

# 適法と違法の間 —法適用と遵守の倫理性について—

## Between Legality and Illegality - A Study of legal Ethics -

木原 淳\* (KIHARA Jun)

### Abstract

From modern dualistic law thinking, all human behaviors should be divided into two categories, legality and illegality. However, there is another legal domain between legality and illegality, or there are phenomena, which are clearly illegal but left as permissible behaviors. This paper considers this special domain of law world.

### 1. はじめに

経営・ビジネスや、医療、工学技術をはじめとして、今日ほどあらゆる職業分野において専門家の「倫理性」が言及される時代はないといえよう。しかしこれまでの「倫理学」は、実践的場面での回答に対して決して積極的ではなく、多くは倫理思想史や形而上学的な分析、最近では言語行為論的な分析に終始し、社会の実践的場面で要求される倫理問題に対する回答への提示を怠ってきたのが実情であった。こうした姿に対抗する形で職業倫理に関する考察が、とりわけアメリカで70年代以降、重ねられるようになったが、この問題領域は「応用倫理学(applied ethics)」と総称され、倫理学者よりも、むしろ経営学、医学、工学の専門家等、各学問領域の中で実践的考察がむしろ積み重ねられ、発展してきた<sup>1)</sup>。

応用倫理学諸分野が今日隆盛を誇る中、あらためて自らの課せられた使命に対する怠慢を痛感させられるのが法律学である。「正しさ」を基準とした実践的な判断を問題とする応用倫理学は、規範を扱う点で法律学と共通の土台をもっている。そもそも権利と義務、法と倫理が一体化した「旧き良き法」を清算してゆくローマ法の継受は、法と倫理の緊張関係という近代ヨーロッパ法律学の

基層となっているし、トマジウスやカントなど、啓蒙主義に立脚した近代の法理論・法哲学の出発点は、法と倫理の関係をいかに関係づけるか、ということにあった。この考察の積み重ねから、内心を義務づける「道徳」と外形を規律する「法」の分離が説かれ、逆にこうした空虚かつ抽象的な「道徳」を、法との関係で具体化するヘーゲルらの、「倫理(Sittlichkeit)」の主張にも連なってゆく。19世紀の法理論は、それまでの自然法論のイデオロギー性を批判し、法実証主義を支持したが、法実証主義もまた啓蒙主義以来の法・道徳分離論を当然のこととして継承した。いずれに立場にせよ、そこでは法と倫理との関係に関わる、一定の世界観的回答を提示していたわけである<sup>2)</sup>。

ところで法と倫理の関係として、これまで問題としてきたのは、「合法的だが、道徳的に問題となる行為」というべき状況であった。ある行為が、法と道徳の関わりで問題となる状況としては以下のように、合法—違法の対と、道徳的—非道徳的という対を組み合わせて考えてみることができる。

	道徳的評価	道徳的非難
合法	A	B
違法	C	D

\*福島工業高等専門学校 一般教科社会 (いわき市平上荒川字長尾 30)

まず倫理的にも法的にも問題とならない領域として、D の、違法かつ反道徳的な行為を挙げることができる。この組み合わせは、かつて今も考察の対象とする必要はない。また A の、合法かつ道徳的な行為、という組み合わせがある。この領域に属する行為も論点とはならない。経営を通じ、利益追求のみならず、さらに道徳的責任を積極的に果たす事例としては、たとえばリーバイス社が、発展途上国における教育問題の解決のために努力している点を挙げることができる。ただその姿は、賞賛されこそすれ、あらゆる企業に要求しうる水準を超えている<sup>3)</sup>。この事例は何らかの利益のために非道徳的な行動をとらざるを得ないジレンマ状況を主な関心領域とする応用倫理学では、特殊な例外に属する。単なるコンプライアンス以上の道徳性追求を問題とする立場においては、重要な例といえるが、この場合、違法行為は出てこないの、倫理と法との交錯する領域ではない<sup>4)</sup>。

これに対してかつて現在も大きな論点と位置づけられてきたのが、B の、合法だが、非道徳的な行為である。外形上は適法だが、道徳法則への義務としての服従ではなく、功利的な計算による選択として、法律は遵守しておく方が楽で得だから、といった動機に導かれた行為である。むろん現実の市民社会において、市民への法的要求は外形上の合法性で満足する他ない。また市民や企業は、行為の選択において意識的にせよ無意識的にせよ、功利主義的な計算をせざるえない。カントはこのような、道徳法則への服従義務とは関係なく、外形のみ法に一致する事態を合法性 *Legalitaet* とよび、道徳法則に純粹に導かれる形での法に一致する行為の性質を道徳性 *Moralitaet* と呼ぶことで、適法的な行為の倫理的評価を、二種類に区別した<sup>5)</sup>。

