

共和主義刑事司法理論の一検討

——ブレスウェイト／ペティットの近著を素材に——

森 村 た ま き

一 はじめに

英米の倫理学、政治哲学において、一九七〇年代以降、隆盛を極めている正義論と、その前提する個人主義的リベリズムに対し、いわゆる「共同体主義 (communitarianism)」から、批判が起こっている。共同体主義者たちは、リベリズムは共同体の価値や重要性に対し敵対的であるか、それらを十分に評価しておらず、また、リベラルな寛容という態度は共同体の倫理的同質性を維持できず、共同体を崩壊させてしまう、としてリベリズムを批判する。個々人は物質的、知的、精神的に、その存在を共同体に依存しているだけではない、個々人の生の価値や善は、その者が属する共同体の生の価値の反映に過ぎず、したがって個々人の善き生は共同体自体の善き生と不可分であり、個々人の生の成功は全体としての共同体の生の成功に全面的に依存している、というのである⁽¹⁾。

共同体主義の名称の下に一括される議論は実際にはきわめて多様であり、上のような批判をはじめとして、例えば権利の重視は自己利益の追求のみに心を砕き、他者への配慮や地域社会の連帯に価値を認めない、貧しい人間関

係をつくりだすといった議論や、男性中心の権利観とは異質な、関係性、他者への配慮を重視する女性特有の倫理観を説く、「ケアの倫理」⁽²⁾のような、個人主義的とは異質の原理で構成された社会規範や制度をそのオルターナティブとして提示する研究も、共同体主義的な研究と言える。

日本でのこのような共同体主義の紹介、検討は、法哲学者によって数多く行われており、また、民事法の分野では、単なる紹介にとどまらない、自覚的に共同体主義の視点を取り込んだ研究が行われている⁽³⁾。しかし刑事法の領域においては、共同体主義にコミットした独自の研究はもとより、刑罰論、犯罪学、刑事政策における共同体主義に触発された議論を、こうしたより広い哲学上の文脈に関係付けることも行われていない。本稿は、このような議論として、プレスウェイトとペティットの「共和主義犯罪学 (republican criminology)」を紹介するが、彼らの議論は「社会復帰理念の失敗」の認識以来、刑罰論において有力に主張されている「正当な応報 (just desert)」を標語とする応報主義に対する、刑罰の謙抑、家族、コミュニティによるインフォーマルなコントロールの重視などを主眼とする立場からのアンティ・テーゼでもある。また同時にそれは、リハビリテーション理念への深い幻滅、刑罰およびインフォーマル・コントロールのもつ共同体の支持する規範、価値を確認、宣揚する機能(刑罰の表出的機能 (expressive function of punishment))の重視といった関心を応報主義と共有している。

抑止、隔離、社会復帰という功利主義的正当化が優位を占めてきた刑罰論において、応報主義が「復興」したのが、七十年代正義論の復興と時期をほぼ同じくしたのはおそらく偶然ではない。desert⁽⁴⁾に基づく応報主義のマニフェストであった von Hirsch の *Doing Justice*⁽⁵⁾は、抑止、隔離、社会復帰の名目の下に行われている貧しい実務の現実や抑止効の実証不可能性をその非有効性を主張する論拠としたが、理念のレベルでの功利主義批判の論拠はロールズやノージックの権利論から得た。個人の基本権の集合的利益に対する優越を前提とすると、功利主義のみによって刑罰を正当化することはできない、として引用されたのはジョン・ロールズの『正義論』であった。「各人

は社会全体の福祉によってすら覆され得ない正義に基づく不可侵の領域をもっている……他の者たちがより大きな利益を享有できることが誰かの自由の制限を正当化する理由になるということを正義は否定する」。*just desett* 論へのブレスウェイト／ペティットの批判は、共同体主義によるリベラリズム批判と、この意味で重なり合う側面をもっている。

アメリカにおいて、刑事政策におけるコミュニティに基礎を置く諸プログラムは、六十年代ジョンソン政権下での「犯罪との戦い」(War on Crime)政策、および大統領諮問委員会報告書『自由社会における犯罪の挑戦』(Challenge of Crime in a Free Society)以来、犯罪予防、犯罪者処遇政策において一定の重要性をもち続けてきた。それは当初公的刑事司法システムへの取り込みによるラベル貼り、スティグマ押しの回避というディヴァージョン、犯罪者援助、コミュニティへの再統合の促進を理念としたが、社会復帰モデルの有効性に疑問が投げられると共に、その正当化の論拠もまた *just desett*、犯罪者との対決、被害賠償へと転じるに至った。⁽⁶⁾

ブレスウェイトとペティットの共和主義犯罪学は、犯罪を予防し、それに対処する役割を、主として共同体自身のものでし、社会奉仕命令、賠償、罰金といった社会内処遇を推進して、拘禁刑を最後の手段とする。またそれは、コミュニティの犯罪処理能力を助成するような、コミュニティ・ポリッシングを擁護し、訴追を手控え、プロバーションを多用し、犯罪処理の責任をコミュニティに帰してゆく役割を刑事司法機関に期待する。また刑事司法機関そのものが犯罪者を非難し、しかしそれを許し再び社会の一員として迎え入れるといった、家族や共同体がそのメンバーに対してもつような役割を果たしてゆくよう奨励する。またそれは刑事司法のサブシステムを個別的に研究の対象とするのではなく、刑事司法システム全体を視野にいたれた総合理論を構想し、個々のサブシステム間の資源配分から、政策実現のための戦略の青写真までも提示しようとする、きわめてスケールの大きな試みである。本書は、その題名からも明らかなように、応報主義にたいする批判をその内容の大きな柱としており、共和

主義理論も応報主義への対抗理論として描かれている部分が多いが、本稿では、共和主義理論の積極的主張を中心にとりあげて批判的に検討し、その中で関連する箇所について応報主義批判に言及してゆくことにしたい。以下、彼らの主張の内容を紹介しよう。

二 ブレスウェイトとベティットの共和主義犯罪学

ブレスウェイトの共同体主義

ブレスウェイトは『犯罪、恥、再統合 (Crime, Shame and Reintegration)』(一九八九)⁽⁷⁾において、共同体主義の社会 (communitarian society) は犯罪行為者に恥の念の付与 (shaming) を効果的に行い、しかもそれはその者へのステイグマの付与を伴わず、コミュニティに再統合するようなかたちで行われるため犯罪率が低いとして、日本とヴィクトリア時代のイギリスをその例に挙げた。彼がここで言う共同体主義とは、(1)強い相互依存の網の目が存在する。(2)その相互依存は相互的義務と信頼を特徴とし、(3)個々人の便宜ではなく集団の忠誠心の問題と解される⁽⁸⁾、と定義されるように、経験的事実としての社会の一定の状態を指し、それが低犯罪率、犯罪の予防という点において個人主義的社会よりも優れているという経験的主張のほかは、それが道徳的により望ましい社会であるといった規範的主張を必ずしも含まない。もともと本書全編は日本型、家族型、共同体主義の社会の社会統制、刑事司法システムの賞賛にこれ費やされており、共同体主義社会の個人主義社会に対する道徳的優越を説くものとの印象を拭い去るのは困難である。とはいえブレスウェイトは、日本の犯罪政策の優秀さには敬意を表するが、日本に住みたいとは思わない、なぜなら順法へのインフォーマルな圧力を自分は窮屈に感ずるだろうから、と述べて、望ましい社会と現実の共同体主義の社会とを区別している。彼が望ましいと考える社会とは、刑法を含む、核となるような価値 (自由、多様性、建設的な対立の促進) についてはコンセンサスが存在するが、それ以外の点では多様

性を促進するような社会である、という。⁽¹⁰⁾

ブレスウェイトは哲学者であるフィリップ・ペティットとの共著、*Not Just Deserts* において、『犯罪、恥、再統合』で示唆した彼の共同体主義と整合的な政治哲学の構築を試みた。彼らは古代ローマの公民的ヒューマニズム (civic humanism) を範型として、それを共和主義 (republicanism) と呼び、この共和主義理論が要請する刑事司法システムのありかたを構想した。

自由の概念

共和主義はリベラリズムと同じく、自由、とりわけ他者の干渉を受けないという消極的自由を重視する。しかしリベラリズムの想定する自由が非社会的であるのに対し、共和主義の重視する自由は社会的、すなわち社会的コンテキストを離れては享受できないものである点に両者の大きな違いがある。例えば幸福は非社会的な価値であるが、平等はそうではない。リベラリズムの自由観からすると完全な消極的自由が達成されうる理想的な条件は、個人が一人きりで存在し、干渉をしかける他者がいない状態、ということになる。しかし共和主義の想定する条件はそれとは異なり、周りに他人がいるのだが、彼らは干渉しない、というものである。すなわちそれは各人が他者による侵害から法による平等な保護をうけることを条件とする (G)。共和主義の考える自由において、法は自由の不可欠の要素である。

