

## 良心の自由について

……杜鋼建著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（二〇〇〇年）を読む……

### About freedom of conscience

……After reading “Du Gangjian, New Benevolence Theory:

Confucian Thought and Human Rights, 2000”……

鈴木敬夫

Keifu SUZUKI

**Summary:** This essay talks about the state of “the freedom of conscience judges are required to have” in China, a socialist state. There is no provision on freedom of conscience in the constitution of China. Whether prescribed by law or not, freedom of conscience can be considered an innate human right given to every person by God. In today’s criminal justice system of China, there is a “system of correction by forced labor” called

“taodong jiaoyang” 「労働教養」 meaning “inculcation by labor”. The system allows the police to deprive anyone of their personal liberty who has committed an anti-socialistic act in word or in deed, without going through any judicial proceedings and it constitutes an infringement of judicial power by executive power. Chinese judges are well aware of the fact that it is a violation of human rights but, bound by the so-called “four basic principles”, including “the principle of being led by the Chinese Communist Party”, which are stipulated in the preamble of the constitution, they are unable to demand abolition of the system. The fact of the matter is that the “four basic principles” actually infringe the independence of the judiciary and deprive judges of their right to spiritual freedom. On the basis of the traditional Confucian philosophy of China developed by “Du Gangjian, New Benevolence Theory: Confucian Thought and Human Rights, 2000”, in Chinese, 杜鋼建著《新仁学》儒家思想与人权宪政》(香港・京獅企画’二〇〇〇年) this essay contemplates the freedom of conscience that any judge is required to have.

「法律が正義への意思を意識的に否認し、たとえば人びとに対して人権を恣意的に与えたり、拒否したりするならば、その法律は法としての妥当性をもっておらず、国民はその法律に対してまったく服従の義務をもたないのであって、法律家もその法律の法としての性格を否認する勇氣を見いだすべきである。」(G. Radbruch) ※

## 目次

序 問題の所在……中国「労働教養制度」と裁判官の良心

一・規制人の良心

二・良心の自由と人格の尊厳

三・不義と良心的抵抗

結びに代えて……「制定法を超える法」と「操守良心」

## 序 問題の所在……中国「労働教養制度」と裁判官の良心

良心および「良心の自由」の問題は、東アジアにおいて優れて今日的課題である。日本においては「国旗及び国歌法」の施行後、《君が代》の強制斉唱をめぐる「良心の自由」等「君が代訴訟」<sup>①</sup>が、韓国においても「良心的兵役拒否」<sup>②</sup>をめぐる訴訟が提起されている。前者は、戦前における「教育勅語」下の臣民教育から戦後の「教育基本法」下の主権者による教育への意義、すなわち「教育の自由」をかけた裁判であり、後者は、ドイツ基本法第四条第三節にいう「良心的兵役拒否権」の保障等を、世界の普遍的な理念にすべきものとして訴え、宗教上の理由から銃を捨て平和と社会奉仕を志向するものであり、いずれも現代社会にとって重要な「国家に対する個人の尊重」を課題としている。

さて、本稿で取り上げるのは社会主義国家中国における「良心の自由」の問題である。わが国においては憲法第九条に「思想・良心の自由」が、第七六条第三項に「裁判官の独立と良心」が保障されているが、中国憲法にはこのような条項はない。だがその一方で、中国憲法「前文」では「四つの基本原則」<sup>③</sup>を掲げ、すべての制定法を解釈し適用するさいの基準を定めている。この「基本原則」が中国の《法治》を支える国家の根本法の「前文」に規定されて

いるだけに、思想の自由、学問の自由、表現の自由等が一定の制約を受けるであろうことは明らかである。思想の自由、良心の自由等が閉ざされている社会においては、人びとが人権と自由を訴え、真の意味における法制度の改革を主張することは至難であるといえよう。「人権としての良心の自由」<sup>4</sup>が叫ばれ、「思想・良心の自由は民主に優先する」<sup>5</sup>ことが説かれるのも、決して理由のないことではない。

この間、中国における憲政論者の一人杜鋼建教授は「双方法治秩序と基本権利体系……儒家秩序観の新仁学思考」（一九九五年）を著し、憲政の《正向秩序》と《反向秩序》の体系を示している。そして、「民意は天意」であり、「民重君輕、民本國末」を実現する秩序こそ《反向秩序》であるとして、個人の国家からの自由、すなわち「独立關係」を説いている。いわく「個人が国家からいかに独立しているか、まさにその程度は、良心の自由をどれほど自覚しているかによる。良心の自由をどの程度自覚しているかは、知識と見識によつて決められる。多くの場合、知識や見識が欠如している国民は、盲目的に国家権力に服従するようになる。知識や見識を高めることは、個人の独立と反向秩序關係を強化するのに重要な意義をもっている」<sup>6</sup>と。この民重君輕、民本國末の反向秩序をいかに育み、盲目的に国家秩序に服している個人とその良心をどう覚醒させるか。

個人が国家からどの程度独立しているか、それを顕著に示すものが司法の独立である。とくに裁判官の国家権力からの独立は、その国における民主と法治の程度を表す一つのバロメーターといえよう。もし、行政機関によつて司法手続きを経ることなく人びとの人身の自由が奪われ、裁判所の審判権が犯されているというのに、裁判官が手を拱いてこれを黙過しているとすれば、誰が行政権の濫用から司法権の独立を守るのであろうか。現下、とりわけ「人身の自由」を苛酷に制限している中国の「労働教養」問題を前にして、国家権力に唯々諾々と屈服している裁判官の良心が問われなければならないように思われる。今日、中国では、ようやくにしてこの労働教養制度に果たして法治とし

ての合理性が在るか否か、この改廃をめぐる真剣な議論がはじまった。<sup>7)</sup>

それでは、いわゆる「労働教養制度」（日本語訳として、広く《労働矯正》が当てられる）とは、いかなる法制度か。それは、「国務院の労働教養問題に関する決定」（一九五七年）<sup>8)</sup>、「国務院の労働教養に関する補充規定」（一九七九年）、公安部が定めた「労働教養試行規則」（一九八二年）等の法規を根拠に、犯罪行為が軽微で、刑事責任を追及するには至らない反革命分子・反社会主義の反動分子等を労働教養施設に送る、労働による教育をめざす行政的強制措置である。<sup>9)</sup> 現在、「労働教養所」（収容施設）は、中国全土に三一〇箇所あり、拘束されている者は三二万人と公表されている。<sup>10)</sup>

杜鋼建教授は、その論文「労働教養制度と人身の自由保障」（一九九六年）で、この制度を廃止すべきことを訴え、その問題を六点にわたって指摘している。<sup>11)</sup>

- 一・任意に労働教養の対象を画定し、異議を唱える者を情け容赦なく迫害する
  - 二・単位が、驚くべきことに人を労働教養に送り込む権利をもっているとするれば、それは人身奴隷制度の狂った存在である
  - 三・裁判所の審判手続きを経ることなく、任意に人身の自由を剝奪する
  - 四・法律上の論理に反して、労働教養は刑罰より重い
  - 五・労働教養所での就業を強制し、なんら法制を講じない
  - 六・少年への労働教養は、極めて非人道的である
- なかでも、もつとも重視しなければならないのは、この制度が「裁判所の審判手続きを経ることなく、任意に人身の自由を剝奪する」ことである。杜鋼建教授は指摘していわく、

労働教養制度は、まったく司法審判の手續きを重んずることなく行政機関の指導者は、いかなる単位の誰であらうと労働教養所に送り込み、人身の自由とその他の基本的人権を剝奪することができる。裁判所の審判手續と当事者の訴訟権は、労働教養を決定する過程では、まったく配慮されることはない。労働教養制度は、その本質からいって、裁判所の審判権に対する侵犯であるといえよう。中国の裁判所の裁判官は、裁判所の審判を経ることなく数年にわたる人身の自由を剝奪できる労働教養制度の存在を容認している。裁判官はその司法認識と人権意識を失っていることに、一定の責任を負うべきであらう、と。

まさに問われるべきは、裁判官の司法認識と人権意識の希薄さであり、そうさせている裁判官の良心である。もとより、中国においても裁判官は「法の番人」であるが、問題は、その解釈と適用がなされるさい依拠される法律が、法の階層性からみて「四つの基本原則」を掲げる中国的特色をもった社会主義憲法であるということである。法の効力は最上級の憲法によって担保されるからである。換言すれば、裁判官は一定のイデオロギーが内在した法律に拘束されているといえよう。

とはいえ、本来、裁判官は裁判官である以前に一人の人間であり、人間は必ず良心をもっている。個人の内奥の声、または人間の道徳上の内的法廷と呼ばれる良心そのものは、善・悪を行うに当たつての最終審である。それだけに、良心は「不知不可能性の法則」の下にある以上、「良心は知らないということとはできない。」つまり、人間の行為に關して、いったん良心が働くや、自分が「為すべきである」と判断したことを実際に行つたかどうか、あるいは自分が「為すべきでない」と判断したにもかかわらず、実際に行わなかつたかどうか、それを自分によく知っており、知らなかつたということとはできない。「労働教養制度」に対峙した場合、裁判手續きを経ずして三〇万人もの人権が蹂躪されていることを裁判官は永く容認しており、同時に、この制度には難点があり、改廃を「為すべきである」ことを承知

していたにもかかわらず、実際には何一つ為さなかったという史実がある。内的法廷における原告（自己内他者）の訴え、それに対する被告（自己自身）が「四つの基本原則」の下で「やむを得なかった」等と弁明したにせよ、一人の人間として「裁判官として為すべきこと」を放棄した「良心の呵責」ないし「良心の裁き」からは免れることはできないといえよう。裁判官は、良心の法廷を無視することはできない。無責任な良心の放棄は、まぎれもなく「良心の掟」を破ることを意味する。<sup>17</sup>

指摘されるべきは、裁判官は自己の良心に誠実でなければならない、ということである。儒学の行為規範の一つに「忠誠」がある<sup>18</sup>。人に誠の心を尽くすことが、すなわち誠にしたがうことが忠であるといえよう。自己の良心に忠であることができない者は、決して人に対して忠誠をつくすことができない。裁判官には人道、人格、人権等に忠であることが特に求められるといえよう。実に忠は誠にあり、誠は良心にしたがうことにある。こうしてみると、忠誠な裁判官であればあるほど、とうてい労働教養制度を黙過することはできないであろう。「労働教養制度」を改廃するには、自己の良心を自律し、つまり「其放良心」<sup>19</sup>によって国家権力に追従している自分を覚醒させ、奮い立たせる以外に道はない。そもそも良心は「不義」<sup>20</sup>を黙視することはできないからである。

