

法 と 言 語

大 嶽 浩

Law and Language

Hiroshi Ôtake

はじめに

1. 法と権利
2. 法の解釈と法律行為の解釈
3. 法と社会科学
4. 社会科学と引用—まとめとして—

は じ め に

法の概念・法の本質及び法の理念・法の目的については、「法学」に関する書物であれば直接的にか間接的にか必ず何らかの形で触れられているといってもよいであろう。そして、それらは主に法哲学の主要な課題となっているのであるが、法哲学の面からの考察は観念的になりがちなので、実定法からの経験的な考察も怠らないようにしなければならない。というのは、「法とは何か」を考察するにあたっては、実定法を熟知した上で始めることによってこそ、その正しい答えがえられるからである。⁽¹⁾ したがって、「法とは何か」について科学的・一義性をもって定義することは非常に困難な作業であるが、このことは法学の分野のみならず定義一般にまつわる問題でもある。定義というものを「……通俗的な考えかたとは反対に物事についてわれわれに何も説明するものではない。それはただ人々の言語的習慣をのべるだけである。すなわち、定義は、いかなる条件の下で人々がいかなる音声を発するかを説明するだけである。定義は言語についての叙述と理解すべきである」⁽²⁾ とすれば、定義するという作業は定義に用いた言語をさらに定義するという、単なる反覆行為にすぎず、結果的にみて「泥沼」にのめりこむことになりかねない。それゆえ、ある現象を一義的に規定することは極めて困難であり、不可能に近いことになる。⁽³⁾ 定義の任務として、他のものと結び付けずにただそれだけを見ることによって事物のすべての特性を結論づけるようにすることが、要求されるからである。⁽⁴⁾ しかしながら、ともあれ学問研究においてはもろもろの概念規定すなわち定義を取り扱うこと——複雑きわまりない諸事物の本質を二・三の整然とした命題のなかで言い尽くすこと——が習慣になっている。⁽⁵⁾ それゆえ、従来の習慣に従って定義の作業を行うことは決して無意味ではない。我々の現実の生活は、その現実を記述するに際し、我々が用いる言語によって創ら

法と言語

れているのであって、⁽⁶⁾ そのことは法学の分野といえども例外ではないのである。

法律はコミュニケーションおよびその形態としての言語を倫理的に管理するものであり、⁽⁷⁾ 一国の法律制度はその国の文化を反映しているのであるから、⁽⁸⁾ 文化の内容を明らかにしなければ定義の作業はあまり意味のないものになってしまう虞れなしとしない。しかし、すべてが説明しうるということは実は何も説明しえないことにもなりかねないのだから、⁽⁹⁾ さしあたり、定義の作業の方法論的なものとしては、「操作的定義」と名づけられる方法を用いることが有効であろう。⁽¹⁰⁾ アナトール・ラバポルトは、それを「定義されたものまたはその結果を人の経験の範囲内に持って来るために何をなし、何を観察すべきか」を教えてくれる定義のことであると説明している。⁽¹¹⁾ 彼は「人の経験の範囲内」といつているが、要するに「経験をわけ合う」ことであり、それを法学の分野では、「書齋や文献から発生する抽象的思考ではなく、具体的な生活擁護の闘いの中で自生的に形成される『生ける法』である」⁽¹²⁾ といっている。そして、旧来の概念が一般に経験の体系的な一般化によって形成されたというよりもむしろ直観によって形成されてきたという事実は無視しえないのである。⁽¹³⁾ 直観は、アウグスティヌスが時間を分析して「それでは、時間とはなんであるか。だれもわたしに問わなければ、わたしは知っている。しかし、だれか問うものに説明しようとする、わたしは知らないのである」⁽¹⁴⁾ といわざるをえなかったように、⁽¹⁵⁾ ものごとが余りにも単純すぎるためにどうしてもうまく表現できないものを表現する場合に、大きな意味をもつのであって、⁽¹⁶⁾ このことは「法とは何か」と問われた場合にも同様であろう。

民衆の生活経験が法文化に影響を及ぼし、その経験をほかの個人・民族に伝達したり、あるいはその個人・民族を理解するには言語でもって行いより他に方法がない。⁽¹⁷⁾ それゆえ、この小稿においてはイエーリングがあらゆる法の心理的源泉を「法感情 (Rechtsgefühl)」と呼んでいることを手掛かりにして、⁽¹⁸⁾ 法と言語の関係を考察することにする。

