

刑罰の意味

松 宮 孝 明*

目 次

- I 問題の所在
- II 刑罰の種類と機能
- III 立法と量刑、行刑
- IV 刑罰の目的

I 問題の所在

日本の刑法では、「刑の種類」として「死刑、拘禁刑、罰金、拘留及び科料を主刑とし、没収を付加刑とする。」(刑法9条)と定めている。この「刑罰」の意味を、少年に対する少年法上の保護処分や医療観察法(「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」)ないし精神保健福祉法(「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」)による強制医療、さらには道路交通法違反に対する反則金、独占禁止法違反などに対する課徴金などと比較しながら検討するのが、本稿の目的である。

この点につき、ひとつ、注釈が必要である。というのも、日本国憲法39条が定める遡及処罰(事後法)、二重処罰等の禁止の対象となる「刑事上の責任」と、その対象となる「刑罰」の概念は、刑法9条が定める「刑罰」よりも広いと考えられているからである。その結果、後述する「課徴金」では刑罰である「罰金」との調整規定が作られた。また、これも後述するドイツの「保安監置」処分では、欧州人権裁判はこれを「刑罰」と解し、欧

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科特任教授 立命館大学名誉教授

州人権条約 7 条にある事後法の禁止に抵触するとしている。現に行われた行為を理由として科される抑圧的・威嚇的な不利益は、ここにいる「刑罰」に当たるのである¹⁾。しかし、本稿では、さしあたり、刑法 9 条が定める「刑罰」を検討の対象とし、憲法 39 条の問題となり得る「刑罰類似の制裁」は、比較検討の対象としてのみ用いる。

本稿の目的にとっては、とりわけ、日本では、2022 年の刑法一部改正により、2025 年 6 月から、懲役と禁錮が拘禁刑に置き換えられたことが重要である。拘禁刑は、「刑事施設に拘置する。」(刑法 12 条 2 項) ことを刑の内容とするが、同時に「拘禁刑に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」(同条 3 項) ものともされる。また、従来の拘留と異なり、この改正による拘留でも、「拘留に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」(刑法 16 条 2 項) とされている。そこで、これらの受刑者の移動の自由を奪う刑 (以下、「自由刑」と記す) の目的ないしその意味が、とくに受刑者が作業をし、または指導を受けることを拒んだ場合に、これも懲戒などを通じて強制することができるのか、現在、学説のなかでは激しく論争されている²⁾。それは、刑法 12 条 3 項や 16 条 2 項にいう「改善更生」が、これらの自由刑の目的ないし意味を成すものであるのか否かをめぐる論争でもある。同時に、それは、「改善更生」と同じよう

1) この点については、欧州人権裁判所が ECHR CASE OF ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS (*Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72*) で展開している「エンジェル基準」参照。なお、以下のヘルムート・ザッツガー論文も参照している。H. Satzger, Was ist eigentlich „Strafrecht“? – Ein Begriff im europäischen Wandel, Festschr. F. R. Streinz, 2023, S. 763.

2) それは、解釈論においては、刑事収容施設法 (「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」) 74 条 2 項 9 号が正当な理由のない作業懈怠や改善ないし教科の指導の許否を禁止する遵守事項の定めを予定し、同法 150 条 1 項が遵守事項の違反に懲罰を科し得るとしていることと同時に、同法 30 条が「受刑者の処遇は、その者の資質及び環境に応じ、その自覚に訴え、改善更生の意欲の喚起及び社会生活に適応する能力の育成を図ることを旨として行うものとする。」として受刑者の自覚に訴え改善更生の意欲を喚起することを強調していることとの矛盾関係として捉えられる。

な社会への適応ないし復帰を目的とする少年法上の保護処分や医療観察法等による強制医療と、どのようにして区別されるのかという問題をも提起する。

付言すれば、無期拘禁刑には、「無期刑の終身刑化」が「改善更生」と矛盾するという問題もある。というのも、無期刑については、「10年を経過した後、行政官庁の処分によって仮に釈放することができる。」（刑法28条）と定められているにもかかわらず、法務省の「矯正統計年報」によれば、2024年には、1600人以上もの無期受刑者のうち、1年間に仮釈放されたのはわずか1人であったからである。他方、服役中に死亡した無期懲役囚は32人に上っている³⁾。このような「事実上の終身刑化」は、「改善更生を図るため」作業をさせたり指導をしたりすることを予定する拘禁刑と矛盾しないのが問題なのである。

同時に、罰金や科料さらには没収という財産刑では、同じ刑罰でありながら、そのような「改善更生」がその目的ないし意味を成すのか否か、さらには、道路交通法上の反則金や独占禁止法などにある課徴金という、一定の金額の支払いを強制される措置が、どのような点で刑罰としての罰金や科料さらには没収と区別されるのかという問題も浮上する。これは、日本国憲法31条以下の適正手続きの保障や二重処罰・二重訴追の禁止の射程をめぐっても争われる問題である。

また、死刑は、社会復帰のための「改善更生」を無意味なものにする刑である。そのような刑罰が残存していることが、「改善更生を図るため」作業をさせたり指導をしたりすることを予定する拘禁刑導入と、「刑罰の意味」という点で矛盾を来さないかという問題も浮上する。

以下では、以上の検討のポイントに即して、刑種ごとにその意味を探り、最後に、刑罰全体の意味を探ろうと思う。そこでは、とりわけ、刑罰は改善更生という特別予防や、威嚇などの一般予防といった、将来の犯罪行動

3) 弁護士ドットコムニュース（https://www.bengo4.com/c_1009/n_19640/）2026年2月16日確認。

の予防（統制）という意味を持つものなのかという問いが、中心的役割を果たす。それは、「通説」と言われる「相対的応報刑論」に疑問を提起するという意味である。

II 刑罰の種類と機能

1 死 刑

(1) 「死刑」の現状

まず、死刑の現状とその意味を探ろう。日本では、2022年度の通常第1審で死刑判決を受けた者は0人であった。これまで、1992年と1996年に1人、2011年と2020年に執行された者0人ということはあったが、通常第1審で年間0人というのは、日本で司法統計を取り始めて初めてのことはないと思われる。加えて、2023年と2024年には、日本での死刑執行が0件となった。残念ながら、2023年には通常第1審で1人の死刑判決が、そして2024年に3人の死刑判決が出ているが⁴⁾、死刑判決が極めて少ない状態は、今後も変わらないであろう。

他方、2024年12月の国連総会本会議では、死刑の全面廃止を視野に入れた死刑執行停止を求める隔年の決議案について、過去最高の、国連加盟国の3分の2を超える130カ国が賛成票を投じた⁵⁾。アムネスティ・インターナショナルの調べでは、2024年末の時点で、法律上・事実上の廃止国数は145にのぼっている。このうち、すべての犯罪に対して廃止は113、通常犯罪のみ廃止は9、事実上の廃止は23とされている⁶⁾。2024年に死刑を執行した国は15カ国で、アムネスティが記録を取り始めてから最も少なかったと

4) 法務省『令和7年版犯罪白書』（2025年）46頁参照。

5) Amnesty「死刑執行停止を求める国連決議 反死刑の動きが加速」(https://www.amnesty.or.jp/news/2024/1225_10553.html) 2025年1月31日に確認。

6) アムネスティ・インターナショナル「死刑廃止——最新の死刑統計（2024）」(https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/death_penalty/statistics.html) 2025年2月16日確認。

