

刑罰論と人格の尊重

高橋直哉

1 序

周知の如く、刑罰論において「人格の尊重」という観念を際立たせたのは Kant である。「[裁判による刑罰]は、犯罪者自身のためであれあるいは公民的社会的なためであれ、もっぱら或る他者の善を促進するための手段として課されるといったものでは決してありえず、常にただ彼が罪を犯したがゆえにのみ彼に課せられるといったものでなくてはならない。なぜなら、人は決して単に或る他者の意図のための手段としてだけ取り扱われ、そして物権の対象であるものと混同せられることはできないのであって、たとえ誰かが判決によって公民的人格性を剥奪されることがありうるにしても、当人の生得の人格性は右の混同から彼を保護するからである。」⁽¹⁾

ところで、目的刑論は、刑罰は犯罪予防などの社会的に望ましい目的を実現するのに役立つということを指摘して、刑罰を正当化する。そのメカニズムとしては、一般人の抑止、犯罪者の改善・教育、犯罪者の無力化、規範の確証など様々なものが指摘されているが、いずれにせよ、目的刑論によれば、刑罰は犯罪者の「利用」を含むことになる。犯罪者は、刑罰を科す側や社会の目的（犯罪者自身は共有していない目的）を達成するために、自分自身は欲しない取り扱いに服することになる。従って、Kant によれば、このような考え方は、犯罪者を「他の目的のための単なる手段として取り扱う」ものであり、理性的で自己決定をする存在としての彼の尊厳と全ての人に当然与えられるべき尊重を無視するものだとされる。

Hegel が、刑罰による威嚇は、「犬にむかって杖をふりあげるようなものであって、人間はその名誉と自由にしたがって取り扱われるのではなく、犬みたいに扱われる」と述べたとき⁽²⁾、彼は、この目的刑論に対する異議に、簡潔で分かりやすい表現を与えた。

現代の論者の中にも、これと同趣旨のことを述べる者がいる。例えば、今日の英米刑罰論における主要な論者の一人であるDuffは、刑罰は他のものよりも善い結果をもたらすが故に正当化される、と主張する結果主義consequentialismに対して、次のような批判を向けている。「もし、私が誰かに行動を改めるように説得することを正当化するものが、その人はそうすべきである、という（私の信念）であるならば、私がある人に提示すべき意味のある理由とは、まさに、その人はそうすべきであるという信念とその人にそうするよう説得しようとする私の試みを正当化する道徳的理由だけである。もし、それに代わって、私が、別の行動をとる打算的な理由をその人に提示するならば、特に、その人が納得しないままならば危害を加えると威嚇することによってそのような打算的な理由を創設するならば、私は、その人を理性的な道徳的主体として取り扱い、尊重することを止め、その代わりに、その人が服従するように操作し、強制しようとしていることになる。」⁽³⁾

このように「人格の尊重」という観念は、目的刑論、あるいは、結果主義刑罰論を批判する文脈で強調されるのが一般である。そしてその訴求力には、看過し得ないものがある。しかし、その一方で、「人格の尊重」が一体何を意味するのかは悩ましいほど不明確である⁽⁴⁾。また、この観念が有する多分に形而上学的な色彩は、合理的な刑罰論の構築を妨げるものとして忌み嫌われることも少なくない⁽⁵⁾。

果たして、この一面では依然として訴求力を保持し続けながら、他面では必ずしも内容が明確とはいえない「人格の尊重」なる観念は、刑罰論において真に有益な何がしかの意味を持ちうるのであろうか？この問いは古臭いものだと思われるかもしれない。また、KantやHegelが主張したとされる絶対的応報刑論は既に過去のものであるから、この問いは既に克服されたものだとみる者もいるかもしれない。しかし、「人格の尊重」という観念が応報刑論と目的刑論の対立点を顕在化させる役割を担ってきたことに鑑みるならば、KantやHegelの主張の当否それ自体とは別に、この観念を巡って生ずる問題をどのように処理すべきなのかを考えることには依然として意味があるように思われる。また、今日では、応報の要請と犯罪予防の要請とを調和・統合させようとするいわゆる相対的応報刑論なるものがわが国における刑罰論の主流を占めているが、双方の要請の調和・統合が本当に可能なのかということを考える上でも、「人格

の尊重」を巡る問いについて検討することにより何がしかの示唆が得られるのではないかとも思われる。そのような期待をもちつつ、以下、若干の検討を加えてみることにする。

2 「人格の尊重」の要求は無意味か？

(1) 「人格の尊重」という観念には、常に曖昧さがつきまとうが、ここでは、当面、主としてKantの見方に倣い、「理性的存在者として尊厳をもって取り扱われなければならない」「他の目的のための単なる手段として利用されてはならない」ということを主たる内容とするものとして捉えておくことにする。

ところで、「人格の尊重」をこのように理解した場合、それは刑罰論においてそもそも意味をもたない、とする見方が提示されるかもしれない。それには、大別すると、二つのものがあり得る。

ひとつは、いかなる刑罰論に立ったとしても、刑罰システムの存在を認める限り、少なくとも誰かを利用することは避けられない、とするものである。刑罰システムは人間が操作するものであるから、誤りが生じ得るということは避けられない。無実の者が誤って処罰されてしまうかもしれない。また、罪を犯した者であっても、誤ってより重い刑で処罰されてしまうこともあるかもしれない。応報刑論の立場からして、これらの者が受けるに値しない刑罰を科されていることは間違いない。ということは、応報刑論からしても、いかなるものであれ刑罰システムの存在を認める限りは、刑罰を受けるに値しない者が処罰される可能性があることを知っているシステムを是認していることにならざるを得ない。しかし、これは、結局、罪を犯した者が受けるに値する刑罰を科されるシステムを保持するために、刑罰を受けるに値しない者が処罰されるということ認めるものである。かくして、応報刑論を採ったとしても、受けるに値しない刑罰を科された者を社会全体の効用のために利用することになる⁽⁶⁾。

このような見方は、無実の者を誤って処罰してしまうことと無実の者を意図的に処罰することとを区別していない。確かに、刑罰システムの存在を認める限り、無実の者が誤って処罰されてしまう可能性があることを否定することはできない。しかし、仮にこれを、刑罰システムが生み出す全体的な効用の観点から是認したとしても、だからといって、無実の者を意図的に処罰することま

で許容されるわけではない。全ての者を不正義な刑罰が科されるリスクの下に置くということ、全体の効用のために特定の者を意図的に処罰するということは異なる。前者を刑罰システムが生み出す効用の観点から正当化することと、後者を人格の尊重の観点から否定することとは何ら矛盾しない⁽⁷⁾。従って、刑罰システムの可謬性から刑罰論において「人格の尊重」を要求することは無意味であるという結論を導くのは早計であるといわざるを得ない。

