

社会内連帯の法哲学的基礎付けについて

根津 洸 希*

要 旨

社会内連帯 (Solidarität) という概念は我が国の刑法学においてはあまり馴染みのない概念であるが、我が国が範とするドイツ刑法学においては同概念は基礎論的にも解釈学的にも、重要な意義を有している。

しかし同概念は、危機に陥った他者を救助することを法的に義務付ける根拠となるものであるから、一見すると他者との協調を法的に強制しているようにも見える。他者の危機に際して、ただ容易に救助ができたという一事をもって処罰がなされるとすれば、いわば「連帯責任」を認めるに等しいこととなり、これは近代刑法の大原則である個人責任に反しはしないか。

それゆえ、同概念が個人責任の原則と矛盾することがないように、適切な位置付け・限界が確定されねばならない。そのためには、解釈学的な検討に終始するのではなく、いかなる法哲学的な基礎が前提とされているかを検討する必要がある。

本稿では以上のような問題意識から、主に Wolfgang Frisch の論考を手がかりに、自律性に社会内連帯の基礎を求める見解を素描し (Ⅱ)、これに対し、Michael Pawlik の論考を参照して、共同体における国家制度的保障を強調する見解を紹介し (Ⅲ)、両者の差異を指摘しつつ若干の検討をし (Ⅳ)、我が国の法解釈に与える示唆について若干のコメントを付す。

目 次

- I はじめに
- II 自律性に基礎を求める見解
- III 国家制度的保障に基礎を求める見解
- IV 若干の検討
- V 我が国の法解釈に与える示唆
- VI おわりに

刑法学においてはあまり馴染みのない概念であるが、我が国が範とするドイツ刑法学においては同概念が、論者によっては正当防衛権の限定原理¹⁾とされたり、緊急避難の正当化原理²⁾とされたり、不救助罪 (323条c) における保護法益や救助義務の発生根拠³⁾とされたりするなど、基礎論的にも解釈学的にも、重要な意義を有している。

社会内連帯は、大まかにいえば、共同体の構成員が危機的状況に瀕した場合、他の構成員が危機的状況に陥った構成員を容易に救助できるならば、この救助を義務付ける根拠となるものである⁴⁾。共同体の構成員同士は、この義務を相互に承認するとされ、自身が「救助する者」の役割を演じることもあれば、「救助される者」の役割に回る場合もある。その意味で「救助する者／救助される者」

I はじめに

社会内連帯 (Solidarität) という概念は我が国の

* ねづ こうき 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2017年10月6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 鈴木 彰雄

の役割分配は偶然に依拠している。有り体にいってしまえば、「困ったときはお互い様」の精神を法的義務に昇華させたものといえる。

しかし同概念は、危機に陥った他者を救助することを法的に義務付けるわけであるから、一見すると他者との協調を法的に強制しているようにもみえる。たとえば不救助罪でいえば、事故に遭った他者を助けないことを理由に処罰がなされるのである。その事故を自ら惹起したわけでもなく、その事故において自身が危険源を創出しているわけでもない者は、通常はこの事故に対し責任を負わないとされるべきである。他者が起こした事故を理由として、ただ容易に救助ができたという一事をもって処罰がなされるとすれば、いわば「連帯責任」を認めるに等しいこととなり、これは近代刑法の大原則である個人責任に反しはしないか。

それゆえ、同概念が個人責任の原則と矛盾することがないように、適切な位置付け・限界が確定されねばならない。そのためには、解釈学的な検討に終始するのではなく、いかなる法哲学的な基礎が前提とされているかを検討する必要がある。

本稿では以上のような問題意識から、主に Wolfgang Frisch の論考⁵⁾を手がかりに、個人責任や自由主義的な刑理解に親和的であろう、自律性に社会内連帯の基礎を求める見解を素描し(Ⅱ)、これに対し、Michael Pawlik の論考⁶⁾を参照して、共同体における国家制度的保障を強調する見解を紹介し(Ⅲ)、両者の差異を指摘しつつ若干の検討をし(Ⅳ)、我が国の法解釈に与える示唆について若干のコメントを付すこととする。

Ⅱ 自律性に基礎を求める見解

1. 自由主義的な理解⁷⁾に基づく社会内連帯

社会内連帯も法的義務である以上、助け合いという美徳のような、各人の道徳的信条に基礎を求めてはならないとする理解は、法は個人の内心にまで干渉すべきではないという自由主義的な背景から社会内連帯を説明する。「他者との関係におい

て倫理的に正しいとされることが自律的な諸人格の連帯共同体において法的義務となるのは、ただ、そのような義務が共同体の構成員の自律性に合致することを前提とした場合のみである」⁸⁾という主張がそれである。

このような理解によれば、刑法の中核的な任務は他者の侵害・危殆化を禁止することにあるのであって、一部の命令規範はごく例外的に、行為者の特別な地位を根拠に生じうるに過ぎない。たとえば、行為者が彼に期待される行為を自ら行うことを義務付けられたり、一定の義務が付随する役割を引き受けた場合などである。これらの場合に作為が期待されるのは、一定の結果に至らないようにすることにつき、特別に法的根拠から答責的となる者のみとなる⁹⁾。

しかし必ずしも刑法に含まれあるいは刑法から生じてくる全ての義務が、特別な答責性の法的根拠によって基礎付けられうるわけではなく、一部の義務は、社会内連帯という考え方でしか説明ができないものもある、と Frisch は指摘する。

そのような義務の代表的な例のひとつは、緊急事態に陥っている、あるいは危険にさらされている者に、その危険を回避するために必要かつ期待可能な手助けをする義務である。この義務に違反すると、多くの国では(…)不救助として処罰される。万人に妥当するこの義務について、特別な答責性を負う理由は説明されていない。したがってこの義務は通常、同胞的な連帯の考え方に帰するものとされている。

ふたつめの重要な例は、緊急避難行為の客体となる者の受忍義務である。緊急避難が正当化事由であるとする限り、たしかに受忍義務は正当行為の原理と矛盾することはない。なぜなら、正当行為の客体となる者は、このような正当行為を受忍せねばならないからである。しかし、こういった受忍義務によって容易に説明ができるのは、実質的には防衛的緊急避難の事例のみ

