

正義と法

——正義概念の働きを法システムにおいて考察する——

森際 康友（名古屋大学）

1. <社会正義>を論じるとき、正義とは？

統一テーマ「法曹の中核価値と法科大学院教育の役割」を議論するにあたり、その中核価値について法哲学の観点から語れ、とのご指名なので、「そもそも法律家を法律家たらしめている中核価値は何か」について論じる。それは<正義 justice>という公共価値である。他にも従たる価値はあろうが、正義の追求が法律家の職務の中核にあることは争われないだろう。しかし、正義の抽象的定義ではなく、「法曹の日々の活動がいかにして正義実践と言えるのか」の説明が必要である。これが言えないと、「正義が法律家を法律家たらしめている」ことの内実は明らかになるまい。

この意味での正義を、法科大学院で、権限としても、能力としても、「教えられる」と答えられないと、臨床教育はもちろん、法科大学院自体が「魂なき専門人」を産出するところでない限り、無意味になる。一方、教壇から価値を教えるはならないとの考えがわが国の教育政策決定の際に悲喜劇的大論争を起こすことも、また、この命題を信じて「事実をして語らしむ」という姑息な方法を無自覚に履践する多くの良心的な人々、かつては「進歩的文化人」、最近では「リベラル」と呼ばれ、嫌われがちな人々がいるのも承知している。

「教壇から価値を教えるはならない」との誤謬が長い間信じて疑われなかったのは、単に、戦前の思想教育や冷戦時代の洗脳教育の鱗吹きだけではなく、わが国の法哲学者が、価値相対主義と相まってこの命題が一般化するのを推進したり、放置したりしたことも関わっている。そこで、自己批判しつつ、明確に申し上げたい。「教壇から価値を教えない、ということはある得ない。事実限定して語っているつもりでも、どんな事実についても人は価値を連想¹する。したがって、自らの発言が惹起する感情や価値について敏感であり、自分が伝えることになる価値観に責任を持つことが必要である。伝え、教えねばならない価値と、そうしてはならない価値とがある。一切の価値を教えるはならない、とするのは不可能を強いる愚を犯す故に学問的廉直に反するだけでなく、自由で民主的な社会の教職者が伝承し育成しなければならない価値について無反省、無為になるため、当人の意図に反し、民主主義にも反する。これは日本国憲法を奉ずるものには許されないことである」と。

すぐれた憲法学者は、むしろ、この点を正しく理解している。たとえば、最近の国会での参考人質問で「立憲主義」とは何かを問われた長谷部恭男教授は、世に流布している「憲法で権力者を制約する」との理解を「広義の立憲主義」としてさりげなく副次的に扱い、語の

¹ 「この男が無抵抗な子どもを拷問した」といった事実言明などが典型だが、多くの場合、感情的反応とそれに伴う価値観は連想するまでもなく現前する。

本来の意義を「近代立憲主義」、すなわち「価値観や世界観、これは人によって様々である。しかしそうした違いにもかかわらずお互いの立場に寛容な人間らしい暮らしのできる公平な社会生活を営もうとする」理念とそれに必要な、憲法に規定された法制度的枠組みの運用をいうものだと説明した。つまり、畜群の平和ではなく、法に規定された正義に基づく相互尊重の平和共存、このために公権力を行使することを正しいとする行動原理、とした。ポイントは、「立憲主義」が無いものねだりの悪しき「理念」ではなく、政治力学的にも合理的で、実効性のある政治原理だということ、また、その原理は憲法を物神化するのではなく、万人が平等に自由な秩序を実現する制度的装置と正確に捉え、立憲主義の目的（社会正義）に注目するところにある。

国民主権、つまり民主主義者が権力を独占する統治を支える基本原理は、当然に立憲主義を教育課程において説明・正当化し、憲法を守る国民を養成する義務（したがって権限）の存在を含意する。特定の価値観ではなく、多様な人生観を許容する、という公共的価値、つまり社会正義が行われる秩序を尊重する価値観の教育である。

