

## 拘禁刑創設と刑罰理論をめぐって\*

井 田 良

### 1 はじめに

関西大学法学研究所の初代所長は中義勝先生である。中先生は、私が若い頃に最も大きな影響を受けた刑法学者の1人であり、その著作を通じて実に多くのことをお教えいただいた。偶然の出会いということになるが、学部学生の頃、よく通った新宿の書店に、中先生の本が置かれていた。最初に、そこで『刑法読本』（1972年、法律文化社）を見つけ、これを読んで感銘を受け、次に、『欣求の志』（1977年、法律文化社）というエッセイ集を読み、そして、『刑法総論』（1971年、有斐閣）を購入した。後に、先生は『講述犯罪総論』（1980年、有斐閣）という口語体（「ですます調」）の本を出されるが、その前に『刑法総論』という名の本格的な体系書を書かれていたのである。私はこれを文字通り舐めるように読んだ。

先生の有名な主張といえば、1つは間接正犯論であるが、これにはどうしても賛成できなかった。後にこれに反対する論文を書いた<sup>1)</sup>。もう1つは消極的構成要件要素の理論であるが、私は最終的にこれを支持し、受け継いでいる<sup>2)</sup>。なお、よく中先生は文体が難しいといわれるが、私にとってはむしろ明快平易に感じられる。哲学者の廣松渉などと同じで、言葉や表現は古いものを使うとしても、文章はきわめて論理的に組み立てられており、考え抜かれていて、自然に頭に入るのである。いま思えば、自分の刑法についての考え方は、学部学生のころ『刑法読本』に出会わなければ、相当に違ったものとなっていたことであろう。

中義勝先生への畏敬と感謝の念を心に抱きつつ、以下、論じていきたいと思う。

---

\* 本稿は、2023年2月15日に関西大学法学研究所・特別研究会において行った講演「拘禁刑の創設と刑罰理論」の原稿を元に、これに加筆訂正を加えて、一編の論文としたものである。一部にあまり論文らしくない記述が見られるのはそのためである。その点をご容赦いただければ幸いである。

- 1) 井田良「故意なき者に対する教唆犯は成立しうるか」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集・法律学科篇』（1990年、慶應義塾大学法学部）473頁以下。
- 2) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年、成文堂）127頁以下、同『講義刑法学総論〔第2版〕』（2018年、有斐閣）90頁、170頁、382頁以下、384頁を参照。ちなみに、それは消極的構成要件の理論ではない。「消極的構成要件の理論」と「消極的構成要件要素の理論」の区別がわからない人は、この理論を理解していないのである。

## 2 「2022年改正」が提起する問題

2022(令和4)年の6月、国会で刑法一部改正法が成立した。この刑法一部改正法は1つのパッケージであり、いろいろなものが入っているが、いま関心を向けるべき部分について言えば、従来の懲役と禁錮という区別をやめて統合し、名称を「拘禁刑」にするという内容をもっている<sup>3)</sup>。これは、いわゆる「自由刑の単一化」を実現するものにほかならない。新しい名称を「拘禁刑」としたのは、「自由刑」には「自由を与える刑」という語感があるので適切でないとする有力な意見があったからだといわれている<sup>4)</sup>。ちなみに、拘禁刑という用語は、逃亡犯罪人引渡法(2条3号)とか、国際刑事裁判所に対する協力に関する法律(31条2項)などですでに使用されているところである。

関係する条文を見ると、現行刑法の第9条には、「死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及び科料を主刑とし、没収を付加刑とする。」とあるが、これが「死刑、拘禁刑、罰金、拘留及び科料を主刑とし、没収を付加刑とする。」に変わる。これまでは現行法上の刑罰は7種類だと言っていたが、これからは6種類となる。

また、現行刑法の12条2項は、「懲役は、刑事施設に拘置して所定の作業を行わせる。」と定め、13条2項は、「禁錮は、刑事施設に拘置する。」と定めている。つまり作業が刑罰の内容として科されるかどうか、より端的にいえば作業が義務づけられるかどうかで2つの異なった刑が区別されている。同じ自由刑でも、また同じ刑期の自由刑でも、作業も科される懲役の方がより重い自由刑ということになる。単に場所的に拘束するよりも、作業が義務づけられる方が重い罰だということにほかならない。これに対し、改正後の刑法の新12条2項は、「拘禁刑は、刑事施設に拘置する。」と規定するとともに、同条3項において「拘禁刑に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」と規定することとした。たしかに、短期の自由刑である拘留は残されるが、今回の改正により、新16条2項として「拘留に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」とする、拘禁刑と同一文言の規定が追加された。そこで刑罰の内容は拘禁刑と統一化されることとなり、これにより実質的に自由刑は単一化されることになる(以下では、この刑法一部改正を「2022年改正」と呼ぶこととする)。

もちろん、なぜ今になって、という疑問が生じる。ドイツでは、自由刑の単一化はすでに1960年代で議論は終わり、1960年代末に刑法は改正されている<sup>5)</sup>。日本でも、1970年代に刑法典の全面改正との関係で相当に議論されたということがあった。そもそも労働の義務づけの有無により重

---

3) なお、この点の改正については、公布の日(令和4年6月17日)から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日における施行が予定されている(本法附則1項柱書)。

4) 拘禁刑以外の案としては、刑務所収容刑、自由剝奪刑、拘居刑、拘置刑、収容刑、矯役、拘役、矯戒、矯置、禁居、罰居、囚導などといったものがあったという。

5) 19世紀末以降のドイツにおける(自由刑を含む)刑罰の思想とその制度の歴史的展開については、Michael Kubink, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin 2002が参考になる。

い刑と軽い刑を分けるという発想そのものが合理的でないことは明白なことであるにもかかわらず、日本は今までそういう批判を顧みず、明治期の刑法制定時からそのまま変えずにきた。なぜ今になって、という疑問が湧くことになる。

私は刑事政策が専門ではないので、詳しい解説を行うのに適任ではないが、背景には、近年における再犯率の高さへの注目、そして受刑者の高齢化ということがある。最近の犯罪白書を見ると、「再犯・再非行」がルーティン項目に加えられているので、それを参照していただきたい。近年では、刑務所に入る人を見ると、そのうち、女性で半分、男性では6割近くが再入者、つまり2回目以上の入所者である。また、刑務所から釈放される人を見ると、満期釈放者だと10年のうちに半分以上はまた刑務所に戻ってくるという現実がある<sup>6)</sup>。そこから、相当数の人たちが社会と刑務所との間を往復するような人生を歩んでいるというイメージを抱くことができる。これを何とかしなければならぬ、とすれば、刑務所内の処遇（矯正処遇）についても、これまで以上に改善更生、再犯防止という目的に合致した、さまざまな処遇プログラムを実施していくべきだと考えられることになろう。たとえば、性犯罪の再犯防止のために役立つ処遇プログラム、暴力団から離脱させるように促す指導、被害者の視点を取り入れた教育、薬物依存から離脱させるための指導、交通安全に向けた指導……等々を受刑者それぞれの個別のニーズに対応して行うということが考えられるであろうし、また、学校教育に準じる教科指導が効果的だと考えられる受刑者もかなりいるのも現実であろう。

ところが、こうした改善更生のための指導を積極的に行おうとする際にネックとなるのが、刑法12条2項の規定である。そこには、「懲役は、刑事施設に拘置して所定の作業を行わせる。」とあるから、刑の内容は作業の賦課であると定められていることになる。この規定があるため、刑期の大部分の時間を作業以外の改善指導や教科指導等に費やすなどして受刑者の特性に応じた矯正処遇を実施しようとしても、それが困難になっている。まさに、このことが決定的な問題とされた。たとえば、ある受刑者に対し、作業ではなく、高卒認定試験の合格を目指して教科指導を行うとか、性犯罪再犯防止のための処遇プログラムを行うとか、そもそも高齢ゆえにおよそ作業も出来ない人に歩行訓練を行うというようなとき、いやそこでは現行法上の懲役が執行されていない、それは脱法的な扱いである、ということになるが、それでよいのかということなのである。これまでも作業以外の処遇は行われてきているので、これまでも行われてきていることを正面から認知する（つまり、行刑の現実と刑法の条文の間の乖離をなくす）ためといってもいいし、さらにそういったことをより積極的に行うことができるようにするために今回の改正が必要となったということもできる。「拘禁刑に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」（新16条2項）というのであるから、従来とは異なり、「作業」が刑罰の必要的な内容ではなくなり、それは「指導」と並ぶ、受刑者の改善更生のためのものであることが法律上、明確化される。そして、これまで懲役刑の必須の内容とされた「作業」を必須の要素ではないものに格下げすることになる。もちろん作業もまた刑罰の内容たりうるが、しかし

