

社会問題と法的思考 ——哲学との関わりを例に

早 瀬 勝 明

序

現代的な諸問題、課題の解決には学際的な研究が必要となる⁽¹⁾。このことを認めるならば、法学は従来の領域の外にも視野を広げなければならないし、他の学問分野との協働も必要となるだろう。ただ、一方で、社会問題の解決には法的思考が必要不可欠だということも忘れてはならない。

本稿はまず、現実の法を考慮しない哲学的思考は社会問題を解決できない、と主張する。現実を超える思索は哲学の魅力の1つである。現状を自明のものとして、ときに現実から離れた思考をすることで、言葉や心、社会について新たな視点を提供する。このような作業が、哲学的思考の一部となっている。ただし、もし「哲学は何よりも『現実についての知』でなければならない」(出口 2012: 25) のだとすれば、哲学は法と関わらざるを得ない。今の「現実」は法によって構成されているからである。

現代社会は法でできている。国家、会社、大学などは法によって存在

(1) 科学技術・学術審議会学術分科会2022、「3. 人文・社会科学の振興方策」参照。

している。国家の存立の根拠は公権力を組織しそれらに権限や義務を与えている憲法であり、会社や大学は法律によって人格を与えられた法人である。個人の行為について考えるとき、その個人が属する社会は法によって形成、維持されている。個人の氏名や居場所についても法が規定する（戸籍法や住民基本台帳法など）。公道を歩いているとき、電車に乗っているとき、コーヒーを買うとき、1つの場所で目を瞑りじっと考え事をするとき、その行為には、公道の使用ルール、契約、所有権や占有権などを規定する様々な法が関わっている。ある人が私立大学の教授を名乗ることが可能なのは、学校法人の設立（私立学校法30条）や教授という地位（学校教育法58条）の根拠となる法律があり、大学と雇用契約を結んでいるからである。そして、その契約は労働契約法や労働基準法の規律を受ける。

本稿にいう「法」は制定法のことであり、一定の人為的な手続を経て作られた法を指す。「哲学」は、哲学研究者や哲学の研究団体を自認する人達が議論を展開する理論等を総称するものとし、「哲学」「倫理」「道徳」「社会正義」など、議論領域や用語に関する厳密な区別は行わないものとする。用語の細かい定義は本稿の目的にとって重要ではない。本稿が示すのは、第一に、現実社会の問題の解決や事態の改善を目指す哲学的思考は、法の存在や法実践の態様を視野に入れなければならないこと、第二に、憲法を含む制定法の解釈適用などの法実践は、様々な形で哲学的思索と関わること、である。

「法律家は常に哲学者である」（Dworkin 1986: 380）と述べたロナルド・ドゥオーキン⁽²⁾は、法は正義ないし道徳とは別個の存在であることは前提としつつも、法実践や法的議論が政治道徳などの哲学的立場と不可避的に関わると言う。その関わりは、教育現場における人種差別といっ

(2) 例えば、なぜ法に従うのか、法解釈の拠り所とすべきは制定当時の価値観か現在の価値観かといった政治道徳的な問題に関する何らかの立場を、法律家は採

た具体的な社会問題から、憲法の解釈方法論、平等一般に関わる理論、法制度を支える政治道徳まで、様々なレベルに及ぶ。

自然権思想や社会契約論が立憲主義国家の誕生に影響を及ぼしたり、ベンサムのコモン・ロー批判が制定法主義を導いたりするなど、様々な政治道徳理論が法制度の創造や維持に大きな影響を及ぼしていることは言うまでもない。あるいは、人間社会の法制度やルールについて、特定の政治道徳を前提とせず一般的に分析することも一つの哲学的営為である。一方で、社会問題の解決や事態の改善を訴える場合、制定法の存在を考慮しないわけにはいかない。現実社会における人間の行動を規範や言語の観点から一般的に分析する場合でも、法を考慮に入れる必要がある。

社会制度全体を論じる理論から具体的問題の解決まで、様々なレベルで哲学と法は密接に関係しているが、本稿では、現実の社会問題の解決の試みにおける倫理学や言語哲学などの哲学的思考と法的実践との関わりを中心に議論を行うことにする。

本稿は以下のような議論を行う。(1) 現実の社会問題の解決のためには、法の存在を無視することができない。(2) 法的な決定を行うのは公的な権限を有する人たちであり、彼らの前提や思考方法が法的実践を左右する。したがって、社会問題について主張を行う際は、上から目線で議論するのではなく、彼らの思考法を前提とした上で、彼らを説得するという姿勢が必要である。(3) 社会正義や道徳に関する考えが法的判断に影響を及ぼす。また、その影響の仕方についても哲学的な分析が可能である。(4) 哲学が法学の困難を解消する可能性を持つ例とし

用している。また、価値観の対立は、法的問題に対する意見の相違の原因の一つである。法律家が、法的問題について、哲学的立場とは無関係に議論しているように見せていても、様々な哲学的立場が具体的紛争の解決の背後に意識的、無意識的に存在し、法的判断を左右する。(Dworkin 1986)

て、ヘイト・スピーチの問題を挙げる。

本稿が示すのは、社会問題に関わる法と哲学の関わり、交錯であるが、同じことは他の学問分野との関係でも言えるだろう。つまり、現代の社会問題の解決には、従来の法学的思考だけでは対応できず様々な学問分野にも視野を広げる必要があるが、一方で、社会問題の解決にはやはり法的思考が必要不可欠である。

