



Title	行為の不道德性を根拠とする処罰の基準：リーガルモラリズムを巡る議論に着目して
Author(s)	亀田，悠斗
Citation	阪大法学. 2025, 74(6), p. 79-125
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/100792
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

行為の不道徳性を根拠とする処罰の基準

——リーガルモラリズムを巡る議論に着目して——

亀 田 悠 斗

- 第1章 はじめに
- 第2章 日本刑法学における議論
 - 第1節 通説の根拠
 - 第2節 刑法はいかなる道徳的立場にも依拠すべきでないのか
- 第3章 道徳的不正の意味とそれが犯罪化を支持する理由となる根拠
 - 第1節 参照対象の特定
 - 第2節 実定的リーガルモラリズム
 - 第3節 批判的リーガルモラリズム
- 第4章 犯罪化に反対する理由の考慮
 - 第1節 ムーアの自由の推定
 - 第2節 危害なき不正行為の犯罪化を支持する理由はこれに反対する理由に優越しうるのか
 - 第3節 比較衡量による処罰範囲の限定の程度
- 第5章 おわりに

第1章 はじめに

日本刑法学では、刑法の任務を法益の保護と捉える立場と社会倫理の維持と捉える立場の対立を経て、行為の反倫理性・不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼがコンセンサスとして強く定着している。他方、現行刑法には、行為の不道徳性を処罰根拠とするものと理解されてきた規定が複数存在する。たとえば、刑法典では、風俗に対する罪に分類される諸犯罪が⁽¹⁾、特別刑法では、愛護動物虐待等罪（動物の愛護及び管理に関する法律⁽²⁾44条）が挙げら⁽³⁾

れる。また、実質的には単なる道德の強制にすぎないのではないかという疑問が突きつけられている処罰規定として、たとえば、人クローン胚等移植罪（ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律16条）がある。⁽⁴⁾これらの処罰規定やこれらに基づく処罰は、前記コンセンサスに照らせば、他の利益により説明されえず道德を保護するためとしか理解されえない限度で、許容されないということになる。

しかし、その具体的な帰結を考えたとき、我々はこのように割り切っていることに躊躇いを覚えるかもしれない。たとえば、死体損壊等罪（刑法190条）の保護法益は、一般に、「死者に対する社会的習俗としての宗教的感情」や「死者に対する一般の敬虔感情」などと表現される一定の道德であると解されているところ、このような保護法益理解に依拠しなければその処罰が説明できない行為として、死者本人の生前の意思および遺族の意思には合致するが現在の日本における道德や社会通念に照らして許容されないような死体の取扱いが挙げられる。より具体的には、死者本人や遺族の同意のもとで死体を解体し埋める行為や、カニバリズム、鳥葬などである。⁽⁸⁾このような行為は処罰されるべきであるという判断はある程度我々の直観に適うように思われる。

また、人クローン胚等移植罪は、ヒトクローン個体、（ヒトに近い）ヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体を生み出すことを防止するために、「人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚」の人又は動物の胎内への移植を規制対象としている。本罪の処罰根拠を検討するにあたり前記個体を生み出すことが許されない理由の検討が行われているところ、ヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体を生み出すことについては、人類という種のアイデンティティや統一性、純粋性という利益を脅かすという点にその理由が求められている。⁽⁹⁾もっとも、当該利益は「人間と動物の境界を曖昧にすることは許されない」といった道德的確信の言い換えにすぎないのではないかということが懸念されている。⁽¹⁰⁾もしそうだとすれば、前記コンセンサスに照らして、ヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体を生み出すための行為に対する処罰は許されないことになる。しかし、非研究目的のものも含めこのような行為がまったく処罰されないというのは妥当でないとの反論はあるであろうし、その判断

はある程度我々の直観に合うように思われる。

以上のような行為は処罰されるべきであるという直観的判断を受け入れることは、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼと両立しない。それゆえ、この判断は、その直観への適合性の程度如何によっては、このテーゼの妥当性に関する詳細な検討を求める。本稿は、この判断の直観への適合性が——最終的にこの判断を受け入れるか退けるかは措いておいて、少なくとも——当該検討に意義を与えるにたる程度に至っていると考える。また、依然として刑事立法が活性状態にあり科学技術の発展も著しい現代においては、当該検討が重要な役割を果たしうるような場面が増えていくことも想定される。

さて、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼの妥当性を評価するにあたっては、仮にこのテーゼを後退させた場合に、行為の不道徳性を根拠とする処罰の範囲を適切に画定することができるかどうかが重要な考慮要素の一つとなる。そこで、本稿は、このテーゼの妥当性に関する検討の一環として、行為の不道徳性を根拠とする犯罪化の是非に関する判断基準について考察する。この考察を行うにあたり、リーガルモラリズムを巡る英米圏の議論を足がかりとする。この議論に関しては、日本ではいわゆるハート・デヴリン論争が有名であるが、⁽¹¹⁾ハート・デヴリン論争の後も議論は展開されており、そこではリーガルモラリズムを支持する見解、それもありリーガルモラリズムに分類されるがデヴリンの見解とはかなり異なる内容を持つ見解を含め、様々な見解が主張されている。そこで、本稿は基本的には当該議論に沿って考察を進めていく。

本稿の論述の流れは、以下のとおりである。まず、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼを巡る日本刑法学の議論を整理する（第2章）。その後、リーガルモラリズムを巡る英米圏の議論を二つに大別して論じる。第一に、道徳的不正は犯罪化を支持する積極的な理由になるというリーガルモラリズムの主張という道徳的不正の意味と、それが犯罪化を支持する積極的な理由になる根拠について検討する（第3章）。第二に、犯罪化の是非を判断するにあたっては、行為の道徳的不正性とその程度という犯罪化を支持する要素だけでなく、犯罪化に反対する方向に作用する要素も考慮されなければな

らないとされているなかで、後者の要素として具体的にどのようなものがあるのか、また比較衡量においてどのような場合に前者は後者に優越しうるのかといった点について、考察を加える（第4章）。

第2章 日本刑法学における議論

第1節 通説の根拠

前章の冒頭において述べたとおり、日本刑法学において、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼが長きにわたって強く支持されてきた。このテーゼの根拠として、第一に、自律、すなわち自身の生き方を自ら構想し実現することに対する尊重が挙げられる。以下でみるように他にも根拠は示されているが、この自律の尊重が最もよく挙げられる中心的な根拠であるように思われる。⁽¹²⁾

たとえば、「個人主義に立脚する現在のわが国の法制度下では（憲13条参照）、多様な価値観が許容されることが必要で、『他人に迷惑をかけない限り』行動する自由が保障されなくてはならず、『他人に対して迷惑のかからない行為』に対して国家が積極的・強制的に介入し、一定の価値観とそれに従った行動を国民に対して強制することは慎まなければならない」といわれる。⁽¹³⁾これは以下のように理解できる。すなわち、個人主義・個人の尊重は、各人の自律の尊重を主たる内容とする。各人の自律を可能にするため、つまり各人が自身の生き方を自ら構想し実現できるようにするためには、多様な価値観に沿った多様な生き方の選択肢を保障する必要がある。もっとも、各人が自身の価値観に従って行動する自由を無制約に認めることが要請されるわけではない。無制約な行動の自由を認めてしまうと、他者の自律を妨げるような行為が規制されない結果、かえって各人の自律が不確かなものになってしまうおそれがある。それゆえ、他者の自律を妨げないという意味で他人に迷惑をかけない限度で行動する自由が保障されなければならないのであり、他者の自律を妨げないような行為の規制は許されない、と。

また、「個人の本質的、根源的な平等を出発点とする憲法のもとでは、個人（阪大法学）74（6-82）1470〔2025.3〕

の価値観が他者のそれより劣っている、くだらないという理由により国家が刑罰権を行使してはならない」といわれる。⁽¹⁴⁾ というのも、「他人の権利や利益を侵害しているからという『結果』に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づ」くような制約は、「その人を他の個人と同等の、自分の選択に基づいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間」、自律的行為主体と評価していないことを意味するからである。⁽¹⁵⁾

第二に、道徳は各人の良心に従って守られるべきものであり、法によって遵守が強制されるべきものではないという根拠が示されている。⁽¹⁶⁾ すなわち、自分の良心に従って自発的に道徳を遵守するからこそ、その遵守は道徳的な価値をもつのであり、法に強制されてやむなく道徳を遵守する場合、その遵守に道徳的な価値は認められない。それゆえ、ある道徳規範に反する行為を刑事規制の対象とし、結果その道徳規範がより多くの者によって遵守されるようになったとしても、それは、自発的でないという意味での遵守の動機の不適切さゆえに、道徳的に意義のあることではない。したがって、その刑事規制は、道徳的に価値ある行為の数を増やすという目的を達成できないということであろう。また、道徳が人の内心の問題であることから、道徳の維持を刑法の任務とすると、刑法が人の内心に過度に干渉するようになってしまいかねないという主張もなされている。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

第三に、刑罰が手段として不適格であるという根拠が挙げられる。「刑罰はなんといっても身体的、経済的な苦痛をその中核とする」ため、「倫理という立場からみれば、高く評価できるものではない」し、また「社会の非難を伝達する手段は刑罰に限られるわけではな」く、「地域社会のコントロール、学校教育、社会教育の影響や、一般社会のインフォーマルな評価等」、「マスコミュニケーションによる社会的評価の伝達」もあるのであり、刑罰による非難の「実現には多くの私生活への侵害をとまなう」ため、「単なる倫理の問題は、⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾ 刑罰以外の手段に委ねるのが妥当だといわなければならない」、という。

第2節 刑法はいかなる道徳的立場にも依拠すべきでないのか

前節において紹介した諸根拠に基づいて、行為の不道徳性を理由とする処罰は許されないと主張されてきた。もっとも、これは、「刑法はいかなる道徳的立場にも依拠すべきでない」、「何らかの道徳の規範的要請を実現するために刑法を用いることは許されない」、「法益と道徳は無関係である」といった主張と同義ではないということが、特に近年において強調されている。

高橋直哉は、危害原理や価値観の相対性などが刑法の没倫理化を支持する論拠とされてきたが、実際には、これらは刑法が特定の倫理的判断に依拠することを否定できるものではないという旨の主張を行っている。たとえば、危害原理に関しては、「危害原理それ自体が『他者に危害を加えてはならない』という道徳的主張である以上、この原理を正当化根拠とする刑法は、そのような道徳を強制するものに他ならない」と述べられている⁽²¹⁾。また、価値観の相対性に関しては、次のように主張されている。すなわち、(規範倫理的) 価値相対主義は「他人に特定の価値観を強制することは許されない／正しくない」という主張をも相対化してしまうという問題を抱えており、これを回避しつつ国家が特定の価値観に肩入れすることは個人の自由な生き方にとって脅威であるという主張に理論的説得力を与えるものとして、「価値観や『善き生き方』の選択はあくまで個人の選択に委ね、国家は異なる価値観をもつ人間どうしの共存を可能にする条件を保障するという役割を担うべきだとする」ようなタイプの主張⁽²²⁾が挙げられるが、ここでも「個人の自律に根源的な価値を認めるという倫理的な立場」が前提とされている、という⁽²³⁾。

その他には、道徳というものの分析を経て、批判道徳・普遍道徳という観点から刑法規範の保護客体たる法益は正当化されなければならないとする主張がある⁽²⁴⁾。主張者の一人である増田豊は、道徳という語の多義性に鑑み、種々の区別を行っている。まず、「実定道徳」と「批判道徳」が概念的に区別される。実定道徳とは、「一定の社会の現実中存在し、〈通用している・承認されている〉非法的な〈経験的・事實的な〉支配的道徳」をいい、批判道徳とは、「〈あるべき理想的な、妥当性を有する・承認に値する〉非法的な規範の体系としての道徳」をいう⁽²⁵⁾。

次に、「最小道徳」と「最大道徳」の区別がある。最小道徳とは、「例えば殺人の禁止、人種差別・性差別の禁止、拷問の禁止などのような基本的な道徳的命題あるいは基本的な人権にかかわるような道徳命題、すなわちそもそも普遍的な妥当要求が主張され、そして万人によって相互的に承認されるに値するような規範的命題」をいう。⁽²⁸⁾これに対して、「例えば隣人愛・友愛さらには敵に対する愛を求める最大道徳といったものも想定することができる」という。⁽²⁹⁾

さらに、最小道徳と最大道徳の区別に対応するような区別として、「義務に適う行為」と「義務ではないが善となる行為」の区別も重要視されている。義務に適う行為は道徳的に正しい行為であり、たとえば他者を殺害しないという義務を履行する行為が含まれる。他方、義務ではないが善となる行為には、災難に遭遇している人の救助のような「義務を超える卓越した善行 (supererogation)」や、電車内で老人に席を譲る行為のような「小さな善行」などが含まれる。そのうえで、刑法によって要請されるような行為は「正」に関わる行為であり、義務ではないが善となる行為を刑法により義務づけることは原則として「悪しき刑法の倫理化」をもたらすことになる、という。⁽³⁰⁾

