

## 共生の刑事学

所 一 彦

- 一 共生の諸相
- 二 抗争処理と共生
- 三 共生と刑罰
- 四 近代化と共生
- 五 共生性への道

先に私は、犯罪学・刑事政策研究の新しい動きをパラダイム転換という観点から要約した機会に、「犯罪の原因を探究し、これを除去して犯罪を防止するのが犯罪学の正道」という既成のパラダイムの行詰まりを打開する新しいパラダイムとして、「共生の条件を共に探る、共生Ⅱ共生性のパラダイム」を提案したが、しかしこの「共生と共生性」のパラダイムについては、なおその具体的なあり方を明確にしながら妥当範囲を見極めるべき点が少なからず残っていることを認めなければならな<sup>(1)</sup>かった。本稿ではその残された課題に取り組んで見たい。

「共生Ⅱ共生性パラダイム」の原型は、早く一九七六年、犯罪をめぐる争いの調整を課題とする「抗争処理モ

デル」の刑事政策として私自身によって提案されて<sup>(2)</sup>おり、実際、私のこれまでの研究には、この「抗争処理モデル」に即した点が少なくなかった。共生Ⅱ共主体性パラダイムの妥当範囲を見極める作業は、したがって傍ら、私のこれまでの研究の少なからぬ部分を、このパラダイムに照らして点検することをも意味する。

(1) 拙稿「犯罪学と刑事政策のパラダイム転換」刑法雑誌三八巻三号、一九九九年、一三六頁。

(2) 拙著『刑事政策の基礎理論』大成出版社、一九九四年、1章Ⅱ。

## 一 共生の諸相

「共生」は流行語である。人それぞれに、それぞれの思いを込めて使っていて、それらが互いに重なり合い、漠然とした中心はあるものの、共通の明確な輪郭はない。私自身、この語の響きに共鳴するもののあることを感じて飛びつきはしたものの、明確な定義を怠ってきた。しかしそれでは学術用語としての役割を果たせない。とは言っても、この語に込められるさまざまの思いを一つに集約することも容易でなく、また必ずしも生産的だとも思われない。それよりは、それらさまざまの思いをそれぞれに抱えた種々の共生を定義する方がよいであろう。

### 1 消極的共生・積極的共生

先に私が「抗争処理」モデルの刑事政策を提案したのは、「人々が互いに争い、ばあいよっては傷つけ合う抗争こそがまずもって問題であり、したがって、その適切な処理こそがわれわれの第一の課題だと考え」たからであつた。<sup>(3)</sup>「人々が互いに争い——傷つけ合」<sup>(3)</sup>わなないようにするだけなら、「争い——傷つけ合」<sup>(3)</sup>おうとする人々の間に障壁を設け、それらの人々を相互に遮断する<sup>(4)</sup>だけでもできる。人々はそれでも「共に生きる」ことはできるわけで、その意味ではこれも一種の「共生」だといってよい。しかしこの型の「共生」では相互の交流が絶たれ、「生

活を共にする」意味の「共生」はできない。「共生」としては、この後者の型の「共生」の方がより積極的であり、一般に、より好ましいとされるであろう。そこでこれを「積極的共生」と呼び、前者の型の「共生」を「消極的共生」と呼ぶことにする。「消極的共生」は只の「共存」であって「共生」ではなく、「積極的共生」こそが「共生」だとする呼び方もあり得よう。

次は、私自身が「共生」をこの「積極的共生」の意味で使っている例である。例えば下肢の障害については、「車椅子が使えるようになれば、あとは一般社会の側がスロープやエレベーターを設けるなどして、障害者との『共生』を可能にする」。受刑者の場合にも、「保護観察の助けて『共生』することができれば、仮釈放してよい<sup>(5)</sup>」。次も同様である。曰く、「環境犯罪学は、機会さえあれば犯罪を犯す可能性のある人物が一般社会に存在することを前提に、その機会をミニマイズしようというものであり、そのような人物との一種の『共生』関係を前提にして<sup>(6)</sup>いる」「(「積極的共生」は、この環境犯罪学の場合、警戒・監視・威嚇のような「冷たい」関係を含んでいるが、その点は次の2で問題にする)。

しかし「消極的共生」も、「積極的共生」が困難な場合には次善の「共生」として重要である。最小限必要な「共生」であり、言わば「共生ミニマム」である。死刑はこの「共生ミニマム」さえ拒否する究極の刑である。死刑の是非についてはなお後出三1で触れる。

## 2 冷たい共生・温かい共生

上で環境犯罪学が「前提にしている」とされた「一種の『共生』関係」は、「不断に相手の裏をかこうとする敵対関係を含んだ言わば冷たい共生<sup>(7)</sup>」である。ではこの「冷たい共生」に対する「温かい共生」とは、どのようなものか。菊池寛の小説『恩讐の彼方に』の美之助は、前非を悔いて贖罪のため難所にトンネルを掘っている父の仇市九郎に逢い、トンネルの完成を待つて仇討ちを果たそうとするが、やがてトンネルが完成するや、市九郎の手をと

