

山形大学
法政論叢

第 57 号
2013

翻 訳

倫理と人権：政治への回帰？

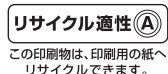
ミシェル・ヴィヴィオルカ
中 島 宏 (訳) 1

講 演

刑法解釈の理念と刑法理論

東北大学名誉教授 岡 本 勝 29

山形大学法学会



法
政
論
叢

第
五
七
号
(
二
〇
一
三
)

山
形
大
学
法
学
会

YAMAGATA UNIVERSITY
THE JOURNAL OF
LAW AND POLITICS

No.57, 2013

CONTENTS

TRANSLATION:

Éthique et droits de l'homme : retour au politique?

Michel Wieviorka
traduit par Hiroshi Nakashima 1

LECTURE TRANSCRIPT:

Die Idee der Strafrechtsauslegung und die Strafrechtstheorie

Masaru Okamoto 29

Published by
The Yamagata University Law Association
Yamagata, Japan

法学会会員（五十音順） ○は運営委員

赤倉 泉
阿部 未央
和泉田保一
上野 芳昭
小笠原奈菜
金子 優子
○川村 一義
北川 忠明
北野 通世
コーエンズ久美子
今野 健一

澤田 裕治
高倉 新喜
○高橋 和
高橋 良彰
中島 宏
○西岡 正樹
伏見 和史
藤田 稔
星野 修
松本 邦彦
○丸山 政己

執筆者紹介

中島 宏……本学准教授
岡本 勝……東北大学名誉教授

二〇一三年十一月二十七日 印刷
二〇一三年十一月二十九日 発行
発行者 山形大学法学会
山形市小白川町二丁目四―一二
印刷所 田宮印刷株式会社
山形県山形市立谷川三丁目一四一〇―一
TEL 〇三三(686)六一一一
FAX 〇三三(686)六一一四

○本誌は、山形大学人文学部の研究活動推進等経費（研究誌発行助成費）の助成を受けて発行しております。

○山形大学法学会ホームページ

<http://www-h.yamagata-u.ac.jp/~mfujita/hougakukai.htm>

（法学会の事業内容及び山形大学法政論叢に掲載した論文の目次等を公表しています。）

翻 訳

倫理と人権：政治への回帰？

ミシェル・ヴィヴィオルカ

訳：中 島 宏

多くの人が擁護する人権とは、国家に向けられた命令であり、それがどんなものであれ政治部門からの作用を超越するものでなければならぬ。従って人権は、左翼や右翼といった対立とは何の関係も持たない。しばしば、左翼であれ右翼であれ、人権を警戒しこれを批判することがある。というのは、人権は国家に害を与え、弱体化させるように見えるからであり、また、外的にも内的にも国家の正当性を脅かすと思われるからである。

次の時代の左翼は、悲劇、苦痛、不正といったものに可感的（sensible）であり、国家の秩序や国家的理由からの要請のみに頼ることなく、人権を援用することでこれらを正すことができる。国家の秩序や国家的理由の要請が、暴力的な体制あるいは腐敗した体制という形で現れる場合には、左翼はこれらを批判するのである。ということは、左翼は、他の者よりもあるいは他の者より上手く、人権尊重と政治的行動を結びつけることができる、あるいは倫理的領域に向けられた固有の使命を左翼が持っている、ということができるのであろうか？ ここでは歴史的視点を持つことによって、問題を整理する助けとしたい。

第二次世界大戦の終了とともに、人権および倫理的価値に関する問題は、主に四つの要因によって公的討議の俎上に乗せられるようになった。

科学者からの異議申立

先ず、科学が悪に対して奉仕させられることへの恐怖を表明する科学者たちの行為がある。合衆国において核兵器の開発に貢献した科学者たちの中に、核兵器を人間の殺戮を目的として利用することを拒否したことで知られている者、特にロバート・オッペンハイマー (Robert Oppenheimer) がいる。冷戦とマッカーシズムという背景の下で、ロバート・オッペンハイマーは共産主義に好意的な立場をとりつつその批判を行った。つまり、倫理に関する問題が、政治的实践 (engagement) へと通じて行くのである。

以後、科学者が自らの研究成果の利用に関して、時に激しい形で異議申立を行うのは、原子力の軍事的利用という分野だけではなくなった。そしてその異議申立は、多くの場合、ある重要な特徴を帯びようになる。それは、批判や告発を受けた科学の利用が、特に国民国家によるものであるという点である。そこで直接的に批判されたのは国民国家の責任であったが、しかしそれでも、文学や映画で頻繁に登場するような、研究所で秘密裏に研究を行う危険なマッドサイエンティストという架空の話が払拭されたわけではない。70年代から、民主的な国家においてさえ、国家が極めて非人間的であらゆる倫理を欠いた科学研究プログラムをいかに推進してきたか、ということが様々な形で明らかになってきた。例えば、人間性を無視し、身体の完全性を損なうような人体実験である。

ここで我々の問題関心からして重要なのは、常に国民国家という枠の中で思考され続けてきた科学的倫理という問題が、次第により広い他の空間において論じられるようになってきていることである。それは科学者がアルテルモンディアリズム (Altermondialisme) 【もう一つの世界主義: 新自由主義とは異なるグローバル化推進運動】の活動に加わったり、例えば地球温暖化問題におけるように、科学者が地球レベルで世論に警

鐘を鳴らすような場合である。興味深い一例が、特に90年代後半に活発に交わされたクローン人間の生成可能性に関する議論である。これは、1996年に哺乳類で初めて、クローン技術によってクローン羊「ドリー」が誕生したことの影響を強く受けている。新しい事象は、市場の直接的で制御不能な力を反映する。すなわち、市場が存在すれば、科学者は立法や国家間の合意がどうであれ、倫理上受け入れがたい研究プロジェクトを進めてしまうものだからである。この点は、生と死の問題に関する限り特に顕著である。例えば、新興宗教団体のラエリアン・ムーヴメントは、(具体的根拠を示さずに)クローン人間の生成は実現可能だと称し、そのために必要な手段と研究要員を保有していると発表した。この宗教団体は、例えばクローン技術により死んだ子供と再会することができたり、あるいは一種の不死の体を得ることができる、と信じている富裕な顧客を当てにしていたのである。

国家から市場へと至るこの変化は、別の要因と関連がある。今日、国家は、国防や外交といった最近まで国家のものであった領域における科学的知見の創出を独占できなくなっている。例えば、軍事技術は今や民間の研究に負う所が大きい。研究開発 (R&D) は、今日巨大な私的団体もしくは「ベンチャー企業」(*start up*) の中で推進されており、ここでは研究開発が政治的権力に直接結びついているのである。また、いわゆる「狂牛病」、SARS、鳥インフルエンザ、新型インフルエンザといった危機とともに、科学的知識に関する議論を活性化させるような大問題が、倫理的かつ「グローバル」な形で生じたのである。これらの危機は地球的規模のものであり、グローバル化、世界的な旅行観光業、世界規模の航空輸送、商取引、人の移動といったことと密接な関係があり、国家は四苦八苦しながら単独でこれに対応するか、もしくは合意を取り付ける努力をしながら、国際機関の協力を得て共同の対策を考えださなければならない。

これまでの議論をまとめよう。倫理的もしくは道徳的な議論に科学者が参加してきたことによって、重要な争点、活動の意義、アルテルモンディアリズムあるいはエコロジストの主張といった、それ自体「グローバルな」運動のつながり、人道的活動への参加、その参加者が活動する空間といったことは、次第にグローバル化という枠組で読み解かれなければならないようになっていく。

人 権

次に倫理的問題は、異なる二つの潮流に影響されつつ、人権によって提起されてきた。1948年12月10日国際連合総会に参集した58カ国によって可決され、ルネ・カサン (René Cassin) の名を冠した「世界人権宣言」の精神あるいはその精神の延長線上にある、二つの事柄に倫理的問題が表れている。すなわち、ニュルンベルク裁判に代表される歴史的背景と、そして国際連盟を設置しようとした戦間期の努力との連続性において、人権は、国際的な問題となったのであり、その発展は国家間の合意に条件付けられたのである。

1960年代、特に1970年代の倫理的問題の展開に関する第一の潮流は、独裁的、権威的、全体主義的な体制に対抗する人権の展開である。同じ時代における第二の潮流は、赤十字の慎重な外交とは一線を画した、人道的活動主体の新しい世代、すなわち NGO の登場とその発展と関係している。

全体主義と独裁者に対抗して

ソヴィエトの全体主義が最悪の状況だったころ、すなわち、ソヴィエト連邦と合衆国との間の冷戦が最高潮に達しており、時に権力に対する

抵抗も生じていた時、政治的に問題になったのは人権というよりも、むしろソヴィエト側につくのか、それともアメリカ側につくのかという問題であった。しかしながら1960年代の初めになって、冷戦やどちらの陣営につくのかといったことから抜け出そうという明確な意思を表明して、アムネスティ・インターナショナルが設置された。これは、合衆国やその同盟国のみを標的を定めた「ラッセル裁判所」(tribunal Russell)【パートランド・ラッセルが組織した国際戦争犯罪法廷】とは異なる立場である。アムネスティは、当初から国家によるあらゆる支援を拒否する観点から、政党や国家を特別扱いするような人権の定義とは距離をとってきた。アムネスティの創始者・創設者たちは、特にアングロサクソンやスカンディナヴィアの人々であり、国家ではなく、人権の主体である個人なのである。

続いて、ラテンアメリカの独裁者に対する民衆の抵抗と同時に、反体制派が登場する。そして1976年12月18日の有名な出来事が描きだした、あるシンメトリーを想起せざるを得ない。この日、ソヴィエトの反体制派ウラディミル・ブコウスキ (Vladimir Boukovsky) と、ピノチェト政権によって投獄されていたチリ共産党書記長ルイス・コルバラン (Luis Corvalán) が、チューリヒ空港の滑走路で交換されたのである。この出来事は人権の勝利であり、関係する二つの政治システムに近づいていた弱体化あるいはその末期を印象付けるものであった。また、この交換をおぜん立てしたのはアムネスティ・インターナショナルであった。

