

論説

「批判的峻別論」の構造

——再び憲法学における知的廉直のこと——

山下威士

一 峻別論論争の問題点

一 法学は不幸な学問である。人類の歴史においても早く成立した学問でありながら、おのれの対象とする法が、未来を志向し、主体的投企を核心とし、要するに価値で充たされた現象であるがために、それを対象とする学もまた、ただ認識のみにおのれを限ることができず、常にそれ以上のものであることを要求されつづけてきた。とりわけ、このような傾向は、大陸における法学において著しかった。⁽¹⁾これがために、法学は、もっとも古い由緒

を誇る学でありながら、絶えずその学としての資格を疑われつづけてきた。法学が学であるために、おそらくいくつかの「政策科学」と称されるものを除けば、他の科学において、ほとんど問題とならず、まったく自明のことと考える区別、すなわち、研究者の理論的認識とその研究者の実践的評価との区別が、必要以上に意識されねばならなかった。

二 ある行為が学であろうとするなら、自己の認識と評価とを区別しなければならないことは、自明のことのように思われる。その意味では、認識と評価を峻別すべきであるという峻別論が、「トリビアル〔であり〕……あまりに真であるがゆえに言うに値しない」⁽²⁾とされることもうなづけないことではない。しかし、その峻別論自体がその命題を見ても明らかのように「認識と評価を峻別すべき旨の提言」⁽³⁾であるから、方法論として、すなわち、科学の意味の理解の仕方として、峻別論を採用するか、採用しないかということ自体は、ひとつの評価・価値判断、その当事者の主体的選択の問題である。

ここまでは、従来の議論も認めていた。これに対して、従来峻別論をもっとも自覚的に方法論として用いられ、多くの業績をあげ、とりわけ、わが国における憲法学における認識と評価との安易な混同について厳しい批判をつづけてこられた樋口陽一教授が、広中俊雄教授の示唆を受けた形で、その峻別論を採るという前提の上で、なおその先にもいくつかの選択可能性、したがって、主体的決断の介入する余地がありうるのではないかと問題提起された。そこで、中心とされたのは、従来それが峻別論そのものと考えられていた單純峻別論という立場の他に、「批判的峻別論」と「自覚的結合論」という立場を採用する可能性があるということであった。その区別の基準は、自己の認識の表明がもたらす社会的な付随的効果に対して、どのような態度をとるかにあった。

この樋口教授の問題提起に対して、同じく峻別論の立場に立ち、憲法基礎論の分野で優れた業績をあげてこられた菅野喜八郎教授から批判が提出されることとなり、ここにわが国憲法学においてもっとも優れた峻別論の論者たちにより数度の応酬が交わされることとなった。これについて、法哲学の蓮沼啓介教授、民法学の中村哲也教授から意見が述べられ、さらに私も考えるところを述べた。⁽⁴⁾

このような批判に対して、樋口教授が、その問題提起の出発点となった広中教授の還暦記念論文集のための献呈論文としてまことに相応しい形で、全面的な整理を行われ、後述のようにこの峻別論をめぐる議論は、ある種の決着を見ることがとなった。本稿は、この樋口教授の最新の論文において示された考えについて、私の批判に対する御教示を考慮しつつ、この議論の中心にあった「批判的峻別論」の構造を今一度考えることにより、この論争の意義を振り返ってみようとするものである。

三 この論争においては、お互いに密接にからみあいながらも、次のふたつの論点が存在した。すなわち、その第一は、樋口教授の論文①において中心とされた、宮沢俊義教授の「八月革命説」を例にとりながらの、憲法学説における「科学学説」と「解釈学説」との理解、とりわけ、法解釈とはどういう行為かということをめぐる側面における論点である。第二は、樋口教授の論文②において強調されていたように思われる、峻別論の立場に立つということは一体どういうことを意味するのか、とりわけその時の科学者の責任はどこまであることを自覚すべきかという、科学者のエートス・知的廉直をめぐる側面における論点である。

前者の論点においては、この論争は、かつての法解釈論争にまで連なりうるものである。また宮沢教授の「科学学説」と「解釈学説」の意味を問うことによって、憲法学における学説というものの意味、とりわけ、その機能を

明らかにしようとするものであった。もちろん、そのためには、その提唱者の官沢教授におけるそのふたつの分類を再検討すること、とりわけ、「解釈学説」⁽⁵⁾と呼ばれるものの吟味が必要となろう。単純に考えても、「科学学説」と「解釈学説」とは、論理的に対当するものではない(この点について、参照、蓮沼、一九三頁)。明らかに後者の方が広い内容をもっており、前者をも取り込みつつ、それ以上のものであるとうするとところにこそ、後者の問題があるはずだからである(菅野③、一九頁)⁽⁶⁾。だから、例えば、このふたつの区別をただちに、理論的認識と実践的評価に置き換えることはできない。さらに、樋口教授によって「学説の両面機能性」という、基本的には私には理解しえないが、興味ある論点も提出された(樋口①、六頁、③、④、三五頁以下、また菅野③、三頁以下)。

しかし、このふたつの論点は、言うまでもなく、もちろん、無関係ではない。簡単に考えても、議論は、法解釈を行うことの意義から、その解釈に内在する価値判断の問題を通して、論点はただちにその法解釈を行う者の立場に移り、すなわち、議論は、科学から科学者に移り、さらにそれを媒介として科学者のエートス・知的廉直の問題に移って行くであろう。

二 峻別論の内部構造

四 認識という場における提言としての峻別論は「認識の客観性を確保するという目的に向けられたものである」(広中①、一四二頁)。すなわち、「峻別論とは、認識の」客観性の確保という意図された目的に対して適合的でありうると同時に、認識という行為をそれに随伴しうべき社会的結果に対する評価から切り離すことへの要請と

して機能しうる」(広中①、一四三頁、また樋口①、八頁)。もちろん、われわれの認識において、ある問題を問題として設定する段階からはじめて、さまざまなレベルにおいて、認識者自身の選択・価値判断が介入することは明らかである(広中①、一四二頁)⁽⁷⁾。にもかかわらず、そのような決断の要素の介入可能性を認めつつ、なお峻別論を採用するというからには、この峻別論という前提をもつ研究者がもつとも重視しなければならないことが、「どこまでが理論的認識の問題であり、どこからが評価者自身の価値判断に入るかをやはり明示すること」⁽⁸⁾にあるのは当然のことであろう。では、それが具体的にどのような過程において行われるものか、考えてみよう。

