

## まえおき

まだ法科大学院があった21世紀初頭、とある大学のロースクール棟、通称ガラス棟、最上階4階には401から404まで、教室が四つ並んでいた。夏は焼け焦げそうになる、南向きで窓のないガラス張りの廊下の先で、屋上というかテラスみたいなところに出られる。その先に、じつは小さな部屋があり、物置のようでもあるが、小さな演習ならばできなくもないようになっている。405となりそうなところだが、なぜか名前がない。それゆえ多くの学生はその存在を知らないが、冬学期、とっぷり暮れた金曜6限に、とある老教授の「公法の古典的基礎」という授業があった。カリキュラム上の位置づけは大学院系のヴェテラン担当者さえ知らない――。

以下この少し変わった授業の様子をお目にかけていたいと思う。活発なソクラティック・メソッドに基づいた即興的な授業だから、それを紙の上の文字にするのは難しいけれども、なんとか再現してみよう。再現のため内容を整理し少々理想化することにはなるが、事実、これに近い授業が現実におこなわれた。一家言ある学生ばかりだから、「そんな学生がほんとうにいたのか」と思われる方もいらっしゃるだろうが、現にいたのだから仕方がない。相当に勉強の進んだ研究者志望の学生や博士課程の学生が混じていたことも確かだが。先生のほうとはといえば、どうやら法律家ではなく、ギリシャ・ローマの歴史を専門とする老教授のようだね。こんな人がなんでまた法科大学院で教えているのだろうか。さぞかし潜りにちがいない。

あっと、授業の内容を説明しなければならないかな。そうでなければ読むかどうか決められないよな。どうやら日本の最近の公法判例を扱うものようだ。しかし公法の授業では全然なく、奇想天外な問答が進んでいく。大きな部分を占めるのがギリシャ・ローマのことで、これはまた、いったいどうしたことか

しょうねえ。老教授は註に一人称で登場し、いろいろな文献を読むことをさかんに勧めてくる。実際の授業ではこういうことはなかったけれどもね。おそらく勉強の進んだ学生が相手だったからだろう。

どうやら老教授の意図は、公法というものが成り立っているその大前提を考えさせたいということのようだった。議論が少々袋小路に入り込んでいる感のある問題に接近するにはそれしかないと思ったのだろう。

え？「そんな学生、うちの法科大学院にいるわけない」？ そう言われても困りますから、念のため、参加した学生諸君を簡単に紹介しておきましょうか。ゼミでも自己紹介くらいはありますものね。登場順にいきましょう。

