

# 刑法の正統化理論としての正義論序説

## －刑法理論における修復的正義の位置－

前 原 宏 一

はじめに

1. 法の妥当根拠の一つとしての「正義」
2. 正義論の二つのモデル
3. 目的論モデルの再確認
4. 刑法（それにより刑罰を科すること）の正統化根拠としての正義論  
おわりに

## はじめに

ロールズの正義に関する研究以降、正義論は再び注目されるようになり<sup>(1)</sup>、サンデルの正義論<sup>(2)</sup>に関する講義がマスメディアで取り上げられるにしたがって、一層一般化したようにも思える。また、Restorative Justiceが、「修復的正義」と訳されるようになってくると<sup>(3)</sup>、特に刑事法的な観点からも、今一度、刑事法の基礎

---

(1) J. Rawls, A Theory of Justice, 1971. ドウウォーキンもその影響を論じており、例えば、R. ドウウォーキン（宇佐美誠訳）『裁判の正義』（木鐸社・2009年）301頁以下参照。また、普通の法哲学教科書において触れられることが当然でもある。例えば、瀧川裕英・宇佐美誠・大谷雄裕『法哲学』（有斐閣・2014年）など。

(2) たとえば、マイケル・サンデル（鬼澤忍訳）『これからの「正義」の話をしよう—今を生き延びるための哲学』（早川書房・2010年）、小林正弥『サンデルの政治哲学—「正義」とは何か』（平凡社新書・2010年）など。もっともサンデルはロールズのリバタリアンの思想を批判しているが。

(3) たとえば、吉田敏夫『犯罪司法における修復的正義—RJ叢書4』（成文堂・2006年）、宿谷晃弘・安成訓『修復的正義序論』（成文堂・2010年）、細井洋子・西村春夫・高橋則夫編『修復的正義の今日・明日—後期モダニティにおける新しい人間観の可能性—RJ叢書8』（成文堂・2010年）などがある。この点について、筆者は、Restorative Justiceを刑事司法に対峙するものとして理解し、司法の在り方の一つとしてそれへのアンチテーゼとして取り上げる場合には「修復的司法」とする方が良いのではないかと、既に論じている（前原宏一「修復的司法序説」札幌法学16巻2号6頁以下）。ただし、ここでは正義論として論ずるものである

にあり、その正統化に資するものとしての正義論に取り組みねばならないようになってきた。そうした意味では、本稿は、法、特に刑法と正義の関係に取り組みものであり、法哲学の根本問題に触れざるを得ないことになってくる。そうするとウルリッヒ・キンツラー<sup>(4)</sup>の言うように二つの更なる問題が不可避免的に生ずる。第一に、およそこうした関係は解明されうるのか。そして第二に、この領域において尚新たな認識を得られるのか、である。こうした点からすると、実践哲学の一部としての倫理と法の間に何らかの架橋を試みるものとみられるかもしれないが、そもそもその両者に架橋されるべき大きな溝があると考えべきかどうかは問題である。キンツラーの言うように、そのように考えるのは、法の背後に倫理が重要な地位を占めていると考えない法実証主義の考えのみにおいてであろう。しかし、法規範は、その妥当性や規範としての「理由」が問われる規範であり、無条件に受け入れられるものではない。だからこそ近代民主国家において、その妥当性状況の理解の変化にとともない改正が成されるのであり、納得のいく根拠（正統化根拠）に基づいて改正されるのである。したがって、法規範が妥当することの答えとして、その正統化根拠として「正義論」ないしは「正義」というものがあげられるのである。本稿はこうした意味で刑法（およびそれによる刑罰制度）の正統化根拠として、どのような正義論が展開されるべきかについて検討し、最終的には修復適正議論がそこでどのような位置付けにおいて理解するべきかについて序論として論ずるものである。

## 1. 法の妥当根拠の一つとしての「正義」

アレクシーによれば、法には三つの要素があり、社会学的「実効

---

から、「修復的正義」と訳しておく。

(4) Ulrich Kinzler, *Rechtliche Arugumentationsfiguren in der Nikomachischen Ethik- Gerechtigkeit des Rechts als minimales, starkes Konzept* -, S. 21ff.

