

刑罰の表出的意味としての「非難」について

竹 内 健 互

- I はじめに
- II 一次的制裁と二次的制裁
- III 非難としての「有罪宣告」
- IV 表出的刑罰論の2つの潮流
- V 刑罰の意味と目的の関係
- VI まとめに代えて

I はじめに

刑罰法規は、通常、「～した者は、…に処する」というように、前段部分において一定の行動を記述すると同時に、後段部分において法律効果として一定の刑罰を指示している。ここでは、明示的には命令表現を用いていないものの、一次的には、記述された行動を禁止・命令する行動規範（Verhaltensnorm）を定立し、二次的には、その行動規範違反に対して刑罰効果を指示する制裁規範（Sanktionsnorm）を国家機関に対して発令する言語行為（Speech Act）を遂行している¹。こうした刑罰法規の語用論的意味としての行動規範と制裁規範は、相互参照関係にあり、それぞれ正統化を要するという点については、今や論を俟たない。

近時、ドイツでは、国家刑罰の本質や正統化をめぐる、刑罰の表出的・コミュニケーション的機能に着目する理論が有力に展開されている。いわゆる表出的刑罰論（expressive Straftheorie）がそれである。もともと、ドイツには、様々なヴァリエーションの表出的刑罰論が存在しており、表出的刑罰論とは何かという問いそれ自体、かの地においても必ずしも自明のものではない。そうした

1 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）1頁以下、601頁以下、とくに622頁以下。

事情もあってか、わが国では、「表出的刑罰論」は、断片的に紹介されることはあっても、教科書レベルで扱われることはほとんどない²、ましてや「1つ」の統一的な理論として検討対象とされ、十分な批判的評価を受ける機会はほとんどなかったといえよう³。

また、刑罰の表出的・コミュニケーション的再構成には、ある種のパラドクスを伴う。本稿で問題とするコミュニケーションとしての非難(否認)と害悪の賦課との関係に引きつけていえば、そもそも「コミュニケーション」と「刑罰」は、一見すると相互排他的なものであるように思われるからである。

ドイツにおいていち早く、犯罪に対するリアクションとしての刑罰について象徴的・表出的な意味の重要性を指摘した Klaus Günther は、この点について次のように指摘している。すなわち、コミュニケーションは、内包的なもの(inclusive)であり、犯罪者を尊重し、彼を正当化を求める権利を有する応答的人格として扱うものであるのに対して、害悪の賦課は、刑事収容施設への収容がそうであるように、排他的な性格を持っている。刑事収容施設への収容は、被収容者に対する非コミュニケーション的な社会的排除であり、誰も彼と

2 この点、ドイツでは事情が異なる。最近では、ドイツの一般的な教科書レベルにおいても、刑罰の表出的機能への言及が見られるようになってきている。例えば、Gropp/Sinn は、刑罰論の検討対象となる刑罰の意味について、本質的に問題となる4つの観点として、①犯行に関する公正な償い(応報)、②潜在的行為者の抑止による予防手段(一般予防)、③行為者の改善のための手段(特別予防)、④遂行された行動のコミュニケーション的処理(表出)を挙げて、刑罰は、有責的に遂行された不法な犯行に対する反応(Reaktion)および応答(Antwort)であるとする表出的刑罰論の基本的主張内容や対立点について確認している。Walter Gropp/Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 2020, S.45, 53 f. また、Freund/Rostalski は、その共著の教科書において、刑罰論に関してそれぞれ異なる見解を展開し、Rostalski は、そこで「応報的な表出的刑罰論」(Retributive expressive Straftheorie)を主張している。Georg Freund/Frauke Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2019, S.14 ff. 彼女の刑罰論について詳しくは、dies., *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S.16 ff.

3 わが国で表出的刑罰論について検討を加えた最近の論考として、例えば、高橋則夫『規範論と理論刑法学』(成文堂、2021年)495頁以下、とくに504頁以下(初出:「被害者と刑罰の関係—被害者にとって刑罰はいかなる意味を有するか」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』〔有斐閣、2019年〕73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—」早法95巻4号(2020年)1頁以下などがある。

コミュニケーションすることが許されない状況に置くものに他ならない。もし犯罪者に対する刑罰のコミュニケーション的メッセージを真面目に受け取るなら、パラドクスへと至ることになる。コミュニケーション的メッセージは、犯罪者はコミュニケーションの機会を奪われるに値するものだということになってしまうからである。それ故、刑罰は、コミュニケーションをとらない（non-communication）というコミュニケーション的行為であるということになる⁴。

以上の点を念頭に置きつつ、本稿では、表出的刑罰論が国家刑罰の意義と正統化に関連して、いかなる給付能力を有しており、さらには刑罰論をめぐる現状にいかなる理論的寄与を提供し得るかを明らかにするための足がかりとして⁵、表出的刑罰論が強調する刑罰の表出的・コミュニケーションの意味としての「非難」に着目することとしたい。表出的刑罰論を標榜する論者の見解によれば、まずもって刑罰の表出的・コミュニケーション的機能の中核を担うのは、コミュニケーション的行為としての有罪判決（Verurteilung）、あるいは有罪宣告（Schuldpruch）に内在する公的宣言（öffentliche Deklaration）に他ならない⁶。こうして表出的刑罰論においては、国家による刑罰権の行使は、先行する「有罪判決」（有罪宣告）とそれに続く「処罰行為」に分節化され、それぞれが固有のコミュニケーションの意味をもった別個の行為として把握されることになる。そして、まさにこうした表出的刑罰論のコンセプトとの関係で、非難（Vorwurf/Tadel）、否認（Missbilligung）、あるいは社会倫理的無価値判断（sozialethisches Unwerturteil）と、害悪の賦課（Übelszufügung）の関係をどのように理解すべきかが⁷、議論の焦点となっているのである⁷。

4 Klaus Günther, Criminal Law, Crime and Punishment as Communication, in: A.P. Simester/Antje du Bois Pedain/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Liberal Criminal Theory, pp.133 f.

5 なお、表出的刑罰論を批判的に評価しながら正統化問題へアプローチする最近のモノグラフィーとして、Hanna Weyrich, Straftheorien und Rechtswirklichkeit, 2021, S.107 ff., 150 ff. がある。

6 代表的なものとして、Tatjana Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl., 2017, S.31 ff.; Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, in : Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S.205 ff. また、刑罰を、違法かつ有責的な行動に対する象徴的、否認的な拒否（Zurückweisung）とするものとして、Susanne Walther, Was soll „Strafe“ ?, ZStW 111 (1999), S.134.

