

カール・シュミットと「プラクシスの原理」

——「教育のプラクシス」に向けて ——

古川 亮一

研究室紀要 第42号 別刷

東京大学大学院教育学研究科 基礎教育学研究室

2016年7月

カール・シュミットと「プラクシスの原理」

——「教育のプラクシス」に向けて——

古川 亮 一

はじめに

本稿の目的は、カール・シュミット(Carl Schmitt, 1888-1985)が『法律と判決』で展開した「プラクシスの原理」についての思考を分析し、それが法適用という特定の営みに限定されない射程を有していることを明らかにすることで、公教育、とりわけ公立学校の教師の地位について規範的に考察する視座を得ることである。

教師の地位については、主に教育法学において議論がなされてきた。教育学の堀尾輝久と行政法学の兼子仁が中心となって構築した「国民の教育権」論は、「教育権論争」において一方の論陣を張ることとなったが、国民の教育権論の重要な主張内容の一つは、「教師の教育の自由」であった。その後、1976年の旭川学テ事件最高裁判決（最大判1976・5・21刑集30巻5号615頁）において、教師の教育の自由は、「子どもの教育が教師と子どもとの間の直接的な人格的接触を通じ、その個性に応じて行わなければならない」として最高裁によっても部分的に承認された。こうした議論の中で、「教師の教育の自由」は、教師の権利として語られてきた。しかし教育が権力性を不可避的に有している以上、教師による教育を正統性の問いから免れさせることはできない。結果として教師の教育の自由を擁護する立場をとるとしても、それは何らかの形で正統性を担保された「公教育の秩序」の一端を担うものとしての教師に認められるものでなければならない。

教師の享受する自由という構成が教師の放埒を許すものであると指摘し、国民の教育権論に批判を加えた論者として、黒崎勲がいる。黒崎は、「教育制度問題のすべてを教育法学の方法でカバーしようとすることは、教育制度を形式化させる」と批判した[黒崎 1992: 49]。黒崎は「教育権の論理」では尽くさ

れない教育制度の学を構想したが、それは子どもの教育を受ける権利をよりよく保障する公教育の秩序を問題にするものであったと言える。さらに、教育権論を客観的な秩序の側から構想すべきという立場をとる論者として、堀口悟郎がいる[堀口 2011]。堀口は、従来の教育権論が「公共性論」であったこと、そしてそれゆえに問題を孕んでいたことを指摘するとともに、旭川学テ事件最高裁判決が公共性論ではなく「秩序論」としての性格を有していたことを明らかにし、自らの「秩序論としての教育権論」を提示している。本稿は、かかる堀口の議論と問題意識を一定程度で共有するものであるが、ここで指摘しておくべきこととして、堀口と本稿著者の「秩序」に対する理解の相違がある。堀口の意味での「秩序論」とは、自由や権利を守るため、それぞれの主体に適した権限を配分することで秩序を構想する議論であり、一定の価値的方向性を有したものとして語られている。これに対して、本稿では堀口と問題意識を共有しながらも、自由や権利の擁護という目的を唯一のものとして前提としない、より広い意味での正統性ある「秩序」について検討を加えてみたい。なぜなら、ある秩序が正統性を獲得するのは必ずしもそれが自由や権利を守っているからではないからである。

そこで本稿では、シュミットが用いている「プラクシス」とその「原理」という語に着目し、『法律と判決』において裁判官のプラクシスの規範的原理というものがどのような意義を持っているかを分析することを通じて、教師がその一端を担っているところの「公教育の秩序」についての考察の糸口を探る。シュミットは、この著作のみならず、複数の著作において「原理」を問題にしているが、本稿がこの著作に着目する理由は、以下の通りである。すなわち、『法律と判決』が対象としている裁判官は日本の教育学においても教師を論じる際に引き合いに出されてきた存在であり、法適用はまさに個別的な事例につ

いて決定を下す場面であって、個別な子どもとの関係で行われる教師の実践と類似性を有しているため、いわば「教育のプラクシス」を考察するに当たって、有益な視座を提供してくれると考えられる。さらに、1920年代以降のシュミットの諸著作に対してこの著作は時代的に先行しているとともに、まさに原理が主題のひとつとなっているため、シュミットの「原理」をめぐる思考の原形をここに見出すことができると考えられるからである。

以下、1章で『法律と判決』についての先行研究の状況を確認するとともに、この著作の内容を概観する。続いて、2章で内容の分析に取り組み、シュミットの問題意識を踏まえながら、そこで「プラクシス」とその「規範的原理」が果たしていた意義を明らかにする。その上で、3章では、それまでの分析をまとめた上で、そこから教育学にどのような示唆が得られるかを検討する。

1. 『法律と判決』というテキスト

1-1 先行研究の状況

本稿が取り上げる『法律と判決』は、1912年に出版された後、1969年にシュミット自身による解題を付すのみで内容に変更を加えずに再び出版された¹⁾。この『法律と判決』については、後のシュミットの「具体的秩序思考」の萌芽としてこれを捉える見解が30年代からすでに存在する〔和仁 1990: 196〕。1969年の第2版の序文における証言も、このテキストに現れた思想を具体的秩序思考なるものが提出された30年代以降のシュミット思想に連なるものとして理解することへの誘因となっている。次章で検討する樺島博志の研究も、後のシュミットの思想の展開から遡及する形でこのテキストを解釈したものである〔樺島 1999a〕。しかし、本稿では、『法律と判決』というテキストを内在的に読解することで、「原理」についてのシュミットの議論の原形を獲得することが目的とされているから、シュミットの他の時期のテキスト、とりわけ時代的に近接していない後期のテキストとの連環において読解するという方法は採らない。

