慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	根岸政治学に関する若干の考察 : 私的回顧と憲法学からの管見
Sub Title	A Reflection on the Political Theory of Professor Takeshi Negishi
Author	駒村, 圭吾(Komamura, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2004
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.12 (2004. 12) ,p.57- 98
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	根岸毅教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20041228-0057

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.

根岸政治学に関する若干の考察

――私的回顧と憲法学からの管見――

駒村圭吾

一　はじめに
二　根岸政治学の構成要素
(一)　理学と工学
(二)　規範的議論から問題解決の学へ
(三)　再行主義（または「やり直しの機会の確保」）と民主主義
(四)　相対主義と寛容の限界
三　根岸政治学の戦略的含意―私的回顧―
(一)　私的回顧
(二)　問題解決の観点からする政治学・法学批判
(三)　九・一一と学問の責任
四　根岸政治学と憲法学
(一)　民主主義
(二)　違憲審査
(三)　人　権

一　はじめに

根岸毅教授の政治理論は強い。堅固である。

容易には否定しがたい前提をおいて、その上に明解な定義と緻密な論理で理路を進め、民主主義という仕組みをそのような前提と定義と論理からなる自己完結した結晶体として提示する……そういう仕事を一貫して行ってきたのが根岸政治学である。

もっとも、このようなこけおどしにも聞こえる賛辞は、根岸教授の最も嫌うところであると思う。根岸教授の政治理論がどのような構成要素から構築されたものかは、おいおい後述するとして、今回改めて同教授の著作を概観しなおしてみると、やはり、その理論は強く堅固であると言わざるを得ない。

このような理論に対して取りうる対応はふたつである。すなわち、真正面から対決するか、でなければ、対決を避けて傍観するかしかない。つまり、中途半端な考察を許さないのである。もちろん、政治学を専門としない筆者には、正面からの対決など能力上できるはずもない。が、他面、政治学と隣接する（？）法律学領域である憲法学を専門とする筆者としては、門外漢を決め込んで傍観するわけにもいかない。本小稿で、筆者にできるであろうことは、根岸教授の政治学の特徴を私なりに浮き彫りにし、根岸理論が法律学を含めた社会科学に何を訴えてきたのかを明らかにすることによって、いわばある種のビギナーズ・ガイドを提供することと、根岸教授の理論を自分のフィールドである憲法学の領域に適用した場合の問題点を若干書き留めておくくらいである。言い換えれば、専攻の違う私がなぜ根岸理論に惹かれるのか、またどこに違和を感じているのか、を整理することを通じて、根岸理論の一断面の紹介を試みるのが、この小稿の目論見である。

二　根岸政治学の構成要素

どの学問もそうであるが、研究者が長年構築してきた独自の理論体系を要約することは容易ではない。根岸教授の政治理論も長年にわたり蓄積されてきた諸論稿が絡み合った体系をなしており、同様に安易な要約を許すものではない。が、幸いなことに、根岸教授は、自身の学問的探求の旅程を、わき道にそれることなく、ただひとつの行程表に従って一貫して歩んでこられた研究者である。私も含めて、多くの研究者は、研究の旅程表はおろか、今いる場所すらよく分からず、歩んでいる。出発地も目的地も定めぬ気ままな散歩を繰り返し、後から自己の足跡を振り返って、かなり強引に一貫性を確認し、安堵することが多いのではないか。だから多くの場合、立ち止まったり、迷ったりしたことがそのまま論文に反映されてしまう。一方、根岸教授の理論体系は、同教授の理路と波長が合いさえすれば、どこまでもトレースしていくことができるし、それが可能なように諸論文が作り上げられている（本号所収の根岸論文もそうであるが、同教授の論文のほとんどが、太字や傍線で強調された文章とそうでない文章から成っており、太字や傍線で強調された部分だけをつなぎ合わせると、それだけで完結した要約になるように工夫されている。つまり、ひとつの論文がはっきりと自己完結しているのである。さらに先行する論文との関連性も明示されているので、個々の完結した作品を追跡する順序さえ間違わなければ、その体系の全貌を知ることが可能になる。）。

根岸教授は、研究の当初から、あるひとつの問い、つまり「国家とは何か」を問い続けてきた。[1] そして、それに対する解答は、「装置（device）としての国家」論であった（より正確に言うと、「装置に特有の仕事として規則の設定と維持を行う装置」ということになる。[2]）。そして、この問いと解答は、それと双子の関係にあるもうひとつの問い、つまり、「学問としての政治学とは何か」という問いの探求の結果生まれたものである。根岸教授によれ

ば、政治学とは「国家という装置を対象にする工学」である。

このように根岸教授の国家論は、その政治学観、さらに言えば、学問観が生み出したものである。つまり、根岸教授の理論のエッセンスは、同教授の「学問としての政治学とは何か」との問いかけとそれへの解答を知ることなくしては、つかむことはできない。以下、筆者が重要だと思う同教授の政治学の構成要素を紹介することを通じて、その理論的特徴を確認してみたい。

(一) 理学と工学

根岸政治学の最も基本的な特徴は、（政治学を超えて）学問そのものの方法論的基礎を「理学」と「工学」に区分する点にある。両者の根本的相違は、研究活動を構成する際に「問題解決の意図」をその構想に組み込むか否かに求められる。(3)

根岸教授によれば、われわれの日常生活は問題解決の作業の連続である。問題解決とは、望ましい状況（目的ないし価値）を生起させるために、知識を活用して手立て（手段）を考え出し、それを実行に移し、その成否を吟味する試行錯誤の営みである。同教授は、「その知識を生産するのは学問である。とすれば、問題解決の作業が学問の手引きを受けなくてよいはずはない」として、以下のように述べる。(4)

> 知識が問題解決に役立つという関係は、自然科学系の分野にはごく当たり前に存在している。しかし、社会科学系の分野では、広い範囲で日常生活（問題解決）と学問（科学）が分断されている。それは、社会科学では、「科学の客観性」、「価値と事実の峻別」、「価値判断の排除」の要請が強い影響力をもっており、研究者が意図的にその関係を断ち切ろうとしているからである。政治学は、そのような状況にある学問分野の一つである。
>
> 私は、日常生活と学問のこのような関係が健全であるとは思わない。私は、社会科学においても、学問が生み出す知

識が日常の問題解決の作業の手引きをするべきであるし、またそれができると考えている。

政治学を含む社会科学一般における日常生活（問題解決）と学問（科学）の分断状況に対する危機感が表明された右の文章を読むとき、かかる危機感の表明とともに特徴的なのは、自然科学と社会科学の間に差異を認めないという視点の存在である。根岸教授にとっては、自然科学も社会科学も「『仮説を事実と照らし合わせてその妥当性を確認し、受容または拒否する』という手続きを踏んで行なわれる法則入手の活動」を核心とし、加えてその法則を活用して行なわれる知的活動をも射程に入れて展開される点で、[5] 全く同じ営みとされる。政治学では、このような法則の入手と活用が余り意識されずに、学問が展開されることが多い。[6] 根岸教授は、この意識されない（あるいは隠蔽された）局面を学問方法論として「問題解決」という視点から自覚的に顕現させていく。

さて、問題とは、事物が「不都合」と評価される状態にあることを意味し、問題解決の作業とは、人がある状態を不都合と捉えるときに始まり、同時にそれは、その人が別の状態を「好ましい」と捉えていることを意味する。[7]（このように好ましいと評価され、したがって、人が行動を起こして実現しようとする事物の状態のことを「目的」という。また、根岸教授によれば、「価値」とは、「好ましさ」のことであるから、[8] 問題解決の作業は、価値をめぐる議論（さらに言えばその議論を責任分担とする学問である哲学）と本来的に密接に関わっていることになる）。

問題解決の構成を、y（被説明変数）、x（説明変数）による $y = f(x)$ の関数系（法則）で捉えた場合、問題解決の論理構造は次のように説明できる。[9]

問題解決とは、不都合と評価される特定の状態を除去し、好ましいと評価される別の状況を生起させることである。これは、「不都合が除去された状態を被説明変数が特定の値をとった状態として記述できる法則」の活用によってのみ可能となる。すなわち、その法則の被説明変数が目的とされる状態に対応する値をとった場合の説明変数の値を特定し、説明変数がその値をとる状態を実際に生起させることで、結果として目的状態を実現するというのが問題解決の作業の

論理構造である。

そして、特定の問題の解決のために、活用できる法則が既知の場合はそれを使用すればすむが、実際には、そのような法則が既知である場合は必ずしも多くない。したがって、問題解決の作業にはかかる法則を入手する作業も含まれる。

こうして、法則の入手をその核心とする科学と問題解決の作業の接点が明らかになった。そして、根岸教授にとっては、この接点の有無こそが、学問の基本的類型の確定にとって決定的な意味を持つことになる。教授は言う。(10)

私たちが基礎科学と応用科学の区分を設けることで注目しているのは、学問研究に「実生活の役に立っている」集合とそうでない集合が分けられるという事実である。この区別は、それぞれの集合における研究対象の特徴が生み出すものでも、それぞれの集合で、研究者が提起した問に答を見出だす際の思考の論理構造に特殊性があることから生まれるものでもない。また、それは、後者の成果が前者で応用されるという両者の関係が作り出すものでもない。それは、研究者がその研究を行なうに際して、実生活に生じてくる不都合（問題）の除去（解決）を目的としているか否かという、研究の動機の違いから生まれてくるものである。

では、ある学問が問題解決の意図を持つかどうかはどのように判別されるのだろうか。根岸教授によれば、それは、研究者がその知的過程を開始する際に発する以下の二つの「問い」の立て方によって区別される。(11)

問A　「これはこうなっているが、なぜそうなるのか？」

“Why do they act as they do?”

