

刑法と道德との関係についての法倫理的考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2015-04-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 増田, 豊 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/17166

《個人研究（2011年度～2012年度）》

刑法と道徳との関係についての法倫理的考察

増田 豊*

Rechtsethische Untersuchungen über die Beziehung zwischen Strafrecht und Moral

Yutaka Masuda

はじめに

本稿の目標は、法とりわけ刑法と道徳との関係について法倫理的観点から分析することを通じて、刑法の課題、刑法における人権の問題といった基礎理論的な問題に関して批判的な考察を試みる点にある。このような考察は、わたくし自身の刑法と道徳に関するこれまでの一連の研究の一部をなすものとなっている。以下においては、まず、最小道徳としてのいわゆる人権と法的権利としての基本権とがどのような関係にあるかという点について、種々の見解を批判的に検討したうえで、究明する。次に、刑法における個別道徳の強制と法益の道徳性という論点についても批判的な検討を試みる。

一 最小道徳としてのいわゆる人権と法的権利としての基本権

いわゆる人権 (Menschenrechte) は、最小道徳あるいは核心道徳としての意味と機能とを有することになると思われるが、人権とは何か、人権の〈規範的〉身分をどのように理解するかといった問題は、それ自体「人権の哲学」における論争的問題となっている。この人権の〈規範的〉身分、とりわけ「人権の道徳的性格および権利性」という論点に関しては、すでにベンサムが、権利は実定法によってのみ与えられるものであるということから、道徳的な人権の権利性を否定していたが¹、ここでは近時、この点をめぐる哲学的な論争に積極的に関与している論者の見解を聴取し、その分析と批判を遂行することにしたい。

さて、この問題については、第一に、〈人権は「基本的な道徳的権利」(grundlegende moralische Rechte)である〉とする見解が主張されている。例えば、人権の哲学について主題的に考察するシュ

*法学部教授

1 *Bentham*, Works of Jeremy Bentham, Volume 2, Part 2, 1839, p. 523.

テファン・ゴゼパートは、この人権の道徳的権利性について、次のように説明している。人権の中に「すべての個別道徳に共通する最小道徳」を見出すことができるが、さらに人権は、その形式の点でも「道徳的権利」(moralische Rechte)の一種である、ということができる。というのも、人権は、その事実上の承認や遵守に依存することなく妥当しているからである。つまり、人権の〈規範的〉身分は、自然(法)や神(法)から由来するものでない、というだけではなく²、約束や契約といった先行行為あるいは特定の個別共同体における成員としての資格に依存するものでもなく、人類共同体の成員に妥当するものであって、われわれ自身が相互に他者を尊重し合うという道徳に服し、この人権を相互に付与／保障している限りにおいて、これを取得するものである³、ということになるのである。

もっとも、このように〈道徳的〉権利としての人権が認められたとしても、この人権が道徳的なものにとどまる限り、当該権利の保有者は、その侵害に関して救済を求めるために司法機関に提訴するようなことはできないのである。この意味において、道徳的権利といったものを是認するとしても、それは「強い権利」ではないであろう。この点について哲学者のエルススト・トゥーゲントハットは⁴、次のように二段階の考察を行っている。まず、道徳的次元においても、私を侵害しないことをすべての他者が義務づけられるのであれば、その他者は、単にそうした義務を負うというだけではなく、この義務の根拠として私が他者に対して有する権利を承認することになる。したがって、道徳的次元でも少なくとも「弱い権利」を是認することができることになる。次に、トゥーゲントハットは、この道徳的権利から、その侵害に関して提訴し得るような法的な所轄機関の制度化を国家に求めることもできる(国家は道徳的義務を負う)という意味において、道徳的な「強い権利」の存在を導き出すことが可能になる、と指摘するのである。

こうした人権の道徳的権利性の問題についてさらに立ち入った考察を展開するためには、この問題を法哲学的に徹底的に追究し、「道徳的妥当」を人権の必要不可欠の要件とするロベルト・アレクシーの見解を参照することが有意義であろう⁵。そのアレクシーによると、〈道徳的〉権利というものは、これを保障する規範が道徳的に妥当している場合に存在するものである。そして、当該規範は、その合理的な基礎づけにかかわり合うすべての人に対する関係で正当化可能な場合に、道徳的に妥当することになるのである。換言すると、このような基礎づけ可能性を通じて、〈道徳的〉権利としての人権は万人に対する万人の権利としての普遍的構造を獲得することになるのである。

もっとも、アレクシーによれば、このような人権の道徳的性格は、人権が実定法上の権利(基本権)として制度化されることを決して妨げるものとはならない。というのも、道徳的人権は、カントの意

2 Vgl. Gosepath, Soziale Menschenrechte als universalistische Ansprüche auf Grundsicherung, in: Richter (Hrsg.), in: Transnationale Menschenrechte, 2008, S.107.

3 Vgl. Gosepath, Zu Begründung sozialer Menschenrechte, in: Philosophie der Menschenrechte, S.148ff.

4 Vgl. Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 1993, S.336ff., 347ff.

5 Vgl. Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Gosepath / Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S.244ff., 249f. また、ヴェルマーも、人権は道徳的権利であり、市民的 basic rights は法的権利であるとする。Wellmer, Menschenrechte und Demokratie in: Philosophie der Menschenrechte, S.26 5ff.

