

刑罰から損害賠償へ

—— R・バーネットの「純粹損害賠償」論 ——

橋 本 祐 子

はじめに

一 刑罰は必要か

二 R・バーネットの「純粹損害賠償」論

(1) 純粹損害賠償制度

(2) リバタリアニズムによる基礎づけ

三 問題の検討

結びにかえて

はじめに

刑罰は最も典型的な法的サンクションであり、古くから国家権力による社会統制のための手段として機能してきた。

とはいえ、刑罰の限界の認識や現代の法システムにおける法的統制・サンクションの方法自体の多様化を背景に、犯罪に対しては刑罰を科して社会統制を行うという図式にも変化が生じている。例えば、非犯罪化や各種ダイヴァージョンは刑罰の限界に対応するための措置である。⁽¹⁾このような変化の根底には、国家の直接的な実力行使による社会統制が有効で望ましいものなのかどうかを問い直す動きがあるといえよう。さらに、これを原理的なレベルから見た場合、国家機能はどこまで道徳的に正当化可能なのかという、現代正義論の主要な争点へと行き着く。それゆえ、社会統制の手段としての刑罰をめぐる問題を現代正義論の文脈から捉えることは可能であるばかりでなく、必要なのである。

さて、現代正義論において、個人主義的な立場から、国家機能の拡大は私有財産権を含む個人的自由を侵害するものとして批判したのがリバタリアニズム (libertarianism) である。言うまでもなく、リバタリアニズムは決して一枚岩からなる思想ではない。しかしながら、基本的にリバタリアニズムの魅力は、自明視されている国家機能の正当性を問い直し、その代替案を模索する姿勢にあると筆者は考えている。そうであるならば、犯罪に対する当然の法的サンクションとして受け容れられている刑罰制度について改めて考え、代替的な法的統制の方法を検討する際にも、リバタリアニズムの視点は大変有益ではないだろうか。

そこで本稿においては、リバタリアニズムの論客であるR・バーネット (Randy E. Barnett) ⁽²⁾の「純粋損害賠償 (pure restitution)」論を取り上げ、彼が提示する刑罰制度の問題点や代替的な刑事司法システム像について検討する。それによって、現行制度の改善の方向性について示唆を得ることができると考える。たしかに、リバタリアニズムの

刑罰理論には様々なものがあるが、なかでも純粹損害賠償論は刑罰制度を廃止して損害賠償制度へ一元化すべきという非常にラディカルなものである。しかし、ラディカルだからこそ検討に値するといえる。なぜなら、代替案がラディカルであればあるほど、それは現行制度が抱える問題点を浮き彫りにするからである。

次節ではまずバーネットの刑罰批判に目を向け、刑罰は犯罪予防の手段として望ましくもなければ必要でもないという彼の理論的出発点を確認する。続いて、彼が刑罰制度の代替案として提示する純粹損害賠償制度とはどのようなものなのかを示した後、純粹損害賠償論を基礎づけているバーネットのリバタリアニズムの特徴について整理する。リバタリアニズムとの密接不可分な関係を示すことにより、純粹損害賠償制度は単に実務的なレベルの要求に応えるためのものではなく、自由主義的な正義観 (liberal conception of justice)⁽⁴⁾ によって要請されるものであることが窺えるだろう。最後に、純粹損害賠償論が抱える諸問題について検討したうえでその現代的意義を示したい。

一 刑罰は必要か

なぜ、刑罰は必要なのか。刑罰の正当化をめぐるのは、伝統的に応報刑論と目的刑論とが対立し、様々な方法で両者の統合が試みられてきた。しかし、本稿で取り上げるバーネットの純粹損害賠償論は、刑罰制度それ自体を否定し代替的な法システムを提示するものであるから、従来のいずれの刑罰理論にも与するものではない。

もちろん、すべてのリバタリアニズムの論客が全員一致で刑罰制度の完全廃止を唱えているわけではない。⁽⁵⁾ とはい

え、国家刑罰権に基づく刑罰制度は多くの問題点を抱えており原理的には望ましくないとする認識は共通している。つまり、国家による刑罰権独占に対する批判的な態度から出発し、「刑罰制度は必要不可欠なのか」「刑罰制度は代替不可能なものなのか」を問い続ける営みこそが、リバタリアニズムのアプローチなのである。それゆえ、リバタリアニズムの刑罰理論においてまず最初に目を向けなければならないのは、その刑罰批判であろう。以下、バーネットによる刑罰批判をみてみよう。

