



# 法 哲 学

大屋雄裕

## ● はしがき

哲学にはギリシア以来の悠久の歴史があり、法学にも共和政ローマから約二千五百年に及ぶ蓄積がある。両者にかかわる領域である法哲学もまた、プラトン『国家』、アリストテレス『ニコマコス倫理学』、あるいはケケロ『法律』がその主要な著作として理解されてきたように長期にわたる発展によって形成されてきた分野であり、その内容も、少なくとも「立法者が三たび改正の言葉を語れば万巻の法律書が反故と化する」(ユリウス・キルヒマン「科学としての法学の無価値性」(1847)) 実定法学と比較すればきわめて安定的なものと考えられてきた。

だが哲学史においてもカントのコペルニクス的転回、あるいは二十世紀の「言語論的転回」と呼ばれる時点が存在するように、ゆるやかに変化し続けるだけでなく、ごく短期間に(というのはもちろん二千数百年を比較対象にした場合にということではあるのだが) それまでの枠組を一挙に古びさせてしまうような変動が起きることもある。法哲学においてはその一つが1970年代に起きた、というのが一般的な理解だろう。すなわちジョン・ロールズ『正義論』(1971)を契機とした正義論の復権である。「法とは何か」という性質をめぐる問い、哲学的な分析を中心とする分野から、「法・政治・社会はいかにあるべきか」という規範的な問題について理論的に検討し、具体的な制度との関連において思考する領域へと変化したと言ってもよい。さらにその後、経済・社会のみならず学術研究の世界でも急速に進行したグローバルイゼーションによって世界規模での議論が活発に行なわれるようになり、そこで中心的な位置を占めた英米系の理論によってある種のグローバル・スタンダードが形成される方向へと向かいつつある。

慶應義塾大学の通信教育部科目「法哲学」については、すでに退職・物故された峯村光郎名誉教授によるテキストが、長期間にわたって使用されてきた。同書は初版刊行当時(1954)における我が国の法哲学、すなわちドイツ系を中

心とした抽象的理論に基づく法概念論を中心としたあり方を反映したものとしてはきわめて適切に執筆・編集されたものではあるが、前述の通りその後この分野が経験した大変動に追随することは、当然のことながらできていない。対象とされている領域・理論に関する知的関心も、率直に言えば世界的に薄れつつあり、もはや補足的に自学自習するための参考文献も簡単には入手できない状況にある。

そこでこのたび、著者が法哲学に関する専任教員として新たに着任した機会をとらえ、本科目の内容を現代的なものへと全面的に刷新することとした。本テキストが、現代の法哲学についての理解を深め、自主的な学修を進める契機として活用されることを願っている。

2018年3月

大屋 雄裕

---

## 目次

はしがき i

## 0 法哲学について ..... 1

0-1 法哲学とはどのような領域か 1

0-2 法哲学／法理学 2

法の哲学 2

法理の学 4

分裂から統一へ 5

0-3 法哲学内部の領域 5

法概念論 6

正義論 6

法思想史 7

0-4 本書の内容と使い方 8

内容の限定 8

本書の構成 9

本書による学修 9

参考文献 10

法哲学の体系的な教科書 10

特色のある体系書 11

それ以外の資料類 11

## 1 正義論への傾斜 ..... 12

1-1 キリスト教と自然法論の伝統 12

自然法論の前提 12

法と法則の関係 13

法遵守への動機付け 14

1-2	ホッブズとその衝撃	15
	自然状態と死への恐怖	15
	ホッブズの社会契約論	16
	ホッブズの議論の特徴	17
1-3	直観主義とその意義	18
	直観と義務論	18
	直観主義からのホッブズ批判	19
	道徳器官	20
	参考文献	21