1. 現実の社会問題と法

現実に存在する社会問題の解決を目指すなら、法を考慮に入れなければならない。現代社会は法によって成り立っている。国や地方公共団体などの公的機関の存在なくして現代社会は存在しえない。そして、公的機関とその運営ルールの存在は法に依拠する。

人の内心に法が干渉することはできないというのも、法による保障に依拠している（憲法19条：思想良心の自由、14条：信条による差別の禁止）。つまり、「道徳の内面性、法の外面性」は内心の自由の保障という法的な選択があつて初めて実現する。また、その自由を前提とした内省的思考なども、現実の社会的環境や状況に影響を受けずに行うのは難しいだろう。例えば、自分はどう生きるべきかと内心で自問自答するとき、その人が生きる場所は法によって成立している社会である。現実の世界のあり方や現実世界で自分がどう生きるかを考えるとき、法の存在を無視することはできない。1人で静かに考え事をするその場所にも、所有権や占有権がある。そして、自分の今後の身の振り方を考えるとき、そこで考えるのは、現実の、法で構成された社会における生き方、生活の仕方である。

社会問題の解決には、法が必要である。少なくとも行政など国家機関を動かすためには、権限行使の根拠法が必要である。なぜなら、法治主義の原則により、公権力を行使する国家機関は、憲法その他の法によつ

(甲南法学'24) 64-3・4-204 (292)

て与えられた権限を、法に基づいて、行使することが求められるからである。

法と全く関わらない社会問題はほとんど存在せず、現実存在する社会問題の解決を目指すなら、法を無視することはできない。思考実験のように、現実から離れた思考、考察が有益であることも多い。それでも、現実を変えたいと思うなら、考察のため一旦離れた現実に戻ってくる必要がある。多くの社会問題は、立法や行政、司法の力を使って解決が目指される。新しい法律の制定、既存の法律の新たな運用や適用など、法とその実践が多くの社会問題を解決に導く。

法を考慮に入れずに社会問題の解決を目指すのは現実的ではない。例えば生命、医療、経済、環境など（応用）倫理学の問題として議論されることも、すべて法が関わり、それぞれの領域で生じる問題は、法の力を借りて解決が試みられる⁽³⁾。例えば環境問題については、倫理的観点から様々な検討、提言がなされているが、それらを実現するための現実の対応、施策は、「環境法」と総称される様々な法律に基づいて行われている（環境基本法、環境影響評価法、地球温暖化対策法、循環基本法など）。

法は、各人の道徳観に委ねるのでは解決できない問題の解決や規律を可能にする。殺人や窃盗がなぜ許されないのかについて合意ができなくても、人々は刑罰が科せられるルールとその強制力の存在には合意でき

(3) 法によってすべての社会問題を解決できるわけではないし、法を定めない場合もある。ただ、これは法による解決はできない、または望ましくないという法に関わる選択がなされていることも多い。例えば、法的規制になじむか、専門家団体が作ったガイドラインに基づく自己規制に委ねるかといった議論の結果として法的規制を行わないという結論に至ったような場合である。

また、いわゆるソフトローによる規律や問題の解決も、従来とは異なる点もあるとはいえ、それ自体広い意味での法的思考が不可欠であろう。中山・藤田編 2008、飯田 2022参照。

る。盗みを働く人に「なぜ捕まえるのか」と問われれば「刑法235条が処罰の対象にしている」と答えれば良い。

また、循環基本法等の環境諸法を見れば分かるとおおり、過去の問題だけでなく将来の状況を変える試みも、法が関わる。環境法のように、将来の目標を設定し達成を目指すこともあるが、視点を変えれば、殺人罪（刑法199条）や不法行為（民法709条）の規定は、過去の事件の解決だけでなく、現在、将来に向かって殺人や権利侵害を否定する規範でもある。

現実のあり方を当たり前のこととして受け入れず、批判的に検討する姿勢は学問的営為にとって不可欠である。ただ、現実を批判する自由は法によって保障されている。憲法による内心の自由や言論の自由の保障がなくても、公権力の暴力的な自由の侵害に抵抗することは、不可能ではない。命を賭して自由を叫ぶことのできる人もいるだろう。しかし、それが少数派だからこそ、つまり暴力に人は弱いからこそ、憲法による保障が必要とされている。⁽⁴⁾

2. 法的決定権の所在と説得の姿勢

2-1 法的決定権の所在と説得の姿勢

社会問題について法を考慮し、法的決定権を有する人々の権限行使を求めるとしよう。この場合、自分たちが望む法的決定を導くには、現実の法的思考法を尊重する必要がある。実際の法的決定に携わる人たちの思考法を前提としない提言は、「外野の意見」として無視される可能性がある。

哲学の理論等を「天下り式」に現実に応用することが好ましくない

(4) 「私は憲法による権利の保障がなくても、暴力に屈せず真理を訴える」と言うのは簡単であるが、少なくとも、現代の日本でそれを言うのは、憲法による権利保障が存在しない場所で生きた経験がない人々だろう。