本稿とは違う問題設定を行って『法律と判決』の読解を試み、しかし本稿にとって重要な意味を有している先行研究として、塩見佳也によるものがある〔塩見 2004〕。先取的に言えば、本稿は塩見とはこ

の著作についての解釈を細部において異にし、その差異は本稿にとって重要な意味を持つのであるが、この点については後の記述において明らかにされるべきであるため、ここでは言及しておくに止める。

以上のような観点から、次章以降では、『法律と判決』というテキストの内在的な読解に努め、そこでプラクシスと原理の概念が果たしている機能を明らかにするが、その前に節を改めてこの著作の概要を記しておくこととする。

1-2 「正しい決定」の規準をめぐって

序文において、「この本はプラクシスに向けて書かれており、プラクシスを対象としている」と語るように、シュミットがこのテキストで問題にしているのは、徹頭徹尾プラクシスである〔GU: VIII〕。このテキストにおいてプラクシスは一貫して理論（学説）と対照されており、この対照は重要な位置を占めている²⁾。そこで指摘されているのは、体系を志向する法律学と、もっぱら個別の事例の解決を志向する法プラクシスとの差異である。

法プラクシスはその概念からしてすでに、含蓄深い諸々の意味において、法律学とは異なるものである。法律学は完結した、それ自体に矛盾を孕まない規範の体系を得ようとする。法適用に際しては、(論理的・心理的に)すべての関心は、正しい決定が発見されるべき具体的な個別の事案に集中されている。法の素材の学問的な加工の結果は、法適用にとっては単なる手段にすぎない。〔GU: 58〕

シュミットがここで問題としているプラクシスは、法の適用を担う職業裁判官団の活動の総体である。裁判官は個別の事案を解決するために決定を下す権限を有し、それを行使するが、裁判官の決定は「法適用」という形で行われる。予め定められた抽象的規範である法律から自動的にある事案に対する決定が導き出され、そこには裁判官の恣意は介在しないと考え、裁判官を単なる「法を語る口」とみなすような最も極端な立場は稀であるとしても、通常、裁判官は、与えられた事案に対してフリーハンドで判断を下すのではなく、法律を解釈・適用するものであるとされている。しかし、後にアメリカで活発になったリアリズム法学が指摘したように、20世紀

初頭のドイツにおいても、すでに決定における裁判官の恣意の混入が、心理学的な事実に基づいて指摘されていた[GU: 16]。自由法運動は、19世紀に発達したパンテクテン法学において採られていた法律構成による判決の正当化を、裁判官の主體的判断の介在を隠蔽するものとして批判するとともに、制定法だけではなく道徳上の価値判断や文化規範を法源とし、そこから自由な法発見を行うべきことを主張した。

シュミットが『法律と判決』というテキストを投げ込んだのは、このような議論状況に対してであった。法律に基づいて決定を下していると考えられていた裁判官が、その実、個人的な判断に基づいて決定していた。この事実が明らかになるとき、「いかなる場合に裁判官の決定は正しいか」という問い、すなわち法適用というプラクシスを支えている原理の探求はより一層の重要性をもつことになる。この問いに対して伝統的な見解が与えてきた答えは、「裁判官の決定は、それが法律に合致しているときに正しい」という、「法律適合性 (Gesetzmäßigkeit)」の規準であった。自由法運動はこの見解に反対したのであるが、シュミットによれば、自由法運動も判決を法律適合性という観点から評価しようとする点では同根であって、自由法運動は「法律」の範囲を拡張したに過ぎず、その範囲の拡大は法律適合性という規準の規律力を毀損するのみであった。

自由法運動は、自由な「超実定的な」法、たとえば道徳上の価値判断あるいは「文化規範」から引き出された法を、「実定」法の代わりに定立し、従来方法よりも何かしらより広いものを「合法的な決定」のもとで理解することによって、形式的には合法性の規準を保ち、同じく法律の内容を拡大しようとし、ただそれによって望ましい結果を得なかつただけであるところの伝統的な解釈学説と、同じ道を往くのである。このような「法律適合性」概念における「法律」概念の内容的な拡大によって、人々は正しい決定、法律のもとへの包摂可能性という標識から、すべての価値を奪ってしまう。[GU: 40]

シュミットは、伝統的な解釈学説と自由法運動の両者が共有していた法律適合性という正しきの規準は、それが「疑わしい事例」において機能しないが

ゆえに、不十分なものであるという [GU: 5-6]。法律の文言から一義的に明確な決定が導かれるような事案においては、判断が難しいような事案においては、裁判官の裁量はどうしても大きくなってしまい、そこでは「正しい決定」なるものを語るができないように思われた。しかしシュミットは、正しい決定の規準の追求を断念しない。予め与えられた抽象的規準によって裁判官の全ての（ハードケースにおけるものを含む）決定の正しさを弁別できないのであれば、何によってそれは可能になるのか。裁判官の決定は、いかに自らの妥当性を主張すれば良いのか。

1-3 「他の裁判官」の定式

シュミットは「裁判官の決定はいかなる場合に正しいか」と問う。それは、「裁判官の決定がどのように決定されるのか」を問う事実学的な問いでもなければ、現実に下された諸々の決定について、シュミットの側で用意した規準でもってそれらの正しさを云々するものでもない。シュミットが試みているのは、「法プラクシスにおいて妥当している規範的原理」そのものを問うことである。

