

シケプリ① 国家は何のためにあるのか

※このシケプリは、長谷部恭男『法とは何か』を既読であることが大前提となります。シケプリを読む前に必ず読んで下さい。  
 なお彼は「試験はそうエコノミカルにいくものではない」という警句を発したことがあるそうです。脱線部分も出るかも？

—製作者

人間の行動には様々な理由がある 理由に基づいて行動する (実践的理由)

理由=reason { 理論的 theoretical ←自然科学で主に探究される →規範の議論とはならない  
 実践的 practical ←”法”もこの実践的理由に含まれる ex. 窃盗罪→窃盗をしない理由になる  
 cf. 「～に処す」は記述的だが、実質は規範的「～べきである」

行動を起こす (positive) 理由は必ずしも決定的理由 conclusive reason とはならない 寧ろ稀

cf. negative ~しない理由は決定的であることがまある

各々の選択はそれぞれ十分な理由を持っている (非合理的でない) が、決定的ではない  
 どの選択も等しく合理的である、ということが多い

→自由意志による決定 (と仮設される)

↑自由意志が真に存在するかは不分明

ex. 国政上の決定…一つの政策が唯一の解であるわけではない (採り得ない政策は存在する)

増税せず社会保障の水準を下げる or 増税して社会保障の水準を維持する …各々合理的

→選挙による決定 “国民の意思”とされる

しかし、必ずしも自己が決定するのではなく、他者に決定を委ねることがある

→”権威”authority (実践的権威) cf. 理論的権威…学者 etc.

法も権威の一種 (但しアナーキストは法を権威と認めない)

少なくとも、法は自己を権威であると主張している

※Joseph Raz (イスラエル出身、法哲学者)

権威に従うことで、自己が本来採るべき行動をよりよく取れる

①知識・経験に於いて権威が上回る ex. 厚労省の審議会

②調整問題 co-ordination problems の解決を権威が担う ex. 交通規則 (広くは、税率なども含まれる)

B

	右	左
右	1	0
左	0	1

A

…右も左も等価だが、同じ選択をする必要がある →自動的には解決しない

調整問題の解決 { 慣行 convention ex. 言語規則  
 権威への従属

知識・経験に於いて権威 (政府・法制定者) が果たして優れているのかは、実際にはしばしば疑問

調整問題では、権威は知識・経験における優位を主張する必要が無い

→しかし権威として機能する (決定に従われる) 必要がある cf. 破綻国家

法 …要件と効果を結合する形式で成立 …一般性を持つ

ex. 窃盗→懲役 10 年

紛争解決

“裁判官”が具体的事例に即し独自に処断「具体的正義」（『ニコマコス倫理学』）

↑極めて有能である必要があり、稀少

一般性を持つ法を定め、裁判官はそれを具体的事例に適用し処断

→法に基づく裁判…事象の具体性を捨象

→具体的事象にあっては不適切となる恐れ

解決策

①equity 衡平法（イングランド）←信託法が起源

↑十字軍遠征に際し、土地・財産を信頼できるものに譲渡

帰還した際には返還、死亡時には相続

→しかし、“譲渡”という要件が成立しているため、返還を拒否する事例

common law の裁判所は返還請求を退ける

→大法官が、具体的事例を考慮して、信託と看做し処断

②違憲審査（日本の場合は、米国の制度を輸入した付随的 incidental 審査）

↑司法権に付随

具体的正義の実現＝司法 justice に付随して法令を違憲審査

事象の具体性を捨象し一般的に要件—効果を適用することが不都合なとき、違憲審査により法の適用を避ける

調整問題の典型例…私有財産制度 private property

※トマス・アクィナス（ドミニコ会修道士、神学者）

地上のもの全てを、神がアダム（人類）に与えた（創世記）

→全てのは、全人類の共有物 …自然法

→墮罪により、人間は共有財産を保護せず、使用をめぐった紛争も起こる

→私有財産制度により解決

↑日本とイングランドでは全く異なる ←調整問題

→Hume、Bentham が継承

ex. 森林法違憲判決

単独所有が近代市民社会の原則的所有形態

←私有財産制を調整問題と看做す考えに基づく

権威として従う必要のない時は（調整問題が存在しない時は）、自らが判断の主体となってよい

ex. 赤信号だが車の来ない横断歩道

凡そ権威として扱う必要のない場合が存在

↑

社会契約論 …政府を設立する契約

立憲主義 constitutionalism

広義…政治権力は何らかの形で制限されなければならない（制限の根拠は如何様でもあり得る）

cf. 高橋和之『立憲主義』

cf. 中世立憲主義…キリスト教イデオロギーによる政治権力の制限

狭義（近代立憲主義）

…根元的な価値観の多元性を認める ←価値観は相互に比較不能 (incommensurability 通約不能)