6) 法務総合研究所編『令和4年版・犯罪白書』（2022年）246頁、248頁以下を参照。

作業を含めたさまざまな改善更生のための処遇もまた同様に刑罰の内容とすることにした。単純化すれば、「労働刑」としての懲役刑はやめにし、「処遇刑」「再社会化刑」としての拘禁刑へと移行することにする、そういう改正だということになる。そこで、高橋直哉教授は、2022年改正により実現されたのは、「処遇思想を中心に据えた単一化論」であったと表現したのであった<sup>7)</sup>。

これをどう評価するか。国際的な水準から見れば、それは遅きに失した改正なのであり、ようやく前時代の残滓を除去したものとする評価さえ可能であろう。性犯罪処罰規定についても、ヨーロッパ等諸外国から見ると、改正に向けて動き始めるのが相当に遅くなったということがあるが、自由刑の単一化も同じ、あるいはそれ以上に時宜を失したということになるかもしれない。ただ、たとえそうであるにしても、今回の改正はきわめて画期的な出来事であったといえるであろう。なぜかといえば、まず懲役刑はこれまで刑罰制度の中心であった。そして、現行法上、刑種としての懲役刑の必然的な概念内容とされてきたもの、つまり定役の賦課（作業の義務づけ）をいったん取り外し、改善更生のための作業、そして改善更生のための指導という新たなものを自由刑の概念内容に付け加えたのである。ここにおいて、明治期以降の現行刑法における刑罰制度の根幹に関わる大きな変更が行われたことは間違いない。そうであるとすれば、そのことが刑罰理論上、もつ意味を明らかにしなければならないのは当然であろう。架空の議論となるが、もしかりに現行刑法の刑法各則にある窃盗と詐欺の区別をやめて1つにするとしたら、それは大改正だといわれることであろうが、いや今回の拘禁刑の創設はそのレベルの問題ではない、現行刑法の根幹に関わる大改正として把握しなければならない、ということなのである。

そこで、これからこの大問題について論じることとするが、ここからの本論は大きく2つに分けたいと思う。まずは、そもそも刑罰理論についてどのように考えべきか、について論じたい。もちろん、相当に単純化し、またデフォルメした上で私の考え方を述べるほかはない。そして次に、刑罰理論と行刑との関係について検討する。刑罰理論が行刑の場面についてどういう意味をもつか。実は、これは必ずしもこれまで十分に議論されてこなかった問題である。2022年改正は、刑罰の本質部分に関わる問題を提起しているが、それはまさに搦め手から問題を提起しているともいえる。こうして後半では、刑罰理論と行刑との関係について考えてみることにしたい。

### 3 刑罰理論についてどう考えるか

刑罰については、何をどう論じるかということがまず問題となる。私が大学院時代にドイツで指導を受けたゲッセル<sup>8)</sup>は、哲学でいう根拠律 (Satz vom Grunde) をここに適用して、事実上の根拠 (实在根拠)、認識根拠、目的根拠、当為根拠、正当化根拠を刑罰について論じているが<sup>9)</sup>、私は、

7) 高橋直哉「自由刑の単一化」刑事法ジャーナル68号 (2021年) 4頁。

8) 追悼文として、Dieter Dölling, Karl Heinz Gössel (16.10.1932-19.2.2022), GA 2022, S. 181 ff.がある。

9) K. H. ゲッセル (井田良訳)「刑事制裁の本質と根拠」ゲッセル著 (宮澤浩一=井田良監訳)『正義・法治国家・刑法——刑法・刑事訴訟法の根本問題——』(1990年、成文堂) 1頁以下。より詳しくは、Karl Heinz Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974を参照。

それを単純化して、刑罰の根本問題を4つに分けて論じるのがよいと考えている。すなわち、①刑罰とは何か(刑罰の本質)、②刑罰は何を根拠として科されるのか(刑罰の事実に根拠)、③刑罰の目的は何か(刑罰の目的)、④刑罰を科すことは何ゆえに正当化されるのか(刑罰の正当化理由)の4つである<sup>10)</sup>。これらは、刑罰について深く考察しようとするとき、主題(テーマ)とされるべき(つまり、そこから出発し、また常にそこに立ち返るべき)問いであるといえよう。この根本的な問いに対し何らかの答えを与えるのが刑罰理論であるが、われわれが刑罰理論について検討しようとするとき、刑罰には3つの側面があることに留意すべきものと考えている。

人間の社会が成立したごく初期から、他人を害する行為に対し罰を加えることが行われた。それは誰でも容易に想像できることであろう。「社会あるところに法あり」といわれるが、そこにある「法」の中に刑法が含まれることは間違いがない。犯罪に対し処罰を行おうとすることは、人の本能的な欲求だとさえいえよう。犯罪が処罰されず、被害者が傷ついたまま放置されることほどの不正義はない。犯罪者の処罰は正義を回復するためであり、そうした正義を求める心情は(美を求める心情と同じように)普遍的であり、また時代を超えて永続的である。この世の正義の監視役としての神を想定すれば、刑罰を行うことは宗教とも密接に関係する。ここでは、こうした、正義という理念を刑罰理論の根本に置く考え方をかりに正義回復論と呼ぶことにしたい。

これに対し、正義やそれを求める心情のように抽象的なもの・哲学的なものに刑罰の根拠を求めるべきではないという見解もありえよう。犯罪に対して刑罰を科すことは、犯罪防止による社会秩序の維持という実利の追求のためである。正義の回復といった大げさな目的ではなく、刑罰の威嚇を通じて反社会的行為を抑制・防止し、社会秩序の維持を実現するという、ごく世俗的な目的実現のためのものにほかならない。社会の秩序が維持され、そこに生活する人々の重要な生活利益が保護されることは社会存立のための基本的条件であり、こうした条件を充足するために設けられた社会的制度として刑罰制度を理解することになる。こうした刑罰の理解をかりに秩序形成論と呼ぶこととしたい。

正義回復論と秩序形成論とは、刑罰のもつそれぞれ異なった側面を捉えている。一般の人が凶悪犯罪の行為者に対し強い怒りを感じ、捜査官が犯人検挙に情熱を傾けることは、誰しもがもつ正義を求める心情のゆえである。刑罰のそうした側面に注目するとき、正義回復論による説明がよりしっくりくるであろう。他方で、正義を求める心情のような、いささか曖昧なものに頼ることに心理的抵抗を感じ、何より宗教的色彩を払拭したいと思う人にとっては、社会秩序を維持するための合理的なメカニズムとして刑罰制度を説明しようとする秩序形成論の主張により惹かれることであろう。

正義回復論は、犯罪という過去の出来事に目を向け、それにより傷つけられた正義を回復しようとするのに対し、秩序維持論は、犯罪を契機として将来の社会秩序の維持のために何をすべきかを考える。過去に目を向けるか(回顧的)、それとも将来のことを考えるか(展望的)という点

10) 学生のために書かれた入門書であるが、井田良『基礎から学ぶ刑事法〔第6版補訂版〕』(2022年、有斐閣)54頁以下を参照。

で、2つの見解はそれぞれ関心の対象を異にしている。同時に、正義回復論は哲学的であり、秩序維持論は社会学的であるという、方法論の違いもある。そうであるとすれば、この2つの見解は、同じ対象をただ異なった言葉で説明しているにすぎないものではなく、それぞれから引き出される結論が大きく異なったものとなる可能性もあろう。

