

ヴィクトリア法文化の比較史的考察
——19世紀後半期「近代法学」の実相と変容の研究——

(研究課題番号 10620014)

平成10～12年度科学研究費補助金(基盤研究(C)(2))

研究成果報告書

2001年3月

研究代表者 **笹倉秀夫**

(早稲田大学法学部教授)

2000年度科学研究費補助金(基盤研究(C)(2))

研究成果報告書

ヴィクトリア法文化の比較史的考察

—— 19世紀後半期「近代法学」の実相と変容の研究——

研究組織

研究代表者 笹倉 秀夫 (早稲田大学法学部教授)
研究分担者 な し

研究経費

1998年度	1200千円
1999年度	800千円
2000年度	1200千円
計	3200千円

研究成果概要

本研究の狙いは、近代法学を1850年代から1930年代までのヨーロッパ文化史の中に如何に位置づけるかという点にある。3カ年にわたる本研究の具体的な成果として次の5論文を得た。これら5論文の共通論点は、対象とするヨーロッパの近代法学が、それ以前からの問題を引き継ぎつつ主要な関心事として追求した事柄である。本研究のテーマは大きいので、成果の発表は、上述の諸論文の様な形で近代法学の主要問題をさらに一つ一つ思想的・文化史的に押さえつつ、その総合的連関において全体像を構築していこうと思う。

5つの論文の概要は下記の通りである。

①抵抗権についての考察 本論文では、抵抗権に関する近世ヨーロッパの自然法思想以来今日に至る思想史を整理した上で、(イ)正常に機能している立憲体制下での、憲法

原理を守るための抵抗と自然法的価値を護るための抵抗、(ロ) 圧制下での自然法的価値をめぐる抵抗と圧制崩壊後のその評価、にケースを分けつつ、戦後ドイツの裁判をも素材にしながら考察した。本論文は、4月に印刷に付し、6月のオランダでの学会で発表する予定である。

②擬制論 本論文では、ドイツ近代法学を中心とした、擬制の評価をめぐる法理論史を整理した上で、文化史全体において擬制がいかなる位置にあるかを考察し、法学におけるこれまでの擬制論を独自の観点から再考した。

③政治・法・道徳の原理比較による考察 「政治」に関するカール・シュミットの問題提起を中心に置きながら、その観点から政治・法・道徳の原理的考察を行い、カント以来のドイツ法思想の流れを総括した。

④法解釈方法論の整理 法の解釈をめぐる基本的諸概念を整理するとともに、それを踏まえ、法解釈の客観性問題、法解釈と法の社会科学との関係論を、近代法学以来の議論を整理しつつ考察した。

⑤法解釈をめぐる規範主義と決断主義 ヨーロッパの文化史および法思想史における二つの流れを整理しつつ、近代法学がその中にどう位置づけられるかを考察した。

1 抵抗権について 5

はじめに 5

1・1 近代憲法体制下での市民の抵抗 6

1・1・1 現行憲法に違反して行為する権力に抵抗する場合 6

1・1・1・1 問題の所在 6

1・1・1・2 田畑・天野説 7

1・1・1・2・1 「抵抗権の合法性」について 8

1・1・1・2・2 抵抗権の根拠付け 10

1・1・1・2・2・1 人権形成史に関わらせる根拠付け 10

1・1・1・2・2・2 国民主権に関係した根拠付け 11

1・1・1・3 抵抗権の基準 13

1・1・2 憲法違反ではないが不当である権力行為に対して抵抗する場合 15

1・1・2・1 第一の点について 16

1・1・2・2 第二の点について 16

1・2 圧制に対する市民の抵抗 17

1・2・1 圧制下の抵抗 18

1・2・2 解放後 19

2 法における擬制 21

2・1 定義 21

2・2 擬制の分類 21

2・3 擬制が避けられない理由 24

2・4 擬制のマイナス面 25

2・5 擬制の各論 25

3 政治・道徳・法 29

3・1 「友と敵」の視点からの区別 29

3・1・1 政治の発生 29

3・1・2 道徳 30

3・1・3 法 31

3・2 政治・道徳・法の対比的考察 32

3・2・1 日常性と例外状況 32

3・2・2 個人と全体 33

3・2・3 自律と他律 34

3・2・4 人を動かすもの 34

3・2・5 誰が自分に命令するか 37

3・2・6 「相手」がどう捉えられているか 37

3・2・7 誰に対して責任をとるか 38

3・2・8 手段・手続きに対する評価 39

3・2・9 人間観 40

3・2・10 思考法 41

3・2・10・1 道徳の思考 41

3・2・10・2 政治の思考 42

3・2・10・3 法の思考 42

3・3 法・政治・道徳の相互補完関係 46

4 法の解釈 50

4・1 法解釈作業の分類と法解釈の客観性・主観性 50

4・1・1 法解釈の分類論 50

4・1・2 法解釈の主観性・客観性について 58

4・2 法解釈と法の社会科学 61

4・2・1 市民法論について 61

4・2・1・1 市民法論とは何か 61

4・2・1・2 市民法原理はどのように使われているか。 62

4・2・1・3 市民法論の問題点 63

4・2・1・4 星野英一の市民法論批判について 67

4・2・2 価値判断論 72

4・2・2・1 内容 73

4・2・2・2 形式 77

4・2・3 法解釈に対する社会科学の貢献の場 78

4・2・3・1 法規範と事実の認識 78

4・2・3・2 法の原理的な特徴の解明 79

4・2・3・3 歴史の方向の解明 80

- 4・2・3・4 判断基準・立場の帰結 82
- 4・2・3・5 イデオロギー批判 82
- 4・2・3・6 立場決定自体 83

- 5 規範主義と決断主義について 85
 - 5・1 古代思想 85
 - 5・2 中世キリスト教 87
 - 5・3 宗教改革時におけるカトリックとルター 88
 - 5・4 近世自然法思想 88
 - 5・5 いわゆる概念法学 90
 - 5・6 構造主義と実存主義 91
 - 5・7 法実証主義 91
 - 5・8 日本の法学 92

Word 変換のため頁番号に若干の誤差あり。

1 抵抗権について

はじめに

本章の課題は、抵抗権論を整理し、「抵抗権の合法性」に関する議論をその中に位置づけ意義を押さえることにある。

今日において抵抗権を論じる上での問題は、『抵抗権は国家権力に抵抗する権利だから、それを国家権力が認めるはずはない。したがって裁判で認められ得ないし、実定法で認められた(合法的)抵抗権には実際上の意味はない。結局、抵抗権は自然法上の権利でしかない』とする見方^{*1}が理論上、真実性を帯びているし、実際上も今日の日本や先進諸国では国民の抵抗運動が弱まり抵抗権概念が死語化しつつある状況があることにある。「抵抗権の合法性」を論じてみても、実益がほとんどない、「捕らぬ狸の皮算用」に映る状況が確かにあるのである。しかしまた、基本的人権や民主主義の本質を考えると抵抗権を問題にしなければならないと思われるし、これまでに裁判において「抵抗に正当性がある」と評価しなければならないケースがあったし、これからもあると考えられるのであって、「抵抗権」を死語化させて良いとは思われない。

それでは、今日において、抵抗権はどう論じるべきであろうか。抵抗権論の一つの総決算を行ったとされる^{*2}樋口陽一の『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房、1973年)所収論文は、実定法上の抵抗権と自然法上の抵抗権とを分け、前者は「平常的状況」下で問題になるのに対して、後者は「ナチズム体制の下でのような」異常な状況下で問題になるとする。そして前者については、「裁判所がそう判定してはじめて保護を受ける」ものであるとして、それへの「期待過剰」に対し警告し、後者については、裁判所の保護が期待できない体制下でのものだと「幻想」ないし「幻想的疑似実定化」に対し警告する。これは注目すべき指摘だが、後述のように、樋口のいう「実定法上の抵抗権」のケースでも自然法が問題になることがあること、逆に「ナチズム体制」的状況のケースでも、裁判所の判断が問題になる場合があることなどからして、その整理には不満が残る。

本稿では、抵抗権を論じる際にほぼ定説となっている仕方で、抵抗権に関わる事柄を二つの場合に大別して問題を考える。すなわち、(1)近代憲法の原則が守られ民主主義が機能している体制下で、憲法や上位の法に違反して不正・不当・不法な命令や法を作りあるいは執行する権力や、違法行為を行う公務員に対する抵抗行

*1 最近でも芹沢齊は言っている、「抵抗が許される事態は常に例外的場合であるという抵抗権論における思考の常道に反する「実定法上の抵抗権」なる概念は放棄されるべきである。」「近代立憲主義と「抵抗権」の問題」『現代国家と憲法の原理』有斐閣、1983年、477頁。ただし芹沢論文は、最近に至るまでの抵抗権論を総括し、「実定法上の抵抗権」が無用でかつ無理であることを議論したものであるが、裁判上で問題になる抵抗については「刑法上の違法性阻却」事由、(正当行為・正当防衛・緊急避難)で十分カバーできる」等とか、上述のように「抵抗が許される事態は常に例外的場合である」とかとするなど、事柄の本質についての誤った認識が前提になっている。

*2 佐々木高雄「抵抗権」『法律時報』49巻7号。

為を問題にする場合と、(2) 近代憲法の原則を根本的に廃棄した圧制に対する抵抗を問題にする場合とである*1。

1・1 近代憲法体制下での市民の抵抗

この場合における抵抗の事例としては、後述する、大学でスパイ行為をしていた警官を学生が追求したポポロ座事件、集会に入り込んだ当局のスパイを追求した舞鶴事件、当局の盗聴行為を内部告発し守秘義務違反で訴追されたドイツのペチュ事件(Paetsch-Urteil)*2などがある。

これらの行為が行われるケースは、行為の目的によって二つがある。第一は、現行憲法に反して行為する権力に抵抗する場合であり(1・1・1)、第二は、現行憲法には保護されていないが重要である価値を侵す権力、すなわち現行憲法には反していないが、しかし、それでも不当と考えられる権力行為に対して抵抗する場合である(1・1・2)。1・1・1の場合は、後述する1・2・1の場合(ここでは裁判所も圧制側にある)とは基本的に異なって、裁判所で救済される見込みがゼロとは言えない。なぜなら、1・1・1の場合は、現行憲法やそれを基礎とする体制に内在する原理から、抵抗権を導き出す形を採れるからである。

1・1・1 現行憲法に違反して行為する権力に抵抗する場合

1・1・1・1 問題の所在

公務員が憲法や法に違反して行為することに対して、市民ないし管轄外の公務員が国家権力に頼らず直接に抵抗することは、「正当」か。ここで「正当」とは、「法的に許される」こと、すなわちそういう抵抗が罰せられないか、損害賠償の対象にならないか、抵抗故に被った不利益が救済されるかを意味する。

「急迫不正の侵害」に対しては、正当防衛が認められる(刑法36条)。しかし、そこで予想されているような「急迫」ではない「不正」の侵害行為に対して、個人が抵抗し、場合によっては、以後そうした侵害行為に出られないように行行為者に対して処置を行うことが、法的に許されるか。民法720条は、「他人ノ不法行為ニ対シ自己又ハ第三者ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ為シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス 但被害者ヨリ不法行為ヲ為シタル者ニ対スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」と、刑法よりは広い範囲を許容している。こうした許容を、さらに刑事事件にも適用できる場合があるか。しかもここで想定されているような単なる私権としての「権利」ではなく、不可譲とされている基本的人権に関わって

*1 天野は、抵抗思想を、「官憲の違法行為にたいする批判、抗議の意味をもつ」場合と、「支配体制にたいする全面的拒否の姿勢をとる」場合とに分けている(『抵抗権の合法性』(法律文化社、1973年、116頁)。同様な分類としては、Guenther Scheidle, *Das Widerstandsrecht*, Berlin, 1969 S.90 がある。樋口陽一も上述のように、実定法上の抵抗権が問題になる「平常的状況」と、自然法上の抵抗権が問題になる「ナチズム体制」のような「極限状況」とを分けている。

*2 Urteil vom Bundesgerichtshof 3. Strafsenat vom 8.11.1965 (Entscheidungen des BGHs, Str. 20, S. 342 ff.)

であり、かつここで想定されているような私人間の問題ではなく、主権者としての国民とその信託の下に統治していながらその信託を裏切り、あるいは違法に国民の人権を侵害した国家との関係において、すなわち民法720条とは本質的に異なる主体関係をめぐって、である*1。

1・1・1・2 田畑・天野説

そうした場合に、憲法に保障された基本的人権に抵抗権の存在根拠を求める説が、田畑忍・天野説である。たとえば、田畑は、「抵抗権論に於てたいせつなポイントは、悪法・悪政に対する抵抗を、法的に許し認め組織し、活用する、と言うことである。つまり、抵抗を、法的に、憲法の枠の中で許容する、と言う点に、近代主義と人間尊重主義とデモクラシーとが存在するのである。歴史が進歩してここにいたった今日では、自然法に根拠した抵抗論的主張の代りに、憲法に根拠した抵抗権の主張が、憲法第一主義の立場に於て正しくなされるべきであり、かつなして効果があるのである。このことを閑却してはならない。」と述べている*2。また天野は、「近代憲法における人権規定の根底には、国家権力の不正な行使にたいする国民の抵抗の歴史が横たわっているのであり、したがってそこには、国民の抵抗権が実定的権利として結晶し、内在しているものと見られなければならない。そうでなければ、各種の人権規定は、現実においてけっきょく無意味な存在と化するおそれがある。しかもなお、現代の抵抗権をもってこれを単に自然法上のものと見ることは、憲法を中心として発展してきた近代的法制度の歴史、なかんずく人権保障の歴史に逆行する、ものと言わなければならない」、と主張する*3。人権の形成過程上には、人民の権利を制度化し擁護するための人民の抵抗が決定的な意味を持った。それゆえ人権は人民の抵抗権と不可分であり、抵抗権を欠いては人権は支えを失うのだから、人権を擁護する以上、抵抗権をも擁護しなければならない、というのである*4。天野はこの立場から『抵抗権の合法性』の大半を歴史的考察に当てている。

1・1・1・2・1 「抵抗権の合法性」について

「抵抗権の合法性」は、抵抗権の単なる「正当性」——実定法に根拠を持たないためただ自然法にのみ依拠した根拠付け——でもなければ、抵抗権のたんなる「適法性」——抵抗権が実定法に明文で規定されているがゆえにそれによる根拠付け——でもない。裁判上で不当な権力に対する市民の抵抗を扱うに当たって、いきなり自然法を持ち出すのでは埒があかない。議論はあくまでも実定法に根ざしたもので

*1 「抵抗権は、国家の活動そのものに対する抵抗の権利である点において、個人に対する正当防衛と区別される」（村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』成文堂、1984年、272頁注5）。

*2 田畑忍「抵抗権と抵抗義務について」法哲学年報1960年、86頁。

*3 天野『抵抗権の合法性』、5・6頁。

*4 アルツール・カウフマンも次のように、抵抗権を人権から引き出している。「抵抗権はすべての権利の源基となる権利である。人間が不正に対して「ノー」と言えるところに自由が存する。そして自由を支えるのが権利だから、抵抗権はすべての人権のもっとも基底となるものである。人間の尊厳の不可侵性を規定している基本法第1条から権利が導き出せるとしたら、それは抵抗権だ。」

Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 2. Aufl. 1984, S.256.

なければならない。しかし、抵抗権を認めた明文規定はごく例外的にあるのみである*1。明文の規定がない場合に、どのようにして実定法に依拠した根拠付けが可能か。そこで問題になる根拠付けが、天野の言う「抵抗権の合法性」である。

それでは、これはいかにして可能か。筆者はここで実定法的原理の概念を提起したい。実定法的原理とは、個々の実定法規の全体的連関を見渡し、さらに思想史や他の社会関係をも視野に入れて考察することによって得られる、実定法が根ざしている原理である。これによる

実際、ドイツ基本法の第20条3項は、「裁判権は法律と法に拘束される」と規定している。この「法」についてドイツ連邦憲法裁判所は、「意味の全体としての憲法適合的秩序に源を有し、成文の法律に対して修正をなしうるもの」（ソラヤ事件判決）とする。つまり、実定法的原理が裁判を拘束すると規定しているのである。これは、戦前・戦中の法律実証主義がファシズムに対する裁判官の無抵抗ないし追従を招いたことの反省から、また法律には欠陥がありかつ時の変化によって問題を生じるものだから、それに適切に対応できる裁判を求める立場から、法律だけでなくそれを超えた法の原理的考察を裁判官に求めた結果である*2。したがってこれは、ドイツだけの問題ではないであろう。

それでは、この実定法原理は、裁判官にどう関係するのであろうか。佐藤幸治は、ドヴォーキン『権利論』（1977年）に示された、「背景的権利」と「制度的権利」の区別を踏まえながら、「人権」を①背景的権利、②法的権利、③具体的権利

*1 1964年のドイツ・ヘッセン州憲法147条は、「①憲法に違反して行使された公権力に抵抗することは、各人の権利であり、義務である。②憲法破壊又は憲法破壊の企図を知ったものは、国事裁判所に訴えて責任者の刑事訴追を求める義務がある。詳細は法律で定める」とする。1947年のブレーメン州憲法19条も同趣旨である。また、1946年のドイツ・ベルリン州憲法23条は、「③憲法に確立された基本権が、明らかに侵害されたときは、各人は、抵抗する権利を有する」とする。これに対してドイツ連邦憲法20条は、「①ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である。②すべての国家権力は、国民から発する。国家権力は、国民により、選挙及び投票で、並びに立法、執行権及び裁判の個別機関により、行使される、③立法は、憲法的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に、拘束される。④（1968年追加）かような秩序の廃止を企てるすべての人に対して、あらゆるドイツ国民は、他の救済手段が不可能な場合には、抵抗の権利を有する。」となっており、ここでは抵抗権が、憲法違反に対してではなく憲法に敵対する者に対して制度化されているのであって*1、事情は異なる（以上翻訳は岩波書店版『基本六法』による）。つまりヘッセン州とブレーメン州の憲法がもっとも明確に、抵抗を市民の「権利であり、義務である」とする。日本国憲法については、第12条が問題になる。第12条は、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。又、国民は、これ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。」としているが、「国民の不断の努力」とは、「自由及び権利」を侵す者に対して国民が抵抗すべき義務をも意味しているとする説がある(田畑・天野)。

*2 石部雅亮・笹倉秀夫『法の歴史と思想』155頁（石部執筆）。

に分類する*1。①は「これが人権だ」という様々な主張において人権とされているもの、②は憲法に根拠をもつ人権、③は判決で認められ保護救済があった人権である。②については、憲法に根拠があるが、明文化されていない人権（②-1）と、憲法に明文化されている人権（②-2）とがある*2。

この分類を参考にしつつ、報告者の解釈を加えると、次のようになる。実定法を根拠とせず自然法論として議論される諸権利は、①に入るが、（憲法13条に内在するとされる）環境権・平和的生存権や、（田畑・天野両によって人権に内在するとされる）抵抗権も、その論証が成功しておれば、②-1に入ることになる。また、憲法13条から引き出され判決でも認められた日照権やプライバシーの権利は、（②-1から）③になったといえる。裁判官が法源として拘束されるのは、②-2であり、同時に、判例である③をも尊重する。裁判官は、②-1を尊重するが、学説に法源性がない以上、それに法的に拘束されるわけではない。しかし、理論的および社会の実態に即したという意味でより良い解釈をするためには、②-1を参照しなければならない。そして裁判官は、場合によっては、①をも、問題の根本的な把握のために、参照する必要がある、と言えるであろう。（佐藤がこう論じているわけではない。）

それでは、この②-1の法的権利はどのようにして③になるか。これは、法の妥当性の問題である。「法が妥当する」という言い方がなされるが、法それ自体が自分の力で拘束力を発揮するなどということはありません。妥当させるのは人間である。すなわち「法が妥当する」とは、第一に、権力がその法を課すこと、第二に、権力ないし人民がその法に従わねばならないと判断することを意味する。具体的には、議員が立法化せねばならないと判断するか、裁判官が判決根拠にしなければならないと判断するか、行政がそれを執行しなければならないと判断するか、市民が生活においてそれを遵守しなければならないと判断することを意味する。この点との関係で重要なのは、尾高朝雄の言う「社会規範」の成立の問題である。社会規範とは、国家によって制定され国家的強制を背景とする「強制規範」とは異なって、「社会に生活する一般人の行為を直接に規律する」法*3である。これが強くなっていくことによって、やがて国家法がそれに応えて形成されるようになる。こうした社会規範が成立するのは、一般社会で人々の或る習慣が蓄積されることや、人々の或る道徳観念・自然法観念が強まることを通じてである。そしてこの観念を造り出すのは、世論や文筆活動の力であるが、②-1のに属する諸理論も、その文筆活動

*1 佐藤幸治『憲法』第三版、青林書院、1995年、393頁以下。

*2 ドヴォーキンの、「背景的権利」と「制度的権利」の区別だけでは、②と③の識別ができないし、②-1と②-2の識別もできないので、本稿の議論には使えない。Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977. このドヴォーキンに倣った小林直樹も、「明示的もしくは暗黙の仕方」で実定法が認めている権利（「実定法上の抵抗権」）と自然法上の権利との区別しか念頭にないため、田畑・天野の抵抗権論を、新正幸の言葉を借りて「実質的自然法説」に分類している。『法・道徳・抵抗権』日本評論社、1983年、318頁。

*3 尾高朝雄、『国家構造論』岩波書店、1936年、183頁。

に関わる事柄の一つである。

1・1・1・2・2 抵抗権の根拠付け

次に、抵抗権を実定的な制度に内在的に根拠付ける試みにはどのようなものがあるかを考えよう。この試みについては、人権形成過程上における闘争の歴史に関わらせる根拠付け、および国民主権に関わらせる根拠付けがある。

1・1・1・2・2・1 人権形成史に関わらせる根拠付け

これについては、田畑・天野説の前述の指摘を検討する形で論じておく。ここで問題は、第一に、人権形成史は人民の抵抗と不可分であり、それゆえ抵抗権を欠いては人権は支えを失うというのが事実かという問題である。そして第二は、この事実を踏まえれば、人権を擁護する以上、抵抗権をも擁護しなければならない、という当為命題が帰結するかである。

第一の点は、日本国憲法自体が認めているところである。すなわち97条は、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて」と規定している。「人類の多年にわたる自由獲得の努力」とは、宗教戦争、イギリスの近代革命、アメリカ独立運動、フランス革命等々の、圧制に対する抵抗を通じて人権が獲得されていった歴史を指すことは明らかである。これと12条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」という規定とを結びつけると、第二の点が出てくることになる。

では、第二点を12条に関連づけずに論じるとどうだろうか。『事実認識は正しいとしても、そこから「抵抗権を認めるべきだ」という当為命題は論理的には引き出せない。それを敢えてすれば、〈自然主義のファラシー〉を犯すことになる』、ということになるのだろうか。われわれはまず、事実から当為は厳密な論理のレヴェルでは引き出せないとしても、人間的生の次元ではどうかを考えなければならない。この次元では、人は論理で生きていくのではなく、蓋然性に依拠した経験的判断や、確率の相対的な高さや、一応の常識的な論理に依拠して方向を決めるのである。むしろわれわれは、「人権形成史は人民の抵抗と不可分である」と認識すれば、人は通常、ごく自然に「それなら、人権を擁護する以上、抵抗権をも擁護しなければならない」と考えるに至るという事実が、一方にあることに注目すべきである。これはなぜ生じるのであろうか。それは、「人間が犠牲を払って獲得したものは大切にしなければならない」とか、「歴史的に繰り返されてきたことはこれからも繰り返す——人権獲得に抵抗を要してきたのであれば、これからもそれを要する——といった媒介項が、事実と当為を橋渡ししていることに注目すべきであろう*1。当

*1 天野の場合にはさらに、「歴史の発展法則に則した進み方をすべきである」というものもある。しかしこれは、たんに法則だからというよりも、人権と民主主義の拡大が歴史の流れだから、それを尊重すべきであるというものである。それが歴史の流れであることは、全体的には否定できないことだし、それによって人々が幸福——幸福の内容には多様なものがあるが——になるのも否定できない。「歴史の法則に沿うべし」もまた、「幸福は追求されるべきである」あるいは「これまでの歴史的な努力は尊重すべし」等の媒介項に依拠しているのである。

為命題は、価値情緒説の人々が考えているように、全くの好みの問題ではない。個人レベルではそういう選択もあるだろうが、共同体の構成員としての人間は、そこで蓄積されてきた基本的なトポス、格言(Maxim)、常識としての媒介項に依拠して判断するものなのである*1。

1・1・1・2・2・2 国民主権に関係した根拠付け

次に、後者の国民主権に関係した根拠付けを論じておこう。

個人が主権者である（国民主権）ということは、「国家は人間のためにあり、人間が国家のためにあるのではな」*2いこと、すなわち個人の本源的な必要である生命・財産・幸福追求・共生を確保するために国家があり、その個人が自分のものとしての国家を自分の意思で動かすことを意味する。公務員は、こうした個人である国民の信託を受けて政治を行うのであり、したがって人権を承認し保護することを義務としている。ドイツ基本法がいつているように、「人間の尊厳を尊重し保護するのはすべての国家機関の義務である」（第1条1節）。したがって、人権や国民主権を侵害する国家は、きわめて重大な義務違反を犯したものでありその限りで正統性を主張し得ず、主権者からの不服従・抵抗を覚悟しなければならない。以下ではさらに、この原則との関連で、論点となる事項を検討しておこう。

①法的安定性との関係 近代国家は、国民の生命・財産・幸福追求・共生のために、内乱を防ぎ秩序を確保する使命を持っている。確かに秩序、法的安定性は重要だが、しかし、近代国家のうちでも民主主義と自由主義を原理とする国家においては、秩序・法的安定性は自己目的でも国家のためでもなく、国民の権利確保のためのものであって、したがって国民の人権を犠牲にしてまで追求されるべきものではない。

ところで、秩序維持は通常は、国家の機関が行う。自力救済に任せていては、無秩序が避けられないからである。しかし、状況によっては、侵害の救済を国家に求められないことがある。国家機関が侵害している場合はなおさらである。この場合には、権利の保持者であり主権者である国民が自己防衛の行為に出ることは、十分考えられる。

②近代国家の「全能」との関係 確かに近代国家は、国民の権利義務を定め、国民に対し生殺与奪の権利も持っている。この国家は部分的権力を認めない。しか

*1 同様に権利の成立史の考察から権利の性格付けを行う作業としては、野村平爾の政治ストライキ肯定論があるその趣旨は、団体行動権が制定されたのは第二次世界大戦後であり、その背景には、ゼネストを含めた政治ストが反ファシズムの有力な武器となったことの教訓や、ワイマール共和国憲法が団結権しか認めなかったことがドイツでファシズムの台頭を許したという反省がある。この成立史を踏まえれば、団体行動権を政治ストとして行使することは、制度本来の含意である、とするものである。野村は、政治ストの歴史を立法者意思を推定させる有力な根拠と位置づけ、立法者意思を媒介にしてその合法性を主張しているのである。野村平爾『日本労働法の形成過程と理論』岩波書店、1958年、89頁以下。佐藤昭夫『労働法学の方法』悠々社、1998年、62頁以下。

*2 Scheidle, a.a.O., S.117.

しこの国家も、主権者としての国民に属しており、したがってその意思に服している。その根本的意思が憲法と法である。憲法と法は、国民が自らに課した準則であるとともに、なによりも国家に遵守を課したものである。これが近代的法治国家（Rechtsstaat）の基本である。このようにして、近代的な法治国家においては法は、国家による統治のための道具ではなく、国家を規制する（国家に行為を命じかつその行為の限界を画定する）装置である。したがってこの装置の実効性の最終的な保証は、国家にではなく（なぜなら一般に自己規制に委ねるのでは規制は効果を上げないから。権力についてはなおさらである）、国家の上にあつて憲法と法の尊重を国家に課した国民の力——それは最終的にはそれぞれの局面で関わり合う一人一人の個人である——に求めるほかない*1。

③代議制および最高裁判所の究極的判断権との関係 確かに近代国家は代議制を採っており、しかも多数決原理で事を処している。したがって、原則として国民は、多数決には従わなければならないし、それによって構成された政府に服しなければならない。しかし、この多数者といえども、個人の本源的権利、それを保障した憲法を侵害することはできない。多数者が憲法違反の法を制定し、あるいは多数者によって任命された政府が憲法違反の法を執行し憲法違反の行政行為を行うときには、それらは無効であるばかりか、代議制・行政はその限りで正当性を喪っており、国民に服従を強要することはできない。

そうした場合において、憲法や法の究極的な解釈を行うのは最高裁判所である。しかし、最高裁の判断を待てない時は、国民が自己の判断で行動しなければならない。それが主権者としての国民に課された憲法擁護のための権利であり義務である*2。

以上のような事情によって、抵抗行為に出ることは、その国民の利益保護であるとともに、その民主主義社会が前提にしている人権ないし憲法そのものの保護であり、したがって、そうした抵抗は、その個人の権利であるとともに、共通の利益を協同で保護し合うべき国民の相互義務でもある。結城がいうように、この意味において「抵抗権は民主制においてはじめて実定法の内部に位置を占めるに至り、人権と憲法のためにその最終的担保の役割を演ずるものとなる」。

*1 この点については、Scheidle, a.a.O., S.116 f. 結城光太郎「抵抗権」（『日本国憲法体系』第八巻、基本的人権Ⅱ）、有斐閣、1965年、132頁。

*2 前掲・村井『公務執行妨害罪の研究』、262頁。Klaus Kroeger, *Widerstandsrecht und demokratischer Verfassung, Recht und Staat*, Heft 399, 1971 は、『代表民主主義の根底に直接民主主義が潜在していて、前者が機能不全になると後者が自動的に前面に出てきて抵抗権を発動する』という考えを批判する。その理由は、直接民主主義が依拠している「人民」は実在していない。「人民」とは、個々の個人のことではなく、「多くの多様な営みや利益から、秩序化された意思形成手続きを通して不断に作り上げていくべき関係概念（Bezugssubjekt）」（S. 18）であるから、代表制を離れて実在しているわけではない、というものである。しかし、村井が言っているように（頁）、抵抗権は直接民主主義の発動そのものではなく、不法によって代表民主主義を機能不全にした権力が、現行法に反する抵抗を不法だとする資格があるかの問題である。

1・1・1・3 抵抗権の基準

次に、こうした場合に抵抗権が認められる基準について考えよう。「抵抗」は、どういう段階で、どのような程度なら、許されるか。この点に関しては、そうした判断を個人に委せてしまつては、アナーキーが生じるという懸念が出される。しかしまた、第三者の判断を求める余裕がない場合が存在することは、十分に考えられる。そこで、個人に判断の自由を認めるとして、その判断の基準を明らかにさせなければならない。

判断の基準を考えるに当たっては、(イ) 行政法学における行政行為の「公定力」に関する議論、及び、(ロ) 刑法における公務執行妨害罪に関する議論、(ハ) 抵抗権に関するこれまでの判決が参考になる。(イ) においては、侵害行為が「重大かつ明白」な違法性をもつ場合には公定力を認めないという基準が問題になる。

(ロ) でも国家の違法との関係が問題になる。また(ハ) においては、目的の正当性、抵抗が「必要にして他に方法がないこと」、手段の正当性、抵抗によって侵害された利益と抵抗によって保護されるべき利益の比較、といった基準が問題になった。

(イ) 行政行為の「公定力」に関する議論

①公定力については、従来、行政行為の無効と取り消しを分け、行政行為の違法性が「重大かつ明白」な場合は、行為は無効であり、そうした行為には公定力を認めないとされてきた。しかし、実際には、「現実の争いにおいては、だれにでも分るほどに客観的に明白な、かつ重要な法律違反等というものは、めったにあるものではない。むしろ、現実に紛争となる大部分の場合、行政庁は有効な行政処分と思ひ、国民は無効だと思ふから見解が対立して法律問題となるのである。^{*1}」

②また、公定力の根拠をめぐっても公定力論には疑問点がある。公定力の根拠であった、国家を個人よりも価値あるものとするのは、今では克服された絶対主義的ないしは全体主義的な見方である。また、第二の根拠としての公共の福祉についても、それが個人の基本的人権に優越するものとは言えない。こうした観点から、今日では、公定力の理由付けは、行政上の便宜のための、あるいは法的安定性を確保するための、政策的配慮によるものであって、法治主義を原則としかつ個人の基本的人権を尊重している体制の下では、国家の本質に属するというよりも、その国家の本質になじまない例外的なものであり、それゆえ制限的にのみ認められるとされているのである。

以上からすると、「重大かつ明白な違法性」を、メルクマルにすることにどれほどの意味があるか問題であるし、抵抗できる場合をそのレベルにとどめてよいかも問題である。

(ロ) 刑法における公務執行妨害罪に関する議論

ここで問題は、違法な執行行為に対する抵抗が可罰か否かである。この点に関しては、「適法性の推定の理論」が論点になる。それは、第一には、手続きの適法性が法の適法性を帰着する、すなわち、権限ある官吏が定められた方式に従って行っ

*1 渡辺洋三「法治主義と行政権」(『法社会学研究』1、東京大学出版会、1972年)

た拘束命令の実行は、救済措置がとられるまでは適法な行為として国民も尊重すべきであり、たとえそれが実際には違法な行為であったとしても、それに抵抗することは公務執行妨害となる、とするものである。これは法的安定性を重視するドイツのベーリンクらの見解である。適法性の推定の理論は、第二には、公務員の行為時の判断を重視するもので、実際には違法であっても公務員が行為当時に適法であると判断したことに相当の理由がある場合には適法であると見なされ、それに対する抵抗は公務執行妨害となるという理論である。しかしこれらに対しては、「国家が違法を犯しながら、それに従わない者を処罰する権限がそもそも国家にあるか」という疑問、および法的安定性の価値のみを一方向的に考え、「違憲な公権力の行使に抵抗することは、万人の権利であり、義務である」ことを没却しているという批判が出されている^{*1}。

(ハ) 抵抗権に関するこれまでの判決

1956年5月14日の舞鶴事件東京地裁判決（判例タイムズ58号、1956年）が提示した、次のような基準である。「行為の違法性はこれを実質的に理解し、社会共同生活の秩序と社会正義の理念に照し、その行為が法律秩序の精神に違反するかどうかの見地から評価決定すべきものであって若し右行為が健全な社会の通念に照し、その動機目的において、正当であり、そのための手段方法として、相当とされ、又その内容においても行為により保護しようとする法益と行為の結果侵害すべき法益とを対比して均衡を失わない等相当と認められ、行為全体として社会共同生活の秩序と社会正義の理念に適応し法律秩序の精神に照して是認できる限りは、仮令正当防衛緊急避難、ないし自救行為の要件を充さない場合であっても、なお超法規的に行為の形式的違法の推定を打破し犯罪の成立を阻却するものと解するのが、相当である。」すなわちここでは、①動機目的の正当性、②手段の相当性、③抵抗によって保護しようとする利益が侵害した利益に比較して価値が大きいこと、の3点である^{*2}。東大ポポロ座事件東京高裁判決（1956年5月8日）も、第1審の東京地裁判決（1954年5月11日）も、同趣旨である^{*3}。（1963年5月の最高裁判決では、こうした判断は否定された。）

*1 前掲・村井『公務執行妨害罪の研究』262、270頁。

*2 この点については、Scheidle も、①目的が、単に私的な利益のためであるか、それとも自覚的または客観的に、人権保護やより良い体制確保を求めてのものであるか、②手段が状況から判断して妥当なものであるか、③第三者の利益を損なうときには、損なわれる利益と得られる利益の間での衡量が必要であること（悪しき行為をして抵抗の対象となった者の利益は問題にしない）、を挙げている。A.a.O., S.138., S.103.

