

論 説

共和主義政治理論・刑罰論の射程範囲 ——修復的正義とブレイスウェイト・ペティット——

宿 谷 晃 弘

- 一 はじめに
- 二 共和主義刑事司法論と修復的司法論
- 三 共和主義の理念とブレイスウェイトの国際関係論
- 四 若干の検討

一 はじめに

近代法が基本的に国家法として発展してきたとされる以上、次のことは、ある意味で、至極、「自然な」ことといえるかもしれない。つまり、それは、とくに明らかに国家の確固たる強制力を背景とする刑法・刑罰もまた国家のものであり、それを超えた主体に関連して、あるいはそれよりも小さな主体に関連して、刑法・刑罰について考える必要性はないと考える、ないし（多くの場合、こちらの方に該当するのであろうが）無意識的にそういった姿勢をとるということである。国際政治の場で語られるのは、軍事や安全保障についてであり、それらは刑法や刑罰に関する思考とは（類比で語られることはあろうが）、意識的にせよ、無意識的にせよ、無縁のものとして取り扱われてきたのである。

同じことは、共和主義についてもいえるであろう。自由な社会における法の支配について、人一倍熱心に語る、この理論は、基本的に一国内での

事象について語るものであり、国際政治に関する事柄とはおよそ無縁のものであるというのが、大方の見方であろう。オーナフ (Nicholas Greenwood Onuf) によれば、このような状況は近代におけるリベラリズムの勝利とそれに伴う共和主義の忘却によってもたらされたものであるとされる⁽¹⁾。

本稿は、共和主義理論の射程範囲が、刑罰システムのみならず、国内政治全般、さらには国際政治にまで及ぶことを、ブレイスウェイトとペティット、とくにブレイスウェイトの議論に焦点を当てて検討していく。ブレイスウェイトの様々な議論・ペティットとの合作たる *Not Just Deserts*⁽²⁾ については、幾多の紹介・分析がなされている⁽³⁾。しかしながら、本稿においては、それらの文献ではより詳しく触れられることの少なかったテーマ、つまり、ブレイスウェイトの議論とペティットの議論との理論的關係、共和主義刑事司法論とブレイスウェイトの修復的司法論との理論的關係、ブレイスウェイトの修復外交 (restorative diplomacy) 論、さらには修復外交論と共和主義刑事司法論・修復的司法論との関係などについて、包括的に論じることしたい。もっとも、この小稿においては、各テーマについて、その輪郭の粗描以上の作業を行うことはできない。本稿におい

(1) Nicholas Greenwood Onuf, *The Republican Legacy in International Thought* (Cambridge University Press, 1998) pp2-3.

(2) John Braithwaite & Philip Pettit, *Not Just Deserts* (Oxford University Press, 1990).

(3) 修復的司法との関連でブレイスウェイトの理論を紹介・分析したものとして、柴田守「応報と修復：修復的司法論の再定位」専修法研論集第37号（2005年）19—20頁、前原宏一「修復的司法序説」札幌法学第16巻2号（2005年）8—11、15—18頁、吉田敏雄『法的平和の恢復：応報・威嚇刑法から修復的正義指向の犯罪法へ』（成文堂、2005年）309—313頁などを参照。とくに企業犯罪との関連で、加藤直隆「企業の刑事責任をめぐって：応答的規制と修復的司法へ」国士館法学第36巻（2004年）125—156頁などを参照。また、ブレイスウェイトとペティットの刑事司法理論を紹介・分析したものとして、森村たまき「共和主義刑事司法理論の一検討：ブレイスウェイト／ペティットの近著を素材に」255—292頁などを参照。さらに、平和主義との関係で、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）15—17頁などを参照。

ては、まず理論の骨組とその射程範囲を把握することを目指し、個別のテーマについては、別稿の課題としたい。

以下においては、第二章で、刑事司法に関するブレイスウェイトおよびペティットの議論を、第三章で、国際関係に関するブレイスウェイトの議論を概観し、共和主義が一貫して議論の主軸となっていることに、一層の注意を払っていく。そして、第四章で、修復的正義論の立場からブレイスウェイト理論の構造上の問題点について若干検討していく。

二 共和主義刑事司法論と修復的司法論

一般に、ブレイスウェイトの名は、共和主義刑事司法論や応答的規制戦略よりも、修復的司法や再統合的恥付けの理論によって知られているといっている。政治理論、刑事関連の諸学問、そして国際関係の諸学問の間の連携が必ずしも明確に、そして体系的になされてこなかった状況において、修復的司法や再統合的恥付けという、一定の具体的な方策を伴う議論はともかく、理念的な色彩の強い、しかも共和主義という、政治理論の中においても、その位置づけが必ずしも明らかではない理論に基づく共和主義刑事司法論は、正面から議論しにくいものであったことも確かである。

しかしながら、我々は、ここでまず、次のことに注意しなければならない。それは、つまり、ブレイスウェイトの理論は、ペティットとの共同作業において得られた知見、要するに共和主義の政治システムにおける法の支配と能動的市民などといった知見によって、あらゆる局面に、実践的というだけではなく、体系的に、適用することが可能となる理論的支柱を与えられたのであり、その中核には常に共和主義の理念が位置しているのだということである。このことは、ブレイスウェイトが取り組む多種多様なテーマと修復的司法・再統合的恥付けという華々しい用語の嵐の中で、ともすれば見失いがちになってしまうことであるかもしれない。しかしながら、ブレイスウェイトの理論が（あるいはその生みの親をも超えて）指し

示す地平をしっかりと見極めるためには、是非ともこのことを確認しておく必要があるように思われる。

もちろん、このことは、ブレイスウェイトの理論の独創性をなんら否定するものではない。ブレイスウェイトの主張の核心が、その社会学的な探求と実践から得られたものであることは明白な事実である。そのことは、文献から見えてくる理論の形成過程を追えば容易に見て取れることであろう。例えば、自己利益にのみ囚われた個人とその利益の観点からのみ語る個人主義的な理論に対する批判的なまなざしはすでに *Crime, Shame and Reintegration*⁽⁴⁾ においてかなり明確な形で理論化されているといえるであろうし、初期の諸文献にすでにその片鱗が現れているといえるであろう⁽⁵⁾。ペティットとの共同作業の前に、ブレイスウェイトの構想は、すで

(4) John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge University Press, 1989).

(5) 例えば、Brent Fisse & John Braithwaite, *The Impact of Publicity on Corporate Offenders* (State University of New York Press, 1983) p246には、次のような文章がある。つまり、「もし、真剣に企業犯罪を統制しようとするのであれば、企業犯罪が許容されないような文化を創造することが最優先されねばならない。望ましくない行動を恥付け、模範的な行いを賞賛する非公式的なプロセス、これこそが強調される必要があるものである。」と。ここには、国家による法的な規制よりもコミュニティによって担われる文化による規制の方が重要であり、最初に問題とされるべきものであるという認識がすでに明示されている。そこでは、企業を、コミュニティの一員として、行動するように動機付けることが目指されており、それはバラバラの個人ないし企業などの利益集団、そしてそれらの寄せ集めとしての社会という発想ではなく、民主主義社会の一員として、積極的に社会に関っていく主体やその集合体としての社会という発想が前提とされているといっていよいであろう。このことは、上の文章に、「恥付け (shaming)」とあるにもかかわらず、それは一方的な強制、一方的な非難を意味するのではなく、まずもって企業の自発的な応答を出発点とすべきであるという提言によって裏付けられているということができであろう (p263, 313)。興味深いのは、同書において、すでに規制のピラミッドの原型、つまり行為者による自発的な応答から強制力の行使へという執行過程の順序 (p313)、そして単なる自発的な応答ではなしに、あくまでも強制力を背後に控えているものとしてのそれという発想 (p264) が明示されていることである。これらの発想が、後のブレイスウェイトの修復的司法論・応答的規

にその胎動期にあったといえる。しかしながら、実践的なまなざしから見た社会と法のあり方がより明確な形と取りつつ外界に出でて、確固とした体系の様相を帯び始めるのは、やはり *Not Just Deserts* 以後のことである。このことを認識することは、後述するように、ブレイスウェイトの理論の長所を学び取ると同時に、さらなる発展、restorative justice 論の自己批判の試みにとって重要なこととなるであろう。

以下においては、まず第一節で、ブレイスウェイトとペティットの共和主義刑事司法論を概観し、第二節で、それを支えるペティットの共和主義理論を概観していく。そして、第三節で、ペティットの影響を考慮しつつ、ブレイスウェイトの刑事司法・修復的司法の全体像と、とくに修復的司法の議論におけるその位置を明らかにしていく。

1 共和主義刑事司法論

ブレイスウェイトとペティットの共和主義刑事司法論の特徴を一言でいうならば、それは、市民の自由 (dominion)⁽⁶⁾ の最大化を目指す包括的で帰結主義的な理論ということになろう。*Not Just Deserts* における議論については、すでに森村たまき氏による詳細な紹介・検討（本稿注3の文献参照）がある。検討の際の視点の相違はともかくとして、全容の紹介については、ここで、繰り返す必要は少ないのかもしれない。しかしながら、本稿においては、若干の重複に目をつぶりつつ、本稿の観点からして、とくに重要と思われる要点を列挙することを通じて、*Not Just Deserts* の議

制戦略の体系へと繋がっていったことは、ブレイスウェイト本人の証言からも明らかである。See John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation* (Oxford University Press, 2002) pp16-7.

(6) 共和主義においては、dominion は、「公民的自由」と訳す方が適切かもしれない。しかしながら、本稿においては、「市民の自由」という語を使用する。それは、ブレイスウェイトとペティット、とくにブレイスウェイトの理論が一国内、一組織内の事柄のみを射程範囲に置くものではないということを第一の理由としている（そして、「市民」という語には、すでに何らかの公共性を担うというニュアンスが含まれているといえるであろう）。

論の輪郭を粗描していくことにしたい。

(i) 包括的理論 (comprehensive theory)

まずブレイスウェイトとペティットは、包括的な理論の必要性を強調する⁽⁷⁾。これは、二重の点で包括的な理論である。つまり、それは、第一に、刑事司法システムの個々のサブシステム（法制定機関、警察、検察、行刑機関など）相互間の関係に注目するという点で包括的であり、第二に、刑事司法システムそれ自体と他のシステム（民事司法システム、刑事司法以外の他の公法システム、法システム外の、コミュニティの規範システムなど）との間の相互関係に注目するという点で包括的なものである。

ブレイスウェイトたちが、このような理論の包括性を主張するのは、次のような理由からである。つまり、その注意を一点に集中させる理論は、二重の危険をもたらすゆえに、そのような注意あるいは期待の集中を避ける必要があるのである⁽⁸⁾。その二重の危険とは、第一に、非効率性の危険であり、第二に、逆効果の危険である。

まず、他との関係を見ることなしに、刑事司法システムのある特定のサブシステムまたは刑事司法システムにのみ、注目するような行為は、非効率である。なぜなら、刑事司法システムのある特定のサブシステムは、他のサブシステムとの連携により、刑事司法システム全体の目的を達成しようとしているのであり、ある目的をあるサブシステムに果たさせようとしても、他のサブシステムとの関係においてその目的を追求することを考えないのであれば、サブシステム間でいらぬトラブルが発生するなどして、余計な手間がかかることになりかねないからである。つまり、特定のサブシステムに過剰な負担が課せられる、ないし過剰な期待が寄せられることによって、そのサブシステム自体がオーバーワークにより機能不全に陥ったり、他のサブシステムにしわ寄せが行ったりして、結局システム全

(7) See Braithwaite & Pettit, *supra* note2, at 18-20.

