

法的推論と法文化

— 普遍的法理論の批判的検討 —

松 浦 好 治

— はじめに — 「普遍的」法理論？

法的推論（あるいは法解釈）は、法理学（法哲学、法理論とも呼ばれる）の伝統的な研究テーマの一つである。法的推論の研究は、法律専門家が法の解釈をどのように行っているかを明らかにしようとするだけでなく、具体的な事件（とりわけ難事件）を前にしてどのような手順に従ってあるべき法の解釈を追究すべきか、さらにまた事件に対する判断を根拠づけるにはどうすればよいかなどを対象としている。法理学においては、従来、法的推論に関する理論的な考察はきわめて「普遍的な」性格を有するものであって、その研究成果は、文化的・地域的な制約を超越するものだということが暗黙に想定されてきたように思われる。

たとえば、法的推論に関連して法学文献の中で頻繁に論じられるのは、法の規定についての客観的解釈、拡大解釈あるいは縮小解釈、立法者意思、目的論的解釈、法律構成、法的判断の正当性の論証などである。これらのテーマを論じる限りでは、特定の時代や特定の政治制度や裁判制度に言及する必要はないから、法的推論の理論は、社

会や文化そして歴史や時間を超越するように見える。しかし、本当にそうみなしてよいのだろうか。普遍的な法理的推論理論は現実存在可能なのだろうか。

本稿は、この「普遍的な理論」という想定において理論を展開することにはそれなりの意味があるにせよ、その「普遍性」を額面通りに受け取ることはおそらく誤りであって、「法的推論」に関する諸理論は想像以上に文化依存的、社会依存的な側面をもっていることを認識すべきであると主張しようとするものである。そのような認識に立つ本稿は、同時に、法理学は普遍的な法的推論理論の背後にある文化的、社会的、地域的な文脈をもっと特定し、その文脈の特性を具体的に明らかにする努力をすべきであるという議論をあわせて展開しようとするものである。

法的推論に関する理論が普遍的な装いをしていることは、法的推論を論じる現代の基本的な法学文献から容易にみてとることができる。まず文献のタイトルそのものが理論の普遍性を示唆するように思われる。たとえば、英米系の法的推論の古典的研究書であるリーヴィ (Edward Levy) の書物のタイトルは、『法的推論入門』⁽¹⁾であるし、マッコーム (Neil McCormick) の書物は、『法的推論と法理論』⁽²⁾と題されている。現代の法解釈論にかかわる重要文献であるドゥオーキン (Ronald Dworkin) の論文は、『難事件論』⁽³⁾である。注目されるのは、表題や副題の中のどこにも、それぞれの著者の属する社会や文化あるいは法伝統についての言及がないことである。どの論考も合衆国における、あるいは英国におけるというように、議論の場を特定する表現を含んでいない。表題だけを見る限りは、これらの文献は法的推論一般(つまりは、普遍的な法的推論の理論)を論じようとするものだという印象を読者に強く与えずにはおかない。

実際、これらの文献の内容を参照しても、法的推論が行われる裁判所の特性や社会の特性その他は重要な論点として取り上げられていない。文献を読む限りは、合衆国や英国の文化、伝統、社会、法律専門家集団の特性などは、法的推論のあり方に対してなんらの影響も及ぼさないかのようなのである。筆者の知る限り、法的推論に関する内

外の理論研究において文化的社会的背景が具体的に議論されることは、きわめて少ない。少ないというよりも、議論されるのは非常に稀であると言う方が正確であろう。⁽⁴⁾

いうまでもないことだが、法的推論を研究対象としている人々や法的な議論を実際に行っている法律専門家が法的推論の展開される環境の特性を意識していない筈がない。そうだとすると、法的推論の実践は真空中で遂行されてはいない。その限りでは、法的推論の実践は健全だといってよいのであろう。しかし、問題は、有能な法律家が当然の前提としている暗黙の想定群が明示されず、法的推論の理論の中にアクセス可能な形で統合されていないことである。暗黙の想定群を意識しているということ、それをだれでも理解可能な明示的な知識に変換できるということとは明らかに別物である。この変換がどの程度実行可能であるかは定かではない、しかし、少なくとも可能な範囲でそれを試みる理論的価値はあると筆者は信じる。本稿は、この方向への序論的考察である。

ここでは、次の三点に考察を限定して検討を進めることにしたい。第一は、どのような法的推論の理論も、一定の制度を暗黙に前提としているのではないかという点である。たとえば、日本の法的推論の理論は日本の制度を、合衆国の法的推論の理論は合衆国の制度を暗黙の前提にしていると考えるべきではないかという論点である。第二は、法的推論についてよく指摘される「発見の過程」の中で、一定の暗黙の文化的、社会的な想定が理論にとって決定的に重要な意義を有しているのではないかという点である。即座に判定を下すことができないような難事件に直面したとき、法律家はさまざまなことを考えて「妥当な」解決を模索する。それが発見の過程である。「妥当な」解決を探し求める場合、考え方には「コツ」があるとされる。それらの「コツ」は、文化や社会に依存するものだろうか、それとも普遍的なものだろうか。第三は、法的判断の「正当化の過程」、つまり難事件に対する一応妥当な結論が「発見された」として、それが妥当であることをきちんと説得的に説明する局面で、どのような種類の暗黙の想定がおかれているのか、またそれらの想定は普遍的な想定なのかという点である。これらの点を以下において

