

資 料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学研究会

クリスティアン・キュール

「刑法と道徳一分け隔てるものと結び付けるもの一」

三 上 正 隆

1 紹介にあたって

「法は道徳の最小限」というイエリネック (Georg Jellinek) の言葉を待つまでもなく、法は道徳と密接な関連性を持つものであり、道徳に対する配慮は法解釈にとって不可欠なものと言える。しかしながら、他方、法と道徳とはその関心を異にしており、両者の混交は避けられなければならない。この点、刑法解釈学においては、戦後、所謂結果無価値論から「リーガル・モラリズム批判」が強力に展開され、両者の峻別が説かれるようになり、さらには、道徳は刑法との関係で敵視すべきものという地位にまで貶められていったと言える。

もっとも、近時、「臓器の移植に関する法律」(1997年)や「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(2000年)など、道徳との関係が直接問われるような立法がなされ、ここにおいて再び刑法と道徳との関係が注目されるに至っている。さらに解釈論においても、刑罰の正当性を根拠付ける理論として所謂積極的一般予防論が主張され、刑法と道徳との関係は無視し得ないものとなっている。このような状況に鑑みると、今一度刑法と道徳との関係を考察し、議論の土台を固めることが求められていると言えよう。

そこで以下では、その考察につき示唆を得るべく、両者の関係につき議論が先行するドイツの論攷⁽²⁾であるクリスティアン・キュール「刑法と道徳一分け隔てるものと結び付けるもの」の概要を紹介することとしたい。

2 キュール論文の概要

Ⅰ. 刑法に対する法哲学の重要性

刑法に対する法哲学の重要性は、1970年代、80年代において、一時的に薄れた

ものの、近時、再び高まって来ている。このことは最近のいくつかの教授資格請求論文を見れば明らかであり、そこでは、本来解決されるべき刑法の問題を取り扱うのに先行して、しっかりとした法哲学的な基礎固めが必要である、とされている。法哲学と刑法との対話において中心的なテーマとなるのは、刑法と道徳との関係、及びこの関係が先鋭化した刑法と正義との関係であるが、本記念論文集が捧げられているシュライバー (Hans-Ludwig Schreiber) は、後者の関係の研究に幾度となく取り組んできたのである。ここでは、シュライバーが、ロース (Fritz Loos) 及びヴェルツェル (Hans Welzel) と共に執筆した「正義II, 2」と、ロースと共に執筆した「法、正義」の二つを取り上げることとしよう。

「正義II, 2」においては、カント (Immanuel Kant) から第2次世界大戦後の自然法に関する議論までにおいて用いられた正義概念が説明されている。これに対して、「法、正義」では、実定法は正義の要求を満たし得ない場合があり、「法」と「正義」との間には「緊張関係」が生じ得る、とされている。この「緊張関係」を解消するにあたり、「自然法論者」は、「(「自然」に由来する) 正しい法の効力を優先させ、かつ正義と矛盾する実定法は無効である、とするのに対し、「法実証主義者」は、現行の実定法が優先するとし、「正義」と矛盾する「正しくない法」をも「法」とみなすことになる、とする。そして、ロース/シュライバーは、第三の立場として「少なくとも正義の根本的な要求に反する場合、実定法は拘束力を持たない」というテーゼを採用するのである。ロース/シュライバーが採用したこのテーゼの中に、所謂ラートブルフ公式 (Radbruchsche Formel)⁽³⁾を見出すことは容易である。

ロース/シュライバーが与するこのラートブルフ公式は、実定法によって少なくとも原理的に一保障された法的安定性と正義との歩み寄りを模索するものであり、ナチズムとDDRの不法を克服する際に、大きな魅力を持つものである。実務に対するこの公式の魅力は、第一に、実定法は、たとえ正しくないものであっても、通常の状態 (Normallagen) においては適用されるという点であり、第二は、正義は、積極的に規定されず、消極的に規定されるに過ぎないという点である。

II. 刑法と道徳との関係

法哲学は、新しい哲学的な学問領域である「法倫理学」の基本問題と言える「いかなる法が正しいとされるのか？」という問いに、すでに古くから取り組んできた。ロース/シュライバーは、上述の「法、正義」の中で、この問題に対して解を与えようとしている。