*3 このポポロ座判決についていうならば、結城が指摘しているように、「抵抗権」の観念をもとにしてこの事件を扱うならば、「大学自治保全の法的価値」と「警察官の個人的法益の価値」という二つの価値が対峙し合っているということではなくなる。抵抗権の考えにおいては、権力の違法行為とそれに対する抵抗との間で利益衡量する必要はないし、警察官は単に個人的に行動したのではなく、権力の発動として行為したのであるから、その個人的価値は衡量の対象にならない。結城・前掲「抵抗権」、131頁。前注参照。

1・1・2 憲法違反ではないが不当である権力行為に対して抵抗する場合

憲法違反ではないが不当であるとは、現行憲法によって保護されていないがしかしそれを侵害することがきわめて不正であることである。ここではその一例として「動物の解放」のために権力に抵抗する場合(アメリカやイギリスではしばしば問題になる)を考えてみよう。

動物の解放は、明らかに現行憲法の価値体系の中に完全には収まらないので、それを目指した抵抗——たとえば開発行為や動物実験、軍事上の実験に対して業者及び官憲を妨害することや、法的には保護されていない動物に対する残虐行為を内部告発すること——については、その行為の超法規的違法性阻却を求める場合には、超実定法、すなわち「動物に関する自然法」といったものに依拠するほかない。したがって問題は、第一に、こうしたものをいかに理論化するかであり、第二に、こうしたものがどのようにして実定法的効果をもつかである。

1・1・2・1 第一の点について

動物の固有権・自然権の根拠付けは、結局人間の権利や尊厳の保証根拠と関連づけてなされる。それを要約すると、以下の三つとなる。

(1) 人間はすべて幸福を追求する。幸福の内容は人によって異なっているが、追求すること自体はすべての人に保障される。ところで動物も幸福追求をする存在である。快を求め不快を避け、また意志によって自分を方向付けており、それを制限されると、人間と同様動物もその存在の根元的なものを失う。それ故、人間に幸福追求権を保障するのであれば、それと同等でないにしても動物にも保障しなければならない。

(2) 神秘に満ち一回きりで存在する生命は、人間が作り出せない、神秘に満ちたものである以上、畏敬の念を持って扱うべきである。また、生きる要求を根源的なものとする点で人間も動物も変わらない。それ故、人間の生命を尊重する立場に立つならば、動物の生命に対してもその尊重を及ぼさなければならない。(この観点からは、意識と意思が鮮明な生物であろうとそうでなかろうと、平等に尊重されるべきものとなる。)

(3) 人間は事実として他の生物を殺すことはあっても、権利として殺すことのできる地位にはない。それらは、自己の感覚や意志をもち人間とは別の生を形成する、ともに神(自然)の創造物である。

こうした根拠付けは、社会制度についての根元的考察にもとづくものであるから、先に抵抗権の根拠付けを行った時の議論態様と変わらない。制度や人間の根元にさかのぼって問題をとらえ、それに法的意味を持たせようとするこうした議論は、「事物の自然」に基づく自然法論と同質のものである。これは「事実から当為を引き出す」議論であり、前述のように、「自然主義のファラシー」に陥ったとする批判が投げかけられ得るが、しかし法の世界ではこうした議論こそ重要なのである。なぜなら、法は、ケルゼンの言うところとは異なって、事実の世界から切り離された純粋な当為の世界に属するものではなく、現実の関係の所産でありつつ、現実に対し働きかけるものであるから、法は事物ないし事物関係の自然を無視し得

ないからである。そして現実はどう働きかけ現実をどう変えるのが妥当かについても、すべての問題について、完全な論証がなければ語れないといったものではなく、問題によっては歴史的に蓄積され基本的な了解事項(健全な良識)となっている、人間の幸福の条件や正義の内容を尺度にして判断すべきであり(なぜなら法は、現実の人間の生、すなわち完璧ではないがヨリましなものを求めて積み上げを続けていく営みのための道具なのだからである)、動物をどう扱うべきかについては、そうした問題に属するからである。

1・1・2・2 第二の点について

前述したように、法が妥当するとは、権力がその法を課すこと、もしくは権力ないし人民がその法に従わねばならないと判断することを意味する。ここでの「動物の解放」のための抵抗権が法的に妥当するというのも、これらの事柄を意味する。今日の国家においてこうした抵抗権が認められるかどうかは、最終的には裁判官が判決でそれを踏まえて違法性阻却の問題を扱うことにかかっている。そして裁判官がそれを判決で認める必要条件是、それに関する理論が説得力を持っている(理論付けがしっかりしており、かつそれを単なる倫理の問題としてではなく何らかの実定法に根拠づけて主張できる)場合で、しかもその観念が一般社会できわめて強くなり社会規範となり、それが裁判官にも政治的影響を与えることであろう。この点から「動物の解放」を見ると、この20年の間にそれを是認する世論は高まり、それを根拠にした抵抗は世論によって飛躍的に支持されるようになってきた。たとえば、グリーンピースの運動に見られるように、そうした抵抗は、官権による当初の問答無用の排除や懲罰から、次第に穏やかな排除や罰の緩和へと移っている。陪審制をとっている国では、こうした社会規範に結晶化した道徳観念・自然法観念が陪審員の心証に影響を与えることは十分あり得る(安楽死をめぐることは、そのことが既に起こっている)。

しかし、そうしたことは、日本のように官僚的裁判官が「社会の雑音」を忌避し実定法に縛られているという意識のもとで判断する所では考えにくい。ここでは既存の動物保護法^{*1}の拡張解釈、類推適用を通じて動物保護を拡大し、動物の固有権を実質化させる戦術が必要である。そしてそれとともに、動物の広く保護し、固有権を認めることが人間を幸せにするし人間の義務であるという論理を使って、人間的価値・人間的論理を媒介にして動物保護に進むことである。

こうしたことが奏功するまでは「動物の解放」のための闘争は、1・2に述べる構造と近似している。この問題は、憲法が健全な体制を前提にしている点では前の1・1・1に、そして訴えるのが憲法秩序ではなくそれを超えた自然法である点では次の1・2に、構造が属しており、両者の中間点に位置する問題なのである。

1・2 圧制に対する市民の抵抗

*1 1991年12月に施行された「動物の愛護および管理に関する法律」は、2条の「基本原則」で「動物が命あるものであること」の認識を求めている。こうした規定は、「命の尊厳」ないし「命あるものの尊厳」を媒介にして、動物の固有権への展開がしやすい条件となる。

国家権力が憲法を根本的に改変し、もしくは廃棄することによって、圧制を行おうとするのに対して、市民が抵抗することは、何によって「正当」化されるか。ここでの正当化とは、第一義的には、1・1におけるような罰せられないことを意味しない。というのも、そのような圧制に立ち向かった場合、結果的に抵抗が失敗したなら、圧制者が抵抗者への懲罰を行うことは必至であるからである。また逆に、そうした抵抗が効を奏する場合、すなわち、抵抗者の運動が圧制者を圧倒して、その政権を打倒したり、その悪法を撤回させたりする場合には、罰せられないことは、必至であるから「正当化」が問題にならない*1（1・2・1 圧制下の抵抗）。

しかし第二義的には、1・1の議論がここでも問題になる場合もある。それはたとえば、

ヒットラー、フランコ、マルコス、ピノチェト、スハルトなどの独裁者の政権に見られたように、それらが崩壊し自由・民主の体制が確立した後、独裁時代にレジスタンスに出て不利益を被った市民を保護するような場合である（1・2・2 解放後）。この場合において、その市民の属するレジスタンス勢力が権力を掌握したのであれば、ほとんど無条件に免罪や救済が行われうる。しかし別の勢力によって解放されたような場合には、救済に当たって抵抗行為の態様がかなり厳格に審査される。以下では、この二つに分けて論じる。

1・2・1 圧制下の抵抗

この場合において「正当化」とは、抵抗そのものに大義名分があり、他の市民がそれを支持することが道義上求められる、という意味である。このような場合に問題になる正当性は、どこに求められるか。

ここでは、以下の（A）、（B）二つの道が考えられる。

（A）は、元の憲法の規定に基づいて、改変や廃棄を無効と宣言した上で、元の憲法に依拠して抵抗する道である。たとえば、元の憲法に、日本国憲法前文にあるように「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、〔・・・〕。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と規定されておれば、基本的人権の保障は、憲法改変によって廃棄できないものとして、それを廃棄した圧制に対する抵抗に生かすことができる。（憲法第11条も）。

外国の憲法には、こうした意味での抵抗権や革命権を明確に規定したものがある。たとえば、アメリカ合衆国の独立宣言第2条やバージニア州憲法の第3条がそうである。フランス人権宣言の1793年版は、その第33条で、「圧制に対する抵抗は、それ以外の人権の帰結である」、とし、また、第35条で、「政府が人民

*1 圧制下における抵抗ではなく、憲法秩序を維持している権力の悪しき行為に対する抵抗であっても、「抵抗を禁止する」とか「抵抗を罰する」といった判決が出た場合に、その判決にも抵抗するときには、事情は、ここでの場合と同様のものになる。なぜなら裁判という究極的な判断が下り違法性阻却の可能性がなくなった以上、抵抗者への罰は必至であるのに敢えて抵抗するのだからである。この場合に抵抗権に訴えるのは、権力の発動を世論の力で押さえようと意図してのことである。

の権利を侵害するときは、叛乱は、人民及び人民の各部分にとって、権利のうちでは最も神聖なものであり、義務のうちでは最も不可欠なものである」と規定する。

(B)は、憲法にそうした規定がない場合の問題である。この場合でも、基本的人権や国民主権は、明文に規定されていると否とに拘わらず、侵すことのできない人類普遍の原理であり、一切の憲法制定行為によっても否定できないものとして、それらを廃棄した新憲法に対抗することは、効果的な戦術のひとつと考えられる。そしてこの場合には、依拠すべき実定法（憲法）の明文がないのであるから、根拠はそれ以外のもの、それを越えたもの、すなわち自然法・自然権に直接求める以外にはない。国家は、諸個人の契約によって成立し、公務員はその信託によって統治を行っている。従って、公務員がその個人の本源的な権利を侵し、信託に反して圧制を敷いたならば、国民はその信託契約を解除してその公務員を追放し得る、とするのである。

ここで前の憲法や自然法を援用するのは、政治運動の大義名分としての、すなわち道徳的価値付けという効果を期待してである。（したがって、樋口が言うように、抵抗権の基準論は大した意味を持たない。）

1・2・2 解放後

次にわれわれは、独裁者の政権などが崩壊し自由・民主の体制が確立した後、独裁政権時代に反抗に出て不利益を被った市民を保護するような場合を考えよう。こういう場合には、抵抗の正当性は裁判の場で合理的に評価されることが可能であり、その際には、抵抗権の基準論が重要となる。①不利益の原因となった行為が本当に政治的抵抗行為であったか、②その行為に出ることがやむを得なかったか、③手段が状況から考えて妥当であったか、④損なわれた利益と追求された利益の間に均衡があったか、等が問われる。

こうした場合、国によっては立法によって処理がなされる。たとえば西ドイツは、1953年10月1日の「ナチによる迫害の犠牲者補償法」(Bundesergaetzungsgesetz zur Entschaedigung fuer Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung)によって、「確信、信仰、良心のためにナチスの暴力支配に対して行われた抵抗」による犠牲を救済する方法を採った。この場合には、裁判は形式的には実定法解釈として行われる。しかし、こうした場合にもっとも特徴的なのは、解放後の水準から考えて、「抵抗」が単に合法的なものばかりでなく非合法的行為（犯罪行為となるもの）をも含むことである。すなわち、前者には、意見発表、政治宣伝ビラの配布、出版、ストライキ、サボタージュ、ボイコット運動、政治的なヴィッツを語ったこと、禁止されている外国放送の傍受、亡命、などがあり、後者には、密出国、爆発物の準備、ファシスト員襲撃、敵前逃亡、外国軍隊の援助、徴兵拒否、国家秘密の公表などがある。後者については、平常時の基準からすれば許されないものであるが、これらも抵抗として行われたときには、許容されることがあるのであり、したがって、実定法から独立した思考が必要となる。

しかも、もしこのような法律がなければ、基準になるのは、当時の実定法ではなく、当時も今もを規定していると考えられる自然法ということになる。自然法をめ

ぐって、①不利益の原因となった行為が本当に政治的抵抗行為であったか、②その行為に出ることがやむを得なかったか、③手段が状況から考えて妥当であったか、④第三者の損なわれた利益と追求された利益との間に均衡があったか、の基準が問題になるのである*1。

*

以上からして、自然法を批判する立場から抵抗権を明文で法的に承認された抵抗権に限定することも、また、抵抗権はもっぱら自然法的なものであるとすることも、ともに誤りであることが分かる。抵抗権を論じるに当たっては、実定法の明文を超え実定法秩序の歴史と全体構造が示す論理を明らかにし、そこに実定法解釈を基礎付ける、実定法原理に関する考察がきわめて重要である。そしてこの点を鮮明に押し出したのが、田畑・天野の問題提起であった。この問題提起は、たんに抵抗権論に留まらず、その他の法の基本問題にも当てはまる。

抵抗権論については、『今日の日本では実益がない』とする見方もありうる。しかし、今日においても、官権の不正な処置に対して市民が抵抗しなければならないケースは充分起こり得る。しかも、たとえ政治の現実に抵抗の力が弱くなり、その議論に実益がなくなっても、だからといって抵抗権を否定すべきだということにはならないし、法哲学の議論から追放すべきだということにもならないだろう。
完

*1 压制下における抵抗ではなく、憲法秩序を維持している権力の悪しき行為に対する抵抗であっても、「抵抗を禁止する」とか「抵抗を罰する」といった判決が出た場合に、その判決にも抵抗するときには、事情は、ここでの場合と同様のものになる。なぜなら裁判という究極的な判断が下り違法性阻却の可能性がなくなった以上、抵抗者への罰は必至であるのに敢えて抵抗するのだからである。この場合に抵抗権に訴えるのは、権力の発動を世論の力で押さえようと意図してのことである

2 法における擬制

2・1 定義

擬制とは、実際には A と異なる B を、何らかの近似性に基づいてあえて A だと見なすことである。それには、①実在する物 B を別の物 A と見なす（たとえば結婚した未成年を成年と見なす）場合と、②実在する抽象的な関係 B を、具体的なもの A との本質的類似性に基づいて、その具体的なもの A として扱う（たとえば DNA の構造を説明するのに二重螺旋モデルを使う）場合とがある。したがって擬制において重要な前提作業に類推^{*1}がある。しかし類推は擬制そのものではない。とくに法における擬制は、A・B 間での類推を前提とするが、B を A との類推によって解釈した状態で留めておくのではなく、B を A であると法的に確定してしまうのである。こうしたことが必要なのは、理解を促進するため、および取り扱いを簡便ならしめるためである。

2・2 擬制の分類

ここでは擬制を例示しながら、分類しておこう。

(1) 簡便のための擬制

1) 未成年者が結婚したときは、成年に達したものと看做す（民法 7 5 3 条）

実際には成年でないので本来は「成年」とは別の範疇で扱わなければならないが、それでは規定が重なったりして複雑になるので、立法上の簡便のため「成年」と擬制する。

2) 無記名債権は、動産と看做す（民法 8 6 条 3 項）。これも立法上の簡便のためである。

3) 入学試験に合格した者はその大学で勉強するに値する実力を持っていると看做す。

たまたま試験で「やま」が当たただけの実力のない者でも、その実力あるものとして入学させる。逆に、急病で回答できなかった優秀な受験生でも不合格なら救わない。実際には本当の実力を確認するためには、入学後何度も資格審査をする必要があるが、それは大変だから、1 回の入学試験で「本学で学ぶ実力がある」として扱う。これも、簡便のための擬制である。

簡便のための擬制も、実際とあまりにも乖離していたのでは、擬制が問題視される。なるべく実際に近いものにする必要がある。たとえば、入学試験を正確に実力を測れるものに改善するのも、この一つである。企業が採用した後、途中で資格審査して実力のない者を退社させるのも、擬制を実際に近寄らせる道である。

4) 裁判は、三審まで重ねれば、真理が分かると看做す。あるいは、裁判の手続きをとって行われた判断は、中立で客観的であると見なす。陪審員の評決によって真実発見がなされたと看做す。

これらも、人々の服従を促進するためという簡便のための擬制である。その擬制の効果を上げるために、法服や法廷での儀式、シンボルの動員、裁判官を中立らしくするためにその生活をコントロールすることなどが行われる。しかし、それでも、実際に偏向した裁判が行われ続けると、擬制が支持されなくなる。そこで、判決内容についても、実際に中立で客観的になるよう、努力がなされる。

*1 哲学における類推については、Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2. Aufl., Muenchen, 1984, S. 59 f.

(2) 理解促進、説得力強化のための擬制

- 1) モデル：たとえば DNA 二重螺旋モデル、分子模型、原子核モデル、太陽系モデル
「モデルとは事象を単純化し、理論を考えやすくするためのものである」来栖 1 1 4 頁
- 2) 小説（フィクションとしての）

人生の真実（真理）を人々に認識させるために、作者が捉えた真実（真理）を軸にして、現実描写とは異なるが、一種の現実と思いきまれうる世界を構成し、それを体験させることによって、真実（真理）を認識させる。

こうしたフィクションとしての小説は、日本に多い、自然主義的・写実主義的な私小説とは方向を反対にする。私小説では生の体験を描写することが尊ばれるからである。しかし、どちらも、真実（真理）を認識させることを目的としている点では、変わりはない。なぜなら、真実（真理）は、（イ）日常の事実の中に内在していることもあるし、また、（ロ）日常の事実を超えており、したがって、日常の事実の描写によっては捉えられないものもあるからである。（イ）は、写実主義によって捉え得るし、（ロ）はフィクションによって捉えられる。概して言えば、（イ）は、人間の動物的な側面としての真実（真理）であり、自然主義はこれを捉えようとする。（ロ）は、理想主義的あるいは原理的な抽象的真実（真理）である。

3) 神

神などというものは実際には存在しない、それは人間がイマジネーションで作上げたものであると、いう前提に立てば、神についても擬制が問題になる。

神の存在について論証することは、カントの指摘したように誤りである。しかし、神の不存在も論証の対象ではない。とはいえ、神の存在・不存在の問題は、信じるか信じないかの単なる信仰の問題によるものではないだろう。ここでは、常識的判断が可能だし、それに依拠するので十分であろう。こうした常識に立てば、世界にはあまりにも多くの神がおり、また、その一人の神をめぐっても、時代によって、立場によって、さらには地域によって、内容はさまざまである、という事実から、唯一の神など存在しない、唯一の神が存在しないなら、神は存在しないことになる、という結論を引き出すのが自然であろう。しかし、人間は、『唯一の神が実際に存在しており、それが一人ひとりの人間の運命を支配し、また良心を見抜いている』と看做す（擬制する）ことによって、日々の心の平和や、死に際しての安らぎ、正しく生きることへの励ましなどを得る。神を擬制することは、人間にとって生きる上での必要事項の一つである。

それにしても、神をめぐってわれわれの社会は、なんと大きな擬制を作り上げ、それを軸にして展開していることだろうか。たとえばわれわれは、実際には存在しない神なるものに対して、多額の金を出して豪華なその家（神社・寺）を建て、多量の食事（供物）を提供し、それに仕える人々（祭司・僧侶）を養い、そうした人々を養成するために各地に大学（神学校、神学部）を創り、神に関する架空の物語やその解釈（神学）を学問として大学や研究所で研究し教え、そのための多量の出版物を出し、さらには、そうした神のために他人を迫害したり戦争をしたりして、その結果われわれの貴重な財産・生命・環境・時間をことごとく灰燼に帰させたりする。また、その神の観念の基盤上で、われわれの結婚や家族生活、職業生活、日常生活が形成されるとともに、その生活のかなりの部分——時間・財産・精神的エネルギー——が、礼拝や行事において費やされる。こうした神に関

する法外の擬制とそれに費やす莫大な金とエネルギーのことを考えると、人間世界においては、フィクションそのものがいかに度はずれに現実を左右することがあるか、バーチャル・リアリティが我々の世界のいかに巨大な構成部分であるかに、驚く。

しかしこれも、だからといって宗教をめぐって人間は全く無駄なことに財産とエネルギーを費やしている、とは言えないだろう。人間は、心の安定や充実を得るために、多額の金を払って、良い住居や良い環境を造り、良い薬や医者を求め、良い芝居や音楽を楽しんだりする。神の擬制もまた、そうした心の安定に寄与するものの一つである。むしろ、神に頼る方が心の安定や充実化に要するコストは安いかもしれない。とりわけ、人々を死の恐怖から解放するためには、どんな高価な薬も名医も芸術も学問も効果がないが、神を擬制することによって（神を信じることによって）、人々は安い費用でそれから取り除いてもらえる。（もつとも、いかがわしい新興宗教に手を出すと、逆に多額の寄付や物品購入で搾り取られることになるが。）こうした点で、神の擬制は、死を前にした苦痛に対して一種のモルヒネの役割を果たす。マルクスが神は阿片の一種だといったのは、この点で極めて興味深い発言である。阿片は毒薬そのものではなく、苦痛を除いてくれる薬の一種なのである。

（3）論理的首尾一貫性のための擬制

1) 休止相続財産の法人化

ここでは一つの興味深い論争を追いながら、擬制（3）について考察しよう。その論争とは、古代ローマ法にある休止相続財産(*hereditas jacens*)という制度をめぐる19世紀の議論に関わるものである。論理的首尾一貫性のための擬制は、この問題に関してはプフタとイエーリングに見られる。

ある人が死んだがその相続人がまだ現れない間の相続財産の権利者を誰にするべきか…古代においても、この権利者を、①死んだ人の人格とするか、②将来現れうる相続人の人格とするか、③相続財産それ自体を法人として構成するかをめぐって、著名な法学者のあいだで論争があった。

まず、サヴィニーは、この問題を実践的立場から考えた。かれによれば、古代ローマ法で休止相続財産の制度が意味をもったのは、奴隷制があったからである。奴隷には権利能力がないので、かれの法律行為は誰か自由人の権利能力によってはじめて有効となる。ところで相続財産に含まれている奴隷が、主人の死後、相続人の現れない間に法律行為をした場合、その行為の有効性を、将来に現れる相続人の人格に依存させるとすると法律関係が不安定となる。そこでローマの法学者は、相続人が現れるまでは相続財産を法人だと擬制して、その法人の権利能力に支えられて奴隷の法律行為が有効になるとした……。このようにサヴィニーは理解し、それゆえ奴隷制が存在しない今日においては、法人説は無用であるとする。すなわちかれは、今日においては休止相続財産について、相続人が被相続人の死亡時から相続財産の主体であるとする自然な見方をとるべきだということであった。つまりサヴィニーは、ここで法人化の擬制を、法律上の簡便さの点から捉えたのである。

これに対し、プフタは論理主義的にこの問題に迫った。かれの定義によれば、一人の人間に所有権や債権などの権利が全体として帰属したものである「財産」は、そうした性質からして、それを統合する人間(人格)なしには成り立たない。それゆえ、ある人が死に相

続人が現れない間は、その財産は誰かの人格を前提しなくては論理的に成り立たなくなる。そこでかれは、被相続人が死んだのちには、かれの法的人格は肉体を離れて生き続け、相続財産に乗り移り法人を構成すると論じる。そして相続人が現れると、この法人の法的人格であり・ひいては死者の法的人格であるものが、さらに相続人に乗り移り相続人の法的人格となる、というのである。プフタのこのような議論には、かれの法学の特徴がよく現れている。かれはサヴィニーとは対照的に、法学において実用性よりも論理的首尾一貫性を重視する。相続財産が法人であることは「財産」の概念から論理必然であるというのである。そしてそのためには、死者の人格が輪廻の場合のように永遠に持続するという、右にみたような不自然な議論をも辞さないのであった。(こうした法学の論理至上主義の傾向を、のちにイエーリングは「概念法学」と呼んで批判した。)

イエーリングは、当初このサヴィニーとプフタの間で迷っていた。かれは1844年の論文で、一方では、サヴィニーに従って、この制度が奴隷制と関係しており、その限りで便宜のための擬制であることを認める。しかしかれは他方で、法制度は論理的に矛盾なく説明できなければならないという立場から考察を加えて、相続財産が法人となるのは論理必然である、法人化なくしては法律論が成り立たないともする。かれによると、「債務」には主体としての債務者が欠かせないのだから、債務を含んだ相続財産にも主体が必要である。ところが休止相続財産では被相続人は死に相続人は現れていないのだから、休止相続財産が法人となる以外に主体が見いだせない。法人化なしには休止相続財産はありえないということである。こうしてイエーリングは、死者の自然的な人格と法的な人格を区別し、後者の法的な人格が死後も持続し法人化を経て相続人に乗り移るとする、プフタ的な手法で休止相続財産の法人性を説明した。

若い頃のヴィンドシャイトは、当時のドイツ法学を『実生活から遊離した抽象的な議論をもてあそんでおり、その背景には学問と実務(理論と実践)の乖離がある』と批判していた。かれは、この立場から休止相続財産についても、ドグマでなく、自然な見方によって、すなわち生活の直観によって考えるべきだとする。かれは、相続人が現れない間は財産はそのままあるとすれば十分で、それが被相続人ないし相続人もしくは法人の人格として擬制する必要はないというのである。かれはこの立場から、イエーリングについてもその法学の論理至上主義を厳しく批判した。

ヴィンドシャイトはその後、ローマ法を体系的に整備した有名な教科書『パンデクテン法』を出版し(1862-70年)、ドイツ民法典第一草案を起草した(1888年)が、そのころからかれには論理性を重視する傾向が強まっていた。

2) 次のようなものも、理論上の首尾一貫性を確保するための擬制である。①損害賠償の請求については胎児は既に生まれたものと看做す(民法721条)。胎児にも損害賠償を請求させるのが妥当だが、この擬制がないと胎児は権利能力を持ってないからである。それはまた、包括承継を理論上可能にするためでもある。相続財産に無主の時間を作ると包括承継が理論上不可能になるからである。民法42条2項もそうである。

2・3 擬制が避けられない理由

1) 人間は、徹底して抽象的に思考することができない。なんらかの、具体的な事象との類推による思考を必要とする。

2) 異質なものを、新しいものを、それとして受け止めるよりも、親しんできたものに包摂することによる方が受け入れやすい。

3) 人間は、確実な事実だけに基づいて行動するものではない。事実らしさによっても、行動する。(なぜなら、確実な事実を確保することを待つてはおれないから。) 事実らしさには、擬制、蓋然性、推定、希望的観測などがある。さらに、人間は、事実らしさがなくても行動する。たとえば、習慣にもとづく行動、思いこみによる行動、恐怖や情念による行動、などがそれである。

4) 先に述べた、擬制による簡便さがある。

2・4 擬制のマイナス面

1) 擬制が事実と混同されてしまう。

モデルが現実だと思いきまれる。これは、社会科学者に多い。モデルはあくまでも、説明のためであり、さらには、考察の方向付けたためである。ヴェーバーの理想型もそうである。ところがヴェーバー自体がそれを現実と混同し、たとえば近代の合理的支配モデルをその方向に社会が行くべきものだと考えて、エールリヒの「生ける法」に基づく自由法論を批判した。1950年代に「大衆社会」モデルを日本に導入した人々は、それで当時の日本が説明し尽くされると錯覚した。

神は一つの擬制であるが、これが実体化され自己目的化されると——それは宗教の性質からして避けられないことである——、人間が神に支配されて、様々な非人間的なことを行うようになる。たとえば、異端者の迫害、不寛容、思いこみによる狂信的行動など。

2) 或るものとの本質的類似性を前提にしないと、すなわち真実味を前提にしないと、擬制は擬制たりえない。また、真実味が強い方が擬制の効果は大きい。しかし、それはあくまで擬制であって、事実そのものではない。ところが、いったん擬制を使うと擬制のレベルで議論が留まってしまい、事実そのものの考察を進めることがおろそかにされ、また、現実の実態が擬制によって隠蔽されがちである。裁判で真実が発見されたという擬制が一人歩きすると、実際には偏向裁判が行われていても、建前の擬制に満足して実態解明を行わなくなり、また裁判所は、「偏向裁判」の批判に対して、建前を唱えて反省しなくなる。

