

〔論
説〕

自由な人格と私法（1）

曾 田 厚

目次

一序説

二資本制社会の法的構造

三近代私法の原理（以上本号）

四近代私法の特質

五自由な人格と諸文明

一、序説

今日、民法学あるいは広く私法学において、法の原理としての自由意思原理は軽視され、攻撃され、はたまた時代遅れの観念として葬り去られようとしている。このような自由意思否定論は、現代社会に事実として蔓延する欲望

主義的価値観や、これを受けて主流となりつつある利益主義的学問方法論のもたらしたものであるが、公法学、特に憲法学における個人の自由権の絶対視とは、著しい対照を見せている。この違いは必ずしも理解が容易なものではない。というのは、憲法上の自由権は権力からの強制を受けないという消極的権利であるが、私法上の自由はそれによって契約等の法律行為を為し、その結果自分自身が一定の法的効果を得るといふ積極的な権利であり、当事者にとっては現実的で、かつ多くの場合重大な結果を招く行為であるからである。おそらくこの違いは、欲望主義と結びつきやすい、むしろ現実に関わりついているところの、物質主義的、個人主義的思想が、個人を超えた精神的存在である国家の強大な力に対し警戒心を呼びおこすからであろう（ヘーゲルのいう「悟性国家」の歪んだ形態であろう）。しかしながら、公法上の自由権も私法上の自由権も根源的には同一の権利であり、個人が自由な意思の主体として、自身自身のこと、並びに自分に係る共同的なことに関して、自らが決定を為し得るといふ権利であり、人間が人間として存立している限り不可侵の絶対的権利なのである。かつて或る大学の式典で、学長が学生に向かって「太った豚であるより痩せたソクラテスになれ」と語ったが、この教示は勿論単なる勉学の勧めではない。ソクラテスは「汝自身を知れ」と叫んで、真理は外界ではなく人間自身の内にあることを示したが、デカルトは「我思う、故に我あり」と唱えて、人間自身の内にある真理が自我の意識にほかならないことを明らかにした。これを受けて多くの法学者は、「我意欲する、故に我拘束を受ける」のテーゼを法の原理としたが、法の単位は権利であるから、このテーゼは、「我意欲する、故に我権利を得る」と表現されるべきであろう。このように、法の原理は、公法・私法を問わず自我の意欲としての「自由意思」にあるのであり、自由意思の主体としての人間の主体的決定によって権利が取得され、また責任が帰されるという原則を離れたところに法は成立し得ないのである。本論文はこのような把握のもとに、自由意

思原理を実現させる社会的条件と当原理の内容と特質について解明し、さらに、マックス・ヴェーバーの資本主義論を参照しつつ、自由な人格の存立の文明的基盤についても検討を加えたいと考える。

二 資本制社会の法的構造

(一) 出发点としての商品交換　資本制社会の法原理を把握するには、どのような方法を取れば良いのであろうか。この点につき、パシュカーニス（稲子恒夫訳『法の一般理論とマルクス主義』六四頁以下）は、説得力のある理論を提示する。即ち、どのような科学も、形態、関係、依存性を豊富に持っている具体的現実を、最も単純な要素と最も単純な抽象の組み合わせの結果として構成する。社会科学では、自然科学と違い、現実自体を単純な要素に分解できないので、抽象の役割は大きい。このように説いた上でパシュカーニスは、マルクスが経済学において採用した方法を評価する。マルクスはそれまでの経済学者が特定の地理的条件、階級、民族、人口等を含む具体的総体から出発して経済学を構築しようとしたことを方法的誤謬として斥け、逆に商品という最も単純で抽象的な単位から出発して、利潤、賃金、価格という概念を導出し、最終的にこれらの概念の適用として具体的現実を説明しようとしたのである。パシュカーニスは、このような方法が法の一般理論の構築にも採用されるべきとし、具体的総体としての諸社会の種々の現実ではなく、「商品交換の主体」という抽象的で単純な単位が出发点とされるべきことを強調したのである。

(二) 商品交換の法的構造　マルクスはその資本制経済原理の論述において、経済的視点と法的視点とを重ね合わせるような説明を展開している。曰く、「商品は自分で市場に行くことはできないし、自分で自分たちを交換しあ

うことはできない。だからわれわれは、商品の番人、商品所持者を捜さなければならない。商品は物であり、したがって人間にたいして抵抗しない。もし商品が従順でなければ、人間は暴力を用いることができる。いいかえるとそれを持っていくことができる。これらの物を商品としてたがいに関係させるためには商品の番人たちは、自分たちの意思をこれらの物にやどす人として、たがいに相対しなければならぬ。したがって一方はただ他方の同意のもとに、すなわちどちらもただ両者に共通な一つの意思行為を媒介としてのみ、自分の商品を手放すことによって、他人の商品を自分のものにするのである。それゆえ、彼らはたがいに相手を私的所有者として認めあわなければならない。契約をその形態とするこの法的関係は、法律的に発達していてもいなくても、経済的關係がそこに反映している一つの意思関係である。この法的関係または意思関係の内容は、経済的關係そのものによって与えられている」（マルクス「資本論」『マルクス・エンゲルス全集』二三卷一一三頁）。

右の分析は、経済的単位としての商品交換が、そのまま法的関係の出発点となりうる関係であることを示しており、近代資本制社会が本質的に法的社会であることを示唆したものであるが、しかし当然ながら経済と法とは認識の次元を異にする別個の体系であり、経済は価値の担い手としての「財」を中心の対象とするが、法は規範の担い手としての「人」を中心の対象とする。従って、経済と異なり法は、商品交換においても、物としての商品ではなく、交換の主体としての人格を真の出発点と為さねばならない、「法の商品交換理論」を説いたパシュカーニスも、法律関係の分析の出発点は「主体」であるべきことを強調している（パシュカーニス・前掲二二三頁、「あらゆる法律的关系は主体と主体の関係である。主体は法律理論の原子であり、もうこれ以上分解できないもっとも単純な要素である。れわれは分析を主体からはじめる」）。もっともパシュカーニスはマルクス主義者として唯物論的見地を脱却し得ず、よっ

て法や法的人格の概念の本質を「自由」に見出すところの、プフタやヘーゲルの「観念論」を理解し得ず、内実を欠く空虚な抽象としての「主体」の概念に留まるほかなかった（パシュカーニス・前掲一四頁以下）。すなわち、法の主体としての「人」が何故に所有や契約の關係に入り込むのかを法的必然性の観点から説明し得ておらず、せっかく「主体」とされながら「人」は自らを主体的に展開し得ない空虚な存在でしかないのである。そうであれば「人」は欲求満足のために物を支配し、或は合意によってこれを手に入れるところの、単なる経済的次元におけるところの「欲求人」に過ぎなく、法的人格は単なる称号ないしレッテルでしかなくなるであろう。もっともパシュカーニスは、「所有は市場における処分の自由としてはじめて法的形態の發展の基礎となり、そして、主体のカテゴリーがこの自由のもっとも一般的な表現として役に立つ」として、主体の概念を自由の概念と結びつけているのであるが（同・一四頁）、この結びつけは文字通り表現上のものではなく、また、自分で取引を行い得ない精神障害者や乳幼児が権利主体と扱われるのは、意思理論と矛盾すると説いているように（同・二二頁）、パシュカーニスの「商品交換理論」は結局商品交換のあるところで、又その限りで、人が自由の主体として扱われるとする、限定的自由人格論ではないのである。

商品交換關係から出発するべきことは、法の理論（特に私法理論）の構築の際の必須の前提である。しかしながらその際、法的要素と他の要素（特に経済的要素）とは明確に区別しなければならぬ。この区別において法の本質的要素は、「意思」に他ならない。マルクスも「資本論」の商品交換過程の論述の中で、法的關係は経済的關係そのものによって内容を与えられるとしながらも、一方、法的關係を意思關係と断じ、そうしてそれを経済的關係とは峻別しているのである。もっともマルクス主義はその物質主義的見地から、経済的土台の中に精神と理念を吸収させる。

しかしながら法学は精神の学として、物質からの精神の上昇を導き、理念の構築を行わなければならない。このような構築を為し得たのが、近代自由意思論である。ヘーゲルは次のように説く。人格は理念として有るためには、外的な自由の圏を持たなくてはいけない。所有の理性的な点は、諸々の欲求の充足にあるのではなく、人格性の単なる主体性が揚棄されるということにある。人格は所有において初めて理性としてある。その際人格の意思は個別者の意思としてあるのだから、所有は私的所有という性格を得る。ところで所有におけるこのような理性の個別性は、——理性は普遍性としてあるのだから——所有を他の意思を介して、即ち共通の意思において持つという「契約」の段階へ進まなければならない。この進行は理性の必然であるが、契約においては意思は単に共通性という態様において現れるに過ぎない（ヘーゲル『法の哲学』s 四一以下、Hegel, *Philosophie des Rechts*. 以下引用は主に赤松他訳（中央公論社版）を参照しつつ、適宜要約して行った）。

法の精神は「自由」にあり、人間すべてを自由の主体として尊重する精神である。しかしこの精神が現実化するためには社会が一定の構造、すなわち自由の構造を持たなければならない。そうして自由の社会的構造こそ自由な所有と自由な契約とを要素とする商品交換にはかならない。従って、商品交換を普遍的単位とする近代資本制社会こそ、人格の自由を實現し得る唯一の歴史的社会であると言わなければならないのである。

(三) 生産関係 パシユカーニスの「商品交換理論」に対しては、多くの批判が浴びせられたが、その内最も有効であったのが、生産関係を軽視しているというものであった。即ち、マルクス主義社会理論の核心の一つが、労働者は資本家に「搾取」されており、この不当な状況を打破するために革命が必要であるという主張であった。従ってこの見地に立てば、資本主義的所有の本質は労働者を搾取するということにあり、この機能を持たない単純商品生

産下の所有とはその本質を異にしていると見られなければならない。確かに資本制下でも所有権は旧来のそれと同じ形態を保持しているが、しかし実質的にはそれは労働に対する資本の支配関係・搾取関係を確保する為の仕組みになっている。パシュカーニスの商品交換の法理論は、単純商品交換関係と資本制的商品交換関係を混同している。このような強力なマルクス主義的批判に対し、マルクス主義者パシュカーニスも妥協せざるを得ず、自説を改めた。それによれば、直接生産者に対する生産手段を所有する者の関係、すなわち搾取関係が全法体系を規定するのであり、換言すれば「所有の性格」が、法体系にとって決定的な意義を有するのであり、交換・契約関係によっては資本制的所有は捉えきれないとされたのである。しかしながら、マルクス自身が「資本論」（前掲）の中で、商品交換関係において両当事者はお互いを所有権者と認め合っており、この関係は、法律的に発達していなくても意思関係ないし法的関係であるとしており、内容的には商品交換関係が対等な合意の関係であるとされ、それ以上に搾取的要素を含み得る関係であることは何ら示されていないのである。さらにマルクスは、直接生産者の所有と資本制的所有とは経済的には異質であるが、同一の「所有権」が効力を有していると明言しているのである。また「剰余価値学説史」では、資本制的生産様式は、労働者が人格的に自由になっているところだけで可能であり、それは労働者の人格的自由を基礎としているともされているのである。

ところで右の自由と搾取の問題と類似の問題がある。自由と搾取の問題は、経済的搾取が法的自由を毀損するかという、生産・労働における経済の法への影響の問題であったが、他方これと異なり生産・労働の有る人間的側面が、労働者の人格的自由を毀損するのではないかという問題がある。すなわち生産現場における使用者側の強制・命令が労務関係を支配従属の関係に貶めるのではないかという問題である。この問題につき、雇用関係を二つの側面に分け

て捉える見地がある（藤田勇『法と経済の一般理論』一九〇頁以下）。この見地によれば、労働市場においては（労働契約を取り結ぶ段階では）、雇用主と労働者とは自由・平等の関係にあるが、生産過程では（雇用側の指示の下に労働が遂行される段階では）両者は支配・従属の関係に置かれる。そうして前者の自由平等の「外見」が、後者を必然的に媒介し、また覆い隠す。この見地は労働契約の二つの側面——資本制社会一般の法則である自由と、資本制生産様式一般の労働の従属性とを、場面を分けて重ね合わせた理論であるが、論者自身が認めているように、労働者は生産現場において「意思主体であることをやめるわけではない」。請負契約において請負人は注文主の細々とした、時には撥ね付けたくなくなるような強引な指示に——契約上有効である限り——従わなければならない。このことよって請負契約が支配服従の関係に陥るわけではない。労働者は時間を限って自己の労働を雇用者に売り渡しているのであり、売られた部分が買主の意向通りに使われることは、なんら自身の人格が傷つけられることを意味しないのである。