彼らは、まず、「法は、強制的性格を持つ点で、慣習、人倫、因習及び道徳と

いった社会の共同生活における他の規律と異なる」として、法の強制的性格を強調することにより、法と道徳との間に第一の境界線を引いている。

刑法は、このような法にのみ付随する強制的性格を、特に強く帯びるものである。なぜならば、市民に対して害のみならず、社会倫理的な否認を加える刑罰は、国家が市民に対して示す最も峻厳な反応であると言えるからである。そして、カントの言うように、強制権限と結び付いている法は、自由に対する侵害に対抗することとなる。こうして、国家の刑事罰は、法秩序の構成員すべてが有する同等の自由を保護することに役立つ限りにおいて、合法的な法制度となるのである。逆に言えば、刑罰（強制）は、これが自由の保護にとって不可欠なものではない場合には、もはや「正しい」ものではなくなってしまう。このような考察は「刑法と道徳」というテーマに通じることとなる。

III. 刑法と道徳との分離

刑法と道徳との関係についての議論では、まず、両者の分離を要求する立場が極めて重要である。法の領域においては、各人の外的自由を保護することが問題となる。

相互的に制約された各人の外的自由は、現行刑法典における法益秩序を決定する。自由を行使する前提条件としての生命及び身体が無傷性と並んで、ドイツ刑法典の各則第18章においては、他者から影響を受けることなく自らの態度を決定する可能性として解釈される「個人の自由」が保護されている。また、第13章においては、「性的自己決定」が保護されている。この章では、性犯罪においても、人倫（Sittlichkeit）に対する違反が問題となるのではなく、性的領域における外的自由への侵害が問題となる、ということが、立法者によって、明確にされている。学説でも、今日ほとんど通説的な見解によれば、単なる道徳違反の処罰は、外的自由の保護に役立たないため許されない、とされている。

法と道徳の関係においてより一層重要な視点は、カントによっても明確に論じられた「合法性」（Legalität）と「道徳性」（Moralität）との区別である。この区別において最も重要な点は、法というものは市民の合法的な態度で満足しなければならない、ということである。すなわち、それをもって法的義務が充足される心情というものは、法と何ら関わり合いを持たないものである。従って、例えば、義務、すなわち他人の所有権の承認からではなく、刑罰に対する恐怖から、企図した窃盗を止めた者は、なお合法的に振る舞う者と言えるのである。外的自由というものは、他者が特定の心情を持つことによって侵害されず、また他者が自らの心情を表明することによっても侵害されることはない。

かかる観点に基づく、例えば、予備にも未遂にも至っていない単なる謀議を

処罰する刑法30条2項や、極右の暴力行為に対する「雰囲気」(Klima)を創出したという理由だけで、扇動的性格を有さないアウシュヴィッツの嘘を処罰する刑法130条3項などの刑罰法規が、批判的に考察されなければならない。なお、合法的な態度であると認める条件として良い心情を要求してはならないとしても、合法的ではない違法な態度における悪い心情を、例えば刑罰加重方向に、法は考慮して良いのか、という問題は、法倫理的または法哲学的には解決されていない。実際に、この点は特に刑法において問題となる。刑法では、例えば、「悪意のある」(böswillig)、「残酷な」(roh)、または「容赦なく」(rücksichtslos)などの心情的要素が、古くから刑法を心情刑法化するものとして問題視されてきたにもかかわらず、依然として存在している。また、故殺から謀殺を区別する「低劣な動機」(niedrige Beweggründe)といった動機の要素も存在しており、問題である。

法と道徳との分離を考えるに当たって指導的な役割を果たす観点一外的自由の侵害のみが法を呼び出す一は、所謂徳義務(Tugendpflicht)を法領域から除外することにも繋がる。

