
法テキストの隠された次元

森 際 康 友

序

本稿が取り扱う問題は、探究の始まりではなく、終わりに与えられる性質のものです。あえて定式化を試みれば、まずは、「法テキストが前提している言語観において権力はどのように捉えられているか」という問いであります。この問いは鍛錬しないと、答えられる形になりません。そのためにも、ここに出てきているいくつかの言葉について、その用法を説明し規定しておきたいと思います。たとえば、「法テキスト」、「前提」、「言語」、「権力」。中でも、権力の概念が重要です。これらの検討を通して、この問いが何を問おうとしているのか、ということをはっきりとさせ、さらに、なぜこの問いなのか、というこの問題を問う趣旨を明らかにしたいと思います。その過程で、法についての間違った常識を訂正したいとも思います。それらの準備を経たならば、この問いの意味も趣旨も明らかになり、自ずと問題の意義もわかるようになると思います。

第1節 法テキスト解釈の権力論的視座

1 「法テキスト」について

「法テキスト」というと、人は六法全書、法律の条文といったものを思い浮かべがちだと思います。判例法を用いる英米などのコモン・ロー国では判例集が重要な文献になりますが、法典国である独仏などのいわゆる大陸国では、確かに、法典をイメージすることは、間違っではありません。しかし、法律問題は、法典を繙きさえすればその答えが書いてあるかのように思うのは、間違いです。実際に法律問題を解こうとしてみればわかることですが、法典には抽象的な条文が書いてある場合がほとんどで、素人では

具体的な事件に条文をあてはめることはなかなかできないものです。

さらに、法とは杓子定規に条文を適用するものだといった見方がこのような法テキストのイメージと結びつきがちであります。しかし、もし杓子定規の処理ですむのであれば、難しい司法試験を通った俊秀の中からさらにその1割程度しか任用されない、高度な能力を要求される裁判官など必要ありません。子供にでもできそうなことです。が、実際の裁判にあたっては、裁判官は当事者の言い分をよく聞いて、どちらの主張が法の認める権利にかなったものであるのかを実質的に判断しなければなりません。後述するように、これだけでもたいへんですが、さらに、裁判官は、勝敗がはっきりする判決まで持ち込むのではなく、途中で和解をした方が今後の人間関係を救うことができ、当事者の利害にかなうと判断した場合、巧みに和解に持ち込む技量も要求されるのです。目の前の事件が和解に適した事案か否か、また、どのタイミングで和解に持ち込むかなど、審判ではなくケース・マネージャーとしての高度な能力も要求されるのであります。

加えて、法テキストというと、ともすれば刑法典の条文を多くの人は思い浮かべがちです。しかも、被告人の人権を犯罪者の処罰と同様に重視する近代刑法ではなく、御法度（ごはつと）のイメージで。

まず、実際に法網にひっかかって刑事裁判を受ける人の数と、金の貸し借りや離婚問題、環境問題など世の様々な紛争の当事者の数とを比較してみてください。犯罪には関係のない、あるいはそこまで至らないもめごとは、いくらでもあります。数の点だけ見ても、法の仕事は主として民事や商事にあるのです。

また質的にも、民事の方が法を考える際に基本となります。刑事事件では、人が刑法典に定めた犯罪に厳密な意味で該当する行為をしたか否か、その際に正当防衛など違法性を阻却する理由はなかったか、さらに責任能力を問うような状態にあったかを考えることとなります。これだけでも、前近代的な御法度のイメージで考えていた人々には意外なことでしょう。さて、構成要件に沿って検討していくこの過程ですが、具体的な事情をつぶさに考察したならば、そうそう簡単に事実認定できるわけでもなく、また違法性や責任の法的評価が簡単ではない場合もしばしばあります。

しかし、これも民事責任を認定する際に必要な作業と比べるとやさしく見えてしまうことがあります。というのは、一旦民事の争いが生じると、決まり切っていると思っていたことが、実はそうではなく相手の言い分に耳を貸せば貸すほど、いくつかの考え方が確かに同時に成り立ちそうな気がしてくるのであります。民事事件では、しっかりと決まっていたはずのルールが、この場合に適用されるかどうかをめぐって、あるいは適用されるルールの意味をめぐって争われれば争われるほど、あやふやに見えてくるのです。それは、当事者それぞれについて弁護士が、自分の依頼者の権利主張がもっともであることを説得的に示すように、事実と法を織り交ぜた、つまり事実に基づく、道義的にも説得的な議論を紡ぎ出し、一旦揺らいだ権利関係をめぐる争いにどのように決着を

つけるのが法と正義にかなっているかを懸命に示そうとするからであります。しかもその際には、自分のストーリーを展開するだけでなく、相手のストーリーの弱点を突き、証拠調べを通して相手のストーリーが必ずしも事実に基づいていないこと、また相手方が道義的にもあやしげな振る舞いをしたことを示そうとするなど、人の話を疑うのに十分な理由をありとあらゆる手練手管を使って示そうとするのであります。裁判官はそのような相対立するストーリーの中から、何を事実として認定し、いかなる権利主張に軍配を上げるべきかを、この複雑な状況について、いちいち説明できる形で説得的に自らの判断の根拠を提示しなければならないのです。

したがって「法テキスト」を条文としてみるというのは、過度の単純化といわざるを得ません。仮に条文に着目するとしても、それをどのような事実にもどのような場合にあってはめることができるかを判断する能力、そしてその能力を養うために弁えていなければならないさまざまな法に関する常識や原則を身につけているものが多数存在し、それらによる条文の活用・解釈が行われることを視野に入れて考えなければなりません。仮に、このような能力と知識の集合を「法学」と呼ぶと、条文それ自体はコンピュータと同じようなハードウェアにすぎない。コンピュータは、電源を入れてソフトウェアを読み込ませて、さらに、このソフトを使いこなす人がいて初めて単なる箱でなくなる。同じように、条文も、法学的知識を用いてそれを活用する人たちがいて初めて役に立つ代物になるのです。条文はこういう性質を持つものであることに注目しなければなりません。おそらく「法テキスト」という時、私たちは条文だけでなく弁護士が語り出すストーリーや抗弁再抗弁そして裁判官の釈明要求や判決文、刑事事件における検察官による論告求刑等々、およそ裁判というものを形作っている言語活動すべてを文章化したものと理解しておいた方がよいでしょう。そして、法テキストを理解するためには、それを使いこなすための制度と人間がいて初めて働くものだという点に着目し、法テキストを用いるコンテキストとその使用者、そしてその名宛人、という語用論的状况を正確に把握し、念頭に置いておくことが大切でしょう。

2 「前提」について

辞書を引けば、前提とは

ある事が成り立つためのもとなる条件

とされ、例文として

「他言しないことを——に打ち開ける」、「原状回復を——に貸与する」

が挙げられています¹⁾。ここから何がわかるでしょうか。

前提というものは、仮言命法の仮言、論理学でいう仮定文における前件と捉えられています。つまり、真偽のいずれかである命題で表現されるものと観念されているようです。この捉え方は直観に反します。前提というものの最も重要かつおもしろい性質を捉えそこなっています。その性質とは、前提が偽である場合だけでなく、真でも偽でもないような場合でも後件が成り立たないという点であります。論理学では前件が偽の場合、文全体は真であると約束されています。が、これは我々の言語的直観と異なるところがあります。過度の単純化を恐れずに言えば、前提された事態が存在しないし生起しているかどうかといった存在論的関心ではなく、それについて私たちが気づいているか、知っているかといった認識論・知識論の問題が大切だということです。

