

「裁判官の良心論」からみる

日本憲法学と法実証主義の対話可能性

田 中 将 人

一 序 論

- (一) 問題状況
- (二) 問題提起

二 憲法七六条三項解釈学説の数奇な半生

- (一) ドグマティックからプラグマティックへ
- (二) 法解釈学の認識から「読み替え」による実践理性へ

三 「裁判官（へ）の理性論」からみる法学方法論と実定法学の間の緊張関係

- (一) 記述的裁判官モデルから規範的裁判官モデルへ
- (二) 自律的な「裁判官（へ）の理性論」の結末

四 むすびにかえて

- (一) 問いへの回答
- (二) 今後の展望

一 序 論

(一) 問題状況

従来まで、違憲審査制度運用の実態についての日本憲法学の問題意識は、「日本の最高裁は、違憲判決の数からいっても、憲法判断の回避への強い傾向からいっても、司法消極主義の立場を貫いてきた⁽¹⁾」ということにあった。この問題意識は無論、現在も多くの論者によつて共有されているといえる。そして、この評価から導かれる「違憲審査の活性化」や、司法権による他権力の統制⁽²⁾という具体的論点に答えるため、司法権は如何であるべきか、(つまり、司法権概念論⁽³⁾)、または、裁判官は如何にあるべきか、(つまり、「裁判官の良心論」)、がより個別的で細分化された問題への回答・論考を支えてきたといえるだろう。

一方で、「如何にあるべきか」をめぐる規範的理論の提示が日本憲法学のいわゆる主流になるに従つて、当然ながら規範的理論に対峙する記述的で実証的な理論は学界における勢力を失っていった。この様子が特に明確なのが、憲法七六条三項解釈学説の変遷においてである。

例えば、団藤重光が一九七〇年代から主張していたように、「裁判官としての良心」と「裁判官としてもつべき良心」は区別する必要がある⁽⁴⁾、憲法七六条三項は「裁判官としての良心」を規定しているとの見方も存在していた。それにもかかわらず、現在でも規範的な客観的良心説が憲法学界に根強く浸透している。

現在、このような客観的良心説を採用する論者のうち、樋口陽一は、「裁判官の良心論」について一九八〇年代後期に主観的良心説からの転向を行った。この転向は、当時の二分法で対峙していた一説からもう一説へと自説を一八

○度転換させた「大胆さ」と「奇抜さ」ゆえに注目し値する⁽⁵⁾。前期の樋口陽一⁽⁶⁾は、戦後第一次法解釈論争に影響を受けた解釈方法論上の認識に基づき、法解釈は主観的意思行為であり、その法解釈を拘束する法的「わく」を暗示的に否定した。一方、機能的・社会学的な意味での「わく」は存在しうると示した⁽⁸⁾。しかし、後期の樋口陽一は法的な「わく」を認め、一定の客観的なわく内で法解釈者はその選択を主観的に行うという法解釈論を展開し、客観的良心説を採用したと理解できる⁽¹⁰⁾。長谷部恭男も樋口陽一の理論に共鳴しながら、現在は、客観的良心説を展開している。

(二) 問題提起

以上の問題状況の簡単な整理から、「戦後法解釈論争にもかかわらず、客観的良心説が根強く残る日本憲法学。なぜだろうか？」という単純明快な問いが生まれる。そして、この状況を法実証主義的な戦後法解釈論争との決別⁽¹¹⁾とみると、「現在の日本憲法学は法実証主義といまだに対話できるのであろうか？」との問いが加えて導かれる。本稿は、裁判における判決の理由付の研究についての方法論・法認識論的基礎土台を日本憲法学の文脈で考えることについてもその射程に入れる。その鍵は「正当化」と「理性」の関係にある。裁判の決定における正当化は実践的には、裁判官が行う最終的決定でありながら、同時に市民・法実務家・法研究者等が法的決定にアクセスする出発点であるといえる。また、理論的視点からは、先述の樋口陽一の転向の態度にあつたように、裁判官が制約される最終的な「わく」があるとみることもその評価が正しいか否かはさておき可能である。樋口陽一は栗城壽夫との共著である『憲法と裁判』において、トロペールの「法的制約理論」(Theorie des contraintes juridiques)⁽¹³⁾を事実的制約から、規範的拘束へと「読み替え」を行い、理由付の構造(つまり、広中俊雄が提示した「ある解釈はそれ自身として論理的・一貫性をもたなければならず、また法体系全体に対し論理的に矛盾しないものであることが説明されうるのでなければならぬ」⁽¹⁵⁾というわく)は、説明可能性という「ゲームのルール」であると主張した。そして、樋口は、この「ゲームのルール」が裁判

官を拘束し、その結果、裁判そのものの「非政治性」・「非権力性」を導くと主張した¹⁶⁾。

本稿での問いは、先に示した通りであるが、具体的な論点をみるにあたり、長谷部恭男の指摘が本稿の性格を明らかにしていると思われる。長谷部は「裁判官の良心・再訪」において「裁判官の良心に関する議論は、通常の解釈学説とはレベルを異にしている。それは、法外の道徳の領域に属する論点である¹⁷⁾」と指摘する。また付言すると、本稿で「裁判官の良心論」から分析する学説の態度である法認識論や法学方法論も（異なる理由から）法外の道徳の領域に属する論点である。つまり認識の前に価値は存在しないとの立場に立つと、一定の価値に支えられた法学方法論や法認識論の設定は法認識とは異なる常に純主観的価値判断に依るからである¹⁸⁾。よって、法認識論と法学方法論を（理性とは区別される¹⁹⁾）「合理的必要性」から決定するのであれば、樋口陽一の「知のモラル」論はある意味で的確な指摘であったと評価できる。

そこで本稿は、樋口陽一の「裁判官の良心論」についての転向と長谷部恭男の実践哲学に影響を受けた「裁判官の良心論」が日本憲法学における裁判官モデルの形成について重要な転換点であったと捉え、戦後第一次法解釈論争の影響があったにもかかわらず裁判官の客観的良心説が憲法学界内で強く根付くその理由を探る。

第一部においては、まず「裁判官の良心論」、つまり、憲法七六条三項解釈の数奇な半生を辿り、一九七〇年代前期と一九八〇年代後期以降の間に理論構造の根本的転換と断絶があったことを示す。第二部においては、第一部で確認した一九八〇年代以降の「科学的なもの忘却」と「規範的なものの興隆」の原因を二つの対立する裁判官モデル（つまり、後述する「記述的・プラグマティックモデル」と「規範的・ドグマティックモデル」）の長所と短所を往復する形で説明することを試みる。その結果、憲法学という実定法の説明と評価の往復をする学問において、一方で説明のためには実証が必要であるが、その他方で評価のためには一定の「即答性」が要求され、特に一九九〇年代以降から現在までこの評価の性格に対応した実定法主義・非実証主義が特に重宝されてきたといえる。本稿で「即答性」と

は実定法に関わる問題への「応答性」とその応答の「即時性」の組み合わせからなる評価の性格を指す。そして、この現象は「裁判官の良心論」の分野では特に顕著である。しかし、一九九〇年代以降の議論にみられる実定法主義的・非実証主義的な理性的な「裁判官の良心論」を実際に支えるのは、善悪の評価はさておき論証可能な「合理的必要性」であって、絶対的善で非実証な「理性」ではないといえる。

二 憲法七六条三項解釈学説の数奇な半生

この第二部においては、憲法七六条三項に関する法解釈を二つのアプローチの組み合わせで整理する。まず、憲法七六条三項に関する法解釈の多くは一時期の政治状況や学界状況と結びついているといえる。一九七〇年五月の憲法記念日の会見にて、石田最高裁判所長官（当時）が「極端な軍国主義者、無政府主義者、はつきりした共産主義者は、その思想は憲法上は自由だが、裁判官として活動することには限界がありはしないか」などと発言したことや、一九七一年に起きた熊本地裁判事補宮本康昭の再任拒否事件をめぐる、日本の法学界全体においてこれらの出来事に対抗するように「裁判官の良心論」・裁判官の独立論が論じられた。また、一九八〇年代以降の「裁判官の良心論」においては、樋口陽一の主張にはハーバースの⁽¹⁹⁾影響が、長谷部恭男の主張には「現代法理論論争」と呼ばれる「ドゥオーキン対法実証主義」の⁽²⁰⁾構図がみられる。さらに、二〇一〇年以降の長谷部恭男の主張は、間接的ではあるが、特に、憲法九条をめぐる問題状況の影響があったと思われる。このように憲法七六条三項に関する法解釈は、当時の時代背景と結びついていると評価できるので、時系列順に整理する必要があると思われる。

また、これまで各主張の整理のために主観的良心説と客観的良心説の区別が主に採用されていた。例えば、「裁判官の良心論」の学説史について最近の論者によると、愛敬浩二は「憲法七六条三項の定める『裁判官の良心』の意味

について学説上、主観的良心説と客観的良心説が対立し、後者が通説とされてきた⁽²²⁾と整理・評価をする。南野森⁽²³⁾や長谷部恭男も同様の評価をする。そして、従来の客観的良心説は法に内在する客観性を基に狭く定義されていた。しかし、本稿は特に法解釈過程に注目し、客観的良心説を「社会に妥当する裁判」、「理性」や「知のモラル」等の客観性を示す指標が法解釈の以前に存在すると認める主張とより広く定義する。すると、本区別が現在でも一論者の法学方法論や法認識論を明らかにするために有用であるといえる。他方、興味深い点はさらに立ち入った評価である。愛敬浩二は、「その説明をする際の学説の問題意識は専ら、裁判官の恣意的判断に対する一定の統制原理（憲法・法律・裁判官としての良心）を規範論のレベルで論じつつも、それらが実際に裁判を行う裁判官の職権の独立を侵害したり、（吹田黙禱事件）、特定の政治的信条を持つ個人を裁判官の職から排除したり（青法協事件Ⅱ司法反動）することのないように工夫することであった」と回顧する。しかし、実際の時間軸では、裁判官に関わる（どのような対応を具体的にできるかとの問いの性格から）プラグマティックな問題への工夫を中心に構築される時代が規範論の興隆する時代に先行する。その後、裁判官をめぐる規範論が展開されながらプラグマティックな問題を規範論に外在させる形で裁判官をめぐる規範論が進行していくが、現在まで学説中心を占めるこの客観的良心説は一九七〇年以前の客観的良心説と異なり、次の意味でドグマティックと評価できる。まず、記述的法実証主義はその認識論や方法論を支える後述する概念的基礎は法的問題の解決に対応しているとはいえないが、その一方、実際に法実践の中で起きた法現象を唯一の対象とし向き合い続ける故にプラグマティックな基礎的な態度に特徴付けられる。それに対峙する規範的な非実証主義は、法的問題の解決を目指す但实际上はその正当化の過程で客観的な価値が存在するとのドグマティックな態度をその基礎に据える。本稿での中心課題は憲法学の基礎的態度の分析にあるので、記述的性格とプラグマティックな態度の結合と規範的性格とドグマティックな態度の結合が区分される必要がある。この区分は第二部への橋渡しの役割をもっている。特に、樋口陽一の憲法七六条三項に関する法解釈は記述的・プラグマティックな「裁判官の良心論」か

