の適切性については不明確なままである。つまり、そのコンヴェンションの内容がどのように規範的に基礎づけられるべきかについては十分に示していない。また、刑罰が道徳的に適切なリアクションであることを説明できたとしても、法との関係、すなわち、刑法としてそれを行い得る（刑法という法として刑罰を賦課し得る）ことの説明までは示されていないように思われる。社会における合意やコンヴェンションを基準とする点では、既にヤコブスが、当該社会の（法）規範を基準とする見解を示しており、そこでは、法との関係も意識されていたところである。次にその検討に移りたい。

45) Zürcher, a. a. O. (Fn. 34), S. 154.

46) Zürcher, a. a. O. (Fn. 34), S. 153.

47) Zürcher, a. a. O. (Fn. 34), S. 153.

48) Zürcher, a. a. O. (Fn. 34), S. 157.

4. 規範指向的な表出的刑罰論に 位置づけられる見解

ヘルンレによれば、規範指向的な表出的刑罰論に位置づけられる理論として、ヤコブスの見解が挙げられている⁴⁹⁾。もっとも、ヤコブスは自身の見解を表出的刑罰論とはしていない。ヤコブスの見解は規範確証的な予防論である⁵⁰⁾。ヤコブスは、規範的予期と認知的補強により説明を試みている。規範的予期は、相手方が社会的状況において必要なものとして持ち出された要求を知っているという、相手方への予期から生じる予期と特徴づけられ、社会化というその他の構成員への要求の基礎も構成することになり、違背が生じた場合でも維持されなければならないものである。そのため、社会的な構造の形成という機能を有し、ルールや規範の下で理解されるべきものにまで展開されることになる⁵¹⁾。この規範的予期の維持のために、認知的な補強が必要になるとする⁵²⁾。

ヤコ布斯においては、規範と社会の現実性は、個人的な同意の総計としてあるのではなく、固有のダイナミズムに従う大きなまとまりとして理解されるべきであり、社会はその限界を個人の態度によってあらかじめ記述されないとする⁵³⁾。犯罪行為者は、犯罪行為によって当該社会から排除されることにはならず、それ故に、行為者が社会にとどまる限りは、彼の犯

49) Hörnle, a. a. O. (Fn. 6), S. 31 f.

50) 詳細は、拙稿「刑罰の正当化根拠に関する一考察(2)」立命館法学342号(2012年)209頁以下、218頁以下、272頁以下を参照。

51) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991, 1/6.

52) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 51), 1/5.

53) Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 30 f. (= in: ders., Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, hrsg. von Michael Pawlik, 2017, S. 236. 以下, Beiträge と略す。) 翻訳として、ギェンター・ヤコ布斯(川口浩一・飯島暢訳)『法的強制と人格性』(関西大学出版部, 2012年)。

行は社会的コンフリクトとして扱われる⁵⁴⁾。

他方で、人間は、自己の利益状態に関心を置き、快・不快という図式に基づいて活動する個人（Individuum）でもあり、法規範に従う義務を社会における役割として受け入れることによって、法秩序の構成員である市民、つまり、権利と義務の担い手である自由な人格（Person）となるのである⁵⁵⁾。犯罪行為者は、人格でありながら、法規範の効力を無視して、独自の法則から自己の行為を規定し、犯罪を実行してしまう者である。

ヤコブスによれば、犯罪は、法規範を否定する犯罪行為者の主張として理解される⁵⁶⁾。すなわち、犯罪が社会的コンフリクトとして扱われるために、犯罪行為者は依然として人格にとどまっており、彼の態度は、規範違反として、現実の社会に対する否定としてのみ理解され得る。ここでは、規範違反者の犯行は、現実社会との対立を示し、社会が人格としての行為者に異議を示すことで、社会と結びつけられることになる。このように社会の側が犯罪行為者を人格として扱うので、彼の振舞いを意味あるものとして解釈し、それ故、社会は非均質化（inhomogen）する⁵⁷⁾。そこから、このような犯罪をそのまま放置しておく、法規範の効力は不安定なものとなってしまふ。

そこで、法秩序は、法規範の効力はいまだ妥当することを示し、犯罪行為者の法則はそのような接続可能性の欠けたそれ自体で無効なものであることを、刑罰で示さなければならぬとされる⁵⁸⁾。いわば、社会の否定と

54) *Jakobs*, Rechtszwang (Fn. 53), S. 31 f. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 236.)

