

# 法的正当化における法原理の位置

平野 仁彦\*

## 目次

1. はじめに
2. 法的正当化と法原理
3. 法原理の体系構造
4. 法における秩序バランス
5. むすび

## 1. はじめに

この小論は、一定の規範的判断を法的に正当化しようとする場合、法原理がいかなる位置を占めるのかについて考察しようとするものである。

法的正当化は通常、法的根拠を援用することによって成り立つ。多くの場合その法的根拠は、事案に適用可能な関係法令および条規である。例えば、ある駐車行為を違法とする判断は、当該区域を駐車禁止とする法令（及びそれに基づく標識）を示すことによって正当化される。しかし、それで十分受容される比較的単純なケース（easy case）ばかりではない。例えば、駐車でなく停車だとして事実問題を争う場合がある。あるいは、当該区域を駐車禁止とした法令それ自体の妥当性を争う場合もある。そのような議論の余地あるケース（hard case）においては、一次的な関係法令の更にもその根拠を示すことが求められる。そして正当化の根拠を、法外在的などところに求めるのではなく、法システム内部に求め、法の範囲で正当

---

\* ひらの・ひとこ 立命館大学法学部・法務研究科教授

化を遂行しようとする場合、その根拠となりうるものこそ法原理であると  
言わなければならない。

正当化との関わりにおいて、法的ルールとその基礎にある法原理を区別し、法実証主義的な「ルールとしての法」概念を批判したのが R. ドゥオーキンである<sup>1)</sup>。その整合的法解釈理論は、「統合性としての法」(law as integrity) という司法理念に基づいて、過去の法的決定との連続性を重視し、可能な限り広範囲の規範的整合性と原理的一貫性の追求を要請する。それゆえ、「ルール」という狭い法概念を採る法的慣例主義より、「法原理」を含む広い法概念に法的正当化の根拠を求めるため、司法的裁量の余地は狭くなる。しかしそうであればこそ、法の支配がよりよく実現されるのだという<sup>2)</sup>。

しかしながら、後に述べるような原理競合がある場合には、競合する原理間でどちらかを選択せざるをえない。その選択が恣意的でなく「法的」になされるためには法体系全体での規範的整合性の追求が必要になる。しかも、その際の整合性は、より多くの法規範と整合するといった量の問題よりむしろ、事案適合的な法原理上の質の問題を含む場合もあるであろう。法において、原理的一貫性とともな原理的整合性を確保するというのはどうということであるのか。

本稿では、法におけるルールと原理の区別をもとに、次の点から考察を始めたい。すなわち、人の支配ないし政治的支配でなく「法の支配」が可能となるのは、前者に還元されることのない自立的な法システムが在ると言える場合だけである。そして、自立的な法システムが在るのであれば、規範的判断の正当化は、法システム内部の論拠によって行われ得ることになる。明示的法規(法的ルール)を更に正当化する根拠として法原理が援用される。ルールを正当化する法原理は、他の法原理によってさらに基礎づけられる。

一般的に正当化の議論は、トゥールミンの図式で示されるように、異なる階段の論拠提示に及ぶ<sup>3)</sup>。法的正当化の場合も、論拠となる法原理は多

様であり、多段階に見出され得る。しかし、法的ルールを基礎づける法原理は必ずしも一元的ではなく、場合によっては、異なる法原理が互いにせめぎ合い対立する原理競合が見られるのである。そのような原理競合がある場合、法的正当化はどのように行われるべきか。また、法のシステム内的な正当化は、法システムの自立性との関係で、システム外の考慮とどのように調整されるべきであるのか。

本稿では、法におけるルールと原理を区別するドゥオーキンの法理論を出発点として、法的正当化の議論が依拠する法原理の体系構造とその位相を明らかにしてみたいと思う。まず2で、法システムの自立性を前提として、正当化に用いられる法原理のシステム内的な浅深および内的正当化と外的正当化の関係を考察した上で、具体的な事例に即して法原理の位相を検討する。その上で、3では、法原理体系の構造的性質を、その重層性と競合性に見出し、続く4において、法システムの自立性が競合原理の均衡化を要請するものであること、しかもその要請が法システムの内外に亘る二重のバランスともいべき構造的均衡化の要請にもつながるものであることを論じたい。従って、3は法的正当化における法原理の静態に関わり、4はその動態に関する分析となる。