## 2 功利主義とその変容 ..... 22

2-1	ベンサムと功利主義	22
	功利主義の登場	22
	古典功利主義	23
2-2	ベンサムのイングランド法批判	24
	大法批判とパノミオン構想	24
	人工的苦痛としての刑罰	24
	外在的動機としての道徳	25
2-3	古典功利主義の評価	26
	典型的な批判	26
	古典功利主義批判は成功しているか	27
2-4	古典功利主義のマイナー・バージョンアップ	28
	消極的功利主義	28
	選好充足説	29
	平均功利主義	30
	規則功利主義	31
2-5	統治功利主義	32
	改善策相互の関係	32
	ベンサム再読	33

3 正義 ..... 35

- 3-1 正義論の復権 35
  - 価値相対主義の時代 35
  - 科学主義 35
  - 価値相対主義 36
  - 経済的自由主義 38
  - 福祉国家の誕生 39
  - アメリカの正義への問い 39
  - 『正義論』の社会的意義 40

- 3-2 正義の概念 41
  - 正義と徳の関係 41
  - 矯正的正義 42
  - 分配的正義 42

- 3-3 ロールズと『正義論』 43
  - 公正としての正義 43
  - 合意への障害 44
  - 原初状態 45
  - マキシミン戦略 45
  - 正義の二原理 47
  - 正義の二原理のポイント 48
  - 基本財 49
  - 格差原理の意味 50

- 3-4 ロールズに対する批判 51
  - 『正義論』の二つの柱 51
  - マキシミン戦略への批判 51
  - 「社会的原子」への批判 52
  - 共同体の意義と限界 53

政治的リベラリズム	54
秩序だった社会	56
<b>3-5 『正義論』その後</b>	<b>56</b>
ルールズは立場を変えたのか	56
反省的均衡	57
現存する社会の説明理論？	58
批判的継承	59
反リベラリズムからのルールズ	59
<b>3-6 多文化主義</b>	<b>60</b>
消極的多文化主義	60
積極的多文化主義への発展	61
社会構成的文化	61
文化相対主義	62
<b>参考文献</b>	<b>64</b>

## 4 自由 ..... 65

<b>4-1 リベラル・デモクラシーの不幸</b>	<b>65</b>
思想としてのリベラリズム	65
政体としてのデモクラシー	66
リベラル・デモクラシーの不安な関係	66
<b>4-2 J.S. ミルと他者危害原理</b>	<b>67</b>
他者危害原理	67
他者危害原理の正当化	68
<b>4-3 リベラリズムの敵</b>	<b>69</b>
モラリズム	69
危害の限界線？	69
不快原理	70
パターナリズム	71
パターナリズムの境界線	72

	「善に対する正義の優越」	73
4-4	二つの自由概念	74
	バーリンの自由論	74
	積極的自由	75
	積極的自由の暴走	76
	消極的自由	77
4-5	二つの自由の批判的検討	78
	三項関係としての自由	78
	自由の質量保存則	78
	共和主義的自由	80
4-6	リバタリアニズム	81
	ノージックの所得再分配批判	81
	慈善とユートピア	82
	最小国家の正当化	83
4-7	さまざまなリバタリアン	84
	自然権的リバタリアン	84
	帰結主義的リバタリアン	84
	さまざまなリバタリアン	85
4-8	自由の現在	85
	アーキテクチャの権力	86
	強い個人は実在するか	86
	自己決定への誘導	87
	自由論の新しい構図	88
	参考文献	89
5	平等	91
5-1	平等主義的正義論の成立	91
	厚生の平等	91
	平等はなぜ重要か	93

5-2	ロールズ正義論と平等	94
	基本財の平等	94
	ロールズ平等論の問題点	95
5-3	ドゥウォーキンと運の平等論	95
	平等な配慮と尊重への権利	95
	運の平等論	96
5-4	アマルティア・センの潜在能力論	97
	適応的期待形成	97
	潜在能力の平等	98
	潜在能力の定義問題	99
	客観的リスト説	99
5-5	平等の意味するもの	101
	均等と平等	101
	優先主義・十分主義	102
	参考文献	103