(8) *Id.*, pp17-8.

体の運営が非効率的になり、結局当初の目的が達成されにくくなる恐れがあるのである。これに関しては、例えば、とにかく重い刑を科すことのみ、意識を集中させた場合、過剰収容の問題の悪化をもたらす危険が生じることなどの例を挙げることが可能であろう。

そして、逆効果の危険とは、特定のサブシステムあるいは刑事司法システムへの関心の集中によって、かえって当初の目的とは逆の結果が発生してしまう危険のことをいう。これに関しては、上の例によるのであれば、過剰収容により、満足な処遇をできないどころか、刑務所において悪い習慣を身につける者が増えるなどして、かえって犯罪率を増加させてしまうことなどが考えられるであろう。

ブレイスウェイトたちは、刑事司法の包括的な理論が取り組むべき問いを以下のように定式化している⁽⁹⁾。つまり、1. どのような種類の行為が刑事司法システムによって犯罪化されるべきか、2. どのような種類の刑が許可され、あるいは禁止されるべきか、3. 諸々の資源は、刑事司法システム、刑事司法システム内での様々なサブシステム間、さらには個々のサブシステム内において、どのような仕方で分配されるべきか、4. どのような種類・程度の監視が許容されるべきか、5. どのような事件が捜査の対象とされ、その捜査はどのようにして行われるべきか、6. どのような事件が起訴されるべきか、7. 公判前決定（起訴および答弁の取引、完全および部分的免責、保釈および未決勾留について）はいかにしてなされるべきか、8. 有罪を決定するためにどのような裁判手続が使用されるべきか、9. 裁量権限の範囲内で、裁判所はどのような刑を科すべきか、10. 刑務所、プロベーション、パロールの諸機関は、どのようにして刑を執行すべきか。

包括的な理論は、これらの一連の問いに対して、個別的に応答するのではなく、完全で一貫した（complete and coherent）答えを与えるが、それ

（9） *Id.*, pp12-5.

は一つの物差に基づくものである必要はなく、刑事司法システム内の最大限の相互依存を要求するものでもないといわれる⁽¹⁰⁾。

(ii) 帰結主義理論 (consequentialist theory)

(a) 帰結主義と義務論

ブレイスウェイトたちは、刑事司法の理論が採用すべき基準に関して、二種類の基準があるとする⁽¹¹⁾。すなわち、帰結主義および義務論のそれである。そして、前者は刑事司法システムの目的 (target) を明らかにし、後者は刑事司法システムの制約 (constraint) を設定するとされるのである。それでは、両者はどのように異なるのであろうか⁽¹²⁾。

ブレイスウェイトたちによれば、まず目的を設定する帰結主義の基準は、真理あるいは正義、平和あるいは幸福などといったような目的を促進することを要求するとされる。いくつかの選択肢を前にして、この基準は、どれが自らの目的を最大限に促進してくれるかについて考察するのである。ブレイスウェイトたちによれば、リスクに満ちた、不確実な状況を前にして、この基準はギャンブラーのそれであるとされる。帰結主義基準は、選択の前に、より詳細な情報を集め、それらを吟味しようとするのであるが、それでもその選択によって目的が最大化される保証はどこにもない。そして、そのことは帰結主義自身が誰よりも知っていることなのである。その意味で、この選択は、価値実現の可能性を最大化する選択である (the option which maximizes the expectation of the value⁽¹³⁾)。

これに対して、制約を設定する義務論の基準は、どの選択肢が一番、その基準が奉じるところの価値を体現しているかを問題とするものである。この基準にとっては、効果やその計算などは一切無縁のものである。それ

(10) *Id.*, pp15-6.

(11) *Id.*, pp25-6.

(12) *Id.*, pp26-9.

(13) *Id.*, p28.

にとっては、価値が明示的に示された選択肢を選ぶことのみが重要とされる。つまり、義務論的基準は、不確実性を無視するのであり、これこそが義務論的思考の特徴であるとされるのである⁽¹⁴⁾。

この二種類の基準のうち、ブレイスウェイトたちが帰結主義的基準を採用するのは、それが義務論よりも単純であり、しかも包括的な理論を提示しやすいからである。帰結主義基準のこの単純性（simplicity）について、ブレイスウェイトたちはその三つの側面に言及している。もっとも、これらは直接的に、ブレイスウェイトたちが帰結主義を採用する理由になっていない。ブレイスウェイトたちは、帰結主義基準のもつ三つの単純性が帰結主義採用に我々を傾かせる（predispose）と述べているだけなのである⁽¹⁵⁾。それはともかくとして、それでは、この帰結主義の単純性とは、一体何であろうか⁽¹⁶⁾。

第一に、ブレイスウェイトたちは、義務論的基準（応報主義的基準）を採用した場合に、我々はその制約原理を目的原理によって補わねばならないことになるとする。応報主義は、刑事司法システムに制約を課す以外のことを提示しない。それは過大な制約を課し続けることによって、いかなる帰結がもたらされることになるかということについて、何らの示唆も与えてくれないのである。したがって、それは、刑事司法システムの包括的な理論を提示することはできない。もし、応報主義がこれらの要請に応えようとするのであれば、それは他の原理、つまり目的原理に訴えかけざるを得ないのである。これは、単純性を重んじる理論においては好ましくない事態である。これに対して、帰結主義理論は目的原理のみを主張するのであるから、こちらの方が単純性を具備しているとされるのである。

第二に、応報主義が制約と目的の区別を維持するというのであれば、その基準が示されねばならないのであるが、応報主義によってこの課題が果

(14) *Id.*

(15) *Id.*, p37.

(16) *Id.*, pp37-40.

たされることはあり得なそうだとされる。その点で、これについて説明する必要がない帰結主義は、やはり応報主義よりも単純であるとされるのである。

第三に、帰結主義は合理性を大前提とする。つまり、帰結主義は、合理的な計算に基づきつつ、目的を追求するという姿勢をあらゆる場合に適用するのである。これに対して、応報主義は、合理性ではなく、道徳性しか見ない。それは行為の中に価値が体现されていることのみを重視するのであり、その点で道徳の領域にしか適用できないものである。したがって、応報主義は二つの実践的気遣いが存在することを認めねばならなくなる。つまり、道徳的領域におけるそれと、非道徳的領域におけるそれである。この点で、やはり帰結主義の方が単純性の要求を満たすのである。

以上の理由によって、ブレイスウェイトたちは帰結主義の方へ目を向ける。もっとも、制約原理の重要性が完全に否定されてしまうわけではない⁽¹⁷⁾。目的原理にのみ、執着した場合、その目的を達成する権力を獲得した人間が、その権力を恣意的に行使する危険性を拭い去ることは不可能である（既述のように、帰結主義の三つの単純性に対してブレイスウェイトたちが一定の距離を置こうとしているのは、ここでは、この問題が解消されていないからだといってよいであろう）。したがって、制約原理に適当な場所を提供する必要があるであろう。しかしながら、このことは帰結主義理論にとって無視しがたい問題を引き起こす。なぜなら、帰結主義理論は、本来に制約原理に場所を提供することを理論的に正当化することができるのかという疑問がつきまとうことになるからである。そして、この問題に対して、ブレイスウェイトたちは共和主義をもって応答しようとしているのである。

(b) 帰結主義的理論が満たすべき三つの事項

もっとも、共和主義の帰結主義理論に入る前に、ブレイスウェイトたち

(17) *Id.*, pp32-3.

は、まず、帰結主義的刑事司法理論が満たすべき、以下のような、三つの要求事項を提示している⁽¹⁸⁾。これらの事項を満たす帰結主義理論のみが帰結主義の刑事司法論たり得るのである。

第一に、帰結主義理論が掲げる目的が、関連するコミュニティにおいて、比較的、議論の対象にならずに受け入れられるものである必要があるとされる。ここで、関連するコミュニティとは、現代の世界の、西欧型の民主主義国家のそれである。帰結主義の刑事司法論が掲げる目的は、現代の多元的な社会において、かなり自然に受け入れられ、刑事司法システムを指揮する役割を与えられるようなものでなければならないのである。

第二に、帰結主義理論が掲げる目的は、関連するコミュニティにおいて受け入れられるだけでなく、それは、同様にそれらのコミュニティにおいて比較的、自然に受け入れられる諸権利（無実の者の権利や被告人の、裁判を受ける権利など）を、刑事司法の領域において、安定した（stable）形で配分することができねばならないとされる。ここで注意しなければならないのは、この権利の配分が、気まぐれで、不安定な形で、ではなく、一定の、決められた形で行われなければならないということである。目的の追求を第一とする場合、目的以外のものは、全てが単なる手段となってしまう危険性が生じる。目的を前にしたならば、権利もまた単なる手段にすぎず、権利が目的達成を促進している間は問題がないが、目的のために権利を犠牲にする必要が生じた場合、後者はあっさりと否定されることになる。なぜなら、権利それ自体には何の価値もないのであるから。これは、帰結主義的な理論に対して、常に突き付けられてきた批判である。このような批判に対して、ブレイスウェイトたちは、権利の配分が安定したものになるようにすることを、理論が満たすべき必須要件とすることによって対応しようとする。上の批判は、権利の配分が恣意的になり、予測可能性だけでなく、個人の自由そのものが損なわれる危険性が生じることに對し

(18) *Id.*, pp42-5.