通常、私たちは判断を下すとき、多くの事柄を前提しており、かつ、それらの前提をすべて意識するわけではなく、すべて挙げてみよといわれても挙げられません。つまり、知識論的にも法的にもおもしろい点は、前提された事柄というのは、いかなる前提であるかが明らかになって初めてその真偽が問題にできるのであり、予め具体的に、これこれの事象として挙げておくことがきわめて困難であるということです。法的紛争というものは、通常は満足されている前提が何らかの事情で満足されず、予定通りに事が運ばないときに発生するものです。日常言語の世界では、これらは必ずしも紛争その他の嫌なことに結びつくものではなく、しばしば笑いを誘うユーモアの源泉として機能します。

知識論ないし言語哲学的に前提のこのような性質を説明するのは容易ではなく、「どちらの表現がズボンをはくのか」といった比喩的な言い方²⁾で問題にされることもありました。一方、法学用語である「阻却可能性 *defeasibility*」³⁾を用いて、特定の前提が欠けていることが示されない限り成立する命題の持つ、偽ではないにもかかわらず覆される語用論的性質として説明する試みもありました。

まとめれば、前提を論理学的存在論的に捉えようとするのは適切ではなく、知識論的語用論的に捉えるのが正しいということです。ポイントは、前提というものを正確に理解することには、前提が満たされていないときに、具体的に何が満たされていないかを正確に言葉にし、武器として用いる言語行為能力が前提されているということです。

3 「言語」について

言語についてここで何を言わなければならないのかは、既に明らかでしょう。法における法典に相当するものとして言語における辞書を捉えたならば、日本語が話せない限り、国語辞典は枕の役にしか立たない。ドイツ語を話せない限り、ドイツ語辞典は役に立たないということです。ここからわかるのは、言語は単語とその文法、あるいは、それらを用いて書かれたテキスト、あるいはそれらのテキストを適宜分類解説した辞典や文法書といったものではなく、それらを用いて行う活動にその本体がある、ということ

です。この言語観がここで主張されることとなります。

テキストはその用法とその用法をものにして人々を前提して初めて意味を持つものであります。言語は自己表現の道具であり、コミュニケーションの道具でもあるとされますが、それはまた言語を用いた行為、言語行為の道具でもあります。さらに、言語は単なる道具ではなく、道具を用いる自分とその道具との区別がはっきりしなくなるほど、我々の知識とアイデンティティを形作るのに本質的なものとなっています。この点は、帰謬法的に考えると、ピンときます。もし言語が単なる道具であるならば、言語以前に、言語とは独立に、それを道具として用いる、認識し行動する自分がある、と前提しなければなりません。経験的にはそのような人間は乳幼児であります。乳幼児に、ここで前提されている大人の認識や自己アイデンティティを要求することはできません。第2外国語の場合は、確かに大人を前提できます。が、だからこそ第2外国語は第2の言語なのです。また、これすらも、母語への翻訳をベースに学ぶよりも、母語のように行動の過程でその使い方を学ぶ方が効率的であることは次第によく知られてきており、語学レッスンもそのように変わってきているのは周知の通りです。

行為であり、人となりとを規定するものである以上、言語は人間の可能性と限界の多くを引き受けるものであります。つまり、言語とはきわめて人間くさいものなのであります。人間くさいということは、人間の高貴な志だけでなく、脂ぎった欲望、あまりにも人間的な様々な属性が言語と緊密に関わっていることをいうのであります。これが、法テキストを語る際に前提されるべき言語観である、と申し上げます。以上を踏まえて、本稿では、このうち、とくに言語の権力との関係をみていくことにします。

4 権力と言語の関係について

権力と言語との関係について、多くの人に注目される業績をあげたのはミシェル・フーコー⁴⁾であります。フーコーは、17-18世紀西洋において、言語が、科学用語に象徴されるような、いつでもどこでも通用する、普遍性を持ちうるものと観念されるに至り、それにふさわしい規範性を持っていると思われるに至った点に注目しました。もはやそれまでの、ローカルな妥当性しか求めないものではなくなったのです。言語はまずは〈国語〉として国家全土に通用するものとされ、国民国家を定義する要素の一つとなったのです。彼はそこに規律化権力のもっとも重要な手段として言語を捉え、言語のこの普遍妥当要求の活用法に注目したのでした。

言語の持つこの特性を直観的にわかりやすく説明するために、フーコーはジェレミー・ベンサム⁵⁾の構想した近代監獄施設の構造を喩えに用いました。「パノプティコン」⁶⁾と呼ばれるこの施設の典型は刑務所ですが、そこでは看守が真ん中の塔の上に立ち、そこから放射状に自転車のスポークのように独房棟が伸び、各スポークは独房の連なりからなりたっています。各独房は扉で囲まれ、中にいる者は、時折看守の姿を見ることが

できるものの、角度によっては見えず、隣近所の房に収容されている者については、まったく見えないのでした。この施設では、権力者を象徴する看守はすべてを見通すことができるのに対し、独房に収容されている受刑者は、ひたすら見られるだけで、見ることはできない存在なのです。フーコーは、近代市民の権力者との関係は、このような獄中にある受刑者の看守との関係と同様だと主張したのです。そのような立場にある受刑者は、見えない看守の希望に沿った行動をすることによって、少しでも刑期を短くしようとします。が、顔色を窺おうにも看守の顔が見えません。そこで、仮釈放されるようにとの利己的な理由から、受刑者は看守の歓心を買おうとその利害関心を考え、自らの利害ではなく看守の利害にかなった行動をするようになります。そのときの看守の意思こそこの獄中にある者にとって規範になるのです。このとき、受刑者は自らの欲望実現のため自発的に看守の意思に従い、それを確実にするためにその意思を自分にとっての規範・規則として観念する。受刑者を市民に、看守を主権者に置き換えると、近代的な意味での規則ないし法の原イメージができる、というわけです。

ここで注目すべき点は、規則や規範、法というものは、言葉で書かれるということです。そしてここでの言葉は普遍妥当要求を持った、くまなく見渡す者だけが正確に使う言葉であり、獄中にあるものは規則の力を借りてその透徹した意思を推察し、言語が持っている要求にふさわしい態度を身につけようとする心理と結びつくということです。

5 権力についての序論

これで行う「権力」という言葉について考察する準備ができました。フーコーを論ずる人々、そしてひょっとしたらフーコー自身、「権力」、「規律」、「刑罰」、「監獄」、といった言葉をふんだんに使うにもかかわらず、近代的な法について冒頭で見たような素朴で誤った見方をしていないとは限りません。彼らの〈文学的〉な言葉の用法を見る限り、権力を忌み嫌い敵視しており、とうてい法学を修め司法府で働いているものが知っている法の実態を理解した上でこれらの言葉を使っているとは思えません。そこで、ここでぜひもしなければならぬことは、近代的な意味での権力についての、法律家や法学者に通用するような見方を提起し、そのような見方を理解し、その妥当性を検討した上で、改めてフーコーの権力論を見てみることです。

もっとも重要なことは、近代国家においては善玉権力、すなわち敵ではなく味方になりうる権力というものが歴史上おそらくはじめて発生したということです。善玉権力とは、権力者が権力を自分のために用いるのではなく、公益すなわち公共の利益のために用いる、そういう権力のことをいいます。17-18世紀の西洋で発生した人民主権の国民国家は、その国制上、支配者が嫌でも公益のために働かねばならない仕組みとなったのです。