ブレスウェイト／ペティットはリベラリズムの用いる自由 (liberty) という語と区別して、共和主義の社会的自由の観念を公民的自由 (dominion) と名付ける。公民的自由とは、原子的個人の自由とは異なる、市民の自由、共和主義的な完全な市民権の概念である。公民的自由の追求は、我々の人身、財産、自律の尊重、保護を要請し、また、犯罪の被害者、潜在的被害者のみならず、被告人、証人、納税者といった、刑事司法システムに影響を受ける

者すべての利益を衡量することをも要請する。完全な意味での公民的自由は次のような場合に実現されたといえる。

- 1 その者の享受する自由の期待が、他の市民の享受する期待に劣らない。
- 2 この条件が満たされることが市民の間の共通の知識である。すなわち誰もが上記の期待を自分が享受できるとを知っており、また他者もそれを知っているということを知っている。
- 3 その者が享受する自由の期待が、他の全ての市民が持つ同様の期待の最善のものに劣らない。(64-5)

総合性

刑事司法システムに関する理論は、刑罰や警察といったサブシステムのみに関するものに留らない総合的 (comprehensive) なものでなければならない。またそれは応報主義に代表されるような義務論ではなく帰結主義的なものでなければならない。なぜなら帰結主義は目的とその制約の双方を設定する義務論に比べ、目的のみを設定すれば足りる点で、また、なぜある価値を目的とし、ある価値を制約と見なすのか説明しなくてよい分単純である。また、帰結主義は義務論よりも統一的な道徳理論を提示できる。

刑事司法システムの共和主義理論は、この公民的自由の最大化を目的とする帰結主義理論である。この理論の最大化すべき目的は、それが当のコミュニティーにおいて異論のないもの (uncontroversial) であること、当のコミュニティーにおいて異論のないものと見なされている権利 (例えば公正な裁判を受ける権利、無実の者の処罰の禁止) の確実な配分を可能にすること、刑事司法システムに伴う権力の異論の余地のない限界 (例えば残酷な刑罰の禁止) を尊重するものであること (an uncontroversial, stabilizing and satiable goal) という三つの要請を満たさねばならない (32-45)。他の有力な帰結主義理論である予防主義、功利主義、目的応報主義はいずれもこの要請

を満足させられないが、公民的自由の最大化、あるいは公民的自由の侵害の最小化はこれを満たすものである。

形成的機関の重視

個々人の行為によって公共的利益を実現しようとする場合、それを達成する制度的方法として市場的機関によるもの、形成的 (formative) 機関によるものの二つが考えられる。市場的機関は個々人が自己利益に基づいて行動すると想定し、自己利益に基づく行動の総和が公共的利益をもたらすよう物事を設定する (例えば完全競争の市場)。これに対し形成的機関は個々人の行動傾向や思考様式にある程度恒常的な変化を引き起こすようなかたちで、各人が自己の利益ではなく公共的利益に第一に関心を持って行動するように人々に働きかける。

形成的機関は更に、刑罰の威嚇や報酬によって個人の行動傾向のみを変える強制的機関と、行動傾向だけでなく、思考様式をも変えようとする社会化機関に区別される。社会化機関は人々に一定の思考様式が立派なものであることを痛感させ、彼らの中に適切な善悪の感覚を築き上げ、もしそれに反した行動をとったら、他の人々から非難されるのが確実であるようにすることによって、道徳的に価値のある思考様式を教え込もうとする。刑事司法にとって重要なのはこの社会化機関である。裁判官や陪審員が自己利益を越えて公平に判決を下すのでなければ、被告人が公正な裁判を受ける権利を享受する見込みはきわめて小さくなるし、市民の犯罪からの保護は社会化機関によって最もうまく達成される。なぜなら我々の多くが犯罪を犯さないのは、それが自己利益に反するという功利計算によるのではなく、そもそも犯罪を犯すことが我々にとっておよそ思いもつかないことだからである。犯罪を思いもつかないことにするのは、犯罪が悪であるという強力な感覚、またそのようなことを考えたことが発覚した場合の恥の感覚を育てる社会化の力である。

共和主義はこのような形成的機関の役割を大きく評価する点でリベリズムと異なる。形成的機関がある人物が

ある行為をすることを止めさせるべく行為するとき、リベリズムはそれをその人物がその行為をする自由の剝奪だと考え、それゆえ問題だと考える。しかし社会において強制的法なしに自由を享受するのは不可能であるため、形成的機関の存在に頼らざるを得ないが、リベリズムは自ら好んでそうするわけではない。他方、共和主義は法による相互的不干渉の保証なくして完全な自由の享受は不可能だと考えるため、形成的機関、とりわけ社会化機関を積極的に評価する。共和主義は市民の間に市民道徳(civic virtue)が確固として存在することを公民的自由の享受のための前提条件とするが、そのような道徳が人間に自然に備わっているとは考えないため、形成的機関によって市民を道徳的に行動させることを当然だと考える(80-5)。

四つの補助的解釈原理

公民的自由の最大化を刑事司法システムの目的とすると、どのような政策実務が要請されることになるのだろうか。公民的自由の最大化という抽象的な目的は、より具体的な前提を要請する。すなわち、謙抑性、権力のチェック、非難、被害者と加害者の再統合(parsimony, checking of power, reprobation, reintegration of victims and offenders)の四つである。

犯罪化、監視、捜査、逮捕、訴追、刑罰といった行為は、それを加えられた者の公民的自由に大きな侵害を与えることは確実であるが、それによって得られる利益はあくまでも遠い将来の、蓋然的なものにすぎない。したがって刑事司法による侵害を正当化する側が証明責任を負うべきであり、その除去を主張する側が負うべきではない。刑事司法活動の増加ではなく、削減を指示するのが謙抑性の前提である。これは四つの中で最も重要な前提である(87)。

公民的自由とはそれを享受する側の主観に依存する側面をもっており、刑事司法システムによる適切な取扱を受

けられることが確信できなければ、その十全な享受は達成されない。したがって刑事司法機関が人々を取り扱う際に偏見や恣意を行使しないことが必要であるが、そのようなチェックは機関の側が市民に一定の権利（例えば無実の者が処罰されない権利、公正な裁判をうける権利）が存することを認識することによって最もうまく機能する。

上訴、苦情の申し立て、機関の側が自らの行使した裁量について解答すること、等がこうした権力チェックの方法である（87-8）。

非難の前提とは、刑事司法システムは犯罪者が何らかのかたちでコミュニティーによる効果的な非難、否認にさらされるよう構築されていなければならない、ということである。これは共和主義が形成的機関、とりわけ社会化機関の役割を重視することの帰結である。

社会化機関は犯罪予防に果たす役割において強制的機関よりも優れている。なぜなら、市民が功利計算によって犯罪は割に合わないと考える社会よりも、人々が犯罪を恥だと思い、そもそも犯罪に及ぶことなど考えもしない社会のほうが、安全だからである。したがって犯罪率の最も低い社会とは、犯罪者が効果的に非難にさらされるような社会である。また、社会化機関は市民に刑事司法システムの活動がなぜ必要であるのかを理解させる点で、強制的機関よりも優れている。法によってあることをするよう、しないよう強制されるだけでは、なぜその強制が課されるのか市民に理解されない場合が多く、そのような場合、市民は恣意的な強制のため自分の公民的自由が侵害されていると考えるかもしれないが、当の行為が恥ずべき行為であり、それがどうして恥なのか当事人に理解されている場合に、その者の公民的自由が損なわれることはない。このように共和主義理論は、刑事司法システムが犯罪者の処罰だけでなく非難をも行なうことを要請する（88-90）。

再統合とは、犯罪あるいは刑罰によって公民的自由を侵害された被害者および犯罪者をコミュニティーに再統合することによって、彼らの公民的自由を回復することを指す。犯罪によって、自分は不干渉の権利を持つに値しな

いというメッセージを送りつけられた被害者の再統合はとりわけ重要である。その方法として最も効果的なのは、コミュニティが非難の形で象徴的に、また損害賠償の形で有形的に、被害者の人格が価値のないものと見なされていないことを宣言することである。もし加害者に賠償させることができない場合には、代わりにコミュニティが賠償を支払って彼女の価値と彼女の公民的自由を確認しなければならない。

犯罪者の再統合もまた重要である。再統合の努力なしでは彼らは容易に二流市民の地位に転落し、公民的自由を享受できなくなり、彼らが再び犯罪を犯す可能性も高まる。犯罪者に対する非難と再統合は、相互に補強し合うものでなければならない(91-2)。

刑事司法実務への提言

公民的自由の最大化という目的と上記の補助原理とに導かれて、プレスウエイト／ベティットは刑事司法システムの総合理論が解答すべき十の問題に答えようとする。応報刑論、功利主義、予防主義といった他の刑罰理論によつては部分的にしか解答され得ないこれらの問題は、総合的な帰結主義理論である共和主義理論によつてのみ完全に答えうるのだという。問題はきわめて多岐にわたり、またその提言はしばしば論争的である。以下、これら十の問題とそれに対する回答を紹介し、とくに重要と思われる点について論評を加えたい。

1 刑事司法システムによってどの種の行為が犯罪化されるべきか

この問題に対する古典的リベリズムの態度は他者への危害の防止というJ・S・ミルの危害原理に表され、これに対しては法的モラリズム、法的パターンリズムから反論が提出されてきた。共和主義はリベリズムの危害の概念を公民的自由の削減に置き換え、不道德ゆえに犯罪化するというモラリズムは否定するが、原則的にはパター