順次検討することとしたい。

第一の点にかかわる先駆的業績としては、オックスフォード大学のアティア教授とコーネル大学ロー・スクールのサマーズ教授が共同で行った研究がある。⁽⁵⁾ 彼らの研究は、同じコモン・ロー系の法伝統に属するにもかかわらず、英米の法的議論、法的推論のあり方が極端な対照を見せているのはなぜかという問題設定から出発する。英国では、法の文言を重視する「形式主義的」な推論や議論が有力であるのに対して、合衆国では法の文言にとらわれない実質的な議論や推論が評価される。アティアとサマーズの中心的な主張は、この対照的な推論のあり方は、英米の裁判をとりまく様々な制度的環境からかなりの程度説明できるといふ点にある。

また、第二の点にかんするものとしては、矢崎光圀教授の日常世界の法構造に関する研究がある。⁽⁶⁾ 教授は、日常世界と法的世界との間の重層的な関係と相互移行的な関係をラセンを内蔵した「シリンドラー」モデルを用いて描こうとする。そのモデルは、(1)西洋法伝来の専門用語に満ちた、法、資本主義経済、議会政治などの制度的世界と(2)日本の労使関係から根回しまでを広くカバーする日本的なるものの層、さらには(3)人や社会のユニークでアモルフラスなあり方を単線的関係としてではなく、重疊的、ねじれ関係にあるものとしてとらえようとするものである。この研究は、直接には法的推論を論じるものではないが、本稿の対象とする暗黙の想定群の存在とその複雑で微妙なあり方を探るための有力な手がかりを提供しているように思われる。

筆者は、これらの先駆的な研究を参考にしながら考察を進める。ただ、法的推論を論じる場合どうしても議論が抽象的になりがちであるので、一つの具体例を設定して、それを題材にしながら筆者の見解を具体化することにした。

二 救命資源としての人間のからだ

一九九一年六月一七日のタイム誌は、社会倫理に関わる一連の特集記事を掲載した。どの記事も医の倫理や有用な資源としての人間の身体に関する興味ある問題を含んでいるが、その中でもランス・モローの「あるひとの身体がもうひとりの命を救うことができる」と紹介してみたい思う。⁽¹⁾この記事には、「命を救おうという考えから生まれたある家族の行動は、天使の側に立つものだが、天使の羽と羽の間の空間にはメンゲレ博士の悪霊がじっとたずんでいる」という副題がついている。記事が取り上げたのは、次のような事件である。

カリフォルニア州に夫婦と子ども二人の家族が住んでいた。この一家は、アヤラ家という。記事が書かれる三年前、アヤラ家の長女アニッサ（一六歳）は、白血病だと診断された。白血病で発病した場合、骨髓移植（marrow transplant）の治療を受けない限り、その患者はふつう五年以内に死亡するといわれている。だから、ことは重大だった。両親のアヤラ夫妻は、長女に適合する骨髓の提供者を求めて八方手を尽くし、一家の努力はマスコミでも注目を集めたようだが、結局のところ提供者を見つけることはできなかった。適合する骨髓の提供者として兄弟姉妹がもっとも可能性が高いことを医者から知らされていたアヤラ夫妻は、当然のことながら長男が提供者になれるかどうかの検査を済ませていた。残念ながら長男の骨髓はアニッサに適合しないと判定されていた。

このままでは、アニッサは死を免れない。手をこまねいてそれを待つわけにはいかない。アヤラ夫妻は、長女アニッサに適合する骨髓を持つ可能性のある子どもを新たにもらうことにした。しかし、父親のエイブは、すでに不妊手術を受けていたので、そのままではメアリ夫人の妊娠は不可能だった。不妊手術からの回復手術を受けても、夫エイブが能力を回復できるとは限らない。回復手術の成功率は、四〇%といわれた。エイブは、成功率が高いとはいえない回復手術を受けた。そして、手術は成功した。メアリ夫人は、その当時四〇歳を越えていた。出産するとなれば、高齢出産である。自分自身の生命の危険も少なくない。それでも、メアリは妊娠出産を決意したのである。彼女は妊娠した。無事に子どもが生まれれば、その子の骨髓は長女アニッサに必ず適合するかと、

そうではない。生まれてくる子どもの骨髄が長女のアニッサに適合する確率は四分の一にすぎないのであった。このような経緯があつて、一九九〇年四月にメアリ夫人は次女を産出した。

次女の骨髄は、幸いなことに長女に適合した。まさに、アヤラ一家は賭に勝つたのである。しかし、生まれたばかりの子どもからただちに骨髄の移植はできない。アヤラ一家は、じつとときを待つことになった。一四カ月後、次女のマリッサが一歳二カ月になったとき、移植手術が行われた。この手術もつねに成功するわけではない。拒絶反応が起こらず、重大な感染症が発生せず、移植された骨髄が順調に機能して万事うまくことが運べば、白血病で死んだ筈の長女に命が与えられる。その確率を医師団は、七〇%と考えていると記事は伝え、家族全員の写真を大きく掲載している。

