

刑事法における人間の虚像と実像——近代・現代
刑事法の基本原理・基本構造に対する総批判序説

沢 登 佳 人

目 次

- 1 刑事法における人間の虚像と実像 (沢登)
- 一 法が期待する人間像と、虚像・実像の意味
 - 二 本論の目的と課題
 - 三 近代的意思責任原理に見られる人間の虚像
 - 四 近代的個人責任原理・自己責任原理に見られる人間の虚像
 - 五 責任要素としての意思の存在論的構造と、行為責任の原理に見られる人間の虚像
 - 六 近代・現代国家における公人と私人との概念に見られる人間の虚像
 - 七 罪刑法定主義の神話を支える議会制民主主義への幻想に見られる人間の虚像、客観主義と主観主義との基礎に横たわる人間の虚像、人間の存在論的実像に基づく犯罪に対する責任の犯罪者と法・国家・支配勢力とによる共同分担の論理
 - 八 近代・現代刑事訴訟法の基礎に横たわる人間の虚像と、それを基礎づける理性・自然法の理念
 - 九 法と倫理との分離によって生じた近代・現代文明の悲劇と、両者の相互協力関係を再建する道
 - 十 結 び

一 法が期待する人間像と、虚像・実像の意味

法はイデオロギーの一種であり、イデオロギーは思想体系の一種である。という意味はつまり、法はただの思想体系ではなくて、何らかの（単数または複数の）個人、集団特に階級の必要に合わせて作られ、したがってその時の（複数の）個人、集団特に階級間の力関係を反映している思想体系だ、ということである。

思想体系は、幾つかの基本的な観念（特殊・個別・具体的な諸事物を包括する概念、したがってまたその概念へのそれら事物の包括過程としての判断）に基づいて構築される。つまり、ひとたびそれらの観念が定まれば、他の部分はすべてそれらから（大筋において）論理必然的に演繹されるような形で、構成されなければならない。そうでなければ、如何に壮大な観念の堆積も、単なる思想的素材の累積にすぎないのであって、思想体系ではありえない。あたかもバルテノンを構成すべき石材の単なる堆積が、バルテノンそのものからはつきりと区別されるように。しかし、（相対的に）緊密な思想体系（法体系）を構成していかないような法、すなわち場当たり的な個別的規範（ああせよ、そうしてもよい、こうするな）の雑然たる集合にすぎない単なる法群は、秩序の維持（理想的にはあらゆる法成員のあらゆる場合における法認識の一致。形式的正義。）および法の実質的な目的たる何らかの人間関係の形成（実質的正義。正義と呼ぶも常に多かれ少なかれある特定の個人、集団特に階級にとって特に価値あること前述の通り。）にとつて十分有効ではありえず、したがって法成員全体に対して十分な威信と強制力と洞喝力を有しえない。あたかもバルテノンを構成すべく磨き上げられた大理石群の集積も、ただそれだけでは均衡の美を現わさず祭祀の用をなさず、したがって見る人の心に典雅と荘嚴と威圧との深刻な感銘を与える力を全く有し

ないのと同様に。

法体系の基礎をなす観念の中核には、常に「人間」に関する概念、したがって「人間とはしかじかのものである」という判断が横たわっている。なぜなら——第一に、法は人間の行為に対する命令、許容および禁止と、それを担保するための有形的力の行使（制裁）とを通じて、何らかの人間関係（和睦・協力または疎外・闘争の関係）を実現するための、道具たることを本質としている。命令、許容および禁止と制裁との内容は、その対象たる人間（法成員）のそれらに対する受容能力（それらの本旨に添った反応の可能性、すなわち命令等の趣旨を理解し自己の意思でそれに適合する行為をなしたはなさないことを選択する能力および制裁を苦痛と感じてこれを命令等への対応を選択するに当たって考慮すべき要因となす能力）の内容と相関的に定まるが、この能力の把え方は人間を如何なるものと理解するか（の要素にはかならない。また、法が如何なる人間関係を実現すべきであるかの判断は、人間の共同現存在（他の人間と共に生きること）の本質・構造をどう把えるかと相関的に定まる。そしてそれをどう把えるかは、人間が何であるかの要素である）。

第二に、法は超人的意思（一般意思、共通意思。歴史的には神の意思、天の意思、自然の意思、民族の意思、国民の意思、大衆の意思、偉大なる指導者の意思などとして把えられ主張された。）であると仮定された（擬制された）人間自身の意思（特定の個人、集団特に階級の意思）である。近頃流行の俗謡をもじって言えば、「人間のよう人間でない、超人的のよう超人的でない、それは何かと尋ねたら、ア法、ア法、ア法」というわけだ。このもじりには深い意味が隠されている。古来人間の知性は、えたいの知れない法のかような存在性格を理解するのに苦しみ、超自然的超人的神秘的そしてしばしば神聖な性質をこれに付与し続けて来た。原始宗教的および文明宗教的な神の観念、超越的アイデアとしての正義や自然、常に誤ちを犯す現実の個人理性を超越した無謬の普

遍的理性、ありもしない国民の統一的意思想、神格化された指導者や大衆の意思……、これら捏造された超越的意思想からの流出として法のこの不可解な存在性格を説明することが、人間の愚昧つまり阿呆さの避けがたい帰結として、有史以前から今日に至るまで、人間が営々としてなし来たった不毛にして有害な努力の顯著なるものの一つであった。この愚昧さはさらに、自己の限界を知らず自己は必ず絶対的真理に到達できるし到達すべきであるという人間の知性の愚かな信念と、その信念を実行に移す愚かな誠実さ（つまりしまつに悪い阿呆の一念）によって倍加された。ともあれこれによって、あらゆる既存の法体系の基礎には、人間の概念したがって人間が何であるかの判断とならんで、これら超人間的なるもの、それと人間との関係、およびその関係の媒介者としての法に関する概念と判断とが存在することになる。この概念と判断とにおいては、人間は単なる共同現存在すなわち「互いに他の人間との関わりにおいて生きるもの」とどまらず、「これら超人間的なるものとの関わりにおいて生きるもの」として示される。そしてそのような生き方の構造は、人間が何であるかの要素である。⁽¹⁾

以上の意味において、法体系の基礎には人間に関する観念が横たわっている。人間に関する観念がまず定まれば、あとはそこから（大筋において）論理必然的に演繹して、法体系のあらゆる細部がおのずから定まる。否、定まるように法体系を構築すべきである。

一方、法体系はイデオロギーであって、ある特定の個人、集団特に階級の要求に適合した内容を持つものとして構成されるべきである。つまり、その要求に適合した人間関係の形成にとって十分有効な道具として機能しえ、かつその形成が秩序の十分に維持された状態の下でなされることを可能にするための道具として機能しうるものでなければならぬ。しかるに今見て来たように、法体系の内容の如何、つまり法体系が人間関係の形成に対し全体としてどのような機能を發揮するかは、その基礎に横たわる人間に関する観念（人間観）の如何により、大筋において

自動的に定まってしまうのである。それゆえ、法体系をイデオロギーとして、特定の個人、集団特に階級の要求に合致する機能を發揮するものとして歴史的に構成しようとするれば、その論理的な構成の手順すなわち「基礎的人間観から論理必然的に演繹して法体系のあらゆる細部へ」という順序をちょうど逆にして、まず特定の個人、集団特に階級の要求に合致する法体系の全体および細部の機能發揮の態様とそのからくりとの見取図を定め、次にその態様とからくりとを、ちょうど巧いぐあいに論理必然的に帰結するような、基礎的人間観を見出して行かなければならない。したがってこのようにして、法体系の基礎に横たわる人間観そのものを、特定の個人、集団特に階級の要求に適合するように、適当に作り上げなければならない。そしてこのようにして作り上げられた人間観は、その特定の個人、集団特に階級が「期待する人間像」すなわち「かく在ってほしいと望む人間の生き方」を示すものとなる。これが、「法の期待する人間像」である。この意味であらゆる法は、イデオロギーとして、その根底に必らず、法が法成員に対して期待する人間像を置いている。

法が期待する人間像は、特定の個人、集団特に階級につごうのよいように作られるものであって、存在論的という意味においてア・プリオリな人間の本質・構造を追求して得られた結論ではない。その意味である程度までそのつごうに合わせて好きなように作られるのである。その点を把えて言えば、それは純然たる虚像にすぎない。しかしこの虚像は次の諸理由によって、少なくとも「見かけ上」実像となりうる、否、見かけ上実像となりうることによつてのみ、秩序の維持および目的とする人間関係の形成の手段として有効であるような法の基礎観念として機能しうる。

第一に、存在論的な人間の本質・構造と全く一致しない人間像を基礎とする法体系は、法成員に対して無理なことを強要するものであるから、結局は法成員によって無視され適当に違反されまたは歪曲されて、秩序の維持および

び所期の人間関係形成の目的を達成しえない。たとえば、飢饉に対する有効な施策を見出しえない為政者にとつて、十日に一度腹一杯飯を食うだけで辛抱しながら平常通り勤勞にいそむ国民の姿は、まさに期待される人間像であるが、そのような人間像を基礎にして構成された法的食糧配給体系に、果たして如何なる実効性を見出しうるであろうか。実効性があるためには、最少限、困難かもしれないがやってみるべきではないかもしれない程度には思わせる所の、食糧消費の削減に堪えて働く人間像を基礎にして、法体系を構成しなければならぬ。一日二合三勺の配給米だけで生活する第二次大戦中の日本の国民像のように。

第二に、存在論的にみて人間は、すでに在り現在在る所のものとして未来も在るべく決定されているのではなく、未来の在るべき姿（自ら期待する人間像）をえがきこれに向かつてすでに在る自己を現在の自由意思的行為によつて乗り超える所のもの（自己超出）として生きているのである。⁽²⁾ それゆえ、法がある人間像を期待するとき、もし法成員に、この期待された人間像に合致する人間像を、自らが期待する自らの人間像としてえがき、これに向かつて従来の自己を乗り超える意思が在り、かつその乗り超えが自己の自由意思的選択の可能範囲に在ると判断されるならば、彼にとつて法が期待する人間像は次の二重の意味において現実的なものとなり、その意味で少なくとも彼に対して実像となる。第一に、常にかつ全体的に彼の現実的自由意思的自己超出の目的（在るべき自己）として。第二に、時としてかつ部分的にその自己超出の結果現実に実現された自己変革（成った自己）として。法が、既存の人間関係を確認したり護持したり強化したり拡大したりするのではなくて、破壊したり変革したりしようとする場合に、法の基底に据えられる新しい人間像が、もし所期の目的に対して有効に機能するとすれば、それはまさしくその人間像が、右のような意味において何ほどか実像となつてゐるからである。

さて第三に、右の場合において特に注意しなければならないことがある。「在るべき自己」と「成った自己」と

の間に必ず横たわる亀裂、ずれ、くい違いである。これによって法が期待する人間像は、右の場合にも、在るべき人間像としては法成員の実像と広汎に一致しえその意味でまたその範囲で実像たりうるが、成った人間像としては永遠に見かけ上実像たりうるにとどまる。わかり易く言うと、法によりその法に基づく所の人間像と一致することを期待された法成員は、その期待に応えようとして「自らがそのような人間像と一致する人間であったとしたら客観的にかように行為するであろうと考えられる所の行為をしてみせる」。つまり「自らがそのような人間像と一致する人間であるかのように振る舞う」「ポーズする」ないし「演戲する」。演戲の台本としては、法の期待する人間像はまさしく演戲者たる法成員にとって彼に演戲を迫る現実の力であり、その意味でまたその限りにおいて実像である。しかし、彼の演戲そのものはフィクションであって、現実には彼自身は法の期待する人間像そのものではないのに、そのものであるという仮定（役——登場人物の設定としての）に基づいてその仮定の帰結である所の行為（役——筋書中のその登場人物に与えられた役割としての）を演じてみせているのにすぎない（演戲の戯はフィクションという意味である。遊戯、ままごと、……ごっこと同じように、何かを想像し自分がその何かになったという仮定に基づいて行動するのである。たとえば幼児がお医者さんと患者とになったと仮定して行動するのが、お医者さんごっこで医者と患者の役を演じることにほかならない。普通のように演技と書いたのではこの意味を表わすのに適切でないから、演戲としたのである）。この意味において法が期待する人間像は、現実の法成員の法的行動を通じて現われる場合には、常に演戲された仮の姿であり、その意味で虚像である。しかしまた、第四に法成員としての人間は、実は本質的に法が期待する人間像を自己の役として演戲する俳優（役者）にほかならず、その俳優（役者）であることがとりもなおさず法成員の実体（現実の姿）であるから、そのような虚像を演じることが、同時に法成員としての人間の実像である。そしてこのことに基づいて、しばしば人間は、自己が演じる虚像としての

法的な役としての法が期待する人間像を以て、その役を演じる俳優としての法的な主体たる自己そのものと混同してしまふ。かかる錯覚においても、法の期待する人間像は錯覚者の意識に対して見かけ上実像として現われる。たとえば、現行法上日本の裁判官は、憲法、法律および自己の良心のみに従い、他のあらゆる個人的集团的特に階級的な利害関係や偏見から超然たる所の、公正無私の人間たることを期待され、裁判上そのような人間であるかのように振る舞い(演戯し)、かつたいていは主観的に自分が現実にそういう人間であると確信(実は錯覚)している。だが裁判官以外の人間にはわかり切った事であるが、そんな立派な人間がこの世にいるわけがない。また、現行刑法の基底をなす人間観によると、刑法を守る人間は道德の最低限を守る善良な市民であり、刑法を破る犯罪者は道德の最低限をすら守りえぬ不道德破廉恥な人間である。そこでこの仮定に基づいて大部分の国民が、自らは道德者らしく演戯すると共に、犯罪者に対しては彼を破廉恥漢らしく取り扱ってみせるように演戯することに努め、そこでたとえば新聞やテレビで犯罪の報道に接すると、内心実は俺もやってみたいなと小ささか羨望の念を抱いても、表面はいささかもそんな素振りは見せず、ひどい事をやるねと眉をひそめたり、犯人は厳罰に処すべきだと義憤を感じたような口振りをしたりして見せる。そして子供の時からそんな偽善的演戯をくり返しているうちに、いつしか本当に自分は根っから道德的で善良な人間であり、犯罪者は性格的に邪悪で異常な人間である、と信じ込んでしまふ。裁判官の場合と違ってこの場合は、錯覚に陥っている人の方が絶対多数を占めているので、説得がむづかしいが、この論文と併行して書かれた拙論「刑事法体系の新構成要綱、およびその体系の一部をなす実体的真実認識方法論としての刑事人権保障体系の新構成序説」⁽³⁾を読んでもらえば、よくわかるはずである。

二 本論の目的と課題

以上の見地から、既存の刑事法体系特に近代および現代の刑事法体系の基礎に横たわっている期待される人間像を探り、存在論的な人間像と比較しつつその虚像性を解明し、その虚像からの論理必然的演繹によって刑事法体系の全体的な構造・機能および各個別的制度の構造・機能の特徴がどのように定まるかのからくりを示し、かつそのような構造・機能の特徴が近代現代社会のどのような動的構造（社会形成）の反映としてどのような個人、集団特に階級のどのような社会的要求に応じるものであるかを指摘すると共に、そのようなからくり、そのような要求への適応が、存在論的な人間像すなわち人間の実像に基づきそれからの論理必然的演繹として構成される刑事法体系の全体的個別的構造・機能およびその構造機能が存在論的な人間性の要求に応ずる態様と比べた場合、いかにかけ離れいかに歪められたものであるかを白日の下にさらし、この認識に基づいて刑事法体系を確固として存在論的人間観すなわち人間の実像の上に基礎づけるために、現代の刑事訴訟法を立法と解釈運用との両面において変革し乗り越える途を探ることが、本論をその第一着手として今後継続的になそうとする私の研究の窮極の目的である。

この窮極目的に到達するための具体的方途として、本論では当面次の三つの方向から、刑事法の基礎に横たわる人間像の虚実を観察する。

(一) 冒頭で述べたように、刑事法がそれである所の命令・許容・禁止は法成員（近代刑事法では国民）の行為に対してさし向けられており、したがってその命令等に対する法成員（国民）の受容能力をどのように把握するかによって、法が彼に対して何を期待することができ何を期待することができないか、すなわち法の期待の内容と限界の

如何とが、定まることになる。かくて、刑事法が期待する人間像の中心的要素として、「法成員（国民）の、法の命令・許容・禁止に対する受容能力」が座を占めることとなる。

刑事法の中で刑法は、犯罪と刑罰とを定める法である。犯罪は刑法の命令禁止（たとえば「人を殺すな」）に対する違反であるから、犯罪者にはその違反のときに受容能力（たとえば、「人を殺すな」という禁止の趣旨——人を殺すことが放任されれば社会生活はほとんど不可能になるから、社会成員は互いに人を殺し合うことをやめよう——）を理解し、そのことを十分考慮に入れつつ自己の意思でその禁止に従い人を殺さずまたはその禁止に違反して人を殺すことを選択する——たとえば、こいつを殺した方が自分にとって利益だが、先程の趣旨の方が自分の個人的利益より大事である、いや自分も社会成員の一人としてのみ生きてゆけるのだから、目先の利益を捨てて先程の趣旨に従い殺すのをがまんした方が、結局は社会を成り立たせることによって自分の生きる道を成り立たせることになって、自分にとっても利益である、などと考えて、人を殺さず、または逆に、先程の趣旨は一つの理くつだが、所詮人間も自然の一部で弱肉強食の原理をまぬがれないのだから、見つからぬように殺せばそれまでのこと、何が悪いか、いや一般論としては悪かろうが、この場合は特別で、こんな極悪非道な人間が世にのさばり、おかげで善良な自分が追いつめられるというのが善い社会であるわけがない、だからこいつを殺すのはむしろ善い社会関係を作り出す道であって、あくまで例外として考えれば先程の趣旨と基本線は変わらない、などと考えて人を殺す——能力）の在ることが前提されなければならない。

また刑罰は、受刑者に受刑命令に対する受容能力（たとえば現代刑法の普通の考え方では、刑罰の機能は一般予防、特別予防および応報であるが、後二者については争いがあるので何人も異論のない一般予防だけを取り、今これを標準にしてこの受容能力を理解すれば、受刑を苦痛と感してその認識を、犯罪をするかしないかの決断に当た

って考慮すべき材料の一つとする——処罰がこわいからやめておこう、たとえ処罰されても犯罪をする利益には代えられないからやっぱりやる、処罰を避けるためにばれないようにやる、ばれないようにやるのは不可能だからやっぱりやめておこう、などと考える——能力）の在ることが前提されなければならない。

現代刑法の普通の見解では、受容能力は意思能力に等しいと考えられている。意思能力は、人格（客観主義の場合）または性格（主観主義の場合）の発現として、具体的行動の諸可能性の中からいづれかを選択する能力であると考えられている。選択の理由ないし動機（意味必然性）が人格ないし性格自身に内在的か、それとも他から条件づけられるか（遺伝的環境的因子の作用によるか）につき、一般に客観主義は前者、主観主義は後者を採用。後に触れるように、真相は両者の総合の中に在り、そのことは存在論的究明の結論である以前に、最も自然で素直な人間性の見方であるが、近代および現代刑事法が期待する犯罪者像・受刑者像の代表的な理論的表現にはかならない所の客観主義的および主観主義的人間像が、それをことさらに一面化して人間の虚像に仕立て上げる必要性はどこから来るのか、この点を追求することが第一に必要である。

(二) 刑法自身は擬制であって実在ではないから、その違反がなされた場合、仮定上はその瞬間にその行為に対する犯罪評価および行為者に対する科刑意思として具体的に妥当するはずであるが、現実には自らの口で犯罪評価を下し自らの手で刑罰を科することはできない。そこで刑法に代って現実の人間が現実の犯罪評価を下し刑罰を科するの必要を生じる。そのためには、その人間の職務・権限・権利・義務を定め、彼がその職務・義務の履行、権限・権利の行使として犯罪評価を下し刑罰を科する手順・方法を定める法が必要である。この法が刑事手続法（近代および現代では一般に刑事訴訟法）である。刑事訴訟法の名宛人たるそれらの人間たちは、彼らにさし向けられた刑事訴訟法上の命令・許容・禁止（職務・権限・義務・権利の個々具体的な中身）に対する受容能力を持たねばなら

ない。これら命令等の各々の個別的な内容は、刑事訴訟手続の形成における各人の各手続段階および各場面でのそれぞれ異つた各種の「役割」の分配（割り当て）によって定まる。各人は自分に割り当てられたそれぞれの役割をその都度忠実に果たすことを法上期待されている。これらの役割を十分忠実に果たしうる資質・能力こそ、刑事訴訟法上の命令等に対する受容能力にほかならない。そしてこの資質・能力を持っている人間、それが刑事訴訟法上期待される人間像である。近代・現代刑事訴訟法上これらの役割は裁判官、陪審員、検察官、捜査機関、被疑者、被告人、弁護士、証人、行刑機関等に分配されており、最も大きく区分けすれば、訴える（処罰を要求する）役割、訴えに対して防禦（弁護）する役割、訴えを裁く（前二者の役割の履行を整理し秩序立て処罰の要求を認むべきか否かの判断の形成に向かつて収斂させ判断する）役割、判断の内容に従つて（その判断が訴えを認めるものであれば）処罰を具体化する役割となる。

この役割の決定に当たっては、冒頭で述べた、一般に法なるものの一面人間的意識で一面超人間的意識である存在性格を、どのように理解し理論構成するかが、決定的に重要である。既存の刑事手続法体系は、いずれもその超人間的意識たる存在性格に、何程か現実的な性格を与えて、神、天、自然、普遍妥当の価値としての正義や理性、民族、国民、大衆、（神格化された）指導者などの意思として実体化して来た。そしてそのことによって、その価値判断としての普遍妥当性に、さらに絶対性が付け加えられた（普遍妥当性自身は、もしもそれが特定の個人、集団特に階級の要求たる特殊妥当の価値判断によって擬制されたものにすぎないのなら、現実性を持たずしたがって相対的なものにとどまる。これに反して、もしも普遍妥当の価値そのものが実在するとすれば、それはあらゆる批判すなわちそれと矛盾する価値判断の实在性を否定する絶対価値にほかならないことになる。）。もし法が一般にそのようなものだとすれば、刑法の刑罰評価および科刑意思を、刑法に代わつて具体化する役割にほかならない所の、

刑事訴訟法上裁判官、検察官、捜査機関、行刑機関等の国家機関に課せられた役割は、それを果たすことが超人的絶対価値の人間世界における具体的実現にはかならない所の、神聖崇高な使命であるはずだ。したがって、かかる崇高な使命を果たしうる資質・能力の具現者としての、これら国家機関に対して法が期待する所の人間像は、常に愚かで常に誤りを犯す普通の人間、一般民衆の、愚昧卑劣な資質・能力から遠くかけ離れた、聡明で気高い高度の理性的倫理的資質、適確で深い洞察をなし私利偏見にまどわされぬすぐれた知的道徳的能力を備えた、輝く裁判官、すばらしい検察官、すてきなおまわりさん、立派な看守等の群像を提示する。

すでに述べたように、舞台上の役割においては、それを演じる俳優自身と、その演戯すなわち与えられた役の表現とは、はっきり区別されており、善玉悪玉を演じる役者が実際にそれぞれ善人悪人であることは、全く期待されていない。なぜなら、彼の演戯に要求されるものは、徹頭徹尾その役「らしさ」であって、真にその役に「なり切る」ことではないから（本当に怒っている人は、知らない人がはたから見ると、しばしば悲しそうに見える、本当に悲しんでいる人はしばしば怒っているように見える。怒りや悲しみの演戯は怒りや悲しみのものの再現ではなくて、怒りや悲しみをそのシンボルによって——たとえば眼を怒らせ肩を上げこぶしを握り、あるいは眼を伏せ肩を落とし胸を押えることによって——表現すること、すなわち「らしさ」の表現である。そのことによって演戯は芸術となる⁽⁵⁾）。これに反して、現代の裁判官等は、刑事訴訟法が彼に課した崇高な使命としての役割を、単にそれらしく表現する（演戯する）のではなくて、まさしくその役割その崇高な使命の使徒になり切ることを、法的に期待されているのである。なぜなら、刑事手続上の役割の遂行は、舞台上にくりひろげられる世界のようなフィクションではなくて、まさに現実そのものであるから（舞台の上で死刑に処せられた人は、幕が下りれば起き上がるが、刑事手続によって死刑に処せられた人は二度と生き返っては来ない）。言い換えれば、演じられた裁判官の役

が、そのまま裁判官の実人生であるから。

このことに基づいて現代の裁判官の悲劇が始まる。わかり切ったことだが、この世に、先ほど述べたような意味で気高く聡明な人間など一人もいない（これを認めることは、人生に対して幼い頃から人々が描き続けて来た夢のほとんども捨て去ることで、かくいう私自身も正面から言い切ることに甚だためらいを感じる程の、恐ろしい真実であるが、勇気を以て避けず見つめてもらいたい）。だから、いくら気高く聡明な人間になり切るのだ、それらしく見せかけるだけでは駄目だぞ、と言われても、現実の裁判官に実際にやれることは、なり切ることでではなくてらしく見せかけることだけである。しかしそれでは、現代刑事訴訟法の厚い期待に応えたことにはならない。法としては甚だ期待に反する結果となって困る。困っても、裁判官の方は、「力及ばずすみません」と言って頭を下げればすむが、法の方は、そのままでは自分が仮空の（人間観という）基礎の上に立っている仮空の存在だということになり、自分を否定せざるをえなくなるから、そのまますすわけにはゆかない。ところが、ひるがえって考えると、法は存在論的にはもともと擬制（ただし、単なる擬制つまり仮定の存在ではなくて、現実の存在であると仮定された仮定の存在という、ややこしい擬制）なのであるから、真底現実在そのものであることはもともと必要でなく、現実在らしく見えさえすれば、あとはそれを現実在であると仮定してしまえばよいのである。つまり、そうらしくありさえすれば、そうであることが必要の場合、そうである「と見做す」ことができるのである。そこで期待される裁判官像についても、この得意の伝家の宝刀を抜いて、裁判官に対し、実際には気高く聡明であるらしく見せかけることを求めることしかできないのを承知の上で、裁判官がその求めに応じてくれることを見越して、裁判官が実際に気高く聡明であるの見做してしまおうのである。一方裁判官の方も、法が親切にわざわざそう見做して下さるものを、そうではありません、私は卑しく愚かですとあくまで頑張るほどの気のきかぬ奴もなく、有難いおほ

し召しと素直に受け取って、自分も自分を気高く聡明であると見做してしまふ。

それでは一般国民の方は裁判官の虚像性に気づいているかというところ、これがさっぱりそうではない。刑法が何らかの絶対価値の人間世界における具体的実現だとすると、刑法に違反する犯罪者は絶対的な悪人であるはずだ。そしてそのように犯罪者をきめつけることは、幸い刑法に違反する機会なく、または違反しても巧く処罰をまぬがれて来た大多数の国民、いわゆる善良な市民にとっても甚だ都合がよい（どう都合がよいかは、このあと所々で触れるが、このことを主テーマにした深い考察は、先に挙げた拙論「刑事法体系の新構成序説」の前半でなされているので、詳しくはそれを参照されたい。）。犯罪者が絶対的悪人ならそれを見つけ弾劾し裁き有罪判決を下し処刑する裁判官等は、まさに絶対価値の代理人、正義の使徒であり、そうであるために気高く聡明な人間であらねばならぬ。だから裁判官等は善良な市民にとっても、何が何でも気高く聡明であつてもらわねば困るのであり、幸い法がそう見做している以上、それにさからう手はない。第一絶対価値である法が、でたためにそう見做すはずはないではないか。

