

論 説

英米における自由主義的刑罰論への批判の  
本意と「批判後」の刑罰論に関する一考察  
——ダフ（Duff）の政治理論・刑罰論の検討——

宿 谷 晃 弘

第一章 はじめに  
第二章 政治理論における自由主義批判の現状について  
第三章 刑罰論における自由主義批判の現状について  
第四章 「自由主義批判後」の刑罰論について  
——ダフの政治理論・刑罰論の検討——  
第五章 総括

第一章 はじめに

自由主義<sup>(1)</sup>は今日、あらゆる領域で批判にさらされている。すなわち、フェミニズム、共同体主義、ポストモダニズム、熟議民主主義<sup>(2)</sup>などといった様々な潮流が、政治、経済、法、文学などを含む、あらゆる領域で自由主義に対してありとあらゆる批判を投げかけているのである。このよ

- 
- (1) ここにいう自由主義とは、20世紀以降、民主主義との暫定的な提携をようやく達成したところの自由民主主義のことを指す。
  - (2) 熟議民主主義／民主政の議論には、ロールズも積極的に貢献しており、自由主義の線に沿う議論が展開されていることも事実である。しかし、本稿では、ドライゼックの問題意識をもとに熟議民主主義を批判的なものとして捉える。See John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2000). なお、熟議民主主義と修復的司法／正義論の関係については別稿の課題とする。

うな状況は一見すると単に混乱があるだけで、そこから将来的に有意義な議論が出てくるというようなことは到底望めないように見えるかもしれない。しかしながら、その一方で、自由主義への批判に触発されて、批判に抗する方向で、あるいは批判を踏まえる方向で、新たな構想を打ち立てる努力がなされていることも事実である。

そこで、本稿では、英米の政治理論・刑罰論における自由主義批判の本意、そしてダフ (Antony Duff) の応答が批判を受け止めきれているかを見ていく。分析の対象として、特にダフを選んだのは、彼の刑罰論が自由主義に対する批判を踏まえた上で、修復的司法／正義論的な観点から、極めて体系的な形で批判に答えようとしているからに他ならない。

そして、本稿においては、刑罰論のみならずその前提となる政治理論を見ていく。これは単に英米の論者が明らかに自己の政治思想に依拠しつつ刑罰に関する議論を展開しているという事実によるばかりではない。本稿における作業形式の選択は、政治理論が示す問題意識を踏まえることによるのみ、刑罰論における自由主義的刑罰論への批判の本意を明確に認識することができるという理由に基づく。逆にいえば、諸批判が抱く問題意識をより明確に認識することなしに、今日の刑罰論をめぐる問題状況を正確に把握することはできない。なぜなら、刑罰も政治的共同体がその目的のために使用する手段の一つに他ならず、それゆえ政治と刑罰はまったく別個の世界の出来事ではあり得ないからであり<sup>(3)</sup>、とくに刑罰に関する事柄が政治問題となりやすい今日の状況では両者の連動性を見詰め直すことは政治理論にとっても刑罰論にとっても急務といえるからである。

ただし、この小稿においては、批判者達が思い描くところの自由主義像とそれに対する彼らの批判を概観し、自由主義の危機に対応して提唱され

(3) それゆえ英米においては伝統的に政治理論・刑罰論の両方を視野に入れた議論がなされてきた。See Lacey, *Penal Practices and Political Theory: An Agenda for Dialogue*, in Matt Matravers (ed.), *Punishment and Political Theory* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999) pp152-3.

たダフの議論をその批判の観点から検討するに止め、自由主義の主張を検討し直し、再度批判とつき合わせるといった作業にまで踏み込むことはできない。この作業は今後の課題とし、当面は刑罰論と政治思想の連動性を確認し、批判の本意を見通すことのみ意識を集中させることにしたい。そうすることによって真摯な議論の土台を形成することができるであろう。

そもそも真の意味で議論をかわすためには、まず申立をなす者の言い分に耳を貸さねばならない。そこから出発するのでなければ、相変わらずの議論のすれ違いと抜きがたい相互不信の深化を招くだけである。多元的で地球的な現代社会において、理論というものが仮に何らかの貢献をなせるとすれば、それは来るべき相互的な議論の土台の設計において他にない。そして、英米の政治理論・刑罰論に反映された問題状況を正確に把握することは、日本の政治理論・刑罰論を取り巻く問題状況をより明確に認識し、それによりよく対応できる新たな理論の構築を可能にするための有力な素材を提供してくれるであろう。

もっとも、この小稿では、自由主義へのすべての批判をカバーすることは不可能である。本稿では、特に刑罰論において正義の問題にまで踏み込んだ議論を展開する諸潮流、すなわち、主として修復的司法／正義論、共同体主義、フェミニズムといった諸潮流による自由主義批判の底に流れる批判の本意を、よりラディカルな立場に即しつつ掬い上げていくに止める。これらの諸批判の間には看過しがたい差異・対立点が存在することも事実であるが、本稿では自由主義批判という一点で統一的に把握し、諸批判間の差異・対立の検討については別稿の課題とする。さらに、近年では、リスクということとどう向き合うか、そしてリスクに対して自由主義が無力であるか否かが重要なテーマとなっているのであるが<sup>(4)</sup>、このリス

---

(4) リスク社会と司法／正義という問題に関して、正面から取り組んでいるものとして、See Barbara Hudson, *Justice in the Risk Society: Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity* (London: Sage Publications,

クをめぐる言説、さらには上記の諸批判がこのリスクということに対してどのようなスタンスを取るかは、より詳細な検討を必要とする事柄であり別稿の課題とする。

以下では、第二章で政治理論での、第三章で刑罰論での自由主義批判を概観し、第四章でダフの構想を概観・検討した上で、日本への示唆を若干探っていく。

## 第二章 政治理論における自由主義批判の現状について

### 1 批判の概観

ドライゼック (John S. Dryzek) は、熟議民主主義がもともと持っていた批判の精神を取り戻す作業を開始するに先立ち、自由主義の依拠する想定を次のようにまとめている<sup>(5)</sup>。すなわち、自由主義が前提とする個人とは、共通善よりも自己利益を優先し、しかも何が自己利益に相当するかをもっとも的確に判断できるような個人のことである。それゆえ政治は、市場経済が諸個人の利益の調整に失敗した時にのみ介入すべきであり、自由主義的な政治の関心は、もっぱら一連の中立的な諸規則 (憲法) に依拠しつつ、あらかじめ決定されている個々人の利益を調整し、集計することにある。自由主義は、本来的に利己的な存在としての人間への不安の念を前提とし、それゆえに個人を政府や他の個人から守るための一連の憲法上の諸権利を必要とし、さらに権利には義務が伴うものとする、と。

このようなドライゼックの議論から自由主義の想定のような部分が批判的となっているかを知ることができる<sup>(6)</sup>。つまり、それは第一に、

---

2003); *id.*, *Understanding justice* (Buckingham; Philadelphia, PA: Open University Press, 2003).

(5) See Dryzek, *supra* note 2, at 9.

(6) See Anne Phillips, *Dealing with Difference: A Politics of Ideas, or a Politics of Presence?*, in Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*:

自由主義の抱く人間像であり、第二に、そのような人間像を前提とした政治観・国家観である。以下、順次見ていく。

### (1) 人間像について

先のドライゼックの議論を敷衍するならば、自由主義の想定する個人とは、環境・歴史などを捨象した画一的な (①) 理性 (②) に基づいて、自己の (理性の計算によって弾きだされた画一的・確定的) 利益 (③) のみを<sup>(7)</sup>、他者を押しつけつつ追求する (④) 存在であるという (③) に関しては次款において検討)。

第一に、環境・歴史の捨象と画一性についてであるが、これに関しては、サンデル (Michael J. Sandel) による周知の批判がある<sup>(8)</sup>。サンデルによれば、自由主義はカント以来、個人のあらゆる経験や意識に先立って存在し、それらをまとまりのあるものとして成り立たせているところの主体を想定してきたが、これは、個人は集団内で自我を形成し、集団の文脈

---

Contesting the boundaries of the Political (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996) p139.

- (7) 利益と権利を区別せずに自己利益の主張のみに焦点を当てて自由主義批判を展開することに対しては、義務論的自由主義からは、自分達と自分達が否定しようとしてきた功利主義的な見解とを混同し、不当な批判を展開しているという反論が提起されるであろう。しかし、ドライゼックはロールズが熟議の作用する場を、功利主義的な見解と同様に限定しようとしていることを指摘する。See Dryzek, *supra* note 2, at 14-6. さらに See Benhabib, *The Claims of Culture* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2002) p 109. そして、カニングム (F Cunningham) は、民主主義の作用する場を投票に限定するならば、実際問題として功利主義同様、民主主義を固定化された選好の集計にすぎないものとみなさざるを得ないことになると指摘する。フランク・カニングム (中谷義和ほか訳) 『民主政の諸理論: 政治哲学的考察』(お茶の水書房, 2004年) 245頁参照。したがって、義務論的自由主義は、実際問題としてその功利主義的な性質に対する後述の熟議民主主義からの批判を回避できなくなるということが見て取れる。

- (8) See Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) (邦訳, M.J. サンデル (菊池理夫訳) 『自由主義と正義の限界 <第二版>』(三嶺書房, 1999年)).