法的正当化根拠としての法原理は体系的にどのように位置づけられるか。法的正当化の際に考慮されるべき秩序バランスはどうあるべきか。本稿はこうした2つの問題に対する1つの試論である<sup>4)</sup>。

## 2. 法的正当化と法原理

法の支配は法システムの自立性をその前提条件とする。法が自立的なものであるとして在って初めて、法の支配が可能となる<sup>5)</sup>。

法システムが自立的であるということは、しかし、法が社会全体の秩序づけ機能を果たすものであることから、法システムは社会の中でその多くの部分が安定的に受容されていなければならない。安定的に受容されるた

めには、法が自立性を維持しつつ、社会の規範的要請に対しても可能な限り応答することができなければならない。そうでなければ、法システムは社会の中で適切な秩序づけ機能を果たして行くことができないであろう。

このような法システムの自立性から、法的正当化には、それが首尾よく遂行されるために不可欠となる2つの条件があると言い得るであろう。第一に、法システムの内的統合性である。内部が論理的に破綻していれば、法が自立的であるとは言えない。内的統合性を維持するために、規範体系は、法的ルールからそれを支える基礎的な法原理まで、また浅い法原理から深い法原理まで、垂直的な基礎づけ連関のあることが望まれる。そして、法規範体系全体の統合性は、要となる最深奥の法原理によって保持されると考えられる。それゆえ、法的正当化は浅い法原理からしだいに深い法原理へと基礎づけをたどると予想される。第二に、システム外との関係で言えば、法が自立的なものであるために、法的正当化は、外部的考慮を無視することはできないが、それは第一次的な準拠点とはならない。あくまで内的正当化が優先し、外的正当化がそれを補完するという形をとるのではないか<sup>6)</sup>。逆に言えば、外的考慮が社会的にきわめて重要であるような場合には、補完的ないし副次的な外的正当化が内的正当化のあり方に一定の影響を及ぼす。法的正当化にはこのように、法システムの自立性との関係で、システム内外にわたる正当化の支えがその優先順とともに一応措定されることができよう。

以上のような観点から、ここではまず、具体的な事例の検討を通して、法的正当化に法原理がどのような仕方で関わっているかを見てみたい。さしあたり3つの事例を取り上げる(ただし事案それ自体の全面的な検討を企図しないので、事実関係は本質的要素のみを簡略に記述する)。いずれも議論の余地あるハードケースである<sup>7)</sup>。

#### (a) 遺族年金

重婚の内縁関係にあった女性が遺族年金を受給する権利を有するかにつ

いて争われた事例である<sup>8)</sup>。

大学に勤務していたAの死去によりAの遺族に共済年金制度による遺族年金受給の権利が発生した。共済組合は法令に基づきAの妻Bへの遺族年金の支給を決定したところ、Aの生前、死去までAと共同生活を行っていたAの内縁の妻Cがそれに異議を唱えた。関係法令には遺族年金を受給できる「遺族」として「配偶者、子、親」などの例示がある。CはAの配偶者Bへの支給を決めた処分の取り消しを求めたのである。

最高裁の多数意見はCの訴えを認めた。遺族年金制度にいう「遺族」概念を解釈し、本件では内縁関係にあったCの方が「遺族」に該当すると判断した。理由は、法律上の婚姻関係が20年以上にわたってその実体を喪失しており、他方内縁の妻Cには、生活を共にし生計をAの収入に依存していた生活の実体があったことである。共済組合法には、本法にいう配偶者には内縁関係にあった者を含むと付記している。

