

現代の法哲学

井上

茂樹



井上 茂教授還暦記念

# 現代の法哲学



## 現代の法哲学

昭和 56 年 10 月 15 日 初版第 1 刷印刷  
昭和 56 年 10 月 25 日 初版第 1 刷発行

定価 7,000 円

|      |   |    |    |    |
|------|---|----|----|----|
| 編集代表 | や | さき | みつ | くに |
|      | 矢 | 崎  | 光  | 園  |
| 発行者  | え | ぐさ | ただ | あつ |
|      | 江 | 草  | 忠  | 允  |

東京都千代田区神田神保町 2~17  
発行所 株式会社 有斐閣

電話 東京 (264) 1311 (大代表)  
郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番  
本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前  
京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印刷・株式会社精興社 製本・株式会社高陽堂

© 1981, 矢崎光園. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取り替えます。

ISBN 4-641-02638-6



井上 茂 教授

謹  
んで

井上茂教授に捧ぐ

執  
筆者一  
同

〈執筆者紹介〉

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| 平野 秩夫 (ひらの つねお)          | 名古屋大学教授  |
| 碧海 純一 (あおみ じゅんいち)        | 東京大学教授   |
| 中村雄二郎 (なかむら ゆうじろう)       | 明治大学教授   |
| ホセ・ヨンバルト (José Llombart) | 上智大学教授   |
| 大橋智之輔 (おおはし ともすけ)        | 法政大学教授   |
| 矢崎 光圀 (やさき みつくに)         | 大阪大学教授   |
| 小林 直樹 (こばやし なおき)         | 東京大学教授   |
| 金澤 文雄 (かなざわ ふみお)         | 広島大学教授   |
| 深田 三徳 (ふかだ みつり)          | 同志社大学教授  |
| 佐藤 節子 (さとう せつこ)          | 青山学院大学教授 |
| 植松 秀雄 (うえまつ ひでお)         | 岡山大学教授   |
| 小西 美典 (こにし よしのり)         | 神戸大学教授   |
| 田中 茂樹 (たなか しげき)          | 関西学院大学教授 |
| 原 秀男 (はら ひでお)            | 立正大学教授   |
| 野口 寛 (のぐち ひろし)           | 神戸大学教授   |
| 稲垣 良典 (いながき よしのり)        | 九州大学教授   |
| 田中 成明 (たなか しげあき)         | 京都大学教授   |
| 小谷野勝巳 (こやの かつみ)          | 拓殖大学教授   |
| 八木 鉄男 (やぎ てつお)           | 同志社大学教授  |