一家を挙げて家族の一員を救おうという努力は、たしかに感動的なものである。同時にそれは、慎重な考慮を要する問題を少なからず含んでいる。タイム誌の記事は、そのいくつかを次のように指摘している。救命のためとはいえ、からだの一部を利用する目的で妊娠出産することは道徳的に許されるのか。次女は、骨髄を利用されることについてなんら同意していない。次女が仮に同意するかしないかの選択を求められたと仮定した場合、次女は同意を与えただろうか。また、人々が子どもを欲する理由はさまざまである。たとえば、農家の家族は、農業労働をする人手を必要としている。そういう場合とこの事例との間にどれほどの違いがあるのだろうか。

これらの問題は、倫理的問題であると同時に法的な問題でもある。身体の一部の利用を目的とする出産は、法的に規制すべきであろうか。仮に、規制すべきでないとするれば、その根拠はどのような法原理に求めるべきか。また、規制すべきであるとすれば、それは刑法的規制が適切か、それとも医者の行為に対する行政的な規制の方が適切だろうか、あるいは民事的なアプローチが可能かもしれない。⁸⁾ 現行法で規制するとすれば、どのような条文が用いられるべきであるのか。その場合の法律構成はどうすべきか。もし胎児の骨髄が利用予定者の組織に適合しない

ことが判明した場合、その胎児の中絶を法は許容すべきであろうか。自分のからだを他人の救命のために利用することに於いて乳幼児には明らかに同意能力はない。同意能力のない者のからだの一部を利用する場合、両親の同意で十分であろうか。もし、この種の同意について両親が適任でないとすれば、いったい誰が同意すべきであろうか。そもそも、乳幼児のからだを利用することは、同意の存否を問題とすることなく禁止すべきであろうか。少し考えただけでも、難問が山積していることがわかる。これらは、法律家の検討すべき問題であることは間違いないし、また、そのかなりの部分が法的推論の理論の対象領域に入ってくるであろう。

本稿の関心は、普遍的な法的推論の理論の問題としてこれらの問題を扱えばそれで十分なのかということなのである。

三 法的推論の理論と暗黙の想定(1)——制度的想定

法的推論の理論は、その普遍的な外観にもかかわらず、一定の具体的な社会と社会的諸制度を暗黙に想定しているのではないかと、この点から検討を始めたいと思う。この点について、すでに触れたアティアとサマーズの書物は示唆に富んでいる。彼らは、法理論において同じ概念が使われてもその中味は同じとはいえないという、言われてみれば当然の見解から出発する。たとえば、日本に限らず多くの国の法律家は、「裁判所」、「裁判官」、「法」、「法律家」というような専門用語を共有している。しかし、「裁判所」といっても、同じコモン・ローの法系に属する英国とアメリカ合衆国でもその制度と実態はまったく異なる。英国には比較的少数の裁判官集団によって支えられる上下関係のはっきりした統一的な裁判所組織があるのに対して、合衆国の裁判所組織は、分権的で英国のような明確な上下関係をもたない。また、合衆国の裁判官集団は、英国のような一体性や凝集力をもっていない。そうなれば、裁判所の役割や機能は、英国と合衆国とは大きく異なると考えなければならぬ。アティアとサマーズは、

し、英、法の裁判所の法的推論や法解釈の姿勢は形式的であり、合衆国のそれは実質的だといふ特徴付けがされるけれども、その違いを生み出す原因の一つは、コモン・ローという判例法を支える両国の裁判所制度の構造的差異にあるのだと論じている。このような制度的、構造的な差異が法的推論のあり方を左右するほどのものであるならば、法的推論の理論は、その差異を超越したところに成立するかのような研究態度をとるのは、いかにも不自然である。むしろ、イギリス人の法的推論の理論は、英国の裁判制度その他を前提とし、アメリカ人の法的推論の理論は、合衆国の裁判制度その他を前提にしているのだと考えるべきではないかと思われる。⁽¹¹⁾

このようなアティアとサマーズ流の発想の延長線上で日本の裁判制度を考えてみよう。よく知られているように、日本の裁判官は行政官に似た集団的特性をもっている。たとえば、裁判官については英米やドイツに見られないような独特の転勤制度や昇進制度があり、人事異動と転勤は、裁判官の生活の重要な部分になっている。⁽¹²⁾ 一体性の強い小規模な職業裁判官集団を担い手とする日本の裁判所組織は、権威の上下関係のきわめてはっきりしたものであり、最高裁判例の文言の現実の拘束力は非常に強力である。弁護士も専門家として「社会的正義」という表現に象徴される集団的倫理をもち、その実現に努力すべきであるという意識を強くもっている。⁽¹³⁾ また、合衆国の弁護士と比較した場合、日本の弁護士には「やとわれ拳銃」(hired gun) 的な意識は非常に弱いように思われる。法の生成は、多くの場合中央官庁で始まり、いわゆる法のアフターケア (after care) も行政官庁が主として担当している。⁽¹⁴⁾ また、権力分立といっても、日本の司法と行政とは必ずしも対等とはいえないように思われる。法を支える道徳や倫理について、日本ではそれを支える社会的制度が稀薄である面も注目される。⁽¹⁵⁾ これらの制度的な枠組は、日本の法律家にとっては当然の前提であるが、それは普遍的に想定できることではない。⁽¹⁶⁾

法的推論の理論を研究する場合、以上に述べた裁判所組織をはじめさまざまな制度が暗黙に想定されていること、否定できないように思われる。しかも、それらの想定がある程度具体的に特定しておかないと法的推論の理論

