

【研究ノート】

試論：公共政策としての刑事司法

稲谷 龍彦

京都大学大学院法学研究科 准教授

はじめに

本稿は、「行政規制としての刑法 *Criminal Law as Regulation*」と題された、ニューヨーク大学法科大学院教授で、気鋭の行政法・刑事法学者である Rachel Barkow による行政規制及び行政学講座就任講演に触発されて、公共政策的な視点から刑事法の解釈論及び立法論を思考することの重要性と可能性とについて試論するものである。

本稿の基本的な問題意識は、Barkow が上記就任講演で示したものと基本的に重なり合う。端的に言えば、それは、現在の刑事司法をめぐる言説においては、ある立法政策や法解釈がもたらす帰結についての緻密な費用便益分析を行うための素地が欠けているために、過度に社会的費用の高い立法政策や法解釈が行われる傾向にあるというものである。

すなわち、マサチューセッツ州の矯正政策をめぐる、「あなた達が危険で暴力的な人々を取扱うとき、100%に及ばないものは全て成功とは言えない。私が言わんとしているのは、あなたは、彼らが他の誰も傷つけることがないという保証を得ることができないということだ」という言説に表象されるように、しばしば刑事司法をめぐる言説においては、「リスクについてのゼロ・トレランス」が強調される傾向にあるため、「国家権力が最も侵害的」に働く場面であるにもかかわらず、他の行政分野であれば当然行われるはずの、緻密な費用便益分析ではなく、印象的な物語に基づく議論に過ぎないものが政策的な基礎にされているのである¹。

「我々は他のどの分野においても、政府による規制についてこのようなアプローチは行わない。我々は、ひとたびワクチンによって誰かがひどい副作用を被った、あるいはそれが原因で死んだと聞いたからといって、ワクチンを禁止することはない。その代わりに、我々は注意深くワクチンを研究し、利益衡量の結果それが害よりも益をもたらすかについて考えるのである²。」Barkow は、冒頭このように述べた上で、合州国における刑事司法の運営が、その適用対象を拡張しながら、警察や検察といった行政組織の裁量に益々依存する傾向にあることを指摘しつつ³、刑事司法の分野においても、行政規制と同様の緻密な費用便益分析に基づいて、法政策が決定されるべきであると主張するのである。もっとも、この講演における Barkow の主張は、彼女の研究対象領域である行刑と大統領恩赦の分野を主として念頭に置いたものである。しかし、「良い行政官は、リスクがどこにでも存在し、また、我々にできる最善のことが費用によって正当化される限度までリスクを制限するというトレードオフに従事することであることを認識しながら、救われる生命を最大化する⁴」という彼女の刑事政策的主張の核は、より広く刑事司法の様々な分野に適用可能であり、かつ適用すべきであると考えられる。

そこで本稿においては、緻密な費用便益分析に基づく刑事司法の運営という、刑事政策についての Barkow の基本的なコンセプトが、合衆国と同様に、「リスクについてのゼロ・トレランス」に蝕まれつつある我が国の刑事法解釈論・立法論に

¹ See Rachel Barkow, *Criminal Law as Regulation*, 8 N. Y. U. J. L. & LIBERTY, 316, at 318-20 (2014)

² *Id.* at 320

³ See *id.* at 325-29

⁴ *Id.* at 341

もたらしうる示唆を明らかにすることを通じて、公共政策としての刑事司法という思考枠組の重要性及び可能性を試論したいと思う。

1 理論的前提

(1) 公共政策としての刑事司法とは

公共政策としての刑事司法を論じる前提として、そもそも公共政策的な観点から刑事司法を捉えるとは、何を意味するのかが明らかにされなければならないだろう。とりわけ、我が国における法学的な伝統を考えると、刑事司法についての法と経済学的な観点からの分析には馴染みが薄いと思われる。そこで、以下ではまず各論に移る前に、本稿が念頭に置いている公共政策的な観点から刑事司法を捉えることの意味について、明らかにする。

まず、本稿の用いる「公共政策」という語については、いわゆる public policy と呼ばれる研究対象領域を念頭に置いている。すなわち、統計的・経済学的手法等を駆使しながら、政府によって実施される各種政策について緻密に分析し、現状の資源制約の下で、可能な限り政策的効果を高めるための方法つまりより効率的な政策のあり方について考察するという学問領域である⁵。つまり、Barkow が、統計的手法によって得られたデータを前提に、緻密な費用便益分析に基づく刑事法の解釈論・立法論の必要性について説いているとき、本稿の立場からは、公共政策的な方法論を刑事司法の分野に適用しようとしている—公共政策としての刑事司法を実践しようとしている—ものと解されるのである。

なお、この意味での費用便益分析を行うにあたり、本稿は Gary Becker による犯罪抑止についての分析⁶を前提としたいと考えている。というのも、周知のように、Becker によって提示された刑罰による犯罪抑止の分析枠組によれば、刑罰の弾力性—刑罰に対して人々がどの程度敏感に反応するかについての指標—に応じて変化する刑罰の限界便益—刑罰一単位を生産することによって得られる社会的な便益—を考慮に入れながら、刑罰の賦課によって生じる限界費用—刑罰一単位を生産することによって生じる社会的な費用—を費用便益分析の対象とすることができるため、他の社会政策と比較した場合の刑罰の有用性について検討するための素地を与えてくれると考えられるからである。換言すれば、Becker の分析を応用することにより、理論上は、刑罰や他の代替的処置について、それぞれの限界便益と限界費用とを比較した上で、もっとも社会的利益を最大化するような政策を選択するための分析枠組を得ることができるのである。

以上をまとめると、本稿にいう公共政策としての刑事司法とは、統計的なデータを利用しながら、Becker の提示した刑罰の最適化に関する分析を応用して、刑事司法の運営についての緻密な費用便益分析を行い、その結果に基づいて法解釈論・法政策論を提唱することで、刑事司法によって生み出される公共的な利益を最大化する試みを指すことになる。

(2) 「刑罰積極主義」への正しい対応の必要性

公共政策としての刑事司法について一応上のように考えるとして、次にこのような分析枠組で刑事司法を捉えることの意義について、簡単に説明したい。それは、我が国の刑事司法においても、概ね Barkow がアメリカの刑事司法について指摘する問題、すなわち「リスクについてのゼロ・トレランス」という問題が生じつつあり、その解決にとって公共政策として刑事司法を捉えることが有用であるというものである。

つまり、現在の我が国の刑事司法は、リスクを合理的にコントロールするための方法論を持たないために、引き起こさ

⁵ 本稿のイメージする公共政策については、一般に行政学や公共経済学と呼ばれる分野に跨って取り扱われているように思われる。例えば、曾我謙悟『行政学』（有斐閣 2013年）や、J・E・スティグリッツ著・薮下史郎訳『公共経済学【第2版】（上）』（東洋経済新報社 2003年）などが、その代表的文献としてあげられる。

⁶ See Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. OF POLIT. ECON. 169 (1968)

れた法益侵害に対していわば盲目的に刑罰を科すことを善と捉え、結果的に社会的費用を一層増大させる方向へと向かっていると考えられるので、このような状況を改善するという観点からは、緻密な費用便益分析を通じた刑事司法についての政策的評価が必要であると考えられるのである。