1970年代、この動きは政治的、あるいは地政学的な変化をうけることになる。特にヘルシンキ合意【全欧安全保障協力会議】とその「第三バスケット」(いわゆる人道法、正確な名称は「人道その他の領域における協力」と共に、である。人権は、必ずしも民主主義国に頼ることなく、地政学的あるいは外交上の利益を懸念されることなく、そして人権を尊重しない国家に対してもあるいはこれを尊重する国家であっても、いわ

ば政治的なものを超えて主張された。共産主義体制に対して批判が向けられる場合、それは(例えば民主主義国から発せられるような)外部からのものであった。しかし、その批判は未だ「グローバル」なものではなく、明らかに一方の陣営から別の陣営に対して向けられたものであった。それでもなお、その批判は超政治的、あるいは非政治的な力を引き出していたのである。つまりそれは、左翼に対する右翼、社会主義に対する資本主義、あるいは争点になっていた何らかの対抗関係ではなかった。それはいわば政治的作用や国家を超えて必要とされるべき、価値の思想だったのである。

反体制派自身は、自らの国において政治的安全を得ることはなく、彼らを否定し押しつぶそうとする体制に対して、それが愛国的、あるいは宗教的な感情、集团的主観性によるものだったとしても、個人として、その良心を持って対抗したのである。例えば、ブエノス・アイレスの五月広場の「怒れる女性たち」(« folles »)【70年代軍事独裁政権下での虐殺に抗議する女性の団体】は、夫、子供、兄弟を彼女たちから奪った独裁者の野蛮さを告発し、何らかの政治的勢力に後押しされることなく、価値や人権を求める戦いを象徴したのである。彼ら、彼女たちによる、独自の良心と主観による独自の戦いは、これを表明するのに非常に大きな勇気を必要とするものであったが、国家を内部から根本的に非難するものであった。そしてこの戦いは、多かれ少なかれ、アムネスティ・インターナショナルのような外部のあるいは国際的な組織の支援を受けていたのであり、この点は国家を迂回するという人道活動組織のやり方を先取りするものであった。とはいえ、この時点ではまだグローバル化には至っていない。

人道的 NGO の活動

同時期に、アムネスティ・インターナショナルのような運動の先駆的性格が、人権擁護のための手続が飛躍的に発展したこと以上に、国家の力に抵抗して人間的な生を救おうとする意思を持った、NGO と呼ばれる組織に結集する個人によってもたらされた。ここでは、NGO の活動は完全に当事国の外からもたらされるものであり、人道的なものである。特に、1967年のピアフラ戦争の際に登場した「フランス人医師」【国境なき医師団の設立者たち】によって、国家的理由に対しての人間の生の優越が確保され、赤十字につきまとう外交的限界からの脱却を実現した。赤十字は、常に国家を尊重する立場をとっていたため、人道的活動家が主張する「介入権」(« droit d'ingérence »)⁽¹⁾の名の下に、批判され、告発され、嘲笑され、無視されることになった。人道的活動家たちは、特に人間の生存がかかっている場合には国家的理由は人権に劣る、と主張していたのである。1980年代から1990年代においてNGOは増加し、グローバルな規模をとるようになると、その影響力も大きくなり、手弁当的な段階をはるかに超えて、男性や女性が支援や介入を必要としているところであれば世界中いたるところに介入することができる、超国家的あるいは国家横断的な、強大な組織になった。「介入権」の登場により、人権という空間はもはや国家のものではなくなり、尊重すべき枠組や国内法・国際法もなくなってしまった。そこでは、人権のグローバル化においてメディアが重要な役割を果たすようになるが、そこではやはり個人が中心に据えられるのであり、国家的なそして主権尊重を旨とするウェ

(1) 「介入権」の概念の年代的記述は、その時代のものそれ自体として扱うべきである。例えば、この表現は19世紀にすでに登場している。Cf. Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « La mythologie française du droit d'ingérence », *Libération*, mardi 11 mai 2010, p. 20.

ストファリア的な枠組の全く外にあるのである。

反体制派や人道的 NGO・人道的組織による外からの活動に関して重要な点は、人権の重要性が確立したことにより、人権を貶め、人権を守ろうとする人々の行動を制限してきた国家の正当性そのものが問題にされるようになったということである。この点は、政党の支援によるものではなく、むしろその反対であった。ここには無視することのできない矛盾がある。それは、南アフリカのアパルトヘイト、セルビアの民族浄化、ルワンダの虐殺などに表れている。すなわち、人権を擁護する人々と同様にこれを軽視する人々は、普遍的ではない枠組の中で行動しているにもかかわらず、いかにして普遍的な人権を行使し得るのか？という矛盾である。国民国家が何をできるというのか？ 国民国家が本音では適用したくないのに、その国民国家のコントロール下にある空間で人権が適用される、という考えを受け容れ続けることが果たしてできるのか？ 一つの理論的応答が、ルネ・カサンの世界人権宣言として与えられている。どのような国家であれ人権は適用され得なければならず、国家の権限を超えて個人の基本権が存在しなければならない、ということはこの宣言は確認している。しかし、この応答は正に解決されていない問題を残している。すなわち、国家の犯罪的性格もしくは許されざる性格を誰が認定するのか？という問題である。それができなければ、国家外のアクターによる介入を正当化することはできないのである。人権の原理が既存の体制に立ち向かおうとしているときに、必要であればウェストファリア的な国家の正当性の原理が譲歩する、ということが果たしてあり得るのだろうか？ そして、人権擁護の仕組みは、国家が提供し、国家の合意や国際規範および国際機関が設置するようなものとは別のものとなり得るのだろうか？

人権の普遍性という思想に対しては、重要な批判がなされており、この批判はグローバル化によって激しくなった。事実、当初は国内におけ

る女性に対する男性の、有色人種に対する白人の支配という問題が明らかにされ、批判された。次にこの批判は、世界規模での問題として理解されるようになった。例えばイマヌエル・ウォーラーステイン（Immanuel Wallerstein）が述べるところによると、権力者にとっての普遍主義というのは、常に「不公平で墮落しており」、特に「近代世界システムの支配的階層に固有の利益に」奉仕するものである⁽²⁾。この普遍主義は、一定した構造を持たず、世界を正すと自称しながらも独裁者への支援を止めない、合衆国のような国家が主張するものである。ここで重要な点は、全世界における人権の進歩によって、特定の個人（*personne singulière*）があらゆる権力の上位に置かれるようになった、ということである。そして、国境や国家をものともしない金融・商業資本主義とともに、増大し多様化する移民の流出とともに、時に国家を超えて複雑化するアイデンティティとともに、世界が「グローバル」になればなるほど、真の意味で普遍的な権利を優先させるために国家に頼ったり、国際連合のような国家を統合した組織に頼るといったことが正にできなくなっていく。

別の言い方をしよう。経済のグローバル化はもう一つのグローバル化、すなわち人権のグローバル化をもたらすのであり、これは国家間の関係、すなわち国際関係に留まりえないものである。そして、この二つのグローバル化の下では、世界、大宗教、国民国家、そして地域社会といった様々なレベルにおける活動を結び付けることが必要となるのである。

人権擁護のための活動は、1970年代に、旧来の政治体制の組織の外から、そしてしばしばこれに対抗さえしながら発展してきた。この活動はグローバル化しつつも、当初はそれとは程遠いといわなければならない、

(2) Immanuel Wallerstein, *L'Universalisme européen. De la colonisation au droit d'ingérence*, Paris, Éditions Demopolis, 2008, p. 5. 【邦訳として、イマヌエル・ウォーラーステイン（訳：山下範久）『ヨーロッパ普遍主義 近代世界システムにおける構造的暴力と権力の修辞学』（明石書店、2008年）。】

むしろ基本的に国民国家のレベルで組織化されていた。しかしこの活動は、自ら「グローバル化」することができた政治勢力の中から、その活動のために要求され必要とされることを引き受けてくれる者を、少なくとも部分的には見出すことができるといえよう。次の時代の左翼が占める位置がそこにこそある。この点は再度検討する。

倫 理

長年、倫理上の問題は哲学者もしくは聖職者の関心事項であり、価値に責任を持ち、これに適合し、理性に裏付けられた人間の実践の条件について疑問が投げかけられてきた。しかし現在、行為と倫理を結びつけるに当たり、どの民主主義国においても、ある強い傾向がみられる。この傾向は基本的な二つの論理に従っている。

一つ目は、特に生と死に関わるデリケートな決定について、これを制御するルールの設定を立法により権利と法律に託すものである。二つ目は、このようなタイプの決定は、むしろ個人によってなされるべきものと考え、あらかじめあらゆるケースに対応する答えを規定する法の適用を推奨することは危険であり、デリケートな問題が提起された場合は常に、「アドホックな」手続と審査を行うことが適切であると考えられるものである。

この二つの論理は、両立可能である。二つ目の論理は一つ目の論理を補完し、あるいは意味を付与することができ、例えば臨床医学における特別倫理委員会のように、具体的な多数の経験から教訓を引き出しつつ、現行法の枠組を改善し、新しい法律、新しい規範の提案をすることが可能である。しかし、第一の論理の発想は、正確には二つ目の論理のそれとは異なる。立法するということは、基本的には国民国家という枠組において倫理を設定するということであり、時に国際的な合意によって補

完されることはあっても、国家、秩序、法律の優越性を認めるということであり、個人の主観性を尊重する枠組を創設するような状況からは距離をとることになる。「個人とは話者である」。ジュヌヴィエーヴ・ドゥレジ＝ドゥ＝パルスヴァル（Geneviève Delaisi de Palseval）とヴァレリ・ドゥパ＝SPA（Valérie Depadt-Sebag）による報告書⁽³⁾は、このように述べて、フランス生命倫理法の改正について法的な観点から論じている。

これとは大きく異なり、ケースバイケースで機能する仕組みを設定する場合、それは直ちに自らを独自の主体とみなす、個人に焦点があたるということになる。そして往々にしてその主体とは、（胎児や幼児のような）将来の主体または誕生前の主体、あるいは（例えば患者のような）虚弱な主体、あるいは行為能力を奪われた主体や、さらには自分自身でその意思を表明できず、あらゆることを決定できない主体でもある。それは終末期にあらうとなかろうと、患者の苦しみを考慮するということであり、一般的に受け入れられている規範やルールの限界にある、特定の状況に置かれた人やカップルの希望や期待を考慮するということである。これは個人主義の台頭に関心が持たれているということである。この個人主義とは、それぞれの者がそれぞれの試みを引き受けることを望み、子供を持つための手段にアクセスすることができ、子供を持つかどうか、そして子供を一人で育てるか二人で育てるかを決定することを可能にする個人主義である。つまり、個人に相応しい条件において死ぬことができるということであり、従って今後は尊厳ある死という問題が重要になる。

第一の観点は、その最小限のヴァージョンであれ徹底したヴァージョンであれ、討議、議論、交渉を認めず、個人に命令する。せいぜい法律

(3) Geneviève Delaisi de Palseval, Valérie Depadt-Sebag, *Accès à la parenté. Assistance médicale à la procréation et adoption. Pour une révision progressiste de la loi bioéthique*, Terra Nova, 2010.

