

リバタリアニズムと犯罪被害者救済[※]森 村 進^{※※}

- I 序
- II 純粹損害賠償の主張
- III リバタリアニズムと修復的司法
- IV 被害者支援プログラム（犯罪被害者への国家補償を含む）への評価

I 序

私は「リバタリアニズムの刑罰理論」（森村 [2000]）という論文で、犯罪と刑罰に関する、いくつかのそれぞれかなり異なったリバタリアンな理論を紹介・検討した。本稿はその姉妹編とでもいうべきもので、犯罪（より広くは権利侵害）被害者の救済と援助に関するリバタリアンな理論を検討する。

最初にいくつかお断りしておく。第一に、刑罰論についても言えたことだが、被害者の救済と援助というテーマを正面から取り上げたリバタリアンの文献は、管見の限り多くない。いやそれは刑罰論以上に少ないようである。以下では『自由の構造』（Barnett [1998]）のランディ・バーネットと『奉仕と保護のために』（Benson [1998]）のブルース・ベンソンの主張を主に紹介する（本稿で参照した二人のそれ以外の文献は、末尾の参考文献を参照）。

バーネット（1952年生まれ）はイリノイ州で検事を勤めた後、研究活動に転じた法学者で、ボストン大学スクール・オブ・ローの教授であり、ベンソン（1949年生まれ）は規制政策や刑事司法や法制度一般に関心を持つ経済学者で、フロリダ州立大学の教授である。両者とも積極的にリバタリアンを自称しているという

※ 本稿は、2002年6月8日に大阪市立大学で開かれた第13回日本被害者学会学術大会のシンポジウム「被害者支援のプライヴァタイゼーション」の中で行った報告の一部に加筆したものである。シンポジウムの概要は『被害者学研究』第13号（2003年刊行予定）を参照。

※※ 一橋大学大学院法学研究科教授

『一橋法学』（一橋大学法学研究科）第1巻第2号 2002年6月 ISSN 1347-0388

わけではないが、犯罪への対応において何よりも諸個人の自由と財産権の保護を重視する彼らの立場は、後で述べるように少々相違はあるが、共にリバタリアンというにふさわしい。両者は自分の著書の中で互いの著作に好意的に言及し合っている。なお私はすでに前の論文でバーネットの説に触れているので、その部分は本稿と重複する個所がある。

しかし被害者の救済についてバーネットとベンソンがこれらの著書で触れていない論点もたくさんある。特に最近海外でも日本でも刑事政策の分野で注目を浴びている「修復的司法」(restorative justice. ただしここでの「ジャスティス」は裁判制度を超える射程範囲を持っているので、「司法」というよりも広く「正義」と訳す方がふさわしい場合もある。その方が、「応報的正義」や「匡正的正義」の概念との対立も明らかになろう)の思想は、刑罰中心の伝統的な刑事司法よりもリバタリアニズムに接近していて、本稿の問題関心に触れるものだが、バーネットはそれに全然言及しておらず、ベンソンも主題として論じてはいない。そこで彼らリバタリアンが明示的に述べていない論点についても検討するために、私は自分自身リバタリアンとしての見解を述べることにする。私見は典型的にリバタリアンな見解とは言えなくても、ともかく一つのリバタリアンな見解ではある。

次に用語法について。一般的に、また刑事政策や犯罪学の分野でも、犯罪を犯した人は「犯罪者」と呼ばれることが多い。しかし私の語感ではこの日本語は、何か特定できるタイプの人々が典型的に犯罪を犯すようなニュアンスを持っている。だが果たしてそのような特定ができるかどうかは問題だし、かりにそれができるとしても、犯罪を犯した人は自分の犯した特定の犯罪だけに責任を負うのであって犯罪一般に責任を負うのではないから、その犯行との関係をよりよく意識させる、「犯人」とか「加害者」という言葉を使うことにする。