↑人生の意味、世界の意味 パラダイムが異なっているので優越の比較は意味を成さない↑

cf. 宗教改革→旧教・新教の対立=深刻な価値観の対立 ←共通の尺度なし

→懐疑主義の擡頭 ex. モンテーニュ『エッセー』

但し、全面的な価値相対主義に陥るわけではない

→懐疑主義の打開 ex. グロチウス、ホッブズ

ホッブズ …最高の価値は自己保存（特に現世的な） →生命・身体・財産の自己保存

→近代的自然権

『リヴァイアサン』

ロック、ルソーと並び社会契約論者とされる

社会契約論：自然状態→（社会契約）→社会状態

自然状態…「万人は万人に対し狼」 ←当時イングランドは清教徒革命

常に生命の危険 人間的活動（学問 etc.）の不可能

正も不正も無い→各人が自然権を持つ

↑自己保存のための絶対的権利

自然状態からの脱出=自然権を万人が放棄

←結ばれた契約が守られねばならない

ex. A と B が相互安全保障契約を結んだ場合

		B	
		守	裏切
A	守	2 2	3 0
	裏切	0 3	1 1

（囚人のジレンマのゲーム） →双方が契約を守ることが最も合理的

→契約を守らせるための権力が必要

→主権者（契約の当事者ではない）（←第三者のための契約）

↑自然権を万人から譲渡

→主権者には契約履行義務は無い

主権者の命令=法 →正・不正の判断基準となる

↑それ自体は主権者の恣意

→平和の確立

主権者は個人ではなく会議体（ex. 議会）でもあり得る

democracy（直接民主制）も可能（万人による会議体の構成）

主権者の命令の及ばない領域が残存=自然権の残存

但しホッブズは、内面の思想・良心の自由は確保（ex. 宗教）

ex. 宗教に対する不可知論（来世観の押し付けは支配欲に発する） →ホッブズは無神論者として攻撃される

cf. 岩波文庫版『リヴァイアサン』の誤訳

原始キリスト教会の状況に立ち戻り、万人がパウロ、ケファ（ペテロ）、アポロにそれぞれ従っている

↑使徒の間で教義の対立

ケフェウス

アポロン

※近代と中世の自然権の相違

「権利」…ローマ時代には存在せず、jus (ius) =法（「権利」の意味はなし）

オッカムのウィリアム William of Ockham（フランチェスコ会修道士）が「権利」概念を創出（パリ大学のVilleyによる説）

フランチェスコ会と教皇ヨハネス 22 世の対立（清貧論争）（cf. ウンベルト・エーコ『薔薇の名前』）

聖人たちは財産を持っておらず、布施によって生きる（清貧）

しかし、清貧の教義を持つフランチェスコ会も教会・修道院など財産を持つ →教皇側による批判

オッカムのウィリアム… jus=「権利」と主張

フランチェスコ会は実定法上の権利を持っていない

しかし実定法上の権利の放棄=寄付されたものは、自然権によって摂取できる

（教会・修道院は実定法上は寄進者が所有し、フランチェスコ会が使用を許された財産）

## John Locke

『統治二論』…神の存在は前提

所有権 property の正当化 …神による人の創造→人間は自己保存の必要

↑新大陸植民の正当化の目的

→自然界への働きかけ=労働（狩猟、農耕）により、対象を自己が所有

（入植者が土地を所有）

←身体と、そこから発する労働は自己のもの

cf. 「入会」=共同所有 →入会地から労働で得たものは自己のもの

地上の財産は神が与えた入会地 →自己固有のもの（労働）の結果は所有できる

cf. トマス・アクィナスは所有権の正当化は論じていない（所有制度の必要は論じている）

自己保存を根源的な価値とする ←宗教対立による価値の比較不能

ホブズ …デカルトと同時代人

↑方法的懐疑 →cogito ergo sum 私は考える、故に、私は有る

↑ホブズの「自己」とは対応していない

Derek Parfit

…テレトランスポートーションの比喩

生物学的な自己同一性と思念・感情・感覚による自己同一性は一致しない

↑「私」の同一性は擬制 cf. 仏教「不生不滅」

cf. 時効 (消滅時効) …10年放置された債権は自動的に放棄

←10年経過すると自己同一性が失われる、という説明もある

ロックの謂う自然状態 …自然法に基づき個人が自己の労働に依り生活する (平和的)