こうして法、裁判官等自身、および国民がグルになり、寄つてたかつて裁判官等の、そしてまた犯罪者の、したがって当然その反面として善良な市民の、気高く聡明な、極悪非道な、および根っから善良な人間の虚像をでっち上げているのが、現代刑事法の現実である。法の期待がそのまま事実とされ、法上の役割がそのままその役割を果たす人間の真実の姿とされ、かくて存在論的現実が蔽い隠されている。醒めた眼で見れば現代の刑事裁判は、まさに茶番劇であり、昭和元禄猿芝居である。

こんな猿芝居の必要性がどこから来るのか。これを徹底的に追求し解明することが第二に必要である。

(三) 犯罪および刑罰は、少なくとも形式上直接には、法の違反および法的制裁であつて、倫理（道德）や宗教規

範の違反および倫理的宗教的制裁ではない。しかし三者それぞれの目的・構造・特徴およびそれらの相互関係をどう把握するかには問題があり、その把握方の如何では、實質上間接的に何らかの意味で倫理や宗教規範の違反を構成しまたはそれと関わる。たとえば、今日でも比較的普及し学者だけでなく民衆や特に支配階級・権力者に人氣のある考え方によると、法は道德の最低限であるから、法の違反は實質上最低限度の道德に（すら）違反する（道德的に最低の）行為であり、通常道德の遵守は当人の良心に委ねて外的物理的強制を加えないが、こればかりは放っておけないのでやむを得ず国家権力の物理的強制力たる法的制裁を借り用いて守らせようとする、その法的制裁の最強なるものが刑罰であるから、刑罰の威嚇で守らさねばならぬ法（刑法の命令・禁止）は、道德の最低限度の中でもさらに最低限度のもので、これにすら違反する犯罪行為はその意味から道德的に最低中さらに最低の行為であり、これすら守りえない犯罪者は最低中さらに最低の不道德漢・ろくでなし・人間のくずである、ということになる。また、前近代刑法の普遍的な考え方によると、犯罪は神の教え（宗教規範）に背く行為中の最も程度の甚しきもので、刑罰は、教王・皇帝・王が神の代理人としてその手足である機関の活動を通じて犯罪者を懲らしめ神に対してざん悔させその魂を救い神の教えに服さしめかくて神の教えと恵みを地上に布く営みである。これらの例からすぐわかるように、法、倫理および宗教規範の各々およびそれらの相互関係の把握方の如何は、捜査官、公訴官、裁判官、行刑官等の弾劾し裁き処刑する機関としての人間、弾劾され裁かれ処刑される人間、彼らにいろいろな形で関わり合う証人、弁護人等の人間、犯罪者にあらぬ善良な市民などの、刑法上刑事訴訟法上の地位、意義、役割と、したがってその地位にふさわしくその意義にかないその役割を果たすに適する人格、識見、能力すなわちその人間像を、論理必然的に規定する要因の一つである。そして後の例が典型的にその場合に当たるが、この把握方は前記(一)に述べた法の超人間的存在性格に対する理解の仕方と、しばしば密接な意味連関を持つ。

これらの例では、法の威信は道徳や宗教規範の權威によって裏打ちされている。既存の法体系のおかげで、その個人的、集団的に階級的な利益を、他の個人、集団特に階級に比して遙かに多く享受することを保障されている個人、集団特に階級、すなわち支配的体制的権力や階級にとっては、かようにして法の威信が高まることは甚だ都合がよい。それゆえ先程も触れたように、このような把え方によって規定される各人間像は、それら権力や階級の期待する人間像であり、したがってそのような人間像を基礎にして構成された法体系は、彼らの要求に応えうる法体系として、彼ら自身または彼らの息のかかった法制定・運用権力の立法および有権的法解釈を通じて実定化され、各時代・社会の支配的な法体系となり、そのことによってその人間像は法の期待する人間像となり、かつ先述のようなからくりによってそのまま実在の人間像と見做されて行く。

このようなからくりをあげ出す一方、法、倫理、宗教それぞれの存在論的なすなわち現実の目的・構造・特徴およびそれらの相互関係を明らかにし、それとの対比においてこのからくりとそれによって作り出される法の期待する人間像の虚像性を明らかにすることが、第三に必要なものである。

以上三つの方向から既存の刑事法特に近代・現代法の具体的観察を進めるわけであるが、その具体的構造のあらゆる局面に対し詳細厳密かつ網羅的にかような観察を加えることは、もとより本小論のなしうる所ではなく、今後長期にわたる継続的作業を必要とする。そこで本論では、近頃やかましい問題となつて来た、近代・現代刑事法理論の根本に直接関わる次の二つの具体的な問題を祖上に載せ、それがどう刑事法理論の根本に関わるかを、以上三つの方向から照明を当てて説明することに、課題を限定する。

その第一は、産業災害（労働災害、企業災害、公害、交通事故等）に対する企業の刑事責任をめぐって、近代・現代社会のどのような構造とその構造に由来するどのような（主として階級的な）必要性が、その刑事責任の構造

およびそれに対する法的追求方法をどのように限定し、したがってそのような限定を導き出す理論的前提として犯罪者一般および企業（その所有者、管理運営者および労働者とその相互関係）の人間像をどのように規定するか、それが存在論的人間像とどう食い違い、その食い違いが刑法体系全体にどのような歪みを与えているか、したがって右の限定・規定をどう改めて刑法体系をどう変革すべきか、さらに右の人間像のもう一つ基底に横たわる近代・現代刑法法の最も根本的・一般的な人間観（犯罪者や企業所有者等のような何ほどか特定された人間でなく、まさに人間一般とは何であるか）が、刑法だけでなく刑事訴訟法の分野でもその基礎をなす人間観の最も根本的一般的な要素を形造るものとして定置されることに基づいて、それをさらに何ほどか限定することによって得られる所の、前記裁判官等刑事訴訟関係人全部の各々に対して期待される各人間像に、どのような歪曲を与えるか、その歪曲をどう正すべきか、という問題の解明である。またその第二は、猥褻文書として訴えられた文芸作品に関する裁判、いわゆる文芸裁判においてしばしば問題とされる所の、国家、法、裁判所は特定の倫理道徳に直接肩入れし、それに反しまたはそれと異なる倫理道徳観に基づく行為を禁止し、違反する者を裁き処罰することができるのか、またそうすべきであるのか、という問題を、前述三つの方向から多角的総合的に解明することを通じて、近代・現代刑事法の期待する一般受命者像と違反者（犯罪者）たる国民像、裁判官等の国家機関たる公的人間像とそれと對置される意味での一般国民たる私的人間像、およびそれらの相互的人間関係像を追求し、それと存在論的人間像との食い違い、その食い違いに基づく刑法体系の歪みをあばき出し、かつその歪みを正す方途を探ることである。

この二つの課題の遂行は、結果的に一つの総合的全体的な刑事法的人間像へと集約され体系化されてゆくはずである。なぜなら、最近の公害訴訟等に見られる産業災害をめぐる責任特に企業責任をめぐる難問と、文芸裁判の論争に集約的表現を見出す法と道徳と宗教とのそれぞれの役割およびそれらの相互関係についての意見の分裂こそ

は、近代・現代刑法法が、その基底に持つ人間像の階級的虚像性によって惹き起こされた自体系全体の内在的歪みを、最も赤裸々に最も全面的に露呈した姿にほかならず、したがってその解明と克服とは、近代・現代刑法法の、そして窮極的には刑法法一般の、全体的かつ根本的な構造と運命とに、直接関わるからである。

三 近代的意識責任原理に見られる人間の虚像

あらゆる型の近代・現代刑事責任理論に共通の基本原理は、個人責任、自己責任および意識責任の原理である（これに反して、客観主義の行為責任の原理は主観主義の性格責任の原理と互いに矛盾する）。これらの三責任原理はそれぞれ、前近代刑法の集団（団体）責任、連坐責任および結果責任の原理と対立するもので、犯罪の責任は、それを自分の意思で犯した人自身が、自分一人で負うべきであって、その意思がなかったのに結果が犯罪の場合と同じだからと言って責任を負わされてはならず、他人が犯した犯罪について責任を負わされてはならず、犯罪を犯した人の属する集団が単にそういう集団であるということだけに基づいて責任を負わされてはならない、という原則である。なお、この場合犯罪を犯す意思の態様は故意と過失との二種類に分類される。故意は犯罪を犯そうとする積極的意思、過失は犯罪を犯さないことへの十分な配慮（用心・注意）を欠く軽率・怠慢な意思とされる。

これだけの話を聞くと、至極当たり前の話で、かような自明ともいえるべき原則すら正確に認識せず、平気でそれに反することをやっていた前近代刑法は、ずい分幼稚・野蛮なものだったのだなあ、という気がする。そしてごく最近まで、ほとんどの刑法学者や一般人が、そのことを信じて疑わなかった。彼らのかような信念の底には、大部

分の近代人現代人に共通の、近代・現代の知性と社会制度とはあらゆる点で前近代のそれに優っている、という近代主義的錯覚が横たわっていた。

だが、次のように反省してみれば誰でもその錯覚に気づくはずだ。プラトンの対話篇や聖書や法句経や論語に見る、あのすばらしい知慧を持っていた古代人が、同時に、自分のやったことと他人のやったこととの区別もつかない程の無知な人間でありうるのだろうか。今も各地に保存されまた博物館に展示されている絢爛精巧で深い思想性をたたえた数々の書画彫刻工芸作品や建造物を創り出した前近代の豊かな人間性と高度の技術的洗練とが、不幸な結果を招いた罪なき人を平然と処罰してはばからない人間性無視の制度、見当はずれの人間を処罰して一向気がつかない粗雑低級な社会機構の上に、はたして花開くことができるであらうか。ことによると、ほんとうに無知で非人間的で粗雑なのは、むしろわれわれ近代人・現代人の方で、無知で粗雑な人間がよくやりがちの、すべて低級な自分を基準にして物事の価値判断を下すために、高級なものが逆にかえって低級に見えるという誤りを犯しているのではなからうか。前近代刑法の集団責任、連坐責任および結果責任の方が、実はかえって近代・現代刑法の個人責任、自己責任および意思責任よりも、よく考えられ繊細に配慮され十分に行きとどいた制度ではなかったのだろうか。そして事実、先入観を捨て前近代法の責任原理をその内在的論理に従っていわばその内から観察し理解するとき、まさしくその通りであったことに気づくのである。

この事の説明に先立って、事を理解し易くするために、今の社会でも、個人責任、自己責任および意思責任以外に、いろいろな型の責任のとい方負い方が極く普通に広く行なわれており、誰一人それを怪しむものはいない、という事実を指摘しておこう。

広い範囲の民衆に圧倒的人気を持つ歌謡界の女王美空ひばりが、弟加藤哲也の不祥事件のまきぞえを食い、人気

歌手代表歌手を網羅しているということで一種変な権威を認められているNHKの紅白歌合戦への出場を拒否される、という事件が近頃起こった。美空びいきの人の一部には連坐だ、行き過ぎだとの声もあったが、大勢はやむをえなからうという事のようにである。なぜか。その理由は第一に、ひばり家の一員がやった事についてはその家の総大将たるひばりが何らかの形で遺憾の意を表するのが当然だ。日本の国民や企業が他国や他国民に迷惑をかければ（たとえば日本の石油タンカーが坐礁して重油が流れ付近外国の領海や近海を汚染すれば）日本の政府がその他国政府に対して早速遺憾の意を表しその他国民に被害の補償を約束するのと同じことだ（団体責任）。第二に、加藤哲也がグレたのは、直接にはひばりの意思の外の事ではあるが、遠因を探ればひばりが出世していい気になり、その雰囲気は家族全員したがって哲也にも伝染したこと、哲也へのひばり一家特に総大将たるひばりの甘やかし、過剰保護、不相应な期待などが哲也をグレさせたのだとも言える（結果責任）。政治上、徳義上の責任とは本来そういうものである。生徒が重大な不祥事件を起こせば校長は形だけでも辞表を出さねばならぬ。一昨年末の石油危機はアラブがやった事で政府の責任ではない、というのは近代的刑事責任原理にてらせば確かにそうだが、政治的責任はそれではすまないものであって、アメリカに追従しアラブ敵視政策をとりながら目先の欲から安いエネルギーに釣られて石炭産業をつぶし石油全面依存の経済発展を強引に押し進め、心配する人がいると甘い見通しを並べて「心配ない心配ない」でごまかし（これに対しアメリカ政府は、すでにその前年から、この事あるを見越して石油危機を国民に訴え石油節約、エネルギー源転換の政策を強力に打ち出していた。だのに日本は政府も在野も、あれは石油の値段を釣り上げようとする国際石油資本の謀略でニクソンはその手先をつとめているにすぎず、安い石油はまだまだいくらでもある、と楽観的観測で自らを慰めていた）、最悪の事態に至るまで手をこまねいていた政府の、財界と癒着の姿勢、甘かった見通しに原因が在るのだから、政府は政治的責任を痛感すべきである、という方

が正論である。これは一種の結果責任にほかならぬではないか。

これと同じことが産業災害についても言える。たとえば交通事故。近代刑事責任原理にてらせば、事故の責任は、挙げて事故を直接自らの手でかつ自らの意思（過失犯なら交通危険および交通ルールに対する軽視・無視、および危険に対処しルールを守る措置を十分尽くさずさぼろうとする意思）で惹き起こした人自身、その人個人に在る。しかし最近の世論はそれではすまさず、車を買ひ与えた親、使させた企業、売った企業、そして結局は交通戦争を招いた政府の交通対策の欠如・怠慢、自動車社会を作り出した産業や社会全体の責任を問おうとしている。まさに国家、産業、社会全体の団体責任、連坐責任そして結果責任の追求である。しかしこれがどうして幼稚・野蛮なことであろうか。逆に国家・産業・社会全体の責任をほっかむりし、自動車社会の犠牲者として彼自身一個の被害者でもある所の、直接の加害者のみに全責任を負つかぶせ、その結果加害者が一生涯民事責任の負担に苦しむだけでなく、通常加害者は経済的にたかの知れた責任負担能力しか持たないから被害者も泣き寝入り。一方刑事責任の方は過失は極めて軽く、さらに法人、非法人を問わず企業には犯罪能力・刑事責任能力がないから、馬鹿を見るのは被害者ばかり。得をするのは自動車産業とその関連産業。そして結局は何らかの形で自動車社会の利益を享受している全産業、全国民がそのかすりを取っていい思いをしているわけだ。年間一万数千人の他人の生命を犠牲にして一億人がいい思い。こんなあこぎな非人道的な社会を現出させるのに重要な片棒をかついでいる近代刑事責任原理とは、一体何たるでたらめ、嘘、不公平、そして思想的暴力であろうか。

これに反して、従来結果責任を大幅にとどめている点を指摘されて、これ見よ原始的、野蛮、幼稚、社会全体文化全体の停滞、後進性の反映で、壮大な法体系は見かけ倒し、中身のお粗末さはお話にならぬときめつけられて来た、前近代中国清朝刑法における、交通事犯に対する責任の問い方はどうであったか。中村茂夫の指摘によると、

「凡そ故なく市街・宿場において車馬を馳せ廻らせ、因つて人を傷つけたものは、一般の闘傷の罪より一等を減ずる。死に致したものは、杖一百流三千里。もし故なく鄉村や人なき曠野の地内で馳せ廻らせ、因つて人を傷つけ、死に致さぬものは論ぜず、死に致したものは、杖一百。以上犯すところは共に埋葬銀十両を追徴する。もし公務急速に因つて馳せ廻らせ、人を殺傷したものは、過失を以て論じ、律に依り贖を収めしめて、その家に給付する。」これが大清律例卷二六の規定である。⁶⁾ その適用例として刑案滙覽に左の事案がある。「王六が馬に乗つて街路を走つていた時、たまたま、陸載隆が路地から出て来て、馬の前方を歩き出した。王六は大声をあげてよけさせようとしたが、はからずも、陸載隆は老人でつんぼであったため、声が聞こえなかった。それで、王六は手綱を引いたけれども間に合わず、馬がぶつかつて、陸載隆は躓き倒れて、左のこめかみに傷を負い死んでしまった。」この一件で、王六は車馬殺傷人条に依り、流三千里に処せられた。正に結果責任であつて、他の法条、判例と合わせて総合的体系的に把握する努力を怠り、この例だけを孤立させて眺めると、王六は罪もないのに処罰された不運で可哀스러운男に思われる。そしてかような断片的觀察から、清代刑法の結果責任は幼稚・野蛮という全体的結論を一挙に武断に引き出して憚らなかつたのが、従来の学者であつた。これに対して中村は広く条文、判例を探り、これに類する責任類型として、戲殺傷、弓箭殺傷の場合を挙げ、それぞれに解説を施しているが、これらの共通点は、たとえ近代刑法的意味での故意がなく、また時には過失さえ認めがたい場合でも、通常殺傷の危険性ある定型的な状況の下に危険性ある行為をなし、結果的に人を殺傷すれば、通常の過失犯（「耳目の及ばざる所、思慮の到らざる所」と定義され、これまた近代刑法的な過失とは構造が違うが。）よりも重い責任を問われる、ということである。「戲すなわち、人を殺すに堪うるの事（定型的に人を殺すに至る危険性の認められる事）を以て戲（遊戯、スポーツなど）を為すことに因りて、人を殺傷する」という戲殺傷人の構成要件は端的にそのことを示しており、「凡そ

故なく城市または人の居住する宅舎に向け、鉄砲を放ち弓を射、瓦石を投擲する者……人を傷つく」という弓箭傷人の構成要件はそれだけではわかりにくい、店頭の犬を追うべく投げた鉄棒で人を死なせたとか、村中で狂犬を撃った弾で人を死なせたとかのこの条に当てたケース、さらに狩猟中相棒を誤殺したのを「深山曠野の中だが、もともと狩猟の際の射撃は慎重を期すべきを、配慮を欠いてやったのだから」と通常の過失殺人より重く処罰したケースなどに照らせば、それらがやはり殺傷の定型的危険性を包蔵するがゆえに、近代刑法的な意味では故意がなくとも、過失より責任が加重される趣旨なることを理解しよう。

虚心に省みればこれは至ってもっともな話である。殺傷の危険性ある定型的な場合、行為者は正常人なら当然その危険性を知っているはずで、ただその危険度が狙って人を刃物で刺したり弓矢銃器で撃つたり毒を吞ませたりする場合には高度でないのにすぎない。つまり、耳目の及ぶ所思慮の到る所の範囲内に在るのである。たとえば、お母さんが外出する子に「自動車に気をつけるのですよ」と言う、硬式野球部に入りたいという子に「危いからほかの部にしたら」と言う、秋山を散策に行く子に「あの辺はハンターが多いらしいから気をつけてね」と言う。みなその危険性を知っているからだ。それなら、その子をはねたドライバー、その子に打球を当てたバッター、その子を誤殺したハンターは、みなその危険を知らながらあえて自己の意思でその危険を犯し、その結果予期した危険通りの事を現実には惹起したわけで、たとえ十分注意したと言っても（つまり近代法上は過失がなくても）自分の意思から出たことを否定できないはずである。それなら意思責任の原理によっても当然責任が在るはずで、それを近代法が、意思責任原理により免責される、と称しているのは変な話である。これはつまり、近代法が人間の意思につき、その存在論的構造を無視して極端にその中身を縮少し稀薄化して、目前の明白な小さくしぼられた目的・動機（たとえば、「こいつは俺の彼女を奪った憎い奴だ、殺してしまえ」今の場合について言えば「前方道路上には

目下誰もいない、今のうちに車を突っ走らせろ」「いい球が来た、バットのまっしんで叩け」「木蔭の草むらに物影、さては熊だ、それ撃て」だけを、意思内容と見るためである。そうすれば、ドライブ、スポーツ、狩猟という程度の緩やかな限定しか受けていない、殺傷の危険性ある極く一般的抽象的な状況の定型に当てはまる、特殊の具体的状況下での行動における、その危険性の認識などは、意思内容としては全く盛り込めなくなる。しかし、前近代人、たとえば素朴で単純で無知だったと近代・現代の学者たちが信じて疑わない清朝人が誰でもわきまえていたこれらの危険性を、どうして近代人は突然認識できなくなったのであろうか。やはり先ほど私が言ったように、今の人の方が昔の人より頭が悪くなったのであろうか。

いやそんなはずはない。フロイド、ベルグソンらの名によって知られる近代心理学は、前近代西欧人の知らなかつた下意识の心理、深層心理の広大な領域を発見し開拓して来た（もつとも、アラージャ識、マナ識、一切種子心識などに関する仏教哲学の開発した深層心理学に比べれば、超個人的超種的下意識の認識において未だ不十分であり、また時代的に遅ること二千年ではあるが）。下意识、深層心理の存在に気づくほど頭のよい近代人が、意識の明かるとりまき周辺に至るに従って明かるとりまきを減じ、遂に縁辺をとりまく下意识の広大な暗闇の中に消え去る所の、意識の領域全体の中で、比較的焦点に近く、普通の人間なら誰でも十分な明かさを以て自認できるはずの、前記のような簡単な危険性の意識に、気づかぬはずはない。

ここまで来れば、あとは馬鹿でもわかる。近代・現代刑法の意思責任原理において意思の内容とされている所の、故意過失の中身は、何らかの理由で、わざと、存在論的すなわち現実的な中身にくらべて著しく矮小化され稀薄化されていること、その結果、近代・現代刑法体系は、その基礎に、かくも中身に乏しい意思しか持たないとい

う点で、ほとんど白痴に近い人間像を、その命令禁止（たとえば「人を殺すな」）に対する受命者像として置いていることを（町中で車を走らせながら轢殺の危険が常に伴っていることを意識しない人間、鉄砲を発射することは見渡す限り船影なき太平洋のどまん中の自分一人を乗せた船の上でもない限り、常に他人を殺傷する危険を随伴していることを知らない人間は白痴だ。こう語る私に対してあるドライバーは反論した。「私はいつも十分注意して人を轢く危険が全くないのを確認しながら運転している。だから走行中危険を感じたことなんか全くない。」またあるドライバーは言った。「ドライバーの意識として、スピードに酔ってくると、普通危険を感じる状況でも全く危険感が消失する。あなたは自分で車を運転したことがないから、わからんのだ。」私はこう尋ね返した。「どんなに緊張しても、いや緊張するとかえって、注意力が全体的部分的に薄れる瞬間のあることは、人間にとって避けられないこと、またこちらがどんなに注意していても先方の不注意で事故の起る危険が常にあること、そのため年間一万余千人の人命が失われていることを、君は知らんのか。」「スピードに酔うと危険感が薄れることを知りながら、それが危険だということをお前は知らんのか。』ではその理由は何か。まさか近代刑法の責任理論を作り上げた学者が白痴だったわけではなからう。そうではなくて、彼は、その時代・社会を支配している所の、したがって彼が権威ある法学者の地位を維持するためにはその必要に応えうる法理論を作り維持しなければならない所の、ある個人（たとえばナポレオン）、集団特に階級（たとえばフランス・ブルジョアジー）の階級的要望を満足させるには、刑事責任追求の限界をどこに置かなければならぬかを考慮して、そうしたのである。それだけ深い周知な考慮能力があり、それだけいそいそとお偉方の要望に順応する如才なさがあったからこそ、彼は当時の刑法理論を指導するボスとなりえたのだ。そしてその階級的要望とは、ブルジョアジーに多大の利益を約束する多くの産業活動に当然定型的に随伴する殺傷その他の危険が、不可避的に随時随所で現実化した場合（産業災害の発生）、そ

これはブルジョアジー、その手先たる企業管理者が当然あらかじめその事あるを予想しながら、自分たちの利益のためには被害者を犠牲にしてもかまわぬとして、その産業活動を強行した結果生じた、彼らの予想通りの結果なのだからという理由で（そしてそれは真実であるが）、全面的に彼らの法的責任とされ、清朝刑法のように彼らに重い刑罰（たとえば流三千里、フランスなら植民地アルジェリアへの流刑）の科せられることがないように、また刑事責任と民事責任とは全法体系の中で総合統一さるべきがゆえに、刑事責任がそう限界づけられることにより、それと併行して民法においても右の場合発生した殺傷その他の損害に対する彼らの損害賠償責任が否定されて、彼らが、頻発するそれら損害の賠償に追われてせつかくの儲けを吐き出さされ、または大損することがないようにしてもらいたい、という事であった。そうすれば彼らは安心してあらゆる種類の産業活動、特にその種の災害発生の危険度が極めて高い鉱山、鉄道、自動車運輸、重工業、化学工業等の創設・経営を、安全管理を適当にさぼりつつ安上がりに思うままやることができ、彼らがぼろ儲けできると同時に、産業全体が発展して、国も富みかつ強くなり、植民地も増え、結局は労働者を含めた国民全体が得をするのだから、と彼らは主張した（当時ブルジョアジーの荒稼ぎを弁護するため出版された書物の中には、しばしば、大金持が増えれば天災飢饉の際困窮者を救えるので、貧乏人にとっても大へんよいことだ、と書かれている。⁵⁴）。

これがブルジョアにとってどんなに切実な要求だったかは、清朝刑法の先述のような責任類型が近代・現代社会で認められたとしたりどういふことになるかを、考えてみればよい。ドライバーが人をはね殺すたびに流三千里では、恐れて自動車に乗る者はなく、自動車産業が成り立たず、自動車運輸は育たず、軽便迅速な人的物的資材の大量輸送の道が鎖されて、産業の量的拡大は今日の水準には到底達しえなかつたろう。その代わり、量的拡大に注ぎ込まれたエネルギーが文化全体の質的發展に使われる可能性が出て来るから、人類全体にとってはむしろその方が

よかったと思う（特に今の公害、自然破壊、資源破壊、人心荒廃、殺戮兵器の発達など、人類の自殺行為の進行を見るとそうだ）が、それではブルジョアジーにはさっぱり儲けにならない。公害、労働災害の危険の大きな産業分野はすべて自動車産業と同じ運命だから、全体として産業構造・産業発展は今と比べて量的には遙かに小さく、質的には全く違ったものとなっただろうが、それを正確に測ることはできない。ただ一つはっきりしていることは、やはり、今にくらべてブルジョアは遙かに儲からなかったろう、ということだ。