反対意見が指摘するように、Aは生前、税制、給与などの面においてBを自らの配偶者と届け出していた。従って、本件の場合、明示的な法的ルールが定める正当な受給者は、法文において典型例として示されている「配偶者」すなわちBであるが、受給権をCに認めた法廷意見は、ルールの基礎にある法原理に根拠を求めたことになる。第一に、本遺族年金制度の目的である（すなわち「生計の依存」）。また、本件における裁判所の決定理由では明示されなかったが、第二に、内縁関係に対する法的保護の法理である。

外的正当化としては、BとCの本年金制度による要保護性の度合いの比較や、本件のような場合に生活実体を無視して形式的に制度運用を図ることの社会的影響も考慮されうる。しかし本件においては、法的正当化としては、法原理による内的正当化で十分なケースと言えるであろう。

(b) 補 足 性

生活保護を受けながら学資保険に加入していたことにより満期返戻金を

受け取った場合、その満期金が補足性原則にかかる一時収入にあたるかが争われたケースである<sup>9)</sup>。生活保護費を受給しながら学資保険の満期金を受け取ったPに対し、所管の福祉事務所Qが保護処分の改定を行った(保護費の減額)。それを不服として、Pが処分の取り消しを求めた。

下級審と上級審で異なる判断が下されたが、最高裁は高裁の判断を是認し、法的にはPの訴えを認め当該処分の取り消しを決定した。その理由はやや複雑である。法的ルール(本件では厚生労働省が定める生活保護の取り扱い規則)によれば、贈与であろうと保険金であろうと一時金は特別の収入と見なし、補足性原則により、最低生活費の不足分に優先充当し、毎月の保護費を減額調整することとなっている。Pからの異議申し立てにより、その基礎に降り下っての検討がなされたことになる。処分取り消しの正当化根拠とされた主な理由は、第一に、保険料は毎月の生活保護費(最低生活費)の使途をやりくりし他を切り詰めて捻出されたものであったこと、第二に、高校修学は、今日の進学率の高さからして、社会的自立に役立つこと、そして第三に、従って高校修学のための預貯金は生活保護の制度趣旨を逸脱するものとは言えず、国民感情からしても許容され得るものであること、である。

法的正当化はこの場合、システム内的には、生活保護制度の補足性原則、最低生活の保障および自立の促進という同制度の趣旨・目的<sup>10)</sup>、そしてシステム外的には、高校修学をめぐる社会実態および国民感情が考慮されたことになる。

### (c) 距離制限

薬事法に関し違憲判決のなされたケースである<sup>11)</sup>。薬事法に新たに追加された薬局適正配置に関する規定が憲法の保障する職業選択・営業の自由に反しないかが問題となった。改正法令に基づき、薬局開設申請を却下した行政処分を控訴審は是認したが、上告人は薬局開設距離制限を導入した薬事法の規定それ自体の合憲性を争った。最高裁はその判決において、上

告人の訴えを認め、本件距離制限規定を違憲とし、開設不許可処分を取り消した。

違憲判断の主要なポイントは、次の諸点に見出される。職業選択の自由は公共の福祉による制限を受ける（憲法22条1項）。制限にかかわる規制措置は立法府の合目的裁量に委ねられるが、自由権保障との均衡上、合理的な範囲にとどめられる必要がある。規制措置の審査基準は消極目的規制の場合と積極目的規制の場合で異なる。本ケースで問題になっている薬局の適正配置規制は不良医薬品の供給防止という消極目的規制であり、適正配置のための許可制は職業選択の自由に対する強い制限措置になっている。そのため、それが立法裁量の適切な範囲内にあるかどうかは、当該措置の必要性・合理性および他のより制限的でない措置の利用可能性に関する厳格な審査に服せしめなければならない。本件薬事法の規定は薬局の乱立が過当競争をもたらしそれが不良医薬品の供給につながる危険があるという因果関係判断を立法事実としている。しかしその判断に合理性は認められない。また、不良医薬品の供給については、関連する他の法令によって適切に規制されているため、本件規制の必要性もない。従って、適正配置規制は立法の合理的裁量の範囲を超えており、違憲の判断を免れない。このように正当化の議論を展開したものと考えられる。

