

〈翻訳〉

レイモンド・ヤーコブ

法の日常的不遵守について

神 例 康 博

1 問題の所在

健全な人間理性と法的思考は、法の命令や禁止に対する日常的不遵守 (Alltäglicher Ungehorsam) —筆者はこう名付けたいのだが—が問題となる場面では、相互に矛盾しあうものとして顕在化すると思われる。この不遵守という概念は、様々な国家における公的秩序に関する法（行政法）にみられる不遵守の概念とは対応しない。本稿にいう不遵守とは、租税法や刑法といった他の領域を包括する概念であり、もっぱら刑罰によって威嚇される行動をいう。この概念にとって特徴的なことは、ある場合において、なんらの危険も生じないし、また直接的で明白な損害もなく、ただ意味のない損害しかもたらされないことである。むしろ、規範に違反することによって社会的に有用なことが発生する場合すらありうるのである。

妊娠は全か無しかあり得ないという原理から、ドイツ語圏の法学者にとって日常的不遵守という行動は、一般に違反という点でその他の違反行動と同様であり、法領域における特殊な現象ではない。法学者の観点からは、赤信号の交差点を横断する人は、行政法規違反（秩序違反行為）を犯しているのであって、往来があろうとなかろうと同じなのである。また、封筒や切手を私用で事務所から持ち出す人は、はっきり言って立派な窃盗である。この種の例は枚挙にいとまがない。物事をこのようにみると、社会におけるほとんどすべての構成員は、何らかのかたちで法違反者あるいは犯罪者と呼ばれる

ことになる。少なくとも法規範には違反しているのである。

社会の構成員の少数派ばかりでなく多数派も犯罪者であるというように犯罪を理解することは、われわれの現実の感覚や生活体験と合致しない。深層心理学は、われわれに、社会の安定性にとって邪悪な者 (Ubelater) の存在の重要性を教えている (Freud, X III, S. 71; Alexander & Staub, 1971, S. 387-389)。ここでいう安定性とは、社会秩序を受け入れ、その社会秩序に関わるための個々人の防衛機制を意味する。このような理論は、邪悪者が少数派を示す場合にのみ有効である。

日常的不遵守の行動を市民が自制している理由は、それが犯罪と近接しているからである。これに対し、(抵抗権の弟とでもいうべき) 市民の不服従は、合法的とまではいえないが、正当であるとみなされる。それでは、日常的不遵守、市民の不服従、抵抗権とのあいだにいかなる違いがあるのであろうか、前者はなぜ問題的なのであろうか。その違いは、日常的不遵守が、無分別で腐敗した国家に対してなされることを含み得ず、また日常的不遵守には一般的に道徳的厳肅さが欠如し、したがって秩序の外に存するようと思われる点にある。その相違はまた、二面的な道徳という現象面でみいだされるのである。

老輩の、ある賢明な法実務家が、法学者による規範違反の差異化は世間を無視していると、かつて語ったことがある。彼によれば、規範違反の差異化は以下の3つのグループに分けられる。

1. われわれ自身が日常的に行っている違反
2. 機会があれば犯すかもしれない違反
3. われわれが嫌なものと考えるような違反

このような分類によれば、第1のグループが法の日常的不遵守に、第2のグループがいわゆる紳士的でない行為に、そして第3のグループが邪悪者による犯罪にそれぞれ対応する。このような差異化がもっともらしいことは事実であるが、この差異化が学問的議論によっていったいどの程度まで裏打ちされるかをわれわれは問わねばならない。本稿では、法の日常的不遵守に

限定して、人間の本質からこの点の説明を導き出したいと思う。

2 人類学的次元

人類は、誕生以来、共同社会（ゲマインシャフト）を必要とする存在である。なによりもまず、人間は、敬意を必要とする。それなくしては自らの外部の環境を信用することができない。同様に、人間は、自らの意思と他人の意思との境界を画するために規範を必要とする。人間は、さらに、規範により画された境界を確保するために、内的および外的な強制を必要とする存在である。そして最後に、人間は境界を侵犯する存在であり、したがって、時に一般社会（ゲゼルシャフト）の規範をも侵犯したり、場合によっては規範を無視したりする。

理性力のゆえに、人間は、社会によって与えられた境界を認識し、評価し、さらに、それを議論することができる。境界を議論することは、潜在的にすでにそれを踏み越えたことを意味する。というのも、そこには境界づけられた領域のみならず、境界を越えて存在する領域が含まれるからである。しかしながら、この場合の規範違反は、規範が無視されるということの意味するものではない。境界を議論しそれを侵犯するという人間の能力・可能性は、人間の葛藤能力、つまりアンヴィパレンスに基づく。こういったアンヴィパレンスは、精神分析論から知るように、種々の神経器官の緊張から生じる。さらに、このアンヴィパレンスは、生物的基礎をも有する(Roheim, 1977, S. 273-274 参照)。