この英文には、つぎのように書き換えることができる。

“Why do they act as they do,

that is what attracts my intellectual interest?”

問B「本来これはこうあるべきなのに、なぜそうならないのか？」

“Why don’t they act as they should?”

この英文は、つぎのように言い代えることができる。

“Why do they act as they do,

that is what, I believe, they should not do?”

問Aと問Bは、研究の領分である事実分析・法則入手の点では異なるところはない。が、後者には問題解決の意図があるが、前者にはそれがない。根岸教授は、この問いかけの相違こそが、自然科学・社会科学の学問分類以前の最も基本的な区分であるとし、問題解決の意図を前提とする問Bを動機とする学問類型を「工学」と呼び、問題解決の意図を前提としない問Aを動機とする学問類型を「理学」と呼ぶ。(12)

問題解決の学としての工学はどのような基本構成をとるのか。工学の特徴は、それが扱う法則の被説明変数の値の変化がなんらかの価値の高低と対応付けられている点にある。既述のように、問題解決とは、不都合と評価される状況を除去し、好ましいと評価される別の状況すなわち目的を創出することである。対象の状況変化に対してこの様な評価の対応をつける場合、人はその対象に価値関心を持っているということができ、当然その前提として価値判断をしていることになる。価値判断は人によりまちまちであるが、選択の結果が他者にかなりの影響を与える場合は特に、目的がもつ「価値の論証」をすることが不可欠になってくる。「価値の論証」の作業は、基本的に哲学の領分であるが、この意味での哲学は、問題解決の学たる工学の一部を構成することになる。(13)

根岸教授は、以上のような問題解決の学としての工学の一部門として政治学を位置づけるのである。

㈡　規範的議論から問題解決の学へ

「社会科学の分野の研究者は、みずからの研究に被せる形容詞の『規範的』を、一種独特の優越感をもって使ってきたように思われる」と根岸教授は言う。[14] 教授は、先に述べた問題解決の学としての工学の視点から、規範的議論と総称される社会科学の営みを分析し、再構成しようと試みている。これは、規範の学として自己を同定してきた、そして筆者が専攻とするところでもある「法学」にとって、すこぶる関心のおもむく問題提起である。そこで、以下に、根岸教授が描き出す規範的議論の構成を見てみよう。

規範的議論の出発点とはどのようなものか。根岸教授は次のように言う。[15]

> 議論が規範的であるとき、論者は、特定の事物（物や出来事――人の行動を含む）について、それが「いかにあるべきか」（当為）を示そうとする。その際、論者は、自分の主張の正当化のため、その根拠もまた示そうとする。この根拠が「規範」である。……（略）……。
>
> 当為は、必然または存在に対比され、「まさになすべきこと」「まさにあるべきこと」を意味する。当為を示す日本語の表現形式の「べき」（「べし」の連体形）は、「個々の主観を超えた理のあることを納得して下す判断であることを示す」助動詞であるとされる。

「個々の主観を超えた理」とは、個人の主観的判断の否定ではなく、「個人の判断」でありながら「単なる個人の判断以上のもの」である必要があり、結局それは、「べき」の有する普遍妥当性の含意から、「すべての個人が『自分にとって好ましい』と判断して受け容れるもの」を意味するとされる。[16] さらに、そのような「個々の主観を超えた理」が果たして存在するかが問題になるが、その存否については誰しも明言はできないものの、同時に、誰しも否定もできない、否定できないからこそ、その理を求めて規範的な議論が展開される。つまり、当為の発

言をする論者は、「個々の主観を超えた理」が「ある」と言っているのではなく、自己の主張にそのような理があってほしいと「願って」発言しているにすぎない、とされる。[17] 以上から、規範的議論を行なっているということは具体的には、①「自分にとって、研究対象の事物のあり様には『好ましい』『好ましくない』の区別があり、その事物をその『好ましい』状態にしたいと考えて」おり、加えて、必要とあらば、②「自分が『好ましい』と考えるあり様が他の人びとにも受け容れられ、その事物が実際にそのような状態になることを望んでいる」ことを指し示していることになる。[18]

かかる規範的議論はまず、個人の思考の局面で生起する。

規範的な議論は、「論者個人が対象の事物の状態に『好ましい』『好ましくない』の区別をつけること」つまり価値評価に始まる。ここで「価値」とは、「ある事物がもつ、『特定の目的を実現するための手段となりうるか否か』の観点から判断される性質のことであ」り、「私たちは、生活のある場面で、実現したいある目的を意識しており、その実現に役立つと思われる事物に対しては、そのものの物理的な状態を事実として認識していると同時に、その目的の実現に役立つ性質を『好ましさ』として捉えている」。[19] すなわち、「ある状態を『好ましい』と考えることは、当然、その状態を『目的』と見做し、その実現を望み、そのために必要な行動を起こそうとすることを意味する。ある状態を好ましいとするにもかかわらずその実現を望まないのは、論理矛盾か、欺瞞かのいずれかである。私たちが事物の状態に、自分にとっての『好ましい』『好ましくない』の区別をつけるというのは、自分が実現したい目的を特定することを意味する」。[20]

さて、ここに、規範的議論と問題解決の学との接点がうまれる。つまり、実現したい目的を特定するということは、換言すれば、問題解決を目論むことである。既に(一)の冒頭で述べたように、「問題解決」とは、「目的の実現に役立つ手段を見つけだし、その手段を実際に講じてその目的を実現すること、裏返せば、不都合、障害、問

題と考えられる状態を取り除くことである」。したがって、「問題解決を果すためには、目的を特定する作業と、その実現に役立つ手段を見つけだす作業の双方が必要になる」[21]。

こうして、根岸教授は、規範的議論を問題解決の学に包摂ないし拡張して理解することを以下のように指摘する[22]。

「規範的」と呼ばれる議論は、対象のあるべき状態すなわち目的を特定しようとする作業のみにかかわっている。（その対象を、より上位の目的状態との間に事実として存在する関数関係にもとづき、それを実現する手段として特定しているのではない。）したがって、問題解決の観点からすれば、それは、それ自体で完結したものではなく、問題解決のために必要な議論の一構成要素であるに過ぎないことになる。このことは、いわゆる規範的な議論につなげて、それが特定する目的を実現するための手段に関する「科学的な」議論が行なわれる必要があることを意味する。

さて、目的の実現は、自分ひとりの行動で解決できる場合もあればそうでない場合もある。後者の場合、他の人々を説得して自分の考えを受け容れさせ、それらの人々と協働行動をとることによってそれを実現することになる。こうして、規範的な議論は個人の思考の局面を超え、社会的な広がりをもち、集団の規準への転化の局面を迎えることになる。さらに、説得が功を奏する場合もあれば、そうでない場合もある。後者の場合、政府の強制力を用いて目的を実現させるところにまで及ぶことがある。こうして、議論の次元は、さらに政府による行動規制の提案の局面を迎えることになる[23]。

「集団の規準への転化の局面」、「政府による行動規制の提案の局面」いずれにおいても、「他者の説得」という作業が不可欠になる。「他者の説得」には、①「実現すべき目的に関しての合意を取りつけるための説得」と、②「目的に関して合意がある場合の、その目的を実現する手段に関しての合意を取りつけるための説得」のふたつがある[24]。これを別言すれば、①は、第一義的な意味での目的を他の人々に受け容れさせようとする議論であり、

それは、いかなる上位の目的をも前提とせずに、その「好ましさ」の根拠を明らかにしなければならない（この種の議論は「価値の論証」と呼ばれる）。他方、②は、ある事物の状態を第二義的な目的（手段）として他の人々に受け容れさせようとする議論であり、より上位の目的を前提とし、その事物がその前提の実現に役立つという事実を根拠として明示する必要がある。[25]

したがって、根岸教授の規範的議論においては、第一義的な目的そのものの説得（価値の論証）と、目的の実現に役立つ手段の有効性の説得の二種があり、さらに、第一義的な目的を除いては、それ以外の説得の局面では、目的と手段との関係は、議論の次元をどこに置くかで、問題となる事物を「目的」と呼ぶか「手段」と呼ぶかは相対的なものに過ぎなくなる。さて、目的と手段の吟味と言った場合、まず思いつくのが、目的から手段を探求する視角である。が、発想の転換をはかると、逆に手段から目的を探求する視角が見えてくる。社会制度の多くは、それがなんらかの目的に対する手段であることも、その目的が何であるかも明確には意識されないまま存在している。根岸教授は、このような制度を問題解決の観点から分析する場合に、制度で採用されている規制手段からその制度の目的自体を逆算する遡行的な作業はとくに有効であるとされる。

このような規範的議論のあり方を法制度に適用した場合、根岸教授は、次のような含意があるという。[26]

① 立法過程の研究により個々の法制度に固有の目的を確認する

多くの場合、各制度には明示された制度目的が存在する。立法過程の分析は、その目的の詳細を明らかにしてくれる。また、なかには、たとえば政治的駆け引きの産物として生み出された結果、明示された目的がたんなるお題目であり、別に隠された意図（目的）があることが判明する場合もあろう。このような分析結果は、この種の制度の評価、ひいては改定や廃棄に必要な知見を与えてくれるはずである。

② 個々の法制度がそれに固有の目的の実現にどの程度役立っているかを事実として確認する

ある制度が、明示されている目的の実現に役立っているかいないかを、事実の問題として解明できれば、その目的が立法者の意図にもかかわらず、制度目的と呼ぶにふさわしいかどうかが確認できる。また、その解明の結果、意図された目的に対する手段としての制度の有効性の改善に、具体的な提言が可能となる。