である。防衛的緊急避難の事例においては、緊急避難行為者は、彼にふりかかる危険から逃れるため、その危険源となっている者の利益を侵害するのであり、したがってこの受忍義務の根本的な基礎というのは緊急避難行為の客体となる者が自己の領域の管理を誤った点にあるのである。危険回避のためにまったく無関係の者の利益を侵害し、この者に侵害を受忍することを期待するような場合は、事情が異なる。たとえば、他人の薬を使うことによって、あるいは重傷者を早く移送するために他人の車を利用することによって、生命の危険が回避される可能性が高い場合や、他人の財産を一時的に利用することによって、それがなければ生じるであろうより大きな財産上の損害が避けられる場合がそれである。(…)ドイツ法も刑法34条と民法904条において一少なくとも一定の要件のもとではあるが一このような救助行為を正当なものであるとみなしており、行為の客体となる無関係の他者に受忍義務を課すことを前提としている。しかしこの場合、この葛藤状態に対して行為の客体となる者には特別な答責性がないようにみえる。それゆえ、ここでも受忍義務の基礎付けのために、社会内連帯の考え方を援用するのである¹⁰⁾。

自律性に依拠する見解も、社会内連帯という考え方によらねば説明ができない事例が存在することを承認している。しかしながら、その社会的連帯という語の内容が、「助け合いの精神は美しい」といった一定の道徳的信条を反映するものであるならば、国家が一定の道徳的信条から法的義務を課していることとなる。そうすると国家の道徳的中立性により各人に自由を保障しようとする自由主義的国家観とは相容れないこととなってしまう。

それゆえ、この社会内連帯という語が含む意味が問題となる。「社会内連帯という語が意味するところは様々で、(…)共同帰属意識だとか、とりわ

け他者との絆という人間としての感情などとパラフレーズされる」¹¹⁾こともあるため、その内容を明確化する必要があるように思われる。

この点につき、社会内連帯が帰属意識だとか他者との絆といった情緒的な内容を含むのであれば、法的義務によって内心に対する「強制」が生じることとなり、これが自由主義的国家観とは相容れないことは上述の通りである。「一定の状況下における他者との絆といったような、一定の感情や心構えを持つようはたらきかけることは、法も国家も権限の及ぶところではない」¹²⁾のである。

無論、自律性を重視する自由主義的な見解も、危機的状況に陥った他者を見て、同胞としての意識から救助をなすということを正しいことではないといっているわけではない。そのような情緒的なつながりを動機として救助行為に出ることはもしかすると好ましいことなのかもしれないが、その動機を法によって強制することはできないといっているに過ぎない。「国家の責務は、外部的な態度を規制して、それによって自由領域を定義し、限界付け、保障することに尽きる」¹³⁾のである。

このように内心には踏み込まず、外部的態度を規制することに尽きるとする法理解は、一見すると冷酷なようにも思えるが、理論的な長所も存するところである。社会内連帯を基礎として法的義務を課す際にも、外部的に連帯寄与的行為を強制するに過ぎないため、その裏返しとして、本心では同胞の情を有していないような者にも連帯義務を課することができる。情緒的なつながりというのはある意味で個人の考え方によるところが大きく、それによれば自由の保障という観点からは偶然に依拠しており、不安定さが残ってしまう。外部的態度を規制する方法によれば、内心の如何にかかわらず義務付けが可能であるし、それで十分であるとする¹⁴⁾。

しかし法は外部的な態度を規制するに過ぎないとしても、一定の状況下で他者を救助するなどの、場合によっては危険すら伴う義務を負わせている

ことには変わりがない。法がそのような義務を負わせることの正当性が問われねばならない。その際に問題となるのは、法によってそのような義務を強制することによって、国家は何を追求しようとしているのか、すなわち国家の基本的な責務が何であるのかである。

2. 国家の基本的責務からの社会内連帯の基礎付け

自由主義的な法理解からすれば、国家の責務は、各構成員がそれぞれの善き生の構想を自律的に選択しうるように、各構成員の外部的自由が矛盾しないような枠組みを提供する点に尽きる。そうであるとすれば、自らが関与していない他者の自由の侵害状態に対して、一定の義務の履行を命令する社会内連帯は極めて例外的な状況でのみ認められることとなる¹⁵⁾。このような理解を前提とすれば、社会内連帯は以下のように基礎付けられうると Frisch は指摘する。

国家の本質的な基本的責務のひとつは、その国家によって統合される市民の安全保障にある。Hobbes においては、とりわけ物理的な安全、すなわち生命・身体への侵害からの安全が重要であった。Locke はさらに所有権の安全に、Kant は自由の保障に目を向けた。19世紀には最低限度の社会的安全性の保障がここに付け加わった。国家とその基本的責務のこのような理解は各人の自律性とも調和し、まさに各人の自律性の所産であるということは、とりわけ社会契約論が明らかにしようとしてきた。

無論このような安全には対価が付きまとう。この安全という利益に連带的に関与しており、安全を望む者は、逆に連帯共同体としての国家が期待される安全を提供できるように、連帯によって犠牲となることを受け入れ、進んで犠牲とならねばならない。従来、尋常ならざるほどに、連帯共同体の構成員に非常に様々な献身

(Dienstleistung) が要求されてきた。しかし現代的な、各構成員の広義のペイによって成り立つ国家 (Abgabenstaat) においては、国家的連帯共同体とその目的の実現のために要求されねばならない寄与は、とりわけ安全のために不可欠な制度によって種々の安全の保障のために、そしてその維持のために拠出されねばならない一定のペイにその本質があるのである。

連帯共同体とその目的を実現するために、個々人によって拠出されねばならない寄与についてこのように理解にすれば、一いままでの刑法的・法哲学的議論において一般に見落とされてきたことではあるが—刑法におけるいわゆる社会内連帯義務の問題性も、国家論的な観点から検討されねばならないのである。この問題性が関わってくるのは、緊急状況や危険が突如生じ、その除去が連帯共同体の制度によっては適時にできない、あるいは一定の情報等がなければ不可能であるがゆえに、連帯共同体への通常の寄与 (…) では侵害から安全を保障することには不十分であるようなケースである。無論この状況に特有の要素はもうひとつある。すなわち、このようなケースの多くで、当該危険は連帯共同体の構成員の作為ないし受忍によって回避されうるという点である。そうだとすれば、この者に期待可能な範囲で作為ないし受忍を要請するのが現実的である。ただしこういった解決方法は単に現実的であるだけではない。この解決方法が連帯共同体の構成員の意思に合致する—すなわち連帯共同体が各構成員の作為ないし受忍によってはじめて獲得できる安全に関心を寄せており、相応の事情の下ではその表裏となっている作為・受忍義務を認めることを対価としてでも安全を手に入れたいと考えていると想定しても良い—場合には、規範的にも整合するし、正当化も可能であるように思われる。こういった場合でも、連帯義務は、より高度の安全を目指す各自の自律的な判断からの帰結に他

