

(特別寄稿)

法の地位

萩 大 輔

最終講義という名譽あるチャンスを与えていただきまして、大変恐縮に存じます。本学にご厄介になりました長いことたつて、今度時期が来て定年という訳でございますが、その間さしたるお役にもたたなかつたんではないかと忸怩たる思いがいたしますが、先生方また学生諸君と楽しい期間を長いこと過させていただいたことを心から感謝申しあげる次第です。

今日、最終講義ということは何を話したらよいかと思いましたが、結局「法の地位」ということに致しました。これは、私の民事訴訟法二部(強制執行法ですけれど)の講義の冒頭においていつも話していることですが、それを骨子としてお話しすることをお許しいただきたいと思えます。

私も昔大学で法律を学びました。その時の講義の順序は今の法学科の皆さんと大体同じで、先づ実体法それから手続法、手続法も判決手続が先でそれから最後に執行法を学ぶという過程を経た訳であります。その時以来私の頭に一つのイメージが定着しました。つまり、法というものは、先づ観念から出発して、それを判決で具体化し、そして更にそれを執行により現実化する、ということでもあります。順序として、先づ最初に観念なり思想があつた、あるいは、権利があるのだと感じました。そういう順序は、それなりに一つの十分の意味があるとは思いますが、ただ私がその後執行法の教鞭をとっているうちに頭に浮んで来ましたことは、丁度、それと逆の発想がむしろ重要なものではなからうかということでした。その事について、話してみようと思つております。

法には二つの種類があることを私は講義で強調して参りました。一つは、直接に吾々の行為を規制し義務づけるもの、行為規範です。もう一つは、裁判官を拘束し義務づけるもの、裁判規範であります。これも講義で何時も例にとつて話して来たことですが、道路交通法について申し上げますと、吾々が車の免許をとる場合には、法令試験を受けるために道路交通法の内容を必ずおぼえなければなりません。どういう部分を勉強しなければならぬかという点、実際に吾々が車を運転して道路を走る場合に守らなければならないルールをです。例えば、左側通行、交叉点の曲り方、スピード、駐停車に関する制限等のルールです。これらは、吾々の行動を直接規制する行為規範です。ところで、道路交通法の後の方に、罰則の規定が沢山ありますが、法令試験を受けるためには、罰則の学習は全く不要でした。多分今でもそうでしょう。では、それらの罰則は誰の為の法律なのでしょう。それ等は裁判官の為の法律だと思えます。つまり、罰則は、裁判官が道路交通法に違反した者に対して裁判をする場合にどういう制裁を与えるべきか、そういう裁判の仕方、内容を規定するもので、そういう意味で、裁判官を拘束する裁判規範だということになります。罰則は、吾々が車を運転する上で直接必要な知識ではありません。だから法令試験には出題されなかつた訳です。勿論、間接には影響がある訳で、「あつ、これに違反すればこういう罰になるか、それでは、特に気をつけよう」というような目安にはなりません。

以上が行為規範、裁判規範という二つの種類のお話ですが、法律全体を見渡してみた場合、それらはどんな風に分布されているかと考えてみますと、十分に計算した訳ではございませんが、どうも、裁判官のための法律、裁判規範というもの比重が、法の中では、非常に大きいのではないかと思います。例えば、刑法典は全く裁判官が刑事の裁判をする場合のテキスト・ブックでありまして、吾々がいかに行動すべきかということについては何も規定してはおりません。例えば、人を殺したる者は三年以上の懲役、無期或は死刑に処すると書いてあります。それはもつぱら裁判のやり方を定めたものであつて、裁判官の指針として働いている訳です。もし吾々の行動を規制するのであれば、人を殺してはいけないと書かれなければならない筈です。ところが刑法典のどこを探しても、殺してはいけない、盗んではいけないという文言を