今回の広中教授や樋口教授の問題提起の中心は、ある認識のもつ社会的結果、社会的な付随的效果にわたってまで考えてみようとするところにあった。一般的に言えば、「峻別論については、その目的が明確にされ、目的に対する適合性(適合的でありうる範囲の問題をふくめて)、付随的結果の発生可能性および意欲内容自体の意味が分析され説明される」(広中①、一四一頁)必要があるということであった。

今われわれの認識・認識表明の過程、すなわち、「ある問題を認識にあたいるものとしてとりあげ、その研究を進め、一定の認識を獲得し、それを他に伝達するという一連の過程」(広中①、一四四頁)を、もつとも複雑な構造をもつ故に、樋口教授の「批判的峻別論」を例として考えてみよう。この類型を例にとることは、樋口教授において、その立論の「基本的なねらいは、批判的峻別論という類型の成立可能性を論ずること自体にあった」⁽⁵⁾、三七三頁、また①、一四頁)とされることからもしも認されよう。ただ、その時に、樋口教授の言われる「社会的付随効果」には、自分自身の内面的な規範葛藤(例えば、憲法認識が自分の信念に与える影響など)も入ると思われるので、以下ただ「付随的效果」として考える。

五 その過程は、次のように構造化されよう。

イ ある研究者が、あること（A）を認識する。

ロ その認識を表明する（sA）。

ハ そのような認識を表明すること（sA）により、ある付随的效果が発生する可能性（a）を認識する。

ニ その発生する可能性のある付随的效果（a）を、何かの基準にもとづいて「まずい」と判断する。

ホ その二の判断にもとづいて、そのような発生する可能性のある付随的效果（a）が発生するのを阻止・抑止・制止するために効果があると考えられること（B）を認識する。

ヘ その認識を表明する（sB）。

以上の抽象的な認識・認識表明の過程を、ひとつの仮設例をもって説明してみよう。

イ 日本国憲法典上の天皇の地位について、規範による限り、「天皇は、象徴という名の国家機関であり、詳しくは下級行政機関である」（A）と認識した。

ロ その認識を、論文において表明する（sA）。

ハ そのロの認識表明を行うと、現在の通説的見解、あるいは、天皇に意図的にふれないようにしている見解に比べて、何らか天皇の地位をおとしたような印象・効果が、その認識表明を受け取った人々の内に〔自分自身の中に、あるいは、社会の内に〕生じる可能性（a）を認識する。

ニ その場合、ロ、ハの過程によって、①自分自身のもっている信念、感情など（例えば、「元来日本国は天

皇を中心として立国すべきである」という信念、あるいは、天皇への尊敬心とか、「何となく尊いもの」という感情など」に照らして「基準として」、どうも天皇が「偉くなくなる」と感じたり、②現在の日本の状況から「すなわち、過去の経験を基準として」判断して、右翼から抗議の手紙が来そうで「こまるな」と考える、③あるいは、今日の政府の押し進めている天皇の元首化傾向に、水を挿すことになりかねず「政府の施策を基準として」、「わるいな」と考える⁽⁹⁾。

ホ そこで、口の認識表明をしても、ただちに二のような判断を生じないような、つまり、ハの付随的効果の生じないような方法（この説明では、便宜上、二の説明の中に大部分組込んであるが）を考える。例えば、①天皇を尊重するという自分の信念に合致させるために、②右翼から攻撃を受けた時にそれを逃れるため、③政府の施策に障害とならないための方法を考える。その方法をまたさまざまのレベルにおいて考えられるが、例えば、そのためのもっとも抜本的な答えは、イの認識のよってくる原因である日本国憲法の当該規定の改正にあることは間違いない。そこで、「日本国憲法の認識としては、イではないのだから、憲法を改正するのが、ハのような認識を生じさせないために「すなわち、自分の信念に合致するために、右翼の攻撃を受けないために、政府の施策に合致するために」もっとも適格的である」という認識（B）を行う。へ そのような認識を表明する（sB⁽¹⁰⁾）。

六 さてこのような準備の上に、峻別論の前提に立つて採りうる態度を考えてみよう。問いかけは、「認識の付随的効果について関心があるか否か」である。次の一覽表中の無印は、肯定、すなわち、その過程の存在で意味し、×印は、否定、すなわち、その過程の不存在を意味する。例えば、「へ×」であれば、「Bの認識表明をしない」

ということを意味する。？印は、その過程の存否不明、すなわち、どちらでもありうることを示す。

		関心が				Aの認識表明				Bの認識表明							
学説①	学説②	(1)	(2)	(3)	(4)	イ	ロ	ハ	ニ	ホ	ヘ	イ	ロ	ハ	ニ	ホ	ヘ
ない	ある	イ	イ	イ	イ	イ	ロ	ハ	ニ	ホ	ヘ	イ	ロ	ハ	ニ	ホ	ヘ

このような抽象的に表現されたものの内、学説①が「単純峻別論」とされたものであり、学説②(2)が「批判的峻別論」とされたものに該当することは明らかであろう。学説②(3)は、樋口教授によって「自覚的結合論」とされたものであり、学説②(4)は、広中教授によって「自覚的結合論」の内でありうることであり、表明されるものを類型化したものである（樋口①、九頁、②、三九頁¹¹）。したがって、おそらくは広中教授の「自覚的結合論」（教授が、こういう言葉を用いられるわけではないが）は、学説②(3)と(4)とを含んだものとして理解すべきであろう。この意味で、前稿で、私は、広中教授の「自覚的結合論」が、樋口教授のものより広いと考えたのである（山下、三五三頁）。

