

松 山 大 学 論 集
第 31 卷 第 6 号 抜 刷
2 0 2 0 年 2 月 発 行

民事不法と刑事不法の異同
—— 矯正的正義の視点からの一考察(1) ——

山 川 秀 道

民事不法と刑事不法の異同

—— 矯正的正義の視点からの一考察(1) ——

山 川 秀 道

目 次

はじめに

I. 問題の所在

II. 一元化説

(i) リバタリアニズムの見解

(i-a) 若干の検討 (以上、本号)

(ii) アボリショニズムの見解

(ii-a) 若干の検討

(iii) 小括

III. 二元的同質説

IV. 二元的異質説

V. 考察

おわりに

は じ め に

おおよそ1970年代以降、国家刑罰権又は刑事司法制度の廃止論が少しずつ世に表れ始めてから約半世紀を迎えようとしている。2019年12月10日現在、法務大臣の認証を受けた民間の(法的)紛争解決事業者の数は166に上る¹⁾。また、各国で、刑事上の和解制度、刑事施設の民営化、修復的対話の制度が導入され始めている。従来は、刑罰廃止論の主張する国家統治権の解体ないし縮小

1) もっとも、その内6の事業者が業務活動を廃止し、また1つは解散したため、実際に事業を行っている数は159である。「かいけつサポート(認証紛争解決サービス)」Web「かいけつサポート一覧」参照〈<http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/jigyousya/ninsyou-index.html>〉(最終アクセス日、2019年12月10日)。

による裁判制度の民営化並びに民事罰への一元化は、一種のユートピア的思想と見做されてきた。しかし、現実には僅かながらそれに近づきつつあるようにも見える。かくして、今日、刑事不法と民事不法の境界が動揺している。一方では、刑事司法制度において「忘れられてきた」犯罪被害者の権利（の回復）を再確認する動きから²⁾ 他方で、民事不法行為法制度にも行為規範・制裁規範の機能があることを強調する流れから、民・刑分化の在り方が改めて問われている³⁾。

そのため、本稿では、民事法と刑事法を見比べながら、民事不法及び刑事不法の異同につき、少し掘り下げた考察を試みることにしたい。

I. 問題の所在 実定法上の違法評価とその効果

司法機関を通じて宣告される違法性は、各実定法領域に応じた特殊な効果を生じさせる。しかし、その強制的作用に着目すれば、大雑把に2種類に分類可能と思われる。一つは、法律行為の有効性を否定する作用であり、もう一つは、違法行為に対する法的制裁を肯定する作用である。前者は、権利義務の将来的変動に向かって作用し始めた法律関係を（遡及的に）打ち消すかたちで機能する。これに対して、後者は、過去の違法行為によって生じた不正な法的関係を是正するために、新たに法律関係を構築する。もっとも、いずれの作用も、法

2) 高橋則夫『刑法における損害回復の思想』（成文堂、1997）；諸沢英道（訳著）『被害者のための正義—国連被害者人権宣言関連ドキュメント』（成文堂、2003）；守屋典子・高橋正人・京野哲也『犯罪被害者のための新しい刑事司法』2版（明石書店、2009）など参照。

3) 《座談会》「不法行為法の新時代を語る」法律時報78巻8号（2006）9頁【窪田充見 発言】では、「不法行為法は損害の填補を目的とし、刑法は制裁を目的とするという民刑事法の二分論との関係も問題になります。この点については、そういうものなのだという前提から出発してしまえば、もうそれ以上先に進まないのですが、不法行為法も刑法も全体としての法秩序の一部を構成するものにすぎないという視点から見た場合には、違うとらえ方ができるだろうと考えています。」とされる。

また、民刑分化論への批判的分析として、橋本祐子「刑罰制度の廃止と損害賠償一元化論」法社会学65号（2006）83頁以下（同著『リバタリアニズムと最小福祉国家』（勁草書房、2008）112頁以下も同旨。）、廣峰正子「民刑峻別の軌跡」立命館法学327・328号（2009）739頁以下参照。

的に望ましくない事態を正す（正しい状態を回復する）という意味では同じである。しかし、前者が、法律行為（の有効性）の否定を通じてその原状回復を比較的達成し易いと想定され得るのに対して、後者においては、厳密な原状回復は不可能なことが多い。その代表例が犯罪と不法行為である。この場合には、違法行為の後に宣告される刑罰受忍義務又は損害賠償義務を通じて法的均衡を回復していくことが望まれる。しかし、それが実現されたかどうかの評価は、前者の場合に比べて遥かに困難である。ここに、侵害された法の回復（不法からの回復）という問題が認められる。

ところで、夙にアリストテレスが指摘したように、法と正義は切り離せない関係にある⁴⁾。アリストテレスによれば、正義は、法が命じる徳全般に関わる一般的正義と、徳の一種である均等・中庸を意味する特殊的正義とに大別され、後者は、さらに、「配分的正義（*justitia distributiva*）」と「矯正的正義（*justitia correctiva*）」に分類される。そして、矯正的正義は、人間交渉のなかで(1)随意的又は(2)不随意的に生じた不均等な関係を是正するものと考えられる。(1)では、特に売買や貸借などの任意契約の場面が想定されているのに対して、(2)が想定するのは、犯罪や不法行為から生じる不正な状態である⁵⁾。もちろん本稿の検討対象は(2)不随意的な交渉である。もっとも、アリストテレスは、矯正的正義の機能を、行為者の得た不正な利得を剥奪し、正しい所有者へ戻すこと（裁

4) 1129a-b (Cf. p. 52) アリストテレスのニコマコス倫理学については、いくつかの翻訳書等を参照したが、ここでは、アリストテレス著（神崎繁訳）『ニコマコス倫理学』アリストテレス全集15（岩波書店、2014）に記された欄外数字（バックカー版の頁数）と、*Aristoteles Opera omnia: Graece et Latine cum indice nominum et rerum absolutissimo (editit Cats Bussemaker) vol. 2, Georg Olms 1973 (Nachdruck der Ausgabe Paris 1850)*の頁数を明記する。