味における「道徳性」(Moralität)にかかわることなく、カントの意味における「合法性」(Legalität)の領域に属し得るものであって、「外的行為」のみを内容とし得るものだからである。つまり、カントの「道徳性」と「合法性」との区別は、義務(規範)が当の〈義務に基づいて〉(aus Pflicht)のみ充足されるか否かという、義務(規範)充足の仕方という形式面を基準とするものであって、その実質的な内容の違いに基づくものではないからである。こうして道徳的な人権がカントの意味における「合法性」の領域に属するものとして位置づけられることによって、人権はその内容が全く変更されることなく、そして実定法において道徳的妥当を喪失することなく実定法に変換されることになるのである。

なお、アレクシーは、人権のメルクマールとして五つのもの(普遍性、根本性、抽象性、道徳性、優先性)を挙げているが、そのことは、人権の本性をいかに理解するかという問題にとって重要であると思われるので、それらのメルクマールがどのような意味をもつかという点について⁶、ここで補足的に説明しておくことにしよう。

まず、人権の「普遍性」(Universalität)という第一のメルクマールは、すべての人間すなわち万人が人権の帰属主体になるということの意味している。もっとも、人権が向けられる名宛人に関しては、若干複雑である。つまり、生命権のようなもの(第一世代の人権)は、すべての人間(他者)、すべての国家およびすべての組織が人権に対応する義務の名宛人である。しかし、政治的な意思形成に参与する権利、すなわち参政権のような人権(第二世代の人権)は、当該個人が帰属する国家あるいは生活する国家だけが名宛人である、ということになる。

次に、人権の「根本性」(Fundamentalität)という第二のメルクマールは、人権の「対象」の根本性に関わるものであり、心身の健康に関わるような人権の場合に、想定し得る限りの資源および条件のすべてを必ずしも保護するものではなく、それは、根本的な利益および欲求だけを保護するものである、ということの意味している。「抽象性」(Abstraktheit)という第三のメルクマールも、人権の対象に関わるものである。例えば、誰もが健康に関して権利をもっているという点については、異論なく認め得るとしても、それが具体的事案において何を意味するかということについては、延々と続く論争が巻き起こることになるであろう。要するに、これは、社会権のような第三世代の人権に関しては、根本性や抽象性が問題になる、という趣旨を指摘するものであろう。

さらに、「道徳性」(Moralität)という第四のメルクマールは、人権の帰属主体、名宛人、対象に関わるものではなく、その「妥当」の問題に関わるものであり、人権それ自体が道徳的に妥当している、ということの意味している。前述したように、それは、合理的な基礎づけにかかわり合うすべての人に対する関係で正当化可能である、ということの意味している。要するに、人権は、その基礎づけ可能性の中に存在することになるのである。

6 Vgl. Alexy, a. a. O., S. 246ff.; *dens.*, Menschenrechte ohne Metaphysik?, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52, 2004, S. 16.

最後に、「優先性」(Priorität) という第五のメルクマールは、次のことを意味している。つまり、これは、道徳的権利としての人権は、実定法の規範によって無効にされるようなことはあり得ないというだけでなく、むしろ実定法されたものの解釈の判断基準にもなる、ということも意味しているのである。ともあれ、非実証主義者として法と道徳との「結合テーゼ」を主張するアレクシーの人権論においては、「道徳的人権の実定法に対する優位性」ということがとりわけ重要なものとなっているのである。

それでは、人権の哲学にインテンシヴに取り組んでいるゲオルク・ローマンにあっては⁷、人権の(規範的)身分はどのように考えられているのであろうか。ローマンによると、人権は、概念必然的に三つの次元、すなわち(道徳的)次元、(法的)次元、(政治的)次元をもっており、(道徳的)権利としての人権は、憲法上の「基本権」や国際法に基づく条約上の権利へと変換され得るもの、として捉えられることになる。もっとも、(純然たる道徳的)権利としての人権は、(弱い)権利であって、法共同体内部において司法機関に提訴したり、合法的な強制手段を利用したりしてその要求を貫徹することができる法的権利のような(強い)権利ではない、ということになるのである。加えて、ローマンによれば、(道徳的)権利としての人権と(法的)権利としての人権とは、その要求が向けられる「名宛人」を異にするという点が強調されることになる。つまり、(純然たる道徳的)人権の場合には、権利要求が向けられ名宛人は、この権利に対応して義務づけられる万人であるのに対して、一定の国家あるいは国際法上の組織において制度化されている(法的)人権(基本権)の場合には、一定の国家あるいは国際組織に加盟しているすべての国家だけが義務づけられることになるのである。なお、ローマンは、私人間の関係についても、国家は、市民が人権(基本権)に適合する相互関係を構築するように、いわゆる「基本権の間接的な第三者効力」(mittelbare Drittwirkung)に定位して義務づけられる、と指摘している。

