

目次

- 第1部 刑法の基礎
  - 第1章 刑法のコンセプトに関する一試論
  - 第2章 刑法理論と政治哲学
  - 第3章 刑法の倫理性
  - 第4章 犯罪化論の試み
  - 第5章 犯罪化と法的モラリズム
  
- 第2部 刑罰の諸問題
  - 第1章 刑罰の定義
  - 第2章 目的刑論の批判的検討
  - 第3章 応報概念の多様性
  - 第4章 刑罰と非難
  - 第5章 刑罰論と人格の尊重
  - 第6章 英米におけるハイブリッドな刑罰論の諸相
  - 第7章 刑罰論と公判の構造
  - 第8章 共同体主義と刑罰論
  
- 第3部 犯罪予防へのまなざし
  - 第1章 防犯カメラに関する一考察
  - 第2章 自由と安全は両立するか
  - 第3章 安全の論理と刑事法の論理

## 1 全体の構成

本書は刑法基礎理論の諸問題を論じたものであり、全体は3部構成となっている。「第1部 刑法の基礎」では、刑法規範の性格や刑法と倫理の関係といった古典的な問題と犯罪化論という現代的な問題を取り扱っている。「第2部 刑罰の諸問題」では、刑罰に関するメタレベルの問題を中心に多様な問題を取り上げている。「第3部 犯罪予防へのまなざし」では、近時強まっている犯罪予防の要求と刑事法に関する問題を取り扱っている。

個別に取り上げられているトピックはさまざまであるが、各人がそれぞれに自由な人生を謳歌し、それをお互いに尊重し合うような社会における刑法のあり方とはどのようなものであろうか、という問題意識が全体に通底している。そして、その分析の起点に、自由に共通の価値を認める自律した理性的主体たる人格としての諸個人によって構成されている共同体において刑法はいかなる役割を果たすであろうか、という思考実験を据え、近代刑法の中核にある思想に忠実な刑法のあり方を粗描するとともに、そこに潜むアポリアを剔抉することを試みている。

## 2 「第1部 刑法の基礎」の概要

「第1章 刑法のコンセプトに関する一試論」では、上述した問題意識に基づいて、刑法の概念分析を行っている。まず、いわゆる命令モデルへの批判を手掛かりとして、法と実力による強制とを区別するためには、刑法は責務の要求を含んでいなければならないということが導かれ、それは個人の自律性・主体性の尊重という観点からも支持されるべきことが示される。次いで、その責務の内容を支える理由の分析が行われ、法は、その名宛人に対し、ただ、名宛人自身が自己の行為を自らの判断で一定の方向に向ける誘因となるような計算的な理由を提示できれば十分だというわけではなく、その要求自体が正当なものであるということを名宛人自らが理解でき、また、その理解に従って名宛人が自己の行為を自らコントロールするようになることを求めるに足る理由も提示できなければならない、と主張している。ここでは、法が達成しようとする目的それ自体が、個人の自律性・主体性を尊重する手段によってしか達成できないという形で内在化されていなければならないということが示される。最後に、刑法は、名宛人に対して共同体の共通善に奉仕するという理由により正当化される責務を課し、その正当性を名宛人自らが理解し受容することを通じて、各人が自らその責務の要求に合致する行動をとるようになることを求める点で、共同体の価値と内在的に結びついていることが示される。

「第2章 刑法理論と政治哲学」では、刑法理論と政治哲学の関係性が検討される。従来の刑法学は自由主義を当然の前提としてきたが、刑法理論と自由主義との間にどのような結びつきがあるのかは十分には検討されてこなかったという事実認識の下、まず自由主義の編み直しが図られる。その際、個人の自由、自律、プライバシーといった自由主義にとって中心的な価値を共通に支持している人々によって構成されている自由主義的共同体とい