て向けられたものといえるが、この点について、ブレイスウェイトたちも理論に内在的な制約を課しておく必要があると考えるのである。

第三に、理論は、刑事司法システムに結びついている諸権力に対して課せられた、異論なく受け入れられる諸々の制限を尊重するように動機付けるものでなければならないとされる。ブレイスウェイトたちによれば、目的がコミュニティに問題なく受け入れられるものであったり、同様の性質をもつ諸権利の配分が安定した形で行われたりするだけでは、まだまだ不十分であるとされる。なぜなら、個人の権利の侵害は、直接的な形だけでなく、間接的な形でも行われ得るからである。そのような例として、ブレイスウェイトたちは、曲がり角ごとに警察官を配置する場合などを挙げている。

以上の、三つの要求事項を満たしているか否かの検討を通じて、ブレイスウェイトとベティットは、予防主義 (preventionism)、目的-応報主義 (target-retributivism)、そして功利主義 (utilitarianism) を不十分な帰結主義理論として排除している⁽¹⁹⁾。

第一に、ここにいう予防主義とは、いわゆる一般予防論、特別予防論などのことである。ブレイスウェイトたちは、この理論は上述の三つの要請にことごとく反することになるとする。まず、それは、その目的が明確でない点で上述の第一の要請に反する。また、例えば、特別予防を目的とした場合、犯罪行為を実行した者だけでなく、将来、その危険性があると判断された者に矯正教育を施してはならない理由を提示できない点で、第二の要請に反する。そして、目的を制限する原理が存在せず、したがって、刑事司法システムをして、異論なき権力への制限を超えてしまう点で、第三の要請に反するとされるのである。

第二に、ここにいう目的-応報主義とは、刑罰を科すことを通じて、行為者が得た利益と被害者が被った不利益との間の不均衡を是正することを

(19) *Id.*, pp45-53.

目的とする理論のことである。義務論的な応報主義が、自らの選んだ方策に価値が体现されていることに意識を集中し、それを制約原理とするのに対して、目的-応報主義は、利益と不利益のバランスの回復こそが達成されるべき目的であるとするのである。それでは、この理論は、上記の三つの要請を満たすであろうか。まず、第一の要請についてであるが、一見するとバランスの回復という目的は、自然に受け入れられるものであるかのように見えるかもしれない。しかしながら、ブレイスウェイトたちは、例えば低いレベルの犯罪しか発生しないところで、バランスの回復を目指して低いレベルの刑罰しか科さなかった場合、そのコミュニティの人々が、高いレベルの犯罪が頻発するがゆえに高いレベルの刑罰を科しているようなところと比べてみても、この目的をすんなり受け入れるかどうかは、定かではないとする⁽²⁰⁾。次に、第二の要請についてであるが、目的-応報主義は、権利を真剣に受け止める理由を提示しないだけでなく、時には権利を侵害する根拠を提供してしまうとされる。そのような場合の例として、ブレイスウェイトたちは、無実と認識されている人を処罰することによって一般予防の効果を促進し、利益と負担の全体的なバランスをとることが可能になるような場合を挙げている。そして、第三の要請についてであるが、上の例からわかるように全体の利益への配慮は、個人の権利を守るために国家権力を制限するという思考をいとも簡単に覆してしまう。それゆえ、目的-応報主義は、この要請をも満たすことができない。

第三に、功利主義とは、最も古典的な形態の帰結主義理論のことであり、それは刑事司法システムの影響を被る人の幸福の最大化を目指すものである。ブレイスウェイトたちは、功利主義が帰結主義理論における主流の座を予防主義に明け渡したのは、その目的のあいまいさにあるとする⁽²¹⁾。目的が幸福の最大化であるとしても、その幸福とは、一体何を意味するのか、全く明らかではないのである。この点で功利主義は帰結主義

(20) *Id.*, p50.

(21) *Id.*, p52.

に課せられた第一の要請を満たすことができない。また、幸福の最大化という目的が権利の重要性をいとも簡単に否定してしまい得ることは、ここでも同じであり、したがって第二の要請を満たすこともできない。そして、功利主義は国家権力の制限を乗り越えてしまう点で、第三の要請を満たし得ない。なぜなら、確かに制約無き刑罰はその対象者の幸福を損なうということもできなくはないであろうが、ブレイスウェイトたちの挙げる例に依拠するならば、例えば、刑罰の対象者に強烈な幸福感を保証するような薬を投与することによって、少なくとも功利主義の目的を損なうことを免れるようにすることは不可能ではないからである。

以上のような検討を通じて、ブレイスウェイトたちは、予防主義、目的-応報主義、そして功利主義を、刑事司法の帰結主義理論としては不十分であるとして退ける。そして、共和主義刑事司法論こそが、三つの要請を満たすことができると主張するのである。

(iii) 共和主義刑事司法論の諸原理

(a) 共和主義における自由概念と共和主義刑事司法理論の目的

ブレイスウェイトとペティットの理論においては、共和主義が理念的前提として採用されている。共和主義、とくにペティットのそれについては、次節で、概観することにして、ここでは、その中核的な原理である、共和主義の自由概念について見ていくことにしたい。

ブレイスウェイトたちは、市民の自由（あるいは、非支配としての自由 (liberty as non-domination)）こそが共和主義がとるべき自由概念であるとする⁽²²⁾。それは、リベラリズムの奉ずる、強制からの自由を意味する、消極的自由の概念とは区別されるものである。もっとも、ブレイスウェイトたちによれば、共和主義の自由は、自律性あるいは自己統治などといったような余分のものを要求せず、他者による干渉の不存在を重んじる点

(22) *Id.*, pp55-69.

で、積極的自由というよりも、消極的自由の側に属するとされる⁽²³⁾。それでは、共和主義のいう自由とリベラリズムの消極的自由は、どこが異なるのであろうか。

ブレイスウェイトたちによれば、リベラリズムの消極的自由が非社会的なものであるのに対して、共和主義の自由は社会的なものであるとされる⁽²⁴⁾。つまり、前者が、孤立しており、周りに干渉する人間がいない状態の個人を想定しているのに対して、後者は、社会の中で、他者と共に存在し、その承認を受けつつ、その他者から干渉を受けない市民を想定しているのである。そして、共和主義にとって、市民の自由とは、まさに、社会（それも自由な社会）において、善き法の前での平等な保護を与えられること（being given equal protection before a suitable law）を意味するのである⁽²⁵⁾。共和主義にとって、社会とその法は、自由の大前提である。このような含みをもたせるために、ブレイスウェイトたちは、libertyやfreedomという語ではなく、dominionという語を用いているのである。

ところで、以上のようなものとしての、市民の自由が最大限に実現されるためには、次の三つの条件が満たされていなければならない⁽²⁶⁾。つまり、1. 市民は、他の市民が享受できる自由の期待と同様の自由の期待を享受すること、2. どの市民も平等の自由をもっているということが市民の間での共通の知識であり、その結果、どの市民も、市民が上記の期待を享受できることを知っており、またどの市民も、他の市民がそのことを知っているということを知っているなどという状況が存在すること、3. 市民は、他の全ての市民が享受できる同様の自由の期待と両立できる、最善の自由の期待を享受すること。

そして、共和主義を前提とする刑事司法論は、市民の自由の最大化をそ

(23) *Id.*, p56.

(24) *Id.*

(25) *Id.*, p57.

(26) *Id.*, pp64-5.

の目的とすることになるのであり、したがって、上の三つの条件の達成をその任務とすることになる⁽²⁷⁾。

(b) 帰結主義理論への三つの要求事項と共和主義刑事司法論

それでは、共和主義刑事司法論は、上記の三つの要請を満たすことができるであろうか⁽²⁸⁾。

第一の要請については、犯罪とは一般的に市民の自由を侵害するものであるから、共和主義刑事司法論が掲げる、市民の自由の最大化という目的は異論なく社会に受け入れられ、したがってこの要請を満たすとされる。この問題に関連して、子どもに対する犯罪や被害者なき犯罪などの問題についてはどう説明するのかという批判が提起され得るであろうが、ブレイスウェイトたちは、子どもも市民の自由を享受することができ、子どもに対する犯罪は間違いなくその市民の自由を侵害しているのであるから、前者の批判は当たらず、また、被害者なき犯罪なども間接的に市民の自由を侵害する程度に応じて犯罪化することができるが、そもそも共和主義刑事司法論は、刑罰のみが犯罪に対する最善の対処法と考えないのであり、非犯罪化して、他の手段を用いた方が市民の自由の最大化に資するのであれば、そちらを選択すべきであるから、後者の批判も当たらないとするのである。

次に、第二の要請については、まず、市民の自由の最大化という目的は、国家に刑罰権行使の正当化根拠を与えるというよりは、市民に、国家に対して自らの自由を最大化するようにせよと要求する法的権利を与えるものであるという点で、議論のない諸権利の配分を促進するものであり、さらに、権利の尊重を、法的にだけでなく、道徳的にも、個人に対して動機付けるものであるため、権利の安定した配分に資するものであるから、この第二の要請をも満たすものであるとされる。ブレイスウェイトた

(27) 三つの条件に対応する三つの任務と、それらの間の関係については、*Id.*, p68.

(28) *Id.*, pp69-80.

ちは、このことを無実の人の処罰の例を引き合いに出しながら、説明している。それによれば、市民の自由の最大化は、権力による自己抑制のもとで、間接的になされなければならない。もし、権力が自由の最大化を口実に無実の人を処罰したならば、誰も自分の自由が保障されているなどと思わなくなってしまう。これは自滅的な行為である。したがって、権力は自由の最大化を自分が達成してやるというように、上から押し付けるのではなく、市民が自らの権利を主体的に行使するのを保障する形で、間接的に自由の最大化を目指さねばならないのである。

最後に、第三の要請については、刑罰自体が市民の自由にとって非常に危険なものであることから、市民の自由への負担が確実であるのに対して、その促進が蓋然的であるなどというのは当然受け入れられず、そもそも制限を乗り越えようとしている時点で、市民の自由に対して確実で重大な損害を与えており、市民全体に心理的な影響を与えているのであるから、制限を乗り越えることは許容され得ず、刑罰の名のもとに侵害をなそうとする側がその正当性についての立証責任を負うことになるのである。したがって、この要請も満たされるとされる。ブレイスウェイトたちによれば、市民の自由の促進という目的自体から、刑罰の謙抑性の原理が導き出されてくるとされるのである。

(c) 四つの補助原理

ところで、ブレイスウェイトたちは、市民の自由の最大化という、抽象的な目的をより具体化するための補助原理を、四つ挙げている⁽²⁹⁾。

第一の、もっとも重要な原理が、謙抑性 (parsimony) の原理である。これは、すでに第三の要請についての検討の中で示された。ブレイスウェイトたちは、他の原理は既述の10の問い全てに関わるわけではないが、この原理はその全てに関わることを付け加えている。

第二の原理は、権力のチェック (checking of power) の原理である。こ

(29) *Id.*, pp87-92.