2・5 擬制の各論

(1) 法人

法人は、人間の結合体を、一人の人間と似た面(たとえば権利義務の主体となりうる点)に着目して、一人の人間として処理しようという擬制である。これをめぐっては、①そうした結合体は、実際に生き生きとした活動をし、それはその構成員から独立したものであるから、その関係を正しく法に反映させると、当然に法人となるという法人実在説、②存在するのは人間だけであり、その結合体は人間でない以上、法人は著しく技巧的で不自然な法的構成であるから避けるべきであるとする法人否認説、③法人はあくまでも人間が擬制したものであって、それは生活の必要からだとする法人擬制説、に分かれる。

擬制が或る目的のための技術的構成物であるとする、法人実在説が説くような人間に類する完全な実体がたとえなくとも、法人を擬制することは、十分にあり得ることである。実際、構成員から独立した法人格を設定することで、共有財産の登記、契約名義の簡略化、

相続税の処理や所得税等の処理が大変簡便になる。

(2) 国家

われわれは、「国家が命令する」とか、「国家が所有している」とか、「国家の過失によって損害を被った」などというけれども、国家という実体をもった主体（一人の人間に似た）は存在しない。あるのは、或る領域内で生活する人間の集団と、その中の特別の仕事（そうした人間の全体のための仕事）をする「国家公務員」と称する人々の組織、かれらが共同で行動する場としての土地、建物、道具である。「建設省が長良川河口堰の建設を始めた」というが、それは、建設省の一部局に属している公務員が、その権限に基づいてゼネコンと請負契約を結び、それに基づいて下請け会社の人々が、建設のための行動を起こしたということである。「建設省」も「国（国家）」も、そうした人間関係を一つの人間のように、すなわち法人として擬制したのである。

これは、コミュニケーションの便宜さと、法的処理の便宜さのためである。

しかしこうした擬制をすることによって、人々の中には、目には見えないが巨大な人間が、自分の上に保護・支配・方向付けの力を及ぼしていると感じる。ホッブスはこれを「レヴィアタン」という巨人になぞらえた。また、ヘーゲルは国家を地上に降りてきた世界精神とみた。この国家の巨人化が君主の神聖化と重なると、戦前の日本のように、国家の支配が全能のものとなる。

国家の擬制としては、このような国家法人化の他に、国家を君主の私有物（支配の道具）だとする擬制もある。ここでは国家は、独立の人間ではなく、机やいすと同じような所有の対象物だと擬制されているのである。

マルクスはこうした国家の擬制がもたらす幻想をうち破るべく、「国家」を実際の関係に着目して捉えなおし、それが装置であること、支配的な階級の支配のための道具であることを明らかにした。（国家論参照）

(3) 権利

われわれは、「権利を持っている」とか、「権利を喪った」とか「権利を譲り渡した」とか「権利を守る」とかと、あたかも権利が一つの具象的なものであるかのように議論する。しかし、実際には、権利とはある法的関係の効果に他ならない。「所有権」とは、或る人が或るものについて独占的な利用・収益・処分をすることができ、他の人はそれを尊重しなければならないという法的効果を意味している。これをその人がその手に（あるいは体の中に）「権利」という固形物をもっているかのように表現するのである。それは、そうした法的効果が自分に帰属したり自分から離れたりすることが、固形物が自分に帰属したり自分から離れたりすることと似ているから、類推を前提にして、固形物と同様の法的表現を採ったのである。

法学者の中にはこれを迷妄な実体的思考だと批判する人がいる^{*1}。しかしこれは、類推・擬制の便宜的利用の問題である。すなわちわれわれは、そのような表現によって相互にコミュニケーションすることにより、抽象的な関係を端的に具象的に描きうる便宜さを享受で

*1 佐藤節子『権利義務・法の拘束力』成文堂、1997年。

きる。したがって、「権利」を前提にすることに対して「実体化思考」などと批判して、それを止めさせようとする必要はない。

(4) 新しい権利

1) 人格権

人格権の議論は次のように構成しうる。『所有物とは、その人の外部にある、すなわち社会関係におかれたところの物であって、その人の人格の延長物である。ところが、その人の身体は、その人自身の主要構成部分であって、その人の外部にある物以上に、その人と一体である。個人がその所有物に対して独占的利用・収益・処分権を有するのであれば、その個人が彼の身体に対してより絶対的に権利を有しているのは、当然である。これが人格権である。』そうだとすれば、人格権は、所有権の類推適用、もちろん解釈だと言うことになる。したがってそれは擬制とは関係がない。

2) 環境権

これも上の議論と似た形を採る。『所有物とは、その人の外部にある、すなわち社会関係におかれたところの物であって、その人の人格の延長物である。ところが、その人の環境は、その人の外部にあつて、その人の生存に不可欠な物であり、かつその人の人格と不可分につながっている。したがって、人がその環境に対する環境は、所有物に対する関係になぞらえて考えることができる。』しかし、人と環境との関係は、所有権に関連させたもちろん解釈が可能なほどに深くはない。

また次のようにも考えることができる。『その人の身体は、その人自身の主要構成部分であつて、その人の外部にある物以上に、その人と一体である。個人がその所有物に対して独占的利用・収益・処分権を有するのであれば、その個人が彼の身体に対してより絶対的に権利を有しているのは、当然である。これが人格権である。しかるに環境は、その人の身体の健全さを支えるのに不可欠な要素である。したがって、人格権の保障は、環境の保障を不可欠とする。ここから、環境権が帰結する。』この論理は、類推やもちろん解釈には関係しない。

3) 動物の権利

これも、人間に関連させた類推として論じられる。『人間には幸福を追求する権利がある。ところが、動物もまた、幸福を感じる存在であり、動物なりに幸福を追求している。幸福はそれぞれの生において本質的な要素である。それゆえに、幸福追求権に根ざした人間の権利は、できる限り動物にも保障されなくてはならない。』『生命はかけがいのない物であり、尊重されなくてはならない。ところが、人間だけでなく、動物もまた、生命を有している。生命を担う存在であることにおいて動物も人間も変わるところはない。それゆえ、動物の生存・生活もできる限り尊重されなければならない。』

しかしまた、人間に関わる類推をとらない議論もあり得る。『動物の種は人間が勝手に絶滅しうる物ではない。何故なら、人間がそれを創ることはできないから。また、あらゆる生物がそれぞれに存在していたのであり、人間の登場とその支配はごく最近のことであり、この点に鑑みると、人間はこの地上の自己目的的存在ではないことになる。以上によって、動物には、人間の尺度で測れない固有価値があり、動物の尊重が人間には課されている。』この判断に基づいて動物に、人間と似た権利があるとすることは、政策的判断に

よる擬制（人間に権利があるということに基づく擬制）を使った議論である。

（5）自然状態・自然権・社会契約

最初には森の中にただバラバラに個人が散在していて、その出会いと結合の中から国家が形成されていった、という見方は、全くそういう過程がなかったということとはできないかもしれないが、史実を反映していない。すなわちそれは、一つのフィクションである。しかもそれは、法的な擬制というより、小説としてのフィクションに近い。つまり、人間とその社会的関係について、原理ないし本質を捉えて、それを反映させる形で、社会の形成過程をビビッドに描いたものである。

こう考えれば、自然状態論も、またそれとよく似た想定で思考したロールズの正義論も、架空のフィクションにすぎないから意味がないとは云えない。それによって人間とその社会関係の本質を浮き立たせたという功績がある。また、そうした擬制に乗っかることによって、個人の尊重や民主主義を採用した憲法が書かれ、制度が革新されたという功績も無視できない。

こうした自然状態を前提にすれば、個人に国家に先行した権利（基本的人権）が備わっているということも論理的に帰結しやすい。

参考文献：来栖三郎『法とフィクション』（東京大学出版会、1999年）；L.L.Fuller, *Legal Fictions*, *Illinois Law Review*, Volume 25, 1930; Josef Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion*, Frankfurt a.M., 1940；大塚滋「一解釈方法としての擬制」『東海法学』13号、1994年。

完

3 政治・道徳・法

3・1 「友と敵」の視点からの区別

法・政治・道徳は、相互にどう区別されつつ関係し合うのだろうか。このことを考えるには、先ず、「政治の発生」という問題から入っていくのがよい。

3・1・1 政治の発生

或る集団において「政治が発生する」（或る集団が政治化する）とはどういうことであろうか。それは、その集団内に主導権（ヘゲモニー）をめざす複数のグループができ、それらがそれぞれ内部を固め合うと同時に、相互に主導権をめぐって対抗し始めた場合である。国家であろうとその内部の小集団であろうと、いかなる集団であろうとも、「友と敵」の関係が顕在化しそこから新たな統合への動きが始まると、その集団は「政治」に取り憑かれたことになる*1。

われわれの経験から出発しよう。たとえばある音楽サークルについて、それがみんなで仲良くやれている場合には政治は発生していない。サークル員の間で小さな紛争があっても、それは既存のリーダーシップの下でルールに従って解決しうるから、われわれは政治は発生しているとはなお感じない。しかし、次の部長選挙をめぐってサークル内に対抗し合うグループができ、密かな事前運動や激しい選挙運動が展開されれば、われわれはそのサークルに政治が発生したと感ずる。同様のことは、政党内でもそうである。日常的に政治に関わっている政党でも、その中に派閥の動きがなければ、党内「政治」は発生していない。政治集団でありながら、その内部には「政治」がないのである。しかし、やがて執行部をめぐって派閥が顕在化し派閥間での主導権争いに発展すれば、その政党内にも「政治」が発生したとわれわれは感ずる。

われわれはまた、「うちのクラス、自治会に政治を持ち込まないでくれ」といった言い方をする。これは、クラスや自治会の外で或る問題をめぐって争いがあるとき、争う勢力の一方にクラスや自治会を加担させようとする動きが出た場合に、それに反発しての言明である。「和」を尊ぶ日本人は、一般に「自分たちの集団内に政治を持ち込まないでくれ」、「自分たちの集団は政治に関りたくない」という反応を示す。それは「政治」を集団内に持ち込んだり集団が「政治」に関わることによって、集団内部に「友と敵」の関係が顕在化し、それまでの「和」の状況、無垢な平和状態が崩れてしまうのを怖れるからである。

以上のように、「政治」に対する拒絶反応は二つの場合に生じる。第一は、その集団の内部に分派ができ、「友と敵」となってヘゲモニー獲得をめざして抗争し始めるときである。第二は、その集団の外でヘゲモニー獲得をめざして複数のグループが抗争し合っているときに、その集団がどちらかのグループに付くことを迫られるときである。このように「友と敵」の関係は、「政治」を規定するきわめて本質的な要素なのである。

「友と敵」の関係を政治の本質だとしたのは、カール・シュミットである。シュミットは、『政治的なものの概念』*Der Begriff des Politischen*, 1927において、次のように言っている。「政治的な行動や動機の基因と考えられる、特殊政治的な区別とは、友と敵という区別である。この区別は、標識という意味での概念規定を提供するものであって、あますところのない定義ないしは内容を示す

*1 「団体として対立を内に蔵するものは、独り国家のみには限らないから、政治を常に必ず国家の政治と考へることは正当でない」尾高朝雄『国家構造論』岩波書店、1936年、233・4頁。

ものとしての概念規定ではない。それが他の諸標識から導きだされるものではないというかぎりにおいて、政治的なものにとって、この区別は、道徳的なものにおける善と悪、美的なものにおける美と醜など、他の対立にみられる、相対的に独立した諸標識に対応するものなのである。」(田中浩他訳、未来社、1970年、15頁) シュミットは、道徳や美的なものに対する政治の独自性を以上のように特徴付けた上で、この「友と敵」の関係が顕在化したところでは、本来政治と異なる人間活動の領域においても、「政治」が発生することを次のように述べる。「いかなる宗教的・道徳的・経済的・人種的其他の対立も、それが實際上、人間を友・敵の両グループに分けてしまうほどに強力であるばあいには、政治的対立に転化してしまう。政治的なものは、闘争自体にあるのではなく——闘争はそれ自体独自の技術的・心理的・軍事的な法則をもつ——上述のごとく、この現実的可能性によって規定された行動に、またそれによって規定された自己の状況の明瞭な認識に、さらには、友・敵を正しく区別するという課題にあるのである。」(32-34頁)*1

シュミットがこういう議論をした動機の一つが、自由主義思想の批判にあったことを見逃してはならないであろう。シュミットによれば、「自由主義的思考は、きわめて体系的なしかたで、国家および政治を回避ないしは無視する」(89頁)のであったが、そのことは、自由主義思想が、政治の本質を見抜けなかったことを意味する。自由主義思想は、国家や政治に対置して、社会における人間の合理性を前提にし、そうした人間達の自律と協調、調和を前面に押し出し、それゆえ、「友・敵」の関係を非本質的なものとするようになる。しかるに、それはシュミットによれば国家や政治の現実を見ない観念論であって、しかも、そうした思考が蔓延することこそ、その国の政治的終末を意味する。「すなわち、国際政治・国内政治の区別なく、政治史上いたるところにおいて、この〔友・敵の〕区別をなしえず、ないしはなしたがらないことが、政治的終末の徴候としてあらわれる。ロシアにおいては、没落していく諸階級が、革命のまえに、ロシア農民を、善良勇敢かつキリスト教的な帝政農民である、と美化した。」(86頁) シュミットは、そうした見方を、「こっけいで恐ろしい情景」(87頁)と規定し、それゆえ、現代における自由主義を克服しないと国の終末が避けられないとしたのであった。

シュミットの議論のこうした意図を問題視しないわけではないけれども、しかし、「友と敵」の関係は、確かに道徳や法と比べた場合の政治の一特徴であるといえよう。

3・1・2 道徳

政治と比べた場合の道徳の特徴の一つは、「友と敵」の観念がないことである。「困っている人を助けよ」とか「うそをつくな」という道徳は、誰に対しても——国も超え敵味方を問わず——実践すべきものである。道徳的に行為する人は、実際には友と敵に分かれていても、それを気にせずに道徳原理に従って振る舞う人である。それは道徳が本質的に普遍性を指向するものであり、それゆえに「友と敵」をも超越しているからである。「苦しんでいる人に救助の手をさしのべよ」とか「うそをつくな」という道徳は、誰に対して

*1 シュミットは同様のことをまた次のようにも述べているが、そこでは同時に、この「政治的なもの」が本質において非合理的なものであることを指摘している。「現実の友・敵結束は、存在的に強力かつ決定的なものであるから、非政治的な対立も、それがこの結束を生じさせるとたんに、それまでの「純」宗教的・「純」経済的・「純」文化的な標識や動機は後退させられ、いまや政治的と化した状況からくる、まったく新しい、独特の、そして「純」宗教的・「純」経済的等々の「純粋な」出発点からみれば、ときにひどく矛盾する「不合理な」諸条件、諸帰結に支配されることになる。」36頁。

も——その精神においては国を超え敵味方を問わず——行うべきものである。

確かに、こうした道徳が妥当する場が限られていることは思想史上で問題になった。たとえば、戦争の場においては敵をだまして倒すことが重要な作戦の一つであることは、マキアヴェリ以前においても以後においても重要なテーマであり続けた^{*1}。

また、ニーバー (Niebuhr, Reinhold, *Moral Man and Immoral Society*, 1932)が指摘するように、個人道徳と集団道徳では、道徳内容が著しく相反する場合が通常である。ある集団を維持し発展させるためにその構成員に課せられた道徳である集団道徳は、明確に「味方」・「敵」の関係を意識している。たとえばそれには「国に献身せよ」とか「祖国のために敵を殺せ」とか「敵を人間と思うな (鬼畜米英)」といったものも含まれる。これに対して、集団のそうした必要が表面化しない社会生活一般において人間一般に対して通用する個人道徳では、「敵」の観念はない。ここでは端的に「殺すな」・「だますな」の形が道徳であり、適用範囲に限界はない。せいぜいここでは「敵」は、「敵であっても」という形で問題になるだけである。「汝の敵を愛せよ」とは、「敵であっても愛せよ」という意味である。したがって、個人道徳に従った行為が、集団道徳に照らして逆に悪徳となる可能性がある。たとえば「汝の敵をも愛せよ」という個人道徳を忠実に実行した道徳的な上官や兵士は、集団にとっては売国奴となる。

だが、この場合においても、この上官や兵士が個人道徳 (日常道徳) に忠実であったことには相違はない。強い道徳的確信を持った上官や兵士ならば、売国奴と呼ばれることをも辞さないであろう。実際、人道主義が発達するにつれて、捕虜となった敵に対しても人間的な扱いが求められるようになったし、とくに捕虜である傷病兵に対しては適切な治療が求められるようになった。「敵であっても愛せよ」の個人道徳がヒューマニズムによって集団道徳を乗り越えようとしつつあるのである。ヒューマニズムの発達は、「友と敵」の見方を敵対集団間でも限定していくのである。

3・1・3 法

これらに対して、法の場合はどうであろうか。後述のように、「法」の概念も多様であるが、ここでは典型的な法である制定法に限定して考察しておこう。

①まず、法の規定においては、「友と敵」の関係は捨象される。法の規定は、一般に抽象的な名宛人 (「ひと」、「なんびと」、「国民」、「債権・債務者」、「借地人・地主」など) から成り立っている。これは、法の特徴であるところの法の普遍性、抽象性に関わっている。

②法の運用のあり方、そこで重視されるべき基本価値においても、例えば「正義」は、敵と味方を差別せず人間として扱うところにあり、たぶんに道徳と重なる。正義の人は、とるべき手段においても正義に適って行動する。

③法は行為規範 (日常の行為の準則) であるとともに裁判規範 (裁判の準則) であるが、この裁判規範が働く場である裁判においては、確かに、被告と原告が分かれることが前提になる。その際には、とりわけ集団訴訟の場合など「友と敵」の関係が顕在化することが多い。この点で、法は、道徳とは異なり政治への接近を示す。しかし、同時に、こうした裁判の場合においては、被告と原告の集団同士の政治的争い——究極的には暴力に訴える

*1 拙稿「マキアヴェリ再考」『法学雑誌』41巻2, 3号、42巻1号、1995年。

——がすべてを決めるのではなく、建前上は、第三者であり中立である裁判官が、公平な立場から、しかも当事者に理性的な論議を尽くさせたいうで、どちらにヨリ説得力があるか（論理的に筋が通っているか、事実が根拠として十分か、法に根拠を置いているか）を合理的に判断することによって、決着を付けるのである。つまり「友と敵」は、その決定的な場面では捨象され、あたかもコンクールでのような審査対象に転化する。しかも裁判では理性的討議が決定的要素となり、「友と敵」の政治に固有の、非合理的な集団間の憎悪・暴力の要素は意識的に排除される。

④立法の場（議会）においては、確かに政党に分かれる。しかしこの場でも、理性的討議が前提になり、また決定に際しては、「何名の議員が賛成したか」という没政党的なカウントがなされ、成立した法は、市民代表ないし国民代表が決めたものとして——議員は部分代表でなく、市民・国民全体の代表であると言う建前がある——、「友と敵」の関係を捨象して施行される。

以上のような事情から、法においては建前上では「友と敵」の関係は表面化しにくい。しかし、実際には法の根底には「友と敵」の関係が働いているのでもある。この点をはっきり押さえておかないと、法生活の表面的な合理性・論理性・融和性のみにとらわれてしまう。この問題意識に立脚して、従来の法有機体説や概念法学を批判したのがイェーリングの『権利のための闘争』であり、マルクス・エンゲルスの階級闘争論、すなわち「法は支配者階級の支配のための道具である」とする立場であり、憲法学者カール・シュミットの「友・敵」関係に立脚した憲法理論であった。

こうした点で、法は、本質的に「友と敵」の関係を越えた道徳と、「友と敵」の関係を本質とする政治の、中間にある。

3・2 政治・道徳・法の対比的考察

以下においては、政治・道徳・法をめぐるさまざまな論点が、「友と敵」の観点からどのように照射されるかを考察しよう。

3・2・1 日常性と例外状況

政治・道徳・法は、それぞれをめぐる日常性と例外状況とにおいて、どのようにその本質を現すか。

1) 政治の特徴である「友と敵」の関係は、普段は意識に上らないが、深刻な問題が生じた場合に顕在化する。「友と敵」の関係が鮮明になり「政治」が発生する場合は、ある集団にとって、ただならぬ時、例外状況である。また、日常の中で密かに準備されていた「敵」の集団形成が表面化すると、その集団は、日常的なものから、ただならぬ関係、例外状況に移行する。このように政治は、非日常性、例外状況と関係している。

1) これに対して道徳は、どのような場合でも妥当することを本質としている。一般的に道徳の世界には、日常性と非日常性の区別はない。「うそも方便」とは言うが、道徳家は、うそをつかねばならない状況下で苦しむのである。そうした時にかれが道徳に反してうそをつけるのは、きわめて重要な別の価値を護るためだけである。たとえば「患者本人にショックを与えるな」という要請と、「患者が末期ガンである」という真実を偽るなどという要請とが相克するような場にあつて、患者を救うためうそをつくことが選ばれるのである。こうした場合、人は緊張関係に追い込まれるが、この緊張関係自体が、道徳の妥当要求には本来例外の場がないのだということを物語っている。

3) それでは、法はどうか。法によっては、非常事態法といった非日常時に働き出すものもある。しかし、上述のように本質的に法は、日常性を前提にして規定されている。法に従った日常業務が行われるのは、とりわけ、官僚による事務=行政の場においてである。紛争が生じ、完全な日常性が崩れた裁判の場でも、また「友と敵」に分かれて法をめぐる集団闘争が展開される立法の場でも、日常性は、法の世界ではなお完全には崩れておらず、そうした紛争や闘争は、官僚である裁判官によって、実務的にすなわち決められたマニュアルに従って、合理的に処理されていく。

以上によって、ここでも、純日常的な道徳と非日常的な政治との中間に、法が位置することになる。

3・2・2 個人と全体

右のことは集団の運動と言うことをめぐっても、同様である。

1) 政治は、「友と敵」の間での集団運動を本質としている。集団力学が問題となるこの場では、個人は全体を構成する一要素にすぎない。個人が内面でどう考えているか、どういう心境であるかは、リーダーをめぐるはその影響が大きいので重要だが、一般の国民をめぐるでは——全体の意識（世論の動向）として働かない限り——あまり重要でない。

2) これに対して道徳は、どうか。ここでは道徳を反省的道徳と倫理的道徳(社会的道徳)に分けなければならない。両者とも社会規範であり、かつ上述の「我が集団」を捨象した個人道徳であることには変わりはない。しかし、両者は関心方向が異なる。反省的道徳は、純粋な心で実行したか、自分の良心に照らしてやましい意識が入っていなかったか、義務を義務として端的に果たしたかを問う。すなわちここでは、関心は自分の心に向かう。これに対して、倫理的道徳では、行為を社会との関わりで考えるので、実際に道徳の命ずる行為をしたかどうか問題である。

たとえば、反省的道徳では、「姦淫するな」については、実際に姦淫をしたかどうかだけでなく、姦淫したいと思っただけですでに姦淫したことになる。「人を殺すな」については、殺人行為に出ただけが問題ではなく、殺意を懐いたことが既に人を殺したことと同罪となる。イエスが示したこの論理は、反省的道徳について、きわめて本質をついたものである。また、カント (Immanuel Kant, 1724-1804)が明らかにした反省点もある。すなわち「困っている人を助けよ」については、何かの見返りを期待して実行した場合には、道徳ではなくなり、逆に偽善行為となる。ここでも内面のあり方が問われている。これに対して、倫理的道徳には「公園を汚すな」といった個人を名宛人にしたものと、「他国を侵略するな」、「海洋を汚すな」といった形で個人を超えた主体を名宛人としたものがあるが、ともにそれが守られておれば十分であり、心の純粋性、良心に照らしてどうかには、関心がない。

歴史的に見れば、反省的道徳は、個人の内面を覚醒させたイエスによってはじめて鮮明になり、カントがそれを義務論として純化させたのであって、イエスに先立つ社会、あるいはその影響が弱い社会では、倫理的道徳が中心であった。

3) 法は、個人間の問題である場合と、集団間の問題である場合とがある。個人が重視されるのは主として市民法の場合であり、集団が問題となるのは主として公法・社会法の場合である。市民法の場合は個人が焦点となるケースが多いが、しかしここでも、個人は抽象的な人格として扱われる。公法の場合は「国民」、「住民」、「納税者」といった一

般概念で、社会法の場合には「労働者・勤労者」、「借家人」といった一般概念で、人が扱われる。したがって、ともに具体的な実存的個人としてではない。また、紛争においては、ともに「当事者」・「原告・被告」といった個人的観念で覆われる。具体的な事情は故意・過失、量刑や情状酌量をめぐって重要な考察対象になるが、しかし法の規定に合致しているかどうかの定型的な判断が中心となる。内面の意図は、悪意や害意、故意・過失などをめぐって問われるが、それ問題になるのは法の一部においてである。

以上によってここでも法は、政治と道徳の中間にある。

3・2・3 自律と他律

1) 政治においては、「友と敵」に分かれ対抗し合う集団は、相互に様々の圧力・強制力を行行使し合う。この圧力・強制力を受けることによって、集団同士の、あるいは集団内部の関係が動いていく。圧力・強制力が政治の一特徴である。つまり政治においては個人は、自分の外部からくる力を受けて行動するものである。

2) これに対して道徳においては、とりわけ反省的道徳においては、本人の良心の命令に本人が従うところにその本質がある。したがって、外部から強制されて行為することを本質とはしていない。強制されて、あるいは強制を気にして行った行為は、道徳性を有していないとされる。たとえば、慈善活動も、強制されて、あるいは強制が怖くてやったと分かれば、ほめられることはない。これに対して倫理的道徳においては、たとえば村の習俗を乱した者、村の聖域を汚した者を村八分にするように、社会的な強制もあり得る。

3) 法は、違反者に対する罰や不利益扱いなどを基盤に置いており、その限りで、究極的には強制力によって担保されている。しかし、法における強制力の行使は、正統な権力によるか、またはその権力によって認められた者によるかの場合しか、許されない。その点で、同じように強制力が働く場である政治とは異なる。政治においては、究極においては権力の正統性が崩れ、生の実力がぶつかり合う形での強制力が問題になるのだからである。

以上のように、ここでも、法は、道徳と政治の中間にある。

3・2・4 人を動かすもの

1) 政治において人を動かすものは、第一義的には非合理的要素である。

(1) 「政治」の発生をもたらす「友と敵」の関係は、友の間での連帯感と、敵に対する憎悪をもたらす。これらはともに感情であり、その極みは深い情念である。「いかに友を結束させ敵を効果的に打倒するか」は、きわめて冷静な戦略・戦術に関わる合理的な思考を要求するが、そういう思考を動員するには情念をかき立て、それにのっかかるとでなければならない。

(2) 「友と敵」の関係の発生自体がまた、非合理的なものに関わっている。すなわち、権力欲、支配欲、物欲、差別感に動かされて、人は味方を作り敵を作る。

(3) 政治の動き方もまた、非合理的なものに深く関わっている。

①政治は集団での行動を基盤にしている。人々をして行動に向かわせるものは、意志であるが、この意志は、理性と情念とから方向付けとエネルギーとを受ける。このうち、例外状況にあつて人々をヨリ強く規定するのは、情念である。すなわち、政治においては、利益誘導や、人々のルサンチマン、救済願望、コンプレックス（強迫観念）に訴えて動員が行われる場合が多く、その方が効果的である。正義感や人道主義的な動機、大義名分等

の理性的要素も動員のために使われるが、これらも効果をもつのは、道徳原理に対する理性的判断においてというより、それらの道徳内容に対する情熱に結びついたときである。

②集団行動は集団心理と不可分につながっている。この集団心理は、個人の判断を超えたものである。個人の判断の場合は理性が指導力を発揮する可能性もあるが、集団の心理が規定的である場合には、理性の働く余地は少ない。

③さらに、集団間の政治において最も効力を持つのは、相手の集団に対する威嚇力である。それは自集団の結束力や、相手集団に対する実力の誇示によって相手に植え付けられる。この実力のうちには、経済力や文化の高さも入るが、決定的なのは軍事力、すなわち暴力性の優位である。したがって集団は、暴力性誇示に走る傾向を持つが、暴力性誇示の場と結びつくのは、情念、非合理性であり、そうした状態が日常化すると、その集団内に非合理性が蔓延する。

④前述のように、個人道徳と集団道徳とは相異なる。個人的には「汝の敵を愛せよ」ということが美しい道徳となって推奨されるが、集団においては、たとえば指導的政治家はその集団の敵を愛したら、「裏切り者」として打倒される。こうした点においても、「友と敵」の関係を顕在化させた集団をめぐっては、個人道徳の働く余地、理性の働く余地が少ない。

(4) 「政治」の静止状態における伝統・習慣の支配

政治が運動から静止に入ったとき、たとえば、敵が打倒されて自分達の支配が安定し平和が確保された状態が長引くと、政治の世界においても伝統や習慣が大きな力を持つようになる。伝統は、支配者の正統化のためにも重要である。伝統や習慣は、理性的判断で不断に改良・革新を行っていく対象ではなく、固定化した精神による墨守、緊張を欠いた日常性の継続の対象であり、それゆえ非合理性に根ざす要素がより大きい。確かにこうした要素は、法や道徳の世界においても無視し得ないものではあるが、法における慣習の力や、本来の(義務論的な)道徳における習俗の力は、極めて限定されたものである。

(5) 政治における決断(賭け)の要素の重要性

政治を営む際の各局面も、決断の要素が重要である点で、非合理性に関わっている。決断とは、合理的判断で結論づけられないところにおいて、意志力に依拠して結論を選んで進むことである。この事実も、次のことと結びつく。

①政治的判断においては、法則性に基づく判断は難しい。憶測をまじえて判断材料を検討し、それを踏まえて決断によって結論を出すことが必要である。

②すべてのケースに妥当するような理論は政治の場では存在しない。当面するケースをどう判断し処理すべきかは、最後には決断によるしかない。

③判断の材料をすべて集めることはできない。どの段階で材料集めの作業をうち切って結論するかは決断による。

④どの選択肢も完璧ではない。不完全なものの中からどれを採るかは、決断によるしかない。

(6) 保守派と革新派における、合理性と非合理性

保守は本質的に非合理性に定礎する。保守が依拠するのは、伝統、伝統的権威、習慣的思考、理念による変革よりも現状がもたらす物質的利益の保持、といったものであるからである。これに対して、革新派は、非合理に依拠する場合と合理に定礎する場合とがある。

たとえば、暴動や一揆、ファシズム運動、反植民地運動などにおいては、生活の不満、絶望感、人種差別意識、民族感情、宗教感情などが大きな働きをする。しかし他方では、共産主義革命運動、民主化闘争、革新自治体運動、環境保護運動などは、たんに生活上の不満（ルサンチマン）に依拠するのではなく、正義や人権の原理、未来社会への青写真、歴史法則の認識に定礎し、問題点の理論的解明を重視し、人々に場合によっては現在の物質的充足を放棄してでも未来のために立ち上がるべきことを訴えるところまで合理性を大切にする。

非合理と合理のどちらが人々を引きつけるかは、人々がどれだけ知的訓練を受けてきたか（その国の文化が原理や理想をどれだけ重視しているか）に大きく依拠しているが、たいていは非合理性の方が、人々に対する牽引力が大きい。なぜなら、非合理は人々の現状によっかかればよい点で、人々に自然に浸透するが、合理は人々に現状の外に原理を見ることを求める点で、人々を、わざわざ日常性を脱して理想・原理に向かって努力するようにし向けなければならないからである。また、伝統や習慣、物質的利益などは人々が手に触れ眼に見て理解できるが、正義や歴史法則、未来構想などは、人々に抽象的思考を要求するし、その通りに実現するかどうか、結果はどうかどうかについて、人々の不安を払拭するのは大変である。

2) さて、以上に対して、純粋な道徳において人を動かすものは、周知のように、カントによれば理性である。「次の選挙で当選したいならば養護施設に多額の寄付をしておけ」という仮言命法が道徳的でないとは判断されるのは、当選したいという権力欲・名誉欲に規定されているからである。これに対して道徳的なのは、「寄付をするのは財産がある自分の義務だから寄付をする」という理性的判断に端的に従った場合である、と。