見つけることはできません。ですから、刑法典は、もっぱら裁判官の裁判をするためのテキスト・ブックであるということになります。

それから、民事裁判について、私の担当は民事訴訟法ですが、民事裁判のテキスト・ブックにあたるものが、民法、商法だと思えます。民法が行為規範なのか、裁判規範なのかについては、学者によって比重のおき方に違いがあるようですが、私自身の考えでは、どうも、自分達の行為の規準であるよりは、やはり、裁判のためのテキスト・ブックと考えるのが一番正当であるという結論に達しています。確に、民法は、契約や登記について、吾々の行為を直接に指示するという面もありますが、基本的には裁判規範と考えるのが正当であると思っっている次第です。

行為規範の例として、道路交通法をあげましたけれど、その外、一般的に見て、法全体の中で行為規範の占める割合はそう多くないと思えます。これも講義でとりあげる例ですけれど、売春防止法という法律があります。その最初の方に「売春をしてはいけない。相手方となつてはいけない」という禁止規定があります。これは、確に吾々の行為を直接に規制するものです。しかし、もしそれに違反した場合にどうなるかというところ、勧誘したり、つきまとったりすると別ですけれど単に売春をしたというだけでは罰せられないのです。ところで、刑事処分の項を見ますと、本人よりは、売春の周旋人等を重く罰するようになっていますが、売春の周旋をしてはいけないとはいっていません。そこに明らかな対比が見られます。売春禁止は吾々の行為規範ではあるが、その違反に対して裁判規範はない。周旋等を罰する規定は勿論裁判規範であるが、その前提となる、例えば売春の周旋をしてはいけないという行為規範は特に規定されていない、ということなのです。売春防止法の中でも、行為規範はたった一條、裁判規範は沢山あります。かように、禁止するだけで、制裁をともなわない行為規範は、法の中で一般に少ないということは、それなりの意味があることだと思えます。つまり、今日、吾々が取扱っている法というものは、実は、もっぱら裁判の為に発達して来た法であつて、そのために行為規範は少ないのであると思う次第です。もし、法が吾々の直接の行為規範であるならば、吾々はすべて、社会生活をする上でそれ

らを知らなければなりません。例えば、民法が直接に市民の為のルールだとするなら、吾々は市民生活をするためには、民法を一応でも全部学習する必要があります。自動車の免許をとるために道路交通法を法令試験まで課して、おぼえさせられるのと同じように、民法も市民生活のルールであるというのなら、それは市民皆学習すべきものであり、例えば成人式に参列するためには、民法の法令試験を通っていなければ、成人と認めないということがあってもよさそうに思えますが、そういうことは全然ない訳です。大学の法学部に来れば民法を学習しますけれど、そうでない限り、誰も民法をしりません。でも、年さえとれば成年だし、民法を知らなくても立派に市民生活を送る人は沢山います。どうも、民法は、直接吾々の市民生活に必須の知識とはいえないと思います。ところが、裁判官になるには、民法は最重要の学習科目であり、一生懸命勉強し、むずかしい試験を通り、更に研修所で教えを受けて、それだけやらなければ裁判官になれないのですから、民法の重要性はもっぱら裁判の為にあるという事は明らかであるかと思えます。つまり、民法は法曹という専門家・プロが裁判するために必要な手段、知識として発達し、存在しているのであります。

それでは、そういう裁判とは一体何かと申しますと、それは行為規範の違反者に対して制裁を与えることであります。民事裁判の場合、それは権利を保護するものだという考え方がありますが、それはいわば目的をさしているのであります。裁判そのものの作用は制裁を与えることにあると思えます。制裁といいますが、刑事事件であれば、罪を犯した者に刑罰を加えることであることは勿論、民事裁判であれば、金を払わなかった者に対して、支払を命じ更には執行を加えること、交通事故を起した者に不法行為として損害の賠償を命ずるということであります。かような裁判の仕方と定めるといのが法の一番重要な役目でありまして、またそれで足りる訳であります。刑法典が人を殺したらこういう刑に処するだけ定め、殺してはいけないといっていないのは、前者の裁判規範だけを定めておけば、後者の行為規範は当然前提されると考えられるからであります。