ならないのである¹⁶⁾。

一見「社会内連帯」という語からは、たとえば「連帯責任」などといった、他者の責任を負わされる他律的な意味が想起されるが、Frischはあくまで社会内連帯も連帯共同体の各構成員の自律性から基礎付けられるという¹⁷⁾。

3. 社会内連帯の限界

以上の基礎付けによる場合、社会内連帯による義務付けの限界もまた自律性によって与えられることになろう。無論、その場合そこでいう自律性という語がいかなる内容を含意しているのかが問題となろう。

この点、通常の自由主義的な発想からすれば、そこでいう「自律」や「自由」という語は我々が日常において用いる「自由」の意義とは大いに異なることは周知の通りである。我々は「自由」ないし「自律」というと、「他者からの干渉を受けないこと」や「勝手気ままであること」を想起しがちであるが、自由主義の文脈でいう「自由」や「自律」とはより厳格な意味内容を有するものとされるのが常である。

そこでいう「自律」とは一言でいえば「あらゆる他律を排除された状態」と言い換えることができると思われる。ここでは、自らのアイデンティティにかかわる一切の事情を捨象した上でなす決定を「自律的決定」と呼ぶこととされている。もし各人が自らのアイデンティティを捨象せずに、自らの置かれた社会的文脈（たとえば出自、社会的地位、経済力など）に基づき決定をしたのであれば、それは自由な選択の結果ではなく、自らを取り囲む社会的文脈がそうさせたに過ぎないこととなるからである。

この意味で、自律性というのは、自らのアイデンティティを脱色し、「ただ理性のみによって決定しうる能力」を指すものであるとされる。そこで注意が必要なのは、「ある決定が自律性に反しな

い」という場合に、必ずしも現実の共同体の構成員が満場一致でその決定に賛成している必要はないという点である。上記の理解によれば、現実の構成員はそれぞれの社会的文脈に組み込まれて判断するものであるから、それぞれの利害関係などによって意見が対立するのは自明である。しかし重要なのは、共同体の構成員各人がそのような利害関係などを捨象して、ただ理性的主体としてのみ思考した際に、その決定を合理的なものとしてなお承服しうるか否かである。この場合に、一定の合理性があるものとして承服可能性が存するのであれば、その決定は理性的であり、自律性に適うものであるというのである¹⁸⁾。

以上の内容を本稿が関心を寄せるところの社会内連帯の文脈にパラフレーズすると、この社会内連帯による相互保障義務とそれによって犠牲となる自由とのバランスについての決定が、当該共同体の構成員の自律性に反しない、すなわち理性的なものとして承服する余地があるとする場合には、その義務付けは正当性を有するということになる。

実際、Frischも「連帯共同体における^{合理的な}構成員の^{自律的な}判断と合致する犠牲のみが期待可能である。期待可能な内容は、具体的事例における対立利益との比較衡量に依存するのではない、むしろ決定的なのは、連帯共同体における自律的な構成員が、架空の議論があったとして、自由と安全が緊張関係にあるこの種の緊急状況を克服するためには、いかなるルールが普遍的に（すなわち万人に）妥当するルールとして^{理性的である}と認めるであろうか、である【傍点引用者】」¹⁹⁾と述べている。

以上のように、社会内連帯を自律性に依拠させる見解として主にFrischの見解を素描してきたが、このような帰結に至るのはFrischのみならず、自由主義的な構想を有する論者から類似の主張も多々散見される²⁰⁾ところである。この構想にとって最重要となるのは、（それが現実存在するか否

かは別にして)たとえ観念的にはあっても、一定のルールに対して共同体構成員の「合意」を想定しうるか、である。その意味で、この自律性に依拠する見解は、社会契約説と深く関係している。

Ⅲ 国家制度的保障に基礎を求める見解

上述の見解とはアプローチを若干異にするのが Pawlik の見解である。さきに述べておきたいのは、Pawlik の見解は Frisch などの見解とは異なるアプローチを採用するものではあるが、自律性や自由といったものを否定的に捉えるものではない。むしろ Pawlik の見解はそれらを純化させた結果、結論として社会内連帯を国家制度的保障として構想している。

Pawlik がまず疑念を投げかけるのは、個人主義・自由主義的な構想と結びついた啓蒙主義的人格観である。すなわち、「連帯義務について正当化がなされるべき判断基準として認められるのは、たとえば利他主義的な意味でいうところの、したがって他者の緊急状況に直接刺激を受ける、社会的存在としての人ではなく、自らの安寧に着目し、自らにとって利点がある場合のみ納得をする打算的存在としての人である」²¹⁾。

このような打算的な人々にとっては、相互の安全をより高める意味で、不慮の事故などの際には互いに助け合うことを約束、ということが連帯の本質となる。Pawlik によれば「このテーゼを基礎とした正当化論は既に300年前から Leibniz が定式化していた。すなわち『補償を得る確信や信頼をもってデメリットを引き受けることは、たやすい。なぜなら終局的にはその損害は補填され、メリットのみが残ることとなるからである。その上、一定程度の事故を受忍することも、逆に他人が私の事故を防いでくれるという確信があるならば、メリットとなる』」²²⁾という。

問題は、このような構想によって、社会内連帯による義務をいかにして基礎付けるかである。というのも、「協力をした方がメリットがある」とい

う事実は、せいぜいのところ社会内連帯に参加し、協力関係に入ることを「当該状況によれば最も有利な行動パターンとして、(…)勧めるということに尽きる」²³⁾からである。

しかし打算的な人間であれば、自らの利益を最大化しようとするために、「都合の良いときは(…)もたらされる利益共々を受け入れているようなふりをして、危機に陥るや他人からの(…)侵害を受忍するというかたちでの自らの寄与を拒む」²⁴⁾こともありうるのである。このような者に対しては社会内連帯を義務付けようとするのではあれば、メリットによって動機付けるのみならず、連帯的寄与を拒む者に制裁を課すことによって心理的な強制を与える必要が出てくるという²⁵⁾。そこでの制裁が合意する非難は、「メリットとデメリットの計算を見誤るほど愚か(unklug)であったこと」に対して向けられることとなろう。

