

法学をめぐる論理と経験

岡 寄 修

目次

I. 論理と説得

II. 法学における論理外の要素

I. 論理と説得

1. 近代科学の性格

近代ヨーロッパにおいて隆盛した科学は、経験的世界の諸現象を法則的に把握することが可能であるという信念に支えられている。17世紀には天文学、力学において成果を上げ、19世紀になると、力学をモデルに、経済学、社会学、人類学など、必ずしも自然を対象としない領域にまで次々とその探求領域を広げた。

アメリカのプラグマティスト、ジョン・デューイは、近代以前の学と対比しながら、近代科学がいかに学問の方法と精神を変えたかを描いている¹⁾。

それによれば、科学は、フランシス・ベーコンの実験重視の精神に則り、学問の手法を演繹法から帰納法へと置き換え、万人の知とオープンエンドな世界を想定し、学問のスタイルを既知のものの継承から、未知のものの探求・発見へと逆転させた。これは、ヨーロッパが外の世界に向けて拡大し始めたのと時を同じくし、知の世界においても「大航海時代」の到来を告げるものになった。

これに対し、中世まで支配的であった古代の学においては、アリストテレスをはじめとするかつての偉人の知識を完成品とみなし、ひたすら

正義論の現代的展開

その継承に努めてきた。そこでは、選ばれたものの知を前提に、論理の閉じた体系が重んじられるため、第一原理からの演繹法が尊ばれ、帰納法は不完全な知しか得られぬものとして軽視された。このため、未知の発見にも重きが置かれず、演繹を通じもっぱら既存の知による「教化」を図ることが教育の狙いになっていた。

こうした対比から、デューイは、近代科学が、学の方法のみならず、学を支える精神までも一新したという。

近代科学は、学の性格として、非常に論争的な学問になった。かつては選ばれた者だけしか知を手にはできないとされ、偉人の見解をありがたく拝聴し、それを受け継ぐことが学問の基本スタイルであった。だが、科学においては、その目的に未知の発見を掲げ、誰もその探究・発見に参加するようになった。

仮説の真偽を巡り論争を展開する科学は、攻撃的な性格を秘めるものとなった。それは、データを基に仮説を反駁する以上、論争相手が偉人か否かなど無関係だからである。宗教裁判によりガリレオを屈服させようとしたカトリック教会が、20世紀末になってからとはいえ、己の誤りを認め陳謝せざるを得なくなったことが、その好例である。このように、科学は、知の未来に明るい展望をもたらした。

もちろん、知的に新たなスタイルと展望を掲げても、それだけでさしたる成果も上がらなければ、後の時代に学の主流にはなれなかったろう。だが、まず天文学や力学において華々しい成功を収め、次いで、探検航海を通じ新世界からも未知のものが続々と収集され、大きな成果を上げ続けた。このため、19世紀には、科学がヨーロッパの学の主流の座に就いた。科学の名において現代人がなっている研究方法は、このような歴史と性格を持ち、経験的世界を貪欲に探求する科学である。

近代ヨーロッパの科学と自由主義とは、同じような時期に隆盛し始め、互いに似通った性格のものとして発展してきた。科学は、官製の学ではなく、自由で反体制的、反権威主義的な性格を持つ。誰もが知的探究に参

加でき、時の権威に対し公然と異論を唱え、場合によっては、いわゆるパラダイム転換も引き起こす。これは、知的世界においてデモクラシー化を進展させたことを意味する。この結果、19世紀ヨーロッパの大学のカリキュラムは、それまで大学を支配してきた神学、医学、哲学、法学という四科目から、個別科学ごとに講座を置く今日風スタイルへと変化した。これらの点で、科学と自由主義とは同盟関係にあると考えられている²⁾。その意味で、ヨーロッパの近代は、政治、経済、法の領域に留まらず、知識の面においても自由化をもたらしたと言える。

現代人は、日常であれ知的世界であれ、新たな発見や進歩を当然のことと考えている。だが、それを当然視できるようになるには、科学革命と言われる大転換に始まり、数世紀の時を経て、以上のような面でのお膳立てを整える必要があった。

科学は、このように古来の学の方法を一新し、経験的世界で大きな成果を上げた。その隆盛のさ中であって、『法律進化論』を著した明治時代の代表的法学者、穂積陳重は、法学の傾向につき、次のような手厳しい批判を浴びせている。

法律学ハ現時既ニ一大革命ノ時期ニ達シタリ。吾人ハ最早自然法ナル空理ノ上ニ法学ノ樓閣ヲ築ク能ハザルナリ。吾人ハ最早単正理ナル先天ノ觀念ヲ墨守スル能ハザルナリ。然ラバ法学ノ革命ヲ促ガス者ハ何ゾヤ。曰ク、物理的諸学科、生物学、人類学、社会学等ノ進歩是ナリ。法学モ亦タ学問ノ班位ニ連ナルヲ以テ、学理相関聯スルノ理ニヨリ、苟モ他ノ諸学科ニシテ著シキ進歩ヲナストキハ、法学モ必ズ其影響ヲ受クベキ者タルヤ必セリ。然ルニ従来ノ法理学者ハ、十九世紀ニ於テ他ノ諸科学ガ実ニ愕クベキ長足ノ進歩ヲナセシモ恬トシテ顧ミズ、物理諸学科、生物諸学科ニ対スル感情ノ冷淡ナルハ、恰モ対燦ノ火災ヲ觀ルガ如シ³⁾。

この批判からは、他の学問が近代科学として自律・躍進する中で、法学に対する陳重の苛立ちが如実に感じられる。陳重は、物理諸科学の発展に眼を見張り、学の方法において観察と帰納法を重視する科学を重んじる立場から、これによりもたらされた学問上の一大変革が、法学にも起きることを期待している。

経験的世界と接点を持たない数学、論理学を除き、自然科学、社会科学、精神科学の中で、今日、仮説・検証という経験的プロセスを経ずして隆盛している科学など存在しない。それらは、未知の世界を探求し、新たな発見を通じて知の拡大を図ることに多大の寄与をしてきた。これからも、科学には、宇宙の果て、あるいは未だ知られざる地中奥深くあるいは深海の探求に果敢に挑戦し、多くの成果がもたらされることが期待されている。また、20世紀に俄かに盛んになった生命諸科学も、ミクロレベルでの新たな探求法の開発を通じ、生命現象の解明と人体の難病の克服などに向け、多大の成果を上げつつある。今日、科学といえどもっばらこの経験科学のことを意味する。

2. 法学の経験的研究

学問の主流が経験的世界を対象とする科学になったとはいえ、あらゆる学問がそれに歩調を合わせられるとは言えない。法学もその一つであろう。それは、法学の場合、物理学のような認識の学とは異なり、法に従った紛争解決を課題とし、判決が法に従ったことの証明として三段論法を活用する、実用の学だからである。

判決を構成する三段論法の骨子には、経験的要素の入り込む余地はない。科学の場合とは異なり、法学の概念や法理は、経験的世界を記述するためのものではない。社会の変化に合わせ、自ら紡ぎだした概念や理論を組合せて法理体系を構成することが、法学の役目の一つである。

だが、法学が認識の学ではないとはいえ、それは法的論理構成の見事さを競うものでもない。その目的は、あくまで妥当な判決を導くことで

ある。また、法学における重要課題の一つが紛争解決である。だが、そのために、論理が法学の唯一の研究対象であるわけでもない。

法学がもっぱら解釈法学と同義として使われてきたことが、法学を論理的な学と考える傾向を助長している。この結果、解釈法学では論理構成に多大のウェイトが置かれ、法学の経験的研究は視野の外に置かれがちになってきた。

だが、裁判の仕組みから考えれば、法の論理がまず必要になるのは、訴状を書く段階である。ここで当該事件を法的に論理構成し、裁判所に訴えるための書面を用意する。それができなければ、裁判所に訴えは持ち出せない。

だが、訴状を裁判所に出してから後は、法廷での争いとなる。このため、そこでは原告・被告当事者や裁判官の心理的要因が重要性を増す。原告や被告が互いの言い分を主張・展開する場合にも、相手を見捨てて一方的に主張はできない。

法学上の概念や法理は、本来は裁判を通じた紛争解決を前提としている。しかし、解釈法学においては、法廷において原告・被告間で展開されるバトルの現場はほとんど取り上げられない。そこでは、日常世界での紛争を法概念を用いて再構成することと、法的な論理の構成にウェイトが置かれる。だが、法廷で、対立する相手に勝つには、論理構成に長けただけでは十分ではない。むしろ、そこでは概念や論理もさることながら、それ以外の心理を含めた経験的要素に眼を向けることが不可欠になる。