多様な人生観の平和共存ということは、価値をめぐる論争・紛争が起こらないように、誰もが似たような価値観をもつようにしむけることを意味しない。それは立憲主義が実現しようとしている自由で開かれた社会の自殺である。逆に、自由な社会であればあるほど、価値をめぐる争いは不可避のものとして備えるべきである。正確に言えば、多くの場合、多様な価値の追求のみが生み出さる価値や財をもたらすものとして紛争を歓迎すべきである。

よき紛争とそうでない紛争の双方に備え、公共的に、つまり制度的に対応しなければならない²。車社会では交通事故が避けられないが、それは車社会の廃棄を指示するのではなく、事故とその被害をできるだけ少なくするための道交法、道路の整備その他の公共的対応が求められるのと同様である。自由で開かれた社会では、価値観をめぐる交通整理のため、自由権に優越する公共価値を設け、その価値の指示するところを実行し、自由が平和共存する秩序を実現せねばならない。その機能・役割を果たすのが〈正義〉という公共価値とそれを制度的に実現するシステム（**system of justice, the judiciary**）である。制度的に働く、実効的理念としての社会正義は、各人の人生観（善の構想）やそれを実現する自由権の優劣や真偽を決定する上位の価値としての正義である。

リベラリズムの真髄は、正義のこの優越的地位の必然性・合理性の弁証にある³。したがって、この社会統合機能をもつ正義概念とその解釈・内実をめぐる論争（公論）が、健全な民主制の一部をなすことも公教育で教えられ、法科大学院教育においてはより立ち入った教育が行われねばならない。そのためには、法科大学院の教育課程において、法曹倫理と同様に法哲学も必修化し、その主要な任務を、法実務がいかにしてこの正義を実現する公共制

² よき紛争については、発明の適切な保護をなすような知財法の体系など、多様性とその果実とを顕彰し保護する諸制度が予定するものを想起されたい。本文では、非生産的な紛争を念頭に置く。

³ 「立憲主義」は立憲民主制の柱として、リベラリズムにおける正義の（自由に対する）優越的位置づけ・機能を明確にする原理である。

度として働くかを説明することにおくべきである。この科目の重点は、それに必要な限りで正義の概念とその解釈、そしてそれを公論するシステムとして政治・法の枠組みを理解する公共力の修得におくことが合理的である。

翻って、現実の日本社会、とくに法曹の世界を見れば、どうか。社会正義の実現を弁護士
の使命とする弁護士法 1 条に鑑みれば、弁護士が社会正義を中核価値とすることに誰も躊躇
を覚えないだろう。しかし、残念ながら、そのことは法律家の間で正義の概念やその解釈
について一致があること、日々の執務がいかなる意味で正義実現に与っているかについて
共通理解があることを意味しない。まずは、本稿のような法制度理解とそれが必然化させる
正義概念の理解について、実務家の間で共通理解を得ておくべきであろう。

そこで、この機会に、正義について、特に、法律家の仕事がいかなる意味で正義の実践で
あるのかを解説したい⁴。正義という公共価値の姿をわかりやすく、かつ正確に表現するこ
とは、司法に関わる臨床教育を行うのに、少なくとも便宜であり、ひょっとすると必要であ
る。議論の詳細は脚注 (4) に掲げた文献に譲る。

2. 正義というシステム

「正義は難しいので、その理論化などはしない、実践に役立つ正義観が身につけていけば
法律家は務まる」という考えがあるが、正しくない。正義は常に言葉にされねばならない。
公共価値は公共的理由・公共理性(public reason)を用いて公論を持続的に遂行することによ
って、その内実が(真に)共有され、発展するものであるからだ。公共価値一般、とりわけ
正義という争われる概念(contested concept)の権威を支えるのは、その概念をめぐる知識
とその実践がもたらす公共財の効用・ありがたみである。そのために、自由に優越する権威
を持つべき概念はいつまでも、絶えず論議され、吟味され、豊穰化されなければならないの
である⁵。

