

法と道徳についてのノート (VI)

加 茂 直 樹

An Essay on Law and Morality (VI)

Naoki KAMO

Received May 1, 1978

目 次

1 章	序 論
2 章	デヴリンの批判
3 章	ハートの反論
4 章	批判と反批判
5 章	デヴリン再論
6 章	ハート再論
7 章	問題の整理(1) ミッチェル
8 章	問題の整理(2) ラウチ
9 章	問題の整理(3) ファインバーグ (以上前号まで)
10 章	問題解決の方向
52 節	自由社会の意味
53 節	価値相対主義と寛容
54 節	宗教との関連
55 節	批判道徳の立場
56 節	合理的論議の可能性と必要性
11 章	法的強制を正当化する諸原則
57 節	自由とその制限
58 節	私的危害原則
59 節	不快原則
60 節	公的危害原則
61 節	福祉原則
62 節	パターナリズムとリーガル・モラリズム
63 節	結 論

10 章 問題解決の方向

52 節 自由社会の意味

以上に紹介してきた「ウォルフendon報告」(1957年)にはじまる道徳の法的強制についての論争は20年後の今日においてもまだ完結しておらず、法哲学者や法律の専門家たちの間でもこの問題についての決定的な結論は出ていない。論争が進むにつれて問題は拡大かつ複雑化し、法と道徳の本質だけでなく価値と自由の意味が問い直され、更には現代の国家、社会のあり方その

ものについての問も提出されてきた。これらの間に正面から答えることは本論文の目的ではないが、道徳の法的強制を正当化する原則は何かという限定された問題の解決のためにも、これらの問に対してどのような方向で答えようとするかを示す必要がある。本章ではそのような意味での方向づけを行い、道徳の法的強制の問題を大きく位置づけるよう試みる。そしてこの予備的考察をふまえて、次章において、道徳の法的強制を正当化する諸原則についての私としての暫定的な結論を述べることにしたい。

さて、第一に我々が法と道徳の関係をどのような社会におけるものとして考察するのが問題になる。社会に関して全く無限定なままでは、このような実際的な問題についての綿密な議論はできないからである。勿論、論者の大部分は英米の学者、専門家であり、自由社会を前提として議論している。しかし、自由社会そのものの意味が論者によりかなり異なっていることも、これまでの叙述から明らかであろう。例えば、スティーヴン、デュルケーム、デヴリンらが念頭においている社会はどちらかといえば伝統的・保守的社会である。そこにおいて進歩と自由が否定されているわけではないが、新しいものは未知の要素を含む故にその採用については慎重であるべきこと、自由は現在の社会秩序の維持と両立する限りで認められるべきこと、が強調される。共通道徳の内容にはどの社会にも普遍的に認められるものだけではなく、その社会独自のものも含まれている。そして共通道徳の侵害は社会の存続と統合性を脅かすので、これを法により守ることは単に許されるだけでなくむしろ積極的に要求される。

これに対して、ミルとミルの考えを現代において継承する人々は、社会についての自由主義的・個人主義的見解を提示している。それによれば、個人の自由は社会においてもっと積極的に評価されなければならない。自由によって個人は真に人間らしく生きることができるようである。伝統や世論はしばしば個人を画一性の中へ封じこめようとするが、個人の自由を最大限に保障することによって、個人の自己実現が可能になるだけでなく、社会自体の発展も可能になるのである。このような見解を一そう自由主義的な方向に徹底したのがストローソン、ウォルハイムらである。ストローソンが社会道徳と呼ぶのはどのような社会の存続にも必要な最小限の道徳であり、これはその意味で客観性を持っている。これに対して個人的理想は個人の主観的選択によるものであり、これについて真理性を論ずることは無意味であるとされる。この区別にしたがえば、前者は社会において画一的に強制されうるが、後者に対しては社会は全く干渉すべきではないということになる。しかしこれまでの考察はこのような単純な二分法ではうまく行かず、両者の中間の領域があると考えなければならないことを示しているように思われる。その中間領域に属する道徳的内容はすべての社会において妥当するというような普遍性を持たないが、特定の社会においてはそれを強制することの妥当性が十分論議可能であるような種類のものである。道徳の法的強制に関してとりあげられている事例の大部分はこの領域に属しており、したがって、一般的にこれは法により強制すべきだとは断定できず、一定の社会においてそうするのが妥当であるか否かが問題になると考えられる。

53節 価値相対主義と寛容

デヴリンは道徳的基準は神的啓示に基づくものであり不変であると考えている。（8節 参照）
 世代によって道徳的基準からの逸脱を寛容する程度は異なるけれども、その逸脱が道徳的悪であ

ることには変りはない。だから社会は寛容の程度を進めることを急ぐ必要はない。デヴリンにとって、寛容の拡大はむしろ社会の絆の弛緩、社会の衰微を意味する。しかし前にも述べたように、道徳的基準の不変性、客観性は理論的にも経験的にも決して確証されていない。もっと一般的にいて、道徳的価値についての絶対主義的あるいは客観主義的理論は成立しておらず、現代においてはむしろ相対主義、主観主義の立場の方が説得力を持っている。そしてこのような見地に立つならば、寛容という概念もデヴリンにおけるとは異なるニュアンスを持たざるを得ない。つまり、単に逸脱を黙認するという消極的な意味ではなく、他人が独自の価値観を主張するのを正当な権利として認めるという意味である。

ドイツの法哲学者ケルゼン (H. Kelsen) とラートブルフ (G. Radbruch) は価値相対主義と寛容の関係について詳細に論じている。彼らがほぼ一致して主張しているのは次の諸点である²⁾。