事案は、事実そのものに基づいて判断されるわけではなく、陪審員が認めた事実に基づいて判断される。それゆえ、有能な弁護士たる者は、最終的には陪審員の考えに影響を及ぼす術を心得ていなければならない。…

説得の現実的な有効性は、公判で証拠が提示されているときに、陪審員がどのようにそれを受け止め、整理し、記憶するのかを理解

することにかかっているといえよう。言い換えれば、我々は、陪審員がどのように思考し、何について考える可能性があるのか、またそれはなぜなのかを理解する必要がある。…

陪審員の過去の経験や、覚えやすくイメージしやすい、あるいは類似例を想起しやすい事例に基づき、陪審員が証拠に関して下しがちな推論や結論を強調・抑制するやり方で主張を展開することにより、我々は飛躍的に弁護の質を高めることができる。

心理学者や社会学者たちは、我々の脳がどのように情報を受止め、整理し、記憶するのかについて研究してきた。それらの研究により、人間の知覚と記憶が本質的に不完全であることが明らかになっている⁴⁾。

ここには、法廷での争いにきわめて重要なことが指摘されている。これらの研究は、法の経験科学が活躍する場であり、法の論理では対処できない。もちろん、科学に訴えれば何でも解決するというのは、科学を妄信した非科学的な態度でしかない。科学は万能ではないが、科学研究からは、実務にとっても重要な手がかりが得られる。

法廷でのこの種の問題をこれまで請け負ってきたのは、もっぱら実務家の勘や職人技であったろう。だが、ここにも科学研究の成果が期待できるようになった。科学の歴史において、20世紀に盛んになったものが心理学と精神分析学である。これまで法論理学と題する書は数多くあっても、法心理学というタイトルの書は、ほとんど眼にすることがなかった。だがこれからは、法廷をめぐる心理学あるいは深層心理の研究を、重要な法学の研究として活用し、そこから大きな成果のもたらされることが期待できる⁵⁾。

これまで、法的な論議や問題処理は、もっぱら専門家の間だけでなされてきた。そこでは、原告や被告、裁判官の心理的要素は脇に置かれ、判決の論理に眼が向けられがちであった。

だが、近年の改革により、裁判のあり方も大きく変わってきた。司法改革に示されるように、今では、専門家の間だけの裁判から、法の素人である一般人が裁判員として加わった。これにより、判決に際しては、法の専門家でない者の社会感覚を採り入れる方に重点が置き換えられた。裁判への法学の素人参入に伴い、専門家どうしの間で概念や法理を交わし、論理面にウェイトを置いてきた法学研究には、一般人を納得させるという論理外の面を重視する必要が生じている。というのは、そこでは、いくら法的論理構成が巧みにできていても、裁判員にそれが理解できなければ、訴訟には勝てないことになりかねないからである。

先の引用でのアンダーソンの指摘、つまり事案は事実によってではなく、陪審員や裁判員が事実だと思うものに左右される、という指摘は、法学研究にとってきわめて重要である。アメリカの法廷ドラマを見れば、弁護士がいかにして陪審団を味方にするかをめぐり多大なエネルギーを費やしている姿が見られる。もちろん、ここには法の論理的要素も含まれてはいる。だが、より重要なのは印象づけや説得などの心理的作業あるいは工作である。被告の年齢、性別、人種、生活地域、キャリア、服装、話し方などに到るまで、あらゆる要素が、多少の違いはあっても陪審団に影響を及ぼす可能性がある。このように、法廷という場にまで視野を拡大すれば、法の論理的な面より、経験的な面の方が重要になってくる。

法学をカーナビゲーション・システムに例えれば、「論理」はドライブのルートを示す点では非常に優れている。そのおかげで、知らない土地でも道を間違えることなく、安心してドライブを楽しめる。だが、カーナビがドライブのルートに加え、目的地までを決めてくれるわけではない。目的地を決めるのはあくまでドライバーである。目的地が決まらないうちは、ルートなど示せない。同じ目的地に行くのに複数のルートがあれば、いずれのルートにするかもドライバーが選択しなければならない。

以上の例に示されるように、一方における論理と、他方における経験との間には、果たすべき役割の点で大きな違いがある。これは、知識論

上の大きな違いである。

そもそも、論理は説得など一切必要としない。相手が論理の展開に納得するか否かは、論理には何の関係もない。誰一人納得しなくとも、論理的に真であるものは真である。これは、論理学がアプリアリな学であるのに対し、人が納得することは経験の領域に属する問題だからである。

判決を構成する三段論法の部分だけに眼を向ければ、法学はもっぱら論理的性格を持つと言えるかもしれない。だが、法学は幾何学のような学問ではない。いかなる判決にするのか、そのためのどのような証拠や法理を用いるのかは、論理の領域を超えてしまう。通常は複数の論理構成が可能なので、論理は判決の決定要因にもならない。

3. 三段論法の意味

法学における三段論法の役目は、判決が法規（条文）から必然的に導かれたことの保証である。それは、あくまで判決が法規から引き出されたことの証明であって、裁判官や法律専門家が、三段論法に従って思考することの保証ではない。人の実際の思考プロセスは、三段論法でいわれるように、大前提から始まり、小前提を経て結論に到るようなものではない。それはもっと複雑で錯綜したプロセスであり、およそ論理にじまない可能性も大きい⁶⁾。

人は、論理的だからといって、それに納得するとは限らない。判決の決め手は、裁判官や裁判員が「いずれの論理」に「納得するか」になる。

法廷においても、裁判官が抱く心象により判決が左右される。裁判官経験もあるアメリカの法律家ジェローム・フランクによれば、裁判官が法廷で見聞きすることが、裁判官の心象形成に、したがって判決に重大な影響を及ぼす。原告、被告、証人の話し方や仕草までが、裁判官の心象に影響する。このため、判決の予測は容易なことではない。それは、論理を厳密に構成すれば容易になるというわけでもない。というのは、判決プロセスには、予測を不可能にするイレギュラーな経験的要素が数

多く含まれるからである。

法理を身に着けた専門家・実務家が、法廷という場で目の当たりにすることは経験的要素であり、これが原告・被告の論理構成にも影響を及ぼす。このように見てくれば、紛争処理の現場においては、論理の果たす役割は必ずしも大きいとは言えない。

現実の世界は経験の世界で、一切の経験を排除したアプリオリな純粹論理の世界ではない。説得においては、整合性を重視する論理とは違い、説得－納得という心理的な要素が重視される。

言葉を使わずに互いに心を通わせることを「以心伝心」と言う。これは、理性や言葉に拠らずとも真意は伝わるという意味である。このような心情が支配的であれば、理詰め論理展開は、血も涙もないものとして敬遠されがちになる。そこで論理のゴリ押しをすれば、相手の反発心を強める恐れもある。このように、紛争の解決を巡っては、感情的な面を無視できない。日本のように情に頼りがちなところでは、理に適うより情に訴える方が、紛争の解消に役立つことも珍しくない。相手の主張を完璧に封じるような論法では、まとまる話も壊されてしまう恐れもある。

Ⅱ．法学における論理外の要素

1. 固定観念の支配

法廷以外の場でも、法学に関係する科学研究の場はたくさんある。近年盛んな脳の科学研究を利用し、認識におけるバイアスの研究とか、人の視覚特性の究明などは、その一例である。かつて脳にはバイアスがないと考えられる傾向が強かったが、最近の脳科学の研究では、そのような見解は否定的に見られている⁷⁾。

誰にも偏見があるし、固定観念に縛られている。しかも、人の頭はパソコンのように初期化などできない。長年、そうした観念に支配され続

ければ、それが当たり前のこととなって、それから逃れることすらできなくなる。

経験と接点を持たない論理の世界なら、例えば国、風土、文化などの違いといった経験的世界の影響は一切受けずに済む。これに対し、経験的世界では、これらの違いが大きな影響を及ぼす。欧米から近代法の受容を迫られた日本は、江戸末期から明治初期にかけ、おそらくこのような状態に直面したであろう。

日本は、江戸末期まで儒教思想と、法的にはそれを基礎とする律令体制をとってきた。そこへ、江戸末期になって、欧米の自由主義とそれを基礎とする近代法への転換を迫られた。両者の間に横たわる溝は甚だ大きく深い。したがって、この転換を衣替えのように行うことはできない。それを無理して短期のうちに行えば行うほど、それが表向きの部分だけの転換に留まる可能性が高くなる。

