

---

# 2015 年度 日本法哲学会 学術大会・総会 案内

---

日時	2015 年 11 月 7 日（土）・8 日（日）
会場	沖縄県市町村自治会館（那覇市、開催協力：沖縄国際大学） 受付： 第 1 日……4 階 会議室前 第 2 日……2 階 ホワイエ（ホールの入口付近） 会場： 第 1 日……4 階 大会議室・中会議室 第 2 日……2 階 ホール
統一テーマ	応報の行方

沖縄国際大学等の現地視察（第 1 日目の特別企画との関連企画）

「沖縄で「法」を考える ― 現地視察」

2015 年 11 月 9 日（月）

\* 現地視察の詳細は本案内の 5 頁をご覧ください。

---

## 1 プログラム

### 1.1 第 1 日 午 前 の 部 <個別テーマ報告>

#### | A 分科会（4 階 中会議室）

9:00 ～ 9:45 鈴木 康文（広島修道大学）

「19 世紀プロイセン裁判所における法形成」

9:50 ～ 10:35 清水 潤（崇城大学）

「19 世紀後期アメリカの憲法論に対するコモン・ローの影響について」

#### | B 分科会（4 階 大会議室）

9:00 ～ 9:45 劉 武政（元京都大学助教）

「司法積極主義の政治的・制度的構築

——台湾の憲法裁判所を手がかりとして——」

9:50 ～ 10:35 白川 俊介（九州大学大学院特別研究者）

「グローバルな正義の動機づけに関する一考察

——デイヴィッド・ミラーの議論の批判的検討を手がかりに——」

## 1.2 特別企画 (4階 大会議室)

10:40 ~ 12:30 「沖縄で「法」を考える——琉球処分と法の多元性」

開催責任者：徳永 賢治 ( 沖縄国際大学 )

司会：小柳正弘 ( 沖縄国際大学 )

徳永 賢治 ( 沖縄国際大学 )

「企画趣旨説明」

田名 真之 ( 沖縄国際大学 )

「「琉球処分」と旧慣温存」

当山 尚幸 ( 沖縄弁護士会弁護士 )

「米軍統治下の沖縄における法の諸相」

与儀 武秀 ( 沖縄タイムス社記者 )

「沖縄の歴史と安保体制」

## 1.3 第1日 午後 の 部 <ワークショップ>

| Aワークショップ (4階 中会議室)

13:30 ~ 15:10 A-1 「性暴力犯罪の法改革に向けて」

開催責任者・司会：関 良徳 ( 信州大学 )

関 良徳 ( 信州大学 )

「開催趣旨説明」

森川 恭剛 ( 琉球大学 )

「性暴力の行為と平等」

矢野 恵美 ( 琉球大学 )

「日本の性犯罪規定の問題点」

住吉 雅美 ( 青山学院大学 )

「総括コメント」

15:10 ~ 15:20 休憩

| Bワークショップ (4階 中会議室)

15:20 ~ 17:00 A-2 「応報の彼方へ：修復的正義・修復的实践の挑戦」

開催責任者(司会兼任)：宿谷 晃弘 ( 東京学芸大学 )

宿谷 晃弘 ( 東京学芸大学 )

「ワークショップ趣旨説明」

長谷川 裕寿 ( 駿河台大学 )

「刑事法と修復的正義(RJ)・修復的实践(RP)(仮)」

竹原 幸太 ( 東北公益文科大学 )

「教育福祉と RJ・RP (仮)」

安原 陽平 (東京学芸大学)

「コメント」

| C ワークショップ (4階 大会議室)

「死刑は刑罰たりうるか」

開催責任者・司会 青山 治城 (神田外語大学)

13:30 ~ 15:10 第1部

青山 治城 (神田外語大学)

「企画趣旨」

一ノ瀬正樹 (東京大学)

「仮言的主張としての「死刑不可能論」とその射程」

15:10 ~ 15:20 休憩

15:20 ~ 17:00 第2部

井田 良 (慶應義塾大学)

「「死刑不可能論」は可能か？」

河合 幹雄 (横浜桐蔭大学)

「死刑の象徴化と公判重視

——犯罪実態と世論調査を踏まえた死刑論」

1.4 第1日 午後 の 部 <総会> (4階 大会議室)

17:10 ~ 17:40 IVR日本支部総会

- (1) 会計・会務報告
- (2) 第12回神戸記念レクチャーについて
- (3) 第27回 IVR 世界大会 (アメリカ) について
- (4) その他

日本法哲学会総会

- (1) 会計・会務報告
- (2) 役員の改選について
- (3) 2015年度法哲学年報編集について
- (4) 2016年度学術大会について
- (5) その他

18:00 ~ 20:00 懇親会 (サザンプラザ海邦)

- 1.5 第2日午前の部 <統一テーマ報告> (2階 ホール)
- 9:30 ~ 9:55 瀧川 裕英 (立教大学)  
「統一テーマ「応報の行方」について」
- 9:55 ~ 10:30 橋本 祐子 (龍谷大学)  
「復讐と応報刑」
- 10:30 ~ 11:05 米村 幸太郎 (横浜国立大学)  
「「功績 desert」概念と応報」
- 11:05 ~ 11:20 休 憩
- 11:20 ~ 11:55 安藤 馨 (神戸大学)  
「応報主義と帰結主義の相克」
- 11:55 ~ 12:30 松原 芳博 (早稲田大学)  
「刑罰の正当化根拠としての応報——刑法学の視点から——」
- 12:30 ~ 13:05 岡上 雅美 (筑波大学)  
「脳科学の進展と応報主義の行方」
- 1.6 第2日 午 後 の 部 <統一テーマ報告およびシンポジウム>  
(2階 ホール)
- 14:20 ~ 14:45 森村 進 (一橋大学)  
「総括コメント1」
- 14:45 ~ 15:10 井田 良 (慶應義塾大学)  
「総括コメント2」
- 15:10 ~ 15:40 休 憩
- 15:40 ~ 17:30 シンポジウム「応報の行方」  
司会 瀧川 裕英 (立教大学)・ 関 良徳 (信州大学)
- 17:30 閉会の辞 日本法哲学会理事長

## 2 役員選挙のお知らせ

今年度は、役員選挙の行われる年です。学術大会第1日目の会場受付で投票用紙と名簿をお渡ししますので、同日午後の部の開始（13:30）までに投票をお済ませください。

## 3 会費納入のお願い

普通会员の年会費は6,000円（ただし『法哲学年報』の配布を希望しない場合は3,000円）となっております。2013年度のご請求より、会員の皆様への会費請求額は、この冊子を封入した封筒に貼付してある宛名シールの下段に記載することとなりました。同封の「日本法哲学会2015年度会費のお支払いについて」をご参照のうえ、ご確認ください。会費は、同封振込用紙にてお振り込み下さい。なお、学術大会・総会にご出席になる場合には、会費の納入が確認できた会員には会場受付にて『法哲学年報』をお渡しすることができます。（学術大会直前に会費を振り込まれた場合、事務局による会費納入の確認が間に合わないこともありますので、会場受付にて『法哲学年報』をお受け取りになりたい場合は、振込を証明する書類を学術大会受付にご持参ください。）