例えば、自分自身に対する義務は、道徳に留保されている徳義務の一つである。自殺は道徳により禁止されるかもしれないが、法的には問題とならない。なぜならば、自殺者は他人の外的自由を侵害していないからである。自分の生命を保持することは、自分自身に対する徳義務であるかもしれないが、他者に対する義務ではないのであり、この命題に、刑法も合致していると言えよう。というのは、他者を殺害することだけが罰せられているからである。さらに、このように自殺及び自殺未遂の犯罪構成要件が存在しないことから、現行刑法によれば、構成要件に該当し違法でかつ故意による犯罪行為をその前提とする教唆及び幫助(刑法26条、27条)は、これが自殺に対して為される場合、不可罰ということになる。

もっとも、連邦通常裁判所は近時「法秩序は自殺を違法と評価しており、自殺とそれへの関与は、ここにおいては可罰性が欠けるに過ぎない」と判示しており(BGHSt46, S. 279, 285)、問題となる。

また、死を望む者(Sterbenswille)が他人に自らの殺害を囑託する、所謂積極的直接的臨死介助の事例について、現行刑法は、囑託殺人罪(216条)の刑を、故殺罪(212条)の刑に比して、減輕している一重罪から軽罪とする一に過ぎない。積極的直接的臨死介助においては、行為者は他人を殺害しているのであり、自殺とは異なり、行為者の自分自身に対する徳義務違反だけが問題となるわけではない。もっとも、被殺者は自らの殺害を行為者に囑託したのであって、なぜこのような自由意思による生命の処分が強い効果を有しないのか、という点が問わ

れよう。この点については様々な根拠が存在するであろうが、いずれにせよ、他人の自由を保護するのに必要不可欠であるとは思われないのに、刑法216条は生命に関して外的自由を制限しているのである。

道徳的に是認されない嘘が他者の外的自由を侵害することもある。嘘は、他者の外的自由に対して害を与える場合に限り、刑法によりこれを禁じることが許されるとの理解からすれば、詐欺罪（刑法263条）の成立は、欺罔が財産的損害に繋がっている場合にのみ認められることとなろう。またこのような理解からは、新たに、所謂アウシュヴィッツの嘘そのものを処罰する刑法130条3項が批判に晒されることとなる。

実践哲学においては、自分自身に対する徳義務と共に、他人に対する徳義務が知られている。カントは、後者の徳義務の一つとして、尊重義務を挙げる。侮辱はこの尊重義務に反する行為であると言えるが、どの程度の侮辱があれば、さらに他者の外的自由を侵害する法的義務違反を認めることができるのか、という問題を解決することは難しい。おそらく、法的義務違反である侮辱には、中傷（die Verleumdung）のほか、悪評（die übele Nachrede）までもが含まれるべきであろう。

最後に、他人に対する徳義務として、（隣人）愛及び慈善が簡単に論じられなければならない。現行刑法上、この（隣人）愛及び慈善は、原則的に、刑罰をもって強制されているものではない。他者の自由領域に一方的に介入することは控えられなければならないが、例外として、例えば、緊急状態に陥った者を救助するため（刑法323条c）、自らの自由領域から歩み出でて、他者の自由領域に介入することが要請される。このような例外を、自由を保護するのに不可欠かという観点から正当化し得るか否かについては、なお検討を要するところである（第5章参照）。ナウケ（Wolfgang Naucke）によれば、刑法は「不作為犯の処罰において、相当程度、道徳を説く道具として」顯れるのであり、注意を要しよう。

IV. 刑法と道徳との結合

刑法と道徳は、原則として分離しているにもかかわらず、共に人間の態度をその規制対象としているが故に結合しているとも明白に言うことができる。法規（Rechtsgesetz）は倫理的/道徳的な規則でもあり得るのであり、また法的義務は道徳義務でもあり得るのである。このことは何も不思議なことではない。というのは、法律学及び倫理学は共に一個の問い、すなわち「私は何をなすべきか？」という問いに答えてきたからである。刑法と道徳との完全なる一致は、とりわけ外的自由に影響を及ぼす行動様式において見られる。