ら、規範的・ドグマティックな「裁判官の良心論」に転向したが、この転向こそ、先述のとおり、憲法七六条三項に関する法解釈をめぐる学説にとつて重要な転換点であった。そこで、プラグマティックな問題への工夫(一)から、裁判官をめぐる規範論の展開(二)の順にその半生を辿る。

(一) ドグマティックからプラグマティックへ

まず確認しておくべきなのは一九七〇年以前の学説の状況である。この点について、伊藤正己が一九七一年に発表した「裁判官の良心」という論文において、伊藤は「裁判官の良心論」を大きく二つのグループに分けて整理しており、第一のグループ、つまり、主観的良心説を採用していた論者には、牧野英一⁽²⁵⁾や滝川幸辰⁽²⁶⁾が主に挙げられている。牧野英一は戦前から、フランスの私法学者で法の科学や自由法学をフランスで主張を始めたパイオニア的存在であるフランソワ・ジェニー (François Geny) に特に影響を受けて法理学を展開した。一方の牧野英一自身は刑法に身を置きながら、法理学(法哲学)の分野では法解釈論と悪法問題への回答で知られている。戦前から牧野は、一方で、法解釈論について「法律の解釈は、解釈家が自己の独立な自由な立場において」行われると主張しており、他方で、悪法問題については、「悪法も亦法なり」の格言「法に悪法なし」を一九二五年に発表している⁽²⁸⁾。そして、牧野の悪法問題への回答こそが来栖三郎に影響を与え、法解釈論争に火を付けたという見解も存在する⁽²⁹⁾。

第二のグループには、「裁判官の職業に必然的に要請される客観的良心である」⁽³⁰⁾と論じた小林直樹、斎藤秀夫、斎藤朔郎等が名を連ねる。このグループには因藤重光も(その後の一部転向を勘案しても)加えることができる⁽³¹⁾。

また、この時代を象徴する論争としては戦後法解釈論争があり、法解釈も正しさが究極的に個人の価値判断に基づいているとする見解がその中心であった⁽³²⁾。しかし、一九七〇年以前の議論では「裁判官の良心論」における中心的位置に「論争的な性格」の法解釈論が位置付けられたことは稀であった。田中耕太郎「裁判官の良心と独立について」⁽³³⁾

とその批判を行った牧野英一「裁判における良心と法律(一)」³⁴⁾「裁判における良心と法律(二)」³⁵⁾が数少ない例であろう。つまり、一九七〇年代以前の憲法七六条三項解釈学説の大半には、基礎的認識論や方法論が注目されていなかったことをみることができる。

一九七〇年になると裁判官の良心をめぐる解釈論は大きな転換点を迎える。その契機となったのが、前述の一九七〇年の石田長官発言と一九七一年に起きた熊本地裁判事補宮本康昭の再任拒否事件である。石田長官発言は先述のとおりである。他方で、後者の再任拒否事件は、一九七一年当時熊本地裁判事補であった宮本康昭が十年に一度の再任を最高裁に却下され、同年九月八日付に異議申し立てるも却下されたのである。ここでの論点は、法と良心の衝突が起こった際に、どのような対応を具体的にできるかというプラグマティックな点にあったのである。

これらの事件後に注目をされたのが、裁判官の良心や法解釈の「わく」の存在である。そして、一九七〇年以降の数年間に公表された裁判官の良心に関する論文で、「わく」そのものの存在を意識して論じた憲法学の論者は主に伊藤正己・小林直樹・樋口陽一であった。しかし、伊藤正己・小林直樹の主張(一)とこの時点での樋口陽一の主張(二)は区別する必要がある。

1 伊藤正己・小林直樹による「裁判官の良心論」

まず、伊藤正己は、裁判官の個人的良心の抑制のために裁判官の客観的良心たる職業的義務を主張した。この点において、裁判官のもつ個人的良心を主観的なものと捉え、裁判官の職業倫理との二元論をみる³⁶⁾ことができる。伊藤の主張の第一の特徴は、この客観的良心を「実定法規範に拘束されることと矛盾せず」³⁷⁾と理解することである。つまり、ここにはある程度、(客観的良心と同視された)法と(主観的)良心の衝突が想定されており、その結末は、「個人的良心の抑制をいさぎよしとしない者は、裁判官たるの適格性を欠く」³⁸⁾のである。関連する第二の特徴は、「客観的

良心たる法規への忠誠をまもる(…)裁判官が裁判をするにあたってはその人格的活動には限界がある」との主張のように、客観法に忠実な理想的裁判官「像」を美德とみて、実際の裁判官のあり方を美德とみることに垣間見える国家観にある。

同時期に公表された小林直樹「裁判官の任務と良心」での主張は伊藤正己の主張と大筋での一致がみられる。小林は理想的な裁判官に「正義感や節度やバランスの精神などを含んだ『公正』」と「客観的な認識力や論理的な分析力のほか人間生活に関する洞察力を含めた『英知』」を求めるとして、「人ではなくて法が支配する」という原則は、権力の恣意に酷い目にあわされた無数の人々の体験から生み出された、人智の所産であった。この原則からすれば、裁判の公平さを守るためにかれ自身の主観的な信念を抑制することが求められ、それこそが『裁判官としての・客観的な良心』だ」と主張するのである。つまり、先述の美德対悪徳の構図は小林の主張にも認められ、理想的な裁判官像、他方で、悪徳的な国家観を結びつけるために、憲法及び法律もしくは客観的法としての職業的・客観的な良心を法の「粹」と設定し、小林は法と良心の衝突を回避する方法を導く。この方法には二種類あり、違憲審査にてその衝突を回避するか、それでも解決しない場合の「実践的解決は簡単」であり、裁判官を辞職するからである。

つまり、これら二人の論者に第一次法解釈論争の影響は特別みられないし、プラグマティックな問題解決策もドグマティックであったと評価できる。このような小林直樹の主張を平野龍一は批判的に分析し、「現実には客観的なものの内容は自明ではない。したがって、その客観的なものが何かを判断する場合には、事実上裁判官個人の思想や人格が多かれ少なかれはいり込むであろう。裁判がすでに存在するものの発見ではなく、選択であり決断であるといわれるのもそのためである」と述べる。この主張において、「粹のある良心」という考えは否定され、良心とは、「正しいと思つたことを正しいとする」という「判断」のことを指す。そして、平野は「以上に述べたところは、多分にこ」とばの使い方に関するものでそれほど実際的な違いがあるわけではないかもしれない。ただ、裁判官の思想を統制す

べきではないという考え方、それから生ずる裁判官像についての幅において、若干の違いがある。そして、それがまさに重要なときだと思われる⁽⁴⁶⁾」と主張する。

2 樋口陽一（前期）の「裁判官の良心論」

このような憲法学における「裁判官の良心論」に対して、第一次法解釈論争に影響を受けた平野龍一と多くを共有する主張を行ったのが樋口陽一であった。そして、樋口の「裁判官の良心論」は、第一次法解釈論争を先導した来栖三郎の法解釈論である、第一に法解釈は主観的意思行為であり、第二に、法解釈における「わく」は社会的な意味でしか存在しない⁽⁴⁷⁾という主張を含んでいた。

まず、樋口の分析の基礎になる法解釈の意味は「法解釈という人間行動は、所与の法源の認識ではなく、所与の法源を素材として一定の事案に法的解決を与えようとする法創造作用であり、そのようなものとして解釈者の立場によって規定づけられているところの、実践的意欲作用である⁽⁴⁸⁾」というものである。この点において、自由法論や純粋法学やリアリズム法学の法解釈論である、意思行為としての法解釈の法創造作用が念頭に置かれていた。そして、事実認定についても樋口は「認識者の観点にとつて relevant であるような諸事実をとり出す作用なのであるが、特に裁判での事実認定においては、何を relevant な事実とするかという規準が、法解釈論の操作においてとられるであろうところの解釈者の立場と重なりあうことが少なくない⁽⁴⁹⁾」と述べるように、relevant な事実の規準の決定と法解釈アプローチを比較し、意思行為とする。一方で、検証テストと反証テストの導入をし、法解釈については反証のテストによって決着がつかないと分析した。つまり、法解釈によって導き出された法規範（法テキストの意味）は元の法テキストを参照して正誤の判別がつかないと述べていたのであり、一方で、法の不確定性を認め、さらに他方で、法解釈の自由を暗示するのであった。最終的に、「裁判官の良心」について樋口は、「法の解釈が解釈者の立場によって規定

されるものであるからこそ、裁判官には、まさしく裁判官であるがゆえに、思想・良心の自由が保障されなければならない、そのような意味で、裁判官の思想・良心の自由への一切の外的な枠づけを許さない保障としての裁判官の独立が確保されなければならない」と主張した。このように樋口は規範論としての「わく」の存在を否定したのである。

一方で、現実での法解釈の「わく」については、「機能的意味の枠」という言葉を用い、法学的「わく」とは区別されていた。⁽⁵²⁾ この経験主義的事実としての法解釈の「わく」は、当時の樋口が、社会学的事実の領域を超えて「上級審が、下級審の裁判官の解釈者としての立場に司法行政上の枠づけを行うことは、全く不要⁽⁵³⁾」と主張するための重要な根拠であった。そして、裁判官の良心をある意味で「特権」と考えるからこそ、「裁判官の良心は、法を否定する基準ではなく、法を解釈するさいの解釈者の立場としてあらわれるのであり、法と良心の衝突がいかなる意味でも解釈技術によっては処理できなくなったときにはじめて、『全人格』が法を否定する基準として登場するのであるが、そのときは、裁判官は、辞職する自由をもっているのである。かように『良心にしたがって法を解釈する』というのは、つきつめれば、良心と法の衝突となりうるところのものをその手前ところで処理しようとする知恵なのである⁽⁵⁴⁾」と法の科学的見知に基づき、プラグマティックな解決策を提示するのである。法と良心の衝突の存在を支持する客観的良心説からの批判については、後に南野森がこの前期樋口説を「再主張」する際に指摘するように、「裁判官の主観的良心が法源となりうるという主張に対して当を得ているとしても、憲法七六条三項の解釈として主観的良心説に対するそれに対しては的を射ていない⁽⁵⁵⁾」と評価できる。⁽⁵⁶⁾

その後、樋口陽一は自身の「裁判官の良心論」の大幅な変更をする。一九七〇年代前期まで樋口の「裁判官の良心論」は、法解釈の科学的認識を基礎に置く、いわゆる「主観的良心説」であったといえる。しかし、この法解釈論に法的な「わく」を認めるのである。これは、第一次法解釈論争との決別とみることができるといえる。一方で、法解釈論争の「その後」と並行して状況を捉え直すと、三つの潮流により議論構図や関心方向に軌道修正を迫った法解釈論争と