ドイツでは、実務家の絶えざる実践を通じてのみ研ぎ澄まされる正義感覚のことを「ユデ
イツ (Judiz)」という。この感覚は必須であるが、十分ではない。法律家はユデイツを言語
化し、正義が何を要求するのかを、討論によって共同して発見していかなければならない。
何も抽象的に「正義とは何か」を議論する必要はない。それはむしろ非生産的である。具体
的事件の正義に適った解決をめぐり討議するのがよい。訴訟活動 (Rechtsfindung)こそ、
まさにそれであり、だからこそ企業法務の弁護士も基礎訓練として訴訟実務を学ばねばな

⁴ その上で、正義をいかに教えるべきかについて具体的に述べるべきであろう。しかし、紙
幅の関係で断念せざるを得ない。そのような試みとして、森際康友「花より秤(1)~(10)」書
齋の窓 603-612 号(2011-2012 年)。法曹倫理の授業において正義をいかに教えるべきかにつ
いて、森際康友「法科大学院における法曹倫理教育：その意義と課題」法の支配 174 号
(2014 年) 53-63 頁。弁護士にとっての職業倫理上の中核価値については、森際康友「弁
護士倫理の中核価値」アメリカ法 2007-1 55-67 頁。

⁵ ロールズ (J.Rawls) は正義が行われる制度の安定性 (stability) を論じる。従来、等閑
視されてきたこの論点に注目する彼の炯眼は、この文脈からも説明可能である。

らない。

具体的事件における正義の探求のためにも、正義について一般的な知識を持つておくことは有益である。それは思ったほどには難しくはない。大切なのは、下手な哲学 (bad philosophy) ⁶を避け、事実や制度を機能的・建設的に観察し、語り出すことである。そのために自覚しておかねばならないテーゼを掲げる。

【概念の存在論的属性：主述二重属性テーゼ】

正義の概念(concept)については、多様な解釈・構想(conceptions)を戦わせねばならない。

正義概念は論争によって育ち、その解釈は討議によって豊穰化する。論争には概念 (concept) とその解釈 (conception) との区別が不可欠である。なぜなら、何 (どの概念) について論争するかの一致がなければ、その論争はこんにやく問答になってしまうからである。論争対象たる主語としての正義 (概念) は、その述語による規定 (解釈) を可能にし、かつこれを制約する豊かな属性を有することに注目すべきである。正義概念の解釈をめぐる論争は、論争対象である正義の概念を同定しうる程度にこの概念について共通の理解があることを前提している⁷。私たち、日本の歴史と伝統に育まれたものは同定の根拠としてどのような共通理解をもっているだろうか。

残念ながら、わが国の伝統はこれまでのところ、有益な正義論争を蓄積していくのにふさわしいものになってはいないように思われる。まず、①正不正と善悪との区別の伝統がない。ドラマの世界では、勸善懲悪のヒーローが法網をかいくぐった悪人に対して非合法的な武器の使用や権限なき逮捕や私的制裁を行い、法の支配を揺るがすことを何とも思わない。善のためには正義を平気で犠牲にする態度は、正義概念が未熟で善の概念と未分化・未発達であることを示している。したがって、②社会現実において正義が作用するのを見て取ろうとする構えは希薄であり、あえて正義の社会的実力を考えた日には、正義を山のあなたの「青い鳥」と観念してしまい、状況を判断・評価する指標として活用する傾向は薄弱である。③具体的な社会問題において正義が問題になった場合にも、価値相対主義が災いし、「人それぞれ」と言い放ち、論争を放棄することを憚らない。④法曹にはそれでも正義を問題にする場