のことである。もっとも、執行の件数は、イラン等での急増を反映し、この10年で最も多いことが明らかになった⁷⁾。

(2) 「死刑」と犯罪人引渡し

ところで、死刑制度の存置および執行は、犯罪人引渡しの面で障害となることがある。たとえば、国連の犯罪人引渡しに関するモデル条約⁸⁾では、その第4条に「犯罪人引渡しは、次のいずれかの事情のある場合には、拒否することができる。」とあり、その中で「d 引渡しが求められている犯罪が、請求国の法律により死刑を伴う場合。」と定められている。なお、そのただし書きでは、「被請求国が死刑は科されない又は科されたとしても執行されないことを十分と考える保証を請求国が与える場合はこの限りではない。」とも記されている。

各種の国際条約には、これに類した規定が盛り込まれている。例えば欧州人権条約（「人権及び基本的自由の保護のための条約」）の第6議定書⁹⁾では、第1条（死刑の廃止）として「死刑は、廃止される。何人も、死刑を宣告され又は執行されない。」と定められており、米州死刑廃止条約（「米州人権条約 死刑廃止に関する選択議定書」）第1条には、「議定書締約国は、領内で、管轄が及ぶあらゆる個人に対して、死刑を適用しない。」と定められている。

これらの死刑廃止国では、単に国内で死刑を執行しないだけでなく、死刑存置国に対象者を引き渡すことで間接的に死刑を執行することも、国内法で禁止していることがある。現に、スウェーデンの犯罪人引渡法では、引渡し条件として、「引き渡される者は当の犯罪について死刑の言渡しを受けてはならない」という項目が明記されていたことから、1992年に東京で日

7) 以上、アムネスティ・インターナショナル報告書 日本語訳「2024年の死刑判決と死刑執行」(https://www.amnesty.or.jp/library/report/pdf/statistics_DP_2024.pdf) 2026年1月21日確認。

8) 徳川信治「自由権規約六条と死刑問題（二・完）」立命館法学240号（1995年）131頁参照。

9) この議定書の条項は、第13議定書によって戦時犯罪にも拡大されている。

本人女性を殺害し国外逃亡したイラン人が、その後死刑廃止国のスウェーデンで拘束された事例では、スウェーデン政府は「死刑にしない保証をしない限り引渡しに応じない」とした¹⁰⁾。これに対し、日本政府は、三権分立のゆえに司法の判断に介入できないとして保証を与えなかったため、対象者の引渡しは許否された。

そのため、日本では、国内で死刑に当たる可能性のある罪を犯した人物が死刑廃止国に逃亡した場合、その人物を死刑にしないという保証を与えることができない。その結果、重大犯罪の犯人の引渡しを受けることができないという問題を抱えている。

ところで、アムネスティ・インターナショナルによれば、世界で最も死刑の執行数が多いとされる中国の引渡法50条には、犯罪人引渡しに際して最高法院が、死刑判決ないし執行をしないことの保証を行うことができるとされているとのことである¹¹⁾。正式には死刑を廃止していない韓国も、犯罪人引渡しに際して死刑に処しないという保証を与えているという指摘がある¹²⁾。これに対し、三権分立の建前から、日本ではそのような保証を行政府が与えることはできず、かつ、裁判の前にあらかじめ最高裁が死刑にしない保証を与えることもできないとされている。そのため、日本では、判

10) この経過については、団藤重光『死刑廃止論 [第6版]』(有斐閣、2000年) 68頁以下参照。なお、欧州犯罪人引渡条約 (European Convention on Extradition) 11条にも、引渡しを拒否できる旨の規定がある。すなわち、「引渡しが請求されている犯罪が、引渡しを請求している締約国の法律に基づいて死刑に処せられる場合、およびそのような犯罪に関して死刑が引渡しを請求されている締約国の法律に規定されていない場合、または通常執行されていない場合には、引渡しを請求している締約国が、死刑が執行されないことについて引渡しを請求されている締約国が十分であると考えるような保証を与えない限り、引渡しを拒否することができる。」(Article 11 - Capital punishment: If the offence for which extradition is requested is punishable by death under the law of the requesting Party, and if in respect of such offence the death-penalty is not provided for by the law of the requested Party or is not normally carried out, extradition may be refused unless the requesting Party gives such assurance as the requested Party considers sufficient that the death-penalty will not be carried out.) と。

11) 金平煥『東アジア逃亡犯罪人引渡しの法理』(信山社、2017年) 222頁。

12) 金・前掲注11) 338頁。

決ないし執行が年間1ないし2件あるかないかの「死刑」のために重大犯罪の被疑者の引渡しを受けられないことが多く、合理的な刑事政策が阻害されているのである。

（3）「死刑」と捜査・司法共助

加えて、死刑制度は、捜査・司法共助においても支障を生じる。例えば、2011年に発効した「刑事に関する共助に関する日本国と欧州連合との間の協定」の第11条には、「被請求国は、次のいずれかの場合には、共助を拒否することができる。」として、「(b) 被請求国が、請求された共助の実施により自国の主権、安全、公共の秩序その他の重要な利益が害されるおそれがあると認める場合。この(b)の規定の適用上、請求国の法令の下で死刑を科し得る犯罪又は、日本国との附属書Ⅳに掲げる一の加盟国（ポルトガル共和国——筆者注）との関係においては、請求国の法令の下で無期の拘禁刑を科し得る犯罪に関する共助の実施については、そのための条件に関し被請求国と請求国との間で合意がある場合を除くほか、被請求国は、当該実施により自国の重要な利益が害されるおそれがあると認めることができる。¹³⁾」と定められている。なお、ポルトガルは、無期刑（終身刑）でも共助を拒否できるとされていることと、ポルトガルから独立したブラジルにも無期刑がないことに、注意が必要である。そこで、ブラジルでも、移民法96条3項により、犯人の他国への引渡しの際には、30年を超える拘禁に処されないことの保障を求めることになっている¹⁴⁾。

（4）死刑の意味

以上の検討から、死刑は、世界的には、もはや刑罰の中心的存在ではな

13) 外務省ホームページ (https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/shomei_47.html) 2023年12月20日確認。

14) ブラジルの状況について、ルイス・グレコ「ブラジル刑法の現在地」高橋則夫ほか編『刑事法の理論と実務⑦』（成文堂、2025年）219頁参照。

くなっていると評価してよいであろう。何より、それは受刑者の社会復帰と矛盾する。たしかに、死刑存置国では、なお、犯罪行為に対する威嚇と死刑犯罪者の無害化という点で意味があるかもしれない。しかし、死刑廃止国に逃げた犯罪者の引渡しのために死刑にしない保証を与えることが多数となれば、そのような国に逃亡できなかった犯罪者との間に不平等が生じることとなろう。この不平等を、国際的な連携を犠牲にして、死刑を科す方向で克服しようとするなら、現在の日本が抱えている「凶悪犯罪者の引渡しを受けられない」という状況を招くであろう。

もはや、死刑は、それが残っているという意味しか持たないのである。

2 自由刑

(1) 処分との相違

ドイツには、本来は純粋な保安、つまり将来の犯罪の危険性を理由として社会や本人の保護のために課される拘禁であった「保安監置」(Sicherungsverwahrung)という「処分」が刑法典に置かれている(ドイツ刑法66条以下)。ところが、この「保安監置」は、その内容が自由刑と変わらないために、事後の法改正による拘禁期間の延長や自由刑の刑期満了時に初めて言い渡す「事後的保安監置」は、罪刑法定主義が禁ずる「事後の刑加重の遡及適用」に当たるとして、欧州人権裁判所からは欧州人権条約に違反するとされた¹⁵⁾。加えて、ドイツ連邦憲法裁判所からは、「治療」を目的とする点で自由刑との明確な差を設けるという「懸隔命令」(Abstandsgebot)を受けている¹⁶⁾。そのため、「保安監置」は、あくまで、対象者の犯罪の危険性を「治療」する措置であるとして、この命令を充たす努力がなされている。つまり、「治