このように、正義の回復か、それとも秩序の維持かは、刑罰のもつ2つの側面として重要であるが、刑罰というものについて考えるとき、もう1つ、(あまりに当然のことであるせい) しばしば忘れられがちだが、見過ごしてはならないことがある。それは、刑罰は犯罪に対して加えられる反作用(制裁)だということである。そこで、犯罪をどのように捉えるかにより、刑罰のイメージは大きく変わってくる。かつては犯罪を犯人の歪んだ性格の必然的な現れとして理解する学説(犯罪徴表説)も有力に主張された。それによれば、刑罰はもっぱら犯人の性格の矯正ないしその(再)教育のための手段とされることとなる(いわゆる教育刑論)。そこから刑罰は、犯罪行為とその結果に向けられた罰というより、犯人の性格に向けられた治療措置として理解されることにもなる。このようにして、刑罰の前提としての犯罪をどのようなものとして理解するかも、刑罰のイメージを決定するにあたり重要な意味をもつことになる。

刑罰について考えるとき、それがもつ、以上の3つの側面が重要である。これら3つの側面は、われわれの、つまり日本の刑罰制度を見るときも、それぞれが完璧な形で目に入ってくるものである。いずれも必須の要素であり、どれかを無視するというわけにはいかない。すなわち、刑罰は、①われわれのもつ正義を求める(=不正義を拒絶する)心情を動力としつつも、②犯罪を抑制・防止して社会秩序を維持するための合理的手段として制度化されており、③犯罪(それをいかなるものとして理解するせよ)を契機とし、犯罪に対する反作用として科せられるものである。ただ、これら3つの側面をただ並列的に理解し、相互の関係を曖昧なままにしておく限り、刑罰に関する明確なイメージは得られない。刑罰について「理論」と呼ぶに値する、首尾一貫した考え方をもつためには、3つの側面のそれぞれにつき、その内実と位置づけを明らかにするとともに、それらの相互関係についても透徹した理解を示す必要がある。

そして、最も古い時代に、この問いに対し、現在でも十分に通用する答えを与えたのは、西洋哲学の源となった古代ギリシアの時代の思想家、プロタゴラスであった(紀元前480年頃~410年頃<sup>11)</sup>。紀元前五世紀以降のアテナイ(アテネ)を中心とするギリシア各地においては、授業料をとって弁論術などのさまざまな学識を伝授した職業的知識人たちが活躍していた。これらの人々を「ソフィスト」と呼ぶが、その中の代表的存在であり、当代随一の知者として尊敬を集めたといわれている(特に、「人間は万物の尺度である」という言葉により表される、相対主義的・個人主義的思想〔反プラトンの思想〕で知られている)。プラトンの著書である『プロタゴラス』の中で、プラトンは、ソクラテスらに向けてプロタゴラスが語った言葉を次のように伝えている<sup>12)</sup>。

「不正をした人を罰するとき、不正をしたということだけに目を向けて、そのためだけに罰す

11) プロタゴラスについては、納富信留『ギリシア哲学史』(2021年、筑摩書房) 331頁以下を参照。

12) ここでは、プラトン、中澤務訳『プロタゴラス——あるソフィストとの対話』(2010年、光文社古典新訳文庫)の訳をそのまま引用する。

人は誰もいない。懲らしめるさいに、獣のように理性を失っているような人でない限りね。理性を保ったうえで罰しようとする人であれば、すでに為されてしまった不正のために懲らしめることはないのだ。(だって、すでに為されてしまったことを、なかったことにすることなどできないのだから。)そうではなく、人は未来のために罰する。つまり、不正をした当人や、その人が罰せられるのを見る他の人が、再び不正をしないように罰するのだよ。」

この言葉は必ずしも犯罪と刑罰について語られたものではない。ここにいう「不正」は犯罪よりも広く、その社会で行うべきでないとされる行為を広く含むものと考えられる。ここでは、プロタゴラスは、若者に徳を教えることができるのかどうかというテーマで語っていることから、「不正」という言葉を、犯罪を含む比較的広い意味で用いていると理解することができる。

このプロタゴラスの言葉で何よりも注目すべきところは、そこにおいて過去と現在と未来という時間的観点が導入されていることである。処罰を行う時点を現在とすれば、過去において「すでに為されてしまった不正」のために「懲らしめる」ことと、「不正をした当人や、その人が罰せられるのを見る他の人」が未来において「再び不正をしないように罰する」ことが区別されている。プロタゴラスは、処罰は後者の目的、すなわち将来における犯罪の予防のために科すべきものであって、過去に目を向けての応報のためにこれを行うことは賢明ではない、と述べているのである。

現在では、過去の犯罪に向けた応報のために処罰しようとする見解のことを応報刑論と呼び、将来の犯罪予防のために処罰しようとする見解のことを予防刑論(ないし目的刑論)と呼ぶが、プロタゴラスは、ここでは応報刑論を批判して、予防刑論をもって妥当としていることになる。応報刑論を合理的でないとする理由として、「すでに為されてしまったことを、なかったことにすることなどできないのだから」と述べている。これは、処罰を行う現在の時点では、犯罪はすでに過去のものとなっており、すでに起こってしまったことを過去にもどって帳消しにすることはできないとするものである。もちろん、応報刑論を支持する側としては、犯罪に見合った罰が加えられることが正しいことであるとする正義を求める心情を論拠とするであろうが、すでにプロタゴラスはそうした見解は「獣のように理性を失っているような人」のとする見解であり、単なる感情論であり、合理的ではないという批判を用意しているのである。

しかも、プロタゴラスは、犯罪予防の方法・態様として、2つのものがあることを指摘している。すなわち、①一般の人々の犯罪を予防することと、②その犯罪者個人が再び犯罪を行わないように予防すること(再犯の予防)である。現在では、前者を一般予防といい、後者を特別予防と呼んでいる。その犯人に刑罰を科せば、それが警告となり、犯人以外の一般の人々は、自分はいかように扱いたくないと考えて、ふつうなら犯罪に出ることを差し控えるであろう。これが一般予防である。これに対し、犯人を処罰することが、犯人自身に対して効果(「お仕置き」の効果または教育的効果)を発揮し、将来において再び犯罪を行うことを抑制するとき、それが特別予防である。このように、大きく二つに区別される犯罪予防の方法・態様は、現在においてもわれわれの世界的な共通理解となっている。

上のような、2400年以上前に述べられたプロタゴラスの言葉は驚くべきものである。刑罰について考えるときの基本的な枠組みは、すでにここにおいて明らかにされている。応報か、それとも犯罪の予防か、予防といっても一般予防か、それとも特別予防か。現在に至るまでの刑罰理論をめぐる議論は、プロタゴラスが作った土俵の上で行われてきたのである（もちろん、応報刑を否定して予防刑論をとるべきかどうかについては、なお見解の対立があり、そればかりか、今日まで応報刑論が優勢であったといえるかもしれない）。プロタゴラスの見解は、その後、ローマ時代の政治家、哲学者、詩人であるセネカにより引用された<sup>13)</sup>。そして、さらにグロティウスもこれをくり返した。プラトンの著作により伝承されたプロタゴラスの見解の影響はさわめて大きかったのである。

さて、ここでは刑罰の思想史をこのまま辿っていくことはできない。ここから大きく跳躍をして、中義勝先生の刑罰理論に関する見解を見たいと思う。中先生は、1976年、『論争刑法』という本を編集して出版された（世界思想社）。それはそうそうたる執筆者が参加した、今でも何ら価値を失っていない素晴らしい論文集である。中先生はその冒頭に「刑法理論の争い」という文章を書かれ、「最近まで西ドイツや日本で有力に行われていた」刑罰理論は、「応報刑論を基本とし、一般ないし特別予防をたかだかその副次的効果とする見解」であった、と要約している<sup>14)</sup>。すなわち、それが、19世紀後半から20世紀前半にかけての学派の争いを経て、第二次世界大戦後しばらくの間、支配的であった考え方だということである。プロタゴラスの所説とは異なり、あくまでも基本は応報だとする。「刑が応報であり贖罪であることによって、受刑者を悔悟・反省させ、これを通じてかえって再社会化目的も達せられ、また責任に応じた刑を科することによって世間もその然るべきゆえんを知り、ひいて一般予防目的も達せられるとする見解である」という。それは、応報を基調とする総合説ないし統合説の立場である。