法的正当化は、距離制限規制の目的、二重の基準論、消極目的規制の審査基準に及んでいる。のみならず本件では、国内的にみた当該地域の薬局開設状況、距離制限のもたらす社会的効果（既得権益の保護）なども外的正当化にかかわる事項として補充的に考慮に入れている。しかしここでも、法原理に依拠した内的正当化が中心になっており、先に述べた法的正当化のあり方に関わる見通しからして、適切であると考えられる。

### 3. 法原理の体系構造

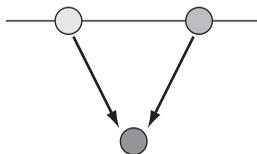
以上3つのハードケースはいずれも特殊なものであって、そこに言及さ

れている法原理を一般化することには問題があるかもしれない。しかし、それら著名な判決にみられる法的判断の正当化は、まさに、法的ルールに最も近い基礎づけ法原理から次第に深く根本的な法原理へと正当化の階梯がたどられており、システム外との関係では、法システムの内から外へ、内的正当化から外的正当化へと正当化の議論が必要に応じて拡大されていることが分かる。これは、先に述べたように、法システムの自立性を前提とする法的正当化のあり方についての見通しと合致する。

具体的事例の検討から得られる知見を、まず法体系の構造的特質について整理しておこう。

第一に、法的正当化は、事案に最も近い法的ルールの検討から始まる。それでこと足りるのが議論の余地のない単純なケースであるが、法的ルールの内容に関し、あるいはその適用/不適用に関し疑義が提起されると、法的ルールの基礎にある法原理へと降り下った検討が行われる。そしてさらに根拠づけが必要な場合には、更に根本的な法原理へと遡って検討が行われる。ここにおいて、正当化の階梯は現象面に近いところから根拠深くへと進められると言ってよいであろう(図1は、2つの異なる法的ルールの基礎が同一の法原理に求められることを示している<sup>12)</sup>)。

図1

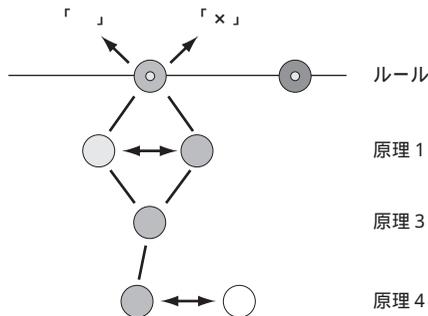


第二に、それに従って、法的判断の基礎となる法原理も、異なる層に及んでいることが認められる。重層的に存在する法原理を、法的ルールにもっとも近いところから、試みに5つに分けてみたい。法原理1。問題となる特定の法的ルールの趣旨ないし目的である。明文化されている場合もあるが、多くの場合には法規の解釈によってその趣旨・目的が明らか

にされる。明らかにされる法規の目的が法原理としての性格をもつ。例えば、事例(a)では「遺族」あるいは例示された「配偶者」に年金を給付する意味である。同様に(b)では補足性原則の趣旨、(c)では薬局出店距離制限の目的である。法原理2。問題となる法規を含む当該法令全体の基本的目的である。(a)では遺族共済年金制度それ自体の趣旨、(b)では生活保護制度の目的、(c)では薬事法それ自体の目的が具体的条規のより一般的な目的を規定する。

法原理3。上位法の原理的な基本条項である。多くの場合には総則的な規定あるいは憲法の個別条項がこれにあたる。事例(a)では共済組合法の基本理念や憲法上認められている結社の自由など。(b)や(c)で言えば、生活保護行政ないし薬事行政に関わる行政機関の権限および憲法25条の生存権、あるいは(c)では憲法22条の職業選択・営業の自由がこれに当たるであろう。法原理4。これは、基本権が相互に衝突する場合などに調整機能を果たす解釈原理である。例えば、(c)に見られる二重の基準論、積極目的/消極目的規制区分論、LRA原則であり、他にも比例原則、「社会的相当性」、「明白かつ現在の危険」の法理などである。

