

閣)に収められた抵抗権に関する論文を参照されたい。菅野喜八郎『国権の限界問題』(木鐸社、一九七八年)の「第二部抵抗権論序説」参照。なお、伝統的トマス主義の立場からの注目すべき抵抗権論として、水波朗「ダバンの抵抗権論」『トマス主義の憲法学』(九州大学出版会)及び同「自然法と実定法」『トマス主義の法哲学』(九州大学出版会)がある。

(2) Vgl. Arthur Kaufmann, *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit* (1991), Decker & Muller.

(3) Vgl. Ders., *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (1984), Carl Heymanns Verlag.

(4) *Ibid.*, S.197ff.

〔参考文献〕

(本文引用以外の主要文献)

稲垣良典『法的正義の理論』(成文堂、一九七二年)

井上達夫『共生の作法』(創文社、一九八六年)

竹下賢『実証主義の功罪』(ナカニシヤ出版、一九九五年)

A・カウフマン、上田健二・竹下賢・西野基継・永尾孝雄訳『法・人格・正義』(昭和堂、一九九六年)

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.Auflage (Unveränderter Nachdrucke 1976).

3 小 括

以上のような「小銭の抵抗権」に対して、それは抵抗ではなく、むしろ表現の自由、批判し、集団行動（集団行進、デモ行進）する自由等の基本的自由権の行使、すなわち、法秩序の枠内で認められた行為であるという異議が出されているが、カウフマンはその批判に依えて、英米仏にくらべて抵抗意識が極めて稀薄なドイツ国民にとっては、日常的な「小さな抵抗」を繰り返して行使しつつ、抵抗意識を育むことが急務の課題であるとし、小銭の抵抗は民主主義的観念の形成にとって大きな意義をもっていると説明するのである。

因みに、旧東ドイツにおける一九八九年のいわゆる「民主化革命」—そのシンボルが同年十一月九日の「ベルリンの壁の崩壊」である—は、永年にわたる東ドイツ市民、キリスト者の小銭の抵抗の成果と見なすことができるであろう。とりわけ、「長期にわたる教会の『社会活動』の積み重ねがなかったならば、八九年革命は、あのような形で、平和裡には達成されなかったであろう」（仲井斌『ドイツが一つになる』日本放送出版協会）という指摘もあるように、反体制運動の拠点でありながら、人々が熱狂主義に暴走しないよう冷静な闘いを求め続けた東独プロテスタント教会の働きは、我々が「抵抗とは何か」という永遠の課題を考察する際の好個の「研究対象」であると思う（村上伸・佐々木悟史『激動のドイツと教会』新教出版社、参照）。

注

（一）特に、ケルゼンやラートブルフの影響を受けた故宮沢俊義氏の抵抗権論は、憲法学の領域にとどまらず、法哲学界にも大きなインパクトを与えている。宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣）、同『法律学における学説』（有斐閣）、同『憲法の思想』（有斐

2 カウフマンの「小銭の抵抗権」

そこからナチ独裁国家が生まれたワイマル共和国は明らかに法治国家であった。しかし従前の理解では明白に不法な政府でなければ抵抗権を行使できないし、また一旦不法国家になってしまったら、成功の見込みがない抵抗は無意味となる。こういう硬直化した抵抗権理解の誤りはすでにその出発点に潜んでいる。すなわち、これは法治国家、あれは暴政という「あれか、これか」式の思考方法は許されない単純化であると言わざるを得ない。そもそも、法治国家と不法国家の間に明確な境界線はなく、不法国家への転落の危機を免れている国家などどこにも存在しないのである。このように古い抵抗権理解を批判しつつ、カウフマンは彼の *Recht* (法・正義) 概念にもとづいた「小銭の抵抗権」⁽⁴⁾ を提唱する。

