

法概念論

序論

一 はじめに

法哲学 様々な法現象に対する哲学的考察

哲学(philosophia)の語源 ギリシャ ピタゴラス 愛智

日本 西周 賢哲を希求する

二 法哲学に関する時代的視点を確認する

法哲学・法思想におけるエポックを画すると思われる時代区分について
西洋における法哲学「史」

1 ギリシャ時代 学問一般

代表的な(法)哲学者とその著作

プラトン: 『クリトン』、『テアテイトス』、『国家』、『法律』

アリストテレス: 『ニコマコス倫理学』、『政治学』、『形而上学』

キーワード 徳 正義 共同体

2 中世 神学としてのスコラ哲学

特徴: アリストテレスを援用しての理性的な教義(ドグマ)学

代表的論者: 教父トマス・アクィナス 『神学大全』

キーワード 共通善 徳

3 近代から現代まで

・近代形成および展開

諸科学の分化・独立 「科学」の基礎付けを求め始めた時代

存在論、認識論、倫理学

・近代から現代へ

ホッブス、ロック ルソー 社会契約論

カント ヘーゲル ドイツ(ヨーロッパ大陸系)

ベンサム、ミル (オースティン) イギリス経験主義

キーワード 近代自然法論 自由主義 個人 国家

・20世紀の理論ならびにポストモダン法学

ケルゼン、ハート、ドゥウォーキン、ラズ、現代正義論(ロールズ、ノージック、サnderl etc)

ネオ・リアリズム法学、ネオ・プラグマティズム法学、批判的法学運動(CLS)

いわゆるポストモダン法学では近代以降の思想的立場(例えば法の中立性という確信)を批判する考え方が続出する。

三 法とは何か?(What is law?)

古来から「法とは何か」という問題は問われ続けてきたし、現在も問われ続けている。

一番基本的で、しかも一番難しい問題

まず「法とは何か(What is law?)」という問題が、一体何故そんなに頭を悩ま

せてきたのか。この問は、一体何を問うているのかを考えてみよう。

1 法を定義/より厳密でない表現 法を法たらしめている重要な基本的特質(本質)の識別

・法については、様々な定義が存在してきた。

法は主権者の命令である。 J. オースティン(Austin 1790-1839)

強制を伴わない法は、燃えていない火である。 R. イェーリング(Jhering 1818-1892)

法は政治である。 批判的法学運動

・法を定義するとは、どういうことか。

Xは法である。

Xはaである。真

Xはbである。真

法につき必要かつ十分条件であるabがあれば、aとbが法の本質(上で言う意味の)である。

2 法体系(system) 法全体の構造や機能を明らかにするために法を定義する。

ある社会(S)に法体系があるということは、どのようなことか。

A Sに法がある

B Sに法を制定・改廃する機関がある

C Sに侵害を認定する機関がある

D Sに紛争を解決する機関がある

E Sに(組織的に)強制する機関がある

Aの条件は、常に必要条件である。近代法は、A-Eまで揃っているのが通例。しかし、Sに法体系があるといえるためには、B~Eまですべての要件を充足する必要があるのか。この問題は、法人類学の領域

例えば、ある島では、法(A)、法の侵害を認定する機関(C)、法を強制する機関(D)、個人間の紛争を解決する機関(E)があるが、法を制定・改廃する機関(B)がない(単純で静的社会では珍しくない)。Bの条件がなくても他の4つが揃っていれば、法体系は存在するといえよう。少なくとも、B~Eのうちいずれかが一つが欠けていたとしても、Sには法体系が存在する。

3 法を他の社会規範(行動指針)から、区別するために法を定義する。

法以外の社会規範で、法と類似のもの: 道徳、因襲、社会的ルール、戒律、タブー、行動様式、流行、慣習、慣例、慣行、しきたり、習慣など - 後述

特に法と道徳との違いが重要である。

法概念論 法規範の妥当根拠

ある法がその社会に妥当しているというのはどういうことか。

一 妥当の意味

a 事実的妥当（実効性）

行動的基準、心理的基準に照らして（行為指針）ある法が**実効性**を有していることが必要である。

b 規範的妥当（拘束力） 義務的基準

心理的見方・行動的な見方ではなく、法が社会の構成員に拘束力を持つことが必要である。

妥当根拠が論じられる場合には、一般に a ではなくて b が、論じる中心である。

二 妥当性の根拠

1 全体の構図

複数の見解が対立している。大きく分けると3つに分けられる。

代表的な見解

哲学的効力論（哲学的妥当論） 道徳的な義務のような価値根拠があるとき拘束力がある。

倫理的基準(例えば、正義)に適うとき拘束力がある。

事実的効力論（事実的妥当論） バリエーションがある。社会学的アプローチ

実力説：強制されている場合に拘束力がある。例 主権者命令説

慣行説：規範に従う行動がとられている。

承認説：拘束力があると（心理的に）承認している場合に拘束力がある。 北欧リアリズム、H・L・A ハート

法律学的効力論（法学的妥当論） 法律学内部で（事実や価値とは無関係に）妥当性を問う。

2 個別の内容

哲学的効力論 例 自然法論

法律学の内部ではなく、法律学を越えるような倫理的基準に法の妥当性の根拠を求め見解である。（例示：正義、共通善、神の意志、人間の理性、人間の欲望等）

歴史的には、神学的自然法論も含まれ、一番歴史は古い、

いわゆる自然主義に含まれ、近代においては、の社会学的効力論からも、法の自立性を唱える の法律学的効力論からも鋭く批判された。しかし、現代正義論の中によみがえってきている。哲学的効力論については、少なくとも、盲目的な遵法行為に歯止めをかけるという意義は見過ごすことはできない。例えばナチス時代の悪法に対して、 と の理論で抗しうるかどうかを考えてみよう。

事実的効力論 社会学的な近代の主権者命令説が、影響力からいって、その典型である。

法が、その社会に妥当する法であるためには、その背後に実力者の存在など社会的権威が認められなければならない(実力説)。あるいは社会の構成員の自発的な承認がなければならない(承認説)とする考え方である。主権者命令説をはじめ、近代以降に生じた立場であるが、現在では、こうした社会学的分析のみでは、法の妥当性根拠としては不十分であろうと言われている。