・犯罪被害者に対する不正義

第一に批判されるのは、犯罪被害者への正義の実現が困難な点である。刑罰制度の下では、犯罪被害者が完全な被害弁償を受けることは非常に難しい。というのも、民刑分離の法システムの下では、被害弁償は主として民事上の損害賠償の問題として扱われてきたからである。⁽⁶⁾しかしながら、犯罪者の多くは損害賠償をするのに十分な資力を有しておらず、それに加えて拘禁中には自己の労働力に対して市場水準の賃金を得ることができないため、被害弁償を行うのは大変困難である。また、犯罪者が拘禁される刑務所を管理・運営するためのコストは、税金というかたちで被害者からも徴収される。すなわち、被害者は権利侵害を被ったうえに、被害弁償がなされないまま犯罪者を拘禁するコストを負担しなければならない。このように刑罰制度の下では、犯罪被害者は権利侵害の発生によってまさに「二重の被害」に遭うことになるのである。⁽⁸⁾

・法執行・拘禁のコスト

次に、公的法執行、公的拘禁のコストに関する問題が挙げられる。刑罰制度の下では、権利侵害者を捜査、訴追、

拘禁するためのコストはすべて、被害者を含む無辜の人々が負担している。しかし、なぜ無辜の人々がこれらのコストを負担しなければならないのだろうか。また、国家が独占的に法執行や拘禁を行うため、それらは非効率的にならざるをえない。さらに、法執行のエラーという観点からみてもそのコストは高い。それは、誤って無実の者に刑罰を科す場合のエラーのコストが甚大であるというだけではない。エラーの発生を恐れるがゆえに有罪の者に対して刑罰賦課を差し控えるという、法執行不徹底のエラーも生じてしまう⁽⁹⁾。いずれにせよ、公的法執行、公的拘禁は非効率的で高くつくのである。

・抑止刑の誤謬⁽¹⁰⁾

犯罪抑止効果を刑罰の正当化根拠とする抑止刑論に対してもバーネットは批判的である。彼は決して刑罰には犯罪抑止効果がないと主張しているのではなく、「損害賠償を超える刑罰が必ず抑止を増大させるに違いないという一部の⁽¹¹⁾の人々の確信がなぜ間違っているのか」を示そうとする。バーネットによれば、抑止刑論は犯罪抑止を目的として無実の者を処罰することを正当化せざるをえないという点で道徳的に望ましくないだけでなく、抑止刑という戦略そのものが誤謬なのである。抑止刑論の基礎には、刑罰が事前に犯罪者に与えるコストは逮捕率と刑罰の重さを掛け合わせたものに等しい、という想定がある。そして、犯罪抑止のためには刑罰のコストが犯罪の主観的利益と等しくならなければならないゆえ、犯罪の主観的利益を逮捕率で割ったものが刑罰の重さとなる。しかし、これらの変数自体が非常に主観的なものであるため、犯罪者が事前に行う計算の結果もそれぞれに異なることになる。すなわち、この定式から導かれる結果は主観的なものにならざるをえず、必然性を伴っていないのである。

また、この定式には近接性 (proximity) という重要な変数が抜け落ちている。近接性とは、有罪が確定してからいかに迅速に制裁が科されるかを表す変数である。犯罪者はしばしば将来のことを割り引いて考える傾向にあるため、実際に刑罰が科されるのが将来に延期されると (すなわち近接性が減少すると)、それだけ刑罰の持つ抑止効果は減少する。加えて、重罰化すればするほど被告人への手続的保障を強化せねばならず、結果として刑罰賦課の近接性は減少し抑止効果も低くなるのである。

以上のように、損害賠償を超えて刑罰を科することが必ずしも犯罪抑止効果を高めるとはいえず、ましてや抑止効果を根拠にして刑罰を正当化することはできないとバーネットは批判するのである。

・分配的正義としての応報刑⁽¹²⁾

抑止刑論とならんで有力な刑罰理論である応報刑論も同様に退けられる。応報刑論は、犯罪行為に対する非難として刑罰を科すこと自体に道徳的価値を認めるものだが、バーネットによれば、それは功績原理に基づいた分配的正義を基本原理に据えるものとして捉えられる。

応報刑という考え方は、例えば犯罪の害悪の程度や犯罪者の悪しき意図に応じて刑罰が科されるべきというものであり、負の功績原理に基づいて犯罪者がどの程度の刑罰の分配に値するか否かを決定する。しかし、バーネットからみれば、分配的正義と結びつく功績原理を受け容れることはできない。というのも、功績原理の導入によって誰がいかなる方法で犯罪者の功績を評価するのかという問題が生じるが、個人が持つ知識の限界という事実を前提とすれば、功績の評価は恣意的なものにならざるをえないからである。自己所有権を尊重するリベタリアニズムの基本的立場か