なお「犯罪」という言葉自体、たとえばバーネットのように刑罰制度自体の廃止を主張するような立場からは問題となりうる(Barnett [1998] 邦訳220-8頁や笠井[2000]第4章(2)を参照)。「犯罪」にかえて、「権利侵害」とか「違法な行為」という言葉を使う方がよいのかもしれない。しかしバーネットも、「これ[不法行為法]に対して、『刑事法』は拡大された自己防衛の権利とわれわ

れが呼ぶものを扱う。不法行為〔法〕が被害者の正義を獲得するための実力行使を含むのに対して、刑事法は、将来の権利侵害の脅迫に対応するための実力行使を含んでいる」(同上・邦訳223頁。強調は原文イタリック。〔 〕 かつこ内は森村。引用の方法は以下同じ) と言って、民事法と不法行為以外にも刑事法や犯罪という観念が必要であることを認めている。それゆえ「犯罪」という言葉は使うが、それは必ずしも刑罰の必要性を意味するわけではないということに留意されたい。

バーネットやベンソンが使う“restitution”は、被害者の被害を回復させることだから「損害賠償」と訳したが、その中には金銭的賠償だけでなく原状回復などの手段も含まれるし、法執行の費用の支払いも含まれる。ベンソンの場合、刑事裁判所における刑罰としての損害賠償（これについては佐伯〔2000〕を参照）を念頭に置いていることも少なくないようだ。これと別に、“restitution”は不当利得の返還という意味で「原状回復」と訳されることが多いが、本稿ではその意味でない。

II 純粹損害賠償の主張

犯罪に関するバーネットの基本的な発想は単純明快である。彼は言う。

〔損害賠償の観念は〕 犯罪を、ある個人が別の個人に対して行った違法な行為として見る。被害者は損害を蒙った。正義は、有責な違法行為者が自らのもたらした損害を償うということにある。……かつてわれわれが社会に対する違法行為を見たところで、今やわれわれは被害者個人に対する違法行為を見る。……強盗は社会から奪ったのではない。犠牲者から奪ったのである。(Barnett [1995], p. 392)

損害賠償は権利侵害に対する適切な対応を説明している。正義を行うとは、加害者を罰することではなく、被害者の原状回復 (restoration) を要求することである。(Barnett [1998] 邦訳221頁)

そこでバーネットは被害者が自分に対する損害賠償を加害者から強制的に取りたてることを容認する。しかし加害者に十分な資力がなくて、損害賠償ができない場合も多いだろう。その場合加害者は働いて賠償をしなければならないが、加

害者が逃亡するおそれがあるならば、それぞれの技能に応じた民間の雇用プロジェクトに拘束して、損害賠償を払い終えるまで生産的活動に従事させることができる、とバーネットは提案する。この拘束は刑罰ではなくて、損害賠償を取りたてるための手段にすぎないから、施設の中で家族と暮らすこともできる。加害者の賃金からは居住費や食費が差し引かれるが、残りは被害者と政府のものになる。というのは、加害者は自分の逮捕や裁判の費用も負担しなければならないからである。刑事罰の場合と違って、賠償責任の決定にあたっては、加害者の意図とか道徳的性格とか心神喪失といった要素は考慮に入れられない。しかし被害者が得る賠償額は損害を復旧する程度を出ない。その意味でこの損害賠償は、ロスバードのような一部のリパタリアンも賛成するような懲罰的損害賠償でなく、「純粹」損害賠償と呼ばれるのである。

バーネットはさらに、懲罰的損害賠償を含む刑罰の犯罪抑止効果は極めて疑わしいものであり、しかも無実の者に刑罰を科するおそれがあるので、犯罪抑止の最善の方法からはほど遠いと主張する（同上・邦訳263－270頁）。応報刑論も、犯行の道徳的有責性の大きさに関する評価の困難さや、法執行の誤りと濫用のおそれを理由に斥けられる（同上・邦訳361－5頁）。むしろ現在の制度では、犯人を刑務所に拘束する刑罰制度があるために、多くの被害者は理論上加害者から損害賠償が請求できるにもかかわらず現実にはその取りたてができなくなっているのだから、刑罰制度は被害者の救済を妨げている。