しばしば挙げられるフォード・ピント事件は、この区分が問題となる典型的なケースと言える。フォード経営陣は、安全確保のための設計変更に伴うコストと、設計変更を回避することで予想される死傷者への賠償金コストとを、計算した結果、設計変更を取って中止し、死傷者回避のための最善の方策を選択しなかった。結果的にフォードは1億ドルを超える懲罰的損害賠償責任を問われることになった。このケースは一見したところ、倫理学上の帰結主義の不合理性を示すもので、倫理的選択に際してのカント的義務論の正当性を裏付

ける事例にも見える<sup>6)</sup>。このケースは義務論と帰結主義との際限のない争いに決着をつけるものではないが、倫理的行為を考察する上での様々な教訓や思考材料を提供するものであろう。

## 2. 許容されている違法？の問題背景

法と倫理との関わりにおいて、上記の組み合わせに加え、より深刻だが、十分に意識されていない組み合わせと思われるのが、C の、違法であるにもかかわらず、倫理的な非難を被らない行為領域である。つまり当該の行為が、法律または、ある定式化されたルールに違反することは確かだが、その違反が社会的に取るに足らないものとしてみなされるため、通常は大きな非難を被ることもないし、警察や司法当局からの積極的な摘発対象となることもない行為、をもう一つのカテゴリーとして想定することができる。違法であるにもかかわらず、日常的な市民生活においては、曖昧な形で許容され、摘発対象にもならないし、格別の倫理的な非難を受けることもない、しかし状況の突然の変化によって、たとえばビジネスの世界において大きなリスク要因となりうる行為、このようなグレーゾーンに属する行為は、一般に想像する以上に多いと思われる<sup>7)</sup>。またこれは倫理と法との間のダイナミックな関係を考察する上で格好の領域と思われる。むろんこの問題はビジネスのみならず、医療、工学技術など、あらゆる職業全般において、今日より深刻な問題性をはらむものになっていると思われる。このカテゴリーに属する行為に対して、法律学と倫理学はどのような態度で臨むべきか、こうした疑問が論点として意識されるべきときに来ていると思われる。

この論点が論点として意識されるようになる背景にはマスメディアの糾弾体質など様々な要因が考えられる。しかしより大きな歴史的流れの中で見るのであれば、それは、曖昧で、常識や良識によって補充される「慣習」の、社会規範全体の中の比重が際限なく低下しているということである。この現象は、明確かつ成文化されたルールこそが社会規範の支柱たるべきと考えるフランス啓蒙主義と法律実証主義の法思想に由来する。法は主権者意思の所産であり、その意思は幾何学的に確定される国境内すべての領域で濃淡の差なく、均質・平等に適用され、曖昧な慣習や法適用者の

恣意は徹底的に排除されなければならない。近代の啓蒙主義が理想としてきたモデルはこうしたフィクションであった。逆説的だが、このフィクションが、かつてと比較して限りなくリアルなものになっているにもかかわらず、そのフィクション性がより意識されるようになってきている。ハイエクが賛美したような、自生的に形成されていく法秩序が、封建社会の崩壊と共に失われ、計画主義的・作為的な立法領域が拡大していくにつれて、理性的立法により、社会すべてを規律しようとする人間の能力と知識の限界がより明らかになってくる。人間はみずから作り出したはずのルールの中に迷い込むのである。このことは年間を通じておこなわれる立法の量をみれば明らかであろう。歴史的には国家元首によって招集され、一定の期間のみ活動するはずであった議会という立法機関は、いまやほとんど年中稼働する常設的な機関の如き様相を呈している。我が国においても、一回の国会開設期間における立法は改正も含め 100 本程度である<sup>8)</sup>。法律があらゆる業態・職種に入り込み、無数の業界秩序が法律によって支えられている中、新産業の成立や産業構造の転換はそのまま新たな法律の定立や改正を求めることになる。この状況はいうまでもなく我が国固有のものではない。制定法主義でなく、コモンロー体系によって法秩序が成立しているとされる英米においても、現実には立法の洪水というべき状態が生じており、「不文法体系」は法秩序の根幹においてのみ妥当しているにすぎず、制定法主義対不文法主義といった法学教科書の初歩で説明されるようなモデルは、法社会学的実態からはもはや神話というべきものになっている<sup>9)</sup>。合法性と違法性という二者択一を前提として、主権国家内部で、平等一律に適用される法、というモデルを維持するには、人間の知識は余りに不完全であり、また産業技術の進歩やビジネスモデル転換の早さに対し、立法や判例確立のスピードは余りに緩慢に過ぎるのである。このような中でも着実に新法律は制定され、法律の洪水は、法秩序の全体像を見通すことを著しく困難にしてしまう。産業構造の転換により、時代から取り残された業態を前提とする法律は顧みられることなく、法適用者の間でも忘れ去られ、死文化していく。あるいは技術上の進歩によって、既存の技術を前提とする社会ルールは実態に合わないものとなり、新産業の成立や発展の桎梏となる。進歩のスピードが早まる程、