(1) 水本浩編著『テキストブック法学』（有斐閣、昭和55年）13頁参照。

(2) S. I. ハヤカワ著久保忠利訳『思考と行動における言語〈原書第三版〉』（岩波現代叢書、1977年）176頁。

(3) 同上、179頁参照。

(4) スピノザ著畠中尚志訳『知性改善論』（岩波文庫、1979年）76頁参照。

(5) ローザ・ルクセンブルク著岡崎次郎・時永淑訳『経済学入門』（岩波文庫、1978年）9頁参照。

(6) S. I. ハヤカワ著池上嘉彦・池上恵子訳『ことばと人間』（紀伊国屋書店、1980年）138頁参照。

(7) ノーバート・ウィーナー著鎮目恭夫・池原止戈夫訳『人間機械論(第2版)』（みすず書房、1980年）109頁参照。

(8) J. L. サックス著山川洋一郎・高橋一修訳『環境の保護』（岩波書店、昭和49年）、「日本語版への序文」参照。

(9) 公文俊平「文化と経済②—『文化論的アプローチ』批判—」（昭和55年9月27日、日本経済新聞）参照。

(10) A. ラバポルト著真田淑子訳『一般意味論』（誠信書房、昭和51年）73～80頁参照。

(11) S. I. ハヤカワ・前掲『思考と行動における言語〈原書第三版〉』179頁参照。

- (12) 篠塚昭次「都市法の課題と展望」(『三省堂ぶっくれと』1980—11, No. 29, 32, 33頁所収, 33頁)。
- (13) A. ラバポート著関寛治編訳『現代の戦争と平和の理論』(岩波新書, 1977年) 35頁参照。
- (14) 聖アウグスティヌス著服部英次郎訳『告白(下)』(岩波文庫, 1978年) 114頁。
- (15) ワルター・シュルツ著金子昌弘訳『哲学の否定〔ヴァイトゲンシュタイン〕』(二玄社, 昭和55年) 94～96頁参照。
- (16) ベルグソン著河野与一訳『哲学的直観』(岩波文庫, 1978年) 10, 11頁参照。
- (17) 碧海純一氏はその『法と言語』(日本評論社, 1970年)において、「法と言語と文化」の関連について、つぎのようにいう。すなわち、「人間の文化は……そもそも言語をはなれては存在しえないから、法も経済も政治も、言語をぬぎにしては全く考えられない。しかし、この中でも、法は、単に……一般的な意味で言語を前提するにとどまらず、さらに、きわめて特殊なしかたで言語とむすびついている。つまり、法というものは、それ自体が言語の一形態なのである。」(同書, 5頁)と。さらに、「法律における言葉の重要性」について川島武宜「日本人の言語意識と法律」(『世界』1979年2月号, 岩波書店, 249～262頁所収)を参照。
- (18) イエーリング著日沖憲郎訳『権利のための闘争』(岩波文庫, 昭和45年) 64頁参照。

1. 法 と 権 利

イエーリングはその“Der Kampf um Recht”において、「自分自身についてまたは他人について(権利侵害の)苦痛を経験したことの無い者は、たとひ法典を隅から隅まで暗記してゐたにしても、権利の何たるかを知らないのである。悟性ではなくて感情のみがこの問題に答へることができる。さればこそ言語があらゆる法の心理的源泉を法感情と名付けてゐるのは正当である。法意識、法的確信は学問の抽象であつて、民衆の知らざるところである、——法の力は恋愛の力と全く同じく感情のうちに存するのであつて、悟性や見識は飲けてゐる感情の足しにはならない。」⁽¹⁾ といっている。つまり、一般民衆の日常の生活・取引における意識そのものが権利であるといつてよく、その意識＝権利を実現しようとする意図が健全な法を育成するというのである。したがつて、彼の“Der Kampf um Recht”は広く一般に「権利のための闘争」と訳されているのであるが、ドイツ語の Recht には客観的意味におけるそれと主観的意味におけるそれがある、正確に彼の意図を表現しようとするれば「法のための闘争」と訳さなければならないとされる。⁽²⁾ 権利は法感情すなわち直観から生じ、客観的な法へと進むからである。もちろん、彼は「法と権利の同一性」を主張しているのであるから、⁽³⁾ Recht を「法」と訳しても「権利」と訳しても内容的には同じことである。

しかしながら、わが国には固有な意味での「権利」意識はなく、この「権利」意識はむしろ明治時代の法典を編纂する際に「創出」されたものである。たとえば雇傭関係における労働者の「労働を請求する権利」や「賃金を請求する権利」が「働かせてもらう」とか「給料をいただく」という表現にみられるように、いまだ「権利」意識をもって十分に把握されてはいなかった。そのみならず、今日でもなお依然としてこのような意識が広く存在していることに注目すべきである。⁽⁴⁾ イエーリングが言っているように、権利は「人格の精神的生存条件」なの

であるから、当該地域の慣習・風土を踏まえたうえでの定義・説明でない限り、経験にもとづかない「創出」となり、それは無意味な定義であって、ひいては「権利の主張」＝「人格自身の精神的自己保存」⇒「法」が果せないことになる。⁽⁵⁾ 権利の本質を定義することは、古来、法学上の根本問題とされており、いわば法学における問題のはじまりであると共に、おわりでもあるとされるほどの重要な問題である。⁽⁶⁾ これに対して、法の定義は権利のそれと比較すればいささか容易である。「法とは何か」を考察するにあたっては法哲学の面から観念的に考察するばかりでなく、常に実定法の現実的な面との交渉をも試みなければならない。それゆえ困難さがないわけではないが、それはあくまでも学問の抽象であって、その困難さのなかには現実経験から距離をおいて現存する法体系を説明すればよいという側面があるからである。イーリングが「法意識、法的確信は学問の抽象である」というのは、種々雑多の慣習や風土のなかから比較的共通の原則を抽出しているのであって、特定の地域の特色ある経験をそのまま表現しているものではないのである。他の特殊な経験を完全に理解するというのはほとんど不可能なのではあるまいか。それが権利なのである。したがって、わが国においてはたとえ義務中心の法令であったとはいえ、「法」がすでに存在していたのであるから、ドイツ語の *Recht* の「一体性(権利＝法)」から離れば権利の定義よりもむしろ法のそれの方が容易であろう。