らは、自分以外の誰かの恣意的な判断によって個人の自由や所有権が制限されることは当然認められない。

以上が、バーネットによる刑罰批判の主な論点である。たしかに、従来の刑罰理論においても刑罰の弊害や濫用の可能性は指摘されており、刑罰は犯罪予防のための「最後の手段 (ultima ratio)」にとどまるべきとされ、また「必要悪」という性質が強調されてきた。しかし、このような謙抑主義も国家刑罰権が前提とされたうえのものである。刑罰が「最後の手段」や「必要悪」であるかどうかは、国家が刑罰権を持たない世界との比較を踏まえたうえで改めて考えられるべきである。そこで次節においては、刑罰制度を廃止して損害賠償制度へ一元化すべきという、バーネットの純粹損害賠償論についてみておきたい。

二 R・バーネットの「純粹損害賠償」論

刑罰制度を廃止して損害賠償制度に一元化しようとする試みは、国家刑罰権に基づいた刑罰中心の刑事司法のパラダイムを覆し、損害賠償という新たなパラダイムへの転換を図るものである。刑罰中心のパラダイムが抱える諸問題については前節で述べた通りであるが、それに代わるパラダイムとしてなぜ損害賠償が選択されるのだろうか。その理由は、バーネットが犯罪や刑事司法の目的をどのように捉えているかに関係している。

バーネットによれば、犯罪とは社会全体に対する違法行為ではなく、被害者個人の権利に対する違法行為である。⁽¹³⁾

そして、正義とは犯罪者を罰することではなく、被害者の損害を回復することにある。⁽¹⁴⁾ それゆえ、刑事司法の目的は

犯罪者に刑罰を科すことではなく、犯罪者による被害者への被害回復を実現することなのである。このように、非常に単純明快な発想に基づいて純粹損害賠償論は展開されている。⁽¹⁵⁾

以下においては、まず純粹損害賠償制度を概観した後、その根底にあるバーネットのリバタリアニズムの特徴について整理する。⁽¹⁶⁾

(1) 純粹損害賠償制度

・懲罰的損害賠償か純粹損害賠償か

刑罰制度を廃止して損害賠償制度に一元化するとすると、次にどのような損害賠償が認められるべきかという問題が生じる。つまり、懲罰的損害賠償と純粹損害賠償のどちらを選択すべきかという問題である。結論から言えば、バーネットは懲罰的損害賠償を退けて純粹損害賠償を選択するわけだが、ここでは懲罰的損害賠償が退けられる理由をみておこう。

懲罰的損害賠償は、加害者による権利侵害によって被害者が被った損害の補償を超えて、加害者に制裁を科す目的で賠償額が決定される。つまり、懲罰的損害賠償は刑罰と損害賠償の利点を同時に併せ持とうとするのである。また、賠償額は実際の損害によってではなく、加害者の財産状態によって算定されてしまう。さらに、なぜ被害者は実際に被った損害以上の賠償を得る権利を有しているのか、という問題も残る。個人の権利基底的な立場からこのような権利を正当化することは困難であるし、もし認められた場合には被害額以上の賠償を求めて濫訴する誘因を被害者に対して与えることになるだろう。以上のことから、懲罰的損害賠償は刑罰に代わる新たなパラダイムとしては相応しくない。

一方、純粹損害賠償は賠償額を完全な損害賠償にとどめる。完全な損害賠償とは、実際の被害額だけではなく加害者を逮捕し裁判を行うのにかかる全てのコストを含む。つまり、加害者はひとたび有罪とされたならば、法執行のコストを全額負担しなければならないのである。それゆえ、純粹損害賠償制度においては、被害者は加害者の訴追に協力する誘因を与えられる。このようにして、刑罰制度に代わる損害賠償制度の様式として懲罰的損害賠償は退けられ、純粹損害賠償が選択されるのである。

・雇用プロジェクトと犯罪被害賠償保険

しかしながら、全ての犯罪者が損害賠償を行うのに十分な資力を有しているとは限らない。むしろ資力がない場合の方が多し。そこで、無資力の犯罪者に対してどのようにして損害賠償を実現させるかが問題となる。支払能力がない場合、裁判で信用に足る人物と判断された犯罪者は、既に従事している仕事を続けて賠償金を稼いでいく。その他の場合には、犯罪者は刑務所ではなく民間の雇用プロジェクトなるものに拘束される。そこで得た市場水準の賃金から、まず自分の食費・居住費が差し引かれ、その残りから損害賠償のための一定の金額が差し引かれる。この雇用プロジェクトはあくまで損害賠償を実現するのが目的であるから、犯罪者は逃亡の危険がない場合には施設に拘禁される必要もないし、家族と共に生活をしてよいのである。そして、雇用プロジェクトに拘束される期間を決めるのは犯罪者自身である。つまり、早く損害賠償を終えることができればそれだけ早く社会復帰できる、ということになる。

また、純粹損害賠償制度の下では、犯罪被害賠償保険が普及するだろう。保険会社は被害者に代位して犯罪者に対する損害賠償請求権を持つ。そこで、犯罪者から確実に賠償を得るために保険会社自らが雇用プロジェクトを引き受

