

## 公法上の「道德律」・「道德」について

—血縁の兄弟姉妹間の近親姦罪 (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB)  
合憲決定 (BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. 2. 2008.)  
をきっかけに—

武市周作

はじめに

- 1 問題状況
- 2 連邦憲法裁判所判決・決定
- 3 公法上の「道德律」・「道德」
- 4 日本の法律・判例

おわりに

はじめに

本稿では、ドイツ刑法173条の近親姦禁止規定、とりわけ血縁の兄弟姉妹間での近親姦禁止規定に関する連邦憲法裁判所の合憲決定<sup>(1)</sup>を材料に、「人権制約根拠としての道德(律)」について、とりわけ公法上の観点から考察する<sup>(2)</sup>。

近親姦合憲決定の事件の概要は、次のようなものである。

Y(被告人、憲法異議申立人)は1976年に生まれ、アルコール依存症の父親に暴力をふるわれていたため、保護のため国立の養護院(Kinderheim)や養育家族(Pflegefamilie)で育てられた。7歳になってある里親(Pflegeeltern)の養子になり、生まれたときの名前とは異なる名前を得て生活することとなった。それ以降、Yは実の家族とは連絡を取ることなく過ごした。その後、Yの両親は離婚し、その直後に妹が生

まれ、妹は母親の下で暮らしていた。Yは学習支援学校（Lernförderschule）に通った後、臨時の仕事に従事したり失業したりしていた。2000年、Yは、実の家族を調査し、青少年福祉局（Jugendamt）を通じて実の母親と連絡をすることとなり、同年5月、母と妹に会った。Yはこのときまで妹の存在を知らされておらず、Yと妹との出会いはこのときが初めてである。同年12月、母親が死去し、Yと妹は二人で暮らすこととなる。2001年8月、妹がYとの間の第一子を出産し、最終的には、妹はYとの間に4人の子をもうけることとなる（上の二人は養育家族に引き取られることとなり、下の二人はYと妹で養育している）。なお、区裁判所の認定したところでは、妹には軽度ではあるが先天的な障害があり、兄に対して相当依存しており、一人では生きていくことができないところまで至っている。

以上のような事実関係から、本件はマスコミでも取り上げられ、世間の注目を浴びた。近親姦の多くは、精神的・物理的な暴力による支配や強制による「性的虐待」である（例えば、2008年5月には、オーストリアで自宅の地下室に自らの娘を24年間も監禁して性的虐待をして自らの子を7人も産ませていた男の事件が報道された。わが国におけるいわゆる尊属殺重罰規定違憲事件も性的虐待の例である）。しかし、本件は、「成長した後に初めて会った兄妹が“恋愛関係”に陥った事例」と捉えるのと、「精神的に依存した妹を近親姦関係に陥らせた、あるいは、近親姦によって妹を追い込んだ事例」と捉えるのでは評価は著しく異なる。個別事例として同情する意見も非難する意見もあろうが、ここで問題としたいのはそもそも近親姦の処罰根拠はいかなるものかという点である。近親姦に対して嫌悪感や不快感を抱くことが社会的に一般的な反応であったとしても、法的にみれば、刑法上の処罰が人権制約にとって最も強烈な手段であることを踏まえて、そういった個人的な主観的感情だけを処罰根拠とすることは妥当ではないであろう。この処罰根拠、あるいは立法目的は憲法上正当化できるものなの

か。

## 1 問題状況

本件のような近親姦や猥褻文書に対する刑法上の禁止、すなわち不道徳処罰の根拠について、刑法学においては、一般的に、「法益保護」か、「社会倫理維持」かが論じられてきた。「法益保護」を支える功利主義、「社会倫理維持」を支えるモラリズムという構図を想定するとして、それぞれの立場から不道徳処罰については異なって論じられる。功利主義の立場から、侵害原理に基づいて、「法の外面性」と「道徳の内面性」を区別した上で、次のような主張にも行き着くことが想定される。すなわち、「個人の自由な選択の行使という価値を妨害し、また、性的衝動の抑圧が個人の感情生活、個性の発展等に悪影響を及ぼすのであって、それにもかかわらず刑法による介入を認めようとするのであれば、それ自体について道徳的正当化が必要であるが、性的不道徳行為が社会に及ぼす実害を証明し得ない以上、介入に対する道徳的正当化は認められない<sup>(3)</sup>」。他方で、モラリズムにおいては、社会道徳を個人に対して強制することを正当とする視点が認められうる。もちろん、これに対しては、「個人の自由」、「個人の尊重」に対する脅威となるおそれがあるとか、多元的社会の否定に繋がるといった批判がなされる。また、国家によるパターナリズムを認めるならば、個人・社会の倫理的な改善の目的のために強制的な介入を認めうることになろう<sup>(4)</sup>。さらには、パターナリズムの視点から、モラリズムとも侵害原理とも異なる道が探られうる<sup>(5)</sup>。

刑法学とは対照的に、憲法学では、強い人権制約である刑罰の根拠として道徳がどのように扱われるべきかについて議論がそれほど多くなされてきたとはいえない<sup>(6)</sup>。内野正幸教授は、明示的に人権制約正当化事由として、「公共道徳」を掲げ、近親姦合憲決定においても問題となっている性道徳の他に、宗教道徳、動物愛護の精神などをその例として挙げている。

他方で、自ら、公共道徳の維持を人権制約正当化事由として掲げることには「多くの問題性をはらんでいる」ことは指摘している。したがって、「価値観の多様化の中で、誰がどのような基準で『公共道徳』の内容を示すのか、という点が問われ」、「当面ここで問題としているのは、社会の大多数の人が認めざるをえないような最低限の公共道徳であり、主として実定的道徳と一致する限りでの批判的道徳である」とされる。憲法学においてはこれまで、道徳を人権制約正当化の根拠として正面から認めることに消極的な姿勢が強かった<sup>(7)</sup>。例えば、パターンリズムの観点から不道徳行為を国家が刑罰をもって禁止する視点、すなわち、「現在の道徳または社会通念からみて、私の判断・行動は誤っている、もしくは、好ましくない<sup>(8)</sup>」から自由を制限するという議論は、憲法学において「パターナリスティックな人権制約<sup>(9)</sup>」として論じられうるが、「限定的なパターナリスティックな制約」という表現に現れるように、基本的にはパターンリズムを根拠とすることには慎重である。しかし、内野教授による「にもかかわらず、私が公共道徳にこだわろうとするのは、…いくつかの合憲的な自由制約事例は、それを援用しなければ正当化しえないのではないか、と考えるからにはほかならない」という視点は重要である。人権制約自体については、とりわけ公共の福祉論や違憲審査基準論などにおいてこれまでも論じられてきたが、「人権制約事由としての道徳」の問題については残されてきたのではないか。その全体について議論することは到底かなうところではないが、このような議論状況に本稿の関心の根本がある。