右のように、経済的搾取はそれ自身法的側面とは分離したものとして、人格の自由には直接影響せず、また生産現場での「支配」は、人格の作用の一部に対する支配にすぎず、人格自体の支配には当たらない故に、両要因とも労働関係が自由な人格の関係であることを本質的には妨げるものではない。しかし問題は簡単なものではなく、依然として重大である。第一に、およそ状況は度を越せば様相を逆転させるのであり、極度の低賃金は「最低限度」の生活をも困難にして人格の自由の物質的基盤を破壊し、また、搾取の量、すなはち剰余価値労働の部分が過大化すれば、労働者は自らの労苦の大半が使用者側に奪われたことを自覚し、深刻な自己疎外感にさいなまされることになる。また残業の一般化・長時間化に伴う労働時間の増大は、労働者が労働の再生産（基本的な衣・食・住）以外に使う自分

の為の固有の時間を縮小させ、労働者の豊かな自己実現の可能性を消失させることになる。更に、過酷・危険な、また人間の品位を失わせる内容を持つ労働は、労働者から人間の尊厳の観念を奪い、誇りの自己意識すらをも捨てさせるであろう。このように労働関係は、一般の商品交換関係とは異なる性質を持つ特別の関係であり、それゆえ労働法・社会法と呼ばれる法領域によって、労働者の自由な人格の保持は補完されなければならないのではあるが、労働関係が基本的に、合意にもとづく労働と賃金との交換の契約であり、それ故自由な人格同志の自由な関係であることは確認されなければならない。このような労働者の普遍的自由主体性の上に、近代資本制社会が自由社会と呼ばれることの歴史的根拠があるのである。

なお、右に挙げたような、生産関係を社会科学の出発点とするようなマルクス主義的立場が、現代アメリカの社会科学において有力な、「生きた肉体的人間」を社会科学の出発点とする立場と共通であると説く見地がある。この立場によれば、かつては肉体的でない人間、すなわち「経済人」や「自由な人格」が出発点とされたが、今日の社会学は社会現象の根源的な要素としての「生きた肉体的人間」から出発する。およそ社会現象はこの「生きた肉体的人間」の相互作用であり、またこの相互作用のもたらした「文化」としての環境の影響を受けつつ形成されたパーソナリティの交渉関係である。現代アメリカの社会科学は、このような把握の下で、社会科学を自然科学と同じ性質の経験科学たらしめている。一方、マルクスも同様の経験科学的方法を採っている。マルクスによれば、人間の第一の前提は、生きた人間としての諸個人の生存である。生存するために人間は生産しなければならない。生産は歴史の進展の中で一定の生産力を示し、又これに対応した生産関係をもたらず。この下で階級関係としての社会体制が成立するとされる。右の二つの方法、すなわちアメリカの社会科学とマルクスの社会科学とは、政治的性格や実践的目的

を異にしているが、「生きた肉体的人間」を出発点とする経験科学であることにおいて基本的共通性が認められる（川島武宜「社会科学における人間の地位」『同著作集第二巻』二頁以下）。

右の「共通性」論は、アメリカの社会学者からも、また日本のマルクス主義者からも、大いなる反発を招いたようであるが、この反発は純学問的にも、すなわち政治的立場を離れても正当であると思われる。というのは、パーソンズを代表とするアメリカの社会学は、本質的に人間を刺激反応の過程におかれた生物的主体——たとえそれが高度に複雑化しようとしてしか捉えていない。この方法を適用した日本の経験主義的法社会学によれば、法はサンクション（機能的には、是認的なプラスのサンクションと課罰的なマイナスのサンクションに分かれ、内容的には、肉体的、経済的、心理的なサンクションに分かれる）の情報伝達によって為される社会制御の一定の方法であり、法的制御の特質は、サンクション決定者が分化し、またサンクションの基準情報がこのサンクション決定者に伝達され、これによってサンクション自体が制御される点にあるとされる（川島武宜「法」の社会学理論の基礎づけ）『同著作集第二巻』二六〇頁以下）。しかしながらこのような把握は、法規範の本質を取り違えたものと言わざるを得ない。

第一に、法規範は本質的に当為規範であり、単なるサンクションに係る事実情報ではない。右の見地によれば、当為規範とされているものは、サンクション情報からサンクションに当たる部分が省略され、一定の行為を為すべきであるという部分のみが伝達される場合であるとされる。この論理においては当為命題が「簡略化された」事実命題に置き換えられてしまっているのである。すなわち当為性が、人間の行動が相手方や周囲の人間のプラスないしマイナスの反応によって左右されるという功利的、情緒的次元でしか捉えられておらず、人間固有の高度な精神、すなわち正義、誠実、良心、責任等の精神が法の世界から追いやられているのである。人は幼少のころから約束を守れという教

えを受けるが、この教えは、約束を守らないと不利になるというサンクション情報ではない。成長した段階では、基本的な人権を尊重すべき義務を担われるが、この義務は義務であるゆえに履行を促されるものであり、利害得失の観点から人々に教え込まれるものではない。金銭貸借において、貸した裕福な当人も周囲の者も全く忘れている借金を、貧乏ではあるが誠実な借主が当然の如く粛々と返済するのは、それが正しいことと当人が意識しているからであり、損得勘定からではない。サンクション学説は、現実の社会的行動を経験に基づいて把握するという方法を喧伝しているが、社会の法的現実には、多くの人々が「正しい」と思う方向に「責任」を持って自己の行動を制御しているという現実にはかならず、即ち、正義や責任等の高度の精神は現実の有効な精神であり、サンクション情報に還元されなければならぬような便宜的で物質的な観念に過ぎないものではないのである。

一方マルクス主義においては、人間は「生産」する主体として捉えられ、その唯物論の見地にもかわらず、明白に人間が動物とは異なるところの、複雑な観念形態を保有しうる特異な存在として捉えられている。この見地によれば、「生きた肉体的人間」が他の生物と区別される特殊性、すなわち「生きた肉体的人間」をまさに人間たらしめる規定的要因は、道具を作り自然に働きかけこれを変化させること、即ち物質的生活の生産にあると断言される（藤田勇『法と経済の一般理論』一三頁以下）。もっとも生産そのものは猿も（ある種の猿は簡単な道具を作り得ることが報告されている）、また奴隷もこれを為し得るものであり、自由な人格を証し得る要素ではない。生産一般ではなく、自由な意思によって媒介される「商品交換」こそが——生産も商品交換によって媒介される——、人格成立の起点であり、また法的関係が成立し得る原点なのである。この意味で、パシュカーニスの説いた商品交換の法理論は、法の経済的基盤を明らかにした大きな学問的意義を有する理論であったというべきである。

(四) 政治権力

法の概念については、従来から、また今日においても、これを政治権力との関係において把握する見地が有力であり、この見地に立てば、法は道徳、慣習、宗教規範等の社会規範と異なり、政治権力、特に国家によって制定され、また強制される規範であるところにその本質的特性があるとされる。もちろん慣習法、生ける法、裁判規範と区別された行為規範、等の非国家法の社会的実効性を強調する見地もあったが、それらは一般的に国家法を基本的、第一次的法源とし、非国家法はあくまで補充的、二次的法源としてその価値が強調されたに過ぎない(エーリッヒ(川島武宜訳)『法社会学の基礎理論』九頁以下はこの点を異にしている)。しかし、マルクス主義的立場の下で、パシュカーニスは、マルクスが経済学原論としての資本論において指摘した商品交換の意思関係の要素、即ちその法関係の側面を強調し、商品交換関係が、政治権力の介入を俟たずそのまま法的関係であり、これによって資本主義法が形成されるとして、「商品交換の法理論」と呼ばれる教説を展開した(パシュカーニス・前掲第四章一一三頁以下)。パシュカーニスは次のように説く。有機的・自然的な人間と物との結びつきは、歴史的には所有制度の発展の一つの要素であるが、このような所有制度は、商品・資本主義経済への移行とともに、すなわち、市場における処分の自由として、はじめて法的形態を獲得する。そうしてこのような自由の上に、主体としての人格が成立する。それゆえ法的な人格は、「天まで高められた抽象的な商品所有者」である。商品所有者の譲渡と取得の欲求は、他の商品所有者のそれと一致したときに実現可能となるが、この関係は両者の意思の一致として、すなわち「契約」として表現される。したがって、商品交換は経済学と法との最も本質的な契機の集中するところである。マルクスの言葉によると、商品交換においては、「法的関係または意思関係の内容は、経済的関係そのものによって与えられる」(マルクス・前掲一一三頁)。商品経済のもとでは、経済的には物が人を支配するが、法的には人が物を支配する。商品の

物神性は法の物神性によって補われる。物の本性としての価値に対応して、人の意思関係として権利が現れる。すなわち、最も発展した法的形態は、資本主義的な社会関係に対応する。

右のパシュカーニスの「商品交換の法理論」は、一九二〇年代のソヴィエト・ロシアの新経済政策の下での商品取引の復活という事情に対応したものであったが、一九三〇年代に入ってから計画経済の進展と農業の集団化の試みの中で、理論の制度的、社会的地盤を失うに至り、一転して激しい批判、攻撃に晒されることとなった。その要旨は、右理論がマルクス主義の基本的テーゼに背反するというものであった。このテーゼは、第一が、階級的権力観であり、およそ国家やその下での制度は、支配階級が自らの階級的利益を確保する為の抑圧的手段であるとするものであり、第二が、搾取的経済観であり、社会の諸制度は、経済的には支配階級が被支配階級の労働の成果を搾取・収奪する仕組みに他ならないとするものであり、従って法理論も、この二点、即ち階級的観点と搾取的観点を失ってはならないのであるが、パシュカーニスの商品交換の理論はこのような視点を欠き、自由な合意としての商品交換がそのまま法を形成するとされており、反マルクス主義的法理論にはかならないと見なされたのである。

右の第一の点については、確かに共産党宣言には「法は支配階級の意思の表現である」とされているのであるが（マルクス・エンゲルス『共産党宣言』マルクス・エンゲルス全集第四卷四七七頁）、右の言明には「階級の物質的な生活条件の中にその内容を与えられているところの意思」という限定が付されており、そうして資本家階級の物質的な生活条件は、自由な合意による商品交換に他ならないのであるから、右宣言の法の定義は商品交換の意思関係に帰着するのである。ところが、パシュカーニス批判の論陣は、人と人との間に成立する法的関係は、社会関係に対する国家の法規範の作用の結果生まれる特別のイデオロギーの関係であり、したがって、法的関係の成立のためには、これ

が支配階級の意味を経由し国家の法規範のなかに表現されなければならぬと主張したのである（一種のマルクス主義的実証主義法律観、パシュカーニス・前掲二三頁、訳者解題）、しかしながら、ここで言われている支配階級の意味は統治的意思を指し、全体としての法規範が効力を持つべしとする強行意思であるが、商品交換的意思は、相互的な自由対等の意思であり、両者は、置き換えのできない次元の異なる意思である。すなわち、法の内容自体は、自由な人格同志の合意に基づく対等な関係を規律するものであり、その抽象性において階級性は遮断されているのである。法を制定する政治権力の性格と近代私法の原理とが直接結びつくものではないことは、専制的政治体制の下で民法典（財産法）が制定・施行されたドイツやフランスの例を見れば明らかである。もっとも、このような法の原理の、政治性や階級性との分離は、法が国家の権力から分離した規範体系であることを示すものではない。ところがパシュカーニスは法的関係は人の置かれている物質的生産関係によって直接的に生み出され、国家はこの過程に関与しないとしたので、激しい非難を受けることになった。このような法と国家権力とを分離する観点は、むしろマルクス主義的見地以外の種々の見地から、広く、又種々の方法で理論展開されたのであるが——行為規範論、慣習法論、生ける法論等——、これらはおしなべて法の本質の全き誤解を示す謬論と言われてしかるべきである。というのは法規範は他の規範（道徳、単なる慣習、習俗、宗教規範等）と比べて、その外面性と強行性とに本質的特徴を有するのであるが、国家こそ物理的強制力を独占し、また法と正義を強行的に実現し、このことによって自らの正当性を証し得る最高の形態であるからである。法と国家の分離は、法から正義の強行的実現という高次の精神を奪い、このことによって法を軟弱な調整的、教示的規範に貶めるものでしかないのである。