法は、憲法・法律・命令・規則・地方自治体の条例はもちろん、判例法・慣習法、場合によっては条理などの形で存在するものをも含むし、法規範というときには宗教・習俗・道徳などの社会規範と同列に並べられるものであり、⁽⁷⁾ これは、いわば学問の抽象の成果である。ミッターイスが法律といういわば網細工には欠缺がありえても、法には決して欠缺はありえないというのは、「作られて現にある法」が「法律」なのであって、⁽⁸⁾ その法律が現実経験を充分踏まえれば、結果として法の統一性を損ねることになるといいたいのであろう。法律が特定地域の慣習をうまく取り入れることはむしろ望ましいことではあるが、うまく取り入れることは非常に困難であり、常に不備が生じ、欠缺があるということになる。たとえ成功したにしても、つぎに取引・交渉の拡大による法の統一の要請に反するという問題につきあたるのである。⁽⁹⁾ したがって、「法律はいつも正しいか」と問われた場合は、民衆の生活に関与しない性質のものであれば否定できるが、「法はいつも正しいか」と問われた場合には、学問の抽象の問題であるので肯定してもよいであろう。⁽¹⁰⁾

「正義の女神」と呼称されている像にはいろいろな種類があるが、その中の一つに目隠しをしているものがある。右手を高く挙げて天秤を持ち、左手を下げて剣を持っている。これは利害の相対立する当事者のどちらの言い分が正しいかの決断を迫られる際に、外部的な表情にまどわされて過った判断を下さないためであろう。それではいったい何をもって判断の基準とすべきであろうか。人間は「語ることは自然であり、黙することは人為である」とされる動物であるが、⁽¹¹⁾ 口頭弁論主義の制度は、まさしくその点を考慮してのことであろう。さらに、プラトンの手になるソクラテスを主人公にした各種の作品も真実の何たるか——すなわち経験を理解すること——は対話の中において見い出されるとしているのである。⁽¹²⁾ したがって、経

験を理解するために目隠しをするというのは、経験を共にしてみようという謙虚ではあるが積極的な態度なのであって、対話の中にこそ真理が潜んでいるというべきであろう。⁽¹³⁾ 日本社会での対話は上下の固定的な身分の対立があって、欧米の平等な者の対立とは異なるものの、欧米の法体系の根本にある弁証法的なものを二者対立という観点からみれば、わが国もすでにそれを有していたといえるのである。イエーリングは、法感情の本質は行為であって、行為を欠くような法感情は最終的には消滅してしまうといっているが、⁽¹⁴⁾ 要するに、彼は対話することを勧めているのである。ただ、目隠しをしているから、言語の定義を厳密に行わないと他人の経験の理解が不十分になるというだけのことである。しかし、言語の定義の不正確さは法学においては致命的なものである。たとえば、われわれは「悪法も法なり」という文言をよく知っているが、「悪法」は「酷法（厳なる法）」であると理解しなければ、⁽¹⁵⁾ クリトンの脱獄の勧めに対するソクラテスの心境・経験はけっして理解できないのである。

- (1) イエーリング・前掲書、64頁。
- (2) 同上、3、4頁（日沖解説）参照。
- (3) 川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書、1972年）30、31頁参照。
- (4) 同上、17、18頁参照。
- (5) イエーリング・前掲書、64頁参照。
- (6) 乾昭三編『民法入門（1）』（有斐閣新書、1977年）198頁参照。
- (7) 善家幸敏『法学概論』（成文堂、昭和54年）1～6頁参照。
- (8) H. ミッターイス著林毅訳『自然法論』（創文社、昭和51年）10頁参照。
- (9) 勝本正晃『商法典廃止論』（同『民法・著作権法上の諸問題』創文社、昭和49年、26～56頁所収）参照。
- (10) 小原信『状況倫理ノート』（講談社、昭和51年）84～86頁参照。
- (11) 清水幾太郎『流言蜚語』（岩波書店、昭和44年）167頁参照。
- (12) プラトン著山本光雄訳『ソクラテスの弁明』（角川文庫、昭和53年）183頁参照。
- (13) これに対し、長尾龍一氏は女神の目隠しは「美醜によって人を裁くことを慎む新たな正義（の）象徴」という。長尾「人間性と法」（『法学セミナー』1981年1月号、110～113頁所収、111頁）参照。
- (14) イエーリング・前掲書、65頁参照。
- (15) ホセ・ヨンバルト『実定法に内在する自然法』（有斐閣、昭和54年）10頁参照。

2. 法の解釈と法律行為の解釈

法を適用するにあたって、必ず行われる手順に「法の解釈」がある。これは、法を個々の具体的事実にあてはめるために法規範の有する意味内容を明確にすることであって、その目的とするところは二つある。その一は解釈の内容に一般的な確実性の保障を与えるものであり、その二は法の解釈における具体的妥当性の要請を満たすものである。この二つの目的は容易に調和しがたいが、この両者を調和させるように努力することは法の解釈にとって重要なことである。⁽¹⁾ 法の解釈は「解釈をする人の全人格的なものの投影であり、その人の理想ないしは世界観による判断の表示にほかならない」⁽²⁾ もので、創造的な論理解釈である。したがって、使