ただしバーネットは、犯罪を繰り返すことによって自分が危険であることを示した比較的少数の人々に対しては、社会の自己防衛のための手段として、例外的に拘禁施設への監禁を認めている。私はこの提案には疑問を持つが、すでに述べたからここでは繰り返さない（森村〔1998〕438－9頁。また橋本〔2001〕386－7頁も見よ）。

バーネットは、刑罰を伴わないこのような純粹損害賠償制度が被害者を救済するという論拠を最も重視するが、それに加えて、この制度は加害者を自らの運命の能動的な主人にして（というのは、受動的な囚人と違って、雇用プロジェクトへの自らの拘束を終わらせるのは自分自身の労働によるのだから）その更生を助け、しかも犯罪抑止にも一定の効果を持つから、犯罪への対応として最善の制度

であると考える。

犯罪への事後的対策としてベンソンが提唱するものもバーネットの純粹損害賠償とよく似ている。ベンソンは犯罪の抑止や犯人の社会復帰よりも被害者への賠償に重点を置いた刑事システムを提唱するからである (Benson [1998], ch.10)。ただし細かい点ではいくつかの相違がある。たとえばバーネットは基本的に刑罰制度は廃止されるべきだと考えているが、ベンソンは「個人の権利が至上のものであるとき『刑法』は必要でない」(Benson [1990], p.352) とは言っているものの、バーネットよりも刑罰の犯罪抑止効果や教育的効果を認めるせいか、あるいは現実主義的なアプローチをとるせいか、刑罰の廃止まで明確には主張せず、刑事法制度をもっと損害賠償を重視する方向で改訂するように主張しているだけである。またバーネットが懲罰的損害賠償を批判しているのに対して、ベンソンは現実にはそれが単なる財産侵害にとどまらない測定しがたい損害を償う役割を果たしていると指摘している (Benson [1998], pp. 234 - 6)。

リバタリアンの中には応報的正義に基づく刑罰論を主張する論者もいる (たとえば Rothbard [1998], ch.13; Lester [2000], pp. 108 - 112)。しかし侵害された権利の賠償や復旧の必要性は個人の権利を重視するリバタリアニズムからごく自然に出てくるのに対して、応報的正義の要求はリバタリアニズムと矛盾するとまでは言えなくても、それとは別個の原理である。それゆえバーネットやベンソンのように被害者の救済を第一次的な問題と見なすアプローチの方が、たとえリバタリアンのすべてが賛成するものでもなくとも、一層リバタリアンらしいものと言える。

現在の日本やアメリカをはじめ多くの国々の制度では、犯罪被害者は理論上は損害賠償や原状回復を加害者に請求できるとはいえ、実際にはその権利は実現しにくい。それは加害者が国家によって刑事責任を問われ、被疑者あるいは被告人あるいは受刑者として自由を拘束されてしまい、時にはさらに財産を刑事罰の形で国家に取り上げられてしまうからである。つまり刑罰制度それ自体が、被害者の救済を妨げているのである。日本の受刑者は刑務作業に対して恩恵的な作業賞与金を与えられるが、これは市場で得られるであろう賃金よりもはるかに低いので、被害者の救済には役立たない。この点を考えると、刑事罰よりもむしろ損害

賠償を優先させようとするバーネットとベンソンの主張はリバタリアンにとっては説得力がある。(だが犯人が一生働いても支払えないほど損害賠償額が巨額に及ぶ場合は、犯人は労働へのインセンティブを失うため全然働かないのではないのか? バーネットはこのようなケースについて書いていないようだが、それは犯人が捕まらない場合や死んでしまった場合と同様、やむをえないことだと考えているのかもしれない。あるいはこの場合、被害者は加害者が働いて返せる程度にまで請求額を引き下げることによって加害者に労働へのインセンティブを与え、たとえ部分的にでも賠償を得られるかもしれない。不完全な賠償であっても、全然賠償がないよりはましである。)