我が国の現状が「リスクについてのゼロ・トレランス」に近づきつつあるという問題を理解するに当たっては、例えば井田良による「刑罰積極主義」についての問題提起を参照することが有益であるように思われる。すなわち井田によれば、「応報思想のルネッサンス」⁷・「法益概念の機能喪失」⁸・「刑法原理の二元化」⁹などを理由として、刑法による積極的介入傾向が基礎付けられ、しかもこの傾向に有効な歯止めをかける議論が刑法学からも刑事政策からも直ちには得られないというのである¹⁰。

もっとも、井田自身はこの傾向の歯止めを憲法規範に求め¹¹ており、それに続く試み¹²も存在するところである。しかし、井田の刑事政策に関する理解及び憲法規範に基づく解決という提案は、共に正しくなく、むしろこのような傾向の修正には、刑事政策論としての、公共政策としての刑事司法の意義を正しく捉え直す必要があると思われる。

まず、井田による刑事政策の理解について見てみよう。井田は刑事政策に基づく新規立法への反対原理につき、新規立法に「科学的根拠」がなければ反対するものとして理解しているように思われる¹³。もちろん、何ら効果が見られない刑罰法規を通過させることについて、公共政策的な立場から反対が生じることは論を持たない。しかし、通常の公共政策的な考え方からすれば、そのような刑罰法規の執行によって得られる社会的便益と、それによって生じる社会的費用とを分析・衡量することになるから、たとえ効果が劇的な刑罰法規であったとしても、それによる社会的費用が社会的便益を上回ってしまえば正当化されないことになる¹⁴。効果があるかもしれない刑罰法規であれば、国民の負担を減らすために導入すべきであるという井田の主張¹⁵の前提には、刑罰法規によって保護される法益が存在しさえすれば、刑罰の執行が正当化されるという想定があるように思われるが、それは少なくとも現代の公共政策的な発想ではなく、むしろ功利主義的発想と法の確実な執行とが固く結びついていた Beccaria や Bentham のような草創期の刑法理論家の発想に近いということができらう¹⁶。

次に、憲法による刑法のコントロールという提案についてであるが、端的に言って事態を悪化させる危険性があると思われる。井田が指摘する刑罰積極主義の三つの動因の基本的な背景は、国家理性による法を用いた社会内法益の最大化と

⁷ この問題については、新カント派の影響を強く受け、自律的存在を保障するための普遍的規範の完徹を重視する論者による、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂 2016年）が参考になる。

⁸ この問題については、Bernard E. Harcourt による分析も示唆的である。See Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109 (1999)

⁹ 周知のように、こうした二元化の理論的基礎には、G. Jakobs による著名な敵味方刑法の提唱がある。See e. g. Günther Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, 97 ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT 751 (1985).

¹⁰ 井田良「社会の変化と刑法」『変革の時代における理論刑法学』11頁11-22頁参照（慶應大学出版会 2007年）

¹¹ 井田・同上23頁。

¹² 上田正基『その行為、本当に処罰しますか—憲法的刑事立法論序説』（弘文堂 2016年）

¹³ 井田・前掲注10、21頁。

¹⁴ 刑罰の執行には様々な社会的費用がかかるからである。例えば、合衆国における厳罰化政策がもたらした高い社会的費用について論じる文献として、See National Research Council, *THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES*, 202-319 (2014)

¹⁵ 「刑罰効果の証明がないことを理由として刑罰使用を差し控えるとすれば、…リスクは、保護を求める市民に転嫁されてしまうことになってしまう」井田・前掲注10、22頁。

¹⁶ Foucault は、Beccaria や Bentham のような古典的な功利主義的法学者においては、法の執行と社会的利益の最大化とが直結していたことを指摘する。ミシェル・フーコー・慎改康之訳『生政治の誕生 コレージュ・ド・フランス講義 1978-79年度』304-306頁（筑摩書房 2008年）

いう功利主義的側面と、国家理性による普遍的秩序の実現を通じた法による平和の実現という規範主義的側面の融合した、近代刑法の宿痾ともいべき現象であるため、ここに新たな法益や規範を持ち込んでも問題の根本的な解決には繋がらないし、むしろ憲法のようなより強力なレトリックを持ち込むことは、現在よりも事態を悪い方向に固定化する危険性が高いからである。

まず、第一の功利主義的側面については、Foucaultが「生政治の誕生」と題された講義において指摘した、法による刑罰と経済的利益との「連接」という問題として捉えることができるように思われる。Foucaultによれば、BeccariaやBenthamといった近代刑法の確立に寄与した法と経済学者らの基本的な発想は、法の実現を通じて、社会的利益を最大化することであった¹⁷。換言すれば、彼らの思想においては、法は社会的利益の最大化を実現するものとして、国家理性を通じて具現化されているため、国家はその権力によって法益を実現しさえすれば、社会的な利益も最大化されると考えられていたのである¹⁸。このような考え方に立った場合、ある行為が何らかの法益を侵害するものであると捉えられさえすれば、少なくとも国家によるその実現に対して、理論的な歯止めを加えることが難しくなるといえる。つまり、法益概念の崩壊によって国家権力が際限なく肥大化する可能性を持っているのは、a prioriに法益の実現が望ましいことであるとされていることに起因するのである。従って、ここに新たな法益—憲法上の権利・利益—といった概念を持ち込んだとしても、問題となっている構造は全く解決しないし、むしろレトリックとしてはより強力で、かつ通常の政治過程で修正困難な問題を設定することで、かえって意図せざる結果を招きかねないといべきであろう¹⁹。

次に、第二の規範主義的側面については、FoucaultからHabermasへ提起された問題、いわゆる「透明なコミュニケーション」の問題が存在するように思われる²⁰。規範主義的な立場は、一般に、規範が実現されることそのものを重視する。従って、際限のない国家権力の拡張に対する枠づけを行うとすれば、規範が実行されることそのものではなく、規範のあり方、規範の正しさを問題とするほかない。換言すれば、この立場からは、際限なく国家権力が拡張することそのものが問題なのではなく、国家権力のあり方が、あるべき規範の実現から離れていることが問題とされることになるのである。このような立場の前提は、例えばKantのように人間存在のあり方がある種本質化することによって、人間であれば必ず守るべき普遍的規範の存在を導出することによって基礎付けられることになる²¹。従って、ある刑法規範に対する批判としては、かかる規範は人間存在すべてが守るべきものではないという点に求められることになる。しかし、このような立場に対するFoucaultの指摘は、そのような規範に基づく世界は、実現不能なユートピア思想であるというものである。むしろ「人間」のあり方が本質化されることにより、摩擦も存在しない反面、「人間」とは異なる生き方を許さないこのような世界においては、結果的に自らの生き方を自ら選び取るという意味での自律的生の存在をも危うくすると考えられるので

¹⁷ 同上

¹⁸ BeccariaやBenthamらが、取引費用の問題を立法によって解決しようとしていたというFoucaultの指摘と、Beccariaに見られるホッブズの影響を受けた社会契約論と立法者論とを考慮すると、古典的な法と経済学者たちの理論的基礎には、国民の代表たる立法者は、国民の利益を最大化する法を、その執行に先立って予め完全な形で具現化することができるため、法執行の確実性さえ確保されれば、自動的に社会的利益が最大化されるという発想が存在したと考えられる。Beccariaの国家観については、チャーザレ・ベッカリア著・小谷眞男訳『犯罪と刑罰』11-17頁（東京大学出版会 2011年）