に照らしつつ自我を更新していくという事実を無視した想定であるとされる。このような負荷なき自我の想定からは、明確な指針を持つことができずに既存の欲求の波に左右されるうすっぺらな人格が想像されるのみである。自由主義は、反省能力を維持するために自我と目的の距離を確保することに執着するあまり、このような想定にしがみつ়くことによってかえって現実を見失っている<sup>(9)</sup>。このようにサンデルはロールズに代表される現代自由主義を批判するのである。

以上のサンデルの批判は、共同体主義一般、さらに自由主義に批判的な様々な立場の論者によって広く受け入れられている<sup>(10)</sup>。その中でも、特にコノリーやヤングといったポストモダニズムの影響を受けたラディカル民主主義者による自由主義の固定的・画一的なアイデンティティへの批判とそれに替わるアイデンティティ概念の提示は注目に値する。

ヤング (Iris M. Young) は、サンデルと同様に社会的諸関係から独立した主体という想定を批判する。だが、ヤングは議論をある特定の共同体の内部に位置づけられた自己ということからさらに進んで、「私の多様な集団の位置づけとの関連において形作られた、私自身のアイデンティティ<sup>(11)</sup>」という概念を打ち出すのである。ヤングによれば、ある個人がある集団に属しているという単なる事実、その個人のアイデンティティを構成するのに十分ではないとされる。なぜなら、個人に関わる集団は一つではなく、さらに個人は物ではなく行為主体 (agent) なのであって、さらに与えられた位置づけと積極的に関わりつつ、状況内行為 (actions-in-

(9) See *id.*, p183 (サンデル・前掲書 (注8) 336頁参照)。

(10) もっとも、自由主義の主体概念への批判を共有するというまでであり、政治的構想についてまで意見を同じくするわけではないことはいうまでもない。例えば、シャントル・ムフ (千葉真ほか訳) 『政治的なものの再興』 (日本経済評論社, 1998年) 60頁参照。

(11) See Iris M. Young, *Difference as a Resource for Democratic Communication*, in James Bohman and William Rehg (eds), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1997) p393

situation) によって自己のアイデンティティを構成するからである。ヤング自身の言葉によれば、「我々は、一人一人が、自分の生を条件付ける歴史、文化的構成物、言語、そして階層と服従の社会的諸関係にいかにして取り組んできたかという事実から形作られた特有のアイデンティティをもったユニークな個人なのである<sup>(12)</sup>」。このように主張することによってヤングは、自由主義の想定する個人の歴史的・社会的文脈からの離脱、それゆえの固定性・画一性を否定しきろうとするのである。

第二に、理性の偏重に関しては、コノリー（William E. Connolly）の次のような批判がある<sup>(13)</sup>。すなわち、人がその人生を自らの手でなんとかせねばならない現代社会では、あらゆる世俗主義が神の死を埋め合わせ、不安を減少させようと躍起になっている。そして、自由主義は、この状況に理性による自己や世界の合理化をもって対処しようとしているが、この処方箋はかえって自らの首を絞めるものとなる。なぜなら、自由主義は理性に合わないものをすべて異常なもの・道徳的に墮落したものとして片付け、合理的で安心な領域を確立しようとするが社会の現状がそのような安心の確立を決して許してくれない以上、理性に従って行動できない自分は、自由主義の理念を内在化させた者にとっては常に異常で道徳的に墮落した者、そのような事態に対して責めを負わねばならない者として立ち現れてくることになるからである。それゆえ自由主義は人々の間のルサンチマンを増殖させ、人々にルサンチマンがもたらす苦しみを転嫁するためのスケープゴートを探し出すように仕向けるという結果を招いてしまう<sup>(14)</sup>。理性の偏重がもたらすこのような惨状に対してコノリーは、ヤン

(12) *Id.*, p392.

(13) ウィリアム・E. コノリー（杉田敦ほか訳）『アイデンティティ／差異：他者性の政治』（岩波書店、1998年）第一章、第三章参照。もっとも本書における批判は自由主義ばかりではなく共同体主義にも向けられている。同書、34-35、160-168頁参照。

(14) この点に関しては、サンデルも同様の主張をなす。See Sandel, *supra* note 8, at 216-7（サンデル・前掲書（注8）385-386頁参照）。ムフはさらに激しい口調で理性偏重がもたらす情念の力の否定、「政治的なもの」の否定が自由

グと同様にアイデンティティの動態性や多様性を強調し、理性の働きだけでなく、その背後に蠢くルサンチマンにも目を向けることを提唱するのである。

第三に、自己利益のみの追求に関してサンデルは、これは負荷なき自我の想定からくる非現実的な見方であって、実際には人は、他者との間の様々な相互的感情（例えば友情）を抱いており、利益の追求は自己愛のみに基づくものではないとする<sup>(15)</sup>。文脈から切り離され、合理的思考のみを頼みとするように想定された機械のみが、もっぱら自己の利益のみを追求することができるのであるが、このような見方に対して、サンデルは友人や家族のことを思いやり、共同体のために貢献しようとする有徳の士としての人間を提唱する。このような人間像は、熟議民主主義の人間像、つまりあらかじめ相手を対等の人間として尊重しており、熟議を通じて相互理解を深め、なにが政治的共同体に属するすべての人々にとって有益なことを探っていこうとする人間といった見方<sup>(16)</sup>に通じるものである。またコノリーなどの闘技的民主主義者は、自分とは異なる文脈を背負う相手への敬意を抱きつつ、政治的闘技に参加する人間といったような人間像を提唱している<sup>(17)</sup>。

## (2) 政治観・国家観について

それでは次に、上記の人間像を前提とする自由主義の政治観・国家観への批判を概観していく。自由主義の政治観とは、政治を、環境・歴史を捨象している同じ理性・能力をもつ利己的な諸個人の間で遂行されるものと

---

民主主義それ自体を無力化させ、崩壊の危機へと追いやると主張する。ムフ・前掲書（注10）1－5頁参照。

(15) See Sandel, *supra* note 8, at pp180-1（サンデル・前掲書（注8）332－333頁参照）。

(16) See Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in Bohman and Rehg, *supra* note 11, at 72-3.

(17) コノリー・前掲書（注13）364－365頁参照。

想定するため、日常生活などの他の領域とは明確に区別され、それ自体独立し①、そこでは画一的な理性の計算に基づく画一的・確定的で（前款的③の要素参照）政治の過程において終始変化しないものとしての自己の選好以外のものは追求されないがゆえに諸個人の利益の調整・集計のみに携わるものである②とするものとされる。次に自由主義の国家観とは、国家を、上記のようなものとしての政治が独占的に行われる場であり③、社会的構造から切り離されて存在しているため、自律的・中立的な諸規則の集積である憲法秩序のもとにあり④、基本的に、個人の権利・私的領域には介入しないもの⑤のことであるとするものとされる。

第一に、社会的背景からの政治の自律性に関してフレイザー（Nancy Fraser）は、自由主義は不平等をもたらす社会構造をそのままにしつつ、政治の上での平等を実現する制度を確立することが可能であると信じ、両者を厳密に区別し、後者の中での平等を確保することに腐心しているが、このような自由主義の想定は現実を直視したものではないとする<sup>(18)</sup>。政治制度内での平等を実現するためには、社会的不平等を括弧に入れるだけでは不十分であり、社会構造全体に組み込まれている不平等をなくすよう努力しなければならない。

さらにフィリップス（Anne Phillips）は、フレイザーが指摘したように自由主義が政治的平等と社会的平等を切り離し、前者のみに焦点を合わせることができるのは、それが個々人の多種多様な経験と個々人の信念、意見、選好などといったものが原則的に分離可能であると考えているからであるとする<sup>(19)</sup>。そして、自由主義がこのような想定をなすことができるのは、それが環境や歴史から切り離された理性的な主体というものを前

(18) See Nancy Fraser, *Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Post-socialist" Condition* (New York: Routledge, 1997) pp79-80 (邦訳、ナンシー・フレイザー（仲正昌樹監訳）『中断された正義』（御茶の水書房、2003年）121頁参照）。さらに See Dryzek, *supra* note 2, at 17-20, 21.

(19) See Phillips, *supra* note 6, at 140.

提としているからである。環境や歴史から分離することができるならば、人はそれらによって植え付けられた信念や選好に囚われることなく、もっぱら理性の命令に従って行動することができるであろう。これによって政治の自律性という仮説を打ち立てることが可能になる。そして、このような想定に対して、批判者達は、その想定が非現実的であり、さらには目の前に存在する差別を隠蔽することになると批判するのである<sup>(20)</sup>。

第二に、選好の固定性、および利益の調整・集計としての政治ということに関してドライゼックは、ロールズの議論においてはそもそも話し合いというものがいらなくなってしまうとする<sup>(21)</sup>。なぜなら、すべての個人が同じような利益を念頭に同じように考え、最終的に同じ結論にいたるのであれば、そのような個人がわざわざ集まって話し合う必然性はどこにもなくなってしまうからである。そこにあるのは単なる利益の調整と集計であり、たとえ話し合いが行われたとしても、二次的な役割しか与えられない。

また、ベンハビブ (Seyla Benhabib) は、自由主義のこの想定を非現実的であると批判する<sup>(22)</sup>。ベンハビブは、そもそも人々が熟議 (deliberation) を開始する際に、本来、熟議の過程を経ることによって結論としてでてくるはずの選択や選好をすでに携えているというのは循環論法にすぎ

(20) 例えば DV における正当防衛などにおいて問題とされる合理人 (reasonable man) の問題はこの議論を土台としているのである。拙稿「ドメスティック・バイオレンスにおける正当防衛と法の中立性に関する一考察——アメリカにおけるフェミニストの議論を中心に——」早稲田大学大学院法研論集第一〇八号 (2003年) 111-136頁参照。

(21) See Dryzek, *supra* note 2, at 15. もっとも熟議民主主義の論者でロールズに対して否定的な立場を取る者はそれほど多くなく、そもそもロールズ自身が熟議民主主義の議論に参加し、貢献している。それにもかかわらず、ドライゼックのように熟議民主主義が出てきた契機、その批判的な意識を重んじる者からすれば、とくに『正義論』におけるそのような議論は熟議民主主義にとっては警戒すべきものとなろう。

(22) See Seyla Benhabib, *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*, in Benhabib, *supra* note 6, at 71.

ないとする。人は熟議に入る前には、その内部に競合する意見や願望を抱えている。熟議は自分の内面において様々な意見や願望が競合していることを人に気付かせ、人にそれらの意見や願望について内省させる。人々がこのような内省を行うように促すのは、熟議の場においては自分の意見や選好を関係するすべての人々に納得してもらえるように正当な根拠を提示しつつ説明しなければならないという熟議の前提条件である<sup>(23)</sup>。この前提条件の働きにより、人は何が関係するすべての人々によって正当な根拠とみなされるかについて考えるようになる。政治的正当性と実践上の合理性はこのような変容の過程としての熟議をその必要条件とする。ただし、熟議はあくまで必要条件であって十分条件ではないことに注意しなければならない。なぜなら手続というものには誤用や乱用といったものが付き物だからである。しかしながら、熟議を中核とする手続には内省を促す作用が組み込まれているが故に、誤用や乱用を防ぐ効果をもたらすであろう<sup>(24)</sup>。

また、コーエン（Joshua Cohen）は、民主政の熟議モデルは、単なる利益の集計ではなく、共通善を目指すことを可能にすると主張する<sup>(25)</sup>。共通善といっても価値多元主義を前提とする以上、特定の人生哲学・宗教哲学を前提とするものではない。それは熟議の過程での自他の意見や利益の度重なる再検討を通じて形成されるところの、相互に尊重しあい、全市民の利益に適う事柄を模索するという気風、つまり市民的友愛の気風のことを指す<sup>(26)</sup>。そして、この気風によって自由主義が政治の自律性を言い訳

(23) See *id.*, pp71-2; Cohen, *supra* note 16, at 76-7; *id.*, Procedure and Substance in Deliberative Democracy, in Bohman and Rehg, *supra* note 11, at 413-5.