もにあったとも評価できる。この変更で樋口は、「法の科学」と決別したとみることもでき、日本憲法学が「哲学化」に向かう一九八〇年後期から一九九〇年前期の時期とともにあったのである。⁽³⁹⁾

(二) 法解釈学の認識から「読み替え」による実践理性へ

一九七〇年代後期以降、裁判官の良心に関する論文で注目される成果は、団藤重光『実践の法理と法理の実践』の主に第一部をのぞいてあまりみられない。また、団藤自身一九七二年の論文「裁判官の良心」においてすでに、戦後当時から主張を変更し「裁判官としての良心」と「裁判官としてもつべき良心」の区別を導入した上で、「裁判官としての良心」は、本来の主観的良心を中核にしながらも、客観法の実現という客観的要請との関係で、変容を受けたものである⁽⁴⁰⁾と主張していた。つまり、退官後の一九八六年に編選された本著作は、一九七二年論文を基礎に展開したとみることができ、法解釈論と「裁判官の良心論」の関係を事実認定にも拡大している点を除きやはり大きな変更は認められない。

その後、この分野において真新しい論説が長谷部恭男によって展開されるが、ほぼ時期を同じくして樋口陽一の法解釈論にも変化があり、いわゆる「客観的良心説」に転向をする。この二つの出来事がきっかけとなり、一度下火になった「裁判官の良心論」が二〇〇〇年代後期に再興を迎えたと考えられる。これ以降はまず、樋口陽一の転向とその背景を探り(1)、次に、長谷部恭男の成果と二〇〇〇年代後期以降の論争のつながりを確認する(2)。

1 樋口陽一の転向と憲法学の哲学化

樋口陽一は、先述の通り、一九七〇年代前期までいわゆる「主観的良心説」を採用していた。そしてその際の議論構成の中心には、法解釈論の科学的認識と法的「わく」の否定があった。しかし一九八〇年代後期に、樋口は一転し

て法解釈における法的「わく」を認める。

樋口陽一は栗城壽夫との共著『憲法と裁判』において、ミッシェル・トロペールの法解釈論を批判的に考察する。⁽⁶²⁾トロペールの法解釈論は大きく区分すると二部に分けることができ、前半部が狭義の法解釈論で、後半部が「法的制約理論」である。このトロペールの法解釈理論の全体像について、樋口陽一は一九八八年においてすでに正確かつ緻密に把握・分析しており、これは非常に驚くべきことである。なぜなら、トロペールがこれら理論の「再利用・再現可能性 (reproducibility)」を高めて公表するのが二〇〇〇年前後であり、特に「法的制約理論」が共著として公表されるのは二〇〇五年のことであったからである。

まず、狭義の法解釈論について、トロペールはケルゼンによって提示された法解釈が認識行為ではなくて意思行為であるということと、「有権的解釈」と「科学的解釈」の区別に従う。⁽⁶³⁾そして、井上達夫とトロペールの共通するケルゼン批判である「ケルゼンが、『ルール懷疑主義』の問題を『司法的決定の終局性』という観点から吟味するかたちで、確定判決によって述べられた法だけが真の法なのだ、という結論に導くような見解を説きながら、他方では、判決の内容を規制する法的規準がやはり判決に先行して存在するという見方を捨てていない、ということ」⁽⁶⁵⁾から、第三にトロペールは規範と条文の区別をする。これら三点から、「規範の適用者は創造者か」という問いに対して、トロペールは、「規範は、適用者によってはじめて創造されるのであり、適用者に先行して存在し、彼を拘束することとはありえない」⁽⁶⁷⁾と答えると樋口は紹介する。少なくとも以上のようなトロペールの法解釈論は「戦後のいわゆる法解釈論争を経過することによって、ほぼ一般的にうけいられるようになった」と樋口が評価し、樋口自身が一九七〇年代一九七〇年代前期に主張していた法解釈論と共通する点が非常に多いといえる。

前期の樋口法解釈論と後期の法解釈論の最大の違いは、トロペール理論の後半部の分析にある。まずトロペールは、法解釈の自由は記述的なテーゼであると主張し、規範的地平では法解釈の完全な自由を制限を課すことは不可能だと

説く。一方で、事実的な制約は少なくとも二つあると述べ、第一に原理の選択であり、第二に理由付の構造であると主張する⁽⁶⁸⁾。この理論が「法的」な「制約」の理論と呼ばれる所以は、法秩序における権限配分の構成に由来する、強制と区別される因果関係上の事実的な状況を指すことにある⁽⁶⁹⁾。日本においては広中俊雄がすでに「わく」を論理的無矛盾性とし、事実的拘束として説明していた⁽⁷⁰⁾。

一方で樋口陽一は、この事実上の「わく」を「ゲームのルール」へと「読み替え」を行う。この「ゲームのルール」は野坂泰司によって紹介されていたフィッシュやフィスの理論⁽⁷¹⁾である「解釈共同体」によって権威づけられる「規律のルール」と同じ問題だと樋口によって説明されている。樋口によるとこの「ゲームのルール」こそ、裁判の非政治性と非権力性を導くのであり、同時に「裁判官としての客観的良心にほかならないのである」⁽⁷²⁾。この立場について、樋口は長谷部恭男の立場との共鳴を表明している⁽⁷³⁾。樋口の鮮やかな「読み替え」によって提示された規範的な「わく」としての「ゲームのルール」であるが、ここでの「ゲームのルール」はその意味内容が明らかでない。

この「ゲームのルール」の内容が明らかにされるのは、樋口陽一が批判的峻別論を振り返り、「『科学』と『思想』」の上位概念として『知』⁽⁷⁴⁾を再設定する知のモラルへ移行する文脈においてである。樋口は、例えば、人権について、近代法の枠組みによって自分の意思における自己決定ということが可能になったと述べる一方で、個人の自己決定を額面通りに受け止めることはできず「知」を抑制しなければならぬと主張する⁽⁷⁵⁾。なぜなら、「知」の抑制の欠如によって、意思主義という自己決定の形式としての人権と不可処分性という実体価値としての人権が衝突し、後者の要請を否定するからである⁽⁷⁶⁾。また樋口は、立憲主義における自由の概念についても同様のことを主張しており、フェルマーやホッブスにおいての「拘束の欠如」としての自由とジョン・ロックのいう「理性的な自己決定」としての自由を対峙させ、後者こそが近代的人間像であると主張する⁽⁷⁷⁾。この前者の優位と後者の欠落、樋口による言い換えによると、「感性的な自由」の優位と「規範創造的な自由」の欠落は、裁判所の判決や、それを批判する学説にも当てはま

るとして、樋口はこれらのあり方を批判する⁽⁸¹⁾。

つまり、一九八〇年代後期以降の樋口の法解釈論は、「ゲームのルール」である「理性」を「わく」としたとみることで、この様子を愛敬浩二は「実践哲学の復権に呼応するかたちで政治哲学や法哲学との対話を通じて興隆した憲法哲学⁽⁸²⁾」で自説を体系化したと評価する。

2 長谷部恭男の「裁判官（へ）の理性論」への転向

一九八〇年代後期は日本憲法学にとって大きな転換点だったといえるだろう。それは、護憲的なイデオロギー的性格が強かった立憲主義が、政治哲学や法哲学との対話を通じてソフィスティケートな立憲主義になっていく黎明期にあたるからである。この「裁判官の良心論」の分野ではこれまで確認してきたように樋口陽一の業績が非常に重要であったと評価できるが、樋口に並んで重要な主張をしたのが長谷部恭男であった。

長谷部は一九八七年に公表された論文において、客観的良心説と主観的良心説の共通の特徴を整理し、「裁判官は、法をそれ以外のものから識別することができ、しかも、それを、そのみを適用する義務を有する⁽⁸³⁾」ことと「裁判官個人の主観的良心と法の内容が衝突することは、後者の適用を拒否する正当な理由とはならない⁽⁸⁴⁾」ことを両説の共通事項として挙げた。その上で、まず、二点目について、法が「その内容の如何を問わずに、行為の理由となる」内容中立的な性格と、「他の理由を排除する」遮断的性格をもつからだ⁽⁸⁵⁾と論じた。そして、長谷部は一点目を、裁判所をはじめとする法適用機関を義務づける承認のルールによって説明し、さらに、「承認のルールにもとづいて当該法秩序のメンバーとして認定されたルールの適用のみによっては紛争が解決されない場合には、裁判官は、紛争解決に必要な限りで法を創造する必要に迫られ⁽⁸⁶⁾」、このような事態が避けがたく生じるのは法の開かれた構造によると説明した⁽⁸⁷⁾。しかし、実際はイージー・ケースもハード・ケースも制度的道徳に支えられており、イージー・ケースの場合は

この制度的道徳はルールの背景に隠れているが、ハード・ケースの場合はルールの割れ目から顔を覗かせる⁽⁸⁸⁾。以上から長谷部は、「裁判官は、法的言明を行う際、個々の法を支える実質的理由の正当性を、そして究極的には、承認のルールを支える道徳的議論の正当性を少なくとも信じているふりをしなければならぬ⁽⁸⁹⁾」が「そのような道徳的主張は、必然的に主観性を伴うため、客観的に正しい答えをあらゆる法律上の訴訟について発見することはできない。このような法的推論の合理性を限界づける要因のため、裁判官の職務は法創造を伴うことになる」と結論づけた。この論文において長谷部は、ハートの法理論（特に、承認のルール、一次ルールと二次ルールの区別、法の開かれた構造等）、ラズの法理論（特に、法の権威性）、マコーミックの法理論（制度的道徳論）によつて、ドゥオーキンの正解テーゼを批判しながら独自の「裁判官の良心論」を導いた。

この時点での長谷部恭男の「裁判官の良心論」の特徴は、マコーミックの合理性限界論⁽⁹⁰⁾の受容とドゥオーキンの正解テーゼへの批判といえる。特にドゥオーキンの正解テーゼへの長谷部の批判は、一九八六年に発表された「ハードケースと裁判官の良心」において、佐藤幸治の「ドゥオーキン教授の議論に依拠することにより、序論で触れたような日本国憲法第七六条三項についての強い客観的良心説を基礎づけること⁽⁹¹⁾」は不可能である、と非常に明確であった。正解テーゼの問題点は長谷部によると主に二点あり、「一つは、説明されるべき法規、判例群との整合性の程度であり、いま一つは、解釈の持つ正当化の力である⁽⁹²⁾」。前者は、ベイジアン・アプローチを基礎にしており、「確率」が信念の合理性の程度を意味⁽⁹³⁾しないし、「確率の計算規則が適用不可能⁽⁹⁴⁾」といういづれかの理由で、説明されるべき法規、判例群との整合性の程度について欠陥があることを指摘した。後者については、価値相対主義に対する有効な反論がなくその理論に欠陥があるといえるのであると指摘した⁽⁹⁵⁾。これらの特徴に加えて、一九七〇年代前期に論点の中心であった法と良心の衝突が起こった際の具体的な解決策の提示は先に提示した長谷部の主張の通りみられず、そのような意味で、従来の論点との連続性の遮断もこの時点での長谷部の主張の特徴といえる。

