

令和 6 年 6 月 24 日現在

機関番号：34506

研究種目：若手研究

研究期間：2021～2023

課題番号：21K13206

研究課題名（和文）表出的刑罰論と応報刑論の関係に関する基礎理論的考察

研究課題名（英文）A Basic Theoretical Study on the Relationship between the Expressive Theory of Punishment and the Retributive Theory of Punishment

研究代表者

竹内 健互（TAKEUCHI, Kengo）

甲南大学・法学部・教授

研究者番号：60731685

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 800,000円

研究成果の概要（和文）： 刑罰に内在するコミュニケーション的機能を刑罰の正統化根拠とする表出的刑罰論について、ドイツ刑法学における議論を参照しながら、規範論や言語行為論に基づく分析を行い、表出的刑罰論における純粹モデルとハイブリッドモデルのそれぞれのアプローチによる害悪賦課の正統化には限界があることを明らかにした。

また、表出的刑罰論と伝統的刑罰論との区別について、刑罰の表出的機能をもっぱら応報刑論から説明することは困難であり、刑罰の遂行的性格を踏まえた正統化の新たな枠組みが必要であることが示された。

研究成果の学術的意義や社会的意義

刑罰正統化論は、これまで害悪賦課を中心として検討されてきたが、表出的刑罰論に関する本研究成果は、害悪賦課のみならず、有罪宣告や制裁予告をも含めた刑罰権の実現プロセス全体を通じた正統化モデルを構想・提案する上で重要な視点を提供すると同時に、応報や予防について伝統的理解と刑罰正統化論における射程についての考察を深化させる契機となり得ると期待される。

研究成果の概要（英文）：With regard to the expressive theory of punishment, which takes the communicative function inherent in punishment as the basis for legitimizing punishment, I conducted an analysis based on normative theory and speech act theory, referring to the arguments in Germany, and found that the purist model and the hybrid model in the expressive theory of punishment have limitations in the legitimization of hard treatment. I also examined the distinction between expressive and traditional theories of punishment, and argued that it is difficult to explain the various expressive functions of punishment exclusively from the retributive theory of punishment, and that a new framework of legitimization based on the performative character of punishment is necessary.

研究分野：刑事法学

キーワード：表出的刑罰論 刑罰の表出的機能 応報刑論 非難 害悪賦課 有罪宣告 規範論 言語行為論

### 1. 研究開始当初の背景

国家刑罰は、刑法上の行動規範違反に対する制裁規範の現実化であり、刑罰権の実現において各則構成要件の充足に対して予定された法律効果、つまり法定刑の範囲内での刑の宣告や執行を内容とするところ、行動規範違反を契機とした市民的自由への国家的介入プロセスは、制裁規範の設定から刑罰権の実現にまで及ぶ。刑罰論の中心的課題は、こうした制裁規範の発動プロセス全体をいかなる根拠によって正統化できるかという点にあり、これについて従来、刑罰を犯罪に対する報いとして正統化する応報刑論と将来の犯罪予防のための合理的手段として正統化する目的刑論という対立軸の中で議論が展開されてきた。近時、これらの伝統的な刑罰論に対して、英米圏やドイツを中心として刑罰の「象徴的性格」や「表出的意味」に着目して刑罰の正統化を標榜する、いわゆる「表出的刑罰論」が有力に展開されるに至っている。研究開始当初、こうした諸外国の新たな理論動向は、わが国の刑法学でも一部の論者において紹介されることはあったが、表出的刑罰論が伝統的な応報刑論や目的刑論といかなる点で異なるのか、また表出的刑罰論はいかなる正統化理論であり得るのかについて、その展開過程や問題関心にまで立ち返って表出的刑罰論による刑罰の根拠づけを丹念に分析する先行研究は存在しなかった。

表出的刑罰論は、刑罰に含まれる非難 / 否認としての象徴的・宣言的意味に着目し、そこに刑罰概念内在的なコミュニケーション的機能を見出すことによって、非難 / 否認の意味を刑罰正統化論において前景化しようとしている。この点で、刑罰は概念上犯罪に対する非難を本質とする害悪賦課であるとする応報刑論と説明方法において軌を一にするかに見える。実際、表出的刑罰論では、犯罪を犯した行為者は有罪宣告や刑罰を受けるに「値する」ものとして、つまり刑罰は犯罪行為に対する「相応しい」取扱いとして正統化されるとし、功績原理を援用することで表出的刑罰論を基礎づけようとするアプローチも展開されているため、表出的刑罰論はいかなる点で応報刑論と異なる理論なのか、「偽装された応報刑論」ではないかという問いを明らかにする必要が生じていた。また、表出的刑罰論そのものについていかなるアプローチがあり得るかについての基礎理論的な研究が乏しく、刑罰の表出的要素と予防的要素による刑罰の相補的な正統化可能性についても解明の必要性が生じていた。このような状況の下で、表出的刑罰論による問題提起が刑罰正統化論に対していかなる寄与をもたらし得るかについて基礎理論的考察を展開し、刑罰正統化論における表出的刑罰論の意義を明らかにする必要があるとの着想を抱くに至った。

