

表出的刑罰論における応報的契機と 功績概念

竹 内 健 互

1. はじめに
2. 表出的刑罰論における応報的契機
3. 功績原理と応報
 - (1) 功績の判断形式
 - (2) 適切な取扱いとしての功績
 - (3) 功績の価値負荷性
 - (4) 功績と応報刑
4. 表出的機能の応報的理解
 - (1) 外在的表出主義
 - (2) 内在的表出主義
 - a) 内在的表出主義の論拠
 - b) 経験的解釈と象徴的・理念的解釈
 - c) 内在的表出主義の限界
 - (3) 応報主義と刑罰目的
5. 刑罰正統化論としての表出的刑罰論
6. おわりに

1. はじめに

ドイツや英米圏で依然として有力に主張されているいわゆる表出的刑罰論は、刑罰の表出的意味ないし表出的機能としての「非難」や「否認」の契機を（場合によっては「害悪賦課」とともに）刑罰の本質的な

論 説

構成要素と捉えつつも、⁽¹⁾ 犯罪（行動規範違反）と刑罰（制裁規範）からなる制度化された規範的システムをコミュニケーション的に再構成できるかという新たな視座からの問題提起を含むものとして一定の注目を集めている。

刑罰とは、規範論的に見れば、行動規範違反に対する制裁規範の現実化であり、それは、過去になされた規範違反行為を根拠としてなされる回顧的な国家的反応形式であり、有責的な不法に対する非難、あるいは否認としての性格を持つ。⁽²⁾ 一方、現実に行為者に対して課される害悪を非難との関係でどう捉えるかについては、理論的な争いがある。一部の論者が解くように、犯罪行為に対する非難が、有罪宣告を通じてメッセージとして伝達されることによる象徴的刑罰にとどまらず、なぜ刑罰制度は、各種の利益剥奪行為という峻厳な取扱いを通じて（も）非難を表出すべきなのだろうか。この問いに対しては、いくつかの回答を区別することができる。

第一に、端的にそのような峻厳な取扱いは刑罰的非難にとって必ずしも本質的なものではない、あるいは少なくとも余剰物であるという見解が考えられる。⁽³⁾ 犯罪（不法）に対する社会的反応のオプションは、国家

(1) このことは、特段、表出的刑罰論にコミットしなくても広く一般に肯定されているものでもあろう。例えば、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社、2022年）1頁以下、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、*Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, S. 23.*

(2) *Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, Strafrechtsgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl., 2022, § 1 Rn. 27*; *Walter Gropp/Arndt Sinn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2020, S. 45, 53 f.*; *Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, Nomos Kommentar Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn.103a*; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 65*; *Urs Kindhäuser, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989, S. 493*を参照。

を主体とする制度的刑罰に自ずから限定されているわけではない。現実的な害悪を賦課するという刑罰以外のオプションや複数のオプションを組み合わせることは確かに考えられ得る。「犯罪」という事実は、絶対的応報刑論に立たない限り、それ自体刑罰的な反応を示すための必要条件であるとしても、必ずしもそれだけで刑罰権発動の十分条件となるものではない。ともあれ、こうした見立ては、刑罰の象徴的・表出的な内容をいかに捉えようとも、有罪宣告手続において非難が十分に表出され得るのであり、それが刑罰の目的であると解すれば、峻厳な取扱いとしての害悪賦課は、非難の表出的意味にとって本質的なものではないという帰結を伴うことになる。そのように考える場合には、害悪賦課は、せいぜい非難・否認のコンヴェンショナルな象徴として理解されるに過ぎないこととなるであろう。

第二に、刑罰の目的は、有罪宣告によるコミュニケーション的行為（非難）によって明示的に遂行され得るということと同様に認めたとうえで、峻厳な取扱い（害悪賦課）は、これらのコミュニケーション的行為（非難）のためではなく、むしろこれとは異なる別様の政策的目的に関係するものだという回答も成り立つであろう⁽⁴⁾。この考え方は、害悪賦課を否認の手段として捉えるだけでなく、害悪賦課それ自体に固有の目的を付加的に見出すという点に特徴がある。害悪賦課に固有の政策的目的

(3) こうした方向の議論を示すものとしては、例えば、*Klaus Günther, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in : Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 205 ff., 219 ; *ders., Criminal Law and Punishment as Communication*, in : A. P. Simester/Anthe du Bois Pedain/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory*, 2014, pp. 123 ff. K. Güntherの見解については、さらに拙稿「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）263頁以下を参照。

(4) 例えば、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）39頁以下。

としては、まずもって「予防」（ないし抑止）が考えられるであろう。例えば、Andrew von Hirsch は、非難が刑罰の正統化において決定的に重要な役割を果たし、行為者を道徳主体（moral agent）として扱うことや均衡刑の要請を根拠づけるが、さらに非難を表出するための手段として害悪を用いる理由は、理性的存在ではない可謬的存在としての人間本性から犯罪への誘惑に抵抗するために打算的理由を提供するという論拠、すなわち「有害な行動に対してマイナスのインセンティブを提供する⁽⁵⁾という予防志向の要素」によって基礎づけられると説くのである。この点、わが国の相対的応報刑論は、必ずしも一枚岩の学説というわけではないが、しかし概ね応報の観点による規範的限定を志向しつつ、予防的考慮によって刑罰を功利主義的に正統化しようとするアプローチを採用しているところ、一般的に刑罰論をめぐる議論において経験的な予防的効果は、現実における害悪賦課の社会的対応物ないし因果的帰結として（帰結主義的に）捉えられていることを踏まえるならば、こうした見方と相対的応報刑論との懸隔はさほど大きくないかもしれない。

さらに第三に、以上とは異なる回答を提出することも可能である。刑罰の非難としての意味は、峻厳な取扱いなくしては十分に裏打ちされず、そのために峻厳な取扱いが非難表出の本質的要素として要求され、正統化されるという見方がそれである。例えば、Tatjana Hörnle によれば、⁽⁶⁾（人格指向的）表出的刑罰論においては、名宛人に応じて複雑なメッ

(5) フォン・ハーシュ・前掲注(4) 41頁、44頁。ハーシュの見解については、さらに前掲書のほか、Andrew von Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe : Strafrechtstheoretische Abhandlung, 2005所収の論稿および ders., Warum soll die Strafsanktion existieren?, in : Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 43 ff.などを参照。

(6) Hörnleによる規範指向的表出的刑罰論と人格指向的表出的刑罰論の区別については、Tatjana Hörnle, Strafrecht, 2. Aufl., 2017, S. 31 ff.; dies., in : Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrecht, Bd.

セージが必要となるので、行動を違法なものの特徴づけるだけでなく、さらに不法の「具体的規模」(konkretes Ausmaß)をも明示しなければならないところ、量的な無価値判断は、ただバーバルなメッセージだけでは、詳細に表現することも相応に(angemessen)表現することもできない。言語的なレベルでは、いくらかの大雑把なカテゴリーを超える緻密な段階づけ(Feinabstufungen)を行うことは困難である。そこで、メッセージの真剣さを伝えるには、有形的財の提供や剥奪という象徴的補強が必要であり、強い調子で非難すべき場合には、こうした相応の象徴的補強として害悪の賦課が非難表出にとって必要不可欠であると主張する⁽⁷⁾。

わが国では、刑罰が、過去の犯罪行為を理由として、またそれに対して意図的になされる非難を本質とする害悪の賦課であるという刑罰の定義は、今やひとまず共有可能な出発点として広くコンセンサスを得ているものの、このような表出的刑罰論に対しては、それが国家刑罰の正統化戦略として成功しているのかどうかについて、依然としてドイツでもわが国でも疑問の声が少なくない⁽⁸⁾。

そこで、本稿では、刑罰正統化論としての表出的刑罰論の可能性について、主として以下の2点を中心として検討することとしたい。第一に、伝統的に刑罰正統化論は、応報と予防という2つの正統化的要素をめぐって議論されてきた。わが国の相対的応報刑論においては、応報の役割や位置づけ、予防的考慮の限界づけをめぐって周知のとおり理論的対立があるが、そのような伝統的な議論状況の中へと表出的刑罰論を位置

1, 2019, § 12 Rn. 35 ff.

(7) Hörnle, a.a.O. (Fn. 6), S. 43 ff.

(8) 最近のものとして、例えば、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。また、Gerhard Seher, Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe, in: Festschrift für Reinhard Merkel, Teilband 1, 2020, S. 493 ff.