り涙を流して彼を赦す。「共感的共生<sup>(8)</sup>」といってもよい。もうすこし拡げて、「良心に従」い「自由に規範に従う者」同志の「同志的共生」とし、これを「警戒的共生」と対置してもよい。刑罰は、その威嚇作用に期待される限りでは「冷たい、警戒的共生」の手段であるが、良心の形成を助ける条件づけ作用に期待される場合には「温かい、同志的共生」の手段である。<sup>(10)</sup>

「冷たい、警戒的共生」も、「温かい、同志的共生」が困難な場合の次善の「積極的共生」として重要である。私は先には、「冷たい共生」を前提とする環境犯罪学を「共生Ⅱ 共主体性のパラダイムに取り込むかどうか」について留保したが、<sup>(11)</sup>これを外せば刑罰による威嚇も同様に外すことになり、刑事政策の芯が抜ける。共に取り込むべきであろう。見知らぬ同志が同じ旅客機に大勢乗り合わせることは、入口での所持品検査のお蔭である。蛇足ながら、お蔭で速い旅が安くできる。誰もが自由に利用できる開架式の図書館には、出口での所持品検査が必要である。

### 3 開かれた共生・閉ざされた共生

「共生」は、特定の人々、あるいは特定の種類の人々のあいだの「閉ざされた共生」であることもあれば、そのような限定のない、万人に「開かれた共生」であることもある。井上らによれば、「生態学的均衡としての『共生』、すなわち『共棲（——シンビオーシス）』は、——閉じた共存共栄の仕組みである。それは一応、異なった種を含んでいるが、それらの間には——利害と価値の十分な一致が確立されており、それにより相互理解と期待の相互調整が容易にできる。この安定した内部的均衡を維持するためには、真に異質な外部の攪乱要因に対して、この系は閉ざされていなければならない。——これに対して、我々のいう《共生》とは、異質なものに開かれた社会的結合様式である。それは、内輪で仲よく共存共栄することではなく、生の形式を異にする人々が、自由な活動と参加の機会を相互に承認し、相互の関係を積極的に築き上げてゆけるような社会的結合である。<sup>(12)</sup>」

「閉ざされた共生」と「開かれた共生」とのこの対比は、私が社会統制の法化を社会関係の近代化と関連させて説明する際に使ってきた、「閉ざされた社会」と「開かれた社会」との対比によく似ている。「閉ざされた社会」は「成員の生活がそのなかで営まれる度合いが高く、成員のこれに対する依存の度合いの高い小社会——共同体」であり、<sup>(13)</sup>「開かれた社会」は「極めて広い範囲の人々がそれぞれ自由に、したがってまた多様に交流する社会」である。<sup>(14)</sup>共同体では、「共同体に対するその成員の高い同一視およびこれに基づく献身が期待され、また成員相互間の監視が行き届くとともに、共同体内での地位の昇降および共同体による庇護の単純な拒否が有効な社会的制裁として機能するから、物理的制裁を通じての、自覚的・技術的・制度的な統制——法的統制は必ずしも重要でなく、発達が悪い。こうした共同体は、交換経済の浸透と、それに伴う開かれた社会の成立によって弱体化し、共同体的統制にかわって、法的統制が重要になる」<sup>(15)</sup>、と。

井上らの場合も、「共棲」では「利害と価値の十分な一致が確立されており、それにより相互理解と期待の相互調整が容易にできる」が、「開かれた《共生》においては、利害と価値の十分な一致や情感の融合をア・プリオリに前提することはできない。——多様な目的追求を可能にするように、目標追求の仕方を規制するとともに、相互の調整基準ともなるような、一般的ルールの共有」<sup>(16)</sup>が必要とされる。対比の重点に幾らか差異はあるものの、私の「開かれた社会」でも井上らの「開かれた共生」でも、社会統制が容易でなく、その困難を克服すべく法が必要とされる点は共通である。しかしまた、法だけでは十分でない。その点の認識も共通である。「開かれた共生」は、魅力も危険もいっぴいの「共生」である。だから井上らはこれを「冒険」<sup>(17)</sup>だという。なお後出四で詳論する。

「開かれた共生」は、潜在的犯罪者を識別して隔離することができない限り、監視や威嚇を伴う「冷たい、警戒的共生」が混じることを覚悟しなければならない。誰もが乗れる旅客機、誰もが入れる図書館の例は先に挙げた。威嚇には、法の援護も必要である。「開かれた共生」に法が必要な理由の一つはこれである。

## 4 共主体的共生・後見的共生

「共生」はそのあり方を、「共生」しようとする人々自身によって「共主体的」に定められなければならない。「共生の条件を探るのに、何よりも共生しようとする当の本人たちを外していいわけがない。——犯罪の原因を当の犯罪を犯した者と一緒に探り、再犯防止策を一緒に考えよう<sup>(18)</sup>」というのが共生＝共主体性のパラダイムである。しかしそれは、「共生」しようとする人々が皆、何が幸福であるかを自分で判断できる人々である場合のことであって、何が幸福であるかを自分では判断できない人々も交えて「共生」しようとするれば、それらの人々の幸福への後見的な配慮が必要であり、「共主体性」を貫くことはできない。そこで、そうした後見的な配慮を伴う「共生」を「後見的共生」と呼び、そうした配慮を伴わず、もっぱら「共主体的」に追求される「共生」を「共主体的共生」と呼ぶことにしよう。判断力の不十分な少年や精神障害者については、「共主体的共生」を貫くことができず、「後見的共生」に頼らざるを得ない。少年保護につき、後出三で詳論する。