今では、明治初期には当然強く意識されたはずの日本と欧米とのギャップも克服され、日本の近代化が着実に達成され、もはや欧米に学ぶものはないとさえ意識することが多くなっている。「日本にはすでに精緻な近代的法制度が整備されている。もはや日本のモデルは西洋にはない。そのような意識が法実務界に強固に存在している。」⁸⁾

確かに、ある面だけを見れば日本は近代化したようにも見えるが、他に目を移せば、かつての儒教的日本が、今も暗にそれ相応の支配力を持ち続けているように思われる。以下では、長年に亘り日本を支配してきた儒教思想と、江戸末期になって俄かに入ってきた欧米の自由主義とを大雑把な図式として対比し、この転換が日本に及ぼした影響を法的な面から探ってみたい。

これは、日本が完全に自由主義思想に染まることを期待しているわけではない。現代人が無意識のうちにすっかり自由主義化したと思込んでいるものが、実は必ずしもそうではないことを再認識するためのものである。

今では、自由主義やリベラルという言葉の意味が恣意的になりすぎ、そこから無用の混乱が生じている。自由主義と言っても、それは古典的リパブリカニズムにその源を持つ⁹⁾。そこでは、市民の資格を得るにも財産保有と有徳であることが求められるなど、今日の自由主義とは様相がかなり異なっていた。18世紀半ば以後、古典的リパブリカニズムは、商業の隆盛と産業社会への変化に伴い社会が変動する中で、次第に今日的な自由主義へと道を譲り始めた。だが、19世紀のレッセ・フェール思想を支えていた自由主義は、当時社会の主流となった中産階級の価値観を反映し、かなり厳しい眼で個人の自由と自律を説くもので、20世紀のそれとも違っている¹⁰⁾。

そこで、ここでは、日本が西洋近代法の導入に踏み切った明治初期に、欧米で支配的であったレッセ・フェールの自由主義（自由放任主義）と、江戸末期まで日本を支配していた儒教思想とを対比して描いてみる。

もちろん、このようなラフな対比で何かを実証できるとは思っていない。だが、少なくとも自由主義と儒教思想との間には、基本的に大きな考え方の違いがあり、またそれらの間には容易に超え難いほどの大きな距離があることは示せるであろう。また現代の日本で法的な面に関する暗黙のイメージのうち、儒教思想がどれほどの影響を及ぼしているかを考える上で、この対比がある程度の参考にはなると思う。

2. 儒教「お上の法」vs. 自由主義「市民の法」

まず、自由主義と儒教思想とでは、政治や法に関し考え方がほとんど逆である。

自由主義は、他者による支配からの開放を目指し、権力を悪、自由の敵とみなし、その制約に大きな力を注ぐ思想である。これが、「法の支配」をはじめ他の近代的諸制度へとつながっている¹¹⁾。また自由主義は、安易に他者に頼るべきではなく、自由を活かし自力で己の人生を切り開くことを思想の主軸に据えている。それは、これを個人が自由でいるた

めに不可欠な条件と考えるからである。安易に他者を頼れば、それを理由に支配もされるため、福祉を政府の役目とすることには否定的であった。政府による富の再配分が、財産権の侵害として最も警戒されたからでもある。だが、このようなハイレベルの自律心は誰もが持てるわけではない。また、市民を平等に扱うために、誰も特別扱いをしない。それは、強者の横暴に対してだけでなく弱者の泣き落としに対しても、それを特別扱いとして撥ね付けた¹²⁾。「天は自らを救うものを助ける」というスローガンを好み、社会ダーウィニズムの影響もあって、レースに勝てなかった者を一律に努力不足として片付けがちであったため、自由主義は、社会の落伍者や弱者に非情で冷たいという批判を浴びた。

自由主義は、君主の徳などに期待をせず、あくまで公権力を法で縛る「法の支配」に向かう。それは、性悪説が基礎である。生命・自由・財産という人権が、この公権力の刃に侵害されないよう警戒を怠らない。民事裁判も、民間の争いに官たる裁判所が決着をつけてやるという押し付けがましい態度ではない。あくまで社会の主役が市民である以上、自力救済を禁じたなら、裁判所には裁判する義務を課す¹³⁾。

このような自由主義の考え方に対し、儒教思想は、自由より統治を重視する思想である。君主（政府）は天命を受けた偉人であり、すべての民が見習うべき理想的な指導者とされる。

儒学は、人類がこれまでに築いた、おそらく最強の体系的政治イデオロギーである。それは、孔子（孔丘。紀元前 552-479 年）によって大成されて以後、他の諸思想潮流との抗争に徐々に勝利し、紀元前から 2000 年以上の永きにわたり、ほぼ一貫して、世界屈指の大帝国の正統思想として君臨した。そして、とりわけ近代に直接先立つ時期の東アジアにおいて、圧倒的な権威を持つ倫理哲学・政治哲学となっていた。徳川日本においても、儒学は知識人による政治思想史の展開の基軸をなし、「明治維新」にも重大な役割を果たした。…

〔儒学においては〕統治は必要であって、「必要悪」ではない。その意味で儒学は、自由主義ではない。まして「一切の権力の否定」など、無責任な暴論にすぎない¹⁴⁾。

父権主義に基づき、君主は家臣や民のことを思いやり、家臣や民は君主を有徳な偉人として崇める。もし君主の徳がなくその地位に相応しくない場合も、天が異変などによりそれを示唆し、それに伴い人心も次第に離れ、その結果、天命により君主が改められる。

律令体制を支える儒教思想は、統治に関する最強の哲学とされる。これは、解放の哲学である自由主義とは、およそ正反対の価値観を持つものである¹⁵⁾。

儒教の理想的政治は、王者の徳による統治である「徳治」であり、過去の聖王たちもこれに拠ったことになっている。徳治が成立する条件としては、頂点に立つ天子も、その下で統治に参画する士大夫もともに有徳者であることである。それによって庶民に対する教化も十分になされ、天下が全て徳に満ち安定する。

法が外部からの他律であるのに対して徳は内面からの自律であらねばならない。そこでまず統治者側の学問修養が基礎になり、そこから次第に外部への感化、民への教化へと拡大していくことが説かれる。また統治される民もその教化を受け入れる能力が備わっているとされるのであって、中国において性善説が主流になったのもこのような考え方と無関係なわけではない¹⁶⁾。

儒教思想は、君主の徳と教養を重視し、それらに基づく統治を基礎に据える。そこでは、性善説が支配的であり、法と道徳は不可分で、人の振る舞いを内面・外面から規律する。君主の徳が末端の民にまで行き渡れば、社会全体に徳が満ち統治が理想的に行われる。儒教思想は、あく

まで君主の徳による統治に期待するため、「法の支配」でなく「徳の支配」を唱える。もちろん、暴君による統治は許されないが、それは天の采配に任されることであり、人間がタッチすることではない。また、民には自らの考えで自由に選択するような能力はなく、天賦の人権もない。民は偉人を頼り、それに導かれなければ、まともな振る舞いをすることもできないと考えられている。

自由主義と儒教思想との間にあるこの大きな違いは、容易に克服などではししない。儒教思想の下では、そもそも民に人権など想定されていない。徳治主義には、このような考えは全くなく、民への配慮はあくまでお上の思召しであって、その法的義務ではない。お上は民を思いやり救いの手を差し伸べるべしという、江戸期の「経世済民」という観念も、この線に沿ったものである。

日本で今なお権利－義務関係がギスギスした関係として敬遠されがちなもの、互いを対等に扱う権利－義務の関係が、儒教思想の前提と合わないことの影響と考えられる。また、現代の日本人は、自由主義を前提としさしたる疑問もなく人権を口にする。だが、この人権論にも地に足の着かない感を否めないとすれば、それはここに儒教的徳治主義の影響が暗に及んでいるからではないか。

儒教思想の下では、種々の紛争に際しては、民は自らの庇護者を頼り問題の解決を図る。そこでは、民は互いに対等でもなければ自由に私益を追求する立場にもない。江戸期の日本でも、私益の追及は基本のご法度で、商人も公益の追求という名目で商売をしていた。そこでは、主従の服従関係と父権主義が支配的である。政府は必要悪であるという自由主義の考えは、お上頼みの儒教思想とは両立しない。

「政府は必要悪」「夜警国家」といった考えかたは、中国や日本の政治思想史の中には存在しない。政府は「美德の宝庫」でなければならず、適切な手段を用いて慈悲深いリーダーシップをとるべきで