これは、権利の尊重だけではなく、市民の自由は、それを保障されていることを市民が確信しているものでなければ、十分享受され得ないという、市民の自由の享受の条件から出てくるものである。権力は、その恣意的な行使が行われないように常に（裁量権が認められている場合でさえ、上訴や苦情の申し立てなどという形で）チェックされる必要があるものであり、このことを通じて市民は、法の前の平等を保障されていることを確信することができるのである。

第三の原理は、公的非難（reprobation）である。刑罰は、単なる強制ではなく、社会による道徳的な非難を伝達し、犯罪者が恥の感情を通じて有徳な市民の習慣を身につけるように導くものでなければならない。この社会化こそが、社会には、犯罪への真摯な対応を義務付け、市民には、刑罰行使の正当性をよりよく納得させる根拠なのである。

第四の原理は、再統合（reintegration）である。これは犯罪者だけでなく、被害者のそれをも含むものであり、後者の方がより重要であるとされる。被害者の再統合は、象徴的に（公的非難）、かつ有形的に（補償あるいは損害賠償など）なされる。また犯罪者の再統合も、犯罪者の市民の自由および再犯防止の観点から重要であり、公的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とされる。

以上がブレイスウェイトとペティットの共和主義刑事司法論の概要である⁽³⁰⁾。

2 ペティットの共和主義

（i）共和主義とは何か

まず、現代の共和主義の一般的特徴を概観していく⁽³¹⁾。一口に共和主

(30) なお、刑事司法の包括的理論が取り組むべき10の問い（本節第一款）に対するブレイスウェイトたちの回答や政策実現への戦略の概要（漸減主義（decrementalism））については、森村・前掲論文（注3）264-277頁参照。

(31) 以下の記述においては、主として、大森秀臣『共和主義の法理論』（勁草書房、2006年）、Onuf, *supra* note 1などの諸文献を参照した。

義といっても、その名の下に様々な議論が展開されているが、共通点として、最低限、次のものを挙げることができるであろう。つまり、第一に、人と人の結びつき（諸々のコミュニティ、および政治的共同体としての国家）およびそこにおける法の優越性の認識、第二に、コミュニティおよび国家の存在理由としての共通善の追求、第三に、市民の能動性の推奨、などである。

まず、第一の特徴であるが、共和主義はコミュニティ・国家の存在を自由の大前提とする。共和主義によれば、自由は共同体の内にしかあり得ない。共同体から離れたところには、孤立した個人の放埒はあるかもしれない。しかしながら、これは、共和主義にとって、自由と呼ぶに値しないものである。もっとも、共同体の優越を認めるといっても、これは、共同体がその名の下に個人を抑圧してよいなどということを意味しない。もし、そうだとしたら、共和主義は、全体主義や独裁制と何ら変わらないものになってしまう。共和主義が全体主義と区別される所以のものは、それが単一のコミュニティではなく、国家を含むところの、様々なコミュニティの優越を認めるところにある。共和主義政体のもとでは、国家を含む様々なコミュニティは、互いにそのあり方の適正さをチェックし合い、互いの権力行使を抑制し合いながら、政治を行っていくのである。また、共和主義は、法の支配を優先させることで、独裁制と区別される。国家を含む、諸々のコミュニティは、法を遵守し、恣意性を排除する形で行動していく。コミュニティの権力行使が法の支配を逸脱し、構成員や他のコミュニティを抑圧していないかどうかは、そのコミュニティの構成員だけでなく、他のコミュニティによって、絶えずチェックされていなければならないのである。

次に、第二の特徴であるが、共和主義は、国家を含む様々なコミュニティを、単なる個々人の寄せ集めではなく、一定の価値（市民の自由）の実現を目指す共同体とみなす。そして、法はこの価値を体現するものとして制定され、改変されていくべきものである。

最後に、第三の特徴であるが、共和主義は有徳の市民による熟議と、それを通じての法の制定・運用を第一とする。国家の法は市民の熟議を通じて、常にチェックされなければならない、共和主義政体における市民は、そのような条件を可能にするような能動性を具備していなければならない。市民が能動性を欠く所では、共和主義は実現不可能なのである。

(ii) ペティットの共和主義と社会正義・民主主義

ペティットの共和主義理論⁽³²⁾は、非支配としての自由の実現を共通善とし、そのために市民の能動性を重んじる、根本的に戦略的なものである。ここでは、ブレイスウェイトも注目するペティットの共和主義の、ある特徴、つまり社会正義と民主主義に特に注目したい。

まず、社会正義についてであるが、ペティットは、構造的な不平等にかなりの注意を払っている。それは、構造的な不平等がもっとも効果的に非支配としての自由を侵害するからである。そして、ペティットは、再配分は共和主義の下で、よりよくなされ得るとする。なぜなら、構造的な不平等をなくすことはそれに基づく支配をなくし、市民の自由を促進するものであり、しかもこの再配分は、法の支配のもとで行われるならば、支配には当たらないからである⁽³³⁾。ペティットは、このような再配分を通じて、共和主義は、構造的な不平等に関する、様々な異議申し立てと共闘することができるとするのであり⁽³⁴⁾、ブレイスウェイトも、この点に、その理論に依拠すべき根拠のひとつを見出しているといえよう⁽³⁵⁾。

(32) Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press, 1997); id., 'Republican Political Theory,' in Andrew Vincent (ed.), *Political Theory: Tradition & Diversity* (Cambridge University Press, 1997). また、小田川大典「共和主義と自由：スキナー、ペティット、あるいはマジノ線メンタリティ」岡山大学法学会雑誌第54巻4号(2005年) 665-707頁などを参照。

(33) See Pettit, 'Republican Political Theory,' supra note 32, at 125-8.

(34) See Pettit, *Republicanism*, supra note 32, at 130-47.

(35) See John Braithwaite, 'Republican Theory and Crime Control,' in Susan-

次に、民主主義、ここでは市民による熟議についてであるが、ペティットはこれを共和主義の法の支配を補完するものとして重視する⁽³⁶⁾。能動的な市民による熟議の過程を通じて、権力、とくに国家権力のチェックがなされ得るのであり、それによって法の支配が維持され得るのである。ただし、ここでいう民主主義は、人民による支配とは区別されていることに注意する必要がある。力点は、あくまでも権力のチェックにあるのである。

3 ブレイスウェイトの理論と修復的司法論におけるその位置

(i) 修復的司法における論争

ブレイスウェイトの理論の全体像を示す前に、それが開陳された主たる舞台、つまり修復的司法の舞台において、どのような議論が繰り広げられているかについて説明するところからはじめることにしよう。修復的司法においては純粹モデルと最大化モデルの争い⁽³⁷⁾があり、最近では修復的刑罰論⁽³⁸⁾が主張されている。

(a) 純粹モデル

まず純粹モデルとは、修復的司法を「特定の犯罪について利害関係を有する、すべての当事者が、犯罪の結果および予測される将来への影響をどのように処理するかについて、共同して決定するために一同に会するプロセス⁽³⁹⁾」と定義する立場のことをいう。ここにいう「すべての当事者」

ne Karstedt & Kai-D Bussmann, *Social Dynamics of Crime and Control : New Theories for a World in Transition* (Hart Publishing, 2000) pp90-1, 95.

(36) See Pettit, Republicanism, *supra* note32, chapter 6.

(37) 概要については、柴田・前掲論文（注3）7—24頁、高橋則夫『修復的司法の探求』（2003年）第5章などを参照。

(38) 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。

(39) <http://www.restorativejustice.org/intro/tutorial/definition> の, Tony Marshall の定義。

とは、被害者・加害者だけでなく、その家族・親戚・友人、さらにはコミュニティ（地域コミュニティ、関心のコミュニティ（community of interest））までも含むものである。何故、当事者に被害者・加害者以外の人々を含むのかということについて、ここで詳述することはできないが、一言でいうのであれば、それは restorative justice が犯罪ないし紛争によって生じた具体的な害に、なによりもまず、第一に注目するものであるからということができよう⁽⁴⁰⁾。誰に責任を負わせるかということよりも先に、どのような害が生じたのかということに注目するのであれば、その害の主体は直接的な被害者だけでなく、加害者やコミュニティの構成員もそうであるということになり、したがって刑事司法システムにおいて問題とされる当事者の概念よりは、もっと広い当事者概念が採用されることになるのである。

刑事司法システムと修復的司法プログラムないしシステムとの関係につ

(40) 修復的司法の害（ハーム）概念については、高橋・前掲書（注37）第3章などを参照。また、See Daniel Van Ness & Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice 2nd ed* (Anderson Publishing Co., 2001) pp32-4; Howard Zehr, *Changing Lenses* (Herald Press, 1995) p186（邦訳、ハワード・ゼア（西村春夫ほか監訳）『修復的司法とは何か：応報から関係修復へ』（勁草書房、2003年）189頁参照）。なお、この概念の内容については、それが修復的司法論の核心に位置するものであるにもかかわらず、その全容が明確にされたとは、必ずしもいうことができないように思われる。例えば、被害者の害ということに特化して考えるならば、加害者の害についてはそれを修復的司法の害概念に含めることを説明するのはより困難な作業とならざるを得ない。また、同様に困難な問題として、純主観的な害を害概念に含むことができるか否かの問題、つまり、例えば、30人のクラスにおいて、ある一人がいじめを受けたと主張し、クラス全体で事実の検討と話し合いがなされたにもかかわらず、他の29人や先生なども含めて、いじめがあったとは思われないという結論に達し、その後、話し合いと調査を積み重ねてもその1人と他の29人（および先生など）の認識の相違が解消されなかったというような極限的な事例においても、この1人の害の意識を害概念の中に含むことができるかどうかの問題について、これまでより詳細な検討がなされてきたといえるかどうか、定かではない。以上の問題は、害概念の射程範囲に関する諸問題の一端にすぎず、詳しい検討については、別稿の課題としたい。

いていえば、このモデルにおいては、修復的司法プログラムは、当事者による自発的なコミュニケーションプロセス、つまり被害者・加害者・コミュニティなどの当事者が、自らの意思に基づいて、互いに向き合って話し合いをする過程を重んじるものであり、このようなプロセスは刑事司法システムとは相容れないものであるとみなされる。restorative justice 運動の父ともいえるゼアにおいては、当初、刑事司法システムへの不信感もあり、この意識は強いものであった⁽⁴¹⁾。それゆえ、純粹モデルにおいては、修復的司法と刑事司法は並存することはあっても、決して交わることはないといわれる。

この純粹モデルにおいては、修復的司法を狭義に解することによって、その当初の理念を忘却しないという強い意識が見られる。つまり、修復的司法の本来の原動力たる刑事司法システムへの批判的視点、その根底にある民主主義的な情熱を忘却しないことが目指されているとあってよいであろう⁽⁴²⁾。純粹モデルの持つ、この批判意識の、純粹さ、強烈さは何度強調してもしすぎることはない。これこそ、修復的司法の源泉であり、修復的正義・修復的司法の理論・実践が常にそこに立ち返るべき始原の場なのである。現実を前にしての戦略がいかにあろうと、この点を忘却したならば、その議論や実践はすでに restorative justice のそれではないといっても過言ではないように思われる。