補足

承認説の1バージョン ハート『法の概念』 法実証主義かつ自由主義者

法システム:個々人の行為に関する**第一次ルール**と承認、変更、裁定に関わる**第二次ルール**

特徴:承認の究極ルールが存在していると考え、この承認の究極ルールの妥当性は問題にしない。ハートの分析は、法システムの分析にとって有益であったが、形式的であったため、自然法論(学論的効力論)などから批判がある

法律学的効力論 例 法実証主義の一部の立場(H・ケルゼン)

法の自立性を唱える立場から提唱される立場で、法体系の内部に法の妥当性根拠を求め、もも法体系の外部から法の妥当根拠を持つてくることを批判する。

ケルゼンの純粋法学と呼ばれる立場が代表的なものである。

弱点としては、ケルゼン流の法実証主義一般にあてはまる批判であるが、盲目的な遵法行為を導く危険性がある。ただし、法システムの分析にとっては見逃すことのできない業績を挙げており、法システムのあり方の基本である。

ケルゼン『純粋法学』

法段階説 上位規範から下位規範に妥当根拠が与えられる。根本規範を頂点にいわばピラミッド型の段階構造となっている。ただし、根本規範の妥当根拠を問うことができず、この点を弱点だと批判する見解もあれば、他方、この点は純粋法学の純粋法学たるゆえんであるとみることもできる。つまり、何故国民主権なのかということ、憲法の枠内で問う、つまり正当化することはできないということである。

関連問題

自然法論と法実証主義、悪法問題(道徳的に邪悪な法(a)が、法という形式を備えている場合に、その法aは、妥当性を有するのか、「法」という名に値するのか)/遵法義務論

法概念論

自然法論と法実証主義

一 問題の所在

法とは何か。実定法を中心に考えるとき、自然法論と法実証主義対立の萌芽がある。

実定法の妥当性の根拠をどこに求めるか。 悪法問題 悪法も法かどうか

二 自然法論の背景

古代ギリシャから現代人権論までの長い歴史

アリストテレスやトマス・アクィナスの古典的自然法論、ホッブスやロックの自然法論、カントの理性法論、現代人権論に至る近代自然法論、現代自然法論

内容

実定法より上位にある法がある

人間の本性や理性、神の意志、事物の本性

法実証主義からの上述述べたような自然法論への批判

その内容への批判 自然法を特定できるのか

その機能、作用への批判 一定のイデオロギーの正当化に使われる

三 法実証主義といわれる思想の多義性

悪法も法なりというかどうか、一つの典型的指標（メルクマール）となる

法実証主義の代表的な主張

- 1 実定法だけが法である
- 2 法と道德との峻別
- 3 法の妥当性を実定法内部に求める

四 法実証主義の背景

近代以降に本格的に唱えられる

分析法理学 ベンサム、オースティン 19世紀

ドイツ概念法学 19～20世紀初頭 パンデクテンシステム（日本民法典が継受）

純粹法学 ケルゼン 法の自立性を主張 20世紀中葉

H.L.A.ハート 『法の概念』内在的視点を主張 20世紀後半

五 法実証主義の問題点

自然法的視点なき法実証主義は、盲目的遵法行為に陥らないか。

ナチス自体の法律は効力を持っていたか。法実証主義、自然法論争へ

六 一步前へ 自然法「論」と自然法

自然法「論」 ヨーロッパ大陸の素朴科学主義ないしデカルト流構成主義の産物ではないか。 ハイエク

自然法「論」と法実証主義が共有して有する前提自体への、認識論レベルでの批判

実定法とは区別される自然の法から、法を構成することはできないか。

法概念論

法規範の分類

ポイント 実定法の規範的構造を分析する基本用語をマスターする。

1 準則 (rule) と原理 (principle) 比較的新しい視座

法規範の重要な分類の一つとして、準則 (ルールないし rule) と原理 (principle) とがある。

大陸法 英米法 共通した分類

ルール 条件プログラム 法律要件と法律効果を明確に分類して指図するタイプの規範

原理 目的プログラム 抽象的指針により指図するタイプの規範 例 一般条項
元来、条件プログラムと目的プログラムという区別は法社会学者ルーマンによる区別。

問題点

1) では、原理の適用の際に裁判官は拘束されるのだろうか。

英米の最も有名な法哲学者である R. ドウオーキンの議論がここでは重要である。詳細は、法解釈論で扱うが、この問題に関連する彼の著作としては、『権利論』(木鐸社)『法の帝国』(未来社)などがある。

2) 関連問題 すべてルールに還元できるという考え方は、リーガル・フォーマリズムやリーガリズムといわれる。

2 義務賦課規範と権能付与規範

法は、ある名宛人に対する指図であると考ええると、指図方式の種類でも分類できる。これは、比較的古典的な分類である。

指図方式 命令・禁止・許容・免除ならび授權

命令・禁止・許容・免除の指図方式は、いずれも義務賦課規範という位置づけがされる。

しなさい・するな・[原則は「するな」だが]してもよい・[原則は「しなさい」だが]しなくてよい

他方、授權規範の指図方式は、義務を賦課する規範ではなく(許容という指図形式と区別され)権能付与規範という位置づけが与えられる。

授權規範とは、有効な法的行為(典型 契約)をおこなう私的、公的権能を一定の人または機関に与える規範のことである。「してもよい」という形に表されても、許容とは異なる

従来の法システムは、義務賦課規範中心に考えられてきたが、現代における法実証主義の代表者 H. L. A. ハート『法の概念』以降、権能付与規範が着目されている。参照 法の社会的機能のうちの活動促進機能