しかし彼らの主張には問題もある。ここでは特に、損害賠償と区別された刑罰の廃止まで主張するバーネットのラディカルな見解が持つ問題点のうち二つを取り上げたい。(森村 [2000] と橋本 [2001] は、この説では未遂犯が処罰できなくなるといった他の問題にも触れている。)

第一に、純粹損害賠償説は、犯罪が被害者だけでなく、二次的には被害者が属する共同体や社会一般にも損害を与えているという事実を無視している。犯罪はこの人々を不安にさらすのである。しかし直接の被害と違って、このような間接的な被害を賠償させることは事実上不可能である。もっとも「これに対してバーネットは……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」(橋本 [2001] 384頁)。

第二の問題点は、刑罰が持つ犯罪抑止効果の無視あるいは軽視である。刑罰が持つ(と言われる)、悪事への応報や犯人の社会復帰といった機能は、刑罰の正当化に持ち出されることが多いが、これらはリバタリアニズムに含まれない目的である。これに対して、被害者になりかねない人々の権利侵害を未然に防ぐことは、現実の被害者の権利侵害を事後的に復旧することと同様、リバタリアニズムから導き出される。実際、リバタリアンは権利を守るための自己防衛を広く認める傾向がある。それならばリバタリアニズムは抑止刑を(一定の範囲で)認めてもよさそうなものだし、実際多くのリバタリアンは認めている(森村 [2000] 443、448-452頁)。これに対してバーネットが抑止刑論に反対する論拠はいくつ

かあって、無実の者が厳しい刑罰を科されるおそれや、投獄の社会的コストや、多くの犯人にとって刑罰には抑止効果が乏しい——そして十分に抑止効果を持たせるためには恣意的な重罰化に至る——といった事情がそれである (Barnett [1998] 邦訳258-259、263-270頁)。また副次的な理由として、バーネットは純粋損害賠償も犯罪抑止効果を (一次的目的ではないにせよ) 有することを指摘する。

これらの問題点とそれに対するバーネットの反批判をどう評価すべきかは難しい問題である。その評価は、現実の社会で刑罰がどのような機能を果たしているかという経験的な問題に依存する。私は以前の論文 (森村 [2000]) では、常識的に考えれば刑罰の犯罪抑止効果は否定できないという理由から、バーネットの説に賛成できず、「損害賠償第一、抑止刑第二」という結論に至った。しかしそれ以降バーネットの議論に一層親しむと、一概に彼の議論を否定できないような気が今ではしている。刑罰が抑止効果を持っているとしても、同時に大きなコストを持つし、犯罪を抑止するには他の方法もあるからである。

Ⅲ リバタリアニズムと修復的司法

最近、国家による加害者の処罰よりも加害者から被害者への賠償と謝罪を重視する「修復的司法」の理念が強力に主張されている。これはリバタリアニズムの理念とも重なり合う面があるので、両者の相違を検討する価値がある。もっとも修復的司法に明示的に言及するリバタリアンは多くない。そのような数少ない個所で、ベンソンは損害賠償の目的と修復的司法の目的とが「大部分補い合う」 (Benson [1998], p. 251) と言っている。しかし私見によれば、確かに両者は補うかもしれないが、同一ではなく、場合によっては対立する可能性もある。修復的司法は政治哲学における共同体主義 (communitarianism) の刑事政策における表現として解釈することもできるが、共同体主義とリバタリアニズムは両立する点もあれば、そうでない点もある。

第一に、単純化して言うと、刑罰制度が犯罪を犯人 (というより刑事法違反者) と国家の関係として見て被害者を証人としてしか見ないのに対して、リバタリアニズムは犯罪を加害者と被害者との関係として見るが、修復的司法は加害者