このような事態は無数に生じうる。

実体を失い空洞化した法律と法社会学的実態との乖離を埋め合わせるために、法適用者がおこなうことは、まずは運用の変更である。従来は厳格な取締対象としてきた行為を「大目に見る」「甘く見る」といった形で、法実現プロセスの最末端にいる現場が、法社会学的実態と実定法との調整を試みるわけである。可罰的違法性の理論はこの一環である<sup>10)</sup>。構成要件には該当するが、実質的違法性がきわめて軽微であるために、倫理的な非難対象とみなすことが困難な行為は、法化社会の中で無数に存在しうる。ビジネスの現場や一般市民の誰もが抵抗感なく犯し、また制裁もされない違法行為をどのように評価すべきなのだろうか。「法律は法律だ」式の法律実証主義を厳格に徹底するのであれば、このような問題意識そのものが間違っているということになる。しかし法社会学的な実態を視野に入れるならば、これは人間社会と法との関係で必然的に生じるものとして、法哲学やその他の実定法学においても決して無視しえない論点と位置づけるべきであろう。

刑法学の領域では、この問題を、違法性阻却事由の問題として処理してきた。ただ刑法学で、違法性が否定される事例とは、労働争議に際しての債務不履行や不法行為問題、政治ジャーナリズムにおける政治家への名誉毀損問題など、事実上正当業務行為と評価しうる、つまり一定の正当性を法秩序の内的論理から紡ぎ出せるような行為を考察の対象としてきたのである。

### 3. 「許容されている違法」とその構造

これに対して、正当性を正面から認めることが困難であるために、上記のカテゴリーに入れることが困難な類型を想定することができる。日常の市民生活において容易に想起されるものとしては、自動車の規制速度違反がある。公道上で規制速度を上回る速度での走行は日常的にみられ、取締当局も極端な速度違反がみられない限り、規制速度違反の流れを放置していることも少なくない。むしろ警察当局が「ネズミ捕り」をすることもある以上、たまたま放置されていることを根拠に、規制速度違反が全面的に許容されていると評価することはできない。しかしたとえば目的地に至る道路の大半で時速 40 kmの規制がかけられて

いるが、実際の通行の流れが通常は時速 50 km であり、これを前提として目的地までかかる時間を計算し、日々の配送計画を立てている運送会社が存在したとしても不思議ではない。これは運送会社等でしばしば問題となるような、運転手の超過勤務を前提として労務管理計画を立てているような場合とは、区別されるべきであろう。違反をおこなった当該のトラックが処分を受けることはありうるとしても、他の多くの自動車規制速度違反を犯している中で、その運送会社の業務形態だけを狙い打ち的に詳細に調査し、不当な事業計画の策定をしているとして非難することには問題がある。形式的には違法であり、行政処分の対象となることは明らかだが、このような場合、「ビジネス倫理の欠如」「営利優先」が糾弾されることは考えにくいように思われる。