**中村君**：簡単に説得されず疑うことを信条としており、懐疑派の哲学などを読みかじっているが、法科大学院では疑問をもつことを封印してきた。その憂さをこの授業で晴らす傾向が認められる。

**遠山さん**：勉強家の秀才であるが、少し優等生すぎる。それでもなぜかこの授業に出てくるだけあって、逸脱を理解する力ももっている。

**近藤君**：本来学究志望で泣く泣く法科大学院を経由する、しばしば見かけるタイプである。この授業には多く、毎年必ず一人二人はいる。そのような学生のなかでも正統派で、学部時代以来、テキストを厳密に読む訓練を諸々のゼミで受けてきた。

**吉野君**：根っからの自由人。おどけたところもある。自由な生き方ができると勘違いして法曹を志望した。趣味も豊富であり、海外旅行経験も多い。

**大森君**：吉野君の友達。調整能力に優れる自称リベラル。しかしその点に関する限り伊達ではなく、しっかり勉強している。

**横田君**：これもよく見かけるタイプで、本音のところでは政治哲学に関心が強い。たとえばハンナ・アレントに心酔し、ギリシャにも興味がある。

**三宅君**：やや珍しいタイプ。デモクラット。ラディカル・デモクラシーに情動的な共感をもつ。しかし法学的な議論と折り合いが悪い。

**沢井さん**：憲法学を志し、そのために政治思想史の研究を深めている博士課程の学生。歴史学の方面では先端的なレベルに達している。そのためしばしば概説レベルの知識を越えて研究最前線から発言する。

**田丸さん**：きわめてストレートに疑問を發することのできる学生。疑問を感じると授業の進行を気にせず、ただちに手を挙げ發言する勇氣がある。この老教授の授業を体系的にフォローしているので、占有などのキーワードにも通じている。

**風間君**：望まれながらも滅多にお目にかからないタイプ。法学的思考をマスターしており、かつ詰めた法律構成を愛する。老教授の授業の常連でもあり、したがって彼も占有を理解している。また必然的にローマ史に一定の知見を有する。

**黒木君**：ときどき見かける社会派。学部学生時代にヴォランティア活動をしていたタイプではないが、しかし弱者救済と社会的連帯を本気で考えている。

**南田さん**：ギリシャ悲劇に深く共感し、それでギリシャ史の勉強もしている。法学部在籍時以来、法律学に対する違和感を悩みとして抱えているが、最後の砦としての法の役割に頼むところ大でもある。

「自分はほんとうにすごい学生たちにずっと囲まれてきた、ほんとうに幸せだった、夢のようだ」と、老教授がつくづく述懐しているのをこのあいだ聞いてしまった。

若い人たちの知的潜在力だけは、世界がこのようになってしまっても、なお期待している。そこを低く見積もって低レベルに設定する高等教育は自滅の道をたどるだけだ。

たとえ名前のない幻の演習室においてであろうとも、集まった学生たちの知性だけは歴史的事実だから、以下において記録されるに値するだろうと思う。

## 1

## 政治制度の構築

——背景の色を変えれば  
違って見える

最判平 17-9-14 民集 59-7-2087 ふるさとは遠きにありて思ふもの事件  
(在外邦人選挙権訴訟)

### ● ● ● 事案の概要

**老教授：**まず簡単に事案を紹介してもらいましょう。

**中村：**日本国籍を有しながら海外に在住する人たちが、国政選挙において実際に投票をするための制度が準備されていないために投票できなかったという事案です。そのような制度を設営する立法を怠ったというので原告たちは国会つまり国の責任を問い、改正前と改正後の公職選挙法につき違法確認を、そして予備的に次期選挙における投票しうる地位の確認を、それぞれ求めました。さらに過去の分について損害賠償を求めました。「改正」というのは、在外選挙人名簿を作成して参議院比例区に関する限り在外の者の投票を可能にした立法措置を指します。

**老教授：**裁判所の判断をお願いします。

**遠山：**一審は違法確認の訴えを不適法として却下し、ほかを棄却しました。二審は控訴を斥けました。その主たる理由は、違法確認に関する限り過去の選挙についてなので確認の利益を失っているというものでした。予備的請求と損害賠償請求については、「憲法上正当な理由となり得ないことが明らかな前記の人種、信条、性別等による差別を除き、原則として立法府である国会の裁量に委ねる趣旨である」というのが理由です。

これに対して最高裁は、後者の点に関して上告を容れ、侵害が明白であるか、立法措置が必要不可欠でありかつ正当な理由なく長期にわたって怠った場合には、違憲であるとししました。立法裁量の限度をこのかたちで示したのだと思います。

● ● ● さあ、祭りだ、太鼓だ、飲めや歌えや！

老教授：みなさん、お祭りは好きですか？

一同：？？？

老教授：あれ？ いきなりお祭りの問題から入ったというのに、みなさん、それをご存知ない？ 公法という崇高なジャンルに挑戦しようというのに、それにしても少々下品ではないですか？

一同：？？？

老教授：ではききますが、われわれはなんの問題から入りましたか？

大森：立法不作為。

老教授：は？ 憲法の教科書の目次ではないんですから。もっと素直になりましょう。

横田：選挙の問題です。

老教授：そうですね。それで、選挙ってなんだか知ってますか？

三宅：民主主義の根幹です。

老教授：ほんとうにそうかなあ。

沢井：少女を集団化しアイドルに仕立て、人気を煽るための手段としても「選挙」は用いられます。非常にミリタリーな感じがして気持ち悪いです。現にこれに対して巨大なコンフォルミズムが発生しています。

