

規範違反とその責任について

— Diskursiver Schuld begriff の批判的検討 —

根津 洸 希*

要 旨

刑罰は犯罪に対してなされる法的非難であるとされる。ここでの「法的」という修飾語は、刑罰によって表現される非難が、道德違反を理由になされる道義的非難ではないということの意味する。それゆえ、法的非難には（少なくとも直接的には）道德的色彩が含まれるものではなく、またその非難の程度を決定するための基準として道德が用いられるということもない。

このような背景から現在の責任論における多数説は、責任非難の基礎付けのために、道德的に中立な「他行為可能性」ないし「反対動機形成可能性」という概念を用いる。しかしながら、この多数説の考え方は、そもそもなぜ適法行為に出るべきかわゆる「反対動機」を形成せねばならなかったのかについて応えるものではない。

これについて、責任非難と規範との間の関係性を評論し、そこから責任非難の実質的内容にアプローチしようとするのがKindhäuserである。彼の見解は、現在の学説において主流となっている考え方から逸脱しているのではあるが、我が国や我が国が範とするドイツにおいて、多数説の考え方がある種の壁にぶつかっている点については先に述べたとおりであるから、多数説を再評価する意味においても、Kindhäuserの見解を批判的に精査することは意味があると思われる。というのも、Kindhäuserは多数説に対する疑問から責任の実質的内容を問い直しており、新たな視点を提供してくれるであろうからである。

本稿では、まずKindhäuserの多数説に対する理解とそれに対する評価を概観し（Ⅱ章）、それに比してKindhäuser自身がどのように規範を理解し、なぜ規範に従わねば非難を向けられると考えるのかを紹介し（Ⅲ章）、若干の検討を試みるものとする（Ⅳ章）。

目 次

- I はじめに
- II 自由主義・機能主義的責任論への批判
- III コミュニケーション的責任概念 (Diskursiver Schuld begriff)
- IV 若干の検討
- V おわりに

I はじめに

刑罰は犯罪に対してなされる法的非難であるとされる¹⁾。ここでの「法的」という修飾語は、刑罰によって表現される非難が、道德違反を理由になされる道義的非難ではないということの意味する。それゆえ、法的非難には（少なくとも直接的には）道德的色彩が含まれるものではなく、またその非難の程度を決定するための基準として道德が用いられるということもない。

このような背景から現在の責任論における多数説は、責任非難の基礎付けのために、道德的に中

* ねづ こうき 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 曲田 統

第2推薦査読者 只木 誠

立な「他行為可能性」という概念を用いる²⁾。これによれば、「行為者に適法な他行為を選択することが期待されるにもかかわらず、あえて違法な行為に出たこと」に対する非難がその内容であるとされる。それゆえ、責任非難の程度を決するには、行為者にとって適法行為の選択が容易であったとか、行為者の立場にあってはとりわけ適法行為を選択することへの期待が高かったといった事情によって判断されることになる。すなわち、他行為可能性と適法行為の期待可能性である。

しかしながら、この多数説の考え方によっていまだ解決されるべき問題は残っている³⁾。この多数説の考え方は、他行為可能性と適法行為の期待可能性という大枠の基準を提供するにとどまるものであって、たとえばそこでいう他行為可能性は一体誰を基準として算出されるのか（行為者基準説／国家基準説）だとか、表裏ではあるが適法行為の期待可能性が誰から向けられた期待の大きさを基準としているのかといった下位基準に至るまでを説明するものではないし、そもそもなぜ適法行為に出るべきいわゆる「反対動機」を形成せねばならなかったのかについて応えるものでもない。

これについて、責任非難と規範遵守の動機との間の関係性を詳論し、そこから責任非難の実質的内容にアプローチしようとするのがKindhäuserである。彼の見解は、彼自らが述べているように⁴⁾、現在の学説において主流となっている考え方から逸脱しており、ドイツ国内でも支持者は少ない。しかしながら、我が国や我が国が範とするドイツにおいて、多数説の考え方がある種の壁にぶつかっている点については先に述べたとおりである。

それゆえ、多数説を再評価する意味においても、Kindhäuserの見解を批判的に精査することは意味があると思われる。というのも、Kindhäuserは多数説に対する疑問を契機に責任の実質的内容を問い直しているのであり、多数説には無い新たな視点を提供してくれるであろうからである。

したがって以下では、まずKindhäuserの問題意識を共有する意味で、彼の多数説に対する理解とそれに対する評価を概観し（Ⅱ章）、それに対してKindhäuser自身がどのように規範を理解し、なぜ規範に従わねば規範違反行為は非難を向けられると考えるのかを紹介し（Ⅲ章）、全体について若干の検討を試みるものとする（Ⅳ章）。

Ⅱ 自由主義・機能主義的責任論への批判

Kindhäuserによれば、「行為者が規範に従う動機を形成したであろうならば、その違法な態度を避けえたであろう」といえる場合には、形式的な意味での責任非難が向けられるという⁵⁾。この内容がなぜ形式的であるかという点、ここからは「なぜ規範に従う動機を欠くと刑罰により処罰されるのか」、あるいは「なぜ行為者は規範に従う動機を有するべきであったのか」といった問いへの答えが導き出されえないからである。しかしながら、市民を規範に従わせ、それに違反した場合にはその市民に刑罰による非難が向けられるということが正当であるといえるためには、規範に従う動機を有することが正しいこととされる理由もまた正当なものでなければならない。「なぜ規範に従う動機を有することが正しいこととされるのか」という問いに答えるためには、形式的な意味においてのみならず、責任非難の実質的内容が問われねばならない⁶⁾。

しかしこの実質的内容を検討する際には、当然大きな困難を伴うということも忘れてはならない。困難とはすなわち、中立性の要請である。法は、法に従う動機に対して中立的でなければならず、各市民がどのような動機から規範に従うのかは、その各市民の自由に委ねられねばならない。他者の外的自由と調和しうる、外部的態度のみが強制されうるということである。したがって、特定の理由からその違法な態度を避け得、かつ避けねばならなかったであろう、という非難が行為者に向けられるということは、あってはならないのであ

る⁷⁾。

それゆえ、自由主義的に責任を構想する場合には、法はおおよそ理性的主体が自ずから従うであろう規範を提示せねばならない。以下では、そういった規範を構想するための各論者の試みと、それに対する Kindhäuser の評価を見ていくこととする。

1. Höffe の見解——相互的自由放棄 (Gegenseitige Freiheitverzicht)

Höffe の提示する規範は Hobbes 的なベシミズムによって構成されている。そこでいう規範は、自然状態における各人の自由の制限として現れることになるのである。

第一次的な自然状態においては、あらゆる者はすべての行為自由を有している。たとえば、自身と同じような立場にいる他者を殺害する自由だとか、他者の有する利益を奪う自由だとか、名誉を汚す自由だとか、宗教的自由を侵害する自由だとかである。こういったあらゆる自由を保有していることによって、あらゆる者は“自動的に”自身の同胞の有する行為自由にさらされるのである。つまり、〔あらゆる者は〕同胞の有している〔他者を〕殺害する自由だとか、〔他者から〕盗む自由だとか、〔他者を〕侮辱する自由だとかにさらされるのである。なぜなら、ある者がそういった自由を有しているということは、場合によっては他者の身体、生命、財産、名誉あるいは宗教的自由を侵害する権利 (Anspruch) を有しているのとなら変わらないからである。この点に被害者性と加害者性の社会的対称性が見出されるのである。すなわち、あらゆる者は自身のために自身と同じような立場にいる者を殺害する自由を主張することによって、同じように彼自身も他者が有するこの殺害する自由にとさらされているのである。身体、生命、宗教、名誉、財産、そしてその他人間に