今日、中国の裁判官は人権に対して無感覚な状態に陥っているといえよう。熟睡させられている良心を覚醒させ、奮い立たせ、良心の忠誠を獲得し、「四つの基本原則」の頸木から解放させ、自由にならなければならない。はたして、どうすれば裁判官の覚醒が成し遂げられるであろうか。その鍵は「学」と「思」<sup>21</sup>を会得することにある。以下では、杜鋼建著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（二〇〇〇年）に展開されている良心の観念を礎に、一・後天的に多くの規制を受けている規制人の良心、二・良心の自由と人格の尊厳、三・不義に対する良心的抵抗、そして結びに代えて、「制定法を超える法」と「操守良心」について一考しようとするものである。

※ Radbruch, Der Mensch im Recht, 2. Aufl., 1961. S. 106. ラートブルフ著作集4・『実定法と自然法』村上淳一訳、一二六頁。

## 註

- (1) 資料『君が代訴訟』「君が代」訴訟をすすめる会編（二〇〇〇年、緑風出版）は、日本における君が代訴訟の実態をよく記録している。優れた研究書として、西原博史著『良心の自由』増補版（二〇〇一年、成文堂）がある。なお筆者は、二〇〇五年六月二日、韓国忠北大学において『국기 및 국가에 관한 법률』에 관하여……『불관용적인 교육』에 대한 비판』（国旗及び国歌に関する法律について……不寛容な教育に対する批判）と題して特別講演を行った。その報告記録として、『韓・日三國의 西歐法의 受容과 定着』（二〇〇五年、忠北大学校法学研究所）一四頁～三〇頁がある。
- (2) この訴訟で、韓国最高裁判所は、二〇〇五年七月一日、いわゆる良心的兵役拒否の男性被告に対して懲役一年六カ月の有罪判決を言い渡した。判決は、「兵役の義務が履行されず国家の安全が保障されなければ、人間の尊厳も価値も保障されない。良心の自由が国防の義務に優越する価値とはいえない」とし、北朝鮮という現実の脅威を背景に徴兵制を敷く韓国として、個人の基本権より国防・兵役義務など社会秩序が優先されるとの考えを示した。分断国家における特殊性を強調した判決といえよう。『朝日新聞』二〇〇五年七月一日付。なお、この下級審では、少数の権利を積極的に解釈し、無罪判決が出ていた。同紙七月一日付国際面参照。また、良心的兵役拒否が宗教上の問題よりも、むしろ「良心の義務」としてなされている面を指摘した、二〇〇四・七・一五、선고二〇〇四도二九六五진원합의체 판결（병역법위반）판례공보二〇〇四・八・十五。一三九六頁～一四〇九頁を参照。
- (3) いわゆる「四つの基本原則」とは、①社会主義の道の堅持、②プロレタリアート独裁（人民民主独裁）の堅持、③中国共産党による指導の堅持、④マルクスレーニン主義・毛沢東思想の堅持であって、法の解釈や適用など、中国における一党独裁の「法治」は、この原則に従って執行される。とくに注目しなければならないのは、一九九九年の憲法改正において毛沢東思想について『鄧小平理論』が、さらに二〇〇四年の改正で江澤民の「三つの代表思想」は付け加えられたことである。『鄧小平理論』が「四つの基本原則」に追加された経緯について、郭道暉「毛沢東と鄧小平……中国の法治国家へ至る苦悩の道」（関西



大学第二二回公開講座報告・鈴木賢通訳、載於『ノモス』（関西大学法学研究所）第一一〇号（二〇〇〇年二月）三二七頁以下参照。

(4) 杜鋼建「非暴力的な反抗と良心的拒否……現代外国の兵役制度が直面している新たな問題」（一九九三年）において、良心的拒絶は、高い道徳性、すなわち人間の内的正義感ないし絶対的な道徳的真理に基づく権利であることが主張されている。鈴木敬夫「人權としての良心の自由……杜鋼建教授の良心的抵抗権」、載於『札幌学院法学』第一卷第一号（一九九四年）四三頁以下、とくに六七頁以下参照。

(5) 新憲政主義の下では、「人權と自由」を「民権と民主」に優先させて実現しなければならぬ。杜鋼建「從民権主義到人權主義……孫中山人權思想傾向析」、載於同著『中国近百年人權思想』（二〇〇四年、中文大学出版社）八四頁。この点を考察した鈴木敬夫「中国人權論における新仁学思考」、載於『民法学と比較法学の諸相』Ⅱ《山阜正男外古希記念》（一九九七年、信山社）、四三九頁。

(6) 《反抗秩序》は、仁愛権と平等権からなる「本末関係」、良心の自由、表現の自由からなる「独立関係」、国民の参政権を基礎とする「組織関係」、平和的抵抗権を掲げる「適切な抵制関係」の四つの関係から構成される。鈴木敬夫「中国の憲政と人權……杜鋼建教授の新仁学人權論素描」、載於『札幌学院法学』第一七卷第二号（二〇〇一年）、とくに一一頁以下。

(7) 多くの研究がなされているが、その代表的なものとして、二五篇の論文をもつて編纂されている儲槐植・陳興良・張紹彦主編『理性与秩序……中国労働教養制度研究』（二〇〇二年、法律出版社）が上げられよう。なお拙訳として、陳光中・陳澤憲・杜鋼建等の「労働教養」制度改廃論を収めた「労働矯正か教育矯正か」、載於『札幌学院法学』第一九卷第一号（二〇〇二年）一一頁以下がある。

(8) この制度における最高次の規範「國務院の労働教養問題に関する決定」（一九五七年）によれば、その対象者は次の四つの類型にまとめられる。

- ① 正業に就かず、無頼行為を行い、あるいは刑事責任を追及されない窃盜・詐取等の行為を行い、治安管理に違反し、しばしば教育しても改めない者。
- ② 犯罪行為が軽微で、刑事責任を追及されない反革命分子・反社会主義の反動分子で、機関・団体・企業・学校等の単位の解雇除籍処分を受けて、生活の道のない者。

- ③ 機関・団体・企業・学校等の単位内で、労働力がありながら、長期にわたり労働を拒絶し、或いは規律の破壊・公共の秩序を妨害し、解雇除籍処分を受けて、生活の道のない者。
- ④ 業務の分配と就業転業の配置に服従せず、或いは生産労働に従事させる勧告と指導を受け入れず、絶えず理由なく騒ぎ立て・公務を妨害し・しばしば教育しても改めない者。
- とくに問題視すべきは①および②の条項である。「無頼行為」や「反革命分子」・「反社会主義分子」ほど用語の不確定性は高い。この抽象的で曖昧かつ弾力性を有する概念は、適用する側にとって便利ではあるが、拘束される者にとって極めて危険なものである。のみならず九七年刑法改正で「反革命罪」や「無頼罪」が廃止されたにもかかわらず、労働教養の諸法規ではこれが適用の対象とされており、その数は全適用者の一〇パーセントに及ぶ。陳興良「中国労働教養制度研究以刑事法治為視角」、載於『中外法学』二〇〇一年六期六九四頁。この点を指摘して、但見亮「労働教養制度の危険性」、載於『早大大学院法研論集』第一〇三号（二〇〇二年）九二頁参照。
- (9) 但見亮「中国の行政拘禁制度改革……労働教養制度改廃の議論に関連して」、『比較法学』第三八巻第一号（二〇〇四年）九九頁において、「労働教養」とは、公安機関（注：広く警察作用一般を行う）の行う身柄拘禁措置であり、その実質は司法手続きによらない有罪決定に基づく懲役である、と定義される。このほか、但見亮「労働教養制度の危険性」（前掲）八一頁以下がある。いずれも最近中国における労働教養制度改廃論考を網羅したすぐれた研究といえよう。但見亮氏から、この貴重な論稿をご惠贈いただいた。記して感謝の意を表す。なお、鈴木敬夫「不寛容としての労働矯正……杜鋼建の中国労働教養制度廃止論」、『札幌学院法学』第一八巻一号（二〇〇一年）、とくに一八頁以下参照。
- (10) 『中国労働教養』一九九九年第三期、第四〇頁参照。陳澤憲・劉仁文・屈学武・馮銳による「關於改革労働教養制度的研究報告」、載於『理性与秩序……中国労働教養制度研究』（前掲）三三二頁。この数値については、別の『中国法律年鑑』（一九九五年）の司法統計によれば、中国全土に「労働矯正所」は二三五カ所あり、一九九五年現在、矯正を受けている者は一七八、三七七人とされている。張凌「統計に見る中国刑事司法」、載於『ジュリスト』一九九七年四月（No. 1199）、六一頁。
- (11) 杜鋼建「労働教養制度与人身自由」は、香港で発行されている『中國研究月刊』（A Monthly Journal of SINICA Research）一九九六年十二月号、四四頁〜五二頁に掲載されたものである。この全訳文が「労働矯正か労働教養か」『札幌学院法学』第一九巻一号（前掲）一四一頁〜一六一頁に掲載されている。杜鋼建教授の労働教養制度廃止論は、彼の儒学寛容主義に立脚して

いる。すなわち、「寛なれば則ち衆を得る」。「寛則得衆」を基本姿勢とするものである。儒学における寛容の主張は、主に支配者に対して向けられるものである。「寛」は「衆を容れる」ことを求め、「衆を容れて」こそ、初めて「衆を得る」ことができるというものである。寛容の原則を堅持してこそ、民心を得て民衆の支援を得ることができよう。『論語』にいわく、「君子はじめて賢を尊びて衆を容れ、善を嘉（よみ）して不能を矜（あわれ）む。我の大賢ならんか、人に於いて何の容れざる所あらん」。「君子尊賢而容衆、嘉善而矜不能、我之大賢與、於人何所不容。」（子張第一九）と強調している。『論語』金谷治訳注（一九八二年、岩波書店）二六一頁。杜鋼建「人權視野中寛容」、載於『法哲学与社会学論叢』（二〇〇〇年、中国政法大学出版）一九八頁。『寛則得衆』の観点からみて、「労働教養」は最も忌避されるべき不寛容な法制度であるといえよう。

(12) 「慶父不死、魯難未已」（左傳・閔公元年）、つまり、人民を害する元凶がいる限り、人民の苦しみを除くことができない、といわれる。杜鋼建教授はいう。「裁判所のもつとも基本的な職能は、もっぱら裁判権を行使することである。今日のように、行政機関が裁判所の審判権を無視し、自ら公民の人身の自由を長期に剝奪することができるというこの制度は、実に不法な乱国制度にほかならず、かつ残忍な制度であるといえよう。不法な制度を廃止しなければ、司法権を独立させることは難しく、仁義の道に達することは至難である。法制が悪ければ国家が乱れ、人心もこれに反抗するというものである。同「労働教養制度与人身自由保障」（前掲）四九頁。鈴木敬夫「不寛容としての労働矯正」、載於『札幌学院法学』第一八巻第一号（前掲）、二六頁～二六頁。