ここでドイツ法に目を移すと、基本法2条1項で「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する」と定めを置き、道徳による人権制限の可能性を開いているように読める。ここでいう道徳律とは何か、上でみた不道徳処罰との関連でどのような役割を果たすのか。以下では、近親姦合憲決定を皮切りに連邦憲法裁判所の判決において道徳律がどのように論じられてきたのかを整理する。次に、基本法2条1項における「道徳律」、

州憲法における「道德（律）」を、そして、基本法にとどまらない公法上の観点から、国際人権規約やヨーロッパ人権条約、さらには、行政法上の扱いについて概観する。網羅的な検討は困難であるが、このような流れで、公法上の道德律あるいは道德について考察を加えていくこととする<sup>(10)</sup>。

## 2 連邦憲法裁判所判決・決定

まず、先に挙げた近親姦合憲決定をみよう。事実の概要は先にみたとおりであるが、決定の内容を整理する前に、ドイツ刑法は173条の近親姦処罰規定を挙げる。

刑法173条 1 項 直系卑属と性交した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

2 項 直系尊属と性交した者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処され、これは親族関係が解消されたときにも適用される。血縁関係にある兄弟姉妹が性交した場合にも同様に処罰される。

3 項 直系卑属と兄弟姉妹は、行為時に18歳に満たない場合には、この規定によっては罰せられない。

先にみたように、異議申立人は成人後に妹と初めて出会い、その後親密な関係となって性交渉に至り、最終的に妹は兄の子を4人出産している。この行為が刑法173条 2 項 2 文に違反し、区裁判所で有罪判決を受け、上級行政裁判所に対する上訴も退けられた。異議申立人は、連邦憲法裁判所に対して、刑法173条 2 項 2 文が基本法に違反するとして、先の有罪判決に対する憲法異議を申し立てたのがこの事件である。

異議申立人の憲法違反の主張の中心は、基本法 1 条 1 項に結びついた 2 条 1 項における性的自己決定権違反と、基本法 6 条 1 項の家族の保護違反

にまとめられる。そして、「刑法173条は道徳観にのみ基づいており、法益に資するものではない。立法者が反対の立場に立ち、近親姦が社会に有害で、遺伝的疾患をもたらすと考えても、近親姦によるこれらの結果は経験的に確証されているわけではない。さらに、この条文には、処罰対象行為や主体に関する点で欠陥があり、家族の保護に適当ではない。有罪判決は、比例原則違反である」と主張した。

これに対して、連邦憲法裁判所は次のように刑法173条は基本法に違反しないとした。

本決定は、基本的に、刑法173条の処罰の目的設定について立法者には広い裁量の余地があることを前提にしている。したがって、立法者が、家族秩序の維持、近親姦関係に陥ったパートナーの保護、補足的に子の重大な遺伝的疾患の回避を立法目的とすることは、それ自体も正当といえるし、そもそも裁量の余地に含まれることであるとする。ナチスによる優生政策を経験したドイツにおいては、遺伝的疾患の回避という立法目的を正当化することについては特別な意味を持つように思われるが、連邦憲法裁判所は、「立法者が、補足的に、近親姦によって生まれる子の遺伝的疾患の危険が排除できないということを理由にしていることも、不合理なものとして評価することはできない。このような優生学的観点を補充的に援用することは、歴史的に、遺伝的疾患や障害を持った人の権利を剥奪するという理由では排除されない」としている。この他にも、近親姦自体の社会的なタブー視や、道徳的観念、文化的・歴史的基礎づけなどを考慮に入れることも、立法者の裁量の余地を超えてはいないと判断している。

本件では、ハッセマー裁判官が詳細な少数意見を付して、多数意見が認めた同条の立法目的を逐一否定している。例えば、婚姻・家族の保護という立法目的については、同条が、同性間の近親姦や、非血縁関係の兄弟姉妹を処罰の対象としていない点などを理由にその適合性を否定している。また、基本法2条1項から導かれる性的自己決定権の保護についても、そもそも同条が規定されている第12章は、「身分関係、婚姻および家族に対

する罪」であり、「性的自己決定権に対する罪」はその次の第13章である点や、13章以降の条文との構造的な差から、同条の立法目的として認められないとする。さらに、遺伝的疾患の危険回避については、危険の臨床的な出現率について争いがあるものの、行為時には法益主体となりうるのは兄弟姉妹だけであるにもかかわらず、一方で、遺伝的欠陥を持って生まれてくる子供の推定的利益と、他方で、そもそも存在しないことの推定的利益という不合理な利益衡量を行っているから、性交を処罰する目的とならないとする。結果として、部の多数意見が掲げる根拠は否定され、残るのは、国際的な比較憲法の視点、社会的な確信、文化的・歴史的基礎づけ、道徳観といったものが残されることになる<sup>(11)</sup>。ハッセマー裁判官は、立法者の裁量の余地について、刑罰投入が人権に対する脅威である限りにおいて、刑法による処罰の目的について立法者は明確に決定しておかなければならないという立場であることを前提とする。以上のように多数意見の掲げる立法目的の不当性を指摘し、結局、本条の立法目的として残るのは道徳観 (Moralvorstellung) に過ぎないと指摘している<sup>(12)</sup>。

ドイツの基本法2条1項は、いわゆる一般的人格権に対する制約根拠として「他人の権利」、「憲法的秩序」とならんで「道徳律」を置いている。性的パートナーを消極的にも積極的にも決定する性的自己決定権<sup>(13)</sup>が、基本法2条1項における一般的人格権が具体化されたものであるとすれば、この「道徳律」は性的自己決定権に対する根拠として機能するのか。ただし、注意を要するのは、多数意見も言及し、ハッセマー裁判官が刑法173条の根拠として残りうるとした“道徳”は、Sittengesetzではなく、Moralvorstellungである点である。道徳律と道徳(観)を同一視する見解からすれば、この違いは言葉の上での違いにとどまる<sup>(14)</sup>が、連邦憲法裁判所の判決をみる限りでは、同一視しているようにはみえない。この点、過去の判例においてとりわけ道徳律について比較的詳細に言及がなされているものとして、1957年5月10日第一部決定<sup>(15)</sup>を挙げ、連邦憲法裁判所が道徳律についてどのように捉えているかを振り返ろう<sup>(16)</sup>。