けるようになる。

- ・当事者間の合意

たしかに、被害者が完全な損害賠償を得ることができれば、それが最善である。しかし、犯罪者が貧困状態にある場合、賠償額が高すぎるとかえって損害賠償を行わない誘因となりかねない。そこで、被害者と犯罪者との間での、賠償額や賠償方法に関する合意が重要になってくる。合意に達しさえすれば、損害賠償は人的サーヴィスに代えることも可能である。

- ・司法の民営化

以上述べてきた、雇用プロジェクトや犯罪被害賠償保険はいずれも民間機関によって運営される。バーネットの理論では、司法も治安も国家が独占すべき任務とは考えられておらず、純粹損害賠償制度が機能するのも民営化された法システムにおいてである。すなわち、裁判は民間の裁判機関によって、法執行は民間の法執行機関によって行われる。このような法システムがいかに機能するのかについては紙幅の都合上ここで詳しく言及することはできないが、裁判機関と法執行機関とは峻別され、またいくつかの制約原理を課すことによって、法システムが利益追求に偏って機能しないように理論的装置が準備されている。

- ・累犯者の処遇

さて、凶悪な累犯者も純粹損害賠償を行えばそれで解放されるのかといえ、決してそうではない。彼らはどの法執行機関からも加入を拒否されるため、常に被害者から復讐される恐怖に怯えて生活せねばならない。それがいやな

ら、自発的に雇用プロジェクトに終身拘束されるか、他のアウトローたちと「ヘイヴン (Haven)」(アウトローたちが隔離されて共同生活を送る民間施設) で生活するかのどちらかである。つまり、終身拘禁か社会追放かの厳しい選択を迫られることになる。

・拡大自衛権

純粹損害賠償制度の下では犯罪者は被害者が権利侵害によって被った損害と法執行のコストさえ負担すればよく、犯罪予防としては脆弱ではないかという批判があるだろう。バーネットは、各人に拡大自衛権を認めることによって効率的な犯罪予防ができると考えている。伝統的な自衛権の行使は、切迫した危険がある場合にのみ認められてきた。これに対して拡大自衛権は、相手が権利侵害の脅威を与えた場合にも自衛権が認められるというものである。例えば、凶悪な累犯者は、自己の犯罪歴を伝えることによって脅威を与えたことになる。拡大自衛権は個人によっても集団によっても行使され、予防拘禁は拡大自衛権の集団的行使として認められるのである。つまり純粹損害賠償論においては、事前の拡大自衛権(伝統的な自衛権も含む)と事後の純粹損害賠償という二本立てで犯罪予防がなされるのである。

・犯罪と不法行為との区別

伝統的に、不法行為によって被害者が受けた損害に対しては賠償が行われ、犯罪の実行に対しては刑罰が賦課されてきた。しかし、純粹損害賠償制度においては、すべての権利侵害は加害者からの損害賠償によって矯正されるため、従来の犯罪と不法行為との区別はあまり意味を持たない。とはいえ、両者の区別が全くなくなるわけではない。民事

法の不法行為のカテゴリーでは権利侵害に対する損害賠償への権利が扱われ、刑事法では将来の権利侵害の脅迫に対応するための拡大自衛権が扱われる。また、この区別と対応して、立証の際の証明の基準も異なる。すなわち、純粋損害賠償の場合は証明の基準は証拠が優越する程度 (Beyond a preponderance of evidence) であるが、拡大自衛権の行使の場合には証明基準も高くなり、合理的な疑いの余地のない程度 (beyond a reasonable doubt) ということになる。さらに、現行の刑罰制度の下では責任主義がとられ、心神喪失の場合は責任能力が認められず刑事責任は問われないが、純粋損害賠償制度では心神喪失の抗弁は無効となる。

以上が純粋損害賠償制度の概要である。それでは次に、この純粋損害賠償論を基礎づけているバーネットのリバタリアニズムについてみておきたい。

(2) リバタリアニズムによる基礎づけ

純粋損害賠償制度は、バーネットが描き出すリバタリアン的な国家なき社会における法システムの一部である。それゆえ、純粋損害賠償論は彼が依拠するリバタリアニズムというより大きな枠組みのなかで理解されなければならない。

バーネットは、その名著『自由の構造——正義・法の支配』のなかで自身の立場を表す際に、リバタリアニズムではなく、古典的自由主義 (classical liberalism) を用いている。しかし、その主張内容からみて明らかのように、彼の見解はリバタリアニズムのなかでも最もラディカルな立場であるアナルコ・キャピタリズムに限りなく近い。アナルコ・キャピタリズムのなかにも、経済学的な効率性分析からの議論に基づくものと自然権を基底に据えた議論に基