の解釈の余地を認めるのみで、必然的にあらゆる決定を制御することになる。倫理は、保護者、すなわち上位の権威に託され、決定に先立って存在することになるため、基本的には法的次元に属することになる。これとは反対に第二の観点は、討議に根拠を置き、討議に参加する者それぞれの発言と、個人の貢献に大きな価値が認められる。従って倫理は、個別のケースに関する討議に参加した人がもたらした結果であり、同時に議論の成果でもある。倫理は、一定数の人の共同の熟考に従って、意見交換の中で構成される。そして、この倫理に基づいてなされる決定は、必ずしも判例の考え方に則って一般化されるわけではない⁽⁴⁾。

第一の観点の特徴は、熟考のタイミングと、法律を適用するタイミングつまり決定のタイミングを分離しているという点である。法律の制定は一つのプロセスであり、生と死に関するものである場合は長く複雑な討議のプロセスとなる。そして法律は議決され、適用法規が成立し、具体的な状況に対応するために利用される。例えば医師は、その決定が正に法律に適合的であることを確保しなければならない。これに対して第二の観点は大きく異なる。熟考から決定までが時間的に非常に近い。決定を行う人々は、熟考に加わる人々とは異なるものの、全く隔絶しているわけではない。例えば、臨床医学倫理委員会のメンバーは、パリのコシャン病院の委員会のように、ケースごとにその都度病院から検討を委ねられる。そして彼らは、実際に関係者に質問をし、決定がなされない場合であっても決定がなされるのに役に立つ資料を収集する。

第一の観点は、公的な討議に参加するあらゆる種類のアクターを動員し、その立場を明らかにすることを求める。それは知識人、科学者、政

(4) コシャン病院医療倫理センターが、2009年から2010年にかけて、特に治療法、患者の権利、終末期医療、生殖医療、治療拒否に関する資料を検討した。これらの争点に関して参照、Véronique Fournier, *Le Bazar bioéthique, quand les histoires de vie se cognent à la moralité publique*, Paris, Robert Laffont, 2010.

治団体、職業団体、宗教団体、専門家であり、彼らはメディアにおいて討論を交わし、穏やかに大小の圧力をかける。そしてその議論が基本的に政治的な議論になり、純粋に立法上の議論になる日がくる。これに対して第二の観点は、政治的衡量の外部に位置しており、多かれ少なかれあらかじめ限定された参加者のみが関与する場と手続に従って、討議と情報収集を行う。熟考と決定の準備は密接に結びついており、従って一般的な知見を導き出すことはここでは課題となっていないように思える。このようなやり取りに参加する研究者には法律家、社会学者、心理学者などがおり、様々な方式に則って活動と研究という二つの過程を結びつける。つまり、彼らは委員会やその他の団体のメンバーとして活動することになるが、彼らはこれに参加することによって自らの研究や将来の発表に役立つ、特別な知識を得ることができるのである。この特殊性は両義性を生み出し、委員会や関係団体内部でさえ議論を喚起する可能性がある。すなわち、研究と活動を結び付けることは正当なことなのか？という議論である。この両義性は、第二の観点と第一の観点を橋渡し役と成り得るのであり、これは政治的・法的アクションに到達することになる。なぜならば、研究者としてこのようなタイプの審議を経験することができる者は、政治への通路を確保し、一つ一つの事例を積み重ねた知見をある程度一般化する、立法への仲介役に成り得るからである。

より一般的にこの対立する二つの観点を区別することは有益ではあるが、この二つの観点が互いを補い、結びついており、特定の事例の総体からある種の一般化を確保することができるというように考えることも必要である。

この役割の両義性に身を置かれるのは研究者だけではない。臨床医学倫理センターにおけるような試みに参加する者は、ある種の二重の任務を持つことになる。彼らは自らの専門の範囲内でそこに加わるのであるが、同時に共同の熟考にも参加するのであり、そこではこの専門性のみ

に基づいて意見を述べるわけではない。むしろより正確には、通常とは異なる形で自らの専門を利用することになる。彼らはそこで講義をするわけではなく、報告を準備して発表するわけでもないし、研究会を行う訳でもない。彼らは共同の知見を構築することになるとしても、同時に彼らは知識外であったり、あるいは専門とは関わりのない目的も持って、自らの知見を役立てるためにそこに参加するのである。社会学者は研究者であるが、決定の準備にも携わる。医師は治療者であるが、厳密には職業上の専門とは必ずしも言えない分野における決定の準備にも参画する。法律家には臨床医療倫理に関する経験は全くない。このことは我々が職業に関して持っている考え方を修正することになる。例えば、社会学者は時に次のように自問する。「私の専門分野においては何を証明し、何を論証するのか？」この倫理的問題と共に、自らの知見の妥当性を論証するということと、関係者が自らの方法であるいはそうではない方法で分析や作業を行うことが、何らかの関係を持つことになる。これは古典的な科学的論証の理念とは程遠い。さらにこれらの率先した行動は、学際的であるだけでなく、その学際性を必ずしもアカデミックではない専門領域や、科学者としてではない立場でそこに参加している専門家にまで拡大する。

これらすべての点は、壮大な観点から位置づけられるべきものであり、我々の社会の、目を見張るべき全体的変動に属するものである。この変動は、期待、希望、願望だけではなく、特定の個人の痛みにもその力を見出している。この特定の個人は、それぞれ一人一人として扱われることを願い、自らの経験を制御し、自らの存在を統御することができる主体として扱われることを願っており、あるいはこの能力を奪われているために、彼らを助けてくれる他者、さらには彼らが取ることのできない重要な決定を代わりに担ってくれる他者を待ち望んでいる。

生と死にかかわる問題として始まった一定の社会的問題への倫理的取

組みは、一見したところ、世界化（mondialisation）とは程遠いものであり、より個人的な、さらには個人の主観的経験の中より親密な事柄に関係するものである。しかしながら、そこにグローバル化（globalisation）の重要性を認めなければならない。一方で、国家は多様な形の立法を行っているが、無視することのできない数の個人が国家の立法を取り巻いており、立法はその国において彼らの期待により開かれたものとなる。このことはさらに、市場や金が、倫理に関係する決定を制限し、これに影響を与えるということにもなる。従って、これとは距離を置くことができるように資源を活用しなければならない。また一方で、現代の通信技術は、情報だけでなく、「倫理的に」なされる決定の適用に介入し得る製品の取引を地球規模で可能にした。技術的に可能である事柄についての知識が許容され、かつてない程の密度と速さで実務が進歩し、革新的な試みがなされ、議論がなされるようになった。

この全体的な変動は先駆者に負うところが大きい。医療や科学の世界における先駆者、法的領域における先駆者、市民社会における先駆者であり、革新を追い求める個人やカップルは、風俗や法の場合がどんなものであれ、自らが熱望することに見合う決定を可能にする。この全体的な変動は、今や数十年間の歴史的厚みを持っている。倫理と呼ばれる事柄は、倫理それ自体に対する社会の働きかけの結果となるのであり、継続的な変化と共に、社会それ自身による表現、社会が望んでいる像へと到達する。すなわち個人の社会、特定の主体の社会である。倫理は、我々の共同生活の高みから命令してくるものではなく、我々が投げかける眼差しとなるのであり、直接的には下からの強い力となる。従って、倫理は深い文化的変化の中心に位置している。すなわち我々は今日、子供を持つということ（parenté）、家族、親子関係について、かつてのように考えることはできなくなった。例えば生殖補助医療のプロセスに冷凍技術が使用された場合、我々と時間との関係も修正される。医師もまたそ

の姿を変え、患者や末期患者、病気だけでなく、死や公衆衛生システムの改良にも影響が出る。医師は、倫理的問題に関わりを持つ者と医師の関係が、専ら医療上のものだけではないことを知る。表面的には医療上の問題でも、実はそうではないか、あるいはそれだけではないのであり、生と死という問題に向き合う個人との関係も、正に医療上の身体との関係を超えて行くのである。

ケアの倫理

合衆国と、例えばフェミニストの心理学者キャロル・ギリガン (Carol Gilligan)、あるいは政治学者のジョアン・トロント (Joan Tronto) をはじめとする指導的な論者を起点として、1980年代から比較的同質の思想の潮流と、実践的あるいは専門的な運動が発展してきた⁽⁵⁾。ケア (care) とその倫理を主張するものである。このケアという言葉は、配慮、思いやり、あるいは気づかひの思想に帰着すると同時に、直接的な個人間の関係領域に関するあらゆることを重視する。この個人間の関係とは、人と、その人に対する配慮、思いやり、あるいは単なる気づかひを持って関係を持つことができる者との関係であり、その人とは、多かれ少なかれ脆弱で傷つきやすい (vulnérable) 人 (子供、高齢者、病人、生存が不安定な人) である。この英語の言葉と、言葉と表裏一体のアプローチは、マルチヌ・オブリ (Martine Aubry) がネット上の新聞 Mediapart でのインタビューの中で、「個人主義社会から『ケア』の社会へ」の転換を

(5) Cf. notamment Joan Tronto, *Un monde vulnérable, pour une politique du care*, Paris, La Découverte, 2009 ; Carol Gilligan, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008 [邦訳として、キャロル・ギリガン (訳：生田久美子・並木美智子) 『もうひとつの声—男女の道徳観のちがいと女性のアイデンティティ』 (川島書店, 1986年)。], ou le volume coordonné par Vanessa Nurock, *Carol Gilligan et l'éthique du care*, Paris, PUF, 2010.