(2) 刑罰論において「人格の尊重」の要求は意味をもたない、という結論に至る可能性のあるもうひとつの見方は、刑罰以外の場面でも社会全体の効用を増大させるために人を手段として利用している場合があるということを指摘するものである⁽⁸⁾。例えば、精神の障害のために自傷他害のおそれがある者の拘禁・治療、感染症患者の隔離などは、国家が社会全体の効用のために人を手段として取り扱うものである。しかし、そのことを理由に刑罰の場合と同じような批判がなされることはあまりない。これらの措置においては、何ら罪のない人が手段として利用されているにもかかわらずである。刑罰において犯罪者を手段として取り扱うことを禁ずるのであれば、これらの措置も禁止されるべきである。逆に、これらの措置を許容するのであれば、犯罪者を手段として取り扱うことを批判する理由は存在しない。

しかし、このような見方には説得力がないであろう。精神障害のために自傷他害のおそれがある者を拘禁し、治療を受けさせるという措置を正当化するためには、単に自傷他害のおそれがあるということを示すだけでは足りず、その者が精神の障害のためにそのような危険性を認識することができず、その危険性を除去するように自分の行動をコントロールすることができないということ、すなわち、理性的に判断して自律的な行動をとる能力を欠いているということも示さなければならない。理性的に行動する能力を備えている者の自律的な意思決定を尊重せよという主張は、そのような能力を欠いている者にも同様の自由を認めよということまで要求するものではない。

他方、感染症患者の隔離の場合には、理性的に行動する能力の欠如が問題となるわけではない。そうではなく、この場合には、他者に害を及ぼす具体的な危険性を生じさせないためにとりうる行動が限定されているということが重要な関心事となる。感染症に罹患した者は、外出することで既に他者に害を及ぼす危険性を生じさせることになる。しかも、その危険性は、本人の意思決定と

は無関係に生ずるものである。すなわち、外出するという選択が、既に他者を危険にさらすという選択をしていることになるのである。このように本人の意思によっては制御できない危険性を生み出す行為を制限するために、感染症患者の行動は制約される。これと、例えば、犯罪予防のために特定の人を拘禁するというを同列に論ずるわけにはいかないであろう。なぜならば、犯罪によって他者に害が生ずる危険性は、本人がそのような行為にとりかかるという選択をすることによって具体化するものであり、外出するということによってその後の本人の意思決定とは無関係に生ずるものではないからである。それにもかかわらず、犯罪予防のために特定の人を拘禁するとすれば、それはその人の将来の意思決定を先取りし、それを信用していないことを意味する（「私たちは、あなたが適切に行動するというを信用できない。だから、誤った行動に出る機会を制限するためにあなたの行動を制約する」）⁹⁾。これには、理性的に行動し得る主体として尊重していないという批判が依然として向けられることになるであろう。

(3) 刑罰論において「人格の尊重」を云々することは無意味である、という主張はこれ以外にも考えられるかもしれない。ここでは、そのような可能性についてこれ以上詮索することはしない。ただ、いかなる主張がなされるとしても、社会全体の効用が増すという理由で無実の者の意図的な処罰を一般的に正当化することには、まずほとんどの者が反対するであろう。これは、まさに、人を他の目的のための単なる手段として利用する典型例である。もしこのような処罰を認めないのであれば、人を他の目的のために利用する措置が無条件に許容されるわけではない、ということについては、ほぼ合意が得られていると言ってよいであろう。しかし、なぜ、このような無実の者の意図的な処罰は許されないのであろうか？その点から考えてみることにしたい。

3 無実の者の処罰

(1) 「人格の尊重」の要求が、無実の者の意図的な処罰を禁ずることは疑いが無い。より大きな犯罪予防効果や社会不安の除去といった利益の実現を目指して、無実の者をスケープゴートとして処罰するといったことは、社会全体の効用を増大させるという目的のために個人を手段として取り扱うものである。

また、犯罪を行った者であっても、より大なる犯罪予防効果を狙って罪刑の均衡を失した重罰を科すならば、それも同様に個人を手段として取り扱うものとして禁じられるであろう。

(2) ところで、刑罰の正当化根拠を犯罪予防目的に求める見解に対して、無実の者の処罰や罪刑の均衡を失した処罰を許容することになるという批判が向けられてきたのは周知のことであるが、そのような批判に対する反論の一つとしていわゆるルール功利主義によるものがある⁽¹⁰⁾。それによれば、効用の最大化という基準は特定のルールの選択についてのみ適用され、個々の行為の正・不正はその適用可能なルールに従って評価されることになる。ここで、仮に、必要だと考えられる場合にはいつでも無実の者を処罰することが許されるという刑罰制度に関するルールが採用されたとしよう。しかし、そのようなルールを採用することは、刑罰制度に対する国民の信頼を失わせ、また、いつ自分もこのようなやり方で罪に陥れられてしまうかもしれないというおそれを生じさせたりするため、そのようなルールは、意図的なスケープゴートを許容しないルールよりも一層悪い結果になるであろう。従って、無実の者は処罰されないというルールを採用する方が、長い目で見れば社会の利益を促進するという結果をもたらすであろうという理由で、そのようなルールが採用されることになる。また、犯罪予防、犯罪者の社会復帰、社会秩序の維持といった刑罰目的を達成するためには、非難に応じた刑を科すという罪刑の均衡の原則と、非難可能なときにのみ刑を科すという責任主義の原則を堅持しなければならない、とする見解⁽¹¹⁾も、基本的にはこのようなルール功利主義の発想を基礎に置いているとみることができるであろう。

(3) さて、「人格の尊重」という観点を重視する論者は、このような見解を是認するであろうか？その答えは、おそらく否である。確かに、これらの見解も、結論においては、無実の者の処罰や罪刑の均衡を失した処罰は許されないとしている。しかし、その理由は、そういった処罰を許容する刑罰制度では、目指すところの刑罰の目的・効果が達成できないという点に求められている。無実の者が処罰されないのは、処罰されるような行為を何らしていないからではない。そのような者を処罰しても、好ましい結果が得られないからである。

だが、人格の尊重を重視する者からすれば、これは転倒した思考だとみられるであろう。なぜならば、人格を尊重するということは個人を常にそれ自体目

的として取り扱わなければならないという要求を含むものとして理解されなければならないからである。個人は常に、それ自体に価値を認められる人格として取り扱われなければならない。個人は常に、それ自身、また、そのなした行為がもつ価値に応じて遇されなければならない。犯罪を行った者は刑罰を受けるに値し、犯罪を行っていない者は刑罰を受けるに値しない。このような個人の有する価値に応じた取り扱いを要求するからこそ、無実の者は刑罰を受けるに値しないから処罰してはならないのである。それは決して犯罪予防効果の大小などによって左右される仮言的な性格のものではなく、定言的な性格を帯びた要求なのである⁽¹²⁾。真に人格を尊重するというのであれば、そのような処罰がいかなる効用をもたらすかという点の判断に先立って、あるいは、それとは独立に、その者は刑罰を受けるに値するものなのかどうか判断されなければならない。無実の者の処罰や罪刑の均衡を失した処罰の禁止を刑罰目的・効果に還元する立場は、この点を見誤っている。