この事件は、未成年者との同性愛行為を処罰した刑法175条<sup>(17)</sup>の処罰の合憲性が争われた憲法異議事件である。連邦憲法裁判所は、結論として、刑法175条以下は、同性愛行為は道德律に違反し、それを処罰することについて公的利益が存在しないということはないから、人格の自由な発展に対する基本権を侵害することはない、基本法に違反しないとした。

その中で、連邦憲法裁判所は、基本法2条1項に規定される「憲法的秩序」と「道德律」の関係について、立法者に対して次のような意味を持つと説いた。「一方で、立法者は、道德律に矛盾してはならず—『不道德な』法律は憲法的秩序に含まれない—、他方で、道德律は立法者にとって基準に用いられる。この限りで、道德律は、その他に許されないか、あるいは、許されるか疑わしい立法者による人間の自由に対する侵害を正当化しうる。そして、形式的に個人の人格の自由な発展に際して個人に対する独立した制限を作る道德律は、立法者が人格の自由な発展に対して介入しようとする場合に、この憲法的秩序が立法者を制限する限りにおいて、憲法的秩序に作用する。」このように、憲法的秩序と道德律は相互に影響を及ぼすことを示している。

その上で、「同性愛行為は、明らかに道德律に違反する。性生活の領域においても、共同体は、その構成員に対して、一定の規律の遵守を要求する。これに違反することは、不道德なものとして捉えられ、受け入れられない。ただし、道德律の効力を確定することは困難である。この点、裁判官の個人的な道德感情は決定的とはなりえない。同様に、国民の一部の見解も足りない。非常に重要であるのは、公的な宗教団体、とりわけ二大キリスト教が—その教えから国民の大部分に道徳的行動に関する基準を導き出す—同性愛行為を不道德なものとして非難することである。」これは、キリスト教についての歴史的指摘ではなく、「一般的に認められているか、道德律として妥当するかどうかを問題とするのである。」

他方で、「近親血族間の婚姻・情交の相手方の直系血族との婚姻・および直系姻族間の婚姻」を禁止していた婚姻法の規定<sup>(18)</sup>が、「婚姻の伝統的



形態ないし社会的機能にも、遺伝学的知見にも十分な理由を見いだせない」として、憲法6条1項によって保障された婚姻締結の自由に違反して違憲の判断を下した連邦憲法裁判所判決<sup>(19)</sup>がある。同判決中で触れられている連邦行政裁判所やラント高等裁判所による道德律の内容は、先の同性愛に関する決定に通じる内容であるが<sup>(20)</sup>、連邦憲法裁判所自体は、6条1項違反を根拠にするだけで道德律については言及していない<sup>(21)</sup>。すなわち、連邦行政裁判所は、近親婚の禁止は、姻族や情交関係に基づく共同体から子どもが生まれた場合に、そのような関係からもたらされる親族関係が自然に反し、このような婚姻関係に対する不愉快さによって基礎づけられ、禁止自体は、キリスト教に基づく西洋的観念に合致し、厳格に道德律に服する婚姻制度の保護に資し、それゆえ基本法6条には合致しないと結論づける<sup>(22)</sup>。また、ハム高等裁判所は、合理的には説明されない歴史的な倫理観に基づいて「このような婚姻の締結は不愉快であり、自然に反する」から基本法に違反せず、「このような婚姻禁止は、西洋的・キリスト教的法域においてその形象を得たように、道德律の下にある婚姻の制度に資する<sup>(23)</sup>」としている。

連邦憲法裁判所のごく初期の段階であるこの事件において、以上のようなキリスト教的な観念あるいはいわゆる道德に結びつきやすい内容を説いていたというのは特徴的である。時代背景を踏まえていえば、ナチスに対する反応としてはむしろ自然であるといえるかもしれない。しかし、「基本法が施行されてすぐの頃は、まだ伝統的な…道德 (Moral) への志向<sup>(24)</sup>」によっていたが、「その後、自然法的端緒は明確に薄れていくことになり」、それ以降は、道德律についてこのような説明がなされる例はみられない<sup>(25)</sup>。

### 3 公法上の「道德律」・「道德」

#### (1) 基本法

学説では、基本法2条1項2文の道德律の捉え方については、伝統的な道德観と同一視する見解や、「定評のある実用的な法的概念」である良俗(gute Sitten)、信義誠実(Treu und Glauben)(ドイツ民法138条、242条、826条)とみなす見解が挙げられる<sup>(26)</sup>。いずれにしても、道德律の概念は、その不明確性とそこからくる解釈の多様性に基づいて、国法学上扱いつらい問題であり、機能不全に陥っているといわれたり、一般法律と同等に位置づけられたり、場合によってはそもそも削除してしまってよいという見解すら出てくる規定である<sup>(27)</sup>。

道德律の具体化は、法律学にとって非常に困難な作業であることは確かである。およそ哲学上の観点からのみ基本法における道德律を云々することは一少なくとも解釈上は一十分であるとはいえない。基本法2条1項の成立過程をみても、道德律が及ぶであろう広大な問題に対処しきれぬほどには検討され尽くしていなかったとみられるが、とはいえ、少なくとも当初は道德律に対して、憲法的秩序や他者の権利侵害だけでは十分でないものを埋める役割が与えられるべきであると考えられていたようでもある。この点、マンガルトは、1948年から49年にかけての西側三地区における「議会評議会(Palramentarischer Rat)」議長であったときに、「憲法的秩序だけでは、我々の行為の道德的な基礎をすべて考慮するには足りず、したがって、倫理的な根本法則、すなわち、道德律に言及しないわけにはいかない。法規範の中で、道德的内容が正しく言葉で表現されうることは稀であり、道德律の概念の不明確性は自覚するところである<sup>(28)</sup>」としている。これは、一方で、戦後ドイツのナチスに対する反省から道德律に対する期待が生じるのは自然の流れでありと、他方で、道德律の法律上の限界についてすでに認識していたことも表している。