望んでいる、と述べる際に援用しなかったとしたら、フランスにおいて現在のように成功しなかったであろう。

この「ケア」は必ずしもそれぞれのやり方で倫理を提示する専門家、すなわち社会学者、文学者、法律家、社会福祉事業や公衆衛生部門の従事者、フェミニストの活動家等々のそれではない⁽⁶⁾。「ケア」は、個人の具体的問題に関心を寄せ、個人主義に全くおもねることなく、事例ごとに問題に対処することを目的とする。この意味で「ケア」は、必要であれば自律の思想とは一定の距離を採ることを認めるのである。この自律の思想は、特に最も傷つきやすい人にとっては自ら確保することが難しい命令であり、それゆえに結局は困難な状況をさらに悪化させてしまう要因となる。しかし必要なことは、国家がそれぞれに配慮し、例えば個人化された公役務が機能し、そこでは一般的なルールや規範よりも特定の個人への配慮を行うということである。

フェミニストの視点と家父長制の問題性を参照しなければ、「ケア」の理論が誕生し、そして定着したということを理解することはできない。あるいはより一般的には、女性的であるがゆえに価値が低いと長年考えられてきた特定の個人に対する配慮と気づかひの関係や活動を、過小評価する超然的、支配的見解を考慮しなければならない。しかし、「ケア」は、マルチヌ・オプリが定式化したように、これを援用する理論の尺度で、さらには個人を取り巻く実践的活動を高く評価する政治的プロジェクトの一要素として、読まれるべきではなかったであろうし、これからも読まれるべきではないであろう。「ケア」は無関心、あるいは純粋に技術的、医学的な視点を拒否し、とくに左翼の中のイデオロギー的断絶を生み出す。大半の論者はこの断絶にほとんど気付いていない。この新しい「ケ

(6) ケアに関する政策の比較検討（オーストリア、オランダ、スウェーデン、イタリア、イギリス）に関して、*European Societies*, vol. 12, n° 2. 2010 に収録された資料を参照。

ア」は、主体の倫理、個人の解放に関する倫理と、社会生活に関する連帯の理念を両立させる政治的概念である。それは、フランス国内の社会においても有用な概念であり、発展する社会の像に応じて主張される（あるいは異議を申し立てられる）概念なのである。

司法の変化

注目すべき同様の主張が司法の領域において表明されているようである。より正確には司法の社会的機能に関するものであり、一定の軽罪を犯した犯人に対し、拘禁刑ではなく、被害者を助けることによって罪を「修復する」(réparer) ことを提案する、いわゆる修復的司法 (justice dite réparatrice) である。例えば高齢者に対して窃盗を働いた者は、そのアパルトマンのペンキを塗り替えることを促される。近年のこの種の試みは、例えばポルトガルやデンマークといったヨーロッパのいくつかの国において、麻薬密売に関連する犯罪の場合に様々な形で行われている。

司法に関するこの思想は、犯罪者があらかじめこれを計算に入れ、牢獄に入れられるよりも修復をした方が良くと単純に考えるかもしれないのに、犯罪者を社会生活の外に置くことで排除するのではなく犯罪者がある種統合するのであるから、お人よしで素朴な感情 (bons sentiments) に満ちたものであるように見える。この思想は、ラテンアメリカでインディオの共同体が多用する慣習に関連を持っている。そしてこれは、クロード・レヴィ＝ストロース (Claude Lévi-Strauss) が提示した対比を逆転させる、一種の反転である。レヴィ＝ストロースは、犯罪者を収容あるいは処刑して隔離する「人吐き = 排除」(« anthropémie ») の傾向を持つ白人社会と、「脅威となる力」を持つ個人を食べてしまう「人食い = 包摂」(« anthropophagie ») の慣習を持つ未開社会を区別しているのである⁽⁷⁾。ここで重要なのは、この種の司法は被害者に関心を持と

うとする努力の表れであるということであり、被害者は司法システムの作用に参加し、情報提供をうけ、損害を賠償してもらい、尊重されると感じることができる。つまり、修復的司法は社会秩序や国家秩序が犯罪者によって脅かされたり、犯罪者が法規範を無視したということのみを懸念しているのではない。重要な点は、修復的司法が刑罰のみならず、包摂と修復の力学を生み出すことをも目的としているという点であり、最終的には当事者の主観化の能力に一定の信頼を置き、犯罪者は自らもたらした害悪を自覚するものと想定している点である。修復的司法は、単独または複数の犯罪者、単独または複数の被害者、そして関係する共同体を代表する者が参加する対話を重視しており、これはこのプロセスを通じて犯罪者を共同体に再統合するためである。1990年代の終わりから一定の裁判所で実施されている「公民研修」(stages de citoyenneté)は、これと同様の論理の上に立つものであり、若い犯罪者に対して、さらには第一級軽罪に関して、調停チームの指導の下で自分自身と向き合う手助けとなり、再犯の道から遠ざけるための対話と反省の試みに参加するよう命じられる⁽⁸⁾。

次の時代の左翼は、たとえこれが万能薬ではなく、あらゆる形態の犯罪や非行に適用することはできないとしても、このような司法の貢献と

(7) この点につき、Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955, p. 447-448 [邦訳として、クロード・レヴィ=ストロース（訳：川田順造）『悲しき熱帯（上・下）』（中央公論社、1977年）、本文の「人吐き」の社会と「人食い」の社会の対比については下巻「38 一杯のラム」の特に312～313頁参照。]、Renato Janine Ribeiro, « Les Lumières et au-delà », dans *Hermenéutica y Humanismo Redescubierto*, XXI Conferencia de la Academia de la Latinidad, avril 2010, p. 385 を参照。

(8) Cf. Eduardo Valenzuela, Marie-Peretti-Ndiaye, « La construction d'une logique non punitive : les stages "dialogues citoyens" », in P. Mbanzoulou (dir.) et al., *Les Nouvelles Figures de la dangerosité*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 372-381.

成果に無関心でいることはできない⁽⁹⁾。

今日刑事司法を動かす大きな変革は、軽度の犯罪や、特に若年犯罪者の処置に関して継続しており、犯罪行為、刑罰、犯人の有責性、さらには犯人の復権に関心を集中させてきた従来の理解の仕方を超える、壮大かつ多様な変動に修復的司法が含まれる。この変動全体は、時に「再建的司法」あるいは「再構築司法」と呼ばれることもあり、通常の犯罪を優に超えて、より重大な犯罪、例えば虐殺行為や大量殺人にまで及ぶ。これは、「真実」委員会、あるいは「真実和解委員会」といわれるタイプの審理が行われる場合である（したがってこれは過渡的司法に関する話であり、その基本的目的を確認するならば、大規模で殺人を伴う人権侵害があった紛争の場合に過渡的段階を確保するものである）。これは様々な形態があるものの、司法が刑罰のみに集中することを常に避け、単独または複数の被害者、単独または複数の犯罪者、そして犯罪の被害を受けた地域、国家、あるいは国境線を越えた共同体が参加することのできるプロセスと装置を構築する。この変動の着想は⁽¹⁰⁾、その当初の形態が1970年代の北アメリカで始まっており、宗教的な、キリスト教的な次元を含むものであったが、土着の司法、特にアメリカ・インディアンやアボリジニーの司法に関する様々な伝統を最も考慮に入れている。この変動は正に最近の現代化に固有の傾向を含んでいる。それは、調停や参加の評価（民主主義の拡大あるいは深化として認識される参加型民主主義とそれ程距離はない）、制度や抽象的ルールのみならず公的討議に

(9) Cf. « La justice réparatrice et les victimes d'actes criminels », *Actes du colloque de Montréal*, Université de Montréal, Centre international de criminologie comparée, 2002.

(10) Cf. Sandrine Lefranc, « Le mouvement pour la justice restauratrice : “An idea whose time has come” », *Droit et Société*, n° 63-64, 2006, p. 393-409.

も置かれる信頼（司法に関する同様の思想を促すにあたり、アマルティア・セン（Amartya Sen）が提案する具体的な装置空間に修復的司法も含まれる⁽¹¹⁾）、専門家や研究者だけでなく刑事司法のこのような方向性に好意的な多数のNGOの参加（アングロサクソン諸国では、一方では科学者の道徳的、倫理的な参加の力学において、また一方では、グローバル化の最も一般的な論理において特に発展している）、関係する共同体の利益になり、村や地区といった極めて地域に密着し得る方向での従来の専門的かつ国家的司法の再検討である。確かに修復的司法には限界、困難、そして危険が伴う。例えば、国家の弱体化や、共同体の論理だけではないコミュニタリスム的な論理に対する法の服従ということである。しかし良く考えれば、修復的司法は、「刑事ポピュリズム」に対抗し得る。これは、ドゥニ・サラス（Denis Salas）によるアメリカ社会学を巧みに応用した概念であり、彼はメディアが被害者として描き出す者の名の下に一律に刑罰を科そうとする意思を批判する⁽¹²⁾。だからこそ次の時代の左翼は、フランスが他国よりも強く抵抗するこれらの新しい方向性を自覚しなければならないのであり、国内司法であれ国際司法であれ、刑事司法の従来のあり方と真正面から対抗するのではなく、これらを結び付けていかなければならない⁽¹³⁾。

(11) Amartya Sen, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010. 【邦訳として、アマルティア・セン（訳：池本幸生）『正義のアイデア』（明石書店、2011年）。】

(12) Denis Salas, « Une transformation de l'économie pénale. Le poids de l'opinion publique et des médias », *Informations sociales*, n° 127, 2005, p. 12-20. 【サラスの日本における講演録の邦訳として、ドゥニ・サラス（訳：中島宏）「ヨーロッパの民主主義社会と司法」工学院大学総合研究所年報13号（2006年）147～154頁、同（訳：山元一）「民主主義社会における裁判官の役割」日仏公法セミナー編『公共空間における裁判権』（有信堂、2007年）115～127頁。】

(13) 国際刑事裁判所の詳細については参照、Christian Nadeau, « Responsabilité collective, justice réparatrice et droit pénal international », *Revue française de science politique*, vol. 58, n° 6, décembre 2008, p.915-931.