あるというのが、支配者にも反逆者にも共通の前提だった。事実これが、慈悲を欠いた暴君に対する反逆を正当化する根拠だった¹⁷⁾。

ロナルド・ドーアのこの説明は、日本人の政治観が、依然として潜在的な形で儒教思想の支配下にあることを示唆している。野党の姿勢にもこれが見られる。野党の政府批判の多くが、自らの対案も示すことなく一方的な政府批判に終始するのは、父権主義の支配を前提に、反抗的な息子の域を出ないからであろう。与野党ともに議員同士の議論が活発になされず、批判の対象である政府がいないと、論戦に熱がこもらない。

以上の対比を通じ、今日、なお法や裁判所が身近な存在とはならず、民は法によらない裁判外の方法で紛争解決を図る意向が強いことは、「自由主義 vs 儒教思想」という図式に照らしてみれば、日本人の一般的なメンタリティーが、自由主義より、今なお儒教の徳治主義に近いことを窺わせる。

ヨーロッパにおいても、封建主義から市民社会への移行には、数世紀の時を要した。日本の場合には、千年に及んだ儒教思想の支配から自由主義に向け急転換を行った。だが、そこには当然、以上のようなギャップが大きく影響している。その溝の深さもあって、儒教の統治観は、自由主義の統治観とは容易になじまない。それは、近代の法制度を採り入れてしまえば、いずれ克服できると言えるものでもないであろう。

3. 理解を超えた西洋近代

日本人の多くは、今では日本がすっかり近代化したものと思い込んでいる。もちろん、今の日本の科学や技術を見れば、日本はすでに近代化したと言うべき理由も多々ある。ここでも、それを全面的に否定するわけではない。

だが、科学や技術の面はともかく、法や政治あるいはそれを支える人間関係の面に眼を向ければ、自由主義を近代社会の基礎に据える欧米と

は異なり、自由主義とは相容れない日本が随所に顔を出している。

明治半ば（1890）に来日し、ほどなく日本に帰化した（1896）イギリス人作家のラフカディオ・ハーン（小泉八雲、1850-1904）は、当時の日本を目の当たりにし、イギリスと日本との違いの大きさを以下のようなタッチで描いている。

〔イギリスの〕社会を描いた小説で、〔当時の〕日本の学生が本当に理解できるものはまずないと言っていい。理由は単純である。イギリスの社会は、日本の学生の正確な理解を全く超えているからである。実際、何もイギリスの社会に限らず、広く西洋の生活全般が、日本人には謎なのである。

親に対する孝行が道徳の基盤となっていないような社会、子供が自分の家庭を築くために親のもとから離れていくような社会、自分を生んでくれた人よりも妻や子を愛することの方が、自然でもあり当然でもあると考えられているような社会、結婚が親の意志とは無関係に、当人同士の気持だけで決められるような社会、姑が嫁の従順な奉仕を当然のものとして受けられないような社会——このような社会は必然的に日本人の眼に、空飛ぶ鳥、野に棲む獣とほとんど変わらない生活状態、よく言ってもせいぜい一種の道徳的無秩序としか映らないのである。われわれの通俗小説に反映されているこのような生活は、すべて日本人には神経を逆撫でされるような謎なのである。...

日本の若者にとっては、結婚は当然の務め以外の何ものでもない。しかるべき時が来てそれを果たさなければならなくなれば、必要な取り決めの一切は親がやってくれると心得ている。外国人が結婚に際してあんなに大騒ぎをするのも分らないことだが、日本人がそれ以上に理解に苦しむのは、れっきとした詩人や作家がそういうものを題材とした作品を書くこと、しかもそれらの詩や小説が広く賞讃

をかちえているということである——これが日本人には「奇想天外のこと」なのである¹⁸⁾。

日本がすっかり近代化したと考える者がこれを見れば、ハーンのこの対比に少なからぬショックを受けるに違いない。明治初期、西洋の社会は日本人学生の理解を超えた別世界であったとハーンはいう。当時の日本の学生は、高い知性と教養を備えるエリートのはずである。それでも、イギリスを始めとする自由主義社会は、彼らの理解をはるかに超えていたとハーンは断じる。それは、自由主義という欧米近代の思想が、日本の儒教的伝統とはほぼ正反対の価値観を持ち、互いに相容れないものであることをハーンが察知したからであろう。

親孝行を実行するため、子どもの結婚には親の意向が大きく反映され、子どもは終生親と同居すること、家の中では妻子は親に服従すること、嫁は姑にご奉公せねばならないこと、これらが義務として課された社会、これがハーンの眼に映じた当時の日本である。

ハーンの対比から読めることは、自由主義社会では個人が自由で自律していること、したがって、個人は当然のように親への扶養義務を負わされないこと、伴侶の選択やその後の生活も含め、これらは当人の選択の自由に任されていることである。

もちろん、法的な義務としては負わされなくとも、道徳の濃淡により思い通りには行かない場合もあったろう。だが、法と道徳の分離がなされず、個人には自由を含む人権もなかった儒教思想の下にある場合と比すれば、それと自由主義との間には大きな違いがある。その溝の大きさを見れば、民法典を作るに際し、保守派の穂積八束が「民法出でて忠孝滅ぶ」と言い、ボワソナードの手がけた民法草案が葬られた理由も分かってしまうものである。

だが、ハーンは日本を全面的に批判し、意地悪くこう言っているわけではない。彼は、当時の日本的な美の礼賛者であり、この家族観もその

一環をなすもので、それが文明社会に染まらない良さを生んでいると考えていた¹⁹⁾。

儒教思想から見れば、西洋の自由主義社会は、まことに受け容れ難い世界である。それは奇想天外であり、まともな日本人の神経を逆なでするように、道徳的無秩序を礼賛する社会でもあった。およそ西洋社会は、儒教の国日本がそれを手本にできる社会ではなかった。

それにも拘らず、日本は、不平等条約改正の条件とされたため、欧米と対等に交渉する必要に駆られ、この道徳的無秩序の社会の法を、近代法として驚くほど短期のうちに採り入れたのである。

明治政府は、主としてドイツとフランスの法典を模倣して、六つの基礎的法典を作った。すなわち、まず明治22年（1889）に明治憲法が發布され、ついでそれにもとづいて明治23年から31年（1898）までの時期に次々に法典ができた。憲法とその他の五大法典——民法・商法・刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法——のうち、憲法と刑法を除いた他はすべて、その基本的な姿においては今日までもつづいているのであって、従来の伝統から全く断絶した内容のものを外国——主としてフランスとドイツ——から学んであれほど精密に周到に起草した人々は、今日のわれわれの目から見てまことに優秀な頭脳と知識とをそなえた偉大な法律家であった、と言ってよい。……

このような大法典の壮大な体系が僅かに10年足らずの間にできたということは、まことに特筆すべき歴史的できごとであった²⁰⁾。

維新から僅か30年ほどのうちに、権利や義務という基本的な法概念すら知らなかった日本は、奮闘に奮闘を重ね、曲がりなりにも今日の基本六法につながるものを作り上げた。19世紀半ばのヨーロッパは、資本主義の急速な発展に伴う、封建社会から産業社会に向けた社会再編のまっただ中であつた。自然法論、法実証主義、歴史法学の各派が、この中で

互いに熾烈な論争を展開していたが、日本には、これら各派の論争を理解するための思考の枠組みさえもなかった。

当時、法学の受容に向け奮闘を迫られた法学者の一人である穂積陳重は、日本がようやく母国語で法学の講義をする準備を整えたのが明治20年頃という²¹⁾。これにより、日本語での法的思考も可能になり、日本における「法学」の誕生となった。維新からさほど間もない中で、いかに突貫工事であったとはいえ、法典に留まらず、法的な思考の仕方までを身に着けたことは、まさに偉業と呼ぶのが相応しい²²⁾。

大英帝国は、当時のヨーロッパにおける最も先進的な国で、産業革命の後を受け、資本主義を繁栄させ、個人主義を基礎とする代表的な自由主義国であった。これに対し、ハーンが眼にした日本は、父権主義を基礎に据えつつ必死に近代の装いを凝らそうとする封建社会であった。そこでは、家が社会の単位をなし、親との同居が道德律の重要基盤とされていた。そこでは、恋愛結婚などもっての外で、結婚も親の承諾なくしては成り立たなかった。

近代法典を整えたことは確かに偉業である。だが、日本社会とイギリスを含む欧米社会との距離の開きは、法典を整備したところで、到底埋められるようなものではなかった。

4. もたれ合いの社会

個人が社会の単位をなさず、互いにもたれ合う日本の社会には、株式の持合からリスクテイクまで、今もさまざまな面で強い相互依存性、互助会的な性格が見られる。

アメリカでは、契約は自らの身を護るため、あるいは人生のプランを立てる手段と考えられているという²³⁾。このため、契約書は、細部に到るまで予め取り決めた、分厚いものとなりがちである。だが、日本では契約書で細部まで取り決めはせず、問題が起きたらその際に話し合いをするというやり方採ることが多い。これは、アメリカが個人主義の原