ともあれ、ローマンによれば、例えば私人間における殺人は、確かに(道徳的次元では)人権の侵害となるけれども、(法的次元では)刑法違反(犯罪)となるだけであり、基本権としての人権侵害とはならない。というのも、国家は殺人罪の規定を設定することを通じて個人の生命を保護しているからである。(法的次元において)人権(基本権)が侵害されることになるのは、例えば国家が人種的理由である殺人事件を追及しなかったり、あるいは殺人が国家の指図で行われたりしたような場合である。したがって、(司法殺人としての)死刑なども、国家対個人の問題であるため、人権(基本権)侵害の問題となり得るのである。

ところで、ローマンが言及している基本権としての人権の「第三者効力」あるいは「水平的効力」(horizontale Wirkung)の問題に関連して、いわゆる(道徳的な)人権と(法的な)基本権との違いをここで明確にしておくことが、人権論の更なる探究にとって有意義であろう⁸。この基本権としての

7 Vgl. Lohmann, Zur moralischen, juristischen und politischen Dimension der Menschenrechte, in: Recht und Moral, S.135ff., 141ff.; dens., Kulturelle Besonderung und Universalisierung der Menschenrechte, in: Ernst / Sellmaier (Hrsg.), Universelle Menschenrechte und partikuläre Moral, 2010, S.33ff.

人権の第三者効力あるいは水平的効力に関する問題は、基本権が国家と個人との「垂直的な関係」(vertikales Verhältnis) に妥当するものであるという前提の下で、さらに国家による個人の基本的利益の侵害に対する「防御権」として保障されてきたという伝統を踏まえたうえで、私人間の「水平的関係」(例えば私企業とその労働者との関係など)においても基本権の内容となっている利益が侵害されたような場合に、基本権による救済が可能かという仕方で提起されたのである。

この問題に関わるドイツの連邦憲法裁判所の有名な(一九五八年の)「リュート判決」(BVerfGE 7, 198.) では⁹、いわゆる間接的な第三者効力が認められた。この間接的な第三者効力は、基本権の放射効力(Ausstrahlungswirkung)に基づき、基本権に内在する価値基準が私人間の法律関係にも間接的な仕方で及ぶとするものである。具体的には、例えば言論の自由の保護といった基本権は、ドイツ民法八二六条の「良俗条項」規定を通じ間接的に保護されることになる、とされるのである。学説としては、「間接効力説」が通説ではあるが、基本権が私人間の法律関係に直接及ぶとする「直接効力説」も少数説として主張されている。要するに、そこでは、私法的な権利と義務が、基本権を通じて単に内容的に修正されることになるのか、それとも私人間においても基本権の内容となっている権利と義務が直接的に妥当するのかという仕方で問題が提起されているのである。もっとも、このような論争は、言葉をめぐる問題ではないかという見方もあり、議論は錯綜している。

わたくしの見方では、この問題は、基本権の名宛人に関する問題、〈法的〉権利としての基本権の内容に関する問題、そして憲法上の原理としての基本権の客観的規範命題と一般法規との関係をどのように捉えるかという問題に還元されることになるであろう。まず、(第一世代の人権の)名宛人問題に関しては、万人を名宛人とする、いわゆる(道徳的な)人権とは異なり、(個人、私人、市民)の法的権利としての「基本権」は、国家に対して向けられたものであり、国家が名宛人となる。その限りにおいて、そこではまさに国家と個人との「垂直的な関係」だけが問題となっているのである。

次に、基本権の内容に関しては、個人の(消極的)自由権や平等権を国家自体が侵害しないこと(典型事例では不作為)を求める「防御権」(Abwehrrechte)に尽きるのではなく、積極的行為を国家

8 法的権利としての基本権については、その要求の名宛人は国家であるが、その効力が私人間(例えば労働者と使用者との間)にも及ぶかという問題が、ドイツでもわが国でも論争的問題となっている。通説的見解では、私人間においては、私的自治の原則が妥当し、基本権としての人権の効力は直接的に生じることはない、とされている。もっとも、一定の基本権に関しては、私人である第三者に対しても直接的効力を認める、ドイツ基本法九条三項二文のような例外もある。すなわち、基本法九条三項一文では、労働条件および経済的条件を維持するために団体等を結成する権利が何人に対しても保障されているが、その二文では、この権利を制限し又は妨害することを企図する合意は無効であり、これを目的とする措置は違法である、とされている。しかし、通常の場合には、例えば私法上の一般条項への影響を通じていわゆる「間接的な第三者効力」が生じることになる、とする見解が主張されている。Vgl. *Mahlmann*, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, 2008, S. 220f. 基本権の私人間効力に関するわが国における論点に関して、例えば樋口陽一『国法学—人権原論[補訂]』(二〇〇七年)一一五頁以下を、判例として三菱樹脂事件最高裁判決(最大判昭和四八・一二・一二民集二七卷一一号一五三六頁)を参照。「防御権」と「保護権」の概念については、*Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 415ff.; *ders.*, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 262ff. を参照。

9 「リュート判決」(木村俊夫訳)については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(二〇〇三年)一五七頁以下を参照。