以上の区別のもと、国家は、批判道徳・普遍道徳（最小道徳）の規範的要請を実現することを課題としなければならないと主張されている。具体的には、他者に危害や不利益をもたらさない限度で個人が自らの意思に基づいて幸福を追求する自由という、普遍的な人権の内容を構成するものを実現することが求められる。これは、「刑法によって保護されるべき法益自体が、普遍道徳（最小道徳）との両立可能性という観点から、他者の基本的な生活利益にあるいは間接的に関わるものに限定されることを通じて、正統化されなければならない」と換言される。⁽³¹⁾以上の考えによれば、実定道徳に反するだけの行為を処罰することは、普遍道徳の観点から許容されないこととなる。⁽³²⁾

ここまで、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼに関連する日本刑法学の議論をみてきた。このテーゼの根拠として中心にあるのは個人の自律の尊重であり、その他には、道徳が人の内心の問題であることや、刑法・刑罰が道徳維持等の目的のための手段として不適格であることが挙げられる。行為の不道徳性を根拠とする処罰を限定的に承認する立場に立とうと思

うのであれば、上記テーゼに関するこれらの根拠論に応答する必要がある。

もっとも、これらの根拠論から導き出される主張が、「刑法はいかなる道徳的立場にも依拠すべきでない」、「何らかの道徳の規範的要請を実現するために刑法を用いることは許されない」、「法益と道徳は無関係である」といった主張ではないことが近時強調されている。端的に言えば、通説も、個人の自律を尊重すべきであるという道徳的立場を前提としているのである。このことを踏まえてより正確に本稿の考察対象を記述するならば、それは、個人の自律を尊重すべきであるという自律関係的な道徳とは異なる内容の道徳に対する違反を根拠とする犯罪化の是非に関する判断基準ということになる。

第3章 道徳的不正の意味とそれが犯罪化を支持する理由となる根拠

第1節 参照対象の特定

ここからは、リーガルモラリズムを巡る英米圏の議論についてみていく。もっとも、リーガルモラリズムを巡る議論といっても、そこには複数の異なる種類の議論が含まれている。そこで、まず、リーガルモラリズムを巡る議論のうち特にどの議論を参照するのか、本稿の参照対象を特定する。

リーガルモラリズムは様々な観点から様々に区別される。その区別の一つとして、消極的リーガルモラリズムと積極的リーガルモラリズムの区別がある。R・A・ダフによれば、前者は、行為の道徳的不正性はその行為の犯罪化を正当化するための必要条件であるとする見解である。この見解によれば、行為の道徳的不正性は犯罪化に対する制約として機能し、たとえある行為が他者に対する危害を生じさせるものであっても道徳的に不正でない限りその行為の犯罪化は許されない。他方、後者は、行為の道徳的不正性はその行為を犯罪化する積極的な理由になるとする見解である。ここにいう積極的な理由は、犯罪化に反対するより強い理由が存在することが否定されないという点で、必ずしも決定的な理由ではないが、少なくともよき理由である、という⁽³³⁾。

第1章において述べたとおり、本稿の関心は、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼ、このような処罰を限定的・例外的に承認する

ことの是非にあるため、本稿は特に積極的リーガルモラリズムを巡る議論を参照対象とする（なお、本章次節以降単に「リーガルモラリズム」というときも基本的には積極的リーガルモラリズムを念頭に置いている⁽³⁴⁾）。もっとも、先述のようにダフは、積極的リーガルモラリズムにおける積極的な理由を犯罪化にとって決定的な理由・十分条件ではないが少なくともよき理由であると考えているところ、よき理由というときの理由の強さ、犯罪化に反対する理由により優越されることの多さについては、論者によって考えが異なっている。この考えの相違が、積極的リーガルモラリズムの支持者のなかでの見解の対立の一部や議論の混乱を招いているとの指摘もなされている。詳細は後述することとして、さしあたりここでは、積極的リーガルモラリズムにおける積極的な理由について、これは犯罪化を正当化するにあたっての決定的な理由・十分条件を意味するものではないと捉えるにとどめておく。

続いて、積極的リーガルモラリズムを巡る議論のうち、具体的にいかなる議論を参照し検討していくかを明確にする。第一に、犯罪化を支持する積極的な理由となる道徳的不正がどのように理解されているのか、そして、なぜ道徳的不正が犯罪化を支持する積極的な理由になるのかということに関する議論である（本章第2, 3節）。第二に、道徳的不正行為の犯罪化に反対する理由を巡る議論である（次章）。積極的リーガルモラリズムの支持者は、道徳的に不正な行為はすべて犯罪化されるべきであるとは考えていない。前段落の表現に近づけていえば、道徳的不正は犯罪化の十分条件ではなく、たとえ行為が道徳的に不正であっても、その犯罪化に反対する理由の強さによっては、犯罪化は許容されないと考えられている。そのうえで、ここにいう犯罪化に反対する理由として、積極的リーガルモラリズムの支持者がどのようなものを想定し論じているかが、この段階において参照・考察される。

第2節 実定的リーガルモラリズム

前述のとおり、本節および次節において、犯罪化を支持する積極的な理由となる道徳的不正がどのように理解されているのか、そして、道徳的不正が犯罪化を支持する積極的な理由たりうるのはどのような根拠によるのかということ

に関する議論を参照し論じていく。

まず本節では、犯罪化を支持する積極的な理由となる道徳的不正を実定道徳違反と解する見解とその妥当性を巡る議論を取り上げる。ここにいう実定道徳とは、H・L・A・ハートがいうところのそれ、すなわち、「特定の社会集団によって実際に受け入れられ共有されている道徳」をいい、「実定道徳を含む実際の社会制度への批判において用いられる一般的な道徳原理」である批判道徳と対置されるものである。そして、ハートによるこの区別をもとに、ダフは、実定的リーガルモラリズムと批判的リーガルモラリズムの区別を設けている。実定的リーガルモラリズムは、ある行為を犯罪化する積極的な理由があるかどうかを考える際に、その行為が社会の構成員によって道徳的不正と捉えられているかどうかを重視する。他方、批判的リーガルモラリズムは、その行為が社会の構成員によってどのように捉えられているかにかかわらず、その行為が真に道徳的に不正であるかどうかを重視する。本節は見出しのとおり、前者の実定的リーガルモラリズムを取り上げる。

第1款 社会の存続と共有道徳——デヴリンの見解

さて、実定的リーガルモラリズムを支持する代表的な論者として、パトリック・デヴリンが挙げられる。⁽³⁷⁾デヴリンによると、社会は、公共道徳（public morality）を維持するために、公共道徳に反する行為に対して法を用いる一応の（*prima facie*）権利を有する。公共道徳は、社会の構成員に共有されている道徳的な観念であり、共通道徳（common morality）や共有道徳（shared morality）⁽³⁸⁾とも換言されている。

それでは、共有道徳違反が犯罪化の積極的な理由になるのはなぜか。デヴリンによれば、社会は観念の共有により成立する。そして、そこには政治的な観念だけでなく道徳的な観念も含まれる。つまり、道徳的な観念の共有は、社会を維持するため、社会の崩壊を防止するために必要不可欠なのである。それゆえ、共有道徳違反を法によって抑圧することが正当化される。それは、政府の存在が社会の存立にとって必要不可欠であるがゆえに内乱に対する法規制が正当化されるのと同様である、という。⁽³⁹⁾

次に重要となるのが、共有道徳やその違反の具体的な内容とはどのようなものであるのか、それらはどのようにして認識・確認されるのかである。デヴリンは、多数派の意見を参照するだけでは不十分である一方で、すべての市民の現実の同意を求めるのは過度であると考ええる。そのうえで、不道徳とは、道徳をわきまえている者 (the reasonable man)、もっともな考えをもっている者が不道徳であると判断するものであると捉える。⁽⁴⁰⁾これは、陪審員席にいる者たち、アトランダムに選ばれた12人が議論の後に全員一致でそう考えると予期されるものであるとも換言されている。⁽⁴¹⁾

デヴリンの見解に対する主たる批判として、ハートは、(同性愛行為を禁止する道徳規範も含む) あらゆる共有道徳が社会の維持のために必要不可欠であり、それゆえあらゆる共有道徳からの逸脱が社会の存続を脅かすとの主張について、何ら経験的証拠が示されておらず、むしろこれを否定するような証拠が多く存在すると批判している。⁽⁴²⁾この批判を受けて、デヴリンは、社会の共有道徳からのあらゆる逸脱が社会の存続を脅かすということではなく、その逸脱が性質上社会の存続を脅かす可能性を有し、それゆえ法の関心の対象から除外されえないようなものであるということが自身の主張内容であると応答している。⁽⁴³⁾ここでデヴリンは、あらゆる共有道徳違反が実際に社会の存続を脅かすということを示そうとしているわけではないため、ハートのいう経験的証拠を提示する必要はないと考えているのであろう。しかし、以上のように考えるとしても、プライベートな場で行われる被害者なき不道徳行為のような私的不道徳であっても処罰に値しうると主張するためには、やはりどこかの段階で、それが社会の存続に対する看過できないほどの脅威をもたらすことの経験的な証拠が必要となろうと指摘されている。⁽⁴⁴⁾

他方、ハートの批判に耐えられるようにデヴリンの見解を解釈しようとする試みもなされている。たとえば、ロバート・P・ジョージは以下のように論じている。すなわち、デヴリンが社会の崩壊を防止するために共有道徳を維持する必要があるというとき、ハートは、ここにいう社会の崩壊を社会秩序の崩壊、すなわちホプズという自然状態のような状態になることと捉えている。しかし、デヴリンのいう社会の崩壊を、共同体における個人間の特別な一体性の喪

失と解釈することもできる。これは、諸個人が共通のコミットメントや信念によって一体的に結びつけられており、それによって自身の利益と他者の利益を共に重要なものとして同視する状況の喪失とも換言される。また、これらの一体性や状況はそれ自体として価値あるものである。つまり、たとえ社会秩序が崩壊しておらず、人々が平穩に空間的に近いところで生活するとしても、上記の一体性や状況が失われているならば、本質的に重要なものが欠けているといえる。デヴリンのいう社会の崩壊を社会秩序の崩壊ではなく以上の意味で捉えるのであれば、ハートが要求する経験的な証拠を提示する必要はなくなる、という⁽⁴⁵⁾。また、次款で紹介するように、デヴリンの議論から、前記の根拠とは異なる根拠ないし前記の根拠を補足するような主張を寛容の原理による解釈を通じて引き出す試みもなされている。

しかし、根拠をどのように理解するかにかかわらず、共有道徳違反が犯罪化を支持する積極的な理由になると解することそれ自体から生じる問題も指摘されている。それは、社会の存続や共有道徳の維持が常によいことであるとは限らないという問題である。すなわち、我々は、深刻な人種的迫害を行っている等の理由から到底保護に値せず維持されるよりも崩壊した方が望ましいとされるような社会を想像しうる。歴史上では、たとえば、ナチドイツが挙げられる。デヴリンの見解によれば、そのような社会を維持するためにその社会の共有道徳を法でもって保護することも許容されるであろうが、それは支持されえない、という⁽⁴⁶⁾。

私見としても、上記諸批判は支持されるように思われる。確かに、社会の存続を脅かす危険性を処罰根拠とするのであれば、処罰対象は、社会の存続を脅かす危険性、それも単なる可能性を超えた処罰に値する程度の危険性をそれ自体として有する行為や、大量に行われることで当該危険性を生じさせるかつ規制しなければ大量に行われる可能性が高い行為などでなければならない。しかし、デヴリンは処罰対象をこれらのような一定の行為類型に該当するものに限定しようとはしていない。したがって、デヴリンの想定する処罰範囲は処罰根拠に見合わない過度に広範なものになってしまっている。換言すれば、その処罰範囲を正当化するための根拠として、社会の存続を用いることはできない。

これに対して、社会の存続をジョージが提案するように理解するという手もある。しかし、この理解の是非にかかわらず、デヴリンの判断基準には望ましくない帰結をもたらしてしまうという批判が妥当する。極めて深刻な人種的迫害を是認する社会を存続させるための刑事規制を許容するような基準は、少なくとも我々にとって説得的なものではないだろう。

第2款 民主主義と区別的意味の道德——ロナルド・ドゥオーキンによる批判

ロナルド・ドゥオーキンは、デヴリンの主要な議論のなかには、本稿前款において紹介した議論のほかに、より重要な議論が見出されるとする。その議論は、前款の議論とは異なり、様々な論考に散在して展開されており、ドゥオーキンの手で再構築されている。この再構築は同性愛行為という具体例を用いて行われているところ、これは以下のように抽象化した形で要約できる。すなわち、ある行為（が自由に行われること）が社会の環境や制度を脅かす場合には、立法者は、その行為を規制することによって社会の環境や制度を変化から保護すべきかどうかを決定しなければならない。この決定にあたっては、その行為が不道德であるかどうかの判断が重要となる。立法者は、この判断を行うとき、社会の多数の意見・コンセンサスに従わなければならない。というのも、第一に、民主制において道德的信念に関する問題は民主主義的原理に従って解決されなければならない、第二に、刑法を用いるのは社会であり、社会が道德的責任をとらなければならないからである、と。この議論においては、民主主義論が重要な役割を果たしている。⁽⁴⁷⁾