則を重視し、将来のリスク回避にまでそれを見込んでいるのに対し、個人主義を利己主義と受け取る日本では、リスクが顕在化すれば、その原因とは切り離し、契約当事者がそれを互いに折半することを暗黙の前提としているため、責任の領域を最初から明確にすることを好まないからではないのか。

その意味で、日本の社会は、リスクテイクに関し互助会のような性格を持っている。そこでは、将来起きるリスクを互いが折半して負担することを暗に想定している。そこに、個人主義の原則を掲げ、「契約書にはこう書いてあるから、これは全部あなたの責任だ」と言えば、相手は感情的に反発する。自らにリスクを予見する先見の明があったことを誇り、相手に負担を全部負わせるなど、最も忌み嫌われる態度になる。日本では「一緒に泣いてくれる」相手には納得する傾向が強い。歌舞伎のテーマとして、日本で昔から人気を博してきたのは、論理整合性では説明できない矛盾の收拾である。そこでは、論理は血の通わぬ冷たい理屈でしかない。論理一辺倒で押しまくる相手は、「話の通じないヤツ」である。

この点でも、個人の自由と負うべき責任の範囲を予め明確にするのは自由主義の感覚である。地震や津波など防ぎようのない災厄はまだしも、契約上のリスクまでその損失を折半しようとすることは、自由主義の感覚にはそぐわない。これは儒教的な共助の感覚に根ざすものではないのか。両者の間には明らかな違いがあり、契約という法制度の活用の仕方にも違いが生じている。

同じように、過失責任主義の原則に関しても、容易には予測できなかったことまでも過失の概念に含めれば、実質的には無過失責任主義と区別がつかなくなる。蒙った被害の規模が大きくなるにつれ、日本ではこれが強まる傾向がある。事後的に何度も被害状況を目にするうちに、はじめは容易に予測できないと思っていたことが、次第に予測できたはずだと思い込むことがある。これは一種の錯覚であるが、こうしたことにより、過失責任の原則が揺らぎ、無過失責任論に置き換わるとすれば、資

本主義社会において予想外の責任を背負い込まれる一因となる。これをやらないために過失責任の原則である。

日本の儒教道徳が資本主義の原則と折り合うのか否かという点につき、ハーンが、当時レッセ・フェール思想が全盛であったアメリカとの対比で、次のように分析していることは、実に印象的である。

〔日本とアメリカ〕の間の真の相違は、実に根本的かつ巨大なもの…である。つまりそれは、強制された協力と任意自由的な協力との相違である。…

とにかく日本が他の諸外国から離れて孤立しつづけうるかぎりでは、この自治体は、日本人の生活の要望に安全に適合したものなのであった。そうはいいいながらも、その同胞を犠牲にして個人が利益を上げることが禁じているような道徳的慣習のある社会が、その反対に、可能な限りの最大の自由と企業での競争とを大々的に個人に許しているような協同自治政体の社会に対して、産業の上での生存競争をしなければならなくなった場合には、とても不利な立場に立つことは自明の理であるに相違ない²⁴⁾。

明治期の日本の資本主義者として名高い人物が、渋澤栄一である。彼が語る商業のポイントは、商業とは商人一人一人が自己の利益の増進を図るべきものではなく、全国の公益のために働くべきことである²⁵⁾。私益の追及は抑え、公益の獲得に努めよとする精神は、日本が世界の中で孤立していればまだしも、資本主義経済が強まり国際的な大規模競争の時代になった場合には、日本を非常に不利な立場に立たせるとハーンは予見していた。

戦後の日本が経済大国になった経緯は、冷戦のさなかという、かなり特殊な条件下であった。しかも、そこで日本が市場経済の原則に忠実に従い、欧米と対等に張り合って大国の地位を手にしたとは必ずしも言い

切れない²⁶⁾。したがって、ハーンの予見は、グローバル化が本格化した今の時代を予見したものとする方がよいであろう。

市民社会と儒教社会のこうした違いを克服することは容易ではない。儒教社会が西洋近代の諸制度を導入しても、それを西洋と同じように活用することは至難の業である。長きに亙り儒教の影響下にあった日本では、俄かに採り入れた市民社会の観念が定着せず、法をお上の命令や統治の手段と見る傾向が今でも強い。だが、それも無理からぬことで、今でも法を用いて自らの身を護るという発想は甚だ希薄である。裁判所にもそのような期待を抱かせる様子はない。かねてから長時間労働や過労死が問題になっている労働・雇用関係において、労働者を保護するための労働法でありながら、それがさほど意味を成さない点にも、この影響が及んでいるであろう²⁷⁾。

わが国において法や裁判の市民社会的基盤が脆弱であることは、‘お上の掟’‘お上の裁き’などの言葉に象徴されるように、一般の人々が、法や裁判を強制的で権力的なものとみて、法や裁判を用い動かす主体としてよりも、その規制や裁定を受ける客体として意識する姿勢が依然として根強く残っていることと密接に関連している。このような法イメージは、わが国の伝統的な法システム・法文化が、儒教的徳治主義の補助手段であった律令制的法治主義の影響のもとに形成されたことによるところが大きい。法システムが近代西洋法をモデルに近代化されはじめ、大陸法系の「法治国家」思想や英米法系の「法の支配」原理が制度的に受け容れられた後も、このような伝統的な法イメージが日本人の法観念を規定し続けているのである²⁸⁾。

戦後の日本では、国民主権という言葉に象徴されるように、主権者は政府や役人ではなく、一般の国民である。そうは言っても、それは実体を伴わないままで、市民が法や裁判を主体的に使いこなす自由主義社会

のイメージとは大きくかけ離れている。欧米では、法が民の身を守る武器となるのに対し、日本では、今でも法学はいわば「官の学」であり、これが法はもっぱらお上のものという性格を裏づけている。

ここに大きな影響を及ぼしてきたものが、儒教的徳治主義である。このため、近代法の諸制度を受容しても、それが肝心な点で上辺だけの域を出ないものが少なくない。欧米の自由主義と日本の儒教思想との隔たりの大きさを反映し、制度としては採り入れたものの、その使い方までは容易には変わらないからであろう。

5. ヨーロッパにおける私法の重み

この点につき、ヨーロッパ法の支えになってきた私法という領域が、儒教思想の下においては発育不全であったという指摘は重要であろう。

ヨーロッパにおいて常に私法が法の根底・根幹をなして来たと見てよいのに対して、中国は古くから発達した長い文明の歴史を持ちながら、ついに自己の伝統のうちからは私法体系を産み出すことがなかった。中国において法といえば、一方には刑法であり、他方には官僚制的統治機構の組織法および行政的執務準則ならびにその違反に対する罰則などであった。しかもそれらが古い時代から高度の発展を遂げていた点において、恐らく世界史上他に例を見ないと思われる。その反面に、そこには私法理念が欠落していたと言わざるを得ないのである。

〔これ〕と不可分の関係において、中国では法は専ら国家権力による成文制定法として現われて来る。ヨーロッパに見られるように、学説および判例という、国家権力自体からは大なり小なり離れた独立的地位にある法のエリート達の知性的な営みから産み出されるものが、法を創り出しかつ法を支えているという現象——このヨーロッパ文化にとって中核的要素とも言うべきもの——が、中国には探

しても殆んど見当たらない。ヨーロッパにおける法の歴史の半面は法学の歴史であったと言ってよいのに対して、中国法学史を人は有意義に講ずることができない²⁹⁾。

ヨーロッパの学識法曹に類するものは、歴史上、日本には存在しなかったろう。「律」「令」制度の下では、刑罰と行政規定はあっても、私法という法領域は育まれてこなかった。私法の意味するところは、学識法曹などを通じ、公権力から切り離された領域が私法として形成され、場合によっては公権力と対峙しながら、ヨーロッパ法の形成に貢献してきたことである。これがヨーロッパ法の中核的要素となり自由主義を支える上で重要な役割を果たした。だが、儒教思想の下にあった日本や中国では、これが生み出されなかった。