と被害者とコミュニティの三者間の関係として見る。通常ここでいうコミュニティとは地域共同体のことであって、それが癒されることが必要だと言われたりする。しかしリバタリアンにとって、犯罪への事後的対応において、国家と同様コミュニティも二次的な重要性しかない。犯人が責任を負うのは、国家に対してでもコミュニティに対してでもなくて、自分の犯行の被害者（被害者一般ではなくて）に対してである。コミュニティもある意味で損害を受けたと言えるだろうが、その損害は被害者が蒙った損害とは異なる。被害者は明確な法的権利を侵害されたが、コミュニティ（それが具体的にどれだけの範囲を持つかも問題だが）は、漠然とした主観的な損害を蒙っているにすぎない。

ある修復的司法論者は「なぜ、コミュニティが関係を持つべきであるか？」という問いに対して「犯罪を犯すことは、コミュニティ全体に影響を与える。犯罪者は、そのプロセスでは、孤立することはできない」（コンディーセン／ボーエン [2001] 31頁（ボーエン執筆分））と答えているが、コミュニティ全体に影響を与える行為は犯罪だけではない。たとえば引越しや外国人との結婚のように、非の打ち所なく合法的な活動もコミュニティに影響を与えうる。それどころか全然影響を与えないような行為を探す方が難しいかもしれない。コミュニティに影響を与えるというだけでは、修復的司法論者が提唱するようなコミュニティのグループ会議を強いる理由にはならない。それに一体誰がコミュニティ全体を代表できるのだろうか？ 選挙されたわけでも授權を受けたわけでもない人物がコミュニティを代表するというのは明らかな擬制である。また常にコミュニティの秩序が尊重に値するわけでもない。個人の活動がコミュニティに与える悪影響を問題視することは、個人の行動の自由の制限を認めてしまいやすい。オウム真理教の信者が自治体と地域共同体から受けてきた取り扱いを想起されたい。

おそらくリバタリアニズムの刑罰理論では、犯罪からコミュニティが受けた損害は、被害者への賠償を通じた間接的な仕方を別にとすると、事後的には回復しようがないので、犯罪の抑止を通じて未然に防ぐしかない、ということになるだろう。そして犯罪の抑止においてはコミュニティの社会的圧力も積極的に評価されるだろう。

またリバタリアンは「被害者なき犯罪」は非犯罪化すべきだと考えるが、修復

的司法論者は、コミュニティや社会一般の規範意識を失わせるような活動は、たとえ明確な損害がなくても処罰すべきだと見なしそうである。

なおリバタリアニズムが重視する犯罪被害者の救済の必要性は、いかなる権利侵害についてもあてはまるが、これに対して修復的司法の理念の方は、被害者と加害者が同じ地域に住んでいて、しかも事件の後でも住み続ける場合にしかあてはまりにくい。だが他の国や時代はいざ知らず、現代の日本でこの条件があてはまる犯罪はむしろ少数のように思われる。

修復的司法とリバタリアニズムの第二の相違として、修復的司法は精神的癒しに関心を示すが、財産的被害の賠償は重視しないように見えるのに対して、リバタリアンは財産的な賠償を重視する傾向がある。これはリバタリアンの価値観が「唯物論的」だとか「拝金主義的」だということを示すものではないだろう。むしろ次の二つの理由を挙げるべきだろう。

第一に、精神的な被害の回復は財産的被害よりも、方法が多様であるとともに強制しにくいということがあげられよう。精神的被害の回復のためには、慰謝料だけでなしに加害者の誠意ある謝罪と反省とかボランティアによる支援が必要なが多いだろうが、これらは金銭的な賠償と違って、強制なしに自発的に行われなければ意義がないものである。そしてリバタリアニズムは可能な限り個々人の内心に踏み込むような強制を避けようとする——たとえそれが犯人であっても——ものである。もう一つの原因としては、精神的被害は極めて主観的なものであるので公正な測定が難しいという理由もあげられよう。精神的被害を重視すると、被害者が加害者に対して過大な要求をしたり、それどころか、自称被害者が不当な請求を行うおそれも出てくる。これらの理由から、具体的な精神的被害の回復も望ましいことではあるが、その実効性には限度があるかもしれない。精神的被害の評価はある程度定型化される必要がある。