¹⁹ 憲法解釈における意図せざる結果のもたらす悪影響については、See Cass R. Sunstein, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT, 46-60 (1999)

²⁰ 「自由の実践としての自己への配慮」『ミシェル・フーコー思考集成X』218頁、243-43頁参照（筑摩書房 2002年）

²¹ Kantにおいては、「人間がじぶん自身の、しかし普遍的な立法にしたがっていること」を、倫理の最上位の「意志の自律」の原理とし、かかる意味での意志自律と両立しうる普遍的法にのみ義務の根拠を見いだすことができるため、このような立場からは、人間についての普遍的法則と調和し得ない法による義務付けを否定することができるのである。イマニュエル・カント著・熊野純彦訳『実践理性批判 付=倫理の形而上学の基礎づけ』（作品社 2013年）165-93頁（『倫理の形而上学の基礎づけ』部分の訳出部分）参照。

ある²²。人が人との関係性の中で影響を受けながらしか存在できないという現実を直視した場合には、既存の社会関係の中において、人が「人間」として標準化されることからの解放の可能性が存在することこそ一支配の反転の可能性一を、自由の基礎と捉えるべきであろう²³。そうすると、このような「人間」として守るべき規範の存在を憲法的なレベルで決定することは、かえって憲法の所期する自由で自律的な存在としての個人の尊重という理念に反する結果を招きかねないと言わざるを得ないだろう。そこにはもはや、規範を書き換え、権力関係を反転させるような契機が残されていないからである。

以上のように、「刑罰積極主義」に問題があるとしても、それを憲法に基礎付けられた高次の法益ないし規範によって封じ込めようという戦略は、問題の本質に迫ることができないばかりか、かえって大きな副作用をもたらしかねないものであるということができるのである。

(3) 公共政策としての刑事司法の可能性

これに対して、本稿の理解するところの公共政策としての刑事司法という分析枠組に従った場合には、「刑罰積極主義」に対するより本質的な解決を、大きな副作用なく導くことができるように思われる。

第一に、公共政策としての刑事司法という分析枠組からすると、法益の侵害は、たとえそれが刑法に規定されたものであったとしても、直ちに刑罰の必要性を基礎付けない。なぜなら、FoucaultがBeckerの刑罰論について正しく指摘するように（そしてBecker自身が後にその理解の正しさを認めているように）²⁴、公共政策的な観点からは、その執行費用の高さゆえに、刑罰を科すべきでない犯罪の存在が導かれるからである²⁵。すなわち、公共政策的な観点からは、一般的にいって、刑罰の弾性が低く、ためにその執行によって期待される社会的便益が小さく、かつその執行に大きな社会的費用が生じるような場合には、刑罰の執行によって得られる社会的便益が、刑罰の執行によって生じる社会的費用を下回る可能性が高くなるため、当該刑罰の執行は正当化されないことになるのである。公共政策的な観点からは、BeccariaやBenthamとは異なり、法の実現と社会的利益の最大化とが同視されないため、功利主義的な観点から、「刑罰積極主義」への歯止めがかかることになるのである。

第二に、かかる費用便益分析において、特定のスケールを「真理」として流通させる場合には別論、使用するスケールについての民主主義的な反省の場を設けるのであれば、「透明なコミュニケーション」に伴う問題も避けることができるとも指摘できるだろう。つまり、仮に例えば金銭換算のような方法によって費用便益計算を行うべきであるとし、その換算レートとして固定的で普遍的なスケールを押し付けるとすれば、帰結主義的ではあるものの一種の本質主義が導かれるために、規範主義的な議論と同様の「透明なコミュニケーション」の問題は避けがたく生じることになる。しかし、仮にこのスケールの設定に際して、常に民主主義的な議論に基づく反転可能性の余地を残すことができれば、人間の自律性や創造性が封じ込められるという問題は回避することができるのである。もちろん、かかる反転可能性の余地を残すためにこそ、刑法規範や憲法規範が必要であるということは論を待たない。刑法規範が国家権力によって一切実施されない社会においては、社会的強者と社会的弱者との関係が固定化される危険があるし、また、憲法

²² 人間の本質化と深く関係する「人格」概念の危険性については、ロベルト・エスポジト著・岡田温司監訳『三人称の哲学』（2011年講談社）を参照。

²³ Foucaultの権力概念や自由概念については、例えば、関良徳『フーコーの権力論と自由論』（勁草書房 2001年）23-42頁参照。

²⁴ See Gary S. Becker, François Ewald and Bernard E. Harcourt, *Becker on Ewald on Foucault on Becker American Neoliberalism and Foucault's 1979 'Birth of Biopolitics' Lectures: A Conversation with Gary Becker, François Ewald, and Bernard Harcourt*, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=law_and_economics

²⁵ フーコー・前掲注16、313-15頁参照。

規範による国家との関係性の変更可能性が認められなければ、国家と国民との関係性が固定化されかねないからである。しかし、そのことはこれらの規範の実施が、超越的で普遍的な理論に基づいてなされなければならないことを意味しない。そこには法を法として通用させるためのある種の「正しさ」が必要であるにしても、そして、その「正しさ」に挑むことに特有の危険が伴うとしても、反転可能性自体を確保し、常に規範が生成中であることを承認することによって、「透明なコミュニケーション」に陥ることを避けながら、より望ましい社会の実現に向けて漸進することができるからである。

以上の議論を要約すると、古典的な功利主義と規範主義とに源流を持つ「刑罰積極主義」という問題に正面から取り組むためには、①古典的な功利主義から脱却して、刑事司法の運営に関するより緻密な費用便益分析を行う必要性と、②古典的な規範主義と同じ罠に陥らないために、その費用便益分析を行うにあたり使用するスケールのあり方について、ある種の反転可能性を保持する必要性とがあるといえるだろう。すなわち、公共政策としての刑事司法の可能性を適切に追求することができれば、刑事法に関する「リスクについてのゼロ・トレランス」や、「刑罰積極主義」といった問題の本質に直截に迫り、その根本的な解決の糸口をつかむことができると考えられるのである。

2 我が国の刑事司法への示唆

(1) 総論

上に見たように、公共政策としての刑事司法という分析枠組に基づいて、適切な刑事政策的配慮から刑事司法の運営・形成を行うことができれば、「リスクについてのゼロ・トレランス」や「刑罰積極主義」によって引き起こされる社会的費用の高い刑事司法から離れ、刑事司法によって実現される社会的利益をより大きくできるように思われる。刑事司法が自らの手で自らを守ることでできない社会的な弱者の自律的生を可能とするという役割を負っていることからすれば、その運営によって生み出される社会的利益を最大化することは、憲法13条にいう個人の尊重という理念の実現にも資するということができるだろう。

以下では、「リスクについてのゼロ・トレランス」や「刑罰積極主義」から離脱し、刑事司法によって実現される社会的利益を最大化していく上で注目される、我が国刑事司法の動向について、公共政策としての刑事司法という分析枠組から分析することにより、その可能性と限界とを見極めたいと思う。

(2) 代替的刑事司法の広がりと訴追裁量のコントロール

a. 我が国における代替的刑事司法の萌芽

近時我が国においては、家庭内暴力や児童虐待などの文脈において、被告人に単純に刑罰を科すのではなく、検察官の訴追裁量を根拠として、例えば一定のカウンセリングを受けること等を条件に、起訴猶予処分にするなどの取扱いが試みられるようになっており、しかもこうした新たな手法についての一層の進展が期待されているようにも思われる²⁶。こうし

