

# 東京音楽大学リポジトリ

## Tokyo College of Music Repository

法思考におけるファンタジー性：憲法を中心に

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 1993-12-20 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://tokyo-ondai.repo.nii.ac.jp/records/735">https://tokyo-ondai.repo.nii.ac.jp/records/735</a>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



# 法思考におけるファンタジー性

(憲法を中心に)

奥田 劔志郎

はじめに

## (1) その意義

ファンタジー (fantasy 又は phantasy) という概念の一般的意味は、とりとめもない想像、空想、夢想、幻想等であり、特に心理学では、空想 (過去のイメージを基に新しいイメージをつくり出すこと)、音楽では、幻想曲を、また文学では、空想物語又は奇想物語をさす<sup>(1)</sup> 言葉としてもちいられている。

ファンタジーは、この様に複合的な意味を有するが、常識的には、法とりわけ現実の国民の生活や市民生活をコントロールしている実定法規範とは何らの関係ももたない様に見える。何故なら、実定法は現実具体的な国民の実生活を対象とするものであり、空想や幻想とは無縁のものと考えられるからである。確かに、日常生活に法規範を適用する際には、ファンタジーは無関係であるが、法の問題は、既に成立した法適用の問題に限られない。適用以前の法形成の諸プロセスさらには、将来を展望してあるべき法の姿やあるべき法規についてもその考察の対象となり、そこにファンタジーと脈絡をもつことになる。

近代以降の法の最大の目的と機能は、集団の生活を必然とする人間生活の客観的、合理的な調整作用にある。これは前近代の恣意的で不合理な現実具体的な政治権力との厳しい対立関係の中から多大な犠牲を払いながら確保してきたもので、法は単なる現実具体的な諸状況の受容からは、客観的合理的なあり方は達成できないことの確信を示している。現実そのものは、確かに物理的現象的には客観的ではあるが、それが故に合理的である訳ではない。むしろ、政治権力の濫用や不合理な使用は歴史の証明するところであり、近代以降の法からすれば、いかにこの不合理を回避するかはその存在意義がある。従って、法のレベルでは、この様な不合理な状況をいかに排除するか問題が集中し、理論的には現実に存在する客観的な事実のみを論拠として、不合理な政治権力を回避する手法はとれない。むしろ、現実の状況を別のあり方即ち「現実には存在しないもの」を論拠として現実の不合理を否定する手法が論理必然となる。

政治権力との対抗関係を通し、政治権力を抑制する目的をもって形成された法の現実具体的

な適用は、常に不十分で不完全である。その理由は、法形成プロセスにおいてなされた政治権力、社会勢力間の妥協が必ずしも合理性を有しないこと、例えば少数派の利益や主張を認めないか、抑圧したものとなることや社会状況の変化が速ければ速い程、法のレベルと社会の実質的本質的要請との隔りが大きくなること、また人間の思考自体は絶え間なく発展(合理性の追求)するから、法や社会状況よりも常に人間思考そのものがより合理的なあり方を先行的に結論づけること、等である。

現実具体的な社会状況に適用される実定法は、諸々の影響を受けながらも、それを導く究極的要素は人間思考による合理性であり、「正当性」<sup>(2)</sup>にも通じる。そのことは法が人類の全歴史の思考による合理性の集大成であり、しかも絶えず拡大発展して止まないという特色を有することを意味する。つまり、法は必ずしも現実具体的な事実を前提対象とするばかりではなく、その主張が客観的に合理性を有する限り、法の究極的目的に合致するという論理が生まれてくる。しかし、法自体の論理が常に自己をも否定するより合理的なあり方を自ら是認するという自己内在的發展性を必然的に持ち合わせることに繋がる。ここにこそ、本論文でのテーマの根拠が存在するのである。即ち、客観的な合理性があるならば、必ずしも現法秩序体系による論拠は必要がないということである。もし常に現法秩序による論拠に合致してのみ、その合理性が論証されるべきならば、法は常に現状追認作用しかできないことになり、法の目的を完遂できないという自己矛盾に陥ることになる。法の目的を達成するためには、事実と反する場合であっても、また現実には存在しないものであっても、法の存在に合理性を付与するならば、それが法的思考としては正当性を有することになるという法独自のあるいは法の本質的論理が必然的に生じる理由がここに存するのである。その思考にすべてファンタジーがある訳ではないが、その様な思考も当然可能ということになる。本論文では、これを具体的に論証し、法思考の特色とその意義と役割について述べ様とするものである。

## (2) 人間思考の集大成としての法

人間の最大の特色は思考力であり、法は集団生活の調整、合理化を図るものとして、一つの思考力の集大成として徐々に形成されてきたものである。また、思考力は真理の追求さらには、自己自身をも合理化し、拡大発展する自己促進性を本質的に含むものである。この様な思考力は人間集団生活を対象とし、その合理化を図る時代の集大成としての法を形成してきたのである。しかし、集団をコントロールする規範の体系たる法と思考力の本質とは全く異なる。思考力は本質上無制約であるが、法にはその目的から生ずる制約と法論理上の制約が必然的に伴う。従って、法は本質上無制約の思考の飛躍力と推進力を借りて、法の所期の目的を果たして行くことになる。しかし、法の制約はどの様なところから生ずるのか、また法の論理とは何かを見ることにより、法思考における特色と方向性が理解でき、また法におけるファンタジー性にも直接重要な係わりを有するのでこの点にふれることにする。

### (3) 政治への対抗としての法

前近代においては、政治権力はその権力の実現の一手段としてかつ無制約な法を制定し執行していた。この時代の法は権力を正当化し、政治権力に奉仕する下僕にすぎなかった。政治に対しては、いわば消極的の一体性を有するもので、政治権力の一方的な意思決定を法によって実効あらしめる関係にあった。法は自動的に決定されるのであり、常に政治追従型である。これに対し、近代以降の法はヒューマニズムと合理主義思想の台頭を機に、長年にわたる権力政治に対抗し、それを排除する理論的要素を含んでいることに最大の特色がある。その典型的な例は、後述する「法の支配」の原理である。ここに法は不合理な政治に対抗し、それを監視し、合理的にコントロールする原理としての役割をもって機能し、さらに政治への対抗理論、監視監督理論としても存在することになる。権力政治とはいわば天敵関係が形成される。これは法の政治からの独立、あるいは政法分離でもある。また、法の内容決定についても、共同体構成員の生活に第一次的優先権を置いてその全体的な調整調和を図るべく、多様な利益代表を基盤にして、民主的プロセスを前提とし協議により妥協的になされることになる。しかし、近代的法体系確立後も不合理な政治は繰返し出現する。その根源的な理由は、法の論理と政治の論理の決定的な相違と対立関係に由来する。近代法体系は不合理な政治を合理化することであり、その理論と論理はすべてこの合理化を大原則としている。この合理性は人間の長い苦悩と多大の犠牲を通して得られた貴重な教訓をもとに、人間の思考力によって休むことなく営々として集積された結晶ともいえる近代法を基礎づける諸原理や諸理論あるいは法規範自体にあるといえる。従って、その方向は歴然としており、またそれに反するあり方は認められず、不合理な政治は当然否定されるべきものという論理が形成される。他方、政治の論理は政治の本質から由来する。そのことは「政治」の概念からも読みとれる。一般的に政治とは、「他人の行動をコントロールする」<sup>(6)</sup>ことを指し、それを達成する典型的手段が権力と権威とされる。とりわけ物理的権力は法の領域では公私共に厳格に規制されるが、政治の領域では理論的に規制されない。何故なら、規制されれば政治の論理を全うすることができず、またそれは法の論理そのものになり矛盾するからである。従って、政治の論理からはその目的達成の手段の行使については、少なくとも内部からは何ら制限、制約されず、それを駆使して自己を完成して行くことになる。つまり政治の論理からは、他からの権力による介入、制約はあるが、政治の本質からくるいわば内在的制約は論理上ありえないことになる。しかし、現実の国家には不合理な権力を排除するための法体系が存在するから、政治の論理は法の論理によって抑制されるが、政治の論理そのものは、あくまでも権力行使において無制限無制約である。従って、法の論理と政治の論理は矛盾対立することになるが、合理主義思想に裏打ちされた近代法の登場と拡大発展によって、不合理な政治が徐々に合理化され集団生活全体としての国家社会のあり方も合理化が図られている。以上の様に、法は不合理な政治に対抗して登場し、政治からの分離、独立を果たし、政治を制約する体系として成長して行くのである。