に求める給付請求権の一種となる「保護権」(Schutzrechte)、つまり私人による(場合によっては外国権力による)自由権等の侵害から個人を保護することを求める権利もまた、その内容となるのである。例えば、刑法に殺人罪、傷害罪、逮捕・監禁罪などの規定が置かれているのも、この「保護権としての基本権」に基づく国家の「保護権力」がまさに立法的に行使された結果にほかならない。この場合に、保護権としての基本権は、刑事立法という仕方、紛れもなく私人間の「水平的関係」(horizontales Verhältnis)における基本権的利益(例えば生命、自由)侵害を志向する行為を規制(禁止)し、個人の基本権的利益の保護を実現することになるのである。なお、「保護権」は基本権として個人に帰属するが、この保護権に基づく「保護権力」が国家に独占的に帰属するのは、国家が個人の「自力救済」を原則的に禁止しているためでもある。

ところが、刑法では、個人の保護権に基づく国家の「保護権力」(国家の積極的な保護行為権限)の濫用が極めて深刻な問題となっていたからこそ、とりわけ啓蒙期以降、「防御権」の必要性和重要性が強く意識され、この防御権の保障が罪刑法定主義、責任主義、〈疑わしきは被告人の利益に〉の原則などの法治国家的原理という形をとって確立されるに至ったのである。つまり、国家により保護権力が行使されるということは、一方の当事者の利益保護が実現されることに伴い、他方の当事者の自由が著しく制限されるということの意味しており、だからこそ刑法では厳格な罪刑法定主義が、他の法領域においても法律による拘束の原則が必要とされるに至ったのである。それゆえ、人権の実定的な「保護」は、古代に刑法が形式的に成立することによって始まったものであり、近代に成立した防護権よりも保護権(あるいは保護権力)の方が歴史的にはるかに古いものなのである。

ともあれ、以上のような基本権の構造に関する理解は、何も刑事法に限らず、私法でも基本的には同様であると思われる。つまり、刑法で(現実的および潜在的)被害者の「保護権」と(現実的および潜在的)行為者の「防御権」の対立が生じるように、民事紛争においても、一方の私人の保護権(例えば平等権を国家に求めるの保護)と他方の私人の防御権(例えば国家による自由侵害に対抗する防御)とが衝突するような場合が想定されることになるのである。その際、憲法上の原理としての基本権の客観的規範命題は、一般法規の規範命題に対して価値論的に優位するものであるから、一般条項を含めた私法上の規定の「解釈の指針」になることも当然のことであろう。

しかし、より根源的なことは、保護権であれ、防御権であれ、〈法的〉権利である基本権に関しては、私法領域においても、国家と個人(市民、私人)との「垂直的關係」が常に問題になっているという事情が変更されるようなことはない、という点である。つまり、いわゆる私人間の第三者効力の有無が問われているような事案においては、確かに私人間の「水平的な紛争」が生じているにもかかわらず、基本権との関係では、一方の私人の基本権的利益保護の保障が不十分であることを理由に、立法的措置を含めて国家に対してその保護行為を請求するという「垂直的關係」(保護関係)が問題になっていると同時に、他方の私人の自由に対する国家の侵害行為あるいは干渉行為の制止を求めるという「垂直的關係」(防御関係)が問題になっているにすぎないのである。その際、対立する利益をどのように調整するかという問題がおのずと生じるが、自由(私的自治)を制約するためには、例外的に(問

題がないわけではないが)一般条項(法律)の解釈によるのであれ、新たな法制化によるのであれ、基本的には「法律(立法者の価値決定)による拘束」の原則を尊重することが肝要であろう。

ここでは、第三者効力の問題にこれ以上立ち入ることなく、人権と基本権に関して、いわゆる人権の次元すなわち〈道徳的〉次元においては「水平的関係」が、基本権の次元すなわち〈法的〉次元では「垂直的關係」が問題になっているということ、および基本権の内容として保護権と防御権の両方が重要であるということを改めて確認しておくだけでとどめておきたい。この点は、後述する「刑法の二次元的構造」の問題にとっても重要なものとなるであろう。

さて、以上に取り上げた、人権の道徳的権利性を肯定する第一の見解に対して、第二の見解は、〈そもそも道徳的権利など存在せず、人権もまた道徳的権利ではなく、「法的権利」(juridische Rechte)としてのみ存在し得る〉とするのである。ゲオルク・モールの主張も、このような見解を明確に表明するものである。モールによると¹⁰、道徳的権利というものは、古典的自然法論者が実定法を基礎づけ、正統化/正当化するために、より上位の^{インシュタンツ}審級における概念として使用してきたものであり、とりわけ「道徳的権利としての人権」はこうした目的のために有用なものである、と考えられてきたのである。しかしながら、モールによれば、そもそも〈法的な〉カテゴリーである権利というものは、「人格による相互的承認の制度化」という視点から、人格が相互に保障し合うことによってはじめて基礎づけられるものであり、道徳的権利といったものに依拠する必要は全くない、とされる。したがって、ゴゼパート、トゥーゲントハット、アレクシーらの見解のように人権を「道徳的権利」とするのは、まさに「カテゴリー・ミステイク」を犯すものである、と断定されることになるのである。もっとも、モールも、「法に対する道徳的要請」(moralische Anforderungen an das Recht)といったものを認める余地はある、と指摘している。しかし、これは、道徳的権利ではないし、権利と混同されてはならない、ということも強調するのである。