葛藤を解決する一つの可能性は、一般的に認識された境界を侵犯することである。この行動は、必然的に社会的な損害を与えるものではない。むしろ多くの発見、技術的進歩や社会的発展は、法に違反することなくしてはあり得ないであろう。若い世代が、つねに、先人によって伝えられた性道徳に服していたならば、諸部族や諸国民は死滅していたであろう。オーストリア・ハンガリー帝国には、勇敢で気高い行動に授与される勲章があった（マリア・テレジア勲章）。そして、この勲章は、命令違反の行動ではあるが軍事

的には成功した行動に対して与えられた。このような行動は、規範違反という意味での不遵守としてではなく、正当化される行動と理解されたのである。

3 主観的正当化

日常的不遵守という現象を把握するためには、まず最初に、内的規範と外的規範との関係、つまり個人モラルと社会モラルとの関係を論究しなければならない。高度に文明化した社会では、社会的交渉において相互に信頼しうる明確な基準をそれぞれの市民に保障することが、法の本質的な課題である。市民に対し命令され、あるいは禁止された行為は、市民の多数にとって実践が可能で、それゆえ現実的なものでなければならない。しかし、社会の道徳的規範に関する限り、このことは当てはまらない。道徳的規範は、その実践に対して困難な理想が定められているがゆえに過度に要求的である。そればかりではない。道徳的規範は、通常包括的で広範である。というのは、その対象には外部的行動だけでなく、内部的精神も含まれるからである。

社会モラルに対する違反は、無条件に罰される。いわば内なる裁判官という意味での超自我について考えてみればよい、自我とは、個人モラル（エス）と社会モラル（超自我）、つまり個人モラルと法とが対峙する場である。個人モラルは、一般に最広義での快樂の充足に向けられる。そして個人モラルは、社会的な葛藤において生じる現実的で空想的な不正を恣意的に正当化することに寄与する。法違反の主観的正当化は、以下のように例示することができよう。すなわち、すでに十分に税金を支払っている場合に、なにゆえ、限度を超えてわずか1カートンの紙巻タバコを国境で申告せずに持ち込むことが違反なのであろうか。あるいは、速度制限は悪質ドライバーにとってのみ意味がある。またレストランで、請求書が高額な場合にはお土産としてスプーンを持ち帰ってよい、などの例がある。

深層心理学の観点からみると、社会モラルは個人モラルの後位に立つ。そして、社会モラルは最初は第一次集団との関係において、最終的には社会

(ゲゼルシャフト)との関係において生じる。社会モラルは、社会環境から好意や敬意を得ようとする個人の依存性に依拠する (Erikson, 1984, S. 241-245)。自らの欲求を無制限に満たそうとする者は、社会環境からの好意や敬意を喪失するであろう。社会モラルとは、心理的動因を犠牲にする一つの適応である。個人モラルと社会モラルとの緊張関係は、永続的な関係である。個人が社会統制にさらされる場合にのみ、そしてその限度で、その犠牲が生じる。社会統制が失われた場合に、個人モラルが優位に立つのである。以下では、日常的不遵守を助長する若干の状況を示そう。

4 社会の発展

日常的不遵守は、個人の利益と社会の利益との緊張と同様に古来より存する。しかしながら、その発展をみるのは、とりわけ自己確信を促進し強化する民主主義の社会においてであって、決して古いものではない。これに対して、今世紀の前半では、公的権威は依然父権的イメージによって具現化されていた。その後、決定的な変化が生じた。近時では、父権的イメージは誤りであり、そのアイデンティティに値しないことが明らかとなった。さらに、環境の悪化や将来への不安が、極限に達している (Mitscherlich, 1973, S. 172-204)。

父なき社会では、合法性の思考に変化が生じる。漠然とした権威、つまり立法者によって与えられる準則はもはや正当性をもたず、市民が政治システム向けの要求のみが正当性を有する。つまり、正当性は、国家の規範から個人の願望へと変化したのであり、あるいはそれに立ち戻ったのである。それゆえ、正当性の立証責任は国家に転換された。規範の名宛人は、もはや国家に対する諸要求を自ら正当なものとして証明する必要はない。その反対なのである。したがって、その行きつくところは、現実に法を支配する者は法から免れる権限も有するという個人の絶対主義に類似の形態である。

このような思考の変化は、国家の機関の問題にとどまらなかった。裁判官の法服と大げさな手続きの儀式、まさにこれらは、判決の正しさを裁判官自

身に確信させるにはもはや適さない。判決の正しさに対する確信は、唯一、判決が裁判官自身の公正感覚に合致することによりもたらされる。かつて法的安定性を保障していた形式的手続への信頼は、こんにち人々にも法律家にも、ほとんど存在しない。最近の研究によると、正式な法準則といえどもそれが十全に機能するためには、それが軽視されるという犠牲を伴いつつも、実践的な公正基準の確立が必要とされている。(Heldrich & Schmiditche, 1982, S. 205-213)。