従来の見解の誤りは *Recht* と *Rechtsstaat* (法治国家) をすでに獲得されたもの・与えられたものと見なすことから始まっている。しかし、*Recht* は絶えず形成されていくもの・過程的なものであり、*Rechtsstaat* も常に倒錯の危険を内含しているのであるから、「小さな抵抗」によって適時に、本来の正しい道からの逸脱を指摘され、軌道修正を施しつつ、完成に向かって自己形成していくのである。カウフマンは、法治国家を正しい方向に戻す働きをなす「小さな抵抗」の内容について次のように述べる。①この「抵抗」は権力の倒錯を萌芽的段階で阻止することを目指し、②暴力行為、アクティブな市民的不服従を禁ずる。すなわち、抵抗は暴力の問題ではなく、精神の問題であって、寛容と忍耐が要求される。③そして、抵抗はいわゆる(暴力的)革命とは何の関係もないのである。

1 古典的な抵抗権論

カウフマンが抵抗権そのものに関して論じた著作としては、『官憲に対する不服従について』(Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit)⁽²⁾ (一九九一年)及び『法律学的ヘルメノイティク(解釈学)論集』(一九八四年)⁽³⁾に収められた二、三の論文が挙げられる。これらの著書・論文の中でカウフマンは従来の抵抗権論を批判的に検討を加えながら、彼自身の興味深い「抵抗権」を呈示するのであるが、以下においてその論述を辿りたい。

伝統的・古典的な見解によれば、抵抗権は犯罪的な国家権力に対する社会的な正当防衛の権利であり、例外的な極限状況に際しての緊急権と見なされてきたが故に、古代・中世以来今日に至るまで、抵抗権行使は極めて厳格な前提条件の拘束下におかれてきた。この抵抗行為を正当化するための「古典的な前提条件」を略述すると次のようになる。

①まず第一に、抵抗は国家権力の極端な濫用を前提とする。②次に、抵抗は常に二次的なものとして、すなわち、合法的・平和的手段がうまくいかなかったとき考慮されねばならない。抵抗権行使は最後の切り札なのである。③第三に、「比例の原則」が堅持されねばならない。抵抗の手段—例えば、不服従、実力行使、暴君殺害等—はその目的との関係で均衡のとれたものでなければならぬ。適法な抵抗が目指すものは、乱された秩序の回復であって、革命のような秩序の倒壊ではない。④そして抵抗は「成功の見込み」がない場合は許されない。⑤最後に、抵抗権を行使する者は、状況を正しくかつ精確に判断するために必要な洞察力を有していなければならない。

以上五つに要約された抵抗の正当化根拠はそれ自体有効であると考えられるが、ただ、抵抗を明らかに不法な国家権力に対する正当防衛的措置と見なす点で、抵抗権をかなり狭く限定している。このような見方では「法治国家における抵抗」そのものが成り立たないとして、カウフマンは次に彼の「小さな抵抗権」を呈示する。

- (14) 加藤新平「アリストテレスの正義論」『法哲学概論』(前掲) 四四一頁以下参照。
- (15) Vgl. Radbruch, a.a.O., S.255ff. —邦訳・一四七頁以下参照。
- (16) 三島・前掲書、一四〇頁以下参照。
- (17) 田中成明『法理学講義』(有斐閣、一九九四年) 一八五頁以下参照。
- (18) アリストテレス、高田三郎訳『ニコマコス倫理学・上』(岩波文庫) 二〇九頁。

Ⅲ カウフマンの正義論と抵抗権

「国家権力が人間の尊厳を侵す重大な不法を行った場合に、国民みずからの権利・自由を守り人間の尊厳を確保するため、他に合法的な救済手段が不可能になったとき、実定法上の義務を拒否する抵抗行為」を一般に抵抗権と言うが(芦部信喜『憲法』岩波書店、二八九頁)、これについては、わが国においても以前より、特に憲法学者を中心に各々の立場から興味深い見解が展開され、議論として出つくしたような印象さえ受ける。⁽¹⁾ 確かに、抵抗権は憲法学・政治学の重要課題の一つではあるが、それは同時に「法と道徳」「法と正義」の問題でもある。現代ドイツの著名な法哲学者アルトゥール・カウフマンはプラトン、アリストテレス、トマス・アクィナス、カントなどの西欧の法・正義論の伝統の上に立ち、更に自分自身のナチ体験に基づきながら、抵抗権を正義論の視角から捉えており、このようなカウフマンの哲学的思索は、皮相的∥図式的になりがちなわが国の抵抗権論争に根本的な反省を迫る意味で、貴重な問題提起になるものと思う。このような意図の下、カウフマンの抵抗権論の内容を紹介したい。