決定的な問いは、「裁判官の決定はいかなる場合に正しいか」である。この多義的な問いは——その意味は、広範な叙述の過程で徐々に、望むらくは一義的な明確さで明らかになるはずだが——、これに初めから明確な輪郭を与えるために、以下のようにより具体的に規定されなければならない。すなわち、「どのような規範的原理が、現代の法プラクシスの基礎にあるのか」である。この考察は法学的な考察である。この考察は、「今日法プラクシスにおいて下された決定はどのような場合に法学的に正しいとみなされるのか」を尋ねるものである。「今日どのように事実上決定されるか」でもなければ、例えば「諸々の決定の大部分は正しいのか」でもない。[GU: 1]

シュミットは法律適合性という規準に代えて、「他の裁判官が同様に決定したであろうとき、裁判官の決定は正しい」という規準を提出する。この回答は、法適用の正しきの規準を、プラクシス自身に求めるものである。

ここに提出されている論文は、法プラクシスにおいて下される決定はどのような場合に正しいのか、という問いを立て、その問いに「法プラクシス自身がそれについて決定するのである」と答える。[GU: VII]

この規準こそが、現代の法プラクシスに規範的原理として妥当しているという。そしてこの規準は、「法的確定性 (Rechtsbestimmtheit)」の要請から導かれる。ここで言及されている法的確定性は、『法律と判決』の鍵概念のひとつであるが、それは法が(それが何かにかかわらず) 何事かを決定していることを最重要視するという性格である。

これらの考慮の全ては、法律は第一におよそ確定することを望むという思考から出発している。それがどのように、そして何を確定するかは、二次的な問題である。それゆえ、法秩序の「内容」を脇に置いてるように見えるが、実際はまさにその内容に属するところの契機が、前面に押し出されるのである。[GU: 52]

シュミットは文中で、最も極端な例として、右側通行か左側通行か、というものを挙げている。この場合、右側通行か左側通行かはどちらでもよく、とにかくどちらかが規範として定められていることが重要である、ということである。シュミットによれば、あらゆる法的な問題には、この「内容的無差別のモメント」が少なからず存在するのであり、それゆえに裁判官の法適用は第一にこの法的確定性の要請に導かれて行われるのであるという。法律適合性という従来の規準も、それを充たすことが法的確定性の要請を満たすことに繋がるがゆえに認められてきたのであって、法的確定性の要請によって説明することができる。そしてこの要請に従えば、法律に反しているにもかかわらず正しいと考えられてきた「法律に反する (contra legem) 判決」についても、それが正しいということが説明できるようになるのである。

2. 規範的原理の内実とプラクシスの位相

2-1 決断主義?

前章では、『法律と判決』におけるシュミットの主

張を概述した。シュミットは、裁判官の決定が拠るべき原理の探求から、「他の裁判官」の定式を提出し、それは「法的確定性の要請」という法の本質に関わる要請と結び付けられていた。この「法的確定性の要請」の観念は、『政治神学』などの後のシュミットの著作にも引き継がれ、有名な「主権者」についての定義の基礎にもなっている。一方、「他の裁判官」の定式は、『法律と判決』において結論として提示されたにもかかわらず、その後のシュミットの著作においては語られることがない。それでは、シュミットがこの著作で提示した議論には固有の意味がなく、後のシュミットに継承された部分にのみ意味があったのであろうか。

この点、樺島博志は、『法律と判決』で提示された「他の裁判官」の定式を、シュミットの思想における不純物として、それに積極的な意義を認めない。樺島は、後期に至るまでのシュミットの法思想を「事実性の法思想」と評価する立場から、『法律と判決』を「それ以降のシュミット法思想の中核をすでに胚胎していた著作として理解する」[樺島 1999a: 108]。樺島は、規範と事実を媒介する法適用の機能が重要であると指摘するが、その際、「裁判官」という具体的人格の決定によって規範と現実存在が媒介されなければならない」として、法適用をなす裁判官の人格の具体性を重視する[樺島 1999b: 117]。樺島は具体的人格を有する裁判官が下す事実的な決定を法適用において不可欠の因子であると捉えるため、シュミットの提示した「他の裁判官」の定式に現れる裁判官が抽象的モデルである点、そして「法的確定性」の要請が抽象的・規範的な原理である点を、シュミットの「内在的矛盾」とであると断じる[樺島 1999b: 114-115]。

しかし、以上のような樺島の『法律と判決』に対する評価には、首肯できない。具体的人格が下す事実的な決定がなくては法が実現されないということは、樺島の指摘する通りである。しかし、それは裁判官の主観的判断が不可避免的に介入するという心理学的な事実の指摘と同様、法についての事実学的言及に過ぎない。見落としてはならないのは、そのような事実を前にして、なお何らかの規範、正しさの規準をシュミットが語ろうとしたということである。1章2節で見たように、シュミットはあくまで正しい決定の規準を追求したのであり、具体的な、一定の公的地位についてはいえそれ自体は一

個の個人に過ぎない裁判官の決定に、すべてを委ねるといったものではない。

現に存在する秩序としての法にとっては、独創性それ自体はほとんど意味を持ちえず、「個性」の力と尊厳についてのあらゆる観念は法律学の外の範疇にある。今日の法プラクシス（そしてあらゆる法プラクシス）における裁判官の決定の正しさの規準が、個人の感情的な事象あるいはその主観的な信念には墮さない、ということとは自明である。他律的な評価が常に問題とならなければならない。[GU: 73]

