

インディフェレンツ

——〈私〉の憲法学——

石 川 健 治

序 Indifferenz

第一 法的に空虚な空間

第二 〈秩序〉のなかの〈自由〉

結 Rechtsfreiheit/Freiheitsrecht

最初に、この講演というよりは一個の研究報告に近いお話の「標題」について、コメントしておきます。これは、何事に対してもインディファレントな石川憲法学を語る、というようなことではありません。先ほど司会の中島さんが注意深く、副題の「私」には括弧が付いている、と指摘されましたが、その通り、ここでは、〈私〉について語るわけであって、私、石川について語るわけではない。それから、〈私〉を語る際にインディフェレンツという観念が重要であるといっているだけであって、私がインディファレントであるといっているわけではないのであります。

標題をごらんになって、「よりによって社会的な無関心を標榜するとは、いまどきの憲法学者は困ったものだ」、あるいは、「若い世代の憲法学者はそういうものだろうと思っていたら、やっぱりそうだったのか」、などというお考えで来られた方も実際におありのようでしたが、残念ながら、本日のお話はそういう内容のものではありません。その意味では、期待を大きく裏切ることになるかと思います。多少のいたずら心もあって、そうした誤解を招くような表現をわざとタイトルに選んだのですが、ご紹介いただいた私の本で主題化している「期待の地平 (Erwartungshorizont)」というのは、そういう形でひとの書いたテキストの解釈に影響してゆくものだ、というのが、この講演の導入になります。笹倉先生にも言及していただきましたが、私の本が取り上げたカール・シュミットの制度的保障論は、その定式だけをみて「こういうことを議論

しているに相違ない」という予断のもとに読まれた結果、あるいは、そういう議論の存在を期待している読者の側の文脈に抛り込まれた結果、その後の誤解の連鎖のなかに、本来の形姿を喪っていったのです⁽¹⁾。本日お話しするインディフェレンツという観念の法学への受容の試みもまた⁽²⁾、同様の運命を辿った議論の一つにほかなりません。

次に、笹倉・樋口両先生のご講演を拝聴して、それら両講演と私のそれとの関係についても、予め論及しておく必要を感じましたので、ここで簡単なコメントを付しておきます。本日の笹倉先生のご講演は、専ら政治社会の秩序を問題にされたわけで、自由についても政治社会の問題として語られましたが、それとの関係で申せば、私の講演はおそらく、自由といっても、政治あるいは政治社会でのそれ、ではなく、むしろ〈非政治 Apolitic〉の領域でのそれであり、そうした自由の公的な承認を求める、という文脈での議論になるに違いないと思います。〈非政治〉、つまり、政治から文字通りインディファレントな立場に立つという生の領域は⁽³⁾、これまでの政治思想の歴史から消えたことはありませんし、これからも消えることは無いでしょう⁽⁴⁾。そして、そのことの公的な承認を求めるという主張は、おそらく、これからも消えることの無い重要な政治思想の一部を成してゆくに相違ない。先ほど樋口先生から、リパブリカンという話が出ましたが、共和主義者はこの非政治を承認しないのが通例なのに対して、そうではなく、〈非政治〉の公的承認、さらには、〈非政治〉の領域での自由の公的承認という文脈を確保すること。それが、おそらく、私が、とりわけ笹倉先生の先ほどのストーリーに対して申し上げることの、中心になるに違いないと思っています。

一方、樋口先生は、自由の α , β ということを問題にされました。こうやって師弟二人で壇上にのぼる機会は初めてですしこれからもめったにないと思うので、本日は、この自由 α と β の対抗図式に対する検討の部分で、意識的に

(1) 参照、石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社、2007年）。

(2) 法的インディフェレンツ（rechtliche Indifferenz）という表現そのものを用いた顕著な例としては、F. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 3, 1906, S. 110ff.

(3) Vgl. K. Löwith, Jacob Burkhardt, Der Mensch inmitten der Geschichte, 1936, S. 164ff.

(4) 参照、半澤孝磨『ヨーロッパ思想史における〈政治〉の位相』（岩波書店、2003年）121頁以下。

増強してお話ししたいと考えております⁽⁵⁾。先生は、〈秩序 Ordnung〉を強制するという自由 α の方に、おそらくこれまで選好を示してこられたと思うのですが、私の以下の議論は、そこにおける自由とはそもそもいったい何であるのか、ということを経験にすることになろうかと思います。

序 Indifferenz

ここでキー・コンセプトとなっているインディフェレンツ (Indifferenz) とは、ラテン語のインディフェレンチア (indifferentia) のドイツ語訳です。インディフェレンチアは、西洋精神史のなかでも最も重要な、そして触発力のある観念のひとつですが、特にストア派が好んで用いたギリシア語、アディアフォラ (ἀδιάφορα, adiaphora) に由来し、元々はそれ自体が翻訳語であるわけ⁽⁶⁾です。本日は、このインディフェレンツの観念をめぐる経緯について語る余裕はございませんので、それが法学的な構成のなかに自覚的に採り入れられた、よく知られた2つの例に言及して、全体の序に代えさせていただきます。

まずは、刑法学におけるインディフェレンツ、についてです。古い刑法の教科書を見ますと、「適法行為」「違法行為」と並んで、第三のカテゴリーとして「放任行為」というのが挙がっております。宮本英脩、牧野英一といった大家たちは、「放任行為」の存在を認めておりましたし⁽⁷⁾、その後の学者たちも、賛否にかかわらず、このカテゴリーに言及するのが常だったわけですが、次第

(5) 今般、シンポジウムでの報告を活字にするにあたり、章立て・論旨には変更を加えなかったが、「法的に空虚な空間」論については、折角の機会であるので、時間の関係で省略した内容を本文・脚注ともに復元するよう試みた。そのため、当日の報告に比して、紙面のバランスを変更させていただくことになった。この点、切にご寛恕を乞う次第である。

(6) 文脈を無視して、一律に「無差別」、「不偏性」、「善悪無記」などと邦訳してしまうと、却ってわけがわからなくなるので、ここでは無理に翻訳せずに、しかもとりわけドイツ法学の文脈で参照するという意味で、ドイツ語のインディフェレンツを使うことにする。Vgl. Art. Adiaphora, in: J. Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, 1971, S. 83ff.; Art. Indifferenz, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), Hist. Wb. Philos., Bd. 4, 1974, S. 282.; Art. Identitätssystem, Identität, Indifferenz, in: dies. (Hrsg.), Hist. Wb. Philos., Bd. 4, 1974, S. 154ff.

(7) 参照、宮本英脩『刑法大綱』(1935) 101頁、牧野英一『日本刑法(上巻)重訂版』(1937) 345頁、江家義男『刑法講義総則篇』(1947) 180頁。

にそうした言及は姿を消してゆきます。しかし、現代でも、山中敬一教授の刑法の教科書などでは、この論点は批判的にではあれ出てきているわけで⁽⁸⁾、この「放任行為」あるいは「放任」という観念に、ひとまず注目していただきたいと思います。この関連で、もうひとつ、尾高朝雄教授の『法と事実』という作品を読むと、「適法」「不法ないし違法」と並んで、「法外」というカテゴリーが出てまいります⁽⁹⁾。事実婚や、法と違った慣行などを念頭におく、この「法外」という第三のカテゴリーも、概ね、先ほどの放任行為に相当するものです。

これら第三のカテゴリーは、「法的に禁止されていない (rechtlich unverboden)」あるいは「法的に意味をもたない (rechtlich irrelevant)」という表現とも互換可能な形で、インディフェレンツの観念を法学の世界に導入しようとしているわけです⁽¹⁰⁾。刑法学上、放任行為という場合の「放任」は、禁止されていないという意味でのウンフェアボーテン (unverboden) の翻訳であり、インディフェレンツを「禁止の不在」という角度から描出しようとするものです⁽¹¹⁾。

(8) 参照、山中敬一『刑法総論 (第2版)』(2008) 431, 511頁

(9) 参照、尾高朝雄『法と事実』(1949) 11頁以下。同じ現象学的法哲学を志向する論者として尾高が強く意識していたフリッツ・シュライヤーにも、「法から自由な空間 rechtsfreier Raum」という定式で、同様の議論がある。Vgl. F. Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 1924, S. 102ff. 近年、この「法外」観念は、尾高の与り知らぬところで、再活性化しつつある。たとえば、仲正昌樹『「法」と「法外なもの」』(御茶の水書房, 2001年)。

(10) Vgl. A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 292ff., bes. 296. 諸学説の異同については、参照、高橋敏雄『違法性の研究』(1963)。

(11) 他方で、法的なレレヴァンツ (Relevanz) は、「法的な意味を有する」もしくは「法との関連性を有する」ことを指している。Vgl. M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., 1980, S. 395ff.; A. Schutz, Reflections on the problem of relevance, 1970. 尾高朝雄の僚友である現象学的法社会学者アルフレート・シュッツの議論は、レレヴァンツ (レリヴァンス) 論の射程の広さを教えてくれる。また、法的なインディフェレンツと法的なイレレヴァンツとは、完全に相覆う観念ではない。インディフェレンツの法学上の受容の歴史において、両者を互換可能な観念として捉えない考え方も、有力である。Vgl. W. Fuchs, Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz, 1920, S. 8ff.; ders., Lex permissiva, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926-1927), S. 183ff. こ

次は、憲法学におけるインディフェレンツです。宮沢俊義先生の有名な『憲法Ⅱ』という教科書には⁽¹²⁾、初歩的な人権類型論がかなり丁寧に述べられていますが、そのなかで、自由権、受益権、社会権、参政権と並んで、「国法との無関係 (rechtlich indifferent)」として定式化される「単なる自由」という観念が出てまいります。「散歩する自由」などを典型とする、この「単なる自由」こそは、公法上のインディフェレンツであって、その学説史的な成り立ちからいって如上の刑法学上の「放任行為」論にじかに接続しており、そこにある「自由」とは、まさに「放任」「法外」としての自由にはかなりません。これは、ゲオルク・イエリネックというドイツの公法学者が、名著『公権論』において、刑法学上のインディフェレンツ観念を、憲法学にもち込んだものです。イエリネックは、元来、哲学で博士号を取り、その後、刑法学で最初の教授資格を取っていました。そんな彼の議論を、宮沢先生は基礎にしているのです。イエリネックの公権論自体は、宮沢先生の師匠である美濃部達吉を筆頭に、日本の憲法学によって大規模に受容されたものですが、注目されるのは、宮沢先生だけが、この国法上のインディフェレンツを、「自由権」とは区別しているということです。第一の三で述べるように、このインディフェレンツの所在をめぐるのは、長谷部恭男教授と高橋和之教授の間で、論争があります⁽¹³⁾。

このように、インディフェレンツの観念をいかにして現代の公法学のなかに定位できるかは、依然と問題であり続けており、そうした問題状況を探ることが、この講演の主題です。そして、副題が示すように、本日はそれを、〈私〉