図2



法原理5。諸種の法規やそれを基礎づける様々な個別的な法原理の根幹に位置すると見られる現行実定法体系の基本原則である。私的自治、意

思自由，罪刑法定主義，基本的人権の保障，平和主義など。法的正当化においてここまで言及されるのは稀であり，事例(b)(c)において強いて言えば，憲法13条にいう基本的人権の保障および公共の福祉によるその制約がそれに当たると言えるであろうか。

図2は，法的正当化における法原理の位階を示す。たとえば事例(c)において，法的妥当性が問われた適正配置条項の合憲性判断に，正当化連関の諸原理がどのように階層的に位置づけられ得るかを示している。原理4は，経済的自由の規制について，公共の福祉を確保実現する行政裁量の余地が精神的自由を規制する場合より広いとされる二重の基準論である。しかしそれが，規制目的による合憲性審査基準にも影響を与えるものと解される。従って(c)の場合，原理5に相当する法原理としては，公共の福祉の制約の下で可能な限り広く自由権を保障することを定める憲法13条が考えられるであろう。

最後に，法原理体系の構造的特質として，第三に，重層的に存在する法原理は根本的に競合性を含んでいるということである<sup>13)</sup>。基本権保障と公共の福祉による制約がまさにその例になる。例えば，(c)で言えば，職業選択の自由と，公共の福祉に基づく適正配置規制である。他に，契約における意思自由と取引の安全，権利保護における意思と利益，法的責任根拠としての主観性と客観性などがその例になると言えるであろう。具体的事例においては，ここに衡量の余地があることになるが，原理競合こそ，法変化ないし法発展のダイナミズムを生じさせる源泉となる。

#### 4. 法における秩序バランス

法的正当化に関わっては，最後に法システムの自立性から来る均衡化の要請にふれておかなければならない。

先に述べたように，法システムが自立的なものであるためには，内的統合性と，対外的安定ならびに対外的応答を確保することが必要になる。そ

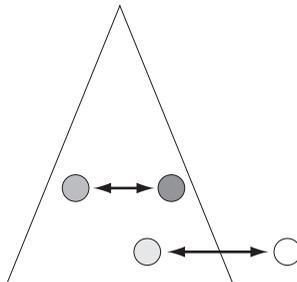
のための調整ないし均衡化の要請を法における秩序バランスと呼んでおきたい。

法の秩序バランスは2方面において行われる。法システムの内部的均衡化と対外的均衡化である。ここでは、前者を、重層的かつ競合的法原理の安定化にかかわるため「法原理バランス」と、後者を法システムそれ自体の社会的安定性に関わるので、「法システムバランス」と呼んでおきたい（図3は、法システムの内における均衡化と内と外の関係における均衡化を模式的に示している）。

法原理バランスは法体系の内的整合性に関わる。基本権保障と公共の福祉による制約のように、基本的な競合を含んでいるために原理的対立を調整することができなければ、場当たりの判断になってしまう。法の支配を成り立たしめるためには、可能なかぎり原理的一貫性と整合性を維持することが必要である。その際、原理的一貫性は競合を包含するより根本的な原理によって、また原理的整合性は事案の特質に応じて、根本的原理の枠内で行われる。

従って、法原理バランスで最も重要であるのは、根本的な原理による法システムの全体的統合性の確保である。別の言い方をすれば、最深奥の根本的法原理が、原理競合を抱えた多様な法原理から成る法体系を全体的かつ概括的に支える要諦となる。

図3



他方、法システムバランスは、法システムの安定的存在と社会におけるその固有の役割を適切に果たして行くための安定化作用である。すなわち、社会における自立性の維持と法システムによる社会への対応。自立の側面では、内的正当化を外的正当化によって補完するということ。そして社会的対応という側面では、社会の実態への配慮、一定の法的決定の社会的帰結ないし影響や人々の規範意識を、自立性を損なわない限りにおいて考慮することが含まれる。

法システムバランスは次のようにも言うことができるであろう。社会の中に法システムが安定的に存在するために、法システム内部とその外部とのバランスである。外部からの規範的要求に対して、内的な原理との均衡が図られる。