づくものがあるが、バーネットの見解は後者に含まれよう。彼は自然権を帰結主義的に正当化したうえで、それらの自然権に基づいて国家なき社会を導き出すのである。

バーネットはまず、人々が社会のなかで幸福、平和、繁栄を追求して生きていくためには、社会のなかに遍在する知識問題、利益問題、権力問題という三つの問題を克服せねばならないとする。知識問題とは、資源の利用において諸個人の限られた個人的知識と局所的知識をどのように利用するかという第一階の知識問題と、正義に関する知識の伝達に関わる第二階の知識問題、正義と法の支配に矛盾しない具体的な行為指針を決定する必要性に関わる第三階の知識問題からなる。利益問題とは、自らの部分的で偏った利益を追求しつつも他人の偏った利益もまた考慮に入れなければならないという部分性問題、人々が自らの知識に基づいて賢明な選択をするようにせねばならないというインセンティブ問題、正義と法の支配の要求と自己利益とのギャップを埋める必要性に関わる遵守問題を含んでいる。さらに、権力問題は、誤った権力行使が無実の人に課すコストに関わる法執行の誤りの問題、法執行する人が自らの偏った利益のために法執行するという法執行の濫用の問題からなっている。

そして、これらの八つの問題をクリアするためには、自由主義的な正義と法の支配の捉え方が必要とされる。自由主義的な正義観とは、個人や団体の有する背景的权利（分散的所有権、無主物先占の権利、契約自由の権利、損害賠償の権利、自衛権）と、暴力や詐欺の禁止のルールを尊重することである。この自由主義的な正義観の内容は、先述した諸問題を解決していく過程で順に導出されていくのである。

五つの自然権はいずれも自己所有権を中心にしたものであり、国家機構と個人という垂直的關係ではなく、個人間

の水平的関係を基底にして実現可能なものばかりである。つまり、人々が社会のなかで幸福、平和、繁栄を追求するために国家が必要でないと想定されているばかりか、国家機能はかえって人々の背景的権利を侵害するものとして退けられているのである。

このように、バーネットが導出した背景的権利を実現するためには、正義を分配的正義としてではなく、損害賠償的 (resistive) 正義、矯正的正義として捉えなければならないのである。

以上が、バーネットのリバタリアニズムの内容である。先述した純粹損害賠償論を振り返ってみると、それがいかに彼のリバタリアニズムに即したものであるかが窺えるだろう。すなわち、刑罰制度を廃止して純粹損害賠償制度へ一元化された法システムは、損害賠償への権利と自衛権という背景的権利を尊重した結果であり、被害者への損害賠償的正義、矯正的正義を実現した必然的な帰結なのである。

三 問題の検討

ここまでバーネットの純粹損害賠償論を概観してきたが、筆者はその現代的意義が高く評価されるべきだと考えながらも、やはり全面的には賛同することはできない。そこで本節では、純粹損害賠償論が抱えている主な問題点について検討する。

- 犯罪が社会に与える影響の軽視¹⁷⁾

バーネットによれば、犯罪は個人に対する権利侵害であり社会に対する権利侵害ではない。しかしながら、犯罪は社会に対して何ら重大な影響を与えないといえるだろうか。犯罪が生じた場合、その共同体には社会不安が生じ自衛のためのコストも増加する。つまり、被害者個人が権利を侵害されると同時に、その社会の安寧も侵害されるのである。被害者への純粹損害賠償は、社会秩序を回復するには不十分ではないだろうか。

これに対してバーネットは、犯罪が社会全体に対して深刻な影響を与えるのは明らかだと認めつつも、私人の行為はすべて社会秩序に対して積極的ないし消極的影響を与えるのであり、それらを刑罰によって統制、排除しようとするならばやがて全体主義に導かれると批判する。また、たしかに純粹損害賠償制度の下で社会秩序を完全に回復することは困難だが、それは刑罰制度についても同様にいえることである。しかし、刑罰制度では被害者の侵害された権利さえ回復されないではないかと批判する。

・未遂犯の扱い⁽¹⁸⁾

純粹損害賠償とは権利侵害者によって被害者に対してなされる補償である。しかし、権利侵害行為が未遂に終わり、相手側が何らの損害も（精神的苦痛さえも）被っていない場合はどのように扱われるのだろうか。

バーネットによれば、純粹損害賠償制度の下においても未遂は犯罪とされ、損害賠償が要求される。例えば、殺人の未遂は脅迫 (assault) という罪を犯したことになる。というのも、それは明らかな権利侵害であり完全な犯罪となるからである。純粹損害賠償制度において損害賠償が要求されない未遂は、被害者が実際に何らの権利侵害も被っておらず、またその行為に全く気づいていない場合だけであるが、これは非常に稀なケースでしかないのである。