それはまた、シラーや若きヘーゲルらによれば、「美しき魂」である。「美しき魂」は、義務意識で行動するような道徳行為とは異なり、愛によって義務の内容を進んで実行できる心術であり、それ自体は感性的なものではあるが内容において理性に劣らない高貴なものである。それは、激しい情念ではなく、倫理的な内容を持つやさしい人間性である。

「美しき魂」は、しかし行為を法則化・定型化するものではない。母親がその子に対して愛情を込めて世話をするのは、「美しき魂」の行為であるが、しかし、そうした母親の行為も、「これが母親に期待される道徳的な振る舞いだ」として定型化されれば、もはや「美しき魂」だけの問題ではなくなる。すなわち、そうした行為に出ない母親は、母親として期待されている定型に照らして失格であるとして、規範的道徳に照らした批判を受ける。それがさらに、母親の保護義務として法的に定型化されれば、そうした行為に出ない母親に対しては、法的な制裁が加えられることになる。

3) 法において人を動かすものは、利益判断である。借家契約においては、家主は借家人から家賃収入を得るために契約を結ぼうとするのであり、借家人は家主の家を居住のために使いたいから契約しようとする。家主も借家人も、ともにそれぞれの傾向性（金銭欲と居住欲）に規定されて契約するのだが、契約の要式を充たしておりさえすれば問題はない。

利益判断には、法的関係を結ぶことによって利益を得たいという場合と、法に従うことによって懲罰を避けたいという場合とがある。それらの判断は、理性に支えられている場合と、欲望に規定されて動く場合とがある。法は、こうした内容については無関心であり、

法の定める形で動くことのみが問題なのである。

3・2・5 誰が自分に命令するか

1) 道徳(反省的道徳)の特徴は、理性的判断で行為準則を選んでそれに従うこと、主体の内では理性が感性に命令するものであること、にある。道徳において主体は、外部の命令に従って行動するものでも、また、自分の傾向性や恐怖に動かされて行動するものでもなく、自分の本質であるところの理性によって行動する。この点で、道徳は完全な自律を前提にしている。また「美しき魂」における道徳の場合は、命令する者は、他者でも自分の理性(良心)でもない。命令者はいない。温かい心の人に見られるように、ここでは人は、なんら命令を受けなくとも、すすんで道徳的行為に出るのである。自分の美しい魂と自分の善い人柄が、自分を自然にそういう行為に向かわせる。いずれの場合でも、自発性・自律が道徳の原理である。

2) これに対して国家政治における命令の極限の形は、敵と味方に分かれた集団間の内乱状態の中で勝ち残って権力を掌握した側が、その実力(武力と統合力)によって、国民に命令するというものである。ここにおいては、法もまた支配者の命令として新たに形成される。混乱が残る政治状況においては、支配者はまだその正統性を確立し切れてはおらず、それゆえ国民は道徳的意識に規定されて服従することがない。このような非常時ではなくとも、政治においては国民が支配者に服従するのは、一般には「政治的判断」を踏まえてのことである。すなわち、服従することが自分にとって利益であるかどうかを考えて、利益なら服従する、というものである。真に正統性を確立した権力であってはじめて、国民は内面から服従する(心服する)ことになるが、それは、権力の側からの利益提供が人々の内面に影響するほどに充実したものである場合、あるいは、権力者が人格的に偉大であって(カリスマ性を有しているか、道徳的に高潔であるかして)、それゆえ国民の心を捉え得た場合である。いずれにしても、政治においては支配者が不断にその実力を示すことが大きな意味をもっている。以上のように、政治における行動原理は、基本的に他律である。(政治道徳が定着すれば幾分かは自発的になる。しかしこれは、道徳の問題であって、政治自体の問題ではない。)

3) 法もまた、基本的に他律を原理にしている。法は、道徳とは対照的に、各人の心にとっては外部の存在である権力者が、究極的には強制に依拠して各人に従うことを求める。しかし、法の形を採って人々に課される命令は、正統な権力が定められた手続きにしたがって下す命令でなければならず、それゆえ法は合法的支配を前提にしている。合法的支配を前提にする点では法はまた、政治とは離れる。法は、政治がその本質を発揮するような例外状況下、すなわち合法的支配が期待し得ない、実力のぶつかる場では、死文化してしまふ。この点で法は、政治と共通したもの(力への依存)を持ちながらも、しかし政治から距離をもつものでもある。(法慣習の場合は、権力の命令ではないが、そこでも違反者には懲罰という強制力が働く。)

3・2・6 「相手」がどう捉えられているか

1) 政治における「相手」は、敵としては憎悪・破壊の対象であり、味方としては同士であり連帯・相互救助の対象である。また、支配の対象としては操作の対象である。有力者以外の一般人については、その個性は問題にはならない。政治家は、おおざっぱな世論動向を踏まえて対応していけばよいのである。したがって人間性・主体性の尊重は、本質

的には政治に内在するものではない。

2) これに対して、道徳においては、相手は自分と同様の人格であり、自己目的なもの、人間としての尊厳を有したものとして扱うべき存在である。「次の選挙で当選したいならば養護施設に多額の寄付をしておけ」という仮言命法が道徳的でないと判断されるのは、当選したいという権力欲・名誉欲に規定されているからである「とともに、擁護施設の間を自己の権力欲・名誉欲充足の手段にすることが、人間を自己目的として扱うべきであるという要請に反するからでもある。ただ、この場合も、相手が人間であり、それゆえ自己目的的存在としてその人間性を尊重しなければならないという位置づけが関心事なのであって、相手の個性に着目するというわけではない。

道徳においては、相手を自己目的的存在として扱うことは、単に人間に対してだけではなく、動物や植物に対しても求められる。『舌切り雀』の雀、浦島太郎が救った亀、『傘地蔵』の地蔵など、すべてそうした存在である。生物だけでなく、殉教者にとってのキリスト教やイスラム教、愛国兵士にとっての祖国、使命感ある革命家にとっての社会主義なども、殉教・愛国・使命感といった道徳性が評価される時には、それ自体が目的的存在である。

道徳においてはまた、自分自身は、相手のために我慢すべきもの、自己否定すべきものとされる。他者から危害を受けたときに報復し、またその加害者に対し制裁を求めるのは、優れて法的な思考、法的世界の核の一つである正義の要請にのっとった思考である。しかし道徳においては、そうした加害者をも宥すこと、復讐を追求したり制裁を求めたりするのを恥じることが、立派なこととされる。もちろん古い道徳の中には、復讐を求めることが被害者に対する自分の義務であり、復讐を求めないことが被害者の人格に対する自分による侮辱となるというものもあった。しかし歴史の流れは、復讐の道徳から宥しの道徳へ、一方的な自己中心的道徳から共同性を求める道徳への移行にあるというよう。

3) 法における「相手」は、道徳とは対照的に、自由な諸個人が相互に自分の要求を実現するための手段として位置づけ合う存在である。上述のように、借家契約においては、家主は借家人から家賃収入を得るために契約を結ぼうとするのであり、借家人は家主の家を居住のために使いたいから契約しようとする。家主も借家人も、ともにそれぞれの傾向性（金銭欲と居住欲）に規定されて契約するのであり、相手をその欲望充足の手段とするものであるが、さらに、道徳の場合とは異なり、相手を手段視しても、契約の要式を充たしておりさえすれば問題はない。

もちろん法は、他方では、相手を尊重すべきであるという要請をもっている。とりわけ近代憲法は、人間の尊厳・個人の尊重を規定する。しかし、そうした原則と無関係な法であっても、法であること自体は否定できない。

3・2・7 誰に対して責任をとるか

1) 政治における責任は、第一義的には、指導者の結果責任（責任倫理）である。「友と敵」の関係を前提にすれば、指導者はなによりも「友」を利し、「敵」に打撃を与えることを大切にしなければならない。指導者の採った方策が「友」にどれだけ貢献したか、「敵」をどれだけ崩すことに貢献したか、が重要である。「敵」との交渉や協調もまた、それらが「友」にどういう貢献をするかの観点から判断されるのである。「友」への配慮は、その人々が自分の側に生命や生活を賭けて結集したのである以上、その人々を尊重し

なければならないという道徳的責任であると同時に、いかにしてかれらを引きつけて味方陣営の統合を強めるかという功利的判断からのものでもある。

政治的指導者には、他方での信条倫理も重要である。強い信念をもった、人間的に魅力のある指導者でなければ、人々は心服することはない。しかし、この場合における信条倫理もまた、第一義的には、人々の心服を得て味方陣営を固めるために追求されるのであって、功利的な判断の対象である。

2) これに対して道徳においては、責任は自己の良心が自己自身に対して追及するものである。他者に対する責任が問題になる場合も、自分がちゃんと責任を果たしたかどうかを自分自身に問う形で問題になるのである。

また、道徳(反省的道徳)の場合には、道徳的であるか否かの判断にとって重要なのは、動機の純粋性であり、第一義的には、結果の善し悪しの問題ではない。たとえ結果的には、行為に出なかったとしても、邪悪な心をもったことが、それだけで反道徳的であるということになるし、意図するところが達せられなかったり意図するところとは反対の結果を生じさせたとしても、意図それ自体が道徳的であれば、賞賛されるべきなのである。イエスが言うように、誰でもよこしまな心をもって女性を見れば、すでに姦淫の罪を犯したことになる。しかし、逆に、結果的には傷病を悪化させたとしても、傷病者のためを思って救助に専念した善きサマリア人は、誉められるべきなのである。つまりここでは、自己の良心の命ずるところに忠実であったか否かの判断、心情倫理が決定的なのである。(ただし集団道徳においては、責任は集団に対する客観的責任としても問題になる。)

3) 以上に対して、法における責任は、法にかなっていたか否かに照らして判断されるべきものであり、自分自身の良心に照らして判断するものでもなく、また、他人を自己目的として扱ったかによって判断するものでもない。また、結果的に他人に損害を与えても、法にかなった行動の結果であれば、責任倫理を追求されることはない。他人に損害を与えることを自覚し認容した行為であっても、権利の濫用に当たらない程度に法にかなった行為であれば法的には良しとされる。道徳的には恥ずべきよこしまな心を抱いたとしても、行為に出なければ、法的にはとがめられることはない。

3・2・8 手段・手続きに対する評価

1) 政治においては、マキアヴェリズムという語が示すように、場合によっては、目的のためには手段を選ばないことが許されるし、したがってまた適正な手続きを無視することも許される。

2) これに対して道徳においては、意図が純粋(義務のための義務を果たす)であるだけでなく、手段も道徳的に許されるもの(すなわち一般化可能なもの)でなければならない。前述のように、道徳は例外を許さない。逆に、道徳は、結果を重視しない。結果がマイナスでも、道徳的であることには変わりはない。たとえば釈迦が、飢えた母虎にその身を与えたことは、その行為がどういう結果を招くかという観点から判断すれば、プラスの行為とはいえない。なぜならその行為は、価値の高い人間、しかも聖者を、価値の低い動物に与えたのであるから。そしてまた、その人食い虎は、元気になってまた村を襲うであろうから。しかしそれでも、その救助行為は、道徳的には美しい、価値ある行為なのである。道徳においては結果よりも行為そのものの美しさが重要であるからである。

3) 以上に対して法においては、人は、さまざまな交渉のために交渉技術を駆使し、場

合によってはマキャヴェリズムに訴えることもあろう。しかし、そうした場合でも、法的行為自体は、定められた原則にもとづく行為でなければならないし、かつ定められた手続きをも遵守しておれば、それで有効である。この点では法は、道徳にヨリ近いといえよう。しかし、法においては、道徳的に美しい動機で行為しても、定められた手続きを無視して行為したのであっては、有効ではなくなる。

3・2・9 人間観

1) ここでは、法から論じよう。法の根底にある人間観は、基本的に性悪説である。法は、カントによれば、自由な人々がそれぞれその自由を享受しつつ社会的に共存しうるためのルールである。この場合において、もし人間がすすんでルールに従い協調し合う天使であれば、強制力を伴うルールを課す必要はない。そういう天使的人間観に立ち切れないところに、法という他律のルールが必要になるのである。強制に直ちには関わらない法制度、たとえば契約においても同様である。もし人が、約束を忘れず、またそれを破る者でなければ、約束の実行のために裁判権力を使うという仕組みも、そのときの証明手段として契約書という制度を使う必要もない。

確かに、人間にルールを課すことは、人間がそれを遵守しようとする意志のありうる存在だということを前提にしてのことだから、その点では、法は理性的な自己コントロールが可能な人間を前提にしており、全くの性悪説に立っているということとはできない。しかし強制を伴ったルールということには、性悪説が見え隠れするのである。

2) これに対して、道徳の根底にある人間観は、基本的に性善説である。道徳の根本は自律にある。この自律が意味しているのは、人間には自分の行動を自分で理性的に方向付けられるのだという認識である。

確かに、カントにおいてすら、人間が「美しい魂」といった自分に備わった自然的傾向によって——理性による強制をまたずに——道徳的な行為に出られることを前提にしている、という点では、完全に性善説ではない。理性が悪しき傾向性の力と格闘することが前提になっているとする点でも、カントは性善説からは遠い。しかも、カントは、人間の弱さを自覚したが故に、道徳論を義務論として完結させないで、それを支えるものとして宗教、とくに道徳的人間が来世において幸福を得ることができるという信仰を、道徳の支援に引っぱり出したのでもあった。

しかしそれでも、道徳は、人間を外からの強制をまたずに理性的な自己統制ができるとする点で、性善説に立つ。

3) 以上に対して、政治における人間観はどういうものであろうか。「友と敵」の視点は、その究極の場、すなわち両者間の抗争の場においては、自分たちにとって「敵」が悪魔であるとする。抗争関係にあるのに、敵が善人であり天使であると信じ切っているのは、期待を裏切られてひどい目に遭うこと必至である。

そうした究極の場における「敵」だけではなく、日常的な状況下で、自分が支配する相手や交渉する相手についても、かれらを善人であり天使であると信じ切ると、政治的判断が停止し、関係をかえってこじらせる。

カール・シュミットが、「すべての国家理論および政治理念は、その人間学を吟味し、それらが意識的にであれ、無自覚的にであれ、「本性悪なる」人間を前提としているか、「本性善なる」人間を前提としているか、によって分類することができよう」（前掲書7

0頁)という認識から出発し、結論として、「真の政治理論とは、すべて、人間を「悪なるもの」と前提する」理論である、と言いきっている(74~75頁)のは、以上の点に関係している。

しかし、だからといって、完全な性悪説に立たないと自由な政治的判断ができないと言うのは、誤りである。完全な性悪説に立った場合には、相手(他の陣営と自分の陣営)を殲滅し弾圧し脅迫し強制するか、利益誘導するか、すなわちムチを使うかアメを使うか、しか選択肢はない。しかし、そうした物理力による政権が長続きしないのは、経験の教えるところである。実際には人間は、強制や利益や恐怖だけで服従するものではなく、支配者の道徳性や政治運動の大義名分に動かされて心服するものでもある。また政治の現実においては、「友」の中にも自分を裏切るような性悪者がいるとともに、「敵」の中にも自分に味方してくれる性善者がいる。

つまり、すぐれた政治認識の人間観は、一面的に性善説を前提にするものでもなければ、一面的に性悪説を前提にするものでもない。人間が様々な可能性を持ち、状況に応じて多様に変化するものであることを見抜かなければならない。だからこそ、上のように言い切ったシュミットも、実際には、人間を「問題をはらまぬものとしてでは決してなく、「危険な」かつ動的な存在と」みることを提唱しているのである(74~75頁)。

3・2・10 思考法

3・2・10・1 道徳の思考

ここでも、道徳から論じよう。道徳の思考は、第一に、「善よ行われよ。たとえ世界は滅ぶとも」、「義務を遂行せよ。たとえ自分が苦しむことになろうとも」、に典型的に示されるように、一切の打算・功利的計算を排し、善のために善を、義務のために義務を追求する、形式主義的なまでに原則に忠実な思考である。

第二に、道徳命題は、本来的に、妥協を許さないし、例外を認めない。ルールは、いかなる状況でも尊重されるべしという、原理主義の思考である。法の場合は、ある法が実行されずしかもそのことに対する制裁が科せられない状態が頻繁に起これば、その法は死文化する。この点において、法は法文からではなく、現実の実態からその生死を得る存在である。これに対して道徳の場合は、たとえ遵守する人が少なく、そうした状態が長く続いたとしても、それは世の中が悪くなったからであって、道徳の問題ではなく人の問題である、それゆえその場合でも正しい人はなおその道徳を守らなければならない、という発想に立つ。道徳は、理念によって、原理によって現実を裁き続けるのである。道徳の理想主義性とはこのことである。(より良い道徳の前に古い道徳が廃れると言うことはある。しかし、良い道徳が遵守されなくなって廃れると言うことはない。)

第三に、道徳的世界にあるのは、自分と道徳的原理ないしルールだけであり、したがって、自分の行為が他人にどういう効果をもたらしたかは問わないし、自分の行為によって他人がどう動き、その結果、自分にどういう効果が帰結するかも問わない。道徳においては道徳性だけが問題になるのである。

第四に、道徳的思考は、たとえ行為に出なくても、こころの中によこしまな思いをもっただけで問題ありとする純粹・潔癖な思考である。

3・2・10・2 政治の思考

確かに、原理とルールとに忠実な思考は、政治の場においても心情(信条)倫理として現

れる。政治においても、自分の主義に忠実で、かつ道徳の原理を尊重する政治家を、人は指導者として尊敬するものである。逆に言えば、信念がなく、それゆえ行くべき方向を国民に確信をもって指し示せず、また、相手によって態度をくるくる変え、強国には卑屈で追従的になるが弱小国に対しては傲慢になり、さらには現状に追随し既成事実流されるような指導者を、国民は心から尊敬はできず、したがって、かれを中心にして結束することができない。

だが他方では、政治の場においてとりわけ重要なのは、上述の心情倫理とは対照的な、責任倫理である。指導者は、責任倫理によって、すなわち自分の味方をどれだけ利したか、逆に言えば、自分の敵にどれだけ損害を与えたかによって、自分の行動の意味を判断する。それは、すぐれて現実の結果を重視する思考である。

加えて、政治においては、「友と敵」の関係を前提にして、その中で自分たちの行動のあり方を考えることが重要である。たとえば、自分たちが変わらなくても、敵が変化すれば、「友と敵」の関係は変化してしまう。逆に敵が変わらなくても、自分たちを変えることによって、「友と敵」の関係に新しい局面を切り開くことができる。また、友と敵の双方が変化しなくても、双方が置かれた状況が変化するならば、それを反映して「友と敵」の関係にも変化が生じる。さらに、「友と敵」という形で対立しているからといって、「友」がすべて「友」であるわけでもなく、「敵」がすべて「敵」であるわけでもない。「友」の中には自分たちを裏切って「敵」に通じる者が出る可能性があるし、「敵」の中にも、その指導部に不満を持っており、それゆえ場合によっては自分たちに味方してくれる者が出る可能性を見失ってはならない。こうした事柄を踏まえる思考が政治には不可欠である。そうした思考は、自分たちを取り巻く「友と敵」の関係をザッハリッヒに捉えうる柔軟な思考であり、具体的には、機能的思考、動態的思考、多元的思考の3つである。

(イ) 機能的思考とは、次のような思考である。①主体は変わらなくても、状況や相手が違えば、主体の機能（行動の効果）は異なる。②建前・原理論よりも、実際の機能、具体的な結果・帰結を重視する。これは「理論と実践の弁証法」とも言われる。

(ロ) 動態的思考とは、ものを不断に変化（成長・運動）するものと見る思考である。これは「発展の弁証法」とも言われる。弱い敵は弱いがゆえに努力して強くなる。圧倒的に強い敵との関係も、自分たちの法が努力し、また敵が油断すれば、すぐに変化する。

(ハ) 多元的思考とは、次のような思考である。①ものに内在する多元的な要素に注目する。たとえば、敵と味方の関係について、敵の中にも味方を見出し、味方の中にも敵を見る。②ものが多様な現れ方をすることを念頭に置く。③ものを取り巻く多様な要素・関係に注目する。これは「内在的矛盾の弁証法」の思考とも言われる*1。

3・2・10・3 法の思考

以上に対して、法においては、確かに一方で、「正義よ行われよ。たとえ世界は滅ぶとも」といった、原理的な思考が重要ではある。法解釈においても、結果を考えるよりも、法体系の論理と法の文言とに忠実であるべきだという面がある。その際、法体系の論理は、あたかも三段論法によっているかのような外観を持つ。たとえば、「満二十歳年ヲ以テ成年トス」（民法3条）。しかるに、Aは満二十歳である。ゆえにAは成人である」とい

*1 丸山眞男「政治的思考」拙著『丸山眞男論ノート』158頁注

う形である。しかし、後述するように、法解釈をめぐる今日の常識は、法解釈の作業が論理学の一部ではないこと、法解釈の課題が、過去に制定された法を前提にしつつも、今日の生活にとって妥当な法の運用をいかに確保するかにあること、の確認にある。ここから、法の妥当な運用のために重要なのは、政治におけると同様、柔軟な思考であることが帰結する。この場合の柔軟な思考とはどういうものかを、その見本を示しつつ検討しておこう。

物事をプラグマティックに、すなわちものの具体的な働きとその効果に着目しつつ、考える法的思考を駆使した人に、後期の川島武宜がいる。川島はこのことによって、法学における柔軟な思考を具体的に展開した。たとえばかれの『民法総則』（有斐閣法律学全集17、1965年）における法人論がその典型である。川島はここで、法人擬制説、法人否認説、法人実在説を取り上げて次のように言う。「右に述べたような種々の法人理論を同一の平面の上にならべてその優劣を比較することは、意味がないことは前述したとおりである。右の諸学説は、それぞれの歴史的時代環境の中において多かれ少なかれその時の課題に答えているものであり、したがってそれらの学説を評価するにあたっては、この点を考慮におくことが必要である。また、これらの学説は、法人の或る側面を主として考察の対象としているものであり、したがって分析の対象の差異を無視してこれらの学説を比較し或いは論評することは無意味である。現代における法人理論の課題は、それぞれの法人理論の歴史的諸条件と役割とを明らかにし、且つそれぞれの法人理論が明らかにした問題の側面を明らかにすることから、出発しなければならない、と考える。」（92頁）すなわち川島は、ここで法理論について検討するときには、その体系的精緻さの程度よりも、それぞれがどのような実践的意図で作られたか、事柄のどのような局面に関心を寄せて作られたか、といった実際的意味を重視しなければならないというのである。

また時効の存在理由をめぐっても、川島は、「権利の上に眠るものは救われず」といった一般的・原理的な説明によって片づけようとはせず、「いわゆる時効の中には右のごとき異質的な諸制度が含まれているのであるから、これらすべてに共通した「存在理由」を述べることは、理論的実益に乏しい。もし、しいてそのようなものを述べるならば、過度の抽象化によって内容空虚なものとなり、また過度の抽象化を避けようとするならば、共通の「存在理由」としてあげ得るものはあまり有意義なものではなくなるのである。むしろ、私は、これら諸種の時効制度に共通なものとしては、「存在理由」ではなくて、法的処理の技術(法的構成)のみが、重要なものとしてあげられるべきである、と考える。それは、消滅時効および取得時効がともに、一定の者にとって有利な法定証拠を生ぜしめる、ということである。」（430頁）として、時効の多様性に着目することによって一般化を警戒するとともに、時効は法的証拠をどれくらい長い間保つことが常識的に期待できるかという実用問題からくるものだとして、実践的・目的論的に考察しようとしているのである。

川島の門下生の一人である渡辺洋三も、物事を実体化して固定的に見るのではなく、その現実的な働きに着目した思考を得意とする。かれは、ものは多様な機能をするものであって、その働きの多様性に応じて物事の実際の意味は変わる。したがって、ものはそうした現実の意味ごとに異なった法的取り扱いをしなければならぬ、とするのである。

たとえば、渡辺は、行政法学における「公法関係説」——公法関係説は、公共用財産または営造物はその設置目的にしたがって使用された場合には公法上の利用関係に入るとする見解——を批判して次のように述べている。「この論理は二重の意味で理論的に承認しがたい。第一に、公共用物ないし営造物設置の目的はそれぞれの物について異っており、したがって、その公益性の程度もさまざまである。たとえば病院、電車、学校、住宅等々をとってみれば、他の私人ないし私企業でも経営

できるものをほかならぬ地方公共団体が経営することの理由およびその意味は、それぞれで異っている。それはあるいは財政上の理由であることもあるし、社会政策的理由であることもあるし、企業の特异性に由来することもあるし、または行政上の特殊な必要性にもとづくこともある、これらの設置目的の差異は当然にその使用関係の性質の差異に何らかの影響をあたえるであろう。それらの差異について精密に論証することなく、たとえば学校、住宅、電車といった性質の異なる営造物の使用を混同し、それらを一括して公法上の権利関係であると規定することは、到底粗雑な論理構成たるとの批判をまぬがれない。それは、そのような粗雑な議論を克服しようと努力してきた美濃部学説以来の学説の発展を無視して、美濃部説以前の時代に復帰しようとする時代おくれの論理である。それのみでない。第二にこの論理は、営造物の設置目的と使用関係の性質とを混同している。設置の目的いかんは使用の性質に少なからぬ影響をあたえはするが、それはかならずしもただちに使用関係の性質を決定するものではない。設置の目的がどの程度公益性をおびているかということと、その目的にしたがってなされる使用関係の内容がどの程度公法的性質をおびているかということとは、一応別個な問題に属することだからである。」（「公法と私法」、『民商法雑誌』38巻3号、1958年、35～36頁）すなわち、同様に公共的なものであっても、どういう働きを期待されているか、どういう形式で働いているかは、それぞれ異なる。そうした使用関係の差異を個別具体的に認識する必要がある。使用目的や使用態様が私法的なものであれば、それに応じて公共物でも私法的に処理するのが妥当である、とするのである。

さらに渡辺は、行政の自由裁量についても、事柄の性質からして妥当な解釈とは、次のようなものだという、「たとえば、学生に懲戒に値する行為があった場合、教育的見地に照らし懲戒権を発動しないということは、もとより裁量権者の自由であるが、現実に懲戒権を発動する以上は、当該行為が学則に定める放学処分に該当するか否かは、事実認定および法律解釈にかかわる問題であると言わねばならない。学校当局者が封建的専制支配者でないかぎり、懲戒処分をするに当っては、その処分の根拠と理由を明らかに示して、当該学生はもちろん他のすべての学生職員等一般学校関係者、さらに世間一般の人たちにも納得のゆくように説明する義務があることもちろんであり、その当否はあくまで客観的評価のもとにさらされねばならない。」（『法社会学研究』1巻、37頁）すなわちここで渡辺は、国公立の学校での学生処分は、学校当局の裁量行為だとしても、だからといってその処分行為が一切、裁判の対象にならないとは言えない。なぜなら、処分を決めることは裁量行為だとしても、決める前提である事実の認定が正しかったかという点と、「」学生の行為がこれこれの規則に違反した」とする法律解釈の妥当性は、第三者が検証できるものだから、裁判所で争いうる、とするのである。物事の多様な側面に柔軟に対応していく思考が、ここにも見られる。

ところで、以上に見たような多元的で機能的でかつ動的な柔軟思考は、日本の裁判所も、一時期自覚的に追求したものであった。

これがもっとも明確に現われた一つは、東京中央郵便局事件上告審判決（1966年10月26日）である。すなわち、そこでは次のように言明されている。「「公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」とする憲法一五条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことは許されない。ただ、公務員またはこれに準ずる者については、後に述べるように、その担当する職務の内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を内包しているにとどまると解すべきである。」つまり「公務員」にも多様なものがあるのだから、いっばひとからげに扱うことは正しくない。それぞれの公務員の職務実態ごとにその法的意味を考えるべきであるというのである。

猿払事件第1審判決（旭川地裁、1968年3月25日）も、同様に、こうした多元性と機能に着目した判断を示した。「これに反し行政過程に全く関与せず且つその業務内容が綱目迄具体的に定められているため機械的労務を提供するにすぎない非管理職にある現業公務員が政治活動をする場合、それが職務の公正な運営、行政事務の継続性、安定性およびその能率を害する程度は、右の場合〔上級公務員の場合〕に比し、より少ないと思料される。」

また、都教組勤評反対闘争事件上告審判決（1969年4月2日）は、「地方公務員の職務は、一般的にいえば、多かれ少なかれ、公共性を有するとはいえ、さきに説示したとおり公共性の程度は強弱さまざまで、その争議行為が常に直ちに公務の停廃をきたし、ひいて国民生活全体の利益を害するとはいえないのみならず、ひとしく争議行為といっても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない。地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによって保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによって実現しようとする法益との比較衡量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である」として、「公務員」の内容と「争議行為」の内容をめぐって、多様性への着目、多様な機能への着目の姿勢が鮮明である。そこではまた、「あおり行為」をめぐっても、「争議行為そのものに種々の態様があり、その違法性が認められる場合にも、その強弱に程度の差があるように、あおり行為等にもさまざまな態様があり、その違法性が認められる場合にも、その違法性の程度には強弱さまざまのものがあろう。それにもかかわらず、これらのニュアンスを一切否定して一律にあおり行為等を刑事罰をもってのぞむ違法性があるものと断定することは許されないというべきである」という見方が印象的である。

しかしこうした柔軟な思考を展開した最高裁判事は、全農林判決において、少数派になってしまった。全農林警職法闘争事件上告審判決（1973年4月25日）では、田中二郎他4人の少数意見は、「しかし、このことから直ちに、およそ公務員の争議行為一切を一律に禁止し、これをあおる等のすべての行為に刑事制裁を科することが正当化されるとの結論を導くことには、明らかに論理の飛躍がある。すなわち、公務の円滑な運営の阻害による公益侵害をもって争議権制限の実質的理由とするかぎり、このような侵害の内容と程度は争議行為制限の態様、程度とは相関関係にたつべきものであって、たとえば、形式的には一時的な公務の停廃はあっても、実質的には公務の運営を阻害する虞れがあるといえない争議行為までも一律に禁止し、これをあおる等の行為に対して刑事制裁を科することが正当とされるいわれはないといわなければならない」と、多元的な思考を示したが、多数派は、多様性を無視してすべてをいっぴひとからげに扱い、したがってまた機能に着目することのない、硬直した思考を示した*1。

以上によって、すぐれて法的な思考は、一方での道徳的な原理的・ルール尊重的思考と、他方での結果重視の柔軟思考を、共に働かせるものであることがわかる*2。

*1 この変化の背後にいわゆる司法反動化があったことについては、宮本康昭『危機と司法』参照。

*2 田中成明は、求められる法的思考として、合法性（リーガリズム）を尊重しつつも社会の正義・衡平感覚に應える柔軟な思考を提起している。『法的思考とはどのようなものか』有斐閣、1989年。『法理学講義』（有斐閣、1994年）第3編。

3・3 法・政治・道徳の相互補完関係

これまでの所では法・政治・道徳の違いを強調した。しかし、われわれは同時に、これら三極が相互に相補い合う関係にあることをも、見ておかなければならない。

こうした3者の間には、次のような相互補完の関係がある。

(1) 法と政治との相互補完性

①前述のように、法は強制力を必要とするが、それは究極的には政治権力の実力のことである。Might is Right である。

②法は、不断に運動（政治的なものである集団行動）の影響を受けて、改変され、また定着させられるものでもある。

③政治権力は、法によて統治しなければ持続した安定的状況を作れない。しかし法に頼るといふことは、権力も法を守り逆に法によって規制を受けることを含むものでもある（朝令暮改は、権力にとってもマイナスである）。

④支配者は、自分を規制する法を破りがちである。なぜなら、権力は、自己拡大欲を避けられない。というのも、自己の地位を確かなものにするためには、反対派を抹殺しなければならないし、自己をより強化しなければならず、現状に留まってはおれないからである。さらに、支配者は、支配によって得た利権を手放したくないし、それをさらに拡大したいので、支配がより簡単にできるものにしたい。こうして法は、支配の道具ではあるが、また、支配者によって、疎んじられるものでもある。