う概念を導入することにより、自由主義を、様々な価値観の対立を一定の公的な価値の観点から権力的に調整することを正当化する公共性の哲学として再編することが試みられる。次いで、このような自由主義的共同体における刑法の意義が検討される。まず、刑法規範の性格については、名宛人に対して一定の行為を「禁止」あるいは「命令」する規範とみる一般的な見方を退け、刑法は、犯罪とされる行為が共同体の価値の観点から見て不正な行為であるということを宣言し、そして、必要があればその不正さを改めて想起させることを通じて、人々が共同体の価値を内面化することにより自生的な秩序が形成されることを期する規範だとする見方が示される。次に、犯罪の本質に関しては、それが直接的な被害者の価値のみならず共同体の価値も侵害するものであるが故に公的に非難される不正行為となるのだということが示される。最後に、刑事法全体を通じて、様々なコミュニケーション的な要素が重要な意味をもつとの主張が展開されている。

「第3章 刑法の倫理性」では、刑法と倫理の峻別を解く通説的な理解に対する批判的な主張が展開されている。刑法の没倫理化を支えている論拠として、①危害原理、②価値観の相対性、③個人の尊厳、の諸点を取り上げ、検討を加えている。まず、J.S.Millに由来する危害原理に関しては、これも一つの道徳理論ないしは倫理学説であり、危害原理を引き合いに出すだけでは倫理や道徳の問題から解放されることにはならない。危害原理は、「他者に危害を加えてはならない」という道徳的主張であるから、これを正当化根拠とする刑法は、そのような道徳を強制するものである。次に、価値観の相対性に関しては、この主張を徹底すれば、価値観は相対的であるという主張そのものの正当性も相対化される結果、この主張は説得力の乏しいものとなる。この問題性は、「国家の価値的中立性」という視点を導入しても免れることはできない。最後に、個人の尊厳については、刑法と倫理の峻別を解く見解は刑法が個人の内心に介入すべきでないことを個人の尊厳によって基礎づけようとするものであるが、そのような見方は個人の尊厳を刑法を外在的に制約する原理としてとらえ、刑法に必須の内在的要素とは見ていない点で不十分であるとの主張が展開される。

「第4章 犯罪化論の試み」では、これまで処罰の対象とされていなかった行為を新たに刑罰法規を設けて処罰の対象にすることを犯罪化と呼び、その犯罪化の正当化条件の総体を体系的に示す犯罪化論の構築に向けた試論が展開される。犯罪化のプロセスは、4段階に分けられる。第1段階では「国家の介入の正当性」が審査される。ここでは国家的介入の正当化根拠が問われる。第2段階では「犯罪化の必要性」が審査される。ここでは、刑法以外により侵襲度の低い手段でその行為を効果的に規制することができないかが問われる。第3段階では、「全体的な利益衡量」が行われる。この段階では、犯罪化した方が犯罪化しない場合と比べて明らかにプラス要因が多いということが示されなければならない。第4段階では、「刑罰法規施行後の検証」が行われる。この段階では、立法段階での評価・判断の当否と、制定された刑罰法規それ自体の客観的な正当性が問題とされる。

「第5章 犯罪化と法的モラリズム」は、法的モラリズム批判の文脈で実際に問題とされていることはどのようなことなのかの分析を通じて、犯罪化論の構築に向けた示唆を得よ

うとするものである。問題は3つに分けて分析されている。第1は、「道徳的不正さは犯罪化を正当化するための十分条件か？」という問題である。この点に関しては、これに否定的な解答を与えたとしても、それは法的モラリズムにとって致命的なものではないとの見方が示される。第2は、「道徳的不正さは犯罪化を正当化するための必要条件か？」という問題である。この点に関しては、これを否定することは困難であるということが示される。道徳的に不正とはいえない行為の犯罪化を正当化することは困難である。第3は、「道徳的不正さは犯罪化の積極的な理由となり得るか？」という問題である。第2の問題において、道徳的に不正とはいえない行為の犯罪化を正当化することは困難であるとの帰結に至ったとしても、道徳的不正さは犯罪化を限定する消極的な理由であり、犯罪化を推進する積極的な理由ではない、とすることも可能であり、この点が従来の法的モラリズム批判の中心的な論点であったとみられる。法的モラリズムの諸主張は、いまだこの3つの問題に十全な解答を与えているとはいえないが、他方で、法的モラリズムを単に批判するだけでは犯罪化論の進展は見込めない。