危機の影響と人権の再政治化

2008年9月に世界が経験した金融・経済危機は、銀行界や金融界のアクターのふるまいを変えるまでには至らなかったにせよ、少なくとも新自由主義的なイデオロギーの正当性や、その伝道者の一人であるアラン・マンク (Alain Minc) 【フランスの実業家・エコノミスト。「幸せなグローバル化」(Mondialisation heureuse) という題名の著作がある】の表現に倣うならば、「幸せな」グローバル化の正当性には影響があった。危機によって、国家とその介入への積極的に支持する声が強まり、調整 (régulation) の思想や超国家的な空間での組織の重要性が指摘された。権利や個人および個人の主観性の保護が、基本的には国家に対抗し、あるいは国家を避けて、従来の政治システムの外部において構築されていた歴史的時代は終わりを迎える。そして今日、新しい段階が始まる。ここでは、人権や個人の主観性に耳を傾け、これを尊重する環境設定により、それ自体新しく刷新された政治的前進が見出されることになるであろう。

次の時代の左翼は、政治から人権や倫理を遠ざけたままではできない。次の時代の左翼はこれらに関連があることを認識している。次の時代の左翼は、人権や倫理が政治を支配し、あるいは国家、国家の法律、国家の合意に服属することを止めるような結果を望む。そしてさらなる戦いに参加しようとする。そこに重大な困難がある。「現実の」共産主義や社会主義の崩壊、すなわちソヴィエト帝国の終焉は、人権と倫理的懸念の上昇のために何らかの形で引き起された。次の時代の左翼は確かに可感性の中心に位置しているのであり、国家の利益や法律の強化のみならず、個人の主体を広く考慮に入れた統治活動の諸形式がそこで提示され得るのである。

しかし、より大きな歴史的後退も取り上げよう。人権は当初、激しい政治的闘争を通じて生まれた。人権は古典的には、先ず合衆国、イギリ

ス、フランスにおける思想運動の成果として表明された。これは、合衆国では独立戦争、イギリスでは1688年の名誉革命や1689年の権利章典の前兆となる緊迫した状況下での1679年の人身保護条例に関連する法の議決、フランスでは1789年の大革命をある形で予告する啓蒙運動というように、それぞれ政治的熱狂という背景を持っていた。人権の思想は民主勢力や民主化によってもたらされたが、それが普遍的な性格を持っていたにもかかわらず、国民国家の枠組の中で議論され、実現された。例えばフランスにおいては、この思想は「人と市民の人権宣言」に書き込まれた。「市民」という言葉は、人権という思想が国民共同体に関連があることを示唆するものであるが、時にフランス国籍を持っていなくても市民とみなされる人々にも拡大された。この時代に市民とみなされた有名な外国人もいたのであり、例えばトマス・ペイン（Thomas Paine）は1792年の8月にフランス市民と宣言された。

次に、基本的には一世紀半の間、人権という思想は、国家の権限濫用に対して個人を守り、個人の自律を最大限確保する意図と関係を持っていた。この思想は豊かに肉付けされ、充実させられ、あるいは例えば社会権や社会保障に拡大されてきた。国家は福祉国家（Welfare State）と成ることができ、より最近では雇用供給政策を実施するワークフェア国家（Workfare State）を付け加えた者もいる。人権の思想は、私的権力の濫用や収奪に対抗して個人を間接的に保護する局面も取り込んだのである。

歴史の尺度からすると、人権は動員（mobilisation）によって最も進歩したのであり、専ら政治的討議のみによるものではない。常に政治は緊張状態にあり、これらの動員とは対立していた。『人権、世紀の闘争』のような著作⁽¹⁴⁾によると、特定の歴史的局面において、冷静かつ活発な

(14) Gilles Manceron et Madeleine Rebérioux (dir.), *Droits de l'homme, combats du siècle*, Paris, Le Seuil, BDIC, 2004.

議会が「パッケージ」として全体を議決することによって人権が生み出された、というようなあまりに単純な考えを我々は避けることになる。事実、人権は断続的に一つ一つ、抗議の声から生み出されたのであり、社会内外のアクターが不正を告発し、否定する者、排除する者、そして破壊する者との戦いを始め、その行動によって「事件」や騒動を作り出し、恐怖を可視化したのである。ヴォルテール (Voltaire) のような知識人、哲学者、ジャーナリスト、エミール・ゾラ (Émile Zola) のような作家、より時代が下ると、ドレフュス事件の際のゾラ裁判を通じて誕生した人権擁護連盟のような組織が、決定的な役割を果たした。フランスにおいては、特に裁判所の不当判決に抗議し、言論の自由のために、拷問に反対することが問題となった。そしてこの抗議は決して容易なものではなく、しばしば権力、さらには公権力を保持する者によって主張される国家的理由と衝突したのである。

人権は、上記のようなアクターを介して、世論や市民を喚起し、市民を正しく啓蒙し、そしてその感情や感動だけでなく、理性にも訴えかけることで広く構想されてきた。例えば、有名なゾラの「我弾劾す」は、何度も検証され議論された。人権の構想は、一般市民の虐殺が行われたり、戦場で負傷兵や戦死者が打ち捨てられるような大事件あるいは不正から始まることもある（これは赤十字の起源であるが、戦争および国際関係という領域に人権が登場する起源でもある）。特に、「人権」はそれぞれの問題に限定づけられた権利の集積に他ならないといえるであろう。この集積は、激しい時代を経験し、既に主張されていた諸権利に加えて、奴隷制廃止のための闘い、労働者の経済的・社会的権利の拡大、保護権 (droit d'asile) に関するあらゆること、あるいは移民の外国人が尊厳ある扱いを受けるための行動が続いた。

次の時代の左翼の選択を示唆するのはこの点に違いない。次の時代の左翼は、何らかの尊重や権利のための NGO、団体、世論運動に取って

代わられることはない。まして、倫理的決定を個別のケースに応じて検証する機関の活動と同一化することもない。そうではなく、次の時代の左翼は、しばらく前と比べてよりはっきりと、上記諸アクターの政治的仲介者として構成され得るのであり、それらの要請に対処することが可能な最上の条件を提供し、理解と共感の態度を示すのである。フランスの左翼は、政治は何よりも国家と法律に対して向けられるとする者と、人権は価値と優越的原則の総体であるとする者との間で、対立している。左翼の中に「人権主義」（« droit-de-l'hommeisme »）と呼ばれる者の敵対者が存在するのはこのためである。この表現は侮蔑的な響きを持っており、現代における人権のアクターは、国家、国民国家の秩序、そしてその延長たる国際秩序、そして最終的には個人が保護され、補助されなければならない規範的枠組を弱体化させている、と批判される。しかし逆に次の時代の左翼は、人権に特に愛着を持ち、これが国家の論理と即座に衝突することをよく理解している。次の時代の左翼は、人権を再政治化し、人権問題と賛同者との行動を政治的に連結する際に関与する媒介者なのである。

四半世紀の間、人権は政治の衰退の中に道を開き、その歩みを速めてさえた。1980年、マルセル・ゴーシェ（Marcel Gauchet）は、人権は「政治ではない」とし⁽¹⁵⁾、人権は「社会全体に同化しており、これに対する影響力を我々に与えてはくれない」⁽¹⁶⁾と主張した。そして2000年、彼はなお次のように主張している。「もはや単純に人権には政治を規定する力がないということはできない。しかし人権は、民主主義の積極的意義の中核となったのと同時に、それが政治的なものになることが困難に

(15) Marcel Gauchet, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, juillet-août 1980.

(16) *Id.*, p.26 dans *La Démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, qui reprend cet article.

なる理由となったのである。」⁽¹⁷⁾

次の時代の左翼はこのような主張を否定し、人権を再政治化し、人権を政治的に専有し、人権に実質を認め、そして左翼に方向性を示し、固有のやり方で人権を文化的、社会的、政治的闘争に結び付ける。その闘争のなかでも最も重要なのは、移民だけではないあらゆる「持たざる者」(« sans ») (滞在許可証, 仕事, 家) の闘争であり、また承認を求めるアクターの闘争である。そしてこの再政治化は、諸闘争を接続し、あるいは少なくとも様々なレベル、すなわち地方-国家-地域-ヨーロッパ-そして世界において企図することができる(国際刑事裁判所のような機関が拡大し、活発化するように圧力をかけて)。

【訳者付記】

本稿は、ミシェル・ヴィヴィオルカ (Michel Wieviorka) の『次の時代の左翼のために』(*Pour la prochaine gauche*, 2011, Robert Laffont) の第九章、「倫理と人権: 政治への回帰?」(« Éthique et droits de l'homme : retour au politique? ») の翻訳である。

訳者は、2011年9月28日に慶應義塾大学三田キャンパスにて開催されたヴィヴィオルカの講演会(主催:慶應義塾大学フランス公法研究会)において通訳を担当する機会に恵まれた。本講演の基となったのが上記第九章であり、その演題も第九章の章題と同じであった。当日は、本人によりテーマの順序や内容に多少のアレンジが加えられたものの、基本的には第九章と同じ内容の講演がなされた。

ヴィヴィオルカは、社会科学高等研究院 (École des hautes études en

(17) *Id.*, p.326, l'article repris du *Débat* a pour titre : « Quand les droits de l'homme deviennent une politique ».

sciences sociales) に所属し、2006年から2010年まで国際社会学会会長を務めた現代フランスを代表する社会学者である。その研究分野は、アラン・トゥレーヌ (Alain Touraine) の影響を受けつつ、特に暴力、人種差別、テロリズム、グローバリゼーション、多文化主義と多岐に渡り、著書も多数出されている。邦訳として、森千香子『レイシズムの変貌』（明石書店、2007年）、田川光照『暴力』（新評論、2007年）、宮島喬・森千香子『差異 アイデンティティと文化の政治学』（法政大学出版局、2009年）があるが、「ヴィヴィオルカの著作の日本への紹介・翻訳は遅れて」と指摘されるところであるⁱ。