その後、「裁判官の良心論」は下火になる時期を迎えるが、長谷部が「転向」論文を発表する二〇一二年までに、後期樋口説が「『客観的な法秩序と個人の良心との葛藤』を『解消する』議論としてではなく⁽⁹⁶⁾」、「漫然と法秩序に従って判断したことについて個人的責任を問われる可能性があるという峻烈な帰結⁽⁹⁷⁾」を示唆するとして批判する論者が登場する。それが蟻川恒正と小粥太郎であった。蟻川恒正はアメリカの法思考における「宗教の私事化」公的議論からの宗教的要素の排除」を問題視する憲法理論家の議論について三つの立場があると説明することに注目する。愛敬浩二はこれらをまとめ、「第一は、裁判官の良心を縛るのは憲法であって宗教ではないという立場（ウィリアム・H・ブレナン判事）。第二は、裁判官の良心を縛るのは憲法であり、それに従うことができない場合、辞職すべきという立場である（アントニン・スカリア判事）。そして、第三の立場は、『憲法と道徳の二つの要請が衝突する例外的な場合……に限ってであれば、個人の道徳的確信に従うことも、憲法に従うとして表明された commitment の合理的解釈の範囲内として許容されうる』とする立場である（サンフォード・レヴィンソン⁽⁹⁸⁾）」と示す。蟻川はこの第三の立場について、「裁判官は『憲法に従う』という自己の言葉に拘束されつつ、道徳規範の命令と憲法の命令との調整を自らの責任で行うことになる⁽⁹⁹⁾」と述べ、ここでは、「自己の言葉に如何にして責任をとるかについての誠実な葛藤が演じられているはずである⁽¹⁰⁰⁾」と考えた。愛敬は、この第三の立場を支持する蟻川の目的を小粥同様「樋口陽一の憲法学の核心部分を批判するところにある⁽¹⁰¹⁾」と指摘する。蟻川は「裁判官の良心論」についても、公務員の「自我の葛藤」を憲法理論の視野から捨象するならば、「立憲主義はいつか全る緊張から解放され、自らの対立物に転化する危険を持つ⁽¹⁰²⁾」と警鐘を鳴らすのである。

このような蟻川恒正の主張は一九七〇年代前期の論点を彷彿とさせる。「漫然と法秩序に従って判断したことについて個人的責任を問われる可能性があるという峻烈な帰結⁽¹⁰³⁾」というのは蟻川の問題意識の一側面であって、蟻川によれば、「法秩序に従うことと自己の道徳的確信に従うこととの間で深刻な葛藤の前に立たされた裁判官に対して、如

何なる判断を下すのが『憲法及び法律にのみ拘束される』ことになるのかを自己の「良心」に従って決することを命じているのが、憲法七六条三項である。裁判官が、この意味での自己の「良心」に聴くことなく法秩序に従うならば、憲法七六条三項の要請に反したことになる⁽¹⁰⁾。さらにもう一つの側面は、「憲法七六条三項の要請に従う裁判官の責任は、裁判官自身の徹底した自己問責による以外には果たすことができないものである⁽¹⁰⁾」と説明される。蟻川によると、この責任を制度化すべきではない。樋口陽一への批判の中に、プラグマティックな問題提起を忘れない完徹した態度が垣間見える。同様のプラグマティックな法政策的問題提起に対し、法理論の視点から回答したのが南野森の「特権論」であるが、その内容と論理構造は前期樋口説と非常に似ていると前に指摘した。

そして二〇一二年、長谷部恭男は「法は実践理性として認定されるわけではない⁽¹⁰⁾」が、「実践理性が法に取り込まれるならば、実践理性とは異なる機能、つまり、権威としての機能を果たすことができない⁽¹⁰⁾」。法が何かを見極めようとするとき、市民も裁判官も、実践理性に頼るしなくなる⁽¹⁰⁾」と述べ、客観的良心説の成立不可能性を提示した。一九九一年論文からその説を一八〇度覆し、「裁判官（へ）の理性論⁽¹⁰⁾」へ転向するのである。

転向後の長谷部恭男の主張は「裁判官の良心論」の核心に迫る。まず、憲法七六条三項の解釈は「通常の解釈学説とはレベルを異にしている。それは、法外の道徳の領域に属する論点である⁽¹⁰⁾」と評価し、さらに主観的良心説と客観的良心説の共通の特徴を再び振り返り、「いずれもがとっているかに見える不適切な前提とは、裁判官は客観的規範に拘束されるか、あるいは、裁判官個人の良心に従うかのいずれか（主観的良心説の場合は、その両方）であるとの二分法である⁽¹⁰⁾」と整理する。つまり、長谷部の焦点は法と道徳の関係に置かれたといえる。そして、長谷部は、その関係をマコーミック制度的道徳論と合理性限界論から、全面的な実践理性へ拡大することで、判断は主観的であつても、判断の理由付、つまり、正当化は客観的であるから「客観的な判断であることを標榜せざるをえない⁽¹⁰⁾」と主張する。

このように、一九八〇年代後期から再出発した裁判官の良心に関する学説展開の中心に、その再出発を促した長谷部恭男と、その理論に共鳴しながら理論内容を変更した樋口陽一がいたことを疑うことはできない。一方で樋口は、法実証主義的な法解釈論の「読み替え」を通じて、他方で長谷部は、実践理性の限界を段階的になくすことで自身の転向を可能にした。つまり少なくとも樋口は、法実証主義への共鳴と懐疑という相反する二つの態度を、「読み替え」という方法によってその後の裁判官モデルを支える理性へ翻訳したのであり、その転向には斬新さとともに葛藤を垣間見ることができるとともに、一連の展開の内容的特徴は、「裁判官としての良心」と「裁判官としてもつべき良心」の区別が共有されプラグマティックな問題が中心にあった一九七〇年代の論争との連続性の遮断にあり、理性主義的な裁判官像の作出とプラグマティックな論点の外在化を意味する。この裁判官モデルはもはや、「裁判官としての良心」ではなく「裁判官としてもつべき良心」といえるので、やはり「裁判官の良心論」から「裁判官（へ）の理性論」への「読み替え」が行われたということができよう。

三 「裁判官（へ）の理性論」からみる法学方法論と実定法学の間の緊張関係

これまで時系列順に、そして、論者別に、日本憲法学における「裁判官の良心論」を辿ってきた。その分析から得ることができた暫定的な結論は、一九七〇年代前期までと一九八〇年代後半からの裁判官の良心をめぐる主張の間には一定の遮断があるとみることができ、「読み替え」という方法が樋口陽一と長谷部恭男によって好意的に用いられ、理性主義的な裁判官像の作出がなされた。その結果、規範論はプラグマティックな論点を外在化させたといえるだろう。

このような流れに対しての南野森のいわゆる「特権説」は、これまでの傾向とは対偶関係にある。なぜなら、「特権説」はプラグマティックな論点を内在させるために、記述的裁判官モデルを主張したことにおいて、根本的に批判的かつ斬新な回帰であったからである。本稿第三部では記述的裁判官モデルと理性的裁判官モデルの法理論的基礎を比較し、その背景にある日本憲法学での法実証主義の捉え方の変化を探り(一)、その変化が「裁判官の良心論」にもたらした自律的「裁判官(へ)の理性論」の問題点を指摘する(二)。

(一) 記述的裁判官モデルから規範的裁判官モデルへ

まず、ここでの論点は法実証主義と実定法主義の峻別に関わる。よって、法実証主義の意味を確認する必要がある。法実証主義は大きく分けて三つの意味がある。第一に、法学方法論上の意味であり、「実際に証明する」ことを意味する法学を行う態度としての「実証」である。この立場に立つと、内的視点と外的視点は区別されるが、必ずしも法学から道徳を排除しない⁽¹⁰⁾。第二の意味が、理論であり、法的現象を国家の規範創設過程にみなす。「一般国家理論」と呼ばれる理論である。第三は、リーガリズムというイデオロギーであり、法の確定的な意味によって法の支配を可能にする「近代的社会秩序の公式なモデル」を指す⁽¹¹⁾。ここでは法学方法論に論点があるので、第一の意味である。

この定義に従って、大きく分けて二つある「裁判官の良心論」に内在する裁判官モデルについて、「確証可能性」はあるが、「即答性」が担保されていない記述的法学実証主義の裁判官モデル(1)と、「即答性」についての法実証主義の課題を「実定法主義」への「読み替え」から克服した規範的裁判官モデルを比較する(2)。

1 「確証可能性」を中心に据える記述的裁判官モデル

記述的裁判官モデルは一九七〇年代前期には樋口陽一によって提示され、二〇一〇年には南野森によって再提示さ

れている。この二つの「裁判官の良心論」は大筋で同様のものである。一九七〇年代前期の樋口説についてはすでに確認済みであるので再度の分析はしないが、二つの「裁判官の良心論」の合致は共通の法認識論を持つことに起因する。

まず、南野森によると「良心」は、「解釈方法論上の認識に基づ」き、「裁判官が有する個人的な良心であつて、主観的な良心にほかならない」⁽¹⁶⁾。そして、南野は「同項が特権として裁判官に認められているのは、あくまでも彼」、または、彼女「が裁判官であるからなのであつて、主観的な良心といつても、それは裁判の場における裁判官としての良心であることは当然である」⁽¹⁷⁾と述べ、この主張において裁判の職務内／外の区別と、「裁判＝判決文」の二つの定式が組み合わせられている。この主張が法政策的問題提起にも関連することは明確で、つまり、一九七〇年代前期に熊本地裁判事補宮本康昭の再任拒否事件と石井長官発言で問題になっていた判決文に表明される職務内の内心の自由と職務外の内心の自由の表明行為の間に一定の関係がある可能性があると判断されたことに発端があるといえる。そして、前者は特権として自律的であり、外部からの介入を許さないと保護することで、後者も憲法一九条の良心の自由として同じく自律的な権利として保護することにより、両者の関係を断絶する試みであるといえる。

つまり、論点のみを整理すると、言語学的転回と共鳴する「倫理的・非認知主義 (Non-cognitive ethique ou emotiviste)」⁽¹⁸⁾に立つケルゼンやロスに影響を受けたトロペールの法理論を援用し、このモデルは「判決理由に示されていることは、実際の裁判官が経た思考過程ではない。判決の決定にどのように至ったかという問いは法理学の領域に属す問題ではなく、行動科学の扱う問いである」⁽¹⁹⁾とみることで、正当化の文脈（つまり、判決の理由付）のみに注目することを正統化し、職務の内外を区別した。そして、そのどちらも自律的性格を見出し、両者の関係を断絶したのである。そして、この法認識論は樋口陽一が一九八〇年代より以前に論じていた批判的峻別論⁽²⁰⁾と「裁判官の良心論」⁽²¹⁾にも共通していた。この法認識論から導く「裁判官の良心論」の結論に注目すると、このモデルは「良心と法の衝突