とって常に重要なものであるといえるものが、危険にさらされているのである。

第一次的な自然状態の代わりである第二次的な自然状態というのは、一定の否定 (Negation) から生ずる。相互的自由放棄がなされ、もはや何人も他者を殺害することや、侮辱すること、奪うことを権利として主張してはならない状況におかれて初めて、自由共存の自然発生的自己統制が生じるのである。その際、たしかにあらゆる者は部分的に自由を放棄することになるが、その全面的な放棄によってそれに相当する他者の自由からも保護されることになる。この二次的な自然状態において、ある取引 (Tausch) が相互的自由放棄によって生ずる。より厳密には、その相互的なギブアンドテイクが積極的な履行ではなく、放棄という形で現れる、という意味で消極的な取引であるといえる。無論、この殺す自由の相互的放棄 (あるいは奪う自由、侮辱する自由、宗教的行為を妨害する自由の放棄) が消極的に意味することは、積極的な意義を有している。自身が他者を殺害する自由を放棄する代わりに、他者が自身を殺害する自由も放棄されるため、身体、生命、財産、名誉、宗教的自由の無傷性が相互に保証されるのである。したがって自由の制限は、自由の保全と交換され、自由の放棄は自由という権利の対価なのである (角括弧は筆者による)⁸⁾。

この構想によれば、規範とは相互保全のための取引の総体であるということになる。すなわち、自然状態にあつては自己が他者を殺害する自由を有しており、同時に他者も自己を殺害する自由を有していることから、その裏返しとして自己は他者によって殺害される自由をも有してしまうことになる。それゆえこのような無制限の自由を保有することは利益よりも不利益のほうが大きいため、あらゆる者はたとえば自己の殺害する自由を放棄することによって自己の殺害される自由をも否定

しようとするのである。結果的に自己が放棄した自由よりも、放棄により自己が獲得した自由のほうが大きいと、この取引は合理的でありしたがって正当なのである。規範とは、このような正当な取引の総体としての意味を有することになる。

このような規範構想について Kindhäuser は、そこで用いられている自由概念の内容的な簡明さに本質的な点があると指摘している。この簡明な自由概念はフリーライドに対する制裁を規範論的に基礎付けようのものであるとしている。なぜなら、「他者がその取引を守り、私がそれを破った場合、私は二重の利益を得ている。すなわち、他者の取引履行を維持しつつ、自身の履行は差し控えるということである。それは正当な取引に付随する制裁によって対処されねばならない。なぜなら、我々は制裁が無ければ、一般的な取引違背によってふたたび自然状態へと行き着くからである。自然状態とは、自由の展開という観点では考えられうる最悪の状況⁹⁾となるからである。

しかし Kindhäuser は一方で、この規範構想は壊滅的な異議にさらされるとしている。すなわち、このような相互自由保全の取引の総体として規範を構想する場合、その規範違反に見出される実質的責任は、目的合理的な自己保全という動機から生じる取引への誠実さの欠如であるといえる。その際、そのように純粋に目的合理的な主体は、取引の履行が自身の利益に沿わない場合に、もはやその取引を墨守する動機を一切有さないことになるのである。つまり、あくまで目的合理的に活動する主体は、自己保全という自身の目的に沿う限りで他者を自身の目的達成のパートナーとして扱い取引を結ぶこともあれば、自身の目的を達成するにはもはや取引を墨守することが非効率的であると考えれば幾度も取引違背を繰り返すこともありえようことになってしまうのである¹⁰⁾。

2. Köhler の見解

—理性的主体としての自己矛盾

これに対して、Kant 的に構成された自由主義的規範構想は、上述のような批判を避けよう。なぜなら、理性についての Kant 的な理解によれば、理性とは単に利に聡い目的合理性ではなく、普遍的自己立法をなし得、その普遍的法則に一致する行為を自律的に選択できる能力を指すからである。つまり、そのように解された理性は、純然たる自己利益から生じる動機と、普遍的法則とが矛盾することを認識しうるのである。それゆえ、自己の利益のために取引を反故にする、といった行為が不正なものとして観念されることとなり、いまだその規範に従う動機を失わせることはない。

このような理性は、あらゆる自律的な主体が平等な自由権を有することを承認しており、しかもその承認は普遍的自己立法すなわち定言命法から主観的に導かれるのである。それゆえ規範違反とは、自身で自律的に規定した自己の法則に、自ら矛盾する行為であるといえる。すなわち「悪しき意思とは、自己頽廃、つまりほんとうは正しいと考えている行為格率規定についての洞察を自ら否定する思考プロセスとして現れる」¹¹⁾のである。

しかしこのような理性構想と規範構想について、Kindhäuser は疑問を投げかける。

このような理性構想については、現実味がないという。「社会に先行するかたちでの理性的主体というイメージからしてまず疑わしい。一般的な合理性ならびに各人の道徳観は対話による社会化のプロセスの中で間主観的にこすりあわされるものであり、したがって具体的な社会の合理性の状況と不可分的に結びついている」¹²⁾とする。現実の社会においては、各市民は社会情勢あるいは社会システムから完全には切り離されえないのであって、そのようなある種のバイアスがかかった状態から万人が従いよう普遍的法則を導き出すということとはできないのである。

規範構想については、中立性の要請に関してと、

規範の生成に関しての2点を批判している。「重要なのは、上記のように理解された理性主義的リベラルは、責任に関係する動機の欠如と規範に従う動機に対する法的中立性のあいだの関係のパラドクスに十分な解決をもたらさない、という指摘である。理性主義的リベラルはすなわち、理性に即した自己決定に基づき規範に従うことがなされねばならない、ということ并要求することによって、中立原則を否定する」¹³⁾ことになるという。規範は、各市民がそれに従う動機に対して中立でなければならないのであるが、このような規範構想によれば「理性的自己立法に基づき規範を遵守せよ」といった内容を含意してしまうのではないか、そしてこれは中立性に反するのではないかという疑念である。

また、その規範生成に関しても、現代社会の民主主義的な基盤に沿うものではないともしている。「規範というのは、多元的で民主主義的な基礎を有する社会においては、個人の理性の推論に基づくのではなく、コミュニケーション的に表現される。ここではたしかにあらゆる利益が考慮されるべきである。しかし意見形成のプロセスは、多数派の判断によって打ち切られるため、個々人が規範を自身の理性に即したものとして受け入れることができない、ということが原理的にはありうる。したがって民主主義的な法というのはその規範の妥当根拠を専ら理性的に基礎付けることはできない」¹⁴⁾のであって「ここでの重要な問題はたとえば、個人の道徳性から直接にその妥当根拠を導き出すあらゆるアプローチにとって、規範生成の社会的媒介性が考慮の埒外に置かれているということ」¹⁵⁾にある、としている。たしかに現在の社会においては、民主主義的基盤によって可能な限り多数の市民の意見が尊重されるべきであるとはされるが、それは必ずしも常に全会一致を目指しているものではない。それゆえ、必ずしも万人がある規範を合理的であると考えする必要はない。逆に言えば、その規範を承服できない者が存在しうる、