上の引用からも明らかなように、シュミットはむしろ、個別の裁判官の個性から離れた、客観的なものとしての正しさの規準を、『法律と判決』というテキストにおいて問うたのである。仮に後のシュミット自身の思想と抵触するとしても、『法律と判決』に裁判官の「具体的人格」なるものの重要性について言及されている箇所がない以上、この著作はそれ自体として読まれるべきであろう。シュミットは「法律適合性」説という明確な批判対象を定めて議論を展開しており、その批判の主眼は「法律適合性」説が法プラクシスに満足のいく規準を提供できていない点にあるのであるから、この著作で試みられたプラクシスの規範的原理の追求、そしてその成果としてシュミットが提出した「他の裁判官」の定式は、それ自体として理論上の意義を有するものと本稿は考える。

2-2 原理の規範性

前節でみた樺島の立場は、従来「規範主義」の時代と評価されてきたシュミットの帝政期の思想を、ヴァイマル期以降の思想との連関から読み替えようとするものであった。樺島の試みが結局において『法律と判決』に対する外在的な読みこなしに墮し、このテキストの意義を捉えそこねたということは、それが元来から困難な試みであったということを裏付けている。シュミット思想の展開を規範主義・決断主義・具体的秩序思考の三つに時期区分したのはハンス・クルパであるが、そこで「規範主義」として言及されているのは教授資格論文であって、『法律と判決』についての言及はない[Krupa 1937]。本稿は、『法律と判決』について何らかの規範を語ろうとしたも

のであるとの評価を下すことに躊躇いはないが、そこでの「規範」は、果たしてどのようなものであったのであろうか。

この点を検討するにあたっては、まずはシュミットがケルゼンを引き合いに出しながら自らの方法を説明している部分を参照しておくべきであろう。シュミットは、1910年に出版されたハンス・ケルゼン(Hans Kelsen, 1881-1973)の『国法学の主要問題』を紹介しつつ、自らが対象としているプラクシスの方法は、ケルゼンの主張する意味での法学的考察によっては扱うことができないと指摘している。

最近登場した書籍〔ケルゼン『国法学の主要問題』：引用者註〕は、印象深い一貫性を以て、社会学的な考察方法と法学的な考察方法、因果論的・説明的な考察方法と規範的な考察方法との区別を強調しているとともに、形式的な法概念の構成に際して実体的な目的の契機を利用することは「あらゆる方法的欠陥の最も重大なもの」であると力説している。いま問題となっている研究の問題定立からは、この詳論への態度表明がおのずから生じる。主題は法適用の方法であって、実定法の学問的な加工ではないし、法学上の概念の構成でもない。それゆえに、その方法的前提は妥当している法の理論の前提とは異なるものである。法の理論は、法律から概念的に演繹され得ないものすべてを否定することにより、その本質からして、プラクシスの方法とは一切関係を持ちえない。[GU: 56]

改めて確認しておく、シュミットが『法律と判決』で問題にしているのはプラクシスである。そして、そこで追求されているのは、プラクシスの外部にあってプラクシスがそれを参照すべき法則ではない。「今日の法プラクシスの規準が追求されているのであって、理想的なプラクシスの規準が追求されているのではない」としているように、ここではプラクシスにおいて実際に妥当している規範的原理が問題となっているのである[GU: 60]。どれほど崇高な理念も、事実との接点を一切有さなければそれは効力を持ち得ない。規範的という形容詞こそ使われているものの、ここでいう規範的原理はプラクシスの外側からプラクシスに押し付けられる抽象的規範ではない。シュミットが『法律と判決』で提示した規

範とは、ケルゼンにおけるような、事実からは峻別された法命題（あるいはその連鎖構造）ではないのである。その意味でも、シュミットが『三種類の法学的思考』においてケルゼンを念頭に置きつつ整理している「規範主義」の名で帝政期のシュミットを呼ぶことはミスリーディングであろう。

シュミットが追求した「規範的原理」は、プラクシスに「土着」の原理である。ここで探求の対象となっているプラクシスの原理は、「自律的」ではなく「土着的」と形容される。シュミットは「自律的」という表現を、法プラクシスが営む法適用を内容的に拘束するそれ自体はプラクシスを離れた（しかしそれをプラクシス自身が採用するという意味では「自律的」な）規範の存在を想定させるものであるとして否定する。

プラクシスに土着的な正しさの規準が発見されなければならないから、ここでプラクシスが参照される。「自律的」という表現は、以下のような誤謬に容易に導きうるから、避けられなければならない。すなわち、プラクシスが法を生み出し、法律を与えるということが問題となっており、ここで述べられた解決のその他の解決との違いは単に、ここで一つの新しい種類の「規範」、「プラクシスの法則 (Gesetz)」が、自由法あるいは文化的あるいは似たような規範の代わりに導入されることである、という誤謬である。問題になっているのは、プラクシスに特有の法学的考察の原理である。[GU: 118]

シュミットが行おうとしている「プラクシスに土着の原理の収集」は、「人の活動」をその対象としている。シュミットが追求しているのは「法学的思考の純粹形式」ではなく、現実の人の活動を指導している原理である [GU: 60]。しかしこの原理はなおも規範的である。シュミットは自らの考察を「法学」と位置付け、社会学や心理学との差異を強調している。

たとえば裁判官の、裁判官の弁護士に対する関係の、あるいは制定法の民族に対する影響、裁判官の精神における事象の集团的・社会心理学的考察なども試みられるべきでない。以下の考察は社会科学でも心理学的でもなく、法律学