## 4 事務局からのご案内

### 4.1 学術大会・総会会場

沖縄県市町村自治会館

〒900-0029 沖縄県那覇市旭町 116-37

受付： 第1日……4階 会議室前

第2日……2階 ホワイエ（ホールの入口付近）

会場： 第1日……4階 大会議室・中会議室

第2日……2階 ホール

\*会場へのアクセスについては、本案内末尾の地図をご覧ください。

### 4.2 懇親会

日時：11月7日（土） 18:00～20:00

会場：サザンプラザ海邦

〒900-0029 那覇市旭町7番地

会費：5,000円（学生は4,000円）

\*会場へのアクセスについては、本案内末尾の地図をご覧ください。

### 4.3 特別企画との関連企画「沖縄で「法」を考える ― 現地視察」

日時：11月9日（月） 8:10～16:00

集合場所：沖縄県市町村自治会館前

視察場所：沖縄国際大学、航空自衛隊その他

解散場所：那覇空港

会費：バス運賃代、昼食代（自衛隊内の食堂）、保険代金は不要です。

\* 参加を希望される方は、同封している葉書にて10月16日（金、必着）までにご予約下さい。バスは1台のみです。参加者が多い場合は先着順といたします。

#### 4.4 昼食

学術大会の両日とも、お弁当の用意はいたしません。会場周辺のコンビニエンスストアや飲食店をご利用下さい。

#### 4.5 宿泊

各自でご手配下さい。

### 5 お問い合わせ先

#### 日本法哲学会事務局

〒602-8580 京都市上京区今出川通烏丸東入

同志社大学法学部 濱真一郎研究室気付 日本法哲学会

Tel : 075-707-8990 Fax : 075-251-3060

E-mail : [secretariat@houtetsugaku.org](mailto:secretariat@houtetsugaku.org)

<http://www.houtetsugaku.org/>

### 6 資料コーナーについて

本学術大会では、会員のための資料コーナーを設けますので、資料の配付をご希望の会員は、日本法哲学会事務局まで氏名をご連絡下さい。現物は会場までご持参下さい。なお、当該会員は、配布について一般的な責任を負うこと、また、金銭の授受を行わないこととなっております。

学術大会・総会のご出欠、懇親会のご出欠、現地視察（3日目）の参加について、同封の出欠葉書にて、10月16日（金）までにお知らせください。

## 報告要旨

### <個別テーマ報告>

#### | A 分科会

### 19世紀プロイセン裁判所における法形成

鈴木 康文（広島修道大学）

昨年度（2014年度）のワークショップ「立法をめぐる法思想 19世紀におけるドイツとイギリスを中心に」において、19世紀ドイツにおける立法史および立法をめぐる思想史について報告した。その報告の中で、19世紀中頃、プロイセンの裁判所で活躍した司法官僚ボルネマン(Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann, 1798-1864)を取り上げた。彼は裁判官として、一方ではプロイセン一般ラント法を尊重しつつも、他方では裁判所による法形成をも重要視していた。昨年度は彼の著書『ドイツとその将来の法発展、特にプロイセンの観点から』（1856年）にもとづいてこのような見解を確認したが、しかしそれはまだ抽象的な理論にとどまるものであった。

そこで本報告では、ボルネマンが『プロイセン法領域の研究』（1855年）でプロイセンの最高裁判所(Obertribunal)による法形成の一例として例示している書面による方式主義の問題にそくして、彼の思想を見ていくことにしたい。その意味で本報告は、昨年度の報告を発展させたものである。報告内容は以下のものを予定している。

まず、出発点として、プロイセン一般ラント法（1794年）における、裁判官の活動、判例の位置づけについて確認していく。18世紀のプロイセンでは絶対主義国家としての地位を確立していく過程で種々の司法改革が行われた。その方向性として共通していることは、裁判所から等族の旧勢力の影響を排除し、君主の意思である法律に裁判官を拘束する、というものである。同法典では、裁判官の活動は制限され、判例の参照も禁止されることになった。これと関連する規定について、その編纂過程、編纂者たちの思想を確認するとともに、その後の変化も追う。判例の位置づけに変化をもたらした1836年の閣令について、他国（ヘッセン、バイエルン）における判例の位置づけと比較しながら、確認しよう。

このような背景を前提に、具体的な問題（書面による方式主義）を見ていく。まずボルネマンのキャリアや彼の法源論について、ランダウ(Peter Landau)の論文などに依拠して、簡単に確認したい。次に方式主義についてであるが、普通法やドイツ民法典では無方式が採用されたのに対して、プロイセン一般ラント法では方式主義が採用された。同法の編纂者であるスヴァーレツ(Carl Gottlieb Svarez, 1746-1798)の見解などを確認し、これと対比しながら、プロイセン一般ラント法成立からおおよそ60年を経た時代に活躍するボルネマンが当時の経済的發展を考慮し裁判実務をもとに方式主義からの離反を主張していることを見ておこう。

プロイセンにおいては、当初、判例の位置づけと裁判官の活動が消極的に評価されていただけに、その変化を跡づけ、裁判所による法形成の思想と、その現実の状況を明らかにすることは、プロイセン司法史にとって意味あることと思われる。

## 19 世紀後期アメリカの憲法論に対するコモン・ローの影響について

清水 潤（崇城大学）

今日、アメリカ憲法研究は隆盛を極めているけれども、実践的テーマを離れて、その史的基礎にさかのぼってアメリカ憲法の実像を探求したい、という動機に基づく研究は必ずしも流行していないように思われる。本報告は、19 世紀後期のアメリカ法学に焦点を当て、その理論構造を明らかにすることによって、我々が通俗的に有しているアメリカ憲法の像を相対化してみようとする試みである。その際、アメリカ憲法思想に対するコモン・ローの多大なる影響という問題を取り上げる。かかる考察は、19 世紀後期から 20 世紀初頭における実体的デュー・プロセス理論の基礎という間にも重要な解答を与えうるものである。

17 世紀イングランドの法律家たちは、コモン・ローの理論化を行った。それによれば、コモン・ローとは古来の不文の慣習法であり、時間による選別を越えて存続してきたが故に卓越した法であるとされる。かかるコモン・ロー理解は、建国期アメリカの著名な法律家たちにも受け継がれる。

かかる法思想は、19 世紀以降のアメリカにおける憲法理論の形成にも大きく貢献する。第一に、不文慣習法を卓越した法とみなす発想は、憲法概念の理解に影響を与える。当時、すでにアメリカは成文憲法典を有していたが、それにも拘らず、アメリカ憲法は古来の不文の慣習法、不文法であると論じられた。アメリカの不文憲法思想である。それによれば、アメリカ憲法とは制憲者の一時の意思の産物なのではなく、古代イングランド以来受け継がれてきた伝統の産物なのであった。条文や憲法典には回収しきれない憲法の実体と精神は、古来の慣習や判例法の中に存在するとされたのである。社会契約理論や制憲時の議論は重要でないと言われ、コモン・ローと同様に、サクソン期以降連続的に形成発展されてきた民族の慣習に憲法の根拠が求められた。