7 これについては、拙稿「刑罰のコミュニケーション的機能について—表出的刑罰

確かにこれまでも、行動規範違反に対する制裁規範の発動ないし現実化としての「刑罰」には、行為者が有責的に実現した不法(行動規範違反)に対する非難や否認という要素が内在しており、その非難や否認の要素は、非刑罰的措置と刑罰を分かち重要な指標であり、かつ刑罰に不可欠な要素であるという形でしばしば取り上げられてきた⁸。加えて、わが国でも、刑罰という概念を、非難と害悪という要素によって特徴づけることは、しばしば実際に行われてもいる⁹。しかし、「刑罰」に非難や否認の契機を認めたとしても、それはあくまで検討の出発点が確認されたに過ぎず¹⁰、刑罰を通じて、なぜ、何について、どのような非難がいかにして表明されるのかという根本的な問いがさらに追究され、解明されなければならない。

行為者の処罰は、すなわち「制裁規範」の発動であるとすれば、表出的刑罰論のいう刑罰の表出的意味としての「非難」や「否認」の要素は、まずもって「制裁規範」の役割や機能との関係で考察が加えられなければならないであろう。

そこで、本稿では、まず、非難の要素を「一次的制裁」として捉え、害悪の賦課を「二次的制裁」とみることによって、制裁規範の目的との関係で刑罰による非難の持つ意味について論及している Ivo Appel の見解を取り上げる(Ⅱ)。そのうえで、有罪宣告を固有の法律効果として捉えようとする Georg Freund や、有罪宣告の機能を分析しつつ、そこに非難機能を見出す Stefanie Schork の見解を参照して検討を加える(Ⅲ)。そして、表出的刑罰論における

論は第三の選択肢となり得るか—『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)262頁以下を参照。

- 8 周知のように、表出的刑罰論の嚆矢とされる Joel Feinberg, *The expressive Funktion of Punishment*, in : *Doing and Deserving : Essays in the Theory of Responsibility*, 1970, pp.95 ff. も、このような観点から刑罰の象徴的意味について論じている。
- 9 そのような見解として、例えば、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社、2017年)9頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年)606頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)3頁。また、ドイツで最近のものとして、*Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.1, 5. Aufl., S.23. Greco* も、害悪と否認を結びつけるのが「唯一の正しい道」とする。
- 10 なお、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018年)121頁は、刑罰は非難の意味を有するということが、私たちの社会において否定しがたい事実であるとすれば、非難の要素は刑罰について論ずる際の意味論的限界を画するものであると指摘する。

2つの理論動向を批判的に評価したうえで（Ⅳ）、刑罰の意味と目的について相対立する理解があることを明らかにする（Ⅴ）。最後に、刑罰の表出的機能としての「非難」と「害悪の賦課」について、刑罰の正統化の文脈における課題を示したい（Ⅵ）。

Ⅱ 一次的制裁と二次的制裁

憲法学者 Ivo Appel は、『憲法と刑罰』（Verfassung und Strafe）において、そのサブタイトルが示すように、「国家刑罰の憲法上の限界」について論究している。もちろん彼は、表出的刑罰論を標榜しているわけではないが、行動規範と制裁規範を区別しつつ¹¹、制裁規範関係的な要素としての非難と害悪の賦課の関係について詳細な検討を加えており、本稿の問題関心にとっても重要であると思われる。

Appel によれば、刑法上の制裁規範には、いわゆる積極的一般予防機能と規範回復（Normrehabilitierung）に向けられる（抑止的）国家的手段のための授權根拠（Ermächtigungsgrundlage）を与える機能という2つの機能があるが、一般予防機能は、規範妥当の維持へ向けられる他の国家的制裁手段にも見られるものであって、それ自体は特殊刑法的なものでも刑法に特権的なものでもないとする。この点、非刑法的な制裁手段から際立つ刑法上の制裁規範の特殊性は、規範違反へのリアクションを通じて侵害された規範が維持されるべきことを示すという固有の規範回復メカニズムに見出される¹²。

制裁規範の発動による規範目的としての規範回復は、通常、次の2つの段階を経て実現される。すなわち、第一に、規範に対する欠陥ある態度（defizitäre Einstellung zur Norm）とそれについて管轄を持つ者を拘束的に認定し、かかる態度を特別な国家手続において明示的に非難すること（Vorhalt）によって、第二に、規範違反に対するリアクションとして害悪が賦課されることによってである。このうち、規範への欠陥ある態度に対する非難を「一次的制裁」（Primärsanktion）、害悪の賦課を「二次的制裁」（Sekundärsanktion）と呼んで、

11 Ivo Appel, Verfassung und Strafe - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S.78 ff., 433 ff.

12 Appel, a.a.O. (Fn.11), S.458 ff.

両者を刑法上の制裁規範の枠内において区別しようとする¹³。

規範回復が、規範違反に管轄を持つ者の行動に対する特殊な国家的評価がなされることによって達成されるとき、その評価の核心は、行動規範の遵守を強要したり損害を補償したりする点ではなく、まさに規範違反に管轄を持つ者の一身の行動と規範の要求の間に生じている齟齬を示すという点にあり、その目的は、まさに規範違反によって示された齟齬に関して国家が法的な行動準則の遵守と当事者の一身の関係を主題化し、有罪判決を下すことによって行為者の不利益に応答することによってのみ達成され得る¹⁴。

こうして一次的制裁との関係では、Appelにおいては、規範違反に管轄を持つ者に対する、法秩序の機能化にとって必要となる規範および規範定立機関 (normsetzende Instanz) への肯定的・尊重的な態度を備えていなかったことを内容とする拘束的な国家的非難は、規範に対する規範臣民 (Normunterworfenen) の態度を主題化するものであり¹⁵、Appelによれば、こうした非難こそが国家刑罰の本質的要素であると捉えられることになる。

これに対して、二次的制裁としての害悪の賦課は、刑法による規範回復という所期の目的との関係では、文字通り二次的、補充的、副次的なものにとどまる。この点、Appelによれば、規範違反は、自己の法的忠誠の不存在の明示である—これに対して国家はその欠陥ある態度を非難することによってリアクションする—と同時に、他の規範臣民の法的忠誠の悪用 (Ausnutzung) でもあり、法秩序はこれに対抗する必要がある。そこで、一次的制裁としての「非難」は、規範違反に内在する、規範適合的に行動する他者の自由放棄の悪用を象徴的に埋め合わせるため、害悪の賦課と結びつけられ得ることとなるのである¹⁶。もっとも、その際、いかなる害悪を賦課すべきかという問題については、刑罰目的関係的な観点が一定の役割を果たすこととなり、他者の自由を犠牲して獲得された規範違反者の自由の利益に対して、いかなる埋め合わせの措置が相当な応答となるかは、規範への欠陥ある態度に対する非難 (一次的制裁) というものから自動的に導き出されるものではない。従って、規範違反により獲得され

13 *Appel*, a.a.O. (Fn.11), S.466 ff.

14 *Appel*, a.a.O. (Fn.11), S.467f.

15 *Appel*, a.a.O. (Fn.11), S.468, 492 f.

16 *Appel*, a.a.O. (Fn.11), S.470 f.