さらに、道徳は法に優位し、法はこの道徳の下位に位置づけられるとする古典的自然法論を退け、むしろ「(自律的な)道徳と法との相補性」ということを主張するユルゲン・ハバーマスの場合にも¹¹、人権の本籍は法的領域にあることが確認されている。ハバーマスの人権論は、とりわけ「デモクラシーと人権との内的関連」を再構成することを通じて展開されることになる。ハバーマスによれば、人権は国家秩序の枠内においてのみ、司法機関に提訴し得る市民権として実現されることになるため、それは、政治的な立法者の意思により指示されるものである。だが、人権が同時に民主的な公共体としての国家を基礎づけるものであるため、主権者である立法者もこの基本規範を勝手に処分することなどできない。つまり、法治国家とデモクラシーとが内的に関連しているため、自由主義的な基本権(消極的自由権)と民主主義に基づく政治的な基本権(参政権)とは不可分のものとして構成されること

10 Vgl. Mohr, Moralische Rechte gibt es nicht, in: Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, 2010, S.63ff. .

11 Vgl. Habermas, Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte, in: Brunkhorst / Köler / Lutz-Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte, 1999, S.216ff.; dens., Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Brunkhorst / Niesen (Hrsg.), Das Recht der Republik, 1999, S.386ff.

になるのである。そこで、「社会市民」（法の名宛人）の私的自治／自律に対応する平等な自由権は、「国家市民」（法の定立者）の政治的・公共的自治／自律を構成するコミュニケーション権および参政権なしでは存在しない、ということが帰結されることになる。ともあれ、ハバーマスにとって、人権は、〈道徳的〉内容をもっているとしても、その形式においては、司法機関への提訴可能性と正統なる強制手段による救済の可能性の故に、〈法的〉次元において基本権として保障されることによってはじめて存在することになるのである。

このように道徳的人権というものを否認し、人権を憲法上保障された法的権利としての「基本権」（Grundrechte）としてのみ理解する見解の論拠としては、古典的な形而上学的自然法論に対する拒絶、司法機関への提訴や実定法上の制裁による実効性が担保されないようなものを権利として捉えることの抵抗感、それに人権のインフレーションという現象を回避すべきであるとする見方などを挙げることができるであろう。一方、人権を法として実定化された基本権にのみ還元してしまう、このような見解に対しては、人権のグローバルな国際的次元を看過してしまうのではないか、という懸念も提示されている。

こうした懸念を解消する意図のもとに、倫理学者のヘルリンデ・パウアー・シュトゥーダーは¹²、次のような提案をする。つまり、いわゆる人権は、われわれの平穏な共同生活を可能にするために交わされる了解事項に基づく道徳的な構成物あるいはコンヴェンションである、とするのである。そうした道徳的制度として相互主観的な承認に基づき構成されたコンヴェンショナルな事実は、おのずと社会生活の安全や安定した社会生活基盤といった「基本的な利益」に基づいて成立することになるのである。こうした見解においては、〈単なる〉「人権」と〈実定法によって承認された人権としての〉「基本権」とが区別され、基本権が人権といういわば座標軸に依拠すべきであるという要請を前提とすることを通じて、人権は、普遍的かつ国際的な（国家を超えた）規範的・道徳的身分を依然として維持することになる、ということが主張されることになるのである。

それでは、以上の見解のうちいずれを採用すべきであろうか。学問的な術語としては、確かにモールが指摘したように、権利概念は〈法的〉次元においてのみ使用するのが適切であろう。また、権利が法の民主的な手続の中で構成されるという点を重視するならば、確かにハバーマスの見解に賛同すべきであろう。とはいえ、擬似権利である「いわゆる人権」と真正の権利である「基本権としての人権」とを峻別するとともに、その相互の関係性（相補性）を正確に捉えることも必要であろう。いわゆる人権は、「真正の権利」ではないとしても、一定の「道徳的・政治的要請」として現実に機能し、人間の基本的利益や欲求（生命、身体、自由、財産等）の保全を対象とする最小道徳／核心道徳に相応している限りで、それが、全人類という共同体において、すなわち国家を超えた共同体において相互主観的に妥当する規範的存在であるということは、確かな事実であろう。先のパウアー・シュトゥー

12 Vgl. Pauer-Studer, Menschenrechte zwischen Moralisierung und politischer Instrumentalisierung, in: Recht und Moral, S.151ff.