第二に、憲法によって保障された諸権利の理解に、コモン・ローは影響を与えた。古来の不文慣習法が卓越した法であるならば、かかる慣習法によって確立されてきた権利こそ、擁護されるべき自由であるといつてよい筈である。その具体例として、修正 14 条のデュー・プロセス条項を挙げることができる。19 世紀後期以降のいわゆる実体的デュー・プロセス法理は、コモン・ロー上のニューサンス法の憲法化といつてよい内実を有している。当時の法律家たちは、新たに出現した社会経済立法の合憲性を検討する際に、すでに馴染んでいたニューサンス法のパラダイムを利用して憲法論を組み立てたのである。



司法積極主義の政治的・制度的構築  
——台湾の憲法裁判所を手がかりとして——

劉 武政（元京都大学助教）

台湾の憲法裁判所は1990年代中頃から積極性を増し、2004～5年頃頂点に達した。2003年10月から2008年4月まで、台湾の憲法裁判所は憲法解釈を91件下し、その中の36件を違憲と結論付けた。量的に見れば、この時期の台湾の憲法裁判所は、世界中で最も積極的な裁判所の一つであると言っても、異論がないだろう。しかし、量だけではなく、台湾の憲法裁判所の決定に対し学者が様々な異なる反応を示したのも、人々を驚かせるものであろう。ある法学者は、台湾の憲法裁判所は、それらの積極的な決定を通して憲法の番人という役割を果たし、政治を正しい方向へと導くものと褒め称える。しかし、別の法学者は、台湾の憲法裁判所は、自分の政治的選好が多数派の意志に取って代わり、民主制の多数支配に危機をもたらしたと批判する。その一方で、ある台湾の政治学者は、台湾の憲法裁判所が存在しなくても、台湾政治の進展には全く影響しないと言っている。この言葉に同調するかのように、台湾の他の政治学者と日本やアメリカの政治学者が発表した台湾研究の論文や著作には、台湾の憲法裁判所についての記述は殆ど見当たらない。

本稿は「司法政治学 Judicial Politics」又は「法と裁判所 Law and Courts」という研究分野での「政治体制 Regime Politics」論に依拠する。この理論は、司法的意思決定をより大きな政治と制度の文脈において探求する重要性を説く。本稿では「政治体制」論のアプローチを方法的な軸に、台湾の憲法裁判所が2004年に下した2件の判決を主な研究対象として、その意思決定の積極性が形成される原因を探求する。2つの事件とは、中華民国(台湾)憲法に定められた権力分立制の下で独立行政機関の合憲性にかかわる事件と、国民全員に指紋押捺を強制することの合憲性にかかわる事件である。台湾の憲法裁判所が下した決定やその中に含まれる原理を分析するのではなく、台湾の政治家がどのように憲法裁判所を運用するか、また反対意見をもつ政治家がどのように憲法裁判所の決定に抵抗し、それを変えようとするか、そして憲法裁判所とその裁判官たち自身が政治家たちの行動に対してどのように対応するかを検討し分析する。その分析の結果、本稿では「分裂政治という状況下で台湾の政治家は責任を避けるため、激しく論争された問題を司法化して、司法に責任を移す傾向があり、それによって台湾の憲法裁判所が著しく積極化する」という結論に至った。

本稿は、台湾の憲法裁判所を手がかりとして、積極的な裁判所がどのように形成されるかを探求するものであるが、憲法裁判所をどう評価すべきか、また司法的意思決定が政治や社会にいかなる影響を与えるか等の諸問題を探求するものではない。しかし、この研究は、人々が裁判所の役割に異なる見解を示す理由や、司法審査が政治や社会に与える影響を理解するのに有益であろう。また、規範的法学で強く支持されている「反多数者主義の難題」という命題に対し再認識する好機を与えるに違いないであろう。

## グローバルな正義の動機づけに関する一考察 ——デイヴィッド・ミラーの議論の批判的検討を手がかりに——

白川 俊介（九州大学大学院特別研究者）

本報告の目的は、グローバルな正義の動機づけという観点からイギリスの政治哲学者デイヴィッド・ミラーのグローバル正義論を批判的に検討し、その論理構造に含まれる不整合性を指摘したうえで、グローバルな正義を何によって動機づけるべきかという問題についての筆者なりの若干の試論を展開することにある。

正義にかかわるリベラル・ナショナリズム論の中心的な主張の1つは、平等を社会のなかで実現しようとするれば、まずはその社会の構成員間に「ネイションの文化」の共有に基づく信頼感や連帯意識といった「感性」が必要であり、またそれがあるからこそ、そうした社会正義の枠組みを「われわれのもの」だと思ひ、愛着を抱き、支えていこうと考える、というものである。したがって、ネイションの文化が異なれば、社会正義の構想も異なるものであると考えられるため、社会正義の構想は多元的かつ個別的なものであってしかるべきである。ミラーらリベラル・ナショナリストは概ねそのように考える。

かかる議論を基盤にして、ミラーはグローバルな正義を次のように構想する。すなわち、ミラーは国内の「社会正義」と対外的な「グローバルな正義」を峻別したうえで、地球上の誰であっても享受できる「基本的人権」の侵害という事象については、国際社会が一丸となってそれに対処していく義務があるとし、このような意味での「薄いコスモポリタニズム」を支持するのである。

こうしたミラーのグローバルな正義論について、そもそも社会正義とグローバルな正義を別個のものとして考えるべきではないという批判がしばしばなされるが、「社会正義」と「グローバルな正義」の二元論それ自体の妥当性は、そもそも「社会正義」の動機づけをネイションの構成員間の情緒的な紐帯に求めている以上、ミラーにおいては必然である。ただし、だからといって、グローバルな正義の動機づけを「基本的人権」という普遍的かつ抽象的な原理に訴えかけなければならない必然性は説明されていない。むしろ、「グローバルな正義」と「社会正義」は峻別されるべきだという必然性は認めるとしても、グローバルな正義は抽象的かつ普遍的な原理ではなく、社会正義を下支えするものとは別の、何らかの「感性」に動機づけられるべきだということになるのではなからうか。

ミラーはこの点でリベラル・ナショナリストとして首尾一貫していないことを確認したうえで、本報告では、グローバルな正義を支える「感性」として、ジュディス・シュクラーやリチャード・ローティのいう「残酷さの回避」あるいは「共通悪」についての議論などを参考にしながら、若干の試論を展開したい。

