

| | |
|------------------|---|
| Title | 団藤重光著 『法学入門』 |
| Sub Title | Shigemitsu Dando, An Introduction to the Jurisprudence |
| Author | 伊東, 乾(Ito, Susumu) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1974 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.47, No.7 (1974. 7) ,p.92- 98 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 紹介と批評 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19740715-0092 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

紹介と批評

団藤 重光 著

『法学入門』

一気に読了して、私は、いま、強い興奮に促えられている。こんなにも相似た思想が、尊敬する先達によつて、既に展開されていたとは、驚きであつた。実は、私自身、講談社の学説史シリーズの一卷として、目下「法学のあゆみ」の編著に従つている。企画が老大にすぎるために、シリーズの刊行は遅延しているが、そこで提示した私の思想は、数年を遡る企画発足の当初に、覚え書に纏めて用意したものであつた。それと、これとが、不思議にも、よく似ている。どうした事であろうか。そう思つて、私は、興奮を覚えるのである。

もし既にこの所説のあることを知つていたら、私の覚え書や、これに基づく原稿は、力説の重点を変えていたに違いない。本書発刊の時、既に私の原稿は完成していたから、重点の移動はもはや不可能であつたが、せめて原稿が印刷に渡る前に本書を披見していたら、挑戦的な拙文の調子を柔げるために、文章の語尾を更めるくら

いことは出来たことであろう。私は、もつと早く、本書を読むべきであつた。

本書の披見が遅れたのは、時間のないことも事実ではあつたが、本当は、それ以上に、私自身の入門嫌い・概論嫌いの為であつた。およそ入門のたぐい、概論のたぐいを、私は好まない。それらは、おおむね、綺麗事の慰めを与えるだけで、思想を觸発することがないからである。だから、本書の場合も、飛びついて読む気はしなかつたが、それでいて、何かウシロ髪を曳かれる思いはあつた。著者・団藤教授は、人も知る、刑法および刑事訴訟法の泰斗である。碩学が通り一遍の概論を書くはずは無いのではないか。表題は「入門」でも、その実は入門でないのではないか。だから、本書は、すぐには読まないとしても、近々に一度は読んでみよう。たまたま恵まれた時間を遅ればせながら本書の披見に当たつたのは、当初はその位の気持に過ぎなかつた。読んでみて、そうして……。のんきな気持は、いつしか、吹飛んでいた。私は、いま、もつと早く、本書を読むべきであつた、と思ふのである。

本書「法学入門」は、本文三三八頁、筑摩書房版現代法学全集の第一巻であつて、全集の配本も本書から始められた。内容は、大きく、第一編「法」と第二編「法学」とに分かれたれ、約二一〇頁が「法」に、約一二〇頁が「法学」に宛てられている。

劈頭第一節(第一編第一章第一節)が「われわれのものとしての法」と題せられていることは、本書の特質を象徴する。「法はわれわれにとつて所与ではなくて課題である」、「法も法学も、…絶え

ざる——しかも主体的な——形成過程においてこそとらえられる」、「われわれは権利・義務ないし法律関係の主体としてその立場に立つて法をとらえるという意味で法における主体性をもつとともに、客観的な法を動かして行く原動力であり担い手であるという意味で法における主体性をもつている」、と著者はいう（六頁、七頁。これが本書のテーマであつて、巻初にまずテーマを提示し、以下、全巻を一つのテーマで貫いてみせるのである）。

それなら、その法とは何か、ということから、叙述は始められ、第一編の第一章「序論」（第二節・第三節）では、法は社会規範であること、法と他の社会規範とくに道德との相関相違、法規範の性質、および日本法の歩みが説かれる。著者は、「公的な強制をとめない公権力によつて強行されうる社会規範」を法とみて、必ずしも法を国家法に限定はしない（二二頁）。ここで「公的な強制」というのは、国家権力ないし中央権力による強制というような狭い意味ではないが（二三頁）、こうした緩やかな意味での「公けの強制」が形式的に法と他の社会規範とを区別するばかりでなく（二三頁）、実質的には法的確信が兩者を区別し（二五頁）、理念的には正義を志向するかな否かが兩者を区別する（二六頁）。注目すべきは、著者が、法は単なる社会統制の手段ではないとしていること（二九頁、四〇頁、四一頁）、私なども特に強調したい一点である。