吉野：選挙というと政治家と同様、悪いイメージしかないな。動員がかかったり、「戦い」が強調されたり、熱狂したりわめいたり。徒党のなかでも軍事化したタイプ、つまりヤクザを連想させる。

老教授：まず、選挙さえしていればデモクラシーだというのが間違いであるばかりか、そもそも選挙はデモクラシーと全然関係ありません。ギリシャでは選挙は貴族政のメルクマールでした。民会とそこでの選挙はデモクラシー以前の

要素で、デモクラシーはクジ引きで代議員を選びます。それでも、政治をまず立ち上げるため選挙は不可欠でした。この授業でいうところの政治です<sup>①</sup>。

遠山：自由独立の主体が厳密な議論により決定し、影で足を引っ張ったり横車を押ししたりせずに透明にそれが遂行されていく——、という意味の政治にとって、選挙はもっぱら違和感をもたらすにすぎないように思えますが。

老教授：なぜでしょうねえ。なぜ政治にとって選挙は不可欠か。にもかかわらずなぜ選挙は政治をメチャメチャにもしかねないか。

### ● ● ● 選挙の原材料

田丸：そういう両義性ならば、前回聞いた政治の成り立ち<sup>②</sup>がきつと関係しますね？

老教授：そのとおり。とんでもないものを素材として使う。毒キノコかフグのようにね。きちんと料理しないと大変なことになる。

まず素材からいきましょう。民会と選挙が近い関係にあることはおわかりですね。選挙の主体は民会です。しかるに、その民会という料理をどうやって作り出すのかといえば、以下のとおりです。所与に対して包括的な省察を加え透明な意識を得るというなかに、たとえば部族社会原理の徹底した解析と分解がありました。今自由を求めているわけですが、では自由とは何か。自由阻害要因から逆算で定義されます。さまざまな不透明な支配服従関係からの解放が自由であるとした場合、前者の根底に部族社会原理<sup>③</sup>があると洞察します。しかし、病原菌がこれだとしても、薬のほうもこれから生成するしかない。所与のすべてだからです。民会はいうまでもなく鍵を握る制度の一つですが、これは部族の原初的な組織原理を発掘して再利用することによって形成されます。

部族社会原理のほうをまず簡単に図式化しておく、諸集団がテリトリーをわかって暫定的かつ不安定ながら並び立っています<sup>④</sup>。人の区分はジェネアロ

① 本書 24 頁参照。

② 本書 19 頁以下参照。

③ échange や réciprocité はその一部である。

## 7

## 公共空間内の物的規律

——商売も  
哲学のうち

第1事案 最判平 3-3-8 民集 45-3-164 ヨットクラブ軍事化事件

(浦安漁港ヨット係留施設撤去訴訟)

第2事案 最判昭 50-4-30 民集 29-4-572 岡山の薬売り、オレにも売ら

せる事件 (薬事法距離制限違憲訴訟)

## ● ● ● 第1事案の概要

老教授：では最初の事案をお願いします。

風間：ある川の河口付近に突如、鉄道レールを杭として立てる構造物が全長750メートルにわたって現れました。同じ河口付近やすぐ上流には漁港があり、漁師たちから危険だという通報が町当局に対してなされました。町は河川を管轄する県に対して撤去を要請、県は杭の打設者が権利能力なき社団たるヨットクラブであることを突き止め、これに対して撤去を要請したところ、代表者から承諾の回答を得ました。

じつは、漁港側で水管橋をかけたため、ヨットがくぐれず、出られなくなるおそれが生じたため、急いでヨット係留施設を下流に作らなければならなかったという事情が存在しました。しかし町としては、ヨットクラブも県もなかなか動かないという認識をもつに至り、強制撤去を決定、ただちに業者と契約し、撤去し、職員に時間外労働手当を支払いました。この支出が違法であるとして、町民の一人が住民訴訟を起こした、というのが本件訴訟です。一審判決は両当事者の主張を並べるだけですが、請求を認容、二審もほぼそのまま維持、理由