③ ［以上の①と②に依拠しながら］「目的―手段」のつながりを目的方向に遡ることで、個々の法制度が拠って立つ根拠を確認する

ある制度の立法者が意図した目的や、それが実際にどのような事態の実現に役立っているかを解明するだけでなく、さらにその上位に目的を遡ることで、その制度のこれまで隠されていたより根源的な目的――望ましさの根拠――が確認できる。この分析により、その制度のこれまで言われてきた存在理由の妥当性がより深く検討できる。

以上が根岸教授の規範的議論の概要である。

通常、規範の議論では、規範が有する「普遍的妥当性」の側面が強調されてきたように思う。上に見てきた根岸教授の議論で特徴的なのは、この普遍的妥当性とならんで、あるいは、それに先行して、規範的議論の出発点にある価値の標榜そのものに、（手段の考案や選択を含む）目的を実現しようとする意志、言い換えれば「問題解決への意志」が内在していることを強調する点にある。価値の論証という哲学的側面にのみつながりやすかった「普遍的妥当性」の探求は、問題解決の学としての工学的探求の一部を構成しているのであって、より広い射程の中で議論してはじめて意味を持つとされるのである。

そして、問題解決の学に包摂された規範的議論は、それが法制度を対象とする場合、「目的」と「手段」という二つの分析身分の往復を通じて、当該制度の妥当性が吟味されることになる。目的の特定は、究極的には第一義的目的を想定する（あるいは、第一義的目的に遡行する）はずであり、そのような第一義的目的に関しては、価

値の論証が必要になる。

㈢　再行主義（または「やり直しの機会の確保」）と民主主義

では、根岸政治学において、価値の論証を必要とする第一義的目的とはどのようなものか。根岸教授は、そのような目的のひとつとして「進歩」を挙げる。

同教授によれば、生きるということは「継続的なラウンドでの選択の繰り返し」である。この過程において、われわれは「前のラウンドでの選択より、いまのラウンドでの選択の方が『好ましい』と判断されること」、つまり「進歩」を求めている。[27] 進歩に具体的内容は人によって異なるが、進歩は「物事が次第によい方に進み行くこと」と定義される以上、普遍的価値（全ての人がよしとして受け容れる性質）をもっている。[28]

そして、どのような内容の進歩であろうと、人が進歩を手にしようと考えた場合に必ず必要になってくる条件（必要条件）は、進歩が普遍的価値を有する以上、その条件もだれにでも受け容れられる性質を持つ。では、その条件とは何か。根岸教授は、「人は間違いをおかす」という万人に認められる事実から、その条件を導出する。[29] すなわち、「人は間違いをおかす」以上、前のラウンドにおける選択が間違いであった可能性は否定できない。そうであるとすれば、次のラウンドで「やり直し」ができることが進歩の必要条件となる。さて、やり直しの目的は、前のラウンドでの選択の間違いを訂正することであるが、この場合、それを選択することによって事態が改善すると考える選択肢に、その選択を阻止する意図で他者が禁止的な代償をセットしていないことが条件となる。つまり、「やり直し」には、選択に際して他者による強制力の行使がないこと、つまり「自由であること」が不可欠の条件となる。これら「進歩」、「やり直し」、「自由」の関係について根岸教授は次のように言う。[30]

「やり直し」は、だれにでも受け容れられる価値をもつ「進歩」の必要条件であり、その価値を受け継いでいる。さら

に、強制力が存在しないことすなわち「自由」は、「やり直し」の不可欠の条件であり、やり直しがもつ価値を受け継ぐことで、進歩がもつ普遍的価値を間接的に受け継いでいる。その意味で、自由の価値は、それを手段として実現が図られる目的としての進歩がもつ価値に由来する。

「自由」という価値は、しばしば、それ以上の根拠を提示しなくても通用する即自的な価値として語られることが多い。根岸教授は、自由そのものに価値があるわけではなく、最も一義的な目的（価値）のひとつである「進歩」の価値からその重要性を説く。根岸教授においては、「進歩」→「やり直し」→「自由」……という論理的順序に従って源泉的価値が受け継がれてゆく。

さて、やり直しの機会は「私」だけが保有していればいいわけではない。人間の思考の資源（能力、時間、資金など）には制約があるから、自分ひとりで思考・実行・評価するよりも、他者の意見や生き方を参考にした方が、よりよい選択をより早く入手できる。この意味で、自己と同じ条件で他者にやり直しの機会を認めることは、「私」にとって有利であり、必要となる。こうして、「自分がやり直しの機会を持っていること」と、「他者にも同じやり直しの機会が与えられていること」の同時満足は、進歩の価値に由来する「だれにでも受け容れられる性質」つまり普遍的価値を有している。[31]

以上のような思考方法を根岸教授は、「再行主義（redoism）」と呼ぶ。そして、かかる再行主義を政治制度として実現したのが「民主主義」とされる。[32] 以上の論理的連鎖によれば、民主主義という政治制度もまた、進歩に由来する普遍的価値を受け継いでいることになる。

㈣　相対主義と寛容の限界

さて、根岸政治学においては、強制や暴力はどのように位置づけられるのか。根岸教授はこの問題に言及する

際、まずはじめに解いておく必要のある誤解として、「民主主義は相対主義であり、相対主義であるならば民主主義を否定する考えもまた容認する必要がある」とする主張をとりあげ、教授の唱える再行主義はこの意味での相対主義ではない、と宣言する。[33] その意味するところを、根岸教授は次のように論ずる。[34]

再行主義の思考方法では、思考の出発点に「進歩」が前提として置かれる。この前提には、定義上「正の価値」が付与され、したがって、それに「価値がある」ことは「だれもが受け容れる」とされる。いわば、それは「絶対に間違いのないこと」であるとされる。また、もう一つの前提である「人が間違いを起こす可能性は排除できない」という認識も、事実として「絶対に間違いのないこと」と考えられる。その意味で、思考方法としての再行主義は絶対主義の一つである。

「人は間違いを起こす」以上、特定の価値を絶対化することはできないから、この言明は相対主義と結合しやすい。が、「『人が間違いを起こす』ことだけは間違いない」[35] ので、この前提を不動の命題として置く再行主義は、その限りで絶対主義に分類される。根岸教授は続ける。

思考方法としての再行主義の特徴は、人びと（個人および集団）の具体的な生き方・活動の仕方については判断を下さず、その選択をその人びとにまかせるところにある。その意味では、相対主義である。同時に、それは、その人びとが具体的な生き方・活動の仕方の選択を行なう「場」の作りについては、「可能な限り、強制の要素を排除し、すべての人にやり直しの機会を確保すべし」を内容とする一義的な判断を下す。（政治の場面でこのように作られた場を「民主的な意思決定の場」と呼ぶ。）その意味で、絶対主義である。このように、再行主義の思考方法は、相対主義の側面と絶対主義の側面を合わせもっている。

こうして、再行主義では、「可能な限り、強制の要素を排除し、すべての人にやり直しの機会を確保すべし」という考え方をどのような場合にも堅持しようとし、したがって、それを阻止しようとする人びとの働きかけを

排除する必要に迫られたときは、「そのような場の創出、維持管理、および、防御のためには、他の手段が尽きた場合には、強制力の行使が正当かつ必要」とされる。その際、強制力の行使には、暴力的手段も含まれ、その暴力的手段の最終的な形態が「軍事力の行使」とされる。[36]

再行主義において、このような暴力的手段の行使が許されるのは、次の二局面においてである。①民主的な意思決定の場の破壊を目的とする暴力的攻撃を排除するための軍事行動は、他の手段が尽きた場合には、正当化される。②また、かかる民主的意思決定の場がいまだ確立していないところに新たにそれを作り出すための活動も、正当かつ必要とされる。[37]

このような観点から、根岸教授は、例えば、イスラエルが「テロ」のレッテルを貼っているパレスチナの闘争行為を、「すべての人が他者に強制されることのない政治的意思決定の場」の創出を目指すものとして、理論的に正当化できると言う。[38] ただし、パレスチナの暴力行為にせよ、イスラエルの暴力行為にせよ、上記の①・②が許容されるのは、暴力行為が持つ「すべての人が他者に強制されることのない意思決定が行なえる政治的環境」を放棄させる効果を排除する限りで正当化できるのであって、したがって、具体的な暴力行為の適否は、これを基準に、それに付随して発生する事態を勘案して判断される必要がある、とするのである。[39]

三　根岸政治学の戦略的含意―私的回顧―

㈠　私的回顧

右に整理してみた根岸政治学が政治学に与える示唆の大小はそれを専門としない筆者には軽々に判断できないところとである。が、筆者の専攻する法学（憲法学）の観点からは、従来この学問領域で通用してきた、学問方

法論、自由の観念、民主主義の理解、暴力行使の正当性、法律の違憲性の審査方法、などの基本的争点にもたらす示唆は少なくないと思う。これらの基本的争点は、おそらくは政治学も共有していると思われるので、政治学においても同様に少なからぬ示唆が得られるものと管見する次第である。