3 行為規範、裁判規範、組織規範

行為規範、裁決規範(裁決規範は行為規範を前提) 組織規範の区別

名宛人は誰かによる区別である。なお裁判官だけを名宛人にすると裁判規範という言い方も可能だが、行政機関による決定も視野にいれると裁決規範という言い方が適切か。

現代における組織規範の意義の増大

法概念論
近代法と現代法

1 法制度史の概観

中世法 | 近代法 | 現代法

近代法の意義

フランス革命などによりもたらされた、特定地域の一定のイデオロギーを基底とする法システム

典型的な近代法的権利 国家からの不干渉を請求する消極的自由権：ex.表現の自由

典型的な近代法（典） 立憲主義的憲法、民法、刑法

2 現代法の意義

基本的には近代法の延長だが、近代法の弊害を克服するために生まれてきた法システムと言われている。哲学でいうと、ポストモダンの動きと対応するといえる。

典型的な現代法的権利 国家への介入を請求する社会権： ex.社会権

典型的な現代法 独占禁止法・社会保障法

3 近代法の仕組みと批判

近代法の背景として考えられるもの

2大柱 フランス革命をはじめとする諸革命・制度変革、19世紀における法典化作業

三つの視座からの分析

但し必ずしも切り離されるものではない。

政治的背景：

近代市民社会の成立

夜警国家観の確立

国家からの自由（公法と私法の二分論（大陸法）、私的自治の原則

批判

・社会福祉国家観の台頭

見過ごすことのできない格差、社会的弱者の存在（哲学者ラスキの指摘）

その結果として、社会権、生活保護法などが生まれる。

経済的背景：

近代資本主義体制の生成と発展

市場の枠組みの整備保障、自由競争原理の蔓延

私的所有と商品交換を基盤とする法システムの構築（法典化の基盤）

人格の対等性 権利能力、家族法

所有権絶対性 財産法

契約自由の原則 契約法

過失責任の原則 不法行為法

中世では土地に対する封建的な束縛や職能団体による個人の活動の拘束があり、個人は職業の選択や取引活動、土地等の取引、移住の自由などが厳しく制限されていた。

批判

いわゆる「市場の失敗」 自由競争の結果、競争秩序自体の崩壊してしまう。

経済的弱者の存在（使用者に対する労働者、企業に対する消費者）

その結果として、経済法（例えば独占禁止法）、社会法（例えば借地借家法）などの強行法が生まれる。

倫理的基盤：

身分に基づく共同体から個人へ 但し、その個人は、共同体から切り離された個人という把握であった。

当時の思想家によれば

メイン「古代法」歴史法学 身分から契約へ ラートブルフ 共同体でなく利益で導かれた人間へ

批判

上のような人格の把握への批判 原子論的個人（atomic individuals）、人格の疎外現象 アパシー（apathy）

人格の捉え方に変遷が生まれる。

抽象的個人主義への批判 負荷なき個人 共同体論（英米）

他方、自由主義陣営からも、人格概念議論の深化が測られる。

上のそれぞれの基盤ごとに、哲学的思想としては、政治的個人主義 | 経済的個人主義 | 抽象的個人主義を対応させる考え方も有力である。

法概念論
法の限界

1 法と強制

従来の議論 実力による法の強制保障

法の妥当性根拠 主権者命令説的な理由付け

批判 a 法実証主義の立場から

b 自発的な法遵守や相互依存関係を強調する立場

主体の捉え方の変遷

「市民は法による社会統制の対象」(社会統制機能重視)から

「市民は法動体の主体」(法の活動促進機能重視)へ

法の強制手段の多様化

伝統的 刑罰、制裁としての賠償金

近代・現代法的視点

各種補助金の交付、税制上の優遇措置、追徴課税、行政の許認可ないし取り消し、制裁的要素を失った民事賠償

法的強制の正当化根拠について

自由主義的立場からの正当化する立場について

ミルの危害原理(harm principle)

文明社会の成員に対し、彼の意志に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人に対する危害の防止である。彼自身の幸福は物質的なものであれ道徳的なものであれ、十分な正当化になるものではない。ミル「自由論」

但し現代では危害原理は自由主義の正当化としては不十分ではないかという批判もある。危害よりも少し緩やかな不快原理を唱える者(ハート)もいる。

(危害原理とパターナリズムとの関係については後述)

2 法と道徳との関係

(1) 何故問題となるか。社会規範(行動指針)

法規範 道徳との関係は重複しあうところもあり、また近代まで未分化であった。

(2) 法と道徳 認識論問題

法と道徳とをどのようにして分離するのか?

法と道徳文化への背景 個人の思想・良心の自由を外的権力から護る。

宗教改革による道徳の内面的主体化、近代の中央集権的国家と法の国家化(M.ウェーバー)へと向かう近代市民社会の形成確立に向かう時期。近代市民社会は、資本主義的な商品交換を社会関係の骨格とする。近代以前(未開、古代、中世) 法と道徳の未分化と一般的に言われている。

分化の例 ソフィストのノモスと physis の区別、ローマ法、キリスト教自然法論

近代 法の自立性

トマジウス

トマジウス(ドイツ啓蒙記自然法論者) 外面性 内面性と強制可能性との連動

人間生活の最終目標である幸福の成就が自然法の任務であり、狭義の道徳と実定法の目的は、自然法(広義の道徳)に統括されていく。

カント 合法性(Legalitaet) と 道徳性(Moralitaet) 義務づけの仕方の違い

道徳 自律的人格の自己立法「汝の意思の確立が常に同時に普遍的な立法の原理として妥当しうるように行為せよ」 法は広義の道徳に統括されていく。

両者への批判 法にも内面が関わり、道徳にも外面が関わる場合もあるので、メルクマールにならない。

その後、法と道徳とを、組織的強制の有無で分けるという立場が一般的となった。一応受け入れ可能だが、但し、強制を法の本質とする立場への批判について注意しなければならない。

三 現代における問題 法と道徳の分離・非分離 リーガルモラリズム問題

1 ハート=デヴリン論争

1950年代のハートデヴリン論争

1957年ウォルフェンデン報告(同性愛行為の不処罰と売春につき公然路上勧誘の場合に限って処罰する)

デヴリン判事 公共道徳の存在

社会の崩壊を妨げるための公共道徳の存在意義

ハート リーガルモラリズム批判

一つの道徳を、公共道徳として批判することの問題点。

但し 不快原理による社会法益の保護

2 ハート=フラー論争

【事例】

ナチスの法律の下で、悪意によって夫を密告した妻に対する戦後の裁判について、遡及処罰を用いて妻を処罰すべきか、それともナチスの法律を無効とする(その結果妻は処罰される)べきなのかについて問題となった。

ハート 遡及処罰を用いて、妻を処罰すべきであると考えた。

最小限の自然法 生命身体・財産・契約保護に関する基本的なルール(人間活動の固有目的 生存「傷つきやすさ」「おおよその平等性」「限定された利他主義」「資源が限られていること」「理解力と意志の強さが限られていること」)