訳者の研究対象との関連から特に興味深いのはⁱⁱ、多文化主義に関する分析である。ヴィヴィオルカは、上記『差異 アイデンティティと文化の政治学』において、文化的アイデンティティの問題と社会的公正の問題を区別しつつ関連付けて分析しようとする「統合された多文化主義」(*multiculturalisme intégré*) という立場を提示している。そこでは、文化的差異を承認し、同時にその固定化を拒否しつつ、個々の文化的差異に対応する民主主義の仕組みと権利保障の拡大の必要性が示唆されている。

上記第九章が収められている『次の時代の左翼のために』は、社会学的分析枠組によるヴィヴィオルカの従来の研究と比較して、より政治的立場が鮮明に表れている著作であるⁱⁱⁱ。本書は、社会党のリオネル・ジョ

i 宮島喬・森千香子「訳者あとがき」同『差異 アイデンティティと文化の政治学』（法政大学出版局、2009年）257頁。

ii 文化的特殊主義から引きはがされた抽象的個人こそが権利と自由の享受者にふさわしいと考える普遍主義に基づき、公的領域から文化的差異を排除するフランスの立法例として、スカーフ禁止法やブルカ禁止法がある。後者につき、拙稿「フランスにおける『ブルカ禁止法』と『共和国』の課題」憲法問題23号（2012年）24～35頁を参照。

iii 既に「近年の彼は社会学的分析枠組に依拠しながらも政治哲学への関心をし

スパンが2002年の大統領選挙の第一回投票で敗退し政界引退を表明した日、「左翼は死んだ」との一文で始まる。しかし、「左翼の理念は死んではいない」として、「開かれた、寛容的で、連帯的であり、同時に確信に満ちた、有能な次の時代の左翼」のための力強い理念を再構築しようとしている。従来関心を寄せてきた問題に加え、アフターマティヴ・アクションやライシテといった問題にも目を配りつつ^{iv}、特にここに訳出した第九章において、人権の価値を中核に据えた「次の時代の左翼」のあり方が検討されている。ここでヴィヴィオルカは、人権保障における専門家集団や国際的団体・機関といった様々なアクターの重要性を強調し、ケアの倫理や修復的司法による主観性の保護の必要性を訴える。そして、次の時代の左翼の仲介者としての役割と、人権の再政治化の意義を指摘する。その意味では、訳者が専攻する憲法学の問題領域に極めて近接する内容を含んでいる。また、2012年大統領選挙において社会党のオランダ政権が成立したが、今後、どのような評価がありうるのか興味深いところである。

なお、翻訳にあたっては最小限の訳注を隅付括弧（【～】）で付した。

最後に、通訳および翻訳の機会を与えて頂いた慶應義塾大学の山元一教授と、翻訳の掲載を快諾していただいたヴィヴィオルカ教授にこの場を借りて深く御礼申し上げたい。

だいに強めて」いると指摘されていたところである（前掲、宮島・森261頁）。ヴィヴィオルカの分析手法につき、上記『差異 アイデンティティと文化の政治学』および『暴力』における訳者あとがきを参照。また、対談として参照、ミシェル・ヴィヴィオルカ、姜尚中、森千香子「民主主義社会における人種主義と暴力」現代の理論14巻（明石書店、2008年）122～135頁。

iv 一定の差異や多様性を承認する政策がサルコジ政権下において実施されたことにより、ヴィヴィオルカが本書において「左派が置かれている『逆説的状况』に言及せざるをえない」と指摘するものとして、北川忠明『『創造的ユートピア』としての市民権と『寛容な共和主義』』風のたより46号（2012年）。

講演*

刑法解釈の理念と刑法理論

東北大学名誉教授 岡本 勝

目次

- (Ⅰ) 講演を引き受けた理由と自己紹介
- (Ⅱ) 問題の所在
 - (1) 刑法解釈の理念：「適正な」犯罪の成否の確定と処罰
 - (2) 罪刑法定主義の原則の意義 — とくに、刑罰法規の明確性と刑罰法規の厳格な解釈
 - (3) 刑法「理論」による罪刑法定主義の原則に対する侵害？
- (Ⅲ) 個別的事例の考察
 - (1) 刑法261条（器物損壊・動物傷害罪）における「損壊」の概念
 - ① 効用喪失説 — 大審院明治42年4月16日判決・大刑録15輯9巻452頁
 - ② 効用喪失説の暴走
 - (2) 刑法36条2項における「情状」の概念
 - ① 「情状」の概念と罪刑法定主義の原則
 - ② 旧来の過剰防衛における減免根拠論と「情状」の縮小解釈
 - ③ 「情状」の縮小・限定解釈は「罪刑法定主義の原則」違反
 - ④ 過剰防衛における「成立根拠」と「減免根拠」
 - ⑤ 過剰防衛をめぐる最決平成21年2月24日に関する問題
 - (3) その他の諸問題
- (Ⅳ) 刑法における厳密な概念規定と厳密な論理構成の重要性

* 本稿は、2012年11月16日に岡本勝氏（東北大学名誉教授）を講師に招き開催された山形大学人文学部法学会主催講演会における講演の内容を纏めたものである。原稿作成に際して岡本氏に確認・修正していただいた（西岡正樹）。

(I) 講演を引き受けた理由と自己紹介

今日は、私の講演を多くの方が聴きに來てくださって、本当にありがとうございます。只今ご紹介に預かりました東北大学名誉教授の岡本と申します。大学の教壇で講義をするのは久しぶりなものですから、ちょっと緊張しております。私は、11月11日が誕生日で、ほやほやの65歳です。気持ちは未だ30代ですが、肉体的衰えは著しいですね。東北大学に入学してから46年経ちますが、まさに、「少年老い易く学成り難し」の感があります。学部を卒業して、莊子邦雄先生に教官助手にさせていただいて、28歳で助教授になって、それから今年3月の定年退官まであつと言う間でした。

今年の3月まで東北大学大学院法学研究科及び法学部で、刑法（ロースクールでは「実務刑事法」という科目名）を教えておりました。現在は、法律家としては時々、法務省矯正研修所仙台支所という所で、刑務官（刑務所の看守）や法務教官（少年院等の教官）の初等科研修の科目である刑法総論を教えておりますが、生活の殆どは、法律からは離れておりまして、少年の頃からの夢であった「歌人」として残生を生きております。石川啄木や中原中也の詩歌に憧れる少年でした。歌人というのは、五七五七七の短歌（古くは和歌）を詠む人ですね。山形県出身では齊藤茂吉があまりにも有名ですが、茂吉はアララギ系の大歌人ですけれども、私は白秋（北原白秋）系で、白秋の弟子の宮柊二（「コスモス」という結社を主宰）、そしてその弟子の島田修二（「コスモス」から分れて、「青藍」を主宰）の弟子です。その島田修二も8年前にお亡くなりになったので、現在は窪田空穂系の「まひる野」という結社にお世話になっております。そこで橋本喜典先生や篠弘先生に巡り会えました。また、今年の1月12日に皇居の正殿「松の間」で行われました「宮中歌会始」に、正装して、妻と一緒に「陪聴者」として参列してまいりまして、厳肅な

「歌会始」を目(ま)の当たりにして、歌人としての悦びと、歌人として残生を生きたいという強い自覚が生まれたような気がしております。

そんな私が、今回の山形大学法学会からの講演のオファーを何故お引き受けしたかと申しますと、私の東北大学大学院での教え子、まさに愛弟子ですが、その西岡正樹君から頼まれたからです。8月下旬でした。西岡君は、皆さんご存じかも知れませんが、現在山形大学で刑法を教えていらっしゃる。嫌いな弟子からの頼みなら言下にお断りいたしました。師弟として俠気あふれる西岡君からの頼みでしたので、まあ引き受けようか、そんな気持ちで二つ返事でお引き受けいたしました。くだらないことですが、私は、高倉健の中期の映画が好きで、『冬の華』(池上季実子、藤田進;チャイコフスキー・ピアノ協奏曲、シャガールの絵)とか『夜叉』(石田あゆみ、田中裕子、ビートたけし;夜叉の刺青)とか、そのような男の「俠気」を描いた映画を見ると、血が騒ぎます。男はやっぱり「俠気」です。俠気の「きょう」は、テレビドラマ「任侠ヘルパー」の「俠」ですね。

まあ、そんなわけでお引き受けしたのですが、引き受けたはよいけれど、さて何を喋ろうか、いつときジッと考えまして、本日掲げさせていただいた「刑法解釈の理念と刑法理論」という題で(何だかよく分からない茫漠とした演題ですが)、東北大学で刑法の教育研究に40年余り携わってまいりまして、私が「刑法学」というものについて今感じていることを、若い皆さんへのメッセージとしてお伝えしたいと考えたわけです。

(Ⅱ) 問題の所在

(1) 刑法解釈の理念:「適正な」犯罪の成否の確定と処罰

さて、前置きはこれくらいにして、本論に入らせていただきますが、自分の40年余りの研究生活を顧みますと、刑法研究者としての自分の姿

勢を貫いてきた柱の一つは、罪刑法定主義の原則を堅持するための闘いであったような気がいたします。私にとって、刑法解釈の理念は何であるかと申しますと、それは、一言で言えば、適正な犯罪の成否の確定と、適正な犯罪者の処罰であるのではないかと考えておりますが、そこにおいて重要なことは、犯罪の成否の「適正な」確定であり、そのためには、まず第一に、歴史が教えてくれた人類の叡智とも言うべき「罪刑法定主義の原則・思想」を、刑法の解釈においてしっかりと具現していくことではないかと考えております。

(2) 罪刑法定主義の原則の意義——とくに、刑罰法規の明確性と刑罰法規の厳格な解釈

この場合の「罪刑法定主義の原則」とは、ご存じのように、「犯罪と刑罰とは、法律によって予め、国民にわかるように明確に定められていなければならない、或る行為はその法律に基づいてのみ犯罪とされ処罰され得るのである」という近代刑法来の大原則であり、その狙いは、生の処罰感情に理性的に歯止めをかける、野卑な処罰感情の暴走を許さない、さらには、刑罰権力の恣意・専断を許さないために法律によって厳しく拘束するという、理性的で「人間の尊厳」に根差した大原則であります。

