

現代法理論

田中成明著



現代法理論

田中成明 著



有斐閣ブックス

現代法理論

〈有斐閣ブックス〉

昭和59年10月30日 初版第1刷発行

定価 1,900円

著 者 田 中 成 明

発 行 者 江 草 忠 敬

発 行 所 株式 有 斐 閣
会 社

東京都千代田区神田神保町2-17
電 話 東 京 (264) 1 3 1 1 (大代表)
郵便番号 [101] 振替口座東京6-370番
京都支店 [606] 左京区田中門前町44

印 刷 共同印刷工業株式会社
製 本 新日本製本株式会社

© 1984, 田中成明. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN 4-641-08449-1

A-40/562

現代法理論

(日1-15/A562)

A 00290

は し が き

現代の日本において、法的機構や法律学は、どのような問題状況のなかで、どのような法理論的課題に直面しているのでしょうか。

何よりもまず、現代における法の機能の拡大と多様化が、新たな法理論的課題を次々と生み出していることについては、おそらく異論はないであろう。法的機構は、公私の実力行使の規制や個別的不正義の回復によって、人びとの自由や安全を確保し紛争を予防・解決するという、従来からの消極的な機能に加えて、各種の資源配分にかかわりあうことによって、経済的・文化的な生活の質の向上や社会的正義の実現をめざすという、積極的な機能をも引き受けるようになってきている。このような法の機能拡大に伴って、人びとの法に対する態度も、受動的に法的規制・保護を受けるだけのものから、何らかの目標実現のために法的機構を主体的に利用するものまで、ますます多様化しつつある。また、人びとの法に対する関心如何によって、法イメージも拡散してきており、法体系の構造や機能についてのバランスのとれた全体像を得ることは、なかなかむずかしくなっている。

社会的正義の具体的内容やその法による実現の在り方についても、自由と平等というすぐれて法的な価値理念の各々の意義や相互関係をどのように理解するかという哲学的問題から、法の機能拡大に伴う公権力機関の肥大の功罪をどう評価するかという現実的問題まで、様々のレベルの争点とからみあって、かなり厳しい見解の対立がみられるところである。さらに、我々が慣れ親んできた法的機構の構成・運用原理や法的思考の様式・枠組についても、その多くは近代西欧で形成されたものであるが、このような展開が進むなかで、見直しを迫られ、多種多様な法的機構や専門化・細分化された法学研究の相互連関を統合的にとらえうる全体的視座の再構築が強く求められている。

わが国の場合には、以上のような基本的には近代法から現代法への展開に伴う普遍的な状況と課題に加えて、非西欧的な伝統的法文化の特徴がなお根強く法的機構の運用や人びとの法イメージを規定している状況にいかに対処するか

ということをも視野に収めなければならないことが、問題を一層錯綜させている。だが、わが国の法理論的研究が主体的な発展を遂げるためには、近代西欧の思想的・制度的遺産をわが国の現代的状況のなかでどのように評価し承継してゆくかという特殊日本的な問題を避けて通ることはできず、普遍的なものと特殊なものへの醒めた複眼的視座をもって臨むことが不可欠であろう。

本書は、法哲学をはじめとする法理論的研究の内外の伝統的遺産と最近の展開についての概論的な説明を織り交ぜつつ、以上のような問題状況と現代的課題の解明において重要な位置を占めている問題を重点的に取り上げ、法理論的考察のための原理的視座と基礎的枠組を提示しようとするものである。

* * *

一般の教科書・概説書とはかなり異なったスタイルをとっているため、本書全体の構成と内容について、予め少し説明しておいたほうがよいであろう。

第1編「現代社会と法理論」は、本書で展開する法理論への序奏とでも言うべき部分であり、そもそも現代の日本において“今、なぜ、法理論か”を、法的思考・法文化・イデオロギーの三側面から立体的に浮き彫りにし、法理論的考察が必要とされる背景とその基本的課題についての見取図を描き出そうとするものである。第2編以下においては、考察視野や問題関心は、法律学・法社会学あるいは倫理学・政治哲学などの実践哲学一般へと拡がっているが、基本的には法哲学的な視座と枠組を基礎とした説明を中心としており、第2編「法の形態と動態」、第3編「法と正義」、第4編「法的思考と法律学」という構成も、法の一般理論、正義論、法律学的方法論という、法哲学の三つの主要問題領域の区分にほぼ対応している。