には見過ごすことのできない難点が生じる。それについて、将来生まれてくる乳幼児のからだの一部を利用する目的で妊娠出産するという二で紹介した事例を素材としてもう少し説明してみたい。この事例が含む潜在的な法的な論点は複数あるが、ここでは骨髄提供者の同意という点を取り上げよう。

他人の骨髄の採取が認められるべきかどうかを考える場合、法律家が重視する一つの論点は、提供者本人の同意の存否であろう。同意が違法性を阻却するかどうかという刑法的な論点をクリアーできたとしても、この論点を避けて通ることはできない。周知の通り、同意についての基本的な問題は、他人の心の中を覗いて本当に同意がそこにあるかどうかを確認できないことから生じている。直接に同意の存在を確認できないから、われわれは一定の指標や徴表を手がかりにして、一定の手続によって同意の「存在」を確認する制度を導入している。ふつう頻繁に使われる指標や徴表は、本人の言ったこと、書いたこと、本人の言葉や文章が発せられた状況（年齢、人間関係、観察された行動、その他）などである。つまり、同意が存在するかどうかは、社会的、制度的な判断なのであり、その限りでは同意の存否は、本人の問題なのではなく、社会的判断の問題といつてよい。したがって、われわれは、本人自身に同意する能力や同意を与える機会がないと考えられる場合でも、本人の同意を話題にすることができ、社会契約論における社会の成立を承認する黙示の同意や日本民法における行為無能力に関する議論は、その好例であろう。

人間の生命身体は、歴史的にはプロパティ (property, 所有) の第一の意味であり、したがって最大の法的保護を与えるべきものとされ、その結果としてその利用については本人の「同意」が必要とされてきた。⁽¹⁸⁾ さて、タイム誌の記事に戻ろう。長女に適合する骨髄をもって生まれてきた一歳二カ月の次女には、ふつうの意味における同意能力はない。しかし、その状況の下では、長女を救う唯一の方法は、次女の骨髄を移植することのように思われる。仮に、長女の命を救うとすれば、次女の「同意」を何らかの方法で認定する方向に法的な推論を導く必要がある。

では、どうすれば法的に「同意」を認定できるか。これは、法的推論の課題であるといつてよいだろう。

そのとき、法律家は、法的推論の環境を構成するさまざまな暗黙の制度的想定を意識的に確認しようとするであろう。たとえば、子どもに関わる事項についての親の同意は、どのような制度によって行われているか（未成年の行為能力に関する日本民法四条や親権者と子の間の利益相反行為に関する八二六条などを含めて）、その制度の信頼度はどの位か、親権制度の社会的重要性の評価、裁判所や行政官庁の能力¹⁹などは表面にどの程度現れるかはともかく、同意の存否に関する法的推論を展開する考えの場合の重要な前提事項である。筆者が注目したいのは、それらの前提事項（つまり、想定）の普遍性の程度である。

タイム誌は、次女が仮に同意するかしないかの選択を求められたと仮定した場合、次女は同意を与えただろうかとは書いているが、実際に次女の「同意」がどのように扱われたのかを報告してはいない。そのとき、日本の法律家は、日本と同じような同意認定制度がカリフォルニア州に存在すると想定するだろうか。慎重な法律家なら恐らくそういう想定はしない。法律家は、法的な見地からすると、タイム誌はカリフォルニア州における親権者やそれに相当するような者の同意についてもっと書くべきであったと考えるに違いない。なぜなら、それは法的推論のあり方を決める決定的に重要な要素になりうるからである。このことは、同時に法的推論を取り巻く制度的環境は、普遍的なものではなく、もっと具体的で限定的であるということを示している。言い換えると、タイム誌が書かなかったことを特定してはじめて意味のある法的推論理論が展開可能となるように思われるのである。たしかに、法的推論を論じる専門家は、日常的にはこれらの制度的な想定に言及しない、しかし、それはけっして時間と空間に制約されない超文化的な法的推論の理論が展開されていること保証するものではない。

以上、暗黙の制度的想定について論じてきたが、法的推論の理論が想定しているのは制度だけではない。そこで、次に、発見の過程における想定について考察を進めることにしたい。

四 暗黙の想定(2)——発見の過程における文化的社会的想定

法的推論に関して二つの過程を区別することがしばしば行われる。一つは、「発見の過程」と呼ばれ、他の一つは「正当化の過程」と呼ばれる。⁽²⁰⁾ 発見の過程とは、難問についての妥当な解決を探し出すプロセスのことで、たとえば、二で紹介したような「乳幼児である次女が同意の意思表示をできない場合」、これをどう処理したらよいかを考へ出してくる局面がそれに該当する。正当化の過程とは、仮に同意の存在を認定すべきであるという結論を得たとき、その結論の正しさをどのような方法を使って説明するかを考える局面がそれにあたる。

まず、発見の過程における暗黙の想定から検討を始めたい。長女の命を救うために次女を出産して、その骨髄を利用するという行為は、空想として語られたことはあったにせよ、誰もが「まさかそこまでやる奴はいないだろう」と思っていたことであろう。したがって、事件が現実起こってみると、それは誰にとっても経験したくない新しい社会問題であって、即断できるようなたぐいのものではないことは明らかである。これは「事件」であるだけでなく、「難事件」なのである。われわれは、この事件をどのように特徴づければよいかを迷いながら手探りで進まざるを得ない。そういう場合に、われわれは、しばしば自分たちがよく知っていて馴染みのある法現象や社会現象を手がかりにしてその解決方法を探ろうとする。筆者は、このプロセスにおいて比喩が想像以上に重要な役割を果たしていると考えている。⁽²¹⁾