(13) 鈴木敬夫「法の効力について……G・ラートブルッフの哲学的効力論」、載於『札幌学院法学』第二二巻第二号（二〇〇五年）七頁。法学的効力論においては、下位の効力をその上に位する別の効力から演繹する手法が用いられる。だが、一つの法体制における効力の究極的前提について、その根拠を問われたならば、たちまちに行き詰まってしまう。ラートブルッフは、この点を指摘して「必然的にはいつかはそれ以上溯ることのできない権威的意欲の事実性」に突き当たることを教えている。Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1966, S. 174. ラートブルッフ著『法哲学』著作集1、二一七頁。したがって、「結びに代えて」でふれるように、法の効力論からも憲法を超える「制定法を超える法」が提起されることになる。

(14) 一定のイデオロギーの下で、「実定法が絶対主義化」“zum Absolutismus des positiven Recht”や「実力の愚行」“factum brutum der Macht”への法律の引き渡しは危惧されるのである。H. Weizel, An den Grenzen des Rechts (Die Frage nach der Rechtsgeltung), 1966, S. 24ff. 鈴木敬夫「法の効力について」、載於『札幌学院法学』第二二巻第二号（前掲）三八頁。

- (15) 「人間の道徳上の内的法廷」は「裁判官の良心」にも当てはまる。ホセ・ヨンバルト教授は、「裁判官の良心」にとつて、「裁判官の独立と同時に裁判官の自分の良心に従う義務を強調することは無意味なことではない。裁判官は公正な判断を下すために、独立する義務があることを忘れてはならない。」と説く。同著『人間の尊厳と国家の権力』（一九九〇年、成文堂）九八頁～九九頁、三一九頁；さらに同著『道徳的・法的責任の三つの条件』（二〇〇五年、成文堂）一四四頁～一四五頁。
- (16) これは、石川文康著『良心論……その哲学的な試み』（二〇〇一年、名古屋大学出版会）における「良心の三法則」のうちの、第一の法則である。第二は「絶対不謬性の法則」であり、第三は「時間性の法則」である。同著一三五頁以下。
- (17) いわゆる「主観的良心」からすれば、「自己弁護」、しかも内心の「自己弁護」、それは……たとえ本人が意識していなくても……、同じく内面に「訴える者」がいること、ひいては「裁く者」が控えていることを意味する。この訴えたり弁護したりする場を法廷とすれば、内面の法廷こそ良心そのものである。石川文康著『良心論……その哲学的試み』（前掲）一四一頁；ヨンバルト教授はいう。「自己の良心に背くようなことに協力してはいけないことも、良心の最大の掟である。」、同著『人間の尊厳と国家の権力』（前掲）三一九頁。
- (18) 良心への道は、人の「忠誠」に対する自覚自認に尽きる。杜綱建「寛容的思想与思想的寛容……儒家思想与寛容主義」、載於同著『新仁学……儒教思想与人権憲政』（二〇〇〇年、香港・京獅企画）一一五頁；鈴木敬夫編訳『中国の人権と相对主義』（一九九七年、成文堂）二二九頁。自己の良心に忠であることができなない者は、決して人に対しても忠誠であることができない。
- (19) 「放其良心」と「失其本心」については後に触れるが、孟子の《本心論》に依拠するものである。孟子は、人心すなわち仁心を失い、終に良心の道を外すことを「其路を捨てて由らず、其心を放ちて求むることを知らざる、哀しいかな」と述べている。『孟子』告子章句上・杜綱建「重構良心意識与保障良心自由……良心自由的新仁学思考」、載於同著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）三七頁参照。
- (20) これは儒学抵抗主義の要である。「不義」はすなわち「義を見て為さざるは、勇なきなり」義見不為、無勇也（『論語』為政第二の二四）を意味する。後に触れるように、不義に抵抗する良心こそ、『論語』義道の核心である。杜綱建「論語」四道与新仁学四主義」載於『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）一一頁以下；拙訳編『中国の人権と相对主義』（前掲）二二七頁以下。

(21) 日本憲法第一九条をまつまでもなく、広く裁判官には人間としての「思想の自由」があるといえよう。「裁判官としてもつべ

き良心」は、主観的良心とは異なる客観的価値観とそれに基づく判断が求められている。したがって、「客観的良心」として「学んで思わざれば則ち罔（くら）し、思うて学ばざれば則ち殆（あや）うし」「学而不思則罔、思而不学則殆。」（『論語』為政第二、一五）、は不可欠である。杜鋼建教授は「良心の道は『学』と『思』を守ることである。良心は『学』と『思』を通じて発現し、会得されなければならない」とする。同「寛容的思想与思想的寛容……儒家思想与寛容主義」、載於同著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）一二〇頁；拙訳編『中国の人権論と相对主義』（前掲）二四一頁。なお、裁判官の「主観的良心」と「客観的良心」について、ホセ・ヨンバルト著『道徳的・法的責任の三つの条件』（二〇〇五年、成文堂）一四二頁以下に詳しい。

## 一．規制人の良心

- “人之所不学而能者、其良能也、所不慮而知者、其良知也。”（孟子）
- “学而不思則罔、思而不学則殆。”（孔子）
- “知忠必知中、知中必知恕、知恕必知外、知外必知德、知德必知政、知政必知官、知官必知事、知事必知患、知患必知備。”（孔子）

「学んで人に成る」「学以成人」とは、儒学のもつ理念にほかならない。先天的に人がもっている「知端」からすれば、「学以成人」は学問の道であり、は良心の道である。およそ人は、自然人、規制人、そして仁人に分けることができる。ここでいう「規制人」こそ、自然人としての本性を回復させつつ、後天的な不利な環境を改善し、不当な規制を除去し、仁人へと成長し、発展する者である。現下の中国には、憲法の「四つの基本原則」、「労働教養制度」等々

の多種多様な法規制がみられるが、そうしたなかで「学」と「思」に励み、仁人を志向する者の一人に裁判官が当てられよう。規制人としての裁判官は、法律共同体の真つただ中であつて、自ら規制環境の改善に努めるよう要請されている者の一人である。孟子は「人の学ばずして能くする所の者は、其良能なり。慮らずして知る所の者は、其の良知なり」<sup>①</sup>、人之所不学而能者、其良能也、所不慮而知者、其良知也。という。まさに「学以成人」は、良能であれ良知であれ、仁人を志す良心を求める道である。換言すれば、「学んで仁人に成る」は、「良心に支配される人に成る」<sup>②</sup>、所謂成爲仁人、是指成爲受良心支配的人。ことを指している。杜鋼建教授は論文「良心意識の新たな構造と良心的自由の保障」（一九九五年）を著して、「学」と「思」を礎にした良心への道を説いている。いわく、

伝統的な仁学原理に基づいて、人を「自然人」と「仁人」に分けることができる。ここに、いわゆる自然人とは、後天的な環境がもっている良くない影響によつて形成された要因を取り除いた、自然の本性に合致する人を指している。一方、いわゆる仁人とは、後天的な環境がもっている良くない影響を不断に克服する過程で、しだいに自然の本性を回復する者を指している。自然人と仁人は、本質的には同じものであるといえよう。自然人は、後天的な環境に屈伏させられることなく、まったく自然の本性をもっている者であり、これに対して仁人は、後天的な環境の悪い影響を克服して、自然の本性を回復する者である。自然人は生来、必ず後天的な環境の悪い影響に直面している。それゆえ、自然人が不利な要因の影響を不断に克服して、自然の本性を保ち、また回復しようとするのは、個々の自然がもっている基本的な権利である。自然人は仁人の目標であり、仁人はまた自然人がめざす発展の方向でもある。良心的な人の性についていえば、それは自然人と仁人は同じものである。人文的な性質についてみれば、自然人と仁人には区別がみられる。自然人は、人文的な要因による影響を受けない者であるが、仁人は人文的な教育を経た者である。文化的な手が加えられたか否かは、自然人と仁人を区別する根本的な標識である。概して、仁人は文化人や文明人で

ある。具体的にいえば、仁人とは、文化的な薰陶を受け、文明による培育を経た自然の本性に合致する者であるといえよう。<sup>③</sup>

それでは規制環境の改善を、すなわち不当な法規制の排除を実際に担うのは誰か。ここで杜鋼建教授は、「規制人」という概念を提唱して、「自然人と仁人の間に存在するのが規制人である」という。いわゆる規制人とは、人が生れて以来、法律共同体のなかでその法律的規制の下に設けられる人である。人は生後、人文社会、法律共同体の規制を受けることになるが、このような規制は、国際法や世界法の規制であつたり、あるいは国家による諸規制や地方自治体の諸条例であつたりする。そのようななかで、国家の法律的規制は、主に立法規制、司法規制、行政規制として現れている。<sup>④</sup> 自然人は生を授けられるや否や必ず規制人となる。たとえ彼が国籍のない者であつても、必ず国際法、世界法の保護と規制を受ける。人にとって後天的な環境の不利な影響とは、主に法律的な規制の不利な影響を指している。法律的な規制の下で規制人は、何らかの抑圧を受け、人が生来もっている自然人の本性を屈伏させられる者である。法律的規制のなかにおいて、人がもつ自然の本性に反する規制は、いわば不当な規制といえよう。従来、法律共同体の規制には極めて多くの不当な規制がみられる。この不当な規制を除去し、正当な規制を伸長させることが、人が規制人から仁人へと成長、発展するためにもつとも重要である。<sup>⑤</sup> 杜鋼建教授は、規制の改革、「規制の緩和」等を通じて、人の良心を發揮させ、良心の自由を政体を実現することが、新しい憲政の要であるとみている。<sup>⑥</sup>

こうしてみると、自然人から規制人へ、さらに仁人へと至るのは、人の人生がたどるべき過程であるといえよう。この過程のなかで、良心は一貫してきわめて重要な位置におかれている。もし、法律的な規制において、不当な規制がすべての規制の重要な構成部分を占めているとすれば、規制人が良心を發揮し、それを規制環境の改廃に反映するのに不利である。人びとにとって法律的な規制の妥当性の程度が低ければ低いほど、人が規制人から仁人へと發展す

る可能性は低くなるといえよう。総体的にみて、法律共同体のあらゆる構成員について、法律的な規制の妥当性の程度と、仁人になる可能性の程度はほぼ対応している。それだけに実際の規制人にとって、「学習」すること、「智識」に励むことは、仁人への可能性を向上させる機能を果たしている。法律的な規制の妥当性は、人の「学」と「思」に基づき判断によって決まる。杜鋼建教授は、学習と智識は、良心を発現させ、人道の原則をしつかりと維持する重要な筋道であるとみている。孔子の「学びて思わざれば則ち罔く、思ひて学ばざれば則ち殆ふ」<sup>⑧</sup>「学而不思則罔、思而不学則殆。」<sup>⑨</sup>がよく言い尽くしているように、学ぶだけで考えなければ、知識を会得しても悟りを開くことができない。たとえ多くを学んだとしても、見聞を広め記憶力が優れているにすぎない。考えても学ばなければ知識の根柢を欠き、適宜に会得した知識を守ることすらできない。<sup>⑩</sup> 真実、学思を尽くしてこそ、その規制に真に妥当性があるか否を明らかにすることができるというものである。