用されている言語の内容が曖昧では、たとえ従来の伝統的な解釈の方法を批判して、「利益衡量論」を論じたとしても、意味のないものになる。⁽³⁾

同質社会にあっては理解者の側に対象に関する社会的通念の枠が存在することにより、理解が成立するので、⁽⁴⁾ 日常の生活においては言語が多少不正確でも格別に不自由には感じないかもしれない。しかし、神ならぬ人間社会においては紛争はつきものであり、紛争という現象が人間社会の発展をもたらし、⁽⁵⁾ その紛争の処理・解決を目隠ししている「正義の女神」に委ねるとすれば、言語の定義の厳密さが要求されるのは当然であろう。西洋の法学特にヨーロッパ大陸の法学においては、法学者の第一の任務は「法を解釈すること」にあるとされ、それはとりもなおさず法律のことばの「意味を明らかにすること」にあるとされていた。したがって、「ことば」や「概念」とその意味の探求に法学者が重大な関心をよせていたのは自然の成り行きであったといえよう。⁽⁶⁾

最も基本的な法の分類である公法・私法の観点からすれば、憲法は国家と国民との関係を規律するもので、労働契約のような個人と個人が対等な立場で自由な意思により締結したものに干渉すべきではない、という伝統的な憲法観に立脚することになる。しかし、社会生活が複雑化し、高度化するに伴い、「ある紛争」⁽⁷⁾ を単純に二者択一的に解決を図るといことは、⁽⁸⁾ 日本国憲法第13条でいうところの「幸福を追求する権利」を全うしえないことになりかねない。そこで伝統的な憲法観に立つ「無効説」に対して、「間接効力説」や「直接効力説」が説かれることになる。憲法を国家の基本法（最高法規）とするすべての「法体系」は国民の「幸福を追求する権利」を実現するために形成されているから、私人間の関係にも「直接」干渉する方がよいということになる。しかし、人権規定を私法関係に直接適用するときは、基本権が相手方にとって義務的拘束となり、具体的な立法をまたずに予測できない義務が憲法から直接引き出される危険性があるため、「間接効力説」が妥当である。⁽⁹⁾ この説を採れば、立法府で定義がなされることになり、当然のこととして言語の意味も明確になるのである。また、民主主義国の主要な機構の一つである三権分立制度は、人間は権力に弱く、しかも権力は恐ろしいものであるとの観念のもとに成立しているのである。⁽¹⁰⁾ それゆえ、「法の両面拘束性」という法の特質を生かすためにも、権力を有する者の権限が議会を通して厳密に定義されることとする間接効力説が、国民の「幸福を追求する権利」に奉仕することによって最も妥当であるといえよう。

法規の意味内容を明確にする作業を「法の解釈」というのに対し、たとえば労働契約が社会法的な保護を受けて対等な立場で自由な意思により締結されたとしても、当事者が「法律行為」をする際に必ずしも明確な用語や論理的な表現を用いるとは限らないので、その真意がどこにあるのかを明らかにする作業を「法律行為の解釈」という。⁽¹¹⁾ 個人の自由と独立を象徴する「意思」を尊重し、個人主義に立脚した近代市民法秩序においては、⁽¹²⁾ 「身分から契約」への時代的背景がたとえ「契約から制度」へと移行して、「約款」の比重が重くなったとしても、当事者（特に経済的弱者）の真の意思を探るためには、「法律行為の解釈」が特に重要な

作業になるのである。判例は古くから、借地人・借家人にとって社会経済上きわめて不利な条項が、仮りに印刷された証書に書かれているような場合には、当事者はこれに拘束される意思がなく、例文にすぎないという・いわゆる「例文解釈」の法理によって借地・借家契約の合理的解釈を試みてきたのであるが、⁽¹³⁾ これなどは当事者の内心の意思を探求したよい例であろう。法律の条項そのものも、解釈によって変動する可能性をもっており、どのような法律でも疑おうとすれば疑いうる。⁽¹⁴⁾ 不磨の大典といわれていた大日本帝国憲法でさえも改正の手続を用意して「法の解釈」の柔軟性を許容していた。思うに、「法律行為の解釈」においては「法の解釈」以上に社会の現実にも適合するような解釈が要求されることはいうまでもない。

他人に生活経験を理解し納得してもらうには言語に客観性が要求されるのであるが、当該言語を免疫化することにおいて、これほどに難しい科学は法律学において他にはない、⁽¹⁵⁾ といわれるほどに法律学における定義の作業は困難である。しかも、日本文化の一大特色は漢字にあるといえるが、漢字教育は物まね精神を尊重する以外のなにものでもなく、これこそ創造力を抑圧するための最強法であるとされた。すなわち、漢字の文字体系があまりにもよく整備されているため創造の必要性さえも感じさせなくしてしまった。叙上のように、一般的には批判を受けやすい社会的背景があることを認めざるをえない。⁽¹⁶⁾ しかしながら、その反面日本の法律の文章に漢字を多く用いることは、法律学においては利点ともなりうるのである。定義が厳密に行われさえすれば、ポアンカレが客観性の第一の条件としてあげている「多くの精神に共通のもの……従って、互いに伝達できるもの」⁽¹⁷⁾ に適合するからである。それゆえ、ドイツやフランスの人たちが日本の六法全書のように便利な法令集は世界中いずこにもないといって感心したとしても、それは至極当然のことである。⁽¹⁸⁾ しかしながら、言語は抽象化の傾向が強く、放置しておくとき際限もなく抽象的になり、あまりにも対象の実態から遊離してしまう性質があり、⁽¹⁹⁾ 特に漢字にはその傾向が強い。ゆえに、定義の作業に際しては「操作的定義」を用いて、その欠点を補うことこそが肝要である。