## 目次

### I 法哲学の課題と方法

法哲学としての哲学……………平野秩夫…一

——『法倫理学』と「法学の論理学」乃至「文化意識の心理学」

法哲学と世界観的課題——特に自由意志問題——

に関する予備的考察……………碧海純…一七

哲学と法哲学について・覚え書……………中村雄二郎…五

——言語と制度の問題をめぐって——

「単に刑罰的な法律」の存否に関する問題……………ホセ・ヨンパルト…五

——その古い論争の現在的な意義——

「法実証主義論」断簡……………大橋智之輔…七

海外諸理論の受容と変容について……………矢崎光圀…二三

——国家および法についての精神的把握と現実的把握の一系列——

## II 法秩序の構造と機能

法と政治 ..... 小林直樹・二五

——法の政治統制機能の考察——

法と道徳 ..... 金澤文雄・六九

法体系の究極的規準 ..... 深田三徳・一九三

——ハートの承認のルールをめぐって——

問題思考 ..... 植松秀雄・三三

A・ヘーガアシュトレームの意思、命令、義務概念の分析 ..... 佐藤節子・四三

権利概念をめぐる一考察 ..... 小西美典・六七

権利・義務の概念 ..... 田中茂樹・二五五

——序論的一考察——

事物の本性の自然法的性格について ..... 原秀男・三一

現代の「事物の本性」論 ..... 野口寛・三五



### Ⅲ 法価値論

正義と真理 ..... 稲垣良典・四九

——正義論の一考察——

「合法性」に関する法理学的考察 ..... 田中成明・七一

——ロン・L・フラーの見解を手がかりに——

現代人権理論の一考察 ..... 小谷野勝巳・四九

——人権理論をめぐるH・L・A・ハートとR・ドゥオーキンの論争を中心に——

悪法論と法概念論 ..... 八木鉄男・四五

井上茂教授略歴・主要著作目録 ..... 四六七

あとがき ..... 四七一

# 法哲学としての哲学

——『法倫理学』と「法学の論理学」乃至「文化意識の心理学」

平野 秩夫

一 カール・ラーレンツについて  
二 ヘルマン・コーエンについて  
三 結語

## 一 カール・ラーレンツについて

「法倫理〔学〕Rechtsethik」の用語は近年のドイツで可成り頻繁であり、就中、曾て私の『新ヘーゲル学派』（有斐閣『法哲学講座』第五巻、一九六〇、所収）でも論及された K. Larenz は、“Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 1.—4. Aufl., 1960—79.” [zit.: ML nach 4. Aufl.] に頻出する「法倫理」学のを綱を公刊した。——“Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik. 1979.” [zit.: RE] 法学学的方法論的基礎付けも、実定法の「正しき」を媒介している直接的前提としての原理及び其の具体化である「正法」の学も、通例「法哲学」の主部に属せしめられ或いは属すべしとされているものであるが、直ちに彼の法哲学ではない。前者（本稿は“Jurisprudenz”には「法学」を、“Rechtswissenschaft”には「法学」を用いる。）について言えば、「法律学的〔法律家的〕な方法論と法哲学との間には、密な関連」が存し、「あらゆる方法論には、此に相応な法哲学が挙示され得よう」が、「方法論と法哲学との間の関係は、特定の法哲学的諸前提への方法論の一方的依存の意味でのみ見られてはいけない。〔学〕方法論 Methodologie 的諸洞察は、……特定の法哲学的諸発想——純粹な『法律実証主義』とか靜的な自然法思惟といったような——を最初から問題とする。法哲学者はかかる諸洞察を素通りし得ぬ。」[ML, 227.]——H. Klenner 等の如く彼を単に「極右」として片づけるのみでは、ML や RE にのみならず、「Nazis 時代」の彼の「法哲学」が揚棄されているところの彼の現在の法哲学に、至当ではないが、彼の法哲学を具体的に詳論するのは本稿の課題でない。彼の老練な文体は博学な内容と共に平易である。而も、後述の如く、私の上掲論文が曾て規定した「絶対的論理の喪失」は依然として彼に妥当する。其にも拘らず彼を採り上げるのは、偶々私が八〇年度前期の「演習（外書講読）」で RE をも使用したので、RE が直ちに想起させるべき（しかし RE は単に「新 Kant 主義」の名の下に仄めかしてゐるにすぎぬ [RE, 175.]）H. Cohen への顧慮を介して、屢々「便宜」的に放念される・其の名に値する法哲学としての、自覚の・問題に触れる

ためである。この取扱いを媒介している法哲学は、数年前の形態としては『法哲学史としての法哲学』（加藤新平教授退官記念『法理学の諸問題』、一九七六、所収）で約言されているので、以下のためにも其の参照が要望されてよからう。