ハートの法道徳分離論の意義

自然法の再生に対抗して、自由主義(功利主義的なもの)の伝統と結び付いたベンサム、オースティン以来の法実証主義の擁護

フラー(現代自然法論者 但し手続的自然法であることに注意) 法律の無効の構成で、妻を処罰する。

手続的自然法 法の内在道徳/internal morality 義務道徳(熱望道徳)

法への忠誠

8個 一般性、公布、遡及効の禁止、明確性、無矛盾性、不可能を命じないこと、恒常性、定立されたルールと公権力の行動の一致。

技術的法則との類似。

3 現代法におけるパターナリズム

【事例】

シートベルトやヘルメットの着用強制、年金積み立て、ギャンブル禁止、薬物規制、危険行為の禁止等。

パターナリズム：本人自身の利益のためということを経由して自由への干渉
リベラルな社会の前提となる自律的な人格の理想に反するパターナリズム的な干渉は正当化されない。

ミルの危害原理 (harm principle) との衝突

批判 現代ではパターナリズム批判根拠として、この危害原理は自由主義の正当化としては不十分ではないか。 best Judge たりうることへの疑問 ハート 人をその人自身から護る必要がある場合。

少なくとも、リベラルな社会の前提となる自律的な人格の理想に反するパターナリズム的な干渉は正当化されない。

.....

参考文献

カント『道徳の形而上学』

ミル『自由論』

Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harv. L. Rev. (1958).

ハート『法の概念』(1976年、矢崎光圀監訳、みすず書房)

フラー『法と道徳』(稲垣良則訳 有斐閣 1967年)

Fuller, Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart, 71 Harv. L. Rev (1958).早稲田法学会誌28巻。

布川玲子「法と道徳の区別理論の検討 H.L.A.ハートとL.L.フラーの論争」

G. Dworkin, Paternalism, in R. A. Wassersrom ed., Morality and the Law, pp.107).

森村進「法と狭義の道徳」法哲学年報1987年。

中村直美「法と道徳」『法哲学提要』

法の概念
法の社会的機能

法の社会的機能として挙げられうるもの

- 1 社会統制機能
- 2 活動促進機能
- 3 紛争解決機能
- 4 資源配分機能

法システムが自己組織的特質を有していると捉える社会システム論的アプローチ等から、法システムによる社会規制のあり方や限界について独自の議論が展開されている（独の法化論争）。

- 1 社会統制機能 コントロール

義務賦課規範

伝統的側面

サンクションによって一定の行動様式がおこなわれるように社会を統制する
実力行使の側面

近代法的視点

物理的力行使の規制の側面

サンクションの行使の決定権限、実行手続きの一定機関への集中化
条件、内容、手続きを法的に規制して組織化

例 法の支配 法定手続きの保障 刑法の人権保障機能

- 2 活動促進機能

権能付与規範

契約、遺言、会社設立

自主的な活動が予測可能で安全確実なものとされる。

近代法的視点

近代法以降注目されている機能

ハート 権能付与ルールの重視

現代における展開

法が活動促進機能を果たす場合には、市民相互の自主的な交渉や理性的な議論による合意の形成というソフトな面が前景に現れる。

合意形成過程の分析へ

例

民法 交渉過程の分析、再交渉義務

- 3 紛争解決機能

伝統的側面

具体的紛争が発生した場合に公権的な最終的決定を下す機関（裁判所）がある
社会統制機能との関係で強制サンクションの発動という側面

近代法的視点

相互主張と議論が積み重ねられる場
裁判の弁論過程の分析

裁判による紛争解決機能の再検討

法的争点の単純化抽象化する特徴（勝つか負けるか all or nothing）

代替的紛争解決制度（alternative dispute resolution ADR）である仲裁（裁定型）、調停および和解（調停型）の評価 民間でおこなうもの

4 資源配分機能

近代・現代法的視点 福祉国家的国家観

法を各種の資源、財貨、サービスを管理・配分する手段として捉える。

条件プログラムとしての目的プログラムとしての法への比重増大

政策目的を有する法の目的

経済活動の規制、生活環境の整備、公的サービスの提供、社会保障、保険、租税による財の再分配等 例 基本法

特徴

政策目標、機関の組織、手続きの規定、政令、省令、規則による実施

強制の方法

予算裏付けの有無 租税上優遇措置、補助金の交付等が中心

罰則の比重が減少

法的思考
装置としての法的三段論法

1 はじめに

法を「適用」というのは、何だろうか？

法を「解釈」というのは、どういう行為を表現しているのだろうか？

そもそも、人がある法文のテキストを解釈しようとするとき、その根拠となる〈法〉は存在している（人はそれを発見する）のだろうか？それとも、法を創り出してくのだろうか？

どのような方法で、解釈をおこなうのだろうか？

2 装置としての法的三段論法

法の適用に際して、法学の分野における枠組みとして法的三段論法という手法がある。

まず法的三段論法とは何かを確認してみよう - 法的三段論法の意義と射程

{ A } という要件 { B } という効果（大前提） { C } という事実は { A } に含まれる、 { C } という事実があれば、B という効果が発生する

A = 法律要件事実、B = 法的効果、C = 生の事実（認定された事実）

例の1 日常の法適用

人の身体を傷害した者は10年以下の刑に処する。204条要件

YはXをナイフで斬り全治3週間の傷、Yの行為は傷害の実行行為に該当する。

Yは10年の刑に処せられる。204条効果

例の2 法を解釈している場合（大方の意見はほぼ一致）

人の身体を傷害した者は10年以下の刑に処する。204条要件

YはXに何十回も厭がらせ電話をかけてXをノイローゼにした。Yの行為は傷害に実行行為に該当する。

Yは10年の刑に処せられる。204条効果

例の3 法を解釈している場合（意見が激しい不一致、ハードケース）

「絶滅の危機に瀕した種の保存に関する法律」で、内務長官に生息環境の破壊により絶滅する危険のある種を指定する権限を与えている。政府の機関に対し「これらの機関によって認可され、資金を与えられ、あるいは遂行される事業がこのような危機に瀕した種の存続に害を与えないことを保証するために必要な措置」をとるように要求している。

TVA（テネシー渓谷開発公社）のダムが1億ドル以上かけてほぼ完成に近づいたとき、生物保護運動の運動家は、あまり重要でないスネイルダーターという魚の唯一の生息場所であることを発見して、内務長官を説得して絶滅の危機にある種に認定・宣言して貰うことに成功し、ダムの完成と使用を差し止める訴えを提起した（実は種の保存ではなく地域の地理を变形させることが反対の理由）。公