(24) See Benhabib, *supra* note 22, at 72-4. さらに制度のもつ力ということについて、See Cohen, *supra* note 16, at 79-80; *id.*, *supra* note 23, at 412-3.

(25) See Cohen, *supra* note 16, at 77; Benhabib, *supra* note 22, at 73. 「共通善」をめぐる諸潮流の議論については、菊池理夫『現代のコミュニタリアニズムと「第三の道」』（風行社、2004年）第二章参照。

(26) See Cohen, *supra* note 16, at 68-9, 75-7; *id.*, *supra* note 23, at 420-2.

に黙認していたところの様々な差別が明るみに出され、それらの実態を一つ一つ精査し、それらをいかにして解消していくかについて、すべての人々が真摯に考えていくことが可能になるのである。

このように熟議を中心に据え、そこからいかなる展望が開けるかを示すことによって熟議民主主義の論者達は政治の豊饒さを取り戻そうとする。たとえ熟議概念に異議を呈するとしても<sup>(27)</sup>、選好が終始変化しないとする想定を非現実的であるとし、その想定が政治にもたらす貧困を解消しようとする試みは批判者達に広く共有されているといえる<sup>(28)</sup>。

第三に、政治における国家の中心性に関してドライゼックは、自由主義は国家を中心的なアクターと考えるがゆえに基本的に国内の、それも投票や司法制度などの国家に関連する事柄のみに目を向け、民主主義の拡大によって国内での民主主義的真正性 (democratic authenticity) が増大すると想定するが、今日の国境を越えた資本主義的政治経済システムの力を考慮するならば、このような想定は間違いであるとする<sup>(29)</sup>。ドライゼックによれば、今日、国境を越えた資本主義的政治経済システムの力がかつてないほど強力であり、国家の第一の任務は資本逃避を回避するために投資家の信頼を確保することである。それゆえ国家政策は確定的なものでなければならぬ。ところが、民主主義はむしろ、国家の政策決定に不確定的な要素を持ち込む。それゆえ政策立案者は国民との熟議を望まず、民主主義を締め出そうとする。ドライゼックはこのような状況では国家に意識を集中させるのは現実的ではなく、国境を越えた民主主義の可能性に目を向けなければならないとする。

第四に、憲法秩序のもとに包摂されている国家という仮説は、政治の自

---

(27) See Young, *Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy*, in Benhabib ed., *supra* note6, at 120-35.

(28) See Young, *supra* note11, at 402.

(29) See Dryzek, *supra* note2, at 29, 81-114, 115-39. さらに A. マッグルー (松下列監訳) 『変容する民主主義: グローバル化のなかで』 (日本経済評論社, 2003年) 参照。

律性および政治における国家の中心性という仮説に基づくのであるが、これに対しては既述（本稿注14参照）のように、ムフ（Chantal Mouffe）による激しい批判が存在する。ムフは、自由主義は政治を法の支配に限定してしまうが、このような見解は政治のもつ闘争的な性質から眼を逸らさせ、自由主義を無力化するものであるとする。自由主義的な政治・国家・法というものは、それと敵対する者との熾烈な戦いを通じて勝ち取られてきたものであり、今後も（自由主義そのものの力で「敵」を「対抗者」に変換しつつ）勝ち取られていかねばならない。このようなムフの主張は自由主義の想定が単に差別を隠蔽するというに止まらず、多元化した世界においてはそれらの差別に正面から立ち向かわないことには自由主義を確立することができないという認識に基づくものであるといえよう。

第五に、国家による個人の権利の限定的制限および私的領域への不介入という原則は、理性的人間およびその行為としての政治の自律性という仮説、および政治がなされる公的な場での国家の中心性という仮説に基づく公私二分論から出てくるものであるが、これに対してはすでに政治の自律性という仮説についての議論を検討した際に見たように、とくにフェミニズムの側から一貫して批判が提起されてきた。この問題は、具体的にはドメスティック・バイオレンスやポルノにおける刑法の役割の問題などといった形で議論されてきたのであり<sup>(30)</sup>、そこでは、公私二分の原則をすべての問題に関して解消しないまでも、当該問題を解決するために取り払うことが妥当か否かが問題とされているのである。

## 2 若干の分析——批判の所在——

自由主義に対するあらゆる異議申し立てはいずれも、自由主義の静態性に対する批判的意識から出発している。自由主義はすべてから切り離れた理性を前提とし、理性のみに基づく秩序を打ち立てようとする。だが、

---

(30) これらの議論を概観するものとして、ヴァレリー・ブライソン（江原由美子監訳）『争点・フェミニズム』（勁草書房、2004年）参照。

批判者達はここに、現実から目を逸らし、差別を隠蔽し、現状の悪化を黙認して、その結果としてアパシーを蔓延させたり、原理主義の台頭を許したりして自らの弱体化を招いている自由主義の姿を見出すのである。

このような批判的意識に基づき、ある者は政治の闘争性を重視し、相互的な敬意に基づく闘争に民主主義のあるべき姿を見出そうとし（闘技民主主義、ラディカル・デモクラシー）、ある者は、コミュニケーション的理性に基づく熟議を通じて相互理解を促進し、民主主義的政治を活性化する道を探ろうとし（熟議民主主義）、そしてある者は共通善に基づく有徳の市民達による政治を復興させようとしている（共同体主義、市民的共和主義）。これらの批判者達の間には当然、自由主義後の進路や現実世界に対する政治的構想の有効性をめぐって<sup>(31)</sup>意見の対立がある。しかし、彼らは多元的で地球的な現代社会において自由の価値を再確認し、政治の豊饒さを取り戻そうとする点で一致しているといえる。批判者達からは、自由主義の政治はあまりにも現実から遊離し、硬直したものに見えるのである。

以上を要するに、自由主義への彼らの異議申し立ては、「無味乾燥で抑圧的でありながら正義を代表しているごとく装う自由主義の政治の傍らでどれ程多くの者が経済的にも精神的にも過酷な生活や差別に苦しみ、ルサンチマンを募らせているというのか。その現実を見ようともせず、それだけでなく抑圧されている者を理性に乏しいがゆえに何もできない人間として軽蔑さえしている自由主義は、自由を守るところか、自由を守るための制度や自由という価値それ自体への不信感を増大させ、自由を危機に陥れる。我々は自由を本当に擁護していくために、これまで不当に狭められてきた民主主義の観点から、自由主義のそれに変るような新たな政治の構想を提案しているのだ。」という一言に尽きるであろう。

---

(31) 例えばコノリー（あるいはボードリヤール）はかなり諦念を抱いている。もっとも、このコノリーの諦念は、大方の論者には共有されていない。See Dryzek, *supra* note2, at 59.

### 第三章 刑罰論における自由主義批判の現状について

#### 1 批判の概観——政治理論と刑罰論の連動性——

社会が地球化し、以前であれば予想もしなかったようなリスクがいつ自分の身に降りかかってくるかわからない状況においては<sup>(32)</sup>、人々の間に安全への希求が高まるのは当然のことである。そして同時に、社会が多元化し、すぐ隣に住む人さえ、何を考えているのかさっぱりわからないような状況においては、人々は相互に不安を抱き、得体の知れない「怪物」への恐怖と憎悪を募らせるのも当然のことである。しかし、このような状況において人々の不安と向き合うことなしに、形式論理的には精緻な議論を振りかざして、これを理解できないのは人々の意識が足りないからだ、もっと市民としての自覚を持つべきだと主張することが果して賢明な策だといえるのであろうか。

政治理論、刑罰論の現状を俯瞰する中でハドソン (Barbara Hudson) は、上記のような社会状況の中で生活の安全をどう確保するかが人々の最大の関心事となった現代において、自由主義は有効な議論を打ち出せないままにいるとする。それどころかハドソンは、自由主義の議論は刑罰論の領域においては、その陣営に属する論者達による厳罰化傾向への批判にもかかわらず、むしろ均衡性・一貫性などといった自らの諸原則を、厳罰化を正当化する論拠として提供してしまっているとするのである<sup>(33)</sup>。ハドソンは、このような状況を打破し、自由主義の諸理念をリスク社会のイデオログ達の手から取り戻すためには、刑罰論の領域においても正義とは

---

(32) See Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity* (Cambridge, United Kingdom: Polity Press in association with Blackwell Publishers Ltd, 1990) (邦訳、アンソニー・ギデンズ (松尾精文ほか訳)『近代とはいかなる時代か? : モダニティの帰結』(而立書房, 1993年)).

(33) See Hudson, *supra* note4, *Justice in the Risk Society*, at xi-xii.

何かということにまで立ち返って議論を展開する必要があるとする<sup>(34)</sup>。このような主張の背景には、法技術・法的論理に終始し、人々の憎悪の底にある不安の声に耳を傾けない議論がどの程度の説得力を持つことができるのかという、上記の疑問が存在するといえよう。ハドソン自身の言葉によれば、「私は、社会が全体的に正義の感覚を喪失したままできているということだけでなく、刑罰論や犯罪学までもが正義への関心を喪失したままできているということについても心配している<sup>(35)</sup>」。

もっとも、一口に自由主義的刑罰論といってもその中には伝統的に応報主義的アプローチと功利主義的アプローチの対立が存在する。しかし、70年代の功利主義の後退に伴い、新応報主義が優勢となり、現在では多元主義的な観点から両者をいかに結び付けるかが刑罰論者の関心事になっているといえる<sup>(36)</sup>。そこで、以下の記述においては、応報主義が主たる対象となるが、功利主義的な言説も当然、射程範囲内に入ってくることになる。

### (1) 刑罰=正義ないし必要悪、および国家刑罰権について

応報主義にせよ抑止刑論者にせよ、彼らの議論が前提としていることは、刑罰は正義ないし必要悪<sup>(37)</sup>であり、刑罰権は国家に排他的に帰属し、国家、ひいては市民の自由のために奉仕するという仮説<sup>(38)</sup>である。この

---

(34) 同じく政治理論と刑罰論の連動性を重視するものとして、See N. Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values* (London and New York: Routledge, 1988).

(35) See Hudson, *supra* note4, *Justice in the Risk Society*, at x-vi.

(36) 議論の流れについては、See Hudson, *supra* note4, *Understanding Justice*; R.A. Duff and D. Garland, Introduction: Thinking about Punishment, in Duff and Garland eds., *Reader on Punishment* (Oxford: Oxford University Press, 1994) pp1-43; Lacey, *supra* note34; M. Matravers, Introduction, in *id.* ed., *supra* note3, at 1-9.

(37) See Hudson, *supra* note4, *Understanding Justice*, at 184.