そして、中先生もまた、それまではそういう「応報刑論を基本とし、一般ないし特別予防をたかだかその副次的効果とする見解」の支持者であったと「率直に告白」される（たしかに、前に言及した、1971年に出された刑法総論の教科書では、そういう考え方で書かれていた）。それに対し、この『論争刑法』の論文では、ロクシンの見解に従うに至っている。つまり、ロクシンの1966年の論文「国家の刑罰の意義と限界」をほぼ祖述しているのである<sup>15)</sup>。ちなみに、ロクシンらいわゆる対案教授たち（Alternativprofessoren）が1962年政府草案に対する対案を発表したのが1966年である<sup>16)</sup>。この論文は、後の刑法改正に決定的影響をもった対案の基本的な刑罰理論を言語化したものということができる。ロクシン説は、その後の刑罰理論の有力な流れとなり、日本にも影響を与え、最近で

13) セネカ『怒りについて・他2編』（2008年、岩波文庫）124頁以下（そこでは、「プラトンが言うように」として引用されている）。

14) 中義勝『刑法理論の争い』中編『論争刑法』（1976年、世界思想社）16頁。

15) この論文の翻訳として、C.ロクシン（井田良訳）「国家の刑罰の意義と限界」ロクシン著（宮澤浩一監訳）『刑法における責任と予防』（1984年、成文堂）1頁以下がある。

16) 翻訳として、宮澤浩一訳「1966年ドイツ刑法草案総則対案」刑事基本法令改正資料12号（1968年）および「1966年ドイツ刑法草案総則対案理由書」刑事基本法令改正資料15号（1969年）がある。最初期から今日に至るまでの対案グループの歴史や関連資料をまとめた便利なウェブサイトとして、<https://www.alternativentwurf.de>がある（2023年11月3日閲覧）。



もロクシンはその立場を確認し、ロクシンの教科書の改訂者で有名なグレコなども最近あらためてこれを支持する論文を書いているところである<sup>17)</sup>。

それでは、ロクシンの見解とはどういう見解であろうか<sup>18)</sup>。ロクシンによれば、刑罰は純粹に予防のために科されるべきものである。刑罰の根拠、目的、正当化理由はすべて、犯罪予防に求められる。刑罰は予防刑ないし目的刑であることを本質とするのである。刑罰の根拠づけにあたり応報ないし責任はいっさい意味をもたないという。そして、刑罰は、特別予防目的と一般予防目的のいずれをも追求すべきものとされる。ロクシンは、当初は、当時のドイツの時代思潮を反映して、行為者の再社会化、社会復帰という特別予防を強調していたが、その後は一般予防も重視するようになっていったように思う。応報刑の科刑原理とされてきた責任主義は、もっぱら刑罰を限定する方向で意味をもつとし、日本でいう消極的責任主義の立場を徹底したのがロクシン説だとすることができる。そこから、刑罰と改善・保安処分とは目的面では区別されないことになる。両者が区別されるのは、刑罰は責任主義により限定され、処分は比例原則により限定されるという制約面・限定面においてである。そこで、ロクシンは、「制裁の目標においては一元主義的であり、制裁の枠付けにおいては二元主義的見解」だとし、リストの「一元主義への非常な接近を意味する」と述べていた<sup>19)</sup>。ここから、ロクシンは、当時の対案の刑事政策思想は「リストの新派理論をよみがえらせるもの」とも主張していたのである<sup>20)</sup>。

このような理論構成の大きなメリットの1つは、意思自由の問題を回避できることだという。応報刑論に対しては、科学的に証明できない意思自由の仮説を前提に刑罰を根拠づけようとするものという批判が加えられてきた。「自由意思ないし他行為可能性があるとは証明できない」→「そこで、責任を肯定できることも証明できない」→「したがって、あるかないかわからない責任を理由に刑罰を科すことはできないはずだ」という批判である。これに対し、ロクシンは、次のようにいう。責任は消極的に刑罰を限定するものにすぎず、もっぱら行為者に有利に働く仮定である。「あるかないかわからない」としても、行為者に有利に働くのだからそれを仮定して人権保障のための刑罰限定原理として用いることに何の問題もない、というのである<sup>21)</sup>。それはまさに「技ありの主張」であったといえよう。

このように、ロクシン説は、過去に目を向けた応報ないし責任と、将来に目を向けた犯罪予防とを二元的に対立させることを前提に、後者の予防に軸足を置いた主張である。応報や責任とい

17) Claus Roxin, Prävention, Tadel und Verantwortung – Zur neuesten Strafzweckdiskussion, GA 2015, S. 201 ff.; Luis Greco, Schuld ohne Vergeltung, GA 2021, S. 269 ff.

18) 詳しくは、Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 3 Rdn. 37 ff., S. 151 ff.を参照。ロクシン自身による簡単な要約として、ロクシン（佐藤拓磨訳）「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」刑法雑誌49巻2 = 3号（2010年）201頁以下がある。

19) ロクシン（井田良訳）「責任主義についての刑事政策的考察」『刑法における責任と予防』（前掲注15）67頁。

20) Roxin, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in: ders., Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 32 ff.

21) ロクシン「国家の刑罰の意義と限界」（前掲注15）34頁、同「責任主義についての刑事政策的考察」（前掲注19）66頁以下を参照。

う、その存在を科学的に証明できない観念は刑罰の限定のみに役立たせるというのである。それが科学性・合理性と人権保障とを巧みに調和させた主張として、戦後のドイツと日本の刑法学に大きな影響をもったことは当然であり、私もロクシン説に強いインパクトを受け、また魅了され、長い間、その呪縛から逃れることができなかった。

しかしながら私は、現在では、このロクシン説は、刑事司法の現実の姿を見たとき、およそそれにマッチしたものではないと考えるに至っている。私は最近のドイツ語の論文の中で、ロクシン説を評して *kontraintuitiv* と述べたが<sup>22)</sup>、それは、われわれの自然な感覚に反する、いいかえると、われわれが日々見ている刑法の姿におよそマッチしないという趣旨である。刑事実務に携わる法律家が日夜その力を注いでいるのは、それぞれの個別の事件の具体的行為者が、刑法の規定にあたる犯罪行為を本当に実行したかどうかの確認と、その行為者が負うべき責任非難の有無とその程度の確認という仕事であろう。まさに犯人の責任の有無と程度の確認という、司法機関が日々、果たしている本質的任務が、処罰の根拠付けとは関係のない、単なる処罰の限定のための仕事である、というのは納得できるものの見方であろうか。一般予防や特別予防こそが刑法の本質的任務であり、刑事司法機関による責任の有無・程度の確認の仕事は、それとの関係でせいぜい間接的な意味しかもたず、主として処罰の限定のために努力しているにすぎない、というのは主客転倒した考え方なのではなかろうか。

こうして私は、中先生の旧説に戻ることになる(すなわち、1980年の『講述犯罪総論』の中先生ではなく、1971年の『刑法総論』の中先生である)。刑罰の本質ないし内実は、やはり応報、すなわち責任非難と考えなければならない。その場合の非難とは何か。それは、個人の規範意識への訴えかけ、良心へのアピールである。刑法とは、個人の規範意識(良心)に訴えかけて犯罪を行おうとする動機を抑制し、犯罪に向かう意思決定を回避させることにより、重要な法益を保護し、被害者になるおそれのある人を守り、社会の秩序を維持しようとする存在なのである。事前には非難を予告し、事後には非難を告知する。責任は単なる処罰のブレーキではない。何か別の理由、たとえば犯罪予防のために科すことが正当と認められる刑罰を、人権保障の見地から消極的に抑制するのが責任であるという理解は適切ではない。刑法は、まさに責任非難を手段として行為者の規範意識に働きかけることを手段として法益を保護し、社会秩序維持を実現する、そのことのために存在しているのである。

刑法が責任無能力者を処罰の対象としないのは当然のことである。責任無能力者とは、精神の障害が原因で、規範意識による自分の意思決定の制御が不可能な人である。そういう人に対しては、刑法が非難のメッセージを告知してその規範意識に訴えようとしても何ら効果はなく、およそ無意味なことである。およそできないことをやれと命じ、やらなかったことを理由に罰を与えるのは野蛮であり、非人道的なことである。だからこそ刑法は処罰の対象にしないのである。ロクシンがいうように、本当は処罰したいし、処罰の根拠も充足されるのだけでも、人権保障のた

22) Makoto Ida, Norm und Prävention im Strafrecht. Zum dreistufigen Modell der Normkonkretisierung, in: Eric Hilgendorf u.a. (Hrsg.), Liberalität und Verantwortung, Festschrift für Jan C. Joerden zum 70. Geburtstag, 2023, S. 135.