ナリズムに同意する。共和主義は他者の公民的自由を侵害する行為と自己のそれを侵害する行為を同程度に重大だと考えるからである。これについては、それが危害から公民的自由の削減に関心を拡大する点、また刑事司法が行為者自身の公民的自由を侵害する行為までを対象とする点で、不穏当なものだと考えられるかもしれない。しかし謙抑性の考慮が働くことから過犯罪化の心配はない。

共和主義の犯罪化の対象となるのは、他の市民の人身、所有、自律 (person, property, province) を脅かす行為であり、基本的にリベリズムのそれと大差ない。また、それ自体公民的自由の侵害ではないが、公民的自由を保護するシステムに害を及ぼす派生的犯罪 (derivative crime: 未登録銃の所持、脱税、医師免許なしの医療行為等) の犯罪化も認められる。

侮辱犯罪 (crime of offence)、被害者の同意を得た犯罪 (consensual crime)、厳格責任犯罪については、それらを犯罪化するか否かが特に問題となる。

侮辱犯罪

不快な言辞を用いることを犯罪化することは、表現の自由に対する脅威となる。神への不敬の犯罪化は信教の自由の、酩酊、不労、賭博の犯罪化は社会的自由の、わいせつの犯罪化は性的自由のそれぞれ脅威を与える。これらの行為は犯罪化するよりも、むしろ公秩序を維持し、犯罪を防止する警察活動に委ねることによってうまく解決できる。警察の公秩序維持機能は、犯罪防止による公民的自由の保護の観点から完全に正当化できる。

同意犯罪

薬物中毒者にヘロインを売る販売人は、長期的には中毒者の公民的自由を侵害している。したがってヘロイン使

用を犯罪化する理由はあるように思われるが、謙抑性の考慮からすると問題がある。薬物使用の犯罪化は公民的自由の侵害であるし、それによる利益は疑問がある。また密売市場や密売組織ができあがる可能性もある。したがって共和主義理論はこうした薬物の自己使用を禁止せずに、医師の処方なく販売することを犯罪化すべきだとする。しかし自己使用を非犯罪化する場合、国家はコミュニティに対し、この問題をもはや重要だと考えなくなったのではないということを表明しなければならない。家族、学校といったコミュニティ内のあらゆる集団に対し、薬物濫用を止めさせるのは刑事法ではなく自分たちの仕事なのだと理解させることが必要である。

厳格責任犯罪

共和主義は一定の場合に厳格責任犯罪の成立を認める。その条件は第一に、行為に内在する危害の危険を、行為者が認識することが現実的に可能だったこと、第二に、刑事責任を問われる者が危害の発生を防止する立場にあり、またこの危害に注意を払うことがその者が同意した責任の範囲に含まれたこと、である(92-100)。

2 どのような種類の刑が許され、また禁止されるべきか

この問題に関しては、次の二点が問題となる。第一に、科される刑罰の性質の決定にあたって裁判官の裁量はどこまで制限されるべきか。第二に、科される刑の強さに関する裁判官の裁量はどこまで制限されるべきか。権力のチェックの考慮は各犯罪につき法によって刑の上限が決定されるべきことを要請する。他方、謙抑性の考慮は刑の下限を決定せず、裁判官が当の犯罪と被告人に特殊な事情を考慮して判決を下すよう要請する。

刑の種類は死刑、身体刑、拷問のような人身に対するもの、拘禁、社会奉仕命令のような自律に対するもの、罰金、賠償、没収のような財産に対するものに区別される。共和主義はこのうち人身に対する刑罰の禁止を提唱す

る。謙抑性、非難、再統合の考慮のどれもがこの判断を支持する。人身に対する刑罰は他よりも公民的自由の侵害が大きいいし、抑止力や非難表出機能や再統合機能の点で優れているとも言えない。

共和主義が最も強く支持するのは財産に対する刑罰である。財産刑は公民的自由を侵害する程度が他の二種より小さいし、加害者側の公民的自由の喪失は納税者（罰金）と被害者（賠償）の側での増大によってバランスがとられる。非難表出と再統合の前提は被害者に対する随意的な被害弁済、賠償を第一に望ましいと考え、強制的な被害弁済、賠償を次善の策とする。これが不可能な場合は罰金が国の管理する被害者補償基金に納められ、未解決の重大犯罪の被害者に賠償金として支払われる。他方、企業犯罪とその被害者に対しては別の対応が望まれる。被害者の再統合の要請が小さく、罰金や賠償の非難表出機能は十分ではないうえに、そのコストが消費者に還元されるおそれがあるからである。例えば虚偽広告を行った企業に対しては反対広告、訂正広告を命じる方が非難の要請になり得ると言える。

とはいえ、犯行がきわめて重大で、犯罪者の将来の行為からコミュニティを守る必要がある場合、また犯罪者に支払い能力や意思がない場合には私人に対しても財産刑は不適當である。前者の場合、権力チェックの観点から法律に拘禁は最後の手段だということが明記されなければならず、また裁判官はあえて拘禁刑を科す理由を判決に明示しなければならない。後者の場合は社会奉仕命令が適當である。社会奉仕命令は拘禁刑よりも公民的自由を侵害する程度が小さいうえ、受刑者仲間と一緒に孤立させて自らの行為に対する非難を免れ得るような環境に置くこともない。また、被害者に対する社会奉仕のかたちで行うこともできるため、被害者、加害者双方に対して再統合機能をもつ（101-6）。

3 刑事司法システム内の様々な部門の間で、あるいはある一つの部門やサブ・システム（例えば警察）内部での

資源の配分はどのようになされるべきか

警察があらゆるクレームを等しく追求することは不可能であり、犯罪の重大さによって優先順位を設けるのが現在の実務である。共和主義理論はこの実務を基本的に支持するが、謙抑性の考慮から警察の監視と取調べによる市民の側の公民的自由のロスをもまた真剣に考え、両者の調整を要請する。そのために警察は地域の諮問委員会や市民による運営委員会を通じて地域コミュニティに警察活動について説明する責任を負う。市民団体はまた、人々の権利が真剣に取り扱われているかどうかをチェックする役割も果たす。資源の配分に伴う困難のため権利が犠牲にされることがあつてはならず、異なった刑事司法システム間での資源の配分も権利によって制約されなければならない。またその制約の下、最大限の公民的自由が達成されるよう資源は配分されなければならない。具体的には、比較的予算が潤沢な警察から職業衛生安全や製造物の安全対策の執行活動に資金をまわすこと、被害者への賠償に割り当てる資金を増やすことが提言される。しかし、この理論によっては刑事司法システムは他の政府機能と比べてどれだけの資金を獲得すべきかという問題には答えられない(106-9)。

4 どの種の、またどれくらいの強さの監視が許されるべきか。

警察をはじめとする執行機関は監視活動によって保護される公民的自由と失われる自由とを調整しなければならない。警察によるパトロール活動によって犯罪率が減少するという確たる証拠はなく、また、秘密捜査官、情報提供員の利用拡大、電話盗聴、隠しカメラ、在宅拘禁者監視用の電子ブレスレット等々の新たな監視技術が、伝統的な方法に比べて効果が高いというはつきりした証拠もない。謙抑性の前提はこれらの効果の確たる証明が得られるまで、このような新技術の導入を手控えるよう要請する。また、権力チェックの考慮から、政治的に公民的自由の侵害の上限を定め、監視活動を自由の侵害の度合によって区別して、新たな監視技術を導入する場合には、現行の

監視技術のうち自由の侵害が同程度のものを廃止するような制度が提言される。また、社会統制活動に関する市民の苦情を受け付ける場として人権擁護委員会のような市民団体の活動が必要とされる。

警察活動については、従来犯人の逮捕といった「抑止」の機能のみが重視されてきたが、謙抑性の考慮はほんかの仲裁や被害者の救援、保険等についての実際的なアドバイスを行うといった警察の「順法促進 (compliance)」機能を重視する。日本の警察は被疑者や潜在的犯罪者に説教をしたり、家族、職場、地域社会によるインフォーマルなコントロールの触媒となろうとすることを通じて、抑止よりも予防に関心を注ぐが、これは非難と再統合の考慮から支持される。

このように公民的自由の重視は、訴追のための証拠集めの監視活動から、地域社会と協議の上で問題を解決してゆくための監視活動への転換を要請する (109-12)。

5 どのような事件が犯罪捜査の対象となるべきか、また捜査はどのように行われるべきか

警察活動には反応的 (reactive) なものと事前的 (proactive) なものの二種があり、自由の重大な侵害に関する苦情の発生に應えて行われる伝統的な反応的活動は、被害者の再統合、コミュニティへの責任といった公民的自由の考慮に適合するものであり、最も重要な警察活動である。しかし、企業犯罪、汚職、職業衛生安全法関連の犯罪者、インサイダー・トレーダー、脱税、政治汚職、といった犯罪に対しては事前的な警察活動が必要である。また、多数回の犯罪を繰返し、市民の人身に対する公民的自由に重大な脅威を与える犯罪者に対する事前的な監視活動も正当化される。また、共和主義理論はいわゆる「コミュニティ・ポーリング」を支持する哲学的論拠を提供する。警察はコミュニティの恐怖や要求に応答的であるべきだという理念は、公民的自由を真剣に考えることと整合的である (112-5)。

