

論 説

熟議民主主義と復讐の超越

—— Nino の政治理論・刑罰論とアルゼンチンの悲劇 ——

宿 谷 晃 弘

- 一 はじめに
- 二 刑罰と同意——ニーノの熟議民主主義論と刑罰論——
- 三 体制転換と刑罰の問題——悲劇の後で——
- 四 若干の検討

一 はじめに

刑罰論は、政治理論から独立したものではなく、むしろ、それとの密接な関係のもとに体系化されるべきものであるということについては、これまでダフやレイシーの議論の検討において見てきた⁽¹⁾。しかしながら、これまで検討してきた理論は、政治理論および刑罰論が、実践の中で理念的な直観に導かれつつ、己を構築し、同時に実践を構築していくことについて、必ずしも正面から応答しているものではなかったように思われる。また、それらの理論は、（モデル化という事情があるにせよ）国家刑罰一般のみに焦点を合わせ、例えば今日、それへの理論的な応答が盛んになされているところの国際刑事裁判所や真実和解委員会などといった問題について

(1) 拙稿「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」比較法学第39巻第1号（2005年）1-43頁；拙稿「刑罰・コミュニティ・フェミニズム：Nicola Laceyの政治理論・刑罰論の検討」同第39巻第3号（2006年）117-161頁参照。

は、その射程外に置いてしまっていることも事実であろう。

しかしながら、経験的判断において、実践と理論が乖離し、あるいはそもそも相容れないものとみなされがちである以上、実践における直観と理論との関係について理論はより真摯に応答する必要があるであろう。そして、国境の存在に疑念が呈され、主権の絶対性に異議が唱えられている今日において、政治理論および刑罰論は、地球社会の秩序ということをも視野に入れた議論を展開すべきであるように思われる。

これらの点に関して、ニーノ（Carlos Santiago Nino：1943–1993）の議論はひとつの検討材料を提供しているように思われる。結論を先にいうならば、ニーノの議論は、民主主義的实践における直観により深く応答することを目指したものであり、また、国内政治のみならず、国際社会の秩序に関する思考をも体系的に組み込む可能性を秘めたものであったのである。それゆえ、ニーノの議論は、上記の二つの問題に応答していくために欠かすことのできない検討対象であるように思われるのである。

以下においては、まず、第二章において、ニーノの刑罰論と熟議民主主義論を概観し、両者の繋がりを見ていく。次に、ニーノの理論の広がりとし、それが単なる観念の遊戯ではなかったことを見ていくために、第三章において、アルゼンチンにおける軍事政権下での徹底的な人権侵害とその処罰について、歴史的な経緯とニーノの議論を見ていく。そして、最後に、第四章において、ニーノ理論全体の可能性と問題点について若干考察していくことにしたい。

二 刑罰と同意——ニーノの熟議民主主義論と刑罰論——

ニーノの刑罰論の特徴を一言でいうならば、それは刑罰の正当化根拠を、応報や予防ではなく、行為者の同意に求めようとするものであるということになる。本章においては、まずニーノの刑罰論を概観していく。そして、引き続き、それが応報論や予防論とどのように異なるのかをより詳

細に見ていくためにも、ニーノの刑罰論の背景にあって、その理論構成を支えている熟議民主主義論について見ていくことにしたい。

1 同意理論について——ニーノの刑罰論——

(1) 刑罰の正当化根拠論の課題

ニーノによれば、刑罰の正当化根拠論は、次のようなジレンマを抱えているとされる⁽²⁾。つまり、それは、自由主義的で合理的な刑法システムの諸目的についての一定の一般的構想とこのシステムが考慮すべき諸々の差異や必要条件についての直観（例えば、無実の人は処罰されるべきでないという直観や刑事責任を問うためには特定の主観的態度が要求されるという直観など）⁽³⁾との対立というジレンマである。ニーノによれば、自由な社会一般⁽⁴⁾を守るという観点からは、上記の直観は必ずしも擁護されることにはならないのであり、これらの直観を時代遅れのものとして放棄することもできる。これに対して、統制社会へ至ってしまうことの懸念に基づいて一般的な構想を受け入れることを拒絶し、もっぱら直観に依拠するという道をとることもあり得る。これは、功利主義的な観点と道徳主義（応報主義）的な観点の、刑罰論における衝突をニーノ自身の言葉で表現したものと思われる。

(2) See Carlos Nino, "A Consensual Theory of Punishment," 12 *Philosophy and Public Affairs* (1983) p289.

(3) ここでの直観 (intuition) という、ニーノの表現、およびそこに含まれている内容に関しては、若干説明を要するであろう。ニーノの表現の趣旨は、無実の人や悪意なき人の処罰は人の道徳的直観に反するというものである。それは、「何故なにもしていないのに自分が」という意識、あるいは「自分はそんなことをしようとは思ってもいなかったのに」という意識のことである。ニーノは、このような直観は一個人の内面のみに関るものではなく、他人の状況に関しても適用されるものであると考えているのであろう。このことに関して、さらに本章第三節参照。

(4) そのことの是非はともかくとして、ここにいう自由な社会ということでニーノが思い描いているのは、ホッブズのそれのように、安全を最優先課題とする社会のことであるように思われる。

以上のような刑罰の正当化根拠論の抱えるジレンマおよびそれに対する理論の対応のあり方に対して、ニーノはこのようなジレンマ自体を回避することを提案する⁽⁵⁾。ニーノによれば、理論に求められているのは、上記の直観と対立するのではなく、それらを満たしつつ、自由主義的な根本的理想について熟考することなのである。それでは、ニーノの提案するところの、ジレンマを回避することのできる刑罰の正当化根拠論とは、一体どのようなものであろうか。

(2) 功利主義的刑罰論および応報主義の否定

ニーノによれば、刑罰は、公的な諸制度が駆使するところの、もし必要とされるならば強制的な手段を用いつつ、通常は人々に認められている諸権利を意図的に剥奪するための手段のひとつである⁽⁶⁾。このようなものとしての刑罰が正当化され得るためには、最低限、次の条件が満たされなければならない。つまり、ある行為によって害悪が発生することが確実であり、手段が害悪の予防にとって必要かつ効果的であって、そして手段によって引き起こされる害悪が予防しようとしている害悪よりも小さいものであること、である。この条件を前提としつつ、ニーノは功利主義的刑罰理論と応報理論の双方を否定する。

まず功利主義的刑罰理論についてであるが⁽⁷⁾、通常提起される批判、例えば些細な害悪を防ぐために極端に厳しい刑罰を科す危険性や無実の者を処罰する危険性に対する批判は、批判としてたいしたものではないとされる。なぜなら、ニーノによれば、前者は自滅的であるがゆえにこのような危険性を心配するのはおかしいことであるからであり、後者は、刑罰と負けず劣らずの負担を課す非刑罰的強制手段の対象が常に無実の者であることを考えるならば、この危険性を主張する者は刑罰と非刑罰的強制手段の

(5) See Nino, *supra* note 2, at p289.

(6) *Id.*, p290.

(7) *Id.*, pp290-2.

違いについて説明しなければならないからである。これらの批判よりも深刻で決定的なのは、次のようなものである。つまり、それは、社会防衛の観点のみに基づく刑罰の正当化は、人を手段ではなく、目的自体として取り扱えというカントの命法に反するがゆえに無実の者に対してだけではなく、有罪の者に対しても不当であるという批判である。功利主義的刑罰理論は、この批判に反論できないがゆえに否定されなければならないのである。

次に応報主義であるが⁽⁸⁾、これは刑罰を違法な行為に対する反応とみなし、かつ刑罰が反応として適切な (adequate) ものであることを前提としているとされる。また、害悪によって害悪をとり除くことをも前提としている。応報主義のこれらの前提に対して、ニーノは、まず刑罰が反応として「適切」であるということを問題とする⁽⁹⁾。

ニーノによれば、幾人かの応報主義者は、刑罰の適切さが法システムによって確定されるということを前提としている。要するに、これらの応報主義者は法実証主義に依拠しているのである。しかしながら、ニーノはこのような主張は間違いであるとする。なぜなら、ニーノによれば、法実証主義を前提とした場合、応報主義は法システムを評価したり、解釈したりすることができなくなってしまうからである。刑罰の適切さが実定法に依拠している以上、その依拠している当のものを評価したりすることができないのは当然のことであるといえよう。ここでは、応報主義はなんらかの内容を示すものではなく、ただ単に違法な行為に対して法システムによって刑罰を使って反応がなされるという外形を記述したものでしかなくなってしまうのである。これに対して、ニーノは、応報主義がなんらかの実質をもつものであるとするならば、「適切な反応」は「公正な (just) 反応」でなければならない、犯罪と刑罰の関係は実定法ではなく、道徳によって決

(8) *Id.*, p300 ; Carlos Nino, *Radical Evil on Trial* (New Haven : Yale University Press, 1996) pp136-42.

(9) See Nino, *supra* note 8, at p137.

定されねばならないとする。

次に、害悪により害悪をとり除くという前提についてであるが⁽¹⁰⁾、ニーノによればこの前提は応報主義に純粋な主観主義に傾斜する危険性をもたらす。この言明について、ニーノは次のように説明している。つまり、刑罰は害悪である以上、非難可能な者以外の者に科することはできない。そして、この非難可能性は、例えば免責事由を見れば明らかのように、行為者の主観に基づいて判断される。なぜなら、応報主義によれば主観こそが行為者がコントロールできる唯一のものだからである。このような応報主義の自由意思論に対して、ニーノは、個人の主観でさえ、その者にはどうすることもできない諸要因、例えば文化、経済構造、生物学的要因などといった要因によって決定されているという決定論⁽¹¹⁾を主張する。ニーノによれば、決定論が正しいとされるのであれば、非難の正当性を主張する者は何故、人をその者がなしたことによって非難するという行いを維持し続けるのかについて説明しなければならないとされる。決定論者は、この問題に自覚的に取り組むことになる。これに対して、応報主義の前提と

(10) *Id.*, pp137-8.

(11) ニーノによれば、決定論は非難 (blame) の三つの側面、つまり操作的、プラグマティズム的側面 (a manipulative, pragmatic dimension)、反作用的側面 (a reactive dimension)、および記述的側面 (a descriptive dimension) と矛盾しない。まず操作的、プラグマティズム的側面とは、いわゆる一般予防のことであるが、これは非難と行為の動機との間の因果関係を仮定するものであり、現実世界に対する決定論的視座と矛盾しないとされる。次に反作用的側面とは、ある行為への感情的な反応のことであるが、これは侵害に対して当然引き起こされるものであり、非難の対象が一定の諸要因によって発生されられたものであるからといって保留されることはないとされる。最後に記述的側面とは、非難と行為との結びつきに焦点をあてるものであるが、これは、行為者の意図や願望が行為とまったく無関係のものであるということなどあり得ず、それどころか行為は行為者の思考の表現である以上、行為が行為者の主観以外の何かによって決定されているのではないなどということは仮定される必要はないとされる。要するに、ニーノは、非難とは規範的な概念であり、事実の問題の領域に属する決定論とは両立することはあっても、矛盾することなどないとするのである。*Id.*, pp138-9.

