

規範のヘルメノイティク

—原島重義「法的判断とは何か—民法の基礎理論」を契機として—

宗 岡 嗣 郎

— はじめに

法学は法的な価値判断の学問である。したがって、法学に固有の方法論があるとするれば、この法的価値判断をめぐる方法論が核心となるだろう。それは、法律の文言を解釈するときにも、事実を認定するときにも、重要な意味をもってくるはずである。しかし、意外なことに、これまで「法的価値判断」の構造を「法的価値とは何か」というところまで踏み込んで考察しようとする発想はなかった。価値相対主義の強い影響もあって、価値は「価値感」に解消され、したがって価値判断の基準はもっぱら主観的な意思作用にとめられたからである。私は、かつて、この現状を「価値論なき価値判断論」と評したことがある⁽¹⁾。それは、民事違法においても刑事違法においても、およそ違法論において「価値とは何か」を考察しようとするしない法学方法論への批判を前提としていた。実際、法の解釈方法論についての論稿は少なくないが、価値論に関するものも、判断論に関するものも、ほとんどない。それが現状である。

解釈方法論という観点からみれば、いわゆる「法解釈論争」や「星野・平井論争」をはじめとして、戦後法学に

おける方法論の一貫した流れは私のいう「価値論なき価値判断論」であったといつてよいだろう。価値観が前面にあらわれ、論争は、価値観の衝突としてイデオロギー闘争の色彩をおびた。その中で、最近、原島重義によって「法的判断とは何か―民法の基礎理論」という重厚な論稿が発表された²⁾。その意図は、個別具体的な事件に対する法的判断を、事件の個別性に則しつつもそれを超えた「普遍」との関連でとらえる論理を提示することにあつた。「普遍」あるいは「普遍的」ということば自体、法律学の文献でほとんどみられなくなつてしまった現状において、その論稿は特異な光彩をはなつていよう思う。

しかし、あらためて考えるまでもなく、法的判断は普遍的なものでなければならぬだろう。また哲学的にみれば、そもそも「判断」ということ自体、普遍とのかかわりにおいてはじめて可能なことである。個物はそれを含む普遍との関連ではじめて判断の対象となるのであり、普遍への道が閉ざされているのであれば、いかなる個物に対しても判断は成り立たないだろう。たとえば「これはリングゴである」というもつともありふれた単称判断においてすらそうである。原島が指摘するように「個別的な事件は普遍的な法規範との関連なしには判断できない」のである。しかも、「法規範が普遍的でありうるのは」と逆に問い返せば、「その法規範が個別的な事件の中に、かつそれを通じてのみ存在するから」だといわざるをえない。「そうすると、法的判断は個別的な事件を一つの典型へと一般化し、高めるプロセスであると同時に、法規範が制約され、媒介されたかたちで確認されるプロセスだ、といえるのではないか、その意味で、判決規範は事件の個別性と法規範の普遍性をあわせもつところの、特殊性 (Besonderheit) でなければならぬだろう」ということになる。

このような原島の論理は、あきらかに、法規範の普遍性を当然の前提として、個別的な事件を普遍的な規範に「包摂する」という伝統的な三段論法の考え方ではない。原島は指摘する。「われわれは法的判断で、規則・規範、つま

り普遍がすでに用意されていなくても、事件、つまり個別・特殊について判断することを迫られます」と。たしかに、法律家は、ごく日常的な法的判断においても、このような典型的な包摂の論理が通用しないとどこに立たされる。このようなとき、「医師が目の前に患者を座らせて診察する」ように、「個別・具体的な事件にたいして」しながらも、その個別的なものを「普遍との関連でとらえる」論理が提示されなければならぬのである。つまり「個別的なものの特異なものにぶつかりながら、しかも普遍的なものにそれがつながっている」ところに「法的判断のすがた」がある⁽³⁾。原島は、カントの『判断力批判』によりながら、こう主張したのである。

ところで、私もまた、「個別的な事件は普遍的な法規範との関連なしには判断できない」と思うし、「法規範が普遍的であるのは、その法規範が個別的な事件の中に、かつそれを通じてのみ存在するから」だと考えている⁽⁴⁾。実際そのような趣旨の論文を書いてもきた。だから、私が本稿で問題にしたいのは、原島によって示されたこの「法的判断のすがた」に対してではない。そのこと自体ではなくて、このような「法的判断のすがた」を導きだした論理について、私なりにもう一度考えなおしてみたいのである。原島がいう「法的判断のすがた」は本当にカントの『判断力批判』から導きだせるのだろうか。私はここに決定的な疑問をもっている。そこで、まず原島の民法学者としての問題意識を再確認したうえで、その問題意識につながる原島の判断論が「なぜカントの判断論」に依拠して展開されたのかについて簡単にみておこう。

二 なぜカントの判断論なのか

—法内在的論理を追求するために—

原島は実定民法の解釈学者として最高裁の判例に「便宜主義的な（optimistisch）手練手管」を弄する傾向があらわれつつあると指摘する。この「便宜的な手練手管」こそ「普遍性」の対極にあるものであり、原島にこの「法的判断論」を書かせたトリッガーリングコースであった。ここでは、原島が具体的に引いているいくつかの判例からひとつの事例を選び、常にその事件の法的現実にもどることによって、ともすれば抽象的になりがちな以下の考察をより明確に輪郭づけたいと思う。

それは福岡ラッキーセブentakシー合同労働組合事件である。⁽⁵⁾この事件は労組の一部ストライキにとまなう賃金請求事件であった。一部ストの内容は、運転手自身がそれまで「タクメーター」にチャート紙を装着してから車を出庫させていたが、その装着を拒否するという形でおこなわれた。熟達した民法学者である原島の要約をそのまま引こう。チャート紙の装着は「何秒かでカシャと付けられるわけですから、すぐにも会社側が取り付けて『さあ仕事に出ろ』と言うだろうと予定していた。……まずそこから始めてだんだん戦術を強化するつもりだった。ところが案に相違して労働組合の人たちが『会社がチャート紙を取り付けるならば走る』と待機していても、会社はいっこうに取り付けない。……そして半年余りたつて、組合側もアルバイトなんかしたりしたけれども、とうとう我慢しきれなくて、『もうよし、チャート紙を俺たちが取り付ける』といいだして、そのストライキは労働組合側の……完全な負けになった。そして労働組合側が賃金請求の訴えを起こした」という事件であった。

福岡地裁の判決は次のとおりである。「チャート紙の装着を欠いて運行記録計により記録することのできないタクシーを運行することは、運輸規則上禁止されているものと解せられるから、原告らによるチャート紙装着の拒否はタクシーの運行を法律上不能ならしめ、たとえ本件闘争期間中原告らが就労（タクシー乗務）すべく待機していたとしても無意味であつて労働契約の内容に従つた適法な労務の提供とはいえず、その待機ゆえに原告らに本件闘争期間中の賃金請求権が発生するということとはできない」と。

労働組合側は、控訴審でも、上告審でも敗北した。しかし、原島がいうとおり、「ストライキは違法ではありません。ですから組合員には債務不履行はない。そこを百歩退いて、仮に債務不履行と考へたとしても、これは非常に些細な一部の債務不履行だということになる。で、ほんの些細な債務不履行があつたとして、債権者（会社側）がおこつて、あとは知らん、勝手にしろ、ということとは民法上おかしい」のではないか。「チャート紙をつけなければ走つてはいけない」という規範は「『労働者が自分でチャート紙をつけなければ走つてはいけない』という規範ではない。チャート紙をつけるのに労働者の専門的な知識や技能を必要とし、他のものをつける乗客の安全にかかわる、というふうなものではない。……この禁止規則があつても、経営者が一挙手一投足を惜しまなければ、何も問題はない、タクシーは走れる、という事実が無視された。これでは、一切ストはまかりならぬ、『労働組合はけしからん』という考え方が先に立っている」ことはあきらからである。そもそも一部の債務不履行については、確定した判例があり、「民法の明文の規定でも、一部の債務不履行の場合には、やっぱり一部なのだからそれに相応の責任しかないということになっている」のである⁽⁶⁾。

このラッキーマシンセブンタクシー合同労組事件判決について、原島は「およそ法内在的な論理ではなく、何か目前の要求に答えるため、論理を便宜的にしか使わないときは、論旨の重厚さや高雅さ、といった内的な美しさが失われるだ

けではない。それはともすれば、他をも自らをも欺くことになりかねない」と批判している⁽⁷⁾。要するに「これは詭弁だ」というのである。たしかに、運輸局の規則では、チャート紙の装着を欠くタクシーは運行できない。しかし、ただそれだけのことであれば、それはどのようにも解釈できる。原島がいうように、規則は、労働者がチャート紙を装着するように求めているわけではない。だから、ただ「この規則だけ」をとりだして、規則の法的性格も、事件の法的現実もかえりみることなく、労働者に不利益な判断を下すのであれば、やはりそれは「詭弁」としかいいようがないだろう。私もまったくそのとおриだと思う。とりわけ運転手によるチャート紙装着の拒否が「タクシーの運行を法律上不可能ならしめ」という裁判所の「判断」は事件の「現実」から完全に浮き上がったものである。裁判官の観念的な創作に近いものだといえるだろう。

今、私は「事件の現実」といった。原島は「現実」ということばをあまり使わないが、私のいう「現実」との関連で、原島が“Mitwirkung”というドイツ民法の文言について非常に重要な発言をしていることを確認しておきたい。「これはちよつと日本語に訳しにくいのですが、『共に働く』ということ、『共働』と訳したりしている人がいます。で、これは、信義則上の債権者の協力義務なのです。あるいは、不法行為の場合の損害賠償請求権者、債権者の協力義務なのです。だから債務不履行が発生しないように、あるいは不法行為が発生しないように、それから発生したら損害が拡大しないように、ある程度は、債権者、被害者も協力しなさいというわけです。人から殴られてちよつと傷を受けた、治療代はどうせ相手が払うのだからというわけで、プールで泳いだり、無茶苦茶して、それで医療費をガバツと取ると、そりゃないよ、という考え方です。だから過失相殺では、債権者の過失というよりも損害回避協力義務、あるいは損害拡大回避義務」がある。「それこそ債権者の一挙手一投足で、損害が拡大しないように出来る」ときには、「俺は債権者だから、損害をどんどん拡大してもかまわん、もう一挙手一投足でも惜しむ、それはいけない

よ、という考え方が「Mitwirkung」ということばには含まれている、と。少し長い引用になってしまったが、実は、これが私のいう「現実」なのである。

もう少し詳しく、それも私の考え方に即して言い換えれば、「Mitwirkung」は人間の「現実のあり方そのもの(die Seinsverfassung)」のことである。人間は常に一定の「社会関係」の中に「ある」が、その具体的な内容は、人間が相互に「Mitwirkung」の関係にあるということにはかならない。すべての人間はこういう関係性の中に「ある」のであって、これが人間のとりむすぶ社会関係の「現実」である。原島は「一挙手一投足」ということばで表現したが、それは要するに「少しの手間でできることを惜しんではならない」という規範であろう。タクシー会社の社会集団としての「あり方」をみる場合、たしかに雇用者と被雇用者、あるいは資本家と労働者といった概念化された関係がきわめて重要な要素であり、それが労働契約の解釈に影響を与えるけれども、それではタクシー会社という社会集団では、会社側と労働者側に何から何まで徹頭徹尾分離し対立しあっており、すべての業務が契約に基づいておこなわれているのかといえば、現実の社会では、そのようなことはありえない。市民社会における「会社」という組織体の中ですらも、その最基底には、「Mitwirkung」という関係が歴然として「ある」だろう。