- (3) 前掲注(2) 拙著、二六頁。
- (4) 遮断につき、同右、三四、三八〜三九頁。
- (5) 拙稿「『矯正』と『共生』」刑政一〇四卷六号、一九九三年、九三頁。
- (6) 前掲注(1) 拙稿、一三〇頁。
- (7) 同右、一三六頁。
- (8) 同じことを別の言葉で表現しようとしたものとして、拙稿「合理性と愛・感動」法字セミナー三二卷二号、一九八七年、表紙。
- (9) 拙稿「抑止刑再論——威嚇と条件づけ」松尾浩也先生古稀記念論文集上巻、有斐閣一九九八年、一〇九〜一一〇頁。
- (10) 抑止は、利害の計算を通じて作用する威嚇と、良心の形成を助ける条件づけとから成る(前掲注(2)) 拙著、三九〜四〇頁、および前掲注(9) 拙稿、九九〜一〇〇頁)が、前者は強制であるのに対し、後者の場合には、条件づけの過程では強制があるにしても、一旦条件づけが成功し、良心が形成されれば、あとは強制されることなく、その良心に従って規範に従うのである(前掲注(9) 拙稿、一〇九〜一一〇頁)。
- (11) 前掲注(1) 拙稿、一三六頁。

- (12) 井上達夫ほか「共生への冒険」毎日新聞社、一九九二年、二五頁。
- (13) 前掲注(2) 拙著、二二二頁。
- (14) 同右、一五七頁。
- (15) 同右、二二二頁。
- (16) 前掲注(12)、「共生への冒険」二七頁。
- (17) 同右、同頁。
- (18) 前掲注(1) 拙稿、一三五頁。団藤のいう「間主体性」は、これに近い。曰く「少年と裁判官とは相対でお互いに腹うちあつて話すところがなければならぬ。——主体と主体との間に精神的な交流がなければならぬ。それが私のいわゆる間主体性である」と(団藤重光「少年法改正批判」法律時報七一巻四号、一九九九年、七〇〜七一頁)。「共主体的」な「温かい、同志的共生」といえば、もっと近いであろうか。

## 二 抗争処理と共生

冒頭に述べたように、共生Ⅱ共主体性パラダイムの原型は、犯罪をめぐる争いの調整を課題とする「抗争処理モデル」の刑事政策である。伝統的な犯罪学と刑事政策論は、主に「犯罪防止」に奉仕する研究努力だったが、それではとかく視野の外に置かれやすい重要な問題が幾つか残るので、それらの問題をも視野に収めることのできる、より包括的な視座として、「抗争処理」を提案した。<sup>(19)</sup> 共生と共主体性のパラダイムは、この「抗争処理モデル」の延長線上に構想されたものである。

では「共生」は、「抗争処理」とどこが違うのか。「抗争処理」では何が足りないのか。「抗争処理」は最小限「争い——傷つけ合」わない状態が実現されれば足り、互いにたとえば塀によつて遮断された「消極的共生」の形でも実現され得ること、しかし可能なら、相互交流のある「積極的共生」の方が歓迎されるであろうことについては先に述べた(前出1)。<sup>(20)</sup> たとえば同じ「遮断」でも、「人格の側の特殊な危険に着眼してその方を囲い込む」「隔離」の方が、「環境の側の特殊な危険に着眼してその方を囲い込む」「遮蔽」よりも、交流の阻害が全生活面に

及びやすいだけ「積極的共生」に不利であり、歓迎されないであろう。施設内処遇から社会内処遇への動きは、「消極的共生」から「積極的共生」への動きだといってよい。同様に行刑の社会化も、「消極的共生」たらざるを得ない行刑をできるだけ「積極的共生」に近づける努力だといってよい。「抗争処理」モデルで考えていた段階では、これらの動きや努力をモデル上に位置づけることができず、単に、「隔離」は、犠牲や弊害が大きいからから、必要最小限に止める努力がとりわけきびしく要求される<sup>(21)</sup>とするに止まっていた。

「冷たい共生」は「温かい共生」が困難な場合の次善の「共生」だという発想も、「抗争処理」からはやや遠い。私は刑罰の抑止力を構成する要素として威嚇と条件づけとの二つを挙げながら、先には威嚇を主に念頭に置き、条件づけを軽視していた<sup>(22)</sup>が、それはパラダイムがなお「抗争処理」に止まっていたことと関係するであろう。