#### (4) 法思考の独自性

近代法は前近代の政治的不合理に対抗して登場したが、そのこと自体の中に種々の特色と独自性を包含し、近代法の原理的中核となり、後に近代法の諸原則を生み出すので非常に重要であり、またこれらの特色と独自性は、ここでのテーマである法思考のファンタジー性の源ともなっているので、それにつながるものについてのべる。その主たるものは、①法思考の根底にある最も重要なものは、政治権力（国家権力）に対する合理的抑制役であるべきこと、②もう一つの集団である社会に対しては、その構成員の集団生活の調整調和役を果たすべきこと、③社会も国家もそれ自体時代の変化に対応するから、法も時代の変化に対応すべきこと、④人間思考の進展と集積による合理性の進展により、法思考もまた進展するが、この進展は単に時代に迎合するというものではなく、思考そのもの自体も政治の本質と同じく無制限無限界であり、その点では時代を超え、空間を超えたいわば時空を超えた性質を有するものであり、国家にとっても社会にとっても先導的役割をも果たす。この意味では皮肉ではあるが、自ら無制限無限界を本質とする政治は、同じく無制限無限界たる思考力の集大成としての法によってはからずも制限される運命にある。

以上の様に近代法の目的は現実の具体的な政治的不合理を排除し、それによって現実的には今だ存在していない合理性を無制限無限界の思考力により観念的に創出し、現実の政治を指導する準則として制度化しようとするものである。ここに法思考の非現実性が必然的に帰結することになる。

#### (5) 合理性の中核としての法思考の人間性、柔軟性

法思考の独自性を生み出す本質的根源的な理由は、近代法がそのために発生し、存在する理由の中に見出すことができる。それは、理性あるものとして、すべての人間を同じ様に尊重しようとする近代法の基本的な立場である。人間への価値基準が政治的権力から人間性へと大きく転換したことを示すものであり、政治権力による人間性抑圧に対する対抗的措置であり、前近代との思想的な訣別でもあった。この様なあり方は、具体的な政治（法的には統治と被統治に関する法制度に基づく法的権限行使）においても大変革をもたらすことになる。即ち、従来の永久的な被支配者集団への権力行使から、理性を有し合理的思考を有する平等たるべき個人の集合体の調整という立場に変化し、後には個人人格を中心とする民主主義へとつながるのである。

近代法の目的は、不合理な政治権力と不合理な政治を排除することを中心とするから、その理論も論理も第一義的にはいかにこの目的を遂行するに適するものかが基準になる。従って、実質的にこれを達成するに十分なものであることが立証されれば、その具体的内容において、物理的あるいは現象的な真実性は必ずしも必要ではなく、むしろ真実に反する内容であっても所期の目的を果たすものである限りあらゆる手法が合理的となるという思考の柔軟性が導かれ

るのである。従って、法思考は一般に考えられている程には硬直的ではなく、またいわゆる拘子定規でもない。むしろ、それとは逆で場合によっては事実と反するものであっても、また事実上存在しないあるいは存在しえないものであっても、それを駆使することによって近代法の目的、趣旨を充足する場合には、これをも合理的手法として容認するのである。このことから、ファンタジーに対しても容認されることにつながるのである。

## 1 法思考の具体的特徴

法自体は現実具体的な人間生活を対象とするから、その内容がすべてファンタジー性を有するものではないが、それを支える思想や思考、あるいはその論拠は必ずしもすべて現実あるいは事実と立脚している訳ではない。むしろ現状の排除を前提にする場合にファンタジーも登場する。政治は現実の諸勢力により具体的に事実上形成された既成状況である。その合理性客観性を追求することが法の目的であり、その目的を果たし、自己の存在意義を達成する有効な手段として他の分野と異なる種々の特色を有する。これらの特色についてその主たるものを原理的にのべる。これらの特色はいずれもファンタジー性に直結するものである。

### (1) 無からの出発と観念的実存性

人間の長い歴史から見ると、法規範の登場は極めて新しい。集団生活のコントロール役として意図的意識的に形成されたものであるが、形成の全プロセスを支配するのは政治権力者や権力集団である。しかし、法自体の本質はあくまでもいかなる方法によって集団生活をコントロールするかの思考であり観念そのものである。しかし、この観念は適用を通じて現実具体的な人間集団を規律するものとなる。従って、単なる観念に留まらず、思考による実存体である。思考力を基盤にしている法は、常に実在するものを前提としない。このことは、法の実質と重要な関連を有する。科学としての思考は、とりわけ集積による成果を前提にするが、反面集積とは無関係に新たな原理論を構築することも可能であり、正確に無からとはいえないが、新たな異質の原理という点では無からの創造ということも論理的にはありうるし、また逆に法の実存性が無に帰せしめられることもある<sup>(4)</sup>。

思考力は具体的な法として結実し、物理的強制力をも伴う。人間集団をコントロールする法は観念的集大成であるが、その実質においては実存体そのものである。法の本質は物理力のない観念的実存体である。一般的には法規範の特色として、法的強制力があげられるが、これは法制度的に認められた権力であり、権力自体が法に固着した固有の性質ではなく、法が目的達成のために政治力を援用しているのであり、法そのものの中核はあくまでも単なる観念の集合体にすぎない。しかし、この集合体は合理性、科学性、客観性、さらになによりも人間が存在するその本質的意義を追求し達成しようとする人間思考の複合的集合体であり集大成であり、現実具体的な国民生活において国民の行動をコントロールし、その点では政治権力と異ならな

い側面をも有するにすぎないのである。

人間実存の中核は観念（思考力）であり、人間の拡大発展もこの観念の拡大発展に負っている。法はこの観念のたまものであり、正しく人間としての実存を具現したものである。従って、法は観念による無からの出発であり、しかしそれは法体系として実存するのである。無からの出発とは、その目的が現実を常に追認するものではなく、現実には存在していない（架空の）状況への到達を前提とする場合、現実には存在していないのであり、しかもその状況を予め観念により先行的に対応することをいう。正に近代憲法はこの様な手法によってその学問的意義と実際政治の原理の前提としての意義を果たしてきたのである。このことがファンタジー性につながる要因となる。

## **(2) 客観的合理性（集団生活の調整調和役）**

法のいわば普遍的な目的の一つは、人間の集団生活を調整調和することである。とりわけ近代に至ると、「最大多数の最大幸福」が典型的に示す様に、集団を平等な人格を有する個体の総合体と見る様になり、そこにおける法のあり方も全体の調整調和役として客観的合理性を有するかどうかということになる。近代憲法の歴史は、現実の政治権力による圧力と蹂躪との闘いの中での絶えざる合理性追求の歴史だともいえる。この客観的合理性も必ずしも現に存在する事実や実状を論拠とするばかりではなく、むしろあるべき姿を想定し、それを前提に現実の不合理を排除する論理をとることもある。従って、客観的合理性の追求においてもファンタジー性に結びつくことになる。また、観念（思考力）の本質たる想像性と完全性追求の性格もファンタジー性につながる。

## **(3) 内在制約性（法内在的処理法）**

近代憲法は政治の不合理に対抗して登場したが、政治分野に限らず、法は他分野の不合理な圧力や影響力から自由である必要がある。そこで法的問題については法の論理や法の対応方法のみで解決する原理が生ずる。しかし、自らの独断専行や不合理をも回避する手法として内在制約性という法理が登場する。従って、内在制約性には二つの役割が存在する。一つは、他の分野の不合理性を排除するためのいわば対外的正当性と、もう一つは自己の内部からする不合理に対抗するためのいわば対内的正当性の二側面である。これによって客観的合理性の実効化が図られるのである。従って、内在制約性は法の論理の必然的結果でもある。

この内在制約性は法の本来の機能、つまり集団生活全体の調整作用において最も有効に作動する。法は政治勢力や経済的勢力、さらには社会的勢力を背景にしなが、なおかつ法の論理の合理性によっても決定されるから、成立した法自体この内在制約原理の適用結果といえる。実定法の体系全体が内在制約性によって裏打ちされているのであるから、個別的にも全体的にも法理としての内在制約性は法の重要な特徴となる。これも必ずしも現実を論拠として対応するものではなく、いわゆるファンタジー性につながるのである。