## <特別企画>

### 沖縄で「法」を考える——琉球処分と法の多元性

開催責任者： 徳永 賢治（沖縄国際大学）

亜熱帯気候帯に属する沖縄は、歴史的にも日本本土とは異なる道を歩んで来た。法分野における相違点に注目すれば、南島の法には、伝統的な共同体の法ないし慣習の残存を、一部の社会集団のなかに見ることが出来る。伝統的規範の中では、ウチナンチュ(沖縄人)の人と人との関係は直接的関係をもっており、場合によっては国家法の干渉を排除することさえある。たとえば、祖先祭祀(トートーメー)等に基づく相続や模合(もあい)による相互扶助などには、このような共同体法や慣習法の機能を見ることが出来る。沖縄社会には、今なお日本の国家法のみならず、その内外に異文化の法が二つあるいは二つ以上併存している(⇒多元的法体制)。

明治になっても政府は、王府時代の「旧慣」を存続する政策を採った。「旧慣温存策」は、1879年の沖縄県の設置から1903年の土地整理事業の完成まで引き継がれ、近代的な土地所有権法の整備が遅れた。先島諸島の人頭税廃止を求める住民運動がきっかけとなり、沖縄県の各地で旧制度の廃止・改善をめぐる運動が起こった。徴兵制、地租改正、市町村制、府県制、衆議院議員選挙法等は、本土からおおよそ10～25年遅れて施行された。

沖縄は、日本本土の明治維新前の琉球王府時代に、琉米修好条約(1854年)、琉仏修好条約(1855年)、琉蘭修好条約(1859年)の、国際条約を締結していた。その後、1872年の琉球王国廃止・琉球藩設置から始まり1879年の沖縄県設置に至る琉球処分(⇒第1次琉球処分)を経るなかで、琉球藩の管轄は、日本軍の台湾出兵を契機として、1874年、外務省から内務省へ移された。

第2次大戦中、沖縄は、国内唯一の地上戦闘が行なわれた(約3カ月間の戦闘で沖縄県援護課の発表では約20万人の死者が出た)。戦勝国のアメリカ軍は、その後、約27年間、沖縄を統治した。その法的根拠の一つは、1945年に公布された米国海軍軍政府布告第一号(「ニミッツ布告」)であった。これにより、奄美群島以南の南西諸島地域における大日本帝国の行政権は停止され、米軍政府(琉球列島米軍政府)が沖縄を統治することになった。

ニミッツ布告は、戦時国際法に基づいて発令された以上、平和条約の締結と共に本来は廃止されるはずであった。しかし、1951年に日米がサンフランシスコ平和条約を締結した後も、沖縄のニミッツ布告は、15年間維持され続けた。日本は、1952年4月発効のサンフランシスコ講和条約で沖縄を日本本土から切り離すこと(⇒第2次琉球処分)によって一足早く国際社会に復帰した。その後、日本は高度経済成長期に入り経済的豊かさを享受したものの、沖縄で、ニミッツ布告が撤回されたのは、1966年の9月22日、ワトソン高等弁務官によってである。

1972年、沖縄は本土に復帰したが、日本全土の土地面積の1.6%しかない沖縄に在日米軍専用施設の約74%が現在も集中している。復帰以降、沖縄は、日本国憲法を頂点とする国家法体制に組み込まれることになった。しかし、復帰後も、地域の共同体法は、日本の国家法の基地政策、並びに国境を超えたグローバルな性質を有する市場法(例、TPP)や米中の外交・防衛・安全保障体制という荒波による浸食を被りながらも、依然存続しているように思われる。こうした地域の共同体法が今日の沖縄の平和志向につながっているのではないか。

県民の多くは、2014年11月に実施された沖縄県知事選挙において、普天間海兵隊基地の辺野古への移設について、保革の二項対立(経済振興か反基地か)ではなく、沖縄県民のアイデンティティが問われているとの選挙争点を前面に打ち出す候補者を選出し、移設を容認する現職知事を落選させた。政府が進める新基地の建設は、第3次琉球処分の始まりの一つになるのだろうか。

沖縄が今後進もうとする道は、どのような道なのか、どのような道であるべきなのか。日本法哲学会の特別企画において、沖縄の置かれている現状、日本法に対する期待と不信、沖縄のこれから歩むべき道(「守禮之邦」から「守法の国」へ?)等について、会員の皆様方のご意見を頂きながら、議論・理解を深められればと思う。

## <ワークショップ>

### | Aワークショップ

#### 性暴力犯罪の法改革に向けて

開催責任者： 関 良徳（信州大学）

近年、強姦罪を中心とする性暴力犯罪についての議論が高まりを見せている。その背景には、性暴力犯罪被害者自身による悲痛な訴えとそれに応答しようとする組織的な動きがある。2010年には性暴力救援センター・大阪が開設され、2012年には男女共同参画会議の「女性に対する暴力に関する専門調査会」が報告書『『女性に対する暴力』を根絶するための課題と対策 性犯罪への対策の推進』をまとめている。こうした動きの根底にあるのは、被害者保護を含む刑事訴訟過程全体の再検討が喫緊の課題であるという共通認識である。

わが国の刑法及び刑事司法には、偏った性道徳観念にもとづくジェンダー／セクシュアリティ差別が根強く残存しており、司法関係者にもその差別を再生産する意識構造が維持されている。他方、日本以外の先進各国では1970年代のフェミニズム運動の成果として強姦規定の大幅な改革が進められ、ジェンダー／セクシュアリティに中立的あるいはセンシティブな性暴力規定が生み出されている。しかし諸外国での法改革を目の当たりにしながら、わが国では性暴力犯罪全体の再検討ではなく、その厳罰化論に注目が集まっている。ここには、被害者への共感と強く結びついた応報感情というわが国の刑罰感覚が映し出されている。

しかし本ワークショップでは、性暴力犯罪厳罰化論という文脈では看過されている本質的な問題、すなわち強姦罪の「暴力性」、「ジェンダー／セクシュアリティ差別」、「被害者保護」という各論点に焦点を当てて、この犯罪の存在構造そのものを解明する。そのうえで、量刑論には止まらない、性暴力犯罪規定の法改革へと議論を展開したいと考えている。

本ワークショップの構成は以下のとおりである。

- (1) 開催趣旨説明（関 良徳：信州大学 法哲学）
- (2) 報告①（森川恭剛：琉球大学法文学部教授 刑法）

本報告では、性暴力犯罪の存在構造を「暴力性」や「差別」といった観点から解明し、法改革の具体案を提示する。

- (3) 報告②（矢野恵美：琉球大学大学院法務研究科教授 刑法）

本報告では、性暴力犯罪にかかわる刑事司法及び被害者保護について主に北欧の先進的な展開から、わが国の法制度（特に親告罪の問題）について議論を提起する。

- (4) 総括コメント（住吉雅美：青山学院大学 法哲学）

上記二報告について、ジェンダー／セクシュアリティ法領域を含む法哲学的な観点から総括的なコメントを行う。

## | Bワークショップ

### 応報の彼方へ：修復的正義・修復的实践の挑戦

開催責任者：宿谷 晃弘（東京学芸大学）

修復的正義・修復的实践（以下、「RJ・RP」と表記）は、当初メノナイトの神学と実践を土台として登場し、刑事司法・少年司法や教育福祉の分野における応報主義的傾向に抗して、世界各地に広がった。もちろん、一口にRJ・RPといっても、応報主義をどのように捉え、それに対してどのように向き合うかについては、様々な議論が存在する。しかし、それらの様々な議論の内に共通して見られるのは、「復讐への逆戻り」の要素も見えないわけではない）絶対的応報主義や厳罰化、ゼロトレランスの傾向に対する懐疑ないし抵抗であるといつてよいであろう。RJ・RPは、時にケアの思想・実践等とも連携しつつ、これらの傾向に対して、常に具体的な観点から異議申し立てを行うものである。