原島は、被害の拡大を防ぐために、「少しの手間でできること」ならば、被害者も「それを惜しんではならない」と指摘した。つまり、彼が債権者であるかどうかということとは別に、いわば一個の社会人として、それを「すべきである」ということであろうが、これこそ、「Mitwirkung」という社会関係の最基盤を支える現実的な規範だと私は思う。こういう規範があればこそ、人間は、社会生活を維持することができた。人間の社会関係は、生物学・経済学・法学といった学問的な視点から、さまざまな角度で概念化して「みる」ことができるけれども、たとえどのよきな学問的な角度から「みて」も、そこで「みられて」いる「あり方」は「Mitwirkung」をベースにしているのだ。

ある。このもつとも根底的なレヴェルでみられる“Mitwirkung”を否定してしまえば、「そのようなものとしてある」人間の社会関係の「現実」をどのような形でもとらえることはできないし、また、それを概念化することもおおよそできないだろう。

ある社会的な事実があり、紛争があるとき、法律家はそれを「法」という角度から「みる」だろう。民事紛争では「債権と債務の関係」がひとつの主要な視点となる。たとえば「人から殴られてちよつと傷をうけた」とき、被害者に治療代を請求するという債権が生まれるのは当然のことである。しかし、原島によれば、それを奇貨として「プールで泳いだり、無茶苦茶して、それで医療費をガバツと取ると、そりゃないよ」ということになる。私たちは、原島という「そりゃないよ」という判断、この判断の性格に着目すべきなのである。はたして、この判断は私法学の学問的な論理から引きだされたものだろうか、と。答えはあきらかに「否」である。それは、学問的な論理より以前に、私たちが日常生活を現実に生きる経験から直観的につかみとっている判断である。もし、このような対応が許されるのであれば、そもそも人間の社会生活そのものが成り立たなくなる。こういう現実把握がこの判断の基盤にある。つまり、人間は、誰でも“Mitwirkung”という現実を「知って」いるがゆえに「そりゃないよ」という判断を下すのである。つまり、民法「学」でいう「損害回避協力義務」とか「損害拡大回避義務」といった学問的に反省された概念に有効性と普遍性があるとすれば、それは、このような概念が“Mitwirkung”という現実把握の上に成り立っているからなのである。

こうみてくれば、「現実」ということはこそつかわないけれども、すぐれた民法学者として、原島が「事件の現実」をきちんとふまえていることがわかる。ところが、現実をふまえながらも、原島はこのような判断が普遍的でありうる根拠を、直接的に人間の現実の「あり方」に求めるのではなく、カントが『判断力批判』で示した批判哲学の「論

理」に求めた。もちろん突然カントをもちだしたわけではない。そこには、私法学者としてサヴィニーの学説をどう理解すべきかという問題意識があった。原島は、サヴィニーとカントのかかわりを考察する中で、カントの判断論をくわしく紹介し、カントの判断論に拠りながら「法的判断」が普遍性をもちうる根拠を示そうとしたのである。原島のことはそのまま引用しておこう。「法的な判断というのは、個別だけを問題にして、にらんで、それで何か勘とか感じとかで処理していたら、これは裁判にはならない」のであって、「カントの『判断力批判』を読んでみてもわかるように、美学的な判断でも目的論的な判断でも、特殊なもの一般的なものを結合するのが判断力である。個別具体的なものを普遍との関連でこれを結び付ける、これが判断だと言っている」と。

たしかにカントはこのようにいう。カントによれば、判断力、つまり人間がものごとを判断する能力には二つのものがある。一つは、普遍的な規則や原理が与えられている場合に、特殊なもの個別的なものをこの普遍的なものもとに包摂する能力であり、これは「規定的判断力」と呼ばれる。もう一つは、ただ特殊なもの個別的なものだけがあって、普遍的なものが与えられていない場合に、その特殊なものに普遍をみいだす能力であり、これは、原島が注目した「反省的判断力」である。原島は、カントにならって、芸術作品を例にあげ、ある作品に対して「これはすばらしい」と判断するような美学的判断の場合が反省的判断力の典型だという。このような美学的判断の内容は人によって異なることもあるだろう。それはもちろんだけれども、「しかし、大体において美しいものは美しいとしてすべての人が同意せざるをえない、そういう必然性というものは現にある」と。美学的判断にはそういう意味での必然性があり、そこにこそ、法律家が「反省的判断力」に着目すべき理由がある。だから、と原島はあきらかに利益衡量論を念頭におきながら、法律家が普遍的な規範のないところで個別的な事件について法的な判断をおこなうときにも、「ひらめきや勘に頼る」べきではないし、「そもそも判断基準になるルールなどない」とか「ペシミスティックな考え

をすべきでもないと敷衍するのである。たとえ「すぐに概念でとらえ切れなくても、普遍妥当性をもつ判断がある。美学的判断がそれだ、とカントは言ったのです」。だから「眼をつむつての飛躍はいけないよ、とわたくしは言いたい」と。

こうして、美学的判断における判断の普遍性について、カントの論理が問われることになった。そして、カントによれば、このような美学的判断における「必然性」は「共通感覚（sensus communis）」を前提にする⁽⁹⁾。ところが、カントの批判哲学の枠組からみれば、この共通感覚は「理想的規範」でしかない。カントは「私の趣味判断をこの共通感覚の判断のひとつの実例として指示するのであり、この共通感覚のゆえに私は、私の趣味判断に範例的妥当性を付与する」ことができるだけだ⁽¹⁰⁾という。カントが共通感覚を「現実的なもの」と考えていないことはあきらかだ⁽¹¹⁾。とすれば、一体なぜ、原島はこのようなカントの論理に従うことができたのだろうか。私は、ここに「唐突さ」を感じるのである。

「判断力」という人間の能力は「純粹理性」にも「実践理性」にも解消しえないし、そもそも「純粹理性」や「実践理性」という枠組そのものが科学主義的な近代知の延長上にあるため、カントには、この二つの枠組によってとらえきれずに残った部分に切り込む課題が残されていた。それが第三批判書としての『判断力批判』であった。したがって、ここでも、先験論的な制約が当然の前提になっているので、共通感覚も先験的な理念として提示されることになるのである。しかし、カントにならって、共通感覚が客観的実在的な原理でなく、規範が現実の法則でないということなれば、「眼をつむつての飛躍はいけないよ」といってみても、では眼をあければ何がみえるのかと反問されたとき、原島には答えるすべもないだろう。たしかに、法律家がある具体的な事件に対して法的判断をするとき、それを普遍的な規範との関連で法内在的にとらえるべきである。それは原島のいうとおりだろう。しかし、その場合、もつ

とも重要な論点は「規範の普遍性」を現実の中に基礎づけることである。原島は「眼をあける」という。しかし、それにもかかわらず、ただカントの判断モデルを提示するだけで、眼をあけてみるべき現実の構造を示すことはない。それでは現実的な法的判断の本質を了解することはできないだろう。そういわざるをえないのである。

くり返すが、民法学者として、原島が事件の現実をきちんとふまえていることはあきらかである。本稿ではラッキーセブentakシー事件だけを引用したが、原島がとりあつた他の判例についても、原島の論理は常に事件の現実在即して展開されている。それが原島民法学の魅力だといえよう。しかし、そうであればこそ、たとえば美学的判断のような反省的判断の普遍性に関して「共通感覚」を問題にするときにも、カントのようにそれを単に「理想的規範」として、つまり実現されるべき理念として位置づけることができるのかという疑問があらわれるのである。原島がカントの「判断論」に立脚することに「唐突さ」を指摘した理由はここにある。法的価値判断の普遍性はたかだか実現されるべき「理念」でしかないのだろうか。そうであるとすれば、一体なぜ、原島は事件の現実に深く切り込もうとするのだろうか。ここに大きな不整合性があるように思う。

もちろんカントもまた現実と格闘した哲学者であった。『プロレゴメナ』で述べているように、カントは、悟性がとらえる世界に現実をせまく限定しているわけではない。カントは、悟性によってとらえられない経験的な世界が広く残されていると指摘して、そこを「実りゆたかな低地」と呼び、「たんなる純粹悟性や純粹理性からする物の認識は、すべてたんなる仮象にほかならず、経験のうちのみ、真理は存する」とまで述べている。¹³⁾ただし、この「実りゆたかな低地」は因果的な必然性に支配されていない個物の世界であり、その意味では偶然的な世界である。したがって人間はこの世界を悟性によってとらえることはできない。人間は、それでは一体どのようなようにして、ただ偶然的に「ある」だけの個物に普遍をみいだしうるのか。カントによれば、判断力こそ、個物を普遍にかかわらせることによつ

て、この「実りゆたかな低地」に導くことを可能にする人間の能力であった。⁽¹⁴⁾

現実には悟性のとらえる世界に尽きるのではない。カントは、『純粹理性批判』において、人間には多様な現象を綜合する活動的（より正しくは「能動的」と訳すべきだろう）な能力、すなわち「直観の多様なものを一つの形象たらしめる」能力があると指摘したが、⁽¹⁵⁾そこに示された「構想力」という能力が悟性の限界を突き抜けて、人間を「実りゆたかな低地」に誘導するのである。原島もこの点を適確に指摘している。「直観したものを悟性が整理して把握していく、そのカテゴリーにふさわしいように直観を変形していく、その中間段階として判断力が働く」のであり、「この直観における多様なものをまとめる能力、つまり総合の能力」が前面にでてくる、⁽¹⁶⁾と。これが構想力であり、その能動的なはたらきによって、人間は「感性」によって受容されたものを「悟性」のはたらきにつなぐことができるのである。

つまり、カントによれば、このような構想力はあらゆるアプリアリな認識の根底にある「人間の魂の根本能力」⁽¹⁷⁾であり、「この機能を欠けば私たちはいかなる認識をもけつしてもつことはできない」⁽¹⁸⁾。構想力を媒介にしてのみ、「私たちは、一方では直観の多様なものを結合し、ついで他方ではこの多様なものを純粹統覚の必然的統一という条件と結合する。二つの両極端、すなわち、感性と悟性とは、構想力のこの超越論的機能を介して必然的に脈絡づけられなければならない」⁽¹⁹⁾。そして、「人間的認識の二つの幹、つまり感性と悟性」は「おそらく共通の、しかし私たちには未知の根から生じている」のである。⁽²⁰⁾マルティン・ハイデッガーは、周知のとおり、『純粹理性批判』序論の末尾に示されたこの文章を捉えて、その根こそ「構想力」だと指摘したのであった。⁽²¹⁾