性」、内容的な「正当性」、手続的な「定立性」を必要とする。実証主義者は、社会学的「実効性」に対応する社会的妥当のみを法的妥当の概念要素とするが、非実証主義者の彼は、法的妥当性には倫理的な妥当（道徳的な妥当）が必要とされているという<sup>(5)</sup>。かような意味で、法は概念的に公正さの要請を含んでおり、公正さは我々人間の経験や認識においては何らかの単一のものを意味しており、それ故、法の公正さは道徳的な公正さを含意しているのである。しかも、法に対するこうした公正さの要請は、法の妥当性のための帰結でもある。すなわち、法の最上の妥当根拠は、最高規範にも根本規範にも存在せず、正義それ自身において根拠付けられているのであり、あらゆる規範の「何故という疑問」に対する答えとして、正義が前提とされているのである。

実際に、民主主義的近代社会においては、刑法が立法作用により国民的意向に基づき改正されるのであり、そのように民主主義的立法作用によって規範の内容が変更される場合、その理由に関連して、こうした正義に関する議論が重要な意味を持つということは否めないであろう。

## 2. 正義論の二つのモデル

この「正義」は倫理的なカテゴリーであり、このように法の内容的な公正さや妥当性の最高の基準となるのであれば、本稿のような法と正義の関係に取り組む研究が、別々のものを架橋する研究であるという考え方自体が否定されねばならないことになる。内在的な問題として「正義」の（倫理的領域における）問題に取り組まねばならないことになる。

そもそも「正義」に関する倫理的なコンセプトやシステムは二つ

---

(5) Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 139ff. なお、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房・2009年）601頁以下、660頁参照。N.s. Ulrich Kinzler, a. a. O., S. 68ff.

の基本類型に分けられる。すなわち、義務論的（義務指導的）モデルと、目的論的（目的指導的）モデルである<sup>(6)</sup>。たとえば、リクルールは、ロールズの正義論について触れるに当たって、ロールズは明らかに、アリストテレスよりもカントの系譜に属するとして、その二つの基本類型について以下のように論じている。すなわち、  
 「アリストテレスによって特別な徳、すなわち配分的、矯正的な正義論として理解される正義論は、他の全てのものと同じく、その意味を目的論的な思考枠組みから引き出している」のであって、正義を、すくなくとも人間によって理解されている善と関係づけているのに対し、「カントは公正を考えて、善を犠牲にしても、優先順位を逆転させて、正義が義務論的な思考枠組みで意味を持つようになるのである」としている<sup>(7)</sup>。

### (1) 義務論的モデル

ドイツでは、カント以来、最初のアプローチから強い影響を受けてきており、それによれば、倫理的に価値ある行動とは義務に即したものであり、単に義務の充足という形においてではなく、まさにその充足のために行われる合義務的な行動（義務の遵守）なのである。つまり、義務を認識し、義務であることを動機として義務充足行動をなすことにこそ価値があるとされるのである。こうしたモデルの大きな欠点は、それが倫理的行動のための単なるわずかな動機を提供するだけにすぎないということにある。

(6) これはロールズのな、全ての人々が最悪な結果を避けようとして採用することになるという、一定の場合に正義の内容を示すことになる正義の二原理 (J. Rawls, A Theory of Justice, 1971, p.60) とは異なるものである。ロールズの正義論自体は、むしろカント的ともされることがあり、その点では義務論的なものとも言いうるかもしれない（この点については、渡辺幹雄『ロールズ正義論の行方【増補版】＝その全体系の批判的考察＝』（春秋社・2012年）173頁以下参照）。なお、正義の二原理については、藤川吉美『ロールズ哲学の全体像』（成文堂・1996年）57頁以下、渡辺幹雄『ロールズ正義論再説＝その問題と変遷の各論的考察＝』（春秋社・2001年）350頁以下なども参照のこと。

(7) P. リクルール（久米博訳）『正義をこえて－公正の探求 1』（法政大学出版局・2007年）63頁。

## （２）目的論的モデル

これに対して目的論的（目的指導的）アプローチでは、最高の善を獲得することが重要なのであり、これはたいていの場合「幸福」なのである。しかし、そこでいう「幸福」が正統な善を意味しないような場合には、倫理的行動というものは人を魅了するものとはならない。そうしたことがあるからこそ、法理論や刑法理論においてはカント的なアプローチに相応したコンセプトが導かれ、「幸福」をモチーフとしたアプローチが（特に刑法学における基礎としての正義論からは）排除されたのである。

