

刑罰の定義

高橋直哉

1 はじめに

刑罰については、実に様々なことが議論されている。「刑罰の本質は何か?」「刑罰の目的は何か?」「刑罰はいかなる機能を有するのか?」「刑罰はいかにして正当化できるのか?」等々。周知の如く、これらの問題に関しては古くから厳しい見解の対立が見られ、今日でもなお議論は収束していない。

しかし、刑罰について論じようとする場合、当然に予想されるものでありながら、これまでわが国ではあまり自覚的に論じられてこなかった問いがある。それは、「刑罰とは何か?」という問いである。刑罰に関する議論が、刑罰の定義から始められることは意外なほど少なく、また、刑罰の定義が掲げられている場合でも、それ自体が議論の対象となり得る問題として主題化されていることはほとんどない⁽¹⁾。

もっとも、刑罰について論ずるために刑罰の定義が必要なのか、ということは一問題である。刑罰が存在することはほとんど自明視されているといってもよいほどであり、また、現行法が刑罰として規定しているものを見れば、刑罰の典型例は容易に理解できる。私たちは、厳密な刑罰の定義を前提としなくとも、何が刑罰の例であるのかを認識・理解することにおいて、通常、さしたる困難を感じてはおらず、そのように容易に想起できる刑罰の例を念頭に置いて議論するのでもほとんど差し支えないようにも思われる。

しかしながら、刑罰について明晰な議論を展開するためには、やはり刑罰の定義に関する検討が必要であるといわなければならない⁽²⁾。この点に関しては、以下のような事柄に留意する必要があると思われる。

第一に、刑罰の定義がなければ、様々な見解が果たして同一の「刑罰」という事象を対象としているものなのかどうかを判別することが困難となるであろう。主張内容の違いが、出発点の違い、すなわち、同一の事象について論じて

いるのではなかったという事実に起因する可能性があることに、私たちは留意しなければならない。

第二に、刑罰の定義がなければ、私たちは、どこまでを刑罰の問題として論じなければならないのか確定することができない。例えば、現行法が規定している刑罰であることがほとんど疑問視されないようなものを念頭に置いて、その正当化について論ずる場合、その議論の射程が一体どこまで及ぶのかは、個別の刑罰の事例を超えてより一般的な刑罰の定義が示されなければ、明らかとならない。このことの問題性は、新たな制裁の導入を考える場合に、それを刑罰として分類すべきなのか、それとも、刑罰とは異なるものとして分類すべきなのかということが問題となる場面を想起すれば容易に理解されるであろう。

第三に、個々の措置について、「それは刑罰である／ない」ということを示すだけでは、何が問題となるのかを十分明確にできない。例えば、「懲役は刑罰である」ということを示すだけでは、「懲役」のどこに正当化を要する問題が含まれているのかということは明らかとならない。「懲役をまさに刑罰たらしめている特性は何か」ということが示されなければ、何を正当化しなければならないのか、また、どのような正当化が求められているのかを認識するのは困難である。このとき、ある措置をまさに刑罰たらしめている特性は何であるのか（「なぜ、これは刑罰であるのか／ないのか？」）を示すためには、刑罰の定義が不可欠であろう。

第四に、このことは翻って、ある提示された刑罰正当化論が成功しているかどうかは、刑罰の定義に照らしてでないと判断できない、ということも意味するであろう。例えば、感染症の患者を入院させる措置や触法精神障害者を精神病院に収容する措置を正当化する根拠が提示されたとしても、これを直ちに刑罰の正当化根拠とすることはできない。なぜならば、これらの措置は刑罰ではないからである。ある提示された刑罰正当化論が成功しているといえるためには、それが「刑罰」を正当化するものだということが確証されなければならない、それが正当化するものがまさに「刑罰」なのか否かは、刑罰の定義を参照しなければ確定できない。

最後に、刑罰の定義は、刑罰とそれ以外の措置との間にある実践的な違いの意味を分析する手掛かりを与える。現行法を前提とした場合、刑罰とそれ以外の措置との間には、その取り扱いの点でかなりはっきりとした違いが見られる。

この関連では、特に、憲法が、刑罰を科すことについて種々の特別な規定を設けていることが注目される。適正手続の保障（憲法31条）、刑事被告人の権利（憲法37条）、自己負罪拒否特権（憲法38条1項）、自白法則（38条2項・3項）、事後法の禁止・二重危険の禁止（憲法39条）等々。これ以外にも、伝聞法則、合理的な疑いを入れない程度の立証の責務、違法収集証拠の排除といった、一般に刑事事件、すなわち、刑罰を科すことを目的とする手続に関して問題とされる各種の手続的なルールが存在する。刑罰の定義は、このような特別な扱いがなされる理由の探求にも寄与することになるであろう⁽³⁾。

本稿では、このような問題意識の下に、刑罰の定義に関して若干の検討を加えてみたい。

2 定義に関する留意点

(1) 認識と正当化の区別

刑罰を定義する際には、何が刑罰なのかを認識するということと、いかにすれば刑罰を正当化することができるかということとは、基本的に次元が異なるということに留意しなければならない。前者の認識の問題においては刑罰の特性を記述する面に重きが置かれるのに対して、後者の正当化の問題においては説得力ある規範的な根拠の提示が重要な課題となる。両者を混同すると生産的な議論が妨げられる危険性が生ずる。

このことの問題性の一端を示すものとして、H.L.A. Hart がいうところの「定義による思考停止 definitional stop」を挙げることができよう⁽⁴⁾。

まず、Hart は、刑罰の「標準的」あるいは「中心的」なケースを次の五つの要素によって定義している。

- (i) それは、苦痛、あるいは、その他の通常ならば不快だと考えられる結果を伴うものでなければならない。
- (ii) それは、法的ルールに対する違反を理由とするものでなければならない。
- (iii) それは、実際に違反を犯した者、あるいは、犯したと考えられている者について、その違反を理由とするものでなければならない。
- (iv) それは、違反行為者以外の人間によって、意図的に執行されるものでなければならない。

- (v) それは、違反行為がそれに背いて犯される対象である法システムによって設けられた権限ある機関によって科され、かつ、執行されるものでなければならない。

次いで、Hart は、以下のような「標準に達しない」あるいは「二次的な」刑罰のケースに言及する。

- (a) 法的なルールの違反に対して、当局によるのとは別の方法で科され、あるいは、執行される刑罰（分権化された decentralized 制裁）
- (b) 非法的なルールあるいは命令の違反に対する刑罰（家族や学校における刑罰）
- (c) 一定の社会的グループに属する者が、そのグループによる委任、推奨、管理、あるいは、許可なしに行った行為について、その社会的グループに属する行為者以外の者に科される身代わり vicarious 刑罰あるいは集団的 collective 刑罰
- (d) 犯罪を行ってはならず、また、実際、犯罪を行っただと考えられてもいない者に対して、((c)とは異なる状況の下で) 科される刑罰

Hart が、このような「標準に達しない」あるいは「二次的な」刑罰のケースに注意を促すのは、「定義による思考停止」を防止するためである。「定義による思考停止」とは、例えば、次のようなことである。