この様な内在制約の典型的な例が「公共の福祉」の原理である。これは一般に不可侵といわれている基本的人権も無制約ではなく、内在的な制約を有するというものである<sup>(5)</sup>。人権の行使が他の人権を害する様な人権同志の衝突の場合調整作用を目的とする原理であるが、自由権同志の場合は、自由権の本質が国家権力の排除にあるから、調整のための国家権力の介入は必要最小限に抑えるべきとする。また、その衝突により達成されるべき社会権が阻害されている場合には、社会権の本質が個人人格の尊厳が国家によって達成されるものとするから、国家の介入は社会権の達成に必要な限度まで行なうべきとする。いずれの場合も達成されるべき人権のあるべき状態即ち架空の状態を前提とするものである。

#### (4) 自己完結性

憲法を最高とする法体系も法以外の影響を排除することはできないし、排除することは不合理でもある<sup>(6)</sup>、法自体の目的が集団生活を全体として合理的に調整調和することにあるのだから、法以外の分野を排除することはあり得ないからである。むしろ他分野の合理的あり方を積極的に取り込むことが重要だともいえる。合理的である限りは、法は他分野に影響されて前進することは本質上何ら矛盾しない。しかし、法の合理性基準に反する場合にも影響支配されることを法は決して容認しないという点が重要である。それはあくまでも法の論理に合致する限りでのことである。法自体は自己の論理に従って遂行されるのである。このことは法がその本質と自らの論理によって自己を完結すべき存在であることを示している。法はその本質上客観的合理性を基準にし、それを完遂するための論理を自らの中で完結することを特徴とする。集団生活が存在する限り、法の自己完結作用は続くことになる。何故なら、集団の内部の主観的対立抗争は必然的であり、法以外に解消方法は存在しないからである。従って、法は常に自己完結を図ることが至上命題とされるのである。この様な自己完結性を示すものとしては、法の妥当性論としての自己授權の排除や後述する根本規範の理論<sup>(7)</sup>や憲法制定権力の理論<sup>(8)</sup>等があげられる。法体系自体の完結性では成文法不文法がある<sup>(9)</sup>。

#### (5) 自己増殖性

法の自己増殖性とは、自己完結性によって形成された全体生活の合理的調整のための法独自の論理の体系を基準にして、あらゆる個別的問題を解決するために法分野が自ら適用能力を拡大しようとして形成することならびにそれにより形成された個別的法理論あるいは法的手法の総体をいう。ある意味では自己完結が法分野におけるハードの側面と見れば、自己増殖はソフトの側面に対応する。法もこの両輪によって回転し諸問題を解決することになる。法的問題も量的質的に拡大するから、量的にはハードを基盤としてソフトたる自己増殖的対応が図られ、質的拡大にはハードたる自己完結性の一層の展開にまつことになる。両者の相違と関連は以上の如くである。種々の法的問題に対する各個別の諸原理や諸理論により問題解決を図るが、これらの諸原理、諸理論もより合理的により多く対応しうる様に発展拡大すべきであり、しかも



それは法の論理や法の本質的性格を踏まえるので、自ら増殖を達成すべきであり、他律的な増殖では整合性はえられない。このことは、前述の如く自己増殖性も事実にも即した対応のみならず、現実具体的に存在しない状況を前提とした理論構成や対応手法も可能であり、そこにファンタジー性となつたつながりを有することになる。具体的な例としては、人権についての諸理論の拡大発展、国家理念についての理論の拡大発展、主権観念の拡大発展等である。これらについては後述する。

## (6) 超時空性

以上のべた五つの法思考の特徴に共通するものとしてこの超時空性がある。従って、この性質は法思考全体の独自性と特殊性の根源的性質ともいえる。超時空性とは、時代や地域的条件に拘束されずに思考できることをいう。過去に遡りあるいは未来に馳せ、時を自由に駆けめぐり、また東奔西走により諸国、諸地域の法のあり方をも自由に斟酌しうることをいう。法のあり方は現実には時空において所与の一点に存在しながらも、同時にまたは瞬時に縦（時代）、横（地域）、高さ（レベル）に移動し、より高次のあり方を模索することができるのである。このような手法により拡大発展成長してきたのである。

この超時空性は、法思考のそれぞれの特徴に存在する。(1)の無からの出発と観念的実存性との関連では、思考自体が本来時空を超えたものであることからこのことが解る。(2)の客観的合理性とは、現実の不合理を排除するという点で超時空につながることは前述。(3)の内在制約性については、この性質の中核が(2)の客観的合理性の実効化作用であるから、当然(2)と同じく超時空性につながる。(4)の自己完結性との関連では、他分野からの決定的影響の排除は同時に現実の諸利益を直接の目的とする他分野とは異なる方法論を要求することになり、ここに超時空性とのつながりが生ずる。(5)の自己増殖性は、(4)のハード的側面をソフト的側面により補完する関係にあるから、この点から超時空性とのつながりが生ずる。以上の様に、法思考の共通の特徴として超時空性をもう一つの特徴として示すこともできる。従って、これら六つの特徴はすべてファンタジー性につながることになる。法思考はその基本的性質にファンタジー性を有し、その思考の具体的成果としての法規規定そのものやそれに付随する法原理、法原則にもファンタジー性が含まれることになる。

## 2 法思考におけるファンタジーの概念作用について

ここで対象とする「ファンタジー」概念は、「ファンタジー」の有する意味を法のフィルターを通し、かつ法思考の本質的特徴との関連で用いるので、ファンタジー性の有する意味が法的思考や法の実質においてどの様な役割と具体的作用を営んでいるかが重要である。

## (1) 「ファンタジー」と類似する概念

法思考という観点から「ファンタジー」に関連する概念について説明する。それらの概念が法と法思考においてどのような意義と役割をもっているか、また一般的な意味のファンタジーや法のフィルターを通った「ファンタジー」とどのように関連し、どのような相違と対抗関係を有するかなどを理解することによって「ファンタジー」が占める位置と意義が明確になる。以下の五つについてのべる。

- ① **事実** 「ほんとうのこと」<sup>(10)</sup>である。観念の場合も含めいずれも内容のいかんに関係なく、そのもの自体につき客観的認識が可能であることが重要である。対象が物や現象の場合には物理的に認識が可能であるが、観念については物理的認識の困難な場合がある。しかし、観念も外部に表出させることにより物理的に認識は可能となり、客観的認識の対象となり観念も当然事実の対象となる。法分野で重要なのは、観念、概念の具体的実質内容がどうかであり、従って観念における事実は当然その内容における事実性いかにということになる。この様に見ると、一般的ファンタジーは内容において事実性を否定された観念だといえる。法は現実具体的な人間生活の調整役であるから、内容的に事実性を否定された単なるファンタジーでは対応が不可能あるいは不適合となる。しかし、法とりわけ近代法の目的とその達成のために法自体が形成してきた手法の特異性によってファンタジーも法的事実性を有する「ファンタジー」として重要な役割を果たすことが可能となるのである。
- ② **理念** 「理性の判断によりえた最高概念」<sup>(11)</sup>をいう。理念は合理性を受容し不合理を排除する理性を基盤に諸事実を中心に理論的論理的手法を用いて一定のあるべき状況を体系化したものである。従って、理念はあくまでも事実を前提にしており、かつ現状の不合理を排除しながら新たな合理性に到達する精神的作用の結果であり、合理と不合理の混在する現状即ち事実そのものとは異なる。しかし、事実あるいは現状を必ずしも前提としない理想とは本質的に異なる概念である。この例としては、いわゆる自由国家理念や社会国家理念といわれるものがあげられる。前者は絶対君主政治に対して国家権力の国民生活への介入を排除することにより、合理的政治を達成するべく近代ブルジョワジーによって提示されたものである。後者はさらに前者の不合理を否定し、新たに個人人格の尊厳と実質的に平等な生存を中心とする理念である。
- ③ **理想** 「理性によって想像することができる最善の状態。実現することができると思えられる最善の状態」<sup>(12)</sup>などを意味する。理想は前述の理念と異なり、その実体と実質において事実や現状を前提とせず、あるいはそれとは直接関連性なく、純然たる思考力のみによる作用の結果として創出された観念である。理念と類似するが、法思考という観点からは理想は現実の具体的諸事実を細部にわたり検討し、これらの全体構造を把握した上で理論的論理的に現実的な調整作用を行なった結果として体系化されたものではないので、実生活を直接コントロールする役割を果たすことは困難である。しかし、その有する意義は必ずし