⁶ 下手な哲学の典型は、正義や職業倫理の問題について「これは価値の問題だから、答えがない」と決めてかかる法律家の態度である。こういう人に限って、それまで論争が絶えなかった価値の問題について一旦立法されれば、議論が静まり、(より次元の高い問題が発見されるまで) 答えがある問題に変貌する事態を幾度となく目にしながら、法が価値の問題に決着を付けているという事実気付いていない。何が正しいかを問う問題、答えを出すのが困難なこの公共的問題について、人知が編み出したのが<法の支配>という制度である。実定法が、一定の管轄においては何が正義として通用するのかを明確にし、正義そのものの他、法的安定性をもたらす予測可能性、人心の安寧などの公共財をもたらしている。困難な問題について、立法の段階で、さらに、司法レベルにおける法解釈の段階で、関係者は知恵を絞って最も満足できる答えを出そうと日夜努力している。その現実を当事者として目の当たりにしながら何も見えていない。

⁷ 正義解釈をめぐる論争 (正義解釈論) と区別して、正義概念論 (正義論争) を、正義解釈を可能にする正義概念の属性、それを理解したならば正義解釈をめぐる論争に参加しうる属性、論者が共通に了解している属性を探求する活動と捉える。

面がある。一つは、秩序を乱した行為を罰する場面を中心とする矯正的正義の場面である。わが国で正義論が行われるのはこれが主で、分配的正義はよく知られた概念であるにもかかわらず、それを問題にするのはお菓子の取り分をめぐる子どもの争いといった、たわいない場合を取り上げることが多い⁸。⑤最も問題なのは、矯正・分配が前提する制度、その「制度自体の正不正を問う伝統」と呼べるほどのものがないことである。制度を問わないので、制度が不適切である故に正義実現が困難な場合、共同して制度を変革する方向に頭が働かず、個人として問題を抱え込み、悲劇的選択を行い、不正を受忍する悲劇の主人公として耽美的に問題を引き受けてしまう⁹。制度の正不正を問う公共道德・政治倫理の未発達が、一方でこのような耽美的感興による公共道德の代替をもたらすと同時に、公共道德・政治倫理を電車内の化粧や公務員への饗応の限度額といった問題へと矮小化する。制度・統治システムをめぐる正義の問題がなかなか俎上に載らないので、法や政治について、人権問題や審議不十分など個別事件や手続が問題になっても、それが制度の不正の問題として単なる非難を超えた公論が展開されたり、feasibleな立法論が論じられたりすることは多くない。

ところが、法律家が毎日、業務として行っている活動、とりわけ法廷での活動は、まさに、正義解釈論である。法の形式的適用が依頼者の権利を実現できないことがある。つまり、権利ある者の正当な利益を強制してでも実現する義務がある国家とその法が、機能すべき仕様で働かない。こういう場合があるから弁護士業が成り立つのである。この不正を正そうとして提起するのが（スジのよい）訴えというものである。訴訟過程では、通常は事実の認定、時には適用条文の解釈という手法の活用で正義実現が可能である。まれに、条文自体があまりにも時代遅れ、あるいは技術革新によって立法の想定しない問題が発生したとの理由で法改正が必要な場合もある¹⁰。このような営為を要求する訴訟活動は、わが国の正義論の伝統が抱える上記5問題をすべて克服した、理想に近い論争状況を現出させている。具体的に見てみよう。

訴訟過程においては、①正不正は権利の有無の問題として善悪の問題と明確に区別され、

⁸ 例えば、「格差社会」の問題は、格差があるから悪い、と平等の問題、不公平の問題とされがちである。正義の問題としてどれだけ論じられてきたであろうか。

⁹ 映画や小説で有名な『楢山節考』がその典型。生産高が低い寒村であるが故に、口減らしのために「姥捨て」の掟がある社会で、主人公は「母を捨てるか、掟を破るか」の悲劇的選択を前にして苦悩するだけで、共同して村の生産性を高めようとする公共的営為に挑戦する発想がない。これと、ブータンの農業の生産性を高め、国民的英雄となったダショー西岡が遂行した正義実現の公共的活動とを対比されたい。参照、森際・前掲注4)「花より秤(9)」書齋の窓 611号(2012年)9頁。