- (1) さまざまな価値観の対立を科学的に解決することはできない。つまり、科学は究極的な意味では我々が何を為すべきかという問に答えてくれない。
- (2) 各人の有するさまざまな価値観の間にはその真理性に関して上下、優劣はない。だから各人の価値観はすべて等価とみなされなければならない。
- (3) 多くの個人の価値判断が一致していることはその価値判断が客観的にも正しいことを示しているわけではない。だから価値相対主義の道徳的原則として寛容の原則があげられなければならない。
- (4) 少数派に対する寛容は無際限ではない。ラートブルフはいう。「相対主義——それは普遍的なる寛容である——しかし、不寛容に対してまで寛容ではない。」(著作集4巻 pp. 9-10) どのような意見もそれが平和的に表明される限りは発表を許されるべきである。思想と言論の自由は自由社会が成立する前提として保障されなければならない。
- (5) 各人の価値観を等価とみなすことは各人を平等な存在として取扱うことにほかならない。そしてラートブルフによれば、「政治的平等は、多数決の組織、すなわち民主主義に帰着する。相対主義は民主国家を要求する。」(前掲書p. 8)
- (6) 民主主義は多数の賛成を得たすべての信念に対してその内容や価値を問うことなしに権力を寄託しようとする。この態度はすべての政治的、社会的意見の等価を前提するものであり、したがって相対主義を前提している。

以上の主張は決して自明のことばかりではなく、特に価値相対主義と民主主義が論理的・必然的関連を持つという主張には疑問と批判が提出されている。民主主義という概念は歴史的にも現代においても多義的であり、価値相対主義を含まないような民主主義も確かに存在している。だが、ケルゼンやラートブルフの民主主義的社会の概念と我々が検討してきた英米の学者たちのいう自由社会の概念には、特に価値相対主義および寛容との関連において、かなりの共通性または親近性があるように思われる。ここで彼らの以上の見解の問題点を整理しておくことは我々の考察にも役立つであろう。

まず第一に、(3)と(4)において価値相対主義から寛容の原則が導き出される。これはいうまでもなく個人の自由を拡大する方向を示している。我々は民主主義的社会体制に対する力による攻撃に対しては寛容ではないが、思想、言論については普遍的自由を認めなければならない。この点は根本的に重要である。ところが、(5)と(6)において価値相対主義と民主主義が一つであることが

主張されるが、そこから自由と寛容に反するような帰結が導き出される可能性が生ずる。つまり、価値観の等価は各人の平等を意味し、集団の意志決定において各人が平等に一票を持つという形での多数決原則が採用される。(3)の前半に述べられているように、多数の意見が客観的に正しいわけではないが、実際にはそれは集団の唯一の意志として機能し、時には寛容の原則さえふみにじってしまう。多数決によってすべての問題に決定を下すことができるとすれば、独裁国家を選挙することさえ決定できる。ラートブルフもこの点を鋭く指摘する。「自由を放棄する自由は、自由そのものの理念に内在している。ここに、何故に独裁主義が民主主義の方法によって基礎づけられ得るかの理由がある。民主主義は、他の国家形態と併んでの国家形態の一つであると同時に、他のすべての国家形態の基礎なのである。」(前掲書 p. 8) 要するに民主主義は一面からいえば集団の意志決定の手続きを示しているに過ぎない³⁾。ではこのような危険に対処する方策は何か。ラートブルフは各人が独裁国家においても保持する憲法そのものを処理する権利に解決を求める。「民主主義は、独裁的な憲法のためにその身を退くことはできる。しかし、民主主義は憲法それ自体を処理する権利を放棄することはできない。それはただに社会学的に不可能であるばかりでなく、法学的に不可能である。憲法についての国民投票権は、登録された法律であり、あらゆる憲法の黙示・当然の内容である。」(前掲書 p. 9) だが、自由の侵害と独裁とを事前に防止するにはどうしたらよいか。ケルゼンとラートブルフは寛容の原則を提示するが、一般的、抽象的な形ではこの原則も実質的に効力を持たないであろう。困難ではあってもこの原則の適用される範囲をできるだけ具体的に規定し、多数決によって個人に強制すべきでない事柄を明らかにするよう我々は努力しなければならない。

54節 宗教との関連

デヴリンは、英国の社会制度の細部にまでキリスト教の教えが浸透していること、宗教と道徳と法が不可分であること、を強調する。これに対して合理主義者たちは、宗教は非合理的なものであるという理由でこれを個人的理想の枠内へ閉じこめ、社会道徳と法から宗教の影響力を排除しようとする。ミッチェルの合理主義者への反批判は、宗教の教義、特にキリスト教の性や生死の問題についての教えがすべて非合理的ではないことを指摘している点では、妥当性を持っている。そして、キリスト教の影響下に成立した欧米の伝統的社会制度のいくつかが現在もなお存続されるべき価値を持っていることも事実であろう。しかしそれらの制度は、起源においてはキリスト教的であったとしても、現代においてはミッチェル自身も認めるように、功利主義的観点からその妥当性を説明できるようなものであり、キリスト教を離れて独自の存在理由を持つといえる。例えば、人命尊重という考え方はすべての生命は神の手にあるというキリスト教の教えに由来するものであろうが、現代においては人命尊重の根拠を別のところに求めることもできるのである。

このような観点に立つならば、我々は法と道徳の関係を論ずるにあたって、個々の宗教の教義を特に顧慮する必要はないといえよう。宗教が含んでいる道徳的に妥当な内容は、個人の道徳観や社会道徳を通して当然我々の考察の対象に含まれてくるはずだからである。前節に述べた寛容の原則はいうまでもなく歴史的には宗教の独善へのアンチテーゼとして確立されてきたものである。寛容は恐らく宗教の教義から導き出しえないことであり、宗教とは別個の規範としての道徳の原則である。宗教と道徳の間には現在においても密接な関連があることは認められるが、とに

かく両者の間に一線を画するよう努力することによって、特定の宗教的権威が道德の領域に無媒介に入りこみそこでの論議に偏向を与えるような事態を防ぐことが重要であると私は考える。

55節 批判道德の立場

宗教からの影響を一応排除するならば、道德の法的強制は第一義的に道德の問題である。これは法体系の内部で解決できる問題ではないからである。では我々はどのような道德的態度でこの問題に対処すべきであろうか。主観的、感情的で非合理的になりがちな道德的態度とより客観的で批判的かつ合理的な態度を区別するならば、ここで要求されているのは勿論後者である。このような態度は個々の行為について道德的価値判断を下す際にも望ましいことであるが、あるカテゴリーに属する行為一般を合法的と認めるか否かという問に答える場合には特に必要である。これはハートのいう批判道德の立場とほぼ一致すると考えられる。また、ドゥオーキンは道德的立場や道德的確信について人類学的意味と識別的意味を区別した（28節）が、この表現を借りるならば、ここで必要なのは識別的意味における道德的立場なのである。