(戸田山・出口 2011: iv) ことは、法においては以下のような理由から説明できる。

法的決定を行うのは公的権限をもつ人たちである。法的に解決するというのは、法に関わる公的な権限を有する人がその権限を行使することである。実際に法を動かしている、つまり社会の重要部分を動かしている人たちからすれば、権限をもたない人の批判や提言は、外部の言葉である。研究者、専門家を自任する人たちの論評や主張は、公的決定権を有している人たちの説得を目指すものでなければならない。「専門家」であっても、公的権限をもたない人に決定権はない。その点は、司法だけでなく立法、行政も同じである。

世論を動かすことで、立法府や行政府を動かす試みもありうる。ただ、世論自体かなり曖昧であるし、理論的に正しいことを述べていけば人の心が動くわけではない。議員の動きは選挙への影響に関連するものに限られることが多く、選挙が終われば立法権、行政権を行使する公職者とそうでない一般市民の関係となる。いずれにしても、法的決定を行うのは、公的な権限を有する人たちであり、研究者ではない。

また、裁判官に対しては、世論の圧力が使えない場合がある。憲法は司法の独立を定めており、政治部門からの司法権の独立が求められている。選挙時の多数派によって構成される政治的権力からの独立が要請されるのである。さらに、多数派の意思に抗する少数派の権利を保護、救済する必要がある場合は、多数派の意見を法的決定の根拠とすべきではない。この場合は、「みんなで決めた」という事実は正当な理由にならない。裁判官が従うべきは社会構成員の多数決ではなく法であり、法が多数派の決定に抗して少数者の権利を守ることを求めるなら、裁判官は多数決に左右されずに法的決定をすることになる。

自分たちが望む法的決定を導くには、「間違いを正す」「正しいことを教える」という態度ではなく、実際の法的思考を尊重しつつ決定権を持

論 説

つ人たちを説得するという姿勢が必要である。その理由の1つは、法制度や法の存在、運用の仕方の大部分が公的権限を有する人々の内的視点すなわち彼・彼女らの思考方法に依拠していることにある。

社会制度は、人間の思考や態度つまり人間の心の状態に依拠して存在する (Searle 2010)。そして、法制度を成立させる二次ルールを公職たちが内的視点から受容することで、法制度は存在している (Hart 2012)。また、法の実践においても法律家の内的視点から受容しているルールがある。つまり、法は人間の脳の働きに依拠して存在するのであり、その点で人間の存在や思考に左右されずに存在する自然的事実とは異なる。法的決定権をもつ人への批判は、天動説を信じる人に地動説を説くのと異なる場合が多いのである。

法律家の思考や態度に依拠する事柄について、法的決定権をもつ人に向かって何かしらの主張をするときは、(自分が思う) 絶対的真実を突きつけて従わせるという姿勢でない方がよい。外側からは間違った決定、愚かな選択に見えても、内部にいる人達にとっては正当な理由がある、⁽⁵⁾ という可能性を意識する必要がある。

例として、裁判における先例拘束性原理を挙げよう。これは、以前の裁判所の判断が後の裁判所の判断を拘束するというものであり、裁判官は以前の裁判所の決定に拘束される。このことを明示する法の規定がなくても法律家集団が内的視点から受容すれば、従うべきルールとして存在する。そして、先例として存在する法解釈の仕方など法的な規範が後の裁判を方向づける。

先例拘束性原理が集団的に受容され、それが法的ルールとして機能する。これによって、裁判官は先行する裁判所の判断 (特に最高裁など上位の裁判所) に縛られることになる。例えば、憲法23条は大学の自治を

(5) この点について拙稿で説明を試みた。早瀬勝明「判例の拘束力と法の存在論」甲南大学63巻3・4号1頁 (2023)。

保障するし、憲法21条2項が禁止する検閲の主体は行政権である。「先行する判断は誤りなのだから無視すれば良い」「変えれば良い」という主張は、現実の裁判官には受け入れが難しい。裁判官は判例を無視することができないし、判例変更の手続は厳格である。

裁判官にとっては内的視点から受容する従うべきルールがあるのであって、現実には機能している法的な思考方法を無視して外から「間違い」を指摘しても、その主張は受け入れにくい。権限をもつ人たちを動かしたいなら、彼・彼女らの依拠する前提、バックグラウンド、思考の方法に配慮する必要がある。内的視点から受容するルールが関わる問題は、天動説論者に対し地動説を主張するのとは性質が異なるのである。裁判官の受容するルールが根本から誤っているというような姿勢は適切でない。そして、このことは裁判官に限らず、法的な決定権を有する人たちや法実務に関わる人たち全般に当てはまる。

以下の例は、理論を「天下り式」に現実には適用することが困難な例としてわかりやすい。次のような主張である。労働時間を削減して、生活の質を向上させる。マーケティング、広告、パッケージングなどによる人びとの欲望の不必要な喚起を禁止する。コンサル、投資銀行も不要である。コンビニ、ファミレスの深夜営業、年中無休もやめる。必要のないものを作るのをやめれば、社会全体の総労働時間は大幅に短縮できる。短くしても、意味のない仕事が減るだけなので、社会の実質的な繁栄は維持される。(斎藤 2020 : 302-303)

この主張が理論な整合性、一貫性を有し実現のための法律の制定、改正をすべきだと言えるとしても、それらの法律は営業の自由の不当な制限として憲法違反となる可能性がある。実現には、憲法で保障される経済的自由(22条、29条)に関し法実務で積み重ねてきた法解釈や判例の根本的変更が必要になるだろう。「正しいのだから従うべき」と言われても、法律家の思考ないし心の状態に依拠して存在するものを変えるの