「共主体性」の発想も、「抗争処理」からは遠かった。抗争を処理するのは誰か。私の念頭にあったのは、先ずは裁判所であり、あるいは警察であり検察官であり地方更生保護委員会であり国会であつて、市民は主にその民主的統制に気を配るだけであつた。「共生」は、裁判官や検察官がするのではない。市民がするのである。その「共生」のあり方を定めるのも、先ずは市民である。裁判所や国会が出てくるのは、その市民から託されてである。

例えば「抗争処理」も、抗争の当事者によってなされることが可能である。というよりはむしろ、抗争は先ずは当事者同士の話し合いによってこそ処理されるべきものである。そのことは、「抗争処理」モデルの下でもまったく意識されていなかったわけではないが、十分ではなかった。改めて「共生Ⅱ共主体性」パラダイムの下で、市民自身による「抗争処理」を位置づけ直す必要がある<sup>(24)</sup>。たとえば「当事者の一方による他方の抹殺」は、いうまでもなく「目標とされるべき処理のあり方ではない<sup>(24)</sup>」が、言いかえればそれは、いかなる意味でも「共生」ではなく、「共生Ⅱ共主体性」パラダイムから外れるのである。

同様に「犯罪防止」も、「共生Ⅱ共主体性」パラダイムの下に位置づけ直されてよい。犯罪の防止は、先ずは市



民みずからの仕事であり、みずからはできないことを国家に託すのであるが、<sup>(25)</sup> そうであればそれは、何よりもまず市民自身が自ら犯罪を犯さないように心がけること、そして同様の心がけを周囲の市民に呼びかけることから始まるであろう。刑罰による威嚇や条件づけは、その心がけを支えるものとして、その限りで意義があるに過ぎない。

(19) 「犯罪防止」は、その場合、「抗争処理」の、重要ではあるが一つの側面に過ぎない。ただし日常的には「犯罪防止」で足り、前者は後者の不足を時に応じて補う一般理論として用いられればよい(前掲注(2)拙著、三一頁)。なおこの抗争処理モデルを刑法と刑事手続にあてはめたものとして、「刑法と刑事裁判の現代的課題」黒木三郎編『現代法社会学講義』青林書院、一九七六年、所収。

(20) 「隔離」と「遮蔽」につき、前掲注(2)拙著、三八〜三九頁。

(21) 同右、三九頁。

(22) たとえば量刑基準につき、「これぐらいの刑が相場だということになれば、——普通の人ならやめておこうということになりそうな線を見なければよい」という(同右、九五頁)。条件づけを重視すれば、もっと罪刑均衡——罪の重さと刑の重さとの対応——が重視される(前掲注

(9) 拙稿、一〇八頁。

(23) 「再統合」における議会議政治と裁判の役割につき、前掲注(2)拙著、四七頁。

(24) 同右、三二頁。

(25) 同右、九〜一〇頁、二三八頁。

### 三 共生と刑罰

刑罰は、犯罪を犯した者に対し意図的に課される苦痛である。それは「共生」とどのような関係に立つのか。

#### 1 抑止刑と共生

私は、刑罰の主な目的は犯罪の抑止にあるとし、抑止のための合理的な手段としての刑罰のあり方を探ってきた。抑止刑論である。「刑罰は、そのもたらす犠牲に見合うだけの、違法行為を抑止する効果があると考えられる場合に、その限りで用いられるべきである」<sup>(26)</sup>。しかし「違法行為の抑止は、全体の利益である。——そのためにそ

の違法行為の行為者が犠牲になってよい、というのはなぜか。——全体のための個人の犠牲は、その犠牲が平等に負担され、その犠牲による利益が平等に分配されるなら許される<sup>(27)</sup>。「犯罪の抑止には、どうしても個人の犠牲が必要である。——ただ公平な刑法と公平な刑事手続によって、犠牲になる可能性が公平に降りかかるようにできるだけである」。科刑を犯人の「責任」に基づかせる「責任主義は、そのための刑法の原則である。『責任』は、だから、抑止に必要な犠牲を公平に負担する義務として理解されねばならない<sup>(28)</sup>」。

犠牲の公平負担は、「共生」の必要条件であろう。逆に、必要な犠牲は、公平に負担されることを条件に、「共生」のために受忍されねばならない。犯罪を犯した者に対しその責任に応じて科される刑罰は、「共生」のために受忍されねばならない。たとえ死刑であっても、である<sup>(29)</sup>。死刑は、それ自体は「共生」の拒否である。いかなる意味の「共生」も、死刑になれば不可能である。しかし、より多くの人命を救うために必要であるなら、そして公平に科されることが保証されるなら、まさしく「共生」のために、死刑も受忍せざるを得ない。

「責任」にもとづく科刑は、「共主体的」でもある。責任主義は一般公衆の規範意識に合致するといわれるが、実際私が関与した一般公衆の「責任」判断に関する一連の調査では、刑法理論上の「責任」と構造上よく似た「責任」の観念を一般公衆もまた抱いていること、しかもその判断基準は、受刑者を含め、さまざまの人口集団に広く共有されていることが見出されている<sup>(30)</sup>。