だが道德的態度や立場についての批判的、無批判的という区別は決して絶対的なものではない。価値相対主義を前提する以上、道德についての無批判的な立場がいつも謬っている、あるいは、批判的な立場は無謬である、とはいえないからである。しかし、批判的な立場の方が無批判的立場と比較して意見の矛盾対立をより多く克服しており、したがって多面的な批判により多く耐えらるゝと考えられる。この問題にとりくむに際してだけでなく、我々は道德的生において絶えず自らの持つ道德的観念に批判的吟味を加えなければならない。我々の直面する問題の多くはあまりに複雑であり、我々は自らの良心の判断を無条件に信頼することはできないが、他に頼るべきものはないのだから、その判断の質を高めるように努力する以外に途はないのである。これは一言でいえば道德的自律を目指すことにほかならない。我々は道德的判断の真偽は論じえないが、その相対的正不正あるいは妥当性は論じることができるし、論じなければならない。そのことなしに価値相対主義の立場を採るならば、我々は価値ニヒリズムにおちいるだけであろう。

56節 合理的論議の可能性と必要性

既述から察せられるように、道德はどの程度まで法によって強制されるべきかという問に対して、単一または少数の一般の原則を挙げて答えることは困難である。同性愛、売春、安楽死などの事例については個別にその特殊性に即した考察を行うことが必要だからである。しかし、このことは一般の原則や理論が全く無用であることを意味するわけではない。ある事例についてパターンリズムが採用されるということからすべての事例においてパターンリズムを採用すべきだという帰結が導き出されるわけではないが、我々は少くとも他の事例についてもそれを適用すべきかどうか検討しなければならない。一つの理論がある事例において採用されるということはそうすべき正当な理由があることを意味し、同じ理由が成立つ他の事例においてもその理論が採用されるべきことを意味する。具体的な諸事例の考察に先立って道德の法的強制についての一般の原則が確立されていて、それを個々の事例に適用しさえすればよい、という形での演繹的方法は現在の我々には不可能である。しかし、我々が合理的な思考と開かれた討論によって単に主観的ではなく党派的、独善的でもない解決を目指す限り、原則と理論は有用であるし必要でもある。そ

れらなしには十分な意味における倫理学は成立しないし、法体系も統一性を持たないことになる。

我々がかたくなな現実と普遍性を志向する理論との間で苦闘しなければならない。ある理論がある事例に適用された場合にうまく行かないということは、その理論の有効性を再検討すべきこと、あるいは少くともその適用範囲を制限すべきこと、を示唆するであろう。ここで、うまく行かないという判断は常識によるものであるかも知れない。常識による道徳的判断は理論の偏向や非現実性を示してくれる点では有用である。しかしいうまでもなくそれは全能ではなく、しばしばあまりに主観的、感情的、無批判的であり、首尾一貫性を持たない。それは逆に理論によって批判されは正されなければならない面をも含んでいる。特に立法という政治過程においては、世論の操作などによって多数の名の下に一面的に偏った決定がなされる危険性があり、これに対する抵抗の基盤としても理論と原則を持つことが必要である。だから、大衆の健全な常識と学者、エリート、専門家の合理的な理論の間に批判的交流があることがもっとも望ましいといえよう。

11章 法的強制を正当化する諸原則

57節 自由とその制限

自由の価値についてはさまざまな主張がなされているが、我々としてはどのように考えるべきだろうか。フラインバーグのいうように（47節）、自由はそれ自体において無条件的に善であるとは断言できないが、自由と強制とを対比する時、両者を全く同等と評価すべきではなく、自由の方に積極的価値を認めるべきであろう。近代社会は道徳、法、政治の諸領域における各個人の自発的な価値判断あるいは自律にその基礎を置いているからである。民主制が衆愚政治または全体主義政治に変質することを防ぐためには、各個人の社会的問題についての意識を高めて行く以外に方法はない。これは、各個人が当面する問題についてできるだけ正確な事実認識を持つように努め、学者、専門家の意見と相対立するさまざまな主張を聞いた上で、自由に考え、判断することによって可能となる。その意味では、自由は、慣習道徳によって悪であるとされる行為を行う自由をも含めて、一応は尊重されるべきである。慣習道徳による善悪の判断も決して絶対的ではなく、これだけを理由にして自由に一定の枠をはめてしまうことは妥当でないからである。

このような観点に立つならば、自由はまず、ミルのいうように、他人に対する危害を防ぐという原則によって制限されるべきである。道徳の法的強制という問題についても、我々はこの原則を唯一の原則としてではないが主要な原則として考えて行くべきである。ところが、どのような行為を他人に対する危害と認めるべきかを追求して行くと、フラインバーグが無政府主義的原則や形式主義的原則について述べた（48節）のと同様の問題点が現れてくる。つまり、危害の範囲を縮小し各人に大幅な自由を認めると、各人の自由な行為が互いに衝突し、実質的には強者が弱者に比してより大きな自由を持つようになる。このことにどのように対処するかは、自由と平等のどちらが優先するかという問題、また、形式的平等と実質的平等のどちらが優先するかという問題と密接に関連している。各人に同じ大幅の自由を与えること（形式的平等）が強者により多くの自由を与える（実質的不平等）という結果を生み出す。自由と平等はどちらも現代社会の前提であり、また同時にそこにおいて実現されるべき目的である。自由放任主義の時代には、法の下における平等、機会の平等のような形式的平等と自由との一致または両立が説かれかつ信じ

られていた。現代においては、形式的平等は社会的・経済的不平等をますます増幅する故に、実質的平等の実現という要求が強くなってきている。これを認めるならば、自由の制限、特に強者の権利の制限または義務の拡大が必要になろう。要するに、自由は平等との関連においても制限を受けざるを得なくなる。この実質的平等は勿論、刑法の規定のみによって実現されうるものではないが、我々の問題の考察にあたってもこのような観点を顧慮することは少くとも必要であろう。