連邦憲法裁判所判例の流れの中で、道德律についてキリスト教的信条告白から離れていったことは先にも触れたとおりだが、これは「一方で、価値観の経験的な分化 (Ausdifferenzierung) と、他方で、基本法が要請する宗教的・世界観的な中立性」に基づいた概念規定に移行していく流れであるといえることができる。そして、その結果、道德律については、「ドイツ連邦共和国の国民によって秩序ある共同生活に必要な不可欠であると承認された根本的な社会倫理的価値判断の総体」と定義づける見解が広まる<sup>(29)</sup>。この立場からすれば、「道德律の構成要素は、礼儀、涵養、公正、配慮、連帯、相互尊厳といった人間の共同生活における一般的にあるいは広く (「明確に」) 認められる価値根拠」であり、基本法に基づいていえば、「とりわけ人間の尊厳に対する尊重とその保護、平等、そして、ヨーロッパ法および国際法の遵守、平和の要請といった、基本法の憲法コンセンサスのうちに表される価値倫理的な原理」ということになる<sup>(30)</sup>。

## (2) 州憲法

州 (ラント) 憲法において、道德あるいは道德律に言及する例も少なくない。いくつかその例を挙げてみる。

**バーデン＝ヴュルテンベルク州憲法 1 条 1 項** 人は、自らを取り巻く共同体において、自らの才能を、自由とキリスト教的道德律 (christliches Sittengesetz) の実現のうちに、自らのそして他者の福祉にまで伸ばす能力を備えている。

**ブレーメン州憲法 1 条** 立法、行政および司法は、道德 (Sittlichkeit) と人間性の要請に拘束される。

**3 条 2 項** 自由は、公衆の安全、道德 (Sittlichkeit)、健康および福祉のために法律が必要な場合に、法律によってのみ制限されうる。

**ハンブルク憲法前文第3段1文** 何人も、公共の福祉を促進する道徳的義務 (sittliche Pflicht) を負う。

**バイエルン州憲法98条2項** この憲法上保障された基本権は、原則として、制限されてはならない。法律による制限は、公衆の安全、道徳 (Sittlichkeit)、健康および福祉のために法律が不可避的に必要な場合にのみ許される。

**ベルリン憲法7条** 何人も、他者の権利を侵害せず、憲法的秩序あるいは道徳律 (Sittengesetz) に違反しない限りにおいて、人格を自由に発展させる権利を有する。

**ラインラント＝プファルツ州憲法1条1項** 人は自由である。そして、自然道徳律 (natürliche Sittengesetz) による制限の中で、身体および精神的素質を展開させ、自らの人格を自由に発展させる自然権を有する。

**ザクセン州憲法15条、ザクセン＝アンハルト州憲法5条1項** 何人も、他者の権利を侵害せず、憲法的秩序あるいは道徳律 (Sittengesetz) に反しない限りにおいて、人格を自由に発展させる権利を有する。

バーデン＝ヴュルテンブルク州憲法の規定はとりわけ特徴的で、先にみた初期の連邦憲法裁判所判例が説いた道徳律の概念に類似した規定となっている。これによって、バーデン＝ヴュルテンブルク州は、「世俗国家、多元的国家であるけれども、価値中立的ではない」ことが表明される。

これに対して、基本権制約の根拠として道徳律を規定する例が多い。このタイプは基本法2条1項の形式と類似しているが、バイエルン州憲法のように「道徳律に対して明らかに制定法から独立した制限の性格が与えら

れるのではなく、法律上正統な規律目的の限界づけの性格が与えられるだけであり、それゆえ、道德律の制限規律としての異議は一般的にはわずかなものと評価される」とされるものもあれば、ラインラント＝プファルツ州憲法のように「自然 (natürlich)」という語に表れるように国家の自然法に対する義務づけを強調するものもある。もちろん、この自然法に対する義務づけも、その法的内容については明らかではなく、国家権力によって追求されるべき「指導原理」としての性格が重視されるが、一方で、「基本権に内在する保護領域の限界」と捉え、他方で、積極的な立法行為によって拘束力をもたせるなどの説明がなされる<sup>(31)</sup>。

### (3) 国際人権 B 規約 (自由権規約)

道德 (律) に関わる規定は、国内法に止まらず、国際法、EU 法でも規定される。例えば、国際人権 B 規約 (自由権規約) 12条では、移動・居住の自由、国家からの離脱の自由を保障しているが、これらの自由に対する制限の根拠として、「国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道德 (öffentliche Sittlichkeit) 又は他の者の権利および自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立するものである場合」を挙げている。他にも裁判の公開の例外根拠 (14条 1 項)、宗教・信条告白の自由 (18条 1 項)・表現の自由 (19条 1 項)・平和的集会の権利 (22条)・結社の自由 (23条 1 項) の制限根拠として「道德 (Sittlichkeit)」が用いられている。

### (4) ヨーロッパ人権条約

ヨーロッパ人権条約において、道德 (律) に関わる規定は、次のようなものが挙げられる。すなわち、裁判手続における公開の停止の根拠 (6条 1 項 2 項 2 文) において Sittlichkeit と、私生活および家族生活の尊重を受ける権利 (8条 2 項)、信教の自由 (9条 2 項)、表現の自由 (10条 2 項 2 文)、集会の自由 (11条 2 項) において Moral の文言が置かれている。

例えば、ヨーロッパ人権裁判所の事件において、デンマークで出版されイギリスでも翻訳・発売された「子どもや青少年にとっての参考書 (reference book) になるよう、教育や性的事項についてリベラルな立場から著述された」本を所持していた者が、イギリスのわいせつ物出版法に違反するとして有罪判決を下されたことがヨーロッパ人権条約に違反するとして争った事件がある<sup>(32)</sup>。ここで、ヨーロッパ人権裁判所は、わいせつ物出版法は「10条2項に基づいて正当である目的、すなわち、民主的社会における道徳の保護を有している」ことを認めている。この判決は表現の自由の重要性を強調し、わいせつ表現のような「不快な表現」にもその保障が及ぶとしながらも、「他方、…道徳の保護という制約目的については評価の余地が広くなるという先例を確立させ、以後、道徳の保護という制約目的が問題となっている事例では条約違反が認められにくくなっている<sup>(33)</sup>」としている。

