

Law that Makes Morality Possible

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/46862

道徳を可能にする法

足立英彦

はじめに¹

ハートは「法実証主義」と呼ばれる主張に少なくとも5つの異なった意味があることを指摘した上で²、その中の一つである「法と道徳、在る法と在るべき法との間に必然的關係（connection）はない」という主張を擁護した。本稿でもこのハートの主張に従って、法と道徳の間に必然的關係はないとする立場を法実証主義の立場とみなす。この意味での法実証主義は、両者の関係は偶然的であるとする包摂（包含）的実証主義と、両者の関係は不可能であるとする排他的実証主義にさらに分けることができる³。これに対して非法実証主義は法実証主義を否定する立場であり、したがって法と道徳の間に必然的關係があることを主張する。本稿は、両者の関係は必然的、偶然的、不可能のいずれであるのか、またはいずれであるべきなのかという問題ではなく、その問題に取り組む前の準備作業の一部としての、両者に必然的な、または偶然的な関係があるとするならば、その関係はどのようなものであるのか、という問題の検討を目的とする。最初に、本稿が以下の2点を前提としていることをお断りしておきたい。

1 本稿は、2016年11月6日に第10回東アジア法哲学会（北京）の分科会で筆者が行った報告を加筆修正したものである。

2 H. L. A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 Harv. L. Rev. 593, fn. 25 (H.L.A. ハート (上山友一・松浦好治訳)「実証主義と法・道徳分離論」同『法学・哲学論集』(みずす書房, 1990年) 98頁)。

3 Robert Alexy, *Inklusiver Nichtpositivismus*, in: Christiana Albertina 81 (2015), S. 8 (ロバート・アレクシー (足立英彦訳)「包摂的非実証主義」法律時報 87巻3号 (2015年) 68頁)。この分類については、足立英彦「法と道徳の関係の分類について：ロバート・アレクシーの分類の批判的分析」金沢法学 58巻1号 (2015年) 99-114頁で論じた。

1 本稿の前提

一つ目の前提は、「法と道德の関係」という表現における「法」は法規範のことを、「道德」は道德規範のことを意味し、それぞれ妥当する（効力を有する）⁴という点である。たとえば「税を払わなければならない」(L)という規範が法規範であるならば、それは妥当している。この場合、Lの否定形である「税を払わなくても良い」(¬L)という規範⁵は法規範でなく、妥当していない。同様に、「人を殺してはならない」(M)という規範が道德規範であるならば、それは妥当している。この場合、Mの否定形「人を殺してもよい」(¬M)という規範は道德規範ではなく、妥当していない。このように、以下では「法」「道德」という表現は妥当性をすでに含意しているものとして扱う。すなわち、妥当性を含む法概念・道德概念を用いることにする。

妥当性を含む法概念・道德概念を用いるのは、つぎの2つの理由による。第一に、通常「法に従う」「道德に従う」と言うとき、「妥当しない『法』に従う」「妥当しない『道德』に従う」という意味は含まれない。妥当性を含む法概念・道德概念は「法」・「道德」という言葉の一般的な用法に合致している。第二に、非実証主義者が「法と道德の間の必然的關係」の存在を主張するとき、想定するのは妥当する規範同士の関係であろう。妥当性を含まない法概念を用いて、「妥当しない法規範」であっても、それが「法」という名称を与えられるならば必然的に道德規範（または「妥当する道德規範」）と関係している、という主張をすることは十分可能であるもの⁶、そのような「妥当しない法規範」と道德規範の関係についてはここでは扱わない。

4 「妥当する」(valid)という表現は論理学では推論の正しさを意味するが、本稿では法学の慣例に従って規範の効力(名宛人を義務づける力)のことを指すものとする。

5 「規範」は義務様相を含む命題であり、それ自体は妥当・非妥当という値を含まない概念であるとする。

6 たとえばラートブルフの法概念「法は正義に奉仕するという意義をもつ現実である。」(Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1932, S. 32 (田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』(東京大学出版会, 1961年)151頁))は妥当性を含まない法概念として解釈することが可能である。

二つ目の前提は道徳規範についてである。筆者はカントの実践哲学に基づき、自律的な個人こそ、最も尊重されるべき対象であると考え。その自律的な個人とは、自分に対して規範を定め、それに従う人間のことである。各個人は自分に対してのみ義務を課す権限を有する。他人に対して義務を課すことはできない。それは、他人の自律を否定することを意味するからである。