三 単純峻別論と自覺的結合論について

七 学説②(1)は、樋口教授によつてはふれられていないが、後に述べるように学説②(3)のような外面的・「公的」には認識の不存在と考えられるものをも、ひとつの採りうる立場として考えるとすれば、理論的には当然考えられねばならない。そして、この類型を考えることにより、じつは学説②の内のかなりのものが、学説①の、いわゆる「単純峻別論」と考えられているものと同質性をもっていることが(峻別論に立つ以上当り前のことなのだが)明らかとなってくるのである。すなわち、「単純峻別論」において、「付随的效果について関心がない」と答えたとしても、その研究者が、その内心において、ハの過程をもっていないかどうか、すなわち、自分の認識表明の結果発生する可能性のある付随的效果について認識していないかどうかは、外からは伺い知れないところである。広中教授の認められるように「(その)評価が内心のものとどまつているだけであろう」(①、一四五頁)。そもそも「結果について考慮したかどうかを、結果について言及しているかどうかだけから判定することはできないといつてよい」⁽¹²⁾。

もし今回樋口教授が述べられるように(そして、私もまたそのとおりであると考えるが)「認識されなかったこととがら、少なくとも『公的には』認識されるにいたらなかったことがらについて沈黙することは、『客観的認識』の要請に反するものではない」(樋口⑤三八〇頁)とすれば、この学説②(1)と学説①との同質性は否定できない。さらには、学説①について、単にハ、ニの可能性を考えるだけではなく、ホの可能性すら考えられないことでは

ない。前稿において、私が「単純峻別論と称されているものの解明こそ必要ではないか」と述べたのも(山下、三五二頁)、このような構造を念頭においてのことであった。

八 学説②(3)と学説②(4)とは、ともに「自覚結合論」の類型と考えられるが、一見して明らかのように、その構造上異なる。学説②(4)は、イの過程においてAと認識しつつ、それを二の過程の判断にもとづいて表明せず(「口×」となる)、への過程においてBと表明するものである。したがって、この研究者においては、認識表明は、への過程のsBのみとなる。したがって、この研究者が、イの過程をもっていたのか、すなわち、sBの認識表明が、への過程として行われているのか、あるいは、口の過程として行われているのかは、公的には分からない。あるいは、への過程が口の過程として表明されているのかも知れず、この意味においては、この学説②(4)が「自覚的に峻別論を拒む者」(このことば自体は、実践の場におけるものであるが、広中①、一五二頁)であることは、今回の議論参加者の多くの者(樋口①、一一頁、②、三九頁、⑤、三七八頁、三八八頁、山下、三五六頁、中村、六頁)によって一致して認められている。したがって、この類型は、少なくとも峻別論を前提とするものとしては成立しない。

九 学説②(3)は、見られるように、外形的には、すなわち、認識表明としては何も存在しない(「研究の中断と研究結果の不公表」広中①、一四五頁、樋口①、九頁)。もちろん、その研究者自身が何ごとか認識しているということは充分にありえよう(イ、ハ、ニ、ホの過程の存在は肯定されうる)が、少なくとも他人からする限りは、その研究者の「公的認識」は存在しないことになる。このことは、今回樋口教授(⑤、三七九頁)もはっきりと承認された。したがって、この「自覚的結合論」という類型は、理論的にのみありうる類型というに止まる。もつとも、その限りでは、明らかにありうる⁽¹³⁾。

この点について、私は前稿で、学説②(4)は、明らかにイの過程においてAと認識しつつ、への過程においてBとその認識を述べるのであるから、例えば、「迫害を避けるために必要であると判断されれば認識結果に反する発表もなさ(れうる)」(広中①、一四六頁)ものであるから、これを「積極的にウソをつく」ことに等しいと考えた。それと対比した形で、この学説②(3)を、認識が存在になる場合とともに、「消極的にウソをつくことになるか、または認識を聴こうとしている者をしてあえて誤解させることも辞さないという決断をする」場合があるもの(山下、三五三頁～三五四頁)とした。その意味では、菅野教授の、この型を「弱気『型』、よくいえば良心『型』」(②、三一頁)とする規定よりも、よりその危険性を強調した形となった。

これについて、樋口教授は、この場合は、「認識に着手したあとでそれを中断し、あるいは認識の成果を得たあとでそれを公表しないことも、それと同じに考えるべきではないだろうか。また何ごとかについて『認識を聴こうとしている者』にはかならず答えをしなければならないのだろうか。認識されなかったことがら、少なくとも『公的には』認識されるにいたらなかったことがらについて沈黙することは、『客観的認識』の要請に反するものではない」とされ、結局「認識者による対象選択の主体性という要素をまったく無視」してはならない(⑤、三七九頁～三八〇頁)と答えられた。それは、そのとおりであろうと、私も考える。すなわち、イの認識を行いながら、口の認識表明を行うか否かは、その研究者の選択の問題とすべきことであろう。ただし、この時の選択は、あくまでもAという認識を表明するか、しないかについてのみ言いうるのであって、Bとか、非Aという認識を表明することは、少なくとも科学の立場においてはできない。もっとも、このことは、峻別論を採る、採らないという決断とはいささか関係しないし、そもそも峻別論云々という問題ですらないが。

しかし、樋口教授の御指摘がまったく正しいにしても、私の述べた、後者の危険性(「誤解させるおそれ」)が、その御指摘によりただちに消滅するわけではないことから、教授の御指摘と私の指摘とは充分に両立するのではないかと考える。

四 「批判的峻別論」の構造

一〇 次の学説②(2)の樋口教授の「批判的峻別論」であるが、これがsAとsBというふたつの認識表明をもつことは、一見して明らかである。したがって、ある事態の客観的・「科学的」認識としては、いずれか一方であるか、あるいは、そのいずれでもないかである。もしAが口という過程における客観的な認識表明であるとすれば、Bという認識(これもまた、ひとつの認識ではあるが)は、へという過程における認識表明であるにしても、少なくともイ、口と同じレベルでの認識・認識表明ではない。このことは、前記の内部構造に明示されているように、その途中に二の過程の介入することによっても明らかである。

すなわち、このへの立場のsBというものは、確かにひとつの認識表明ではあり、そしてホの過程におけるBという認識それ自体としては、明らかに客観的に行われうるものであろう。⁽¹⁹⁾しかし、それは、最初のイの過程におけるAという認識、その表明としての口という過程におけるsBという認識表明とは、明らかにレベルが異なっている。このBの認識が認識であることについては、問題はないとしても、二の過程が介入することにより、イ、口の過程と切り離されるのである。前稿で私は、「批判的峻別論」の立場に立ちながら、への過程が行われることについて「お