の点、異色の法的レリヴァンツ論を展開した論者に、イタリア公法学の集大成者サント・ロマーノがいる。彼の場合、法的なインディフェレンツが認められる (giuridicamente indifferente) 領域は、権利行使の自由 (res merae facultatis) を承認された——宮沢俊義のいう「単なる自由」に限定された——局所的なものであるのに対して、法的レリヴァンツ (rilevanza) 論の方は、法秩序の体系化のための鍵概念として、法理論の枢軸を形成している。Cf. S. Romano, *Ordinamento giuridico*, 2. ed., 1946, p. 93. ロマーノのレリヴァンツ論については、参照、仲野武志『公権力行使概念の研究』(2007) 225頁以下。

(12) 参照、宮沢俊義『憲法Ⅱ (新版)』(1971) 88頁以下。

(13) 参照、高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古稀祝賀『行政法の発展と変革』(2001) 292頁以下、長谷部恭男『憲法の理性』(2006) 102頁以下、111頁以下。

という観念から説明してみようというわけです。以下では、それを、第一に、インディフェレンツの法学的な翻訳の局面、第二に、そこで問題となる自由の定位の局面、の二つの局面から述べてゆくことにします。

第一 法的に空虚な空間 (Der rechtsleere oder rechtsfreie Raum)

一 刑法からの自由——附・必要は法をつくるか破るか

第一の論点は、「法的に空虚な空間」は存在するのか、という形で定式化されてきました。ドイツ語が分かる方は、そこに掲げた *rechtsleer* と *rechtsfrei* という表現の、語呂のよさに注目してください。*rechtsleer* という表現は、カール・ベルクボームという、一定の時期にはかなり重要視された、法実証主義の法哲学者のいい方ですが、「法のない」「法が空虚な」という意味です⁽¹⁴⁾。他方で、「法的に自由」「法からの自由」を意味する *rechtsfrei* とは、ベルクボームの定式を承けて、戦後の刑法学でよく使われてきた表現で、カール・エンギッシュらが代表的な論者です⁽¹⁵⁾。

ベルクボームが意図的にインディフェレンツの文脈をもち込もうとしていることは、その際、ラテン語の *indifferentia* の原語であるギリシア語の *adiaphora* に言及している点からも、明らかです⁽¹⁶⁾。法学的なアディアフォラ (*juristische Adiaphora*) すなわち法的なインディフェレンツとは、法学的評価においては無差別の扱いを受ける任意領域 (*juristisch indifferentes Belieben*) のことですが、ベルクボームはこれを、法的に空虚な「空間 (Raum)」という定式で、表象したのです。法的な「真空 (Vakuum)」という表現もよく使われますが、ベルクボームは、内部空間の真空性それ自体よりは、その内部と外部の境界線 (*Demarkationslinie*, *Scheidestrich*) に注意を喚起するために、空間・領域・領土という一連のイメージに訴えたのでしょう。

(14) Vgl. K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd. 1, 1862, S. 371 ff.

(15) Vgl. K. Engisch, *Der rechtsfreie Raum*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 108, 1952, S. 385ff.

(16) Vgl. K. Bergbohm, a. a. O. (Anm. 15), S. 379.

具体的には、「所有権絶対の原則」の系として説かれた「権利行使自由の原則」の存在が、その例です。そこでは、権利の不行使も、任意であって、権利者の決定に委ねられています (*res merae facultatis*)。つまり、権利の行使の態様のみならず、権利の行使・不行使自体についても、法は無差別的 (*indifferent*) な態度をとっているわけです。この法的インディフェレンツは、「権利行使の自由」がそもそも「法の領域」には属していないためである、というのが、ベルクボームの見解です。

適法と違法の評価は、問題となる生活事実が「法の領域 (*Rechtsgebiet*)」と連関している (*rechtsrelevant*) ということを、前提としています。適法と違法の境界は、あくまで法の領域内部での境界線です。そして、「法の領域」に属している以上、生活事実に対する法的な評価は、適法か違法かの二値論理に服するのであって、中間はない。そこにはインディフェレンツはあり得ません。当該生活事実に対する「法の無差別」「法のインディフェレンツ」が存在し得るとすれば、それは「法の領域」とは異なる領域においてであろう。したがって、そのためには、「法的に空虚な空間」の存在を承認する必要がある、というわけです。

そこには、法の版図の「国境」があります。境界線の外と内という形で、生活世界は「法の領域」と「法的に空虚な空間」とに、明瞭に区別されることになります。法の領域は、あくまでこの境界線の外側に広がり、その内側では、法が空虚であるがゆえに、個別の選択意思による決定が無差別的に承認されるのです。ただし、内と外との間の防御線を維持するのは、あくまで実定法 (としての客観法) だ、という点で、「法的に空虚な空間」は「法の欠缺 (*Lücken im Recht*)」とは区別されます。後者においては、客観法の存在そのものが、欠けているからです。ベルクボームにいわせれば、自然法論者は、この事実において実定法によって画定された領域を、「法の欠缺」とみなして恣意的に実定法の埒外に追いやると同時に、この中空を勝手に理念的な補充法 (*Supplementarrecht*) で充たそうとする議論であり、その点で非難されることになります⁽¹⁷⁾。

(17) このように、ベルクボームの「法的に空虚な空間」論には、「法によって満たされていない領域」を一切許さない自然法論に対する、法実証主義の立場からの批判の一局面、という意味合いがある。各種の自然法論のなかでも、特に、実定法の欠缺を補充する限りでのみ自然法の原理を援用するという、穏健な自然法論については、それが一見常識的な見解であるだけに、これを追い払

この放任領域、法的に空虚な空間、が議論される主要な問題領域としては、まず第一に、先ほどの宮沢先生の著書にでてきた「散歩をする自由」のような、憲法・行政法的な観点からのインディフェレンツの領域があります。この領域における自己決定は、「法外」において行われますから、一切の法的な評価から自由であり、したがって、愚行とみられる行為を選択することも許容されます（愚行権と呼ばれることがあります）。しかし、権利は、主観法ですから「法の領域」にあり、放任領域にはありません。そこで、自己決定に関する権利は、放任領域を法領域（権利領域）から引き算して定義されることになりますが、結果としては、この引き算による定義から、放任領域があたかも権利領域の本丸であるかのごとき外観が生まれ、定式上の混同が生じます。これは項をあらためて論じます。

第二の問題としては、緊急避難をはじめ、人工妊娠中絶や自殺関与などの限界事例を含む、広義の緊急状態の問題が挙げられます。こちらは、主として刑法学者の関心をよんだ領域です⁽¹⁸⁾。

俗に「必要は法をつくる」とも、あるいは「必要は法を破る」とも申します。ここの「必要」という表現と「緊急」という表現は、一見すると関係ないように見えますが、西洋語の語源的には同じ言葉を（ドイツ語でいえばNot）、文脈に合わせて訳し分けただけの違いであることに注意してください。この点、「必要が法をつくる」のであれば、「必要」は、制定法とは区別される、一個の独立した法源であるということになります。そうすると、「緊急状態」での行為というのは、通常の刑法的評価から自由な領域となりますが、その場合の評価は、独立の法源としての「必要」に委ねられるのであり、そこで自律的決定は、決して法的評価全般から自由になるわけではありません⁽¹⁹⁾。他方で、「必要が法を破る」ということであれば、違法か適法かを語る

うのにベルクボームは手を焼いていた。そこで、法の不備ではなく、意図的に用意された「法的に空虚な空間」が現実存在することを、反証として指摘したというわけである。

- (18) 参照、阿部純二「緊急避難」日本刑法学会編『刑法講座第2巻』（有斐閣、1963年）146頁以下、特に153頁以下。緊急避難全部を放任行為とする説と、法益同価値の場合に限って放任行為（それ以外の緊急避難は適法行為）とする説とに分類し、客観的違法論の立場から批判を加えている。
- (19) 「緊急」あるいは「必要」が、法をつくる、つまり、一つの法源になり得るのだ、という観点が、公法学の世界では、憲法変遷の議論につながってゆく。参照、石川健治「憲法変遷論評註」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文

ことがそもそもできませんが、やはりこの場合にも、それは法的にはインディフェレンツの領域だ、といわざるを得なくなります⁽²⁰⁾。

第三に、刑法学における、主観的違法論による主張があります。現在では、行為者の主体的な問題と区別して違法性を論ずる、客観的違法論によって退けられてはおりますが、かつては、刑法上の違法を語るためには、そもそも倫理的（人倫的）な力（sittliche Macht）を⁽²¹⁾、行為者としての人間が持っているということが、必ず前提にされるのだ、と考えられました⁽²²⁾。そこにいう、「倫理的（人倫的）な力」と法、というテーマは、自由を語る上で避けては通れないテーマです。そして、この倫理的な力としての「権利あるいは法」との関連においてこそ、「放任」という領域が強く意識されるようになったのです。

自由とは、「欠如」あるいは「不在」としての自由である、といういい方が、一方では、思想上連続して続いているのですが、それ以上に自由論の主軸をなしていたのが、笹倉先生のお話にありましたように、むしろ、モラル・フォースを伴った自由の観念です⁽²³⁾。この倫理的な力なしには、権利、法、あるいは自由といったものは、実体的な基盤を喪うのですが、しかし、この倫理的な力をどう扱ったらよいのか、ということは法学にとって極めて厄介な問題になっています。

行為者の倫理的な力との関係で「自由」を語り、行為者への命令として「法」を観念するということになりますと、そこでは、客観的には違法だが主観的には過失がなかったという評価、つまり「違法かつ無過失」という中間的な観点は、成り立ち得ません。違法の評価には必ず、倫理的な力にまつわる主

社、2004年）747頁以下。

- (20) この観点は、公法学の世界では、国家緊急権論をはじめとする、例外状態とその憲法的統制にかかわる。ここに、「必要」は、「法をつくる」のか「法を破る」のか、がさらに争われることになる。
- (21) 本稿が倫理的（人倫的）な力を採り上げる問題意識の拡がりについては、Vgl. z. B. J. Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen, Gesammelte Werke, Bd. 4, 1956, S. 48.; J. G. Droysen, Historik, historisch-kritische Ausgabe von P. Leyh, Bd. 1, 1977, S. 5, 18, 290ff.
- (22) Vgl. H. Hälschner, Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Normen, Der Gerichtsaal, Bd. 28, 1876, S. 401ff., bes. 408, 412f.; G. Jellinek, Die Klassifikation des Unrechts, 1879, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. 1, 1911, S. 76ff.
- (23) 参照、半澤・前掲注（4）39頁以下。