なお、ラテン語、ドイツ語などの正義“*justitia*”, “*Gerechtigkeit*”という単語には、それぞれ法“*jus*”, “*Recht*”の概念が含まれている。瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕『法哲学』（有斐閣、2014）368頁も参照。

5) 1130b-1132b (Cf. pp. 55-57)

アリストテレスの正義論については、翻訳書の解説箇所のほか、特に、亀本洋『法哲学』（成文堂、2011）第8章；小沼進一『アリストテレスの正義論』（勁草書房、2000）第2章；高橋広次『アリストテレスの法思想』（成文堂、2016）第2部を参照した。

判官の正義)に認める。そのため、矯正的正義は、むしろ今日の不当利得返還請求などの基礎づけに相応しいものであり、その核心は原状回復にあると考えられている。それにもかかわらず、矯正的正義の適用場面には不法行為のみならず犯罪も含まれているため、その実質的内容は定かではない⁶⁾。犯罪を通じて犯人が一体何をどれだけ得たと言えるのか、そして、その不正な利得状態を正すには、犯人から一体何を過不足なく剥奪すれば良いのかが不確かである。財産犯はまだしも、身体犯、生命犯のほか社会的・国家的法益に対する罪の場合には問題が大きい。一般的に、公的な刑罰制度は、配分的正義に則っていると考えられているが、それは犯罪者ごとの特性(各人の価値)に応じた刑種と刑量を社会状況に応じて国家が割り当てているという発想に基づくものと思われる⁷⁾。しかし、責任主義を前提とする以上、「どのような人が不正を働いたか」という観点よりも、不正を働いたのがどのような人であろうと(人を均等化し)、「不正に利得した分」だけを取り上げ正しい持ち主に帰属させなければならない⁸⁾という事物の価値に応じた判断が先決問題のはずである。その上、本稿で

6) アリストテレスの『ニコマコス倫理学』によれば、「矯正的正義」の説明の後には「応報的正義」が語られているが(1132bff.; p. 57ff.)、その内容は、特に貨幣による交換(交易)に関するものである。そのため、「交換的正義」、「応報的正義」が、第三の正義であるのか、(1)随意的矯正的正義の特殊な場合であるのかにつき、争いがある(亀本・前掲書441-454頁; 小沼・前掲書181頁以下参照)。

さらにややこしいことに、「矯正的正義」の概念は事前的な矯正(規制・調整)をも含意するものと解釈されるため、「交換的正義(justitia commutativa)」、「調整的正義(justitia regulativa)」などと表現されることもあるが、そこで各論者が想定する意味内容は必ずしも同一ではない(Cf. Izhak Englard, *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times*, Oxford University Press 2009, p. 3)。例えば、Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1997, Kap. 10【A. カウフマン著(上田健二訳)『法哲学』第2版(ミネルヴァ書房, 2006)10章】では、「均分的(交換的)正義(justitia commutativa)」が刑罰の正義の一種として語られているが、その内容は貨幣的交換ではなく責任の清算(応報)である。したがって、「矯正的正義」も正義が問題となる主要な一場面を語る大枠に過ぎず、その内容はさらに細かく分析されるべきものと考えられる。なお、不正の匡正を訴える応報の概念は「匡正的」正義と表現されることもある(橋本祐子「応報刑と復讐」『応報の行方』(法哲学年報2015)21頁以下参照)。本稿では、「矯正」の漢字を当てているが、「匡正」と区別しているわけではなくほぼ同義に用いている。

7) 団藤重光『法学の基礎』第2版(有斐閣, 2007)30-31, 89-90頁及び第1篇第4章; Kaufmann, a. a. O., S. 162 (Schema 8)【A. カウフマン・前掲書212頁 図表8】参照。

8) 亀本・前掲書435-454頁(特に, 438頁); 高橋広次・前掲書252頁参照。

は刑事司法制度廃止論を扱う。そのため、不正な利得を取り上げる任務は国家に委ねられるべきではない、それは対等な私人相互間において果たされるべきである、そもそも国家自体を否定すべきだ等々、既存の刑罰論に批判的な見解を検討することになる。したがって、本稿で「矯正（的正義）」という用語を使う際は、特に断りのない限り⁹⁾単に「(法的に)不正な状態からの回復」、 「(法的に)正しい状態へ戻すこと」の意味で使用し、なるべく私法的・公法的な視点に拘らないこととしたい¹⁰⁾以下、刑罰又は損害賠償による矯正を検討することにより、不正な状態からの回復がいかなる意味で達成可能なかを考えてみる。その際重要なことは、矯正の実際的可能性よりもむしろ、矯正の対象を明らかにすることである。すなわち、刑罰又は損害賠償を通して、果たして何が回復されるべきか、不正な状態（不法）の中身を特定することである。例えば、物理的・精神的な被害、加害者を含む人間関係の悪化、被害者の権利・法的地位への侵害、規範意識の低下、治安に対する不安、法的平穏や正義に対する不信などが考えられるだろう。従来、これらのいずれが重視されてきたのか、今後はどう考えるべきかを少しずつ検討してみたい。

まず、民事不法と刑事不法の関係を現行法制度から捉えた場合、主に、次の3つの立場に分類することができるだろう。

- ① 原則として、国家刑罰権（刑事司法制度）を廃して民事法制度に一元化する立場
- ② 刑罰制度の存立を前提としながらも、基本的には民事法制度による私人間での解決（広い意味での和解）を重視しつつ、その不十分さを補うための国家的刑罰を認める立場
- ③ 民事法及び刑事法は、究極的に異なる目的を追求する別種の法制度だと解する立場

9) 特に「刑事施設内における矯正処遇」を意味する場合には、その旨明記する。

10) その意味で、民刑峻別論に立脚してアリストテレスの矯正的正義を批判するのは一種の結論先取りであるという指摘は的を射ているように思われる。この点は、高橋文彦『法的思考と論理』「第3章 匡正的正義と修復的司法」（成文堂、2013）46-54頁参照。