このような消極的一般予防論的な社会内連帯の基礎付けに賛成できない場合、もうひとつの道があるという。すなわち、各人の「暗黙の合意」に社会内連帯の基礎を見出す方策である。たしかにそれによれば、共同体の各構成員は、社会内連帯に自ら合意したものとして考えられるから、連帯義務の懈怠は自ら合意したルールに違反することを意味し、これは公正ではない。しかし Pawlik は Locke の社会契約論と、それに対する Hume の批判を引用しつつ、以下のように指摘する。

Locke は、一定の統治領域下に留まるという状況を、その権威を自ら承認したものとみなした。その背後に控えている考えとは、そのような統治領域にいる者は、代わりに「どこか他の国家」に帰属するために、あるいはどこかで新たな基礎について他者と合意をするために、その支配領域から逃れることも出来たであろうということである。しかし彼がA国とB国の選択の自由をA国の利益となるよう行使した場合、彼はこの判断をその法制度に暗黙の了解をした

ものと認めねばならない。この考慮は、Humeによって説得的なかたちで覆された。Humeは、Lockeによって仮定された、期待可能な選択肢の存在が多くの場合にフィクションに過ぎないことを指摘した。世界のことを全く知らずどうかこうにか日々を暮らしているような貧乏な農民や職人が、その土地から離れることに自由な選択権を有しているなど、本当に言えるだろうか？とHumeは問う。Humeにとってこれを肯定するのは、寝ながら船に乗船していて、船から降りればすぐに溺死してしまうであろうような者が、その船にとどまることによって、自らの意思で船長の指示に服しているのだというような主張と同じぐらい間違っている。Humeが提起した疑義は、同様に素描された、公平性に基づく緊急避難の正当化の試みにもあてはまる。緊急避難規定から免れようとする者は、この緊急避難規定が属している刑法秩序の妥当領域を離れねばならない。したがってその者は移住せねばならないし、通常こういった歩みもたらすところのあらゆる困難を自ら引き受けねばならない。このような極端な帰結に尻込みすることから緊急避難規定に対する暗黙の了解を導き出すことは、たしかに理論上はありえても、控えめに言って、非常に不自然である²⁶⁾。

また、このような理解は犯罪論の上も、とりわけ不法の内容を記述するに際しても支障を来すという。

公正な行為をするというのは、今の説明によれば、社会的企ての負担についての自らの分担分を担うことである。公正な態度を要請し、不公正な態度に苦情を言う権限は当該共同体のその他の構成員全員に認められている。(…)このことが意味するのは、構成員全員が関与する企てが問題となっているのであるから、協働する意思のない市民がなした不法というのは、全体

としての法共同体に対する不法と同じである。連帯違反として行為者が非難されるのは、その行為者が緊急事態に陥った仲間を見殺しにしたことを理由としているのではなく、その行為者がその協働する意思のある者に比して利益を獲得してしまったことを理由としているのである²⁷⁾。

この場合、連帯義務違反の不法内容は、「自らは社会内連帯の利益に浴しているにもかかわらず、不利益を受忍しないことによって連帯共同体に対してはたらく不公正さ」であるとされる。また逆に、自らが緊急状況に陥って、その危険を緊急避難によって無関係の他者に転嫁するような事例においては、その転嫁行為は自身が有している連帯要請権を自ら行使したのではなく、連帯共同体が要請する連帯義務の貫徹を代行したに過ぎないこととなるという²⁸⁾。

社会契約論を援用するのはLockeに限られない。Rawlsもまた、「無知のベール」という思考実験によって、原初状態における福祉的国家への同意がなされるという、社会契約論的な説明を採用する。しかし、Pawlikによれば、この説明自体はRawlsの理論的基盤なのではないという。むしろRawlsが無知のベールや原初状態における同意といったものを持ち出すのは、その基礎に「功績による分配」を純粋なかたちで貫徹しようとしたところにあるというのである²⁹⁾。

Rawlsの正当化論の基礎信条は、先天的才能や社会的関係の偶然性が、政治的・経済的優位を導いてはならないということにある。その才能が付与するところの、あるいは教育に熱心な家庭の支えから生じてくるところの能力は、Rawlsの言を借りれば「道徳的に恣意的」なのである。なぜなら、そのような能力は「いかなる場合でも功績によって正当化」されえないからである。それゆえ能力から財分配における際

の一切の優位性が生じてはならない。才能や出自ではなくその者の功績が各人の地位や善き生にとって決定的であるべきである、というのである³⁰⁾。

Rawlsと同様に、Dworkinも才能や社会的関係の偶然性に依拠することを明確に否定する。PawlikはDworkinのテーゼを以下のように要約している。すなわち「一方で我々は、常に財分配が功績に影響を受けやすいことを許さねばならない。つまり、財分配は他人のための決断のコストとベネフィットを反映している。他方で財分配が時に才能に影響を受けうるものであることを許してはならない。したがって優れた才能によって獲得された利益を維持することは許されないというべきである」³¹⁾と。

この点につき、Pawlikは以下のように指摘してRawlsとDworkinのこの極端な見解を批判する。

Dworkinの立場についていえば、ある優位性が功績に基づいているか否かをたがいにある程度正確に区別することや、それによって「常にあらゆる人格の財産において、才能の違いに帰するのであって功績の違いに帰せられないものを確認する」ことが可能であるなど、幻想であることが認められねばならない。Dworkin自身が認めていたように、「人々の人格性についての完全な情報があったとしても、我々がこの種の要素を認識できる望みなど一切ない。才能と功績がそれぞれ持つ相互作用は、このアプローチの妨げとなる」。それゆえRawlsはその上、「能力の開花にとって主導的な役割を演ずる優れた性格」を功績に基づかない特権であるとみなしている³²⁾。

すなわち、才能や出自は偶然的な要素であるが、「才能や出自によってもたらされた成果」と「彼自身の純粋な努力によってもたらされた成果（＝功

績）」を区別することは、事実上不可能であるというのである。なぜなら、才能を開花させるために努力を惜しまない性格といったものは、やはり先天的な要素であり、したがって恣意的であるからである。「彼自身の努力」とはいつでも、そもそも努力ができる最低限の資質・性格を備えていることが前提となっているのであり、いわばこの「努力する才能」が恣意的なものであるということに鑑みれば、純粋な功績など存在しないともいえるのである。