ただし、オープン・ドア判決では、例外的に、「それまで『道徳の保護』に対して認められていた国家の評価の余地を狭め、目的と規制の比例性審査を行い、10条違反とした<sup>(34)</sup>」。これは、アイルランド憲法が中絶を禁止していることを受けて、検閲法が「中絶や流産を奨励するような出版を禁止している」点について、ヨーロッパ人権条約10条などに違反しないかが争われた事件である。この判決において、ヨーロッパ人権裁判所は、次のように述べている。すなわち、「アイルランド法において、胎児の生命権の保護が、1983年の国民投票で見られるように妊娠中絶に対する多数のアイルランド人民の意見のうちに反映された生命の本質に関する深遠な道徳的価値に基づいていることは明らかである。その結果、このような制限は、アイルランドにおける胎児の生命権を保護が一つの側面である道徳 (Moral) の保護という正当な目的である<sup>(35)</sup>」とするものの、「道徳の保護の領域における国家の裁量は、絶対的に自由なものではなく」、条約機関の審査に服し、検閲法による禁止は広範に過ぎ、比例原則に反すると結論づけている。

## (5) 行政法

行政法の分野においては、とりわけ営業法の中で道德違反あるいは良俗違反に重要な役割が与えられてきた。不道德な営業に対して、その営業許可を与えないとするのが典型的な例である。これとの関連で有名な判決がピープ・ショー判決<sup>(36)</sup>である。これは、いわゆるのぞき小屋 (Peep-Show) の営業者が、営業法33a条に基づく営業許可を求めた事件である。

営業法 (Gewerbeordnung) は、33a条1項で、人間による営業上のショー (Schaustellung) を行うに当たっては許可が必要であり、公共、観客、営業地および営業地付近の住民を危険、重大な損失、重大な負担から守るために必要な場合には期間を限定し、条件を付することができるとし、2項で、当該ショーが良俗に反することが予想される場合 (判決時の営業法では1号、現行営業法では2号) などには許可が禁止されるとしており、本件営業も2項に基づいて営業が許可されなかった。

連邦行政裁判所は、営業法33a条は、「良俗概念によって、時代的な推移に服する社会倫理的な価値観、すなわち、法共同体における秩序の重要な条件として認められる価値観を指示して」おり、「公の催し物によって常に社会的関連性が与えられ、そのような催し物の道德違反の性質によって、保護すべき公共の利益が侵害されるという立法上の決定に基づいている」とした。そして、人間の尊厳を侵害する営業活動は、良俗違反であると結論づけている。これに対して、行政裁判所、上級行政裁判所は、原告の請求を認容しているが、「上級行政裁判所の判断は、営業法33a条2項1号が『社会的連関性』のある行態について、人間の共同生活を規律することをもっぱら目的としており、倫理性それ自体の保障を目的としたものではない」という解釈に基づく<sup>(37)</sup>。

また、飲食業法 (Gaststättungsgesetz) 4条1項1号は、営業法と同様に、次のように営業許可禁止の場合を次のように定める。すなわち、許可申請者が、営業活動にとって必要な信頼性を有していない場合、とりわけ、アルコール乱用、禁止された賭博、贓物取得あるいは不道德行為を助

長するおそれがあるような場合には、許可は禁止されなければならないと定めている。さらに、5条1項1号で、許可を要する事業者は、常に客を生命、健康あるいは道徳に対する危険から守る義務を負わされうる、としている。これら「(不) 道徳のメルクマールの具体化の観点において、一般的に、伝統的な“礼儀作法 (Anstandformel)” から、憲法テキストへ強く志向する解釈への方向転換が認められる。決定的なのは、法共同体において秩序観念として承認された社会倫理的な価値秩序である」<sup>(38)</sup>。

さらに、売春禁止も例に挙げられる。売春それ自体は、基本法12条1項で規定される「職業」としてみられている。古くは、道徳的に許されない行為であり、基本法で職業の自由が保障されているとしてもその保護領域に含まれない行為であるとされ、また、たとえ禁止されず、処罰されないとしても、道徳違反の行為であるとされてきた（なお、ドイツ刑法は、第13章「性的自己決定権に対する罪」において、売春を助長する行為、人身売買、売春婦のヒモとなることなどを禁止しているが、売春行為そのものを禁止しているわけではない<sup>(39)</sup>）。しかし、今日では、時代の変遷から基本権の規範内容が変化してきたとされ、犯罪的売春や強制売春の例を除いて自由意思に基づく売春は法的に保護されると考えられている<sup>(40)</sup>。2001年末に施行された現行の売春業法 (Prostitutionsgesetz) の1条は、「予め合意した報酬に対してなした性的行為がなされた場合、この合意は法的に有効な要求を基礎づける。このことは、特に雇用関係にある者が、一定の時間について予めの合意した報酬に対してなすこのような行為の提供を用意している場合にも適用される」としている。このような傾向は、確かに、立法理由の中で言及されるように、「報酬を伴う性的行為においては、もはや自動的に不道徳であるということを出発点とすることはできない<sup>(41)</sup>」という考え方から来していると評価できる。

## (6) 小 括

以上、公法分野で、道徳・道徳律がどのように規定されているか、そし



て、いくつかの判例を整理してきた。たとえ成文上の文言が同じであったとしても、制定過程・立法者意思・立法目的なども異なることを考えると、それぞれを単純に同一視することはできない（また、判決例の中で用いている語はよりそのことが当てはまるように思われる）。そもそもが「道德律は、現実的にみれば、不確定であるがゆえに、取り扱いが困難な手に余る概念である<sup>(42)</sup>」から、いっそう厄介である。道德律と道德の関係についての立場の違いは先に見たが、この対立は基本法の捉え方だけでなく、法の捉え方そのものの違いに由来するともいえ、ますます概念把握やその内容が多様化することはさげがたい。

とりわけ EU 法、国際法においては、国内法や国内機関にその内容を委ねざるを得ない状況があり、それはまさに各国の国民意識や法文化、宗教観に配慮した判断であるように思われる。ヨーロッパ人権裁判所の判例において、評価の余地が認められ、道德による制約を争う場面において当該制約が条約違反となりづらくなっている傾向もそれと無関係ではないであろう。先にみたオープン・ドア判決のように、比例性審査を適用し、さらにはその適用を厳密にする傾向ができれば状況は変わるであろうが、それについては今後の判例をまたなければなるまい。