タイム誌も人々が思いつきそうな比喩をいくつか持ち出している。まず、奇跡という比喩である。アヤラ一家のあらゆる努力にもかかわらず長女アニッサに適合する骨髄を持つ人を誰も見つけることができなかった。アヤラ夫妻が長女に適合する子どもをもうける可能性は悲しくらいに小さかった。しかし、タイム誌の記事を読む誰もが驚きを禁じ得ないほど、アヤラ一家は、大変な努力の末に絶望的な賭率の賭に勝ったのである。それは、奇跡と呼

んでもいいほどの出来事である。そうであるならば、この事例はそういうものとして受け入れるべきではないのか。少なくとも、キリスト教信仰の流れの中では、おそらくこの比喩はそれなりの説得力をもつであろう。

奇跡をもたらしたのは、天使のなせるわざなのかもしれないかもしれない。が、ひよっとするとそれは悪魔のわざなのかもしれない。メンゲレ博士の比喩がそこにある。ナチスの人体実験を担当した医者の中でもとくに恐るべき医学実験を考案したことで悪名高く、戦後戦争犯罪人として追及された医者メンゲレのやったようなことがここに再現されようとしているのではないかというのである。

タイム誌が触れている第三の比喩は、「動物農場」ならぬ「ベビー農場」の比喩である。食用目的で家畜が育てられる牧場のようなものが、赤ちゃんについても作り出されようとしているのではないか。それは、消費目的で乳幼児が組織的、商業的に生産される農場のようなものになる。ここでは、人間のからだの一部を利用するための一種の「食人」が行われるのである。果たして、こんなものを作ってよいのかという憤りと恐れとがその比喩には込められている。

ベビー農場の比喩に関連して、英米でよく使われる比喩も見られる。「人を際限なく滑落させる斜面」(slippery slope)の比喩である。いったん足を滑らせたなら、ツルツルして滑りやすい斜面では、ずるずると落ちていってしまう。アヤラ一家の場合は同情に値するとしても、いったんこんなことを許したら、あとはわれわれは倫理的に止めどもなく墮落していってしまうに違いない。ここでしっかりと踏みとどまるべきなのだ。なぜなら、もし、一度でもこのようなことを認めたら、妊娠中に胎児の骨髄検査をして、それが適合するかどうかを事前に判定することが広く行われるだろう。すると、適合しない胎児を中絶し、改めて妊娠するということが行われたいとはいえない。それを否定するなら今だというわけである。

部品補給手段の比喩もある。新しく生まれた次女は、人間として扱われたのではない。それは、すでに生きてい

る長女の故障部品を取り替えるための部品を提供するための手段あるいは道具として、生命を与えられたのである。人間が人間からモノに転化するという疎外や物象化という観念につながる比喩がここにある。

否定的なニュアンスを含む比喩ばかりではない。生命は生きること望んでいるのだ。それを何とかしてかなえてやろうとするのは、まさに、慈愛 (Grace) であり恩寵である。しかも、子どもを守ることは、親の第一の義務ではないか。家族が力を合わせて家族を不幸から守ろうとする愛に満ちた家族という比喩がそこに見られる。

これらの比喩は、アヤラ一家の事例を考える一般的な環境を形成している。その中で次女の同意が問題になる。同意については、タイム誌は、合理人の選択に似た比喩をあげている。⁽²²⁾つまり、仮に、次女が通常の感性と合理的な判断能力を有する人間であったとしたら、どういう判断を下したであろうかという形でそれは合意を具体化しようとしている。筆者が日本人として記事の英文の文脈を読む限り、この比喩が同意の存在の認定に導くのか、それとも否定に導くのかは判然としない。

タイム誌は指摘していないが、同意については、二枚の印刷された絵が寸分狂わず合致するという比喩があるし、親子や夫婦は、一心同体だという比喩もある。⁽²³⁾

以上いくつかの比喩の存在をあげてきたが、それは、どの比喩が一番適切かということを明らかにするためではない。ポイントは、われわれは難問に直面すると比喩を手がかりにして考えるという点である。比喩は、理非曲直をはじめ、われわれが人生を送ることにかかわるヒントやコツの宝庫である。もちろん、比喩や諺は、確定的な指針を与えてくれるものではない。しかし、比喩は、われわれの深層心理や文化的価値、伝統、歴史への通路であることはたしかである。ここで素材としたアヤラ一家の事例を通して、われわれは半ば必然的に、親子とは、家庭とは、家族愛とは何かを考え、また人間としてなすべきこと、してはいけないことの考察に取り組むことになる。そのような思索を通して、われわれは自分自身の属する伝統、文化の意味を考え直すといつてよい。