・富者に対する犯罪抑止効果の欠如

純粹損害賠償制度の下では富裕な犯罪者と貧困な犯罪者の間に不公平が生じ、また富裕な者に対しては犯罪抑止効果に欠けるのではないかという点はしばしば批判される。バーネットは、純粹損害賠償制度における富者の問題は誇張されているとするが、⁽¹⁹⁾筆者にはそうは思えない。例えば、組織犯罪では、極めて容易に損害賠償が行われるだろうし、悪い評判への懸念は何らの抑止効果を持たないだろう。

これに対しバーネットは、富裕な犯罪者の問題はどのような刑事司法システムにおいても残るが、肝心なのは被害者が被害弁償を得ることができかどうかだという。純粹損害賠償制度の下では被害者は確実に被害弁償を得ることができるが、刑罰制度の下では証明の基準も高く、有罪とされた場合にも犯罪者に刑罰が科されるだけである。

しかも富裕な犯罪者は無罪を勝ちとるために有能な弁護士団を雇うことができるため、簡単に有罪判決が下されるわけではない。以上のことから、純粹損害賠償制度の方が優れているということになる。

・報復の繰り返しという悪循環

犯罪者へのサンクションが純粹損害賠償だけであるならば、不満を抱える被害者は復讐し、犯罪者から支払われた賠償金をそのまま犯罪者への損害賠償に使うことも可能である。これが繰り返されるならば、報復の繰り返しという悪循環に陥り、結果として深刻な無秩序状態が生じることになる。たしかに、バーネットが指摘するように、両当事者とも自らの利益を考え、合意によって報復の悪循環を断ち切るかもしれない。⁽²⁰⁾しかしながら、問題としなければならぬのは、純粹損害賠償制度という刑事司法システム自体が報復への誘因を与えるということではないだろうか。

人々が報復行為をとることについて、バーネットはむしろ純粹損害賠償制度のよい側面であると捉えている。すなわち、報復行為への恐れは犯罪抑止効果を持つというのである。たしかに、報復の悪循環に陥るといふ危険な可能性もあるが、中世ヨーロッパの血讐において報復を避けるために損害賠償が用いられたのと同様の変化が生じるであろうとしている。

・当事者間の合意への制限

犯罪被害者への被害弁償は金銭賠償に限らない。何をもって金銭賠償に代えるかについては、犯罪者と被害者との間の合意によって決定される。それでは、例えば奴隷契約のような苛酷な人的サーヴィスについて両当事者が合意した場合、その合意は認められるのだろうか。もし合意に対して何らの制限原理も適用されないならば、純粹損害賠償制度の下ではおそらく犯罪者の人権は軽視されがちになるだろう。

これに対してバーネットは、たとえ犯罪者の合意があつたとしても、自分の身体への権利は不可譲の権利であるから譲渡することはできないとする。しかし、合衆国憲法第十三修正が規定しているように、犯罪に対する刑罰として科される苦役は認められるとしている。

・拡大自衛権の集団的行使としての予防拘禁とリバタリアニズムとの矛盾

たしかに犯罪予防の観点からすれば、凶悪な累犯者を隔離することは効果的かもしれない。しかしながら、その隔離された累犯者は、たとえ過去に凶悪な犯罪歴があり極めて危険な人物であつたとしても、現実にはまだ犯罪行為を行っていない。にもかかわらず、予防拘禁されることにより確実にその権利を侵害されるのである。個人の権利侵害

の回復に着目するリバタリアニズムからすれば、予防拘禁される人々の権利侵害に対しても何らかの補償がなされなければならない。そうでなければ、拡大自衛権の集団的行使としての予防拘禁はリバタリアニズムと矛盾するのではないのか。⁽²¹⁾

以前はバーネットも予防拘禁はリバタリアニズムと矛盾すると考えていたが、最近になって、自衛権の性質は予防的なものであるという考えに変わったということである。また、予防拘禁を正当化する場合も、非常に凶悪な犯罪者に限られている。とはいえ、予防拘禁のエラーのコストは大変高いということも認めており、自衛権の行使のためやむをえず予防拘禁を認めしたが、この結論には複雑な感情を持っているということである。

以上、純粹損害賠償論が抱えている問題を指摘し、それらに対するバーネットの応答についてみてきた。しかし、これらの応答が純粹損害賠償制度の擁護として成功しているとは筆者には思えない。というのも、彼の応答からは、現行の刑罰制度を廃止してまで純粹損害賠償制度を実現しなければならぬ強力な理由を見出せないからである。