## 6 権利 .....105

6-1	権利本性論	105
	法と権利の関係	105
	権利 = 意思説	106
	意思説の問題点	107
	権利 = 利益説	107
	利益説の問題点	108
6-2	議論の前提	109
	反射的利益	109
	普遍化可能性	110
6-3	ホーフエルドの権利図式	110
	法的相関項	111
	法的反対項	112

権利図式の評価	112
<b>6-4 人権という問題</b>	<b>114</b>
人権の特殊性	114
人権の多様性	115
権利概念の難しさ	116
<b>参考文献</b>	<b>116</b>

## **7 用語に関する補足**.....117

一階 (first-order) と二階 (second-order)	117
合理的 (rational) と適理的 (reasonable)	117
首尾一貫性 (integrity)	118
正統性 (legitimacy) と正当性 (justness)	118

謝辞と注記 120

事項・人名索引 121

---

---

## 0 法哲学について

### 0-1 法哲学とはどのような領域か

基礎法学の中心科目の一つである**法哲学**は、個別の法分野を扱う実定法学の科目とは異なり、広く「法的なもの」「法一般」を対象としてその性格・本質・機能などについて哲学的・理論的に分析することを主な目的としている。その成果はしばしば、他の法律科目を学修する前提としての導入段階と、それらの履修を終えたのちに「では法とは何であったか」と振り返って考えるための最終段階において扱われてきた。

法一般について哲学的・理論的に分析することの主な意義は、現に存在する「ある法」とは異なる「あるべき法」について考える点にある。たとえば、適切な法解釈を可能にするためには法がどのような性質を備えていなくてはならないか。法の目的は機会の平等に置かれるべきか、結果の平等を目指すべきか。あるいは、道徳的な理念を法によって強制することはどこまで、どのような理由で許されるのか。これらの問いに対しては、現実の法がどのようなになっているかという問題とは別に、**どうあるのが正しいか**という議論を立てることができる。だが逆に言えば法哲学の議論において実定法を十分な根拠とすることは許されない（それは「現存するが不正な法」かもしれない）、それ以外の論拠によって自説を正当化する必要がある。このため、法哲学を十分に理解し自分でも議論できるようになるためには、むしろ法律学以外の分野（哲学を中心とするがそれに限られない）に対する広い理解が必要になるだろう。

このテキストでは、法哲学と呼ばれる領域のうち特に正義論に焦点を当て、現在世界的に標準と理解されている内容の理解を得ることを目的とする。

## 0-2 法哲学／法理学

ここで科目の名称について補足しておこう。これまで説明してきた研究領域（とそれについて扱う授業科目）を表わす用語としては、「法哲学」「法理学」という二つのものが日本語では混在してきた。たとえば東京大学法学部では前者、京都大学では後者が採用されているし、慶應義塾大学法学部の場合、通学課程では「法理学」、通信課程では「法哲学」という名称になっている。

これは基本的に、歴史的な経緯によるものである。主としてドイツ圏から、ドイツ語で *Rechtsphilosophie* と表現される研究を継受したところでは、「法哲学」という名称が使われる傾向があった。これに対し英米法圏から、英語で *jurisprudence* と呼ばれる研究を受け継いだところでは「法理学」という名称が用いられた。またこのような経緯は、受け継いだ当初においては研究傾向の違いにも結び付いていた。「法哲学」が哲学的な理論や分析手法を法的なもの（たとえば権利という概念や法解釈の客観性といった問題）に適用するという傾向を持っていたのに対して、「法理学」は実際に法律家たちが行なっている法的実践を前提とし、その内部にある（はずの）論理や考え方を析出するという問題意識を備えていたのである。以下ではまず、それぞれがどのような問題意識を持つものなのかを、実例を通じて見てみることにしよう。

### 法の哲学

たとえば環境問題に関連して、人間と同じように動物も理由なく傷付けられない権利を持つとか、本来の生存環境のなかで生きていく権利があると主張されることがある。だがこの二つの権利は同じものだろうか。あるいは、人間と同様に保護されているものものだろうか。