「法倫理学」として特殊に限定されている「倫理学」の用語法は多少不明確であるが、彼は Kant-Hegel 的伝統に従う「道徳的 moralisch」と「倫理的 ethisch」とを使い分ける。——「社会道徳 Sozialmoral」から区別される（RE, 193.）其等の用語例は RE, 17, 51, 60, 61, 67, 80, 89, 90, 91, 163, 164 でも見られるが、就中、「倫理の意味での自由」と「道徳の意味での自由」との規定（RE, 51.）の微妙な相違が示すように、「法倫理学」の扱うのは、「単に道徳的当為でなくて、同時に、あらゆる法関係の倫理的基礎」の問題であり、（RE, 46.）「法倫理の原則」は「道徳の原則としては法的象面の外部でも妥当する。」（RE, 172.）そして「倫理学」の諸「根本問題」は「哲学」に属し、（RE, 9.）この意味では「倫理学」は「哲学」の一定定であるが、（ML, 167.）「論理的正当性」・「思惟正当性」でなくて「規範的正当性」（妥当要求の義認）を意味する「正当性」が、「倫理学の」或いは「実践的理性」の問題である。（RE, 9, 13, 14, 16.）従って「その時々の実定法を越える」（RE, 9.）「法倫理学」は「法哲学」乃至「哲学」に連る。——「法が規範的な妥当要求を起すとき、この妥当要求の根拠付け並びに諸限界への問いは斥けられ得ぬ。この問いに法理学は答えることができぬ。何故なら法理学は……其の立場を現存している法秩序及び其の憲制の内部で採るから。その問いは哲学の、更に精しくは倫理学の問いである。此と関連するのが、法一般の『意味』への・諸々の法行動の『意味』への・問い、法の『有り方』（法の『妥当』）への問い、終りに、『正義』と或いは端的に『法思想』そのものと呼ばれるようと思惟賦与的原理への問いである。ひとは此等諸問の完結的解答が人間的な認識能力を超えたいう意見を抱き得るが、それでも其等は問いとしては斥けられぬ。其等諸問に携わる」のが、二千五百年以上の昔から「法哲学」であり、「其の・思惟及び論証の・仕方は哲学的其でのみあり得る。このことは、法的な諸々の事物問題への密な依拠を排除しはしなく」（ML, 167f.）が、「法理学の認識目標」が、肝心の「〔対象〕事物・法 Sache Recht」

〔ML, 180.〕に「適當<sup>1)</sup>」の「事物」から見て「義認されて」いるかどうかの問いに答え得るのは、「この事物自身の特種な有意味性を——『実定』法に於ける其のその都度の提示から尚独立に——主題化する学」すなわち「法哲学」のみである。〔ML, 227.〕かくて「哲学の歴史」は「法哲学の其」でもある。〔RE, 31.〕単なる「事実学」を超える「哲学」は、問題の「客観的な理性性」を扱い、「法哲学」は、「西洋的哲学の伝統に従い、究極妥当的なものとして数多の規範及び裁決の基礎に在る『一の』もの」に携わる。〔RE, 9, 30, 137, 140.〕此が所謂「理念」乃至「法理念」であるが、彼によれば、「Hegel 的」伝統に於けるとは異なり、「法理念」其自身は「具体的」でない。——「我が実定法に於て指摘し得る原理を、正〔しい〕法の原理にする」もの、「総べての法の規範的要求のための最後の義認根拠」が看取されるところの「法の根本意味或いは終極目的」、此が、「近代の法哲学」で確立した表現、「法理念」であり、〔RE, 29.〕の「諸原理の統一的な関係点」〔RE, 33.〕に対して、「法倫理的諸原理」とは、「自己自身の説得力の力で法的諸裁決を『義認』できる・法的な規範化の・方向賦与的諸規準」であり、「合目的性諸根拠に基づく法技術的諸原理からは、自らの実質的な正義内実によって区別」され、「其故、法理念の諸々の特殊な鑄造、特種化として理解され得る。」〔ML, 410, 458.〕従って、「法理念」を「総べての法の根本原理」と見れば、「法倫理的諸原理」或いは「正法の諸原理」は、その「根本原理」の「諸々の最初の具体化」として「第二段の諸原理」であるが、Larenz は「法理念」を「諸原理（特に、単に或る実定法に所属する其等）」と区別して、「或る最後の・総べての他のものの基礎に在る・もの、すべしとされているものとしての法の意味根拠」の場合に限定しようとするから、「法理念には、其の具体化必要性、不特定性諸成分と否定的機能とについて、諸原理に同じことが、而も一層高度に妥当する。」——「正法の諸原理は、可能な諸規制に留意しての法理念の諸々の一層精しい内容的諸規定であり、其等諸規制に……諸々の指導思想及び義認根拠として奉仕でき、」「法の規範性の最後の根拠としての法理念と実定法の具体的諸規制との間を媒介する」が、正に「諸原理」であって「諸規範」乃至「個別諸事件へ直接に適用可能な諸