右のように、法の存立について、国家の本質的役割を承認すること、他方パシュカーニスの説くように商品交換

関係の即目的な法的性格を前提とすることは、絶対的矛盾の関係にあるのであろうか。戦後のソヴィエト・ロシアでは、法を国家の規範と商品交換的権利義務関係との「統一」と把握する見地があったとされるが（パシュカーニス・前掲掲題二五頁）、単に統一という表現を与えるのみでは問題の解決にはならず、統一の論理が示されねばならないのである。この点につき、「意思関係」という基本概念を用いて両者の統一を説明しようとする見地があった（藤田勇・前掲三〇三頁以下）。この見地によれば、商品交換は自己の商品を譲渡することによって他人の商品を我が物とする共通の意思行為（合意）であって、そこでは当事者は互いに相手方を独立の人格、私的所有権者として承認しあう。この相互承認に媒介されて、相手方に要求し得る行為形態と、それぞれの支配可能な利益範囲とが、客観的に確定する。こうして商品所有者間の関係は、意思関係・法的関係としての性格を持つ。このような商品交換関係即法的関係論は、見逃してはならない重要な視点を伴っている。それはこの関係が、それ自体の内に当為（Sollen）の契機を内包している点である。即ち、一定の行為を要求し得る関係とは、当該行為を為すべき規範的關係は、ほかならないのである。このような当為性・規範性において、商品交換関係は、国家法としての法規との間に連続性を持ち得るのである。ところが以上のような商品交換即法的関係論は、その後論者自身によって改められ、商品交換関係そのものは、事実上の意思関係であるにすぎず、国家の法規範の「規制」作用の結果としてはじめて当関係は法的関係としての規定性を獲得すると説明されるに至った。このような改説の原因は、基本的には、国家をイデオロギー的上部構造の最高組織とみなすマルクス主義的な理解にあるのであろうが、直接的には——論者自身が認めておられるように——、商品交換における意思行為は、それ自体で法的な意思行為として規定さるべきではなく、むしろ客観的内容からみれば、それは経済的欲望から発する経済的行為であるとする批判を受けたことによるものである（藤田

勇・前掲一八二頁)。このような客観性の見地からの法的関係論批判に対し、当論が修正を試みざるを得なかったのは、それが論理的な欠陥を含んでいたからである。即ち、当論は、商品交換関係の規範性の客観的根拠として、商品生産社会の経済的必然性を挙げており、商品流通という経済関係の運動の中に「契約は守らるべし」という根本規範が成立するとされているのである(藤田勇・前掲三〇六頁)。しかしながらこのような法的規範性を経済法則の支配に還元する理論構成によっては、経済関係から相対的には区別された法的関係の独自性を引き出すことはできない。法的関係が独自性を持つのは、それが他の関係には見られない本質的要素を含んでいるからであり、それは規範としての強行性にはかならない。もっとも当説は、強制の要素を無視しているのではなく、「経済的必然性という法則の強制が、法的関係の当事者においていけば内的強制として反映している」とするのであるが、法的強制の特質は強制の外面性にあるのであり、それゆえに内的強制の規範としての「道徳」と区別されるのである。当説によれば、商品経済の法則は法的関係において「主体的自由」という形態をとり、法的関係は「自由意思」によって形成される意思関係であり、それ故にそこでの当為規範はなにもまず内的強制でなければならないとされるのであるが、このような理論構成によっては、外的強制関係としての法的関係は国家によって形成され、商品交換という市民的關係自体は、内的強制によってのみ担保される非法的關係に過ぎないことになってしまう。右のような議論の混乱は、当説が強制の「内的」性質と「外的」性質の区別を誤解していることによるものと思われる。すなわち、人と人との関係の規範性(当為の關係であること)の根拠が内的であるか(人格の内面性によって支えられているか)、或は外的であるか(外的關係の顧慮によるものか)という問題と、拘束性の形態が内的であるか(内心の自覚によって履行される)ことが期待されているのか)、或は外的であるか(力の強制によって履行させることが予定されているか)の問題

が混同されているのである。道德の領域では、規範性の根拠は内面にあり、善の判断が規範性を導くが、拘束力の形態も内面的であり、本人の良心に遵守は委ねられている。これに反し慣習や習俗においては、規範性の根拠は外面にあり、社会的事実としての習俗や慣習を持つ「重み」がこれに当たり、他方拘束力の形態も外面にあり、違反者に対する非難や叱責がこれに当たる。しかしながら、法規範においては、規範性の根拠は内面にあり、およそ約束は守らなければならないこと、他人の持ち物を侵奪してはならないこと等、正しいことを為さなければならないという正義の内面的要求が根拠であるが、他方拘束力の形態は外面的であり、ここでは力による規範の強行的実現が求められるのである。このように、近代法においては、法の自覚的承認とその強行的実現において、内面性と外面性とは表裏一体に結びついているのであり、このような意味で法規範は、内面的かつ外面的な規範なのである。そうして、商品交換関係は、当事者が客体を相互に与え合うべきことを認め合い、且つこの義務が強制されるべきことを認め合うところの、本質的に法的な関係なのである。

近代的法意識においては、規範の強制は、内面化され、自分自身が定立し自発的に守るところの規範に転化されるのであるが（川島武宜『所有権法の理論』六八頁以下、右の議論もこの部分を引用する）、ここにおける内的強制とは強制を支え、或は受容する意識をさし、したがって国家権力が定立し施行する強制規範も、道德規範と同様に、内に強制される規範なのである。ところが右の議論においては、商品交換の当事者に対しては経済的必然性の法則が内的強制として反映するが、当関係は主体的自由を反映する意思関係であるゆえに、そこでの当為規範は内的強制に留まるものとされ、強制の態様そのものが内的なもの、非権力的なものでなければならないとされているのである。しかしながらこのような、外的強制と区別された内的強制の支配する商品交換関係は、その規範としての拘束性人が

格の内面に吸収された、単なる道徳に近い、強力なサンクションによって履行が担保されることのない、極めて貧弱な規範関係ではない。これに反し商品交換関係は、外的強制を受け入れ、またむしろこれを当然の如くに要請する関係なのである。というのは、商品交換において当事者は、商品という形で自己の人格的内面から分離した外的客体を、相互に譲渡し合い、即ち相互に相手方の有する客体を自己のものとしようと欲するのであり、この意思はそれ自身、外的な、相手方を拘束しようとする強行的な支配意思なのである。このように商品交換関係は、それ自身の強制関係であり、それ故それはしばしば実力行使を伴い（自力救済）、また重大な懲罰的威圧によって履行が促される関係なのである（古代ローマ以来、西洋の法制史は、債務の履行を促すための種々の過酷・残虐な手段を呈示している）。

近代という時代においては、一般に商品交換関係と公権力の関係は、市民社会と国家との関係に対応するが、この関係において国家は悟性国家として市民社会の中の種々の要求や関係を自己の領域に取り込み、固有の強制力でもって要求の充足や関係の適正化を図る。この限りで国家は市民社会の延長の機関として役割を果たす。したがって国家は原則として、市民社会には本来見られない関係を創造し、あるいは既存の関係を異質なものに改造しようとはしない。近代国家の経済的基盤は資本制経済であるから、その基本的単位である商品交換関係は最大限保護されるが、その本質的性格を変更することは為し得ない。ところで本来商品交換関係は、当事者の不履行の責任の処理をそのもの自身の内心や良心だけに委ねる「内的強制」の関係ではない。それは、不履行の場合には、相手方や第三者が種々の制裁や不利益を課し又はまたは予告し、履行を促し又は履行に代わる責任を取らせ、されにまた場合によっては自力救済が図られるところの、「外的強制」の関係にはかならない。すなわち、外的規範の強制が内面的強制に転化し、

規範の強制が自発的遵守に昇華するところに、近代的人格の、自由な存在としての尊厳があるのである（川島武宜・前掲六八頁以下）。

パシュカーニスの提示した商品交換の法理論と、これに対抗したソヴィエト・ロシアの法理論とは、法に内在する二つの要素を分断し、これをそれぞれその絶対的要素として戦わせた不幸な——論者の肅清を招いた——対立をもたらしたものと総括し得る。それは法の本質的原理と言うべき自由と強制とを分断し、さらに前者即ち自由には経済関係としての商品交換を、後者即ち強制には政治的成果としての法規を結び付け、両要素のどちらが法の本質と見なされるべきかが、争われたのである。しかしこの論争は、特定の地域での、また特殊な政治的環境の中での、異例の論争として片づけられるべきではない。それは今日でも大きな意義を持ち続けている問題に繋がっているのである。自由意思論者であり、またゲルマニストであったギールケが、法の本質的要素としての自由意思と権力との関係について、独特の比喻を用いて説明している。ギールケは、当時ドイツにおいて勃興しつつあった実証主義を批判し、この見地は、精神の本体に根ざす法理念としての自由（ギールケにおいては、団体主義的自由を指す）の代わりに、形式的側面からは命令し強制する権力を置き、実質的側面からは、取得が企図される利益を置く。この実証主義は、果心の成長のためには不可欠である外皮から果心そのものを発生させ、果実にとって必要な養分の内に、その成長原理を見出す。このような法思想の空洞化に向かう理論は、法律で命令され得るものは生ける法になるといふ信念や、どんな実用的利益の欲求を満足させるためにも尊厳なる法を發動させてもよいという信念を生ぜしめるものであり、自らは現実的と称するが、その実全く唯物主義に等しい理論なのである（Otto von Gierke, *Naturrecht und deutsches Recht*, ギールケ（曾田厚訳）「自然法とドイツ法」成蹊法学二二号三四九頁）。以上のようなギールケの比喻的説明は、

法の本質を果物の果心に、法を制定し執行する国家の権力を果物の外皮に、法よって守られる利益を果肉に例えたものであるが、法の実体を正当に把握した説明である、その三要素、即ち、自由意思、強制力、利益は、近代社会の文化的三要素、即ち法、政治、経済に対応したものと云えるが、これらはしばしばその関係が混同され、誤解され、あるいは歪曲される。パシュカーニス説とその反対論の争いは、法の本質的要素を経済的關係に即した意思に求めるべきか、政治的権力に求めるべきかの対立であったが、今日ではむしろこの種の論争は、ギールケが果肉と呼んだところの「利益」を法の本質的要素とするべきか、それとも、果心と呼ばれた意思に法の本質が見出されるべきかの争いが——前者の圧倒的優勢の状況下で——、展開されているのである。このような状況は、現代では多くの国で法典の整備や裁判例の蓄積が進んだことによる法と権力の結合の当然視と、資本主義経済の進展による欲求主義的社会観の拡大によるのであろうが、しかしギールケの危惧するように、経済的利益や権力の行使に、或は両者の合体に法の本質を見出す見地は、法の本質的要素としての自由と正義から目をそむけさせるところの、悪しき実証主義ないし体の良い唯物主義でしかないのである。人間の尊厳は、人が自由の主体であり、力に屈服するものではないこと、人が正義に価値を認め、悪しき利益を断固斥けるところ以外にはないからである。

(五) 非資本主義社会 パシュカーニスの商品交換の法理論によれば、市場における商品の交換は、当事者双方の意思の合致、即ち契約として表現される法的形態によって果たされ、このような処分の自由として所有はその法的形態の基礎を得、そうしてこれらの自由を行使するものとして法的人格が主体的意義を与えられる。それゆえ、商品交換関係が普遍化する資本主義社会においてこそ、右の法的形態の最も発展した形が成立する。このような法と商品交換とを直結させるような理論に対しては、当然の如く、法は資本主義社会の成立する以前から存在したという