ダーの主張内容には不明確な部分があるため、その点をさらに明晰化すれば、いわゆる人権は、普遍化可能な自律的徳に依拠して〈構成された〉「制度事実」である、と端的に表現することができるであろう。その際、注意すべきことは、そもそも〈普遍的実体としての〉徳や人権といった類のものが実在するというわけではない、という点である。

ともあれ、トゥーゲントハットが指摘するように、人権が市民に保障されていないようなすべての国家秩序は正統なものとみなされないという意味において¹³、いわゆる人権の法的承認は当該国家の正統性の必要不可欠の要件である、といてよいであろう。あのハンナ・アーレントが、「権利の保有を求める権利のようなものがある」と指摘したが¹⁴、このような指摘は、いわゆる人権が基本権としての保障を国家に求める権利のようなものであるという、〈前国家的・超国家的な〉人権の〈規範的〉身分についてまさに的確に言い当てているように思われるのである。

二 刑法による個別徳の強制と普遍徳—法益の徳性という問題

人権の〈規範的〉身分に関する以上の議論を前提としたうえで、ここでは普遍徳である人権をめぐる重要問題として、刑法による徳の強制という論点について検討しよう。具体的には有名な「デヴリン対ハート論争」に論及し、問題の真の所在が一体どこにあるのかという点について探求してみたいと思う。

さて、デヴリン対ハート論争は、「ウォルフエンドン報告」(同性愛犯罪および売春に関する委員会報告、一九五七年)の当否をめぐるものである¹⁵。同報告においては、J・Sミルの他者への危害の原理が支持され、市民の私生活に介入することは法の課題ではないことが確認され、売春自体(公然と勧誘する行為は別として)とともに、同意に基づく成人間の非公然的同性愛行為についても、その非犯罪化が勧告された。デヴリンは、こうした結論に異を唱え、「公共徳」あるいは「共通徳」(つまり支配的な個別徳)というものが存在し、社会(あるいは国家)がこの公共徳あるいは共通徳を強制するために法を用いることを原則的に肯定した。これに対して、ハートは、「実定徳」(positive morality)と「批判徳」(critical morality)とを区別し、社会がたまたま共有している実定徳を法によって強制しもよいかという問題を提起したのである。

この論争においては、成人間の合意に基づく同性愛行為を刑法で禁止するようなことは、「単なる徳違反行為」を処罰するものであって、刑法によって徳を強制することになるが、それを是認してもよいか、という問題が正面から取り上げられることになったのである。この論争は、わが国の刑法

13 Vgl. *Tugendhad*, Aufsätze (1993-2000), 2001, S. 27.

14 Vgl. *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 13. Aufl. 2009, S. 614.

15 「ウォルフエンドン報告」とこの報告をめぐるデヴリンとハートの論争については、矢崎光圀「社会における徳の役割と法の機能—『ウォルフエンドン報告』を契機として—」法律時報三九七号(一九六二年)八二頁以下、井上茂『法哲学研究第三巻』(一九七二年)九七頁以下、サイモン・リー(加茂直樹訳)『法と徳—その現代的展開』(一九九三年)六七頁以下などを参照。

学にも多大の影響を及ぼすことになった¹⁶。例えば刑法学者の平野龍一も、この論争に言及して「何が倫理的に正しいかは、しばしば相対的である。違った価値観自体に対しては、社会は寛容でなければならぬ」として¹⁷、このような道徳あるいは倫理を徹底的に排除し、法益を保護することこそ刑法の課題としなければならない、と力説したのである。

しかしながら、このような議論においてとりわけ注意を要すべきことは、そこで問題とされている(社会)道徳あるいは(社会)倫理とは、平野もその相対性を指摘しているように、特定の宗教に由来する道徳や特定の共同体・文化において妥当している〈ローカルな〉個別道徳あるいは慣習道徳あるいはハートのいう「実定道徳」すなわち「一階の道徳」(Moral erster Ordnung)にほかならない、という点である。すなわち、合意に基づく成人間の同性愛行為を刑法で禁止し、処罰すべきであるとする規範的要請は、ユダヤ・キリスト教的な(あるいはその他の特定の)文化に由来する道徳観(ハバーマスの意味における倫理的価値)を拠り所とするものである、という点である。ところが、同性間の合意による非公然的な性行為を禁止することは、「普遍化原則のテスト」によれば、決して普遍化することができない、偏った規範的要請に基づくものとなるであろう。

要するに、〈普遍的な〉(universell)道徳(ハバーマスの意味における自律的な道徳)あるいはハートの意味における「批判道徳」の観点からすれば¹⁸、個人が自らの意思に基づいて幸福を追求する自由は、他者に危害を加えたり、不利益をもたらしたりしない限り、何よりも普遍的な「人権」の内容を構成するものであって、今日のリベラルで民主的な立憲国家／法治国家においては(例えばわが国の憲法一三条においても)、「基本権」(幸福追求権)として実定化されているのである。このような普遍主義的道徳の観点からすると、成人間の自由な同性愛行為を刑法で禁止し、処罰すること自体が、紛れもなく(普遍)道徳すなわち「二階の道徳」(Moral zweiter Ordnung)に反することになるのであって、国家は、むしろこの意味における道徳の規範的要請を実現することこそ、その課題としなければならないのである。