それはいかなる仕組みか。それは、公と私とを峻別し、すべての法律よりも上位にあ

る憲法を頂点する法体系によって、被治者だけでなく支配者をも縛る国家です。支配者たる主権者は、公的問題については他の追従を許さない至上の権力となりますが、法に基づいてしか権力発動が許されません。また、私的問題については、私人の許可がない限り、あるいは、公序良俗に反することが行われぬ限り、介入できません。私人の権利は公権力を排除する力を持ち、さらに、私人による権利実現に支障が生じたときには、私人は公権力を用いて権利実現する力を持つのです。このような支配の仕組みを「法の支配」と呼びます。近代国家を理解する鍵は、なぜ法の支配が可能なのかがわかることにあります。法の支配が社会の弱者だけでなく、強者、とくに支配者の利害にもかからない、支配者も進んで法の支配に服する、というところにその秘密があります。なぜ支配者を縛る法の支配が支配者の利害にかなうのか。その疑問を次節で解きます。

被治者についてはどうでしょうか。権力に支配されるのとされぬでいるのと、どちらが好ましいのでしょうか。これも直観は、支配から自由であることと告げます。確かに、権力の支配下にあれば、どうしても自然状態での自由、少なくともその一部が制約されます。その点を考えれば、権力から自由な状態にある方がよいように思われます。しかし合理的に考えれば、権力の支配下にある方が、社会的弱者にとっては有利なのです。なぜなら、自分の権利が侵害されたとき、権力なき自然状態では泣き寝入りするしかないのに対して、公権力を動員し、権力を使って自分の権利を実現する道が開けるからです。この間の事情についても、節を変えて見ていきましょう。

第2節 権力の合理性

1 権力の定義

法がその力を持つからこそ制御できる力、すなわち、権力というものの性質を理解するのがこの節の課題です。権力というものがどういうものなのかがわからないと、法というものがわからない。逆もまた真です。暴力的支配を克服する権力とはどのようなものか。それは、〈法の支配〉を可能にする支配力です。法の支配が想定している権力をさしあたり「善玉権力」と呼ぼうと思います。が、やがて、善玉権力とは公権力のことだということがわかるはずで

まず、権力の定義をしておきたいと思います。権力についてのどんな定義にせよ、必ず入っていることがあります。すなわち、次のことです。

(定義1) 被治者の意思に反することを強制できる。

これが権力の本質ではないでしょうか。被支配者の意思に反することを支配者の意思

に従って強制できる力。このとき、暴力の行使は必要ありません。暴力の行使はむしろ、権力の限界を示すものであることがあります。

ところで、現在、アメリカのサブプライムローン問題に端を発した、世界的金融危機が起こっております。主要銀行を含むあらゆる銀行の信用力が壊滅的に崩れ、お互いに金を貸さなくなった。一方で、既存のローンはどんどんと不良債権化しつつある。自己資本比率を上げるために、貸し出していた金を返せるところからは貸しはがしする。こういった一連の互いに関係する事象が世界規模で発生しています。銀行の実質的国有化を意味する、公的資金注入によって、今のところもっとも危機的な状態は脱しました。今でもそうですが、とくに危機的な頃は、「どうも自分が預金している銀行が危ない」と、預金者が自分の預金だけは出しちゃおうとすると、やがて雪崩を打って誰もが我先に預金を解約しようとしてます。すると、取り付け騒ぎが起き、うまく対応しないと、銀行が潰れます。そこで、銀行口座を封鎖する、という荒療治があります。比較的最近ではアルゼンチンで起こったことです。さて、金融機関は預かった預金の何割くらいを手元に置いているのでしょうか。銀行の正常な状態で、預金の準備率は一ケタ台。顧客全体が同額の預金をしていると仮定すると、10人に1人の預金者が預けているお金の全額を引き出したら一杯一杯という状態です。10人に2人が全預金を引き出すということをしたら潰れてしまいます。金融資本はそこまで信用で動いているということです。それ自体は不健全というわけではなく、むしろ、そこまで金融システムを信用できるというのは、社会にとって、つまり私たちにとって大きな成果なのであります。

権力についても同じことがいえます。憲法の長谷部恭男教授（東大）といっしょにヨーロッパに調査に行ったときに聞いたことですが、彼がいうには、憲法に規定された国家の権能、つまり、国家権力ができると謳っていることがらの全部を一時にやるとなったら、国家はあつという間に破産してしまう。やれるとっていることの5%ぐらいしか一度にできない。アメリカも、イラクに軍事資源を投入すると、アフガンにはなかなか手が回らない。悪くいうとハツタリですが、よくいえば信用を確保できるということです。権力は、常に、このような信用の上に成り立っています。だからこそ、権力の定義について、次のことがいえるようになります。

（定義2）少数の者が多数者を支配する。

たとえば、私が100人を支配する領域で3人の人間が反抗しているとしたら、支配者である私は権力行使によって被治者である他の97名全員を動かしてこの3名を取り押さえ、私の意思を実現できます。逆に、この3名を除いて全員が私に立ち向かったときには、私はもはや支配者の意思を強行できません。権力を支援するぞ、いざとなれば命をかけてでも権力のために働くぞ、という人たちが核になって、政権を、この場合は私

を支持する人たちが、そうでない人たちよりも圧倒的に力が上回るような状態を確保できないと権力は成立しません。

しかし、一旦権力が確立し、安定すると、上記の帰結として、次の系を導くことができます。

(定義2系) 権力は、自由を正統に制限する。

被治者が思い通りにやろうとしても、やらせない、制約する。最初に掲げた定義を認めるかぎり、権力は被治者の自由を制約することができる、ということ直ちに認めねばなりません。多くの方が、権力が嫌いだ！というのはここに理由があります。自分が大切だと考えることについて、自分の意思に反して権力がその意思を強行してくる。これは、私の自由に対する重大な侵害ですので、それを認めるのは非常に危険である。私の自由を侵害しうるので、権力は悪である。すべての権力は悪である。多くの方はそう思っていることでしょう。ここでのポイントは、「正統に」という表現にあります。自由を制約するには、二つの態様があります。一つは、事実上 (de facto) の制約、力でねじ伏せる場合です。しかし、定義2の解説で見たように、実力では、圧倒的な多数派である被治者の方が強いはずですが、にもかかわらず、少数者が多数者を支配する。どうしてこんなことができるのか。それは、第2の態様、支配に正統性がある (de jure) 場合、被治者としては文句を言うにも言うための根拠がないからです。自分が気に入らなくても、仲間を糾合しようとしても、支配者に言い分がある場合、道義的にも実力の面でも、多数が支配者の側につきますから、普通は誰もついてきてはくれません。

それでも、権力は悪だ、という人がいたとすれば、どう対応すればいいでしょう。人々の自由を制約するけれども、それでも悪とはいえない権力の例があれば、その反例を挙げてみる、というのが一つの方法です。正統な権力というものを認めるならば、問題となる権力に正統性があると示し得たとたんに、それが反例になるはずですが、できるだけ説得的な例を挙げてみましょう。たしかに人の自由を制限するけれども、それを直観的にも悪とは評価できない場合がそうです。たとえばこんなのはどうですか。親がわが子に「宿題をきなさい」、「歯を磨きなさい」という場合。外に遊びに行きたい、テレビを見ていたい、宿題なんかいやだ。そう考えている子どもに宿題をやらせることは、子どもの自由を制約する行為ですね。親はそれを強行します。これは権力行使に間違いはない。ここから、子どもの自由を制約するから親の権力は悪だ、と評価することになるのでしょうか。なるという人は、まずいませんね。もちろんこれは親の愛情の表れを例として出しているわけですが、有効な反例だと思います。権力行使だけでも、悪とは評価できない。これを悪というならば、いわゆる愛の鞭というものはずべて欺瞞だ、ということになってしまいます。この命題も、すべての権力は悪だという命題も極論で