## 2 自由と責任

とはいえ、是非を弁別し、それに従って行動する能力のない者は、責任能力がないとされ、刑罰を免れる。なぜか。それは、その場合には刑罰は抑止作用を發揮できず、無用の犠牲を産むだけからである<sup>(31)</sup>。ただしそのように刑罰が抑止作用を發揮できないとすれば、自由も享受するわけにはいかない。自由であるためには、最小限、刑罰があれば身を慎むと期待されねばならない。刑事責任能力は、刑罰の抑止力下で自由を与えられる資格である<sup>(32)</sup>。

自由には責任が伴う。責任を負わない者は信頼されず、自由を与えられない。これも「共生」に必要な原則の一つであろう。しかし責任を負えないために自由を与えられないからといって、「共生」までを拒むわけにはいかない。「他人を害するおそれ」があれば、強制的にでも入院してもらわなくてはならない(精神保健福祉法二九条)が、それでもミニマムの「共生」<sup>(33)</sup>「消極的共生」は確保される。適切な「保護」があれば、「積極的共生」に近づくことも可能である。ただし、どちらにしても「後見的」な「共生」であり、「共主体性」は否定され、あるいは制限される。

少年も、基本的に同様である。是非を弁別し、それに従って行動する能力がまだ十分育っていない少年については、刑罰がその抑止力を十分發揮することも期待できない。しかも刑罰は弊害が大きいとされ、刑罰を避けて、「性格の矯正と環境の調整」のための保護処分で臨む原則になっている。この保護処分は、犯罪を犯す虞れがあるだけで、現実にはまだ犯罪を犯すに至っていない虞犯少年にも課される。これは成人にはないことである。少年は成人のように自由ではない。彼はそもそもが親の監護・教育下にある。その監護・教育を親が十分果たせないとき、国が親に代わって少年を監護・教育する。国親という。だから少年は、たとえば「保護者の正当な監督に服さない性癖」があると、「将来、罪を犯」す虞があることを理由に保護処分に付されるのである。少年はまだ是非を弁別し、それに従って行動する能力を十分に備えていない。だから成人のように責任を問われず、したがって成人のように信頼されず、成人のように自由でないのである。<sup>(34)</sup>「共生」はこの場合、親と国の「保護」の下での、「後見的」な「共生」であり、「共主体的」ではない。

ただし少年は、是非を弁別し、それに従って行動する能力をまったく備えていないのではない。不十分ながら、ある程度は備えているのであって、それはそれなりに尊重するのが「共主体性」を尊重する所以であろう。少年の自由を過剰な保護下に抑圧するようなことがあつてはならない。<sup>(35)</sup>少年の言い分にもよく耳を傾け、できるだけは自

律に委ねるとともに、刑罰ではないまでも、その限定された自律にふさわしい責任の追求があつてよい。<sup>(36)</sup> 少年には参政権がなく、法は少年にとつては完全に他律的な、非民主的な權威でしかないこと<sup>(37)</sup>も忘れてはならない。先に私は、「親には任せておけないというので裁判所が親から親権をとりあげ、親代わりをする。その裁判所が親らしい振舞いをしなかつたら、こんどは誰が裁判所から親権をとりあげるのか。子供はそこで権利主体であることを止め、裁判所は専制君主になる」という認識の下に、「パレンス・パトリエの専制的な行使にくつわをはめ、その分だけ少年の自己主張を容易にすることを通して福祉における自己決定の要素を増大させ<sup>(38)</sup>」る構想を打ち出した。それは今日も維持されてよいように思われる。

(26) 前掲注(2) 拙著、六七頁。

(27) 同右、八〇頁。

(28) 前掲注(9) 拙稿、一〇六頁。

(29) 拙稿「犯罪の抑止と死刑」法律時報六九卷一〇号、一九九七年、八〇九頁。

(30) 前掲注(2) 拙著、一〇九〜一一〇頁。

(31) 抑止刑は、犯罪は苦痛で報われるという応報の原則を確立することによって、一つには犯罪は損だと人々に思わせ(威嚇)、一つには犯罪を悪として嫌う規範意識の形成を助け(条件づけ)、それらを通して人々を犯罪から遠ざけようとする(前掲注(10) 参照)。人々はこの場合、価値や規範に導かれて行動の是非を判別し、それに従つて行動する自律的な存在として想定されていることに注意。この関係につき、なお前掲注(2) 拙著、六九頁以下参照。

(32) 拙稿「しよく罪と少年」刑政一一〇巻五号、一九九九年、三四頁。なお岩井宜子「精神障害者福祉と司法」尚学社、一九九七年、三三一頁。「人間は自由社会の約束を定めた法を遵守する能力をもつが故に自由に主体的に生きることが保障されている。——人は刑罰の威嚇によって、自らの行為をコントロールすることを期待されている。刑罰による威嚇によって、すなわち、間接強制によって、行動をコントロールし得ると期待されている者のみが自由を享受しうる」という。

(33) 前掲注(32) 岩井「精神障害者福祉と司法」三三二〜三三三頁は言う。「法を理解する能力のない精神障害者がすべて危険であるとして強制收容されねばならないのではない。家族その他の保護能力が十分なものについては在宅における保護によって、充分その行動のコントロールを行い得るであろう」と。