づけようと試みるとき、差し当たって表出的刑罰論をそれらいずれかの正統化的要素へ還元し得る余地があるかどうかがまずもって問題となるであろう。また、第二に、表出的刑罰論は、それによって刑罰のいかなる側面を正統化するための理論かが必ずしも明らかでない。そこでこの点についても理論的な整理と評価が必要となってくるであろう。

2. 表出的刑罰論における応報的契機

表出的刑罰論の論者の多くが重要な参照点とするのが、P. F. Strawson⁽⁹⁾の所説である。これによれば、他者の規範違反行為に対する怒りのような反応的態度 (reactive attitude) には、非難や否認、賞賛や是認のような道徳的態度が表明されている。そして、他者の行為が善意を反映しているか悪意を反映しているかは私たちにとって重大な関心事であり、とりわけ犯罪行為のように、相手方の行為が悪意に基づく場合には、それに対してなされる反応的態度は、自己に対して善意を示すことの期待や要求を内在するものとして捉えられる。他者に対して怒り、非難するという道徳的態度は、いわば基本的な尊重要求が侵害されたことに対する標準的反応に他ならない。とはいえ、こうした反応的態度は、あらゆる対象に無差別的に向けられるものではない。他者の誤った行動に対して反応的態度を向けるということは、少なくとも彼／彼女がその行動に関して答責的であると看做す、あるいは当の人格にその行為に関する答責を帰属するという答責概念や答責の人格概念への含意を持つものと解されるので、そのような判断をなし得ない者に対してまで反応的態度を向けることはできないであろう。

刑罰もまた、その意味で反応的態度の一種ではあるが、それは、

(9) P・F・ストローソン (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) 75頁。また、成田和信『責任と自由』(勁草書房、2004年) 3頁以下も参照。

Tobias Zürcher によれば、刑罰は、自分自身に対して善意を示すことを求める自己反応的態度としてではなく、むしろ自己以外の他者を含む一般化された態度としての代行的反応的態度に他ならない。⁽¹⁰⁾ 現に犯罪行為によって法益が侵害された被害者には、少なくとも制度上正統に刑罰を科す権能が否認されており、行為者に対して害悪として法益剥奪処分を課し得るのは、国家のみである。ここで、国家を主体としてなされる刑罰的害悪は、行為者による犯罪行為（悪意）が直接に向けられた被害者の尊重要求の侵害を契機としつつも、それにとどまらず一般化された相互人格的な代行的反応的態度として行為者に対して課されるのである。

こうした捉え方それ自体の当否はここではこれ以上深入りしない。むしろ本稿の目的との関係で重要なのは、刑罰を反応的態度として捉えること、あるいはもっと端的に非難・否認の表出として理解することがそれ自体、刑罰に関する正統化的契機を含むかという問いである。結論からいえば、これは、せいぜいのところ、刑罰とは何かという刑罰の概念規定をめぐるあり得る、あるいは有力な回答の一つに過ぎないと考えられる。もし表出的刑罰論がかような理論なのだとすれば、いうまでもなくそれは、応報刑論や目的刑論と並ぶ刑罰論となり得るはずがない。以下でも、少なくとも表出的刑罰論は、こうした刑罰の概念的・記述的要素に言及して事足りりとする理論ではないということから出発しよう。

そうすると、今や表出的刑罰論に向けられる問いは、次のようなものでなければならないと思われる。すなわち、仮に刑罰が私たちの生活形式としての道徳的実践をバックボーンとする「非難」としての反応的態度だということをひとまず是認するとしても、なぜ国家はかかる非難や害悪を行為者に対して賦課することが許されるのか。こうした刑罰権発

(10) Tobias Zürcher, *Legitimation von Strafe*, 2014, S. 98 f. なお、Strawson も既に自己反応的態度 (self-reactive attitude) と代行的態度 (vicarious attitude) を峻別していた。ストローソン・前掲注 (9) 56頁以下を参照。

動の「許容性」をめぐる問いが、いわゆる刑罰正統化論の中心に置かれる問いに他ならない。⁽¹¹⁾

さらに、こうした問いに対して表出的刑罰論に立つ論者がどのように理論的に応答するかが重要である。ドイツにおいて比較的早くから表出的刑罰論を明確に打ち出して推し進めてきた Hörnle は、次のようにいう。すなわち、表出的刑罰論は、なるほど予防指向的刑罰論と同じように、刑事罰を科すことは人間の正統な利益に根差した目的に奉仕するものだが、そこでは、将来の犯罪発生率の減少のような犯罪予防による経験的事象が問題となっているのではなく、むしろ過去になされた行動に対する「相応しい取扱い」(angemessener Umgang) が問題となっているのだと。⁽¹²⁾ ここでいう「相応しい取扱い」とは、「相応しい反応」(verdiente Reaktion)、あるいはもっと直截に言えば「相応しい応報」(verdiente Vergeltung) と同義なのだろうか。また、根本的には、その「相応しさ」は何によって根拠づけられるのだろうか。もしそれが「過去になされた行動」に対してなされるものとしての正統化的契機を問題としているのであれば、それは一般に「応報」と呼ばれてきたものに他ならないのではないだろうか。

「非難」の要素は、一般的に応報刑論のコロラリーの一つであり、⁽¹³⁾ 責任(自由)に基づく応報という思考様式は、行為者が自由になし得たことの限度でしか責任を問い得ず、またその限度を超えて刑罰を根拠づけることはできないという意味で、法治国家原理としての責任主義を構成

(11) 拙稿「刑罰の表出的意味としての『非難』について」駿河台法学35巻2号(2022年)72頁以下。

(12) Hörnle, a.a.O. (Fn. 6), S. 31. さらに、Hörnle の表出的刑罰論における応報的契機を指摘するものとして、Julia Maria Erber-Schropp, Schuld und Strafe, 2016, S. 19 ff.

(13) 応報概念の多義性と曖昧さについて、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018年)150頁以下。

している。この点、非難には、上述したような過去になされた犯罪行為に対する非難としての反応という場合と、相応しい反応ないし端的に応報のパラフレーズとして用いられる場合があるとすると、前者は、既に指摘したように、刑罰概念の記述的側面に関わる場合を指すが、後者は、これに対して刑罰正統化の規範的側面に関わる場合であるとして、両者を区別することも可能であるかもしれない。こうして見ると、表出的刑罰論が刑罰正統化論として刑罰の許容性ないし正統性の問題に取り組む際に、刑罰としての非難や否認の「相応しさ」を非難の規範的要素の側面（応報）から導き出しているのであれば、その時点で表出的刑罰論は既に応報刑論にコミットしているのではないかとの疑いが生じよう。それだけではない。こうした疑念は、別の論者の主張によってもますます裏づけられるのである。例えば、近時、Frauke Rostalski もまた、表出的刑罰論を支持しているが、彼女は、犯罪と刑罰は、行為者と社会とのコミュニケーション的行為であるということから出発しつつ、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構成員としての地位を保持し続けるからこそ、行為者は市民として不当な自由の行使に対する応答（有罪宣告と刑罰）を受けるに「値する」（*verdienen*）という観点から刑罰の正統化を試みており、「⁽¹⁴⁾応報的表出的刑罰論（*retributive expressive Straftheorie*）」を展開している。一般に、「⁽¹⁵⁾功績（デザート）」の観点は、応報関係的に理解されていることから、もし

(14) *Georg Freund/Frauke Rostalski*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2019, S. 14 ff.; *Frauke Rostalski*, *Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S. 16 ff., 37 ff. なお、「応報的」であることは、Rostalski が、他者の利益を考慮する予防刑論を一般人や一般公共の利益において行為者を「道具化」する点に痛烈な批判を向けていることからその一端が窺える。

(15) 例えば、Joel Feinberg は、功績は応報的正義の問題だと指摘する。*Joel Feinberg*, *Justice and Personal Desert*, in : *Doing and Deserving*, 1970, p. 62 (フラインバーグ [嶋津格訳]「正義と人のデザート（報いに値すること）」『倫理

功績原理を考慮して表出的刑罰論を基礎づけようとする場合、表出的刑罰論は、応報刑論に限りなく接近するのではないかと考えるのはもっともであろう。現に、やはり表出的刑罰論を主張する Zürcher も、刑罰は、道徳的共同体の構成員に向けられるものであって、刑罰は善意の部分的放棄を受けるに「値する」ものでなければならないから、表出的刑罰論が応報刑論と同様に、「功績」(Verdienst) 原理を基礎に置くものだと論じているのである。⁽¹⁶⁾

以上のような代表的論者の主張内容からも明らかなように、表出的刑罰論にあっては、刑罰の表出的機能としての「非難」は、明示的であれ黙示的であれ、結局のところ、応報や功績との関係において根拠づけられているのではなかろうか。だとすると、ここで応報概念や功績原理を、理論的にいかにして洗練するのがさらなる検討課題となってくるであろう。

3. 功績原理と応報

(1) 功績の判断形式

応報を根拠づける有力な観点の一つに功績 (Verdienst/desert) の原理がある。⁽¹⁷⁾ 功績原理は、通常、「各人を功績に基づいて相応しく扱うべ

学と法学の架橋」〔東信堂、2018年〕123頁). 功績原理をめぐる Feinberg の議論については、亀本洋『ルールズとデザート』(成文堂、2015年) 81頁以下、高橋・前掲注 (13) 158頁も参照。周知の通り、Feinberg は、いち早く刑罰の表出的機能を強調した論者の一人である。この点については、ders., The expressive Function of Punishment, in : a.a.O., pp. 95 ff. (〔長谷川みゆき訳〕「罰の表出的機能」489頁以下)。Feinberg の刑法理論については、Gerhard Seher, Liberalismus und Strafe, 2000, S. 37 ff.

(16) Zürcher, a.a.O. (Fn. 10), S. 136.