そのとき、われわれは、自分の属する社会や文化がそれぞれの比喩が媒介する価値観にどのくらいウエイトを与えているかを考えることになるはずである。それは、超文化的な結論になるとは思われない。タイム誌は、この事例に関連して、千人の成年のアメリカ人に電話で調査を行った結果を報告している。結果のいくつかを紹介してみよう。「自分の子どもの生命を救うために臓器や人体組織を得る目的で両親が妊娠出産することは、道徳的に許されるでしょうか (morally acceptable)?」という問いには、四七%が許される、三七%が許されないと回答した。「生きている人間から他の人間に使うため、生命に危険を及ぼさない腎臓その他の臓器を摘出することは道徳的に許されるか?」については、八三%が許される、一〇%が許されないとした。「腎臓を必要とする親密な関係にある親族 (close relative) のためにあなたは腎臓を提供すると思えますか?」には、八八%が提供する、五%が提供しないと答えている。また、「一八歳未満の子どもに親族のために腎臓を提供する気があるかと尋ねることは倫理的に許されるか?」については、四五%が許される、四二%が許されないと答えている。合衆国におけるこれらの反応と日本における反応は同じになるだろうか。仮に同じにならないとすれば、その違いは、法的な推論のレベルにも影響を及ぼすと考えられる。少なくとも、日米における法的推論のスタイルや推論の前提に選ばれる原則の選択を「理解する」重要な手がかりとなる筈である。

すると日本の法的推論理論は、日本の法思考の展開に密接な関わりをもつさまざまな比喩を特定して、それを視野に収めることを検討すべきであり、そういう意味で筆者は、発見の過程における法的推論理論は、その文化依存的な部分の解明にもっと力を注ぐべきだと考えるのである。⁽²⁴⁾

五 暗黙の想定(3)——正当化の過程における想定

アヤラ一家の事例で、仮に次女の同意を認定すべきであるという結論が得られたとする。すると、この結論の妥

当性を論証する必要がある。もちろん、このような論証は、必ずしなければならないというわけではない。それは、われわれがそうする必要があると感じたときに初めて発生する問題だからである。しかし、法律家、特に西洋流の法学を学んだ日本の法律家は、結論を正当化する方法は一つしかない、あるいは決定的に重要な方法は一つだと想定していたように見受けられる。この場合の決定的な正当化の方法とは、いわゆる三段論法による論理的論証だと考えられている。この論証は、一定の結論（判決などの法的判断）が前提とされる命題（通常は、制定法の条文）と論理的に矛盾していないということを論証するものであり、推論や議論が論理的に正当であることを明らかにする。それが法律構成と呼ばれることは周知の通りである。

ここで問題にしたいのは、三段論法による論証がもっとも優れた正当化の方法であるという想定は、普遍的であると判断してよいかである。発見の過程と正当化の過程という区別を持ち出したワッサーストロームは、三段論法による論証はけっして結論が社会的に妥当なものであることを保証するものではなく、もっと別のタイプの論証が法学に求められているという当時の合衆国の法学の状況を詳しく紹介している。すでに注20の中で触れたように、結論や決定あるいは結果が「正当である」ことや「妥当である」ことを説明する方法は唯一とは限らない。⁽²⁰⁾

たとえば、アメリカの心理学者のギリガン（Carol Gilligan）の研究は、法的なルールを前提とする三段論法による論証以外にもう一つ有力な論証の枠組があることを示唆する。彼女は、心理学的なインタビュー調査の分析から次のような研究成果を報告している。

ギリガンによると、合衆国では、ある倫理的な問題についてどうすべきかを考える場合、権利の道德（morality of right）と名づけることのできるアプローチと責任の道德（morality of responsibility）と名づけることのできるアプローチとが観察される。権利の道德では、ある判断の妥当性は、一般的規範との関係で正当化される。ギリガンがインタビューの結果として述べていることは、法理論の専門家にとっては、おそらくドイツの哲学者のカントの

定言命令の考え方の実例に近いと表現する方がわかりやすいであろう。カント流の発想では、まずすべての人が認めるような普遍的命題（あるいはルール）を確定し、それに合致するように各人は自分の判断や行動を決定すべきだとされる。このアプローチの特徴は、まず、一般的なルールを設定すること、個別の事例はこの一般的なルールの示す解決方法の具体例であると位置づけるところにある。また、それは、ルールに基づく判断であるから、結論は黒か白かのいずれかという断定として示される。別の言い方をすれば、それはリーガリスティック (Legalistic) な法律家的発想にはかならない。

しかし、このような正当化の方法は法律家にとっては、「妥当な」ものであるかもしれないが、すべての人がこのようなアプローチによる正当化によって説得されるわけではない。ギリガンによれば、将来法律家になることをめざす女性の法学生でさえ少なからずこのようなアプローチに違和感を覚えるという。彼女の検討によると、合衆国の女性は、インタビュー結果から判断する限り、権利の道徳よりも別のアプローチに親近感を覚えるし、別のアプローチによる結論の方に妥当性を見いだすという。このアプローチをギリガンは責任の道徳と呼んでいる。このアプローチの特徴は、一般的なルールを出発点にしない。法的ルールの場合、当事者は「原告」あるいは「被告」として登場するのであって、固有名詞をもったユニークな個人として登場するのではない。責任の道徳というアプローチの中では、関係者がだれも傷つかないようにしたいという観点から具体的な事情に即して、具体的な人間関係を考慮して解決が模索される。そうなれば、当然のながら、一刀両断的な判断は困難になるから、結論は玉虫色になりがちである。このように責任の道徳を表現すると、それはいわゆる「日本的紛争解決」といわれているものと共通する部分があるという印象をもつ読者は少なくない筈である。⁽²⁸⁾ギリガンの書物が合衆国で大きな話題になったのは、責任の道徳というアプローチは従来合衆国で権利の道徳のアプローチよりも劣ったものとされていたが、そう考えるべきではないという新鮮な問題提起を行ったところにあると思われる。