現在、北海道ではエゾシカの個体数が増えすぎており、ある島では森林が食害により壊滅的な打撃を受けているという。もちろん草木がなくなれば、シカも食料を失うことになる。このまま放置してシカが全滅するという結果を避けようとするれば、狩猟や駆除による個体数の調整によって適切な数のシカの生存を確保するという選択肢を我々は考慮するだろうし、それによって残ったシカは本来の生存環境で生きていくことができる。だがそれは、たまたま駆除された個体にしてみれば、本人に責任もないのに殺されたということを意味していないだろうか。

人間の場合に置き換えてみよう。とてつもない科学力を持ち、なぜかあなたを憎んでいる宇宙人がやってきて、あなたを殺すか宇宙人に全滅させられるかのどちらかを選べと、人類に命令したとする。人類という種の生存を確保するためには、あなたを殺すことが正当化されるだろう。だがこのとき、人権保障が実現されたら我々は考えるだろうか。

ポイントは、シカの生存や人類の存続のような集団の権利が全体のために部分を犠牲にすることを許容・要求するのに対して、「理由なく傷付けられない権利」などは個体が持つものだという点にある。そして法哲学者ロナルド・ドゥウォーキン（⇒ 3-5）は、人権は「切り札」（trump）であり、集団が全体としての目的を実現するために犠牲を要求してきたときにそれを拒否する権利だと主張した。たとえば日本国憲法は、宇宙人の要求を拒否する権利をあなたに認める一方で、シカの個体数調整を許すだろう。人間においては集団より個体が、動物では個体より集団が優先されている以上、ここで登場した「動物の権利」は「人権」と同じものではないということになる。

概念の内容や名宛人、他の価値との優劣関係といったものを分析していくことによって、たとえば「権利」という広く使われている概念が実は多様性や相克を抱えていることが明らかになってくる。それを通じてまた、個々の概念の内容を明確化していくことができる。これが「法の哲学」という活動の持つ機能だということになるだろう。

## 法理の学

一方「法理の学」としては、このような問題を考えてみよう。ある判事が、裁判の機能は紛争を権威的に解決し、一定の結論を強制可能にするところにあると主張した。彼によれば、したがって判決に必要なのは結論（たとえば被告がいくら払うべきか）だけであり、理由を書いたり説明したりする必要はない。仮に書いたとすれば余計なお説教であり、裁判官としての権限の逸脱だという。さて、この主張にあなたは同意するか。

もちろん強制可能性が特に国内法における裁判の重要な機能であることは間違いない。またそこから、強制のための仕組みを持たない国際法は法かどうかという問題も生まれてくる。しかし結論がはっきりして強制可能であればいいのなら、軍事力を独占した権力者が自分の好みで判断を下すとか、当事者のじゃんけんで決めさせるといった方法でもいいはずだ。実際に過去には、熱く焼けた鉄を素手で掴んで傷が化膿しなかったら無罪とか（熱鉄神判）、決闘で勝った当事者の勝訴といったシステム（決闘裁判）が採用されていたこともある（参照、清水克行『日本神判史—盟神探湯・湯起請・鉄火起請〔中公新書〕』（中央公論新社、2010）・山内進『決闘裁判—ヨーロッパ法精神の原風景〔現代新書〕』（講談社、2000)）。神は正しいものを守るはずだと信じられてきたからだ。だがそのような宗教的信念に依存した制度を排し、両当事者が自分の求める結論を正当化する理由を提示しあったうえで中立の第三者が判断を下すというモデルを、我々の社会は選択してきたのではなかったか。

また、法廷において両当事者が求めている結論は、たしかに「自分（の依頼人）を勝たせろ」ということであるかもしれない。しかし、そうすれば自分が儲かるとか、出世できるとかいった「根拠」を挙げた弁護士を評価する裁判官はいないだろう。仮にそのような動機があるにせよ、法廷では特定の判断が正しい理由を示す必要がある。裁判のなかで認められる理由は、誰が当事者であろうが、どこでいつ起きた事件であろうが適用可能であるような、一般性と普遍性を備えたものに限定されてきた。