は、法の現場で活動する多数の人の思考法を大きく変えることであり、言うほど簡単なことではない。

2-2 理論の部分的採用の可能性

ここで、理論体系の選択についても述べておこう。次節で述べるように、哲学の理論は法的判断に影響を及ぼすが、哲学の法への導入の際、複数の理論をそれぞれ部分的に採用することもありうる。そして、このような選択を間違いと断じることはできない。立場が異なる複数の哲学理論から「いいとこ取り」をすることを嫌う哲学者もいるかもしれない。だが、法的実践には、哲学者に受け入れられるような理論的一貫性を維持すべしという要請はない。求められるとすれば、法的決定の前例との一貫性である。

キャス・サンスティーンは、(法の決定に限らず) 完全には理論化されていない合意 (incompletely theorized agreements) が好ましい場面が多数あると述べる。例の1つに、アメリカ刑罰委員会の議論と決定が挙げられる (Sunstein 1996: 8-9)。委員会は、刑罰の目的は応報か抑止かについて議論した。刑罰には応報の側面も抑止 (予防) の側面もあるが、両者は異なる理論体系に属する。議論は決着がつかず、委員会は議論を棚上げにした上で、刑罰の指針について先例に従うと決定した。

サンスティーンによると、完全な理論化をしないまま合意をすることは、価値の多元性の状況の下での決定の手法として有効であり、これ自体理論的に正当化される。裁判などの法的推論は、現実の立法や先例をもとに行う推論であり、体系的、理論的な美しさがないように見えても法的には問題ない。不完全な理論化で満足して議論を終わらせるのは、価値観の異なる人々同士の対立を緩和する手法として妥当である (Sunstein 1996: 35-61)。⁽⁶⁾

(6) サンスティーンは、法を制定する際にも完全には理論化されない合意がなされ、対立の緩和に資するという。これは、例えば環境問題の解決を目指す際に危

現実の訴訟において、一般理論の部分的採用はいけない、一貫した哲学体系が完成しないと哲学的知見を法に応用しては駄目だなどというのは非現実的である。裁判は一定の時間内に終わらせる必要がある。完全な理論の完成を待つことは大抵の場合、できない。

3. 裁判所の法的判断と社会正義、道徳

3-1 道徳の法への関わりは法の制定で終わらない

現実の社会問題の解決を目指すなら法の現実に目を配る必要がある、権限を有する人の思考を尊重すべきというのは、しかし、法的問題の解決が従来の法学的思考にすべて委ねられることを意味しない。

法の制定前には哲学が関わるが、法の制定後には哲学的議論は含まれないという思われがちである。⁽⁷⁾例えば、人種差別や障害者差別の撤廃を目指す法律の制定など、より具体的な社会問題の解決を目指す立法は、差別撤廃や平等に関わる哲学的思索にも導かれ裏付けられている。しかし、法律が制定された後でも、法の実践は様々な哲学的思考を含みながら行われる。法実践は、法律の執行に関わる行政職員や裁判官や弁護士等の法律家だけの仕事ではない。

道徳の法への関わりは法の制定で終わるわけではない。法の適用や執行が機械的、形式的判断では完結せず、何らかの価値判断に基づいて行

惧される党派的对立（江守 2020：20）の緩和にも当てはまるだろう。環境法と総称される様々な法律は、異なる立場の妥協点を探って制定されている。また、憲法によって環境権が保障されているかどうか、その内容はどのようなものかという理論的問題に決着はついていないが、次々に法律が制定され対策は進んでいっている。

(7) 実際、法実践と哲学との関わりを強調したドゥオーキンは、最初から実定法学者に批判されていた。法的判断に社会正義や道徳的判断は含まれないと言うのである（例えば、Ely 1980）。しかし、法的判断に哲学が関わるかどうかという議論がすでに哲学的議論であると、ドゥオーキンは言う（Dworkin 1985）。

われることは、現にある。法的判断の中には、道徳的判断や価値判断を含むものがある。裁判所の判断はあくまで法に基づくというかたちをとるが、実際には、法規範の内容、事実判断、いずれにも道徳的判断や価値判断が含まれうる。

3-2 司法による社会正義の実現

社会問題について直接規律する法律がまだ存在しない段階で、社会正義の観点から是正、救済する必要性がある場合、哲学的、倫理的観点から特定の法的判断が求められることになる。実際、道徳的判断や価値判断が結論に影響を与えたと思われる裁判例は種々存在する。

例えば、各種のハラスメントやヘイト・スピーチなど、立法による解決が求められつつも、立法を待たずに現行法の枠内での解釈適用の工夫によって、救済や保護が行われる場合がある。そこでは、不法行為や名誉毀損など100年以上前からある法の規定と判例の積み重ねに矛盾しないように配慮しつつ、現代的な課題に対応しようという試みがなされている。いくつか例を挙げよう。