具体的に刑法と道徳とが結合するのは、道徳が、良俗または道徳違反という形

式で、刑法に規定されている場合である。このような法と道徳との結合は、なにも刑法の中だけに見られるものではない。例えば、基本法は、その 2 条 1 項において、人格の自由な展開に対する制限として「道徳律」を持ち出しているし、また民法においても、一般条項において、道徳的な基準が使われ、良俗違反の法律行為は無効となる（民法138条 1 項）。さらに、刑法においては、とりわけ同意傷害罪を規定する 228 条が言及されなければならない。同条によれば、被害者の同意を得て傷害を行った者は、当該所為が同意に基づくものであるにもかかわらず、善良な風俗に違反する場合には、なお違法に行為したものとされる。

シュライバーによれば、立法者は道徳を良俗違反の形式で刑法に規定することにより、意識的に裁判官の裁量の余地を残しておいた、ということになる。また、ランペ (Ernst-Joachim Lampe) は、法は道徳秩序の一部としていかなる場合も「良俗」(gute Sitten) と結び付かなければならないとして、法律が超実定的な規範を参照するように指示することは原則として合法である、としている。しかしながら、228 条の規定においては、法律ではなく良俗という形式の道徳により傷害の可罰性が決定されているのであって、ここには道徳の刑法への許されざる介入があると言うことができよう。さらに、当該規定の不明確性をも指摘することが可能である。もっとも、立法者が意識的に法的判断を道徳的人倫の評価に移動させていると考えることもできるが、それが成功しているかどうかは疑わしい。

刑法と道徳との最後の結合点として、ここでは刑法的根拠付けにおいて用いられる「社会倫理的な」根拠を簡単に指摘する必要がある。刑罰は害としての性格の他に「社会倫理的な否認」をも伴うものであって、不法を形成する行為無価値は、特定の行為形態の犯罪では、社会倫理的に非難すべき態度、例えば詐欺罪における欺罔または嘘によって、決せられることとなる。また判例によれば、強要を犯罪行為にする要素である、刑法 240 条 2 項の非難性 (Verwerflichkeit) は、「社会倫理的」な評価により規定されることとなる。さらに、最も知られている例であるが、正当防衛権は社会倫理的観点から制限を受けるのであり、これによって、厳格なドイツの正当防衛権は、社会福祉的観点に即して形成されることになる。

もっとも、たとえ、このような「社会倫理的な」根拠の研究が為されなかったとしても、刑法は「社会倫理」による裏付けを必要とするものである、ということを確認することができよう。

V. 結び付けるものと分け隔てるものの止揚

法と道徳との分離も結合も固定しているものではなく、反対に、法と道徳との

間には、規律領域を変化させる運動が見られる。規律領域の変化は、例えば、道徳に委ねられている領域が法に組み込まれることによって、法と道徳とを分け隔てるものが止揚される場合に生じる。

このことは、例えば、隣人愛という道徳義務から、刑法323条cを介在して、最低限の連帯という、刑罰により保護された法的義務へと変化した救助懈怠罪において、当てはまる。同条は道徳の法への許されざる移動を規定したものととして、現在においても批判されているが、異常な緊急事態においては、最低限の連帯義務を、その義務が窮地により危険に陥っている外的自由を元の状況に回復する場合に限り、(刑)法制度へと組み入れることが可能であると思われる。このほかに、正当化緊急避難(刑法34条)によって要求される、危険な状況において不可欠な救助行為を受忍する義務—ここにおいても危殆化されている自由を保護するために最低限の連帯が道徳的のみならず法的にも求められている—も、合法的な義務の一つと言えよう。

刑法と道徳とを結び付けるものは、(刑)法が道徳に譲り渡していた規制領域を取り戻す場合に止揚される。この点は、例えば、売春法(2002年1月1日施行)により、これまで民法138条の良俗違反の判断によって捕捉されてきた売春を法へと移したことに見て取ることができる。同法1条によれば、性的行為があらかじめ取り決められた報酬と引き替えに行われた場合には「法的に有効な債権」が存在する。刑法にとって、このことは財産の保護に対して影響を及ぼすこととなる。なぜならば、売春を行った女子が「法的に有効な債権」を有する場合、彼女はこの債権を欺罔により奪われる可能性があるからである(刑法263条参照)。