あって、見直しが必要でしょう。

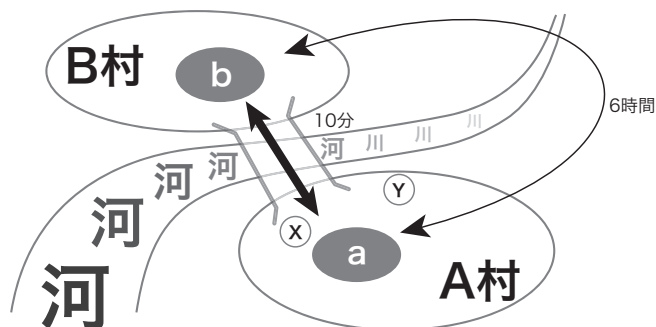
そこで、善玉権力がありうるということで、「自由を制限するんだけどよい権力なんだ」というための条件を考えてみましょう。正統な権力は、それに正統性を与える大義名分さえあればよいのか。極端な場合にはそうでしょう。大統領なんだから、という理由だけで従わせる。が、このような秩序は長続きしそうにありません。現実には、その権力が社会の大多数の人々にとって悪くはない権力、そして、その権力を熱烈にサポートする人にとっては、理念的に、あるいは、経済的に、望むらくはいずれの面でも、支持する十分な理由がある場合がほとんどだと思います。たとえば、新しく生まれたオバマ政権を考えてください。このように実質的に考えると、親の権力の条件は、親権を持っていることに加えて、子どもに対する愛があることでした。この場合、まだ理屈のわからない子どもの自由を *override* して宿題をやらせることが OK だと第3者も認める。これに文句を言う子供はわがままだ、ということになりましょう。

同様に、政治権力も、その人の糧になるようなことをさせるのが善玉権力ということになるのでしょうか。たとえば、競輪・競馬・競艇しか眼中になくて、自分のことも家庭のことも顧みず、負けたら妻や子どもにあたって暴力を振るう。そんな親はダメな親だから、ギャンブルは一切やめさせて、法哲学の授業を受けさせる、ということを行強する。これを善玉権力と呼ぶのでしょうか。親と同様、その人のためになること、家族のためになることをやっているから、善玉権力だろうか。そうは思わないですね。赤の他人の政治権力がそこまでお節介なことをするのは行きすぎだ、と考えたと思います。当人のためによかれと思って何かをやるというだけでは、ここでいう善玉権力の条件にならない。さらに、何が必要か。既に出た、大義名分、理念、実益といったものの他に、やり方が適切だ、ということがあるでしょう。強制的に法哲学の授業を受けさせるのはやり過ぎだが、たっぷりの飴で、鞭は用いずに、法哲学の授業を受ける気にさせる。その結果、当人が自発的に受講する、というのであれば、それはけっこうなことだということになるのではないのでしょうか。

大義名分、共感できる理念、実益、そして実益については、ときには当人が自分のためになるとわかっていなくとも結局は利益になるものを含める。また、権力の執行については、手段の相当性がないといけない。2つのことがわかりました。第3点として、公共的理由に基づいて行動する、という条件を挙げます。〈公共性〉。これは、いわゆる権力問題を解く際に核となる概念です。権力がある方が、ない場合よりも何がよいのか。権力の合理性はどこにあるのか。これはこれまでの条件のように簡単にわかるものではないので、河に橋を架けたとえ話を使って、説明したいと思います。

2 《河と村の物語》、あるいは公共性について

むかしむかし、A村とB村という沈滞した村がありました【次頁概念図を参照】。二



つの村は、大きい河を挟んで両岸にあります。A村では物品 a が産出されます。B村では物品 b を産出します。それぞれ第一次産品で、売る分にはまあそこそこにしかありません。でも、この2つを化合したら物品 ab ができます。この品 ab は、世界中の人が喉から手が出るほど欲しいものなので、これを作って売ったら、A村の人もB村の人もたいへん潤うことでしょう。少なくとも、文化的で健全な生活ができるようになるでしょう。今は、親は出稼ぎ、子どもは奉公という名の実質は身売りみたいなことをしている生活なので、これは福音です。

A村の人もB村の人も、物品 ab がものすごく売れるというのを知って、互いにぜひ交流したいということになりました。でも、互いに往来しようとする、今はいったん川幅の狭い上流まで行って浅瀬の丸木橋を渡っていかなければならない。これだと往復6時間かかりますし、物も一度にそんなに運べない。それが、橋が架けられたら、わずか10分でたくさんの物品を輸送できます。これはぜひ橋を架けたいということで、A村B村それぞれで寄り合いを持ちました。このとき、A村はホップズのいう自然状態、つまり権力が無い状態。しかも、みんなが平等、というよき伝統がある。B村も同様とします。

さて、橋は架かるでしょうか。

たぶん、結果はこうなるでしょう。

橋を架けようという相談では、反対する人はいない。誰もが橋を架けることには賛成するでしょう。

では、どこに橋をかけるか。自分にとって最も得になる所に架けたいと、だれもが思います。

「俺は関心がない、どっちでもいい」という人がいるかもしれません。しかし、この人は間違っています。事態が読めていません。自分の住むところが橋から遠いと、いったん橋ができると、それまでは風光明媚のよい環境だということで、高級住宅地だったのが、土地の値段が下がって相対的に生活が悪くなってしまった、ということが起こります。こういう状況では、「ここは一つ、みんなのために自己犠牲で、自分が損して

もいい」と思う人はなかなか出てこないものです。

これが典型的な「総論賛成・各論反対」というやつで、自分に都合のいい所、少なくともすごく不便・不利益にならない所に架けてほしい、とみんなが思う。だから、どこに架けるかが決まらないわけです。しかも、A村B村は権力がない状態で、みんなの意見がそれぞれ平等の価値を持っている。すると、橋を架けるという話は、どこに架けるかというところで、誰もが平等の重みを持つ同じ内容（自分に都合がよい場所）の主張をしてしまって取捨がつかない。不平等で不正な決め方をしない限り、決着がつきそうにない。しかし、それはいやだ。みんなの平等を尊重し、正義に合った決定をしたい。

このとき、誰がどのように橋をどこに架けるかを決めればよいのでしょうか。

多数決で決めれば？ これは誰もがいったんは考えつくことでしょう。最悪の場合には多数決制を採らざるをえないと思いますが、A村やB村の場合には、できれば避けたほうがいいと思います。政治権力が成立していない所ですから。

この村では、みんながお互い関係のない、烏合の衆です。誰もが一国一城の主というか、家族と使用人だけを集めて、他とは関係なしに暮らしています。そういう状況で多数決というのは何が悪いのでしょうか。たとえば、上の概念図で、Xさんが住んでいるこの地点と、Yさんが住んでいるこの地点と、橋を架けるのはどちらがいいかと寄り合いの司会者が提案したとします。その場合に、自分がどっちかに決めるときに頼りにするのは、自分の生活に関係ある情報です。それに基づき、各提案が自分にとって得する話か損する話かを決めるのです。損する話というのは、できれば避けたい話。得する話として、Yさんに入れると見返りがあるよ、というのがあるとします。損する話として、お宅さん、たしか6歳の坊ちゃんがいらっしやいましたよね、とてもかわいらしいですね、あ、そうそう、話は変わりますが、月夜の晩ばかりじゃないですね、というたちの悪いのがありえます。この場合、暴力的支配と同じことが投票で行われています。