さて、社会は自らが存続しその機能を果たすためには、一定の社会秩序を保って行かなければならず、そのために自由に対する更なる制限を要求する。個人相互の利害関係の調整だけでは十分でなく、社会の基本的な制度、機構、価値を守るための強制が正当化される。デヴリンに代表される保守主義的・社会防衛的立場からの道徳強制論はその意味で一面の正しさを持っている。しかし個人の立場から見ると、社会とその秩序の維持も決してそれ自体が価値であり目的であるわけではない。ここで個人の立場と国家・社会の立場との分裂、対立が起ってこざるを得ない。

近世以来の自由主義的政治理論によれば、国家は個人の生命、自由、財産などを守ってくれる存在として意味を持つに過ぎず、それらの保障なしでの秩序は積極的な価値を持たない。ところが国家主権は個人（少数または多数）の正当な権利や自由を多少侵害してでも自らの権力を維持し強化しようとする拔きがい傾向を有する。このような個人の論理と国家の論理の対立は市民的不服従（civil disobedience）という行為において典型的に現われる。個人が不正な戦争に参加することに反対して行う兵役拒否や、税金が不正な目的のために使われることに抗議しての納税拒否がその例である。これについては別個に詳しく論ずる必要がある。ここでは、国家の論理の独走を防ぐためには、国家の目的と役割について個人の立場から絶えず批判と限定を加える必要があると述べるにとどめる。

58節 私的危害原則

自由を制限する正当な理由になりうる諸原則をファインバーグらの整理にしたがって列挙し、個別的に検討して行こう。まず危害原則については、これを公的と私的の二者に分けるならば、私的危害原則を正当な理由の一つとして挙げることには誰も異論をさしはさまないように思われる。他の諸原則が自由を制限する理由になりうることもこの危害概念との関連によって説明されるのであって、その意味で私的危害原則は中心に位置づけられるべきである。しかし何が「私的危害」を構成するかはこの原則から必ずしも明らかではない。私人と私人の関係において危害の概念が拡大されるならば、個人は他人から利害関係を侵害されることは少くなるが、同時に彼自身の行動の自由も狭められる。逆に危害概念が縮小されるならば、個人の行動の自由は大きくなるが、他人からの侵害を受ける可能性も増大する。したがって、社会は行動の自由と危害の防止との対立関係においてどのような平衡をつくりだすか判断しなければならない。そして、してもよい行為としてはならない行為との間に一線が引かれ、この基準が社会の全成員に画一的に強制される限り、そこには一種の平等が実現される。この基準が個人の自由という観点から判断して厳しくても寛やかでもこの形式的平等は成立する。しかし実質的平等という観点から見ると、前節で述べたように、全く異なる結果が生ずる。現実の社会には各成員間に社会的、経済的、精神的に見て実力の不均等があるのは事実であり、そこでのより大きな行動の自由は強者のみの自

由を結果するであろう。そこで実質的平等を多少とも実現しようとするためには自由を制限し危害概念を拡大しなければならない。これは危害概念を規定する際にも、個人を保護するというパターンリズムの考え方が既に採りいれられていることを意味する。現代において近世以来の市民社会、資本主義社会という大枠はなお存続する中で、経済活動などの自由に対する規制がより厳しくなっている面があるが、その背景には自由の制限なしには自由競争そのものが貫徹できなくなるという差迫った事情がある。他方、個人のより私的な生活、つまり信仰、性、娯楽などの面では、個人のより大きな自由を認める傾向が顕著になっている。現代における自由の問題を考える際には、この二傾向、つまり経済活動における自由の縮小（国家の介入の拡大）と他の面における自由の拡大の傾向に注意する必要がある。

もう一つの問題は被害者の承諾があった場合に危害が成立するか否かである。これについては刑法学者の間でも諸説があるが¹⁾、大雑把に言えば、被害者が承諾すれば殺人も罪ではないという形の極端な個人主義的考え方は、現代においては妥当とは認められない。被害者の承諾は勿論、いくつかの犯罪において違法性を阻却する事由として認められているが、それをすべての場合に一般化することは困難である。これについてはパターンリズムを取扱う節で更に論ずることにする。

59節 不快原則

他人に精神的、身体的に苦痛や不快を与える行為はどこまで許され、どこから禁止されるべきであろうか。例えば、一定の限度以上の騒音を出すことは禁じられるべきであるが、これは単に他人に不快を感じさせるにとどまらず、十分に危害を構成するであろう。騒音そのものもその与える被害も客観的に測定し評価することが可能だからである。そのような程度にいたらない不快についてはどうだろうか。ある行為が他の人々に不快を与えるという時に、その原因は行為者の行為だけにあるのではなく、不快を感じる側にもある場合がある。同じ行為を経験しても不快を感じない人々もいるからである。いいかえれば、不快の原因の一半は、それを感じる側の宗教的または道徳的信念、価値観、経験、先入見などにある場合がある。このように不快の感じ方にはかなりの主観的・感情的・個人的要素があるので、このことだけを理由にしてその行為の禁止を結論するのは妥当でない。

デヴリンは、ある行為について社会の成員の多数がほんものの不寛容、憤激、嫌悪の感情を持つならば、その行為を法によって禁止してよいと主張する。（7節）しかし感情はどこまで行っても感情である。道徳現象において感情の果す役割は大きく、特に道徳的行為の動機として感情は積極的に機能している。しかし強い感情であるからといってその含む正不正、善悪の判断が無条件に肯定されるわけではない。これと全く反対の価値判断が別の人々の感情に含まれているということもありうるからである。だから、ベンサム的主張するように（25節）、感情を何らかの価値言語によって表現し、その正当性を理由づけることが要求される。感情が強く激しいものであるほど、それは言葉では表現しつくせないものである。しかし、そのままではそれは限られた範囲内でしか他人に伝達されえない。しかもそのような時に、我々はもっとも多く独善的な正義感に支配されがちである。困難ではあるにしても言葉での表現に努めることを通じて、その感情の含む価値判断はより客観的に、あるいはより相互主観的になるのである。