する自由意思論は、決定論ならばもたらしてくれるであろう広い視野を無視し、その結果として無反省に行為者の主観のみに注意を集中させることによって被害者の排除という帰結をもたらすとされる。この無反省性こそが、まさに、ニーノをして応報主義を否定させるところのものなのである。そして、さらに応報主義のうち、性格理論 (character theory)⁽¹²⁾ は人格的自律の原理に反するとされる。

(3) 刑罰の同意理論

以上のように功利主義的刑罰論および応報主義を退けた上で、ニーノは刑罰の同意理論 (a consensual theory of punishment) を提唱する。この理論は配分的正義を前提とする。ただし、ここでの配分は、必ずしも公正な配分を意味しない。このことについてニーノは、以下のような議論を展開している⁽¹³⁾。

確かに、非刑罰的な措置であるならば、次のような諸条件、つまり、手段の害悪性の最小限化、この措置によって不利益を被った者への補償、そしてくじ引きなどの方法の採用を通じての手続き操作による負担の公平な割り当てなどによって不公平な配分への批判を最終的に克服することができるかもしれない。しかしながら、ニーノによれば刑罰の場合はそうはいかないのである。

まず第一に、手段の害悪性の最小限化であるが、もし、抑止効果をもって刑罰の正当化根拠となすならば、刑罰が害悪であることは副次的な現象であ

るところか、刑罰にとって本質的な事柄であるということになる。第二に、その措置によって不利益を被った者への補償であるが、処罰される者

(12) 性格理論とは、行為をもたらしところの行為者の性格の悪性に着目する理論のことである。この理論については、See Nino, *supra* note 8, at pp139-41; Nicola Lacey, *State Punishment* (London: Routledge, 1988) chapter 3.

(13) See Nino, *supra* note 2, at pp292-3.

にその処罰に対して補償を与えるなどということは、そもそも刑罰の主旨に反することであろう。第三に、応報主義を受け入れないのであれば、刑罰が必然的に負担と利益の不公平な配分を含意することになるであろう。

もし、あくまでも公正な配分がなされなければならないとするのであれば、このことは、応報主義の採用、あるいはその決定的な難点にもかかわらず、功利主義的な刑罰論の採用へとニーノを導くことになるように見えるかもしれない。しかしながら、ニーノは、刑罰における負担の不公平な配分を正当化する根拠が存在するとするのである。

それでは刑罰の配分はどのような基準に基づいてなされるべきなのであろうか。ニーノは、それは同意 (consent) に基づいて行われるべきであるとする⁽¹⁴⁾。ニーノによれば、平等でない配分に関係者が自覚的に同意している (acquiesce) ならば、そこでなおも利益と負担の平等な配分を主張するのは不適切であるとされる。ニーノは、ここで、同意に基づく配分の有様を描き出すために、例として契約を用いている。契約は、それによって我々が不平等な配分を受け入れることのあり得るものの典型的な事例である。契約の妥当性は、配分が公平に為されたか否かではなく、それが自由な同意に基づくものであるか否かにかかっている。契約が自由な同意に基づくものであるならば、たとえその内容が平等には程遠くとも契約は有効であるとみなされるのである。

ところで、契約は必ずしも明確な意思表示のもとで結ばなければならないものではない。法律に特別の規定がある場合を除いて、黙示の契約もまた、有効な契約であるとみなされなければならない。つまり、次のような自発的行為、すなわち、それをなすことによって、自明の帰結としてある義務あるいは責任が帰属することを知りつつなされた自発的行為がある場合には、同意が表示されたとみなされるのである。

ここからニーノは同意が有効であるとみなされるための条件として、次

(14) *Id.*, pp293-6.

のようなものを挙げている。まず第一の条件は、同意を含意する行為が自発的なものであることである。しかしながら、これだけでは十分とはいえない。同意が有効であるとみなされるためには、さらに、当事者が自分は何をなそうとしているのかを知っていなければならない。これは、ただ単にある行為をなすということだけでなく、その行為をなすことによって、ある義務や責任を引き受けることになるということをも含む。ただし、これは規範的な帰結についてであり、例えば兵士になることを同意した者が怪我をしたなどというような事実上の帰結はここでは無関係なものとされるのである。そして、このような条件が満たされているのであれば契約は成立するのであり、同意と当事者の内心とが完全に一致している必要はない。また、このことは刑罰の正当化根拠論において重要になってくるのであるが、一定の法規範的帰結への同意は道徳規範的帰結への同意をも含むのである。

以上のように同意の一般的性質を描き出した上で、ニーノはこれを刑罰の正当化根拠論に適用していく⁽¹⁵⁾。

まず、ニーノは、刑罰は偶然の産物ではなく、まさにそれを科せられる者の意思の産物であるとする。ただし、このことは、犯罪者が処罰されることを望んでいるということを意味しない。ニーノによれば、そのように考えるのは、志願兵は皆、戦闘で死にたいと願っていると考えるのと同じくらい馬鹿げたことである⁽¹⁶⁾。ここで問題となっているのは、契約の場合と同様に、実際上の帰結ではなく、規範的な帰結なのである。それでは刑罰における規範的な帰結とはどのようなものであろうか。

ニーノによれば、犯罪の実行によって行為者は、それ以前には享受していた刑罰の免除を喪失する（the loss of immunity from punishment）。この喪失は、補償を受けたり、あるいは刑罰に関係する権利を剥奪した公務員

(15) *Id.*, pp297-300.

(16) ただし、このような主張の背景にある、犯罪者を一人の人間として取り扱うとする考え方に対しては、ニーノは賛意を表明する。*Id.*, pp305-6.

を告訴する権利の放棄を伴う。ただし、これはもっとも単純な法規範的観点からの記述であり、行為に法的帰結を帰属させることの道徳的正当化を提供するものではない。ニーノはここで法的帰結と道徳的帰結を区別し、犯罪の実行により刑罰の道徳的免除を喪失すると主張するためには、法律が公務員に対して犯罪者を処罰する権限を附与しているという単なる事実以上の根拠が必要とされんとする。それでは、刑罰の道徳的正当化のために、どのような根拠が必要とされるのであろうか⁽¹⁷⁾。

ニーノは、契約の場合と同様に刑罰においても、その道徳的根拠を与えてくれるのは当事者（ここでは行為者）の同意であるとする。刑罰における同意とは、行為の規範的帰結への同意、つまり刑罰への責任を引き受けることへの同意のことを意味する。そして、やはり契約の場合と同様、行為が自発的になされたものであり、しかも行為者が行為の必然的な規範的帰結を知っている場合に、同意がなされたとされるのである。ニーノはここで、同意が刑罰を科せられる前になされたものでなければならないということを強調する。なぜなら、これこそが刑罰の道徳的正当化を可能にするものだからである。純粋な社会防衛的視点からは刑罰の道徳的根拠を導き出すことはできないということは既述の通りであるが、この事前の同意によって社会防衛的な要請も正当化され得るのである。そして、ニーノは、この正当化の前提条件を最終的に次のように定式化している。つまり、それは、第一に、行為者が当該行為を防止することができたこと、第二に、行為者が当該行為のもつ、関連する現実的諸特性（*relevant factual properties*）を知りつつ行為したこと、そして第三に、行為者が処罰の引き受けが当該行為の必然的帰結であることを知っていたこと、つまり行為者が法律を知っていたこと（*have knowledge of the law*）、である。

この同意理論における行為者の主観的態度との結びつきに関して、ニーノはさらに、他の諸理論との区別を明確にしている⁽¹⁸⁾。つまり、第一に、

(17) *Id.*, pp298-9.

(18) *Id.*, pp299-300.

同意理論は犯罪行為に対する主観的態度ではなく、刑罰それ自体に対する主観的態度を要求している。第二に、同意理論における主観的態度の要請は、功利主義的計算にも、選択の自由あるいは将来の予測可能性のような価値にも基づいていない。そして、第三に、同意理論における主観的態度の要請は、応報主義的な道徳主義的要請とは異なる。

以上のようなものとしての刑罰の同意理論に対する、予想される批判に対して、ニーノは次のように反論している⁽¹⁹⁾。まず、契約との比較により刑罰の正当化根拠論を論じることへの疑念として提起されるであろう批判として、第一に、契約においては当事者は権利と義務の双方を引き受けることになるが、刑罰においては義務しか問題にされないという批判、第二に、契約は双務的なものだが、刑罰は片務的なものであるという批判、第三に、契約における同意は明示的なものだが、刑罰における同意は黙示的なものであるという批判が挙げられている。これに対して、ニーノは、契約においても義務しか問題にできなかったり、片務的であったり、同意が黙示的なものであったりするものが存在すると反論する。次に、そもそも強制的なものである刑罰が科せられるという脅しがある以上、責任を受けるといふことの自発性、あるいは犯罪行為を回避しようとするものの自発性は疑わしいものとなるという批判が挙げられる。これに対して、ニーノは、根拠となる法が正当なものであるならば、同意の存在によって処罰の正当化がなされ得ると反論するのである。

2 ニーノの熟議民主主義論について

次に、以上のような刑罰の同意理論の背景にあるものとしてのニーノの熟議民主主義論を概観し、その特徴を見ていくことにしたい。

(19) *Id.*, pp300-6.

(1) 熟議民主主義とは何か

ニーノの議論を見ていく前に、まず熟議民主主義一般について、その主張の内容を概観することにしたい⁽²⁰⁾。

古典的な自由主義に対しては、様々な批判が提起されていることは、すでに別稿において概観した通りだが⁽²¹⁾、熟議民主主義もそのような諸批判の一部を形成するものであると位置づけることが可能であろう。もちろん、熟議民主主義内部には、意見の相違があるのであり、比較的、自由主義的な傾向を保持するものから自由主義へのアンチテーゼであるというスタンスを強調するものまで、多種多様な議論が存在する。しかしながら、いずれの立場においても古典的な自由主義が一定の限界を有し、それに対する批判が提起されていることを踏まえた上で議論が展開されているのである。それでは、熟議民主主義の主張の核心とは、一体何であろうか。

熟議民主主義とは、その名の示す通り、市民による熟議 (deliberation) の重要性を強調する民主主義理論の一潮流のことをいう。熟議民主主義においては、市民は開かれた場において正当な理由を付した意見を提示し、同時に他人の意見に耳を傾けるといった一連のプロセスを通じて諸々の政策や、さらにはこのプロセスの枠組みのあり方自体について決定をなすべきであると主張されるのである。このように熟議を強調する議論に対しては、民主主義論において市民による熟議が尊重されてきたのは、なにも今に始まったことではないのではないかという疑問が提起されるかもしれない。しかしながら、熟議民主主義論の意義は、古典的な自由主義に対する

(20) 熟議民主主義については、様々な論稿が存在する。近年の邦語文献については、金澤孝「〔外国文献紹介〕 Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton University Press 2004)」早稲田法学第80巻第4号(2005年)注8参照。また、アメリカを中心とした議論および、特に実践の概観について、See John Gastil and Peter Levine eds., *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the 21st Century* (San Francisco: Jossey-Bass, 2005)。

(21) 拙稿・前掲論文(注1)、第39巻第1号参照。

諸批判との関係において見出され得るのである。

熟議の強調の理由として、まず第一に挙げられるのは、民主主義の真正性（democratic authenticity）の尊重であろう⁽²²⁾。自由民主主義体制のもとでは、代表制を通じて市民の主張が様々な決定に反映されているということが擬制されている。しかしながら、その実態に対しては、例えばメディアによる世論操作などの事例を挙げることによって、容易に疑問を付すことができるであろう。これに対して、熟議民主主義は、様々な政策決定が市民の意向から乖離し、形式性を高めていく傾向に抗して、民主主義の実質を取り戻そうとするのである。熟議民主主義においては、ある決定が市民による熟議を経たものであるという事実によって正当性（legitimacy）を付与されることが何よりも重視されるのである。

熟議の強調の第二の理由は、個々人の選好の可変性の認識である。政治とは、市民の選好を集計する活動のことであるとみなす立場においては、個々人の選好は固定的なものとみなされることになる。しかしながら、熟議民主主義においては、個々人の選好は熟議を通じて変化していくものであり、そこから新たな展望が開けていくところに政治の豊饒さがあると主張されるのである。この個々人の選好の変容をもたらすのは、自分の意見や提案などを公共の場において他人に説明し、説得するという行為そのものである。

これに関連して、熟議の強調の第三の理由は、共通善⁽²³⁾の重要性の認識である。古典的な自由主義は、政治と道徳を切り離してしまう。古典的自由主義においてそのような分離が可能になるのは、技術主義的な観点を優先させるからであろう。しかしながら、政治において問題となるのは技術主義的な観点のみではなく、政治と道徳はそれほど容易に切り離せるも

(22) See John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond : Liberals, Critics, Contestations* (Oxford : Oxford University Press, 2000) p8.