(b) 最大化モデル

これに対して、最大化モデルとは、修復的司法を「犯罪によって生じた害を修復し、傷を癒すことによって司法（正義）を実現することを目指す、犯罪へのあらゆる応答からなるもの⁽⁴³⁾」と定義する立場のことをい

(41) ゼアによる修正につき、注40の *Changing Lenses* の訳書の「日本語版への序文」参照。

(42) 西村春夫・細井洋子「図説・関係修復正義：被害者司法から関係修復正義への道のりは近くにありや」犯罪と非行125号（2000年）5—36頁参照。

(43) Gordon Bazemore, 'Rock and Roll, Restorative Justice, and the Continuum of the Real World: A Response to "Purism" in Operationalizing

う。

このモデルにおいては、純粹モデルとの相違を際立たせるために極言するのであれば、犯罪ないし紛争において生じた害の修復がなされることが第一の目標とされ、その手段がどのようなものであるかということはひとまず問われることはない。たとえ、修復のプロセスに参加するのが、国家と加害者のみであろうと、あるいはその参加が真に自発的なものではないとしても、そこに害の修復という要素が見出されるのであれば、このモデルからいえばそれは修復的司法なのである。つまり、修復的司法・市民社会と刑事司法・国家の対立は否定され、両者は共存ないし共生関係にあるとされ、また、被害者と加害者の和解などだけでなく、社会奉仕命令などの制裁もまた、それが修復的なものであるならば、修復的司法に含まれるとされるのである。

もっとも、純粹モデルにおける「すべての当事者の、真に自発的な参加」という中核的な要素を最大化モデルが完全に放棄してしまっているというわけでは、全くない。繰り返しになるが、上の定義は純粹モデルとの相違を際立たせるためのものであると考えた方が妥当である。それでは、何故、最大化モデルが純粹モデルとは異なる議論を展開しようとするのかについては、最大化モデルによる純粹モデルへの次のような批判がその答えを示してくれるであろう。つまり、最大化モデルの論者は、純粹モデルでは修復的司法を周縁化し（少年事件、それも軽微なものしか扱えない）、結局、刑事司法システムに対して何の影響も及ぼすことができなくなると批判する⁽⁴⁴⁾。最大化モデルの戦略は、刑事司法システムへの浸透を通じて最終的にはそれを根本から変革するというものである⁽⁴⁵⁾。ここから

Restorative Justice,' *Contemporary Justice Review*, Vol.3 (4) (2000) pp.464-5.

(44) Gordon Bazemore and Lode Walgrave, 'Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform,' in Bazemore and Walgrave (eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime* (Willow Tree Press, 1999) p52.

伺えることは、純粹モデルと最大化モデルとの相違は、本質的な相違ではないということである。両者の相違は、あくまで修復的司法を社会や国家システムに浸透させるための戦略上のものにすぎないのであって、そこで問われているのは、それぞれの戦略の有効性なのである。最大化モデルは、あくまで純粹モデルの理念を前提としている。したがって、純粹モデルでも最大化モデルでも、戦略的に立ち行かないことが判明するような事態になったならば、最大化モデルは、純粹モデルの当初の理念に立ち返って、そこから再度戦略を練り直すことになるであろう。このことは、決して見失われてはならないことである。

(c) 修復的刑罰論

最後に、修復的刑罰論とは、修復をもって刑罰の指導理念とするものである⁽⁴⁶⁾。従来の用語法に従いつつ示されたダフの言い回しを用いるのであれば、それは応報を通じて修復を達成しようとするものである。しかしながら、修復的正義論に基づく修復的刑罰論においては、このダフの言い回しは必ずしも的確なものであるということとはできないであろう。ここで詳しく論じることはできないが、刑罰を論じる際に、その性質・内容・正当化根拠を一応区別して考えるのであれば⁽⁴⁷⁾、応報を「目には目を」というように、なによりもまず、刑罰の内容（ここでは害悪）に関する概念であると考えてるのではなく⁽⁴⁸⁾、作用に対する（均衡性の枠内での目的的な）

(45) *Id.*, pp65-6.

(46) ここでの議論は、ダフの理論を土台としているが、若干それとは異なる。ダフとの相違について、詳細は別稿で検討していく。ダフについて、See R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford University Press, 2001). また、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39巻1号（2005年）67—109頁以下参照。

(47) もちろん、この三者を完全に切り離すことはできず、刑罰について、ある一定の構想を述べる際には、この三つの概念にいかなる内容を付与し、それらが互いにどのような関係にあるのかを明確にする必要があろう。

(48) 同害報復は、応報とイコールというよりも、「復讐」または「復讐の、国家

反作用というように、刑罰の性質に関する概念であると考えることができる。そして、応報はあくまで国家の権力行使に関係する概念であることを考慮するのであれば、この反作用は、一定の効果をもちつつ、一定の枠内でなされるのでなければ、自由・平等の観点からは正当化されないということが、刑罰の正当化根拠の話として、これに加わることになるであろう。

以上のようなものとしての応報概念は、それ自体、目的的な性質をもつと同時に、刑罰の内容に一般予防、特別予防、復讐感情の沈静化、損害回復などの効果をもたらす諸手段を含むものとして存在することになる。そして、修復的正義論に基づく修復的刑罰論が前提とする修復概念は、以上の刑罰の性質・内容・正当化根拠の全てを指導する概念として観念されることになる。つまり、それは一言でいえば法秩序の修復であるが、これは抽象的な概念ではない。自由や平等の観点から適正と判断される法秩序の修復は、犯罪によって直接、害を受けた人々の具体的な修復を中核としており、それと密接に結びついた手段を通じて被害者・加害者といった直接的な当事者、その家族・親戚・友人・隣近所の人々、もう少し広い意味での地域コミュニティ、そして関心のコミュニティ、社会全体などにおける具体的な修復、さらには規範的な修復を目指すものなのである。この刑罰システムを指導する修復概念は、存在の災禍と世界の動態性の中で、一人の人間としての生を保つことを目指す根本修復概念⁽⁴⁹⁾の適用の一形態で

による代替」とイコールであると考えの方が適切であろう。なぜなら、同害報復概念においては、(1) 害に対する害による対抗を、(2) (より直感的・より神話的な存在としての) 国家が行うという側面が濃厚であるのに対して、応報概念においては、(i) 作用に対する反作用を、(ii) (より規範的な存在としての) 国家が行うという側面が濃厚であるといえるように思われるからである。前者はより直感的・より神話的な次元での議論であるのに対して、後者はより法規範的な次元での議論であるというような言い方をすることもできるであろう。

(49) 拙稿「修復的正義・修復的司法の構想と法定刑の理論的位置について」法律時報第78巻3号(通号967)(2006年)60—61頁参照。

あるということができよう。既述の「修復的正義論に基づく修復的刑罰論」という言い回しは、このことを意味していたのである。

この修復的刑罰論において、刑罰の内容のうち、そのシステムの中核にあるのは、刑事調停・社会奉仕命令・プロベーションなどである。そして、自由刑や罰金刑などの従来の刑罰（死刑は否定）は修復に沿うような形で改変されるべきであるということになる。このような理念的な配置の根拠は、刑事調停などが、より直接的な当事者の具体的な修復と、より密接に結びついていることから明らかになるであろう。

修復的刑罰論は、日本を含む諸国における近年の厳罰化の風潮に対して、刑事司法の側からも修復的司法の側からもより有効な議論が展開されないという状況を前にして出てきたものである⁽⁵⁰⁾。それは、上述の「純粹モデルでも最大化モデルでも、戦略的に立ち行かないことが判明するような事態」を目の当たりにして、純粹モデルの当初の理念に立ち返った地点から再度出てきたものである。それは、犯罪への対応において、いかにそれが修復的司法化されたとしても、最終的に害悪ないし負担の付与、強制性、および儀式性という要素を完全に拭い去れないという事実を正面から受け止めようとする。また、犯罪への応答において、それが悪であるということが公的に示されねばならないという課題についても、修復を刑罰システムの指導理念とすることで対応しようとするのである。

この理論が純粹モデル・最大化モデルと異なるのは次の点においてである。まず、手法を被害者と加害者の和解などに限定しない点で、修復的刑罰論は最大化モデルと一致する。さらに、犯罪への対応においては害悪性・強制性が付きまとうことを自覚する点、および犯罪の対応が公的性質を有することの必要性を自覚する点において、そして、修復的司法を周縁化させず、刑事司法システムそれ自体を変革することを目指す点においても、修復的刑罰論は最大化モデルと一致する。しかしながら、最大化モデ

(50) 拙稿・前掲論文（注38）26—27頁参照。

ルが修復的制裁という概念を唱えつつ、あくまで制裁と刑罰を区別するのに対して、修復的刑罰論はそのような区別を否定し、修復的な手法を刑罰とすることによって犯罪への応答の公的性質をより一層、強調する。また、修復的刑罰論は、従来の刑罰をも修復の観点から意味づけることによって害悪性・強制性・儀式性を最大化モデルよりも真摯に受け止めようとすると同時に、従来の刑罰について、そのあるべき姿ないし改善策を積極的に提示していこうとする。

(ii) 応答的規制戦略とブレイスウェイトの位置

(a) 応答的規制戦略と修復的司法

ブレイスウェイトの提唱する応答的規制戦略は、次のような考え方を基本とするものである。つまり、それは、「政府は、多かれ少なかれ介入主義的な反応が必要か否かを決定する際に、自らが規制しようとする者たちの行動に対して応答的であるべきである⁽⁵¹⁾」というものである。この応答的規制戦略は、規制形式主義 (regulatory formalism) に対置される⁽⁵²⁾。それは、頭ごなしにあしらこうしろと命令するものではなく、規制の対象の自発的な自己制御を引き出そうとするものなのである。

この戦略の主体は、上の引用においては政府に限られているかのように見えなくもないが、決してそうではない。市民社会の行為主体（個々の市民や彼らによって組織されるところの社会運動⁽⁵³⁾）もまた、この戦略を担う存在であり、むしろ彼らは、政府を応答的に規制していくのである。そして、応答的規制戦略のこの戦略の射程範囲は、次章においてより明確に示されるように、基本的に刑罰、刑事司法システムなどの犯罪に関する領域にのみ、限定されるものではない。それは、企業に対する規制にも関るもの

(51) Braithwaite, *supra* note5, at 29.

(52) *Id.*

(53) 社会運動に対して、ブレイスウェイトはかなりの期待を寄せている。See Braithwaite, *supra* note35, at 96.