法システムの内外に亘るこうした均衡化は、互いに無関係でなく、相互に連動している点で二重である<sup>14)</sup>。先の例(b)で言えば、生活保護制度の趣旨および補足性原理の解釈に進学率の高まりという社会状況が踏まえられている。最低生活の保障と自立の促進という異なる原理間の衡量に法システム外的な事情が考慮に入れられていることになる。すなわち、法システムバランスは法原理バランスの補完であると同時に基礎でもあるということである。

法システムの自立性を前提にしたとき、社会の規範的要求に対する法的対応のあり方は「応答的法」の理念に示される<sup>15)</sup>。すべての社会的要求に直接応じることはできない。すでにある法体系の法的ルールでなく法原理と整合する限りにおいて、しかし他方では整合性が保てる範囲においてすべからく社会的要請に応えていくということ。

応答的法は、公権的に選び取られた一定の政策目標の法による強制でなく、また一定の法外在的な合理性基準あるいは正義基準の法への適用でもない。また、法の応答性を高めることは法システムの自立性ないし同性の軽視を意味するわけでもない。応答的法は、法システムの自立性を前提とし、法原理の整合性に支えられた、社会的要請へのバランスのとれた対

応を要請するのである。

そのバランスは、しかし、決して単純なものではない。法システムの自立性と法の統合的發展を基本とする限り、それは次の二種類の秩序バランスにかかわる複雑なものとなる。一つは、法システムの社会対応において、システム外の問題に対して自立性を保持しつつ法的制御を可能にする法システムバランス、もう一つは、法システム内の統合的ないし整合的展開を可能にする法原理バランス、である。法システムバランスは、法の枠組と社会的要請との調整の課題であり、法システムの内からは外に対して、また外からは内に対して、すなわち法システムの内外の適切な均衡を図ることにかかわる。一方、法原理バランスは、法システム内部の規範体系に原理的統合性をもたらず衡量が問題となる。応答的法が求めるこうした秩序バランスこそ、法的正当化の必要条件になると言ってよいのではないか。

## 5. む す び

以上、法の支配を可能にする法システムの自立性から、法的正当化に即して、法体系の原理構造および競合原理間衡量に関わる二重の法秩序バランスの必要性について簡潔に論じた。法原理の体系的重層構造は複雑な法問題に法的解答を導き出すのに役立つ。また原理競合による均衡化の要請は法システムの安定性と発展に資する。最後にむすびに代え、3つの理論的課題にふれておきたい。

第一に、本稿では、法的正当化の論拠となる法原理の体系構造の解明を試みた。明らかになったのは、法規範体系の深奥に法システム全体の統合性を支える基本法上の根本原理があるということである。しかし法的な根本原理はどのように基礎づけられるのか。法システム全体を支える更に根本的な原理はどのようでありうるか。このシステム内的な法的正当化の連関を越えたところに憲法を正当化する原理を探求することが哲学的基礎づけの問題である。本稿で見た自立的な法システムの基礎が、正義論とどの

ように接合し得るのかを検討されなければならない<sup>16)</sup>。法システムの内外にわたる均衡化との関係で言えば、ロールズの言う、狭義の反省的平衡と広義の反省的平衡の接合の課題にもなる<sup>17)</sup>。

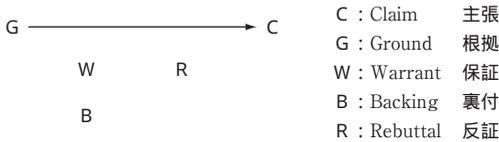
第二に、先に述べたように、法システムの内外に亘る均衡化は、法原理の動態にも関わっている。すなわち、法システムバランスによって内外の均衡化を図ることは、法システムの社会への対応であると同時にシステム内にある法原理の社会的変容の契機にもなるのである。例えば、従来の法原理によっては解決できないような事態に対して、司法によるのではなく立法によって新たな規範が導入された場合、法システムバランスのあり方は変容する。整合化の過程の中で、法システム内外の新しい均衡の仕方が模索される。問題は、法システム外における人々の規範意識の変化、あるいは規範的パラダイムの変化をどのように捉えることができるかということである。司法の問題として見れば、実体と手続の関係を含め、そうした変化を司法に適切に反映させるあるいは汲み上げる方法とその根拠がさらに問われなければならないであろう。