社側は、内務長官が命令を出すときに実質的に完成している計画の実施を阻止する趣旨で法律解釈すべきではないと主張した。内務長官の認定・宣言以後に制定者である議会はダムの完成決議をしている等として、議会は公社側の立場の制定法解釈をとると主張した。

ダムの建設は中止されるべきである。

法文が明確なときには、単にその結果が愚かなもの（公金の莫大な支出）になるからといって、法文の適用を拒否する権利を議会はもたない。議会の意図は制定法の内容を決定する際には重要な意味をもつが、特殊な出来事が予期されたならば議会は態度を変えていたか否かは推測しない。

法的思考
三段論法と解釈技法

1 三段論法の射程

裁判官は、事実の認定と法適用（ ）をおこなう。＜解釈をおこなっているのか？＞

実際 事実認定 法的評価（解釈） フィードバック

判決文には、法規と事実の演繹的操作により結論がでたという表現をする。

法的三段論法は、「裁判官の思考過程そのものを表す（概念法学的（後述）」と理解されるべきではなく、判決等の正当化の論理として理解されるべきである。

2 法解釈 認識 か 創造（価値判断）か

法解釈をめぐる二つの対立する考え方。

a 法解釈は、あらかじめ存在する法の認識であり、それにつきる。

b 法解釈は、解釈者の主観的価値判断によっておこなう。

このaとbという二つの考え方が両極端に対立してきた。

そもそも、どちらかを採用することができるのか自体も問題となる。

認識の基準

立法者意思説 立法者の意思を探り、それに基づいて判断していく。しかし、立法者の意思とはそもそも何か、時代が変化したときにどうするのかという問題がある。

法律意思説:その当時の法律の解釈としてもっとも客観的に適切な解釈を導き、それを法律の趣旨とする考え方。客観的な解釈とは何かという問題がある。

3 解釈技法 解釈の種類としていわれている類型

文理解釈 法規の意味を文言上の法律上または日常の意味にしたがって確定する。

論理解釈 法規の体系的連関を考慮する解釈

歴史的解釈 立法資料を参照しながら、法規の制定時の意味を解明する解釈

目的論的解釈 解釈をある目的を達成するための手段と考える。目的手段関係については、経験科学的解明が可能だが、目的そのものは、立法者の意図から、法律から、あるいは、社会の実状から引き出される。

4 思想的背景

ヨーロッパ大陸

概念法学と自由法学

法的思考
法解釈をめぐる法思想

1 序

法解釈論の背景となるもの

概念法学（形式主義）と自由法学（大陸法圏）/リアリズム法学（アメリカ）

2 近代初期・中期(1900年前後まで)

2 - 1 はじめに

概念をベースとして形式的な傾向が強い。この傾向は大陸法（制定法主義）でも英米法（判例法主義）でも同様であるといえる。

2 - 2 ヨーロッパ大陸

各地において法典化作業が進む ドイツ、フランス

条件付けプログラムとしての法が中心人による支配を回避するために裁判官による恣意的な判断に対する警戒から「概念法学」という考え方がでてくる。

概念法学は法体系は予定された一連の法概念から完全な体系（法典としての制定法）で、裁判官は事案に応じて全て適切な法を概念操作により見つけられるという考え方

2 - 2 イギリス コモンローを中心とした形式的な法システム

コンシダレーション（約因）などの厳格な要件があり、形式的である。

判例には強力な判例拘束力がある（程度については内容や時代によって差がある。）

裁判官は制定法には縛られないが、過去の判例には縛られる。

こうした時代に大陸法でも英米法でも「法的三段論法」という法的思考モデル（正当化の構造）が確立したといえよう。

解釈の方法としては、文理解釈、論理解釈、類推解釈、反対解釈、勿論解釈、目的論的解釈などの「法解釈」の方法が議論し始められる。この議論は、法解釈について立法者意思を重視するか解釈時点の客観的状況を重視するかという問題とも重なる。

3 近代後期（1900年前後から20世紀中葉あたりまで）

3 - 1 はじめに

法解釈とは何かの論争が、争点（ハードケース）を巡って議論されるようになる。

3 - 2 ドイツでは概念法学への批判としての運動「自由法学運動」（法社会学の発展）がでてくるし、英米ではリアリズム法学がでてくる。

自由法学とは概念法学を極めて形式的で現実離れしていると非難し、裁判官の法の創造的契機を積極的に認めている。

3 - 3 英米

リアリズム法学とは、客観的な法の存在や統一的な法解釈全般への懐疑的な態度であり、極端なものは裁判官の偏見で裁判がなされるから、法律学は予測の学だという。

4 現代の法解釈理論

4 - 1 はじめに

多様な主張が展開されている。

4 - 2 ドゥオーキン

ドゥオーキンによる統一体としての法 (integrity) の主張

『法の帝国』

法解釈は、裁判官の自由裁量によるのか、それとも過去の解釈に裁判官は縛られるのか？ どちらでもない

法解釈は一連の連作小説のようなものである。

その時点での整合性のある最良の解釈を選択する義務を負っている。

法原理の存在 憲法の存在

ヘラクレスという架空の裁判官を定立 (前述の例3のケース)

ヘラクレスは、公社を勝たせる。

補足 ドゥオーキン ロールズと同様のリベラリズム陣営 但し、主張には独自性がある。『権利論』

法価値論

§1 序説

(1) 法と正義

法が実現すべき価値 正義

正義 個人の徳の一つとしての正義	古代ギリシャ
社会構成原理としての正義	現代

(2) 合理的な規範的正義論に関するアプローチの変遷

伝統的な思想	自然法論	
近代	法実証主義	実証主義、価値相対主義
20世紀後半	規範的正義論の復活	J.ロールズ以降

方法二元論 存在と当為の区別 法実証主義による自然法論への批判

(3) 価値認識・価値判断に関する考え方(メタ倫理学)

(ア) 認知主義：事実判断と同様に道徳判断の真偽を語りうる

規範的正義論との関係

(a) 自然主義：倫理的概念は非倫理的な自然的概念によって定義可能

(b) 直覚主義：直覚によってのみ認知可能

(イ) 非認知主義

情動主義(情緒主義)：道徳的判断は話手の感情や態度などの表明

価値相対主義と法実証主義との結びつき

(4) 規範的正義論の復活

20世紀前半 規範的正義論のうち功利主義のみが生き残っている状況

規範的正義論の復活

J.ロールズ『正義論』(1971)