(17) 功績 (デザート) をめぐるわが国の法哲学的議論については、多くに代えて、亀本・前掲注 (15)、同・『法哲学』(成文堂、2011年) 497頁以下、米村幸太郎「『功績 desert』概念と応報」日本法哲学会編『応報の行方』(有斐閣、2016年)

し」という形で定式化されるところ、刑法学において、功績原理は、その内容的な曖昧さもあって、主題的な検討対象とされることは稀であったといえよう。⁽¹⁸⁾一方、功績に基づく判断は、日常的には数多くの馴染み深い用例を見出し得る。例えば、「～は非難に値する」や「～は賞賛に値する」という形で日常の生活形式でも比較的頻りに用いられている。功績は、人間の行為や振舞い、属性について言及されるのが一般的といえようが、原理的にこれに限定されるかどうかについては、これ以上立ち入らない。少なくとも刑罰論の文脈では、故意的であれ過失的であれ、人間の規範違反行為が功績判断の前提となっているからである。ともあれ、功績の判断形式を単純化すれば、それは、「SはPのゆえにXに値する」と表現できる。⁽¹⁹⁾ある者（主体）が、ある事実や行為、属性のゆえに（功績根拠）、一定の取扱い（処遇）に値するという共通の構造を備えており、これら各要素を取り結んでいる功績関係は、標準的な見解によれば、こうした「3項関係」ないし「3値関係」として捉えられている。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

32頁以下、同「ロールズにおける功績の非対称性問題」横浜法学24巻1号（2015年）197頁以下などを参照。

(18) 例えば、松原芳博「刑罰の正当化根拠としての応報」日本法学会編『応報の行方』（有斐閣、2016年）69頁は、刑罰による報いの対象による分類としての「被害応報」、「秩序応報」、「責任応報」を功績根拠の違いを意味するとして捉えつつ（これらの応報の3類型については、さらに松原・前掲注（1）3頁以下も参照）、配分的正義に関わる資源分配の文脈で功績原理が成り立つとしても、直ちにこれを刑罰の領域に適用しうるかは検討を要すると指摘する。

(19) *Feinberg, a.a.O. (Fn. 15), p. 61*（翻訳122頁）参照。

(20) *Feinberg, a.a.O. (Fn. 15), p. 61*（翻訳122頁）。

(21) もちろん、「人助けは賞賛に値する」のように、主体を介在させない功績判断も想定し得る。この場合、功績関係は2値関係となるが、結局、この場合、賞賛は誰かに向けられないと意味をなさない以上、人助けを行った具体的な行為主体への帰属を含意しているとすれば、こうした2値関係としての理解は、3値関係の短縮表現に過ぎないと思われる。むしろ、刑法的に重要だと思われるのは、4値関係としての功績に関する理解である。刑罰は、正統な権限を有する刑事裁

功績関係においては、主体や、主体が受けるに値する処遇や取扱いだけでなく、なにゆえにその処遇に値するのかを示す功績根拠も当然ながらそこに含まれる。⁽²²⁾

以下では、功績、応報、刑罰の表出的機能という本稿と問題関心を同じくする立場から功績原理を踏まえて現代の応報刑論を批判的に検討している Florian Zimmermann の所説を手がかりとしながら、いくつかの分析視角を抽出することとしたい。

(2) 適切な取扱いとしての功績

功績原理において、功績根拠となり得るものは、主体それ自体の行為や属性のみである。例えば、ある学生が良い成績に値するという場合、それは、授業態度や試験の点数などの学生自身の行為を根拠としなければならぬということを目指す。もし教員が学生自身の行為と関係のない

判所の有罪判決によって確定され、刑罰権の行使主体としての国家（裁判所）は、いわば功績判断を下し、あるいは行為者を相応しく取扱う唯一の機関であることから、主体、処遇、功績根拠に加えて、判断機関を功績関係で考慮とする余地はあり得る。しかし、これに対しては、常に判断機関が存在しているわけではなく、判断機関が存在しない状況でも功績への言及は可能であり、正統な判断機関の存在は既に処遇の関係項の中で含意されているので、3 値関係で理解すべきだという指摘もある。Florian Zimmermann, *Verdienst und Vergeltung*, 2012, S. 18 Anm. 12を参照。

(22) 若干、補足しておく、まず、功績主体については、あらゆる対象（絵画）や生物（絶滅危惧種）も功績判断の主体となり得るかもしれないが、ここでは、既に述べたように、主体は人間に限定しておく。また、功績根拠に基づいて報いられる処遇や取扱いの内容にも予め原理的な制約はなく、肯定的なものも否定的なものも含まれ得る。犯罪に対する刑罰は、負の功績を理由とする否定的な処遇の典型例である。功績は、そのようなものとして「意図」されている（刑罰であれば、害悪として意図的に課される）という点において、偶然的な快・不快と功績に基づく相応しい快・不快が区別される。功績根拠は、現実化した行為や属性であって、それを理由として主体は一定の処遇に値すると判断されるので、功績根拠は、応報がそうであるように、過去指向的である。

事情、具体的にいえば、試験の点数は悪いものの、良い成績をつけないとノイローゼの母親の心を打ち砕くからというようなことを理由として良い成績をつけたとしても、それは、教員の行為の理由とはなれ、功績の根拠とはならないので、この場合、「その学生が良い成績に値する」と述べることは適切でない。⁽²³⁾これを今問題となっている刑罰に関して敷衍すれば、「社会の犯罪不安」、「被害者の応報感情」、「将来における犯罪発生率の減少」というような行為者本人と直接関係のない事象は、いづれも十分な功績根拠たり得ないということになる。ここでは、行為者の「行為」だけが功績根拠となり得るのである。⁽²⁴⁾

また、功績原理において、ある者が、ある処遇やある取扱いに値するという場合、報いられるものとしての処遇と功績根拠との間に特別な関係が存在している。しばしば挙げられる美人コンテストの用例でいえば、ある女性の「美しさ」は美人コンテストでの「優勝」の根拠とはなっても、同じことがスポーツ大会での「勝利」や学業における「良い成績」に値する根拠とはならない。つまり、美人コンテスト以外の文脈では、「美しさ」は彼女が何かを功績に相応しく享受することの根拠とはなっていないのである。功績関係では、このように善（または悪）や取扱い（美人コンテストでの「優勝」）が配分されるが、ここではかかる処遇や取扱いの内容や性質が功績根拠としていかなるものが要求されるかを部分的に規定する関係にあるといえよう。⁽²⁵⁾この点、非難は、非難される相手方に対する否定的評価を含むものだから、非難は、相手方に何らかの非難可能な落ち度を前提としなければならないだろうし、反対に肯定的な評価としての賞賛は、賞賛される相手方に帰属可能な善さがあるこ

(23) 用例について、*Feinberg*, a.a.O. (Fn. 15), p. 59 (翻訳120頁)

(24) *Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 17.

(25) *Feinberg*, a.a.O. (Fn. 15), p. 61 (翻訳122頁). また、*Geoffrey Cupit*, *Justice as Fittingness*, 1996, p. 43.

とを根拠としてなされるものであろう。報いられるもの（処遇・取扱い）と功績根拠との間にあるこうした関係は、ある種の「適合性」として捉えることができる。むろん、適合性が認められない場合には、ある取扱いを「相応しい」と呼ぶことや、そのようにして取り扱われる者の行為や属性を功績根拠と看做すことは困難となる。例えば、ある作家が「人嫌いで偏屈でかんしゃく持ち」だとしよう。その作家の属性や性格は、恐らく多くの人にとって彼が共感に値しない根拠とはなれ、その作家の作品に関して評価や文学賞の受賞に値しない根拠とはならない。「人嫌いで偏屈でかんしゃく持ち」であることは、人間としての特徴に關係しているものの、文学作品の評価それ自体には必ずしも關係しないことだからである。

功績関係においては、Zimmermannによれば、「としての評価」(Auszeichnung als)、「としての取扱い」(Behandlung als)の關係が問題となるところ、そこで要求される適合性は、「特別な適合性」であることを要するという。なぜある女性はその美しさのために美人コンテストで優勝するに値するのか、あるいはなぜ試験の成績が良いということはその根拠とならないのか。それは、美人コンテストにおける優勝のみが、美しさに関連し、かつまた彼女を最も美しい女性として評価し、処遇する適切な方法だからに他ならない。ある者が何かに相応しいと述べるとき、その者に報いられる処遇や取扱いによって、関連するメルクマールの担い手として適切に処遇され、かつまた適切に評価されるというのである。⁽²⁶⁾

(26) なお、一人の人物について複数の功績根拠が競合する場合には、それぞれの功績根拠に応じた適切な取扱いが要請される。例えば、犯罪被害者は、犯罪行為によって被った損害を理由として補償に値する。それと同時に、もし被害者が、捜査特別報奨金制度の問題となるような重要凶悪犯罪等の被疑者検挙に資する情報提供者でも場合には、被疑者検挙についての重要な寄与を理由として報奨にも値する。もちろん、ここで功績根拠となる「損害」と「犯人検挙への寄与」との

(3) 功績の価値負荷性

とはいえ、適切な評価や取扱いのすべてが功績関係であるわけではない。例えば、ある人を一定の属性（例えば、金髪）の担い手として同定する場合、単に「金髪」だから「金髪」として扱われるだけであって、そのような金髪としての取扱いが「相応しい」というのではないだろうから（もちろん、実際には「黒髪」であった場合には「真偽」は問題となるだろうが、これは「相応しさ」とは異なる）、この場合には、功績関係が問題となっているわけではない。言い換えれば、ここでは、せいぜい「記述的」に適切な取扱いが問題となっているに過ぎない。そうすると、適切な評価または取扱いというものは、功績にとって概念的に必要な要素だが、それだけでは十分ではない。功績としての適切な評価や取扱いは、それ以上の基準を備えていなければならない。Zimmermannは、これを功績の価値負荷性（Wertgeladenheit）に求める。それによれば、功績の価値負荷性は、広義のそれと狭義のそれに区別される。すなわち、功績の判断（主張）は、広義では、「評価的」態度に関係するが、この場合、それは、報いられるべき処遇・取扱い、功績根拠および主体、また功績関係について自らそのような評価的態度（主観的評価）をとっていることを指す（広義の価値負荷性）。これに対して、功績の判断が、功績主体をその功績に相応しく扱う「べき」だという要求、すなわち客観性要求（Objektivitätsanspruch）として立ち現れる場合、規範的な意味において価値負荷的であるとされる（狭義の価値負荷性）⁽²⁷⁾。

間には因果関係はもとより関連性も存在しない。これに対して、1つの功績根拠が同時に複数の功績関係を基礎づけることはあり得る。溺れている者を助けるために海に飛び込んで救命する行為を行った者は、「賞賛」にも「尊敬」にも、場合によっては「報奨」にも値するかもしれない。こうして、異なる行為や属性がそれぞれ異なる功績を根拠づけるだけでなく、ある一つの行為や属性が記述に応じて複数の功績根拠を同時に根拠づけたりすることも想定可能である。Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 23 f.