²⁶ 例えば、2014年に高松高検で始められた、児童虐待防止のための新たな取組は、従来の刑事司法制度と社会福祉制度との垣根を越えて、正式な裁判を通じた刑罰の賦課によらない刑事事件の解決をも（場合によっては正式裁判による解決を超えた解決をも志向するものであり、その後の最高検による「刑事政策推進室」の設置に見られるように、こうした取組は—それについての異論はあるもの—一層の拡充を見せる気配を取りつつあるようにも思われる。高松高検の取組については、高松新聞 web 2016年6月17日参照 <http://www.bk-web.jp/2016/0602/person.php> 参照。また、刑事政策推進室については、朝日新聞 digital 2016年6月1日参照 <http://www.asahi.com/articles/ASJ5075SZJ50UTIL068.html>。なお、近時の検察における児童虐待対応方針の詳細については、本号所収の増井敦「検察による児童虐待事案解決のための多機関連携の促進」46-53頁を参照。

た動向の背景には、刑罰を科すことによって得られる社会的便益と、刑罰を科すことによって生じる社会的費用とを衡量し、後者が前者を上回りうることへの懸念から、正式裁判を通じた刑罰の賦課という方法以外の方法を犯罪という社会問題の解決のために選択するという配慮、すなわち本稿のいうところの公共政策的観点から刑事司法をとらえた配慮が存在するように思われる。刑罰によってもたらされうる社会的利益の限界を明瞭に意識し、刑罰の有用性に疑義を差し挟む余地を生んでいるという意味で、このような動向には、「刑罰積極主義」への重要なカウンター・ムーヴメントとしての萌芽を見出すことができるだろう。

b. 代替的刑事司法の背景

このような、正式裁判を通じた刑罰の賦課によらない犯罪の解決を行う刑事司法のことを、以下では、代替的刑事司法²⁷と称することとするが、代替的刑事司法の広がりという現象は、比較法的にみた場合一層顕著に看取されるところである²⁸。その中でも、例えば、アメリカ合州国における正式裁判を通じた刑罰の賦課によらない犯罪解決手法²⁹、とりわけ、訴追延期合意 *Deferred Prosecution Agreements* (以下 *DPA* と略称する) のように、年少で比較的犯情の軽い被告人について、訴追の延期を行う手続³⁰や、そこから「派生」して、深刻な企業犯罪へ対応するために企業が構造改革等を行うことを条件として訴追の延期を行う手続³¹などは、わが国でも比較的よく知られているように思われる。そして、これらの手続においても、正式裁判を行って刑罰を科すことによって得られる社会的便益と、それによって失われる社会的費用とを衡量すると、後者が前者を上回ることへの懸念が存在するということができる。例えば、企業に対する *DPA* の場合には、罰金刑を科すことによって間接的に企業構造や企業文化に働きかけ、企業の犯罪性向を改善するよりも、直接的に企業構造や企業文化に働きかける方が直截である上、正式起訴ないし有罪判決には企業の倒産ないし経営状態の極端な悪化に伴って生じる固有の社会的費用が存在するため、*DPA* による解決の方が、正式裁判を通じた刑罰の賦課という解決よりも、社会的便益が高い場合があると考えられているのである³²。換言すれば代替的刑事司法が適用される場面においては、通常の刑罰の限界便益を限界費用が上回っているために、より効率的な解決が必要とされる状況にあるといえるのである。

c. 代替的刑事司法の適否

以上を前提に、我が国における家庭内暴力や児童虐待対応における訴追裁量の活用を、公共政策としての刑事司法という観点から分析した場合、このような解決の適否を判定するに当たっては、幾つかの考慮要素が鍵となると考えられる。

まず、刑罰に対する弾性の問題が重要な意味を持つように思われる。ここでの弾性とは、刑罰に対して、人々がどの程度敏感に反応するかという指標を指している。一般的に言って、人々が刑罰に対して敏感に反応する場合一弾性が高い場

²⁷ 石田慎一郎「オルタナティブ・ジャスティスとは何か」石田慎一郎編『オルタナティブ・ジャスティス (大阪大学出版会 2011年) 7頁によれば、代替的司法、すなわちオルタナティブ・ジャスティスは、「従来の裁判制度に対するさまざまなオルタナティブ・アプローチ」を総称するものとされている。もっとも、オルタナティブ・ジャスティスのオルタナティブ性は、文脈・状況依存的に決定される。そこで本稿では、正式裁判手続を通じた刑罰の賦課による刑事事件の解決をひとまず「本流」の刑事司法制度として理解し、それ以外の解決方法を総称するものとして、「代替的刑事司法」の語を用いることとする。

²⁸ 例えば、伝統的に罪刑法定主義を重視するために、従来このような解決に慎重であったフランス共和国においても、近時、正式裁判を通じた刑罰の賦課によらない解決が拡充しつつある。Cf. Franck Ludwick, *LES PROCÉDURES ALTERNATIVES AUX POURSUITES : Une Autre Justice Pénale* (2015)

²⁹ なお、合州国における取監以外の代替的解決の現状については、U.S. Sentencing Commission, *Federal Alternative-to-Incarceration Court Programs* (2017) に詳しい。

³⁰ 30 See 18 U.S.C. §3161(h)(2)

³¹ See generally Brandon L. Garrett, *Structural Reform Prosecution*, 93 VA. L. REV. 853 (2007)

³² このような解決が最適化する条件について考察したものとして、See Jennifer Arlen & Marcel Kahan, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, 84 U. Chi. L. Rev. 323 (2017)

合一には、刑罰によって得られる社会的便益は大きなものになりやすいといえる。この場合には一回の刑罰賦課によってより多くの犯罪が抑止されることになるため、抑止された犯罪によって生じ得た社会的費用が、刑罰の社会的便益として計上されることになるからである。反対に、刑罰に対する弾性が低い場合には、刑罰を科したとしても犯罪を抑止しにくい状況であるため、刑罰によって得られる社会的便益は相対的に小さなものとどまるということが出来る。ここから導かれるのは、例えば、カウンセリングや福祉政策と刑罰とを比較して、どちらの方が加害者及び加害者と同様の状況にある者の行動変化を導く可能性が高いといえるのかが、カウンセリングや福祉政策と刑罰のどちらを選ぶかに当たって重要な意味を持つということである。例えば、家庭内暴力や児童虐待の加害者が、典型的に心理学的な問題や貧困等の経済的問題を抱えており、単純に刑罰を賦課したとしても抑止に繋がらない可能性が高く、むしろ心理学的な療法や福祉政策を実施することによって、加害者について再犯の危険等を抑え込むことができるのであれば、カウンセリングを選択する方が社会的利益を大きくする可能性があるということが出来るだろう。