本ワークショップにおいては、RJ・RPの世界的な展開を踏まえつつ、主として日本の刑事司法・少年司法、およびそれらと密接な関係にあるところの教育福祉との関係において、RJ・RPがどのように位置づけられるかについて考察していく。RJ・RPは、上記のように、もともとメノナイトの神学を基礎とした実践として登場してきた。それは、この世に神の平和（シャローム）を実現せんとする熱情に基づくものであったのである。しかし、それは、個々人の尊厳を最大限に尊重しようとする点において、近代法・近代教育を継受した国々においても、法や教育の理念を再生し、新たな視点・実践をもたらし得るものとして受け入れられるに至っているのである。もっとも、このことは、RJ・RPが、我が国の諸システムにとって、まったく新しく、異質なものであることを意味しない。本ワークショップにおいては、日本の刑事司法・少年司法、および教育福祉における応報主義と教育主義との複雑な緊張関係を見据えつつ、RJ・RPが伝統の中から何を継承・発展させ、何を改変させようとしているのかについて、刑事法や教育学・教育法学等の様々な角度から検討を行うことを目的としている。

本ワークショップにおいては、まず開催責任者から本ワークショップの趣旨・枠組みやRJ・RPの全体像等について説明がなされる。そして、これを受けて、第一に、長谷川裕寿（駿河台大学）より刑事法の領域でのRJの位置づけ（伝統との関係・その革新性等）について報告がなされ、第二に、竹原幸太（東北公益文科大学）より教育福祉の領域でのRJ・RPの位置づけ（伝統との関係・その革新性等）について報告がなされる。そして、以上を踏まえた上で、最後に、安原陽平（東京学芸大学）より憲法・教育法学の観点からコメントがなされるものである。

## 死刑は刑罰たりうるか

開催責任者： 青山 治城（神田外語大学）

死刑をめぐる議論には長い歴史があり、戦前からすでに何度か廃止提案もされていて、論点はほぼ出尽くしていると言ってよいであろう。だが、その議論が深められているかという点、必ずしもそうとは言えないように思われる。死刑の問題は、戦争同様、ある種の集団的熱狂に左右されやすいテーマであり、冷静な思考と議論が求められる。理論と現実の双方に対する十分な目配りが要請されるゆえである。

企画者自身の主たる問題関心は、自分自身にとっての一人称の死、家族等身近な者の二人称の死、あるいは社会や国にとっての三人称の死がどういう意味をもつのかという点にある。自然災害による死や病死、事故死、自殺、犯罪死、刑罰死など、多様な死の形があるが、そうした違いを超えた死への恐怖と嫌悪が犯罪者を「人でなし」として敵視することにつながっているのではないか。死について語ることで、ある種のタブーとなっている現在、死刑が生を奪う刑なのか、死を与える刑なのかも問題となる。そのような意味で、人類史上最古の刑罰とも言われる死刑の由来を考えることで、その必要性について若干の問題提起ができればと考えている。

死刑には、生と死の意味や責任の本質をめぐる哲学的な問題（自由意志と決定論）、犯罪抑止効果に関する人間観の問題（理性と感情）から、法理論の問題としては刑事責任の本質論や民事責任との関係、犯罪と刑罰をめぐる「法と道徳」の問題、処罰権限の主体に関わる社会・国家論まで、法哲学の根本問題とすべき諸問題が関わっている。こうした点について、ここでは、近代的人権論の立場から「死刑不可能論」という新しい観点を提起しておられる一ノ瀬正樹氏を迎えて、その趣旨をお話頂くとともに、刑法学の立場から井田良氏に批判的検討を加えて頂くことにした。

、いわば理論的な問題であるが、それに加えて、死刑は現実の政治や社会においても喫緊の課題となっている。死刑廃止を迫る国際的圧力の下、十分な説明もないまま死刑制度を存続することは、新たな国際摩擦の原因ともなりかねない。また、国内状況を見ると、いわゆる安保法制をめぐる議論との関わりで、国家・国民のための武力行使にともなう犠牲容認論も散見する事態となっている。現在一般的な関心を惹起している「立憲主義」との関係では、秘密保護法や司法取引などの具体的法制度も問題となろう。事実と反した体感治安悪化を煽るマスコミ等によって、厳罰化の傾向が顕著となっている。こうした事態は、日本的「反知性主義」の現れと見ることもできるのではないか。こうした点については、河合幹雄氏による客観的データ分析が有効であるとともに、死刑制度容認、執行停止という氏の提言趣旨を説明頂くことになろう。

一般的な死刑論議における存置論対廃止論の間の水掛け論に終わらないよう、よりラディカルな次元の論議ができることを期待している。

## <統一テーマ報告>

### 午前の部

#### 統一テーマ「応報の行方」について

瀧川 裕英（立教大学）

#### 1 法哲学と刑法学の間

法哲学と刑法学の蜜月時代が、かつてはあった。人的な面でも、つまり一人の研究者が刑法学と法哲学を共に研究するという面でもそうであったし、物的な面でも、つまり特定の問題に対する関心を刑法学者と法哲学者が共有するという面でもそうであった。

だが、H・L・A・ハート以降、その蜜月時代は終わりを告げた。ハート自身は刑罰論に関心を持っていたが、内的視点、つまり法的ルールを使用する者の視点を重視するハート以降の法理論は、法的ルールに違反した者に対する関心を主題的には持たなかった。また、ロールズ以降の正義論の隆盛は、正義に適った状態の分析に焦点を当てたため、自由や平等に関する研究を進展させたが、不正行為と刑罰に対する関心を薄れさせた。

しかしながら、刑事法に関わる近時の動向は、一部の法哲学者の関心を惹きつけてきた。そこに含まれるのは、裁判員制度や被害者参加制度を初めとする刑事手続、アーキテクチャー論のような犯罪学や刑事政策、自動車事故関連立法を典型とする爆発する刑事立法、犯罪の早期化・重罰化といったテーマである。

こうした文脈を背景としつつ、本企画は、法哲学者は刑罰論に本格的に取り組むべき理由があることを示そうと試みる。特に、「応報の行方」を探究することを通じて、刑罰論・刑法論が依然として法哲学の重要な課題であることを再確認したい。

#### 2 本企画の構成

こうした目的を達成するために、本企画では、法哲学者と刑法学者が共同作業を行う。

**橋本祐子会員**は、応報の内在的意義を示すために、応報を復讐と区別するという常套的手法ではなく、むしろ応報を復讐と関連づけるという手法を採用する。復讐は、克服すべき野蛮な因習ではない。応報と復讐の背景にあるのは正義感覚であり、正義を達成するがゆえに応報は正しい。このように理解された応報と刑罰の関係について、検討を加える。