ということである。自由主義的な構想はこのような視点を欠いているというのである¹⁶⁾。

3. Jakobsの見解——市民としての法への忠誠

Jakobsによれば、「現行刑法を適用する際に責任という概念を探求すると、責任とは法に忠実な(rechtstreu)市民に対する秩序の拘束性の確証のために一定程度の処罰をなす必要性(Bedürfniss)という根拠に見出される。つまり責任とは、一般予防によって……基礎付けられ、予防によって量定される」¹⁷⁾とされる。しかしその責任と結びついた刑罰は、問題となっている態度が誤っていることを宣言するものであり、それゆえ「この態度が一般的に主張しうる(diskutabel)態度選択ではないと知らしめる見込みを高めるものである。……これは威嚇という意味での一般予防ではなく、法への忠誠(Rechtstreue)の強化という意味での一般予防である」¹⁸⁾とされる。

しかしその際、刑罰の目的は規範維持にあることから、規範は正当なものでなければならず、国家が市民に対してなすべきことは、規範維持によって市民の自由や自己実現を促進することとどまる。一般予防論といえど、犯罪予防のために見せしめに過剰な処罰をすれば、市民に提供されるべき自由が縮減されることになるし、そのような最早自由の調整を誤った規範・法秩序に対しては、市民の信頼が失われるために、規範による市民的自由の調整というものが機能不全に陥ってしまうからである。

その際に、その刑罰が過剰な、つまり不正なものにならないためには、当該規範違反の「社会的重大性」に即した刑罰が量定されねばならないとする。「社会的重大性は、(1)違反された規範の重大性と違反の程度、(2)その規範の認知的保障の状態および(3)行為への動機づけに対する行為者の答責性、……によって決まる」¹⁹⁾とされる。これによって犯罪に対する社会の動揺に相応しい刑罰が科され、その結果規範が確証されることになる。

いまだこの規範が妥当しているということが確認されることによって、市民は自身の態度を規範に即したかたちで方向付けるのである。

Jakobs の主張の核心は、刑罰の目的は積極的一般予防にあり、国家はもっぱら規範維持によって市民の自由を保護し、その発展を促進することをなするに過ぎない、という点にある。しかし規範維持のために市民が道具化することは、規範維持の側面からしても許されないから、その規範には正当性がなければならず、それゆえ責任も要求される。このような考慮から責任という概念自体、刑罰目的から切り離して考えることができず、責任は予防の必要性から量定されるとするのである²⁰⁾。また、国家の機能は市民の自由な発展を促進することに尽きるから、そこでは意思自由の問題はたいして重要性を有さず、規範への応答可能性つまり法への忠誠 (Rechtstreue) だけが問題となるのである²¹⁾。

この見解について、Kindhäuser は Jakobs のいう市民のイメージに着目する。Jakobs のいう市民とは、自由に自ら思考し、自らの人生を形成する権利を有する主体として定式化される。その際、その市民が有する自由は、あらゆる者の平等な発展を目指すものでなければならず、そのあらゆる者の自由と平等な発展を調整するのが規範と法秩序であるとされる。したがって、この規範に違反する場合には法への忠誠が欠如していることになるのである。Kindhäuser によれば、このように客観的にのみ記述された主体は具体的な内容を有さないから、先に挙げた Köhler の見解が有する弱点を回避しようとする。すなわち、Jakobs の市民概念によれば、そのような市民が犯罪に出たからといって、それを道徳的自己頹廃と見る必要はないからである。それゆえ、責任非難が「理性的自己立法に基づき行為すべきであった」といった内容を有さないこととなり、法に従う動機の中立性が保たれることとなるのである。

しかし同時に、このような具体的内容を有さず

に純客観的に市民を記述することで、確かに一部の批判は避けうるが、それによって角を矯めて牛を殺すことになる、と Kindhäuser は指摘する。曰く、「責任というものが規範に同調する理由の主観的追体験ではありえないとしても、責任非難は外部的な規則との一致の欠如以上のものをその内容としなければならない。実質的責任を基礎付けるには、規範とその名宛人に内的な関係性がなければならず、とりわけそのようにしてのみ規範違反に対する裏切りの感情的構成要素が説明されるからである。Jakobs の法への忠誠に関する解釈は、それが現代的であるように聞こえたとしても、啓蒙的な絶対主義のパターンリズム的な国家に適するものである。規範が民主主義的基盤を有する社会においては、公正な利益調和についての間主観的な協調に基づいており、したがって規範は個々の法主体の政治的自律性の表現であるということが、考慮されていない。」²²⁾というのである。つまり、ここにいう市民と規範の関係性は、あらゆる市民の自由な発展を目指す点のみによって結び付けられており、規範ないし法秩序は各市民の自由の外部的な調整に過ぎないのである。規範の正当性にとっては、各市民の自由の調整がうまくいっているかということが重要なのであって、規範と市民の接点はその点に限られる。それゆえ規範にとって市民は外部的な存在であり、かつ市民にとって規範は外部的な存在なのである。このようなシステム論的な規範構想もまた、自由主義的な規範構想と同じく、現在の民主主義的基盤を有する社会に沿うものではない、というのである。

4. 小 括

以上で見てきたように、理性に正当性の根拠を見出す規範とその違反に見出される非合理性を問題とする自由主義的な責任構想、市民とは独立して外部的にのみ作動するシステム論的な規範とその規範への不忠を問題とする機能主義的な責任構想、これら両者は民主主義的な社会という現実に必

ずしも沿うものではない、というのが Kindhäuser の主張の中心である。

このような主張の背後には、Kindhäuser のコミュニタリアンの思想が潜んでいる。コミュニタリアニズムによれば、社会における各市民は単に理性的主体として普遍性を追求しようとする存在ではない。むしろその社会が有する文化や歴史のような一定の文脈に位置づけられた存在であって、そのアイデンティティはアプリアリというより、むしろ逆に社会によってはじめて構成されるとする。それゆえ市民は自身が属する共同体と不可分であって、共同体に対して部分的に先験的な義務を負っているのである。「この理解によれば、個々人は、権利と義務の対応——少なくともそう考えられている——により市民としても活動が許されてもいる私人だとはみなされず、一定程度市民としての役割を先天的に内在させられているのである。市民として個々人は全体福祉に責任を負っているものであり、善への団結した努力を害さないために、国家と社会の存続を保障する規範を遵守せねばならない。責任が共通善に対する責任の無視を意味する一方、法への忠誠はしたがって、人がその一部である法的に基礎づけられた社会への倫理的な基礎付けをもったつながりという意味で、美德であるといえる」²³⁾。

しかしともすれば、コミュニタリアニズムの思想において、市民の思考と感性の物語性を重視するがゆえに、個々人を愛国的市民としての役割を有するとみなすきらいがある。「ここでは法は、その規範に従うことのみを命令し、しかしながらその従う理由は各人に委ね、強制することができないばかりか欲しない、ということがここでは考慮されていない。コミュニタリアニズムは、法に従うことを市民の美德として要請する、という方法で法の中立原則を否定」²⁴⁾することになってしまうという。

それゆえ模索されるべきは、コミュニタリアンの（民主主義的）規範理解と、リベラルな法理解

が調和可能かということである。以下では Kindhäuser がいかにこのような規範理解とリベラルな法理解とりわけ動機に対する法の中立性とを調和させるのかを紹介することとする。

Ⅲ コミュニケーション的責任概念 (Diskursiver Schuldbegriff)