4 罪を犯した者の処罰

(1) 「人格の尊重」が、刑罰を正当化するに当たって、刑罰の効用の判断に先立って、あるいは、それとは独立に、その者が刑罰を受けるに値する者であるかどうかを判断しなければならないという要求を含むものであると理解した場合、次なる問題として、それでは、刑罰を受けるに値することが判明している者に対して刑罰はどのように科されるべきか、という問いが提起されることになる。

ここで関心もたれるのは、人格の手段化の禁止は、全面的かつ絶対的な要請なのかという点である。例えば、Kantは、人間は他の目的のための単なる手段として用いられてはならないとするが、これは「単なる」手段として用いられているのでなければそのような措置は許容されると解釈する余地がある⁽¹³⁾。そのような観点から見た場合、検討を要する見方が少なくとも二つある。

(2) ひとつは、刑罰を犯罪者の改善・教育という観点から理解する立場のものである。例えば、他者の犯罪を抑止するためにのみ犯罪者が処罰されるのであれば、それは、犯罪者を他の目的のための単なる手段として取り扱うことになるであろう。しかし、刑罰が、犯罪者本人の改善・教育、ひいては社会復帰

をも目的とするものであるとすれば、そのような目的は犯罪者本人の効用にも資するものであるから、犯罪者を「単なる手段」として取り扱うものではない、といった主張がそれである⁽¹⁴⁾。

しかし、このような主張は、刑罰がもつ強制的な性格に着目するならば、説得力の乏しいものとなるであろう。仮に刑罰が犯罪者自身の改善・教育といった目的を有していることを認めたとしても、これを処罰される者が望んでいるかどうかにかかわらず達成されるべき目的として把握するならば、それはやはり処罰する側あるいは社会が実現を望んでいる目的であって、犯罪者自身の目的とは言い難いであろう。

これに対しては、改善されることを望んでいない犯罪者であっても、改善されることによって本人が利益を得るのだから、それは依然として、犯罪者本人を単なる手段としてではなく、目的として取り扱うものである、といった反論がなされるかもしれない。しかし、これは結局、「私たちは、何があなたにとって最善であるかを知っているから、あなたが望むか否かにかかわらず、それをあなたに与える」という典型的なパターンリズムを認めることになる。これが相手方を理性的な自己決定をなし得る自律した主体として尊重することと両立するのは極めて疑わしいと言わざるを得ない。従って、刑罰は犯罪者自身の改善・教育といった目的も有しているということを指摘しても、犯罪者を他の目的のための単なる手段として用いることになるという批判を十分に反駁するものとはいえないであろう。

(3) 他のひとつは、刑罰の中心的な正当化根拠は犯罪予防などの刑罰目的に求めつつも、その目的を追求するに当たっては、無実の者の処罰の禁止や罪刑の均衡といった刑罰目的に還元することのできない独立の制約が課されるとする見解である⁽¹⁵⁾。この種の見解には、微妙にニュアンスを異にするいくつかの見方があるが、それらに共通する特徴は、犯罪予防などの刑罰目的の追求と無実の者の処罰の禁止や罪刑の均衡といった要請はそれぞれ独立に考慮されるべきものであり、場合によっては両者が矛盾対立することもあると考えていることである。その点で、無実の者の処罰の禁止や罪刑の均衡を刑罰制度の効用判断に還元する前述したルール功利主義の考え方とは決定的に異なる。

この種の見解によれば、無実の者の処罰や罪刑の均衡を失した処罰が禁じられる理由は、そういった処罰が刑罰目的の達成を阻害するという点に求められ

るのではなく、そういった処罰は正義に反するという点に求められることになる⁽¹⁶⁾。無実の者を処罰したり、犯罪との均衡を失した重罰を科したりすることが、仮により大なる犯罪予防効果をもたらすことがあるとしても、刑罰はその者がそれを受けるに値することが判明している場合において、その受けるに値する範囲内で科される場合にしか正当化されないと解されることになるのである。

この種の見解が、個人を他の目的のための「単なる手段」として取り扱うものではない、ということは、とりあえず了解することができるであろう。なぜならば、刑罰目的・効果に関する評価とは独立に、その者が刑罰を受けるに値するものかどうかを判断し、後者の判断によって前者の目的追求を制約しているからである。その者が刑罰を受けるに値することが判明しており、その受けるに値する範囲内でしか刑罰は正当化されない。

しかし、他方で、この種の見解では、そのような制約に服しつつも、刑罰の中心的な正当化根拠は犯罪予防などの刑罰目的に求められている。つまり、この見解によっても、刑罰は犯罪予防などの目的を達成するために科されるのであり、その限りでは、犯罪者を刑罰目的のために「手段」として用いていることは否定できない。このような手段化が、「人格の尊重」の要求に反するかどうかが問題である。

(4) その答えは、「人格の尊重」という観念に刑罰を正当化するに当たりどのような役割を担わせるかによって変わってくるであろう。仮に「人格の尊重」の観念は刑罰の「限界」を定めるだけのものだと見るのであれば、ここでとり上げている見解はその要求を満たしている。そのような見方によれば、刑罰を科される立場に自己の身を置くかどうかを、個人の自由な選択に委ねている限り、その者に刑罰を科しても、個人を他の目的のための手段として用いたことにはならない⁽¹⁷⁾、とか、個人を他の目的のための手段として取り扱うことになるとの批判が妥当するのは、その者の責任を超えて刑罰目的を追求する場合に限られる⁽¹⁸⁾、などと主張されることになるであろう。

これに対して、「人格の尊重」の観念は刑罰の「内容」をも規定するものだと考えた場合には、ここでとり上げている見解では不十分だということになると思われる。なぜならば、ここでとり上げている見解によれば、刑罰の「内容」を指導するものは刑罰目的だけだからである。無実の者の処罰は許されない、

罪刑の均衡を失した処罰は許されないという限界は定められても、その範囲内において科される刑罰の内容は刑罰目的を達成するのに最も効率的な方法が選択されるべきことになるであろう。その際にとられる方法が、相手方を理性的な存在者として尊重するものであるかどうか、という考慮は、この種の見解においては本質的な意味をもたないということになると思われる。