この村には政府がないので、人々の権利を守れるものが存在しない。いままで烏合の衆だったのが、橋をどこに架けるかという損得に関わる社会問題が出てきたときに、自分の利害・権利を守るために人はどう行動するか。社会的強者、いじめっ子のもとに結集し、保護してもらおう。これが人類の歴史で最も一般的に見受けられた行動でしょう。多数決で決めるとなると、Yさんの近くという提案に賛成すると、Yの覚えがよくなるだけでなく、見返りまである。一方、Y提案に入れないとなると、家族の命が危ない。こうした状況で、Y提案が多数決によって選ばれる。これは平等な一票を行使した正義に合った決定でしょうか。そうではなく、不正な決定ですね。多数決という制度が正義に適うためには、いろいろな条件が必要です。その中での最低条件、つまり治安が確保されており、平等なものが実質的にも平等であることができる、ということが満たされていないければ、やめておいた方がよい。そして、善玉権力が成立していないところでは、多少とも権力にすり寄っていないと、つまり、自分の平等を自ら少しは犠牲にしないと、

治安は確保できません。A村のように、権力が確立していないところでは、権力が成立するとすれば、何もしなければ、善玉権力ではなく、Y親分のようなのが発生せざるを得ないのです。では、多数決でなければ、どうすれば正義に適った決定ができるか。

「寄り合いで、互いに誠意をもって、民主的に話し合う」と返答する人も多いでしょう。これは、利害関係が実は同じだということが協議によって明らかになる場合はその通りでしょう。「運動会で、うちのクラスが一等に輝くように」とみんなで協力し、努力する、といった場合がそうです。しかし、10人しかもらえない賞品を、100人で競い合うときはどうでしょうか。話し合っ譲る人があったとすれば、それは本当に自主的なのでしょう。それとも実態は、弱者が泣き寝入りを強いられているのでしょうか。これは単なる利害関係ですが、宗教的価値が問題になった場合などは、妥協すると自分が許せない、自分が自分でなくなる、といった極限状況が考えられます。クリスチャンやムスリムに八百万神を敬うよう、話し合いで決められるでしょうか。「話し合いが終わるところに、法と政治が始まる」と言われるのは、こういう事情を指します。

他に、何かよい決定方法がありますでしょうか。

この問題に対する答えは、正統な政治権力を作ること。ここから始まります。「善玉権力」と呼べるような政治権力です。それができたら、権力を用いて、ここに橋を架けるべきだ、ということが決定できて、それぞれの人の意思が制約されて、先ほどの子どもが「ちゃんと歯を磨いてよかったな」と大人になって思うのと同じように、「ここに橋が架かってよかったな」ということになります。これは、みんなが一斉に自己犠牲の精神に目覚めたというような何か奇跡的なことが起きたわけではありません。烏合の衆の状態にいるか、それとも正統な政治権力を作るのか。それだけのことです。善玉権力という、自由を制約するという意味ではまぎれもない権力を作っただけで、それ以前にはできなかったことができるようになります。

今こうして出てきた政治権力ですが、なんでそれで橋が架かることになるのか。この決定には何が備わっているのが大切です。というのは、とにかく決めればいい、ということであれば、とても不便でみんなが後悔するところに橋が架けられかねません。「よかったな」ということが言える条件は何でしょうか。

それが、公共的理由。暴力的支配というような事実上の政治権力ではなくて、唯一の答えを出せるような善玉の政治権力が何に基づいて決定を正当化するかというと、公共的理由によってです。これは平たくいえば、どこでも通用する理由です。どこでも通用する理由というのには、どういうものがあるでしょうか。そういう理由をつけて橋をここに架けるのがいちばんいいんだと提案する人も、表向きは立派でも所詮は自分のエゴを通したいからいうのであって、良く見るとその人が得するようになってるじゃないか。そういうこともたしかに考えられます。にもかかわらず、その人が出した理屈が次のようなタイプのものであれば、そこに公共的理由があるといえます。公共的理由に

は、ざっと思いつくだけでも、いくつかのタイプがあります。

- ① 土木工学上の理由。日本語で「土木工学」と訳されている表現は、英語では、なんと示唆的なことに、“civil engineering”といます。国家的あるいは公民的工学ですね。橋や道路、どこにどういうふうについたら安くて長持ちするものができるのかを探求する学問です。名大だと、附属図書館の伊藤義人館長（当時）が専門とされている学問ですね。たとえば、Xさんの土地とYさんの土地、地質調査をしてみたら、Xさんの土地のほうが地盤がしっかりしている。だから、これに関しては、Xさんの家の近所に架けたほうがよい、となります。

この理由の性質に注目してください。烏合の衆だったときには、私に有利なところに架けてくれ、というのが正統な理由として堂々とまかり通ったわけです。でもそのような理由、今の土木工学的な理由と比べてみたらどうでしょうか。わがままという感じがしますね。この、わがままの分析が大事だし、おもしろいんです。第二の理由が考えられますね。

- ② 経済的・経営的な理由。A村の産品aがこの地域で生産されていて、B村の産品bがああ地域で生産されている。これを最短で結ぶのが効率的だ。これをデータをとって計画を作れば、それは公共的理由になるでしょう。データのとり方でごまかしの可能性はありますが、仮にきちんとしたデータに基づくのであれば、正当だといえます。
- ③ 他にも、交通の便といった村民的観点からの理由や、あまりうけがよろしくないかもしれませんが、軍事的な理由なども考えられるでしょう。

このように、ちょっと考えだしたら、誰に対しても通用する理屈のタイプというのはいろいろと考えられます。こういう理由はそれぞれのタイプに特有の観点から普遍的ですが、そういう理由ごとに橋を架けるのにふさわしい場所が出てきますので、いろんな普遍的に通用する理由の観点から検討した上で、いちばん条件を満たすのはどこのかを総合的に判断するというのが、行政の仕事になります。

これは、自分にとっての最大の利益は何かということしか理由がなかったのが、公共的理由を挙げるということに状況が変わっただけのことです。公共の福祉をかなえようと標榜する権力ができ、そのような権力ならば、説明責任を果たしうる、正当な理由に基づいて決定しなければならない、との考慮からこのような公共的理由が出てきました。もっとも、村の住人がみんな自己犠牲の精神の持ち主ばかりであれば、いや、日頃から仲がよければ、権力がなくとも、公共的理由の世界を発見して、話し合いでここにしよ

うと決まるということはありません。ただし、そこで権力がないと、次の問題が出てくるでしょう。いったん合意して建設地点を決めたにもかかわらず、いざ工事になった段階で、その約束を反故にして違う場所に架けるということをやられた。そういう悪さをするからには、すでに相当程度の規模の人たちがそれに加担していると考えられます。それをやめさせて、公共的決定を実行することが必要です。決めたことをいざとなれば実力で強行すること、決定を権力で担保することが必要です。確かに、公共的理由に基づく決定を行うかどうかは、善玉権力があるかどうかとは別の問題です。そうなのですが、現実には、公共的理由による決定を確実に実行する権力が伴っていることが決定の実効性を担保するには要請されるでしょう。みなさん自身が決定に参加する場合には、権力にそこまで要求するでしょう。このような、すべての人民の利害に適った行動をすることを常に標榜し、曲がりなりに概ねそのように行動できる権力のことを何というのでしょうか。それは、人民の人民による人民のための権力です。人民はギリシャ語で δῆμος, dēmos。力は κράτος, kratos。併せて、δημοκρατία, dēmokratia、人民の力、民主主義です。