¹⁰ 最後の場合を、「大きな正義」として前者の「小さな正義」から区別する言い方がある。この語り方については慎重であるべきだと思う。まず、両者は連続的であり、「小さな」正義が「小さく」済んでいる理由は、適切な立法とそれを支える解釈実践があるからだ。つまり、<法の支配>が正義の実定化を行っており、いちいちこの正義を論わなくともよい状況を実現しているからである。あえてこの表現を用いるのであれば、法曹の日々の法実践の積み重ねがもたらす正義についての共通理解とよりよい制度への漸進、そのありがたみを十分理解した上での用語使用を心がけたい。

手続的正義の重要性は当然のこととして了解されている。②「正義」という言葉よりもそれを具体化した「権利」という表現が用いられるが、正義要求に基づく権利実現が行動原理として作用する。③権利はあるかないかだとして、相対主義を排し、熱い論争に関わる。④矯正的正義が問題となる刑事事件でも、分配的正義が問題になる相続事件でも、法曹は尊属殺や婚外子の事件など、容易に違憲立法審査、つまり制度を問う問題が発生しうることを承知しており、それ故に類型的な事件についても違憲の問題がないか精査することが習い性になっている。⑤弁護士は、「私さえ我慢すれば、というのは泣き寝入りだ、権利のために戦いましょう」と依頼者を励ますことを含め、問題を個人の悲劇的選択として終わらせるのではなく、(特権と違い、誰もが平等に有する)権利という公的枠組みで、必要ならば公権力を動員して制度的に問題を解決する道があり、その道を歩むことが自己の正当な利益を満足させるだけでなく、社会正義に資する行動でもあることを依頼者にわかりやすく伝えるのである。

したがって、正義の概念をめぐる私の提案は、「正義について論じるときには、法律家の訴訟活動を舞台として考えるように発想を転換する」ということである。これが、「正義とは(理念ではなく、理念を一部として含む)システムである」という発想、司法制度を中心としつつ、**<法の支配>**を可能にする法制度全体の営為を正義探求システムとして捉える**<システムとしての正義>**論の発想である。このように発想を転換したならば、正義概念の内実としてどのような特質が見えてくるのか、以下、ともに瞥見しよう。

(1) 「正義とは何か」と問うよりも「正義は何の役に立つのか」と問え。

正義論の歴史を繙いてみると、過去の優れた考察はすべて「何の役に立つのか」を明らかにする機能論的考察であったことに気付く。たとえば、「正義論」というと必ず挙げられるアリストテレスの正義論がそうである。¹¹彼が矯正的正義・分配的正義を説いたことは広く知られているが、それは彼の特殊正義についての議論であり、これが彼の一般的正義の理論を前提するものだという事は意外に知られていない。特殊正義とは、医療に喩えるならば、異常・病理状態が発生した場合の治療行為のようなもので、健康・常態の回復を目指す活動である。したがって、正義の一般理論としては、「何が常態か」、「社会のどのような状態をもって正義が行われている健全な状態とするか」が問われる。それに対するアリストテレスの答は、「遵法(状態)」ということである。人々が法的確信を持ち、法に従っている社会状態をもって社会正義とするのである。これは機能的考察から導かれるのであり、正義の本質を洞察する直観といった神秘的営為、*bad philosophy* とは無縁である。¹²

¹¹ Cf. ニコマコス倫理学 第 5 巻。『アリストテレス全集 13 ニコマコス倫理学』第 5 巻 1129a-1132b, 1134a, とりわけ 1129b10 (岩波書店、1973 年)

Aristoteles Opera, vol. II, I. Bekker ed., Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Berlin: Berolini, apud G. Reimerum, 1831) 1129a-1132b, 1134a; bes. 1129b10.