くわえて、現代社会における法の氾濫という問題がある。これら増加しつつある規範は、たんに行政的な性格をもつ規範、たとえば、租税法や技術的性格をもつ法規から成る。他方、基本的な人間モラルに基づく法律も、不変的に実在する。道徳的に中立な法領域が増加する場合は、日常的不遵守のための巨大な遊び場となっている。

5 条件および基準

善良な市民によって犯される日常的な法違反とは何であろうか。われわれは、ここでは3つのグループについて述べなければならない。すなわち、軽微な違反としての公の秩序に関する法規（行政法）、租税法規、他人の所有権に関する法規の違反である。これらの違反に共通しているのは、原理的に法規の意味を尊重していることと、これらの侵犯がつねに規範の命令の周辺にとどまっていることである。先に挙げた1カートンの紙巻タバコの例を想起してみよう。ここで特徴的なことは、違反者は仮に20カートンの紙巻タバコを持ち込めるとしても、そうはしないことである。また、道路交通の事案においても、違反者は法定速度をせいぜい時速20キロオーバーするだけで、可能とはいえ、70キロもオーバーすることはない。これらいずれの事案においても、スリルと快楽が一定の役割を演じている。これらの行動は、規範違反であることには違いないが、しかし、規範に違反することを直接意図したものではない。さらに行為者は、この行動に関する限り、主観的には正当化されると感じるのである。

次に特徴的なことは、このような不遵守はひそかに犯され、もっぱら事後に第三者に認識されることである。ここに矛盾が存するように思われる。正当化された行動を行う市民は、この行動を隠す理由はない。それゆえ、自己の行動を隠すことは、恥の表現として理解されなければならない、それは、彼の行動が暴露された場合に仲間からの敬意を失うことを意味している。この矛盾と思われるものは、個々人はその社会過程において二つのメッセージを受け取るという点から説明できる。一つは「汝法を守るべし」、もう一つは「聖者でさえ日に7つの大罪を犯す」である。もっとも、ここでの罪がどのような罪を意味するのか、われわれは知らない。したがって、ここでの恥は、正しく行動することができなかったという主観的な不安にその根拠をもつ。これは、その者が社会的な正当化に一致して行動しなかったということの意味する(Wurmser, 1993 参照)。

法に違反する可能性は種々雑多であって、日常的不遵守を完全なカタログとして提示することはできない。それにもかかわらず、日常的不遵守を個別的により明確に特徴づけることは可能である。この文脈で特殊な問題は、他人の所有権に対する侵害である。たとえば、オーストリア刑法(1974年法、141条)によれば、一定の条件での軽微な財産犯は被害を受けた者の告訴に基づいてのみ訴追される。この条文は、困窮、無思慮、あるいは一時的な利用などを理由とする場合にのみ適用される。そして、この条文により、万引は多くの場合寛大に扱われることになる。手続的に万引きの犯罪性を取り除くことは、とりわけ、その種の限定的な取り扱いが万引きと類似する万引き以外の行動に不利に働くゆえ、誤った方向にある。このことは、少なくとも刑事実体法の他の条項における同種の事例に当てはまる。先に挙げた封筒の事案に関しても、現行法においては、状況は変わらない(Bertel & Schwaighofer, 1991, S. 161 参照)。

日常的不遵守に関する基準は、主として、行為者において利得への関心が欠如していることおよび日常的によく見られることであるという意味での文化的統合であるといえよう。これらの基準は、それらの客観化が容易である

という利点をもっている。ある行動が日常的不遵守として理解されるかどうかは問題とされる場合、ある程度までは、違反者の社会経済的状況が重要となりうる。たとえば、個人利用の目的で事務所の封筒を利用するという行動は、利得よりもむしろ便利さがその動機と思われる。さらに、文化的統合がみられる場合、罪を非難することは合理的ではない。これらの基準の存在は、少なくとも、第三者にもっともなこととして受け入れられるにちがいない。無賃乗車や無断でスタンドから新聞をくすねる行動は、この関連において限界事例である。特殊な状況では、なお日常的不遵守として位置づけることも可能であろう。

納税拒否の事例でも、基本的には、同様の基準が採用されるべきである。しかしながら、この場合、一般によく知られるように、租税法規の付則には納税拒否に対する賠償の請求規定がすでに含まれているから、損害の程度が比較的高く評価されることになる。

6 法政策的考慮

立法者は市民の日常的不遵守を法的に重要な現象として理解し、そして考慮に入れようとしているという事実から始めよう。法体系の相違や各国の諸条件の相違に関係なく、不遵守の問題は一般的に認識されており、したがってある程度比較可能であると考えてよいであろう。以下の考察は、ドイツ語圏諸国の法とりわけオーストリア法にみられる日常的不遵守の状況および発生の蓋然性に基ついている。