Pawlikは、このような徹底の見込みのない極端な結論に至ってしまうことは玉に瑕ではあるが、RawlsやDworkinが偶然性を排除し、功績に着目して財分配をすることが平等の確保につながると指摘した点は正当であるという。なぜなら、ある損失が何者かに帰せられることの理由が、ただ偶然に依拠しているということはそれ自体として何らの説明になってはいないからである。

それゆえPawlikは、功績概念を用いて偶然性を排除するという正当な指摘自体は維持しつつ、上述のRawlsとDworkinの極端な結論へと至ることを防ぐため、その定式を消極的なかたちで修正する。すなわち社会内連帯が問題となっている基本的な状況においては「衝突状況にある者たちが、彼らの有する財を功績に応じて有しているのか否かが問題となっているのではなく、ある財の喪失が両者のうちのいずれにも帰せられるのは、功績に反するということが問題となっているに過ぎない」³³⁾のであるという。つまり「財分配が功績にしたがってなされているか」を問う場面ではなく、「両者のうちたとえいずれか一方であっても損失を負わせることなど公正でない」といえる場面であるというのである。

これによれば功績の考え方を採用したことによってもたらされる極端な帰結にいたることはなくなるという。しかしながら、この修正を経ることによって社会内連帯の問題を記述しきったわけではなく、むしろその問題性は拡大するという。「緊

急状態に陥った者も、自身に差し迫った損失が降りかかるのは功績に反するのだと、堂々ということができる。なぜなら、自己の責めに帰するわけではないのに彼は緊急状況に巻き込まれたからである³⁴⁾。社会内連帯によって侵害を受忍することが偶然に依拠するもの、すなわち功績に値しないものであってはならないのと同様に、自らの責めに帰することのできない事態によって緊急状態に陥った者にとっても、その運命を甘受することが偶然に依拠するものなのであれば、不公正であるといえる。

それゆえ Pawlik は、この危機的状況に陥った者の連帯要請とその受忍のコンフリクトを再構成しようとする。

市民は現代国家において、基本的に間接的な方法で、すなわち税金を支払うことによってその連帯義務を果たしている。したがって緊急状態に陥った者は同胞個人に対してではなく、組織的に結合した同胞の総体すなわち全体としての連帯共同体に対して救助を要求できるのである。これに対して、(…) 救助手段としてその財が利用される者は、通常の寄与を超えて特別な犠牲を提供しなければならない。偶然というのは不適切な分配原理である、という命題がここでも生きてくる。そしてそれがその命題を補強する事情として、ここでは緊急事態に陥った相手方との関係ではなく、犠牲となる義務のない同胞との関係が問題となっているのである。この知見はいかにして相応の考慮をなされうであろうか？これについての回答は簡潔かつ奇異なものである。緊急避難状況というのは、単に間人格的な事象すなわち侵害する者と侵害される者との衝突状況と捉えられてはならないのである。緊急事態に陥った者の連帯要請はむしろ攻撃的正当化緊急避難においても、総体としての同胞に向けられているのである。要求を受ける具体的な個人は、単にある種の通過点と

して機能しているに過ぎない。より洗練された言い方をすれば「共同体の代表者」である³⁵⁾。

Pawlik の理解によれば、社会内連帯が要請されるような危機的状況においては、緊急状況に陥った者と、連帯義務を負う者との間の負担分配が問題となっているわけではないという。このように負担の分配を当事者間でなすことは、どのみち両当事者にとってその緊急状況は偶発的なものであるから、功績に応じた分配などそもそも不可能だからである。それゆえ Pawlik は、社会内連帯が問題となる場面を、当事者間の負担分配と捉えるのではなく、緊急状況に陥った者が国家に対して有する救助の請求であると捉える。その際、その連帯請求により実際に義務を受忍する者は、個人としてその負担を受忍するのではなく、国家制度的保障の代表代理人として一時的に負担を預かるに過ぎないというのである。

前章にて扱った見解が社会契約説に社会内連帯の正当性の根拠を見出しているのに対し、Pawlik のこの見解は無論 Rawls に示唆を得ているところから見ても、社会契約説を真っ向から否定するものではないが、その根源にある「公正さの担保」という指摘のみを容れ、どちらかという和社会権に基礎を求めているようである。

IV 若干の検討

以上のようにふたつの見解をみてきたが、両者の見解の差異はどこに見出されるであろうか。筆者の理解によれば、自律性に基礎を求める見解が自由主義的な背景から、自由の確保を志向して、偶発的な危機からの安全保障をも各個人が相互的になすことの象徴として社会内連帯を想定しているのに対し、国家制度的保障に基礎を求める見解は、無論各人の自律性を蔑ろとするものではないが、社会内連帯を国家への請求権であると構成しているように考えられる。

1. 自律性に基礎を求める見解について

では前者の理解から詳しくみていくこととする。自律性に基礎を求める見解は、自由主義的な国家観を有し、そこでの国家の責務は、各構成員がそれぞれの善き生の構想を自律的に選択しうるように、各構成員の外部的自由が矛盾しないような枠組みを提供する点に尽きる。それゆえ、各人の自律性に基礎を求めない国家的権力行使は正当性を有しない。国家権力が各人の自律性に反するような場合には、民主主義を通じてなされる共同体各構成員の選択・決定に基づいているとはいえないからである。国家がこのように各構成員の合意によってのみ成り立っているという点に社会契約説の力点が存する。

しかしながら、そこでいう社会契約の概念にも、論者によって若干のニュアンスの違いが存在することには注意を要する。社会契約説の始祖たる Locke によれば、そこでいう社会契約とは、自然状態から国家状態への移行の際に交わされた、国家創立時の市民たちの歴史的・事実としての合意を指すとされる³⁶⁾。そこでは当時の市民の契約という事実が国家の正当性を基礎付けていることになる。当然、この理解に対しては「歴史的・事実としてそのような合意が存在していたかが立証不可能である」として、そうであれば国家の正当性は基礎付けられないという批判が向けられよう。