(5) ところで、いずれの見方に立ったとしても、検討を要する問題がある。それは、刑罰は犯罪に対する非難を不可欠の構成要素としているという点をどのように説明するかという問題である。刑罰目的を達成するための効率的な方法を選択するという観点から見た場合には、刑罰が非難の意味をもつことはどのように説明されるのか、ということが問われなければならない。他方、人格の尊重の要求が刑罰の内容を規定するとみる立場からは、犯罪者を非難するということがそのような尊重とどのように結びつくのか、ということが明らかにされなければならない。次にこの問題について考えてみよう。

5 刑罰と非難

(1) 刑罰には非難の要素が含まれていなければならない、ということは、今日、一般的に承認されている。そして、刑罰には非難の意味が込められている点で、例えば、感染症に罹患した者を病院に入院させることなどは異なると説明される⁽¹⁹⁾。しかし、なぜ、刑罰は非難の要素を含まなければならないのだろうか?⁽²⁰⁾

(2) まず、犯罪を非難することが有益な結果をもたらす可能性があるということは、容易に思いつくことである。例えば、犯罪者に対する教育的な効果、公的に非難を表明することによる規範確証の効果、被害感情を慰撫する効果、などがそれである。この点を重視すれば、刑罰が非難の意味をもつのは、それが刑罰目的を達成する効果的な手段だからだという考え方に赴くことになる⁽²¹⁾。もっとも、その場合、無実の者は非難されず、犯した罪との均衡を失した非難を加えられないという、「人格の尊重」に由来する制約は課されることになるだろう。

このような考え方に対しては、いくつかの疑問・批判が提起されることになるであろう。

まず、非難することが、刑罰目的を達成する最も効率的な方法なのかという問題がある。確かに、非難することが前述のような有益な結果をもたらすことがあるということは認められるであろうが、非難すること以上に効率的な手段はないと考えるのは疑問であろう。その点で、刑罰が非難を本質的な属性とすることをうまく説明できないのではないかという疑問が残る。

更に、この見方によると、非難はそれがもたらすと予想される有益な結果の故に選択されるのであり、非難することそれ自体に本質的な意味があるわけではない。有益な結果を生じさせることを狙って非難するのであり、犯罪という不正な行為が行われたから非難するのではない。この見方からすれば、行為者が過去に行った不正な行為に注意を向けさせることは基本的な要請ではなく、ただ将来において犯罪行為を控えるという判断をするように仕向けるためだけに非難するのであってよいということになる。

このように非難を将来の行動を改めさせる打算的な理由を提供するものとして把握することが、「人格の尊重」に反しないかが問題である。この点、理性的存在者の意味を、合理的な計算ができるという道具主義的な理性を備えている者として理解するのであれば、人格を尊重しているということは十分可能であろう。ただ、そのように理解した場合には、目的それ自体として尊重されるべき人格の意義が揺らぐおそれがあるように思われる。例えば、道具主義的な意味での理性を備えている者として対応すればよいのだとすれば、罪刑の均衡を要求する必然性は必ずしもないのではないかという疑念が生ずるかもしれない（合理的に計算する能力だけに配慮すればよいのなら、より大なる犯罪予防効果を狙って重い刑を科すことにしても、単なる手段として取り扱うことにはならないと解する余地があるかもしれない）。要は、道具主義的な理性にのみ着目した場合、そのような意味での理性的存在者をそれ自体目的として取り扱わなければならない理由がどこにあるのか、ということが問題である。

他方で、理性的存在者の意味を、道徳的な理由に対応することができるという道徳的理性を備えた者として理解するのであれば、行動を改めるべき道徳的理由は提示することなく打算的な理由を提示することは、その者の人格を十分には尊重していないとされることになる。なぜならば、そのようなやり方は、打算的な理由を与えて相手方を「操作」しようと企てるものだからである。

(2) それでは、相手方を道徳的理性を備えた存在者として理解し、その人格

を尊重するという点と関連づけて考えたならば、刑罰が非難の要素を含むことはどのように説明されるのであろうか？この点に関しては、Duffの見解が、極めて有益な視座を提供してくれるように思われる。Duffの見解は、概要以下のようなものである⁽²²⁾。

「人格の尊重」は、他者を自律した理性的主体として尊重せよ、との要求を含むものである。他者を自律した理性的主体として尊重せよとの要求は、他者を、その者自身の理解に従って、自分の行動を律することができる主体的存在として尊重せよ、ということの意味する。犯罪を行った者に対してもこのような尊重を払わなければならないとすれば、その者に対して、なぜ自分の過去に行った行為が不正なものなのかその真の理由を提示し、自分自身でその意味を理解し、反省・悔悛して、今後の自らの行為を改めるように説得することに努めなければならない。そのような自己改善は、決して強制されるものではない。提示された理由に納得するかどうかは、あくまで、相手方の意思に委ねられている。しかしながら、犯罪を行った者であっても、自律した理性的判断をなし得る者であるならば、自分の行為がなぜ不正なものなのか、という点に関して、熟慮すれば理解できるはずであり、また、理解することができるはずだとの期待をもって接しなければならない。そのような行為が不正となる真の理由を伝達するために、犯罪を行った者を非難するのである。

この見解は、刑罰には犯罪予防などの目的があることを認めるが、その目的を達成する手段・方法が、刑罰目的達成手段としての効率性によってではなく、他者を自律した理性的主体として尊重せよという「人格の尊重」の要求によって規定されるものと考えている。目的を達成するための手段それ自体が定言的な性格を帯びた「人格の尊重」の要求によって規定されるが故に、刑罰が非難を不可欠の要素とするということがより説得力ある形で説明されているといえよう⁽²³⁾。

(3) しかし、このような見解は、現実に私たちが行っている刑罰実践を前提とした場合、ひとつの難題に直面する。それは、現実の刑罰は、単に過去の犯罪行為を非難するに止まらず、更に（場合によっては極めて重大な）害の賦課を伴っているということである⁽²⁴⁾。犯罪行為が不正である理由を伝達するために非難することが問題なのであれば、それは言葉だけでも可能であろう。非難の程度が大きい場合には、それを示すために何らかのより象徴的な表現方法が

付加されることも考えられるであろうが、現実に刑罰の名の下に賦課されている害はそのような象徴的意味をはるかに超えていると言わざるを得ない。そこで、このような害の賦課が、人格の尊重の要求と両立し得るものなのかが問われなければならない。

6 害の賦課

(1) 「人格の尊重」の要求と刑罰における害の賦課とを両立させることはできるのだろうか？古典的な応報刑論は、この問いに答えようとしたものだとみることでもできる。

例えば、Hegelは、理性的な存在者としての行為者は、自己の犯行によって、その場合に自分が自らの法としてその下に包摂されてもよい一般的な法則を立て、それを承認しているということを主張した⁽²⁵⁾。ある者が犯罪を行なう場合、その行為が「普遍的法則」となることを宣言しているとすれば、すなわち、そのようなやり方が人間を取り扱うべきやり方であると布告しているのだとすれば、それと同じやり方でその者を取り扱っても、それはただ人間はこのように扱われるべきだとその者が決めたように本人を扱っているに過ぎない。これは自分がどのように取り扱われるべきかについて本人に決定させているという意味で、その者の人格を尊重している。