(1) 不法行為の賠償請求権は、20年で除斥期間経過となり、消滅する。しかし、除斥期間の経過を理由に権利を否定することが「著しく正義・公平の理念に反する」場合もあり、そのような例外的な場合には20年経過後も賠償請求権は消滅しないと最高裁は判断した（最判平成10年6月12日民集52巻4号1087頁。最近では、旧優生保護法に基づく強制不妊に対する損害賠償を求める訴訟で、除斥期間を適用して原告の訴えを退けることは「著しく正義・公平の理念に反する」として賠償請求を認めた諸判決がある。例えば、大阪高判令和4年2月22日判例時報2528号5頁）。

(2) 芸娼妓契約は実質的な人身売買契約であったが、芸娼妓契約を芸娼妓としての稼働契約と金銭消費貸借契約の組み合わせと捉え、前者は無効だが後者は有効だという判例が存在していたため、親が子を売る行為が一向に減らなかった。しかし、売春防止法制定（1956年）前に、最（甲南法学'24）64-3・4-212（300）

高裁は契約を一体として公序良俗（民法90条）違反とし、契約を無効とした（最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁）。

(3) いわゆる四大公害訴訟では、原告側の勝訴が続いたが、その前段階として、最高裁主導で、不法行為の立証責任の転換が行われていた（矢口 1993：65-67）。不法行為に関わるそれまでの考え方では、裁判において大企業側が有利となり、被害者が圧倒的に不利な立場に置かれていたのを、原告（被害者）の挙証責任を緩和するなどして、因果関係、共同不法行為、損害賠償などに関し新しい考え方を示し、これが原告の勝訴につながった。

(4) セクハラやパワハラなど各種のハラスメントは、民法制定時（1896年）には想定されていなかったし、そもそも言葉自体が存在しなかった。これが民法709条の不法行為に該当する違法行為として損害賠償が認められるようになった。

以上のような法制定時に規制や救済の対象とされていない、あるいは、法の解釈適用に関する前例を踏襲したのでは救済できなかった事例が救済の対象となったのは、一定の道徳ないし社会正義に関わる思考が法実践を動かしたからだと考えられる。

例えば、ハラスメントは倫理学、哲学の分野でも社会問題として論じられるが、それらの議論は法的判断にも影響を与えうるだろう。もしハラスメントに関する議論が法的判断に取り入れられる可能性が全くないのであれば、ハラスメント訴訟は哲学とは完全に無関係な問題となる。ハラスメントの被害者の側から見れば、法の問題と哲学の問題が別々に存在するわけではない。訴訟において主張の根拠となるのは主に法律の条文であり法学的な知見だが、条文解釈適用を導いたのは、法律の制定

(8) 例えば、『哲学』69号（2018年4月）の特集は「ハラスメントとは何か？」であった。

時には含まれていなかった道徳的判断であることは否定できないだろう。

3-3 法概念と濃い倫理学的概念

社会正義ないし道徳に関する考えが法的判断に影響を及ぼすことが可能なのは、「公序良俗」や「権利の侵害」といった法律の抽象的文言の存在とその性質にあると考えられる。これ自体、言語哲学など哲学的な観点から分析が可能で、かつ必要な問題である。ごく簡潔に述べると、上記のような裁判が可能なのは、「公序良俗」（民法90条）、「権利侵害」（民法709条）などの法概念が濃い倫理的概念（Putnam 2002: 34-43（邦訳39-52頁））類似の性質をもつからである。民法90条は公序良俗に反する契約は無効だと定めるが、ある契約が公序良俗に反するかどうかは当該契約に関わる事実を記述するだけでなく、一定の評価ないし価値判断を必要とする。例えば芸娼妓契約について、親がいくら借りたのか、契約書の文面はどのようなものだったか、子供がどのような仕事をさせられたのか等々の事実を記述するだけでなく、芸娼妓契約が実質的な人身売買ではないのか、倫理的に許されるのかに関する評価や価値判断をしないと、「芸娼妓契約は公序良俗に反する契約かどうか」という法的三段論法の小前提に当たる判断はできないのである。

4. ヘイト・スピーチ問題

社会問題における法と哲学の関係は、社会正義や道徳に限られない。言語哲学の領域で論じられる分析もまた法と関連する。ここでは、哲学的知見が法学の困難を解消する可能性をもつ例として、ヘイト・スピーチの問題を挙げる。

4-1 ヘイト・スピーチ

ヘイト・スピーチは、法学でも大きな問題として扱われ、攻撃の対象とされる人々を守るための規制が必要だと考えられている（金 2014、檜垣・奈須 2021）。しかし、規制には表現の自由の問題があり、重い刑（甲南法学'24）64-3・4-214（302）

罰を科すなどの強い規制の正当化には成功していないのが現状である。例えば、憲法学においては、表現の自由を守りつつヘイト・スピーチを合憲的に規制できると考えるなど、ヘイト・スピーチの規制に肯定的な立場が見られる（例えば、檜垣 2017：224、小谷 2014a：87）。しかし、これらの論者も、刑事制裁等による直接的な禁止までは主張していない。規制を正当化しようとする際に、これまでの憲法学が積み重ねてきた表現の自由論が立ちはだかるからである。表現の自由の保護のために、憲法学が積み重ねてきた理論が、皮肉にもヘイト・スピーチという人権侵害を引き起こす言動を規制する際の障壁になっている（2016年にヘイト・スピーチ⁽⁹⁾解消法が制定されたが、この法律には刑罰や民事制裁の定めがない）。