となりうるところのものをその手前のところで処理しようとする知恵⁽¹²⁾そのものなのであり、さらに突き詰めると、良心と法は衝突しないとも指摘でき、その代わりに法創造以前の段階において価値同士の衝突が存在するのである。⁽¹³⁾

このモデルの基底に明確な記述的法実証主義の特徴は、価値判断を回避する（または、記述する）点以外にも、再現可能性が確保されている点にもある。倫理的・非認知主義から導き出される狭義の相対主義を採用することで、価値に関する見解が当然に諸個人の間にも多様である（換言すると諸個人に固有であるので記述的論証に専念する）ことを認めるが、その一方、論理的・認識論的地位が提示されていることにより、与えられたある判断の真理性を確認する手続・方法が少なくとも原理上与えられているという確証可能性⁽¹⁴⁾が確保されているのである。この特徴には理論的説明以外にも経験的説明も与えることができ、例えば、トロペールが先導してその弟子に引き継がれながら発展を続けているナンテール学派は、確証可能性に由来する再現可能性こそにその発展の理由が見出されるのである。⁽¹⁵⁾

つまり、この種の法実証主義が倫理的・非認知主義にコミットし続ける先に「正解」をみることはできないが、「すぐれて人間的な企ての本質⁽¹⁶⁾」を理念に共有するのである。しかし、この認識論上の理念は、憲法という実定法を素材にし、即答性を一課題にする憲法学にとって、合理的に必要なと常に判断できないともいえる。

2 「合理的必要性」に支えられた規範的裁判官モデル

一九九〇年代前期の樋口陽一を代表する出来事として、法学方法論の観点から「批判的峻別論」から「知のモラル」への転向があり、その結果は「裁判官の良心論」にも波及して「裁判官の良心論」から「裁判官（へ）の理性論」への「読み替え」があつたことはすでに指摘した通りである。長谷部恭男についても、七六条三項の解釈の特殊性は法外の道徳の領域に属することにあり、実践理性をその解釈論に読み込んだことは同様にすでに指摘した。ここではこの共通点の根底に、この二人の論者も法学方法論的共通点があることを示す。それが、法実証主義への決別と

実定法主義への「読み替え」である。法実証主義の意味は先に確認した通りであるので、ここでは実定法主義の意味を確認する。

実定法主義とは「実定法を対象とし、その規範的意味内容を明らかにするのが法解釈学または解釈法学であり、法解釈学または解釈法学は実定法を唯一の対象とする」⁽¹⁰⁾ 法学方法論を意味する。

二人の論者が、「理性」を主張していく背景には、先ほど指摘したような即答性に答えることのできないという法実証主義方法論の問題点があった。まず、樋口陽一が一九七〇年代前期の説を覆し、一九八〇年代後期以降に「理性」をさまざまな場面で主張するようになり、特に、職業倫理や「ゲームのルール」の遵守を裁判官に求めるようになった背景には、「不再任問題ほど衝撃的ではないにしても、いくつかの特徴的な事態が進行して」いたことがあった。第一は、最高裁が機会を捉えて憲法判断を積極的に行う姿勢である⁽¹¹⁾。第二は、司法権の独立に関わる論点である。つまり、本来の建前であれば、司法行政は対等な同僚で構成される裁判官会議の合議で運用され、長官・所長は、本質には、合議体の議長にすぎないはずであったが、一九七二年一月に「参与判事補」制度の構想が発表、同年四月には「代行判事補」制度が実施され、それぞれの事件を担当する裁判官一人一人の職権の独立が、指導・被指導の制度的関係の創設によって脅かされたのである。この事態を樋口は、それ以前の石田長官発言と宮本判事不再任事件の延長線上にあると捉え、石田長官発言は「判決のたどった論理よりは裁判官の内奥の思想」⁽¹²⁾ を問題にするのであり、「長官の論理そのものが司法の問題を政治の渦中に投げこんだ」⁽¹³⁾ 政治的裁判官像を表していると捉えた。そして、日本の司法の将来にとって何が一番大切かという問いについて、伝統的な専門合理的・自律的な裁判官像に立ち返ることを要望したのであった⁽¹⁴⁾。この場面において法実証主義は即時の対応策を用意できない。次に、長谷部恭男が「実践理性へ戻れ」⁽¹⁵⁾と主張したのは、安保関連法制がそもそも立法の必要性・合理性を欠いており、憲法九条については文字通りに権威として理解するのではなく、理性的な法解釈を通じて判断をすることを促すためであった。そして、そ

の意図は、「自らの実践理性に立ち戻って、何がなすべき行動かを自分自身で判断すること」の対偶の状況であった。「二〇一四年七月の閣議決定は、「…」長年にわたって維持され、多くの専門家の知恵と熟議の積み重ねを経て紡ぎ出されてきた確率した憲法解釈を無視する」ことに警鐘を鳴らすことであり、この場面ではやはり、法実証主義は即時の対応策を用意できないといえる。

規範的裁判官モデルの考察の最後に、理性の意味を説明する必要がある。長谷部恭男によると、自身が用いる「道徳」は「実践的理性」を指し、「人がいかに生きるかにあたって求められる」理性であり、理論理性でも因果関係の説明でもない理性である⁽¹⁴⁰⁾。そして、長谷部は「この道徳に関する判断は、各人が判断するという意味では主観的判断であり、人によって異なりうる。しかし、それは人としてそう行動すべきか否かという普遍的・客観的平面での判断であり、その理由づけは一般的な説得力を持つことを要請される。つまり、それは客観的な判断であることを標榜せざるをえない。そして、たとえ他者とは異なる判断であるとしても、人はこの判断から逃れることはできない」と主張する。しかし、ここで長谷部によって論じられていたのは、発見文脈における正当化であるが、その一方、亀本洋が「実践哲学の中心的課題は、実践的議論の構造とその合理性の解明」であると示すように、実践哲学が解明を目指していたのは評価の要素を認めずに合理性を探究することではなく、法的判断の正当化の文脈において評価の要素を認めた上で、その合理性を探究することではなかっただろうか⁽¹⁴¹⁾。

これまで、樋口陽一や長谷部恭男の主張においてみられる確証不可能な理性をプラグマティックな合理的必要性で支える「非実証主義・実定法主義」的方法論をここで問題にしたが、もう一点、逆説的にもイデオロギー的な意味の法実証主義と実定法主義が接近したことも問題であり、その結果、法学者の立場と裁判官の立場が同視されたのではないかという疑問がつきまとうのである。つまり、接近したどちらの考え方も「道徳的理由から法への服従を求めること」⁽¹⁴²⁾で、一定の価値体系から成る法は法の支配を可能にする。その違いは、「その道徳的理由による価値判断が理

性的だから、受容する側が理性的だという前提では受け入れられる」のであるか、「一論者の価値判断によって確定させた法解釈に服従する可能性が、ある」かにある。

(二) 自律的な「裁判官（へ）の理性論」の結末

最後に、「裁判官（へ）の理性論」が二つの意味で自律的であると指摘し、その結末に問題を再提起して本稿を締め括る。問題は、裁判官への理性と「裁判官（へ）の理性論」がどちらも自律的であることに内在する。

まず、長谷部恭男は、法と道徳の関係について、「法と道徳とが本来、密接に関連しており、しかも人間である以上は、裁判官を典型とする法執行機関も道徳的判断を避けては通ることはできないのだ」とすると、道徳的判断を離れて何が法かを判断することは困難となるのではないだろうか」と述べ、ドゥオーキンの解釈理論から「何が当該社会における法であるかが、法秩序全体を正当化する理由付の体系と不可分な形でしか見分けることができないとするのであれば、法に権威を認める余地はないはずであ」ると主張する。⁽¹⁶⁾

他方、樋口陽一は、「『近代的思惟』に地点にもういちど身をおいてみること」⁽¹⁷⁾から、ジョン・ロック的な自由である「理性的な自己決定の能力」に支えられるべきであると主張する。⁽¹⁸⁾樋口はさらに、「『近代』を疑う時局的背景のもとで、自覚的に『理性』や『意思の自由』から離れた『脱道徳』の主張が出されている」⁽¹⁹⁾が、そのような状況でハーバースの「『憲法パトリオティスムス』は、いっそう批判理論としての性格を強く持つはず」⁽²⁰⁾であると主張する。ハーバースはコミュニケーション理論を通じて、「合理的に根拠づけられた主張は『強制なき強制力』——わかりやすくいかえると、『根拠づけ以外の外部介入なき、主張の説得力』」⁽²¹⁾を導く。この「理性」が法解釈を支えると、ドゥオーキンと同様、法に権威は認められない。⁽²²⁾

このように法に権威性を認めない理性主義に立つと、第一に、法学研究者と裁判官の区別、つまり、内的視点と外

的視点の区別を採用せず、第二に、またその結末として、理性なるものは法を、さらには法学を拘束する。そして、第三に法と法学を自律化するのである。

法が自律的であるということについて、長谷部恭男は「大部分の場合に問題の解決に明白に失敗している政府は、もはや人民の信頼を確保することができず、政府としての正統性を失っているだろうから、法に従う理由の有無を論ずる実益もないだろう」ということを主張する。この理性的な世界での法は、理性に一致したもののみが法であり、仮に法と呼ばれるが理性に一致しない法を想定しても、それは法ではないのである。そして、ここでは、法とは何かについて確定的な回答がされて、実質的に自律的なルール体系が成立している。⁽¹⁵⁾

また、法学が自律的であるとの結末は、一方で、法学方法論と、他方で、論理構造のどちらも自律的であるが故に成立する。まず、法学方法論において設定した場合、論者はその法学方法論に沿う形で論考を展開するからである。そして、学方法論のある論考において設定した場合、論者はその法学方法論に沿う形で論考を展開するからである。つまり、この方法論はある論考において設定した意味で「評価基準」となり、論理構造等の評価を可能にする。つまり法学方法論は、ある論者とその論考内で規範的に拘束するのである。さらに長谷部恭男や後期樋口陽一は、自律的な理性を本来自律的な法学方法論の基盤にも位置させる。

次に論理構造について、特に長谷部恭男の「裁判官の良心論」は自律的であると評価できる。長谷部は『憲法の円環』において、「裁判官（へ）の理性論」を展開した。愛敬浩二はこの『憲法の円環』の論理構造を分析して、「第一部での法哲学的・法思想的な思索が、第二部・第三部での具体的考察の理論的基盤を提供する一方、第二部・第三部での考察の結果が、第一部での思索の意義を論証する」と述べる。⁽¹⁶⁾ いうまでもなく、第一部で長谷部は、主に実践理性の理解方法とその役割を説明する。つまり、実践理性についての考察が「裁判官（へ）の理性論」での理論基盤となり、「裁判官（へ）の理性論」が実践理性の意義を論証するのである。同様に、理性が理論的基盤を支え、「裁判官