バーネットは決して純粹損害賠償制度を完全無欠なものとして擁護しているわけではなく、主として被害者の権利回復という点において刑罰制度よりも優れていると主張する。この点について彼の主張は全く正しいが、刑事司法の目的はただ被害回復だけにあるのではない。社会秩序の維持のための社会統制・社会防衛もまたその目的の一つであり、先に指摘した問題点からみても、純粹損害賠償制度の下でこれらの目的が実現される保障はない。一方、たしかに刑罰には様々な弊害が伴うが、一定の犯罪抑止効果を持っていることは否定しがたい。刑罰の持つ犯罪抑止効果は決して過大評価されるべきではないが、無視されるべきでもないのである。それゆえ、刑罰を社会統制・社会防衛のため

の必要悪として認めたくらんで、被害者への被害回復の実現を最優先させるとするのが妥当だと思われる。⁽²²⁾

結びにかえて

本稿では、バーネットの純粹損害賠償論を取り上げ、刑罰制度を廃止して純粹損害賠償制度へ一元化するという大胆な試みについて考察してきた。前節で指摘したように、純粹損害賠償論はたしかにさまざまな難点を抱えているものの、それ以上に注目し値する意義を有していると筆者は考えている。以下では、純粹損害賠償論の現代的意義を指摘して本稿の結びにかえたい。

「正義を行うとは、犯罪者を罰することではなく、被害者の原状回復を要求することである。」⁽²³⁾ という考えに基づく純粹損害賠償論は、刑事司法における犯罪被害者対策の問題に対して非常に有益な示唆を与えるものである。なぜなら、犯罪者に焦点が合わせられた刑罰中心の刑事司法システムとは異なり、純粹損害賠償制度では犯罪被害者の権利が重視されているからである。たしかに、犯罪被害者支援に必要なのは被害者への被害弁償だけではないというのはもつともである。しかしながら、現行の刑事司法システムでは、被害者は被害弁償さえ十分に得ることができないのが実情である。犯罪被害者対策が進んでいる欧米では刑事政策における被害弁償の重要性がますます高くなってきている。⁽²⁴⁾ わが国にも、犯罪被害者等給付金支給法が定められているが、支給額は不十分でありとても被害回復に資するものではない。⁽²⁵⁾ 一方、純粹損害賠償制度の下では被害者が損害賠償を要求する権利は自然権として保障されており、

被害弁償を得ることができるとは、現行制度に比べて格段に高くなるだろう。また、現在の刑事訴訟では被害者は証人としての地位しか有していないが、純粹損害賠償制度では被害者自らが犯罪者を訴追することができる。さらに、被害者への被害回復を遅らせる原因の一つは民事責任と刑事責任とをカテゴリーカルに峻別する民刑分離の思想にあるが、⁽²⁶⁾純粹損害賠償論は両者の関係を捉え直し、刑事責任の民事責任への還元を試みている点でも示唆に富んでいる。

純粹損害賠償論はラディカルであるがゆえに実現可能性が低いとして退けられるかもしれない。しかしながら、個人の権利基底的な立場から損害賠償的・矯正的正義の実現を目指すリベタリアニズムに基づいた純粹損害賠償論は、犯罪被害者支援のアプローチを原理的なレベルで基礎づける理論を提示しているという点において一考に値するものである。

また、純粹損害賠償論は国家なき社会における法システムの一部を描き出したものであり、法的統制・法的サンクションによる社会統制には必ずしも中央集権的な国家機構を必要としないことを示唆している。そこでは、司法はもはや国家が提供すべきサービスとしては考えられていない。紛争解決は、各種の民間の裁判機関や法執行機関に委ねられ、どの機関を利用するかは各人の選択しだいである。たしかに、実際に国家なき社会において法システムが円滑に機能するかどうかについては問題があるだろう。しかしながら、国家が司法サービスを提供している現行の法システムにおいても、解決すべき問題が集積していることは否めない。それゆえ、脱中央集権化した分権的な法システムの構築を目指すバーネットの議論は、非効率的で矯正的正義の実現が不十分な現状に対して、重要な問題提起を

行うものとして評価されるべきではないだろうか。

- (1) 田中成明『法理学講義』(有斐閣、一九九四年)、第一〇章、参照。
- (2) R・バーネット(一九五二)は、現在ボストン大学スクール・オブ・ローの教授である。教授は研究活動に入る前の一九七七年から一九八一年の間、イリノイ州クック・カウンティで検事として活躍され多くの重罪事件を担当された。教授の業績は契約法、憲法、自然権論、刑事司法など広い領域にわたっているが、主著は本稿でも取り上げる *The Structure of Liberty: Justice and The Rule of Law* (Clarendon Press, 1998) [以下、SOLと略記する]。嶋津格・森村進監訳『自由の構造——正義・法の支配』(木鐸社、二〇〇〇年)である。教授は二〇〇〇年七月に「第六回神戸レクチャー」(IVR日本支部主催)の講演者として来日された。同志社大学でも講演会が行われ、七月七日には関西大学にて刑事司法に関する講演会・セミナーが開催された。第三節で取り上げた教授の応答は、関西大学のセミナーにおける筆者のコメントに対するものである。