第三に、本稿での考察は法の支配に意味があるとすればとの前提から出発した。法の支配に意味があるとするなら、法システムの自立性が確保されなければならない、その自立性から法的正当化と法原理のあり方はどうあるべきかについて考究してきたのである。具体的事例の検討を通して、司法の実践がまさに本稿で示す理解に適合すること、それによって法的正当化の実践をよりよく基礎づけることができそうであることが示された。しかし、解釈学的循環の中で検討を進めるならば、法的正当化をめぐる理解が法の支配にどのような可能性と限界をもたらすかも併せて検討してみなければならない。法システムの内外に亘る均衡化の要請は、法システムの自立性自体が一定の動的バランスの上に成り立っているということもできるであろう。

本稿での試みは従って、法とは何かに関するさらに壮大な探求のほんの端緒にしかすぎない。ルールと原理の区別から出発した僅かな一歩である

が、この一步には、司法における法ダイナミズムへの1つの展望が示されている。すぐれて実践的な法的正当化の議論が、重層的原理体系としての法と、社会にある法システムの競合原理間バランスに支えられているという。法の支配の可能性は、一次的には正にそのような法的正当化の構造的特質の中に見出されるであろう。

- 1) Ronald Dworkin, *The Model of Rules I; The Model of Rules II*, in: Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, pp. 14-80, 参照。法実証主義的な法のルール概念に対する批判は彼の近著でも展開されている。Dworkin, *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*, in: Dworkin, *Justice in Robes*, 2006, p. 140 ff. なお、法におけるルールと原理について、亀本洋『法的思考』（有斐閣、2006年）参照。
- 2) Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986（ロナルド・ドゥウォーキン『法の帝国』、小林公訳、未来社、1995年）参照。なお、Dworkinの法解釈論については、それを整合的法解釈理論と位置づけ、批判的法学研究による批判をふまえてその功罪を検討したことがある。拙稿：平野仁彦「法の解釈と整合性」（山下正男編『法的思考の研究』京大大学人文科学研究所、1993年）参照。
- 3) Stephen Toulmin, *The Uses of Argument*, 1958, 参照。よく知られたトゥールミンの図式は次のような形で示される。



- 4) 本稿では時間の制約によりその粗い素描にとどめざるをえない。各論点の立ち入った検討および本稿の前提とする考え方それ自体についての検討については他日を期したい。
- 5) 法システム概念については、Niklas Luhman, *Social Systems*, translated by J. Bednarz, 1995（『社会システム理論（上・下）』恒星社厚生閣、1993年-1995年）参照。システムの自立性とその自己組織性（Autopoiesis）についてルーマンの見解に負うところがあるが、ここでは厳密にシステム理論の概念を念頭においているわけではない。また、本稿では「法システム」と「法体系」を互換的に用いている。「法システム」は広義であり、そこに含まれる「法体系」はとくに法規範体系の意である。法システム概念について、差し当たり、村上淳一「現代法分析の視角」（同『ドイツ現代法の基層』東京大学出版会、1990年）参照。
- 6) 法における内的正当化と外的正当化の区別については、差し当たり、亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界 N. マコーミックと R. アレクシーの見解を手がかりに」（3）」判例タイムズ、No. 554（1985.7.1）、25～32頁、参照。
- 7) 一般に次のような場合にケースはハードになると言えるであろう。 法欠缺（適用さ

れるべき法が欠如している場合)、不明確な法(法文言の曖昧な周縁部、周縁部の広い一般条項、抽象的な概念など)、法的矛盾(疑法、すなわち上位の法規範に照らして当該法規の法的妥当性の疑われる場合)、法的権利・利益の衝突(法的に正当と認められる権利ないし利益の相互に衝突する場合)。