**米村幸太郎会員**は、功績概念に依拠する応報の正当化論を検討する。功績概念は、ロールズ以降の現代正義論では重視されてこなかった。しかし、応報としての刑罰を正当化する論拠として、功績概念には可能性が残されているのではないか。このような見通しのもとに、犯罪を不公正利得として捉えて、刑罰を公正な取り扱いとして正当化する議論を検討する。

これに対して、**安藤馨会員**は、帰結主義に立脚して応報を解説する。帰結主義によれば、応報的实践が正当化されうるのは、応報的实践が帰結をよくするからである。逆に言えば、帰結主義からは、常識的な応報的直観に反する結論が正当化されうることになる。犯罪に応じて刑罰を科すべきか否かは、その帰結如何によって揺れ動くことになる。



松原芳博氏は、刑法学における議論の蓄積を元に、刑罰の正当化根拠としての応報を検討する。応報という必ずしも明確でない観念を、被害応報・秩序応報・責任応報の三つに分節化することで明瞭化して考察を加え、結論的には刑罰の正当化根拠は応報ではなく犯罪予防であると主張する。

岡上雅美氏は、こうした議論の前提条件に関わる問題を論じる。応報の観念は、一定の人間観に依拠している。だが、脳科学の発展は、応報の観念が前提とする人間観を掘り崩すように見える。自由意志問題は古典的な哲学的アポリアであるが、科学の発展を受けた現代的変奏がここに生じている。応報の観念が成立するために避けては通れないこのアポリアに対して、一定の見通しを与えようと試みる。

以上の報告に対する総括コメントを担当するのは、法哲学会における刑罰論の第一人者である森村進会員と刑法学会を代表する理論家である井田良氏である。

### 3 問題の基本構図

応報をめぐる問題群について、私が理解する限りでの問題の基本構図を、ここで簡潔に示しておきたい。

#### 3-1 帰結主義と義務論

応報の観念は毀誉褒貶半ばする。犯罪予防目的を持たない応報は前近代的で野蛮だとされる一方で、応報刑論のルネッサンスといわれるような応報の理論的再評価の動きがある。ではそもそも、なぜ応報なのか？ なぜ犯罪に応じて処罰すべきなのか？

この問いに対して、二つの回答が対立する。帰結主義と義務論である。帰結主義は、犯罪に応じて処罰すべきなのは、そうすることで結果がよくなるからだと主張する。これに対して、義務論は、犯罪に応じて処罰すべきなのは、一定の義務原理に適合しているからだと主張する。義務原理の候補としては、功績原理（各人を功績に基づいて扱うべし）・公平原理（各人を公平に扱うべし）・人格原理（各人を人格として扱うべし）などがある。

帰結主義と義務論を分けるのは、例えば、無辜者処罰の禁止である。帰結主義が無辜者処罰を禁止するのは、無辜者処罰を禁止することで結果がよくなるからである。したがって、無辜者を処罰することで、かえって結果がよくなるような状況では、例えば治安が劇的に改善するような状況では、無辜者を処罰することは許容される。

これに対して、義務論が無辜者処罰を禁止するのは、無辜者処罰が一定の義務原理に抵触するからである。例えば、無辜者をその功績に基づいて扱っていないために、無辜者処罰は禁止される。

帰結主義と義務論を分ける別の事例として、解体島の殺人犯処罰がある。カントは『人倫の形而上学』で、ある島の住民が全員の合意で解体することになると、その前に殺人犯を処刑すべきだと主張した。つまり、犯罪予防効果等が全くなく、結果がよくなるわけではないとしても、犯罪者は処罰されるべきである。帰結主義からは、カントの主張はナンセンスである。義務論からは、殺人犯処罰は、義務原理に従った行為である。

### 3-2 功績原理と応報

応報を擁護する義務原理の有力な候補が、功績（desert）原理である。功績原理によれば、ある主体Sは、Sの行為や性質ゆえに、ある対象Oに値する。例えば、労働者は労働ゆえに報酬に値し、被告人は犯罪ゆえに刑罰に値する。功績に応じた取り扱いの根拠となる行為や性質（例えば、労働や犯罪）は、功績根拠と呼ばれる。

ロールズは、分配的正義において功績原理を否定した。ロールズの理解では、分配的正義において、各人の取り分は正義に適った制度によって規定されるのであり、各人の功績によって規定されるのではない。他方でロールズは、刑罰について功績原理を肯定するように見える。この非対称性をいかに理解すべきかをめぐって、議論が展開されてきた。

功績原理が妥当であるためには、功績根拠に対して責任があることが必要だと考えられることが多い。自らの犯罪行為に対して責任のない被告人を処罰することは不当だと考えられるからである。

しかし、リベットの有名な実験によれば、行為の前に意識的な意志が存在するが、さらにその前に無意識的な脳の活動が生じている。つまり、行為の意志が生じるのは、その行為に関わる脳の活動の後にすぎない。SがSの犯罪に対して責任があるという発想が、この実験によって否定されるか否かをめぐって議論が行われている。

### 3-3 応報主義

応報主義は、義務のレベルの主張<犯罪に応じて処罰すべき>としてではなく、事態評価のレベルの主張<犯罪に応じて報いがあることはよい>としてなされることもある。前者を義務論的応報主義、後者を価値論的応報主義と呼ぶことができる。

義務論的応報主義と価値論的応報主義の違いは、例えば、殺人犯が雷に打たれて死亡したという事態をどう評価するかに関わる。義務論的応報主義は、処罰する義務が果たすことが不可能になるため、そのような事態を否定的に評価する傾向にある。価値論的応報主義は、そのような事態を肯定的に評価する。例えば、死刑囚が重病になったときに回復を目指して治療が行われるときには、価値論的応報主義ではなく義務論的応報主義が前提とされている。

価値論的応報主義は、応報は量化可能であるという発想につながりうる。価値論的応報主義と帰結主義が結合すると、より多くの応報を実現すべきであるという主張になる（但し、帰結主義が価値論的応報主義を採用する必然性はない）。そうすると、より多くの応報を実現するために、少数の非応報を行うことも許容されることになる（類例として権利功利主義を想起されたい）。例えば、無辜者を処罰することで、応報（＝犯罪に応じた処罰）をより多く実現できるのであれば、無辜者を処罰することは許容されることになる。

これに対して、価値論的応報主義を否定し、応報は量化不可能であるとする立場からすると、より多くの応報を実現するために、少数の非応報を行うことは許容されない。この立場からは、より多数の応報を可能にするために少数の応報を犠牲にする司法取引も否定的に評価される。

## 復讐と応報刑

橋本 祐子（龍谷大学）

応報刑論には様々な形態が存在する。本報告では、応報と復讐の関係にまで立ち返ることによって、応報は刑罰において決して排除することのできない要素であるということを論じたい。

