

事実性と規範性

——法の効力をめぐる考察と竹下法哲学——

玄 哲 浩

目 次

はじめに

1. 実効性と妥当性——「効力」概念の両義性
 - (1) 事実的効力としての法の実効性
 - (2) 規範的効力としての法の妥当性
2. 法実証主義——法の規範性をめぐる考察の思想的コンテクスト
 - (1) 一般的傾向——法実証主義のメルクマール
 - (2) ドイツ法思想における法実証主義的潮流
3. 事実的妥当と規範性
 - (1) 法の規範性をめぐる対立の帰趨
 - (2) 事実的妥当論の理論構成
4. 事実的妥当の再構成
 - (1) 竹下法哲学における事実的妥当理解
 - (2) 事実的妥当理解の再構成

むすびにかえて

——再構成された事実的妥当と存在論的妥当、もしくは意味現実としての存在論的妥当からみた実践的課題について

はじめに

法が妥当しているという事態は、法が共同体成員を義務づけているということの意味する。これは、事実の領域から超越した、何等かの価値的な事態である。私は、このような事態が法的現実にとって本質的なものであると考える。法が義務として法共同体成員に対峙することがなければ、法は単なる実力と化して、法共同体成員を強制するだけの裸の力に過ぎないことになる。そして、義務づけることのない法は、法たる資格に欠けると言いうるように思える。このような観点からすれば、客観的事実的な実効性のみで法的妥当を語り尽くそうと

することは、価値的性格を有する法的現実を適切に把握することを不可能にしてしまい、また、法的妥当を事実的な義務意識が存することと同義に考えることは、法的現実の客観的価値的性格を見失わせることになるう。

(竹下 1976a : 91頁)

法の世界において「効力」という語が基礎的な概念であることに異論はないであろう。ところが、それが何を意味しているかについては、必ずしも一義的に理解されているわけではない。法の基礎概念の解明が、法哲学の課題のひとつであるなら¹⁾、「効力」概念を究明することの学問的な意義もまた、おのずと明らかであろうが、その究明が、つまるところ法の概念の原理的部分の究明に牽連するものであるがゆえに、「効力」概念の概念規定は、その他の法学上の基礎概念以上に、法哲学にとってより根本的な意義をもつ、ということもまた、指摘しうることになる。

たとえば、「『効力』のない法は、法ではない」という理解から出発するなら、法の「効力」は、法という事物の本質的な属性でなければならず、この意味でそれは、「法とは何か」という法の概念メルクマールであると理解されることになる²⁾。ただ、そこでは往往にして、「では、その『効力』は何によって生じるか」という「効力根拠」の問題がただちに提示されるようである。この「効力根拠」の問題は、法学者にとってより切実な問題と映るのであるうか、だとしても、「効力」概念のとらえ方がその探究を方向づけることになろうし、あるいは、「効力」概念を押し遣って、法の「効力根拠」をめぐる考察より出発するとしても、その考察の途上において、「では、そもそも法の『効力』とは何であるのか」という問いに対する回答を迫られるように思われる。

法の効力概念の規定は、法の効力根拠論がそのより明晰な究明を要求するという意味で、後者の重要な構成要素となっている。それらの探究は、法哲学にとって固有の、より根源的な問いとしてある³⁾。そして、1970年代初頭に開始

1) 加藤 1976 : 151頁。

2) 尾高 1938 : 53頁。

3) 竹下 1985 : 126頁。

されて以来、これらの問題に取り組むことを課題のひとつに掲げてきたのが、竹下法哲学である。本稿は、法の効力の考察を課題に掲げているが、より厳密に言えば、その考察は、法の効力をめぐる問題状況を、竹下法哲学における「法の妥当」の探究の成果を踏まえて提示することに向けられる。そしてこのとき、その考察の焦点を、法の存在論を志向した竹下法哲学が立論の過程において対峙することになる問題——「実定法秩序」の存在論的性格——との関連において重要となってくる、**事実的妥当論**⁴⁾をめぐる理解にあわせるものである。

本稿の考察は、いずれにせよ、わたしの現在の関心が向かう社会哲学的な承認論との関連を念頭に進められている。より詳細に言えば、それは、社会哲学的な承認論を法哲学研究の領野に牽連させるために、竹下法哲学の法の妥当をめぐる探究の成果を再構成することに向かうものである。ただ、こうした意図のもとに考察を進めていくにあたって、当初、法の存在論との関連でハルトマン N. Hartman の存在論、それから、竹下法哲学が加藤法哲学より継承した学問的態度としての「世界観的関心」との関連で、ガダマー H. G. Gadamer の解釈学、そして願わくばハイデガー M. Heidegger の事実性の解釈学を検討する予定であったが、かなわなかった。これらについては、やはりわたしの現在の関心のもとで論じることになるだろうが、それについては他日を期すこととしたい。また、竹下法哲学をめぐる考察に関して、その**事実的妥当論**理解を考察の中心に据え、**事実的妥当論**の再構成という観点から論じるにとどまったことについても、理由のないことではないが、これを改める機会を模索したいと思う。

1. 実効性と妥当性——「効力」概念の両義性

法の効力 *Geltung* という語は、文脈によって、或いは法の実効性を意味し、或いはここにいう規範的拘束力を意味する。それに応じて、文献上よく出てく

4) この点については、本稿3.(1)を参照。

る効力根拠という語も、或いは法が実効的たり得る原因を意味し、或いは規範的拘束力の権利根拠を意味する。前者は、勿論法哲学にも深く関わる場所があるが、第一次的には法社会学的考察の領分に属する。これに反して後者は法哲学固有の課題である。
(加藤 1976 : 151頁)

法哲学研究がその「基本的な任務の達成」のために取り組むべき課題のひとつとして、法の「妥当根拠」の探究を挙げるに際して、加藤新平は、法の「効力」概念について、それが、Ⅰ) 法の実効性 *Wirksamkeit*、Ⅱ) 法の規範的拘束性 *Verbindlichkeit*、という2つの意味で理解されていることを指摘している⁵⁾。同様の区分については、たとえばラレンツ *K. Larenz* にも確認できるものであり、彼もまた、Ⅰ) の「法の実効性」を事実的効力、Ⅱ) の「法の拘束性」を規範的効力として、両者が区別されることを指摘している⁶⁾。もっともこのような「効力」概念の2つの側面は、法哲学研究において、互いに没交渉的な関係にあるととらえられているわけではない。すなわち、その質的な差異にも関わらず、両側面の「不可分な結合関係に基づいて、改めて両者を統合する」ような「効力」概念の構成を志向することが、「効力」概念に対する法哲学研究における一般的なアプローチである⁷⁾。

法が適用され、遵守されている状態をもって法の効力を語ることは、実定法学を志向し、または、法の妥当の「慣行的な意味」にしたがう限りにおいて、ある意味で当然のことであると思われる。もっとも、実定法学においては、法

5) 加藤 1976 : 276頁以下。

6) *Larenz* 1929 : S. 5.