叙上の特色がありながら、「玉虫色」と呼ばれる双方にとって都合よく解釈できる妥協の表現をしたり、⁽²⁰⁾ 「腹芸」と呼ばれる行為が日本人の伝統的な思考様式の中で尊ばれたりするので、⁽²¹⁾ せつかく簡略に表現できる漢字の特性が損なわれてしまうのである。大学における法学部教育は legal mind (法律的素養) の涵養を大きな目的としている。しかし、夏目漱石が「ある人は10銭をもって1円の10分の1と解釈する。ある人は10銭をもって1銭の10倍と解釈する。同じ言葉が人によって高くも低くもなる。言葉を用ひるは人の見識次第である」としているように、⁽²²⁾ まず、一般の見識の涵養が必要である。見識 (= 解釈力 = 言語の厳密な定義力) を高めるには、legal mind を云々する以前に、矢野健太郎が「カード式配り方」で述べているように、「4×6」も「6×4」も理屈さえ合理的ならば同一であると主張できるような、発想の柔軟さを大切にしなければならない。⁽²³⁾ さらに、たとえば「ロボット植物」という、異様なものを結合したということで自己のアイデア (= 解釈) に自賛したとしても、それはホンコン・フラワーのことであり、造花のことでありという星新一の体験談にみられるように、⁽²⁴⁾

「先人の業積 (= 言語の厳密な定義)」を理解したうえでの柔軟さが要求されるのである。

- (1) 善家・前掲書, 73, 74頁参照。
- (2) 同上・74頁。
- (3) たとえば浦部法穂「利益衡量論」(『公法研究』第40号, 有斐閣, 89~104頁所収)を参照。
- (4) 外山滋比古『省略の文学』(中央公論社, 昭和54年)213~215頁参照。
- (5) マックニール編・千葉正士編訳『紛争の社会科学』(東京創元社, 昭和52年)348頁参照。
- (6) 碧海・前掲書, 11頁参照。
- (7) たとえば, いわゆる「三菱樹脂株式会社仮採用取消事件」(最高裁昭和48年12月12日大法廷判決, 民集27巻11号1536頁)や「昭和女子大学退学処分事件」(最高裁昭和49年7月19日第3小法廷判決, 民集28巻5号720頁)が例として最適である。
- (8) もちろん, 両者の区別は理論的なものではなく, 歴史的なものであるために, 法を必ずしもそのように分類する必要はなく, 現時点においては「第三の法域」とされる社会法が重要度を増している。その点につき, 善家・前掲書, 44, 45頁を参照。
- (9) 阿部照哉「私法関係と基本的人権」(『憲法の判例(第三版)』ジュリスト増刊, 1977年, 4~9頁所収)参照。
- (10) モンテスキュー著宮澤俊義訳『法の精神(上巻)』(岩波文庫, 昭和3年)227, 228頁参照。
- (11) 藤本・金子・新堂編『法律学小辞典』(有斐閣, 1974年)857, 858頁参照。
- (12) 意思と「意志」の相違については渡辺五三九「『意思』と『意志』の起源」(『ジュリスト』1979年3月15日号, 107~115頁所収)を参照。
- (13) 高島良一『判例借地・借家法(上巻)』(判例タイムズ社, 昭和39年)100頁参照。
- (14) 牧野英一「人たちの言葉その折々(20)」(『書斎の窓』昭和54年5・6月号, 有斐閣, 75~80頁所収, 77, 78頁)参照。
- (15) ジェローム・フランク著棚瀬孝雄・棚瀬一代訳『法と現代精神』(弘文堂, 昭和52年)109頁参照。
- (16) 渡辺茂『あすの技術へのヒント・サバイバルの知恵』(講談社, 昭和52年)179頁参照。
- (17) ポアンカレ著吉田洋一訳『科学の価値』(岩波文庫, 1979年)274頁。
- (18) 山木戸克己「末川先生と六法全書」(『図書』1977年4月号, 岩波書店, 42~46頁所収)参照。
- (19) 外山滋比古『日本語の論理』(中央公論社, 昭和53年)215頁参照。
- (20) 昭和52年7月28日, 毎日新聞, 朝刊「余録」参照。
- (21) 川島・前掲『日本人の法意識』34, 35頁参照。
- (22) 昭和54年11月11日, 毎日新聞, 朝刊「余録」参照。
- (23) 矢野健太郎『数学切りぬき帳』(新潮社, 1978年)98~101頁参照。
- (24) 星新一『できそこない博物館』(徳間書店, 昭和54年)252, 253頁参照。

3. 法と社会科学

イエーリングの“Der Kampf ums Recht”のなかに‘Behauptung der eigenen Existen ist das höchste Gesetz der ganzen belebten Schöpfung; in dem Triebe der Selbsterhaltung gibt es sich kund in jeder Kreatur.’⁽¹⁾ という一節があり, 「自己の生存の主張はおよそ生きとし生けるものの最高の法則である。それはあらゆる生物の自己保存の衝動となって現はれる」⁽²⁾ と訳されている。要するに生存のための主張が最高の「法則(Gesetz)」というのである。Gesetz という語は「法則」とも「法律」とも訳しうるが,⁽³⁾ 生存のための主張が最高の「法律」ということは, 法律は一般的に形式的には議会を経由したものであるか

ら、当該「法律」が効力をもっている間は生存のために主張することが合法（法律）的である、ということになる。そして、Recht のための闘いというのは結局のところ、生存のために主張をすることが自己の「権利」を実現し、ひいては「法」を体現することになるということで、「法と権利の同一性を強調することが、まさに、この本のねらい」⁽⁴⁾なのである。