としては、町はたしかに漁港の管理権者ではあるけれども、管理規程の整備がなく、法律に基づくことを前提とする代執行法の適用が不可能であり、したがって本件執行は違法である、という点を挙げました。民法720条後段の緊急避難の点についても、当座安全を確保する他の手段がまったくなかったとは言えないとし、要件に該当しないとしました。

これに対し、最高裁は、本件施設が違法であるということを確認しながらも、本件撤去強行は漁港法に違反し、代執行としての適法性を肯定する余地はない、と言ってはいますが、とはいえ緊急の事態に対処するためにとられたやむをえない措置であるから、「民法720条の法意に照らして」認められてしかるべきである、と結論しました。

## ● ● ● 川流れの禪

**老教授：**今日はまず川の話です。当然、「川とは何か」から議論を始めるのがこの授業ですよ。

**吉野：**え？ 杭の話じゃないんですか？ 「川流れの禪、食い（杭）にかかって離れない」という言葉だってあるんですから。

**黒木：**その川は大川、つまり隅田川だが、これは境川。江戸川から分かれるので隅田川の親戚ではあるが、少々異なるのだ。

**田丸：**川ならば天の川。七夕伝説です。

**中村：**ボクにとってはむしろ三途の川だな。渡し守にはお金を払わなければならない。

**大森：**なるほど、川は渡るものか。近いところでは、矢切の渡しだね。しかしボクにとっての川は流れるものだな。流れてなければただの水たまり。

**三宅：**流れてたって川かどうか。排水溝は川か。小川は川か。どぶは川か。しかし、干上がっても川は川。

**横田：**機能から考えると、本件のように航行との関連でいく場合と、取水や灌漑など水資源との関係でいく場合があるのではないかな。

**老教授：**それでいきましょう。とくに航行のほうで。航行の自由が問題ですから。



## あとがき

本書は、2008年度、そして2012-2015年度、東京大学法科大学院において選択科目「法制史I」としてなされた「公法・刑事法の古典的基礎」という授業のうち、前半の公法部分を基として成り立つ。ただし実際に行われたのは半分であり、他は新たに付加した。付加した中に、2005年度から2011年度まで行われた「法と記号論」（「現代法の基本問題」という必修科目群の一選択肢）からの三つの判例が含まれる。

参加学生数は20人から40人で、私の他の授業を遍歴してきたり著書を読んでいた学生が多く、研究者志望でその後事実研究者となった学生を相当含んだ。公式判決集テキストを基とするソクラティック・メソッドが採用されたが、活発に論戦を挑む学生や、自説を展開する学生が珍しくなく、おのずとディベートに移行することがあった。学生はまた明示的にそれを要求した。

このことを反映して、(50～70人の選択必修科目を反映した)前作『[笑うケースメソッド] 現代日本民法の基礎を問う』に比して対話篇的な色彩を強調した。その結果、多少理想化した。前作が実際の授業をそのまま写し取ったのと大きく異なる。これは以下に述べる素材の差に基づくものでもある。

民法と民事訴訟法の圧倒的な部分がローマ法によって準備されたものであることは自明であるが、公法に関する限りこのことは妥当しないように見える。たしかに事情はまったく異なる。にもかかわらず、予備的討論で見たとおり、公法の根底に政治システムとデモクラシーが存在し、しかるにこの政治とデモクラシーの概念は近代ヨーロッパのものではあるが、その近代ヨーロッパは政治とデモクラシーの概念を全面的にギリシャ・ローマの観念体系に負うのである。

近代自体がそうであるが、政治とデモクラシーにおいては依存度は極大であり、近代が付け加えたものはわずかであると言える。なおかつ、ギリシャ・ロ

ーマと近代の間の関係は複雑であり、絶えず省察の汗をたっぷりとかくことを要求してくる。かつ、政治とデモクラシーは深い思弁と省察を生命とする。まして近代の政治とデモクラシーはそうした省察が積み重なった上に存在する。そうした土台の上にさらにのる公法を論ずるには本格的な対話篇を要するということは常識に属するだろう。