批判と、来るべき社会主義社会に法が成立し得ないというのは、反革命的であるという批判とが、浴びせられた。前者の批判にたいしては、パシュカーニスは、発展し完成した形態は、未発展で萌芽的な形態を排除しないとして、「取得としての所有」はあらゆる生産関係に認められると反論し（パシュカーニス・前掲四二頁）、また後者の批判に對しては、当初は、社会主義下でも等価交換が分配の範囲で残るゆえに、暫時的に資本主義法が残るとしたが（同・四〇頁）、最終的には「法的関係は生産関係の形態である」と説いて（同・二四〇頁）、實質的には持論を完全に撤回させてしまった。右の批判の第一点については、パシュカーニスの反論は基本的には正当であるが、前近代の法を「萌芽」と表現したのは不正確であり、古代ローマ法は、商品交換の盛行に伴い有能な法学者が参与して形成した高度の内容を持つ法形体であり、特にその契約法の部分は、ドイツやフランス等の——間接的には日本も含めて——近代法典の整備と法理論の定立に對し多大の影響を及ぼしたのである。これに對し、第二の批判は深刻なものであり、この對立は、商品交換の内に作用する自由な意思を起点としてこの経済的且つ法的過程の上に樹立されるところの、およそ人間は自由な存在であるという人間の尊嚴の偉大な思想と、他方、自由な商品交換を否定し「経済法」の名の下に人を単なる国家的・経済的組織の単位ないし行政的措置の対象として扱い（パシュカーニス・前掲一九頁）、かくして社会主義・共産主義の旗の下に人間を物質的代謝の媒介物のように下げます唯物主義的凡人間主義との對立である。この對立は、パシュカーニスという一個人を抹殺したのみならず、現在に至るまで、多くの民衆や良識ある知識人、科学者等を精神的に、或は肉体的に圧殺し続けている。自由な人格の精神の経済的基盤を見失ってはならないのである。

三 近代私法の原理

(一) 自由意思の原理

右のように、商品交換関係を基本的枠組みとする資本主義社会、すなわち近代社会の法は、商品交換を成り立たしめている規範的原理であるところの自由意思をそれ自身の原理とする。というよりも、自由という精神の本質に到達し得た近代の法は、その現実的基盤を構成する自由な商品交換経済としての資本主義経済を可能にし、また必然にするのである。ところで法は精神の体系であるから、その出発点は精神の絶対的起点である人格＝自由な人格に求められなければならない。ところが自由な人格はそれ自体では単なる観念的主体性としてあるにすぎず、理念としてあるためには、即ち自由が現実的なものであるためには、ある外的な自由の圈を持たなければならぬ。この外的なものの上の支配が、所有権である（ヘーゲル『法の哲学』§41）。そうしてこのような人格と所有権は、そのままでは自由の個別性としてあるが、この個別性を乗り越える関係としての契約即ち二人格の合意において、人格は共通性すなわち人格の相互承認という社会性へと展開する。もっともここで社会性は単なる欲求に基づく合意として、恣意性と偶然性の契機を有しており、真の意味での理性的関係ではなく、ここに「私法」が「個人法」として、社会法の補完を前提とすべき法体系であることが示されている。しかしそれにもかかわらず、「公法」と区別される私法の理性的契機は、人格と所有と契約の内に「自由」という崇高な理念が実現されている点にあるのである。

右のように、近代法の構成原理は、自由意思以外には見出し得ないのであるが、近時当原理の普遍的妥当性を疑い、あるいはこれを否定する見地が種々示されつつある。そのうち最も単純で素朴な謬論が、自由を「意のまま」「希望

通り」の意味に理解し、現実の社会には、意のままにならず、また希望が叶わない場合が多く、それ故「自由」は迷妄でしかないとされるのである。もっとも、百メートルを十秒で走ること（加藤尚武『ヘーゲルの法哲学』四〇頁）や、荒天のなかヒマラヤ最高峰へのアタックを成功させること（尾高朝雄『自由論』一一頁）等の事実上の不可能——自然必然的不可能——の場合は、「意のまま」にならないことは自由の欠如を意味しないと一般的には解釈されている（右の両著者も勿論自由の欠如とは解していない）。しかしながらこれに反し、社会的、特に経済的必然性による不可能の場合は、しばしば「意のまま」にならないことが「自由の欠如」と取り違えられているのである。例えば、高価な洋書の購入を家計への配慮から断念せざるを得ない場合、自由がないとされ（尾高・前掲一二頁、但し説明は若干曖昧である）、また、生活用品の値上がりは生活者に不自由をもたらすとされる（星野英一「現代における契約」同『民法論集』三卷三二頁以下）。しかしながら、資本主義的自由経済は、商品の需給のバランスと労賃の社会的関与の下で、相応の価格を帰結させるのであり、そこでの商品価格は自由経済の必然的結果でしかないのである。法的観点からの「自由」は、事柄を意のままにすること、希望通りの結果をもたらす孫悟空の如意棒のようなものを意味するものではないという、当たり前のことを確認するべきである。更にまた、われわれ市民の生活は、種々の製品の購入やサービスの利用において、その内容・規格の点でも値段や料金の点でもお仕着せで一方的に決められたもので、「契約をする」としないうに關しても、その内容決定に關しても、われわれは今日あまり自由ではない」とされる（星野英一・前掲三四頁）。しかしながら、今日自由でないとされる場合、いつの時代がより自由であったのだろうか。資本主義経済が成立する以前の、店舗も商品も過少であった場合の方が、生活に必要な物資やサービスの希望通りの調達が容易であったのであろうか。それともまた、自給自足の経済体制のほうが、希望通りに品物を産出

できるとでもいうのであろうか。このような「自由」概念の混乱は、「意のまま」「希望通り」を自由と理解し、契約締結においても当事者が商品の内容や価格について自己の希望を相手方に伝え、相互に交渉し、その過程で自己の希望が契約の内容に幾許か反映されることが契約の自由であるとする大いなる誤解に基づくものであり、このような誤解は法的主体性が意思決定の主体性（あれかこれかの決断）であることを忘れ、それを望みの実現のための営為であると理解するところの、自然主義的、前近代的自由観に依るものであり、そこでは、契約内容の自己関与、自己作出に契約自由が見出されているのである。

右のような、契約自由の「自己関与」的誤解と関連した問題として、現代では多大な意義を持ちつつある「普通取引約款」の問題がある。普通取引約款とは、多数の顧客・利用者を相手に取引する企業があらかじめ備えておく契約条項であるが、このような一方的な契約内容の決定は、両当事者の合意により成立するという契約本来の有り方に背反しており、従ってそれは通常の契約としてではなく、むしろ特殊の「制度」、「法規」類似の規定として扱われるべきとする見地が有力になりつつあるのである。しかしながら、既述のように契約の自由にとって契約内容に対する両当事者の関与は必要ではなく——第三者（公的機関、民間団体）が作成した内容でも構わない——、まして「商議」（かつては商議を欠くことが契約に該当しないことの理由とされた）は無用であり、本質的な要件は、一定の内容に對する合意の成立であり、これ以外にはないのである。もっとも、普通取引約款による取引が本来の契約に当たらないとする見地は、特に生活必需品の調達の場合を念頭において、「契約しない自由は事実上存在しない」とするのである（星野・前掲三七頁）。しかしながらこのような見地は、全体的な関係と個別的な関係とを混同している。というのは、確かに衣、食、住が備わらない限り、「最低限度」の生活は維持できないが、それらの調達は、供給側全体

を相手にした一個の契約によってではなく、任意に選択した個別の供給者との間の契約によってなされるのであり、その個別的契約においては、「契約しない自由は事実上存在」するのである。また供給側も競争のなかで種々の製品を揃え、多様な対応で顧客を獲得するべく努力するのであり、そこに契約成立を強いるような関係が成立するわけではない。一方、交通手段が多様化した現代では、電車、バス、航空機等の公共交通手段は、必ずしも生活必需のサービスではなく、また、一定の地区間の移動手段は多くの場合複数競合するのであり、このことによっても「契約しない自由」は事実上拡張されているのである。なお、銀行取引、保険契約（健康保険を除く）は、初めから必需性を欠いており、その意味でむしろ普通取引約款の純粋な特性を表している形態である。最後に、普通取引約款の契約としての効力に疑問を持つ見地は、このような約款がしばしば、免責、賠償、解除の条件等に関する約款作成者すなわち企業側に有利な条項を含み、全体的に適正さを欠き、結果的に強者の弱者に対する支配・圧迫の効果をもたらしていることを強調する。しかしながらこのような不平等性は、約款作成のみならずものではなく、むしろ実態としての強弱関係が約款の表現に帰結したものであり、仮に約款が使用されない場合には、個別の実質的交渉の過程で、利用者は暗々裏に不利な内容の契約を強いられることになろう。そもそも約款は契約内容の定型化・標準化の形態に当たり、また、意思の普遍性・合理性を表した規則体系であり、むしろ契約の有り方としては最高の形を示すものにほかならないのである。カントの著名な法の定義によれば、法とは自由が普遍的法則に則っている形態であるが、言わば普通取引約款はその普遍性（顧客全員に平等に適用され、個人的縁故や情実を排除される）と明証性（明確な文章規則の形を持つ）において、法規に準ずべき合理性を有するのである。但し、約款は当事者の合意に基づく限りにおいて効力を有するのであるから、顧客・利用者により明確に示されていない条項は、効力を持ち得ず、約款全体への包括的同意

でもって不利な条項への承諾を帰結するような不公正な扱いが許されるべきでもない。この点は、司法的救済では不十分であり、立法的・行政的措置が必要であるが、普通取引約款による関係は、基本的に自由な合意にもとづく契約関係にあたり、そこにおける本質的要素は、約款の内容を承認する当事者の意思に他ならないことを忘れてはいけないのである。

右の普通取引約款の法的特質は、契約内容の一方的形成と、その内容の定型化・条項化にあったが、このような特質を欠く日常的取引における供給側の単なる一方的でかたくなな態度が、契約自由の否定を意味するものと説かれることがある。すなわち、食料品の値段が決まっただけの場合、古本を値切って買ったが、昼食の店の「メニューも値段も靴が「規格品」であって足に合わせて買っただけの場合、古本を値切って買ったが、昼食の店の「メニューも値段もお仕着せ」である場合、等を見ればわかるように、われわれの市民としてする契約は、ほとんどの場合、まず我々の自由になることはない。これに反し、我々の自由になる場合は、紹介者のおかげで土地を安く買え、建築請負人のあいだで、交渉の結果こちらの要求が通った場合等、わずかの場合しかないとされる(星野英一・前掲三三頁以下)。このような自由概念の歪曲は、一面では、既述の「意のまま」的、「自己関与」的な自由概念の誤解によるものであるが、他面、契約における自由意思の有り方、すなわち契約は両当事者の意思の合致によって成立するものであるという基本的な契約原理を亡失した結果にはかならない。頑固一徹の骨董品店の主人が、ある名品の壺に百万円の値札をつけ、これを気に入った客が再三再四来店し値引きの懇願を繰り返しても、断固としてこれを拒否した場合、この主人が契約の自由を侵害したことにならず、むしろ逆にこの主人は契約の自由を実現したことになるのである。というのは契約は両当事者の意思の合致によって成立するが、この意思は通例、申込み(申込みの誘因を含める)と承

諾として表れるから、契約の自由は申込みの自由ないし承諾の自由と同義であり。客が値引きを申し込むのも自由であるが、店主がこれを承諾しないのも自由である。そもそも店主が一定の値段でしか売らないという固い決意で売値を付けるのも、全くもって申込みの自由に当たるのである（森村進『権利と人格』一六九頁が、契約の片方の当事者が一切交渉に応じようとしなくても、その相手方は自由を失っていないと説くのは正当であるが、この自由を、報道の自由が取材の拒否によって損なわれないことと類比しているのは、筋違いであろう。契約の自由は申し込みの相手方の承諾の自由を含む双方向的自由であるが、報道の自由は報道する側にとっての自由であり、取材の相手方の対応は初めから報道の自由という規範の対象外なのである。