通常、功利主義者は、刑罰を正当化するのには、刑罰が有する社会的効用である、と主張しているが、これに対しては、それならば犯罪者だけの処罰に限定すべき理由は存在しないのではないか、という周知の批判が加えられている。例えば、暴徒化する危険性のある群衆の激情を鎮静化するために、スケープゴートとして無実の者を処罰するといった場合も、これによって獲得される善の方が大きいということになれば、功利主義者はこれを正当化しなければならないはずだ、といった批判がそれである⁽⁵⁾。これに対して、功利主義者は、上述した定義における(ii)(iii)の条件を引き合いに出して、そもそも無実の者をスケープゴートとして罰することは「刑罰」の定義からして問題とならない⁽⁶⁾と簡単に片づけることはできない。これは、功利主義はそのような措置をも正当化してしまうことになるという真の論点を、定義を理由とする思考停止に訴えかけることによって回避しようとするものである。Hart は、これは定義の濫用であるとして強く警告を発している。

この Hart の指摘には、刑罰の定義という記述的な事実でもって、刑罰の正当化という規範的な問題を解決することはできない、ということが含意されているであろう。「定義による思考停止」は、刑罰の定義に刑罰の正当化の役割をも担わせている点で問題を含んでいるといわなければならない。

もっとも、他方では、認識における記述的な側面と正当化における規範的な側面の峻別を強調し過ぎることに問題がある。というのも、全く規範的な要素を含まず、純粋に記述的な要素だけで「刑罰」を定義することができるかは、極めて疑問だといわなければならないからである。例えば、ある者が、「私は、あなたが何も悪いことをしておらず、非難されるべき理由はないことを知っているが、あなたを処罰する」と述べたとしよう。この時、この発言を聞いた者は、どのように思うであろうか？当然、この発言をした者には、相手方を処罰する権利はなく、実際に処罰したとすれば、それは許されないことだと考えるであろう。しかし、そのような規範的な判断を加える以前に、そもそも、「この発言者は、『処罰する』ということの『意味』を知らないのではないか」という疑問をもつのではなからうか？なぜ、このような疑問が生ずるかといえば、それは、私たちが「処罰する」という言葉を使う場合、それが指し示す意味内容を一定の規範的な考慮と不可分のものとして了解しているからである。例えば、感染症患者の隔離を「刑罰」だとは考えない理由として、刑罰には非難の要素が含まれていなければならないという点を指摘する場合が多い⁽⁷⁾。しかし、刑罰は非難の要素を含んでいなければならないというのは、明らかに規範的な考慮である。私たちの社会には、一定の規範的意味を伴った形で社会に定着している制度や慣行が沢山あるが、そういったものについては、その規範的意味を全く無視する形で語ることは不可能であるといわなければならない⁽⁸⁾。刑罰もそのようなもののひとつだと考えられる。

この点に留意するならば、刑罰の定義に規範的要素を盛り込むこと自体に問題があるというのではなく、むしろ、刑罰の定義に規範的要素を盛り込むことによって正当化を必要とする論点自体を消し去ってしまうことこそが問題だといわなければならない。換言するならば、定義の中に主張者自身が正当化したと考えている規範的主張を密輸入することによって、真の論点を回避することは許されない、ということである。従って、刑罰の定義は、刑罰の特性を描き出すために必要な範囲での規範的要素を含むことは許されるが（実際、それ

は不可避である)、特定の刑罰正当化論を過剰に優遇するような規範的要素を含んではならないことになる。定義それ自体は、複数の正当化可能性に対して開かれていなければならない⁽⁹⁾。

(2) 問題点の明確化への奉仕

定義は、事象を切り分ける作用を営む。刑罰の定義は、刑罰と刑罰以外のものとを切り分ける。それは、理想的には、刑罰と刑罰以外のものとを区別する必要十分条件を示すものであることが求められる⁽¹⁰⁾。それはまた、私たちが刑罰について論ずる際に通常念頭に置いている制度や行為を十分広くカバーするものでなければならない。更に、それは、刑罰か否かが微妙な周縁部に位置するもの(例えば、交通反則通告制度など)をどのように理解すべきなのかということについて、一定の手掛かりや指針を与えるものでもあるべきであろう。

しかし、刑罰と刑罰以外のものを正確に区分できればそれでよいというわけではない。私たちがかくも刑罰について思い悩むのは、刑罰には正当化を必要とする問題が含まれているというところに最大の理由があるといえよう。だとすれば、私たちは、その問題を明確化するのに役立つ定義を必要としているというべきである。そのような定義は、刑罰にはどのような問題があり、またどのような正当化が求められているのかに関する私たちの理解を助けることになるであろう。

更に、優れた定義は、まさに刑罰に固有の問題がどのようなところにあるのかを認識する上で啓発的なものでなければならないであろう。例えば、刑罰の正当化に関しては、道徳哲学の領域において夥しい数の文献が存在する。刑罰の道徳的正当化という点は、確かに極めて重要な問題である。しかし、刑罰の問題は道徳哲学の議論において論じ尽くされるわけではない。また、ある特定の道徳哲学的教説が、刑罰にまつわる全ての問題に解答を与えられるわけではない。要するに、刑罰論は道徳哲学と密接な関係を有するものの、道徳哲学の一部に過ぎないのではないのである。刑罰の問題は、様々な問題領域と交差する円の如くに交わっているが、そのいずれかに解消されることはなく、複数の関係領域を異にする問題がいわば群をなして一つの固有の問題領域を形成していると考えられる。優れた定義は、そのような刑罰の問題のあり方を適切に認識するための指標となり得るものであることが求められる。

3 刑罰の構成要素

上述の点に留意しつつ、以下では、刑罰を構成する基本的な要素は何であるのかを考えてみることにする。ここでは、前述した Hart の定義を考察の手掛かりとしてみたい。これは、1950年代から1960年代にかけて、英米において刑罰の定義という問題について自覚的に展開された議論の核心部分を集約的に表現しているものであり⁽¹¹⁾、言語分析の方法論にも周到に配慮したその分析は、今日でもなお刑罰の定義の問題について考察するに当たって有益な示唆を多数含んでいるとみられるからである。

(1) 有害性

まず、Hart の定義では、刑罰は、「苦痛、あるいは、その他の通常ならば不快だと考えられる結果を伴うもの」でなければならない。刑罰が、何らかの意味で、それが科される者にとって悪いものであること、好ましくないものであることについては、一般論としてはほとんど異論がないであろう。犯罪を行った者が、その犯罪に関して、賞金を受け取ったり、表彰されたり、豪邸に住まわせられたりしたならば、私たちは、これを刑罰だとは考えない。

ただ、この科される者にとって何らかの意味で悪いものであるということ、どのような言葉で表現すべきかは、若干問題である。この点に関して、Hart の定義では、「苦痛 pain」あるいは「不快 unpleasantness」の語が用いられている⁽¹²⁾。しかし、空想的な事例ではあるが、何らの苦痛も感じさせることなく、それどころかこの上ない快楽を感じさせるようなやり方で死刑を執行したとしても、これはやはり処刑された者にとって好ましくないものであるというべきであろう。この点に留意するならば、受ける側の主観的な感覚にあまり多く依存せず、できるだけ中立的な形で用いることが可能な語を選ぶべきである。そのような目で見ると、「害 harm」の語の方が、相対的にベターであるように思われる⁽¹³⁾。従って、まず、刑罰は、「処罰される者に『害』を与えるものでなければならない」であろう。

このように有害性を刑罰の構成要素と見ることに対しては、刑罰は有益な結果をもたらすことがあり得るとい批判が加えられるかもしれない。例えば、刑罰に服することによって自己の行為の不正さを悟り、道徳的に向上したなら