こうして、報いられるもの（処遇や取扱い）について、評価的態度がとられる。学生は良い成績で喜び、悪い成績に落胆する。試験の点数が悪かったのならば、学生は悪い成績に値するのであり、良い成績は相応しくない。相応しいものや相応しくないものとして何かに言及するには、それに先行してある事柄や取扱いが快か不快なものでなければならない。⁽²⁸⁾ だとすると、功績においては、その担い手として取り扱われるところの任意のメルクマールが問題となっているのではなく、むしろ多少なりとも価値的なメルクマールが問題となっているといえよう。Zimmermannによれば、肯定的評価が「快」の取扱いを伴い、否定的評価が「不快」の取扱いを伴うという意味で、報いられる者の「価値」に処遇の「性質」が対応しているか否かが重要であり、両者が符合している場合には、取扱いは「相応しい」と評価できるのに対して、両者に齟齬が生じている場合には、取扱いは「相応しくない」と判断できるとする。また、価値負荷性は、功績根拠と主体に対してとる評価的態度にも関係する。すなわち、私たちは、快や不快が取り扱われる者の価値について適切な印象を与える場合にその取扱いを相応しいと呼ぶのだから、功績という表現は、その担い手としてある者が評価されるところの任意の行為や属性に向けられるものではなく、むしろ判断を下す者から見てその担い手自

(27) *Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 27, 37 ff. なお、Zimmermannは、狭義の価値負荷性について、刑罰の応報的根拠づけと密接に関連するものとも指摘している。

(28) とはいえ、ある一定の処遇や取扱いがそれ自体として快または不快と予めえない場合も少なくない。例えば、ビールやシャンパンを顔や体にかけられることは、通常、私たちにとって不快と感じられるだろうが、シャンパンファイトのように、スポーツイベントの場面で表彰台上った選手やそのチームメイトにとっては、むしろ心地よいものであろう。肯定的なものであれ否定的なものであれ、功績根拠と処遇・取扱いの間に予め自明な快・不快の関係が存在しているのではなく、制度的に、あるいはコンヴェンショナルに確立された反応として、かような性質決定がなされるものと思われる。

身を高くまたは低く評価する行為や属性に向けられている。こうして功績関係とは、担い手価値関係的 (trägerwertrelevant) な評価であると⁽²⁹⁾する。

なお、「事故や犯罪の被害者は補償に値する」、「貧困者は調整 (優遇的措置) に値する」という慣用的用法をめぐって、担い手価値関係的な評価という観点からすると、困窮したとか損害を被ったという事実が、貧困者や被害者の価値に関係するかのようなイメージを彷彿とさせるが、この場合、貧乏や貧困はそれ自体高くも低くも評価されるものではなく、貧困者を「別」の属性の担い手として扱うことで、「調整に値する」という言明は許容可能である。この場合、「尊厳」という価値属性の帰属を通じて、可能な限り経済的、かつ健康で文化的な生活を営むことができ、それによって自由かつ理性的に判断できる状態に置くための処遇 (貧困調整) を受けるに値するという判断が導き出される。こうして、「貧困調整」という回り道を経て本来の功績根拠を表現するこうしたタイプの功績を、間接的功績 (indirektes Verdienst) と呼ぶ。⁽³⁰⁾

いずれにしても、功績とはその都度一つの処遇ないし取扱いであり、そこでは、二重の意味での適切な取扱いが含意されている。第一に、功績の担い手を行為または属性の評価に対応して肯定的な価値メルクマールの担い手として心地よく取り扱ったり、あるいは否定的な価値メルクマールの担い手として不快に取り扱ったりするという意味で、「質的」に適切な取扱いであること、第二に、肯定的または否定的評価の度合いそれ自体が快または不快な取扱いの程度に反映されるという意味において「量的」にも適切な取扱いでもあること、⁽³¹⁾というのがそれである。

(29) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 30.

(30) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 33.

(31) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 36. なお、何事かが報いられるために主体は功績根拠に対して責任を有していなければならないのかという点については、

(4) 功績と応報刑

それでは、これまでに示されたような功績原理をめぐる先行理解から相応しい刑罰 (verdiente Strafe) という応報的な刑罰の捉え方に対していかなる帰結が導き出されるのであろうか。Zimmermann によれば、様々な方法で不正な行為に対して反応することができ、それによって行為者を応報的に処罰することなく、彼／彼女を犯罪人として取り扱うことができるにもかかわらず、それでもなお応報刑 (Vergeltungsstrafe) は法違反者に対する適切な取扱いなのかという問いが応報主義に対して向けられることになる。功績の観点からは、一定のメルクマールの担い手 (功績主体) としての適切な取扱いが求められるが、一つの功績根拠に対して一つの処遇しか原理的に対応していないことは稀であって、一つの功績根拠に複数の反応や処遇が相応しいものとして割り当てられることもあり得る。刑罰もまさに犯罪という功績根拠に対して複数あり得る相応しい反応オプションの一つに過ぎないのだとすると、ここで功績原理は、規定不足 (unterbestimmt) に陥ることとなる。功績原理を援用して応報刑の必然性を説く応報主義者は、応報刑が相応しいということとどまらず、なぜ意図的な害悪賦課が他の相応しい反応のオプションと比べて、不法に対する最適な反応形式であるのかまで論証しなければならない。

しかし、これが重要なのだが、Zimmermann は、従来の応報理論は、応報刑のみが法違反者に対する唯一の適切な取扱い、あるいは最適の取

争いがあるが、Zimmermann は、いわゆる功績責任テーゼを認めない。この点は、法治国家原理としての責任主義との関係で刑法学的観点から重要であるが、功績はそれ自体は責任に関係するものではなく、刑罰は、自己の意思や行為を規範へと方向づけるミニマムな能力なくしては成り立たない規範的な行動制御システムの一部であるという限りで、責任を前提とする実践であるという。なお、功績責任テーゼについて、瀧川裕英「応報の問題地図——統一テーマ『応報の行方』について」日本法哲学会編『応報の行方』(有斐閣、2016年) 6頁も参照。

扱いであることを不当に前提として立論している限りにおいて、根拠づけられるものを前提とするという循環論法に陥っていると論難⁽³²⁾する。また、より先鋭的には、次のような状況で功績原理の問題性が露見するであろう。すなわち、功績が道徳的または法的義務と矛盾する場合には、それでもなお功績に従って行為者を取扱うことが許されるのかという問題が提起され得る。例えば、両親の面倒を一度も見ようとしない軽薄な息子は、両親が死亡したとき、本来であれば遺産を受け取らずに引き上げることがその功績に照らして相応しいと考えられるにもかかわらず、この場合、功績に応じてその息子を相応しく取り扱うことは、彼が民法上適法な相続人であるような場合には、法的に許容されないのはいまでもない。ここにおいて、応報主義がしばしば自明視してきた「各人を功績に基づいて相応しく扱うべし」という功績原理は、それ自体、なぜある者を功績に従って取り扱うことが許されるのかという「許容性」の問いに直面することになる。仮に応報が犯罪行為に対する適切で相応しい取扱いであるとしても、なぜ国家が応報として刑罰を科さなければならないのか、またなぜそのようなことが許容されるのかという問いは、功績原理を踏まえてもなお、依然として開かれたままであるといえよう。というのも、こうして応報主義においては、功績原理には刑罰を科すことを正統化するための必要十分条件が内在していないのではないかと思われるからである。そして今や、単に功績原理を持ち出したとしても、こうした刑罰正統化をめぐる問いからやすやすとは逃れることができないということも明白であろう。というのも、ある者をその功績に従ってしかるべく取扱うということそれ自体が正統化を要するからである。

4. 表出的機能の応報的理解

功績は、既に指摘したように、ある者を評価的に適切に扱うというこ

(32) *Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 42.