ドイツ国内法においても議論の困難さは変わらないが、国内法についてのみみれば、根本的には基本法の役割に焦点が絞られるように思われる。すなわち、法律上の「道德」・「道德律」の内容について争いがあるとしても、その最終的な根拠は基本法にあるとするほかない。私法との関係では、照射効の程度やそもそも照射効そのものに対する評価次第で、基本法への目配りの程度が弱くなることも立場によっては考えられる（場合によっては不要と考えることもあろう<sup>(43)</sup>）。これに対して、本稿で扱う公法においては、法律レベルでの議論でも基本法による影響を念頭に置くことになる。

先にみたように、基本法 2 条 1 項における道德律の捉え方について、連邦憲法裁判所初期の段階を除けば、判例も学説も同じように捉える傾向が

強い。「道德律」は、基本法2条1項において、「他者の権利」あるいは「憲法的秩序」と相俟って、いわば三位一体的に捉えられてきた。その中で、憲法的秩序に基づく制限のみを重要であるとして、道德律独自の意味を少しでも打ち消すべく、民法によって実定化されたものと同じであるから、憲法的秩序に包含される「他人の権利」と同様に「道德律の制限も、憲法的秩序の制限と並ぶ独自の意義を有しない」とされたりする<sup>(44)</sup>。また、法律の留保に基づいて、法律上具体化されなければならないと指摘される。

これに対して、道德律は、まさに「道德」律である限りにおいて、憲法的秩序にはない重要性を有しており、道德的・倫理的な価値判断の法以前のあるいは法外在的な規範を取り込みうる可能性を探ることはできないか。場合によっては、法律に規定されずとも、まさに憲法規範である限りで、憲法から直接的に適用する可能性を含んでいないか。憲法制定者が、ナチスに対する反省に立ちながら、他方で、十分にその曖昧さは理解しながらも道德律の文言を置いたのには、裁判官に対する内容補填の期待が込められているようにも思われる。それは、議会に一元的にその内容を委ねるのではなく、三権分立を採用し、連邦憲法裁判所を置いたことにも通じているのではなからうか。道德律の内容については、道德律が価値関係的概念であることを考えるまでもなく、基本法が価値秩序であることについての評価とそこから導かれる帰結と深く関わる<sup>(45)</sup>。そのことは十分に承知しているが、本稿では具体的に道德(律)についてどのように規定されているかを眺め、手がかりの一つを整理することにとどめた。

#### 4 日本の法律・判例

ドイツ法を中心に道德・道德律について触れてきたが、わが国ではどうか。

わが国において、それほど道德による人権制限について議論がなされて

こなかったのは先に指摘したとおりだが、法律の規定上は「道徳」という文言を用いる例はそれほど多くない<sup>(46)</sup>。売春防止法は1条で「売春が…性道徳に反」することから売春の防止を図ることを目的としている。少年法は、3条3号ハで虞犯少年の該当事由として「犯罪性のある人若しくは不道徳な人と交際し、又はいかかわしい場所に入出すること」と規定する。また、職業安定法においては罰則規定で「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的…」という規定を置いている。新しいものとしては2006年に全面改正された教育基本法は2条1号で、教育の目標として、「豊かな情操と道徳心を培う」ことを挙げている。もちろん、民法90条以下の「公の秩序又は善良な風俗」や、日本国憲法における「公共の福祉」もここに含むこともできる。言語の違いがあるので、言葉を広げればより増えていくであろうし、狭く取ればここでみるように数は少ない。法律上の規定で一律に比較する意味は乏しい。しかし、その内容についてみれば、教育基本法改正は社会的にも広く議論のあったところで、「道徳心」という文言を入れることには賛否両論あったことは記憶に新しいが、それは別としていわゆる人権制約の根拠という点から規定されているのは、売春防止法のそれであろう。同様に、性道徳の保護を目的とした規制として、猥褻文書に対する規制が挙げられるが、このような視点から道徳あるいは道徳類似概念を用いていないのは特徴的かもしれない。もちろん、それが単に道徳による規制を避けているのかどうかは即断できない。

判例をみると、尊属傷害致死事件判決<sup>(47)</sup>における多数意見と穂積裁判官の少数意見の対立が典型的なものである。すなわち、一方で、多数意見は、尊属に対する殺人・傷害致死に重罰を課すことについて、「法が子の親に対する道徳的義務をとくに重要視したものであり、これ道徳の要請にもとづく法による具体的規定に外ならないのである」と述べ、他方で、穂積裁判官少数意見は、「憲法14条は…たとい道徳の要請からは必ずしも平等視せらるべきでない場合でも法律は何らの差別取扱をしない、と宣言し」たものであり、「殺親罪重罰の特別規定によつて親孝行を強制せんと

するがときは、道徳に対する法律の限界を越境する法律万能思想であつて、かえつて孝行の美德の神聖を害するものと言つてよからう。本裁判官が殺親罪規定を非難するのは、孝を軽しとするのではなく孝を法律の手のとゞかぬほど重いものとするのである」と述べている<sup>(48)</sup>。

また、国際人権 B 規約19条における「道徳の保護」については上で触れたが、わが国の下級審の判決において言及されているので挙げておきたい。すなわち、福岡高等裁判所平成19年9月7日判決は、公職選挙法の選挙運動の制限・禁止について、国際人権 B 規約19条の表現の自由に対する人権制約根拠をまとめて「もちろん、道徳の保護も含めて」、日本国憲法12条にいう「公共の福祉」に含める論理を採用している。すなわち、「自由権規約19条2項における表現の自由の定めは、日本国憲法21条とは文言こそ異なるとはいえ、その内容はさほど異なるとは考えられず、表現の自由に対する規制についても、同規約19条3項は、『2の権利の行使には、特別の義務及び責任を伴う。したがって、この権利行使については、一定の制限を課することができる。ただし、その制限は法律によって定められ、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る。』とし、目的としては、(a) 他の者の権利又は信用の尊重、(b) 国家の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護と定めている。これに対して、憲法12条後段は、『又、国民はこれ（自由及び権利）を濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。』と定めているが、自由権規約19条2、3項の定めは、上記の憲法の定めと比べて、自由を制約する条件がより厳格であるとは考えられないのであり、…同規約の規定上、憲法の解釈と別異な解釈をしなければならない根拠となるとは言えない（むしろ、自由権規約の規定上、日本国憲法の解釈と別異の解釈をすべき明確な根拠がないのに、憲法に拘束される我が国の裁判所が憲法と異なる解釈をすることは正しい態度とはいえない。）。したがって、同規約19条2項、3項も、憲法21条のもとで統一的に解釈適用されるべきである」。