体的な評価が、伴っているはずだからです。しかし、そうした窮屈な議論が、逆に、違法でも適法でもない中間領域の必要性を、痛感させます。禁止されてはいないが許可されたわけではない、という、法的評価としては無差別的 (indifferent) な中間領域を、自覚的に確保する必要があるわけですから。たとえば、錯誤、自傷行為、被害者の同意の存在、緊急状態などを理由として、国家の刑罰権を発生させない理由がある場合には、当該攻撃行為は、法的評価としては無差別な行為として、「許可はされていないが禁止もされていない」状態におかれるわけです⁽²⁴⁾。それを、「命令としての法」が禁止していないという意味で、「放任 (unverboten) 行為」というふうに、読み流していたのであります。二で主題となる公法学者イエリネックが意識していたのは、この段階での議論です。

その場合、攻撃の主体である行為者の「選択の自由」は、「法的に空虚な空間」において確保されますが、反面で、攻撃の客体（したがって刑法的保護の対象）も、法領域の外に、つまり、国家による保護範囲の外に置かれてしまうことになります。そうした構成の是非をめぐっては、その後も、エンギッシュの、些かとおつつきが悪いが、大変面白い著名な論文をきっかけとして⁽²⁵⁾、第二次大戦後も、そこでの「空虚な (leer)」という表現を「自由な (frei)」に置き換えて、議論が継続されます⁽²⁶⁾。たとえば、アルトゥール・カウフマンという日本でもよく知られた刑法学者・法哲学者の問題提起をめぐって、戦後も一定の論争が行われました。日本でも、金澤文雄教授、山中敬一教授といった先生方が、代理戦争ともいえるべき論争を展開されます。金澤教授は、カウフマンの立場から、「法的に空虚な空間の存在」「放任行為」のカテゴリーを認められるのですが⁽²⁷⁾、これに対して山中教授は、このカテゴリーの存在そのも

(24) Vgl. K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 156ff., 689ff.

(25) Vgl. K. Engisch, a. a. O. (Anm. 15).

(26) その際、ドイツ語圏での議論を大きく刺激したのは、エンギッシュ論文のほぼ10年後に登場した、フランスの傑出した民法学者・法社会学者であるジャン・カルボニエの〈非法 non-droit〉論である (J. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, Archives de philosophie du droit 8 (1963), p. 55ff.). Vgl. z.B. P. Waldmann, Der rechtsfreie Raum, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts 22 (1971), S. 113ff. カルボニエの〈非法〉仮説と「汎法論」批判については、参照、北村一郎「《非法》(non-droit)の仮説をめぐって」星野英一古稀『日本民法学の形成と課題 (上)』(有斐閣, 1996年) 3頁以下。

(27) 金澤文雄「違法と適法および法的に空虚な領域」平場還暦『現代の刑事法学

のを否定するヒルシュらの立場に賛同して、金澤説を批判されます。

特にカウフマンが問題にしたのは、人工妊娠中絶を処罰していないという現状について、人工妊娠中絶がただ単に「許容されている」ととどまると評価すべきなのか、それとも、「法がそれを適法と考えている」と評価すべきなのか、ということです。カウフマンは、こういう問題はもともと様々な思想信条によって意見が区々に分かれるのだから、むしろ、これは法的に適法だと決めてしまうべきではなく、「放任」された領域だと説明したほうが良い。その方がむしろ、多元的な価値が乱立する現代社会において必要な、「寛容 (Toleranz, tolerance)」という原理を支えることになるのだ、と主張しました⁽²⁸⁾。ここには、「寛容」とは〈他者〉の選択に対する無差別の立場を採ることであり、「寛容」の原理を説明するのに最も都合のよい「自由」観は、法的インディフェレンツとしての自由である、という事情がよく示されております。

この、女性の身体的自己決定を法的インディフェレンツの領域におくカウフマン説は、国家の基本権保護義務を前提に胎児の保護を優先した有名な連邦憲法裁判所判決によって、明示的に否定されてしまいました⁽²⁹⁾。この点、母体たる女性は、自らの人間の尊厳に基づき、自己決定としての堕胎の自由を主張しますが、胎児の方は、まだ法人格を獲得していませんから、自ら主体として基本権（つまりは憲法上の権利）を主張することは、そもそもできません。そこで、基本権の主体の平面ではなく、国家の側の保護義務という平面において、母体の法益と胎児の法益とを対等に比較し、後者を尊重する結論を導いたのが、この判決です。そのようにして、国家の保証人的地位を認めれば、中絶は女性の身体的自由に属する問題だとして、国家が無関心を決め込むことは許されなくなります。その限りでは、法におけるインディフェレンツの否定と、国家の基本権保護義務論の採用とは、表裏一体とはいわないまでも、双生児の

(上)』(1977) 166頁以下、山中敬一「『法的に自由な領域』に関する批判的考察」関法32巻3・4・5号29ページ以下(1982)、金澤「法的に空虚な領域の理論」法の理論3(1983)1頁以下、山中「法的に自由な領域の理論再批判」法の理論3(1983)173頁以下。

(28) Vgl. A. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Festschrift für R. Maurach, 1972, S. 327ff. A・カウフマンについては、この論文も含めて多くの著作が邦訳されているが、包括的には、カウフマン(上田健二訳)『法哲学(第2版)』(ミネルヴァ書房、2006年)289頁以下。

(29) BVerfGE 39, 44 (1975)。

関係にあるわけです⁽³⁰⁾。ドイツ刑法学では、おそらくはその結果として、カウフマンの見解に対する熱が冷めてしまった感じがありますが、依然として議論は続いているようであります⁽³¹⁾。

いずれにせよ、倫理的な力としての「自律」としての「自由」ではなく、社会的原理としての「寛容」の反射としての「自由」が、そこでは問題になっていたことを確認できれば、本節においては充分です。そして、この刑法上のインディフェレンツの論点が、ゲオルク・イエリネックという19世紀ドイツの巨大な学者の仕事を通じて、国家学・憲法学の地平へ展開し、大規模に主題化されていきます。そこで、二の話題の方に移ることにします。

二 公法からの自由——「自由人の身分」と国家

次は、公法からの自由という問題です。冒頭で、宮沢俊義先生が、自由権とは区別して、「単なる自由」の存在を、つまり公法上のインディフェレンツの存在を主題化しておられたことに、触れました。この議論の背後には、ゲオルグ・イエリネックという公法学者の仕事があります。ただしイエリネックは、「自由権 Freiheitsrechte」（複数形です）が存在するのではなく、「自由 Freiheit」（単数形です）があるだけである、と述べているのです⁽³²⁾。宮沢先生のように自由権と「単なる自由」を並立させるという発想は、彼のなかにはない。むしろ、否定されているのです。それは、何故でしょうか。

そのことを理解するためには、ここには「法の版図とその限界」という問題設定があることを、知る必要があります。イエリネックの理解では、法は、本来的に実体概念ではなく関係概念であり、法秩序（客観法）とその名宛人との関係、権利（主観法）とその相手方との関係、において成立します。〈他者〉との関係性が不在のところには、法は存立しません。公法についても同様です。イエリネックの場合、公法上のインディフェレンツは、そうした法の不在の空間に発生するわけです。

この自由の領域は、法的な評価の対象にならない、放任領域ですから、法的

(30) Vgl. J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., 2005, S. 34ff. bes. 36, 41.

(31) Vgl. J.-M. Priester, Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch, Festschrift für A. Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 499ff.

(32) Vgl. G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 94ff. bes. 103f.

には放っておかれる (be let alone) 必要があります。そのなかで、どれだけ重大な自己決定が行われていても、です。イエリネックは、ここで「改宗 Konfessionswechsel」の例を挙げます⁽³³⁾。自らの信仰を変更するというのは、最も重大な自己決定に属しているでしょう。観点を換えれば、それは許される罪と評価されるのかもしれませんが。しかし、法的な（この場合は国法的な）観点からは、改宗の是非は一切の評価の対象にならない。それが信教の自由です。改宗の自由を含む信教の自由は、法的インディフェレンツの観点から、最もよく説明ができる。それは、まさに「寛容」の法的な説明が、それであるからです。ユダヤ人社会の法的自治をつかさどるラビ（説教師）の家柄に育ち⁽³⁴⁾、自ら信仰のゆえに辛酸を嘗め尽くしたイエリネックが⁽³⁵⁾、自身の体験を押し殺しながら冷静に語るこの議論の行間からは、彼の静かな気迫が伝わってくるはずです。イエリネックは、これを原型として、出版の自由などその他の自由権をも、説明し切ろうと試みたといつてよいでしょう。

法的に自由な空間の内部では、文字通り多彩で、豊饒な内容をもつ活動が行われているのです。けれども、そうした活動の内容に対して、法はインディフェレントな、無差別的な評価態度を採っているわけですから、いかに多彩な活動がそのなかで行われているにせよ、法の不在の空間については、無色透明に脱色された単数形の「自由」を、一律に語るほかはありません。護ろうとする「自由」の中身があまりに多彩なので、ひとは、「自由」それ自体を「権利」（主観法）と呼びがちです。しかし、「自由」はあくまで「法外」の領域にあり、権利すなわち主観法は、定義上、法の領域 (Rechtssphäre, Rechtsgebiet) に属しています。自由＝権利という意味での自由権は、ですから、認められません。それは形容矛盾だからです。ましてや、カタログ化された複数の「自由権」を、語るわけにはゆきません。自由権の内容に立ち入って規定することは、法的インディフェレンツに反するからです。

そうした（公）法の真空空間 (gesetzesleerer Raum, Vakuum) は⁽³⁶⁾、それを圍繞する（客観法としての）公法の反射としてしか、法的には認識されま

(33) Vgl. G. Jellinek. a. a. O. (Anm.32), S. 105.

(34) Vgl. A. Jellinek, Glaubenseinheit und Glaubensfreiheit, 1861, in: ders., Predigten, 2. Teil, 1863, S. 19ff.

(35) Vgl. G. Oberkofler, Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft, 1984, S. 427ff.

(36) Vgl. G. Jellinek, a. a. O. (Anm.32), S. 97.