これに関連して、ハートが述べている行為が公然のものであるか否かの区別も重要になる。(15節) 行為の規制の基準を行為の不道徳性や不信心性に求めるならば、行為者の内面的なもの、心情に立って判断をせざるを得ない。そのような判断は偏見や狂信に左右されがちである。公然の行為が良俗に反する場合にこれを規制すべきだというハートの主張はその意味で妥当である。ひそかに行われる行為は他人に危害を及ぼさない限り、法的に規制されるべきではない。想像によってこれに不快を感じずる人々がいたとしても、それは国家権力による介入や強制を正当化するに十分ではないし、プライバシーを侵害することなしに有効で公正な規制を行うのは困難だからである。

60節 公的危害原則

公的危害原則はミルやベンサム立場からは否定的に見られるが、ファインバーグが指摘するように(49節)、彼らも実質的にはこれを否認していない。しかし、この原則が無条件に肯定され、個人の私的な行為が「社会に対して危険である」とか「公共の福祉に反する」というような曖昧な理由で禁止されるならば、行為の自由の領域は著しく狭められるであろう。この原則は、「公共の利益になるような慣習や制度を守るため」(ファインバーグ、49節)とか「社会の基本的制度を保護するため」(ミッチェル、42節)という形で表現される場合には、デヴリンらの保守主義に接近する。だが「公共の利益」とか「基本的制度」の意味も社会により時代によって勿論異なるし、同一の社会、同一の時代においても決して一義的ではない。また、ある制度が一定の社会の基本的制度であることをその社会の全成員が事実として認めているとしても、このことからこの制度を完全な形で保護すべきことが直接に帰結するわけではない。私有財産制度が資本主義社会の基本的制度であることには誰も異論を持たないであろうが、資本主義社会の存続を願っている人々の中から、私有財産権の重大な制限——例えば土地私有制の廃止——を主張する人が出てくるということも起りうるのである。

個人にとっては国家とその法秩序は決して究極的な目的ではないのだから、国家の役割と機能について、特に私人に対する干渉について、厳しくチェックすることが、国家の中央集権的権力機構が肥大化した現代においては強く要求される。公的危害の防止のための規制そのものが私的の危害をひき起すという場合も考えられる。この問題を解決するには、まず公的、私的両危害概念がもっと明確にされなければならないが、一定の社会を前提することなしには明確化にも限度がある。一定の社会においても公私のどちらを優先させる形で明確にするかは、まさにその社会における階級的・党派的対立の争点になると考えられる。

61節 福祉原則

福祉原則とは、ファインバーグによれば、他人を益するために行行為の法的規制が行われることをいう。これと危害原則との区別はそれほど明らかではない。危害原則は他人または社会に危害を与えるような行為を行わないこと(不作為)を要求し、福祉原則は他人または社会を益するような行為を積極的に行うこと(作為)を要求する、と一応は考えられる。ところが3節で述べたように、ミルは、個人が不作為によって他人に危害を与えることがあり、例外的にはあるがそれについて個人の責任を追求できると考えているし、刑法にも不作為犯の規定がある。だから問

題は行為の作為，不作為にあるのではなく，その作為または不作為の結果が，他人に対して危害を及ぼさないという消極的なものとどまるか，それとも，積極的に他人を益することになるかにある。後者は倫理学でいう不完全義務であるが，これを法によって強制する例は見出すことが困難であるように思われる。例えば，親が子に食物を与えないで餓死させた場合，親は不作為により子に危害を加えたとみなされ罰せられる。無関係の他人がこの子を救うならば，彼は賞讃を受けるであろうが，もし救わなくても罪を犯したことにはならないであろう。

フラインバーグが挙げているのは納税義務の例（49節）である。このように益する対象が個人でなく国家，社会である場合には，問題はもっと複雑である。税制は国の財政制度の根幹であり，国家が国民に納税の義務を課するのは一応当然と考えられる。ところが，国家がその税金によって行う事業には，法秩序を維持することによって国民に対する危害を防ぐという消極的性格のもののだけでなく，例えば国民を文化的に向上させるための活動も含まれている。後者のような活動を国家が行うべきでないと主張するならば一種の夜警国家論になるが，現代の国家は社会生活のほとんどすべての領域に関与し一定の役割を果たすことをむしろ要求されており，単なる夜警国家にはとどまりえない。また，国家の施策のなかで積極的性格のものと消極的性格のものとは相互に絡み合っていて明確に二分することが困難である。だから公的危険原則とは別に福祉原則を立てることは不必要のように思われる。納税拒否は国政の運営を妨げる故に公的危険にあたるとみなし，他方で，国家のなすべき正当な活動とは何かを別個に検討する方が，問題の整理がしやすいのではないだろうか。57節で触れたように，税金の不当な使用に抗議しての納税拒否や不正な戦争または戦争そのものに反対しての兵役拒否の問題はなお残る。これらは悪法に対する抵抗権の発動とみることもできる。そして，法体系の内部で抵抗権について規定し，合法的な抵抗の形態を明示することは，勿論ある程度の意味を持っている。しかし，抵抗そのものは法律的観点からの把握で尽きるわけではない。抵抗する個人の立場から見れば，抵抗には宗教的，道徳的，政治的諸側面があり，法律的観点も行為を決定する一つの要素に過ぎない。いいかえれば，行為が合法的か否かは行為を行う上での決定的・究極的要因ではない。法は個人にとっては唯一の規範ではないからである。

62節 パターナリズムとリーガル・モラリズム

58節において述べたように，現代においては，実質的平等を実現するために危険概念を拡大することが要求されている。例えば決闘の場合，両当事者の合意はあるにしても，結果として危害を受けるのは恐らくより弱い側であろう。だから，決闘の禁止は自らに危害をもたらすような意志決定から弱者を保護するというパターナリズムを含んでいる。ハリスはヒューズを批判して，XがYに対してその承諾を得て暴力をふるう場合，XのYに対する危害は成立しないと主張した。