原初状態における合理的選択モデル

功利主義批判、リベラリズム(福祉国家型自由主義)

§2 現代正義論の構図

2-1 現代正義論の特質

規範的正義論の現代的展開

(a)自由主義 バリエーション

古典的自由主義、功利主義、リバタリアニズム（自由尊重主義）
権利基底のリベラリズム（福祉国家的自由主義）等

(b)共同体論

2-2 社会福祉国家型自由主義(リベラリズム) ロールズ『正義論』

2-2-1 はじめに

(1)ロールズ以前の状況

価値自由（価値相対主義）

・1971年の『正義論』の発表 正義を巡る論争の再燃

「正義とは何かをめぐる規範的な議論は、相対主義的禁欲とイデオロギー的懐疑のもとで久しく沈滞を強いられてきた」「社会倫理・経済・法・政治等々の領域で支配的地位を占めてきた功利主義的正義論にとって変わるべき実質的な社会正義原理を展開し正当化することを目指している」

by 田中成明教授

(2)ロールズ『正義論』の特徴

(a)望ましきこと と 実行可能なこと との両方を顧慮する。

(b)熟慮された正義判断を用いて原初状態からの正義原理導出 と 反照的均衡 (reflective equilibrium)による検証とをおこなう。

試行錯誤的な自己反省によって、原理導出と検証との相互調整を繰り返しながら、両者が合致する状態を探る

(c)正義の二原理に適った安定的な社会・政治制度を社会契約論という装置を用いて導き出す。

(3) 社会契約論

社会契約論は有力な古典的政治思想の一つである

ホブズ、ロック、ルソーのような古典的な思想としての社会契約論の衰退

現代においてロールズはどのように社会契約論を用いたのか

原初状態（自己の利益に関する判断を遮る無知のヴェール）の下で何を選ぶであろうか。

正義の観点から見てもっとも望ましいものを選ぶ。

よって、選ばれた原理が「公正としての正義」に適っている。

ロールズの前提とした原初状態の条件とは何か

選択の条件

選択主体 正義感覚 相互無関心 物資の欠乏
選択対象 社会の基本的構造をえらぶ
選択にあたって有している知識 才能と努力の結果、確率については知らない
動機付け 基本善への願望

選択の戦略 マクシミン戦略を用いる。

(a)マクシミン戦略：想定しうる最悪の結果に着目して選択肢の順位付けをおこなう戦略

マクシミン戦略以外の代替的選択肢

(b)マクシマックス 最良の効果を想定して選択する

(c)期待効用最大化 期待効用計算をして最大化するように選択する。合理的ギャンブラーのとり戦略

(4)ロールズの用いる「契約」の特徴(とりわけ他の古典的契約理論と比較して)

社会契約を、お墨付きを与える正統性付与的な道具(ルソー、ロックなど古典的契約論がしたように)ではなく、評価の基準として用いている。つまり現実の歴史状況ではなく仮説的状況である。

2 - 2 - 2 『正義論』の内容

(1)概観

第一部 原初状態で採用される戦略と正義の二原理を選ぶ理由(社会契約論)
第二部 現実の社会制度と実践を巡る一連の問題に対する自分の正義論の適用について
第三部 正義の概念の実行可能性

(2)第一部

(a) 我々は正義に関していかなる原理群を選ぶであろうか。
「公正としての正義」という原理を選ぶ。

ロールズが検討対象とした他の選択肢群リスト

功利主義等の古典的目的論的概念、

混合的正義概念構成

直観主義的概念構成

エゴイスティックな正義の概念構成

功利主義批判が中心。

これらの原理群よりも「公正としての正義」がすぐれている

ロールズへの批判 リストが恣意的 = 他の重要な正義原理群が無視されている。

(b) 「公正としての正義」をなぜ選択するのか。

社会的正義の問題に関するマクシミン解である。不確実性の下での選択でマクシミン戦略を取った場合には、正義の二原理が選択されるであろう。

批判 マクシミン戦略は必ずしも合理的選択肢ではない。

(c) 正義の2原理の内容

第一原理 各人は、全ての人に対する同様な自由と相容れる限り、できる限り広汎な基本的な諸自由に対して平等な権利を持つべきである。

第二原理 種々の社会的・経済的不平等は、以下の両方を充たすように設定されなければならない。

() 正義に適った貯蓄の原理と両立する形で、もっとも恵まれない者たちの利益最大化のために(格差原理 difference principles)

() 機会の公正な平等を充たす条件の下で、全ての人たちに関わっている職務と地位に伴うかたちで。(機会の公正な平等原理)

原理間の優劣「辞書的順序(lexiccal order)」 優先性の高い順序に並んでいる

() 格差原理の特質

配分的正義論(再配分) 才能の共有を含意するか!

(2) 第二部

公正としての正義原理(正義の二原理)を満足するような基本構造(立憲的民主主義)が選出される過程を叙述

第一段階 二原理を選択

第二段階 憲法会議 基本権、自由

第三段階 立法 法と経済、社会政策福祉主義的経済と社会政策

第四段階 官吏によるルール適用

(3) 第三部

ロールズ理論の安定的社会をもたらす

ロールズは自分の言う正しい社会は同時に善き社会であることを証明しようとする。

正義感覚から安定的に導き出される社会

2 - 3 リバタリアニズム(自由尊重主義)

2 - 3 - 1 リバタリアニズムの概観

(1) はじめに

個人の自由を尊重し、国家の干渉をできるだけ消極的にすることを求め、同時に市場原理を尊重する立場

自由で権利を有し責任を負う個人という構想を最も実現する価値論とは何か。

法制度、法律学の領域を中心に考える。 経済理論、政治理論との関係

自由主義の多様性

(a) 問題領域

考えうる領域 人権、統治機構、財産 家族 刑罰など。

(b)自由の分類

いわゆる「個人的自由」(精神的自由、人身の自由/人格的自由)