とに他ならないのであった。非難をなすことによって何事かに対する異議が申し立てられるのだとすると、ある者を非難しつつ、かつ非難されるべき行動をしていない者と同一に扱うというのは考え難い。正統な非難は、規範違反者を評価的に適切に規範違反者として不快に取扱うものであることから、非難は、なお「相応しいもの」(verdiene)といえるかもしれない。刑罰を非難の表現と捉えて、こうした論理を援用するのが応報主義である。というのも、非難は、規範違反行為に対する非難として行為者に対してなされる不快な反応であり、かつまた刑罰は定義上不快なものでもあることから、刑罰は正統な非難の適切な表現として相応しいものだと考えられるからである。

(1) 外在的表出主義

では、刑罰の表出的機能は、応報的に構成され得るであろうか。まず、刑罰の否認的機能によって害悪賦課を応報的に根拠づけようとするアプローチを検討するに先立って、予防的構成の理論的可能性について手短かに触れておこう。刑罰の賦課を通じて規範違反行為に対して否定的反応がなされる場合に、その否認としてのコミュニケーション的機能が、刑罰の予防的効果を(も)補強するという考えは、実際にそれを経験的に裏づけることができるかどうかはともかく、およそ突飛な考えとはいえないと思われる。例えば、潜在的な行為者が、峻厳な取扱い(害悪賦課)に加えて、規範違反行為に対して非難が向けられることを理由として犯罪を思い止まるという可能性は、それ自体としては否定され得ない。それでは、このように考える場合、非難や害悪賦課は何によって正統化され得るであろうか。この場合、非難の意味というものは、それ自体に内在しているのではなく、むしろ非難によって実現されるところの外部的事象から獲得される。それが将来における犯罪行為の予防であることは多言を要しない。そこで、もし刑罰により表出される非難がもつばら

(甲南法学'23) 63-3・4-78 (176)

犯罪予防という制度目的に奉仕するものであると解すると、非難の正統性の契機は、有罪宣告（非難）や害悪賦課のいわば外側にそれ自体として存在する犯罪予防目的によって与えられることになるであろう。こうした理解に立つと、非難、つまり刑罰の表出的機能は、当該目的との関係で手段的価値が与えられること、そのことによって説明することができる。Zimmermannによれば、こうした非難の表出機能の正統性を制度目的に依存させる立場は、外在的表出主義（extrinsischer Expressionismus）⁽³³⁾と呼ばれる。そしてこうした外在的表出主義にあっては、刑罰の表出的機能を予防的に正統化することが理論的関心事となる。

(2) 内在的表出主義

これに対置されるのは、内在的表出主義（intrinsischer Expressionismus）⁽³⁴⁾である。Zimmermannによれば、内在的表出主義とは、次のような立場を指す。すなわち、応報刑の必然性を、例えば、犯罪予防のような制度目的によって根拠づけるのではなく、犯罪、非難、刑罰（応報）の三者の関係を内在的に把握し、応報刑を法概念の内的必然性（innere Notwendigkeit）と捉えるタイプの表出主義がそれである。

この立場によれば、刑罰は、他の方法でも実現可能な外在的目的を達成するための偶然的（kontingent）な手段としてではなく、むしろ規範によって法と不法とが切り分けられる点で内在的なものと看做されるこ

(33) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 80 f. 既に、この種の区別をするものとして、Igor Primoratz, Punishment as Language, Philosophy 64 (1984), pp. 196 ff.

(34) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 81 ff. なお、Zimmermannによれば、内在的表出主義は、ヘーゲルの刑罰論に遡るとする。ただ、法概念が不法との区別や限界づけをそれ自体内在しているとしても、ヘーゲルにおいては法概念が不法の事後的明示をも含意していることまで証明されておらず、また不法の明示が概念必然的に強制にのみ認められ得ることも十分に証明されていないと指摘する。Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 81.

とで、刑罰は規範違反者に対する適切な取扱いとして評価されることになる。あるいは、規範違反者を処罰することで、違反された規範が確証され、行為者が評価的に適切に扱われるといってもよいであろう。いずれにしても、内在的表出主義にあっては、刑罰は、法概念の含意に他ならず、刑罰が科されることで規範の事後的貫徹（Durchsetzung）が遂行されると同時に、不法が明示され、かつ不法が否認ないし拒否される。もちろん、こうして法概念に予め含意されるものとして刑罰の表出的機能を捉えるとしても、非難を表出するために複数の形式や方法が考えられる場合、刑罰はその一つの非難の表出形式だから正統だという論証では今や決定的な問いに答えたことにはならない。この立場によれば、刑罰は、法概念必然的に犯罪者に対する適切な取扱いであり、その性質上当然に応報刑であることを根拠として正統化されなければならない。

a) 内在的表出主義の論拠

こうした内在的表出主義（応報主義）の論拠としては、主に以下のよう⁽³⁵⁾なものが挙げられる。第一に、法概念それ自体が法的要求の貫徹を含意し、法違反に対する事後的反応がなされなければならない。刑罰的な反応は法概念必然的なものである一方、反応の不存在は、現実には違反されるところの規範の不存在を帰結する。第二に、規範違反に対する反応は、応報的なもので（も）ある。これら二つの論拠は、一見するとその区別が分かりにくい⁽³⁵⁾が、前者は、法概念それ自体が規範貫徹の契機を内在しているかどうかという法ないし規範概念それ自体に関する問い、後者は、なぜ事後的な規範貫徹が、まさに予防的ではなく、応報的でなければならないのかという問いであり、前者は必ずしも後者を含まない。それ故、一応、二つの問いを区別して、それぞれの論拠について検討を行う必要がある。

(35) *Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 87 f.

規範概念が規範貫徹の契機を内在するというのは、刑罰法規は処罰規定を含むという月並みな認識を指摘するものではないのはいうまでもない。むしろ、ここでは、一定の法的要求（規範）は、その要求を貫徹するための措置と結びついて初めて規範として存在するという理論的前提の当否が問題となっているのである。そのような認識からは、そもそも犯罪は、予告された制裁と無関係に禁止されるのではなく、制裁を内在的に実装することで初めて犯罪が法的に禁止されるという理解が導き出されるであろう。例えば、殺人に対する刑罰の予告は、潜在的行為者の動機づけを強化するためのものではなく、刑罰予告によって初めて殺人が禁止されると理解することにつながる。Zimmermann は、こうした立場を、Gottfried Seebaß の用語法に倣って、「説明的制裁主義」(explikativer Sanktionismus)⁽³⁶⁾と呼んで、その問題点を次のように指摘している。

まず、Zimmermann は、こうした立場が完全に直観に反することを、以下のような事例を用いて指摘する。すなわち、大声で泣いて何かを訴える乳児がいたとして、当然、乳児は手厚い世話を求める主張を貫徹できない。では、乳児は要求をしていないことになるのであろうか。この場合、確かに、乳児の泣き声それ自体が制裁である、泣きわめく乳児を放置することに対して良心の呵責に苛まれることが制裁である、あるいは泣き声に気づいた隣人に通報されることが制裁であるというように解釈する余地が残されているかもしれない。しかし、両親が孤島で生活しており、外的制裁（隣人による通報）を心配する必要がなく、かつ内的

(36) *Gottfried Seebaß, Handlung und Freiheit*, 85 ff. Seebaß は、制裁は当為要求と事實的・概念的に結びつくだけでなく、むしろ制裁が何をなすかを説明するものだという考え方を説明的制裁主義と呼んでいる。説明的制裁主義は、当為適合的な意思と行為への動機づけだけでなく、当為それ自体を積極的または消極的效果と行為との結びつけに還元するものであることから、制裁は今や租税や人が一定の行動のために支払わなければならない価格との相違を失うとする。

制裁（良心の呵責）を経験するために必要な社会的感覚が欠落している、あるいは耳が聞こえず泣き声を肉体的に苦痛と感ぜない状況も考えられる。子どもが泣くことは、この場合、要求ではないとすると、それはいったいどう捉えられるのか。

第二の問題点は、制裁の裏づけのない要求（規範）が動機づけの力を持たないことと、要求（規範）それ自体が存在しないことを混同しているというものである。⁽³⁷⁾制裁の欠如は、要求（規範）の無効性をもたらさない。規範を正統と看做す場合、それが制裁によって補強されていようがなかろうが、規範を遵守する十分な理由となる。確かに、規範の動機づけの力の欠如は規範遵守の頻度に影響を与え、しばしばそうであるように、規範遵守が実際上稀であるということとはあり得るとしても、それは、規範がそもそも定立されていないということとは同視し得ないであろう。例えば、充たされない要求や無駄な要求という日常用語は、貫徹されなかったりそもそも貫徹不可能であったりする要求を引き合いに出すものだが、しかしこの場合、要求がそもそもなされていないのとは異なるというのである。

そうすると、要求（規範）は、概念的にもその存在の点でも、行為と積極的帰結または消極的帰結が結びつけられることを前提としなければならぬものではない。説明的制裁主義は、規範を行為の積極的制裁または消極的制裁へ還元し得るという立場に至るのであり、こうした試みは、不当である。

また、第二の論拠、すなわち規範の事後的貫徹は必然的に応報的ななされなければならないという論拠はどうだろうか。Zimmermannによれば、内在的表出主義が峻厳な取扱いによって初めて相応の否認が表出され、そうして侵害された法の妥当が確証され、法違反者は適切に（相応しく）扱われるというテーゼを根拠づけるために挙げるものは、実際

(37) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 92.

