

笹倉応答へのコメント (replication)

嶋津 格

成功する論争というものは少ない。特に日本ではそうである。多分われわれの中に、論争を建設的なもの、少なくとも見苦しくないものにするための基本的な訓練が欠けているためだろうと思う。褒めあい、書評が役に立たないわけではないが、この際その種のことを考慮から外して論争的なものだけにたかざると、そこでは下手をすると、途中から議論がどんどん感情的になったり、揚げ足取りとか人格批判に墮したりしてくることが多い。見ている方はそれなりに面白いのだが、それは喧嘩見物としての楽しみにすぎない。焦点が絞られてくるのではなくあちこちに拡散してゆく口げんかみたいなものは、落語のネタとしてなら魅力的かもしれない。しかし、古代ギリシャに始まった愛知としての哲学とはある種の倒錯だと私は考えているが、そこでは特異な論争、つまり愛知的論争を、その知的営みの核としている。要するに、哲学ができるかどうかは、その種の倒錯した愛知を目的とする論争ができるかどうかにかかっているのである。ではその論争は他とどうちがうのか。問題はプラクティスまたは know-how にあるのだから、答えは、メタ言語によって語り方を語るのではなく、その語りを実践することで示されねばならない。

日本法学会は、論争のプラクティスの浸透と洗練の場にしたいと考えて、2008年発行の『法哲学年報2007』に「論争する法哲学（書評）」というコーナーを創設した。そして『法哲学年報2009』の同コーナーに私は、笹倉秀夫『法思想史講義 上下』（東京大学出版会、2007年）への批判的書評を書いた。それに対して笹倉が『法哲学年報2010』（2011年）でリプライ（応答）を書いているので、それへのコメント、多分訴訟では「レプリケーション」と言われるもの（「ヤギさん郵便」では3番目の手紙）を、この場で試みたい。ただ、本来はもっと詳細なものを書くべきなのだが、ここで示せるのは、各論点についての骨子のみである。よい論争ができればよいのだが。

【法の支配】

私の理解では、法の支配論での基本的論点は、そこで「支配」するはずの「法」がどの程度の内容をもつものと想定されるのか、である。例えばケルゼン的な法概念（授權関係によって体系化される、意志的行為によって制定された自立的で階層的な規範群）を採用して、そのような法が支配することが「法の支配」だというなら、それは統治に対する形式以外の制約を一切科さないものになるだろう。そのような「法」概念では、法の支配はほとんど意義のある政治的理念たりえない。形式に加えて法に、内容上の普遍化可能性とかインテグリティとかの条件の充足を要求すると、それは統治にたいする徐々に具体的な制約となってくる。それでも、歴史的・文化的なものとは切り離された形で内容上の一貫性などを要請するだけであれば、法の支配はほとんどの文化的背景と両立可能なものにな

るだろう。神権政治だろうが、独裁制であろうが、多数派専制主義的民主主義だろうが、そして「権利」という語に対応する概念をもたなかったかつての日本を含む中国文化圏だろうが。だいたい、法の支配がそのようなものであるなら、それを熱烈に支持したり要求したりする社会階層というものを想像することも難しくなってしまう。

私の理解はこれと少し異なっている。そのような、別に具体化される任意の内容を入れるための箱のようなものではなく、具体的内実を伴ってそこに「ある」ものだ、というのが「法の支配」という理念またはイデオロギーの前提にある法の概念なのではないだろうか。その法は基本的に、誰かが作るものというより発見されるものであり、人々の権利意識の発露の一部を「正義」として正当化するものである。「私法の支配」という私の言い方を笹倉は冗談だろうとして批判するが、この「私法」は、所有権とか契約とかを基礎づける一般的規範の体系そのものというより、その結果として人々が現実享受している個々の権利または財産とか、契約上の地位とかと一体となるものである。むしろ当初はそこに重要なものとして、身分上の地位も含まれるだろう。マグナ・カルタが多くの条項を割いて王権から守ろうとする中心部分は、相続の権利なのだから。別に私が述べたように、「私法」とは、個人の決定がそのまま直接、社会的決定となることを可能にする法である。「法律行為」とはまさにそのような社会的決定を個人が行うものである。これは公と対立するのではなく、私法の結果として変化しつつある具体的な法＝権利の世界があり、それを守ることがまさに権力と公的制度の目的となるようなものである。むしろこの種の体制においては、これが公的な秩序のもっとも重要な部分なのである。結局はホッブズの主権者もロックの政府も、そのために存在させられるのだ、と私は理解している。それもそれがなされるのは、「契約」という私法的制度を経由してなのである。刑法の中心部分もまた「私的法益」を守ることにあるので、その限度では刑法もこの体制の一部である。そもそもコモンロー的には、刑法も私法的論理に包摂される傾向が強く、そこでの検察官は民事の原告に近づく。観念上統治者から独立の、このような権利を担保する「法」が、誰が立法したわけでもなくそこにあり、その中で具体的な権利関係として営まれる社会関係が、政治的な介入に優先する地位を保持していることがまさに、「法が支配している」ということなのである。もちろんそのためには、そこで権利の交通整理を行っている裁判所の権威が政治権力者の権威と相対的に独立していること、また裁判に携わる法曹たちが独立の強固なギルドを形成していることなど、いくつかの条件が必要である。