かしいのではないだろうか」と述べた(三五二頁)。これに対して、今回樋口教授より、私のように、峻別論において、基本的な選びとりの過程が存在することを認めておきながら、この側面で認識に限定し、への過程を排除するのは「それは」おかしいのではないだろうか」と再反問いただいた(⑤、三七〇頁註③)。しかし、教授の議論では、このイの過程のさらに前提となっている峻別論を採用するという選択・決断を一度行う(前述のごとく、私もそれは認めている、山下、三四九頁以下)と、以後すべてにわたって、つまり、本稿において示したそれぞれの内部段階を無視して、常にその決断性が影響を与えつづけるかのように、樋口教授の文章は読める。しかし、おそらくはそうではなく、まさに樋口教授自身が述べられるように、峻別論の内部構造がそれこそ微細に検討されるべきで、例えば、それを、私のように分節して考えたとすれば、ロとへの過程における認識表明がともに客観的な認識表明であるとしても、二の過程の介在することにより、このようなレベルの異なるものであるということと考えられるべきではないだろうか。¹⁵⁾

一 したがって、このBという認識を、イとは異なる立場において、例えば、「科学」とは区別された、「学問の名になお値するもの」として(樋口①一五頁)、「思想」の立場において(樋口②、四一頁)、「評価主体による実践的選択の問題」として(樋口⑤、三七五頁)、「実践の場の問題」として(樋口⑤、三七七頁、山下、三三八頁)、「本人の主体的な決断の問題」として(菅野②、三八頁)、「個人的な価値判断の問題」として(山下、三六一頁)語りうることにについては、まったく疑いがない。今回の樋口教授の論文でもそのことが明確とされた。したがって、この点については、樋口教授と菅野教授とは一致されたことになる(そして、私も)。

まさに私が前稿において「おかしいのではないか」と申しあげたのも、このB、sBを、あたかもイ、ロの過程に

おける認識・認識表明と同じレベルにおいて語られているかのように、教授の叙述を拝見したため、今回教授が明確にされたように、このSBを「思想」の立場で、つまり、二の過程を介在させた「実践の立場のもの」とされる限り、まったく異存はない。

もつとも、このような認識表明を行う場合には、ひとりの研究者において、ふたつの認識表明が存在していることになることには、充分留意されねばならない。すなわち、それぞれの異同を明確にすること、かりそめにもそれらを混同し、あるいは、他人に——意識的にせよ、無意識的にせよ——混同させないようにすることは、まさに科学者のエートス・知的廉直の要求するところだからである。

またこのように考えることで、樋口教授の今ひとつの私への非難も解消されよう。すなわち、「山下教授は、『憲法を真正の規範として選ぶことを』そのような『提言としてならまったく異存のないところ』とまでいいながらも、『思想からイデオロギーを剝離すること、あるいは、イデオロギーから思想を抽出すること』という竹内好氏の提言を、樋口教授が好んで引用される意味が理解できない』という。……この叙述に、困惑するほかないのである」(⑤、三七七頁註(7))とされる。この文章は、憲法を、「タブー」ないし「真正の規範」として把握するかどうかという文脈(樋口②、三七頁)と、「勝者の正義」と「普遍的価値」についての文脈(同、四四頁)とが一緒にされているが、まさにそこに教授によって傍点つきで引用していただいたように(樋口⑤、三七七頁)、私は、それら後者を「近代人として、人権を守ろうとする者として——要するに、実践の場において——、われわれにとつて、*the same* 普遍的なものとして見定め、確立して行こうという提言としてなら、まったく異存のないところであるが」(山下、三六五頁)としたはずである。つまり、その樋口教授の発言が、「科学の立場」において述べられてい

るものなら「理解できない」としたはずである。したがって、今回教授がはっきりと、私のことばを繰り返される形で、その発言を「実践の場の問題」であり、「提言である」とされた以上、繰り返しになるが、そこにはまったく異存はない。

一二 このように考えると、峻別論の立場において可能な態度としてありうるものは、理論的には、前記のように五つ（樋口教授の場合、三つ）に分類されたが、科学的な認識・認識表明としては、すなわち、イ、ロの過程が行われているという限りでは、学説①と、学説②(1)と、学説②(2)と、学説②(3)は、同一のものと考えられる。つまり、外形的、「公的認識」としては、これらは、同一のものと受け取られる。それ以上に進んで、ハの過程において（a）を認識しているかどうか、さらには、ホの過程においてBを認識し、ヘの過程において、その認識表明（sB）を行うかどうかは、いまこのレベルでは関係ないからである。

だからこそ私は、前稿において、これらは、じつは「認識をどこまで広げるかという、つまり認識のもたらす付随的効果まで視野を広げるか否かという量だけが問題となっている。このように理解される限りこの区別は、その認識の範囲をせまく考えるものを単純峻別論、より広く考えるものを批判的峻別論と称するにすぎないことになる。それ以上に「評価ないし実践的態度の表明」は、この論点にあつては無関係である。したがって、この論点については単純峻別論と批判的峻別論は、本質的には同一の態度の表明にすぎない」（三五二頁―三五三頁）と書いたのである。このことから、前稿において、単純峻別論、批判的峻別論、（樋口教授の言う）自覚的結合論⁽¹⁶⁾が「等価のもとして」成立する（三五五頁）としたのであった。このことは、本稿のように峻別論の内部構造を具体的に明らかにすることにより、なお一層明確となる。

五 知的廉直のために——科学と科学者——

一三 このようなAという認識・認識表明以外に、自分の「思想」としてBを認識し（ホの過程）、その認識表明を行う（への過程）か否かは、樋口教授においても、菅野教授においても、科学の問題ではない。いやこういう言い方こそ、樋口教授のもっとも問題とされるところであろう。にもかかわらず、私は、「学説公表に伴う付随的効果について」「科学の名において」無頓着であることは「許されない」というのは、……『峻別論』と関わりのない独立の『価値命題』、かく評価する人の価値観の表明にすぎない」（菅野②、二七頁―二八頁）と解するしかないと考ええる。