(23) その内容については、See Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton : Princeton University Press, 2004) pp26-9.

のではない。このことが明らかになるのは、まさに熟議の場においてなのである。なぜなら、熟議において市民は、それを目指すことが善いことだと、互に承認している事柄への訴えかけを絶えず意識することになるからである。

さて、以上のような背景をもつ熟議構想を支える諸原理について、ガットマン (Amy Gutmann) とトンプソン (Dennis Thompson) は次のような議論を提示している⁽²⁴⁾。つまり、熟議民主主義における熟議プロセスを成り立たせているのは、互恵性 (reciprocity)、公示性 (publicity)、そして説明責任 (accountability) の三つの原理である。

まず、互恵性とは、市民はお互いを道徳的主体と認め、尊重しつつ、他の同胞市民たちが受け入れることができるような理由をもって彼らを説得しようとしなければならないとする原理のことである⁽²⁵⁾。これは理由提示プロセス (reason-giving process) としての熟議プロセスの中核にあるものであり、他の諸原理はこの原理から導出されたものである。次に、公示性とは、議論は公共の場で行われるべきであり、その議論において提示された諸々の理由やそれらを評価するために必要な情報は公開されていなければならないという原理のことである⁽²⁶⁾。そして、説明責任とは、市民は、その提案が政策として採用された場合に拘束されることとなる全ての人々に対して、正当な理由をもって説明をなすべきであるとする原理のことである⁽²⁷⁾。

このような議論から窺い知ることができるように、熟議民主主義論においては、手続ないし制度それ自体の重要性が強調される。手続や制度は外

(24) See Gutmann and Thompson, *supra* note 23 : Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement : Why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it* (Cambridge, Massachusetts : Belknap Press, 1996). また、金澤・前掲論文 (注20) 参照。

(25) See Gutmann and Thompson, *supra* note 24, at pp13-4, 54.

(26) *Id.*, p95.

(27) *Id.*, p15, 128.

在的なものではなく、まさに熟議がそれによって真正なものになるところの源泉なのである。このことについて、例えば、コーエン（Joshua Cohen）は、「制度について考える上で重要なことは、制度が熟議を可能にするようにすべきであるということである。（中略）制度それ自身が意思形成の枠組みを提供しなければならないのである。そして、制度は、平等があるかどうか、熟議が自由で理性的なものであるかどうか、自律性があるかどうか、などといった事柄を決定するのである」⁽²⁸⁾と述べている。熟議民主主義においては、個人の資質や努力などの重要性が完全に排除されるわけではないであろうが、それらのみを強調することは誤りのもととなることが主張されているのである。

ガットマンとトンプソンは、以上のような熟議プロセスを成り立たしめている諸原理の他に、熟議の実質に関する原理として、自由（liberty）や機会（opportunity）を挙げている。手続や制度がそれ自体として重要なものであるといっても、それらを整備するだけでは十分とはいえない。熟議の枠組みだけではなく、その枠組み自体を支える社会的な条件が整備されなければならないのである⁽²⁹⁾。

さらに、互惠性までも含むところのこれらの諸原理は、絶えざる検証の対象とされる。手続や制度、さらにはそれを支える諸原理それ自体までも熟議の対象とする可能性を認め（もっとも、これをどこまで認めるのか、その程度に関しては、当然のことながら論者によって温度差がある）、絶えざる反省の余地を確保しようと努めるところに熟議民主主義論の重要な特性のひとつがあるといえるであろう。

ところで、以上の議論の射程範囲は、国家内部に限定されるわけではな

(28) See Joshua Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy," in James Bohman and William Rehg eds., *Deliberative Democracy : Essays on Reason and Politics* (Cambridge, Massachusetts : The MIT Press, 1997) pp79-80.

(29) これらの問題について、平地秀哉「熟議民主政と社会福祉」早稲田法学第79巻第4号（2004年）153-192頁参照。また、See Cohen, *supra* note 28, at pp72-5.

い。むしろ、熟議民主主義論の可能性は、国家以外の様々な主体や国境を越える民主主義の力に焦点を当てることにありといえよう。このことに関して、ドライゼック (John S. Dryzek) は、熟議は強い意味でのコミュニティが存在しない場合に (例えば、国境や国境内での諸々の差異を超えて) 行われ得るし、その場合に行われるべきであると主張するのである⁽³⁰⁾。

以上が、熟議民主主義論の概観である。

(2) ニーノの熟議民主主義論について

(a) 概 観

他の熟議民主主義論者と同様、ニーノも、市民による対話をその理論の中核に据え、それを通じて諸々の決定の正当性を確立し、個々の市民の選好を変容させ、そして、政治と道徳を結合することを主張する。その際、ニーノは、法実証主義に抗して民主主義の道徳的性質を強調するのである。ニーノによれば、民主主義は、単なる記述的な概念ではない。それは、規範的概念なのである⁽³¹⁾。熟議民主主義論において強調される、熟議を通じての個々の市民の選好の変容とは、単に A を自己の利益であるとなしていた状態から、B をそのようにみなすように変化させられたということの意味するのではない。それは、道徳的規範に照らして Bこそが規範共同体にとって正当な利益であるということを承認するようになったということの意味するのである。

もっとも、道徳といっても、ニーノのいう道徳は、個人の主観にのみ関るものではない。それは市民の間で共有される間主観的なもの、つまり社会道徳 (social morality) なのである⁽³²⁾。そして、規範的概念としての民主主義においては、人々が民主主義によって政体や政策に正当性が付与さ

(30) See Dryzek, *supra* note 22, at p175.

(31) See Carlos Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven : Yale University Press, 1996) pp69-70.

(32) *Id.*, p8, 107-8.

れるだろうと信じているという主観の正当性ではなく、民主主義によって実際に正当性が付与されるという客観の正当性が問題とされるのである。

ニーノは、自らの熟議民主主義論を認識論的構築主義（epistemic constructivism）に基づくものであるとする。それでは、認識論的構築主義とは、一体何なのであろうか。

ニーノは、ロールズ（John Rawls）とハーバーマス（Jürgen Habermas）の検討を通じて、道徳的真理の構造を存在論的側面と認識論的側面に分け、さらにそれぞれのカテゴリーに属する三つの主張を区別する⁽³³⁾。

まず、存在論的側面（道徳的真理の確定のための現実的基盤）であるが、これは第一に、道徳的真理は、個人の実践的推論に内在する形式的前提、特に、不偏性、合理性、そして、関連する諸事実が知られていることといった理想的な諸条件がそろった状態で全ての人が受け入れることができるならば、その道徳的原理は妥当であるという前提が満たされた場合に認められるという主張、第二に、道徳的真理は、協同を成し遂げ、紛争を回避することを目指す対話の実践の、形式的あるいは手続的諸前提が満たされた場合に認められるという主張、そして、第三に、道徳的真理は、いくつかの手続的制約を伴いつつ、実際に行われた討議によって実際に到達された同意が存在する場合に認められるという主張に分類される。

次に、認識論的側面（道徳的真理の獲得の方法）であるが、これは第一に、確かに他人との議論は補助として有用であるが、道徳的真理の認識は個人的内省によってのみ、獲得されるという主張、第二に、個人的内省を完全に排除することはしないにしても、他人との意見交換、そして、そこで発生する自らを他人に対して正当化する必要性は、個人の知識を広げ、個人的推論における欠点を明らかにするだけでなく、関係者全員の諸利益を公平に配慮すべしという要請を満たすのを手助けしもするという理由か

(33) *Id.*, pp112-3.

ら、間主観的な討議および決定が道徳的真理に近づくための、もっとも確実な手続であるとする主張、そして、第三に、個人的内省は常に、社会的文脈や他人の立場に立つことの克服しがたい困難さのために、自己や身近な人々の利益を意識することから生じるバイアスによって歪められてしまうがゆえに採用され得ず、ただ人々の討議とそれを通じての決定のみが道徳的真理に近づくための手段であり得るという主張に分類される。

ニーノによれば、ロールズの理論は存在論・認識論双方において第一の主張に分類され、ハーバーマスの理論は存在論・認識論双方において第三の主張（ただし存在論においては第二の立場にも近いとされる）に分類されるとされる。これに対して、ニーノは、ロールズとハーバーマスの中間をとって存在論・認識論双方において第二の主張を採用すべきであるとするのである。それでは、ニーノはいかなる理由からこのような立場を選択したのであろうか⁽³⁴⁾。

まず、存在論的側面に関して、ニーノによれば、第一の立場は、道徳的討議の社会的実践を組み入れていない点において極度に不十分であるとされる。なぜなら、社会的実践の視点を組み込むことによって相対主義の袋小路に迷い込むことなく、道徳的討議の歴史的諸形態を考慮することができるようになるのであり、さらには道徳的討議が前提とする諸々のルールや基準を推論する実証的な基盤を得ることができるのであり、そして討議が価値的な諸前提を有することを認めるのであれば、そのような実証的な基盤を提供してくれる社会的実践を考察の土台とみなすことはとりわけ重要なこととなるからである。また、第三の立場は、討議の結果について保守主義的慣例主義（conservative conventionalism）に陥りやすく、討議を単なる利益の衝突の場とみなすことになる点で妥当でない。なぜなら、討議の結果のみが妥当なものであるとみなされるのであれば、これを拒否する正当な理由はなく、ただ遵守あるのみとされがちになるからであり、ま

(34) *Id.*, pp114-7.

た、結果のみが妥当なのであるから、討議の最中に提示されるいかなる提案も妥当であるとして擁護され得ない、単なる利益の表明であるということになるからである。これに対して、第二の立場は他の二つの立場の長所を組み入れ、それにより二つの立場の短所を打ち消している点で妥当であるとされるのである。

次に、認識論的側面に関して、第一の立場は、哲学的アナーキズム、あるいは啓蒙主義的独裁に陥る危険性を有するとされる。なぜなら、第一の立場に従えば、一方で当局の命令が個人的内省の結果に反する場合に、個人はその命令に従う必要はないことになり、他方で賢明な独裁者の個人的内省に異議を唱える理由はないことになってしまうからである。また、第三の立場は、道徳的ポピュリズムに陥りやすいとされる。なぜなら、第三の立場に従えば、全員あるいは多数者によって支持された意見が自動的に正しいことになってしまうからである。これに対して、第二の立場は、個人的内省もある場合には真理に到達するのを可能にすることを認め、そのことによって個人が討議に貢献できるわけについて、また個人が正当に討議の再開を要求することができるわけについて説明することを可能にし、また、一般的に討議が個人的内省よりも確実であることを前提にすることから、討議の結果を遵守する義務を承認することを可能にする点で妥当であるとされる。

さて、ニーノは、以上のように個人的内省にも役割を果す余地を認めつつ、一定の制約原理を前提とする間主観的な討議と決定を道徳的真理の発見のための方法であるとする認識論的構築主義に基づく熟議民主主義論においては、民主主義はタイムリミットをもった道徳的討議のプロセスであるとの定義づけをなす⁽³⁵⁾。もちろん、できるだけ多くの利害関係者が討議に参加している場において、彼らの全員一致によって決定がなされるというのが理想型により近く、当然ニーノもその実現を望ましいものとみな

(35) *Id.*, p118.