次に、カウンセリングや福祉政策と刑罰とを比較してどちらの方が社会的費用を低く抑えることができるのかについての分析も重要な意味を持つことになる。在宅のままカウンセリングや経済的支援を続ける場合には、加害者が職を失う、あるいは、家族が崩壊するという問題を、完全ではないにしろ、一定程度避けることができる可能性があると思われる。これに対し、逮捕・勾留の上、起訴ということになれば、たとえ執行猶予になったとしても加害者にはスティグマが付されるため、職を失う、再就職が困難になるなどの社会的費用が発生する可能性は高くなるし、また、家族が崩壊することによって生じる社会的費用の発生可能性も高まることとなる。その上、仮に収監ということになれば、当然それに伴う社会的費用も負担することとなる。また、いずれにしろ正式裁判手続を行うことになれば、それに伴う社会的費用も生じることとなる。そうすると、加害者の犯罪性向が相当程度進んでおり、収監しなければ高度の蓋然性で家族に重大な危険が生じることが避けられないような場合、いわば加害者を社会に残すことによる社会的費用が、収監等に伴う社会的費用よりも高いことが見込まれるような場合を除いては、一般的にいてカウンセリングや福祉政策を選択する方が社会的費用を低く抑えることができる可能性があるということがいえるだろう。

また、上記二点とも関連するが、仮に犯罪性向の進んでいない加害者に対してカウンセリングや福祉政策等の処置を第一義的に行うことが運用として定着してくるとすると、未だ犯行が発覚していない者について、自首して自主的にカウンセリングへ参加する、あるいは福祉政策の適用を求めるといったインセンティブを与えうることになるし、また家族の側としても通報によって直ちに加害者が職を失う、あるいは家庭が崩壊するなどのリスクを負わなくなる可能性が高まるために、刑罰制度のみを利用する場合よりも多くの者について、結果的に深刻な犯罪の発生を未然に抑止することができるようになる可能性もあると思われる³³。

以上からすると、訴追裁量を利用してカウンセリングや福祉政策等を通じた社会的支援などの方策を利用することは、多くの事案において、結果的に社会的利益を大きくする可能性が高いため、公共政策としての刑事司法という分析枠組からは、その積極的な運用が望まれうることになると思われる。

d. 代替的刑事司法の問題性

もっともこうした代替的な解決には、正式裁判によらないことによる固有の問題が存在することも指摘されている。その一つが、罪刑法定主義の規律対象から外れることによる特別のモニタリング・システムの必要性である。罪刑法定主義による限り、犯罪の解決については一定の民主主義的な「縛り」がかけられることになる。すなわち、この制度の

³³ 企業犯罪という、対象者の「合理性」が顕著な文脈ではあるが、実際合州国においては訴追延期合意による解決が定着することにより、正式裁判手続により多くを失う可能性ある企業による、「自首」ないし「協力」が引き出されるようになっている。稲谷龍彦「企業犯罪対応の現代的課題—DPA/NPAの近代的刑事司法へのインパクト（一）・（二）」法学論叢180巻4号40頁（2016年）・181巻3号22頁（2017年）参照。

もとにおいては、国民は犯罪と刑罰が法律通りに執行されているか否かをチェックすることによって、警察官・検察官、そしてとりわけ裁判官—まさに Bentham がそうしようとしたように³⁴—のエージェンシー・コスト—刑事司法の運営に関わる各エージェントが、国民の意に沿わない活動をすることによる資源の「浪費」に伴う費用—を引き下げることができ、また、現在の犯罪解決方法について問題性を見出した場合にも、法律の改正という方法で対処することができる。

一方で、代替的刑事司法については、罪刑法定主義のような「硬い」制約から離れ、柔軟な解決を図ることにその固有の社会的便益が見出されている。被告人の性質によって、あるいは被告企業の性質によって、必要とされる「制裁」ないし「矯正」の内容が異なるために、訴追裁量を利用することでこうしたニーズに応え、より望ましい問題解決を導いているのである。換言すれば、裁判手続で法に定められた「犯罪」の存在が立証されたわけでもなければ、法に定められた「刑罰」を科すわけでもない点にこそ、この種の代替的刑事司法の社会的便益の源泉が存在するのである。

もっともその結果、検察官のエージェンシー・コストの上昇という問題が、避けがたいものとして立ち現れてくることとなる。すなわち、検察官がその訴追裁量を国民の社会的便益を増進する方向で適切に行使しなければ、法律による硬直的な解決がもたらす社会的費用を超える社会的費用が生じてしまう危険性が存在するのである³⁵。このことは、検察官が、通常は法律家としての職業的トレーニングしか受けていないことによって、一層深刻な問題となる。どのような処分がどのような社会的便益をもたらすのかという判断は、一定の事実関係を基礎として有罪判決が獲得できるかどうかという判断とは相当異質なものだからである。そのため、かかるエージェンシー・コストを合理的に引き下げ、代替的刑事司法によって増加が見込まれる社会的便益が大幅に減殺されないように、罪刑法定主義とは異なる形態での、民主主義的なモニタリング・システムを構築する必要が生じることになるのである。

そして、そのシステムを構築するにあたっては、正に公共政策として刑事司法を捉えることが、すなわちそのスケールについての民主主義的決定の余地を残しながら、緻密な費用便益分析に基づいて訴追裁量等を行使するよう動機づけるために、各決定についてのデータの収集と、ステークホルダーによる定期的な評価・監督とが重要な意味を持つことになると考えられるのである³⁶。ここでは、罪刑法定主義に表象される、法に内在する定められた正しさに基づく統治から、法を基礎としつつも実験的手法の定性的・定量的評価に基づく統治へと移行する契機が認められるということもできるだろう。刑事司法が法益や規範の実現そのものから離れることにより、法の役割も実現すべき規範の内容的正しさそのものではなく、むしろ政策的な観点からの正しさに漸近するための制度構築へとその重点が移ることになるのである³⁷。いわば、このような観点からは、法を通じた従来型の民主主義的ガバナンスと、新たな方法による民主主義的ガバナンスとのベスト・ミックスのあり方が問われているということもできるだろう。

³⁴ Bentham によるコモン・ロー批判の概要とその射程については、戒能通弘「コモン・ローの伝統とベンサム法理論—「裁判官の慣習」と「一般的慣習」の区別によるコモン・ロー批判」深貝保則・戒能通弘編『ジェレミー・ベンサムの挑戦』（ナカニシヤ出版 2015年）40頁参照。

³⁵ 企業犯罪に関するDPAの文脈ではあるが、検察官のエージェンシー・コストに関する問題提起として、Jennifer Arlen, *Removing Prosecutors from the Boardroom* in Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow, *PROSECUTORS IN THE BOARD ROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT*, at 62, 63 (2011). 検察官の訴追裁量をめぐる議論の状況については、増井・前掲注26、53-56頁も参照。

³⁶ 検察官に対する統制のあり方と民主主義との関係についてを比較法的視点から論じたものとして、See Máximo Langer & David A. Sklansky ed. *PROSECUTORS AND DEMOCRACY: A CROSS NATIONAL STUDY* (2017)

³⁷ このことは、Antoine Garapon が、DPAのような交渉を通じた問題解決の登場により、罪刑法定主義が支配する違法・適法のレジームから、法政策的な指標が支配する成功・失敗のレジームへと司法制度が移行しつつあると評することの所以でもある。See Antoine Garapon, *Une justice <<très>> économique*, dans sous la direction de Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, *DEALS DE JUSTICE: LE MARCHÉ AMÉRICAIN DE L'OBÉISSANCE MONDIALISÉE*, Presses Universitaires de France 2013, 117 at 126-27