樋口教授は、Aの認識・認識表明と、Bの認識・認識表明とが異なるレベルで行われるものであることを認められながら、その意味では、今回の峻別論の意味をめぐる論争は、その客観的意味においてはほぼ終了したと考えられるにもかかわらず、まさに以上のような、そのBの認識・認識表明を行うか否かの決断は「科学の問題」ではないとするような私の言い方の内に、最大の問題を見てとられる。すなわち、への過程を行うこと、詳しく言えば、二の過程での判断を行い、ホの過程における認識を行い、への過程において認識表明を行うことこそ、科学者としての責任を貫徹するものと見られる。少し長いが、基本的な論点なので、次に引用する。「私は付随効果を無視して認識行為にたずさわるという立場を『ひとつの価値判断』の結果であることを自覚しつつ主張するのであれば、それは、ありうべきひとつの『選択』であると考える。だからこそまた私は、認識行為の結果どんな付随的効果が

おころうともそれに対し『科学の名において無頓着』でありうる、と考える立場を『非難』する。付随的效果をあらえて無視しようとする者は、『科学の名において』そうするのではなく、自己の価値判断の結果としてそうすべきだ、というのが、私の考えである。……私は、『蒼野』教授の文章を借りていえば、『ある学説が』政治的に好ましくない効果をもたらすことが予想されようとも、これを公表するのは『科学の命ずるところだ、とする考えを批判しようとしたのであった。……付随的效果を無視する立場をとる者は、『本人の主體的な決断』の結果として、あえて無頓着さをつらぬく選択を自覺的に選びとる必要がある、というのが私の考えである』(⑤、三七二頁)⁽¹⁷⁾。

一四 ここには、非常に強いことばで、樋口教授の基本的な倫理が表明されている。しかし、それが科学者にとって感動的なほどの厳しさをもつことばであるにせよ、まさにこれは、科学の問題ではなく、科学者の問題、研究者の倫理の問題に他ならないのではなからうか。そのような態度を、つまり前記の学説①、学説②(1)を採ることを、あるいは、学説②(3)を採ること(すなわち、認識表明を、自覺的に断念する立場)をも、何らかの立場から、非難するか、非難しないかは、当事者の価値判断、科学者の倫理についての考え方による、それこそ「思想」の表明ではあるにしても、科学そのものにかかわることではない。それにもかかわらず、なおそのような立場選択を「科学の名において」非難するとなれば、その時にはもはや峻別論それ自体が、何らか別の立場から非難されているといふべきであろう。科学者が普遍的にもたねばならないと言いうる科学者としてのエーロス・知的廉直とは、まさに今回樋口教授の述べられるように、何ごとかあらゆることについて、かならず答えをしなければならないものではなく、あるいは、あらゆることについて自己の信仰告白をすることにあるのではなく、「一言で表現するならば、それは、認識と評価との『異質性』の率直な認容の要請であり、自己の議論において両者の境界線を明示する

義務⁽¹⁸⁾」にある。

さらに言えば、樋口教授の立場においては、イ、ロの過程に自己を限定し、少なくともへの過程を行わない、本稿の議論の関連で言えば、イの過程と同じ立場における科学の問題としては、への過程を行わないという「科学的であるという態度決定」が、ただちにあたかも「科学者としての責任を放棄するもの」とでも言うべき位置におかれているように思われる。科学者であるために、すなわち、科学者が認識に自己を集中するために、その前提として、まさに主体的な努力を、禁欲を、すなわち、科学者としてのエートス・知的廉直を必要とすることは、前稿でも引用したように、これまで樋口教授御自身が強調されつづけていたところであった（山下、三六〇頁参照）。その点においてこそ、私の前稿は、教授によって指摘されたように（⑤三七七頁）、またその論文の副題「または憲法学における知的廉直のこと」にも表現しておいたように、教授と問題意識を同じくするものであった。まさに前稿が、そのことを語るためのものであったことから、あえて私の前稿から引用して語らせていただきたい。

私と樋口教授との問題意識の一致にもかかわらず、しかし、私は、なおその科学者の責任とは、何らかの「使命を伝達する」ことにあるのではなく、自己の認識を普遍化することにかかわるものと考えている。すなわち、「科学において必要な勇氣は、認識への勇氣であり、必要な情熱は、認識への情熱のみである」。このことを理解しやすいように、あえてひとつの方法として叙述すれば、「この時（科学に携わる時）に決定的に重要なのは、自己に対する批判性、とりわけ自己の根底に絶対的に存在することを確認された価値をも批判の対象にすること、それを白日の下にさらけだし、明らかにする態度であろう。そしてそれをも含めて、あらゆる認識を誰にでも理解できることばⅡ共通語で語（ろうとすること）」（三六七頁）こそ、科学者の責任であり、科学者に要求される知的廉直という

エートスである。何らかの特定の価値的立場を前提にするのでもない限り、科学者の責任とは、けつして、その認識の結果のもたらしうる付随的效果に対して、自己の評価を公表することにはない。

二〇世紀の現在において、学説①、単純峻別論をとる者にしても、ただ「科学的」と称するが故に、あらゆる責任から逃れていると、その科学者が考えていると、どうして考えられるのであろうか。今日峻別論をとる者が、その認識に徹する、科学的であることに必死となっていることによって、あるいはみずから「破滅への途」を辿っているのかも知れないという自覚なくして、科学者であること、今回の問題に限定して言えば、峻別論を採用することが、はたしてできるものであろうか（山下、三七一頁）。例えば、「実務家と同じように思考する『ジュリスト』型法学者と、政治的弁護士と同じように思考する『法律時報』型法学者だけが幅をきかす」状況を諷し、「世間知らずの書齋人というのが一番身の程にあった生き方だと達観している人」に「学問的な法学の担い手」として期待すると、悠然と述べられる、樋口、菅野教授と並んでわが国の峻別論の立場を代表される長尾龍一教授その人が、まさに「学問に仕えることがあるいは悪魔に仕えることであり、学問の進歩に寄与することが人類の滅びへの途を加速するものであるかも知れないことを自覚することを、要求するのである」⁽²⁰⁾という、ギリギリのところでの認識をその根底に据えられているのである。