仮に義務の道徳というアプローチは、権利の道徳というアプローチよりも日本の日常世界にとって馴染み深いものであるとすれば、それが正当化の過程においてまず想定されていることであろう。この推測が当たっているかどうかは、検証が必要であろう。どのような正当化の過程がその社会に受け入れられているかは、法的推論の正当性を示そうとする過程において無視することのできない意義をもっている。そうだとすれば、われわれは適切な正当化の方法についての暗黙に理解している想定を明らかにし、その想定がどれほど普遍化できるかを検討すべきであろう。

七 暫定的まとめ

筆者は、ここ数年、法律エキスパートシステムに関する共同研究に関わりをもっている。法律エキスパートシステムは、コンピュータを用いて、コンピュータに法律専門家の仕事のある程度代行させようとするものである。その研究の一つの課題は、法律家は法的推論をどのように行っているのかを解明することである。法的推論という実践活動を考察すればするほど、筆者は、あまりにも多くのことが暗黙に想定されていると感じるようになった。

この共同研究に参加した人々が同様に感じていることだが、ある単純な条文をコンピュータに覚えさせ、一定の単純な事実関係に適用させようとしても、膨大な量の情報をコンピュータにインプットしなければならぬ。日本語の条文の場合、当該条文を含む法の構造、関連判例（どれが「関連」するかという情報を含めて）、日本語の彙、文法だけでなく、非常に多くの用例、さらに言葉の意味は状況によって決まるから意味を決める「状況」あるいは「コンテキスト」の特定、その他気が遠くなるほどの情報をコンピュータが利用可能な仕方では体系づける情報が必要である。しかも、法律専門家は、これらの必要な情報をすべて意識しているわけではない。大半の知識や情報は、意識されていないし、本人さえ気がつかないような暗黙の知識として存在している。

伝統的な法的推論の理論は、知識表現（言語表現と言い換えてもよい）できるものだけを表現したという印象が強い。かつて、科学は経験可能なものだけに考察を限定しているという批判が出されたことがあったが、この批判は、そのまま法的推論の理論にも当てはまるように思われる。少なくとも、従来の法的推論の理論だけで、コンピュータに法律エキスパートの役割をさせることは不可能である。そういう角度から見れば、法的推論の理論は、理論というよりも「専門家のクニ」（rule of thumb）の集積に近いのであろう。本稿は、そういう認識から出発して、さまざまな暗黙の想定をわちやかな範囲で考察しようとしたのである。

- (1) EDWARD LEVY, AN INTRODUCTION TO LEGAL REASONING (University of Chicago, 1949).
- (2) LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY (Oxford University, 1978)
- (3) Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057 (1975).
- (4) このような事情は、大陸法の伝統に属する国においてもそれほど変わりはないように見受けられる。たとえば、ドイツ語圏の最近の議論については、亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界(一)―(四)―」『判例タイムズ』五五〇号四八頁、五五二号六二頁、五五四号一七頁、五五五号五二頁（一九八五年）参照。また、田中成明『法理学講義』（有斐閣、一九九四年）第一五章参照。
- (5) ATYAH & SUMMERS, FORM AND SUBSTANCE IN ANGIO-AMERICAN LAW (Oxford, 1987). この書物についての簡単な紹介として、松浦好治「比較法史研究の一のスタイル」『比較法史研究の課題』（比較法史研究一）一四三頁以下（一九九二年）参照。
- (6) 矢崎光圀『日常世界の法構造』（みすず書房、一九八七年）
- (7) Lance Morrow, *When One Body Can Save Another*, TIME, June 17, 1991 at 30.
- (8) 重大な倫理的問題へのアプローチ方法については、たとえば、CALABRESI & BOBBIT, TRAGIC CHOICES (Norton, 1978) 参照。
- (9) 筆者は、法的推論や法解釈という作業は特定の条文を前提にして、その条文の文言が具体的な事件に対してどのような「推論」に基づいて、どのように適用されるのか、また適用されるべきなのかという狭い作業に限定されないと考え

ている。法的推論は、本文に掲げたようなさまざまな問題に対する法的な思考の全体に関わる、つまり法的推論は法的思考の研究と大幅に重なり合うと考えられている。

- (10) つまり、上級の裁判所がさまざまな理由から下級の裁判所に十分にらみをきかせることのできる制度になっている場合、上級裁判所の判決の文言は厳格に、言い換えると、形式的にそのまま従われる傾向を強める。合衆国では、たとえ連邦と州という二元的な裁判制度を採用しているため、上級裁判所は下級裁判所をイギリスほど厳格に統制できないので、上級裁判所の文言の拘束力は弱まり、結果として、裁判所の法的推論や立論の仕方は、実質的なものになるというのである。アティアとサマーズの分析の詳細については、松浦前掲注(5)参照。

- (11) 法にかかわる知識を支える組織構造も日米では驚くほど違いがあることについては、松浦好治「知の制度の法的政治的意義——十九世紀アメリカ合衆国における法学校を素材に——」『比較法史研究4』（未來社、一九九五年三月刊行予定）参照。