めに限定がかかっている、というのではない。同様に、規範意識により意思決定を制御することが容易な行為に対しては、重い刑の警告がより有効なものと期待できるからこそ重い刑を科すし、規範意識により意思決定を制御することが困難な行為に対しては、刑法が重い制裁を警告してもそれに対応する効果が期待できないから軽い刑にとどめている。その意味では、責任の重さと、犯罪予防の必要性とは完全に連動している。

刑法が予定する、非難のメッセージを通じて人々の行動を規制し、被害を防止して、社会の秩序を守るという方法は、実は間接的で迂遠なやり方である。物理的にそういう行為をできないようにしてしまう方が手取り早い。しかし、この方法には、比較的小さなコストで、しかも過度に人々の自由や権利を侵害せず、監視社会に陥ることなく秩序維持を実現できる、という大きなメリットがある<sup>23)</sup>。この社会の秩序が維持され、われわれの生活利益が基本的には保護されるのは、そもそも刑法以前に、社会規範、つまり人を殺してはならない、他人の物を盗んではならない等々の社会的ルールが効力をもち、人々の行動を規制しているからである。社会学の用語で、人が成長の中でその社会のルールを身に付けていく過程のことを社会化という<sup>24)</sup>。親がいたずらをした子を叱って、たとえば、おもちゃを取り上げるといった罰を科す——それは、いけない行いであるという否定的評価を伝達することを通じて、子どもに社会生活のルールを理解・会得させるためである。「ルール違反に対しては罰を」というメカニズムは、家庭教育や学校教育（教師による叱責から懲戒に至るまで）のさまざまな場面ばかりでなく、対友人関係や夫婦間の関係、仕事上の人間関係においても、しっかりと存在して機能している。犯罪を行ってしまった人は、社会化の過程で基本的ルールを学び損なった人と見ることができる。刑法が刑罰を科すことは、社会化という、ルール学習の社会的メカニズムを前提とし、これを補完するものとして位置づけることが可能であり、かつそれが適切であると考えられる。社会化の過程における個人の社会規範の学習と規範意識の形成というメカニズムが機能しているからこそ社会の統合が可能となる。刑法は、これを前提とし、その全体的なメカニズムの中で、社会化を補充・補完しつつ、社会規範の効力の維持を通じてわれわれの重要な法益を保護するのがその役割である。刑法だけを孤立させ、その狭い世界の中だけで考えてはならない。この社会における秩序維持が可能とされているメカニズムの全体、社会システム全体の中に刑法を位置づけてものを見るべきだと考えるのである。

23) この点について、そして以下の点について、詳しくは、井田良『死刑制度と刑罰理論——死刑はなぜ問題なのか』（2022年、岩波書店）130頁以下。

24) 社会化について、簡単には、碧海純一『法と社会——新しい法学入門』（1967年、中央公論新社）43頁以下、同『新版法哲学概論〔全訂第二版補正版〕』（2000年、弘文堂）78頁以下。犯罪や少年非行との関係では、宮澤浩一「インフォーマルな社会的統制と犯罪・非行」宮澤浩一＝藤本哲也編『新講犯罪学』（1978年、青林書院新社）309頁以下が示唆に富む。比較的新しいドイツの文献としては、Klaus Hurrelmann/Ullrich Bauer, Einführung in die Sozialisationstheorie. Das Modell der produktiven Realitätsverarbeitung, 13. Aufl. 2020; Klaus-Jürgen Tillmann, Sozialisationstheorien. Eine Einführung in den Zusammenhang von Gesellschaft, Institution und Subjektwerdung, 16. Aufl. 2010がある。なお、廣松渉が、規範に従った役割行動の形成と安定化について詳論しているところは、社会化の過程における規範の学習と内面化のメカニズムについて豊富な材料を提供するものと私は考えている。『廣松渉著作集第5巻・役割存在論』（1996年、岩波書店）、特に179頁～267頁。

以上のように考えるとすれば、犯罪が社会にとって脅威なのは、規範の効力を害するからである。以前、私が慶應義塾大学の三田キャンパスを歩いていたとき、カラスが上から私の頭にぶつかってきたことがある。相手がカラスだから、仕方ない、次からは気をつけようという形で対処するほかはない。しかし、もし向こうから来た学生に頭をたたかれたということになると、かりにカラスの攻撃と物理的なインパクトはまったく同一であったとしても、事態のもつ意味がまったく異なる。次からは気をつけようで終わらない。その行為はその学生の「お前の頭なんてどうでもよい。何の価値もない」という主張の表出だからである。この主張の表出に対しては、「その主張は誤っている」という非難と結びつけられた公的な反論が必要である。なぜなら、反論がなければ、その学生の主張が妥当性をもつことになり、明日も頭をたたかれるかも知れないし、別の学生に今度は同僚の教授が頭をたたかれるかも知れないからである。刑罰は、誤った主張に対する公の立場からの反論を形にしたものである。ちなみに、こういうコミュニケーション論的な理解は「表出的刑罰論」と呼ばれ、英米やドイツで現在の1つのトレンドになっている<sup>25)</sup>。ただ、私は、ヤコブスがこれまでずっと主張してきたことはそういう考え方であったと認識している<sup>26)</sup>。その背後にあるのはヘーゲルの刑罰理論であり、「刑罰という害がなければ通用してしまうであろう犯罪を廃棄して、法を回復する」ための制度として刑罰制度を捉える見解なのである。

飯島暢教授は、これを規範的応報刑論と呼んでいるが<sup>27)</sup>、私は規範保護型の応報刑論と呼ぶことにしている<sup>28)</sup>。それは、非難の告知・規範意識への訴えかけを手段とする犯罪防止のシステムとして刑法を理解するものである。規範保護を通じての犯罪予防が中心的な思想なのである。どういうメカニズムで規範保護を実現するかにつき、私は3段階モデル（ないし4段階モデル）を提案している<sup>29)</sup>。刑法規範は、第1段階では、たとえば故意の殺人と過失致死を包括する「人の生命を尊重しなければならない」ないし「何人も他人を死亡させてはならない」という抽象的な規範として観念できる。その違反は、事前的（ex ante）には決定できず、事後的（ex post）にのみ確定される。第2段階では、刑法規範は、規範の名宛人に対し行動の指針となるように、それぞれの行為状況に即して具体化された規範として観念される。そこでは故意行為を禁止する規範と過失行為を禁止する規範は区別され、一般市民への事前的な行動準則の提示として働くように具体化される。そこにおいて、私のいう規範論的一般予防の効果が生じることが期待される。第3段階では、刑法規範は、具体的な犯罪行為の場面において、刑法は各個別行為者の規範意識に応じそれを働かせることで回避可能な限度での規範の遵守を求める。ここではジェームズ・ゴールトシュミット

25) 最近の研究として、中村悠人「表出的刑罰論についての覚書」立命館法学2022年5・6号（405・406号）529頁以下が示唆に富む。

26) Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 22 ff., 59 ff.; ders., Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, 2017, S. 28, 151 ff., 176 ff., 602 ff. など参照。ヤコブス理論に関する、日本語による簡にして要を得た紹介は、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（2016年、成文堂）31頁以下にある。