であり、さらには刑事司法システムを含む法制度全体、経済、地球秩序にも適用されていくものなのである⁽⁵⁴⁾。

この戦略の中核的原理は、明らかに共和主義である。ブレイスウェイトの理論全体における、この政治理論の重要性・働き方は、その用語への言及のわりには、それほど意識されてこなかったように思われる。ブレイスウェイトは、既述のようにこの理論体系をペティットとの共同作業の中で得たといってよい。もちろん、これまた、既述のごとくそれまで、ブレイスウェイトが自発的なコミュニティとその構成員のイメージを念頭においていたことは間違いない。*Crime, Shame and Reintegration*において、社会学的な知見として、日本のそのような濃密なコミュニティが犯罪率の低減に役立つことを認め、共同体主義を定式化しつつも、これを規範的な主張とせず、再統合的恥付けのプロセスに適合的な社会的条件であると規定して、一定の距離を置いていたのは⁽⁵⁵⁾、自由、多様性の促進、そして建設的な争いなどの一定の価値に関して同意を維持しつつ、その同意事項の外においては争いを奨励するような社会を善き社会（The good society）の姿として胸の内に思い描いていたからである⁽⁵⁶⁾。端的に言って、政治理論としての共同体主義は、ブレイスウェイトの目には望ましいものとして映らなかったところか、むしろかなりの危険性をもつものとして映ったのである⁽⁵⁷⁾。これに対して、ペティットとの共同作業によって、ブレイスウェイトは、一定程度の社会紐帯の存在を推奨し、犯罪率をそれなりに効率的に引き下げ、しかも個々人の自由を保障する政治理論、上記の善き社会の像を明示してくれる政治理論に出会ったのである。それが共和主義に他ならない。その際、ブレイスウェイトの中に、これに依拠することにより、刑事司法の分野に、さらには他の領域に適用可能な理論を構築

(54) See Braithwaite, *supra* note5, at ix.

(55) See Braithwaite, *supra* note4, at 84.この点で、むしろ共同体性とも訳すべきか。

(56) *Id.*, p185.

(57) See Braithwaite, *supra* note35, at 95-6.

できるという認識ないし予感が形成されたに違いない。したがって、共和主義刑事司法論とは、この戦略を刑事司法の領域に適用したものであるということもできるであろう。さらに、注意すべきことは、共和主義刑事司法論は、他の領域における応答的規制戦略と切り離されて適用されるわけでは、決してないということである。このことはすでに共和主義刑事司法論の包括性において示されたことであった。そして、これは修復的司法論における全体論的発想につながるものである。

要するに、応答的規制戦略は、全体論的な視野のもとで、市民の自由の最大化を目的とし、市民の自発性と権利を尊重するためにより効果的な手法、つまり、強制力を背後に控えつつも、より対話的な規制手段を基本的な方策として用いていくものといえる。この手段の使用の順序に関して、ブレイスウェイトは、規制ピラミッドの図式を提示している。これは、共和主義の手法をより明確にしたものといえ、次のように定式化されるものである⁽⁵⁸⁾。つまり、このピラミッドの基本形⁽⁵⁹⁾は三層構造からなるのであるが、ピラミッドの底辺、すなわち規制戦略の前面に、有徳の行為主体に対する方策としての修復的司法が位置し、その上に第二の方策、すなわち合理的な主体に対する方策としての抑止が位置し、最後、ピラミッドの頂上に最終手段として、責任能力に欠ける、あるいは非合理的な (incompetent or irrational) 行為主体に対する方策としての無害化が位置する。そして、執行の順序として、修復的司法が失敗した場合に抑止、抑止が失敗した場合に無害化というように進んでいくとされ、階を上がるごとに強制性も増していく。そこで、共和主義の理念から、なるべく修復的司法で対処するのが望ましく、それゆえ階を下る努力がなされるのであるが、その際にも背後に強制力が控えていることが基本であるとされるのである。

(58) See Braithwaite, *supra* note 5, at 30-4.

(59) 規制全般であれば、下から、説得→警告文書→民事罰→刑事罰→許可停止→許可取り消し、の方が理解しやすいが、ここでは修復的司法との関係が見えやすいものにした。

ところで、ブレイスウェイトは、修復的価値基準（restorative values）と修復的プロセス（restorative process）を区別している⁽⁶⁰⁾。修復的価値基準とは、世界人権宣言や国際人権規約などにも表されているものであり、人間の尊厳の修復、財産的損失の修復、身体あるいは健康の損傷の修復、傷ついた人間関係の修復、様々なコミュニティ⁽⁶¹⁾の修復、環境の修復、感情的修復、自由の修復、同情あるいは思いやりの修復、平和の修復、エンパワーメントあるいは自己決定の修復、市民としての義務感の修復などを含む。そして、修復的価値基準と修復的プロセスは、一定の緊張関係にあるものであり、基本的に、後者は前者をいかに効果的に達成しているかによって評価されることになるのであるが、「ある点においては、修復的価値基準は修復的プロセスに優越するものでなければならないが、他の点では、修復的プロセスは修復的価値基準に優越するものであるべきである⁽⁶²⁾」とされる。

この修復的価値基準と共和主義との関係は必ずしも体系的に示されているとはいえない。そして、さらに混乱させられることには、ブレイスウェイトは、後に修復的価値基準を三グループに分け、上記のリストをその第二段階に位置づけ、参加者はときにこれを無視する権限を与えられていると述べていることである⁽⁶³⁾。これに対して、修復的プロセスと共和主義との関係は、ある程度はっきりしている。ブレイスウェイトにとって、修復的プロセスは、共和主義の戦略、つまり応答の規制戦略の枠内に位置づ

(60) See Braithwaite, *supra* note 5, at 12-6.

(61) 'a community'ではなく、'communities'であることに注意。See Braithwaite, *supra* note 35, at 96.

(62) Braithwaite, *supra* note 5, at 12.

(63) John Braithwaite, 'Principles of Restorative Justice,' in Andrew von Hirsch et al (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* (Hart Publishing, 2003) p11; id., 'In Search of Restorative Jurisprudence,' in Lode Walgrave (ed.), *Restorative Justice and the Law* (Willan Publishing, 2002) p164; id., 'Setting Standards for Restorative Justice,' *British Journal of Criminology* 42 (2002) pp569-70.

けられるものであり、しかもそれは、一定の危険性を有しつつも、市民の自由を、他の手段よりも、よりよく実現できるものとして、その戦略の前面に位置するものである。この修復的プロセスがもつ危険性（被害者の被った害を真摯に受け止めることの失敗、手続の透明性・的確さ・責任の所在の明確性などの欠如、当事者間の権力の不均衡への対処の失敗、警察やプロの調停者への多大な権限の付与、加害者への過度の報復の許容など）については、ブレイスウェイト自身が認識していることであり、それゆえにこそ、ブレイスウェイトは修復的司法の手法を共和主義の応答的規制戦略の手中に止め、その適切な使用を試みようとするのである⁽⁶⁴⁾。その対処法は、まさに共和主義の原理、つまり諸権力の分離と相互的なチェックによる抑制と均衡の原理に基づくものであり、ここでは市民（より具体的にいえば、白人の市民、先住民の市民あるいは男性の市民、女性の市民など）によって担われる修復のプロセスと専門家などによって担われる法のプロセスの間の抑制と均衡が意図されているのである。

もっとも、ブレイスウェイトの理論体系の中軸が共和主義であることを意識するならば、修復的価値基準とは、侵害された共和主義的価値のことであり、それを修復することを通じて、市民の自由をより確かなものにしようという決意の表れであるといつてよいのかもしれない⁽⁶⁵⁾。しかしながら、その後の再定式化において、非支配を含む第一段階のリストが制約的価値とされていることからして、（修復的価値基準が共和主義のそれであ

(64) See Braithwaite, *supra* note 5, at chapter 4, 5; John Braithwaite & Christine Parker, 'Restorative Justice is Republican Justice,' in Gordon Bazemore & Lode Walgrave eds., *Restorative Juvenile Justice ; Repaoring the Harm of Youth Crime* (Willow Tree Press, 1999) pp103-26. 肯定的な側面からの両者の関係を検討したもので、See John Braithwaite & Philip Pettit, 'Reublicanism and Restorative Justice ; An Explanatory and Normative Connection,' in Heather Strang & Braithwaite (eds.), *Restorative Justice ; Philosophy to Practice* (Ashgate Dartmouth, 2000) pp145-63.

(65) その点で、共和主義刑事司法システムを修復的正義的なものということも可能であろう。吉田・前掲書（注3）310—311頁参照。

ることは間違いないが）別の言い回しが必要であることがわかる。しかも、後述するように、それを何故、わざわざ修復的価値基準と呼ばねばならないのか、その必然性が明らかではない。restorative justice を修復のプロセスのレベルで把握し、共和主義の応答的規制戦略の立場から、これを利用するというに止まるのであれば、なにも修復的価値基準などという言葉を持ち出す必要はない。それは単に議論を混乱させるだけである。これに對して、もし、Restorative Justice に、手段以上のものを見出すのならば、それなりの扱いが必要となる。

（b）修復的司法論におけるブレイスウェイトの位置

修復的刑罰論のように修復と応報との和解を目指す近年の実践・学説の動向に對して、ブレイスウェイトはこれを、明確に否定する⁽⁶⁶⁾。ブレイスウェイトにとって修復的司法の手法はあくまでも当事者たる市民たちが面と向かって議論を尽くすプロセスであり、その原理は非報復的・非強制的なものである。つまり、ブレイスウェイトは純粹モデルをとる。

しかしながら、純粹モデルといっても、ブレイスウェイトのそれは、刑事司法システムとは、およそ関係のないところで、純粹に当事者のみをその主体として修復的なプロセスを展開しようとするものではないことは明らかである。それは、共和主義に基づく応答的規制戦略を刑事司法の領域に適用したものとしての共和主義刑事司法論の体系の中に組み込まれ、市民の自由をよりよく体现し、かつより大きな、市民の自由の促進効果をもつものとして、戦略の前面に位置づけられているのである。このようなものとしてのブレイスウェイトの規制ピラミッドと修復的司法プロセスについて、それを純粹モデルにおける二元モデル⁽⁶⁷⁾、つまり修復的司法と呼ばれるところの手法をあくまでも当事者主体の犯罪解決プロセスと解しつつ、刑事司法システムとの併存・併用を認めるものと解釈することは、正

(66) Braithwaite. *supra* note 63, 'Principles of Restorative Justice,' at 2.