い説明を加えている。「法が一般的に語ってはいても時として一般的規定の律しえないような事態が生ずるならば、その場合、立法者の残しているところ、つまり、彼が無条件な仕方規定することによって過っているところをうけて、不足せる事柄—立法者がその場合に臨めばやはり彼自身も規定のなかに含ませるであろうような、⁽¹⁸⁾ そうしてもしすでにそれを知っていたならば立法しておいたであろうような—を補訂することは正しい」。これが衡平の本性である。衡平が正でありながら或る種の正（一般抽象的な規定の故に時として過つような正）よりもより善きものたる所以である。

注

- (1) 芥川龍之介『侏儒の言葉・西方の人』（新潮文庫）一七頁以下参照。
- (2) 芥川・前掲書、一八頁。
- (3) Cf. Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 21-22.
- (4) Vgl. Radbruch, a. a. O., S. 302ff. —邦訳・二〇七頁以下参照。
- (5) 加藤新平『法思想史』（勁草書房、一九七三年）一二頁以下、三島淑臣『法思想史』（青林書院新社、一九八〇年）五五頁以下参照。
- (6) トマス・アクィナス、稲垣良典訳『神学大全・第一八冊』（創文社、一九八五年）二〇頁。
- (7) 三島淑臣「法と正義」『法哲学綱要』（前掲）一三八頁、加藤新平『法哲学概論』（前掲）四三八頁以下参照。
- (8) R・パウンド、末延三次訳『法の任務』（岩波書店、一九五四年）八頁。
- (9) 加藤新平『法哲学概論』四三八頁以下参照。
- (10) H・ケルゼン、尾吹善人訳『法と国家の一般理論』（木鐸社、一九九一年）五七頁。
- (11) ケルゼン、横田喜三郎訳『純粹法学』（岩波書店、一九三五年）二九頁。
- (12) 三島・前掲書、一三八頁以下参照。
- (13) 尾高朝雄『法哲学概論』（学生社、一九五三年）二七二頁以下参照。

なるなかれ」等)や「適正手続」の觀念に由来し、諸々の法的決定・判決に際して合理的かつ公正な手続きが踏まれていることにおいて成り立つ正義であり、決定・判決の正当性を、実体面∥内容面とは別に手続面∥形式面で最小限確保しようとするものである。⁽¹⁷⁾ 言い換えれば、「手続的正義とは、紛争当事者を中心にした関係者間の自由・対等な相互作用的な討論のなかからひとつのよりよき結論が選びとられていく、あるいはつくり出されていくのであって、このような理想的な対話が行われたことによって、そこから出された結論が正当なものとして受け容れられることになる、したがって、このような手続過程そのものが普遍的価値をもち、そのような手続が保障されたがゆえに、その帰結も『正しい』ものになる、という考え方である。それは、結果よりも過程の公正さに着目した考え方であり、プロセスのフェアネスを重視する立場である」(井上治典『民事手続論』有斐閣、一四頁)。

この種正義は、決定の内容それ自体をさしあたり問題にせず、決定に至る手続過程・形式に着目する点で、形式的正義に似ているが、例えば、日本国憲法三一条以下の適正手続保障のように、手続的要請自体が人格の尊厳性と普遍的平等性という実質的価値原理と直結している点を考慮すると、むしろ実質的正義に連なる面があるように思われる(手島孝「デュー・プロセスによる人権保障」『憲法解釈二十講』有斐閣、八一頁以下参照、田中成明『法理学講義』有斐閣、一八六頁以下参照)。

なお、法的実践との関連で重要な役割を担わされているのが「衡平」(equity)という觀念である。これは「個々の場合における正義」(ライトプルフ)とも呼ばれ、実定法の一般的な準則をそのまま個別的事例に機械的に適用した際に生じる(具体的ケースにとって)不公平・不合理な結果を是正する機能をもつ。裁判など法実務の場で重用される正義であり、情状酌量による刑の軽減などはその一例である。