すのであるが（例えば、ニーノは直接民主主義の要素を、より大胆に制度内に取り込むことを主張する）⁽³⁶⁾、それでも全員一致がどうしても見込めない場合に、多数決による決定を認めることによってどこかで幕引きをしなければならないとする（代表制についても必要悪であるとして、これを承認する）⁽³⁷⁾。ニーノは、この多数決方式の採用は、参加者全員の賛成に代るいかなる方式よりも多数決の方が不偏性をよりよく達成できるという考えに基づいていなければならないとする⁽³⁸⁾。ここには、一定の制約原理やその制約原理と適合的な諸前提に反しない限り、その手続は結論の正当性を証明するものであるとする認識論的構築主義の適用が見られるように思われる。この他ニーノは、例えば、交渉（bargaining）などに関して、それが討議の諸前提に反しない限りにおいて承認するのであるが、これらについても同様のことが言えるであろう。

(b) 特徴

以上のようなニーノの熟議民主主義論は、本款の冒頭で述べたように他の熟議民主主義論と多くの特徴を共有するものであるが、これまでの記述から明らかなように、それ特有の特徴は、次の点に求められるであろう。つまり、ニーノの理論は、一言でいうとするならば、現象学的規範主義とも呼ぶことができるものであると思われる。ニーノの理論は、社会道德の実践をなそうとしている人々、すなわち、社会的実践の場において社会道德の諸原理を発見し、それを実際の問題に適用しようとしている人々の意識のあり方を抽出し、それらの諸形態のうち、より多くの人々の参加を求め、それらの人々の討議を重視する形態、要は民主主義的な形態が社会道德の具体化にとって一般的によりよいものであり、それゆえにそのような方法によって導き出された結論を正当であるとみなすことができるものなのである。そのような形での、現象学的考察に基づくがゆえに、

(36) *Id.*, p152.

(37) *Id.*, p132, 147.

(38) *Id.*, p119.

すでに見たように個人的内省のみを重視したり、あるいは逆にそれを完全に排除するような立場は退けられることになるし、また、交渉などの容認に見られるように、プロセスが実際どのように展開されたかよりも、逸脱してはならない枠組みを遵守しているかどうかの方が重視されることになるのである。また、この立場は、義務論的な理論とは異なり、結果の考量を排除しない⁽³⁹⁾。義務論的な理論からは、討議の参加者全員の一致が得られない場合でも決定を出さねばならないという実践的な要請を考慮することは困難であるが、ニーノの立場においては、いつまでも討議を続けることがもたらす帰結とタイムリミットを設けることがもたらす利点とを比較考量することが可能となる。これもやはり、現象学的方法を用いることの帰結であろう。それでは、何故、ニーノはこのような現象学的方法を用いるのであろうか。

その答えは、ニーノが義務論的な要素は退けつつも、基本的に、人間は手段ではなく、目的それ自体として存在するという、カントの見解に共鳴しているということに求められるであろう。現実の問題として、人間はいくらでも手段として利用されているのであり、政治哲学においてこのことを無視して理論を展開することはできない。それどころか、たとえ限界がつきまとうにせよ、政治哲学は現実をみつめ、自分自身が単なるイデオロギーに堕することがないように努めなければならないのである。だからこそ、ニーノも、決定論を採用することによって人間が手段として取り扱われている社会の現実、その搾取の構造を見極めようとする作業の場を確保し、規範的なものにのみ注視する義務論を否定するのである。しかしながら——それでも人間を目的それ自体とみなすことは許されるのではないか。その感覚を政治の現実と調和させることが理論的に可能なのではないか——そのような信念がニーノの議論を支えているといっても過言ではな

(39) See Martin D. Farrell, "Autonomy and Consequences," in Harold Hongju Koh and Ronald C. Slye eds., *Deliberative Democracy and Human Rights* (New Haven : Yale University Press, 1999) pp61-9.

いであろう。そして、ここから人間の主観のあり様に注視する姿勢が出てくる。もちろん、これは、個人の内面のみに固執するアトミズムではなく(それこそまさに、ニーノが否定しようとしているものである)、人と人の間にあって自己の自律性を保持できたと個人が納得できるような意識の流れのあり方に注目する立場である。ここにこそ、ニーノの方法の源泉があるのである。

3 ニーノにおける民主主義論と刑罰論との結びつきについて

それでは、次に、以上のようなニーノの熟議民主主義論と刑罰論がいかなる関係にあるのかについて、若干見ていくことにしたい⁽⁴⁰⁾。

ニーノの熟議民主主義論が、人は一人の主体として尊重されるべきであるというカント的な直観を中核とし、それに支えられた認識論的構築主義に基づくものであることは上記の通りである。問題は、これがその刑罰論の中に、どのように反映されているか、である。

第一に、なによりも、まず、ニーノの民主主義論の中核にある、上記のようなカント的直観は、「同意」という概念の採用そのものに反映されている。ある人に対して、その者の決断によるのでなければ、刑罰を負わせることはできない。人の自発的な判断こそが刑罰を正当化できる唯一の根拠であり、それによるのでなければ、刑罰を、人権の不可侵性に反してまで、道徳的に正当化することは不可能なのである。さらに、この「同意」は、刑罰の引き受けそれ自体に向けられたものであり、犯罪の悪性に向けられたものではないことも、ニーノの抱く、カント的な直観の帰結である。なぜなら、人は、各自が固有の善の構想に従っていてよいのであり、国家によって定められた善の構想に内的に服従することまでは要求され得

(40) 熟議民主主義論と刑罰論との関連性について、See Pablo de Greiff, "Deliberative Democracy and Punishment," (2002) 5, 2 *Buffalo Criminal Law Review* pp373-403.

ないからである。

第二に、カント的直観は、ニーノに功利主義的な刑罰論を否定させている。社会が無条件に個人よりも優先されるものであるという前提は、自律性の信念と相容れない。そして、カント的直観は法実証主義的な応報主義をも退ける。なぜなら、自律性を重んじる個々人が納得できないような方法で制定された法律は、正当な法ではないからである。法律はただあればよいというものではない。法律は正当なものであるべきなのである。そして、その正当な法は、個々人の自律性の信念と真正に合致するものでなければならない。つまり、法律は、個々人が自らも真摯に参加することができたと納得できるような討議の過程を通じて生み出されなければならないのである。そのような過程を通じて出てきたものであれば、それに対しては人々の同意があるとみなすことが可能であり、刑罰を科す法律の道徳的な正当化根拠もここに存する。

第三に、カント的直観を維持しつつ、その上で、現実の姿を見つめていくとする姿勢は、功利主義的な刑罰論を否定しつつも刑罰の結果の考慮を許容する立場へと繋がっている。政治哲学的・法学的思考において規範的な観点が前提とされることはいうまでもないが、それが単なるイデオロギーに堕さないための工夫も不可欠であり、規範的観点と技術的観点の調和を図ることが要請されているのである。

最後に、ニーノの認識論的構築主義こそは、上記の技術的観点と応報主義的直観との調和を可能にしている思考的土台そのものである。無実の人や悪意を抱いていない人の処罰は、それが自分自身のことであれば、他人のことであれば、人々の道徳的直観に反する。しかしながら、単に個々人の道徳的直観に適合するか否かというだけでは、刑罰の正当化根拠としては不十分である。個人的内省の有効性を認めつつも討議による間主観的な決定の方がより優れているとするニーノの立場に従うならば、単なる個人的な直観は討議を通じて確定され、間主観的に法的規範として確立されなければならない。ここから、ニーノは個人的直観に依拠する応報主義全般を退

けるのである。しかしながら、ニーノの立場からは応報主義だけでなく、それを支える直観をも否定するなどということとはあり得ない。市民が様々な事情を考慮しつつ、真摯な討議を重ね、その結果、ある行為を処罰することを決定したのであれば、その中にさきの直観が組み込まれていることを否定する理由はない。また、この熟議の際の考慮の中に、例えば、このようなルールを設けた方が円滑な交通にとって都合がよいというような技術的な観点が組み込まれることも否定されない。要は、ニーノは、応報主義も功利主義的の刑罰論も個人的内省に（前者は理性的な個人、後者は専門家あるいはエリート）固執しているがゆえに相容れないものとなっているのであるが、間主観性の視点に基づいて刑罰論としては両者を否定しつつも、その視点を組み入れ、調和させることが可能となると考えているのである。

以上のようにして、ニーノの刑罰の同意理論は、その熟議民主主義論と結びつき、それによって支えられているのである。

三 体制転換と刑罰の問題——悲劇の後で——

後述のように、理論と実践は相反するところまではいかないにしても、絶えざる緊張関係にあるものとみなされがちである。このような観点からすれば、ニーノの議論もあるいは、理論として実践とは相容れないものであるとみなされるかもしれない。ところが、ニーノの議論は、ただ単に机上において構築されたものではない。ニーノは、民主化後のアルゼンチンにおいて、アルフォンシン (Raúl Alfonsín) 大統領の顧問として同国における民主主義の確立のために奮闘し、その過程において自らの議論を展開していったのである⁽⁴¹⁾。

以下においては、前章において検討したニーノの政治理論・刑罰論が具

(41) Owen Fiss, "The Death of a Public Intellectual," in Koh and Slye eds., *supra* note 39, at p25.

体的な問題の考察の中でどのように展開されていったのかを見るために、特に、アルフォンシン政権がラテンアメリカ史上、初めて達成したところの軍指導者層の処罰と真実委員会の活動、そしてそれを取り巻く状況について、アルフォンシン政権の理論的支柱であったニーノがいかなる議論を展開したかを見ていく。そして、それを踏まえた上で、ニーノの議論においては、理論と実践の関係がどのようなものであるとみなされていたかについて若干考察していくことにしたい。

1 アルゼンチンの情勢について⁽⁴²⁾

70年代以降の民主化の波は、権威主義的な政治体制化での人権侵害に対する対応のあり方、特に加害者処罰の問題に対する国際社会の関心を高めた。その中でも、特に南アフリカの真実和解委員会⁽⁴³⁾などの事例が理論的にも実践的にも注目を集めたのであるが、アルゼンチンもまた、その「成功」ゆえに人々の注意を引くところとなったのである。

アルゼンチンにおいては、1976年以降、軍部が政権を掌握していたが、その統治下において左翼ゲリラを鎮圧し、秩序を防衛するという名目のもとで大規模な人権侵害が行われた。そこでは、大勢の無実の人がテロリストの嫌疑をかけられ、当局による誘拐、拷問、レイプ、そして殺害などの危難に遭遇したのである。しかしながら、経済政策の失敗、さらにそれによる国民の不満の高まりを沈静化させるために開始されたマルビナス（フォークランド）諸島をめぐるイギリスとの武力衝突における敗北により、

(42) 本節を記述するに際しては、主に以下の文献を参照した。See Jon Elster, *Closing the Books : Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge : Cambridge University Press, 2004) ; Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths : Facing the Challenge of Truth Commissions* (New York : Routledge, 2002) ; Andrew Rigby, *Justice and Reconciliation : After the Violence* (Boulder : Lynne Rienner Publishers, 2001).

(43) See Robert I. Rotberg and Dennis Thompson eds., *Truth v. Justice : The Morality of Truth Commissions* (Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 2000).