第1編では、まず第1章「法的思考の特質と課題」において、法的思考が、現代社会における法の機能拡大に対応して、その視野拡大と再構成の在り方を見定めるにあたって、どのような課題に直面しているかについて、伝統的な法的思考を特徴づける「包摂モデル」と、それと原理的に対立する「目的＝手段モデル」や「妥協的調整モデル」とを対比させながら整理する。第1章が、いずれかと言えば普遍的で専門技術的なレベルの問題状況を概観するのに対して、第2章「日本の法文化の伝統と現況」は、裁判その他の法的機構に対する主体的な意識と行動の確立という観点からみて、わが国の伝統的法文化やその近代

化過程、さらに最近におけるその変容がどのような問題をはらんでいるかについて、特殊日本的で日常的な通念・感覚レベルに焦点をあわせて概観している。

第3章「法理論とリーガリズム」においては、近代西欧で形成された典型的な法イデオロギーであるリーガリズムの特質や現代的意義を批判的に検討することによって、現代法体系全体を視野に収めた法的思考の再構成にとつては、法動態への主体的・重層的な視座に立つ法理論的考察が不可欠であることを明らかにし、第2編以下で展開する理論的枠組や考察の基本的なねらいを説明する。

第2編においては、まず第4章「法の三類型モデル」で、近代主義的リーガリズムを超えて比較史的視座から法動態を重層的かつ主体的にとらえるための理論的枠組として、「普遍主義型法」と「管理型法」「自治型法」という三類型モデルを提示し、各類型の特質と相互連関、現代法をめぐる問題状況を素描することによって、第3章での提言にそつた法理論的考察に必要な基礎的枠組を明らかにする。

次いで、法の一般理論の伝統的諸問題の説明に移り、第5章「法体系と法規範」では、法規範の代表的な種別、法の多様な機能、法の規範的妥当性など、法体系・法規範の構造や機能についての全体像の理解に必要な基本的な事柄を概観する。第6章「法と道德」では、法と道德との区別・関連をめぐる議論の展開を素描したうえで、法による道德の強制の正当化・限界などに関する法哲学的・刑法理論的・刑事学的争点を概観し、第7章「法と強制」では、法的強制に関連する基本的諸概念の整理をふまえて、とくに現代法の構造や機能の理解において強制の占める位置について考察する。

法体系の自立的形態の特質の解明をめざすこれら三章においては、法体系の構造や機能の理解において強制的制裁による威嚇やその実行に焦点をあわせ、一般市民を法による社会統制の受動的客体としてとらえるアプローチの限界や欠陥を明らかにし、むしろ、法的機構を自主的に利用し再編成してゆく主体として、市民や法律家を法動態の中枢にすえ、法体系を市民相互の自主的相互交渉活動を促進する公的枠組としてとらえるべきであるとする立場に立って、法動態への主体的視座の確立を試みている。

第8章「権利と人権」、第9章「裁判の特質と機能」では、このように、一

般市民がその価値・利益の自主的な相互調整や確保・実現のために法的機構を主体的に利用する場合に中枢的装置として作動する権利義務概念と裁判手続を取り上げる。権利や裁判についての我々の理解は、近代西欧の普遍主義型法のもとでのそれらの存在形態やイデオロギーから決定的な影響を受けている。だが、権利概念の拡散や裁判機能の拡大がみられる今日、それらの普遍主義的特質のいずれを受け継ぎ、どれをどのように修正すべきか、また、管理型法と自治型法のいずれの方向にそってそれらを再編成してゆくべきかについては、かなり鋭い見解の対立がみられる。この二章では、このような問題状況の背景と主要争点を概観するが、とくに、新しい権利・人権の提唱の法理論的意義の解明、いわゆる現代型訴訟をめぐる裁判機能の拡大の可否やその在り方の検討に力点を置いている。