日本国憲法が人権制約根拠として道徳（律）について言及していないこ

とで、少なくとも裁判所は憲法上の根拠を別に正当化することは求められるだろう。とはいえ、人権制約根拠として、公共の福祉と並んで（あるいは、その代わりに）例えば「公益」や「道徳」、「国民としての義務」などといった文言が置かれることで、これらの法律上の制約が当然に正当化されるわけではないし、裁判所が当該制約の正当化について判断を免れるわけではない。その場合には何らかの形で裁判所が道徳を提示するほかない。道徳による人権制限を認めることに対する危険性を指摘するのはこの点にある。内野教授も指摘するように、人権制約根拠として道徳・道徳律を正面から認めることは問題を含み、場合によっては危険を伴いうる。

しかし、不道徳行為の根拠として道徳維持を認める場合に、人権制約の正当化事由として「公共の福祉」という文言にたよる論理は、正当化事由の実質的な考察を抜きにするという意味で道徳維持を前面に押し出すよりもよほど危険である。あるいは、そもそも道徳による人権制限そのものを認めることなく、そして、それは正当化根拠の「公の秩序」の中に“道徳秩序・公共道徳”などを含めることなく、つまりは道徳的な理由そのものを排除するという理論も考えられるし、むしろ従来 of 学説と親和的であるともいえる。例えば、猥褻文書の規制根拠について、「性表現行為も21条が保護する以上、対抗利益または保護利益をより明確にしなければならない」として、「①青少年の精神の健全な発達に悪影響を及ぼす、②性犯罪を誘発する、③女性差別を助長する、④見たくない者の見たくない自由を侵害するという理由」を挙げるのもその例であろう<sup>(49)</sup>。しかし、最高裁判所が、チャトレイ事件において「性道徳の維持」や「性行為の非公然性」を猥褻文書の規制根拠に挙げるのに対して、「とくに④が重要で、判例のいう『性行為の非公然性』は、このような趣旨のものとして再定置されるべきである」とすることが「最も自然」なのか<sup>(50)</sup>。それとも最高裁のように性道徳を認めることが最も自然なのか。

十分に気をつけなければならないのは、道徳による人権制限の可能性を認めることが、すべての現行のあるいは将来の不道徳処罰を妥当なものとする

するわけではないということである。本件冒頭でみた近親姦規定についても、基本法において「道德律」が規定され、その意味内容が憲法的秩序に解消されないものであるとしても、そこからすぐに当該規定の合憲性が導かれるわけではない。詳しくは検討できなかったが、例えば、ヨーロッパ人権裁判所判決で指摘されたように、比例性審査の中で、その立法目的の妥当性を検討することで、他の人権制約根拠と同様に判断することができるのではないか。むしろ、ドイツなどでは比例性審査の懐が広く、そこで道德的な根拠を含めるというのは—基本法において道德律が明示されていることといかに関係するかは別に検討を要するが—自然なことであったと評価できるようにも思われる。

## おわりに

本稿では考察の対象を公法に限定したため、例えば民法上の良俗 (gute Sitten) については検討していない。先にみたように、学説によっては、良俗規定に実定化されていることを、道德律の意義を認める必要性のない理由の一つに挙げるものがあることを踏まえればその検討も求められる。わが国においても、民法学から、公序良俗を基本権保護の視点で再構築する見解が説かれているのは重要である。さらには、連邦憲法裁判所がリユート判決において、基本法が客観法的価値秩序であり、全法秩序に対する照射効を認めた限りでも、検討課題として残されている<sup>(51)</sup>。さらに、私は、これまで保護義務論・保護請求権論を中心に考察してきたが<sup>(52)</sup>、これらの問題と関連して価値秩序について考察することが大きな課題として残されている。その意味で、本稿はこれまでの研究にも繋がるものである。以上のような課題が残されていることを十分に自覚しながら、本稿を閉じる。

注

- (1) BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. 2. 2008. なお、本決定の評釈として、Friedhelm Hufen/Matthias Jahn, JuS 6/2008, S. 550ff.
- (2) 以下では、「道德律」という訳語は基本法2条1項2文の Sittengesetz に限定し、Moral, Sittlichkeit は区別せず「道德」とし、Moralvorstellung は「道德観」とした。
- (3) 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕第2版』（成文堂、2005）8頁。
- (4) 高橋直哉「刑法の倫理性」佐藤司古希記念『日本刑事法の理論と展望上巻』（信山社、2002）10頁。
- (5) 中村直美『パターンリズムの研究』（成文堂、2007）229頁以下、小泉良幸「自己決定とパターンリズム」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2008）169頁。
- (6) ただし、長谷部恭男「国家権力の限界と人権」同『憲法の理性』（東京大学出版会、2006）63頁以下、工藤達朗「道德による人権制限」同『憲法の勉強』（尚学社、2001）161頁以下、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）314頁以下・301頁以下。また、阪本昌成「道德とプライバシー」政経論叢（広島大学）23巻1号、23巻5・6号、24巻4・5号、25巻2号、25巻3・4号（1973～1975）。
- (7) 典型的には、阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔全訂第3版〕』（有信堂、2008）70頁。
- (8) 阪本（注7）、69頁。
- (9) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995）406、411頁。
- (10) Wolfgang Kahl, Sittengesetz im Öffentlichen Recht, Rechtsstaat und Grundrechte. FS für Detlef Merten zum 70. Geburtstag, 2007.
- (11) 国際的な比較憲法的視点については、本件においても多数意見・少数意見ともに参照している分析がある。なお、本件において求められ提出された所見として、Hans-Jörg Albrecht/Ulrich Sieber, Max-Planck-Institut für ausländisches und international Strafrecht, Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392-07 zu §173 Abs. 2 S. 2 StGB -Beischlaf zwischen Geschwistern-, 2007.
- (12) 多数意見と少数意見の違いは、刑罰に関する立法裁量の捉え方の差による。多数意見は、立法裁量を広範に認めるため、立法目的の妥当性などについて緩やかに審査し、少数意見は、それとは反対であるから立法目的の妥当性を一つ一つ厳格に審査し、道德以外の根拠はすべて正当化し得ないと結論づけるのである。多数意見によれば、少なくとも本件の結論を導く