アリストテレスは『ニコマコス倫理学』(第五卷第十章)の中で衡平について、今日においても通用する甚だ興味深

等なるが故に比例的・相対的平等（負担能力を標準とする課税、困窮の程度に応ずる公的扶助等）であり、整正的正義においては客観的な利益それ自体の平等なるが故に算術的・絶対的平等（売買関係における売り手・買い手の関係等）である。ライトブルフによれば、配分的正義は上下関係（命令・服従関係）において妥当し、整正的正義は並列関係における正義であり、従って前者は公法の正義であり、後者は私法の正義である。⁽¹⁵⁾

（二）実質的正義　実定法の内容や制度の正当性を評価・判定する実質的な価値基準としての正義。場合によっては右に述べた形式的正義の前提にした準則・ルールの是非を問題とする実質的な正当性原理であり、正義の要求の核心をなすところのものである。従って、社会の変動期や革命的状况の中でしばしば論じられるのもこの実質的正義である。⁽¹⁶⁾

例えば、傷害罪に対して死刑ないし無期懲役を定めた法規があり、同程度の傷害罪に問われた二人の者の一方に死刑、他方に無期懲役を宣告したとしよう。この取り扱いに対して両者の平等な処遇を求めるのは形式的正義に基づく批判（等しきものは等しく）である。しかし傷害罪に死刑か無期懲役かを定める苛酷な法規そのものの当否を問題にするのは実質的正義の立場である。

なお、人々の正義観念において中心的地位を占めるこの実質的正義については、いわゆる「抵抗権」の問題と関連づけて、後述のⅢ章で詳しく論じたいと思う。

（三）手続的正義（衡平も含む）　右の二つの正義概念のいずれにも解消できない第三の正義概念として手続的正義がある。これは、英米法の「自然的正義」の格率（「相手側からも聴くべし」「何人も自分自身の事件について裁判官と

3 超法律的正義

だが、この超法律的正義も一義的ではなく、なお区別されるべきいくつかの側面ないし次元がある。いわゆる形式的正義と実質的正义および手続的正义がそれである。

(一) 形式的正義 ある社会的に承認された準則を前提として、そこで「各人に彼のものを」与え、または「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように」取り扱うという点に成り立つ正義であり、諸々の法制度に内在して構成原理として働いているものである。アリストテレスの狭義の正義、すなわち「配分的正義」および「整正的(交換的)正義」が大体これに当る。配分的正義は、公共生活において「名誉とか財貨とかその他およそ国家の公民の間に分かれたるところのもの配分において」(『ニコマコス倫理学』)、各人の価値・功績に応じて配分の平等が保たれるべきことを要請すること、すなわち、社会成員間の「実質的平等」を図って、等しき者には等しいものを、等しからざる者には等しからざるものを配分することである(例えば、累進課税制度、叙勲制度等々)。

他方、整正的(交換的)正義は、並列的個人間の相互関係において、当事者の価値・功績・身分等の人的差異の如何に拘わらず、彼等を一律平等に取り扱い、社会成員間の「形式的平等」を図るものである。これは更に二つに分かれる。一は、売買、交換、貸借、雇傭等のような「随意的交渉」において、利得と損失(給付と反対給付間)に過不足のないように調整を図るものであり、他は不法行為や犯罪の場合(不随意的交渉)において、被害者と加害者との間の利害の調整を図るものである。⁽¹⁴⁾

以上のような狭義の正義の一般的規定は平等を意味するが、配分的正義の場合には人々の価値に応じての配分の平

ことを意味する。それは『法の下での』正義である⁽¹⁰⁾。換言すれば、「一般的規範が甲の場合には適用されながら、同様の状態にあるに拘らず、乙の場合に適用されないということは不正義なことになる。∴従って、この用語例に従えば、正義の判断は合規範性という単に相対的価値を表示するにすぎない。この場合に、正義的とは単に適法的の別名にすぎないのである」⁽¹¹⁾。