もし、カントの超越論的な批判哲学の構想を、カントが『プロレゴメナ』の付録で示したとおりのものとして理解するならば、「人間の認識能力の諸源泉を構想力に一元化し還元しようとする企ては、カント哲学の粋をはずさない

かぎり、失敗におわる」のかもしれない⁽²²⁾。しかし、『純粹理性批判』の第一版および第二版のテキストをみれば、それを形而上学の基礎づけとみるハイデッガーの「解釈」も十分に成り立つ。現にそのような方向でカントをとらえる流れはかなり強くなってきている。少なくとも、構想力についてのカントの叙述には、不明瞭なところがある。公平にみて、そこまでのことはいえるだろう。それも、水波朗が最近の論稿で指摘しているように、⁽²³⁾構想力や共通感覚がもともとカントの批判哲学に固有のものではないということによる。どちらも古代・中世を通じて形成されてきた伝統的存在論の概念であることに注意すべきである。

もちろん、私には、共通感覚や構想力について、哲学的な解説をする能力はない。しかし、カントのいう「実りゆたかな低地」において、ある種の必然的な判断が成り立っていることは、まさに私たち法律家の日常的な経験としてこれを認めざるをえない。先にあげた「そりゃないよ」という判断には、あきらかに、ある種の普遍性と必然性がある。そのことを否定する法律家はまずいないといってよいだろう。そして、このような普遍性と必然性が現実になり立っているといえるのであれば、まずは、その理由を「現実」の中に求めるのがもつとも素直な方向であろう。

そこで「共通感覚 (sensus communis)」の意義が問われることになるが、それは、英語の「コモン・センス」という言葉に対応し、現在では「常識」という意味でつかわれるけれども、その原義は原島が訳すように「共通感」というべきものである。「常識」という場合、センスは「意識」とか「観念」とか「意味」を指しているけれども、センスの第一義は「感覚」という意味であり、人間が直接的に受容する「現実」とのかかわりを前提にしている。だから私は「共通感覚」という定訳が適切だと思うが、「共通感」にしる「共通感覚」にしる、それは現実からの刺激に対してみられる「人間のあり方」のある「共通性」に着目して成り立つものである。つまり、人間のあり方、共通性、言い換えれば、それは人間の「普通のあり方」を指しているのである。たしかに人間は個人としてユニークな存在者

である。そして、このユニークさの根源は、人間が肉体をもっていることにある。肉体のユニークさに応じて行動のユニークさがある。ところが、この肉体としての側面だけをとりあげても、質料の共通性に応じた「あり方」の共通性があり、行動の共通性がある。実は、そこに、「共通感覚」があらわれているというべきなのである。⁽²⁴⁾

ある具体的な少年事件に即して、このことをもう少し考えてみよう。二〇〇〇年五月、愛知県の豊川市で、「人を殺す経験をしてみたかった」私立高校の三年生が主婦を殺害した。彼の行動は、現象としてみたとき、きわめてユニークである。異常だといってよいだろう。とても「普通の行動」とはいえない。なにしろ、「人を殺す経験をしてみたかった」という動機から、現実に人を殺している。しかも、報道によれば、彼が出頭してきたとき、彼は「寒くて疲れた」といったらしい。このセリフは各種のジャーナリズムでもとりあげられた。「反省のひとつともなく、寒くて疲れたからというのは何事か」という厳しい論調であったようにおぼえている。しかし、まさしく「寒くて疲れた」から、彼は「自分をまもる」ために「保護をもとめた」のであった。

私は、ここにも、「共通感覚」のはたらきがあらわれていると思う。「生きる」ことは人間の本性的な傾きである。人間はそのようにできている。だから、自らの生存をまもろうとすることは、より善く生きるための前提として、人間の本性的な傾きであり、とりわけ「子ども」にとつて、それはまぎれもなく「普通の行動」である。少年は主婦を殺して逃走し、「寒くて疲れた」ことによつて、はじめて「普通の行動」をとることができた。人を殺すことが「悪」であり「してはならない」ことだということは誰でも「知って」いる。多くの人は、まさしく普通の生活を「生きる」ことによつて、ごく「普通に」そのことを「知って」いる。生活の切実な経験が“Mitwirkung”として「ある」人間の類的な存在性格を教え、その中で「生きる」ことの普遍的価値をことさら教えられるまでもなく自然に実感させるからである。ところが、経済的な豊かさは生活から「生活のにおい」をあまりにも急速にうばいとつた。「生きる」

ことの切実さが実感しにくくなっている。とりわけ、子どもたちがそれを実感できる機会はますます少なくなっており、そのため、平穏な共生のシステムとして歴史的な現実に即して形成されてきた「普通の社会関係」に組み込まれた“Mitwirkung”という本質がみえにくくなっているのである。少年は、逃走に疲れることによって、おそらく生まれてはじめて「生きる」ことの切実さを知った。そして、この経験から、次に「生きる」ことが“Mitwirkung”であり“Mitleben”であると実感できたとき、つまり“Mitleben”のシステムのもとでは、「他者を傷つけること」がそのまま「自己を傷つけること」でもあると知ったとき、はじめて“Mitmenschen”としての「反省のことば」が少年の口から出ることになるだろう。

共通感覚がこのようなはたらきをするのであれば、人間社会の現実に基礎づけられた共通感覚こそ、原島という「そりゃないよ」という判断をささえているといえる。ラッキーセブentakシー合同労組事件でいえば、タクシー会社が少しの手間を惜しんだことに対して、原島がするどく提示した否定的な法的価値判断の普遍性と必然性をささえるものでもある。人間は誰でも例外なしに“Mitwirkung”という関係性の中に存在しており、この人間存在の「共通のあり方」が「共通感覚」のベースになっている。したがって、もし「損害回避協力義務」という私法学上の概念に普遍性があるとすれば、それは「そりゃないよ」というおそろく誰もが一致して下す判断の普遍性に基礎があり、その判断の普遍性は“Mitwirkung”という人間の現実の「あり方」に最終的な基礎があるといえるべきなのである。私は、福岡ラッキーセブentakシー合同労組事件に対する原島の判例批判に、全面的な共感をおぼえる。しかし、同時に、それをカントの判断論に従って、現実から切り離されたところで展開しようとする原島の論理に、私は「唐突さ」を感じるのである。

三 社会関係の現実と社会規範の普遍性

—法的判断はカントの趣味判断と同じなのか—

原島は、正当にも、法的判断には普遍性と必然性が要請されるという。しかし、カントの論理に従うかぎり、「法的判断は、範例的 (exemplarisch) で伝達可能 (mittelbar) である、⁽²⁵⁾ という意味で普遍的」だということではかない。これは、すでに述べたように、カントが「共通感覚」を理想的規範ととらえたことと無関係ではない。カントは、共通感覚について、それを何らかの外的感官と解するのではなく、われわれの認識諸力の自由な戯れから生じる結果であると明言している。⁽²⁶⁾ カントは、共通感覚を私たちのように現実的なものとしてとらえることを断固として斥けていることになる。

もとより、私は、法的判断が範例的であり伝達可能であるということに異論があるわけではない。しかし、ある判断が範例的な妥当性をもち伝達可能であるとして、重要なことは、それがなぜ「そのようなものとしてあるのか」を問うことであろう。範例的な妥当性や伝達可能性があるから普遍的なのではなく、普遍的であるから、その結果として範例的な妥当性や伝達可能性が生まれるのである。「共通感覚」は間主観性に解消しうるものではなく、反対に、間主観的な諸現象をささえる現実である。この関係を転倒させてはならない。⁽²⁷⁾

したがって、もし法的判断の普遍性を考察しようとするならば、現実から切り離されたところで形式的に規範の構造分析をするのではなくて、「規範とは何か」ということを現実^に即して考察する以外にない。眼をあけてみるべきものは現実である。しかも、考察の対象が「法」という社会規範であるかぎり、みるべき現実^は社会関係の現実^でな

ければならない。「社会関係」つまり「人と人とのまじわり」あるいは「実存の交流」とは一体どのようなものなのか。これに関しては、すでに“Mitwirkung”とのかかわりである程度のことを述べたが、その内容をもう少し詳しく敷衍して、実存の交流が、人間の「普通のあり方」としての「共通感覚」を基礎づけることによって、社会規範の普遍性をささえていることを示そう。

さて、社会関係の本質を明確にするためのもっとも確実な方法は、人間がどのように生まれ、どのように成長していくかをみることである。哺乳類の中でも、人間ほど、生まれてから長く親の手を必要とする動物はない。ひとりで歩けるようになるまでも相当な時間がかかる。それまでは「生きる」ために必要な行動をほとんど何もできない。そして、魚貝をとり、海藻を拾い、木の実や果実をとれるほどに成長したとしても、まだ自然の脅威から身をまもることはできない。ひとりでできることはほとんどない。このことは、幼児や子どもだけではなく成熟した者にもあてはまるし、人類史の最初の段階だけではなく文明社会においてもいえる。ロビンソン・クルーソーはひとりで「生きる」ことができたと思う人がいるかもしれないが、彼は無人島でも社会との関係性を維持しつづけた。何よりも彼は難破船からさまざまなモノを運び出すことによって「生きる」基盤を整えたが、それらはすべて社会的な生産物である。人間は、社会とのつながりをたち切って、まったく孤立した状態で「生きる」ことはできない。

もちろん、これに対しては、ホッブズの「自然状態」という仮説をもちだして、人間はもともと各人が完全に独立し切り離された「個人」であり、すべての「個人」がすべての「個人」に対して闘争をする利己的なアトムだということありふれた反論が想定されるだろう。しかし、ホッブズの「アトムとしての人間」という構想は、彼が頭の中で観念的につくりだした「物語」にすぎない。現実をみれば、すべての人間は社会の中で生きてきたし、現に生きている。人が「生きる」ということは「共に生きる」ことである。そのことに一つの例外もないだろう。「生きる」という抽

象的なことばを避けて、生きるための具体的な生産活動や分配活動に眼をやれば、人間の「共働的性格」がよりはつきりとあらわれる。人間は無数の“Mitwirkung”をおこなうながら“Mitleben”する“Mitmenschen”である。ヨハネス・メスナーはこのような人間の現実を「補完原理 (Subsidiaritätsprinzip)」ということばで説明したのであった。⁽²⁸⁾

私は、最小の社会単位としての夫婦の中に、親に補完されて人生の第一歩を踏みだす「人の誕生」こそ、人間が相互に「補完」しあって生きていくのもっとも象徴的なシーンであると思う。人間以外の多くの動物もそうだという反論があるかもしれないが、子が家族に補完される「あり方」をくわしくみれば、人間と他の動物の間には決定的な差がある。人間以外の動物は成長するにつれて少しずつ補完を必要としなくなるけれども、逆に、人間は補完される範囲を徐々に広げていく。はじめは親子の関係の中で、次に他の家族共同体員との関係の中で、さらには地域社会との関係の中で、人間は、肉体的に成長すればするほど、より多くの補完を必要とするようになる。社会生活の範囲が広がるにつれて、必然的に社会的分業という複雑な補完システムの中に参入していかざるをえないからである。人間は、より多く他者を補完できるようになればなるほど、より多く他者から補完されることを求め、現実に補完されている。これは人間だけにみられる「補完のあり方」である。