これに対して、Frisch の見解を紹介する際に触れたように、国家の正当性を基礎付けるためには、歴史的・事実としてそのような合意の存在が要求される必要はなく、仮説的に合意が想定されうるのであれば十分であるとする理解も存するところである。Kant による原初契約や、Rawls が無知のベールという思考実験によって説明しようとした、仮説的合意がそれである。これによれば、無知のベールによって自らのアイデンティティを脱色された理性的主体としてのみ存在する者は、マキシミン・ルールに基づいて自らの自由に対するリスクを最小化するような制度を採用しようとする

いう³⁷⁾。それゆえ自由主義的国家像こそがこの要請に適用のものであって、したがってこの仮説的合意によって正当化されるという。

そもそも無知のベールを被った者がマキシミン・ルールに則って判断をするのか、という異議もあるところではあるが、この点に本稿は詳しく立ち入ることはしない。それよりも、「理性的主体」とは誰のことをいうのか、という点に目が向けられるべきである。

この無知のベールの思考実験にて想定されている理性的主体が、実際にはどのような思考を有しているのかは厳密に捉えることはできない。なぜなら、我々はどこまでいっても自身のアイデンティティから距離を置くことはできず、せいぜいのところ「理性的主体の思考回路を想像する私」でしかない。それゆえ、実際の各市民が想定する「理性的主体」もそれぞれ異なりうる。

だとすれば、「理性的主体」の内容的ハードルを高めることも可能である。すなわち、「より高次の自由保障のためであれば、それに対する犠牲を受け入れるのは理性的主体として当然である」といえるのであれば、「自由保障のための自由の放棄」を制約する原理が実質的に不在となる³⁸⁾。つまり「自らの生命の危機を救ってもらいたいのであれば、自らも他者のために生命を投げ出すことが合理的である」という言説に対し、有効な反論をなしえないのではないか。しかしこのような言説には全体主義的な色彩も感じとられるところである。結局のところ、このような理解がいうところは「あなたには理性的主体として自由な決定をする権利がある。しかし頭の良い (klug) あなたならば、何をすべきかはわかっているはずだ」と、暗黙裡に強制していることにはならないか³⁹⁾。

このように理性的主体といった架空の存在を設定してまで、存在しない合意を仮説的に想定したいのは、結局国家の正当性の基礎を個人的意思に求めたいからであろう。たとえ社会内連帯といった、犠牲を義務付ける制度であっても、これはあ

くまで国家により一方的に与えられる保護ではなく、各市民が望んでそうしたに他ならないと説明することによって、むしろ「国家からの自由」を強調する自由権的構成をとるのである。

しかし、自由権は本来「自己への干渉を拒否する権利」であることからすれば、社会内連帯のような「他者に干渉をする義務」を自由権から基礎付けることは逆説的であり、そもそも可能であるかは疑問である。

2. 国家制度的保障に基礎を求める見解について

これに対して、国家制度的保障に基礎を求める見解は、社会内連帯を請求権的に解する。これはむしろ「国家からの自由」ではなく、「国家による自由」を積極的に要請するものであり、社会権的構成をとっているといえよう。

この見解によれば、自律性に基礎を求める見解が陥った、義務内容の制約原理を得ることができよう。というのも、連帯要請によって一定の負担を受忍する者は、あくまで国家による安全保障を代行しているに過ぎないから、その負担の受忍は一時的なものであって、かつ受忍されるべき内容も補填されうる程度の負担にとどまるものでなければならない。なぜなら安全保障は本来的には国家の責務であって、社会内連帯を用いての負担受忍の義務付けは例外的かつ一時的な措置であり、危機が去った後に国家はその負担を補償せねばならないからである。それゆえ、裏を返せば、補填が可能でないものについては連帯要請によっても受忍を義務付けることはできない。「他者を救うために命まで差し出せ」と命じることはできないのである。受忍義務の内容は限定的なものとなろう。

しかしながら、Pawlikがこのような構成をいかに基礎付けているのかは明らかではない。「公正としての正義の分配原理からすれば、功績に相応しくない負担の受忍を求めることはできない」⁴⁰⁾旨の主張によって、当事者間の負担分配と捉えるべき

ではない旨の説明はなされているが、なぜこのコンフリクトを個人対国家の構造へと再構成するのかについての基礎付けが明らかではない。

V 我が国の法解釈に与える示唆

以上のように社会内連帯の基礎付けにかかわるふたつのアプローチを紹介し、若干の検討をくわえてきた。基礎論研究という点からすれば、以上の内容にて筆を置くこともできようが、I章において触れたようにこの社会内連帯という概念は解釈学上も重要な概念であるとされている。それゆえ、我が国には馴染みのない概念ではあるが、この概念を導入した場合、我が国の解釈学にいかなる影響を与えうるか、試論までに指摘することとしたい。以下ではI章にて触れた、①正当防衛の限界付け、②緊急避難の正当化根拠、③不救助罪における救助義務の発生根拠、これらについて我が国の法状況を念頭に置きコメントを付すことにとどめ、社会内連帯を体系的にいかに組み込むべきかにまでは踏み込まないこととする。

1. 正当防衛の限界付けについて

まず、正当防衛の限界付けについては、我が国とドイツとの間の法制度の差異を指摘せねばならない。周知の通りドイツにおいてはドイツ刑法32条に正当防衛が規定されており、同33条に過剰防衛が規定されている。注意せねばならないのはこの過剰防衛規定である。我が国において過剰防衛規定は刑法36条に規定されており、その法的効果は任意的減免にとどまっているが、ドイツ刑法33条の法的効果は必要的免除となっている。

それゆえドイツにおいては、正当防衛権に制限枠を設けねばおよそあらゆる反撃行為が不可罰となってしまう。このような権利濫用を防ぐために社会内連帯の概念が用いられるのである。すなわち、たとえ不正侵害者であっても同じ共同体の構成員であるから、反撃行為であっても相当な範囲に限定される、というかたちでの制限枠である。

これに対し我が国では、そもそも過剰防衛が任意的減免にとどまることや、刑法36条の要件が厳しく、また実務的にも認定が厳格であるゆえに正当防衛・過剰防衛の成立が認められた事例自体が少ない。それゆえ我が国においては、正当防衛権を制限することから生じる実益はほぼないといえよう。