このように適法性としての正義は、準則の適用に目を向けて、準則の内容自体が「正」であるか否かという問題（＝超法律的正義の問題）を考慮の外におくのであるが、価値観が益々多様化し、複雑化してゆく現代状況を勘案すれば、法的安定性（Rechtssicherheit）を重視する「適法性としての正義」の有する社会的意義は極めて高いと言いうことができる。

しかし、もし我々が超法律的正義について何事も客観的かつ有意味に語れないということになれば、法律それ自体の善悪・正邪は何によって判定したらよいのであろうか。特に、法律によって守られることもあれば、逆に苦しめられることも少なくない、経済的・社会的弱者たる一般の民衆は、どこにその苦痛を訴えればよいのであろうか。このように、矛盾多き現実世界で生きる民衆の生活感情は本質的に、秩序維持のため悪法も法として冷厳に適用する実定法万能の思想を斥け、実定法を測り・超越する超法律的正義を求めているのである。次に「超法律的正義」を考察する所以である⁽¹²⁾。因みに、法の欠缺の存在を認めず、法規の形式論理的な解釈に終始する概念法学に対して、裁判官は具体的な社会的事実の中から、自由にかつ科学的に法を発見すべきことを説いて、裁判官の法創造的作用を強調する自由法運動の主張は、「適法性としての正義」の独断的微睡みに対して向けられた「超法律的正義」の覚醒運動と解することができる⁽¹³⁾。

2 適法性としての正義

パウンドが名著『法の任務』の中で、法的紛争を終結させ、それ以上争いの生ずることを防ぐためには、明瞭にして厳格な原理や準則がどうしても必要であり、「これらの原理や原則が必ず一様に、そして組織的に、あらゆる人と同じように適用されるということが解れば、人々は、自分たちの要求をこれらの原理や原則によって裁いてもらうことを甘んじて忍ぶのである。何となれば、そうしても、それは人間としての尊厳と両立しないわけではないからである」⁽⁸⁾と述べているように、ある準則もしくは法規範を厳格、齊一的に適用してゆくことは、正義の最少限の要求であり、我々はこれを「適法性としての正義」として捉えることができる。適法性 (Legality, Legalität) とは、一般に行が法規範に合致することを含意するが、ある行為が法規範と合致するとき、その行為は適法であるという意味で「正しい」と言われる(因みに、アリストテレスの、いわゆる「広義における正義」はひろく「遵法的」・「法律にかなった」を意味するがゆえに、適法性としての正義に当たるものと考えられる)⁽⁹⁾。

さらに、徹底した価値相対主義者であったハンス・ケルゼンは、法律を超えるような正義(以下、超法的正義)といふは判断主体の願望・感情から独立でないために、主観的||相対的たらざるをえないとしてこれを斥け、正義の問題を主観的な価値判断の不確実な領域から引き揚げ、ある与えられた社会秩序の確実な地盤の上に確立すべきことを説いて、この適法性という意味の正義の概念のみが真に客観的であり、法の科学に入り込めるとした。すなわちケルゼンによれば、「適法性の意味における正義は、実定法秩序の内容ではなく、その適用に関わる属性である。この意味の正義は、資本主義的であれ、共産主義的であれ、民主制的であれ、専制的であれ、どのような実定的法秩序とも両立し、かつ必要とされる。『正義』は、一つの実定法秩序を、それを良心的に適用することによって維持する

ることが重要である(伊藤平八郎「法とは何か」『法と生活・第六版』創言社、五頁以下参照)。

ところで、一口に正義と言っても、種々の・相異なる正義論があり、具体的に何が正義かについては実に様々の見解が呈示されている。まず、古代ギリシア人たちが正義(dikaiosyne)について論じるとき主として念頭に置かれていたのは、人間の徳(arete精神的卓越性)としての正義であったことが想起されなければならない。例えば、プラトンは正義の本質を、人々が公共秩序に服従し各人それぞれ己れの「職分を守る」ことにあると考えた。因みに、彼が代表作『国家篇』において描いた理想国は、プレオネクシアー(分をおかす、貪欲)を完全に排除してディカイオシュネー(正義の徳)を実現した人間集団としての政治共同体の理想的な姿であった。従って「プラトンの正義はいわば主体の倫理的態度、徳性であり、現代の正義論の如く社会生活の客観的構成原理としての正義の観念を正面から問題とするものではなかった」⁽⁵⁾(加藤新平)のである。