(34) 前掲注(32) 拙稿、三五頁。

(35) 日本刑法学会一九九九年大会共同研究「少年司法改革の諸問題」福田報告。なお犯罪者一般に関してであるが、自律性の尊重と「治療主義」との関係につき、拙稿「他律的人間像から自律的人間像へ」UP八巻四号、一九七九年。

(36) 拙稿「少年保護再論——刑罰と保護」沢登俊雄先生古稀祝賀論文集「少年法の展望」(現代人文文化社、近刊予定)。

(37) 前掲注(2) 拙著、一一四頁。

(38) 同右、一二四〜一二五頁。

#### 四 近代化と共生

「開かれた社会」の「開かれた共生」は、先にも触れたように、法なしには困難である。開かれた社会を生み出した近代社会は、だから同時に「法の支配」をも生み出した。<sup>(39)</sup>近代化は、「法化」を伴って進められてきたのである。しかし日本の場合、近代化は、小さな「閉ざされた社会」<sup>(40)</sup>共同体を多く残したまま、むしろその統制力に多くを頼って進められ、その分、法化の進行が抑えられた。<sup>(41)</sup>とはいえ、やがて広域交流が社会の全面を覆い、共同体の統制力が弱まってくるに従って、法化も進行する。この過程は刑事政策のさまざまな局面に現れる。私の研究努力のかなりの部分は、その具体的な様相を描くことに当てられてきた。

しかしまた、法だけが「開かれた」共生を支えるのではない。人々の間に「開かれた」共感や相互理解が育てば、それらも「開かれた共生」を支える筈である。たとえば、「保護司の地域性は都市化・流動化によって低下し、そのため接触や統制が困難になるが、一方、都市域には受容性の高い保護司が多く、地域性の低下による処遇の困難を補っている。——保護司制度をもともと支えていた共同体的な絆は都市化・流動化によって失われて行くが、かたわら、経験と学習を通して受容性を高めながら、それを梃に、より普遍主義的な絆を作り出して行くことのできる保護司が少しづつ育ち、保護司制度を支える新たな基盤となつているのであろう」<sup>(42)</sup>。またわが国の刑務所では、

近年、重大な事故が著しく減少した。「受刑者たちがよく従うのは、親切で優しくて誠実で公平で、しかし必要とあれば厳しい看守に対してだ」という。日本の行刑は、看守と受刑者とのあいだのそのような関係を、従来は疑似家族的な絆を媒介として作り出してきたのであろう。しかし疑似家族的な絆なしには、それはあり得ないのであろうか。もつと普遍主義的な、いふなれば人間的な絆で看守と受刑者が結ばれることはないであろうか<sup>(43)</sup>。また或る調査によれば、「犯罪を犯さない理由を一般市民に訊ねたところ、『恥ずかしいから』というのは年配者に多く、『法律で罰されるから』と『良心が咎めるから』は若い世代に多かった。共同体的な絆に代わる普遍主義的な絆の成長に期待すべき部分も、まったくないわけではない<sup>(44)</sup>」。

「普遍主義的な絆」は、井上らの表現で言えば、「異質なものとも積極的に関係を結びうる度量<sup>(45)</sup>」であろう。古くからの表現でいえば「人道」主義であろうか。「人道」化が近代化の一側面であることについては以前に論じた。「人道化は、近代社会が『開かれた社会』として成立したことの、いわばコロラリーともいふべき変化である<sup>(46)</sup>」。「人道」化とは、この場合、「一人一人が人間として他の人間と等しく人間社会の一員として扱われるようになること、つまり一口にいえば、『人間』という範疇が支配的になることである」。

「人道」主義は、法に体现されて「人權」となる。人權を保障する法体系は、人道主義を強行的に徹底し、「開かれた共生」の実現に大きく貢献する<sup>(47)</sup>。ただし法によって強行的に実現された共生は、それだけでは「冷たい共生」である。「開かれた共生」ではあっても「冷たい共生」には相違ない。「温かい、開かれた共生」を生み出すのは、人間的な共感であり、その意味での「普遍主義的な絆」であり、そのような絆をこそ尊ぶ「人道」主義であろう。わが国では法化とともに、この「普遍主義的な絆」の発達もやや遅れた。「市民社会は、その市民の誰をも容易に敵と見ることなく、市民として最大限尊重する社会へと成熟してゆく。——ただわが国では、この変化が、法制上はともかく、社会意識としては、やや遅れて起こった<sup>(48)</sup>」。「広い社会の公衆から、その広い社会への関心を持つて参

加してくる博愛型のヴォランティア<sup>(49)</sup>の活躍が目立つようになったのは、極く最近のことである。「開かれた共生」が今日改めて課題とされる<sup>(50)</sup>所以である。