笹倉もいうようにこれは、アングロサクソンに特有なものとはばかりは言えない。共和制と帝政を通して、古代ローマの社会自体、世界史の中の他の文明と比較して、このような法中心の社会モデルを採用している点に大きな特徴があったのは周知のことである。それを継受した大陸法もまた、特にその私法学において、この要素を大きく残している。社会契約論で、国家の成立以前に「契約」が可能になる手品の種がここにある、という点は別に指摘した。ただ歴史的には、発見するものとしてでなく人間が自由に意志によって創造するものとして「法」が捉えられるようになるにつれて、法概念は「法の支配」が想定し

ているそれから外れていくので、ついには「法の支配」の意味そのものが理解不能もしくは表現不能になる、のである。「私法」の語で、完成された後の「抽象的個人の相互関係の法」という形態のみを考える必要はない。そうすれば、これが少なくとも西洋世界では「法」そのものだったことが理解できるのではないだろうか。もちろん、「法の枯死」としてエンゲルスが語っているのも、パシュカーニスが同じことをいうのも、この法についてである。そしてケルゼンは、この意味の私法と公法の区別を、歴史的沿革に暴力を加えて、前者を後者に包摂することによって「論理的に不要なもの」として廃止しようとする。もちろんこの包摂が完成すると、法は別のも（私法なき公法のみの世界）になり、社会主義・共産主義とも両立するものになる。だからケルゼンは、パシュカーニスらの「法の枯死」論を批判するのである。

笹倉のリプライで私が奇妙に感じるのは、国家を被告とする訴訟の起源を英米と日本で比較する時、異なったものを比較している点である。英国の1947年の **Crown Proceedings Act** と比較するなら、1962年の行政事件訴訟法だろうか。米国の1946年の **Federal Tort Claims Act** に対応するのは、1947年の国家賠償法だろうかⁱⁱⁱ。しかし笹倉のいうように、その種の実体法・手続法がなくとも日本では、1916年に遊動円木事件は訴訟になっている。では、それに対応する英国や米国の判例は、どれほど古くまで歴史を遡れるのだろうか。要するに、訴訟法や実態法がなくとも、訴訟は行われるのである。むしろその後から、立法、法典編纂、**restatement** が行われるのが、私法的世界の通常あり方なのである。これは行政法においても、基本的に同じであるⁱⁱⁱ。

英米の行政訴訟がどれだけ古くまで遡れるのかを調べてからこの原稿を書く予定だったが、残念ながらこれはまだ果たせていない。ただ、私が尋ねた英米法学者は英国について、「中世でしょう」と言っていた。たとえば租税事件などについては、随分古くまで遡れる行政訴訟制度があるらしい。

【社会契約論と法概念】

上で一部書いたので省略するが、ポイントは社会契約論の「自然状態」は、一部であれ私法的関係が成立している世界だ、ということである。ただホッブズはそこから排他的所有権を外して（非排他的な所有は自然状態にも存在しており、そのことが争いを生む原動力となる）、それを再導入する目的で主権者を打ち立てる。ロックはそれも外さないから、打ち立てられる政府の仕事として残っているのは、ほとんど訴訟制度や執行組織のみである。

【市場論】

これも既出の議論なので、詳論を要しない。右も左も含めて経済学者がハイエクをもっとも高く評価し、標準的な経済学教科書に収録される彼の論文は、市場を情報処理の制度として捉えたものである（論文「**Economics and Knowledge**」）。社会に拡散している情報をもっとも有効に利用する制度として市場を理解する、ということであり、これは現在の世