⇒しかし

{ 自然法は不明確

{ 紛争の際の、公正中立な裁判官の不在 →公共サービスの欠如

{ 合意を執行する権力の不在 →紛争が解決できない

公共サービスの欠如 …囚人のジレンマ状態

ex. 消防サービス …公共財 (消費の排他性・競合性が無い)

ロックの謂う自然権 …

{ 立法権 (行動の自己決定)

{ 執行権 (自己の行動)

{ 連合権 (自己の財産を守る同盟)

⇒自然権を結集し政治社会を形成 (直接民主制)

→政府へ信託 (←直接民主制はコスト多) } 二段階を踏む

↑限定を受ける (自然状態を全く放棄するわけではない)

信託されない権力 …ex. 来世に関する信仰

信託に違反 → 信託は解消、政治権力が人民に戻る

(圧政) ↘ →新たな政府に信託 cf. 名誉革命

天への訴え (反乱)

信託の違反を判断する主体 …一人ひとりの人民個人

→ホブズの謂う自然状態に回帰?

ロックの主張:

{ 相当程度の圧政でなくては反乱は起きない

{ 相当の多数に不利益のある圧政でなくては反乱は起きない

{ 反乱は天への訴え、神が正邪を判断し来世で処断する (『人間知性論』)

←人間は快樂を求め苦痛を避ける (正義を為すと来世で快樂を得られる)

何が正しく何が誤りか判断できるのはプロテスタントのみ

ローマ教皇に依存するカトリックや無神論者に思想信条の自由は必要ない

外国のカトリック勢力を呼び込む↑

↑正義を成すインセンティブがない

←ロックの議論は徹底的に神・来世を前提

cf. ロック: 神の存在する可能性が少しでもあれば、それに賭けた方が利益となる

←パスカル『パンセ』: 神を信じるデメリット…日曜日の教会

メリット…死後の永遠の命

→ロックの脱宗教的解釈

(1) 現世のみの功利主義 ex. ベンサム、ミル

(2) 様々な価値の認容

統治二論の執筆時期…

ジェームズ二世 (カトリック) が王太子に

→王位排斥運動 (→排斥側のロックはオランダへ亡命)

→名誉革命 (オランダのウィリアム三世による英国征服)

↑プロテスタント勢力の指導者

(「ジェームズ二世の圧政」はウィリアム三世のプロパガンダ)

→権利章典の発布

cf. マッカーサー、八月革命

ルソー『社会契約論』(自然状態については『人間不平等起源論』)

自然状態 → 社会状態  
社会契約

自然状態 …ex. 鹿狩り(肉が多い)と兎狩り(簡単に捕まる)

		B	
		協力	裏切
A	協力	3, 3	1, 0
	裏切	0, 1	1, 1

←人間は易きに流れる

ホッブズよりロックに近い想定 全ての者が自由

社会状態の正当化 …社会状態に於いても自由であるときのみ可能

社会契約の内容が問題となる

政府は法律に基づいて行動

↑ 制定に全市民が参加すれば自由?

社会契約は全員一致だが、法律の制定は多数決

→ 多数派による少数派の支配?

→ 多数決による一般意志(社会状態に共通する意志) ⇔ 特殊意志(個別意志)

…多数決によって各人の一般意志を集計 → 一般意志の正解(一般意志)が得られる

↑

近年の解釈: コンドルセの定理(陪審定理)

…判断者の判断能力が平均して  $1/2$  を超えているとき

多数決に参加する数が多ければ多いほど、正解に近づきやすい

→ 徒党を組んではならない(多数決への実質的参加者が減る、特殊意志を実現しようとする)