の良心論」が理性の意義を論証する様子は後期樋口陽一の「裁判官の良心論」にもみられる。さらに、このような論証方法は、実際は憲法学の論者にしばしばみられると思われる。

例えば、立憲主義の論証作法の典型にも同様の問題を指摘することができる。栗島智明によるとその議論の多くは次のように展開される⁽¹⁰⁾。

- ①〈日本国憲法は近代立憲主義を原理として採用している〉
- ↓②〈近代立憲主義は、○○を内実とする〉
- ↓③〈××のような憲法改正／法改正は、○○を内実とする近代立憲主義に反する〉
- ↓④〈ゆえに、それは同時に日本国憲法にも違反する（＝現行憲法上認められない）〉

そして、この定式の④の理由を問うと、①に再帰するのである。つまり、栗島が「論点先取の疑いがある」と指摘するこの論理構造は、「円環の疑いがある」とも評価でき、そうであればこの論理構造は自律的であるといえる。まとめると、理性が法学方法論を支え、論理構造が自律的である場合、芋づる式に法学自体が自律化するのである。

これらの考察から導かれる結果には矛盾が認められる。なぜなら、現実世界においては法と法学は個別に自律化され区別されるが、実践理性に従うと、内的視点と外的視点の区別がないので、法と法学の区別も存在しない。すると、例えば「知のモラル」は、法学の方法論でありながら同時に規範的裁判官モデルとの基礎として裁判官をも拘束するといえ、（現実には、法と法学は）区別がされながら（理性的な世界で、法と法学は）区別が必要ないという矛盾する状況を生み出している。

やはり、実証不可能で自律的な理性は多数の問題点を抱えているといえるだろう。第一の疑問は、「理性」とは

「合理的必要性」のことを実際は指しているのではなからうかということである。第二の指摘は、第一の指摘への回答にかかわらず、この魅力的な「理性」に代わって、「正当化」が実証的に解明されることで異なる意味での「合理性」もありうるのではないだろうかということである。そこで実定法主義において、即答性に由来する「合理的必要性」には「小休止」が必要と考えるのも理に適っているのではないか。

四 むすびにかえて

(一) 問いへの回答

対話可能性は大いにある。これが本稿の結論である。

本稿では、戦後日本憲法学を中心に展開された「裁判官の良心論」を通じて、その規範哲学的基礎を獲得する背景と具体的理論内容を批判的に検討した。そして、実定法学が実証的に研究されなくなってきた潮流を遡った上で得られた結論は、プラグマティックな問題の解決に日々直面しながら理論的基礎を提示するという二つの課題の緊張関係の上に現在の日本憲法学（の一潮流）が成立してきたということである。その背景には少なからず、プラグマティックな問題解決の解決が急がれる際に認識論上の理念を振りかざすことによって、「護憲」の価値の上に成立した憲法学の意味が相対化されてしまうのではないかという問題意識があると思われる。ここで求められている即答性は、井上達夫の言葉を拝借すると、「ある答案が正解であることを確認できなくても、その答案が他の答案よりも、もっともらしいことを示すことはできる場合がある。我々は現実に提出されている回答のうち、他と比べて相対的にもっともらしさの度合いが一番高いものを、暫定的に、即ち、よりもっともらしい答案が現れるまで受容すべきである」と

の誠実な態度によって確かに支えられている。この暫定的なもつともらしさが、現在の裁判官の良心をめぐる問題で、理性主義的な客観的良心説が通説と理解される所以であるだろう。それゆえ、本稿で分析をした論者に学ぶところは大きいし、これまでの法学を牽引してきた業績はこの先も読まれていくに違いない。

しかし、即答性の雪解け（または、即答性への鈍感さ）は、「理性」とは異なる「理性なるもの」を実証することで、「よりもつともらしいことを示すこと」と、日本憲法学における既存の法学方法論や認識論の向上を可能にする。その一つの鍵が、判決の理由付の実証的な研究ではなからうか。一般に指摘されている客観的良心説と主観的良心説の帰結的類似¹⁰⁹や、さらに長谷部恭男が指摘するようなトロペールとドウオーキンの理論の帰結的類似¹¹⁰は論理構造と結論部の内容が個別に評価されている。しかし、本稿が「裁判官の良心論」の分析を通じて強調することは、実定法の記述や実定法さらに法理論の評価が、その方法や基準を通じていかに結論を論理的にもつともらしく導くかであり、やはりその論理構造のみ、または、内容のみの評価でそれらの理論の意義を相対化することはないのである。

(二) 今後の展望

「よりもつともらしいことを示す」ために「小休止」が必要だと先に述べたが、これは具体的に何を意味するのであろうか。この「小休止」は具体的な研究対象について考えることをやめることを意味しうるが、考えることを考えること、つまり、方法論を対象とする。

まず、先述したように、「理性」と「合理的必要性」は同義ではない。この「合理的必要性」は実定法学の評価という特徴に由来する「即答性」と相性が良いだろう。一方で、実定法が実証されなくなるという危険性がある。つまり、「記述的なもの」と「規範的なもの」はこのような意味において二者択一であると一般に考えられているのではないか。

一方、日本以外の法学の学説史においても、「記述的なもの」が支配的であったが、その後に「規範的なもの」が支配的になった国・地域がある。しかし最大の違いは、この二者択一の先に「融合」が主張されているのである。それは、現在のスカンディナ비아半島である。法理論の分野でスカンディナ비아半島といえ、スカンディナ비아・リアリズム法学が思い浮かぶ。スカンディナ비아・リアリズム法学は、主にヘーガーシュトレーム、ルンドステット、オリヴェクローナという三人から構成されたウプサラ学派に、ロスとフアレンを加えて広く知られているが、つまり、五人の非常に限られた論者から構成される学派であった。ヘーガーシュトレームが提唱者の一人だという「倫理的非認知主義」は世界各地の法理論に影響を与えたが、一九七〇年代以降、この小さな学派はスカンディナ비아半島でその勢力を失った。その原因であったのが、「倫理的非認知主義」が政治問題や政治的議論の重要性を強調するに至ったことであるといわれている。これらの論者は、その後、社会民主主義の政治にコミットを強めていくのである⁽¹⁸⁾。しかし現在、スカンディナ비아半島において数人の研究者により五〇年前に勢力を失ったスカンディナ비아・リアリズム法学の一部再帰が目論まれている。その代表としてパトリシア・メンデウスとスヴェイン・エングが挙げられる⁽¹⁹⁾。この再帰において、特にエングの法理論は注目に値する。エングは、法学者が提示する「何が法か」についての全ての命題 (*Proposition de lege lata*) において、記述的か規範的かという性格の付与は段階の問題であり、一方で法適用者の理由付を記述し、他方で将来的に創造されるべき法規範を予測することで、最終的に記述または予測実際の判決に照らして評価できると主張している⁽²⁰⁾。この主張は、「記述的なもの」と「規範的なもの」の二者択一の状況にある憲法学にとって、有用な提言になる可能性がある。

しかし、この理論に飛びつくにはまだ早急すぎる。小休止が必要である。

- (1) 高橋和之「体系憲法訴訟」(岩波書店、二〇一七年) 二二頁。
- (2) 最近の注目すべき研究として、特に、山本真敬「立法裁量と過程の統制」(尚学社、二〇二二年) がある。
- (3) 司法権概念をめぐる問題として特に、佐藤幸治の「法原理機関説」がこの議論の中心的位置を占めた。それまで歴史的概念構成をとっていた司法権概念について、佐藤は理論的概念構成を導入し規範的な理論を展開した。
- (4) 団藤重光「裁判官の良心」団藤重光・斎藤壽郎「刑事裁判の課題」(有斐閣、一九七二年) 二〇頁。
- (5) ここでの「大胆さ」・「奇抜さ」は二分法による見方によることを強調しておく。後述するように、実際の転向の内容は法解釈論に関わり、転向前後の理論同士には連続性が十分にある。
- (6) 本稿で「前期の樋口陽一」と呼ぶ場合、主に、樋口陽一「法の解釈における解釈者の立場と裁判官の思想・良心の自由」同「司法の積極性と消極性(現代法選書 五)」(勁草書房、一九七八年)(初出一九七一年)と樋口陽一「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』——裁判官の思想を粹づける二つのイデオロギー——」同「司法の積極性と消極性(現代法選書 五)」(勁草書房、一九七八年)(初出一九七二年)の内容を指す。一方、「後期の樋口陽一」と呼ぶ場合は、樋口陽一・栗城壽夫「現代憲法体系II 憲法と裁判」(法律文化社、一九八八年)の樋口執筆部以降の業績を一般に指す。
- (7) 樋口「法の解釈における…」前掲注(6) 一六七頁。
- (8) 同右、一七七—一七九頁。
- (9) 樋口陽一「裁判官にとっての制定法」樋口陽一・栗城壽夫「現代憲法体系II 憲法と裁判」(法律文化社、一九八八年) 四九—五四頁。
- (10) 樋口陽一「憲法 第四版」(勁草書房、二〇二一年) 四二九—四三二頁。
- (11) ここでの法実証主義の意味は、蟻川恒正「裁判官の責任とは何か」法の支配一五七卷四号(二〇一〇年) 四四頁で、園部裁判官の思考の基礎として指摘する「乾いた法実証主義」にみられる「イデオロギー」としての法実証主義の意味ではない。実際に証明するという意味での実証・確証であり、法学方法論としての意味である。
- (12) ここでは第一次法解釈論争のことを指す。
- (13) M. TROPER, V. CHAMPEL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris-Bruxelles, Lgd-Bruylant, 2005, 216 p. たまたまこの理論の1部が M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in M. WALINE (dir.), *Recueil de études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, pp.