ば、それは処罰された者にとってむしろ善いことであって害悪ではないのではないか、といった批判がそれである。

しかし、有害性を刑罰の構成要素とすることは、刑罰が最終的に有益な結果をもたらす可能性があるということと矛盾するわけではない。刑罰を科された者がそれによって自己の行為の不正さを悟ることがあるとすれば、それは、自分に害が加えられているという認識をきっかけとするものであろう。自分が有害な取り扱いを受けていると感じるからこそ、「なぜ、このような取り扱いを受けねばならないのか？」との問いが生まれ、そこから、「それは、自分が不正な行為をしたからだ」という認識に至るのであろう。そうだとすれば、道徳的な向上という有益な結果は、むしろ、刑罰が害を含むことを前提としているとも見ることができる。

有害性を刑罰の構成要素とすることに対するより重要な反論は、刑罰は常に処罰される者にとって有害なものになるとは限らないとするものである。例えば、鞭打ち刑は大抵の人にとって有害なものであろうが、打たれることにこの上ない快感を覚える者にとっては有害だとはいえないのではないかとといった見方がそれである(マゾヒストの例)。この例は、多少荒唐な感を与えるが、ホームレスにとっては一般社会で当てのない生活を送るよりは刑務所で暮らした方がよほどましであるとすれば、この場合にも有害性は認められないのではないかとといった形で主張されるならば、俄かに現実味のある問題であるといえよう⁽¹⁴⁾。

このような反論に対しては、このような場合、対象者が主観的に「苦痛」や「不快」を感じないことはあるかもしれないが、客観的には「害」を被っているということが可能である、というように再反論できると思われる。「苦痛」や「不快」といった主観的事情に左右されやすい言葉を避けることには、このような面でも意義があるといえよう。

もっとも、これは多分に言葉のもつニュアンスに対する意識の違いによることもあり、「害」という語を用いたとしても、やはり先の例のような場合のマゾヒストやホームレスは害を被っていないと判断されることがあるかもしれない。しかし、仮にそうであるとしても、そのことは、有害性を刑罰の構成要素と見ることの妨げとはならない。なぜならば、ある取り扱いを刑罰とみなすかどうかという問題と、その取り扱いを受けている者が実際に処罰されている

かどうかという問題とは、切り離して考えることができるからである。仮に、先の例のマゾヒストやホームレスは害を被っていないので実際には処罰されていないということを認めたとしても、鞭で打たれることや刑務所に閉じ込められることが一般に人に害を与える性質のものであることを認める限り、これらの措置を刑罰と呼ぶことは依然として可能であろう⁽¹⁵⁾。

(2) 法違反対応性

Hartの定義によれば、刑罰は、「法的ルールに対する違反を理由とするもの」でなければならない。私たちが刑罰の問題について論ずる場合、そこでは法的刑罰が前提とされているのが一般であろうが、法とは異なる文脈での懲罰的な措置と法的刑罰とを区別することに何か理由があるかがここでは問題となる。実際、Hart自身が、「二次的な」刑罰のケースとして、学校や家族における刑罰に言及しているが、これと法的刑罰とを区別しなければならない理由がどこにあるのかは、必ずしも明確ではない。

この点、単に定義の仕方だけが問題であるとするれば、法的刑罰に限定するか、より広く非法的な懲罰的措置も含めるかは、言わば決め事の問題であって、どちらが正しいかというような問題ではないといえるかもしれない。しかし、前述したように、私たちが必要としているのは、刑罰に固有の問題がどのようなところにあるのかを認識する上で啓発的な定義であるとするならば、法的刑罰に限定する場合と、非法的な懲罰的措置をも含めた場合とで、いずれがこの要請により資するかということに注目しなければならないであろう。

そのような視点から見るとすれば、法的刑罰に限定する方が得るものは大きいように思われる⁽¹⁶⁾。その理由は、一つには、国家によって科される刑罰と私人によってなされる懲罰的措置との間には決定的な断絶があるというところにある。いうまでもなく、それは、国家権力の行使という点であり、まさにこの点が絡むからこそ、刑罰の問題、とりわけ、刑罰の正当化の問題は格段にその悩ましさを増す。従来の刑罰論の多くが、明示的あるいは黙示的に国家によって科される刑罰に焦点を合わせてきたことには十分な理由があるというべきである。非法的な懲罰的措置まで含めた広い定義を採用することは、この点の問題性を見失わせる危険性があるように思われる。

法的刑罰に限定する方がよいと考えるもう一つの理由は、それによって刑罰

の公的な性格をよりよく示すことができるという点である。刑罰が私的な復讐とは区別されるものだとすれば、刑罰には何がしかの公的な意味づけが与えられているはずであるが、法的刑罰に焦点を合わせることによりその点の問題性がより明確になるといえよう。

(3) 応報性

刑罰は、「実際に違反を犯した者、あるいは、犯したと考えられている者について、その違反を理由とするものでなければならない」、と Hart は言う。

通常、私たちが刑罰について語る時、刑罰は過去に行われた犯罪に対応するものであるということは、ほとんど自明のこととされているように思われる。まさに、「刑罰に関する私たちの観念は、たとえまだ定義を与えられていないとしても、既に、回顧的 backward-looking あるいは反動的 responsive な要素を含んでいる、ということは不可避的な事実である」⁽¹⁷⁾。過去の犯罪と何の関連も有しない措置を刑罰と呼ぶことは困難であろう。

もっとも、このように刑罰は本質的に回顧的な要素を含むとすることは、刑罰に展望的な関心を付与することと矛盾するものではない。刑罰は過去に行われた犯罪に対応するものとして回顧的な観点から定義したとしても、なぜ刑罰を科すのかという問いに対して、将来の犯罪予防に役立つからである、と答えることは可能である。前者は刑罰の概念規定に関する問題であるのに対して、後者は刑罰の正当化に関する問題であり、両者は次元が異なる⁽¹⁸⁾。また、定義自体の問題として見ても、刑罰は過去に行われた犯罪に対応するものだという定義は、そのように定義した方が好ましい結果が得られるからだというように結果主義的に解釈することを否定するものではない⁽¹⁹⁾。要するに、刑罰は過去に行われた犯罪に対応するものでなければならないという形で回顧的な観点から定義したとしても、展望的な理由による刑罰の正当化論が排斥されるわけではないのだから、定義によって正当化に関する規範的な論点を棚上げにすることにはならないのである⁽²⁰⁾。

ところで、Hart の定義には「違反を…犯したと考えられている者」が含まれている。これが、無実の人が誤って有罪とされてしまう可能性があることに留意したものであることは明らかである。この場合、刑罰と過去の犯罪との間に真実の対応関係が必要だとすると、実際に犯罪を行っていない者に刑罰が科

されるということとはあり得ないということになるかもしれない。しかし、先に有害性のところでも言及したように、ある取り扱いを刑罰とみなすかどうかという問題と、その取り扱いを受けている者が実際に処罰されているかどうかという問題とは、切り離して考えることができると思えば、無実の人は実際には処罰されていないとしても、そこで受けている取り扱いを刑罰とみなすことは可能である⁽²¹⁾。

問題は、無実の人を無実と知りつつ罰するというスケープゴートの事例を刑罰の範疇に含めるか否か、という点である。Hart自身は、これを「二次的な」刑罰のケースに分類しているが、その狙いは前述の如く、いわゆる「定義による思考停止」に注意を促すところにあり、定義自体の問題としては若干の曖昧さが残る感は否めない。むしろ、定義の問題としては、この場合は刑罰に当たらないとする方が簡明であるように思われる。もっとも、この場合を刑罰に当たらないとすることによって、何か規範的な問題についての結論が導かれるわけではない。単に、無実の人をスケープゴートとして罰することは刑罰ではない、というに過ぎず、このような取り扱いの許否に関しては何も語るものではない⁽²²⁾。