右の様に契約の成立とその有効性のためには、両当事者の意思の合致が絶対的条件であり、これを欠いた場合を契約自由の制限ないし意思の自由の原理の破綻の例とする見地は、大いなる、そして初歩的な誤解に陥っているものである。しかし、このような誤解と異なり、一見論理的・哲学的真理を包含しているようにも見える自由意思懷疑説がある。この見地によれば、意思が自由であるならば、人はなぜ過去の自分の意思を現在の自分の意思が撤回できないのか、債務者が履行の意思を失っても契約が拘束することを意思説では説明できないのではないかと批判されるのである。すなわち、他人の意思ではない、ほかならぬ自分自身の意思であるならば、なぜ人は過去の意思に拘束され、現在の意思が否定されなければならないのかと疑われるのである。その際、契約時の意思が恒常的なものとみなされるという拘束肯定論に対して、人は昔の自分より今の自分により一層自分自身を感じるものであり、「過去のものになった行為はその人の今の人格とは関係が薄くなっているという発想は常識に根ざしている」とされ、そうして結論として、人格概念は個性のある「人となり」から成るものであって、ここにこそ法的責任の実質的根拠があり、従って、

法的人格は変化しないものではなく、次第に変化していくものであると断じられているのである（森村・前掲一八二頁）。しかしながらこのような、人格変化論ないし過去の意思が現在を拘束することの不合理を説く見地は、全くの論理的誤謬に陥っているものと言うほかない。というのは、右の論は、人格の経時的同一性を否定し、現在の約束者は、正に過去の契約を後悔しているという重要な点において、過去の彼と違っているのであると説くが（森村・前掲一八五頁）、過去の行為を後悔している者は、その過去の行為を自分の行為と認識しているからこそ「後悔」しているのであり、仮にそれを過去の「別人格」の行為と認識していれば、後悔ではなく別人への「非難」が成立するに過ぎないのである。自己意識の主体としての人間は、自己の様々な行為において、それを自己のものと意識し自我と結び付け、その責任や権限を自己の内に取り込んでゆく。このような主体的人格と自己決定・自己責任の統合構造のなかに、自由な人格としての人間の尊厳があるのであり、権利義務の帰属点としての法的人格の不変性は、「法技術上の便宜の問題」にすぎない（森村・前掲一八二頁）わけではない。

それでは人格の恒常性は、過去の意思が現在の意思すなわち人格自身を拘束することに帰結するのであろうか。右の経時的人格変化を前提とした意思拘束論は、契約制度の価値やこれを利用する当事者の意思、はたまた意思を撤回することの不公正等を説くが（諸学説については森村・前掲一八三頁以下に詳しい解説がある）、契約制度利用意思も過去の意思であるにすぎず、また撤回不公正論は撤回の不当を前提としたトートロジーであり、契約制度の価値も意思撤回不可を前提としてはじめて成立する価値にすぎない。しかしこのような遠回りした意思拘束論は、一切不要である。というのは人格恒常論に立っても、すなわち人格変化論に立たなくても、過去の意思は現在の意思を拘束しないと考えられるからである。自由な人格はその意思主体としての絶対性において、自己の過去の意思や所業を一切

否定し得るのである。自らが苦勞の末に手に入れた邸宅を他人に譲渡し、長年掛けて自ら彫塑した仏像を廃棄し、脱サラして始めようとした僻地での農業を氣候峻烈のため断念すること等、完全に自由である。もちろん「覆水盆に返らず」であるから、既に生じた事実そのものは無かったことにはできないが、自らの権利は清算し得る。逆に自らが過去に放棄した権利を自らの意思で回復し得る（例えば一旦廃棄物置き場に捨てた本を後に必要性を感じて回収し、あるいは貴金属店に売却した宝石を知人の懇願により買い戻す等）。にもかかわらず人格恒常論（通説であろう）が、その立場からは当然のように過去の意思は撤回できないとし、人格変化論が、既述のように苦心の論理でもって撤回不可を引き出そうとするのは、自らの意思の撤回の可否の問題に、別の要素である他人の意思を混入させているからである。過去の意思を現在の意思が撤回できるかの判断のためには、同一の条件の下に意思を置かねばならないが、通例撤回不可論は、過去の意思としては契約の当事者としての二人の意思の合致を置き、現在の意思としては一方当事者の不履行の、或は解除の意思を置くのである。意思撤回不可論は、意思の前後の問題と、意思の個別性・共同性の問題を混同しているのである。もちろん意思表示は通例契約という形態をとるから、意思の撤回の不可は、契約の効果として相手方が取得した権利を否定することはできないという、権利擁護論、権利侵害不可論——法の見地からはあまりに当然の論理であるが——に必然的に帰着するのである。このような撤回不可論を権利消滅の側から捉えて、当人は契約によって自らの権利を失ったから、自分一人では覆すわけにはいかないという論理を提示する見地があり、これに対し、このような論理は権利義務の概念を具体化しすぎており、権利義務関係の変更が既に生じたというのである。問でもって問いに答えたことにしかならないとする批判があるが（森村・前掲一八一頁）、奇妙で不可解な議論である。およそ法律論においては、権利の存否こそが実体的問題となるのであり、契約関係は権利の取得喪失の観点

を離れてこれを正当に把握することはできないのである。もっとも、法的関係は権利の所在を核として処理されるのであるから、右の問題も、相手方が権利を取得しているという積極的な側面から捉えられるべきであり、当人が権利を失っているという消極的側面から捉えられるべきではないのである。なお、このように契約の一方的撤回不可能が、契約の成立による権利の移転の効果であることは、契約が成立していない段階、すなわち、申込みがあったが未だ承諾の返答が為されていない段階では、撤回が可能であると一般に解釈されていることから裏付けられている。

(二) 自由意思と信頼 民法体系を構成する原理を自由意思に見出す見地に対する最大の批判的立場が、「信頼主義」であり、この立場によれば、表示行為に対する相手の信頼が、意思表示の、従って法律行為（契約がその代表）の有効性・拘束力の根拠であり、表示者本人の意思の存否はその本質的要素ではないとされるのである。このような見地は、近代私法の根拠にあるとされる信義誠実原則（日本やドイツ、フランス、スイス等の法典に明記されている）は当然契約関係の法的処理の原則でもあり、契約当事者を規律する原理は「信頼」であると解釈する法体系把握によって補強されるのである（例えば、川島武宜『民法総則』五〇頁以下は、信義誠実とは、当事者が相手方に対して正当に持つ行動の期待であり、社会秩序は、このような行動の期待に従って人々が行動することによって維持されると説く）。しかしながら、このような教説の不合理性は、契約が意思または逆に信頼を欠く典型例を考察すれば直ちに明らかとなるところのものである。

第一に、契約当事者に意思すなわち合意はあるが信頼が欠けている場合、契約は無効とすべきであろうか。中古自動車安価での譲渡の契約が為された場合、もし買主が売主の無責任な性格等の事情のもとに約束通りの履行を不安視していたなら、「信頼」を欠き、それゆえに売主は履行の義務を負わないのであろうか（森村進『権利と人格』一

五三頁以下は、このような例をあげ、売主が道楽息子に車を与えても、信託説によれば、売主は責任を負わないであろうと説き、信託説の不合理性を指摘する。このように信託が契約の効力要件であるならば、不誠実な行状が周囲に知られている人間は、どんな約束をしても責任を負わないが、逆に誠実で誰からも信託を得ている正直者は、常に言葉どおりの責任を負う。また、不特定多数の顧客を相手に取引を行っている者は、いかにして相手に対する、または、相手からの信託を獲得すればよいのであろうか。安定した市民社会においては、市民どうし相互に信託し合っているというような一般論的弁明は成り立たない。市民社会の平等は、市民が皆抽象的人格であるという形式的平等を意味するに過ぎず、人間性の具体的内容には触れないからである。

第二に、右と逆に、契約当事者間に意思すなわち合意は欠けているが、相互の交渉の結果一定の行為への信託が成立した場合には、信託されたものは当該行為をなす義務を負うのであろうか。中古自動車の安価での譲渡の意向が示された場合、もし誠実な性格の売主が約束はしないと断りを入れていたとしても、自分への譲渡を信託した買主に対し、売主は譲渡の義務を負うであろうか（森村・前掲一五三頁以下は、このような場合、約束を欠いているから意思説では当然履行義務を負わないが、信託説では譲渡の発言への信託が成立しているゆえ、履行義務を負うとする）。しかしながら、約束が成立していないところに生ずる信託とは、いったい何に對する信託なのであろうか。それは天気予報への信託の様に、一定の事実が生ずることの予測としての信託なのであろうか。そうであるとすると、何故に信託は保護され、信託された相手方は当該の行為を為すべき責任を負わなければならないのであろうか。信託説は、「言葉によって相手に信託感を引き起こさせたものは、これに忠実でなければならない」とし、合理的信託の保護が契約の拘束力の根拠であると説明するのであるが（星野英一「現代における契約」『民法論集』第三卷二二頁、同「契約

思想・契約法の歴史と比較法」岩波講座『基本法学第四卷』(五一頁)、信頼感を引き起こした者はなぜこれに忠実でなければならぬかについての理由は示されていない。単なる因果関係としての関連が言葉(表示)と信頼の間に入ったとしても、単なる事実関係としての因果関係は、そのままでは当為的関係に転換しない。人が自らの将来の土地購入について明確な考えを持ち、それを第三者に知らせても、なんら法的効果を生むものではなく、又たとえ直接土地所有者に単なる事実としての購入の考えがあることを伝えても事情は変わらない。考えを変更するのも自由である。にもかかわらず信頼説が信頼の付与でもって拘束力が生ずるとしているのは、信頼の付与という行為のなかに、義務づけ的、拘束的要素をおのずと含ませているからである。右の中古車の売却の例で、「約束はしない」という言明があつた場合にも信頼の発生を理由に売却の責任を認める見地は、信頼説のなかでもおそらく極めて寡少であろう。信頼説の見地が、その根拠として「偽るなかれ」の倫理(星野・前掲『基本法学第四卷』(五二頁))や、「裏切つてはならない」の倫理(星野・前掲『民法論集』(第三卷))を提示しているのは、信頼の論理に義務づけの要素を忍ばせていることを示すものである。というのは、偽りや裏切りは、義務を守ることの価値を前提としない限り、引き出し得ない観念だからである(小林公『約束と信頼―契約の拘束力に関する一考察』(九三頁))は「約束への信頼は約束の拘束性を前提としており、拘束性を信頼生成に基礎づける見解は循環論を犯している」と説く)。このように契約の拘束力の根拠は当事者の義務づけの意思にあり、義務づけの意思の合致としての約束こそが契約にほかならない。単なる事実的思念の伝達は、その内容を記述命題として持つが、義務づけの意思の表明は、その内容を当為命題として持つ。「何々すべし」という表示は、当事者の関係を当為的関係に変質させる。この変質の能力は、自由意思の主体としての人間のみが有する本質的能力であり、動物はこれを有しない。一定の行動が報奨的・懲罰的サンクションを受

けるといふ予測は、単なる事実としての予測であり、そこに当為的・規範的意識が生じておらず、存在するのは快・不快に対する反応、ないしその習慣化に過ぎない。人間は理性と自由の主体として、生まれながらに当為的・規範的意識を持ちうるのであり、子供でも「指切りげんまん」の約束が、通常の思念の伝達とは異なる当為的效果を持つことを了知している。このように、当為的關係を形成しようとする義務づけの意思の合致としての約束によって、法的意義における契約は成立するのであり、事実としての思念の表明や信頼によって契約が成立するという考えは、記述命題と当為命題の次元的相違を忘れた認識論的誤謬の産物でしかないのである。

右のように契約の拘束力の根拠は当事者の義務づけの意思にあるのであるから、事実としての履行意思の存在は、契約の有効性にとって必要な条件ではないことに注意するべきである。たとえば、無銭飲食の場合も、飲食者は有料食堂での飲食が代金支払い義務を負うものであることを了知しており、支払意思がなくても、また店主がこのことを知っていたとしても――すなわち信頼を欠いていても――、当然ながら飲食者は代金支払いの義務を負うのである。貧窮にあえぐ友人からの借金の申し込みに、捨て金のつもりで応じてやる者は、一切信頼は欠いていても、貸金契約の有効性を根拠に後日履行を請求し得る。このような簡単な事例の検証によっても、信頼説の不当性が了解されるのである。なお、書面によらない贈与は履行前なら取り消し得ること等、無償契約の拘束力が弱いことの根拠も、義務づけの意思の弱さにある。このような契約は、当事者の相互了解を伴う友好的な関係のなかで取り結ばれるものであるから、当事者間の信頼はむしろ厚いものであり、信頼説では説明できない規定であろう。すなわち、対価を求めない無償契約は、相手方に対する好意から為されるのが常であり、従って履行は好意にまかせ、無理強いはしないというのが、当事者の通例の意思であり、そこでは義務づけの意思が弱く、履行を強制しようという厳しい意思が欠けており、