人間は他者から補完されながら他者を補完する。しかも、人間は補完されることによって生活の範囲をひろげ、その範囲がひろがることによつて、さらにより一層の補完が必要となる。人間の生活はこういう関係性の中にある。これが人と人との「まじわり」の現実的な姿である。このような「実存のまじわり」に入ること、人間は、先行世代の経験を受けつぎ、それによつて、さらに社会関係を拡大することができた。だから、人類史とともにすすんできた社会関係の拡大は、長い年月をかけて経験的に獲得された「生きる」ための「知恵」としての「規範」を、世代とし

て継承し拡大してきたことの厳然たる証明だといえるだろう。生活の中で、社会の平和な秩序をどう維持するのか、社会的な生産共同体にどうかかわればよいのか、そこから生まれた果実をどう分配すべきなのか。こういったことが、具体的な時間と空間の中で、その環境にもっとも適合したかたちに修正されながら受けつがれてきたのである。⁽²⁹⁾

このように、人間が「生きる」ということは、歴史的に形成された社会的な補完システムに参入することである。「生きる」ことそのものが社会的な広がりや歴史的な連続性の中でのみありうる。これは、人間が単に個人的な存在者にとどまるものではなく、それと同時に社会的な存在者であることを示している。人間はアトムではない。このことは、人間が生きてきた現実、そして生きている現実をみるかぎり動かしがたい事実である。この現実を率直にみれば、人間は個人的な存在者だという「個人主義」も、人間は社会的な存在者だという「全体主義」も、どちらも人間の一面を強調する謬見だということがわかる。古典的な個人主義は人間の相互補完的な「あり方」を無視している点で、全体主義は人間の個別的な人格としての「あり方」を無視している点で、ともに人間の本質をみおとしている。ポイントは、イデオロギーにとらわれることなく、現実的な「人間のあり方」を冷静にみつめることであろう。

個人主義は、ホッブズの自然法論がそうであるように、もともとバラバラな個体としての個人が契約によって社会を創出したと考える。契約というのは、要するに「合意」であり、「相互承認」のことである。つまり、個人主義のイデオロギーでは、社会は個人の意思の産物だということになる。しかし、すでにみたように、社会は「人と人とのまじわり」の「あり方」であり、それはあきらかに意思に先行している。社会は、人間の意思が生み出したのではなく、人間の相互補完的な存在性格が現象化したものである。

こういえば、現代社会に無数に存在する社会集団が説明できないと反論されるかもしれない。たしかに、テンニースがいうように、たとえば「学校」や「会社」といったゲゼルシャフトはあきらかに「選択意思」の産物である。し

かし、より根源的な社会集団である「家族」をみれば、社会が意思に先行していることは自明である。テンニースは「家族」のような「ゲマインシャフト」も意思の産物だと考えたが、それは、「選択意思」よりも根源的な意思であり、「本質意思」とよばれる。原語では、“Wesenswille”であり、「あり方 (Wesen)」に規定された「意思 (Wille)」という意味である。したがって、テンニースでも、ゲマインシャフトの成立については「人間のあり方」に注目しているのである。⁽³⁰⁾しかし、そうであれば、そこに意思を主要なメルクマールとして介在させることに無理がある。端的に「人間のあり方」そのものに根拠があるというべきであろう。

意思を基準にすれば、意思の主体として、「自己」つまり「個人」が基準となる。そして、存在のレヴェルでは、個人は社会に先行するけれども、意識のレヴェルでは、それは逆転する。たとえば、「自己」つまり「個人」という意識が「他者」つまり「社会」という意識を生み出すのではなく、「社会」という意識があつて「個人」という意識が生まれる。存在としてみれば、原因があつて結果があるが、人間は、結果があつてこそ、その原因を認識できるのである。これと同じように、他者があつて、はじめて自己が認識されるのであり、社会があつて、はじめて個人が認識されるのである。社会は個人の意思に先行して「ある」。したがって、人間はまず個人として存在するが、同時に、個人としての「あり方」は補完を必要とする「あり方」である。個人として「ある」ことは補完されて「ある」ことにはかならない。人間は、個別的な存在者として「ある」と同時に、類的な存在者として「ある」ということである。この類的な存在性格の現象が社会である。社会は単なる「ことば」や「記号」として人間の意識の中にあるのではない。現実をみれば、人間は「個と類」という矛盾を含んで存在している。いわば「個」人は「類」的な存在者なのである。⁽³¹⁾

意思や意識のレヴェルでは、社会は個人に先行する。意思や意識は先行する社会とのかかわりにおいて形成される。

したがって、規範意識も、結局のところ現実的な生活共同体の中で芽生えてくるのである。人間の最初の経験は、他者があり自己があることの経験であり、この同時的経験こそ、最初の規範の直観である。⁽³²⁾「規範」は、社会とのかかわりにおいて直観されるのであり、そうであればこそ、規範は「普遍的なもの」として直観されるのである。人間が「生きる」ことは常に「社会」という補完システムにおいてのみ可能なことなので、「生きる」経験は常に個人的な経験であると同時に社会的な経験でもある。ここでも「個即類」という特殊な「あり方」が規範の「普遍的な直観」を保証する。言い換えれば、「普遍的なもの」として直観できるのは、「生きる」ことに直結した「規範」だけである。これは、倫理・モラル・法といった社会規範を考えるとときにきわめて重要なポイントになるので、もっとも根源的な社会的行動のひとつとして性行為をとりあげ、それに即して、この点を具体的に整理しておこう。

人間は、社会生活の中で、食料を共に採取し、安全を共に確保し、子孫を共に残してきた。その長い経験の中で、人間は「共に生きる」ための法則を少しずつ「知って」いった。たとえば、子孫を残すためにはセックスが不可欠であり、そのこと自体は本能的におこなわれるけれども、ほとんどの民族が近親間でのセックスをタブーとする規範をもっていた。インセスト・タブーは普遍的に認められている禁忌である。インセストには催奇性が認められているが、人間は、数十万年におよぶセックスの経験の中で、インセストが「すべきではないこと」だということをはっきりと「知って」いたのである。長い人類史において、つい最近まで、奇形で生まれれば、現実に「生きる」ことはできなかった。この事実を「知って」おればこそ、人間はインセストを禁忌、それをタブーとした。もちろん「なぜそうなるのか」という遺伝学的なシステムを科学的に認識していたわけではない。科学的な理由はわからないままに、人間は、インセストに催奇性があることを経験的に「知って」いた。知っておればこそ、人間が「共に生きる」ために、さまざまな形態のインセスト・タブーをつくりだしたのである。インセスト・タブーは「共生する」ことを保証する

ための規範である。

このように、「生きる」ことに直結した規範は、個別的なものでも相対的なものでもなく、普遍的なものとして直観される。その普遍性は「生きる」という特殊な経験の共有にある。この特殊な経験の共有において、「補完し補完される生き方」つまり共生に必要な「規範」が社会的に知られていった。だから、いつでもどこでも、規範は共生を保障するという自らの本質を維持しながらも、具体的なタブーやモラルとしてあらわれる規範の内容をみれば、それがつくりだされた時代により生活空間により、きわめて多様なかたちで現象したのである。

インセスト以外の性のモラルをみても、それをつくりだした民族の現実に応じて、かなり異質なものが残っている。わが国では、もともと性のモラルはきわめておおらかなものであったが、明治以降、とくに法律によって生活全般がヨーロッパ化されたため、キリスト教的なモラルが人為的に根をおろした。今では、蓄妾の禁止や同性愛の禁止などは性のモラルとしてほぼ定着しているが、どちらも、わが国の伝統的な性モラルでは、許容されていたのである。このように、同性愛を許すモラルがあれば、それを禁じるモラルもある。モラルの具体的な内容は本当に多種多様であり、時にはまったく正反対のものもあらわれる。しかし、それぞれのモラルが形成された経緯をみれば、モラルの現象的な相違を超えた共通点があきらかになるだろう。たとえば、キリスト教の性モラルが同性愛を禁じたのも、その母胎となったユダヤ教の形成時に生きたイスラエル民族の社会的現実から決定的な影響を受けている。当時のイスラエル人はエジプトの奴隷であった。しかも、イスラエル人としてのアイデンティティをもった人口が、多くても数十万人と推定されている頃である。異国で、奴隷としての生活を強制されていたとき、イスラエル人が、民族としての生き残りを切実に考えなかつたはずはない。思想的なレヴェルでは、それは強烈な選民思想としてあらわれ、生活のレヴェルでは、何よりも人口増加の希求としてあらわれた。セックスは、子孫を残し増やし、約束の地にもどるため

の、いわば民族の生き残りをかけた営みであつたらう。彼らの現実の社会には、妊娠をともしなわなないセックスを許容する余地はなかつたのである⁽³³⁾。

戦争や伝染病によって、この程度の規模の民族が全滅することもめずらしくなかつた時代、イスラエル人にとって、セックスは何よりも「子どもをつくる」ためのものであつた。一夫一婦制も、確実に子どもをつくり育成することに主眼があり、「子どもをつくる」ためであれば、彼らは一夫一婦制にさえこだわらなかつた。要するに、民族が生き残るために、もつとも「ふさわしい」方法であればよかつた。そして、すべてのイスラエル人がそのことを「知つて」いたがゆえに、同性愛を禁止する性のモラルが「規範」として妥当したのである。温暖な気候と豊かな土壌に恵まれたわが国とは、「生きる」うえでの環境がまったく異なつていた。わが国では、同性愛をタブー視する現実的な理由がなかつただけである。また、中東地域では、イスラエルよりもさらにきびしい自然環境のもとに「生きて」いたので、肉体的な弱者としての女性をまもるために、妻に対する強い扶養義務をともしなかつた一夫多妻の性モラルがつけられた⁽³⁴⁾。性のモラルは、内容的に多種多様なものに分裂しながらも、そのとき、そのところで、人間が「共に生きる」ための法則として妥当したのである。「生きる」ことは普遍的なものとして「存在」し、また普遍的に「知られて」いる。この存在と認識にまたがる「生きる」ことの普遍的性格は、人間が共生する実存だということに究極の根拠をもっている。

すべてのイスラエル人は、「生きる」ことに直結した規範を直観しながら、それを彼らの生活の現実にあわせて、同性愛の禁止という具体的な社会倫理規範をつくりだした。しかし、旧約聖書によれば、彼らの支配者であつたエジプト人は、イスラエル人と同じく「生きる」ことに直結した規範を直観しながらも、イスラエル人とは異なる性のモラルを具体的な社会倫理規範としたのである⁽³⁵⁾。今やその理由はあきらかであろう。イスラエル人は奴隷として生きて

いたけれども、エジプト人は支配者として生きていたからである。イスラエル人もエジプト人も、どちらも、ひとしく「生きる」ことに直結した規範を直観していたけれども、イスラエル人は、絶対的なマイノリティとして、しかも奴隷として異国で「生きて」いたので、その直観にみちびかれて、子どもをつくることのないセックスを禁じた。つまり、捕囚時代という「現実」のもとで、同性愛は、イスラエルの規範が禁じる場所となつたのである。