27) 飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（前掲注26）21頁以下などを参照。

28) 井田『死刑制度と刑罰理論』（前掲注23）を参照。

29) 井田良「刑法における規範と予防——刑法規範の意義と機能に関する一考察——」佐伯仁志ほか編『山口厚先生古稀祝賀論文集』（2023年、有斐閣）1頁以下。

がかつて名付けた義務規範 (Pflichtnorm) として刑法は作用する<sup>30)</sup>。私はこれを「個別予防」<sup>31)</sup>と呼んでいる (それは一般予防でも特別予防でもないからである)。そして、この個別予防のため、有罪判決と刑の賦課を通じて事前の行為者の規範意識への訴えかけを事後において確証し、事前のそれが単なるフェイクではなかったことを示すことが刑法にとり 1 つの本質的な任務となる。

さらに、それに加えて、規範の有効性に対する一般市民の信頼の保護のために制裁規範の発動が必要だと考えれば、それは有責性の確認、したがって義務規範への違背が確認されて以降にはじめて (いわば第 4 段階として) 問題とされることになる。それは、個別予防と区別された、積極的「一般予防」の問題である。たしかに、刑法規範 (それは同時に重要な社会規範でもある) が、法益保護のために人々の意思決定を規制する作用を維持し続けるためには、規範に反する行為が——それが有責に実行される限りは——確実に処罰されることが必要不可欠である。規範違反行為である犯罪行為が処罰されないとすれば、それは当該の刑法規範を遵守している一般市民に無力感と不公平感を抱かせ、法への信頼を失わせるであろうし、そうした犯罪行為が模倣される効果を生じさせることであろう。制裁規範の発動による積極的一般予防もまた、刑法の役割として重要であるとすれば、それは第 4 段階での規範保護の問題ということになる。

## 4 刑罰理論と行刑の関係

### (1) 刑罰理論と特別予防

ここまで検討を進めてきて、ようやく、「刑罰理論と行刑」について論じることができる段取りとなった。今まで述べてきたことは、ここからの問題の解決を容易にするための準備というようなものではない。むしろ逆で、以上のように考えることで、刑罰理論の陥っているジレンマはより明確化されると考えるのである。つまり、刑罰は、規範を手段とする一般予防、個別予防、積極的一般予防のために存在する。したがって、刑の執行は、一般市民に対して、または個別行為者に対して予告したところの、非難を形にした一定の不利益を事後に科すものである。非難の予告がフェイク、こけおどしにならないようにするために、非難を形にした不利益の賦課がどうしても必要になるからである。そうだとすると、特別予防は埒外に置かれることになる。刑罰理論に含まれていないものが行刑でいきなり登場するのはおかしいとすれば、特別予防は刑罰の内容・刑罰の目的から排除すべしとする見解に至りそうである。特別予防のための改善更生のための措置は、刑罰内容に含まれるものではなく、せいぜいそれを自発的に希望する受刑者への福祉的サービスにすぎないものとして位置づけられることになりそうである。しかし、私は、そこまで行くのは早計だと考えている。

30) James Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Reinhard Frank, Bd. I, 1930, S. 433 ff. なお、Georg Freund/Frauke Rostalski, Normkonkretisierung und Normbefolgung – Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen, GA 2018, S. 264 ff. も参照。

31) 井田『死刑制度と刑罰理論』(前掲注23) 59頁、141頁、148頁以下、163頁などを参照。

思えば、われわれのここまでの検討は、プロタゴラスを出発点とするものであった。プロタゴラスは、具体的な行為者に刑（ないし制裁）を科す段階で刑罰理論を構想したのであった。そこには、立法により刑罰法規を制定して刑を掲げる段階とか、また、実際に刑を執行する段階のことは正面から問題とされていなかった。刑罰理論において、このことを最初に意識したと思われるのはフォイエルバハである。フォイエルバハはカント主義者であり、カントから大きな影響を受けたが、カントの一般予防論批判に接して悩んだのであった。カントは、個人の人格の自己目的性を強調し、一般予防のために処罰するとすれば、公共的な目的のためにその個人を「使い」、「役立てる」ことになる。その人を「みせしめ」に使って一般市民を威嚇するようなことをすれば、「人を他者の目的のための手段として扱う」ことであり、「人格を物のように手段化する」ことになると批判した。フォイエルバハは、一般予防論に対する、こうしたカントの批判はもっともだと考えたのであった。そこで、フォイエルバハが思いついたのは、刑罰の段階構造であった。現実には刑を言い渡したり、刑を執行する段階ではなく、それに先立つ、法律によって犯罪と刑罰を定める立法の段階において、刑罰を予告することにより一般市民を犯罪から遠ざけるといふ、独自の一般予防論（心理的強制説）を主張したのである。立法による刑罰の警告を手段とする一般予防論であれば、「人を他者の目的のための犠牲にする」というカントの批判はあたらぬからである<sup>32)</sup>。

こうした刑罰実現の段階構造を、刑の執行段階まで含めて全体として意識したものが、M・E・マイヤーの「分配説」であった。刑法の実現は、①立法による刑の警告、②裁判官による量刑、③刑の執行という3段階のプロセスを経るのであり、それぞれ刑罰の根拠と目的も異なって分配されるとした。すなわち、それは応報、法確証、特別予防である<sup>33)</sup>。このような考え方は、戦後になり、ロクシンとミュラー＝ディーツによりさらに全面的に展開された<sup>34)</sup>。実は、中先生が支持されたのは、ロクシンが展開した「三段階説」（ロクシンのいう「弁証法的総合説」）であり、中先生は、「思想的遍歴をへて、遅ればせながら、私もようやくロクシンらと同一趣旨の刑法理論に安んじることとなった」<sup>35)</sup>とされている。

ここは、この三段階説についてどう考えるかについて本格的に検討する場所ではない。ただこれだけは確認できると思われるのは、従来は立法段階と裁判段階に関心を集中させて刑罰理論を構想し、一定の立場を固めた上で、それをそのままそれまで考慮に入れていなかった刑の執行段階にあてはめようとしてもうまくいくはずはない、ということである。逆に、新派刑法学の所説（リストの学説や、さらには牧野英一の理論）などは、刑の執行段階に関心を向けて一定の立場を固め、

32) 以上の点について、Wolfgang Naucke, *Kand und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962を参照。

33) Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2. Aufl. 1923, S. 419 ff.を参照。

34) ロクシン「国家の刑罰の意義と限界」（前掲注15）1頁以下、ハインツ・ミュラー＝ディーツ（井田良訳）「プロセスとしての刑罰——刑の法定、科刑および行刑を通しての法益保護——」法学研究53巻7号（1980年）102頁以下。

35) 中「刑法理論の争い」（前掲注14）16頁。

それを裁判段階、さらには立法段階にまで及ぼそうとしたものといえるであろう。それが極論として大方の支持を得られなかったのも当然ということになりそうである。

そこで、以上のことを踏まえつつ、先ほどの私の刑罰理論上の立場を前提に、もう一度、刑の執行段階について考えてみる。私の考えでは、規範を手段とする一般予防および個別予防のために刑罰はある。そこから、刑の執行は、一般市民に対して、または個別行為者に対して予告した非難を形にした一定の不利益を事後に科す以上のものではない。非難の予告がフェイクないしこけおどしにならないようにするために、非難を形にした不利益の賦課がどうしても必要になる。ただ、そのように刑の執行段階を構想するとすれば、特別予防はおよそ埒外に置かれることにならないか。これが先ほどの問題提起であった。

おそらく次のように考えるべきであろう。すなわち、3つの段階を俯瞰する立脚点から刑罰理論を構想するのである。そのときには特別予防も、刑罰目的に含まれている。たしかに、立法段階・裁判段階では、それは潜在化していて本格的には前面には出てこない。それでも、立法段階を見ても、常習犯処罰や累犯加重という形で特別予防的考慮を働かせている例外的な規定もある。また、裁判段階では、特別予防の考慮を量刑判断において、そして執行猶予の可否の判断において行うことが認められよう。このように、特別予防は最初から刑罰目的に含まれているが、ただ立法段階・裁判段階においては潜在化していても表面化する程度であり、刑の執行段階においてそれが本格的に前面に出てくる、と理解することができるのである。逆にいえば、もし特別予防目的をおよそ刑罰目的から排除するならば、刑の執行段階ばかりでなく、立法段階・裁判段階における上記のような現れ方もまた不可解とされることとなり、それはおよそ現行法の規定やその下における実務と整合せず、非現実的な理論ということになってしまう。