た自由の利益が、国家から見て特別な事情により埋め合わせられていたり別様にして補償されていたりする場合には、例外的に害悪の賦課を見合わせることもできる。例えば、刑の免除（ドイツ刑法典 60 条）がその好例である¹⁷。刑の免除の場合にも有罪が宣告されるため¹⁸、ここでは、規範違反に対する非難という特殊刑法的な一次的制裁が免除されているのではなく、せいぜい二次的制裁としての害悪の賦課が免除されているに過ぎないと考えられることになる¹⁹。

それでは、通常事例、すなわち行為者の有責的な規範違反が公的に認定され、有罪であることが確認されるとともに、それに対して実際に一定の自由や財産等の諸利益が剥奪される場合、一次的制裁と二次的制裁がいわば重畳的に科されることとなるが、この場合、利益剥奪措置としての害悪の賦課は、いかなるものと解されることになるのであろうか。

これについて、Appel は、次のように論証する。まず、害悪は、個別的に見れば、未決拘禁における自由剥奪や国家による金銭支払義務の賦課のような他の国家的になされる負担と異なる点はない。それ故、それ自体単独では、何ら刑罰的性格を持つものではない。しかし、害悪の賦課が規範回復という特殊刑法的な機能に関係づけられる場合には事情が異なる。害悪の賦課（二次的制裁）が非難（一次的制裁）と特別な形で手続法上結びつけられることによって、害悪に刑罰としての性格が生じるのである。つまり、Appel によれば、規範への欠陥ある態度に対する非難としての一次的制裁が科され、そのうえで賦課される害悪がかかる一次的制裁と手続上関連し、それを通じて二次的制裁が規範回復という特殊刑法的な事象へと関係づけられるによって初めて、賦課される害悪は、刑罰的性格を帯びることとなるのである²⁰。

既に以上の点からも明らかなように、Appel においては、規範違反に対する

17 ドイツ刑法典 60 条によれば、「行為者に生じた犯罪行為の結果が、刑を科すのが明らかに誤りであるほど重大であるときは、裁判所は刑を免除する。行為者が犯罪行為について 1 年を超える自由刑を科せられるときは、この限りでない。」と規定されている。訳文については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会、2007 年）43 頁を参考にした。

18 *Jörg Kinzig*, in : Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 60 Rn.11.

19 *Appel*, aa.O. (Fn.11), S.470 f.

20 *Appel*, aa.O. (Fn.11), S.471 f.

非難と害悪の賦課は同価値ではないし、同じレベルの制裁ではない。このことを明らかにするため、Appelが援用するのは、基本権に対する侵害効果(Eingriffswirkungen)という観点である。こうした基本権侵害という視点から見ると、刑法規範の特異性は、行動規範ではなく²¹、むしろ制裁規範にこそ求められる。そして、この点で、拘束性を有する特別な国家的手続における規範への欠陥ある態度に対する非難(一次的制裁)と、規範違反へのリアクション(反応)としての害悪の賦課(二次的制裁)は、決定的に異なるものとして捉え直されることになる。

まず、一次的制裁としての規範への欠陥ある態度に対する非難は、民法や警察法とは異なり、法的に承認された利益領域の保全やその限界づけではなく、規範違反者と規範との関係に向けられるものであり、かかる非難は、公共体(Gemeinwesen)における根本的な法的拘束性を前景化する手段として性格づけられる。規範回復の手続の中で、行為者の態度が欠陥あるものであったという拘束的な国家的認定をなし、それを通じて規範違反を非難することは、行為者の一般的人格権(ドイツ基本法1条1項、2条1項)へ特別な形で介入するものである。それ故、国家に距離と中立性を義務づける自由な憲法秩序のもとでは、一次的制裁は、他の国家的介入措置にはない特別な侵害効果をもたらすものであり、この点に刑法について高められた憲法保障が要求される理由が見出される。

こうした規範違反に対する拘束的な国家的非難には、当事者の人格性および一般的人格権への否定的介入という特別な性質が内在しており、それは、特別な侵害上の付加価値(Eingriffsmehrwert)を示す。それ故、こうした一次的制裁による非難は、規範回復の手段として誤用されるという高められた危険に個人をさらすことによって、特殊な危殆化状況を創出する特別な侵害形式であり、ここに特殊刑法的な憲法保障の関心があるというのである²²。

これに対して、二次的制裁の形で賦課される自由の剥奪や財産的損害、すな

21 行動規範は、それ自体として、刑法中立的なもの(strafrechtsneutral)であるとする。もちろん、行動規範も一般的行為自由(ドイツ基本法2条1項)などの基本権侵害を内包するが、他の基本権侵害と同様に一般的な憲法上の諸原則に従って検討されるものであって、特別なところはないとする。Appel, a.a.O. (Fn.11), S.490 f.

22 Appel, a.a.O. (Fn.11), S.469.

わち害悪の賦課は、他の自由や所有権関係的な国家的措置と比べて侵害作用の点で径庭がない。例えば、未決拘禁は、当事者の権利への侵害作用の点では、自由刑と異ならないし、租税請求は財産刑と異ならない。刑罰としての運転禁止（ドイツ刑法典44条）も保安処分（ドイツ刑法典61条5号）としての運転許可の取消し（ドイツ刑法典46条）も、いずれも当事者が車両を運転してはならないという限りにおいて、実質的な侵害作用は同じである。それ故、二次的制裁としての害悪の賦課は、刑罰的に見て「中立的」なものであり、特別な憲法上の刑罰保障（Strafgarantien）を必要とする特殊な追加的な侵害価値を含んではいないのである²³。同じことは、「害悪」を「苦痛」で置き換えても変わらない。というのも、当事者から見て、自己に対して加えられる不利益が刑罰であるか否かによって主観的または感覚的に知覚される「苦痛」の大小は、それほど異ならないはずだからである。

こうした Appel の提案に従えば、規範回復手続における特殊刑罰的要素は、もっぱら一次的制裁に見出されることになるので、一次的制裁が二次的制裁としての害悪の賦課と結びつけられずに独立してなされる場合であっても、その刑罰的性格に消長を来すことはないということになる。また、彼の主張を少なくとも額面通り受け取るなら、それが刑罰予告段階で事前的に作用するにせよ、刑の執行により事後的に作用するにせよ、いわゆる積極的一般予防効果のような予防効果は、制裁をそれ単独で刑罰たらしめるものではないと解されるときともに、国家刑罰が正統化されなければならない根本的な理由は、制裁規範の発動による規範回復プロセス、もっと正確に言えば、その手段たる重大な基本権侵害作用を内在する一次的制裁としての非難の特別な性質に見出されることになるであろう。

ところで、Appel においては、有罪宣告は、刑法上の制裁そのものではなく、刑法上の侵害措置に関する憲法上の要件として位置づけられている。というのも、刑罰の存在に関する前提と刑罰についての憲法上の規範的要件が区別されるからである²⁴。一次的制裁は、憲法適合的となるために有罪宣告を前提とするものの、一次的制裁が有罪宣告の連関点を構成し、責任主義の憲法上の要件が定立される根拠となる。いずれにしても、一次的制裁は、それ自体刑罰的性