また昔の中国では、遊戯、スポーツ、狩猟、物の投擲、けんか等、およそ殺傷の危険性ある定型の場合は、うっかり人を殺せば大変なことになるから（けんか以外は先述。清律に「鬪毆に因りて誤って傍らの人を殺傷する者は、各々鬪殺傷を以て論じ、死す者は並びに絞す」とあり、けんかの場合過失なくとも人をまきぞえにすれば死刑になりかねなかった。）、いきおいその種の行為をするには慎重となり、スポーツは盛んでなく、けんかは専ら口げんかで（その代わり派手に悪態をつく技術が発達）、手脚を使うけんかは不得意だったため（戦時中十年にわたって、だんだん激昂し声が大きくなるに従って互に意識的に離れて行き、最後は三、四十米離れて罵り合う、という風であった。これは刑罰がきついで殴り合いにせぬための智慧が自然に発達したのだと言う。だから、村で口論が始まると村人たちは、家の中で聞いていて、声の小さいうちはハラハラしているが——距離が近く手出し可能なので——、次第に声が高くなると「もう安心だ」と胸をなで下ろしたよし。）、戦争には弱く、人口の大、文化の高さにもかかわらず少数・野蛮な異民族の侵略征服を受け易かった（清朝はわずか数十万の満人が数億の中国人を征服して立てた王朝だが、二百数十年続いた。阿片戦争以来、欧米そしてやがて日本の帝国主義の相次ぐ侵略を受けて酷い目に遭ったのも、ここに一半の原因がある。逆に近代責任原理の保護の下、欧米の民衆は安心してスポ

一ツ、狩猟、けんかに励むことが出来、好戦的な強い兵士になって帝国主義を成功に導く原因の一つとなった、否、逆に、欧米人はもともと東洋人に比し遙かに好戦的だったから（ギリシア、ローマ以来の相次ぐ民族的征服、奴隷化の歴史をみよ。アメリカ人は南北戦争までその伝統を継承した）、殺傷事故を犯しても刑罰からは安全にスポーツ、狩猟、けんかにいそしめるような、刑事責任理論を構成したのだ、という方が真相に近かろう。だから、近代的刑事責任原理は、欧米資本主義産業の今日の如き発展と並んで、それと互いに因果表裏する欧米諸国の強兵策、帝国主義の今日の成功蔓延をもたらした、法的基礎条件の一つでもあった。

そこで近代法は、かかる階級的国家的要望に対し、より一そう十分に応えるべく、もともと考えつく限りの最少限に狭められた意思責任の及ぶ範囲を、さらに狭めようとして、たとえば交通事故等につき、民法はいち早く過失相殺理論の導入により、個人が自己の過失で起こした事故についてさえ、被害者の過失を理由にさらに責任を減殺する道を開き、また（しばしば刑法まで）信頼の原則を導入して、当然予想される所の相手の過失やルール違反の可能性を全く考慮に入れず行動した結果、相手の過失やルール違反があったため事故を避けえなかった者を免責する程にまで至った。さらに、「許された危険」の理論により、統計上不可避的に発生する産業災害に対する企業・資本家の責任（その発生を百も承知で、あえてその企業を創設しその産業活動を行なったのだから、当然故意責任である）を全面的に免除した。

四 近代的個人責任原理・自己責任原理に見られる人間の虚像

以上では、前近代中国清朝刑法のいわゆる結果責任の制度と近代・現代刑法のいわゆる意思責任の原理とを比較することを通じて、後者の基礎に横たわる人間像の虚像性を明らかにした。以下においては、集団責任・連坐責任に立つ前近代法の代表的制度として、西洋中世のものを挙げ、それとの比較の下に近代・現代法の個人責任・自己責任の原理の基礎に横たわる人間像に対して、反省を加えることにしよう。

A都市の商人甲が、B都市の商人乙との取引において、乙に対して不法行為や債務不履行をした場合、乙は、たまたまB都市に寄港中のA都市の商人丙の船舶および積荷を拿捕し、これを以て甲の自己に対する責任の引き当てにすることができる。これが、中世都市間交易で広く認められた同郷人船舶拿捕権の制度である。⁶⁾丙が、是非なく他人甲の違法行為の責任を負わされるといふ点では、一種の連坐責任であり、連坐の理由ないし条件が、甲と同都市の市民であるという点では、A都市という団体の一員として甲と共同の責任を問われるのであるから、一種の団体責任である。

いつ他人の違法行為のまきぞえにされるかもしれないという点では、この制度は甚だ取引の安全を害する。そこでこういう不祥事が起きないように、自然各都市および(都市は諸ギルドの共同体であるから)各ギルドは、その内部規制を厳しくして、自都市自ギルドに属する各商人の自由な経済活動を監視し、統制し、制限する。同時に他都市他ギルドの商人の自都市自ギルドの商人に対する不法行為や債務不履行に対しては、都市自身ギルド自身として厳しく責任を追求し、かくて互いに相手の自由な経済活動を阻害し合う。このことが、自己の特権擁護のために

する都市やギルドの、内部のおよび対外的な統制による取引自由の制限を、さらに一そう厳しくする要因として作用したのである。

そこで、取引の自由を確保するという名目で、近代法は、ギルドを禁止すると共に、かような団体責任・連坐責任の制度をも全面的に廃棄した。それゆえ近代個人責任・自己責任原理は、その成立に当たっては、単にギルド禁止の一環という以上の意味はなかったのである。すなわち、ギルドの絶滅と復活防止とを旨指す法制度の一環にすぎず、それによってギルドが完全に消滅した後で成立する、来たるべき新しい経済機構・取引活動に対する法的規制たることは、頭初全く考慮されず予定されていなかったのである。

しかしながら周知のごとく、法は一般にひとたび成立するや、法の有権的解釈・運用の指導権を握る個人、集団特に階級の利益に合致し彼らの要求を充たす場合には、法がそれである所の一般的価値命題すなわち普遍妥当的価値判断形式に形式論理的に包摂されるどんな事象をも、たとえそれが本来の立法趣旨と関係なくまたは全く相反することが明らかであっても、その命題が形式論理的に意味する所の通りに有権的に解釈され運用されるに至る。平らたく言えば、本来の立法趣旨を離れ、支配権力支配階級の後押しで勝手に歩き始めるのである（よく「一人歩きを始める」と言われるが、法は擬制であって実在ではないから一人歩きはできない。立法当時の意思と異なる意思によって異なる方向へ導かれるのである）。ギルド禁止、そしてその一環をなす個人責任・自己責任の原理もまた、それが頭初予定していたギルド絶滅の目的を達した瞬間に、ギルドに代わって登場した新しい経済機構の新しい経済活動に適用されて、思いもよらぬ展開を見せることになる。

まず、ギルド禁止法そのものは、新経済機構の労使関係における労働力取引活動に対して適用されて、労働組合を、労働力を独占し労働力取引の自由を制限する新型のギルドと見做しこれを禁止することになる。これに対して

使用者団体の方はギルドにあらずとして法認された。たとえばフランスのル・シャプリエ法の適用を見よ。⁽⁸⁾明らかに支配階級たるブルジョアジーに好都合な方向へだけ選択的に、立法趣旨を超えて法の判断形式に対する事案の形式論理的包摂がなされた、すなわち法適用の拡大がなされたのである。しかし、株式会社型の資本結合による資本家団体を法認すべきか否かについては迷いがあった。株式会社が事実上発生した後これにこれが法認されてゆく過程の歴史がこれを証明している。初めは、取引を独占し営業の自由を奪う危険性ありとして議会特別法による特許主義を採り、後漸く行政官庁の認可主義により設立の際設立後厳しく監督することを条件にして一般法的制度として認められ、さらにその後次第に準則主義に移行するという過程を辿った。これは、株式会社型資本家団体は、労働力取引に関しては他の資本家の利益を害することはないが、一般取引に関し自然一種の独占機構となり他の資本家を圧迫することになる、と予想されたからである。つまり、ブルジョアジーの内部に利害の対立があったからである。しかしさらに、その後株式会社による独占・資本集中が大規模に進行し、真の支配階級はもはやブルジョアジー全体ではなくて独占資本そのもの（独占資本家とその独占機構と。すなわち独占企業の人と財とメカニズムとの全体）となった時（いわゆる独占資本主義時代の到来）、株式会社の合法性を疑う者はもはやいなくなった。それと同時に觀念の逆転が起こり、株式会社制度は営業の自由を制限するおそれある制度ではなく、むしろ営業の自由に基づいて株式会社制度が生まれ発達したのだが、発達し過ぎると却って自由を阻害し独占を生じる危険が在るので、過度の発達に対して適当な法的抑制を加える必要がある、という考え方が優勢となって来る。この変化は独占禁止法の法理の歴史の変遷についても見られる所で、ギルド禁止、営業自由の法理が、初期資本主義の一般ブルジョアジーへの奉仕のイデオロギーから、独占資本主義の独占資本への奉仕のイデオロギーへと転換して行った過程を、端的に示すものである。⁽⁹⁾他方これに対応して、「労働組合は一種のギルドで取引自由を害する」という初期資本

主義の考え方にも、これに見合った転換が必要となって来る。つまり、資本家が資本間の競争力を互いに強化しようとして自由競争をした結果株式会社制度を発明したというのが本当なら、労働者が資本家に対する労働力取引における競争力を強化するために労働組合を作るのもやはり自由競争の産物と見るべきで、「ギルドだ、取引自由の制限だ」というのはおかしい。株式会社を認め資本集中を認める以上、労働組合も認めないという法はない。もつとも、そうするのが独占資本にとって非常に不利だというのなら、また労働者階級がその理くつに気づかず文句を言わずたとえ言いたくても実力が伴わぬのなら話は別で、正当な論理にも頼かむりして押し通すべきである。しかし、折から独占資本と強大な軍事力との癒着による帝国主義政策の成功により、植民地国被搾取民族の犠牲の下に資本主義体制の安定確立、利潤増大を見たことでもあり、また他面労働運動の発展によりむやみやたらにこれを弾圧することはもはや得策でなくなったことでもあり、さらに独占資本・国家権力による統一的視野からする労働力の全体的総合的な管理統制を可能にし容易にする技術的需要からも、むしろ労働者を組合組織に結集させ一まとめとして扱った方が便利でもあるから、この際労働組合を正式に法認し、形の上では譲歩しながら、実質的に独占資本主義体制の中にはめ込み管理し丸め込んで、革命的エネルギーにまで発展することを抑えた方が得策である、という方向に独占資本の利害、したがって独占資本のイデオロギーたる法学者の意見が急速に傾いて行った。かくて西欧では十九世紀後半から二十世紀初頭にかけて、独占資本主義の形成・発展・爛熟と併行して、「労働組合は労働力を独占し労働力取引の自由を制限する一種のギルドだ。」という考えは捨て去られ、労働組合が全面的に法認されることになる。

以上は、市民革命時のギルド禁止の法理が、革命後ギルド絶滅後の新事態に対し、その適用を、支配階級の利害・必要、そして支配階級自身の構造的変化に伴ない二転三転して行つたいきさつを概説したのであるが、元々は

単にギルド禁止の一環として中世的団体責任・連坐責任否定の法理にすぎなかった近代的個人責任・自己責任の法理が、ギルド制絶滅後に生まれた新経済機構の新型企業（資本制企業）の経済活動としてなされる違法行為の責任に対して適用されたとき、これと全く同じことが起こったのである。すなわち、自己責任原理はその責任を、直接手を下した行為者（それは当然企業組織の一員たる資本家、経営者、管理職労働者および一般労働者であるが、資本制大企業の産業災害惹起については殆んど現場の一般労働者、稀に管理職労働者であって、経営者、資本家が直接関与することはほとんどない。）一人に負つかぶせて、他の組織成員に対しては全面的に免除する、と解釈され、個人責任はその責任を、直接手を下した行為者（労働者）一人に負つかぶせて、当該企業に対しては、たとえそれが法人であろうとも、全面的に免除する、と解釈された。もちろんその前提に、先述した意思責任原理における意思内容（故意過失）の縮小・稀薄化が在る。それがなければ、産業災害惹起に関しては、直接手を下した責任が、現場の一般労働者や管理職労働者を素通りして、一ぺんに経営者や資本家に及ぶからである。

また同時に、意思責任の原則は、法人の刑事責任能力を否定するものとも解釈された。法人自身の意思というのは擬制であって実在の意思を持たないから、という理由で。そう説くことで、実在の意思を持った実在の人間の実在の組織である、企業の実体まで消し去り、これによって存在論的に企業が負うべき責任の帰属主体を湮滅したのである。意思責任原理における意思内容の縮小・稀薄化は、ここに至って遂に、人的組織としての企業を構成する中核的要素としての、資本家・経営者という実在の人間の意思を全面的に抹消（縮小・稀薄化の極限）し、したがって（人間とは自由意思そのものにほかならぬから）その人間それ自体を抹消したのである。これはもはや単なる人間の虚像ではなくて、人間の無化像・幽霊像である。

こうして、個人責任、自己責任および意思責任の原理が、相協力して産業災害に関する企業の責任を、現場の労

働者に全部なすりつけて、経営者・資本家および企業それ自身に対しては全面的に免除するという法解釈が確立し、そのお蔭で資本家、経営者、資本主義企業は安心して安全対策を適当にさぼりつつ、統計的にみて多大の災害が不可避免的に起こることの明らかな危険企業の創設・経営を行ない、その結果起こった災害の責任については、被害者を泣き寝入りさせるか、または現場労働者に全面的になすりつけ、その結果得た所の利潤だけはまるまる自分たちの懐に入れるという、厚顔無恥の荒稼ぎをすることができるようになった。そしてこの法解釈の基礎には、意思責任原理によって近代的故意・過失の範囲にまで縮小・稀薄化された企業労働者の虚像と、（それはまだしも一片の現実的意思想内容を残存せしめられているから全く荒唐無稽とは言えないが）さらに荒唐無稽な、現に企業所有者・経営者として企業活動の実権を一手に握り、企業活動によって得た利益をことごとくガッポガッポと懐にかき込んで、鬼も顔負けの憎まれっ子として世にはばかりながら、一旦責任をとらせようとすると、とたんに全く存在しなくなるという、忍者も顔負け、三文小説の筋書よりなお都合のよい、閻魔大王も口あんぐりという、資本家や経営者の幽霊像、忍者像、透明人間像、そして実は大魔王像が置かれているのである。

ある都市やギルドに属する商人甲が、個人として他の都市やギルドに属する商人乙個人と取引をするに付いてなした違法行為の責任を、単に甲がその都市やギルドに属するということ（身分的所屬）だけに基づいて、同都市同ギルドに属する別の商人丙個人に対して追求するという、中世的団体責任・連坐責任の構造と、ある企業に属する労働者甲が、その企業組織の一員として、その組織上の権力者である資本家や経営者の命令により彼に課せられた企業活動の一環を企業の職務として遂行するに付いてなした違法行為の責任を、彼が単にその企業に属するということ（何々会社社員であること——身分的所屬）だけに基づいてではなく、まさに彼がその企業の組織上資本家や経営者の命令により彼に課せられた企業活動の一環を企業の職務として遂行中なしたということ（企業への機能的

所属、および資本家・経営者への機能的従属)に基づいて、その企業組織自身およびその組織上の権力者である資本家・経営者に対して追求するという(未だ明確に現代法上の市民権を獲得してはいないが、近年産業災害に対する世論や被害者組織やこれを支援する組織の厳しい企業責任追求の要求に押されて、次第に事実的慣習となり、さらに最近に至って法的慣習化の兆しを見せつつある)、新しい企業責任の構造とは、存在論的に全く別個のものである。したがって、ギルド禁止の法理の一環として前者を否定することは、論理的に何ら後者の否定を必然とするものではない。しかるに、近代刑法の責任理論は、両者の間に論理的な必然が在るかのようには説明している。

この論理的トリックの種を明かせば、両責任の構造を互いに異ならしめる要素(種差)を勝手に全部捨象し、残った両責任の構造に共通な要素(類的同一性)だけを、あたかもそれが両責任それぞれの構成要素の全部(本質)であるかのように見せかけたのである。つまり論理的抽象の魔術であって、初めから作爲的に、共通点だけを抽出して違う所は切り捨ててしまうのだから、どんなものでも同じにならないわけではない。かくて、中世的団体責任・連坐責任も、近代・現代の企業責任も、共にある団体に属する個人のなした違法行為の責任をその団体自身およびその団体に属する他の個人に負わせるものであるから、前者否定の法理である近代的個人責任・自己責任の原理は、直ちに当然に後者否定の法理となる、と解されたのである。たとえば、自分の妻を虐待する男に向かって「妻を愛せよ」とさとした所、その男は他人の妻と姦通したので責めたら、「妻を愛せよとおっしゃったじゃないですか」と答えたようなものだ。自分の妻と他人の妻とは妻は妻でも意味が違うので、自分の妻を愛するように他人の妻を愛してはいけない、ということを感じかねふりして、「妻を愛せよ」と言われたのにつけ込んで巧いことをした男が、資本家、経営者、資本制企業にはかならず、それに悪知恵をつけたのが法学者、「妻を愛せよ」が近代個人責任・自己責任原理というわけである。

かかる欺瞞が盛んに行なわれてしかも人々が易々と引つかかるのは、プラトーン以来の伝統的な西欧思想の抽象化的・一般化的思维方法の欠陥である。但しこの思维方法は、自然現象の認識に適用されると、自然の斉一性（自然現象がどこでもいつでも同じ型に従って生起するという性質）に扶けられて、自然の法則的把握を可能にする有力な武器となった。しかし創造性したがって一回性・非斉一性を本質とする歴史的・社会的・文化的・人間的現象に対しては、この思维方法の無差別一本槍の適用は、この例の如くしばしば重大な錯覚を生み欺瞞のつけ込む隙を与える。東洋的思维はその点あまり抽象化一般化を好まず、現実在そのものの姿である具体的個別的現象を、在るがままに観察するので、事物間の微妙な差異を見分けるのに長じており、それがたとえば先述した、清朝刑法の刑事責任の具体的事理によく即した細やかな分類を結実するのであって、これと比べた場合、故意と過失の二つしかない近代西欧型刑事責任類型がいかに粗雑武断なものであるかは、一目瞭然である。そしてこの粗雑さが階級的欺瞞につけ込む隙を与えたのである。企業責任追求のための法理論の確立が要望される今日こそ、西欧的近代的责任理論崇拜の迷夢から醒めて、前近代東洋の叡智に顧みるべき時である。¹⁰⁹

しかし、どんなに抽象癖の強い西洋法学者だとして、具体的事実そのものに対して全く眼をつむることはできないから（なぜなら——法学者自身一個の具体的事実なのであるから、彼を取り囲む具体的事実¹¹⁰に全く眼を塞いで生きるということは、ちょうど眼隠しして繁華街を歩きまわるようなもので、彼が見ようとし¹¹¹ない具体的事実¹¹²に衝突し大怪我をしないわけにはゆかない。そして衝突し怪我することが、とりもなおさず、見ようとしなかつた具体的事実をいや応なしに見せつけられることである。）、やがて、企業活動が惹起する災害に対する近代的責任原理の¹¹³ような適用は、いくら何でも不公平ではないか、資本家、経営者には都合がよすぎ、労働者や被害者には気の毒すぎるではないか、という反省が起こってくる。初期資本主義の下ではかような反省の声は、弱者の泣き事か道徳家の

感傷としてしか取り扱われなかったが、独占資本主義が確立安定するにつれ、この体制は先述のように労働者および一般民衆を、己が政策に従って統一的組織的全体的に管理し丸め込み体制内化することを、明確、意識的、自覚的に追求し始めるので、今までのように労働者や一般民衆を単純に見殺しにすることはもはやできなくなり、弱者救済、社会福祉、社会保障の拡大強化により体制の安定をはかるに至り、企業災害に対する法的責任の問題も、その一環として俎上に上ることとなる。産業災害の急激な量的増大質的悪化は、ますますその必要性を高める。こうしてまず民法の領域で、使用者等のいわゆる「無過失」損害賠償責任を認める動きが始まる。しかしこれは、いわばごまかしの弥縫策にすぎない。これまでに明らかにしたように、使用者（企業、資本家、経営者）の責任は本来存在論的な意味における意思責任にほかならないのであって、民法上は一般的な過失責任、刑法上は過失と区別される意味での故意責任（災害の発生は企業活動に必然的に伴ない統計的に見て避けえないことを認識しながら、あえて企業活動を創設、経営するのだから。）の一種なのである。

しかし、従来法学者が容易にそう考えることができなかったのは、いわゆる「許された危険」の法理が背景に在ったからである。それによると、法は、企業活動を認めることによって得られる産業発展の利益と、これを禁止することによって得られる災害不発生利益とを比較衡量して、前者を重しと見て後者をあきらめ、災害の発生を容認したのだから、発生を承知で企業の創設・経営をやっても過失（刑法上は実は故意）責任を問えない。

しかしこの考え方には論理のごまかしと飛躍がある。まずごまかしから説明する。企業活動を認めた以上、その活動から通常生じることを予想される定型的な災害についての責任を、当然免除しなければならぬというのなら、なぜ、企業組織の一環として企業活動の一部を担当するに当たって、自己の故意過失により災害を発生させた労働者の責任だけは、追求するのか。彼には災害発生に対して故意過失があるから、と答えるなら、同じく災害発

生に対して故意過失のある資本家、経営者、組織体としての企業そのものの責任はなぜ追求しないのか、と反論しよう。これでわかる、許された危険の法理が説くごとく、法は、企業活動を認めた以上必ず、それに不可避的定型的に伴なう災害の発生に対する責任を、免除せざるをえないから、資本家、経営者、企業組織にこれを免除したのではなくて、企業活動を認めたことを口実にして、その責任を、（労働者には免除せず）資本家、経営者、企業組織に対してのみ選択的に免除したのである。ちょうど革命後のフランス・ブルジョア国家が、ギルド禁止のル・シヤプリエ法を、取引活動の自由を制限するということを実にして、（使用者団体に対しては適用しなかつた）に）労働組合に対してのみ選択的に適用したがごとくに。かように存在論的には本来在る所の責任を、階級的恣意によって選択的に無いことにした上で、ブルジョア民法学者は恩着せがましく言つたものだ、それでは被害者にとっては気の毒、加害者たる労働者にとつては大へんな負担だから、本来無い所の責任を使用者に負つていただきましょう、使用者の皆さんは大変温情的だから、高い犠牲を払つても被害者を救済し、加害者たる労働者を援助して下さいます、と。これが無過失損害賠償責任の理論である。まるで強盗が、奪つた金を返すのに、被害者は貧乏で気の毒ゆえ特別の情けで返してつかわず、有難く思え、と言つてゐるようなものだ。

次に論理の飛躍について述べる。企業活動全体の中から現場労働者の（企業組織の一員としての企業活動の一環たる）行動を除外し、労働者と同じように企業組織の一員、しかも労働者より遙かに中心的指導的重要な役割を持つ一員としての、企業活動全体の一環たる、しかも労働者より遙かに中心的指導的重要な行動たる、資本家、経営者の企業の創設・経営活動だけを、それに必然的に伴う予想された災害の発生に対する責任から免除することは、確かに階級的恣意であつて不公平であるが、そのことはしばらく置き、とにかく企業の創設・経営活動が適法として許された以上は、資本家・経営者に言わせれば、自分が惹起した産業災害は適法行為によつて惹起したものだ、

ということになる。したがって、いくら惹起に対する故意があっても違法性がないのだから、不法行為や犯罪になる余地はなく、したがってその責任ということは問題にならない。この論理は、許すと言う以上は（その結果どうなっても）すべて許さなければならぬ、という前提に立たなければ成り立たない。しかしこの前提は誤っている。たとえば「この仕事を私に引き受けさせてくれ、必ず巧くいくから。」と言われて、「お前の力量ではまだ不安だが、たつてと言うのならやってみろ、しかしことわっておくが、もし巧くいかなかったら、責任はとってもらよよ。」と言ってこれをひとまず許すことは、日常よく行なわれている。法の許容も人間の許容になぞらえて擬制されるのだから、こういう型の法的許容があつて当然である。そして、災害の当然予想される企業の設置、経営が産業発展のためやむをえず許すときにこそ、こういう許し方が、最もふさわしい。つまり、「やむをえず災害の発生を承知で許すが、但し予想された通りの災害が発生した場合はちゃんと責任だけはとってもらよよ。」という許し方こそ公平というものだ（前出清朝刑法の諸例はまさしくそれである）。

近年産業災害の質的悪化・量的増大が目に見え、無過失責任の嘘が誰の目にも明白になってくると、漸く企業の過失責任（実は故意責任のだが）を直接追求しうる法理論の必要が痛感されて来た。しかし、これを過失犯というのがそもそも変だし、今の刑法では、過失犯の刑は至って軽く、処罰した所で企業はいたくもかゆくもない。さりとて現在の故意犯に当って重く処罰するのは無理だ。企業責任をその惹起した災害の量質にふさわしく処罰するには、われわれがこれまでやって来たような近代的故意過失概念の根本的見直しが必要である。近頃しばしば試みられている、未必の故意の概念を拡張して引っかけようといった類いの思いつきやその場しのぎではどうにもならない。

企業責任の追求を妨げている近代法のもう一つの法理は、法人の刑事責任能力の否定であるが、これも、すでに

述べたように、組織体としての企業の実在性に気づけば、容易に克服できる。組織体としての企業の意思決定の中核は資本家、経営者の意思に在るのだから、企業の（意思責任たる）刑事責任の追求は、実体としては資本家、経営者の刑事責任の追求と一致する。それゆえ、企業（法人）の刑事責任の追求は、上述のように資本家、経営者の刑事責任の追求が可能である以上当然に可能なのであって、それを法人処罰という形でやるか、それとも資本家、経営者個人の処罰という形でやるかの選択は、専ら政策的な問題である。

五 責任要素としての意思の存在論的構造と、行為責任の

原理に見られる人間の虚像

自由意思がそれである所の人間の存在論的構造には、まず、眼前の直接的な関心の対象を中心にして次第に明かさを減じつつその周辺にひろがる、比較的狭小な意識野の領域が含まれている。次に、その意識野に召喚（知覚および想起）され互いに論理的に結合された目的措定の意味連関を形成し、その意味連関の中でその目的を実現するために必要と判断される行動を選択する意思（自由意思）の確立すなわち意思決定のための要因（理由・動機）となる所の、（物質）感覚および記憶の広がりにはかならない所の、（後に述べる意識の基底をなす本能的次元の中心である、超個人的、超人類的、凡生命的無意識の領域の広大無辺さにくらべれば）中間的な広さを持った、下意識ないし潜在意識の領域が存在する。この領域は、それ自身としては一種の無意識であるが、自由意思的行為がな

されるに当たり、その意思決定の動機として意識野に召喚されて意識の要素（顕在意識）となり、または召喚を抑制されて意識下に押しこめられ下意識ないし潜在意識となるものとして、常に意識との関わり合いにおいて在る。その意味で広義における意識の要素である。

以上の二領域がすなわち各個我の個人的したがって当然広義における意識的な体験の領域である。各個我の大腦の表象化機構の構造の特殊性（その中身は条件反射系の全体的プランおよび要素の違い）により、各個人体験領域は孤立し閉鎖的で、互いに他の個人体験領域を自己のそれに召喚しえない（他人の心はのぞけない、他人の意識は意識できない、精神感応——テレパシー——の拒絶）。このことに基づいて意識は個我となり、個我であることによつて各個人の意識体験たる自由意思的行為（犯罪もその種の行為である）は、存在論的に当該個我のみに帰属し、したがつてその行為に対する他者の評価（刑法の犯罪行為に対する評価——犯罪評価——もその種の評価である）もその個我に、かつその個我のみに排他的に帰属する。この排他的帰属がその行為に対するその個我の責任である（犯罪行為に対する刑法の評価の犯罪者たる個我への排他的帰属が刑事責任である）。そして個我を、責任を負うものとして扱えた概念が人格である。