このような自律的な個人が定める規範を、すなわち規範を定める立法者とその規範によって義務づけられる者が同じである規範を道徳規範とみなす。道徳規範は、それを定めた者だけを義務づける個別規範である。したがって、すべての者を義務づける一般規範としての道徳規範というものは存在しない。

以上の2つの前提の枠内で、以下では法と道徳に必然的または偶然的な関係があるとするならばその関係はどのようなものであるのか、という問題を検討する。

2 現在の個人が自律的であることを可能にする手段としての法規範

法規範のうち、無条件になんらかの義務を課し、相手方に対してその義務に対応する権利を与えるものを考える。このような無条件の法規範のすべてではないが、その一部は、以下で説明するように自律的であろうとする個人にとって必要な手段とみなせる。

そのような法規範の典型例は、自由権を定める憲法の規定である。憲法上の自由権規定は、それぞれ特定の行為についての自由を、すなわち特定の作為及び不作為が許されている状態を市民に与え、同時にそのような行為を妨害しないよう国に求める権利を市民に与える。これに対して国は、市民の自由な行為を妨害しない義務を負う。同様に、明示的であれ黙示的であれ、物の所有者（または占有者）に物権的請求権を認める民法の規定も、個人が自律的であろうとするならば必要な手段である。物の所有者は、その物の使用（及び不使用、以下同じ）を許されていると同時に、その使用を妨害しないよう自分以外の他者に求める権利を、すなわち物権的請求権を有している。これらの他者

は、物の所有者によるその使用を妨害しない義務を負う。

この種の法規範は、個人の自律という目的を実現するための手段である⁷。ある人（甲とする）が自律的であろうとする、すなわち、ある規範を定め、それに従って行動しようとする。ところで、不可能なことを義務づけることはできない。たとえば、火星に行くことを誰かに義務づけることは、少なくとも現時点ではできない。甲が何らかの行為を自分に義務づけるということは、その行為をすることが可能であることをすでに含意している。

ところで、もし国が甲の行為を妨害するならば、甲はその行為をすることができず、したがってその行為を自己に義務づける規範を定められない。また甲以外の私人が、甲の所有物の使用を妨害するならば、甲はその使用を伴う行為をすることができず、したがってその行為を自己に義務づける規範を定められない。

国に対する市民の自由権や、所有者以外の私人に対する所有者の物権的請求権は、上記のような妨害行為をしないことを国や私人に求める請求権である。なんらかの行為をしようとする甲が、その行為を妨害する国・私人に対して自由権や物権的請求権を行使し、裁判所がそれを最終的に認めるならば、国・私人の妨害行為は禁じられる。したがって、自由権を定める憲法や、物権的請求権を（明示的にであれ黙示的にであれ）定める民法の規定は、甲が規範を定め、それに従うことを物理的に可能にするための手段として理解できる。

ここで想起されるのは、『権利のための闘争』におけるイェーリングの以下の主張であろう。

人間にとっては、肉体的な生存ばかりでなく、道徳的なものとして生存すること（moralische Existenz）も重要であり、そのための条件の一つが

7 この目的・手段関係について筆者は、足立英彦「道徳・不道徳の可能性としての法：ラートブルフにおける法と道徳の関係について」金沢法学 56 巻 2 号（2014 年）9-28 頁（とくに 20-24 頁）でも論じた。

権利（Recht）を主張することなのである。人間は、自己の道徳的生存条件を権利というかたちで保持し、守るのであって、権利をもたない人間は獣に成り下がってしまう⁸。

「道徳的なものとして生存すること」を、規範を定めてそれに従うことと解し、「権利」を、規範に従った行為を妨害しないよう他者に求める権利と解してよいならば、『権利のための闘争』におけるイエーリングの上記の主張は、本稿の主張と同じである。

3 将来の個人が自律的であることを可能にする手段としての法規範

つぎに、法規範のうちで、何らかの条件が満たされる場合に何らかの義務を課すもの、すなわち条件付きの法規範を考える。このような法規範のすべてではないが、その一部も、個人が自律的であるために必要な手段とみなせる。但し以下で述べるように、これらの法規範は、現在の個人ではなく将来の個人が道徳規範を定めるために必要な手段である。