(67) 一元モデルなどの概念については、柴田・前掲論文（注3）16頁、注20などを参照。

しくないとはいえない。しかしながら、この解釈が、さらに一步進んで、ブレイスウェイトの理論は、「修復的司法の諸原理に基づいて体系的に再構成されたものというよりは、修復的司法プロセスが、抑止や無害化といった手段と並んで作動する二路線アプローチ⁽⁶⁸⁾」であると解するところまで来るとなると、それは首肯し難いように思われる。

確かに、上記のように、ブレイスウェイトの理論は必ずしも体系的といえ難い部分が多いが、上の解釈においては、応答的規制戦略とその規制ピラミッドが共和主義の諸原理によって統制されていることが考慮されているか、定かではない。そして（上記のごとくブレイスウェイト自身にその責任の一端があるように思われるのであるが）、共和主義の諸原理と修復的司法の諸原理とが、全く別のものとされているかといわれれば、これは否という他ないであろう。ブレイスウェイトにとって、修復的司法のプロセスは、共和主義の理念をよりよく体現したものであり、その原理は、共和主義の理念と（同一とはいえないが）ほぼ重なる。ここで、ブレイスウェイト自身の錯綜した記述を超えて、修復的価値基準と修復のプロセスの区別という定式の意義を確認しておく必要があるように思われる。ブレイスウェイトの理論は、簡略に定式化された、純粹モデル・最大化モデル、あるいは一元モデルなどのモデルでは説明し難いものを含んでいるのである。誤解を恐れずにいうのであれば、それは、ブレイスウェイトにとって、修復的司法の議論は、自らの理論の大枠が固まりだした後に視野に入ってきたという事情から来るものなのかもしれない。

(68) Jim Dignan, 'Towards a Systemic Model of Restorative Justice; Reflections Concept, its Context and the Need for Clear Constraints,' in Andrew von Hirsch et al, *supra* note 63, at 145-6. また、吉田・前掲書（注3）313頁、柴田・前掲論文（注3）20頁参照。

三 共和主義の理念とブレイスウェイトの国際関係論

既述のように、ブレイスウェイトの国際関係に関する議論は、その共和主義を主軸とする応答的規制戦略を国際社会における、市民、企業、国家などの諸々の行為主体による諸活動に適用したものである。その議論自体、検討に値するものであることはいうまでもないが、ここでは、ただ単にその内容を概観し、第二章の議論との関連性を詳らかにするだけでなく、とくに次のことに注意していきたい。それは、つまり、共和主義における民主主義、社会正義の扱いについて、である。以下、検討していく。

1 ブレイスウェイトの国際関係論

(i) 修復外交

ブレイスウェイトは、地球規模でのコミュニケーションの過程を通じて、真実を明らかにし、不正を正し、そして、紛争や構造的差別において虐げられた人々の傷を癒すことによって、永続的な平和および民主主義を確立しようとする外交哲学・実践として、修復外交という構想を提唱する⁽⁶⁹⁾。それは、政治家や専門家たちによる、トップダウン型の外交ではなく、地球市民を第一の担い手とするボトムアップ型の外交のことなのである。

ブレイスウェイトは、修復外交は不完全な形であれ、すでに西側諸国の間で実践されてきたとするのであるが、その最良の手本を南アフリカ真実和解委員会（The Truth and Reconciliation Commission：以下、TRCと表記）の中に見出している⁽⁷⁰⁾。TRCでは、恩赦と引き換えの真実の解明、

(69) See Braithwaite, *supra* note5, at 170.

(70) *Id.*, p175. TRCと修復的司法の関係につき、See Charles Villa-Vicencio, 'Transitional justice, restoration, and prosecution,' in Dennis Sullivan and

被害者の声を尊重と共感をもって聞くことを通じての被害者のエンパワーメント、アパルトヘイトのもとでの様々な人権侵害がまさに悪であったことの公的承認、などに表されているように、修復的司法の手法が人々を癒し、分断された社会を統合するために活用された。

ところで、今日の紛争は、国家同士の衝突ではなく、民族、文化、宗教などの違いに結び付けられた、国内での諸集団（それに連なる国際的ネットワーク）の対立が主たる形態となっている⁽⁷¹⁾。これらの紛争は、グローバリゼーションの過程（それによる国家の正当性・暴力の独占の崩壊）において発生してきたが、グローバルな側面だけでなく、ローカルな側面をも併せ持っている。つまり、現代の紛争においては、隣近所の者同士が敵対関係に陥るという点で経験の直接性（immediacy of the experience）⁽⁷²⁾が見られ、対立はそれゆえにこそ、激しく、かつ根深いものとなっているのである。これはまさに軍閥によって意識的に創出された過程である。軍閥は民族や宗教などのアイデンティティを強調し、他のアイデンティティを有する人々を暴力で排除することを通じて、社会を不安定化させ、人々の間の対立を永続化させる。軍閥が何故、このような行為に出るかという点、それは社会の不安定化・戦争の永続化こそが彼らにとって権力と資金の源泉となるからである。つまり、戦争状態が継続することによって、彼らは集団を防衛するという名目のもとに権威と権力を維持し、また略奪の正当化根拠を得ることができるのである。

ブレイスウェイトは、このような状況においては、伝統的な国家間外交

Larry Tifft (eds.), *Handbook of Restorative Justice : A Global Perspective* (Routledge, 2006) pp387-400.

(71) 今日の紛争の性質について、See Mark Duffield, *Global Governance and the New Wars* (Zed Books, 2001); Mary Kaldor, *New and Old Wars : Organized Violence in a Global Era* (Polity Press, 1999) (メアリー・カルドール (山本武彦ほか訳)『新戦争論；グローバル時代の組織的暴力』(二〇〇三年))；John Paul Lederach, *Building Peace : Sustainable Reconciliation in Divided Societies* (United States Institute of Peace Press, 1997).

(72) See Lederach, *supra* note71, at 13.

は有効ではないとする⁽⁷³⁾。伝統的な外交においては、権力のヒエラルキーが確立しており、軍事力と比べて政治的・文化的・社会的権力は二次的であるという想定がなされてきた。しかしながら、今日、紛争を抱える社会は、派閥化（factionalization）と力の拡散（diffusion of power）⁽⁷⁴⁾という特徴を有している。そのような状況において従来の手法を適用したとしても不十分であり、時には逆効果ですらある。今日、紛争解決のために必要とされているのは、エリートによって遂行される国家間外交ではない。人々の傷を癒し、相互不信を解消し、さらには軍閥に対して戦争の遂行が長期的に見た場合、彼らの利益にならないことを説得していくこと—これらの方法こそが今日の紛争解決において必要とされている。それゆえ、ブレイスウェイトは、修復外交は、共和主義の理念に沿うだけでなく、まさに現代の紛争を解決するための、もっとも有効な手段であるとするのである⁽⁷⁵⁾。

この修復外交が、修復的司法の手法を国際関係の場に適用したものであることは一目瞭然であろう。それは、市民による対話、構造的な不平等への視線、相互理解と主体的な解決などを、その主たる特徴としているのである。

（ii） 応答的グローバル規制戦略（responsive global regulatory strategy）と修復外交

ところでブレイスウェイトは、修復外交がすべての国際問題を解決する手段であると主張したり、修復外交において権力的な契機が消え去るなどと主張しているわけではない。ブレイスウェイトによれば、修復外交は軍事力・経済力が背後に控えていてこそ、実効性をもつものであるとされる⁽⁷⁶⁾。もっとも、これは武器をちらつかせながら紛争当事者の譲歩を引

(73) See Braithwaite, *supra* note5, at 170, 187-8.

(74) See Lederach, *supra* note71, at 14.

(75) See Braithwaite, *supra* note5, at 180-5.

(76) *Id.*, pp194-6.

出すなどということを意味しない。むしろ、そのような行為は、修復外交の実効性を損ねてしまう。軍事力や経済力はあくまでも背景にあって、最終的な場面において謙抑的に行使される可能性があるものであってこそ、その効果を発揮するものなのである。

したがって、修復外交は応答的規制戦略を国際政治に適用したものとしての応答的グローバル規制戦略のもとにあり、国際紛争解決の諸々の手段のうち、つねに先頭にあるべきものである⁽⁷⁷⁾。そして、その第一の担い手は地球市民なのであるが、国際機関、国家、および企業もこれに貢献できるのであり、彼らの分業と相互協力が修復外交を成功させる鍵となる⁽⁷⁸⁾。そして、応答的グローバル規制戦略は、修復外交が失敗した場合には、警告、経済制裁、最終的には軍事介入という順序で他の強制的な手段を謙抑的に採用していく⁽⁷⁹⁾。

2 共和主義と国際政治経済秩序

ブレイスウェイトは、近代共和主義の伝統において三つの主権概念、つまり国家主権・議会主権・人民主権を挙げ、グローバリゼーションの結果として、前二者が衰退し、人民主権の重要性が高まってきたことを指摘する⁽⁸⁰⁾。グローバリゼーションの流れの中で、一部の大国、企業主権や国際犯罪組織などによる支配がグローバルなレベルで展開している現状においては、一国内での戦略を考案・実施しているのでは、目的は到底達成され得ない。したがって、本当に非支配の実現を目指すのであれば、地球規模での戦略を構築する必要がある。このようにして、ブレイスウェイトは、共和主義の原理の適用の場を国内から地球社会へと広げ、応答的グローバル規制戦略・修復外交の議論を展開したのである。そこでは、地球政

(77) *Id.*, p202.

(78) *Id.*, pp191-4.

(79) *Id.*, pp194-5.

(80) See John Braithwaite & Peter Drahos, *Global Business Regulation* (Cambridge University Press, 2000) pp602-9.

府まではいかないにしても、地球的な法秩序が思い描かれているのである。

ここでの、ブレイスウェイトによる人民主権の取り扱い、彼がペティットの「弟子」であることを、よく示している⁽⁸¹⁾。彼にとって、人民主権とは直接民主主義を意味するものではない。それは能動的な地球市民による国際政治経済過程への参加を通じての、地球社会の諸権力の抑制と均衡を目指す共和主義的民主主義（republican democracy）なのである⁽⁸²⁾。そして、人民主権の働きを通じて、構造的な不平等が告発され、その修正が図られていくことになる。なぜなら、すでに、前章のペティット理論の概観において見たように、構造的な不平等こそ、非支配としての自由を蝕むものだからである。

この人民主権の働きをもっともよく表すという役割を、現時点で与えられているのが、修復外交などの、修復的司法プログラムの地球政治版であることはいうまでもない。しかしながら、ここで注目すべきは、修復的司法のレベルにおいて、ブレイスウェイトはかつて、それが社会正義の闘いにとって重要ではないと考えていたという事実である⁽⁸³⁾。ここから、応答的規制戦略におけるのと別の形での、ブレイスウェイトの、共和主義への態度と修復的司法プログラムへの態度との相違の一端が垣間見られるように思われるのである。

(81) 次の文献も参照。See John Braithwaite, 'Democracy, Community and Problem Solving,' Paper presented at the Building Strong Partnerships for Restorative Practices conference. Burlington, Vermont, August 5-7 (http://www.restorativepractices.org/library/vt/vt_brai.html).