便宜上、以下では、それぞれの立場を、民事不法と刑事不法に関する①一元化説、②二元的同質説、③二元的異質説と呼ぶことにしたい。なお、ここでは、民事不法と刑事不法が重なる領域、つまり個人の権利・利益を害する違法行為（個人的法益に対する罪）を念頭に置いている。但し、①一元化説の主張からすれば、特定の具体的被害者が存在しない場合（いわゆる「被害者なき犯罪」）については非犯罪化するのが望ましい、というのが当然の帰結となる¹¹⁾。そのため、この場合には、民事不法の範疇と刑事不法の範疇はほぼ一致することになる。つまり、刑事不法の範疇はほぼ全面的に民事不法に解消され、刑事不法という独自の概念は残らない結果になる。このように、民事法制度及び刑事法制度の守備範囲も、民事不法と刑事不法の関係に応じて変動することになる。先述のとおり、本稿では、民事不法と刑事不法の関係を、差し当たり矯正的正義という視点から考察する。

II. 一元化説

まずは、①の立場を紹介し、検討してみよう。

刑事司法制度を廃して、民事法制度に一元化すべきという主張は、多彩な論者によって唱えられているが、その大まかな潮流は、(i)リバタリアニズム、(ii)ピナル・アポリシヨニズム（以下、単にアポリシヨニズムと表記する¹²⁾）から生じている。(i)リバタリアニズムのなかでも国家刑罰権の廃止を訴えるのはアナルコ・キャピタリスト（無政府資本主義者）に多い。アナルコ・キャピタリズムは、リバタリアニズムの最も極端な立場に属するといわれるように、個人の自由を最大化するために国家体制を解体し、自由放任社会の枠組みのなかで市民

11) ピナル・アポリシヨニズムの立場については、Sebastian Scheerer, *Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarates*, KrimJ 15 (1983), S. 65f.; 森下忠「非犯罪化をめぐる海外の動向」ジュリスト 595号 (1975) 80頁以下参照。また、リバタリアニズムの見解については、森村進「リバタリアニズムの刑罰理論」『人間の尊厳と現代法理論：ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀』（成文堂、2000）441頁のほか、ウォルター・ブロック著（橘玲訳）『不道徳な経済学』（講談社、2011）も参照。

社会生活（自由な市場経済活動）が営まれるべきであると主張する¹³⁾次に、(ii)アボリショニズムは、犯罪（私的不法行為）の解決を地域コミュニティ又は民間団体に委ねるべきことを強調し、その手続の脱中央集権化、脱公式司法化を標榜する¹⁴⁾。その背景には、国家統治権によって独占される刑事司法制度に対する不信任・疑念がある。両者の主張には共通点も多いために明確なかたちで区別することは難しいが、やはり、両者は夫々に固有のイデオロギーによって支えられていると言えるだろう。すなわち、(i)前者の根底には、国家からの自由という強固な個人主義的思想が据えられているのに対して、(ii)後者の核心を形成しているのは、あくまで犯罪（私的不法行為）という社会逸脱行動に対するより良い解決策（代替案の模索）、人道的な犯罪者処遇の探究である。そ

12) アボリショニズム (Abolitionism) は刑罰廃止論や刑事司法制度廃止論と和訳されるが、ここでは、リバタリアニズムの刑罰廃止論と区別するために、アボリショニズムと片仮名で表記する。

なお、本稿の文脈では、アボリショニズムは、特に国家刑罰又は刑務所の廃止論を意味するが (e.g. “penal abolitionism”, “prison abolition”), 起源的には、奴隷解放運動、死刑廃止論、売春廃止運動の流れを汲むものとされる (Vgl., Sebastian Scheerer, *Die abolitionistische Perspektive*, KrimJ 16 (1984), S. 92ff.; Andrea Beckmann, J. M. Moore, and Azrini Wahidin, *The abolitionist imagination: An introduction*, Penal Abolitionism: Papers from the Penal Law, Abolition and Anarchism Conference Vol. 1, EG Press, 2016, p. 3ff.)

13) 森村進「アナルコ・キャピタリズムの挑戦」野家啓一（他編）『岩波新・哲学講義 7 自由・権力・ユートピア』（岩波書店、1998）165頁以下；David Friedman, *The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism*, 1989 (<http://digitalcommons.law.scu.edu/monographs>) (最終アクセス日、2019年12月10日)【デイヴィッド・フリードマン著、森村進（ほか）訳『自由のためのメカニズム－アナルコ・キャピタリズムへの道案内』（勁草書房、2003）参照。

もっとも、アナルコ・キャピタリズムという主張、すなわち、アナーキズムかつキャピタリズムという主張は、キャピタリズムが少なからず国家（政府）によって支えられる体制である以上、両立し得ない、矛盾した主張であるとの異論がある。要するに、アナルコ・キャピタリズムはアナーキズムではないと批判されることがある (Peter Marshall, *Demanding the Impossible: A History of Anarchism*, Harper Perennial, 2008 (Orig. 1992), p. 565; さらに, Sirus Kashfi, *Legal Anarchism: Does Existence Need to Be Regulated by the State*, PhD Dissertations. 32 (<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/phd/32>) p. 214ff. 参照 (最終アクセス日、2019年12月10日))。しかし、この点は本稿の主題と直接関連しないため、これ以上深入りはしない。

14) アボリショニズムの視点や概説については、竹村典良「アボリショニズムの現状と課題」『刑事法学の現代的展開：八木國之先生古稀祝賀論文集』下巻（法学書院、1992）22頁以下【同著『犯罪と刑罰のエピステモロジー』（信山社、1999）所収】；Scheerer, a. a. O., KrimJ 16, S. 95ff.; Vincenzo Ruggiero, *Penal abolitionism*, Oxford University Press, 2010, p. 1ff.