しかしながら一応本稿にて取り上げたふたつの連帯構想からのそれぞれの帰結に付言しておく、連帯要請の限定原理が弱い、自律性に基礎を求めの見解からすれば、連帯要請が強くはたらく傾向があるため、結果として正当防衛権に対する制約も強度になろう。正当防衛の際に厳格な法益権衡を要求する、あるいは退避義務を肯定する基盤となりうる。他方、一時的に、かつ補填可能な財の関してのみ連帯的犠牲を要請する国家制度的保障に基礎を求めの見解からすれば、生命・身体に対する侵害への防衛行為の場合には、一切の甘受義務が認められないため、正当防衛権は制約されない。しかしたとえば自身の財物が違法な侵害により破壊されそうになったため、侵害者を殺害するという質的過剰の事案では、連帯的犠牲が要請されるために正当防衛権が否定されるがゆえに、財物の所有者は殺人既遂の罪責を負うこととなる。

2. 緊急避難の正当化根拠について

では緊急避難の正当化根拠についてはどうであろうか。この点についてもまずは日独の法状況の差異を指摘せねばならない。

我が国においては緊急避難は刑法37条に規定されており、これは多数説によれば違法性阻却事由と解されている。その背景には比較衡量説があり、この功利主義的な考慮が違法性阻却の基本原則であるとされている。それゆえ、我が国の緊急避難は、被保全法益の方が侵害法益よりも質・量に照らしてより重要であるとされるか、同等であれば正当化を認める。

これに対し、ドイツにおいてはドイツ刑法34条にて正当化緊急避難が、同法35条において免責的緊急避難が規定されており、正当化緊急避難においては被保全法益が侵害法益に対し「著しく優越」していることが要求されている。

それゆえドイツの学説においては「著しく劣後する法益の共有主体は、共同体構成員として著しく優越する法益を保護するために、侵害を受忍せねばならない」という社会内連帯による基礎付けが主張されるのである。

我が国の緊急避難は要件として法益権衡が要求されてはいるものの、同等の価値を有する法益であっても犠牲にすることも正当化される。このような理解の基礎付けを社会内連帯に求めるのはいささか恐ろしくもある。というのも、我が国の緊急避難によれば、生命対生命でも正当化がなされるところであるから、これを社会内連帯によって基礎付けるとなれば、「社会的連帯の名の下に、他者の生命を救うために自らの生命を犠牲とすることを受忍せよ」と国家が義務付けることになりかねない。しかしⅡ章にて紹介した自律性に基礎を求めの見解であれば、この帰結が「理性的に追認可能か」という点のみに焦点が当てられるから、もしその共同体の構成員がそのような帰結に至ることを合理的に推論できるのであれば、社会内連帯にて基礎付けることも理論上はなお可能ではある。

法益衡量説に対しては「同等の法益を侵害してなお正当化されることが説明できない」という批判も向けられている点に鑑みれば、被保全法益と被侵害法益とが同等の場合と、被保全法益に比して被侵害法益が劣後する場合に分け、主に後者の場合に社会内連帯を正当化根拠とし、前者の場合を責任阻却事由と解する二分説的アプローチにおいて社会内連帯の概念を導入することも可能であろう。社会内連帯を限定的に解する国家的保障に基礎を求めの見解は、こちらのアプローチを採用することとなると考えられる。というのも、

国家的保障に基礎を求める見解によれば、補填可能な財が危殆化された場合のみ、一時的にその侵害を甘受することを連帯として要求するから、緊急避難状況において生命・身体のような財が危殆化されている状況と、その他の代替可能な財が危殆化されている状況は区別される。この見解によれば生命・身体に対する危険を甘受する義務は存しないのである。それゆえ、補填可能な財を犠牲とする緊急避難行為は正当化がなされ、違法性が阻却されうるが、補填不可能な財または継続的な受忍を要求するような緊急避難行為は責任阻却が考慮されうるに過ぎないこととなろう。

3. 不救助罪における救助義務の発生根拠について

ドイツ刑法323条cは、事故などを目の当たりにした者が、容易に救助が可能であるのにこれを怠った場合、これを処罰する。この際の救助義務の発生根拠が社会内連帯であるとされている。

しかし当然、我が国にはこのような各則規定は存在しない。それゆえ、この類型に我が国で最も近いであろう、不真正不作為犯形態での殺人罪における作為義務について検討することとする。

我が国における作為義務の発生根拠論についての学説は多岐に渡る。しかしながら、社会内連帯という概念を導入可能な学説は限られてくるように思われる。というのも、たとえば排他的支配性説のような、事実的・記述的要素によって作為義務を基礎付ける学説には、社会内連帯のような規範的概念を容れる余地がないからである。

それゆえ、たとえば社会的期待説にいう「社会的期待」の内容を連帯要請と捉えることや、形式的三分説における「慣習・条理」を社会内連帯と読み込むといった方法が考えられよう。

また、先に述べたように、自律性に基礎を求める見解と、国家的保障に基礎を求める見解では、受忍義務を肯定する範囲に差が生じる。たとえば後者によれば連帯による受忍義務は、補填可能な

財について一時的にのみ肯定され、それゆえ限定的であるから、それを基礎とした作為義務も「作為の容易性」まで要求して限定的に肯定することになると解しうる。他方前者によれば、連帯による受忍義務は、その共同体の構成員がどこまでの義務を負うことを合理的と解するかによることとなるから、当該共同体が「作為の可能性」さえあれば連帯を要請すべきであると解するか、あるいは「可能性」をもって作為義務を肯定するのは合理的ではないとして「容易性」まで要求するかによって帰結が左右されることとなろう。

VI おわりに

本稿では社会内連帯についての学説を比較し、その法哲学的基礎を分析してきた。本稿が示そうとしたのは、自律性という論拠を持ち出す自由主義的な基礎付けの方が、受忍義務を比較的広く肯定しうるという帰結である。自由の確保を至上の命題とする自由主義により、他者に対してより多くの義務が基礎付けられるというのは、逆説的であるようにも思われる。

無論、本稿は限られた紙幅における検討であるから、社会内連帯にかかわるおよそ全ての見解を網羅的に扱ったものではなく、自律性に基礎を求める見解の中にも様々なバリエーションが存するところではあろう。自律性に基礎を求める以上は、基本的な思考回路は大幅に変わるものではなからうが、Frischとは異なるバリエーションの検討に関しては、今後の課題となろう。

ただ、この社会内連帯を巡る議論において、(少なくとも刑法学上は)利他主義からの基礎付けや寛容論からの基礎付けは、意外にも筆者が見る限りではみられなかった。というのも、社会内連帯において想定される事例などに鑑みれば、利他主義や寛容といったことを基礎として「助け合い」を説明することが、素朴な発想として第一に考えられるところではないかと思われるところであるからである。まして、自らの意思に還元し得な