同様の事態としては、たとえば株式市場におけるインサイダー取引規制を挙げることができよう。ファンドグループによる株式取引がインサイダー取引であったとして摘発される例は絶えないが、摘発されるのは巨大資金を動かすグループに限られる。インサイダー情報は「つい」「うっかり知ってしまった」といった偶然的な巡り合わせによるもので、摘発されるかどうかはその社会的影響と市場への影響に大幅に依存している。むしろ法規範は、違反の基準として少額資金かどうかの区別はしていないが、少額の取引までもすべて摘発しようとするれば、証券取引委員会の組織は機能不全に陥るであろう。こうした事情は脱税問題にも当てはまる。脱税が規範論理として違法であることに代わりはないが、違法行為が、社会や市場に与えるインパクトの度合いによって対応が事実上変化してくるのである。このことは一方では取り締まる側の摘発能力の限界という事情があり、また他方では取締りを受ける市民の側に対して、「この程度のことでは取締りを受けない」「みんなやっている」というメッセージを送ることとなり、遵法意識が損なわれるために、取締りことはますます困難となり、事実上の放任ということになる。

「みんながやっているから許される」というこの命題は、無原則な現状追認であり、法の生命を否定するものである。しかしこの命題は法の本質の一側面を捉えているものでもある。法の妥当性と実効性を区別し、法を以て専ら服従を命じる当為命題と把握するのであれば、上記の現象は単な

る現象にとどまり、いかに人々が当該のルールを無視しようと法であることに変わりはない。しかし法を以て、成文による命令規範とする近代固有の見方を離れ、不文の規範をも含めて、社会内部の生きた規範と考えるならば、一般人の遵守を期待できること、ということが「生ける法」としての要件となる。逆に言えば、実効性なき法は法ではない、という命題が生まれる。この対立の典型は、法の本質をめぐるケルゼンとエールリヒの論争<sup>11)</sup>の中に見ることができる。その詳細な検討は置くとして、現実的にはある程度の実効性は法にとっての必要不可欠の前提である。法の超越論的根拠づけを試み、さらに「世界が滅びるとも正義はおこなわれるべし」との命題を支持したカントすらも『法論』において、「反乱者」が余りに多数に及んだ場合、主権者はこれを赦免せざるをえない事態を認めている<sup>12)</sup>。

たしかに実効性を考慮しなければ、違法行為摘発の徹底は期待できず、取締側の気まぐれ・恣意的な法適用を認めることになってしまう。このような法適用のあり方は、法にとっての生命というべき「平等としての正義」を損なうことになる<sup>13)</sup>。これは違法行為を犯す側の倫理のみならず、法を適用する側も、その運用に際しては一定の倫理性が問われうる事態を意味している。

しかし違反の程度が軽微で広く行われている、という事実があれば違法は許容される、というわけでもない。金額や違反の程度が軽微であり、取締当局の目を逃れているとしても、もしその違反が恒常的であれば、やがて一般社会の目に触れ、厳しい非難対象となるだろう。恒常的に行われるということは、それが蓄積されていくことによってもはや軽微とはいえなくなってくるからである。たとえば交通の流れとは無関係に、常に規制速度違反を犯さざるをえないような配送計画を立てて利益を上げている事業者、あるいはインサイダー情報を恒常的に収集し、投資活動をおこなう投資家は、行為の程度が小さいものであっても、やがて社会的な注目を浴び、法令遵守意識の欠如した事業主体として、非難を被る。この非難に突き動かされる形で取締当局が動き出す、という関係に着目すれば、法社会学的実態において妥当していない、いわば「ざる法」と思われていた法律が、ある時点で急に厳格な規範として意識され、公的機関により積極的に適用されるべきものとして再生するということがありうる<sup>14)</sup>。その意味で

法の規範性を全面的に社会学的な実効性問題に解消することはできない。とはいうものの、様々な領域で死文化した法律が存在することもまた厳然とした事実である。この部分に注目するならば、ある一定範囲において「許容されている違法」が存在するのは事実認識として否定できない。しかもこの領域に法適用側が強引に踏み込み、取締りをおこなうならば、放置されている違法との関係において、平等としての正義を否定する事態をもたらす、という事実も認めざるをえないのである。