しかし、人は、行為をする際、常に規範的な態度決定をしているという前提は疑わしいように思われる。また、仮にそのような規範的な態度決定をしているとしても、例えば、行為者が「自分の都合次第で他人を害してよい」というような内容の一般的な法則を立てた場合に、国家がその法則を是認すること（その者を同じやり方で取り扱うとはそういうことであろう）が人格の尊重の要求に合致するとは言い難いであろう。

他方で、そのような法則を立てるのは現象人 *homo phaenomenon* としての自己ではなく、立法的理性を備えた本体人 *homo noumenon* としての自己だと考えるならば⁽²⁶⁾、別の人格（理性的なその人）であるならば受容するであろう正当化根拠を提示しそれを受容させることが、（理性的でない）その人を尊重するやりかただということになるかもしれない。しかし、これは、Berlinが「積極的自由」という観念に照らして唱えた「もしあるひとが現にそうでない、少

なくともまだそうでないあるものであるならば、そのひとが選ぶであろうところのものと、そのひとが現実にも求め選択するものとを同一視する」「おそろしい偽装」だとする批判を想起させることになる⁽²⁷⁾。

今日においても応報刑論を支持する者にとって、「人格の尊重」の要求と刑罰における害の賦課とをいかにして両立させるかは重要な課題である。ポイントは、過去の犯罪と現在の刑罰の間には必然的な関係があり、刑罰は犯罪に対する反応として本質的に善である（従って、犯罪者の権利を侵害するものではない）ということはいかにして示し得るかにあるといえよう。しかしながら、この点を首尾よく説明し得ている見解は未だ提示されていないように思われる。

(2) 次に、見方を変えて、この問題に対して、人は犯罪を行なうことによって処罰されることに同意しているのだから、その者を処罰しても他の目的のための単なる手段として取り扱っていることにはならない、と答えることはできるであろうか？

この点に関して、Ninoの主張には興味深いものがある⁽²⁸⁾。Ninoは、「ある行為が必然的な結果として特定の義務の引き受けを伴うものであることを知りながら、その行為を自由意思に基づいて行う者は、その義務を引き受けることに同意している」という理解から出発する。そして、「犯罪を行うことの必然的な法的帰結は、その人が以前に享受していた刑罰を科されない権利を失うということである」。従って、自由意思で犯罪を行い、自分がそのようなことをしているということを理解している者は、自分が刑罰を科されない権利を失うことに同意している、ということになる。

Ninoがここで問題としている同意は、行為者が選択した行為の事実的な結果に対する同意ではなく、規範的な結果に対する同意であることに注意しなければならない。もし、自己の選択した行為がもたらすと予測される事実上の結果を知りながらその行為を行った場合には、その結果について同意することになるとすれば、銀行強盗が「金を出せ。出さないと撃つぞ。」と命令したのに対し、被害者がそれに従わないので撃たれたという場合、被害者はそのような態度に出れば撃たれることを知っていたのだから撃たれることに同意していたということになるが、それは不合理である。それに対して、自己の行為がもたらす避けがたい規範的な結果には同意していると言わざるを得ない。犯罪者は自分が処罰されることに同意しているとはいえないかもしれないが、刑

罰が許容される状況がもたらされる（刑罰を科される責任が発生する）ということには同意していると言わざるを得ないであろう。「刑罰を科されない法的な権利が失われるということがその行為の必然的な結果であるということを知りながら、自由意思による行為—犯罪—を遂行する者は、その規範的な結果に同意している」。そして、犯罪者は、処罰されることに反対するいかなる要求も失うことに同意していたのであるから、国家が彼を処罰することは、たとえ、これが、通常の場合であれば許容できないであろうようなやり方で彼を取り扱うことを含んでいるとしても、道徳的に許容されることになる。Nino曰く、「私たちは、個人の道徳的自律性を信頼しているのであり、その道徳的自律性が、個人の自由かつ意識的な引き受けに基づいて、刑罰を負う責任を創出するのである」⁽²⁹⁾。

この見解は、一見すると非常に魅力的に見える。しかしながら、この見解には、決定的な難点があると言わなければならない。例えば、殺人を犯した者は、「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」に処されるという責任を負うことに同意しているとはいえるかもしれない。殺人という行為がこのような刑罰を必然的にもたらすという規範的な関係が正当なものであるとすれば、そのことを知りながら殺人に及ぶ者にその結果を現実化させることが正当化されるのは当然である。しかし、私たちが求めているのは、そもそも殺人という行為の規範的な結果としてこのような刑罰を結び付けることの正当化根拠である。更には、生命や自由の剥奪という重大な害を賦課することが、その者の人格を尊重することと両立するといえる根拠である。この点で同意に訴えかけることは無意味であろう。なぜならば、法以前の次元で、殺人を行った者は自己の生命や自由を剥奪されることに同意しているとするのは、そのような害の賦課は正当化されるということをほとんど自明視していることになるからである。Ninoの見解は、刑法が規定する刑罰が正当化されるものであるとすれば、犯罪を行った者に刑罰を科したとしても、それはその者の人格の尊重と両立し得るといえることは説明し得るとしても、そもそも刑法が定めている刑罰のあり方が人格の尊重と両立し得るものかどうかという問いには答えられていないと言わなければならないであろう。

(3) 最後に、刑罰が非難を不可欠の構成要素とすることを「人格の尊重」と関連づけて説明する5で言及したDuffの立場から、害の賦課がどのように正当

化されるのかを見てみたい。

Duffによれば、刑罰は、犯罪を理由として受けるに値する非難を犯罪者に伝達し、それによってその者に自己の犯罪を悔いさせ、自分自身を改善し、自分が不正を働いた相手方と和解させることを目的としたコミュニケーション的な企てであるべきである。Duffは、このようなコミュニケーション的な企てを、悔悛repentance、改善reform、和解reconciliationという目的（三つのR）に奉仕する一種の世俗的な苦行penanceとして描き出す⁽³⁰⁾。