6 どのような事件が訴追されるべきか

応報主義者は訴追裁量は可能な限り最小化すべきだと論ずるが、共和主義はきわめて重大な事件の場合でも起訴を行わないことが公民的自由にとって最善である場合が多いと考える。共和主義は、犯罪予防という公共的利益と、訴追によって損なわれる被害者とその家族の公民的自由とを考慮したうえで訴追するか否かの判断をすべきだと考え、またこうした考慮を勘案するには検察官が最も適した立場にいると考える。

謙抑性の考慮からすると一定範囲の軽微な犯罪の訴追を禁ずる方針も考えられるが、これは法に対する信頼を損なうため不適当である。初回の非行を訴追しない方針は、逮捕されるまでの腕試しを両手を挙げて歓迎するようなもので不適当である。

訴追裁量は権力チェックの考慮と矛盾するように見えるため、検察の説明責任が重要となる。訴追基準を公表する方法が考えられるが、それらは結局現行の訴追実務を正当化する役割を果たすにすぎない。むしろ一定要件を備えたケースを訴追しなかった場合、検察官にその理由を書面で提出させることを義務付け、コミュニティの代表にそれを審査させるほうが有望である。

訴追を行わないことの利点は他にも、納税者を税金の無駄遣いから、犯罪者を拘禁の苦痛から、証人を犯罪の記憶と恥ずかしめから、それぞれ救うといった点があげられるが、非難と再統合の考慮もまた訴追裁量の拡大を支持する。すなわち、犯罪をそれが起こったコミュニティに帰してやることは、犯罪者を非難し、再統合する機会をコミュニティが取り戻すということである。地域社会の紛争の全てに刑事司法システムが取り組むなら、犯罪者を非難し、犯罪者と被害者とを再統合するコミュニティの力は衰弱してしまう。公民的自由の保護はコミュニティによるインフォーマル・コントロールによって確保されるものであり、刑事司法システムはそれを助成すべきであって、その機能を代替するべきではない(115-9)。

7 公判前の決定——答弁取引、応訴義務の完全あるいは部分的な免除、保釈、公判前拘留に関する決定はどのように行われるべきか

共和主義は答弁取引や検察側証人となることによる訴追免除を、それが公民的自由を増大させる限りにおいて肯定する。権力チェックの考慮はこれらの判断が恣意や墮落から守られることを要請するが、その方法として例えば答弁取引や訴追免除の交渉を治安判事の前で行うことが提案される。保釈については、危険性の高い被疑者については認められないが、そうでないものについては謙抑性の考慮から認められることになる。ただし、危険性が高いとみなされた者が実は無実である可能性を考慮すると、在宅拘留の導入、ホテル並みの拘留施設の建設、無罪判決時の賠償金の支払いが求められる。また、これにより刑事司法関係者は公判前拘留を求めるのに謙抑的になるし、裁判の迅速化を促進する動機付けにもなる(11p-20)。

8 有罪の決定のためにどのような判決手続がとられるべきか

権力チェックの前提は被疑者が公正な裁判を受ける権利を含意し、それは陪審裁判を受ける権利、上訴する権利を含む。大半の犯罪はそれが被害者に負わせたコストより訴訟がコミュニティに負わせるコストの方が高くつくようなものであるが、公正な裁判を受ける権利はコストの考慮に優先する。現在の裁判過程は、拘留期間の方が言い渡された刑期よりも長かったり、弁護士に支払う費用や保釈金、裁判に費やした日数分の給与の方が罰金の額よりも高くつくなど、それ自体が刑罰といえる程のものである。したがって犯罪が軽微な場合、より早く、安価でインフォーマルな判決手続を選択するほうが被告人の利益に適っている場合があり、そのような場合被告人は陪審裁判を選択しない権利をもつべきである。共和主義は裁判過程の現実をそのまま肯定するものではない。逆説的だ

が、共和主義理論が現実に移されて、刑罰が謙抑的に適用され、拘禁刑が最後の手段としてのみ用いられるなら、裁判過程自体が刑罰の実質的な内容を意味するような場合が増え、陪審裁判を受ける権利が行使されない場合ももっと多くなるだろう。一方、謙抑的な刑事司法システムの下では裁判の件数は減少するから、希望する者が陪審裁判を受けることは財政的にはより実現可能になる。

他方、非難と再統合の考慮は、判決が適切であるだけでなく、裁判所による道徳的説得や被害者の証言によって犯罪者が悔悟の念を抱くような形で裁判が行われることを要請する。犯罪者を後悔させるに至らない場合でも、なぜ非難を受けるに値するのかに関する理の通った説明を受けるその者の権利を裁判所は尊重しなければならない。また、非難と再統合という目的は、裁判所に限らず、警察や検察によっても達成されうる。また、例えば有罪宣告後、刑の宣告前に、裁判官がソーシャル・ワーカーに、被告人が自分の犯したことが犯罪であることを理解しているかを確認し、自ら進んで被害者に謝罪し賠償する機会を与えるよう依頼することも可能である。とはいえ、裁判官がもつ権威は警察官やソーシャル・ワーカーのそれより大きく、また刑事裁判はユニークな象徴的意義をもつ厳粛な儀式であるから、裁判官はこの機会を単なる刑の言い渡しの場合としてでなく、犯罪者の非難と再統合、被害者の再統合を達成するための場として最大限活用すべきである(1204)。

9 裁量の限界の範囲内で、裁判所は有罪確定者にどのような刑を科すべきか

刑罰の機能としては社会復帰(rehabilitation)、隔離、抑止、道徳教育が挙げられてきた。リハビリテーションを目的とする刑罰は、精神を強制的に改編しようとするもので、これは人格に対する権利の国家による侵害である。共和主義はこれに反対するが、リハビリテーションのためのサーヴィスが必要とし、それを自発的に求める者はこれを容易に利用できるようにするべきだと考える。また、企業犯罪者に対する強制的リハビリテーション、例えば

経営陣改組命令 (management restructuring order) は、個人の精神の改編に比べ抑圧的ではないため正当化される。また、社会復帰のために長い刑を科すことは許されないが、謙抑性の考慮から、社会復帰の目的に資する場合に刑期を短くすることは許される。刑務所が社会復帰のために最悪の場であるというだけでなく、非合法的な職業を離れて合法的な職業に就くことが社会復帰であるなら、現在の職場を維持させることは刑事司法システムが社会復帰のために果たしうる最大の貢献であろうからである。

隔離・無害化による刑罰の正当化によると、危険性が高いとみなされた犯罪者が犯罪に応じた刑罰よりも長期間拘禁される選択的無害化 (selective incapacitation) が容認されることになる。共和主義理論は法の定める上限を越える刑期を課することは、被拘禁者のもつ不干渉の権利の侵害であり、また危険性の判断は困難で、その判断方法が往々にして道徳的に疑問のあるものであることから、これに反対する。

抑止効果に関して、実証主義犯罪学が立証しえたのは、刑罰がまったく存在しなければ犯罪が増加するということだけで、異なったレベルの刑罰が異なった抑止効果をもつということではない。したがって裁判官はどの刑罰がどのような抑止効果をもつかを基準に科刑すべきではない。何らかの考慮に基づいてともかくも刑を科すことが、犯罪を犯せば何らかの刑罰が科されるというメッセージをコミュニティに伝え、それが結果的に抑止の効果をもつのである。

非難の考慮からは道徳教育機能が刑罰の主目的に据えられるべきである。犯罪を処罰し恥の念を付与することによる刑事司法プロセスの道徳教育機能は、我々のほとんどにとって犯罪を思いもつかないものにするることによってコミュニティの順法傾向を高める。また、非難の考慮は被害賠償、企業に対する訂正広告掲載命令、社会奉仕命令といった刑罰を支持する。犯罪者をコミュニティによる非難にさらす刑罰は、それから隔離する自由刑よりも道徳教育効果の点で優れている。

道徳教育機能の考慮が裁判官の量刑判断に大きな裁量の幅をもたらしことは、犯罪に応じた刑罰の観念に反するとして応報主義者たちの批判を招くだろう。しかし、人により刑罰のもたらす苦痛は異なるのだから、犯罪に応じた刑罰の科刑規準を作成したところでそれは大雑把なものにとどまる。とはいえ懲罰性の強さに応じて異なった拘禁以外の刑を命じる方法は、犯罪の重大さに応じて厳しさの度合の異なる刑を科すことによってコミュニティに道徳的指針を与える刑法の機能に着目するもので、重要である。例えば核廃棄物の不正投棄を立法者が重大な犯罪と考えるが、コミュニティがその重大さを十分に認識していないような場合、それに対して最大限に重い刑罰を定めることによってその重大さを表明することは、コミュニティに対する道徳教育的意義をもつ。また、ある犯罪について刑法に規定された刑罰が厳しいものでなかったり、裁判官が厳格な刑を科さない場合、コミュニティはその犯罪は重大なものではないというメッセージを受け取りがちである。とはいえ、重大な犯罪はすべて厳格に罰されるべきだというわけではない。幾つかの厳格な処罰が注目を集めれば、十分メッセージを受け取るだけの能力をコミュニティはもつ。また、裁判所が十件の判決を下すより、一件が報道されることによって得られる道徳教育効果のほうが高い場合がある。