のところ、経験的論拠であるという。犯罪者に対して言葉での非難や純粹に象徴的な非難では効き目がなく、峻厳な制裁でないという論拠が持ち出される場合には、法違反者が別の種類の非難に対しては実際には感応せず、刑罰が彼ら／彼女らに非難を確実に伝達し理解させる唯一の言語であるという経験的確認を前提としているからである。こうした批判は、ドイツにおいて表出的刑罰論を力強く展開するHörnleによる害悪賦課の説明にも部分的に当てはまるであろう。というのも、否認の象徴的補強として理解される害悪賦課は、まさに刑罰による否認の「真剣さ」を明示するものであり、そのようなものとして受け手に理解されるという経験的確認に支えられて初めて、そうした説明が説得力を持つだろうからである。

しかしここで、これらに対しては、表出主義の経験的誤解であるという反論が提起されるかもしれない。それによれば、否認の表出のみが重要であって、否認の表出が実際に受け手（行為者）に聞き入れられるかどうかは重要ではない。非難の表出やその正統化は、非難に対して行為者がしかるべく反応することとは無関係になされるものであって、非難の表出が犯行に相応しいか否かだけにかかっている。あるいは、反論は次のようなものでもあり得る。重大な犯罪に対して言葉によって否認するだけで十分ではない。こうした反応は、刑罰の放棄、あるいは反応それ自体の放棄に等しく、それによって罰される行為が制裁の課されない行為から区別されず、犯行が不法として明示されない。それ故、経験的問題とは無関係に、法と不法を区別するために応報刑が必要である。

b) 経験的解釈と象徴的・理念的解釈

こうした内在的表出主義の経験的誤解は、規範貫徹または規範確証という言い回しの多義性および否認と規範貫徹の同置に由来している。規範が妥当する、規範を確証または貫徹するという場合、それが何を意

味しているのかについて、「象徴的・理念的解釈」と「経験的解釈」が区別される。規範の経験事実的な遵守や維持ないし完遂を規範貫徹や確証⁽³⁸⁾の概念と結びつける場合、それは経験的解釈である。しかし、こうした貫徹概念の経験的説明の試みは、将来の犯罪率の減少へと方向づけられた制裁を要求することに帰着してしまい、刑罰を予防刑と捉えることにこそなれ、応報刑の正統化には寄与しないであろう。

一方で、象徴的・理念的解釈はどうであろうか。Zimmermannによれば、応報刑を規範貫徹概念の象徴的・理念的解釈によって救い出そうとする試みも、以下の点で挫折する。まず、否認の「強調的表現」が重要であるという見解は応報主義が予防的アプローチに対して優っていると考えている点によってかえって困難を伴うことになる。つまり、否認にできる限り一義的で明瞭な表現を与えることこそが優先されるべきであるとすれば、手段選択の際に、こうした「表現の性質」が物を言う。従って、より峻厳な制裁がメッセージを最適に伝達するとすれば、そうした伝達手段が優先され選択されるべきこととなるから、従来、応報刑論において重視されてきた応報の観点による責任の上限への制限は、今や根拠を失うことになる。

次に、規範貫徹の象徴的・理念的解釈は、表向きの応報の必要性を反対方向からも脅かすものとなる。こうした解釈の背後には、経験的批判から免れるために応報の正統化をその経験事実的な効果と無関係に行おうという考えが潜んでいるが、この戦略はその所期の狙いを超えて、応報それ自体をもはや根拠づけ得ないものとなる。というのも、この戦略

(38) *Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 97 f. なお、法に忠実な諸人格を刑罰によるコミュニケーションの名宛人としつつ、刑罰的苦痛を規範妥当の認知的保障に奉仕するものとして捉える Günther Jakobs の刑罰論については、*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——』〔関西大学出版会、2013年〕38頁以下)を参照。

が経験事実的効果から解放され、経験的検証可能性から自由になろうとすればするほど、つまり刑罰的反応の象徴的意味だけが問題となればなるほど、それだけ反応それ自体もただ象徴的な性格のものでしかなくなり、事実的に峻厳な取扱い（害悪賦課）という通常の刑罰形式を断念することに逢着することになるからである。要するに、要求貫徹が経験事実的な暗示的意味と無関係であればあるほど、それだけ一層経験事実的な貫徹手段（＝害悪の賦課）の行使の正統性は失われることになってしまうのである。結局のところ、物理的な刑罰効果が問題とならなければ、その分容易に物理的な刑罰手段も放棄され得るのである。ただ象徴だけが問題となるところでは、規範を象徴的・理念的に確証するためには、⁽³⁹⁾象徴的形式の否認で十分であるということになる。そうであるとすれば、犯罪行為に対応する峻厳な取扱いとしての通常の意味での応報を行使しなくとも、有罪宣告を通じて象徴的・理念的な規範貫徹に関する要件がすべて充たされるという背理的な帰結がもたらされることになるであろう。

象徴的・理念的説明は、特別な形で、すなわち経験的効果を度外視して不法な行為の否認および規範貫徹の理念を結びつけようとするが、そうすると今度は、なぜ否認が峻厳な取扱いの形式（通常、それは刑罰）で表明されなければならないのかという根本的な問いの説明に窮することとなると同時に、否認の表明（責任非難）の上限も設定することができなくなる。応報の必然性は、いずれの解釈によっても根拠づけられ得ないであろう。不法な行為の否認と規範貫徹には、数多くの方法が開かれており、そのうち応報はせいぜい一つの手段であって、恐らく最も適したものではなく、しかも決して必然的方法ではないからである。

(39) その意味で、その内容的当否は置くとしても、Klaus Güntherの見解は一貫している。

c) 内在的表出主義の限界

以上の考察を踏まえて、内在的表出主義に関する Zimmermann の結論は、以下の通りである。⁽⁴⁰⁾ 第一に、法的要求の貫徹は、法または規範概念の一部ではない。貫徹の不存在は実際に違反されるべき規範が存在しないということを推論させるので、法違反に事後的に反応しなければならないというのは、法概念の含意とまではいえない。第二に、確かに貫徹されない要求や規範は実際的ではないし、概念的にも無意味であるかもしれないが、法概念が少なくとも部分的な規範貫徹を含んでいるという解釈を施してもなお、こうした規範の事後的貫徹は「必然的」に応報的になされなければならないということまでは導き出されない。非難ないし否認が法違反に対する相応しい反応だとしても、刑罰はこの非難の表現で「あり得る」ととどまる。このことは、非難が、峻厳な取扱い（害悪賦課）という刑罰の形式でなされないといけないということまでは含意しない。そうすると、内在的表出主義は、応報が犯罪および犯行の否認の必然的表現であることを明らかにしていないということになる。否認ないし非難を表現する数多くの可能性が存在し、内在的表出主義が経験的効果から逃れようとすればするほど、皮肉にもこのような可能性が重要性を帯びることになる。法違反に対する反応がこの意味で法の要求を貫徹するものであるとすれば、応報刑は、この課題をよりよく果たすために最も適性があるか否か、あるいはそのために別の手段が存在しないかということによって評価されなければならない。しかし、応報刑がせいぜい「目的のための手段」であるとすれば、本説は、その意図に反して「相対的」刑罰論であり、その刑罰根拠づけは刑罰目的の達成次第であって、決してそれは当然に応報のみに割り当てられ得るものではない。Zimmermann によれば、内在的表出主義は、むしろ積極的一般予防論に著しく接近しており、積極的一般予防論から区別が困難で

(40) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 105 ff.

ある。いずれの見解も、法秩序の維持のために刑罰が必要であり、国家権力が耐え難い法違反が公然と主張され得ることを阻止しないのであれば、その国家権力は「自らを自分自身で放棄する」ことになるであろうということによって刑罰を正統化しようとしているのであり、刑罰がなければ、法は強制可能な秩序であることをやめ、ただ倫理的な拘束的規範へ落ちぶれることになることと説くのであれば、積極的一般予防論と内在的表出主義は、同じ次元でただ目的として共有されている法貫徹の最良の手段の「見出し」をめぐって争っているだけであり、根本的に異なる種類の理論が問題となっているのではないというのである。

とはいえ、こうした評価が無条件にすべての表出的刑罰論のヴァリエーションに妥当するわけではなかろう。とりわけ Zimmermann が批判の矛先を向けているのは、刑罰の表出的機能を法概念内在的なものとしての規範貫徹や規範確証との関係で主題化し、そこから応報刑の必然性を根拠づけようとするタイプの表出主義にとどまるからである。もっとも、表出的刑罰論に与する論者も、コミュニケーション的メッセージの名宛人はそれぞれ異なるとはいえ、刑罰の象徴的・表出的意味を担う有罪宣告において（あるいは害悪賦課においても）不法の明示ないし不法の不承認を非難・否認の表出といわば内在的に結びつけて理解している。

また、表出的刑罰論は、既に示唆したように、功績概念を媒介として応報的契機を取り込んで、応報刑論的なアプローチとして捉えることも十分に可能ではあるものの、非難や害悪賦課によって実現されるべき一定の望ましい事態を考慮することを通じて、予防刑論的なアプローチとして構成する余地が予め排除されているわけでもないという点にも注意が必要であろう。

(3) 応報主義と刑罰目的

さらに、現代の応報主義も、実際のところ、刑罰をある種の「目的」と呼び得るものによって正統化しようと試みていることが明らかとなる。わが国では伝統的な用語法として応報刑論と目的刑論が対置されるにもかかわらず、応報と予防とは、いずれも刑罰によって目下存在しない状態を創出することに向けられており、その状態の実現それ自体が刑罰を正統化するものとして構想されている場合には、その限りにおいて、応報と予防とは類似した性格を持つと捉えることができる。そもそも刑罰によって実現されるべき一定の望ましい状態という意味での刑罰目的という観念から概念必然的に、経験的に認定可能な事態としての将来における犯罪率の減少（展望的な犯罪予防）という要素が導き出されるわけではない。その点で、将来の犯罪予防のみを真なる刑罰目的として同定しようとする立場それ自体が一定の根拠づけを要するものではないかとも思われる。まさに Zimmermann も、こうした点を踏まえて、今や予防刑論と応報刑論の相違は、目的関連性の「存否」ではなく、むしろ目的の「種類」の相違、あるいは刑罰と正統化的事象との間の関連の「種類」の違いに還元され、そのようなものとして正しく理解されるべきであると主張している。⁽⁴¹⁾ すなわち、特別予防であれ一般予防であれ、正統化的目的は、犯罪に時間的に後行するところの経験的に認定可能な犯罪率の減少であり、そこで重要となるのは、偶然的 (kontingent) な因果関係である。これに対して、応報的な刑罰の根拠づけは、それが偽装された予防理論とならないために、その目的は、少なくとも犯罪率の減少に関係づけられず、かつまた刑罰との関連が因果的なものであってはならないのであり、刑罰は、経験的に認定可能な法遵守のための手段として用いられるものではない。⁽⁴²⁾

(41) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 51.