第二章には、「法の静態」が論じられ、実定法の領域的構造、実定法の階層的構造、および権利と権利主体が説かれている。領域的構造の説明は、憲法・民法・刑法というような平板な各説ではなく、

公法と私法、市民法と社会法、実体法と訴訟法、司法法と行政法、民事法と刑事法、国内法・国際法・世界法という立体的な説明である。注意をひくのは、公法と私法との区別に関連して、「およそ『本質』の問題を否定して、すべてを技術的見地だけから割り切るうとする見解もあるが、それはわたくしの採らないところである」ということが言われ（八五―八六頁）、また、権利主体の説明に関連して、「わたくしも、前述のように、法人格の問題が法技術的なものであることをみとめるが、法における主体性を強調するわたくしの立場からすれば、法律関係における主体も——技術的理由からの例外はあつてもよいが——原則的には経済的ないし道德的の主体と一致するべきものと考え」ということが言われていること（二一八頁）、これまた賛成を禁じえない。

第三章には「法の動態」が論じられ、第一節・総説で、法を動かす力として、生物学的因子・経済的因子・政治的因子を説いたあと、第二節・法の形成として、主として制定法の「立法過程」が分析され、第三節・法の実現として、主として「司法過程」が分析せられる。「司法過程」といへばアメリカのリアリズム法学が想起せられるが、「司法過程における主体性の契機は、リアリズムことに行動科学的アプローチだけでは把握し切れない」というのが著者の立場であり（二八一頁）、「わたくしは、司法過程は、裁判官および当事者その他の訴訟関係人の人格の主体性の面を捨象して理解することはできないものと考え」とも言われている（二九二頁）。すなわち、法の形成も、その実現も、つまるところは、すべて、課題としての

法を追求する我々自身の主体的活動に他ならないというのが、著者の言おうとするところなのであつて、恐らくは本書全巻の中枢部を成すものと見るべきであらう。行文中、「形骸化された「合法性」の論理によつて「正統性 (Legitimacy)」が失われることの危険」を指摘し(二二六頁)、「法的安定性は、固定的・静的なものではなくて、發展的・動的なものでなければならぬ」ことを説き(二六六頁)、「司法権の独立は、……三権分立論的な自由主義からの基礎づけをこえて、法の本質そのものによつて基礎づけられる」と言い(二七五頁)、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行」うという場合の「裁判官の良心」とは「裁判官として客観的にもつべき良心」の意ではなく、「いやしくも「良心」の名に値するものである以上は、一人一人の裁判官がみずからの内奥の声にきくのであるべし」と説く(二七七頁)等の点は、すべて賛同すべき卓見といえる。賛同すべきかどうかを別にすれば、制定法の立法過程を手続形成と実体形成とに分けて説くのも、著者らしい説明である。

第四章には「法の理念と実定法の効力の限界」として、正義と法的安定性と合目的性とが説かれ、また、悪法の問題、抵抗権の問題、緊急権の問題、そして「世界が減びるとも正義は行なわれるべきだ」の問題が説かれ、この第四章をもつて第一編は閉じられる。一般化的正義と個別化的正義との対立相観が、定型化的思考と弁証法とによつて克服せられるほかないことを説く(一九七頁)のは、正当である。本章の最後が、リンカーソンの人身保護手続停止措置にかかわるジャクソンの論評に触れ、「この種の事態は、事件の渦中

においてこそ問題としての重要性をもつ。その意味で、ここでも、その解決は多分に主体的・動的なものでなければならぬはずである」と受けたあと、次のような言葉で結ばれていることも、附言しておかなければなるまい。曰く、「わたくしは、本編の冒頭に法を説きおこすのについて、法における主体性からはじめた。そうして、ここに法についての一応の考察を終るにあつて、また、法における主体性をもつて結ぶことになつたわけである」と(二二三頁)。

第二編は「法学」に捧げられるが、第一章・序論に、極めて重要な指摘がある。法学は、法を対象とする学であるが、「法学には、もうひとつの面、すなわち、法の中に飛びこんで行つてそこで実践的な役目を果たすという面がある」という指摘がそれであつて(二一七頁)、著者は、そのようなものとしての法学を、実践法学と名づけ、解釈法学をその中心にすえる。そうして、曰く、キルヒマンは「立法者の三つの訂正のことばによつて全図書館が反故になる」といつて解釈法学の学としての無価値を論じたが、「いまここにわれわれがもつている実定法はそれじたい、いまのわれわれにとつてもつとも重要なものであり、動態における法のぬきさしならない一こまであることを忘れてはならない。それは歴史の流れの一こま、一こまが絶対的な意義をもつと同じ意味で、ひとつの絶対性をもつている。将来、実定法がどのように変わるとも、現在のわれわれの法生活は、現在の実定法によつて規整される。かような視点からすれば、解釈法学は、それじたいとして、動かすことのできない実践的価値を有するのであり、法改正によつて早晚役に立たなくなると