いような義務を承服しない自由主義の考え方も、唯一例外として寛容は義務付ける⁴¹⁾のであるから、このようなアプローチがほんとうに存在しないのかについても、今後の研究課題としたい。

- 1) *Erb*, in/ Heintschel-Heinegg (hrsg), Münchener Kommentar (2003), §32, Rn. 177, S.1318. *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in/ Laufhütte, Saan, Tiedemann (hrsg), Leipziger Kommentar (Band 2) 12. Aufl., §32, Rn.232, S.518 f.
- 2) *Rosenau*, in/Satzger, Schluckebier, Widmaier (hrsg), StGB Kommentar 2. Aufl., §34, Rn.1, S.293 f.
- 3) *Schöch*, in/Satzger, Schluckebier, Widmaier (hrsg), StGB Kommentar 2. Aufl., §323c, Rn.3, S.2160. *Spendel*, in/Jähneke, Laufhütte, Odersky (hrsg), Leipziger Kommentar (Band 8) 11. Aufl., §323c, Rn.28, S.218 f. *Fischer*, Strafgesetzbuch 63. Aufl., §323c, Rn.1, S.2403.
- 4) この定義は筆者が諸文献を見渡して、その中核的であると思われる内容をまとめたものである。社会内連帯は内容自体が不明確であるとの指摘もあり、定義自体にも争いがあるところである。定義の試みも存するところであり、詳しくは *Wildt*, rechtsphilosophische Hefte, Bd. IV, 45 f.
- 5) *Wolfgang Frisch*, Strafrecht und Solidarität – Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung, GA 2016 (Heft 3), S.121 ff.
- 6) *Micheal Pawlik*, Solitarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes, Jahrbuch für Recht und Ethik 2014 (Band 22.), 137 ff.
- 7) 本稿で「自由主義」という語を用いる場合、それが意味しているのは Kant や Rawls のようないわゆる義務論的リベラルを指すのであって、Nozick などに代表される自由放任主義やリバタリアニズムを指すものではない。
- 8) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.121.
- 9) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.122.
- 10) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.122 f.
- 11) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.125.
- 12) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.125 f.
- 13) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.126.
- 14) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.126.
- 15) *Kristian Kühl*, Zur Legitimität der Strafvorschrift „Unterlassene Hilfeleistung“, Festschrift für Wolfgang Frisch.
- 16) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S. 128 f.
- 17) 同様に、立場の交換可能性を考慮し、自由の相互保障という面を強調して、これは自律的主体の決定に基づくものであるとの理解を提示するものとして、*Armin Engländer*, Die Anwendbarkeit von §34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010 (Heft 1.), S.20 f.
- 18) *Immanuel Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, Metaphysik der Sitten.
- 19) *Frisch*, a.a.O. (Fn. 5), S.132. なお Frisch は「この見解の強みは、連帯共同体の考え方を社会契約の基本モデルに論理的破綻なく適合させる点であることは明らかである。この強みによって、危険や緊急状況を回避するために義務を課される者の自由や利益を動員することは、その者の自律性を侵害するだとか、当事者の自律性に鑑みればなお説明を要するだとかいいう批判はあたらなことになる。本稿にて示されたアプローチは既にその説明を提供している。すなわち、規定された義務が、犠牲とされうる自由とそれに対応する安全の適切なバランスについて共有されている合意の枠内にある限り、当事者の自律性侵害など存在しないのである」と付言している。
- 20) *Engländer*, a.a.O (Fn. 17). *Kühl*, a.a.O (Fn. 15). など。
- 21) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.147 f.
- 22) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.148.
- 23) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.149.
- 24) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.149.
- 25) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.149.
- 26) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.150 f.
- 27) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.151.
- 28) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.151 f. 攻撃的緊急避難の事例における被侵害者は社会内連帯に基づき侵害受忍義務を負っているが、この義務は緊急避難行為者に対してではなく、連帯共同体に対して負っているのであるから、緊急避難行為者としてはその義務が果たされることを見届ける役割を負うことになる。
- 29) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.152.
- 30) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.152.
- 31) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.152 f.
- 32) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.153.

- 33) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.154.
- 34) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.154.
- 35) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 6), S.155.
- 36) ジョン・ロック「統治論」宮川透（訳）『ロック・ヒューム（世界の名著32巻）』252頁以下。
- 37) ジョン・ロールズ『正義論』川本隆史／福岡聡／神島裕子（訳）。
- 38) Frischもこの点。「ある共同体が、安全のために連帯する共同体の構成員に、より包括的な安全保障のために（…）さらに義務を追加して課しても良いか、というのはまた別の問題である。無論妥当な範囲でこれをなすことには、十分な理由がある。一方でさらなる安全、他方でそれに伴う自由の制限・財の喪失についての国家共同体の判断が、その構成員達の自律性に合致する、と認めてよい場合には、一原理的には一自律性の侵害であるという批判もあたらないうことになる。」としている。
- 39) 以上の構造は、刑罰論において、自由主義を背景とした予防論が「(潜在的被害者の) 法益保護・自由保障」を強調するあまり、厳罰化や処罰の早期化という自由の制限に至ると同様である。そこでも、厳罰化・早期化には歯止めがきかない現状がある。
- 40) *Pawlik* の Rawls と Dworkin に対する理解にも若干疑問がないではない。たしかに Rawls と Dworkin は分配原理から道徳的恣意性を排除しようとしているが、「偶然性による分配は功績に即した分配とはいえない」という理由ではない。むしろ Rawls と Dworkin はそもそも功績の問題は分配の問題とは切り離そうとしており、「功績に沿わない分配は不公正だ」といっているわけではない。Rawls と Dworkin によれば、功績というのは先天的な才能や生まれた家の教育などに大きく影響を受けるのであり、その点で功績は恣意的であるから、分配原理にはなりえないという。公正さとは、既存の社会的ルールが粛々と執行されているか否かで決まるのであって、功績に比例しているかという意味ではない (Dworkin, *Why Bakke Has No Case*, *New York Review of Books*, vol.24 No.18. ロールズ・前掲注37) 413頁以下)。
- 41) 自由主義と寛容義務の関係については、瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕『法哲学』363頁以下。