(2) 〈法・政治〉と〈道徳〉の相互補完性

①法や政治に多くの人々がすすんで服するためには、道徳に基づく正当化が不可欠である。

②前近代においては法と道徳は融合していたが、近代以降でも法には前近代とは違った意味で、道徳性が欠かせない。

たとえば、「権利の濫用」、「信義誠実」、「公序良俗」、「善良な管理者」、「過失」・「違法性」などの観念。また、法や政治運営にあたって信頼性を支える、「人道性」・「公平性」等がそうである。

③道徳が有効であるためには、法的ルール化が必要である（「法は最低限の道徳」）。

④技術的な法でも、有効に拘束力を発揮するためには、道徳の支えが必要である。たとえば交通法規のような技術的・人工的な法で禁止された飲酒運転、無免許運転といった重大な危険行為には、違反に際して厳罰とともに強い道徳的非難が伴うので、法的規制が有効に働くのである。

(3) 法・政治と道徳——区別を踏まえた結合

法・政治の道徳から独立、法と政治の区別は、それゆえ完全な分離を意味するものではない。というのも、

第一に、カール・シュミットの実力説（政治的実力が憲法を決定するという見方）からは、権力批判がでてこないという問題性があるからであり、

第二に、外面世界と内面世界を峻別し内に閉じこもると、外面世界の政治の暴虐に対して抵抗することができなくなるからである。（これがドイツ現代史の教訓であった。ドイツ人は、ナチズム下においても、「政治といえども自分の内面には入り込めないとして」そうした世界での精神の自由を「享受」した。）

第三に、法・政治から道徳が独立していないところでは、法・政治から道徳が完全に切り離されてしまっているところと同様、道徳が政治を相対化できず、原理が政治を規定できないため、政治や法において、「力がすべてだ、力が正義だ」という生の実力説がでてくるのである。これが、とりわけ日本で顕著な、「勝てば官軍」、「長いものには巻かれよ」、「既成事実の追認」、「済んでしまったことは仕方ない」という国民的健忘症の問題である。

したがって、必要なのは、法・政治と道徳が、互いに区別されつつも、相互に関係し合い、他を規定し合うことなのである。

以上を、図によって、まとめておこう。

図 1

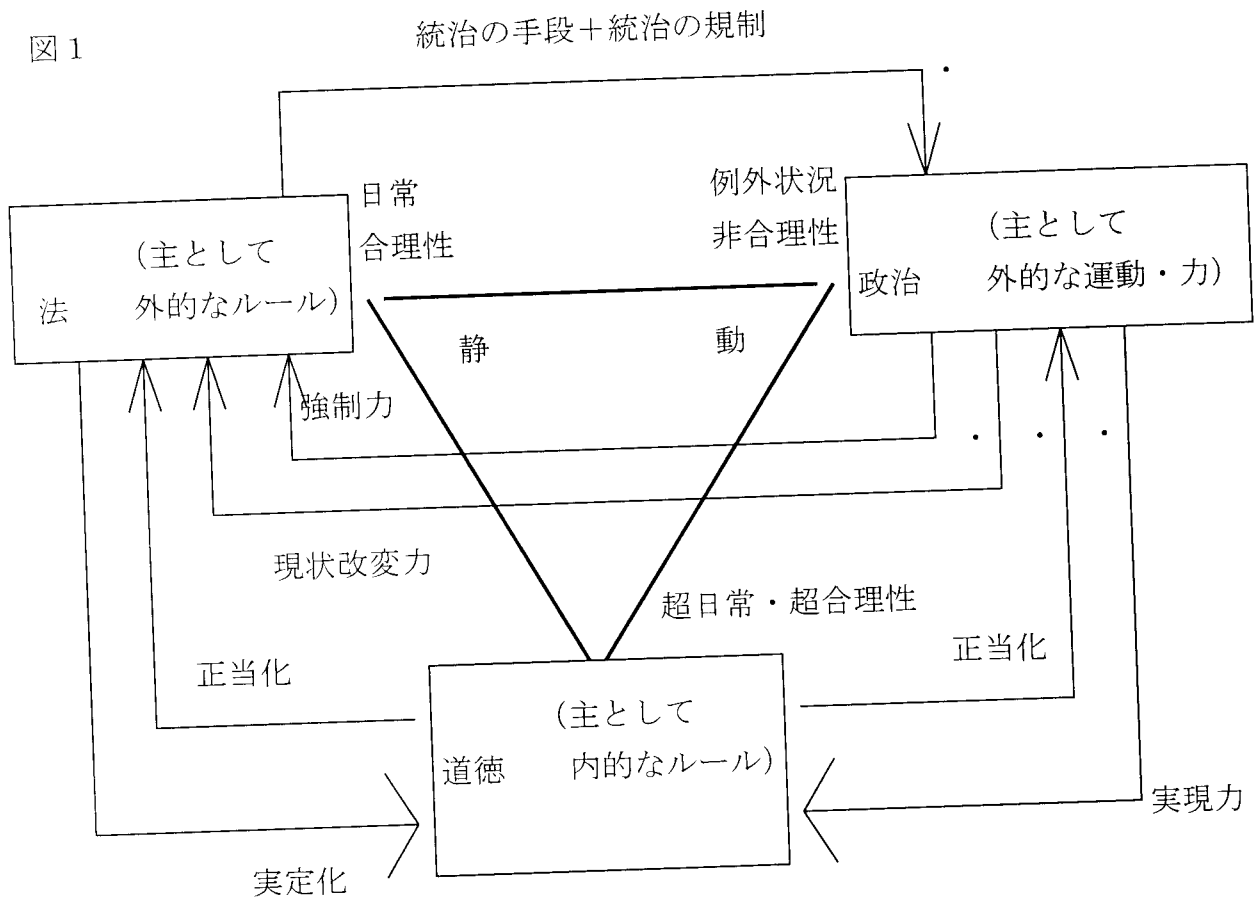
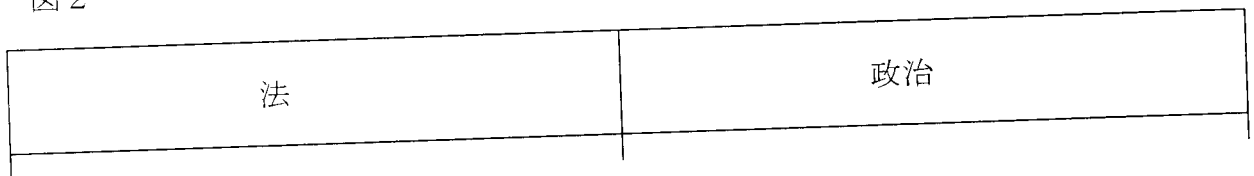


図 2

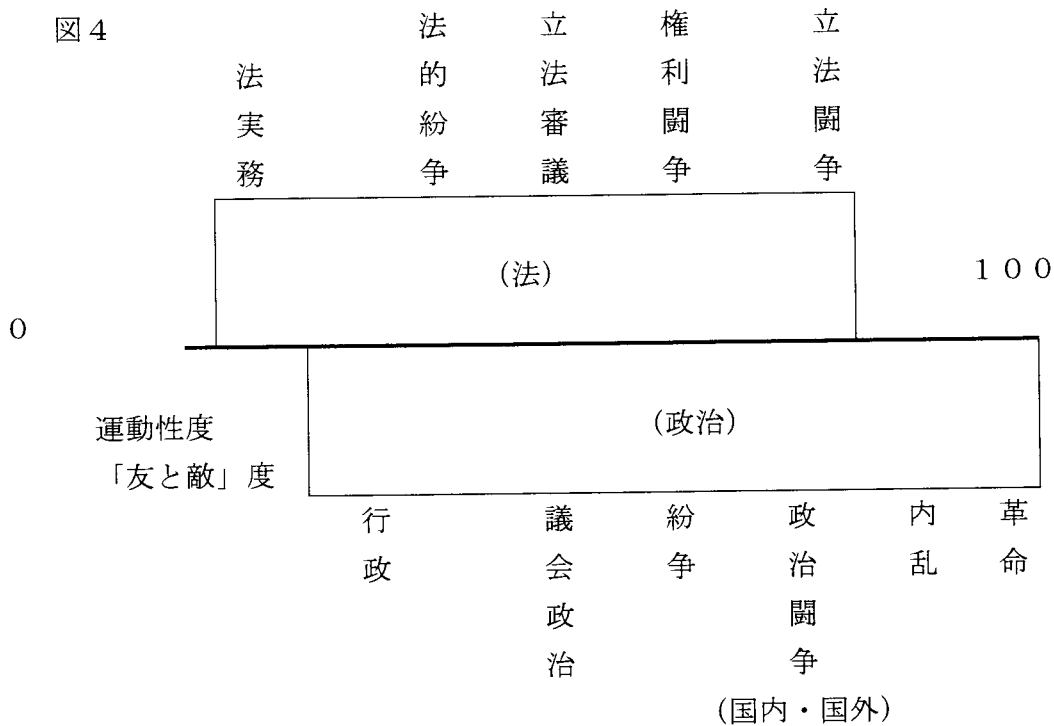


<p>(a) 論理的・体系的性格を持ち、人間の合理面にかかわる。(理性的討議による立法、ルールによる行動、紛争の裁判による理性的解決。)</p> <p>(b) 主として日常性にかかわる。ルールの支配する平和時に主眼。</p> <p>(c) 現状維持、安定化・固定化にかかわる。</p>	<p>(a) 主として情念・物理的力などの非合理性が重要。(仲間の連帯、敵への憎悪、集団心理、敵の物理的殲滅)</p> <p>(b) 主として例外状況、非常な不安定期に顕在化する。</p> <p>(c) 運動による新しい関係の創設にかかわる</p>
--	--

図 3

法・政治	道徳
<p>(a) 主として外面的行為に関係する。究極的には物理的力・強制にかかわる。</p> <p>(b) 実定化され、論理的体系的である。そのため固定的だが、変更も激しい。</p>	<p>(a) 主として内面的行為に関係する・自律的で、物理的強制に馴染まない。</p> <p>(b) 心情に根ざしているため、流動的だが、また持続的でもある。</p>

図 4



(法的世界は、運動性度(党派に分かれて争うこと)が限りなく小さい日常的な

法的処理から、かなり激しい、法律制定をめぐる闘争までの間に位置する。政
的世界は、運動性度がかなり低い日常的な行政活動から、もっとも激しい革
闘争までの間に位置する。)

治
命

完

4 法の解釈

4・1 法解釈作業の分類と法解釈の客観性・主観性

法解釈は、たんに解釈者の主観的価値判断を条文を使って言いくるめたものにはすぎないのか、それとも客観的な認識行為であるのか、また両方の要素があるとしてどこまでが主観的でどこまでが客観的なのか。この問題をめぐっては、19世紀以来のフランス注釈学派、ドイツ・パンデクテン法学における「概念法学」や「構成法学」、自由法運動、利益法学など一連の法学以降、重要な論点となってきた。わが国においても、1953年頃から始まった「法解釈論争」以来、様々な議論がある。ここではこの問題を、法解釈の作業を厳密に分類し、それらに対応させつつ考察する観点から、再検討してみよう。

4・1・1 法解釈の分類論

法解釈作業の分類は、主として「法学入門」の教科書で扱われる事項である。その分類の仕方は、本によって多様であり、相互に用語や分類上の混乱が見られる。その代表的なものを取り上げつつ、それらを参考にした整理を試みよう。

①山田晟『法学』（東京大学出版会、1964、94頁以下）は、まず、「法の解釈の技術」（「方法」）として、拡張解釈・縮小解釈・勿論解釈・類推解釈・反対解釈・変更解釈・文字解釈・文理解釈・論理解釈を挙げる。そして、「以上のべたいろいろな解釈の方法もあるいは、論理解釈にふくまれ、あるいは、論理解釈によって完全なものとなる。たとえば『車馬通行止』という規定の反面から人間は通行してもよいという反対解釈をみちびくのも、論理による解釈であり、『不許葦酒入山門』の文理解釈も、仏教の教義から考えて論理的に『葦酒山門に入ることを許さず』という意味だという解釈がでてくる。」（98頁）と述べている。そしてさらに、これらの解釈を導くものとして、「目的論的解釈」を挙げ、拡張解釈・縮小解釈などを選択する基準は、「法の目的」を考察することによって得られるとし、立法者意思および立法意思による解釈は、目的論的解釈として同一に帰する、という。

このように山田においては、拡張解釈・縮小解釈・勿論解釈・類推解釈・反対解釈・変更解釈・文字解釈・文理解釈の8つが、まずひとつのグループに属し、それらは、論理解釈（体系的解釈）に含まれるとともに、それによって方向付けられるものでもある。そして、これら8つと論理解釈は、（立法者意思解釈と立法意思解釈を含む）目的論的解釈によって、方向付けられるとされている。拡張解釈以下の8つを、論理解釈および目的論的解釈とはグループを区別しつつ関係付けたのはよいが、他方で、拡張解釈以下の8つが論理解釈に含まれるとも言っており、この8つが論理解釈の中味なのか別のものなのか混乱が生じている。また、論理解釈と目的論的解釈の関係も不明確である。さらに、文理解釈や論理解釈が逆に目的論的解釈を規制することがある点は、ここでは問題になっていない。

②団藤重光『法学入門』（筑摩書房、1973年、306頁以下）は、「規定の文理をもととしたばあい」の解釈を論理解釈と呼び、その中に、文理解釈・拡張解釈・縮小解釈・類推解釈・反対解釈・勿論解釈を入れる。そして、これらを導くものとして、第一に、実質的な考慮、すなわち利益の考慮を挙げ、第二に、「法の奥

にあるもの」を挙げる。この第二のものは、立法者意思（目的論的解釈）、条理および自然法をもとにした解釈であるとする。団藤の指摘においても、文理解釈・拡張解釈・縮小解釈・類推解釈・反対解釈・勿論解釈の6つが、利益にもとづく考慮、目的論的解釈、条理や自然法にもとづく解釈とは、別の集団に属するものとされており、利益にもとづく考慮以下の4つの実質的判断に導かれる関係にあるとされている。しかし、団藤は、体系解釈について論じていない。山田と同様「論理解釈」の捉え方が曖昧なためである。また、山田と同様、体系解釈と文理解釈が、実質的判断を規制する面を捉えていない。

③林修三『法令解釈の常識』（第2版、日本評論社、1975年、89頁以下）は、法の解釈作業を「学理解釈」と総称し、それは、文理解釈と論理解釈から成るとする。そして「論理解釈」には、①条理解釈、②目的論的解釈＝立法の趣旨・目的（すなわち立法者意思）、③他の法令との関係（体系解釈）、④沿革・外国の例、⑤正義と公平・公共の福祉の考慮が入るとする。林は、そうした上で、さらに、「論理解釈の方法」、あるいは「論理解釈の分類」として、拡張解釈・縮小解釈・変更解釈・反対解釈・類推解釈等を挙げる。林においても、拡張解釈以下の5つは、論理解釈によって方向付けられるものとして位置づけられている。しかし、ここでも「論理解釈」の概念が曖昧であり、一方の①条理解釈以下の5つと、他方の拡張解釈以下の5つとの関係がはっきりしていない。また、論理解釈を構成するこれらのもの同士の関係、例えば、体系解釈と目的論的解釈との関係、文理解釈と目的論的解釈との関係などが捉えられていない。

④五十嵐清『法学入門』（一粒社、1979年、133頁以下）は、文理解釈、体系解釈（論理解釈）、目的解釈（目的論的解釈）の3つを挙げ、目的解釈には、立法者意思説と法律意思説とが含まれるとする。そうした上で、「法解釈の技術」として、拡張解釈・縮小解釈・反対解釈・類推解釈を挙げる。この五十嵐の考察がもっともすっきりしているが、これに対してもさらに付け加えられるべき点が挙げられる。たとえば、五十嵐においては、歴史的解釈への言及が欠けている。また五十嵐は、立法者意思説と法律意思説とがともに目的解釈に含まれるとするけれども、立法者意思説は、本来の目的論的解釈（解釈者自身の目的論的判断に立脚したもの）ではない。さらに、五十嵐は、法解釈の技術の中に、「文字通りの解釈」を入れるべきであった。これは、主として文理解釈の場合に使われる技術であるが、しかし、文理解釈以外でも、目的解釈の観点からも使われることがあるからである。五十嵐はさらに、反制定法的解釈についても言及しておくべきであった。

以上を踏まえつつ、さらに他の文献をも参考にして、分類すれば次のようになる。

（1）解釈の主たる対象からする解釈の分類： 何を主たる対象にして解釈を行うかによって、①文理を主たる対象にした解釈（文理解釈）、②体系的連関を主たる対象にした解釈（体系解釈）、③立法者の意思を主たる対象にした解釈（立法者意思による解釈）、④法文の歴史的コンテクストを主たる対象にした解釈。すなわち立法者の意図を歴史的に探ることと、法文が、立法者の主観から独立して歴史的コンテクストの中で何を意味していたかを考察すること（歴史的解釈）、⑤立法意思

(法規に内在するとされる合理的目的)を主たる対象にした解釈(立法意思による解釈)、の5つに分かれる。

(2) 解釈の態様からする解釈の分類： ①論理的考察を基軸にする解釈、②歴史的考察を基軸にする解釈、③目的論的考察を基軸にする解釈の3つに分かれる。

①論理的考察を基軸にする解釈には、主として言葉の意味連関に関わる文理解釈、および体系的連関に関わる体系解釈が対応する。

②歴史的考察を基軸にする解釈には、立法者がどういう意図で制定したかを歴史的に探る、立法者意思にもとづく解釈、および法文が、立法者の主観から独立して歴史的コンテクストの中で何を意味していたかを考察する解釈が対応する。

③目的論的考察を基軸にする解釈には、立法者がどういう目的で制定したかを考える、立法者意思にもとづく解釈、法文が、立法者の主観から独立して歴史的コンテクストの中で何を意図していたかを考察する解釈、および、もし立法者が今日生きていたらどう位置したか、何を妥当としたかを考える、立法意思にもとづく解釈が対応する。

(3) 立法者の主観的意図によるか否か： これは①主観説と②客観説の問題である。

①主観説(主観的解釈)は、立法者が意図していたことを重視する(立法者意思による解釈)。

②客観説(客観的解釈)は、法規の意味は、立法者が直接意図していたことを離れて法規自体に内在する目的として存在すると考える。今日の必要や今日の正義(立法意思による解釈)を重視する。また、立法者の意図から独立した、言葉の意味(文理解釈)や、体系的関連(体系的解釈)、歴史的コンテクスト(歴史的解釈)への着目もあり得る。

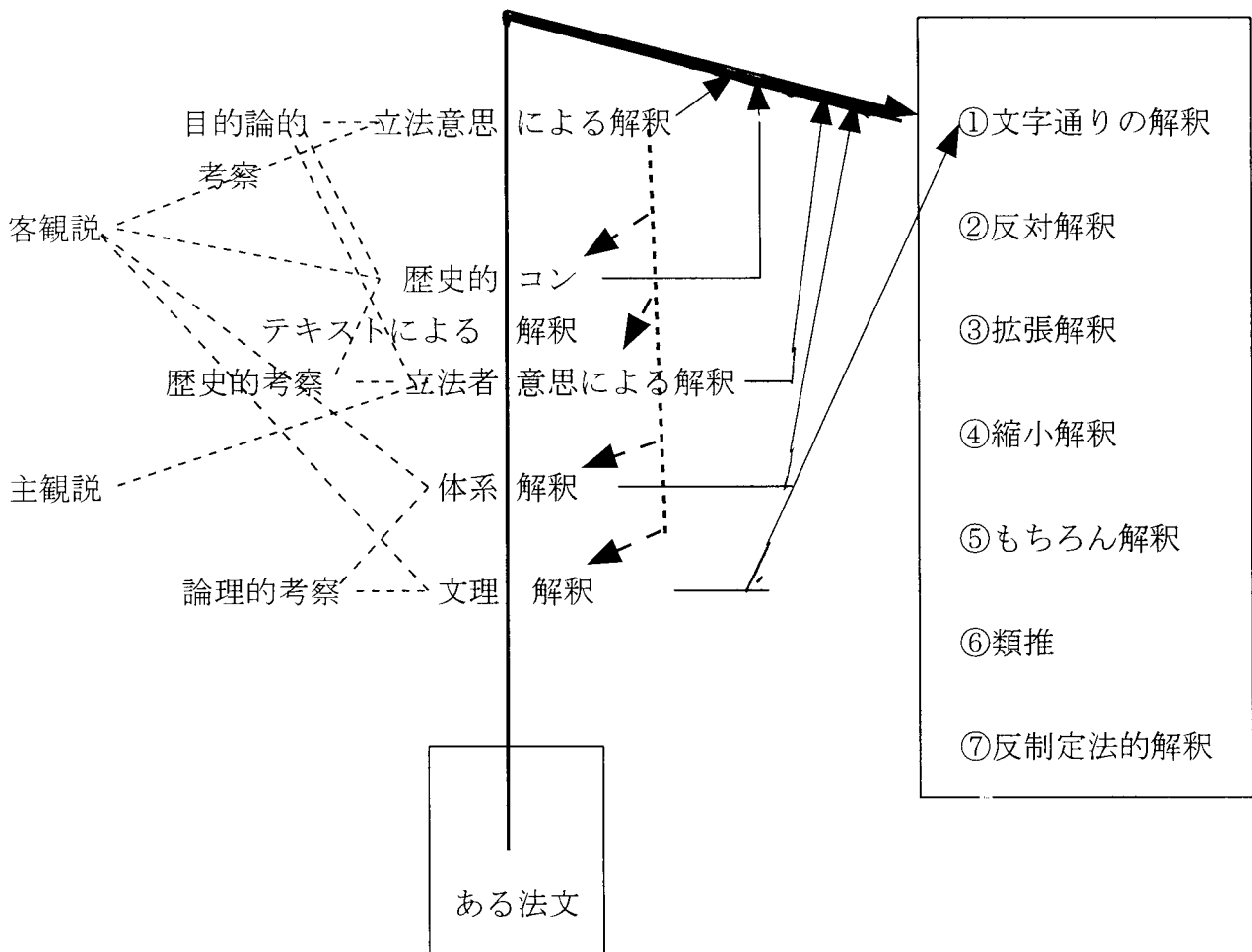
(4) 解釈の技法： これには、文字通りの解釈、拡張解釈、縮小解釈、反対解釈、もちろん解釈、類推が含まれる(ここで「文字通りの解釈」を、上述の文理解釈と区別する訳は、下記において明らかになる)。これらは、上記(1)(2)(3)で分類した解釈をするに当たって使われる。

概略図

解釈の態様

解釈の主たる対象からする分類

解釈の技法



これらのうち、「解釈の主たる対象からする分類」について、内容を説明すると、次のようになる。

(1) 文理解釈——文理解（語の通常の意味）に即した解釈である。一見してきわめて明白な規定であれば、それにすなおに従う。例えば「満20歳以上」とあれば、20歳未満は除いてすべての人を入れる。このスクリーニングは、どの法文解釈作業もかならず通過する。それだけで十分に意味を確定でき、結果的にも妥当であるものは、そこから、図の右の「①文字通りの解釈」にいたる。その限りでは、これは認識行為そのものである。

しかし場合によっては、そのまま「①文字通りの解釈」でいくのでは、結果が好ましくないものもある。その場合には、とりわけ後述する目的論的考察（どういう結果を導き出すのが妥当かの政策的判断）を踏まえて、文理への忠実が敢えて無視され、拡張解釈や縮小解釈、さらには反制定法解釈などにいくことがある。たとえば、憲法第3章は、「国民の権利及び義務」となっているが、人権は人が人である

ことによって当然に持っている権利（前国家的権利）であるという憲法の原理に関する考察（目的的解释）を踏まえてあえて「国民の」という語を無視して、日本に居住する外国人にも人権を保障する場合がそれである。歴史的解釈に基づいて文理解への忠実が否定されることもある。たとえば民法85条「物トハ有体物ヲ謂フ」は、制定当時はまだ電気エネルギーや光エネルギー管理の技術がなかったのだから、これらが念頭におかれていないが、今日では別だとして、それら（いわゆる有体物ではない）を含む解釈をする場合がそうである。

また、「信義誠実の原則」や「権利濫用」、「公序良俗」などの意味が確定しない語が意図的に用いられている条文（一般条項）については、文理解釈は不可能であり、その内容付けは目的的解释によらなければならない。したがって、ここでは解釈は、単なる認識行為ではなく価値判断に関わっている。

（2）体系解釈——体系的連関を解釈の主たる対象にした解釈である。法文の文言を、その法文の他の規定や全体構成、もしくは他の法文に照らしたその位置、あるいは上位の法（とくに憲法）の規定との関係などから判断して、意味をとる。

例えば、プライバシーの権利が基本的人権に入るか否かは、憲法13条を、包括的基本権の規定として理解すれば、そこから人権として引き出すことになる。しかし、単なる一般原則を述べただけのものでありとくに意義はないと理解すれば、プライバシーの権利は他にも規定がないのだから人権でないことになる。法律の前文ないし最初の部分に目的や精神（基本原則）が規定してあれば、それとの関連において、個々の法文を解釈する。これは、一種の体系的考察であるが、他方では、立法者の意思に着目した解釈でもある。

（3）立法者意思による解釈——立法者意思を解釈の主たる対象にした解釈である。法律制定の段階で立法者が意図していたことを歴史的に明らかにし、それにしたがって解釈する。立法者とは、提案者および、法案作成機関である。立法者の意思が、法律の前文や冒頭に「目的」として明示してある場合がある。それを参考にして解釈する場合には、上述のように、解釈作業は体系解釈を前提にしている。

（4）歴史的コンテクストによる解釈——この内容は、論者によって違う。磯村哲は、これを「歴史的解釈」として「立法者の規律意図・目的・評価（ないしその首尾一貫的に考え抜かれた合理的帰結）」の確定であるとする（『法解釈方法論の諸問題』『現代法学講義』有斐閣、1978年、94頁）。これに対して広中俊雄は、「歴史的解釈」とは立法者意思説（＝主観説）を克服するべく、立法者が自覚しなかった当時の客観的な諸状況、すなわち「立法過程での論議やその当時の社会的条件の解明」によって法文の意味を明らかにすることであるとする（『民法解釈方法に関する十二講』、有斐閣、1997年、4頁）。つまり広中は、立法者の意思から独立した歴史的意味を客観的な歴史的関係の考察によって明らかにすることだとするのである。われわれの理解では、「歴史的解釈」は、立法者が実際に意図していたことを歴史資料によって捉えて解釈する作業と、歴史的コンテクストからすれば法文の意味はどうなるかを明らかにして解釈する作業とを含むと考える。後者は、場合によっては、歴史的コンテクストからして、立法者の主観的な意図や用語の意味を相対化することにも働く。したがって歴史的解釈は、たぶんに認識行

為(歴史認識)である。

(5) 立法意思による解釈——立法意思を解釈の主たる対象にした解釈である。立法当時の意思がよく分からないとか、立法当時の意図に従うのでは今日では不都合が生じるといった場合に、立法者が今日立法しておれば、どういう規定にするだろうかという観点(政策的判断)から考えて、今日においてもっとも妥当な方向で解釈をする。目的的解释ともいう。解釈はここでは認識でなく優れて価値判断に関わる。

そのような不都合が生じなければこの解釈に頼らずに(1)から(4)の解釈だけで処理できるのであるから、論理的にはこれが最後にくる解釈であることになる。しかし、(1)から(4)の解釈を行う際には、そうしたレベルの解釈でやっつけてしまって果たして不都合が生じないかという政策的考察が必要とされるのであるから、実際にはこの(5)の解釈(で重要な政策的考察)が全ての解釈の前提として実行されることにもなる。

立法意思による解釈に際しては、次の点に注意しなければならない。第一に、政策としてよいものであるかどうか。それには、①当該問題の解決として妥当であるだけでなく、その解決策の普遍化可能性(それが一般化しても問題は生じないか)をも考える。②政策として効率性ばかりを考えるのではなく、そのとるべき手段・方法の道徳性、正義との関係、個人の尊厳・自由・平等等との両立をも考える。第二に、先例との整合性(当該事件の解決に使う論理や方法、法原則が類似したケースと整合的であるか)を考える。第三に、立法時に目指したことに著しく反していないか、反している場合には十分な説明が付くか、第四に、法秩序全体の体系性に重大な矛盾を生じさせないか、第五に、言葉の客観的な意味、立法者の意図に著しく反していないか、反している場合には、それ相応の理由があるか、を考える。すなわち価値判断だといっても、単純な好みの問題ではなく、踏まえるべき作法があるのである。

立法意思については、「法の枠」がはずれるので、それがどこまで許容されるかは、法の分野によって異なる。すなわち、法治主義原則がとくに重要視される刑事法はもちろんのこと、行政法や憲法などにおいても権力を規制する必要から、安易に目的論的考察をすることは許されない。

*

上の図の左右の連関

以上の、体系解釈、立法者意思による解釈、歴史的コンテキストによる解釈、および立法意思による解釈に立脚して解釈を行う場合には、図の右の、①～⑦までの解釈手法のどれかが使われる。また文理解釈による解釈の際には、必ず①が使われる。その例を示そう。

(1) 体系的解釈による縮小解釈

例えば、憲法第7条は、天皇の国事行為として、「天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ。一 憲法改正、法律、政令及び条約を公布すること。二 国会を召集すること。三 衆議院を解散すること。」と規定している。ここからは、文理解釈によれば、内閣は、衆議院をいつでも解散

する権限を有しているようである。しかし、解散に関しては、また、第69条があり、ここでは、衆議院の内閣不信任に関して、「内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない。」とあり、解散できる場合が限定されている。従って、第7条は、第69条との関係において（体系的解釈により）、縮小解釈されなければならない。逆に、解散を自由にやりたいと思う内閣や、天皇の権限を強化したいと考える人は、上のような解釈は採らず、したがって69条を無視して、7条の文理解釈でいこうとする。すなわち、目的的解释によって7条の文理解釈に立ち戻り、そこから文字通りの解釈を引き出すのである。

（2）体系的解釈による拡張解釈

憲法14条以下に規定されていない基本的人権を、13条を包括的基本権の規定とすることを通じて認める（新しい人権）という解釈が、この例である。

それではその際、13条を包括的基本権の規定とするのは、どういう解釈によるか。それは、種谷春洋の先駆的業績^{*1}にあるように、13条が規定されるに至る背景、とくにその母胎である、アメリカにおける「幸福追求権」の思想と立法過程を研究して、そこから結論づける。これは、立法者意思を歴史学的に推定する作業である。

（3）立法者意思解釈による、文字通りの解釈・縮小解釈・拡張解釈・類推等

例えば、公園の入り口に「他の来園者に危険ですので、犬はつないで入場して下さい」とある時は、「他の来園者に危険ですので」というところから、立法者の意思がわかる。そこで、これを適用して次のように解釈していく：

1) 子犬（小犬）はどうか——

(a)立法者の意思が、来園者が噛まれる危険の防止にあるのだから、子犬（小犬）なら噛まないのかまわらない、と解釈すれば、立法者意思による縮小解釈である。

(b)子犬（小犬）でも子供を噛む危険があるので、「犬」に入れるべきだとすれば、立法者意思による文字通りの解釈。(立法者意思を参照することによって文理解釈に戻った解釈ということもできるが、立法者意思を参照することによる以上、もはや文理解釈ではなく、立法者意思を参照することによる文字通りの解釈とすべきであろう)

2) 狸はどうか——立法者の意思が、来園者が噛まれる危険の防止にあるのだから、狸も噛む危険がある。しかも、狸は犬科であるから、犬に関する規定を狸に適用することには、無理がない、と解釈すれば、立法者意思による類推である。類推とは、規定が直接対象にしていないものに対して、規定の対象との何らかの本質的類似点(同じ犬科であるといったこと)に着目して、かつそれに立脚した目的的判断によって、規定を適用することである。