さて、法学（憲法学）に与える示唆の検討は後述するとして、ここではまず、根岸政治学が、政治学・法学を含め、社会科学一般に与える「戦略的含意」を明らかにしておきたい。なお、言うまでもないことであるが、以下に抽出する「戦略的含意」は、あくまで筆者が根岸教授の論稿から感得したものであって、同教授が自覚的に主張しているわけではない。が、ここで敢えて「戦略的含意」という、ある意味で物々しい言い方で整理を試みるのは、ひとつには、それが筆者にとって根岸作品の読後感として最も印象に残る事柄であったことと、もうひとつには、ここに示す「戦略的含意」はひとつの警句であり、それ自体は社会科学全般に妥当することであるが、その第一次的ターゲットは明らかに政治学と法学であると思われること、に由来する。このふたつの印象をひと言でまとめれば、「根岸政治学には、政治的メッセージがある」ということである。

＊　＊　＊

根岸政治学の概要を改めて通観すると、もちろんその論理展開は精巧かつ複雑であるが、結論として得られた「再行主義の民主主義論」は、極めてシンプルで明解なものである。

根岸教授の論稿は、根岸教授の言葉と論理だけで語られている。筆者自身のものも含め多くの法学論文（政治学論文）は、作者自身の見解を他者に語らせるという手法をとっている。ここで言う他者とは、外国の研究者であったり、外国の制度・法令・判例などであることが多い。対して、根岸論文には、典拠に国語辞典など通念的共有知の引用は見られるものの、論文によって異なるものの他者の言説の引用は少なく、ただ根岸教授がいるだけである。したがって、根岸教授の論文では、根岸教授の論理以外に、内外の研究動向や背景的事情に関する教

養を付随して得られることはほとんどない。また、結論として提示された、進歩の観念、やり直しの機会の確保、規範的議論の構成、問題解決の学の必要などは、われわれの直感に符合するところが大きいので、“So what?”というような表層的な読後感を生み出す危険性がある。翻訳社会科学を生業としてきた研究者であれば、「論理のための論理」、「当たり前のこと」が展開されているにすぎない、との早合点をしてしまう可能性がある。

もちろん、これらは全くの誤りであり、誤読である。が、正直に告白すれば、以上の偏見は、業績作りに追われ、外国の研究動向を調査する能力の向上に腐心していた大学院生時代の筆者自身のものでもある。根岸教授流の論理の言い回しに慣れていなかったこともあったかもしれない。しかし、門前の小僧も研究の真似事を進める中、社会科学の方法論や憲法の基本概念を自分なりに追究し出すにつれて、誤解まみれの違和を感じつつも、根岸論文から離れられなくなっている自分に気がつく。

惹きつけられたのはなぜか。それは、おそらく、根岸政治学の当初から繰り返し語られ、筆者にとっては「民主主義の価値の論証―『進歩』と『やり直しの機会』―」（一九九二年）あたりで気付かされ、『原理主義と民主主義』（二〇〇三年）においてはっきりとした、根岸政治学のある種の政治的メッセージ性である。筆者は、今や、その政治的メッセージを理解することなしに、同教授の学問的論理も正確に理解できないと確信するに至った。「論理のための論理」という未熟な筆者の偏見は、意外にもそれとは一見すると対極的評価である根岸政治学の「政治的メッセージ」に気がつくことによって、否定されることになったのである。

では、根岸政治学の「政治的メッセージ」、換言すれば「戦略的含意」とは何か。

(二) 問題解決の観点からする政治学・法学批判

根岸政治学の戦略的含意を理解するには、その学問方法論に盛り込まれている社会科学に対する批判的視点を

おさえておく必要がある。既に一(一)で若干触れたが、根岸教授は、政治学を問題解決の学（工学）として捉え直すべきことを主張する中で、次のように述べていた。再度引用してみたい。[40]

知識が問題解決に役立つという関係は、自然科学系の分野にはごく当たり前に存在している。しかし、社会科学系の分野では、広い範囲で日常生活（問題解決）と学問（科学）が分断されている。それは、社会科学では、「科学の客観性」、「価値と事実の峻別」、「価値判断の排除」の要請が強い影響力をもっており、研究者が意図的にその関係を断ち切ろうとしているからである。政治学は、そのような状況にある学問分野の一つである。

根岸教授によれば、このような分断は、第二次世界大戦後に、社会科学がそれまでの方法論を大きく転換し、ある種の「科学崇拝」と「価値自由」が席巻し、それまでの非科学性の反省の上に、事実の解明に力を集中する型の研究がよしとされるようになった背景があると言う。そして、それは「それまでの社会科学の基本的な設問（Why don't they act as they should?）が放棄され、新たな設問（Why do they act as they do?）にとって代わられる過程であ」り、「その結果、とくに社会生活の領域で、『私たちが生きる上での目的は何か』、『どのように問題解決を行なったらいいか』の問が、よくて軽視、悪くいえば否定される」過程であった。[41]

同様の事態は、法学においても見られる。根岸教授は、問題解決の視点を法に適用して次のように言う。[42]

憲法も含めて法の規定は、「立法者が、ある目的（状態）を実現する手段の役を果たす――ある状況において、その規定を人びとの選択行動に対する与件として設定すると、人びとの行動がその（目的）状態になる――と判断して設定したもの」である。この立法者の事実判断は、立法時点の状況の下で正しかったかも知れないし、間違っていたかも知れない。また、かりにそれが正しかったとしても、状況の変化により、現在は、その手段ではその目的が実現できなくなっているかも知れない。その意味で、問題解決の文脈では、法の規定自体の適切さ――前提となる目的状態の実現に役立つ度合い――が問われる必要がある。

これに対して法学では、通常、法解釈論と立法論を峻別し、これもまた通常、自らの中心的役割を法解釈論において来たと言ってよいだろう。この点、根岸教授は、「憲法学をその一部とする法律論は、法規範を前提とし、その枠内で議論を展開する。すなわち、それが行なう法の規定の解釈では、法の規定自体は所与であり、検討の対象とはならない」と法解釈論の特質を指摘した上で、次のように指摘する。(43)

法解釈では、法の規定自体は検討の対象としない。したがって、解釈といいながらその実、つぎの作業が行なわれることになる。

法の規定が「ある目的（状態）を実現する手段」として設定されたものであることから、その解釈はその手段のあり様を記述する作業になる。しかし、多くの場合、目的は明示的に与えられてはいない。また、解釈の過程で目的について明言することも少ない。したがって、（法解釈方法論として日本では少数派である立法者意思説の場合を除けば、）解釈者は、目的を暗黙裡かつ自分なりに設定し、その実現に役立つと自分が考える手段のあり様を解釈の内容として提示することになる。つまり、解釈は、手段を特定することを通じて、明言はせずに目的を設定する作業になる。

したがって、根岸教授の問題解決の学の観点からすると、法学には二つの問題点があるとされる。それらは、①「目的の設定が行なわれているにもかかわらず、それが隠れたところで行なわれる」不都合であり、さらに、②目的が明示されずに法令の解釈が行なわれるが故に、「手段の検討が、目的の実現に役立つ度合いを十分には意識せずに行なわれる」不都合である。(44)

根岸教授の批判を別な言い方で表現すれば、「法学は法解釈論と言いつつ、実は立法論を展開してきた」ということになろう。(45) 根岸教授はそれを詐術だといいたいのではない。法学がその方法論としてきた法解釈論と立法論の峻別は、問題解決の観点からすれば余り意味のあるものではなく、むしろ連続した知的作業として考えなければならないと示唆しているのだろう。

このような指摘、特に上記の①・②の不都合が法学研究に当てはまる場合が多いことは認めざるを得ないと思う。その原因の一端には、政治学におけるのと同様、「科学崇拝」や「価値自由」が影響していると思われる。法学の分野でも、「法学研究は客観的でなければならず、対して、価値選択の問題は各研究者の主観的なイデオロギーの吐露に過ぎず、それに言及することは『神々の闘争』にコミットすることになる……」という強迫観念は弱まったとはいえ通奏低音としてなお潜在しているように感じられる。この観念によれば、学問の客観性を維持するには、価値選択・イデオロギー選択にコミットしないことが要求され、価値やイデオロギーの闘争の場である「政治」から距離を置くことが求められる。

しかし、あらゆる制度は、それがどのような目的のために設定されたものなのかを解明しなければ、制度の合理性や有効範囲を確定することはできない。法制度ももちろん例外ではない。問題解決の学からすると、制度に関する規範的議論は一(二)で概観したように、「目的」と「手段」という二つの分析身分を往復しながら進められることになる。ある「目的」の解明は、それを「手段」の身分に置き換えた場合、さらなる高次の「目的」の解明を要する。したがって、目的の方向への連鎖的探求は、やがては第一義的目的の特定と解明に至る。これは「価値の論証」が要求される場面である。法学における「価値自由」「イデオロギー自由」の風潮は、法学から「価値の論証」という重要な構成要素を欠落させてしまい、また、それ故に、個々の研究が規範的議論のいずれの次元で展開されているか（解釈論なのか立法論なのか、第一義的目的を想定しているのかそうでないのか、目的の特定なのか手段の分析なのか、等）も不分明となり、結局、当該研究自体の分析身分をも喪失させることになったのである。

法学が目的の明示を明らかにしてこなかった事情は、「価値自由」と結び付いてはいるがそれだけに還元できないもうひとつの理由がある。それは、「価値を語ることは、当該研究者の世界観選択の表明であり、それは研

究者の一生をかけた選択になるはずで、そう簡単には披瀝できない……」という理由である。

これにはいくつかの回答が可能である。

まず、第一に、自己の世界観の選択と価値の論証は切り離して行なうことが可能であるし、またそうであるべきである。根岸政治学が行なったように、価値の論証が充足すべき条件を設定し、あり得る第一義的目的の候補をその条件でテストすることは、個人の世界選択というような大事とは別に追究できることである。[46] 価値の論証が「普遍的妥当性（だれにとっても良しとして受け容れられる性質をもつこと）」によってテストされるのであれば、そこで論証される価値は当該研究者にとっても当然好ましいものであることになる。その意味では、価値の論証は当該研究者個人の「好ましさ」の表明である。が、それを表明することと、研究者個人がどういう生き方を選択するかは別問題で、論証された価値を研究者個人が全身全霊を傾注して生き切る必要はない。