一五 まさに今日の問題は、樋口教授の語られるところとは逆に、みずから「責任をとる、とる」と称して、自己の認識表明の影響、その付随的效果を先回りして、何らかの基準にもとづいて自己評価し（二の過程）、その自己評価にもとづいて、その認識そのもの（イ、ロの過程）を操作し（その典型が、学説②④であることは、もはや明らかであるが）、そのために、自己の認識（イの過程）をできる限り客観化すること、すなわち、できるだけ普

遍性をもつように認識しようとする努力を惜しむ傾向にこそありはしないであろうか。私が、樋口教授の論文①、②のきわめて大胆な試みに接して、これまで非常に多くの学恩をこうむっている教授に、あえて疑問を提起しなければならぬと感じたのも、まさにこの点であった。前稿のエピグラムに掲げたこと、すなわち「認識構造そのもののなかの性急な政治主義を追放すること」こそ、わが国の法学とりわけ憲法学において、もつとも緊急にして、重大な課題であると、まさにかつての樋口教授の労作にならって、私は、自分の公法学会報告(一九八一年)以来、一貫して主張しつづけている。

あるいは、そうではなく、「よい『認識の政治主義』と「わるい『認識の政治主義』」とでも言うものが存在するのであるか。

一六 以上で樋口教授の示された御教示に、私なりにお答えしたつもりであるが、さらに前稿で私の提起したそれ以外の論点について、少しふれておきたい。

私の前稿は、峻別論そのものの問題とともに、その問題を媒介としつつ、その表題「タブーとしての憲法？」が示すように、「タブー」と「憲法」とをめぐる、次の二点についても考えてみようとするものであった。

その第一は、峻別論、例えば、ケルゼンの法の純粹理論のように、徹底して客観的な認識を追求しようとする、すなわち、あらゆるタブーを暴きだそうとする立場が、その徹底性の故に、逆にそれ自体として再びタブーを生み出すことになるという可能性があるかという問題である。そのことを、私は、前稿(第四節)で、シエファアの叙述を引用しつつ問題提起してみた。そこで書いたように、私自身の判断では、シエファアは、そのことをケルゼンについて論証することに成功してはいないが、その問題提起自体は重要であり、あるいは、そのような可能性が

ありうるかも知れないと考えた。「ケルゼンの、そしてわれわれのイデオロギー批判が、形式性に徹するものであるが故に、すなわち、あらゆる実体的思考を排除しようとするものであるが故に、かえって憲法の絶対化・タブー化を再びもたらすとすれば、それこそその方法・認識の根本的欠陥と言わねばならないからである」(山下、三四七頁)。私自身は、まさに樋口教授がかつて語られたように「あらゆることの『自明性』を否定しすべてを『疑う』べきことを教えるのは、科学である。そのうえでそれが擁護に値するものかどうかを決定するのは、思想の問題である」⁽²¹⁾と考える。しかし、もしシエファアの言うような「再タブー化」が、この方法の問題として語りうるとすれば、その可能性を、その構造を、その限界をこそ考えることが必要となろう。

それは、おそらく樋口教授が言われる意味においてはなく、逆に、研究者が客観的であろうとする努力を、自己の認識をできるだけ普遍化する努力を欠いた時、すなわち、科学者としての主体的エートス・知的廉直を欠いた、単なる客観主義に、峻別論が陥った時であろう。⁽²²⁾

第二に、私は、何故今回のような議論が、とくに憲法学において生じるのかを考えてみたかった。それを、自分の課題に引き付けながら、私は、憲法規範の法規範としての特殊性にあるのかも知れないと考えた。とりわけ、憲法規範は、その規範的性格として、他の法規範に比べてタブー化を招来しやすいのかも知れない、と。何故であろうか。キルヒマンが百年以上も前に語ったように、「法は感情のなかにも存在するということ、憲法を制定すべきか否か、これらの問題を口にするだけで人々の胸は高鳴ってしまう」。とすれば、まさに憲法学においてこそ、かれの忠告は守られねばならない。すなわち、「いつの場合にも、法において、科学的な議論の始まる前に、早くも感情が解答を決定しているのである。……法の研究の第一条件は、この軽率な道連れ女を振り切ることである」⁽²³⁾。

そして、この論点は、そのままに、最近の小島和司教授などによって提起されている「憲法と憲法典」の論点に連なりうるものであらう。⁽²⁴⁾

一七 以上は、私の前稿で問題提起し、後進として、この貴重な論争から受け継いで学びたいと考えた論点であるが、私が(自分自身の考えが熟していない故に)論じ残した本論争の今ひとつの重要な論点は、「学説の両面機能性」の問題をも含めて、「法解釈」の性格をめぐるところにあった。本稿冒頭にも述べたように、この論争が、峻別論をめぐるという方法的な外見をもちつつも、その他方において、問題の当初においても、宮沢教授の「八月革命説」のもつ「科学学説」という性格と「解釈学説」という意味をめぐるものであったことから伺われるように、憲法学における「法解釈」の性格を明らかにしようとするものであった。この点を中心に、もちろん、論者の関心により「法解釈」一般ではあったが、この論争を考察されたのが、蓮沼、中村教授の論考であった。さらには、この論点は、当然、かつての法解釈論争の受け継ぎにかかわるであらう。例えば、ただひとつあげても、法解釈における「ワク」をめぐる考えなど(山下、三五八頁以下、樋口④、二八頁以下、中村、五頁以下)。しかも、かつての法解釈論争においては、その時点での憲法学者の参加が少なかったことが反省されている状況があるだけに、おくれげながら、法解釈論争と今回の峻別論争とがいかなるところでかわってくるのかという問題をも含めてなお検討されなければならない課題と思われる。⁽²⁵⁾

もちろん、と同時に、この論争は憲法学プロパーの問題としては、まさにその「八月革命説」そのものの内容を検討することを要求している。例えば、そこで言われる「占領」とは事実状態のことか、法的状態か。そこで失われた「主権」とは何か、そこで採用されるとされた「国民主権」とは何か。国家主権とのズレはどこにあるか。例