ところが、この性のモラルはキリスト教にうけつがれ、キリスト教の文化圏では多くの国において、つい最近まで同性愛は道徳的な罪であるとともに、法的な犯罪であつた。しかし、現代社会のどこにも、捕囚時代にイスラエル人がおかれていたような社会的現実はない。子どもをつくることは無条件に「すべき」ことであり、子どもを生まないセックス、たとえば同性愛は無条件に「すべきでない」ことである。こういう規範的な認識が成り立つような現実³⁶は現代社会のどこにもない。合意した成人間での同性愛行為には、実際、誰の生活利益も侵害していない。だから、現代社会において、同性愛は、キリスト教徒にとつての信仰上「すべきでない」ことであつても、倫理的にそういえる根拠はなく、したがつて法的にも違法とはいえないのである。このようにみれば、第二次世界大戦後、キリスト教文化圏でも、同性愛が非犯罪化されていったのは当然の成り行きであつた。現実の社会関係を前提にするかぎり、同性愛には、「生きる」ことへの侵害性がまったくないからである。だから、キリスト教人間学の立場からも、社会規範によつて同性愛を禁止する理由はないという主張が展開されたのであつた。同性愛の処罰はただ教条主義的なモラリ³⁶ストたちが要請しているだけである。ここに、同性愛の禁止とインセストの禁止との決定的な相違点がある。具体的な社会倫理規範は、「生きる」ことに直結しているがゆえに普遍的に直観されている根源的な規範に導かれながらも、さまざまな形態と内容をもつた具体的な下位規範に個別化されるのである。

したがつて、私たちの生活の中にある個別的な社会規範をみれば、その妥当性は常に歴史的であり相対的である。

だから、モラルや倫理や法律という形式で現象する具体的な社会規範について、それを絶対化してはならない。具体的な社会規範は歴史的かつ相対的なものである。このことを認めたくえで、具体的個別的な社会規範のひとつひとつが、「生きる」ことに直結した普遍的な規範と調和しているのかについて、「補完し補完される」関係の中で「共に生きる」という現実的な基準に立ち返って、検証していかなければならないのである。

規範がこのような形で実在し、しかも人間がそれを「知って」いるのであれば、法的判断は、政治的判断をも含めて「反省的判断力」の問題だということにはならないだろう。カントのことは使おうとすれば、「規定的判断力」の問題だということになる。法が社会規範であるかぎり、法的判断において、規範は常に与えられているのである。もちろん、このようにいうとしても、規定的判断力が導く法的判断に自動的に「必然性」が与えられるわけではない。規定的判断力が立脚する「演繹」も、反省的判断力が予定する「帰納」と同様、「大前提」の現実的な根拠に目を移せば、それはただ帰納推理においてのみささえられている。この単純な事実をみおとしてはならない。したがって、およそ帰納的な方法を見捨てるならば、規範的な認識は成り立たないし、同時に、あくまでも現実との関連をみれば、すべての規範的判断は厳密な意味で客観的な「正しさ」の判定対象となるのである。³⁷⁾原島がいうような「論旨の重厚さや、高雅さ」あるいは「端正さ」といった情緒的なものが「正しさ」の判定基準となる余地はまったくない。そこには「法的判断」を「反省的な趣味判断」と同一視した誤りがある。そもそも、カントによれば、反省的趣味において個物に普遍をみいだすためには、卓越した構想力をそなえた天才の業が要求されたのであった。しかし、たとえば、それが一種の比喩であるとしても、本当に、法的価値判断はそういう性格をもつものであるだろうか。そう問いかえせば、法的判断と趣味判断を同一視することの誤りがはつきりと浮かび上がってくるだろう。

四 規範の認識と規範的判断の構造

—法的判断は天才の業ではない—

規範は実在する。したがって規範意識は現実的な生活共同体の中で芽生えてくる。しかも「生きる」という特殊な経験に直結した規範は「普遍的なもの」として直観できる。その存在論的な根拠のひとつが「共通感覚」であった。他方、私たちの現実の生活には無数といってよいほどの規範があり、その多くは、時と所に応じて異なった個別的・相対的な内容をもっている。しかし、このような下位規範の背後には、「生きる」ことに直結した根源的な普遍的規範がある。人間は、この根源的な規範を「知って」おればこそ、具体的な生活の千変万化する現実にあわせて、さまざまな下位規範を推論し、必要に応じて立法することもできるのである。

それでは人間は一体どのようにしてこの根源的な規範を「知る」のだろうか。このことが次に問われなければならないが、これは「規範とは何か」「善とは何か」を知ることでもあり、倫理学や法哲学の根本問題につながっている。したがって、完全な解答の作成ということになれば、私にはとうてい不可能な課題である。ところが、日常生活をふりかえってみれば、「善とは何か」を道徳哲学的な意味で意識することはないけれども、「そりゃいいね」とか「そりゃないよ」といったように、私たちは「これが善い」とか「これが悪い」といった規範的価値判断をおこなっている。もちろん判断を誤ることも多い。しかし、それは「善とは何か」を「知らなかった」からではない。もし「善」や「規範」について何も知らなかったとすれば、このような規範的判断そのものがありえなかったはずである。つまり、このような判断ができるということは、現実的な経験において、私たちの誰もが「善とは何か」あるいは「規範とは

何か」を少なくとも「前―哲学的」にははつきりと「知っている」証拠なのである。⁽³⁸⁾

ところで、このような「知り方」は、たとえば「人格」とか「人間の尊厳」とか「愛」などの「知り方」と似ている。アウグスチヌスのように「時間」を考えてもよい。それを知らないものはないけれども、あらためて「人間の尊厳とは何か」「愛とは何か」と問われたとき、誰も完全に答えることはできない。「知っている」けれども、それを「説明」できない。「みかん」や「えんぴつ」を「知っている」というときの「知り方」とはあきらかに違う。このような「知り方」の相違は知られるものの「あり方」の相違に関係している。「みかん」や「えんぴつ」は私たちの前に対象化された「モノ」として「ある」が、人格とか愛とか善は私たちの前に対象化されることはない。つまり、私たちは「みかん」や「えんぴつ」を対象化されたモノとして、認識するが、「善」や「愛」を対象化することなく、「知っている」ということになるだろう。知ろうとするものの「あり方」に応じて、人間は二つの異なった「知り方」をしているのである。⁽³⁹⁾

ところで、このような認識のレベルでは、人間はことばをもつよりもずっと以前から「善い」ということと「悪い」ということを「知って」いた。少なくとも、簡単な道具が使われていた「旧人」の段階では、そのことを確実に知っていたはずである。狩のとき、木で殴りつけられ、よりよく獲物がとれる。鋭く割れた石を使えば、よりよく獲物の皮をはぐことができる。よりよい効果を求めて、木を手ごろな大きさに切り、石をより鋭くみがいた。道具の歴史は「より善い」ものへと「工夫する」歴史であった。およそ人間が住んでいたところでは、どこでも、このような道具が残されている。それは、人間が、地域を問わず民族を問わず、およそ人間であるかぎり「善い」ということを知っていた証拠である。人間は、普遍的に「善」を知っていたし、また、現に知っているのである。

もちろん、ここで「善い」というのは、まだ倫理的な意味での「善」ではない。ある現実的な目的により近づいて

いる存在論的な現実のことである⁽⁴⁰⁾。肉を切るという目的に対して、よく切れるモノが「善いナイフ」であり、よりよく切れるモノが「より善いナイフ」である。この「目的」は「本質」のことでもある。「切る」ということの本質をより完全にあらわしているモノ。それが「より善いナイフ」である。人間が最初に知っていた「善」とはこのようなものであり、それは、「目的により近づいたモノ」あるいは「本質をより完全にあらわしたモノ」として現実に存在していた。これが「善」のもっとも原始的なかたちである。人間は、このような原始的な善の認識を人間の行為にあてはめ、人間の「目的」あるいは「本質」をより完全にあらわす行為は何かと問いなおすことによって、人間の行為にかかわる「倫理的善」という善のかたちを知った。すでにギリシャ時代には、こういう善の理解が定着していることをみれば、これが「根源的な善のかたち」であったといえるだろう。そして、このレヴェルでは、アリストテレスがいうように「人間は常に善を求めていた」といってよい。安全を保障し、空腹を満たし、健康を維持し、子孫を増やす。人間は、まさしく「生きる」という自らの本質をより完全なものとするために、善を求めた。ここでは、生活そのものが善であり、生きることが善であった。つまり善は現実的なものであった。

工夫は善を求めることである。だから、もう少し踏み込んで「善」を考える手がかりとして、「工夫とは何か」を考えてみよう。ナイフが最初どのようなようにしてできたのかは知らないが、単に鋭い石を使っていた段階で、人間は「切る」ことの本質を「知って」いた。そうでなければ、できるだけ鋭い石を探したり、石を鋭くみがくという目的をもった行動はありえない。ここには、事物の本質に即した目的があり、それを類比的に推論する知的なはたらきがある。これが理性のはたらきである。

このように、善を求める行動は、理性のはたらきを前提にする。理性が善を求めるのである。つまり、善がどのようなものであれ、それは人間に固有のものである。よく知られているように、霊長類の一部は道具をつかうが、それ

も道具の「目的」あるいは「本質」を知ったうえで、それに即した工夫をしているわけではない。だから、その工夫を一般化して、別の場面に応用するということはない。チンパンジーのように高度に進化した霊長類ですら、行動の多くは遺伝に支配されている。それは善を求める行動とはいえないだろう。ところが、人間は、自己保存本能・性的欲求・食欲といったところで遺伝に支配されながらも、それに逆らった行動ができる。人間は、自らが自らの命を絶つこともできるのである。もちろん他人を殺すこともできる。要するに、やろうと思えば何でもできる、そういう特殊な「あり方」をしている動物が人間であり、その特殊性は「理性」に由来している。

だから、工夫は、単に「善を求め」るだけではなく、「悪を求め」てもありうる。人間は理性的な動物であり、人間の行動は自由であるがゆえに、人間は善をおこなう、また悪をおこなう。これは理性的な存在者としての人間の現実である。理性とか自由を美化することは容易であるが、そこから善とともに悪があらわれる厳然とした現実にも、私たちは目を向けなければならない。善は理性の産物であるが、同時に、悪も理性の産物である。だから、人間は、善をおこなうことも、悪をおこなうこともできる。悪も人間に固有のものである。善が人間性の証明であれば、悪もまた、人間性を証明するものである。したがって、どのような社会であれ、人間の社会であるかぎり、そこにはかならず摩擦や軋轢がある。人間が理性的な存在者であり、自ら善と悪を認識し、それにもとづいて行動する以上、人間の社会生活に「悪の可能性」がなくなることはない。犯罪や不法行為は人間社会の宿命だといってよい。そうであればこそ善と悪についての人間の認識が決定的に重要な意味をもつのである。

ソクラテスは「善く生きよ」といった。しかし、人間は「善く生きよう」として悪をなす。そういうことは少なくない。たとえばオウム事件で「ポア」ということばが有名になった。これは極端な例であるが、ポアは、人間が転生する来世において人間をより高い境涯に生まれ変わらせるための殺害であって、彼らの教義では「救済」であり「善い」