もちろん、罪刑法定主義には民主主義的側面のみならず、自由保障的側面も存在することからすれば、事実上裁判手続によらずに「犯罪」を認定し、「刑罰」を科しているともいえる代替的刑事司法については、国民の行動自由の過度の制約であるという批判もあたりうるところである。しかし、そもそも法テキストを通じた国民の行動統制の有効性には実証的観点から繰り返し疑問が呈されている³⁸。また、「過度」の制約であるか否かの問題は多くの場合、刑罰権の行使が権力の「濫用」と評しうるか否かの問題に収斂しうることからすれば、この文脈における罪刑法定主義をめぐるより実質的な問題は、訴追機関についての、民主的かつ効果的なモニタリング・システムの構築の問題であると考えられる。

以上の分析を我が国の新たな動向に当てはめると、c. で見たようにカウンセリング等を効果的に活用することは、従来型の刑罰賦課による場合に比して社会的利益を大きくする可能性があるとはいえるものの、その運用によって生み出される社会的利益を測るスケールについて、緻密なデータの収集・分析を基に、広く公共を巻き込んだ議論ができるようにしておくことが、有意義な民主主義的モニタリングを可能にする最初の一步であるように思われる。仮に、データの収集・分析を怠り、あるいはデータについて完全に非公開のままとすることは、「リスクについてのゼロ・トレランス」をかえって悪化させる可能性があると思われる。というのも、この種の代替的刑事司法の運用は、不可避免的に「失敗」を伴うため、かかる「失敗」について合理的に議論するための素地ができていなければ、むしろエピソード・ベースで感情的な議論が行われる原因となりかねないからである。

検察官のエージェンシー・コストを引き下げるという観点からは、心理学専門家や被害者等の意見を訴追裁量に適切に反映させるための制度設計も重要な意味を持つことになると思われる。代替的刑事司法の運用においては、加害者の有罪判決を獲得できるか否かとは異なる専門的配慮が必要となりうるところからである。例えば、どのようなカウンセリングがどの程度効果的かについて、収集されたデータを基に心理学専門家と意見交換を進めながら制度を運用できるようにしておくことは、検察官の制度的能力の限界を補い、社会的利益を最大化するという観点から重要な意味を持つと思われる。また、これらの事案においては、通常の事案よりも被害者の処罰感情等を慎重に吟味する必要性が生じる場合がありうる。例えば、父親が加害者となる児童虐待事案において、母親の経済的利益と児童の健全に養育されるという利益とが実質的に相反するような場合（母親のエージェンシー・コストが高いと考えられうる場合）には、児童の意見を適切に反映するための専門家や代理人の関与が望まれるところであるといえるだろう。

e. まとめ

以上からすると、近時我が国において広がりつつある代替的刑事司法をめぐる取組³⁹には、公共政策としての刑事司法という観点から、「刑罰積極主義」への合理的なカウンター・ムーブメントとしての重要な意義を見出すことができ、またそれによって得られうる社会的利益は大きいと考えられるものの、同時に、かかる手法が不可避免的に増加させる検察官の

³⁸ Paul H. Robinsonらによる実証的観点からの有力な批判として、See Paul H. Robinson & John M. Darley, *Does Criminal Law Deter?* 24-2 OXFORD J. OF L. STUD. 173 (2004). また、近時の脳神経科学の成果は、人が外的影響を受けずに意思決定するという意味での自由意志が存在せず、むしろ実際的意思決定が意識的に行われるより以前に、規範が身体化されていることの重要性を示しているように思われる。意識が希少資源である現代社会において、こうした自由意志に基づく戦略がどこまで妥当といえるのかについて、またここでの自由意志概念自体が、本質化された人間像に基づく透明なコミュニケーションの問題を引き起こしていないのかについての検討無くして、規範が事前に与えられている＝自由が確保されている＝自律的人間による社会が存在している、という構図を維持することはできないのではないかとと思われる。この問題については、いずれ機会を改めてより詳細に論じたい。近時の脳神経科学の知見をわかりやすく示したものとして、スタニスラス・ドゥアンヌ著・高橋洋訳『意識と脳—思考はいかにコード化されるか』（紀伊国屋書店 2015年）、また希少資源としての意識について自覚的に論じる法学者の文献として、松尾陽『法とアーキテクチャ』研究のインターフェイス—代替性・正当性・正統性という三つの課題』松尾陽編『アーキテクチャと法』（弘文堂 2017年）1頁をそれぞれ参照されたい。

³⁹ 例えば、成城大学に治療的司法研究センターが設置されたことにより、我が国においても本格的な治療的司法研究が開始されているところである。治療的司法研究センターについては、<http://www.seijo.ac.jp/research/rctj/index.html> を参照。

エージェンシー・コストに対応するために、新たな民主的モニタリング・システムの構築や、訴追裁量の行使にあたってステークホルダーが適切に関与しうる制度の設計も急がれているところであると思われる。

(3) 警察の「行政機関」化とその活動の最適化⁴⁰

a. 「人身安全保護事案」概念の登場

児童虐待・家庭内暴力の文脈においては、近時警察活動の質的变化も看取されるところである。すなわち、いわゆる「人身安全関連事案⁴¹」概念の登場により、従来の犯罪者の訴追を主たる目標とするリアクティブな警察活動とは質的に異なる、犯罪被害者等ないし潜在的被害者等の保護を最優先課題とするプロアクティブな警察活動が登場しつつあると考えられるのである⁴²。しかも、かかる新たな警察活動においては、その目的達成のために、児童相談所や女性センター等の福祉的行政を行う他の行政機関との一層密接な連携が予定されており、その結果として、従来型の警察権力の行使態様にも、例えば、他の行政機関と連携して、警察による逮捕手続によって作り出した加害者の身体拘束期間を利用することで、被害者等を安全な場所に退避させる等の運用が行われるなど、微妙な変化が生じつつあるようにも思われるのである⁴³。

b. 「行政機関」化

私見によれば、このような警察活動の質的变化は、いわば警察の「行政機関」化現象として解することができるように思われる。もちろん、警察組織自体は元来行政機関であり、歴史的に見れば警察概念は犯罪の予防・鎮圧に止まらない、より広範な行政活動を含みうる概念であったことからすれば、「行政機関」化という言葉には一種の違和感が付きまとうようにも思われる。

しかし、少なくともいわゆる「民事不介入」の原則に見られるように、従来の警察活動は予防的に私人間の紛争に介入することについて一般に消極的であり、刑事公判における証拠の収集活動を主たる内容とする司法警察活動や、それと密接に関係する一部の行政警察活動こそが、警察の本質的業務として理解されてきたようにも思われる⁴⁴。そのことにより、例えば、検察官から見て「起訴価値」のない犯罪についての捜査活動については、従来抑制的に実施されてきたのではな

⁴⁰ なお、本稿における警察活動の分析については、本号所収の田村正博「警察の刑事的介入の基本的な考え方と近時の変容」の記述に多くを拠っている。

⁴¹ かかる概念については、警察庁より平成25年12月6日に発出された、「人身安全関連事案に対処するための体制の確立について（通達）」において、「恋愛感情等のもつれに起因する暴力的事案、行方不明事案、児童・高齢者・障害者虐待事案等の人身の安全を早急に確保する必要の認められる事案」として定義されている。この通達以前にも、例えば児童虐待の文脈においては、平成18年9月26日に発出された「児童の安全の確認及び安全の確保を最優先とした児童虐待への対応について」や、さらには平成24年4月12日に発出された「児童虐待への対応における取組の強化について（通達）」などにおいて、他機関との連携の促進に基づく、児童の安全確保を最優先した警察活動の必要性が示されていたところではあった。しかし、本通達は、一定の事案について、被害者等の保護を最優先すると共に、その実現に向けた警察内部での刑事部と生活安全部との連携にかかる制度構築のあり方までを示していることから、警察活動の具体的な質的变化についての、重要な契機となったと思われる。田村前掲35頁も参照。