55) *Günther Jakobs*, Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, ZStW 117 (2005), S. 255 ff. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 712 ff.)

56) *Günther Jakobs*, Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels, in: Karras u. a. (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 251, 264. 翻訳として、ギュンター・ヤコブス（中村悠人訳）「応報の目的」松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 第2巻 刑法と刑罰の機能』（成文堂、2020年）119頁以下。

57) *Jakobs*, Rechtszwang (Fn. 53), S. 32. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 236.)

58) *Günther Jakobs*, Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck, 2004, S. 25 f. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 22.) 翻訳として、ギュンター・ヤコブス（飯島暢・川口浩一訳）『国家刑罰』（関西大学出版部、2013年）。

いう犯罪者の表明は、法に対する否定であるが、この否定に対して社会や法の側から、権威による否定、つまり刑罰を通じて処理するのである⁵⁹⁾。

もっとも、法の側は、犯行の否定を表明するだけでは、個々の法規範は現実の方向づけを行うことはできない。個々の規範が実効性を獲得する為には、それらが認知的な形で保障されていなければならないとされる。潜在的被害者が当該社会において自らの関心を適合させることができ、蓋然的に侵害されないだろうという見通しが付け加えられなければならない。このような矛盾に付随する苦痛があってはじめて、規範への従属を快く思わないものであっても、将来に適法に振舞うであろうとの信頼が基礎づけられる⁶⁰⁾。いわば、法秩序における規範が、現実的な妥当を維持するために、刑罰によって、その妥当性が、規範的に確認されるだけではなく、認知的な補強がなされなければならないというのである⁶¹⁾。

このむき出しの側面、認知的な側面は、外的状態の変更のなかにその根拠を見出し得る。苦痛の賦課が沈黙した、強制力を伴う現実的活動にある限り、そこには意味が欠けることになる。それ故に、苦痛の賦課の基礎づけは、コミュニケーションではなく、もっぱら外的な状態の変化の中に見出されなければならない。犯罪者は自己の帰属可能な形で犯行を通じて刑罰を科せられなければ、規範の認知的な保障が蝕まれ、それによって規範の現実性が失われる、少なくとも弱められる状況を創出する。このような状況に対して苦痛としての刑罰を賦課することで、この侵蝕の危険は帳消しにされる。そして、行為の自由とそれによる結果に対する責任の双務性が故に、犯罪者は自己の違法な行為の結果に対する責任を引き受けなければならないというのである⁶²⁾。

以上のヤコブスの見解は、前述の人格指向的な表出的刑罰論と同様に、

59) *Jakobs*, Rechtszwang (Fn. 53), S. 32. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 236 f.)

60) *Jakobs*, Rechtszwang (Fn. 53), S. 33. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 237.)

61) *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 58), S. 28 f. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 25.)

62) *Jakobs*, Rechtszwang (Fn. 53), S. 33 f. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 238.)

行為者を自律的な主体としている。そして、犯罪や刑罰においてコミュニケーション的な要素が組み込まれている。また、ツェルヒャーにも見られたが、回顧的な視点だけでなく、展望的な視点も織り込まれている⁶³⁾。他方で、犯行の否定において否認を表明するだけでは足りず、個々の法規範の実効性の確保のために、つまり、法秩序における規範の現実的な妥当の維持のために、害悪賦課という形で当該法規範の認知的な補強が結びつけられている。認知的補強もまた規範の確証に関連づけられているのである⁶⁴⁾。現実の刑罰賦課（必罰ではなくとも、実際に科刑を行い得る根拠）をも含めて基礎づけようとするならば、刑罰の（あるいはその前提となる有罪判決や有罪の宣告の）有する否認機能にのみ着目することでは不十分であることになろう。

5. 表出的刑罰論とヘーゲル刑罰論

ヤコブスの見解には、ヘーゲル刑罰論との親和性も見られるが、ヘーゲル刑罰論を表出的刑罰論の文脈に位置づけることもできる、換言すれば、ヘーゲル刑罰論は表出的刑罰論に見られる要素を先取りしていたとの分析も近年なされている⁶⁵⁾。