も少なくない。法的に作動が困難であっても、現実を改善する大きな指針となり、現実にも多大の影響を与えることもあるからである。しかし、概念としては明らかに異なる性質を有するものであり、これを混同することによって実定法自体の理解に大変な混乱と変容をもたらすことになるので注意する必要がある。典型的な例は、憲法の規定を理想であるとする記述である。憲法は既に実定法であり法的概念でない「理想」という概念を用いること自体法思考に立脚した理論からは全くの誤りであり、法の実質の不理解による。

- ④ **単なる空想ないし幻想** 「現実からかけ離れた思想」、「実際に存在しないことをあるように考えること」や「まぼろしのように、つかみどころがない、とりとめのない想像、空想」<sup>(13)</sup>をいう。現実、事実を直接前提としないから理想と共通点もあるが、決定的な相違がある。理想は現実とは別個に形成されるが、しかし当該理想を形成する思考過程の中核はあくまでも理論と論理である。これに対し、単なる空想、幻想はその形成において合理性達成の人間思考の中核たる理論と論理的側面において著しく欠落することが特徴であり、従って法律学という観点からは科学性や現実生活の合理化作用さらには現実を改善する指針とはならない等現実的に充分機能するものとはなりえない。何故なら、現実や事実に立脚せず、またその十分な科学的分析と検討もなく、しかもそれ自体において理論的論理的展開の成果でないものが、複雑多岐にわたりかつ高度な現実具体的な生活に適切な対応は不可能だからである。以上の様にのべると、法思想上のファンタジー性が排斥されてしまうが、以上の空想、幻想の中でも特定条件を加えることによって、法的思考として成立可能となる場合もある。この点も含め当該論文のテーマとなる。これについては後述。

- ⑤ **イデオロギー** 「人間の主観的な希望、欲求が客観的な科学理論の仮面を着けたもの」<sup>(14)</sup>であり、「人間の理論的認識がその実践的意欲によって歪められることによって生ずる」<sup>(15)</sup>ものである。即ち、ある実践的意欲を達成するために理論的体裁をとって科学的に装おわれたものである。従って客観的事実に則していない点においては、理想や空想、幻想と共通性を有する。しかし他方仮面や体裁という次元であっても、客観的、科学的理論の手法をとっている点では単なる空想、幻想とは異なる。しかし、主観的にはイデオロギーの内容と現実は一貫しているため、理想とは異なる点も有する。従って、これは主観的には理念であり、客観的には理想という位置を占めるといえる<sup>(16)</sup>。

イデオロギーは客観性が否定されるが、現状の否定に立脚し新たな状況創出の一手法となりうるから、ここでいう「ファンタジー」性と連結しうる。何故なら、当該イデオロギーが有する合理性と不合理な現状を改善する機能性のいかんによっては、ここでいう法的「ファンタジー」性を有する可能性があるからである。後述する「ファンタジー」の例は程度の差はあれ、出発点においては多分にこの様な性質を有するものである。現実には常により合理化されるべきものであるから、「ファンタジー」性も法分野で生きることができるのである。従って、法の思考にとって「ファンタジー」は合理的な未来への推進力として作動しうるものでもある。

## (2) その役割と重要性

法思考の特徴はいずれもファンタジー性と関連があった。その意味では、法自体がファンタジー性に導かれて形成されてきたという側面を否定できない。その様な法思考の特徴が生ずる根源は、法の目的そのものにある。一般的に法の目的とするものには大別二つのものがある<sup>(17)</sup>。一つは理念としての目的で、さらに正義、公共の福祉、法的安定性に分けられる。もう一つは国家的目的といわれるもので、社会公共の秩序維持である。しかもこれらは相対的ではあるが、法的安定性を除けばいずれも自律的発展的性質を有するものである。国家的目的も国家目的自体の発展性いわゆる自由国家から社会国家への進展があるから、これが当てはまる。法が他分野と異なる由縁はここにある。この様に構築されてきた法体系とこの体系を基本的構造として作り出されるさらなる法理論との関連で「ファンタジー」も法の実体と密接に結びつきながら機能し、さらにそれが法自体の体系を促進、拡大、発展するという連鎖作用を営むことになる。

「ファンタジー」はそれが現実生活で実質的に果す具体的役割において容認されるのである。その役割も既に法の本質上組み込まれ、ある意味では法内在化されているといっても過言ではない。それを示す言葉は、法は現実生活の客観的合理性を達成するものということに現われている。これを達成するものであれば、「ファンタジー」性も法的作用を有する法的存在となるからである。

## (3) 「ファンタジー」と人間性擁護、促進作用

ファンタジーが法的性質を有し法体系に受容されるのは、法分野において実質的にどれ程機能しうるかによる。その基準となるのは、それによって人間性が擁護、促進されるかどうかまたその程度による。近現代の法は正しくこの人間性の擁護と拡大発展をその最大の核心としてきたからである。従って、現実生活の不合理を排除し、新たな合理性を人間尊重の立場から擁護し、拡大発展を主張するものであれば、法律論として一応容認されることになる。この対応は、現状を大なり小なり否定するものであり、場合によっては、質的变化を伴ない、法の改革の特色を有する。法は百パーセント現秩序を認めた改革は理論的に不可能であり、しかも改革は必然であり、また改革されるべき現秩序自体も元々法的思考力を用いたいわば観念と概念の集大成なのである。従って、それに対応する手段もより合理的な新たな観念と概念である。この観念の中にファンタジー性も当然含まれる。法は正しくこのファンタジー性を駆使し、その先導役として形成され、それを法の固有の性格として定着させてきたのである。以下日本国憲法についてどの様にこのファンタジー性が関係しているか具体的に例をあげて説明する。

### 3 日本国憲法における「ファンタジー」の例

法思考におけるファンタジーが日本国憲法においてどのような法原理や法理論として登場し、作動しているかを見る。いくつかに分けて、それぞれ典型的な例をあげる。

憲法に関する原理も、憲法条文との関係で様々なものがある。条文上明白であるもの、条文上明白ではないが条文が関連するもの、直接関連する条文はないが憲法の趣旨から導き出されるもの、等である。これらのすべてにつきファンタジー性を有する典型的な例をあげる。

#### (1) 憲法の基本的原理

憲法の基本的原理でファンタジー性を含む以下の四つについて述べる。

① **社会契約論** これは近代憲法そのものを生み出す根源的理論でもある。ロック(1632～1704)、ルソー(1712～1778)に代表される社会契約論者は、政治的法的組織体たる国家がその構成員となるべき人々の国家形成意思に基づいて創設されたものと考えている。契約の中核を成すもの(根本契約ともいわれる)<sup>(18)</sup>が憲法となる。基本的人権、国民のための政治権力、国民のための政治機能がその主たる内容である。

このような契約自体は、勿論歴史的事実に反する。しかし、社会契約論の重要性はそれが事実裏付けられているかどうかにあるのではなく、その内容が法の実質にどのような合理的な作用を営むかにある。社会契約論はそれまでの不合理極まりのない前近代国家を正しく近代国家に一大飛躍させるための理論的な基盤となったという歴史的事実の方が本質上はるかに重要なのである。確かに事実を論拠に社会契約論を否定する主張も強い<sup>(19)</sup>。しかし法律論は単なる事実論とは異なる。国家というものをいかに合理的に説明するかが重要なのである。社会契約論は国家目的と国家組織、国家作用を飛躍的に合理化し、そのことが社会契約論を法理論として妥当(正当)せしめたのである。これは出発点においては全くの幻想であり空想であったが、その空想はそれ以前の人間性を冒瀆する不合理な歴史とその犠牲を深く反省し、それを排除するための政治及び法の改善、促進を期した人間理性の成果だといえる。このことが実定法の原理として今も是認される理由なのである。従って、単なる事実論で否定すること自体法の本質論を否定するものとなる。ここに法理論の特殊性がある。

② **根本規範論** これは前述した法の自己完結性を達成する一理論である。法が法として存立しうる(妥当性)ためには、既に妥当性が付与されたより上位の法から権限を授けられることを不可欠の前提とする。つまり法は自己授権ができないのである。これによって、近代法が営々として築き上げてきた客観的合理性の集大成をとりわけ政治権力者の独断から護るのである。現実の法体系では憲法が最上位にある(最高法規性)から、その他の法はすべて憲法から授権され存立しうる。しかし、憲法の上には実定法として現実具体的に

法が存在しないから最上位にある憲法の妥当性が問題となる。これを完結する論法として、根本規範が登場する<sup>(20)</sup>。憲法の上位にも理論的には法（根本規範）が存在するという仮説として出発する。しかし、この説に対しては当初大変な反対があったが、現在では根本規範は世界的に是認されている。その論旨は、近代憲法の名に値するためにはいくつかの基本的原理が不可欠の前提とされるというものである。個人人格を中核とする基本的人権と政治のあり方を最終的に決定する力と権威が国民にあるとする国民主権などである<sup>(21)</sup>。確かにこの二つを欠いた憲法は、およそ憲法の実質を有するものとはいえない。しかし、その論証方法としては、初期には憲法の上位に実在しない仮説としての根本規範が前提され憲法に授權していたが、近代憲法自体の発展により実定憲法の中に根本規範が席を占め実定法と共存していると考えられている。より実質的には近代憲法の進展を通して何が憲法の骨格かが確立され、それが根本規範といえる。これにより憲法自体も法として存立しうることになる。

この根本規範の思考法そのものが、ここでいうファンタジー性を含んでいる。実存しないがその実体としての幻想を用い、法のあり方をより合理的に促進する効果を有するからである。これにより現代憲法とその理論がより精緻化され、不合理な政治権力による法の蹂躪が理論上困難となり法の目的を一段と確保しているのである。

- ③ **憲法制定権力論** これを略して制憲権論というが、この問題の方が根本規範論より早く提起された<sup>(23)</sup>。憲法より下位の法についてはその制定手続は憲法を基準に規定があるが、憲法については上位に法がないから制定行為は法的行為ではなく単なる政治的な実力行為なのかが問題となる。そうだとすれば、法は政治権力によっていか様にも決定されるということになる。その様な論法もあるが、それでは政治の下僕となる。これを排する初期の主張は、自然法と社会契約論に立っている。国民（個人）は社会や国家以前から存在し、自然法により個人として諸々の権利を有し生存していた。国民がすべてに優先して存在し、その意思は常に合法でその意思そのものが自然法によって法とされるというものである。従って憲法は国民の意思により成立することにより、妥当性、正当性が付与される。しかし自然法自体客観的に実在する実定法ではなく、また憲法の歴史的事実から政治的に制定されてきたこともあり、これに反対する見解もある<sup>(22)</sup>。しかし現在の多数説では、国民が制憲権を有し根本規範に従って行使される法的行為であるとされている。

この制憲権論もやはりファンタジー性を有する。根本規範もファンタジー性を有し、憲法の歴史上、その制定のプロセスにおいて政治が支配的な影響力を有し、常に国民が制憲権者ではなかったことも事実だからである。従って、制憲権論は事実に基づかない幻想である。しかし、それにも拘らず敢えて許容されるところに法律学の特殊性がある。以上の様な制憲権の思考によってこそ法が他の分野と異なり法の本質を発揮しうる特徴を形成し、集団生活における現実具体的な合理性を確保できるのである。

- ④ **法の支配** これは、「国家権力が法にもとずき、法の規律を受ける」ことをいう<sup>(23)</sup>。国

家権力が為政者の恣意や便宜によって左右されると前近代的専制政治になるからである。このことから法の支配は、「人による統治ではなく、法による統治」ともいわれている。近代の民主国家においては、国家権力も客観的、合理的な法に従って行使されることが要請されるのである。この法が即ち憲法である<sup>(24)</sup>。

現在では法体系も完備し「法の支配」も完全に定着しているから、一見ファンタジー性を有しない様に見える。しかし、出発点においてはブラックトンの「君主は何人の下にも立たないが、ただ神と法の下に立つ、法が君主をつくるのである」という有名な言葉は必ずしも事実には則したのではない。むしろ事実でないが故にそれを理論化し、政治の合理化を図り、また政治主導型の法律の実体と法律論のあり方をも合理化しようと試みたことに重要な意義があったのである。従ってそこにはファンタジー性もあり、またそれは現実の不合理を是す目的もあり、そのために駆使した法的ファンタジーであったといえる。

## (2) 日本国憲法前文

憲法前文は四項から成り立っているが、中心テーマは国民主権と平和主義である。この二つについてそのファンタジー性との関係でのべる。前文は一般的に裁判において判決の基準となり強制力を伴ない執行される裁判規範性を有しないとされるので、その法的意義が相対的に弱い法規範であり、国民の憲法に対する姿勢を示したもので非常に重要な条項であり、国家権力も簡単に反することはできない。

① **国民主権** 主権そのものは近世フランスの絶対王制を擁護するイデオロギー的政治概念としてジャン・ボードン（1530～1596）によって創出されたものである。それが今日に至る間に種々の展開を見せ国民主権へと発展する。

主権そのものの意義も三つに拡大した。国家権力の属性としての最高独立性（国内において最高、対外的に独立）、国家権力そのもの（統治権）、国内における政治の最高権力又は権威（国の政治のあり方を最終的に決定する権力又は権威）の三つである。ここでは最後の意味の主権との関連でのべる。前文第一項の「ここに主権が国民に存することを宣言し……その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し」とある。この意味での主権は、多数で構成する国家の意思を誰が実質的に決定するかの問題であり、既に国家は社会契約により構成されているから、ファンタジー性を含むことになる。また主権論自体においてもファンタジー性を含んでおり、二重三重にここでの対象となる。最初は君主主権であったが、この主権論も同じくファンタジー性を含んでいる。ボードンの主権論では王権神授説を前提に、君主が有する主権は神と自然法のほかはいかなる制限にも服さない、単一、不可分、不可譲渡の権利としている。実際の物理的政治権力においてはこれは事実には則したものであるが、王権神授説自体がファンタジー性を有するものであり、また法的側面からは神と自然法によるファンタジー性も否定しえない。しかしながら、これが果たした法分野における意義は大きい。従来政治は法的には全くの無拘束無制約で

あったが、法的レベルでも制約が課されるという原理が生じ、法と政治の対抗関係を始めてもたらしたといえる。国家の意思の法的統一により対外的対抗力を形成するという側面もある。次に、ホブズ（1588～1679）の君主主権論も社会契約説を前提としファンタジー性を有することになる。ロックから国民主権になる。彼も立場は異なるがホブズと同じ社会契約論者であり同じくファンタジー性を有する。ルソーはロックの国民主権をさらに進展させたいいわゆるプープル主権論者である。彼も社会契約論者であり、この点は同じである。

現代の国民主権は、ロックを基盤にしたナシオン主権論とルソーを基盤としたプープル主権論に区分される。いずれも政治のあり方を最終的に決定する権力又は権威が国民にある。しかし、前者の国民は具体的に実存する国民とは別個の抽象的な団体人格としての国民であり、観念的抽象的な国民全体（集合人）であり、人格化された国民としてこの様な集合人としての国民全体に一つの主権が帰属するとする。従って、各国家構成員が自らの主権を行使することにはならない。これは観念による虚構である。しかし、このファンタジーが法的実体において重要な役割を果たすのである。国家構成員は多数でしかも政治のあり方を決定するに十分な意思能力を有しない者（子供やいわゆる意思能力に欠ける人）も含まれる。これを全体的に包括して統一的に主権を定義することが法律上必要となり、ナシオン主権が登場したのである。これに対し後者でいう国民とは、個々具体的な有権者をさす。従って主権は有権者個人が分割して有し、行使も有権者自ら行なうことになる。しかしルソーの場合は、個人の人格をも含んで人権の尊重を基盤にした社会契約論であり、すべての人間に主権があることを当然前提とする。しかし国家構成員は意思能力者のみではないから、意思能力を前提とする有権者に主権を限定することは事実を無視するものとなる。さらに主権の行使によって、国家の意思を直接的に決定することは現実には不可能であり、結局代表者を選出するにすぎないことも問題になる。代表者については両者に当てはまる問題であるが、かなりの相違はある。前者の場合は代表民主制が原則であり、代表者と有権者との関係は何ら法的性質を有しない政治的なものにすぎない。代表という概念自体法的な委任や代理の関係ではないから、リコールができないことになり主権者の要求があったときに矛盾することになる。後者の場合は直接民主制が原則であり、それを補完するものとして代表者が選定され、代表者と有権者には法的関係が生ずる。いわゆる強制的委任（命令的委任）であり、リコールが可能となる。しかしこれも有権者との関係においてであり、非有権者は現実には排除されるので主権は一種の虚構になる。しかし主権という思考が政治の合理化を果たしてきたことを否定できず、そのことにこそ重要な意義があるのである。

- ② **平和主義** 平和主義は前文のみならず本文の第9条にも規定されているので、裁判規範性を有し、これに反する国家行為は法的に無効となる。平和主義は、広く民主主義の対外的対応とされる<sup>(25)</sup>。民主主義の中核は個人人格の尊厳であり、これを国内的には民主政



治の実現におき、対外的には戦争の放棄（平和の遂行）により外国人の個人人格を尊厳することになる。

しかし、平和主義の解釈については多岐にわかれている。ここでは日本国憲法誕生の際の見解と現在までのいわゆる学説の多数説に立って説明する<sup>(26)</sup>。それによると、日本国憲法の平和主義は世界の歴史上画期的なものである。二つの点がとくに強調される。一つは自衛戦争も含みすべての戦争のみならず、戦争に至らない武力行使や武力による威嚇を全面的に放棄したことである。但し自衛権そのものは放棄しないとする。もう一つは対外的対抗力としての戦力の放棄である。対外的対抗力としての戦力が存在すれば物理的に使用可能であり、従ってこの二つは一体不可分のものである。この平和主義を生み出す背景には世界連邦、世界国家の思想がある。この思想はいかにすれば戦争がなくなるかを模索したものであり、その骨格は現存の最高権力を有する主権国家を統括する世界国家の創設により、世界国家を最高支配権力の主体とするものである。これにより従来各国が法制度的に認められ個別に有している組織的物理力を世界国家ないし世界連邦のみの権限とし、世界国家内に起る個別的紛争の解決のために用いるというものである。以上の様ないわば完全非武装中立的平和主義を支える心理として日本国民の過去への深い反省がある。

しかし、戦争そのものの消滅自体が現在の国際情勢や国際法からもファンタジーではないのか、あるいは少なくとも現実を踏まえてはいないのではないかという疑問がある。そのことは国連憲章第 51 条で個別的自衛、集団的自衛を国家の固有の権利としていることから解る。固有とはそのものに固着して離れないという意である。従って、現行法体系からも乖離したものとなる。また世界国家、世界連邦についても、主権国家を前提とした国連が現状であり、実現は不可能ではないのかということや、多数説の前提は日本国憲法は国連が世界国家に発展するとの信念を基に、法的には自国の自衛を国連の安全保障理事会による国連軍ないしは国連警察軍によって達成するものとするが、これも必ずしも現実性がなく一種のファンタジーとも見られる。多数説の平和主義は単なる幻想の宣言で、法秩序体系からは意義を有しないのか。現在もこれが大きな憲法論争となっている。多数説にも多少の動きはあるが<sup>(27)</sup>、大勢には変化がない。従って、憲法制定以来半世紀の間少なくとも学問上は上記の見解が維持されてきた。現実の国家生活においては自衛隊、安全保障条約、PKO 問題等種々の変化が生じている。しかし多数説が現在でも否定されていないし、依然としてそのファンタジーを現実具体的な憲法体系の中で現実化させ、日本国憲法的世界的特徴としての画期的平和主義の役割を演じ続けているので「ファンタジー」性を有するといえる。

### (3) 人権規定

日本国憲法の人権規定は第三章「国民の権利義務」中に約 30 ケ条にわたっている。これらに共通する代表的な人権思考のファンタジー性についてのべる。

- ① **天賦人權説** 基本的人権の原点は個人主義の確立を目指したルネッサンス、宗教改革にあるといわれる<sup>(23)</sup>。しかし、基本的人権の理論を公式に主張したのはロックである<sup>(29)</sup>。ロックはこれを前述の社会契約説といわゆる天賦人權説を用いてのべている。人間は元来、国家のない自然法が支配する自然状態にあり、そこにおいて人間は生命、身体および財産への権利をもっていた。しかし、権利の享有が不安定不確実であったので、契約によって社会を作りその信託により国家を設けた。従って国家や社会は自然法に基づく人権を確実に保障するためのものであり、また後人権的なものであるから、国家社会に先立って存在する人権の侵害は許されない。人権は自然のうちに神により付与されたものなのである。天賦人權説や自然法は実定法ではなく、また国家以前の状況についての科学的論証という点でも問題がある。これらはいずれも人間の思考が生み出した想像的性質を有するものではあるが、しかしこれらはこれまでの不合理な政治のみならず、その政治の基盤たる国家の基本的あり方に対しても決定的な法的拘束を課することになったのであり、その果たした役割は計り知れない。
- ② **エドワード・コーク** コーク（1552～1634）は、イギリスの法学者で高等民事裁判所の首席判事でもあり、前記ブラックトンの思想を受け継ぎ、古典的「法の支配」を完成した人物である。彼はその著『註釈』において、1215年のマグナ・カルタが一般国民の権利、自由をも含んだものであることを主張し、以後この見解がイギリスでは支持され、現在もマグナ・カルタ、権利請願、権利章典は「イギリス憲法の三聖典」と呼ばれている。しかしマグナ・カルタは、いわゆる三部会（等族会議）が国王ジョンに対し特権階級として有する既得権を妨害しない様要求したことに対する対応であり、いわば勅許状であるから当然一般庶民は含まれず、明らかに事実と反する。さらにマグナ・カルタは一般的に広く適用される法ではないから、法としての拘束力は生じない。またその内容も特権であり、一般的な意味での権利や自由ではない。従ってコークの主張は歴史的事実、法的実体に共に反する一種の空想、幻想であった。しかしこのファンタジーは、法的にはむしろ客観性合理性を促進し、法分野に多大の効果をもたらしたのである。確かにマグナ・カルタの内容自体も必ずしも特殊階級に固有なものではなく、宗教の自由（1項）、貢税賦課の制限（12項以下）、裁判と身体の自由（39項）などは一般国民にも適合可能であり、それらを一般化することにより、国王の政治権力への法的制限を可能にし、人間性の尊重を普遍的にしたのである。これらはすべて近代憲法の課題そのものであり、従ってコークは前近代法的あり方を根本的に近代法化したのである。
- ③ **基本的人権の性質** 近代憲法の中核たる基本的人権には、いくつかの性質があり、この性質自体にファンタジー性がある。その性質は三つあり、普遍性、不可侵性、固有性である。<sup>(30)</sup> これらにつきそのファンタジー性をのべる。
- ④ **普遍性** 人権の普遍性とは、人種、性別、年齢等個々の人間が社会において有する事実上の相違にも拘らず、人間であるということによって当然に有すべきものという意で

ある。人権自体の本質を理論的に追求すればこの様な性質は否定できない。しかし、ここにも現実状況を先導的、合理的に改善するという法思考の典型が現れる。従ってファンタジー性は当然有することになる。

- ㊦ **不可侵性** これは基本的人権の保障がすべての公権力によって侵害されないことをいう。これには二つの問題があり、一つは前述した内在制約性により、人権といえども絶対無制約ではなく相互の調整による制約に付されるが、これにより不可侵性は排除されず単に法理論的な帰結としての制約となるからである。もう一つは不可侵性は現実において今も意図的に破られることが多い。この点不可侵性自体においてファンタジー性があるということが解る。
- ㊧ **固有性** 基本的人権が人間というものに固着した権利であること、従って人間が存在する限り、また発展拡大する人間生活に必要である限り新しい人権も創設しうることを含むことになる。この性質はファンタジー性そのものを示しているといえる。何故なら、現実を超えた未だ実存しない人間状況に対し法的効力を既に確保しているからである。実際には新しい人権の確立は必ずしも容易ではない<sup>(31)</sup>。
- ④ **法の下での平等** これはもともと神の前の平等から出発している。神の前ではすべての人間は罪ある者で差がないということである。現在では近代合理主義的自然法思想と結びつき、個人人格の尊厳を基盤にしている。しかしすべての問題につき絶対的な平等を達成することは不可能であり、また不合理な場合も生ずるのでいわゆる相対的平等を原則としている。これは純然たる事実に基づく差異は法的にも顧慮されるが、福祉国家を国家理念としているからその達成に必要があれば、その差別を法的に排除するものである。つまり、合理的差別は法的にも容認されるのである。法の下での平等がファンタジー性を有する原因は、絶対的平等にあるのではない。これですべてをカバーできると考えるのはむしろ法的には単なる空想にすぎない。人間はそれぞれ個性を土台とし異なる人格を有し、それぞれの価値を発揮し貢献もしながら集団的に調和し生活しているから、相対的平等が中核となるが、これが法的思考におけるファンタジー性を有するのである。この場合法は現実を超え、その目的を合理的に達成するための導き役を果たしているのである。