このような正義の捉え方は、「正義はそれによって或る人が不動かつ恒久的な意志をもって各人に彼の権利を帰属させるところの習慣(habitus)である」⁽⁶⁾と定義づけた中世最大の思想家トマス・アクィナスの場合にも共通している。むしろ伝統的には「徳としての正義」が正義論の中心であったと言うことができる。しかし、今日、法律・裁判等に係わる正義が問題となるとき念頭に置かれているのは、徳としての正義ではなく、社会制度や社会秩序の客観的規準としての正義である。従って、我々も以下の考察において、正義をこのような意味での客観的∥制度的な原理・規準という視点から取り扱ってゆきたい。⁽⁷⁾

これは社会主義者の正義であろう。彼処に房のついた長剣がある。あれは国家主義者の正義であろう。わたしはそう云う武器を見ながら、幾多の戦いを想像し、おのずから心慄の高まることがある。しかしまだ幸か不幸か、わたし自身その武器の一つを執りたいと思った記憶はない⁽¹⁾。

過去の歴史(例えば、第二次世界大戦など)が如実に示しているように、正義の追求は、個人はもちろんのこと国家や国際組織でさえ、独善的・排外的態度のもととなる危険性を秘めている。特に大衆を操作するためのプロパガンダ(宣伝)として、絶対的正義という自己主張の形をとったときにはなおさらである(芥川は言う。「武器それ自身は恐れるに足りない。恐れるのは武人の技倆である。正義それ自身も恐れるに足りない。恐れるのは煽動家の雄弁である」⁽²⁾)。

この点につき、鋭利な法理論家ハンス・ケルゼンは「絶対的正義は非合理的な理想である。合理的認識の立場からは、人間的諸利益と、それゆえ利益の衝突が存在するだけである。この利益の衝突を解決する方法は、一方の利益を他方の利益の犠牲において満足させるか、あるいは、双方の利益の妥協をはかるか、二つの道しかない。一方の解決だけが正で、他方のそれは不正であるということ⁽³⁾を証明することは不可能である。もし社会的平和が至高の価値であるとすれば、妥協的解決が正しいと思われる⁽³⁾」と述べて、絶対主義的正義の危険性―偏狭さと不寛容―を指摘している。

従って、ラートブルフが、法の目的について、正義・合目的性・法的安定性という三つの理念の相互矛盾に焦点を合わせ体系的に論じた後、「正義、合目的性および法的安定性という法理念の三つの側面は、相互に鋭い矛盾に陥りながらも、法を全面にわたって共同に支配していると言わなければならない⁽⁴⁾」と結論づけたように、法の目的理念として正義を掲げる場合には、自由・人権・公共の福祉など他の目的理念との緊張関係や相補的關係に十分に目配りする。

も存在しうるからである。例えば、民主主義・自由主義・共産主義・国際主義などを否定して個人の人権を抑圧し、好戦的な排外主義や軍国主義を鼓吹する独裁的、反動的な政治・法体制（イタリア・ファシズム、ドイツ・ナチズム）、己れの政策に反対する人々には「階級敵」のレッテルをはり、肅清とテロルによってナチズムに比肩する抑圧的な体制を作り出したスターリンの全体主義体制（スターリニズム）、人種・民族・宗教差別を国策にする反平等的法体制等々。しかしこれらの法体制のいずれもが、「不正」という非難に対しては必死になって自己弁護に努めるのが通例である。いわく「正義は我が方にあり！」と。いわば、体制の内外に向かって、自分たちの行動・政策を正当化するための究極的原理として正義をもちだすのである。

「正義は、武器に似たものである。武器は、金を出しさえすれば、敵にも味方にも、買われるであろう。正義も、理屈をつけさえすれば、敵にも味方にも、買われるものである。古来『正義の敵』と云う名は砲弾のように投げかわされた。しかし、修辞につりこまれなければ、どちらがほんとうの『正義の敵』だか、滅多に判然したためしはない」。