## 3. 目的論モデルの再確認

### （１）アリストテレスの正義論の基本的特徴

先のカントとは逆に、目的論的思惟を進めて、道徳性と幸福の結びつけに成功しているのがアリストテレスであるといわれる。周知のように、彼は人間の人生を本来的に政治的なものであり、したがって、社会関係的なものとして把握する。それ故、アリストテレスにとって「私の幸福」は、根本において「我々の幸福」なのである。カントが「幸福」において念頭に置いていたエゴイスティックな、喜び志向のものとは全く異なるのである。また、正義とは、ポリスにおいて生を共にする市民相互間に成立する「ポリス的正義」なのである<sup>(8)</sup>。こうした点で、アリストテレスのアプローチは、現在の我々の多元的な社会にとって有用なものなのである。近年のリバタリアンに対するコミュニタリアンの主張に照らしてみると、確かに、ギリシャのポリスは、個人にあまりに小さい価値しかあてがっていないが、今日、我々は、社会から分離された個人を念頭に置き、その限りでそれを過度に強要するか、あるいは、それを本来

---

(8) 小沼進一『アリストテレスの正義論—西欧民主制に生きる法理—』（勁草書房・2000年）64頁以下参照。

的に誤ったものと理解する傾向にある<sup>(9)</sup>。

## (2) 近年の展開

近年において、特にこうした考えを強調しているのは、マッキンタイアであり<sup>(10)</sup>、彼は断固とした新アリストテレス派であり、特にニコマコス倫理学を持ち出してきている。マッキンタイアは、概して、いわゆるコミュニタリアンに属するものであり、これはとりわけアメリカ合衆国における新たな流れであり、共通価値の重要性を強調し、際立たせるものである。しかし、アリストテレスの継受は、何ら新たな現象ではなく、全体的なヨーロッパ精神史を通じて見られるものである。アリストテレスは、他の者がほとんどなしえなかったような、西洋思想を作り上げ形付けたのである。トマス・フォン・アクィナスは、アリストテレスの徳の倫理学に立ち戻り、それをキリスト教的要素と結びつけた。

ヘーゲルとハイデッカーはアリストテレスを基礎としている。しかも、現代においても多くの哲学者達が彼を基礎にしている。それゆえ、アリストテレスの思考方法と論理は、われわれにきわめて信頼されているのである。

## (3) 法哲学的議論におけるアリストテレスの正義論

しかしながら、法哲学的論争の個々の場面においては、アリストテレスは広く取り上げられるものとはなっていない。それはテキストの古さのせいであるかもしれない。もちろん、アリストテレスの人間観のある部分、例えば、奴隷制を支持する点、女性を劣る者、とりわけ精神的にも劣る者として把握するところなどが、拒否されて当然のものであるからなのかもしれない。テキストの古さよりも、後者の点は真剣に受け止めるべきものである。しかしながら、

---

(9) Ulrich Kinzler, a. a. O., S. 95ff.

(10) 彼の主著である「美徳なき時代 (After Virtue)」(篠崎榮訳『美徳なき時代』[みすず書房・1993年])の本文第一章において論じられている。

今、アリストテレスの倫理学を、近代的視線をもって読むならば、我々の現代的思想に対する大変な類似性に気付くことになる。それは、それが同じ権利をもったボリスの自由市民のために構想されているからである。アリストテレスは、こうした市民相互の関係を、例えば我々が今日全ての人間相互の関係を理解するような形で、理解しているのである。

こうした注意点を踏まえ、そもそもなぜアリストテレスの正義論に戻るべきなのかが確認されることになる。それは、第一に彼が、倫理的行為の動機を幸福というものによって示し、倫理の魅力を損なわないうているからである。また第二に、彼は、その思想が我々に信頼されており、それ故我々が異論なく従うことが出来る著者の一人であるからであり、そして第三に、彼は、倫理と幸福を共同体という脈絡において設定しており、そのことが、その共同体の意味と重要性を新たに把握する際に手助けとなり得るからである<sup>(11)</sup>。

#### （４）多元的社会における法の基礎としての正義

したがって、法が今日、正しいと認識され承認されうるのであれば、多元社会の要請に相応していなければならない。法実証主義も法と倫理のカテゴリーの分離を目標としてそれに到達しようとしてきた。しかし、法規範が当為規範であり、そうしたものとして「何故」との間が提起され、倫理的にニュートラルではなく、逆に倫理的な基礎付けが必要となるものであるからこそ、法実証主義的なアプローチはとりえないのである。むしろ、多元論では法規範が必ずしも必要ではなくなり、したがって、強制的な方法での規範実現の可能性が放棄されうる様な、そんな人間の共同生活の領域における法の停止ないし広範な後退において理解されねばならないことになってしまう。