¹² このように規定すると、当然に生じる疑問「悪法が行われている社会でも遵法は正義か」に対して何というべきか。「この議論は、1, 2の悪法があったとしても改正可能

『ローマ法大全 *Corpus Juris Civilis*』においても同じ機能的・建設的な正義の定義が見受けられる。「正義とは、各人に彼のものを与えんとする恒常的永続的意欲である。Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi。」(Digesta, 1.1) あえて近代的に読解するならば、問題は「誰の意欲か」である。ここから、なぜ近代国家には主権者が不可欠であるのかが見えてくる。その主権者の意思がその国で何が正義として通用するかを決めるので、そこから主権者たる国民の意思を解釈する終局的権威をもつ機関の必然性、そしてわが国や米国の場合、司法府と裁判官の役割（公権的解釈）が把握できる。

ここでは、正義は双六の上がりのような静態を指すのではなく、有限な人間が公権力を行使して共同して各人の権利を保障しようと不断に永続的に尽力しており、市民がその権力と法を信頼している力動的状態を意味している。〈法の支配〉を担う人々の尽力によって「正義というシステム(system of justice)」が働き、それが機能していることをもって正義とされている。ローマ法のこの思想を近代法に当て嵌めたならば、立法・行政・司法の3権が共同して法の支配という力動的状態を実現し、このシステムの営みを通じて権利保障し、国民がこの公権力を信頼し、正義の果実という公共財を享受している状態こそ正義の実践と看做すべきことがわかる。正義のモデルを、何が法であるかを公権的に決定する終局的権威を有する司法システムに見る発想の転換。これを促す要素はここにもある。

(2) 正義はシステムである。(正確には、システムとなって初めて発動する。)

すべてのシステムと同様に、「正義というシステム」は3つの要素、すわなち、システムの①目標・理念 (ideal)、②目標実現のためのメカニズム・制度・しくみ (constitution)、③メカニズムを働かせることによって産出される所産 (output) からなる。正義の場合、①その目標・理念¹³は、各人に彼のものを与えんとすること、近代的には、平等に権利を保障することである。②そのメカニズム・制度とは、立法・行政・司法の制度 (system of justice) である。そして、③その所産は、それぞれ法律・行政行為・判決が典型である。

(3) 正義は一つである。

正義というシステムは、このように働くことによっていかなる社会的機能を果たすので

で、おおむね法的確信が伴う法が行われていることを想定している」と応えるべきである。では、国家緊急権発動など、定常ならざる事態においては法や正義を語ることができないのだろうか。ある意味、その通りである。法や正義の本質を限界状況において見出そうとする多くのアプローチは bad philosophy と言わざるを得ない。法や正義の存立は、その性質上、定常状態を形作る多様で複雑な条件の満足を要求する。だからこそ、しかるべき法と正義の伝統のない途上国では、いくら優れた立法を行っても法と正義の樹立が困難なのである。

¹³ 正義はとかく実現不可能な理念とだけ捉えられがち。が、実現不可能なのはあらゆる理念の本性である。幾何学上の円は「ある点から等距離にある点の集合」と定義される理念的存在である。点には大きさが無いから、その近似形は作図できるが、円そのものは作図不能で不可視である。しかし、それは円の本性を明らかにするものであり、建築その他技術の世界で多様に応用される。同様に、正義の理念も正義のシステムの一要素としてその制度のあるべき姿、目標を与えるのに多様な役割を果たす。

あろうか。むろん、それは公務員や弁護士など公共的役割を果たす人々の尽力により、大多数の人々が安心して遵法できる社会状態＝正義の実現を中心とする。が、正義の存立の機能は、正しいことが行われ、不正が正される、市民に道徳的確信を与える安定した社会をもたらすことに限らない。