一般意志が実現すれば、少数者にも利益となる

cf. コンドルセの定理 …平均した判断能力が  $1/2$  を下回るとき、少数の専門家の決定が有効

ex. 違憲審査制 …多数決の結果を否定

## 人格の同一性 personal identity

person…生物学的な人間とは別のもの

cf. 民法 …生物学的人間と法律学的人間は別個 ex. 胎児、植物人間

法人 legal person、personne morale ex. 国家

生物学的人間も擬制ではないのか？

Thomas Nagel (NY 大学) 『コウモリであるとはどういうことか』

てんかん患者 … 治療として右脳と左脳の接続を遮断し症状緩和

→2つの人格が存在するように現れる

ex. 左右の耳にそれぞれ違うことを同時に言うと、それぞれの脳で理解

右半身は理性的 (←左脳)、左半身は感情的 (←右脳) に振る舞う

Derek Parfit …

大脳のみならず脳幹まで左右を切断したとしたら (思考実験)

脳以外が破壊された B 氏の脳を、脳が破壊された A 氏、C 氏に移植

A 氏に左脳、C 氏に右脳のみ移植 →A 氏、C 氏の人格は B1、B2 となるか？

人格の同一性は擬制、アприオリなものではない

## ルソー

一般意志を集計 →多数決により正しい一般意志を解明

コンドルセの定理…前提：二択、徒党を組まない

→この前提自体、ルソーは懐疑的に見える

立法者 législateur ex. モーゼ、モハメッド、カルヴァン

…宗教の装いのもとで、一般意志に基づく政治をするよう人民を教化

立法者が現れなければ、社会は一般意志に基づく政治が行われない

一度立法者が現れても、時間と共にその社会は衰亡する

cf. スピノザ『神学・政治論』(聖書は人の書いた歴史的な文書であることを初めて指摘)

ユダヤ民族の選民思想はナンセンス ←神は普遍的存在

ユダヤの律法が相対的に優れ、ユダヤ国家が長く持続した点でのみ卓越

→神の救済を待つのではなく、ユダヤ国家を再建すべき

立法権 …何をすべきか意志する権力、人民自ら行使すべき (立法権に代表はありえない)

執行権 …意志されたことを行為する権力

立法権は人民集会 (会議体) の多数決で行使

→人民集会は人民の代表



執行権は政府へ委託 cf. ロックは立法権も信託できると主張

- 王政 (一人)
- 貴族政 (少数)
- 民主政 (多数)

←ルソーは懐疑的 (小国でなければ不可能、神のごとき人民が必要)

↑あくまで執行権の民主政 (立法権は人民集会が行使)

## ルソー『戦争状態論』state of war

…ホッブズの議論を内在的に批判

ホッブズ：自然状態=戦争状態 →国家を設立して終結

→しかし、国家対国家の自然状態は、個人対個人とは比較にならない規模の戦争状態

←ロック：国家=法人 personne morale、corporation

自然人…欲望に限界

法人…欲望は無制限 →無際限の膨張主義

→大規模戦争

→国家による自然状態解決は失敗

解決策 … (1) 民兵で武装 (徴兵制) ⇔ 常備軍 (募兵制) …人民を守るとは限らない

『ポーランド政府論』

常備軍を備えた強国に囲まれたポーランドは、全人民が武装すべき (パルチザン)

cf. 陪審制 ⇔ 職業裁判官制

→カント『永遠平和のために』

①共和政 (王政であるか否かは関係ない)

②人民武装

(2) 集団安全保障 ex. 国際連合

『エミール』 →カント『永遠平和のために』で継承  
→世界国家 cf. サン=ピエール (ルソーの同時代人) はキリスト教国の範囲で主張  
…ルソーは懐疑的  
→カントはさらに否定的  
(←中国を例にとり、余りに大規模な国家では文明が停滞すると主張)

(3) 社会契約の解消

戦争 …敵国の社会契約を攻撃 (自らと同じ社会契約への更新を迫る)  
→降伏して自国の社会契約を解消  
ex. ポツダム宣言受諾、冷戦終結

冷戦終結を社会契約 (=憲法) 解消として捉える

Philip Bobbitt …冷戦の終結=the long warの終結

↑ 普仏戦争から開始

普仏戦争以前 … ナポレオン式戦争 …国民皆兵→兵力消耗を厭わない、陣地への砲撃 (それ以前は城塞を砲撃)  
⇔ナポレオン以前 …統率された常備軍による陣取り合戦 (実際の交戦は少ない)

普仏戦争後 … 銃火器の技術向上 (ex. ライフルの精度向上)  
モルトケ …包囲戦を開発 (⇔ ナポレオン…密集隊形)