（28節）だがパターナリズムを受け入れるならば，被害者の承諾という事実はパターナリズムといわば相殺され，XがYに危害を加えたという事実がなお残される。ハートの挙げた麻薬売買の例（14節）では，売り手と買い手の間に売買についての合意があるが，この売買が買い手に対して危害をもたらすことが確実であるならば，パターナリズムを適用するのが妥当であろう。その際，危害の程度がやはり問題になるわけで，軽い危害については被害者の承諾があれば罪にならないことも起りうるのである²⁾。このように考えるならば，パターナリズムは当事者間の合意が

あれば何をやってもよいという形の個人主義，自由主義に修正を加えるという意味を持つことが明らかになる。合意があれば危害が成立しないと考えれば危害概念は主観的にならざるを得ないが，パターンリズムは当事者の主観的判断が何であるかにかかわらず危害が客観的に規定されていることを前提している。この前提なしにパターンリズムだけで法的強制を正当化することは不可能であろう³⁾。

次に極端なパターンリズム，つまり積極的に自分自身を益するように法により強制することは正当化されるだろうか。益することが，一定の道徳的理想，目的，価値観を唯一の正しいものとして前提し，その方向に向って一定の行為を行うことを意味するのならば，それは価値一元論を押しつけるものであり，妥当とは考えられない。これは積極国家，全体主義社会に直結する危険性を持っている。自分自身を益することが，行為者自身の判断による自らの幸福，利益などの増進を意味するのならば，これは利己主義を強制することになるが，これはむしろ個人の権利または自由に属することであり，義務として押しつける必要はない。

さて，我々はハートとともにパターンリズムを受け入れるならば，精神的パターンリズムをも承認しなければならないであろう。ところが精神的パターンリズムとリーガル・モラリズムは区別され得ないという指摘がデヴリン（33節），ネーゲル（29節），ミッチェル（37節）らによってなされている。しかし，このことは逆にリーガル・モラリズムを独立の原則として立てる必要のないことを示唆するのではないだろうか。これまでに妥当であると認めてきた危害原則を中心とする諸原則によらないで，純粋に道徳そのものを強制するのが妥当であるのはどのような場合であろうか。デヴリンやデュルケームのいう共通道徳や大衆の正義感をそのまま強制の根拠とするのは危険である。強制を正当化するにはこれまで論じてきたような基準や手続きが必要である。デヴリンがリーガル・モラリズムによって正当化しようとした強制は公的危険原則，不快原則などによる強制と恐らく重複するであろうし，重複しない部分があるとしたら，その強制は十分正当化されていないといえるのではないだろうか。

63節 結 論

道徳の法的強制をめぐる我々の長い探究の結果は一体何だろうか。まず感じられるのは，問題の複雑さであり，明快な解決が困難なことである。その一つの原因は道徳的な面にある。規範としての道徳の特質は自律にあると思われるが，現代の倫理学においては，個人が十分な自律能力を持つという前提に立って理論体系を構築することは許されない。我々は我々の道徳的判断能力としての理性あるいは良心に完全な信頼をおくことができず，我々の自律的道徳はカントが信じたような普遍性と客観性を持つことができない。我々は多様な価値観の主体としての多様な個人が社会において共存することをまず承認しなければならない。そして，社会生活において共通のルールが必要であるような事柄については，寛容の精神と批判的態度を保ちながら，開かれた討論と民主的手続きでそれを決定して行かなければならない。だが，社会道徳によって悪とされ非難の対象とされる行為がすべて法によって禁止されるべきだとは必ずしもいえない。法と道徳は別個の社会規範であり，規定の仕方，サンクションの仕方もそれぞれに異なっている⁴⁾。だからベンサムのように（24節），行為を法によって禁止しその違反に刑罰を課することがどのような利益と損失を個人と社会にもたらすかを，さまざまな観点から考察し計算しなければ

ならない。行為の法的規制が有効であるか、不公平をひき起さないか、プライバシーの侵害などの弊害をともしないか、等々の問題を検討しなければならない。

以上のような事情があるので、何を法によって強制するのが妥当かという問に対して、一定の合理主義や自由主義の立場で割切って答えるだけでは不十分である。このような現実的な問題の解決にあたっては、長い年月にわたる経験と伝統を基本とする保守主義の見解にも傾聴すべきものが含まれている。しかし勿論、古いものが批判を超越するような権威を持っているわけではない。ミッチェルのいうように (42節)、合理主義の立場がいつも正しいとはいえないが、合理的手続きはいつも必要である。それは科学的調査研究によって得られた人間と社会についての最善の情報をふまえた上での合理的・批判的論議を行い、最終的には多数決で決めるという手続きである。問題の性質上、ここで得られる事実と事実の含む法則性は自然科学におけるほどの客観性を持たないと考えられる。だからそのような事実認識に立脚する価値判断がどれだけの妥当性を持ちうるかには疑問がある。しかしとにかく、我々は判断し決定することを迫られているのであり、多面的な検討によってできるだけ妥当な判断を下すよう努力しなければならない。

我々が私的危害原則を問題解決の中心に位置づけたのも、「他人に対する危害」という概念がもっとも客観的に規定できるものであり、したがって相互主観的な論議に耐えろと考えるからである。不快原則、公的危害原則、パターンリズムなどの他の諸原則も究極的にはこの危害概念と関連づけることによって正当化される。不快原則は私的危害原則のいわば弱い形であり、不快が単に主観的な感じではないものとして示されることを前提している。公的危害原則が無制限に拡大解釈されないためには、常にこれを個人の利害関係のレベルまで引きもどして考え直す必要がある。パターンリズムが危害概念を基盤として成立していることは既に述べた。パターンリズムを採用することは道徳の自律という観点からいえば明らかに一つの退歩である。我々はパターンリズムをどの程度まで受け入れるべきかについては十分論じていない。だが、パターンリズムの適用される領域の拡大が、我々が自らの責任で自由に選択することのできる行為の領域の縮小を意味することは明らかである。当然のことながら、我々がどれだけ多くの社会的自由を保持できるかは、我々がどれだけ立派に自律できるかにかかっているのである。(了)