(4) 意図性

Hartの定義によれば、刑罰は、「違反行為者以外の人間によって、意図的に執行されるもの」でなければならない。

先に、刑罰は処罰される者に害を与えるものでなければならない、ということを確認した。しかし、対象者に害を与えると考えられる措置は、刑罰に限られない。例えば、心神喪失者等医療観察法に基づき入院決定を受けた者は、行動の自由を制限されるという点で害を被ることになるであろう。その他にも、感染症患者の隔離、課税、未決拘留、空港建設などに伴う付近住民の生活の質の悪化など、対象者に対して何らかの害を与えると考えられる措置はたくさんある。これらの措置と刑罰との違いは何であろうか？

この点の違いを明らかにするためによくもちだされるのが、刑罰以外の措置で生じている害は、他の目的を実現するために必然的に伴ういわば副次的なものであって、それを生じさせることが意図されているわけではないが、刑罰の場合には、相手方に害を与えることが意図されている、という説明である。

もっとも、この場合、刑罰が相手方に害を与えることを意図するというのは、相手方を痛めつけること自体を自己目的として意図するものだという意味で理解してはならない。もし、このような意味で理解するならば、刑罰は国家的サディズムに帰することになる。そうではなく、刑罰は害を与えることを意図しているというのは、刑罰の有害性は偶然の副産物や副次的な効果に過ぎないのではなく、不可欠の内在的な要素であるということの意味するものである。例えば、外科手術を行う場合、それに何らかの苦痛が伴うとしても、そのこと自体が意図されているわけではない。それが証拠に、苦痛を伴わないですむのであれば、それに越したことはないのである。しかしながら、刑罰においては、それが害を生じさせる性質のものでなければそもそも刑罰足り得ないのであり、刑罰を科す側は、そのような害を生じさせるために刑罰を科すのである⁽²³⁾。

(5) 有権性

Hartの定義によれば、刑罰は、「違反行為がそれに背いて犯される対象である法システムによって設けられた権限ある機関によって科され、かつ、執行されるもの」でなければならない。先に刑罰の定義に関しては法的刑罰に限定した方が生産的であると述べたが、そのような限定を認める限り、刑罰を科す主体は、法的に権限のある公的な機関に限定されざるを得ないであろう。この点で、私たちが対象としているのは、「法的刑罰」であり「国家的刑罰」であることができる⁽²⁴⁾。

(6) 手続性

このように私たちが関心を寄せているのは「法的刑罰」「国家的刑罰」であるとすれば、Hartの定義には含まれていない更なる要素が付加されることになると思われる。それは、国家が刑罰権を行使する場合には、一定の手続を踏むことが前提となっている、ということに関連するものである。

例えば、被告人が弁護人の助力を受けられないまま有罪判決が下されたり、全く証拠に基づかない不合理な判断によって有罪判決が下されたりするような場合があったとする。このような有罪判決に基づいて刑罰を科すことは、無論、許されないであろう。しかし、そもそもこのような場合を刑罰のケースだとみること自体に疑問があるといわなければならない。「法的刑罰」「国家的刑罰」

が問題である限り、その実現過程はその法システムの中で設けられた一定の手続的条件によって限定されているのであるから、そのような手続を踏んでいない場合には、「法的刑罰」「国家的刑罰」としてオーソライズされないと考えるべきであろう⁽²⁵⁾。このような見地からすれば、所定の手続を経ることは刑罰の構成要素となるはずである。まさに、「手続なければ刑罰なし」⁽²⁶⁾なのである。

(7) 非難性

Hart の定義には含まれていないが、今日、多くの論者が刑罰の性格づけにとって不可欠であると考えているもう一つの要素がある。それは、「非難」の要素である。犯罪者が懲役刑の執行のために刑務所に収容されることと、感染症患者が病院に入院させられることは、自由の剥奪という害の点では同じであるが、前者では犯罪を行ったことに対する非難の意味が込められているのに対し、後者では感染症に罹患したことが非難されているのではない。

このように非難が刑罰の不可欠の要素であるということを主張した代表的論者として、J. Feinberg を挙げることができる。彼は、特に Flew, Benn, Hart の著作に注目しながら、そこで展開されている刑罰の定義を批判した。なぜならば、「彼らは、まさに刑罰を論理的に悩ましいものにし、道徳的に不穏なものにしている要素を、自分たちの視界から完全に除外している」からである。その要素とは、単なる「ペナルティ」や「代償 *pricetags*」と、真の「刑罰」とを区別するものである。刑罰は、それを科す側の「憤慨 *resentment* や怒り *indignation* の態度」及び「否認 *disapproval* と非難 *reprobation* の判断」を表現するための規約的な装置 *conventional device* である。刑罰は、このような象徴的意味 *symbolic significance* を有している点で、他の措置とは異なっている、と Feinberg は主張する⁽²⁷⁾。要するに、刑罰は、非難を表現しており、この非難の表現を通じて私たちはある措置を刑罰として認識するというのである。

ところで、非難を刑罰の構成要素と見ることに関しては、それは特定の刑罰論を前提とすることになるから定義上は適切でない、といった批判がなされるかもしれない。確かに、刑罰が非難を不可欠の要素とするのであれば、非難可能性のない者に対してなされる措置を刑罰とみることはできないであろうから、例えば、一般には保安処分とされているものも含めて刑罰とする考え方（刑罰

一元論)は定義上とれないことになるであろう。その意味で、刑罰として議論可能な領域が限定されるということは確かである。

しかし、刑罰をこのように限定したからといって、例えば、直ちに保安処分
の正当化が不可能になるわけではない。単にそれを「刑罰として」正当化する
ことができなくなるだけである。また、非難を不可欠の要素として刑罰を定義
したからといって、そのような刑罰が必ず正当化されるとは限らない。「刑罰
が非難を不可欠の要素とするのだとすれば、そのようなものは正当化不可能で
ある」との結論に至る可能性もあることに留意する必要がある。

また、定義の上で非難を刑罰の不可欠の要素だと考えたとしても、「なぜ非
難するのか?」という問いに対する解答が一義的に決まるわけではない。この
問いに対しては、例えば、「過去に犯罪を行ったからである」と回顧的な観点
から答える者もいれば、「それによって将来の犯罪を予防するためである」と
展望的な観点から答える者もいるであろう⁽²⁸⁾。従って、非難を不可欠の要素と
して刑罰を定義したとしても、それは複数の正当化可能性に対して開かれてい
るのだから、重要な規範的論点を棚上げにするものとはいえないであろう。
むしろ、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るれば、非難の要素は刑罰について論ずる際の意味論的
限界を画するものだと考えるのが妥当であるように思われる。

(8) 小括

これまでのところをまとめるならば、刑罰は、次のような要素の総体として
定義されることになるであろう。すなわち、刑罰は、

- ① 一般に、人に害を与える性質のものでなければならない(有害性)。
- ② その害は、意図的に与えられるものでなければならない(意図性)。
- ③ 法が犯罪として規定した行為を実際に行った者、あるいは、行ったと考
えられる者を対象とするものでなければならない(法違反対応性)。
- ④ その犯罪を理由とするものでなければならない(応報性)。
- ⑤ 犯罪に対する非難を表現するものでなければならない(非難性)。
- ⑥ その法システムによって設けられた権限ある機関によって行われるもの
でなければならない(有権性)。
- ⑦ その法システム内で定められた手続に則って行われるものでなければな