英米法でいう「法の支配 rule of law」の狙いは、自らは法を発しても、それに服する義務を負わなかった絶対君主に対し、法の制約を課すことにあった。17世紀のイギリスでは、これをめぐり国王とコモン・ロー裁判所の間における抗争となり、議会在裁判所と手を結び、制約なき王権に法の縛りを課した。コモン・ロー上の知識は法曹ギルドの産物でもあったが、記憶を超えた古来の慣習に根ざすことを理由に、国王が一存でそれを左右することは拒否された。コモン・ローが自由の象徴とされるのは、こうした経緯を反映してである。

政府から独立しそれには容易に動じない法領域として、ヨーロッパでは公には属さない法領域が培われ、これが法の中核をなしてきた。イギリスのコモン・ローも、これと似た役割を果たしてきた。かくして、絶対王政を倒したイギリスは、18世紀になると世界に向け、自国が自由の国であることを誇った。

これら自由主義の諸制度は、どれも、君主あるいは統治者の一方的な権力行使を抑えるために機能してきた。この点で、儒教思想の影響下にあった中国や日本では、事情が西洋の場合とは大きく異なっている。

以上の点を踏まえ、以下では、法の支配、罪刑法定主義、無罪推定の原則を取り上げ、それに対する自由主義と儒教思想の見方を対比してみる。

6. 律令制度と罪刑法定主義

外観は似通っていても、時代や思想的背景が違えば、制度の趣旨も全く違ったものと化す場合がある。その一例として、罪刑法定主義がある。これは、今では、文明国であれば予め明文を以って刑罰を定めておくことで実現されている。法の中でも人の生命や自由に大きな影響を及ぼす刑法に関し、とりわけ厳格な解釈が求められることも、その表れである。何をすれば犯罪となり、どのような罰を受けるのかを予め明示しておかなければ、人々は刑罰を不意打ちの形で食らう。それでは、犯罪の回避も予防もない。

だが、実社会での使われ方までを視野に入れてみれば、形の上では似通っていても、罪刑法定主義は、それとは似て非なるものである場合が起きる。罪刑法定主義は、人々が自由や権利を不当に侵害されないための手段として唱えられた。それをこのように理解する現代人なら、かつて律令制度の下において、律（刑法）にも詳細な条文規定があったこと、裁判官はそれらの規定に反することを厳しく戒められていたことを知り、古代の律令制の下でも罪刑法定主義があったと誤解しそうなケースが出てくる。

律法典は 500 条に及ぶ条文をもった網羅的な法典で……律令ではきわめて広範になにが犯罪行為となるのか、それに対する処罰はなにかをあらかじめ明文化していました。しかも、獄令および断獄律は……明文の根拠なしに判決をくだしてはいけないということです。裁判官は明文規定に強く拘束されていたことがわかります。これをみると近代の罪刑法定主義の考えに近いものを感じます³⁰⁾。

律令制度の下において、罪刑法定主義に酷似するものを、自由や人権を重視する近代ヨーロッパを背景にしたそれと同じものと受け取れば、それは大きな誤りになる。というのは、儒教思想の下では、天子とされる君主が社会の主役で、統治や秩序維持が重視され、民に自由や人権などなかったからである。そこに形の上では西洋近代の罪刑法定主義に酷似しているものがあったとしても、その意味は現代人の理解するものとは全く異なっていた。それは、その犯罪に関する詳細な規定が、あくまで君主のために置かれていた点に大きな理由がある。

罪刑法定主義と律令における明文化は外観上類似していますが、根本において異質だということができるでしょう。罪刑法定主義は人権の保護を目的とした考えですが、律令の明文化においてはそのような観念は稀薄です。律令は断罪には明文規定の根拠が必要だとしますが、その一方で、雑律では、裁判官がそれを処罰すべき行為だと判断すれば明文規定がなくても処罰できると定めています。…

律令が裁判官を明文で拘束した理由はむしろほかにあります。律令の官職体系では、ものごとを自由に裁量できる能力があるのは君主ただ一人、それゆえに自由に裁量できる権限があるのも君主ただ一人にすぎないと考えます。したがって、君主の意図がすみずみにまでいきわたり、君主の思うような政治を遂行するには、細かく具体的な規制をつくり、それを忠実に守らせることが必要だということになります。

司法業務においてもまったく同じことでした。明文の規定を設けておくのは裁判官に君主の意に反した判断をさせないためです。刑法規定もまた、まずなによりも君主が役人を規律することを目的としていたのです。しかし、その結果、律令刑法では罪刑法定主義に類似した外観をとることになりました³¹⁾。

外観が酷似しているからといって、制度の存在理由まで同じだと迂闊に判断することは禁物であることが分かる。律令制度の下では、近代における場合のような裁判官の身分保障などない。また、民の側から人権擁護を唱えたのが啓蒙主義である。これに対し、儒教思想の下では、天命を受けた君主だけが自由な裁量権を持ち、それを妨げられないために、裁判官から裁量の余地を極力排除しようとした。こうした違いがあっても、形の上だけを見れば、いずれの場合も罪刑法定主義が採られていたかのような様相を呈する。

このように、制度を見る場合には、その背後にあるものも合わせて見据えないと、制度本来の趣旨を曲解する恐れがある。これは、日本が明治初期に西洋近代法を導入した際にも直面した問題であったろう。だが、今もそれに似た状況が到来している。

日本において今でも法を「お上の掟」と受け取る傾向が強いことは、律令体制下では、法が主に刑罰（律）と行政命令（令）であったこと、私法という領域が育たなかったことと密接な関係があろう。

西洋の自然法思想では、社会や国家を規律する規範には人間の本質的な性質に由来する自然法則的な意味での正しい法があるはずだと考える。これに対して…日本の儒学においては、法はあくまで統治の技術だった。とりわけ、私法は、今日の言葉で言えば市場を支える法的ルールであるから、取引が行なわれる社会、つまり、対等な市民によって構成される社会という観念が不可欠である。しかし、当時の〔江戸時代の〕日本にはそのような観念はなく、そもそも「社会」という言葉の翻訳に〔当たっては〕西〔周〕と津田〔真道〕が苦勞を重ねた…。刑法や行政法に対応する規律が整備されていた江戸時代に、私法が未発達だったのも、それが大きな原因だろう³²⁾。

江戸末期までの日本には、西洋の医学や博物学に関する知識が伝えられたものの、欧米の法に関する知識はほとんど伝わっていなかった。当時の日本を旅したドイツ人の中には、「このようなところでローマ法が通用するはずがない」と言う者も見られる³³⁾。

ヨーロッパでは、公権力を極力排した私的な法領域があり、そこではあらゆる関係を「権利－義務」関係として再構成するというやり方があったが、中国と同様、日本にもそれがなかった。このため、西洋近代法を導入しながら、その思想的背景にあった、政府権力をいかに制限するかが課題になることが、ほとんどなかったろう³⁴⁾。

近代化は、もちろん日本が西洋文明に脅威を感じただけでなく、それに魅了されたからでもあった。だが、それは良くも悪くも西洋列強諸国から強いられたものである。当時の欧米諸国は、アヘン戦争でイギリスが清国に打ち勝つなど、武力においてアジア諸国を圧倒していた。当時の欧米において、社会進化論が栄え、人類学の成果も唱えられていた。その影響もあって、欧米は世界の国々を「野蛮」・「未開」・「文明」の各段階に分けていた³⁵⁾。野蛮国は征服の対象、未開国は「半開」として交渉の対象とし、「文明」段階に達したもののだけが、欧米諸国と対等なレベルで交渉しうる国とみなされた。

日本は、欧米に対し、武力において明らかに劣勢にあった上に、これら発展段階の中で「未開」の国に位置づけられていた。欧米諸国は、このような図式の下で、「万国公法」（今日の国際法）を基礎に、日本に対し強く開国を迫ってきた³⁶⁾。

したがって、この状況下で日本が敢えて欧米の近代法を導入したのは、それを国内で積極的に使うためではなく、「万国公法」を背景に文明国の一員として扱われることに最大の力点を置いたからであろう。いわゆる不平等条約改正が、当時最大の政治課題であった。このため、当時の日本に他の選択の余地などありえず、近代法は、日本の国内事情との間に当初からあった大きなズレは織り込み済みのもので、その克服は将来の課題とせざるを得なかったに違いない。

7. 刑事司法の要は公権力の制約

日本が導入した近代法は自由主義を基礎とするもので、それは「お上の掟」という法の観念とは相容れない。儒教をベースにした律令制度の下では、「律」は今日の刑事法に該当する。それは、いわばお上からの一方的命令で、民はそれに従うしかなかった。

第二次大戦後には、GHQの指導の下に今日の刑事司法が一新された。だが、日本とアメリカとでは、政府や公権力に対する考えが大きく違っているため、その影響が刑事司法に今でも色濃く表れていることが随所で指摘されている。