のため、大雑把に比較すれば、前者が法哲学・公共哲学的思想に立脚しているのに対して、後者は、やはり刑事政策的な文脈に由来していると言えそうである。それ故に後者は修復的正義の発想と連続性を有するが、前者はそうではない。このように実質的に見れば、両主張が対立する部分もある¹⁵⁾

そこで、まず、本号では(i)リバタリアニズムの見解を比較的詳しく紹介し、(ii)アボリショニズムの立場については次号以降で扱うこととしたい。

(i) リバタリアニズムの見解

リバタリアニズムの立場によれば、そもそも個人の自由(権原ある私有財産)を国家権力が制限・剥奪する制度は否定的に理解される¹⁶⁾。しかし、殊に、刑事司法制度を廃して純粋な損害賠償制度に一元化すべきであるという極端な主張は、概ね次の点にその骨子が見受けられる¹⁷⁾

「損害回復の観念は、実に単純明快である。それは、犯罪を、一個人による、他者への権利侵害と見るのである。被害者は損害を被った。正義は、有責な加害者が自ら惹き起こした損害を償うことにある。このことより、我々の犯罪観には完全な見直しが求められる。(略)我々は、かつて社会に対する侵害と見做

15) 例えば、ニルス・クリスティーエ著(寺澤比奈子・平松毅・長岡徹訳)『司法改革への警鐘：刑務所がビジネスに』(信山社、2002)第1章以下【Nils Christie, *Crime control as industry: towards gulags, Western style*, Routledge, 3 edition (2000), Ch. 1ff.】は、アボリショニズムの立場から、司法制度の合理化・功利主義的主張に鋭い批判を呈している。そこで特に重要視されているのは、犯罪に伴う感情とそれに対する共感、思いやり、直観的常識である(同書 225-226, 260頁参照。See also Nils Christie, *Death and Crime*, in *Liber amicorum Louk Hulsman Part 2, Social problems and criminal justice*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, p. 19ff.【「アボリショニストの視点－フルスマン記念論文集の紹介」(4)【新村繁文】警察研究 62巻1号(1991)72頁以下】)さらに、森村進「リバタリアニズムから見た犯罪・非行への責任」法律時報 76巻8号(2004)59頁【同著『リバタリアニズムはこう考える：法哲学論集』(信山社、2013)所収】も参照。

16) See Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty (with a new Introduction by Hans-Hermann Hoppe)*, NYU Press, 1998, p. xlviii, p. 51 note1, Ch. 24 (“Mises Institute”のウェブサイトから入手可能。〈<https://mises.org/library/ethics-liberty>〉最終アクセス日、2019年12月10日。)【マリー・ロスバード(著)、森村進、森村たまき、鳥澤円(訳)『自由の倫理学：リバタリアニズムの理論体系』(勁草書房、2003)も参照。】；森村・前掲「リバタリアニズムの刑罰理論」435頁以下；橋本・前掲論文、法社会学 65号83頁も参照。

されたものを、今や、被害者個人に対する侵害と見るのである。ある意味、それは犯罪の見方のコモンセンスといえる。**強盗は社会から奪ったのではなく、当の被害者から奪ったのである。**それ故、強盗は、その賠償義務を社会に対してではなく、当の被害者に対して負うのである¹⁸⁾

しかし、刑罰制度の下では被害者に対する損害回復は困難であり、そのために生じている問題、即ち犯罪被害者に対する不正義を最優先で解決すべきであると主張される。

というのも、現状、「多くの場合において加害者の資力は乏しいため損害賠償を行うことができないだけでなく、有罪判決を受けて刑務所に拘束されてしまうと少なくとも刑期を終えるまでは市場水準の賃金を得ることはできないため、損害賠償を行う用意ができないからである。とりわけ加害者に対する制裁・矯正（刑事施設内における矯正処遇のことと思われる：筆者注）は刑事で、被害者に対する損害賠償は民事でといった厳格な民刑分離の制度の下では、このような難点は一層明白なものとなる。損害賠償一元化論では、犯罪は社会全体ではなく被害者個人に対する権利侵害として捉えられるため、損害回復が実現されないというのは致命的な欠陥として映ることになる¹⁹⁾」その上、刑事司法制度に掛かる費用は、被害者が支払う税金からも捻出されることになるので、犯罪被害者は、その意味で2次的な(2重の)被害を受けることになる²⁰⁾

17) 純粋な損害賠償への一元化論の見解としてよく挙げられるのは、次注のバーネット説、及び、本文で後述するアナルコ・キャピタリストの所説である。また、橋本説（前掲論文、法社会学65号）もバーネット説に好意的であり、リバタリアニズムの立場から「民刑分離の克服」を訴えるが、損害賠償一元化論を全面的に受け容れるわけではないとする。「民刑分離の克服」と「損害賠償一元化」の関係が明確には読み取れないが、橋本・前掲論文、法社会学65号89頁；同「刑罰から損害賠償へ：R・バーネットの『純粋損害賠償』論」同志社法学52巻6号（2001）383頁以下では、バーネット説に対する鋭い批判も加えられている。

18) Randy E. Barnett, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, Ethics, Vol. 87, No. 4 (1977), pp. 287-288; See also idem, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, Clarendon Press 1998, pp. 184-185 【ランディ・E・バーネット（嶋津格・森村進 監訳）『自由の構造：正義・法の支配』（木鐸社、2000）220-221頁】

19) 橋本・前掲論文、法社会学65号84頁

また、基本的に、損害賠償一元化論は、抑止刑の効果を疑問視するだけでなく応報刑思想も排斥する。損害賠償も矯正的正義を目指す、応報刑は、負の功績原理に基づく配分的正義であるとされる²⁰⁾ その内容は、行為者への帰責や罪の重さに応じて刑罰を配分するというものである。確かに、これは応報刑論によく見受けられる理解である²²⁾ それに対して、リバタリアニズムの思想は、基本的に配分的正義とは馴染まない指摘される。それは、次の理由による。