2009年に京都で起きた街宣活動と称する計3回のヘイトデモ（京都朝鮮第一初級学校事件）のうち2回は、警察の護衛付きで行われた（中村 2014：48）。ヘイト・スピーチを行うデモ行進が、許可され、警察に守られながら、実行される。人を傷つける言動が、公の場で、しかも警察に守られながら遂行されてしまった。しかし、この現実とは、これまでの日本の法実務や憲法学が構築してきた理論に適合しているのである。

従来の憲法「学説に沿って考えると、ヘイト・スピーチを発信するデモに関しても、発信されるメッセージ内容を理由として不許可とすることは許されないことになる」（小谷 2014a：82）。ここで挙げられている憲法学説は基本的に、表現の自由の特別な重要性を訴え、その権利行使の制約に厳しい条件を付けようとする姿勢をとるものを指す。ヘイト・スピーチやデモを規制することは、表現の自由の規制にあたる。そして、表現の自由は憲法が保障する権利の中でも特に重要で、規制は容易に許されないというのが、憲法学の標準的立場である。

(9) 正式名称は「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」。

憲法は、表現の自由を保障することで、思想の自由市場を守っている。思想の自由市場が存在することで、人々は様々な情報に接し自分を成長させることができる。また、自由な情報のやりとりは民主主義が正常に機能するための前提条件である。したがって、表現の自由の規制は原則として許されず、許容の条件も厳しいものとなる。例えば、表現の自由を規制する法令は、明確な文言を用いて規制の対象がはっきりと分かるようにしなければならない。

4-2 表現の自由の規制の困難さ

このような表現の自由の重要性から、憲法で保障される「表現」の範囲は広く理解される。憲法学説は、憲法21条が保障する表現の自由について「表現」について、「表現」に含まれないものとそうでないものがある、という考えに否定的である。この背景には、表現の自由の保障範囲に含まれるかどうかを公権力の側が判断することで、本来は表現の自由に含まれるはずの言動が憲法の保障から外れる可能性があるという危機感がある。

そして、一定の表現を、その内容を理由として規制することは原則として許されない。例外的に規制ができるのは、必要最小限の規制であること、規制を裏付ける法令の文言が明確であることなど厳しい条件を満たす場合のみである。また、集団行動（デモなど）は、一般市民の大事な意見伝達手段であり、民主主義において非常に重要な役割を果たすので、その自由の制約は必要不可欠かつ必要最小限のものでなければならない（小谷 2014a：74-82）。

このような、表現行為の規制が許されるための条件は厳しいという立場は、政治的な言論は保護の要請が強いという理論や、道路や公園など聴衆が集まりやすい場所は言論活動に役立つので、そうした場所での言論は可能な限り保護すべきであるといった理論（パブリック・フォーラム論）によってさらに補強される。

判例も、憲法21条が保障する表現の自由が重要であるということは認めている。そして、集会の開催のための公の施設の使用許可について、集会主催者の立場に反対する者が集会に乗り込むなど集会の開催によって反対派との衝突が予想されることを理由として不許可とすることはできないと述べている。衝突を理由として不許可とすることができるのは、警察による警備によっては衝突や権利侵害が回避できない場合に限られる。つまり、ある集会の開催によって反対派との衝突が予想される場合、集会を許可するかどうかを決定する権限をもつ者は、まず警察に警備を依頼するなどして、衝突を回避する努力をしなければならない（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）。

以上の論理はデモ行進にも当てはまる。移動を伴うデモ行進とそうでない集会との違いはあるが、デモ行進も表現活動の一部であり憲法21条によって保障されるから、デモ行進も重要な権利行使だとして、原則として規制すべきでないことになる。したがって、ヘイトデモが警察の警備付きで実行されてしまうことは、そのデモが政治的言論の体を取り、道路というパブリック・フォーラムで行われることなどから、表現の自由を保護するための理論によって正当化される。つまり、デモの許可不許可を決定する公的権限を有する者は、政治的言論がパブリック・フォーラムで行われる場合、表現内容が好ましくないことを理由にデモを不許可とすべきでない。反対派がデモをやめさせようとして現場で衝突、混乱が起こる可能性がある場合はまず警察に警備を依頼すべきであり、衝突、混乱を理由にした不許可処分は許されない。

以上のような見解を基礎にすると、ヘイト・スピーチも、憲法21条の表現の自由で保障される「表現」に該当する（小谷 2014a：75-76）。そして、「表現」の自由は重要であり容易に規制できないから、ヘイト・スピーチの規制も難しいという結論に辿り着く。

4-3 規制対象の明確化

ただ、わいせつ表現や名誉毀損表現に対し刑罰を科すこと（刑法175条、刑法230条）は憲法違反だと考えられていない。一定の条件を満たせば、事前の差止めも可能である（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）。ヘイト・スピーチの規制の難しさはそれが一定の集団に向けられるもので被害者の特定化、個別化が難しいからだとも言われる。しかし、わいせつ物の頒布は誰か特定の被害者がいない場合でも処罰の対象となる。

わいせつ表現や名誉毀損表現の処罰が可能なのは、規制の対象が比較的明確だからである。わいせつ物や名誉毀損表現に対し刑罰を与えることは日本国憲法制定前から行われており、裁判実務の積み重ねによって（処罰範囲の変化の可能性を残しつつ）相当程度の類型化、明確化がなされている。またプライバシー侵害については、宴のあと事件判決以降、裁判の積み重ねがあるし、個人情報保護法等の法令によって侵害行為の類型化、明確化が実現している。