- (12) このような制度がもつ機能については、渡部保夫、宮澤節生、木佐茂男、吉野正三郎、佐藤鉄男『現代司法』（日本評論社、一九九二年）六三―七八頁参照。

- (13) もちろん、日本の弁護士集団意識をこのように特徴づけることは単純化のしすぎである。たとえば、棚瀬孝雄『現代社会と弁護士』（日本評論社、一九八七年）第七章に見られるような詳細な検討が必要なことはいうまでもない。しかし、日本とは異なり、全員加入を義務づけるような弁護士団体が存在しない合衆国とのきわめておおざっぱな比較としては、このようにいうことは不可能ではないと思われる。松浦前掲注(11)参照。

- (14) この点については、関守「内閣提出法律案の立案過程」『ジュリスト』八〇五号二五頁以下（一九八四年）および「特集 立法の過程」『法学教室』一七三三号六頁以下（一九九五年）参照。

- (15) 合衆国ではキリスト教のさまざまな組織が社会道徳を担う組織として存在しているが、日本の宗教団体がそれに匹敵する社会的機能を営んでいるとは思えない。

- (16) 日本法の暗黙の諸前提を法社会学の立場から幅広く明らかにしようとする最近の研究として宮澤節生『法過程のリアリティ』（信山社、一九九四年）がある。

- (17) 筆者は、一九九四年にアメリカのウィスコンシン・ロー・スクールで教える機会をもった。その際、日本法についてはほとんど知識をもたないアメリカ人の法学生に日本法の特徴を知ってもらうためには、アメリカ法が当然の前提として

- いる多くの事柄がほとんど日本を含めた諸外国で共有されていないことを指摘すること、日本法の暗黙の前提事項を個別に特定し、それを合衆国の法制度の暗黙の諸前提と比較することが有効なアプローチであるという印象をもった。
- (18) 西欧では、生命身体はたしかにプロパティの対象であるとされたが、その売却や処分(自殺を含めて)は、生命身体が神の賜物であるという理由で許されなかった。この点を含めた最近の議論については、PROPERTY LAW II (Mensch & Freeman eds, Dartmouth, 1987) Part I 所収の諸論文及び Stephen Munzer, *Kant and Property Rights in Body Parts*, 6 CANADIAN J. LAW & JURISPRUDENCE 319 (1993) など参照。
- (19) 次女からの骨髄移植という社会問題に立法や行政がきわめて迅速に対応するであろうという見込みがあるときには、裁判所は積極的にこの問題を処理しないかもしれない。立法、司法、行政という統治機構を担う重要な部門の能力や機能性に関する認識は、この問題を司法の問題とすべきかどうかという推論の基本方針を定める上で決定的に重要であろう。
- (20) RICHARD WASSERSTROM, *THE JUDICIAL DECISION* 25-8 (Stanford, 1961) 参照。また、田中成明『法的思考とはどのようなものか』(有斐閣、一九八九年)一〇三—一〇六頁参照。通常、発見の過程は、複数あるいは原理的には無限に存在しうることはよく理解されているが、正当化の過程はただ一つしかないと誤解されがちである。その点については注意を要する。ワッサーストロム自身が著書の二七頁ではつきりと指摘しているように、ある結論を正当化する過程は、ただ一つなのではなく、さまざまなものが考えられるのである。原理的には、これも無限に存在しうると言うべきなのであろう。なぜなら、なにをもって正当だと考えるかは、人間が決定するものであって、人間の判断とは独立して確固たるものとして存在するものではないからである。三段論法と呼ばれる形式論理による正当化は、正当化の一つの方法でしかない。上掲の田中教授の書物は、この過程の区別を論理的区別としているが、仮にそれが表現上のレトリックではなく「形式論理学上の」という意味だとすれば、筆者はその点について見解を異にする。
- (21) この点については、松浦好治『法と比喩』(弘文堂、一九九一年)参照。
- (22) この比喩がそれだけでは根拠薄弱だと感じられる場合には、たとえば、正義論の分野で有名なジョン・ロールズの始源状態に関する議論を思い出しただきたい。RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (Harvard, 1971)。
- (23) 英米法では、結婚によって妻の人格と夫の人格は一体化し、夫の意思は妻の意思となるという法原則が今世紀まで生きていたことは、この種の比喩が完全に死んでいないことを想像させる。この点に関する文献はきわめて多いが、

- たみんぎ Martha Minow, "Forming Underneath Everything That Grows": Toward a History of Family Law, 85
Wis. L. Rev. 819, 821-23 (1985) 参照。
- (24) この点について、矢崎教授は、「法についてもその社会的意味の〈慣行的文脈〉が、変動しつつも、存在するといえよう。それに人々の行動が交差し織り合わされて〈法プラクティス〉が不断に営まれ形成され、法、法思考に微妙に影響する。」と述べて、イメージの共有、意識の流れの中で筆者が指摘している側面を理論的に把握する試みを行っている。矢崎前掲注(6)二二二―二三五、二四七―二七一頁参照。
- (25) Wasserstrom 前掲注(20)第二章参照。
- (26) この点については、松浦前掲注(21)第四章参照。
- (27) CAROL GILIGAN, IN A DIFFERENT VOICE (Harvard, 1982)。また、『現代の不法行為法』(棚瀬孝雄編、有斐閣、一九九四年)所収の棚瀬孝雄論文と阿部昌樹論文は、ギリガンの理論の法理論への意義を論じている。
- (28) 矢崎前掲注(6)六〇―九九頁参照。

本稿は、平成六年度文部省科学研究費重点領域研究「法律エキスパート」による研究である。

(まつうら・よしはる) 大阪大学法学部教授