このようにして、私は、刑罰実現の3段階を俯瞰するときには、特別予防は最初から刑罰目的に含まれていると考える。とはいえ、規範保護型の応報刑論における、規範論的一般予防および個別予防と、特別予防とがどのように統合されるのか、それらの上位の刑罰理論上のコンセプトというのが考えられるのかが問題となろう。

飯島暢教授は、規範的な応報刑論によると、刑を科すことは法秩序を犯罪以前の状態に回復させるために行われるとする。そして、「刑罰を通じて、犯罪行為を行う以前のような、法秩序の規範に従って生活していた市民・人格の状態に当該犯罪を立ち返らせてこそ、刑罰により法秩序は回復されたといえるのではないか」とし、そこから受刑者をして再社会化のための行刑プログラムに服させることを義務づけようとする<sup>36)</sup>。これに対し、すぐに思いつく反論は、犯罪者はもともと人格が偏っており、いつそういう犯罪に出るかかわからない状態だったのだから、当該犯罪以前に戻してもまた犯罪を実行するはずだし、特別予防の意味などないのではないか、というものであろう。おそらく飯島教授は、そういう事実の次元の議論をしているのではない。どういうときに、犯罪以前と同視できるような——犯罪がなかったのと同じと見なしうるような——法秩序の状態の回復があったかという規範的な次元の議論をしているのであろう。罪を犯し

36) 飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(前掲注26) 55頁。

再犯の危険のある者については（そうでない人については特別予防の必要性はない）、改善更生のための処遇が行われ、二度と犯罪を行わないであろうと期待できるようになれば、犯罪以前の状態と規範的には同視できる（もっと端的にいうと、そうしてはじめて再び社会の一員として社会に受け容れてもらって再スタートができる）のであり、これによりはじめて規範的応報刑論の立場に基づき掲げた刑罰目的の実現は完了する、と考えるのであろう。私は、先ほど、規範の保護という見地からは、刑法は行為時において行為者に対し犯罪を回避する意思決定を義務づけようこと（義務規範による個別予防）を論じた。規範保護の思想が——立法から行刑に至る刑罰実現の諸段階という時間的發展の契機を含めて考えるときには——飯島説にいうような「犯罪以前の状態への回復」の思想を内在させている限りにおいて、もし犯罪後の行為者に再犯の危険性が残るときには、それを消去するための改善更生措置を受けることを義務づけることになるとと思われる。このようにして、私としては、今の段階では基本的に飯島説に従いたいと思うのであるが、まだまだ検討すべきところが残っていることは意識している。

## （２）「2022年改正」の位置づけ

刑法哲学的な抽象論はここまでとして、以下では、より具体的な問題を検討していきたい<sup>37)</sup>。刑罰の内容となることとは、国が行為者に対して「できる」ことであり、行為者にとってはその負担となり、義務づけられることである。それは大きく、（イ）応報という刑罰の要素から導かれるものと、（ロ）特別予防目的から導かれるものと二分されることになる。

まず前者から見ると、応報刑論によれば、刑罰とは、犯罪という「害」に対しそれに見合った「害」として加えられる反作用であることを本質とする<sup>38)</sup>から、刑罰としての「害」の内容とは何かが問題となる。懲役をもって自由刑の原則的形態としてきた（これまでの）現行法の刑罰制度は、施設収容にともなう場所的移動の自由の制限に加え、刑期中に義務づけられる作業を含めたものを非難としての「害」の内容、したがって刑罰としての本質的内容と理解するものであったといえよう。しかし、現在における応報刑論の理解によれば、自由刑のもつ「害」の内実は、一定の時間、一定の施設に収容され、場所的移動の自由を制限されることに尽きており、刑の重さ（犯罪に対する非難の重さ）はもっぱらその期間（刑期）によって表現されると考えるものであろう（執行猶予付きの自由刑の言渡しもまた、責任に見合う刑を下回るものというのではなく、責任に相応する刑の幅の枠内に収まるものとする見解が一般的であろう）。懲らしめのための労働の義務づけにより自由刑の刑罰としての応報性がはじめて確保される（いいかえれば、労働の強制なしにはその刑は犯罪に見合った刑とはいえない）という理解は、もはやとられていないと思われる。それを「自由刑の純化」論と呼ぶかどうかは別として、自由刑の応報刑としての内実は、刑期の間、場所的移動の自由を制限されるこ

37) 以下の点については、旧稿である井田良「拘禁刑創設と刑罰論」有斐閣 Online (ID: L2210003) と重複するところが多い。

38) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年、創文社）468頁によれば、刑罰とは「犯罪のゆえにその行為者に加えられる国家的非難の形式」である。これは、応報刑論の立場に基づく刑罰の（洗練された）定義であるといえよう。



とをもって尽きているという理解が基本に置かれてよいと考える<sup>39)</sup>。

ただ、そうであるとしても、刑期の間は刑事施設にとどまることが受刑者に義務づけられるのであるから、そこにおける生活の規律にともなう種々の自由の制限もまた義務づけられることとなるのは当然のことである。場所的拘束にともなう刑務所内の規律は刑罰理論の問題ではない。起床や就寝、食事の時間等は定められ、それに従わなければ懲罰の対象となるであろう。そういう義務づけは、刑罰の内容という必要はなく、刑法典に規定すべきことでもない。行刑に関する国法上の規律に関することであり、受刑者の権利と義務を規定する行刑法、刑事収容施設法の問題であり、現にそこに規定があるところである。

こうした基本的理解によれば、作業も、応報刑の内容ではなく、もっぱら特別予防（行為者の改善更生と社会復帰）の上での必要性から導かれると考えることになる。作業が刑罰の内容として受刑者に義務づけられるとき、それは刑罰の応報的側面からではなく、特別予防目的の追求の側面から導かれるものということになる。このことは、作業を通じて労働に親しみ、規律とけじめのある生活習慣を身に付けることが可能になり、それが社会に戻ってからの仕事への準備に（とりわけ職業訓練として）役立ちうることから説明されることになる<sup>40)</sup>。

こうした理解は、2022年改正に先立ち、2005（平成17）年に成立した刑事収容施設法（「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」）により一足早く実定法化されている。すなわち、同法84条1項は、「受刑者には、矯正処遇として、第92条又は第93条に規定する作業を行わせ、並びに第103条及び第104条に規定する指導を行う。」と規定し、作業を矯正処遇と位置づけ、懲役受刑者についてはこれを矯正処遇として義務づけるものとした<sup>41)</sup>。さらに、今回の2022年改正による刑事収容施設法の一部改正により、「刑事施設の長は、受刑者に対し、その改善更生及び円滑な社会復帰を図るため必要と認められる場合には、作業を行わせるものとする。ただし、作業を行わせることが相当でないとき、この限りでない。」とする規定を設けることとした（改正後の新93条）。これにより、拘禁刑受刑者および拘留受刑者に対し、改善更生・社会復帰のための作業の義務づけを行う権限と、それに対応する受刑者側の義務とが明記されるとともに、作業が必ず義務づけられるものでないことも（刑法典の新規定と平仄を合わせる形で）明らかにされた。

以上、刑罰の内容ないし義務づけの中には、（イ）応報的性格に由来するものと、（ロ）特別予

39) 「作業が強制されるという点で懲罰的性格を有することは否定できない」といわれることもある（林眞琴ほか『逐条解説刑事収容施設法〔第3版〕』〔2017年、有斐閣〕453頁注31）。それはこれまでの現行法の説明としては理解できなくはないが、本文に述べたような立場からは（少なくとも）ミスリーディングである。