功績原理は「各人に相応しいものを」配分するためにその功績を基準に考えるが、そうした功績評価は、そもそも、人間の理性で正確に為され得るものではない。応報の功績評価には、例えば下記引用のような問いがつきまとう。しかし、その問いに答えるだけの正確な測定が不可能ならば、不正確で恣意的な評価に基づいて人の自由を剥奪することは許されないと説かれるのである。

「応報を可能にする悪行の本質は何か。(略) 応報は比例的なものでなければならぬか。もしそうなら、何に比例するのか、また、適切な比例とは何か(1 : 1, 2 : 1, 3 : 1 など)。応報は加害者が行った害の形式を取るべきか、また、それは許されるか(「目には目を」)、それとも他の形態の応報(拷問、手足の切断、はらわた裂き、[馬に] 引かせて四つ裂き、烙印押し、死刑執行、投獄など)は適切か、またそれはいかなる時にか²³⁾」

これは、確かに、応報刑(そして、恐らく矯正的正義)の核心を突く問いであると思われる。そのため、論者は、加害者に対する懲罰的要素も排除し、純粋な損害賠償論へ至るのである²⁴⁾

20) Barnett, *Restitution*, p. 281 ; idem, *The Structure of Liberty*, p. 220f. 【邦訳 258 頁】；橋本・前掲論文、法社会学 65 号 84 頁参照。

21) Barnett, *The Structure of Liberty*, p. 159, 317ff 【邦訳 192 頁, 361 頁以下】、橋本・前掲論文、法社会学 65 号 88 頁参照。

22) アンドレアス・フォン・ハーシュ講演(松澤伸、竹川俊也訳)「いわゆる『デザート・モデル』による量刑論」比較法学 51 巻 2 号(2017) 117-118 頁参照。但し、そこでは、同害報復的な等価性ではなく均衡性が要求される理由として、刑罰を減輕する方向で調整することの必要性が考えられている。

23) Barnett, *The Structure of Liberty*, p. 318 【邦訳 362 頁】

それでは、加害者は如何にして損害の回復に努めなければならないか。民事司法手続を通じて有罪を宣告された加害者は、それまでに生じた手続費用の全部と被害者の損害を賠償すべき義務を負うことになる²⁵⁾もし、加害者が資力に富み、直ちに賠償金を支払うならば、それによって責任は果たされたことになる。しかし、そうでない場合には、加害者は従来²⁶⁾の職業に就きながら賠償金を支払うか、民営の雇用プロジェクト施設に拘禁されながらも市場水準の労働賃金を稼ぐことで賠償金を支払う、という制度が考案される²⁶⁾

以上が、権利侵害に対する事後的な救済（矯正）制度である。それでは、刑事法制度としては何も残らないかというところ、それは、一種の保安処分として残るとされる。しかも、それは、権利侵害の急迫性が明白な場合の正当防衛権（自衛権）に比して、拡張された自衛権というかたちで認められる。そのため、累積的な権利侵害からその反復の危険性が高い場合（過去の権利侵害を契機とする保安拘禁）のみならず、薬物療法を拒否する精神障害者にまで（予防的な）保安拘禁が認められることになる²⁷⁾論者によれば、刑罰の抑止効果は幻想的であると否定される。つまり、有責な犯罪行為に対する法的効果たる刑罰は犯罪予防に役立たないものとして拒否される。そのため、刑事法の残滓は、違法行為に対する法的制裁ではなく、一種の社会防衛手段としてのみ機能することになる²⁸⁾

24) Barnett, *Restitution*, pp. 285ff.; *idem*, *The Structure of Liberty*, p. 204f., 233ff. 【邦訳 240-242, 270 頁以下】、但し、橋本・前掲論文、法社会学 65 号 88 頁, 93 頁注 6) も参照。

25) Barnett, *The Structure of Liberty*, p. 234 【邦訳 271 頁】；橋本・前掲論文、法社会学 65 号 85 頁参照。

26) Barnett, *Restitution*, pp. 289-290; *idem*, *The Structure of Liberty*, pp. 176-184 【邦訳 212-220 頁】

また、これに併せて、犯罪被害賠償保険制度も想定されている。保険会社は、被害者に対する賠償金を支払う代わりに、加害者にその求償権を行使し得るかたちになる (Cf. *ibid.*)。

27) Barnett, *The Structure of Liberty*, pp. 184-193 【邦訳 220-229 頁】

但し、拡張的自衛権には修正が施されている。その結果、拡張的自衛権の行使が制約されることになると説かれるので恐らく精神障害者の例についてもその行使がある程度控えられるとの想定であると思われるが、詳しい言及がないため不明瞭さが残る。See *ibid.*, pp. 213-215 【邦訳 250-252 頁】

最後に、現行の刑事司法制度が国家権力によって独占されていることから、そこには何かと非効率な面が看取されるが、民間主導の民事司法制度へ転換することによって効率化が望めると主張される。論者の想定によれば、権利侵害からの回復を求める被害者はもとより、加害者にも、法執行に協力するインセンティブが付与されるという。何故なら、法制度の運営にかかる費用を権利侵害者に負担させることによって、加害者は、法的解決が長期化することに伴って賠償金額が増加することを避けるからであるという²⁹⁾

以上の損害賠償一元化論とはほぼ同趣旨の主張は、アナルコ・キャピタリズムの立場からもなされている。そこでは、私的不法行為の予防、捜査、裁判及びその執行を民営化することによって民事法制度に一本化すべきである旨が説かれる³⁰⁾ また、国家統治権の解体に伴い、当然、立法機関も撤廃されることになる。その代わり、民間の各保険会社や警備会社が私的不法行為に関する罰則を定めた諸規則を作成することが想定されている。そして、それらの中でも有効性が高いものが競争に勝ち残るとされる。あるいは、民間企業が労働者を雇用する際には、労働者が自社に対して窃盗、横領などの私的不法行為を犯したときは民間の仲裁機関が相当と判断する賠償金を支払うことに同意する旨の契約書に予め署名させておくというようなシステムも考案されている³¹⁾