軍部は政権を維持することが困難となった。その結果、83年10月、民政移管のために大統領選挙が実施され、急進党のアルフォンシンが大統領に就任したのである。

ところで、軍によって誘拐され、行方知れずとなった人々を探し出そうとする動きは、すでに軍事政権下において進行していた。最初に声をあげたのは、行方不明者の母親たちであった。77年4月に、彼女たちは、毎週、ブエノス・アイレスの中央広場に集まることを決めたのである。この運動はたちまちアルゼンチン中に広まり、国際社会において同国における、政府による大規模な人権侵害に対する抵抗の象徴とみなされるようになった。

このような国内および国際社会の声を配慮して、アルフォンシン政権は、軍事政権によって制定された恩赦法を破棄すると同時に軍法を改正して、裁判の円滑化と対象の拡大を図った。アルフォンシンはまた、CONADEP (Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas) を設置し、行方不明者に関係する出来事およびその運命について調査し、大統領に報告書を提出することを命じた。そして、これらの措置によって、86年には9人の軍指導者のうち、5人が有罪とされ、刑務所に送られ、また、これに先立って84年に CONADEP の調査報告書が公刊され、被害の実態が公衆によって知られるところとなった。しかしながら、事は、決して順調に進んだわけではなかったのである。

報告書において加害者の氏名が公表されなかったことは、被害者や人権団体の不満を高めた。そして、テロや反乱さえ伴う軍部の抵抗に対する譲歩から処罰対象は拡大され得ず、さらに90年には、すでに有罪とされた軍指導者に対して、アルフォンシンの次の大統領メナム (Carlos Menem) によって恩赦が出されている⁽⁴⁴⁾。

このように、アルゼンチンの「成功」は、限定的なものであったという

(44) ただし、その後の展開について、See Elster, *supra* note 42, at p63.

ことができるであろう。そして、それは同国の政治的、社会的状況に基づくものであった。

2 ニーノの議論

上記のごとく、ニーノの議論は、アルゼンチンにおける軍事政権の指導者たちの訴追に理論的に大きな影響を与えた。それでは、そのニーノの議論とはいかなるものであったのであろうか。ニーノは、この問題を政治的・道徳的・法的の、三つの側面に分けて論じている。ここで政治的問題とは、ニーノ理論の一要素たる技術的視点からの情勢判断の問題のことであり、道徳的問題とは、規範的視点からの正当化問題であり、法的問題とは、技術的視点のうちの、規範的視点を前提とするところの、法技術的な観点からの法解釈の問題のことである。以下、順次見ていくことにしたい。

(1) 政治的問題について

(a) 裁判の背景をなす、アルゼンチンの政治状況に関する分析

アルゼンチンにおいて、ラテン・アメリカ史上はじめて⁽⁴⁵⁾ 文民政府が軍政時代の軍人の犯罪を裁くことに「成功」したことは、既述の通りである。しかしながら、この成功は、ニーノにとっては必ずしも満足のいくものではなかったようである。ニーノは、アルゼンチンにおける訴追が何故、不十分なものに止まったかについて、その背後にある政治情勢を分析している。

ニーノは⁽⁴⁶⁾、軍事政権下での人権侵害に対する処罰を促進する要因として、移行プロセスの強制的性質、法的断続性、侵害の過酷さ、侵害の絶対的および相対的な量、社会が人権侵害の被害者との間に感じている同一

(45) この地域において、他に指導者処罰に成功した例としては、ボリビアがある。*Id.*

(46) *See* Nino, *supra* note 8, at pp126-7.

性、裁判の迅速さ、リーダーシップを挙げ、そして、阻害要因として、移行プロセスの同意的性質、侵害行為と裁判の間のタイムスパン、社会が加害者との間に感じている同一性、責任の拡散、加害者の結束を挙げている。ニーノによれば、これらのうちのいずれかの要因が決定的であるというわけではない。ニーノの定式によれば、阻害要因の総体によって促進要因の総体を割ることにより、軍事政権下での人権侵害を裁くことができるかどうか、その見込みを概算することができるのである。以下、これらの諸要因について、順次説明していくことにしたい⁽⁴⁷⁾。

第一に、移行プロセスの強制的性質あるいは同意的性質ということについてであるが、ニーノによれば、民主主義への移行は一般的にいくつかの軸に沿って分類される。そして、そのうちのひとつが様式(modality)である。つまり、民主主義への移行は、例えばドイツや日本のように、力によって成し遂げられたのか、それとも、例えばスペインやブラジルのように同意によって成し遂げられたのか、ということである。移行が力による場合、加害者の訴追はより容易であり、同意による場合はより困難となる。ニーノは、アルゼンチンの事例は、この両極のどちらにも完全に当てはめられない、独自の特徴をもつとする。すなわち、アルゼンチンにおいては、既述のように軍事政権の崩壊によって民主主義への移行が達成されたのである。

第二に、民主主義への移行は、法体系の性質によって区別される。つまり、移行前の法体系と移行後のそれとが、継続的であるか、断続的であるか、あるいは軍事政権以前の民主主義的な憲法の復活であるかである。継続的である場合には訴追はより困難であり、断続的である場合にはより容易である。アルゼンチンの場合はこの両者の中間形態、すなわち、軍事政権以前の民主主義的な憲法の復活であった。

第三に、人権侵害の程度も加害者処罰の成否に影響する。つまり、侵害

(47) *Id.*, pp118-25.

がより過酷であればあるほど、訴追も容易になるのである。ラテン・アメリカにおいて、ウルグアイやチリなどの人権侵害はアルゼンチンのそれと同種のものであったが、アルゼンチンにおける脅威はそれらの国々よりもずっと大きなものであった。

第四に、被害者の数であるが、アルゼンチンの被害者数は総数においてはウルグアイやチリを上回るが、一人当たりの侵害の数は、ラテン・アメリカにおいてウルグアイがもっとも多く、チリが二番目で、アルゼンチンは三番目であるとされる。しかしながら、アルゼンチンよりも人権侵害の数がより少なかったブラジルにおいて処罰に対する態度がより受動的であったことは、被害者の数という要因がなんらかの影響をもっていることを証明している。

第五に、侵害行為と訴追との間のタイムスパンであるが、アルゼンチンなどにおいては、この要因はあまり影響を与えなかった。

第六に、社会の応報感情であるが、これは被害者の応報感情とは独立した現象であり、被害者・加害者の属性（場所、時間、国籍、人種、そして宗教など）によって左右される社会の被害者・加害者への同一性の感覚にしたがって変化するものである。そして、被害者との同一視が強ければ強いほど、社会の応報感情は強く、逆に加害者との同一視が強ければ強いほど、応報感情は弱いものとなる。アルゼンチンにおいては、テロリズムへの危険性に対処するために人権侵害は正当なものであったという意識が、社会における加害者との同一性の感覚を形成していた。

第七に、社会における責任の配分状況であるが、責任の所在が拡散していればいるほど、訴追の成功率も低くなる。アルゼンチンにおいては、責任の所在は、軍部だけでなく、メディア、教会、経済団体、専門家集団などに拡散していた。

第八に、裁判の様式についてであるが、長い手続や過剰な公開などは裁判の成功を阻むものであり、裁判の公平性、証拠の入手可能性、責任の特定などは公正な裁判のための前提条件である。アルゼンチンにおいては、

まず、長引く手続がもたらす悪影響に関して、1986年以降、裁判への世論の支持が弱まるといった現象が見られ、次に、過剰な公開の危険性に関しては、アルフォンシン政権は、この問題を十分に意識し、CONADEPがテレビ番組を展開するのをしぶり、最終的に内務大臣がオープニング・スピーチを行うことを条件にこれに同意し、公平性に関しては、軍部だけでなく、左翼テロリズムの責任追及も行われ、責任の範囲に関しては、その特定の重要性が強調された。

最後に、リーダーシップであるが、アルゼンチンにおいては、アルフォンシンの決定が大きな影響力を発揮した。他のアクターは、訴追やCONADEPに批判的であり、もし、アルフォンシンがすぐに手続を打ち切ったとしても、大きな反対はなかったであろう。

以上の記述から見て取れるように、アルゼンチンの政治情勢は第一、第二、そして特に第三、第四、第九などの諸要因において他のラテン・アメリカ諸国よりも裁判を成功に導く要素が強かったといえる。しかしながら、第六、つまり加害者側への社会の同調の度合いの強さや第七、第八などの（ラテン・アメリカに共通の）阻害要因により、その成功は限定的なものとなったといえるのである⁽⁴⁸⁾。

(b) 処罰と民主主義

以上の分析を踏まえた上で、ニーノは、次に、軍事政権下での人権侵害に対する処罰が民主主義を損なうか、それとも促進するか、ということについて考察している⁽⁴⁹⁾。

裁判に批判的な論者は、それが民主主義体制を不安定化させると主張する。ニーノは、例えば、ハンチントン (Samuel P. Huntington) の分析を参照している。それによれば、この問題は純然たる政治問題であり、行為主体の自己利益の観点から分析されなければならないのであるが、人権侵害に対する処罰は、例えば軍部などの社会的統合にとって、もっとも重要

(48) この点について、特に、*Id.*, p126.

(49) *Id.*, pp127-34.

な行為主体の利益を脅かし、その結果、反乱などを誘発しかねず、他方で処罰によって得られる利益がおぼつかないものであることから、処罰すべきではないとされるのである⁽⁵⁰⁾。

これに対して、ニーノは次のように主張する。軍事政権下での人権侵害に対する裁判の問題は、単なる政治的・技術的問題ではなく、道徳的な観点から見る必要があるものである。そして、このような裁判は、社会の関心を引き付け、社会の構成員全員を巻き込んだ、熟議および公的諸制度を支える道徳的諸価値の検証の機会を提供してくれるのである。この熟議の過程を通じて道徳的エリート主義は排除される。そもそも、この道徳的エリート主義こそが大規模な人権侵害を招く、当のものなのである。裁判をめぐる熟議は、市民による民主主義の根底にある道徳的諸価値への確信を強め、結果として民主主義を強化するのである。ニーノは、ここで、熟議の結果が加害者の処罰とならなくともよいとする。重要なのは、真摯で広範な熟議がなされたということであり、裁判ではなく、真実和解委員会のような手段が採用されるのも一つのあり方であるとされるのである。

以上のように、ニーノは、徹底的な人権侵害に対する裁判が、単なる利益調整という技術的な側面ではなく、道徳的側面をもち、熟議を通じて民

(50) 裁判に批判的な論者が、一般的に依拠する論拠を、ハンチントンには次のように定式化している。つまり、第一に、民主主義は和解に基づくものであり、過去の分裂を無視する社会の中核的な集団に依拠するものであること。第二に、民主化の過程には、過去の残虐行為に対して報復がなされないとの認識が社会内の諸集団の間で、明示的に、あるいは暗黙のうちに共有されていることが含まれること。第三に、多くの事例において反政府勢力と政府の双方が大規模な人権侵害を行っており、訴追よりもすべての加害者に対する全般的な恩赦の方が民主主義の安定にとって有益であること。第四に、政府側の行為はテロなどから社会を防衛するためのものとして正当化されること。第五に、権威主義的な体制の維持に貢献した点で、社会の全構成員が加害行為に対する責任を有していること。最後に、恩赦は、軍部のような強力な集団が刑事訴追を免れるために民主主義的な過程に介入しようとするのを防ぐという点で、民主主義のために強固な基盤を創設するということである。See Samuel P. Huntington, *The Third Wave : Democratization in the Late Twentieth Century* (Norman : University of Oklahoma Press, 1991) p214.