リバタリアンの目から見ると、修復的司法論者は、犯罪の被害の賠償という最も重要な課題を軽視して、その代わりに、二次的被害とか癒しとか許しとかいった、派生的でしばしばとらえどころがない問題ばかりを論じているようにも見える。

本節の最後に、日本における修復的司法の提唱者である西村春夫の次の文章を

使ってリバタリアニズムと修復的司法の相違を明確化しよう。

今までの修復的アプローチの理論と実践を省みれば、修復的司法の用語自体が幾つかの観点をもって語られてきた。①修復における人と人との関係を強調する「関係的正義」、②修復過程において地域社会を中心にすえる「修復正義コミュニティの提案」、③当事者を迎え入れることになる地域社会の社会構造的次元に注目する「変容的正義」、④法曹専門家の司法支配を遠ざけようと意図する「インフォーマル正義」、⑤キリスト教信仰、フェミニスト運動を母体とする「社会的正義」などである。ではこれらの諸観点に共通な要素とは何か、それは全当事者のニーズに基礎をおく正義である。(高橋ほか[2001] 230頁(西村報告))

これらの観点をリバタリアニズムと照らし合わせてみると、④は両者に共通するが、②③⑤はリバタリアニズムの特徴ではない。①は、「人と人との関係」としてもっぱら加害者と被害者の関係をとらえるならばリバタリアニズムにもあてはまるが、それ以外の人々まではいってくるならばそうでない。リバタリアンはコミュニティを「全当事者」の中に入れたいか、あるいは入れるとしても、そのニーズと被害者のニーズを比較考量するべきものとは考えず、後者の方を優先させるだろう。また③が犯人の責任を社会に転嫁することを含むなら、それは受け入れられない。

IV 被害者支援プログラム（犯罪被害者への国家補償を含む）への評価

損害賠償以外の被害者援助の方法について、リバタリアンはどう考えるだろうか？ベンソンは被害者グループや被害者支援グループを「重罰化や、被害者への補償や、被害者が自分の生活に及ぼした犯罪の影響について判決以前に証言する権利や、その他多数の改革を求める」(Benson [1990], p. 152) ものとして把握しており、それらをおおむね高く評価するように見えるが、(Ibid., pp. 66, 272)、犯罪被害者補償プログラムには批判的である。彼はそれが被害者以外の人々の利権のための運動になりがちだと考える。

それは再選への支持を求める政治家と、そのプログラムの管理によって自ら

の権力と担当分野の拡大ができる官僚と、被害者が補償基金への請求に成功しなくてもしばしば報酬を受ける弁護士と、その他の政治的利益を利するが、被害者には相対的にささやかなことしかしない、大部分象徴的な政策のまた別の例だ、ということが明らかになりつつある。(Ibid., p. 274)

被害者補償プログラムへの一層根本的な反論は、それが犯人に責任を負わせないということである。そして犯人からいくらかの取りたてがなされる時でさえ、彼らは彼ら自身の被害者に直接に責任を負うのではない。……さらに、税金が資金の少なくとも補充的な財源、一般には一次的な資源になるだろうから、かくして犯罪のコストが犯人から納税者に転嫁される。(Ibid., pp. 275-6)

私はこのベンソンの主張はリバタリアンとしてもっともなものだと思う。すでに第Ⅱ節でも指摘したように、実際に犯人が被害者に損害賠償を支払えない原因の多くは、犯人が刑罰を受けることにあるから、刑罰よりも損害賠償を優先させるべきである。さらにバーネットが提唱する純粹損害賠償の制度を採用すれば、無資力な犯人からも損害賠償を取りたてることが容易になるから、被害者補償制度の必要性は小さくなる。

被害者補償は犯人自身からの賠償に比べて被害者の精神的被害を癒しにくいという点もその制度の欠点としてあげられよう。日本における犯罪被害者給付制度について次のように報告されている。

本制度が精神的打撃の緩和になっていないという事実が、受給遺族調査で明らかになった。すなわち、受給遺族の約90%が加害者に対する意識の変化がなく、「経済的に助かった」と回答した者の97.8%が加害者を許す気になっていないのである。(高橋 [2000] 65頁)