社会正義は、自由を実現するところにその最大の意義がある。¹⁴近代国家が保障する自由は、放恣放埒の権利ではない。自由は、他者による抑圧だけでなく、自分の欲望からの解放（克己）をも意味する。それは、カントが喝破したように、自律 (Autonomie) としての自由である。各人が、何が人生で最も大切かを自由に構想して自己の価値観を形成し、その価値観に基づいて生涯を過ごすこと、これである。そして正義とは、そのために必要な計画やその実行に必要な意思・意欲、そして資源の確保を現実的にすること、をいう。

自由権が確実に保障されていればいるほど、つまり、正義が行われていればいるほど、自由な生き方は多様化する。多様な自由には相互衝突の可能性が常にある。交通整理をしてその可能性を極小化し、不幸にして衝突した場合には被害を最小限にするシステムがなければ、自由の実現も、自由な社会も画餅である。この機能をもつシステムこそ、正義というシステムである。それは正義に適った規則を制定し、正義を実現できるようにその規範を解釈することにより、自由権の交錯を整理する。したがって、自由の実現のためには、正義の立法や解釈は一つに統一されていなければならない。

正義が一義的でなければならない理由については、交通の比喩が最もわかりやすい。「人生の高速道路」なるものがあり、人生行路を行くには、誰もがこの高速道路を通らねばならない、としよう。教育過程の通過を含む社会生活の比喩とでも考えてほしい。通行にあたり、たとえば、「左側通行」という規則にあたるのが、社会正義実現の規則、すなわち〈法〉である。正義の規範については、公論は可能な限りで行うべきであり、その意味で立法論や解釈は自由¹⁵である。だが、一旦、立法や公権的解釈で実定化されれば、決まった法（公共的決定）は履践しなければならない¹⁶。

ここで人に右側通行の”自由”を認めたならば、事故や渋滞が多発し、誰もが人生行路を行く自由を侵害される。したがって、万人の共通利益＝公益確保のため、右側の通行を禁止し、左側通行を徹底しなければならない。これは各人の自由を制限するかのように見えるが、そうではない。右側通行の”自由”は、人のものを盗む“自由”と同様に、自由権として国家的保

¹⁴ 生命・身体の保護、安全保障は、猿山のボスザルでも、暴力団でもできる。万人平等の自由と正義（日弁連の機関誌名）という理念は、立憲民主制の近代国家を俟たねばならなかった。

¹⁵ ここでの自由は「公権としての自由」であり、本文で取り上げている「私的自治・自律としての自由」とは区別された、これを保障するのに必要な公権力について、そのあるべき姿を論じる自由権を指す。

¹⁶ 誤った法、悪法と考えるものについては、引き続き批判は自由であり、行うべきであるが、不服従は反倫理的であり、法改正に向けて政治的社会的に行動するのが正道である。しかし、現実には、法改正が構造的に困難な場合が少なからず存在し、それは民主制をめぐる大きな問題群を形作る。

護を受けられる自由ではない。それは放恣の一種である。放恣の制限は憲法が保障すべき自由の制限ではなく、むしろそれに必要な制限であり、積極的に言えば、各人における〈私たちの自由〉の尊重である。〈私の自由〉と区別された〈私たちの自由〉が問題になること
がらについては、誰も規則に違背すること、ここでは右側通行を選択することは許されない。

それは、自由の問題ではなく、正義の問題であるからだ。¹⁷正義が支配するのは、このような共通利害実現に不可欠な問題領域に限られ、この領域を「公共圏」という。支配の正統性根拠は、それが各人の正当な共通利益を保護するから、というものである。公の正義は私の自由のためにあり、逆ではない。このような注文に合う規範を「近代法」と呼ぶ。この表現は、「近代人」が自由人であることを前提している。