7) 大橋 1975 : 119頁 なお、この点に関する尾高の理解について、ここに引用しておくこととしたい。「法の効力には、「妥当性」(*Gültigkeit*)と「実効性」(*Wirksamkeit*)の両側面がある。法の妥当性は、規範の意味に内在する「実現への要求」であり、法の実効性は、法の規範の意味が事実形態として「実現せられていること」である。これら二つの法の態様は、互に明らかに区別されるべき特色を有するにも関わらず、しかも法の「効力」(*Geltung*)において相互に密接に結合している。法の効力とは、妥当なる法規範意味が実効的に実現され得るという可能性である。それが、法の「実定性」(*Positivität*)である。故に、法の効力または法の実定性とは、法の単なる妥当性でも単なる実効性でもなく、両者に跨って両者を包摂する一つの総合的な状態である。」(尾高 1942 : 108頁)。

の「効力」が直接的に論じられるというよりは、法の「効力」の時間的・空間的な限界が語られるであろうが、そこでは、法の効力についての先述のような理解が自明視されているといえよう。他方、法の義務づける力に効力の本質を見る理解もまた、実益に乏しいばかりか、打破されるべき形而上学的幻想であると非難されることもあるが、基礎法学、とりわけ、法哲学の学問的伝統にあっては、法の規範性を重視する多くの研究者が支持していた理解でもある⁸⁾。

ところで、竹下法哲学においては、法の「妥当」ないし「妥当性 Gültigkeit」が、法の「効力」と同義に扱われることが示されている⁹⁾。このことからすれば、本稿冒頭の引用は、法の「効力」について、それが、あたかも法の規範的拘束力のみを意味するものとして理解されていることを示唆しているようにも思われるが、そうではない。法の事実的効力ないし実効性と対置される、「法の妥当（効力）」について、その核心に「義務づける力」としての規範的拘束力が据えられ、それが強調されていることは、法の概念規定の原理的基底に、事実超越的な価値を内包する「規範性」が置かれていることのあらわれである¹⁰⁾。もちろん、竹下法哲学は、法の事実的効力を等閑視するものでもない。それが、法の「効力（妥当）」ないし「効力根拠（妥当根拠）」に向かう際には、法の事実的効力と規範的効力とを「存在論的な」地平において架橋する試みが展開されており、この意味でそこでは、法の現実を、事実的なものと規範的なものとの連関のうちにとらえることの意義が語られている。

前述のように、法の「効力」は、一般的に、事実性と規範性という二つの対照的な意味で用いられる語である。そしてこの対照性は、法の効力をとらえるに際して二者択一を迫るものではなく、ともに法の現実をとらえるうえで不可欠の契機であると考えられる。以下ではまず、法の「効力」という語について、(1) 事実的効力としての法の実効性、(2) 規範的効力としての法の妥当性、とい

8) この意味での拘束力が、法の属性であるとする理解に対する疑義として、佐藤 1977を参照。

9) 竹下 1985：2頁。

10) この点について、本稿 3. (1)を参照。

う区別にもとづいて、あるいは、両者の関連性はともかくも、それが区別されるものであることを前提として、それぞれが何を意味するのかについて、整理していくこととする¹¹⁾。

(1) 事実的効力としての法の実効性¹²⁾

法が社会生活の過程において実現されている事態をもって法の効力がとらえられる場合、こうした事態は、法が「適用 Anwendung」され、「遵守 Befolgung」され、あるいは「貫徹 Durchsetzung」されていることとしてとらえられる¹³⁾。この意味において「法が実効的である」といわれるとき、そうした言明に対応する事実が、つまるところ法規の要求に照応する「受規者としての態度」のうちに求められ、かつ、その態度が、経験科学的に認識しうる一定の事実として説明される¹⁴⁾。それは、外的視点から客観的に観察され、記述されうるような、社会学的ないし心理的な事実である。ラレンツは、このような実効性を示す事実の別——それを心理学的に確定される事実であるとするか、それとも、社会学的に確定される事実であるとするか——に応じて、「法の妥当」(本稿にいう法的事実的効力)を区別したが¹⁵⁾、少なくとも規範的効力としての法の妥当性との対比においては、以下のように、両者を一括してとらえ

11) ここでは等値されている法の実効性と事実的効力は、厳密に区別されることもある。大橋 1975: 120頁参照。

12) 以下に続く考察については、本稿3.(2)および本稿4において、竹下法哲学との関連において改めて言及する。

13) 法の適用と遵守のいずれが重視されるかについて、行動主義的なりアリズム法学においては法の適用——裁判所による判決、または、広く制裁行動の一部をなすと考えられ、制裁執行の条件となる判決行為——が、社会学的法学においては、法共同体成員による法の遵守が重視される(竹下 1983: 252頁)。本稿以下の考察は、この区分ではなく、「『実効性』の事実の定式化」——「一定の条件のもとでは一定の行動をとれという行動規範が遵守されるか、あるいは遵守されない場合に制裁が課せられるか、というこの両者の結合的事実」(竹下 1983: 255頁)——に基づくものである。

14) 大橋 1975: 135頁参照。

15) Vgl. Larenz 1929: S. 9 ff.

ることができよう¹⁶⁾。

法の実効性の事実としての「法が適用され、遵守されている」事態を社会的にとらえる場合、そこではおおよそのところ、

A) ある特定の状況と、それに対応する行動との間に規則性がある

ということ——ラレンツにいう「規則的遵守の事実 *Tatsache der regelmässigen Befolgung*」¹⁷⁾——を起点とする考察が展開される。もっとも、たとえば、アメリカの行動主義的なりアリズム法学に典型的に見られるように、A) に示される観察可能な規則的行動ないし行動の規則性¹⁸⁾のみをもって「法の遵守の事実」をとらえることには、明らかな困難が伴う。すなわち、行動の規則性は、「法が適用され、遵守されている」事態のみならず、「生物学的、物理学的な行動範型、技術的な行動範型、そして習俗としての行動範型」にも見出されるものであり、それらとの区別がなされない限り、観察された行動の規則性が、「法が適用され、遵守されている」事態の事実を示すものであるかどうかは確定されえないという困難がそれである¹⁹⁾。

行動の規則性を考察の起点に据えつつも、上記のような困難を回避する所論を展開するのが、ガイガー Th. Geiger である。彼は、A) の行動の規則性に加え、

B) ある特定の状況における一定の行態の実現を要求する行動指図からの逸脱に対して何らかのサンクションが発動される

16) この点について、本稿は、竹下法哲学の類型的把握に準拠する。

17) Larenz 1929: S. 9.