してもそのことはこの意味における価値を左右するものではない。「ここがロドゥス島」(ここが甌れ (Die Rhodus, die salte))、「アイソポス(イソップ)である」と。

第二章は「法学の諸傾向とその系譜」であつて、法学のはじまりとローマ法学・自然法論・合理主義的自然法論と啓蒙思想・ドイツ観念論・功利主義およびプラグマチズム・歴史法学派から史的唯物論まで・法実証主義・自由法論と法社会学・現代法学の諸傾向の九節に分類して様々な思想が鳥瞰せられる。一応の手引きにすぎないと断りながらも、サイバネティックスやタンメロにまで言及され、一九七二年の外国文献まで引かれた仲々周到な解説である。解説の最後は、ジェローム・ホルの統合的法学に収斂せしめられており、そのいわゆるアクションとしての法 (Law-action) の考え方が、著者の思想の背景を成すものであるらしいことを推測させる。そう言へば、本書は、巻頭の献辞をもつて、そのジェローム・ホルに捧げられている。

第三章は「法学の諸分野とその任務」であつて、重点は、当然に、法の解釈の方法ということに置かれるが、論念解釈や利益の較量がそれ自体として解釈を決定しうるものではないことは言うまでもない。そこで「われわれは、法の解釈にあつては、法の奥にあるものを探らなければならない」(三〇九頁)。それは法律をつくつた立案者の意思であろうか。否、「法が生きた社会に適用され、生きた社会を規制する任務をもつているものである以上、いつたん立案者の手から離れて、客観的な法規範として存在するに至つた以上

は、その社会とともに生きるべき運命を与えられ、いわば独立の生命力をもつてみずからを發展させて行くべきことになる」のだからである(三一〇頁)。それなら、「立法者の合理的な意思」とか「合理的な立法趣旨」という風に、言いかえてみては、どうであろうか。それでは単なる同義反覆になる。それらこそが、まさに解釈の方法で、求められなければならないものだからである。従つて、いわゆる法の欠缺(著者はこれを「法の欠如」と呼んでいる)も、別に特別の事態を示すのではない。それは「法解釈の一般原理の単なる一つの適用にすぎない」(三二二頁)。およそ、法の奥にあつて、解釈の基準となるものは、何であるか。それは、例えば、条理とか自然法とかである他はなからう。だが、条理とか自然法とかいうことになれば、これを肯定するものもあれば否定するものもあり、他の基準を附加するものもあれば、他の基準をもつて代えようとするものもある。つまり、「法の解釈の窮極にあるものは法哲学、世界観、イデオロギーの問題であつて」(三二三頁)、判断は、とくに現代社会にあつては、多元的に岐れる。それなら、法の解釈は、ついに主観的なものに終らざるをえないか。客観的な解釈ということはおおよそ不可能であるか。否、と著者は答える。客観的ということ、静的、形式的に考えるかぎり、不可能とすべきでもあろう。だが、法の意味を、静的、形式的に理解しようとすること自体、法の本質に反する。「法解釈の客観性は、解釈法学の実践法学的性格の見地から、司法過程において主体的・実践的に、したがつてまた、動的に確保されるべきであり、また確保されることが可能である」(三三二頁)。

結んで、曰く、「各人の主体的主張をそれぞれにみとめることは、ラートブルッフ流の相対主義に似ているが、そうではない。各人の主体的主張がオーケストラのように調和するであろうという見方も、現実をみない理想主義的樂觀論である。各人の主体的主張は、徹底的に矛盾し対立することが——ことに階級に結びつくときは——いくらもありうる。その解決は、最終的には静的でなく動的であり、調和的でなく闘争的であり、そうした意味を含めて主体的である(ただ、闘争的とはいつても、法のわくの中では、暴力が許されるのは正当防衛その他の特殊例外的なばあいに限定される)。それによつて、落ちつくべきところに落ちつくであろう。社会的要請が何であるかということも、かように、所与としてでなく課題として把握されなければならぬ。わたくしは時空を超越した自然法をみとめないが、自然法否定論者ではない。もし自然法があるとすれば、人間および事物の本性により、このようなプロセスを通して、おのずから発現するはずである。はじめから自然法の具体的内容を前提してこれを押し進めるといふことは、主体的立場のひとつとしてありうるだけのことだとおもう」と(三三三—三三六頁)。「エピソード」として、ファウストからの一節が掲げられ、全巻の幕が閉じられる(三七—三三八頁)。