(42) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 51.

それでは、応報主義は、刑罰目的をどこから導出するのだろうか。Zimmermannによれば、それは、根本的な道徳的原理ないし要求に求められる。具体的には、これは、例えば、あらゆる個人の平等な尊厳の尊重は、尊厳の侵害に対する応報的処罰を要求し、あるいは法律の尊重は法律の妥当性を確証するため応報刑を要求し、はたまた法秩序の属性としての利益および不利益の公正な配分はあらゆる違反に対応して処罰すべきことを要請するという形で理解され、これらの応報理論の各バージョンは、それぞれの道徳的原理から導き出される義務、とりわけその履行が犯罪によって問題となり、刑罰なくしてはかかる履行が困難であるところの国家の義務が刑罰によって果たされるということによって刑罰を根拠づけるものだと捉えることができるというのである。⁽⁴³⁾

しかも、応報主義は、予防理論と同様に、刑罰なくしては到達し得ない状態を実現するということが刑罰を根拠づける限りで、ある種の「帰結によるコントロール」(Erfolgskontrolle)も受けている。もっとも、ここでいう応報主義の正統化的帰結というものは、予防理論のいうそれとは異なるタイプの帰結であるという点には注意が必要であろう。すなわち、応報主義にとって刑罰の目的とは、過去の犯罪によって侵害された一定の道徳的原理が充足されるという状態であるところ、刑罰とその状態との関係は予防理論で問題となっているような経験的・因果的なものではない。換言すれば、刑罰はそれによって目指される状態のヒューム的原因ではないのである。⁽⁴⁴⁾これに対して、通常、予防理論において刑罰の犯罪予防効果が語られる場合、刑罰は、正統化的帰結としての犯罪

(43) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 52. なお、これらの道徳的原理に対応する応報理論のヴァリエーションについて、後出注(45)も参照。

(44) ここでいうヒューム的原因ないしヒューム的因果関係については、増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』(勁草書房、2004年)73頁以下を参照。

予防効果から論理的に独立しており、かつまた時間的に先行するヒューム的原因として観念され得る。応報主義においては、例えば、刑罰による法的妥当の確証を、刑罰に時間的に後続する出来事としてではなく、むしろ刑罰と同時に生起する出来事として理解され、それが正統化的帰結として刑罰を根拠づける。要するに、刑罰を科すこと「によって」、同時に法が確証されるといえるような関係がここでは問題となっているのである。

こうして応報主義における帰結は、非因果的・非経験的に解釈される。一定の条件の下で、刑罰によって同時に別の何事かが実現されており、それによって刑罰が正統化される。ここで重要と思われるポイントは、応報主義では、刑罰を正統化する関係項は、ヒューム的な意味で因果的に結合していない一方、刑罰によって引き起こされる一定の因果的帰結は正統化にとっては必ずしも重要ではないという点である。こうした応報主義と正統化的帰結（目的）との関係を、Zimmermann は、A. Goldman のいう「レベル生成」(Level Generation) の考え方を引き合いに出しながら根拠づけようとしている。現代の行為論において、例えば、ジョンは指を動かす、ジョンは引き金を引く、ジョンはジェームスを撃つ、ジョンはジェームスを殺すという各行為は、それぞれ「⁽⁴⁵⁾によって関係」により結びつけられ得るが、これは、いわゆる「アコーディオン効果」として1つの行為の記述の問題ではなく、Goldman の「レベ

(45) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 21), S. 55. Alvin I. Goldman, A Theory of Human Action, 1970, pp. 20 ff. レベル生成は、Goldmanによれば、4つのカテゴリーに区分される。因果的生成 (causal generation)、規約的生成 (conventional generation)、端的生成 (simple generation)、付加生成 (augmentation generation) である。Goldmanのレベル生成については、柏端達也『行為と出来事存在論』(勁草書房、1997年) 24頁以下を参照。Goldmanのレベル生成論を実行の着手論へと転用する注目すべき試みとして、杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期——総論——」刑ジャ67号(2021年) 91頁以下。

ル生成」においては、4個の相互に異なる事象が同時に生起しており、4個の行為が問題となるというのである。他の例を挙げれば、ある人が待ち合わせ時刻に遅れて到着した場合、遅刻という行為によって同時に約束違反という行為が同時に生起している。この場合、「遅刻」と「約束違反」という二つの出来事は、同時に発生しており、因果的にも論理的にも必ずしも相互に結びつくものでないが、一定の時刻に予め約束をしていたという条件の下においてのみ、両者は密接に関連づけられることになる。とはいえ、何か基礎行為のような身体動作だけで別の行為がレベル生成されるわけではなく、ある行為によって同時にまた別の行為をも生起するためには、一定の条件も併せて充足されていなければならない。例えば、時速200キロで自動車を疾走させる行為は、その行為状況においていかなる規則や条件が適用されるかに応じて、「最高速度違反」や「F1世界選手権での優勝」というそれぞれ別様の行為を生起させ得る。Zimmermannによれば、例えば、法秩序の利益および不利益を公正に配分すべしという規範を刑罰の正統化的な道徳的原理として承認する見解からは、そうした規範が存在しているという条件と、配分の侵害として記述され得る行為（犯罪）が存在するという前提の下で初めて、刑罰を科すことによって公正な配分が回復されるといえる。ここでは、2つの行為は同時に生起しているが、それぞれ別個の行為としての差異が強調される。この場合、そもそも先行する犯罪行為がなければ道徳的原理としての配分は侵害されず、そのような場合に刑罰を科すことはそれ自体誤った配分となる。犯罪を犯していない者は、この場合、他者の法的誠実さを利用して不公正な自由を獲得しようとしたものではない以上、彼／彼女に害悪を賦課することは、不公正な利益の剥奪ではな

(46) アコーデオンの効果については、D. デイヴィドソン（服部裕幸＝柴田正良訳）『行為と出来事』（勁草書房、1990年）79頁以下、柏端・前掲注（45）100頁以下、門脇俊介『現代哲学』（産業図書、1996年）167頁以下を参照。

く、端的に不公正な不利益を与えることとなる。⁽⁴⁷⁾ いずれにしても、刑罰それ自体も先行する不法と権限ある機関による刑罰の賦課という条件の下で初めて害悪を賦課する行為から生起される一つの出来事であるというのである。⁽⁴⁸⁾

応報主義においては、一定の正統な道徳的原理とかかる原理を侵害する行為の存在という条件構造の下で、害悪賦課を通じて、それとは別様の、しかしそれと同時に生起する出来事（帰結）が生成されるのであり、その正統化的帰結によって侵害された道徳的原理が事後的に貫徹され、刑罰としての害悪賦課が正統化されるという論理構造が看取されることになる。こうして応報主義と帰結主義の違いは、予防刑論がもつぱら刑罰をその因果的帰結により根拠づけようとするのに対して、応報刑論はいかなる刑罰の効果も根拠づけにとって重要でない⁽⁴⁹⁾と看做すという点にあるのではなく、いかなる種類の正統化的帰結によって刑罰が根拠づけられるかという点に関する見方の相違に過ぎず、両者の論証構造は近似すると捉え返されることになる。

(47) *Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 56. こうした観点から、伝統的に応報主義のメルクマールとされてきた過去指向性（回顧性）ないし事実関連性を、こうした条件構造の一部をなすものとして捉えようとする。

(48) 彼女によれば、ここには、以下の3つのタイプの応報理論が含まれる。すなわち、犯行の否認と侵害された法の妥当性の確証によって刑罰を根拠づけようとする「表出主義的理論」、犯罪には被害者に対する行為者の優越要求や隷属要求が内在しており、かかる要求を刑罰によって拒否することによって刑罰を根拠づけようとする「尊厳理論」、犯罪によって獲得された不公正な利益を刑罰により剥奪し、それによって破壊された法秩序の利益および不利益の釣り合いを回復することによって応報刑を根拠づけようとする「フェアネス理論」（いわゆるフェアプレイ理論）がそれである。これらの各理論ヴァリエーションにおいて刑罰がそのような望ましい事態を達成するために宣言され、かつ賦課されることから、これらは応報刑論の「目的」として理解できるという。*Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 21), S. 50 f.