第3編では、まず第10章「多様な正義観念と法的正義」において、適法的正義・形式的正義・実質的正義の三区分、衡平と手続的正義を中心に、各々の意義と相互関係を概観したうえで、法内在的目標たる「合法性原理」の確保・実現に照準された法的正義の特質と限界について、法の自立性と開かれた構造との対立緊張関係に焦点をあわせて説明する。

第10章で法と正義との原理的關係を確認した後、正義論自体の基本問題については、メタ倫理学レベルと規範的倫理学レベルに分けて、各々、第11章「価値相対主義から対話的合理性へ」と、第12章「社会的正義と自由・平等」で、最近の論議の展開と現況を概観する。

第11章では、価値相対主義の主張内容やその実証主義的・形式論理的な方法論的基礎の批判的検討をふまえて、実践的議論独特の合理性基準の解明によって実践哲学の復権をめざす最近の諸潮流に共通の立場を、基礎的な背景的合意に依拠しつつ公正な手続に従った討議・対話などの実践的議論を通じて形成された理性的な合意を核心的な合理性基準とする「対話的合理性」ないし「コンセンサス原理」としてとらえて、その基本的な考え方を素描する。

この対話的合理性ないしコンセンサス原理は、全く試論の域を出ていないけれども、本書においては、法律学を、たんなる科学ないし技術としてではなく、すぐれて人間的な学問として実践哲学的地平においてとらえ、法動態への主体的視座に裏打ちされた法理論の展開を試みるにあたって、全体的な方法論的基

礎たる位置を占めており、その具体的内容や意義は、とくに第4編で敷衍される。

第12章では、反功利主義的な実質的正義論の展開によって久しく沈滞していた規範的正義論の再燃の火ぶたを切った J. ロールズの「公正としての正義」論を中心に、伝統的な功利主義の特徴と欠陥、その後の社会的正義論における功利と権利、自由と平等をめぐる議論の展開を概観する。最近の議論では、功利・効率対個人の権利・人権という対立構図のウエイトが高まってきており、法的思考の再構成の在り方（第1章・第18章参照）や刑罰の正当化理論（第6章Ⅱ参照）でも、基本的には同一の対立がみられる。現代法理論においては、この対立構図が、自然法論対法実証主義という伝統的対立以上に、重要な意義をもつようになっていることが注目される。

第13章「悪法への服従と抵抗」は、第5章で触れた法の規範的妥当性の問題、第6章で素描した法と道德との区別・連関の問題などの極限的事例とも言うべき悪法論を取り上げる。悪法論は、伝統的に、自然法論対法実証主義の中心争点とみられてきているが、抵抗権や市民的不服従の問題とも密接に関連している悪法論の政治的・道德的な意義を、このような伝統的対立構図の枠内では的確にとらえることができないことを明らかにしたうえで、悪法への服従根拠、その判定規準、市民や裁判官の対処の仕方などについて検討する。

第4編においては、まず第14章「法の解釈・適用と司法的立法」で、法律学的方法論の伝統的遺産と基本的問題に関する基礎知識を全体的に概観し、第15章「戦後の法解釈論争」で、わが国の戦後の法解釈論争の主要争点とそれをめぐる議論の基調について、総括的に整理し、以下の各章における考察の基本的な方向を示す。

第16章「法的議論と裁判手続」と第17章「法教義学・イデオロギー・科学」とは、各々、法的議論と裁判手続の実践哲学的基礎の解明、法的思考の教義学的性質とその科学化の試みの批判的考察に焦点をあわせて、第11章で素描した対話的合理性とコンセンサス原理を「法的観点」から敷衍することによって、法的思考独特の合理性の知的地平とその基本的構造を明らかにすることをめざしている。