一読して、本書が、単なる入門書・概論書でないことは、明かである。それは明確な問題意識をもつて綴られ、人間から人間へ訴えるものを持つている。思索が触発され、読者は著者とともに考えつつ進まざるをえないのである。だから、本書は、人間の書・教養の

書と、評せられてよい。「入門」に必要なものも、実は、こうした勝義の教科書である。

そのようなものとして、この本は、また、大変によく出来ている。文章は平明で、語り口にも余裕がある。例証はすべて具体的で(例えば決定論を排して意志自由論を説くについて統計グラフ入りの実例が挙げられる、四一頁以下)、随所に余談めいた逸話まで登場する(二六五頁、二九〇頁等)。素材は豊富で、説明は周到である。刑事法の素材が豊かなのは当然だが、法思想史の造詣の深さも思われる。法の形成と法の実現とを対比するに先立ち、法が機能していること自体を別論しておくがごときは(一一九頁)、説明の周到を立証すると言えよう。説明の周到は、調和と中庸を本旨とする著者の基本姿勢に由来するようだが、そのためか、全巻に、暖かさと大きさとが、感じられる。そうした膺あいを、本書では、論述の有機的構造が、渾然とした一体に纏めあげている。法自体をして先ず自己を語らしめてのち(第一編)これを受けて法学を論じ(第二編)、法の動態(第一編第三章)を説く予備作業としてその直前に法の静態(同第二章)を説くなど、すべて一項は次項を呼びおこすように組立てられており、全体としての仕組みは簡明であるのみならず、最後はすべてが法の主体的解釈ということへ集約されて行くのである。独自の、一つの思想を、全巻に貫くという試みが、そうした有機的構造を可能ならしめている実体に他ならない。勿論、不満がないわけではなく、小さいところでは、例えば、刑事法への偏りが大きすぎることに、問題状況が明確でなく、公害問題という言葉ばかりが何遍も繰返される

こと(五六頁、七一頁、九一頁ほか)など、大きなところでは、寛容が過ぎて、切捨てられるべきものが切捨てられずに取込まれ、従つて、たとえは、なお法の精神面がその物質面に圧倒されて萎縮していることが、気になるが、これらは本書の価値とは関わりのない評者の主観である。流石は練達の人の作品だと言わなければならない。

だが、本書の本当の価値は、その全巻に貫かれた一つの思想が、著者の独自の且つ新しい思想だという点にある。それは、前出の、主体的法解釈の理論であつて、「法解釈について種々さまざまな解釈が主体的に持ち出され、それが判例に反映し……このような判例の形成において、これらの見解の一つのもの、あるいはいくつものものが、そのままの形においてであろうと修正された形においてであろうと、あるいは複合的な形においてであろうと、採用される。かようにして法そのものが、客観的にさらに形成されて行くのである」(三二六―三二七頁)。「実は個々の学説における主体的な主張そのものでさえも、決して単純に主観的なものではない。……われわれはいくら主観的にものをみようとのおもつても、円い月を三角にみることは……不可能」なのである(三二七頁)。「かように、もともと客観的要素をも内蔵している個々の解釈論の見解が、司法過程に組みこまれるとき、より本来的な意味で客観性を帯びるものになつて行くのである。判例の中にも無数の矛盾・対立がみられるが、それは社会的要請の部分的反映であることが多く、やがて、判例がひとつのまとまつた潮流になつて行くとき、それは社会的基盤にもとづく客観性を獲得することになる。その際、国民もまた法のにない