責任とは存在論的には、右のような存在論的原事実を指す。刑事責任もまさにそうである。それゆえ、立法、解釈、運用によつてその内容が、特定の個人、集団特に階級の必要に合わせて適当に変更、増減されることは、本来（存在論的に）ありえないのである。そのことを念頭に置いて右に示された責任の存在論的構造を観察すれば、責任とは、各個我（個人の）意識的体験としての自由意思的行為が、存在論的にその個我自身（自己）に排他的に帰属することに基づいて、その行為に対する他者の評価がその個我自身に排他的に帰属することにほかならないのであるから、本来当然に意思責任であり個人責任であり自己責任であるのである。

この場合の意思の中身は、当然上述せる顕在意識と潜在意識との全体を含む。すなわち、意思決定の表面的な、つまり明瞭に意識され自覚された理由・動機だけでなく、隠された、つまりおぼろげに意識されまたは有意的に意識下に押し込められた（想起・召喚を意識的・選択的に抑止された）理由・動機（それらの中のあるものは、意思決定に対して積極的に働くが、それを不可とする別の理由・動機によって否定・排除されないために、ことさらに意識下に押しこめられ、あるいは他の顕在的な意識要素と論理的に結合されて異なる意味に仮装されており、またあるものは、意思決定に対して消極的に働くことを自覚されたがゆえに、それが意思決定の妨げとならぬよう意識的に意識野への召喚を抑制されている——その抑制への意思たる意味連関の要素として間接的に逆説的に意思決定の理由・動機となる——）も、他者の評価（犯罪行為すなわち犯罪への意思決定に対しては刑法的非難）の対象となり、したがってその非難の行為者人格への排他的帰属たる責任（刑事責任）を基礎づける要素（責任要素）となる。

こういう次第であるから、意思責任の原理における責任要素としての意思は、当然、個人が他者との共同現存在たることに基づいてなした、過去一切の対自然的、対人間的、社会的、歴史的な意識的体験と、それを各個人の異なる条件反射系（その特異性が彼の個性であり、責任を基礎づける要素——責任要素——として扱えば人格的個性である）によって個性的な目的措定的意味連関に形成してゆく論理的操作との全体を含んでいる。たとえば、前記産業災害の惹起に対する企業、資本家、経営者の責任は、これによって存在論的に基礎づけられる。すなわちまず、資本家、経営者は、彼が生まれてからこの方意識的に体験した対自然的、対人間的、社会的、歴史的な出来事、なかんづく企業の創設・経営の体験を通じて知りえた事実として、当然に、企業の組織的活動には、企業を構成する人と物（自然）と機構との相互作用のメカニズムによる、統計的に不可避的な災害の発生が随伴しているこ

と、しかしそれを恐れて安全対策に力を置き過ぎると、企業活動は非効率となって生産効率が落ち、企業の経済競争力を下げ、利潤を低下させ損失を招き、遂には企業の存立を危うくすること、を意識しており、それは彼の企業の設置・経営行動としての自由意思の要素である。次に彼は、企業の設置・経営をなすに当たり、これらの要素の中から意識野に直接召喚すべきもの、他のある要素と選択的に結びつけて仮装的な意味をこれに付与する意味連関を形成するような形で意識野に召喚すべきもの、および全面的に意識野への召喚を抑制すべきものをふるい分け、それぞれについてそのように対応するという体験を積んで来るうち、自然にこの対応を条件反射化して、個性的な対応様式(思考・行動の条件反射)を形成して来た。たとえば、その企業の発展・生産増大によって産業全体が発展しその結果人々の利益が増進するという因果関係を論理的に基礎づける事実だけは選択的に直接召喚するが、企業活動と災害との因果関係を基礎づける要素はことさらに召喚を抑制し(想い出さないように、忘れてしまうように努め)、または現場労働者の怠慢や過失に無理に結びつけもしくはそれだけを強調する所の偽装的意味連関を形成するような形で召喚し(現場労働者が悪いので企業とは関係ないと思ひこみ)、さらに利潤増大のためには安全対策の手を抜く必要があるという意味連関に、企業が儲かり発展することは産業全体の発展ひいて人々の利益の増進に役立つという意味連関を結びつけた上で、両者の共通項したがって論理的連結環である企業の利潤増大の要素を有意的に忘却して、産業の発展・人々の利益のためには安全対策をさぼるもやむなしとの偽装的意味連関へと自己誘導する。この事の全体が、企業の設置・経営によりあえて産業災害の惹起を避けまいとする、資本家、経営者の意思決定の理由・動機として、その意思の要素を形づくる。

ところが前述のように、近代刑法理論は、資本家、経営者の階級的利益に奉仕するため、このように複雑、豊富、微妙な責任要素としての意思の中身を、極端に縮小し稀薄化して、いわゆる構成要件の事実たとえば殺人罪な

ら「人を殺す」という事実（出刃庖丁をあいつのどてっ腹に突き刺せばあいつは死ぬだろう）の意識（出刃庖丁をあいつのどてっ腹に突き刺してあいつを殺そう）だけに限局してしまった。過失犯に至ってはそれすらなくて、不注意によるその意識（意思）の不存在という、意思責任の原理にてらせば論理的には当然責任なしという結論になるはずの、奇怪な不可解な中身を捏造した。存在論的には極めて中身の濃い故意犯の意思を、構成要件の事実の意識という最小限度の中身に削り取ってしまったので、構成要件の事実（過失殺なら「人を殺す」）の意識を欠く過失犯については中身が全くなくなってしまったのである。しかし普通の過失犯の場合存在論的には、意識の中心たる直接の関心が人を殺すことになくても、低度ではあっても人の死を惹起する危険性を持つ定型的な状況下に行動する人間は、当然そのことを意識しているわけで、そのことが意思責任を基礎づけるのである。たとえば、脇見運転によって人をはね殺した人は、脇見する瞬間大丈夫かなと思っただが、見た所前方に人はいないしまあいいだろうと自分に思いきかせてこの不安感を意識的に抑圧して脇見をした、という意思内容が法的非難の対象となり、そのことに対してその意思の帰属主体として責任を負うのである。この不安感とその意識的抑圧との全体たる事実そのものが過失たる意思の中身なのであるから、過失は意思（意識）の不存在だというのは間違いだし、不注意（意識するよう努力すべきだったのにしなかった）という規範的要素を導入して何とか過失に中身を持たせるといふやり口は、捏造、ごまかし以外の何ものでもない。⁶⁴

かように、意識の最も直接的な関心の対象（殺人罪については人を殺すこと）だけが彼の意思の全内容であるという、白痴的人間の虚像が、近代・現代刑法の基礎に横たわる人間観なのであるが、近年公害等に対する企業の責任を猛烈に追求している進歩的な刑法学者たちが、にもかかわらず一般論としては故意・過失の古典的定義を一步も出ず、依然とし空虚な人間の虚像に固執している理由は、既存観念に囚われる思索の惰性（条件反射化）、変わ

つた説を吐いてやつつけられたり無視されたりすることへの恐怖から、一度はその虚像性に気づいてもあわててその意識を抑圧し忘れ去り二度と気づかぬようにするずるさと臆病さ、もしはっきりそれを自覚すると今まで自分が営々と築いて来た専門の思索体系を全部ご破算にせねばならぬが、それは面倒であるばかりか、自分の学者としての権威にかかわり、沢登教授のように早くからその事実を指摘し続けて来たが「あいつは変わりものだから」ときめつけてこれまでみんな無視して来た男の軍門に降らねばならず、あいつの方が俺より頭がよいことになっていかにもくやしいという怠惰、虚栄心、嫉妬心などにも在るが、もう一つ、近代刑法の基本原理の一つ、罪刑法定主義および思想刑法の禁止（思想・信仰・言論の自由から来る）と、それに基づく行為責任の原理が、故意過失の自身をかように狭く限定することを要請している、という錯覚にも在る。すなわち、思想刑法の禁止により、動作に表現されぬ思想そのものを処罰してはならず、罪刑法定主義の要請により、犯罪構成要件は客観的に一義的かつ明確でなければならぬから、物理的世界において一定の結果を因果的に惹起する動作と、その動作をなそうとする意思（としての故意・過失）とに限られねばならない。それゆえに、責任要素としての故意・過失はただ、客観的動作たる構成要件要素（殺人罪なら人の死——心臓や呼吸や脳波の停止等客観的物理的世界の物質的事実によって確認される——）に対して物理的原因となる動作——たとえば出刃庖丁を相手のどてっ腹に突き刺す——）を実現しようとする意思（出刃庖丁を相手のどてっ腹に突き刺すことにより相手の死を因果的に惹起しようとする意思）実は直接的関心に限られねばならぬ。これがその論理である。

しかしこれは、前述のごとき複雑・豊富・多岐な顕在的および潜在的な意識要素全体の微妙な論理的統一体たる目的措定的意味連関として存在する現実の正常な（したがって刑事責任能力を備えた）人間の意思を、人為的に擬制的に分断してえられる人間の意思の虚像である。何の理由・動機もなく人を殺そうと意思する人間は狂人であ

る。「太陽が輝いていたから」人を殺したカミユの小説の世界の殺人者の殺人動機には、カミユの実存哲学が在る。「月がとっても青いから」つい見知らぬ男と恋に落ちた女の恋愛動機には彼女のロマンチズムが在る。本人がその顕在意識においてそれをどう理解していたかは別の問題である。自己の動作により構成要件の結果たとえば人の死を惹起することが直接的な関心の対象である意思是、そのような全体的意思としてのみ実在たりうるのであって、単にその関心（たとえば人を死に致すことへの関心）としてのみ実在することはできない。そしてそうであるからこそ、構成要件の結果の惹起が直接的関心の対象ではない所の過失が、そうである所の故意と並んで、責任要素たりうるのである。構成要件の結果の惹起が全体的意思のどの部分において肯定的に意識されていようと、その惹起がその意思に基づくものであることに変わりはないからである。それゆえ、意思責任原理に基づいて刑事責任を肯定するための、構成要件の結果惹起への意思の認定は、行為者の全体的意思のいずれかの部分で、その惹起が肯定的に（なすべきものとして）意識されていたことの認定で足りるのであって、特に全体的意思中の直接関心の対象として肯定的に認識されていたことの認定を必要としないのである。

かくて、罪刑法定主義や思想刑法の禁止およびそれに基づく行為責任の原理と、責任要素の中身を特に意思の直接的関心に限定すべきこととの間には、何ら必然的な関係はない。それをあると錯覚するのは、意思の全体と意思の直接的関心とを混同しているからである。そしてかかる混同の原因の一つは、一般の刑法学者が現代の発達せる心理学、精神生理学、認識論に対して全く無関心、無知なるに在る。刑事法学の基礎学としてその学習を義務づける必要があろう。

六 近代・現代国家における公人と私人との概念に

見られる人間の虚像

右の考察からわれわれは、意思責任原理の解釈に見られる近代・現代刑法の基礎に横たわる人間の白痴的虚像は、単に産業災害に対する企業責任の免脱の階級的要請のみから直接導かれた、というような単純なものではなくて、近代・現代刑法の他の基本的諸原理、したがってその原理を必要とする別種の階級的要請との、密接不可分な論理的結合の下に、体系的に導き出されたものであることを知りうる（罪刑法定主義したがって客観主義、行為責任原理が、どのような階級的要請に依えいかなる社会史のダイナミクスを通じて形成されたかに関する考察は、拙論・罪刑法定主義の歴史的意義への反省を参照されたい）。

そうだとすれば、この観点を刑法以外の法体系に推し及ぼせば、近代・現代法の全体系は基本的に同じブルジョアジーの階級的要請に依って形成されたものであるから、刑法以外の法体系の基礎にも、当然、これ（刑法体系の基礎に横たわる人間の白痴的虚像）と何らかの意味で共通の人間像が見出されるはずである。そして確かにそうになっている。

意識としての自由意思・個我（人格）は、先述のように、彼個人の意識的な対自然、対人間、社会、歴史体験の全体、その体験を通じて形成された彼固有独自の条件反射系（個性）、およびその条件反射系を使いつつ右諸体験を取捨選択して目的措定的意味連関に形成する所の、したがって当然対自然的、対人間的、社会的、歴史的な思惟によって構成されており、その限りにおいてすでに、彼がそれとの対決（それに直面しそれを自己の課題として引

き受けかつ乗り超える営み）として生きて来た所の、彼が置かれた特殊状況たる、彼をとりまく自然的、人間的、社会的、歴史的な環境によって、存在論的根源的に規定されている。しかして、社会構造および歴史形成の土台にはそれぞれ階級関係および階級闘争が横たわっているから、その規定は当然に階級的規定を含み、その意味において意識としての意思・人格たる人間は当然に階級的な意思、階級的人格たる人間であって、決して階級性を離れることはできない。そして、法の命令・許容・禁止の受領者であり法的責任の基体である所の法成員としての人間は、まさにそのような人間である。

それゆえ、現実の法成員としての人間は、絶対に彼が生きた自然的・社会的・歴史的環境の影響をまぬがれて階級的に無色であることはできず、この影響によって何ほどか互いに異なる特殊な目的・措定的意味連関の形成、言い換えれば特異な自由意思、特異な知慧、特異な価値観として、特にある階級的な価値観として、存在している。逆に言えば、あらゆる人間のあらゆる体験を包括する広大無辺の知慧、あらゆる人のあらゆる場合の行動に対して普遍的に妥当する公平無私の価値観、特に階級的に全く中立の価値観としては存在しえない。つまり人間は決して全人ではありえず聖人ではありえず、特にあらゆる階級の対立から超然として存在することはできない。

のみならず、このような人間の意識的な生存は、そのもう一つ基底に横たわる、人間の本能的生存の次元から直接規定されている。意識は、一面本能を統御することによって一面本能をしてその限界を超えて発展させたもの（洗練された本能）にほかならず、本能の外に、本能と並んで、または本能と対立して、在るものではない。（意識・理性と本能とを対立的に把え、特に犯罪を以て意識の抑圧を突破する本能の逸走と解し、なおその際、価値・善はすべて意識・理性に属し、これと対立する本能には本質的に反価値・悪が属するとなし、したがって犯罪は本質的・絶対的な悪、これを禁止し処罰する刑法とその発見者・執行者とは本質的絶対的な善となす所の、通俗的

な、しかし残念ながら今日なお支配的な倫理学説、心理学説、および刑法学説に対する批判は、拙論、自由意思の哲学的基礎を参照されたい。本能は何よりもまず、生物個体および種の保存への欲望として存在し、かつこの欲望の中核には自己保存欲および性欲という利己的欲望が座を占めているから、洗練された本能たる意識・理性は、人間が共同現存在として各人のかような欲望特に自己保存欲と性欲という利己的欲望を、適当に制御することによって、かえって、本能のおもむくままにその欲望を満足させた場合よりも各人が十分にかつ満遍なくその欲望の満足をうることを、可能ならしめようとする意思として存在する。しかし同時に、上述のごとく、意識・理性は自然的、人間的、社会的、歴史的環境の特殊性によって限定された本来不完全なものであり、しかもその不完全性は階級性を帯びていることによって、その意識・理性としての個人が属する階級（自階級）に対しては十二分な本能的欲望の満足を得しめようとし、その目的でその他の階級（他階級）に対してはその満足を奪い制限しようとする意思（階級利己主義および階級弾圧への意思）として存在する。否、共同現存在性の自覚としての意識・理性の意思（愛・善・正義）が、その基底であると同時にその目的でもある所の本能の、一種利己的な欲望によって歪曲され、利己的欲望の満足という点において利害の一致する範囲の限定された人間の共同現存在性の自覚としての、限定された偏狭な愛・善・正義として自己を限定することが、とりもなおさずその階級性の中身なのである。利己的欲望が本能の中核に座を占め、意識・理性が本能を自己の基底に持ち、本能を制御することによって本能をしてその限界を超えて発展させようとする意思として存在する以上、利己的欲望を完全に抑え切ったのでは、本能全体のみか、意識・理性も存在しえなくなるから、意識・理性はその存在の必要条件として、何らかの形で利己的欲望に對して譲歩し、したがって利己的欲望をある程度満足させよう共同現存在性の自覚としての自己の本来的在り方（愛・善・正義）をある程度歪曲しなければならない。その意味において階級性は、意識・理性にとって避ける

ことができない。この点からも、公平無私の意識・理性、特に階級的に全く中立の意識・理性は存在しえない。あらゆる階級対立から超然たる人間はどこにも存在しない。これが存在論的現実すなわち真実である。すなわち真の人間像は、その自然的、人間的、社会的、歴史的環境の特殊性によって限定されているという意味で思想的に偏り、特に階級的偏見を持ち、利己的欲望に動かされるといふ意味で人格的に当てにならぬ（うそ、いつわり、ごまかし、裏切りの多い）、特に階級的行動において全く信頼のおけぬ、不正で党派的で愚かで弱い存在の姿を提示する。すなわち一言で言えば、人間は「サル（猿）」にあらざして「ワル（悪）」である。

しかしここで十分注意しなければならないことがある。人間がワルであるのは、人間が意識・理性・自由意思・人格として、以上見て来たような極めて複雑・豊富・多岐な要素から成る存在であることに基づく。すなわち、彼をとりまく自然的、人間的、社会的、歴史的環境を、それに直面しそれを自己の課題として引き受け乗り越える所の、彼自身・彼の人格がそれである意識的・理性的・自由意思的行為を通じて、まさにその行為・彼の人格そのものの本質的本来的な構成要素として取り込み、所有することによってである。つまりマルクスが指摘しているように、人間の自由意思的生存は、労働（行為）を通じて自然、人間、社会、歴史をわがものとする営みであるが、同時にマルクスの見解に反して、実はそのことによって労働は本質的に階級関係を形成する形で行なわれ、人間は階級的偏見と階級的不誠実さとに満ち満ちた存在となるのである。

この後の点に関してマルクスの認識は甚だ甘かったと言わざるをえない。マルクスはこう考えた。階級関係に妨げられて、人間が労働を通じて自然・人間・社会・歴史をわがものとするこの出来ない状態（疎外）が生まれる。階級関係を否定すれば、自然に疎外は恢復し、地上の天国たる共産主義社会が実現する、と。この場合、階級関係は、われわれが上述したごとく、労働を通じて自然、人間、社会、歴史をわがものとするという人間の本性、

存在論的根源的な構造自体から必然的に出てくるものではなくて、一握りの支配階級の利己心の産物にすぎず、それが逆に前の人間の本性、人間本来の在り方の十分な発現を妨げている（疎外している）ことになる。もしそうであるなら、被支配階級が階級闘争により、利己的な一握りの支配階級を打倒して階級関係を否定し去りさえすれば、直ちに、または少なくとも容易に、疎外なき社会が実現し、かつそこでは（支配階級がおらず従って利己心によって階級関係を作ろうとする奴がどこにもいないことになるから）二度と階級関係が生まれることはないはずである。すなわち永遠の共産主義社会、この世の天国が実現するはずである。

しかし、実際に資本家階級が打倒されて資本主義的階級関係が一掃されたとき、そこに人々が見出したものは、資本主義社会よりもある意味で一層階級的な構造を持った社会、すなわち一握りの党とその指導者が有史以来いかなる暴君も持ったことのない専制的かつ強大無比な絶対権力を以て他の大多数民衆に対して物心両面にわたる鉄桶の支配を行なう社会、したがって階級的偏見と階級的不誠実さが隅々まで満ちわたり、それに囚われるのでない限り生きてゆくすべのない、言い換えれば多少とも公平で誠実な人間ははみ出したたかれ追われ殺されるしかない社会であった。なぜであろうか。

階級関係は一握りの支配階級の利己心の産物などではなくて、まさに人間の本性、存在論的根源的な在り方たる、行為を通じて自然的・社会的・歴史的環境を人格の要素として取り込み所有するという構造からの必然の産物なのであるから、人間社会が存在する限りなしですませることはできず、ただ対立する階級間の力の均衡に基づく相互制肘により、搾取を減らし見かけ上対立が目立たぬようにし、そのような階級関係の体験を積み重ねて、次第に階級的偏見や階級の不誠実さを矯め抑制し克服してゆくことができるだけである。しかるにマルキストは甘い見通しから、資本主義的階級関係打倒後当然新たに生まれてくるはずの新しい階級関係への配慮を怠り（なぜなら

そんなものは生まれてくるはずはなく、プロレタリアート独裁国家は資本主義的階級関係が完全に絶滅するまでの比較的短い期間の過度的階級国家でしかありえない、と考えたから。）、従来支配階級権力への階級的拮抗力として階級搾取の激化、階級対立の顕在化に対するブレイキ、歯止めであった所の諸社会機構まで、資本主義的階級関係の遺物として一掃してしまった。たとえば、私的自治、産業自治の主体として、ブルジョア国家権力が国民生活のすみずみまで行きわたることを（中、近世社会に比べれば弱まったとはいふものなお）、妨げていた、各都市、村落、企業組織、組合、家族その他の地域的、血縁的、産業的共同体の独立性を奪い、自治権を弱めて、国家権力の一元的支配の浸透をはかり、あるいは宗教、倫理の担い手として、ブルジョア国家権力、ブルジョア法が思想、信仰、良心、言論の領域に無制限に踏み込むことを妨げていた、寺院、聖職者、学校、教育者、学者、芸術組織、芸術家、家族等の独立性を弱め、自由を奪って、国家権力と法との思想、信仰、良心、言論に対する統制の拡大、強化、徹底をはかるなど。プロレタリアート独裁の効果を挙げるにはその方がよく、プロレタリアート独裁は新しい階級搾取に転じることはありえないはずであったから。しかし現実には階級性は人間の本性であるから、プロレタリアート独裁は新しい支配階級たる共産党とその指導者との、一般国民に対する搾取・抑圧の口実と化し、したがって従来の階級的拮抗力の絶滅は、新しく生まれた階級関係における新支配階級の搾取、抑圧に対し今やいかなるブレイキ、いかなる歯止めも存在しないことを意味することとなった。

かくて今やわれわれは知る、人間は骨の髄まで階級的偏見に侵され、階級的不誠実さに蝕まれている。それは支配階級に属する人間のことで、被支配階級は単に支配階級・国家権力によってだまされ洗脳され誘惑されあるいは強制されて支配階級好みの偏見を持たされ不誠実に行動させられているまでのこと、ひとたびそのことを自覚した被支配階級は公平で誠実な人間に生まれかわる、などという楽観論は、一見大衆尊重のごとくであって、実は大

衆を無知でだまされ易いザコどもとあなどり、おだて煽って己が意のままに操り、これを踏み台にして出世し權力を握ってやろうとする野心家どものデマゴギーにすぎない。私どもも戦時中しよっちゅう、年寄りも財産、地位に未練があるから駄目だ、日本の運命、東アジア解放の成否は、汚れを知らず正義のために己を空しくすることのできる君たち若人の双肩にかかっている、などとおだてられたものだ。それが嘘であることの論より証拠は、現代日本の労働者階級とその組織の墮落、彼らにおける集団利己主義と官僚主義と出世主義との猖獗ぶりを見ればよい。そしてそれは、彼らが自然的、人間的、社会的、歴史的現実から疎外されているからではなく、逆にこの本質的に階級的である現実の中にいやおうなしに引き据えられ、鼻づらを取ってこの現実の中を引きずりまわされ、たっぷりこの現実の階級的臭気をかがされ階級的汚物を食らわされて、完全にこれを消化し血となし肉となし、その結果自らもたっぷり階級的臭気を発散する身となり果てたからである。しかしまたそれこそが、人間に対して、洋々たる可能性すなわち自己超出による創造の無限性を約束する、豊穡な土壌なのである。なぜなら、この複雑、多様な豊富な世界を血肉と化していることによって、意識・理性・自由意思は、思索の対象および素材に決して事欠くこととはなく、その世界が汚辱と矛盾とに満ち満ちていることによって、行為の（乗り超えるべき）課題と（到達すべき）目的とに事欠くことは決してないからである。人間は本来公正で誠実で聡明だ、などと言っている人に私は尋ねたい。一体自分をそう信じ込んでいる人はこの世で何をやったらいいのだ？人間はもはや完成しているのだからあとは死ぬことだけじゃないか。だったらなぜさっさと死なないのだ？私がこの論文を書いているのは、自分の中がまんできぬ知識の盲点、評価のあいまいさ、行動目標の欠落があつて、これを克服しなければ自分はインチキな賈物であると気づいたからである。

要するに、人間をその現実的な中身に即して把えれば、それは必ずや不公正、不誠実、愚昧の塊みたいなもので

ある。しかし同時に人間は、自分の不公正、不誠実、愚昧に気づいてこれを持ち超えようと努力することができる。つまり公正、誠実、聡明を努力目標とすることはできる。しかしまた人間は、自己欺瞞により、ほんとうは乗り超えていないのに乗り超えたと錯覚することができる。つまり、事実と反して公正、誠実、聡明の目標に到達したと思ひこむことができる。さらに人間は、ほんとうに乗り超えても、乗り超えた途端に再び新たな不公正、不誠実、愚昧に囚えられざるをえない。つまり、ある公正・誠実・聡明の獲得は、別の公正・誠実・聡明の欠落という代償によって、必ず伴なわれる。それゆえ、人間の現実をその全体像において把握するならば、永遠の不公正者、不誠実者、愚昧者にほかならず、公正、誠実、聡明はただその目標および錯覚としてのみ、したがって彼の観念の中のみ、存在しうるにすぎない。

そこでもし誰かが何らかの必要により、公正、誠実、聡明な人間の全体像を描いてみせようと思えば、彼は決して人間の現実の姿を全体的に描写してはならない。逆に現実の全体像の中から、公正、誠実、聡明の観念、すなわちその目標と錯覚とを残して、他の部分をすべて切り捨ててしまわなければならない。そして、かような純粹の観念と化し去った靈魂のような人間を以て、そっくりそのまま現実の全体的人間像にすりかえなければならない。

生きてゆくために人間は、社会生活の中で日常かようなすりかえをたえず行なっている。すりかえの手段は、人間を観念とシンボルとによってとらえることである。たとえば普通の学者や教師は自分の専門分野の事についてわずしか知らない。今の小中学校の社会科学の教科書に載っている事柄の大半は、博覧強記識見精到を以て学界に聞こえている（と自分では思っている）この私にも十分理解できないが、まさか担当の先生がたのみんながみんな、万能の天才、思想的巨人ではなからう。しかしこの現実（学者や教師の愚昧）は蔽い隠され、教師は教科書に載っていることは何でもよく理解していると、生徒や父兄は信じている（正確には、信じたがり——そう信じないと心