法もこれに対応し、強制力を付与していないのである。

契約の拘束力の根拠を信頼に求め、意思の要素を軽んずるのは、大いなる法的誤謬である。それは一見近代私法の基本原則である信義誠実原則を尊重しているかのように見えるが、実際は当原則に背反しこれを否定しているのである。というのは、当原則は、ゲルマン的自由と誠実 (Freiheit und Treue) の精神原理がローマ法を介して近代法へ取り入れられたものであり、本来それは自己の決定したところのものを忠実に遂行するという内面的主体性の原理を意味するものだからである (村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』一二頁以下)。確かに誠実の理念には、「語られた言葉を守る」という意味が含まれているが、「正直であること」とも理解されており (村上淳一・前掲一六八頁)、自己の本意と異なる表示への拘束という意味合いは本来含まれていないのである。信頼説は信頼を「与えた」ことを責任の根拠にするが、表示の内容に対応する意思が欠けていれば、その内容については「信頼を与えた」ことにはならないはずである。内容を度外視した信頼というものは存在し得ないからである。勿論自己決定の原理は、表示内容を誤ったことについての責任をもたらすが、この責任が損害賠償では足らず、表示内容どおりのことを履行する責任でなければならぬという主張の論拠を、信頼説は示していない。たとえば、宅地の購入を検討していた者が、業者の案内で複数の物件を見て回り、結果として選んだ物件を別のものと取り違えて業者に申し込んだ場合、客は気に入らなかった方の宅地の購入義務を負うべきであろうか。急病の治療費を捻出するため、かねて知人が羨ましがっていた時価二百万円の宝石を百万円で売ろうとして、誤って代金一〇万円という内容のメールをその知人に送った場合、表示どおりの価格で売らなければならないのであろうか。表示への信頼を保護するという、口当たりの良い主張のもたらずものは、信頼した者の予期せぬ利得であり、信頼された者の予期せぬ損失である。このように信頼主

義は、相手方の過誤によって当人が不相応な利益を得ることを可能とする、「収奪的」或は「奇貨」付与の見地であり、この不公平性は、不法行為においては加害者は生じた損害についてのみ賠償責任を負うという公平原理とも矛盾するのである。以上のような信頼説の不当性は、契約制度を処理するうえでの一局面における不都合ではなくして、信頼説の持つ本質的な特性のもたらすものである。それは、当説が人を客体として扱うという点にある。すなわち当説は人を自己の決定したところにより権利を得、又責任を負うという主体者としてではなく、自己に対する他人の期待や信頼によってその法的責任が定めるところの客体として位置付けているのである。このような、人の客体的、非意思主体的把握の下に、信頼説は私法の基本原則とされる私的自治の原則にも疑いの目を向け、次のように説く。すなわち、私的自治という考え方は衰退しつつある。人が法律上義務付けられるのは、法律によってである。人の意思が尊重されるのも、法律がそのように決めたからであり、人が意思したからではない。私的自治の原則はそのような制度の哲学的基礎づけ、或は説明に過ぎない（星野英一『民法概論Ⅰ』一七二頁）。このような私的自治ないし自由意思原理の実体的意義を否定する所論は、法制度ないし法原則の把握について基本的な方法論的誤謬を犯している。というのは法制度や法原則の内容的正当性ないし根拠の問題と、その形式的存立の問題とは性質を異にするからである。私的自治ないし自由意思の原則は、法の規定を俟たずに正当性を持ち得、学理がそれを証明するが、現実の社会において当原則が現実的効力を十全に保持するためには、それが法律（成文法）の中に定められなければならない。しかしこれらが法律として定められるのは、その原則が正当性を承認され、また社会に必須の原則であると認められるからである。このように法規的成立は内容的正当性と結びついているのであり、両者を分断し内容的側面の実体的意義を否定してこれを法規的形式性の中に吸収せしめるのは、悪しき法実証主義の誤りを犯すものに他ならない。し

かしながら、内容的正当性と形式的効力との必然的結合として、自己決定の自由の権利が、明確に憲法上（一三条）定められている。どのような法実証主義者でも、この自由を、「法がそのように決めたにすぎぬ」として、その価値を相対化しようとは思わないであろう。このような自己決定の自由が、本源的权利として民法学の課題になるのである（笹倉秀夫『法哲学講義』一六二頁）、また自己決定の自由の財産面での表現としての私的自治や契約の自由が、財産法の基本原理として承認されるのである。にもかかわらず、「信賴の保護」の表題のもとに、意思の自己決定の原理を否定する見地は、人を自ら決定する主体として扱わず、他人の想念によって動かされる一種の客体の地位に貶めるところの、反ヒューマニズムの理論でしかないと言うべきであろう。「およそ自己決定を欠く行為の効果を法律行為責任の中に包摂しようとするのは、意思表示ないし法律行為概念そのものの自殺といふべき」（磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について——信賴責任への序章的考察」神戸法学雑誌三〇巻四号七三二頁）という確な批判があるが、意思表示・法律行為の否定は、意思と行為の主体である人格の否定を意味するのであり、もし民法学が人間の尊嚴の学であろうとするなら、自己決定する主体的人間としての自由な人格をその理論の根底に据えなければならぬのである。

(三) 自由意思と必然性 自然的・社会的必然性の力によって事柄が「意のまま」にならないことを自由の欠如とするのが、自由の概念の誤解に基づくものであることについては前述したが、これと類似しつつむしろ逆転している問題がある。それは事柄が意のままになった場合を、どう捉えるかの問題であり、表面的には自由が実現したようにみえる場合を必然性が現実化した現象と捉え、そもそも自由は幻影に過ぎぬと説く見地があるのである。このように自由を必然性に解消しようとする論理には、種々の立場があるが、最も著名で思想的影響力を持ち得たのが、マル

クス主義的唯物論であろう。この見地によれば、およそ観念、思想、教理等の精神的形態は、物質的関係の反映であり、又これに規定された形態にすぎず、物質的關係から解放された自由はありえないのである。しかしながらレーニンが、物質が第一次的存在であるというとき、同時に、思想、観念は物質的關係の高次の発展の産物であると認めているのであり、マルクス主義は精神の存立そのものを否定する単純な唯物主義ではない。ソビエト共産主義体制下で、商品交換關係の内に法の原点としての「自由意思」の存立の基盤を見出したパシュカーニスの理論が多くの支持を得たのも、マルクス主義的思想の一定の成果といふべきであろう。このような、物質的關係の上に精神的形態としての自由を基礎づける見地は、物質精神平衡論ともいうべき中立的な見地とも近く、マルクス主義的見地を離れても、經濟的關係と法的理念との対応を指摘する常識的理論として、今日広く見知されるところのものであり、「商品交換を表現した保障するところの『自由』は、現実には、商品交換をとおして行われる經濟的『価値法則』の必然性の一つの側面を言いあらわしているにすぎない」（川島武宜『民法総則』九頁以下）とされるのである。もっともここでは、自由は經濟的法則の必然性の内に吸収されているのであるが、人間の尊嚴の学としての法律学においては、この關係は逆転されなければならない。というのは、人間の尊嚴は、とりもなおさず、人間が自由な存在であって物ではないこと、人は主体として物を支配する存在であって、物のように外面からくる力によって左右される客体ではないこと―従って人間は奴隷にはなり得ない存在である―の上に成り立つのであり、したがって法の出発点は、人間が自由な人格として存立していること以外にはないのであり、むしろ商品交換關係としての經濟的關係は、このような法の絶対的要請を現実化する外的条件の次元に引き下げられなければならないのである。

右のようなマルクス主義的自由否定論ないし自由幻影論は、資本主義社会の一定の「繁栄」と、「自由」主義思想

の普遍化によるマルクス主義ないし共産主義そのものの退潮によって、ほぼ完全に力を失ったと言い得るが、しかしこれに代わって登場した新たな装いの自由否定論が、自由の理念を傷つけつつある。この論は、経済に代えて肉体的焦点をあて、階級的把握に代えて経験的方法を採用する。これによれば、今日の経験科学のもとでは、「意思の自由」は承認される余地がないとして、次のように主張される。すなわち、今日の社会科学においては人間の行動についても経験法則が認識され得ることが前提とされており、その最終の根拠としては、人間の行動に関する生物学的心理学が、自然科学的な基礎づけを提供している。人間の心理現象は究極においては、神経組織と内分泌腺との生物学的現象に帰着するのであり、パヴロフの条件反射の理論は、条件づけによって人間の神経組織すなわち心理現象が規定される形成されてゆくものであること、すなわちパーソナリティーの可塑性を明らかにしている。いわゆる意思の自由なるものは、一定の状況において人間が行動し得る可能な道の中から一つを選択した場合に、行為者がその他の行動の可能な道を自覚していたという特殊事情を意味する言葉にほかならない。現実には彼はその可能な道の一つを選択したのであり、そうしてそれにはそれだけの原因があったのであって、経験科学の立場においては、人間の行動は行動者のパーソナリティーと環境との関数であり、そうしてパーソナリティーは、経験的に認識し分析され得る諸要素から成り立つものであって、現代の心理学は人間行動に関する経験法則を探索し、行動の予見を可能ならしめる方向に進んでいる。そのような意味で「自由な意思」というものは、現代の経験科学の判断枠組みの中に入ってこないし、現代の経験科学にとって存在しない。一方、自由意思という概念は、行為に対する道德的責任を正当化した追求するためのイデオロギーとして、また道德的人間というパーソナリティーを訓育するための道具として、過去において大きな機能を果たしたことは否定できないが、経験科学の立場からは、これを経験的世界の現象として承認することは

できない。自由意思という観念は一つの「神話」にすぎないともいわれている（川島武宜『近代社会と法』三五頁以下）。

右のような自由意思否定論は、人間行動の把握についての経験的方法と、肉体主義方法との結びつきから帰結されたものであるが、この二つの方法の混同は、「自由意思の問題を混乱させている一番大きな原因」である（平野龍一「意思の自由と刑事責任」尾高朝雄教授追悼論文集『自由の法理』一七頁）。第一に、右の方法は、「人間の心理現象は究極においては神経組織と内分泌腺との生物学的現象に帰着するものであるし、またバヴロフの条件反射の理論は、条件づけによって、人間の神経組織すなわち心理現象が規定され形成されてゆくものであること明らかにしている」とするが、人間の心理現象が神経と内分泌腺の現象に帰着するということは、いまだかつて科学がこれを証明したことはない仮説である。カエルの実験で、ある種の運動を条件づけられたカエルの脳のエキスを他のカエルに注入したところ、同様の運動傾向を示したというものがあるが、人間の脳神経や内分泌腺を測定しておけば、本人が書店でどの本に手をだし、又これを購入するか本棚に戻すかが予見できるような時代が、やがて科学の発達によって到来するとも言われるのであろうか。また事柄の実体を捉えるのは概念によらなければならないから、心理現象が帰着するところの神経や内分泌腺の現象を捉えるには、相応の概念が必要になるが、それは我々が我々の心理を捉えるために用いてきた元々の概念と異なるのであろうか。異なるとすれば神経や内分泌腺の現象を正確に捉えたことにならず、逆に同一であるとするれば、新たな「肉体的」概念は形成しても無駄であろう。たとえば、儉約の心理が働き、手に取ってみた書籍の購入を断念した場合、儉約の心理が読書の魅力にまさったという過程を一旦神経と内分泌腺の現象に還元し、この現象を再び儉約と読書の魅力との心理現象に帰着させることによって、この過程の科学的分析と因果的関

連とがより精密になるとでも主張されるのであろうか。精神を物質に還元しても、物質は精神によって捉えられるのであるから、方法が回り道になるだけであり、おまけにその過程で不純物を混入させ、あるいは必須の要素を剥奪させるという不正確さの危険にさらされるのである。確かに肉体は精神を支える根源的基体であり、肉体的作用を離れて精神が現象することはない。どんな名著でも、酪酊して錯乱している読者には何の感銘も与えない。しかしこのことと、精神が肉体の作用に還元できるかということは、別問題である。同程度に頭脳明晰で哲学的素養に富んでいる者が、カントの名著を読んで、方やこれを絶賛し、方やこれを論難しても、この違いを神経や内分泌腺の作用によって説明できる者はいないであろう。同一の環境のもとに育った一卵性双生児が、場合によっては全く違った行動様式を示すことも、よく知られた事実である。たしかに「精神は物質に裏付けられて作用する」が、しかし、「精神の作用は決して物質の変化としては説明され得ない」（尾高朝雄『自由論』三五頁以下）のである。