せん。つまり、自由を法的に認識するためには、自由を圍繞する法からの「引き算」で定義するほかはなく、自由を法学的に定義しようとすれば、自由を圍繞する客観法の「陰画像」つまりフィルムのネガ・ポジのネガとして定義するほかはないのです。これが、消極的自由、ネガティブな自由、法学的にはネガとして定義される自由であります。人權の基礎付けとしての自然法論は、そうしたネガをポジと取り違えた誤謬に陥っているという理由からも、退けられることになります。法領域とは区別された自由領域 (Freiheitssphäre) である以上、それを権利論で扱うことはできない。これがイエリネックの「自由権」論であり、前述のベルクボームはこの流れを汲んでいます。そして、この議論が、エンギッシュを通じて、刑法学の領野へと帰するわけです。

そうはいっても、そうした自由領域を権利論抜きで扱うことなど、果たしてできるのでしょうか。イエリネックは、それを、権利 (Rechte) ではなく身分 (Status) の観点から、説明しようと試みます⁽³⁷⁾。憲法の権利条項に目を取られて、権利、権利というのが凡人の考えだが、肝心なのは権利能力の前提条件である「身分」の所在であり、しかも、近代国家がもたらした巨大な地殻変動は、この身分論の地平においてこそ法学上の表現を得るのだ、ということを描いたことが、イエリネックの独創です⁽³⁸⁾。中心となる論点は、身分とその承認に関する議論、特に「自由人の身分 status libertatis」と「国民の身分 status civitatis」です。そして、おそらくはルソーを念頭に、均質で平等な citizen となることにより、近代人はみな例外なく自由人 homme になることができたのだという、身分の構造転換を語るわけです。近代における civitas は主権国家であり、近代的な意味での「市民の身分」は「国民の身分」に読み替えられますから、イエリネックにおいては、近代における「自由人の身分」は、「国民の身分」と表裏一体の関係にあるものとして、把握されるのです。すなわち、すべての自然人は、均しく「国民」になることを通じて「家」から解放され、例外なく「自由人」として公法上の法人格を、国家によって承認される、というストーリーです。その過程で、かつて完全な権利能力を獲得する前提として最重要の身分だった「家 (長) の身分 status familiae」は、カテゴリーごと消去されてしまいます。中間団体の破壊の法的表現ですね。

(37) Vgl. G. Jellinek, a. a. O. (Anm.32), S. 81ff., bes. 83 Anm. 2.

(38) 参照、石川健治「承認と自己拘束」岩波講座『現代の法 1 現代国家と法』(岩波書店、1997年) 31頁以下、同「人權論の視座転換」ジュリスト1222 (有斐閣、2002年) 2頁以下。

それでは、その自由人が享受する「自由」とは、何でしょうか。それが、ここでの主題です。国家＝政治の観点からいえば、それは、政治社会としての近代主権国家が、公共性を独占しつつ自己収縮していった結果として残された、支配（あるいは権力）の不在の場です。他方、国家＝公法の観点から見れば、公法的に空虚な空間、公法から自由な空間です。一般には、ここが概ね、私的自治の領域として観念されています。そして、国家は、この空間に対しては、原則としてインディファレントな態度で臨むことになります⁽³⁹⁾。

一点だけ敷衍すると、この議論は、自由論からモラル・フォースを追い出してしまおうという帰結をもたらします。ここでの自由というのは、国家が最小限度の公共領域へと自己収縮した跡に残された、自由人たちの自由な世界において、いわば不在の概念として語られていますので、そうした不在の概念、否定の概念において倫理的な力を語る余地はありません。これが、法的インディフェレンツとしての自由の論理的な成立条件です。けれども、それだけでは、現実には、法的インディフェレンツが実定的な法制度において具体化される条件としては、充分でない。そこにもう1つ、歴史的な条件が加わる必要があります。それが、法的インディフェレンツの存立条件としての歴史に関する議論です。

政治思想としては近代以前から存在していた人権が、何故ヨーロッパ近代という特殊な時空においてのみ実現したのか。イエリネックは、世界史を〈生〉のレヴェルで突き動かす駆動力に、その根拠を求めて人権宣言史と国家の形成史を遡ります。そして、前者については、フランスの百科全書派の絢爛たる知性が人間理性の精華として結実させたはずの人権宣言が、実は、ヨーロッパの精神世界におけるマイノリティーとしてアメリカ大陸に新天地を求めたピューリタンたちがつくったものであるということ、しかも彼らがあくまで自らの信仰に突き動かされるようにして実現した、端的に反カトリックの信仰の所産であることを、イエリネックは明らかにして物議をかもしました⁽⁴⁰⁾。

(39) 前掲註(11)で引用したフックスは、RelevanzとIndifferenzを特に断りなく対置させるイエリネックの用語法に対して、Relevanzの反対語はIrrelevanzであってIndifferenzとは論理的水準を異にすると批判しているが、イエリネックの場合は、本文のような論理構造のもとで、IrrelevanzとIndifferenzが国法上は自然に合一するわけである。

(40) Vgl. G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1. Aufl., 1895.

さらに、ピューリタンたちの懸命に実現しようとした信仰の自由が、イギリス国教会のもとでの「寛容」の要求とほぼ同義であったことは、イエリネックの自由論を考えるうえで重要なポイントです。イエリネックの生きた世界は、国教会制による新教・旧教の平和共存を、30年にわたる宗教戦争を收拾するための切り札として採用した、ウェストファリア条約が構築したヨーロッパ公法秩序の世界でした。先に改宗の例を挙げましたが、ユダヤ人イエリネックの法的インディフェレンツとしての自由論は、国教会制のもとで生きる彼の信仰と人格の存立条件である、「寛容」の理論化としての側面をもっているのです。インディフェレンツの背後に、燃え上がるエートスが控えているという消息は、イエリネックの一見すると形式論理的な『公権論』を読むうえで、忘れてはならない点です⁽⁴¹⁾。

-
- (41) 他方で、アメリカ新大陸においてはじめて、個別の「自由」が法典化されるに至った歴史的な存在条件として、そうした自由の主張の受け皿となる「国家」の形成史に、イエリネックは着目している。まず、晩期ローマの普遍的な *imperium* や、ローマ法学における公法の形式法学的構成を通じて確立したのは、全能の国家イメージであり、これが、初期近代の絶対王政期に、主権論という定式を獲得した。これが、当時のいわゆる古典学説をベースにした、イエリネックも共有する一般的了解である。しかし、古ゲルマン的な（現代フランスの社会学者ピエール・ビルンボームの表現を借りれば）「弱い国家」の観念が、民衆の法的確信として、ヨーロッパの周縁（periphery）では伏流水のように生き続けており、この「弱い国家」ともいべき国家観は、連邦国家に見られるように、政治的中心（center）を肥大化させない国家観を醸成させてきた。イエリネックは、そうした「弱い国家」観を、「ゲルマン的な」国家・法観念という誤解を招く呼称で表現しているが、民法学者のギールケらゲルマニストとは一線を画しているイエリネックのなかでは、（人権宣言史論の文脈でしか現れない）非常に例外的な定式であり、「ゲルマン的なもの」への言及を過大に見積もるのは禁物である。ここで強調されているのは、イギリスの政治社会における、（ノルマン・コンクエスト以来の）外来王朝における形式法学的議論と、（アングロサクソン人の）民衆レヴェルでの法的確信との対立であり、「ゲルマン的なもの」への言及は、古ゲルマン的法観念のイギリス民衆社会での持続を、強調するためのものである。それが、アメリカ新大陸へと環流してゆき、そして、そのような「弱い国家」の受け皿のもとで、ピューリタンたちの宗教的確信が、まさに主権国家に自己制限を余儀なくさせる原動力となって、歴史を不可逆的に推し進め得たのだということを、歴史社会学の側面からイエリネックは強調したのである。Vgl. G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4. Aufl. (bearbeitet von W. Jellinek),

このようにして、イエリネックは、自由のモラル・フォースを法的な次元ではなく歴史的なエートスの次元で捉えました。イエリネックは、エートスという表現こそ用いておりませんが、人々を〈生〉〈衝動〉〈非理性〉の水準で突き動かした歴史的駆動力を、カルヴァン派のもたらしたエートスに求めています。社会科学の古典『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』におけるエートス論は、ハイデルベルクでの同僚だった社会学者マックス・ウェーバーが、このイエリネックの問題意識に直接触発されて主題化したものだったのです⁽⁴²⁾。

けれども、彼は、法学上の自由論には、その支えとなるモラル・フォースの問題をもち込まなかった。自由からモラル・フォースを追い出してしまい、法的に空虚な空間として、自由人の世界を描くわけです。そこで問題になるのは、国家が、何か口を出して自由を実際に制限してしまったら、自由人はどのようにして対抗するのか、ということです。あくまで法が語り得るのは、そして、法が護ることができるのは、「自由」の中味ではなく、「法」と「法外」との間の境界線、防御線だけであり、さしあたり客観法がそれを保障してくれているにとどまります。「自由」の保障は、それだけでは単なる客観法の「反射」にすぎません。そこで、イエリネックは、法的インディフェレンツの「承認」とその裁判的保護という定式で、権利論＝主観法論の可能性をなお追求しようと試みます。

まず最初に行うべきことは、自分が自由人であるということの承認を、国家に求めるということです。「承認」は、身分を語る際のキー・コンセプトであり、身分は承認という論理によって初めて現実化いたします。しかし、国家が自由人の身分を承認しなかったときには、どうすればよいのか。その場合には、自分は国民でもある、国民という身分をもっていることを利用せよ、とイエリネックはいうわけです。近代国民は必ず国家に、権利保護サービスを求めることができます。国家に服従することの代償として国民が自力救済を放棄してしまった以上、どんなに貧しく、サービスの乏しい国家であっても、最低限度のサービスとして、国民の権利保護をしなくてはなりませんし、権利保護のサービスをしてくれない国家に人々は従う理由がありません。ですから、潤沢に様々なバラマキをしてくれる国家でなくとも、最低限度、この権利保護サ

1927, S. 72ff.

(42) Vgl. P. Honigsheim, Max Weber in Heidelberg, in: R. König/J. Winkelmann (Hrsg.), Max Weber zum Gedächtnis, 1963, S. 161ff. bes. 177f., 227ff.