また、これまで、健康障害を引き起こすドーピング剤を同意に基づきスポーツ選手に投与することは、これが良俗に違反する場合に限り、刑法228条により、違法とされてきた。ここで問題となるのは、競技会における機会均等というスポーツマンシップに違反することだけで、この良俗違反を基礎付け得るのかどうか、という点であった。しかしながら、今日では、この良俗違反を基礎付けることは簡単であろう。なぜならば、立法者は、薬品法6条a、95条1項2号a、3項4号において、一定のドーピングを良俗違反と見なすだけでなく、違法、さらには可罰的なものと見なしているからである。このドーピングの例もまた(刑)法がこれまで道徳に判断を委ねていた領域を奪還した例として理解することができよう。

分け隔てるものと結び付けるものとの止揚についての例はすべて、道徳領域の縮減と(刑)法領域の拡張に通じていた。この道徳の法化(Verrechtlichung)、それどころか犯罪化(Kriminalisierung)は、新しい(刑罰)法規が外的自由の保

護のために必要不可欠である場合に正当化される。さらに、刑法による規制領域の道徳への返還という反対のケースが考えられなくはない。例えば、同性愛に関する刑罰法規(刑法175条(旧規定))の止揚がこの場合に当たる。同性愛においては、性的自己決定の自由が脅かされているわけではないのであり、このような道徳への返還による非犯罪化(Entkriminalisierung)は、当然に生じたものである。この非犯罪化の視点は、たとえば囑託殺人を処罰する刑法216条やアウシュヴィッツの嘘を処罰する刑法130条3項を批判的に再考することを要求するであろう。

3 若干のコメント

キュールは、第1章において、本論文が捧げられているシュライバーの研究を引き合いに出して、刑法に対する法哲学の重要性を確認している。ラートブルフ(Gustav Radbruch)やアルトゥール・カウフマン(Arthur Kaufmann)などの例を引くまでもなく、ドイツでは刑法と共に法哲学にも携わる研究者が多い。一方、我が国に目を転じてみると、団藤重光が「このごろは哲学まで踏み込んだ業績というものが非常に少ない」と述べているとおり、法哲学にまで踏み込んだ刑法学の研究というものは少なく、両者が乖離してしまっている状況にある。本論文はまず、このような状況に警鐘を鳴らすものとして受け止めることができよう。

次に、第2章では、法は強制的性格を有するが故に道徳と区別されるということ、及び法の強制(刑罰)は、それが自由を保護するのに不可欠な場合にのみ「正しい」ものとなる、という見解が、カントに依拠しながら展開されている。刑法(刑罰)の正当性は自由の保護に資する場合に限り認められる、というテーゼは、我が国でもすでに行爲原理(侵害原理)としてすでに定着しているものであるが、この原理が有する立法批判機能の重要性を、本論文を通じて今一度確認しておきたい。

次いで、第3章では、第1章、第2章を踏まえて、具体的に刑法と道徳との分離について言及がなされている。本章において、キュールは、道徳の領域とは異なり、法の領域では自由を保護することが問題となる、というテーゼを前提として、「性的自己決定」に対する罪などを例に挙げながら、単なる道徳違反行爲を刑法の規制対象とすることは許されない、と述べている。刑法と道徳との混交は、前者が自由(法益)の保護を離れ、道徳それ自体の保護に接近するときに、生じ得るのであり、これを避けようとするならば、厳密にそれぞれの刑罰法規が、自由(法益)の保護に役立っているのかが精査されなければならない、とい

うことになる。

さらに、キュールは、カントのいう所謂「合法性」と「道徳性」との区別を持ち出し、当該行為の合法性にとって、行為者の心情は問題とならず、心情そのものを刑法の規制対象とすることは許されない、と指摘している。この観点からキュールは、犯罪参加の企図（ドイツ刑法30条2項）やアウシュヴィッツの嘘（同法130条3項）といった規定を批判的に考察するが、わが国の現行刑法においては、単なる陰謀を処罰する内乱陰謀罪（刑法77条、78条）、外患陰謀罪（刑法81条、88条）、私戦陰謀罪（93条）の正当性が問題とされることとなろう。さらに、現在盛んに行われている、所謂共謀罪の導入論議においても、この心情刑法の問題が先鋭化することとなる。