刑事訴訟法は誰に対する命令か。答えは行政権力に対する命令です。検察官ばかりではなくて、行政府全体に対する命令が書かれているのが刑事訴訟法だと理解するのが正しい。だから、下は現場の警察官から上は法務大臣、総理大臣に至るまで、すべて刑事訴訟法に従わなければならない。…

どういうわけか日本人は…検察官を信頼してやみません。なかでもマスコミ、とくに新聞やテレビは検察が調べて発表したことを最初から真実だと決めてかかる。これもまた民主主義を理解していない証拠です³⁷⁾。

自由主義においては、政府や「お上」こそ自由の最も危険な敵という考えがその基礎に据えている。ところが、多くの者が暗にお上を信頼している日本では、政府やお上を自由の敵とする見方とは正反対の下で刑事司法が運営されている。

警察や検察を信頼し、その情報を鵜呑みにしがちな傾向は、自由主義や現行刑訴法を背景に置けばおかしいが、そこに儒教思想を据えてみれば決しておかしいとは言えない。

自由主義の法制度を持ちながら、日常的に「お上頼み」を当然視すれ

ば、大きな矛盾を抱え込む。これは、些細な考え方の混乱などではなく、根本的に制度と考え方が矛盾しているからである。この矛盾例が、最近の事例に関しても、次のように指摘されている。

[1995年の松本サリン事件では、] 警察の捜査の是非より、むしろ、日本社会・メディア・普通の民間人が示した反応のほうが大きな問題と言うべきである。…警察は「容疑をかけられた」男性が犯人であるとは断定していないにもかかわらず、一部の民間人は男性が犯人であると決めつけて、「お前は犯人だ」「認めろ」などといった類の葉書や手紙を送って自供を迫り、新聞記事やテレビ報道も男性を犯人扱いしたりした。…

日本ではこのケースだけでなく、大きな刑事事件が発生する度に、民間人の一部が、警察などの司法機関以上に事件に関心を示し、進んで犯人捜し・犯人断定・自供の強要をしたり、警察などの司法機関に早く断罪するよう圧力をかけることがよくある。時には…容疑者とされた人間が弁護権などの法律上与えられている訴訟の権利を行使するだけでも「未だに反省していない」「全然謝罪していない」と激しく攻撃されることがある。…事情聴取を受けただけで、民間から犯人視されたりすることがある…。

このように日本では、法律上は「無罪推定」「罪刑法定」が原則とされているにもかかわらず、社会上は「有罪推定」「罪刑不法定」になっている³⁸⁾。

アメリカの刑事裁判は、治安維持もさることながら、公権力を抑制する場である。そこでは、警察や検察が手続法違反（デュー・プロセス違反）を犯せば、たちどころに被告人は無罪放免となる。日本の検察の基礎 - 有罪率が98%以上という現実を、アメリカ人がクレイジーと言うのも、このためであろう。

原告たる検察は、国の訴訟代理人として大きな権限を持つ。これに対し、被告人は一介の市民でさしたる権限もない。元来の権力への不信に加え、この社会的な力も考慮した結果、アメリカの刑事司法では、検察側には実に厳しい要求が課されている。このため、裁判での吟味の対象は、もっぱら検察が描く有罪のシナリオとなり、そこに裁判官が疑いを差し挟む余地が多少なりともあれば、検察は敗訴、被告人は無罪となる。

この背後には、自由かそれとも治安維持か、という価値の対立がある。つまり、自由を優先し、治安が悪化しても自由の侵害を容易には認めないと思うるか、それとも、治安維持を優先し、自由はそれと抵触しない範囲でしか認めないと思うるか、その違いがある。前者がアメリカで、後者が日本である。このため、アメリカでは自由主義の考えを反映し、公権力が自由を侵害しないことに大きな注意の目が注がれる。

これに対し、日本では事情は全く逆である。治安維持が最優先事項で、自由はそのついでに認められる程度でしかない。政府や役人がそうであるのは無理からぬことでも、一般人やジャーナリストまでが、政府や役人と同じ考えをしている³⁹⁾。

近代法には無罪推定の原則があり、「疑わしきは被告人の利益に」という考えが繰り返し唱えられる。もちろん、これは一般人をその規制対象とするものではない。だが、一般人のみならず、自由主義の下では公権力の監視役のはずの報道陣までもが、逮捕された段階で被疑者を概ね犯罪人扱いする。

〔自由主義の下では〕検察＝性悪説が近代刑事裁判の大前提。国家はひじょうに強大な権力を持っているのですから、その権力の横暴から被告を守らなければならないというわけです。

この発想〔性悪説〕と対極にあるのが儒教思想。儒教では権力のトップにある天子は聖人であり、天子を補佐する官僚は君子であると見なす。だから、国家権力は正しいに決まっていると思う⁴⁰⁾。

日本で警察官は「ポリス」ではなく、親しみを込めて「お巡りさん」と呼ばれる。また、検察官は難関の司法試験に合格したエリートである。自由主義の下では、裁判所こそ人権擁護の砦とみなされるのに対し、警察や検察は人権侵害のチャンピオンの存在である。そのはずが、日本では警察・検察が世間の信頼の下に強い捜査権を持ち、裁判所が往々にしてそれを追認する姿勢が続いている。

日本では、自由主義を標榜しながら、こうした刑事司法のやり方が今なお行われていること、一般人やメディアまでが警察以上に警察であることを考えれば、そこには伝統的な儒教思想の暗黙の影響が、今でも日本の全般に強く及んでいることを窺わせる。

ここへ、生半可な形で自由主義が入り、無罪推定の原則などを説いてみても、それを活かすことはほとんど無理である。このため、「無罪推定」の原則など画餅と化し、「疑わしきは警察・検察の利益に」となってもおかしくはないし、事実、そうなっている。

また、ここでは、逮捕に伴う「勾留」の長期化などもさしたる問題ではないだろう。98%以上の起訴 - 有罪率を背景にすれば、すでに逮捕により実質的に悪人・罪人とみなされる以上、その人権などに配慮する必要はないからである。こうした空気が支配的なところでは、新聞をはじめとするジャーナリズムが権力の監視役として機能するはずもなく、下手をすれば権力への奉仕者となっている。

日本の刑事司法は、自由主義を前提にするからおかしく見える。だが、儒教思想を背後に据えてみれば、日本の刑事司法のあり方は、概ね日本人の考え方・やり方と合致していることが分かる。アメリカの影響の下で改正された刑訴法があっても、その運用となると、ほとんど儒教の価値観で行われている。

法の支配という英米法概念も、君主や政府の意向を法の鎧で生かすためのものでは全くない。それは、その正反対で、政府の横暴を「法（コモン・ロー）」によって抑え込んだことから生じたものである。

ところが日本は、中国と同じく、政府や官僚の意向が「法」という鎧をまとして現れる。このため、「法の支配」の意味を明確に把握することが容易ではない。それは、法がなければ事後的に法を仕立て、これを以って「法の支配」と強弁することも正当化されかねないからである。これでは、本来的な意味での「法の支配」が台無しになってしまう。

ここでは、欧米の考え方、つまり公権力を最も危険なものとする自由主義の考えを、どの国も見習うべき理想であると言っているわけではない。それは、主にヨーロッパやアメリカが、歴史の中から生み出した、欧米に特有なものの見方であるとも言われる。

だが、少なくとも、これらの国の法をモデルとした近代法を、日本の法として導入した以上、それらを運用する際の歴史、文化、精神にまで広範囲に眼を向ける必要がある。それは、お上の意向に法の鎧を着せたにすぎないものを「法の支配」と強弁し、無罪推定の原則を入れたはずが堂々と有罪推定を誇るような奇妙な事態を招かないためである。

法学は、論理も活用する実用的な学である。だが、以上で述べてきたような点まで視野に入れると、法学をもっぱら論理の学とし、解釈法理の研究だけに邁進することは、アメリカの O・W・ホームズやリアリズムの法学者が言ったように、広範に眼を向けるべき法の研究の阻害要因になる恐れがある。したがって、法学は、論理を展開する場だけでなく、以上のような面を経験的に探求する場も視野に入れ、いずれの領域にもまたがる形での研究をすることが求められる。

- 1) ジョン・デューイ / 清水沢『哲学の改造』（岩波文庫、1968）
- 2) カール・ポパー / 大内・森訳『科学的発見の論理』上下（恒星社厚生閣、1971）、ポパー / 内田・小河原訳『開かれた社会とその敵』上下（未来社、1980）
- 3) 穂積陳重『法律学ノ一大革命』明治 22（1889）年 3 月『法学協会雑誌』60 号
- 4) キャロル・B・アンダーソン『裁判員への説得技法：法廷で人の心を動かす心理学』p.10.（北大路書房、2014）訳文一部変更