(38) See Nicola Lacey, *supra* note3, at 159.

仮説のうち、後述するように前者の刑罰＝正義ないし必要悪という図式は自由主義の理性的人間像に由来し、後者の刑罰権の国家への排他的帰属という考え方は自由主義の政治観・国家観における国家の中心性という見方に裏打ちされている。このような仮説に対しては、古くはマルクス主義や刑罰廃止論、そして近年では修復的司法／正義論、共同体主義などから批判が提起されている。

まず刑罰＝正義ないし必要悪ということに関して、マーフィー（Jeffrie G. Murphy）は、マルクス主義的な立場に立ちつつ、そもそも国家や社会が経済システムを通じて犯罪者を疎外し、犯罪に走らせたにもかかわらず、その国家・社会自身が犯罪者を処罰することは道徳的に許されるのかどうか疑問であるとする<sup>(39)</sup>。マーフィーは、刑罰＝正義ないし必要悪という図式を支えているのは、例えばロールズの正義論が前提とするような合理人の想定<sup>(40)</sup>であるとする。すなわち、人々は合理的な判断の結果として、すでにある行為が犯罪であり、それゆえ処罰に値するという事に合意している。そして、犯罪実行の際にも、合理的な判断にしたがって自分の行為が処罰の対象であることを認識しつつ、それにもかかわらずその行為に出るのであるから、その者を処罰することは道徳的に正当化され、正義であるとされる。以上はもっぱら応報主義的な説明であるが、功利主義的な立場からの説明も大差ないものとなろう。後者の立場からは、刑罰は個人の利益を損なうがゆえになるべくならない方がよいのであるが、その個人の利益の最大限の追求を保障する自由な社会のためならばやむをえないという場合も存在するということになる。

しかし、マーフィーによれば、これは社会の現実にとぐわなない議論であ

---

(39) See Jeffrie G. Murphy, *Marxism and Retribution*, in A. John Simmons eds., *Punishment: A Philosophy & Public Affairs Reader* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995) pp3-29. さらにマルクス主義の刑罰観を要約したものとして、D. Garland, *Punishment and Modern Society* (Chicago: The University of Chicago Press, 1990) pp129-30.

(40) 本稿、第二章第一節第一款参照。

るとされる。国家や社会の現実に目を凝らすならば、犯罪者が犯罪行為を合理的な思考の結果として選択したなどということはあり得ない。彼は、例えば貧困の結果として餓死するか否かの瀬戸際でやむを得ずに犯罪に走るのである。このような状況においては、刑罰は貧者をいつまでも貧しい状況に押し込めておく一方で、富者の権利を擁護し、富者をますます富ませるための道具としての機能しか果たさなくなる。したがって、マーフィーは、厳しい罰を与えたり、あるいは犯罪者を矯正しようとする前に、我々は人間疎外を引き起こすような社会をなんとかして改善するように努力しなければならないと主張する。ここから、刑罰を廃止すべきか否か、あるいは刑罰を害悪ではなく、なにか他の内容をもつものとして捉え直そうとするかという問題にまで進んだ際には意見の相違が生じてくるものの、以上のような、富者あるいは有利な立場にいる者達のための道具としての刑罰という議論は、マルクス主義だけでなく、刑罰廃止論、批判法学、脱構築主義、修復的司法／正義論などといった様々な潮流や刑罰の社会学者達によって共有されているものである<sup>(41)</sup>。

次に国家による刑罰権の独占に関してであるが、この想定は自由主義的政治観・国家観に基づく政治における国家の中心性という見方<sup>(42)</sup>に裏打ちされている。すなわち、一方で刑罰は、個人の基本的な利益やその利益の追求と維持を個人に保証する社会秩序を保護するための政治的・権威的手段であり、他方で国家は、その政治が排他的に行われる場所である。したがって、刑罰は国家によって排他的に使用される。自由主義的政治観・国家観と国家による刑罰権の独占という想定は、このようにして繋がって

---

(41) See Barbara Hudson, Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference, in W C Heffernan and J Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2000) pp194-5, 196-201; *id.*, Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence, 25 (2) *Journal of Law and Society* 240-2. ただし、瀬川晃『犯罪学』(成文堂, 1998年) 147-153頁参照。

(42) 本稿, 第二章第一節第二款参照。

いるのである<sup>(43)</sup>。

このような想定に対して、レイシー（Nicola Lacey）は、現実の動きによってその土台が掘り崩されているとする<sup>(44)</sup>。レイシーは、昔も今も刑罰は国民国家の独占物ではないというだけでなく、現代では刑罰の私事化の進行や法的多元主義の台頭といった現象が見られるとする。それゆえ、国家の刑罰権の独占はもはや幻想にすぎない。ところが、理論がこの現実を追いついていない。そして、レイシーは、理論がこの現実を放置することは、社会における既存の権力による刑罰的な力の行使をなんらの審査もなしに野放しにするという事態を招来し、結果として既存の権力関係を強化することになると批判する<sup>(45)</sup>。

さて、この国家による刑罰権の独占という仮説がもたらす弊害ということについて、刑罰廃止論の立場から重要な批判が提起されている<sup>(46)</sup>。クリスティ（Nils Christie）は、国家が被害者・加害者・コミュニティから紛争を奪い取ってしまったとする<sup>(47)</sup>。クリスティによれば、もともと紛争はコミュニティにおいて、被害者・加害者や他の構成員を交えて、彼ら自身の手によって解決されていたものであった。ところが絶対君主政、さらに近代国民国家はコミュニティから紛争を解決する権限を取り上げ、その自主性を損ねたのである。

また、クリスティなどの議論を引き継ぐ形で<sup>(48)</sup> 修復的司法／正義論の

---

(43) さらに、レイシーも述べているように、この問題は自由主義のとする権力概念にも関係する問題である。Lacey 前掲論文 p159. 自由主義的な権力概念に対してフーコーによって提起された権力概念の刑罰論にとっての重要性を検討するものとして、See Lacey, *supra* note3, at 154-8; Hudson, *supra* note4, *Understanding justice*, at 132-52; Garland, *supra* note39, at 131-75.

(44) See Lacey, *supra* note3, at 39, 159-62; *id.*, *supra* note34, at 165-6.

(45) See Lacey, *supra* note34, at 165-6.

(46) もっとも、以下の記述から明らかなように、レイシーと刑罰廃止論の刑罰権の国家による独占の実態に関する診断は異なりを見せるのではあるが。

(47) See Nils Christie, *Conflicts as Property*, 17, 1 *British Journal of Criminology* 1-15. 同論文の邦訳として、クリスティ（平松毅ほか訳）「社会の共有財産としての紛争」法と政治54（4）（2003年）629-649頁がある。

立場からゼア (Howard Zehr) は、担い手の問題だけでなく、国家から紛争解決権を取り戻すことによって犯罪への対応ということの内容自体が変化するとする<sup>(49)</sup>。つまり、単に犯罪という害悪に対して刑罰という害悪を返すことによる抽象的な秩序回復が問題にされるのではなく、具体的な私とあなたの関係の修復が問題とされるようになるのである。

## (2) 罪刑均衡・罪刑法定・一貫性の原則について

刑罰においては、第一に、犯罪の深刻さに対して同等の重さの刑罰が科されねばならず、第二に、この罪と刑は法律によって明確に宣言され、出来る限り遵守されねばならず、そして第三に、類似の事例は同じように取り扱われねばならないとされる。

まず、第一の原則は、自由主義的政治観・国家観における国家による個人の権利の限定的制限という原則に基づく<sup>(50)</sup>。つまり、人間は理性に基づいて合理的な判断をできる存在であるがゆえに、国家は基本的にその権利に介入してはならない。それゆえ、個人の権利を制限するためには他人の権利を侵害したという事実の存在が必要であり、しかも侵害の程度に見合うだけの介入しか正当化されないのである。

次に、第二の原則は、合理的な計算に基づいて自己の行為を選択するという自由主義的人間像、および個人の権利の限定的制限の原則に基づく<sup>(51)</sup>。つまり、合理的に選択された行為が処罰されるためには、このようなことをしたらこのような刑罰が科される危険性が発生するということが判断時に選択肢に織り込まれたりリスクとして行為者によって認識されて

(48) 刑罰廃止論と修復的司法／正義論との関係については、See Barbara Hudson, Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence, (1998) 25, 2 Journal of Law and Society 240.

(49) See Howard Zehr, Changing Lenses (Scottsdale, Pennsylvania: Herald Press, 1995) Part IV (邦訳、ハワード・ゼア (西村春夫ほか訳)『修復的司法とは何か：応報から関係修復へ』(新泉社, 2003年) 第四部)。

(50) See Lacey, *supra* note 34, at 155.

(51) See *id.*, at 166-7.

いなければならない。個人の選択は基本的に尊重されねばならず、個人が計算の際にその行為が法によって禁止されていることを知りようがなかったのならば、その者を処罰することは正当化されない。さらに、法律は自由な個々人の集合的選択によって規定されたものと想定されるから、規定がある以上、個々人は選択の際にリスクを把握していたと見なし得るが、このことを逆にいえば規定あるいはそれに類似するものがない以上、そのような想定をなすことは不可能になり、したがって処罰も正当化されないこととなる。

最後に、第三の原則は、平等という価値（さらには憲法秩序のもとにある国家という仮説）に基づく<sup>(52)</sup>。憲法秩序はすべての市民を平等に取り扱うのであり、それに基づく公的機関の行為が事例ごとに変化することは許されない。同様の事例を同様に扱うべしという原則は、合理的予測の問題だけでなく、平等の問題にも関係するのである。

さて、これらの諸原則に対しては、フェミニズムの立場から、もっとも明確で広範囲にわたる批判が提起されている。フェミニズムの諸批判は、既述の政治の自律性・公私二分論への批判に基づく。フェミニスト（あるいはジェンダー）法学は、自由主義は政治の自律性を確保しさえすれば平等が達成されると信じているが、政治は社会的・経済的文脈によって規定され、政治・法における諸基準は社会的・経済的文脈同様、合理的男性基準（reasonable man standard）でしかないとする。

まず、罪刑均衡というが、均衡性概念自体が解釈の余地をもつものである。刑罰の重さはそれを科せられる人間のもつ背景によって異なってくるのであって、大方の男性にとっては均衡していると見えたととしても、女性にとってもそうかどうかは定かではない<sup>(53)</sup>。

(52) See Lacey, *supra* note 34, at 166-7.

(53) さらに修復的司法／正義論からも同様の指摘がなされている。See Daniel Van Ness and Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice 2<sup>nd</sup> ed.* (Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co., 2001) Chapter 3.