### 3 「第2部 刑罰の諸問題」の概要

「第1章 刑罰の定義」では、従来あまり自覚的に論じられることのなかった刑罰の定義の問題を取り上げている。認識と正当化の区別及び問題点の明確化に役立つことに留意しつつ、刑罰の構成要素が分析される。結論として、刑罰は、次のような要素の総体として定義される。①一般に、人に害を与える性質のものでなければならない（有害性）、②その害は、意図的に与えられるものでなければならない（意図性）、③法が犯罪として規定した行為を実際に行った者、あるいは、行ったと考えられる者を対象とするものでなければならない（法違反対応性）、④その犯罪を理由とするものでなければならない（応報性）、⑤犯罪に対する非難を表現するものでなければならない（非難性）、⑥その法システムによって設けられた権限ある機関によって行われるものでなければならない（有権性）、⑦その法システム内で定められた手続に則って行われるものでなければならない（手続性）。このような定義から、私たちが刑罰の正当化について考える際、どのような問題に取り組みなければならないのか、ということに関して、いくつかの示唆が得られる。すなわち、「このように相手方に意図的に害を与える取り扱いをすることが許されるのか、許されるとすればその理由は何か？」（道徳的正当化）、「どうして、私人（例えば、犯罪の被害者や自警団など）ではなく、国家が刑罰を科すのであろうか？」（政治哲学的正当化）、「ある行為を犯罪とすることの正当化根拠と、その行為を非難するものとしての刑罰の正当化根拠との間に道徳的次元における関連性を見出した上で、犯罪論と刑罰論を架橋するという課題」「刑罰が備える諸要素に相応しい手続はいかなるものか？」（[刑事] 法学的正当化）がそれである。

「第2章 目的刑論の批判的検討」では、目的刑論には「目的論 (teleology)」の思考（まず善を定義し、それを促進するものを正しいとみる考え方）が見られ、そこから、刑罰の正当性を判断する基準は、犯罪予防という「結果」に依存するという「結果主義

(consequentialism)」が、その基底論理になっているとの認識を出発点にして分析が進められる。目的刑論がこのような論理構造をもつことから、そこには仮言的判断と総量主義という特徴がみられ、結果的に全体の利益のために個人を犠牲にするものではないか、という批判が繰り返し提示されてきた。近時、このような批判にこたえようとする試みとして、刑罰効果の極大化という視点を導入する見解、ルール功利主義、応報的要素によって犯罪予防目的の追求を限定しようとする見解などが主張されているが、いずれも十分な説得力を有しているとはいえない。犯罪予防などの好ましい結果の最大化という観点から逆算する考え方では、どうしても財やコストの配分に関する原理が抜け落ちてしまい、最終的に誰かある個人の犠牲の上に全体の利益が増大することを是認してしまうおそれがある。また、結果主義を修正し、個人の自由を害しない限度で犯罪予防目的の追求を図る見解は、自らの自由な選択に基づいて犯罪行為に出ない限り、全ての人に行動の自由を保障し、自らの意思で生活設計を立てる公平な機会を提供する点で、配分的正義に対する配慮がなされているが、その自由に対する尊重が刑罰を外在的に制約する意味しかもたず、刑罰の内在的要素とはならないと見る点で、現に犯罪を行った者に対する道徳的配慮が十分ではないように思われる。