(4) 正義は法によって実定化される。

正義概念について、慣用によって共同体を貫く解釈の一致が確保できていれば、法の必要はない。が、社会が自由であればあるほど、慣習による秩序維持は困難である。そこから、法という可塑性・改正可能性をもつ規範システムを用いて正義を一義化する必然性が生ずる。共同体を統合 **integrate** する公共価値の一元化と一義化である。立法府によるそのことを「立法」と言い、行政的一義化のことを「法による行政」と呼び、司法による法の一義化を典型的には「判決」と呼ぶ。いずれの表現にも過程と所産の両方をいう多義性 **process-product ambiguity (PPA)** がある。

3 権は、実定法化を通して正義を一義化する。「実定法」という表現はともすれば条文を指すかのように思われがちだが、ここにも **PPA** がある。その用法をつぶさに観察すれば、それは実定化による正義の一義化システムないしその作用と所産を指すことがわかる。¹⁸また、このシステムの所産は条文によって象徴されがちであるが、所産としては、司法判断というものもあり、ここからも裁判例が実定法に違いないことが自覚されよう。

(5) 正義は解釈される。

正義は一義化されねばならないが、いかなる一義化も批判と解釈の対象になる。正義論における解釈の対象は〈正義の概念 **concept**〉であり、その解釈が **conception** である。公権的解釈は、正しい手続 **due process** に基づき、公共的理由によって正当化された解釈であり、法の地位を獲得する。それは、法律と同様に、以降の裁判において法源の地位を獲得しうる。立法とは異なる法創造という公共的営為に携わる法曹の社会的責任は大きい。それは実定化を通して事案について何が正義であるかを明認する、正義実現の営為だからである。これこそ、法曹というプロフェッションにしかできない公共財提供の営みである。

(6) 正義という公共財 **public good** の番人は法曹である。

公共財は、私たちのものであるが、私のものではない。それは私の個別利害を裨益するも

¹⁷ 単に、正義という政治道徳の問題であるだけでなく、調整 **coordination** 問題、効率性の問題でもある。

¹⁸ したがって、正確には、システムとその作用、およびその所産の 3 重の多義性 **System Process Product Ambiguity (SPPA)** がある。

のではあるが、私がそれを所有することも支配することもできない。所有できるのは国民としての私たちであり、管理できるのは憲法と法律が認めた管理機関だけである。法曹は、このようにして司法権を託されている。したがって、法曹の一員である弁護士も、反権力ではなく、公権力として国民の権利を守る義務がある。わが国において何が正義として通用するかを官職にある法曹だけに任せてはならない。公共圏を支配する正義という公共価値は、公共のものであり、官のものではない。市民的公共性を公権的解釈にしかるべく反映させる、在野法曹たる弁護士の責任は大きい。弁護士法1条における「社会正義の実現」は、自由民主制がここまで成熟した現在、このように解釈すべきである。

(7) 正義概念の解釈は常に発展しており、法曹はその発展に責任がある。

正義の概念(観念・理念)は以上のように捉えられるべきである。正義の観念・理念は、まさに理念として、正義というシステムを領導すべきであり、従来の、正義のシステムとは無縁の孤立した概念とする発想とは訣別すべきである。システムとしての正義は、システムであるが故に、また、その社会的機能の故に、多くの属性をもつ。そのようなシステムに規定された正義概念(理念)は決して空虚ではなく、機能的構造的な理由で、豊かな内実を有する。

正義の概念をこのように捉え直し、この観点からわが国の政治史を読み直し、正義についての公論、また、正義を用いて公共問題を語り評価する伝統と習慣をわが国に根付かせていくべきである。ポスト・モダニストたちはこれを「正義の脱構築」と呼びたがるかもしれない。が、それは正義が無力であること、どちらでもよいものであることを意味するのではなく、逆に有力化させるための方途であることは明白であろう。このような捉え直しの可能性と必要を説くのは、法律家の中でも、法学研究者、とりわけ法哲学者の任務かもしれない。が、実際にこの伝統を構築し、育てていくのは、法曹三者を中心とする広い意味での法曹、研究者を含む法律家の社会的責務である。