- 133-151 ; *id.*, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Panoptis*, n° 16, 1981, pp. 5-15 のこの論文にも散見される。
- (14) この読み替えは長谷部恭男がしばしば使用する論法であるが、樋口陽一にも同様の指摘ができると思われる。愛敬浩二「裁判官の良心」に関する「考察」岡田信弘・笹田栄司・長谷部恭男『高見勝利先生古稀記念 憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用——』（信山社、二〇一五年）四〇頁によると、この方法論上の特徴を読み替えと名付けたのは蟻川恒正である。その対象は芦部信喜の憲法訴訟論から、樋口陽一の批判的峻別論まで広く及ぶ。蟻川の発言については、長谷部恭男ほか「憲法学の可能性を探る」法律時報六九巻六号（一九九八年）五六頁を、「読み替え」の方法の分析については、愛敬浩二「読み替え」の可能性」法律時報七〇巻二号（一九九八年）六三―六七頁を参照のこと。
- (15) 広中俊雄「現代の法解釈学に関する一つのおぼえがき」同『民法論集』（東京大学出版会、一九七一年）三八二頁。
- (16) 樋口・前掲注（9）五四頁。
- (17) 長谷部恭男「裁判官の良心・再訪」同『憲法の円環（岩波書店、二〇一三年）二二二頁（初出二〇一二年）は「憲法は、法律以下の実定法による裁判官の拘束を解放するための道でもある」から「憲法第七六条三項に裁判官の良心への言及があるか否かに関わりなく妥当」し、「通常の解釈学説とはレベルを異にしている」と主張する。しかし、本稿では憲法七六条三項が「裁判官という判断の主体」への言及であり、その意味で「裁判官が考えることを考える」必要があるもので、「道徳の領域に属する論点」であると考える。
- (18) この点にこうして E. MILAUD, « Quelle(s) utilité(s) du Réalisme scandinave pour la connaissance du droit et pour la détermination des méthodes d'analyse de cet objet ? », in X. MAGNON et S. MOUTON, *Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) ?*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 57 が詳しく。
- (19) 「合理性」と「理性」の区別はこうして M. TROPER, « Propos-conclusifs », in R. B. MATHLOUTH (dir.), *Proportionnalité, droits fondamentaux et juges. Proportionality, fundamental rights and judges*, Paris, L'Harmattan, 2023 はアレクシーの比例性審査論を批判し、アレクシーが比例性審査の文脈で明らかにするのは「合理性」であり、それは「議論の理解しやすさ」や「说得可能性」を指すという。そして、トロペールは「合理的なことが非理性的であるのは十分にあり得る」と指摘する（三二二頁）。トロペールのこの指摘が意味するのは、規範主義的・理想主義的な「理性」（ここでは特に、実践理性を意味する）は、事実の（つまり、因果関係が支配する）世界に属さないが、「合理性」は因果関係が支配する事実の世界に属す。

- つまり「理性」が、因果関係で判断される「議論の理解しなささ」や「説得可能性」を指すことは、矛盾を意味する（三二—三—三二六頁）。本稿は、「理性」と「合理性」を以上の差異から区別する。
- (20) この一文がよく知られているが、それ以外の発言については特に、樋口陽一「比較のなかの日本国憲法」(岩波書店、一九七九年)一六八—一八三頁を参照のこと。
- (21) 深田三徳『現代法理論論争——R・ドゥオーキン対法実証主義』(ミネルヴァ書房、二〇〇四年)。
- (22) 愛敬浩二「裁判官の良心」と裁判官「辻村みよ子ほか編『国家と法』の主要問題——Le Salon de théorie constitutionnelle」(日本評論社、二〇一八年)二九四頁、(初出二〇一五年)。
- (23) 南野森「司法の独立と裁判官の良心」ジュリスト一四〇〇号(二〇一〇年)一一頁。
- (24) 長谷部・前掲注(17)二〇七頁。
- (25) 牧野英一「裁判における良心と法律(一)」警察研究二六卷五号(一九五五年)三—二二頁、牧野英一「裁判における良心と法律(二)」警察研究二六卷六号(一九五五年)三一—一八頁。
- (26) 滝川幸辰「日本の民主主義のために」世界九七号(一九五四年)一三二—一三八頁。
- (27) 牧野英一「法理学 第一卷(オンデマンド版)」(有斐閣、二〇〇二年)二七五頁(原版一九四九年)。
- (28) 牧野英一「悪法も亦法なり」の格言「法に悪法なし」同『法律に於ける意識的と無意識的』(有斐閣、一九二五年)一四六—一九五頁。
- (29) 服部寛「一九五三——日独の法律学方法論の転換点とその意義の再検討——」松山大学論集(松山大学)二三卷六号(二〇一二年)一七九—二二六頁。
- (30) 伊藤正己「裁判官の良心」法の支配二〇号(一九七一年)五九頁。
- (31) 詳しくは、同右五九—六〇頁。
- (32) 田中成明『現代法理学』(有斐閣、二〇一二年)四七七頁。
- (33) 田中耕太郎「裁判官の良心と独立について」法曹時報七卷一号(一九五五年)一一—三一頁。
- (34) 牧野「裁判における良心と法律(一)」・前掲注(25)。
- (35) 牧野「裁判における良心と法律(二)」・前掲注(25)。
- (36) 伊藤・前掲注(30)六〇—六一頁。

- (37) 同右、六一頁。
- (38) 同右、六〇頁。
- (39) 同右、六〇頁。
- (40) 小林直樹「裁判官の任務と良心」ジュリスト四六九号（一九七一年）一二二頁。
- (41) 同右、一二二頁。
- (42) 同右、一二四頁。
- (43) 同右、一二五頁。
- (44) 同右、一二六頁。
- (45) 平野龍一「裁判官の客観的良心」ジュリスト四八〇号（一九七一年）八五頁。
- (46) 同右、八六頁。
- (47) 川島武宜ほか「法解釈学の『科学性』」法律時報二六卷四号（一九五四年）五八頁。
- (48) 樋口「法の解釈における……」・前掲注（6）一六七頁。
- (49) 同右、一六八頁。
- (50) 同右、一七一頁（傍点原文）。
- (51) 同右、一七七頁にて樋口は、法解釈は法源の拘束性を確保する機能を持ち、その限りにおいて法解釈は「機能的意味の枠」を有すると説明する。よって、「社会学的意味の枠」と同義といえる。
- (52) この点について A. Le PILLIQUER, « Indetermination du langage et indetermination du droit », *Droit et Philosophie*, vol. 9, n° 1, 2017 が詳し。
- (53) 樋口「法の解釈における……」・前掲注（6）一七八頁。
- (54) 同右、一七四頁。また、樋口の主張をつきつめると良心と法の衝突は存在しないともいえる。
- (55) 南野・前掲注（23）一三頁。
- (56) この評価は、樋口「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』」・前掲注（6）において強調されている。特に、石田長官談話の内容に関して、樋口は一方で、「裁判官の世界観・全人格への枠づけが必要だと説く」「石田流の特異な世界観」として新派的裁判観と、他方で、「裁判官は『価値観中立生への信頼』を維持しなければならぬという」旧派的裁判観を区別して、

- 各裁判観の分析をする（一八六頁）。前者について「裁判官の思想を枠づけることが必要」と仮定するならば、裁判官の思想を「野放しにすることは恣意的裁判を必然的に招来することになり、何らかの「歯止め」が必要だ」と捉えることができるが、法解釈・法的思考に一定の枠づけを「憲法忠誠」の名の下で行おうということがイデオロギー的だと批判するのである（一八六頁）。他方で、樋口は裁判における中立性要求を「文字とどりの素朴法実証主義的な裁判観にたち、裁判所は立法を前提とした判決の自動販売機であり、裁判官は無立場——したがって「中立」——であるべきだしそうでありうるという神話」と評価し、中立性要求もイデオロギー的だと批判する（一八八頁）。
- (57) ここでの科学の意味は「法の科学」を意味し、その役割は「法をあるがままに記述する」ことである。
- (58) 第一は法的議論の理論、第二は「法と経済学」アプローチ、第三はドゥオーキンの司法決定・法解釈理論である。より詳しくは、田中・前掲注(32)四八五頁以降を参考のこと。
- (59) 愛敬浩二「憲法科学から憲法哲学へ——戦後憲法理論の一面面」『立憲主義の復権と憲法理論』（日本評論社、二〇一二年）において憲法の哲学化の傾向は一九九〇年前後から始まったとし（二二—二四頁）、憲法科学を牽引した樋口陽一や杉原泰雄についても二〇一〇年当時（該当論文初出時）、「実践哲学の復権に呼応するかたちで政治哲学や法哲学との対話を通じて興隆した憲法哲学」の傾向が見られると指摘している（詳しくは、一八—二二頁）。
- (60) 団藤・前掲注(4)二〇頁。
- (61) 団藤重光「裁判における主体性と客観性」同『実践の法理と法理の実践』（創文社、一九八六年）一六一—一七〇頁。ただし、法解釈論と裁判官の良心論の關係は事実認定と良心論の關係にも当てはまるとの主張は（良心論の評価は異なるが）樋口「法の解釈における……」前掲注(6)一六八頁ですでに指摘されていた。
- (62) 樋口・前掲注(9)特に、三一—三五頁。
- (63) 同右、四一—四二頁。
- (64) 井上達夫のケルゼン批判については、井上達夫「決定と正統化——ケルゼンとルール懷疑——」長尾龍一『新ケルゼン研究』（木鐸社、一九八一年）一四七—一九八頁を参照のこと。
- (65) 樋口・前掲注(9)四六頁を参照のこと。
- (66) トロベールの法解釈論はケルゼンの法段階説の「再構築」までその射程が及ぶ。トロベールの理論はその後バリ・ナンテール大学を中心とするナンテール学派に継承されていくが、特に法段階説について V. CHAMPPEL-DESPLATS, « Hiérarchie

des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution », in M. Troper et D. CHANOUAUD De SAROURET, *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 733-764 は「法源の段階」と「法規範の段階」を区別し、前者は法創造の前に存在するが、後者は存在せず、法段階説はこれまで違憲審査の正当化のために用いられてきたが、それに加えて法創造者に法的制約を課しているといえる」と説明する。

- (67) 樋口・前掲注(9) 四九頁。
- (68) M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », art. cit., p. 12.
- (69) Y. CHAMPEL-DESPLATS et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, Y. CHAMPEL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *op. cit.*, pp. 11-23.
- (70) 広中・前掲注(15) 三八二―三八四頁。
- (71) 野坂泰司「テキスト・解釈・客観性」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論 芦部信喜先生還暦記念』(有斐閣、一九八五年) 一七―一四一頁。
- (72) 樋口・前掲注(9) 五四頁。
- (73) 同右、五八頁。
- (74) 同右、五九頁・脚注一六。
- (75) 愛敬浩二『批判的峻別論』と『知のモラル』藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念論集』(創文社、二〇〇四年) 六二八頁。
- (76) 樋口陽一「知のモラルそして知のモラル——『知』の賢慮に向けて」同『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、二〇〇二年) 二九頁。
- (77) 同右。
- (78) 同右、三〇頁。
- (79) 樋口陽一「立憲主義の基礎としての『規範創造的自由』」同『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、二〇〇二年) 五〇頁。
- (80) 同右、五四頁。
- (81) 同右、五二頁。

- (82) 愛敬・前掲注(59) 二一頁。
- (83) 長谷部恭男「法秩序の構造と裁判官の良心」学習院大学法学部研究年報(学習院大学) 二二卷(一九八七年) 四頁。
- (84) 同右。
- (85) 同右、四―五頁。
- (86) 同右、九頁。
- (87) 同右。
- (88) 同右、一五頁。
- (89) 同右、一九頁。
- (90) N. MACCOMBICK, « Les limites de la rationalité dans le raisonnement juridique », in N. MACCOMBICK et O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, O. NERROT et P. COPPENS (trad. fçse), Paris-Bruxelles, LGDJ-E. Story-Scientia, 1992, pp. 201-219.
- (91) 長谷部恭男「ハードケースと裁判官の良心」同『権力への懐疑 憲法学のメタ理論』(日本評論社、一九九一年) 二〇六頁(初出一九八六年)。
- (92) 同右、二二二頁。
- (93) 同右、二二八頁。
- (94) 同右。
- (95) 同右、二一六―二〇七頁。
- (96) 愛敬浩二「憲法と民法」問題の憲法学的考察」名古屋大学法政論集(名古屋大学) 二三〇号(二〇〇九年) 一八七頁。
- (97) 小粥太郎『民法の世界』(商事法務、二〇〇七年) 二二一頁。
- (98) 愛敬・前掲注(96) 一八五頁。
- (99) 同右。
- (100) 蟻川恒正(「通過」)の思想家サンフォード・レヴィンソンの憲法理論」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念論集』(創文社、二〇〇四年) 六八九頁以降、特に、七二〇―七二九頁。
- (101) 小粥・前掲注(97) 二二二頁。