- 8) 遺族共済年金不支給処分取消請求事件, 東京地裁平成16年3月19日判決, 東京高裁平成16年8月19日判決, 最高裁第一小法廷平成17年4月21日判決, 参照。
- 9) 生活保護変更処分取消請求事件, 福岡地裁平成7年3月14日判決, 福岡高裁平成10年10月9日判決, 最高裁第三小法廷平成16年3月16日判決, 参照。
- 10) 生活保護法は第2章に, 申請保護, 必要即応, 世帯単位の各原則を定め, 運用原則として, 第4条に補足性原則を定める。それらも法原理の一種であるが, それらを更に基礎づけるのが, 第1条の生活保護法の目的である。「この法律は, 日本国憲法第二十五条に規定する理念に基き, 国が生活に困窮するすべての国民に対し, その困窮の程度に応じ, 必要な保護を行い, その最低限度の生活を保障するとともに, その自立を助長することを目的とする。」と規定している。最低生活の保障と自立の促進が, 場合によっては原理競合を生み出す。本件は, 原理競合が生活保護取り扱い規則の変容をもたらした事例である。厚生労働省「生活保護法による保護の実施要領の取扱いについて」の一部改正について(平成17年3月31日, 社援保発第0331001号)参照。
- 11) 不許可処分取消請求事件, 広島地裁昭和42年4月17日判決, 広島高裁昭和43年7月30日判決, 最高裁大法廷昭和50年4月30日判決, 参照。
- 12) 例えばサッカーで言えば, 不必要なプレー妨害や相手チーム選手への暴言を禁止するルールを基礎づけるのがフェアプレーの原理である。法令の場合, 個別的に明示されたルールないしルール群が一定の原理に基礎づけられる。基礎となる法原理は当該法令に明示されている場合とそうでない場合がある。
- 13) この点については批判的法学研究(CLS)の諸研究が参考になる。例えば, Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harvard Law Review 1276, 1984; Mark Kelman, A Guide to Critical Legal Studies, Harvard University Press, 1987 参照。ただし, Kennedy は対立する法原理の存在を「根本的矛盾」(fundamental contradictions)とするが, Dwokin の述べるように, 法体系に内在するのは原理間競合であって, 必ずしも矛盾ではないと考える。例えば, CLS では, 事案解決の際に依拠するのは rule か standard かも根本的矛盾だとするが, 後述, 法原理の体系分析で明らかのように, rule 適用に疑義あるから rule の基礎にある standard (法原理) にまで降り下って適切な解決を求めようとするのである。全くの矛盾ではなく, 選択肢間での選択ではない。
- 14) 適切に正当化された法的判断は, 一般に, 「スジとスワリのいい」判断だと言われる。本稿の用語に即していうなら, 「スジ」は法における原理の一貫性であり, 「スワリ」は, 法システムの統合性と社会的要請への適切な応答から成る二重のバランスが適切に維持されることを意味すると言ってよいかもしれない。
- 15) 応答的法と二重バランスについて, 米国の法曹養成に関する論考だが, 拙稿: 平野仁彦「アメリカにおける法曹養成と法哲学」(日本法哲学会編『法哲学年報2006: 法哲学と法学教育 ロー・スクール時代の中で』有斐閣, 2007) 参照。

- 16) 憲法体系の哲学的正当化を試みるものとして、例えば、John Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 1971; Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993) 参照。なお、後者における公共的理性概念について、拙稿：平野仁彦「法の形成と『公共的理性』」(田中成明編『現代法の展望』有斐閣，2004年)
- 17) ロールズの反省的平衡の概念を用いれば、競合する法原理間に内的均衡を図る法原理バランスは狭義の反省的平衡に、また法システムの内外に亘る法システムバランスは広義の反省的平衡に相当すると言えるかもしれない。法システムは、法の支配を指導理念とし、立憲民主制を法秩序の構成原理として。他方、社会における価値理念は多元的である。イデオロギー、道徳、信条など、相互に異なる考え方がさまざまに存在しており、さまざまな立場からの規範的主張がなされるからである。John Rawls, *Independence of Moral Theory*, *Proceedings of the American Philosophical Association* 49 (1974); Rawls, *Political Liberalism*, 1993, p. 8, 参照。