5. 刑罰正統化論としての表出的刑罰論

周知のように、刑罰の正統化が多面的なアスペクトを内在していることは、相対的応報刑論はもちろん、わが国でも一部の論者によって既に承認されている。そのようなものとして、刑罰制度の正当化根拠を一般予防に求めつつ、特定の個人の処罰に関する正当化根拠を応報に求める見解を挙げることができるであろう。⁽⁴⁹⁾ それによれば、ここでは、一般予防が「制度としての刑罰の正統化」に、応報が「個別行為としての刑罰の正統化」に対応する正統化戦略が採用される。しかしながら、これに対しては、一方で、刑罰制度全体が消極的応報の要請によって制約されていることを看過し、他方で、個別の被告人に対する刑の適用・量定においても予防の必要性が考慮されるべきことを看過するものという批判が向けられる。⁽⁵⁰⁾ そこで、刑罰は「国家の役割からみた正当化」と「個人の負担の正当化」という二重の正当化を要するという視角から、刑罰の正当化を構想するアプローチも主張されている。それによれば、国家は国民の利益に奉仕する機構である以上、刑罰は、一般予防・特別予防を通じた国民の法益の保護によって正当化される（功利的正当化）。一方、個人は、社会全体の利益の総和に還元されえない固有の権利・利益を享有している。それ故、当該個人に刑罰という特別の負担を受忍させるこ

(49) 例えば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）6頁、*H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 9 ff. また、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）29頁以下は、刑罰制度の正当化根拠（立法の次元＝マクロレベルの正当化）と現実になされる具体的な刑罰権行使の正当性（司法の次元＝ミクロレベルの正当化）を区別したうえで、刑罰の制度目的に関して功利主義の見地から予防説（抑止刑論）を採用するとしても、刑の具体的適用場面では、功利性を超えた正義ないし公正の問題として応報の観点が中核に置かれるべきであるとする。

(50) 松原芳博「刑罰の正当化根拠としての応報」日本法哲学会編『応報の行方』（有斐閣、2016年）74頁。

とを正当化する根拠が必要となり、こうした個人の刑罰受忍義務の根拠は、自らの責任で犯罪を犯したことに求められる。犯人は、自らの責任で刑罰予告の予防効果を減殺させたのであるから、その責任の範囲内で刑罰予告の効果の回復に必要な負担を自ら負うべきと考えられるというのである（義務論的正当化⁽⁵¹⁾）。

ともあれ、別稿において論じたように⁽⁵²⁾、刑罰の正統化は、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2つの文脈でひとまず区別して議論することを出発点とする場合、表出的刑罰論をこのような正統化の文脈へと再定位することは可能だろうか。最後にこの点について若干の視座を得ておくこととしたい。

これについて、Gabriel Pérez-Barberá は、表出的刑罰論は、「制度としての刑罰」の正統化を試みるものであると指摘する⁽⁵³⁾。それは、第一に、制度としての「非難」の義務論的正統化を指向するものであるとされる。表出的刑罰論においては、犯罪行為者に対して（つまり義務論的に）、制度としての非難は、行為者が「道德主体」として承認されるとか、あるいは「誤って行為した行為者が道德的人格、つまり契約パートナーとしての答責性の帰属によって尊重される⁽⁵⁴⁾」とかいう論拠によって正統化⁽⁵⁵⁾

(51) 松原芳博「刑罰の正当化根拠と死刑」大谷實ほか『死刑制度論のいま』（判例時報社、2022年）36頁以下、同・前掲注（49）72頁以下、同・前掲注（1）1頁以下。

(52) 拙稿・前掲注（11）72頁以下。また、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）622頁以下も参照。

(53) *Gabriel Pérez-Barberá, Problem und Perspektive der expressiven Straftheorie*, GA 2014, S. 513. なお、彼もまた、非難も害悪賦課も個別行為としての「功績」（Verdienst）により、すなわち応報の規範的要素により正統化され得るという点を強調している。

(54) フォン・ハーシュ・前掲注（4）41頁。

(55) *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 501.

が試みられるが、しかしこれらの制度としての「非難」の義務論的正統化は不十分である。⁽⁵⁶⁾ というのも、刑罰による行為者を道徳主体として承認するという論拠によって「非難」という制度の義務論的—ディスクルシブな—正統化がなされ得るかといえば、結局、こうしたヘーゲル流のモデルでは、行為者がディスクルス、つまりコミュニケーション的了解を達成する手続に関係していない以上、犯罪行為者はルールの確立に能動的に関与する行為者として承認されているわけではなく、義務論的正統化は不可能であるという。結局、刑罰による非難のゲームに関与するプレイヤー（国家と行為者）の間には、あらゆるディスクルスの不可欠の前提となるような強制の排除が欠けているのである。⁽⁵⁷⁾

とはいえ、刑罰による非難という制度の義務論的正統化としての承認論拠は、それが道徳的に同等に理解される2人の主体間（国家と犯罪行為者）の平等関係に由来するものということを証明できるとすれば、その限りで正統なものであるかもしれない。もしかすると、表出的刑罰論は、そうした方向で理論的に洗練すべきかもしれない。しかし、仮にそうした論拠によって非難を義務論的に正統化できたとしても、この論拠だけによって、「害悪賦課」までをも義務論的に正統化することには困難を伴う。というのも、理性的行為者としての犯罪行為者の承認だけが問題なのであれば、単にバーバルな説明、あるいは苦痛を伴わない別の手段で十分であるように思われるからである。

表出的刑罰論に投げかけられる問題は、Pérez-Barberáによれば、まさに制度としての害悪賦課の義務論的正統化を導き出そうとする点にある。義務論的正統化としての本説に伴う問題点は、制度としての「害悪賦課」をそれによって正統化しようとするとき直ちに明らかとなる。と

(56) Pérez-Barberá, a.a.O. (Fn. 53), S. 514.

(57) 近時、承認論から表出的刑罰論にアプローチするものとして、Philipp-Alexander Hirsch, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung*, 2021, S. 228 ff.

いうのも、本説のロジックによれば、不利益としての害悪は、不当な利益を十分かつ効果的に埋め合わせるが故に、害悪を受忍しなければならないからである。これは、しかし、これは、害悪賦課の「説明」であるか、せいぜい帰結主義的正統化に過ぎない。すなわち、犯罪行為者が、その埋め合わせのために手段化されているのである。また、制度としての「非難」の義務論的正統化としてもこの見解は失当であるという。なぜなら、根拠づけが義務論的であるためには、本説はさらに、犯罪行為者が自由かつ自律的にこのフェアになされるべきゲームのルールを一緒に形成し、一緒に確立したことを証明しなければならないからである。さもないと、行為者は、規範妥当のために手段化されることとなるであろう⁽⁵⁸⁾。

犯罪行為者に対しては個別行為としての刑罰の正統化がなされていれば十分であり、制度としての正統化が問題としないと考えなければならない必然性はないばかりか、行為者に対しては、制度的刑罰として刑種・刑量の点で具体化された刑罰が科される以上、この場合にも二重の正統化が必要であるとも考えよう。つまり、刑罰は、制度としての正統化と、犯罪行為者および社会に対する個別行為としての刑罰の正統化へとさらに分節化することも可能である。また、制度レベルでの正統化としては、しばしばそう主張されているように、一般予防（抑止）に標準を負わせた功利主義的正統化だけでなく、（さらにそれに加えて）義務論的正統化をも問題とする余地があり得るとすれば、それをいかにして理論的に基礎づけ、洗練してくかが今後さらに問われなければならないであろう。

(58) 以上について、*Pérez-Barberá*, a.a.O. (Fn. 53), S. 516 f. 本稿では、紙幅の関係で詳論しないが、ディスクルス理論に基づく表出的刑罰論の構想については、さらに *Pérez-Barberá*, a.a.O. (Fn. 53), S. 517 ff.

6. おわりに

本稿で示した通り、表出的刑罰論は、その主張内容にいくらかヴァリエーションがあるものの、仮に功績原理を取り込んで、それを応報主義的に構成したとしても、なぜ行為者を功績に従って処遇することが許されるのかという問いから必ずしも逃れることはできない。刑罰を科すことが犯罪行為（行為者）に対する適切で相応しい取扱いであるとしても、そのことによって直ちに、なぜ国家が応報として刑罰を科さなければならないのかは依然として明らかとはならないからである。また、最近では、表出的刑罰論が、非難や害悪賦課というそれぞれの要素について、「制度としての刑罰」の義務論的正統化を試みるアプローチだという理解も示されているが、そこでは、「具体的な処罰行為」（個別行為）の正統化の問題が依然として未解決のまま残されることになりかねないという点で疑問が残るものであるように思われる。

最近では、社会における応報の必要性に関する実証的研究が推進されるなど、わが国でもドイツでも刑罰論をめぐる現状は、依然にもまして活発な議論状況にあり、相次いで重要なモノグラフィーや論稿が公刊されているものの、本稿では、⁽⁵⁹⁾ 検討課題との関係でそれらを十分に検討することができなかった。ともあれ、刑罰は、具体的な犯罪行為（規範違反行為）に対して賦課されるものであることを想起すれば、各論者の依って立つ犯罪観（犯罪理解）や規範理論との関係も踏まえながら一層

(59) 例えば、*Hirsch*, a.a.O. (Fn. 57) ; *Wolfgang Frisch*, *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens*, 2021 ; *Hanna Weyrich*, *Straftheorien und Rechtswirklichkeit*, 2021 ; *Wolfgang Frisch*, *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch*, GA 2019, S. 185 ff.; *ders.*, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe*, GA 2019, S. 537 ff.; *Johannes Kasper/Tonio Walter* (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes“?*, 2019 ; *Markus Abraham*, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, 2018.

論 説

掘り下げた検討が加えられなければならない。こうした根本的な問いを一つひとつ解決することを通じて、表出的刑罰論が拠って立つ背景理論や刑罰構想の輪郭が浮かび上がり、刑罰の正統化という刑法学上の難題を解明するための重要な糸口が形成されると考える。

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。