このような理解から、なぜ非難を伝達するときに言葉や純粹に象徴的な手段だけではなく、厳しい取り扱いhard treatmentが必要となるのか？

Duffは、まず、悔悛との関係で次のように言う⁽³¹⁾。誤りを犯す可能性のある道徳的主体である私たちは、自分が不正を行なったとき、その事実から目を背ける誘惑は多いし、また、あまりに安易にそうしすぎる。今はその不正を悔いていると思うかもしれないが、その不正を十分真剣に考えないために、真剣に悔まないことがあまりに多い。しかし、悔悛は、少なくとも重大な不正に関しては、その本質上、すぐに達成され完了するものではあり得ない。自分が不正をなした人に対して何を行なったのか、そして、なぜそのようなことができたのか、ということ、徹底的に考え、また、理解するように努めなければならない。刑罰が厳しい取り扱いを伴うのは、自分の行なった犯罪に本人の注意を集中させるためである。私たちは、それによって、犯罪者が、自分の行なった犯罪の本質や意味について考え、他のやり方よりも適切にその犯罪と向き合い、それによってより真正な悔悛に達することができるような構造が提供されることを期待している。誤りを犯す可能性のある道徳的主体として、私たちは、そのような悔悛を助け、深めるための苦行を必要とするのである。

更に、Duffは、和解との関係で次のように主張する⁽³²⁾。和解は謝罪を必要とする。特に重大な不正行為の場合には、謝罪は単に言葉だけではなくそれ以上のものによって表現されなければならない。その場合には、厳しい取り扱いを伴う苦行が、犯罪者を自分が不正を働いた相手方と和解させるべき説得力ある謝罪を構成する。もっとも、この場合の謝罪は多分に形式化されたものである。友人間等の親しい関係では、謝罪は誠実なものでなければ意味がないであろうが、市民間のような関係では、それが誠実なものであるかはとりあえず措き、まずは謝罪をするということが重要である。他方、仲間たる市民の側からすれ

ば、そのような謝罪が行われたならば、それが誠実になされたものかどうかは詮索することなく、謝罪が行われたという事実を受け容れて、その者が共同体に復帰することを認めるべきである。

しかし、このようなDuffの主張に対しては、いくつかのかなり根本的な疑問を提起することができる。

まず、真剣な悔悛のために厳しい取り扱いが必要だとするが、害を賦課することは、「自分の行なった犯罪に本人の注意を集中させる」よりもむしろ、自分が被っている苦痛に関心を集中させてしまう可能性がある。そうになると、悔悛させるのではなく、苦痛を被りたくなければ犯罪を控えた方が得だと考えるように仕向けるという側面が強くなるであろう。これは、打算的な理由を与えて相手方を操作するものであり、相手方を理性的主体として尊重するやり方ではないとして、Duffが強く批判するものである。しかも、この点は、Duff自身が、刑罰は犯罪者の行為に対する社会の非難を伝達することを第一義としつつも、不完全な道徳的主体である私たちに犯罪を控えるための追加的な打算的インセンティブを与えるものとして厳しい取り扱いが課せられるとする von Hirsch らの見解⁽³³⁾ に対し、そのような追加的な打算的インセンティブは、非難がもつ道徳的メッセージの訴求力を補充するのではなく、それを掻き消し、それに取って代わってしまうのではないか、といった疑問を提起しているだけに⁽³⁴⁾、なぜ自説について同様の批判が当てはまらないのか、という疑問はより一層大きなものとなるであろう。

また、Duffは、刑罰を、犯罪者の注意を自己の行った犯罪に向けるように強いるものとして描き出している⁽³⁵⁾。しかし、本人が無視したいと思っていることに注意を向けるよう強いることが、その人の自律性や主体性を尊重することと両立し得るのかは問題である。

更に、Duffが刑罰を公的な謝罪として描き出しているところでは、自律性を侵害することにならないかとの疑念がより一層強まるであろう。なるほど、Duffは、誠実な謝罪でなくともよいとするが、自分は悔いていないのに形だけ謝罪することを求めるのは、自己の良心に反する振る舞いを要求することであり、これが相手方の自律性を尊重する方法だとするのは理解が困難である⁽³⁶⁾。また、そのような誠実ではない形式的な謝罪が、真剣な悔悛をもたらすのか（形だけ謝罪しているような振りをすれば足りるという考えを誘発しないか）、

また、自分が不正を働いた相手方との和解をもたらすことができるのか、という疑問も提起されることになるであろう。

Duffの豊穡かつ複雑な主張の全貌を正確に理解することはかなりの難事であるが、おそらく、ここで言及している点はDuffの見解にとって最大のウィークポイントではないかと思われる⁽³⁷⁾。Duffは、他説を批判する文脈において、次のように述べている。「私たちは、法の要求を正当化する関連性のある理由に訴えかけることによって、犯罪者に法に従うように説得しようとすることは許されるであろう。もし、彼が依然として法に違反するならば、私たちは、彼を非難し、批判してよいであろう。私たちは、彼に対して、仲間である市民に対する関係で当然に負うべき義務として、刑罰を求めるべきである、あるいは、刑罰を受容するべきである、と説得しようとするこさえ許されるであろう。しかし、私たちは、彼が現在公言している意思に反して、その刑罰を彼に科すことはできないし、そのような刑罰を科すことで、私たちは彼を自律した主体として取り扱っている、あるいは、尊重していると主張することもできない。」⁽³⁸⁾この批判がなぜ自身の見解には当てはまらないのか？十分な説明が与えられているようには思われない。

7 結語

残念ながら、これまでの考察により、「人格の尊重」の要求に忠実な刑罰論とはどのようなものなのかを明確にすることはできなかった。否、むしろ、問題は更に深刻なものになったかもしれない。なぜならば、「人格の尊重」の要求内容を強いものと捉えれば捉えるほど刑罰（少なくとも私たちが手にしているような刑罰）を正当化することは困難となり、他方で、現実的な線で刑罰の正当化が可能になるように「人格の尊重」の要求内容を弱めると、なぜそのような要求が重要なかの理由が不確かなものとなるというアンビバレントな様相を呈してきているからである。

しかし、刑罰論において「人格の尊重」がもつ意味を考えることには依然として意味があるというべきであろう。畢竟、刑罰は人間を対象とするものである。しかも、様々な点で他の制度・慣行とは異なり、とりわけ、意図的な害の賦課を伴うという点で極めて特異な性格をもっている。そのような制度がいか

にあるべきかを語るには、まずそこに存在する人間をどのように把握すべきかという問題から始めなければならないであろう⁽³⁹⁾。その人間の捉え方を「人格」という言葉で表現するならば、それはまさに刑罰を語るための論理的始原概念である。そのようなものへの眼差しを欠いた刑罰論は、浅薄であるといわなければならない。