応報と復讐の関係については、R. ノージックによる議論がしばしば参照される。ノージックは応報と復讐を対比させた上で、応報と復讐の異同について論じているが、そうした議論が応報の擁護のために援用されるのである。しかし、その場合には、「復讐は野蛮なものである」という復讐についての一定の観念がすでに前提とされているのではないだろうか。報告者は、応報と復讐の関係についてはその相違点よりもむしろ共通点に着目すべきであると考えている。応報と復讐はほぼ重なる概念であり、その根本にあるのは「正義＝公平感覚 *sense of justice*」である。そして「正義感覚」は、「応報感情（復讐感情）」としてあらわれる。すなわち、応報感情とは「自らが不当に扱われた」ことを理由として「正義＝公平」へと訴えかけるということにほかならず、これは人間にとって根源的なものであると言わなければならない。

応報の実践は、そもそも私人による復讐に委ねられていたと考えられるが、そこで生じる様々な不都合、とりわけ復讐感情の主観性を乗り越えるため、間主観的な基準が自生的に生成されて行き（応報感情の一般化）、最終的にはそれが国家刑罰というかたちに制度化されていったこのように見ることは可能である。

しかし、本来的に *personal* なものである復讐を、*impersonal* な実践である、国家刑罰としての応報刑によって代替することにはやはり限界が存在する。すなわち、個人による復讐と国家による応報刑のあいだには、懸隔が存在するということだ。いわゆるポピュリズム刑事政策は、この懸隔を意図的に利用し、被害者本人やその家族だけでなく、それを取り巻く多数の人々の応報感情を政治的に動員するものと言うことができる。それゆえ、刑罰の根拠を応報感情に求めることには、たしかに、このような陥穽があることも事実である。だが同時に、人々の *personal* な応報感情には、現行の法制度による *impersonal* な応報実践では満たすことのできない正義への訴えかけという側面があるということも、決して無視すべきではないように思われる。

本報告では、このような問題関心から、復讐・応報・刑罰の関係性について議論を深めることができると考える。

## 「功績 desert」概念と応報

米村 幸太郎（横浜国立大学）

功績（desert）の観念に訴えることで刑罰に関する応報主義を正当化できるように思われる。すなわち、罪を犯した者はまさにそのことによって刑罰に値する（deserve）。したがって犯罪に相応した刑罰が科されるべきだ、と。

しかし、功績は非常に曖昧な観念である。実に様々な対象が実に様々な取り扱いに値すると我々は主張する。そのすべての主張が規範的に尊重されるべきか、それともその一部だけが真の功績主張なのか？功績を尊重することはどの程度の規範的重みを持つのか？たとえばそれは正義の要請なのかそうではないのか？そしていずれにせよそれはなぜか？このような疑問を前にすれば、功績に依拠した応報主義の正当化という発想の見通しは暗そうに見える。実際、ロールズ以降の現代正義論は、一部重要な例外はあるものの、功績概念にさほど注意を払ってこなかった。それどころかむしろ、功績概念は正義にとって基底的な重要性を持った概念ではないという想定の方が現在一般的と言ってよい。本発表では、この想定を再検討し、(1)功績原理が正義の理論の中にいかに位置付けられうるか、そして、(2)功績概念に依拠して刑罰に関する応報主義を正当化することは可能かを検討する。

(1)へのアプローチとして、まず、ロールズ『正義論』における功績の取り扱いを参照点とする。そこにおいてロールズは分配的正義における功績概念の役割を否定したが、本発表ではロールズの議論が拙速であり、これらの議論によっては功績に応じた分配的正義構想の可能性は否定されていないと指摘する。そして、功績に応じた分配を支持する近年の議論にも触れつつ、しかし、それらの構想への反論をも展開する。結論として、ロールズとは違った理由で、しかしやはり分配的正義における功績の意義に反対したい。

それではやはり功績の尊重は正義の要請ではないのか。しかし一方で、周知のように、ロールズは分配的正義について功績の役割を否定しつつ、応報的正義（retributive justice）については功績原理を肯定していると解されてきたことに注意しなければならない（非対称性問題）。この非対称な取り扱いが正しければ、分配的正義における功績否定論者でありつつ、応報的正義における功績原理を肯定し続けることができよう。この非対称性を肯定する既存の議論はいずれも維持し難いものの、本発表では理想理論と非理想理論の区分を援用しつつ、分配的正義における功績の否定と、応報的正義における功績原理の肯定を両立させる。

その上で、(2)功績の観念に訴えて応報主義を擁護できるのかを検討する。功績に概念の以上のような位置付けと適合的な応報主義的刑罰論の形態として、いわゆる不公正利得（unfair advantage）論の擁護を試みる。不公正利得論に対してはそれが刑罰の本質について直観適合的な説明を与えていない等、さまざまな批判が向けられているが、これに対し R. Dagger や G. Sherらの議論を参照しつつ応答するとともに、功績基底の応報主義の詳細な理論的描像を提示したい。

## 応報主義と帰結主義の相克

安藤 馨（神戸大学）

帰結主義は、今から我々が選択し実行しようとする行為のもたらす帰結が行為の道徳的評価を決定すると主張する。この主張からは、帰結主義が現在の世界状態と選択される行為によってそこから到達しうる未来の世界状態のみをしか考慮せず、過去の世界状態を考慮しないことが導かれる、と考えられるだろう。このような帰結主義の下では、過去に為された行為に対する責任帰属とそれに基づく応報的実践が正当化される見込みがあるようには思われぬ。そうだとすると、帰結主義は責任主義に基づく現在の刑事制度を根本的に誤ったものだと考えることになるのだろうか。本報告では、帰結主義なかんずく功利主義に於いて責任の問題が仮に抛擲されないとすれば如何に扱われうるかを検討する。

### 1. 帰結とはなにか

行為の「帰結」の概念に、応報に関わる多くのことが依存する。仮に分岐的時間観を取るとして、ある行為の帰結をその行為によって縮減された可能な宇宙の歴史線の総体としてみると歴史線は過去の事実を含むので、過去の事実も当該行為それ自体も「帰結」の中に入る。しかし、ほぼどんな規範理論も、その気になればこの意味での「帰結主義」に分類されるのではないかと、という懸念が生ずる。そこで、本来的な帰結主義を、世界の事態の「善さ／悪さ」という価値論的評価に基礎づけるものとして捉え、「応報」や「相応性 *desert*」をそれ自体としての当為ではなく、善の促進の問題として理解すべきである。

### 2. 制度帰結主義

価値論的相応主義を採用せず功利主義に代表される普通の帰結主義を取る場合でも、しばしば「間接帰結主義」と（誤って）呼ばれる見解によって、責任帰属や非難可能性などの要素を取り込むことができるかもしれない。制度の正義性評価と行為の正義性評価が帰結主義に於いても別の問題であることに注意すれば、功績を道徳的に有意でないとするロールズの正義論が制度内で功績感応的な分配ルールを含みうるのと同様の理路によって、責任感応的な制度的ルールが功利主義によっても正当化される。だが、「刑罰くじ」を始めとして、なお常識的な応報的直観との齟齬が生ずる。