「第3章 応報概念の多様性」では、応報概念の多義性を指摘し、種々の応報概念が真に応報と呼ぶにふさわしい内実を備えているかどうかを検討される。応報は、その内容において回顧的なものでなければならず、かつ、回顧的な観点から刑罰が正当化される積極的な理由を内包するものでなければならないということが考察の前提とされる。具体的には、「タリオの法則」「消極的応報」「応報感情」「当然の報い desert」「フェアプレイ理論」「非難」が分析されるが、いずれも問題を抱えている。「タリオの法則」は刑罰の正当化根拠を示すものではない。「消極的応報」は、その内実が明らかではないか、あるいは、展望的な関心に基づいているか、いずれかである。「応報感情」は、単に特定の感情があるということが刑罰の正当化根拠になるとは思われず、応報感情の満足に焦点が合わせられるとすればそれは展望的な関心に基づくものである。「当然の報い desert」は、その内実が不明確であり、結局は「罪を犯した者は処罰されるべきである」という直感に訴えかける以上のものではないのではないかという疑いがある。「フェアプレイ理論」は、犯罪者が獲得したとされる「不公正な利益」とは何なのか明らかではない、犯罪の不正さに関する理解が歪んでいる、展望的な関心に基づいているといった問題がある。「非難」を重視する見解については、非難をなぜ刑罰という厳しい取り扱いを通じて表現しなければならないのかが十分に説明されておらず、また、展望的な関心を基礎にしている疑いがある。結局のところ、これまで唱えられている種々の応報概念は、真に応報と呼ぶにふさわしい内容を備えていない。

「第4章 刑罰と非難」では、刑罰には非難の意味が込められているという言説を、「他者を自律した理性的主体として尊重する」という要求と整合する形で理解することができるかどうかを検討している。非難は、不正行為をきっかけとしてなされる一種の道徳的コミュニケーションであるとの理解に立ち、非難は、不正行為者に対して、その行為に関する非

難者側の道徳的判断を伝えるものであり、そのような判断を伝える主たる理由は、不正行為者に対して、その道徳的判断を受容させ、それによって自らの行為を変えていくように説得するという点にあるとの見方が示される。刑事法にもそのような道徳的コミュニケーションの要素が含まれている。刑法は、市民に対して、一定の行為が不正であることを宣言しているが、これは、刑法が、共同体の価値によって基礎づけられた規範的言語を通じて市民に不正行為を自制するよう語りかけるという一種のコミュニケーション的な要素を内在していることを示している。刑事裁判も、不正を告発する側と、不正を行なったとして告発される側との間で、その不正行為の存否とそれに対する価値判断をめぐってなされるコミュニケーション的な企てである。不正行為の存在が確認され、有罪判決が下されたならば、それもまた、被告人に対して、彼が行なった不正行為を理由とした非難を伝達するものである。問題は刑罰である。刑罰が犯罪者に対して非難を伝達することができることは確かであるが、刑罰は「厳しい取り扱い」を含んでいる点でコミュニケーション的な要素とは異質のものを含んでいる。この点を、抑止、打算的な補充、目的論的コミュニケーションといった観点から説明しようとする見解がみられるが、いずれも成功しているとは言い難い。ここには理想と現実のはざままで刑罰制度をどのように理解すべきかという根本的な問題が潜んでいる。

「第5章 刑罰論と人格の尊重」では、人格の尊重という概念が刑罰論においてどのような意義をもちうるかが検討されている。まず、刑罰システムの可謬性や、刑罰以外の場面でも社会全体の効用を増大させるために人を手段として利用している場合があるということを描いて、刑罰論において「人格の尊重」を要求することは無意味であると主張するのは早計であることが確認される。次いで、無実の者を処罰することが許されない理由、罪を犯した者をどのように遇すべきか、刑罰は非難の意味をもつということをどのように理解すべきか、刑罰が害の賦課を伴っていることをどのようにして正当化するか、といった諸点について、人格の尊重の要求との整合性が探求されるが、結論において、人格の尊重の要求に忠実な刑罰論とはどのようなものなのかは明らかではない。ここにも、刑罰論における理想と現実のギャップにまつわる問題の一側面が表れている。