### 2. 研究の目的

本研究の目的は、以上の問題意識から、表出的刑罰論という非難 / 否認としての刑罰のコミュニケーション的意味を刑罰論にどう位置づけるべきか検討し、表出的刑罰論が刑罰正統化論に対していかなる給付能力を有するかを理論的に明らかにすることにある。具体的には、規範違反としての犯罪に対して非難 / 否認を公的に宣言・表出する表出的機能こそが刑罰を正統なものたらしめているとすれば、行為者に対する国家的反応として非難 / 否認は、一次的には、不法な規範違反が有責的になされたことの認定に基づく有罪宣告(判決)において表明され得ると考えられることから、それに加えて科刑としての現実の害悪賦課がなぜ必要か、刑罰の構成要素としての非難 / 否認のみならず害悪賦課についても表出的機能による理論的正統化が可能であるかについて考察を加える。また、表出的刑罰論による正統化の試みにおいては、応報刑論との類似性が看取されることから、表出的刑罰論が伝統的な応報刑論といかなる点において類似し、あるいは異なるのかを理論的に解明する。

### 3. 研究の方法

上記研究目的を達成するため、本研究では、以下の具体的課題を設定した。すなわち、表出的刑罰論を主張している代表的論者がどのように刑罰を正統化しようとしているかを明らかにすること、刑罰の表出的機能は「応報的」に構成され得るかについて、功績原理や表出主義について検討を行い、表出的刑罰論と応報刑論との理論的關係に関する分析を行うこと、という2つの課題である。

研究課題 との関係では、主としてドイツ刑法学における表出的刑罰論の展開過程や先行研究の動向を踏まえて、刑罰の表出的機能による正統化の射程と限界を明確にするとともに、非難 / 否認の媒介となる有罪宣告について言語行為論 (Speech Act Theory) による分析を行い、表出的刑罰論という非難 / 否認としての刑罰という構想が刑罰の定義的意味に関わる記述的意味ではなく、発語内的効力や発語媒介の効果に関わる遂行的意味を持つものであるかを検討する。

研究課題 については、表出的刑罰論では、行為者は非難 (刑罰) を受けるに「値する」としてその表出的機能が根拠づけられている点に鑑み、「各人を功績に基づいて相応しく扱うべし」とする功績原理から国家が刑罰を科すことがいかにして許容されるのかを検討するとともに、刑罰の表出的機能を予防的に構成する外在的表出主義や応報的に構成する内在的表出主義へ還元し得るかについて分析を加える。

#### 4. 研究成果

##### (1) 課題 に関する研究成果

課題 は、表出的刑罰論による刑罰の正統化のあり方を検討することである。この課題について、次のことが明らかとなった。

まず、表出的刑罰論においては、純粹モデルとハイブリッドモデルが区別される。前者は、刑罰の象徴的・表出的機能を中核的に担う「有罪宣告」に着目し、行為者、被害者および社会という名宛人に対してそれぞれ異なるコミュニケーション的内容を伴うものとして捉えたうえで、非難／否認としての行為者に対するコミュニケーション的応答にとって「害悪賦課」は本質的なものでなく、非難／否認のコンヴェンショナルな象徴として放棄可能なものとする。後者は、刑罰をその表出的機能のみによって一元的に構想するのではなく、刑罰のコミュニケーションの機能を重視しながらも、予防的要素と表出的要素の双方による刑罰の正統化を試みるものである。こうした予防的構想と表出的構想の相補的アプローチによれば、有罪宣告のような制度化された無価値判断は、純粹モデルと同様、名宛人に応じたコミュニケーション的内容を持つが、害悪賦課もまたこうしたコミュニケーション的内容の象徴的補強ないし顕在化手段として必要かつ正統なものとして捉えられる。その一方、害悪賦課については、二重の正統化がなされる。具体的処罰行為としての害悪賦課は、刑罰の表出的機能による正統化に加えて、刑罰予告のバックアップとして制裁予告を通じた潜在的行為者に対する行動統制効果の実効性を担保するための手段としても正統化される。ここから、表出的刑罰論による正統化アプローチには、その正統化対象の捉え方と表出的機能による正統化の判断枠組みに大きな相違が見られることが判明した。