権力チェックの考慮からだけでなく、非難の考慮からも、裁判官の量刑判断には理由が明確に示される必要がある。刑事司法プロセスは被告人と道徳的対話を行うコミュニケーション過程であるべきである。それは犯罪に対する非難表出効果が最も高く、また最も謙抑的な対応である。刑罰は市民に犯罪を犯さない道徳的理由を提供すべきであり、また市民の道徳的に責任ある選択を下す能力を尊重するべきである。

このように、裁判官は道徳教育を主眼に量刑判断を下すべきであり、例外的な場合に限り、無害化を考慮すべきである。犯罪者の教育、コミュニティ全体の教育、犯罪者の隔離によるコミュニティの保護、犯罪者および被害者の再統合が裁判官が考慮すべき事柄であるが、これらを考慮する裁判官は一般に謙抑的となり、しばしば、有

罪判決のみで刑を科さなかったり、拘禁に代わってプロベーションや罰金を命ずることになる。その場合にも、犯罪者が自らの行為が不正であって、自分は非難されたが、しかし慈悲を与えられたのだということを理解するようしむけられる。また、裁判官は問題をそれが生じた当のコミュニティに帰してゆくよう努力を払うべきである。その方法は例えばフットボール・チームで起こった犯罪の場合、チームのメンバーや役員が法廷に召喚され当の人物の善行を保証するとか、家庭で生じた問題の場合は家族が召喚される等である。

刑罰を科す場合でも、罰金や賠償のような被害者の利益を考慮した財産刑を優先させることが望ましい。被害者への賠償が感銘力をもたないような企業体犯罪の場合など、場合によっては全財産に至るまでの高額の資産の没収が正当化される。また、隔離・無害化を考慮する場合でも、裁判官は謙抑を考慮して拘禁によらない無害化の方法を考えるべきである。

刑務所に代替する刑罰がきわめて有効であることがわかったと、結果的に刑罰の網を拡大する (net-widening) ことになるのではないかという危険は、共和主義の謙抑性の要請から回避すべきである。この考慮からも財産刑がコミュニティ・コレクションに優先した刑罰の選択肢とされるべきである (124-30)。

10 刑務所、プロベーション、パロール担当機関によって、どのように行刑は執行されるべきか

強制的リハビリテーションは禁止されるべきであり、また拘禁の目的が抑止でなく隔離であるなら、刑務所を過酷な環境にする必要はない。また、刑務所を悲惨な場所にすることで抑止効があがるという証拠もない。刑務所はその限られた資源を公民的自由の最大化のために用いるべきである。すなわち、安全確保によるコミュニティの公民的自由と、受刑者の公民的自由の拡大とを衡量しなければならない。応報主義者と同じく、共和主義は予防主義に反対して、受刑者は刑罰の内容に明示的に含まれた不利益付加以外に権利を奪われるべきでないと主張する。

拘禁刑の場合、移動の自由の剝奪が刑罰の内容であり、謙抑性および刑務所管理者の権力チェックの考慮から、他者の公民的自由を保護するのに必要な自由以外の剝奪は許されない。また、権力チェックの考慮からすると、受刑者の権利を考慮せず、市民への説明責任を怠った現行実務には大きな欠陥があり、オンブズマンのような制度が求められる。

拘禁刑を科する理由が隔離の考慮だけに基づくとすると、裁判官が拘禁を命ずる理由として書面に記した点について改善、事情変更があればパロールが必要になる。また監督付きで一時釈放してもよいと思われる場合には外部通勤、外部通学、特別休暇等が奨励される。またこれらは受刑者がパロールに相応しいかどうかを判断するテストにもなる。

刑務所運営および刑務所研究は、受刑者の社会復帰をどのように準備したらよいか、どのように促進すべきかを第一の関心とすべきである。再統合は犯罪者が再び犯罪を犯し、他者の公民的自由を脅かすのを防ぐ。またそれは元受刑者がステイグマを押され、二級市民に貶められるのを防いで、彼が完全な公民的自由を享受するのを助ける。

現在の刑務所行政の一番の問題は過剰拘禁であるが、これはひとつのサブ・システム内だけでは解決できない問題であり、全システムの対応が必要である(130-2)。

政策実現への戦略

上のような具体的政策を現実の社会でどのように実現してゆくかは、困難な問題である。共和主義理論は謙抑性の前提と共に、刑事的介入の減少を支持する漸減主義(decementalism)を提唱する。それは刑事的介入の増減によって犯罪率が変化するという経験的証拠は存在しないが、刑事的介入がまったく存在しなければ犯罪は増加する

という最低限の想定に基づき、犯罪率の増加を招くことなしに警察の規模、起訴件数、科刑件数の削減をかなりの程度まで推進できると主張する(137-40)。その具体的な方法としては、例えば警察予算の削減が犯罪発生に及ぼす影響を確認するために、全国の警察予算を一齐に削減はせずに、半分の地域の子算は据え置き、犯罪率が増加したかを見ることが提案される(141)。もし刑事司法支出の削減により犯罪率の増加に至ったことが証明された場合、さらなる削減は中止されるが、より厳密な経験的研究と、市民による議論が行われるまでそのまま刑事的介入の増加は行わずに、この研究と議論の結果、介入量を増加するか、それともさらに削減を続けるかが決定されることになる(142)。

削減は市民の権利を危うくするような領域では行われるべきではない。例えば被告人の公正な裁判を受ける権利を危うくするような裁判所経費の削減や、市民の自律を犯すような警察による証拠集活動はたとえ安価であっても許されない。他方、現在犯罪とされている活動の非犯罪化、法定刑の上限および宣告刑の平均の引下げ、そしてまた監視の強さ、捜査対象となる事件の件数、起訴件数、刑期の長さにおける引下げは奨励される(143-4)。その一方で、ほとんど刑事的執行の対象となっていない企業体犯罪の領域では、削減ではなく、刑事的介入の増加が必要とされる(145-8)。

三 検 討

ブレスウエイト／ペティットの共和主義

ブレスウエイト／ペティットの提唱する、リベラリズムと区別された共和主義は、本書ではこの語は用いられていないものの、一種の共同体主義と見なしてよいと思われる。彼らは共同体の道徳的健全さに全幅の信頼を置き、犯罪の防止においては、警察、検察、裁判所、刑務所よりも共同体による非難のほうが重要だとする。彼らは「公

民的自由の保護の大部分は、共同体におけるインフォーマルな社会統制によって確保される。刑事司法システムはこのタイプの社会統制を補うというより、むしろ助成するよう努めるべきである(118)」と主張して、刑事司法システムに犯罪の処理すべてを委ねることは、犯罪者を非難し、犯罪者と被害者の双方を再統合する共同体の力を弱体化させるとする。そして代表的な共同体主義者であるサンデルの「西洋民主主義は諸利益を代表しては来たものの、市民権を灌養しては来なかった。それは市民的自由を保護はするものの、共有される公共的生活という意味での自由を確保しては来なかった(119)」という見解を肯定的に引用する。

共同体による非難などによるインフォーマルな社会統制の重要性を強調する点で、著者たちは刑罰について論じてきた他の多くの論者たちより幅広い視野をもっていると高く評価できよう。確かに、あらゆる紛争の自力解決を放棄して、すべてを警察や裁判所に委ねてしまう共同体は、紛争解決の能力を失い、警察をはじめとする国家機関の強権化を招く、魅力に乏しいものになるだろう。この意味での共同体の力は、過小評価されるべきではないし、また活性化されるべきものであろう。しかし、プレスウェイト／ペティットの共同体の機能に対する考えは、多分に楽観的に過ぎるように思われる。彼らは共同体が有徳な市民だけからなっているように書いていて、そのありうべき弊害を指摘しないが、実際の共同体は偏狭だったり抑圧的だったり差別的だったり公民的美徳に欠けているかもしれない。彼らは刑罰や警察などによる社会統制と違って、共同体による社会統制は公民的自由の侵害にならないと考えているようだが、後者のほうが一層堪え難い場合も考えられる。プレスウェイト自身が『犯罪、恥、再統合』で、スティグマを付与するような恥の念の付加と区別して再統合的な恥の念の付加の積極的効用を説いたように、恥の念の付加や非難といったインフォーマルな社会統制は、常に積極的効果をもつとは限らないし、実際、ラベリング論以降フォーマル、インフォーマルな社会統制のもつ負の側面は、犯罪学の文献の中で繰り返し強調されてきた。非難であれ、説教であれ、恥の念の付加であれ、当人に身近な、重要な他者によって行われればこそ、よ