主主義を強化する可能性を有すると主張し、政治的・技術的問題の検討から道徳的問題の検討へと移っていくのである。

(2) 処罰のための道徳的基礎について

刑罰の一般的な正当化根拠に関するニーノの議論については、すでに触れた通りであり、ここでは繰り返さない。本款においては、応報主義、功利主義的刑罰論、そして同意理論について、それぞれの理論が軍事政権による人権侵害に対する処罰に関連して、いかなる議論を提供することになるかということに関してのニーノの分析を見ていくことにしたい。

まず、応報主義であるが、ニーノは、これを人権侵害処罰の根拠を提供できないとして退ける⁽⁵¹⁾。ニーノは、アーレント (Hannah Arendt) の議論を参照しつつ、このことを論証しようとしているのである。アーレントによれば、ナチによって行われた著しい人権侵害に対して、我々は赦すことも、処罰することもできない。ニーノは、アーレントの論拠を三つ挙げている。

まず、応報的非難は、人と人の間の相互行為を前提としているのであるが、ナチの犯罪において加害者は被害者を人間とみなしていないのであり、加害者と被害者との間に対話が（實際上、あるいは理論的にも）成立するとは思えないからである。この問題に対する最善の対応は、心神喪失者に対するのと同じように反応を停止することであり、これは加害者が心神喪失であるからではなく、問題が非難を成立させる枠組みを超えてしまっているからであるとされるのである。

そして、赦しも処罰の不可能であることの第二の理由として、アーレントは、この問題においては均衡性の原理を適用することが不可能であることを挙げている。

さらに、第三の理由として、アイヒマン (Adolf Eichmann) のような加

(51) See Nino, *supra* note 8, at p142.

害者に見られる「悪の陳腐さ (the banality of evil)」が挙げられている。アーレントによれば、応報的な非難においては、加害者が悪意を抱いていたことが想定されるが、アイヒマンのような人物に見られたのは、ユダヤ人に対する憎悪などよりも組織の中でいかに成功するかといった意識だけであったのである。もちろん、だからといって非難が差し控えられるべきということにはならないであろう。しかしながら、ニーノによれば、この一点だけでも応報主義がナチの処罰の問題になじまない議論であることが見て取れるとされるのである。

以上のような議論を通じて、ニーノは一般論としてだけでなく、特に大規模な人権侵害の処罰の問題における応報主義の採用を否定するのである。

それでは、功利主義的な刑罰論に関しては、どうであろうか。刑罰の正当化根拠論一般において、ニーノによってこの立場が採りえないものであるとされたことについては、すでに見た通りである。しかしながら、ニーノは、一般的にいつて功利主義的な刑罰論は応報主義よりはよい議論を提供するとする⁽⁵²⁾。だが、この立場もまた、当該問題において正当化根拠を提供することができない。まず、ニーノは、抑止効果について疑念を提起する。なぜなら、国家による大規模な人権侵害は、悪しき政治的・法的枠組みの中で発生するものであり、場所や時間を大きく異にするものであるからである。もっとも、ニーノは、指導者層への抑止効果については、これを認める。しかしながら、これを論拠とするに対しては、次の三つの不確定要素が存在するのである⁽⁵³⁾。

まず、第一に、侵害行為は反乱から生じるものであるのだから、侵害行為を訴追の対象とするような間接的な方法をとるのではなく、反乱そのものを訴追の対象にすることが可能であるということである。さらに、反乱を起こした者と人権侵害を行った者は、必ずしも同一人物ではないので、

(52) *Id.*, p142.

(53) *Id.*, p145.

後者を処罰したとしても前者に対しては何の効果もないことがあり得るとされる。

第二に、民主主義の安定性は多くの複雑な要因と結びついているのである、刑罰はその一部分でしかないということである。

そして、第三に、前款 (b) で見たような、大規模な人権侵害に対する裁判の批判者の主張にも一定程度真実が含まれているということ、つまり、性急な処罰の試みは、民主主義の安定性を損なうものであるということである。

以上の理由から、ニーノは、功利主義的な刑罰論も否定するのである。

もっとも、前章第一節第二款において見たように、ニーノは功利主義的な刑罰論を否定するものの、功利主義的な観点を否定するわけではない。ニーノは、ここで大規模な人権侵害に対する裁判のもつ効果の観点から、その正当化を試みているのである。その際、ニーノは、シュクラール (Judith N. Shklar) の議論を参照しつつ、大規模な人権侵害の処罰がもつ効果について、次の五つを挙げている⁽⁵⁴⁾。

まず、第一に、真実に光を当ててくれることである。真実の隠蔽こそが権威主義の温床なのであり、人権侵害の実態が広く公衆に知られる必要があるのである。ニーノは、真実は、例えば真実和解委員会のような、裁判とは別の手段によっても獲得され得るとする。しかしながら、ニーノによれば、真実和解委員会は、次善の策 (a second-best solution) でしかないとする。なぜなら、真実は裁判を通じて、より正確に、かつより劇的に明らかにされ得るからである。

第二に、法の支配を促進することである。公平な法廷における裁判は、法の支配の利点を披露してくれる。これは、アルゼンチンにおいてそうであったように、被告人の非合法的な振る舞いと並べられた時に、特にそうであるとされる。

(54) *Id.*, pp146-7.

第三に、私的な復讐の衝動を軽減してくれることである。ニーノによれば、刑事司法システムの伝統的な目的は、制度的な司法を私的な復讐の代りとするところである。これはいつ果てるとも知らぬ流血の惨事を回避するためである。そして、この回避の必要性は、決して歴史上の事柄ではないものであるとされる。

第四に、第三の効果と関連することであるが、被害者の、法的諸権利の保持者としての自尊心を回復させることである。ニーノは、これが応報主義の特殊形態ではないということを強調している。なぜなら、被害者が被った害を加害者に害を与えることによって打ち消すというのではなく、被害の経験が裁判において尊重と同情の念をもって注意深く聞かれたという事実こそが被害者の自尊心を回復させるからである。虐待の事実が、公衆の面前で率直に論じられ、加害者は正式に非難される。これこそが、被害者の自尊心の回復にとって重要なことなのである。

第五に、独特なやり方で公衆による熟議を促進することである。裁判を通じての真実の開示は、人々の間での討議を活性化させ、社会全体に虐待の事実を意識させ、自己検証を促すのである。既述のように、これこそが権威主義を退かせるものなのである。

以上、裁判のもたらす諸効果を列挙した後で、ニーノは今度は、大規模な人権侵害の処罰のもたらす不利益について考察している⁽⁵⁵⁾。その際、ニーノは、一旦は退けたものの、やはり無視できないものとして、民主主義体制の安定性を損なうなどの、批判者たちが挙げた裁判のもつ危険性に再度言及している。そして、より重要なことは、大規模な人権侵害に対する処罰が、遡及処罰の禁止の原則に反する恐れのあること、および被告人自身に多大な害をもたらす危険性のあることである。特に、前者は、ニーノの主張する同意理論とは相容れないものである。同意理論によれば、行為のもたらす規範的帰結は、行為当時に行為者に知られていなければなら

(55) *Id.*, pp147-8.

ず、その前提として、行為の規範的帰結は行為当時、実定法規範として制定されていなければならない。ところが、本問題においては、行為当時、その行為は軍事政権の法によって適法とされている場合が多く、仮に適法とされていなくとも、アルゼンチンの事例などに見られるように恩赦法などが存在する場合がある。この問題について、ニーノは、法的問題を考慮しない限り、答えを出すことはできないとする。

(3) 法的問題について

法的問題として、ニーノは、特定の法規の存在あるいは欠如が、裁判の実現可能性および正当性にいかなる影響を与えるのかという問題と、裁判において被告人が一般的に使用した抗弁の問題を挙げている⁽⁵⁶⁾。以下、順次検討していくことにしたい。

(a) 合法性 (legality) の問題について

徹底的な人権侵害に対する裁判に際して、まず問題となるのは、行為が行われた時の法と裁判時のそれとが異なるということである。ニーノは、関連法規が多すぎる場合にも少なすぎる場合にも、同様にして問題が発生するとしている。

まず、法律が多すぎる場合とは、当時の政権が当該行為を許容あるいは促進するような法律を整備していた場合である。このような場合において、ニーノは、訴追によって人権擁護のために得られる利益を考慮して、それとの比較考量に基づいて当該行為時の法律を無視することを主張する帰結主義的な議論に疑問を投げかけ、自然法論と法実証主義の伝統的な対立の検討に入るのである。もっとも、結論からいえばニーノは、自然法論と法実証主義の対立を、両者がもし、各々の立場に固執するのであれば実践的に何の示唆も与えないことになるとする⁽⁵⁷⁾。ニーノによれば、自然法論も法実証主義も概念的本質主義 (conceptual essentialism) を前提とし

(56) *Id.*, p149.

(57) *Id.*, p156.

ている。概念的本質主義とは、概念の対象によって提供される経験的な諸特性を超越する仮定的な現実を反映する、真または偽の概念が存在すると主張する形而上学的主張のことを意味するとされる⁽⁵⁸⁾。このような主張に対して、ニーノは、それが疑わしいものであると批判するのである。ニーノによれば、目の前に存在する本に現実性があるというのと、その現実性に本の観念が属するというのとは、別の事柄であるとされる。このような本質主義的な立場が変わって、法哲学においては、20世紀の始めから慣例主義（conventionalism）が主流となっている。そして、現在においては、自然法論も法実証主義も昔のように互に排斥しあうような関係になっていないのである。ニーノは、そもそも法は、それ自体では、ある行為やある決定を正当化することはできないとする。法がそのような作用をなすことができるためには、諸々の道徳的原理の裏づけを受けていなければならない。そして、このことは、アルゼンチンにおける徹底的な人権侵害の訴追の際に問題とされたことである。

アルゼンチンにおいては、事実上の法（de facto law）の概念が裁判所において認められている⁽⁵⁹⁾。事実上の法とは、たとえ正当な経緯を経て、権力の座におさまった者（たち）でなくとも、その者（たち）が社会において強制力を発揮し、平和と秩序を保障することができたならば、その者（たち）が制定した法は、正当な法律として認められるというものである。アルゼンチンにおいては、軍事政権が制定した恩赦法の効力が問題とされた。もし、この法が効力を持つのであれば、侵害者を処罰することはできなくなるからである。そして、ニーノによれば、事実上の法を認める立場は、自然主義の誤謬を犯すものであり、イデオロギー的な実証主義、つまり実定法あるいは慣例を盲目的に信奉する立場に基づくものである。したがって、徹底的な人権侵害を訴追するためには、このイデオロギー的な実証主義は排除されねばならないとされる。

(58) *Id.*, pp154-5.

(59) *Id.*, pp156-7.