この「罪刑法定主義の原則」は、今申し上げたように、刑罰法規は、どんな行為が犯罪となるかが、国民によく分かるように明確に定められなければならないという、いわゆる「刑罰法規の明確性」の原則を含んでいるわけですが、立法の次元における明確性を担保するためには、刑法の解釈・適用の次元において、刑罰法規を厳密・厳格に解釈しなければならないという要請が生まれてまいります。なぜなら、せっかく明確なかたちで刑罰法規を定めましても、それを勝手に恣意的に解釈・適用することを許しては、元も子もないからです。そして、刑罰法規を厳密に解釈するためには、条文で用いられている言葉の意義に即した厳密な

概念規定と、厳密な論理が必要とされるということは言うまでもありません。処罰感覚を満たせばすべてよしというものであってはならないのです。刑罰は理性的なものであるべきで、決して報復感情や処罰感情に支配されたものであってはなりません。また、国民の法的安定性、刑法では「計算可能性」という言葉も使われますが、それを保障することも大切です。ドイツのナチズムの時代における、忌々しき「類推解釈の許容」（ドイツ刑法2条）による罪刑法定主義の原則の崩壊の例を引き合いに出すまでもなく、刑法において、法律による拘束が緩んでしまうことは、非常に恐いことです。他方、刑法の解釈に資するために、外国においても我が国においても、様々の「刑法理論」が、様々の問題に関して展開されてまいりました。

（3）刑法「理論」による罪刑法定主義の原則に対する侵害？

しかし、私の見る限り、例えば、問題になっている犯罪の処罰根拠を尋ねたり、条文の立法理由を尋ねたり、違法阻却（例：法令行為、正当業務行為、正当防衛、緊急避難などが刑法では違法阻却事由として規定されています）や刑の減免が規定されているような場合には、阻却や減免の理論的根拠を探求したり、そうこうして構築された刑法理論が、罪刑法定主義の原則を犯す道具となってしまう場合が多々見受けられます。私はそこに、刑法学の未来における重大な危機を予感してしまふのです。刑法研究者の間にも、罪刑法定主義の原則の軽視を公言して憚らない人がおりますが、「理論をこねまわせばどうにでもなる、罪刑法定主義の原則なんて恐くない」、そんな風潮が生じるようなことがあってはなりません。このような私固有の視点から、次には、刑法における2、3の個別的問題を例にとりて、罪刑法定主義と刑法理論の関わり方についてお話ししてゆきたいと思ひます。

(Ⅲ) 個別的事例の考察

(1) 刑法261条における「損壊」の概念

① 効用喪失説 — 大審院明治42年4月16日判決・大刑録15輯9巻452頁

まず第一にお話ししたいのは、刑法261条所定の器物損壊罪における「損壊」の概念についてです。261条は「…他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは料科に処する」と定めております（現行規定）。そこにいう「損壊」というのは、日常用語で通常は「(物を)物質的に壊す、破壊すること」を意味するものと考えられるわけですが、古く明治42年に、「損壊」に該当するかどうか微妙な、境界線上の事例について大審院（戦後の最高裁に相当する最上級裁判所）の判決（大判明治42年4月16日大審院刑事判決録15輯9巻452頁）が出されました。そして、そこで提示された「損壊」の定義が、その後多くの学説においても基本的に支持されてまいりました。どのような事案に対して、どのような判決が出されたかと言いますと、事案は、「強姦器物毀棄猥褻傷害」事件で、被告人は、飲食店を営む被害者が、営業上来客の飲食用に供すべき鋤焼（すきやき）鍋及び徳利に放尿して、被害者において再びそれらの食器を営業用に供することをできなくした、というものでした。鍋や徳利を壊してはいませんが、使えなくした、それが「損壊した」ことになるかどうかが問題になったわけでした。

ママレモンでごしごし洗って熱湯消毒しても使えないかどうかは、おしっこをひっかけた人が誰かにもよりますね。私が仮に、最近テレビでももての剛力彩芽に、日頃愛用しているリチャード・ジノリのマグカップにおしっこをひっかけられたとしましょう。まあ、武井咲でも黒木瞳でもいいのですが、私は、剛力彩芽のおしっこがひっかったそのマグカップを、気持ち（感情）的に使えなくなるかどうか。皆さんも自分だっ

たらどうか、と考えてみてください。彼氏や彼女がおしっこをひっかけた食器を、洗って使えるかどうか、これは究極の愛のリトマス試験紙になるかも知れない。私は、溺愛している孫（9歳の男の子）のおしっこなら、OKかも知れないですね。

それはともかくとして、先ほど申し上げたような事案に対して、大審院は次のように判示いたしました。「(毀棄若しくは損壊とは) 単に物質的に器物其の物の形態を変更又は滅尽せしむる場合のみならず事実上若くは感情上其の物をして再び本来の目的の用に供すること能わざる状態に至らしめたる場合をも包含せしむるものと解釈するを相当とす可」きである、と。大審院判例のこの見解は、「損壊」を、物の効用を喪失させ若しくは滅殺することであると捉えることから、学説上「効用喪失説」と呼ばれ、通説を形成するにいたったと言えます。しかし、大審院判決が展開した本来の「効用喪失説」は、判例の事案のような境界線上の事例を解決する考え方として、その限界を踏まえた上で、抑制的に構想されたものであったと言ってよいでしょう。しかも、当該大審院判決が、「再び本来の目的の用に供すること能わざる状態に至らしめた」ことを必要としていることに注意しなければなりません。被害者のもとから奪い去って、被害者に使わせないようにしただけではダメなんです。この場合は、犯人から取り返せばまた使える。放尿の場合は、もう使えない。このように、「効用喪失説」は、物質的・物理的な毀損はなくても、それに準じるような作用を客体に加え、「損壊」行為として捉え得るかどうか微妙である場合を解決するための論理であり、ごく例外的な場合に「損壊」に当たることを認めるための論理であったはずです。

②効用喪失説の暴走

ところが、或る法科大学院の期末試験に、窃盗罪等の領得罪の成立が、不法領得の意思が欠けるために否定される事案が問題に出たところ、

ロースクール生の多くが、問題意識をあまり持つことなく（問題意識を持たないということが重大だと思うわけですが）、被害者から奪ったことにより、被害者に其の物を使えなくさせたというただそれだけで、簡単に器物「損壊」に当たるとする解答を書いてきたというのです。被害者から奪って被告人が持っているだけなのに、それが「損壊」に該当するというのは、罪刑法定主義の原則に対するセンスを全く欠いた、本来の効用喪失説の根本的な変容というか、効用喪失説の「暴走」と言うほかありません。前述した大審院判決が提示した要件を満たしていないことも明らかですし、また、従前の抑制的で慎重な多数の学説からも大きく離反していることは明らかです。どうしてそういう答案が沢山出てくるのだろうと不思議に思いまして、私なりに原因究明をいたしましたところ、どうも学生たちは、東大の山口厚教授の説（著書『刑法各論〔第2版〕』360頁では、何の問題意識も記さず、あっさりと、「損壊とは、物の物理的な損壊に限らず、物の効用を害する一切の行為を含む。」と述べているのですが）を鵜呑みにしているのではないか、ということが推察されました。最近の他の刑法学者の著書を見ると、山口説と同旨の見解が多数説化しています（例えば、西田典之『刑法各論〔第六版〕』260頁）。東大教授の権威おそるべしですが、全国の法科大学院でも、同じような解釈が当たり前のように教えられている昨今なのでしょう。学説史を十分に踏まえることなく、「効用喪失」が独り歩きし、「効用喪失説」が暴走していることを実感し、罪刑法定主義の原則に対する感覚が欠けていることに茫然としました。このような「損壊」概念の解釈は、「損壊」という言葉から余りにも遊離した、不当な拡張解釈であると言わなければなりません。もちろん、このような傾向に異を唱える学説も依然として存在しております。例えば、早稲田大学の曾根威彦教授は、山口説のような「効用喪失説」に対して、「毀棄・損壊概念の日常用語的意味からの隔たりはきわめて大きい」と批判しております（『刑法各論〔第

五版)』198頁以下。同旨、松宮孝明『ハイブリッド刑法各論〔第2版〕』237頁)。罪刑法定主義の原則を尊重する健全な感覚を取り戻すべきではないでしょうか。

惟うに、刑法のみならず法律を学ぶときは、現在通用している上澄みだけを学ぶのではなく、概念規定でも理論でも、それらの生成過程まで遡って学ぶという姿勢が重要ではないかと思えます。上澄みだけを掬ってそれが全てだと思い込んではいけません。これはもとより研究者にも当てはまることでしょう。そうしないと、学説史、理論史全体から見て、全く陳腐な見解が学界を席捲・支配してしまう。ですが、学説の展開（発展ではなく退化かも知れませんが）には、時々そういうことがあるので困るんです。大家が主張すると、「寄らば大樹の蔭」で、どんどん通説化してしまう。自明なこととされ、疑問が封殺されてしまう。恐いことです。だからこそ、刑法を勉強する皆さんは、いつも懐疑の念を抱いて、権威におもねることなく、権威に対して真摯に正対してください。そうするためには、幅広く且つ精確な知識を得ること、そして、絶えず自分の悟性や知性を磨き、学問的な嗅覚を研ぎ澄ませ、法的センスを磨くことが肝要だと思います。現代の刑法学者にもそれを強く求めたいですね。

（2）刑法36条2項における「情状」の概念

①「情状」の概念と罪刑法定主義の原則

次に、「刑法理論」の罪科について、二つ目の例をあげてお話ししたいと思います。それは刑法36条2項所定の「情状」という概念についてです。ご存知のように、刑法36条1項は正当防衛について規定し、同条2項は、過剰防衛につき、「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる」と定めておりますが、そこにおける「情状」という概念は、過剰防衛における刑の減輕のために充足すべき要素ですが、犯罪成立要素の不当な拡張解釈が許されないの