的な考察である。[中略]この論文は社会学的な考察ではない。なぜならこの論文は人間の相互作用を対象としておらず、人間の社会の形態学あるいは裁判官・弁護士の社会学的な特性ではなく、実践的な活動の方法、一定の人間の階級の活動がそれに由来するべきところの原理を対象としているからである。[GU: 5]

シュミットが自らの方法を「法学」と称することができるのは、単にそれが法を対象としているからではない。法適用の規準、すなわち決定の正しさの規準を問うている点において、シュミットの方法は法学的なのである。そして彼が提示している規準は、裁判官個人の主観には還元されない、客観的な性格を帯びる。

決定の正しさの規準が存するのは、裁判官の主観においてではない。規準は個々としての裁判官の主観からはまったく独立している。決定が主観を越えて正しいかは、プラクシス自身これを決定するのである。プラクシスは、それに特有の規準を有する。裁判官の決定は、他の裁判官が同様に決定したであろうときに正しいという定式化はそれにふさわしい。[GU: 100]

「プラクシスの土着の原理」は、個々の裁判官の主観に還元されない規準であるがゆえに、それは客観的実在性を有し得ており、それが正しさの規準であるがゆえに規範的である。以上の叙述から、シュミットが追求した「プラクシスの規範的原理」が、規範的でありながら、しかし一定の内容を有してプラクシスの外側に予め存在するような性格のものではないことが明らかにされた。このような、それ自体には内容的要素を有さずに、一定の決定の正否を識別するものとして、「手続き上の正義」が想起される。「他の裁判官」の定式は何か具体的な手続きを裁判官に課するものではないから、これを手続き上の正義であると言うことは誤解を招く恐れがあるが、シュミットの提示した規準がどのような性格のものであったかを考察するに当たっては、手続き上の正義についての議論を参照することは有効である。以下、節を改めてこの問題について論じることで、「プラクシスの規範的原理」の性格を更に明らかにする。

2-3 原理の規律力

手続き上の正義とは、ある決定の正しさを、その内容ではなく、その決定が下されるにあたって執られた手続きを見ることによって判断する考え方、あるいはそうして判断された正しさのことである。ロールズは『正義論』において、手続き上の正義を、「完全な手続き上の正義」、「不完全な手続き上の正義」、「純粋な手続き上の正義」の3つに整理している〔ロールズ 2010：116-118〕。前二者においては、手続き上の正義とは独立に「何が正しいか」の規準が存在するのに対し、最後のものにおいてはそれが存在しない。独立の正しさの規準によって正しいと認められる決定がそれによって確実にもたらされるような手続きが存在する場合に、その手続きに照らして判断される正義が「完全な手続き上の正義」である。これに対し、そのような手続きは存在しないものの、それにしたがうことで一定の蓋然性で正しい決定が下されるような手続きが存在する場合、それに照らして判断される正義が「不完全な手続き上の正義」である。

シュミットの「プラクシスの規範的原理」は、その原理にしたがうことで必ず内容的にも正しい決定がなされるというものではない以上、少なくとも、完全な手続き上の正義に比せられるものではないことは明らかである。しかし、シュミットが決して実体的な正義を否定しているわけではない以上、彼の「規範的原理」が「不完全な手続き上の正義」と「純粋な手続き上の正義」のいずれの類型に近いものであるかについては、議論の余地があり得よう。本稿は、シュミットの原理がそれから独立した内容的規範とは何らの関係をさしあたりは持たないものとされていると考えるものであるが、異なる立場を採っている比較的近年の論文があるので、その主張を検討していく形で、本稿の立場を明らかにしていきたい。

ここで、いまその正しさが問題となっているところの法適用という営みが、『法律と判決』においてどのように論じられていたのかを確認しておこう。そもそも法適用とは、一般的・抽象的にしか存在していない規範である法が、個別の具体的な事案において実現される場面である。もし具体的な紛争が一切裁判所に持ち込まれなければ、実定法の秩序について語ることはおよそ不可能になる。したがって、国家の法が如何にして現実の社会に対して妥当する

かを分析するためには法適用を考察の対象としなければならぬのであり、その担い手たる裁判官の法プラクシスのあり方が問われなければならなかったのである。シュミットが『法律と判決』のなかで法適用の持つこのような役割について論じているのは第2章においてであり、ファイヒンガーのフィクション論が肯定的に引用されるのも、この部分においてである。シュミットは、法律適合性の規準を奉じる見解、とりわけ「立法者意思説」に対し、以下のように批判を加えている。

一連の「超実定的」契機と内容とを、それが立法者の意思であるかのように扱っているということに自覚し、このフィクションに常に自覚的でありつづけ、それから出発して、解釈学を整備しようと試みたならば、理論的にも実践的にも価値ある結果に到達したであろう。〔しかし〕そうする代わりに、人々はドグマのようにフィクションを利用し、それが立法者の意思であるかのように人々が扱うものを、立法者の本当の意思であると証明するのに苦心し、立法者を捏造した。〔GU：26〕

上の記述からは、フィクションのフィクション性を自覚しながら、裁判官がまさしく「かのように」判断することに、シュミットが一定の肯定的評価を与えていたことが確かに読み取れる。

かかるフィクションへのシュミットの肯定的評価をひとつの手がかりとして、『法律と判決』を理解しようとするのが、塩見佳也である〔塩見 2004〕。塩見は、職業裁判官が個別の事案に対応して行う法適用の機制に『法律と判決』というテキストの特質を見出す。塩見は、「理念の現世における実現」を担う法適用の機制を考察の対象とし、「シュミットのプラクシス概念は、法実務ばかりでなく、右のように、抽象的思惟、すなわちイデアルな次元と経験的現実を媒介するための、実践知という意味内容も含意する」と述べる〔塩見 2004：371〕。塩見は、「決定の基礎となる規範と具体的決定との間を媒介する」役割をフィクションに求め、フィクションこそが裁判官の営みにとって決定的なものであると主張する。さらに、塩見論文の第3節では、「『法律と判決』は裁判官の裁量行使に対するコントロールとしていかなる機制を構想していたか」という議論が展開され、

決定理由や合議制、多審制、そしてそこで行われる討議によって、「法規範と生活世界との媒介関係」が確保されると結論付けられる [塩見 2004 : 392]。

一見すると、塩見は、シュミットの議論の重点が裁判官の決定に対する内容的なコントロールに置かれているとは理解していない。事実、「裁判官の自由裁量を制限し内容的コントロールを行う」ものとしてシュミットの議論を捉えるコリオートの見解を、シュミットの議論を誤読したものとして塩見は批判している [塩見 2004 : 377-379]。しかし、塩見が「法発見の合理性のコントロール」という表現を用いながら論じている内容は、依然として「他の裁判官」の定式の外部にある正しさを引照するものであるように見える [塩見 2004 : 382]。そのことが端的に表れているのは、「判決理由を論拠付ける行為遂行において、ここ・いまにおける正しさを、間主観的に析出することが可能になる、とシュミットは考えた」という記述である [塩見 2004 : 380]。さらに塩見は、シュミットにおける討議の重要性を指摘する自らの見解が、シュミットをハーバースの討議倫理に親しいものとして理解するものではないことを示す文脈で、シュミットは「単独的事案という差異のなかにその都度明滅する《法》を発見するための方法を確定すること」を問題にしたと指摘しているが [塩見 2004 : 391]、ここでも「裁判官による法発見」、すなわち、(規範から直接導かれるかはともかく)どこかに存在している正しい法を裁判官が発見するという構図は維持されている。

これに対し、本稿は、シュミットの提示した「他の裁判官」の定式にとって、それが他の何らかの意味における正しさに寄与することは全く本質的でないと考える。塩見は、「シュミットは、判決理由の討議を保障する法曹共同体のネットワークに接続する事によって、個々の裁判官の裁量行使の限界が確定され、そのことによって、決定が恣意に侵食されることから防御可能であると考え」と述べるが [塩見 2004 : 380]、ここで塩見が参照指示する82頁には、以下のような記述が見られる。

決定理由の意味をそれが裁判官に自己コントロールを迫るということに尽きるとみなそうするのはナイーフである。もちろんそれは望ましい副産物ではあり得る。(中略)「決定理由」が実際に裁判官の自己コントロールのみを目的

としているのであれば、人はむしろ、決定理由に公開性を与えず、上級庁に決定理由を文書によって提出するよう裁判官に指図した方がいいであろう。[しかし]誰もこのようなことをまじめに主張したりそのために努力しようとしたりはしない。決定理由は、すべての決定の本質的構成要素であり(刑事訴訟においてそれは特別な理由からその主な内容が判決の公表に際して通知される)、それは単に既判力の範囲にとって意味があるのみではないし、決定を個別化しようとするのみなのでもない。決定理由は説得しようとする。この事実だけが、方法論的な考察にとって注目されるべきである。[GU: 82]

シュミットはこの後の記述において決定理由が説得に関わることであるという議論に進んでいくものの、コントロールが主たる機能である旨の記述は見受けられない。塩見の主張する、学識ある職業裁判官による合理的コントロールが現実に機能していたとしても、上の引用にあるように、それはこのテキストにおけるシュミットの叙述にとって本質的に重要なものではなかった。塩見が重視するフィクションについても、それに肯定的な言及がなされたのはあくまで法律適合性の規準を奉じる従来解釈理論を批判的に検討している部分であって、シュミットが自らの主張、すなわち法的確定性の要請や「他の裁判官」の定式について論を展開している場面になると、フィクションについての言及は見られなくなる。

塩見が重視したフィクションや討議という要素は、確かに法適用という「規範の現世における現実化」に関わる営みにとって、重要な意義を有しているであろう。しかし、シュミットが「正しさ」というとき、そこで観念されているのは現代のプラクシスの正しさをおいて他にない。

プラクシスは自らの正しさを自らによって証明する。そのように確定された正しさは、絶対的な正しさではなく、現代のプラクシスの正しさである。しかも、平均的な裁判官によって正しいとみなされた正しさではなく、方法的考察そのものによって正しいとみなされうる正しさである。この回答は、今日、学識ある職業裁判官が存在するという事実との結び付きにおいて、

法的確定性の要請から生じる。[GU: 86]

シュミットの「規範的原理」は、「純粋な手続き上の正義」と同じく、その外側に一切の正しさの規準を持たないものであった。ここで注意が必要なのは、「学識ある職業裁判官」の存在さえも、シュミットの議論においては偶然的な事実でしかないということである。そうであるからこそ、「プラクシスは自らの正しさを自らによって証明する」などという、撞着論法めいた指摘をシュミットはしなければならなかったのである。次節において、シュミットの議論において学識ある職業裁判官が担ったプラクシスがどのような意味を有していたかを指摘する。

2-4 プラクシスの歴史的具体性

「他の裁判官」の定式には、プラクシスを離れた内容的な規範は含まれていない。「他の裁判官」はあくまで現代の法プラクシスの担い手である学識ある職業裁判官の平均的な類型であって、理想的な裁判官を設定しているのではない³⁾。