15) 欧州人権裁判所の2009年12月17日の M. v. Germany 判決 (EGMR, Urt. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – M. / . Deutschland wg. Nachträglicher Entfristung) および2011年1月13日の Haidn v. Germany 判決 (EGMR, Urt. v. 13. 1. 2011 – Nr. 6587/04 – Haidn / . Deutschland)。

16) ドイツの連邦憲法裁判所2011年5月4日判決 (BVerfGE 128, 326.)。

療」抜きの保安処分は正当化されないというのである¹⁷⁾。

ドイツの連邦憲法裁判所が2011年5月4日の判決において述べた「懸隔命令」は、以下の内容を持つ。

- ① 最終手段原理：保安監置は最終の手段としてしか命ずることはできない。必要に応じて、すでに刑の執行中に、行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされなければならない。
- ② 個別化と集中の要件：包括的で科学的要件を満たす処遇の試みが、遅くとも保安監置の開始時に実施され、その結果を踏まえた処遇計画が作成されなければならない。特に治療の領域では、必要に応じて個別にカスタマイズされた治療を提供することで、あらゆる可能性を尽くさなければならない。
- ③ 動機づけの要件：期限の定めのない保安監置に伴って懸念される心理的影響には、処遇とケアを提供することで対処しなければならない。
- ④ 分離の要件：外部的な執行の枠組みは、通常の行刑（Strafvollzug）から明確な距離を示さなければならない。しかしながら、行刑から完全に空間的に分離する必要はない。
- ⑤ 最小化要件：提案される構想には、執行の緩和が規定され、釈放準備のためのガイドラインが含まれていなければならない。
- ⑥ 法的保護と支援の要件：被拘禁者には、自らの危険性を軽減するために必要な措置を講じることを求める法的権利が付与されなければならない。自分の利益を守る際には、彼は扶助されなければならない。
- ⑦ 監督の要件：保安監置の継続は、少なくとも年に一度、裁判所によって審査されなければならない。執行停止の状態ができている兆候がある場合は、直ちに別途継続可否の審査が必要である。

そこで、ドイツ政府は、連邦憲法裁判所の要求を充たすように法改正を

17) この経緯につき、冠野つぐみ「刑罰とは何か（2）——非刑罰的措置と対比して——」立命館法学409号（2023年）181頁以下も参照されたい。

行い、2013年6月1日に新規定を施行した。この新規定による保安監置については、欧州人権裁判所の2016年1月7日の判決¹⁸⁾ および2018年12月4日の大法廷判決¹⁹⁾ において、条約違反はない（ただし、若干の反対意見がある）との判断が示されている。そこでは、保安監置の対象者が欧州人権条約5条1項(e)にいう「精神の障害」(unsound mind)を有していることを前提に、保安監置も治療としての拘禁として正当化されている。

もっとも、「精神の障害」を理由とする拘禁であれば、すでにドイツ刑法63条に、「改善処分」としての精神病院への収容処分が規定されている。つまり、「保安監置」が前提とすべき「精神の障害」(unsound mind)がドイツ刑法20条の「責任無能力」や同法21条の「限定責任能力」が前提とする「精神の障害」(seelische Störung)と同じであれば、66条以下の「保安監置」はほとんど不要のはずなのである。そこで、「責任能力」で問題となる「精神の障害」と「保安監置」で問題となる「精神の障害」は異なっているのか、また異なっていてよいのか、という問題が生じる。

加えて、連邦憲法裁判所が命じる「懸隔命令」の中には、「最終手段原理」として、「必要に応じて、すでに刑の執行中に、行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされなければならない。」という要件がある。しかし、そうであれば、自由刑の執行中にすでに行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされているはずであるから、それでも足りないという場合、「保安監置」の治療では何が残されているのか問題となるであろう。

このように、「保安監置」もあくまで「治療」のための「処分」であるとすると、責任能力を排除したり減弱したりする「精神の障害」がある者に対する「改善処分」または医療法上の「強制医療」との区別が困難になる

18) EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – Bergmann ./, Deutschland.

19) EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 und 4. 12. 2018 (GK)– Nr. 10211/12 und Nr. 27505/14 – Ilseher ./, Deutschland.

という問題が浮上する²⁰⁾。

（2）「責任刑」と「保安刑」

日本は、ドイツなどと異なり、危険な常習犯罪者に対する純粋な「保安処分」を持たない。そこでは、「処分」は精神障害者の触法行為に対する医療や少年に対する教育の強制としての「処分」に限定し、純粋に保安的な「処分」は設けないままでやっていくという選択肢が考えられる。この点では、日本は、第二次世界大戦後に廃止された「治安維持法」に定められていた「予防拘禁」という純粋な保安処分はあったが、一般刑法にはこれを設けておらず、かつ、医療や教育の強制は医療法や少年法に委ねており、刑法は「刑罰」のみを法効果とするものである。

もっとも、刑法の法効果を「刑罰」に限った場合でも、たとえば欧州人権条約5条1項(a)による拘禁は個別の犯罪行為を理由とするものであるが、それには「責任に応じた刑」（＝「責任刑」）という限定はないため、有罪を理由とする自由刑と同時に、その執行後の「保安処分」を命じても、これには違反しないことが問題となる（「保安処分同時宣告」問題）。また、再犯を理由とする刑の大幅な加重や、刑期の定めのない「不定期刑」のように、最初から「保安目的を含む刑」（＝「保安刑」）の言渡しも、形式的には同項(a)による拘禁として正当化される余地がある（「保安刑」問題）。とくに「不定期刑」のような「保安刑」は、罪刑法定主義の「刑の明確性」と「責任に応じた刑」という責任主義の要請に反する。ここに、「刑罰を科す目的は何なのか？」という問いが浮上する。

刑罰の目的としては、一般に、人々の犯罪を予防するという意味での「一般予防」と、刑を受ける犯罪者自身の犯罪を予防するという意味での「特別予防」が区別されている。そして、「一般予防」は、さらに、威嚇や不利益による心理強制を手段とする「消極的一般予防」と、「汝殺すなかれ」と

20) 以上の点につき、松宮孝明「『保安』処分から見た『刑』法」立命館法学411＝412号（2024年）304頁も参照されたい。

いった行為規範を維持し確証するという「積極的一般予防」に区別される。また、「特別予防」は、犯罪者を教育し改善更生して社会復帰させるという「社会化」と、犯罪者を拘禁または処刑することによって罪を犯せなくする「無害化」に分けられる。

(3) 「応報刑論」と「特別予防」

これとは別に、刑罰は刑事責任に対する報いとして科される害悪であって、それ以外に目的を持たないとする「応報」がある。犯罪行為の責任に対応する「責任刑」を説明できるのは、この「応報」という考え方、つまり「応報刑論」である。

19世紀末に、ドイツのリストは、このうちの「特別予防」を刑罰の目的とした。その上で、犯罪者の類型を3つに分け、出来心で罪を犯した「機会犯罪人」には刑の威嚇で、犯罪を繰り返しているが、まだ改善更生の可能性がある「改善可能犯罪人」には刑による改善更生で、もはや改善更生の可能性がないと思われる「改善不能犯罪人」には長期拘禁による「無害化」で、「特別予防」を図ろうとしたのである。