昔、太閤秀吉のお気に入りのお曾呂利新左衛門という人がいました。秀吉が大層立派な庭園を造って「ここに立小便をし

た者は罰金を科する」という立札を立てた。これは裁判規範です。ところが、新左衛門は、いさいかまわずそこに立小便をした。係の役人が驚いて飛んで来たのに対して、彼は「ハイこれが罰金です」といって、涼しい顔で金をさし出したというのです。そして曰く「この立札には立小便をしてはいけないとは書いてない。だから立小便をしました。お金を払えばよいでしょう」といったというのです。これは頓知の話であります。裁判規範さえ定めておけば行為規範は当然前提されることは、先程申しあげました通りでございます。

そこで、法の本質とは何か、特に、法と道徳を区別するものは何かということであります。一般に承認されている所によりますと、道徳というものは、いわば行為規範だけでありまして、「こうしてはいけない。こうしなければいけない」という禁止、命令あるいは価値判断だけでありまして、それに違反した場合にどうなるかは定められていません。法の場合には、「こうしてはいけない。こうしなさい」という規定もありますが、それに違反した場合に如何なる制裁を与えるべきか、どんな裁判をしたらよいかを専ら定めるのが法である、という対比がなされます。つまり、法の重要性は裁判規範たることにあるというのです。

もっとも、道徳には制裁が定められていないと申しましたが、広い目で考えますと、道徳規範にだって制裁がない訳ではありません。イソップ物語に出てくる話だと思います。犬が肉をくわえながら橋の上から下を見たら下にも肉をくわえた犬がいた。それで、その肉も欲しいと思つてワンと吠えたら自分の肉が水に落ちたという話。これは、「欲ばつてはいけない」という教えであります。欲ばつたために自分の肉を失つたという制裁が語られている訳です。また、いつも「狼が来た、狼が来た」といって人を驚かせて喜んでいた少年が、本当に狼が来た時に助けて貰えなかつた話。これも、「嘘をついてはいけない」という行為規範に違反した場合の制裁を示しているのであります。

また、私の子供の頃、お祭等で地獄の見世物を見たことを憶えています。「嘘をつくと閻魔様に舌を抜かれるゾ」等といわれました。これも制裁です。「嘘をついてはいけない」という行為規範違反の制裁としてそういう話が出てくる訳

です。これは、余談ですが、地獄の見世物はあつたけれど天国の見世物はあまり見なかつたようです。地獄の様相は可成具体的に生々しく示されるのに、天国のイメージはあまりはつきりしません。どうして両者が公平に同じ位に関心が持たれないのか人心の空恐しさを思うことがあります。さて、以上述べたように、道徳規範にだつて結構制裁はある訳です。ただ、その制裁は、自然的因果的制裁であつたり、地獄の様に、架空的、ほんとうに架空的かどうかは死んでみないとわかりませんが、そういう制裁であります。ところが、これ等と異なり、法の制裁は、現実の制度を伴つた制裁であるということです。つまり、法の制裁を実行するために、警察官や裁判官がおり、警察や裁判所或は刑務所の建物その他の設備が設けられているのでありまして、ここが道徳上の制裁と非常に異なるところであります。

私が強調したいのは、かような法の制裁の制度、設備は非常に金がかかるということです。つまり、警察官や裁判官には給料を払わなければならない。御承知の通り、裁判官の給料は、一般公務員とちがつて、憲法が保障するものです。警察や裁判所の建物その他設備も相当な金がかかります。そういうお金はどこから出てくるかという点、それは国家予算からです。勿論、吾々の国家の活動はすべて税金で賄なわれており、それは当然有限なものであります。その有限な国家の財政の中から、警察や裁判所の費用にどれだけあてたらよいか、どれだけ回すことができるかが問題です。国家の活動は多岐に亘ります。福祉や開発、外交や軍備、なすべきことは山程あり、皆多額の費用が必要です。警察や裁判所にだけ沢山予算を回して貰うということは、これはできない相談です。