り侵害的な場合は考えられる。⁽¹⁾ 何より、もし犯罪を犯してもいない無実の人物に対し、それが行われるような場合には、非難や説教する人物が身近で、信頼を置かれていなければならないほど、弊害は大きいだろう。また、警察や検察、裁判所の行為は制度的にコントロールされており、公的な監視も届きやすいが、共同体の非難をチェックするものはない。著者たちはインフォーマルな社会統制が常に予定調和的に正しく機能するかのような印象を与えるのみで、どのようにしたらインフォーマルな統制が再統合的に働くよう確保できるか、とか、どうしたら共同体の道徳水準を高く維持できるかといった処方箋を提供してはくれない。また、どうしたら共同体の判断の正当性を確保できるかを、教えてはくれない。

実際、著者たちが共同体の判断が誤っている可能性すら指摘しないのは不可解である。無実の者が処罰されない権利をはじめとして、国家が誤っている可能性、警察や検察や裁判所や刑務所が市民の権利を蹂躪する危険性を論ずるとき、著者たちはきわめて雄弁である。また、警察活動に対する市民によるチェック(106頁)や刑務所オンブズマン(131)のような、共同体による権力チェックを推進しようとする。しかし、共同体が常に正しいとは限らないし、したがって市民による権力の監視が行われるとしても、市民の側が間違っていたり不正であったり邪悪であったりしたのでは、正しいチェックは行われず、せいぜい共同体で多数を占めるイデオロギーが反映されるにすぎない。また、第二次大戦中の日本の地域共同体のように、共同体が国家の出先機関のように機能する場合、共同体によるチェックという言葉は有名無実と化すだろう。そのような危険性に著者たちは配慮を欠いているように思われる。

また、著者たちの言う「共同体」の内容は必ずしも明確ではない。彼らはこの言葉によって政治社会全体を意味することもあれば、もっと小さい地域社会を意味することもあるようである。また、人は唯一つの共同体の中だけに生きているのではなく、複数の異なった共同体の中に生きている。その中にはマフィアのような暴力組織によっ

て動かされている地域や、既得権益を享有している業界や官界や、戦闘的な宗教団体のような、共和主義の擁護する社会的自由に対して敵対的な共同体もあるだろう。著者たちは尊重すべき共同体とそうでない共同体を区別すべきである。

また、刑事司法機関が非難や道徳教育の役割を積極的に引き受けるべきだと、著者たちは積極的に主張するが、ここでも著者たちは共同体、および刑事司法機関が誤っている可能性を無視している。著者たちは彼らが無実である可能性を不当にも看過している。彼らは常に刑事司法機関による非難や説教が正しい相手に向けられると前提しているようであるが、被疑者、被告人は有罪確定者ではなく、裁判によって罪の有無をこれから明らかにされるべき人物である。著者たちが被疑者、被告人に対して論じる態度は、彼らの無罪でなく、有罪を推定しているかのようである。無限定に彼らに対する非難や説教を奨励することは、裁判制度の存在意義を忘却した行為とは言えないだろうか。

自由の概念

プレスウェイト／ペティットは、彼らの共和主義は公民的自由を重視するとして、それがリベラリズムの想定する非社会的な自由とは異なる点を強調する。しかし、ここで彼らが自らと区別しているリベラリズムとは、かなり極端な形態の古典的自由主義、今日ではリバタリアニズムの名で呼ばれるような立場を指すようである。しかし、完全な自由とは世界にたった一人の人間でいることによって完璧に達成されうるといった、ロビンソン・クルーソーの自由を理想とするような自由観をとる論者は自由尊重主義者のなかですらきわめて限られるのではないだろうか。現代の政治哲学者が正義や自由を論じるとき、（社会が個人に優先する、社会なくして個人は存在し得ない、あるいは存在意義を失う、とまで主張するかどうかはともかくとして）社会の存在、他者の存在を前提にしてい

る。また、法の下の平等というのはリベリズムが尊重する価値であるし、ここでブレスウエイト／ペティットが彼らと対置させ、批判するリベリズムが具体的にどのような主張を指すのか、あるいはそのような主張が理念型としてでなく実際に存在するのか、は彼らの説明からはわかりにくいように思われる。

また、彼らは自分たちの言う自由は積極的自由ではなく消極的自由であると主張する(55-6, 57-8)が、前のサンドルの引用文も示唆するように、その主張は疑わしい。彼らの言う公民的自由とは法の下での平等であり、市民権である(58)。またそれは他者との相対的な関係で定義される、社会的な能力、地位である(63)。それはもはや他者による強制の欠如という消極的自由ではなく、公共的生活への積極的参加の能力という積極的自由のタイプに近い。これに対してリベリズムは、自由が法の下で実現されるということには賛成しても、社会からの自由の重要性をも重視するだろう。共和主義の自由とリベリズムの自由とを比較すると、どちらが一層異論の余地のない目標であるかは容易には決められない。

モラリズム

ブレスウエイト／ペティットの主張をリベリズムから決定的にわかつのは、彼らが共和主義の二つ目の特徴としてあげている形成的機関、とりわけ社会化機関を重視する点(88)、また、自己利益に基づいた功利計算から順法的に振舞うだけでは足らず、確固たる市民道徳の持主たることを市民に要求し、その維持のための形成的機関の利用を奨励するモラリスティックな態度(89)にある。

著者たちは共和主義は法的モラリズムを排斥し、パターンリズムを一定程度容認するとしている(93)。しかし、それは本当に前者を退けているのだろうか。確かにそれは、ある活動が共同体の中で不道徳だと見なされているというだけの理由でその活動を犯罪化しようとはしないだろう。しかしそれは刑事司法システムの活動が、単に合法

的な生き方ではなく道徳的に望ましい生き方を奨励することを是認している。彼らは家庭や地域社会はもとより、企業、警察や検察、裁判所が皆、家庭と同じような原理で運営されるべきだ、すなわち子供に善悪を教え、説教し、しかりつける、といった機能をもつべきだという主張を積極的に行っている。

ブレスウェイトは、『犯罪、恥、再統合』のなかで、再統合的な恥の付加が理想的なかたちで行われる場を愛情ある家庭に見、刑事過程の「家庭モデル」を提唱している⁽¹²⁾。彼は日本の警察官は「家の名誉を汚さないよう忠告する長兄⁽¹³⁾」に例えられ、「両親への自らの悪事の告白が、優しい笑みと暖かな抱擁で迎えられた時に子供が涙のうちに感じる安堵感」を犯罪者に感じさせようとしているとして、これを家族モデルの好例とし、賞賛している。また、本書全体を通じて、著者たちは刑事司法過程において犯罪者が非難にさらされ、警察官や検事や裁判官に譴責され、説教されることの重要性を説き続ける。

更に著者たちは刑罰の道徳教育機能を論じて、新種の核廃棄物の不正投棄などを例にあげ、共同体がその重大さを十分に認識していない場合に、国家がそれに最大限の刑罰を設定し、裁判官がその重大さに応じた重い刑を科すことで、共同体に対しその犯罪の重大さに関する道徳教育を図りうるとしている⁽¹²⁸⁾。ここに見られるのは、共同体にコンセンサスがない場合にすら国家が一定の活動を犯罪とし、共同体を教導する役割を承認する、すなわち国家の道徳的判断の共同体のそれへの優先を認める一種のモラリズムであろう。

パターナリズム

上に述べたように、著者たちは法的パターナリズムを容認している。彼らはパターナリズムを認めても、謙抑性の前提があるから自分の公民的自由を減少させる行為がただちに犯罪化されるわけではない——例えば、ある薬物の使用による公民的自由の減少という「問題に対処する最善の方法は、その使用を犯罪化することよりも、処方な

しにそれを販売するのを犯罪化することかもしれない」(96)——と主張するが、自分の公民的自由を制約する行為自体は処罰されなくても、その行為を可能にする前提条件が強制的な手段によって禁止されるならば、この禁止は間接的ながらやはり自由への侵害になると見なすことができるだろう。また、この薬物の自己使用の例では、自己使用を禁ずるよりも他人がそれを処方なしに売るのを禁止するほうが公民的自由の減少が少なくてすむと考えるべき理由は明らかではない。著者たちは薬物の自己使用自体を犯罪化すると犯罪組織による不法市場が形成されるおそれがあると(97)主張するが、間接的な禁止によっても不法市場の形成は妨げられないであろうから、この理由づけは意味をなさない。

拘禁と非難、再統合

たいへん奇妙なことだが、刑事司法過程のもつ非難表出機能を正面から肯定し、コミュニティにより、また警察、検察、裁判所で、犯罪者が非難、譴責されることを積極的に要請する共和主義は、なぜか刑務所だけでは隔離の役割と受刑者の権利の尊重を求めるのみで、非難の考慮をまったく要求しようとしなない。著者たちによれば「公民的自由は我々の人身、財産、自由に対する侵害からの保護を要求するが、他者による説教や非難からの保護を要求するわけではない」(98)のであるから、刑務官によって非難や説教を加えられることは、何ら受刑者の権利を侵害せず、これを認め、奨励することに何の不都合もないはずである。著者たちはそもそも、拘禁刑が非難表出の機能をもつこと自体を否定してかかろうとすらしている。拘禁刑は「犯罪者を彼が行ったことを非難する動機をもつとも持たない人々と一緒に孤立させる」がゆえに、非難表出機能において(104,161-2)、また道徳教育機能、再統合機能(127)の点でも社会奉仕命令に劣る、とされる。しかし、このような説明はきわめて技巧的で不自然であるし、またコミュニティから隔絶されているがゆえに、外部社会の道徳的判断を伝える唯一の代表者として、刑務