続く第4章では、刑法と道徳は共に人間の態度を規制対象としているが故に結び付くと指摘されている。所謂リーガル・モラリズムの排斥が必要だとしても、この結び付きの観点から、一概に刑法解釈において道徳を無視することはできないであろう。

キュールは本章において、刑法と道徳とが結び付いている規定として、明示的に「善良な風俗」違反を同意に基づく傷害行為の違法性判断に持ち込むドイツ刑法228条を挙げる⁽⁵⁾。これに対して、わが国の刑法は同意傷害については沈黙しており、その可罰性（違法性）は解釈に委ねられている。この同意傷害の可罰性を巡る議論⁽⁶⁾においては、保険金詐取目的での同意傷害につき違法性阻却を否定した最高裁決定及び所謂目的説や社会相当性説からのアプローチが、道徳の刑法への許されざる混入となっていないかが、なお検討されなければならないであろう。

最後に、第5章で、キュールは、売春行為によって発生した金銭債権の有効性や健康障害を伴うドーピング剤の投与の違法性などが法によって確認された例を通じて、道徳に委ねられている領域が法に組み込まれるという事態が生じることを例証している。そして、このような道徳の法化（Verrechtlichung）は、それによって新たに生じた（刑罰）法規が外的自由の保護のために必要である場合に限り正当化される、ということを指摘している。この指摘は的を射ているものと言えるが、道徳の法化を正当化するためには、さらに、当該法規と自由（法益）保護との密接な関連性や自由（法益）内容それ自体の具体性・実在性が問われなければならないこととなろう。

以上の諸点は、いずれも我が国において少なからず意識されてきたことではある。しかしながら、刑事立法が活性化している現在、刑法規制の正当性を検証する上で、本論文を通じて再度これらの点を確認することの意義は少なくないように思われる。

- (1) 平野龍一『刑法の基礎』93頁以下(東京大学出版会、1969)。
- (2) Kristian Kühl, Strafrecht und Moral—Trennendes und Verbindendes, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber (2003), S. 959ff. キュールが刑法と道德との関係を論じた他の論攷として、ders., Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Festschrift für Günter Spendel zum. 70 Geburtstag (1992), S. 75ff. [紹介として、本田稔「クリスティアン・キュール『当罰的態度の自然法的限界』」立命233号110頁以下(1994)]; ders., Der Zusammenhang von Strafe und Strafrecht, in: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum. 70 Geburtstag (2003), S. 439ff. がある。更に、キュールは最近、日本において、刑法と道德との関係に関する講演を行っている(本講演の原稿を翻訳したものとして、クリスティアン・キュール(佐藤拓磨・小池信太郎訳)「刑法と善良の風俗」法学研究79巻8号25頁以下(2006))。本講演においては、本論文において扱われていない初期胚保護や環境刑法の問題が取り上げられ、さらに、ドイツ刑法228条のいわゆる「良俗条項規定」の解釈に関する近時の連邦通常裁判所判決(BGHSt49, S. 34及びBGHSt49, S. 166)について詳細な言及がなされている。
- (3) 紹介者註:「ラートブルフ公式」については、Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 105f. [小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』249頁以下(東京大学出版会、1961)]、及び上田健二「ラートブルフ公式と法治国家性原理」『生命の刑法学—中絶・安楽死・自死の権利と法理論—』1頁以下(ミネルヴェ書房、2002)[初出、「ラートブルフ公式と法治国家性原理—いわゆるDDR政府犯罪についてのドイツ連邦憲法裁判所第二小法廷一九九六年一〇月二四日決定を契機にして—」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四巻』387頁以下(成文堂、1998)]などを参照。
- (4) 団藤重光「日本刑法学会の五〇周年を祝う一次世紀への願望をこめて」刑法雑誌39巻2号200-1頁(2000)。
- (5) ドイツ刑法228条の同意傷害罪に関するキュールの見解については、Kristian Kühl, Die sittenwidrige Körperverletzung, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum. 70 Geburtstag (2006), S. 521ff. も参照。
- (6) 最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁。