

# 法的思考 倫理的観点から見た<sup>1</sup>

金子 裕介

## 1. 法的思考への転回

大人に成るにつけ私達が身に付けるのは、法的思考(legal mind)である。子供の頃遊んでいた隣の家の庭は、大人に成ると私有地として現れ、そこに居座ろうものなら住居侵入罪という刑法 130 条の罪に問われ、所有権の侵害という民法 709 条の不法行為に問われる。車の免許を取りに行けば、道路交通法に触れることに成り、給料明細を見れば、所得税の源泉徴収が否応にも目に付く。

こうして私達の思考に入り込んで来る法的な思考は、世界に対する私達の見方にも影響を与えと言えるのではないか。例えば、客体という概念を、所有の観点から見直すこと。対象を、所有者との関係性において捉えること。因果関係を、責任の所在という観点から見直すこと。こういった変化が起こるのである。大人である私達を支配する法的思考とは、一体、如何なるものであろうか。

## 2. 実定法主義

法的思考に顕著なのは、実定法主義である。それは、「この法律が制定されているのだから、そう考えなければならない」という傾向である。実際、素人であれ実務家であれ、私達には、法律問題に対し、実定法の条文規定を提示された時点で、納得してしまう嫌いがある。この傾向を、私は本稿で、「実定法主義」と名付けることしたい<sup>2</sup>。

実定法主義的思考とは、例えば、「他人の土地に居座ると刑法 130 条の住居侵入罪として罰せられる」と誰かに教えられ、そうとしか考えられない様になってしまう傾向である。この傾向は、以下の思考の道筋を辿ると言えるだろう。

まず、刑法 130 条は、次の通りである。

- (1) 正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。(刑法 130 条)<sup>3</sup>

ここで、次の状況を考える。

(2) 乙が、甲の土地に居座った。

この状況に対して、刑法 130 条(=(1))が、次の簡略化された形で言及される。

(3) 如何なる人も、他人の土地に居座ったなら、三年以下の懲役に服するか、あるいは、十  
万円以下の罰金を払わなければならない。

そして、(2)と(3)から、次の結論が導き出されるのである。

(4) 乙は、三年以下の懲役に服するか、あるいは、十万円以下の罰金を払わなければならない。

### 3. 論理主義

これが、実定法主義的思考の辿る道筋である。その考え方に見られるのは、或る種の論理主義だとも言える。実際、上掲の(2)と(3)から(4)に至る過程は、次の三段論法の形式にまとめられるのである。

(5) 如何なる人も、他人の土地に居座ったなら、三年以下の懲役に服するか、あるいは、十万円以下の罰金を払わなければならない。(=(3))

乙が、甲の土地に居座った。(=(2))

---

乙は、三年以下の懲役に服するか、あるいは、十万円以下の罰金を払わなければならない。(=(4))

これは Modus Ponens という典型的な論理的推論である<sup>4</sup>。

もっとも、厳密な論理性で見れば、(5)は、ただ Modus Ponens によって説明できるものではない。少なくとも、全称例化<sup>5</sup>を考え合わせなければならない。更に私としては、(5)には最終的に次の論理形式が与えられる、と考えている。

(6)  $s_1 \ s_2 [ \{ (s_2 \text{は} t \text{において} s_1 \text{の土地に居座る}) (s_1 \ s_2) \} \{ (s_2 \text{は} s_1 \text{に十万円以下の罰金を支払わなければならない}) (s_2 \text{は三年以上の懲役に服さなければならない}) \} ]$

$\{ (乙 \text{は} t \text{において甲の土地に居座る}) (甲 \ 乙) (t < < \text{「今」} > (\gamma)) (t \ D\text{-Term}(\gamma)) \}$

(乙は甲に十万円以下の罰金を支払わなければならない) (乙は三年以上の懲役に服さなければならない)

「 $s_1$ 」、 「 $s_2$ 」は、法的主体を表す変項である。「 $t$ 」は、離散的に捉えられた時刻の変項である<sup>6</sup>。「 $<$ 」は、時間の先後関係を表す。「 $< \text{「今」} >$ 」は、カプランの言う意味特性(character)であるが(Kaplan[1989],pp.505f.,p.548, see also 金子[2005a],p.236註3)、飯田隆の表記に従っている(飯田[2002],p.301etc.)。「D-Term」は脈絡に応じて話題期間を割り当てる関数表現である<sup>7</sup>。「 $\gamma$ 」は、(2)の状況を話題にしているコンテキストを表す個体定項である(cf.飯田[2002],p.298)。この論理式化は、一階述語論理の枠内のものであり、法的思考のみならず、実践的三段論法や、意志を述べる文についても用いられ、私はそれなりに成果を上げて来た(金子[2008a], [2008b], [2008c])<sup>8</sup>。

私の方針から離れるにしても、この類の形式化は、多くの者が試みる所だと言える。例えば、ライプニッツは、己の普遍的記号法(Characteristica Universalis)を駆使すれば、どんな法的紛争も論理的計算によって解決できる、と考えていた(cf.Russel[1946],pp.572-573)。また、現代においても、フォン・ウリクトによって考案され、アンダーソンによって受け継がれた義務論理(deontic logic)は、法的思考を分析していると見做せる<sup>9</sup>。

#### 4. 何故、その条文に思い至ったのか

実際、法的思考には、論理主義的な分析を誘う雰囲気がある。その理由の一つは、既に述べた通り、実定法主義があるからだろう。直面した問題に対し、既存の実定法から、解決が導き出される、という法的思考の特性は、数学や論理の考え方に似ているのである。しかし、実定法主義なり論理主義により、法的思考の全体が把握できるかと言えば、そうでもない。

まず、実定法主義には、「何故、その条文が引き合いに出されたのか?」ということを問わなければならない。上述の例で言うと、「乙が甲の土地に居座った」(=(2))という状況に対し刑法 103 条が適用されたが、しかし、何故その条文が引き合いに出されなければならなかったのか。というのも、その状況において言及されるのは、民法 709 条(不法行為)でも良かった。刑法 37 条(緊急避難)でも良かった。

このことは、(2)以外の状況に目を向けてみれば、もっとはっきりするかも知れ

ない。法的紛争においては、同一の状況を巡り、対立する法が引き合いに出されることが、しばしば行われている。プライバシーの権利(憲法 13 条幸福追求権)と、表現の自由(憲法 21 条)<sup>10</sup>。死刑(刑法 199 条)と、残虐な刑罰の禁止(憲法 36 条)<sup>11</sup>。そして後に論じる、尊属殺重罰規定(旧刑法 200 条)と、法の下での平等(憲法 14 条 1 項)も、そうだろう。

このことは、法よりも厳密性の要求される、論理や数学にも考えられることである。つまり、如何に論理的数学的な思考をしようとも、当該問題に対して、この命題を適用しようと思いついたことには、どうしてもなく非形式的な思考が働いている、と私には思われるのである。

この点については、一階述語論理の決定不可能性という有名な成果がある (cf. Cutland[1980], p.110, 野矢[1994], pp.105-106)。即ち、すべての公式 に対して、「 $\vdash$  は証明可能である」ということを決定する、機械的な手続きが存在する訳ではない。

しかし私がここで言おうとしているのは、それとは異なる所に重点がある。つまり、特定の公式 に対して、機械的手順(アルゴリズム)が存在し、 $\vdash$  が証明可能であるとか、更には  $\vdash$  の証明そのものがアウトプットされるのだとしても、それが人間の思考と同一であるという保証は何処にも無い。無いならば、アルゴリズムとは離れた所で、人間固有の結論の出し方、思考法というものを認めても良いのではないか、と私は考えているのである<sup>12</sup>。

このことを、現にアルゴリズムが存在する(真理表のことである)、命題論理について、論じてみよう。例えば、二人の学生が、 $p \rightarrow (p \rightarrow p)$  という定理を証明しようとしたとする。そこで、一方の学生は、それを、同一律と連言の導入則によって、証明しようとした<sup>13</sup>。ところが、もう一方の学生は、それを、排中律が連言に成っているものとして、証明したのである<sup>14</sup>。

同じことは論理以外でも起こる。例えば、私達は、ピュタゴラスの定理には様々な証明がある、ということを知っている<sup>15</sup>。

このことは、人間が、当該問題を解決しようとして言及する命題は、正しく人によって様々である、ということを示しているのではないか。たとえ、その命題から、当該問題に至る解決が、厳密に形式的であったとしても、その命題に思いつく思考の道筋は、機械的に決定されることではない。人は閃きによって、解決手段としてのその命題に辿り着くのである。これが、形式的分析において見落されている所であり、特に法的思考において強調されるべき所だと私は言いたい。

## 5. 法の解釈

しかしながら、当該問題に対し或る命題を思いついたとしても、その命題がその問題に適用され得るのかどうかということが、更に考察されねばならない。

数学や論理では、その可否が、はっきりと認められるだろう。数学や論理では、どうこうした所で、当該命題の適用可能性が変化するとは考えられないからである。しかし、法においては、適用の可否に、議論の余地が残されるのである。何故なら、法は、たとえ実定法として成文化されていたとしても、その文言が多様な解釈を許すからである。典型例として、民法 709 条を見てみよう。

(7) 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。(民法 709 条)<sup>16</sup>

この文言が、非常に広い範囲を覆うことは直ぐに分かるだろう。公共の福祉(民法 1 条 1 項)、信義誠実の原則(同 2 項)、権利乱用の禁止(同 3 項)といった一般条項(cf.西村[2003],p.110)、そして憲法の様な基本法においても、この特性は認められる。

それ故、法的思考においては、或る条文を、或る問題に適用するために、その条文を解釈する、という手続きが決定的な役割を果たすのである。これは数学や論理には認められないことである。数学や論理においては、公式が解釈によって多様な意味を持たされるなどということは、もっての外だからである。

## 6. 倫理的思考

以上の考察から、法的思考は、(6)の様な形式化を受け入れるけれども、それ以外に、当該条文への言及(§4)と、条文の解釈(§5)、という二つの非形式的な要素を持つことが分かった。

「当該条文への言及」について付け加えれば、法的思考においては、その条文への言及が、後付的、と考えられる時がある。これは、事件に対する倫理的評価が先に定まり、それに法的根拠を与えるため、当該条文への言及が為されるからである。もっともこのこと自体、健全なことではある。何故なら、ただ倫理的な観点からのみ判断が為されるなら、それは司法の判断とは言えず、司法の判断と言えるためには、何かしら、実定法上の根拠がなければならないからである。罪刑法定主義、租税法律主義といった立場は、このことを顕著に表している(cf.渡辺

[1998],p.227)。

だが、倫理的判断が先行し、後付け的に法的根拠が述べられるなら、当該条文は、既に、倫理的観点から解釈が為されていると言えるのではないか。前節において、法的思考特有の要素として、解釈が見出されたが、その解釈の背後には、このような倫理的思考が存在している、と考えられるのである。

## 7. 刑法 200 条違憲判決

このことを、古典的な判例である刑法 200 条違憲判決に即して考察してみたい。この判例を介し、私達は、法的判断がどのような経緯で下されるのかも、概観できるはずである。

刑法は、平成 7 年(1995 年)に現代語化と共に改正されたが<sup>17</sup>、その際、削除された条文として、尊属殺重罰規定を述べる 200 条があった。

(8) 自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス (旧刑法 200 条)

これは、分かり易く言えば、親殺しに代表される、尊属<sup>18</sup>に対する殺害を、赤の他人の殺害(「普通殺」と呼ばれる)に比べ、より重い罪によって罰しようとするものである。しかし現実にかかる親殺しは、単なる「親不孝」では捉えられない、複雑な事情を含んでいる。正にその例として、次の事件は起こった。

(9) 昭和 28 年(1953 年)、3 月頃、丙(被告)は、実の父親である丁に強姦された。それは繰り返され、丙は、1 年後の昭和 29 年(1954 年)、そのことを母親に打ち明けたけれども、しかし、そのために、却って家族は混乱することに成った。丙は、家を脱け出すことも試みたが、その度に丁に捕まり、そして強姦は繰り返された。更に、昭和 31 年(1956 年)、丙は、丁の子を出産し、その後、計 5 人の子を出産した。しかしその後、丙は勤務先の男性と付き合い様に成る。だが、昭和 43 年(1968 年)、丙にそのことを伝えられた丁は怒り狂い、以後 10 日に渡り、丙を虐待した。このため、同年(昭和 43 年)10 月 5 日、夜、丙は、「丁から逃れるにはこの他に術は無い」と考え、再び襲って来た丁の首を絞め、実の父を殺したのだった。丙は、その後直ちに、警察に自首している。(cf.西村[2003],pp.27-28, 和田[1992],p.1120)

判決は、一審、二審で分かれた<sup>19</sup>。それぞれが辿った考えは、以下の通りである。

まず、丙の行為は、正当防衛に当たるのではないかと考えられる。正当防衛について規定した刑法 36 条は、次の通りである<sup>20</sup>。

(10) 第 36 条 第 1 項 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

第 2 項 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

もし、丙に、純粋な意味での正当防衛が認められれば、この第 1 項が適用され、丙は即座に無罪と成る。しかし丁は、丙を「虐待」しに来たのであって、「殺害」しに来たのではない。だから、それに対して、「殺害」で応酬した丙の行為は、純粋な意味での正当防衛ではなく<sup>21</sup>、「過剰防衛」としてのみ捉えられる。故にこの場合、丙に対して認められるのは、第 2 項だけである。そこで次に、刑の減輕か、免除か、ということが問題に成るのだが、(9)の事実関係を情状として酌量すれば、丙に対する刑を免除することができる。

しかしながら、 の様に考えるなら、刑は免除されてしまうのだから、丙の行為が、「尊属殺」として罰せられるか、「普通殺」として罰せられるか、ということは問題に成らない。だが実際には、丙の行為は「過剰防衛」ですらなかった、とも考えられる。何故なら、犯行当時、50 代の父は酩酊状態にあり、丙を「虐待」する力さえ無かった、と言えるからである。しかも丙には、殺意を認めることができ、この犯行は「防衛の意思」によるのではなく、「攻撃の意思」によって行われた、と考えられるのである。こう考える限り、丙には過剰防衛が認められず、刑法 36 条が適用できなくなる。つまり丙の行為は、明確に、殺人罪として捉えられるのである<sup>22</sup>。そしてこの時、初めて、「尊属殺」として罰せられるか、「普通殺」として罰せられるか、ということが問題に成る<sup>23</sup>。

もし、丙に尊属殺の刑を科すならば、彼女は実刑判決(つまり直ぐに刑が執行されること)が避けられなくなる。何故なら、刑法 200 条(=8)によれば、丙には、死刑か無期懲役が科されることに成る。仮にそこで、無期懲役が選択されたとしても、その後、刑の減輕は、法律上の減輕が一回、酌量減輕が一回、の計二回しか認められない(刑法 72 条)。法律上の減輕として、正当防衛(過剰防衛)の適用は既に否定されているので、心身耗弱(刑法 39 条 2 項)を認めることにすれば、まず、刑法

68条2項より、丙の懲役は7年にまで短縮することができる。次に、酌量減輕(刑法66条)を認めれば、刑法68条3項により、丙の懲役は3年6か月にまで短縮することができる。しかし、執行猶予ができるのは、3年以下の懲役に対してだけである(刑法25条1項)。従って、最低でも懲役3年6か月である丙に対しては、執行猶予が認められない。

しかしもし、丙の行為をただの普通殺として罰するならば、(旧)刑法199条

(11) 人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ処ス (旧刑法199条)<sup>24</sup>

が適用されることにより、3年の有期懲役から、刑の減輕を始めることができる。更に、と同じく考えれば、まず、法律上の減輕として、心身耗弱を認め、1年6か月、次に、酌量減輕により、9か月にまで、懲役を短縮できるのである。これらの懲役期間は、いずれも3年を下回っているため、執行猶予が優に認められる。

第一審の宇都宮地方裁判所が採った考えが、である<sup>25</sup>。これに対し、第二審の東京高等裁判所が採った考えが、のである<sup>26</sup>。これらの対立から、第三審で最高裁判所が採った考えは、下限ではなかったが(8か月でなくとも3年を下回れば執行猶予には充分であるし、たとえ普通殺だとしても丙の犯した行為は殺人なので、これは当然だろう)、のであった<sup>27</sup>。

この最高裁の判決によって、実質的に、丙は、執行猶予が認められることで救われた訳だが、のの考え方を採るには、尊属殺の要件を満たしている丙の行為に、刑法200条が適用されないことの正当な理由が与えられなければならない。これについて、最高裁は、思い切ったことにも、刑法200条を違憲とすることにより、本件(=9))において、その条文を廃棄してしまったのである<sup>28</sup>。このため、この判決は、「刑法200条違憲判決」と呼ばれる。

## 8. 憲法14条の介入

だが、刑法200条は憲法のどの条文に反することによって違憲とされたのか。それは、法の下での平等を記した憲法14条である。

(12) すべての国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、



政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。(憲法 14 条 1 項)

既に の と において見た様に、尊属殺は、普通殺に対し、量刑において明確な差別が認められる。即ち、尊属殺は必ず実刑判決であるのに対し、普通殺は執行猶予の可能性が残されるのである。

これは、犯罪者の間での差別、即ち、尊属殺を犯した犯罪者と、普通殺を犯した犯罪者との間での差別というよりも(これも犯罪者の人権問題としてそれなりの意義を持つであろう)、親子の間の非対称性として捉えるべきだろう。つまり、親は子を殺しても普通殺としてしか罰せられないが、子が親を殺すと尊属殺として罰せられる。この点において、親と子の間の明確な不平等が認められるのである。そしてこの意味で、刑法 200 条は、憲法 14 条に反するのである。

## 9. 最高裁判決の趣旨

こうして、憲法 14 条を法的根拠とすることにより、最高裁は、刑法 200 条を否定した。この最高裁の判決は、手段違憲説(cf.西村[2003],p.28)と、司法審査制(cf. *ibid.*, p.224)という言葉で特徴づけられている。

司法審査制の方から説明しよう。本件(=9)で最高裁が刑法 200 条を違憲として退けたことは、憲法 81 条の違憲審査制に依拠している。

(13) 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終審裁判所である。(憲法 81 条)

しかしながらこの条文により、最高裁は、あくまで司法府として、個別的な事件に対する法律の適用について、「憲法に適合するかしないか」を判断できるだけであって、法律そのものを違憲として廃棄する権限を持つ訳ではない。法律そのものの改廃は、あくまで立法府である国会で行われる。この、司法の権限の中での、個別的な事件への、法律の適用に対する、違憲審査の制度を、「司法審査制」と言う<sup>29</sup>。

刑法 200 条違憲判決において示されたのは、正にこの司法審査制の観点から、当該事件(=9)に対する刑法 200 条の適用が、憲法 14 条に反し違憲である、という見解だけであった。従って、この判決によって刑法 200 条そのものが廃棄された訳ではない<sup>30</sup>。

次に、手段違憲説について説明しよう。既に§5 で、解釈が法的思考特有の要素

であると述べたが、その解釈に際し、私達は、当の法が何のために作られたものかという観点で考える時がある。この、法に対して考えられる、「何のために作られたのか」という目的、これを、「立法目的」と言う。

では、刑法 200 条の立法目的を考えてみよう。それは、何人もの裁判官が言及している様に、「親子の自然的情愛という普遍的倫理を保護すること」だと言える (cf.西村[2003],p.26, 須賀[a], 須賀[c])。私達はここで、倫理に言及が為されていることを見逃してはならない。そしてこの倫理的側面としての立法目的を考える限り、刑法 200 条は、決して、憲法に反する、反社会的な規範とは言えないのである。

しかしながら、その目的を達成するための手段として、刑法 200 条の量刑は、行き過ぎたものだとも言える。例えば、信号無視に対して死刑が科されるなら、私達はそれを行き過ぎた量刑だと思うだろう。それと同じ過ちを、刑法 200 条は犯していたと考えられる。

前節でも触れた通り、尊属殺重罰規定は、普通殺と比較して、量刑の均衡を失っている。つまり、刑法 200 条は、立法目的においては、容認できるものであるが、その目的を達成する手段としては、過剰な量刑を科しているために、法の下での平等の観点から、不適切な条文であると評価されざるを得ないのである。これが、刑法 200 条が憲法 14 条に違反している、と判決された時の要点であり、それを、「手段違憲説」と言う。

## 10. 倫理への言及

しかしながら、既に立法目的において、刑法 200 条は違憲である、と考えることもできる。実際、刑法 200 条違憲判決でも、刑法 200 条の立法目的である「親子の自然的情愛」なるものが本当に、保護に値する普遍的倫理であるのかどうか、という点について、裁判官同士が激しく意見を戦わせたのである (cf.須賀[c])。表向き判決は、今し方説明した通り、手段違憲説である。しかし、実に 15 人中 6 人の裁判官が、刑法 200 条は、手段においてのみならず、目的においても違憲である、という「意見」<sup>31</sup>を述べていたのであった (cf.西村[2003],p.28)。

そこでは、中国の儒教道徳、徳川幕府の封建制度、旧民法における家制度、更には自然法にまで議論が及んでおり、内容は専ら、倫理的なものだと言える。つまりそれは、実定法主義とは程遠いものなのである。

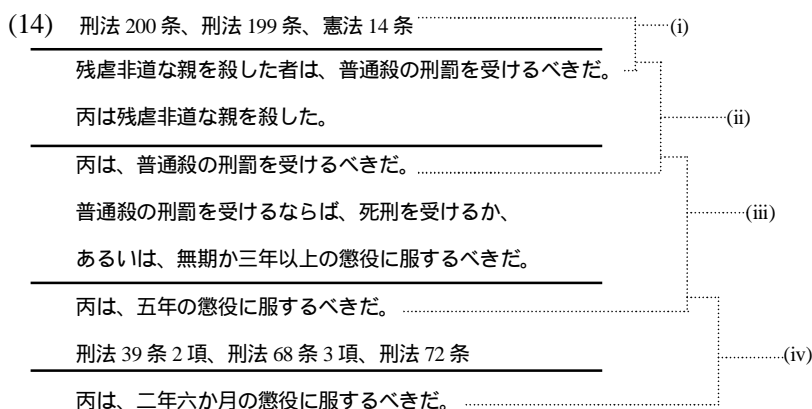
実定法主義とは、実定法が、論理や数学の公式の様に、当該事件に対し機械的な解決を与える、と考えていることであつた (§§2-3)。しかしどうだろう、刑法 200

条違憲判決においては、当該事件(=9))に対して機械的な解決を与えるはずの実定法、即ち刑法 200 条が素通りされ、それどころか法の下の平等の見地から、その条文の存立までもが覆されようとしたのである。そして手段にせよ、目的にせよ、刑法 200 条を叩き台にして考察が及んだのは、今し方述べた通り、倫理の問題であった。「刑法 200 条は過度な量刑を科すことによって、親と子の対等な関係を崩しているのではないか」、「いや、そもそも親子が対等だと言うなら、刑法 200 条の立法目的自体が矛盾しているのではないか」、「そもそも親子は対等なのか」、「逆に言えば、親子が対等でない、ということによって保護される価値観とは何か」。こういった倫理的な問題意識が、刑法 200 条違憲判決の背後には、存在していたのである。

## 11. 概観と結論

倫理的な問題は未解決のままだったけれども、しかし、判決は下された。つまり、それなりの結論に至ることはできたのである。

その結論に至る経緯を、私は、次の形で概観できると思う。



この(14)は外見上、論理主義と軌を一にするかの様に、三段論法の形式をしている<sup>32</sup>。しかしそれは、(5)と同じ様に論理的妥当性(前提の下結論が論理的に帰結する)を持つものではない。論理的妥当性が認められるのは、(ii)と(iv)の部分だけである。

(iv)の部分で、「刑法 39 条 2 項、刑法 68 条 3 項、刑法 72 条」と併記した所は、(6)の様に論理式化できるが、本稿の叙述には不必要と思われるので割愛した。これに対して、(i)で、「刑法 200 条、刑法 199 条、憲法 14 条」と併記された所は、そ

うとしか述べられない所である。前節で強調した通り、そこでは法的な根拠づけが為されているけれども、核心にあるのは、倫理的思考である。

(iii)の部分は、一見、論理主義的な外観をしている。しかし、結論部分が裁判官の裁量に委ねられている、という点に気付かねばならない。つまり、前提からは、「丙は、死刑を受けるか、あるいは、無期懲役に服するか、あるいは、三年以上の懲役に服すべきだ」という、 $p_1$   $p_2$   $p_3$  ...という形の結論しか得られない。これらの内、 $p_n$ という選択肢(選言肢)が採られるのは、偏に、裁判官の裁量によることなのである。

(ii)の部分は、正確に、(5)に対応している。そこで(5)を、(14)の(ii)の部分に位置づけ考えてみると、私達は、実定法主義的思考には、上にも(=i)、下にも(=iii)、非論理的な思考が広がっている、ということに気付く。特に注目されるのは、上の部分、即ち、(i)であり、そこでは、今し方述べた通り、倫理的思考が背後に、否、核心において存在しているのである。それは、実定法を根拠としながらも、実定法を創造的に解釈することによって、新たな価値観を作り出して行く思考の領域だと言える。そしてその思考こそ、「法の解釈」なのである<sup>33</sup>。

この様に、法的思考の背後には、倫理的思考が存在している。そしてこの二つの思考が交わった時、実定法の文言から導き出されるのは、「~しなければならない」という強制ではなく、「~すべきだ」という当為に変わると言える。私達は、実定法の文言から倫理的規範を導き出すことができる。法的思考は倫理的思考でもあり得る。そしてこのために、私達は、法と倫理(道德)は切り離せない、と考えるべきなのである。

---

<sup>1</sup> 本稿は、金子[2005b]を書き直したものである。

<sup>2</sup> 法実証主義とは区別される。

<sup>3</sup> 刑法は平成7年(1995年)に現代語化されている。本稿では、その新刑法として、奥田[2006]を参照し、旧刑法として、芦部[1992]を参照する。

<sup>4</sup>  $p, p \supset q \models q$ 。ここで「 $\models$ 」は、論理的帰結を表す。

<sup>5</sup>  $\forall x F(x) \models F(c)$ 。

<sup>6</sup> 時刻として私は、秒単位から成る集合を考えている。例えば、2007年5月1日午後6時10分 =  $\text{def. } \{t \mid 2007/5/1 \ 18:10:00 \leq t < 2007/5/1 \ 18:11:00\}$ 、である。

<sup>7</sup> 飯田[2002],pp.338-339 参照。ちなみに飯田隆が「 $\Omega^c$ 」で表すものを、私は「D-Term(c)」で表す。

<sup>8</sup> 私の方針は、以下の三つの理論を背景としている。

(i) カプランの指標詞の論理(Kaplan[1989])

(ii) デイヴィッドソンの出来事の論理(Davidson[1980],Essay6)

(iii) (i)と(ii)の日本語への応用(飯田[2002], 柏端[1997])

この方針で法的思考を論理式化する際、(2)の様な状況を、出来事文(cf. 飯田[2002],pp.324f.)か、状態文(cf. ibid.,pp.341)に訳し分ける必要がある。例えば、(2)は、静態的な状態であって、動態的な出来事ではない。このために(2)は、(6)の小前提で、状態文として分析されている。状態文の

特徴は時刻への相対化(...tにおいて...)が為される所である。それに対して、「甲が乙を殺した」といった事件に対しては、次の通り、出来事文による分析が為される。

(\*)  $e[e \text{ は甲が乙を殺すことである}] (T(e) < < \text{「今」} > (\gamma)) (T(e) \text{ D-Term}(\gamma))]$

<sup>9</sup> 義務論理については、内田[1978],pp.157-200、飯田[1995],pp.179-183、内井[1972],pp.48f.参照。

<sup>10</sup> 例えば、『宴のあと』事件(cf.西村[2003],p.22, 和田[1992],pp.1119-1120)。

<sup>11</sup> 例えば、死刑合憲判決(cf.西村[2003],pp.70-71)

<sup>12</sup> 計算可能性の理論の生みの親であるチューリングは、自己観察的な仕方、紙の上にチューリングマシンを作り上げて行った(cf.Cutland[1980],pp.52f.)。しかしその自己観察は、何処まで本物の人間の思考を映し取っていたのだろうか。この問題は、ウィトゲンシュタインの規則のパラドクス(Wittgenstein[1953],§201, see also §193)、クリプキのクワス算(Kripke[1982],p.9, see also pp.32f.)にも繋がって行く根深い問題だが、本稿では深追いしないでおきたい。私自身の考えは、金子[2006]でも一度、論じている。

<sup>13</sup>  $p$  を仮定した時、 $p \rightarrow p$ (同一律)から、 $p$  が導き出される。連言の導入則により、 $p \wedge p$ 。最後に、仮定と、条件法の導入則により、 $p \rightarrow (p \wedge p)$ 。

<sup>14</sup> 排中律を連言で結んで、 $(\neg p \vee p) \wedge (\neg p \vee p)$ 。結合法則より、 $\neg p \vee (p \wedge p)$ 。条件法の定義より、 $p \rightarrow (p \wedge p)$ 。

ちなみに、この註 13 と註 14 は、公理系を比較対照した時の様な、厳密な証明の序列(この定理の前にはこの定理が証明されていなければならない等)を考えているのではなく、当該定理の正否のチェックとしての証明を考えていることに注意して欲しい。

<sup>15</sup> 例えば、笹部[1970],pp.639-640 を参照。

<sup>16</sup> 民法は平成 16 年(2004 年)に現代語化されている。註 3 も参照。

<sup>17</sup> 西村[2003],p.28、並びに註 3 参照。

<sup>18</sup> 自分より世代が上の親族と姻族を「尊属」、下の親族と姻族を「卑属」と言う。例えば、父親と母親はもちろん、伯父、祖母なども尊属である。但し、刑法 200 条では「直系尊属」と言われているので、父親、母親、祖母などの殺害は適用の対象に成るが、伯父の殺害は適用の対象には成らない。西村[2003],第 2 章、和田[1992],pp.340-341、藤木[1986],p.612 参照。

<sup>19</sup> 判決文は、須賀[a] ~ [c]によって確認することができる。

<sup>20</sup> 以下の議論は、西村[2003],pp.200-203 も参照。

<sup>21</sup> 正当防衛における反撃行為の、侵害行為に対する、「相当性」と言われる(cf.西村[2003],p.201)。

<sup>22</sup> 以上は実際に、控訴審(第二審)で確定した事実である。三審制の裁判においては、二審まで事実関係を争うことができ(所謂「事実審」、第三審(上告審)は法の解釈のみが争われる(所謂「法律審」)。刑法 200 条違憲判決においても、弁護士が上告理由において、二審で確定した「丙の過剰防衛の否定」への不満を述べているが、最高裁は、それは事実審に含まれるものとして、ばっさり切り捨てている(須賀[c])。以上、和田[1992],p.783 など参照。

<sup>23</sup> 以下、 $\sim$  については、西村[2003],p.27 ミニ知識 にも解説が為されている。

<sup>24</sup> 現行の刑法 199 条では、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。」と成っている。

<sup>25</sup> 主文：被告に対し刑を免除する。(昭和 44 年[1969 年] 5 月 29 日)

<sup>26</sup> 主文：原判決(=第一審判決)を破棄する。被告人を懲役 3 年 6 月に処する。原審における未決勾留日数は全部これを右本刑に算入する。(昭和 45 年[1970 年] 6 月 12 日)

<sup>27</sup> 主文：原判決(=第二審判決)を破棄する。被告人を懲役 2 年 6 月に処する。この裁判確定の日から 3 年間右刑の執行を猶予する。(昭和 48 年[1973 年] 4 月 4 日)

<sup>28</sup> 但し同じ考えは、第一審の宇都宮地裁にも見られた(須賀[a])。

<sup>29</sup> これに対して、司法に対し、法律そのものを違憲か否かを判断し改廃する権限を与える制度を「憲法裁判所制度」と言う。憲法 81 条に関し、日本が司法審査制の立場を採ることは、警察予備隊違憲訴訟において確立されたと考えられている(cf.西村[2003],pp.224-226)。

<sup>30</sup> 無論、この判決をきっかけにして、その後、国会において刑法 200 条の削除が決定されたのは確かである(cf.西村[2003],pp.28-29)。

<sup>31</sup> 最高裁の判決文では、各裁判官の意見が表示されている。判決文は、主文と理由から構成されているが、判決(=主文)そのものではなく、理由に限り、反対の見解を述べたものが、「意見」である。西村[2003],p.33 ミニ知識 参照。

<sup>32</sup> (14)の様に、三段論法が連なった形を、「複合三段論法(polysyllogism)」と言う(cf.須藤[1947],p.138)。しかし本文の論述からも分かる通り、(14)は、純粋に論理的な三段論法ではない。むしろ、アンスコムと言う実践的三段論法の一つだと考えられる。実践的三段論法については、金子[2008a]で、一通り考察しておいたので参照してもらいたい。

<sup>33</sup> 渡辺洋三は、実定法を楽譜に、立法者を作曲家に、解釈者を演奏者になぞらえた上で、法の解釈とは、実定法を材料に正義を創り出す、創造的な作業だと論じている(cf.渡辺[1998],p.224)。

## 参考文献

- Cutland,N.[1980],*Computability*, Cambridge University Press.  
Davidson,D.[1980],*Essays on Actions and Events*, Oxford University Press.  
Kaplan,D.[1989],“Demonstratives”, in *Themes from Kaplan*, Oxford University Press.  
Kripke,S.[1982], *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Blackwell.  
Russel,B.[1946], *History of western philosophy*, Routledge.  
Wittgenstein,L.[1953],*Philosophische Untersuchungen*, Blackwell.  
芦部信喜他編[1992],『コンパクト六法平成4年度版』,岩波書店。  
飯田隆[1995],『言語哲学大全 III』,勁草書房。  
[2002],『言語哲学大全 IV』,勁草書房。  
内井惣七[1972],「様相論理と条件法」,京都大学『人文学報』第35号所収。  
内田種臣[1978],『様相の論理』,早稲田大学出版部。  
奥田昌唱他編[2006],『コンパクト六法平成18年度版』,岩波書店。  
柏端達也[1997],『行為と出来事存在論』,勁草書房。  
金子裕介[2005a],「経験的総合判断の一般的形式」,東京大学『論集』第23号所収。  
[2005b],「法的思考と道徳哲学的思考」,第12回応用倫理勉強会発表原稿。  
[2006],「倫理的に正しい行為と規範」,東京大学『論集』第24号所収。  
[2008a],「実践的三段論法について」,東京大学『論集』第26号所収。  
[2008b],「意志の解明」,日本哲学会『哲学』第59号所収。  
[2008c],「意志・格率・道徳法則」,哲学会『哲学雑誌』第123号所収。  
笹部貞四郎編[1970],『定理公式証明辞典』,聖文社。  
須賀博志[a],「尊属殺重罰規定違憲判決 第一審判決」  
<http://www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/17-1.html>  
[b],「尊属殺重罰規定違憲判決 控訴審判決」  
<http://www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/17-2.html>  
[c],「尊属殺重罰規定違憲判決 上告審判決」  
<http://www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/17-3.html>  
須藤新吉[1947],『論理学綱要』,内田老鶴圃。  
西村健一郎・西井正弘・初宿正典[2003],『判例法学』,有斐閣。  
野矢茂樹[1994],『論理学』,東京大学出版会。  
藤木英雄・金子宏・新堂幸司編[1991],『法律学小辞典』,有斐閣。  
渡辺洋三[1998],『法とは何か』,岩波新書。

---

和田康宏他[1992], 『図解による法律用語事典』,自由国民社。