(82) Braithwaite & Drahos, *supra* note80, at 611.

(83) See John Braithwaite, 'Restorative Justice and Social Justice,' in Eugene McLaughlin et al (eds.), *Restorative Justice Critical Issues* (Sage Publications, 2003) pp157-8 (本稿は、Source Saskatchewan Law Review, vol.63, no.1 (2000) pp185-94に掲載されたものを再録したものである)

四 若干の検討

1 共和主義と修復的正義

以上の記述から見えてくるのは、ブレイスウェイトは、(もし無理にでも一貫させるのであれば) まずもって (リベラル・リーガリズムよりも直接民主主義の近くにいる) 共和主義者で、そのことを前提とした上での修復的司法プログラム活用論者であるが、修復的正義論者であるとは、断言しにくいということである。ブレイスウェイトの議論は、不正義の感覚、素朴な民主主義的情熱の近くに位置し、自らもその運動の中に身を投じているものの、その視線はあくまで行動する社会学者のものであり、それに裏打ちされた、プラグマティックな共和主義者のものである。あえて誇張した言い方をするのであれば、ブレイスウェイトは、帰結主義的共和主義者をやめることは、決してできないが、修復的司法プログラム活用論者をやめることは、いつでもできるであろう。

上において、「断言しにくい」と述べた。率直に言って、ブレイスウェイトの理論は、それほど体系的であるとはいえない。彼の議論の道筋は、しばしば、その戦略的な感覚に基づく筆遣いによって、ぼやかされてしまう。その一方で、公式的な(悪くいえば、スローガン的な)言明はいやに明確に見えてくる。これは、戦略的な姿勢のせいであるといえよう。ブレイスウェイトの「理論」が一応の体系性を具備できているのは、既述のように、ペティットの共和主義理論のおかげである。その意味においても、彼は、修復的正義論者とは呼称しにくい。

もちろん、実践的な気遣いが、ブレイスウェイトの理論に大胆さと躍動感を与えていることは否定できない。そもそもペティットの共和主義理論自体が、徹頭徹尾、実践的な配慮のもとに成り立っている。しかしながら、戦略に体系性を付与し、その自己批判を容易にするという理論の役割

についてもっと真剣に考えるとすれば、体系性にもっと拘ってみることもあながち無駄なこととはいえないように思われる。むしろ、Restorative Justice 論の場合、体系性に拘った方が、その実践の根底にあるものをよりよく把握することが可能になるのである。それは、どちらかという実践的な問題意識に支配されていた、これまでの修復的司法の実践と理論が、世界的な修復的司法の「成功」によって、かえって混迷の度合いを深めていることから傍証されるであろう。

それでは、Restorative Justice の実践と理論の根底にあるものとは、一体何であろうか。ここで、「Restorative Justice は、なによりもまず、修復的正義である」という、私の、従来の主張を繰り返すことにしたい⁽⁸⁴⁾。修復的司法に先立つ修復的正義とは何かということについて、この小稿において詳しく検討することはできないが、その核心を概括的に述べるのであれば、次のようになる。つまり、修復的正義の最大の特徴は、不正義の存在を告発する声に耳を傾け、そこから生じてくる疑問を、当事者の一員として、内在的に受け止めようとする点にある。極言するならば、修復的正義とは、不正義の感覚および疑問の意識の中に、当事者として踏みとどまろうとする意思そのものである。そして、修復的正義は、あらゆる政治理論・法理論に先立つものである。それを、シュクラ（Judith N. Shklar）にならって⁽⁸⁵⁾、修復的な、不正義への注視の感覚ないし実践と呼んでもよい。あらゆる政治運動論も制度論も法理論も、この核心部分に、後から付随するものであるにすぎない。

(84) 拙稿・前掲論文（注49）61—62頁、拙稿・前掲論文（注38）24—25頁、注1参照。また、その内容は様々であるが、修復的正義ということを唱えるものとして、西村春夫「修復的司法の理念、実態、正当性」細井洋子他編『修復的司法の総合的研究：刑罰を超え 新たな正義を求めて』（風間書房、2006年）9頁、吉田・前掲書（注3）371—379頁などを参照。もっとも、拙論が、プレイスウェイトにおける修復的価値と修復的プロセスの区別のように、修復的正義と修復的司法を一端、区別することに注意。

(85) See Judith N. Shklar, *The Faces of Injustice* (Yale University Press, 1990).

もちろん、このことは政治理論・法理論の重要性を、全く否定しない。それどころか、これらのバックアップがなければ、修復的「正義論」も、そもそも成り立ち得ない。ここで強調したかったのは、次のことである。つまり、戦略的な思考や法システム内部での文脈的な思考に移行する前に、理論がそこから出発しなければならない地平があるということ、そして、それは、当事者の視点という地平であるということ、これである。修復的正義は、まさにそこに位置するということは、上の記述から、すでに明らかであろう。

2 分裂するブレイスウェイト——直接民主主義と共和主義の狭間で——

既述のように（第二章第三節第二款（a）参照）、ブレイスウェイトは、修復的価値基準と修復のプロセスを区別し、さらにその後、修復的価値基準の内容を改変している。つまり、修復的価値基準を三グループにわけ、第一のグループに、非支配、エンパワーメント、敬意ある傾聴、全ての利害関係者への平等な気遣い、説明責任・裁判所への提訴可能性、法的に明記された刑罰の上限の尊重、世界人権宣言などに規定された基本的人権の尊重を、第二のグループに、以前、修復的価値基準としてリストアップしたものを、第三のグループに、不正義への自責の念、謝罪、行為の非難、赦し、赦免を分類しているのである⁽⁸⁶⁾。

まず、疑問とすべきは、第一のグループの内容は明らかにペティット流の共和主義のものであるが、共和主義刑事司法論の諸原理（とくに四つの補助原理）を明らかにし、その上で、応答的規制戦略と規制ピラミッドを図式化した時点で、ある程度、分かりきった話であるはずなのにもかかわらず、何故、今頃、再定式化したのかということである。もっとも、この疑問に対しては、共和主義刑事司法論を応答的規制戦略へと一般化し、そ

(86) 本稿、注63参照。

の手法の一部に修復的司法プログラムを参入させ、そして、諸手段の順序を明らかにした規制ピラミッドを構築し、理論の全容を整えた今、錯綜した議論を整理し、基準をさらに明確なものにするために必要であったという回答をなすことが可能であろう。しかしながら、それならば、さらに、何故、修復的価値基準というネーミングなのかという疑問が出てくる。単に議論を見やすくするためという回答は無意味である。なぜなら、そのネーミングによって、議論はむしろ、見えにくくなっているからである。共和主義の原理を「修復的」と呼ぶのは何故か、応答的規制戦略・規制ピラミッドとの関係はどうするのか、より精緻な修復概念を、これから創り出すのか、そうではなく、純粹モデル的な修復的司法の原理を、つまり直接民主主義的な原理を基本とするということであるとすれば、共和主義は、一体どうになってしまうのか、などといった諸々の疑問に対して、明確な回答を期待することはできなそうである。また、単に修復的プログラムを評価するための基準として作成したリストだからという回答も承認し難しい。純粹モデルをとり、そのプログラムのもつ危険性を押さえるための基準、プログラムが共和主義の枠を飛び越えないか、それでいて成果を出しているかを測定するための基準を定式化するだけだったら、何も修復的価値基準などというネーミングはいらない。端的に、共和主義的価値基準、ないし応答的規制戦略基準で十分である。いたずらに「修復的」の語を冠することは混乱をもたらすだけである。

では、何故、ブレイスウェイトは、プログラムの評価基準に「修復的」の語を冠したのであろうか。事は、上記のように、単に修復的プログラムを評価するためのものだからというに止まらない。そこには、ブレイスウェイト自身の内的分裂が映し出されているといってよいのかもしれない。つまり、純民主主義的情熱と純戦略的な思考との間の、さらに正義感に突き動かされるブレイスウェイトと冷徹な戦略家のブレイスウェイトとの間の分裂である。ブレイスウェイトは、かつて、その社会学的探求や実践を通じて、社会に、人種、ジェンダー、階級などの構造的な問題が存在し、

消極的な自由概念ではそれに対処できないことを見て取っていた。普遍的な価値の輝きにのみ目を奪われているのでは問題は解決せず、まずその文脈（オーストラリア社会の、あるいは非西欧型社会のそれ）を真摯に受け止める必要があることを痛感し、不当な支配からの解放と直接民主主義的な政治を求める情熱を掻き立てられたに違いない。しかし、同時に、彼はあまりにも現実主義的であった。放埒へと墮落する危険のある解放への要求、同質性を前面に出しやすい直接民主主義、そして非西欧型社会あるいは親密なコミュニティの問題性を十分認識し、それらの手法の効果の限界をも認識していた。そこで出会ったのが、消極的自由とも積極的自由とも違う観点、社会正義・参加だけでなく、とくに自己抑制の観点を備えた自由概念を掲げる共和主義であった。しかも、その共和主義は、戦略的な思考に富む帰結主義的共和主義であったのである。しかしながら、その自由概念や社会正義への配慮に惹かれつつ、同時に、彼は、そのリーガリズムに違和感を覚えていたはずである。それが、若干顕在化してきたのが、近年の修復的価値基準のネーミングだと解するのは、読み込みすぎであろうか。もし、そこまで読み込まないとしても、理論における分裂状態を解消するためには、ブレイスウェイトは、共和主義者であることをもう一度、自覚・明言し直すか（その場合には、修復概念の重要性は後退し、修復のプロセスの道具性がより強調されることになろう）、あるいは、単に戦略上の利益・便宜という観点だけでなく、修復概念それ自体に価値を見出すことが必要となるであろう。そして、後者の道、修復的正義への沈潜こそが、彼の民主主義的傾向からして、内的分裂をよりよく解消させる道であると推測される。なぜなら、それは民主主義的情熱それ自体と、より真摯に向き合うことを可能にするからである。

以上、修復的正義の観点から、ブレイスウェイト理論の体系性・深度について、若干の疑問を提示した。ブレイスウェイト理論が現時点で抱える矛盾と錯綜を超え、その長所を最大限に引き出すためには、今後、修復的正義・修復概念についてのより精緻な考察、政治理論・法理論・国際関係

論などの各領域の意識的な連携などといった作業が必要とされるであろう。それは、ブレイスウェイト理論の否定ではなく、修復的司法論の批判的發展の一環であることをここに明記し、別稿において、さらに作業を進めていくことにしたい。