註

10章

- 1) 社会道徳、中間領域、個人的理想の三者の区別も決してそれほど明確ではないし、固定的でもない。この区分のしかたについても開かれた討論がなされることが、ここでいう自由社会の一つの意味であるといえよう。
- 2) 以下はケルゼン著、宮崎繁樹訳「正義とは何か」(木鐸社、ケルゼン選集3巻所収)及びラートブルフ著、田中耕太郎訳『法哲学』(東京大学出版会、ラートブルフ著作集1巻)、尾高朝雄訳「法哲学における相対主義」(同著作集4巻所収)による。
- 3) ラートブルフによれば、「デモクラシーは一個の世界観ではなくてむしろ一個の手續であり、それは社会内の世界観的諸対立の調停として価値があるのである。」(野田良之訳「社会主義の文化理論」著作集8巻 p. 123)

11章

- 1) 団藤重光『刑法綱要総論』増補(創文社、1974) pp. 156-158、木村亀二編『刑法(総論)』(青林書院新

社, 1960) pp. 248-264, 平場, 井上, 滝川編『刑法概説Ⅰ』(有斐閣, 1967) p. 89-93 など参照。

- 2) 安楽死の場合には, 以上の例とは異なる要因も考慮に入れる必要があろう。つまり, 本人の承諾とパターンナリズム以外に本人の苦痛の軽減というような理由も考慮されるべきである。
- 3) デヴリンはパターンナリズムにとって公共道徳の存在が不可欠であるといった(33節)が, 我々はむしろ客観的な危害概念の存在が不可欠であるといわなければならない。
- 4) このことについては, 拙稿「法と道徳をめぐる諸問題」(関西倫理学会編『倫理学研究』第7集, 1977) pp. 28-29 参照。

参 考 文 献

この論文のテーマに関連の深い文献を次に列挙しておく。これらは二, 三の例外を除き筆者の手元にあるが, この論文執筆のためには十分参照できなかったものも多数含まれている。

- 1 Abrahams, G., *Morality and the Law*, Calden & Boyars, 1971.
- 2 Acton, H. B. (ed.), *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, 1969.
- 3 Atkinson, R., *Sexual Morality*, Hutchinson, 1965.
- 4 Bartley III, W. W., *Morality and Religion*, Macmillan, 1971.
- 5 Beauchamp, T. L. (ed.), *Ethics and Public Policy*, Prentice-Hall, 1975.
- 6 Benn, S. I. & Peters, R. S., *Social Principles and the Democratic State*, George Allen & Unwin, 1959.
- 7 Bentham, J., *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, 1789.
- 8 Brecht, A., *Political Theory*, Princeton Univ. Press, 1959.
- 9 Brennan, J. G., *Ethics and Morals*, Harper & Row, 1973.
- 10 Burr, J. R., & Goldinger, M. (ed.), *Philosophy and Contemporary Issues*, Macmillan, 2nd ed., 1976.
- 11 Care, N. S. & Trelogan, T. K. (ed.), *Issues in Law and Morality*, Case Western Reserve Press, 1973.
- 12 Childress, J. F., *Civil Disobedience and Political Obligation*, Yale Univ. Press, 1971.
- 13 Clor, H. M., *Obscenity and Public Morality*, The Univ. of Chicago Press, 1969.
- 14 Cohen, M. R. & Cohen, F. S. (ed.), *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Little, Brown and Company, 1951.
- 15 Comfort, A., *Sex in Society*, Penguin Books, 1964.
- 16 Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford Univ. Press, 1965.
- 17 Durkheim, E., *De la division du travail social*, 1893.
- 18 Duster, T., *The Legislation of Morality*, The Free Press, 1970.
- 19 Dworkin, R., 'Lord Devlin and the Enforcement of Morals', *Yale Law Journal*, Vol. 75, 1966 (67および71に再録)
- 20 Dworkin, R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford Univ. Press, 1977.
- 21 Feinberg, J., *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973.
- 22 Fuller, L. L., *The Morality of Law*, Yale Univ. Press, Rev. ed., 1969. (稲垣訳『法と道徳』有斐閣, 1968)
- 23 Ginsberg, M., 'Law and Morals', *The British Journal of Criminology*, Jan. 1964.
- 24 Ginsberg, M., *On Justice in Society*, Penguin Books, 1965.
- 25 Gusfield, J. R., 'On Legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance', *California Law Review*, Vol. 56: 54, 1968.
- 26 Hacker, P. M. S., & Raz, J. (ed.), *Law, Morality, and Society*, Oxford Univ. Press, 1977.