と同様に、違法阻却や刑罰減輕などの成立要素の不当な縮小解釈・限定解釈も許されません。これも被告人に不利益に働く不当な解釈だからです。

②旧来の過剰防衛における減免根拠論と「情状」の縮小解釈

ところが、次にお話するように、従来の通説はその許されない解釈をやっていると言わざるを得ないのです。どういうことかと言いますと、過剰防衛であることから生じる法的効果は、裁量的な減輕又は免除、いわゆる「裁量的減免」であります。そして、従来の学説（定説だったと言ってよいかと思いますが）は、理論的に過剰防衛の「成立根拠」を問題にすることなく、直ちに「減免根拠」を問題にし、学説として大別して三つの説が主張されてきました。即ち、(i) 違法減少・消滅説、(ii) 責任減少・消滅説、(iii) 違法・責任減少・消滅説です。これらが、私が問題視する刑法「理論」です。減免根拠に関するこれらの理論が、罪刑法定主義の原則に違反するかたちで、「情状」の概念を、被告人に不利益な方向において不当に限定して解釈してしまっているのではないかとと思われるのです。まず、(i) の説から見てみると、(i) の説が論理的に成り立ち得ないことは明らかです。なぜなら、過剰防衛は正当防衛として許される部分を含んでおり、その分つねに違法が減少しているはずですから、減輕については必要的減輕であるべきで、裁量的減輕としている現行の規定と矛盾してしまうからです。次に、(ii) と (iii) の説は、どちらも責任減少を要素として含んでおり、論者は、その責任減少を、「恐怖、驚愕、興奮および狼狽などの心理的異常状態」に陥って過剰に及んでしまったという点に見出すべきだと主張しています。したがって、心理的異常状態にあることが減免根拠なわけですから、心理的異常状態に陥っていない場合にはおよそ減免の余地はないことになります。換言すると、36条2項という「情状」は、被告人に不利益に、

心理的異常状態の有無や程度をめぐる事情に限定されることになってしまいうけです。

③「情状」の縮小・限定解釈は「罪刑法定主義の原則」違反

このような解釈が、罪刑法定主義の原則に違反するのではないかと私が疑問視する、刑法「理論」による不当な解釈であるということになります。「情状」は、刑法66条が規定する情状酌量減輕の「情状」と全く同様に、犯行をめぐる全事情（過剰防衛においては、防衛行為時の情状を中心に、犯行前の情状から犯行後の情状まで含む全事情）を含むと解すべきですから、36条2項にいう「情状」から、心理的異常状態に陥っていること以外の被告人に有利な情状を排除してしまうとしたら、それは規定の文言から外れた不当な縮小解釈であると言わなければなりません。このことも、刑法「理論」が罪刑法定主義の原則を侵害してきた好個の例であると申せます。

④過剰防衛における「成立根拠」と「減免根拠」

ついでに言いますと、ちょっと専門的な話になりますが、減免根拠しか問題にしなかった従来の定説の誤りは、減免根拠の内容の捉え方にとどまるのではなく、その致命的な誤りの原因は、過剰防衛の成立根拠と減免根拠とを分けて論じてこなかった点にあったと考えております。これまで学説における過剰防衛論は、誰が言い出したかは分かりませんが、ドグマに支配されてきた。むしろ、下級審の裁判官の方が、合理的に思考する精神を持っていたと言わざるを得ないのです。下級審の数多くの裁判例が示しているように、過剰防衛に該当しても（過剰防衛が成立しても）、直ちに減輕又は免除されるわけではありません。過剰防衛に該当しても、裁量的に減免されないケースが圧倒的に多いわけです。これは頭を冷やして考えれば誰しもが納得する自明の事理です。即ち、

このような裁判例のあり方は、過剰防衛の成立根拠（換言すると、過剰防衛に該当するための要件：これは防衛の程度を超えたという違法減少なのですが）と過剰防衛の減免根拠（これは情状を考慮した「量刑責任」の軽さなのですが）とは論理的に別である、ということを示しています。これは、ちょっと考えればごく当たり前のことなのです。ところが、従来の学説は、それらをごちゃごちゃのまま減免根拠の問題として論じてきた。このことに全く気付かなかったことが、従来の過剰防衛論の根本的な誤謬であったと申せます（以上のことは、私の著書『犯罪論と刑法思想』の第7章で詳しく論じておりますので、興味のある方は読んでみてください）。

⑤過剰防衛をめぐる最決平成21年2月24日に関する問題

因みに、ちょっと込み入った話になり、詳しくお話する暇はありませんが、関連する問題として、近時、最高裁平成21年2月24日決定が出され、過剰防衛のちょっと特殊なケースについて、傷害罪の過剰防衛が成立するのか、暴行罪の過剰防衛が成立するのが学説においても議論されておりますが、そこで問題とされている過剰防衛行為の一連・一体性の問題というのは、過剰防衛の成立根拠に関する問題で、過剰防衛の減免根拠に関する問題ではないということに注意する必要があります。それ以上の話は割愛いたしますが、もっと知りたいという方は、私が東北大学在職中に私家版として学生に頒布した『刑法総論の一と』という冊子があり、平成21年の最決に対する私の論評は、その36頁以下に詳しく書いてありますので、それを参照してください。これは公刊していませんが、西岡正樹先生が持っておりますので、興味のある方は、西岡先生から借りて読んでください。

(3) その他の諸問題

さて、本論に戻りますが、刑法「理論」による罪刑法定主義の原則に対する侵害は、他の領域においても少なからず存在しております。例えば、可罰的違法性の理論に替えて、「構成要件の実質的解釈」を主張する立場（岡本『犯罪論と刑法思想』158頁以下参照）や、故意責任に関する論理を捏ね回して、故意の骨抜きを図る「実質的故意論」（岡本『刑法総論の一と』51頁参照）や、中止未遂における「自己の意思により」という要件に関する「限定主観説」や、より一般的には、中止未遂の減免を政策的見地からの褒賞と解し、中止未遂が成立するためには褒賞に値する場合でなければならないと論じて、刑法43条但書に掲げられていない更なる成立要件を、被告人に不利益なかたちで課そうとする見解（これは、東大の山口教授や、京都大学の塩見淳教授など有力な学説によって主張されています。なお詳しくは、齊藤誠二先生古稀記念論集『刑事法学の現実と展開』所収の私の論文「中止未遂における減免根拠に関する一考察」をご参照ください）などです。それらの問題に正対するときには、罪刑法定主義の原則を尊重する感覚を忘れないことが大事であると私は考えております。

(IV) 刑法における厳密な概念規定と厳密な論理構成の重要性

刑法の勉強にあたっては、分析的で緻密な論理的思考が刑法学の生命（いのち）でありますから、アバウトにではなく、概念規定も論理構成も精密に考えていくことに努めてください。その際には、罪刑法定主義の原則も忘れることなく、最大限尊重していただきたいと思います。私の「遺言」として、それを是非お願いしておきたいと思います。

以上のような、一字一句も忽せにしない学問的姿勢というものを、私は、直接の師である莊子邦雄先生と、民法ゼミで多大の学恩を賜った広

中俊雄先生から教わりました。私の一度きりの人生の中で、畏敬の念を抱ける素晴らしい師に巡り会えたことを、研究者として、そして人間として、非常に幸せなことであったと感じております。皆さんも、大学において、よき学問の師、よき人生の師に巡り会うことができますことを心から祈念申し上げて、本日の私の講演を終わらせていただきます。ご静聴ありがとうございました。

質疑応答

質問者：先生は罪刑法定主義の原則に非常に情熱を持っておられるということでしたが、そのような情熱を持つこととなったきっかけを教えてくださいませんか。また、いつ頃そういうふうになるようになったのでしょうか。

岡本氏：それを語るとなると、私の人生について語らないといけないのですが、私が皆さんくらいの学部生の時、東北大学に入っていたんですけれども、私は正に団塊の世代（昭和22年生まれ）で、学部生の頃は、大学紛争の真っ只中の1960年代の後半だったんです。大学紛争に否応なしに私も放り込まれて、その頃は何か行動しないと、社会的・政治的に行動しないと居ても立ってもいられないような状況がありました。例えば、アメリカの原子力空母エンタープライズが佐世保に入港するのを阻止しようとしてエンタープライズ入港反対闘争が起きたり、あと、学問の自由や大学の自治を蹂躪しかねない大学管理法ができて施行されるような時期でしたので、大学紛争が激化していた時代でした。そのころ、刑法の本とか、あるいは、哲学や社会科学に関するいろいろな本を読みまして、マルクス、エンゲルス、レーニンなどまで読み漁りましたし、マックス・ヴェーバーなども読みました。私は入学当初は司法試験を受けて裁判官になろうと考えておりましたが、先ほど挙げたよう

な本を読むうちに、2年生の半ばには、自分は刑法を研究しよう、研究者になりたいというように考えが変わって行きました。その頃、ちょうどソ連軍を中心としたワルシャワ機構軍が、プラハの春と呼ばれる時代を迎えていたチェコ・スロヴァキアのプラハに戦車で侵攻してチェコ市民を弾圧したわけです（実は今年の6月に妻とプラハを訪れてきました。ムハの「スラブ叙事詩」と題する20枚の巨大な絵画を見たいという思いと、ワルシャワ機構軍が戦車で侵攻したヴァーツラフ広場に立ちたいという思いからプラハに参りました。聖ピート大聖堂のムハのステンドグラスなども見られて、感動的な旅でした）。それが大学2年の時だったんですね。そういう事件を肌で感じて、やはり人間にとっては人権とか自由とかそういうものが非常に重要であると痛感して、その頃、恩師である莊子邦雄教授の「刑法第一部」の講義を聴いていて、人間学的で極めて論理的である刑法という学問に非常に魅せられていたこともあって、研究者になるとしたら刑法にしようと考えました。そして、刑法をやるとしたらやはり自分は、人間の個人の尊厳とか自由とか人権とかそういうものを守る刑法理論を展開していくべきだと考えたわけです。その場合の一つの拠り所が罪刑法定主義の原則であり、その感覚を貫徹し得る刑法理論を構築していかなければならない、みだりにルーズな解釈を許したのではとんでもない話である、罪刑法定主義の原則を犯すような刑法理論を展開してはいけない、そう思っていました。ナチズムの時代などはルーズな解釈の最たるものである「類推解釈」が許された時代でしたが、そういう時代は本当に国民や人類にとって不幸な時代と言わざるを得ません。そういう時代の再来を許しちゃいけない、そういう思いで罪刑法定主義の原則を尊重する感覚に根差した刑法理論を、若い頃から様々の分野で模索してきたわけです。平野龍一先生が提唱した「法益保護の原則」も私のもう一つの拠り所なんですけれども、大きな一つの拠り所が罪刑法定主義の原則だったということです。