そうだとすると、表現行為の規制ができるかどうかは、規制の対象が明確化できるかどうかにかかっていることになる。現に、法学者が直面している困難の1つは、規制すべきヘイト・スピーチの類型化、明確化である（小谷 2014b : 90-91）。

4-4 言語行為の観点

ここで、いわゆる言語行為の観点から問題を見てみたい。言語行為論は、人が言葉を使って一定の行為を遂行しているという視点から分析を行うものである（Austin 1975, Searle 1979）。言葉は、情報の発信や記述のためだけに用いられるのではない。例えば、慣習的な儀式の一環として「この船を〇〇と命名する」と発言することは、発言より前に存在する事実の記述ではなく、船の名前をつけるという行為を遂行している。

「雪は白い」という発話のような記述（命題）は真偽を問うことができ（甲南法学'24）64-3・4-218（306）

る一方で、「明日より3日間休会とする」という言明は言葉を用いた行為の遂行であって真偽を問えない。

様々な意見や思想を含む情報の発信や受け取りを公権力が規制してはならないと法学者が言うとき、言語を使って情報のやりとり以外のことが遂行されるという言語行為の観点は想定されていないのではないか。また、言葉を使って人が遂行する行為の区別（主張、表出、宣言など）もない。ヘイト・スピーチの規制範囲の画定に関する法的先例がまだ少ない現状では、このような哲学的知見が必要だと思われる。

哲学の専門家によるヘイト・スピーチ論の例として、言語行為、文脈・意味の理論など前提にしてヘイト・スピーチは言論でもスピーチでもないとするものがある（和泉 2022：209）。ヘイト・スピーチをランクづけるという発語内行為ないし発語媒介行為として理解するのである（同 145、198）。このような見解は、表現の自由として憲法21条で保障されるもの、そうでないものの区別や画定、あるいは保障の程度を個々に判断することに資すると思われる。

また、思想の自由市場を重視し、ある言論を誤りだとして公権力が排除するべきではなく、誤りの是正は対抗言論によるべきだという理論との関係でも、言語行為論は参照に値する。発語内行為によって生み出される文の意味は、発語内行為の種類によって異なる。「表出的意味が会話の聞き手に与える影響は、記述の意味が会話の聞き手に与える影響と異なっている」。記述的な文は、聞き手はその真偽を疑ったり、根拠の提示を求めたりすることができる。「一方で、表出的意味は、少なくとも同じような形での交渉を許さない。真偽や根拠について異議を申し立てることができない」（和泉・朱・仲宗根 2018：295）。通常の会話では、曖昧な発話を指摘したり間違った想定を修正したりしながら相互理解が進んでいく。「一方、ヘイト・スピーチにおいては、差別的実態が文脈での事実として提示されるが、聞き手にはそれに異議を申し立てる機会

論 説

は一切与えられない。」(同 301)。

以上のような分析を前提にすれば、真理に到達する最上のテストは思想の自由競争であり、間違っているという理由で公権力が表現を規制してはならず、対抗言論を待つべきだという思想の自由市場論は、ヘイト・スピーチの文脈には当てはまらないと言いうる。ヘイト・スピーチは何かを記述するものではないから、対抗言論原則は当てはまらないという議論ができる。

ヘイト・スピーチは、事実や思想などの情報を提供する行為ではなく、言語を用いて人を傷つける行為である。そのような行為を憲法が保障しようとしているとは考えられない。以上のような議論は、言語行為の観点をもたない従来 of 法学の前提では、上手くできない。

哲学的思考がそのまま裁判で実現するわけではない。裁判官は判例に反することはできないから、先例の積み重ねと適合的なかたちで、哲学的知見を組み込む作業は必要である。しかし、そもそも法解釈学において言語行為論を取り入れた議論はほとんど行われていない。その帰結として裁判官その他の法律家も、言語行為の観点をもたないまま、ヘイト・スピーチの問題の困難さに直面している。

より具体的な言語行為論と法との接続に関わる検討は、別の機会をもちたい。ここでは法と哲学が不可避的に関わること、現状法学に取り入れられていない哲学的知見であっても、今後導入できる可能性があることを見た。

結

哲学が現実社会を扱うなら、制定法など法の存在を考慮の外に置くことはできない。そして、法の存在と動態の大部分は法実務に実際に関わる人間の思考や態度に依拠している。したがって、現実の法的思考のあり方を前提とせず、正しいと思うことを主張するだけでは、法の現実は(甲南法学'24) 64-3・4-220 (308)

動かさない。それでも、法は哲学的知見を必要とする。

隔離され迫害を受けたハンセン病患者の救済活動の中には、哲学者鶴見俊輔がきっかけを作ったものもあった（山陽新聞 2017：94）。やがて、九州弁護士会連盟への窮状の訴えがあり、弁護士等がそれに応じて訴訟を提起し、裁判所が従来の判例理解に修正を加えて原告を勝たせた⁽¹⁰⁾。そして、当時の内閣は控訴を断念し患者等の勝訴が確定して、国は謝罪し、ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律（2001年）やハンセン病問題の解決の促進に関する法律（2008年）などの法律が制定された。在野の運動が法曹を動かし、司法府、行政府、立法府を動かした。