23 Appel, aa.O. (Fn.11), S.468, 492 f.

24 Appel, aa.O. (Fn.11), S.499 f.

格を帯び、必ずしも害悪の賦課を必要としない。一次的制裁と手続的に結びつけられずに害悪が課される場合には、それは、刑法上中立的な存在にとどまる。逆にいえば、害悪の賦課が一次的制裁と特別な形で手続法上結びついている場合に初めて、害悪の賦課は、規範回復という特殊刑法的機能に関わることとなるのである。

Ⅲ 非難としての「有罪宣告」

これに対して、非難ないし社会倫理的無価値判断と害悪賦課との関係をめぐって、「有罪宣告」(Schuldspruch)に着目するアプローチも有力に展開されている。

例えば、Georg Freundは、周知のように、かねてより、有罪宣告を刑罰と並ぶ固有の法律効果であるという見解を主張している。刑罰法規の規律内容は、条件プログラム(Konditionalprogram)、つまり「もし～ならば」という構造(Wenn-dann-Struktur)を示すものであり、構成要件が充足される場合には、予定された法律効果が発生する。刑罰法規は、通常、2つの法律効果を予定している。それが、「有罪宣告」と「刑罰」である²⁵。Freundは、行為者に対して犯罪が証明され、かつ有罪判決が下される場合、特定の犯罪を理由とする有罪宣告とそれに対応する刑の宣告がなされるところ、両者にそれぞれ法律効果として固有の地位を認めようと試みている。

Freundによれば、刑罰の主な役割は、遂行された規範違反(犯罪行為)に対する「相当な否定的反応」(angemessene missbilligende Reaktion)を通じて攪乱された法的平和を回復することにある²⁶。一定の犯罪行為を理由とする有罪宣告は、常に特別な誤った人格的行動に対する非難を含んでいる²⁷。非難対象との関係では、一定の規範違反行為が法的に否認されるべきものと捉えられ

25 Freund/Rostalski, a.a.O. (Fn.2), S.26 f.

26 Georg Freund, Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung, GA 1999, S.510. Freundはこれを「回復的刑罰論」(Restitutive Straftheorie)と呼んでいる。

27 ここでは、法律効果としての有罪宣告に内在するミニマムな非難対象としての人格的「行動」が問題となっているところ、Freundによれば、有罪宣告による非難は、誤った行動の非難に尽きるものではなく、謀殺罪(ドイツ刑法典211条)、器物損壊罪(ドイツ刑法典303条)、過失致死罪(ドイツ刑法典222条)、傷害罪(ドイツ刑法典223条)で有罪判決を下す場合には、特別な誤った行動の「結果」が付

るが、それは、規範違反者と同様に振舞ってはならず、規範違反者がその意味で「不法をなした」という確証に奉仕するものであり、かかる確証は、規範違反に対する異議申立て（Widerspruch）としての役割を果たし、あるいは行動規範の基礎にある評価に対して異を唱えることを打ち消すものとされる²⁸。

規範違反に対して非難を表明することに向けられた独自の法律効果として有罪宣告を構成する Freund に対して、Stefanie Schork もまた、有罪宣告を、固有の機能を果たすものとして捉え直そうとしている²⁹。

ドイツ刑事訴訟法典では、「有罪宣告」という制度について一般的な規定はないため³⁰、Schork は、考察の出発点として、「主文」（Urteilstenor）ないし「判決主文」（Urteilsformel）という概念に着目する。例えば、ドイツ刑事訴訟法典 268 条によれば、判決は、国民の名において宣告され（1 項）、判決の宣告は、判決主文の朗読および理由の開示によってこれを行うこととなっているが（2 項）、判決宣告にとって本質的なのは、主文の朗読である。また、刑法典 260 条 4 項 1 文は、「判決主文は、被告人が有罪とされた行為の法的評価を示す」ことを要求していることから、有罪宣告に先行してなされる評決の対象としての罪責問題（Schuldfrage）は、特定の構成要件に関連づけられなければならない。刑法典は、行為の法的評価について詳細を定めていないが、判決主文の文言、つまり有罪宣告は、一般的な理解によれば、犯された不法を過不足なく網羅的に（erschöpfend）把握するという課題へと方向づけられている³¹。

それにもかかわらず、このように有罪宣告を有罪判決（Verurteilung）の形式的な構成要素として捉えるだけでは不十分であるとして、John R. Searle の

加的な非難対象を形成したり、既遂犯としての処罰に関して（結果と）同価値な一定の状態—財物の他人性など—が非難対象として重要となったりすることもある。
Freund, aa.O. (Fn.26), S. 510.

28 Georg Freund, Der Zweckgedanke im Strafrecht ?, GA 1995, S.7 f.; ders./Rostalski, aa.O.(Fn.2), S.12. また、Georg Freund/Frauke Rostalski, Normkonkretisierung und Normbefolgung, GA 2018, S.264 ff. も参照。

29 Stefanie Schork, Ausgesprochen schuldig, 2005, S.73 ff., 157 ff.

30 もっとも、「有罪宣告」（Schuldspruch）という用語は、ドイツ刑事訴訟法典 257 条 c、431 条、438 条などに見られるが、いずれも合意制度や上訴手続、没収規定などやや特殊な文脈におけるものである。なお、刑法典では、刑の留保付き警告（ドイツ刑法典 59 条 1 項）制度において「有罪宣告」という用語が用いられている。

31 Schork, aa.O. (Fn.29), S.25.

言語行為論を交えながら、有罪宣告は理解されなければならないとする。

Schorck によれば、確かに有罪宣告は、「警告する」や「命令する」などのように使用される動詞それ自体が意図する行為を明示するという明示的遂行文の形でなされるものではないが、例えば、「被告人は窃盗で有罪である」という文は、常に不可分的に遂行動詞と結びつき、その意味を変えることなく、遂行動詞を用いてパラフレーズすることができる。つまり、いかなる有罪宣告も、裁判所が国民の名において被告人の有罪を公的に「告知」し、かつ「認定」するという発話を含意していると考えるのである³²。

Schorck は、以上のような言語行為論の認識を踏まえて、有罪宣告には、主に4つの機能が認められると説いている。すなわち、「認定機能」、「明示機能」、「抑止機能」、「表出機能」がそれである。本稿との関係では、とりわけ表出機能が重要であるが、表出機能はその他の機能と関連し合っているため、以下では、その他の機能についても手短かに確認しておくことにしたい。

まず、認定機能 (Feststellungsfunktion) とは、構成要件該当の、違法かつ有責的な行為の存在を正式かつ公的に認定し、それによって刑事手続を終結させるという有罪宣告の作用を指す。ドイツ基本法2条1項および1条1項と結びつく法治国家原理から導き出される「責任なければ刑罰なし」という責任主義 (Schuldprinzip) は、「実体上の責任がなければ可罰性なし」ということだけでなく、「有罪宣告なければ、一憲法適合的に成立する一刑罰なし」ということをも意味している³³。加えて、ヨーロッパ人権条約6条2項で定められている無罪推定の原則 (Grundsatz der Unschuldsvermutung) との関係では、刑罰根拠づけ責任や量刑責任の存在を裁判所が認定するだけでは十分ではなく、「有罪宣告」という行為、換言すれば有罪宣告において示される訴訟的意味における有罪証明 (Schuldnachweis) によって初めて無罪推定が覆されるという点が重要となる³⁴。

これに対して、明示機能 (Klarstellungsfunktion) は、ドイツ刑事訴訟法典260条4項により被告人が有罪とされた行為の法的評価を示すことが要求され

32 Schork, a.a.O. (Fn.29), S.34 f. 同じく言語行為論から、制度的事実を創出する「宣言的言語行為」として有罪判決を詳しく分析するものとして、Roman Hamel, Strafen als Sprechakt, 2009, S.64 ff.