配だから——、そのため信じるように自分を仕向け、その結果信じるに至っている。ではなぜ信じられるかというところ、彼らは、教師を頭に想いえがく時、バーでホステスの手を握ったり下宿で寝ころんで漫画の本を読みふけったりしている先生の姿ではなく、教室で朗々とリーダーを読み上げ黒板にサラサラと書いて説明してくれる先生の姿だけを想像し、それを以て先生全体のシンボルとするからである。大学教授に至っては、書齋（それもどういうわけか実に立派な）の中でうず高い書物に囲まれ、深刻な顔をして朝から晩までドイツ語やラテン語の原書に読み耽っている姿によって、象徴されるのが常である。まさか沢登教授が、大学官舎の居間兼食堂兼寝室兼客間兼書齋兼洗濯物干場の二坪半の小部屋で、今はたまたま必要に迫られて天井からぶら下った洗濯物の下でこの原稿を書いているが、いつもはテレビの侍ジャイアンツや暗闇仕留人を見そこなった事はなく、漫画天才バカボンや宇宙冒険小説キャプテン・フューチャーを中学生の息子とまわし読みして喜んでいるとは、誰も知るまい。そして通常人が、一個の人間全体を、かように彼の職業・労働と密着した姿において象徴することですましているのは、現実の全体像はなかなか知ることができず、一々調査してからその人への対応の仕方をきめていたのでは、人間関係の形成に手間暇がかかって社会生活が成り立たないこと、よしんば調べた所で結婚のための人物調査がたいいそうであるように、どうせ正確は期しがたく、そんなことならいっそももない方が手間が省けるだけ得であること、また先ほど生徒や父兄の心理について述べたように、どうせその人にその職業上の仕事を依頼せねばならぬのなら、調べて心配を深めるより、その職業に有能と思ひ込んで安心していた方が得であるが、それにはなるべく理想化された姿でその人を象徴した方がよいこと、また、お互いに相手を有能と思ひ合う慣行を作った方が、自分の無能ぶりを他人に指摘される危険が少なくしてお互いに都合がよいこと、などの社会生活上の必要に基づく。

かように日常生活の至る所で、人間を身ぐるみ公正、誠実、聡明と見なす意識的慣習が存在し、しかも多く

の場合その慣習は社会規範化され一種の強制力を持っている（もしこの慣習に反し、むやみに他人の不正、不誠実、愚昧をあばき立てる奴がいると、人を傷つけ世の平和を害する悪い奴とるので爪はじきされる）から、そこへさらに、ある階級の要請で法が、これこれの人間は公正、誠実、聡明な人格であるぞよと決めこんで、そのことを前提にして法体系を構築すれば、遵法精神に満ち溢れている善良な市民や体制的法学者をして、そのご託宣をまぎれない事実と確信せしめることは、至って容易である。そしてこの場合最も肝心なことは、法体系の基礎として提示されるこの人間像には、具体的現実的なまぐさい人間の中身は塵ほども盛り込まれてはならず、ただその法的な職務・義務ないし役割についての純粹に抽象的な觀念、それを理想的な形で遂行する人の觀念およびそのような遂行の具体的イメージによるその人間全体の象徴とのみが、帰属しなければならない、ということである。たとえば裁判官は、公正に審理し誠実に手続を尽くし聡明に判定する職務を有し、その職務を立派に果たしうる公正、誠実、聡明な人格の持主であり、かつ法廷であくびやうすら笑いや居眠りなどを決してすることなく（多分おならなんかもしないのだろう）常に厳肅な態度を保持しはじめくさった顔つきをし重々しく発言し毅然として判断を下すという風であって、これこそ彼の全人格そのものを端的に表現するものである。また一般国民は、私有財産制度、自由経済、その他の自由権の基本権尊重を根本原理とする現行法制下に、日頃は自分の目先の利益を追求することにあくせくしていても、ひとたび公職選挙の場に臨むやひたすら国民全体の幸福を願う立場から、公正、誠実、聡明に選挙権を行使する義務を負い、かつそれを立派にやっける資質を持ち、そして前の事と矛盾するようでは変な気もするが、日頃から政治に深い関心を示し識見を持ちその蘊蓄をこの選挙に傾け己の一票が日本の運命を左右するとの自覚と決意とを以て真剣に候補者を比較検討し選択し、厳肅に投票するという、大へん立派な尊敬すべき人間の集まりである。そして確かにみんながそう確信している証拠には、先頃福田自治省長官が議会で「わたしは

市川さん（議員の名）ほど国民を尊敬していない」と発言したら、野党の総攻撃を食って失言でしたと取り消す一幕があった。しかし本当はそうでもないらしい証拠も別に在って、たとえば翌朝の読売新聞の編集手帳には、「国民を尊敬していないとの発言は、評論家として言うなら結構だが、政治家として言うのはまずい」と書いてあった。つまり現実はその通りだから、本当の事を言うべき評論家はそう言ってもよいが、政治家は事実そのものでなく、法が期待する人間像をあくまで事実とする前提の下に言動すべきだから、まずいよ、というのである。しかしジャーナリストは日頃、「政治家はたて前と本音が違い、表は立派な事を言いながら陰でまるきり逆の事をするからけしからん、もつと正直に事実を国民の前に明らかにせよ」と言っているのではないか。してみるとそのこともまたたて前なのであろうか。

これによってわかる。近代・現代法体系の基礎には、国民が寄ってたかってそれを現実と信じ込みまたはそう確信しているように見せかけている所の、公正、誠実、聡明な国家機関や国民の、期待される人間の虚像が置かれているが、その捏造の秘訣は、現実の全体的人間像の中から、一般的抽象的な、したがって非自然的非人間的非社会的非歴史的そして特に非階級的な、公正、誠実、聡明に職務・義務ないし役割を遂行する人の観念と、その観念に合ったその遂行のイメージとだけを残して、その他の現実の中身を全部切り捨ててしまうことである。

しかるにこの切り捨ての結果人間は、彼がそれである所の意識・自由意思の現実的具体的な中身を全部捨象された、意識一般・自由意思一般・理性一般として現われることになる。ところが、意識の本質は事実を認識することであり、自由意思の本質は自由すなわち自己の内的必然に基づいて行為することであり、理性の本質は判断し推理することであるから、人間は意識一般として事実の認識者、自由意思一般として自由な主体、理性一般として判断者推理者として現われるわけである。

このような現われとしての人間像と、自然的、人間的、社会的、歴史的特に階級的な、特殊具体的中身の欠落した人間像とは同じものだから、両者を重ね合わせて論理的に結合すると、そこに二つの一見相反する人間像が現われ出る。

一つは、認識者、判断者推理者として認識し判断推理しようにも、その素材（それは当然に具体的特殊的な自然的人間的社会的歴史的事実である）を全く欠き、自由意思として自己の内的必然に基づいて何かを意欲しようにも、その課題や目的（これまた当然に具体的特殊的な自然的人間の社会的歴史の課題・目的である）を自らの内に全く見出すことができず、ただ（彼が法的人間像たることによって彼の）目先の関心の対象とされる法の命令・許容・禁止の対象（たとえば人を殺すか殺さないか）だけを認識・判断推理の素材となし、それだけを課題にしてそれだけの中から目的を設定する（たとえば人を殺すべきか否かの選択を課題にし人を殺すことを目的として措定する）ことしかできない、白痴的狂人的人間像である。前述せる、近代・現代刑事責任の諸基本原理が前提としている人間像がそれであることは、言うまでもない。

もう一つは、彼の置かれた自然的、人間的、社会的、歴史的環境の特殊性によって根本的に規定されて各種の偏見特に階級的偏見を持ち、それによって認識者、判断者推理者として正しく事実を認識し判断し推理することを妨げられている現実の人間と異なり、そのような規定を受けずしたがって一切の偏見をまぬがれて公正に事実を認識し判断し推理することができ、またそのような規定を受けることにより各種の利害関係特に階級的利害関係にわずらわされて、自己の意思の内的必然に従って全く自由にしたがって誠実に行為することを妨げられている現実の人間と異なり、そのような規定を受けずしたがって一切の利害関係に全くわずらわされることなく、純粹に自己の意思の内的必然に従って全く自由にしたがってひたすら誠実に行為することができ、その結果偏見と不誠実とに充ちた

誤れる嘘と欺瞞だらけの思惟行動しかなしえない現実の人間と異なり、一切の偏見と不誠実とから解き放たれて公正に誠実に眞実を追求し、その結果嘘や欺瞞の入り込む餘地のない正しい聡明な思惟行動を常になすことができるという、聖人君子全能の天才のごとき輝やける人間像である。そしてこれが、先程裁判官や選挙人について見た、国家機関および公的義務の遂行者としての一般国民たる近代・現代法上の「公人」に共通の人間像である。

一見して明らかかなように、近代・現代国家体制に対する国民の信頼は、まさにこの輝やける虚像の上に安らうている。それゆえにこそ、国家機関もジャーナリストも一般国民も、資本家も労働者も、野党も与党も、先記福田長官の失言問題においてはしなくも露呈されたごとく、この虚像を決して正面から攻撃してはならず、触れることさえならない。それは近代・現代民主主義国家の祭壇の中心に祭られた金色こんじきの偶像である。福田氏の失言取消は、この偶像に献げられたささやかないけにえの小羊である。

だが今や私という知的無頼漢の兇悪な推理は、この偶像を睨にらめまわし、その金色が、実は近代・現代法の責任原理の基底に潜む白痴的狂人的人間像の上に分厚くはられた観念の金メッキであることをあばき出した。二つの人間像は別のものではない。奇しくも俗諺に言われているように、両極端は一致し、天才は狂人と紙一重（実は金メッキ一重）であり、その事をあばいた知的無頼漢は実はいかなる権威も恐れぬ眞の知的求道者であるかもしれないのである。

七 罪刑法定主義の神話を支える議会制民主主義への幻想に見ら

れる人間の虚像、客観主義と主観主義との基礎に横たわる人間の虚像、人間の存在論的実像に基づく犯罪に対する責任の犯罪者と法・国家・支配勢力とによる共同分担の論理

以下私は刑事法の全面にわたって黄金の偶像をしらみつぶしに探しまわり、結局刑事法の世界は黄金仏だけが住む一種の極楽浄土であることを示そうと思う。妖しいことに、ここでは裁判官という黄金仏に調伏される犯罪者までが、黄金の光を放つ魔神と化しているのだ。

通説によると、前近代中国の罪刑法定主義は専ら官僚が上から人民を統制するための技術であり、これに対して西洋近代の罪刑法定主義は、人民が自分の意思に基づき自分の手で作った法律によらなければ、処罰されることのないようにしようという意図に出た、人民のための制度であって、両者は本質を異にする。この議論は、議会制民主主義における人民特に選挙民としての人民が、現実公正、誠実、聡明であり、彼らによって選ばれた議員がこれまで現実文字通り選良であって、ひたすら人民全体の幸福、利害の公平な調整のみを願ひ、神の如き至れり尽くせりの配慮の下、毅然として正義を貫ぬくの気概を以て、立法に当たられるならば、まことに正当である。しかし一体いつそのようなことが実在したであろうか。

大革命後久しい間フランスの政府、議会はブルジョア山師どもの金儲けの道具であった。⁴⁰ やがて独占資本主義時代の到来と共に、前にも指摘したように本質において独占資本の支配の道具、そして支配の都合上他階級を丸め込

むための道具と化して行く。そして二度の大戦を経た今日、一体山のあなたの空遠き国以外のどこで、人民全体の幸いを願う刑法の改正が行なわれ企てられたであろうか。それとも日本の刑法改正草案がそれだと言うのか。第一、もしも議会がほんとうに、労働者階級や貧窮者を含む国民全体の意思を十分に反映した法律を作ってくれるのなら、近代罪刑法定主義は議会を通じ人民の意思に基づいて作られた刑法によらねば処罰できないという、人民による人民のための制度で、前近代中国のとはまるで違う、と主張なさる先生方ご自身が、何ゆえに、近年日本の議会で制定される法律を片っぱしから、けしからん、これは国民の声を無視し、労働者や貧乏人を弾圧し見殺しにして、独占資本に奉仕する法律だ、と攻撃されるのか。またもし、そんな悪い法律ばかり作っているという方が本当なら、刑法だけがなぜ、そんな議会によって制定されながら労働者や貧乏人の利益をブルジョアの利益と同等に守ってくれる有難い法律でありうるのか。これに対して、議会で論議の上法律を作るから、国民はそれを知り批判ができ反対してつぶすこともできるので、昔の中国のごとく人民の知らぬ所で作られた法で、いきなり処罰されるのとはえらい違いだ、と反論するなら申し上げるが、まず、知って批判してもつぶせなければ、それはお前たちにちやんと知らせたぞ批判させたぞ、でもやはり国民の多数の支持をえられなからあきらめろ、と支配者側に言わせる口実を与え、一方自分の方もあれだけ言ったので胸がスツとした、負けてもともとと、と自己満足の口実を得るだけの話で、実は連中に見事丸めこまれているのだ。事実大革命後議会主義になるに従い、大革命当時の急進政党が俄かに軟化し体制内化したというフランス政治史の歩みがこれを裏づけている。大革命における相次ぐクーデタの経験から、反対派をなるべく議会のテーブルにつかせ、同じ土俵上で討論させれば、クーデタへと高まる不満のエネルギを適宜発散させて丸めこめるだろう、との見通しから、議会中心の国政運営が急に強調され、その見通し通りだったため定着するに至ったのである（フランスでは大革命即議会主義の成立ではない。だから、フラン

ス議會主義の本質を知りたければ、大革命後先述ブルジョア山師活躍の時代を通して見なければだめで、大革命の理念から推理したのでは空理空論である。独裁暴力はたおし易いが、議會暴力はたおせない。欧米の議會政治の歴史がその証拠で、二百年たってもまだ労働者階級・人民は一握りのブルジョア・独占資本をたおせないでいる。これに反して両ナポレオン、ヒトラーの政權は何年続いたか。長年続いたのは議會主義がよかつたからだ、とおっしゃるなら、ではあなたは独占の支配、自民党万年政權をよいと思ひなのですか。また、ときどきは政府・与党提出の法案をつぶしたり修正させたりできることもあるというが、それは言いかえれば、たいていはつぶせず修正させえないということだ。他方昔中国の人民は自分らの知らぬ所で作られた法律でいきなり処罰された、とおっしゃるなら、それは物を知らなさすぎると言うのほかはなく、刑法法源たる二千年の歴史の経験によって磨き上げられた法典、聖賢の道、各種慣習法は、まさに民衆が熟知している所のものであり、しかもお上はいきなり刑法を適用して下さることなど滅多になく、犯罪ですと訴えても、そんなちよつとしたこと話合いで解決しろ、一々お上をわずらわすな、と言われ、なかなかとり上げてくれないから、とり上げてもらうために針小棒大に言ふと、今度は誣告罪処罰規定はだてじゃないぞ（法へ必ず行ハルルニ在リ）と脅されたりで（清代のいわば下級審の判例・布告集である判語の中にかような布告が實際載っている）、人民の方が刑法で処罰して頂くのに苦勞したのである。だから、人民の氣に入らぬ刑法ができたなら無視し、それを使って訴えず、また訴えさせないようにすればよかつたのだ。そこでお上も、せつかく作つても民が使わなければ廃止し、時には幾種類かの法を並べて施行して、人民が使うのだけ残して後は廃止する、などの工夫をした。議會で無駄な抵抗をしたり、在野が引かれものの小唱じみた悪口言つてりゆういんを下げたりするのより、遙かに實質的直接的かつ強力な、立法司法に対する人民の影響力行使（一種の実力行使）だつたわけだ。これだけ言えば恐れ入るかと思うとなかなか、世の中にはああ言えばこう言

う手合いが多いもので、せっかく法を作ってもそのように行なわれなかったのは、法の支配や法治主義がなかったことで後進性のあらわれだとケチをつけるが、人民の自治を尊重しなるべくこれに委ねて、刑罰権の発動はよくよの場合に限ることこそ、刑事人権保障・謙抑主義の最たるものではなかったのか。現にイギリスでは産業自治の原則から労使間の紛争は原則として裁判所がとりあげないことになっているが、日本の学者は一般に、さすがイギリス、国家権力の私生活への介入をかくも抑制している、とほめそやしている。イギリスがやると褒めて、なぜ前近代中国がやるとけなすのか。

さらに、前近代中国の罪刑法定主義は、議会がなかったからひたすらに官僚の人民統制技術だったとおっしゃるが、中国の官僚だとしてまさか、自分たちの私腹を肥やすこと以外何も考えなかったわけではあるまい。彼らは、諸階級間の利害の調整を任としながら、その過程で彼らと利害の一致するある階級の利益の維持増進に特別力を用いたに違いないのである。そして現代資本主義国家の官僚機構も、議会、政府の主導権を握った政党およびそれによって代弁されるある階級の利益を、他の政党、階級の利益と睨み合わせて適宜調整しながら、特別十分に盛り込むように、立法司法行政の事務を運ぶことを以て己が任としているのである。一体どこが違うのか。いや待て、議会政治では、あらゆる階級が議会にその代表を送り込むことを通じて官僚に対し自階級の利益への配慮を要請することができるとが、議会政治のなかった前近代中国では、どの階級のどのような要請をとり上げてどの程度配慮するかは、すべて官僚が決めることで、議会制度のように必ず要請をとり上げ配慮してもらえ保障はなかったぞ、と言う人がいるかもしれないが、ここらまで来れば言っている当人が少し変だなと思うはずで、議会政治だとしてすべての階級が、官僚に必ず自階級の要請をある程度とり上げ配慮してもらえ程の強い影響力を持ちうる程に、多数の代表を議会に送り込める保障なんかないのである。一方中国の官僚だとして、主な仕事は人民の請願や苦情を聞いて

処理すること、その際つけ届けの多寡や相手の地位声望如何で処遇や判定に厚薄はできて、たて前としては金持も貧乏人も地主も小作人も平等に請願し苦情を訴えることができたのだし、村落、宗族、商工業組合などの共同体の力が強いから、そういう組織が動いた時にはいい加減にあしらってはすませないし、天災飢饉に人民を救恤するのは中国官僚の看板で、これを怠ると処罰される危険があるし、一般に天子直属の監察機構が極めて強力で宰相といえどもいつ弾劾されるかわからないから、民衆の不平不満をあまり放置して弾劾の材料を提供することは避けねばならない。だから、あらゆる階層が少なくもたて前としては平等に階級的要請をとり上げ配慮してもらおう程度の保障はいろいろ在ったわけで、ある意味では今日本が経験しているような、議会の少数派たる野党は、国民の過半数の支持を得ながらさっぱり影響力を行使しえぬ多数絶対の議会政治よりも、保障はゆきとどいていた、とも言える。現に十九世紀を通じて、西欧諸国の議会はほとんどブルジョア、地主階級の代表で占められ、労働者や農民の代表は皆無だったから、彼らの要求は無視され、その結果人類史上空前のえげつない資本主義的搾取体制が確立するに至ったのである。議会はもともとブルジョアジーが王権、領主権に対抗するための階級組織だったことを思い出してもらいたい。

ことわっておくが、かく言ったからとて私は、現代の議会制度まで頭から否定するつもりはない。昔の議会はそうだったというのであって、その後労働者階級闘争の進展により労働者階級もその代表を議会に送り込みある程度強力かつ安定した影響力を国政の上に行使できるようになって来たのは事実だ。但しその過程はまた労働者階級およびその階級闘争組織が体制内化し国家独占資本主義体制に取り込まれてゆき真の革命性を喪失して行く過程でもあるのであって（先ほど、フランスにおける大革命後の議会主義の成立過程につき述べた所と、考え合わせよ）、その意味で現代の議会制度が、その体制内化、取り込み、革命性骨抜き機構としても機能していることを、併せ

評価しなければ、公平な評価とは言えない。

いずれにせよ、議会制度で近代・現代罪刑法定主義の前近代中国のそれに優る本質を基礎づけることはできない。罪刑法定主義は所詮罪刑法定主義で、それ以上でもそれ以下でもない。それが通説のごとく公正、誠実、聡明な選挙民や選良の虚像の上にでなく、真に革命的な闘う労働者階級組織の実像の上に基礎づけられた時には、ことによると罪刑法定主義は不要になっているかもしれないのである。

フォイエルバッハは罪刑法定主義を基礎づけるのに、犯罪者の完全な自由と判断能力とを前提とし、犯罪者は（もし処罰さるべきであるとすれば）刑法が予告する刑罰を受けることによって失う利益を、犯罪をなすか否かにかの意思決定に当たり、他の要素と共に、完全に自由な立場で十分慎重正確に考慮した結果、あえて犯罪をなす途を選択したものであるがゆえに、処罰されるのであるから、国家は刑罰権の前提としてあらかじめ刑法を国民に周知せしめ、どういう行為をしようとどういう刑罰に処せられるかを承知させておかなければならない、という論法を使った。そこには、完全に自由な意思により十分ゆきとどいた認識・判断推理に基づき、全面的に自分一個の責任で、犯罪をすらかしないかを選択しうる、堂々たる理性的人間としての犯罪者像が提示されている。

そして今日の支配的刑法理論も、よく見るとこのような人間像を前提として組み立てられているのであって、たとえば責任能力は一般的に是非善悪を判断しその判断に基づいて自己の行動を選択しうる能力であり、通常の間人は十四歳ともなればこの能力を完全に備えている、また責任要素としての故意過失が通常構成要件該当事実の認識を以て足りるのは、特殊具体的行為をなすに当たり、そのことだけ知っていれば（たとえばこうすれば人が死ぬということさえ知っていれば）、通常の間人ならそうすることが善い事か悪い事か（是非善悪）を正しく判断し、その判断（そうすることは悪い）に基づいて自分の行動を選択しうる（だからそうすることはやめようと思ってやめ

ることができる）からだ、と説かれている。

このような理性的人間には「法の不知は許されない」。その理由はこうだ。彼はたとえ法の文言は知らなくとも、法、国家、立法者と全く同等の十全な理性的能力を備えており、かつ（この点が重要であるが）理性がなす真善美の価値判断、今の場合自己のなそうとする行為が善い事か悪い事かの判断は、本質的に普遍妥当的であるから、法・国家・立法者と全く同形式同趣旨の判断（全く同じこれこれの理由で同じように善いまたは悪いという判断）をなすことができるはずである。

これによって国家・法・立法者と、一般国民特に犯罪者との、価値観の相対性、特に階級的な相対性が隠蔽されている。どちらも十分な理性的能力を有し、普遍妥当的な価値観に立ち、その点では全く対等平等のように見えるが、そのことに基づいて結果的には、その普遍妥当的価値観に従って立法し、その法によって国民を支配し、その法にてらして国民のその法への違反（犯罪）を裁く、国家・法・立法者の立場は無条件に絶対化され、一方犯罪者の立場は、その普遍的価値観にてらして明らかに悪い行為を悪いと知りながらあえて犯す、まことに図々しい兇悪漢ないし破廉恥漢、またはだらしなくでなし、意思薄弱な駄目な奴として、無条件に否定されてしまう。犯罪者は一面理性的で自由な人格として持ち上げられ、喜んだ途端に急転直下地獄の釜の底へ極悪非道の亡者として追いつ落とされてしまう。まさに論理のわなでありペテン以外の何ものでもない。お蔭で支配階級支配権力はお家安泰、我れこそは善と正義の権化、理性の使徒、さからう奴は悪魔の味方、正義の敵、一人残らずやつつけろ、という次第。

真実は何度も云う通り、人間の意思、立法者の意思、支配階級の意思を一般意思に置き換えたにすぎない法・国家意思は、一般国民、被支配階級、そして犯罪者の特殊意思と全く同じように、偏った、誤れる、嘘と欺瞞だらけ

の、愚かな、そして特に階級的悪意に満ちた、相対的意思にすぎない。しかもその悪意が権力を背景として、法の形式すなわち一般意思の装いの下に、自己と対等平等の民衆、被支配階級に押しつけられるのだから、その悪さは自乗三乗される。これに比すれば犯罪者のささやかな悪意など取るに足らぬ。しかし処罰されるのはいつも取るに足らぬ悪意、その結果一生を台無しにされるのは取るに足らぬ小悪党。否、彼らの相対的悪は、また常に一個の相対的善であり、しばしば偉大な善である。さらに全体としてみれば犯罪は体制への批判、一個の階級闘争であり、また犯罪者は社会を支える犠牲者功労者でもある。これらの事は、前掲拙論、刑事法体系の新構成要綱……中で詳論したから、是非参照されたい。

主観主義刑法理論は、以上のような観念的抽象的な自由・理性たる客観主義刑法理論の犯罪者像に対する批判という意味を持って登場した。但し残念ながらわれわれのように、存在論的原事実としての人間像の恢復を目指すものではなく、客観主義理論同様、否それ以上に徹底して、階級的意図によって導かれたものであった。遺伝や社会的環境によって形成される非社会的・反社会的・犯罪者の性格という観念は、自然的、人間的、社会的、歴史的状況の特殊性によって限定される意識・意思・人格の偏向・不誠実・愚昧という事実と形式的にはよく似ているが、実は両者の間には、以下に述べる二つの決定的な違いが横たわっている。第一に、後者は存在論的原事実であるから、あらゆる人間および人間になぞらえて擬制された一般意思すなわち国家や法に共通の本質である。それゆえ国家、法、善良な市民、支配階級、権力者、有力者、多数派と、一般国民、法成員、犯罪者、被支配階級、非権力者、弱者、少数派との間に、偏向・不誠実・愚昧という点で何らの相異もなく、またその反面として何ほどか公正・誠実・聡明であるという点においても何らの相異もない。犯罪は、国家、刑法、その背景に在る支配階級、権力者、有力者、多数派の価値観と、犯罪者の価値観との、矛盾・対立という存在論的原事実にすぎない（この点に

ついても拙論、前掲で詳しく論じてある)。これに反して前者では、社会という名の下に一般意思の実在が前提されている。一般意思という以上それは普遍妥当的であり、したがって公正・誠実・聡明なることをア・プリオリに——という意味は実際には、何の現実的裏づけも保障もなしにということと同じだが——認められているわけである。そして、国家・法・国家機関は、まさにこの一般意思の代弁者、手足である。そこでその反面として、非社会的または反社会的性格は、当然に特異な異常な不公正・不誠実・愚昧な意思・人格の特性であり、犯罪者はそのような性格の持主、犯罪はそのような性格の発現であるから、犯罪は社会という名の一般意思の代弁たる刑法に違反するものであり、犯罪者はその意思の手足たる国家機関によってその発生を予防するための適切な措置を受くべき対象である。

これによってわかる、遺伝や環境が原因で形成される性格などと、われわれの主張とまぎらわしい言い方をして、いるが、性格という語の上に非社会的反社会的という修飾語をつけることによって、気づかぬ間に、国家、法、立法者、それを動かす支配階級の方は雲の上へまつり上げられ、彼らの性格形成がいかなる遺伝的環境的要因によつていかなる階級的偏向・不誠実・愚昧を刻印されるかは、物の見事に理論の視野から消し去られているのである。こうして階級的視座が消滅すれば、犯罪者の非社会的反社会的性格が実は特殊階級的偏向・不誠実・愚昧として相対的なものにすぎないことも消し去られて、一般的な偏向・不誠実・愚昧の観念だけが残り、それが犯罪者の性格規定の全部とされる結果、あたかもア・プリオリに悪い性格のごとく印象づけられるに至る。

してみれば主観主義の犯罪者像も、客観主義のそれと同じように、人間の現実的中身である階級性の要素を人為的に抜き去った抽象観念にすぎない。しかも、客観主義は現実的中身の抜き去りを徹底してやったから、犯罪者は、それ自体としては自由意思一般、意識一般というような一種の透明人間と化し去り、人格そのものとしては善

くも悪くもないのであって、ただその行為のみの善悪が問われるのだ、と考えられた（行為責任）の対して、主観主義はただ階級性の要素のみを抜き去り他の中身を置き去りにすることによって、今見たように犯罪者自身のア・プリアリな悪性という観念を偽造し（性格責任）、根っからの悪人、悪の化身、悪魔の味方、正義の敵という虚像に仕立て上げたのである。もちろん客観主義も、先ほど見たような論理のわなを使って結局は犯罪者を悪い奴に仕立てるのだが、主観主義の口口にくらべればなお間接的である。主観主義の方が一そうあくどいと言えよう。但しそれだけ正直で、客観主義の方がより巧妙であるとも言える（だから主観主義の口口は私も早くから気づいていたが、客観主義のわなには最近まで気づかなかった）。