したがって、第二に、自己の世界観なるものを、根岸教授が示した「進歩」の価値に収斂させる必要もない。同教授は、自己の学問的方法論に従って、価値の論証から始まる問題解決の学の思考過程の具体的あり方として、あり得る一つの道筋を示したまでである。当然それ以外の道筋を排除するものではない。「進歩」の価値を含めて、問題解決の学におけるあらゆる価値の論証は、それに連なる論証過程においては特権的な身分にあるが、ただそれだけのことであって、すべての社会的事象の中で特権的身分を有するわけではない。[47] 個人の世界観なるものが、「進歩」という単一の価値に還元されてしまう危惧を感ずる必要はない。その危惧がまじめなものであれば、それは「進歩」の価値と競合し得る別の価値（第一義的目的）を当該研究者が抱いているということを意味する。であれば、その価値の候補を価値の論証のテストにかける必要があり、競合関係に立つのであれば、それらに優先順位をつける別の価値の論証が求められることになる。

また、第三に、世界観の選択には一生を賭す必要が仮にあるとしても、問題解決の学そのものは一生を賭けて

行なう必要は必ずしもない。根岸教授によれば、政治学・法学を問題解決の学として全面展開する必要があるとしても、それはひとりの研究者が、価値の論証から、問題解決の思考過程、再行主義に従った社会建設までのすべてを担当することはないとしている。[48] ただ、個々の研究者は、個別の研究が問題解決の思考過程のどこに位置するのか、つまり研究の分析身分がどの次元にあるのかを意識し、かつ明示して、研究を行なうべきであることを根岸教授は穏当に主張しているのである。

根岸教授の議論で重要なのは、価値の選択は、その実現への意思を内在させており、それ故、問題解決の指向性をも潜在させていることを指摘した点である。そして、それは逆に、解決の求められているあらゆる問題状況は、かかる「好ましくない状態」の改善を求める「好ましい状態」の特定とその論証（他者の説得）を必要とする。実学として自らを同定し、規範の学であることを引き受けた法学に問題解決の学の側面があることは否定しがたいように思われる。であれば、根岸教授の指摘した不都合に法学研究者は耳を傾ける必要があるだろう。

㈢　九・一一と学問の責任

根岸教授の社会科学批判が長くなった。筆者がこだわる根岸政治学の戦略的含意は、以上の社会学批判と密接に関わる。根岸政治学は、従来の政治学・法学を問題解決の観点から再構成すること求めているが、その基礎にあるのは、単に社会科学の学問的危機に対する憂慮にとどまらない。おそらく、根岸教授は、研究の当初から、かかる学問的危機は、必ずや現実の社会的危機を生むだろうことを予感していたように思われる。そして、それは九・一一によって現実になった。私信においてであるが、テロリストの攻撃を受け、崩壊してゆく世界貿易センタービルを目の当りにして、根岸教授は直ちに「この悲劇の原因の一端は政治学者にある」と思われたそうである。根岸教授は、自ら主張する再行主義の対極に位置するものとして原理主義[49]をあげ、再行主義と原理主義の

理論的対決を検討した書物において次のように述べている。[50]

考えてみれば、現在と同じ「思考方法としての原理主義と再行主義の対決」の状況は、一九九一年のソ連邦の崩壊の際に意識されえたはずである。その際、大方の政治学者、社会科学者は、事実としてのソ連邦の退場をもって「マルクス・レーニン主義の理論的打破」がなったものと錯覚し、この問題の理論的考察を充分には行なわなかった。私たちは、重要な研究課題の一つに答えを出す努力を怠ってきたことを認めなければならない。

私は、これは政治学者の怠慢であり、九・一一事件の責任の一半は政治学者にあると考えている。専門家が手を着けない問題に対する答えを基礎にしてはじめて可能になる、「テロリズムを生みだす思考方法としての原理主義」と「民主主義を生みだす思考方法としての再行主義」の対立状況での「適切かつ筋の通った」態度決定を、一般の人びとにどうして期待できようか。

このような言説を前にするとき、根岸政治学の発する政治的メッセージは明確であると思う。根岸教授の政治的メッセージは、社会科学の問題解決の観点からの再編を怠ることは、学問に期待されている責任の放棄であり、それは必然的に政治制度をめぐる現実的な不都合を招来してしまうということである。根岸教授は単にかかるメッセージを発するだけでなく、自分の定立した学問方法論とそれが随伴する社会科学批判を自らが引き受け、政治制度をめぐる再行主義的思考方法による探求の全過程を一身で体現しようとしたのだと思う。そして、それは、価値の論証を含め問題解決の思考が、個人の思考の局面を超えるとき、必ず要請される「他者の説得」を自覚し、現実に実行する過程になるはずである（根岸教授の論稿のほとんどが英訳され、ネットワーク出版[51]という形態で発信されているのも、この「他者の説得」を真剣に考えていることの例証であろう）。根岸教授が、ペダントリーを排し、自分の言葉でのみ語り、緻密かつ複雑な理路で構成されたシンプルな主張を繰り返してきたのも、このような政治的メッセージを抜きにしては考えられない。根岸政治学は、「論理のための論理」などではなく、それ自体が

一個の政治行動であり、政治学を日常生活に取り戻す活動であったのである。

四　根岸政治学と憲法学

最後に根岸政治学が憲法学に与えるであろう示唆のいくつかを若干書き留めておきたい。

㈠　民主主義

再行主義的な民主主義観と同じような考え方がわが国の裁判例の中に見られる。それは、在宅投票制廃止の立法不作為を争った、昭和五三年の札幌高裁判決に見られる。[52] 同判決は次のように述べている。

議会制民主主義は、全国民の意思を代表する議会が三権分立主義を基調とする国家統治機構の中で、他の機関の行為の準則を定める立法権を行使する政治体制を指称するが、議会は、多数決の原理によって運営され、右原理に基いて決定された議会の意思が政治的には国民多数の意思であるとされ、法的には国家意思とされる。国民多数の意思としての議会の意思は、その時々の歴史的、社会的状況に応じて一定の選択を採る。しかし一つの選択への固執は許されない。一つの選択への固執は各個の国民が個人として尊重されるべきことと矛盾する。多数の名においてある一つの選択への固執がなされたとき、仮令それがいかなる目的、いかなる動機のもとになされるにせよ、民主主義は終焉する。民主主義が生きていると言い得るためには、異なった選択への可能性が常に留保されていなければならない。今日の少数意見は明日の多数意見となる可能性を秘めるものであり、異った選択の可能性を保障するものである。民主主義のもとで少数意見が尊重されなければならない根本理由はここに在る。

上記の言説、特に「……国民多数の意思としての議会の意思は、その時々の歴史的、社会的状況に応じて一定

の選択をとる。しかし一つの選択への固執は許されない。一つの選択への固執は各個の国民が個人として尊重されるべきことと矛盾する。多数の名においてある一つの選択への固執がなされたとき、仮令それがいかなる目的、いかなる動機のもとになされるにせよ、民主主義は終焉する。民主主義が生きていると言い得るためには、異なった選択への可能性が常に留保されていなければならない。……」とのくだりは、「やり直しの機会の確保」を政治的に保障する「再行主義的民主主義」と符合する。

異同をしいて上げれば、再行主義においては「進歩」の価値に由来する「やり直しの機会の確保」が民主主義という制度の核心的目的に据えられるが、上記の判決文においては、「個人の尊重」が理由として提示されている。判決文の内容だけに限定して言えば、個人の尊重は、「少数意見にまわった側の人びとに蒸し返しのチャンスを与えないで国民意思を確定することは、そのような人々の尊重と矛盾する…」、という文脈で語られている。つまり、そこでは少数派の尊重と同じ意味で個人の尊重が使われている。「やり直しの機会の確保」の観点からは、少数派がいようがいまいが、多数決であろうが全会一致であろうが、人が誤りうる以上、議会の選択に再考の余地を留保することが要求される。

さて、近時、討議民主政（deliberative democracy）論と呼ばれる一群の民主政論が、欧米で盛んに論じられている。この主張は論者によって議論の視点やニュアンスが異なるので単一の議論として整理するのは難しいが、その基本主張は、民主主義が展開すべき討議の諸条件を整え、それに則った討議を全面展開した事実をもって、民主的決定の正当性の基礎に据えようという主張である。(53) このような討議民主政論の論者の中には、討議が行なわれたことによって人びとは孤立した個人から公民に変質・陶冶されると説き、公民的資質を維持するための文化政策を広く実施していこうとする者がいる。そこでは、人権の内容や限界も討議の帰趨によって画定されるとされる。筆者は、このような討議民主政論を、古典的な民主政観である「合意モデル」の一バージョンと捉えた

上で批判的に捉え、民主主義における討議の意義を強調するならば、上記の討議民主政の構想とはむしろ逆に、既存の民主的決定を新たな挑戦に積極的に開いていく、「挑戦モデル」として理解すべきであると考えている。(54)

このような「挑戦モデル」の民主政論からすると、例えば、請願や附帯決議など従来の憲法学が余り意識的にとりあげてこなかった諸制度が、議会の外にいる者たちや議会内少数派が政治的選択のやり直しを迫る道具立てとして、重要な意味を持ってくると考えられる。そして、それらは、「やり直しの機会の確保」、すなわち再行主義の観点からも検討に値するものであろう。