現在一般に流布している規範理解や、その規範違反に対する責任の理解が、ある種の袋小路に迷い込んでいるということは先の章で述べたとおりである。つまり、理性主義的に規範を構想することで、その規範違反を理性的頹廃とみなし、「理性に従って行為すべきであった」という内容を非難に含めることによって法に従う動機の中立性を放棄するか、あるいは機能的にのみ規範と市民を定義することで、規範とその違反に対する非難に内的な関係性を見出すことを放棄するか、である²⁵⁾。

しかし Kindhäuser によれば、この状況を打開する道がないではないという。規範を、機能的・外部的な命令として構想するのではなく、また理性主義的な自律的道德性に基づいて構想するのでもないかたちで、なおその規範に従うことが正しいとされうる道があるとすれば、それこそが目指されるべきであるとする²⁶⁾。その際にキーワードとなるのが、規範の生成における「コミュニケーション的契機」であるとされる。

1. 「コミュニケーション行為」という基盤
規範の「コミュニケーション的契機」の基礎付けの前提として、Kindhäuser は規範と規範違反、そしてその責任について以下のように述べている。

規範は共同生活の秩序を創造するために、事実的に可能な態度を限定する。それゆえ規範は——忠誠を生ぜしめる他の共同体要素、たとえば家族、伝統、文化、宗教と並んで——社会的統合 (soziale Integration) に資するものである。社会的統合によって、自然的な世界と並んで社

会的世界が構成されるのであり、Habermasの言葉を借りれば、その社会的世界は制度的秩序から成り、その制度的秩序こそが、どのようなインターアクションが各々の正当な社会的関係の総体に含まれるのかを画定するのである。

社会的統合は、その参加者が彼らの態度を当為とされる領域に限定する場合に、成功するといえる。しかし規範によって除外された可能性の領域は、その存在がなくなったわけではないから、したがって逸脱行為は——数学上のルールを無視することのように——意味のないものではなく、潜在的な意味を有するものである。当為の彼岸にも世界がありうるということを示すあらゆる逸脱は、社会的統合の脆弱さを明らかにし、潜在的な解体作用を有する。なぜ潜在的かといえば、逸脱は偶然や不幸、やむを得ない災難としても解され、要するにそれ自体意味をなさず、したがって規範の意義を揺るがすものではない態度としても解されうるからである。むしろコミュニケーション能力を有する主体のコミュニケーション行為としての意義を有する態度、したがってコンセンサスの限界を越えて意義ある可能性の領域を拡大しようとする態度のみが、解体作用を有するのである。ある態度にこの意義が付与され、あるいはされないのはどのような場合かについての基準こそが責任なのである。有責な態度とは——非常に大まかに言えば——逸脱的だが社会的に了解可能な意味付与なのである（傍点引用者）^{27), 28)}。

これによれば、コミュニケーション能力を有するコミュニケーション的行為のみが規範に違反しうる行為であり、そのような行為のみが社会的統合に対し解体作用を有しうる、すなわち規範違反行為たりうるとするのである。しかし、コミュニケーション能力を有する主体のあらゆる行為がコミュニケーション的行為とされるわけではない。コミュニケーション能力を有する主体がなしうる

行為は、2種類に区別されうるという。すなわち結果志向的行為と了解志向的行為である²⁹⁾。

目的合理的行為モデルは、その行為者がまずもってその目的に従って規定された目標の達成に方向付けられ、行為者はその所与の状況に適していると思われるような手段を選択し、他の予見可能な行為の帰結〔Handlungsfolgen〕を結果の副次的条件として見積もる、ということを基礎とする。そこでいう結果〔Erfolg〕というのは、その世界における望んだ状態の発生として定義され、その状態というのは所与の状況で目的志向的な作為あるいは不作為によって因果的に影響を受けうるものである。発生した行為の効果〔Handlungseffekte〕は、(設定された目的が現実化した限りで)行為の成果〔Handlungsergebnisse〕、(行為者が予見し、かつ同時に狙っていたあるいは甘受していた)行為の帰結、そして(行為者が予見していなかった)副次的帰結から構成される。我々が、この結果志向的行為を、技術的な行為準則に従っているとみなし、ある状況や出来事の連関への影響の大きさを評価する場合、ここでいう結果志向的行為を手段的行為と呼ぼう。これとは別に、我々が結果志向的行為を合理的な選択の準則に従っているとみなし、合理的な相手方の判断に対する作用の影響の大きさを評価する場合、この結果志向的行為を戦略的行為と呼ぶ。手段的行為は社会的インターアクションと結び付けられる余地があり、戦略的行為はそれ自体社会的行為として現れる。しかしこれらとは逆に、関与する行為者達の行為計画が、自己中心的な結果算定においてではなく、了解という行為において調整される場合、私はコミュニケーション行為という語を用いることとする。コミュニケーション行為において、そのコミュニケーション参加者は自身のための結果を主たる目標とすることによって方向付けられるのではない。そうではなくて、その参加者

はたしかに個々人の目標を追求するが、それは彼らが互いに共有する状況定義という基礎に、彼らの行為計画を調和させるという条件下で、である。その点で、状況定義についての討議は、コミュニケーション行為に不可欠な解釈の本質的構成要素なのである（角括弧は筆者による。太字部分は原文イタリック）³⁰⁾。

この了解志向的行為こそが規範の生成にとって核心的な役割を演ずるとする。というのも規範は社会的統合をなす上で、各市民が共同生活を営むに不可欠な自由の調整をするものであり、その規範が一方的・権威的に押し付けられるのであれば、機能主義的な帰結と変わらないものになってしまうからである。

利益調整についての了解に際して、自我は自身の立場を主張するのみならず、コミュニケーションの成立のために、相手の立場に立って考えるということをしねばならない。自我が他我にも理解されうるように表現されるためには、自我は他我の役割に立ち代わらねばならず、その他我の観点から考えねばならない。そのようにして自我は再び個人的自己理解に至るのである。すなわち、自我は、他者の役割を引き受けて初めて自らを知り、そのインターアクションにおける役割を理解するのである。したがって行為調整についての了解へと至るための議論のプロセスにおいて、原子論的な主体性や組織に組み込まれることで個人性が放棄されるということは問題とはならず、そうではなくて相手の立場に立って考えることによって個人の自律性の獲得が問題となるのである。他者の役割を演ずることは、自らのアイデンティティの発見と構造にとって不可欠である。

了解志向的コミュニケーションが要求する合理性は、手段的性質を有するものではない。コミュニケーション的な真実要請や承認要請を基

礎付けることに携わる者は、真実と承認が誤魔化しや手練手管によっては発見されえないということを示している。したがって理性的な対話を行うことにより、暗黙裡に、より良き論拠のみが必然たりうるという原理が承認されているのである。これこそが、全てのコミュニケーション参与者の同権・共同答責原理である。ここで承認というのは、この原理が既に現実化していると思われうると言うことを言うのではなく、単に了解の規則となる観念として見なされるべきであるという意味に過ぎない。この原理は可能性の条件として存在しているのであって、現実存在していることが想定されるのではない。より厳密に言えば、暴力によらない利益対立の解決の、まさに唯一の可能性である（傍点引用者）³¹⁾。

以上のように、民主主義的基礎を有する社会においては各市民の利益調整が規範によってなされ、これこそが社会を統合する作用を有するものとされる。しかしその規範を創造する際には、各市民は他者を手段的に扱ったり、一方的に自身の利益を主張して他者を論破するという方法ではなく、互いに相手の立場に立って互いに了解を求めあう形での討議という形式をとる。これこそがコミュニケーション的行為であり、了解志向的行為である。