さて第二に、主観主義は右のごとく犯罪者を根っからの悪人と見做す結果、彼は放置すれば何度でも悪事を働かざるをえない星の下に生まれついたのだ、という考えに導かれる。いや、現実の思考過程は恐らく逆であって、犯罪者を根っからの悪人、社会というジャングルの猛獣と見做して徹底的に悪人狩り、猛獣狩りをやってみたいが、それには、当時の自然科学の決定論的世界像を犯罪現象にも応用して、犯罪者は遺伝や環境により犯罪をなすべく決定されている、と言えよ、という事だったろう。当時の資本主義社会の行きづまり状況から、犯罪特に反体制的運動たる犯罪が激増したが、客観主義ではみすみす危険人物とわかつていても実際にやるまでは手出しができないので、危険を感じた体制的法学者がひねり出した妙案である。一方猛獣狩りをする方こそ、本当はもっと獯猛な猛獣なのだが（現にライオンや虎は、鉄砲持った人間を見ると、ワア恐ろしい猛獣が来る、と言って一目散に逃げる）、もしうっかり俺の方が凄いのだと気づいたら、近頃反省心に馳られた人間がケニアなどでやっているように、大がかりな猛獣保護地区つまり犯罪者天国を作るか、それともいっそ自分の方が檻つまり監獄に入るかしなければならぬから、先述第一の口口により自分の猛獣性はそっくり棚上げにしてしまう。しかし何となくうしろ

めたいので、猛獣狩りは猛獣を殺すのが目的でなく、捕えて檻に入れおいしい肉でつりながら調教し、すっかりおとなしくなるまで手なづけ、ついでに芸を仕込んでこちらさまの役に立たせよう、とする愛獣家も出てくる。これが人道主義的教育刑・矯正保護論者で、正木先生あたりはさしづめ動物愛護協会の会長さんかな、と言ったらふざけるなど怒るだろう。

以上に反しわれわれの理論は、自然科学的決定論を断乎として排する。人間は自己自身の内的必然によって自己の行為を選択することにおいて自由なのであり、その自由が自己に犯罪を選ばせたから責任が在るのであり（刑法の犯罪に対する評価が自己の人格に帰属することを覚悟すべきであり）、法は人間の自由を保障すべきであるから、国民が犯罪をなす自由を保障しかつ自由に犯罪をなした国民にその責任を問うべきなのである。この場合責任を問うとは、単に犯罪に対する評価が犯罪者と違うことを闡明することだけで、懲らしめや矯正の意味を含みえない。そして評価の矛盾・対立を闡明しそれを自覚することに基づいて、（どちらの評価が絶対的に正しいということとはないのでから）国家・法・その背景に在る社会の支配勢力と犯罪者とが、全く対等平等の立場で、どうしたらこの矛盾・対立を克服できるかを、考え合い討議し合うことによって伴われなければならない。その意味では、法・国家・支配勢力もまたまさに、犯罪を生ぜしめた責任を問われるのである。

具体的には、法・国家・支配勢力の責任は次の点に存する。人間は共同現存在として、自己の行為が互いに相手の自然的、人間的、社会的、歴史的状況を規定し合うことを通じて、互いにその状況との対決たる相手の行為として人生を規定し合う。この意味において人間は互いに運命を共同にしている。なかんづく法・国家・支配勢力は、国民全部の運命をしばしば決定的に左右するほどの規模を以て、たえず国民一人一人の自然的、人間的、社会的、歴史的状況をあまねく強力に規定しつつある。そしてその結果、多くの国民をして、そのようにして規定された状

況との対決において犯罪をなすことを自己の内的必然によって選択せしめつつある。彼犯罪者にとって、状況とどう対決するかはまさに彼の自由であり彼の責任である。しかし対決すべき状況の何であるかは、一半は確かに、一つの状況と対決しこれを乗り越えることによって自ら新たなもう一つの状況を創り出すという点で彼の自由に基づき彼の責任に帰せしめられるが、一半はまさにすべての他人、なかんづく状況に対し最も強力で広汎で不断の規定力を行使している法・国家・支配勢力の自由に基づきその責任に帰せしめられるのである。通俗的に、犯罪は社会の責任だ、国や支配階級の責任だ、と言われるのはつまりそのことであって、決して（しばしばモラリストによって非難されるごとく）犯罪者の責任のがれの口実ではない。

それゆえ、国家・支配勢力が、犯罪を自己の責任と自覚してこれを克服する道は、保安処分や懲戒や教育を虞犯者、犯罪者に対して実施することではなくて——それこそ国家・支配勢力が自己の責任を虞犯者、犯罪者に肩がわりさせなすりつけることであって、卑劣この上もない。しかし、主観主義や客観主義はまさにその卑劣な行ないを主張し、近代・現代刑法はその卑劣な行ないをやり続けて来たのだ。モラリストが非難すべきは実は彼らなのだ。

——、国民がそれと対決したときに彼の自由意思に基づき彼の責任において犯罪の選択へと導かれる可能性の高い所の状況を可及的に除去し、作り出さないことを、犯罪をなす自由を含めて国民の自由を完全に保障するという条件下で、達成することである。それはつまり犯罪を生み易い社会環境を排除し作らないということ、主観主義だってそう主張しやって来たじゃないか、と反論するかもしれないが、そこには犯罪の自由を含む自由の完全保障という条件が欠けていたから、結局は犯罪への誘引（たとえばポルノ、やくざ映画）や手段（たとえば刀剣銃砲）から国民を遠ざけるといふ形での取締強化、自由の制限を正当化しただけで、懲戒・教育・保安処分のように特定の虞犯者や犯罪者への責任のなすりつけか、それとも一般国民へのなすりつけか、という違いにすぎなかった。わ

れわれが言いたいのは、ポルノややくざ映画を見なければ自由に見ることができ、刀剣やピストルを手に入れたければ自由に手に入れることができ、しかも国民が猥褻犯罪や殺人傷害に走らないですむ、自然的人間の歴史的状況を作り出すために、法・国家・支配勢力は何をなすべきか、を考え、実行せよということである。言うまでもなく、それは一刑事司法の領域だけで出来ることではなく、法・政治・経済全体の課題であると同時に、継続的恒久的な歴史的課題である。そして犯罪が本質的に価値観特に階級的価値観の矛盾・対立であることによって、それはおのずから階級矛盾の止揚・階級対立の克服を目指す、大衆的という意味においてそれ自身階級的な社会変革のための闘争である。

八 近代・現代刑事訴訟法の基礎に横たわる人間の虚像と、それを基礎づける理性・自然法の理念

暗闇は光明をいよいよ明らかならしめんがために存在し、悪魔は神の栄光をいよいよ讃えられしめんがために存在する。そのように、客観主義、主観主義いずれの理論によっても結局は悪の化身とされる犯罪者は、それとの対比において善良な市民、陪審員、犯罪捜査機関、検察官、弁護士、行刑官、そして裁判官の善良な性格、正義と真実への情熱、慈悲深き配慮、高き叡智、そして曇りなき公正無私の徳性を、いよいよ顕わさんがために存在する。

これが近代・現代刑事訴訟法なかんづく日本現行刑事訴訟法を含む大陸法系刑事訴訟法に従って展開される、刑事裁判劇における登場人物に対する基本的な役割の分配である。被疑者、被告人は必ずしも犯罪者ではない。しか

しそれは多分にたて前であつて、捜査を受けた段階ですでに彼が犯罪者であることへの絶大な期待が、当の捜査機関からだけでなく、被害者から、告訴告発人から、彼の有罪を証明したがっている参考人から、そして報道機関とその記事を読む一般市民から、寄せられている。だからこそ報道機関はもはや彼を呼ぶに敬称を用いず、彼の使用者は彼を解雇しまたは休職にする。公訴され公判廷に引き据えられた彼は、照魔鏡に照らされてまさに正体を現わさんとする悪魔であつて、耳はとんがり黒くて長い尻尾がズボンの蔭にちらつくのを、すべての人が心眼に感じている。検察官は鬼をひしく頼もしい終南山の進士に見え、弁護士は限りなき慈悲を以て罪の子を庇いたまう聖観世音菩薩に見え、裁判官に至つては聖なる光の輪を頂く審判の日のキリストに見える。このような人間の虚像に基づいて構築されている近代・現代刑訴法特に日本現行刑訴法の体系的素描と、人間の存在論的実像に基づいて構築されるべき、絶対的対等者たる人格が人格を遇する道としての在るべき刑事手続法の体系的素描、および後者に照らしてみた場合の前者の虚偽性・歪曲性とそれを矯正するための運用・新立法の方向については、前掲拙論の後半、…

…実体的真実認識方法論としての刑事人権保障体系の新構成序説で論じたから、今は解説を省く。是非それを読んでもらいたい。ここではただ一つ代表例として、理性の使徒たる明察鏡の如き裁判官の虚像からの帰結の一つである、自由心証主義の誤まれる運用について見よう。

近代刑訴法にはたて前としては「疑わしきは罰せず」「疑わしきは被告人の有利に」という証拠法上の基本原理がある（実際には前述のような被疑者、被告人が本当に犯罪者であることへの期待から、随所で歪められ、ごまかされ、軽視され、無視されているのだが）。ところが、証拠や鑑定意見の採否、証拠の証明力、法律問題などについての裁判官の判断には、この原理は適用されないように見える。ここでは裁判官は、専ら超論理的なカンに頼る。たとえば、法医学の権威者二名から提出された法医鑑定書が互いに矛盾している場合、「疑わしきは被告人の

「有利に」の法理をすなおに適用すれば、裁判官は問題となつてゐる要証事実につき被告人に有利な方の鑑定意見を採用すべきである。ところが実際には裁判官は、どちらが被告人に有利かに関わりなく、自らの判断で正しいと思ふ方の鑑定意見を採用し、他方を否定する。言いかえれば、当事者のみか、専門鑑定人よりも一段高い判断能力——これは当然、鑑定人の論理的思考能力を超えた高次のカン、いわば神託の直観以外にはありえない——を持つ、全知全能の裁判官像が、現実のものとして想定されているわけである。そして自由心証主義は、かような——現実にはありえない——裁判官の神と等しい理性に全面的に信頼を置こうという、一種の虚構と化しているのである。

裁判官の知恵が神に等しいと言えば人は笑うだろう。しかしその笑うべき命題に基づかなければ是認できないはずの制度を笑う者は一人もない。ここに論理の盲点がある。思えば近代・現代社会の最も根本的なイデオロギーである科学万能主義および民主主義への楽天的信頼を支え、その結果今日われわれの文明を人類絶滅の危機という墓穴の縁に立つに至らしめた元兇は、ほかならぬこの盲点であつた。人間の理性は神に斉しく、無限に絶対的真・善・美へ肉迫できる。結果された科学者の叡智は、いずれ人間に万象を思いのままに支配できる神と斉しき力を授け、それは無限の富と幸福を生み出す打ち出の小槌となつて人類に地上の天国を約束するのであろう。結果された民衆の知恵は、いずれあらゆる社会矛盾を完全に解決し、聖人菩薩天使のみが住む地上の仏界を成就せしめるであろう。この美しき幻想は人間の虚栄心を快くくすぐる。しかし、理性は現し身の人間に宿ることなくしては存在できないから、僕や君の現実の理性にそんな力が潜んでいると言われると、思わず首をかしげたくなる。しかしその、見るからに頭が悪く品性下劣な僕や君が、ひとたび寄り集まつて制度を作り、科学にはげみ民主主義にいそむと、アラ不思議地上に忽然と天国・仏界が出現しそんな気がして来る。そしてこの制度の中では、僕や君が再び知

慧と善意の化身になっているのだ。この魔法、社会生活・社会機構における人格の美化作用の原因・からくりについては六の終りの方で詳しく述べたから再説しないが、今人類絶滅の危機に身を置いて、われわれはいやと言うほど、自らの知慧の浅さを思い知らされたはずである。いや馬鹿の恐ろしさで、未だに人類の大多数は、この危機を招いた元兇に対し、何の反省も求めないまま、その力にすがって、危機の克服ができるのではないかという、愚かな期待を抱き続けている。私は期待する、科学と民主主義が人類を絶滅の危機から救う原動力となることを。しかしそうなるために、両者は自分をここまで暴走させた人間理性の能力への楽天的信頼、否人間理性の嬌慢を捨てなければならぬ。その反省への手がかりとして、以下近代・現代精神（近代・現代科学、近代・現代民主主義、近代・現代法はその一部である）が、いかにしてかかる嬌慢にとらえられるに至ったかを見ることにしよう。

近代以前には、人間は決して自分をそれほど公正、誠実、聡明なものだとは思っていなかった。なぜならそれは人間が日常経験している自明の事実から。しかるに一方、人間社会は法・公権力の機構を生み出し、ある一部の不正、不誠実、愚昧な人間の意思に対し、一般意思として、他の多数の彼と同じように不正、不誠実、愚昧な人間の特殊意思を強制して彼の意思に一致せしめ、一致させることを拒む者には刑罰を加えるという、恐るべき力を与えた。そのことの不正は誰の眼にも明らかであったから、権力の永続を願う権力者は、その権力が、彼以外の、彼および彼の被支配者の意思に優越するある超越的意思（神、天）に基づく主張して、それを正当化しなければならなかった。周知のように、西洋近世においては、公権力の担い手たる教王・皇帝・王は、神の地上における代理人として神から神の教えを地上に布く使命を委託されたという論法で、その権力を正当化した。神の代理人はその使命を果たすための手足として官僚機構・軍隊を持つが、裁判所はその機構の重要な一部で、神の教えに背く者にほかならぬ犯罪者を、糺問手続を通じて発見し懲戒し懺悔させその魂を救うという、神の代理人の神聖

な使命を実行するのである。それは神聖な使命であるから絶対に誤ることを許されない。しかるに裁判官は不正、不誠実、愚昧な人間にすぎないから、彼に委せておいたのでは、必らず誤まる。それゆえ神の代理人は、裁判官の判断を、あらかじめ定めた法律によって直接拘束しなければならぬ。これが法定証拠主義である。もちろん神の代理人もまた誤まる危険性を持つが、余人に比して遙かに神の恩寵厚く、かつ神の恩寵により余人に優る能力を与えられた幾多の聖者賢人によって補佐されているので、その知慧と意思は当然裁判官に優り、その判断を拘束して真理に導きうるのである。しかしそうでありうるために、神の代理人は聖書の教えを守り、聖者賢人の進言に對して謙虚でなければならぬ。東洋においても大体同じであつて、裁判官は天子の命とその制定する法と聖人の教えとによって手続と心証形成との両面において全面的な拘束を受け、天子は聖人が教える天の道を守り、彼を補佐する賢臣の進言を重んじ、民を教化して天の道を彼と共に守らしめなければならず、裁判はその重要な手段であつたから、天の道に違ふなきよう十分監督しなければならない。かように前近代の刑事手続にあつては、裁判官は教王・皇帝・王・天子の意思に拘束され、教王・皇帝・王・天子は神・天の教えに拘束された。なぜなら彼らはいずれにせよ神・天に比すれば遙かに不公正、不誠実、愚昧な存在であることを自覚していたから。その点では彼らは近代・現代の裁判官や人民より遙かに謙虚であつた。「天行健ナリ、君子ハ以テ自彊息マズ。(易)」「斯クノ如キハ我が皇祖皇宗ノ遺訓ニシテ、……………朕、汝臣民ト与ニ拳々服膺シテミナ其ノ徳ヲ一ニセンコトヲ冀フ。(教育勅語)」もちろんたて前と本音、理念と実践の違いはあつたにしても。

ブルジョアがアンシャン・レジームとその糾問手続に挑戦した時、彼らのイデオログたちは、王権の正当性の根拠としてこれら制度の基礎に横たわる神とキリスト教とに對抗して、自分たちの主張に権威と正当性を与えてくれる、固有の超越的価値とその発見・実現手段とを必要とした。そしてブルジョア・イデオログたちはそれ

を、古代中世の西洋思想の伝統の中に脈々と流れる、自然法と理性との理念に求めたのである。^mこの二つの理念は、キリスト教とその神とが成立する以前にすでに成立していた点で、キリスト教とその神とに対して明確に自らを区別しえ、しかも同時にキリスト教神学にも採り入れられて、教権、帝権、王権の基礎づけ・正当化の理論およびそれら権力が制定する法の効力の根拠の理論にも組み込まれてその中心的理念となったものであるから、教会も王権も、その実在性およびその価値と有効性を認めないわけにはいかない。それゆえこれを自分たちの主張の論拠に置けば、王権や教会にもわかにはその權威と正当性とを否定することができない。その点で王権と教会とに対抗するイデオロギー的武装には最上の武器となった。そしてそれはやがて、王権を打倒してブルジョアジーが自ら国家権力を握り法を制定し彼らの新しい社会機構を形成して行く段階に入ると、これまでの神とキリスト教とに代わり、彼らの権力の正当性を基礎づけ、彼らが制定する法の正義を保障し、彼らが築く社会機構の無限の進歩発展を約束する所の、理念およびその発見・実現原理となつて行く。

ところで、普遍妥当的自然法は普遍的理性によつて発見・実現され、普遍的理性は人間の普遍的自由意思によつて行使されるといふ構造であるから、神や教会と絶縁し、その恩寵や指導や補佐により余人より特別高き理性しがつて自然法の発見・実現能力を持つ特別の人間を見出すことが不可能になつたブルジョア国家では、すべての人間が平等に普遍的自由意思に基づいて普遍的理性を行使し、普遍妥当的自然法を発見・実現する能力を備えていることを前提としなければ、せつかくの自然法と理性とによつても、ブルジョア国家権力、ブルジョア法、ブルジョア社会機構の正当化はできないことになる。かくてブルジョア・イデオログによりこの前提は直ちに現実と見做され、そう主張され、ブルジョア国家・法・社会機構の確立発展と共に、もはや何びともそのようなブルジョア的人間像の虚像性を疑う者はいなくなつたのである。こうして先述せるブルジョア科学、ブルジョア民主主義、ブル

然たるものはない。借問する、木の葉蝶の翅は立ててピッタリ合わせると葉脈の形状まで本物の木の葉とそっくりだが、偶然の遺伝子の突然変異が一举にそれを作ったと言うのは、あまりにも都合が好すぎはしないか。小さな突然変異または単なる個体の小さな個性的変差が、自然淘汰により次第に累積したと言うかも知れぬが、初め翅のほんの一部がほんのわづかばかり葉脈に似た文様を表わした所で、一体それがその蝶の生存を他の蝶に比してどれ程有利にすると云うのか。第一、ちょっと木の葉に似た蝶同士を互いにかけて合わせると、もうちょっと木の葉に似た蝶ができるなどということがどうして言えるのか。葉脈に似ているか、それとも金網に似ているかは見る人の主観の問題である。客観的にちょっと黒い蝶同士が交わってもうちちょっと黒い蝶が生まれるのとは、話が違うのである。それだけじゃない、なぜ木の葉そっくりの蝶だけができて金網や唐草模様や一万円札や山口百恵の顔にそっくりの蝶ができなかったのか。進化が無目的々なら、そのどれにも平等のチャンスがあったはずだ。特に木の葉が選択されたのは、そこに何らかの目的々意思が働らいたからではないのか。こう疑ってくると、木の葉蝶の翅の文様の発生原因の説明としては、従来の科学的仮説なるものよりも、神様（超人的な目的々意思）がお創りになったという仮説の方が遙かに納得がゆく。にもかかわらず、神様説を採らず突然変異や自然淘汰にしがみつくのは、ブルジョア・イデオロギーは神様を持ち出しては困るからである。化石によれば進化は事実あったのだから、原動力なんかわからなくなってきたってよいではないかと言う人があれば、反問するが、大陸移動説は最初いろんな証拠から事実と思われながら、移動を起こす原動力がわからなかったので一旦否定され、最近マントル対流の存在が知られて移動の原動力が見つかったから再び脚光を浴びたのはなぜであろうか。大陸移動説については科学として通らなかつたことが、生物進化論で通るのは、通るのでなく通しているの、それはつまりブルジョア・イデオロギーたる進歩・発展史観にとつて都合だからである。一方、最近の企業公害訴訟で、工場排液が有機水銀中毒の原因だとし

ても、どういふ過程を経て患者の体内に取り込まれ、どういふ過程を経て発病に至ったかが一通り追跡されなければ、因果関係の証明にならんとかなるとか争われているのも、明らかにイデオロギー論争だが、進化論が科学的証明ありと言えるなら、右の場合過程の追跡なんぞ要るわけがないではないか。ついでに言うともメンデルは、進化論に対抗して種は神が初め創り給うたままの形質を永久に伝えることを科学的に証明しようとして、えんどう豆の実験をやり、近代遺伝学の創始者となったが、今日彼の実験を追試するとさっぱりその通りにはならないそうで、何でメンデルのやった時だけ巧く行ったんだろうと真顔でいぶかる人がいるが、この人は正直の上に馬鹿がつくので、メンデルは教会のイデオログとして実験結果を彼の主張に合うよう操作したのである。科学もイデオロギーの一つであることを知らない近代・現代の学者にとって、頂門の一針である。

ところで、先に自由心証主義について見た、近代・現代刑事訴訟法上の裁判官の理性の神に齊しい能力も、やはり一種の進化論によってぼろつくろいされなければ、いくら何でも真実とは見做し難いわけで、まず訴訟手続の進行につれて裁判官の事実の認識は次第に正確さを増し、遂に絶対的真実に到達したとき、彼はいわゆる確信の心証を得る、しかし一人の裁判官だけでは確信の心証に完全な真実性やなお疑いの残る場合があるから、上訴手続によりさらに他の一そう老練な裁判官の検査・確認を経て一そう絶対的な真実に到達する、という説明がそれに当たる。しかし絶対的・真実に幾つもの段階があるというのが第一変だし、そもそも後へ行く程必ず真実に近づくとするのは、近代・現代文明は進歩を重ねて来たという嘘以上に事実を反する。人間の認識能力は不完全ゆえ、第一感が正しくて後へ行くほど提出される証拠にまどわされて真実に遠ざかったり、最初抱いた軽い偏見が、その眼で次々に提出される証拠を見て行くうちにどんどん強化されて、決定的な誤認に導くこともある。これが真相である。

九 法と倫理との分離によつて生じた近代・現代文明の悲劇 と、両者の相互協力関係を再建する道

前近代の裁判官の上には教王・皇帝・王・天子が居り、さらにその上には神が居た。これに反して、近代・現代の裁判官の上にはもはや何も居ない。普遍的自然法や正義が在ると言うかも知れぬが、彼は神に斉しき理性を駆使して必らずそれを発見できるのだから——その証拠に、法律の適用につき有力な判例・学説が入り乱れて帰趨を知らない場合にも、裁判官は絶対の確信を以て必らずある説に立つて法律を適用する。どの説がよいかわからぬので、被告人にいちばん有利な説を採る、などとは決して言わない。——、所詮彼と自然法や正義とは同心一体である。かくて天は裁判官の上にも何も作らず、裁判官の下に当事者その他訴訟関係人全員を作れり、ということになる。すなわち彼はまさしく生ける神、現人神まろひととなつたのである。

民主主義のメッキが大分剥げて来た昨今、選良、選挙人、一般のお役人の公正、誠実、聡明の神話は大分あやしくなつたが——それでもたとえば三木総理や美濃部都知事をそういう人だと思つてゐる国民がまだまだいる——、裁判官の神話だけは依然無傷に近い。否、今の日本ではますます強化の方向に在るように見える。それはなぜかと言ふと、教会・寺院・学校・家庭などかつての倫理的訓練場と、聖職者・教育者・父母などかつての倫理的權威とが、次々にその機能を停止しその權威を失墜して行つたために、刑事法廷のみが倫理の訓練場として残り、裁判官に対して倫理的權威たることへの各方面の期待が寄せられ、本人もにわかにならぬこと、しかもひとたびそうなつてみると、裁判官の上には、昔倫理の理念的源泉とされていた神や天もなく、現実の最高權威だつ

た聖書・仏典・經典もなく、およびそれを説く僧侶・儒者もない現代では、裁判官こそが神や天と齊しく倫理の理念的源泉にほかならず、裁判官こそが倫理の最高の經典にほかならず、裁判官こそが倫理の最高の師にほかならないことになったことによる。だからしばしば、猥褻文書罪として起訴された文芸作品に関する裁判（いわゆる文芸裁判）で、被告人の文士やその弁護士やそれを支持する刑法学者なんか、法が道徳に干渉するのはけしからん、法廷で道徳問題を争うのは時代錯誤だ、封建時代への逆もどりだ、なんぞといきまいているが、事の本質はそんな所にはないのであって、裁判官自身が道徳そのものであってよいか、というすぐれて現代的な問題なのである。

法、倫理、宗教は共同存在としての人間の一つの生き方（存在論的存在仕方）の三つの基本次元であるから（その詳細は拙著・存在と文化、特に第三巻を見られたい）、論理上は区別できても存在論的には不可分の一体として初めて意味を持つわけで、「それぞれ別のものだから互いに干渉するな」というような荒っぽい議論は困るのである。しかし他面、「法は倫理の最低限」「刑事責任は道義的責任」といった類の、お互いの区別をあいまいにする議論も、神の権威を借りて権力者・支配階級が自分たちに都合のよい法を人民に押しつけ、逆に公権力・法の力で自分たちに都合のよい神の教え（昔は宗教と道徳が混然一体だったから、それは同時に倫理道徳であった）を人民に押しつけることを正当化するイデオロギーである。そのことへの反撥からつい勇み足して、前のような暴論を吐くのだろうが、それでは相手に逆につけ込まれる。人を攻撃したければまず自分の体勢を固めなければいけない。

むつかしい議論は前掲拙著を読んでもらうことにして、わかり易く法と倫理との違いを説明すると（宗教との違いは当面の問題外だから省く）、法は人間のその時その場限りの行為と行為との利益のやりとりの関係（行為協力・利害関係）を規制する規範（利害関係調整規範）であって、その目標（利害関係がうまく調整された状態）が

正義である。これに対して倫理は、人格としての人間が継続的な（生涯にわたる）交わり（ただしその個々の要素は法の規制対象たる行為と行為との利益のやりとりの関係と一致する）を通じて互いに相手の人格的發展に寄与し合う関係（人格的協力・愛情関係）を規制する規範であって、その目標（人格協力がうまく実現された状態）が善である。行為と行為との利益のやりとりの関係は客観的に把握やすく、かつその時その場限りの関係つまり一回ごととにけりにつく関係であるから（たとえばある日ある時ある食堂でライスカレーを注文したある客は、食い終わったら代金を払って出れば、それでその食堂とその客との関係はけりがついていたのであって、翌日また「あの食堂はうまくいったな」と思い出して食いに行こうと、「昨日のライスカレーはひどかったから今日は別の店で食おう」と考えて別の店に行こうと、知ったことではない）、当事者間に問題が起きたら、第三者（たとえば法、裁判所）が介入して、「この際はこうせよ」と強制的に決めるに適している。だから、それは強制力を伴う法の規制対象とされるのである。これに反して、人格的協力・愛情関係は、ただでさえ人間の心の奥底に関わり客観化されにくい上に、すぐ後で見るとく、羞恥心の壁を張って当事者以外の人にお互いの心の中をのぞき込ませないことが人格協力を成功させるために必要な倫理の基本原理となっている。つまり客観化してはならないのである。しかも、生涯にわたる継続的關係だから、一回一回の問題を切り離して独立に解決するわけにはゆかない（たとえば、夫が妻に向かい、「昨日は君がすてきな人に見えたので君を求めたら、君も応じてくれて、二人とも満足したから、それですみだ。今日は君から求められても、僕は他に好いと思う人を見つけたので応じるわけにはいかないよ。」と言ったら、間違いなく大げんかになる）。だから、第三者が口をはさむことはできるだけ避けるべきだし、さしはさんだとしても最終的には当人同士の意思に委ねるべきである。それゆえ、法、裁判所が介入して、直接こうせよと強制してはならない。つまり強制力を伴う法の規制対象とすべきではなく、当事者の、共同現存在としての意思