18) 行動の規則性という語を、本稿では「純然たる一回的な事実ではなく、蓋然的な事実」を指す語として用いる。「蓋然的な事実」という語が含意するものについては、竹下 1983: 253頁ほかを参照。

19) ここにいう「範型」とは「一定の状況のもとで一定の行動をとるということ」を指す語である。竹下法哲学においては、この「行動範型」と「行動(行態)指図」とが置換可能なものとして扱われている。竹下 1985: 151頁以下参照。

ということに、法による行動の規則性の実現が、他の社会規範による行動の規則性の実現から区別される基準を見る²⁰⁾。ガイガーにおいては、この行動指図からの逸脱に対するサンクションの発動が実効性のひとつの形態とみなされ、それに先行する行動指図の実効性と同様、行動の規則性を観察することで確かめられると考えられている。ガイガーはそれを、「反作用」の主体としての「権威機関」による、組織化された「特別な社会的機能」である「反作用」の活動²¹⁾——より典型的には「制裁」がそれに相当する——であると規定するのだが、そのような、ある一定の状況における行動指図からの逸脱に対し、高い蓋然性をもって実現される社会的「反作用」により、「反作用」に先行する行動指図に対する共同体成員の承認、すなわち、当該行動指図の規範的な拘束力が高められる²²⁾、としている。

ガイガーにおいて、法の実効性は、第一義的には、一定の行態の実現を要求する行動指図の現実的作用²³⁾のうちに求められる。彼によれば、ある特定の状況において一定の行動が高い蓋然性をもって実現されるか、または、逸脱行動に対するサンクションの行使が「組織化された権威機関」によって蓋然的に実現される時、当該の行動の実現を要求する行動指図は、実効的であるとみなされる。つまり、法の実効性は、行動指図が「選言的に disjunktiv」要求する指図内容の実現の蓋然的な事実のうちに示されるのだが、これに対し、前述にいう「拘束力 (拘束性)」²⁴⁾は、内容的に見て、ある特定の状況において一

20) この点については、事実に妥当論をめぐる、本稿と竹下法哲学における理解との相違との関連で、本稿4.(2)で改めて言及する。

21) Vgl. Geiger 1947: S. 91, S. 171 f.

22) ガイガーにおいては、一定の行態の実現を要求する行動指図は、サンクションの安定的な発動を介して拘束力を伴うに至った場合、規範と呼びうるものとなると考えられている。この点については、本稿4.において改めて言及する。

23) ガイガーにおいては「規範の実現」とされるが、「規範」という語をめぐる誤解を避けるため、ここでは行動指図の語を用いる。

24) ガイガー自身の用語にしたがうなら、ここでは「規範の拘束性」という語を用いるべきであろうが、前掲註(23)と同じ理由で、ここでは単に「拘束性」という語のみを用いる。

定の規則的な行動を行うか、または、逸脱行動をとることで国家的権威機関による「反作用」を受けるかという「名宛人が直面する二者択一それ自体 Alternativ selbst」をいうものであり、この意味で「合一的に einheitlich」規定されるものであるとの説明がなされている²⁵⁾。

いま、ある特定の状況 S において一定の行態を指図する行動指図が予定する事例の総数を s 、状況 S に対応する一定の規則的な行動 G が実現された回数を g 、状況 S における逸脱行動 \bar{G} に対する「反作用」としてのサンクション R が実現された回数を $\bar{g} \rightarrow r$ とするとき、ガイガーによれば、当該の行動指図の規範的拘束性 v は、

$$v = \frac{g}{s} + \frac{\bar{g} \rightarrow r}{s}$$

のように数量的にあらわされ、したがってまた、測定可能な社会学的考察の対象となる²⁶⁾。もっとも、ガイガーによって提示された行動指図の規範的拘束性 v の強度を示す数式は、仮に個々の要素についての計測を正しく行うことが可能であったとしても、ガイガーのいうような行動指図の規範的拘束性ではなく、一定の行態を指図する行動指図の「現実的作用」についての社会学的測定を示すものであり、この意味で、むしろ行動指図の実効性の強度を示すものであると考えられる²⁷⁾。

ガイガーと同様、法の実効性の事実を観察可能な行動の規則性に求めつつも、当該の行動の規則性を一定の行態を指図する法的な行動指図の実現要求に対応する事実としてとらえるうえで、「妥当性の経験 experience of validity」²⁸⁾ の意義を語ったのがロス A. Ross である。ロスにおいてもまた、一定の行態の

25) Vgl., Geiger 1947: S. 32. ガイガーにおいて、「規範の現実性」は「規範実現のチャンス」——規範（ここでは行動の指図の意味）が要求する当該規範内容（指図内容）の実現・現実的作用——であり、実効性を意味するものとして「規範の拘束性」と明確に区別されている。これについては、事実的妥当論についての本稿と竹下法哲学との理解の相違との関連で、本稿 4. (2) に言及する。

26) Vgl., Geiger 1947: S. 32 ff.

27) この点について、佐藤 1977: 89頁以下を参照。

28) Ross 1968: p. 86.

実現を要求する行動指図が名宛人によって一般的に遵守されていること、この意味での実効性が、一定の行態の実現を要求する行動指図と対応関係にある社会的な事実²⁹⁾——指図内容に対応する行動の規則性の蓋然的事実——として挙示される。ただし、当該の行動の規則性が、習俗その他の規則的行動とは区別される、法的な行動指図の実現要求に対応するものであるとというためには、当該の行動の実現を要求する行動指図が、名宛人によって「拘束的なものとして感じられているということ」、すなわち、義務の意識が必要である、とされる³⁰⁾。

前述のように、ガイガーにおいては、国家的権威機関による反作用の発動——それ自体が実効性の一形態である——が高い蓋然性をもって実現されることが、ある特定の行動の規則性を、当該の行動の実現を要求する法的な行動指図の実現として、他の行動指図の実現から識別する基準であり、また、当該の行動指図が「規範」としての拘束力を帯びる条件であると考えられているのに対し、ロスにおいては、義務意識という蓋然的事実の存在が、ある特定の行動指図が法的な行動指図として他の行動指図から識別される基準であると考えられている³¹⁾。

以上のように、事実的効力が論じられる際には、法の実効性が「法が適用され、遵守されている」事態に求められ、また、さしあたってそれが行動の規則

29) 論者それぞれの見解の意味ある対比のために、本稿は、以下に続く考察において、「事実」という語について、原則として、純然たる一回的な事実ではなく、蓋然的な事実を指す語として用いることとする。このこととの関連で、註(18)を参照。

30) Ibid, p. 93 ロスの見解は、共同体成員による法の遵守の事態ではなく、「法機構 legal machinery」とりわけ裁判所における法の適用の事態に関する主張である。したがって、本文にいう「義務の意識」は、ガイガーにいう反作用の主体が抱く表象を指すことになろうが、ここでは「義務の意識」の主体について、これをさしあたって厳密に名指ししないままで、考察を進めていくこととする。この点については、本稿4.(2)において言及する。

31) このことは、ロスにおいて、特定の法的な行動指図の実効性的事实——行動の規則性と義務意識の存在によって構成される法の遵守の事実——が、当該の行動指図の「規範」としての拘束力の識別基準であると考えられているとの理解を帰結するように思われる。なお、この点については、本稿4.(2)で詳述する。

性に確認されている。ただし、そのような社会学的アプローチにおいても、何らかのかたちで心理的事実に言及され、その心理的事実と実効性との関連が論じられている。ガイガーとロスに関していうならば、両者はともに、「義務づける力」としての拘束力を属性とするものであるという、伝統的な意味³²⁾において「規範」を理解し³³⁾、かつ、この意味での「規範」が、何らかの事実に対応するものであるとの理解を前提として、そうした心理的事実と実効性との関連を論じている³⁴⁾。それぞれの所論が説得的であるかどうかはともかくとして、両者の違いは、法規範を他の社会規範から識別する基準を何に求めるかということに加え、「規範」に対応する事実と実効性との関連をどのようにとらえるかということにある³⁵⁾。いずれにせよ、彼らに共通の「規範」概念の理解のうちには、実効性とは区別される、法の効力のもうひとつの側面たる規範的効力を特徴づける指標が示されていると理解できようが、次にこの、法の規範的効力についての整理を行うこととする。