3) ライオンはどうか——立法者の意思が、来園者が噛まれる危険の防止にあるのだから、ライオンはもちろんダメだ、と解釈する場合は、立法者意思によるもちろん解釈。もちろん解釈は類推と似ているが、類推が、規定の直接対象でないも

*1 種谷春洋『近代自然法学と権利宣言の成立』有斐閣、1980年。

のに対して、規定の対象との何らかの本質的類似点に着目して規定を適用することであるのに対して、もちろん解釈は、目的的判断からして規定の適用が想定対象よりも一層必要であるものに対して、規定を適用することである。

4) 猫はどうか——立法者の意思が、来園者が噛まれる危険の防止にあるのだから、猫は噛まないのが除外している、と解釈すれば、立法者意思を反映した反対解釈（犬はだめということは、猫ならよいということ）である。

以上の場合に、「他の来園者に危険ですのぞ」という規定がなければ、公園利用の常識から立法者の意思（「危険の防止」）を推定し、立法意思解釈でいく。

刑法38条第3項「法律ヲ知ラザルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ズ」について、『法律には政令や条例なども入る、常識からして当然立法者もそう見ていたと想定できるし、立法意思からしてもそういえる』、と解釈すれば、立法者意思を反映した拡張解釈である。

「不許葷酒入山門」は、仏教の教義から考えて論理的に、「葷(ニンニク)を許さない、しかし酒は山門に入る」（ニンニク常用者は寺に来て良いが、酔っぱらいはだめ）ではなく、『葷酒が山門に入ることを許さない』という意味だという解釈がでてくる。これは、法文の背景にある仏教の精神から、法文を解釈したという点では体系解釈だが、書いた人が禅宗の坊さんで、その当時から葷酒が禁じられていた事情が背景にあるのだから当然そう意図したであろうとする点では歴史的解釈である。

憲法前文の平和主義からして9条を厳密に解するのも、これに当たる。9条の厳密な解釈を敗戦当時の平和への雰囲気や日本軍への反省などを踏まえることによって帰結させるのは、歴史的解釈による文字通りの解釈である。

(4) 立法意思解釈による、縮小解釈・拡張解釈・類推・反制定法的解釈等

例えば、神社の入り口に古い石碑があって、「車馬の往来を許さず」とある場合。この場合は、石碑の文句が簡単すぎて立法者の意図は分からない。しかし、この立法者が今生きてここにおれば、どう判断するかを考えればよい。たとえば、この石碑の意図（目的）は、常識から判断して、お参りの人の安全の保護と、神社の神聖さの保護とにあると見て、次のケースを判断するのである。

1) ラバの場合はどうか——ラバは、馬とロバの掛け合わせであって、大きさから言っても、性質から言っても、馬と変わりはないので、ラバも神社に入ってはいけなと解釈すれば、拡張解釈。

2) ②ロバはどうか——

(a)ロバは、馬とは異なるが、同じ様な体つきをしており、不潔さも同じなので、ロバにも適用すべきだと解釈すれば、類推である。

(b)ロバはおとなしいので危険でないから、馬と同等には扱えない、また不潔さの点では、馬が神馬として神社では神聖視されているのだから、不潔さが問題ではない、として、神社には入れると解釈すれば、文理解釈である。

3) キリンはどうか——キリンは、馬よりももっと大きく、危険性も不潔さも馬より大きいので、法律の趣旨からしてももちろんダメだと言えば、もちろん解釈である。

4) 鹿はどうか——

(a)鹿は、馬よりも小さいだけでなく春日大社のように神社で神様のお使いとして神聖視されている場合もあるのだから、かまわないと判断すれば、「馬」の反対解釈（馬はだめだということは、鹿はかまわないということ）。

(b)鹿も四つ足で顔が長く耳が長く馬に似ている。まず、大きさが子馬程度なので危険であり、糞尿の点で馬と同様不潔だから、だめだとすれば、類推である。

(c)鹿は、蹄がある上に角があり、かつ本来野生なので、馬より遙かに危険だから、もちろんだめだとすれば、もちろん解釈である。

5) 子（小）馬はどうか——

(a)子（小）馬は、危険でないので、かまわない。不潔さの点では、馬が神馬として、神社では神聖視されているのだから、不潔さが問題ではない、として子（小）馬はかまわないと判断すれば、縮小解釈である。

(b)端的に子（小）馬も馬に違いないからだめだとすれば、文理解釈である。

(c)子（小）馬も危険だし不潔だから「馬」に入れるべきだとすれば、目的論的判断が入るから、立法意思による文字通りの解釈である。（立法意思を参照することによって文理解釈に戻った解釈とすることもできようが、立法意思を参照することによる以上、もはや文理解釈ではなく、立法意思を参照することによる文字通りの解釈とすべきであろう）。

6) 周りに家が建ち込み境内に駐車場を作らざるを得なくなり、もはや「車馬の往来を許さず」の厳格適用ではやっていけない。境内の駐車場への車の通行は、例外として認めざるを得ない、と判断すれば、反制定法的解釈*1となる。

4・1・2 法解釈の主観性・客観性について

以上を踏まえると、法解釈の主観性・客観性については、次のことがいえる。

(1) 文理解釈——文理解釈をめぐるのは、「法の枠」の存在がはっきりしているので、解釈行為には客観性が強い。ただし、客観性が強いことと、その結論が妥当であることとは別である。文言に拘泥した解釈には、妥当性がないからである。

(2) 体系解釈——ここでも、体系的連関をめぐる議論、客観的論理が重要であり、それだけに「法の枠」はしっかりしているので、解釈行為には客観性が強い。しかし、文理解釈ほどには争いのないものでもない。

(3) 立法者意思による解釈——立法者の意思は、文理から、あるいは体系的関連から、あるいは歴史的考察によって確認するのであるから、歴史学が客観性を有しているという意味において、この作業も客観的作業である。「法の枠」と言うより「歴史的事実」の枠がある。もちろん立法者意思が曖昧な場合や一つに絞れない場合など、完全に客観的な作業とはいえない場合もある。

(4) 歴史的解釈——言葉の意味を歴史的コンテキストにおいて明らかにする作業は、優れて歴史的考察であるから、歴史学が客観性を目指しているという意味において、この作業も客観性を旨とする作業である。

(5) 立法意思による解釈——ここにおいては、今日において何が妥当かを判断す

*1 広中俊雄「民法解釈方法に関する12講」有斐閣、1997年、95頁以下。

るのであるから、立場によって「妥当」の内容は異なり、価値判断がもろに入る。「一般条項」による場合など、法の「枠」はゆるくなる。しかし、ここでも全面的に主観的であるとはいえない。

第一に、この解釈は、それまでの作業（文理解釈、体系的解釈、立法者意思解釈、歴史的解釈）を前提にしている。上位の解釈作業は、下位の解釈手続きによって、かなり絞られた範囲で行われる。例えば、立法意思的解釈は、それを行う際に、文理の枠、体系的関連性、立法者意思、客観的解釈すなわち立法の歴史的背景からくる趣旨や目的の認識などを尊重し、その枠内での妥当な結論を求める。それゆえ、全くの主観的価値判断だけではない。

第二に、「なにが妥当か」をめぐる考察にも、主観だけが決めるものではない。

①功利主義のように、ある基準を出して、それに照らした計算を行う。「最大多数の最大幸福」、「パレート最適値」、「公正の基準」などがそれである。それらの基準が妥当であることについて釈明しなければならないし、いったんある原理を採用すれば、その原理に拘束される。また、今日ではそれらの基準は人権尊重や民主主義などに適合的でなければならない。

②個別の解釈に当たっても、大体の人の共有する価値や原理、受け入れられているその制度が前提にしている価値や原理を基準にして、それに適合的な判断を追求する。「条理」に依拠する場合がそうである。何が条理かについては、判断に主観が入りやすい。しかしまた、何が条理かは、まったく個人の好みで決まるものでもない。

③先例を重視し、似たケースには似た判断がなされるよう、類型化や体系的整理を進めることを前提にする。

④関係者の合意点を探る。

これらについては、次章で詳述する。

4・2 法解釈と法の社会科学

ここでは、法解釈と法の社会科学の関係について論じる。法の社会科学とは、法を社会関係の一構成要素として位置づけ、他の構成要素である政治・経済・社会意識(文化、宗教、社会心理など)との総合的な連関において、かつ社会の歴史的構造変化の中において、その変化の法則や構造を認識する学問である。法の社会科学をもっとも意識的に追求したのは、マルクス主義、とりわけ日本のマルクス主義法学であったが、それ以外にもマックス・ヴェーバー、川島武宜、ニコラウス・ルーマンなどの業績もある。ここではまず、法解釈に対する社会科学の貢献の場について個別的に検討し、次に、法解釈を社会科学と密接に結びつけながら展開しようとした市民法論を素材にしながら、法解釈と法の社会科学の関係について、法価値論にも立ち入って考察を加える。

4・2・1 市民法論について

上の作業の典型としての、市民法論を素材に取り上げながら、問題点をより具体的に考察しよう。

4・2・1・1 市民法論とは何か

市民法論とは、近代社会の法(近代市民法)を社会科学的に考察し、そこから得た歴史的認識と構造を、法解釈においてもイデオロギー批判と解釈の方向を考える基礎資料として活用しようという立場である。市民法論の代表的な論者としては、川島武宜、戒能通孝、渡辺洋三、広中俊雄、清水誠、原島重義、石田喜久夫(ともに民法)、高柳信一(行政法学)がいる。かれらによれば、民法や行政法を含む近代社会の法には一定の発展法則と共通の構造があり、構造の基底には市民法原理がある。市民法原理とは、理念的に捉えられた近代市民社会とその法との構成原理である。それは、次のようなものである。

1) すなわち、個人を自由で民主主義の主体である相互に平等な存在と捉えること、国家をそうした個人が自由な意思によって形成したものと捉えること。そうした個人の自由を保障するため、法の支配の原則が働き、近代的法治国家が国家形態となるとすること、である。

2) また、個別の実定法部門に固有のより具体的な市民法原理としては次のようなものがある。たとえば、民法においては、一般的権利能力、所有権の自由、契約の自由といったものである。憲法においては、基本的人権の尊重、国民主権、平等などである。刑法においては、罪刑法定主義、適正手続き、「疑わしきは被告人の有利に」などの原則である。行政法においては、法治主義、国家の特権的な地位を認めず国家も司法裁判所に服するという原理、開かれた行政、市民参加などである。

3) 市民法原理は、個別実定法部門の一つ一つの構成部分でも問題になる。しかしここでは、何を原理とするかは市民法論者の間でも見解が分かれる。たとえば民法において、近代家族の原理を何に求めるかについては、近代的な主体の契約的關係とする立場(川島武宜)と、近代家族は親密な共同性が重要だとする立場(沼、来栖)がある。同様に入会権の進むべき方向についても、近代的な主体の契約的關係として確立していくことを重視する立場(川島武宜)と、民主化された村落の共同性を重視する立場(戒能通孝)がある。近代的土地関係の「近代性」がどうい

関係を指すかをめぐっても、自由な所有に基づく所有権の強化（絶対化）がメルクマルだとする立場（川島武宜）と、近代イギリスでは貴族の土地所有に対して農業資本以下の借地権が自己を確立していったのだから、それをモデルにして借地権（用益権）の優位がメルクマルになるとする立場（水本浩、渡辺洋三）がある。

以上から分かるように、市民法原理もまた、前述（抵抗権の章）した「実定法原理」の一つである。すなわちそれは、実定法から離れた思弁によって獲得される自然法原理ではないし、実定法の条文に明文化されているもののみから得られるものでもない。それは、実定法秩序の歴史的考察や実定法の全体の構造分析から得られる原理であり、それゆえに解釈にも直接使われることを期待されている。

こうした市民社会論・市民法論がとりわけ日本で重視されたのは、①それを引き合いに出すことが、戦前戦後の遅れた日本社会をその理念によって批判し、社会や法の進むべき方向、法解釈の判断基準を学問的研究を通じて示すことができる有効な手法であり、②しかもその議論が最先端のマルクス研究やヴェーバー研究をベースにし得、かつ経済・法・歴史学・社会学等を総合的に結びつけた理論として展開し得たからである。

4・2・1・2 市民法原理はどのように使われているか。

この点で第一に着目すべきは、市民法原理を呈示することによって、日本の「前近代的」法関係を批判する手法である。たとえば、日本人には、権利の主張のためには裁判をも辞さないと言う意識が弱いことや、契約をちゃんと結ばないとか契約の文言を厳密に実行しないとかの傾向があることの批判、「家」観念の批判、部落差別批判などである（渡辺洋三『法というものの考え方』岩波新書、1959；川島武宜『日本人の法意識』岩波新書、1967）。

第二には、市民法理念に基づいて、法実務上の具体的提言をすることが挙げられる。たとえば、市民法原理によると国家は市民に対して優越した地位にはなく、市民とともに司法権に服している。ここから、行政行為の公定力が広範に認められている実務や、国家賠償に消極的な実務を批判する議論が展開される（渡辺洋三『法というものの考え方』86頁以下が興味深い）。広中は、近代法の抽象性の原理、とくにかれが近代契約法の研究を通して得た、『有償契約においては人的要素が捨象される』という原理から出発して、当事者間の友情関係が賃借人によって裏切られたとか、賃借人に不道德な行為があったとからといって、賃借人の「背信」を理由とした解除は行えないとする^{*1}。また原島や石田は、大企業が約款を作りそれを契約に当たって「異議を述べないと承認したものとみなす」と消費者に押しつけてくる最近の問題に対して、『市民法原理である私的自治と平等の原則に反する。契約の一方当事者が自分の契約案を法規範として強制することなどあり得ない』と批判する^{*2}。この最後のケースから伺えるように、市民法論は、モデル化された近

*1 『民法の基礎知識』有斐閣、1964年、第13問。これに対しては、市民法論批判の立場からの星野英一の書評がある。『東北法学』29巻2号、1965年。

*2 原島重義「契約の拘束力——とくに約款を手がかりに」『法学セミナー』1983年10月号。石田喜久夫『民法秩序と自己決定』成文堂、1989年。

代イメージに照らして日本に残る前近代性を批判するだけでなく、現代化の中で喪われていく個人の主体性を取り戻すための役割をも果たすものなのである。（この点については、自己決定権をめぐる前述したところでもある。）

こうした場合に、近代法の歴史的考察から得た市民法の理念を実定法解釈で直接使用のではなく、憲法の国民主権や基本的人権、法治主義の原理を引き合いに出しつつ、市民法の理念を導きの糸にすることによってそれらを拡大させて展開する道を探るのも一つの手法である*1。

4・2・1・3 市民法論の問題点

(1) 第一の問題点は、そのような市民法原理があることは、どの様にして確認しうるか、ということである。この問いに対する考えられる回答としては次のようなものがあるが、それらについては疑問点もある。

1) ①典型的な近代法、たとえばナポレオン民法典や、アメリカ憲法、フランス革命期の憲法、ドイツ民法などの基本原理を探っていくと、上述のような原理に至る。②また、それらを準備した近代法学者の法理論も、そうした原理を機軸にしている。③さらに、現代社会は産業資本主義の上に成り立っているが、この社会の根底には商品交換があり、その論理を分析すると、自由な人格、自由な所有、契約の自由といった上述の原理に至る。④加えて、典型的な近代国家だとされるイギリスの法実務を見れば、法の支配、議会制民主主義、地方自治、近代的所有、近代家族の形成などが認められる。

2) 市民法論は、大塚久雄の経済史研究に依拠して、近代社会の形成期、すなわち中世が終わり産業革命を経て産業資本主義が確立していくまでの時期には、上述

*1 たとえば、高柳信一は、「法治主義」理念を次のように展開する。「日本国憲法は、逮捕並びに捜索及び押収に関して、裁判官の発する令状を要件とする主義をとったのであるが、このことを狭い刑事訴訟手続限りの改革としてみる見方も不可能ではない。しかし、ここに、国民の身体財産に対する物理的強制権力発動についての憲法の基本的建前の一端を窺取することは、より説得的に可能である。即ち、刑事上の捜査は、一応行政機関に任された機能であり、捜査上必要な処分を、旧制度下におけるように、捜査検察機関の認定に委ね、これを事後的に司法的に審査するという制度をとることも抽象的には可能である。しかし、憲法はその主義をとらなかったのであって、捜査という行政機関に任された段階においても、強制処分の権能は司法権の授權をまっぴらに与えられるとしたのである。憲法には、他所に強制力にふれた規定はない。また、強制力が行政権の当然の内容をなすことを窺わせる規定もない。(反対に、憲法は行政裁判所を廃止して、法の適用についての司法権による一元的保障の建前を明らかにしている。)とすれば、ここに、国民の身体財産に対する強制力の発動を司法権の認定と授權に留保する憲法の建前を窺取できるのではないであろうか。以上のように考えれば、われわれは、公法上の金銭債権であれば、行政上の強制徴収が認められて不思議がないかのごとく考える考え方を払拭すべきであると思う。」高柳信一「公法と私法」

(『政治と公法の諸問題』東京大学社会科学研究所、1963年、24頁)高柳はここで、『令状を要件とする、憲法原則は、単に刑事訴訟法に限定されたものではなく、行政法等にも適用されるべきだ』という見解を憲法解釈論として展開しているのであるが、その際かれは、市民法論を通じて得た市民法の理念に導かれつつ解釈論を展開しているのである。

の原理を体現した近代的主体が独立自営の生産者として広汎に認められたとする。(大塚はその理想化がロビンソン・クルソーだとする。すなわち、無人島にたった一人漂着したが、理性を働かせ勤勉によって、着々と安定した生活を築き上げていった良心的な人物である。大塚の出発点には、マックス・ヴェーバーが「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」で描いたような初期企業家のイメージがあった*1。)

この見方に立つ人々にとって産業資本主義が確立して以降の社会は、独立自営の生産者が産業資本家と労働者に分解し、労働者に対する産業資本家の搾取・差別と人間疎外とが進行していく社会なので、もはや理念化された近代市民社会に対応する社会ではなかった。

しかし、この2)の見方に対しては、疑問が出され得る。

それは第一に、近代的な主体だとされる独立自営の生産者は、古い農村社会の伝統の中にあり、家父長的關係のトップにあり、理想化されたような自由と民主主義を担う存在ではない。産業資本家も、ヴィクトリア社会に見られるように権威主義的で男尊女卑であり、けっして理想化されたような自由と平等の精神を持った近代的な主体ではなかった*2。

第二に、イギリスが近代国家の典型とされているが、このイギリスがどこまで近代国家の典型であると言えるか。ヴィクトリア時代に至っても、イギリスには上流階級の特権が色濃く残り、身分制の観念が強く、パターナリズムや権威主義が強かった。また、近代国家には多様なものがある。たとえば、反封建的なユンカーや権威主義的な官僚を基盤にして、非民主的な国家が上から近代化を進めるというドイツのプロイセンのモデルでなくて、なぜイギリスのモデルを持ち出すのか、という疑問があり得る。

3) 市民法論は、自由や人権、自治、法の支配、民主的共和制などの観念が近代社会において形成されたのであり、その根底には、中世的な生活様式をうち破って成長してきた近代市民の自由を求める運動がある、またその基盤としては、資本主義的な生産関係があると見る。それ故、〈自由な近代〉と〈不自由な前近代〉が対比される。しかし、ヨーロッパ史を振り返ると容易に分かるように、そうした諸観念は、ギリシア古代以来発達してきたものであるし、さらに中世における自由、すなわち自立した諸勢力が権力に対して自己主張をし、政治世界を双務契約によって形成していった伝統にも根ざすものである。したがって、単に近代化すれば(近代資本主義関係を導入し、近代法を採用すれば)、自由な社会になるといったものではない。また近代を前近代の伝統がどう支えているかの考察も重要である*3。古い伝統が近代を支えているという点についての考察が必要なのである。

*1 『大塚久雄著作集』第8巻「近代化の人的基礎」(岩波書店、1969年)参照。

*2 拙著『近代ドイツの国家と法学』及び、拙稿「女性史から見た〈ヴィクトリア時代から一九二〇年代へ〉」『法学雑誌』41巻4号、1995年。

*3 この点についても、拙著『近代ドイツの国家と法学』参照。大江泰一郎『ロシア・社会主義・法文化』(日本評論社、1992年)18頁以下をも参照。

4) 近代の法の研究から抽出できる原理には多様なものがあり、その中から特定のものが選ばれるのは、どういう手続きによるかということも問われなければならない。たとえばナポレオン民法典をはじめとする当時の近代法からは、自由な人格、自由な所有、契約の自由といった原理とともに、家父長制、結社の制限、強力な国家的集中、自治の否認、司法権の弱さといった傾向も認識として引き出せる。その中からなぜ、自由な人格、自由な所有、契約の自由が選び出されるのか。この問題は、次の2に関わる。

以上のように市民法論は、歴史論としては難点がある。

(2) 市民法論に対して指摘される第二の問題点は、上の1)と2)にともに関わるが、近代法の原理を構造分析して得た原理が、どうして近代社会ないし近代法の「理念」(実践の指導原理)だと断定できるのか、法実践が目標にすべき価値だとどうして言えるのか、というものである。

市民法論が市民法原理を導き出す根拠は、①近代法の原理がそうであるから、②近代法思想の基本原理がそれであるから、③市民社会の基底にある商品交換の論理がそれであるから、あるいは、④近代社会のモデルとしてのイギリスの分析からそれが出てくるから、といったことに求められる。市民法論者は、『近代と近代法がこの原理を基盤にして展開している。したがって法解釈もそれに依拠すべきだ』というのである。すなわちかれらは、『市民革命はこれを近代の国家と法の導原理にまで高め、その後の近代資本主義社会もその指導原理で構造化された』とし、『したがって——この言葉がどこまで説得的かが問題なのである——近代法の解釈においてもそれを理念(指導原理)にしなければならない』というのである。

確かに、商品交換や契約関係、自由な所有権を基礎においた生活を共有することによって、人々の間には、それらの制度の原理、それらに見合ったものの見方が定着していく(これが市民法原理の定着である)。そのことによって、市民法原理は、近代の人々の共通理解にもなる。このことは確認できる。しかし、ここまでは事実の認識である。問題は、そうして認識された原理が、なぜ当為となるのかである。前述のように、存在の認識から当為は、すなわち「～である」から「～であるべきだ」は、論理的には出てこない、これがしばしば指摘されている原則である。事実認識と当為命題の間には、両者を媒介する何かが必要なのである。

市民法論はこの点をどう考えているのであろうか。渡辺洋三を取り上げよう。かれは、媒介項は、「歴史をどのような方向にすすめるために」個々の法制度をどう「運用してゆくことがのぞましいか」に関する、法解釈者の究極的な価値判断だとする。したがってそれは、最終的には各人の選択の問題だということになるのである。

しかし同時に渡辺は、この価値判断がそれのみによってすべてを決していくのではなく、基礎的事実の認識、すなわち個々の法制度がどのように歴史的に形成されてきて現在どのような機能をしているかの認識や、その法制度の社会的意義の認識と評価と相まって、まず、民主主義、平等、人間尊重などの価値判断原理を作るとする。市民法原理は、こうした基礎的事実の認識において発見された原理であり、それが価値判断を規定しつつ支えているのである。

そして、法律問題を解決するときには、解釈者は、この価値判断原理にたって処理して行くわけだが、具体的にどういう処理の仕方をすれば問題が適切に処理でき求める結果に至るかを、社会科学的な認識を動員して考える、とする。このように科学的認識は、価値判断原理の形成に際してと、それに依拠した解釈の選択に当たってとにおいて、価値判断を二重に支えているのである*1。

渡辺のこの立場は、マックス・ヴェーバーが1904年の「社会科学のおよび社会政策的認識の《客観性》」で述べた、科学が価値に関わる3つの場合、①価値判断をして得られた実践目的を達成するためにはどのような手段がよいかについて考察すること、②目的達成のために或る行為をした場合、どのような効果が発生するかを予測すること、および③価値判断そのものについてその構造を解析すること*2、のうち、①と②に対応するものであると判断しうる。

4・2・1・4 星野英一の市民法論批判について

ここでは、市民法論批判を展開している一人である星野英一の議論を検討しつつ、以上において扱った問題を再検討してみよう。星野を選んだのは、かれが市民法論のような形で社会科学を法解釈学に持ち込むことに対しては批判的であり、また事実認識の点においても市民法論に批判的であり、上述の議論と根本的に対立する立場にあるからである。

まず、星野の法学方法論の特徴の一つは、法解釈の作業において社会科学的な議論をすることに対する懐疑にある。そしてそれは、かれの次のような法解釈の基本的姿勢から来るものであった。「より具体的な順序としては、まず、一方、文理解

*1 渡辺は、労働法の解釈を論じた際に次のようにいっている。「解釈の基準としての価値判断原理は、労働法の歴史的基盤の認識を基礎にしつつ、さらにその歴史をどのような方向にすすめるために労働法を運用してゆくことがのぞましいかという価値判断によって規定されるのであり、さらにそれは、労働組合運動の意義をどのようなものとして認識し且つ評価するかという解釈者の歴史的認識能力とむすびついている。このように、解釈者の価値判断の基準は、根本的に彼の歴史的認識によって規定されており、それゆえにこそ、現代法の各分野における最も重要な解釈の対立は、そのほとんどが、解釈者の歴史的認識の差異にもとづいているのである。その意味で、社会科学は、解釈者が、価値判断の原則的基準を立てるための基礎資料を提供するといっても過言ではない。*1」渡辺洋三「社会科学と法の解釈」、『法哲学年報』1967年、『法社会学研究』第7巻、225頁。そして渡辺はさらに、「ここで、普遍的正義ということばは、たとえば、民主主義、平等、人間尊重、平和、多数の幸福、社会の進歩、勤労人民の利益等々の抽象的事実のことばに置きかえてもよい。いずれにせよ、ことば自体は具体的内容を示していない。しかし、かりに今、民主主義を価値判断の原則的基準としてえらんだ場合、現実の社会の中で、だれの、いかなる利益を守ることが民主主義に合致するかを、われわれは、社会科学の力を借り事実即して確定することができる。同様に、多数の幸福や平和の維持とは何であるかを現実社会の分析の中から具体的に見出すことも可能であろう。対立する解釈のうち、どれをえらぶことが、より民主主義に合致し、多数の幸福の実現や平和の維持に役立つかということ、社会科学的分析をつうじて明らかにすることによって、解釈者は、解釈とその結果との関係を具体的に理解することができるのである*2」、といっている。渡辺・同上、226頁

*2 ヴェーバー『社会科学方法論』（岩波文庫、富永・立野訳）14頁以下。

釈・論理解釈を行ない、他方、立法者ないし起草者の意思を探究することが基礎的作業として必要であると考え。このさい、文字・文章のすなおな意味をできるだけ尊重して、先に挙げたような形での言いかえを軽々しくしないようにし、ついで、立法者・起草者の意思を調べ、それらの解釈で今日差支えないか否かを考えようとするのである。なぜ文理解釈をまず重んずるかという、法律とは、素人がこれを見て自分の行為の法律上の効果を知り、そのような効果を期待しまたは避けるべく行動するものだからである。これこそが民主的社会において法文が公布されることの理由であると考えられるので、できるだけ素人の感覚・期待に合致するような解釈をするように努めることが、法律家にとっても重要であると思う。^{*1}ここで星野が解釈として挙げているのは、文理解釈・論理解釈と立法者意思であり、付加的に「それらの解釈で今日差支えないか否か」の考察であって、かれはそれ以外のものを排除する。その理由は星野が、「素人の感覚・期待に合致する」法解釈を重視するからであった^{*2}。星野のこのような立場からして、法の解釈に当たって、市民法論のような、文理解釈・論理解釈と立法者意思を超えて議論することが排斥されるのは、自然の帰結であろう。それは個別の法規を超えて、その背後にある歴史や全体構造を解釈に反映させるものであるからである。この点で星野が一方で見せているのは、経験に直接与えられた素材のみを考察の対象にしようとするコント流の実証主義の姿勢であり、それを超えた原理や全体構造を問題にするヘーゲル・マルクス流の「学」の立場ではなかった。

もっとも、星野もまた、法解釈学に携わる法律学を学問として位置づけており、それゆえ体系化の作業を否定するものではなかった。しかし、星野における「体系」の意味は、法律学における社会科学的な作業が目指しているものとは異なっていた。たとえば、星野は「体系」について、次のように言う。

「なお、このようにいうことは、いわゆる「体系化」そのものを否定し、全くカズィスティックな解釈の寄せ集めをせよということではない。学問においてのみならず、法律解釈においても、体系的考慮は必要である。問題は、なにに基づいて体系化すべきか、換言すれば体系の原理はなにか、ということであり、これを、ただの観念の産物であるいわゆる「理論」に求めるのは適当でない、というのである。体系化の原理は、社会関係の種類および利益状況と価値判断とに求めるべきである。なぜならば、法律は、紛争解決の基準であり、社会関係の形成・規律の手段であって、法の解釈は客観的に価値の実現・利益の保護を意味するから・・・価値判断の面からの体系化こそ、法を適用する側にとっても、適用される側にとっても、必要なことだからである。しかし、従来、この面からの体系化は、十分でなかったように思

*1 星野英一「民法解釈論序説」（『民法論集1』所収）11頁。

*2 利益衡量を重視する星野が、ここでは立法意思による解釈を述べていないのは不思議である。しかし星野は、次のように実際には別のところでこれを強調している。「当該規定によってどのような価値・利益を実現・保護するのが妥当かを考えるわけである。これはいわゆる「立法趣旨」の探究と呼ばれる作業であるが、先に述べた、立法者・起草者が現実はどう考えていたかの探究とは全く異なることはいうまでもない。」星野・同上26頁。

われる。」（同13頁）すなわち星野における「体系」とは、社会関係・利益状況・価値判断を「類型」化することであり、共通項ごとに分類整理することであった*1。これに対して、社会科学を動員した法の総合的理論的考察は、分類整理による類型化を超えるものである。それゆえそれは、星野にとっては、形而上学的な法の思弁的考察とならんで、「ただの観念の産物」としての「理論」でしかなかった。

星野が市民法論を批判するのも、このような立場からであった。かれは言う、「要するに、民法典の内在的な検討を十分にしないで、よそから十分な反省なしに持ってきた「理論」を民法の解釈として主張したことが特色であった。これは、フランス民法に由来することの多い民法の規定・制度を、ドイツ民法に由来すると誤解ないし軽信したことによるようであるが、その理由は未だ十分明らかであるとはいえない。これに対し、最近の有力な傾向は、後に述べるように、「近代法のあり方」を解釈の基準とするものである。両者は、一見全く異なるようであるが、実は、根本の態度にかなりの共通性が見られる。すなわち、民法典の文理や、立法当時に与えられた内容について理解しようとする意向が少ないこと、および、演繹的な論理を主として用いることである。」（同10頁）市民法論の立場は、星野的意味での実証——すなわち類型化の作業——とは異質のものであり、それゆえかれにとっては、思弁的に捉えた原理を外から持ち込んだ「演繹的な論理」だということになる*2。星野のコント流の実証主義は、ここでも顕著である。

ところで星野が市民法論に対して懐疑的なのは、以上に見た、星野の「理論」への懐疑によるとともに、「存在から当為は引き出せない」という立場を星野がとっていることにもよる。すなわち、星野はいう、「しかし、「進歩」の語は、そのような価値の観点を含むことなく、単に、歴史が将来そうなるという事実の意味に用いられ、従って、それは経験科学的認識の対象である、とされてもいるようである。そうだとすると、これに対しては、先の批判だけでは十分でないのであって、ことは、「客観的な歴史の発展法則に関する科学的認識が、価値体系選択の基準、したがってまた法解釈の正否の基準たり得るか」の問題になる。これに対しては、やはり根本的な疑問がある。第一に、「そうなる」という命題から「そうあるべし」と