(二) 違憲審査

日本国憲法八一条は、法令等に対する違憲審査権を裁判所に与えている。判例・学説は、この違憲審査権の行使が裁判官の恣意に流れないようにするため、違憲審査基準という目安を構築、提案してきた。その大要は、当該立法に正当な「目的」があるか、かかる立法目的とそれを達成するために選択された「手段」の間に一定の合理的関連性があるか、という目的・手段の審査枠組みである。

この目的・手段の審査枠組みは、制約対象となる人権の種類や、制約の目的や態様にしたがって、いくつかのバリエーションを生む。この点、さまざまな学説的主張や判例の展開がなされてきたところであるが、簡略に整理してみると、次のような違憲審査基準のバリエーションが存在していると言っていいだろう。

典型的な憲法学説は、精神的自由権と経済的自由権を区別し、前者をその自己実現的価値と民主主義的価値ゆえに優越的人権とおき、後者を福祉国家の要請から広汎な制約に服する人権類型と理解してきた。その結果、精神的自由権に対する規制立法の違憲性を審査する基準と、経済的自由権に対する規制立法を審査する基準を分け、前者では「厳格審査基準」が、後者では「合理性の審査基準」が妥当するという基本枠組み（「二重の基準」論）

を構築してきた。さて、「厳格審査基準」とは、立法目的に関して「高度の正当性」を要求し、目的と手段の関連性については「立法目的の達成にとって必要最小限の手段」の選択を要求する（立法目的を達成する手段として、可能な選択肢のうちから、最も権利制約的でない手段が選択されなければならないということ）。次に、「合理性の審査基準」であるが、これはさらに二つの基準に分岐する。ひとつは、国民の生命・身体等への危険を除去するという「消極目的」からする経済規制に適用される「厳格な合理性の審査基準」であり、もうひとつは、経済的社会的弱者を保護するという「積極目的」からする経済規制に適用される「（単なる）合理性の審査基準」である。(55) 「厳格な合理性の基準」は、正当な立法目的の存在と、「立法目的の達成にとって実質的関連性のある手段」の選択を要請する（厳格審査の場合と異なり、立法目的の正当性は「高度」である必要はなく、立法目的を達成する手段も、立法の必要性を支える社会的事実に裏打ちされた「実質的関連性」が求められるが、必ずしも必要最小限である必要はない）。他方、「合理性の審査基準」は、「立法目的と手段の合理的関連性」を求める（立法目的を達成するために当該手段を選んだことをいわば表面的な論理の問題として合理的に説明できればよく、可能な選択肢群の中から必要最小限のものを選択する必要もないし、その関連性は立法事実に裏打ちされた実質的なものであることも要求されない。目的と手段の関連性が明白に不合理である場合にのみ、違憲と判断される）。

以上のような目的・手段の審査枠組みは、根岸政治学における問題解決の議論（の一部としての規範的議論）と符合する。憲法学が構築してきた厳格審査基準（立法目的の達成にとって必要最小限の手段）、厳格な合理性の審査基準（立法目的の達成にとって実質的関連性のある手段）、合理性の審査基準（立法目的と手段の合理的関連性）という道具立てのアイディアは、問題解決の学における目的・手段の相互往復的分析に対するひとつの具体的提案と見ることができる。その意味で、憲法学が根岸政治学に一定の示唆を与える可能性がある。同時に、違憲審査基準論が根岸政治学に学ぶべき点もある。一(二)で検討した規範的議論の法制度への応用として根岸教授が指摘する

三点は、違憲審査における目的・手段の審査枠組みの局面でも考慮されていい。ここにそれを再掲しておく。

① 立法過程の研究により個々の法制度に固有の目的を確認する

多くの場合、各制度には明示された制度目的が存在する。立法過程の分析は、その目的の詳細を明らかにしてくれる。また、なかには、たとえば政治的駆け引きの産物として生み出された結果、明示された目的がたんなるお題目であり、別に隠された意図（目的）があることが判明する場合もあろう。このような分析結果は、この種の制度の評価、ひいては改定や廃棄に必要な知見を与えてくれるはずである。

② 個々の法制度がそれに固有の目的の実現にどの程度役立っているかを事実として確認する

ある制度が、明示されている目的の実現に役立っているかいないかを、事実の問題として解明できれば、その目的が立法者の意図にもかかわらず、制度目的と呼ぶにふさわしいかどうかが確認できる。また、その解明の結果、意図された目的に対する手段としての制度の有効性の改善に、具体的な提言が可能となる。

③ ［以上の①と②に依拠しながら］「目的―手段」のつながりを目的方向に遡ることで、個々の法制度が拠って立つ根拠を確認する

ある制度の立法者が意図した目的や、それが実際にどのような事態の実現に役立っているかを解明するだけでなく、さらにその上位に目的を遡ることで、その制度のこれまで隠されていたより根源的な目的――望ましさの根拠――が確認できる。この分析により、その制度のこれまで言われてきた存在理由の妥当性がより深く検討できる。

立法府の裁量を特に尊重する必要がないケースにおいて、以上の三点からの分析を展開することは有意義であろう。立法者が掲げた立法目的に対して懐疑の目を向けるのが違憲審査の重要な役割のひとつだからである。

さて、少々細かい話になるが、経済的活動の規制に対する違憲審査の領域で、先に「消極目的」「積極目的」

で審査基準を分けるというアイディアを紹介した。これは「規制目的二分論」と呼ばれるものであるが、近時、法令が予定している具体的制度が、どちらの目的に分類されるのか不分明である場合や両方の規制目的を混在させている場合があるとされる。また、そもそも、規制を受ける国民の側からすると、立法の目的よりも、規制の度合いが厳しいか緩いかの方が重要な関心事である。そこで、規制目的二分論とは別に、規制の仕方が厳しいかどうかで審査基準の厳緩を分けるという「規制態様論」が有力に主張されている。[56] この規制態様論では、例えば、薬局開設許可制のように、営業という経済活動の開始そのものを規制する場合を「強度の規制」とし、薬局を開設させた上で操業上の指導や監視で規制目的を達成させる場合を「相対的に緩やかな規制」と見る。この強度／緩やかの別は、根岸政治学における「やり直しの機会の確保」の観点から基準化できると思われる。

以上のように、違憲審査の分野で憲法学が根岸政治学から受け得る示唆は少なくない。

㈢　人　権

さて、根岸教授が自身の政治学の中で明確に言及してこなかった法学・政治学上の基本概念に「人権」がある。根岸政治学と人権概念の一般的な関係について触れられている数少ない言及の中に次のようなものがある。[57]

再行主義の立場からは、「人権」は「個人がやり直しをするために必要な最低限の条件」をその内容とすると理解できる。したがって、人権の確保は、民主化の不可欠の要素として位置づけることができる。

本号所収の「民主主義の論理と価値」において、この観点から日本国憲法の保障する基本的人権と統治制度について詳細な検討が加えられているが、そこでは、「基本的人権の保障」一般について「政府活動の選択に関する各種の機会をすべての国民が享受できるようにする」状態を生起させるものとおき、このような基本的人権の保障は、憲法の定める他の仕組みと一体となって、究極的には、「政府活動に関する選択肢の入手を規制の要素

を排除して行なう機会と、政府活動の選択とそのやり直しを他者からの強制を被ることなく行なう機会を、すべての人に確保すること」の実現に役立っている、とされる。[58]

このように根岸教授にあっては、人権保障の意義は政治の局面での「やり直しの機会の確保」の観点から説明される。[59]「進歩」という普遍的価値から「やり直しの機会の確保」という普遍的条件を導き出し、かかる普遍的価値と条件の政治上の発現形態を民主主義とする根岸教授の再行主義的政治学からすると、人権もまた「やり直しの機会」を確保するための条件としてその政治上の意義を認められることになる。

人は社会で生きていく以上、種々の共同歩調を余儀なくされるが、やはり譲れない一線がある。人権論にはそのようなイメージがあると思われる。憲法学では、人権の核心には、政治が介入できない個人の自己決定領域があるという発想がある。

根岸教授の再行主義では、その対極にある思考方法である原理主義[60]との対比でその特質を次のように二点にわたって説明している。ひとつは、再行主義では思考の前提を絶対視する根拠の明示が試みられるのに対し、原理主義では「疑うべきではない」としてその明示が拒否される。もうひとつは、再行主義では、思考の前提の論理的帰結として一義的に示す事項が「人びとが具体的な生き方・活動の仕方を選択する『場』の作り」に限られるのに対し、原理主義では、それが「場」の作りとそこで決められる「具体的な生き方・活動の仕方」の双方に及ぶ、とされる。[61]となると、「やり直しの機会の確保」が支配するのは、人びとが選択を行なう政治的環境に限定され、個々人の道徳的決定のすべてにそれが及ぶわけではない。個々人の具体的な生き方・活動まで直接規律してしまうと、それは原理主義に転化してしまう。したがって、根岸政治学では、「やり直しの機会」が確保されていることと、個々人が実際にその機会を活用することは区別されるのである。[62]