ービスはやらなければならない、ということになるわけです。自由人であることが危うくなれば、「国民の身分」から出てくる、この権利保護サービスの請求権を使えばいい。権利保護とは結局、裁判ということになりますから、裁判を通じて、法と「法外」の境界線、自由な空間の「国境」を護るのです⁽⁴³⁾。

イエリネックにおける法学的自由論の基礎は、このように、主として刑法学説のなかで鍛えられてきた法的インディフェレンツ論にありました。それは、法的な議論としての自由論からモラル・フォースを追い出した格好です。しかし、このモラル・フォースは、自由を実現するエートス、という別の文脈で、依然として伏流し続けます。他方、自由が侵害された場合の現実的なレメディアー (Rechtsmittel) については⁽⁴⁴⁾、自力救済ではなく、国家による裁判サービスによる権利保護に、根拠を求めたわけです。

三 単なる自由と「殺人の自由」——事実と意味、国家の関心

ありとあらゆる教科書の人権論のベースとなっている、自由権・受益権・参政権といった人権類型論の基礎になったのは、このイエリネックという人の『公権論』です。宮沢先生はこの本をすこぶる不正確に読解した上で、さらに、イエリネックの弟子筋にあたるハンス・ケルゼンという学者による、『公権論』の再解釈の試みに依拠することにより、戦後憲法のもとでのご自分の体系をつくろうとされました。宮沢先生の人権類型論は、基本的にケルゼンベースのものです。しかし、先生は、大事なのは「自由権 Freiheitsrechte」(複数形で

(43) これは、物権たとえば所有権が、それ自体としては請求権ではないにもかかわらず、潜在的に権利者と関係をもち得る第三者すべてを消極的に義務付けており、いったん何かが起これば(たとえば妨害排除請求権のような)物権的請求権を発生させるのと、同型の構成になっている。この点、物権を、対人的な相対権である債権と区別して、絶対権と呼ぶことがあるが、その意味でいえば、自由人の身分は「絶対的」である。しかし、たとえば所有権が、普段は単なる事実上の支配状態たる占有権と見かけ上区別がつかないように、自由人の身分も、普段は単なる事実上の状態にすぎない。自由は、自由人であることの承認の請求を行うことを通じてはじめて、事実上の状態から法的状態に転化するのである。そして、そのようにして法的状態に転化し得ることのゆえに、「自由」は単なる客観法の「反射」と区別されることになる。

(44) Vgl. J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2., 1876, S. 350. 大陸法における救済法 (ius remedium) の観念は、この文脈で出てくる。

す)ではなく「自由 Freiheit」(単数形です)だと、イエリネックが述べていることが気になって、自由権とは別に「単なる自由」という項目を、戦後日本の人権体系のなかに設けたのです。かくして戦後のスタンダードワークのひとつである宮沢『憲法II』は、公法上のインディフェレンツの存在を正面から承認したという点で、日本の自由論における画期的な仕事となりましたが、その叙述からみて、おそらく著者自身はその意義をほとんど理解しておられなかったでしょう。

この点に関連して、長谷部恭男教授と高橋和之教授との間で、論争が行われたことがあります。長谷部教授の「切り札としての人権」論を、高橋教授がさまざまな角度から批判するなかで、宮沢先生が殺人の自由を認めているのか、という論点が出てまいりました⁽⁴⁵⁾。その過程で、宮沢説における「単なる自由」と「自由権」の区別が、話題にのぼっています。

長谷部・高橋論争の本体に今日は立ち入りません。宮沢・自由(権)論の理解に関する限り、当初の長谷部教授の理解がやや外在的でテキストに即していなかったきらいはありますが、どちらが正しく、どちらが誤っているというのではなく、角度を変えればそれぞれが正しい。この論争の原因は、実は、高橋・長谷部両教授にあるのではなくて、宮沢先生ご本人にあります。宮沢先生の『憲法II』という本は、紛れもない名著なのですけれども、「単なる自由」とその周辺を語る文脈でのイエリネックやケルゼンに関する叙述は、率直に言って減茶苦茶であります。私が著書で取り上げた制度的保障についても、同書の叙述は減茶苦茶なのですが、明晰な頭脳をおもちの宮沢先生といえども、やっぱり減茶苦茶なことは書いておられるわけなのです。もちろん、一知半解でも先に進まなければならなかった時代の学問とは、おそらくそういうものであって、現在とはまた、ありようが違うはずです。とはいっても、混乱をもたらしているのは宮沢先生ご自身の叙述であると、ここではっきりと申しておきます。

(45) 長谷部教授は、宮沢説(一元的内在的制約説)を批判する文脈で、宮沢教授の自由権は「一般的行動の自由」と見得ること、その場合には、殺人の自由すら一旦は天賦の自由と位置づけたうえで、それが公共の福祉によって引き算される、という論理構造にならざるを得ないこと、を主張した。ところが、高橋教授は、宮沢説が一般的自由たる「単なる自由」と「自由権」とを区別していること、内在的制約説を採る宮沢教授が「殺人の自由」を認めているはずがないこと、を指摘している。本稿註(13)の諸文献を見よ。

イェリネックたちの立場に依拠する限り、「自由」の性質決定や「人権」の類型をめぐって、「単なる自由」と「自由権」とを区別することはそもそもできません。宮沢定式に直接影響を与えているケルゼンにとっても、法律上の自由であれ憲法上の自由であれ、「自由」の内実には変わりがなく、それらの境界線についても、議会がそれを決めているという点では、違いがない。要するに、宮沢説におけるすべての自由の本質は、あくまで国法上のインディフェレンツであり、境界線の内側で享受する「一般的行動の自由」でなければならないのです。ただし、法律上の境界線は、単純多数決で変更可能であるのに対して、憲法（典）上の境界線については、特別多数決（と日本の場合は国民投票）がなければ変更できない、という手続上の違いがある。これを承けて、宮沢説における「単なる自由」と「自由権」の区別は、「権」という表象で改正手続上の違いを識別することによって、もともと成り立っていた。それは、たしかに重要な区別ではあるが、「自由」の本質における区別ではなかったのです。

けれども、「権」が元来は主観法としての性質を表す表象であるだけに、「単なる自由」ではない「自由権」の観念が、いつのまにか実体化され、一人歩きしてしまったきらいがあります。「単なる自由」も「自由権」も、国法上のインディフェレンツであり、どちらも法学的には陰画像として定義されます。この点で、H・L・A・ハートやジョセフ・ラズを引用して、防御線（protective perimeter）や排除的許容（exclusionary permission）を論ずる長谷部教授の分析は、法的インディフェレンツ論にとっての重要な貢献になっており、宮沢説をめぐる論争が産み落とした貴重な副産物です⁽⁴⁶⁾。なのに、宮沢先生の叙述では、いつのまにか前者はネガ、後者はポジになってしまっているかのようです。宮沢先生が実際に「一般的行動の自由」論の局面として想定していたのは「単なる自由」だけだ、という高橋教授の指摘は本当でしょう。

そのうえで、法的インディフェレンツとしての自由観において殺人の自由が成り立つのか、という問いを、あらためてたてると、どうなるか。結論からいえば、私人による殺人であれ国家による殺人であれ、殺人行為は、〈他者〉という相手のある行為、関係性のなかの行為である以上、インディフェレンツの領域にはそもそも属していません。さらに、秩序の維持に最低限度の公益的関心を有する近代法治国家のもとでは、殺人行為は、国家との関係において、公

(46) 参照、長谷部・前掲註（13）111頁以下、129頁以下。

法的レレヴァンツをもちます。自由はあくまで「法の境界」の外にあるのに対して、殺人は、イエリネック・ケルゼン流の、したがって宮沢流の図式では、はじめから「法の版図」のなかの行為なのです。元々は法的にインディファレントな空間における「単なる自由」な行為であっても、〈他者〉との関係が発生すれば直ちに法的レレヴァンツという別の領域に移動すること、さらに、国家がそれを、公的な無関心から公的な関心の対象に移行する（ことがある）、ということです。

なお、殺人の法的レレヴァンツを左右すると思われてきたのが、「自由」論の太い水脈を形成してきた、「意思の自由」論です。すでに「法の版図」に入ってしまったので、本日の主題からは離れるわけですが、歴史上、インディフェレント観念の最も著名な適用事例の1つなので、ここで一言しておきます。それによれば、既存の因果連鎖に縛られていない場合にはじめて、事実に対して無差別的な態度で自由な選択ができる。無差別の自由意思 (*liberum arbitrium indifferentiae*) による選択が、初発原因 (*causa sui*) として後の因果関係を形成してゆくところに、人間の真の自由がある、とされます。そのような意思の自由こそが、必然的な因果連鎖から人間を解放するために必要であり、自由という名に値する自由だ、という立場です。

ただ、ある違法な行為をした人間が、そもそも初発原因においてインディファレントであるとする、彼に責任追及ができなくなってしまう。そこで、多くの場合、そうした形而上学的な実体的自由を想定せず、具体的な行為の選択の局面に議論を限定して、人間が、事実において因果法則によって決定された世界を生きていることと、精神においては自由な選択をしていることとを両立させる、という周知の図式のなかで議論することになります。もうこれ以上立ち入りませんが、これらを両立させるためには、精神と物質の相互間の因果関係を認めず、両者を平行して描き出す文法が必要です。古いタイプの議論としては、グスタフ・テオドル・フェヒナーやフリードリヒ・パウルゼンの精神・物質並行論 (*Parallelismus*) というものがあり⁽⁴⁷⁾、最近でいえば、

(47) 参照、尾高朝雄『自由論』（勁草書房、1952年）24頁以下。Vgl. F. Paulsen, *Einleitung in die Philosophie*, 5. Aufl., 1898, S. 77ff. 元来がフェヒナーの法則で知られる自然科学者であったフェヒナーが創始した、この物心並行論は、特にパウルゼンの書物を通じて日独の人文系学生にも広く読まれ、当時の神秘主義的言説への影響力は大きかった。Vgl. W. Windelband, *Von der Mystik unserer Zeit*, 1910, in: ders., *Präludien*, 7. Aufl., Bd. 1, 1921, S. 290ff. 戦前・

大森莊蔵先生の「物理世界と自由の重ね描き」といったものがあります
が⁽⁴⁸⁾、その種の議論が必要であること、それだけを述べておきます。

第二 〈秩序〉のなかの〈自由〉

一 「営業の自由」論争——「自由」の位相

そこで、第二に移ります。この第二で取り上げるのは、先ほどの樋口先生の自由 $\alpha \cdot \beta$ に関わる論点です。そのなかで、一は、「営業の自由」論争という経済史学者の岡田与好教授が提起した論争にかかわる論点ですが、それを通じて、樋口憲法学のなかの自由の位相がだんだん変わっていくということになります。当初は、岡田先生に対してプレーキをかけるようなコメントをしておられたわけですが、やがて、岡田先生の問題提起を全面的に受け入れて自由論を構築していけるわけです。

いわゆる「営業の自由」論争については、「営業の自由は『人権』ではなく『公序』である」という岡田先生のテーゼだけが、一人歩きして受け止められている感があります。また、岡田先生が元来経済史学者であるために、「かつて営業の自由は『公序』として強制された」という経済史上の科学的認識が述べられたに過ぎないものだという解説が、現在でも案外出回っているようです。しかし、それらは、岡田経済史学を、さらには、戦後日本の経済史学のありようを見誤った見解で、ここでの岡田先生の議論は、人権条項の精神的解釈を重視する解釈方法論になった、紛れもなくまっとうな一個の憲法解釈論として受け止められなくてはなりません⁽⁴⁹⁾。この、まさに岡田憲法学というべき「営業の自由」論が、自由論にもたらした貢献の1つは、「〈秩序〉のなかの〈自由〉」を、それ自体「自由」として認めたということであります。

戦中の神秘化した日本主義のなかにも、意外な痕跡を読みとることができる。ある種のガイア仮説であり、尾高法哲学がこの見解に一貫して執着していたことも興味深い。

- (48) 参照、大森莊蔵『新視覚新論』（東京大学出版会、1982年）180頁以下。関連して、同『言語・知覚・世界』（岩波書店、1971年）121頁以下、同『知の構築とその呪縛』（ちくま学芸文庫、1994年）。
- (49) 論争を概観するとともに今日の憲法解釈論に結びつけようとする試みとして、参照、石川健治「営業の自由とその規制」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）148頁以下。