また、表出的刑罰論によれば、行動規範違反に対する非難／否認は、有罪宣告(判決)を通じて表明されるところ、有罪宣告はいかなるコミュニケーション的内容を持つかについて、非難と有罪宣告との関係、「制裁」の捉え方、有罪宣告の機能としての表出的機能について分析を行った。刑罰法規は、一定の行動を記述する前段部分と刑罰の種類と程度を指示する後段部分とから構成され、そこでは、一次的には記述された行動を禁止・命令する行動規範を定立し、二次的にはその規範違反に対して刑罰効果を指示する制裁規範を国家機関に対して発令する言語行為が遂行されている。行動規範としての禁止や命令もそれ自体としては刑罰法規そのものの記述的意味ではなく、刑罰法規に内在する法規の語用論的意味として名宛人に了解されるべきものである。そこから、表出的刑罰論のいう非難／否認の表出メカニズムとの関係では、制裁規範に関しても、国家機関による制裁の語用論的意味としての非難／否認というコミュニケーションは、宣言的言語行為として、違反された規範の妥当に関する再確認と行為者に対する非難という二つの制度的事実を新たに創造する言語行為として捉える可能性が示された。

##### (2) 課題 に関する研究成果

課題 は、表出的刑罰論は応報刑論からいかにして限界づけられるかを明らかにすることである。この点について、表出的刑罰論においては、刑罰の表出的要素に関する説明に関して、少なくとも明示的には「応報」や「予防」への言及が巧妙に避けられている。非難／否認としての刑罰のコミュニケーション的機能が、行為者との関係で「応報」としての意義ないしは「予防」的效果を持つと構成することができるかについて、いわゆる外在的表出主義と内在的表出主義を踏まえて検討を行った結果、表出的要素を「応報」または「予防」へと解消する還元主義的アプローチも理論的には成り立ち得ることを明らかにした。刑罰という法律効果は、行動規範違反を契機とする国家的反応形式の一つとして、刑罰の表出的要素は応報をコミュニケーション的に再解釈したものと理解することができる。実際、「過去の行動を相応しく取扱う」という目的から刑罰による非難／否認を正統化しようとするとき、表出的要素の回顧的性格(過去指向性)が強調され、非難／否認によりそれが向けられる行為者を「対話のパートナー」や「応答的人格」として扱うと主張されている限りで、非難／否認は応報的応答として捉える余地がある。そのことは、表出的刑罰論もまた、「行為者は市民として不当な自由行使に対する応答、すなわち有罪宣告と刑罰を受けるに値する」という形でその理論的根拠として応報の規範的側面である功績原理を援用している点からも説明できる。

その一方で、功績原理による正統化構造についての分析によれば、表出的要素としての非難／否認が功績関係的であるのは、犯罪(行動規範違反)という功績根拠が認められる「行為者」に関する限度であって、かような根拠が認められない「社会」や「被害者」との関係においては、必ずしも功績原理により表出的要素を根拠づけることができない。それにもかかわらず、表出的刑罰論は、刑罰による表出的機能を「行為者」だけでなく、「社会」あるいは「被害者」関係的にも捉えていることに照らせば、刑罰の表出的要素を完全に「応報」的に再構成することには一定の限界があることも明らかとなった。また、刑罰のコミュニケーション的機能を重視する立場からは、死刑のように行為者を応答的人格として扱わない刑罰を否定する内在的制約の可能性があることの示唆を得た。

##### (3) 本研究課題全体の成果

本研究における上記の諸成果を踏まえると、表出的刑罰論は、刑罰実践における「有罪宣告」、さらには「害悪賦課」の持つ遂行的性格(コミュニケーション的機能)を明らかにしたという点において刑罰論上一定の意義を見出すことができ、犯罪と刑罰を意味関係的(コミュニケーション