#### 4. コンプライアンスと法の倫理性

このような現実に正面から答えようとする際、問題となるのは、次の点である。つまり「許容されている違法」は、規範論理的にはありえない事態であり、社会学的認識が可能であっても、法的明確さを伴う形でその領域を確定することはできない、ということである<sup>15)</sup>。グレーゾーンに属する行為が、どの程度まで許容されるかは、常に不明瞭である。この点も啓蒙主義と罪刑法定主義の理想した法秩序観は、細かな点で実態に即したものでないことは明らかである。すなわちあらゆる行為を合法／違法の二元的構造で把握しようとする法秩序観は、たしかに慣習刑法や地域特別法の跋扈する封建的法秩序を破壊する歴史的使命を果たしたが、この秩序観は一つの法理念として存在しうるだけで、完全な徹底を期待することは論理的にも不可能である。なぜなら法は動態的な存在であって、社会の変化にしたがい、常に新たな権利が道徳的に主張され、古い規制や権利は意識的であれ、無意識的であれ、無視されるようになる。一般社会の中で最初に道徳的な権利として意識されるようになった「権利」は、判例や立法行為を通じてはじめて実定法内の規範として存在するようになるし、またそれが実定法秩序中で完全に浸透するのに一定の時間が必要である。同様に歴史的使命を終えつつある規制も、いきなり消滅することもない。社会的使命を終えた規範も古い利権を保護する作用を果たし、またその事態が批判にさらされるなどの社会的な軋轢をうみながら、徐々に腐食し、最終的に消滅する。法のもつ、こうした動態的構造を意識するならば、「許容されている違法」が存在するし、また「許容されなくなりつつある違法」といった、法の形式論理では

捉えきれない現象が存在することを認めなければならぬ。

この、法の動態的構造を意識させる今日の特徴的現象として指摘できるのは、「許容されている違法」という現象とは逆方向にある、「コンプライアンス」意識の高まりである。今日、営利、公益を問わず、あらゆる事業体において、コンプライアンス体制の整備は緊喫の課題となっている。コンプライアンス担当の役員を設置する企業も増加している。このことは現代世界において、進行する「法化現象」の現れだが、「法化」にせよ、その反対にせよ、法秩序の動態的性格がここに現れている。従来は、非公式な領域で、権威や常識を通じて処理されてきた紛争が、今日では直ちに訴訟問題として現象するようになってきている。これを最も象徴するのが、警察官、教員、高級官僚等による不祥事の続発と、これに対する訴訟の頻発である。明治国家において、国家的権威と道徳の体現者として、地域社会から国家全体にまで無謬的な地位を保持してきたのが、この階層である。かつては問題ともされず、慣習的におこなわれてきた行政機関の「裏ガネ作り」、教育現場における体罰などは、それが行われるならば、民事、刑事を問わず訴訟の対象となるし、メディアもこの動きを後押ししている点で、今日「許容されなくなりつつある」違法となっている。さらに情報プライバシー権など、従来は権利として意識されていなかった事柄の適正な取り扱いを求める訴訟も頻発している。

こうした現象の背景は、一言でいえば、「権利意識の高まり」によるものとも理解しうる。川島武宜『日本人の法意識』に代表される、法社会学で描かれてきたのは、「封建的意識」を引きずる日本人の権利意識の低さ、権威に対する無批判的な服従であり、これは日本社会の前近代性と、市民的意識の低さをあらわすものとされてきた<sup>16)</sup>。

「法化」はその意味で、日本社会の近代化と市民意識の高まりを反映しているとの評価も可能かもしれないし、行政訴訟や民事訴訟は、こうした意識に導かれた弁護士や市民団体によって支えられてきた。コンプライアンスの強調は、第二次大戦以降、徐々に進展してきた権利意識の高揚の延長上にある、法化と法の正義を求める歴史的な流れと理解することも可能である。