そして、両当事者が理由を示しあったにもかかわらずサイコロで結論が決められるというような制度では何のために当事者が努力したかわからな

なくなってしまうから、裁判官がそのなかから特定の結論を支持するときにも、なぜその判断が正しいかを説明する必要があるだろう。一般的・普遍的な理由を提示し、全員ではないにせよ（敗訴した当事者はどんな理由が書かれていようが不満を残すかもしれない）社会の多くが「正しい判断が示された」と信じていることができるような、あるいは少なくとも本当にそうか確認することができるような状況を実現することが判決文には求められるし、だからこそ主文ではなく判断理由を主な題材として、従来の判例集は編まれてきた。少なくとも我々の社会においては、さきほどの判事の主張は退けられるということになりそうだ。

裁判の本質は単なる強制可能性ではなく、むしろ理由の示された判断とそれを保証する対審構造のような枠組みにあると、現実には我々が共有してきた司法活動を分析することで示すことができる。そしてそこからは、前述のように強制と直接には結び付いていない国際法や仲裁・調停のような裁判外紛争解決（ADR）を、かなり裁判に近いもの・法的活動に含まれるものだとして我々が考えてきた理由も、明らかになるだろう。ここでは、現実の我々の行動のなかに含まれていた特定の価値判断や選択が、分析を通じて可視化されている。それが「法理の学」の機能だということになりそうだ。

## 分裂から統一へ

しかし、グローバル化により英米圏の思想・哲学の影響が強まったこと、特に1970年代以降にアメリカを中心として起きた「正義論の復権」（⇒3-1）ののちには世界的に議論が共有される傾向が強まったことから、現在ではそのような違いも薄れ、「法哲学」「法理学」はほぼ同じ意味の言葉として用いて構わないような状況になっている。本書でも両者を特に区別せずには用い、基本的には「法哲学」で代表させることとする。

## 0-3 法哲学内部の領域

法哲学と呼ばれる分野は、大きく「法概念論」「正義論」「法思想史」と

いう三つの領域に分けて理解されている。

## 法概念論

「法概念論」は、特に19世紀から20世紀前半にかけての法哲学の中心となった領域であり、法およびそれを構成するさまざまな概念、たとえば権利や義務が何を意味しているのか、その本質は何かを理論的に探究することをその目的とする。「法を解釈する」というときに我々が実際にはどのようなことをしているのか、そこに正解は存在するか、法を解釈する手法にはどのようなものがあるかといった問題について考えるといった内容（法解釈方法論）も、ここに含まれる。科学主義・合理主義の普及により普遍的な正義の実在に対する疑いが強まったこともあって次に挙げる正義論が低調な時代において、ジェレミー・ベンサムからハンス・ケルゼン、H. L.A. ハートに至る「法実証主義」、すなわち法を現実的な人間の制定行為によって構成される人為的存在と位置付ける立場が一般的となり、その観点からの検討が展開された。

しかし、人民の選挙によって選ばれたという意味では強い民主的正統性（⇒ 7）を持つドイツのナチス政権が、政権獲得後には民主政を否定し人権を制限する法を作り出し、最終的にはユダヤ人大虐殺（ホロコースト）という「絶対的な悪」を生み出したという経験がこの潮流を大きく変化させることになる。その内容がどうであれ正当な制定手続きによって作られたものは法であると考える法実証主義はナチス法もまた法としてそれを守る義務（遵法責務）を法曹・市民に負わせ、その悪政への抵抗力を奪うことになったとの批判が、特に戦後のドイツにおいて展開されることになったのである。この観点から、いかなる人定法（人間の作った法）も破り得ない、絶対的・普遍的な正義の基準としての自然法があると説く現代的な自然法思想も一定の復活を遂げている。