ドゥオーキンは、以上のように議論を再構築し、そしてこの議論に様々な問題があることを確認したうえで、そのうちの一つの問題にフォーカスしている。それは、公共道德の意味や理解の仕方の問題である。ドゥオーキンは、デヴリンによる公共道德の捉え方は誤っているとして、公共道德の異なる捉え方を提示している。彼の主張の基礎にあるのは、人類学的意味の道德と、区別的（discriminatory）意味の道德の区別である。道德や道德観、道德的信念、道德的立場、道德的確信といった語は、人類学的な意味で、すなわち、人間の行為や性質、目標の妥当性に関して集団が示すあらゆる態度を意味するものとし

て用いられる。他方、これらの語（そのなかでも特に道徳的立場と道徳的確信という語）は、区別的な意味で、すなわち、偏見や合理化（rationalization）、個人的な嫌悪や好みの問題、恣意的な見解などと対照されるものとして用いられる。⁽⁴⁸⁾

続けて、ドゥオーキン⁽⁴⁹⁾は、区別的意味の道徳や道徳的立場に関して、以下のとおり詳しく論じている。ある判断や意見が区別的意味の道徳的立場に基づくものであると主張するためには、その判断を支持する理由を提示しなければならない。もっとも、ここで提示される理由はどのようなものであってもよいわけではなく、一定の理由はここから排除される。すなわち、適格性を有しない理由に基づく判断は、道徳的立場に基づく判断とは認められない。理由の適格性に関して、第一に、それは偏見に基づくものであってはならない。たとえば、特定の人種や性別の者に関する道徳的判断が、その人種や性別は他と比べて劣った存在であり尊重に値しないというような信念に基づくものであれば、それは偏見に基づくものであり、道徳的立場に基づく判断とはいえない。第二に、個人的な感情的反応によるものであってはならない。個人的な感情的反応と道徳的立場が区別されるのは、道徳的立場が感情的・情緒的でないと考えられるからではなく、道徳的立場は感情的反応を正当化するものであってその逆ではないと考えられるからである。第三に、偽であったり極めてありそうにない事実命題に基づくものであってはならない。第四に、「同性愛が罪悪であることはみんな知っている」というような、他者の信念の引用にとどまるものであってはならない。さらに、以上の点から不適格とされない理由を提示する場合であっても、その提示された理由から導出される他の帰結も、他の両立可能な道徳的立場から例外としえない限りで受け入れなければならないという意味での整合性が要求される。たとえば、聖書の権威に基づいてすべての同性愛者を非難する一方で、姦淫を犯したすべての者を非難することはしないという場合、このような区別を支持する適切な理由が示されなければならない。⁽⁴⁹⁾

以上の人類学的意味の道徳（的立場）と区別的意味のそれとの区別は、我々が現に共有する慣習道徳の一部をなしている。⁽⁵⁰⁾ さらに、偏見や個人的な嫌悪などは他者の自由に対する制約を正当化しえないという信念は、我々の共有道徳

の基礎を構成している。それゆえに、民主主義の原理は、区別的意味の道徳に含まれない人類学的意味の道徳を法によって実現することを求めはしないという⁽⁵¹⁾。

さて、区別的意味の道徳違反を犯罪化を支持する積極的な理由と解するためには、その根拠となる民主主義論に検討を加えることも必要となる。これは、ドゥオーキンがその論考のなかで指摘するにとどめ考察の対象としなかったテーマの一つである⁽⁵²⁾。この点について、スティーヴン・ウォールは民主主義の捉え方の多様性を指摘している。ウォールは、民主主義社会における立法者のあり方について、立法者が有権者を代表すべきことに異論の余地はないが、その代表の仕方やあり方として、代理人（delegate）的な捉え方と受託者（trustee）的な捉え方が一般的かつ伝統的に区別されてきたと述べる。前者によれば、立法者は自身が代表する者のなかで支配的な見解に従って行動するよう努めなければならない。他方、後者によれば、立法者は自身が代表する者の意見を傾聴するが、その意見が不当な方向に導かれていると考える場合には、構成員の利益を増進するためにその意見に沿わずに行動する。デヴリンは民主主義社会における立法者のあり方について明らかに代理人的な捉え方を支持しているが、受託者的な捉え方を視野に入れずにそうしてしまっている、という⁽⁵³⁾。

人類学的意味であれ区別的意味であれ実定道徳に対する違反を犯罪化の積極的な理由とする根拠を民主主義に求めるのであれば、民主主義社会における代表のあり方について代理人的な捉え方を採用する必要があるだろう。受託者的な捉え方は、少なくとも単独では実定道徳違反を犯罪化の積極的な理由とする見解を支持する根拠にはならない。代表のあり方について詳論する能力が筆者にはないため、ここでは、代理人的な捉え方を支持する理由が示されなければ民主主義という観点から直ちに実定的リーガルモラリズムを支持することはできないと指摘するにとどめておく。

次に、導き出される処罰範囲について、偏見や個人的な嫌悪などに基づく道徳的信念は、たとえ広く共有されているとしても、区別的意味の道徳には含まれない。したがって、区別的意味の道徳違反こそが犯罪化を支持する理由になるとする見解は、デヴリン説と比べて、より妥当と評価されるような処罰範囲

を帰結するだろう。しかし、偏見や個人的な嫌悪などにに基づく道徳的信念に対する違反は犯罪化を支持する理由たりえないという限定が、それを我々が実際に共有しているという事実を支えられていることは、我々に不安を覚えさせるかもしれない。我々が現に強く支持しているからこそ、この限定が妥当するのなら、我々がこの限定をどれほど強く支持しどれほど広く共有しているかに応じて、この限定の妥当の程度は移ろう。たとえば個人的な嫌悪に基づく道徳的判断は他人の自由に対する制約を正当化しえないという信念が完全に支持を失い顧みられなくなるということはないだろうとは期待できるが、個人的な嫌悪が極めて強くかつ広く共有されている場合には例外的に他人の自由に対する制約を正当化するという信念が共有されるような事態が起これないとは断言しがたいように思われる。そのため、場合によっては、デヴリン説と同じく人種的迫害を支持するような道徳の法的保護を許容するという望ましくない帰結が導き出されるおそれも否定できない。処罰範囲や帰結に関する以上の点は、区別的意味の道徳違反を犯罪化を支持する理由と捉える見解の支持・不支持にとって決定的ではないかもしれないが、少なくとも注意に値するものではあるだろう。

第3節 批判的リーガルモラリズム

続いて、ある行為を犯罪化する積極的な理由があるかどうかを考える際に、行為が社会の構成員によってどのように捉えられているかにかかわらず、その行為が真に道徳的に不正であるかどうかにはフォーカスする批判的リーガルモラリズムとその妥当性を巡る議論を取り上げ検討を加える。

なお、ここで批判的リーガルモラリズムというとき、他者および自己に対する危害や他者の感情侵害ならびにこれらの危険を伴わないが道徳的に不正な行為なるもの（以下、「危害なき不正行為」と呼ぶ。また、上記侵害や危険を伴わない道徳的不正を「危害なき不正」と呼ぶ。）の存在を前提とする見解を念頭に置いている。このような限定をしなければ、危害原理も批判的リーガルモラリズムに分類されうることになってしまう⁽⁵⁴⁾。また、前章第2節において紹介した増田の見解も、他者に危害や不利益をもたらさない限度で個人が自らの意

思に基づいて幸福を追求する自由を批判道徳の具体的な内容としたうえで、国家は批判道徳の規範的要請を実現しなければならないと述べているがゆえに、批判的リーガルモラリズムに分類されてしまう。議論の混乱を避けるために、前記限定が要請される。

第1款 応報主義と道徳的義務違反——ムーアの見解

批判的リーガルモラリズムに分類される代表的なものとして、マイケル・S・ムーアの見解が挙げられる。ムーアは、刑罰の正当化根拠論から刑事立法原理の内容を導き出している。すなわち、刑罰の正当化根拠は応報に求められる。刑法の目的は応報的正義の実現である。そして、応報的処罰のトリガーとなるデザート・処罰のふさわしさは、個人がなした道徳的不正とその者が道徳的不正をなしたことに関する道徳的な非難可能性、すなわち非難可能な道徳的不正行為を根拠とする。ここにいる道徳的不正行為とは、現実世界における道徳的義務に対する違反である。それゆえ、道徳的不正＝道徳的義務違反が犯罪化を支持する積極的な理由となる、という⁽⁵⁵⁾。

道徳的不正の範囲について、ムーアによれば、まず、多数派が道徳的に不正だと考えているだけで真に道徳的に不正ではないような行為は、犯罪化の積極的な理由となる道徳的不正行為には含まれない。というのも、そのような行為の処罰は応報的正義を実現するものではなく、あくまで応報的正義が実現されたという外観を生じさせるにすぎないからである⁽⁵⁶⁾。

次に、ここでの道徳的不正とはあくまで道徳的義務違反であり、徳の欠如はこれに含まれない。また、徳に関する理想の実現や徳の涵養促進という観点から望ましくないという程度にとどまる行為も、ここにいる道徳的不正行為には含まれない。そのような行為として、三種類挙げられる。第一に、超義務的（supererogatory）行為を行わないことである。超義務的行為とは、行うことを義務づけられてはいないが、それを行わないことが道徳的に非難されない一方でそれを行うことが行為者に対する道徳的評価を高める行為である。たとえば、あなたはセーヌ川に架かる橋のうえから川でおぼれている女性を発見したが、川の流れが速く川岸が急峻であり、救助に行けば自分も溺れるのではない

かという極めて確かな恐怖を感じて川に飛び込むのを断念し、その結果その女性が溺死したという場合、その不救助は超義務的な行為を行わないことであると評価される。

第二に、亜義務的（suberogatory）行為である。これは、行わないことを義務づけられてはおらず、それを行うことに対して弱い許容が存在するが、それを行うことが道徳的に憎むべき、不適當、あるいは立派な人には適さないような行為である。たとえば、あなたはある者に金銭を貸しており、その者が悲惨な状況にある一方であなたは少なくともすぐには金銭を必要としない状況にあるにもかかわらず、借金の取立てを免除も延期もせず直ちに行い、その結果あなたは多少の金銭を得た一方で相手方はさらなる苦境に置かれることになったという場合、その即座の借金の取立ては、亜義務的行為と評価される。

第三に、準超義務的（quasi-supererogation）行為である。これは、行うことも行わないことも義務づけられてはいないが、行われれば道徳的賞賛に値し、行われなければ道徳的非難に値する行為である。たとえば、あなたには生きるために腎臓を必要とする妹がおり、彼女の血液型はまれなものである。もっとも、あなたは彼女への腎臓提供に関して適格的である。しかし、腎臓が一つになることにより生じる可能性のある悪影響に対する恐怖から彼女に腎臓を提供するのを拒み、その結果彼女は死亡したとする。この場合に腎臓を提供しなかったことは、準超義務的行為と評価される。以上のような道徳的に望ましくないが道徳的に義務づけられているとはいえない行為は、犯罪化を支持する積極的な理由たる道徳的不正には該当しないものとムーアは考えている。⁽⁵⁸⁾

それでは、以上のような行為を刑事規制の対象から除外するのはなぜか。当該行為が道徳的義務に反するものでないとしても、もしその刑事規制が徳の涵養や促進につながるのであれば、それは刑事規制を行うべき理由になるのではないか。ムーアによれば、この問いへの応答として、第一に、「徳は強制されえない」というテーゼに依拠することが考えられる。たとえば、恵まれない人々に贈り物をすることは慈善心（benevolence）の徳の行使として行われうるが、これが強制されれば、動機が慈善心から制裁への恐怖等に変わり、慈善心の徳の行使とは評価できないものになってしまう。もっとも、有徳な行為を

行うよう人々に強制することは、長期的・間接的には、より多くの人々が慈善心という徳を備えるようになることに貢献するかもしれない。ただ、仮に刑法による強制が徳の涵養促進にとって一定の効果を有するとしても、第二の応答が妥当する。

第二の応答とは、徳を教育するために刑法という手段を用いることは正当化されないという応答である。有徳な人々が多い社会は、道徳的に冷淡な性格の人々が多い社会よりもおそらくよい社会であるし、助成やナッジなどを通じて徳を教え込むことは、リベラルな国家において正当化されうだろう。しかし、刑法という強制的な装置を用いることは正当化されないだろう。というのも、刑法の目的は、将来の行為を動機づけることではなく、過去の行為を処罰することにあるからである。⁽⁵⁹⁾ここで、ムーアは、刑罰に関する応報主義に根拠を求めている。