界で、ロシアも中国も労働党政権下のイギリスも社民党下のドイツも^{iv}含めて、常識になっているかと思う。笹倉が賭と決断の要素を強調することは正しいのだが、その賭を個人が異なった戦略の下でするとともにその成功と失敗の結果にたいする責任・榮譽を受けるのか、集合的決定をとおして全体がぎこちなくするのか（その場合の個人の政治責任は普通あいまいになることが多い——たとえば、大躍進政策と文化大革命で合計 5000 万人ほどの結果として殺した毛沢東の責任が、中国社会の中で広く理解されているようには見えない——）、が自由な制度と全体主義の違いである。そしてもし功利計算が真に可能であるなら（この条件が満たされる可能性はまだ見えないが）、全体主義を否定する理由はなくなると私は考える。実際、たとえば情報処理技術の発達によって、前提が変われば当然結論も変わるはずだからである。

【歴史・思想史】

笹倉は、私の上げた論点、つまり、法概念論、社会契約論、市場論、分析と総合・先天と後天という知の区別、などを「些末」と呼んでいる。私の議論は稚拙であったり誤っていたりするかもしれないが、これらの論点そのものが些末だ、という判定には正直驚かされた。今回のリプライで、もっとも常識外れで、それゆえ興味惹かれる部分である。だから笹倉がこれらよりも重要だといっている「上巻「はしがき」で示した諸事項」を読み直してみた。そこに示されているのは、2007年度の法哲学会の報告で笹倉が語っていた、「複数の川の流れとしての思想史」論である。2007年の笹倉の話は確かに覚えているから、印象深かったのだと思うが、それほど強調点が置かれている論点なのだとまったく気づかなかった。これは笹倉の歴史観なのだと思う。

確かに、笹倉をヘーゲル主義者だと決めつけるかのような私の議論は、印象を根拠としてあまり質のよいものではなかった。しかし笹倉が歴史観を上記の「些末な」論点よりも重要だとする点自体が、私にはヘーゲル的なものを感じさせるのである。歴史観は人それぞれでいいのではないかと私なら考える。その思想史を構成している個々の思想家とその著作は、それらを対象として語っている思想史家と少なくとも同程度の複雑性を持ち独自の視点を体現している。そしてもちろん相互に大いに異なっている。それを全体として川に例えようが山に例えようが、対象と論者とは同じ大地に立っているにすぎないのではないか。そこに川が「ある」なら（これは法が「ある」のと同じ意味だが）、われわれはその認識について、その真偽を語るができるだろう。しかし、思想史はそんなものを対象にするべきなのだろうか。私には大いに疑問である。「川」がどうなっているかよりも、個々の思想の内容と意義、その「真偽」こそが重要なのではないか。これと別に、複数の思想家がなす「流れ」について、後世の思想史家があれこれいうのが無意味とは言わないが、結局私には、（「流れ」を語る）歴史観という論点よりも、些末と呼ばれた諸論点（思想上の個々の思想家が論じた我々にとっても未解決の普遍的論点）の方が、その真偽を論じるに値する重要な論点に思われるのである。

【存在の段階説】

勝手にこう呼んでみたが、私がマルクス主義者だった頃に聞かされたもので、世界はそれぞれ異なったレベルで存在しており、その個々のレベルの理論はそのようなものとして真である、といった理解のことである。

化学と物理学を統合することは長く行われなかったが、その時代にはそれぞれ、化学的世界と物理的世界が別に段階を異にして存在している、といった理解も一般的であった。しかし研究が進んでみると、学問的区分は時の認識のレベルに規定されているだけであって、世界または存在の方が区別されているわけではない、ということがわかってくる。「物理化学」は今ではごく普通の学問であり、物理的世界と化学的世界が層を異にして別にあるとは誰も思わなくなった。まあいえば、物理的世界像の方が存在に近く、化学的世界像は実践的必要からくるその省略版であり、必要な場合には可能な限り前者に立ち戻って研究することで、それまでなかったレベルの新たな知を生み出すことが可能になる。だいたい自然科学者はそんな風に考えているのではないだろうか。

しかし、社会科学と自然科学の間もこのように統合できるのかには疑問もあるから、この種の議論を全面的に退けようとは私も思わない。しかし逆に、それに安住するかに見える笹倉の弁明をポジティブに評価することも、私には難しい。今や自然科学者で採る者などいない自然の概念なのではなかろうか。