それで、法治国家であるから、法の数をふやし、法の規制を多くすれば、もっと秩序のある、悪のない社会ができるのではないかと考えたといえます。単に法をふやすだけでは、六法全書を印刷するだけでよい。国会が立法意思を表明さえすれば法をふやすことは極めて容易です。しかし、法は、裁判規範であり制裁規範であることがその生命ですから、所謂法に違反した者がある場合それに対して有効に制裁を実行することができるという保証が重要です。制裁がしっかり行なわれなければ、法はどういうことになるかと申しますと、法としての価値、法としての尊敬は失われてしまう訳

です。例えば、道路交通法の場合、もし警察の取締り、或はその制裁が行なわれなければ、可成無秩序な混乱した交通状態になってしまふでしょう。法令試験を通じて一応道路交通法を憶えたからといって、それを守るといふ保証はない訳です。残念ながら、やはり、警察の取締り、制裁が必要なのであり、それが道路交通法の生命を保つ所以であると思えます。また、食糧管理法によれば米の闇売買はいけない訳ですが、終戦時にあれだけ嚴重に行なわれた取締りも今日では全く行なわれません。今日、その必要もない訳でしょうが、その部分多分法は死んでいるのではないのでしょうか。

アメリカに昔、禁酒法があったことは皆さんよく御存じのことです。あの禁酒法の時代、ギャングによる酒の密造が横行しました。密造酒やその運送、販売は勿論違法ですから、嚴重に取締らねばなりません。連邦政府、FBIの登場です。FBIの取締り、ギャングとの戦いは史上に有名なエピソードを残しましたし、映画やテレビにも屢々とりあげられました。テレビ等でFBIの英雄的な活躍を見るのは楽しいことですけれど、しかし、あの背後にあるものは、抑えても抑えても抑えきれない密造酒の横行、それに対する苦しい制裁活動の連続であつた訳です。密造酒を横行させるものは何か。それは所謂善良な市民の酒を飲みたいという欲望です。つまり、FBIの人達は、ギャングと戦うというよりは、市民社会の酒を飲みたいという欲望と戦つた訳でありまして、そういう戦いに勝てる訳がありません。これは絶望の戦いといふべきです。結局、禁酒法はやめになりました。法の方が身を引いてしまつた訳です。吾々は法の制裁の限界をいやという程思い知らされたのだと思います。

法は、有効、可能な制裁の基盤の上のみ成り立つものです。法の制裁は、裁判所であり、警察です。そして、その活動の範囲は、そこに与えられた国家予算によって限定されたものであることを忘れてはなりません。ですから、若し法を無思慮にふやして、法が過度の責任を背負いこめば、その結果は目に見えています。吾々が法を考える場合、その制裁制度という基盤から逆算して行つて法の限界、法の地位を理解せねばなりません。それが現実的というものです。限られた器には限られた量しか盛ることができないのは明らかですから。法の基盤を考えないでいたづらに法にたよるのは、無益

なことであり、法にとっては自殺行為になると思います。

つまり、そうなつて来ますと、法の地位、その役目は、一般の社会的規範、広い意味の規範の中で、どうしてもこれだけは守ってもらわなければならないもの、そして、制裁によって有効に支持されるものに止どめられるべきです。すべて規範というものは、吾々の理想、生活の向上を求める一つの目標だろうと思います。若し吾々が、人々の行為をそのあるがままに任せてよいと考えるならば、規範も法律もいらぬ訳です。しかし、吾々は、少なくとも人間社会については、そうは考えません。ただ、自然界に関しては、あるがままを肯定し、そこに自然のルールを見、それをよしとするが如きです。例えば、アフリカの動物の自然公園というアイデアはそういう考え方によっていると思います。弱肉強食結構。