2. コミュニケーションへの忠誠 (Loyalität)

このような了解志向的なコミュニケーションにより創造された規範に、なぜ従わねばならないのか。とりわけ、理性の推論によって得られた普遍的法則にその基礎を置くような、万人が合理的であると考えるようなものを規範と呼ぶ、理性主義的な基礎付けによるのであれば、およそ理性的主体であればその規範に従うことを説明しうる。しかしながら Kindhäuser はそのような理性構想を批判し、そこから導かれる規範のイメージも民主主

義という現実に沿うものではないとしている。それゆえ、民主制においては場合によっては自らも完全に承服しがたい規範が、多数派の支持によって創造されるということもあるということが、原理的には排除できない。ではこのような場合でも、あらゆる者を規範に結びつけることは、どのようにして可能であろうか。

この際、コミュニタリアニズムを基礎とすれば、必ずしも市民全員が承服しなくとも、規範の拘束性を説明することは可能ではある。しかしそれを前面に押し出すあまり、共同体の価値観や愛国的な美德義務によって個人々人を規範に拘束してしまえば、法が一定の価値観を促進したり、愛国的な動機から規範に従うことを強制するのであれば、これもまた法に従う動機の中立性の要請に反することになる。

それゆえ問われるのは、規範のコミュニケーション的契機は保持しつつ、そのコミュニケーション参加者に他律的な負担をかけることなく主観的権利を確保すること、この二つの要請を調和させることが可能かということである。

これについて Kindhäuser によれば、了解志向的行為に基づいて規範を創造し、各市民の行為領域を調和させることの大前提から、この可能性が導かれるとする。

了解志向的行為調整の大前提は、個人々のコミュニケーション的自律性である。それこそが、妥当要求についての了解志向的コミュニケーションへの自由で平等な参加者として態度表明をなしうる、かつなすことが許される能力と権限の相互的な承認を意味するのである。

規範——つまり長期的に存在し有効な行為調整——についての了解に際して、あらゆる参加者は2つの役割を演ずることになる。ひとつは、規範の創造者としての役割、もうひとつは、行為領域を画定する規範の名宛人としての役割である。規範を確立する者として、その参加者は

公的な自律性を備えている。了解によって行為領域を画定された者として、その参加者には私的な自律性が帰属する。というのも、彼の行為領域をどのように利用するかは、彼だけが決定できるのである。公的・私的自律性は、行為調整についての了解におけるコミュニケーション的自律性の2つの側面なのである。

コミュニケーション的自律性に基づく協調的了解のモデルにとって、忠誠の一定の基準が必要になり、その基準は妥当要求をするあらゆる当事者に立場表明の可能性を認めることを含むのである。この最低限度の連帯がなければ了解は成功しない。この了解志向的行為調整にとって不可欠な前提をコミュニケーション的忠誠と呼ぶこととしよう。

これまで述べてきたモデルのコミュニケーション的側面は、あきらかにコミュニタリアン的契機を有する。協調による共通の自由の実現が問題となっているからである。積極的な自由、と呼ぶこともできようが、この自由の本質は、コミュニタリアン論者の Taylor によれば、「自己統治への参加」であり、この関与は、「少なくとも一時的には支配的なコンセンサスを形成することに参加させられうる能力とみなされ、このコンセンサスによって人は他者と自己を同定しうるのである」。Taylor が言うには、「一定の社会的慣習に対する共通の忠誠心であったり共通の懸念は、我々の市民としての自由や尊敬の砦として」、我々に要請されているのである。

しかし、行為調整が法という形式で現れる場合、このモデルには別の要素が見出されうる。公的・私的自律性が法律化されるのである。参加者は権利という形式で了解のプロセスに参加し、同時にその権利、ここではとりわけ主観的権利について了解をするのである。

主観的権利はそれ自体、間主観的なコミュニケーションの合理性からは導き出されえない。主観的権利は消極的自由を含意するからである。

すなわち、人権としての主観的権利は、拒絶権でもあるのである。主観的権利は参与に限らずその拒絶をも、したがって間主観的な合理性から距離を置くことをも許すのである。そして消極的自由権は非合理性を求める権利でもある。その点で、脱社会的要素——Hegelの言葉を借りれば分裂の契機——が合理的協調を不可避的に参照する社会的統合に紛れ込むことになる。民主的社会は、法という形のコミュニケーションの方法で構成されており、絶えず再生産されるのであるが、一定程度その分裂・瓦解の起爆剤を内在的に有しているように思われる。

しかしKlaus Güntherが明らかにしたように、消極的自由権は内容的削除を伴わずに、法という形式の了解のモデルと調和可能な形で解釈されうる。主観的権利はコミュニケーション的自律性の観点のもと、2つの面を有する。ひとつには、〔主観的権利の〕権限者は、その権利の範囲内で彼が望んだことを手段的に為すこともやめることもできる。権限者が彼の権利の範囲内で活動している限り、彼はコミュニケーション的な忠誠から解放されているのである。すなわち、彼は他者の意見を聞き入れたり考えたりする必要はない。主観的権利のこの側面は、コミュニケーションからの自由領域の側面である。もうひとつには、権利を守ることは、当事者がそれぞれの行為に同意を与えるということを含む。なぜなら主観的権利は他者との調和に由来しており、すなわち了解の蓄積なのである。主観的権利を守ることは、したがって他者のコミュニケーション的自律性を侵害することを排除する。その点で、主観的権利は、手段的自由の行使についての先取りされた同意として定義されうる。この考慮は同じく主観的な私的・公的権利にもあたる。たとえ私的・公的権利が異なる対象領域に関わることで、である。その上、コミュニケーション的自律性によって、超個人的・集团的慣習についての管轄が担われう

ることが明らかとなる（角括弧は筆者による）。³²⁾

つまり、このようなコミュニケーション的規範構想は、たしかにコミュニタリアン的な規範構想ではあるが、それによって市民に対して法秩序が他律的なまでに規範への隷属を求めるものではないとするのである。というのも、コミュニケーション行為の大前提として、そのコミュニケーション参与者としての各市民は、妥当要求をなすことについて、その権限と能力を相互に承認する、ということがあるからである。そして、各市民は規範の創造者として、規範に対する主語としての役割と、その規範が統合する社会に暮らし、その規範が差し向けられる者として、規範に対する目的語としての役割を負っているのである。これらのコミュニケーションにおける自律性を相互承認することをKindhäuserはコミュニケーション的忠誠と呼ぶのである。

このようなコミュニケーション的規範構想は、「自己統治への参加」であるがゆえに、コミュニタリアン的な契機を有するとするが、このコミュニケーションが法という形式で現れる場合には、同時に極めて異質なものも含まれるとする。というのも、その法や規範によって調整された成果物には主観的な権利が含まれるのであり、この主観的な権利は部分的に消極的自由を含みうるためである。すなわち、コミュニケーションからの自由である。

これが異質であるとされるのは、コミュニケーション的自律性の要請からすれば、各市民がコミュニケーションに参加し、妥当要求をなしうる権限・能力を相互に承認するということが導かれるのみであって、他者とのコミュニケーションを拒絶する権利はそこから導き出されえないように思われるためである。しかし人権といった主観的権利は、そのルーツを「国家からの自由権」に見出しうるものであり、国家の観点から（あるいはコミュニケーション行為の観点から）不合理であると考えられるような行為も、それがその行為者の