杜鋼建教授は、さらに一步踏み込んで悪法による規制、不当な規制を排除する道を探っている。その論文「寛容の思想と思想の寛容……儒学思想と寛容主義」（一九九六年）において、「学」と「思」に、さらに孔子の「忠に九知有り」<sup>⑪</sup>「忠有九知」を加えて、両者による徹底した規制関係の改正と改善を主張している。曰く、「忠を知るは中（中庸）を知るべし、中を知るは恕を知るべし、恕を知るは外を知るべし、外を知るは徳を知るべし、徳を知るは政を知るべし、政を知るは官を知るべし、官を知るは事を知るべし、事を知るは患を知るべし、患を知るは備えを知るべし」と。「知忠必知中、知中必知恕、知恕必知外、知外必知徳、知徳必知政、知政必知官、知官必知事、知事必知患、知患必知備。」<sup>⑫</sup> はたして、孔子の掲げる「九知」とはどのような内容か。すなわち、内において思い、心を尽くすことよって中を知り、中は実に応ずることを以て恕を知ることになり、内の恕と外の度量で外を知り、内外の意見を傾聴すれば徳を知ることになり、徳は柔政を以てすれば政を知ることになり、正義をもって方向を弁別すれば官を知ることになり、



官は物を治めることを以て事を知ることになり、事に戒め恐れなければ備えを知る。学習に努め、九知に達してこそはじめて、良心や人道に忠誠であることができる。九知は、良心から発して、内から外へ至ることによって、しだいに徳を知ることになる。徳を知つてこそはじめて政事をよく治め、備えがあり、不安をなくすることができる、というものである。心を尽くして実に応じ、容恕と度量をもって意見を述べることが、徳政を実現する前提である。九知では、いずれも「学」と「思」を分離することができない。学ばなければ知ることができず、考えなければ知ることができず、考えなければ心を尽くすこともできない。このように考えると、良心を尽くし、良知にいたる鍵は、まことに「学」と「思」にあるであろう。「学」と「思」を通じて良心を会得し、その良心をことごとく尽くしてこそ、良心の政務面における積極的な機能が充分に發揮されるというものである。徳政は必然的に良心にもとづく寛恕の政治である。寛恕の政治とは、悪法による規制が除かれ、不当な規制が改善される「政道」に則つた政治にほかならない<sup>11</sup>。

以上に明らかにしたように、良心を發揮して仁人になるには、必ずや悪法を廃除し、不当な規制を改善することが求められる。規制環境の改善は、仁人になるための前提である。規制環境を改善するには、「学」と「思」を絶えず向上させ、「九知」に徹してこそ、しだいに法律的規制の不当な箇所を発見し、それを改正して、克服することができるというものである。それゆえ、人びとに学思と九知を保障し、すべての規制人を仁人へ導くことが、仁学の根本的な任務であるといえよう。時と場所を越え、法律共同体の規制環境がどのようなものであつたにせよ、規制人は「学んで人と成る」ことを通じて、その法律共同体がもつ規制環境の改善を目指し、かつ、それを促進させる生来の権利をもっている。「学」と「思」によって得られる「人権としての良心の自由」<sup>12</sup>は、まさに世界的な普遍性があり、いかなる法律共同体よりも、どのような規制権力よりも優先して存在するものであるといえよう。「人権は国権より高く、人道は国法より尊い」「人権高於国権利、人道高於国法」とはこのことである。これは新仁学が堅持する一つの基本原則、

すなわち仁学人權論の原則である。<sup>13)</sup>

## 註

- (1) 『孟子・尽心上』、載於杜鋼建著『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）三八頁、再引用。
- (2) 杜鋼建「重構良心意識与保障良心自由……良心自由的仁学思考」（一九五五年）、載於同著『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）三六頁以下。この論文の拙訳が「現代アジアの法思想」（二五）として、『札幌学院法学』第一三巻第二号（一九九七年）二七三頁以下に掲載されている。
- (3) 良心の自由などの基本的人權は、まず自然人として存在するために不可欠の自由な權利である。同時に、これは一人ひとり  
が仁人になるために欠くことのできない自由権である。杜鋼建教授はいう。いわゆる仁人になるとは、良心に支配される人になることを指す。自然人は生来、社会のなかでは自然の本性をまったく変えぬまま保っていることはできない。人のもつ自然の本性は、多かれ少なかれ、いずれも社会で抑圧を受け、屈伏させられるものである。社会条件は歴史的に定められている。人は生まれた後、社会環境の不利な影響を受けることになる。人が後天的な不利な要因の影響をいかに克服して、人文社会において良心の主導の自然の本性を保ち、それを回復するかは、仁学が研究しようとする問題である、と。杜鋼建著『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）四〇頁。
- (4) 司法、立法、行政にかかわる多様な法律的な規制のなかには、人道に合致する要因もあり、また人道に符合しない要因もみられる。したがって、いかに規制を創設し、これを改善して人を自然の本性に合致した仁人にするのか、まさに新仁学が注目する重大な課題である。既述のとおり、現下の不当な規制には、行政権を以て司法権を侵犯している「労働教養制度」があげられよう。司法手続きを経ることなく人身の自由を剝奪する制度は人道に合致しないことは明らかである。この制度を改廃すべきことは規制人の任務であるといえよう。杜鋼建著『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）四一頁：この点について、不寛容な労働教養制度を批判した小考、鈴木敬夫「法における不寛容……杜鋼建教授の新仁学人權論」、載於『日本法学』第六号第四号（二〇〇三年）二五頁以下に詳しい。
- (5) 杜鋼建「重構良心意識与保障良心自由……良心自由的新仁学思考」、載於同著『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）四

- 一頁；拙編訳『中国の人権と相対主義』（前掲）二八〇頁。
- (6) 「規制」とは、政府が有している自由を規制するための規制」であって、「規制を緩和しなければ自由は実現できない。」実に、不当な規制を排除し、新しい時代にそぐわない規制は改廃しなければ新たな憲政はあり得ない。杜鋼建「政治体制改革の切入点」、載於『決策咨詢』二〇〇三年二月三日、一二頁～一三頁。この点を扱った論文、鈴木敬夫「中国における政治体制改革への道……杜鋼建教授の新仁学『政道』論」、載於『札幌学院法学』第二卷第一号（二〇〇四年）二四頁。
- (7) 杜鋼建「重構良心意識と保障良心自由……良心自由的新仁学思考」、載於同著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）四一頁；拙編訳『中国の人権と相対主義』（前掲）二八一頁。
- (8) 『論語』金谷治訳註（前掲）卷第一、為政第二の一五。
- (9) 杜鋼建「寛容的思想与思想的寛容」、載於同著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）一一六頁；拙編訳『中国の人権と相対主義』（前掲）二四一頁。
- (10) 杜鋼建「寛容的思想与思想的寛容」、載於同著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）一一九頁、再引用。
- (11) 不法な規制が蔓延している法制は、寛恕不在の『政道』に外れた法制である。杜鋼建「寛容的思想与思想的寛容……儒家思想与寛容主義」、載於『新仁学』（前掲）一四六頁～一四七頁；杜鋼建教授はいう。「執政は徳を以て為す」『為政以德』と。この政道は仁道を目途とする。同『論語』四道与新仁学四主義（一九九三年）、載於同著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）一八頁；拙編訳『中国の人権と相対主義』（前掲）二二二頁。したがって、不当な規制を行う政治か否か、つまり寛恕な政治と暴虐な政治を区別する標準は、異なった政治的見解と異なった意見に対して寛容であるか否かを見ることにある。人びとの良心の自由を受容するという基礎に立つこそ、仁政徳治と憲政法治を実現することができる。異なった主義主張、異議を唱える者に対して寛容な徳政は、為政者が「学」と「思」に徹底してこそ実現できるといえよう。
- (12) 鈴木敬夫「人権としての良心の自由」、載於『札幌学院法学』第一卷第一号（一九九四年）四三頁以下。この拙論では主として、不当な規制に対する「良心的拒絶」の意義を取りあかった。
- (13) 杜鋼建「尽性順欲与礼節権度……關於儒家天人欲觀之新仁学思考」、載於『中国研究』一九九六年一〇月号、四六頁。なお、ここでいう「人権」の法哲学意義については、杜鋼建「關於人権主義若干問題的思考」、載於『藍州学刊』一九九二年第五期五頁以下；同「法哲学与人権法」、載於『天津社会科学』一九九四年第一期六一頁以下。この二論文の拙訳が『中国の人権と相対主

義』（前掲）、前者が一四四頁以下、後者が一六〇頁以下にある。

## 二・良心の自由と人格の尊厳

- 『其所以放其良心者、亦猶斧斤之於木也』（孟子）
- 『従心所欲、不踰矩』、『己所不欲、勿施於人』（孔子）
- 『始作俑者、其無後乎』（孔子）

生来の自然人が後天的な社会において多種多様な規制を受け、被規制人として「学」と「思」に励みながら、そうした規制環境の改善につとめ、その悪い環境を克服する過程において、自然人本来の本性を回復し、仁人にいたる経緯については、すでに述べたところである。規制人が不当な規制環境を改廃するには、自己を改める、つまり「其の良心を解き放つ」ことが前提である。これは人の自然的な属性と社会的な属性という二つの面を明らかにしたものである。すなわち規制人の自然の本性に基づく良心の解放は、究極的には仁人の良心へ、人びとの人格の尊厳をいかに守護するかに帰結する。自由なる良心の発露は、「心の欲する所に随う、矩を越ゆることなし」へ至る道であるといえよう。このように、古代より儒学においては良心と人格の觀念が提起され、人間は生まれながらにして理性にもとづく良心があり、人格の尊厳が掲げられていたことは、儒学思想と現代の国際人権思想がその根本的に一致していたことを如実に証明している<sup>1)</sup>。

杜鋼建教授は、その論文「中国古代儒学における人権思想」（一九九三年）で、「良心の自由」と「人格の尊厳」の

関係について述べ、その仁学的意味を展開している。<sup>(2)</sup>

まず、儒学は人の良心と仁性を肯定しているという。「仁者人也」「仁者は人なり」(『中庸』)は、儒学の人間とその人性に対する基本的な認識である。孔子は「人にして仁あらずんば、礼を如何にせむ、人にして仁あらずんば、楽を如何にせむ。」人而不仁、如禮何？人而不仁、如樂何？<sup>(3)</sup>と述べている。しかし、その中心的な思想は、仁性の重要性を強調することにある。人は仁の属性を備えているので、礼と楽の調整を受け入れることができる。樊遲が孔子に「仁」とはいかなるものか問うと、孔子は「愛人」「人を愛せよ」と答えている。<sup>(4)</sup>孔子の仁性に関する人道主義理論の基礎に立つて、孟子はさらに良心論を提起している。儒学において、孟子はもつとも早く良心の觀念を提起した思想家として知られる。孟子はつぎのようにいう。「其の良心を放つ所以の者は、亦斧斤の木に於けるが如きなり」、<sup>(5)</sup>「其所以放其良心者、亦猶斧斤之於木也。」と。まさに、孟子のいう良心とは、人に生まれながら備わっている固有の善良な心性、すなわち「仁心」にほかならず、いわば仁性である。このような良心の表現は、「惻隱之心」「惻隱の心」、「不忍人之心」「人の忍びざるの心」であるといえよう。孟子は、このように位置づけられる良心を、人びとの基本的な象徴とみなしている。すなわち「惻隱の心無きは、人に非ざるなり。人の羞惡の心無きは、人に非ざるなり。辭讓の心無きは、人に非ざるなり。是非の心無きは、人に非ざるなり。」<sup>(6)</sup>「無惻隱之心、非人也；無羞惡之心、非人也；無辭讓之心、非人也；無是非之心、非人也。」孟子のいわゆるこの「四端」(仁、義、礼、智)のなかで、「惻隱の心」がもっとも大切な位置におかれている。この「四端」は、いずれも良心を表現したものである。儒学は、こうした人間が生まれながらにもっている固有な良心や仁心を、人が人として尊ばれ尊敬されるべき基礎であるとみているのである。つぎに、杜鋼建教授は、儒学における人の欲性と悪性を肯定していわく、「人には良心や仁性のほかに、さらに第二的な属性がある。人性には必ず欲求があり、憎しみもある。儒学は、利を欲し悪を憎しみ、あるいは利に赴き悪を避

ける属性は、道徳上は中性である。そして人の欲性と悪性は、究極的には、人の仁性に従わなければならない」と述べ、これに対応させて孔子の教えを引き、「富みと貴きは、これ人の欲するところなり。その道を以てせざれば、これを得るも處らざるなり。貧きと賤きは、これ人の憎むところなり。その道を以てせざれば、これを得るも去らざるなり」<sup>7</sup>。富與貴、是人之所欲也；不以其道得之、不処也。貧與賤、是人之所惡也、不以其道不去之。<sup>8</sup>を掲げている。道をもつて人の欲と悪を決めるのは仁の準則である。それは、利に赴き、悪を避けるべきことを衡量する行為の方式にほかならない。したがって、この意味において、孔子の「ただ仁者能く人を好み、人を能く憎む」<sup>8</sup>唯仁者能好人、能惡人。が、これに当たるといえよう。

人は良心や仁性をもち、また利に赴き、悪を避ける属性をもっているだけではなく、さらに後天的な習性の影響も受けている。したがって習性のなかには、良心や仁性に反するものもみられる。孔子がいう「性は互いに近似し、習は互いに相遠退く」<sup>9</sup>性相近、習相遠とは、この道理を指している。杜鋼建教授にとって、孔子が習を責め性を責めないのは、人は良心や仁性を通じて、最終的には後天的に悪い影響を克服できると儒者が相互に信じていることの表明であるといえよう。孔子の後、孟子はさらに「其の良心を解き放つ」<sup>10</sup>放其良心、「おし拡め之を充（大）にする」<sup>11</sup>「拡而充之」という、良心を發揮する仁性的な実践論を提起している。孟子にとって、良心、仁性をおし拡め大きく發揮する重要性とその意義は、「凡そ我に四端のある者は、皆拡めて之を充（大）にすること知らねば、〔則ち〕火の始めて燃え、泉の始めて達するが若くならん。苟も能く之を充せば、以て四海を保んずるに足らんも、苟も之を充にせざれば、以て父母に事うるに足らじ。」<sup>12</sup>凡有四端於我者、知皆擴而充之矣、若火之始燃、泉之始遠。苟能充之、足以保四海、苟不充之、不足以事父母。<sup>13</sup>とすることにあつた。

こうしてみると、人間の良心や仁性は、ただ内心の奥深くに留まっていることはできず、おし拡め大きく發揮され

ることによって、人の行為を導かなければならない。人の欲と悪は導かれ、後天的な習性は克服されることによって、良心や仁性は実践されなければならない。人は良心を解き放ち、心性を尽くす過程においてこそ、初めて本当に仁人となるのである。ここにいう仁人への道は、被規制人が自然の本性を失うことなく良心に徹して、「学んで人に成る」<sup>10</sup>「学以成人」への道にほかならない。

確かに仁人への道は、良心や仁性に対する強い信頼に立脚しているといえよう。それがもつともよく表れているのが「心の欲する所に随え」という一節である。杜鋼建教授はいう。古くより儒学は、人の自己の実現と自己の解放を訴えている。人間の解放は、結局、自己を高めることによって達成される。孔子の説く「従心所欲、不踰矩」「心の欲する所に随へば、矩を越ゆることなし」<sup>11</sup>は、高度の主体意識と行為方式の統一された境地である。「心の欲する所に随え」は、外在的な強制によつては実現されない。「心の欲する所に随え」は、主体が自覚意識を充分に発揮することを通じて、主観と客観の統一を求めている。この「心の欲する所に随え」という主張は、人間があげて自由発展の理想の世界を追求することをよく言い尽くしている。

儒学は、また良心を自由に放ち、心性を尽くすために、人と己に対して一致した目標と原則を提起している。孔子はつぎのように述べている。「それ仁者は、己立たむと欲して人を立たしめ、己達せむと欲して人を達せしむ」、「夫仁者、己欲立而人、己欲達而達人」<sup>12</sup>。「己の欲せざる所、人に施すこと勿れ」、「己所不欲、勿施於人」<sup>13</sup>と。なぜ、人と己の相互関係を一致させ、しっかりと維持しなければならないのか？これは、人にはみな赴利避害性（利に赴き害を避けようとする属性）があり、人は己には、自分に対して害になるようなことをしないからである。そればかりか、己の心をもつて人に接し、己から人に及ぶようにすれば、己にとつても人にとつても有益である。<sup>14</sup>儒学が提起した「己の欲せざる所、人に施すこと勿れ」の原則は、全世界の文化において普遍的に認められ、受け入れられ、近現代にお

ける国際人権法の生成と発展に重要な影響を与えているといえよう。

杜鋼建はいう。確かに世界は、この「己の欲せざる所、人に施すこと勿れ」の原則とその理論を受け入れてはいるが、儒学における良心を自由に解き放ち、心性を尽くすことに関する実践的な意義については、未だ必ずしもはっきり認識されていないといえよう。現代こそ、儒学の仁性、欲性、習性の三者の關係に関する論理は、もつと明らかにされ広めらるべきであろう。儒学が提起している良心を自由に解き放ち、おし拡めて、心性を尽くし、「心の欲する所に随え」という実践論の主張は、その理性的な良心観をもって、現代の国際的人権論に理論的な基礎を与えている。

人間は後天的な環境の影響を受けると同時に、また、その環境を改善することができる。環境を改める前提は、まず人が自己を改めることにある。人は絶えず良心を自由に解き放ち、心性を尽くし、環境を改めることにより、悪い環境を克服し、自己を改造することを通じて世界改造へと至ることができるといふものである。これこそが儒学の良心や仁性の実践論が、すばらしい人権環境を創造する面における積極的な意義である、と。<sup>(15)</sup>

そればかりではなく儒学は、人間の主体性を高く掲げると同時に、その人格の尊厳に対する保護をとくに強調している。一方では、人の良心、仁性の面における平等性、すなわち人が仁者になり得る可能性を肯定し、他方では、また人の良心、仁性の面における主體的な行為の能動性をも肯定する。前者は、人格平等の基礎を確立し、後者は主体の実践と個性の発展に余地を拓いている。<sup>(16)</sup>

すでに明らかなように、良心や仁性は人格の尊厳が生まれる前提であり、かつ基礎である。人格の尊厳は不可侵であること、人格が独立していることは、いずれも儒学思想の重要な要因である。孔子の始作俑者、「始めて俑を作れる者」（最初に俑<sup>17</sup>ひとがたを造り出した人）に対する憤りと非難は、人格の尊厳を保護する面において、儒学の人道主義精神をもつともよく表現しているといえよう。孔子は、始作俑者、其無後乎、「始めて俑を作れる者は、其れ後（裔）



無からんか<sup>17)</sup>と述べて、ひどく憤り、これを非難している。さらに『禮記・檀記』においても、つぎのように記載されている。「孔子曰く、趨靈する者は善く、脩をなすものは仁無きものなり、十中八九人に用いるべしや」孔子謂為趨靈者善、謂為脩者不仁、殆用於人乎」と。この観点は、孔子とアリストテレスと異なるところである<sup>18)</sup>。儒学は、人格尊厳への不可侵性を強調するだけでなく、さらに人格の概念を拡大発展させ、伸長させて、国格という概念を提起し、国格侵犯を許さないことも強調している。人格と国格の保護は、儒学者が一貫して遵奉すべき使命といえよう<sup>19)</sup>。

儒学の良心、仁性説と現代の国際人権法と関連づけてみると、まさに両者に人の良心、仁性についての共通した認識があり、人にとって固有な尊厳と人格に対する共通認識に達することができる。良心、仁性と人格尊厳は、ともに人権の基礎を構成するものである。国連の『経済的・社会的および文化的権利に関する国際規約』（一九七九年）では、「これらの権利が人間の固有な尊厳に由来することを認め」と定めている。儒学における良心の自由と人格尊厳の思想は、広く国際的な人権の基礎理論を固め研究を強化するうえで、より参考にするべき重要な価値と意義をもっているといえよう。

## 註

(1) 『世界人権宣言』（一九四八年）では、はじめに「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利を承認することは、世界における自由、正義および平和の基礎である」と強調し、その第一条と第六条には、さらに人類には「理性と良心とを授けられており」、「すべて人は、いかなる場所においても、法の下において、人として認められる権利を有する」と肯定している。良心・理性・人格と尊厳というこれらの概念は、現代の国家社会が人権問題上で一致し、協力できる理

念的基礎である、と規定している。

(2) 杜鋼建「中国古代儒家的人権思想」、載於『人権新論』鄭杭生主編（一九九三年、中国青年出版社）第六章、二五〇頁〜二七

七頁。この論文の拙訳は『中国の相對主義と人權』（前掲）一九三頁以下。

(3) 『論語』武内義雄訳註（一九六八年、筑摩書房）卷第二八份第三の二、三三頁。

(4) 「仁」には、深く広い意味がこめられている。「汎愛衆而親仁」「汎く衆を愛して、仁に親しむ」① というが、人を愛するとは衆人を愛の対象とすることであり、それは親友に限ることなく、「四海之内、皆兄弟也」「四海の内、みな兄弟たらむ」ということを意味する。② 同時に、衆人を愛する精神は、まず身のまわりの者を愛する精神を育まなければならないことをいう。孝悌也者、其仁之本與、「孝悌なる者は、其れ仁の本たるか」③ ともいわれる。杜鋼建「《論語》四道与新仁学四主義」、載於『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）三頁～四頁。；拙編訳『中国の人權論と相對主義』（前掲）二二七頁。①『論語』武内義雄訳註（前掲）一九～二〇頁、「學而」第一の六；②『論語』（前掲）一一九頁、「顔淵」第十二の五。；③『論語』（前掲）一九頁、「學而」第一の二。

(5) 『孟子』下、小林勝人訳註（一九七四年、岩波書店）卷第十一の八、告子章句上、二四二頁。

(6) 『孟子』上、小林勝人訳註（前掲）卷第三の六、公孫丑章句上、一三八頁。

(7) 『論語』（前掲）卷第二、里仁第四の五、四一頁。

(8) 『論語』（前掲）卷第二、里仁卷第四の三、四一頁。

(9) 『孟子』上、（前掲）卷第三の六、公孫丑章句上、一三八頁。

(10) 杜鋼建「重構良心意識与保障良心自由……良心自由的新仁学思考」、載於同著『新仁学……儒家思想与人權憲政』（前掲）四〇頁。この拙訳が『札幌学院法学』第一三卷二号（一九九七年）二七八頁。

(11) 『論語』金谷治訳註（一九七七年、岩波書店）卷第一、為政第二、二八頁。

(12) 『論語』（前掲）卷第三、雍也第六の三〇、八八頁。

(13) 『論語』（前掲）卷第六、顔淵第十二卷の二、一五七頁。

(14) 「己所不欲、勿施於人」は恕道の觀念から生まれたといわれる。すなわち、恕を有している人に対する容認の面には、人を慮る推慮の側面がある。すなわち、「己から人に及ぶを推す」推己及人、つまり己のことを顧みて人のことを推し量ることへの深化である。この「推」は、「己欲立而立人、己達せむと欲して人を建せしむ」、「己欲立而立人、己欲達而達人」（『論語』卷三雍也第六の三〇、金谷治註、八八頁）とする立場と同趣旨である。鈴木敬夫「価値寛容主義の仁学的展開……杜鋼建の人權思

想」、載於『人間の尊厳と現代法理論』ホセ・ヨンパルト教授古希祝賀(二〇〇〇年、成文堂) 三六七頁。

(15) 杜鋼建教授はいう。理性的良心論は、現代国際人権法の理論的な基礎になっている。国際的にみて理性的良心論に関する理論は、いまだ貧弱なものであり、空洞化すらしているといえよう。この面において儒学の良心論、儒学の仁性の実践論は、相当地に豊富な内容と優れて緻密な体系をもっており、さらに高度の弾力性を備えている。仁であるか悪であるかは、いずれも自らが決定するものである。問題解決の鍵は、人間が良心や仁性をしっかりと実践するか否かにかかっている。同「中国古代儒家的的人権思想」、載於『人権新論』(前掲)、二五二頁、二五四頁；拙編訳『中国の相對主義と人権』(前掲) 一九七頁。

(16) 生を享有した後において、人がいかに環境や悪習の影響を受けたとしても、人間に固有な良心、仁性は、まったく失われてしまうことはない。それゆえ人間に固有な人格の尊厳は、つねに法律上の保護を受けなければならないものである。法律は、人の人格権を剝奪するようなことがあつてはならない。たとえ罪悪の大きな人に対しても、その人格を保護しなければならぬものである。杜鋼建「中国古代儒家的的人権思想」、載於『人権新論』(前掲) 二五三頁以下；拙編訳『中国の相對主義と人権』(前掲) 一九八頁。

(17) 『孟子』上、(前掲) 卷第一、梁惠王章句上、四三頁。

(18) 鈴木敬夫「中国人権論における新仁学思考」、載於『民法学と比較法学の諸相』II・山皇正男他古希記念(前掲) 四二八頁。人格の尊厳を主張する孔子とアリストテレスの説く正義論と異なる点は、アリストテレスは中小奴隷主階級の立場で奴隷制度を擁護し、この階級を主体とする共和政体を構想するが、孔子は「奴隷」それ自体を否定している。杜鋼建「孔子亜里士多徳法律思想比較研究」、載於『孔子法律思想研究論集』喬偉他主編(一九八六年、山東人民出版社) 三二四頁以下参照。

(19) 国家を人格化したのは、儒学の世界文化史における最初の快挙ではあるまいか。儒学が展開する人格から国格までの議論は、まさに現代の我われがいう個人の人権から団体の人権を主張する考え方と軌を一にしている。杜鋼建「中国古代儒家的的人権思想」、載於『人権新論』(前掲) 二五四頁；拙編訳『中国の相對主義と人権』(前掲) 一九八頁。

### 三．不義と良心的抵抗

○ 「不教民而用之、謂之殃民。殃民者、不容於堯舜之世。」（孟子）

○ 「今之所謂良民臣、古之所謂民賊也。君不郷道、不志於仁、而求富之、是富桀也。……而求為之強戰、是輔桀也。」（孟子）

○ 「賊仁者謂之賊、賊義者謂之殘。殘賊之人謂之一夫。聞誅一夫紂矣、未聞弑君也。」（孟子）

規制人は後天的な規制環境の改善に努め、不法な法制の改廃を生涯の課題とする。人びとにとって、国家による不法な法制は、為政者の立場を強要する不寛容な法制であり、まさに「上に位して寛ならず」「居上不寛」といわれるものである。いわば「和して同じくせず」「和而不同」とする仁道からみて、それは「同化」法制以外のなにもものでもなく、まさに不寛容な規制は「不義」そのものである。孔子が「義を見て為さざるは勇無きなり」「義見不為、無勇也」というように、ここに為政者への抵抗が起きるのは自然のなりゆきであろう。「抵抗不義」は、規制人の良心の発露といえよう。

そもそも、人びとが為政者に権力を握らせている目的は、為政者が民衆に奉仕し、民衆のために政治を行わせることにある。いわゆる「之をして事を主らしめて事治まり、百姓之に安んず。是れ民之を受くるなり」「使之主事、而事治、百姓安之、是民受之也。」とは、人民授權説の思想を指している。もし、為政者が人民から授權された趣旨に反して「民を害なう」「殃民」、「民を否定する」「罔民」、「民を虐待する」「虐民」などを行い、「民賊」、「暴君」、「一夫」、「独夫」となれば、人びとは自らの権利を守るために立ち上がり、その不義に対して反抗することができるといえよう。

杜鋼建教授の仁学抵抗権論は、これまで『論語』の道義と抵抗権、「儒学における抵抗思想」等として展開されている。とくにつぎの一節は、杜鋼建教授が孔子と孟子の不義に対する対応の相違を明らかにしたものである。

孔子はいう。「ああ、上は失しながら下を殺すは、それ可ならんぞや。其の民を教えずして其の獄を聴（決）するは不辜を殺すなり。三軍大いに敗するも斬るべからず、獄治まらざるも刑すべからざるは、罪の民に在らざるの故なり。今、令を慢にして誅に謹しむは、賊なり。生ずるに時あるに劍むるに時なきは、暴なり。教えずして成功を責むるは、虐なり。」嗚呼、上失之、下殺之、其可乎。不教其民而听其獄、殺不辜也；三軍大敗、不可斬也；獄听不治、不可刑也；罪不在民故也。慢令謹誅、賊也；今生也有時、斂也無時、暴也；不教而責成功、虐也。」と。暴政による抑圧の下で、君令に反抗するのは、「罪不在民」「罪の民に在らざる」という、孔子の虐政拒絶の主張である。

孔子の暴政や暴君に対する批判およびその「罪の民に在ざる」という抵抗思想は、孟子によつて理論的に明らかにされた。孟子はつぎのように述べている。「民を教えずして用いるは、これを殃（禍）すと謂う、民を殃する者は、堯舜の世に容れられず」「不教民而用之、謂之殃民。殃民者、不容於堯舜之世。」と。

これと孔子を比べてみると、孔子の訴えが暴政に反抗することに対する無罪論の主張であるとすれば、孟子はさらに暴政に反抗する権利論を提起したものと見えよう。孟子は「夫の民は今而後（乃）ち之に反（報）ゆるを得たるなり」「夫民今而后得反之也。」とするが、ここにみられる「得」「得たる」とは、孟子の暴政に対する反抗が人民の合法的な権利であるという観方をよく言い表している。

さて、杜鋼建教授の説く儒学抵抗権論は、抵抗権の形式と内容からみて、主として、つぎの四つの類型と段階がある。

まず、暴政や暴君のために仕えることを拒絶することである。孟子は、つぎのように述べている。すなわち「今の

所謂良臣は、古の所謂民の賊なり。君道に郷（嚮）わず、仁に志さざるに、之を富まさんことを求むるは、富ましむるなり。……之が為に強戦せんことを求むるは、是れ桀を輔くるなり」<sup>7</sup>。今之所謂良民臣、古之所謂民賊也。君不郷道、不志於仁、而求富之、是富桀也。……而求為之強戦、是輔桀也。<sup>7</sup>と言ひ、暴君のために仕える者は「民賊」であると叱り、暴君のために仕える行為は「富桀」や「輔桀」となるとして、厳しく注意を促している。暴政や暴君のために仕えるのを拒絶することは、儒学者の一貫した伝統的立場である。

つぎに、無辜の者が濫殺されるような場合には、暴政を避け暴君を捨てて、遠く離れることである。孟子は言う。「罪無くして士（卿）を殺さば、則ち夫は以て去るべく、罪無くして民を戮さば、則ち士は以て移（徙）るべし」<sup>8</sup>。無罪而殺士、則大夫可以去；無罪而戮民、則士可以徙。<sup>8</sup>と。彼は、齋宣王に対しても「君有過則諫、反復之而不聽、則去。」<sup>9</sup>「君に過ちあらば則ち諫め、之を反復して聴かざれば、則ち去る」と公然と指摘している。このように「移」、「去」という主張は、古代にみられた出国自由の訴えである。こうした出国自由論は、現代の人権に関する国際法規にはつきりと表記されている。<sup>10</sup>

さらに、君子の位を他の者に換えることや、暴君を放逐することである。前述した暴君に仕えることを拒絶し、暴君から遠く離れて出国する行為が消極的な抵抗行為であるとすれば、君子の位を他の者に換えることや、暴君を放逐する行為は、積極的な反抗に属する。孟子は齋宣王の問題に答えて、はつきりと「君に大過あらば則ち諫め、之を反復して聴かざれば則ち位を換（易）ふ」<sup>11</sup>「君有大過則諫、反復之而不聽、則易位。」と主張している。<sup>11</sup> 宣王は、これに対して「突然顔色を変じて」<sup>12</sup>「勃然變乎色」<sup>13</sup>怒ったが、孟子のこうした積極的な反抗思想は、断固として少しも動揺するようなことはなかった。

最後は、暴君や独夫を誅弑することである。この積極的な抵抗行為は、激しい革命行為に属する。暴力と謀殺とい

う手段をもつて暴君に反抗するのは、古代ではよく見られた抵抗行動である。儒学のこの面における主張は、きわめて鮮明である。孟子はつぎのように主張している。「仁を賊う者之を『賊』と謂い、義を賊う者之を『残』と謂う、『賊』『残』なるの人は、『一夫』と謂う。一夫紂を誅せるを聞けるも、未〔其の〕君を弑せるを聞かざるなり」『賊仁者謂之賊、賊義者謂之残。残賊之人謂之一夫。聞誅一夫紂矣、未聞弑君也。』<sup>13</sup>と。これは、理論と概念からみて暴君を誅する行動の正しさを論証したものである。

要するに、抵抗の対象とされる不義は、為政者の不寛容に始まり尽きるといえよう。「上に居て寛ならず」、すなわち『居上不寛。』である。儒学が寛容を求めているのは、その歴史的経験からみて、為政者がつねに不寛容であるからである。孔子は「上に居て寛ならず……吾れ何を以てかこれを觀んや」『居上不寛……吾何以觀之哉。』<sup>13</sup>と述べている。「上に居て寛ならず」とは、為政者の悪政、不当な規制環境の根本的性質に対する総括であり、その本性は「上に居て寛ならず」にほかならない。寛容を講ずるのは、主に為政者が民衆のなかにある異なつた見解に対して寛容を求めるためにある。はたして誰が不寛容な者であるか？ 為政者が不寛容である！ これは儒学の寛容問題における極めてはつきりした立場と見解である。儒学の寛容思想の予先は何より明らかである。儒学寛容の思想は、不義、不寛容に対して積極的な態度をとるものである。儒学の恕道における寛容には原則がある。「是れをも忍ぶべくんば、不寛容に對して積極的な態度をとるものである。儒学の恕道における寛容には原則がある。「是れをも忍ぶべくんば、孰をか忍ぶべからざらん？」『是可忍也、孰不可忍也？』<sup>14</sup>がそれである。寛容を講ずるには、「忍ぶべくんば」と「孰をか忍ぶべからん」とを分けて考えることである。忍んではいけない、または忍ぶことができないようなことがらに対しては、断固として闘わなければならない。忍ぶことのできる誤つた意見と行為方式に対しても、道理をもつて説得すべきであり、決してそれに迎合してはならず、または世俗に同調してはならない。不寛容な者に対して寛容であることはできない。このような不義、不寛容に対する儒学の抵抗思想は、現代の抵抗権論と概ね一致している。<sup>15</sup>

以下にそれを記して小括としたい。ラートブルッフ (G. Radbruch) はいう。「相対主義は、証明され得ないような論敵の信念に対する挑戦を含むと同時に、等しく否定され得ないところの論敵に対しては、これを尊敬せよと勧めるに吝かでない。その結果として、一方では断固として戦う態度をとり、他方では判断の適正を持するというのが、相対主義の倫理である」<sup>16</sup>。「相対主義……それは普遍的なる寛容である。しかし、不寛容に対してまで寛容ではない」と<sup>17</sup>。中国古代の「抵抗不義」にみられる積極的な要因を発掘し、それを発揚させ、現代の民主と人権法制の生かすべきことは、新たな規制環境の改善へ向けて、期待され要請もされているといえよう。

註

- (1) 儒学は義を見て勇み、直道して行うことを訴え、義を見て勇まず、事なきを求めて柔軟になることに反対する。儒学は「直なるかな史魚、邦に道あるときも矢の如く、邦に道無きときも矢の如し」『直哉史魚。邦有道、如矢；邦無道、如矢。』を称賛している。『論語』衛靈公篇第十五。『論語』武内義雄訳註（前掲）一六一頁。
- (2) 『孟子』下、小林勝人訳註（一九七四年、岩波書店）巻九の五、萬章句上、一四二頁
- (3) 杜綱建著『新仁学……儒家思想与人権憲政』（前掲）一頁以下、及び同『中国古代儒家的人権思想』、載於『人権新論』（前掲）二五九頁以下、現代的な課題を扱ったものに、「非暴力的反抗与良心拒絶……当代国外兵役制面臨的新問題」、載於同著『新仁学……儒学思想与人権憲政』（前掲）二二四頁以下等参照。
- (4) 『荀子』下、金谷治訳註（一九八五年、岩波書店）卷第二十、宥座篇第二十八、二九九頁。
- (5) 『孟子』下（前掲）卷第十二の八、告子章句下、二九九頁。
- (6) 『孟子』上（前掲）卷第十二の十二、梁惠王章句下、九七頁。
- (7) 『孟子』下（前掲）卷第十二の九、告子章句下、三〇二頁。
- (8) 『孟子』下（前掲）卷第八の四、離婁章句下、六七頁。
- (9) 『孟子』下（前掲）卷十の九、萬章章句下、二一六頁。



- (10) 『世界人權宣言』第十三条「すべての人は、各国の境界内において自由に移転及び居住する権利を有する。すべての人は、自国その他いずれの国をも立ち去り、及び自国に帰る権利を有する」と規定している。
- (11) 『孟子』下(前掲) 卷第十の九、萬章章句下、二二六頁。
- (12) 『孟子』上(前掲) 卷第二の八、梁惠王章句下、九〇頁。
- (13) 『論語』金谷註訳(前掲) 八俯篇第三、五一頁。
- (14) 『論語』武内註訳(前掲) 八俯篇第三、三三頁。
- (14) 『孟子』下(前掲) 卷第十一の十、告子章句上、二四二頁。
- (15) 儒学の抵抗権思想と現代の抵抗権はほぼ一致している。周知のごとく、抵抗権は、現代における国際人権法に規定されているばかりではなく、広く諸国の憲法に規定されている。だが、孔子と孟子は「君権は民から授けられる」『君權民授』と主張しているが、人権や民権を保障する面で、彼らの考えることのできたもっとも有効な手法は、当時においてただ民衆の力をもって暴政に反抗することではなく、議会制度、政党制度、選挙制度、分権制度を通じて、人民から授けられた政府の権利を制限し、均衡をはかるなどということ、とうてい不可能であった。したがって儒学が単に民権だけを知って民主政体の在り方を問わなかったことは、何ら不思議なことではない。この面をもって、今日の人びとは、古代の人びとを厳しく批判することは当たらないといえよう。古代の政体問題をいかに認識するかに関して、杜鋼建「孔子亜士多德法律思想比較研究」、載於『孔子法律思想研究』(前掲) 三三四頁以下を参照。
- (16) Vgl. Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934; in: Mensch im Recht, 1961, S. 81. 「法哲学における相対主義」ラートブルフ著作集 4・『実定法と自然法』(一九七四年、東京大学出版会) 四頁。
- (17) Radbruch, Mensch im Recht, a. a. O., S. 86.

結びに代えて……「制定法を超える法」と「操守良心」

第二次大戦当時、欧州ではナチズムが台頭し、ユダヤ民族の大量虐殺へと発展した史実は忘れることはできない。いうまでもなく、ナチズムはゲルマン民族の優秀性を鼓舞する民族主義であり、個人よりも国家を重視する超個人主義であった。それは、必然的に「法律は法律だ」とする「法実証主義」を掲げ、現実に存在する法、すなわち制定法や判例だけが法であるという法律観を育んだ。この法実証主義の立場によれば、いかに非道德的で邪悪な内容を含んでいようと、一定の妥当な手続きを踏んで制定されたものでさえあれば、それが法であるとみなされる。G・ラートブルッフ（Gustav Radbruch）は、再生自然法論の端緒とされる論文「制定法の形をした不法と制定法を超える法」<sup>1</sup>「Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht（1946）」のなかで、「まことに、実証主義は、法律は法律だ」というその確信によって、ドイツの法曹階級から、恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律に対して抵抗する力を奪い去ってきた。しかもそのうえに、実証主義は、自らの力で法律の妥当性を基礎づけることはまったくできない。法律の妥当性は、法律が自己貫徹力を有することによって、とうに実証済みだ、と実証主義は信ずる」と述べたことは、よく知られている<sup>1</sup>。

当時において、ナチスによる一党独裁の権威主義は、これに抵抗する一切の精神的自由を恐怖の底に陥れ、これを握り潰した。つまり、民主的な法治国家を可能にする諸条件、自由主義、個人主義、民主主義、平等、とくに「思想の自由」や「良心の自由」を訴える者は、すべて国家の敵と見做され、弾圧された。その結果、議会制民主政は解体の一途を余儀なくされた。その結果、ゲルマン人による「民族国家」は、終にヒトラーによる「指導者国家」へと

成長することになった。

「制定法国家の道徳的諸前提」(フランツ・ヴィーアッカー、Franz Weacker)が崩れ去ってしまったこの時期<sup>②</sup>、もともと打撃を受けたのは法治国家の根幹である三権分立である。ナチス下では、およそ司法権の独立、裁判官の独立は存在しなかったといえよう。実際に「どのような法律も總統の決断で」制定され、「總統が唯一の立法者である」と謳われた時代である<sup>③</sup>。はたして、ヒトラーによって制定された法律は、裁判官をいかに拘束したであろうか。ヒトラーに迎合した法学者の一人、カール・シュミット(Carl Schmitt)は、つぎのように書き遺している。「今日の全ドイツ法は、実定的に廃止されず、効力がなお存続している諸規定も含めて、専らナチズムの精神によってのみ支配されなければならない。これが解釈の第一の原理である。すべての解釈はナチズムの精神に則した解釈でなければならぬ。「裁判官による法の適用は例外なく、《ナチス党の綱領》に従い、ナチズムの精神から適用され、論述されなければならない」と<sup>④</sup>。ここで裁判官に求められるのは、一党独裁の指導者国家への献身であり、《ナチス党の要綱》に対する遵法の精神である。こうした徹底したナチスの法実証主義は、裁判官を自由な思考から權威な思考へと転換させた。裁判官はナチ法への同化を強要され、終に司法の独立性、裁判官の人格性は顧みられることはなかった<sup>⑤</sup>。

第二次大戦が終わり、連合国がドイツ国内に進駐するとともに、各地の裁判所では、戦時中のナチスの党员、協力者、公務員たちが関与したさまざま戦争犯罪に対する裁判が開始された。しかし、ナチに協力した被告人たちの主張は「自分はいくまでも法律を遵つて職務を遂行しただけだ」というものであった。つまり、裁判所は「ナチスが制定した法律がいかに邪悪なものであったにせよ、それが法律であったことには変わりはない以上、他の選択肢はなかった」という、彼らの抗弁に直面したのである。ドイツの裁判所がこのような難問に直面していた一九四六年、法実証主義を回顧し、ナチスの「制定法の形をした不法」を厳しく批判したが、ラートブルッフの前掲論文である。彼は、

法に内在する価値として、戦前から主張していた法の三つの理念、すなわち、法的安定性、合目的性、正義の相互関連を基礎に、実定法規遵守という法的安定性と正義の要請が衝突する場合について、つぎのように述べている。ラートブルッフはいう。