もっともこのような欠点があっても、犯人が特定できない場合や、犯人が特定できても無資力で稼働能力もない場合は、被害者補償制度を正当化できる余地があるかもしれない。

では被害者補償制度以外のさまざまな被害者支援運動はリバタリアニズムからはどのように評価されるだろうか？

厳しい処罰への要求は、飲酒運転による犯罪への厳罰化を求める最近の運動の成功を見てわかるように、多くの被害者にとってみれば自然な感情だろうし広

く世論に訴えかける力も持っているが、リバタリアニズムからは、それが犯罪の予防に役立つのでない限りは受け入れがたい。犯人に刑罰を科することは、被害者の損害を賠償することとは違う。それは被害者の応報感情を満足させることによって精神的被害を回復すると言われるかもしれないが、それだけの理由で加害者に損害賠償を超えた苦痛や損害を与えることが許されるかどうか疑わしい。(応報的刑罰へのそれ以外の反論として、Barnett [1998] 邦訳361-6頁を見よ。)

これに対して、被害者=加害者メディエーション (VOM) のような、両者が直接・間接にコミュニケーションする制度は、犯罪の賠償や解決を柔軟で実効的な仕方を実現しやすくする可能性があるので、当事者の意に反しない限り奨励すべきである。ただし被害者の中には加害者と全然接触したくない人もいるだろう。その場合までメディエーションを行うべきではない。また加害者の方が被害者と接触したくない場合も、いやがる加害者に被害者との接触を強制しても関係の改善に資するとは考えにくいから、強制すべきではあるまい。

ベンソンは日本においては VOM 類似の制度が犯人の悔恨を通じて再犯の防止にも役立つと主張している。

日本は産業化された国々の中で唯一、第二次大戦後毎年犯罪率が減少してきた国である。事実は、日本のシステムや VOM のようなプログラムにおけるように、損害賠償が訴訟でなくてメディエーションを通じて決定される時には、犯人たちの間に極めて異なった態度が発展するのである。(Benson [1998], p.312)

一般的に、ベンソンはジョン・ヘイリーらによって報告されている日本の刑事司法を高く評価する。ベンソンによれば、刑事裁判が被告人と検察官との間の取引に堕して被害者の立場が忘れられ、プリー・バーゲニングが公然と行われているアメリカよりも、日本の刑事司法は犯人から被害者への損害賠償を起訴や量刑においてはるかに重視しているからである。また彼は、日本では犯罪を抑止しているのは政府よりもむしろ家庭や職場や地域共同体による社会的な圧力だと言って、この点でも日本を高く評価している。彼は言う。

損害賠償の成功を明らかに裏打ちしている日本文化の特徴は、犯罪活動への

言い訳が認められないということである。犯人は自分の罪を認め、悔恨し、被害者からの赦しを求めるものと期待されている。……

重要なことだが、日本の犯人は大部分、当局に対してだけでなく、仲介者（たとえば家族や友人）を通じて被害者に対しても罪を認める。被害者に対して罪を認めることは、訴追が始まる前に行われる。[被害者が当局に対して犯人の宥恕を求める手紙を書くか書かないかで、起訴されるか否かや、判決の重さが全く違ってくる。] かくして、通常被害者は、訴追以前に損害賠償を得る。それに加えて、被害者は典型的には訴追の各段階で、告発や起訴や判決に関する決定がなされる際に、助言的な役割（支配権でも拒否権でもないが）を有する。(Ibid., p. 251)

これは平成12年に犯罪被害者保護関係2法（犯罪被害者保護法と改正刑事訴訟法）が制定される前の話である！ ベンソンは日本の刑事司法における被害者の役割を過大評価しているようだし、日本社会における地域コミュニティの強しさも誇張しているように思われる。