まだまだ論じるべきことは多くありそうだが、論争や対話は、どこかで終わらせる必要もないのだから、今回の replication はここまでにしておきたい。まだ続くのであれば、次は rejoinder になるはずである。

出典：千葉大学人文社会科学研究会研究プロジェクト報告書 第 242 集『自由と拘束——社会と法の哲学のために』pp.68-72（同時に、千葉大学図書館のレポジトリに掲載されている）に掲載の後、ネット上に公開する際に、本文に若干の加筆を行うとともに後注を加えた（2013/10/27）。

ⁱ 【後注：研究プロジェクト報告書への掲載の後、ネットへの公開時に加えた注】この関係は詳細に見れば少し複雑である。ハートは法システムを構成する secondary rules の一つとして rule of change（変更のルール）を挙げたが、これは議会による法の変更を可能にするルールに加えて、私人による私法上の具体的関係を規律する規範の変更を可能にするルールを含んでいる（というか、この議論のポイントは、後者の変更のルールが、前者によって議会によって制定されるものに限らない、というハートの採る前提こそが重要なのだが）。この発想を拡張すれば、いわゆる私的自治を構成する法律行為などもすべて「変更のルール」に入れることが可能になる（この場合このルールに従って「変更」されるのは、当事者間の具体的権利関係である）。私人がもつこれを行う権利は、国家によって与えられなくとも、ある種自然法として元々ある、のだから、社会契約を締結するについても、国家が

それ以前に成立している必要はなく、むしろ国家はその契約の結果として（規範的に）生じるのだ、というのが社会契約論の描くストーリーである。だから、本文における「人間が自由に意志によって創造するものとして「法」が捉えられる」というのは、あくまで契約を可能にするルール、つまり民法について述べており、個々の契約のレベルを含まないものとして論じている。このような関係になる根本的理由は、人間の理性的・意識的コントロールは、相互に排他的関係になるから、誰かが支配権をもつことについては他の者は支配から排除されねばならない、という点にある。民法の内容は国家が決めても、そこで規定されてるルールに従って、個々の権利関係は個々人が決める、ということである。

ii 【後注】私の法制史についての無知を告白することになるが、文藝春秋 2013 年 11 月号 296 頁に笠原英彦慶応大学教授による以下の記述がある。「過激ともいえる司法改革を進めたのは、江藤新平だった。……特筆すべきは、国民に行政訴訟を認めた司法省達第四十六号だろう。お上に逆らうことを認めるという発想自体、時代に一步も二歩も先んじるものだった。」この司法省達についてネットで検索してみると、その「公布日は明治 5 年 1 1 月 2 8 日です。」(2013.10.27,

http://funakoshijimusyo.blogspot.jp/2009/05/blog-post_28.html、) とある。ただ、遊動円木事件の判決は、この明治維新後ごく初期に出された省達に依拠しているわけではないだろうから、「判決は、それを出す権限が裁判官にあるという明示的な制定法がなくとも出る時は出る」という本文の主張は維持したい。その典型はなんとといっても、米国連邦裁判所による違憲立法審査権を判例上 (!) 確立したマーベリー vs. マディソン事件におけるマーシャル裁判官による連邦最高裁判決である。判例が裁判所の権限を確定できるなら、要するに裁判所は何でも自分の権限だと（政治的に可能でさえあれば）言えることになるのだから。

iii 【後注】特にコモンロー法圏では、国に対する訴訟を（特別の行政裁判所ではなく）一般の裁判所に提起することができることを法の支配のメルクマールとするダイシーの見解が支配的であるから、その条件のもとでは、本文における「行政法においても基本的に同じである」というコメントはリダンダントかもしれない。多分、行政府・立法府・司法府の間の権限争いそのものは、法的というより政治的対抗関係で決まる（そして司法府は、できるだけその問題を法的問題だと構成しようとする）のであって、その意味で司法府は、それが可能であれば（つまり国民の支持が得られそうなら）いつでも、自分の権限を拡張しようと虎視眈々とねらっているのである。そして時によって、そのような権限拡張（より厳密には自分に有利な形での「(憲法) 解釈」) に成功するのである。もちろんそれにたいする立法上の明示的根拠がなくとも、である。ちなみに同様のことが、内閣の法制局と他の内閣部門との間でも発生する。

iv 現在（2013 年 10 月）はすでに、イギリスもドイツも保守政権に変わっているが。