端的に言えば、このことは、刑法によって保護されるべき法益自体が、普遍道徳(最小道徳)との両立可能性という観点から、他者の基本的な生活利益に直接的にあるいは間接的に関わるものに限定されることを通じて、正統化されなければならない、ということの意味している。この意味において、刑法規範が保護すべき法益の核心部分を構成するのは(普遍)道徳的利益でなければならないということが、むしろ〈メタ道徳的に〉要求されることになるであろう。

それゆえ、以上の意味における普遍道徳を問題にする限りにおいて、平野の主張のように〈法益か道徳(倫理)か〉という二者択一的な仕方では問題を提起するのではなく、むしろ〈法益の(普遍)道徳性〉という視点から、刑法規範の保護客体について批判的な探究を行うことが必要であろう。平野

16 平野龍一『刑法の基礎』(一九六六年)一〇三頁以下、金澤文雄『刑法とモラル』(一九八四年)四頁以下を参照。

17 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(一九七二年)四四頁を参照。

18 ハバーマスの意味における普遍道徳およびハートの批判道徳については、増田「法倫理学と道徳的实在論」法律論叢八二巻四・五合併号(二〇一〇年)四〇二頁以下を参照。

は、「価値判断が相対的なものであることは、多少とも批判的な哲学の洗礼を受けた者にとっては、認めざるをえないことであるはずである。」として¹⁹、「価値相対主義」あるいは「倫理的相対主義」の立場を全く疑問視することなく、これに依拠することを告白しているのである。しかし、こうした前提自体がまさに問われなければならないであろう。つまり、〈二階の〉道徳が普遍的なものとして妥当しているとの主張を通じて、われわれは、なにもマックス・シェーラーやニコライ・ハルトマンの実質的価値倫理学の意味における客観的価値のようなものが実在しているということを指摘しているのではなく、国家を超えた人類共同体において相互主観的に妥当するものとして〈構成された〉最小道徳／普遍道徳（いわゆる人権）を問題にしているのである。平野は、道徳や倫理の意味について十分な批判的考察を行っておらず、先の論争の真の問題の所在を完全に見失っており、その主張の前提も極めて脆弱なものである、といえよう。

さらに言えば、二階の普遍道徳性という視点が重要となるのは、「刑法規範の保護客体のレベル」においてだけではなく、行為者・被疑者・被告人をも含めた市民一般の（消極的）自由を国家による刑罰権の濫用からも防御し、これを人権として保障する「法治国家的原理のレベル」においても同様であって、そうした視点は、具体的には罪刑法定主義、責任主義、無罪推定の原則、〈疑わしきは被告人の利益に〉の原則、比例の原則などの諸原理の中にも結晶化しているのである。それゆえ、法治国家的原理は、〈実定法に内在する〉「道徳的原理」すなわち「法倫理学的原理」としての地位を確保することになるのである。

以上の「二つのレベル」は、例えばヘッフェも指摘するように²⁰、人権が実定法上承認される際に、「人権が二重の意味をもっている」という点に基づくものである。つまり、いわゆる人権は、第一に、人間が相互に〈他者に対して有する〉規範的要請の意味をもっている。第二に、人権は、このような要請を保護すべき機関としての〈国家に対する〉規範的要請としての意味をもっているのである。というのも、人権は、他者である個人によって危険にさらされているからこそ、国家によってこれを保護してもらう必要があるからである。これが、「第一レベルの問題」すなわち「他者による人権侵害からの国家による保護の問題」である。

しかし、人権侵害の危険というものは、まさにこの「保護権力」(Schutzmacht)の担い手である国家自身によっても、例えば恣意的な拘禁や処罰、拷問、残虐な刑罰、司法殺人としての死刑、責任なき者に対する処罰、刑事法の不平等な適用などによっても生じ得るものである。とりわけ近代において人権をめぐる議論が活性化したのは、人権の、この第二の意味に関わる問題が極めて深刻になった

19 平野龍一・前掲書（注16）一〇九頁。平野は、現在の憲法の価値観からすれば、確かに個人の生命、身体、自由、財産こそ、最も優先的に刑法によって保護すべきであると主張している。平野・同書一〇〇頁。しかし、平野の主張が問題なのは、第一に、これらの基本的な生活利益が普遍道徳的利益であるという認識に達していない点、第二に、これらの基本的利益の侵害を回避するためには、そうした利益の侵害を志向する行為を禁止することが目的合理的であるということを理解していない点、第三に、責任主義の観点からは、この禁止に違反する行為が処罰根拠になるという洞察を欠いている点である。なお、平野は、「モラルティー」(morality)を倫理と訳しており、倫理と道徳とを用語として区別していないようである。

20 Vgl. Höffe, Politische Gerechtigkeit, 1987, S.465. ヘッフェ『政治的正義』四八六頁以下を参照。

という現実的背景があったからである。つまり、国家権力が絶対主義的傾向を強めたため、そうした状況において自由権が国家権力に対する「防衛権」(Abwehrrechte)という形態をもつことになったのである。