人間が生存のために主張し活動している生活経験を、概括的に次の2つ、すなわち自然の厳しい環境のなかでいかに対処するかという自然科学の問題と、いかなる社会組織のもとで生活するかという社会科学の問題に分ければ、社会科学は自然科学と異なり、正解のない問題をも数多く取扱わざるをえない領域ということができる。⁽⁵⁾ 詳言すれば、自然科学は一つ一つの事象を各個別に研究の対象とし、「実験室での操作」もでき、共通の数式でもってピラミッドの礎石がいかに小さくとも、その任に耐え、他の礎石と相互にもちつもたれつつの緊密な関係を築きあげていくことができる。⁽⁶⁾ これに対し社会科学は歴史的現実として示すものを観念の力によって抽象しなければならぬ学問であるがゆえに、⁽⁷⁾ 数式にかわるにいわゆる「言語」をもってせざるをえないことになる。⁽⁸⁾ 言語の重要性については「宗教も習俗も、法律も経済も、どれもみな人間文化の顕現であり、言語もまた文化の一つの様相で……これらのうち言語がもっとも下部構造的なもので、その他はこれを基礎として打ち建てられた上部構造的なもの」⁽⁹⁾ としてとらえられる。しかも、「言語は文化を一つの構造体として結合し、それに有機的な機能をいとませる、いわば神経系統のような役割を果たすもの」⁽¹⁰⁾ なのである。要するに、言語は、レヴィ＝ストロースが考えているように、法学内諸部門ばかりでなく周辺諸社会科学との橋渡しの役目を果たしているのである。⁽¹¹⁾

言語は、このように「生存の主張」をするに際し重要な働きを営むのであるが、これを法学の立場から、どのように配慮をすれば、人類の「幸福を追求する権利」に貢献することになるのであろうか。それは地方の慣習、すなわち地域で根をはっている言語を尊重することである。法の目的は正義の実現と秩序の維持にあるとされるが、社会生活の正しい秩序を実現するために必要なのは、法がすべからず遵守する意識なくして遵守される法であること、すなわち漸次慣習化していくであろうような良い法が存在することである。⁽¹²⁾ さらに、学問には国境線など存在せず、文化にはおのずから帰一の傾向があるとはいっても、それでもなおかつ、各国がそれぞれ独自の地方的「色彩」を維持している現実を踏まえれば、⁽¹³⁾ 各地方独特の慣習をけっして無視することはできないのである。

叙上のことから、日本の法律（契約）観には元来「甘え」の観念があるがゆえに、ローマ法的市民法秩序を継受しても円滑に運用できないという批難がある。しかし、石油問題に代表されるように全人類が限られた資源を有効に活用していかざるをえない現代においては、この「甘え」の観念が重要な意味を持つことになりはしないだろうか。⁽¹⁴⁾ 全人類の各社会は、それぞれが独自の論理を根幹として多系統の発展枝を形成してゆくのであって、先行する一つの段階からつぎの段階へと短絡的に継起するのではない。⁽¹⁵⁾ すなわち、各国独特の慣習が形成されているのである。マスコミを賑わした「宴のあと事件」⁽¹⁶⁾ 以後急速に用いられるように

法と言語

なった「プライバシー」という用語などは、むしろ、その使用を極力避けるべきであるかもしれない。アメリカにおいては「プライバシー」は日常生活で普通に用いられ、法律上の効果は別として言葉の意味としてはアメリカ人に共通の了解事項になっているのである。⁽¹⁷⁾ わが国では、その点はどうかであろうか。日本の社会ではむしろ「未成年の状態」にあり、いまだになおカントのいう「啓蒙」を必要としているとされている。⁽¹⁸⁾ しかし、その見方は、和辻哲郎がしているように西欧の自然は従順で自然に対する人間の「作業知」の開発が可能であり、⁽¹⁹⁾ かつ資源が無限であるとの想定に立って、人間の目的と競争が分かちがたいほどに密着している場合においてのみ可能である。たとえば、マルクスでさえも「各人は能力に応じて労働し、欲望に応じて消費する」と喝破して、⁽²⁰⁾ 資源が無尽蔵であるとの前提に立っている。要するに、西欧においては自由意思の主体としての個人を尊重したいいわゆる個人主義にもとづく民主主義体制を採用しているのである。しかしながら、法律的世界を地球上に限定せず、その範囲を拡大すれば別であるが、現状においては地球上に限定せざるを得ないのであるから、その前提がすでに崩れかかっているといっても過言ではない。したがって、我々は、「表現の自由」と「プライバシー」の関係、ひいては民主主義とは何であるかを、我が国の実情を踏まえた上で再検討しなければならない。したがって、我が国におけるユニーク性を打ち出すためには、当然に、西欧の民主主義と異なってもよく、（たとえばソビエトのそれは民主的権力集中制であるように）そのためには「甘え」の観念を否定するのではなく、むしろ、それを生かすことこそが肝要である。⁽²¹⁾

ローマは水道によってギリシアに見られないような大都市に発展することができ、いまなおローマ法によって法の世界に君臨している。しかし、これらの成果はローマがギリシヤにくらべれば水に恵まれず、「水の制限の打破」から出発したという事実を抜きにしては考えられないのである。⁽²²⁾ すなわち、あくまでも言語はすべての文化の下部構造的性質を有するものであるから、言語が曖昧のままに、すなわち風土に定着していないままに上部構造としての法（一この場合は判例一）を定立することは危険—そうとまでいえないとしても脆弱—であるといっても過言ではない。⁽²³⁾

(1) Rudolf von Jhering, "Der Geist des Rechts — Eine Auswahl aus einen Schriften—", Carl Schünemann Verlag, 1965, S. 203.