*1 星野のいう類型化が、単なる分類を超えるものでなかったことは、次の言明を参照。「しかし、諸類型を構成する実際の過程は、ごく常識的な社会関係の区別(不法行為につき、自動車事故、公害…とするように)に始まり、社会的な利益状態の差異の分類に進み、価値判断・利益考量を行なって再び類型を作り直すといういわばフィード・バックの過程を迫るであろう。」16頁。

*2 もっとも星野も、近代社会の原理を前提にした解釈論を展開しているのでもあった。たとえば、次のようなものである。「占有の訴において、相手方が本権に基づく反訴を提起することは認められるか否かの問題も、近代社会において自力救済禁圧という価値をどう考えるかという考慮なしには、十分な判断ができないであろう。」星野・同上21頁。ここで星野は、「近代社会においては自力救済が認められていない」という原理を基盤にして、本権に基づく反訴を否認しようというのである。しかし、なぜ近代社会においては自力救済が認められるべきでないのかという問題については、近代社会と近代法の原理的考察を抜きにしては説明ができないのであるから、星野もまた、市民法論の成果に依拠せざるを得ないのではなかろうか。

いう命題は、どうしても引き出せないのではあるまいか。さらに、仮にこれを認めたとしても、「そうなる」という時期をどのへんに設定するかも問題であろう。」
(同37～38頁)

星野がここで示している、「「そうなる」という命題から「そうあるべし」という命題は、どうしても引き出せないのではあるまいか」という言明には、正確には「論理的には(引き出せない)」を入れるべきであろう。しかしそうすると、「論理的には」無理だということから、「実際にも」すなわち自然的・歴史的に規定された生を生きている存在にとっても無理だということは、論理的には出てこないという問題が残る。問題は、先に見たように「価値判断の原則的基準」である媒介項をできるだけ客観的に固めていく作業にかかっている。また、市民法論は、星野が言うような、「であること」から「そうなる」ことを無媒介に論じているのではない。市民法論者にとって、モデル化された近代法は現実のそれぞれの社会においては完全な形では存在しえない。かれらは、現実に問題になるそれぞれの国の実定法を、理念化された市民法原理に照らして批判するのであった。その際かれらは、歴史上人々がその方向に努力を積み重ねてきたのだから、そしてそれが我々にとっても良い、「正しい」と判断できるから、「そうなるべきだ」と目標設定するのである*1。では、なぜ、それが「正しい」と判断できるのか・・・星野もまた、この方向に議論を進めていく。「そのように帰結しうるためには、もう一つの媒介項として、『それが正しいもの、よいもの、望ましいものである』という価値判断命題を必要とする。『それが近代市民法のあり方だからそうなければならない』というのは、論理的には飛躍がある。何れにしても、『そのようなあり方が望ましい』とする価値判断のより詳しい根拠を示すことこそ重要であって、『近代的であるから』では、何事をも語っていないに近い」(星野、書評『民法の基礎知識』法学29巻2号, 1965、350頁)

そしてこの点との関係では、星野が他方では次のように言っていることが、着目に値する。すなわち星野は、かれにとっての「正しいこと」が何かを次のように語る。「筆者は、価値そのものの客観的妥当性を認めたいと考えている。しかも、単に抽象的な価値ばかりでなく、あるていど具体的な価値につき、その客観性を認めてよいものがあるのではないだろうか。つまり、歴史において、いくつかの価値は次第に認められてきて、ついにはもはや何人も(気狂いでない限り)否定することができなくなるようになるのではないだろうか。人間の尊厳、平等、精神的自由など、いくつかのものを挙げることはできるのではないかと思われる。これらの価値が、大昔から認められていたとはいえない。しかし、いったんそれが人類の共通財となった後は、将来においてこれらが否定されるとはどうてい考えられない。また、い

*1 星野は次のような近代法説批判も行っている。「「近代化」説は、近代つまり現在こうあるからこうせよ、というのだから、若干矛盾がある。現在そうでないからこそ、こうせよというのだから。」しかし、ここには論理の混乱がある。「現在こうある」というのは、モデル化された近代法においては「現在こうある」ということであって、したがって、それぞれの国の実際の法において「現在そうでない」ということとは矛盾しない。

ったん、認められた今日、過去においても、もっと早く認められるべきであったと誰しも考えるのではないだろうか。そして、どのような価値が今日の人類の、狭くとも日本人の否定することのできない共有財となっているかについて、より具体的に検討する仕事が残されているのではないかと思われる。」（序説44頁）つまり星野が解釈作業の根底において「正しいもの」として追求しているのは、歴史の中で次第に結晶して「人類の共通財」となった「人間の尊厳、平等、精神的自由など」であった。

星野がここで基盤にしている「人間の尊厳、平等、精神的自由など」の承認こそが、上述の渡辺における「近代」的なものでもあった。そしてそれらは、近代社会の中で形成され人々の「共有財」になるにいたった価値であり、それが市民法原理の根幹を成す。市民法論を否定する星野も、市民法論と共通の原理に立脚しているのである。

星野がそうした原理を前提にしているのであれば、かれが市民法論を批判して「近代的でなくても、よいものがある」（同352頁）とするその言明には限定が必要になろう。すなわち星野の立場は、「人間の尊厳、平等、精神的自由など」に照らして、それに合致する限りでは「近代的でな」いものにでも「よいもの」を見いだすことができるということにすぎない。そういう視点は、上述のような中世的自由を評価するために、重要であろう。しかし、そういう視点は、市民法論の、前近代と近代を切り離し、もっぱら近代にのみ「よいもの」を求めたのに対して、前近代にも眼を向けさせるものではある。しかしそういう視点は、人々の「共有財」を基準にし、その内容として「人間の尊厳、平等、精神的自由など」を求める市民法論の方法や価値論を根源的に否定するものであるということには、実際にはならないのである。

結局、星野と市民法論との相違点は、学問的作業を、星野のようにコント流に現象の分類・類型化とするか、市民法論のようにヘーゲル・マルクス流に現象の根底にある原理の発見や社会構造の解明に基づく理論化にあるとするかの違いにあるだろう。確かに法解釈は、紛争処理を目的とした作業であり、それゆえ現状の理解が大切で、そのためには現象の分類・類型化が欠かせない。しかし、法学は法解釈だけをする学問ではない。学問とは、現状に対応すると共に、現状を根源的・大局的に検討し、その現状をも相対化しようとするものであろう。確かにそうしたマクロな思考は、日常の紛争解決というミクロな課題に対し、精緻で万能の処方箋を提供するものではない。しかし、そうした大きな視点からの対象の相対化がなければ、現状対応は、精緻であればあるほどその現状に引き込まれていくだろう。マクロの科学を解釈論と結びつけようとした市民法論は、したがって、単なるミクロの法解釈の立場から測定して是非を論じるだけでしたとすることはできないだろう。

4・2・2 価値判断論

ここでは、これまでの所で問題になった、事実の認識と当為命題とを媒介するのが何であり、どのような構造を持っているかを考える。先にも見たように、この媒介項を、渡辺洋三は「価値判断基準」と呼び、星野英一は「価値判断命題」と呼

んでいた。

市民法論において、『一般的権利能力、自由な所有、契約の自由の3原理が近代市民法の根底にある』という認識命題が、『それらは民法解釈において追求されるべきである』という当為命題と結びつくのは、どういう仕組みによるか。前述のように、それは、認識と当為の間に媒介項が働いているからである。それは、第一には、「自由は尊重されるべきである」という命題である。これを用いることによって、『3原理は自由の原理である。自由は尊重されるべきである。したがって、それらは民法解釈においても追求されるべきである』と帰結を得る。しかし、これは一般的な自由主張であって、それだけを言いたいなら市民法論の形を採る必要はない。市民法論の場合は、特殊、市民法論的な媒介項が別にあるはずだということになる。思うにそれは、「ある制度の運用はその制度の自然（＝本質・原理）を反映しなければならない」という命題であろう。あるいは、その原理が近代においてはほとんどの国の実践原理である点に鑑みて、「人々の共通了解、共有財は、尊重されなければならない」という媒介項でもありうる。また、それがそれらの自由を求める歴史上の運動市民法に蓄積している点に鑑みて、「これまでの人々の努力は、尊重しなければならない」という命題でもありうる。

この最後の「これまでの人々の努力は、尊重しなければならない」という命題は、日本国憲法97条が、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって」と規定しているところでもある。それを使うと、たとえば次のようになる。市民法論は、古い法関係（「イエ」的關係、親分・子分的関係、地主や家主の家父長的支配など）を克服しようとする人々の努力の結果、近代的な法関係が形成されたということを確認する。するとここに、「これまでの人々の努力は、尊重しなければならない」という媒介項を入れれば、「古い関係を克服し近代的な原理を追求すべきである」という当為が帰結することになる*1。

それでは、こうした媒介項は、どういう構造を成しているのであろうか。まず気が付くのは、上述の4つの媒介項には、内容に関わるものと形式に関わるものが含まれていることである。前者は、「自由は尊重されなければならない」であり、後者は、「ある制度の運用はその制度の自然（＝本質・原理）を反映しなければならない」以下の3つである。これを出発点にして、それぞれについて考えてみよう。

4・2・2・1 内容

これについては、ラートブルフの分類を参考にしつつ*2、今日的観点から改良すれば、下記の図のようになる。すなわち、最高の価値としては、人間・自然・神が

*1 法解釈論争において家永三郎が正しい法解釈の基準は、歴史の発展法則にあると主張した。多くの法学者はこれに異議を唱えた。しかし、これも「これまでの人々の努力は、尊重しなければならない」という媒介項に結びつけて考えれば、さほど不可解ではないであろう。『歴史は、これまでの人々の努力によって、こう動いてきた。これまでの人々の努力は、尊重しなければならない。したがって、歴史の発展法則にしたがってこう解釈されるべきである』と。

*2 『ラートブルフ著作集』第1巻（『法哲学』田中耕太郎訳、東京大学出版会）第7章。

あり、そのどれを全面的に採るかによって、人間中心主義、極端な「自然の権利」擁護の立場、絶対神の立場に至る。人間主義は、集団、個人、種としての人間、文化のどれを優先するかで、立場が異なってくる。集団でも国家、村、家族、会社等のどれを優先するかで立場は異なってくる。個人については、生命、快樂、自由、平等、平和（秩序）のどれを優先するかで、立場は異なってくる。種としての人間の向上や保全を優先するとその観点から婚姻の規制や生殖の規制が主張され個人の自由が制限されることもある、等々である。自然を最高価値とすると、動物の権利を唱えて人間の自由を制限することも主張される。この自然の内でも、個体を優先するか、種を優先するか、生態系を優先するかで異なる。希少な種の保全のために、個体を捕獲してもつばら繁殖のために飼育することもあるし、生態系保全のためには、殖え過ぎた特定の種について間引きをすることもある。文化を優先すると、文化財保全のために侵略軍に抵抗しないということも起こる。逆に、民族文化を発展させるために、独立を求めることもあり得る。文化発展のために、個人の自由を強化することもあり得る、等々である。

人間	集団	国家・村・家族・会社等		
	個人	生命		
		快樂	肉体的快樂	性欲・食欲・美的
快樂等			精神的快樂	学問・芸術・清貧
生活等		自由	身体の自由	
			政治的自由	
			精神の自由	
		平等	均分的平等	
			配分的平等	
		平和（秩序）		
	種としての人間			
	文化	学問・芸術等		
自然	生態系			
	種			
	個体			
神				

これらの間で、人々はどのように選択するか。実際には選択は、価値情緒説の人々が主張するような単なる好みの問題でもなければ、実存主義の人々が主張するよ

うな単なる真空状態における決断でもない。認識から価値判断は、確かに論理的には出てこないが、しかし現実的には——すなわち厳密な論理によって生きるのではなく、蓋然性と素朴な確率とを基礎にして、感性や伝統にも規定され、確実には方向を決められない中で、ヨリ増だと思えるものをその都度選んで行く人間をめぐっては——かなり出てくるのである。

それは、第一には、われわれが真空の中で生きているのではなく、(1) 生きる存在としての諸条件、(2) 歴史的蓄積物(文化・習慣、歴史的経験や運動の結果制度化されたもの)、(3) 社会関係(しがらみ)の網、(4) 事物の性質などに規定されて生きており、したがってその基盤上で価値判断をせざるを得ないからである。これが人間の存在の論理構造である。われわれが立っている位置が、こうした形であらかじめ定義されているのであって、それを無視して進むことができないということを考える必要があるのである。この点を詳述すると、次のようになる。

(1) 生きる存在としての諸条件　われわれは生物的に規定されており、たとえば種を保存するために男女の結合を認めなければならない。したがって、どのような宗教であっても、性や結婚を全面的に否定はできない。我々の生命を確保するためには暴力・戦争を全面的に肯定することはできない。

(2) 歴史的蓄積物　われわれは歴史的にも規定されている。現代の人間は、人の尊厳を無視したり、動物を虐待したりすることはできない。戦後ドイツの政治家は、ナチス讚美や、強制収容所肯定はできない。上の引用にある、労働組合の問題にしても、労働組合が権利として認められてきた歴史を無視して、立場選択をすることはできない。それを制度化している諸法(憲法や労働法を含め)の規定やその根底にある原理を無視した立場選択はできない。労働行政についての先進国の実務や国際機構の取り決め、労働組合員の強い要求を、日本の政治家や行政官は無視し得ない。われわれはまた、民族の文化や慣習に規定されている。それらは単にわれわれの決定を枠づけているだけでなく、われわれの思考のパターンを創ってしまっているのでもある。

(3) 社会関係(しがらみ)の網　われわれは、生まれて以来、社会関係の網の目の中に位置を占め、そこにおける人間関係に対応しつつ、またそこでの役割期待に応えるつつ生きている。時には危機的状況において実存的決断に迫られることもあるが、しかしほとんどは、この網の目に対応して生きているのである。しかもわれわれは、生まれて以来、この網の目の中で個々の場面での価値判断、方向選択を積み重ねてきて現在の自分の生を形作っているのであり、そこに自ずと一つの価値判断体系、世界観を築き上げている。そしてそれは、自分の人間関係、役割期待に応える要素を多く含んでいる。(もちろん、われわれは、こうした世界観の根本的転換、「回心」を経験することもある。)

(4) 事物の性質　先に述べた、人間が生物であり、その自然を無視し得ないということの他に、われわれが日常的に依拠して生きている諸制度が、その性質からして一定方向に進むことをわれわれに要求する。近代法を採用すれば、その原理に従って生活することが、多くの人がそうするのだから自分にも必要になる。核兵器をもてば、逆に安易に戦争できなくなる。国家が大学をもてば、そこから体制批

判を受けることを逃れられない。等々である。

これらの場合においても、論理的にはもちろん何でも選べる。決断を「無からの、意志による創造」（真空における選択）だと実存的に見ることは、ここでも論理的には可能である。しかし、現実の諸関係に規定された人間としては、あるいは、現実の特定の歴史経験を踏まえて成り立っている国家における、政治家や行政官としては、たとえば人権や民主主義を無視したり、侵略を煽ったりすることは、強い非難を受け、場合によっては個人の場合は人間関係を悪化させ、政治家の場合はその地位を失うことによってその決断が実質的に無効になるものでもある。したがって、そうした決断は論理的には可能でも現実的には可能でない。（友人や世論の批判を気にしないで方向選択することは、もちろんあり得る。しかし、人間関係が密でありあるいは社会的・政治的地位が高くなればなるほど、それは実際には難しくなる。一時的には無視できても、長期的にはそのことによって座を追われることにもなる。）選択はこのような意味において、生物的ないし歴史的・社会的に枠づけられているのである。

以上のことは、裁判官についてはどうであろうか。確かに裁判官は、中野次雄が言っているように統一体としての「裁判組織の一員」であるから、これまでの判例を参考にし最高裁の判断を念頭に置きつつ判断する。しかし裁判官は、同時に社会の必要や社会の動向を無視し得ない。前の時代に当然とされていたことも、社会意識の変化に伴って著しく不正・非合理と考えられるようになる。その社会の必要性との実務の齟齬や、社会意識の変化の重大性を裁判官が認識したとき、すなわち齟齬や重大性が最高裁も無視し得ぬ程度だと判断したとき、判例を変更する方向に判断を展開することもあろう。この、上からの統一性と下からのダイナミズムが相まって、司法部は社会の中で有効に機能する機関となる^{*1}。いずれにせよ、ここでも、役割と事柄の自然、社会関係に規定されつつ判断は行われるのである。

そして、これら政治家や行政官、裁判官でない人間も、多かれ少なかれ役割に規定された人間である。役割の内容は異なっても、そこから出てくる枠を背負いつつ

*1 中野次雄他『判例とその読み方』有斐閣、1986年、22頁。中野は、「裁判官は最高裁判所のするであろう判断」に拘束される」とする。かれは、裁判官は「裁判組織の一員」であるから、最終的・確定的な判断である最高裁の権威に従うのが「職務上の義務」だとする。しかしこれは、一面的な見方である。裁判が三審制を採っているのは、三度、異なる眼で検討することによって正確を期そうとしてのことである。そのためには、それぞれの裁判官が、事実認定と法解釈について、自分で納得できる、自分の良心にかなった判断をしなければならない。日本国憲法76条3項が、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と述べているのは、このためである。しかし同時に、裁判権は国家機関として統一したものでなければならぬ。進級制を設け最高裁判所を最高の最終審としているのは、このためである。裁判制度は、これら二つの原理の緊張の中で展開しているのであって、この緊張こそが、正確さと統一性との保証である。それを、中野のように統一性に傾斜してしまうのでは、裁判官に対する官僚統制が強化されることが不可避となる。この点については、広中『民法解釈方法に関する十二講』および「現代裁判の課題解決をめざして」『判例時報』1316号、1989年。

良心に従って、方向選択をするのである。

社会科学は、この『われわれはどの様な関係に置かれており、したがってどの様な価値判断が現実的には避けられないか、あるいはどの様に行動することがその位置からして要求されているか』の考察に必要なのである。たとえば、上述の例をとれば、「労働法の歴史的基盤」や「労働組合運動の意義」の科学的な認識が、それらが制度化され、かつ世界的常識を形成しつつ展開している現実においては、価値判断にとって重要になるのである。

確かに現代は、価値が多様化し、ファンダメンタリズム同士の対立も顕著になり、それらの間での調整が困難になっていると言われる。国際的にも、宗教間対立や文化的多元性に伴う議論が盛んである。しかし他方では、人権、民主主義、民族独立、反核、環境問題・自然保護等をめぐって、国内的・国際的な合意や国際世論が確立しつつあるのでもある。そうした積み上げの芽に足がかりを見出しつつ、上述の問題を考えて行くべきであろう。

第二には、われわれは首尾一貫性を多かれ少なかれ尊重しなければならないからである。社会に生きているわれわれは、その選択について周りの人に説明しなければならない。説明のできないような首尾一貫性のない選択では、社会的信用を得られない。また、最高価値として何を採るかが決まれば、それを前提にして構成された価値体系（＝世界観）に、かなり忠実に、下位の諸価値を選んでいくものである。逆にわれわれはまた、個々の局面で選択するときその限りでの基準を立てて選択を行うのであり、やがてそれらの中に一貫性・体系的整合性を持たせようとする。

第三には、大抵の価値選択は、《人をとるか自然をとるか》、《個人をとるか文化をとるか》、《自由と平等のどちらをとるか》といった、究極的な二者択一、実存を賭けた決断の形で行われるものではなく、それぞれの両極のどちらをもとる、その調整をどうするかという散文的な形で行われる。したがって、単なる好みで選ぶというより、プラス・マイナスを秤に掛けて計算していく合理的作業が決め手となる。

4・2・2・2 形式

原則となる形式としては、先に挙げたものを含め、次のような命題がその例としてある。

- ①「ある制度の運用はその制度の自然（＝本質・原理）を反映しなければならない」
- ②「これまでの人々の努力は尊重しなければならない」
- ③「人々の共通了解は尊重されなければならない」
- ④「人々の習慣に即すべきである」
- ⑤「世の成り行きに委せるべきである」
- ⑥「多数者に従うべきである」
- ⑦「質より量を尊重すべきである」、「量より質を尊重すべきである」
- ⑧「普遍化可能性を尊重すべきである」
- ⑨「矛盾したことを為したり言ったりすべきでない」

個々の法解釈においては、こうした媒介項として、さらに多様なものが入ってくる。「損害は分配すべきだ」とか「自己責任を重視すべきだ」、「資源の有効利用」等である。

これらが形式的であるというのは、「自然」とか「努力」とか「共通了解」とかいったものには、上述の内容のどれでもが入りうるからである。この点でこれらは、特殊な格言 (Maxim)、特殊なトposだといえる。これら形式的なものは、それ自体が一つの基準になるものであるが、しかしその正当性を問われるときには、前述の内容的なものに根拠を求めなければならない関係にある。たとえば、なぜ、①について、その制度の自然を反映しなければならないかと問われれば、「その自然が正しいから」(自由が大切だから、神が絶対だから等)と答えることになる。これらについてはまた、たとえば④について、「習慣よりも、人々の自由を擁護する方が大切だ」という見解が強まれば、④はその限りで否定されることになる。カントが提起したような、⑧の基準にしても、「文化価値の点から、この天才的芸術家については徴兵や死刑について例外を認めるべきである」という取り扱いがあり得る。

4・2・3 法解釈に対する社会科学の貢献の場

以上を踏まえて、法解釈に対する社会科学の貢献について総括的な考察を行っておこう。

先にも見たように、法解釈の作業は、法文についても、文理解釈から立法者意思による解釈に至るまで、文言の通常の意味や、体系的位罫、歴史的意味づけなど客観的な認識行為である面が多いし、この作業において必要な事実認定も、客観的な認識行為である面が多い。しかし、他方で、法解釈においては、実践的・目的論的考慮が法文理解を規定し、とくに立法意思による解釈ではそれが決定的になるのだから、価値判断による方向の選択が欠かせない。その際、価値判断を導くのは実践的な基本的立場(民主主義の立場、ファシズムの立場、労働者の立場、大企業本位の立場など)であり、どの立場を採るかは、究極的にはその人の、価値観の総体的構造すなわち世界観による。法解釈の作業においてはこのように客観的認識と価値判断が絡み合っているのである。

法解釈を作業過程を追って見ると、ひと(法律家)は、関係する事件に直面して、①事実を認識し、それに対し②自分の価値判断による解決方向を願望として持ちつつも、③法文の規定の性格や枠、④先例の枠、⑤人々のそれに対するこれまでの評価・世の動向、⑥当該問題をめぐる関係者の意向、⑦自分が行った他の決定や自分の言動と原理的に矛盾しないか等の諸要素をにらみ合わせ煮詰めるという、思考の複雑な展開過程を経ながら結論を固めていく。結論が固まると、今度はそれを論理的に根拠づける作業に入る。その際には、上述の諸要素を組み込みつつ法文に説得的に結びつけて行かなくてはならない。

法解釈に対する社会科学の関係は、以上の諸ポイントに対応して問題となる。

4・2・3・1 法規範と事実の認識

法の解釈に当たっては、法規範と事実をしっかり把握し、それに対応した法適用のあり方(論理構成)を考えることが重要である。

法解釈は、《AならばBとすべし（大前提）。しかるにCはAである（小前提）。ゆえにCはBとすべし（結論）》という三段論法の形を採る。たとえば、《「満二十歳年ヲ以テ成年トス」（民法3条）。しかるに、Cは満二十歳である。ゆえにCは成人である》という形である。（Aに関わる概念がしばしば多義的であり、また目的論的考察が入るから、完全に三段論法であるということは、あり得ないが。）

このうち、大前提である法文の解釈の作業それ自体についても、次のことがいえる。①その法文に使われている文言は通常どういう意味を持つか、をわきまえておく必要がある。また、②その法が作られた歴史的背景はどのようなものであり、したがってその法はどう歴史的に性格づけられているか、その性格づけは今日のかくかくしかじかの状況とどう関係するか、をもわきまえておく必要がある。さらに、③その法は、法全体の中にどういう位置を占めているか、とくに、原理的連関はどういうものか、等々もわきまえておく必要がある。これらを知らないと、法解釈の方向を間違える。これは、歴史的解釈の問題であり、現状認識の問題であり、原理の問題でもある。これらは主として科学的作業である。

小前提である事実の認定も、科学的作業を欠かせない。また、たとえば解釈の作業前提として、「等しいものは等しく、異なるものは異なって」扱うことが求められる。その際には、法解釈に当たって、等しく扱うべき関係や異なって扱う関係を正しく捉える必要があり、そのためには、科学的な認識作業が重要である。

結論に関しても、そういう結論を採ればどういう効果が生じるか、これまでの先例と適合しているか、他国ではどういう理由でどう処理しているか、などの考慮が必要であり（目的論的考察）、科学的な認識作業が重要である^{*1}。

なかでも最も重要なのは、前提となる事実の正しい認識、とくにその法的意味付けの科学性である。たとえば、「公共用財産または営造物の使用関係が設置の目的にしたがった使用である場合には公法上の利用関係である」とする見方があるが、実際にはそれはおおざっぱすぎる認識である。公共のものといっても、病院、学校、電車、賃貸住宅等々を地方公共団体が経営する理由やその意味は、それぞれで異っており、電車や賃貸住宅などは、性質上私的企業と変わらない。こうした違いを精密に検討することなく、「公共のものの利用」即「公法上の利用関係」だとするのでは、粗雑な論理構成だということになる^{*2}。あるいは、公有地上の入会権は公法関係だとする説があるが、これも当該権利関係の実態に照らして考えなければならぬ。入会権は、公法関係の場合のように住民の全員が行使できるものではなく、本家・分家、旧住民・新住民などで権利者に区別がある。また、権利者は家長だけで、家族員全員ではない。こうした実態をよく認識すれば、公法的権利だと単純に言うことに対し慎重になるだろう^{*3}。

4・2・3・2 法の原理的な特徴の解明

個々の実定法は、近代法としての、現代法としての、あるいは、市民法としての、

*1 渡辺洋三『法社会学と法解釈学』（岩波書店、1959年）115頁以下。

*2 渡辺洋三「公法と私法（五）」民商法雑誌38巻3号、1958年、35・36頁。

*3 渡辺・同前（民商法雑誌38巻4号、1959年、34頁）。

社会法としての、日本の法としての、あるいはアメリカないしドイツ等から継受された法としての、原理的な特徴を持っており、それらの法に対応する法制度も、そうした原理的な特徴を持っている。ある法や法制度がどういう原理的な特徴を持つかは、法と法制度の歴史的考察および実態分析、すなわち立法時における立法者の意思や、その時の歴史的コンテクスト、そうしたものの制定に至るバックグラウンド＝とりわけそれらの制度を生んだ思想や運動の内容、制度をも巻き込んで動いている社会の構造との関係、などの考察から明らかにする。

そうした法の原理的な特徴とを明らかにし、それに照らして個々の法を位置づけ性質を理解しまた批判し、そうした原理的な特徴をも考慮した解釈を行う(その場合に問題になるのが、法の原理的な特徴を反映したものの一つである、前述した実定法原理である)ことは、「樹を見て森を見ない」態度、すなわち文言のみにこだわった解釈態度から解放されるために必要である*1。

法の原理的な特徴は、法解釈を導く指針となるとともに、実定法の根本的批判ともなる点で、自然法に似ている。しかし、法の原理的な特徴は、上述のように法制度の社会科学的分析から得られるものであり、本質的に思弁に頼ることの多い自然法とは異なる。

4・2・3・3 歴史の方向の解明

これは、上の法の原理的な特徴の問題と密接に関係している。歴史を研究し、ある一定の方向に権利や制度が整備されていることが確認される場合、その方向に沿って解釈する。そうした方向として確認しうるのは、たとえば、①基本的人権の尊重(国家万能の方向から、国家に対する市民の権利を確立する方向への変化。市民

*1 たとえば、渡辺は、こうした法原理の実定法批判の機能について言う、「われわれに必要なことは単に実定法の規定そのものを理解することだけではなく、実定法を支えているところの根拠ないしその底に働いているところの法原理を価値的に判断することでなければならない。たとえば公営住宅に関する実定法規(公営住宅法)が一定の特殊公法的規制を加えている場合、その公法的規律がいかなる根拠によるものであるか、またその規制の限度が合理的であり、したがって実定法規が妥当であるかどうか等の判断の基準は実定法そのものの中にはない。この場合、実定法は判断の対象なのであって判断の基準ではないのである。したがって、実定法の中に判断の基準を求めることは問題の解決にはならないのではないかとおもわれる。もちろん解釈論の立場からいえば、法規が変ればそれに伴って解釈も変るであろう。しかし実定法を批判するという問題はここからは出てこない。また立法にさいしての価値判断の基準をどこにおくかという問題もここからは出てこない。さらに解釈的立場においてさえ、判断の基準をどこにおくかによって、拡張的に解釈するか制限的に解釈するかのちがいが出てくることもいうまでもない。かくて、行政法規が規律している限度で公法関係となるという論理は、当該行政法規が妥当であるかどうか、妥当でないとするれば、どこをどうあらためたらよいか、またそれをいかなる観点から解釈するのが正しいか、等々についての判断の原則的基準をあたえてくれるものではない。その基準は、実定法の中にはなく、当該使用関係そのものの実態とそれに対する価値認識の中に求められねばならないであろう。」(民商法雑誌38巻3号、1958、400～401頁。渡辺は、『法社会学と法解釈学』でも、巨視的視点をもたず「当面の法技術的処理に埋没する」傾向に対して、警告を発している。12頁、377頁。

の利益のために 国家を制限し、国家の特権的地位を剥奪していく方向)、②人間の自己決定権の拡大、③黒人解放、男女平等が歴史の流れであること、④共和制の方向に歴史は進展していること(その認識の上に立って、天皇制下の原理を限りなく薄める方向に解釈する)、⑤労働者の権利の拡大、⑥情報の公開(知る権利の尊重)、⑦環境への配慮(自然保護が歴史の流れであることの確認。繁栄よりも自然の保護。国際的に合意された、**sustainable development**の方向へ進める)、⑧植民地化の反省(民族自決権の尊重)などであろう。

この点については、渡辺の次のような議論が問題になる。「歴史の発展が、前近代から近代へと進んでくるといことが人間社会の進歩の法則として認められるならば(それを進歩と認めない人は別として)、その方向へ歴史を形成するような法律論を構成することは、法律家として当然ではなかろうか。それは決して、批判者の言うような意味で、抽象的な概念ではなく、歴史具体的概念であり、したがって、「近代」を尺度として解釈するということが、観念的解釈論であるどころか、歴史的社会の現実の中にその根拠をもっている。歴史の流れを正しく認識し、よりいっそう進歩の方向に歴史をすすめてゆく主体としての立場に身を置くことが、解釈者の立場を、したがってまた解釈の基準を決定するうえでの基本的前提である。」(渡辺洋三『法社会学研究』第7巻、224頁)

このことに関わる問題点は、次の通りである。

1) これらは、歴史認識として正しいか。反対の傾向の展開もあり得ないか。

それはあり得る。たとえば、今日においても君主制や独裁がむしろ強まっている国がある。労働者の権利や、女性の権利、市民的自由などが一層制限されているところもある。国によっては、そうした状態こそがその国の伝統にかなうとされるし、また国によっては、そうした状態がよいとは言わないがやむを得ないとして認められている。

しかし、この点についても次のことが言える。たとえば、独裁と自由をめぐることは、独裁下にいる人は自由を求めるが、自由を享受した人が独裁を最高のものとして求めることは、あり得ない。また、独裁のもとでは独裁以外の選択の余地がない。つまり独裁は、政治的選択の可能性を狭める。さらに、独裁が人々に永続的な幸福を提供したことはない、むしろ不幸の原因を多くもたらす。独裁は、独裁下に入っていない人々に対しても、その幸福を奪うものになる危険が大きい。以上によって、歴史の方向として、独裁が人間の求める最終点ではあり得ない。反対の傾向の展開はあり得るが、それが歴史の方向ではない。