しかし、この考え方は、犯罪行為の責任に応じた刑罰が正しいとする伝統的な応報刑、つまり「責任刑」の考え方と調和しない。したがって、一方で、刑事施設で犯罪者仲間ができることでかえって犯罪の初心者を本格的な犯罪者にしてしまうという（短期）自由刑の弊害を避けるために、「機会犯罪人」に認めた刑の執行猶予や罰金刑による拘禁刑の代替、さらには仮釈放の拡大は広く支持を集めたが、他方、窃盗などの軽い罪の常習犯を「無害化」するための長期拘禁を「刑罰」とすることは、「古典学派」から大きな抵抗を受けた。そこで、スイスのカール・シュトースが考案したのが、「刑罰」と異なる「保安処分」を刑法典に設けることであった。これを「二元主義」という。

つまり、「二元主義」の下では、「特別予防」のための長期拘禁は「刑罰」から外されたのである。他方、刑の執行猶予や罰金刑による拘禁刑の代替、

仮釈放は、「特別予防」の必要から生まれた制度ではなく、（短期）自由刑の弊害を避けるために「特別予防」の必要がないことを口実として生まれた制度だと言えよう。つまり、責任主義に忠実な「刑罰」の目的は、「特別予防」ではないのである。

なお、ここにいう「（短期）自由刑の弊害」は、短期の自由刑にのみ存在するものではないであろう。合法的な生活を営む可能性を阻害する危険という意味では、長期の自由刑の方がその弊害は大きいのであって、これは、自由刑一般に伴う弊害である。問題は、それでもある程度重い犯罪の場合には、自由刑の執行を回避するという選択肢が排除されているが、それはなぜなのかにある。筆者は、以下で述べるように、その理由の中に、自由刑の「意味」があると考えている。

（４）新設された「拘禁刑」の意味

2025年6月から施行された拘禁刑もまた、犯罪に対する報いとしての「責任刑」の考え方を基礎とするものである。その背景には、政治的行為などに対する制裁としての強制労働を禁止する国際労働機関（ILO）第105号条約を批准・承認するため、2021年に制定された「強制労働の廃止に関する条約（第百五号）の締結のための関係法律の整備に関する法律」がある。これを理由にして、公務員法違反などの罰則にある、作業の強制を刑罰内容とする「懲役」が、作業を強制しない「禁錮」に改められたのである。

この「懲役」に関しては、2013年の国連社会権規約委員会「日本に対する第3回総括所見」の14において、「委員会は、締約国の刑法が、強制労働の禁止に関する規約の規定に違反して、刑の一つとして懲役を規定していることに、懸念をもって留意する。²¹⁾」と述べられていた。また、「国連被

21) 日本語につき、<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000053172.pdf>（2026年2月17日確認）。英語版は、以下のように述べている。“The Committee notes with concern that the State party’s Penal Code provides for imprisonment with assigned work as one of the penal sentences, in breach of the Covenant’s prohibition of forced labour (art. 6).”

拘禁者処遇最低基準規則（マンデラ・ルール）」の規則 3 は、「犯罪者を外界から隔離する拘禁刑その他の処分は、自由の剥脱によって自主決定の権利を奪うものであり、正にこの事実の故に、犯罪者に苦痛を与えるものである。それゆえ、正当な分離または規律維持に付随する場合を除いては、拘禁制度は、右状態に固有の苦痛を増大させてはならない。」と定め、その規則97の1は「刑務作業は、苦痛を与えるものであってはならない。」と定めている²²⁾。つまり、作業を強制する「懲役」は、以前から、国際人権法違反の疑いが持たれていたのである。

そこで、ILO 第105号条約の批准・承認とそれに伴う法改正によって一旦「懲役」から「禁錮」に変更された公務員法違反などの罰則を、「拘禁刑」の導入によって「禁錮」よりも負担の重い「作業や指導の強制」を伴うものになったと解することは矛盾である。なぜなら、いったん義務づけから外れた「作業」が、「拘禁刑」の導入とともに「作業または指導」として義務づけられるというのは、ILO 第105号条約とその承認に伴う法改正に反することになるからである。現に、2022年5月11日の衆議院外務委員会において、外務省の赤堀毅参考人は、条約上の義務を履行する観点から相当性を欠くものとして、本人の意思に反して作業を課さないこととし、その旨の通達等を法務省から各刑事施設長宛てに発出することにより確保することが予定されているものと承知していると答弁している。そこから、刑事施設長は受刑者本人の意思に反して作業を義務づけることはできないという結論が引き出される²³⁾。

https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/activity/international/library/society/society_report_6_en.pdf (2026年2月17日確認)。

22) 「国連被拘禁者処遇最低基準規則（マンデラ・ルール）」については、https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/12/Nelson-Mandela-Rules_Japanese_final.pdf (2026年2月17日確認)。英語版は、以下を参照。<https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ENG.pdf> (2026年2月17日確認)。

23) この点を重視するものとして、土井正和「受刑者に対し Rehabilitation の機会を提供する国家の義務」刑事立法研究会編『新時代の刑事拘禁法・処遇法』（現代人文社、2025年）12頁、石塚伸一「日本の刑罰制度はどう変わるのか——自由刑とは何だったのか？そして、

（5）「処遇」ないし「行刑」の意味

土井正和は、「改善更生」のための作業や指導を可能とする刑法新12条3項は「刑罰内容を規定したものでも、刑の執行方法を規定したものでもなく、刑に随伴しつつも別個の行刑作用を規定したもの」と考えるべきである。²⁴⁾と述べる。この指摘は秀逸である。なぜなら、「行刑」において、たとえば薬物乱用に走る要因となった受刑者の個人的問題を解決するカウンセリングは、「拘置」という内容の「刑の執行方法」ではないであろう。しかし、これは受刑者が釈放後に罪と無関係な生活を送るためには有益な援助であって、刑事施設で展開すべきものと考えられる。ここでは、土井論文が主張するように、「更生」ないし「社会復帰」を、上からの人格改造という古い観念ではなく、罪を犯した者への社会で生きるための国家による支援・便宜供与と考えるべきである。ゆえに、「処遇」は「拘禁」という「刑の執行方法」ではなく、別の原理による国家の義務と考えるべきであろう。筆者は、それを、刑事施設内でも保障されるべき日本国憲法25条1項の「生存権」、すなわち「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の表れであり、同条2項により「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」として、国家に義務づけられているものとする。

これに対し、「作業」および「指導」という「処遇」を懲罰で担保したいと考える側の社会復帰概念は、上からの人格改造という古い観念に囚われたものであり、ここに、「改善更生」を社会復帰の手段とする刑罰目的論の問題点がある。

新しい自由刑とは何か」刑事立法研究会編・前掲注23) 52頁、赤池一将「拘禁刑にみる『刑の内容』と『刑の執行方法』」刑事立法研究会編・前掲注23) 80頁。

24) 土井・前掲注23) 51頁。

3 財 産 刑

(1) 罰金と科料

1 万円以上の財産刑である罰金と千円以上 1 万円未満の財産刑である科料には、「改善更生」の意味や効果はないであろう。それにもかかわらず、それが「刑罰」の一種であることの意味が問題である。そのためには、同じように経済的不利益を課す、道路交通法上の「反則金」や、独占禁止法などによる「課徴金」との比較が有益であろう。