権利を逸脱するものでない限りは尊重せねばならない。この点で、コミュニケーション行為によって統合された社会においても、脱コミュニケーション的契機を権利として内在させている。

ただし、このような異質なものが内包されることによって、以上述べてきたコミュニケーション的構想が瓦解するのではないとする。コミュニケーション的自律性の観点からすれば、この自律性には規範の創造にコミュニケーションというかたちで関与する公的権利と、その規範によって行為領域が確定され、その行為領域内であれば自由を享受するという私的権利が含まれる。その権利の範囲内であれば、当然に手段的行為、すなわちコミュニケーション行為ではない行為をすることも許されるのである。この限りにおいて、その行為者はコミュニケーション的忠誠から解放されるのであって、この私的権利もコミュニケーションの成果物であるがゆえに、このような規範構想を根本から覆すものではない。むしろ、コミュニケーション主体としての前提ともいえよう。

3. 民主主義的正当性

このようにコミュニケーション行為によって構想された規範、そしてその違反に対する責任は民主主義という文脈においてどのように位置づけられるか。またコミュニケーション的に構想された規範が民主主義という社会基盤に沿うものであるといえる場合、その帰結として規範にはどのような属性が備わるのであろうか。Kindhäuserは次のように説明している。

忠誠的了解のモデルと民主主義的態度規範措置はどのような関係にあるのであろうか？ 規範措置の民主的プロセスは、必然的に適切なものに至ったりするわけでも、決断により終了させられるものでもない。規範の合理性は一時的なものであり、基本的に確固不変のものではない。民主主義は利益を考慮する了解のための前

提を提供するにすぎず、最終的に締結される一致を提供するものではない。ここでは私は、民主主義を国民主権として解釈するにとどまらず、法の支配としても解釈する。これが意味するのは、民主主義的了解による社会的統合は、意見形成の公的プロセスなのであり、そこでは海を渡っていくような状況が存在するにすぎないのである。Martin Krielesの言葉を借りれば、「万物は流転する。確固とした立場ですら、世界の流転によりその機能を変える。何人も、自らの見方が絶対的に理性的であるとは言えない。支持可能性と妥当性という直線しか存在しないのである。これにとって可能な限り広くかつ持続的な同意という基準より他の基準は存在しないのである」。したがって規範の正当性は民主主義的な手続きにおける「アクション／リアクション」の検討から生じるのであって、これは無論、法の発展の経験的評価という背景に照らして、である。利益に沿った社会的統合のこの経験的評価の要は、憲法である。

勘違いしないで欲しいのは、私は法的正当性の基準を単に多数派の判断と入れ替えることに賛成するのではないということである。むしろ出発点は、規範に対してあらゆる当事者が同意しうる場合に、その規範は内容的に有効であるとする考慮である。しかしこの有効性の基準は——自然科学的推論の問題と同様に——我々の行為・経験的視野の有限性により、満たされえない。その点であらゆる規範は確固不変ではなく、我々はたえず規範の誤りを是正し、つまり規範が想定しうる当事者の利益に沿わないようなケースを探す努力をせねばならない。まさにとりわけ議会における反対意見に関して周知されねばならない。この啓蒙は法学とメディアの使命である。その探求に見込みがなくなればなくなるほど、むしろ規範が一般的に承認されうるものであることが想定されうる。これは、たとえば故殺や強姦など、刑法的態度規範の中核

にとって適切であると言えるように、である。³³⁾

コミュニケーション的構想によれば、規範は必ずしも絶対的な正解のようなものには到達しないとする。規範がコミュニケーションの成果物として民主主義的に生成されるという場合、コミュニケーション論や民主主義という基盤は、討議を行う空間を設定するのみであって、この討議の中で時代を問わず正しいとされる規範が生まれることをも保証するものではないからである。それゆえ、あらゆる規範はある意味で暫定的であって、唯一絶対ではない。Kindhäuserはこれを、社会情勢は刻一刻変化するものであって、その時代的な潮流のいわば潮目のようなものを読みつつ、穏当な方向へと舵を切っていくような航海術のようなものである、と表現するのである。

だからといって、多数派の判断になびくことによって穏当な結論を模索したり、絶対の正解がないことを理由にそのような穏当な結論が正当であるというように擬制することも許されない。当然に、万人にコンセンサスを生ぜしめうる規範が理想とはされるが、人間存在の有限性からそこに至ることを望むのは楽観的に過ぎる。それゆえ、たとえ現状で多数派となる考え方が存在し、それが民主主義的に規範化されたからといって、それによって少数派を抑圧するのではなく、あくまで暫定的なものと捉えることで常にその反対意見の可能性は開かれていなければならない。民主主義においては、規範は完全無欠ではないという可謬主義的な属性が与えられることとなる。

ここで用いられるコンセンサスの概念は今まで注釈を必要とする。大まかに言って、了解の際に、3つのコンセンサスのかたちがそれぞれ区別される。そもそも了解の前提となっているのはいわゆる背景のコンセンサスである。これは共通の生活形態、共通の信条・価値観とりわけ共通言語にかかわり、ここでは扱わない。理

想的なのは、コミュニケーションの参加者が帰結においてのみならず、その帰結に至る理由についても一致する場合である。しかしこのような論証のコンセンサスは、ここで主張されている、法における了解志向的行為調整のモデルにとって、不可欠のものではない。参加者が帰結のコンセンサスを達成するなら、つまりそれぞれ理由は違えど結果を受け入れるならば、それで十分である。ここでいう帰結のコンセンサスはつまり、歩み寄りである。³⁴⁾

コンセンサスにおいても厳密な意味でその論証すべてにおいて意見が一致している必要はなく、帰結において歩み寄りが可能な範囲で意見の一致があれば足りるとする。支持する理由においても差異が生じる余地を残すという点も、規範に可謬性を付与するものである。この規範の可謬性から、以下のような帰結が生じるとする。

民主的に正しいといえる法はその規範に従う動機に対して少なくとも2つの考慮から中立でなければならないということが明らかとなった。法は、現実的に強制力を欠くという理由で動機の規範化を諦めるのみならず、その基礎付けの必然的・理性的な説得力を欠くという理由——規範の不確かさのゆえに——からも諦めねばならない。民主的に措定された規範は証明可能な正しさの要請によって生ずるものではない。したがって、法的責任は、倫理的・理性的盲目や全き悪意に対する非難を含意するものではない。³⁵⁾

規範は可疑的であり可謬的であるがゆえに、それに違反したからといって、その違反に向けられる非難は、「絶対悪」に対してなされるような類の非難ではないのである。

4. 責任非難の実質

では、そのように絶対的に正しいとされるわけではない規範になぜ従わねばならず、その規範に違反した場合、どのような内容の非難が向けられるのであろうか。規範それ自体が完全無欠の誤りのないものではないとすれば、それに従うことが「正しい」となぜいえるのであろうか。