次に、罪刑法定というが、法の解釈・運用には裁量の余地が常に残されているのであり、このことは例えば、路上で相手に傷を負わせたといったような場合に傷害事件としてなんらかの対処がなされるにもかかわらず、同じ傷害事件であるはずの家庭内暴力に関しては傷害事件と認められないだけでなく、それに国家が介入すること自体が忌避されてきたこと、強姦罪において夫婦間強姦が強姦として認められないできたこと、あるいはドメスティック・バイオレンスにおいて虐待男性を殺してしまった女性に対して正当防衛の成立が認められないできたことなどに表されているように合理的男性基準による解釈によって刑罰権の正当な行使が妨げられてきた。また、ドメスティック・バイオレンスやストーカー行為への対処の立法化の問題のように、そもそも何が犯罪で、何が刑罰をもって対処せねばならないものかということを決定する基準の中にも差別が潜んでいるのである<sup>(54)</sup>。

最後に、一貫性というが、法の解釈だけでなく運用にも差別が潜む余地は存在するのであり、例えば同じ刑を科された男女が刑務所で実質的に平等に取り扱われないことに表されているように、ここでもやはり男性の視点に基づく政策が実施されているのである<sup>(55)</sup>。

したがって、フェミニスト（あるいはジェンダー）法学、さらに様々な批判者達は、自由主義は、意識的にせよ無意識的にせよ、差別を温存・助長していると批判する。

## 2 若干の分析——批判の所在——

前節の記述から明らかなように、刑罰論の領域における批判者達の異議

(54) ブライアン・前掲書（注30）参照。また、*See* Caroline A. Forell and Donna M. Matthews, *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as A Measure of Man* (New York and London: New York University Press, 2000).

(55) *See* Pat Carlen ed., *Women and Punishment: The struggle for justice* (Devon: Willan Publishing, 2002).

申し立ては、政治理論におけるのと同様に、自由主義の刑罰論の静態性と、それが差別の温存・助長および自由や平等といった価値自体への不満の増大をもたらすことに向けられている。そして、政治理論における批判者達と同様、刑罰論における批判者達も、現実への視線と犯罪対処の活動の豊饒さを取り戻そうとしている。より詳しくいえば、犯罪への対処において、多元的で地球的な現代社会の現実を踏まえた上で、市民の参加に基づく多彩で行き届いた、それゆえに自由や平等を再確認できる方策を打ち出そうとしているのである。

それでは、以上の自由主義批判を受け入れた上で、批判に出来る限り応答している新たな構想を打ち出したといえるためには、今後の刑罰論はどのような基準を満たしていなければならないのであろうか。

第一に、社会には様々な差別や闘争があり、刑罰を理論的に考察する際にも、それらの差別や闘争を考慮せねばならないことを認めていること。ここで、差別や闘争の現状を開示してくれる社会科学や政治理論の成果を規範理論に取り込むことに対しては、あくまで規範的な考察なのだという理由で拒否することも可能である。しかし、レイシーは、これでは後期近代の現状に即した議論を展開することは不可能になってしまうと反論する<sup>(56)</sup>。

第二に、単に差別や闘争が存在するというだけでなく、犯罪処理あるいは紛争解決の過程が動的なものであること、さらには動的であるがゆえに本質的に不安定なものであることを十分に把握していること。政治理論の領域におけるそれにせよ刑罰論の領域におけるそれにせよ、自由主義に対する批判が示唆していることは、自由で民主的な社会という虚構の実現を追求するためには自由主義の静態的なモデルではもはや不十分ということである。現実の多様さ・過酷さ、そして我々自身もそれに係っていることを見て取るならば、規範的なモデルを論理的に構成し、その社会的・

---

(56) See Lacey, *supra* note3, at 156-8. 162-3.

経済的基盤を探求するだけでは足りない。多元的で地球的な現代社会にあっては、自由で民主的な社会が虚構であることの自覚をより徹底させた上で、自由で民主的な社会のより徹底した実現と維持と安定を勝ち取るためにはどのような条件が整備されなければならないかを明確にする戦略的作業を行うことが求められている。そして、刑罰論の領域に限っていうならば、刑罰システムを動かしているのは手続や論理だけでなく、社会的・経済的諸条件や個人的・集合的感情もそこに含まれ、かつ本質的な役割を果たしているということを把握すること、そしてその上で単に虚構をいかに論理的に構築し、現実を批判するための尺度を提供することに終始する規範理論ではなく、その虚構の実現可能性の問題および実現のための諸条件の明確化をも視野に入れた、より戦略的な規範理論を構築することが求められているのである。

第三に、理論を構築するという作業が、単なる論理や法技術の問題ではなく、個人の哲学的・倫理的問題に関わる事柄であることを承認していること。上記のような動態性の承認は、人に政治あるいは刑罰の闘争の性質、さらにはその人自身が闘争の当事者であることを自覚させるがゆえに、理論に対して、自由で民主的な社会ということの虚構性の自覚のみならず、その虚構の追求が本質的に他者・他文化に対して自らの優位を確立しようとするという性質を帯びたものであることの自覚<sup>(57)</sup>、およびそのことを倫理的に引き受け、自由で民主的な社会の虚構の追求があらゆる政治的行為と同様に罪深いもの<sup>(58)</sup>であり、それでいて我々にとっては避け

(57) このことを自覚しつつ、自由主義を再構成しようとするものとして、See John Gray, *Two Faces of Liberalism* (New York: The New Press, 2000).

(58) これは当然、単に刑罰などの物理的強制行為が害悪であるということ自覚するに止まらない。自由主義もその程度のことなら、すでに自覚しているということは批判する側も認識している。See Lacey, *supra* note 34, at 161. ここで罪深いというのは、刑罰などの一部の行為ではなく、自分達のすべての行為が、さらには自分達の存在そのものがすでに不可避免的に罪深いものであるということの意味する。

られないものであるという倫理的事実に対して応答すること<sup>(59)</sup>を、要求してくる。話を刑罰論に限るならばそこで求められるのは、刑罰はそもそも自由で民主的な社会という虚構を維持するための手段の一つであり、本来的に害悪であると同時にそれなしには済まされないことを認識することである。この点に関してハドソンは、自由主義的刑罰論への諸批判を踏まえた上で、刑罰＝正義ではないこと、さらには良心の疼きを抱えつつ刑罰を科すべきであることを主張する<sup>(60)</sup>。刑罰を科すことが本質的に害悪であり、それにもかかわらず排除することもできないことを踏まえるならば、事は単なる技術的な問題にとどまらず、倫理的な領域に関係するものとなるのである。

第四に、犯罪ないし紛争処理における中心的な行為主体が、国家だけではないことを認めていること。つまり、行為主体の問題に真剣に取り組むことが要求されているのである。これは、すでに見たように、刑罰廃止論や修復的司法／正義論などの諸理論がとくに主張してきたことである。従来の刑罰論は、国家が刑罰権を占有し、中心的な主体として振舞うことになら疑問を呈さなかったが、犯罪処理あるいは紛争解決の過程が動的であることが認められた以上、国家やそれが定めた規則や手続にのみ、注目することは許されない。犯罪処理あるいは紛争解決の過程に絡む様々な行為主体に関して、自由主義的観点だけでなく民主主義的な観点から、考察していくことが求められているのである。

---

(59) ラディカルな理論の前提には相互行為の闘争性の自覚があるが、この闘争性を倫理的に引き受けるならば、それはレヴィナスの倫理学に近接することとなる。レヴィナスの倫理学と政治理論・刑罰論との関連性を探るものとして、*See Hudson, supra note4, Justice in the Risk Society, chapter 7; id., supra note4, Understanding justice, at 190-2.*

(60) *See Hudson, supra note4, at 186.*

## 第四章 「自由主義批判後」の刑罰論について

### ——ダフの政治理論・刑罰論の検討——

第一章で述べたように、ダフの刑罰論は、政治理論と刑罰論との連動性を確認した上で、自由主義批判を真摯に受け止め、「批判後」の刑罰論を構築しようとしている点で刑罰（あるいは紛争解決）論・政治理論の今後の展開にとって重要な位置を占めているといえる。ダフの刑罰論の特徴を手短に述べるならば、それは自由主義的共同体主義の立場に立ちつつ、コミュニケーションの観点から刑罰を捉え直そうとするものである。

以下では、第一節第一款・第二款で著書『刑罰，コミュニケーション，そしてコミュニティ』<sup>(61)</sup>で体系的に表されたダフの構想を概観した上で、第三款で、前述の「批判後」の刑罰論が満たすべき基準に照らしてダフが批判を受け止めきれているかを見ていく。そして第二節で、以上の議論が日本の議論へ与える示唆を、若干見ていくことにする。

#### 1 ダフの政治理論・刑罰論について

##### (1) 自由主義的共同体主義と刑法について

既述のようにダフは、自由主義的共同体主義を主張する。ダフは、自由主義的共同体主義とは、自由、自律性、プライバシー、そして多元主義といった自由主義の中心的価値を中核に据える共同体主義のことであるとす<sup>(62)</sup>。それは自由な政治的共同体の構築を主張するものであり、自由な政治的共同体とは、上記の自由主義の諸価値を共有し、相互に尊重しあう市民から成る政体のことである<sup>(63)</sup>。そして、ダフは、このような自由な

(61) See R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* (New York: Oxford University Press, 2001).

(62) *Id.*, p42.

(63) *Id.*, p47.

政治的共同体の特徴を学術的共同体のそれを参考にして描き出している。

まず学術的共同体の特徴として、以下の事柄が挙げられている<sup>(64)</sup>。第一に、構成員に対して一定の価値に従うことが要求されていること、第二に、構成員同士が相互に尊重しあわねばならないとされていること（これは第一の特徴の反映でもある）、第三に、事実として存在するものであると同時にその実在が構成員によって切望されているフィクションとしての性質をも有するものでもあること、第四に、全構成員によって一定の諸価値に従うことが認められているからといって、これらの価値がいかなる内容を有し、構成員に対して何を要求し、そしてそれらによって誰が構成員であるとされることになるかについては、激しい意見の対立が存在すること、第五に、共同体の諸価値を表明し、それ特有の善の追求を手助けする公的な権威と諸規則を有すること、第六に、構成員はこの共同体の一員であると同時に他の様々な共同体の一員でもあること、第七に、構成員の利益全般に関係するのではなく、相互に配慮でき、あるいは介入できる利益の範囲が共同体の諸価値によって制限されていること（つまり家族や友人関係などのように親密性（intimacy）を有さないものであること）、第八に、地理的なものである必要はないこと、そして第九に、その共同体への所属が構成員自身によって自発的に選択されたものであること、などである。

グフは、自由な政治的共同体においては、第九の特徴、すなわち共同体への所属の選択の自発性に関して、別の考慮が必要であるとする<sup>(65)</sup>。つまり、学術的共同体と違って人は自分が所属する政治的共同体を選択して生れてくるわけではない。人間は生れ落ちた時に、すでになんらかの政治的共同体の内部に位置づけられている（そして、前章までの記述から明らかのようにグフのこのような議論は、自我や諸価値が社会的に構築されたものであることの承認を前提としている）。

この点で学術的共同体と政治的共同体は異なるが、この非選択性の存在

---

(64) *Id.*, pp42-6.