ムーアは、以上の徳の涵養・促進に関係する行為のほか、道徳が関心を示さない行為というものにも言及している。たとえば、ウォルフエンデン報告が契機となったがゆえにハート・デヴリン論争においてもフォーカスされた同性愛行為は、道徳が関心を示さない行為に分類される。当事者間に同意がある限りで、どのような人種や性別の者とどのような態様の性的行為を行うかについて道徳が何らかの義務を課していると考えすることは、道徳というものを矮小化しているという。⁽⁶⁰⁾

ムーアの見解に対しては、まず、徳の欠如を道徳的不正と解さないといった道徳的不正性の限定を考慮してもなお、犯罪化を支持する積極的な理由が認められる範囲が広範にすぎるとの批判がある。ダフは、パートナーや友人の信頼を裏切ること、同僚を失望させることが処罰のコスト等に鑑み最終的には処罰されるべきでないという結論に至るとしても、これらの行為を犯罪化することを支持する理由が存在するというのは明らかにおかしいように思われると述べ⁽⁶¹⁾る。また、我々は何を犯罪化すべきなのかと問うとき、その検討の出発点として、道徳的に不正な行為とは何であるのか、いかなる行為がこれに含まれるのかを吟味することになるが、それは道徳的に不正な行為を集団的に採し求めるという意味で、道徳に関する魔女狩りを支持することになってしまうという。⁽⁶²⁾

以上を踏まえ、ダフは、道徳的不正を公的不正と私的不正とに区別し、犯罪化を支持するよき理由となるのは公的不正のみであるとしている。公的不正とは、端的にいえば、国家あるいは刑法が関心を向けるべき事柄（business）に含まれる種類の道徳的不正をいう。また、公的不正という概念は、ある行為を犯罪化すべきかどうかの判断に関する実質的な基準をもたらしものではなく、道徳的不正という概念と同じく形式的なものである。⁽⁶³⁾すなわち、道徳的不正や（日本刑法学における立法論的意味の）法益と同じく、具体的な内容が充填されなければ犯罪化判断に実質的な影響を与えるものではなく、その意味で構想・捉え方（conception）ではなく概念（concept）なのである。そのうえで、国家や刑法のなすべきこと（business）を応報的正義の実現と捉えることに対して、そのように考える根拠が示されなければならないと主張している。⁽⁶⁴⁾

ムーアは、犯罪化を支持する理由が認められる範囲が広範にすぎるとの批判に説得されていない。彼は以下のとおり応答している。すなわち、いかなる種類の悪であれその実現が抑止されたり、その実現者が応報を受けたりするならば、世界はよりよい場所となるのであり、あらゆる種類の不正の惹起を処罰することは刑事立法の一理由（a reason）となる。公的不正と私的不正の相違は質的ではなく量的なものにすぎない。約束を反故にすることのような些末な道徳的不正を抑止し処罰することのよさは、些末で取るに足らないものであり、行為を規制しないことによる自由のよさに優越されるだろう、と。⁽⁶⁵⁾

ダフとムーアの間には、犯罪化を支持する（よき）理由という言葉の理解に相違がある。この言葉の多義性について、ミシェル・M・デンプシーによれば、ダフの批判は次の二点を看過しているがゆえに早急にすぎる。第一に、犯罪化を支持する理由は、ダフが想定しているであろうよりも弱い理由、もしかすると犯罪化に反対する理由によって容易く優越される理由以上のものではないような理由の意味で用いられることがある。第二に、ある者がある行為を行う理由を有することと、ある行為を行うことがある者のなすべきこと（business）であることが区別される。たとえば、あなたが道路で憂鬱な面持ちの見知らぬ者と遭遇したとして、もしその者があなたの温かい笑顔によって励まされるのなら、あなたはその者に微笑む理由を有する。というのも、憂鬱な者に元気を

与えるという価値を実現できるからである。しかし、あなたがその者に微笑む理由を有することと、そうすべきであることは別である。あなたがその憂鬱な者の友人や家族なら、その者を励ますことはあなたのなすべきことに含まれるであろうが、そのような事情がないなら、その者を励ますことはあなたがなさなければならないことではない、という⁽⁶⁷⁾。すなわち、第一に、犯罪化を支持する（よき）理由という言葉は、基本的には犯罪化に反対する理由によって優越されないような強い理由を意味する場合と、容易く優越されうるような弱い理由を意味する場合があり、第二に、国家がある行為の犯罪化を支持する理由を有することと、ある行為の犯罪化が国家のなすべきことであることは同義でない⁽⁶⁸⁾と主張されている。もっとも、ムーアは、刑法の目的が応報的正義の実現であると捉え、それを根拠に犯罪化を支持する理由の内容を導き出しているため、第二の区別を行っているわけではないと推測される。

また、ヴィクター・タドロスによれば、ダフらは、立法者がある行為を犯罪化すべきかどうかに関して実践的な判断を行う際に、ある事柄が重要な意味をもつ場合にのみ、その事柄は立法者がその行為を犯罪化する理由となると考えている。他方、ムーアやデンプシーらは、そのように限定せず、立法者による犯罪化の是非に関する実践的な判断の過程において、ある事柄が重要な意味をもたないとしても、その事柄は犯罪化を支持する理由にカウントされると考えているように思われる、という⁽⁶⁸⁾。たとえば、友人との約束を反故にすることのような些末な道徳的不正は、前者の立場からすれば、立法者による判断の過程において重要な意味をもたないため、犯罪化を支持する理由とは認められない。他方、後者の立場からすれば、些末な道徳的不正は立法者による判断の過程において重要な意味をもたないだろうが、そのことと犯罪化を支持する理由にカウントされるかどうかは無関係であるため、犯罪化を支持する理由に含まれると主張することができる。

ダフは、犯罪化を支持する（よき）理由という言葉を自身が想定するより弱いものと捉えることについて、否定的な態度を示している⁽⁶⁹⁾。タドロスは、この言葉の意味を巡る争いは、犯罪化論ではなく行為理由を巡るより一般的な議論を通じて解決されるべき問題であるとして、未決のままにしている⁽⁷⁰⁾。

第2款 批判的リーガルモラリズムの根拠について

前款後半でみたように、犯罪化を支持する理由という言葉は多義的に用いられている。以下、本稿は、実際の犯罪化の判断において重要な意味をもつ理由や、基本的には犯罪化に反対する理由によって優越されないような強い理由という意味で、「犯罪化を支持するよき理由」という語を、実際の犯罪化の判断において重要な意味をもたないかもしれない理由や犯罪化に反対する理由によって容易く優越されうような弱い理由も含む理由という意味で、修飾なしに単に「犯罪化を支持する理由」という語を用いる。

さて、危害なき不正も少なくとも常に犯罪化を支持する理由になるというテーゼは、ムーアを含む批判的リーガルモラリストが定義上当然に支持するものであるが、最終的には危害なき不正行為に対する処罰を否定する立場に立つ者のなかにも、このテーゼを妥当と認める者がいる。たとえば、ジョエル・ファインバーグは、危害なき不正を含むあらゆる種類の悪の抑止は、犯罪化を支持するいくつかの(some)理由になると主張する。その根拠については、悪(evil)という言葉の意味は曖昧だが、それが存在しないことはよりよいと主張できるようなもの、その不存在が望まれるべきものであり、その抑止は常に行為を支持する理由であると述べられている⁽⁷¹⁾。

また、A・P・シメスターによれば、ある者のある行為が道徳的に価値あるものやよきものであるならば、第三者はその行為を促進し手助けする理由をもつ。逆に、行為が悪しきものであることは、その行為の実行を妨げる理由をもたらす。このことに争いはないし、また道徳という観念に内在的である。あらゆる主体はよきことをなし悪しきことを回避すべきであり、そして国家もその主体である。したがって、いくつかの(some)理由があるというにとどまるものの、国家にもよき行為を促進する理由や悪しき(道徳的に不正な)行為を妨げる理由が認められる、という⁽⁷²⁾。さらにシメスターは、以上の理解に対する批判の一つとして、国家は国民の福利を増進するためにのみ存在する人工的で徹底的に道具的な存在であるという国家の役割に関する構想に基づく批判が想定できるとする。そのうえで、この構想は決してすべての者に共有されているわけではなく代替的な構想も考えられると応えており、国家の役割に関する理

論からリーガルモラリズムを否定するという道はとられていない。⁽⁷³⁾

ここからは、危害なき不正も犯罪化を支持する理由になると解する根拠について、若干の検討を試みよう。前款で紹介したように、ムーアはその根拠を応報的正義の実現という刑法の目的に求める。また、ムーアに限らず、批判的リーガルモラリズムの支持者のほとんどは自身の見解を応報的正義の実現によって基礎づけており、そのうえで価値論と結びつけて応報的正義の実現に非個人的な善さを認めているだろうと指摘されている⁽⁷⁴⁾。さらに、危害なき不正行為の処罰根拠は応報でなければならず、これを抑止に求めることはできないともいわれている。

たとえば、ダニー・スコツシアは以下のように述べる。危害なき不正、特にその一種であり誰にも不利益を生じさせない悪のことをいう漠然とした不正⁽⁷⁵⁾ (a free-floating wrong) の処罰根拠を、将来における当該不正の発生の抑止に求めることはできない。この主張は漠然とした悪の本質に照らして導き出される。漠然とした悪を悪たらしめる主因は、行為がそれに由来するところの行為者の悪しき性格や徳の欠如にある。たとえば、①それが犯罪であると知りつつ露見しないだろうと考えて、パートナーの死体を挽き碎き飼い犬に餌として与えた場合と、②行為者は臆病でありパートナーの死体を飼い犬の餌にした場合その行為が露見する可能性が高いと考えたがゆえに、パートナーの死体をそのまま埋葬することにしたが、仮に当該行為が露見しないことに自信をもっていたならば当該行為に及んだであろう場合を比較したとき、①は②よりも僅かにしか道徳的に悪くないと考えられる。また、②と、③献体後の手違いによりパートナーの内臓の一部が行為者のもとに配送され、行為者はパートナーの内臓を餌用に送られてきた動物の内臓と勘違いし、知らずにそれを餌として飼い犬に与えた場合を比較したとき、②は③よりもかなり道徳的に悪いと考えられる。これと異なり①は②よりも（僅かとはいえないほどに）悪く、③は①とほとんど同程度に悪いと考えることは、道徳とタブーを混同しており支持できない。抑止に根拠を求めることは、殺人等の不正な危害行為の犯罪化の正当化においては成功するが、死体冒瀆等の漠然とした悪の犯罪化の正当化においては失敗する。というのも、抑止されるのは行為のみであり、悪しき性格や徳の欠

如は行為ではないからである、という。⁽⁷⁶⁾

以上のとおり、スコツシアによれば、漠然とした悪の処罰根拠をその将来の発生の抑止に求めることができないのは、漠然とした悪の本質が行為者の悪しき性格や徳の欠如にあり、抑止の対象たる外面的な行為それ自体にはほとんど道徳的な意味が認められないからである。ここでは、道徳が関心をもつのはもっぱら行為者の内面であり、外面的な行為には行為者の内面を推測する手がかりとしての価値しかほとんど認められないという道徳理解が採用されている。外面的な行為それ自体に関心を向けるのは道徳ではなくタブーであるという。それゆえに、①と②には、露見しないと確信すれば意図的にパートナーの死体を飼い犬の餌にするような悪しき性格や徳の欠如という行為者の内面の共通があり、実際に対応する外面的な行為を行ったかどうかには違いがないため、その道徳的な悪さにほとんど差がないとされている。また、②と③には、外面的な行為と行為者の内面の両方において違いがあるが、後者の違いが重視されるため、②は③よりもかなり道徳的に悪いとされている。他方で、①は②よりも（僅かとはいえないほどに）悪く、③は①とほとんど同程度に悪いと考えることは、道徳が重きを置く行為者の内面を軽視し、反対に道徳が重きを置かない外面的な行為にもっぱら着目するものであるがゆえに、支持できないとされているのである。

しかし、道徳の理解の仕方には、ここで念頭に置かれている以外のバリエーションもある。前節において取り扱った実定道徳は、人類学的意味であれ区別的意味であれ、個人の内面より外面的な行為それ自体を重視するものといえよう。すなわち、実定道徳は、もっぱら自らが禁止する行為が実際に行われたかどうかに関心を向けていると考えられる。これは独自の捉え方というわけではない。たとえば、道徳の種類や区別の文脈において、次のような説明がある。「多くの問題領域において最小限区別されなければならないのは、『個人道徳』と『社会道徳』の区別であろう。個人道徳と社会道徳は様々な仕方で区別されるが、大雑把に言って、個人道徳は、個人の良心や自律的選択など、内面的・主観的心情にウエイトをおき、個々人の抱く道徳的理想の独自性と多様性を尊重する。それに対して、社会道徳は、社会成員によって主として相互の外