日本の研究者は彼と見解を異にする人が多いだろう。たとえば新 [2000] 319-20頁は、「アメリカでは、被害者とコミュニティが一体化している」、また「アメリカの構図が『被害者とコミュニティ』対『加害者』となっているのに対して、日本の構図はあたかも『被害者』対『加害者とコミュニティ』になっているかのように見える」と述べる。また所一彦は「刑事処分の示談を考慮に入れる上記の実務は、実質的に修復的司法に代る意味合いを持つが、なおその示談が真実被害者・加害者関係の修復になっているかは疑わしい。……国選弁護人が、法律に暗い被害者をうまく言いくるめて、むしり取るように示談書を持って行く、とも聞く」（高橋ほか [2001] 259頁（所報告））と指摘して、示談の制度化を提唱している。

次に、刑事裁判において被害者にそれ以外の証人とは異なった独自の権利を認めたり、犯人の受刑の状況について情報を得る権利を認めることは、刑罰制度の存在を前提とする限り、十分に理由のあることだろう。ただし被告人の反対尋問権や無罪の推定を事実上踏みにじることがあってはならない。

最後に被害者支援団体のボランティア活動に移ると、これは自由な民間の運動であるならば、正にリバタリアニズムが期待するところである。リバタリアンは

民間の団体や個人の自主的な活動が、役所が行うと期待されてきた役割も、それ以外の役割も、役所よりもはるかに実効的かつ効率的に果たす傾向があると信じているからである。特に被害者への精神的なケアなどは、民間の活動に期待できる点が大きいだろう。ただし一般的に言って、民間の被害者支援プログラムは大変結構なものだが、それが損害賠償の代わりになることはできない（むろん、加害者からの損害賠償を容易にするための活動は有益だが）。損害賠償のためには、現在よりも実効性のある強制執行の可能性が保障されていなければならないのである。

参考文献

- 新恵理 [2000]『犯罪被害者支援——アメリカ最前線の支援システム——』径書房
- 笠井潔 [2000]『国家民営化論』光文社知恵の森文庫
- ジム・コンディーセン／ヘレン・ボーエン編 [2001]『修復的司法』（前野育三＝高橋貞彦監修訳）関西学院出版会
- 佐伯仁志 [2000]「刑罰としての損害賠償——アメリカ法の最近の動向——」『産大法学』34巻3号
- 高橋則夫 [2000]「被害者の経済的支援」『被害者学研究』第10号
- 高橋則夫ほか [2001]「特集・刑法の目的と修復的司法の可能性」『刑法雑誌』第41巻第2号
- ランディ・E・バーネット [2001]「刑罰から損害賠償へ」（橋本祐子訳）『関西法学』第46号
- 橋本祐子 [2001]「刑罰から損害賠償へ——R・バーネットの『純粹損害賠償』論——」『同志社法学』第52巻第6号
- 森村進 [2000]「リバタリアニズムの刑罰理論」『ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀 人間の尊厳と現代法理論』成文堂
- 森村進 [2001]『自由はどこまで可能か』講談社現代新書
- Barnett, Randy E. [1995] (orig. 1977) "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", in M. J. Gorr and S. Harwood (eds.), *Crime and Punishment*, Boston and London, Jones and Barlett Publishers.
- Barnett, Randy E. [1998] *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, Oxford U. P. [嶋津格＝森村進監訳『自由の構造』（木鐸社、2000年）]
- Benson, Bruce L. [1990] *The Enterprise of Law: Justice without the State*, San Francisco, Pacific Research Institute for Public Policy.
- Benson, Bruce L. [1998] *To Serve and Protect: Privatization and Community in Criminal Justice*, New York U. P.

Lester, J. C. [2000] *Escape from Leviathan: Liberty, Welfare and Anarchy Reconciled*, London, Macmillan.

Rothbard, Murray N. [1998] *The Ethics of Liberty*, New York U. P. (orig. ed., 1982)

[追記 校正中、竹内靖雄『法と正義の経済学』（新潮選書、2002年）を入手した。被害者への損害賠償を国家による刑罰よりも重視し、「賠償のための強制労働システム」を提唱するなど、本稿との共通点も多いが、刑罰の犯罪抑止効果について楽観的に見える。]