そこには、上述のような刑事司法制度に伴うコスト・非効率性を改善するという意味もあれば、被害者に対する純粋な損害賠償のみが追求されるべきであ

28) Barnett, *The Structure of Liberty*, p. 184ff, 216ff. 【邦訳 220 頁以下, 253 頁以下】

なお、無法者が、被害者(遺族)による復讐から逃れるための避難所(「ヘイヴン(havens)」)も犯罪予防に役立つと想定されている。See *ibid.* p. 291f. 【邦訳 332 頁以下】

29) Barnett, *The Structure of Liberty*, Ch. 10, pp. 233-237 【邦訳 10 章, 270-274 頁】

30) Cf. Morris and Linda Tannehill, *The Market for Liberty*, The Ludwig von Mises Institute, 2007 (published originally 1970), Ch. 9-10 (“Mises Institute” のウェブサイトから入手可能。〈<https://mises.org/library/market-liberty-1>〉最終アクセス日, 2019 年 12 月 10 日。); Friedman, *op. cit.*, Part III, IV 【邦訳第 3 部, 第 4 部】; *idem*, *Future Imperfect*, Cambridge University Press 2008, p. 181ff.

31) Robert P. Murphy, *Chaos Theory*, 2ed., 2010, p. 14ff. 〈<https://mises.org/library/chaos-theory>〉(最終アクセス日, 2019 年 12 月 10 日。)

るという意図も含まれているようである。

これらに対して、懲罰的損害賠償と報復の自力救済から成る民事法的解決一元化論も主張されているので、最後にその内容を確認しておこう。論者は、次のように述べている。

「リバタリアニズムの政治理論の中で、刑罰論ほど不満足な状態にあるものはほとんどない。通常リバタリアンたちは、何人も他者の人身や財産に対して危害を加えてはならないという公理を断言するか展開するだけで満足してきた。そのような侵害者に対していかなる制裁を科することができるかは、ほとんど取り上げられてこなかった。我々は、犯罪者は他者からその権利を**奪った程度において**自己の権利を失うという説を唱えた。これは『比例性 (Proportionality)』の理論である。我々はここでそのような比例的処罰の理論が何を意味するかをさらに詳しく述べなければならない。

第一に、比例原則は犯罪者にとっての**最大限の**処罰であって義務的な処罰ではないということが明らかであるべきである。すでに述べたように、リバタリアンな社会では法的紛争や訴訟には二当事者しかいない。被害者あるいは原告と、犯罪者と言われる者あるいは被告である。法廷で不法行為者を起訴するのは原告である。リバタリアンな社会では、間違って定義された『社会』に対する犯罪は存在しない。それ故、起訴するかどうかを決定して、犯罪者と言われる者を起訴する『地方検察官 (District Attorney)』のような人物も存在しない。比例性のルールは、原告が有罪判決を受けた不法行為者に**どの程度の**罰を科して**も良いのか**を述べるものであって、それ以上のものではない。それは科され得る罰の上限を設けるのであるから、それを超えると、処罰する者自身が、犯罪的な侵害者となるのである³²⁾」

ここから、概ね次のような比例性が説かれる。殺人犯(謀殺)からは生命の、身体犯からは身体の、財産犯からは財産の権利が、「(不法行為者としての) 犯

32) Rothbard, op. cit., p. 85. See also p. 51 note 1【邦訳100-101頁, 巻末脚注集27頁注(1)参照。】

人が奪い取ったのと**同じ程度**（括弧部分は筆者注）剥奪される³³⁾。但し、財産犯の場合には、不法行為者が奪った金額は当然返還された上でさらに同じ金額が、つまり、2倍の金額が賠償されなければならないという³⁴⁾。

何故これが民事法一元化論に数えられるのかということ、それは、上記の制裁がいずれも被害者の権利に属するからである。したがって、「不法行為者(犯人)が被害者に加えた侵害の程度」を超えない範囲で、被害者は、自ら生命犯・身体犯に制裁を加えても良いし、それを他人に代行させることもできるが、それだけでなく、制裁を賠償金に替えることも、犯人に制裁を加えずに赦すこともできると説明される。論者は、これを応報に基づく正義であると主張する³⁵⁾。

(i-a) 若干の検討

上で確認したリバタリアンの見解を纏めると、概ね次のように言えるだろう。第一に、犯人（私的不法行為者）は、被害者個人からその利益を奪ったのであり、侵害されたのは個人の権利である。第二に、そのため、回復されるべきは被害者個人の権利である。そして、第三に、権利の回復は、基本的に、権利の客体である財・利益の返還を意味するものと捉えられている。しかし、侵害された財・利益の原状回復が困難である以上、それを別の方法で返還する必要がある。そこで、純粹損害賠償説は、権利の客体である財・利益を金銭価値に変換するという方法で、加害者が奪った分だけ返還するという賠償を考える。これに対して、懲罰的損害賠償と報復から成る自力救済説は、被害額の倍額の金銭による賠償か、侵害された財・利益と同種の財・利益を加害者から奪うという方法を主張する。

33) Rothbard, *op. cit.*, pp. 85-92, see also p. 80 【邦訳 100-109 頁, 95 頁参照。】

34) Rothbard, *op. cit.*, pp. 88-89 【邦訳 104-105 頁】、但し、さらに、精神的苦痛に対する賠償も加算されなければならないとする (*ibid.*)。

35) Rothbard, *op. cit.*, pp. 88-96 【邦訳 104-113 頁】、但し、前述のように、リバタリアニズムの立場から功績原理に基づく応報的正義を支持し得るのかは疑問視される（森村・前掲「リバタリアニズムの刑罰理論」445 頁参照）。