しかし、違反された（民主主義的に正当な）規範はその正確性に保障を欠くから、そもそも実質的な責任などというものは観念可能なのだろうか？ もし、実質的な責任が個人の理性や共同体の結びつきに関わることなのであれば、その答えはノーである。なぜなら個人的な理性というのは、美德と同様、法的責任としての責任が参照する、権利の構成要素ではないからである。これに対し、もし実質的な責任が権利の諸要素つまりコミュニケーション的自律性とコミュニケーション的忠誠に関わることなのであれば、この答えはイエスとなる。なぜなら、民主主義的に定められた規範の違背が傷つけるのは、コミュニケーション的自律性であって、それは絶対に有効な規範を傷つけることを決して下回るものではない。コミュニケーション的自律性において法を規定するに際し、法的権利は、そこから正当性が導き出されるような、制定法を超えた正当な権利を多かれ少なかれ歪めたコピーなのではなく、現状のコミュニケーション的理解の基準によって現存し、正しいと言えるものなのである。了解以前に一定程度批准されねばならないであろう権利というものは存在せず、権利というものは了解によって初めて形成されるのである。たしかに、権利は“よりよい”ものとなることはありえようが、それはあくまで了解を通じてのみである。つまり、主観的権利という合意とは無縁の領域は、了解がどの程度成功したのかということに依存するのである。

たとえ個々の行為領域が、単に一時的に理

性的な規範によって確定される場合であっても、行為領域は正当にも忠誠的な了解によってのみ変更されうる。規範違背によって行為者は規範の基礎にある了解と参加者のコミュニケーション的自律性を否認しているのであって、つまり行為者がその規範を——どのような理由であれ——非理性的・不適切であるとみなしているか否かは関係がないのである。その理性性ではなく、他者の自律性に対するコミュニケーション的忠誠こそが、行為者を規範に結びつけるのである。民主的規範への正当な結びつけ作用が基礎を置いているコミュニケーション的忠誠を法への忠誠と呼ぶことは明らかである。民主的法治国家における責任は、一般的な定義をすれば、法への忠誠の欠如——つまり法という形での了解を可能ならしめるコミュニケーション的忠誠の欠缺を表現するような行為であると言える³⁶⁾。

たしかに規範は絶対的に正しいものではないが、それが意味するのは、その可謬性ゆえに従う必要がないということではなく、改善の余地があるということに過ぎない。規範は改善の余地はあれど、現在のコミュニケーションの成果物として存在する以上は、市民の了解を得ているのであって、その限りで有効なのである。市民は、コミュニケーションによって自らの行為領域を主張し、他者の立場に立って思考しつつその行為調整を行い、その歩み寄りによって自らが従う基準がもたらされたならば了解する。これをもって規範が生成されるのであって、自らが従う意思のない規範創造に了解を与えることは原理的にありえない。このコミュニケーション的自律性こそが、市民を規範に結びつけるのである。

したがって、犯罪とはこの市民的共通了解の成果物である規範に違反するものであるから、コミュニケーション的自律性を侵害する作用を有する。したがって実質的な責任非難はコミュニケーション

ンの忠誠の欠如に対する非難であり、コミュニケーションの成果物であるところの規範に違反するのであるから、コミュニケーション的忠誠の欠如はすなわち法への忠誠の欠如である。

IV 若干の検討

以上、Kindhäuserの責任の基礎付けを概観してきた。いまいちど要約すると次のようになる。現在の民主主義的な社会において、各市民は社会を冷静に客観視できる純粹理性的な存在ではなく、むしろ社会によってその存在性が構成される。したがって各市民の存在性は様々であって、これが現在の多元的な社会を作り上げている。そしてこのような多元的な社会においては、客観的合理性というものには存在し得ないから、あらゆる者にとって正当な規範というものは想定しがたい。それゆえ、目指されるべきは、民主制における各市民のコミュニケーション行為による意見表明と相互の歩み寄りによって、可能な限り多くの者が了解しうる最もベターな行為調整としての規範の生成である。

この際、当然に各市民は自らの権利の範囲内であれば、コミュニケーションに参加しないという態度もとりうる。コミュニケーションへの参加も強制されるわけではなく、あくまで自律的判断にゆだねられるのである。これはコミュニケーション的構想の弱点とはならず、むしろ前提であるとされる。

市民は規範に違反するつもりがあるにもかかわらず了解するということはありえないから、このような了解を経て創造された規範はあらゆる市民を拘束し、これに違反した場合には非難が向けられることとなる。この意味で規範違反は、他者のコミュニケーションの自律性の侵害であり、コミュニケーションに対する不忠であって、法というコミュニケーションにあっては、法への不忠を意味することになるのである。

この見解の特色は何といっても、この「コミュ

ニケーション」や「了解」というキーワードにある。法秩序・法規範を民主的コミュニケーションの成果物として観念することによって、多元主義社会における規範の拘束性が説明可能となる上、しかしその拘束性は決して他律的な命令に尽きるものではない。法とは社会的コンセンサス・共通了解の総体であるとされるからである³⁷⁾。

哲学的な基礎付けとしてのみならず、刑法理論にもたらされるであろう帰結も魅力的なものであると考えられる。というのも、規範の由来を社会的コンセンサスであるとするところから、社会的法益保護の基礎が導きやすいように思われるからである。たとえば近時ドイツにて議論を呼んでいる「業としての自殺援助の禁止」が例として挙げられよう。

単に外部的自由の調和という自由主義的な説明によると、一般に社会法益というものを説明するのは難しい。「社会法益」という語には、単なる「全市民の意思や自由の総体」以上の意味が言外に含まれているように思われるからである。自由主義的な法理解を徹底し、もし社会法益を単に「全市民の意思や自由の総体」に尽きると解する場合、上述の「業としての自殺援助」の可罰性を導くことは難しい。あくまで自殺を望む者が、真摯にその結果（死）を承諾しているような場合には、誰の意思も外部的自由も侵害してはいないためである。その点で言えば、たとえ自殺援助というサービスであったとしても、通常の商取引と何ら変わるものではないと言わざるをえない^{38), 39)}。

しかしKindhäuserの見解によれば、規範は了解の総体であるから、必ずしも外部的自由という論拠に収斂させる必要はない。その社会の共通了解として「他者の自殺を促進することは非難に値する。それが商行為としてであればなおさらである。」といった考え方が存在するのであれば正当な規範たりうる。それゆえ社会的法益を単に個人的法益の総和と見るのではなく、独自の意義を見出すことができよう。

しかしながら、このようなコミュニケーション的な規範構想については、2点ほど疑問がある。ひとつは、自然権との関係であり、もうひとつは民主主義の現実との関係である。

あらゆる規範は了解を通じて創造されるとされ、その規範はその限りで、すなわち市民の了解に基づく限りで正当なものであるとされる。逆に、およそ規範やそれが保護する権利というものは、了解なくしてはありえないとする⁴⁰⁾。しかし、たとえば生命のような非常に基本的な権利も、市民の了解があってはじめて保護されるべき価値を付与されるのであろうか。国家や法秩序の存在があってはじめて生命に価値が付与されるにすぎないならば、およそ生得的な権利は認められないことになりはしないか。

これについては、国家・法秩序の存在の如何を問わず、生命の価値は揺るぎない価値を有しているが、規範が存在しない以上はその違反もなく、法的に処罰ができないに過ぎない、という現実的な反論もありえよう。なるほど、「法律なければ犯罪なし、犯罪なければ刑罰なし」の原理からすれば、法律にない単なる道德違反を理由に処罰することは誤りである。しかしこの反論によってもフリーライダー論に向けられるのと同様の異議にさらされることを回避することはできないように思われる⁴¹⁾。

また一方で、了解という点に規範の拘束性を見出す、法というコミュニケーションに原理的に参加できない者は、この規範に従うべきであるとはいえないのであろうか。たとえば、我が国では外国人に参政権は認められておらず、その意味で規範創造のコミュニケーションに外国人は参加できない。しかしながら、現在我が国では外国人による凶悪犯罪に対する対応が急がれており、「コミュニケーションに参加する権限なき者の行為は社会統合を害しない」⁴²⁾という帰結は受け入れがたい。これは難民問題に直面しているドイツでも同様であろうと推察される。