- (1) カント(加藤新平・三島淑臣訳)「人倫の形而上学〈法論〉」野田又夫責任編集『世界の名著39カント』(1979年)473頁。
- (2) ヘーゲル(藤野渉・赤沢正敏訳)「法の哲学」岩崎武雄責任編集『世界の名著44ヘーゲル』(1978年)300頁。
- (3) R.A. Duff, “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment,” *Crime and Justice: A Review of Research* 20 (1996), p. 14.
- (4) Griffinは、「人格の尊重」を「とらえどころのない、ほとんど内容空虚な観念」とする(J. Griffin, *Well-Being*, 1986, p. 269.)。
- (5) 例えば、「カントとヘーゲルからの訣別」を唱えたKlugは、カントの定言命法を内容空虚な公式にすぎないとし、「何ら内容的なものを引き出せない空虚な原則からは、応報の原理を引き出すこともできない」と批判する(U. Klug, *Abschied von Kant und Hegel*, in: J. Baumann (Hrsg.), *Programm Für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, S. 36.)。また、前田教授は、「カントやヘーゲルのような形而上学的な応報刑論は、完全に説得力を失っている」とする(前田雅英『刑法の基礎 総論』(1993年)21頁)。これに対し、飯島教授は、ドイツ刑法学におけるカント主義復権の動きを伝えている(飯島暢「ドイツ刑法学におけるカント主義の再評価」香川法学第29巻第3・4号(2010年)23頁以下)。
- (6) Schedlerは、応報主義者は、「誤って処罰される者の幸福を、罪を犯した者を処罰するというより大なる善と進んで交換している」とする(G. Schedler, “Can Retributivists Support Legal Punishment?,” *Monist* 63 (1980), p. 189.)。また、Philipsは、「私たちが無実であると考えている人を処罰することと、無実の者が処罰されるという結果を不可避免的に伴うということを私たちが知っている政策を採用するということとの間に、実際のところ、道徳的に重要な違いは存在するであろうか?」との問いを発している(M. Philips, “The Inevitability of Punishing the Innocent,” *Philosophical Studies* 48 (1985), p. 389.)。
- (7) この点に関連しては、Bermannの見解に興味深いものがある(M. Bermann, “Punishment and Justification,” *Ethics* 118 (2008), pp. 258-290.)。彼は、刑罰を「中心的なケース」と「周辺のケース」に分け、後者には「何ら犯罪が行なわれていないという理由か、あるいは、犯罪は行なわれたが、その個人はその犯罪について責任がなかったという理由で、不正行為者ではない者に刑罰が科される場合」

が含まれているとする。そして、「中心的なケース」は応報主義的な理由で正当化され、「周辺のケース」は全体としての刑罰の実践によって生み出される複合的な効用に着目することにより、結果主義的なやり方で正当化される、とする。

- (8) Walkerは、再開発のための住民の立ち退き、空港の近くに住む者に生ずる不利益、感染症に罹患した者の行動の自由の制約、徴兵制などを例に挙げ、抑止としての刑罰を他者の利益のために犯罪者に害を与えるものだという理由で非難する者は、無実の者に対してなされているこれらの事柄も非難するか、あるいは、なぜ罪を犯した者だけが手段として取り扱われてはならないのか説明するかしなければならないとする (N. Walker, *Why Punish?: Theories of Punishment Reassessed*, 1993, p. 54.)。これに対して、Booninは、それは意図的に害を与えることと単に害の発生が予期されていることとの間の区別を無視しており、Walkerが挙げる例は全て、ある者にある害が生ずると共に、他の多くの者により大なる利益がもたらされるということが予期される行為を意図的に行うものであって、意図的に相手に害を与えるものである刑罰とは異なる、と批判している (D. Boonin, *The Problem of Punishment*, 2008, pp. 61-62.)。このような考え方には意図されたものか否かの判断の点で若干微妙なものが残るが、単に害の発生が避けられないというだけでなく、害を伴わなければそもそも刑罰とはいえないという意味で理解するのであれば、基本的に承認できるように思われる (拙稿「刑罰の定義」駿河台法学第24巻第1・2合併号 (2010年) 105頁以下参照)。
- (9) これとの関連で、例えば、1994年カンザス州法が規定する「性的暴力犯罪者sexually violent predator」に対する民事拘禁やイギリスの反社会的行動命令 (ASBO) などには、対象者がその後の意思決定をする機会を完全に封鎖するという点で、主体性の尊重という観点から疑問が呈されることになろう (ASBOに関してこの点を問題とするものとして、R.A. Duff, "Perversion and Subversion of Criminal Law," in R.A. Duff et al (eds), *The Boundaries of the Criminal Law*, 2010, pp. 99-100.)。
- (10) ルール功利主義については、J. Rawls, "Two concepts of rules," *The Philosophical Review* 64 (1955), pp3-32. (ジョン・ロールズ [田中成明編訳] 『公正としての正義』 (1979年) 289頁以下) 参照。なお、ルール功利主義自体の問題点を検討することは、本稿の目的ではない。ルール功利主義に基づく刑罰論の全体的な検討に関しては、Boonin, n. 8 *supra*, at. pp. 62-77. 参照。
- (11) 前田雅英『刑法総論講義 [第5版]』 (2011年) 26頁。
- (12) Montagueは、行為功利主義であれルール功利主義であれ、「罪を犯したのか無実なのかに関する考慮は、刑罰が正当化されるかどうかということについて、せいぜい、条件的な関係しか有していない」とする (P. Montague, *Punishment and Social-Defense*, 1995, p. 11.)。
- (13) 英米では、Kantの見解を応報主義ではなく結果主義の観点から理解しようとする見解も散見される (D. Sheid, "Kant's Retrivutivism," *Ethics* 93 (1983), pp. 262-282.; B.S. Byrd, "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution," *Law & Philosophy* 8 (1989), pp. 151-200.; T. Hill, "Kant on