「第6章 刑罰論と公判の構造」では、刑罰の理解と公判の構造との間にはどのような関係があるのかが検討されている。現行の公判の弾劾主義・当事者主義という構造的特徴を踏まえた上で、刑罰論との関係について見た場合、おそらく多くの見解は、現行の公判は、科刑目的の達成を制約するということに力点を置いて構造化されていると考えていると思われる。このような見方に特徴的なのは、無実の者が誤って有罪とされる危険を回避するという観点を重視する点である。しかし、このような見方には、公判における被告人の主体的地位の保障と刑罰の実現とを対抗的に捉えている点、並びに、刑罰の目的をそれを科すための手続とは独立したものとして捉えている点において問題がある。そこで、刑罰の目的と公判の構造との間に内在的な結びつきがあることを示し、その内在的な結びつきとの関係で被告人に主体的地位を保障することが必要となる、ということ論証するという方向で論

が進められる。その結論を要約するならば、以下のようになる。刑罰は、犯罪によって侵害された共同体の価値を回復し、人々の共存を可能にする社会関係の維持を目的とするものであり、そのために犯罪者を非難する。公判は、この非難の意味・正当化を巡って、被告人、共同体、被害者の間で交わされる理性的なコミュニケーションの場である。被告人に公判において主体的地位が保障されているのは、そのようなコミュニケーションを充実させるためである。他方で、被告人に、自己負罪拒否特権が認められ、その点で公判への積極的な参加を法的に義務づけていないのは、法的な義務づけ＝強要は、公判におけるコミュニケーションの目的の一つである、被告人自身による共同体の価値の内面化を達成するのに不適当なやり方だからである。

「第7章 共同体主義と刑罰論」では、刑罰論と政治哲学の関係を考える一コマとして、共同体主義というひとつの政治哲学的主張が刑罰論に及ぼす可能性のある影響について若干の考察が加えられている。共同体主義の特徴として、①原子論的人間観を批判し、個人は何らかの共同体のなかでその共通価値の追求に参加することではじめて自己のアイデンティティを確立する存在であるということ強調する、②政治的価値として「共通善」の実現を重視する、③人々が公共心を陶冶する場として、また、様々な社会問題の解決が図られる際の優先的な管轄権が与えられる場として共同体を重視する、という点を挙げ、それぞれの点が刑罰論にどのような影響を及ぼし得るのかを検討している。①との関連では、共同体主義が主張するような人間観を前提として、従来、刑罰について論じようとする者を悩ませてきたカント主義的アポリアが解消されるという主張がなされる可能性があること、および、共同体主義的な人間観は、刑罰の担い手の捉え方に影響を及ぼす可能性があることの2点が指摘される。②との関連では、共通善の重視は、刑罰が有する公的な性格をよりよく理解する助けとなりそうである反面、刑罰を容易く道徳の強制手段に転化させてしまうのではないか、という危惧を感じさせるところもある、ということが指摘される。また、①の人間観と共通善の重視とが結びつくならば、非常にパターンリスティックな刑罰論に至ることが予想される。③との関連では、刑罰論において共同体を重視することは、犯罪に対するインフォーマルな対応を促進することにつながる可能性があること、および、共同体概念は「内」と「外」の区別を連想させるが、この点を強調すると、場合によっては極めて抑圧的な刑罰観につながる危険性があることが指摘される。結論として、共同体主義の主張は正論ではあるが、共同体主義には卓越主義的性格が付随している点に鑑み、これを現実の刑罰制度の基礎とすることには躊躇せざるを得ない。

#### 4 「第3部 犯罪予防へのまなざし」の概要

「第1章 防犯カメラに関する一考察」では、防犯カメラの問題性を匿名性という観点を加味したプライバシーとのかかわりで考え、主として警察が主体となって行う場合を念頭に置きながら、防犯カメラの使用条件について検討が加えられている。その結果、防犯カメラの使用が正当化されるためには、①使用目的を犯罪予防に限定すること、②犯罪発生の際