↑ 散開隊形 →長期の徴兵と訓練

徴兵制→ 大衆の政治参加 (普通選挙制)

福祉国家政策

→憲法体制の3つの類型の登場

ファシズム … 民族の純化 →治者=被治者 (自同性) →民主主義

共産主義 … ブルジョア階級の絶滅、全人民がプロレタリア階級 →治者=被治者

議会制民主主義 …多数派・少数派の交代により、長期的には治者=被治者

第二次世界大戦→ファシズムを駆逐 冷戦終結→共産主義を駆逐

ルソー …立法権は人民集会が行使  
 ←人民個人が一般意志を追求する必要 しかし実際には困難 (特殊意志を優先)  
 →「立法者」の必要 ex. リュクルゴス、モハメッド、カルヴァン  
 宗教を通じて一般意志の追求を促す  
 ←しかし、常に現れるわけではない、いずれ衰亡する  
 …共和主義に対し悲観的

モンテスキュー (ボルドーの法服貴族) Montesquieu

『法の精神』 …権力分立については僅かに触れる (「イギリス人の国制」)

↑ constitution →「憲法」という用法の起源  
 ←constitutio (羅) ①構成 ②制定法 (ex. 皇帝の布告)

立法・執行・司法  
 2つ以上の権力を1つの機関が掌握  
 →自由の消滅、暴政  
 ただし、三権は平等ではない (立法権が至高)

英国議会…

国王	
貴族院	庶民院

国王 (一人) …裁可権かつ執行権 →立法と執行の分離を維持 (立法の執行への介入を防止)  
 →制定された法律は、必ず三者の合意に基づく (権力均衡) →社会全体の利益に合致

但しモンテスキューは、この制度の輸出に否定的  
 …「過剰な自由」  
 仏王政を理想化?

共和政 …人民に徳が必要 ←実際には困難 (徳は稀少な資源)  
 王政 …王 (一人) と人民 (多数) の間に、中間権力としての貴族 (少数) が存在  
 貴族は自己の名譽を追求 →王の権力を制限、人民を保護

仏革命 →平等化、中間権力の消滅  
 →衆愚政?

ジェイムズ・マディソン J. Madison

『ザ・フェデラリスト』 …合衆国憲法批准を各州に求める

独立後の米 …州単位で共和政 →衆愚政化

→合衆国憲法制定、convention

連邦国家の創設

人口多数 →選良 (エリート) を一定数確保

→連邦議会、大統領へと選出

→国家全体の利益確保

大規模な社会 …多様な人間の存在 (多元的社会)

→特定の特殊利益を求める者が社会の多数派となることはない

←pluralism 多元主義の端緒 (米国政治学の主要な潮流)

cf. anti-federalists …federalists をエリート主義と批判、少数者の支配に反発

連邦国家自体に困難 …主権の問題

主権 sovereignty …Blackstone (オクスフォード大教授)

: 主権は単一、主権=立法権

連邦国家 …主権の所在は州・連邦の何れにあるのか

←federalists …主権者は人民であり、これを連邦・州それぞれに於いて行使すると主張

cf. 米大統領 …立法拒否権を保持 (3分の2の特別多数決で無効とされる)

←モンテスキューの影響

しかし、異なる社会階層は米国には (建前上) 存在しない

→執行・立法・司法の三権が権力均衡

(モンテスキューの権力分立と権力均衡を混合)

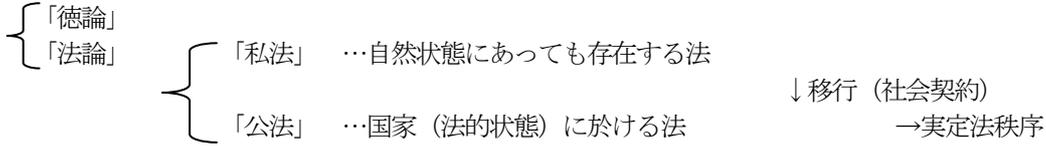
トクヴィル Tocqueville (仏貴族、七月王政～二月革命で政治家として活躍)

『アメリカの民主政』 ←アメリカ旅行の経験

アメリカ …平等社会、貴族は存在しない

中間団体 (結社、政党、プレス) が、貴族と同様の役割を果たす  
(自己の利益の追求が結果的に社会全体の利益となる)