(2) イエーリング・前掲書, 44頁。

(3) 三齋信三『独逸法律類語異同辨』（有斐閣, 昭和54年）81頁参照。

(4) 川島・前掲『日本人の法意識』31頁。

(5) 森嶋通夫『イギリスと日本—その教育と経済』（岩波新書, 1977年）「はしがき」参照。

(6) 都留重人『近代経済学の群像—一人とその学説—』（日経新書, 昭和52年）13, 14頁参照。

(7) 日高晋『社会科学入門』（有斐閣新書, 1980年）34, 35頁参照。

(8) しかしながら、数式が科学において万能であるということではない。その点につき、ダンツィク著 河野伊三郎訳『科学の言葉—数』（岩波書店, 昭和28年）335頁を参照。

(9) 川本茂雄『ことばの色彩』（岩波新書, 1978年）108頁。

(10) 石田英一郎『文化人類学入門』（講談社学術文庫, 昭和51年）240頁。

- (11) 磯谷孝「記号論宣言」(出版ダイジェスト, 昭和55年7月1日号) 参照。
- (12) 善家・前掲書, 21頁参照。
- (13) 近藤完爾「ある法律」(『判例タイムズ』1979年9月15日号, 1頁所収) 参照。
- (14) 大塚久雄・川島武宜・土居健郎「『甘え』と社会科学」(弘文堂, 昭和51年)「あとがき」(土居) 参照。
- (15) 村上泰亮・公文俊平・佐藤誠三郎『文明としてのイエ社会』(中央公論社, 昭和54年)の書評(小島慶三, 昭和54年11月11日, 日本経済新聞)を参照。
- (16) 東京地裁昭和39年9月28日判決, 下民集15巻9号2317頁。
- (17) 菅野孝久「『プライバシー』概念の機能の検討—不法行為法における非実用性—」(『ジュリスト』1977年12月1日号, 66~69頁所収, 61, 62頁) 参照。
- (18) G・ボツソナード著野田良之解説・久野桂一郎訳『経済学者ラ・フォシテヌ』(みすず書房, 1979年) 129頁参照。
- (19) 和辻哲郎『風土—人間的考察—』(岩波書店, 1976年) 110, 111頁参照。
- (20) 平井新『社会主義と共産主義』(社会思想社, 昭和44年) 18, 19頁参照。
- (21) 小島武司・前掲「『甘え』と社会科学」書評(『時の法令』昭和55年7月23日号, 25, 26頁) 参照。
- (22) 和辻・前掲書, 97, 98頁参照。なお, 最も法的な民族といわれるローマ人は「奴隷として外国に売られて行く債務者を眺めても, 依然として冷淡であり, 何人も彼のために心を動かすことはなかった」民族であることも忘れてはならない(長尾・前掲論文, 113頁参照)。
- (23) もっとも, 日本的民主主義は欧米以上に個人主義が貫徹しているという見方もある。その点につき, 公文俊平「文化と経済 ①—特殊対普通—」(昭和55年9月20日, 日本経済新聞)を参照。

4. 社会科学と引用—まとめとして—

文化はマリノフスキーがいうように, 明らかに, 道具・消費材・種々の社会集団の憲章観念や技術・信念・慣習からなる統合的全体であり,⁽¹⁾ 法もその文化の一部として他の文化領域と深く交錯しているのである。それゆえ, 「法」を正しく把握するためには社会の発展との連関においてのみ, それが可能になるといわざるをえない。⁽²⁾ したがって, 「法学」を学ばんとするにあたっては, 少なくともまず, 法学の基礎になる社会科学の諸部門(歴史学・政治学・経済学・社会学等)を学び, 社会科学一般についてある程度の知識を備えていることが要求される。そして, さらにそれらの知識を土台として, 現状を正しく理解し発達させるためには, 常に「批判的態度」を維持しなければならない。⁽³⁾ 社会生活を送るにあたって常に価値判断を必要とする以上批判的態度を持つように心がけることの重要性は, これをいかに強調しても強調しすぎることはない。「法学」を学び, そのスペシャリストになる者にとって, その必要度の極めて高いことは言うまでもない。これを要するに, およそ学問とか科学と名づけられているものは, 直接・間接を問わず, 必ず欲望の充足を研究の対象としているのであるから,⁽⁴⁾ 欲望を調整するためにも価値判断の訓練の機会が必要なのである。

ソレルは「学問をすることは, まず, 世界に存在する力が何であるかを知ることであり, そして経験に従って推理することによってこの力を利用し得るようにすることにある」⁽⁵⁾ という。要するに, まず, 「知る」という作業から出発するのである。体育や芸術のような人間の情操