#### (4) 統治機構

統治機構とは、立法、行政、司法機関のことであり、国民の信託により憲法に従い法律を制定し、国法を国家の管轄内で適用執行するために諸権限を行使することを任務とする。これらの諸機関は強大な権力を有し、また相互関係の統一性と調整、調和が前提となるから、これらを考慮した原理原則論が当然存在する。その原則が権力分立論である。

近代憲法の大原則の分立論の代表は、前述したロックの『政府二論』によるものと、モンテスキュー（1689～1755）の『法の精神』<sup>(32)</sup>によるものである。これら自体が既にファンタジー性を有する。ロックについては、その具体的な権力分立において、国家の意思決定における国

民主権の主張、執行権（従来国王の独占権）の議会意思への服従、さらに君主の独占的裁量権の“大権”についても人民の福祉に合致すべきとし、新たな政治体政の確立を主張したものである。その新たな体制とは、名誉革命により成立したオレンジ公ウイリアム並びにメアリーによる権利章典を前提とした民主主義的議会政であり、これを理論的に擁護したのがロックの『政府二論』である。また、モンテスキューの権力分立論も1748年当時の初期民主政を完了したイギリスの議会中心の国家意思形成を前提としたもので、絶対主義のレイ王朝下では勿論現実ではなく、ここでの法思想的ファンタジーであったといえる。

この原理自体既に世界的に確立した原理であり、現在の日本国憲法下ではファンタジー性を有するものとはいえない。しかし、この原理の下に本来の目的を達成するため作動している各国家機関に関する種々の原理原則についてはファンタジー性を含むものがあり、それらについてのべる。

① **立法** 立法については「全国民の代表」の代表性と議会による国家意思形成のファンタジー性についてのべる。

① **「全国民の代表」** これは憲法43条1項の「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」にある。「代表」の概念については主権のところでのべた。ここでの問題は「代表」がどのようなファンタジー性を有し、それがどのような役割を果たしているかである。現代国家では、国民の具体的政治意思が充分にかつ正確に議会に反映されることを前提とした代議制議会中心の民主政が基盤である。これを実質的に達成することが立法機関存立の最大の条件となる。その点で、この「代表」はどうかということになる。従来政治的代表的多数説を補完するものとして、社会学的代表が主張されている。従って、問題はこの概念がどのような内容を有するものかにかかってくる。これは社会構造の複雑化、国民の価値観の多様化の実体を忠実に議会に反映することを前提とし、それにより国民意思と代表者意思の事実上の「類似」を達成するというものである<sup>(33)</sup>。しかし、実際には「一致」することは物理的に不可能である。政治的代表的代表者の意思を国民の意思と擬制（一方的に法的に確定）するという点で一種ファンタジー性を有する。同様に「類似」を期待する社会学的代表も共にファンタジー性を有する。しかし、これは民主権の実体の実効化を図ろうとするものであり、その役割を果たしているといえる。

② **国家意思形成** 憲法41条の「国会は国権の最高機関であり、国の唯一の立法機関である」についてのファンタジー性である。ここでの対象は「立法機関」の方である。ここでいう「立法」とは特殊な意味で国民の権利と義務を含み、国家と国民および国民相互間の関係を規律する一般的、抽象的法規範のことである。従って立法機関とは、憲法の趣旨を達成するため国家意思としてこの「立法」を制定する機関ということになる。確かに、手続的には国会で充分審議、議決され法律として制定される。しかし、実質的なのはそのプロセスたる手続にすぎないのではないかという疑問がある。何故なら、議

院内閣制や政党政治により法律案として国会に提案される前には、その内容は既に実質的には決定済みである。勿論議院内閣制も政党政治も憲法の原理であるから、憲法体系からは問題はない。重要なことは立法は必ずしもすべてが国会で実質的、本質的に決定されるということではないという点である。国会は直接国民を代表するという意味で、いわば民主政の骨格としての地位が与えられているということである。民主政は国会のみで達成されるのではなく、種々様々な手法の複合体によるのである。このことを国会に集約し代表して表現したもので、従って現実の政治における「立法」の本質的決定とは異なるという点で事実と反することになる。しかし、議会制民主主義におけるファンタジーは、単なる幻想ではなく、国会の構成員の変化は国政の変化であり、その決定権は選挙権により国民が有するから、民主主義において実効的な役割も果たしている。また実効化のための原理原則として、選挙権、一票の価値の平等、選挙区制、代表方法等がある。

② **行政** 行政とは、法の規制を受けながら、現実には国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動<sup>(94)</sup>、とされる。ここでは福祉の達成と解散権に関してのべる。

① **社会国家理念からの行政（福祉の達成）** すべての国民の実質的平等を基盤とした国民生活の全分野にわたる福祉を国家の最大の目的とするのが社会国家（福祉国家）である。日本国憲法第 25 条のいわゆる狭義の生存権がこのことを典型的に表現している。「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」である。国民の経済生活については国家権力の絶対的な不干渉（自由放任）政策をとる自由国家の下では、経済的社会的政治的劣位にある大多数の国民の生活の向上は不可能で、むしろ「貧乏の自由」、「空腹の自由」にすぎない状況となり、社会国会（福祉国家）が登場し新たに社会権が人権として加えられその実効化が図られることになる。

しかし福祉国家の中核である社会権は単なる国家の政治的目標であり、具体的裁判規範性を有しないとされている。憲法上、このことが行政作用に大きな影響をもたらすことになる。行政は「国家目的の積極的実現」を任務とし、また社会権はその歴史的事実による正当な存在理由にも拘らず、法的強制力を伴ない行政権を先導することができないということになる。具体的に法的拘束力を有するものは、国家の法律である。しかし、行政には国民の生活の全分野にわたりかつ詳細に対応することが要請され、実際にも国民生活について最も多くの情報を有し、従って現実具体的に適切な対応が可能なのは行政当局であり、議院内閣制とも相俟って行政主導型の法律にならざるをえない。このことが、憲法のファンタジー性を生むことになるのである。現実に立脚しその合理性を達成すべく形成された憲法の生存権を代表とする社会権は、結局現実には引き戻されることになる。しかし、社会権を生み出した思考そのものは、日本国憲法を通し国民の生存権として行政に対しても先導的役割を果たしているといえる。

㊦ **解散権** 解散は全衆議院議員に対して、四年の任期満了前に総辞職させることをいう。この権限については論争があり判例、通説によると憲法第7条によって内閣に付与され、しかも解散の理由については一切法的には問われないものとされている。その理由は、内閣と議会の対立や重要な問題が生じたとき、最も新しい国民の意思を議会に導入し、国民主権の実質を達成するためである。

しかし解散権の行使が必ずしも常に国民の正確な意思の反映につながるとは限らない。何故なら、現在の政治は一つ一つの問題につき国民に付され国民の判断をあおぐというやり方ではなく、国民は政党を通じて個々の問題につき間接的選択を行うからである。また、解散権の発動自体についても一切の制限がないから、政争の道具としても用いることも可能であり問題でもある。即ち、解散権の目的自体に既にファンタジーがある。しかし、解散により国民の合理的な意思を臨機に導入し、それに則して政治を行うことは可能であり、また憲法の諸目的も実現可能となるので、これ自体憲法の大原理となる。以上のことから、内閣の有する解散権もその性質としてはファンタジー性があるといえる。

㊧ **司法** 司法機関の中核的作用は、法律上の争訟を解決するため個別具体的な事件に法規範を適用してなす公権判断である。この様な作用に関連して司法には以下の二つの重要な地位と役割が付与されているが、これらが有するファンタジー性についてのべる。

㊨ **司法の独立** これにも広狭両義がある。司法作用とりわけ裁判作用は公平中立ということが最も重要であり、これを達成するためには広義では他の機関から一切妨害、干渉されないこと、狭義では具体的な事件担当裁判官の職務執行に対して、他の機関や上司による妨害、介入、干渉は勿論のこと指揮、命令、監督も許されないことをいう。しかし、問題もある。新たに司法による国家意思の形成が期待される場合でも権力分立の原理によって、司法のあり方は国家意思形成機関としての他の二権に対し、出来る限り「尊敬と謙讓」を示すものとされているので、それが困難となる。しかし、法が客観的合理性を第一の目的としていることとは一致しない。民主政治の新たな発展拡大については、その機能が抑止されているのである。また、裁判官の職務執行に関し、予め特定の結論を前提として上級の裁判所や司法行政上監督権を有する裁判官からの圧力や要請等がなされることがある<sup>(35)</sup>。これも、国民がそのために用意し、信託した司法のあり方とは矛盾する。司法の役割は、ファンタジー性を有する現行法を前提に、具体的法的问题の解決を通して、しかし、より合理的な民主政治のあり方を模索することであり、この様な判決を国民も期待するのである。それに逆行することは国民の信託に反することである。従って、司法の作用自体にもファンタジー性があり、それを忠実に果たすことが信託者たる国民への義務である。