の内的必然たる倫理的良心だけを担保にして、その在るべき姿としての倫理規範を、各人が自覚的に認識しそれに従うことを、期待すべきなのである。これが法の他律性に対する倫理の自律性である。（よく、法と倫理とを区別するのに、かような規制手段の違いだけに着目するが、これは本末転倒で、前記のような規制の対象・目標の違いが規制手段の違いを必然的に要請するのである。また、よく、法は人間の外面を、倫理は人間の内面を規律する、と言われるが、人間の内と外とは一体不可分で、行為は意思（内）と動作（外）とから成り、意識は物質（外界）と無意識（内界）との出遭いであって、内と外を切り離したら意味をなさない。法は行為協力、倫理は人格協力を規律すると、言い分けるべきである。）「法は道徳に干渉するな」という見解は、その意味で、またその意味の限りにおいて、正しい。

けれども、そこから直ちに、法と道徳とは全く無関係である、またはであるべきだ、と結論するのは誤りである。生涯にわたる交わりと言っても、一回一回は行為と行為との利益のやりとりであり、それが累積して刎頸、水魚、琴瑟の交わりを形造るのであるから、そのやりとりの中でその交わりの形成にとり特に重要なものおよび基本的なもの（かなめおよび骨組みに当たるもの）は、法の（当事者に対する）強制および（他人の侵害からの）保護の下に置かなければ、結局人格的協力・愛情関係の形成・維持そのものが困難または不可能になる場合がある。たとえば夫婦の同居・相互扶助はこの見地から当事者に対して法的に強制され、貞操・夫婦生活の秘密は他人の侵害から法的に保護される（たとえば法は、他人の妻に対する強制的性行為を犯罪として刑罰の威嚇の下に置き、他人の住居に侵入し寝室をのぞく行為を犯罪として処罰する）。これを法の道徳に対する要らざる干渉と非難するわけにはゆかない。また逆に、国民の倫理意識に待たなければ、法の実効性を確保することは通常甚だ困難である。たとえば、裁判所に貸金返済拒否やかけ売代金不払いの訴えが殺到してお手挙げになり、おかげで商店・企業の倒産

が相次ぎ商取引が混乱・停滞して、社会生活が不安のどん底に陥る、という事態にならないのは、単に民商法や民事訴訟法のお蔭だけではなくて、一そう根本的には、各取引当事者の倫理意識が健全で、巧くごまかしたりずらかったりずうずうしく構えたりしていれば、その時その場はそれですんで得をするが、それでは信頼関係に基づく長いつき合い（人格的協力）ができず、結局お互いの人生を困難にし不幸にする（倫理的に悪い）から、法の命ずる通り相手をだまさず、借りた金は返し買った代金は支払おうとするお蔭である。これを以て「道徳に法の後押しをさせるのはけしからん」と非難するわけにはゆかない。「法は道徳の最低限」という今でもなかなか人氣の在る学説は、論理的に不正確で学問的価値は少ないが、以上のような関係を指して言っているのだとすれば、一応理解できさる。

「前近代社会では、法と道徳とがまざり合っていて、よくなかった」と言われるのは、だから、以上のような事実が在ってよくなかったという意味ではなく、以上のような法と道徳との（在るべき）相互援助・相互協力関係の限界を踏み越えて、一方では法が直接人格的協力・愛情の中身に介入して「夫婦は一生仲好くしろ、離婚は許さん、姦通したら死刑だ」とか、「子は親を敬え、親不孝者は死刑だ」とか言ったのはよくない、という意味であり、他方では道徳が直接行為協力・利害関係に介入して、「貸した金の利息を取り立てるのは不道徳だから、たとえ当事者間に合意があっても認めてはならぬ。利息を取った者は処罰せよ。」と指図したのはよくない、という意味である。

前述のごとく、前近代の公権力の担い手は、神・天の教えである倫理に対しては至って謙虚従順であったから、一面倫理および（当時は倫理と法との分界もはっきりせず、倫理はしばしば慣習法と混同されていたから）慣習法を尊重・遵守し（前記教育勅語のほか、たとえば「王といえども法の下に在り」を想え）、それが広く公権力の濫

用による専制・圧政に対する内部的拘制になっていた。それにつけ込んで人民の側も、さかんに倫理・慣習法を援用して公権力に対抗し圧力をかけ歯止めとするように努め、それはさまざまな形で制度化された。議会による王権の拘制は、単にそれら制度の中の一つにすぎなかったのだから、むしろそれだけがほとんど唯一の公権力に対する人民の拘制手段になってしまい、他の拘制手段（たとえば各種組織、共同体、身分、個人の特権、請願権、自治権など。西欧・日本のいわゆる封建社会、前近代中国社会では、これが重要かつ極めて有効な拘制手段だったのであって、たとえば村の百姓が集まり相談して決めたことを村名主が申し入れれば藩も無視はできないわけだし、それが昔から認められて来た特権や慣習を後楯にしているときはなおさらである。）がほとんど切り捨てられてしまった近代・現代社会（たとえば今日の労働組合の決議が、国政市政に対してどれほどの制度的拘制力となっているかを考えよ。）よりも、全体としてみれば公権力への外的拘制力はむしろ強かったのである。たとえば江戸時代なら、企業公害で田を荒らされ漁場を荒らされた農民や漁民が、一揆や打ち壊しを起こさず、企業が無事に営業を継続できるなんてことは、ちょっと考えられない。当時は農民に対する搾取が厳しかったため堪えかねた農民がよく暴動を起こした、と歴史の教科書や概説書に書いてあるが、話は逆で、当時は農民の特権と団結権が強く、藩権力もむやみには弾圧できなかった——下手に弾圧してげれると取りつぶしになりかねない——から、何かと言うと騒擾を起こしたのである。中国でも清朝までは労働者の団結・争議の自由が認められ、景德鎮の陶工たちはちょっとした不満があるとすぐ騒いでストやサボをやったと言う。西欧では周知の通り農民・ギルド労働者は各種封建上の権利と特権と、それらに守られて享受しうる限りの自由とを保有し、バリのルンペン・プロレタリアートはしょっちゅう騒擾・暴動を起こし、ついにはバスターユの牢獄を破壊して王権打倒のいとぐちを開いた。ところが革命の結果彼らは名目的自由・平等（あとで見ると、すべて口実である）と引きかえに封建法上のすべての権利・

特権したがって自由を剝奪されてマル裸となり、あまつさえ彼らの団結はギルドとして禁止され、資本主義の成立・発展と共に徹底的に弾圧され、搾取の苛烈さはほとんど絶望的状态に達する。日本でも明治の中頃までは、農民、市民、労働者の騷擾はしょっちゅうあり、政府の関心は専ら士族暴動を抑える方に在って、こちらは比較的放任された。しかるに、資本主義の造成・定着・発展に伴ない、農民・労働者の窮乏が深まるにつれて、政府は弾圧政策に転じ、組合運動・農民運動は法的に禁止され、帝国主義への旅立ちと共にそれは急速に苛烈さを増してゆく。(以上については、拙著・労働法史ならびにその前身、労働法史概説を参照されたい。)近代法は、ブルジョアの権利・自由・ボロ儲けを守り強化し促進するために、労働者・農民の権利・自由・生活を剝奪する仕掛けである(よく、近代法によって労働者・農民は隷属的身分から解放されて自由になった、などと言われるが、それは自由という言葉の濫用で、本当の自由はその人が持つ権利、近代・現代社会では特に所有権によって保障される限りにおいてしか存在しないのだ。今あなたが一文無しで街頭にほうり出されたとしたら、あなたに何を自由が在るのか考えてごらん下さい。ヘーゲルは法哲学の中でこう言っている。自由は客観的組織を有して真実に自由であるごとく、人格の自由は人格ならざる外的物件の支配すなわち所有の中に実現されねばならぬ。所有は人格が自己の自由を実現すべき外的領域であり、人格の定有すなわち他者に対する存在であると。つまり、何物も所有しない人間は自由を実現しえぬのみか、他者に対しすなわち客観的には人格として存在しないのである。(わが国の諺に「金のないのは首のないのに劣る」と言われているのも、つまりその事である。)このすさまじいまでにリアルな市民社会の現実認識にくらべれば、市民社会的自由は飢餓への自由だ、などと言ってすましているマルクス、エンゲルスの現実認識は、甚だ甘いと思わざるを得ぬ。この場合観念論者は彼らの方であるように見える)。人間および市民の権利の宣言を人権宣言などと訳すから誤解を生じるので、眼目はもとより市民つまりブルジョア・金持に

在り、人間の権利は市民の権利を引き出すための前提たる一般抽象命題にすぎない。市民は彼らの組織たる議會を占拠し（初め選挙権は能動的市民ないし法定国民すなわち金持だけに認められたが、その後、資本主義が定着し特に独占資本主義が到来すると、先述のように被支配階級を抱き込み管理する必要があるが生じ、またその見通しがついたので、次第に選挙権を被支配階級に拡大して行つた。日本でも、普通選挙法は帝国主義政策の一環として、治安維持法と抱き合わせて制定されている。一銭もかからぬ選挙権と引き換えに、俺とお国とは同心一体なんだと、忠君愛国の至情に燃える安上りの兵隊さんの大量入手の目的が付き、日本支配階級はいよいよ本格的侵略の旅に上るのだ。）、これにすべての権力を集中して、その他の封建的組織・団体と、それらおよび特定個人の持つていた一切の特権・自治権をば、法的平等の名の下に一挙に否定し去り、強力な官僚組織、軍隊、そして（彼らがそれを必要とする場合に限り）彼らと提携する独裁者によって構成された中央集権的一元的国家権力機構を、彼らが議會を通じて制定する法律の支配の下、彼らの意思通りに、かつ極めて能率的に動かして、他の階級・人民への強力かつ徹底せる一元支配を行なつた。マル裸にされた諸階級・人民にはもはやこれに抵抗する力は全くなかつた。近代制限政体、近代法治主義、その一環としての罪刑法定主義はつまりそのための仕掛けで、制定法で新たに刑罰法規を作れば何でも彼らの思うように禁止し処罰することができ、封建法におけるがごとく、慣習法や人民・諸団体の権利・特権・自治権により対象を制限されることはもはやなくなつたのである。かくて労働組合は禁止され、労働運動は処罰された。かつまた彼らのやる事は、どんなに悪質不道徳でも——資本主義経済機構を通じてやったことはいはそうだが——、彼ら自身が処罰することを議會で決めぬ限り、警察も取り締り縮れず裁判所も介入できない（たとえば企業公害で何十人殺しても処罰されない。百円盗んだ貧乏人は処罰するくせに）。これが罪刑法定主義の現実の機能である。そしてこれまで見て来たように、御用法学者はこれを一そう有効ならしめるべく、いろんな理論

的トリックを案出して彼らを助けた。一体どこの悪者が、近代法により労働者・農民も自由・平等・人權を認められたなどという、途方もない嘘を教え、どこの馬鹿がその嘘を信じたのか。(答え。教えた悪者はマッカーサー將軍。敗戦直後占領軍が配らせた「民主主義」という名の本を見ると、まさにそういうことが書いてある。信じた馬鹿は日本の法学者。かく申す私も、若かりし頃その本を読んで、民主主義ってすばらしいものなんだなあと思い、京都大学に進んで滝川先生に罪刑法定主義を学ぶに及び、刑法は犯罪人のマグナ・カルタであるという言葉に感激し、つい最近までそのことを信じて疑わなかった馬鹿である。「五十二シテ四十九年ノ非ヲ知ル(淮南子)」昔の人の言葉に嘘はない。刑法は、ほんとうは金持やお偉方のマグナ・カルタだったのだ。現に近頃実際にあった話だが、新潟大学で大学院を新設することになり、二、三の大学の学長らお偉方が審査において、こういう場合の慣行として従来多くの大学で審査員に対し相当な接待をしているようであるから、当大学でもある程度のことをしなければならぬのではないか、という意見が出た。結局は世間の誤解を招くようなことはやめようということになったよしであるが、かような意見の出た際に、これはもしかして贈収賄罪になるのではなからうか、学長先生方がおそろいで一網打尽では日本の教育文化上ゆゆしき問題であるから、もし贈収賄罪になるようならやめて頂くよう意見具申せねばならぬと考えて、私が直接検察庁に見解をただしたところ、厳密に言えばまさにおっしゃる通りで、問題が表面化すれば当局と致しましても調べないわけにはゆきませんが、地位の高い方々の事であれば名譽を考えて、たとえ証拠がそろっても、多分起訴猶予か、ひょっとすると不起訴ということだってありえますよ、との返事であった。やっぱり刑法は、金と名譽のない奴だけを処罰する法律なのである。)その上近代国家権力には、前近代公権力のような宗教・倫理による内部的拘制が欠けているから、議会の立法に対する歯止めは全くなく、正にブルジョアのやりたい放題となった(議会制民主主義の特徴をよく言い表わしているとしてしばし

ば引かれる「イギリスの議会は男を女に変えること以外は何でもできる」という言葉は、決して褒め言葉ではない。こんな酷い法・制度が、逆に日本人の眼にすばらしいものに映ったのは、敗戦後のどん底のさ中にかの国が大へん豊かなのをみせつけられ、なるほどこういう法・制度を採用するとこんな豊かな国になるんだな、と単純に思い込んだためである。実は、かような法・制度のおかげでブルジョアの金儲けにブレイキをかける要因が全くなくなり、国内的には労働者を搾れるだけ搾り、対外的には帝国主義をやって異民族を骨の髄までしゃぶり、お蔭で大分儲かったから労働者にも少しはおすそ分けをしたというのが真相で、それを外からひょっこりやって来たあわて者がその所だけ見て、ああ豊かな国だ、これみな近代法・制度のおかげだ、と感激したわけだ。確かにこの因果連鎖から、中間の労働者・異民族搾取の項を取り除けば、近代法・制度が国と民とを豊かにした、ということになる。そして日本も彼らのまねをして大分近頃いい思いをしたが、そうなるまでの間、幾人の農民がその娘を売り（現に私が子供の頃家にいた女中さんは遊廓に売りとばされて鉄道自殺を遂げたが、その日その時刻私の家の庭の満開のけしの花が一斉に首を垂れた）、幾人の国民が戦いに死に、幾人の軍事のおよび経済的被侵略国民を悲惨のどん底に陥れ、今も陥れつつあるかを、考えてみるがよい。そしてそれだけの代償を払って手に入れた繁栄の実体が、この自然破壊、公害、苛烈な生存競争、愚劣な物質文明の猖獗、精神文化の荒廃、民衆の無気力と頹廢にすぎなかったとは。

大分話が横道にそれたが、要するに前近代公権力には宗教的道德的ブレイキがたっぷりかかっていたため、支配階級に無茶な暴走を許さなかったが、近代ブルジョア国家権力はそのブレイキをすべて取りはずして、ブルジョアジーに金儲けのためならあらゆる手段を使うことを許したため、世界中がどえらい事になった、ということである。してみると、法と倫理とが互いに相手の本来の領域を侵し合うのは、もちろん、それぞれの領域の自由で健全

な発展を阻害し合うことになって困るから、やめなければいけないが（現に、近代以降学問、文学、芸術が、前近代に比べずっと自由奔放かつ多彩な発展を遂げた——ただし一つ一つの内容は薄っぺらになり、よろず屋の店先の観なきにあらずだが——原因の一つは、確かにこれをやめたことに在る。）、前近代社会における公権力・法と宗教・倫理との癒着にもよい面があったことを否定できず、近代・現代社会における両者の分離には、大いに反省すべき面があることも否定できない。それゆえ現代のわれわれにとつての重要な課題は、両者の（癒着やその反対の分離ではなくて）相互協力・相互援助の体制を、最初に私が述べた基本プランに従ってどうしたら巧く創り上げてゆくか、ということである。

それを考える手順として、まず、こういうやり方は絶対にいけない、というものから考えてゆくと、それには二つある。一つは結果的に両者の癒着を、前近代社会におけるより、もっと完全なものにしてしまうからいけないと考えられるものであって、法・国家権力が直接倫理の中身を規制することである。裁判所がたとえば文芸裁判にかこつけて性道徳の内容そのものについて判断するのはそれに当たる。なぜなら、自分の外に宗教・倫理の権威たる教会、寺院、学校、僧侶、学者が存在した前近代公権力の担当者は、仮に法を以て何らかの倫理徳目を強制しようと思いつても、自分で勝手に倫理徳目を発明するわけにはゆかず、それらの権威の意見を十分尊重して倫理徳目の内容を決めなければならぬわけで、そのことがおのずから倫理の内容に対する法・公権力の干渉に限界を設定することになっていたのである。近代・現代の法・国家権力はそれらの権威と手を切ることによって成立したのだから、仮にそれらの権威が昔通り健全だったとしても、その意見をよく聞いて法的に強制すべき倫理徳目の内容を決めるわけにはゆかない。そうすることは、特定の宗教・思想を国が援助することで、政教分離・思想信仰の自由に反すると非難されよう。さらに昨今のようにそれら権威が絶滅もしくは衰退してしまえば、その意見を聞くことは

もとより不可能である。そこで近代・現代の国家権力に法を以て倫理徳目を強制することを許さうものなら、忽ち彼自身が法上の権力と併わせて倫理上の権威を兼ね、法と共に倫理の創造主体となり、あたかも古代エジプトのファラオのような現人神、祭政一致の巫師権力の再来になってしまう。近代・現代国家は教会と縁を切り、かつあらゆる権力を一手に握った時から、もともとそうなるうとする本然的傾向を有したわけで、その目標は早くヘーゲルにより、絶対精神の弁証法的発展の最高段階に立つ「人倫の現実体」「この世の神」なる国家として示されていた。そして、ドイツ民族共同体の意思の体现者と称するヒトラーが指導者として独裁する国家において、その現実化のいかなるものであるかを教えてくれたのである。

この観点から戦後のいわゆる文芸裁判を観察すると、敗戦前の前近代的な法・倫理懲着体制から解放された上、敗戦前の倫理が全面的に社会の表層から締め出され（その代わり一旦深く潜行し形を変えて出て来ている。たとえば大企業労働者の企業忠誠心のように）、これに代わる倫理の創造がほとんど行なわれていない戦後今日に至る日本社会の状況は、一つ間違えば、国家権力が指導権を握って失なわれた倫理の再建に乗り出すべきだという要望が、国家権力や支配階級の側からだけでなく、人民の側からも起こる可能性を孕んでいる、と言える。現に修身を復活せよ、義務教育で道徳を教えよ、などという声に応じて、実際道徳という教科が加わるなどのことがあった。裁判所は戦後いち早く、猥褻の定義について、戦前の大審院が①いたずらに性欲を刺激興奮させる、つまり性的廉恥心を害する、②普通人の性的羞恥心を害する、という（後で述べるが）一応もっともな要件を挙げていたのに対して、さらに、善良な性的道義観念に反する、という第三の要件をつけ加えて、この危険な傾向への意欲を見せた。そしてこの要件は、チャタレー事件、悪徳の栄え事件など一連の文芸裁判における、国家権力による性道徳への直接的干渉・統制の誘因となり論拠となった。近頃はまた、永井荷風原作といわれる古典的春本「四畳半襖の

下張」の雑誌掲載がわいせつ文書販売で起訴されたが、同じ傾向の延長上に在る。こういう風に裁判所が直接性道徳の内容について判断したがるのは、右社会状況のほか、現行刑事訴訟法上の裁判官の神に斉しき人間像に合わせ、て演戯しているうちに本当に自分をそうだ（または少なくともそれに近い）と思ひ込んだ多くの裁判官の錯覚が原因である。さらに、戦前の司法ファッショは検察が中心で裁判所はおとなくしてよかつたが、戦後検察警察の力が相対的に弱まり、そこへ最近の体制勢力の苦境から、体制勢力の裁判所による司法反動への要望・期待が急速に高まって来たことが、拍車をかけた。裁判所が性的道義觀念の内容そのものを決める権限を認めることは絶対に防がなければならない。

さて絶対にいけないものの第二は、結果的に法と倫理とを完全に分離させるようなものである。法と倫理とは前述のような形で相依り相助けて初めて存立しうるもので、全く切り離せば共に解体死滅してしまうからである。たとえば、最近の性解放、ポルノ全面解禁の主張や運動は、行きすぎた場合この危険を包蔵している。最近の教育における知育偏重傾向は、道徳教育をさならぬ神にたたりなしとして回避する傾向と表裏し、この危険を孕んでいる。

男女・夫婦の交わり、それに基づいて生じる親子兄弟の交わり、それらの全体である家族生活、これは人間にとって最も基本的な倫理意識の目ざめの場、倫理実践の訓練場である。（その詳細具体的な意義・構造については、拙著・存在と文化第三巻を読まれたい）。しかるにこの交わりの中心には肉体的性交渉が置かれている。これは、その持ち方如何で、倫理意識を目ざめさせ、創り、高め、維持するための最も重要な手段ともなれば、逆に倫理意識を眠り込ませ、弱め、解体させる契機ともなる。前の手段たらしめるためには、これを本能的性欲の満足だけのために行なつてはならず（性的廉恥心の保持）、人格的協力（愛情生活）へのいざないのために相手異性に対し

自分の心を開き自己人格の内奥をのぞき見させるとぐちとなし、また人格的協力のシンボルとなさなければならず、さらに相手異性とのみ排他的独占的に行なうために第三者に対してはこれを隠さなければならない（性的羞恥心の保持）。これに反して、本能的欲望の満足のみを目的としてこれを行なうのが性的破廉恥であり（前記大審院判例における猥褻の第一要件）、公然これを行なうのが性的羞恥心の欠如（前記大審院判例における猥褻の第二要件）である。これらはいずれも倫理意識の昆酔・減弱・解体を招く重要な契機となる。また対象の相互限定ないし独占（貞操）は、性愛（男女・夫婦の愛情）の形成・維持・深化にとり、極めて重要な条件となるもので、それが破られること（貞操の喪失および侵害）は性愛の形成・維持・深化を困難にし不可能にする。（これらの点についても、詳細は拙著・存在と文化第三巻四、五章参照。）それゆえ、性的羞恥心および貞操とに対する第三者の強制的侵害を、法によって禁止し制裁を加えることは、法が性愛倫理の内容に干渉することではなく、性愛倫理を全うさせるために必要な利害関係の調整、行為協力の実現をはかることであって、倫理に対する法の適切な協力・援助である。それゆえ、猥褻罪に対する処罰その他の取締りが、対象を厳密にかような強制的侵害に限定し、かつ刑罰の軽重、取締りの方法寛厳宜しきを得て行なわれることは、必要である。そしてその限りで、裁判所が猥褻か否か、すなわち強制的に性的羞恥心・羞恥心を害するか否かを判断することは、性愛倫理の内容そのものを規制することにはならず、認められるべきである。逆に言うと、性解放やポルノ解禁の運動が、明らかにかような強制的侵害に当たるものまで自由化することを要求し、または性的羞恥心・羞恥心および貞操の全面的不必要や積極的放棄を主張する立場で、法の性愛倫理に対する規制の全面撤廃を要求するのであれば、これは法と倫理とを完全分離することによって、結果的にまず性愛倫理に基づく男女の愛情・家族生活の解体を招き、男女の愛情・家族生活こそ最も基本的な倫理意識の目ざめの場・倫理実践の訓練場であるから、その解体はやがて人民全体の倫理意

識・倫理生活を衰弱・崩壊させ、その衰弱・崩壊は倫理意識に支えられて初めて可能な法の遵守をなおざりならしめ、かくて窮極的に国家社会生活の全面的混乱・解体・崩壊をもたらすことになる。それゆえ、文芸裁判を批判する場合も、性解放やポルノ全面解禁の時流に安易に棹さして、その立場だけから時代の逆行だの自由の抑圧だのとの攻撃することには、十分慎重でなければならない。

この点で、ポルノ解禁論者、性解放論者がよく使う、「性交渉は当たり前のことであり、その上楽しいことであるから、隠す必要はない」という理くつは誤りである。性交渉がただの肉体的快楽でなく、深い感動を伴う精神的欲びでありうる理由は、それが、男女の倫理的交わり、愛情生活のいとぐち・条件・手段として重要であるとともに、そのことを通じて愛情生活の最も効果的なシンボルとなり、そのシンボルを巧みに使うことにより愛情生活を極めて高次元の芸術的・宗教的創造にまで高めうるからである。そして、性的廉恥心・羞恥心・貞操の堅持、したがって性交渉やその関連事物・文書図画の適切な非公然化は、性愛をかような高みに至らしめるための不可欠の条件なのである。つまり、性交渉を真に楽しいもの、真に精神的な欲びとするためにこそ、適切にこれを隠すことが必要なのである。

そこで以上の観点からポルノ取締の可否・方法・程度・限界を考えてみよう。ポルノ解禁論の論拠を私なりに考えてみると、「猥褻文書図画を販布すること自体は、なるほど性を売り物にする破廉恥不道徳な行為に違いないが、法は不道徳そのものを禁止・処罰してはならないから、そのこと自体を禁止・処罰することはできない。そこで違法性の内容は、前述の通り、その販布が強制的に買い手・読み手・見手の廉恥心・羞恥心を侵害することに求めなければならない。しかし販布者は、無理に買わせ・読ませ・見させるわけではなく（つまり強制ではなく）、相手が勝手に、自分の自由意思で買い・読み・見るだけの話だから、それを読み・見ることが本当に廉恥心・羞恥心を

減弱・解体させる結果を招くとしても、それは本人の倫理的責任、本人の良心の問題であって、つまり倫理生活の内容そのものに関わることで、法が規制すべき領域を超えている。ゆえにいずれからみても、全面解禁すべきである。」という理くつが成り立ちうると思われる。しかし、人間は、性欲への外的刺激に対しては抵抗力が非常に弱い存在であるから（性本能が強いためではなく、性的想像力が豊かなためであり、それが豊かなのは高い精神的性愛つまり倫理的性生活への理性の憧憬、自由意思の欲求が在るためである。つまり、抵抗力の弱さは普通考えられているように人間が動物的であるためではなく、逆に精神的理性的であるためであるから、それをけしからん、だらしなない、というわけにはゆかない。事実抵抗力の強い人間はしばしば、情慥の固濁した、つまり精神生活の豊かならざる、人格的に面白味のない人間である。）、その弱さへのつけ込み方が露骨で図々しく、手を変え品をかえ、かつこれでもかこれでもかという風であれば、一種の心理的強制だ、という論理も成り立つ。両観点をどう調和するかが課題であるが、大体の目安としては、ひどいつけ込み方を防止するために、販布者の方からは積極的に働きかけず、求める者が来るのを待つ、という条件の下に、全面解禁すべきである（逆に言うと、その条件を充たさしめるための禁止・取締・処罰はある程度認むべきである）。