このような根岸教授の議論は、いわゆるリベラリズム憲法学が想定している統治論・人権論と符合するもので

ある。リベラリズム憲法学の統治論では、公的領域と私的領域の区別を前提に、公的領域の制度設計・運用にあたっては「理由」を明示した説明責任が徹底して求められると一般的に説かれている。また、リベラリズム憲法学の人権論では、「人格的自律の尊重」や「個人の尊厳」といった原理を人権保障の論拠におき、そのような原理の規律を受けるのは、公的領域（公権力の行使場面や民主的決定の過程、さらに、例えば、思想の自由市場のような社会公共財の領域）に限られ、私的領域にあってはそのような原理に従った道徳的生活が義務付けられるわけではない、とされる。もちろん、根岸政治学の場合は、「人格的自律の尊重」「個人の尊厳」の代わりに「再行主義」ないし「やり直しの機会の確保」が置かれるわけだが、議論の構成はほぼ同じと見ることができよう。なお、リベラリズム憲法学においては、公的領域を規律する原理は、その規律が公的決定の手続にだけ及ぶのか、そこで行なわれる決定の実体にも及ぶのか、に関して争いがある。根岸政治学は、再行主義の理論的前提から導かれる一義的要請は、「具体的な生き方を選択する『場』の作り」にのみ及ぶとされ、手続のみを規律する構成のように見えるが、原理主義との対比で、そのような「場」で選択される「具体的な生き方」には再行主義の要請は及ばないとする以上、個々人の「具体的な生き方」を直接規律することを企てる公的決定は阻止されねばならないはずだから、決定の手続だけではなく、決定の実体にも内容的拘束を行なうものであると理解できる。

いずれにしても、根岸政治学における人権論が実際にどのような意味と射程をもっているのかは、人権理論家たちが日々直面している具体的事例においてテストされる必要がある。

例えば、長年ある信仰とともに生きてきた人間が、病気ないし事故のために輸血を必要とする手術を受けなければ、確実に死ぬことになったとする。ところが、その人物の信仰の核心的教義に照らすと自身の肉体に他者の血を入れるのは大罪であるとされていたとする。このままでは手術を受けないのではないかと危惧した医師が無輸血手術を約しながら、実際の術中に生命の安全を最優先し、輸血を行なったとする。術後にそれを知った患者

は、信仰を断念せざるを得なくなり、その医師に対して民法に基づき損害賠償を請求した、とする。

法的議論としては、医師の約束違反の違法性が検討されることになる。医者は、医師の職業倫理および医療に対する社会的期待に照らせば、救命こそが第一義的に追求されるべきで、約束違反には社会的相当性があり、違法ではないというだろう。患者は、信教の自由や生命に関する自己決定権を侵害されたと主張するだろう。典型的なリベラリズム人権論では、後者の言い分に優位を与え、社会通念や職業倫理といえども人権を侵害してはならないと結論するだろうし、また、本件のようなケースが法廷に持ち込まれたとすると、日本の裁判所は患者側を勝訴させるだろう。(63)

根岸教授ならどのように考えられるだろうか。そもそも宗教的主張は原理主義的主張なので、それを民主主義の法制度が考慮する必要はない…と言われるだろうか。あるいは、「やり直しの機会の確保」を普遍的価値とする民主的法制度では、「やり直しの機会の確保」の観点から評価できる主張の方に優位性を与えるべきであるところ、医師による救命は「やり直しの機会の確保」に資するのに対し、患者の選択は死という進歩の停止を帰結するから、再行主義の観点からは医師の判断を尊重すべきである…と言われるだろうか。さらにあるいは、「やり直しの機会の確保」は、選択の場の作りにのみ及ぶのであって、個々の具体的な選択を規律するわけではない、したがって、やり直しの機会を捨て去ることを意味する「死」の危険を必然的に伴うような信仰上の選択の是否でさえも、個人の生き方の問題であって再行主義のあずかり知らないことであるから、他の多くの選択の場合と同様に処理され、患者の選択を操作したことになる医師の約束違反は違法である…と言われるだろうか。

さて、上記のような考察から筆者が常々感じることは、「死」というもののある種の特権的性格である。根岸教授は、「進歩」と「やり直しの機会」という普遍的な価値・条件を導き出す際に、「人は間違いを起こす」という経験的事実を根拠にしている。「人は間違いを起こす」ことは間違いがない。つまり、人は可謬性という限界

をもっている。

しかし、間違いがないのはそれだけではない。「人は間違いを起こす」ことと同様に間違いがないのは、「人はいつか必ず死ぬ」という事実である。人は、「可謬性」の限界を有するとともに、いつかは死ぬという「宿命性」を負った存在でもある。そして、この宿命性を負った人間は、この世で限られたつかの間の生を享受する存在として、自己の生に何らかの最終的意味を見出そうとするだろう。民主主義におけるやり直しの連鎖による進歩には終わりがない。しかし、人の一生には終わりがあり、人生の解答を連綿と続くやり直しの連鎖に委ねることはできない。天寿を全うするまでに、自己の信仰が迷信であったことを知る日がくる可能性は否定できない。しかし、それを知ったからといって、今後はやり直しがきくが、その信仰とともに生きてきた今までの数十年をやり直せるわけではない。死の選択はやり直しのきかない不可逆な決定だが、同時に、輸血され信仰にそむき、それまでの信仰者としての人生を丸ごと否定されることも、同様にやり直しのきくことではないのである。(64)

可謬性とともに、宿命性の限界を負った人間は、「間違っていたとしてもそれに賭けることによって、自分がこの世を生きたあかしを獲得したい」と思うだろう。筆者は、そのような思いは一定の条件下で尊重しなければならないと思う。根岸教授は、筆者の考えに、原理主義への転落の可能性、論理の問題を超えた問題設定、不合理・矛盾・倒錯を指摘なさるかもしれない。あるいは、優しく「まあ、気持ちは分かるが…」とそっと「やり直しの機会」を与えてくださるかもしれない。ただ、法学、特に憲法学にいかほどか「煮え切らない」ところがあるとしたら、人間存在の不合理・矛盾・倒錯から離れることのできない、「何か」に囚われた学問だからである。不合理・矛盾・倒錯を論理で制御するのか、それらに飲み込まれて支離滅裂の混沌に彷徨うのか、筆者の的外れの懸念も、再行主義と全く矛盾せずに解決されるのか。いずれにせよ、根岸政治学のような堅固な姿勢がなければ、とても舵を取れるものではない。

（1）根岸教授の初期・中期の研究成果は、根岸毅『政治学と国家』（一九九〇年、慶應通信）にまとめられている。後述する工学的発想その他の根岸政治学のエッセンスは、この書物に収められている。同教授の理論体系の全貌を知るには、同書を熟読する必要があるが、比較的簡便に根岸理論の概要を把握するには、根岸毅「政治学とは何か」（萩原能久・河野武司・根岸毅・向山恭一・田中宏『国家の解剖学―政治学の基礎認識―』（一九九四年、日本評論社）第二章所収）がよい。

（2）根岸毅「政治学とは何か」・前注（1）一〇一頁。この様な「装置としての国家」がなすべき仕事のリストを示したのが、本号所収の根岸論文「民主主義の論理と価値」であろう。

（3）根岸毅「政治学とは何か」・前注（1）四〇頁。

（4）根岸毅「政治学とは何か」・前注（1）四一頁。

（5）根岸毅「政治学とは何か」・前注（1）四二頁。

（6）政治学は、法則の入手と活用とは無縁であり、根岸教授が言う意味での科学を適用することはできない、といった仮想的反論に対して、同教授は次のように言う。「この論評は、政治上の出来事の説明の際に、研究者が法則に言及することがない点を根拠とする。政治史の研究でよくある例は、ある国の政府が対外強硬策を採用したという事例を説明する際に、その政府の国内での存在基盤が揺らぎだしたことを指摘するというものである。この説明では、たしかに、強硬策が採られたことの原因が政府の存立基盤の不安定さにあるとの指摘はあるが、どこにも法則らしいものへの言及はない。通常、政治史の説明では、原因が列挙されることはあっても、科学的説明が依拠するべき法則への言及はない。」「この主張は一見もっともなように見える。しかし、政治史の説明といえども、原因の説明に『事物の生起の規則性の観念』は不可欠である。次の点を考えてみるとよい。この事例の場合、なぜ政府の存立基盤の不安定さの原因として指摘できたのであろうか。その強硬策の採用をめぐっては多種多様な出来事があったはずであり、その無限の複雑さのなかから、政府の存立基盤の問題がなにゆえ注目されたのであろうか。」「政治学も含めて社会科学では、多くの場合、『常識的にひろく了解されているような、そしてわざわざ言明しなくてすむような一般法則』を自明のこととして暗黙のうちに前提し、ただいくつかの事実のみを原因として指摘することで説明が成ったと考えられている。そこでは、法則は明示されていないだけであって、存在しないのではない。暗黙裡にであってもなんら

かの法則を前提にしなければ、無限に存在する事象のなかから限定された数の出来事を『原因』として選び出し、列挙することはできない。」根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)四六－四七頁。

(7) 根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)四八頁。

(8) 根岸毅「民主主義の価値の論証－『進歩』と『やり直しの機会』－」法学研究第六五巻第一号（一九九二年一月）一二四頁。

(9) 根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)四八頁。

(10) 根岸毅「工学に欠けるもの、政治学に欠けるもの――『問題解決のための学問』の条件」法学研究第五八巻第八号（一九八五年八月）六頁。

(11) 根岸毅「工学に欠けるもの、政治学に欠けるもの」・前注(10)七頁（根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)五一頁の記述を加味して若干の改変を施した）。