- Wrongdoing, Desert, and Punishment,” *Law & Philosophy* 18 (1999), pp. 407–441. また、ドイツでも、Kantは純粹に功利だけを考慮することを排除しようとしたに止まるとする解釈を示す者がいる (A. Mosbacher, *Kants preventive Straftheorie*, ARSP 90 (2004), S. 219. また、Kantのテキストが様々な解釈の余地を与えることについては、L. Greco, *Lebendiges und Todes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009, S. 73 ff. 参照 [なお、同書の紹介として、飯島暢「Luís Greco, Lebendiges und Todes in Feuerbachs Straftheorie, 2009の紹介」川端博 = 浅田和茂 = 山口厚 = 井田良編『理論刑法学の探求③』(2010年) 221頁以下がある])。]
- (14) A.C. Ewing, *The Morality of Punishment*, 1970, pp. 50–51.; H. Gross, *A Theory of Criminal Justice*, 1979, pp. 382–383. 参照。
- (15) わが国の見解では、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年) 124頁以下、曾根威彦『刑法総論[第4版]』(2008年) 39頁などがこのような立場だといえよう。なお、英米では、犯罪予防目的に対するこのような制約を「横からの制約side constraint」と呼び、Hartの見解が代表的なものだとみなされている (Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968.)。
- (16) この点に関し、Hartは正義という観点からではなく「自由の最大化」という観点から制約の必要性を説明している (Hart, n. 15 supra, at. p. 23, p. 46. この点に関しては、拙稿「応報概念の多様性」川端博 = 椎橋隆幸 = 甲斐克則編『立石二六先生古希祝賀論文集』(2010年) 36頁, 44頁注(14)参照)。
- (17) Hart, n. 15 supra, at. p. 22–24.
- (18) C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl, 2006, §3 Rn. 57.
- (19) 井田良『講義・刑法学総論』(2008年) 9頁, 山口厚『刑法総論[第2版]』(2007年) 3頁など。
- (20) なお、拙稿「刑罰と非難」東海大学総合教育センター紀要第23号(2003年) 1頁以下も参照。
- (21) 非難を展望的な観点から説明するものとして、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」内藤謙 = 田宮裕 = 松尾浩也 = 芝原邦爾編『平野龍一先生古希祝賀論文集(上巻)』(1990年) 977頁以下など。
- (22) ここでは、R.A. Duff, *Trial and Punishment*, 1986. で示された見解を念頭に置いてまとめている。
- (23) Duffは、非難を一方的に表明されるものとしてではなく相互理性的なコミュニケーション活動として理解しているが (Duff, n. 3 supra, at. p. 32–35.), そこには、非難する相手方を道徳的主体として尊重せよとの要求に忠実であろうとする姿勢が現れている。
- (24) Hörnleは、刑罰のコミュニケーション機能を重視する見解を「表現的刑罰論Expressive Straftheorien」と呼び、同説にとっては、なぜ刑罰には害の賦課が伴うのかということが解決を要する重要な問題となるということを指摘している (T. Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 41ff.)。

- (25) 前掲注(2)「法の哲学」300頁以下。
- (26) 前掲注(1)「人倫の形而上学〈法論〉」478頁以下。
- (27) アイザイア・バーリン (小川晃一=小池銈=福田歓一=生松敬三共訳)『自由論』(1971年)323頁。
- (28) C.S. Nino, “A Consensual Theory of Punishment,” in Simmons et al., eds., *Punishment*, 1994, pp. 94–111.
- (29) Id, p. 111.
- (30) R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, 2001, pp. 106–112.
- (31) Id, pp. 107–108.
- (32) Id, pp. 109–110.
- (33) A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993. 同旨の見解として, U. Narayan, “Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment,” *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993), pp. 166–182. なお, このような見解からすると, 純然たる道徳的理由を提示する場合にしか相手方の道徳的主体性を尊重していないとする見方はあまりにも限定的に過ぎるとされる。私たちは道徳的理由にもとづいて行為することができるが, 誤りを免れない存在であり, 時としてそのような道徳的理由の訴求力を強めるための実際的なインセンティブを必要とすることもある。そのような理解を前提とすれば, 行為が非難されるべきものであるというメッセージを伝達するというを第一義としつつ, そのメッセージを掻き消さない程度に打算的な理由を付加しても, 相手方を依然として道徳的主体として取り扱っていることになる。そこで, このような見解は, 道徳的理由に訴えかけるといふ義務論的な価値 (deontological value) と社会的な制度として一定の実際的な目的に奉仕するという結果主義的な価値 (consequential value) との調和を図る刑罰論を追求することになる (A.P. Simster and A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, 2011, pp. 16–18.)。これは刑罰は非難を伝達する制度であるという枠組みの中で予防機能の意義を認めるものである点で, わが国のいわゆる相対的応報刑論と思考方法としては似通っている。しかし, von Hirschは, 理性的なコミュニケーションとしての非難の優越性を強調し, 打算的な理由による補強が許容される限度をかなり低いところに設定する (法の道徳的な声 moral voice を掻き消してしまうようなものであってはならない)。そして, 刑罰の一般的なレベルを非難との均衡に求め (これを「基数的均衡 cardinal proportionality」と呼び, 犯罪の重大性との相対的な均衡を問題とする「序数的均衡 ordinal proportionality」と区別する), 3年 (殺人に関しては5年) 以上の拘禁刑を許容しないシステムに向けて現行の量刑レベルを漸次縮減していく「減少戦略 decremental strategy」を主張した (von Hirsch, id, ch. 5)。これは, 結果主義的刑罰論への反動として「正当な応報 just desert」を重視するいわゆる「公正モデル」が主張されたとき, その当初の支持者は刑罰の一般的なレベルを低減させようとする自由主義的な論者が中心であったものが, 後に, 蔽罰化を求める保守派勢力に乗っ取られがちであったということへのひとつの応答だと

見ることができる。このように均衡性の根拠として非難に強い意味を認め、具体的な帰結を導き出そうとする姿勢は、わが国の相対的応報刑論にはあまり見られないものであろう。

- (34) Duff, n. 3 supra, at. p. 44-45. なお、Duffは、コミュニケーション的な刑罰という観点からすれば、プロベーション、社会奉仕命令、和解といったものが適切な刑罰だとしているが、拘禁刑も認めることができると考えている。拘禁刑が科される犯罪は重大な犯罪（共同体との規範的な結び付きを破壊するような犯罪）に限定されるべきであり、また、刑期を縮減していくことについて好意的な態度を示しているが、von Hirschらと比べてより謙抑的だとは言い難いように思われる（Duff, n. 30 supra, at. pp. 86-88, 148-152. 参照）。
- (35) Duff, n. 22 supra, at. p. 261.
- (36) von Hirschは、Duffと同じように非難を伝達するという刑罰のコミュニケーション的機能を重視しながら、このような公的な謝罪を要求することは国家の役割ではないとして批判する（「ポーズをとることの強制compulsory attituding」について、von Hirsch, n. 33 supra, at. pp. 83-84.）。両者の違いは、von Hirschが自由主義的政治理論を支持するのに対し、Duffは共同体の意義をかなり重視する政治理論を前提としているところにある。
- (37) Matraversは、Duffの見解を大部分において正当であるとしながら、刑罰に伴う厳しい取り扱いを適切に考慮できない点で不完全であるとし、その理論を完全なものにするためには、人間は道徳的な存在であると共に打算的な存在でもあるということ承認しなければならないとする（M. Matravers, “Duff on Hard Treatment,” in R. Cruft et al., eds., *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 2011, p. 82.）。
- (38) Duff, n. 22 supra, at. p. 223.
- (39) かつて中博士は、「刑法における人間」の問題について深い考察を加えられた（中義勝『刑法における人間』（1984年））。私たちは、今日の状況を踏まえつつ、また改めて「刑法における人間」の問題について考えるべきであるように思われる（座談会「法における人間像を語る」法律時報80巻1号（2008年）4頁は、法における人間の捉え方の問題が、今日でもなお、いやむしろ混沌とした状況を呈する今日だからこそ、極めてアクチュアルなものであることを示している）。