的)に捉える犯罪論構想とも接続可能であるとの結論が得られた。その一方で、表出的刑罰論は、純粹モデルであれハイブリッドモデルであれ、具体的処罰行為としての害悪賦課が正統化の枠組みにおいて「従属化」するという問題点が提示された。表出的刑罰論として現在有力な、刑罰にとって害悪賦課を本質的なものとするハイブリッドモデルにおいては、害悪賦課は、非難／否認を真摯に受け止めるための象徴的補強、あるいはコミュニケーション的意味の明示化の手段に過ぎず、最も正統化の必要性が高いはずの市民的自由への現実的介入を伴う害悪賦課は正統化考慮の周縁に位置づけられることになりかねないという懸念が残る。また、表出的刑罰論は、その推論構造にも重大な欠陥を抱えていることが明らかとなった。すなわち、非難／否認が正統なものであるからといって、それを明示化するための処分としてより強度の自由制約や侵害性を伴う害悪賦課を加えることが当然に正統なものであることまで含意しない以上、ハイブリッドモデルは、害悪賦課が正統であることを暗黙裡に前提としている。

一方、表出的刑罰論は、「社会」や「被害者」に対するコミュニケーション的機能を重視している点で、必ずしも伝統的な刑罰論には回収されない異なる視点を含んでいる。もっとも、刑罰は、少なくとも被害者から見て不利益な害悪でないとするれば、被害者に「対する」害悪賦課の正統化の根拠も明らかでないことに加え、被害者に対する刑罰の表出的機能として被害者に対する「配慮」や「連帯」を示すために、非難／否認を超えて意図的な害悪賦課が必要かは疑わしいとの結論が得られた。制裁選択における提案権や判断権のような具体的被害者が何を適切な国家的反応と考えるかについての関心を排除したうえで措定される被害者の利益とは、「規範化された被害者」の利益に他ならない。ここから、表出的刑罰論、中でもハイブリッドモデルによる象徴的補強としての害悪賦課という正統化の枠組みは、刑罰受忍義務の正統化に必ずしも資するものではないということが明らかになった。

#### (4) 今後の検討課題と展望

表出的刑罰論は、応報刑論や目的刑論と並ぶ一つの独立した理論として十分に彫琢されているとはいえないが、表出的刑罰論による新たな問題提起は、刑罰実践の遂行的性格(コミュニケーション的機能)を踏まえた正統化の枠組みを構築すべき必要性を示唆するものである。刑罰法規それ自体も犯罪防止と法益保護へと向けられた、一定の名宛人に対する規範を通じたコミュニケーション戦略であるとするれば、刑罰法規に対する違反や予告された制裁を発動する場面において犯罪や刑罰がコミュニケーション的にかんして再構成されるべきかは、伝統的な応報刑論や目的刑論にとっても参照されるべき一つの方法論的アプローチとしての重要な視点を内在している。

その一方で、表出的刑罰論については、上記の研究成果を踏まえて、今一度、制度としての刑罰制度の正統化と具体的処罰行為(刑罰受忍義務)の正統化というそれぞれの刑罰正統化論の分析視角に再定位して評価することが必要である。また、刑の留保付き警告や刑の免除、執行猶予など、刑を放棄してなされる刑罰的措置や、自由刑と財産刑のような害悪賦課を伴う刑罰的措置との間に、表出的刑罰論はどこまで一貫した正統化枠組みを提供できるのか、さらには刑罰の表出的機能に照らして量刑論へと応用可能な理論構築の可能性についても検討しなければならない。刑法は市民的自由を最大限尊重すべきであるとするれば、刑罰制度の手続的枠組みやそのあり方については、民主主義や自由主義といったその拠って立つ根本原理の現代的変容という問題意識を踏まえて、その限界や課題を追究することが求められる。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 3件）

1. 著者名 竹内 健互	4. 巻 96巻4=5号
2. 論文標題 【翻訳】アルミン・エングレンダー「危機の中にある民主主義？ 法哲学の問題解決能力について」	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 法律論叢	6. 最初と最後の頁 56-70頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 竹内 健互	4. 巻 63巻3=4号
2. 論文標題 表出的刑罰論における応報的契機と功績概念	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 甲南法学	6. 最初と最後の頁 59-98頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.14990/00004586	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 竹内 健互	4. 巻 35
2. 論文標題 刑罰の表出的意味としての「非難」について	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 駿河台法学	6. 最初と最後の頁 51～73
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.15004/00002418	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計1件（うち招待講演 1件/うち国際学会 0件）

1. 発表者名 竹内 健互	
2. 発表標題 表出的刑罰論の現状と課題	
3. 学会等名 日本刑法学会関西部会（招待講演）	
4. 発表年 2024年	

〔図書〕 計1件

1. 著者名 小島 秀夫、田村 翔、柏崎 早陽子、竹内 健互	4. 発行年 2022年
2. 出版社 法律文化社	5. 総ページ数 270
3. 書名 刑法総論 理論と実践	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------