(12) 根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)五二頁。

(13) 根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)五三－五四頁。なお、問題解決の意図を持たない理学は、定義上、工学と区別されるものの、実際の区分は、個人の価値関心あるいはその集積としての社会の要請の変化によって、流動的になる。根岸教授は次のように説明する。「特定の問題の解決に役立つ法則とは、その問題状況を被説明変数が特定の値をとった状態として記述できる法則のみである。それ以外の法則は、いくつ手元にあっても、いくら精緻に構成されていても、その問題の解決の手助けにはならない。現在問題解決の役に立たないとされる『純粋』研究の成果が、将来役に立つようになるというのは、現在はその被説明変数の値の変化が価値の高低に対応するとは考えられていないのが、社会的事情の変化によって、将来その変化が価値の高低に対応すると考えられるようになる、ということである。解決すべき問題が何かが今日特定できるならば、その特定の問題の解決に役立つ法則を今日意図して手に入れることは、理論的に可能である。」同論文四九頁。

(14) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」法学研究第七〇巻第二号（一九九七年二月）二六頁。

(15) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一二頁。

(16) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一三頁。

(17) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一三頁。
(18) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一三―一四頁。
(19) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一六頁。
(20) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一六―一七頁。
(21) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一八頁。
(22) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一九頁。
(23) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)一九―二二頁。
(24) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二〇頁。
(25) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二〇頁。
(26) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二六―二八頁。
(27) 根岸毅『原理主義と民主主義』(二〇〇三年、慶應義塾大学出版会)二六頁。なお、進歩とやり直しの機会の詳細については、同書一〇一頁所収の「民主主義の価値の論証『進歩』と『やり直しの機会』」と題する論文を参照されたい。本論文は前注(8)に掲げた論文の再録である。
(28) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)二六頁。なお、「進歩はよくない」という表現は、他者にとって進歩といえる状態が自分にとって好ましくないということを意味するのであり、「私が進歩と認めるものは私にとって好ましくない」ということではありえない。同論文同頁。
(29) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)二七頁。
(30) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)二七―二九頁。
(31) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)二九―三〇頁。
(32) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)八、二一、三〇―三一頁。
(33) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三二頁。
(34) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三三頁
(35) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三三頁。

(36) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三四頁。
(37) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三四－三五頁。
(38) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)八六－八七頁。
(39) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三四－三五頁。
(40) 根岸毅「政治学とは何か」・前注(1)四一頁。
(41) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二三頁。
(42) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二九頁。
(43) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二九－三〇頁。引用の中で言及されている「立法者意思説」に関する根岸教授の分析については、根岸毅「法解釈と政治」法学研究第五九巻第八号（一九八六年八月）を参照されたい。
(44) 根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)三〇頁。
(45) 法解釈論は、法の規定を所与として、当該規定が客観的に意味するところを明らかにする知的作業であり、他方、立法論は、所与の法の規定を超えて、どのような規定が望ましいかを明らかにするものである。多くの場合、所与の規定の目的は明確に特定されていないから、その特定を行なう作業が不可避的に必要になる。それは立法者になり代わって規定の目的を付与する作業である。もちろん、既存の法規定や立法史に拘束される法解釈論と、ゼロベースから規範を立てる立法論とは区別されるべきであるが、解釈が要請されるということは法規定や立法史からも目的を特定できないからであって、その際、解釈者は自分なりの規範を立てて、法規定や立法史から推論される可能的な目的の候補からその規範に準拠して、あるべき立法目的を選別せざるを得ない。議論の次元を確定するという意味では、両者を区別する必要があるが、法の目的の明示がない場合、結局、法解釈論は立法論の作業にコミットせざるを得ない。
(46) 同様に、ある研究者の価値の論証が、ある党派のイデオロギーと符合するものであったとしても、その論証が学問的手続きを経て構築されている限り、当該党派に対する氷解とは独立して評価されるべきである。
(47) 再行主義による問題の解決は、当該問題の論理的道筋を示すものであって、それを超える局面では様々なことが

らに配慮する必要が出てくる。この点に関しては、根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)六七―七五頁。

(48) 根岸教授は次のように言う。「私が全面的展開が必要だというのは、研究体制（学のあり方）としてのことで、個々の研究者が一人ですべての局面での研究活動を行なわなければならないということではない。」根岸毅「規範的な議論の構成と必要性」・前注(14)二八頁。

(49) 「原理主義」とは、「ある原理を無謬のものとして前提に置き、それが指し示す特定の具体的な生き方・活動の仕方のみを肯定し、それを否定したり、それに疑問を投げかけたりすることをいっさい認めない」思考方法を指す。原理を懐疑するものが現れた場合、原理主義は主義を確実なものとするために、疑問をもつ人が選択を行なう際の「選択肢とその付随事態」の組み合わせを操作してその人に、原理を受け容れる選択肢を選ばせなければならない。つまり、このような意味での強制力の行使が必要となる。根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)二一―二三頁。

(50) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)九五―九六頁。

(51) 根岸教授のネットワーク出版は、http://www.law.keio.ac.jp/~negishi/で見ることができる。

(52) 札幌高判昭和五三年五月二四日・高等裁判所民事判例集三一巻二号二三一頁、訟務月報二四巻八号一五四一頁、判例時報八八八号二六頁。

(53) アメリカの討議民主政論の概観については、信山社から近刊予定の記念論文集に所収される、駒村圭吾「討議民主政の再構築―民主主義をめぐる『合意モデル』と『挑戦モデル』―」を参照されたい。

(54) 詳細は、駒村圭吾「討議民主政の再構築」・前注(53)を参照されたい。

(55) 経済的自由権の規制立法に対する審査姿勢の二分論を示唆した著名判例として薬事法違憲判決がある（最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁、訟務月報二一巻五号一〇九一頁、判例時報七七七号八頁）。同判決は次のように述べて、二分論を展開した。「職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の

職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。」「この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

(56) 規制態様論とは、前注(55)に掲げた判決文中、「そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課

し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。」の部分をさす。

(57) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)四〇頁注(12)。

(58) 根岸毅「民主主義の論理と価値」法学研究本号所収・Ⅳi。

(59) 根岸政治学では、人権の政治的意味合いにのみ注目がおよぶ。しかし、人権行使が有する非政治的意味合いを否定するものではないし、また、政治的意味合いをもたない人権行使はいかように制約してもかまわないということ意味しない。根岸毅「民主主義の論理と価値」法学研究本号所収・Ⅳi註(3)参照。

(60) 前注(49)参照。

(61) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三五頁。

(62) 根岸毅『原理主義と民主主義』・前注(27)三九頁注(4)。ここでの議論は、自由の放棄という論点とも関係してくる。根岸毅「民主主義の論理と価値」法学研究本号所収・Ⅶ註(2)参照。

(63) エホバの証人輸血拒否訴訟控訴審判決・東京高判平成一〇年二月九日高等裁判所民事判例集五一巻一号一頁、訟務月報四五巻五号八二一頁、判例時報一六二九号三四頁。同上告審判決・最判平成一二年二月二九日民集五四巻二号五八二頁、訟務月報四七巻五号一一〇八頁、判例時報一七一〇号九七頁。

(64) もちろん、死の決定に限らず、人が行なったあらゆる選択は不可逆である。過去に行なわれた選択はすべてやり直しのきかない選択で、やり直しの意味は、将来に向けて新たな選択を重ねるということでしかない。しかし、通常、われわれは、死の選択や信仰の選択と、夕飯に洋食を選択することや背中を掻く選択を同じ種類の選択とは考えていない。われわれが重要と考える選択は、過去のやり直しのきかない選択の積み重ねを、再解釈することにより、「より善き光」の下に照らし出すような選択である。そして、そのような選択の中には、不可逆な生の重みと宿命性の自覚の観点から、人生の総括的な解釈を構成する選択がありうるのであって、その場合、やり直しに意味のないものがあるのではないか、と思うのである。

[追記] 根岸先生と私の出会いは、大学院の政治・社会論合同演習に参加させていただいたことに始まる。その後、根

岸先生は新聞研究所（現メディアコム）の所長を兼任され、また、同研究所外郭の共同研究組織として放送法研究会を立ち上げられ、私は同研究所の研究員ならびに同研究会の会員として、再び根岸先生の謦咳に接することができた。専攻の違う私の議論にも熱心に耳を傾けられ、思いもつかない論理で私の混沌とした議論を鮮やかに組み直して下さった。根岸先生の紳士的な風貌と冷静な思考態度、そしてその堅固な意志力には憧れるばかりで、未だに真似事すらできないでいる。根岸毅先生がまもなくご退職を迎えられるに当たって、披瀝しておきたいことがある。多少私事にわたるが、ご寛恕をお願いする次第である。公私にわたる交流の過程で、いつどのような状況下であったかは今では全く思い出せないが、先生が「ここに私の哲学がすべて詰まっている」とおっしゃって、ある書物をお貸しいただいたことがある。意外にも、それは漫画本で、西岸良平の『夕焼けの詩』シリーズであった。この作品は、昭和四九年から小学館ビッグコミックオリジナルに掲載されて以来、現在もなお連載が継続している息の長いものである。内容は、一話完結のスタイルで、「ハナタレ小僧」が活躍し、「傷病兵」が散見できた昭和三〇年代の「横丁」の人間模様を描いたものである。タイトルの示すように、東京にもまだ「夕焼け」があり、それは、希望と絶望の双方を暗示する高度成長時代の詩的風景であった。この詩的風景を百物語風に描出する西岸作品に、根岸先生は、どのような「哲学」を読み取ったのだろうか。実は、これが、私にとって根岸先生が残した最大の謎である。四〇歳を超え、私が育った昭和四〇年代の詩的風景が、自分にとっても思想的風景になりつつあるように思われる。根岸教授の残した謎に一歩近づいたような気がする。しかし、その一歩は小さく、残された道は遠い。