とはいえ、法は静態的に把握できず、明確な形をもたない政治や社会の波を不断に受けつつ、日

々変化し、形成されているという動態的側面に考慮に入れるならば、コンプライアンス意識の高まりが直ちに正義をもたらすとは限らない。コンプライアンス意識の急激な高まりは、従来まで暗黙の了解や曖昧な形で黙認されてきた違法行為に対する不意打ち的な取締りと受け取られる事態を生み出す。違法行為が広く一般に行われている場合、ある特定の者のみ、個別の事例のみを取締り対象とすることは、法の下での平等性を損う、つまり比例原則違反という形で、正義の要請を無視する不当な結果ともなりかねない。法の支配と正義の実現をめざすかに見える法化は、上記の点からみると、より大きな不正と反倫理的行為の温床たりうる。比例原則を無視した取締りは、法適用側の倫理性を問うことになるし、昨日まで放置され、問題とされなかった行為がある日突然に注目され、メディアが不正糾弾キャンペーンを展開することは、取締りを受ける側にとっても、納得のいかない点が残るだろう。主権的法秩序観の建前とは別に、法意識や法執行の徹底度にはムラが存在するのである。そうした糾弾キャンペーンが何らかの政治的目的や利益追求の手段としておこなわれたり、取締り当局が比例原則違反への批判をかわすために、メディアを利用するようなことがあれば、「法の極みは不正の極み」とよばれるような正義の濫用となる。そう考えると、コンプライアンス意識向上の強調は、訴訟社会を歓迎する法律家階層や、センセーショナルリズムを求めるマスメディア、さらに司法当局の三者が結託した反倫理的な、新たな利権の温床となる、という事態も杞憂とはいえないであろう。コンプライアンスとは、恣意的な取締りをおこなうための方便となり、「コンプライアンス体制の整備」とは、カント的な義務論とは無縁の、遵法をアピールするための対社会的なポーズであるにすぎない。そのために支出される莫大な費用は、法律家階層にとっての垂涎の的であろう。これはまさに「鉄の檻」と表現され、あるいは「システムの専制」ともよばれる近代合理主義の帰結である。この事態はウェーバーが20世紀初頭に『職業としての学問』で指摘したような、「魂なき専門人」の増加を後押しするものであろう。しかしこれが歴史の必然的な趨勢であるとすれば、今さら倫理的な批判を加えることも、また手放しで賞賛することも無意味なことであろう。

## 5. むすびに代えて —法の動態性を支える倫理性—

この趨勢がさらに継続するとすれば、現に存在する、本稿で示したような「許容されている違法」の領域は限りなく縮減していくであろう。だがこのことは合法/違法のグレーゾーンが最終的に消滅することを意味するものではない。法論理上は、合法か違法かの二者択一で表現できるとしても、社会の変化に応じて、既存の法律が死文化したり、新立法の制定まで解釈で凌がなければならない事例など、合法と違法の間には新たなグレーゾーンが絶えず生成し、消滅し続けているからである。

法にはグレーゾーンが存在するとの認識は、法解釈学的には自明であり、これは「合法」と「違法」の中間領域が存在することを法解釈学自身が暗黙のうちに表明するものとも思える。しかしグレーゾーン領域の位置づけについて、法実務家側と法アカデミズム側の認識の間には深い深淵がある。日々の実践的判断を強いられる法実務家にとってグレーゾーンはあってはならない領域である。実務家は、終局的な判断をおこなう裁判官であれ、在野の法律家であれ、常に「正しい」法の解釈を主張しなければならない。そうであればこそクライアントや国民の期待に応えるのであり、もし対立する見解があれば、彼らは訴訟を通じ、自らの正当性を証明する責任を負っている。これに対して「正しい」法解釈は、法の「不確定性」を説くアカデミズムの側からは素朴な認識とされている<sup>17)</sup>。だが実務家や一般の国民層がこの「素朴な」認識をもつのもそれなりの背景がある。日々法的処理を求められる法実務の現場において、必要とされる法的判断は常に明確でなければ困るし、もし明確でなければ現場は直ちに混乱をきたす。これに対して学者たちによる「解釈」の営為は、実務の世界ではほとんど問題とならず、また日常生活ではまず見られない例外的な事例を主に扱う世界である。この例外的世界に住む住人にとっては、客観的に確定しうる「正しい」法という通念は笑うべき素朴さと映る。だが実務家にとって、学者は、実定法の規定によっては解決困難な稀な事例を好んで取りあげたがる集団であり、「法の不確定性」なるテーゼは、日常的な法実務という視点からすれば、例外的に生じる事例を針小棒大に喧伝したペダグティズムであるにす

ぎない、とも言われよう。

とはいうものの法実務の側は、法実現に際してのグレーゾーンを認めず、唯一の正しい解釈に固執している、という認識も正確ではない。実務家にとって必要となるのは、当該の具体的な事件において「正しい＝勝訴しうる」との信念をもちうる法解釈であって、アカデミックに一般化された解釈理論の正しさではない。したがって実定法を取り巻く客観的な環境が変化し、それによって法解釈の変更が求められたり、曖昧なグレーゾーンが発生すれば、直ちに各々の事態に即応した「正しい」解釈を提案するのである。その意味で実務家は法の明確性という素朴実在論的な建前を維持しつつ、絶えず変動しているグレーゾーンを意識しなければ適切な実務をおこなうことはできない立場に置かれているのであって、この点で実務家は学者以上に法解釈の相対性を根底においては意識しているニヒリスト集団であるかもしれない。逆に学者は、法解釈論争以来、表向きには法の不確定性を説くにもかかわらず、(個々の実定法分野による温度差はあるにせよ)法社会学的な実態認識を軽蔑し、固定した理論や解釈を維持しがちであるとすれば、「法の不確定性」という主張も、実際には空疎なものになっているかもしれないのである。