らない（手続性）。

4 定義が示唆するもの

先に私は、定義は問題点を明確化することに役立つ啓発的なものであるべきだと述べた。それでは、ここまでの検討で得られた刑罰の定義から、刑罰の問題点について、私たちは一体どのような認識を得ることができるであろうか？もとより、この点に関する包括的な検討は、この小論でなし得るものではなく、現時点で私にそのような能力もない。ただ、この定義から、私たちが刑罰の正当化について考える際、どのような問題に取り組みなければならないのか、ということに関して、ある程度の示唆が得られるのではないかと思われる。以下では、この点に関して若干のことを述べてみたい。

(1) 道徳的正当化

刑罰は、それを科される者に害を与えるものである。相手方に害を与えるという事実が、正当化を必要とする重要な事実であるということには異論がないであろう。加えて、刑罰は、相手方に対して意図的に害を与えるものでもある。これが、単に相手方に害が副次的に生じてしまう場合よりも、より強力な正当化根拠を必要とすることもまた確かであろう。

さて、ここで正当化を必要とする問題は何であろうか？まずもって、それは、「このように相手方に意図的に害を与える取り扱いをすることが許されるのか、許されるとすればその理由は何か？」という問題であろう。これは、基本的に行為あるいは社会的制度に関する道徳哲学的あるいは倫理的な問いである。およそ考え得るいかなる道徳哲学を前提にしたとしても、「相手方に意図的に害を与える」ことが無条件に許容されるというようなことはまずあり得ないであろう。逆に言えば、「相手方に意図的に害を与える」ということは、他に何らの事情も付け加えられなければ、道徳的に不正だといわざるを得ないのである。従って、これが許されるとするならば、その根拠を示さなければならない。

刑罰がこのような面で道徳的正当化を必要とするものだということを否定するのは困難であろう。現に伝統的な応報刑論と目的刑論との対立の一つの基調をなしているのは、この点での道徳的判断における義務論と結果主義との対立

であるとみることができる⁽²⁹⁾。いかに法と道徳の区別を強調しようとも、刑罰の正当化について何がしかの主張する者は、いずれにせよ、自己の主張の中にこの点での道徳的主張が含まれていることを自覚しなければならないであろう。

更に、刑罰は、犯罪を行った（と考えられる）者のみを対象とするのであるから、「なぜ、犯罪を行ったということが、その行為者に意図的に害を与える取り扱いをするか否かの境界線となり得るのか？」という問いにも答えなければならない。従って、刑罰は正当化されると主張する者は、相手方に対して意図的に害を与える取り扱いをすることが許される理由を示す際に、その理由の妥当領域が犯罪者と非犯罪者の境界線によって画される理由も提示しなければならない⁽³⁰⁾。「相手方に意図的に害を与える」ことが道徳的正当化を必要とするとするれば、そのような取り扱いが犯罪者のみに限定されることに関しても、同様に道徳的正当化が必要となるであろう。

(2) 政治哲学的正当化

先の定義によれば、私たちが問題としているのは「法的刑罰」であり「国家的刑罰」である。このことは、前述した道徳的正当化とは次元を異にする問題を提起する。それは、「どうして、私人（例えば、犯罪の被害者や自警団など）ではなく、国家が刑罰を科すのであろうか？」という問題である。この問題も究極的には刑罰の許容性に関わる問いであるという意味では道徳的正当化に関連すると言いうるが、直接的には、国家の存在理由やあるべき国家のあり方に関する規範的な議論に関係するものであり、伝統的にこのような問題は政治哲学の問題であるとされている。

先に、「相手方に意図的に害を与える」ということは、他に何らの事情も付け加えられなければ、道徳的に不正だといわざるを得ないと述べた。それに対して、ここでは、「国家が市民に意図的に害を与える」ことの正否が問われることになるが、国家の存在自体が国家の行為の正当化根拠になるというようなおおよそ支持し難い考え方に立たない限り、これもまた、他に何らかの事情が付け加わらなければ、道徳的に不正だと言わざるを得ないことになる。従って、ここでも、国家がそのようなことを行うことが許されるとするのであれば、その根拠を示さなければならない。そして、その答えは、「国家がそれを行うことが許される理由」と共に、「国家でなければならない理由」の双方を含むも

のでなければならないであろう。

これは優れて政治哲学的な問いである。ある国家的行為を正当化する論拠は、究極的には、そもそも国家の存在理由と密接に関連しなければならない。政治哲学に何らかの価値があると考えるのであれば、国家の存在は道徳的正当化を必要とし、また、国家がある特定の形態をとることにしても道徳的論拠が必要であると考えなければならない。かくして、刑罰が、国家の存在を前提とし、ある特定の形態をとる国家が行う可能性のある活動である限り、それは政治哲学的な正当化を必要とするのである⁽³¹⁾。

また、刑罰は犯罪に対するものでなければならない、犯罪は法によって規定されるものだとすれば、国家が刑罰を科すことの許容性に関する問いは、そもそも国家が正当に刑罰を科す対象となし得るのはいかなる類の行為なのかとの問いを伴うはずである。従って、刑罰に関する周到な政治哲学的正当化論は、国家が刑罰を科すことが許容される根拠と国家がある行為を刑罰を科す対象とすることが許される根拠とを整合性のある形で展開しなければならないであろう。

(3) (刑事) 法学的正当化

先の定義によれば、刑罰は犯罪と対応するものでなければならない。そして、いかなる行為が犯罪となるのかは、法によって規定されているのであるから、刑罰が科されるためには、法が犯罪として規定している行為が行われたことが必要である。

他方、刑罰は非難を表現するものである。その非難の対象は過去に行われた犯罪行為である。ところで、非難するには理由がなければならない。それでは、なぜ、過去に犯罪行為を行ったことが、その行為者を非難する理由となるのであろうか？この問いは、なぜ、法的ルールに違反したことが、その違反者を非難する理由となるのか、と言い換えることができるであろう。

この問いに対して、仮に「法がその行為を禁止しているにもかかわらず、その禁止に違反してその行為を行ったから非難するのである」と答えたとする。この主張を文字通りに受け取るならば、法の禁止に違反したこと自体が非難の根拠であることになる⁽³²⁾。このような理解を前提とするのであれば、刑罰は、法による禁止に違反したということに関する非難を表現すればよく、そこで行われた犯罪行為の内容に関する非難は問題とならないということになる。こ

のような理解によれば、いかなる行為を犯罪とするかという問題と、刑罰の正当化の問題とは、何ら内在的なつながりがなくともよいということになるであろう⁽³³⁾。

他方で、法がその行為を禁止している理由にまで踏み込むならば、例えば、「その行為は不正なものであるが故に法はその行為を禁止しているにもかかわらず、その禁止に違反して不正な行為を行ったから非難するのである」といった回答を与えることになるであろう。このような理解を前提にするならば、その行為が法的に禁止される理由との関わり合いで非難の意義を捉える必要性が出てくる。この場合、ある行為が法的に禁止される理由は、論理的に法以前の領域に求めざるを得ないと思われる。端的に言って、それは道徳的な領域であろう。要するに、ある行為を犯罪として法的に禁止することにも、道徳的正当化根拠が必要なのである。従って、刑罰の構成要素である非難の正当性が、ある行為を犯罪とする理由と関連していなければならないとすれば、法と道徳の関係が改めて問われざるを得ないことになるであろう。ある行為を犯罪とすることの正当化根拠と、その行為を非難するものとしての刑罰の正当化根拠との間に道徳的次元における関連性を見出した上で、犯罪論と刑罰論を架橋するという課題がここにはあるように思われる。