これらの内容より、リバタリアニズムに立脚する一元化説の最たる特徴は権利侵害の量的把握にあると考えられる。リバタリアニズムは、個人の権利、とりわけ他者による不当な干渉からの自由を最大限尊重する。そのため、たとえ過去の不法行為を矯正するために犯人の権利を制約する場合であっても、それが不当な又は恣意的な干渉にならないよう細心の注意を払っていることが窺われる。言うまでもなく、これは至極適切な要請である。しかしながら、権利侵害の确实な量的把握を重視する余り、権利侵害を物質的・財産的に捉え過ぎているきらいがある³⁶⁾ 確かに、これは一面においては、侵害された被害者の権利の回復を少しでも確保しようとする点で積極的に評価されるだろう。依然として犯罪被害者が十分な金銭賠償を得られていないことは、いくら強調しても足りないと思われる³⁷⁾ しかし、他面において、犯罪被害者の求めるものが金銭賠償に限られないことも確かである。そして、仮に犯罪によって侵害されるものが第一義的には個人的権利であると理解したとしても、その実質的被害をもっぱら金銭的価値によって把握することには問題があるだろう。以下、特に

36) 森村進「リバタリアニズムと犯罪被害者救済」一橋法学1巻2号(2002)528頁では、その理由として、精神的被害の回復は方法が多様であるとともに加害者に強制しにくいこと及びその公正な測定が難しいことの2点が挙げられている。

37) 警察庁 Web「平成29年度 犯罪被害類型別調査 調査結果報告書」(2-11. 被害や支援・制度の利用状況とニーズ)〈<https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/kohyo/report/h29-1/index.html#022>〉(最終アクセス日、2019年12月10日); 諸澤英道『被害者学』(成文堂、2016)790頁以下も参照。

また、リバタリアニズムが特にこの面から被害者の救済を訴えてきたことは疑いないと思われる。もっとも、加害者(私的不法行為者)が刑事施設内ではなく民間の雇用プロジェクト施設内で働けば、被害弁償が可能になるだけの収入を得られるであろうとの想定が妥当と言えるかは疑わしいだろう。『平成30年版 犯罪白書』によれば、平成29年における再入受刑者の内72.4%が無職者である(〈http://hakusyol.moj.go.jp/jp/65/nfm/n65_2_5_2_3_1.html〉図表「5-2-3-4」参照。最終アクセス日、2019年12月10日)。それ故、再犯予防のために「出番(仕事)」の確保が近年の課題とされているが、「出番(仕事)」を継続的に確保し続けることができるか否かは、やはり出所者(元受刑者)にかかっている。刑事施設内における職業訓練等は、その能力を涵養するものとして理解されている。また、確かに、懲役刑受刑者が刑務作業を通じて得られる作業報奨金は月額5千円前後の微々たるものであるが、刑務所作業収入は法務省主管の歳入であるから、間接的には、犯罪被害者支援のための予算のほか、刑事施設運営費や犯罪被害者支援団体の活動助成金として利用されている点も見逃せないだろう。

非難的・懲罰的要素を排除する純粹損害賠償説を中心に若干の検討を加えておきたい。

まず、非難的・懲罰的要素を排除した損害賠償制度に一元化することの弊害が考えられる。もしそれが実現されるならば、規範的評価の上で、故意犯も過失犯も、あるいは無過失の事故も基本的に同じく扱うことになり、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからず」扱うという平等原則をも捨て去ることになるだろう³⁸⁾ 要するに、他人の権利（例、生命）を侵害した者は、それが残虐な殺人であろうが過剰防衛による傷害致死であろうが、はたまた医療過誤の結果であろうと、同様に、被害者の損害額を支払うことで解決されることになりはしないだろうか。さらに、規範的評価の尺度が金銭に置き換えられることによって、1人の生命を侵害した場合よりも、大企業に経済的損失をもたらす債務不履行のほうが法的に重大な出来事と評価される印象を受ける。

また別の問題として、XがYを殺害した後、その賠償金を支払うために、Yを殺害するに至った経緯を生々しく表現したDVDや本を販売し、その収入を賠償金に充てるというような事態も起こり得る³⁹⁾ それは、不道徳であるだけでなく、場合によってはY又はその親族の名誉（感情）を傷つけたことに対する不法行為責任をもたらすかもしれないが、それにもかかわらず、Yの殺害及び名誉毀損・侮辱の損害賠償額の合計金額を上回る収入が見込まれる場合には「犯罪の商業化」が実行される虞がある。しかも、法秩序がそれを間接的には是認しているように受け止められるだろう。これは、犯罪を行う「(富豪)特権⁴⁰⁾」又は免罪符を連想させる⁴¹⁾ したがって、損害賠償金を上回る報酬を約束

38) Vgl., Ulfrid Neumann, *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, Festschrift für Günther Jakobs, 2007, SS. 448-450; Kurt Seemann, *Verzicht auf Strafe?*, Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann, 2017, S. 717ff.

39) Roy Whitehead and Walter Block, *Taking the Assets of Criminals to Compensate Victims of Violence: A Legal and Philosophical Approach*, *Journal of Law in Society*, Vol. 5, 2003, p. 229ff. は、リバタリアニズムの立場から、加害者がその犯罪に関する出版物から得た収益を被害弁済に充てさせるために制定された所謂「サムの子法 (“Son of Sam” law)」に好意的である。

して他人に犯罪を実行させることも可能となるかもしれない。あるいは、殺人事件の被害者 Y の遺族が、報復のために X を殺害し、X から支払われた賠償金を X の遺族に対する賠償に充てること（又は債権・債務の相殺）を企てるかもしれない。もし、被害者 Y の殺人事件に対して支払われる賠償金額が、X に対する殺人事件から生じる賠償金額よりも少なかったとすれば、報復を果たした Y 遺族にだけ損害賠償債務が残る結果になる。これが矯正的正義に適用とは思われない。

前述のように、リバタリアニズム、特にアナルコ・キャピタリズムは、権利侵害を具体的に把握しようと、それを数値化する傾向が強い。例えば、被害者は、自身が被った侵害と同程度の侵害を加害者に加えても良いと仮定した上で、その程度を説明するためにロシアンルーレットの例えが挙げられる。軽微な侵害であれば 100 回に 2, 3 発だけ実弾が発射される程度に設定し、中程度の侵害であれば 20 回に 1, 2 発、被害者が殺害されたときはその遺族（遺産相続人）が加害者を殺害しても良いという具合である⁴²⁾。そして、その場合に、被害者遺族は、加害者が損害賠償金の支払いを終えるまで、自身の奴隷状態に置