官が非難や説教をすることを奨励こそすれ、それを排除するものではない。

「受刑者に対するコミュニケーションの憎悪、恐怖、軽蔑の念の表明⁽¹⁴⁾」という「刑罰の表出的機能」を考えると、人々が念頭に置く典型的な刑罰とは、罰金でも賠償でも社会奉仕命令でもなく、死刑か拘禁刑であるのがむしろ普通だろう。「彼の房のその壁がまさしく彼を糾弾する⁽¹⁵⁾」という直観をなぜ著者たちは率直に承認しないのだろうか。フラインバーグは刑罰の表出的機能を論じて、拘禁刑はしばしば受刑者に対する憎悪、恐怖、軽蔑の念以上のもの、すなわち刑務官や外部社会のむきだしの、独善的な敵意を表明するとした。拘禁刑と刑務官がもつ非難表出的機能を率直に認めて、それが強烈に過ぎるから、あるいはステイグマを伴い犯罪者の再統合を妨げるから、といった理由で、非難の考慮を制限するほうが、より説得的であったと思われるが、著者たちはそうはしない。

あるいは、著者たちは刑務官による非難の表明や説教は精神を強制的に改編しようとする強制的リハビリテーションにあたり、共和主義の容れられない、人身への不干渉の権利の侵害であると考え、それゆえそれを考慮しないのだろうか。しかし、上でも指摘したように、公民的自由は他者による非難や説教からの保護を要求するわけではないと彼らは明言しているのだから、この推測はあたらないはずである。移動の自由を奪われた刑務所という特殊な環境で行われるがゆえに、外部社会では権利侵害にあたらない非難や説教が突然侵害的になると著者たちは考えるのだろうか。しかし、被疑者や被告人として警察や拘留所や裁判所で受ける非難や説教と、刑務所で受刑者として受ける非難や説教に、精神への侵害度において大きな差を認めるのは困難である。また、さらに言えば、刑務所内で行われる「精神の強制的な改編」であるリハビリテーション教育と、刑事司法過程での非難や説教との質の違いを認めるのも、困難である。

実際、彼らの批判する強制的リハビリテーションが、なぜ不当であるのかの理由は説得的でない。非難の要請、犯罪者の再統合の要請は、刑務所内での刑務所職員による非難の表明、説得、説教を奨励するだけでなく、更によ

り組織化されたリハビリテーション教育を認める余地を広く残しそうなものだが、「精神の強制的な改編」にあたるという理由で著者たちはそれを退ける。しかし、著者たちの主張するところでは、刑を科すにあたつて裁判官が考慮すべきは犯罪者の道徳教育であつたはずであり(128)、リハビリテーション教育も道徳教育に他ならないだろうから、刑務所に入所した途端に、それを考慮しなくなるどころか、それを禁ずるのは不可思議である。⁽¹⁶⁾ もっとも著者たちは拘禁刑を科されるのは例外的に隔離・無害化を考慮しなければならぬ、危険性の高いハードコアの犯罪者であるとしており(104, 128, 161)、彼らは道徳教育の考慮から刑務所に入るのではない。したがつて刑務所内では非難の考慮はもとより、リハビリテーションを考慮する余地はないと著者たちは考えるのだろうか。しかし、刑務所が隔離のためだけに存在するとしても、道徳教育、リハビリテーションのために刑期を長くすることを禁ずればよいのだから、隔離の目的と並存して、道徳教育を行つてゆくことに何ら不都合はないはずである。実際、著者たちは希望者がリハビリテーションのためのサーヴィスを受けることは否定せず、むしろそれを受刑者の権利だとし(124)、また、リハビリテーションのために重い刑を科することは許されないが、軽い刑を科するのはかまわない(124-5)として実はリハビリテーションを考慮している。社会への再統合の考慮からも、一定の枠内でリハビリテーションをもつと積極的に認めてもよいように思われる。著者たちの言うように、裁判所による説教と被害者の証言によつて犯罪者が良心の呵責にさらされるようにするのが最善の裁判である(122)なら、刑務官による説教や非難、リハビリテーション教育によつて過去の悪行を後悔し、更生を誓うようにするのが最善の刑務所だということにはならないのだろうか。著者たちが再統合というとき、それを犯罪者の側の変化ではなく、彼らを受け入れる側の共同体の寛容さの問題として考へているようなのは、奇妙だという印象を受ける。

また、彼らがリハビリテーションという言葉で典型的にどのような活動を考へているのかは、必ずしも明らかでないが、例えば職能教育の名目で強制的に刑務作業を行わせることが、強制的リハビリテーションであつて「精神

の強制的な改編」にあたり不当であるなら、福祉施設などでの作業を命じる社会奉仕命令も強制労働には違いない、精神の強制的な改編に他ならないのではないか。精神の強制的改編であるがゆえに強制的リハビリテーションを認めないという彼らの論法は、この例を見る限り説得的ではない。

なお、著者たちのいう「再統合」に含まれている、被害者の再統合と元犯罪者の再統合とはかなり性質が異なるように思われる。被害者は「自分は不干渉への権利を享受するに値しない」(91)というメッセージを犯人から送られたとしても、社会から送られたわけではない。損害を賠償され、社会が彼に対する犯罪を十分深刻に受け止めるなら、被害者は再統合されるだろう。しかし元犯罪者は自分から社会の規範に違反しただけでなく、共和主義理論によるとコミュニティや刑事司法機関による厳しい非難にさらされるべきはずなのだから、それだけ再統合への障害も大きそうである。非難も犯人の再統合も共に共和主義からは重要だろうが、「非難と再統合は相互に補強し合う」(92)という主張は樂觀的に過ぎるように思われる。

功績の考慮

著者たちは謙抑性を共和主義理論の四つの前提の中で再重要なものとし、至るところで謙抑性の考慮を持ち出しては公民的自由への侵害を最少にとどめるように主張する(例えば99-100)。その際彼らは被害者や市民一般の公民的自由と犯罪者の公民的自由とに同じ重みを与えているように思われるが、これはきわめて反直観的である。例えば彼らは罰金刑に関連して「犯罪者の公民的自由の喪失は、(罰金によって)納税者と(賠償によって)被害者の公民的自由を増大させることによって釣り合いがとられる」と書いている。ここでは犯罪者の公民的自由の喪失が他の人々の公民的自由の増大によって正当化されているが、その逆に犯罪者の公民的自由のために他の人々の公民的自由が制約される可能性も理論上考えられる(例えば131-2)。しかし直観的には、犯罪者はそれ以外の人々とは

違つて他人の公民的自由を侵害し、非難を受けるべきなのだから、犯罪者の公民的自由の制約は順法的市民の公民的自由の制約よりも問題が少ないように思われる。つまり、順法的市民の公民的自由を守るためには、非難されるべきことをした犯罪者の公民的自由がある程度（おそらくは犯罪の悪性に釣り合う程度まで）犠牲になつてもやむをえないと考えられるのである。

著者たちがこのように考えないのは、功績 (desert) という義務論的考慮が彼らの帰結主義理論にはいつてないからである。彼らは目的と制約という二種類の価値を認める義務論よりも、目的という価値だけを認める帰結主義のほうが単純だという理由で帰結主義を擁護する (37-40)。確かに帰結主義のほうが義務論よりも単純かもしれない。しかし、実践的な議論において重要なのは単純さだけではない。いくら単純でも、それが我々の道徳的直観に反するならばその理論は容れられない。⁽¹⁷⁾

功績の観念の中でも、とくに「犯罪について有罪であることがわかった人物以外の人がそれについて処罰されてはならない」、また「刑罰は犯罪の性質と犯罪者の非難可能性に比例した程度を越えてはならない」(36) という消極的な制約としての功績の観念は、ほぼ異論の余地なく承認されているものである。しかし著者たちは義務論のこの結論は認めるものの、それを功績の観念ではなく帰結主義によって正当化しようとする (206-8)。彼らにとってこれらの制約は「公民的自由の向上のために要求される手段として導き出される」。「そのような制約が確立していなければ、社会全体の人々の公民的自由は深刻な危険にさらされるだろう」(207)。しかし、我々の多くが持っている自由の観念（それがリベラルなものであれ、共和主義的なものであれ）それ自体が、初めから功績の考慮を含んでいる。我々は無実の人が罰せられてはならないと考えるが、犯罪を犯した者が何の制裁も受けない権利を認めはしない。それは我々が正当に主張できる自由は（マイナスの）功績に応じて制約されると考えているからである。功績による制約の帰結主義の正当化は、理論的には可能であつても、義務論的な功績の観念よりもはるかにコント