立法者が道徳的に無色であると定義する行政違反行動（秩序違反行為）については、日常的不遵守を考慮して、現行の基準および手段を変更する必要はないと思われる。基準や手段の変更によってこの種の違反は消滅しないことが、まさに日常的不遵守の本質である。たとえば、先の紙巻タバコの事案において、1カートンではなく2カートンの紙巻タバコを免税として持ち込めるという場合には、3カートンの紙巻タバコの持込みが日常的不遵守のケースとして生じるであろう。日常的不遵守を画する基準や手段は、その変更

が社会的に相当であり、そして政策的に望ましいと明らかに考えられる場合にのみ、そしてその限りにおいてのみ変更されるべきである。

変更を行うべきは、今日依然として道徳的非難と結びついた犯罪のラベル付けが行われている場合(犯罪行為)である。ある行動が日常的不遵守の条件および基準を充たす場合には、立法者は、法執行者に、当該行動の犯罪性を否定する可能性を与えなければならない。このような解決は、不遵守が犯罪的ではないという要件を個々の構成要件類型ごとに規定するよりも洗練されており、また一貫している。同じ意味において、個々の犯罪構成要件を行政法(秩序違反行為)に移し変えることも問題であろう。もっとも、この場合、損害についての民事責任はなお別個の問題である。賢明な雇用主は、社内のよりよい雰囲気 considering 封筒の盗難をあっさり忘れ去ることであろう。つまり、社内の良好な雰囲気の方が、雇用主にとってより大きな利点だからである。例え行政法規違反の行動に対する手続であっても、ある行動が日常的不遵守の条件に該当する場合には、その可罰性を否定されねばならないであろう。

要するに、行政法規違反の行動についても、また犯罪行動についても、日常的不遵守に該当する行動については、将来これに関して、いかなる形式でも条文化されてはならないことが求められるべきである。

7 結語

日常的不遵守という現象は、人間という個人的社会的な存在のなかに、予め組み込まれている。日常的不遵守は、社会が与えた限界を判断することができる人間の能力から引き出される帰結である。不遵守は、また規範と現実のギャップを調整するバルブとして機能する。この場合、不遵守の精神衛生的機能にさえ言及することができよう。人間が人間である限り、この不遵守も存在するのであり、そのようなものとして理解されなければならない。このことは、われわれが日常的不遵守の問題と取り組む必要がないということの意味するものではない。近年、法学は、この点においては十分ではない。とりわけ、このことはドイツ語圏諸国においてあてはまる。日常的不遵守を

一般的に許容しうる限度で維持する歩みは、われわれが法と現実との関係を強調することと軌を一にする。

法の日常的不遵守を扱うことへの批判は、要はとるに足りない事項であって、一般に実務はうまくそれを処理しているか、無視しているという点であろう。しかし、ここで述べなければならないことは、まさにこの関連において、刑法や国家の公的秩序に関する法（行政法）にとって現実かつ真の人間像がいかに重要であるかという点を忘れるべきではないということである。日常的不遵守とは、そのような人間像の一つの側面である。

引用文献

- Alexander F. & Staub, H. (1971, Nachdruck1929), Der Verbrecher und sein Richter, In: Moser, T. (Hrsg.), Psychoanalyse und Justiz (S. 204-411), Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bertel, Ch. & Schwaighofer, K. (1991), Österreichisches Strafrecht—Besonderer Teil 1,2. Aufl., Wien: Springer.
- Erikson, E. (1971), Kindheit und Gesellschaft, 4. Aufl., Stuttgart: Ernst Klett.
- Freud, S. (beginnend 1953), The Standard Edition of the Complete Psychological Works (Hg. v. j. Strachey), Bde. XXIV. London: The Hogarth Press & The Institute of Psycho Analysis.
- Heldrich, A. & Schmidtchen, G. (1982), Gerechtigkeit als Beruf, München: C. H. Beck.
- Mitscherlich, A. (1973), Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft, Neuausg., München: Piper.
- Roheim, G. (1977), Psychoanalyse und Anthropologie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Wurmser, L. (1993), Die Maske der Scham, Berlin: Springer.

【訳者あとがき】

本稿は、オーストリア・ザルツブルク大学法哲学・法学方法論・一般国家学研究所 (Institut für Rechtsphilosophie, Methodologie der Rechtswissenschaften, und Allgemeine Staatslehre an der Universität Salzburg) のレイモンド・ヤコブ (Raimund JAKOB) 博士 (心理学専攻) が1993年のイギリス犯罪学会議 (カーディフ大学にて開催) で行った報告原稿に加筆・訂正を加えたものを訳出したものである。なお、原文はドイツ語である。