- (39) 前掲注(2) 拙著、一三八〜九頁。なお拙稿「社会統制、自由、法の支配」犯罪社会学研究一九号、一九九四年、一〇頁。
- (40) 同右拙著、4・5章。なお同右拙稿、一一〜一二頁。
- (41) 保護司制度につき、前掲注(2) 拙著5章IV、「地域社会と保護観察」、および「公衆参加と保護司」刑法雑誌一八卷一〇二号、一九七一年、一二五頁以下、および「地域社会の変貌と保護司制度」、平成六年度関東地方更生保護研究会報告、一九九五年、七頁以下。警察官率と犯罪率の動向につき、前掲注(2) 拙著、4章I。「犯罪問題の成立と構造」。少年非行の動向につき、同著同章II「増える」非行とその背景」。なおそれらを再論した「犯罪統制の法化——再論」犯罪と非行一〇〇号、一九九四年、四三頁以下。
- (42) 前掲注(41) 拙稿「犯罪統制の法化——再論」五五頁。
- (43) 同右、五七頁。
- (44) 同右、五九〜六〇頁。
- (45) 前掲注(12)「共生への冒険」二七頁。
- (46) 前掲注(2) 拙著、一八八頁。
- (47) 「開かれた共生」への「人権」の貢献につき、前掲注(12)「共生への冒険」二七頁。
- (48) 前掲注(2) 拙著、一三二頁。
- (49) 同右、二三七頁。
- (50) 一例として、井上らのいう「共生」の支援を地域警察の理念として掲げ、その具体的なあり方を追求する、加藤伸宏「『地域社会の共生』の支援者として——地域警察官の役割と動機づけに関する一私論」警察学論集四七卷二一号、一九九四年。

## 五 共主体性への道

「共生」は上記のように、そのあり方を、「共生」しようとする人々自身によって「共主体的」に定められなければならないのが原則である。「共生」のあり方の決定が「共主体的」であることは、ではどのようにして可能か。

## 1 共主体性と民主的統制

「共生」のあり方に関する人々の考えは、互いに合致することもあれば相違することもある。相違すれば、調整が必要になる。調整は、彼らの間だけでできることもあるが、彼らの間だけではできず、議会政治や裁判に託さなければならぬこともある。しかし託しただけでは済まない。監督が必要である。監督するのは言うまでもなく「共生」しようとする人々自身である。つまりは民主的統制である。

私は刑事政策における民主的統制の重要性を早くから強調してきた。<sup>(51)</sup>これは西村や石塚が唱える「市民」主義的な刑事政策<sup>(52)</sup>と共通である。しかし私は、西村や石塚のように楽観的でない。民主的統制が「それだけでは少数者が多数者の我欲や偏見の犠牲になることを防ぎにくい」<sup>(53)</sup>等の欠陥のあることに配慮し、それらの欠陥を埋める原理の探索にも力を注いできた。<sup>(54)</sup>民主主義は法の下での平等や基本的人権の保障を伴って始めて「共生」を確保できる政治原理となる。<sup>(55)</sup>

## 2 政策論の客観性

「共生」のあり方に関する人々の考えは、ではどこまで一致することができるのか。原理的には、人々が共通の、その意味で客観的な認識に達することができるのは論理<sup>(56)</sup>と事実とについてだけであつて、価値や規範についてはその保証がない。方法二元論という。しかし政策論は一定の価値判断を前提とせざるを得ない。では政策論は、どのようにして客観的たりうるのか。私は政策論の客観性を、価値判断の客観性を否定する方法二元論の下で肯定できる条件を検討、価値判断を仮の前提とする解決を提唱してきた。<sup>(56)</sup>価値判断はしかし、政策論そのものの前提として必要なだけでなく、研究関心の向かうところを定める前提ともなる。その価値判断までも「仮」だと言つて責任を免れることは、研究者として許されない。「犯罪防止モデル」は犯罪防止が重要だという価値判断に、<sup>(57)</sup>「抗争処理モデル」は抗争処理が重要だという価値判断にそれぞれ立脚して刑事学の課題を設定したものであるが、



同様に「共生と共主体性のパラダイム」は、共生と共主体性が重要だという価値判断に立脚している。それらの価値判断は、しかし、何が「犯罪防止」に役立ち、何が「抗争処理」に役立ち、何が「共生と共主体性」に役立つかの事実認識を直接左右せず、したがってそれらの事実認識は客観的たりうる。

とはいえ関心が異なれば、事実の異なった側面が見えてくる。たとえば「抗争処理」に対する関心からは、「犯罪は——、犯罪を犯す者が居なくなることによっても、犯罪を定義してこれを罰すべきものとする法がなくなることによってもなくなる<sup>(58)</sup>」。関心は、社会的立場が異なるに従って異なることもあるだろう。たとえば犯人の立場から見える事実、被害者の立場から見える事実、犯行に直接かわりのない第三者の立場から見える事実は、相互に異なるかもしれない。「共主体的共生」が可能になるためには、それらさまざまな異なった立場からの認識を総合した「共主体的」な認識が得られなくてはならない<sup>(59)</sup>。

さらに今日では、事実認識も認識主体の個性的な認識枠組による「解釈」に大きく左右されると説かれるようになり<sup>(60)</sup>。事実認識の客観性をア・プリオリに前提にするわけには必ずしもいかなくなっていくことに注意する必要がある。「共主体的」認識はその場合、相手の「内側に入り込みつつ、その意識世界とともに参加しながら、共感的に受けとめていこうとする<sup>(61)</sup>」粘り強い努力によって、始めて可能になるであろう。