また、先の定義によれば、刑罰は一定の手續を必要とする。もっとも、これはあくまで定義の問題であり、このことから直ちに、求められる手續のあり方が決定されるわけではない。しかし、刑罰の正当化を問題とする際には、手續のあり方との関係が問われざるを得ないであろう⁽³⁴⁾。なぜならば、前述したような刑罰を特徴づける諸要素と手續のあり方との間に関連性があるのかどうか、あるとすればそれはいかなるものか、という点を考慮しなければ、現に設けられている手續を必要とする刑罰が正当化できるのかという問いに答えることはできないからである。例えば、現行法は、刑罰を科すための手續に固有の様々な手續的ルールを設けているが、これらは、刑罰の「有害性」「意図性」「応報性」「非難性」といった諸要素とどのように関連するのかが問われなければならないであろう。いずれにせよ、刑罰の正当化について語るためには、「刑罰が備える諸要素に相応しい手續はいかなるものか？」あるいは逆に「現行の刑事手續を必要とする『刑罰を科す』という国家的行為はいかなるものか？」という問いを意識しておく必要がある⁽³⁵⁾。

5 結 語

本稿が示した刑罰の定義には、異論もあるであろう。また、この定義が問題点の明確化への奉仕という定義に期待される役割をどの程度果たし得ているかという観点から見て、未だ不十分な考察しかなされていないということも自覚している。

しかし、少なくとも、刑罰の定義について周到な分析を加えることが、刑罰の正当化について論ずる際にどのような意味をもつのか、あるいは、どのように役立つのか、ということ筋立てて示す一つのモデルは提示し得たのではないかと思う。刑罰に関する問題の多様さ、関係する領域の広さに鑑みると、このような形で議論全体を俯瞰する手掛かりを得ることは非常に有益であると筆者は考える。今後、「刑罰の定義」を考えることの有用性が、もっと多くの者に理解されるようになることを期待する所以である。

註

- (1) 例えば、「刑罰とは何かという問いに対して一応の定義を与えるとするなら、それは犯罪を犯したことを理由に行為者に対して国家によって科せられる利益剥奪であるといえよう。このような定義に対してはとくに異論が出されるということはない。」(金沢文雄「刑罰の目的」『矯正協会百周年記念論文集第1巻』(1988年)183頁)といった見方は、かなり一般的なものだと思われる。なお、高橋(則)教授は、「刑罰は、犯罪に対する規範的応報として、犯罪によって侵害された法的平和を回復する制度である」と位置づけられた上で、刑罰を構成する基本要素として、「①強制、②厳しい処置、③害悪賦課の意図、④害悪賦課と犯した害悪との連関」を挙げるなど、刑罰の定義の問題について比較的細かい分析を加えられている(高橋則夫「刑法総論」[2010年]496頁以下)。これはおそらく、高橋(則)教授が、修復的正義の概念を支持されていることとの関係で、それと刑罰との差異に敏感にならざるを得ないからであろう。また、山口教授も、「刑罰は法的な非難という特別の意味が込められた苦痛を内容とするもの」で、「国が国民に対して意図して苦痛を与えるもの」であるとして、かなり実質的な定義を与えているが、このような定義自体が議論の対象となり得るという意識は希薄であるように思われる(山口厚『刑法入門』[2008年]19頁、同『刑法総論[第2版]』[2007年]2頁以下参照)。
- (2) 刑罰の定義の問題については、A. Flew, "The Justification of Punishment.", *Philosophy* 29, 1954, pp 291-307, K. Baier, "Is Punishment Retributive? ", *Analysis* 16, 1955, pp. 25-32, S.I. Benn, "An Approach to the Problems of Punishment.", *Philosophy* 29, 1954, pp 291-307.

ishment.”, *Philosophy* 33, 1958, pp. 325-341, A.M. Quinton, “On Punishment.”, *Analysis* 14, 1954, pp. 133-142, H.J. McCloskey, “The Complexity of the Concepts of Punishment.”, *Philosophy* 37, 1962, pp. 307-325, H.L.A. Hart, “Prolegomenon to the Principles of Punishment.”, in *Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 1-27, N. Lacey, *State Punishment*, 1988, pp. 4-15, L. Zaibert, *Punishment and Retribution*, 2005, pp. 7-37, D. Boonin, *The Problem of Punishment*, 2008, pp. 3-28. など参照。

(3) この関連では, C.S. Steiker, “Punishment and Procedure: Punishment Theory and Criminal-Civil Procedural Divine.” *Geo. L.J.*, vol. 85, 1997, pp. 775-819. が示唆に富む。

(4) Hart, n. 2 *supra*, at. pp. 4-6.

(5) 例えば, McCloskey は, 次のように述べている。「ある保安官が, 黒人に対する敵意を喚起したレイブ事件に関して, 一人の黒人を罪に陥れる(その黒人は一般人からは罪を犯したものと信じられているが, その保安官は彼が罪を犯していないことを知っている) — そうすることによって, 幾人かの命が失われ, 黒人と白人の間での相互の憎しみを増大させる可能性の高い深刻な反黒人暴動を未然に防ぐか, 真犯人を捜索し続け, その結果, 反黒人暴動を発生させてしまう一方で, その制圧に全力を尽くすか, いずれかの選択を迫られていると想定しよう。そのような場合, もし, その保安官が極端な功利主義者であるならば, 彼は, その黒人を罪に陥れる方を選ぶのは明らかであろう」(H.J. MacCloskey, “An Examination of Restricted Utilitarianism.”, *Philosophical Review* 66, No. 4, 1957, pp. 468-9)。

また, Carritt も次のように述べている。「功利主義者は, 私たちが苦痛を課すことを正当化し得るのは, つねにより大きな苦痛を防いだりより大きな幸福をもたらす場合だけであると主張するにちがいない。従って, いわゆる完全に予防的なものでなければならぬ刑罰においては, このことだけが考慮される必要のあるものである。しかし, ある種の非常に残酷な犯罪が流行り誰一人犯人が捕まらない場合, もしある無実の者が告発され, 彼の有罪が誰にも信じられるような形で仕組まれることがあるとすれば, その無実の者を見せしめに絞首刑にすることは非常に好都合であろう。ただし犠牲者自身が本当の凶悪犯として将来そのような犯罪を犯す可能性はなかったわけであるから, これは功利主義的な『刑罰』の理想的な事例では決してないであろうが, とはいってもその事例は他のすべての点では完全に犯罪抑止的であり, それ故, 幸福をもたらすものでであろう」(E.F. Carritt, *Ethical and Political Thinking*, 1947, p. 65. これについては, ジョン・ロールズ(田中成明編訳)『公正としての正義』[1979年] 298頁以下も参照[前記訳文は同書訳によった])。

なお, 類似の問題を指摘するものとして, C.S. Lewis, “The Humanitarian Theory of Punishment.”, in Grupp, ed., *Theories of Punishment*, 1971, p. 305, K. G. Armstrong, “The Retributivist Hits Back.”, *Mind* 70, 1961, p. 483, J. Braith-