32) ここにいう「伝統的な意味」という表現については、それを、竹下法哲学における「言葉の慣行的な意味」（竹下 1985：141頁ほかを参照）と同じ意味で用いている。竹下法哲学においては、しばしば「言葉の慣行的な意味」であるとか「常識的な観念」が引き合いに出されるが、そうした「前科学的概念構成」（E. Lask）から考察を始め、かつ、それに立ち返る姿勢は、学問的系譜をたどれば、直接的には加藤法哲学（加藤 1976：41頁以下参照）に負うものであり、同時に加藤・竹下法哲学の学問的淵源である西南ドイツ学派に由来する姿勢でもある。加藤法哲学は、「未だ分析を施されていない」ところの「前科学的意識」によって指示される対象——「慣行的外延」——が示す了解内容——「慣行的内包」——が概念規定の学的作業に論理的に先行していることを指摘し、その意義を論じている（加藤 1963：8頁以下参照）。

33) この点について、佐藤 1977：25頁、29頁を参照。

34) もっとも、ガイガーは当該事実を示すことに失敗し、ロスは当該事実を「妥当の経験」たる心理的事実として提示したが、このことは、拘束力ないし妥当性が、ロスにおいて「指示する対象を持たない」語と規定されていたことに矛盾する。この点について、佐藤 1977：27頁を参照。

35) ガイガーとロスの事実的妥当論のこうした理解は、竹下法哲学が提示する理解（たとえば、竹下 1985：145頁以下）とは異なっている。この点については、本稿 4. (2)において言及する。

(2) 規範的効力としての法の妥当性

法の妥当性とは、法の内容が事実の如何にかかわらず遵守適用されるべきであるということ、すなわち、法の「規範」としての抗事実的な拘束性を意味する概念である。この場合にいう規範とは、「当為 Sollen の法則」であり、意味的事態としての「何らかの『べき』(当為)によって基礎づけられ、そして『べき』を意味内容としてもつ」概念である。したがってそれは、「受範者に対する妥当」を本質的要素とすることを含意するものである——それゆえ、その拘束性が何らかの根拠によって承認されることが求められることにもなる——が、通常は、主観的ではなく、公共的・客観的にも「べき」の意味³⁶⁾すなわち、一般的に承認され遵守されるべきであるという要求を持つものと理解されている³⁷⁾。

法規範は、一定の要件に対し、命令・禁止・許容・授權といった一定の効果が「帰属せしめられるべき」であることを指図内容としており、「そしてそのことが、法共同体の成員や機関によって承認され保障されるべきことが、公共的・権威的に要求されているという意味で、当為 Sollen を実体とするものと言い得る」ものである³⁸⁾。それは、「存在 Sein の法則」ではなく「当為の法

36) 規範とは、「人間が一定の仕方で行動すべきであるということ」を示す語である。それは、「他人の行動に意図的に向けられている、人間の一定の作用」、すなわち「意志作用 Willensakt」がもつところの意味である。もっとも、この当為としての「意志作用」が、すべて「客観的にも当為の意味をもつわけではない」。規範との関連でいえば、「それが客観的にも当為の意味をもつときにだけ、その当為は『規範』と呼ばれる」。逆にいえば、客観的当為は「『妥当する』」規範、すなわち「名宛人を拘束する規範」である。以上について、vgl., Kelsen 1960: S. 4 ff.

37) 以上、加藤 1976: 308頁以下参照。そこでは加えて、当為が「価値と相関関係にある」ことが指摘されている。価値は、「(a) 事実上人々によって望まれているもの、と、(b) 人々により一般的に承認され尊重されるべきだ、とみなされるもの」とに区分されるだろうが、当為と「相関関係にある」というよりも「不可分の関係にある」のが、後者の理想的意義をもつ価値である。価値は、「価値として承認され又は実現されるべきもの、という当為性をそなえている」一方で、当為は、「何らかの価値を予想している」。そして規範は、「この不可分の結合関係にある価値・当為の実現のための準則」であり、その「承認・遵守の要求という性格」は、この意味で、規範の当為的事態を示すものである(加藤 1976: 309頁)。

38) 加藤 1976: 308頁。

則」として——「例外があればある程不完全である」とみなされるものではなく、むしろ「例外・違反を予想して初めて存立意義を有する」ものとして³⁹⁾——、「事実からの隔たりにおいて存立する」ものであり、この意味での規範の力は「法の内容が現に現れているという事実と同一視されてはならない」ものである⁴⁰⁾。

ところで、法の妥当、あるいは、「法が妥当している」という事態について、それが「法命題からなる体系連関」を前提として、ある命題が当該の前提された体系連関の一構成要素となっていることとして理解されることがある。この連関においては、「ある高次の法規範は、より低次の法規範が妥当するための要件を設定しており、ある法命題は、その設定の手続きと内容に関して妥当の要件を充足する場合に、その法体系の構成要素となり、法規範として妥当する」といわれる⁴¹⁾。法の妥当に関するこのような理解は、法律学的妥当または「合憲的妥当 *verfassungsmäßige Geltung*」(シュライバー R. Schreiber)と呼ばれ、実定法の妥当に言及される場合、あるいはまた、立憲主義的法治国家体制において法の妥当を語る場合、しばしば引き合いに出される理解である⁴²⁾。

もっとも、法律学的妥当論において示される「体系的妥当」とでも呼ぶべき妥当概念は、「つねにそれ自体で『妥当している』法規範を前提にして」、法規範の妥当を語るものであり、妥当それ自体を語るものではない。ある法規範は、前提された法規範から「派生的に」妥当を獲得すると理解されるとき、そこでは、「妥当の根拠づけ連関」が問題にされるものの、前提された法規範それ自体の妥当は、問題にはされていない。しかし、法の妥当が問われ

39) 加藤 前傾箇所。

40) 尾高 1942: 108頁。

41) 竹下 1985: 157頁。

42) 後述する法実証主義の思潮との関連でいえば、これは「制定法実証主義」が採用する妥当概念でもある。加えてそれは、後述のようなかたちで、「法の妥当性」との関連において規範的妥当論と結びつくだけでなく、「法の実効性」との関連において、事實的妥当論に接合しうるものでもある。この点について、本稿3.を参照。

る際には、むしろ後者こそが問題とされなければならない。法規範それ自体の妥当、この意味において、法規範が妥当しているとは、前述のように、法規範が受規者（先述引用にいう受範者）を拘束しているということに求められる。