それでは、肉体主義から切り離された経験的方法でもって観察した場合、人間の行動はそれ自体因果の必然性によって決定され、自由を欠くと言いえるのであろうか。この点につき、最も物質主義的方法で因果的決定を否定する見地がある。それは物質の法則の完全性を否定する論理であり、量子力学上の所謂「不確定性理論」がその代表である。しかしながら、精神を物質になぞらえて「不確定性」を承認したとしても、それは精神の作用の偶然性を示したにすぎず、精神の自由を証明したことにはならない。というのは、偶然性に自由を見出すならば、物質も自由であることになるからである（上原行雄「非決定論と自由の構要素描」上原行雄・長尾龍一編『自由と規範』七九頁は、「われわれは原子から成る万物に自由があると考えるわけではない」と説く）。

生理的、物質的方法でもって人間精神の自由と必然性の問題が解決されるわけではない。精神の問題は精神自身の

原理で解決されるべきであろう。精神の自由を問われたとき、人は通常強制がないこと、特に権力による強制が欠如していることと回答するであろう。しかしながら、このような回答が不十分であることは、容易に了知できる。というのは強制の欠如としての自由は、野に放たれた鳥にも、奥山の不動の岩にもあるものであって、規範的主体である人間の自由を言い当てたものではないからである（上原行雄・前掲七三頁は、無強制の状態を自由ということは、自由意思論の場にはふさわしくないとし、「選択可能性」の有無が問題となると説く）。もっとも、外的強制を受ければ、自由は阻害されるのであるが、このことは自由の消極的条件の欠如を意味するにすぎず、本質的な意味での自由とは、人が自己の意思に従って行動することにはかならない。このような自由を単刀直入に自己の思想体系の中に取り込んだのが、一元論哲学を説いたスピノザである。スピノザの自己原因的世界観によれば、神が世界のすべての現象の原因であるから、神の似姿たる人間の行動は、人間に内在する「自己原因」としての「初発原因」すなわち自由意思に基づくことになる。しかしながら、「無因の因」としての自由意思によって行動が為されたのなら、その行動は行為者のあらゆる経験・修養や心境とも切り離され、行為者は「怪物」として立ち現れるしかなく、また、初発原因による行為は他の行為の結果として引き起こすゆえに、この行為にとっての他発原因ともなり、さらに、初発原因による人格と行為との切り離しは、行為の責任の根拠を失わせる（尾高朝雄・前掲一七頁以下）。思うに、右のような「初発原因」説は、その論理の根幹において矛盾を含んでいる。というのは、原因という概念は、そのもの自体が結果という概念を前提としており、従って原因結果の関係としての因果関係の要素を含んでいる。それ故「初発」という概念は「原因」という概念と完全に矛盾するのである。初発原因そのものが、何らかの原因からの結果となり「初発」ではなくなるからである。もっとも、何もない無の世界に有の絶対者としての神が出現するという世界の始まりを説

明するためには、右のような矛盾の論理―弁証法的論理―も有効でありうるが（ヘーゲル・前掲§六六は、はスピノザの自己原因としての神の把握を高く評価するが、工藤喜作『スピノザ哲学研究』二九〇頁以下は、自己原因概念の矛盾を指摘する）、人間の存立とその行為責任を捉える法の領域においては、右の論理は無効である。というのは、法においては悟性の峻別の論理が働き、自由意思、因果関係、責任等の要素は、有るか無いかの二者択一の論理の下に判断されるからである。なお、スピノザ流の自由論は、人間に初発原因があることを理由に人間の自由と責任を認めるのであるが、逆に、人間自身に原因があるゆえに、因果的必然性の下でも、人間に責任を問えるという「やわらかな決定論」がある（この論については後述する）。このように同時に自由論と必然論の根拠に成り得ること自体が、自己原因という概念の本質的矛盾を示しているのである。

右の自由論は、何もないこと、すなわち自我の原初的空白を人格の自由の論拠としたものであるが、逆に人格が一定の性向を有していることを自由の論拠とする見地がある。これによれば、人間は因果の系列の中にあって判断し、意思し、行動するのであるから、人間の行動は必然である。しかしながら、その行動がその人ならではの行動であるとき、換言すればその人の個性や人柄がにじみ出た意思決定であるとき、そこに人間の自由があるのであり、それは必然性を排除する自由でなく、大きな必然性の系列の中において認められる人格的自由である（尾高朝雄・前掲四六頁）。このような個性主義的自由論は、極めて通俗的で「人間主義」的な議論であるが、法的理論ないし法的制度を根拠づけるものとしての哲学的理論としては全くの的外れである。というのは、法的効果や責任は、人柄や個性に左右されないからである。たとえば友情に厚い人間が、友人の難病の治療費に当てる為、銀行から多額の借金をした場合は、当人の良き個性が表れた自由な借金であるが、平凡なサラリーマンがマイホームの購入に充てる為ローン

組んだ場合は、通常見られる態様であり、自由を欠く借金となるのであろうか。そもそも自由と必然性の関係は、責任や利得の発生の根拠として、言い換えれば何故に人は義務づけられ或は権利を得るのかというのかという問題に対する回答として、当人が意思したからという説明が妥当であるか、そこにあるのは単なる必然性ではないのかという観点から考察されるのであり、当人の個性や人間性は問題にならないのである。さらに右立論は、反道徳的本能や外的誘惑に従うのではなく、自律性をもって当然の筋道に従って行動するところに「真の自由」が存すると説くが（尾高朝雄・前掲五五頁）、このような自由観では、正義の人のみ責任を負い、凡人や悪人は自由の主体ではなくなり、文字通り無責任状態に放置されることになろう（平野龍一・前掲『刑法の基礎』七一頁は刑事責任に関する自由を否定する因果的決定論では、悪人ほど刑が軽くなるとして、決定論を非難する）。

右の個性主義的、人間主義的な自由論は、因果的必然性の法則の下に人間の行動を措定しながら、個性や徳性といった人間的要素をそのうちに見出し、その要素を梃子にして人格の自由の可能性を引出そうとする立論であるが、文字通り矛盾の理論でしかない。というのは、ここで議論されている自由と必然性の関係の問題は、人間個々の個別的行為の本質に関するもので、全体社会や大きな歴史の流れの問題ではないからであり（尾高・前掲五四頁が歴史と社会の連関による規定を挙げているのは筋違いである）、又行為の統合としての人間性の問題でもないからである（尾高・前掲四六頁が、大きな必然性の系列の中に人の個性がにじみ出るとき、人間の自由があるとするのも、行為の個別的単一性と人格的統一性とを混同している）。

右のように、因果的必然性を否定したところに自由を根拠づける試みは、それ自体成り立ちえない「空論」ではない。しかしながら逆に因果的必然性を承認して自由を否定すれば、自由の主体としての人格の存立を否定する唯物

主義的な謬論に陥る。しかしそもそも、肉体的、物質的ではない方法によれば、すなわち経験的、精神的方法によれば、人間の行動は、必然的法則によって支配されていると認識され得るのであるか。社会科学はこのことを前提しているとしたば説かれるのであるが（川島武宜・前掲三六頁等）、前提とされることと論証されていることは全く異なる事態である。観察の積み重ねや大量の調査によって、一定の条件の下での一定の行動パターンが認識され得ても、それは単に行動の傾向であって、法則ではない。しばしば人間行動の法則的決定の不可能を証明する論理として、「予言破りの自由」が主張される。法則的決定の内容（予言）を知った者は、自らの意思でその予言に背反する行動をとる自由を有するという論理である。しかし背反行動を起こす可能性とその現実性とは別問題である。この現実性が有意的に少なければ、法則的決定は一定の真实性を持ち得る。したがって、人間行動についての法則的決定論の経験的主張としての可能性は肯定できるという主張（森村・前掲二〇五頁）は、正当であろう。しかしながらこの可能性がどこまで現実性を持っているかは、別問題である。特に個々の人間の特定の行動を因果必然的に予測し、また事後的にも説明できるかについては甚だ疑問が持たれるところである。この点に関しては、社会科学的方法よりも深層心理学的方法が一定の成果を示している。フロイトによれば、人間の心理の奥には本人でも自覚し得ない深層心理があり、ここを支配するリビドーとよばれる根源的な生のエネルギーによって人間の行動が引き起こされるとされた。リビドーの概念を受け継いだユングによれば、人間の深層心理は個人の枠を越えて集団間に、最終的には人類全体にまで広がるものであり、この「集合的無意識」の上に人間の社会的関係は築かれるとされた。しかしこのような個人の表層意識を超えた深層意識によって人間の行動が支配されるという人間論は、インドではすでに古代四、五世紀ごろに仏教の有力学派となった唯識学派によって精密な論理のもとに展開されており、またそれは六世紀ごろ中国

に伝わり法相宗となり、更に、日本にも伝えられて奈良仏教の主要宗派を構成するに至った教理なのである。すなわち、この仏教の究極の哲理とされる存在論によれば、この世のあらゆる事象は人間の根源的意識でありまた諸意識の根本的原因（根本依）でもある阿頼耶識の転変によって生じ、またこの阿頼耶識は三世因果の法により人間の生死に相続され、その生の種々相は、阿頼耶識の顕現にすぎぬとされた（横山紘一『唯識とは何か』三二〇頁、「すべては阿頼耶識中の種子より生ずる」とされる）。したがってこの見地によれば、人の一生の中での様々な出来事は、深層意識の内に既に定められているのであり、ただそのことを本人は知悉しておらず、すべて自分の決定通りに——良い決定であろうと、悪い決定であろうと——推移したと観念しているだけである。このような決定論について誤解してはならないのは、ここでは自由意思はその存在自体が否定されていないことである。阿頼耶識の主体的構成としての末那識は、自我の意識をもたらずが、自我は無ではなく有であるように、自我の作用である様々な意識や意思も人の現実的作用であり、無ではない（太田久紀『仏教の深層心理』二二七頁、「認識活動の主体である〈識〉が〈有〉であるならば、客体である〈境〉も〈有〉でありましょう」と断ずる）。すなわち、唯識論によれば、阿頼耶識において既に決定されていることが、顕在意識においては自我の自己決定として現実化するのである。

右のような唯識学派の意識論は、その宗教的、神秘的側面を離れて、自由と必然性の論理的関連の問題に対する一つの解答として捉えたとき、大きな示唆を与える理論であると認められる。当理論によれば、自由と必然性の両契機は、一旦別の次元に、即ち、顕在意識と深層意識に措定され、しかしその一方で両者は自我の単一性、即ち末那識において統合される。そうしてその上で、深層意識に蓄えられたあらゆる経験的因子（種子）が時を得て縁によって顕在化し、自己の決断という意識のもとに行動に移される。当人は自己の意思に基づいて行動を起こしたと意識してお

り、勿論そのことは真実なのであるが、他方当人は深層の心理の描いた設計図通りに行動したにすぎず、したがって当人の行動が必然性の支配を受けたことも真実である。この唯識学派の教えるところは、自由と必然性はその本質において、なんら矛盾する関係には立たないということである。この両立論は、矛盾すると思われる両要素を無理やり重ね合わせに置いて、矛盾が解消されたかに見える安直な謬論ではない。人の意思決定は、何故に、又何を目的に、更に、どのような性格と境遇が背景にあった故に、決定が為されたのかという、原因・結果の因果関係の観点で捉えられる側面と、この側面を切り離して、当人が自分の決断でそれを為したという自己決定の側面があり、前者、即ち因果関係の側面は、後者即ち自由意思の有無という側面に影響しないのである。従って、因果的必然性の下に為された行為でも、それが意思の決断によるものであれば、まさに自由な行為に当たるのである。それでも多くの両立不可能論が必然性を理由に自由を否定するのは、「自由」という概念を誤解しているからである。この誤解は、自然的社会的な法則的必然性のため行為が妨げられた場合を、「自由の欠如」と捉える見地であり、「自由」を「意のまま」、「希望通り」と解して、法則的必然性のため契約を為しえない場合（例えば経済的法則性のもと貧者が高級品の購入を断念せざるを得ない場合）を「自由の欠如」に該当させるのであるが、この誤解を反転させ、契約が成立し得た場合をも、法則性に叶ったゆえに行為（契約等）が為され得たものとし、行為を法則的必然性の内に吸収させ、自由意思の存在を認めようとしないのである。しかしながら人間の行動は基本的に因果的制約のもとに置かれているのであり、この制約を超えたところに「自由」を想念するのは、如意棒の自由に憧れる幼い妄念というべきであろう。しかしながら、現実を理想によって否定しようとする青年的思惟と異なり、壮年の、老年の学問としての法律学においては、すでに現実としての法則的必然性と精神形態としての意思の自由とを両立させる理論が提供されている。それは、