(65) *Id.*, pp45-6.

が即、自由な政治的共同体の諸価値への構成員の非自発的な服従が不可避であることを示すわけではない。ダフは、このような「埋め込まれた自我」を認めたとしても、なおも個人主義のように「我々」ではない「私」の利益の重要性を認めること、および政治的共同体の規範的枠組みから身を引き離すことの可能性を認めることができるとする。なぜなら自由な政治的共同体は、上記の第七の特徴にあるように部分的なものであるから、「私」のすべての利益に関与するわけではなく、第六の特徴にあるようにその構成員が所属する唯一の共同体ではないので、「私」は（理論的には）いつでも他の共同体の規範的枠組みに準拠できるからである<sup>(66)</sup>。

そして、ダフは、この「埋め込まれた自我」を認めることによって自由主義的共同体主義は、個人主義が認めることの出来ないものをその理論の内部に組み込むことができるとする。それは、同胞性（fellowship）である。同胞性とは、次のことを意味する。我々は自分で選んだのではないにしても共同体の他の構成員とともにここにいる（we are here together）。我々は、好むと好まざるとにかかわらず他の人々とともにあることを、道徳的事実として与えられているのである<sup>(67)</sup>。そして、ダフはここに、お互いを責任ある道徳的主体として待遇するという自由な政治的共同体でのコミュニケーションの基礎を見て取っているのである。なぜなら、他者とともにあることが当然と感じられている以上、「私」は、いかにその他者が共同体の諸価値に背を向けていようと、その者を人間として取り扱わないことに対しては抵抗感を抱かざるを得なくなるからである。いまは完全に同胞とみなすことができないかもしれないが、それでもやはり同じ共同体の構成員同士であることに変わりはなく、それゆえ「私」あるいは「我々」はこの他者を、強制力をもって共同体の諸価値に縛り付けようとしたりはしない。その代わりにその者を責任ある道徳的主体とみなし、共同体の諸価値を受け入れるように説得するように努力する。要は、この同

---

(66) *Id.*, pp49-50.

(67) *Id.*, pp51-3.

胞性こそが自由な政治的共同体への所属の非選択性を即、非自発性に転化させない当のものなのである。

さらにダフは、自由な政治的共同体の第一の特徴に関して、諸価値の社会的構築の承認を前提に自由主義の中核的諸価値の再構成を試みている<sup>(68)</sup>。それによれば、自律性とは、社会的文脈から切り離された合理人のもつ何かではなく、特定の形態の社会生活に埋め込まれた理性や諸規範の構造を内面化しつつ、特定の形態の社会生活や思考に関与する能力のことを指す。また、自由とは、単なる強制の欠如を指す消極的自由のことではなく、社会的行為主体が有するところの、所属する共同体内の公的領域において活動する機会のことを指す。そして、この機会は、社会的文脈によって決定され、それによってその内容や意義を与えられるのである。さらに、プライバシーとは、特定の社会的文脈に先立って与えられた私的領域のことではなく、特定の共同体によって社会的に決定されたもののことを指す。そして、ダフは上記のように構成しなおされた諸価値を個人主義が拒絶する理由はどこにもないとする。なぜなら、諸価値は社会的に構成されているからといって、それらの価値を達成しようとするのは個人であり、その努力（あるいは怠惰）の結果も他ならぬその個人に帰属するから依然として個人的なものであり得るからである。

それでは、上記のような自由な政治的共同体の構想からいかなる刑法像が浮かび上がってくることになるであろうか。ダフは、法実証主義のように、ある行為を禁止し、その禁止に従うことを要求するものとして刑法を捉えることは、自由な政治的共同体の構想と両立しないとす。なぜなら、そのような説明は法の要求の一方的な正当化を試みているに過ぎず、市民に対して何故その要求に従うべきなのかということに関する根拠を提示していないからである。これでは、市民を道徳的行為主体として取り扱っているとはいえない。

---

(68) *Id.*, pp54-5.

これに対して、ダフは刑法を、ある行為の罪悪性 (wrongfulness) を宣言し、市民にその行為が犯罪であること、およびその理由を思い起こさせるものであるとする<sup>(69)</sup>。そして、ダフはコモンローとしての刑法ということ提唱する<sup>(70)</sup>。もっとも、コモンローといっても、ダフのいうそれと伝統的な意味でのそれとは若干異なるものである。伝統的な意味でのコモンローとは、制定法に対置されるものを指すが、ダフはそれが共同体内部で共有された諸価値や規範的取り決めを体現しているものであることに着目する。コモンローとは、臣民ではなく市民にふさわしい法であり、その共同体に所属するすべての市民の声を反映した法に他ならない。それゆえ、ダフは、制定法もまたコモンローであるべきだとする。

それでは、コモンローとしての刑法においてある行為が犯罪であると宣言されるとは、一体どういうことを意味するのであろうか<sup>(71)</sup>。ダフは公的悪行 (public wrong) としての犯罪とは、公に対する悪行のことではなく、共同体全体がそれに対して適切に関心を示すような悪行のことを意味すると述べる。ここで共同体がある悪行に関心を示すとは、次の二つのことを意味する。つまり、第一に、その悪行に対して権威あり、かつ共有された非難がなされるということ、第二に、その悪行は共同体がそのように反応するに値するものであり、それを犯した者は共同体によって説明責任を果たすことを要求され、非難されるべきだということである。そして、後者の性質は民事手続から刑事手続を区別する。なぜならそれによれば、民事は原告主導で進められるが、刑事は共同体が掌るものであり、その点で被害者との乖離が必然的に生じるものだというに帰結するからである。

---

(69) *Id.*, pp58-9.

(70) *Id.*, pp59-60. もっとも宣言やコモンローといった概念によって刑法の本質が論じ尽くされ得るわけではないことはダフも認めるところである。法定犯は、刑法が宣言だけでなく禁止の性質を含まざるを得ないことを示している。  
*Id.*, pp64-6.

(71) *Id.*, pp60-3.

このように共同体は刑法を通じて、ある行為がすべての市民にとって絶対的に悪であるということを宣言するのであるが、以上のことを述べた上でダフは、それゆえ、そのような悪行に関しては、仮に被害者に落ち度があった場合にも、当事者間の話し合いで非難がなされないことになるなどということは絶対になく、確実に犯罪として非難されることになるのであるとする。そのような悪行の例として、ダフはドメスティック・バイオレンスや強姦を挙げている。

さらに、ダフは、以上のようなものとしての刑法は、自由な政治的共同体の諸価値によって本質的に制限されているとする<sup>(72)</sup>。犯罪とみなされ得るのは、刑法によってでなければ適切に保護され得ない個人の権利・利益や社会の諸善・利益を侵害・危殆化する行為のみである。そして、それは行為のみを対象とし、内心にまで踏み込まない。

## (2) 刑罰のコミュニケーション的理論について

### (a) 目的をもったコミュニケーションとしての刑罰

それでは、上記のような自由な政治的共同体の本質に合致した刑罰というのは、どのようなものになるであろうか。そもそも、厳しい処遇 (hard treatment) ということ自体が、自由な政治的共同体とは相容れないものなのではなかろうか。この点に関して、ダフは、刑罰のコミュニケーション的理論ということを提唱する。

ダフは、刑罰は、表明説が説くように単に非難を一方向的に表明するものではないとする。刑罰とは、合理的な道徳的行為主体・同胞市民としての犯罪者に、自由な政治的共同体の諸価値に基づく規範的言語で語りかけ、説得せんとする道徳的コミュニケーションの企ての一態様である。このコミュニケーションは、世俗的な懺悔 (secular penance) の一種として次の諸目的の達成のために行われる<sup>(73)</sup>。つまり、第一に、悔い改め (repen-

(72) *Id.*, pp66-8.

(73) *Id.*, pp106-12.

tance), 第二に, 自己改善 (self-reform), そして第三に, 和解 (reconciliation) である。

第一に, 悔い改めとは, 非難が正当なものであることを受け入れることであり, それはさらに自分の行為が悪いものであることを認識し, 受け入れることを意味する。このようなものとしての悔い改めは当然苦痛を伴うものであり, 犯罪者が悔い改めることを目的とする刑罰はそれにふさわしいものでなければならない。ここから, 悔い改めの性質および不完全な道徳的行為主体としての人間ということと併せて, 厳しい処遇がなされる理由が導かれる。すなわち, 悔い改めにおいてはその性質上, 犯罪者が自己の行為が悪いものであるということを深く心に抱かねばならず, それゆえ, 瞬時にどうにかなるものではなく, かなりの時間, その者の思考や感情を占めていなければならない。さらに, 人間は不完全であるがゆえに, 悔い改めの手助けをするシステムが整備されていなければならない。犯罪者は, 例えば監獄などの, 条件がそろった場所で悔い改めるように説得されるのである。

第二に, 自己改善とは, 悔い改めの結果, 犯罪者が自己の改善を約束することである。コミュニケーションとしての刑罰は, 強制ではなく説得によって, 犯罪者が自己改善の必要性を認識すると同時に, 自己の態度や振る舞いをいかなる方法によって, どのように改善すべきかを認識できるように手助けするのである。

第三に, 和解とは, 悔い改めた犯罪者が被害者との間で達成しようとするものであり, 逆に, 被害者も犯罪者を同胞市民と認めるならば達成のために努力せねばならないものである。和解においては何らかの形での謝罪が必要とされるが, これは単に口頭で詫げるだけでは十分ではない。犯罪者は, 被害者に対して謝意を十分に伝えるために何らかの負担を負わなければならないのである。ここにも犯罪者に対して厳しい処遇がなされる理由が存する。もっとも, この謝罪が常に本心からのものでなければならぬというわけではない。刑罰における謝罪は公的なものであり, それゆえに

儀式的な性質を持つのである。

以上のような形での刑罰は、犯罪者をあくまで同胞市民として取り扱う点で包摂的であり、犯罪行為に焦点をあて、犯罪者に対して、その行為と向き合うように促す点で過去志向的であり、それを通じて犯罪者が同じことを繰り返さないように説得しようとする点で未来志向的であり、被害者・犯罪者間のコミュニケーションだけでなく、そこに国家・社会も含める点で公的である。

### (b) 均衡性

ダフによれば、均衡性の原則は、刑罰の主要目的は犯罪者がその犯罪ゆえに受けるに値する非難を伝達することであるとする理論に内在するものであり、正義の要求でもあるとされる。しかし、これだけでは、均衡性とは何か、それが刑罰においていかなる役割を果たすのかを明らかにできない。そこでダフは、均衡性は相対的か絶対的か、何と何の均衡なのか、そして均衡性の原則は積極的なものか消極的なものかということの問題にする<sup>(74)</sup>。

まず、均衡性が相対的（各時代・各場所でそれぞれの相場が存在する）か、絶対的（ある犯罪には、本質的にある刑罰が対応する）か、という問題であるが、ダフは、絶対的均衡性が人の直観に内在するものであるとする。しかしながら、絶対的均衡性からは、犯罪者を政治的共同体の一員として取り扱っていなかったり、共同体の諸価値と矛盾したりするような刑罰は除外できるものの、それ以上確定的な結論を導き出すことは不可能である。ここでダフは、結局、現在の相場から出発する以外にないことを認める。ただし、謙抑性の原則に従い、さらには漸減戦略（decremental strategy）を遂行すべきだと主張する。

次に、犯罪の深刻さと刑罰の厳しさの均衡の問題であるが、この二つを厳密に対応させようとするならば、両者を厳格にランク付けした上で比較

---

(74) *Id.*, pp133-43.