ヘーゲルによれば、犯罪に対して「第一のもの、肯定的なもの」として対処されるべきではなく、（第一のものとしての）法を否認する「否定的な

63) *Jakobs*, Staatliche Strafe (Fn. 58), S. 33 f. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 30) では、刑罰は、犯罪による法の効力の危殆化を以前の状態に戻すという目的で、答責的に犯罪行為者に対して強制的に科される損害賠償の一種であるとし、応報と予防の観点は一つのものになるとされる。

64) ただし、前述のようにコミュニケーションの要素はない。単なる否定の表明は種々の方法で為され得るが、苦痛の賦課という刑罰のむき出しの側面も把握されなければならないとされているのである (*Jakobs*, Rechtszwang (Fn. 53), S. 32 f. (= *ders.*, Beiträge (Fn. 53), S. 237))。

65) *Daniela Demko*, Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien, in: Michael Kubiciel u. a. (Hrsg.), Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert, 2017, S. 277 ff. ダニエラ・デムコ（中村悠人訳）「現代の表出的刑罰論の観点におけるヘーゲルの刑罰論——表出・規範（信頼）に関連づけられた刑罰機能の基礎の展開について——」関大論集71巻5号（2022年）1394頁以下。

もの」として、そこでは「否定の否定」としての刑罰を通じて、対処されるべきであり、これによって与えられ、刑罰によって生じる(犯罪による法の)「このような侵害の廃棄」を通じて、「現実の法」がその「有効性」を「示し」、「必然的かつ媒介された定在として」自らを「確認する」⁶⁶⁾。

ヘーゲルによれば、存在しているものとしての法は、犯罪および行為者の特殊意志において表明される否定の言明を通じては実際には(全く)廃棄され得ない。けれども、「法としての法の生じた侵害は……なるほどひとつの積極的な、外面的な現実存在ではあるが、しかしこの現実存在はそれ自身において無効なものであり」、「この無効性は、法としての法を廃棄してしまっているということである」が、この「犯罪の表出はそれ自体において無効なもの[であり]、そしてこの無効性が犯罪のもたらす結果の本質である」。さらに、ヘーゲルの見解によれば、犯罪のこのような無効性の刑罰を通じて媒介する形での「顕現」が問題となる⁶⁷⁾。

ここでは、犯罪行為を通じてその有効性に何ら損害を被らなかつた、常に有効かつ妥当するものであるという意味で常に(犯罪行為の前でも後でも)存在しているものとしての法は、刑罰を通じて厳格に文言通りの意味では「元に戻さ」れ得るものではない。むしろ、(犯罪行為の前でも後でも)常に存在している、法の有効性を示し、確認し、明確かつ明瞭に表明することが問題となっている。ヘーゲルによる法、犯罪行為、刑罰の間の否定の否定という連関は、象徴的・コミュニケーション的モメントとの結びつきにおいて、表出的刑罰論への導入部となることになる⁶⁸⁾。

ここでは規範確認機能への着目が見られたが、刑罰の否認機能については、特に人格指向的な表出的刑罰論に見られたような反応的態度の様に基礎づけることができるかは、議論が分かれるところである。ヘーゲルにお

66) *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Moldenhauer/ Michel (Hrsg.), Werke, Bd. 7, 1986, § 97 Z (S. 186).

67) *Hegel*, a. a. O. (Fn. 66), § 97 および § 97 Z (S. 185 f.).

68) *Demko*, a. a. O. (Fn. 65), S. 291.

いても、「刑罰は感銘的なものでなければならない——したがって、有罪判決を受けることは既に恥である」とされたり⁶⁹⁾、「犯罪は刑罰に値するものであり、犯罪者に対してはその者がなしたのと同じようなものがなされなければならないということが、犯罪に際しての民衆や個人の一般的な感情であり、またそうであった」との言及がある⁷⁰⁾。

しかし、ヘーゲルは、復讐を行う正義と刑罰を行う正義の間の区別によって⁷¹⁾、被害者によって行使された復讐をもちろん内容上は正当なものともみなしたが、形式上は正当なものとはみなしていない⁷²⁾。ヘーゲルは、「主観的な関心や形態からと同様に、実力の偶然性からも解放されているような、したがって復讐を行う正義ではなく、むしろ刑罰を行う正義の要求」を主張しているのである⁷³⁾。