経済活動の自由

財産権

これらすべてを尊重する自由主義とは何か。

(2) リバタリアニズム(自由尊重主義)の分類

根拠/国家形態	A 無政府主義	B 最小国家論	C 古典的自由主義
自然権	ロスバード、ランド	ノージック	ロック、ジェファソン、森村進
帰結主義	竹内靖雄	D.フリードマン、バーネット、エプSTEIN	スミス、ミーゼス、ハイエク、M.フリードマン
契約論			J.ブキャナン、D.ゴティエ

自然権： 自己所有権など

帰結主義： 自由を尊重する社会の方が結果として人々が幸福になる。

契約論： 理性的な人々だったらリバタリアン(リバタリアニズムの形容詞型)な社会に同意するはずだ。

最小国家： 国家の役割を安全と国防等の最小に限定する

古典的自由主義： 一定限度の福祉を認める

(3) リバタリアニズムとリベラリズムとの相違

社会民主主義とヨーロッパで呼ばれる左翼的立場。

一般的には、経済的自由よりも、いわゆる「個人的な自由」を尊重するといわれる。最も穏健な古典的自由主義であっても、社会福祉国家型自由主義よりも、国家の干渉を認める程度が遙かに少ない。

(4) 各分類の代表者

自然権論的リバタリアン 原理的リバタリアニズムの代表者

ノージック『アナーキー、国家、ユートピア』

帰結主義的リバタリアン 実利的リバタリアニズム ハイエク『法、立法、自由』

バーネット『自由の構造』 市場を通して実現される、最小の統治だけが一定の便益を実行可能にする。最善の情報を利用する形態

2 3 - 2 ノージックの思想の概観

(1) はじめに

正義を実現し行使する主体としての国家機関を認めるが最小国家に限定する
最小国家 暴力、窃盗、詐欺からの保護、契約の執行

人身の自由と私有財産の権利を自然権として尊重 いわゆるロック的権利
権利の基底性 (権利の擁護は別の価値実現から生じる派生的なものではない)

(2) ノージック理論の特徴

いわゆる無政府主義であるアナキズムとの対比に注意

(a) 国家の必要性和道徳性

最小国家はいかに正当化できるか

自然権(ロック的な自然状態)

損害賠償、報復

一定の条件(人は合理的利益を求めて行動する、他人の権利を尊重して侵害せず、侵害が生じたときに補償を支払う)

アナキシーな自然状態 国家(最小国家)は国家がない状態からでも自生的に発生する

国家がない状態

保護協会の出現 保護協会に属する人と独立人とが混在

保護協会の統廃合の進行 独立人との協定

独占的な支配的保護協会 = 最小国家

最小国家は正当化されるが、それ以上の役割を果たす国家つまり福祉国家的な
拡大国家は道徳的に正当化されない。

より実質的平等主義を重視する拡大国家を擁護するリベラリズム批判

(b) 権原理論(権利取得の資格に関する理論)

財の分配が正しいかどうかを権原によって決定する

歴史的な過程に注目する

一定のパタン(範型)によって配分されていないか

財産についての配分が正義に合っているか否かは、配分がどのように生じたか

により、かつそれ以外のことを考慮する必要はない
必要条件かつ十分条件

(3) ノージックによるリベラリズム(特にロールズの正義論)への批判

(a) 理論的反論

ロールズは財産の獲得と移転の歴史を無視して、実質的平等を擁護している。
旧約聖書のマンナの事例をあげる

ロールズの再反論 財産の獲得と移転の歴史を前提にしている。

ロールズによれば、ロック的諸権利(所有権)は公正のテスト(格差原理等)を
パスした時に限って尊重される。ロック的権利のみが基本的制約ではない

(b)実践的反論

構造的な正義を社会規制するのに使う場合には、国家が人々の行動に不断に恣
意的に干渉することになるのではないか

ロールズの再反論

不断の恣意的な干渉にはならない 税制度による再配分的規制

2 - 4 共同体論(communitarianism)

(1) はじめに

(ア) 代表的論者

M.サンデル 『自由主義と正義の限界』

A.マッキンタイアー 『美德なき時代』

M.ウォルツァー 『正義の領分』

C.テイラー 等

(イ) 共同体論者の共通する問題意識

自由主義の「善き生に対して全く異なる構想を抱いている人々さえ含む、すべての合理的人間から、自発的な忠誠を集めることができる社会的正義原理が存在する」「正義は善に優越する」という主張に反対する。

近代自由主義（個人主義）により生じた病理現象を批判して、克服をめざす

(ウ) 共通する主張

(a) 歴史主義的主張

共同体の伝統、共通善 共同体に帰属する個人の自己同一性を歴史的所与と考える。

(b) 参加民主主義的主張

市民の政治への参加を強調し公民としての徳性とその陶冶をめざす

(2) 共同体論の論点

(ア) 自我論

個人の自律性、主体性の価値の捉え方

サンデル

位置づけられた自我、位置づけられない自我

（負荷ある自我）

個人の自己同一性の構成基盤となる共同体を構成的共同体と呼ぶ。

(イ) 共同体の伝統の評価

マッキンタイアー

競争原理の支配する自由市場経済を媒介として人間関係の手段化商品化を加速させる。

平等主義的な福祉国家論的諸政策は家族や地域の相互扶助的な共同体的紐帯を切り離す。

道徳の変容

(ウ) 普遍主義的主張ではなく歴史主義的主張

自由主義

善き生に対して全く異なる構想を抱いている人々さえ含む、すべての合理的人間から、自発的な忠誠を集めることができる社会的正義原理が存在する
ロールズの正義の善に対する優越するという考え方を批判

歴史を離れて社会正義は考えられない
権利より善が優越する 共通善の存在

(3) 共同体論への評価

(ア) リベラリズムからの反論 ロールズの反論
ロールズにおける自我は位置づけられない自我ではない

共同体の伝統を無視していない

完全な普遍主義ではない

(イ) 日本における共同体論の意味

会社主義の評価

§3 正義論の展開 - リベラリズム対共同体論の対立を超えて

3-1 序説

背景

正義原理

リベラリズム 対 共同体主義 (1980年代)

種々の理論的傾向の混在状況

正義の公共性 より実践的な傾向

3-2 ロールズ『政治的リベラリズム』

(1) ロールズの立場の変遷

ロールズ自身の応答「政治的リベラリズム」(1993)

『公正としての正義再説』(2001)