面的行為を規制するものとして一般的に受容され共有されている実定的・客観的な道德原理・規範であり、一定の社会的サンクションによって裏打ちされており、社会の存立と発展に不可欠ないし重要なものであるとみなされていることが多い⁽⁷⁷⁾。実定道德・社会道德を以上のように捉えることができるなら、批判道德を同様に相互の外面的行為を規制する道德原理・規範の一種と捉えることも可能であろう。さらにそれは可能なだけでなく、たとえば、「死体を冒瀆してはならない」という批判道德的規範があると想定し、実際に死体を冒瀆する行為が行われたかどうかに大きな道德的な意味を認めること——先の仮想事例を用いるなら①と②の間に重要な道德的相違を認めること——は説得的であろう。また、応報的正義の実現に根拠を求めるムーアも、道德的義務というとき、このような外面的な行為を規制する義務を念頭に置き外面的行為それ自体にフォーカスしているように思われる。以上より、危害なき不正行為の処罰根拠をその将来の実行の抑止に求めることも排除されないと考える。

なお、危害なき不正が犯罪化の理由になると解する根拠を道德的義務違反の行為を契機とする応報的正義または将来におけるその実行の抑止の実現と捉える見解に対して、日本の議論において行為の不道德性を根拠とする処罰は許されないというテーゼを支える第二の主張、すなわち道德は各人の良心に従って守られるべきものであり法によって遵守が強制されるべきものではないという主張⁽⁷⁸⁾は、さらなる詳論なしには、批判として妥当しない。上記の見解は、将来における道德遵守とは無関係に悪に対する応報それ自体に、あるいは動機如何にかかわらず将来において現実化する悪の減少それ自体に価値を見いだすものである。したがって、第二の主張の方向でこの見解を否定するためには、法により強制された道德の遵守には自発的でないという意味での動機の不適切さゆえに道德的な価値が認められないと単に述べるだけでは不十分であり、悪に対する応報や将来において現実化する悪の減少について個別具体的に検討することが求められる。

さて、批判的リーガルモラリズムに対して多くの者が真っ先に思い浮かべるであろう重要な批判は、国家や刑法の役割論に基づくものであろう。すなわち、危害なき不正行為の処罰、それを通じた応報的正義の実現またはその将来の実

行の抑止は、国民の福利または自律を保護するためにのみ国家・刑法は存在するという役割論に照らせば、国家・刑法のなすべきこととはいえないという批判である。日本の議論において行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼを支える第一の主張もこのような趣旨である。これに対しては、危害なき不正だが（基本的には）当罰的であると考えることが直観に適う事例を示すことが一つの反論となろう。そのような事例として、第1章で示したような死体冒瀝やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生が挙げられる⁽⁷⁹⁾。これを踏まえて、国家・刑法の主な任務は国民の福利または自律を保護することだが、福利・自律関係的でない一部の重大な不道徳について応報的正義またはその発生を抑止を実現することも国家・刑法の任務に含まれると考えることは、一顧だに値しないものでは決してないように思われる。この考えの妥当性は、先の事例を処罰できないことがどの程度我々の直観に照らして受け入れられるかに左右されよう。

第4章 犯罪化に反対する理由の考慮

第1節 ムーアの自由の推定

前章のとおり、リーガルモラリズムの支持者のなかでも、犯罪化を支持する理由になる道徳的不正の意味や、道徳的不正が犯罪化を支持する理由になる根拠について、理解の仕方は分かれている。もっとも、道徳違反は犯罪化の十分条件ではなく、犯罪化に反対する方向に作用する様々な事情を踏まえたうえで犯罪化の是非を判断すべきであると考えerることには見解の一致がみられる。ここでも、リーガルモラリズムの支持者のなかで特に詳しく犯罪化に反対する理由について論じているものとして、ムーアの見解をみていく。

ムーアによれば、国家による法的強制の不存在という意味での消極的自由が常に道具的善として存在する。この意味での消極的自由を道具的善たらしめる価値や事情として、以下の五つが挙げられる。

第一に、積極的自由である。国家が刑事規制によってある行為を禁止しない場合にのみ、我々はその行為を行う能力や機会、すなわち積極的自由を有する。

第二に、ミルの自律である。ミルによれば、選択が自由に行われることそれ自体に価値が認められるのであり、それゆえたとえ悪しき選択であってもそれが自由に行われたのであればこの意味において価値をもつ。第三に、カント的自律である。カントにとって、自律的な行為とは、正しい理由や動機から行われる正しい行為を意味し、この行為に最高の道徳的価値が帰属する。したがって、法的強制は人々を刑罰への恐怖のような単なる賢慮的な理由ゆえに行為することに導くため、この最高の道徳的価値が実現する可能性を低下させる。第四に、選好の充足である。他者による強制から自由に自ら判断できるというのは人のほとんど普遍的な選好である。第五に、刑事規制に伴うコストである。それは、警察や裁判所などによる執行のコストのほか、規制対象によっては、犯罪証拠を集める際のプライバシーへの干渉や過少執行が予期される法規制に伴う差別的な執行のおそれ、法規制を通じた商品やサービスの人為的な供給制限により犯罪組織に資金が流入するおそれなどといったコストを要する⁽⁸⁰⁾。

これらの価値や事情の重みは、規制の対象や仕方によって変動しうる。たとえば、作為を要求することは、単なる不作為を要求することよりも人々が行うことのできる行為の幅を狭くするのであり、積極的自由に対するより強い制約になる⁽⁸¹⁾。

これらの価値や事情ないしそれに基づく消極的自由の道具的な善さは、フラインバーグにならい「自由の推定 (presumption of liberty, presumption in favor of liberty)」と呼ばれる⁽⁸²⁾。自由の推定は、多くの約束違反や不誠実な行為のような些末な不道徳を犯罪化の対象から除外する。また、ある行為が道徳的に義務づけられているといえるかどうかが判然としない場合に、法的強制を差し控える理由になる⁽⁸³⁾。さらに、重大な道徳的不正行為の犯罪化に関する判断においても、自由の推定が重要な役割を果たす場合がある。そのような場合として、たとえば自殺が挙げられる。幼い子どもなど行為者に依存している者を残して自殺することは重大な不正であると考えすることは説得的であるかもしれない。もっとも、この考えを受け入れるとしても、我々はこの重大な不正行為を行う権利を有しているという考えを同時に支持し、結果としてこの行為を規制対象としないことは可能かつ説得的であると思われる。また、たとえば言論に

について、これは時として重大な危害を生じさせるが、言論の自由の観点から法的規制を一定程度差し控えるべきと考えることもできるかもしれない、という⁽⁸⁵⁾。

自由の推定は、前章第3節第1款において概観した道徳的不正の限定とあわせて、最終的に導き出される処罰範囲に関する帰結を極めてリベラルなものにする⁽⁸⁶⁾と考えられている。

さて、ムーアが自由の推定を構成する諸要素を常に犯罪化に反対する方向に作用するものと捉えるのに対して、必ずしもそうとは限らないとの指摘がなされている。ウォールによれば、まず、選択の機会の減少は、ほとんどの場合我々にとって悪いことであるが、時としてよいことでありうる。というのも、それは意思決定を容易にしたり、我々にとって不利益な行動の選択肢を排除したりする場合があるからである。また、カント的自律について、法的規制は、法的制裁への恐怖等の道徳的に価値がなく正しくない理由から正しい行為を行うよう人々を動機づけることによって機能する。しかし、それは、正しい理由から正しい行為を行うよう既に動機づけられている者が、法的規制を課されることによって正しくない理由から正しい行為を行うよう動機づけられるようになることを意味するわけではない。さらに、他者による強制から自由自ら判断を下すことへの選好の充足について、この選好の不充足が常に人々にとって悪いわけではない。たとえば誤った事実認識に基づく選好や不正行為を行うことへの選好は充足されない方がよいものでありうる、という⁽⁸⁸⁾。

この指摘については、これを受け入れて、自由の推定を構成する五つの要素はいずれもがどのような場合においても常に犯罪化に反対する理由として存在するわけではないとし、犯罪化の是非を検討するうえで必要不可欠なチェック項目のように捉えても特段支障はないだろう。すなわち、実際に犯罪化を検討する際にその対象行為に関して犯罪化に反対する方向に作用するか、作用するとすればどの程度そうなのかが常に確認され道徳的不正性の程度と比較検討されなければならないものとして捉えるということである。もっとも、カント的自律に関する指摘は、犯罪化に反対する方向に作用しない場合もありうるということを超えて、そもそも犯罪化に反対する方向に作用する要素と位置づけられうるかどうか疑わしさがあるということを示しているとも理解できる。確

かに、法的規制が人々のカント的自律にどのようなあるいはどれほどの影響を与えるかは、他の要素の場合よりも明らかでないように思われる。

前段落の検討は極めて簡素なものでありより詳しく検討する余地は広く残されているし、またその他にも、ムーアの自由の推定に対する批判となりうる議論が展開され、比較検討可能な立場が示されている。しかし、犯罪化に反対する方向に作用する要素としてどのようなものがどのような理由から考慮されるべきかを検討することは、リーガルモラリズム固有の課題ではなく、危害原理であれ法益論であれ犯罪化基準に関するいかなる立場をとる者であってもその基準を十全なものにするために取り組まなければならない課題であり、現に広く議論されている。それもあって、本稿においてこの課題について包括的に検討することはできない。もっとも、ムーアの自由の推定の内容は比較的スタンダードなものであり、他のリーガルモラリストも犯罪化に反対する理由について概ね同様に捉えているものと思われる⁽⁸⁹⁾。それゆえ——もちろん別途包括的な検討を行う必要はあるだろうが、本稿においては——ムーアの自由の推定をベースに考察を進めていっても、さしあたり大きな問題はないだろう。

第2節 危害なき不正行為の犯罪化を支持する理由はこれに反対する理由に優越しうるのか

ムーアをはじめとするリーガルモラリズムの支持者は、道徳的不正行為を犯罪化するためには、その道徳的不正性が犯罪化に反対する理由に優越することが示されなければならないと考える。ここで、危害なき不正が実際に当該理由に優越する場合がありますかどうかが問題になる。なお、犯罪化に反対する理由は、刑事規制に伴う自律の制約やプライバシーに対する干渉などの道徳的理由と警察や裁判所による執行のコストなどの賢慮的理由に分けられるところ、後者に関する検討が刑法哲学の研究者にとって特に困難であることもあってか、リーガルモラリストの焦点は前者に関する検討に向けられている。本稿もここでは前者にフォーカスし、危害なき不正が実際に犯罪化に反対する道徳的理由に優越する場合がありますかどうかという問題を取り扱う。

この問題については、当然優越の余地を否定する主張も示されている。たと

えば、リベラルな国家は個人の自律や福利を優先的に尊重しなければならないがゆえに、人々の自律や福利を不可避免的に損なう法規制を正当化するには、自律や福利に関係しない単なる不道德だけでは不十分である、という旨の主張がなされている⁽⁹⁰⁾。

この主張には、自律や福利に関係しない道徳的不正であってもその重大性ゆえに自律や福利の制約という犯罪化のコストに優越すると直観的に認められる場合があるのではないかとの応答が考えられる。具体的には、前述の死体冒流やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生である。

この応答に対しては、死体冒流やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生は重大な道徳的不正であり、法的規制の対象たりうるかもしれないが、刑罰の峻厳さゆえに刑法的規制の対象たりうるとまではいえないのではないかとの批判が考えられる。日本の議論において行為の不道德性を根拠とする処罰は許されないというテーゼを支える第三の主張、刑罰は手段として不適格であるという主張もこの趣旨を含んでいるだろう。確かに、他の法的規制にはない刑法的規制に特有の制裁である刑罰の付科が自律に及ぼす影響などを考慮することは必要不可欠である。もっとも、他の法的規制と比べた場合の刑法的規制の特殊性の程度についても考える必要がある。刑法的規制の特殊な側面として何が挙げられるかについては争いがあるかもしれないが、典型的なのは、第一に、刑罰という極めて重大な不利益の付与を伴うということである。もっとも、刑罰とひとまとめにいても利益侵害の程度にはかなりの振れ幅があることに注意すべきとの指摘がある。そこでは、刑罰と民事制裁の差は程度問題であり、たとえば罰金刑はその金額によっては僅かにしか利益侵害を生じさせない、勤め先などで村八分にされるという社会的制裁は刑務所で一週間ほど過ごすよりも深刻であろうといったことがいわれている⁽⁹²⁾。刑罰であれば常に民事制裁をはじめとする他の法的制裁や社会的制裁よりも重大な利益侵害を生じさせるとはいえない以上、利益侵害の重大性でもって前記批判を十全に根拠づけることはできない⁽⁹³⁾。

刑法的規制の特殊な側面として、第二に、刑罰付科を通じてスティグマを与えることが挙げられよう。もっとも、セクハラや医療過誤に関する民事訴訟の

場合のように民法もスティグマを付与しうる、税に関する犯罪の多くの⁽⁹⁴⁾ように犯罪の種類によっては処罰によるスティグマの付与が僅かにしか認められないケースもある⁽⁹⁵⁾といった指摘もなされている。処罰対象行為の種類や、高額でない罰金刑なども含むという意味での刑罰の種類に応じたスティグマの振れ幅を考えれば、スティグマ付与という点から前記批判を十全に根拠づけることは難しいように思われる。