ことである。オウム信者は、人類の「救済」を求めて、サリンをまいたのであった。地下鉄サリン事件の実行犯であるHは手記の中で次のように記している。

——「ポア」は輪廻転生の考え方を根底におき、人の死は魂の死ではないのだという理屈の上に成り立っています。人を殺すことを、魂を転生させるということに置き換えることで、殺人に対する抵抗感を弱められたということも感じます。

——私たちが地下鉄でサリンをまくことで、強制捜査のホコ先をそらせば、オウムが守られて、真理が途絶えないですむのだから、サリンで殺され、ポアされることになった人たちも、真理を守るという功德を積むことになるので、誰であろうと、殺された人は最終解脱者・麻原によって、高い世界に転生させられて、真理を実践できるようにするのだ。だれも無駄死にということにはならないのだ。

——もう、御茶ノ水駅でした。この女性の足は、向きを変えようとしませんでした。私は、この人を殺してしまふのだ、と思いました。私は麻原の顔を思い浮かべました。「ああ、申し訳ありません。真理を守るためなので。高い世界へポアされてください」と、心のなかで叫びました。

当然のこととはいえ、サリンをまく直前、Hの葛藤がすさまじいものであったことがわかる。この葛藤を超えてHはサリンをまいた。最終的にサリンをまくことは「善い」ことだと判断したからである。問題は「なぜこういう判断をくだした」のかという点にあるが、次の三点に注目すべきだろう。第一に、Hには「人類救済という目的」があり、その目的により近づくことが「善いこと」であった。先に「根源的な善のかたち」を紹介したが、Hの場合でも、一見したところ善は同じ構造をもっているようにみえる。しかし、ここには、「根源的な善のかたち」と決定的に異なるところがある。オウムの「目的」はそのものの「本質」という意味ではない。それは、オウム信者の個人的な意識

にあらわれた、「主観的な目的」である。「善い」ということの基礎は、現実ではなく、教義に帰依する個人の「主観」に求められている。つまり、Hの場合、「善」が現実から遊離しているところに決定的な意味がある。

このことは、第二に、Hが葛藤を乗り越えたポイントとして、善が「比較考量」されていることとも関係している。たとえ殺人が悪だとしても、それを超える善によつて、殺人が善となる。こういう論理である。たとえば、アメリカ人には、第二次大戦の最終局面で原子爆弾を使ったことは「善い」という人が少なくない。もちろん広島と長崎における二十万人を超える市民の殺害を「善い」というのではない。戦争が長期化すれば、より多くのいのちが失われたであろう。トルーマンは、本土上陸戦をおこなった場合、約五十万人の死傷者がでると想定していた。それを回避できたことが「善い」というのである。人間のいのちが「数量化」されて、いのちを奪う「悪の量」と、いのちを救う「善の量」が「比較考量」されている。

第三に、Hの手記にある「理屈」という言葉にも注意してほしい。「理屈」あるいは「理論」は、現実を対象化し、抽象化したときに成り立つ。多くの場合「概念」もまたそうである。そして、現実が抽象化されたとき、近代科学の認識がそうであるように、現実は数量化された認識の対象となる。あきらかに右の比較考量の問題とつながっているが、この科学的な数量化的認識へのこだわりは近代人の信仰のようなものである。日常生活でも、たとえば「数字で示せ」といったことをよく聞く。そして、数字で示されれば、なんとなく説得されてしまう。たとえば学力が偏差値で示される。しかも、ほぼ偏差値にあった結論が実際にでる。現実のきびしさを思い知らされて、数字は現実をあらわすと思ひ込んでしまう。こういう人は少なくないが、しかし、数字は現実をあらわすものではない。それは錯覚であり、反対に、数字は現実を極端に抽象化したものである。つまり対象化的数量化的認識は現実から切り離されているのである。

以上のようにいえるのであれば、現実からの遊離、これが右の三点に共通してみられる性格である。そこで対象化的数量化的認識と現実とのかわりを簡単にみておこう。たとえば「1」というものは現実世界のどこにもない。一つの「みかん」や一本の「えんぴつ」はあっても「1」というものはない。現実にあるのは「みかん」であり「えんぴつ」である。「二つのみかん」は「そのみかん」の現実を捨象して、ただ個数という点に着目して、ありうるだけである。もちろん、その重さ、その大きさ、その甘度とあげていけば、いずれも数値であらわすことができるだろう。しかし、このような測定項目をどれほど増やし、どれほど精密にはかっても、測定結果は「そのみかん」の測定部分を抽象的に示しただけである。「そのみかん」の現実ではない。ただし、測定結果をみれば、あくまでも抽象的なレベルで、「そのみかん」の認識が可能である。そして、みかんの場合、この程度の現実認識があれば、「そのみかん」の認識としては充分だろう。それ以上に正確な認識を「みかん」に求める必要性はないからである。だから、物質的な世界において、数量化的認識は有効である。科学はロケットをまちがいになく月面に着陸させるのである。

しかし、人間の場合、物質と同じようにはいかない。「みかん」とは異なり、人間を認識するとき、「その人間」の具体的な現実とは、そのひとつひとつが捨象できないものである。人間も、みかんと同様、体重、身長、握力、走力、記憶力、計算力といった具合に個別的な項目をあげれば、いずれも数量化の対象となりうる。しかし、これらの数値をどれほど集めても、それは断片的なものであり、具体的な「その人間」を知ったことにはならない。数量化的認識は現実の抽象をとまなうので、物品のように抽象化できるものならともかく、抽象化すれば意味がなくなるようなものであれば、数量化的認識方法は無力である。先に述べたように、「人格」や「人間の尊厳」や「愛」などがその典型である。いずれも科学的な数量化的認識によってとらえることのできないものである。

Hはかつて優秀な心臓外科医であった。オウム教団の幹部には、理科系の出身者、それも大学院にまで進んだ者が

少なくなかった。しかし、彼らの行動をみれば、あるいは発言をきけば、きわめて「現実ばなれ」していたと思うのは私だけだろうか。それは、彼らが科学的認識にすぐれていても、人間の現実を認識していなかったことを暗示している。また、教祖麻原に惹かれた者の入信動機として、多くの信者は、人間に関わる倫理的・哲学的・宗教学的な難問に、麻原が「即答した」ことをあげている。ここにも、ユニーク・ソリューション（「単一解」）という科学的な数量的認識モデルへの信頼があるだろう。

しかし、人生にかかわる根本問題に対して、「ひとつの答え」はありえない。現に、多くの人は、どれほど優秀な人でも、この種の問題に即答できない。それが普通である。しかし、この場合、「人格」や「人間の尊厳」や「愛」について、その人は何も知らないのだろうか。そうではないだろう。「愛」を知らない人間はいない。「わかっている」けれども「口に出して説明できない」だけである。「愛」を知ることが「直観的認識」の一種であり、認識客を對象化し数量化することなく、いわばそれを「そのまま」つかみとる「知り方」である。科学的認識のように、認識客体として對象化されたものを、認識主体が「外から」とらえる對象化的な「知り方」の対極にある。だから、認識内容を、口に出すことはできない。Hは、教団幹部から「サリンをまいてもらいたい」といわれたときのことを次のように書いている。

——私は、まったく「あ……」というような切ない思いでした。（中略）それに重なるようにして、何とかこの指令から逃れたい、誰か他の人に替わってもらいたいという思いばかりが強くなり、しまいにはただ「ウーツ」と胸の詰まる思いになりました。

ここでHが「あ……」とか「ウーツ」と表現したもの、それは、殺人に対する悪の直観そのものである。このような直観は、認識客体が對象化されていないため、つまり認識主体と認識客体が分断されていないため、客観的な明確

性を欠く。そのため認識された内容を客観的に「説明できない」ので、こういう表現になる。Hがあらわそうとした「切ない思い」や「逃れたい思い」の現実的な内容はことばにならなかった。しかし、たとえことばにならなくても、私たちがHの手記を読むとき、彼の心情の現実を隅々まで、はつきりと「知る」ことができるだろう。Hは自分の行為が「悪」であることを「知って」いたし、私たちもそれを完全に了解できるのである。

Hは、サリンをまくことが「悪」だと直観的に知っていた。ところが、オウムの教義という「理屈」「理論」によって、悪の直観が克服されていく。これもまた理性のはたらきであるが、ついに、それは「善いこと」だと合理化され、殺害の実行にいたったのである。このようにみれば、サリンをまくことを「善いこと」だととらえた対象化的・理論的認識よりも、それを「悪いこと」だととらえた直観の方が正しかったといえる。しかし、もちろん、対象化的・理論的認識よりも直観の方が常に正しいとはいえないだろう。現に、オウムの教義という「理屈」、それにもとづく善と悪の対象化的・理論的認識、それらを根底でささえたのは、教祖麻原が「最終解脱者」だという認識であったが、それはあきらかに直観的な認識なのである。

オウムの教祖は「最終解脱者」ではなかった。しかしHは彼を「最終解脱者」だと直観した。つまり、この局面では、Hの直観は誤っていた。Hの直観は単なる「妄想 (die Illusion)」でしかなかった。直観的認識には、時として、この種の妄想がある。この危険性を軽視してはならない。直観的認識も、対象化的・理論的認識と同じく、現実をつかみえないことがある。しかし、そうであるとすれば、結局のところ、人間の認識能力には限界があつて、人間は善と悪を確実に認識することはできないという不可知論的・懐疑論的な結論になるのであるだろうか。

もちろん、そうではない。普遍的な規範的判断は成り立ちうる。ただし、それには、一つだけ条件がある。規範的判断の普遍性は、常に保証されているわけではなく、普遍性が成り立ちうるのは、その判断が「根源的な善のかたち」

にかかわるときにかぎられる。その意味では、普遍的な判断が成り立ちうる領域は狭いといえるかもしれない。しかし、たとえ限定された領域であるとしても、普遍的な判断が成り立つという事実が重要なのである。それが本当に「狭い領域」なのかどうかは次章の課題として、ここでは、普遍的に「知られて」いる「根源的な善のかたち」が一体どのような「知られ方」をしているのかについて簡単に整理をしておこう。

すでに見たように、「根源的な善のかたち」は「本質をより完全にあらわしたモノ」であり、「現実に存在するモノ」であった。したがって、人間の行動にかかわる倫理的善は、「生きる」という人間の本質をより完全にあらわした現実的な行動として、生活そのものであった。この場合、人間が「生きる」というのは、もちろん「理性的存在者として生きている」ことである。したがって、それは、第一に「生きている」という現実そのものを「知りながら生きる」ことであり、第二に「そのようにして生きている」ことからあらわれる諸要請を「知りながら生きる」ことである。ただし、これがもつとも重要なポイントになるが、ここで私が「知りながら」という場合、それは個人の意識作用において対象化された「表象」として、個人の「意識の前に立つ Vor-Stellung」ものとして「知られている」ということだけを意味しない。むしろ、ここでは、そのような「知り方」ではなく、「知る主体」と「知られる客体」という主客に分断されていない「知り方」のことを指している。