もっとも、イデオロギー的な実証主義を排除するだけでは、問題は解決しない。既述のように、法律が多すぎる場合だけでなく、欠如している場合にも問題が発生するのである。法律が欠如する場合とは、権威主義的な政体によって制定された法律を否定することによってもたらされる法的真空状態 (legal vacuum) のことをいうとされる。その際、いかなる法に依拠しつつ、徹底的な人権侵害を処罰するかという問題が発生するのである。

ニーノによれば、上記の法は道徳的な諸原理の裏づけがなければならないという原則からすれば政府とその法律は不要になるということにもなり得るとする。なぜなら、政府の決定や行為が道徳的諸原理にかなっていさえすればよいのであって、そうであるならば、わざわざ、最終的には道徳的な諸原理に依拠することになるような法律を制定する必要も、また、その決定あるいは行為の主体が政府である必要もなくなるからである。このような考え方に対して、ニーノは、民主主義のもつ認識論的正当化の機能ということによって法の役割を擁護する。

ニーノによれば、法は、民主主義的なプロセスを経て制定されたものであるという裏づけをもつ場合には、ある行為が道徳的諸原理によって正当化されているという根拠を提示する役割を果す。このことは、ある行為の正当化が、アプリオリに設定されている道徳規範に基づく個人的内省によってではなく、(道徳規範に導かれつつも) 市民の熟議によってなされ得るということを示す際に重要である。もっとも、ある行為の正当性を判断する際に、常に新たな熟議を開始するわけにもいかず、かといって個人的内省のみに依拠するのは不偏性の観点からいって問題がある。そこで、民主主義的なプロセスを通じて制定された法は、市民たちによる熟議の内容を反映するものとしてこの正当性判断において不可欠なものとなるのである。このようにしてニーノは、法の存在意義を擁護した上で、法の欠如の問題をさらに、以下のように分析している。

ニーノによれば、法の欠如の問題は、次の二つの問題に区別され

る⁽⁶⁰⁾。第一に、裁判において問題となる諸価値の競合を調整するために、法が（その不偏性ゆえに）民主主義的に制定される必要があるということであり、第二に、法が行為の前に制定されていなければならないことである。このうち、より重要なのは、後者の問題である。

すでに見たように、刑罰の同意理論からすれば、行為者は行為の際に自己の行為の規範的帰結を知っていなければならない。このことから、次のことが帰結する。つまり、第一に、行為時にその行為を禁止する刑罰法規が存在することであり、第二に、その法規の存在を行為者が知っていることである（それゆえ、法律の錯誤は免責事由になるとされる）。そして、これらは明らかに、徹底的な人権侵害の処罰の要請と衝突するのである。

東京裁判やニュルンベルク裁判、あるいは近年の東欧は、まさにこの問題に直面した。そして、そこでは理性の法としての自然法や社会道徳などへの訴えかけがなされた。しかしながら、ニーノは、理性の法としての自然法への訴えかけの背後にあるエリート主義を批判し、また、社会道徳への訴えかけに対しては、例えばナチの事例などのように、そもそも、その社会において行為当時、その行為を禁止する社会道徳が存在しないという場合もあり得るとして、これを否定するのである。それでは、ニーノは、いかなる手法により、この同意理論の帰結と人権侵害処罰との衝突を解決するのであろうか。

まず確認しておくべきことは、ニーノの立場に立脚するならば、行為時に絶対的に民主主義的なプロセスを経て制定された刑罰法規が存在していなければならないというわけではないということである。法実証主義的な応報主義ならば、このような主張を否定するかもしれない。しかしながら、ニーノは、たとえ民主主義的なプロセスを経て制定された刑罰法規でなくとも、後にそれによって確証されるのであれば、それは民主主義的に正当な刑罰法規であるとする。もっとも、このことは先の問題を解決して

(60) *Id.*, p160.

くれない。そこでニーノは、軍部が政権を掌握する以前に民主主義的なプロセスを経て制定された刑罰法規の復活をもって、この問題に対処しようとする。現にニュルンベルク裁判やアルゼンチンにおいては、このような手法が用いられた。

ニーノによるこれら二つの提案から推察できることは、ニーノの立場においては、刑罰法規と民主主義の正当性は行為時に顕在的に存在する必要はなく、潜在的に存在し（もちろん、その刑罰法規が民主主義的プロセスを通じて制定されたという事実が、過去に存在する必要はあるが）、それゆえ裁判時に行為と刑罰法規と民主主義の正当性の三者が同時に存在したとみなされ得るのであればよいということになるということである。民主主義的な刑罰法規は、民主主義的なプロセスを通じて否定されるのであればその効力を失うが、民主主義以外の原理に支配されたプロセスによって否定されたのであれば、それは事実上否定されたというだけであり、その有効性は潜在的に存続することになるのである。そして、民主主義においても秩序維持の観点が完全に否定されるわけではなく、その刑罰法規が民主主義的な原理に適合し、そのことが民主主義的プロセスを通じて承認されるのであれば、ただ単に権威主義的政権下において制定されたというだけでその正当性を否定すべき理由はないということになる。

そして、さらにニーノは、民主主義的プロセスを通じて人権侵害に対して恩赦を与えることが決定されたのであれば、それは（ニーノは、「異議申し立ては常に可能であるが」⁽⁶¹⁾とわざわざ断っている）ひとつの正当な解決策であるとする。なにがなんでも処罰しなければならないとするのは、これまたイデオロギー的な応報主義の帰結なのである。

(b) 抗弁の問題について

ニーノによれば、合法性の問題に続いて、徹底的な人権侵害に対する裁判においては抗弁の問題が発生するとされる。当該裁判において問題とさ

(61) *Id.*, p164.

れる抗弁として、ニーノは次のものを検討している⁽⁶²⁾。つまり、作用の欠如 (lack of agency)、緊急避難 (necessity)、自己防衛 (self-defense)、戦争状態 (state of war)、適法な服従 (due obedience)、出訴期限 (statute of limitations)、そして、処罰対象の選択 (the selectivity of punishment) である。しかしながら、これらを検討する前に、ニーノはまず正当化と免責の区別について論じている⁽⁶³⁾。

ニーノによれば、正当化は、刑罰は社会的に有用 (socially useful) であるべしという要請と結びついており、免責は同意と結びついているとされる。刑罰の同意理論によれば、行為者が行為時に自らの行為の規範的帰結を知っているならば、彼は刑罰を引き受けることに同意したということになるのであるが、逆にもし知っていなかった、つまり錯誤のある場合には同意はなく、責任が阻却されることになる。ニーノはここで処罰のための事實的諸条件と規範的諸条件 (factual and normative conditions for punishment) を区別する。ニーノによれば、例えば地震によって監獄がすべて壊れてしまっているから何をやっても捕まらないだろうと考えるのは、同意が認められるための規範的諸条件に何の影響も与えない。もっとも、ニーノは、規範的条件に関する事柄であっても同意の存否に関係ないものもあるとする。そのような例として、外交官の免責特権の例が挙げられている。ニーノによれば、例えば熊だと思って人を殺した者は法が防止しようとしていることを行うことに同意していない。ところが、自分には外交官の免責特権が適用されると誤って信じている者は、自分の行為が不法であることを認識しているのである。そして、このことを認識している以上、ニーノは、その者には刑罰に対する同意が存在するとする。

それでは、以上のことを前提とした上で、抗弁について順次見ていくことにしたい⁽⁶⁴⁾。

(62) *Id.*, pp166-85.

(63) *Id.*, pp164-6.

(64) *Id.*, pp164-85.

第一に、作用の欠如であるが、これは、訴追された者が行為の一部しか担っていないか、あるいは実行行為にまったく参加していないなど、結果の実現への関与が全面的あるいは直接的でない場合（いわゆる広義の共犯）や不作為の場合（例えば、司令官などが有する、兵士の略奪行為などを防止すべき義務を果たさなかった場合）などに問題となるとされる。ニーノは、直接手をくだしていなくとも、命令を出す立場にあり、あるいは兵士の行為を防止する立場にあった者は、徹底した人権侵害に対して責任を負うべきであるとする。

第二に、緊急避難であるが、これは、人権侵害を、左翼テロリズムから国家を守るためにやむを得ない措置であったとして正当化しようとする主張のことである。この主張に対してニーノは、そもそも緊急避難が正当化事由であるのかという疑問を提示しつつ、テロリストの行為によって発生するであろう結果と司令官の不作為との間の因果関係は、人間の尊厳の原理によって遮断されるから、たとえテロが差し迫ったものであり、それを防止するためになされた害がテロのそれよりもより無害なものであろうとも、司令官が緊急避難を主張できるかどうかは疑問であるとする。その上、アルゼンチンにおいては、実際、テロの被害はかなり深刻なものであったのではあるが、軍事政権による人権侵害がもたらした害悪は、テロのそれに勝るとも劣らずであったのであるから、緊急避難は認められようがないとするのである。

第三に、自己防衛であるが、ここでもまた、人権侵害は左翼テロの不法な侵害を排除するためであったとの主張がなされた。ところで、ニーノは、自己防衛 (self-defense) という概念は他人を守る行為などを含むことができない点で狭すぎるものであるから、適法な防衛行為 (lawful defense) という概念を用いるべきであるとする。ニーノによれば、適法な防衛行為には、緊急避難、正当防衛、および刑罰類似の防衛 (punitive defense) の三つが含まれる。刑罰類似の防衛とは、いわゆる過剰防衛の場合に相当するものであるが、それが正当化される根拠として、ニーノは

（これは適法な防衛一般にも当てはまる議論であるとするのだが）、刑罰の正当化根拠論と同様に、攻撃者による、刑罰の免除を放棄することへの同意の存在を基礎とし、その上でその防衛行為に社会の利益が存在することを挙げている。ニーノによれば、適法な防衛行為は公的刑罰と同様の性質を有するのである。そして、緊急避難について上述のごとく、また、他の二つについても司令官たちには、そのような主張をなす根拠が存在しないとするのである。

第四に、戦争状態であるが、これは、戦争状態は独自の法をもつのであり、軍事政権は左翼テロリストと戦争、それも正規の軍隊を相手とするものではなく、戦争のルールにも従わない者たちを相手とする汚れた戦争（dirty war）をしていたとする主張のことを指す。これに対して、ニーノは、戦争状態においても平時の道徳的諸原理が適用されるのであり、戦争状態を抗弁とすることは認められないとする。

第五に、適法な服従であるが、これは自分は決定権を有していなかったのであり、ただ上官の命令に従っただけであるとするものである。これに対してニーノは、適法な服従が正当化されるのは、司令官が民主主義的正当性を付与されており、その戦争が正当なものであり、なおかつ命令が人間の尊厳に関する根本的諸原理に反するものではない時のみであり、その他の場合には強制があった時、あるいは命令の正当性について錯誤が存在した時にのみ、免責事由となるとする。そして、アルゼンチンにおいては、正当化事由としての適法な服従は適用することができず、免責事由としてのそれが成立する可能性が探られ得るのみであるとするのである。

第六に、出訴期限であるが、これは出訴期限を過ぎているため訴追されないという主張である。ニーノによれば、出訴期限法はアイデンティティの可変性の概念（アイデンティティは可変的なものであるから、ある程度変化してしまったアイデンティティをもつ者を、かつてのアイデンティティをもとに訴追することはできないというもの）などを根拠とするものである。ここから、人権侵害処罰のために出訴期限を停止ないし延長する立法は事後法

の禁止の原則などに違反するように見える。しかしながら、ニーノは、事後法は刑罰の正当化根拠としての同意の存在に反するがゆえに禁止されるのであり、出訴期限の問題はこの同意の存否の問題の範疇外にあるのであるから、行為当時、同意が存在したことだけでなく、一般予防効果をも考慮して出訴期限を停止ないし延長することが可能であるとする。

最後に、処罰対象の選択であるが、これは全ての加害者を処罰するのは不可能であるからといってランダムに処罰対象を選択するのは公平な取り扱いの原則に反するのであるから、全ての加害者を処罰するか、誰も処罰しないかのどちらかにすべきであるという主張である。これに対してニーノは、刑罰は同意がなければ科せられないという消極的権利の対象であると同時に、社会防衛という積極的な集合的目的の対象であるのだから、行為者は特定の人が処罰されるべきであると主張する権利を有さず、行為者において同意が存在し、なおかつその処罰が集合的目的を効果的に達成することを目指しているのであれば、選択的処罰も正当化されるとする。

(4) 結論⁽⁶⁵⁾——徹底的な人権侵害と国際社会の義務——

以上の検討を通じて、ニーノは、アルゼンチンにおける「成功」が諸要因の非常に微妙なバランスの上に成り立っていたものであることを確認している。ニーノによれば、徹底的な人権侵害の裁判の問題は、国内裁判所にとって手に余るものである場合が多い。これに対してニーノは、国際社会が、例えば国際刑事裁判所などのような、独自の裁判所を設け、そこで対処するなど、新政権を取り巻く諸事情を徹底的に調べ、それらに配慮しつつ、民主主義を維持し、人権侵害を防ぐという展望的な観点から必要とされる事柄を新政権が実行できるように支えていくべきであると主張する。国際社会は、人権侵害に対して何らかの処置を講じる義務を有するといっても、それは、例えば新たに設立された民主主義国家が人権侵害を訴

(65) *Id.*, pp186-9.