3 公私の峻別

このような権力ができたときには、もうひとつ重要なことがこの世界で起こっております。公の世界と私の世界が截然として分かれるという、公私の峻別であります。こういった政治権力の決定には、私的な理由が混じってはいけません。私的な理由が混じると、それは腐敗を意味する。私的な理由は、定義により、その私的な利害関係をもつ人にとってしか理由にならない。そうではなく、万人の利害に適う理屈に基づいて決定するのが政治のあるべき姿です。誰もが理解し誰もが納得できる理由を理想としつつ、議論する。それがここでいう善玉権力。だから、この権力は、公権力。つまり、私的な理由に基づいて行動してはならない、常に公共的理由に基づいて行動するから、公権力なのです。公共的理由による決定、略して公共的決定が機能するかぎり、橋をどこに架けるかについて、正解を出すことができるわけです。

公権力の条件とは何でしょうか。人民が主権者であること。アブラハム・リンカーンはそれを「人民の、人民による、人民のための政治」と言いました⁷⁾。だから、母親が子どもに宿題しなさいというのと似ていますね。本人のために、つまり人民のために、権力を行使している。しかも、その権力行使は、市民のプライバシーを侵害するようなタイプではない。このプライバシーというものは、公私の峻別があって初めて意味を持ちます。競輪・競馬・競艇に明け暮れている人を、権力を使って矯正することについて、直観的にそこまで介入してはいけないと思ったのは、そのような権力行使が彼のプライバシーを侵すものだったからでしょう。

公の世界の事柄は、公権力が主体となって決めねばなりません。私に関わる事柄は私

的自治・契約の自由⁸⁾が前提されているのです。私的自治、プライバシーの問題には、公権力は原則として⁹⁾立ち入ることができません。このような原則は、公と私の峻別がないと実現できません。圧倒的な実力を持ち、かつ、正義を実行できるだけの判別能力を持った公権力、それを運用する公務員が公の事柄に関してのみ、公共的理由だけを用いて権力を行使する。これができたら、原始的で暴力的支配を克服できるのであります。

が、公権力ができて橋がうまく架かったとしても、うまくいくかに見えたとしても、やがてその権力が腐敗するかもしれない。いや、権力というものは腐敗するものだ、絶対権力は絶対に腐敗する。こういう考えが根強くあると思います。本当にそうだったら民主主義に対して希望を持つことはできない。仮に、信頼を寄せたとしたら、いい加減アマちゃんだということになるでしょう。

したがって、公権力の条件は、単に内憂や外患に対処できるだけでなく、日頃から汚職・腐敗に陥らない体質であること、つまり、公務員が廉潔で、強固な職業倫理を持っていることです。したがって、公私の峻別を脅かす、腐敗・汚職 (corruption) とは何か、を考えることが大切です。不潔だ！嫌だ！よくない！という感覚はみんなにあります。その感覚があるから、考えなくともわかる、と思うのは早計です。腐敗・汚職とは、公私の峻別を前提とする、動物の世界では発見できない、言語を操り、公共的理由の概念を理解できる存在者の間でしか成り立たないものです。したがって、相当に高度で複雑な現象です。しかし、これがわからないと、職業道德の概念もその内実も正確にはわかりません。

汚職行為があった場合には必ずどのようなことが起こっているのでしょうか。公共的理由に基づいて行われた決定のはずが、実際には、私的理由に基づいて決定されている。決定ないし決定の実行に携わる地位にある人が、私的な金銭の授受などを通じて、私腹を肥やしている、といったことでしょうか。世界中の汚職を見張る NGO があります。Transparency International (TI) というこの NGO が毎年、世界の腐敗ランキングを発表しています。わが国はもっとも腐敗していない国かということ、残念ながら1番ということではなくて、世界で十何番目です。その TI が出している汚職の定義は次の通りです。“The abuse of public office for private gain.”¹⁰⁾ 文中に“public”と“private”という単語が入っていることからもおおかりのとおり、公と私を峻別しないかぎりは汚職というものはありえません。あの A 村 B 村で政治権力が存在していなかった時、村のボスが、自分にすり寄ってくる者たち、金を貢ぐ人たちを子分にしかわいがる一方で、金を持ってこない人たちをいじめていたとしましょう。それを「ひどい！いじめだ！」とはいえるけれども、「汚職だ！腐敗だ！」とはいえません。汚職とは、私的な利益のために公権力・官職を乱用すること。公と私がかかれていないかぎりは、そこに虐待はありえても腐敗はありえないのです。

汚職・腐敗の本質とは何か。公権力が成り立つためには絶対に必要な、公私の壁を蝕

むことです。汚職は2つのタイプに分けられます。英語では、big fish と small fry といいますが、大物がたとえば“peanuts”という単位名で巨額の贈収賄をする汚職と、小役人が賄賂を取るという蝕み方とがあります。これは大物、big fish のほうがいかんと思いがちですが、小役人 small fry がやるチビチビした蝕み方もチリツモで極めて危険です。いずれにせよ、権力に対する信頼が根拠を失って崩れてしまうからであります。政治権力は結局、力ではなく、そういう信頼のことなのか。そうであります。先ほど、権力の定義のところでも見たように、政治権力は自分がやりますと約束していることの5%ぐらいしか一時にはできません。一時に全部やれというと潰れてしまいます。国民は愚民であることはできません。インテリジェントな国民として、人民による支配とその制度である民主主義の仕組みを理解すべきです。さらに、この制度を賢明に運用できる、信頼できる政治権力を要求し、支持すべきなのです。そして、そういう信頼を蝕むことに対しては、「大人」にならず、規範的にも情念的にも憎むべきなのであります。

人類が、善玉権力が支配する体制を作れたのは、今からわずか200年ぐらい前のことにすぎません。それ以前は、政治の世界で公私の区別がなかなかつかないから、本質的にわがままな権力しか存立し得ず、良心的な君主に恵まれない限り、自分の都合で支配する、被治者にとってはわがままでいじめっ子の権力が標準となり、大抵の人はいじめられる側に立たざるをえませんでした。近代国民国家ができてから、ようやくシステム的に公権力を作り、これを保つことができるようになった。ちょっとしたことで公を軽んじて汚職を働か、またそういうことを許してしまうと、人類の大きな宝をふいにしてしまうわけであります。民主主義を支持すればするほど、汚職を憎むことが概念的に要求されるのです。

このことから、三権分立、なかでも司法府の役割が大切になってくるわけであります。なぜか。汚職事件といっても微妙な事件についてはそれが汚職なのかそうではないのか、見極めることは決して容易ではありません。ましてや、その立証となると大変です。そのような状況で、汚職はいけない！という自分の思いだけで行動してしまったり、行き過ぎて汚職でないものまで汚職としてしまう危険があります。公の事柄について、きちんと裏を取らないで、思惑だけで行動すると、今度はそのことから生じる政治的なダメージが大きいものになってしまいます。汚職を許さない、といっても、きちんと裏を取って行動できないといけません。そういうことにシステム的に対応して、権威をもって目の前にある事件が汚職か否かを決定する機関がないといけません。こうして、汚職を取り締まる一方で、無辜の人に濡れ衣を着せないよう、その人権・権利を侵害しないよう、公権力が周到かつ慎重に権力行使をしようとするればするほど、裁判所のウェイトが高まります。したがって、よりよい法曹をたくさん作る、というのは、よりよい公務員を、よりよい市民を作ることと並んで、民主主義を人材の面から確立することなのです。このように、腐敗・汚職というのは、情緒的にいかんという筋合いの問題ではなくて、概