えば、「国家主権の喪失の下でなありうる国民主権」とはどのようなものか。さらには、条約優位論と国際優位論の関係、さらには「国際民主主義」とは何かなど、数多くの論じられるべき課題が提出されている。

これらの残された問題を検討することこそ、樋口・菅野という偉大な先達の後につづくものの任務となろう。

註

(1) このような状況については、簡単には、碧海純一「法学における理論と実践 史的素描」碧海編『法学における理論と実践』学陽書房一九七五年、九頁以下参照。本書こそは、この論争の契機となった広中論文(註③)を直接に導きだすことになったものである。本稿も、原初にもどる意味から、本書にまず学びたいと思う。

(2) 碧海「註①」二四〇頁。

(3) 広中俊雄「認識・評価峻別論に関するおぼえがき」岡田・広中・樋口編『社会科学と諸思想の展開——世良教授還暦記念下——』創文社一九七七年、一三九頁。

(4) この論争にかかわった論文を刊行順に列記しておく。なお論文末の(一)書きは、本稿において用いる略称である。

広中俊雄「註③」一九七七年、一三九頁—一五四頁(広中①)

樋口陽一「日本憲法学における『科学』と『思想』」日本法哲学会編『法・法学とイデオロギー』法哲学年報一九八一

有斐閣一九八二年一〇月、一頁—一六頁(樋口①)

菅野喜八郎「八月革命説覚書」法学四七巻二号一九八三年六月、二二頁—四〇頁(菅野①)

広中俊雄「法律論文を書くための条件」広中・五十嵐編『法律論文の考え方、書き方』有斐閣一九八三年四月、一頁—

三二頁 (広中②)

樋口陽一「タブーと規範——または憲法論議における知的廉直のこと——」世界四五一号一九八三年六月、三四頁〜四

七頁 (樋口②)

山下威士「タブーとしての憲法?——または憲法学における知的廉直のこと——」法学新報九一卷一・二号一九八四年

六月、三二七頁〜三六九頁 (山下)

樋口陽一「八月革命」説理解の視点——学説の『両面機能性』・補説」国家学会雑誌九七巻五・六号一九八四年六月、

一〇二頁〜一一〇頁 (樋口③)

菅野喜八郎「批判的峻別論 偶感」法の理論4、一九八四年二月、一九頁〜四〇頁 (菅野②)

菅野喜八郎「八月革命説覚書後書」法学四九巻一号一九八五年四月、一頁〜三三頁 (菅野③)

中村哲也「認識・評価峻別論と法解釈学」法政理論一八巻一号一九八五年六月、一頁〜二七頁 (中村)

蓮沼啓介「法学における『峻別論』の意義——樋口〓菅野論争に寄せて——」法の理論5、一九八五年九月、一八七頁

〜一九七頁 (蓮沼)

菅野喜八郎「批判的峻別論 偶感補論」法の理論5、一九八五年九月、一九九頁〜二〇五頁 (菅野④)

樋口陽一「戦後憲法学と戦後批判の憲法学——長谷川教授の『八月革命』観に関連して——」法政論集一〇九号一九八

六年三月、一三三頁〜四三頁 (樋口④)

樋口陽一「批判的峻別論 批判・考」望月・樋口・安藤編『法と法過程——社会科学からのアプローチ——』広中俊雄

教授還暦記念論文集——』創文社一九八六年一〇月、三六五頁〜三八九頁 (樋口⑤)

なおこの他にも、樋口教授の今回のお考えは、これらの論文以前にもいくつかの論文に、その萌芽が見出される。これ

については、山下、三三五～三三六頁を参照。また蓮沼教授の非常に刺激的な論文「八月政変と一〇革命——日本国憲法誕生の法理——」神戸法学雑誌三四卷二号一九八四年九月、二七七頁以下、は、この時期のものではあるが、直接にこの論争にふれていないので、除く。

- (5) さらに宮沢教授自身における、それらの学説の理解の内在的な検討がなされねばならないであろう。例えば、この点で、樋口④、三一頁の私の前稿に対する御指摘、すなわち、宮沢教授における、一九六四年の論文「学説というもの」と、一九三六年の論文「法律学における『学説』」におけるふたつの学説の位置づけにズレがありはしないかという御指摘などがまず吟味されねばならないことであろう。

- (6) さらに参照、菅野喜八郎『国権の限界問題』木鐸社一九七八年、二四九頁(註1)以下。

- (7) この点については、私の「憲法科学の方法——ハンス・ケルゼンのイデオロギー批判を中心として——」杉原編『憲法学の方法 講座・憲法学の基礎三卷』勁草書房一九八四年、を参照願いたい。

- (8) 碧海「註1」三四頁。

- (9) このように、二の過程における判断基準は、規範レベルのものでも、事実レベルのものでもいずれでもありうる。そのため、ハの認識(a)を「まずい」と判定するに際して、それが、自分のもっている信念、感情などの規範的基準による場合でも、あるいは、日本の政治的、社会的、または、国民の意識の現状(と思われるもの)から見て「まずい」と判断する場合でも、そこには異同はない。いずれにせよ、その「まずい」という判断がいかなる基準にもとづいて行われるかについては、私は「ブラック・ボックス」に属することと考える。またもちろん、それに対する価値的判定も、科学的にはなしえないと考える。

- (10) このようなへの過程における認識表明と、前記の口の過程における認識表明とが、同時に行われるか否かは、とりあえ

ずは本問には関係ない。時として、への過程が、口よりも時間的に先に、しかも多くは意識的に、行われることすらありえよう。

- (11) なお中村教授の分類は、非峻別論、すなわち、「実践的（評価的）提言を根拠付けるために事実を援用する（この立場をAとする）こと」（二頁）をも視野に入れられるという広がりをもつものである。しかし、「直接的援用」であれ、「補強的援用」であれ（中村、九頁）、いずれにせよ「事実を援用すること」は峻別論の前提を破るものであるから、本稿においては、そのような立場は考慮しない。