ただ注意しなければならないが、取締の可否論争ばかりに耽っていると、性解放、ポルノ解禁がなぜ最近こんなに問題になって来たのかという事の本質が、見失なわれる危険がある。実はそれには、深い理由が存在するのである。現代社会の厳しい体制のしめつけ、管理機構の網の広がりや細密化と強韌化は、大衆社会的状況の出現による家族共同体の崩壊と相まって、今や夫婦・親子・兄弟の家族性生活の全領域にまで支配の魔手を延ばし、家族を以て社会管理の単位したがって基本的道具とするに至った。そのため従来の家族性倫理たとえば一夫一婦制や親子の情義は、家族性生活の管理およびそれを通じて家族を単位とする全社会生活・人間関係の管理のための、体制側の

最も確實有効な道具・仕掛・手段として利用されるに至った。それゆえ、従来の家族性倫理への反逆、それからの脱出としての性解放は、実は、体制からの、その鉄桶の管理機構からの、自由・解放を求める人間の痛烈な欲求に基づいているのである。

しかも今日、労働組合、労働者政党、農民組織、市民運動組織その他の、かつて反体制的、反管理機構的だったがって革新的であった、または少なくともそうであると信じられていた被支配階級の組織は、いずれも口先はともかく實質的には、体制・管理機構の中に取り込まれてしまい、自ら一個の体制内体制、管理機構内管理機構と化し去った。そして、民衆の一人一人は、そのことを自覚的に、または少なくともおぼろげに、何とはなき物足りなさ、じれったさ、不安そして不満として体感しつつある。裏切られた彼らの期待は行き場所を失ない、個人的でヒステリックでしばしば兇暴な、体制・管理機構の盲目的破壊に向かって逸走する。極左暴力はこの逸走中のいわば硬派の典型であり、これに対して性解放運動は軟派の代表と言えよう。彼らは考える、否、感じている。既存の家族性倫理への反逆としての性欲の自己目的追求だけが、体制のしめつけ・管理機構の支配からまぬがれた唯一の自由な生活領域を提供してくれる、最後の望みの綱である。それゆえに、彼らの主張は美しき歴史的ロマン、大いなる歴史的幻想である。極左暴力を口実にして体制・管理機構が、政治的自由への統制・弾圧を強化してはならないように、性解放による風俗の紊れを口実にして、倫理への統制・管理を実施してはならない。崩壊に瀕した性倫理は、他のすべての現代文化と同じように、民衆自身の手によって再建されなければならない。なぜなら――

以上縷々論じて来たように、今日人類を滅亡の淵に追い至らしめた近代・現代文明は、その根底に荒唐無稽な人間の虚像を据えている。一部の人間が自らを神に斉しいと考えたとき、彼ら以外の大衆は虫けら同然となって、法や法の口である裁判官の言葉を借りた彼らの強制力の前にひれ伏さざるをえない。しかしもし人類に滅亡から救わ

れるチャンスがあるとすれば、それは虫けらたちが彼らの正体を見定めるために、決然として顔を挙げ、裁判官の言葉と法の意思との神々しき、そしてその背後に在る神人の姿が、実は幻にすぎないことを知り、そこに自分たちと同じ不正で不誠実で愚昧な人間を見出し、法・政治・経済・倫理・宗教・学問・文学・芸術その他一切の文化を、このような人間の営み、したがって当然人間同士の互いに全く対等平等の関わり合いとして編成しなおすことを、断乎として決意した時である。これをしもし歴史の幻想と呼ぶ人があれば私は答えよう。かつて幾たびか人類文化を破局から救い、新しい未来に向かって歩み出すことを可能ならしめたものはこの幻想であったと。

十 結 び

人間は現実の中よりも、より多く自分が作り上げた観念の中に生きている。観念体系の製造を本業とする学者はとりわけそうである。かような生き方はしばしば、現実から手ひどい仕返しを受ける。もっとも、仕返しを受けたのが、その観念体系を作り出した本人自身および不幸にして彼の影響を受け彼と同じ観念に囚えられた少数の取り巻きたちにとどまっている限り、それは自業自得としてあきらめることもできようし、それを契機にして彼らがその観念体系を現実にもっとよく適合したものに作り変え、禍を転じて福とすることもできよう。しかし、その時代と社会をリードする学者、特に法学者が仕返しを受けた場合には、彼はその時代その社会、時として人類の運命全体をその巻き添えにしないわけにはゆかない。糺問手続法学者カルプツォウは、その著書の権威を通じて二万人の魔女を火焙りにしたと称されているが、近代・現代ブルジョア法理論の権威者たちは、自らそれと知ることなし

に、過去何千万の無辜の生命を貧困、苦役、職業病、労働災害、公害、交通戦争そして帝国主義戦争によって奪い、今なお何億の民衆を果てしなき飢餓、闘争の地獄にさ迷い続けさせている。その点ですでに彼らの罪はカルプツォウより遙かに大きいと言わなければならない。しかも一そう悪質でありまたは愚かであったことには、カルプツォウは自ら魔女を殺すべきであると信じて魔女の殺し方を人に教えたのであるが、彼らは逆に、彼らの法理論およびそれに基づく近代・現代法体系が、すべての人の権利・自由・生命・幸福を守り高めると称しまたはそう信じて、それを人に教えたのである。

小さな嘘はバレ易く、大きな嘘はバレない。今や全人類に共通の確信となったかに見える近代・現代法理論の幾つかの基本原理・基本構造は、そのもたらした惨禍が人類を滅亡の淵に立たしめている今日なおほとんど、何人によっても、十八、九世紀の法学者が教えた通りの本質を自明のものとして持っている、信じられている。なぜなら、観念はそれが如何に虚妄であり荒唐無稽であっても、否、虚妄であり荒唐無稽であればあるほど、にもかかわらずそれを作り出さずにはおかれぬ人間の心理的社会的歴史的そして特に階級的必然性によって作り出され、あたかもプロメテウスをカフカズの絶壁に縛りつけたゼウスの鉄鎖のようなその必然性によって、人間の現実の岩盤の上にしつかりと縛り止められているから。

もちろん過去何人かの才能ある法学者がその虚妄を見破り、大わしがプロメテウスの肝をついばんだようにその原理・構造を攻撃し、苦痛に身をよじるプロメテウスによって大地が震動したごとく、さしも堅く巨大な近代・現代法の岩盤を揺るがすかに見えたが、傷ついた肝が夜のうちに癒えたのと全く同じ奇蹟的恢復能力によって、今なおその原理・構造の本質は無傷のまま保たれている。なぜなら、真理は真理であること自身によって虚妄に打ち克つことはできず、虚妄を作り出したのと同じ人間の心理的社会的歴史的そして特に階級的必然性が、民衆に対して虚

妄に気づき真理に目ざめることを要求した場合にのみ、初めて虚妄を破る力を与えられるから。あたかもヘラクレスが、プロメテウスを岩壁に縛りつけた当の神にほかならないゼウスにより、彼のために定められた宿命に導かれて、プロメテウスを岩壁に縛りつけていた鉄鎖を破壊したときに、初めてプロメテウスをその岩壁から解き放つことができたように。

私は思う、今しも人類に突きつけられた絶滅の危機は、近代・現代文明の岩盤を揺り動かして、新しい歴史の必然のヘラクレスとなるであろう巨大な地底のマグマを、励起し噴出させる力を持っているだろうか。現在世界を覆う人類文化の苦悶は、単に大わしに肝をついばまれるプロメテウスの絶叫にすぎないのか、それとも現代社会・現代文化の根本的改造を相言葉に、諸方に蹶起する小ヘラクレスたち、正確には真の大ヘラクレスになる可能性とヘラクレスになりそこなった大山師に変ずる可能性との間をさ迷う戦士たちの雄たけびなのか。その間に処して現代法学者の務めは、第一に近代・現代法の原理・構造の虚妄性を指摘すること、第二に単にそれを指摘するにとどまらず、如何なる人間の心理的・社会的・歴史的そして特に階級的な必然が、その虚妄を作り維持し強化しそれを指摘する者を無視し排斥し弾圧する原動力となっているかを、解明すること、そして第三に、その指摘と解明とに基づいて、その必然を転じて虚妄性克服の原動力たらしめる鍵、すなわち法の原理・構造をこれまでの虚妄の上でなく、確実な現実に基づかためるために、虚妄と現実とを繋ぐその必然の鎖の、特にどの部分を断ち切ったならば、虚妄の観念が解き放たれ、その切れた部分を如何なる新らたな連結環によって再びつなぎ合わせたならば、現実と正しく対応する新しい法の原理・構造を作り出すことができるか、を探ることである。その鎖を実際に切断し再繋合する仕事は、もとより真の英雄ヘラクレスの手にまたねばならず、一書生のよくする所ではない。

この小論は、刑事法の分野を中心にそのような課題と取り組むための、大まかな展望を与えようとしたものであ

る。プロメテウスが神に挑戦することによって、パンドラの箱がもたらした人間の不幸および死の絶壁に懸けられる刑へと処罰されたごとく、近代・現代法の基礎に横たわる理念・原理は、神の権威を否定することによって人間を神と斉しき存在と見做す倨傲に貫ぬかれ、その倨傲によって人類は絶滅の断崖へと処刑されたのである。近代・現代法原理のプロメテウスが人間にもたらした火は、かつて帝国主義戦争における爆薬となり、今地に燃え海にひろがる石油の火、天より降る原水爆の火となって世界を包み込もうとしている。人間の倨傲を罰せんがために、ゼウスは火神ヘファイストスのかまどに産業革命の火を点じて、人間を魅了するに足る世界最初の女性、「パンドラすなわち一切の幸福」を約束するかに見えた資本主義を作らしめたが、彼女は商人の神ヘルメスが授けた大胆と奸策、その他神々の授けたものもろの才能に頼み、その濫用の果てに科学の好奇心から、開けてはならぬ造化の秘密の玉手箱を開き、あらゆる不幸を全世界にまき散らしたのである。それゆえこの不幸を軽くし人類を絶滅の断崖から救う唯一の手段は、人類がその倨傲を捨て自らの不公正・不誠実・愚昧という現実を見つめ、そこから再出発することである。処罰の鎖をそこにおいて切断すべき唯一の環は、その倨傲が生んだ神に斉しき人間の虚像であり、その環に取って代わるべき再繋合のための連結環は、不公正・不誠実・愚昧にしてそれゆえに互いに絶対対等・平等である所の人間の実像である。すでに救済の基本方向は示された。だが私は疑う。パンドラの箱に残ったたった一つの希望、勇士ヘラクレスはほんとうに来るだろうか。

註

- (1) 以上につき、拙著・存在と文化一卷五〜九章、三卷二章、拙者・法の基本構造または法学一〜六章参照。
- (2) 拙著・存在と文化総序、第一卷第一章、拙論・自由意思の哲学的基礎、中京法学一卷一号参照。
- (3) 法政論集、柏木千秋先生退官記念論文集。

- (4) 拙論・規範の存在構造と犯罪論の体系、中京大学論叢五卷四号、拙論・違法責任理論の新構成、中京大学論叢六卷一号は、違法性の実質をこのように理解し、法益侵害説や規範違反説のような従来の違法性の実質概念に批判を加え、またかような違法の実質概念が、これまで違法責任論上の難問とされて来たものを、如何に明快適切に解決するのに役立つかを、示したものである。
- (5) 拙論・芸術における「類型性」と「現実性」、中京大学論叢教養篇三号、拙著・存在と文化三卷六章参照。
- (6) 以下清朝刑法に関する記述は、中村茂夫、清代刑法研究による。
- (7) この事および以下の論述でたびたび触れる西欧中近世社会の実情については増田四郎・都市、同・西洋中世世界の成立、同・西洋経済史、今井登志喜・都市発達史研究、堀米庸三、木村尚三郎・中世ヨーロッパ（世界の歴史3）など参照。
- (8) 拙著・労働法史参照。
- (9) 株式会社、独占禁止法に関しここに論じた趣旨の参考文献として、小島康雄・ドイツ株式法における営業の自由、社会科学の方法五二号、岡田与好・独占と営業の自由——ひとつの論争的研究参照。
- (10) 拙著・労働法史参照。
- (11) 以下に記すこの点の解説については、拙著・存在と文化総序、第一卷三、四章、第八章中の注三三〇～三三九頁、拙論・自由意思の哲学的基礎参照。
- (12) 佐伯千仞環曆祝賀・犯罪と刑罰（上）。
- (13) アジア的停滞論の克服と社会史の一般法則、およびこれに関連して景德鎮陶磁工業の発展を中心に中国における資本主義の発生を論ず（二）、中京商学論叢一一卷四号、一二卷一号、特に（二）参照。
- (14) 過失のかような構造につき、拙論・すべての過失は認識ある過失である、植松正還曆祝賀・刑法と科学・法律編参照。
- (15) たとえば次の本を読むと、そういう時代の雰囲気がよくわかる。Seymour Drescher, Dilemmas of democracy, chap. IV

(名士トクヴィルの救貧思想)、chap. V (貧困に対する戦い)。

- (16) たとえば、André-Jean Tudesq, *Les grands notables en France (1840-1849)* を見よ。グラン・ノターブル(大名望家)とはつまり彼らブルジョア山師のことだ。注意すべきは、彼らの大活躍の過程を通じて今日のフランス議会政治の特徴・骨組が出来上って来たということである。当時の思想家トクヴィルの企集中にも、当時の政治を批判した次のような発言が随所に見られる。「政権を掌握したブルジョア階級は、社会の唯一の支配人となったのみならず、その徴税請負人にもなり、あらゆる場所で地歩を築き、その数をおそろしく増して、自分の産業とはほとんど同じくらいに国庫を当てにして暮らしたのである(要旨)。(Alexis de Tocqueville, *Souvenirs* p.30.)」「貴族階級がおそらく望んだこともまた望むこともないような仕方での万事の支配者となった中産階級(筆者注、トクヴィルの特殊用語で、今日言うブルジョア階級と同義)は、統治階級の座におさまるやほどなく、その私利私欲から政治を私的企業のように扱った。その階級の一人一人は、彼らの私的企業の利益になるように政治問題を仕向け、全くそれらを顧みなかった。そして彼らのささやかな幸福の中で、国民のこともやすやすと忘れてしまったのだ。(Souvenirs p.31.)」「七月王政には、私的な物質的欲望の追求という『中産階級特有の精神』が充満しており、政治と私的企業とが混同され、まるで株式会社株主のごとく利益優先に基づく政治活動が展開される(要旨)。(Souvenirs pp.30~31.)」「政府は言論より利害によって行動するために混乱墮落している」「公職が国民のあらゆる野心の絶えざる目的となっていることは極めて危険だ。」(*Oeuvres complètes* K (ポームン編) pp. 374~388.)
- トクヴィルには現代政治を見通したような発言が多いということで、感心する人が増えているが、実は彼は単に、その時代の政治を同時代人として見たまま在りのままに語っているにすぎないのであって、ただ当時の政治が今日に至るまでの議会政治の特徴・骨組を形造ったために、その言葉が今にそのまま通用するだけの話なのだ。またバルザックの小説の中にも、当時の政界と財界の癒着ぶり、公職や利権を漁るすさまじさなどが、生き生きと描かれていて、これは彼の体験による所が多い。

(17)

その心理的動因として、彼ら新興成金階級が、貴族階級に対する積年の激しい劣等感を、今こそ金力に物を言わせてはね返してやろうとの、鬱勃たる対抗意識が在ったことを忘れてはならぬ。お前たちが血筋・毛並みという特殊性の優位を以て威張ろうとするなら、俺たちは（特殊性では太刀打ちできぬが）理性という万人に対して妥当する一般化的能力で対抗するぞ。俺たちは知性と教養にあふれる紳士であり、それゆえに身分によってでなく人格・識見によって人民から尊敬されている名望家（ノターブル）であるぞよ。これがその論理である。後に見るごとく、それは、さし当たり貴族階級に対抗する理論だったが、やがて彼らが政権を握ると、今度は彼らの下層に立つ労働者階級に対して選挙権を否認する論理として機能しはじめる。労働者は金がないために教養がなく理性を磨く機会を逸し政治的識見がない。議会は理性の府であるから労働者の低い理性によって左右されてはならぬ。これがその理くつである。

(18)

前注に述べたごとく、客観的には金持だが、彼らの主観においては教養人、理性人、それゆえに名望家だということが第一義なのであって、金はその物質的条件にすぎぬ。すなわち「倉廩実レバ則チ礼節ヲ知り、衣食足レバ則チ榮辱ヲ知ル」の義で漢代中国人もすでに云っていることだが、中国人の場合は、だからと言って直ちに貧乏人はダメとは言わず、たとえば論語にも「之ヲ道ビクニ政ヲ以テシ、之ヲ斉フルニ刑ヲ以テスレバ、民免レテ恥ナシ。之ヲ道ビクニ徳ヲ以テシ、之ヲ斉フルニ礼ヲ以テスレバ、恥アリテ且ツ格シ」とあり、愚民なるか否かはむしろ政治の姿勢だとしているのに対し、フランスの大名望家は逆に、貧乏人は本来愚民でしかありえないのだから、政治から一切排除しよう、というのである。論語よりも一そう峻烈な階級差別意識と言えよう。但し、やんわりごまかしながら、結局は人民を専ら公権力行使の対象とし、行使そのものへの関与を一切排除することは論語も同じで、よりずるいとも言える。ただ言いたいことは、近代議会主義の人民観・労働者観が、フランス革命を契機にして一挙に、儒教的人民観より遙かに人民尊重的四民平等的な所へ飛躍したなどと考えるはならないということだ。

もう一つ注意すべきは、その後労働者にも選挙権が与えられて行くが、その結果労働者が大いに理性人・教養人として認

められたようなよい気持になって、プチ・ブル意識を持ち、それが彼らの体制内化をもたらす心理的原因の一つになったことである。つまりみんな平等・対等の理性人ということになれば、理性の一般化作用により階級的異質性が消され、階級意識を低下させると共に（インテリがまさにそうであるごとく）、労資が共通のテーブルにつき、同じ土俵に上って共通の論理・共通の価値観を前提とした論議を闘わせようという気持が働き、労働者とその虚像に合わせようとして自らの階級的特殊性を自ら薄めてしまう。かくて、元々理性人と称していたブルジョアの懐に抱き込まれてしまうのだ。前記福田自治庁長官の「私は国民をそれほど尊敬せぬ」発言取消事件に、はっきりそれがうかがわれる。

なお、論語にああは言っている、実際の中国官吏は人民を愚民・下民呼ばわりすることがしばしばあったというのも事実である。ただ注意すべきは、中国の場合官吏の一般人民に対する知的優越性、識見・教養の高さは、単なる理念ないして前としてでなく、官吏が読書人でありかつ読書人の中から科擧の制度によって選抜された知的エリート中のエリートであるという社会的事実によって、かつ人民は誰でも、労働者でも貧乏人でも、読書し試験に通れば官吏はおろか宰相にでもなることができ、その意味で実は全人民中のエリートであるという社会的事実によって、確実・客観的に保障されていると、当の官吏や読書人だけでなく一般民衆も、確信していたということである。その包蔵するあらゆる不合理にもかかわらず、前近代中国の官僚絶対主義体制が、二百年どころか千年以上にわたって安定的発達を遂げた理由の、重要な部分がここにある。これに反して、フランス議会制民主主義の初期における、大名望家の労働者・貧乏人に対する知的優越性は、彼らの財産・金によって担保されるという理くつであるから、これは当の大名望家たち自身だと心からそう信じていたか疑わしく、いわんや一般民衆を説得する力のあるはずもない。だから、理性は万人が共通に持つ能力で、理性による判断には普遍的価値が在るのだから、俺たちになつて正しい政治的判断はできるぞ、いや実生活の現場で苦勞している俺たちの方こそ、実生活から遊離した雲の上で言葉と観念をもてあそぶ教養人・知識層や、金の威光で遊んで暮らしている金持連中より、真実に接し真実を正しく見る能力において遙かに優っているのだぞ、という主張が、やがて強い説得力を以て労働者階

級とそのイデオログによって説かれることになる。そして大名望家たちは次第にその論理に屈服せざるをえなくなる。しかしまたそうなった時、先ほど述べたように、労働者階級も金持と同じ一種の幻想、俺たちは理性ある人間だ、偉いのだ、公正・誠実・聡明なんだという自己満足に囚えられる。人間にとって虚栄心の満足はしばしば食欲の満足よりも重要である。どんなに生活困難な環境に置かれた原始人・未開人も、首かざりや腕輪やボディーパーティンングで身を飾る文化を持たないものはない。女性にとっては花より団子だが、またしばしば団子より最新流行の美容衣裳である。かくて議会制民主主義が労働者階級を包摂し了えた時、知的虚栄心が全民衆を囚えた。それが、その一切の不条理にもかかわらず、民衆にこの制度を絶対に正しいと確信実を信仰させている原因の重要な一つなのである。人間は偉いのだ、これこそ、昔の神様は偉いのだに代わって、現代法・政治・経済・社会機構全体を支える大いなる歴史的幻想である。これを指摘する筆者は大きな危険にさらされている。人間はその虚栄心を指摘され、その自尊心を傷つけられた時にこそ、最も怒るから。かくて、国民を尊敬できぬという福田長官の発言の真実性は、それを失言として取り消させることによって虚栄心・自尊心の満足をかちえた選良たちの幻想護持への執念・使命観の前に屈服せざるをえぬ。お前は裁判官を、選良を、選挙民を、民衆を、労働者を、馬鹿にするのか、こうつめ寄せられたとき、私はこう答えることができるだけだ。あなた方が馬鹿かどうかほんとうに知ることのできるのはあなた方自身しかない。わたしにわかっているのは、私自身は決して今の制度が期待して下さるほど公正・誠実・聡明な人間ではないということだ。本論でも告白した通り、私はこれまで何度も絶対の真理と信じて誤まりを学生に教える本に書いて来た。それへの反省からこの論文を書くことにより、また一つの誤まりを主張しようとしている。でもそれは幾分かの真実も持っている。そしてこれだけはあなた方と私とに共通の認識だが、人間は誰でも大して他人と変わってはいないというのがもし真実なら、あなた方だって多分大して偉くはないであろうと。

大名望家の時代から百五十年たったが、今の日本の政界は相変らず札束によってその選良性を保障された大名望家たちの利権漁りの場である。それではたて前と違いすぎるからというので、金権政治批判が起こり政治資金を明朗にしる規制しろ

とかけ声は立派だが、一体金を使わずに今の選挙をどうやって運営するつもりだ。制度の本質がそうになっている現実を伏せておいて、専らたて前だけのきれいな人間が立派な人間に見える所に、この制度全体の本質的虚像性（たて前と現実との完全な二重構造）が在る。一方、東大出身者や上級公務員試験合格者の知的エリート性に対する全人民の確信は昔の中國とちょっとも変わらず、その子の人生をこのエリートコースに乗せることを願わぬ母親はなく、その夫をこのエリートの中から選ぶことを願わない娘はいない。一体昔と何が変わったのであろうか。変わったのは、昔は社会機構全体が、どちらか片方の幻想だけに支えられていたが、今は両方の幻想が相寄り相補い相強めて、ことによると永遠にさめることのない深い幻想に支えられているということである。

(19)

西洋と東洋との、伝統的思維方法のこのような違いは、どこから来たのか。私見によると、それは、その伝統がその中から発源した所の古代社会の社会分業機構（土台）の違い、なかんづく奴隷制の存否ないし發達程度の大小に由来している。古代ギリシア、ローマでは、日常的生産労働はほとんど奴隷が行ない、自由人は奴隷労働に寄生し、戦争や政治や日常的生産労働に関わりなき抽象的思弁やに専念していた。この抽象的思弁の中から、西洋思想したがって西洋的思維方法の源流となつた所の、プラトン、アリストテレスらに代表される哲学、エウクレイデス、ピタゴラスに代表される数学、自然科学が生まれるのである。自由人は、自分たちを奴隷より偉いと思つていたので、奴隷の仕事である日常的生産労働、したがつてその労働と労働のための工夫との対象である具体的特殊な事物を卑しむ、それら事物の具体性特殊性の認識を軽蔑した。そして、それらとの対比において、抽象的一般的な觀念を重んじ、それら觀念に関する抽象的一般的思弁を尊敬した。かくて、彼らにとり、認識の發展とは抽象化一般化の進展、いいかえればより抽象的一般的命題の発見により、より抽象的一般的な真理に到達することであつた。

これに対して、奴隷制をほとんど持たず、または少なくともあまり發達させなかつた中國では、自由人が自ら日常生産労働の全体または少なくとも重要部分の担い手であつたから、彼らにとって重要に思われたのは、ギリシア人、ローマ人とは

逆に、その労働および労働のための工夫の対象たる、具体的特殊的事物およびそれら事物の具体性特殊性の認識の方であつた（「耕やさずして食い、紡がずして着る」というような表現が、官僚、知識人、文人の自己卑下、謙讓、自戒そして時に自嘲の言葉として、しばしば使われている）。抽象化一般化によりそれら事物から余りにも隔たり、日常生産労働の直接の役に立たない（時務に切ならざる）、抽象的一般的思弁を彼らは逆に軽視した。彼らにとつて認識の発展とは、各事物の具体性特殊性を、単なる種差としてでなく、現実的個性として生き生きと認識（味識）することであつた。彼らにとつて全体性の認識とは、特殊を一般に包摂することではなくて、特殊を互いに識別すること（違いがわかること）において（その共通のグラウンドとして）全体を覚知することであつた。

それゆえ、人間の個性を無視する多数決制によつて全体意思を形成する方法は、西洋的思惟方法から言えば、極めて自然であるが、中国的思惟方法から言えばナンセンスである。中国人にとつて合議とは、各人の主張の違いを頭わならしめることを通じて、その共通の背景として在る所の全体意思を覚知するための手続であり、それゆえ常に、並びの構成メンバー以外に、彼らの論争を見渡しながら最終的に全体意思を覚知する役割を持つ、主宰者・長の存在を必要とする。西洋的尺度で言えば、その長は全体意思の専権的定立者すなわち絶対権力者であるが、右の構造から言えば、合議参加者全員が全体意思の定立に参加しているのであつて、長は単にその最終的認定者にすぎないのである。東洋的専制と言われているものの本質を理解する上で、この点は重要である。

最後に、日本人の伝統的思惟方法は、大要において中国的なそれに類似しているが、封建的身分制度が長く続いたことが原因で、知識階層が自らを農・工・商階級と区別することに誇りを持つ風も加わり、具体特殊を軽侮し抽象一般を有難がるという西洋的性格をも兼ね備えている。明治以後、西洋文化かぶれしてから後は、特にそういう傾向が強くなった。そこで、抽象化一般化が本来下手なくせに、それをむやみと有難がる、という所がある。觀念の操作を飯の種にしている学者は特にそうで、下手な抽象的思弁をひねくりまわした果てに、現実との対応を全く見失ない、自分でもわけのわからなくなつたような論文が、厳密で手堅い研究などと、称揚されている例が多い。