㊩ **憲法保障の役割（違憲立法審査権）** 国家の三権はすべて憲法の内容を実現し、憲法の諸原則による国政を実施、保障する機関にすぎない。とりわけ憲法では、司法により

強い憲法保障の役割が課されている。それが違憲立法審査権あるいは違憲法令審査権である。憲法第81条には、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する」とある。この権限により、原理的に憲法保障が可能となる<sup>(36)</sup>。

しかし問題は、「高度に政治的な意味をもった国家行為ないし国家的利害に直接関係する事項を対象とする国家行為<sup>(37)</sup>」には司法審査自体及ばないとする統治行為論という理論により審査権の及ばない領域があるとされ、このことにより司法の憲法保障機能が減殺されることである。国民により直接選任されず、また国民にその責任を直接負うことのない非政治的機能の司法にとっては、政治問題はその性格上なじまないことが根拠である。また条約についても、多い見解としては外国との関係であり、一見極めて明白に違憲無効でない限り<sup>(38)</sup>、司法審査に付することを控えるべきとされている<sup>(39)</sup>。違憲審査については極めて詳細な法理論的かつ法的事実の検討分析が必要であり、むしろ司法審査になじむ面もあるが実際には反対である。これにより疑問の条約も審査権に付されないことになる。もう一つの問題は、憲法判断回避のルールで司法審査に付せられても、憲法問題にふれることなく問題を解決する様に配慮することをいう。これにより司法の裁判機能を充たすと同時に新たな政治的問題の提起を避けるためである。司法の性格からくる一種の司法消極主義といえる。

憲法自体がファンタジー性を有する体系であり、従ってそれを保障する違憲審査権もファンタジー性の追求であり、またその手法にもファンタジー性がある。違憲行為も通常立法、行政という強力な国家機関によるものであり、前述した様に司法の非政治性、非権力性さらには裁判官の任命権等により完全に自由な形で違憲を宣告することが困難になっているからである。また立法が違憲の場合であれば違憲の判断が出されても、法的には当該立法の存在自体を否定する効力を有するものではない。また行政に対しても、行政事件訴訟法第31条のいわゆる事情判決により、当該行政の処分や裁決が違法（違憲を含む）であっても公の利益から、むしろ当該違法処分又は裁決の取消しの請求を棄却することができることになっており、議員定数不均衡の裁判等で最高裁はこの規定を適用し判決している<sup>(40)</sup>。従って、この様な場合には違憲立法審査権も非常に弱いものになる。しかしながら、審査権自体はあくまでも憲法体制保障の一手段であり、国民の審査権に対する期待も非常に大きく、さらに最近の司法に対する国家意思形成機関としての役割の増加を加味すれば、憲法のファンタジー性を完遂する一役を担っているものといえる。三権の上には常に国民が存在し、不合理な政治に対する国民の対抗の集大成としての憲法が民主政の達成を前提に三権に諸権限を信託しているからである。

## おわりに

以上のべてきたことから、法が法として認められる基準には大別二つのものがあることが解る。一つは法の機能に直接関係するものである。法の本来の目的である個人人格の尊厳に立ち現実具体的集団生活の調整調和を対象として、それを達成するに適切かどうかを見るものである。この点から見た場合、法に要求される機能はいかにそれが現実性具体性を有し、その目的を果たしうるものか、またそれがどれ程合理性を有しその目的に適切に対応しうるか、それにもう一つは法の本来の制定者であり、同時に受範者（受規者）でもある国民にどれ程受け入れられているかという客観性である。しかし、法にはもう一つより重要な基準がある。それがここでのべてきたファンタジー性である。ファンタジー性は、一般的には直接問われることはないが、第一の法に対する審査基準が直接対象としている現実具体性、合理性、客観性につき、これを新たに生み出す根源的エネルギーあるいは発想力として貢献し、また生み出された実定法の具体的理論や手法を先導し、発展させる起爆剤でもある。従って、法の外見的具体的形態としては具象化されてはいないが、このファンタジー性は法の本質的内在的機能としての重要な作用を果たしているのである。このファンタジー性が第二の基準となるのである。法のかくられたいわば究極的目的はこのファンタジー性の追求である。これにより常に飛躍的質的な発展がもたらされ、法がすべての人の人間としての尊厳を前提に、高いレベルの実効性を具体化できることになるのである。

(本学講師＝憲法担当)

## 注

- (1) 『リーダーズ英和辞典』松田徳一郎監修 777頁 研究社(1984)。
- (2) 正当性は妥当性とは異なり何故に法が効力を有するに値するものなのかの本質についての問題である。
- (3) 『政治学事典』713頁 平凡社(1965)。
- (4) その典型的な例が法の廃止の場合である。
- (5) 芦部信喜『国家と法Ⅰ憲法』66頁～68頁 放送大学教育振興会(1990)。
- (6) 尾高朝雄『法の窮極に在るもの(新版)』125頁～134頁 有斐閣(1990)。
- (7) 小林直樹『憲法講義(下)』811頁～816頁 東京大学出版会(1978)。
- (8) 芦部信喜『憲法制定権力』3頁～61頁 東京大学出版会(1983)。
- (9) 芦部信喜『憲法学Ⅰ憲法総論』111頁 有斐閣(1992)。
- (10) 『明解漢和辞典(新版)』長澤規矩也編著 46頁 三省堂(1959)。
- (11) 『明解漢和辞典(新版)』前掲 567頁。
- (12) 『明解漢和辞典(新版)』前掲 568頁。
- (13) 『明解漢和辞典(新版)』前掲 316頁。



- (14) 宮沢俊義『憲法の原理』 186頁～187頁 岩波書店 (1968)。
- (15) 宮沢俊義『憲法の原理』 前掲 186頁～187頁。
- (16) 宮沢俊義『憲法の原理』 前掲 188頁。
- (17) 峯村光郎著 田中實補訂『法学概論』 28頁～32頁 勁草書房 (1993)。
- (18) 芦部信喜『憲法制定権力』前掲 6頁。
- (19) 典型的には法実証主義学派があげられる。
- (20) 最初に提起したのはドイツのケルゼン (1881～1973) である。
- (21) 多数説によれば日本国憲法の根本規範には平和主義も含まれる。
- (22) 小林直樹『憲法秩序の理論』 78頁～100頁 東京大学出版会 (1986)。
- (23) その歴史は中世イギリスにまで遡る。
- (24) 「法の支配」と「法治主義」は同義の場合もあるが、後者は19世紀ドイツの特殊な概念として用いられる場合もある。
- (25) 宮沢俊義『憲法入門』 88頁 勁草書房 (1989)。
- (26) これの代表者としては、幣原喜重郎、清宮四郎、宮沢俊義などである。
- (27) これを示すものとして、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』 岩波書店 (1987) がある。
- (28) 小林直樹『憲法の構成原理』 205頁～206頁 東京大学出版会 (1966)。
- (29) その代表的著作が、『政府二論』 (1689) である。
- (30) 芦部信喜『憲法判例を読む』 61頁～66頁 岩波書店 (1987)。
- (31) 新しく確立された例としては、プライバシーと肖像権である。環境権については学説上は認められているが最高裁は否定している。
- (32) 1748年出版されている。
- (33) 芦部信喜『憲法』 219頁 岩波書店 (1993)。
- (34) 田中二郎『行政法総論』法律学全集6 22頁 有斐閣 (1975)。
- (35) その例として、平賀書簡事件や最高裁の司法行政として行われる裁判官会同・研究会が問題となる。
- (36) 佐藤幸治『憲法』 35頁～36頁 青林書院 (1985)。
- (37) 雄川一郎『行政争訟法』法律学全集9 125頁～126頁 有斐閣 (1957)。
- (38) 最高裁 (大法廷) 昭和34年12月16日判決 刑集13巻13号322頁。いわゆる砂川事件上告審判決である。
- (39) 清宮四郎『憲法I (新版)』法律学全集3 369頁 有斐閣 (1977)。
- (40) 最高裁 (大法廷) 昭和51年4月14日判決 民集30巻3号223頁など。