「許容されている違法」の問題の深刻さと根深さはこの点にある。実務側も学者側も、法の動態性と不確定性をそれぞれ認識しているにもかかわらず、その方向性は一致せず、いわば同床異夢のまま、実を結ばない共通認識が存在しているだけなのかもしれないのである。いずれにせよ、「許容されている違法」状態という問題は、中央集権体制を前提とし、幾何学的に確定される主権的法秩序観を、近代世界が選択して以来存在しつづけてきた問題である。多元的・多重的な法秩序観の克服を啓蒙主義がめざした時点で、この問いは必然的に生じる。学者にせよ、実務家にせよ、この静態的・客観主義的な法秩序観を維持したまま、「許容されている違法」現象の撲滅を図ることは、法の生命を破壊し、自由な社会を脅威に陥れることになる。

問題は「許容されている違法」あるいは「許容されなくなりつつある違法」という現象に対して、今日の法律学はどのように対処するかである。こうした問題に対しては、立法的解決という選択肢も含めて、現実社会の認識を踏まえながら、個々

別々の対応を考えていくことがより望ましいであろう。「違法」という現象に対しては、客観的な実体的正義を念頭に置くのではなく、法執行者の側が、比例原則に違反していないかどうか、また軽微な違法行為のどこまでを許容するか運用方針の公開化など、法の一般原則と手続きによって検証する姿勢が求められる。

また、これまで「許容されている違法」を是正し、「許容されなくなりつつある違法」へと、法の運用と解釈を公的機関が変更していくことも、日々あって然るべきことである。表の世界に出てこなかった違法行為に光を当て、それを批判する点で、メディアや世論は、自由社会において重要な役割を担っている。しかし「違法」を、法的正義の名の下で是正する場合であっても、それは、特定の行為や人を狙い撃ちする恣意的なものとなっていないかどうか、つまり比例原則をはじめとする法の一般原則を満たすものであるかどうかは、非法律家であるメディアの側でも絶えず検証する必要がある。これが公的機関だけに限定されることのない、法の実現を求めるあらゆる階層で求められるべき倫理性テストということになるだろう。この倫理性を失うのであれば、「法の支配」は、人々の生活を脅かす「法律家の支配」に転化するか、あるいはメディアの恣意的な法解釈が世論と政治を動かすデマゴグへと民主制は陥るであろう。ナチス法体制を根底で支えた悪しきドイツ型法律実証主義のテーゼこそが、「法律は法律だ」との標語であった。必然的に進行する法化の流れを、合理的で納得のゆく法秩序にするか、それともシステムの専制とするのかは、この倫理性にかかっていると思われる。

[注]