### 3 我々思う、故に我々在り

私は青年の頃、有名なデカルトの「我思う、故に我在り」に疑問を抱いたことがあった。すべてを疑って、しかしその疑っている自分の存在は疑えない、というのであるが、その疑っている自分を確かめようとする、すつと遠退いて記憶のなかに入ってしまった、やはり不確かな存在でしかなくなる。そこには、疑っていたらしい過去の自分の記憶しかないのである。そう疑っている自分があるではないか。そう思ってその自分を確かめようとする、またすつと記憶のなかに遠退く。疑いは繰り返し循環して止まるところを知らない。だんだん腹が立ってきて、こ

の疑問をサークルの文集に書こうと思い立った。書き始めて思い当たることがあった。自分はこの疑問をサークルの仲間につつけようとしている。そうである以上この疑問は、仲間の存在を前提としている。一緒に考えてくれる筈の仲間を。ではデカルトはどうだったのか。「我思う、故に我在り」を発見したところまではよい。しかし彼はその発見を著書に書くときに、どう考えたのだろうか。読者は多分、なるほどと感心し、同様に「我思う、故に我在り」と思って呉れるだろう。しかしそう思う読者が居たとして、デカルトとこの読者とは、そこで共通の認識に達したわけではない。「我思う、故に我在り」でデカルトが確認したのはデカルトの存在であるが、この読者が同じように「我思う、故に我在り」で確認したのは、デカルトの存在ではなく、この読者自身の存在である。デカルトはこの言葉の正しさを読者に認めてもらうことができない。<sup>(62)</sup>

読者に正しいと認めてもらうことができるのは、「我思う、故に我在り」ではなく、「我々思う、故に我々在り」である。これならば著者と読者とは共通の認識に達することができる。すべてを疑って疑い切れずに残るのは、「我」ではなく「我々」である。それならば賛同してくれる読者も居るだろう。「我思う、故に我在り」では、絶対に賛同してもらえない。

出発点は「我」ではなく「我々」である。「我」ではない「我々」が世界を認識し、操作する。犯罪を犯罪と認識し、根絶しようとするのも、「我」ではなく「我々」である。「我々」が共に、つまり共主体的に「犯罪」を定義し、その原因を明らかにして防止策を講じるのである。その「我々」の間に争いがあれば、「我々」がその争いに決着をつける。「我々」の間に無用の壁があれば、「我々」がその壁を払う。「我々」の一人は私である。他は誰でもよい。前歴のある人でもよいし、起訴されて裁判を待っている人でもよいし、親しい人を殺されて犯人を恨んでいる人でもよい。「我々」は開かれている。誰に対しても開かれている。

- (51) 前掲注(2) 拙著、6章。なお「安全」概念の民主性につき、拙稿「犯罪・非行と安全」犯罪社会学研究一五号、一九九〇年、七頁。
- (52) 石塚伸一『刑事政策のパラダイム転換——市民の、市民による、市民のための刑事政策』現代人文社、一九九六年、および西村春夫「安全と消費者主義犯罪学」犯罪社会学研究一六号、一九九一年、九頁。なお、これらに対する私の評価につき、拙稿「刑事政策とパラダイムの転換」立教法学四九号、一九九八年、一三〇—一五頁。
- (53) 前掲・注(2) 拙著、一九頁。
- (54) とくに「裁判の民主的統制と独立」前掲注(2) 拙著、二六七頁以下。
- (55) 「開かれた共生」の実現には、人権・公正・民主的参加などが必要とされることにつき、前掲注(12)『共生への冒険』二七頁。
- (56) 前掲注(2) 拙著、一二〇—一三頁。
- (57) 同右、一三〇—一四頁。
- (58) 同右、二七頁。なお一四五頁に曰く、「犯罪は、犯罪とされる行為が行われることによって発生するが、犯罪とする行為が行われることによっても発生する」と。これは、社会問題が社会的に「構築」される過程に注目する社会的構築主義の一種だといってよい。社会的構築主義につき、鮎川潤「構築主義社会問題研究と犯罪社会学」犯罪社会学研究二三号、一九九八年、六六頁以下参照。
- (59) 民・刑に分化した法システムが法への需要総体に的確に答えているかについて多角的な検証が必要だとした、拙稿「民・刑の分化と統合」法社会学会報五一号、一九九九年、一頁。なお拙稿「罰される立場」法学セミナー三四巻六号、一九八九年、表紙。
- (60) 和田仁孝「解釈法社会学の構図」犯罪社会学研究二三号、一九九八年、三五頁以下。
- (61) 村上英治「人間、この尊厳なるもの——それへの二人称的接近」交流二〇号、一九八八年、一一頁。なお前掲注(52) 拙稿「刑事政策とパラダイムの転換」一二頁。
- (62) 拙稿「Cogito ergo sum について(2)」輪(東大駒場寮政治経済研究会刊)三号、一九五七年、七頁以下。