第3節 比較衡量による処罰範囲の限定の程度

前節において、危害なき不正が犯罪化に反対する理由に優越する場合がありますのかという問いについて考察した。この問いに是と答えるならば、次いで、どのような場合に／どの範囲で優越が認められるのかを検討する必要性が生じる。リーガルモラリズムを採用すると過度に広範な処罰範囲が帰結されてしまうという批判がありうることもこの検討の必要性を支えるだろう。

犯罪化に反対する理由を考慮しこれと犯罪化を支持する理由たる道徳的不正性を比較衡量することを通じて、本章第1節において言及した、多くの約束違反や不誠実な行為のような些末な不道徳行為や、実行または不実行を命ずる道徳的義務の対象となっているかどうか⁽⁹⁶⁾が明らかでない行為の不処罰が導かれる。また、ムーアは、応報的正義の実現という刑法目的論から、徳の欠如や徳の涵養促進という観点から望ましくないという程度にとどまる行為の不処罰を導いていたが（前章第3節第1款参照）、危害なき不正の処罰根拠を応報に求めない立場からも、少なくとも比較衡量を通じて同じ帰結が導かれる。徳の欠如に由来する行為を処罰することが人々の徳の涵養促進に資するかどうかは明らかでないし、仮に一定の効果があるとしても、刑事規制の創設および刑罰の付科に伴う自律の制約といった道徳的コストに優越するほど顕著でありうるのかという疑問を向けることができよう。

以上の限定を踏まえて導き出される処罰範囲について、ムーアは、リーガルモラリズムを拒絶するリベラリズムから導き出される処罰範囲とほとんど変わらないと述べていた。すなわち、処罰範囲は、死体冒涇をはじめとする危害なき不正行為のうち当罰的なものを含みつつも、過度に広範にはならないと考え

論 説

られている。⁽⁹⁶⁾ また、スコッシアは、刑事規制のコストに対する優越が認められ犯罪化が正当化されると考えられるような行為として、死体冒涇と絶滅危惧種を標的とするスポーツハンティングを挙げる。そのうえで、これらのほかにも優越が認められ犯罪化が正当化されうる行為が存在するかもしれないが、そう⁽⁹⁷⁾ だとしてもそれは極めて少数に限られるだろうと述べている。

最後に、前章第3節第1款後半で取り上げたダフによる批判との関係で、比較衡量、特に犯罪化に伴う道徳的コストとの比較衡量の体系的位置づけについて付言する。この点について、これまで念頭に置いてきたように、犯罪化を支持する積極的な理由の存否判断の後に行われるものとして比較衡量を位置づけることもできるし、国家・刑法の役割の捉え方次第で、犯罪化を支持する積極的な理由の存否判断の内部に位置づけることもできる。すなわち、前章第3節第2款の最後に述べたように、福利・自律関係的でない一部の重大な不道徳について応報的正義または抑止を実現することも国家・刑法の（従たる）任務であると理解したうえで、犯罪化を支持するよき理由となるのは犯罪化に伴う道徳的コストに優越するほどに重大な道徳的不正であると捉えることも可能であるように思われる。国家・刑法の役割と比較衡量の位置づけについてこのように考えることは、前記ダフによる批判が妥当である場合に機能する応答となるう。

第5章 おわりに

本稿の内容をまとめよう。まず本稿の出発点は、刑法の任務に関する通説と個別具体的な行為の当罰性に関する直観的判断の対立にあった。すなわち、行為の不道徳性を根拠とする処罰は許されないというテーゼが日本刑法学において定着している一方で、関係者の同意ある死体損壊やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生のような行為は、たとえ処罰根拠を不道徳性に求めざるをえないとしても処罰されるべきであるという直観的判断もある程度共有されているように思われる。そのうえで、後者の直観的判断は上記テーゼに照らして容易に退けられるものではないだろうという推測から、上記テーゼの妥当性

についても詳しく検討する必要があると考えた。上記テーゼの妥当性を評価するにあたっては、仮にこのテーゼを後退させた場合に、行為の不道徳性を根拠とする処罰範囲を適切に画定することができるかどうか重要な判断材料の一つになる。それゆえ、行為の不道徳性を根拠とする犯罪化の是非に関する判断基準の検討に着手した（第1章）。

検討を行うにあたり、まず日本刑法学における議論を参照した。（個人の自律を尊重すべきであるという自律関係的な道徳とは異なる内容の）道徳に対する違反を根拠とする処罰を認めるためには、①個人の自律の尊重という国家・刑法の役割に関する道徳的理念に反する、②道徳は各人の良心に従って守られるべきもので、法によって遵守を強制されるべきものではない、③刑罰は手段として不適格であるという三つの主張に応答することが求められる（第2章）。

その後は、（積極的）リーガルモラリズムを巡る英米圏の議論を足がかりに検討を進めた。これは、（危害なき不正を含む）行為の道徳的不正性はその行為を犯罪化する積極的な理由になるとする立場である。ここにいう道徳的不正の意味について、これを社会の構成員によって実際に共有されている道徳に対する違反と解する見解（実定的リーガルモラリズム）を取り上げた。この見解に関しては、当該道徳に対する違反が犯罪化を支持する積極的な理由になる根拠および帰結される処罰範囲について疑問が残り、少なくともより詳細な検討なしにこの見解を支持することは難しいと結論される。

次いで、犯罪化を支持する積極的な理由となる道徳的不正を社会の構成員による支持や共有如何から独立した真に道徳的な不正と解する見解（批判的リーガルモラリズム）を取り扱った。この見解に立つムーアは、真に道徳的な不正を道徳的義務違反と解し、徳の欠如や、徳の涵養促進という観点から望ましくないにとどまる行為、ハート・デヴリン論争においてフォーカスされた同性愛行為を含む一定の性的行為は、道徳的義務違反行為ではないため犯罪化の対象から除外されるとしていた。前二者は、応報的正義の実現という刑法の目的に照らして除外されているが、刑法の目的をこのように理解しない場合であっても、犯罪化に反対する理由との比較衡量を通じて同じ帰結が導かれる。

真に道徳的な不正が犯罪化を支持する理由になる根拠について、ムーアはこ

れを応報的正義の実現に求めている一方で、悪＝真に道徳的な不正の抑止に求める見解もある。悪とは、それが存在しないことはよりよいと主張できるようなもの、その不存在が望まれるべきものであるため、その減少はよいことであり、それゆえ国家を含む主体の行為理由になると主張されていた。なお、根拠を応報的正義の実現または悪の抑止に求める場合、日本の議論における主張②は批判として妥当しない。

批判的リーガルモラリズムに対する主要な批判として挙げられるのは、やはり個人の福利または自律を保護するためにのみ国家や刑法は存在するという国家・刑法の役割論に基づく批判である。日本の議論における主張①も同様の趣旨であろう。これに対しては、危害なき不正行為だが当罰的であると考えることが直観に適う事例を示すこと、すなわち直観に依拠した応答が考えられる。そのような事例として、死体冒瀝やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生が挙げられる。この応答を踏まえれば、国家・刑法の役割については、たとえば、国家・刑法の主な任務は国民の福利または自律を保護することだが、福利または自律関係的でない一部の重大な不道徳について応報的正義またはその発生の抑止を実現することも国家・刑法の任務に含まれるといった形で説明されることになる（第3章）。

リーガルモラリズムの支持者は、道徳的不正は犯罪化を支持する積極的な理由になると解するが、それが犯罪化の正当化にとっての十分条件であるとは考えない。犯罪化に反対する様々な理由を考慮して、たとえばこれと道徳的不正性の程度の比較衡量を経て犯罪化の是非を判断することを必要としている。犯罪化に反対する理由としては、刑事規制の創設および刑罰の付科による自律の制約や犯罪証拠を収集する際のプライバシーの制約といった道徳的成本および警察や裁判所による執行のコストなどの賢慮的成本が挙げられる。

次に、これらのコストを踏まえてなお規制されるべきと考えられる危害なき道徳的不正行為が存在するかどうかが問題となる。この点について、リベラルな国家は個人の自律や福利を優先的に尊重すべきであるため、そのような行為は存在しえないとの批判もなされていた。リーガルモラリズムによる応答として、前述の国家・刑法の役割論に基づく批判に対する直観に依拠した応答をこ

こでも用いることが考えられる。また、死体冒瀝やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生は法的規制の対象たりうるかもしれないが、刑罰の峻厳さゆえに刑法的規制の対象たりうるとまではいえないという批判も考えられる。日本の議論における主張③も概ねこの趣旨だろう。これに対しては、刑罰ひとまとめにいても利益侵害やスティグマ付与の程度は様々であるため、刑罰による利益侵害やスティグマ付与の重大性をもって上記批判を根拠づけることは難しいという応答がありえよう。

続いて、危害なき不正が犯罪化に反対する理由に優越するケースがありうるとした場合、どの範囲で優越が認められるのか、過度に広範な処罰範囲が帰結されてしまわないかが問題となる。この点について、前述の徳の欠如や、徳の涵養促進という観点から望ましくないにとどまる行為、ハート・デヴリン論争においてフォーカスされた同性愛行為を含む一定の性的行為の不処罰に加え、多くの約束違反や不誠実な行為のような些末な不道徳行為や、不正性の有無や程度が明確でない行為の不処罰が、道徳的不正性と犯罪化に反対する理由の比較衡量を通じて導き出される。また、より具体的には、優越が認められる危害なき不正行為は、死体冒瀝と絶滅危惧種を標的とするスポーツハンティングくらいであり、他にあっても極めて少数に限られるだろうと述べられていた（第4章）。

以上のとおり、本稿は、行為の不道徳性を根拠とする処罰、換言すれば危害なき不正の処罰を限定的に認める立場であるリーガルモラリズムの理論的根拠や帰結される処罰対象に関する限定、いくつかの批判に対する応答について論じてきた。これらは、前記処罰は許されないという支配的な立場と、一部の行為はその処罰根拠を不道徳性に求めざるをえないとしても処罰されるべきであるという直観的な判断の対立はいかにして解消されるべきかという問いについて考えを巡らすにあたり重要な考慮材料となるものである。

もっとも、本稿において論ずることができたのはリーガルモラリズムに関する議論の一部にとどまっており、詳論できなかった議論も多い。⁽⁹⁸⁾リーガルモラリズムに関する理解を十全に近づけるためにはその考察が求められる。また、関係者の同意ある死体損壊やヒトと動物のキメラ・ハイブリッド個体の産生の

ような直観に照らして当罰的であると考えられる行為の処罰根拠をその不道徳性に求めるほかないということが、前記対立の前提となっている。したがって、処罰根拠をこれ以外に求められるのであれば前記対立はそもそも存在しないことになるのであり、この点についてもより詳しく検討する必要があるだろう。さらに、本稿で論じてきたとおりリーガルモラリズムは処罰対象に関して様々な限定を内在させているところ、これを現行の処罰規定や将来創設されうる処罰規定に適用したときにいかなる具体的帰結が導かれるかを明らかにすることにも重要な意義が認められるだろう。以上は今後の課題にしたい。

- (1) 倫理という語と道徳という語の用い方は論者によって様々であるところ（増田 豊『法倫理学探究：道徳的実在論／個別主義／汎心論／自由意志論のトポス』（勁草書房、2017年）4頁以下参照）、本稿ではこれらを互換的に用いる。
- (2) 風俗犯の処罰根拠に関する議論を概観するものとして、嘉田優「風俗に対する罪の現在——総論——」刑事法ジャーナル75号（2023年）4頁以下。
- (3) 一般に、本罪の保護法益は「動物愛護の良俗」と理解されている（原田國男「動物の保護及び管理に関する法律」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法（第5巻Ⅱ）』（立花書房、1984年）528頁、青木人志「わが国における動物虐待関連犯罪の現状と課題——動物愛護管理法第四四条の罪をめぐる——」浅田和茂ほか編『人権の刑事法学：村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、2011年）157頁、三上正隆「動物虐待関連犯罪の保護法益に関する立法論的考察」愛知学院大学宗教法制研究所紀要58号（2018年）80頁以下など）。
- (4) 特に人クローン個体に関して、このような指摘をするものとして、辰井聡子「生命科学技術の展開と刑事的規制」法律時報73巻10号（2001年）24頁。これに対して、近藤和哉「人クローン個体の産生に対する刑事規制の検討」法律時報75巻2号（2003年）58頁以下は、人クローン胚移植罪の保護法益を個人的法益として把握することは困難であるとしたうえで、「社会的法益に活路を見出そうとすることには、確かに、法益としての実体のない単なる倫理的見解の保護を主張することにつながる危険がある」（58頁）、「人の生命に対する敬意の感情」、「クローン人間作りはやめてもらいたいという世間一般の人々の感情」については、これを保護法益として認めることができると述べる（59頁）。しかし、この感情は後述する実定道徳にほかならず、それゆえ、この感情を保護法益とする理解は、単なる道徳の強制にすぎないのではないかという疑いを払しょくするものではないように思われる。