また、森村進教授からは、バーネットの刑罰理論に関する文献について御教示いただいた。記して御礼申し上げます。

- (3) 森村進「リベタリアニズムの刑罰理論」、「人間の尊厳と現代法理論——ホセ・ヨンパルト教授古稀祝賀」(成文堂、二〇〇〇年)所収、参照。
- (4) バーネットが「自由主義的な(liberal)」という言葉を用いる場合は、平等主義的リベラリズムを意味してはいない。本稿、第二節(2)、参照。
- (5) 例えば、J・ナーヴェソン(Jan Narveson)は最終的に抑止刑論を支持しているし、D・フリードマン(David Friedman)は刑罰制度を前提とした上で、賦課される刑罰は経済学的な観点から効率的に決定されねばならないとする。Jan Narveson, *Moral Matters* (Broadview Press, 1993), ch4. / David Friedman, *The Machinery of Freedom: Guide to A Radical Capitalism*, 2nd ed. (Open Court, 1989), ch43. 森村、前掲論文、参照。
- (6) 例外として、刑事司法において行為者と被害者の和解、すなわち刑事和解が国際的にも重要な役割を果たしてきていることを挙げておかねばならない。高橋則夫「刑事和解の理論と実践」、加藤久雄・瀬川晃編『現代青林講義 刑事政策』(青林

書院、一九九八年)所収、参照。

(7) たしかにわが国では、受刑者には刑務作業に対して作業賞与金が与えられる。しかし、これはあくまでも恩恵的なもので微々たるものであり、作業収入は全額国家の収入となる。竹村典良「刑務作業・職業訓練・賃金制」、加藤・瀬川、前掲書所収、参照。

- (8) Randy E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", *Ethics*, Vol. 87, No. 4 (1977), p. 281; SOL, pp. 220-221. [邦訳「二五八頁」]。
- (9) Cf. SOL, ch10, 11.
- (10) Cf. *ibid.*, pp. 225-233. [邦訳「二六三―二七〇頁」]。
- (11) *Idid.*, p. 226. [邦訳「二六三頁」]。
- (12) Cf. *ibid.*, pp. 317-321. [邦訳「三六一―三六五頁」]。森村、前掲論文、四四五―四四六頁、参照。
- (13) Barnett, "Restitution", p. 287.
- (14) SOL, p. 185. [邦訳「二二二頁」]。
- (15) 森村、前掲論文、四三七頁。
- (16) バーネットの純粹損害賠償論とリバタリアニズムに関しては以下の文献を参照。Barnett, SOL (邦訳「監訳者あとがき」); "Restitution"; "The Justice and Restitution", *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 25 (1980).
- (17) 森村、前掲論文、四三九―四四〇頁、参照。Holmgren, M. R., "Punishment as Restitution: The Rights of the Community", in M. J. Gorr and S. Harwood (eds.), *Crime and Punishment* (Jones and Bartlett Publishers, 1995).
- (18) 森村、前掲論文、四四一頁、参照。
- (19) SOL, p. 182. [邦訳「二二八頁」]。
- (20) Cf. *ibid.*, pp. 182-184. [邦訳「二二八―二二〇頁」]。
- (21) 森村、前掲論文、四三八―四三九頁、参照。

- (22) 同様の立場からの議論として、Roger Pilon, "Criminal Remedies: Restitution, Punishment, or Both?", *Ethics*, Vol. 88, No. 4 (1978). しかし、バーネットは刑罰と損害賠償からなる二元的制度を実行可能性の点から批判している。彼によれば、純粹損害賠償に代わる次善の制度は、「無実の者のために加重された保護手段に従う、懲罰的損害賠償」である。SOL, pp. 235-237. [邦訳、一七二—一七四頁]。
- (23) SOL, p. 185. [邦訳、二二二頁]。
- (24) 佐伯仁志「刑罰としての損害賠償——アメリカ合衆国連邦法を素材として——」、『平野龍一先生古稀祝賀論文集(下巻)』(有斐閣、一九九一年)所収、藤本哲也「非拘禁措置としての被害弁償制度」、同『刑事政策の諸問題』(中央大学出版部、一九九九年)所収、宮崎英生「刑法における損害回復」、『西原春夫先生古稀祝賀論文集(第四巻)』(成文堂、一九九八年)所収など参照。
- (25) 大谷實「犯罪被害者対策の理念」、『ジュリスト』一一六三号(一九九九年)、参照。
- (26) 田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(東京大学出版会、一九八七年)、一五六—一六六頁、山田卓生「民事法の正義と刑事法の正義」、『法曹時報』第四九巻第六号(一九九七年)、参照。