40) Günter Blau/Einhard Franke, *Diversion und Schlichtung*, ZStW 96 (1984), S. 499 は、ドイツ刑事訴訟法 153 条 a (ダイヴァージョン) の文脈の中で「裕福者特権 (Reichen-Privileg)」という批判はあまり効果がないと指摘する。他方, Günther Kaiser, *Abolitionismus – Alternative zum Strafrecht?*, Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 1044 は、刑罰制度廃止 (アボリションニズム) の文脈においては、この疑念が強まると指摘している。

41) 例えば、「殺人や傷害のような暴力犯の場合、罰金だけで済ましてしまっただけは、生命や身体の完全性が金で買えるような印象を与えてしまう」だろう。(森村進「リバタリアニズムと刑罰論」法律時報 78 卷 3 号 (2006) 30 頁参照【同著『リバタリアンはこう考える：法哲学論集』(信山社, 2013) 所収]) また、吉中信人「現代社会と刑罰制度」甲斐克則編『現代社会と刑法を考える』(法律文化社, 2012) 219 頁以下によれば、金銭刑は、一方では、犯罪者の社会内処遇の推進に有意義であり、犯罪者というステイグマ (烙印づけ) が薄く社会復帰も行われ易いなどの他、幾つかの利点を有する反面、富める者にとっては「料金」支払に過ぎないという認識を招き易く、また、資力に欠ける犯罪者は労役場に留置される点 (刑法 18 条) に照らせば、不平等感が生じ易いなどの問題点もあると指摘される。そのほか、財産刑の長所・短所については、藤本哲也『刑事政策概論』全訂 7 版 (青林書院, 2015) 160 頁以下参照。

42) Whitehead and Block, op. cit., pp. 242-251

43) Whitehead and Block, op. cit., pp. 251-254

くことも可能であるという⁴³⁾。そこには、被害者にとって、加害者を殺害するより、少なからず金銭賠償が得られる方が望ましいであろうという考えがあるのだろう⁴⁴⁾。しかし、債務奴隷を法的に公認するような考えに問題があるだけでなく、被害者が複数人の場合はどうなるのだろうか。犯人は被害者遺族の共有物として扱われるのだろうか。他にも色々な問題が考えられそうであるが、いずれにせよ確かなことは、このような場合、「被害者自身はどうやっても賠償されないのである⁴⁵⁾」。

そもそも、個人の所有権及びその自己防衛権という自然権を核として法秩序を観念し、それによって国家権力の全部又は大半を排除するのであれば、自力救済の権利も自然権として認められて良いだろう。それにもかかわらず、なぜ、被害者は金銭での賠償請求権しか認められないのだろうか。生命や身体の喪失に関して、物理的な原状回復が不可能に近いことは疑いない。しかし、そうであるならば、侵害された権利をいかにして回復するかを決定する権利は、他ならぬ被害者に認められるべきである。現に、限定的ながらも、報復権を肯定する見解が見受けられる⁴⁶⁾。それが妥当かどうかは後に更なる検討を要するが、リバタリアニズムの立場からすれば、その自由が剥奪される正当な理由はないのではないだろうか。

やはり、金銭賠償による場合でも、権利侵害の程度を一義的に把握し、その回復を図るには困難があると思われる。仮に従来の考え方にしたがって損害賠償額を算定するにせよ、どこまでを損害賠償の対象に含めるか、権利とその回復を金銭価値に適切に換算し得るのかという問題は残る⁴⁷⁾。とりわけ、精神的

44) Whitehead and Block, *op. cit.*, p. 249ff.; see also Michael Huemer, *The problem of political authority*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 273. また、前注 30), 31) の文献も参照。

45) 森村・前掲「リバタリアニズムの刑罰理論」442頁

46) Rothbard, *op. cit.*, pp. 85-92【邦訳 100-109頁】；笠井潔『国家民営化論 「完全自由社会」をめざすアナルコ・キャピタリズム』(光文社, 1995) 199-200頁；蔵研也『無政府社会と法の進化—アナルコキャピタリズムの是非』(木鐸社, 2008) 160-169頁も参照。さらに、大久保哲「報復権再論」(新潟大学)法政理論 45巻4号(2013) 110頁以下も参照。また、森村・前掲「リバタリアニズムの刑罰理論」449-450頁の説明も参照。

苦痛に対する慰謝料の算定は、刑罰制度が廃止された場合、一層難しくなりそうである。矯正的正義の達成を考える上で、犯罪（私的不法行為）がもたらす精神的影響を無視することはできないだろう⁴⁸⁾。そもそも、権利概念も一人きりの世界では必要ないものである以上、社会関係の概念とみるべきだろう。そうすると、権利侵害の概念も、他者との関係性から把握するという視角が不可欠なように思われる。それ故、近年では、社会・法共同体内部における関係性から被害の回復を捉える視点が重視されるようになってきている。そのようななかで、金銭賠償ないし報復を求める権利はいかに位置づけられるか。この点、次稿で引き続き検討したい。

（未完）

47) 森村進「損害賠償額算定方法の通説への疑問」『法の理論6』（成文堂、1985）137頁参照。

48) やはり、犯罪がもたらす精神的影響を無視して矯正的正義の達成を考えることはできないだろう。全国被害者支援ネットワーク Web「犯罪被害者の声」〈<https://www.nnvs.org/category/hvoice/>〉（最終アクセス日、2019年12月10日）；藤井誠二『殺された側の論理 犯罪被害者遺族が望む「罪」と「罰」』（講談社文庫、2011）；鮎川潤『再検証犯罪被害者とその支援：私たちはもう泣かない。』（昭和堂、2010）参照。