考量することになる。ところが、ダフは、相対的均衡性の観点から厳格なランク付けは無理であるとする。もっとも、ダフはランク付け自体を否定するわけではない。一般化が個別ケースとの乖離をもたらす場合があるにせよ、より一般的な観点からのランク付けは可能であり、また必要なものである。

最後に、均衡性原則の積極的解釈（罪の重さに釣り合った刑を科すことまで要求する）か、消極的解釈（不釣り合いな刑を科すことを禁止するが、その制限内で他の様々な要因を考慮することを妨げない）か、という問題であるが、ダフは厳格なランク付けは不可能とする立場から、消極的解釈をとる。その際、ダフは、刑を決定する者は、実質的適合（substantive fit：どのような刑が世俗的な懺悔を目指すコミュニケーションにとってふさわしいものか）を考慮するのであり、刑を重くする方向で均衡性を逸脱することは許されないが、軽くする方向では許され得るとする。

### (c) 刑の意味

ダフの構想では、プロベーション、社会奉仕命令、そして刑事調停・補償プログラム<sup>(75)</sup>が、中核に据えられ、ダフの構想もこれらの形態の刑を考察することを通じて形作られてきたのであるが、その場合、現行システムにおいて採用されている諸々の刑がダフの構想から許容されるのか、また許容されるとしてもどのような意味を与えられるかが問題となる<sup>(76)</sup>。

まず、罰金刑であるが、ダフはこれに否定的である。もちろんダフも、罰金刑が好ましい場合があることを認める。しかし、罰金刑には、次の二つの欠点が存在する。つまり、第一に、その犯罪がお金で解決され得るという誤ったメッセージを伝達しがちであること、第二に、例えば強姦のような犯罪の本質に迫り得ないこと、である。それゆえ、ダフは罰金刑を絶対に乱用してはならず、現在のイギリスの乱用状況を改善すべきだとする。

---

(75) *Id.*, pp88-106.

(76) *Id.*, pp143-55.

次に、拘禁刑であるが、これには様々な形態があるにせよ、共通する特徴としては犯罪者の自由を著しく制限することが挙げられる。これについて、ダフは、拘禁は共同体からの排除を意味しないが、最終手段であり、重大な犯罪に限るべきだとする。そして、拘禁が犯罪者に対して伝達するメッセージとは、犯罪者は、共同体の規範的絆を侵害・危殆化したというに止まらず、それを破壊したというものであるとする。

最後に、死刑であるが、ダフはこれを否定する。これは、次の三つの理由に基づく。つまり、第一に、犯罪者自身が死を選ぶことと、他人が犯罪者に対して死ぬように言うこととは異なる。第二に、死が終わりを意味するというありふれた事実が存在する。犯罪者を死刑にすることは、その者が完全に人間社会から立ち去ったと述べることである。それゆえ、犯罪者自身はともかく、他人がその者に対して死ねということとはできない。第三の理由は、後悔の念を示さない、あるいは反抗的な犯罪者に関わる。我々は、このような犯罪者もいつか悔い改めることがあると期待する。ところが、死刑は、この期待を完全に排除する。そして、これは犯罪者から贖い (redemption) の機会を奪うことであり、同胞市民、いや同じ人間に対してこのような仕打ちをすることは許されない。

#### (d) 刑の決定者と裁量の余地

刑の決定者に関しては、誰が決定するのか、そして、誰が決定するにせよ、どこまで自由裁量が認められるかが問題となる。これらの問題に関して、ダフは特に、裁判官や調停人などの公的な立場を代表する者および犯罪者の役割に注目する<sup>(77)</sup>。

まず、裁判官、調停人、保護監察官などの公的な立場を代表する者に関してダフは、法の権威を体現する者であり、それゆえ、公的悪行としての犯罪の処理において中心的な役割を果す者と位置づけている。もっとも、これは彼らに大幅な自由裁量を認めることを意味しない。均衡性原則の積

---

(77) *Id.*, pp155-63.

極的解釈ほどではないにせよ、ダフは、一般的な指針によって裁判官達の判断を規制することを主張する。これは、法は市民から適切な距離を保つべきであるという自由主義的な信念を反映したものであり、法が犯罪者の動機や背景に過度に踏み込むことを阻止するための方策である。また、とくに調停人や保護監察官に関しては、協議の過程が真に世俗的懺悔としてのコミュニケーションとして機能するように調整するという重要な役割が与えられている。調停人は、被害者が協議に参加する場合に、保護監察官は、協議に参加すべき個人の被害者が存在しない、あるいは被害者が協議に参加することに乗り気でない場合に、共同体全体あるいは法の代理人として登場してくるのであるが、両者は刑罰的コミュニケーションの過程をその目的にそった形でスムーズに進行させるという点で、同じく中心的な役割を果すのである。

次に、犯罪者に関しても、同様に重要な役割が与えられている。ダフによれば、犯罪者は自分の刑の決定において自律的な行為主体として参加するのであり、これによって刑のコミュニケーション的効果も増大するとされる。もっとも、協議によって、犯罪者が悪行をなしたということ、および刑罰を引き受け、それに耐えねばならないということをおよぼすことはできない。犯罪者と裁判所（あるいは被害者）が協議できるのは、様々な制限（実行可能なものであること。非人間的であったり、犯罪者の面目を失わせるようなものではないこと。過度に介入的なものではないこと。犯罪との関係で、適切な種類の意味を持っていること、など）の範囲内での刑の形態と量についてである。そして、この協議においては、単なる害に対応する賠償が問題とされるのではなく、なされた悪行に対して適切に対応する補償的謝罪とは何かということが問われるのである。

さて、以上の諸々の立場に対して、被害者は、あまり重要な役割を与えられていない。ダフも被害者を協議に参加させることによって被害者にも声を与えることの重要性を認める。しかし、ダフは、被害者が協議に参加するのは、被害者自身のためだけでなく、むしろ共同体全体のためであ

るとする。なぜなら、犯罪は公的悪行であり、協議は法のもとで遂行されるからである。このような公的観点からして、犯罪者が被害者と対面し、その者に対してなんらかの補償的謝罪をしようとするのが正しいことであるとされるがゆえに、被害者は協議に参加することが適切であるとされるのである。

### (3) 規範的理論と実務との関係について

#### (a) 乖離と懸念

ダフは、規範的理論は現行の刑罰実務の記述も、その正当化も目指していないとする<sup>(78)</sup>。規範的理論の役割は、現状擁護ではなく、現行の実務を評価するための批判的な基準を提供することにある。規範的理論は、実務のあるべき姿を描き出し、それによって現行の実務がどのような欠点を有しているかを明らかにしてくれるのである。

しかしながら、ダフは、現実とのギャップがあまりにも広がりすぎることは、現実を指導することを意図する理論にとって望ましいことではないとする<sup>(79)</sup>。理論は、実務家を説得し、明確な方策を与える必要がある。そして、より深刻な問題として、そもそも、その理論が実現可能なのかということが問われる。また、その理論を実践することが、実は有害な結果をもたらすかもしれないということも問題になるのである。特に、この有害な結果の発生の危険性は、自由主義的刑罰論がダフのコミュニケーション的刑罰論に対して抱く懸念を再発させ、混合理論を勢いづかせることになるかもしれない。

このような懸念にもかかわらず、ダフは、自らの主張がなお維持可能であるとするとする。その理由として、ダフは第一に、混合理論は犯罪者の内心にまで踏み込まないという主張は、自分の抑止への反対を弱めるにはいたらず、むしろ混合理論の方が理論的腐敗を招きやすいとする。第二に、ダフ

---

(78) *Id.*, p175.

(79) *Id.*, p176.

は、自分の構想は刑罰の削減をもたらすものであるとする。さらに、ダフは、刑罰が過酷なものになるという危険が常に存在するため、規範的理論は強力な予防措置を施されていなければならないことは当然であるにしても、それだからといって現行制度を懺悔的コミュニケーションとしての刑罰という理想に近づけようとする試みが否定されるということにもならないし、国家の刑罰システムが、本質的に抑圧的で腐敗したものでしかありえないということになるわけでもないとするのである。

(b) 刑罰の前提条件

ダフは、さらに、刑事責任と刑罰の前提条件としての、犯罪者が理性的市民であることという命題がどのようなことを意味するかについて検討している。ここで、理性的市民であることとは、犯罪者がア priori に理性的な主体であることを意味しない。それは、犯罪者が、まさにその法律によって告訴され、罰せられようとしているところの政治的共同体の一市民として、理性的であるか否かの問題である。つまり、その者が理性的であるか否かの基準は、普遍的・絶対的なものとしてその共同体とは無関係に決定されているのではなく、その共同体の文脈に則って形成されたものである。そして、犯罪者が理性的であるか否かの問題は、次の三つの問題に関わる。それは、第一に、犯罪者の政治的義務の問題であり、第二に、誰が犯罪者に対してその行為について説明するように要求する資格を有しているかの問題であり、第三に、説明の際に用いられるべき言語の問題である<sup>(80)</sup>。

第一に、犯罪者の政治的義務の問題とは、犯罪者が法的にではなく道徳的に、法が体现し、表明する共同体の諸価値によって拘束されているか否かの問題のことである。この問題に関して、マーフィーが、ある者が共同体において不当に抑圧されている場合に、その共同体自身がその者を処罰することが許されるのかという疑問を提起していることは既述（本稿第三

---

(80) *Id.*, pp179-93.