- (5) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第9巻〔第3版〕』（青林書院、2013年）238頁〔岩村修二〕。
- (6) 西田典之ほか編『注釈刑法 第2巻』（有斐閣、2016年）676頁〔嶋矢貴之〕。
- (7) これらの感情を道徳と言い換えることが妥当であるかどうかについて、大塚ほか・前掲注(5)238頁〔岩村〕は、本文において引用したとおり死体損壊等罪の保護法益を「死者に対する社会的習俗としての宗教的感情」〔傍点引用者〕と、188-191条の罪の保護法益を「社会秩序としての一般的な宗教的感情・習俗及び宗教的平穩」〔傍点引用者〕と表現している。ここで感情という言葉は、辞書的な意味で用いられておらず、客観化され社会の構成員によって共有されている規範や準則のようなものを指している。そうだとすれば、(社会・実定)道徳と表現しても差し支えないように思われる。また、西田ほか・前掲注(6)676頁〔嶋矢〕は、「死者に対する敬虔感情は、①死者の生前の意思、②埋葬の権利義務を有する者（達）の意思、③社会の死体取扱いに関する一般的理解（葬礼風俗）の3つがいわば中間項で……、それらに反した死体の取扱いがなされることで、実質的に害されると考えるべきで、③がベースであろうが、いずれかの1つを絶対視できるものではないであろう」と述べている。（この感情が道徳と同義というのは厳密には不正確かもしれないが、）この理解によれば、道徳違反のみを理由とする死体損壊行為の処罰が認められることになる。また、亀田悠斗「感情侵害行為の処罰に対する制約の探求（1）——感情侵害原理を巡る議論を中心として——」阪大法学71巻6号（2022年）163-65頁参照。
- (8) 学説では、本罪の保護法益を死者本人の権利や利益に求める見解が主張されている（松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』（成文堂、2024年）443頁、内海朋子「感情の刑法的保護について——死者に関する罪における保護法益——」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来：長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）358頁、平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）260頁、齊藤誠二『刑法における生命の保護〔3訂版〕』（多賀出版、1989年）273頁以下〔加えて、死者に対する近親者の敬虔感情を副次的な保護法益とし、また死後も死体の完全性を侵害されないという生者の信頼を三次的な保護法益としている〕など）。純粹に死者本人の権利や利益に着目するのであれば、本文記載の行為は死者本人の意思に合致している以上、本罪は成立しない。他方、内海・前掲論文359頁は、「遺族が……社会の風俗に反するが、死者の遺志に従った形での埋葬を行った場合、構成要件に該当するが、真に死者の人格と意思を尊重するための行為と認められた場合には、違法性が阻却される」と述べる。「真に死者の人格と意思を尊重するための行為と認められた場合には」という表現からすれば、死者の生前の意思に合致しているとしても処罰が認められる場合があるとの解釈も可能である。そうだとすれば、この

場合の処罰理由は行為の不道徳性に求められているのではないかという指摘ができるだろう。

また、死者に対する一般の敬虔感情を、『自分が死んだ後、このような取扱いを受けたくない』という人々の願望ないし期待」と解する見解が主張されている（松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社、2021年）532頁。また、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）428頁〔島田聡一郎〕、平野龍一「刑法各論の諸問題16」法学セミナー224号（1974年）71頁、町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996年）90頁、三代川邦夫「判批」刑事法ジャーナル78号（2023年）191頁など）。この見解を採用した場合に、死者本人の意思には合致するが道徳や社会通念に反する死体の取扱いに本罪の成立が認められるかどうかについては、争いがある（否定するものとして、松原・前掲書532頁。肯定するものとして、伊藤ほか・前掲書429頁注7〔島田〕）。私見では、あくまで死者本人の意思に沿った死体の取扱いがなされているのであれば、自分の死体に対して自分の望まない仕打ちがなされないことへの人々の期待は害されず、それゆえこの見解によれば本文記載の行為に本罪の成立は認められないように思われる。

公然わいせつ罪（刑法174条）やわいせつ物頒布罪（刑法175条）の保護法益に関する有力説のように、死体に対する残酷な取扱いに直面したくないというような感情を保護法益に含める場合には、本文記載の行為の一部は本罪により処罰されることになるが、当該行為が秘密裏に行われたときには本罪の成立は認められない。

本稿の関心上、死者に対する敬虔感情を限定ないし具体化するという本罪の保護法益に関する近時の議論には立ち入らない。この点については、松尾誠紀「死体遺棄罪における保護法益の実質とその成否判断：死体の新たな遺棄の有無を題材に」北大法学論集72巻5号（2022年）49頁以下、酒井智之「死体遺棄罪の保護法益と作為による遺棄の意義」一橋法学21巻3号（2022年）707頁以下など。

- (9) 町野朔「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律——日本初の生命倫理法——」法学教室247号（2001年）89頁、長井長信「人クローン個体産生罪について」論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）444-45頁、高山佳奈子「将来世代の法益と人間の尊厳」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 上巻：町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）25頁など。また、甲斐克則『生殖医療と刑法』（成文堂、2010年）105頁。
- (10) 甲斐・前掲注(9)105頁は、『「道徳論」と一線を画するには、もう少し法理的根拠づけが必要と思われる』と述べる。町野・前掲注(9)89頁や山本輝之「クローン技術、ヒト胚に関する規制のあり方」法政論集206号（2005年）126頁は、当該利益が伝統的な法益概念を超えるものであると捉えつつも、現代社会の基本原則

ともいえる重要な利益であり法益たりうると主張する。他方、葛原力三「クローン技術規制法第3条の処罰根拠と不処罰根拠」関西大学法学論集52巻3号（2002年）16頁は、「ヒトの属性の優勢なキメラ胚、ハイブリッド胚が母体に着床し、順調に発育し出生するという事態の技術的可能性」や「そのような事態が生じる社会的な頻度」がそれほど高度と思われないことに照らして、当該利益が脅かされるとまではいえないとする。このような場合になお当該利益を脅かすことを処罰根拠とするのであれば、当該利益は「人とそれ以外の動物の中間に位置するような存在を生み出してはならない」という道徳的確信と同義であるということになるかもしれない（人クローン胚の移植に関する文脈において同様の主張をするものとして、近藤・前掲注（4）58-59頁）。

- (11) ハート・デヴリン論争を紹介する刑法の基本書として、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）43頁、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』（成文堂、2022年）5頁など。詳しくは、加茂直樹『社会哲学の諸問題——法と道徳を中心にして——』（晃洋書房、1991年）137頁以下、田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011年）174頁以下など参照。
- (12) これに対して、価値相対主義に依拠しているという理解もありえ、むしろこの理解の方が優勢である可能性もある。たとえば、「そもそも倫理というものは客観的なものであり、普遍的に妥当するものだという考え方もある」が、「しかし価値判断が相対的なものであることは、多少とも批判的な哲学の洗礼を受けた者にとっては、認めざるをえないことであるはずである」という表現（平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）109頁）は、価値相対主義を想起させるだろう。この点について、本章第2節本文参照。リベラリズムの根拠を相対主義に求めることの問題性については、井上達夫『共生の作法：会話としての正義〔増補新装版〕』（勁草書房、2021年）194頁以下参照。
- (13) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）5頁。
- (14) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）28頁。これは、「長谷部恭男教授のいう『切り札としての人権』のあらわれである」という（28頁注1）。
- (15) 長谷部恭男『憲法〔第8版〕』（新世社、2022年）115頁。
- (16) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）22頁注35、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）7頁、辰井・前掲注（4）23頁など。
- (17) むしろマイナスの効果を生んでしまうおそれについて、佐伯・前掲注（16）22頁注5参照。
- (18) 内藤謙『刑法理論の史的展開』（有斐閣、2007年）175頁。

- (19) 平野・前掲注(12)111-12頁。
- (20) 以上本文で挙げたものの他には、たとえば、道徳は人や場所、時代によって異なるものであるため、刑罰による保護の対象としてふさわしくないという根拠の存在が示されている（井田・前掲注(16)22頁注35）。これに対しては、いかなる利益が法益たりうるのか、それがどの程度重要であるのかという評価も人や場所、時代によって異なるのではないか、そうだとすれば刑罰による保護にふさわしいものの範囲を過度に狭めてしまうおそれがあるのではないかという指摘や、人や場所、時代によってあまり違いのない道徳もありうるのではないか、そうだとすれば行為の不道徳性を理由とする処罰を限定的に承認することにならないかという指摘が考えられる。後者の指摘に関連して、原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂、1991年）258-59頁は、わいせつ罪および墳墓発掘罪・死体損壊罪の保護法益である『性』『生』『死』という、人間の存在の根底に関わる理念』に関して、「かかる理念を刑罰で保護することの当否については、……人間は太古からこのような現象に対して神秘を感じ、畏敬を覚えてきたものであり、これに対するタブーの観念を永く維持してきた。そのような思考の中から宗教や哲学が生まれてきたとするならば、これらに対する不可侵の理念には普遍的と呼び得る要素がないわけではなかろう。……ともかくも刑法は純粹に理念自体を保護する犯罪類型を規定しているのであり、そして、それは必ずしも理由皆無とは評価できない事柄である、という事実を直視する必要がある」と述べる。
- (21) 高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、2018年）47頁。
- (22) 同前52頁。
- (23) このようなタイプに分類される主張として、たとえば、井上達夫『他者への自由：公共性の哲学としてのリベラリズム（増補新装版）』（勁草書房、2021年）143頁以下。
- (24) 高橋・前掲注(21)53頁。
- (25) 同前44頁以下。本文で挙げた議論は、同前第3章のなかで、倫理的な観点からの刑法の正当性の検討や刑法に関する倫理的な議論を展開する必要があるという主張を支持する理由の一部に位置づけられている。そのうえで、現状、倫理的な検討・議論を展開する必要があるにもかかわらず、刑法の没倫理化が過度に強調されてきたために、そのような検討・議論がなされておらず、それが近時の刑事立法の活性化現象のなかで刑法学の言葉が説得力を失っている一因になっているのではないかといったことが述べられている。
- (26) 以下では、増田・前掲注(1)の内容を取り上げるが、同種の主張として、その他に、小島秀夫「法益論の根本的問題——法益と道徳は対置されうるか——」大東法学68号（2017年）19頁以下が挙げられる。

- (27) 増田・前掲注(1)9頁。次章第3節第1款で挙げているハートによる区別と同意であるとされている。さらに、「〈経験的な〉道徳」が、「社会一般に通用している(事実上承認されている)〈支配的・客観的な道徳〉と特定の個人あるいは一部の集団のみが抱えている道徳観つまり〈主観的〉道徳」に区別されている(9頁)。
- (28) 同前119-20頁。
- (29) 同前120頁。
- (30) 同前123-25頁。ここにいる「義務を超える卓越した善行」や「小さな善行」について詳しく検討するものとして、浦野敬介・石田柊「しないに越したことはない——超義務と亜義務の倫理学」応用倫理15号(2024年)15頁以下。
- (31) 増田・前掲注(1)141頁。
- (32) 同前139-42頁。
- (33) R. A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, 2018. p. 55. また、高橋・前掲注(21)90頁以下。
- (34) リーガルモラリズムは、ある行為が道徳的に不正であることはその犯罪化を正当化するための十分条件であるという十分テーゼ、ある行為が道徳的に不正であることはその犯罪化を正当化するのに必要であるという必要テーゼ、ある行為が道徳的に不正であることはその犯罪化を正当化するための積極的な理由となりうるという適格テーゼの3つに区別されることもあるところ(高橋・前掲注(21)79頁以下。A.P. Simester & Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011, p. 22や A.P. Simester, *Enforcing Morality*, in Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 483の区別に若干の修正を加えたものである)、この区別に従えば、本稿の参照対象は適格テーゼを巡る議論ということになる。

また、ダフによるリーガルモラリズムの区別の一つとして、応答的原理としてのリーガルモラリズムと予防的原理としてのリーガルモラリズムの区別がある。前者は、ある行為が道徳的に不正である場合に(のみ)我々はそれを犯罪化する理由を有するとする原理であり、後者は、ある行為を犯罪化することが道徳的不正行為の実行を防止する・減少させる場合に(のみ)我々はそれを犯罪化する理由を有するとする原理である(Duff, *supra* note 33, pp. 237 ff.)。本文の積極的リーガルモラリズムの表現は、応答的原理としてのものになっているが、本稿は両原理に関する検討には踏み込まない——したがって、予防的原理としてのリーガルモラリズムを退け応答的原理としてのそれを特に支持する意図はない。応答的原理と予防的原理については、(呼称は違えど内容的に同様のもの)に関して論

じるものとして) James Edwards, An Instrumental Legal Moralism, in John Gardner, Leslie Green, & Brian Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, 3, 2018, pp. 153 ff.; Victor Tadros, *Wrongs and Crimes*, Oxford University Press, 2016, pp. 92 ff.; ジェームズ・エドワーズ (松澤伸監訳、中田己悠訳) 「ジェームズ・エドワーズ「刑法の諸理論」(2・完)」早稲田法学99巻1号(2023年)112頁以下など。

- (35) H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, 1963, p. 20.
- (36) Duff, *supra* note 33, pp. 53 ff.
- (37) ただし、デヴリンの記述は道徳的不正を実定道徳違反と解する見解に分類されると確言しづらいような曖昧さを有しているとの指摘もある。たとえば、Joel Feinberg, *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4*, Oxford University Press, 1988, pp. 137 ff.
- (38) Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, pp. 9-11.
- (39) *Id.* pp. 9-14.
- (40) 道理をわきまえている者と合理的な者(the rational man)とは異なることが強調されている。不道徳性の判断は、理性的な判断というよりも感情的な判断であるという(*Id.* p. 15)。
- (41) *Id.* p. 15.
- (42) Hart, *supra* note 35, pp. 50 f. これを支持するものとして、Thomas Söbrik Petersen, New Legal Moralism: Some Strengths and Challenges, *Criminal Law and Philosophy*, 4, 2010, p. 218 (本論文を詳しく紹介する日本語文献として、高島麻未「ポスト・デヴリンのリーガルモラリズム——ピーターセンの見解をてがかりに——」法学研究論集55号(2021年)65頁以下); Gregory Bassham, Legislating Morality: Scoring the Hart-Devlin Debate after Fifty Years, *Ratio Juris*, 25(12), 2012, p. 125など。ハートは、続けて、社会はその道徳、その特定の時代における道徳に等しく、したがってその道徳の変化は社会の崩壊に等しいという主張をデヴリンが支持しているとの理解もできるが、この理解によれば、社会の道徳が変化したという言い方はできず、代わりに一つの社会が消滅し別の社会が生まれたという言い方が適切となろうが、それは馬鹿げているとして、この理解の妥当性を否定している(pp. 51 f.)。デヴリンも、どちらの言い方が適切かは変化の程度によると述べて、すなわち、常に前者の言い方は誤っており後者の言い方が正しいということを否定して、自身がこの理解を採用しているわけではないとしている(Devlin, *supra* note 38, p. 13n)。
- (43) Devlin, *supra* note 38, p. 13n.