- waite and P. Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, 1990, p. 46, R. Gavison, "Punishment and Theories of Justice: Comments on Sadurski and Hoekema.", *Israel Law Review* 25, Nos. 3-4, 1991, p. 352, W. Cragg, *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restrictive Justice*, 1992, pp. 48-51, D. Golash, *The Case Against Punishment*, 2005, pp. 43-4. などがある。
- (6) この種の論を展開する者としては、例えば、Benn がいる。彼は、「功利主義的な刑罰論に対する批判者への手短な回答は、功利主義的な刑罰論は刑罰に関する理論であり、苦痛を伴う何らかの技術に関する理論ではない、というものである」としている (Benn, n. 2 *supra*, at. p. 332.)。
- (7) 井田良『講義刑法学・総論』(2008年) 9頁, 山口・前掲『刑法入門』18頁以下など。
- (8) Zaibert, n. 2 *supra*, at. pp. 24-28. 参照。なお、この点は、事実判断と価値判断の関係に関するいわゆる「自然主義的誤謬」の問題と関係しているように思われる。この点では、Mackie が、制度やその要求を外側から記述する場合と、制度の内側で語る場合との区別に注意を喚起していることが参考となろう (J.L. マッキー [加藤尚武監訳]『倫理学』[1990年] 93頁以下)。
- (9) Boonin は、「よい刑罰の定義は、刑罰が道徳的に許容できるかどうかという問いに関して中立的 neutral なものでなければならない」とする (Boonin, n. 2 *supra*, at. p. 5.)。もっとも、およそ考えられるあらゆる正当化論 (正当化否定論も含めて) 全てに対して、同等の説明可能性が残されているような定義はあり得ないであろう。例えば、後述するように「応報性」を刑罰の必須要素とするのであれば、この要素を不要とする純粋な予防論的見解は、既に定義の時点で排除される。また、複数の説明可能性があり得ても、説明し易さというレベルでの差が生ずることは避けられないであろう。本稿の立場は、そのようなことまで否定する完全な中立性を要求するものではない。
- (10) Duff は、刑罰の定義に関する議論が、「もし、適切に『刑罰』とみなされる実践の全てを、そして、それのみを把握するような定義を生み出そうとするものであるならば、徒勞に終わる運命にあるし、もし、私たちが『刑罰』によって何を意味するべきかということに関する有益な見解を生み出そうとするものであれば、それは、刑罰はいかにして正当化され得るか、という規範的な議論に速やかに移行しなければならない」とする (R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, 2001, p. x. iv)。確かに、刑罰と非刑罰を完全に区分し得る定義を求めることは非現実的であろう。しかし、論理的にはやはり正当化を論ずるのであれば、何が正当化を要する対象なのかを確定する作業が先行するはずである。現に Duff の見解においても、「刑罰は、典型的に、負担となるもの、あるいは、苦痛に満ちたものであることが予定されており、犯罪者 (であると想定された者) に対して、(行ったと想定される) 犯罪を理由として、それを科す権限がある (と想定されている) 者によって科されるものである。また、刑罰は、他の種類の制裁とは異なり、典型的に、非難を表現、あるいは、コミュニケーションが意

図されている」というポイントを押さえていけばよいとされるが、これはまさに刑罰の定義の問題である。

- (11) このような意味合いを表現するために、「Flew-Benn-Hart definition」という言葉が用いられることもある。
- (12) Flew は、身体刑がもはや刑罰の中心に位置していない現代では、「苦痛」の語ではなく、「悪 evil」あるいは「不快」の語を用いるべきだとする (Flew, n. 2 supura, at. p. 293.)。しかし、本文で述べたように「害」の語の方がより適切であると思われる。
- (13) Boonin, n. 2 supura, at. pp. 6-7. 参照。
- (14) Boonin, n. 2 supura, at. pp. 8-10. 参照。
- (15) 有害ではない刑罰の例として、社会奉仕命令が挙げられることがある (例えば、J. Adler, *The Urgings of Conscience: A Theory of Punishment*, 1991, pp. 91-92. など)。例えば、スポーツチームのコーチをしたり障害者の支援をしたりすることが、社会奉仕命令の内容である場合、このような行動は決して有害なものではないし、犯罪者の中には、社会奉仕命令が終了した後も、自らの意思でその仕事を続ける者がいる、といったことなどが指摘される。しかし、この場合は、そのような活動を強制されるという点に有害性を認めることができるであろう (Boonin, n. 2 supura, at. pp. 11-12. 参照)。
- (16) これに対し、Zaibert は、多くの刑罰論が「国家的刑罰」以外の刑罰をほとんど無視していることを批判している (Zaibert, n. 2 supura, at. pp. 16-24. 参照)。
- (17) Lacey, n. 2 supura, at. p. 7.
- (18) Boonin, n. 2 supura, at. pp. 20-21., 瀧川裕英「国家刑罰権の正当化—リパタリアニズムの刑罰論を批判する—」ホセ・ヨンパルトほか編『法の理論28』(2009年)46頁注(2)など参照。
- (19) 例えば、犯罪を行った者でなければ処罰されないという保障が与えられることにより行動の予測可能性が確保され、自由の最大化に資する、というような見方をすることも可能である (なお、Hart, n. 2 supura, at. p. 23, p. 46. 参照)。
- (20) ここで用いられている応報という言葉には、積極的な正当化根拠としての含みはない。積極的な正当化根拠として機能し得る応報概念は、より実質的な内容を必要とする (そのような応報概念の実質を示すことが困難であることに關しては、拙稿「応報概念の多様性」川端博ほか編『立石二六先生古希祝賀論文集』[2010年]29頁以下参照)。
- (21) Boonin は、刑罰の定義について、強い定義と弱い定義の二つを想定している。すなわち、Pの行為aが犯罪oを理由とするQに関する法的な刑罰であるのは、強い定義においては、(1)Pは、その公的な権能をもって行為する法的な権限のある公的機関である、(2)Pは、Qがoを行ったと間違いなく考えたが故にaを行う、(3)Pは、Qに害を与える意図をもってaを行う、(4)Pがaを行うことは、実際、Qに害を与えるものである、(5)Pが行うaという行為は、Qがoを行ったということに関する公的な否認を表現している、という条件を満たしている場合であり、

- 弱い定義では、(1)Pは、その公的な権能をもって行為する法的な権限のある公的機関である、(2)Pは、Qがoを行ったと考えた（それは間違っているかもしれない）が故にaを行う、(3)Pは、（たとえ、Pが実際にQに害を与えることには失敗するとしても）Qに害を与える意図をもってaを行う、(4)Pが行うaという行為は、Qがoを行ったということに関する公的な否認を表現している、という条件を満たしている場合である、とする。Boonin自身は、強い定義を支持するが、刑罰の正当化について論ずるためには、弱い定義で足りるとしている（Boonin, n. 2 supura, at. pp. 24-25.）。
- (22) 正当化の問題として考えるならば、「刑罰」を正当化するものとして提示された理論が、それと同様の根拠に基づいてこのようなスケープゴート事例をも正当化してしまうようであれば、その理論は、実は、「刑罰」に固有の正当化根拠を提示するものではなく、従って、「刑罰」の正当化には成功していないといえることができる。
- (23) 高橋（則）教授は、刑罰の構成要素として「害悪賦課の意図」を挙げ、「子供が家庭でわざと何らかの物を壊した場合、親が子供のお尻を叩く行為は、（この）要素を欠き、刑罰的ではない」とされる（高橋・前掲497頁）。しかし、これは、親が子供に対し自分のしたことの非を悟らせようとするケースではないかと思われるが、そうだとすれば、やはり親は子供に対して何らかの害を生じさせようとしていることは否定できないのではなからうか？このようなケースで、親が期待しているような結果をもたらそうとするために、例えば、頭を心地よく撫でてやるというようなことは、（他に言葉での説諭などがなければ）意味がないであろう。
- (24) 瀧川・前掲46頁注(1)は、国家刑罰権の正当化を論ずるために、刑罰の定義から「有権性」を除外している。このような議論の立て方と、本稿のように「有権性」を付加した定義を前提として刑罰の正当化を問題とするのとは、国家刑罰権の正当性が問題となる点では、実質的に大きな違いは生じないように思われるが、本稿では、国家権力の正当化という観点よりも刑罰の正当化という観点からの問題意識が強いため「有権性」を不可欠の構成要素と考えた（また、このように解した方が、「法違反対応性」や「手続性」といった他の要素との関連もよりよく描き出せるのではないかと思う）。
- (25) 無論、ここで問題としているのは、刑事手続の根幹に関わるような重大な手続違反であり、軽微な形式的違反を問題としているわけではない。
- (26) 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』（1996年）1頁以下。
- (27) J. Feinberg, “The Ezpressive Function of Punishment.”, in *Doing and Desrving*, 1970, pp. 95-98. このように刑罰は非難を表現するものであるという点を強調する立場を、「表現主義（非難表明理論）expressionism」と呼ぶことがある。なお、Duffは、「非難」と「コミュニケーション」の違いを強調する（Duff, n. 10 supura, at. pp. 79-80.）。
- (28) 現に非難を展覧的な観点から説明する見解も有力である（例えば、平野龍一『刑