そこにおける「自由」とは、国家による権力的な〈秩序〉強制を前提にしているという点で、国家のインディフェレンツを要求する「国家からの自由」ではありません。また、「弱者」「労働者」等々と、社会の一部をグルーピングして、これに国家の保護を与えようというのではなく、誰に対しても公正な競争秩序を強要する点で、弱者への生存配慮の定式である「国家による自由」とも異なります。〈秩序〉のもとでの／による〈自由〉という、新たな「自由」観であって、「国家からの自由」「国家による自由」「国家への自由」といった、伝統的な自由の定式では、これを的確に表現することができません。「営業の自由」論争の評価が、しばしば迷走するのは、そこにおける「自由」を的確に表現する定式を、既存の法学がもち合わせていなかったところに、一因があります⁽⁵⁰⁾。

以上の議論は、さしあたりは経済領域において、インディフェレンツすなわち放任状況における自然的自由を否定し、あらかじめ措定された〈秩序〉の下での〈自由〉、という構成を採ります。けれども、この議論は、当然ながら、

(50) いわゆる国家独占資本主義論に基づく現代法理解からすれば、同じく〈競争秩序〉を強制するにしても、初期独占段階と国家独占資本主義段階では、それを強制する国家のあり方が質的に異なる。だから、現代法に特有の社会法であるはずの独禁法と、初期近代における団結禁止立法（ル・シャプリエ法）とを同一のカテゴリーで説明する岡田教授の整理は、多くの論者にとって時代錯誤的な説明に映った。樋口陽一教授も、当初は、その例外ではなく、「国家からの自由」としての「営業の自由」の定式と、それを成り立たせる「国家による自由」としての実質的な自由と、国家独占資本主義段階における国家の企業経営とを三元的に捉えて、岡田説における解釈論上の定式と自由に関する問題意識と国家の歴史段階のずれを指摘していたのである。参照、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）143頁以下。しかし、1980年代に入り岡田説が、「法人の人権」論批判にむしろ重点をおき、フランス人権宣言に「結社の自由」がノミネートされなかった消息を、ル・シャプリエ法との連関で強調するようになると（岡田与好『経済的自由主義』[東京大学出版会、1987年]）、樋口教授も、岡田・自由論の積極的な受容を試みて、18世紀における反団体的・反法人的な（本来の）人権思想を、現代において追体験する必要性を説くようになった。その過程で、樋口学説の用語からは、「現代」「現代法」が姿を消し、代わりに「近代」のポテンシャルが強調されるに至る。初期近代（市民革命期）・近代（近代立憲主義の確立期）・現代（近代立憲主義の現代の変容期）の3段階論による叙述から、中世・対・近代の2項対立による叙述への変化であり、これは、岡田学説の受容のために、必要な手続きであったといえる。参照、樋口陽一『国法学（補訂）』（有斐閣、2007年）。

「精神の自由にも〈秩序〉はないのか」、あるいは、「精神の自由も〈秩序〉のもとでの〈自由〉ではないか」、という問題を提起することになります。具体的には、これは、国家のインディフェレンツを要求する信教の自由の前提に、政教分離という国家—教会関係の秩序が存在する、という問題であります。とりわけフランス型の政教分離の場合、カトリック教会を共和国＝公共空間から引き剥がすだけでなく、共和国独自の公教育制度の創設を要請しました。それは、国民の多数がカトリックを信仰しカトリックの教育を受けることを望んでいるにもかかわらず、彼らを強制的にカトリック教会から引き剥がして、フランス共和国の公教育を受けさせることにほかならなかった。このように、政教分離という形で、国家が精神の秩序を枠付けするなかで、信教の自由が成り立っているという構造があります。

もちろん、それは、公教育を通じて、宗教的に中立的で、因襲や偏見から自由な、理性に基づく客観的な知識を、将来の有権者に教えることが目標です。しかし、それは、反カトリック・反王党派である、共和派の政治的価値を教え込むことにはならないか。フランス人の精神の自由には、そうした精神の〈秩序〉が前提されている、ということにはならないか。そうした疑問を生じさせるここでの問題の構造は、信教の自由を中心に精神活動を無前提に尊重するという、「精神的自由」の一般的なイメージとは、大きく異なっています。岡田先生も樋口先生もこの精神的な〈秩序〉の論点に自覚的でいらっしゃるのは、お二人が政教分離に強い関心をもたれているというところに、非常によく顕われています。特に、岡田先生のように経済史学者でありながら、政教分離、さらには、公教育に強い関心をもたれるというのは、極めて首尾一貫した自由論であるというべきです。精神にも実は order があり、order のなかではじめて自由が成り立つという議論を、少なくとも試しておられるということになります。そして、国家のなかの〈公共〉を志向される本日のご講演もそうであったように、樋口先生の議論もそうなのではないか、というのが私の観測であります。

二 「法制度としての市場」——オルドー・リベラリズムと国家改造

次に、第二の二ですが、ここでは「営業の自由」論争に関して、若干角度を変えて論及することにいたします。私も別稿で論じたところですが⁽⁵¹⁾、この

(51) 参照、石川・前掲註(49)。

「営業の自由」論争における対立軸は、戦後西ドイツにおいて展開されたオルドー・リベラリズムをめぐる論争とオーバーラップしています。このオルドー・リベラリズムというのは、ヴァルター・オイケンを旗頭として、ワイマール期以降、フライブルク大学を中心に活躍する一連の経済学者（フライブルク学派）が提起した議論です。近代経済学全体からすると些かマイナーな学説ではあるのですが、たまたま戦後西ドイツでは、何が何でも自由を実現したい右派の勢力と経済を民主化したい左派の勢力が拮抗しておりまして、そのため、中間派であるオルドー・リベラルたちがキャスティング・ボートを握ることになります⁽⁵²⁾。その結果、ドイツ経済は、戦後当初から一定の期間、このオルドー・リベラルの立場で展開していくことになります。もともとドイツは、悪名高いカルテルの国であり、契約の自由をはじめとする経済的自由権の憲法規定が、これを保障していました。けれども、戦後の経済政策を指導したオルドー・リベラリズムは、〈競争秩序〉を強制することにより、カルテルを一掃しました。これは、まさに国家改造というに相応しい壮挙であったわけで、競争の自由が確保され国際競争力を高めたドイツ経済は、戦後の奇跡の復興を遂げることになります。

このオルドー・リベラルたちの立場というのは、個別の学説にはそれぞれかなり強い個性があって、たとえばヴィルヘルム・レプケという濃厚に倫理的ないし宗教的な色彩を伴う強力な論者の位置づけをどうするか等々、要約するのが難しい面があるのですが⁽⁵³⁾、市場における自由競争というのは、自然的には成立せず、法的な〈秩序 Ordo〉を設定しなければ成り立たないのだ、という点では共通しています。市場というのは、放っておくと必ず墮落する、そして独占が形成される、というのがオルドー・リベラルたちのペシミスティックな認識です。ですから、場合によっては革命騒ぎを起してでも、〈競争秩序 Wettbewerbsordnung〉を強制しなければ市場は成り立たない、その意味では、市場それ自身が、自覚的に選択された法制度として観念されているわけで

(52) Vgl. M. Kriele, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, ZRP 1974, S. 105ff.

(53) オルドー・リベラリズムについては、ドイツ経済学史の総体を視野に入れる文献として、トマス・リハ（原田哲史・内田博・田村信一訳）『ドイツ政治経済学』（ミネルヴァ書房、1992年）337頁以下。本稿の叙述にとって重要なのは、ヴァルター・オイケンおよびフランツ・ベームだが、ベームについては、村上淳一『ドイツ市民法史』（東京大学出版会、1984年）313頁以下が、基本文献である。

す⁽⁵⁴⁾。

そして、オルドー・リベラルたちの特徴は、〈競争秩序〉の強制による経済社会の構成を通じて、最終的には、全体主義的だったドイツ国家の改造を成し遂げようというプログラムをもっていた、ということです⁽⁵⁵⁾。全体主義国家も、法制度としての所有権の保護は否定しなかった。それに加えて〈競争秩序〉を実現することにオルドー・リベラルがこだわったのは、そこに国家改造の契機があるからです。〈競争秩序〉は法的な〈秩序〉であるから、競争秩序論は当然、法治国家を要請します。そして、そうした〈秩序〉をベースにして自己決定を中心にした社会が出来上がって行く、ということです。通常、国家の改造とか、あるいは政治の改革を語る際には、政治・執政の領域とか、参政権とか、あるいは政治的表現の自由とか、そういったところから入って行くのですけれども、オルドー・リベラリズムは、経済的自由の局面から、「私法社会」をベースにした国家改造を企てるわけです。

その場合、〈競争秩序〉とは、簡単にいうと、フェアプレーのルールを強制するということです。フェアプレーのルールが強制されれば、たとえば、サッカーでいうとオフサイドのルールが強制されれば、後はサッカー選手の自由なプレーに任せよう。ただし、オフサイドを設定しなければ、サッカーというゲームは乱れてしまう。そういう考え方だといってよいだろうと思います。その〈秩序〉の上に立って、サッカー選手は、自己決定に従ってさまざまなプレーをしているというわけですが、しかし、これは反面でいえば、競争秩序の強制によって、選手が自己決定を強いられている、ということでもあるわけです。そういった、〈秩序〉のなかの自由が果たして〈自由〉と呼べるのか、という問題は、当然に議論の対象になるわけで、樋口先生がプレファレンスを示しておられる岡田与好教授の自由論は、まさにそういった批判にさらされなければならない、ということになります。

三 仕組まれた「自己決定」と「統治性」——フーコーと樋口

実は、それを主題化していたのが、フランスの哲学者ミシェル・フーコーで

(54) Vgl. S. Weber, Der Markt als rechtliche Institution, Juristische Blätter 116 (1994), S. 792ff. 法制度という概念を用いることの適否は、ここでは問わない。

(55) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, 4. Aufl., 1968, S. 241ff., 365ff.