大正十二年、作家芥川龍之介は、アフォリズム『侏儒の言葉』でこのように述べ、更に続けて言った。

「わたしは歴史を翻えす度に、遊就館（靖国神社にある武器博物館。明治以後の戦没者の遺物や戦利品が陳列されている。―筆者注）を想うことを禁じ得ない。過去の廊下には薄暗い中にさまざまの正義が陳列してある。青竜刀に似ているのは儒教の教える正義であろう。騎士の槍に似ているのは基督の教える正義であろう。此処に太い棍棒がある。

いは、法たるに値しないと考えてきた。しかし、正義とは一体何を意味しているのか。以下の論述において、法と正義の関係を注視しつつ、この「人類の永遠の問題」(ハンス・ケルゼン)⁽⁴⁾について考察していきたい。

注

- (1) 加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、一九七六年)四三七頁、田中周友「ローマ法学」(尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座・第二巻』有斐閣、一九五六年)一〇八頁参照。
- (2) この点については、三島淑臣「法と正義」(大橋智之輔・三島淑臣・田中成明編『法哲学綱要』青林書院、一九九〇年)一三七頁以下参照。
- (3) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie(1932), in: Gesamtausgabe, hrsg. von Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, Bd 2, S.255f. — 田中耕太郎訳『法哲学』(東京大学出版会、一九六一年)第四章参照。
- (4) Cf. Hans Kelsen, WHAT IS JUSTICE?, University of California Press 1957, pp.1-24.

II 正義概念の多義性

1 正義の優先性

法の目的は、正義・自由・人間の尊厳(人権)・公共の福祉など、人間社会にとって不可欠な価値(法の理念)を實現しながら、社会全体の平和を樹立することである。だが、これらの法理念のうち最も重要なものは何かといえ、躊躇することなく正義を挙げねばならない。なぜなら、正義以外の諸理念については、それらを公然と斥ける法体制

I はじめに

かつてローマの偉大な法学者ウルピアヌス (Ulpianus) が「法学に従事しようとするものは、まず *ius* (法) の名称の由来を知らねばならぬ。この名称は *iustitia* (正義) から出た。ケルススが法は善および平衡の技術であると定義したのは巧妙である」(学説彙纂・第一巻第一章の⁽¹⁾)と述べたように、古来より法と正義は密接不可分の関係にあるものと常に語られてきた。古代ギリシアでも、裁判や法を意味した「ディケー」 *dike* は、各人に対し正しくその当然に受けるべきものを得さしめる判定をなし、各人にそれを配布する者、すなわち「ディカイオス」 *dikaios* (ディケーを行う者) 及び後の倫理的意味の正義「ディカイオシユネー」 *dikaiosyne* とは言葉の上からも深い連関性を有していた。近代西洋の法を指す言葉 *Recht* (独)、*droit* (仏)、*diritto* (伊) 等はいずれも同時に「正しいこと」と「正」を含意している。このことは法と正義とが共通の基盤をもつことを示していると言うことができよう(西洋の言語のうち、英語だけは例外的に、*law* 「法」と *right* 「正」を区別しているが、この場合でも *right* は同時に法的権利をも意味している)。

ラートブルフが「法の概念は一つの文化概念である。すなわちそれは価値に関係せしめられた現実、価値に奉仕するという意味をもつ現実に関する概念である。法は法価値、法理念に奉仕するという意味をもつ現実である (*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen*)。かくして法概念は法理念によって整理されている」と述べ、更に「法の理念とは正義にはかならない」と明言しているように⁽²⁾、多くの法学者が法の定義において、法の理念としての「正義」を引き合いに出しながら、法は正義に適合すべきであり、正義に適合しな

法と正義
— 思想史的考察 —

永尾孝雄

目次

- I はじめに
- II 正義概念の多義性
 - 1 正義の優先性
 - 2 適法性としての正義
 - 3 超法的正義
- III カウフマンの正義論と抵抗権
 - 1 古典的な抵抗権論
 - 2 カウフマンの「小銭の抵抗権」
 - 3 小括