それによって動物の各種属が適当なバランスを保つて存在することになる。自然の美しい調和が保たれる。自然淘汰こそ、動物界の正しいルールであると考えます。しかし人間社会に関する限り弱肉強食を肯定する人は誰もいません。戦争や飢えによる人口の自然調節を認めることはできないでしょう。人間社会というものは、あるがままの自然のルールを否定する所にその意義が認められるのです。即ち、それが規範意識です。そう考えますと、人間社会における規範というのは、実は非常に沢山あるのでありまして、法はその一部を占めるものに過ぎないということになります。

では、どういう部分を法が占めるのかというと、先に申しましたように、もっとも基本的な部分、あまりレベルの高い部分、どうしてもこれだけは守つて欲しいと思う部分、が法の受けもち区域だと思ふ訳であります。例えば、「酒をのむな」という規範は多分法の受けもち区域ではありません。何故ならばそれはあまりにも要求が高すぎるからです。又、「嘘をつくな」というのもそうです。嘘をついて財物をだまし取れば詐欺罪です。しかしただ嘘をつくだけでは犯罪ではありません。従つて法の分野ではありません。しかし、「嘘をつくな」という規範は、社会において重要な動きをしているし、吾々はその価値を十二分に認めています。「酒を飲むな」というのも、現実に宗教界の戒律であつたし、「酒におぼれてはいけない」といえば、これはもう万人に適應する規範です。しかし、これ等の規範は、法以外の規範、例え

ば道徳規範、その他の戒律に委ねるのが適當であるものです。道徳規範というものは不思議なものでありまして、それ等は法律よりもレベルが高いだけに破られる率も多い訳です。違反者が非常に多い。しかし、いくら破られても、その道徳的命題に対する尊敬の念は少しも薄れないのです。誰でも嘘をつきますけれど、誰も「嘘についてはいけない」という価値感を否定する人はおりません。

道徳は、破られても、尊敬されるものです。ところが、法はそうは行きません。法が破られて制裁が行なわれなければ、尊敬されなくなります。否むしろ、ザル法としてあざけられるのがおちです。道徳について申しましたけれど、その他、吾々が社会において生きて行くために守らなければならない一般的、慣習的規範、ルールは沢山あります。また人生の目標を高く持てば持つ程、守らねばならない戒律はふえて参ります。朝晩の挨拶、冠婚葬祭のしきたり等、はては衣服の形式、例えば社会的制服ともいふべき背広の形、等に至るまで吾々を拘束する慣習的規範は数限りなく存在します。そういう、すべての社会生活上の諸規範の氾濫の中では、法規範の存在は極く微々たるものになってしまいます。かような法以外の諸規範は、法のような制度的制裁こそなければ、イソップ物語に語られるような自然的、因果的制裁、社会的制裁というものが必ずある訳です。つまり、いつも人の信頼、親愛を損うような行為をする人は社会から疎んじられ、そしてやがては自分の将来を暗くしていくでしょう。これに反して、人から信頼され、愛されるような行為をする人の未来は明るい筈です。その人の人生の将来が明るいのか、暗いかということは、正に社会的制裁なのです。吾々が昔教えて貰った「積善の家に余慶あり、積不善の家に余殃あり」という言葉もかような制裁を物語っている訳です。吾々は、刑務所に入れられるというような法的制裁を避けることはさして難事ではありませんが、かような、社会的制裁から逃れることは誰もできません。かような社会的制裁は裁判所や警察の手を借りる必要がない点、誠に金のかからない安上りな制裁ではありませんが、それから絶対に逃れられない点では誠に恐るべき制裁であるといふことができます。吾々はその重みを十分に認識する必要があります。吾々の一挙手一投足すべて何等かの結果を生じ、それが、よかれあしかれ、吾々の上に制裁として働

いてくるのです。自戒、百戒して身を慎しみ、人に善を施して明るい将来を拓くよう努力すべきでありましょう。

法の地位と題しましたお話し、最後の所はお説教のようになってしまいました。これも、教師の習性、慣習的拘束のなせるわざとお笑い下さい。これで私の話しを終わらせていただきます。《完》