念的に、民主主義の根幹を揺るがすことだから許してはいけないという問題なのです。

公権力を、いかに作るのか、いかに保つのか。本質的にわがままな支配に終止符を打って、正義・公平を実現しうる支配をもたらしたい。そのためにはどうすればよいのか。その問題に対する解答としては、公と私をきっちり分け、その公私それぞれの意味するところを正確に判断する基準と人材が必要だということがわかりました。権力問題を解決して、公の世界の権利義務、私の世界の権利義務をはっきりさせる。公権として何を認めるべきなのか、私権として何を認めるべきなのか、これが決まらないといけません。法律家は、ぶれることなくそれを見極める力を養い、そして発揮し、そのことによってこの善玉権力を守り育てなければなりません。弁護士には、自分は在野の人間で、反権力で、裁判所に代表される公権力と戦うんだ、と思っておられる方もいます。が、これは誤解、誤った自己理解です。国家権力が正しく発動されるようにがんばるのが、弁護士の社会的責任であります。標語的にいえば、「弁護士は権力と戦うのではなく、権力を鍛えることによって正義を実現するのだ」ということです。

4 権力・法・知識

以上から、なぜ権力問題が法を考える基礎になるのかがおわかりいただけたと思います。正しい権力行使が行われるためには、権力を行使する公務員だけでなく、行使を誤った場合にそれをただ公務員も、公権力についての深い理解に基づいて正確に公務を遂行しなければなりません。そのための基準として、法があります。法は、権力・権限を行使する者にとっては行為規範として、権限行使を審査し場合によってはただす者にとっては裁決規範として機能するのです。各人が自分の物差しを持ってしまったら、権力は正しく作動しません。基準が共有できるものでないといけないのであります。共有ができる、ということは、その基準を使うと常に判断が一致する、ということも必ずしも意味しません。その基準の解釈を巡って、真正の論争が生じ得ます。ここがわかりにくいところです。論争が生じるのは、一方もしくは両方が無知だからだ、真実がわかったなら、真実の一つなので論争はあり得ない。論争とは何が真実かを巡って争うものだから。——このように思っている人は今日でも少なくありません。このような発想にはどのような存在論的前提と知識論的前提とがあるでしょうか。典型的には、価値というものが物と同じように転がっている。価値の世界がある、それは物の認識と同じように認識される、という価値と物との二元論です。これはその背後にある、言葉は本質的には名前であるとする言語観と相まって、素朴なだけに強固な世界観を作ります。しかし、私たちは、本当に、価値の問題をこのように考えているのでしょうか。さらに、事実世界についての認識も、このような物とその動きや組み合わせといった感じで考えているのでしょうか。

18世紀のフランスは啓蒙の時代でした。あえて単純化すると、多くの人が理性さえ

働かせていれば、科学を使って迷妄から覚めて真実を知り、真実に基づいて生きることができ、幸福になれる、と考えるられるようになりました。この気持ちは大切だと思いますが、あまりにも理想主義的というか非現実的だといわざるをえません。理性には限界があります。理性のすばらしさに感激しつつもその限界を見極めなければ、という近代哲学の基本課題を引き受けたのがイマヌエル・カント¹¹⁾です。カントは、理性には限界があるといいました。彼の代表作『純粋理性批判』¹²⁾は、理性を批判して、理性ができることとできないことを分けて、理性ができることについてはきっちり理性を働かせて、そうではないことは理性使用の標榜を慎まなければならない、ということをしている本です。もし理性に、理性が機能しないところにまでその使用を許してしまったら、それは、機能していないものを働いていると思ひ込むのを許すことを意味します。理性的でない根拠に基づいて行動しているのに、理性的だと信じ込んで、行動し、決定すること。これは独善と独断の典型です。このとき理性の名において、独善を正当化し、独断的形而上学をまともな学問と見なすことを許してしまうのです。実際、フランスの啓蒙主義は、理性の名においてやってはいけないことをやってしまうという過ちを犯してしまいました。ロベスピエールの恐怖政治はその極端なかたちであります。

これは、科学主義の限界という問題とつながります。法学の方法論、とくに、法解釈とは何かということをめぐる議論のなかで、次のような考え方がされた時期がありました。——法解釈は科学ではないから間違うかもしれない。間違わない解釈、正しい法解釈とは何か。それは、科学的な法解釈だ。19世紀のドイツではそういう理論の試みが行われたといわれます。

科学的な真理は、どこでも、いつの時代でも、通用する。重力法則は、今日ここでは妥当するけれども、あす隣の部屋では通用しない、ということはありませんね。そういう普遍的な真理を追い求める気持ちはわかります。それが何もかも科学にしていまいたいという気持ちに繋がるのもわかります。ですが、理性をそのようなかたちで用いることが適切ではない法解釈、倫理学、美術評論にまでそういった科学を持ち込もうというのは行き過ぎでしょう。鑑定団がなくても、誰もが古伊万里の焼物が値踏みできたらいいな、と思う人は誰もいません。「行列ができる法律相談所」という番組は、法律家のあいだでも意見が分かれるということをはっきりさせた番組ですが、そのことがはっきりすればするほど、科学と同じように法解釈をしようとする人は少なくなるはずで

このような、ないものねだりの態度をやめて、理性の限界内で理性を最大限使うということ、ここでは、「理性の戦略的使用」と呼びたいと思います。どうやったら最も法というものにふさわしい仕方でも理性を使うことができるのでしょうか。この点について、革命的理論を主張したのが、ロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin, 1931-) という人です。それに対して有力な反論というか、展開をしているのは、キャス・サンシュティーン (Cass R. Sunstein, 1954-) という人です。要は、ドゥオーキンさんの場合、

法解釈というのは、道徳的価値、政治的な価値を問題にするんだから、裁判官はあたかも知的なヘラクレスのような態度で難事件に当たるべきだと主張します。もっとも、ドゥオーキンさん自身も、生身の裁判官がヘラクレスになるべきだと主張しているわけではありません。裁判官が、一人ではできない偉大な事業に、法曹のコミュニティの一員として対応していることを自覚すべきだ、としているのです。

これを受けて、サンシュティーンさんはいいます。その気持ちはよくわかる。人間にはできることとできないことがあるのであって、確かに、個々の裁判官がヘラクレス並みになれるわけではないだろうし、なる必要もない。裁判の実務を見てみれば、知的な能力がヘラクレスの筋力並みでなくとも、難しい事件に適切な答えを出す方法があることがわかる。それは、のろのろした慎重な手続ではあるけれども、その手続を意識的に踏襲していれば、凡人であっても適切な判断を下すことができる。これを「法的思考」、「thinking like a lawyer」といったりします。当然、司法の領分では不可能なこともあるので、その場合には、立法や行政による積極的な立法や措置を講じるのが適切である。司法がやるべき領分をはっきりさせて、革命的な法解釈ではなくて、踏み固めた判例に則った地道な判断の積み重ねで解釈を固め、展開していくべきだ。ちなみに、このサンシュティーンさんの提唱している考え方は、“judicial minimalism”すなわち「司法最小主義」といいます。これは、ドゥオーキンさんが法曹のコミュニティとして事に当たる、といったことの内実を明らかにする試みだと評価することもできましょう。

第3節 法テキストの隠された次元——正義論の文脈

1 法テキストとその解釈

以上、法テキストとその解釈について、権力論と知識論の観点から考察してきました。ここでわかったことは、権力とは悪であり、敵であり、法は支配者の道具だ、といった権力観や法概念観の一面性です。このような見方では、権利というものだけが善玉で、とくに人権という権利が権力から身を守る大切なものとして意識されます。が、現実を正確に見る必要があります。いざというとき、つまり社会的強者、とくに国家がその権利を侵害するとき、いったい誰があなたの権利を守ってくれるのでしょうか。それは、国家権力自体です。人民主権の国家権力は、人民の権利を守るのがその存在理由・根拠 *ratio essendi* です。国家自体に国家の横暴を止める義務があり、国家だけが止める実力を持っています。ただし、それは近代国家がきちんと立憲民主制で運用され、しかるべき実力を持っている場合のことです。