第16章は、第9章で示した裁判手続の理解に対して、その法理論的基礎を提

供するものでもある。法的議論と裁判手続のなかに対話的合理性基準がどのように「制度化」されており、コンセンサス原理と合法性原理とがどのような対立的ないし相補的關係にあるかを説明することと、手続的正義をめぐる実践哲学的論議と手続保障をめぐる民事訴訟理論における最近の問題関心や主要争点の構造的共通性を示唆することに力点をおいている。

第17章では、法的思考独特の合理性基準の探求は、イデオロギー排除をめざす形式論理化ないし経験科学化という方向ではなく、むしろ、法的思考という社会的実践を意味あるものとして成立させているイデオロギー的前提の解明から始めなければならないとみる立場に立って、その基本的構造について説明する。とくに、法的根本ドグマ・合法性原理・コンセンサス原理という三つの法構成的イデオロギーの特質・意義や相互連関などに照らしてみれば、法教義学的思考の社会的実践的機能の肯定的側面が正当に評価されて然るべきであること、また、法的思考の合理性が、究極的には、合法性原理とコンセンサス原理を擁護・強化するリーガリズムによって支えられ規定されているというイデオロギーの特質を直視すべきであることを明らかにしようとしている。

最後の第18章「法的価値判断の合理性」は、わが国の法解釈方法論に大きな影響を及ぼしている利益衡量論と法政策学の主張内容を批判的に検討しながら、法的価値判断がとくに前二章で示したような合理性基準に合致することをいかにして確保するかという、法的思考の在り方をめぐる論議の中心争点について考察するものである。

同時に、本書全体の最終章として、包摂モデルと目的＝手段モデル・妥協的調整モデル、コンセンサス原理と合法性原理、対話的合理性における合意への依拠やその形成の在り方、手続的正義における手続と結果との相互関係、功利・効率重視の政策論法対個人の権利・人権重視の原理論法、裁判の紛争解決機能と政策形成機能等々について、本書で提示してきた基本的な図式・枠組や考え方が、法律学や裁判実務が日々解決を迫られている現実的問題の解明とどのように関連しているかを示すことによって、法理論的な課題と考察の重要性と必要性を明らかにすることもねらっている。

* * *

本書は、数年前に私の講義の進捗をはかり受講者の理解と自主的学習に資す

るために個人的に作成し、法哲学・法理学や法社会学・法学などの講義教材として用いてきたテキストを全面的に改訂したものである。今回、公刊するにあたっては、法哲学などの基礎法学を学ぶ法学部学生だけでなく、法学研究や法実務に携わっている専門家、実践哲学・政治学・社会学などの観点から法・正義・法的思考に関心をもつ人びとにも、現代法理論の問題状況と基本的課題をそれぞれの関心にそって一通り理解していただけるように、できるだけ工夫した。

基本的な方針としては、「方法」から「問題」へという、概説書風の体系的展開をせずに、「方法」よりもまず「問題」からという、いわば問題的思考によるアプローチをとってみた。また、問題の配列については、各編・各章ごとに、原則として、法理論の基礎知識とでも言うべき事柄の概観からはじめて、現代法理論の最先端の問題状況や基本的争点の説明に進むようにした。このことを念頭において、興味をもたれる章から読みはじめて、本書全体の構成と相互関連についての前述の見取図を参考にしながら、各人の問題関心に応じて自由に読み進めていただきたい。なお、各章末に主な邦語参考文献を掲げ、また、かなり詳しい索引をつけておいたので、利用していただければ幸いである。