---

(11) Ulrich Kinzler, a. a. O., S. 102ff. また、この書のようなニコマコス倫理における法的論証図式を確認しようとする研究がなされていること自体が、アリストテレスの正義論への回帰が見て取れるといえよう。

ところが、人間社会においては法規範を完全に放棄しうるものではない。というのも人間の共同生活は規則を必要とするし、規則違反を野放しにすることの危険性から、法形式の、強制的な実現の可能性が必要とされるのである。したがって、多元論の社会でも最低限の法規範の存在が必要となるのである<sup>(12)</sup>。

したがって、人間の共同生活にとって事実上必要とならざるを得ず、どんな人間社会もその遵守や実現を放棄することが出来ないような規則を含む、最小限の範囲を倫理の領域として画定することの方が重要なのであり、そうした脈絡において倫理的な正義を検討する必要が出てくるのである。

#### 4. 刑法（それにより刑罰を科すること）の正統化 根拠としての正義論

##### (1) 最低限の正統化根拠としてのカントの正義論

カントの義務論的正義論は、刑法においては特に応報論を基礎付けるものとして理解されるのが通常である<sup>(13)</sup>。周知のように、カントは、人間の尊厳からいって人間が手段として扱われてはならないとしており<sup>(14)</sup>、それからすれば、刑罰をもって人間を矯正するということは人間を手段として扱うことになるから、犯罪行為をしたが故に（ただそれだけを根拠として）刑罰が科されるべきという

---

(12) Ulrich Kinzler, a. a. O., S. 102ff.

(13) 比較的最近の刑罰理論とそれへのカント的な影響について、飯島暢「刑罰の目的とその現実性—法の目的、法の原理としての事由の保証との関係—」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編『理論刑法学の探究6』（成文堂・2013年）29頁以下参照。なお、カントの「義務」概念などについては、中村博雄「カントにおける『人間性の尊厳』の形而上学的展開」三島淑臣・稲垣良典・初宿正典編『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・2003年）193頁以下、204頁参照のこと。

(14) カント（樽井正義、池尾恭一訳）『人倫の形而上学—カント全集11巻』（岩波書店・2002年）178頁以下。なお、蔵田信雄「人間の尊厳を守る責任—カントとヒト肺の議論」日本カント協会編『カントと責任論—日本問と研究5』（理想社・2004年）9頁参照。

応報において刑罰を理解すべきことになる。しかし、それは、犯行や責任がなければ処罰できないとする「適正なる・正義にかなった応報の理論」としての消極的応報論に結びつけて理解されるべきことを示しているだけであり、そこからさらに「刑罰的賢慮」が働き、予防的配慮から不処罰方向において機能しうることが、既に明確に分析・主張されている。<sup>(15)</sup> すなわち、「具体的な行為者自身を処罰すべきか、またいかに処罰すべきかという判断を下す際に、予防上の諸観点は（行為者に有利な）方向においてのみ考慮されるべき」ことになるという。つまり、「不法・責任が認められても、カントのいう『刑罰的賢慮』のトポスから（一般・特別）予防上の必要性（刑罰必要性）が典型的にあるいは個別的に欠如する場合には行為者を処罰せず、またその必要性が低い場合には刑を減輕すべきことが要請されることになる」というのである<sup>(16)</sup>。

しかし、そうであるとすれば、そうした刑罰的な賢慮はどのような正義論に基づくことになるのであろうか。そこで一定の予防的目的に結びついて刑罰が理解されるなら、その正当化にあたって目的論的配慮がなされていることにはならないか。そうであれば、その部分においては、別の目的論的正義論（すなわちアリストテレス的正義論）が考慮されるべきことにならないだろうか。

もっとも刑法の妥当根拠となりうる正義論が一つであるとは限らない。ここでは、あくまで刑罰を規定する刑法の根拠となりうる正義論を検討しているのであり、その意味では刑法の正統化根拠となり得る正義論を求めているのであり、正面から正義論そのものを対象として論じているのではない。先の消極的応報としての刑罰の

(15) 増田豊「消極的応報としての刑罰の積極的一般予防機能と人間の尊厳—カントおよびヘーゲルと決別してもよいのか」三島淑臣・稲垣良典・初宿正典編『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・2003年）135頁以下〔これ以降は『ヨンバルト教授古稀祝賀論文集』とする〕。また、同『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房・2009年）601頁以下。