そういうわけで、『民法の基礎』に比してギリシャ・ローマの範型、パラダイクマ、を用いる度合いがかえって多くなる。しかし他方、現代日本の、特に公法学が採る諸前提との乖離は民事法の場合に比してかなり小さくなる。何よりもこれは政治やデモクラシーという事柄の性質による。公法自体、とりわけ公法学は、定義上現実との緊張関係を極大化して成り立つ。ギリシャ・ローマというモデルが果たしてきた役割と同じである。現実自体とは如何にかけ離れていようとも、まさにその故に、公法学とギリシャ・ローマの間の連帯が成り立つのである。

前作と異なり、各章末尾に学習ガイドを置くというのではなく、それに相当する脚註を付した。本書の性質上大きな制約があり、とうてい本格的な学説史的文献ガイドなどではありえないが、できる限り、本文の議論に興味や疑問を持った読者が諸文献に当たってその先を自習することができるようにした（まとまった文献案内を置くとそれこそ膨大になるので、脚註の方が便利であると考えた）。

本書で学生たちが展開する議論は、実務はもとより教育現場からしても細部における精度を欠くものであろう。地下部分に太い杭を打とうというのであり、当然内装までに至らない。その点に読者は注意を払う必要がある。もっとも、だからと言って法学的精度が劣ることはないとは私は考えている。むしろ法学的概念構成を立て直すという意識に貫かれている。それは民法篇と同じである。基本の法学的概念構成が再建されなければ応用的な公法部門の再建もままならないのである。

授業後の感想を持つとすれば、現代日本において公法存立の真の基盤は存在せず、奇跡的に存在するかのごとく見えたのは、利益調整の回路が必要とされたからであるが、裏から言えば、この回路が衰え攻撃さえされるようになると、公法自体への攻撃が端的に行われる、のではないかと、いうものである。

「戦後民主主義」の遺産を死守することは短期的に最重要であるが、主とし

て経済の構造からくる変化（上に述べた回路の衰え）を越えて安定する真の基盤を求める努力は長期的に見ると基底적이다。私は畢竟その努力のための理論的指針をギリシャ・ローマから供給する役割であったと言える。未完に終わってしまったことは認めるとして。

本書もまた私以外の多くの人々の寄与に基づいている。何よりもまず各授業に参加した学生諸君に感謝しなければならない。若干の諸君は極めて遠くに緩やかに対話者のモデルになっている。

次に、本書は太田匡彦教授との毎年ほぼ授業と同時進行でなされた多量の議論を反映している。若干の判例は同教授の示唆に基づいて素材とした。同教授の議論の精度に遠く及ばないが、わずかでも新鮮な視角が提供されればと思う。さらに、福岡安都子教授の研究が大きな意味でベースの一つを成している。同教授が学問に向かって採る姿勢の厳格さを前にすれば、このようにプリテンドする資格を欠くが、負うところのものを申告する義務はだからといって阻却されない。他方、山本隆司教授の研究を初期の段階よりつぶさにフォローしてきたことが、同教授との一種の密かな対話として、本書に反映されている。また、同じような意味で、蟻川恒正教授の学問に対する共感が多くの箇所で息づいている。

本書は前作にもまして鈴木クニエさんの強い意志に押されるようにして成り立った。本書がそうした結果に程遠いにしても、公法学に深い基礎的な見通しを是非欲しいという彼女の決然たる意欲だけは確かなものであった。

最後に、ちょうど長年の教育活動に終止符を打つ時期にあたって、そのすべてを支えた妻ふみ江に対し、あらためて感謝の念を表明しておきたい。「三度のメシ」より好きな授業を断たれる私に彼女は、パドヴァの聖アントニオのように不忍池のお魚に向かって授業をすればいい、と言って笑う。

2016年晩秋

木庭 顕