「他の裁判官」は標準的な、法学の素養のある裁判官である。ここでは、「標準的 (normal)」という語は、量的な、平均的なという意味で使われている。理念形 (Idealtypus) の標識としても、質的・目的論的な意味でもない。[GU: 79]

法プラクシスとは、日々行われる法適用活動の総体である。上述の「他の裁判官」の定式は、裁判制度において採用されている多審制や合議制、決定理由の執筆といった仕組みを観察した際に、析出されるものである。シュミットにとっての「今日の法プラクシス」においては、職業裁判官が存在し、彼らによって法適用が行われていた。それは一切の規範性もない、単なる事実である。

プラクシスの担い手たる職業裁判官を事実的存在として捉え、そこに理想的な裁判官の夢を見ないことは、規範的原理を語ろうとするにあたっては不都合であるようにも思われる。しかし、プラクシスが現実的な存在である裁判官によって担われること、そしてそれによってプラクシス自体に歴史的具体性が付与されることは、「プラクシスの規範的原理」にとって、むしろ本質的である。

もちろんそこ〔裁判官の決定は今日どのような場合に正しいかという問いの考察：引用者註〕で重要なのは現在のプラクシスであり、そこには歴史的な具体化がある。例えば裁判官の決定の理念から導出されるような、決定の絶対的で無時間的な正しさを尋ねる問いへの答えが探求されるべきではない。それは仮に発見されたとしても、何らの直接的な、プラクシス上の価値を有さないであろう。法適用の方法論は今日のプラクシスを導く理念を見出さなければならず、その理念は、プラクシスの目的と手段について自ら考えることを助けることによって、プラクシスの役に立たねばならない。[GU: 2]

シュミットは、「法律適合性」などの規範の抽象性に対置するに、プラクシスの歴史的具体性をもってする。この点にこそ、『法律と判決』におけるシュミットの議論が単なる規範的言説に墮さないための仕掛けが存在する。「何らの「プラクシス」も形成されていないならば——内容の無差別性においてのみ決定的な判決という類型において——、およそ正しくない決定など存在しない」というように [GU: 110]、決定の内容的無差別性のモメントが前面に出てくる場合 (= 予め定められた規範から決定が即座に演繹されないような場合)、プラクシスが存在しなければそこでの規準は与えられない。「法的確定性」というそれ自体は法の本質から導出される理念的な要請は、「今日、学識ある職業裁判官が存在するという事実との結び付きにおいて」はじめて、「他の裁判官」の定式という形でプラクシスの規範的原理となる [GU: 86]。プラクシスの規範的原理は歴史的具体性を有するプラクシスにおいて初めて存在するものであるから、法プラクシスと離れて規準を語ることはできないのである。

3. 「教育のプラクシス」に向けて

3-1 人々の活動の原理という問い

以上、『法律と判決』においてシュミットが提示したプラクシスの規範的原理の性格を明らかにしてきた。本章では、シュミットの議論から教育学が得られる示唆を考察するが、その前に前章までで検討したシュミットの議論について振り返っておこう。

シュミットは「どのような決定を今日正しいとみ

なすことができるのか)を問い、「他の裁判官が同様に決定したと考えられるとき」と答えた。法律適合性という従来裁判官の決定の評価を担っていた規準が妥当していないということが明らかになれば、裁判官の決定は正統性を失う。そのような問題状況に対し、シュミットは新たな、妥当性を持った規準として、「他の裁判官」の定式を提示することで、裁判官の決定が単なる生身の人間による恣意的なものであるということを否認した。この回答が正統性の根拠として十分なものであったかはともかく、一定の規範的原理に服しているという事実は裁判官の決定の恣意性という問題に対する一定の処方箋となりうるものである。

そしてその規範的原理は、外部にあらかじめ存在する内容的な規範に依存しない、プラクシスに「土着」の「正しさ」の規準であった。シュミットは、彼にとって所与の現実であった法プラクシスの分析を通じて、歴史的具體性を有するプラクシスに定礎された原理を見出した。その導出においては「法的確定性」という抽象的な理念が関わっているが、この理念が現実のプラクシスと結びつくことによって初めて、妥当性を有する、それゆえにプラクシスの「役に立つ」規準が与えられるのであった。

3-2 教師の教育の自由とプラクシスの原理

シュミットが法プラクシスに対して行ったような探究は、法適用以外のプラクシスについても、行うことができると考えられる。公教育はまさしく、一定の人的集団が、個々別々の子どもに向き合いながら、日々行っている活動であるから、法プラクシスならぬ「教育プラクシス」の規範的原理を語るができるはずである。そして、「裁判官の決定の恣意性」という問題による裁判官の決定の正統性の動揺という問題に対してシュミットが処方箋を提供しようとしたのであれば、「教育のプラクシス」の規範的原理を探求することは、「教師の教育の恣意性」に対する疑念を取り払い、教師の教育の正統性を基礎付け直す営みに繋がる。

教師による教育の正統性という問題は、戦後教育学において当初から問われていたものである。宗像誠也は、「教師は、いったい何の権利があって、人の子を教育するなどという大それたことをしているのか」と述べ、「真理の代理者」の理論によって教師の教育権を基礎付けた〔宗像 1961：94〕。宗像や堀尾