法規範は、「ある一定の、受規者の行態に向けられた意思表示」であり「受規者の一定の行態を意欲してその旨の意思を宣言する」というような、ある種の「命令構造」を有している⁴³⁾。けれども、ここにいわれる「命令」は、その内容たる行態の実現をたんに強制するに過ぎない『『裸の』命令』とは異なり、「規範的命命」として、われわれを拘束する。それは、「命令にとって特徴的な強制的側面」から離れ、規範的側面において『『拘束 Bindung』』の概念と結びつくだけでなく『『義務 Pflicht』』の概念に」結びついている。法の側からの契機を指示する拘束の概念を、受規者の側からの契機を指示する義務の概念であらわすのであれば、法規範は、受規者を強制するのみならず、義務づけるものである、といえるだろうし、ここで展開された法規範と受規者の間の事態は、法規範が受規者を拘束し、義務づけるということ——受規者によって遵守されるべきであるということ——に他ならない⁴⁴⁾。

法規範の拘束性を、以上のようにとらえるとき、そこには、そのような理解が必然的に抱え込む、法の効力あるいは法の現実をただしくとらえる上で解決されるべき「根本的な難問」が示されてもいる。法は、規範としてあり、当為命題によって表現される。そして当為とは、「存在それ自体と同様にそれ以上遡ることのできない根源的範疇」である⁴⁵⁾。こうした理解は、明らかに存在と当為との二元論に基づき、存在から峻別された当為の世界において法の妥当を語るものである。法は、規範である。しかし、いかに規範としての形式を備えていようとも、それが現実において実現されないのであれば、これを法と見る

43) 竹下 1976a : 94頁 法規範に関する命令説について、vgl., Engisch 1971 : S. 27 ff.

44) 以上について、竹下 1976a : 94頁以下参照。

45) 竹下法哲学は、こうした理解が示される典型を、ケルゼン H. Kelsen に見ている。vgl., Kelsen 1923.

ことはできない。法が、生活社会の事実を動かし、そのなかに現実化されるものであってこそ、それが法たる資格を有するものとなるなら、法の効力は、このような「社会事實的 sozial-faktisch」な実効性をも意味しなければならない⁴⁶⁾。すなわち、ここにおいてもまた、先に整理した事實的効力と同じく、「妥当と事実との連関をどのようにとらえるのか」という問いが提出されることになる。そしてこの問いは、竹下法哲学が、ある種の直観的信念に基づき⁴⁷⁾、法規範の「義務づける力」に信頼を寄せることにおいて、直接的に向き合った問題である。

2. 法実証主義——法の規範性をめぐる考察の思想的コンテクスト

ここで（「法概念をめぐる対立と法の妥当」を論じることに於いて：括弧内引用者）問題にするのは、法実証主義の基礎理論であるが、それは法実証主義的な法の概念、しかも、見解の対立につながる概念要素についての理論である。……（ドライヤーによれば）法実証主義は法概念の主要要素として、「社会的実効性 soziale Wirksamkeit」か「権威的定立性 autoritative Gesetztheit」を挙げる。これに対して、対立する見解は、それらを超える「不法 Unrecht」や「原理 Prinzip」を法概念の決定的要素として持ち出す。……こうしたドライヤーによる見解の整理は、実証主義的に限定して法の概念を規定する立場が、法の実質的概念とは無関係に法の妥当性を認めてしまう点で批判を招いているという、現代法理論上の状況をとらえるものである。

（竹下 2016：79-80頁）

妥当概念は、19世紀後半のドイツにおいて、新カント学派によって哲学の主題にまで高められた概念であり、法哲学の分野における法的妥当概念の検討もまた、この学派に属する研究者の手によって着手されるに至ったものである。ところで、竹下法哲学においては、法的妥当概念が、法現象の把握にとって基

46) 尾高 1942：109頁以下を参照。

47) この直観的信念について、本稿 4. を参照。

礎的な概念であるとされ⁴⁸⁾、その解明が、i) 事実の妥当、ii) 規範的妥当、iii) 存在論的妥当の三つの類型的な区別に立脚して展開されている。こうした法的妥当概念の類型的把握は、妥当概念の多義性に由来するアプローチであり、ラスク E. Lask、ケルゼン H. Kelsen、ラートブルフ G. Radbruch などの、新カント主義の研究者たちが採用したアプローチでもある。

概念類型論は、「それを構成する学者自身が妥当と考えている法的妥当の概念規定との関係によって、そのニュアンスを異にする」ものである。そして、類型論それ自体について、巨視的には

- A) ひとつの概念類型を適切なものと考え、他の類型を排除
- B) ひとつの概念類型を適切なものと考え、他の類型を包括的に解消
- C) 諸々の概念類型が法的妥当の諸側面を表わしていると考え、それらの類型をそれぞれ維持

といったように区分可能である⁴⁹⁾。竹下法哲学における法的妥当概念の類型的把握は、ラレンツの概念類型論を手がかりとしたアプローチであり⁵⁰⁾、上記の

48) この点については、本稿3.(1)を参照。

49) 竹下 1985: 173頁。

50) 竹下 1978a: 67頁以下および竹下 1985: 127頁以下 それは、ラレンツに比して「より包括的な」区分である(竹下 1978a: 71頁)。「竹下 1978a」と「竹下 1984」に、内容的な相違はない。ただし、「竹下 1978a」においては、この類型区分を採用する理由として、フッサール G. Husserl の規範概念を支持することがより明確になること(竹下 1978a: 71頁)、区分に与えられた名称について、方法論に基づくものではなく、「法がどのようなものとして把握されたか」に基づくものであること、iii) の存在論的妥当という名称について、「存在論的」という語が「客観的精神あるいは社会倫理」を想起させる語であるだけに慎重を期すべきであるが、ここでは「暫定的に使用する」ことが述べられている(以上、竹下 1978a: 74頁)。このこととの関連で、最晩年の著書においては、「存在論的妥当」が「時空的妥当」と呼ばれている。なお、同じく最晩年の著書においては、ii) の規範的妥当についても「理念的妥当」と呼ばれる箇所があるが、これはドライヤー R. Dreier の実証主義理解、および、それに基づく法概念論のコンテキストにひとまず依拠したことの帰結であり、当該論考においても一度だけの使用に留まっている(竹下 2016: 97頁)。

B) の理解に立った類型的把握であると考えられるが、そこでは、法の「存在」と「当為」との対立を解消し⁵¹⁾、法的妥当の現実をもっとも適切に把握するものとして、「法の存在論的妥当論」が提示されている。ところで、この法的妥当概念の類型的把握は、当然のことながら、論者の立脚する何らかの思想的背景を指摘しうるものである。竹下法哲学の場合、その法的妥当概念の類型的区分は、法実証主義的潮流に対する態度を反映するものであり、「法の基本的理解にとって法実証主義がどのような意義をもつか」という、自身の位置する思想史のコンテキストから投げかけられた問いに対する応答を踏まえたものでもある。

(1) 一般的傾向——法実証主義のメルクマール

70年代初頭にはじまる竹下法哲学の探究は、ドイツ法哲学の圏域において展開されたものである。それは、法実証主義が支配的潮流となっていた時代のコンテキストを母胎としてその学問的アイデンティティを形成するものであったといえようが、同時に、あるいは当然のことながら、自身が投げ込まれたコンテキストに批判的に向き合うことで、より説得的な議論の過程をたどろうとする試みでもあった。このことは、竹下法哲学の「法の妥当（効力）」の探究がたどった軌跡を理解するうえで、その探究が開始された当時の思想的コンテキストを支配していた法実証主義について、その動向を探ることの意義を示している。以下では、竹下法哲学が対峙した法実証主義の基本的理解について、個々の挙動に立ち入ることなく概観していくこととする。