2) そうした歴史認識が正しいとし得ても、その方向に行くべきだというのは、どこから来るか。

これについては、4・2・1で述べた。

3) 上記2)への回答を認めても、人間の幸福にとって、それが唯一の方向か。そのほかの条件としての、最低限の生存を確保すること、経済的な繁栄や、軍事による平和、国家秩序の堅持などによって、相対化されないか。すなわち、国家はこれらを実現するために、個人の自由や尊厳、平等などに制限を加えることがありえないか。

それはあり得る。しかし、そうした自由等が否定されている状態下にいる人は自由を求めるが、自由を享受した人がそうした自由等が否定されている状態を最高のものとして求めることは、あり得ない。そうした自由等が否定されている状態のもとでは、そうした自由等が否定されている状態以外の選択の余地がない。つまりそうした自由等が否定されている状態は、政治的選択の可能性を狭める。そうした自由等が否定されている状態が人々に永続的な幸福を提供したことはない、むしろ不幸の原因を多くもたらす。そうした自由等が否定されている状態は、そうした自由等が否定されている状態下に入っていない人々に対しても、その幸福を奪うものになる危険が大きい。したがって、そうした自由等が否定されている状態は、自由な体制に対して価値として劣る。

4・2・3・4 判断基準・立場の帰結

法の原理的な特徴や歴史の方向を見つけていくのは主として客観的認識作業であること前述の通りであるが、それらを踏まえつつどういう判断基準・立場を選ぶかは、最終的には各人の実存をかけた決断である。しかし、ある判断基準を選んだ場合、現実の社会においてそれを適用するために具体的にどういう行動をとるべきは、現実の社会科学的認識を踏まえなければならない。たとえば、民主主義を価値判断として選ぶのは、健全な良識、歴史の反省、多くの人が選択するものであるという事実、憲法をはじめとする近代の法の原理としてそれが認められているという事実などに、根拠をおいているのであろう。しかし最終的には、決断がくる。そして、いったん民主主義を自己の基本的立場した場合には、「現実の社会の中で、だれの、いかなる利益を守ることが民主主義に合致するか」は、社会関係の科学的認識に依拠している*1。

もっとも、全ての解釈において、基本的立場との照合が求められるものでもないことは言うまでもない。そうした基本的立場が問題になるのは、多かれ少なかれ非日常的な、重大な原理に関わるケースをめぐってであり、日常的な細々したケースは、別の価値判断で処理されるであろう*2。

4・2・3・5 イデオロギー批判

前述のところからも分かるように、事実認識に不正確さがある原因は、単に認識が不十分であることだけでなく、ものを見る眼に歪みがあることにも求められる。この歪みは、法律家が無意識のうちに前提にしているイデオロギーによる。このイデオロギーを析出して自覚化させること、そして新しい時代の原理（たとえば

*1 渡辺洋三「社会科学と法の解釈」、法哲学年報1967年、『法社会学研究』第7巻、226頁。

*2 星野は言う、「仮にある価値を認めるにしても、例えば、「近代化は望ましい」という価値判断命題が妥当であるとしても、それだけから、あらゆる解釈論上の帰結が導かれるものではないことを、繰り返し述べておきたい(本著339頁にも述べたが)。第一に、ある価値の実現だけが問題になる場合でさえ、より具体的なレベルでの問題の解決においては、何がその価値をよりよく実現するかの判断は、しかし一義的にきまることでない、第二に、他の価値の実現も問題になることが多く、このさい、あるいはその一つの選択が、多くの場合にはその調和的実現が問題なのである。」

新憲法の原理)に照らして認識枠組みの組み替えを提唱すること、これもまた、社会科学の役割の一つである。

たとえば郵便事業法は、国の郵便事業において損害賠償請求期間を極端に短く限定しているが、その理由を「郵便業務の特性に内在する要請」に求めることには根拠がないことを明らかにし、結局その背景には「国の損害賠償義務をできるだけ早くうちきらせることによって、通常の賠償義務者には許されない特権を国にだけあたえる」という古いイデオロギーがあることを明らかにする。そしてそれを踏まえて、今日の民主国家ではそうした規定は限定解釈すべきであり、「この規定を除斥期間と解すべきではなく、時効期間と解するのが当然である」と方向付ける^{*1}、というのがその例である。

イデオロギー批判はまた、それによった解釈が実際にどういう効果をもたらしているかを明らかにする形でも、展開される。たとえば渡辺は、次の引用に見られるように、或る解釈者(田中二郎)をめぐる、かれの解釈とかれが他方で主張している法治主義の立場との間の齟齬を指摘する。また、『行政法学では目的的解释が重要である』と田中二郎は、新しい時代の行政法のあり方を論じているが、実際にはこうした主張は、行政目的の効果的な遂行を強調することによって国民の権利を不当に制限する帰結を有しており、したがって田中が他方では強調している法治主義の立場と矛盾している、という実態がある^{*2}。

4・2・3・6 立場決定自体

以上の前提として、立場決定に当っては前提として次の諸点が考察されるのであるから、すでにここでも社会科学的な認識が大きな意味をもつ。

1) 立場の決定では、ある社会関係についてそれをどういう方向に進むように働きかけるかが決められるのだから、社会関係の動きを正しく(客観的に)認識することが前提になる。その際、認識すべき事柄は、第一には、現実の事実そのものであり、第二には、社会制度・法制度の構造、それに内在する原理(たとえば「市民法原理」や「社会法原理」)であり、第三には、歴史の到達点・進んでいる方向、これまでの人々の働きかけの歴史的教訓などである。

2) 立場の決定は、自分だけの孤立した行為ではなく、自分の進む方向を人々の運動と関連づけ社会的に位置づけることが大切なことから、人々を規定している判断基準(基本的価値)や運動の力学を明らかにして、その中に自分の選ぼうとしている方向を位置づけることが必要になる。そうしたことを可能にするのは、社会科学である。(その際には同時に判断基準を定式化しその正当性を示す必要もある。そうした基準とは、「最大多数の人々に最大の幸福をもたらす帰結を探る」とか、「弱者保護の優先」とか、「民主主義原理」とかといったものである。この考察は社会哲学の課題である。)

3) 法解釈を規定している立場を批判的に認識する、すなわち社会的・歴史的に位置づけその実際的な意味を知るためには、マクロ的な社会の運動とともに法イデ

*1 渡辺洋三「公法と私法(十)」 民商法雑誌40巻4号、1959年、23頁

*2 渡辺洋三「法治主義と行政権」(法社会学研究1、65頁注4)。

オロギーを明らかにする必要がある。

5 規範主義と決断主義について

ここで規範主義とは、『世界には秩序があり、人はそれに則って（それを規範として）行為しなければならない。したがって、秩序を発見しそれに従えるための強い理性を持たなければならない』とする立場である。こうした規範主義は、生活の法的側面については、実定法的規範主義と、超実定法的規範主義に分かれる。前者は、秩序としては実定法のみを前提にする。すなわち、『われわれの生活の法的側面はこの実定法の秩序で構成されており、したがって、それを見出しそれにしたがって行為するべきだ』とする。後者は、『実定法は不完全であり、それを超えた秩序をも見出してそれにも従わなければならない』とする。

これに対して決断主義とは、『世界は無秩序である。秩序がないところに人間が自らの意志と力で方向を切り開いていく。無秩序を前提にするから、法則が支配していることを前提にしている理性には頼れず、決断、すなわちその場その場での賭による方向選択が決定的である』とする立場である。

両者の関係は、規範主義（実定法的規範主義）に立つ近代自由主義と、それを決断主義の立場から批判する前期のカール・シュミットとをめぐって鮮明になった。先に見たように、前期のシュミットは実定法的規範主義を「規範主義」と呼んで、自分が採る「決断主義」の立場に対置させた。

両者の対立自体は、きわめて古いものである。そこで両者の思想史をここで概観し、先に扱った法学の思想史的位置を確認しておこう。

5・1 古代思想

(1) ギリシア思想

古代ギリシア人は、とりわけその古典期においてはカオスを嫌った。ギリシア人が大切にしていた観念である「コスモス」は、世界（宇宙）を意味すると同時に秩序をも意味する。すなわち、ギリシアにおいては、世界には秩序がある、それに従って整然と生きるのが善いことだという思想がその根底にある。

それが具体的にどういうものかは、とりわけ美術史から明らかになる。澤柳大五郎（『ギリシアの美術』岩波新書、1964年）は、彫刻における、この5世紀の古典期の精神を *ethos* (*hexis*) の概念で捉えている。それは、「自らのプリンシプルによって平静に心的、精神的な生活を規制し、運命を選ぶものなのである。それは今日のように個性に、個人の自由に基礎をもつものでなく、客観的な秩序に、ポリスの公的生活に準拠しているのである。」すなわち、社会の秩序や公的生活の伝統に自分を一致させ、その中で自分がなすべき役割を忠実に果たしていこうとする態度である。ギリシア人は、日常の私的生活においても、自己抑制を重んじていた。節度を保った振る舞いを尊重したのである。「肉親に先立たれた人々も、激しい戦いに倒れるアマゾン達も決して取乱したり絶叫したりはしない。ただその前進が裡に湛えられた魂の悲壮な息吹きを伝えるのである。」(233頁)

このような秩序観念は、古代ギリシアのポリス生活が崩壊して行くに伴って弱まり、ヘレニズム時代には、不安や感情をもろに出すマニエリズムへの傾斜を高めた。また、古典期においても秩序の側面は、ギリシア思想の「アポロ的」な側面に限定されることで、ギリシア人はその背後にもう一つの側面、秩序の反対概念である「ディオニュソス」的側面（酩酊・狂乱・カオス、情念が支配する世界）をも持っていた

たと、ニーチェは指摘した。しかしここカオスは、非日常的な場で現れるものであって、公式の場は、秩序に支配されていたのであった*1。

ギリシアでは、神による世界創造も、「無から有は生じない」という観念から出発する。すなわちギリシアにおける神の「世界創造」は、あらかじめ備わっている物質と法則を、神が利用することによって行われた。これが、デミウルゴス（大工・職人）としての神の観念である。大工・職人は、「ものを造る」といっても、既にある材料や自然法則を前提にして「ものを組み立てる」のであって、材料や自然法則自体をも作り出すような創造主ではない。

もっとも壮大な哲学体系を完成させたアリストテレスは、神を「必然によって存在するもの」としている。どういう必然によってかということ、次の通りである。すべての物体は運動している。運動は、他のものによって動かされてそれをまた他のものに伝えていくのである。このように考えると、最後には「動かされないで動かすところの或もの」を考えなければならない。そしてそれは、「永遠のものであり、実体で」なければならない。それが神である、と（『形而上学』第12巻7章）。このような神の捉え方では、物理的な作用体であることが分かるだけで神の「人格」性は表に出てこない。神は、自由な意志を持たないが故に没個性的であるのである。

材料や自然法則が主体に先立って世界に内在しており、主体はそれを発見し、それに従って生きるのが正しい、という観念は、アリストテレスの哲学およびストア派の倫理哲学においても重要な意味を持っている。

これに対してプラトンは、永遠のイデアの世界には、調和と法則が支配しているが、それから離れて肉の世界になってしまった現実の世界には、そのようなものはもはや存在していない、とする。アリストテレスが批判的にまとめているところによれば、イデアは、「事物の実体ではないからである。もし実体であるなら、それはすでにこれらに内在しているはずであるから」（『形而上学』第13巻5章）というものである。これを逆に読めば、プラトンは、人間が生きる現実の世界には秩序は存在しないという立場を採っていることになる。

（2）キリスト教

創世記における世界創造の描写は、次のようになっている。「初めに、神は天地を創造された。地は混沌であって、闇が深淵の面にあり、神の霊が水の面を動いていた。神はいわれた。「光あれ」こうして光があった、神は光を見て、良しとされた。神は光と闇を分け、光を昼と呼び、闇を夜と呼ばれた。夕べがあり、朝があった。第一日の日である。〔・・・〕」ここでは世界は当初、混沌（カオス）であり

*1 ニーチェは、世界には秩序が支配しているとするとするギリシア人の見方は、ギリシア思想の一面であるにすぎない、すなわちそれは「アポロ的」な側面に限定されるものであって、ギリシア人はその背後にもう一つの側面、秩序の反対概念である陶醉とカオスの世界である「ディオニュソス」的側面をも持っていたとした。しかし後者は、非日常的な場（ディオニュソスの祭りや悲劇の上演の場）で現れるものであって、公式の場は、秩序に支配されていた。ニーチェ『悲劇の誕生』Die Geburt der Tragedie, 1872。

光すらない無の状況であった。そこに、ただ一人神が充実した存在としてあり、この世界にまず「光あれ！」と命令して、そこから光ができ、その後その他の物質と秩序が造られた、となっている。つまり神は、キリスト教においては、カオスないし無から自分の意志によって全てを作り出し得る存在である。このような構図では、材料や自然法則も神の意志が創り出したのであり、もし神が別様に意志していたら、世界の物質とその法則は別様のものになっていたということになる。つまり、ギリシアにおけるような、神をも規定するとき法則はない。キリスト教においては、神がここまで全能となった。

5・2 中世キリスト教

中世キリスト教思想においては、トマスの思想とアウグスティヌスの思想との対立、実在論と唯名論の対立が見られたが、それは、以下に見るように、超実定法的規範主義と決断主義の対立であり、またそれぞれアリストテレス的な実在論と本来のキリスト教的（ないしプラトンの）意志主義・決断主義思想との対立でもあった。

上に見たような、「無からの創造」の論理を、後述のトマスに見られるように、正統派のキリスト教は前面には押し出さなかった。かれらは世界に理性＝秩序が支配していることを前提にする。神は、理性的存在者であることによって、自ずとその秩序に一致して行動するのである。神は秩序にしたがっているのではないが、また秩序を攪乱する者でもない。こういう思考に対抗して『秩序は当初全く存在せず、神の意志によって造られた。したがって神の意志は、秩序に規定されない』とする思想が前面に出てきたのは、オッカムの唯名論においてである。

1) アウグスティヌス

アウグスティヌスの思想の根底には、新プラトン主義がある。これは、霊肉分離の思想であり、現実の肉の世界を、永遠なるものから離れた、欲望に規定されたカオスの世界として消極的に見る。このような立場においては、秩序は神の意志によって創られたものだけということになる。

2) トマス・アキナス

トマスは、基本的にアリストテレス的な秩序観を前提にした。すなわち、彼によれば個物の中に普遍が内在する。これはまた世界に秩序・摂理が存在することを意味している。このような世界像のもとでは、神は全くのカオスからの秩序の創造者ではなく、したがって単純に決断するだけの者ではなく、自分の中に備わっている理性、理性的な法則・規範を前提にしそれに従って創造した、ということになる。すなわち、（後述のオッカムが言うようには）人間のある行為が善であるのはそれが神の命令であるからではなく、それとは反対に、その行為が本質的に善であるから神はそれを命じた。そして、理性は不完全ではあるが人間にも内在しており、人間はその理性を使って神の摂理、永遠の法則を捉え、それに参与する。これが自然法である。そして人間は、その自然法を個々の社会の特殊事情を鑑みながら自分たちのルールとして具体化する。これが実定法である。以上のようにして、全体として、規範が客観的に実在しており、人間にはその正確な認識とそれに従った行為が求められる。これが典型的な、規範主義である。

3) ウイリアム・オブ・オッカム

オッカムは、フランチェスコ会修道士であったが、このフランチェスコ会には、トマスよりもアウグスティヌスの影響が強かった。オッカムが唱えた唯名論(nominalism)によれば、実在するのは全能の神と、その神が創造した個々のもの(個物)だけである。この個々のものを総括する「普遍」は、客観的に実在するものではなく、人間が便宜のために使う記号・名前にすぎない。この立場においては、したがって世界に法則が内在しているとは考えられない。秩序は、全能の神がその意志によって造ったのである。神が別様に意志しておれば、秩序は別様になったはずである。人間のある行為が善であるのは、本来それが善であるからではなく、それが神の命令だからである。神が、エジプト人の財産を奪えと命じれば、略奪は善となる。神が神を憎めと命じれば、神を憎むことも善となる。神はここまで絶対となり、秩序でなく神の意志がすべてを決める。これが純粋な形で提示された決断主義の姿である。

5・3 宗教改革時におけるカトリックとルター

カトリックとルターとの違いのひとつは、その人間観である。ルターによれば、人間は無力で原罪を負った存在であり、自分の力では自分を救うことが出来ない。人間の理性については、それがあることによって人間が傲慢になり神に従うことが出来なくなるのだから、理性は人間の救済にとって害あって益はない。これに対して、カトリックの立場は、理性はそれだけでは救済にとって無力だが、しかし、理性にはそれなりの宗教上の存在意味もあるとする。このような違いは、ルターにおいて決断主義の要素が一層強まる結果をもたらした。

5・4 近世自然法思想

1) トーマス・ホブズ

ホブズの議論の出発点は、自己の生存のみに関心を持った自然人であり、これらエゴイストたちが闘争し合う自然状態である。この自然状態には、人間を拘束し共存させ合う規範がない(戦争状態)。秩序は、闘争し合うだけではお互いの生存が危ないと判断した人間たちが、合意によって闘争を放棄したところに初めて成立する。ここには、カオスの中にあり相互に自立し合った個人が、その意志によって社会・秩序を造るという構図がある。国家もまた、こうした個人の闘争というカオスの中から、それを避けるために人間が協定して(合意によって)造ったものであり、人間たちはその権力に全権を付与する。したがって、この権力もまた、自分に先行して自分を拘束する超越的な秩序を持たない。「正義でなく権威が法を作る」ということである。決断主義がきわめて純化して定式化されているといえる。ホブズは、その人間観においても、生得的な観念を否定し、人間の理性もまた人間が経験を通じて獲得したものとする(=経験主義)。したがってここでも、人間に先行する秩序や本質は重要な意味を持たない。

2) ホブズ後

ホブズのこのような立場は、さらに近世自然法学のプーフェンドルフやヴォルフに継承されていく。しかし、かれらにあっては、自由な意志は、なお、人間の自然に規定されていた。すなわち、ホブズにおいては自己保存の傾向や欲望が意志を規定していたし、ホブズに先行するグロティウス、ホブズ後のプーフェンドルフ、ヴォルフは、人間が

あらかじめ持つ社交性が、その意志を規定するのであった。このようにして、かれらにあっては人間の意志は、なお意思の外にあるなんらかの「自然」によって方向付けられていた。

3) ルソー

これに対してルソー（『社会契約論』）は、自然状態における人間に「憐憫の情」pitiéがあらかじめ備わっているとしたもの、人間は、社会関係を形成する段階では、理性的な討議によって獲得した一般意思による合意を決め手とする、とルソーは考えた。このような一般意志を獲得するために討議の場集まる人間は、ルソーにおいては、歴史的・社会的に先入見がないという意味で真に自由な意志（理性的な、純粋な意志）を持った人間である。それというのも、ルソーは、こうした人間を、清貧な生活を通じて欲望から自由で、かつ中間団体による拘束からも自由な存在だとしたからである。

4) カント

ルソーにおけるこうした純粋な意志は、カントによってその道德論の中でさらに純化された。カントにおける道德的意志は、いかなる傾向性に規定されてもいない。そして、純粋な理性的判断によって、もっぱら道德形式に従っているか、普遍化可能性を充たしているか、を基準にして動いていく。こうしてカントの道德論は、一定の形式の内では純粋な意志による方向選択を絶対化し、一種の決断主義を極端化した。（もともと、カントにおいては、理性そのものに普遍的な形式が備わっているのであるから、どのようにでも決断すればよいということではない。）

カントの決断主義は、かれの法論（『人論の形而上学』、1797年、第一部「法論の形而上学的基礎論」）の中の、婚姻論に典型的に見られる。かれにおける婚姻の定義は、『両性はその性的器官を相互に自由に利用し合うことに関する契約』といったものである。ここには、婚姻をめぐる、きわめて個人主義的で形式を重視し、あらゆる実質的な規範的内容を捨象した見方が鮮明に押し出されている。かつてキリスト教の伝統であった、婚姻の sacrament 性（結婚を宗教的に重要な公式の儀式だとする）や、婚姻の目的に関する議論（婚姻には子の生殖と養育という客観的目的があり、結婚した人間はそれを遵守しなければならない。すなわち、婚姻においては、個人の勝手な意志だけで行動することは許されないとする規範主義）を、カントはこうしたドライな形で完全に除去したのである。

5) カント批判者

しかしながら、カントのこうした見方に対しては、当時の法学者や哲学者から批判が続出した。たとえばサヴィニー（『現代ローマ法の体系』）は、カントを批判して言う。『婚姻を含めた家族法は、単に個人の合意だけで形成される法的な関係ではない。家族法は、自然的・倫理的な人間関係を基盤にし、それを法的に構成したものである。それゆえ婚姻は、個人主義的な契約関係ではなく、団体的な規範的關係である』と。ヘーゲルも『法の哲学』において、同様な見方を採り、家族を市民社会的な個人的エゴイズムの関係とは異なる、自然的で倫理的な関係（それ自体の中に人間を倫理化する力を有した関係）であると論じた。このように、カント批判は、単なる意志主義的な立場に反対する、規範主義的な議論として展開した。

5・5 いわゆる概念法学

19世紀ドイツの私法学（パンデクテン法学）を、イエーリンクは「概念法学」

と名付けて批判した。この概念法学の目指すところは、私見によれば次のようなものである。『法律には欠缺があるけれど、その基礎である法秩序には欠缺がない。しかも法秩序は、一つの完結した体系を成している。法学は、まずこの法秩序の体系を解明しそれを学問的な体系として叙述する。そのような体系は、いくつかの根本原理からの論理的展開において構成される。こうした学問的体系が獲得されると、ある法律に欠缺があっても、欠缺部分は体系の中の位置を考えて（体系的連関に着目して）論理的に構成することによって補充しうる。また、法解釈にあたっては、ある事件の法的要件を読みとりそれをこの体系の連関との関係において捉えることによって、論理的に解決方向を引き出すことができる。』

ここでは三段論法に依拠した問題処理の手法が暗黙の前提になっている。すなわち大前提としての法的命題と小前提としての事実の論理的照らし合わせにより、結論が論理的必然として獲得しうるとする。（『人を殺せば懲役になる。Aは人を殺した。故にAは懲役である。』）同時にこの考えの根底には、法律には欠缺があるけれど、その基礎である法秩序には欠缺がなく、しかも法秩序は整然とした体系をなしているという秩序信仰がある。したがってこの立場は、単純な実定法的規範主義ではなく、実定法を超えた法秩序の存在を前提にするのである。しかしこの法秩序は、超法的な自然法的なものではなく、あくまでも実定法を基盤にした学問的作業（法原理の発見とそれに基づく体系化の作業）によって認識しうるものであった。

概念法学は、裁判に関しては、次の点を認めない。すなわち『法規範には欠陥があるが、それを埋めるのは、論理ではなく解釈者の実践的判断・決断である。また法規範は将来起こりうる全ての事柄をあらかじめ規定しうるものではなく、この点でも解釈者に自由な判断の余地が残されており、それを埋めるのも論理ではなく解釈者の実践的判断・決断である』という点を。かれらはまた、立法に関しても、『立法は法理論を反映しなくてはならない。法学こそが立法の基礎になるべきである』という立場を、サヴィニー以来持ち続けてきた。これらの点でもかれらは反決定主義である。

しかしかれらはまた、「実定法が変われば法理論も変わる」という立場にもあった。実定法を変えるのは立法者であるから、その決断が裁判の方向を変え、法理論の体系を変えるのでもある。この点では、かれらは決断主義者であった。

5・6 構造主義と実存主義

近代思想が、正常な日常世界を前提にして合理的な宇宙、秩序ある社会を自明のものとし、そうした場で理性的に行為する人間を考えていたのに対して、実存主義は、非日常性の場において現前する不条理、虚無、神々の闘争など世界の混沌状態を強調する。実存主義は、「実存は本質に先行する」という見方に立ち、本質が支配する秩序世界でなく、実存、すなわち虚無・カオスの場に孤立的に置かれ、自己を方向付けるべき本質や普遍を持たない個人の状態を直視した。こうした状態においては個人は、その進むべき方向を「無における決断」に求めるしかなく、それを引き受ける主体にならなければならない。実存主義は、このように古典的近代の思想を、それが前提にしていた秩序や法則・本質・普遍的人間性の否定（実在論＝ロゴス中心主義の解体）によって切り崩すものではあったが、しかしそのことによって逆に、社会や歴史を創る個人の主体性をより強く意志主義的・主

観主義的に強調し近代的人間像の一面（個人の主体性）を極端化することにもなった。

これに対しもう一つの現代哲学としての構造主義は、逆に個人を超えた秩序が持つ拘束力を強調し、客観主義を強める傾向を持つものだった。個人を超えた秩序とは、ここでは無意識の構造ないし社会的機構（システム）であり、これが歴史を通じて人間を規定してきたものとされた。個人はそうした客観的なものに拘束され動かされているにすぎず、したがって古典近代の自立性や主体性（人間中心主義）は幻想にすぎない、と構造主義は論じた。

5・7 法実証主義

ケルゼンは、法の世界を下位の法が次々と授権されていく規範構造をもっているとした。そしてこの論理をたどっていくと、もはやそれを授権する上位の法を持たない最高の規範である「根本規範」を前提にしなければならなくなる。しかし、ケルゼンは、それがどういうものであるかについては、事柄が法の世界を超えるので、法理論が扱う問題ではないとした。

ケルゼンの議論を踏まえそれを超えてこの問題を取り扱ったのが、カール・シュミットである。シュミットによると、根本規範を決めそれに基づいて憲法を制定するのは、内乱・革命という熾烈な政治闘争のカオスの中で勝利を占めた勢力である。この政治的実力は、そのことによってさらにすべての実定法を創り出す。この政治的実力は、「無からの創造者」であり、自分を規定するものは存在しない。つまり、何を憲法の内容とするかは、その実力の意思の問題、決断の問題である。シュミットは、当初はこのような「決断主義」の立場にあった*1。（もっとも、この初期においてもシュミットは、実定法が停止した混乱期にも「法は退くが国家は残る」として実定法の根源にある国家生活がそれ自身の秩序をもって存続することを前提にしていた*2。しかし、それがどういう意味を持つかは、そこでは論じられていない。）

ケルゼンの法律実証主義（実定法的規範主義）と、シュミットの政治的憲法学（決断主義）は、学問方向としては正反対であるが、しかし、二人には共通して次のような発想が働いている。

①両者は、道徳の問題を法の外に排除した。ケルゼンは、法学の規範科学としての純粋性を確保するために、そしてシュミットは、法的なものが実力によって（憲法が憲法制定権力によって）によって決められることを強調するために。

②両者のこうした思考には、二者択一的思考＝「あれかこれか」(all or nothing)の発想が共に見られる。ケルゼンには「法か政治か」の発想が、シュミットには「規範的秩序か決断か」の発想が。

ところで、シュミットは、ナチスの政権獲得後に立場を変えた*3。かれは今や、ドイツ人やイタリア人の国家生活がまずあって、それに見合っただイツの法やイタリアの法が造られるとする。したがって、実定法の根底には超法規的な秩序（具体的秩序と呼ぶ）があ

*1 Carl Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922.

*2 杉本幹夫「カール・シュミットにおける規範主義と決定主義」（カール・シュミット『政治思想論集』服部・宮本訳、社会思想社、1974年）

*3 Schmitt, Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

る。そして、実定法にのみ執着した規範主義も、こうした秩序を見ないでカオスから決断でものを造るのだとする決断主義も誤りであるとした。このようにしてシュミットは、超法規的な規範主義の立場に至ったのである。この新しい思考を「具体的秩序思考」と呼ぶ。

5・8 日本の法学

1) 官僚法学

戦前戦後の日本の官僚や体制側の政治家が使った法運営の手口は、権力にとって都合のよいように法を手玉に取るというものである。法が自分にとって都合のよいときには厳格な解釈をするが、都合の悪いときには詭弁を弄してそれを曲げる。現在でも、前者は、公務員の労働基本権を剥奪した規定や、教員の政治的中立に関する規定の保守陣営や最高裁判所による運用に見られるし、後者は、自衛隊が憲法9条に違反していないとする政府の解釈や、「君が代」は天皇讃美の歌ではないという政府の説明に見られる。こうした手法は、形こそ上述のドイツ概念法学に似ているけれども、ドイツ概念法学に見られるような真摯な学問的志向ではなく、法や言説を手玉に取って国民を操ろうとする国民蔑視の態度である。ここにあるのは規範主義ではなく、規範道具視のご都合主義である。

2) 官僚法学に関する来栖三郎の問題提起。

来栖は、上述のような官僚法学の詭弁に対して反発し、「法の解釈と法律学」(『私法』11号、1954年)や「法の解釈における制定法の意義」(『法学協会雑誌』73巻2号、1956年)で、法解釈における規範主義と決断主義に関する問題を提起した。それを要約すると次のようになる。

①法律問題の解釈においては、事件から重要と思われる事実を取り出すこと自体、解釈者の価値判断・立場に規定されている。

②関連する法規を取り出す作業も、法規の文言の確定作業もまた、そうである。一般条項の解釈に当たってはとりわけそうである。

③要するに、法解釈とは、あらかじめ結論を出したうえで、それを法文によって正当化(カモフラージュ)する作業である。したがって、結果については論理的帰結ではないので、解釈行為は機械的なものではなく、解釈者の責任が問われる。

以上によって来栖は、日本の法実務における決断主義的傾向を明らかにし、それを前提にした法解釈者の責任自覚を求めたのである。

3) 利益考量論

こうした問題提起を受けて利益考量論が出てきた。その趣旨は、私見によれば次のようなものである・・・『法解釈の作業は紛争処理を目的にしている。論理のために法学があるのではなく、実践のために法学がある。したがって、妥当な解釈—法の素人である市民も納得する法運用—こそが大切なのである。そのためには、様々な解決案を利益考量したうえでもっとも妥当な案を選ぶ。そして、それを法の文言に逆らわないように、法の枠に収まるように法律構成する・・・』

これは一種の決断主義である。しかしそうした決断だけでは法の恣意的な運用が起こりがちなので、利益考量論者は、なんらかの規制原理を導入しようとする。それによって「妥当な案」の選択をなるべく方向付け、解釈を「客観化」しようとするのである。

たとえば加藤一郎は、紛争処理に当たって大切なのは、対立する利益のバランス化（利益の分配）と、損害の社会的分散、資源の有効利用、弱者保護を、紛争解決の原理だとする。すなわち、ある種の処理の原理を重視する。また、前述のように星野英一は、カソリックの立場から、決断を規制する規範的要素を自然法的なものに求める。また、決断（法解釈の結果としての判決）の類型化による、選択の方向付けを探る。

4) 利益考量論批判

以上のような利益考量論に対しては、しばしば次のような批判が提起される。

(1) 利益考量論は、法解釈を主観的なものにしてしまう。裁判官に白紙委任してしまう。

(2) 法解釈は、論理学や自然科学的な作業ではないが、しかしまた単なる決断・主観的価値判断作用でもない。法的な議論の前提となる事実は、恣意的に寄せ集めればよいというものでもない。また法規範は、全てが確定的に規定されているわけではないが、全く客観的な枠がないというものでもない。したがって、それらを踏まえた解釈は、全く論理的な作業であるわけではないが、全く論理に拘束されないというものでもない。解釈において働く決断は、全く主観的なものというのではなく、そうした枠に限界付けられつつ働くものである、というものである。

例えば磯村哲編『現代法学講義』（有斐閣、94頁、1978年）によれば、法解釈に際して必要な作業は、次のような事柄から成る。

①立法者の規律意図・目的・価値判断を歴史的に明らかにする作業。

②法を現実と照らし合わせることによって、(a) 法の文言の可能な語義と、(b) その法が認めうる、解釈に当たっての法原理や理由付け、(c) 従来解釈や実務が設定した枠組み、を考えつつ、現代生活にとって妥当な結論を導き出す作業。その際には、法をめぐって、意味核(Bedeutungskern)と意味周辺帯(Bedeutungshof)を区別することが大切。前者は、読み替えできない。単純な決断主義でも、単純な規範主義でもないのが、本当の法実務の在り方であるということである。

完