⁴² 警察活動の目的の変遷については、田村前掲21-32頁参照。

⁴³ もちろん、訴訟準備を目的として被疑者の逃亡・罪証隠滅等の防止を、その元来の趣旨として制定された刑事訴訟法上の逮捕手続を、このような目的に「応用」することについては、異論もありうるところであると考えられる。ただし、現に被疑者が相当の危険性を示しているような場合には、それが加害者の真に意図するところか否かはともかく、被害者等の殺害という最悪の「罪証隠滅」が生じる可能性も否定できないところであることからすると、このような運用の全てについて硬直的に否定する理由は、必ずしも見出し難いようにも思われる。ただし、罪刑法定主義と同様に、手続の法定も刑事司法におけるエージェンシー・コストを合理的に低減するという意味を有していると考えられるため、少なくとも合理的な裁量統制の方法を用意するか、あるいはそれと共に、行政的目的を達成するための身体拘束処置に関する立法を行うことが望ましいように思われる。捜査機関のエージェンシー・コストと捜査法との関係については、稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護—熟議による適正手続の実現を目指して』（弘文堂 2017年）を参照。

⁴⁴ いわゆる司法警察型捜査観について、田村・前掲注40、23-28頁参照。

いかと思われる。

これに対して、「人身安全関連事案」概念と共に現れつつある新たな警察活動においては、このような従来型の司法警察活動からは捉えきれない、正に被害者ないし潜在的被害者の保護による社会的厚生増進という、文字通りの行政サービスが実施されていると解しうるように思われる。もちろんこうした行政サービスとしての「保護」は、なんととなれば、警察内部での意思決定により、いつでも従来型の司法警察活動に移行して、私人間の紛争に介入できるという、いわば警察組織の「実力」を背景として実施されていることは否定できない。例えば、加害者に対する警告を通じた犯罪の予防や、逮捕手続を利用した被害者等の逃亡の援助などの活動は、従来型の司法警察活動に移行できるという、警察権限の裏打ち無くして有効には機能し得ないことに疑いはない⁴⁵。

しかし、「人身安全関連事案」においては、被害者等のその後の社会的厚生増進という観点からベストな選択を行い、社会的利益を警察活動によっていわば直接増加させることが目指されているのであり、従来型の刑事司法を起動させることを通じて、あるいは警邏等の活動を通じて、社会的危険の予防・鎮圧を行うことで、いわば間接的に社会的利益を増進させてきた、これまでの警察活動とは、質的に異なる判断—より福祉的・行政サービスの判断—が必要とされていることなどに鑑みると、警察活動の「行政機関」現象を看取することは、なお可能であるように思われる。

c. 刑罰によらない犯罪の解決・予防

このような「人身安全関連事案」概念の登場による警察の「行政機関」化の背景には、社会的に耳目を集めた事件を機縁とする、過度にリアクティブな（あるいは、そのように受け取られている）警察活動への批判が存在したことは否定できない事実である。しかし、一方でプロアクティブな警察活動についてのニーズが存在したからこそ、「人身安全関連事案」についての警察活動が、大きく拡張したというのも事実であるように思われる⁴⁶。

公共政策としての刑事司法という観点から見た場合、プロアクティブな警察活動には、一定の範囲内で、リアクティブな警察活動に比して高い社会的便益を産出することが期待できるように思われる。というのも、リアクティブな警察活動には、少なくともその出発点として犯罪被害が必要とされるため、深刻な犯罪被害が高い蓋然性で予期されるような場合には、発生が予期される社会的費用の範囲内であらかじめ介入し、深刻な犯罪被害を予防することで、相対的に高い社会的利益を確保することができるからである⁴⁷。しかも、リアクティブな警察活動の場合には、訴訟・収監に必要とされる社会的費用などが追加的に生じるため、深刻な犯罪被害が高い蓋然性で見込まれるような事案の場合には、プロアクティブな警察活動を実施することによって確保される社会的利益は、予防された犯罪被害の範囲にとどまらず、さらに高くなるということができるだろう。

d. 「人身安全関連」活動の最適化

以上のように、「人身安全関連事案」における警察活動が、従来型の警察活動に比して高い社会的利益を確保できる可能性があるとしても、検察官の訴追裁量の活用が問題となった場合と同様に、警察の裁量が適切に行使されなければ、今度は警察自身のエージェンシー・コストによって、かえって獲得される社会的利益を小さくする可能性があるといえる。

というのも、深刻な犯罪被害が高い蓋然性で予期されない場合に、プロアクティブな警察活動を行うと、かえって社会的費用を高くする可能性があるからである。深刻な犯罪被害が高い蓋然性で予期されない場合には、そもそも犯罪被害の

⁴⁵ 検察官の訴追裁量の「活用」と同様に、対象者に現に不利益を課しうる権限を有している機関であるからこそ、対象者の行動インセンティブを変更できるのである。

⁴⁶ 例えば、児童虐待の文脈において、比較的軽微な事案での検挙件数が飛躍的に増加していることは、そのことを裏付けているように思われる。田村・前掲注40、37-40頁参照。

⁴⁷ なお、この文脈での社会的費用は、被害者に将来発生しうる犯罪被害のみならず、加害者が収監されたりすること等によって被害者に生じうる経済的負担や、加害者の失職による社会的費用等も含まれる。

予防によって獲得される期待便益は大きくない。加えて、そのような事案においては、訴訟費用や収監費用も生じにくいと考えられることからすると、深刻な犯罪被害が高い蓋然性で予期されない事案におけるプロアクティブな活動については、その活動に配置される資源を他の警察活動に配置した方が得られる期待便益が高くなりうるために、公共政策としての刑事司法という観点からは許容されない事態に至りうる危険があるといえることができる。

もちろん、深刻な犯罪被害が高い蓋然性で予期される事案と、そうでない事案の間で損益分岐点が存在することは疑いない。また、仮にそのような損益分岐点が存在したとしても、現実の事案対応においては、正に「人身安全関連事案」についての通達が述べるように、「被害者等に危害が加えられる危険性やその切迫性を正確に把握することが困難である一方、事態が急展開して重大事件に発展するおそれが極めて高い⁴⁸」ことも否定できない。しかし、観測コストが高いからといって、必要な事案についての見極めを十分に行うことなく、「人身の安全」というレトリックのみを重視して警察活動を正当化してしまうと、「リスクについてのゼロ・トレランス」という問題を、この文脈で再び生じさせることになりかねないようにも思われる。

それゆえ、損益分岐点を適切に設定し、事案の見極めに必要な観測コストを合理的にコントロールすることが、この新たな警察活動によって得られる社会的利益を最大化するために必要不可欠だと考えられるのである。

もっとも、繰り返しになるが、このような費用便益分析を行うためには、十分なデータ収集を行うことに加えて、分析のためのスケールを民主主義的な方法で用意する必要がある。そのため、警察活動についても、検察の訴追裁量のコントロールの場合と同様に、民主的かつ効果的なモニタリング・システムを整備しなければならないと考えられるのである。ただし、警察が取り扱う情報のセンシティブさに鑑みれば、全ての情報を直ちに公開して議論することには問題が大きいと言えるだろう。そこで、考えられるのが、公安委員会の活用という方法である。公安委員会委員の選任プロセスをより透明化、民主化した上で、公安委員会に情報を集め、警察の民主主義的ガバナンスを向上させることにより、プロアクティブな警察活動が、「リスクについてのゼロ・トレランス」に陥らないようにしなければならないと考えられる。