規則」でなく、「法の継続形成」の「客観的・目的論的基準」として「立法、裁判、……によって」「裁決を可能にする諸規則へ転換」されて、「実定法」的に「更に具体化」されると共に、其等「諸原理」自身、「法理念の具体化」として「法理念への意味関係」を指示しながら、「法理念から単純に演繹的には導出されぬ。何故ならあらゆる具体化は、追加的諸考量を要望する・更に進んでいる・意味内実を指示するから。……「他方で」実定法からの帰納だけに」も獲得されぬ。〔RE, 29 f., 42 f., ML, 410 f.〕況や「法理念の内容については我々は、我々には『究極妥当的なもの』への直接の取摺みは与えられていないから、精々ただ、暫定的諸言明を為し得るにすぎぬ。其等諸言明が、正確な意味で『真だと証明』されぬにしても、少くとも、他の人々が其等を少くとも差当っては・或る程度『論議の基礎』として・認める用意が有る、というような仕方では、『賛同可能』にされ得る」ということより「以上のことは哲学に於ては達成され難い。」〔RE, 30〕そこでLarenzは二つの可能の方策を示す。——第一に、「哲学に於ては、先ず解明図式を作成して、それから、……その図式の貫徹がどれだけ未決諸問題への満足な諸解答を可能にするかを、注視する、という遣り方。我々の場合では我々は次のようにし得よう。すなわち、法理念の一定の最小限内容を其以上の諸詳細を見越して仮設的定立の形式で認めて、この認容の確証を、この認容が実際に特定諸原理（——）その上此等のうち若干は『明証的』として現れるかもしれぬ。（——）を・かく理解された理念の諸具体化として・認識するのを可能にすることから期待するのである。かかるものとして認識された・理念の・諸々の具体化から理念の意味内実へ向き還りされれば、この意味内実が判明性でも確実性でも獲るところが有ろう。」〔RE, 30〕「解釈学的循環」を指摘するこの所論の批判は後述されるであろう。第二は、「暫定的」で「確証を必要とする」には違いないが、「既に半途確実にされている・正当性の或る推測を自ら持っている・諸言明」に到達する、「もう一つの可能性」である。「哲学の歴史と、かくて又法哲学の其」では、「或る種の諸説」は「支持できぬ」ことが示されたし、「特定の諸相については広汎に一致が存立しており、」「西洋の法哲学の思惟が繰返し廻っているところの二つの主観点は困難なしに