デムコによれば、刑罰の基礎づけへの感情的非難の要素の受容に対しては、その際十分に存在のレベルと当為のレベルの間で区別がなされておらず、存在と当為の間が誤った推論がなされ得るという危険性があるとされる⁷⁴⁾。刑罰で表出された非難的否認は、「存在のレベルにある、規範信頼の確証および規範の確証の（全体的な）言明内容および意味内容の部分的要素としてののみ示される」⁷⁵⁾。「感情が現にある（あり得る）ことは、犯罪行為に何らかの形でかかわった人間における（現実の／潜在的被害者、行為者、あるいは犯罪行為を見知った社会の構成員においてにせよ）、例えば軽蔑、怒り、復讐の感情ないし行為者の悔悟や自己改善への欲求という形態で示されるが、この存在レベルで与えられた感情を当為のレベルで（まさに）

69) *Hegel*, a. a. O. (Fn. 66), § 99 (S. 189).

70) *Hegel*, a. a. O. (Fn. 66), § 101 (S. 192 f.).

71) *Hegel*, a. a. O. (Fn. 66), § 103 (S. 197).

72) *Jean-Christophe Merle*, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*, 2007, S. S. 110 f. も参照。

73) *Hegel*, a. a. O. (Fn. 66), § 103 (S. 197).

74) *Demko*, a. a. O. (Fn. 65), S. 297.

75) *Demko*, a. a. O. (Fn. 65), S. 297.

国家的処罰という刑罰の基礎づけにとっても承認することのためには、まだ不十分な正当化根拠にすぎない」ことになる⁷⁶⁾。このように、デムコは、ヘーゲルにおいては(非難的な)否認の機能が、人格指向的な表出的刑罰論に認められるようには、認められないとする。

他方で、表出的刑罰論にみられる、応報と予防を二項対立的に捉えない視点は、ヘーゲル刑罰論にも見られる⁷⁷⁾。ヘーゲルにおいても展望的な視点が見られるのである。「犯罪を処罰しないでおくことは、それ以後にそれが法として定立されることになるであろうから、社会にとっては不可能であろう」⁷⁸⁾として、法の展望的な維持に目を向けている⁷⁹⁾。さらに、ヘーゲルは、量刑において社会の状態との結びつきを指摘している。寛大な刑罰か厳格な刑罰かの判断は、その社会がそれ自体において強固な状態にあるのか、あるいは、それ自体として動揺している状態にあるのかに依拠するというのである⁸⁰⁾。

以上簡単に見てきたが、ヘーゲルの刑罰論においては、行われた犯罪に目を向ける点で回顧的な、現在の社会の状態に目を向ける点や将来の社会にも目を向ける点で、規範確証的であり展望的な視点が見受けられる。このような視点が表出的刑罰論においても同じく基礎づけることができるのであれば、それは応報と予防という二項対立図式を超えた刑罰論を示し得ることになろう⁸¹⁾。

76) Demko, a. a. O. (Fn. 65), S. 298.

77) 拙稿「刑罰の正当化根拠に関する一考察(3)」立命館法学343号(2012年)169頁以下、198頁以下を参照。

78) Hegel, a. a. O. (Fn. 66), § 218 Z (S. 373).

79) Demko, a. a. O. (Fn. 65), S. 294 f. 「共同体およびまさにそこで存在し、その都度の時代に存在する規範妥当の信頼が発点となり、したがって同時に、共同体のこのような(規範的な意味で)理解されることになる)規範妥当の信頼がそこで生活している人間の現在そしてまた将来の(あるべき)共同生活に関係していることを、併せて考慮している」(S. 294. 強調は原典通り)。

80) Hegel, a. a. O. (Fn. 66), § 218 Z (S. 373).