追できていないからといって、その事情を何ら考慮することなしに批判したり、さらにはその国家に対して制裁を加えるべきであるというようなことを意味しない。そのような振る舞いは、かえって民主主義政権の基盤の脆弱さを露呈させるなどの悪しき帰結を招き、民主主義体制の安定化のために逆効果となる危険性があるのである。そうではなくて、国際社会は、大規模な人権侵害の原因を徹底的に究明し、裁判を引き受けるところまでいかねばならないのである。

以上がアルゼンチンの経験を踏まえた上での、ニーノの結論である。

3 理論と実践

しばしば、理論と実践は相容れないものであると考えられがちである。その背景には、理論においては体系性、一貫性、理念性などが要求され、これに対して実践においては柔軟性、実益性（あるいは運動であれば真摯さ）などが要求されるとする考え方があるであろう。しかしながら、このような定式化は妥当なものであろうか。

実践のレベルにおいて理論が倦厭ないし嫌悪されるのは、それが要求する体系性や一貫性が実践活動の柔軟性や実効性判断を阻害すると考えられているからであろう。また、そのような負の側面を持つにもかかわらず、また実際にはその運動の理念にそれほど共鳴しているわけでもない（と推察される）のに、相変わらず実践に対して口を出そうとしてくるところに傲慢さが見出されてしまっているのかもしれない。しかしながら、理論はそこまで頑迷かつ傲慢なものであり、これに対して実践は柔軟性と実効性を担保するために、何者にも縛られていてはならないもの（縛るものがあるとするれば、例えば組織への一体感あるいは運動の理念への信念など）なのであろうか。

上記の問いに対して、ニーノの議論は全体としてひとつの回答を示しているように思われる。ニーノが、裁判を現実的に可能にする諸条件に関するアルゼンチンの情勢判断を前提とした上で、そこにおける大規模な人権

侵害処罰を同意理論の立場から、理論的一貫性をなんとか維持しつつ正当化し、さらにはより効果的な方法を探るために国際社会の義務について論じようとしていることから明らかなように、ニーノの議論の核心には、人々の直観、実利計算、そして理論的一貫性をいかに調和させるかという配慮がある。そして、ニーノがこの三者を調和させようとするのは、現実に対する的確な判断に基づかない理論は単なるイデオロギーにすぎず（例えばその応報主義批判）、理念ないしそれに基づく枠組みに沿わない実践は単なる技術主義（例えば功利主義的刑罰論批判）ないしは成り行き任せ（例えば社会有機体説批判）にすぎないとの判断があるからであろう。ただし、ここで注意しなければならないことは、ニーノにとって理念というのは、何者にも犯されない個人という直観とそれに基づく諸原理のことであり、ニーノはあくまでそれらの原理を信奉する者として語ることを前提としているのである。言い換えれば、ニーノはあくまでも民主主義の実践者として、その実践に対して理念に沿った方向付けをなすという観点から理論を構築していたのである。したがって、ニーノの観点からすれば上記の問いへの回答は次のように記述することができるであろう。つまり、「民主主義的理論とは、直観に根ざした一定の理念を擁護すると同時に、それに沿った、なおかつ単なる独断主義に陥ることを回避させてくれるような制度設計（およびその制度内における行為）の枠組みを示し、かつ情勢判断のための諸基準を整理し、その上でどのような制度設計が理念と現実のバランスをとるのに、より効果的であるかを判断するための思考枠組みを整備するものであり、これに対して民主主義的实践とは理論にその現実的舞台を提供すると同時に、理論の硬化を防ぐための刺激をもたらしものである。それゆえ、両者は相互に排除する関係にはなく、それどころか、むしろ、相互に補い合うものである」と。

四 若干の検討

それでは、これまでの記述をもとにニーノの政治理論・刑罰論から得られる示唆およびその問題点について若干考察することにした。

すでに見たようにニーノの政治理論・刑罰論は、実践の中で、実践に応答しつつ展開されたものであった。しかも、その理論は、例えば国家制度内部における刑罰や政策決定、あるいは国際社会における刑罰や国際的な諸制度などの、政治のいかなる事象に対しても、その理念に沿った枠組みによる正当性基準を提供することを目指しているものであった。そして、さらに、より重要なことは、それが人々の直観により深く応答しつつ、しかも認識論的構築主義を採用することによってその直観が独断に陥ることを防ごうとしていたということである。ここから、ニーノの議論から引出し得る示唆としては次のものがあるということを指摘することができるであろう。

第一に、刑罰論そのものに関する示唆として、同意概念を核に、応報と予防の観点を体系的に調和させたことが挙げられる。日本の従来の議論においては⁽⁶⁶⁾、両者は必ずしも体系的に、しかも政治理論の深みにまでさかのぼって、関係付けられたことはないといっても過言ではないものと考えられ、この点でダフなどの議論⁽⁶⁷⁾とともに、大いに注目するに値するといえよう。

第二に、権威主義的な政権下における人権侵害の処罰および真実和解委員会、そして国際社会の任務について、同意理論の立場から、その正当化根拠、さらには両手段の実効性ある使用のための状況分析・戦略構築の枠組みについて体系的な議論を提供していることが挙げられる。

第三に、刑罰論を支える思考枠組みに関する示唆として、まず理論が実

(66) この点について、拙稿・前掲論文（注1）、第39巻第1号42-43頁参照。

(67) 同上、26-42頁参照。

実践とともにあるものである以上、実践において作用する直観に着目し、それに深く応答していく必要があることを示したこと、次に、政治に関連する、あらゆる事象が道徳の分野から切り離されることはあり得ないのであり、国内的事象から国際的事象にまで至る、あらゆる事柄について道徳的諸原理にまで遡って考察していく必要があることを示したこと、そして最後に、個人的内省の絶対化を否定する以上、理論は最終的な結論を明示するものではあり得ず、結論は同胞市民との対話によって導きだされ得るのであり、理論はあくまでも、決定や制度構築を導く思考の枠組みを与えるものであるということを示したことが挙げられる。

以上がニーノの理論から得られる示唆であるが、同時に、ニーノの議論の問題点も見えてきたように思われる。

第一に、同意理論そのものの問題点であるが、まず、同意がありさえすれば、どのような不利益も許容されるというのは妥当ではないと思われる。もちろん、ニーノも、どのような内容でも許容するというわけではないのであろうが、そうであるならば、制限のための積極的な根拠と基準が明確に示されなければならないであろう。例えば、死刑について、ニーノは、おそらくダフと同様⁽⁶⁸⁾、人間の尊厳の原理からこれを否定するものと推察されるが、そのことについての明確な議論は見られない。そして、もし、死刑を許容するのであるとすれば、その者の存在を最終的に否定してしまうことと同意との関係について、さらなる議論が必要とされるであろう。

次に、ニーノによれば、この同意は刑罰に向けられたものであり、行為の悪性ないし違法性に対する行為者の態度は問題にされない。これは、善の構想は各自のものであるという自由主義的な発想、そして行為者の主観に注目しすぎることによる現実的要因および被害者の忘却の回避という理論的配慮に基づくものである。しかしながら、生活態度や宗教的心情とい

(68) 同上、35頁参照。

ったものならばともかく、政治的共同体における規範的事項（それも生命の保護などといった、政治的共同体にとって中核的な事柄）に関してまで、この自由主義的な命題を貫徹しようとすることは疑問である。この問題は、ニーノの民主主義論における公共性の性質の問題、さらにはニーノが熟議民主主義論を論じることの意義にまで跳ね返ってくるものであるといえる。なぜなら、政治的共同体を、単に刑罰という不利益が存在するから人を殺さないという個体の集合体とみなすのであれば、そこにおいてできるだけ多くの市民の参加のもとでの熟議を要請する意義に乏しく、まして道徳的な性質を帯びた熟議など必要ないということにもなりかねないからである。また、ニーノの理論という予防とは、もっぱら一般予防のことをいい、特別予防はそれほど重視されていないようであり、このことも上の問題と関連性を有するのであろうが、これについても疑問なしとすることはできないであろう。

次に、どの程度の同意が要求されるかも、必ずしも明らかではないといえる。均衡性に関する一般的意識と実定法のずれについて、例えば、実定法上は懲役15年とされているのに、行為者が一般的な意識に基づいてそこまで重い罪ではなく、たとえどんなに重くともせいぜい懲役3年ぐらいだと思っていたというような場合、ニーノの理論からどのような議論が展開されることになるのかは定かではないといえる。

最後に、上記のようにニーノは応報主義においては被害者が忘却されているとするが、同意理論において、いかなる形で被害者への配慮をなすことが可能になるのかは、必ずしも明らかでないように思われる。

第二に、国際刑事裁判所および真実和解委員会に関して、同意概念についても状況分析についても、ニーノの議論の射程範囲は国内にのみ、限定されてしまっており、国際刑事裁判所の正当化根拠、さらにはその戦略についての分析はごく簡単なものに留まっているといえよう。ただし、これはニーノの議論がこの問題について体系的な枠組みを提供できないということの意味しないどころか、ニーノの議論こそはより包括的で、しかも体

系的な理論枠組みを提示できる可能性を秘めているのであり、その基本線に立ちつつ、射程範囲の拡大を図ることを通じてひとつの理論モデルを構築する必要がある。ただし、国際刑事裁判所などが最良の手段であり、真実和解委員会は次善の策に過ぎないとしていることから窺われるように、ニーノは、刑罰を、無条件に犯罪対処のための第一の手段としている節もあり、この点について、修復的司法、特にダフの修復的刑罰論⁽⁶⁹⁾との対比の中で議論を深めていく必要があろう。

第三に、ニーノ理論の深度について、それが直観に応答するものではあっても、それに関連し、実践において重要な役割を果たす、例えば激しい復讐感情などといったような、諸々の情念にまで応答しているかということである⁽⁷⁰⁾。ニーノ理論においては、この問題は政治的・技術的領域に属することになるのかもしれないが、道徳が情念から切り離されたものではない以上、情念の深みにまで道徳レベルにおいて応答していくことを考慮すべきであるように思われる。ニーノの理論がその手前で立ち止まってしまったのは、自らが特定の理念を信奉していることまでは認識しつつも、その背景、およびその是非についてまでは考察の対象とせず、その結果、ニーノ自身が否定したところの道徳的エリート主義の色彩を幾分かでも留めることになってしまったからであろう。

以上、ニーノの理論の長所と短所について、若干考察してきた。上記の事柄を考慮しつつ、日本においても、民主主義的な国家および国際秩序のモデル化、理念と実践の架橋、政治理論と刑罰論の架橋および例えば国際犯罪などの個別的な問題への適用などといった、一連の作業が進展していくことを期待したい。

(69) 拙稿「修復的刑罰論における被害者の地位について：DVへの対応を中心として」被害者学研究第16号（2006年）24-30頁参照。

(70) 熟議民主主義論と情念との関連性については、田村哲樹「現代民主主義理論における分岐とその後：制御概念のアクチュアリティ（2）（3・完）」法政論集（名古屋大学）187号（2001年）131頁以下、同188号（2001年）375頁以下参照。