手として司法過程に間接的なながらも働きかけるものであることは司法過程の項で考察したとおりであり、それが判例の——すなわち法解釈の——社会的客観性の担保になつていゝといつてよい。実践法学は、かようにして広義の司法過程の中に組みこまれたものであり、だからこそ「実践」法学の名に値するのであることは前述のとおりである。主体的―主観的ともいふべき法解釈が社会的な客観性を獲得するのは、こうした論理的および実際のなプロセスを経てである」(三二七―三二八頁)。それなら「主体性とは何か。それは最後まで客体化されないと場所のものであり、思惟する者、行為する者である。……わたくしは、思惟する者、行為する者としての個人にもつとも根源的なものをみとめざるを得ない」(三三三頁)。「主体性の根源であるところの個人の主体性が」また「個人主義・超個人主義の対立を解決するための前提」でさえある。「主体的意味における人間の *«ratio»*こそが *«ultima ratio»*でなければならない」。「かようにして、解釈法学——ことに現代法における——の窮極にあるものとは個人の人間の価値——人格の尊厳 (*«dignitas: veritas»*)——である」。「わたくしは、……法学の人文科学としての性格を忘れることはできないとおもう」(以上すべて三三四頁)。

これは、私自身の提唱と、極めて類似する。未だ刊行には至らないが本書の刊行前に書かれてしまつた原稿において、私も、また、解釈の客観性が動的にのみ希求せらるべきことを説いた(近刊の予定^①)。主体性という言葉こそは用いなかつたが、趣旨と志向とは全く同一であるから、勿論、団藤教授の所説に全面的に賛成す

る。もつとも、私は、動的な形成に委ねれば、対立の解決が「落ちつくべきところに落ちつく」(既出三三六頁、傍点筆者)とは思わぬ(「落着いてはならないところに落着くのも同じ仕方によつてである」)し、判例にしかく大きな比重が帰せられるのも相当でないと考え(中心におかれるべきは国民の法意識である。だが、これは、既に、趣旨と志向とをこえた細目なり基礎なりの問題であろう。私は、自分が極めて挑戦的にか書けなかつた理論を、冷静に、ヨリ説得的に展開された教授に、むしろ感謝を贈らなければならぬ)。

なお惜しむべきところがあるとすれば、それは、団藤教授の本書が、私自身の前記原稿と同様、(然らば当初の主体的解釈それ自体はいかにあるべきか)との重要な問題を、他から区別して明確には論じていない、という点であろう。いずれもこの問題を遺却しているわけでは決してない。けれども、それが、客観性の動的形成の問題と、一体化し、混合せしめられている結果、明瞭にはこれを捉ええないことになつてゐる。もし、ここで、「お好きなように」としか言えないとすると、動態的解釈論は、相対主義の尻ぬぐいのためこれに口実を考えてやるだけのものに墮してしまつて、超克どころの話ではなくなる。

私の原稿の場合は、成功はしなかつたが、その「解釈の絶対基準」を樹てる方に重点があつた。私の樹てようとする基準を、人が普通は客観的でないと言つて排撃するから、解釈基準しがつて解釈が静的な意味で客観的である必要はないことを説いたのであつて(何を基準とすべきかが動的に決まるのではなく、基準とすべきものは決ま

つていて(絶対)、それが動的にのみ捉えられるのである)、動的客観とすることが未だ言われていないことであつたがためにその詳説を必要としたとともに、人が通常の「解釈の基準」とするものを排撃せんがために異常に挑戦的になつたのであつた。そうした問題意識からであろう。私には、本書中の、たとえば次のような叙述に、動態論以上の強い共鳴が覚えしめられる。曰く、「科学」と「利益」がすべてであるか」(二七四頁、「〇〇」を「〇〇」に変えた。曰く、「社会制御一辺倒の考え方は、法の機械化、人間疎外の傾向を伴いがちである」(三四頁)、等々。まことに、法学現時の潮流は、寒心に耐えないものがある。その危険が大方によつて危険とは感しられていないところに、最大の危険が伏在する。

もし、私が団藤教授の所説あるを知つていたならば、すなわち、もし、動態的解釈理論が既に存在していたとするならば、私は、恐らくは、これを所与の武器として、むしろ、解釈の絶対基準の論定の方に、その力を傾注してゐたことであろう。同じことを二か所でそれぞれに努めていたことは、思えば無駄なことであつた。団藤教授の本書が、更に早く刊行されていなかつた以上、今回の衝突は避けえないことであつたが、刊行後にも直ぐ読んでいけば、せめて私の原稿の字句の末くらいは柔けることができたであろう。私は、もつと早く、本書を読むべきであつた。(昭和四九・六・一八稿)

(筑摩書房、定価二一〇〇円)