法実証主義は、それまで法思想史を一元的に支配してきた自然法思想に対抗的な勢力として、19世紀の後半に勃興と興隆の時期を迎えた法思想上の「実証的な positiv」潮流である。この「実証的な」という語からは、直ちに経験科学の方法が想起されるかもしれない。たしかに、「実証的」という概念は、「空

51) 法哲学上の伝統的な二者択一問題設定の規定をなしている、「存在」と「当為」との対立図式は、竹下法哲学において、法の規範性理解をめぐる理解の対立としてとらえられる。この点について、本稿3.(1)を参照。

想的なもの」に対する「現実的なもの」をあらわすものであり、そこには「窺い知れざる神秘」を排し「われわれの知性にとって真に接近可能な探究にたえず献身する」ことに特徴づけられる哲学的精神（コント A. Comte）が込められている。この意味で「実証的」という概念は、「観察や実験の重視、形而上学的な『目的因』の排除」に結びつくものであるが、法実証主義においては、かならずしも経験科学の方法が採用されるわけではない⁵²⁾。

法実証主義が自然法思想に対抗的な勢力として勃興と興隆の時期を迎えたこと、こうした理解は、もっとも一般的な法実証主義理解を指し示すものでもある。すなわちそれは、法の一般理論の考察や法の解釈適用において「法を実定法に等値する見解」である「実定法一元論」としての法実証主義理解である。この場合、法実証主義は、「実定 positiv 法」を考察対象とする思潮であると理解されるが、さらにそれは「実定性」を「権力的定立」とみることで⁵³⁾、「実定法」の典型を制定法とする見解に結びつけられ、そしてこれが一般的な法実証主義理解として提示される。かつての法哲学の考察対象は、実定法の構成的原理としてであれ、あるいはその規制的原理としてであれ、自然法に限定されており、この意味で「自然法一元論」であったが、自然科学的態度を規定する哲学上の実証主義を時代の精神的背景として、法の世界においても法実証主義の思潮が興隆して以降、少なくともこうした「自然法一元論」は退潮し、法の探究において、考察対象としての「実定法一元論」が支配的となっていった。そうした思潮においては、「現実的なもの」としての実定法がまずは問題にされるに至ったのである⁵⁴⁾。

52) 以上の「実証」概念について、加藤 1976 : 273頁以下、および、中村 1974 : 83頁以下を参照。

53) もっとも、「人間の意思作用」によって産出されることに「実定性」を見るなら、実定法は、慣習や判決をも包摂する概念である、ということになる。さらには「実定性」ということで、法の効力・実効性が問題とされる場合もある。以上について、加藤 1976 : 276頁以下を参照。

54) 以上について、加藤 1973 : 97頁以下、および、竹下 1985 : 120頁以下を参照。もっとも、こうした状況下においても、自然法論の思想的伝統は完全に消失したわけではなく、「実定法理念論」にその伝統を存続させている。それは、現実の実定

法実証主義とよばれる思潮には、さまざまな系統の学説を含む潮流であり、かつ、それぞれの系統には、相当程度の差異や対立が見出される。したがって、その思潮の特質の理解についても、研究者の間で相当の齟齬が見受けられる。加藤は、19世紀以降の法実証主義的思潮の一般的傾向について、それを、認識対象を経験的所与に限定し、それを超える「形而上学的なもの」によって経験世界を基礎づけようとする一切の試みを否定する、反形而上学的思考態度（実証的態度）が、法の分野に現れたものであると規定する。そしてそこでは、法実証主義の基本特徴について、

- i) 自然法の否定（実定法一元論）
- ii) 法と道徳の峻別（または、法の効力の道徳的評価への依存の否定）
- iii) 法についての一切の超越論的基礎づけの排除
- iv) 法的実践を方向づけるものとしての法理念論の探究に対する否定的態度
（その存在・可認識性の否定、あるいは法の理論的考察からの除外）

といった整理がなされているが⁵⁵⁾、これらの基本特徴は、法実証主義の思潮が、自然法論の対抗的思潮として勃興・興隆してきたことの帰結をより一般的にあらわすものと理解できよう。

法実証主義的思潮は、19世紀後半以降、およそ150年にわたって、自然法思想との間で消長を繰り返すなかで法思想の軌跡を描いてきたものであるが、総じてこの軌跡は、自然法思想の退潮にともなって法実証主義が次第に支配的となっていく過程として把握できる。しかし、収束に向かっていったと思われる二大潮流の対立は、戦後ドイツ法哲学において激しく再燃する時期を迎えることになる。すなわち、戦後において、ナチス法理論の克服と法秩序の再編を

↘法秩序を主たる考察材料として理論構成される法概念論に対置され、これを超越したものとしての法についての価値論をその内容とする」ものであり、そしてまた、「法理念に構成的意義を認めるか、それとも規制の意義を認めるかによって、2種類の法理念論が区別される」。(竹下 前傾箇所 参照)

55) 以上について、加藤 1973：99頁 同趣旨の叙述を若干加筆して論じたものとして、加藤 1976：248頁。

企図する「自然法のルネサンス」が、それに続いて再生自然法論の理論的脆弱性を批判する「法実証主義のルネサンス」が、ドイツ法哲学を席卷するに至ったのである。ドイツ法哲学の戦後の歴史は、「法実証主義のルネサンス」以降、さらに、反実証主義的な挙動を示すいくつかの潮流によってかたちづくられていくことになる⁵⁶⁾。戦後ドイツ法哲学の歴史を上記のように3つの時期に区分しうるものにとらえたうえで、ドライヤー R. Dreier は、「法実証主義のルネサンス」以降の反実証主義的な挙動を示す潮流について、論証理論、システム機能主義、新アリストテレス主義の3つの学派を重視する見解を示している⁵⁷⁾。そして、竹下法哲学は、それらの学派の批判によってむすばれる法実証主義像について、その「規範」性をめぐる理解を、自身の「法の妥当（効力）」の探究へと批判的に牽連させていく⁵⁸⁾。このことを踏まえて、次に、歴史法学から制定法実証主義にいたるまでのドイツ法哲学における法実証主義的潮流を、その基本的な特質に即してみていくこととする。

(2) ドイツ法思想における法実証主義的潮流

19世紀において、ドイツ法思想は、決定的な転回を迎える。それは、当時の時代を支配していた「歴史主義の最初の明確な理論的表明」として⁵⁹⁾、法が「民族の共同の確信」のうちにあると論じた歴史法学にはじまる転回である。サヴィニー Fr. K. v. Savigny を創始者とする歴史法学は、当時のドイツ現行

56) 戦後ドイツ法哲学の歴史は、ドライヤーによって、おおむね三つの時期に区分される。第1期は、ナチズムの法理論の克服と法秩序の再編を企図する「自然法のルネサンス」、第2期は、再生自然法論の理論的脆弱性を批判する、50年代の末から60年代にかけての「法実証主義のルネサンス」、第3期は、第2期の法実証主義を支えた哲学的実証主義が自己に対して批判的な学派との間で展開した論争の影響が法哲学の分野に波及したことによって生じた、反実証主義的傾向を帯びた諸学派の興隆、である。vgl., Dreier 1995: S. 156 ff.