に直接関係のある領域は、知識を一般化・体系化する学問領域と異なり、特異性を特徴とするが、それらは人間があるがままの大自然に挑戦して形成されてきたものであって、⁽⁶⁾ 本来は Art (芸術) として一体であったものが、後世になって細分化されたものである。そして、風土を天然そのものではなく本当は人間が多く、の年限をかけて築いてきたもの、すなわち伝統であると考えて、⁽⁷⁾ 「甘え」とは「他者に接近し、そしてその相手と一体になりたいという、そういう感情ないし行動」であると定義すれば、⁽⁸⁾ 「甘え」の観念は(日本的)法律的世界においても他人を理解する上で、肯定こそすれ否定するいわれは全くないのである。もちろん過去への単なる復帰ではなく、昇華の意味をもつ必要があるのであるが、このような観念に立てば、むしろ「甘え」は「世界史の救済者」たりうるのである。⁽⁹⁾ ベルグソンは人間の表現の手段としては「概念」および「イメージ」の二つのものしかなく、すなわち体系が展開されるのは概念により、体系を「その出た元の直観の方へ引き緊める」にはイメージのほかはないという。⁽¹⁰⁾ そして、イメージの特徴は「否定の能力」であるとするのである。⁽¹¹⁾ この否定は文字通りの否定を意味するのではなく、現状に疑問をいただき、向上をめざす人間の幸福を追求する権利=能力を意味し、人間としての本能、あるいは本能でなくても、少なくともローレンツがいうところの「刷りこみ」である。⁽¹²⁾ それゆえ、ベルグソンのイメージはイェーリングのいう「法感情」に近いものになる。したがって、「甘え」の観念は日本の法律世界では人間の幸福を追求する権利に合致するのであるから、この存在を積極的に肯定して価値判断の訓練の機会を大いにもつべきである。

原体験にもとづいて理解することは社会科学の研究では大切なことであるが、⁽¹³⁾ 特に法律的な決断は他の部門の決断と異り、ハムレットのように 'To be or not to be, that is the question' というような最終的な決断であるから、容易に決断を下しえない。⁽¹⁴⁾ しかも、生活経験を理解するための「最終的な決断」を目隠しをした女神が行うからには、まず、言語の意味・内容が明確でなければ当事者の真の意思が伝えず、決断そのものも下しえない。それゆえ、言語が重要な機能を営むことは確かである。それでは、われわれにとって言語を大切に使用するとはいったいどういうことであろうか。正しい判断を下すには言語が「厳密に使用」されなければならないのであって、具体的にはつぎの2つの点を注意すればよいであろう。まず第一点は法律の学習には六法全書が欠かせないものであるが、条文が登場したら六法で常に条項を確認することである。いかなる場合でも六法を開く習慣をつけることが必要で、それも単に「開く」だけのものではなく、一般の辞典を「引く」場合でも「辞典と相談する (consult a dictionary)」という態度が必要であるように、「六法と相談する」という姿勢が重要である。そして第二点は「引用」についてである。他人の「主張」は主張として必ず引用を「明記」し、目隠しをしている女神の判断を容易にすべきである。社会科学が自然科学における数式の機能を言語に求めるとすれば、生存のための「主張」を社会科学の方面で実現させてゆくには「辞典と相談」し、「引用を明記」するという態度が最も重要である。⁽¹⁵⁾ 場所的、特に時間(歴史)的に異なる風土の相互理解は言語に頼る面が大きく、わが国のように「言語発表」に

ついて封建的色彩を著しく残している場合には、⁽¹⁶⁾ 紙背に徹し行間にまで相談する根気がなければならぬのであり、引用が自然科学にはない「臨場効果」を生ぜしめる機能を有するからである。⁽¹⁷⁾

したがって、法律家を目ざす「法学」学習ばかりでなく、価値判断の訓練を行う「法学」学習も、たとえ社会科学が従来から価値判断の「介入」をまぬがれざるをえず、社会というワク組みのなかで客観的な立場を保ちうるかどうかかわからない、という見方があるとしても、⁽¹⁸⁾ 少なくとも叙上の2つの点は特に尊重されなければならないのである。

- (1) B・マリノフスキー著 姫岡勤・上子武次訳『文化の科学的理論』（岩波書店、1958年）42頁参照。
- (2) 碧海純一『法と社会』（中公新書、昭和46年）80頁参照。
- (3) 長谷川正安「法学入門」（日本評論社編『法学読書案内』日本評論社、1969年、1～10頁所収、5頁）参照。
- (4) 篠塚昭次『土地所有権と現代』（日本放送出版協会、昭和49年）3頁参照。
- (5) ソレル著 木下半治訳『暴力論（上）』（岩波文庫、1976年）244頁。
- (6) アンドレ・モロウ著 大塚幸男訳『初めに行動があった』（岩波新書、1976年）123、124頁参照。
- (7) 武谷三男「近代化と伝統—人権概念を基軸として考える—」（『公明』1980年10月号、99～105頁所収、99頁）参照。
- (8) 小島・前掲書評、参照。
- (9) 同上。
- (10) ベルグソシ・前掲書、24頁参照。
- (11) 同上、12、13頁参照。
- (12) コンラート・ローレンシツ著 日高敏隆訳『ソロモンの指環』（早川書房、1978年）229頁参照。
- (13) 増田四郎「社会史への道（2）—発展段階説への疑問—」（『月刊エディター・本と批評』昭和54年9月号、21～30頁所収、22頁）参照。
- (14) 鶴銅信成『法とは何か』（日本放送出版協会、昭和51年）210、211頁参照。
- (15) 両科学の相異については、たとえばリッケルト著 佐竹哲雄・豊川昇訳『文化科学と自然科学』（岩波文庫、昭和16年）を参照。
- (16) 桑原武夫『第二芸術』（講談社学術文庫、昭和51年）57頁参照。
- (17) 澤田昭夫『論文の書き方』（講談社学術文庫、昭和52年）146頁参照。
- (18) マックニール・前掲書、9頁参照。なお、「文化史の客観性」についてリッケルト・前掲書、216～233頁を参照。