その結果、自由権は、新たな憲法理論上、国家による侵害を許さない「個人の公権」(subjektive öffentliche Rechte)としての〈規範的〉身分、すなわちいわゆる「消極的身分、自由という身分」(negativer Status, status libertatis)を獲得したのである²¹。そして、このことは、まさに刑法との関係で言えば、「(人権)保護機能」に加えて、「保護権力」の担い手である国家自身による保護権限(保護義務)の濫用という人権侵害を阻止するための「(人権)保障機能/防衛機能」あるいはこの機能の推進を課題とする「法治国家的原理」の重要性が、明確に意識されたことに基づく帰結である、といえよう。そしてこれが、「第二レベルの問題」すなわち「保護権力としての公権力/国家自身による人権侵害に対する防衛の問題」である。

こうしてリベラルで民主的な立憲国家/法治国家における刑法は、単なる「保護法」(objektives Schutzrecht)としての〈規範的〉身分のみならず、「防衛法」(objektives Abwehrrecht)としての〈規範的〉身分をも確保することになったのである。このような「刑法の二次元的構造」をリベラルで民主的な立憲国家/法治国家における刑法の基本構造として捉え直しておくことは、刑法の課題という基本的問題を理解するうえで極めて重要な「事前了解」(Vorverständnis)となるであろう。

ところで、私人間における基本権的利益の侵害が問題になり得るような事案については、基本権の保護機能の理念から保護の「過少禁止」(Untermaßverbot)に違反しないよう配慮する「保護義務」(Schutzpflicht)を課すことも問題になる²²。この保護の「過少禁止」は、例えば核燃料のような、不特定多数人の生命や健康を脅かす危険物に関する保安措置が過少なものであってはならないという指針として、また社会国家的原理(Sozialstaatsprinzip)の観点から社会権の内容となる健康で文化的な最低限度の生活の保護を確保する指針として重要な意味をもつことになるであろう。

とはいえ、個人の保護権に基づく保護権力を独占するのは国家である。刑法は保護法であり、しかも最も強力な制裁を具備する保護法であるが、前述したように、啓蒙期以降リベラルな法治国家における刑法においては、この保護機能あるいは国家の保護権力/保護義務に依拠する刑罰権の濫用を合理的に阻止するための「保障機能」あるいは「防衛機能」にも極めて重要な役割が与えられたのである。それゆえ、刑法の「断片的性格」、「補充性」あるいは「最後の手段」の原則も、「比例の原則」と結びつけられることを通じて、ゆき過ぎた保護機能の禁止すなわち「過剰禁止」(Übermaßverbot)に対する違反に陥らないように警告するという指令の意味をもった法治国家的原理として、確立されることになったのである。

なるほど、例えば立法者が殺人罪を刑法典に規定しなかったとすれば、それは、紛れもなく個人の

21 Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1919, S. 94ff. Alexy (1994), S. 229ff.

22 Vgl. Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 254ff.; Mahmann, a. a. O., S. 179ff.

保護権に基づく国家の保護義務違反であり、保護の「過少禁止」に対する違反であろう²²。しかしながら、刑法にかかわる多くの事案において現実的に問題となっているのは、保護権力による「過少禁止」よりも、「比例の原則」に直接的に違反することになる「過剰禁止」である。「過少禁止」をことさら重視し、例えば被害者保護の観点から、極端な重罰化と抽象的危険犯規定の不必要な過剰創設を刑事立法政策として推進するならば、それは、再び警察国家を招来し、リベラルな法治国家刑法の理念を著しく後退させるようなことになるであろう。むしろ、「社会国家的観点」から、例えば受刑者の刑務所内での処遇の改善や犯罪被害者給付制度の改善という方向で保護権の実現が問題にされるのであれば、それは、ポジティブなものとなるであろう。

ともあれ、「保護権力自体による基本権のメタ侵害」あるいは「基本権保護のパラドックス」（人権／基本権保護という名目による人権／基本権侵害）という問題は、保護権力（保護義務）がいわば「もろ刃の剣」であるため、相変わらず切実な現代的問題となっているのである。それゆえ、市民の保護権実現の担い手として、保護権力を独占的に手中にする国家が、この権力行使に当たって犯し得る基本権侵害を防止し、「強すぎる刑法」あるいは「刑法の暴走」を回避するためには、法治国家的原理（防衛原理）としての（過剰禁止と結びつけられた）「比例の原則」をいかに機能させるかということがますます重要となるであろう²³。

23 ドイツの憲法裁判では、例えば「シュライヤー決定」（BVerfGE 46, 160）において、生命権についての国家の保護義務が一般的に是認され、「第一次墮胎罪判決」（BVerfGE 39, 1）および「第二次墮胎罪判決」（BVerfGE 88, 203.）においても、胎児の生命にも「人間の尊厳」が認められ、胎児の生命に対する憲法上の「保護義務」も是認された。「シュライヤー決定」（青柳幸一訳）につき、前掲『ドイツの憲法判例第二版』三一頁以下、第一次墮胎判決（島崎健太郎訳）につき、同書・六七頁以下、第二次墮胎罪判決につき、ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（二〇〇六年）六一頁以下を参照。さらに、第二次墮胎罪判決では、保護の「過少禁止」、当該事案では胎児の生命保護の「過少禁止」あるいは刑法投入による保護の「過少禁止」に違反しないような法的規制が要請された。