(2) 道路交通法の「反則金」

道路交通法（以下、「道交法」と呼ぶ。）125条以下に定める「反則金」とは、道路交通法違反のうち同法が定める「反則行為」（道交法125条1項）をした「反則者がこの章の規定の適用を受けようとする場合に国に納付すべき金銭」（道交法125条3項）を意味し、これを納付することで「当該通告の理由となった行為に係る事件について、公訴を提起されず、又は家庭裁判所の審判に付されない。」（道交法128条2項）こととなるものである。実際には、その金額は反則行為に科せられる予定の罰金とほぼ同額であるが、対象者は、これを納付することで、刑事裁判に付されて罰金の前科が付くことも、家庭裁判所の審判に付されることもない。

この「反則金」を定める「交通反則通告制度」が導入されたのは、1968（昭和43）年である。それまでは、増え続ける交通違反に対する裁判所の処理は、正式裁判はもちろん、年間400万件にも上っていた略式手続でも手に余る状況にあった。他方、交通取締りの現場では、交通違反と交通事故の抑止のために一定割合の取締りが必要であるとする「取締り指数」の確保が主張されていた。「交通反則通告制度」の導入は、そのための裁判所の処理能力の限界を克服するものであったと考えられる。実際、この制度の導入直後は、反則通告は年間1200万件にまで上ったのである²⁵⁾。

25) 「交通反則通告制度」の分析については、松宮孝明「軽微交通事犯の処理」刑法雑誌28巻2号（1988年）175頁を参照されたい。

しかし、同時に注目されるのは、当時、反則通告を争うには刑事の正式裁判しかないことに対して、通告を争って敗れた後も「反則金」の納入で済ませられるように、軽微な交通違反を完全に非犯罪化せよという主張があったことである²⁶⁾。これは、この制度の対象になるような軽微な交通違反に対する「反則金」は、もはや刑罰としての「非難」の性格を強く持つものではなく、純粹に経済的不利益を課すことで、違反行為から遠ざけようとするものでしかないことを意味しているように思われる。

（3）独占禁止法等の「課徴金」

「課徴金」については、独占禁止法（以下、「独禁法」と呼ぶ。）や景品表示法、薬機法（「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」）、金融商品取引法などに違反する行為の一部に科される金銭の制裁である。その対象となる行為は、いずれも不正な手段を用いて利益を得ようとするものである。ただし、刑罰としての罰金とは異なり、不正な手段を用いて得た利益を剥奪するものと位置づけられている。それゆえに、それは刑罰とは異なり、裁判所が言い渡すものではなく行政官庁が、独禁法であれば公正取引委員会が、その納付を命ずるものとされている（独禁法7条の2）。その納付は刑罰ではないので、対象者に前科が付くことはない。他方、それは刑罰ではないことから、独禁法違反行為を理由として裁判所に起訴された場合、別途、刑罰としての罰金を科されることがあり得る。「課徴金」はあくまで不正な手段を用いなければ得られなかった利益を剥奪するだけであるから、なされた行為に対する「(道徳的) 非難」を意味する「刑罰」ではないというのである。また、「制裁措置では情状を酌量して制裁を科するのが適当か否かを判断するが、課徴金は理論的には制裁でないから、発動の有無や額の決定について裁量の余地はなく」、同法7条の2でも課徴金を「納付することを命じなければならない」と定められているといった理

26) 神垣英雄「交通反則通告制度に対する若干の問題」ジュリスト369号（1967年）87頁以下参照。

由を付して、「二重処罰」に当たらないとする説明が試みられてきた²⁷⁾。

もっとも、日本国憲法39条が禁止する「二重処罰」および「二重訴追」との関係は、なお問題となり得る。なぜなら、ある制裁が刑法9条の定める「刑罰」に当たらないという理由だけでは、憲法39条に違反しないことにはならないというのが、大方の一致のある理解だからである²⁸⁾。

実際、2005年度に課徴金の算定率が大幅に引き上げられ、それによって、課徴金は、単なる不当利得の徴収の付随効果として違反行為防止を目的とするものから、違反行為防止という目的をより強化した、つまり不当利得の徴収を超える側面をもつものとなった。同時に、違反行為通告者へのインセンティブとしての「課徴金減免制度」の新設とともに、「二重処罰」問題に関する違憲の疑義を回避するために「課徴金と法人に対する刑事罰との間の調整規定」が設けられた。すなわち、改正独禁法第7条の2第12項(当時。現、7条の7第1項、63条)に、「同一事件について、当該事業者に対し、罰金の刑に処する確定裁判があるとき」は、所定の課徴金額に代えて、「その額から当該罰金額の二分の一に相当する金額を控除した額を課徴金の額とするものとする。」という規定が設けられたのである。

その理由につき公正取引員会は次のように説明している。すなわち、課徴金は、カルテル・入札談合等の違反行為防止という行政目的を達成するため、不当利得相当額を超える金銭を徴収する行政上の措置であり、他方、刑罰は「過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し、違反行為に対する応報の観点から、違反行為者に対して道義的非難を加えることを本旨とし、これに伴い違反行為の抑止(一般予防)効果も期待するもの」である。しかし、違反行為防止を目的とする限りで「両者に共通する部分が存在することは否定できないことから、違反行為防止という行政上の目的を踏ま

27) 実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』(有斐閣、1998年)244頁参照。

28) 田中利幸「行政制裁と刑罰との併科」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第3巻』(有斐閣、1984年)109頁以下、佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994年)275頁以下参照。

え、課徴金の額から罰金額の2分の1に相当する額を控除する調整規定を設けることが適当であると判断した」というのである²⁹⁾。

しかし、犯罪によって得られた利益を徴収することが、その措置の刑事罰的性格を否定するものになるという論理は、わかりにくい。というのも、刑罰の一種であることに疑いのない刑法19条1項3号の没収は、「犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物」を対象とするからである。よって、利益剥奪という理由だけでは、「課徴金」の刑罰的性格を否定することはできない。

「応報」と「違反行為の防止」（≡「抑止」）とを分けて、前者を「刑罰」の、後者の「課徴金」の目的とすることも、問題を抱える。というのも、「課徴金」は、なされた違反行為に対する「非難」という意味を含まないとはいえないからである。その限りでは、「課徴金」賦課にも「応報」という意味はある。また、「応報」を「刑事罰は犯罪に対する報いとして科されるものであり、それ以外に目的をもたない」という「絶対的刑罰目的」として理解するなら、刑事罰は「違反行為防止」などの世俗社会にとって有益な目的をもたないことになり、その正当性が疑問にさらされるからである。むしろ、刑事罰は、犯罪者の責任に応じて科されることで社会に妥当する規範を確証するものだとする「積極的一般予防³⁰⁾」の考え方の方が、理論的にも妥当であり、現実の刑法現象をよりよく説明するものと思われる。

このように考えると、「課徴金」は刑罰的性格をもつこと、その本質は、なされた行為に対する「非難」という意味での「応報」を本質とする（広い意味での）刑罰と変わらないことが明らかになる。「課徴金」手続きの簡

29) 公正取引委員会「独占禁止法改正（案）の考え方」。

30) ここでは、ドイツのクラウス・ロクシンではなく、ギュンター・ヤコプスの「積極的一般予防論」を念頭においている。もっとも、ヤコプスは、近年、「積極的一般予防」という言葉を使わなくなっていることに注意が必要である。Vgl., G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht.ギュンター・ヤコプス（松宮孝明序、平山幹子訳）「市民刑法と敵味方刑法」立命館法学291号（2004年）459頁以下（松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコプス著作集〔第2巻〕刑法と刑罰の機能』（成文堂、2020年）83頁〔平山幹子訳〕所収）参照。

便さと機動性を捨てがたいのであれば、むしろ、将来的には、罰金を廃止した上で、「制裁型」課徴金への一本化が望ましいであろう³¹⁾。

以上の検討からは、罰金や科料という財産刑は、なされた行為に対する「(道徳的) 非難」を伴う経済的不利益であり、これによって違反された規範が維持されるべきことを確証するという意味があることが確認される。同時に、財産刑も「刑罰」と考えるなら、「改善更生」を手段とする社会復帰は、その目的にはなり得ないことも、明らかであろう。

なお、「(道徳的) 非難」という意味が、ないわけではないが薄い「反則金」では、その「非難」的性格は弱くなり、反対に不法に獲得された利益の剥奪であっても違反行為に対する「非難」の意味を否定できない「課徴金」には、広い意味での「刑罰」的性格が残る。

(4) 「有罪判決に基づかない没収」

他方、この点で検討を要するのは、刑法 9 条では「刑罰」の一種とされている「没収」である。というのも、最高裁判所は1986年 6 月 9 日の決定(最決昭和61・6・9 刑集40巻4号269頁)において、覚醒剤(当時は「覚せい剤」と表記されていた)を麻薬と誤認して所持していた被告人に、一方において麻薬所持罪を認めながら、他方、所持していた覚醒剤の没収については、覚醒剤所持の故意がないにもかかわらず覚醒剤取締法を適用したからである。そこでは、「成立する犯罪は麻薬所持罪であるとはいえ、処罰の対象とされているのはあくまで覚せい剤を所持したという行為であり、この行為は、客観的には覚せい剤取締法四一条の二第一項一号、一四一条一項に当たるのであるし、このような薬物の没収が目的物から生ずる社会的危険を防止するという保安処分的性格を有することをも考慮すると、この場合の没収は、覚せい剤取締法四一条の六によるべきものと解するのが相当である。」と述べられている。ここでは、覚醒剤取締法41条の 6 (現、41条の 8) にいう「覚

31) この点につき、松宮孝明「改正独占禁止法と『二重処罰の禁止』」『神山敏雄先生古稀祝賀論文第 2 回』(成文堂、2006年) 85頁参照。

醒剤の没収」は、「刑罰」ではなくて「保安処分」的な性格を有するものと宣言されている。

このほか、近年では、犯罪収益の没収が民事的な法的性質を持ち得ることを前提として、「有罪判決に基づかない没収」の検討が始まっている³²⁾。上記の最高裁判決も、その一環として位置づけることは可能であるかもしれない。もっとも、その場合でも、対象者に対する不利益性の大きさから、罪刑法定の原則や適正手続きの保障に準じた手当が必要と思われる。

Ⅲ 立法と量刑、行刑

1 法定刑の定め方

法定刑の定め方については、個別の量刑では行為応報に重点を置くのに対し、（威嚇的な意味での）一般予防に重点を置く（刑の執行では特別予防を重視する）という「統合説」が、比較的多数の支持を得ている³³⁾。しかし、威嚇的一般予防に重点を置いた法定刑は、必ずしも、裁判所での量刑において適切であるわけではない。以下では、それを、強盗罪と不同意性交等罪によって例証する。

強盗罪（刑法236条）の法定刑は「5年以上の有期拘禁刑」（2022年の改正前は「5年以上の有期懲役」）である。問題は、刑の下限が5年という重さだということである。というのも、司法統計年報によれば、例えば2024（令和6）年度は、通常第1審の223人の有罪判決中5年以下は182人、うち3年以下は120人であり、そのうちの全部執行猶予は79人だからである。刑の下限が6年である強盗致死傷罪（240条）においても、214人中7年以下の懲役

32) さしあたり、久保英二郎「犯罪収益の拡大没収及び有罪判決に基づかない没収の法的性質（1）（2・完）」法政理論55巻1号（2022年）1頁、2号（2022年）1頁。

33) たとえば、ロクシン＝グレコの刑法総論教科書は、応報的な「統合説」（Vereinigungstheorie）を「かつては極めて支配的な学説であった」と評している。C. Roxin / L. Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., 2020, 3/33.

が119人、うち5年以下の懲役が59人であり、そのうちの全部執行猶予は13人である（6年を境とする統計は出ていない）³⁴⁾。いずれの罪においても、法定刑の下限を下回る量刑が多数あり、236条においては過半数をはるかに超えている。この傾向は、以前から変わらないものである。つまり、強盗の罪では酌量減軽が常態化しており、2004（平成16）年の強盗致傷罪（240条前段）の刑の下限引下げを経ても、現行法の法定刑の下限は量刑実務に適していないのである。

このように刑の下限が量刑実態を反映していないのは、次の理由による。すなわち、明治35年の改正草案では、強盗罪の刑の下限は3年の懲役、強盗致傷罪のそれは5年の懲役とされていた。それが、貴族院特別委員会での議論の中で、強盗は「最も面白く無い罪」という理由からそれぞれ5年および7年に引き上げられたのである。量刑実務の実態を見ない観念的な議論の弊害はその後も除去されず、その後の殺人罪や不同意性交等の罪の刑の下限引上げに連動してしまった。

この「最も面白く無い罪」という言葉は、立法当時（1900年から1907年まで）の強盗の増加を反映し、強盗予備罪（237条）の新設とあわせて、強盗行為を強く威嚇するという趣旨のものようである。つまり、その根拠は威嚇的な一般予防効果の強化ということである。しかし、236条の法定刑は238条の事後強盗罪、つまり窃盗犯人が財物の取返しを防いだり逮捕を免れたりする目的で行う暴行や脅迫にも適用されるものであり、しかも5年という刑期は初犯者でも執行猶予となり得ないため、量刑実務では、酌量減軽の上、3分の1以上を全部執行猶予としている。つまり、威嚇的な一般予防効果の強化を目指した刑の下限の重罰化は、実際には軽いものを重く処罰することになるので、酌量減軽の常態化をもたらすということである。

しかも、5年という236条の刑の下限は、強盗罪ばかりでなく、次の不同意性交等罪や、それとの関係での殺人罪の刑の下限にも連動してしまった。

34) 最高裁判所事務総局『令和6年度司法統計年報 2 刑事篇』（2025年）(toukei-pdf-12789.pdf) 46頁以下参照。

その不同意性交等罪（刑法177条）の法定刑は、立法時の強姦罪の時代には「2年以上の有期懲役」であった。それが2004（平成16）年の改正で「3年以上」に改められ、さらに2017（平成29）年の改正で、罪名が強制性交等罪に改められるとともに、刑は「5年以上」に改められ、かつ、179条2項に新設された監護者性交等罪に準用されている。その後、2023年の改正では、罪名が不同意性交等罪に改められるとともに、177条3項に新設された13歳以上16歳未満の者との性交等（ただし、5歳以上年長の者に限る）にも準用されている。

2017年の改正で「5年以上」とされた主な根拠は、財産犯である強盗罪の法定刑との比較である³⁵⁾。そこでは、「強盗罪とのギャップ」が強調されており、個別の量刑でも「5年以下」とされる者の割合が強盗罪や、同じく刑の下限が5年である現住建造物等放火罪（刑法108条）と比べて少ないことが示されている。

もっとも、2017年の法制審議会性犯罪関係部会に提出された2014年の統計資料によれば、それでも当時の強姦罪での「懲役5年以下」の割合は70.5パーセントであり、強盗罪の80.8パーセント、現住建造物等放火罪の79.3パーセントと比べて10ポイントほど低いが、3分の2以上が「5年以下」であることに注目すべきである。この傾向を見ると、改正すべきなのは不同意性交等罪の刑の下限の引上げではなく、強盗罪および現住建造物等放火罪の刑の下限の引下げだというべきであろう。しかも、2004年の改正時に、強姦罪より重いと思われる殺人罪の刑の下限の「5年」への引上げまで行われてしまった。しかし、刑の下限の引上げは軽いものを重く処罰する効果しかないのであるから、悪質な犯罪者を重く処罰するという効果は持っていない。

なお、近年、刑法177条3項との関係で、13歳以上16歳未満の者との真剣交際のなかでの性交の場合でも犯罪としてよいかが、最高裁1985（昭和60）

35) 松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69巻11号（2017年）229頁以下参照。

年大法廷判決³⁶⁾が一般論として、「淫行」を性行為一般と解すると、「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものをも含むこととなつて、その解釈は広きに失することが明らか」と述べていたこととの関係で議論を呼んでいる。その中で、裁判例の中には、「被害者を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないようなもの」であることを強調して、本罪の構成要件を限定的に理解するものも出てきていることが注目される³⁷⁾。

つまり、不同意性交等罪においても、その成立範囲の広範さを考慮しない刑の下限の引上げは量刑上適切ではなく、むしろ想定される個別事件の応報的な評価がうまくそれに収まるような法定刑が望ましいのである。ここでも、適切な法定刑にとっては、量刑実務に反映している「これぐらいの行為ならこの程度の制裁」という意味での社会規範が重要なのである。

2 量刑と再犯予防

その個別量刑においては、刑種の選択と執行猶予の有無、刑量の決定を含め、裁判所は違反行為の抑止という特別予防的考慮よりも、「犯情」すなわち「行為責任」を基礎とした判断を行っている。

この場合に問題となるのは、行為者の成育歴や犯行後の事情、特に謝罪や損害賠償といった「反省的態度」という一般「情状」もまた、何らかの程度で量刑を左右することを、どのように考えるかということである。この点については、以下の「IV 刑罰の目的」で述べるように、実際には、「情状」の判断も展望的ではなく回顧的に行われており、被害者への謝罪や損害賠償といった「反省」的態度が、いわば「褒賞」的に、量刑上有利に作用していると考えられるべきである。それは、「再犯予防」ではなくて、広い意味での「応報」である。

36) 最大判昭和60・10・23刑集39巻6号413頁。以下、「昭和60年大法廷判決」と記す。

37) 京都地判令和7・4・15LEX/DB25622510。

3 行刑のあり方

行刑ないし処遇における様々な取組み、とりわけ職業訓練や教科指導は、それ自体が将来の犯罪行動の予防ないし変容を直接の目的とするものだと解すべきではないであろう。なぜなら、職業訓練や教科指導を受けても、犯罪を繰り返すということはあるからである。そうではなくて、これらの処遇は、受刑者が釈放後の社会において「健康で文化的な……社会生活を営む権利」（日本国憲法25条1項）を下支えするものと解すべきである。現に憲法は「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」（日本国憲法25条2項）と述べているのであるから、この責務は受刑者についても妥当するものといわなければならない。

ここでは、もちろん、処遇の強制はできないと考えるべきである。また、処遇は犯罪の特別予防を直接の目的とするものではなく、「健康で文化的な……社会生活を営む権利」が下支えされることを通じて間接的に、反射的な効果として達成できるかもしれないものと考えべきである。それは、以下で述べるように、特別予防を「受刑者の改善更生による社会復帰」と言い換えても同じである。

よって、行刑においても、刑罰は特別予防によって規定されるものではなく、また、行刑もまた特別予防を直接の目的とするものでないことが明らかとなる。

IV 刑罰の目的

1 行動統制と規範確証

(1) 「犯罪予防」以外のものを目的とする「目的刑（論）」

ここで、「刑罰の目的」へと視点を戻してみよう。「特別予防」と「消極的一般予防」は、犯罪者自身や一般の人々の将来の行動に影響を及ぼして犯罪を予防しようとする考え方である。これを筆者は「行動統制的予防」

と呼んでいる。そうすると、「積極的一般予防」は、人々の行動を統制するというよりも、ひょっとするとそれに影響を及ぼすかもしれないが、むしろ現存する行為規範そのものを維持・確証するというものであって、行動統制を直接の目的とするものではないということになる。これを「規範確証的予防」と呼ぶ。

ところで、刑罰論に関する今日の主張の中には、「犯罪予防」以外のものを目的とする「目的刑（論）」もある。たとえば、京都大学名誉教授の吉岡一男は、「刑罰目的を犯罪防止に限定するのはやはり問題である。」とした上で、「功利的な犯罪防止目的を否定するかたちで言われることもある『応報的正義の実現』ないし『犯罪によって踏みにじられた正義の回復』は、実質的な社会的機能としての犯罪の事後処理として再構成できる」と述べている³⁸⁾。

近年では中村悠人が、ヘーゲルの刑罰論には、応報的害悪賦課によって社会を安定させるという「目的刑（論）」としての側面があることを指摘している³⁹⁾。また、ドイツのヤコブスは、ヘーゲルの刑罰論を「犯されたがゆえに罰する」という意味での「純粹に回顧的なものと理解すること」を「不適切」と評しており⁴⁰⁾、かつ、この見解を基礎に、ゼールマンは「絶対的」刑罰論と「相対的」刑罰論という伝統的な分類を「ヤコブスにとっても現在の論争の多くの参加者にとっても、重要ではない⁴¹⁾」と評している。

38) 吉岡一男『刑事学〔新版〕』（青林書院、1996年）172頁参照。

39) 中村は、ヘーゲルの刑罰論を、「承認関係の回復、つまり法の回復によって、侵害者と被害者が、相互の承認者と被承認者という通常の関係に再び戻されるために科されることになるので、ここでは決して目的から離れた『絶対論』ではなく、まさにそのような目的を有する『相対論』と言えよう。」と評している。中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察 (3)——日本とドイツにおける刑罰理論の展開——」立命館法学343号（2012年）1645頁。

40) G. Jakobs, Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels, in: Karras u.a. (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 267. 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）136頁〔中村悠人訳〕。

41) K. Seelmann, Günther Jakobs und Hegel. in: U. Kindhäuser, C. Kreß, M. Pawlik und C.-F. Stuckenberg Hrsg. Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum

つまり、犯罪に対する応報としての刑罰も、社会を安定させるという「目的」を持っているのである。そこでは、前述のように、執行猶予や罰金刑による拘禁刑の代替、仮釈放は、——社会を安定させるという「目的」を害さない限度で——自由刑の弊害を回避する制度であると位置づけられる⁴²⁾。

(2) 「法秩序の防衛」から「積極的一般予防」へ

他方で、執行猶予の可能性を3年（立法時は2年）までの拘禁刑に限定することで（刑法25条以下）、日本の現行刑法は重大犯罪の場合に「自由刑の弊害の回避」よりも「法秩序の防衛」（ドイツ刑法47条にいう *Verteidigung der Rechtsordnung*）の必要を優先させている⁴³⁾。

しかし、「法秩序の防衛」の必要が執行猶予に限界を画するというのであれば、罪責が軽微な場合には、「法秩序の防衛」の必要は譲歩しているのだろうか。そうではないと思われる。実は、執行猶予の可否を決めているもの自体が「法秩序の防衛」の必要であって、執行猶予相当事案ではこれが拘禁を必要とするほどでないため、結果的に「自由刑の弊害」が回避されていると考えた方がよい。その意味で、刑罰を決めているのは「法秩序の防衛」の必要であり、それは後に「積極的一般予防」の必要性へと発展

Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 91.

42) 現に、日本の現行刑法における執行猶予の提案理由は、「秩序維持に必要な限度以外に犯人に痛苦を与えんとするに在らず……秩序の維持上罰せざる可からざる犯人のみを罰する」として、初犯の短期囚は「一時の欲情に誘惑せられて」罪を犯すものであり、短期の自由刑を執行しても秩序維持に何等の効果もなく、かえって犯行を為す習性を助長するだけであり、また常習犯から犯行の手口の指導を受けることによって犯行が巧妙になるとして、このことを、執行猶予導入の理由としているのである。「刑法改正政府提案理由書」倉富勇三郎ほか監修、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）2135頁参照。

43) このように、「法秩序の防衛」の必要性が執行猶予の可能性に限界を画することは、たとえば、ドイツ刑法56条3項が「6月以上の自由刑を言い渡す場合には、法秩序の防衛のために必要と認められるときは、その執行は猶予されない。（Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wird die Vollstreckung nicht ausgesetzt, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet.）」と述べていることに示されている。

したものだと考えられる。

2 「裁判時の紛争における責任」

(1) どの時点での「紛争」の解決か

ここで、執行猶予制度は、「特別予防」の必要がないことを理由とするものであるから、犯罪行為の責任に対する「応報」ではなくて、消極的にはあるが、「犯罪予防」という行動統制の考え方に基づくものではないかという疑問を持つ人もいるであろう。つまり、執行猶予などの量刑判断では、行為責任だけでなく、犯行後の「情状」、とりわけ被害者への謝罪や損害賠償といった「反省」的態度が、「特別予防」の必要がないことを示すものとして、考慮されているのではないかという反論である。

しかし、実際の裁判では、「情状」の判断も展望的ではなく回顧的に行われている。つまり、被害者への謝罪や損害賠償といった「反省」的態度が、いわば「褒賞」的に、量刑上有利に作用しているのである⁴⁴⁾。その意味で、量刑は「裁判時における国家と犯罪者との間の紛争」を解決するものであり、このようにして裁判時における「責任」、すなわち「量刑責任」は、行為時の「行為責任」から変動し得るのである。「反省・悔悟の情により、特別予防の必要性が小さくなった」という説明は後付けにすぎず、犯罪行動の予後は、ベテラン裁判官でも自信を持って予測することはできない⁴⁵⁾。したがって、「裁判時の紛争における責任」が量刑の基礎となるのである。

44) 元裁判官の安原浩は、「量刑を決定づける要素は、基本的に証拠により確定できる過去の事実に限られざるを得ない。」と述べて、特別予防や一般予防の効果予測などは従たる役割しか担えないと述べている。安原浩「第3テーマ・第4テーマに対する実務家のコメント」ヴォルフガング・フリッシュほか編著『量刑法の基本問題——量刑理論と量刑実務との対話——』（成文堂、2011年）145頁参照。

45) このように、「情状」による特別予防の考慮も回顧的に説明できることを示したのとして、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、同「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」フリッシュほか編著・前掲注44）31頁。

（2）「応報」の対象としての「行為後の態度」

なお、この点に関し、ドイツのルイス・グレコは、「応報」は刑罰の正当化根拠ではなく刑罰概念そのものであり、これを刑罰の正当化原理として理解することは疑われるべきであるとする。その根拠とされるのは、保護観察、刑を留保しての警告、執行猶予、短期自由刑の回避ないし訴訟法上の便宜主義は「応報」では説明できないという言説である⁴⁶⁾。しかし、それは、実際には、「応報」の対象に行為後の態度も含まれているという事実を看過したものである。

3 「応報」の「目的」

（1）規範確証を目的とする「応報」

以上の検討から、現行法において刑罰を根拠づけ正当化している原理としては、社会に現存しそのアイデンティティを形成している規範を確証するという目的を持つ「応報」しか残らないことが明らかとなる。それは、「刑罰による社会の規範的安定」という見地から説明されるものである。したがって、ヘーゲルのような「応報刑論」を、回顧的に——「犯されたがゆえに」と——のみ理解するのは適切ではない。なぜなら、刑罰という害悪付加によって法規範が現実のものとされるからである。また、このような法規範の方向付けの維持を「犯されないために」と矮小化することも不適切である。なぜなら、たとえ犯罪が引き続き起きるとしても、刑によって社会の規範構造は維持されるからである。その意味で、「応報は目的を持つ」のである⁴⁷⁾。

この点についても、グレコは、このような、「現に社会に妥当している」規範の確証を刑罰目的とする見解を、「刑法による規範形成」を認めるヘル

46) L. Greco, Der „Ernst staatlicher Strafe“, – Zum Strafbegriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 2025, S. 246.

47) 「応報の目的」について示唆的なのは、Jakobs, Fn. 40, S. 251. その邦訳は、松宮編訳・前掲注40) 119頁〔中村訳〕。

ムート・マイヤーらの見解と混同して、近親相姦処罰規定合憲判決⁴⁸⁾のような「廃れ行く規範の刑法による維持」ないし「国民教育的一般予防」を支えるものと批判している⁴⁹⁾。しかし、何が「法益」として刑法的保護を必要とするのかを決定する原理を持たない法益論は、刑事立法を指導し規制する原理としては無力である。そうではなくて、正しいものとして「民衆の法意識に根差す」規範が、結局は、刑罰の対象となる行為も、そしてそれが守ろうとする「法益」も決めるのである。「現に社会に妥当している」規範の確証は、「国民教育的一般予防」の対極にあるものである。

(2) 刑罰(≡強制)は規範確証を阻害しない限度で「社会復帰」を考慮する

以上の検討からわかるように、自由刑を含む刑罰は受刑者の「改善更生」による社会復帰を目的としない。そうではなくて、社会復帰の支援は行刑の目的であって「罰を与えること」とは別の国家の側の義務なのである。ゆえに、社会復帰は強制されてはならない。同時に、ここにいう「社会復帰」は、犯罪によって社会との紛争状態に陥ることなく社会生活を送ることを意味するが、それは決して「犯罪予防」そのものではない。犯罪行動は防止されたとしても、それによってその個人が抱える社会生活での困難が緩和されないのであれば、国家による社会復帰の支援は十分に果たされとはいえないからである。

刑罰の執行では、その目的である規範の維持・確証を阻害しない限度で、このような「社会復帰」の支援を考慮すべきことになる。ゆえに、残念ながら、いかに再犯の可能性はないとしても、現時点では、3年を超える拘禁刑には執行猶予の可能性がないように(刑法25条参照)、将来もまた、重大犯罪では執行猶予の可能性は小さくなるのである。

ゆえに、刑罰の意味は「規範妥当の確証」を目的とする「応報」に尽きているが、その「応報」は、「行為責任」のみを対象とするのではなく、裁

48) BVerfGE 120, 224.

49) Greco, Fn. 46. S. 247f.

判時までの行為者の態度も対象とするものである。その中で、自由刑の執行においては、国家は、その状態を利用して、生存権の実現という意味での社会復帰の支援を行わなければならない。しかし、それは「刑罰」の目的でも内容でもなく、「行刑」の目的である。ゆえに、社会復帰という意味での「改善更生」は強制されてはならない。また、そうであるからこそ、刑罰は「相対的応報刑」などではないのである。

【付記】 本稿は「2024年度 基盤研究(C) 犯罪行動における刑罰と処分および治療の兼ね合い」の研究成果の一部である。