- 5) ジェローム・フランク / 古賀訳『裁かれる裁判所』上・下 (弘文堂, 1983) は、フランクが裁判官経験を活かし、法廷での出来事がいかに判決プロセスに重要な影響を及ぼすかを取り上げたもので、そこには具体例を伴い心理学的研究の素材となりうるものが数多く示されている。それらは、今日でも決して色褪せてはいない。
- 6) John Dewey, *Logical Method and Law in PHILOSOPHY AND CIVILIZATION* (1924)
- 7) V・S・ラマチャンドラン『脳の中の幽霊』(角川文庫, 1999)、菊野春雄『嘘をつく記憶: 目撃・自白・証言のメカニズム』(講談社, 2000)
- 8) 内田貴『法学の誕生』p.409 あとがき (筑摩書房, 2018)
- 9) J. G. A. ボーコック『マキャベリアン・モーメント』(名古屋大学出版会, 2008)、G. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (1969)、B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967)
- 10) 岡寄修『レッセ・フェールとプラグマティズム法学——19世紀アメリカにおける法と社会』ch.1. (成文堂, 2013)
- 11) 啓蒙主義〔自由主義〕の法学説は、社会契約論に基づくもので、その出発点をなすのは、人間は元来、自由な個人として社会組織なしに〔自然状態〕生活していた、という思想である。こうした自然状態には、個人の権利が確保されるよう配慮する、社会組織が存在しない欠点があった。それゆえ、次いで人間は、国家を組織する…契約を締結した。これが、ほかならぬ社会契約である。この社会契約により、彼らは一方で、この契約が作り出した国家組織に服従することになるとともに、他方で、この契約で設立された政府に対し、人間がすでに自然状態で有していた諸権利〔生命、自由、財産〕を確保するよう義務づけた、というのである。したがって…政府は、それ自身のために存在すべきものではなく、ひたすら国家を構成する市民への奉仕であるべきものとされた。ヘルムート・コーイング『ヨーロッパ法史論』pp. 110-112
- 12) 南北戦争当時のアメリカには、「階級立法 class legislation」という概念があった。それは、例えば労働者階級だけを利するような立法を指した。このため、今日の労働法、つまり労働者保護法は、「階級立法」とであるとして批判された。
- 13) 村上淳一『イエーリング「権利のための闘争」を読む』pp. 47-48 (岩波書店, 1983)
- 14) 渡辺浩『日本政治思想史 [17-19世紀]』pp. 11-12, 19 (東京大学出版会, 2010)
- 15) 儒教では、五常 (仁、義、礼、智、信) を通じ五倫 (父子、君臣、夫婦、長幼、朋友) の維持が唱えられ、そこに封建的社会関係を維持する狙いが込めら

- れている。渡辺浩・同上 p. 19
- 16) 土田健次郎『儒教入門』pp.141-42 (東京大学出版会, 2011)
 - 17) ロナルド・ドーア『日本型資本主義と市場主義の衝突』p. 229. (2001)
 - 18) 小泉八雲 / 平川編『日本の心』pp. 34-35 (講談社学術文庫, 1990)
 - 19) 平川祐弘『和魂洋才の系譜』上・下 (平凡社ライブラリー, 2006)
 - 20) 川島武宜『日本人の法意識』pp. 1-2 (岩波新書, 1967)
 - 21) 穂積陳重『法窓夜話』(岩波文庫, 1980)
 - 22) 内田・前掲書 p. 166
 - 23) 樋口範雄『はじめてのアメリカ法』(有斐閣, 2010)
 - 24) ラフカディオ・ハーン / 柏倉訳『神国日本』pp.213-14 (平凡社東洋文庫, 1976).
またハーンはこう言っている。「すべての行動は、ことごとく積極的に消極的にも規則で調節されていた。家が個人を支配した。五家族の集団 [五人組] が家を、また地域社会 [なる町村] がこの五家族集団を、さらにまた領主がその地域社会を、そして將軍が領主を支配したのであった。…このような社会は、ヨーロッパ文明の近代的な形式のどんなものにも共通しているところなどは全くない。」ハーン『神国日本』pp. 211-12. (平凡社東洋文庫, 1976)、ハーンのこれらの下りは、内田・前掲書 pp. 126-8 で教えていただいた。
 - 25) 渋澤栄一『論語と算盤』(ちくま新書, 2010)、見城悌治『評伝 渋沢栄一 / 「道徳」と経済のあいだ』pp. 38-40 (日本経済評論社, 2008)
 - 26) [戦後の] 日本は実際には「自由市場。国クラブには属していないなどと、欧米の経済学者、とくに伝統を重んじる新古典学派の学者に言おうものなら、彼らは度胆を抜かれてしまうだろう。市場諸要因の自由な活動によって市場機能が働くという、自由市場の原理にもとづかないで成功を取めている経済があるなどというのは、彼らの多くにとっては邪説にも等しい。K・ウォルフレン / 篠原訳『日本 / 権力構造の謎』(上) p. 38 (早川書房, 1990)
 - 27) 「日本の労働法は、欧米先進諸国と比べて内容的にはさほど遜色はないが、実際の職場ではそれが十分に機能していない (守られていない) といわれている。」水町勇一郎『労働法』[第3版] p. 92 (有斐閣, 2010)、岡崎「日本の雇用慣行と情勢の変化」『朝日法学論集』(48) pp. 77-124 (2016)
 - 28) 田中成明『転換期の日本法』pp. 4-5 (岩波書店, 2000)
 - 29) 滋賀秀三「中国法文化の考察」『法哲学年報 1986』pp. 38-39 (有斐閣, 1986)、森村進『法哲学講義』pp. 59-60 (筑摩選書, 2015)
 - 30) 本間修平『日本法制史』p. 40 (中大通信教育部, 2010)

- 31) 同上 pp. 40-41
- 32) 内田・前掲書 p. 19
- 33) ルートヴィッヒ・リース / 原・永岡訳『ドイツ歴史学者の天皇国家観』 p. 120
(講談社学術文庫, 2015)
- 34) 「少なくともここ 2 世紀の政治経済学にとって、政府による干渉の適切な範囲とその限界に関する問題は、根本的問題の一つであり続てきた。」 Ellen Paul, *Moral Revolution and Economic Science*, p. 3 (1979)
- 35) 「人類が現れた初期状態に関する近時の研究によれば、人類発展の経過はその最低の段階から発し、徐々に経験的知識を蓄積することによって、野蛮から文明に達したという結論に傾きつつある。人類の一部が野蛮状態に、また他の一部が未開状態に、さらにまた他の一部が文明状態にあったことは否定しえないが、それと同様に、これら三つの異なった状態は、進歩の自然的かつ必然的な序列で結びついていることも、また否定しえないように思われる。」 ルイス・ヘンリー・モーガン / 青山訳『古代社会』 上, p. 24 (岩波文庫, 1958)
- 36) 瀧井一博『文明史のなかの明治憲法』(講談社, 2003)
- 37) 小室直樹『日本人のための憲法原論』 pp. 41-42 (集英社, 2006)
- 38) 王雲海『日本の刑罰は重いか軽いのか』 pp. 159-62 (集英社, 2008)
- 39) 「私が 12 年間、日本で取材活動をするなかで感じたことは、権力を監視する立場にあるはずの新聞記者たちが、むしろ権力側と似た感覚をもっているということだ。」 マーティン・ファクター 『「本当のこと」を伝えない日本の新聞』 pp.150-51 (双葉新書, 2012) 「近所に犯罪が起こり、警察官が聞き込み捜査をしているとしましょう。日本人はこうした場合、警察を信頼し、協力的な態度を取りますが、一般的に申しますと、アメリカではそうではありません。…協力はなるべくしたくないのです。私的な権利を侵されるのではないかと恐れて、口をつぐんでしまいます。この一般人の態度のかげに隠れて、犯罪者は得をしていると言えます。人々は、犯罪者を利そうと思ってしているのではありませんが、結果的にそういうことになるのです。…政府や警察に対する不信というか、恐れは、中産階級よりは金持ちの方が強いのではないのでしょうか。」加藤恭子他『アメリカ人の文化と常識: アメリカ・マインド入門』 pp. 194-5 (ジャパン・タイムズ, 1985)
- 40) 小室・前掲書 pp. 43-45