が中心となって作り上げた「国民の教育権論」、そしてその中核をなした「教師の教育権」の理論は、教師による教育の正統性を裏付け、それによって行政当局による介入に反対しようとしたものであったと位置付けることができる。他方で、「国民の教育権論」の批判者であった黒崎勲は、教育への父母参加などが要求される状況に「教育の正統性」の危機を見出した〔黒崎 1999：151〕。黒崎は、かかる危機に対応するべく、「教育の民衆統制と専門的指導性の調和の理念」をかかげ、それを「具体化する制度・装置の考察」を教育行政研究の課題と位置付けた〔黒崎 2009：153〕。

教育の正統性を検討するに当たって、抽象的な理念だけではなく、それがどのような原理として具体的なプラクシスと結びつく形で妥当性を有するかを問わなければならないと考える本稿の立場は、黒崎のプロジェクトに賛同することになるであろう。しかしながら、本稿の検討からは、黒崎とは別の道の可能性も示唆されるであろう。すなわち、少数の逸脱事例を除いて、教師が「人の子を教育するなどという大それたことをしている」ことが現実として承認されているのはなぜか。より詳細に言えば、理論的には数多くの批判にさらされてきた「教師の教育権」の理論が未だ説得力を持ち得ているのは、何らかの原理によって「教育のプラクシス」が導かれているという現実があるからか。それはどのような原理か。これらを問うことは、あるいは教師の教育権の新たな基礎付けにも繋がりうるし、あるいはその黄昏を告げるものともなりえよう。

この原理を探求する際には、シュミットにおける「法的確定性の要請」のような、事実と結び付くべき理念の探求が、公教育本質論として試みられることも重要である。それゆえに、その探求は依然として「教育学」たり続ける。しかしながら、その意義は限定的なものであらざるを得ない。なぜなら、「教育のプラクシス」においてある原理が妥当しているというためには、その原理が事実定礎されていることが不可欠であり、抽象的な理念についての考察だけではこの点については尽くされないからである。「良い教育とは何か」という問いを巡る考察の価値は否認すべくもないが、単なるイデオロギーではなく、現実に定礎された原理を考察しなければならないのである。

おわりに

本稿では、『法律と判決』というテキストにおいてシュミットが探求した「規範的原理」の内実を明らかにするとともに、そこでプラクシスの概念が果たしている機能を明らかにしてきた。そして、シュミットが法プラクシスについて行った探求は、「教師の教育の自由」をめぐる議論に新たな基礎を与えるものとして、「教育のプラクシス」においても効力を発揮することを示唆した。その具体的な探求が本稿において達成されるものでないことはもちろんであるが、以下では、それ以外に本稿で試みるのでできなかった課題について一点、指摘しておくこととする。

本稿では、シュミットが「どのように原理を語ったか」を問題にした。しかし、我が国における公教育のあり方について検討する際には、シュミットが「どのような原理を語ったか」を検討することも、極めて有意義だと考えられる。すなわち、『現代議会主義の精神的状況』や『憲法理論』などで国家の諸制度を論じる中で用いられた「同一性」や「代表」などの原理は、日本の公教育における教師の地位を考察するにあたっても有益な観念であると考えられる。もちろん、『法律と判決』で論じられた「原理」概念との異同は問題となるが、シュミットが「どのような原理を語ったか」を考察するにあたっては、本稿の議論を通じて得られたシュミットの原理についての思考についての知見が参考になるであろう。シュミットが語った「原理」の検討を通じて公教育の原理を問い直すことを今後の課題として、別稿で取り組みたい。

参考文献一覧

- Schmitt, C. (1969) *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 2., unveränderte Aufl., C.H.Beck. [GU](#)
- Krupa, H. (1937) *Carl Schmitts Theorie des Politischen*, S. Hirzel. (=ハンス・クルパ (1974) 「カール・シュミット

- の「政治的なるもの」の理論」カール・シュミット『政治思想論集』服部平次・宮本盛太郎編訳、社会思想社。)
- 樺島博志 (1999a) 「法における決定と秩序 (上) —カール・シュミットにおける憲法・法律概念をめぐる—」『自治研究』75巻6号、pp.102-118。
- (1999b) 「法における決定と秩序 (下) —カール・シュミットにおける憲法・法律概念をめぐる—」『自治研究』75巻11号、pp.107-122。
- 黒崎勲 (1992) 「教育権の論理から教育制度の理論へ」森田尚人ほか編『教育学年報1 教育研究の現在』世織書房、pp.35-62。
- (1999) 『教育行政学』岩波書店。
- (2009) 『教育学としての教育行政=制度研究』同時代社。
- 塩見佳也 (2004) 「初期カール・シュミットの法適用論—『法律と判決』(一九一二年)を素材として—」『九大法学』89号、pp.329-396。
- 堀口悟郎 (2011) 「教育権論再考—「公共性」論から「秩序」論へ—」『慶應法学』21号、pp.157-224。
- 宗像誠也 (1961) 『教育と教育政策』岩波新書。
- ジョン・ロールズ (2010) 『正義論 改訂版』川本隆史ほか訳、紀伊國屋書店。
- 和仁陽 (1990) 『教会・公法学・国家—初期カール・シュミットの公法学』東京大学出版会。

注

- 1) 本稿では、この1969年版を参照している。
- 2) Theorieと対比されていることからわかるように、シュミットはPraxisの語を多分にアリストテレスを意識して用いているように思われる。カントやハーバーマスなど様々な論者によって用いられてきた問題含みの語であるが、それらとの異同についての議論は本稿の課題ではない。
- 3) 樺島は「他の裁判官」が「抽象的モデル」であると指摘するが[樺島 1999b: 114]、それは樺島の「具体的人格」に対する意味において「抽象的」であるに過ぎず、何ら規範的な意味を伴うものではない。