章第一節第一款参照)の通りである。もっとも、ダフは、犯罪者が価値によって拘束されていなくとも、その者の行為に対して法的評価をなすことは可能であるとし、ここから不正な共同体の裁判所が犯罪者にその行為の説明を求める資格があるか否かの問題の検討へと移行する。

第二の問題、つまり共同体の資格の問題については、ある人が犯罪を實行したか否かが問題であり、差別や排除があったか否かは問題ではない、あるいはいくつかの犯罪に関しては差別や排除が問題となり得るかもしれないが、すべての犯罪に関して当てはまる性質の問題ではないという反論が可能であろう。これに対して、ダフは、次のように主張する。まず、政治的共同体がある犯罪者を取り扱う際に、その共同体自身が刑罰によって守ろうとしている価値をどこまで尊重していたかを問うことは、避けてはならない事柄である。そして、刑罰においては、犯罪者が同胞市民に対して、同じく市民として応答可能であるか否かが問題となっているのであるが、同胞市民の側がそもそもその犯罪者を同胞として取り扱い損ねていた場合に、やはり資格の問題に取り組みねばならないことになる、と。

第三に、法の言語の問題とは、犯罪者や他の素人の関係者が法的コミュニケーションの過程において使用される言語にアクセス可能か否かの問題のことである。コミュニケーションは、まずもって言語を介して行われるものであるから、一方の当事者がその言語にアクセスできないならば、そもそもコミュニケーションは成り立ち得ない。法の言語がある程度の専門性を持つことは避けられないが、なんらかの手段を用いて、素人が法の言語を事實的・規範的に理解でき、それを通じて意見を表明できるようにしなければならない。

#### (4) 若干の検討

それでは、前章で得られた基準に基づきつつ、ダフの政治理論・刑罰論を検討していく。

まず刑罰論であるが、第一の基準に関して、ダフは、刑罰の前提条件の

考察で差別の問題に触れている。しかし、ダフの第一の関心は規範的観点からの政治的共同体・刑罰モデルの構築にあり、構造的差別に関しては問題を指摘するに止めるとの姿勢が目立つ。そして、それは、政治的共同体は部分的なものにすぎないため、構成員間の相互的配慮も部分的なものに止まらざるを得ないとする点に端的に表されている<sup>(81)</sup>。この論理からいけば、ダフの構想において、例えば均衡性判断に社会的・経済的諸要因を含めることは、当然可能ではあるが、かなり消極的なもの、あるいは単に恩恵的なものとなる恐れがある。少なくとも、構造的差別の問題にもともと関心のない、あるいはその問題に触れることに嫌悪感すら抱いている人間が、ダフの構想に基づいて対話・思考した場合、従来 of 理論・実務における均衡性判断とどれ程違う成果が得られるか、はなはだ疑問であろう。結局、現時点でのダフによるこの問題への言及は、構造的差別の問題に冷淡な態度をとる者への説得の姿勢を含まず、ダフの構想にとって付け足しにすぎないとの感が否めないのである<sup>(82)</sup>。

第二の基準に関して、ダフの構造的差別の考慮は不十分であるだけでなく、静態的なものに止まっており、社会学一般・刑罰の社会学や政治理論の成果に応答していない。それはコミュニケーションという視点を入れるにしても、あくまで同胞市民間での、という規範的な枠内での話に止まり、コミュニケーションの持つ闘争的性質を考慮していない点に、さらにダフのいう刑罰的コミュニケーションによって共同体の方が変化することは、上記の刑罰の前提条件の議論から明らかなように可能であるとしても、消極的、あるいは結果として例外的ですらあり得る点で依然として一方的な性質が強い点にも表されている。

第三の基準に関して、動態的視点を持つことが出来ないでいる以上、考

---

(81) *Id.*, pp44-5.

(82) ダフの理論が文化的差異を考慮していないと批判するものとして、See Duncan Ivison, *Justifying Punishment in Intercultural Contexts: Whose Norms? Which Values?*, in Matravers ed., *supra* note3, at 88-107.

察者の当事者性を考慮し得ないのであるから、個人の哲学的・倫理的考察に対応することも不可能である。事実、ダフの議論は、コミュニケーションや主体の問題などの考察に表されているように議論に新たな内容をもたらしたとはいえ、やはり政治理論・刑罰論の伝統的な問いに倫理的観点からではなく、あくまで規範的な観点から応答することに終始している。

第四の基準に関して、ダフの議論は国家と犯罪者とのコミュニケーションに比重を置きすぎており、これでは地域共同体や自発的な市民から構成される諸団体の役割が軽視され、被害者も犯罪者の更生のための道具として扱われることになりかねない<sup>(83)</sup>。ダフの構想は、とくに修復的司法／正義論が提起した参加主体の問題を受け止めきれていないのである。

以上から、ダフの刑罰論は「批判後」のものとしては不十分と結論付けざるを得ない。そして、この不十分さは、ダフの政治理論の規範的・抽象的性質に由来する<sup>(84)</sup>。ダフの政治理論は、ハーバーマスの道具的理性とコミュニケーション的理性との区別と後者の特化に依拠しているが、ドライゼックが指摘するように<sup>(85)</sup>、理性は道具的理性をも必然的に含むのであり、それをいかに制御するかという観点から考察を始めなければならない。自由主義の批判者達、とくにラディカルな論者は、道具的理性や情動といかに向き合っていくかということを常に念頭に置いているのであり、このことに応答しようとしなない構想は、「批判後」のものとしては不十分である。そして、ダフの理論では、政治的共同体は限定的なものでしかなく、個人は様々な共同体との関係の中で政治的共同体内での自己の行為を選択することを認めているのであるから、そこで働いている理性は、当然

(83) 吉田敏雄「法的平和の回復（二十八）——行為者—被害者—仲介・和解の視座——」北海学園大学法学研究第40巻第2号（2004年）363頁参照。

(84) この他、ダフによる自由主義と共同体主義の結合を安易であると批判するものとして、See Leo Zaibert, Book Review: Punishment, Liberalism, and Communitarianism, (2002) 6, 1 Buffalo Criminal Law Review 686-9. この点については、別稿の課題としたい。

(85) See John S. Dryzek, Discursive Democracy; Politics, Policy, and Political Science (Cambridge: Cambridge University Press, 1990) chapter 1.

コミュニケーション的理性のみではないことを認めないわけにはいかない。このような個人の位置，その選択の不安定さを認める以上，そこに醸し出される不安や緊張関係に応答せざるをえず，したがって規範的な観点のみから理論構築をしようとすることは許されないのである。

しかし，ダフが規範的な観点からにせよ，政治理論と刑罰論との連動性を再確認し，その上で関係性概念を核に政治理論・刑罰論を構成しようとした功績は大きい。これにより，ハドソンが意図するように，正義とのより密接な関連において刑罰を考察することが可能となる。このことは，自由主義的な諸原則を無条件に前提とし，法技術の問題に専念していた刑罰論（ひいては犯罪論）を，再度政治的闘争の場に引きずり出し，自由・平等の擁護のための戦略を練り直すようにしむけるであろう。

## 2 日本の議論への示唆について

従来日本の議論は，応報，一般・特別予防といった刑罰の諸目的の中のどれを優先させ，あるいはどのように調和させるかについて，もっぱら議論してきた。そこでは，正義・人権といった上位概念との連動性が意識されていたにせよ<sup>(86)</sup>，これらの上位概念それ自体を，根底的な批判に基づいてより深く再検討するという傾向はみられなかったのである。

しかし，近年，社会の変動・犯罪の多様化に伴い，刑罰と政治的理念との連動性を再確認し，コミュニケーションや関係修復の視点を取り入れた刑罰論（さらには犯罪論）を構築しようとする動きが見られる<sup>(87)</sup>。これは，

(86) 例えば死刑やデュー・プロセス原則をめぐる様々な議論がこれにあたる。ここでは多くを挙げることはできないが，とくに後者に関して，萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』（成文堂，1991年），平川宗信『「憲法的刑法学」と憲法理論』松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（有斐閣，1998年）25-44頁，同「刑法の憲法的基礎について」平野龍一先生古稀祝賀論文集上（有斐閣，1990年）69-92頁などを参照。

(87) 渥美東洋『罪と罰を考える』（有斐閣，1993年），高橋直哉「刑法理論と政治哲学——自由主義刑法理論の再検討——」刑法雑誌44（2）（2005年）175-190頁，同「刑罰と非難」東海大学総合教育センター紀要第23号（2003年）1-15

サンデルのいうように、「困難な時代においては、我々は生活の指針となるもろもろの理想を思い出さずにはいられなくなる<sup>(88)</sup>」からであろう。もっとも、結論を先にいえば、これらの動きも理念自体への諸批判を詳細に検討し、その上で理念・刑罰モデル双方を再構成しようとしているとまではいえない。それは、これらの論者の説がダフのそれに近似し、少なくともその作業の射程範囲を出ているものではないことから推察されるのである。だが、再びサンデルによれば、「我々の公的（に限らないが）生活は不満に満ちている」（括弧内筆者）<sup>(89)</sup>。それゆえ、日本においても、ダフの議論をより詳細に検討し、その背景となる理論状況を見極め、その上で自由主義批判にダフ以上に深く応答できる理論を構築するための作業に取り掛かる必要があるのである。

## 第五章 総括

本稿においては、政治理論・刑罰論における自由主義批判を概観し、そこで得られた基準をもとにダフの議論の深度を測定した。ここでいえることは、英米においても自由主義とその批判者達との対話は、ドライゼックが批判するような安易な妥協を除けば、まだ徹底してなされているとはいえないということである。日本においては、そもそも、このような作業の着手がなされているとは言い難いのであり、英米の議論の展開を見据えつつ、今後進展させていく必要がある。これは当然多大な労力を必要とするものであり、漸次進展させていくことが望まれる。これについては、筆者自身、今後の課題としたい。

頁、同「刑法のコンセプトに関する一試論」同第21号（2001年）73-89頁、高橋則夫『修復的司法の探求』（成文堂、2003年）、前原宏一「刑事制裁の新動向と刑事制裁の目的」三原憲三先生古稀記念祝賀論文集（成文堂、2002年）513-534頁などを参照。

(88) See M. J. Sandel, *Democracy's Discontent* (Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996) p.3.

(89) *Id.*