### 3. 間接帰結主義と展望的非難

現在の間接帰結主義はその道徳的評価の中心を行為から行為者とその傾向性へと移す傾向にある（帰結主義的徳論への移行）。間接帰結主義は行為者の傾向性評価としての「非難可能性 *blameworthiness*」を説明しうるが、現実の行為ではなく傾向性に依拠することによって、たとえば未遂と既遂の区別が失われることになる。また、該当者を非難することが帰結主義的に望ましい、というものとして「非難可能性」を改訂主義的に理解する帰結主義の戦略を検討する。

## 午後部

### 刑罰の正当化根拠としての応報——刑法学の視点から——

松原 芳博（早稲田大学）

刑法学では刑罰の正当化根拠をめぐって、応報刑と目的刑が対立している。もっとも、応報とは、過去の行為・功績に対する見返りという「対応関係」を表す形式的概念であって、刑罰を犯罪のいかなる側面に対する見返りとみるかで、応報刑の実質は大きく異なってくる。第一に、犯罪を個人の具体的な利益に対する侵害とみるなら、応報としての刑罰は被害者の被った損害の代償として観念される。この「被害応報」は、氏族間の復讐（フェーデ）や仇討にみられるが、民事法と刑事法が分離された現在、精神面も含めて被害者の損害の回復は民事法の役割と考えられている。もっとも、近時、被害者の処罰要求を背景とした危険運転致死傷罪や過失運転致死傷罪の新設や被害者参加制度の導入など、近時の刑事立法・刑事司法の現実では被害応報の復権ともいえる現象もみられる。第二に、犯罪を神や国王の権威を汚したものの、あるいは、国の秩序を攪乱したものとみるなら、応報としての刑罰は、権威・秩序からの反動として観念される。この「秩序応報」は、中世の教会法や絶対王政下での刑罰にみられる。最近では、法の妥当性の回復に刑罰の正当化根拠を求める「法の回復論」が台頭し、法への信頼の維持・強化を内容とする積極的一般予防と秩序応報との連続性が看取される。第三に、犯罪を個人の自由意思による選択の所産とみるなら、応報としての刑罰は、行為者が自ら犯罪行為を選択したことの責任をとるものとして観念される。カントが刑罰を科すことで犯罪者は理性的な「人格」として遇されたことになる」と述べたのも、この「責任応報」の思想を示している。責任主義が広く承認されている現在、刑法学で「応報」というときは、一般に、この「責任応報」を指す。もっとも、近時、脳科学の実験結果によって責任応報の前提としての人の自由意志の存在に対して疑念が呈されている。

いずれにせよ、国民の利益を保護する装置・機構と観念される現在の国家において、何ら合理的な目的をもたない刑罰が正当化される余地はない。国家活動としての刑罰の賦課は、犯罪の予防（一般予防・特別予防）を通じた法益保護によって正当化されると考えるべきである。他方で、行為者は、法益保護という社会的目的のために刑罰という特別の犠牲を強いられる。この刑罰という特別犠牲の受忍義務を正当化するのが、行為者の犯罪に対する責任である。行為者は、自らの責任で法益を侵害したがゆえに、刑罰という特別犠牲の受忍を拒むことができないのである。こうして、功績主義を背景とする責任応報の観点は、刑罰によって追求されるべき価値（責任の清算）として国家の刑罰を積極的に正当化するものではなく、各犯罪行為者の刑罰受忍義務を正当化し当該行為者に対する刑罰賦課を国家に許容するという限りで、刑罰の正当化に参与するものと考えられるべきである。

## 脳科学の進展と応報主義の行方

岡上 雅美（筑波大学）

### 1 従来の刑法学の到達点

「責任刑法」という概念、すなわち刑法は「過去に犯された犯罪」に対する反作用としての国家刑罰権の発動であるという考え方それ自体を否定する刑法学は、少なくとも現在、世界の中でも存在しないといってよい。日本においても、「責任刑法」は、ドイツ由来の「学派の争い」の影響の下に自覚的に取り入れられ、ファシズム期の歴史的経験を経た上で獲得された歴史的産物である。とくに戦後には（ただし、詳細についての一致があるとは到底思えないものの）「責任刑法」それと共に責任主義、刑罰の応報性の原則的承認、そして自由意思論における非決定論の優位ということで問題は解決したかのように扱われている。その到達点として、以下のような図式を確認しておきたい。自由意思論は、現在の犯罪論の不可欠の前提になっている。

責任＝他行為可能性の下での犯罪（自由な意思決定）に対する非難；刑罰の応報性；  
量刑原理（または人権保障原理）としての罪刑均衡（または責任主義）

### 2 脳科学者の主張と刑法学：新たな問題状況

科学の発展は、これまでも度々、法律学に大きな対応の変化をもたらしてきた。しかし、近時、まさに自由意思論において脳科学者は責任刑法の廃止を要求している。近時の脳科学者によれば、「人間の自由意思は幻想である。」という。

この先駆となったのは、Benjamin Libetの実験（1983年。同『マインド・タイム』（2005年））である。それによれば、被験者に自由な意思・意識が生じる350～400ミリ秒前に、脳の中に運動準備電位が自発的に起動している。「私ではなく、脳が決定する。」というのである。この実験を最新の科学機器で再実証したWolf SingerやGerhard Rothらの脳科学者は、刑法学に対しても発言しており、自由な主体としての人間観を否定し、同時に「責任と自由」の観念を根底から覆すことで、責任刑法は維持できないと主張する。

従来も、いわゆる決定論は人間の自由意思を否定してきた。しかしながら、それらは意思自由が科学的に証明できないという状況の下での議論であった。実際に自由意思が科学的に否定されたということになると、それを端的に無視することはやはり非科学であり、責任刑法維持の立場からは、「それでも責任刑法が適切である」ことを根拠づけなければならない。そうでなければ、「責任刑法」は、まさに砂上の楼閣に他ならないものとなる。近時の脳科学の主張は、刑法学者に新たに「責任刑法」の基本問題に対峙するきっかけを与えるものとなっている。

### 3 議論の整理と解決の糸口

以上の議論状況において、ありうる選択肢は次のようになろう。

**A**：「自由」を前提とした責任概念・刑罰論の維持（非決定論・やわらかな決定論）

**B**：自由を否定する決定論からの刑法学（ないし責任概念）の再構築

さらに、ここで検討されるべき前提問題としては、①「応報」ないし「責任」は、刑罰の正当化根拠なのか、国家刑罰権の行き過ぎに歯止めをかける制約原理に過ぎないのか。後者の場合、刑罰の正当化根拠は何か。②応報刑論の正当性は、どのように論証されるべきか。応報主義の維持は、刑法の脱倫理化と両立しうるか。③「責任主義」や「罪刑均衡原則」はどのような理由から維持できるか。

本報告では、これらの問題への対処としてありうる理論構成を検証したい。