81) 松宮孝明「今日における刑罰の体系と刑罰論についての覚え書き」浅田和茂ほか編『刑事法学の系譜 内田文昭先生米寿記念』(信山社, 2022年)57頁以下, 60頁以下も参照。↗

6. 若干の検討

表出的刑罰論は、(法)規範システムのメカニズムをコミュニケーション的に捉え直す試みと位置づけることができる。また、行為者がコミュニケーションの名宛人となる点で、当該行為者（犯罪行為者）が行為時点でも将来もコミュニケーションの名宛人と位置づけられる。これは、既に行われた犯罪を対象としつつ（回顧的）、その社会・共同体の将来的な持続可能性を念頭において非難というコミュニケーションを行っている（展望的）。ここでは、応報と予防という二項対立図式を超克しようとしている。もっとも、それが十分に成功しているかはさらなる検討が必要となる。

この点で、人格指向的な表出的刑罰論が、実際の刑罰賦課を十分に基礎づけているか（まさに現実に刑罰を賦課しても良いことを根拠づけているか）には疑問が残る。有罪判決や有罪の宣告において、非難的な否認が認められるとの指摘は理解し得るが、基礎づけにおいて実際の刑罰賦課が切り離されてしまっている。また、量刑の点でも不明確な点が残る。人格指向的な表出的刑罰論が行為者や被害者をコミュニケーションの名宛人として主軸に置くのであれば、行為者にとってのあるいは被害者にとっての表出の必要性によってその程度が変わるのであろうか。それは、行為均衡性と結びつくのであろうか。また、社会にとっての犯罪行為の意味や位置づけが十分に考慮できるのであろうか。このような点に疑問が残る。

他方で、規範の確証を中心に据える見解は、社会にとっての犯罪行為の意味を考慮に入れるため、量刑においての基準ないし要素が含まれている⁸²⁾。ヤコブスの議論の特徴は、行われた犯罪行為が当該社会における法規範の動揺の程度と結びつけられる一方で、その後も法規範が方向づけと

↘他方で、同書掲載の、井田良「被害感情と責任非難」3頁以下、12頁以下も参照。

82) この点で、松宮孝明「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」立命館法学323号（2009年）1頁以下、松宮・前掲（注81）65頁も参照。

して妥当することを示す点で、社会の維持に関わっている。このように規範の確証という観点から、応報的な側面と予防的な側面（しかしその予防の意味は行動統制ではなく規範確証である）が統一されているのである⁸³⁾。これは、人格指向的な表出的刑罰論にはあまり見られない観点であり、逆を返せば、人格指向的な理論が、応報と予防という二項対立図式を超えた刑罰論として十分に構築されているかに疑問が生じる。

もっとも、ヤコブスの見解の様に、認知的な補強によって説明できるかも疑問が残る点がある。ヤコブスは、認知的な予期の保全の領域でも規範的な予期の保全の領域でも、処罰を放棄することで反応する可能性を示している⁸⁴⁾。認知的な補強が不要となる場合があるという結論自体は首肯できるが、認知的な補強が不可欠となる要素や基準という点で不明確さは残ってしまう。ツェルヒャーのように、コンヴェンションを基軸に考えたとしても、そのコンヴェンションの内容がどのように規範的に基礎づけられるべきかはやはり解決すべき課題である。近年のドイツにおける応報刑論の展開は、カントやヘーゲルの刑罰論を参照しつつ、この点に規範的な論拠を与えようとしているように思われる⁸⁵⁾。ヤコブスの弟子のパヴリックが、自由理論に基づき応報刑論の再構成を試みたのは⁸⁶⁾、この点をも念頭に置いているであろう。表出的刑罰論として、刑罰のコミュニケーション的機能に着目するだけではやはり、刑罰という制度の正当化には不十分なのであって、その背後にある規範的構造を明らかにする必要がある。

83) *Jakobs*, Der Zweck (Fn. 56), S. 259 ff. を参照。

84) *Jakobs*, Strafrecht AT (Fn. 51), 1/ 13 a. 例えば、保護観察付の刑の執行猶予や刑の留保付警告の場合に否認をさらに強めるということもあり得るとして、公判で否認を明らかにすることは、部分的には認知的な処理であり、部分的には規範的な処理であるとしている。

85) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）21頁以下、拙稿「刑罰論の現代的課題」刑法雑誌57巻2号（2018年）163頁以下を参照。

86) *Michael Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre, 2012, S. 82 ff. を参照。