「正義の追求がまったくなされないような場合、正義の核心をなす平等が、実定法の規定に際して意識的に否認されたような場合には、そうした法律は、おそらく単に「悪法」であるにとどまらず、むしろ法としての本質をまったく欠いているのである。なぜなら、実定法も含めて、法を定義づけるとすれば、その意義からみて正義に奉仕するように定められた秩序であり、制度であるという外ないからである」と。<sup>(6)</sup>

この一節は、戦後の「自然法の再生」として余りにも有名である。ラートブルッフの「制定法を超える法」(übergesetzliches Recht)の観念からすれば、いわゆるナチスの「法」なるものは、等しいものは等しく扱うという正義の本質を、立法の初めから拒もうとしていた「制定法の形をした不法」(gesetzliches Unrecht)、あるいは「法律に偽装された不法」(verschleiertes Unrecht gegen das Gesetz)<sup>(7)</sup>であったことは明らかである。人間を人間以下のものとして扱い、その人間の自由を奪い、その平等を否認したナチ法は、法としての性格をまったく有していない、というべきであろう。なぜなら「制定法を超える法」は、その人間の本性や理性、自然の摂理に基づく人類普遍の法原理であり、なによりも人間の尊厳と天賦自然の人權を擁護する砦であるからである。

ところで、ナチズムへの同化が強要されていた時代、その当時の裁判官をいかに評価すべきであろうか。もし、精神的自由が閉ざされた裁判官が、「制定法の形をした不法」を適用して死刑判決を行った場合、果たしてその裁判官は殺人を犯したという理由で有罪とされる得るであろうか。ラートブルッフは前掲論文において、そのような裁判官をはつきりと糾弾している。いわく、裁判官がナチスの実証主義から誤った教育を受けたために、制定された法律以外

の法を、つまり「制定法を超える法」について何ら知らないと主張し、もし知っていたとしても、もし、そのような「制定法を超える法」に従うような行為をすれば、自身の生命を危険にさらすことになる、最後の抗弁をするであろう。しかし、裁判官は専ら正義を志向すべき者である以上、裁判官のエートス(Ethos)としては、いかなる犠牲を払っても、時には生命を賭けても、このような弁明をすることは許されないであろう、と。この一節は、ラートブルツフが、裁判官の職業倫理やその裁判官の魂を以て、生命を賭けても、正義に反する「制定法の形をした不法」に抵抗すべきことを指摘したものと読むべきであろう。このようなラートブルツフ抵抗の精神は、先に考察した儒学の義道、すなわち「身を殺して仁に成る」「殺身成仁」や「身を捨てて義に就く」「舍身就義」という「不義抵抗」と軌を一にするものといつてよい。

現在、中国は憲法の改正をはじめ、多くの法律を整備して名実ともに法治国家建設の一途を歩んでいる。二〇〇五年の憲法改正では、私有財産の保護を明示し、社会保障と人権尊重も規定された。しかし、一連の法改革のなかで、早急に進めるべき改革は司法制度の改革であろう。国家権力から裁判所を独立させ、その地位を向上させなければならないことは、多くの研究者が指摘するところである。この改革では、重点を裁判所の管理において、裁判所の人事に関する権限と裁判所の財政権を独立させることである。要は、この司法制度の改革は、裁判官の「良心の自由」を保障することを主な目的にしなければならない。

中国の裁判官の「良心の自由」にとつて、最も火急な課題は、『労働教養制度』の廃止であろう。すでに触れたように、この「労働教養問題に関する決定」等（一九五七年）は、憲法、刑法、刑事訴訟法、行政処罰法等とまったく相容れない制定法である。犯罪が軽微で刑事処罰するまでに該当しない法令違反者を、「労働教養」の名の下に、司法手続きとその判決によることなく長期にわたり人身の自由を拘束するこの《治安行政処罰》が、はたして憲法にいう《法

『治』であるか否か、裁判官は良心にかけて自問自答することを怠っている。中国には、この行政権による治安行政処罰行為が、司法権すなわち裁判官の《裁判権への侵害》であると承知していながら、これを黙視している現実がある。まさに黙視は良心の放棄である。この無責任な良心の放棄は、裁判官である以前に人間として、自由で責任のある行為をすべきことに対する認識の欠如以外の何ものでもない。<sup>(9)</sup> たとえ、中国憲法に良心条項が規定されていないとしても、誰もが天賦自然の法理、すなわち「制定法を超える法」に依拠する良心の存在を否定することはできない。人間に普遍的なこの法理からすれば、「労働教養」制度は、人間の仁性を否定する「制定法の形をした不法」にほかならず、廃止されるべき不法な法規制である。裁判官等司法に携わる者は、不法な行政的法規制を黙許することなく、その果敢な良心を以て「不義」の廃絶に努めるべきである。自然人であり、規制人であり、そして仁人であるべき裁判官は、現下において良心の覚醒につとめ、学・思を併進させて「操守良心」<sup>(10)</sup>に徹するべきであろう。

## 註

- (1) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963, S. 352. ラートブルフ著 作集 4・『実定法と自然法』（一九七四年、東京大学出版会）二五九頁。多くの場合、ラートブルフのこの主張は、戦後の「再生自然法論」の源流として評価されるが、実は、彼の実証主義批判は、早くも一九一九年に始まっているものである。いわゆる「法律学上の実証主義、それにとって法は国家の恣意以外のなものでもなく、法感覚は服従以外のものでもない。このような権力への偶像崇拜は、現実主義政治の時代、権力国家の時代の法律学上の部分現象を意味していた」と Radbruch, Ihr jungen Juristen!, Berlin, 1919, S. 13. Vgl. Hubert Rottebner, Substanzieller Devisionsmus, in: ARSP, BEIHEFT Nr. 18 (1983), S. 22.
- (2) Eranz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 460. ナチズムと実証主義に関する優れた研究として、竹下賢著『実証主義の功罪……ドイツ法思想の現代史……』（一九九九年、ナカニシヤ出版）三四頁以下、三八頁。

- (3) Georg Dahm, Deutsches Recht, 1944, S. 231.
- (4) Carl Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: JW 1934, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.
- (5) 裁判官の思考が権威主義的なものに墮した実態は、戦前の日本および日本が植民地統治をしていた時代にも当てはまる。すなわち日本は三六二間にわたって朝鮮を植民地支配したが、この間の朝鮮総督府下の刑事司法行政、五〇〇年間にわたる台湾総督府下の刑事司法行政は、日本帝国主義乃至軍国主義下の「制定法の形をした不法」に依拠した植民地統治であったといえよう。日本植民地台湾において、支配者は「匪徒刑罰令」や「台湾総督府臨時法院条例」等を駆使して抗日闘争を弾圧し多くの犠牲を強いたが、それらは日本帝国主義乃至軍国主義を信奉し、植民地統治法という「制定法の形をした不法」に遵守し、かつ迎合した裁判官によってなされたものである。また一五年戦争下においても、「治安維持法」は「国体護持」を掲げて抗日思想の弾圧に猛威を奮ったことはよく知られている。国内においても、当時の最高法院は「治安維持法」に基づき、朝鮮民族独立運動を厳しく裁いているが、そこには紛れもなく天皇を神格化した「大日本帝国憲法」の下で、法実証主義を信奉し、良心の掟に背いた裁判官の姿がみられる。鈴木敬夫著『朝鮮植民地統治法の研究』（一九八九年、北海道大学図書出版）、とくに「太平洋戦争と決戦教育」二〇一頁以下。さらに植民地台湾の権威刑事法の展開について、王泰升「植民地台湾の弾圧と抵抗……日本植民地統治と台湾人の政治的抵抗文化」（鈴木敬夫訳）、載於『札幌学院法学』第二二巻一、二〇〇四年）二二三頁以下。
- (6) Radbruch, a. a. O., S. 353 著作集 4 (前掲) 二六一頁。この論文が戦後の再生自然法論に極めて大きな影響を与えた理由は、それが「正義の核心である平等」の意義を、自然法を基軸にして強調し、人間の尊厳を力強く掲げたことによる。
- (7) Radbruch, SJZ47, Sp. 633, この「法律に偽装された不法」の概念とその法的効力について、鈴木敬夫「法の効力について……G・ラートブルッフの哲学的効力論」、載於『札幌学院法学』第二二巻第二号 (前掲)、とくに三六六頁以下。
- (8) Radbruch, a. a. O., S. 356 著作集 4 (前掲) 二六五頁。この箇所ですらラートブルッフは「裁判官が支配的な実証主義から誤った教育を受けたために、制定された法以外の法を全く知らなかったとしたら、実定法の適用に当たって、彼が法を曲げるとい

う故意をもちえたであろうか？」と問うている。問題は、裁判官が「制定された法以外の法を全く知らなかった」、「*das stein ander es als das gesetzte Recht nicht kannten.*」とする点である。筆者は、「裁判官の「良心」をもってすれば、このような主張を否定できるのではないか」とするのが本稿の立場である。

- (9) ナチス下の「良心的抵抗」について、デートリッヒ・ボンヘッファー (Dietrich Bonhoeffer) の告白は、労働教養制度に對する裁判官にも妥当するであろう。ボンヘッファーいわく、「ドイツ人のすべての道徳的根概念は動揺せざるを得なかった。ドイツ人は、ある決定的な基本認識がなお欠けていた、ということがあきらかにならざるを得なかった。すなわち、職務や任務に反してでも、人間として自由で責任ある行為をする必要がある、ということの認識である。その代わりに、一方では、無責任な良心の放棄が、他方では、決して行為に結びつくことのない自虐的な良心の呵責が表れた。だが、市民的勇氣は、ただ、自由な人間の自由な責任性からだけうまれる」と。Dietrich Bonhoeffer in Selbstzeugnissen und Bildokumenten, dargestellt von Eberhard Bethge, 1976; 宮田光雄・山崎和明訳『デートリッヒ・ボンヘッファー』(一九九二年、新教出版社) 二一九頁〜二三〇

- (10) 「良心の操を守る」『操守良心』。儒学の寛容思想は、良心に對する忠誠に源がある。寛容は良心に基づく寛容であり、良心的な思想・表現の自由に對する寛容である。良心を尊重し良心の操を守り、良心に忠誠をつくすことは、寛容思想の最も高貴な理念であるといえよう。孔子は「心」を論ずるさい、「操りは存じ、舎は亡ぶ。出入りなかりせば、其の郷を知らず」『操則存、舍則亡、出入無時、莫知其郷。』(『孟子』下、小林勝人訳注(前掲)、告子章句上、二四二頁。)と述べ、良心の道とする特徴は自由であり、平等であることを指摘している。杜鋼建「人權視野中の寛容」、載於『法哲学与社会哲学論叢』(二〇〇〇年、中国政法大学出版社)、二〇一頁〜二〇三頁。新仁学では、より積極的に人はその自然人、規制人、仁人という全生涯において、『操守良心』を貫徹すべきことを教えている。

(すずき けいふ 本学法学部教授)