- (102) 蟻川・前掲注(100) 七三三頁・脚注一六九(七四六頁)。
- (103) 小粥・前掲注(97) 二二三頁。
- (104) 蟻川・前掲注(11) 四二頁。
- (105) 同右、四二―四三頁。
- (106) 長谷部・前掲注(17) 二二〇頁。
- (107) 同右。
- (108) 「裁判官(へ)の理性論」とは、長谷部の主張が、妥当の要求と充足の要求のどちらも含むことを意味する。
- (109) 長谷部・前掲注(17) 二二二頁。
- (110) 同右、二〇九頁。
- (111) 同右、二一一頁・脚注一五。
- (112) この点は非常に重要であり、なぜなら、全ての法実証主義者が法と道徳の関係を否定するわけではないからである。しかし、例えば、長谷部恭男「解説」H. L. A. ハート(長谷部恭男訳)『法の概念(第三版)』(筑摩書房、二〇一四年)四四八―四四九頁が「ハートの理論は、また、他の実証主義者たちが認めようとしめない法と道徳との間の偶発的な関係をも認める」と述べていることが象徴するように、現在の日本の憲法学において、法実証主義者による法と道徳の関係が誤解されているのではないかと疑うことができる。
- (113) A. Viala, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 117.
- (114) 大屋雄裕『法解釈の言語哲学——クリプキから根元的規約主義へ』(勁草書房、二〇〇六年)九―一〇頁。
- (115) 南野・前掲注(23) 一四頁。
- (116) 同右。
- (117) 同右。
- (118) 井上達夫『共生の作法 増補新装版』(勁草書房、二〇二二年)一〇―一四頁(第一版一九八六年)はこの立場を「メタ価値的相対主義」と呼び、「非普遍主義」と「価値相対主義(狭義の相対主義)」の二分法を導く。政治判断や道徳判断に含まれる価値はア・プリオリに認識できる価値ではなく、価値はア・ポステリオリに付与されるものであるというこの考え方は、スウェーデンの法学者のアクセル・ヘーガーシュトリームが最初に提唱したとされ、その後アメリカの分析哲学者の

- チャールズ・スティーブンソンが情緒主義として提示した。詳しくは、P. MINDUS, « À l'origine du non-cognitisme moderne: Axel Hagerström », *Analisi e Diritto*, 2009, pp. 159-176 ; É. MILAUD, « Quelle(s) utilité(s) du 'Réalisme scandinave' pour la connaissance du droit et pour la détermination des méthodes d'analyse de cet objet ? », art. cit., pp. 49-57 ; *id.*, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2022, pp. 9-51 を特に参照せよ。
- (119) M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. PERELMAN et P. FORETS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 294. 同様の「レ」や指摘の論者として、E. BUIXAIN, « Judicial Decisions and the Creation of Law », *in id.*, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 76; M. COHEN et P. PASQUINO, « La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit. Le cas des Cours souveraines et des Cours constitutionnelles », *Rapport final de la recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice*, Centre de Théorie et Analyse du Droit, UMR CNRS 7074, Paris, 2013, not. pp. 6-7 の二つを挙げよう。
- (120) 亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界」同『法的思考』（有斐閣、二〇〇六年）一四頁が指摘するように、実践理性を少なくとも一部受け入れて法的論証に関する理論を提唱したニール・マコーミックと実践理性から法的議論に関する理論を提唱したロバート・アレクシーも同様に、正当化の文脈のみに注目する。
- (121) 一定の価値判断を含む「思想」と価値相対論から展開される「科学」の峻別が倫理的・非認知主義から導かれるが、単純峻別論が批判的峻別論かの選択は「思想」に含まれるのであり、樋口陽一「日本憲法学についての〈科学〉と〈思想〉」同『近代憲法学についての論理と価値』〔戦後憲法学を考える〕（日本評論社、一九九四年）三三—四〇頁はどちらも評価してゐる。
- (122) 樋口「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』」・前掲注（6）一八六頁が問題として指摘していたのは、「裁判が裁判官の立場によって規定づけられる性質のものであることを——そのかぎりでは正当に——認識するものであるが、そのさい、あたかも裁判官の『世界観』『全人格』がいわば『知行合一』的にでも貫徹されるものであるかのようにいうことによって、裁判官の思想を梓づけることが必要だ」というように論理を展開させる」ことであった。よって樋口は、正当化の文脈にのみ関心を寄せることによって（つまり、職業内での「法的」思考と判決の理由付の一致を主張することによって）、該当の論理展開を「野放しにすることは恣意的裁判を必然的に招来することになり、何らかの『歯止め』が必要だ」と捉え、法解釈・法的思考に一定の梓づけを「憲法忠誠」の名の下で行おうということがイデオロギイ的だと批判するのである。

- (123) 樋口「法の解釈における……」・前掲注(6)一七四頁。
- (124) 南野・前掲注(23)一三頁はすでに「裁判官の主観的良心が法源となりうる」という主張に対して当を得ているとしても、憲法七六条三項の解釈として主張的良心説に対するそれに対しては的を射ていない」と指摘している。
- (125) ①の点対 N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *in id.*, *Essais de théorie du droit*, M. GUÉRIN (trad. fçse), C. AGOSTINI (avec la collaboration de), Paris-Bruxelles, LGD-Bruylant, 1998, pp. 89-103 ; V. CHAMPEL-DESPLATS, « Raisonement juridique et pluralité des valeurs: Les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto*, n° 2001, 2002, pp. 59-70 ; P. BRUNET, « Examen sceptique de la distinction entre motifs juridiques et non-juridiques », *in F. COUVENHES-MATSUMOTO et R. NOLLZ-GOLDBACH, Les motifs non-juridiques des jugements internationaux*, Paris, Éditions Pedone, 2016, pp. 9-22 が詳し。
- (126) 井上・前掲注(118)一四頁。
- (127) ナンテール学派がバリ・ナンテール大学の外でも広く支持されている様子は X. MAGNON, « Rapport de synthèse », *in X. MAGNON et S. MOUTON, Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) ?*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 431 が示されている。
- (128) 井上・前掲注(118)二四頁。
- (129) 木村龜二「法実証主義の再検討」法哲学年報一九六二巻(一九六三年)一八頁。
- (130) 樋口・前掲注(20)一八四頁。
- (131) 同右、一八三頁は尊属殺重罰規定違憲判決、薬事法違憲判決、衆議院定数配分違憲判決がありながらも、全通東京中郵便事件判決や都教組事件判決の流れを覆す全農林警職法事件判決を下した様子を指している。
- (132) 樋口・前掲注(20)一八四—一八五頁。
- (133) 同右、一八〇頁。
- (134) 同右、一八一頁。
- (135) 同右、一九〇頁。
- (136) 長谷部恭男「攻撃される日本の立憲主義」同『憲法の理性「増補新装版」』(東京大学出版会、二〇一六年)二三五—二三六頁(傍点原文)。

- (137) 同右、二三六頁。
- (138) 同右、二二三頁。
- (139) 長谷部・前掲注(17)二二一頁・脚注一三。
- (140) 亀本・前掲注(120)一頁。
- (141) 長谷部・前掲注(17)二二一頁・脚注一五。
- (142) 亀本・前掲注(120)一頁。
- (143) 同右、一六一―一七頁。
- (144) A. VALLA, *op. cit.*, p. 117.
- (145) 長谷部・前掲注(17)二二五頁。
- (146) 同右、二一八頁。
- (147) 樋口陽一「学説と環境——建設の学と批判理論——同『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、二〇〇二年)四七頁。同様な指摘は、樋口・前掲注(79)五五頁。
- (148) 樋口・前掲注(79)五一頁。
- (149) 同右、五五頁。
- (150) 樋口・前掲注(147)四四頁。
- (151) 毛利透「民主政の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か」(勁草書房、二〇〇二年)七八頁。
- (152) ハーパー・マースは憲法パトリオティズムの基準点が、同一の基本権や原理の最も良い解釈だと主張する。この「良さ」は「良き生」であり、実践理性を指すと思われる。特に、同右五一頁。
- (153) 長谷部・前掲注(17)二二五頁。
- (154) このテーゼは R. ALEXY, « On Necessary Relations Between Law and Morality », *Ratio Juris*, vol. 2, n° 2, 1989, pp. 167-183 の「法と道徳の必要な結合テーゼ」と類似している。
- (155) 愛敬・前掲注(14)七五頁。
- (156) 栗島智明「現代日本型立憲主義に関する一考察——近時の日本における立憲主義の興隆とその原因」山元一編『講座立憲主義と憲法学 第一巻 憲法の基礎理論』(信山社、二〇二二年)七五頁。

- (157) 同右。
- (158) 井上・前掲注(118)二三頁(傍点原文)。
- (159) 山元一「司法権」辻村みよ子編『ニュアングル憲法憲法判例×事例研究』(法律文化社、二〇二二年)三二四頁。
- (160) 長谷部・前掲注(91)二〇七―二〇五頁。
- (161) E. MILLARD, « Le(s) Réalisme(s) scandinave(s) », in Colloque organisé par l'Institut Maurice Hauriou, *Question sur la Question 6 – Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Toulouse, 29-30 septembre 2016, [https://daily/5h8y4二〇二三年五月一二日閲覧]。
- (162) Patricia Mindus は現在、ウプサラ大学教授で実践哲学を専門とし、Svein Eng はオスロ大学教授で主に法哲学、公法を専門とする。
- (163) S. ENG, « Fusion of Descriptive and Normative Propositions: The Concepts of 'Descriptive Proposition' and 'Normative Proposition' as Concepts of Degree », *Ratio Juris*, vol. 13, n° 3, 2000, pp. 236-260; S. ENG, « Fused Modality: An Integral Part of Lawyers' Form of Life », *Ratio Juris*, 2005, vol. 18, n° 4, pp. 429-433; P. BRUNET, « Variations sur la science du droit », *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, vol. 2, n° 2, 2019, not. pp. 76-77.

〔付記〕 本研究は、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP2123の支援を受けたものです。

田中 将人(たなか まさと)
 所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
 最終学歴 パリ第一大学博士課程(比較法)
 所属学会 パリ第一大学修士課程(公法)
 専攻領域 全国憲法研究会、憲法理論研究会、日本法哲学会、国際人権法学会
 憲法、法理論、比較法