57) 竹下 1995: 8頁。

58) 竹下 1995: 25頁。

59) もっともその「歴史性」は、法を歴史と見るというよりも「法の素材が歴史的に前もって与えられている」と考えることを意味するものである。竹下 1995: 214頁

法であった継受ローマ法の卓越性と、そのドイツ民族にとっての有用性に対する確信から、継受ローマ法の「真の意義」を明らかにすべく、歴史的に歪められた中世ローマ法を超えて、「純粋な」ローマ法の回復を試みた。その学的志向は、あるいは必然的に、ローマ法本来のカズイスティックな性格を改鑄し、「抽象論理の力で包括的体系的なものに加工し直す」ことにまで及んだ。「論理が時代の溝を埋める」ことにより「法は、法学の体系として存在する」にいたる。このようなサヴィニー歴史法学の「体系的教義学」志向は、ヴォルフ C. Wolff の「論証的 demonstrativ」方法に基づく体系構成を継承するものであったが⁶⁰⁾、他方においてそれは、法学の考察対象を実定法に限定するという点において、自然法からの決別を示すものであり（実定法一元論）、それに続くドイツ法実証主義の前史としての位置づけがなされるものである⁶¹⁾。

サヴィニー歴史法学の学的志向は、彼に続くプフタ G. Fr. Puchta に継承され、先鋭化されていく。サヴィニー歴史法学の方法論的特質は、「直観と概念との媒介」に規定されるものである。概念は、その時々部分的局面を把握しうるに過ぎず、それゆえ全体を志向する直観により、つねに是正されなければならない。ローマ法の諸規則を構成する抽象的形式としての概念は、サヴィニーにおいて、「民族の共同の確信」、すなわち、民族生活の行動様式の有機的連関としての「法制度」の全体的把持に向かう直観によって補完されることをもって、体系的全体の構成を可能にするものとなる⁶²⁾。これに対しプフタは、

60) サヴィニー歴史法学は、普遍的倫理的規定を前提するものである。それは、カントの形式的倫理学、その「人格」概念に由来するものである。同様のことは、プフタにも指摘できる。この意味で両者は、「法と道徳、法学と倫理学との結びつきを否定するものではない」。もっとも、彼らにおける「体系の倫理的基礎づけ」は、この体系を外から支える根拠をいうものであり、この意味では法実証主義の一般的傾向（法と道徳との分離）は維持されている。この点について、竹下 1995：194-197頁、211-215頁参照。竹下法哲学のこうした説明は、ヴィーアッカーに依拠して提示される。

61) 以上に述べた歴史法学の概観について、加藤 1973：94頁以下、山田 1957：42頁以下、および、竹下 1988：118頁以下を参照。

62) サヴィニー歴史法学における「概念と直観の媒介」について、vgl., Larenz 1983：S. 14（15頁）。

サヴィニーにいう「直観」の主体を、「民族の機関 Organ」としての法律家に局限し、その学問的探究による体系的全体の構成を論じる。このとき、法制度すなわち行動様式の有機的連関が、生活関係の社会的実在にまつわる具体的な意味内実を捨象され、「概念の論理的連関に変遷」せられる一方で、当該の論理的連関は「従来からまだ知られていない法規の認識源」とみなされるにいたる。かくして法学は、「個々の法規の系譜学」として、「法規をその体系的連関において、互いに条件となつてゆき、また、互いに派生していく法規として認識すること」をその課題とするまでにおよぶ⁶³⁾。そしてここに歴史法学は、概念法学へと転化するにいたつたのである。

プフタは、概念的明晰さに基づく論理的体系の構築——無欠缺性を誇る「概念ピラミッド」の構想——を志向することをもって、時代の要請する「学問性」に応えようとした⁶⁴⁾。彼の概念法学は、法規の内的帰属性に基づく統合をもって同じく体系を志向したヴィントシャイト B. Windscheid のパンデクテン法学とともに⁶⁵⁾、「学問的実証主義」と呼ばれる法実証主義の思潮を形成するものである。学問的実証主義の「すべての法規と判決とを法学的諸概念および諸命題から導出しようとする」姿勢は、「自律的となった法律学の表現」⁶⁶⁾であり、ドイツ文化圏を超えて影響を及ぼすものであったが、この潮流は、ドイツにおいて国家的立法者による法形成に重点が移行していったこと——法の源泉が「学問性」から制定法に移行していったこと——にともなつて、「制定法実証主義」の潮流に代わられることになる。

ヴィーアッカー F. Wieacker は、先のようなドイツ法実証主義をめぐる歴

63) Vgl. Larens 1983: S. 25 (26頁).

64) サヴィニーの理論的傾向が「体系的思考の実証主義から抜け出て、客観的観念論の方向にあった」のに対して、プフタにおいては、内的特徴としての論理的な体系とそれを外的に基礎づけるカント倫理学——「人格」としての法主体概念——とが分離されている。竹下法哲学は、この点に概念法学の「学問性」とその実証主義的特徴を確認する。竹下 1995: 211頁、213頁、221頁を参照。

65) ここに、初期イエーリングが付け加えられる。vgl., Wieacker 1952: S. 265 ff. (539頁以下).

66) Wieacker 1952: S. 327 (659頁).

史的事情を、「自由主義の統一運動が、政治的な劣勢を経験しつつも、ドイツに共通の法典編纂作業を継続した」ことの帰結であると説明する⁶⁷⁾。もっともこのような歴史的転換を果たした潮流にあってもなお、学問的実証主義の方法と要請は、パンデクテン法学の教育を受けた法曹のエートス⁶⁸⁾のうちに保存されていた。このようなかたちで学問的実証主義から継承された「学問性」は、総じて立憲主義的な制約のもとにあった制定法実証主義において、「形式的な合法性が実質的な正当性を保証する」という暗黙の期待のもとに置かれた。ヴィーアッカーによれば、それゆえに制定法実証主義は、時として「倫理的に無責任な立法府の政治的な権力意志」に対して無防備な振る舞いをみせることになったのである⁶⁹⁾。

その成立にいたる歴史的経緯を上記のように説明される制定法実証主義について、エルシャイト G. Ellscheid は、それを「合法的に成立したあらゆる制定法が、その内容にかかわらず拘束力をもつとする見解」である⁷⁰⁾と一般的に概念規定する。立法者の「権能ある権力作用」によって定立された制定法は、それ自体、原則として唯一の法源としての資格を有し、それ以外のものの法源性は「立法者の自由な処理」に委ねられる⁷¹⁾。このことを前提として、先の規

67) Wieacker 1952: S. 271 (550頁) なお、「制定法実証主義 Gesetzespositivismus」について、訳書では「法律実証主義」の訳語が当てられている。