契機 共同体論からの批判が一因

自我論 共同体との関係を強調

普遍主義と歴史(コンテクスト)主義の融合

民主主義社会の公共的な政治文化を前提とする

包括的な道徳哲学ではなく政治哲学へ

形而上学的テーゼからの離脱

(カント、ミルなどの立場との識別)

ロールズの「政治的リベラリズム」正義の政治的構造

重疊的合意

(2) 変遷の原因と推測される事柄

多元的社会における社会的安定性の追求

対立する宗教・道徳の見解の実践的な合意を確保する必要

真実の追究よりも実践的な合意の確保が政治哲学の課題である。

例

教育問題 「自律性に価値をおかない思想グループの育てている子供の教育について国家は干渉できるか？」

包括的哲学としてのリベラリズムならば

自律性に伴う諸価値を育成するように教育をデザインする要請

『政治的リベラリズム』を徹底すれば、知識としての憲法の存在のみしか教え

られないことになるが、それでよいのか？

(3)「政治的リベラリズム」に対する評価

リベラリズム陣営 一般的に不評

共同体論 ロールズは共同体論に近くなったという評価

プラグマティズム 高く評価 例 R・ローティ

3 - 3 井上達夫の逞しきリベラリズム

リベラリズムの新しい主張の代表 - 井上達夫の逞しきリベラリズム -

『共生の作法』創文社

『他者への自由』創文社

(ア)正義の基底性

リベラリズムの独自の哲学的基礎付けを試みた。

リベラリズムの思想伝統を正義の基底性の観念で正確づける。

(a)正義の公共性

正義は政治社会の構成原理であり、政治社会における公私の力の行使を規制すると共に、公権力によって強行されうる。

(b)正義の独立性

正義の原理は、善き生の特殊構想に依存することなく正当化可能でなければならない。

(c)正義の制約性

善き生の特殊構想が、正義の要求と抵触する場合には、後者が優先する。

以上三つが正義の基底性を基礎づける

(イ) 公共的価値と非公共的価値との区別

(a) 公共的価値と非公共的価値を区別化

公共的価値 公共性要求を有する 公権力によって強行されることが正しい。

～ 強制されるべきである。

非公共的価値 価値の妥当性（真理性または正当性という意味での）を要求する ある価値観が善い。 ～すべきである。

(b) 価値論的基礎を区別する

人格構成価値（公正な社会条件）

人格完成価値（善き生構想）

(c) 人間学的基礎をどのように考えるか

自省的主体性を備えた自己解釈的存在としての自我

共同体論の成果を吸収して超越する。

(d) 参加民主主義的主張の重視

現代的な法アプローチ

1. 法と経済学

1-1 意義

ミクロ経済学的手法や視点を用いて法的問題の分析を行う学

20世紀半ばにアメリカで確立した。扱う対象は、市場そのものや市場内の制度やルール(例 企業)に止まらず、市場とは無関係な制度や秩序も含まれる。

法と経済学を構成する学派は、日本で有名なシカゴ大学派だけではなく、その他の学派によって構成され、様々な方法論(例えば合理的選択理論)とイデオロギーを持っている。

1-2 学派

(1) 伝統的分類

シカゴ学派 シカゴ大学のナイトの影響下から始まった学派。法と経済学と一番狭いイメージはこのシカゴ学派であろう。特徴は、新古典派的なミクロ経済学分析を法学に適用する点にある。富の最大化としての効率性を基準(記述的)ないし価値(規範的)とする。代表者として、コースの定理で有名な R.コース、カラブレイジ「事故の費用」(経済法、財産法などを分析対象とした)、G.ベッカー(犯罪と刑罰、差別、家族の分析)、ポズナー判事『正義の経済学』(法科大学院における法と経済学の存在感を高めた)、A.スティグラー、エプSTEIN、M.フリードマン、D.フリードマン等

但し、カラブレイジはイェール学派として独立に扱うこともできる。

ヴァージニア学派 / 公共選択論 民主主義的立法過程を経済学的に分析する。

新制度学派 所有権、契約過程、取引費用に焦点を当て、法や企業制度を分析する。新古典派アプローチを受け継いでいるが、合理的計算能力を限定的だと解する点が特徴的である。

代表者 ノース

オーストリア学派 社会における子固持の野相互作用の基礎や調整過程に関心がある。合理的選択理論に依拠していない。ハイエクによる自生的秩序論や、情報の非対称性を強調するなど、シカゴ学派の静的市場観と対照的な動的市場観を採用している。代表者 ハイエク、ミーゼス、ロスバード R.マロイ

コース

(2) 現代の変容

シカゴ学派 法と経済学の代名詞 変化 1980年度ポストシカゴ学派的流れ

特徴は、価格理論よりもゲーム理論を重視 取引費用や限定合理性 評判等の非金銭的インセンティブ

法以外のルールにも着目

代表者 E.ポズナー、C.サンSTEIN

(3) まとめ

従来のように、国家法の新古典派的経済分析をすでに法と経済学は超えているのではないか。

2 内容

2-1 合理的活動

経済主体は合理的に行動する

合理的とは 消費者としての個人や企業以外の団体 効用最大化 事業者としての個人や団体(企業) 利潤の最大化

効率性 狭義には社会全体の富の増大に用いられること

問題 個人/団体間比較ができないことにどう対処するか。

2-2 パレート効率

初期状況から出発して、誰の効用も低下させることなく、誰か一人の効用を増加させる選択肢 パレート改善

パレート改善できない状況 パレート最適

2-3 費用便益分析

費用便益分析における効率性

社会である選択肢が取られたときに、各人に生じる効用の増大を便益と呼び、効用の減少を費用(マイナスの便益)と呼び、それぞれを金銭で評価する。社会の総便益を最大化する社会的選択肢を効率的であるという。

2-4 囚人のディレンマ 非協力ゲーム

合理的選択をする個人でも、相手と非協力的であれば、不合理な結果になるという例

告白を続ける A と B という二人の囚人に、刑事 X が次のような 4 種類の選択肢を示したとする。A、B は、どれを選択するか。なお告白しなければ有罪にならないとする。

	B 黙秘	B 告白
A 黙秘	無罪, 無罪	20年, 0 (起訴猶予)
A 告白	0 (起訴猶予), 20年	10年, 10年

2-5 コースの定理

取引費用がゼロならば、法は資源配分の効率性には影響がない。

企業が与える害と被害者の救済等に対する対処方法