- 1) 水谷雅一編著『経営倫理』、同文館出版、2003年、20頁。
- 2) ここでは *Sittlichkeit* 「倫理」を、特定の共同体や職業団体などでの慣習等を含む、広く具体化された法と一体化した規範を意味し、*Moral* を抽象化され、個人の内面を規律する規範として使用している。但し、ビジネス倫理学において「倫理(ethics)」は、ピーチャム・ボウイに倣い、単なる道徳的信念と、(行為の道徳的考察を含む倫理理論(ethical theory)を含めたものとして使用する(トム・ピーチャム、ノーマン・ボウイ『企業倫理学1』晃洋書房、2005年、5頁)。本稿では法で規律されない内面的領域に関わるものと、外形に関わる職業倫理一般を「道徳」と呼んで考察する。
- 3) ジーンズ会社リーバイスは、発展途上国に置く自社工場において、年少者が就学機会を犠牲にする形で労働している状態を改善するために、未成年労働者を無償で教育する施設を整備し、さらに現地の法律や道徳においても何ら問題とはみなされていない未成年の雇用をやめてしまった。これは営利企業の経営合理性を明らかに逸脱した行為であり、株主からの批判も必至だが、この批判を回避するためにリーバイスは自社株を非公開にして、企業倫理の追究に徹した行動を取っている。
- 4) 主に経営学的問題意識から出発したビジネス倫理学の立場からすれば、いかに積極的に企業が倫理的行動をなしうるか、を考える上での事例となるだろうし、コンプライアンス体制の整備を考える上での、重要な考察対象となる。この問題はビジネス倫理学の問題だが、主に経営組織論の応用的領域に属する。
- 5) Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, in: *Kants Werke*, VI., S. 219. 三島淑臣訳『カント』中央公論社、341頁。
- 6) しかしこの事件は、帰結主義の立場からしても非常に不完全な計算をしていた事例と見ることも可能である。真に帰結主義を徹底すれば、人間の生命価値を賠償金額に還元することを単純に支持することは困難である。少なくともこのような計算を経営判断の際におこなっていることが公になれば、どれほどの社会的批判や制裁を受けるか、ということに対する冷徹な計算と認識が欠けていた。つまりフォード・ピント事件の教訓は、帰結主義の欠陥が現れたのではなく、逆に帰結主義の不徹底であったにすぎない、という評価を下すことも可能であろう。
- 7) このような振舞いは日々の報道を眺めているだけで無数に想起しうる。公務員の裏金作り、議員による違法な政治資金調達、酒気帯び運転、教育現場における体罰など、かつては今日ほど、大きな問題として意識されていなかった。
- 8) 平成17年の第162回国会(常会)で成立したものは96本、同年163回国会(特別会)では28本であり、この年は合計124本成立している。
- 9) 大木雅夫『比較法講義』東京大学出版会、1992年、259頁以下。このことは逆に制定法主義の側からの不文法主義への歩み寄りをも同時に意味している。徹底した立法府優位を大革命以来、モデルとしてきたフランスにおいても、コンセイユ・デタの判例はいまや法源として認められるようになってきている。権威ある法律が長期間妥当し続けるならば、解釈の占める要素が高まるのは当然である。制定法主義対不文法主義という対立モデルそのものが、19世紀という特殊時代的狀況を前提とした認識であるというべきである。
- 10) 大塚仁は、犯罪が「量的に一定以上の重さを有し、質的に刑罰的制裁を相当とするものだけが問題とされる」点で、「可罰的違法性」の観念を認め、「一厘事件」はその表れとしている(『刑法概説(総論)』、改訂版、1989年、322頁)。
- 11) エールリヒは「生ける法」を主張し、実効性をもたないまま、法は法であるとして、社会的背景を異にする地域への画一的な制定法の適用を批判する。これに対し、ケルゼンは当為と存在を区分する立場から法の規範性が、その実効



性によって否定されることはありえないとした。この対立の詳細な解説としては、たとえば竹下賢『法 その存在と効力』ミネルヴァ書房、1985年、第一章参照。

- 12) Kant, *ibid.*, A. S.334. 三島訳 477 頁以下
- 13) 現代のドイツ公法学ではこの問題は比例原則 (verhaeltnismaessigkeit) として意識され、法治国家の基本原則を構成するものと位置づけられている (たとえば Reinhold Zippelius, "Rechtsphilosophie", 3 Auflage, S.204)。恣意的で不平等な法適用は、「法 (Recht)」の原則に違反する。
- 14) こうした事例の典型として、たとえば談合の禁止や教育現場における体罰禁止がある。体罰の禁止は 1879 年の教育令以来、今日の学校教育法まで維持されているが、教育現場において、体罰は「注意喚起・覚醒行為」を目的とする「強度の外的刺激」と区別され、80 年代後半まで、司法の場でも一定範囲で黙認される状態が続いていた。しかし「体罰」の禁止は今日きわめて厳格に理解されている。
- 15) 長期にわたり蓄積された判例が、一定の範囲で法運用のあり方を支持し、許容される領域を広く取ることはある。ただそれは法解釈を通じた操作の結果であって「合法」性はあくまで維持される。「違法だが、軽微なので許容する」という論理が認められているのは、裁量訴追主義という形で事実上認められている程度である (刑訴法 248 条)。
- 16) しかしたとえば「訴訟嫌い」が日本固有の現象ではなく、訴訟社会といわれる米国においても訴訟回避の努力が日本以上に図られていることも指摘されている (たとえば内田貴『契約の再生』弘文堂、1990 年)。むしろ 90 年代以降のわが国では、伝統的な「訴訟嫌い」を過去のものとしている状況が見て取れる。
- 17) 佐藤憲一「法の不確定性を論じる意味」(『法哲学年報 2004』)、有斐閣、2005 年