- (12) 山田卓生「法社会学と法解釈学」碧海編『註1』四五頁。

- (13) したがって、この「自覚的結合論」という立場において、何ごとか発言されるということはないはずである。もちろん、二の過程において、「よい」と判断される時には、いかなる立場であれ、へにおける認識表明は、口におけるものと同じになるはずであるから、今論じる必要がないからである。このことは、この「自覚的結合論」と称されるものが、「自覚的」とか、認識と実践の「結合」とかいう、わが国において一般的にプラスと信じられているシンボルをもつために、とくに注意される必要がある。例えば、「右の論争（峻別論論争）との関係では、樋口のいう『自覚的結合論』のサイドから上田勝美……、長谷川正安……、渡辺洋三……が公刊された」（森英樹「学界回顧・憲法」法律時報五七巻一三号一九八五年、一四頁）。この場合、もちろん、樋口教授の分類では、「自覚的結合論」といえども、峻別論を前提とするものであるが、ここに引用された三人のいずれの方も峻別論を前提とされているとは思えないから、明らかな誤用であり、さらに峻別論の立場においても、本稿に述べたように、現実に表示されるものはないと考えられるから、二重の意味で誤用である。

- (14) このことは、ある目的・価値をあらかじめ決定しておいて、その目的・価値により適合性な手段を選択する場合、いわゆる「政策科学」の場合を考えれば容易に理解しえよう。M・ウエーバーのいう「目的合理性」、K・マンハイムのいう「機

「能合理的性」の問題である。簡単には、私の「科学と政策科学・客観性と価値」「法と市民」南窓社一九七九年、六頁以下。
 (15) なお本稿では扱わないが、この「批判的峻別論」が、認識と実践の場において異なった立場・機能をになわされているのではないかという疑問について、菅野②、二九頁以下、蓮沼、一八八頁以下、参照。

(16) 前稿では、学説②(1)を考えていなかったために、三つとしたが、実は今回のように四つとすべきであろう。

(17) まさに教授のこのように強いことばの故に、そこに現れる教授の立場の内に、私は、「戦う民主主義」の思考を推察したのであった(二三二頁)。それに対して、教授の立場は、まさにこの「戦う民主主義」に対抗しうる「もうひとつの方法であろう」とされるものであると答えられた(⑤、三七六頁)。おそらく、そうであろう。しかし、この立場と、「戦う民主主義」との違いは、「外からは見えない要素から成り立っているだけに、實際上、『戦う民主主義』的なものとして機能する方向に傾く可能性をもっている」(⑤、三八〇頁)。まさに、このふたつを区別するものの問題は、そのまま次の科
 学者のエートスの問題に連なるものであろう。

(18) 碧海「註(1)」三六頁。

(19) 長尾龍一「座談会・実定法における理論と実践」碧海編「註(1)」二〇九頁―二一〇頁。

(20) 長尾龍一「神々の争い」について、「ケルゼンの周辺」木鐸社一九八〇年、三四二頁。そして、まさにこの論文の初出が、「社会科学と諸思想の展開——世良教授還暦記念下——」創文社一九七七年、において、峻別論の問題提起をされた
 広中教授の論文につづいて収録されていることの妙をこそ学ぶべきであろう。なおこの問題については、私の「註(7)」一
 九二頁以下、また山下、三六七頁をも参照願いたい。

(21) 樋口陽一「戦後自明性」をめぐる法の科学と思想」創文二二三号一九八一年、七頁。

(22) この点について、イデオロギー批判の限界について考え、あるいは、法の純粹理論は、ギリギリのところまで「認識批判

的アナーキズムへの徹底か、神学性の承認か?」という二者択一を迫られることになるかも知れないと考えてみた、私の「註(7) 第四節を参照願いたい。」

(23) J・H・キルヒマン・田村五郎訳「法律学無価値論」田村編「概念法学への挑戦」有信堂一九五八年、二二頁―二三頁。

(24) この点については私も考えるところがあった。「憲法と憲法典」法学新報七六卷二一・一二号一九六九年、五四頁以下、「憲法学の憲法典からの解放」埼玉大学紀要人文科学編三〇巻一九八一年、六三頁以下、「憲法の法学的性質」『小林孝輔教授還暦記念・現代法の諸領域と憲法理念』学陽書房一九八三年、七六頁以下。

なおこの憲法規範の性格づけについて、芦部信喜「憲法規範の特質」法学教室四〇号一九八四年、一〇頁(「憲法講義ノートI」有斐閣一九八六年、二八頁)における私に対する御批判、すなわち、私が憲法の「制限規範性」を、憲法の「授權規範性」の内に含ませ、独立の性格として論じる必要がないとしたことに対する御批判(「理由はあがあるが、……区別して考えなければならぬ」)には、残念ながら承服できない。何故なら、私の憲法の性格づけが憲法一般(「固有の意味の憲法概念」)についてのものであるのに対して、芦部教授のそれが、いわゆる「近代の意味・立憲の意味の憲法」概念を憲法一般と同視されての立論だからである。もし「立憲の意味の憲法」概念について論じるなら、「制限性(私は「限局性」と表現するが)」が、その本質的な性格であることは、これまで私もまたしばしば強調するところである。ただ「固有の意味の憲法」概念と「立憲の意味の憲法」概念とを同視することは、まさに本稿において述べたように、そして樋口、菅野教授の等しく認められるように、科学的認識の立場においては不可能である。樋口教授のことを借用すれば、まさにその両者の「ひきはがし」こそが問題なのである。「認識・評価の批判的峻別論からするならば、『人類普遍』であるべき個人の尊厳という究極的な価値すらも、科学の名において教壇から説くことはできないことを承認しなければならない」(樋口②、四七頁)。

(25) この憲法における法解釈（「法解釈学」）の性格については、日本憲法学に内在する認識と実践との意識的・無意識的混同を批判した、私の公法学会報告「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」（一九八一年）の時に杉原泰雄教授より御質問いただき以来の、私の念頭を離れない課題であるが、未だに自分の考えを充分に述べることができないほどに明らかにしてない。ただ、本論争との関連で言えば、そこでは、峻別論による「客観性の要求」と、法解釈のもつ「説得力の多少」、もつとはつきり言えば、前者の要請により、あるいは、後者の説得力が減少するという事態が生じるという可能性があり、それをどう評価するかという点に絞られてくるように思われる（広中、一四九頁、樋口①、一三頁以下、⑤、三八一頁以下、中村、一七頁以下）。

（一九八六年十二月一日稿了）