『現代法理論』という書名については、多少迷ったけれども、元のテキストのタイトルをそのまま承継することにした。私自身の専攻については、*iuris prudentia*（法の賢慮）の伝統的なごりをとどめている「法理学 *jurisprudence*」という名称に愛着をもっているが、あまり一般的でない。また、「法哲学」という名称を用いるには、本書はまだ方法論的基礎づけも不十分で体系的理論には程遠いものである。それに加えて、法の基礎理論の研究は、哲学・科学・論理学などの何らかの方法論のたんなる応用領域ではなく、法的機構・法的思考の特質や在り方を、人間的叡知の積み重ねによって築き上げられた独自の問題領域にふさわしい知的地平で了解し批判的に考察することを第一とすべきであるという考えにそって、従来の法哲学よりも考察視野や問題関心を意識的に拡げるように努めたという意味あいもこめて、このようなタイトルにした。

京都大学法学部で法理学の講義をはじめて丁度10年目であるが、不惑を過ぎても、まだ毎年のようにどこかで従来の見解を改めている状態で、本書でも、気になりつつもそのままにしておいた箇所が少なくない。今後とも補正を重ね

てゆかなければならないと思うが、自己の専攻分野についてこの種の書物を公けにすることも、大学で研究教育に携わる者の重要な責務であると考え、思い切って公刊することにした次第である。なお、私が別の機会に執筆した著書・論文の一部を加除補正のうえ利用した箇所が多いが、このことを了承下さった各出版社の御好意に謝意を表したい。

* * *

本書を公刊するにあたって誠に残念なことは、元のテキストの作成から今回の公刊の手はずを整えるまで、種々御配慮いただいた有斐閣京都支店の土肥武氏の急逝である。同氏の熱心なお勧めがなければ、本書が生まれることもなかったであろう。御冥福をお祈りしたい。今回の公刊は、同じく有斐閣京都支店の奥村邦男・田顔繁実の両氏に御世話になった。また、校正と索引作成については、京都大学助手平野仁彦君と幡山玲子さんに助けていただいた。最後になったが、何かと無理なお願いをしたにもかかわらず、快く聞き入れて下さった以上の方々に心から御礼を申し上げたい。