ためには、道徳（律）による人権制約という問題設定自体を立てる必要はない。あくまで少数意見の立法目的の審査を正当であるとした場合に、最後に残された「道徳」による制限が妥当かどうかという議論になることになろう。

- (13) 上村真美『性的自由と法』（成文堂、2004）2頁によれば、「誰と性交するかあるいはしないかは個人が自由に決定しうる」というのは「性交の自由」であって、性的自己決定権の概念はより広い（なお、同115頁以下も参照）。しかし、いずれにしても、「本人が自由意志によって性交することに対して、国家権力がそれを刑罰によって抑圧することは基本的には許されない」。
- (14) 厳密に考えれば、一般的に道徳律の内容を道徳であると考えても、ここで指す *Moralvorstellung* が、*Sittengesetz* に含まれるかは別の問題となりうる。
- (15) BVerfGE 6, 389ff.
- (16) 道徳律について言及しているのは、現行憲法第13章が以前は—先に触れた「性的自己決定権に対する罪」ではなく—「道徳律に対する罪（*Straftaten gegen das Sittengesetz*）」であったことにも関係している。このような刑法改正の傾向については、先の近親姦合憲決定においても言及されている。そこでは、一方で、「刑法と道徳の分離」の観点から、性に関する不処罰化と道徳による保護から法益保護への変遷という傾向により、1969年の第1次刑法改正、1973年の第4次刑法改正によって「性的自己決定権に対する罪」に表題を変え、1994年に刑法175条を削除している点を指摘する。他方で、性的自己決定権に対する犯罪に対して、処罰を強化・拡張する動きも見られ、1993年の児童ポルノに関する第27次刑法改正、1997年の刑法177条から179条までの第33次刑法改正、さらには、性犯罪からの子どもの強化と性犯罪者の留保付きの保安拘禁に至る流れも指摘される。これらは道徳律に対する法律レベルでの対応に関連するものと評価できる。
- (17) 1994年5月31日（BGBl I S. 1168）の刑法改正法律によって未成年者に関する部分は削除された。
- (18) 当時の婚姻法の規定については、宮崎孝治郎編『新比較婚姻法III ヨーロッパ（2）・アメリカ大陸（2）』（勁草書房、1962）905頁。現在は廃止されている。
- (19) BVerfGE 36,146. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 23. Aufl., Rn. 650. ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001）234頁。



- (20) BVerfGE 36, 146 (153).
- (21) BVerfGE 36, 146 (161ff).
- (22) BVerwGE 10, 340. FamRZ 1960, S. 435.
- (23) OLG Hamm, FamRZ 1970, S. 248 (249).
- (24) W. Kahl (Fn. 10), S. 63.
- (25) ピエロート／シュリンクは、先の判決を挙げて、同性愛行為も、婚姻によらない生活共同体も「今日では、反対に、2条1項によって保護されている」とする。Pieroth/Schlink (Fn. 19), Rn. 387. ピエロート／シュリンク (注19)、130頁。
- (26) Dietlich Murswiek, Sachs, GG, Aufl. 4, Art. 2, Rn.94 ; Christian Starck, Mangoldt-Klein, Kommentar zum GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 36ff ; Pieroth/Schlink (Fn. 19), Rn.388 ; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 9. Aufl., § 2, Rn. 19
- (27) W. Kahl (Fn. 10), S. 59.
- (28) W. Kahl (Fn. 10), S. 62.
- (29) W. Kahl (Fn. 10), S. 64.
- (30) W. Kahl (Fn. 10), S. 65.
- (31) W. Kahl (Fn. 10), S. 68.
- (32) Handyside v. the United Kingdom, 7. December 1976, Series A24, § 46.
- (33) 江島晶子「表現の自由と道德保護（わいせつ物出版法による刑事追訴・押収）—ハンディサイド判決」戸波他編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008）148頁。
- (34) 建石真公子「憲法上の『胎児の生命に対する権利』保護を理由とする表現差止命令—オープン・ドア判決」戸波他編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008）56頁。
- (35) Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, 29. October 1992, Series A246-A. § 63.
- (36) BVerwGE 64, 274. ピープ・ショー判決については、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998）277頁以下。
- (37) 小山（注36）、277頁。
- (38) W. Kahl (Fn. 10), S. 70.
- (39) ドイツにおける売春については、上村（注13）、285頁以下。
- (40) Friedheim Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 2007, § 35 Rn. 8 ; Pieroth/Schlink (Fn. 19), Rn. 811.
- (41) BT-Drucks 14/5958, S. 6.

- (42) W. Kahl (Fn. 10), S. 73.
- (43) 「特集・憲法と民法—対立か協働か—両者の関係を問い直す」法学セミナー—646号 (2008)、宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』(勁草書房、2008)。また、私法に対する憲法の理解については、最近の私人間効力論で広く扱われてきた。文献は数多いが、ここでは君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008)、木下智史『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社、2007)、私法の側からのものとして山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000)を挙げるにとどめる。
- (44) Pieroth/Schlink (Fn. 19), Rn. 382ff. W. Kahl (Fn. 10) は、このように道徳律が時代遅れになっていることや、機能を失っていることを強調する見解を指して、「陳腐化・機能喪失テーゼ」としている。
- (45) Thilo Rensmann, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 81ff.
- (46) 「倫理」については職業倫理の視点から置かれるものが多いようである。国家公務員法、国家公務員倫理法、医師法、自衛隊法など。
- (47) 最大判昭25・10・11刑集4巻10号2037頁。
- (48) この対立については、工藤(注6)161頁以下。
- (49) 渋谷秀樹『憲法』(有斐閣、2008)342頁。
- (50) 渋谷(注49)、343頁。
- (51) ここでは、T. Rensmann (Fn. 45), S. 85ff. だけを挙げておく。
- (52) 最近のものとして、拙稿「基本権上の保護請求権に関する一考察」中央学院大学法学論叢21巻1号(2007)。