(16) 増田豊、前掲『規範論による責任刑法の再構築』626頁。

研究も、「刑罰制度の正統化原理」を求めるものであるから<sup>(17)</sup>、特定の正義論の内容的正当性を問題としているものではない。

そうだとすれば、不法・責任（犯行）がなければ刑罰は認められないという点で応報的な思想がそこまでの刑法（刑罰）の正義論的根拠となり得るとしても、その後の刑罰の低減方向での目的論的配慮については、それを基礎付ける目的論的正義論が求められることになる。しかも、そこで配慮は、（一般のおよび特別的な）予防的な配慮のみで終わるべきではないのではないだろうか。むしろ、犯罪によって害された状態をより善い状態へと匡正するということが基本的目的となるべきであって、そのための配慮がなされるべきではないだろうか。その意味でもアリストテレス的な正義論を、そこで想定するべきではないだろうか。

## （２）「刑罰的賢慮」を展開する基礎としてのアリストテレスの正義論

こうした理解のもと、アリストテレスの匡正的正義を顧みるとそれは応報的な正義を示しているのではないことが分かる。現在ではカントやヘーゲル的な考え方を基礎に、「法の否定」の否定として刑罰をとらえ、それをもって正義とする思想が一般化してきているが、アリストテレスは、不均衡に対して「中庸」をもたらず匡正を正義として求めているが、単なる応報はそうした正義ではないとしている<sup>(18)</sup>。カント的な正義の捉え方が本来的なものでないことは、正義論における近年の傾向として、アリストテレス的な目的指導的アプローチをもって正義を捉えることがなされてきたところからも理解できる。実際、そもそも実証主義者であるデュルケームですら、制裁には復原的制裁というべきものがあると述べるに至っ

---

(17) 増田豊、前掲『ヨンバルト教授古稀祝賀論文集』158頁。

(18) アリストテレス（高田三郎訳）『ニコマコス倫理学（上）』（岩波文庫・1971年）240頁。

ている<sup>(19)</sup>。確かに、正義論の復興に寄与したジョン・ロールズもカント的正義論に属するものではあるが、それが本来的でないことは、アリストテレス以前に、ソクラテスからして、害に対して害を加えることを正義としていないということからも見て取れる<sup>(20)</sup>。

こうしたところからすれば、刑罰を科すことの最低限の正統化根拠としての応報およびその背後にあるカント的な義務論的正義論モデルをこえて、ある種そのメタ正義論として、アリストテレス的な正義論を活用すべきように思われる。そして、それは単に、法の否定の否定を正統化するものではなく、そうした論理のあとに、より善であって幸福に結びつけることを志向する正義論であることがうかがわれるのであり、実質的な匡正（修復）を目的とする正義論であることが求められるのである。そこに、修復的正義論が、刑法（およびそれに刑罰制度）の正統化根拠として活用される余地があるのである。このような正義論に裏付けられるからこそ、不法・責任を根拠とした刑罰が（カント的正義論から）正統化されるものの、全体的な意味で匡正目的へ向かう（アリストテレス的な）修復的正義論が機能し、刑罰的には不処罰方向へと具体的な配慮がなされ、具体的に妥当な、正義にかなった刑法（刑罰制度）が適用されることになるのである。その意味で、同じ刑法の提供を受けた足しても、同一の犯罪に対する具体的対応が異なることが正統化されるのである。

## おわりに

以上、刑法（それによる刑罰制度）を正統化する根拠としての刑罰論として、カント的義務論的正義論と、アリストテレス的目的論

---

(19) デュルケーム（田原音和訳）『社会分業論—現代社会学大系2—』（青木書店・2005年〈復刻版〉）92頁以下。

(20) 田中享英「ソクラテスの正義とわれわれの幸福」哲学会編『正義と幸福』（有斐閣・1994年）1頁以下参照。

的正義論が、刑罰の正統化場面が異なって機能するということを論じてきた。そして、そのアリストテレス的正義論は、修復的正義論という形で刑罰縮小的にこそ機能しうるのであって、加害者・被害者・コミュニティで生じた害を具体的に匡正するといった目的に即した正義を求めるものであるから、たとえ他の犯罪行為に対する処遇と相違が生じたとしても、それこそ正義にかなったものということができることになる。

今後は、さらにソクラテスの正義論からアリストテレスの正義論への遷り代わりを追っていった上で、そこにどのような変化があり、現在の修復的正義との関係を見ることができているのかについて検討していかねばならない。その上で、カント以降にある種前提とされていた義務論的正義論や応報こそ正義（「法の否定」の否定こそ正義だとする考え方）について幅広い批判的検討がなされなければならない。

※本稿は平成28年度札幌大学研究助成（個人研究）による研究成果の一部である。