- (44) Bassham, *supra* note 42, pp. 123-25; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 245 f. [ロナルド・ドゥウォーキン (小林公訳) 『権利論Ⅱ』(木鐸社、2001年) 18頁]; Steven Wall, *Enforcing Morality*, Cambridge University Press, 2023, p. 53.
- (45) Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, pp. 65-71.
- (46) Hart, *supra* note 35, p. 19; Carl F. Cranor, Legal Moralism Reconsidered, *Ethics*, 89(2), 1979, p. 149; Petersen, *supra* note 42, p. 218; Wall, *supra* note 44, p. 127. ジョージもそうに考えている (George, *supra* note 45, p. 78)。
- (47) R. Dworkin, *supra* note 44, pp. 241 f., 246 f. [邦訳11, 13, 18-20頁]。再構築は主に、Devlin, *supra* note 38, chs. 5, 6, 7をもとに行われている (R. Dworkin, p. 246 n. 2)。
- (48) R. Dworkin, *supra* note 44, p. 248. [邦訳22頁]
- (49) *Id.* pp. 249-51. [邦訳24-28頁]
- (50) *Id.* p. 249. [邦訳23-24頁]
- (51) *Id.* p. 254. [邦訳33頁]
- (52) *Id.* p. 247. [邦訳21頁]
- (53) Wall, *supra* note 44, pp. 53 f., 57.
- (54) Feinberg, *supra* note 37, pp. 124 f.
- (55) Michael S. Moore, *Placing Blame: a General Theory of the Criminal Law*, Clarendon, 1997, pp. 70-72, 660 f. ムーアの立法理論を紹介するものとして、宮崎真由 [『法による道徳の強制』再考 (2・完) —— 刑罰の正当化における道徳原理の意義——] 法学論叢166巻1号 (2009年) 132-38頁。
- (56) Michael S. Moore, Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal, in R.A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros (eds.), *Criminalization: the Political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 193.
- (57) 超義務と(後述の)亜義務の詳細については、浦野・石田・前掲注(30)参照。
- (58) Michael S. Moore, Legal Moralism Revisited, *San Diego Law Review*, 54, 2017, pp. 456 f.
- (59) Moore, *supra* note 58, p. 460; Moore, *supra* note 55, pp. 758 f.
- (60) Moore, *supra* note 55, p. 756.
- (61) Duff, *supra* note 33, p. 74.
- (62) R. A. Duff, Towards a Modest Legal Moralism, *Criminal Law and philosophy*, 8, 2014, p. 222; Duff, *supra* note 33, p. 79. また、高橋・前掲注(21)92頁以下。

- (63) Duff *supra* note 33, pp. 75 ff. ダフの公的不正について詳しく紹介するものとして、高橋・前掲注(21)93頁以下、高島麻未「R. A. ダフの公的不正について」法学研究論集58号(2023年)17頁以下。
- (64) Duff, *supra* note 33, pp. 78 f.
- (65) *Id.* pp. 96 ff. また、応報主義を採用したとしても、そこから犯罪化を支持する理由に関するムーアの広範な理解は導かれなないと批判するものとして、Tadros, *supra* note 34, pp. 115 ff.
- (66) Moore, *supra* note 56, pp. 199 f.; Moore, *supra* note 58, p. 453. ここにいう行為を規制しないことによる自由のよさについて、詳しくは本稿第4章第1節参照。
- (67) Michelle M. Dempsey, Public Wrongs and the 'Criminal Law's Business': When Victims Won't Share, in Rowan Cruft, Matthew H. Kramer, and Mark R. Reiff (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility*, Oxford University Press, 2011, pp. 256-57.
- (68) Tadros, *supra* note 34, pp. 121 f.
- (69) Duff, *supra* note 33, pp. 96 ff.
- (70) Tadros, *supra* note 34, p. 122.
- (71) Feinberg, *supra* note 37, pp. 5, 321 f.
- (72) Simester, *supra* note 34, p. 489.
- (73) *Id.*
- (74) Douglas Husak, What's Legal about Legal Moralism, *San Diego Law Review*, 54, 2017, pp. 384 f.
- (75) ここにいう漠然とした不正という語は、ファインバーグのいう漠然とした悪(a free-floating evil)と同じ意味で用いられている(Feinberg, *supra* note 37, pp. 18 f. ファインバーグによる悪の分類について詳しくは、宮崎真由「『法による道徳の強制』再考(1)——刑罰の正当化における道徳原理の意義——」法学論叢165巻4号(2009年)89-91頁参照)。なお本稿において危害なき不正という語を用いるとき、もっぱら漠然とした悪を念頭に置いており、両者を互換的に用いている。
- (76) Danny Scoccia, In Defense of "Pure" Legal Moralism, *Criminal Law and Philosophy*, 7, 2013, pp. 525 f. なお、本文①～③の具体例は、*id.* p. 525を簡略化したものである。
- (77) 田中・前掲注(11)170-71頁。
- (78) 前章第1節参照。
- (79) 危害原理との関係でリーガルモラリズムの説得性を示すにあたり、ムーアは、死体冒涇や動植物種の絶滅の惹起、動物虐待、歴史の歪曲などを挙げる
- (阪大法学) 74 (6-122) 1510 [2025.3]

(Moore, *supra* note 55, pp. 646 f., 753. なお、ここにいう動植物種の絶滅を惹起しうする行為として、たとえば絶滅危惧種の乱獲が挙げられるように思われる)。スコツシアは、前三者のうち動物虐待については危害原理を修正することによって対応可能でありここで挙げる事例として適切でないとしつつ、死体冒瀝と種の絶滅の惹起は、当罰的であるとリベラルも同意するであろうが危害原理や不快原理によってはその犯罪化を正当化できない事例として適当であると述べる。もともと、論文では、死体冒瀝に焦点を絞って考察が進められており、種の絶滅の惹起について詳しい言及はない (Scoccia, *supra* note 76, p. 521)。また、ジェラルド・ドゥオーキン⁸⁰は、小人投げや情報提供を告知内容とするゆすり (過去の過ちに関する真実の情報の暴露を告知内容とするゆすり)、移植のための心臓の売買、同意ある奴隷化といった例を挙げる (Gerald Dworkin, Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality, *William and Mary Law Review*, 40, 1999, p. 942)。なお、ここで上記の種類のゆすりが例として挙げられていることに疑問を覚えられかもしれないが、本稿においてゆすりの不正性の根拠に関する議論に立ち入ることはできない。ゆすりの不正性の根拠を巡るアメリカの議論に関しては、たとえば、菊地一樹「ゆすり (blackmail) の当罰性——適法行為を告知内容とする強制をめぐって——」早稲田法学95巻4号 (2020年) 139頁以下参照。

- (80) Moore, *supra* note 55, pp. 663-65, 746-48; Moore, *supra* note 56, pp. 186-88.
- (81) Moore, *supra* note 56, pp. 201-04.
- (82) Moore, *supra* note 55, p. 749.
- (83) *Id.* p. 750.
- (84) *Id.* pp. 68, 662.
- (85) Moore, *supra* note 56, pp. 204-06. これらの例においてムーアは、自殺や言論の場合には、ミルの自律を中心に自由の推定が重大な不正性という強度の犯罪化支持理由に優越するほどの重みをもちうると考えているものと思われる。
- (86) Moore, *supra* note 55, pp. 661-65.
- (87) *Id.* p. 749.
- (88) Wall, *supra* note 44, pp. 134 f.
- (89) たとえば、スコツシアは、犯罪化のコストとして、自由の制約、プライバシー侵害、警察や裁判所、刑務所を含む刑事司法システムの維持の経済的な費用、無実者処罰のリスクを挙げる。また、批判道徳は非難するが実定道徳は許容している行為の犯罪化は、1920年代のアメリカにおける規制である禁酒法から明らかなように、ブラックマーケットの創出、刑事訴追に関する自由裁量の濫用などの不適切な法執行のリスク、刑事司法システムに対する公衆の信頼の低下のリスクといったコストを伴うとされる (Scoccia, *supra* note 76, p. 514)。

- (90) Simester, *supra* note 34, pp. 490 f. また、ファインバーグは、同意ある成人の観衆の前で経済的な利益のために自ら進んで命を懸ける者らにより行われる剣闘士試合というアーヴィング・クリストルが用いた仮想事例を借用し、この事例はリーガルモラリズムを拒絶することに対する最も強力な反例であると評価しつつも、その悪さの大部分は他者に対する危害に関係する理由から説明できるのではないかなどと指摘し、優越の余地に疑問を呈している (Feinberg, *supra* note 37, pp. 128-33)。なお、Larry Alexander, The Legal Enforcement of Morality, in R. G. Frey and Christopher Heath Wellman (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Wiley-Blackwell, 2003, p. 133は、この仮想事例についてファインバーグがどう考えているかはあまり明確ではないこと、そして最終的にはこの仮想事例において悪の程度が自由の推定に優越するかもしれないと認めているように思われることを指摘している。さらに、この仮想事例に関するファインバーグの検討に対する批判として、Rechard J. Arneson, Liberalism, Freedom, and Community, *Ethics*, 10(2), 1990, pp. 371-74など。なお、自由の推定に優越する危害なき不正行為の具体例としてこの事例を捉えるためには、パターンリズムに関する検討も必要となる。それゆえ本稿ではこれに立ち入らない。
- (91) Lawrence C. Becker, Crimes against Autonomy: Gerald Dworkin on the Enforcement of Morality, *William and Mary Law Review*, 40, 1999, pp. 963 f.
- (92) G. Dworkin, *supra* note 79, p. 944.
- (93) 他にも、たとえばケインは、いかなる刑罰を予定するとしても犯罪化されるべきでない行為がある一方で、犯罪化されるべきかどうかが適切な刑罰の利用可能性に左右されるような行為もあり、たとえば拘禁刑が利用可能な唯一の刑罰であるなら、刑法の射程は今よりも狭いだろうと述べる (Peter Cane, Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate, *The Journal of Ethics*, 10, 2006, p. 40. この論文を詳しく紹介するものとして、高島麻未「ハート・デヴリン論争のもうひとつの見方」法学研究論集51号 (2019年) 137頁以下)。
- (94) Becker, *supra* note 91, p. 964; Cane, *supra* note 93, p. 41.
- (95) Becker, *supra* note 91, p. 964.
- (96) 一部の領域においてはムーアの見解による処罰範囲の方が狭くなること、すなわち多くのリベラルが支持する一方でムーアの見解によれば処罰が否定されるような行為も存在することが指摘されている (Duff, *supra* note 33, p. 74 n. 84)。
- (97) Scoccia, *supra* note 76, pp. 529 f.
- (98) たとえば、(Duff, *supra* note 33などにおいて展開されてきた) 公的不正に関する議論や (最近では Wall, *supra* note 44において論じられている) 倫理的環境の保護に関する議論などが挙げられる。また、デモクラシーにおける代表のあり方
- (阪大法学) 74 (6-124) 1512 [2025.3]

行為の不道德性を根拠とする処罰の基準

に関する議論や刑罰論、犯罪化に反対する理由に関する議論も、本稿各所で言及してきたように、リーガルモラリズムについて考えるにあたり重要である。