然性が認められ、また、犯罪抑止効果が見込まれる場所への設置に限定すること、③カメラの存在を外部から認識できる状態にすること、④録画された画像データの保存期間を防犯目的を達成するために必要だと考えられる合理的な期間に限定し、それ以降は確実に消去すること、⑤録画された画像データの再生・調査を犯罪発生が認知された場所及び時間に限定すること、⑥これらが遵守されているかどうかを適切にチェックする手続が用意されていること、といった要件が充足されていなければならないであろうという一応の結論を得たが、現実には防犯カメラ使用の許容範囲が、漸次、拡大していく方向での状況の変化が生じている。すなわち、犯罪に対するリスク意識が増大し、かつ、普遍化したことによって、犯罪予防の要求が高まる中で、防犯カメラ使用の許容範囲が拡大していく傾向が認められる。このような傾向は一概に否定されるべきものとはいえないが、防犯カメラがもつ社会的意味にも注意を向ける必要がある。防犯カメラは、自分の予期通りに他者が行動するであろう（つまり、犯罪を行わないであろう）ということに対する事実上の期待を確保するというレベルでは他者への信頼を生み出すかもしれないが、犯罪を行わない理由に関する規範的な了解に基づいた他者への信頼を創出するわけではない。私たちは、その点をよく弁え、防犯カメラの必要性・有用性を認めながらも、同時に、一定の行為が犯罪として不正なものと評価される理由に関する共通の規範的な了解を形成する営みを継続していかなければならない。

「第2章 自由と安全は両立するか - リベラルなコミュニティの可能性を考える -」では、コミュニティという概念をキーにしながら現在の治安対策について分析を加えている。コミュニティ志向型の治安対策を正当化するためには、少なくとも二つの問いに答えなければならない。「コミュニティ」という概念に付着している抑圧的なイメージをいかにして払拭するか、及び、仮に「個人の自由」と両立し得るコミュニティの在り方を理念として示すことができたとしても、その理念と現実とのギャップをどのように考えるか、というのがそれである。この問いに答えるために、自由社会において基底的な価値とされる自由、自律、プライバシー、寛容といった諸価値を共有する者によって構成されるコミュニティ、すなわちリベラルなコミュニティというものが構想されるが、そのようなコミュニティが存立し得るためには、その構成員の信頼を確保することが不可欠である。この信頼は一種の社会資本 social capital である。この信頼の構築という観点から、防犯環境設計、地域住民主体の防犯活動、割れ窓理論などの治安対策が分析される。

「第3章 安全の論理と刑事法の論理」では、安全を基軸として展開される近時の犯罪対策と伝統的な刑事法の考え方の関係について分析が加えられている。考察の前提として「安全」概念に一定の分析が加えられ、それを踏まえて、安全の論理と伝統的な刑事法の論理との間に、次のようなズレを見出す。すなわち、犯罪を逸脱行為と見るか通常の行為と見るか、犯罪以前に介入するか犯罪以後に介入するか、不特定の将来の脅威を対象とするか具体的に特定された法的な犯罪を対象とするか、犯罪予防手段の違い、犯罪予防の担い手の違い、効率性を重視するか適正性を重視するか、といった点がそれである。これらのズレから読み



取られる伝統的な刑事法（学）が直面している課題として、犯罪予防への関心を刑事法の中にどのようにしてとり込んでいくべきか、民刑分離の意義の再検討、犯罪予防における警察の活動をどのように捉えるか、インフォーマルな次元とのつながりをどのように考えるか、刑事法の存在理由の再確認が指摘される。他方で、安全の論理には、犯罪に関するリスク評価がどの程度信頼に足るものか、実際に講じられた犯罪予防策の効果測定、リスク評価及び犯罪予防効果の説明責任、過剰な介入を制約する原理、安全の「公共財」としての性格が見失われないか、といった問題があることも指摘される。このような認識から、刑事法の核心的な部分を維持しながら、増大する安全の要求に応える術を開発していくことの必要性が説かれる。