あります。フーコーはこの問題にちょっとした関心をもっています。コレージュ・ド・フランスで1979年に行われた講義において、アメリカ新自由主義を論ずるその前に、オルドー・リベラリズムについてかなり語っているのです⁽⁵⁶⁾。ドイツではネオ・リベラリズムと呼ばれることもあるとはいえ、雑誌Ordoに蜷集するオルドー・リベラルたちの考え方は、経済学全体からすればマイナーで、今日新自由主義といわれて連想する市場原理主義とは、随分違います。戦後ドイツを支えた経済理論だとはいえるものの、新自由主義を語ろうとするのに、何故フーコーがオルドー・リベラリズムにこだわるのか、不思議な感じがするのは否めません。

しかし、彼自身の一つの大きなプログラムとして、これまでの国家によるハードな統治とは異なる、人間の生を規定する権力の、もっと社会内在的なあり方、あるいは形、そういったものを主題化しようという問題意識があります。その際フーコーは、他者支配のテクノロジーと自己支配のテクノロジーとを貫通する概念として、gouvernement（統治、執政）とmentalité（心性）とを結合したgouvernementalitéという造語を行っています。これは、なかなか適訳をひねり出すことの難しい概念ですが、最近では「統治性」と訳されることが多いようです。その「統治性」を主題化するというなかで、オルドー・リベラルの立場が大きくクローズアップされることになったのでしょう。

先ほど申しましたように、フェアプレーを強調すれば、後はうまくいくのだ。しかし、フェアプレーを強制しなければ、市場は墮落する。これがオルドー・リベラルの立場です。重要なのは、どんな立場の人に対しても、競争秩序、フェアプレーを強制しているだけであって、個々の自由に対しては一切の制限を加えていない、ということです。結論から申しますと、フーコーは、これも、デリケートだが、統治のテクノロジーの、一つの固有の形である、ということを書いてあります。そうすると、当然、岡田・樋口的な自由論というのは、それ自体が一個の、「統治」の形であり、統治のテクノロジーの体现であ

(56) この講義は、フーコー自身による講義の抄録（M. Foucault, *Résumé des cours, 1970-1982*, 1989）で読むほかなかったが、録音テープを起こして註をつけた講義録が近年になって公開されている（M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, 2004.）。テープ段階の講義を基礎にした先駆的な研究業績としては、米谷（重田）園江「自由主義と統治能力——ミシェル・フーコーのオルド自由主義論」鬼塚雄丞ほか編『自由な社会の条件』（新世社、1996年）196頁以下。オルドー・リベラリズムの簡潔的確な紹介としても参考になる。

る、といえるのではないか。これが三のテーマです。自己決定とは、ここでは、いわば枠付けられた秩序のなかで、「自己決定を強いられる」形になっているわけですが、自己決定ないし自律とは、本来そういうものだったのか、ということが問題になります。

フーコーは「統治性」関連の研究を自らの手で完結させる前に亡くなったため、解釈の余地の大きいテキスト断片を残しました。実際のところどう考えていたのかは、まだまだ今後の資料研究に委ねなくてはなりません。そこで、今日のところは、私のかねてからの問題関心から⁽⁵⁷⁾、問題を切り取っておくにとどめます。

まず、原初的な社会の形成というものを考えますと、論理的にいて、対等な私人の相互承認がベースにあったはずで。ここで、相互承認を語るとき、私はヘーゲルの承認論を意識しています。相互に対等の法主体であるということ承認してはじめて、その上での取引がスタートするということであったわけです。そして、自己決定とは、こうした文脈において、相手の承認を求める相互的行為であったはずであり、自分だけで自分のことを決めているのではなかった。そういう相互承認の回路というのは、近代においては、近代国家による一括承認という回路に吸収されて、あるいは回収されてしまった格好です⁽⁵⁸⁾。伝統的な公権論は、そうした論理的前提のもとに成り立っています。オルドー・リベラルの立場からしても、一定の形の〈秩序〉をむしろ強制することによってはじめて、自己決定が成り立つということになるのです。このようにして、相互承認の回路を強制的に回収し、〈秩序〉を強制すること自体には、フーコーの指摘するように、やはり一つの「統治性」「権力性」を見出さなければならないであらう。

しかし、それで本当によいのか。やはり自己決定とは、根本の形でいえば、古くから失われることのなかった相互承認の形式においてなされてきたのであって、そうした相互承認の回路を「統治性」に抗して確保しておく必要はないのか。こういう疑問が出てくることになります。これが、すなわち、岡田与好的なオルドー・リベラルの「自由」の構成に対する疑問であり、したがって、樋口先生の「自由」論に対する私の疑問であります。

人間の生きる関係というのは、以下のような意味で、多元的であるといわな

(57) 参照、石川健治「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題 8（三省堂、1997年）105頁以下。

(58) Vgl. G. Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 38ff.

くてはなりません。いわゆるフランクフルト学派の哲学者で、アクセル・ホネットという人物がありますが、彼のいい方を借りると⁽⁵⁹⁾、人間の関係性については、まず、親密な家族との attachment を前提とし、particular な道徳のみが支配する愛 (Liebe) の関係、「愛関係」というものが、基層として存在します。その上に、お互いを法人格として尊重し配慮することを前提とする、「法関係」があるのだというわけです。この場合は、お互いが平等で対等な法人格であるということの承認が前提です。そして、法人格としての同一性を担保する——自由と平等という——普遍主義的な論理が、法関係の支配的な原理である、ということになります。

実は、その上にもう一つ、想定される社会関係があります。フランス革命の三大原理には、自由や平等と並んで、fraternité というのがあります。博愛と訳されていますが、これは文字通りには兄弟愛ですね。人類は皆兄弟、皆連帯し合えるのだ、と考えるわけです。しかも、この相互性としての連帯は、お互いの差異を認めることによって、成立します。古典古代以来の論点であるフィリア (φιλία, philia) 論も、この連帯関係にかかわるでしょう。お互いが homo juridicus として対等であるという側面だけで交渉をもつということであれば、これは、のっぺらぼうな同一性が支配する、単なる法関係であって、血の通う付き合いにはなりません。個性とは、自由と平等の法関係では、むしろすり潰されるものですが、連帯関係においては、「同一性」ではなく「差異性」が支配しておりますから、お互い異なる点こそがむしろお互いの見所として社会的評価の対象とされます。そして、ひとが、これだけは他の誰でもない自分の取り柄である、という卓越性を打ち出して生きてゆけるのは、そうした自己を承認してくれる連帯関係を生きてゆくことができているからです。

これらを踏まえた多層的な関係性が人間には存在し、社会的紛争もそれに応じて多重的なものとなります。たとえば、法関係において議論されている侮辱とか名誉毀損といった問題は、ひとの社会的評価にかかわる限りにおいて、むしろ連帯関係を通じて起こることが多い。しかも、自分自身のかけがえのない自己決定、これしかないと思ふ自己実現、そしてそれらに関する自己評価、を全否定されることによって、社会的評価のみならず、主観的な「名誉感情」

(59) Vgl. A. Honneth, Integrität und Mißachtung, Merkur 44 (1991), S. 1043 ff.

ひいては「人間の尊厳」が大きく傷つけられたと感じられることが少なくないのも、連帯関係が人間存在にとってなくてはならないものであり、そうした連帯関係における不承認が、単なる社会的評価の貶価を超えて、人間の生きる「意味」の剥奪に直結していると感じられるからです。それゆえ、連帯関係とそこにおけるその場合の痛みの質は、人格の同一性を前提とする「法関係」における権利侵害によるそれとは、元来異なるものです⁽⁶⁰⁾。そこに、particularな「愛関係」とは一線を画した、「友情」や「連帯」の関係の特色があり、この卓越性と相互性が支配する関係は、人間的〈生〉のためには確保されている必要がある。しかも、「家」からも「国家」「統治性」「政治」からも区別された、固有の領域として確保されるべきでありましょう。

このように、様々な社会関係のなかを生きていく〈私〉は、社会関係の多様さに応じて、多様な顔をもつこととなります。それらの〈私〉を、どのように確保してゆくかは、いまだ論じ切れていない問題です。〈私〉的なものは、その原義からいえば、公的な関係から剥離したものという意味です。したがって、それは、法的インディフェレンツの領域を意味していたわけですが。しかし、法関係において権利主張する法人格の基体として、「決断する〈私〉」というものがおりますし、家庭の内（愛関係）や外（連帯関係）において、さまざまに役柄を演じ、自己を表現している、「演技する〈私〉」というものがおります。そうした社会関係のなかの〈私〉は、社会において受け容れられてはじめて成立する関係的な自己であり、その意味で、社会的承認によって造形される〈私〉、「他人のような／としての〈私〉」です⁽⁶¹⁾。

しかし、最終的には、そうした役柄を離れ、自分自身のほんとうの姿に戻る瞬間の、いわば「本当の〈私〉」というものが、あるはずです。相互承認のなかでの自己決定の究極は、様々な関係的な決定のなかで、やはり自己関係的な自由の確保であるといえるでしょう。いい換えれば、自分自身との関係において、いわば、自己反省的に、あるいは、自己関係的に自由を確保することこそが、自己決定の核心である、ということになります。この点に関連して、「統治性としての自由」とは区別された「自己統治 *gouvernance de soi*」の文脈で、「自己への配慮 *souci de soi*」という表現をフーコーは使うこ

(60) 参照、石川・前掲註(57)、および同「人格と権利」ジュリスト1244（有斐閣、2003年）24頁以下。同様の関心で、ホネットを参照する文献としては、
Vgl. U. F.H. Rühl, *Tatsachen-Interpretation-Wertungen*, 1998.

(61) Cf. P. Ricoeur, *Soi-même come un autre*, 1990.

とがあります⁽⁶²⁾。しばしば現代社会においては、「決断する〈私〉」や「演技する〈私〉」すら公共世界に露出されることになってきているわけで、それだけに、「本当の〈私〉」の領域を確保することは、重要な問題になってきております。これは伝統的にはプライバシー論や家族論として語られてきたわけですが、もう少し議論を深めなければいけないだろうと思っています⁽⁶³⁾。特に「連帯関係」を「連帯関係」として——「愛関係」や「法関係」とは区別して——存立させるための基礎として、「本当の〈私〉」の確保を考える可能性はないか、考えてみる必要はあるでしょう。

先ほどの樋口先生のご講演は、フーコーの問題提起との関係でいえば、それ自体非常に鮮明に「統治性」としての性格を有した自由を、論じておられたことになります。けれども、そうしたオーダー、オルドーとしての自由に対しては、「社会関係からの自由」としての「自己関係的な〈自由〉」の場を、〈私〉の領域において確保する必要がある、というのが、第二での議論の結論です。

結 Rechtsfreiheit/Freiheitsrecht

以上の議論を承けて、いよいよ結ということになります。そのタイトルに掲げられている対概念は、フライハイツレヒト (Freiheitsrecht)・対・レヒツフライハイト (Rechtsfreiheit) という定式です。Freiheitsrecht とは、客観的な「自由法」ではなく、いわば主観的な「自由法」を意味しており、ふつうは「自由権」と訳されているものの原語です。これに対して、rechtsfrei という表現の方は、法そのものからの自由を意味するドイツ語ですので、Rechtsfreiheit も「法からの自由」と訳するのが穏当だ、ということになります。

レヒト (権利すなわち主観法を含む意味での「法」) とフライハイト (自由) を入れ替えた語呂合わせのようなもので、あまり有名でない法哲学の本で使われているにすぎないのですが⁽⁶⁴⁾、私の心に引っ掛かっている表現の一つなの

(62) Cf. M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, tome 3: *Le souci de soi*, 1994. 法哲学者ロナルド・トウォーキン の定式によれば、「法関係」自体が個人の平等な尊重 (respect, Respekt) と配慮 (concern, Achtung) を前提にして成り立っているわけであるから、このフーコーにおける *souci de soi*, *Selbstsorge* との訳語の調整は必要になろう。

(63) 参照、石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』(東京大学出版会, 2004年) 181頁以下。

(64) Vgl. H. Comès, *Der rechtsfreie Raum*, 1976, S. 112ff.