プロアクティブな警察活動の民主主義的ガバナンスを高めることは、プロアクティブな警察活動において、従来型の警察権力が「応用」されることで高まる、警察のエージェンシー・コストを下げる観点からも重要な意味を持つことになる。検察官の訴追裁量の統制にあたり、罪刑法定主義によるガバナンスと、それ以外の方法による民主主義的ガバナンスとのベストミックスを探る必要があったのと同様に、警察のエージェンシー・コストの合理的コントロールのためには、手続の法定を通じたガバナンスと、それ以外の方法による民主主義的ガバナンスとのベストミックスとを探る必要が高いと考えられるのである。

さらに、プロアクティブな警察活動の重要性が増したことにより、警察内部での、さらに他機関との連携も重要な意味を持つことになる。警察内部での連携に関しては、「人身安全関連」通達が述べるように、生活安全部と刑事部とが、事件の「最終的な解決」まで密接な連携を行うことが必要であると考えられる。生活安全部自体が徐々に「行政機関」化していくことに鑑みると、たとえ事件が刑事部に移行した場合であったとしても、「人身安全関連事案」における最終的な事件解決の意義は、単に加害者への刑事制裁の賦課には止まらないと考えられるからである。

次に他機関との連携の観点からは、他機関との連携がうまくいかず、「人身安全関連事案」における警察活動の執行費用が高くなりすぎると、プロアクティブな警察活動によって増加する社会的便益が減殺されてしまう恐れを、一般論として指摘できる。ここで、他機関による合理的レベルの協力行動を引き起こすためには、警察から積極的に他機関に情報を開示し、他機関との意見交換に努める必要があるという重要な示唆をゲーム理論から得ることができる。他機関との連携をいわゆるスタッグ・ハントゲームとして理解すると、繰り返し進化ゲームにおいて、協力にコミットする姿勢を示し続け

⁴⁸ 前掲注41参照。

ることは、相手方の合理的な協力を誘発・定着すると考えられるからである⁴⁹。また、他機関連携の具体的方法については、例えば児童相談所の人員数や専門性についても地域ごとにバラツキがあることなどからすれば、トップ・ダウン方式ではなく、地域の実情に即しながらボトム・アップ方式で構築することが一般的に望ましいように思われる。この情報交換・意見交換の促進による、ボトム・アップ方式での執行費用の合理的コントロールという観点から見た場合、人事交流を通じて警察実務および他機関実務の双方に通じる人材を育成し、またその成果を踏まえて他機関との間で協定を結んでいくという現在の方向性は、明らかに望ましいものといえることができるだろう。他機関との連携を通じてより広い範囲でデータを蓄積・分析・活用することは、プロアクティブな警察活動をより一層効率化する可能性が高く、「行政機関」としての警察の望ましいあり方を実現することに繋がるのではないと思われる⁵⁰。

e. まとめ

近時、「人身安全関連事案」概念の登場によって、訴訟準備のための証拠収集活動一すなわち刑事事件の捜査一を主たる要素とする従来型の警察活動とは質的に異なる、他機関と連携しつつ被害者の安全や厚生を増加を目指す、より「行政機関」的な警察活動が姿を現わしつつある。このような警察活動は、公共政策としての刑事司法という観点から見た場合、刑罰によることなくより社会的利益を大きくする解決をもたらさうという点で積極的に評価できるものの、検察官の訴追裁量の活用の場合と同様に、警察のエージェンシー・コストを合理的にコントロールするための、緻密なデータの収集・分析に基づく民主的統制システムを必要としている。

(4) 小括—検察と警察との関係

以上のように、公共政策として刑事司法を捉えた場合には、検察・警察において、それぞれの裁量を柔軟に活用して、犯罪に対して柔軟に対応することにより、法定された刑罰の実現のみを目指すよりも社会的利益を大きくする可能性があることが示唆される。

ここで、人身安全関連事案についての両者の関係を整理すると、まず警察において将来的に重大な犯罪につながる危険性が高い比較的軽微な事案を検挙し、同時に関係機関と協力して被害者等の保護を図ることにより、将来的に大きな社会的費用が生じることを防ぐことになる。次いで、警察から送致された比較的軽微な事案について、検察官が訴追裁量を活用し、やはり関係機関と協力して代替的な処分を行うことにより、将来的に大きな社会的費用が生じることを防ぐことになる。つまり、それぞれに使用できる権限や本来の役割が異なるために、具体的な裁量行使の現れ方や他機関との連携の仕方には違いが生じるものの、基本的な方針としては、重大事案になる前に適切に介入し、その発生を予防することによって、社会的費用を軽減するという点で共通しているといえる。また、すでに見たように、このような早期介入を合理的なものとするためには、データの収集・分析と、それぞれの権限や組織構造に合わせて、適切な民主主義的ガバナンスを実現することが欠かせないということも共通しているといえるだろう。

終わりに

本稿においては、Barkowの「行政規制としての刑法」というアイデアに触発される形で、「公共政策としての刑事司法」という分析枠組を提唱し、「リスクについてのゼロ・トレランス」や「刑罰積極主義」によって高コスト体質になりかねな

⁴⁹ この点の記述については、浅井頭太郎オーストラリア国立大学経済学部専任講師による示唆が大きい。もっとも、本稿の記述の責任は当然稲谷にある。

⁵⁰ このような観点からは、他機関の側からも一層の情報提供を行うこと、例えば児童虐待死亡事案の検証に、警察を参加させることが望ましいという帰結も導かれるだろう。この点については、田村・前掲注40、41-42頁も参照。

い我が国の刑事司法を改善するという観点から、その意義と重要性とを示した。その上で、刑罰積極主義からの離脱という観点から、我が国の刑事司法において近時注目される二つの動向について、「公共政策としての刑事司法」という観点から分析し、その可能性と限界とを一甚だ粗くではあるが一試論した。

今後、情報技術が一層発展し、人工知能によるその分析も一般化していくと考えられることを踏まえると、刑事司法によって得られる社会的利益を最大化するという公共政策的な観点から、大量のデータを緻密に分析した上で、刑事法の解釈・立法を行っていくことの重要性は増すばかりであろうと思われる。

その一方で、便益や費用として何をどの程度計上するのかについての統一のスケールが存在しないことや、国民の価値観がますます多様化していくことを前提とすると、データの利活用の場面における民主主義的な統治システムのあり方を考えていくことにも重要な意味が認められるように思われる。

また、公共政策的な観点から刑事司法を見た場合には、これまでの刑事司法においていわば屋台骨を形成してきた様々な概念群—「法益の保護」を目的とする刑法、罪刑法定主義や手続法定主義など—を、社会的利益の最大化という観点から、その内容及び射程について再検討ないし再構成することを避けられない。法による民主主義的ガバナンスと法によらない民主主義的ガバナンスのベスト・ミックスを模索していくことは、グローバルなレベルで大きく変容しつつある現代の刑事司法における最大かつ最重要の課題であろう。

本稿での試論の成果を踏まえ、変化の著しい現代の刑事司法制度へ有益な提言ができるよう、今後も努力を重ねたいと思う。