V おわりに

本稿では Kindhäuser の責任論を紹介し、若干ながらその理論的特徴を分析し、問題点を探ることも試みた。既に述べたとおり、このコミュニケーション的責任概念は従来の見解とは一線を画すものであり、非常にユニークな見解であることは明らかである。しかし決して奇をてらただけというわけではなく、Habermas 流のコミュニケーション論に基礎を置いており、その哲学的思索は深遠である。

現代という多元化の進んだ時代にあっては、普遍的な合理性といったものが観念しにくい⁴³⁾。それゆえ自由主義的な発想から、外部的自由の調和のみが志向され、他害的でない行為については各人の自由にゆだねられることとなった⁴⁴⁾。しかし、他害的な行為ではなくとも、刑罰の対象となりうることは既に述べたとおりである。一部の社会的法益にかかわるもの、たとえば先に挙げた業としての自殺援助罪における「生命」の捉えかた、あるいはわいせつ物頒布罪にいう「わいせつ」の概念などは、「自由」や「他害」という語によるよりも「共通了解」という語によっての方がよりよく説明されうる。

この「了解」という形式の法的コミュニケーションにおいて、市民は行為領域を調整する規範に対する目的語のみならず、了解によって規範を創造する主語としての役割を付与されるという点は、従来の見解があまり強調してこなかった点であろうように思われる。

しかし、この「了解」という語にあらゆる規範が収斂しうるかはなお検討の余地がある。殺人が禁止されるのは、あるいはより根源的に人間には尊厳があるということは、単にその社会に暮らす市民が偶然的にそれに了解したからである、というのは若干違和感が残る。そもそもコミュニケーションへの参加を可能ならしめるような基本的権利も、生得的ではないのであろうか。このように、

「了解」という語に解消されえないような領域が残ることは否定できず、部分的には理性主義的な人格観も肯定せざるをえないのではなからうか。その場合、その両者がそもそも調和可能か、そしてどのように調和しうるのかについては今後の検討課題となろう。

- 1) 川端博『責任の理論』39頁、井田良『刑法総論の理論構造』229頁、山口厚『刑法総論（初版）』166頁、西田典之『刑法総論（初版）』191頁、船山・清水・中村『スタッフ刑法総論』216頁、「法的非難」という語は直接用いないものの、一般人基準からの非難可能性・他行為可能性を問題にするものとして、前田雅英『刑法総論講義（5版）』29頁、刑罰を非難と解することに対して否定的なのは、堀内捷三「責任論の課題」『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』172頁以下。
- 2) 前掲注1)に挙げた論者等。
- 3) 責任非難の内容として「他行為可能性」を基礎とするのでは不十分であることについては既に論じた。詳しくは、拙稿「何を非難するのか？」大学院研究年報第45号法学研究科篇295頁以下。
- 4) Urs Kindhäuser, *Rechtstreuer als Schuld-kategorie*, ZStW107 (1995), S. 701.
- 5) Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeinteil* 6. Aufl, 2013, S. 179.
- 6) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 701 f.
- 7) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 702.
- 8) Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, 1987, S. 383 f.
- 9) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 704.
- 10) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 704.
- 11) Michael Köhler, *Der Begriff der Strafe*, 1986, S.29 f.
- 12) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 705.
- 13) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 706.
- 14) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 706.
- 15) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 707.
- 16) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 707.
- 17) Günther Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976, S. 8 f.
- 18) Jakobs, a.a.O (Fn. 17), S. 10.
- 19) ギュンター・ヤコブス『国家刑罰—その意義と目的—』飯島暢・川口浩一訳, 44頁。
- 20) Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2. Aufl., S. 481.
- 21) Jakobs, a.a.O (Fn. 20), S. 484.
- 22) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 708 f.
- 23) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 710 f.
- 24) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 706.
- 25) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 711.
- 26) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 712.
- 27) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 712 f.
- 28) コミュニケーション行為論について、専門用語の訳語は、中岡成文『ハーバーマス：コミュニケーション行為』に準拠させた。
- 29) Jürgen Habermas, *Vorstudien und Ergänzung zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, S.595 ff.
- 30) Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1. Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, 1981, S. 384 f.
- 31) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 714 f.
- 32) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 719 ff.
- 33) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 722 f.
- 34) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 724.
- 35) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 724 f.
- 36) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 725 f.
- 37) Benno Zabel, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, 2007, 138 ff. はこのような特徴からこの見解を、「同胞 (Mitmensch) として行為する人」というものを基礎とする見解であるとして、「自由の超越性」を基礎とする見解とは異なるものとして分類している。
- 38) 臨死介助の議論においてなされる様々な論証を整理し、その論拠の有効性を検討するものとしてUlfrid Neumann, *Standards valider Argumentation in der Diskussion zur strafrechtlichen Bewertung von Maßnahmen der Sterbehilfe*, FS für Hans-Ulrich Paeffgen, S. 317 ff. そこでは自律性についての論拠も挙げられているが、およそ自律性という論拠からは臨死介助の違法性は導き出されえないとしている。
- 39) 我が国における例としては、覚せい剤単純所持罪（覚せい剤取締法第41条の2）が挙げられよう。通常、覚せい剤を「譲渡」したり「所持」するのみで他者を害することはないから、多数説は他害の危険性を説明するために「使用予備罪」的性質を有するだとか、「反社会的勢力への寄与」という根拠から抽象的危険が存すると説明する。しかし使用予備と考えた場合、単純所持罪自体にも未遂犯規定が存する

ことから、単純所持未遂は「使用予備未遂」と位置付けられることになり、「予備未遂」は可罰的であるかが争点となろう。また「反社会勢力への寄与」を根拠としてしまうと、単純所持罪は「暴対法予備罪」と位置付けられてしまうことになろう。

40) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 725.

41) Herbert Morris, *Person and Punishment, The Monist*, Vol.52, 1968, p.475-477. は「犯罪者は、他の市民が法に従うことを対価に法により保護される、という社会において、その利益は享受するが対価を支払わない『タダ乗り』をしているのである。それによって犯罪者はそのタダ乗りへの『債務』負うこととなり、その『債務』の量に従った『支払い』としての刑罰を受けねばならない」とするが、R.A.Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, 1986. は「犯罪を刑事的な害悪となさしむるものは、法に従うことによる利益を不公正な方法で獲得することではなく、被害者にもたらされた不正

な害である」として批判する。これを本文脈に戻せば、犯罪とは単なる「了解」違反ではないのはいか、という批判となろう。

42) Kindhäuser, a.a.O (Fn. 4), S. 713.

43) 伊藤研祐「現代社会における刑事責任の所在と表現」法律時報88巻7号4頁以下。は社会構造の（とりわけ破綻的な）変化について指摘する。

44) Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 1997, S. 297 ff. は最早現代は価値多元論あるいは価値相対論ではなく、「価値無関心論」であるとしている。本来的な意味での自由を得るためには「寛容」が必要であるとされ、「寛容」と「無関心」は全く異なるという。Kaufmannのいう「寛容」には、単に「あらゆるものを受け入れる」ということではなく、むしろ「真摯に反論する」ことも含まれるという。積極的な意見表明を経て、その上で他者を尊重することこそ「寛容」であるというのである。これはコミュニケーション論に通じるところがあるように思われる。