33 Schork, a.a.O. (Fn.29), S.74.

34 Schork, a.a.O. (Fn.29), S.75.

る判決主文の課題と密接な関連性を有している。それは、連邦通常裁判所の言葉借りれば、「不法を網羅的に把握し」³⁵、犯罪行為の「反映」(Spiegelung)となるよう有罪宣告を定式化しなければならず、これを担うのが明示機能である³⁶。

Schorck は、さらに進んで、刑罰として科せられる害悪という要素が有罪宣告にも認められ得るかどうか、もっといえば有罪宣告は抑止機能 (repressive Funktion) をも担うのかという問題を提起したうえで、これについて、判決宣告は、被告人に対して何らかの刑を科すかどうかにかかわらず、間違いなく一個の「負担」(Belastung) であるとする。有罪判決を下すことは、単に刑を科すことにとどまらず、被告人に対する固有の遂行的行為であり、これを行為者から見れば、それは、スティグマを付与されるということの意味しており、これが、心理的強制という形で行為者に対して作用する。刑の執行が終了するまで「窃盗犯人」や「殺人犯」と呼ばれつづけるというスティグマは、科刑から独立して生じ、それは、本来的に「有罪宣告」という行為に根差すものであるとする。だからこそ、有罪宣告は、行為者に対する心理的、社会的な侵害をもたらし、負担、つまり一個の害悪として捉えられなければならないのであるという³⁷。

Schorck によれば、有罪宣告の抑止効果は、処罰を差し控えて有罪宣告にいわば剥き出しの地位を与える実体法上の諸制度の存在によっても裏づけられる。具体的には、刑の留保付き警告 (ドイツ刑法典 59 条)、刑の免除 (ドイツ刑法典 60 条)、行為者と被害者の和解、損害回復がなされた場合の刑の免除 (ドイツ刑法典 46 条 a)、相互に行われた侮辱行為についての不処罰宣告 (ドイツ刑法典 199 条)³⁸ などが、その用例として挙げられる。これらの場合にも、刑

35 多くに代えて、BGHSt 39, 100 を参照。

36 Schork, aa.O. (Fn.29), S.90. 明示機能は、従来、罪数論において観念的競合との関係で論じられていたが (狭義の明示機能)、それはそもそも観念的競合の特別な機能ではなく、有罪宣告 (判決主文) の本来的機能であるとする (広義の明示機能)。また、この点について、Heike Bußmann, in : Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 52 Rn.21 も参照。

37 Schork, aa.O. (Fn.29), S.135.

38 ドイツ刑法典 199 条は、「侮辱が直ちに応酬されたときは、裁判官は、侮辱を行った者の双方又は一方に対して不処罰 (straffrei) を言い渡す」と規定している

事手続は決して打ち切られず、むしろ打ち切ってはならないという事実は、一方で、有罪認定の特別な必要性が存在するというを、他方で制裁賦科が完全に放棄されるのではなく、むしろ単独での有罪宣告が必要かつ相当な制裁と看做されているということを示している。

そのうえで、Schorkは、有罪宣告にとって最も本質的な機能を表出機能(expressive Funktion)に見出している。有罪宣告は、コミュニケーション的行為であり、その表出的・コミュニケーションの意味は、裁判所による有罪宣告の言語的な意味に尽きるわけではない。では、有罪宣告は、何事かを言語的に表現することによって、何をなすのであろうか。こうした観点から改めて公的な有罪判決行為を考察するなら、そこには、2つの重要な機能が看取され得る。

第一に、それは、答責性の帰属という側面における役割である。有罪宣告は、行為に対する答責性が、他ならぬ有罪を言い渡される行為者に帰属されるものだというを公的に表現する。行為者に対して、彼が自ら犯した不法についてのみ責任を負うということ、行為者が加えた具体的な侵害の程度がコミュニケーションされ、被害者に対しては、犯罪行為が不法と評価され得るものであることが示されることによって、被害者を責任から解放する役割を果たす。それだけではない。Schorkによれば、さらに一般人(Allgemeinheit)に向けて、犯罪行為にもかかわらず、依然として規範妥当が維持されるということや、刑事司法の機能性(Funktionstüchtigkeit der Strafpflege)³⁹を象徴化したり犯罪行為を遂行することがいかなる結果を伴うのかを示したりするために、規範違反を正確に示すという一般予防的機能を担い、社会それ自体を責任から解放する役割も果たすのである⁴⁰。

一方、言語行為としての有罪宣告の表出機能との関係では、上述したコミュ

が、この場合、無罪判決ではなく、被告人に対して有罪が言い渡されると解されている点に注意が必要である。この点について、Jörg Eisele/Ulrike Schittenhelm, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 199 Rn.10; Karsten Gaede, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 199 Rn.5を参照。

39 これについては、Winfried Hassemer, Die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«, StV 1982, S.275 ff.を参照。

40 以上について、Schork, aa.O. (Fn.29), S.105 ff., 108.

ニケーション的になされる公的な責任帰属行為としての側面と並んで、さらに非難の表明、すなわち「非難機能」が認められる点が重要であろう⁴¹。「被告人は有罪である」と言明し、宣告する裁判所の行為には、責任の帰属以上の否定的価値判断が内包されており、そこでは、法律に忠実な市民であれば別様に行為したであろうし、行為者自身も別様に行為することができたであろうとして行為者を非難するという形で、行為および行為者に関して、道徳的な判断が示されることになるのである⁴²。

以上のような有罪宣告についての分析を踏まえて、Schork は、非難と害悪の賦課の関係について、次のような主張を展開する。すなわち、非難の要素は、「有罪宣告」にとって構成的なものであり、「刑罰」にとって構成的なものではないという主張がそれである。ある処分が刑罰であるかどうかは、その処分それ自体が「社会倫理的無価値判断」⁴³を内在しているかどうかによって依存するのではなく、むしろ有罪を言い渡される者に不利益な侵害強度、つまり制裁効果の重大さによって判断されるべきであるという⁴⁴。これは、要するに、不利益処分についての刑罰性の判断と無価値判断を切り離すべきだという見解として解することができる。それ故、裁判所が有罪宣告を言い渡す前に被告人に対して科すあらゆる処分は、それが低額の費用であれ高額の金銭的負担であれ、その侵害強度に応じて、「害悪」、つまり行為者の不利益となる一般的語義における「刑罰」となり得ることになる。

41 Schork, a.a.O. (Fn.29), S.109 ff.

42 Schork, a.a.O. (Fn.29), S.111.

43 なお、刑罰について「社会倫理的無価値判断」という表現を用いてこれを説明するものとして、例えば、*Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., S.65 ; *Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., S.16. また、わが国では、伊藤寧ほか『刑法教科書 総論(上)』(嵯峨野書院、1992年)41頁[伊藤寧]。「社会倫理的無価値判断」という基準について、Appel は、連邦憲法裁判所の判例も引き合いに出しながら、刑罰に内在する非難は、社会倫理的なものではなく、「法」的なものであり、かの基準は、ある措置が刑罰的性格や刑罰類似性を帯びているかについて主観的な先行理解を持ち込むことを可能とするカムフラージュ的な公式妥協に他ならないと痛烈に批判する。Appel, a.a.O. (Fn.11), 487. さらに、江藤隆之「法の文脈におけるドイツ語単語“Strafe”の定義」桃山法学34号(2021年)109頁も参照。

44 Schork, a.a.O.(Fn.29), S.126 ff.

しかし、この提案に従えば、ある処分を「刑罰」と認めるためには、一定の侵害強度を充たす害悪賦課で足りることとなるから、有罪宣告およびそこに内在する非難ないし否認の要素は自ずから、背景へ退き、刑罰の構成的要素ではないと解されることになってしまうのではなからうか。もっとも、だからといって、その刑罰類似の処分が憲法適合的なものであるかどうかは次元を異にする問題であり、当の処分が憲法適合的な刑罰、つまり、例外的に許容される国家的な害悪賦課となるのは、かかる処分に正式な手続および公的な有罪宣告が先行しているかどうかにかかっていると考えれば⁴⁵、一定の侵害強度を伴う負担であっても、それに有罪宣告が先行していない場合には、その処分は少なくとも「憲法適合的な刑罰」とはいえないこととなろう。

また、このような主張をそのまま受け取ると、刑罰の定義において非難や否認を害悪の賦課と同列的に理解することは、いささか不正確なものといえらるることとなろう。というのも、刑罰を放棄してなされる有罪宣告は⁴⁶、その拘束的な無価値判断として非難の契機を内在していると同時に、それ自体として固有の「害悪」でもあるが、有罪宣告なき刑罰は、それが憲法違反の刑罰であったとしても、依然として「刑罰」となり得るからである。もちろん、それが害悪であることは否定され得ないであろう。しかし、こうして科される刑罰は、有罪宣告を欠くがゆえに、公的な非難を含むものではないこととなろう⁴⁷。

45 Schork, a.a.O.(Fn.29), S.126 f.

46 ドイツ刑法典の制裁カタログでいえば、刑の留保付き警告(ドイツ刑法典 59 条)、刑の免除(ドイツ刑法典 60 条)などがこれに相当する。刑の留保付き警告制度はもとより、一般的な刑の免除制度もわが国には存在せず、せいぜい総則(刑 36 条 2 項、37 条 1 項但書、43 条但書)および各則(刑 80 条、93 条但書、105 条、113 条但書、170 条、173 条、201 条、228 条の 3、244 条 1 項、251 条、255 条、257 条 1 項など)において個別的に刑の必要的・任意的な免除規定を置くにとどめている。ただ、刑の免除判決は、実体判決で、異論はあるものの、一般的には「有罪判決」としてと解されており(団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』[創文社、1990 年] 519 頁、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法 第 6 卷〔第 3 版〕』[立花書房、2015 年] 634 頁)、かつ刑の時効(刑 31 条)の場合と異なり、「刑の言渡し」そのものを免除するものであることから、その限りでわが国でも刑の免除について類似の説明が当てはまり得る。

47 Roman Hamel によれば、害悪に意味が付与されるのは、伝達されるメッセージ(否認)との類似性によってではなく、名宛人による解釈によって意味が割り当てられる。名宛人は、状況コンテクスト、つまりその背景的知識によって行為を解釈し、

IV 表出的刑罰論の2つの潮流

ところで、Tatjana Hörnle は、表出的刑罰論を大きく2つの潮流に区別している。規範指向的表出的刑罰論 (normorientierte expressive Straftheorie) と人格指向的表出的刑罰論 (personenorientierte expressive Straftheorie) がそれである⁴⁸。

前者に位置づけられる Günther Jakobs は、犯罪と刑罰の関係をコミュニケーション的な意味事象として捉え、犯罪を一つの世界構想 (Weltentwurf) として理解しつつ、それに対する刑罰もまた、この世界構想に対する異議申立てとして解釈する。人格の出来事としての犯罪に対する刑罰は、行為者を「人格」として扱うものであり、行為者はその犯行により社会の基準とならないことを主張したという認定となる⁵⁰。

Jakobs によれば、犯罪者の行為が犯罪として扱われることによって、規範が妥当していることが示されるのであり、国家がそのことを成り行きに任せてしまった場合にのみ、規範は侵食される。そこで、この規範の侵食を防ぐためには、規範妥当の否認としての意味を持つ犯罪に対して、異議としての刑罰によって否定的に応答することが必要となってくる。その際、Jakobs によると、犯罪に対する異議は、刑罰的苦痛 (Strafschmerz) の賦課によってなされるどころ、刑罰的苦痛が、規範妥当を認知的に保障するために必要となるというの

とりわけコンヴェンションによって行為を解釈するので、社会的コンヴェンション／合意が刑罰の意味を創出するという。Hamel, aa.O. (Fn.32), S.75.

48 Hörnle, aa.O. (Fn.6), S.31 ff.; dies., in : Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 12 Rn.35 ff. むろん、現時点で「表出的刑罰論」とは何かについて確固たる共通理解はない以上、ここでの分類は、網羅的なものではなく、暫定的なものに過ぎない。

49 高橋・前出注 (3) 504 注 (12) は、この2つの潮流は、両立可能であるとする。確かに、いずれのアプローチも過去に有責的に遂行された規範違反に対する非難や異議申立てが刑罰概念の中核的要素を構成している点で共通しているが、そのコミュニケーションの種類や形式は大きく異なっているように思われる。

50 Günther Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S.27 (松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 [第1巻]』〔成文堂、2014年〕57頁 [松宮孝明訳] を参照。

51 Günther Jakobs, Staatliche Strafe, 2004, S.26 ff. (飯島暢=川口浩一訳『国家刑罰—その意義と目的—』〔関西大学出版部、2013年〕38頁以下) を参照。Jakobs によれば、犯罪者による規範妥当の否認に対する異議申立てが刑罰の意義 (Bedeutung)

である⁵¹。

もっとも、このような刑罰によるコミュニケーションの名宛人は、Jakobs自身も明確に述べているように⁵²、行為者のみではなく、また行為者が一次的な名宛人であるわけでもなく、むしろ法に忠実な諸人格、要するに一般人(Allgemeinheit)なのであるとすれば、刑罰によるコミュニケーションにおいては、一般人に対する規範妥当を認知的に保障するという目的のもとで、行為者が有罪判決を下され、処罰されるということとなり、背理的な帰結が導き出されてしまうのではないか。つまり、「人格」を持った行為者を、一般人や一般公共の利益において道具化・手段化することになってしまうのではないかという異論を提起することができるであろう。

まさに、Rostalskiは、自由な法治国家においては、第三者の利益(Drittinteressen)を考慮する予防刑論は、行為者を道具化・手段化する点において人間の尊厳(ドイツ基本法1条1項)に反していると批判を提起している⁵³。

これに対して、後者の人格指向的表出的刑罰論は、具体的な行為者や被害者を一次的な名宛人として、刑罰をコミュニケーション的に理解しようとするも

であり、規範妥当の認知的保障が刑罰の目的(Zweck)である。Jakobsの刑罰論については、飯島暢「〈解説1〉ヤコブスにおける刑罰の現実性と認知的保障」前掲『国家刑罰』69頁以下、川口浩一「〈解説2〉ヤコブス説における刑罰理論と刑法理論の関係について」前掲『国家刑罰』79頁以下、飯島暢「応報刑論のルネサンスの射程とその課題」刑ジャ54号(2017年)14頁以下を参照。

52 *Jakobs*, a.a.O. (Fn.51), S.31 (前掲『国家刑罰』43頁)。

53 *Freund/Rostalski*, a.a.O. (Fn.2), S.15. 詳しくは、*Rostalski*, a.a.O. (Fn.2), S.37 ff. なお、Rostalskiは、さらに、犯罪行為と処罰は、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、行為者は、犯罪行為を行ったにもかかわらず、依然として同権的な社会の構成員であるからこそ、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要求に対して応答しないままでは許されず、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(有罪宣告と刑罰)を受けるに値するという。

54 表出的刑罰論の基礎にあるP.F.Strawsonによる「反応的態度」(reactive attitude)の理論については、P・F・ストロウソン(法野谷俊哉訳)「自由と怒り」門脇俊介=野矢茂樹編『自由と行為の哲学』(春秋社、2010年)31頁以下、拙稿・前出注(7)268頁以下。また、反応的態度を手がかりとして刑罰の道徳哲学的正統化を試みるものとして、*Tobias Zürcher*, *Legitimation von Strafe*, 2014, S.95 ff.

のである⁵⁴。その代表的論者である Hörnle や Andreas von Hirsch によれば、刑罰は、有罪判決行為（無価値判断）と処罰行為（刑罰の害悪）から構成されるところ、有罪判決には、コミュニケーション的に「非難」の意味が付与され、害悪はその非難を表明する手段として位置づけられる⁵⁵。刑罰に内在する非難の要素は、von Hirsch によれば、行為者を道徳主体（moral agent）として扱うことと深く関係しており、また、刑罰は行為均衡的に規定されるべきだという均衡刑の要請は、刑罰における非難の概念に直接基づいているとされる⁵⁶。

とはいえ、Hörnle と von Hirsch の見解は、少なくとも害悪の取扱いをめぐってやや異なった理解を示しているように思われる。というのも、Hörnle においては、害悪の賦課は、非難の象徴的補強（symbolische Untermauerung）として刑罰にとって必要不可欠なものと理解されているのに対して、von Hirsch も、害悪の賦課を主に非難の要素によって規範的に基礎づけているものの、それと同時に、必ずしも理性的ではない可謬的存在としての人間の本性を踏まえて、犯罪への誘惑に抵抗するための打算的理由を提供するという予防的な観点も踏まえて害悪の賦課を説明しているからである⁵⁷。

しかしながら、もし行為者が合理的な人間（homo rationalis）であれば、バーバルな否認で事足りるであろうから、そもそも害悪の賦課を必要としないだろうし、可謬的な人間（homo fallibilis）に対しては、それが道徳主体としての尊厳を無視するものであるから、刑罰の害悪を加えることは許容されないの

Zürcher の所説に対する批判的評価として、拙稿・前出注（7）268 頁以下。なお、Hörnle, aa.O. (Fn.6), S.35 は、特段の根拠を示すことなく、コミュニケーション指向的刑罰論の基本的な考えは、対物的態度（objective attitude）は、例外的な場合にしか許されないというものであるとする。他者の誤った行動に対する態度としての対物的態度は、行為者を危険な動物のように統制されるべき存在として扱うものであるから、刑罰としてそれが例外的であれ許容され得るとは思われない。

55 Hörnle, aa.O. (Fn.6), S.34 ff., 43 ff.; dies., aa.O. (Fn.48), § 12 Rn.35 ff., 45. また、Tatjana Hörnle/Andreas von Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, S.261 ff.; Andreas von Hirsch, in : Warum soll die Strafsanktion existieren ?, in : Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum ?, 2011, S.43 ff.

56 アンドレアス・フォン・ハーシュ（松澤伸訳）『デザート・モデルの量刑論』（成文堂、2021 年）13 頁、33 頁以下、53 頁。

57 フォン・ハーシュ・前出注（56）41 頁。

58 Gerhard Seher, Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe, in :

ではないかという内在的批判があり得る⁵⁸。また、von Hirsch のいうように、非難としての応答に、犯罪を行わない道徳的理由と打算的理由の両方を持たせることが可能だとしても⁵⁹、カントのいう「合法性」(Legalität) と「道徳性」(Moralität) の区別を持ち出すまでもなく、刑法が刑罰によって非難を行うときに、一定の理性的動機に基づいて違法行為を回避しなかったことを直接の理由として行為者を非難してはならないであろう⁶⁰。

V 刑罰の意味と目的の関係

表出的刑罰論は、刑罰を正統化する理論ではない⁶¹。そういう見立ても十分に成り立ち得る。例えば、最近、Gerhard Seher は、有責的に実現された不法に対する非難的制裁として刑罰を「記述」することと、有罪を言い渡される者の法益や利益への刑罰的侵害を「正統化」ということは、論証構造上、相互に区別されなければならないと指摘している。つまり、「あなたは自己の行為により有責となったので (weil)、侵害された構成要件の妥当に対する一般人の信頼を維持し、規範への忠誠を強化するために (damit)、あなたを刑量 X で処罰する」という論証は、Seher によれば、両者を混同したものであって誤っており、刑罰のコミュニケーション的意味と刑罰の目的とを、一つの論証構造の中に持ち込むことはできないとする⁶²。

Seher によれば、こうした論証構造上の誤りを避けるためには、「法実践レベル」(一次的レベル) と「理論レベル」(二次的レベル) が区別されなければならない。刑事手続が行われ、判決が言い渡され、刑罰が科されると

Festschrift für Reinhard Merkel, Teilband 1, 2020, S.502. 彼は、von Hirsch の人間本性についての二分法的説明に対して、それ自体として不十分な論証を絡み合わせても、そこからいかにして処罰行為に関する説得的な根拠づけが生じるかという疑問を提起している。

59 フォン・ハーシュ・前出注 (56) 41 頁。

60 この点について、増田・前出注 (1) 624 頁を参照。

61 松澤・前出注 (3) 12 頁は、「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」とする。

62 Seher, a.a.O. (Fn.58), S.508. また、Tonio Walter, Vergeltung als Strafzweck, ZIS 2011, S.637 は、刑罰は害悪として作用し、それは社会倫理的否認を強調するものと定義したうえで、それを、かかる刑罰の一次的作用が達成すべき二次的目的と区別している。

いう法実践レベルでは、重大な誤った行動に対する非難的ないし応報的応答がなされており、この段階では、刑罰とは何かが問題となる。これに対し、理論レベルでは、法実践レベルで行われた手続が批判的に考察され、この段階では、法治国家的に基礎づけを求められる刑罰の正統化が問題となる⁶³。こうした理解からすれば、刑罰の表出的機能としての「非難」というものは、基本的に刑罰の定義に関わる議論として位置づけられるように思われる。

しかし、こうした見立てには、当然ながら異論もあり得るであろう。例えば、Roman Hamel は、刑罰の意味と目的の関係について、次のような指摘をしている。Hamel によれば、まず問題となるのは、刑罰の目的ではなく、社会的現象の社会的意味内容（コミュニケーション的・表出的意味）である。刑罰という社会的現象は、純然たる原因と結果の関係という意味では十分に説明できないので、記号のコミュニケーション的使用が主題となっている点を顧慮せずに、処罰によって追求される目的を示すだけでは十分ではない。そもそも刑罰のコミュニケーション的要素を伴わない積極的特別予防および積極的一般予防もまた、ほとんど考えることができない。行為者の改善や規範への忠誠（Normtreue）は、しかるべき意味を持ったコミュニケーションが必要となるからである⁶⁴。

しかし逆に、刑罰の意味を確認する際に、刑罰によって追求される目的もまた無視してはならない。社会的実践としての刑罰の「本質」を刑罰目的と完全に切り離して規定してしまつては、行為の性格や刑罰の志向性を考慮することなく、純然たる意味論的考察を基礎とすることになってしまうからである⁶⁵。

結局、このような指摘に従うならば、刑罰のコミュニケーション的機能と刑罰目的は、相互に関連し合っている以上、あらゆる目的設定から切り離して刑罰の本質を規定することはできないということになる。とはいえ、Hamel によれば、判決および刑罰のコミュニケーション的機能と（予防的）刑罰目的

63 *Seher*, aa.O. (Fn.58), S.508 f. 具体的には、いかにして責任相当に処罰されるべきか、有罪判決および処罰はいかなるコミュニケーション的意味を有しているか、いかなる場合に刑罰は規範違反に対する相当なりアクションであるか（刑罰規範の正統性）という問題が法実践レベルに属し、理論レベルには、なぜそのような処罰のための手続の執行が必要なのかという問題が属する。

64 *Hamel*, aa.O. (Fn.32), S.78 f.

65 *Hamel*, aa.O. (Fn.32), S.79.

の追求を区別することは適切であるという。なぜなら、それぞれ異なる観点を取り上げられているからである。すなわち、一方では、意味(Bedeutung)(語用論的意味)が問題となり、他方では、社会的実践の(期待される)効果(Wirkungen)が問題となっているのであり、それはちょうど言語行為論の用語法でいえば、刑罰のコミュニケーション的機能の問題は、「発語内的意図」および「発語内的効力」に関係するものであるのに対し、刑罰目的は(期待される)コミュニケーションの「発語媒介的効果」に関わるものなのである⁶⁶。従って、Hamelの見解によれば、刑罰のコミュニケーション的機能は、刑罰目的関係的に捉える余地が残されることになろう。

VI まとめに代えて

本稿では、国家刑罰の正統化に関する問題について十分に立ち入ることはできなかったが、刑罰の正統化という場合には、差し当たり2つの文脈を分けたうえで、表出的刑罰論がフォーカスする諸論点が従来の刑罰論とどう異なるのかを明らかにするよう議論を深めなければならない⁶⁷。この点、刑罰の正統化は、大きく分けて「具体的な処罰行為」(行為者に対する刑罰適用)の正統化根拠と、「制度としての刑罰」の正統化根拠という二つの文脈にそれぞれ区別されるべきであろう⁶⁸。

まず、処罰される具体的な行為者との関係で当該行為者に処罰を根拠づけるものとして、行為者の「責任」(自由)に基づく「応報」の観点が伝統的に重視されてきたといえよう。応報の思想は、法治国家原理としての責任主義にとって必要不可欠であり、責任主義からすると、行為者が自由になし得たことの範囲内でのみ刑事責任が根拠づけられることになる。その意味で、責任主義は、「応報」を前提として成り立っており、刑罰は応報を上限とするという意味で、

66 Hamel, aa.O. (Fn.32), S. 80. なお、これに関連して、滝川裕英「相対的応報刑論という二元論」刑ジャ 54号(2017年)21頁以下。

67 この点について、高橋直哉「刑罰論の現状と課題」刑ジャ 54号(2017年)8頁を参照。

68 増田・前出注(1)622頁以下。また、積極的応報論と消極的応報論の区別について、増田・前出注(1)625頁以下も参照。刑罰の正統化の文脈を自覚的に区別するものとして、松原・前出注(9)9頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)6頁。

国家刑罰権を制約する機能も有している。この文脈では、まさに「応報」概念との関係で、「非難」や「害悪賦課」の持つ意味がさらに明らかにされなければならない。表出的刑罰論が「偽装された応報刑論」であるかという問題もこの文脈で掘り下げた検討を要する。

これに対して、「制度としての刑罰」の正統化は、「具体的な処罰行為」の正統化の論理的前提となる問題であるから、そもそも「制度としての刑罰」が正統化されないのに、具体的な処罰行為の正統化が問題となることはあり得ない。「制度としての刑罰」については、例えば、国家刑罰制度は、有責的な行動規範違反に対して刑罰を発動することによって、行動規範の名宛人たる市民一般に対して、当該行動規範の妥当（承認）が確認され、それを通じて将来の行動規範違反（犯罪行為）が予防されるという点に正統性の根拠を見出す積極的一般予防論（「コミュニケーション的一般予防論」⁶⁹）や「再社会化」としての積極的特別予防論との関係が問題となってくるであろう。コミュニケーション的・表出的意味を欠いた積極的一般予防や積極的特別予防が成り立ち得るかという論争的な問いは、このレヴェルの正統化の問題圏に位置づけられるであろう。

いずれにしても、表出的刑罰論が最終的に応報刑論や目的（予防）刑論と異なる固有の刑罰論であるかどうか、刑罰の根拠（限界）づけに独自の理論的寄与をもたらす構想たり得るかを解明するための理論的試みは、未だ緒に就いたばかりである。

付記 本稿は、科研費若手研究（研究課題番号：21K13206）の助成を受けたものである。

69 増田・前出注（1）634頁以下。