40) たとえば、『行刑改革会議提言——国民に理解され、支えられる刑務所へ』（2003〔平成15〕年12月22日）13頁も、「刑務作業は、規律ある生活の維持、共同生活への順応、勤労意欲の養成、職業的技能及び知識の習得、忍耐力の涵養という機能を有し、一般的には、受刑者の改善更生及び社会復帰に資するものと評価し得るところであり、今後も、刑務作業を処遇の重要な内容として位置付けることについて異論はない」としている。ただし、林ほか『逐条解説刑事収容施設法』（前掲注39）453頁注32は、「作業には、少数の監視者によって多数の受刑者を効率的に統率することを可能とする点において、刑事施設の規律秩序の維持を容易にする機能があり、また、自給自足の考えを基本として、施設の営繕修理、炊事等の労務、食料品や被服等の製造などによって行刑に対する国家の支出を償う機能があるとされている」としている。

41) 林ほか『逐条解説刑事収容施設法』（前掲注39）393頁以下を参照。

防目的の追求から認められるものがあり、拘禁刑の要素である場所的移動の自由の制限は応報的性格に由来するものであるが、作業については、かつてそう考えられていたような応報刑の要素ではなく、特別予防のための処遇措置の中に位置づけられるものと述べた。最後に残された問題は、刑を執行する国の側に受刑者の矯正処遇を行う権限を認め、それに対応して、受刑者の側に改善更生のための処遇措置を受ける法的義務を肯定することができるかである。これは、特別予防が刑罰目的であることを前提とした上で、刑罰による特別予防目的の追求がどのような具体的な態様において認められるか、そこから受刑者への義務づけとその権利の制限まで導かれるかの問題であるから、刑罰理論に関わる根本問題の1つであることは否定できない。

まず現行法の立場について見ると、2005年に制定された刑事収容施設法は、国の側に受刑者に対して様々な処遇を行う権限を認めており、その権限の反面においてそれを受ける受刑者側の義務を肯定している。より具体的にこれを見れば、「矯正処遇」として、作業とともに改善指導と教科指導とを挙げた上で（同法84条1項）、刑事施設の長による懲役受刑者の行う作業の指定に関する規定（92条〔なお、2022年改正により本条は削除され、そのかわりに93条に拘禁刑受刑者に対する作業の義務づけに関する規定が置かれることになる〕）、そして、それまで刑法に規定がなかった改善指導と教科指導の根拠規定が置かれた（同法103条・104条）。正当な理由なく作業を怠ったり、改善指導・教科指導を拒んだりしないことが遵守事項とされ（同法74条2項9号）、これに従わないことは懲罰事由となる（同法150条）。

2022年改正による刑法典の新12条3項が「拘禁刑に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。」と規定していることは、刑事収容施設法のとった立場を前提とするものである。いいかえれば、2022年改正後の刑法典は、刑の内容という観点から、受刑者の改善更生を図るために必要な作業・指導を行う国の権限、そしてその反面における受刑者の義務<sup>42)</sup>について規定するに至った。そして、刑事施設収容法は、行刑における国の側と受刑者の側の権利義務という見地からこれらの矯正処遇について規定していると理解することができる。

しかしながら、矯正処遇の法的義務づけに対しては、反対が強いことも認識している。ドイツの連邦行刑法を見ると（その41条）、作業については原則的に受刑者の義務とされている。ただ、65歳を超える者、妊婦や子育て中の母については明文で義務を免除されている。作業を拒否すると懲罰の対象となる<sup>43)</sup>。これに対し、処遇についてはそれに参加する法的義務はないとされている。そこから、それに応じないことを理由に懲罰を行うことは許されないとされている。他方で、施設の側には、受刑者がそれに協力しようとする気持ちを起こすように促し、その動機づけを与える義務があるとされている（ドイツ行刑法4条1項）。また、処遇措置の拒否を理由に、一定の不利

42) この点につき、第208回国会の参議院法務委員会（令和4年6月10日）では、法務省刑事局長（当時）の川原隆司が政府参考人として法案につき次のように答弁している。すなわち、新12条3項に基づいて「受刑者に作業を行わせ、又は指導を行うこととなった場合、刑法上、当該受刑者には作業を行い、又は指導を受ける義務があると考えているところ」だというのである。第208回国会参議院法務委員会議録第17号14頁。

43) 以上の点について、Gabriele Kett-Straub/Franz Streng, *Strafvollzugsrecht*, 2016, S. 86 f. を参照。

益が生じること（たとえば、自由制限の緩和が認められないこと）はやむを得ないとされている。州の行刑法の中では、バイエルン州行刑法のように、処遇への協力義務を肯定するものも存在する<sup>44)</sup>。ドイツの法状況が国際水準であるかどうかは明らかでないが、日本の法状況との距離は決して大きくないこと、少なくともそこでは、処遇が受刑者の完全な自発的意思に基づいて一種の福祉的サービスとして提供されるようなものではないことが理解できよう。

何より、この論点の検討にあたっては、一口に「法的な義務」といっても、その強度や、義務の履行を担保する方法の態様には異なったものがあることに注意すべきである。刑事施設内にとどまる義務や、施設内で犯罪行為を行わない義務のように、物理的に遵守を強制され、それに加えて懲戒等の制裁の対象となる強い義務もあるし、施設側の働きかけをただ外形的に受忍することだけを求め、それを拒否したとしても直ちには懲罰等の問題としないという弱い義務づけも可能である。前述のように、刑罰目的・行刑目的として特別予防を掲げることが承認されるならば、受刑者が社会にもどったときに再び犯罪に陥ることなく生活していくことを強く期待することは許されるはずである。それを「弱い」意味で「法的に義務づける」といいかえてもよいと考える。行刑施設内において、処遇措置を開始するにあたりそれを積極的に受け容れるように受刑者に対し種々の働きかけを行うことはドイツ行刑法（4条1項）も明文で認めている。そうだとすれば、受刑者側においてそうした働きかけを受忍させることは認められているはずで、そこにおいて義務を語ることは十分に可能であるように思われる。

もしそのように考えず、およそ特別予防を刑罰目的・行刑目的から排除するとすれば、すでに述べたように、立法段階・裁判段階において行われる特別予防的考慮からして、もはやおよそ理解できないことになってしまう。そして、行刑の段階では現在の行刑実務とはまったく異なった行刑のあり方を構想することになる。現実の受刑者の中には、本音としては作業を行ったり、改善指導・教科指導に従ったりする意欲に乏しい者も少なくないとしたら、そのような行刑が実施されれば、かなりの数の受刑者が何もしないまま受刑生活を送るという事態となることさえ予想される<sup>45)</sup>。特別予防目的を刑罰目的・行刑目的から外すこととすれば、仮釈放の制度なども、どのようにこれを運用すればよいかわからなくなるであろう。さらにいえば、特別予防目的の追求を放棄した行刑施設に対し、民間団体や地域住民がこれまでのような理解と協力を今後も継続するであろうかにも思いを致すべきではなからうか。

## 5 おわりに

ここまで述べてきたように、2022年改正が懲役と禁錮の区別を廃止して拘禁刑を創設したことは、刑罰理論と行刑の関係をめぐりなお多くの問題があることを気づかせてくれたと思っている。もちろん刑事政策的には、いま・この時期にこうした改正が行われたことのもつ意味には大きな

44) 以上の点について、Kett-Straub/Streng, Strafvollzugsrecht (前掲注43) S. 44 f.を参照。

45) 川出敏裕「自由刑の単一化」『日高義博先生古稀祝賀論文集（下）』（2018年、成文堂）476頁、高橋直哉「刑罰論からみた犯罪者処遇法改革」法時93巻4号（2021年）26頁など参照。

ものがある。すなわち、それは、平成期以降に生じた重罰化・厳罰化の傾向により刑事法システムに生じた「偏り」を是正する動きが出てきたことの「象徴的な現れ」として理解することができるのである。折しも、現在の犯罪現象を見ると、今の社会、すなわち、低成長、格差、少子高齢化、ネット社会化、価値観の変化・多様化とそれに対する反発等々を特徴とする社会に特有の犯罪が目立つようになっている。今回の法改正が、刑罰制度の運用において犯罪原因の究明と再犯防止の考慮がもつべき適切な位置づけ（行刑段階においてはじめてそれらを考慮するというのでは遅すぎるのである）について再考し、左右の極論に振り回されることなく、全体としてバランスのとれた刑事法システムを再構築するための重要な契機となることを期待したいと思う。