です。もちろん、現在、法化 (Verrechtlichung) が進んでいる社会です。この法化社会というのは、社会の様々な事柄が法に基づいて行われるようになっている状況を、主題化するために使われている表現であり、ロースクールが立ち上げられているのも、日本が法化社会化しつつあるという見通しに立っている話であります。しかし、そうなればなるほど、Rechtsfreiheit、「法からの自由」を主題化しておくことが、ひょっとしたら必要なのではないかと、という論点、これを私の拙い報告の締めくくりとして、提出しておきたいと思います。

関係概念としての法は、常に社会的相互関連性の存在を前提にしています。そして、想定される社会関係のなかで、法関係をそれ自体自律的な関係性として独立させたのは、近代社会のきわめて大きな貢献です。なにしろ、価値のコスモス (Wertekosmos) が成立していた中世社会の地平では、法的主張は、愛憎や社会的評価と癒着しているのが、むしろ常態であったといえるでしょうから⁽⁶⁵⁾。しかし、そうした法関係を全面化させるにあたっては、親族相盗、好意同乗者への損害賠償等々、すでにさまざまな限界問題が発生してきました。そこにみられる、性・家族、あるいは好意・友情といった、個性の刻印された法関係は、それぞれ「愛関係」「連帯関係」と境を接しており、それゆえに、人格的連関と社会的連関の相関関係において、「法の限界」を構成し得るのです。個人の法的行為は、人格的連関と社会的連関とを有するというのが、ドイツの憲法学・憲法判例では広く共有された枠組になっており、日本でも薬事法判決で採用されていますが、それは、「法からの自由」との距離を測る人格的連関と、「法」との距離を測る社会的連関とが、間主観的に交錯する形で、「法の版図」の論題を照らし出しています。

この人格的連関については、自己決定権、人格的自律権という形で、そうした法関係の成立可能性を保障しているのは、ほかでもない公法の頂点である憲法に基づく「統治性」である、という問題があります。人権にかかわる諸条項という問題は、憲法が命じた公序である可能性があり、それ自体が一個の統治性の表現であることについては、すでに述べました。Rechtsfreiheit が提起する問題というのは、仮にそのようなオーダーのもとで自己決定の権限が個人に割り当てられるということがあるとしても、自己決定それ自体はそうした秩序からは出てこないのではないかと、という論点であります。少なくとも、公法秩序からはそれは出てこないだろう。そうだといたしますと、まさに相互関係の

(65) Vgl. A. Honneth, Kampf um Anerkennung, 1994., S. 202.

な、そしてその窮極の形態として自己関係的な、自己決定の確保が重要になるわけですが、それをいったいどこに、どういう場所として捉えたらよいのか⁽⁶⁶⁾。

法的評価においてインディファレント・無差別的であるという意味での「寛容」の論理と、人間が自由に行った具体的選択を法的に承認する「許可」の論理とでは、論理的な水準が異なります⁽⁶⁷⁾。そして、寛容の観念をシリアスに考えるためには、「法からの自由」の観念を論理的に先行させている必要があります。たとえば、統治性としての政教分離という精神的オーダーは、「法」であるわけですが、そのもとでの宗教的「寛容」の中味は、あくまで、国家による具体的な「許可」の領域ではなく、「法からの自由」の領域に属しているというべきでしょう。法秩序によって割り当てられた自由と、法的インディフェレンツのもとでの自由とは、性質が異なります。もちろん、「寛容」の領域の境界線は、「法」によって保護されているにしても、境界線それ自体の保護は、保護された中味についての法的評価を伴っていないのです。この境界線の内部を〈私〉と呼ぶことにすると、〈私〉の確保およびその境界画定の憲法学の必要性を、本日は強調したことになります⁽⁶⁸⁾。

(66) その際、現在、権利論が持っている枠組みは、「本当の〈私〉」については使にくい。今のところ手詰まりの状態だが、一つの見方としては、権利を語るのではなく、その前提になっている status を語る方が、残されているのかもしれない。参照、石川健治「人権享有主体論の再構成——権利・身分・平等の法ドグマティク」法学教室320（有斐閣，2007）62頁以下。ホネットも「身分」論に言及をしている。Vgl. A. Honneth, ebenda, 1994, S. 186. 特に現代社会では、事実において status の（再）多元化、（再）封建化が顕著であり、世上に流布する格差社会という表象も、status 論の（再）活性化を预示するものであろう。ただし、問題の構造的な解決を図ろうとするなら、status 秩序の再編という形で、「統治性」の論点が介入してくることもまた、避けられない。

(67) Vgl. E. Beling, Besprechung: Wilhelm Fuchs, Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Dritte Folge Bd. 20, 1923, S. 333ff.

(68) 同様に、法からの自由としての「私的自治」内部においても、「法」と「法からの自由」の区別が必要になることにも、注意しておきたい。私的自治に基づく契約その他の法形成に対しては、私的自治内部においても、法と〈私〉の境界線が引かれるべきであるからである。「私的自治による Rechtsfreiheit の侵害」という構図の事例においては、法から自由な〈私〉

〈私〉の憲法学を考えるにあたっては、少なくとも二つの宿題があります。まず、*vita contemplativa* をどう考えるかという問題です。*vita contemplativa* とは、観想的な生活というようにいわれるもので、*vita activa* と区別されます。*vita activa* とは政治社会における活動的な生活ということですが、観想的な生活の方は、活動的な生活とは切り離されたインディファレントな生活の位置付けです。自由を語るとしつつ政治社会をベースにして語ることになるわけですが、そうではない論点があるのではないかと。これも *Rechtsfreiheit* の問題意識であります。本日問題にした、多層的な関係性のもとでの〈私〉の境界は、おそらく、客観的に画然と区別された絶対的な空間としてではなく、社会関係の存在を前提として間主観的に把握されるものでしょう。「法的に空虚な空間」とは申しませんが、シンプルな空間的把握で事が足りるわけではありません。したがって、私が呈示する〈私〉は、むしろ「非政治的人間の連帯」に開かれた〈私〉であって⁽⁶⁹⁾、自閉症的な〈私〉では必ずしもない、ということになります⁽⁷⁰⁾。〈非政治〉的な人間を前提にした上で、「連帯」、あるいはフィリア、友情、友愛の論点を考えることはできないわけではありません。また、そうした友情や連帯の破壊行為である侮辱的言説は、非寛容の所産であり、*Rechtsfreiheit* の反対物です。

は、私法社会内部においても確保されなくてはならない。「私的自治」と「法からの自由」は予定調和ではない。他方、〈私〉の承認とはほぼ同義である「寛容」の論理が、「法からの自由」を意味し、しかも「愛」と「連帯」の関係を「法関係」から分離させる機能を果たすと構成した場合、私人の「個性」「差異性」に着目した——「連帯関係」に帰属する——表現行為である誹謗中傷を、全面的に法的な評価の対象とすることはできない、という結論を導く。社会的評価としての名誉の保護を、人格としての平等な尊重と配慮という法的評価の文脈から行おうとする、隔靴搔痒の議論が、名誉の法的保護の試みである。その埒外においては、ひとは自らの名誉を、連帯関係において、国家の力を借りず独力で（あるいは社会的諸力の力を借りて）回復しなくてはならなくなる。この場合、憲法上の表現の自由の保護は、一連の名誉毀損表現のうち、「寛容」ともパラフレーズし得る〈私〉領域の、境界線を画定し保護する機能を有する。

- (69) 参照、半澤・前掲註（4）149頁以下。ただし、このことは、ジャック・デリダが主題化した *politiques de l'amitié* の否定を、意味しない。
- (70) 参照、長谷部恭男・金泰昌編『法律における公共性』（東京大学出版会、2004年）における森際康友発言に対しては、本文のようにお答えすれば良かったのかもしれない。

他方で、モラル・フォースと〈私〉の関係も、問題になり得ます。樋口憲法学の有名なフレーズとして「強い個人」というものがあります。これは、権利能力の論点と行為能力の論点とが充分に分節化されていない、法的には不正確な定式といわざるを得ませんが、この定式が一般に強い訴求力をもっているのは、まさにモラル・フォースの問題に触れているからだろうと思います。だが、それがどこから来るのかは、全く分からない。少なくともそれは、法からは出てこない。その理由は、やはり、自己決定そのものが、権利ではなく、*Rechtsfreiheit* の領域に属しているからでしょう。モラル・フォースの供給源を、身分的な制度体 (*Institution*) に醸成された倫理的空間 (*Sittlichkeit*) に求めることができたのは、中世社会でした。しかし、ポスト身分社会における多元性・相互性の論理として登場した寛容の論理とは、むしろ強烈な精神態度を有するもの同士が共存するための、積極的な論理として主張されたことを、ここで想起しておく必要があるでしょう⁽⁷¹⁾。そして、今日の自由論は、その遺産を受け継ぎつつ、さらに組み替えてゆく、過渡期の苦悩のなかにあるわけです。

以上の議論は、冒頭に申しましたように、第一は、本日の笹倉先生のご議論に対する一定のアンチ・テーゼ、第二は、本日の樋口先生のご議論に対する一定のアンチ・テーゼという意味をもっておりましたが、これまでの私自身の仕事との関係で語るには、なお、かなりの時間がかかることであります。ただ、そういった問題意識の、いわば古典的な形が、実は制度体保障論であるということをご理解いただけるならば、一応、話に辻褄が合うのではないかと思います。雑駁な話ではございましたが、私の方からはここまでということにさせていただきます。どうも、ありがとうございました。

(71) ここで紹介した、フランクフルト学派の A・ホネットの議論自体が、愛・法・*Sittlichkeit* の三段階構成だったヘーゲルの承認論を、アメリカにおけるシンボリック相互作用論の始祖 G・H・ミードの議論に依拠して、愛・法・連帯に再編することによって成り立っている。コミュニケーション理論の立場からするポスト身分社会的な (*postständisch*) 社会構成という観点から、伝統社会の *Sittlichkeit* を、*fraternité* 原理に基づく *Solidarität* へと再編成しているわけである。Vgl. A. Honneth, a. a. O. (Anm. 65), S. 107ff. もっとも、この連帯関係については、今日の時点では、論点は錯綜してきている。Vgl. A. Honneth, *Der zerrissene Welt des Sozialen*, 2. Aufl., 1999; R. Castel, *Die Stärkung des Sozialen*, 2005.