国家を止める国家とは多くの場合、裁判所のことです。裁判所は、法というものが存在して初めて機能します。法とは、国家権力が人々の権利を担保している状態において、

権力が発動されるときにはそれが人々の権利を実現する方向でのみ働くよう、権力を制御するのに用いるものです。法典に象徴される法テキストは、この文脈で機能します。

自分が法を、正確には、法に基づく権力を執行する立場にあるとしたらどうでしょう。ふつうわれわれがこうしたことを考えるときには、被治者の立場で物事を考えてしまいがちですが、民主主義における権力のあり方を探求する以上は、支配する人民の立場に立った物の見方をも身につける必要があります。権力者が何か物事を決定するときに、軽率に、必要な調査を省いて見込みや思惑で権力を発動してしまったら、それは権力者失格です。そういったことにならないように、権力を執行する立場にある者をガイドし、制約する多様な法テキスト、とくに法典があります。刑事訴訟法や民事訴訟法などは、司法権力発動の条件・手続を定めている法律です。個々の人間の権利はどこに書かれているのでしょうか。人権に関しては、主として憲法に規定されています。私権については、民法や商法など私法関係の法規があります。そして、公の世界については、行政法など、国家が善玉権力たるために必要な公法にかかる法規に規定されています。さらに、たとえば消費者法というものがあります。それは、公と私をクロスオーバーして、私的取引の効果を制約して、欺されたりして割を食った人の不当に侵害された利益を国家が守ろうというものです。ほかに、典型的には労働法がそうですが、私的自治を制約し、公共的基準に基づいて弱者の正当な利益を守るための法律があります。こういうことをやると、公私の峻別を脅かすんじゃないかと思われるかもしれません。逆に、このような分野は、公と私を峻別できる人にしかできない高度な考慮や技術を要求する分野だといえるでしょう。

2 正義論という文脈

これら公私の多様な分野で、法テキストとその解釈を通して、人は結局何をしているのでしょうか。それは、日本人には照れくさくて口にしづらい概念に関わります。正義の探求です。「正義」というと、それは人によっていろいろ、と思われがちです。しかし、国家が強行する正義は一つでないといけません。時と場合によって、同じ権利が国家権力によって実現されたりされなかったりでは、それは正義ではありませんので。国家がその人民に、正統な権力に基づいて、したがって、堂々と押しつける正義とは何か。

それは、独立した善玉権力、つまり人民主権が確立しておるところで、権力が四六時中その公共サービスを提供している状態のことです。この国家的正義というものこそ、「人民の、人民による、人民のための政治」が実現しなければならないものです。公共サービスといえば、電気・ガス・水道もそうですが、とりわけ司法府が提供する公共価値が正義です。したがって、国家的正義は、広狭二義で語られます。広い意味では、国家が提供すべき公共サービス全般が現に提供されていることです。その狭義は、司法府が四六時中提供する公共価値のことを言います。すなわち、国民の権利を国家権力が保

護し、それが侵害された疑いがあるときには、実際に侵害があったかどうかを認定し、権利ある者の権利を回復することが常時できる状態、です。

法テキストを正しく解釈するためには、自覚しておかねばならない評価軸があります。それは、立憲民主制を理解するためには不適切な権力観が流布しているために、法テキストが問題になる多くの場合に隠されている次元です。それが、正義の観点からの評価です。法テキストは、正義というコンテキスト（文脈）で評価することを疎かにすれば、正確な理解はできません。しかも、不正確な読解は、不正の跋扈を許すという実践的帰結をもってしまいます。この文脈での正義とは、公権力が活動して分け隔てなく国民の権利を保護していること、これに尽きます。

暴力の論理がまかり通ると、いじめっ子による支配が成立してしまう。正義の論理とはそうではなくて、国民の1人1人が平等な立場で互いにつき合い、交渉できる。法的には平等でも、社会的、経済的には弱者である人はいつの世でもいます。その弱者が、強者に対して堂々と権利主張できて、自分の力でその主張が実現できないときには、国家権力を使うことで実現できる。正義の論理が通用するためには、権利実現を担保する公権力が成立していなければなりません。その公権力が提供する人為的な財のことを「規範的公共財」と呼びたいと思います。規範的公共財のなかでも重要な〈正義〉について素描しました。稿を改めて、正義の性質を探りたいと思います。

注

- 1) GOO 辞書「前提」の項目 <http://dictionary.goo.ne.jp/search.php?MT=%C1%B0%C4%F3&kind=jn&mode=0&kwassist=0>
- 2) Cf. J. L. Austin, *Philosophical Papers*, Second Edition, J. O. Urmson, G. J. Warnock, eds., Oxford University Press, 1970, p. 192.
- 3) Cf. H. L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights," *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, pp. 171-194; reprinted in A. G. N. Flew, ed., *Logic and Language*, Oxford, 1951, ch. VIII, pp. 145-166, p. 148.
- 4) Cf. Michel Foucault, *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, 1966.
- 5) Cf. Jeremy Bentham, "Panopticon, or The inspection-house: containing the idea of a new principle of construction applicable to any sort of establishment, in which persons of any description are to be kept under inspection; and in particular to penitentiary-house, prisons, houses of industry, work-houses, manufactories, madhouses, hospitals, and schools," in J. Bowling, ed., *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 4, Russell & Russell, 1962, pp. 39-66.
- 6) Cf. Michel Foucault, *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Gallimard, 1975.
- 7) Abraham Lincoln, *The Gettysburg Address*, Gettysburg, Pennsylvania, U.S.A., Nov. 19, 1863.
- 8) 私的自治の原則とは、個人の自由な意思を認め、個人の私法関係をその意思によって自由に規律することを原則とする近代法の一理想。契約の自由の原則とは、個人が社会生活において自己の意思に基づいて自由に契約を締結して私法関係を規律することでき、国家はできるだけ干渉しない、という近代法の原則。契約締結、相手方選択、契約内容決定、および契約方式の自由を含む。『新

法律学辞典』第3版（有斐閣、1989年）625、345ページを参照。

- 9) 公序良俗に反すること、たとえば性的奴隷契約の締結には権力が正当に介入できますし、すべきです。
- 10) Cf. <http://www.infoplease.com/ipa/A0781359.html>
- 11) Immanuel Kant (1724–1804) 東プロイセンの首都ケーニヒスベルクに生まれ、生涯をそこで過ごした。1770年、ケーニヒスベルク大学教授に就任。主著として、50代後半以降に著した「三大批判」、すなわち、『純粋理性批判』（第一批判）（1781年）、『実践理性批判』（第二批判）（1788年）、『判断力批判』（第三批判）（1790年）などがある。近代哲学を代表する哲学者の1人。
- 12) Kritik der reinen Vernunft 第1版、1781年、第2版、1787年。「第一批判」とも呼ばれ、知識論における「コペルニクス的転回」をもたらしました。通常引用されるのは Philosophische Bibliothek 版と呼ばれる Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, nach der ersten und zweiten Original-Ausgabe, Raymund Schmidt (hrsg.), F. Meiner, 1956. 昔からいくつかの翻訳が出ているが、最近では原祐訳、理想社『カント全集』所収版を渡辺二郎が補訂した平凡社版、他に有福孝岳訳、岩波書店『カント全集』所収版などがあります。