法の基礎』[1966年]25頁, 所一彦「抑止刑と自由意思」『平野龍一先生古希祝賀論文集(下巻)』[1991年]77頁以下など)。

- (29) 結果主義(consequentialism [帰結主義ともいう])は, 社会における善の総量を最大化する行為が道徳的に正しく, そうでない行為は不正であると考ええるのに対し, 義務論(deontology)は, 社会における善の総量を最大化しても道徳的に不正な行為があるということを認める。このような対概念が刑罰論においてどのような意義を有するのかに関しては, 例えば, 飯島暢「Luís Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009の紹介」山口厚ほか編『理論刑法学の探求③』(2010年)221頁以下参照。
- (30) Boonin, n. 2 *supra*, at. pp. 28. 参照。
- (31) 刑罰の政治哲学的正当化の必要性に関しては, Lacey, n. 2 *supra*, at. pp. 13-14, J.G. Murphy, "Marxism and Retribution.", *Philosophy & public affairs* 2, 1973, p. 217, 221, M. Philips, "The Justification of Punishment and the Justification of Political Authority.", *Law and Philosophy* 5, 1986, pp. 393-394. など参照。
- (32) 英国では, 「1998年犯罪と不秩序法 Crime and Disorder Act 1998」により, 他人に嫌がらせ, 警戒感, 苦痛を与える行動がなされた場合, 治安判事裁判所は, そのような行動が更に行われることから人々を守る必要があると認める場合には, 行為者に対し「反社会的行動命令 Anti-Social Behaviour Order」を発し, 同命令違反行為に対しては5年以下の拘禁刑が科されることとなっている。この反社会的行動には, その命令がなければ犯罪とはならないもの(これは「迷惑行為 nuisance behavior」)と呼ばれることがある)も, 既に犯罪とされている行為も含まれることがあるが, 後者の場合でも, 元々は拘禁刑を科されることがない犯罪(例えば, 物乞い, 売春の勧誘等)が命令違反となると拘禁刑を科される可能性が出てくる。このようなやり方は, 行き過ぎると, 元になっている命令違反行為が社会に及ぼす影響を理由にして処罰するというよりも, 法的命令の無視を処罰するかの様な様相を呈することとなるが, もしその実態が単なる命令違反に過ぎないとすれば, これに拘禁刑を科すことはあまりに権威主義的な態度であろう(A. Ashworth and L. Zedner, "Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions.", *Criminal Law and Philosophy* 2, 2008, pp. 29-31. 参照)。
- (33) Duffは, 伝統的な法実証主義は法を統治者による市民に対する命令だと見てきたとし, そのような見方によると, 刑法は犯罪として規定されている行為を市民が自制すべき理由として, その行為の内容・本質に関連した理由(例えば, その行為の道徳的不正さ)を提示する必要はなく, ただ, その禁止の要求に対する服従をとりつけられるような理由(例えば, 刑罰による威嚇)を提示すれば足りることとなるが, このような刑法の理解は自由主義的ではないと批判している(R.A. Duff, "Rule-Violations and Wrongdoings.", in Shute and Simester ed., *Criminal Law Theory*, 2002, pp. 51-52.)。また, この点に関しては, 拙稿「刑法のコンセプトに関する一試論」東海大学文明研究所紀要第21号(2001年)73頁以

下も参照。

- (34) 刑罰思想と刑事訴訟の関係について論じたものとして、例えば、渥美東洋『レッスン刑事訴訟法 [上]』(1985年) 1頁以下参照。なお、拙稿「刑罰論と公判の構造」駿河台法学第22巻第1号(2008年) 234頁以下も、このような問題意識に連なるものである。
- (35) もっとも、刑罰論と刑事手続の関係について考える場合には、伝統的な民刑分離の二分法的思考をどこまで維持すべきかという点に留意しなければならない。實際上、刑事事件と民事事件とを峻別し、刑事事件であれば憲法上の手厚い手続的保護が保障されるが、民事事件であればそれは全く及ばないとするのは、非現実的であり、また、妥当でもないであろう(例えば、最判平4・7・1民集46・5・437 [成田新法事件]は、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」とし、また、最判昭47・11・22刑集26・9・554 [川崎民商事件]は、「憲法35条1項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」としている)。形式的には刑事事件ではなくとも、問題となる手続的保護との関係において刑事事件と同等の保護を必要とするものかどうかを個別に判断していく、というのが、おそらくは、穏当なアプローチだと思われる。

このようなアプローチを推し進めるならば、純然たる刑事事件でも純然たる民事事件でもない、いわば中間的な法領域を創設すべきであると主張する方が素直かもしれない。実際、例えば、K. Mannは、「懲罰的な民事制裁のための手続的なルールは、非懲罰的な制裁のための手続的なルールよりも厳密なものであるべきだ」とし、民事手続よりは保護が厚いが、刑事手続よりは制限が少ない混合的な手続の必要性を唱えている(K. Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law.", *Yale Law Journal* 101, 1992, pp. 1795-1873.)。制裁の多様化という観点からは、非常に魅力的な主張であるが、その一方で、刑罰を科すことに関する手続的保護が実質的に弛緩する危険性にも留意しなければならないであろう。例えば、前述した英国の反社会的行動命令((注32)参照)は、民事手続によって課され、その証明度は刑事手続に匹敵するものが必要だとされるが、証拠法は民事手続のものに従うため、伝聞証拠が広く許容される可能性がある(小木曾綾「英仏の犯罪予防政策」渥美東洋編『犯罪予防の法理』[2008年] 224頁以下参照。なお、小宮信夫「犯罪社会学に基づく犯罪予防論」掲渥美編『犯罪予防の法理』77頁以下は、「地域社会という狭い範囲で起こる秩序違反行為の場合には、被害者の多くが報復を恐れて泣き寝入りしがちになることを考えると、伝聞証拠の採用は、このような被害者

を保護し、被害者による秩序違反行為の通報を促進するものといえる」とする)。命令違反に対する制裁が拘禁刑であることを考えると、このようなハイブリッドな手続は、被告人の手続的な保護を不相当に弱めてしまうことにならないかという懸念も生ずるであろう (Ashworth and Zedner, n. 32 *supra*, at. p. 30. 参照)。