カント『人倫の形而上学』



カントの社会契約説 …ホッブズの議論

自然状態では暴力が自由に行使される

道徳 …格率 Maxime (⇔法則 …客観的)

…各人が主観的に定立

←定言命法の要請に従う必要 (⇔仮言命法 …特殊的、条件的)

→自己の確立が普遍的道德法則となることを意欲できる格率 (=普遍的に妥当)

→しかしカントは、確立が普遍的となることを否定

ex. 「困ったときには嘘をついてもよい」という格率

…普遍的に妥当した場合、信用が失われ、格率自体が機能しなくなる

定言命法の要請は、極端な格率の排除の意味しかない

ex. 「嘘をつくな」という格率は普遍的妥当性を持つか?

cf. 普遍的  $\forall(x) F(x) \rightarrow G(x)$  100%妥当する必要はない

決疑論 (カズイステイク) 的問題 …具体の場合に普遍的格率が妥当するか?

ex. 本の著者に会った場合

自然状態 …主観的な格率同士の衝突

→実定法秩序の設立

…個人が主観的判断で構想できる範囲を画定、人々の自由を両立

←実定法秩序は一義的には決まらない

ex. 不動産法 …物権変動と登記についての規定は国によって異なる

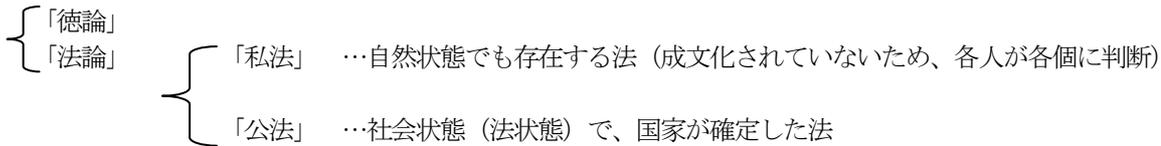
自然状態→実定法秩序 の移行は、義務 (契約する義務のある社会契約)

cf. NHK の受信契約…放送法で義務化

BBC

…受信料不払いには罰則規定

カント『人倫の形而上学』（…岩波書店で近年、全集刊行）



自然状態の弊害 … 無主物先占による所有に於いて、占有の成立する条件が不確定  
所有権は世の万人に対し主張できる（対世効）が、その確率の条件が曖昧  
cf. 日本の民法典で不動産の無主物先占は認められない（動産は認められる）  
動産の即時取得は、自然状態ではありえない  
ex. 馬の売買で、馬が売り主の所有物でなくとも、買主がそれを知らない（善意）場合  
→馬は買主のものとなる  
cf. 即時取得が成立しない場合  
→買主は馬の所有権を得られず、売り主への債権が発生  
所有の確定が困難な自然状態では、即時取得の制度が欠けることは不都合

### 近代立憲主義の起源

…宗教戦争による、世界観・価値観の多元化  
→懐疑主義（ex. モンテーニュ）、価値相対主義（正義の観念の欠如、社会生活の不可能）  
→自己保存の権利＝自然権が万人にあることを出発点  
→多元的価値観の公平な共存

### 公—私の区別

私の領域：各人の価値観に基づき自由に生きる権利を保持  
公の領域：社会全体に係る統一的な決定が必要なサービスの決定  
←各人の価値観からは切り離す

↑理由付けのレベルでの区別（空間的区別） ex. 喫煙 →他者の健康への害 →医療福祉の圧迫  
ex. 信教の自由、思想・良心の自由、プライバシーの権利 …私の領域の尊重  
政教分離原則 …公私の区別  
cf. 表現の自由、マスメディアの自由 …私の領域の尊重ではなく、公の領域の利益のため

↑法人 …自然権は持たない

↑構成員の自由ではない

朝日新聞の構成員は株主

構成員がジャーナリストだとしても、個人が本来持つ自由に加えて保障する必要はない

### 正義の状況 circumstance of justice（ジョン・ロールズ『正義論』）

…正義という理念を必要とするのは何故か？（正義を必要とする前提となる条件）

客観的状況： 身体的・知的能力がほぼ同等

人間に必要な資源が有限で稀少

←カール・マルクス … 資源の稀少性は生産力の発展により克服可能

国家の死滅、各人の価値観に基づく自由な生（『ドイツ・イデオロギー』）

↑階級闘争の手段（資源の配分）

主観的状況： 価値観の多元性