「知る主体」と「知られる客体」が二つに分かれてしまえば (Subjekt-Objekt Spaltung) 認識論の構造としては「理性的存在者」と「生きている」ことが分断され、「生きている」ことを対象化的に、「表象する」者だけが理性的存在者であり、そうでない者は理性的存在者ではなく、「人間ではない」ということになりかねない。ナチスはこのように考えた⁽⁴⁾。そして、たとえば重度の脳性麻痺患者は対象化的にそれを知ることができないので、彼らの生命は「人間として生きる価値なき生命」だということになって、それを奪うことは殺人ではないという主張に結び

ついたのである。たとえばワイマール期のドイツ刑法学を代表する学者のひとりカール・ビインディングの所説がそうであった。

ところで、このように「知る主体」と「知られる客体」を二分して、「表象」を絶対視する二元論は、十七世紀フランスの哲学者デカルトによつて哲学的に基礎づけられた近代科学の考え方と密接につながっている。デカルトによれば、認識主体は「精神」であり、認識客体は「物体」である。そして、精神の本性は「思惟」であり、物体の本性は「延長」つまり「空間的な量」である。ここでは認識主体としての「精神」と認識客体としての「物体」が二実体として完全に切り離されている。この前提があればこそ、精神の中に物的なものはなく、物体の中に精神的なものはないということができる。自然の中から精神的なもの一切がとりのぞかれ、精神以外のすべてのものは「物体」としてとらえられた。一切の自然は対象化し数量化できるものだと考えられたのである。古代や中世の自然学のように、自然がアニマに充たされているのであれば、自然を対象化し数量化して認識することはできない。しかし、精神以外のすべてが物体であり、人間の肉体を含めて物体はただ「延長」しているだけであれば、それは数学によつて書きあらわすことができる。ピサの斜塔からモノを落とせば、それが木であろうと、石であろうと、あるいは人間の肉体であつても、同じように落ちる。「落下法則」という一つの法則で「説明する」ことができるのである。

こうして自然から一切の神秘がなくなった。自然のすべては法則に支配されていると考えられた。もちろん、わからないこともあつたが、それは、もはや「神秘」というべきものではない。いずれ科学がそれを説明する。そう考えられたのである。そして、現に、科学は自然現象の多くを説明してきた。科学は本当に数えきれないほどの成果を人間の社会にもたらした。その輝かしい科学的成果は数量的認識方法の正しさを証明してあまりあるものであつた。当然、それは、人間に対してもあてはめられた。科学の観点からみれば、人間もまた自然の一部として数量的認識

の対象となり、それが、一方で医学や心理学の発達をうながし、他方で「意思の自由」を核心とする伝統的な倫理学を根底から揺さぶったのである。

たしかにデカルト的な「知り方」は人間の認識の一面を正確にとらえている。だからこそ、日常生活のいたるところで、私たちは科学的な「知り方」を現にしている。したがって、近代科学の対象化的な認識方法をただ否定するだけであれば、それは確実にあやまっている。しかし、これを絶対化してしまつて、対象化的な認識方法のほかに現実を「知る」手段はないというのであれば、それもまた同じようにあやまっていることを知らなければならぬ。私は、先に、人間は知ろうとするものの「あり方」に応じて異なつた「知り方」をすると述べた。「意思の自由」や「普遍的な善」ははじめから対象化的な認識方法では捉えられないのである。これらを「えんぴつ」や「みかん」と同じように認識しようとするところに無理があるといわなければならない。だから、私が「生きている」という現実を知りながら生きる」というとき、対象化されたものとして「知っている」のではなく、主体と客体が分断されなままに、直観的に「生きている」という現実を知っている」ことを指す。つまり、人間は、生きているという事実において、生きていることを「直知している」のである。

ところで、先に、直観的な認識には、妄想を含むことがあるといった。しかし、「生きている」という事実において、生きているということを知覚する」という「知り方」には、どのようなかたちであれ、妄想の介入する余地はない。なぜならば、このような「知り方」には、表象作用すら必要としないからである。直観的な認識には、このように、「生きている」という人間の存在そのものに支配された認識の仕方がある。そして、これが、善と悪を認識するのである。このことをはっきりさせるために、もう一度「根源的な善のかたち」にもどれば、そこでは、生活そのものが善であり、生きることが善であつた。人間は、意識的であれ無意識的であれ、生きているという人間存在の根源的な

事実支配されている。だから、たとえ自殺を決意していたとしても、どの渴きをおぼえて水を飲み、また空腹を満たそうとする。電車にとびこもうとして、跨線橋に向かっているときですら、急発進した自動車との衝突をトツサに避けようとする。人間は、現に生きているがゆえに、存在そのもの（意識ではない！）が生きていることへと傾いている。なるほど、意識のレベルで反省すれば、人間はたしかに千差万別であり相対的である。しかし、もつとも根源的な存在のレベルでは、すべての人間は一致して「生きる」ことへと傾いている。この共通性こそ、「生きる」という善の直観を、すなわち「根源的な善のかたち」の直観をすべての人間に保証しているのである。

すべての人間は「生きているという事実」において「生きる」という「善の根源的なかたち」を直観している。「生きる」ことは、あらゆる「善」がありうるための基盤であり、また、あらゆる「善」を知るための根拠である。もちろん、この一致した直観も、それが個人の主観的な意識作用に対象化されたとき、つまり自己の「前に—立つ（vorstellen）」とき、個人の個別的な経験の多様性にしたがって個別化される。個人のバラエティに富む「善の意識」が形成されるのはこのレベルでのことである。したがって、このレベルだけを見れば、「善の意識」は個人的な意識の産物として千差万別に個別化され、たとえ「善」があるとしても、その内容は個人次第であって、相対的なものだけということになる。このことはすでにみたとおりである。しかし、善は、個人の意識作用にあらわれる前には、「生きる」という共通の経験にささえられた「善の直観」として、万人に「知られて」いるのである。というよりも、このような普遍的な善が直観的に「知られて」いればこそ、善は、個人の意識作用において対象化されるし個別化されるのである。もし人間がこの「善の根源的なかたち」を知らなかったとすれば、そもそも、人間が「善」というものを意識の対象にすることもなかったはずである。とすれば、規範的判断は、それが規範的判断であるかぎり、すべての人間に対して開かれていることになる。それは、法的判断が天才の業ではないということを示している。

あえて比喩的にいえば、それは、まさしく「凡人の業」あるいは「万人の業」というべきものである。

五 結びにかえて

— 範例的な妥当性の根拠 —

以上、荒削りなものではあるが、私なりに「法的判断のすがた」をあきらかにした。もちろん、いわゆる「構想力」や「共通感覚」について哲学的な実質を充分に示すことができなかったため、私自身の主張にも、不明確なところが多く残されている。しかし、そのことを忸怩たる想いで自覚しつつも、法的判断は、カントが『判断力批判』で示した「趣味判断」の上に整序しうるものではないということまでは、それを示すことができたと思う。法的判断は、理性による類比的な推論を核心としており、あえてカントのことばを使うとしても、多くの場合、それは理性による「規定的判断」にかかわっており、真偽を明確に判定しうるものというべきであろう⁽⁴²⁾。最後に、もう一度、この点を整理しておきたい。

そこで冒頭に引用した原島の出発点にもどろう。原島はこういった。「われわれは法的判断で、規則・規範、つまり普遍がすでに用意されていなくても、事件、つまり個別・特殊について判断することを迫られます」と。たしかに、法律家が個別的な事件を考察するとき、それがどの実定法規に包摂され、どの先例（判例）にかかわるのか、そもそもそのことが判然としないようなケースはある。市民の行動規範という側面からみれば、そのことはよりはつきりとするだろう。したがって、もし実定的な規則や規範をもって「普遍」というのであれば、法的判断において「普遍が用意されていない」ということもできるだろう。しかし、それは、右のような仮定をしたときに、形式論理的にそう

いえるというだけのことである。

他方、私たちは、現実の社会をごく平穩に生きている。時に、その中で紛争が生じるけれども、それが法的紛争にまで発展することはほとんどない。大部分は日常生活の中で解決されるのである。このことは、日常生活の現実の中で、人間が平穩な共生を保証する法則として普遍的な規範を正確にとらえていることを暗示している。この現実を輕視してはならない。典型的な例をあげれば、貸したものが戻ってこないとき、紛争が生まれるだろう。この種の紛争はまさに日常的なものであり、日常的に生じ、そして日常的に解決されていく。それは、すべての人間が「借りたものは返すべきだ」ということを「知って」いるからであり、言い換えれば、この「命法 (der Imperativ)」が社会規範としての普遍性をもっているからである。つまり、この命法は、返さない人の生活をも含めて、現実の社会生活をささえているのである。だから、借り手がこの規範に違反するということは、単に貸し手の生活の基盤を侵害するだけにとどまらず、自らの生活基盤をも侵害していることになる。社会がこういう構造であればこそ、現実の社会生活をごく普通に生きることによって、単に外的な經驗⁽⁴³⁾としてのみならず内的な經驗としても、すべての人間はこの規範の普遍性を知ることができるのである。社会生活の個別的な現実の中に「普遍が用意されている」のである。

つまり社会規範の普遍性はその事実的な基礎を社会的現実の中にもっている。しかも、すでにみたように、社会はアトムとしての個人が集合したものではなく、人間の類的存在性格のあらわれであった。個人は社会の中にあり、社会は個人とともにある。したがって、究極的には、社会規範の普遍性は人間の存在そのものの中に「ある」ということができる。私たちは、社会生活の中で社会規範の普遍性を知りけれども、それは、「外から」の經驗によって社会規範を内面化するだけでなく、自己の存在そのものから、いわば「内から」の經驗によって社会規範を「直知」する。それゆえ規範はけっしてフレムトなものではない。いわゆる「社会化」の論理は決定的にあやまっている。それ

は「外的経験 (die äussere Erfahrung)」だけを経験とみているのであり、ただこの立場においてのみ、「普遍が用意されていない」ということがいえるのである。

このようにみてくれば、「根源的な善のかたち」に関してのみ成り立つ普遍的な判断も、その妥当領域はけっして狭いものではないということがわかるだろう。現実の社会は、「生きる」ことに直結した「根源的な善のかたち」がさまざまな現実に対応して、変化し、派生した事実によって組み立てられている。したがって、これが無限に数えられる個物として現象するとしても、そのすべてに普遍的な規範がかかわっている。だから、どれほど複雑な事実であっても、それが現実の生活事態であるかぎり、誰でも、そこに普遍的な規範をみいだすことができるのである。法的判断が「範例的妥当性」や「伝達可能性」をもつのは、まさしく「個物」をみる「その」個別化された特殊性の中に、普遍的な現実があらわれているからである。原島によれば、普遍は個別の中に個別を通じて「ある」が、この完全に正しい指摘は、批判哲学の論理と決別して、社会生活の現実を「現実に即して」とらえる論理をともなったときに、⁽⁴⁾はじめて説得力をもつといわなければならない。