1984年9月

田 中 成 明

目次

は し が き

第 1 編 現代社会と法理論

第 1 章 法的思考の特質と課題 2

- I 法的思考の現況 2
- II 法的思考の伝統的特質 3
- III 現代社会と法的思考 6
- IV 法的思考の現代的課題 8

第 2 章 日本の法文化の伝統と現況 13

- I 分析視座の転換 13
- II 伝統的法文化の特質 14
- III 最近の変容をめぐる問題状況 19

第 3 章 法理論とリーガリズム 28

- I リーガリズムの特質 28
- II リーガリズム批判 30
- III 法動態への主体的・重層的視座 35

第 2 編 法の形態と動態

第 4 章 法の三類型モデル 40

- I 多様な法の見方 40
- II 三つの法類型 44
- III 普遍主義型法 47
- IV 自治型法と管理型法 50

V 現代法をめぐる問題状況 53

第 5 章 法体系と法規範56

I 法規範の主な種別 57

II 法の機能 62

III 法の規範的妥当性 68

(補論) H. L. A. ハートの実証主義的法理論 71

第 6 章 法 と 道 徳80

I 法と道徳との区別・関連 81

II 法による道徳の強制 85

第 7 章 法 と 強 制95

I 強制, 制裁, 実力行使 95

II 法の識別基準としての強制 100

III 法の構造と強制 105

IV 法の機能と強制 110

第 8 章 権 利 と 人 権 119

I 権利の構造と種別 120

II 人権の性格と存在形態 126

III 新しい権利・人権 131

第 9 章 裁判の特質と機能 136

I 裁判の特質と正統性 137

II 現代社会と裁判の機能 143

第 3 編 法 と 正 義

第 10 章 多様な正義観念と法的正義 158

I 正義観念の区分 159

II 法的正義 165

第 11 章 価値相対主義から対話的合理性へ 173

I メタ倫理学とその主要類型 173

II 価値相対主義 177

III 実践的議論の合理性基準を求めて 184

IV 対話的合理性（コンセンサス原理） 189

第 12 章 社会的正義と自由・平等 195

I 実質的正義論の復権と功利主義批判 195

II ロールズの「公正としての正義」論 199

III 功利と権利、自由と平等をめぐる 208

第 13 章 悪法への服従と抵抗 214

I 自然法論と法実証主義 215

II 悪法への服従と抵抗 221

第 4 編 法的思考と法律学

第 14 章 法の解釈・適用と司法的立法 230

I 歴史的概観 230

II 法の解釈と適用 235

III 司法的立法と判例 241

第 15 章 戦後の法解釈論争 249

I 論争を顧みて 249

II 法律学批判とその科学化をめぐる 252

III 法解釈の規準と手法をめぐる 256

第 16 章 法的議論と裁判手続 264

I 賢慮の復権——実践哲学と法律学 264

Ⅱ 法的議論と裁判手続	270
Ⅲ 手続的正義と手続保障	274
第 17 章 法教義学・イデオロギー・科学	283
Ⅰ 問題への視座	283
Ⅱ 法的思考の教義学的性質	285
Ⅲ 法的思考と科学・論理	290
Ⅳ 法的思考とイデオロギー	295
第 18 章 法的価値判断の合理性	305
Ⅰ 問題の所在	305
Ⅱ 法的価値判断の対象	308
Ⅲ 法的価値判断の規準	313
Ⅳ 法的価値判断とコンセンサス原理	319
事項・人名索引	

第 1 編 現代社会と法理論

われわれが作るいろいろなイメージというものは、……人間が自分の環境に対して適応するために作る潤滑油の一種だろうと思うのです。……イメージがあまり本物から離れ、くい違いがはなはだしくなると、潤滑油としての役目を喪失する……。

ところが、われわれの日常生活の視野に入る世界の範囲が、現代のようにだんだん広くなるにつれて、われわれの環境はますます多様になり、……われわれと現実の環境との間には介在するイメージの層が厚くなってくる。潤滑油だったものがだんだん固形化して厚い壁をつくってしまうわけであります。……

……イメージ自身が、それがどんなに元来の対象から離れていても、そのイメージなりに社会的に通用して、独自の力になっていくという、この基本的な事実から出発して、全体状況についての鳥瞰をいわばモンタージュ式に合成していくような、そういうテクニクと思考法というものを、われわれが要求されているんじゃないかと思うのであります。

(丸山真男『日本の思想』岩波書店、1961年、124-125頁、150頁)

第Ⅰ章 法的思考の特質と課題

Ⅰ 法的思考の現況

法律学を学ぶ場合、重要なことは、たんに法律の条文、学説、判例などの細かなことをあれこれ覚え込むことではなく、法的にスジミチをたてて考える力、つまり、リーガル・マインドとか法的なものの考え方と言われているものを身につけることだ。——法律学を学んでいる学生ならば、このような趣旨のことをすでに幾度も読んだり聞いたりしているにちがいない。

だが、このような法的思考能力を習得すること自体、なかなか容易なことではないうえに、法律学や法的思考が、通常の科学や科学的思考とかなり性質を異にしており、その社会的効用についての評価もいろいろと分れていることもあって、法的思考の特質や意義などをつかみかねている学生も多いと思われる。

現代社会においては、公私様々の領域で、一定の規準・手続に従って、利害の対立や紛争の争点を整理したり、利害関係人の言い分を公平に聞いたり、納得のゆく理由づけを伴った決定を下したりする必要に迫られることがきわめて多い。このような場合に大いに役立つのが法的思考であり、法的思考は現代社会を円滑に動かしてゆくうえで欠かすことのできないものである、と言われることが多い。

たしかに、法律学を学んだ者の「ジェネラリスト」としての視野やその独特の「バランス感覚」が、専門化が進み利害が錯綜している現代社会における多種多様な組織管理・問題解決にあたって重要な役割を果していることは否定できない。だが、かつての法科万能時代ならばともかく、経済学、社会学、政治学、心理学などの社会諸科学がこれだけ発展してきている今日、法律学を学んだだけで十分な組織管理・問題解決能力が身につくかどうか、また、そのよう