訴訟で勝たなければ、法律が改正されなければ、賠償や患者の名誉の回復などの実効的な救済はできなかった。倫理的、道徳的な主張だけでは国は動かさない。ハンセン病問題における権利侵害の主体は国であり、国を動かすには法が必要である。一方で、法は法だけで完結しない。政治道徳、社会正義その他の哲学的思考と不可避的に関わる。

哲学と法学は、大学や学会の組織上、別の集団によって担われている。しかし、社会に存在する様々な問題の側から見ると、両者は全くの別物というわけではない。例えば、差別の解消や生命倫理、環境問題などの社会問題は倫理的な問題として議論されるが、そこで示される倫理学的主張の実現には、立法や司法等の法的決定や実践を必要とすることが多

(10) 従来の判例を前提とすると、立法の不作為について違憲違法の判決が出るのは難しいとされていた。判例は「…容易に想定し難いような例外的な場合でない限り…」と述べ、立法不作為の違憲審査を否認するほど厳しい制約を課したと解されていた（芦部 2023: 412）。熊本地裁判決は判例の射程を限定するなどの工夫をして、判例を変更しないまま、国家賠償請求を認める判決を導いた。つまり、従来の判例理解にそのまま従うと原告は負けてしまうので、社会正義の観点から、判例の拘束力を前提としつつ、判例の読み方を修正して、原告を勝たせたのである。

論 説

い。現実の社会問題について考察する際は、法を考慮に入れないと、その考察や主張は現実離れしたものになってしまう。一方で法的実践も哲学的思考を必要とするし、哲学的観点からの分析が可能である。現実の社会問題において、哲学的思考と法的思考の両方が必要なのである。そして、これは他の学問分野についても同じことが言えるだろう。

〈文献〉

- Austin, John L. (1962),1975. *How to Do Things with Words* (2nd ed.), J. O. Urmson and Marina Sbisa (eds.), Harvard Univ. Press (飯野勝己訳『言語と行為』講談社、2019)
- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust*, Harvard Univ. Press.
- Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*, Harvard Univ. Press. (森村進・鳥澤円訳『原理の問題』、2012、岩波書店)
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*, Harvard Univ. Press. (小林公訳『法の帝国』、未来社、1995)
- Hart, Herbert L.A. (1961), 2012. *The Concept of Law* (3rd ed.), Oxford Univ. Press. (長谷部恭男訳『法の概念〔第3版〕』筑摩書房、2014)
- Putnam, Hilary. 2002. *The Collapse of the Fact / Value Dichotomy, and other Essays*. Harvard Univ. Press. (藤田晋吾、中村正利訳『事実価値二分法の崩壊』法政大学出版会、2006年)
- Searle, John R. 1979. *Expression and Meaning*, Cambridge Univ. Press (山田友幸監訳『表現と意味』誠信書房、2006)
- Searle, John R. 2010. *Making the Social World*, Oxford Univ. Press. (三谷武司訳『社会的世界の制作』勁草書房、2018)
- Sunstein, Cass R. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford Univ. Press.
- 芦部信喜. 2023. 『憲法 (第8版)』岩波書店
- 飯田高. 2022. 「ソフトローとは何か」、法学教室497号10頁
- 和泉悠. 2022. 『悪い言語哲学入門』、筑摩書房
- 和泉悠・朱喜哲・仲宗根勝仁. 2018. 「ヘイト・スピーチ——信頼の壊しかた」小山虎〔編著〕『信頼を考える』、勁草書房、2018、第12章 (281頁)
- 江守正多. 2020. 「気候危機の現状と文明の『卒炭素』」哲学71号10頁
- 科学技術・学術審議会学術分科会. 2022. 「人文・社会科学の振興について—21世紀に期待される役割に応えるための当面の振興方策— (報告)」2022年6月11日

社会問題と法的思考——哲学との関わりを例に

- 金尚均〔編〕. 2014. 『ヘイト・スピーチの法的研究』法律文化社
- 小谷順子. 2014 (a). 「表現の自由の限界」金編2014、第5章 (74頁)
- 小谷順子. 2014 (b). 「言論規制消極論の意義と課題」金編2014、第6章 (90頁)
- 斎藤幸平. 2020. 『人新世の「資本論」』、集英社
- 山陽新聞社編. 2017. 『語り継ぐハンセン病——瀬戸内3園から』、山陽新聞社
- 出口康夫「応用哲学宣言」、戸田山ほか 2012、14頁
- 戸田山和久、出口康夫〔編〕. 2011. 『応用哲学を学ぶ人のために』世界思想社
- 戸田山和久、美濃正、出口康夫. 2012. 『これが応用哲学だ！』大隅書店
- 中村一成. 2014. 「ヘイト・スピーチとその被害」金編2014、第3章 (35頁)
- 中山信弘、藤田友敬〔編〕. 2008. 『ソフトローの基礎理論』、有斐閣
- 松垣伸次. 2017. 『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察——表現の自由のジレンマ』
法律文化社
- 松垣伸次・奈須祐治〔編著〕. 2021. 『ヘイト・スピーチ規制の最前線と法理の考察』
法律文化社
- 矢口洪一. 1993. 『最高裁判所とともに』有斐閣