名指される。」——「法的平和」と「正義」が其であり、「其処から我々は次のようにし得る。すなわち、法理念についての若干の言明を發展させて、それから、此等諸言明を暫定的諸提題として、すなわち、其等の確証が諸々の法原理に於ける其等の展開（具体化）と我々の出発点への其等からの向き還りとに於て出来るに違いないところの暫定的諸提題として、認めるのである。」[RE, 30f.] Larenz <sup>14</sup> Hegel 風に言えば単なる「請合」[Versicherung]にすぎぬ両者のうち第二の方策を採るから、当然に、「我々が西洋的法哲学の行程及び或る諸結果へ関るとき、我々の諸認容はただ、最広義での西洋的な法圏及び文化圏にのみ効力〔妥当〕を有ち得る。実際、この文化圏を超えて妥当を要求する諸言明を我々は其故に為し得ぬし為そうとは思わぬ。……これまで殆ど総べての法哲学者たちが起した要求、彼等の諸言明が……（総べての人々にとって妥当する真理の意味での）絶対的妥当性を有つという要求を、我々は少くとも暫定的には放棄せねばならぬ。我々はただ、我々の諸言明が、西洋的な文化圏の世界了解及び法了解に囚われている両了解を有つ者にとっては受容できる、と主張し得るにすぎぬ。……かの文化圏の外へ出る者にとっては、諸他の範疇と諸他の根本価値が妥当しよう。このことについて我々は何らの判断を下そうと思わぬ。我々が挙示したい諸原理が、西洋的な文化圏の内部では少くとも、無時間的（理念的）妥当を要求し得るか、或いは、其等が此処で再び又、特定の史的境位へ拘束されているかは、別問である」が。[RE, 31f.] この、單純に独断的に「人間性」や「人類性」を謳わせぬ自覚的限定は、しかし、直接的存在へ局限されて哲学が可能であると思念しており、「揚棄されている否定」としてのみ存在する主体（概念主体も）の「絶対的否定性」が看過されていることを既に窺わせる。従って、前記の「別問」に関しては「探究的懷疑」が「独断」的「希望」になるだけである。——（以下の引用文の傍点は平野。）「我々は、」認識され得た「諸々の部分真理」が「二度と完くは喪われ得ず、精々、新たな関連へ移動し新たな諸展望を獲得するであろう、と認めてよい」し、「実際に私は、正への道に在る法が……〔法倫理的〕諸原理の後ろへ戻ることが有り得ようとは表象できぬ。」「諸原理」が更に「加わり、」「既に認識された其等が、時代に一層適當



な別の仕方です具体化される」ことは考えられるが、「其等諸原理の一の完き放棄でも『退歩』を意味するであろう」し、「我々は、人類がこの『退歩』を免れているであろうと確信し得ぬにしても希望し得る。かく見れば、法と法についての思惟との歴史は、矢張り、正の諸標準の・進歩する・除幕の如きものであろう。我々が其等諸標準を決して完全に手に入れることがないにしても。」この思想、或いは、用心深く表現すれば、この希望は、「進化理論」ではない。「自然に於ける、益々複雑な一層高度に構造化された諸構成体への進行」と「同じことを我々は確かに人類の歴史に於ても見得る」が、「このことが、もっと人間性・もっと正義・より正しい」法・と同義であるかは、矢張り疑われる。風儀と法との諸領域での『進歩』は……自然法則ではなくて人間の自由へ任せられている。其は其として私なら、正自身の諸標準・かくて正法の諸原理・が変遷するとは言わないで、其等についての我々の認識と実定法に於ける其等の具体化による其等の現実化の有り方並びに範圍とのみが変遷するにすぎぬと言うであろう。我々は今日、人類が其の没落に向うか、或いは、世界的規模での共同生活の新たな且つ一層良い諸形式に……達するであろうかを知らぬ。しかし確実なように私に思えるのは、法的平和を持続的にはただ次のような法のみが、「すなわち」実力の技術以上であり、正「いいもの」に此を我々が認識できる通りに定位し、其を形態化且つ適用する人々により判明に見られた・『正法』であれという・永続的要請の下に立つ、法のみが、確実に保証し得ることである。」(RE, 183ff.)——このように哲学的には「希望」として自己を定立する学が、謙抑の衣を被る自負に於て概念した抽象的普遍は、「人類」の超「西洋」的發展によって媒介されても将来的に不変に妥当すべき普遍であり、この抽象的具体化が彼の「法倫理学」なのである。学は自己を具体化する普遍であり、普遍としての自覚が普遍の揚棄であることが概念としての「絶対的否定性」、従って後者の自覚的具体化が学であらねばならぬ。然るに、この法哲学的・論理的自覚の欠如は、現在の *Larenz* に於ても、私の『新ヘーゲル学派』の規定した曾ての彼と同様であり、「成熟」した *Hegel* の「普遍(世界)精神」乃至「絶対精神」の「超国家的」・「超民族的」絶対性の具体的論理に理解を欠いて