- 27 Hall, R. T., *The Morality of Civil Disobedience*, Harper & Row, 1971.
- 28 Harris, R. N. Jr., 'Private Consensual Adult Behavior: The Requirement of Harm to Others in the Enforcement of Morality', *UCLA Law Review*, Vol. 14, 1967.
- 29 Hart, H. L. A., 'Immorality and Treason', *The Listener*, July 30, 1959. (20および71に再録)
- 30 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford Univ. Press, 1961. (矢崎他訳『法の概念』, みすず書房, 1976)
- 31 Hart, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford Univ. Press, 1963.
- 32 Hart, H. L. A., 'Social Solidarity and Enforcement of Morality', *Chicago Law Review*, Vol. 35, 1967. (5に再録)
- 33 Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford Univ. Press, 1968.
- 34 Henkin, L., 'Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity', *Columbia Law Review*, Vol. 63, 1963.
- 35 Hospers, J., *Human Conduct: An Introduction to the Problems of Ethics*, Harcourt, Brace & World, Inc., 1961.
- 36 法務省刑事局(編)『刑法改正をどう考えるか』大蔵省印刷局, 1974.
- 37 Hughes, G., 'Morals and the Criminal Law', *Yale Law Journal*, Vol. 71, 1962.
- 38 井上 茂『法哲学研究』第三巻, 有斐閣, 1972.
- 39 Kanowitz, *Women and the Law*, Univ. of New Mexico Press, 1969.
- 40 Kurtz, P. (ed.), *Moral Problems in Contemporary Society*, Prentice-Hall, 1969.
- 41 Leiser, B. M., *Custom, Law, and Morality*, Anchor Books, 1969.
- 42 Leiser, B. M., *Liberty, Justice, and Morals*, Macmillan, 1973.
- 43 Lloyd, D., *The Idea of Law*, Penguin Books, 1964.
- 44 Louch, A. R., 'Sins and Crimes', *Philosophy*, Vol. 43, 1968. (71に再録)
- 45 Mabbot, J. D., *The State and the Citizen*, Hutchinson University Library, 1948.
- 46 Macfarlane, L. J., *Political Disobedience*, Macmillan, 1971.
- 47 Mewett, A. W., 'Morality and the Criminal Law', *The Univ. of Toronto Law Journal*, Vol. XIV, 1962.
- 48 Mill, J. S., *On Liberty*, 1859.
- 49 Mitchell, B., *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Oxford Univ. Press, 1967.
- 50 宮沢浩一, 中山研一(編)『性と法律』成文堂, 1972.
- 51 Nagel, E., 'The Enforcement of Morals', *The Humanist*, XXVIII- 1968. (5に再録)
- 52 Nagel, T., 'Sexual Perversion', *The Journal of Philosophy*, Vol. 66, 1969. (56に再録)
- 53 日本法哲学会(編)『法と倫理』有斐閣, 1975.
- 54 Olafson, F. A. (ed.), *Society, Law, and Morality*, Prentice-Hall, 1961.
- 55 大谷 実『刑法改正とイギリス刑事法』成文堂, 1975.
- 56 Rachels, J. (ed.), *Moral Problems*, Harper & Row, 1971.
- 57 Rostow, E. V., 'The Enforcement of Morals', *Cambridge Law Journal*, Nov. 1960.
- 58 St. John-Stevas, N., *Law and Morals*, Hawthorn Books, 1964. (阿南訳『法と道徳』理想社, 1968)
- 59 Schur, E. M., *Crimes without Victims*, Prentice-Hall, 1965.
- 60 『性——思想・制度・法——』ジュリスト増刊, 有斐閣, 1970.
- 61 清水征樹「道徳の法的強制に関する H. L. A. ハートの見解」, 『同志社法学』 Vol. 21, No. 3, 1969.
- 62 Skolnick, J. H., 'Coercion to Virtue: The Enforcement of Morals', *Southern California Law Review*, Vol. 41, 1968.
- 63 Stephen, J. F., *Liberty, Equality, Fraternity*, 1873.

- 64 Stewart, S. W., *A Modern View of the Criminal Law*, Pergamon Press, 1969. (大谷・熊谷訳『現代イギリス刑法』成文堂, 1974)
- 65 Strawson, P. F., 'Social Morality and Individual Ideal', *Philosophy*, 1961. (70に再録)
- 66 哲学会(編)『法と道徳』有斐閣, 1976.
- 67 Thomson, J. J. & Dworkin, G. (ed.), *Ethics*, Harper & Row, 1968.
- 68 Verene, D. P. (ed.), *Sexual Love and Western Morality*, Harper & Row, 1972.
- 69 Walker, K. & Fletcher, P., *Sex and Society*, Penguin Books, 1955.
- 70 Wallace, G. & Walker A. D. M. (ed.), *The Definition of Morality*, Methuen, 1970.
- 71 Wasserstrom, R. A. (ed.), *Morality and the Law*, Wadsworth, 1971.
- 72 Weir, R. F. (ed.), *Ethical Issues in Death and Dying*, Columbia Univ. Press, 1977.
- 73 West, D. J., *Homosexuality*, Duckworth, 1968. (村上・高橋訳『同性愛』人文書院, 1977)
- 74 Williams, D. G. T., 'Sex and Morals in the Criminal Law, 1954-1963', *The Criminal Law Review*, 1964.
- 75 Williams, G., 'Conspiring to Corrupt', *The Listener*, August 24, 1961.
- 76 Wilson, J., *Logic and Sexual Morality*, Penguin Books, 1965.
- 77 Wollheim, R., 'Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin', *Encounter*, Nov. 1959.
- 78 Wootton, B., *Crimes and the Criminal Law*, Stevens & Sons, 1963.
- 79 矢崎光圀「社会における道徳の役割と法の機能」, 『法律時報』34巻12号, 1962.
- 80 矢崎光圀『法哲学と法社会学』岩波書店, 1973.

Summary

'Should the law be concerned only with actions which harm individuals, or may it be used to protect the morality and essential institutions of a society?' To this question J. S. Mill gave an extremely individualistic answer about a hundred years ago. In his essay *On Liberty* he said, "The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others."

In 1957 the Wolfenden Committee, a committee established to consider the existing English criminal laws concerning homosexuality and prostitution, issued its report, in which it recommended that homosexual practices between consenting adults in private should no longer be a crime. The principles which support the Committee's recommendations are 'strikingly similar to those expounded by Mill', and this gave rise to a long controversy concerning the enforcement of morals among philosophers and lawyers in the English-speaking world.

P. Devlin, a prominent judge, objects to the Wolfenden Report on the ground that it is not possible to set theoretical limits to the power of the State to legislate against immorality. He further maintains that there are certain standards of behaviour or moral principles which society requires to be observed, and that the breach of them is an offence not merely against the person who is injured but against society as a whole. H. L. A. Hart and other scholars criticize Devlin from a liberalistic or individualistic point of view. Hart modifies Mill's principle by introducing paternalism, but he expressly rejects Devlin's legal moralism. According to him, it is not proper to forbid an act which causes no harm either to others or to the actor, simply because the society considers the act immoral.

The debate between Devlin and Hart evoked additional interest among philosophers, many of whom took part in it. In this paper we have attempted to make clear the main points at issue in the debate, and our discussion suggests the following conclusions:

1. As for the method of discussion and decision we can accept what Hughes calls 'the Benthamite method'. According to this, a rational approach to legislation requires, first, to obtain the best possible information for decision making, and secondly, to state value positions and their defence as explicitly as possible in rational debate.
2. Though freedom is not good in itself, we must concede that the restriction of freedom is an evil which calls for justification.
3. The legal enforcement of morality can be justified by several principles, the most important and fundamental of which is Mill's principle or the private harm principle. Other principles are dependent upon or derivative from this.