- 論 説
- (1) 宗岡嗣郎『法と実存』四三頁以下参照。
 - (2) 原島重義「法的判断とは何か(一)―(三)」久留米大学法学二五、二六、三五号。
 - (3) 原島「前掲(一)」八六頁。なお一六頁参照。
 - (4) いうまでもなく、これは、古典的なレトリックを背景に、ハイデッガーによってあらたに意味づけられ、ガダマーによって継承された解釈の構造論を前提にしていることである。Vgl. Hans-Georg Gadamer, Vom Zirkel der Verstehens, 1959, in: Gesammelte Werke Bd. 2, S. 57ff.
 - (5) 最判平一・一一・一〇、福高判昭六〇・九・二八、福地判昭五七・六・一四。事実関係については、判例時報一〇五三号

一七一頁以下参照。

- (6) 原島「前掲(一)」九二頁以下。
- (7) 原島「前掲(一)」九〇頁以下、同「債務の一部不履行と債権者の反対給付義務」法政研究四九卷一―三合併号二八七頁以下参照。
- (8) 原島「前掲(二)」三二五頁以下。
- (9) カント『判断力批判上』(牧野英二訳) 岩波版カント全集八卷一〇二頁以下参照。
- (10) カント『前掲書』一〇五頁。
- (11) Hermann Cohen, *Kants Begründung der Ästhetik*, 1889, S.210ff.
- (12) Z.B. vgl. Cohen, *ibid.*, SS.25ff., 31ff., 102ff., 127ff., usw.
- (13) カント『プロレゴメナ』(湯本和男訳) 理想社版カント全集六卷三七二頁以下。
- (14) ヴィルヘルム・ヘッセンクールは次のようにいう。「個物が経験的なものであることは自明のことである。それはカテゴリーによって規定されている。しかしながらカテゴリー的な規定はそのものの理解のための手がかりを与えてはくれない。我々がそれを理解するのは、我々がそれに合目的性を帰するときである。しかしこのように合目的性を帰することはカテゴリーによって基礎づけられるものではないから、我々の理解は客観的に妥当するものではない。個物は、カントが主観的反省的判断と名づけたところの判断類型の対象である」と(伊古田理訳「個物を理解する―判断力の主観性と志向性について」坂部恵ほか編『カント・現代の論争に生きる』上巻一六七頁)。
- (15) カント『純粹理性批判』(原祐訳) 理想社版カント全集四卷二四一頁以下。なお、二版では、さらにすすめて「対象をその対象が現在していなくてさえ直観において表象する能力」という(前掲書三三二頁以下下段)。
- (16) 原島「前掲(三)」八二頁以下。
- (17) カント『純粹理性批判』前掲書二四八頁。
- (18) カント『純粹理性批判』前掲書一七六頁以下。
- (19) カント『純粹理性批判』前掲書二四九頁。
- (20) カント『純粹理性批判』前掲書一一三頁以下。

- (21) ハイデッガー『カントと形而上学の問題』（木場深定訳）理想社版ハイデッガー全集一九卷一五三頁以下、同『カントの純粹理性批判の現象学的解釈』（石井誠士、仲原孝、セヴェリン・ミューラー訳）創文社版ハイデッガー全集二五卷九六頁以下参照。
- (22) 細谷昌志『カント 表象と構想力』四〇頁以下。傍点は筆者。
- (23) 水波朗「人間の尊厳と基本的人権（二）」法の理論二〇号二四頁以下参照。
- (24) 共通感覚についての論稿は多くない。比較的入手しやすいものとして、中村雄二郎『共通感覚論—知の組みかえのために—』（岩波現代新書）を参照。中村は、共通感覚を個別的な五感の統合能力ととらえたうえで、豊かな哲学史的知見をふまえながら、共通感覚からあらわれるさまざまな問題を多角的包括的に考察している。もちろん、哲学的には、その「統合能力」の詳細こそが問われなければならないだろうが、中村の論稿では、人間の感覚器官の受容的な能力とは別に、それに対して働く能動的な能力が予定されていることに注目すべきであろう。伝統的存在論の「能動理性」の問題につながっているのだろう。なお、ハンス・ゲオルク・ガダマー『真理と方法Ⅰ』（饗田収他訳）二六頁以下、六〇頁以下参照。
- (25) 原島「前掲（三）」五九頁。
- (26) カント『判断力批判』前掲書一〇三頁。
- (27) ハンナ・アーレント『カント政治哲学の講義』（ロナルド・ベイナー編・浜田義文訳）などがこの方向にある。なおベイナー『政治的判断力』（浜田義文監訳）一六頁以下参照。アーレントは共通感覚について「きわめて私秘的でありながら、同時に万人にとって同一であるような感覚」（『カント政治哲学の講義』一〇七頁）という。それは、カント自身もいうように「共同体感覚（gemeinschaftlicher Sinn）」そのものであるが、このような人間の社会性につき、アーレントは「人間の相互依存を必要と欠乏（needs and wants）のために仲間に依存することであると主張するような、他の一切の理論から根本的に一線を画すもの」だととらえた（『前掲書』一一三頁）。こうして、アーレントは、「必要と欠乏」という、たしかにもっとも世俗的な要因であるが、そうであるがゆえに実はもっとも切実な実存の現実を軽視し、カント的な主観的格律で人間の公共性を語ろうとする。しかし、世俗的な、つまりは物質的な「必要と欠乏」は物的な存在者でもある「実存」が切実に要求するものであり、それゆえ法的・倫理的な「価値」の本質的な規定要因であるといわなければならない。これを軽視することは、法や倫理をもつばら精神的なものにとらえる観念論への誤った道をすすもうとすることにほかならない。重要なこ

とは、人間は他者の立場に立って思考しようという社会的な現実であって、この現実、個人におけると同様、実在する社会(公共体)における客観的な「原理」なのである。

- (28) ヨハネス・メスナーによれば、人間は、自らの生存使命を達成するために、社会的共働を必要としており、それによって補完されることを必要としている。メスナー『自然法』(水波朗、栗木壽夫、野尻武敏訳)一三〇頁以下。ただし、特に傍線部からあきらかになるように、個人が独立してできることまで「補完」は無条件に及ぶものではない(メスナー『前掲書』三二六頁以下)。つまり補完原理は個人のイニシアチブを前提にしているものであり、その意味では、これは個人に対して社会や国家が無条件に介入することを制約する原理でもある。この点を強調したのはアルトゥール・ウッツであった(Arthur F. Utz, *Sozialethik*, I. Teil: Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, 1958, SS.92, 277ff., 288f.)。ウッツは、人間が、物質的・文化的・倫理的な三つの生活側面において相互的な“Hilfeleistung”を必要とする存在者だという事実、人間の社会的本性の存在論的な基礎があるという(Utz, *ibid.*, SS.106-110)。「人間はまさに」く“Mittmenschen”として“Mithilfe”をもとめるのである。なお、ウッツの社会倫理学の全体像をコンパクトに示す文献として、Vgl. Bernd Kettner, *Sozialethik und Gemeinwohl, Die Begründung einer realistischen Sozialethik bei Arthur F. Utz*, 1992.

- (29) 私は「その環境にもっとも適合したかたちに修正されながら」と書いた。この局面では、当然のことながら、人間の選択意思が前面に出てくることに注意すべきである。したがって、イデオロギー的な色彩があらわれることもあるし、利己的利益の追求から紛争が生じることもある。このような一面はけっして軽視されてはならないが、だからといって、この一面だけを歴史的現実だというのであれば、人類史を正確公平にみたことにはならないだろう。

- (30) テンニエス『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト』(杉之原寿一訳)理想社版一二四頁以下参照。

- (31) 宗岡『前掲書』二四頁以下、八三頁以下参照。

- (32) 「直観」の意義はかなり広いが、本稿では、「有るものに直接的に出会わせる働き(das unmittelbare Begegnenlassen eines Seienden)」として、なかんずく「出会われるべき有るものが認識する存在者を触発し、襲来する作用」として、「直観」ということばを使用する(ハイデッガー『カントの純粹理性批判の現象学的解釈』創文社版ハイデッガー全集二五卷八八頁以下参照)。

- (33) このことはマスターベーションを「精子の消費」として禁じていたこと、および、女性の同性愛が寛大にみられていたのに対して、男性の同性愛が重罪であったことから了解できる。要するに、ユダヤの性規範は、妊娠をとまわらないセックスを否定したのであり、快楽としてのセックスを否定したわけではない。クレッカー、トゥヴォルシュカ編『性の倫理』諸宗教の倫理学第一巻（石橋孝明、榎津充悟訳）二頁以下参照。
- (34) クレッカー、トゥヴォルシュカ編『前掲書』一一七頁以下参照。
- (35) 神は「あなたがたが住んでいたエジプトの地のならわしをまねてはならない」ということばをモーゼに告げ（レビ記一八・三）、「エジプトの性風俗の例として同性愛をあげている（レビ記一八・一九）。
- (36) See Helmut Thielicke, *The Ethics of Sex*, 1964, pp.269seq., 287-292.
- (37) Vgl. Johannes Messner, *Kulturethik mit Grundlegung durch Prinzipienethik und Persönlichkeitsethik*, 1954, SS.231-236.
- (38) Cf. John Finnis, *Fundamentals of Ethics*, 1983, pp.17-19. Ferner vgl. Utz, *Erkenntnistheoretische Anmerkungen zur Frage der Trennung von empirischer und philosophischer Gesellschaftswissenschaft*, in: Utz (Herg.), *Gesellschaftspolitik mit order ohne Weltanschauung?* 1980, S.227ff.
- (39) 水波「現代社会とキリスト教社会論」南山社会倫理研究叢書二巻（高橋広次編）二四頁以下参照。
- (40) メスナー『自然法』二二頁以下参照。
- (41) このことに関してはヴァルター・ベンヤミンにふれておきたい。私がここでベンヤミンをあげるのは、ひとつには原島がベンヤミンに言及していることによる。原島「前掲（一）」七四頁以下参照。原島はベンヤミンのもっとも魅力的なところを引いているけれども、その核心は、ジャック・デリダがはつきりと指摘しているように、ベンヤミンが認識における表象以前の現実に着目している点にある（ジャック・デリダ『法の力』〈堅田研一訳〉七九頁以下参照）。つまり、ベンヤミンの思想は、「なぜ今カントか」という原島の問題意識の対極にある「ものの見方」を前提にしているのである。たとえばベンヤミン『暴力批判論』（野村修訳）ヴァルター・ベンヤミン著作集一巻を参照。
- (42) Vgl. Messner, *ibid.*, SS.237ff., insbes. 240f., 246ff.
- (43) Vgl. Utz, *ibid.*, S.234ff. メスナーも「経験」こそ倫理的認識の根源だという。つまり、「真」の認識に関しては、存在

の領域と倫理の領域を区別してはならないという。さもないければ、倫理はもつとも確実な基礎を失うからである。ただし、経験には、「外的経験」と「内的経験」の二種があり、どちらの経験に属する事実であっても、ともに倫理的認識の根源であると指摘している。Vgl. Messner, *ibid.*, SS.225ff., 231ff.

(44) Vgl. Ketterer, *ibid.*, SS.42ff., 46ff.