## 正義論

ではそこで基準となるべき正義とは何か、あるいは正義にかなった社会・法とはどのようなものか。このような問題を考えるのが「正義論」で

ある。前述のとおり、一方では科学主義の進展、他方では宗教革命などを通じたキリスト教会の宗教的権威の低下により、絶対的・普遍的な価値は存在しないとする主張が19世紀以降は支配的となっていた。何を目指すべき価値と考えるかは個人によって異なり、その個人に対してしか意味を持たないとするこのような立場を「価値相対主義」(⇒ 3-1)という。この観点からは正義もそれを信じる人間にしか意味を持たないことになるため、その内容や基準について公的に議論することは無意味ということになるだろう。

だが20世紀後半に入ると、さまざまな政治的対立を通じてこれまでの社会に対する信頼が揺らぐなかで、社会の正しさとはどのようなものか、それを判断することは可能かという問題意識が強まることになる。1971年に刊行されたジョン・ロールズ『正義論』(⇒ 3-3)がそのような議論の可能性を示したものと理解されたことによって、それ以降の法哲学における論争の中心はこの領域に移っていくことになった。

## 法思想史

第三の領域である「法思想史」は、法に関する事象に哲学的分析を試みる前二者とは多少色合いが異なり、文字通り「法」の「思想」の「歴史」として歴史学的手法を用いるものとして、法制史(法の制度の歴史)にも共通する部分を含んでいる。だが、それが対象とする「法」の意味は、法制史におけるほど明快ではない。たとえば東洋法制史は中国の古代から前近代の国家制度をすべて研究の対象に含んでいるだろうが、春秋戦国時代に韓非子・李斯らによって展開された「法家思想」は法思想史の対象になるのだろうか。そこで「法」とされたものは、西洋における law (英)・Recht (独)・droit (仏)と同じものなのだろうか。

もちろんこの点については論者によって見解が分かれている。しかし、たとえば西洋的な「法」の意義を市民の権利の保護あるいは国家権力に対する異議申立ての基礎と考えれば、法家思想における法は「法」ではないことになろう。それはあくまで政府の行動を規制するその内部の規則であって市民に公開・周知されることを予定しておらず、ということは市民

の側でたとえば「その課税行為は法に違反している」といったように異議を唱えることが想定されていないからである。

ここからわかるのは、法思想史の範囲・対象を定めるためには法概念論が必要だということだろう。このため、前述のとおり研究手法の面では一定の距離があるにもかかわらず、法思想史は伝統的に法哲学の一領域として扱われてきたのである。ただし慶應義塾大学法学部においてはこの領域に関する講義が別途「法思想史」として用意されていることから、やはり本書では中心的な対象としない。

## 0-4 本書の内容と使い方

### 内容の限定

いま述べたように、他の学問分野と区別して「法哲学」とされる内容は（特に法思想史を含めた場合には）期間として2500年以上に及び、研究手法・対象ともかなりの広がりを持つことになる。

その一方で近年では、正義論が中心的なテーマになると同時に、グローバル化によって特に英米圏の議論動向が世界的な影響力を持ち、国際的な検討の対象となるような傾向が強まっている。その際に前提とされる研究の視野や問題領域についても、各国で個別に形成された法的伝統に基礎を置くというよりは、ある種の国際的なスタンダードに基づくように変化してきている。

もちろん、各国の国内法は（やはりグローバル化を主要原因として国際的なハーモナイゼーションへの圧力が強まっているとしても）それ自身として存在し続けており、その伝統を基礎にした独自性がなくなるわけではない。典型的には生命倫理の分野のように、たとえば長生きすること自体にどれだけの価値を見出すか、人間が生命を操作することにどれだけの抵抗感を覚えるかといったことが文化・宗教などの影響によって大きく異なる場合には、世界共通の議論を展開しようとする努力にも自ずから制約が出てくることになるし、グローバルに展開される理論を各国の個別具体的な事情へと適切にあてはめていくための努力（ローカライゼーション）も必要になってくる