ロバーシャルであり、順法的な市民に納得を与えられないものではないだろうか。

平等の観念

功績の輕視は、犯罪の悪性が等しく、責任の量が等しい者は等しい刑罰を受けるべきという、平等の考慮をも輕視する。著者たちは謙抑性の前提の下に、訴追によって公民的自由が全体として増大するのでない限り、訴追を手控えるよう要請し (115)、答弁取引を奨励する (116)。また、ある犯罪が重大だというメッセージを共同体に送るには、そのすべてを処罰する必要はなく、そのうちの数件を罰すれば十分だと主張する (118)。例えば脱税犯が六人いたとして、共同体にメッセージを送るには六人全員を処罰する必要はなく、六人中最も責任が重いか、悪性が重大な者を一人訴追すればよいのであって、平等の考慮のために残る五人を訴追するのは謙抑性の考慮に反すると彼らは言うのである (118)。

これはきわめて直観に反する考えである。上の脱税犯の例の場合、著者たちは見せしめにある者を重く罰し、その他の者が処罰を免れることを認めている。確かに処罰しなければならないほど好ましいという謙抑性の前提によれば、六人全員を処罰した場合より、一人の処罰ですむば公民的自由の損害ははるかに少なく、それゆえ好ましいということになるのだろうか (仮に責任も犯罪の重大性も同じだけという人物が二人以上いた場合、彼らを処罰すると公民的自由は全体としてより大きく侵害されたことになるのだろうか)。しかし、個人間の平等という点から見た場合、責任ないし犯罪の重大性がわずかに他より大きい一人のみが処罰され、他が訴追すらされないとすると、彼らの間の公民的自由の侵害度の差は甚大である。また、そもそも公民的自由とは他者との関係において相対的に定義され、また主観的側面をもっている (88) はずである。そうであれば、わずかな責任の差で他の五人とまったく異なった差別的取扱ひを受けた人物の被る公民的自由の損失はきわめて大きく、他の五人が処罰を免れることに

よって避けられた公民的自由の損失を、相殺、あるいは凌駕するかもしれない。

また、著者たちのように、犯罪による公民的自由の侵害と、刑罰による公民的自由の侵害に同じだけの重大さを認める(23) ことにも疑問がもたれる。他者の公民的自由を意図的に侵害した犯罪者の公民的自由にある程度の侵害が加えられるのはやむをえず、それが被害者や他の順法的市民の公民的自由と同じ重さをもつと考える必要はない。それゆえ、上の例では、たとえ六人全員を処罰したとしても、それによって損なわれる公民的自由は犯罪によって損なわれた公民的自由の回復、社会への道德教育効果によってバランスがとられることになるかもしれない。

四 結 語

ブレスウエイト／ペティットによる共和主義犯罪学は、ひとつの規範理論の提示とそれに基づく政策の提言、そしてその実現のための戦略の構想に至るまでを一貫して構想しようとする、きわめて意欲的な試みである。規範的社会理論はよき社会を先導すべき方策を構築し、美しき理論的一貫性と魅力的な世界像を提供するが、それらが実現されることは決してない(153)、と著者たちは述べるが、実際、規範理論がこれほど具体的な実現のための青写真をもって提示された例を私は知らない。

確かに、すべての具体的な政策があたかも公民的自由の最大化という目的から直接に導き出されるかのような論じ方には疑問の余地がある⁽¹⁹⁾、また本稿で検討したように、共和主義の理念、また個々の政策については多くの問題がある。しかし、抽象度の高い哲学理論の刑事司法システムという具体的な場への意欲的な適用の試みとして、また、再統合的な恥の念の付与(reintegrative shaming)という犯罪学の知見の政策的含意を追究する徹底した試みとして、本書はきわめて興味深く、刺激的である。更に、刑事司法の総合理論と銘打つだけあって、警察から被

拘禁者処遇政策、サブシステム間の資源配分に至るまで、刑事司法過程全体を視野に取り込んだ幅広い政策提案は、例えば警察研究、例えば刑務所研究と、専門化の進んだ刑事司法の諸分野の相互連関という問題に関心を向ける点で非常に示唆的である。

『犯罪、恥、再統合』でブレスウェイトが見せた、様々な犯罪学理論のいわばおいしいところだけを選びきって総合し、また様々な実証研究の知見から闊達自由な仮説化を行ってみせる大胆な態度は、本書でも遺憾なく発揮され、刑事司法システム全体に関わる数々の政策が、堂々と、大胆に提示される。それは例えばラベリング論や社会的構築主義が提起した、犯罪学理論が実際的で政策志向的であることへの反省や、ラディカルな理論や政策提案が結局は保守主義の陣営に取り込まれてしまうといった批判主義犯罪学の悲観主義とは対極にある姿勢である。実際、実践的であることを自覚的に禁欲して一見没価値的なレトリック分析に熱中する構築主義や、イデオロギー批判に終始する批判的犯罪学に食傷した目には、企業体犯罪研究で積み重ねた知見の豊富な引用に基づき、ブルーカラー犯罪の取締まりや処罰における平等よりも、ホワイトカラー犯罪とブルーカラー犯罪との差別的法執行の是正による階級間平等の達成こそが重要だと主張する態度の、巨悪を憎む自己の正義観を明らかにして臆さない率直さ、また、ひとつの犯罪学理論に固執してそれを自己の足枷とすることなく、様々な犯罪学理論を解釈道具として自由に使いこなす融通無下な態度は、まったく新鮮な驚きとして映る。

共和主義というひとつの規範的立場が刑事司法という具体的場面においてどのような政策的含意をもつか、という規範理論の適用の可能性を示す一例として、また実証的犯罪学の知見が政策提言にもちうる役割を積極的に肯定してくれる心強い一例として、更にまた専門化の枠を取り払った総合的な刑事司法システム論の構想を提示するものとして、ブレスウェイト／ペティットの共和主義刑事司法理論の試みは大きな意義をもつといえよう。

注

- (1) Sandel, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982. 菊池理夫訳『リベリズムと正義の限界』三嶺書房 (1992). MacIntyre, A. *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 2nd ed., 1984. 藤崎米沢訳『美德なき世』ちくま書房 (1993).
- (2) Gilligan, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982. 柴田寿美子監訳『女性への声』川島書店 (1986)
- (3) 例えば、棚瀬孝雄編『現代の不法行為法——法の理念と生活世界』有斐閣 (1994) 所収の各論文、とりわけ棚瀬孝雄「不法行為責任の道徳的基礎」参照。
- (4) Braithwaite, J., and Pettit, P., *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990. 谷本友成・上中義孝・木書悠一・山崎孝典訳。
- (5) Von Hirsch, A., *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Hill and Wang, New York, 1976. 谷本友成・木書の訳。
- (6) Lawrence, R., "Reexamining Community Correction Models", *Crime & Delinquency*, Vol. 37 No. 4, October 1991, pp. 449-464.
- (7) Braithwaite, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- (8) Ibid., p. 86.
- (9) Ibid., p. 158.
- (10) Ibid., p. 185.
- (11) 例へば Ibid., p. 157. を参照。
- (12) Ibid., pp. 56-7.
- (13) Ibid., p. 63.
- (14) Feinberg, J., "The Expressive Function of Punishment", in *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1970, p. 99.
- (15) Ibid., p. 100.

- (16) ハンプトンのような道徳教育刑論者、また「犯罪者を正しい価値と再び結び付ける」ことを刑罰の目的とするノジックの刑罰論にしても、刑罰の付加そのものが象徴的な道徳教育機能をもつのか、それとも刑罰の内容が道徳教育機能をもつというのか、ときとして不明確ではあるが、拘禁を主たる刑罰として想定している点では共通している。
- Hampton, J., "The Moral Education Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, 13, 1984, pp. 208-30.
- Nozick, R., *Philosophical Explanations*, Clarendon Press, Oxford, 1981, ch. 4. なお道徳教育刑論は主たる刑罰として拘禁刑を想定せざるを得ず、また不定期刑をその選択肢から排除できなうとする。Shaler-Landau, R., "Can Punishment Morally Educate?", *Law and Philosophy*, 10, 1991, pp. 189-219 も参照。
- (17) クライニックは理論の複雑さにもなう困難をとは、我々の道徳的経験の特徴でもあるのだと言う。Kleinig, J., *Book Review, Ethics*, Vol. 102, No. 1, 1991, p. 174. また、プレスウェイト／ペティットは帰結主義と応報主義との複合理論を過度に複雑だとして批判するが、彼らが公民的自由の名の下に行っているのもまさに帰結主義と応報主義の複合に他ならず、複雑さを免れていないとする。Sadurski, W., *Book Review, Law and Philosophy*, 10, 1991, pp. 225-229.
- (18) Sadurski, W., *Ibid.*, p. 224.

附記

マスター一年次の法哲学の講義に客員教授として来講された矢崎光圀先生に、ご教授いただく幸運に預かってから、はや七年になります。先生はこのたびめでたく古希をお迎えになり、成城大学をご退職になられました。その記念号に浅学非才の身をも顧みず、寄稿させていただく光栄に心より感謝を申し上げます。

(もりむら・たまき) 中央大学大学院法学研究科博士後期課程)