この種の法規範の典型例は、刑法や不法行為法である。犯罪は、個人の自由な行為を妨害したり、生命を否定したりする行為である。犯罪の被害者は、その犯罪の瞬間、またはその後の一定期間、または永遠に行為の自由を奪われ、したがって、その行為を自己に義務づけることができなくなる。個人の権利や利益を侵害する不法行為も、その権利や利益を必要とする行為をする自由を被害者から奪うので、被害者はその行為を自己に義務づけることができなくなる。犯罪や不法行為はこのような意味で望ましくない行為であり、そのような行為の数は少ない方がよい。犯人に対して刑罰に服することを義務づけることによって、または不法行為を行った者に対して損害賠償の支払いを義務づける

8 Rudolf von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 11. Aufl., Wien 1894, S. 20（イエーリング（村上淳一訳）『権利のための闘争』（岩波文庫、1982年）50頁）。村上訳の「倫理」を「道徳」に変更した。

ことによって、すでに行われてしまった犯罪や不法行為を遡及的になかったことにすることはできない。しかし、刑罰や損害賠償を義務づけることは、当該犯罪者・不法行為者の再度の犯罪・不法行為を抑制したり（特別予防）、刑罰や損害賠償の威嚇効果によって他者の犯罪・不法行為を抑制したり（一般予防）する効果があるので、この効果によって将来の犯罪や不法行為の数を減らすことはできるだろう。

4 小括

以上では、道徳規範を定め、それに従うことを可能にする手段としての法規範として、二つの類型を挙げた。第一類型の法規範は、市民に自由権を、所有者に物権的請求権を与える無条件の法規範である。これらの法規範は、我々が現在、規範を定めそれに従うことを可能にするための手段である。第二類型の法規範は、他者の自由な行為を妨害する犯罪や不法行為があった場合に、それを行った者に刑罰や損害賠償の義務を負わせる条件つき法規範である。これらの法規範は、より多くの人々が将来、規範を定めそれに従うことを可能にするための手段である。

同じ内容を現在の個人の視点に立って言えばつぎのようになる。現在の個人がある行為を自分に義務づけ、それに従おうとするならば、現在の国や他者に対してその行為を妨害しない義務を負わせる規範（第一類型の法規範）を必要とし、さらに、他者の同様の行為を妨害する過去の他者の犯罪・不法行為に刑罰や損害賠償を義務づける規範（第二類型の法規範）を必要とする⁹。

おわりに

最後に、残された問題について触れておきたい。自分に特定の行為を義務づ

9 すべての法規範が、道徳規範を定めそれに従うことを可能にするわけではない。そのような可能性と無関係な法規範もあろう。それを不可能にする規範について、それを法規範とみなし、したがってその妥当性を認めるか否かは、非法実証主義者と法実証主義者の間で見解が別れることになる。

ける規範は道徳規範である。そのような道徳規範はその特定の行為を妨害しないことを他者に義務づけたり、同種の行為を妨害する過去の他者に刑罰や賠償を義務づけたりする法規範を必要とする。その法規範は、それが法規範であるならば、本稿の前提の下では当然妥当している。しかしその法規範は私ではなく現在または過去の他者を義務づけるものである。すなわち、私が規範を定めてそれに従おうとするならば、他者は上記の法規範によって義務づけられなければならない、ということである。これは、他者を義務づける法規範の妥当性(効力)の私にとっての理由ではあるが、他者にとっての、すなわち義務づけられる本人にとっての理由ではない。

仮に、すべての人は自分だけではなくすべての他者の自律をも尊重しなければならない、という前提を追加するならば、上記の他者は私の自律を尊重しなければならない、したがって、私が規範を定めそれに従うことを妨害してはならない、という他者の義務もその前提から導き出せるだろう。「他人を決してたんに手段としてのみではなく、つねに同時に目的それ自体として扱うべきである」¹⁰ というカントの定言命法の一つは、この前提と同じであろう。しかしむやみに前提を増やすことは好ましくなく、本稿の前提の枠内では、この問題は未解決のままであるといことにおきたい。この問題を扱うためには、上記で述べた特定の行為を無条件に、または条件つきで義務づける法規範ではなく、それらの法規範の制定手続きを定め、妥当性を付与する法規範と道徳規範の関係も検討しなければならない。この点については、今後の課題とさせていただきます。

10 Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. IV, hg. v. d. Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin 1903, S. 433 (カント(宇都宮芳明訳)『道徳形而上学の基礎づけ』(以文社, 1989年) 142頁).