主に刑法学や法哲学において主張されている「やわらかな決定論」であるが、法的責任（権利を得、義務を負うこと）の根拠として自由意思を措定することは、人間の行動が法則的必然性に拘束されているのであれば、原理的に不可能ではないかという問題への解答として、公私の法領域の区分を超えた普遍性を持ち得る理論なのである。

自由と必然性を両立させる理論の根本的立場は、自由の本質を自己決定に見出し、因果的必然性によってこのことは左右されないと説くところにある。すなわち自分自身によって決定されていることが自由の意味するところであり、また責任の根拠であるとされるのである（平野龍一・前掲「意思の自由と刑事責任」一九頁以下）。もっとも、「決定」という心理的過程は、複数の内容の中から一つを選択すること、ないし一定の内容を実行しようと意欲し、実行しないという選択肢を斥けることを意味するから、そこに「選択可能性」という不確定的心理過程が介在することになる。一部の論者はこの選択可能性を実体化し、たとえば、「人間は因果の系列の中に置かれているにもかかわらず、川の表面を流れてゆく木の葉と違って選択の自由を有する」（尾高朝雄・前掲二三頁）と説いて、自由と必然性とを両立させようとするのであるが、本来決定論は人間の選択行為そのものが因果的に決定されていることを主張するものがあり、このような両立論は矛盾する要素を体よく重ね合わせた疑似理論ではない（平野龍一『刑法の基礎』六五頁は、このような両立論を「相対的非決定論」と呼び、それは宿命論と絶対的非決定論との機械的結合にすぎないと批判する）。ただし、必然性の法則の中に、選択の自由という形で「自由」の要素を入れ込もうとする見地は、それなりの根拠を有している。というのは責任を課す根拠として行為者の「自由」が必須だからである。しばしば、必然性論（決定論）が成立すれば責任論は成立不可と言われる（上原行雄・前掲七一頁以下）。特に刑法においては責任が重大であり得るから、その前提である自由が要求されるのである（人に危害を加えた動物は単に「隔離」され

るだけで、責任は問われない)。しかしながら、認識論として人の行為の因果的必然性を承認する立場では、責任の根拠の面で必然性を放棄するわけにはいかない。そこで編み出された理論が平均人標準の「他行為可能性」である。当人にとっては必然的な行為であっても、平均人なら当該の行為を避け得たであろうという点に、責任の根拠を求めらるのである。しかしながら平均人を仮定しても、そこから得られる結論は、平均人なら別の必然的過程が展開したであろうという推測であり、当人の行為の必然性になんら影響を及ぼさないのである。そこで「他行為可能性」論は、平均人が持つような規範意識を有しておれば当該行為は為されなかったであろうという他行為可能性を、非難の前提となる規範意識に結びつける論理を導入するのである(平野龍一『意思の自由と刑事責任』一四頁)、この論理によって、当初問題にされた責任の根拠としての自由と必然性の矛盾の関係は、その究明が放棄され、規範に反した行為を行った故にその責任を問うという、トートロジー論に墮してしまっているのである。

右のように責任の根拠としての「選択可能性」ないし「他行為可能性」を問題にすることが、無意味なものであるとすれば、どこに責任の根拠があるのだろうか。それは現に一定の行為が選択されたという事実以外にはない。そこには一定の内容を受け入れる「自由意思」の作用があるのであり、他の選択の可能性のない因果的必然性がもたらした行為であっても、それが当人の意思によって選択されたこと、その旨の自己決定があったという紛れのない事実が責任の根拠である。すなわち当該の自己決定があったがゆえに当人は責任を負い、また権利を取得するのであり、自由と責任の関係は自分自身が決定したところに権利と義務が発生するという相即関係にはかならない。ところがこの関係を依然として因果的に説明する見地がある。これによれば、「自分が原因であるということが責任」なのである(平野龍一「意思の自由と刑事責任」前掲二九頁)。この見地によれば、自分が原因であっても、自身のなかの生

理的衝動や傾向が原因である場合には自由であるとはいえないが、意味の層あるいは規範心理の層によって決定されているとき「自己決定」があり、自由が認められるとするのである（平野龍一・前掲一九頁以下）。すなわちここでは、人格が、規範順守意識の有無や程度等の観点から捉えられたところの経験的人格として措定されており、自由意思の主体としての抽象的人格概念は、斥けられているのである。このような、人格の自由を、内面的、規範意識的観点から捉えようとする見地は、法哲学の分野でも試みられており、「我々が典型的に『自由』であると考える行為は、社会規範が人格への内面化によって人の行為をある意味で強く『決定』しているような場合（獄中で毒杯を仰いだソクラテス）」であるとされているのである（碧海純一『法哲学論集三三九頁以下』）。しかしながら、このような人格の自由の捉え方は、全く以て自由な人格の法的理念に背反するものと思われる。というのは、第一に、自分が原因であるとされるときは自分とは何であろうか。論者によれば、規範意識や性格等の実質的な要素が人格の内容とされているが（平野・前掲二九頁）、これらの要素は必ずしも生来のものではなく、養育、教育、医療、その他種々の体験、情報として伝えられた種々の事件、等の影響を受け形成されたものであり、またさらに、遺伝的要素が性格形成に影響することも心理学の常識であろう。そうであるとすれば、どこまでが自分でどこからが自分でないと限界づけられるのであろうか。行為の時点で備わっている性質が自分なのであろうか。しかしながらこの性格論的責任論は、行為の原因が自分にあることを責任の根拠とし、且つまた「やわらかな決定論」として当然ながら因果関係の中に責任を求めるのであるから、この原因は限りなく過去にさかのぼり、その過程で無限に多くの外的要素を取り込まねばならず、かくして自分が原因であることは、自分を通じて現れた無限に多くの社会的・外的要素が原因であることと自分はその結果でしかないことを意味し、自己原因説は崩壊せざるを得ないのである（大森莊蔵「決定論の論理と自由」

同『言語・知覚・世界』一四四頁以下は、原因の内外の区別は不可能であることと、性格としての人格の必然的形成を指摘する。

右のような「やわらかな決定論」の論理的破綻は、逆に正しい決定論の有り方を示している。右の論理は、自由意思と因果的必然性が共存し得るとし、その論理として行為者の内面における決定であることを以て自由な行為とし、他方その決定の場である内面を、性格や規範意識等の因果的に形成される実質的内容において捉えたのであるが、その結果、行為者の内面を自由と必然性の衝突の場におとしめてしまったのである。しかしながら、法における自由な人格の内面的尊厳は絶対的価値を有するものであり、必然性の拘束の下にその尊厳性を奪われてはならない。古典的自由意思論が、その倫理的責任論の前提として断固として因果的必然性論を斥けたのも、理由のないことではない（小野清一郎『倫理学としての刑法学』九五頁は、意思の自由は道義的責任の基礎をなすと説く）。そもそも、精神の内面における自由意思の存立は、性格や規範意識の因果的必然性と必ずしも矛盾するものではないのである。右の「柔らかな決定論」が矛盾に陥ったのは、自由な人格の抽象性を認めず、人格自体を一定の行動傾向を伴う性格や規範意識からみた実質的人間性として捉えるからであり、因果的要素が人格自体に混入して、その自由な主体としての存立と矛盾の関係に陥っているのである。しかし当論がえて人格の実質的把握を試みるのは、責任の根拠がこれによって説明され得ると考えられているからである。すなわち行為者が実質的人格と捉えられることによって、その者の行為が人格の実質（性格、規範意識等）と結合され得、すなわち当該人格が行為の原因であることが認められ得、かくして責任を当該人格に課することが可能になるとされるのである。これに反し、当論によれば、抽象的人格を前提にすると、個々の行為をもたらす自由意思は、人格とは別の要素となり、責任を当人に課すべき根拠を失うとされる

のである（平野龍一「自由意思と刑事責任」二八頁）。しかしながらこの論理は、人格の概念について完全な誤解に陥っているものと断ぜざるを得ない。人格と行為とは人格の特殊性・実質性を介さなければ結びゆかないような疎遠な関係にあるのではない。人格は一個の意思主体として様々な意思活動を展開しつつこれを自己の内に統括する主体であり、そこにおいてすべての行為は人格自身の行為であり、その結果について人格として責任を持つ。謹厳実直な紳士が暴行を働いたり、質素儉約を絵にかいたような人が、危険な先物取引に手を染めたりしても、それが当人格の行為であることに変わりはない。当論は責任を課すために人格の実質が問われるとするが、法の下の平等は、行為に依りて等しく人格に責任を課し、また権利を与えることを要請するのであり、この平等は人を実質的内容から切り離れた人格、すなわち抽象的人格として扱うことを意味するのである。抽象的人格の理念はこのようにして法の諸分野を超えた普遍的妥当性を持ち得ているのであり、抽象的人格としての自由な主体は、自らが為した行為について、まさに自らが為したというそのことによって責任と権利とを自分に帰せられるのであり、人格の特殊的性質や具体的人間性によってこの帰趨が決められるのではないのである。すなわち、諸々の具体的要因や必然性が人間の行為には随伴するのであるが、このような因果的必然性と切り離して、自由な主体としての人間の行為の有効性と責任を認めるところに、自由な意思の主体としての人格の尊厳があるのであり、これと逆に人間の行為を具体的実質において捉え、人間を因果的必然の流れの中に置くことは、一見人間性を尊重しているように見せながら、その実これを波に漂う木の葉のような、外的力の作用のままに漂う物体のように扱う、反ヒューマンイズムの試みでしかないものと言われべきであろう。

自由意思と因果的必然性との関係について明白な認識を持つためには、そもそも自由意思とは何を意味するのかを

正確に理解しておく必要がある。既述のようにそれは「意のまま」、「希望どおり」を意味するのではなく、行為が当人の意に沿って為されたこと、すなわち法律用語としてしばしば使用される「故意」を意味する。行為に意思が伴っているから責任と権利が発生するのである（ヘーゲル（赤松訳）『法の哲学』§一七七は、意思の権利は、自分の所業の中で自分の表象の内に含まれていたものだけを自分の行為として認め、これに責任をもつのであり、このことは「知の権利」であるとす）。したがって、権利や責任の発生のためには、行為に意思が伴っていることのみが必要となるのであり、それが因果的必然性のもとに為されたか、あるいは全くの偶然によって起きたかは、本来無関係なのである。しばしば指摘されるように、必然性の反対は偶然であり、自由の反対は強制（自由意思を否定する意味での強制）であり、必然性と自由とは次元を異にする概念なのである。この点に関し、一方で人間の行為には因果的法則が支配することを経験的眞実として肯定しつつ、他方、自我の自由という根源的価値のためには、選択可能性としての自由をも承認するべきとして、二元的世界観、すなわち「やわらかな非決定論」を提示する見地もあるが（上原行雄・前掲八〇頁以下）、異なった次元にあるものをわざわざ同列において両者を衝突させ、事態を混乱に導く必要は存しないのである。もっとも自由と必然性の両要素は、個々の人間においては現実の生の中の矛盾として現象するが、しかしこの矛盾に苦しみ悩み耐えるところに、自由な主体としての人間の精神の尊さがあり、「人生のドラマ」があるのである（上原・前掲八五頁は、人間に自由が与えられていることを動物との本質的相違とするが、しかし人間には動物と違い後悔、失望、挫折感等の精神的苦悩があり、この苦悩は自由と必然性の衝突を示す人間的な、そうして人間特有の尊貴な感情なのである）。