68) その内実は「概念法学・制定法秩序の無欠欠性・学問的方法への裁判官の拘束」である。vgl. Wieacker 1952: S. 271 f. (551頁)。

69) 加藤 1973: 107頁、および、Wieacker 1952: S. 272 (551頁) ヴィーアッカーによれば、こうした理解により、再生自然法論においては、制定法実証主義とナチズムとが共犯関係にあったことが指摘される。なお、ナチス法理論については、批判理論との関連において、別稿で改めて論じる予定である。

70) Ellscheid 1977: S. 148 (24頁)。

71) 制定法実証主義における法源理解について、エルシャイトは以下のように続ける。「慣習法と判例法、さらにまた（いずれにしてもその根拠づけが必要な）自然法は、そもそもそれらが妥当するとしても、立法者がそれらの法の規制素材を採用しなかった場合のみ妥当しうる。（中略）さらに徹底して、次のような傾向さえ見られる。すなわち、法の外延全体を制定法に一致させ、それゆえ判例法、慣習法、事物の本性からの法的決定、およびこれらに類似する現象を完全に否定するという傾向である」（Ellscheid: ebenda）。

定は、制定法が、その内容に関わらず、拘束力をもつということは、「立法、すなわち政策の平面」における立法者の決定が「法律学的－技術的な平面」における個別的決定を拘束するという、その拘束性は、たとえ立法者の決定に疑義がある場合でも、「法律学的－技術的な平面」における個別的決定者は、その領分に立ち入ってはならないことを示している⁷²⁾。すなわちそれは、「制定という立法者の決定の事実によって、決定の内容が法という規範に転化し、裁判官は規範の世界の中で、所与の規範から演繹的－技術的に判決を導き出すということ⁷³⁾」を示すものとして理解することができよう。もっとも、この「二平面モデル」による拘束性の説明は、たとえば現実の制定法秩序に鑑みて、そしてまた、「拘束力」という語をより広く理解するとすれば⁷⁴⁾、上記の説明に加え、制定法が「拘束力」をもつためには、形式的な合法性要件の充足だけでなく、それが「自己貫徹力を有すること」、すなわち「遵守させる実力」をともなった実効性が要求される、ということを付加しうるように思われる⁷⁵⁾。

制定法実証主義は、成文法主義をとるヨーロッパ大陸法系諸国において確認しうる一般的傾向であるといえるであろうが⁷⁶⁾、以上のことからすれば、この制定法実証主義に固有の特質は、およそのところ、

- i) 実定法、なかでも、権力的定立たる制定法を考察の対象とする
(またはその中心に据える)
- ii) 制定法は、体系的な連関構造をなす法典のかたちで与えられている
- iii) 合法的に成立したあらゆる制定法は、その内容に関わりなく法適用

72) Vgl. Ellscheid 1977: S. 149 (25頁).

73) 竹下 1995: 25頁。

74) ここでは、「拘束力」という語を、両義性をそのままに、「効力」と同義に扱う。

75) 竹下 1995: 123頁 制定法実証主義と実効性についての関連については、ラートブルフの実証主義評価が参照されている。引用箇所において、「制定法実証主義の本質」について、それが「法概念論との関連では、法的安定性説と実力説との結合としてとらえることができる」ことが指摘されている。このことは、制定法実証主義について、それを「妥当根拠(論)」との関連において、さらに区分しうることを示すものであると思われる。

76) 加藤 1973: 105頁 および、加藤 1976: 256頁。

機関に対して「拘束力」をもつ

(もしくは、形式的な合法性が実質的な正当性を保証する)

- iv) 制定法が「拘束力」をもつためには、それが形式的な合法性要件を充足しているだけでなく、実効的であることが要求される
- v) 法的実践を方向づけるものとしての法理念論の探究に対して否定的態度をとる

(その存在・可認識性の否定、あるいは、法の理論的考察からの除外)

と整理しうることになろう⁷⁷⁾。そしてこの制定法実証主義が、再生自然法論からの批判の後に復活し、ドライバーにいう第3期において批判の対象となった法実証主義の潮流であり、かつての「自然法一元論」が「考察対象としての実定法一元論に転化」した結果、「現代のほとんどの法哲学者は、『現象』としての実定法をまず問題にする」⁷⁸⁾ことを指摘する竹下法哲学が「法の妥当(効力)」の探究において実質的に対峙した思想的コンテクストである。

3. 事実的妥当と規範性

法現象の把握に関与する基礎的な概念を解明することは、法哲学の課題の一つに数えられる。……ところで、法的妥当の概念規定を問題にすることは、法現象にとって基礎的な概念(ここでは妥当の概念)を解明することより以上の意義を有している。……(すなわちそれは:括弧内引用者)法的妥当を問題にすることが同時に法の概念規定をその原理的側面において問題にすることだ、ということを示している。では、法の概念規定の原理的側面とは何

77) 固有の特質という限定を除けば、もちろん、前節で述べたような法実証主義的思潮の基本的性質——たとえば、法的義務を道徳問題として法から区別することなど——についても、制定法実証主義の特質として挙示されよう。それらを一括した説明として、竹下 1995: 126頁 ほかを参照。

78) 竹下 1983: 250頁 竹下 1985: 122-123頁。

であるのか。私はこれを法の規範性の側面と呼びうると考える。

(竹下 1977 : 72-73頁)

「法の妥当（効力）」の探究は、竹下法哲学において、法現象にとって基礎的な概念を解明することより以上の意義を有していると理解されている。というのも、本章冒頭の引用で述べられているように、「法の妥当（効力）」を問題とすることが、同時にまた、法の概念規定をその原理的側面において問題にすることを意味すると理解されているからである。ところで、後者という法の概念規定——「法とは何か」という問い——をめぐる理論的対立は、伝統的には自然法論対法実証主義という図式においてとらえられてきたものである。しかし、かつてのこの対立図式は、今日においては、もはや成り立たない。なぜなら、法哲学の主要な考察対象は、今日では一般に「実定法 positives Recht」であると考えられているからである。

では、今日において「法とは何か」という問いをめぐる理論的な対立はどこに見いだせるのか。自然法論の思想的伝統が「法についての価値」を内容とする法理念論に刷新されたことを踏まえ、竹下法哲学は、先の問いに対し、さしあたりそれは『『法』の概念を、実定法の範囲内で完結的なものと見るか、それともそれを超越した法の価値理念にも関係づけねばならないとするか』⁷⁹⁾ という対立のうちに見出しうるものである、と応答する。しかし竹下法哲学は、この一般的な応答にとどまらず、哲学的伝統における「存在」と「当為」の対立図式を基準にして、法の概念をめぐるより根本的な対立をとらえることに向かう。このとき、「存在」と「当為」とを基準とした理論的対立は、法概念の原理的基底としての「規範性」の理解をめぐる、法実証主義の内部における対立のうちに示される。そしてこの対立が、「法の妥当（効力）」をめぐる対立としてとらえ直されたものが、竹下法哲学という事実的妥当論と規範的妥当論の対立である。

79) 竹下 1983 : 250頁同様の指摘が、竹下 1985 : 124頁に示されるが、後者では、ダントレーヴ A. P. d'Entrèves の提示した自然法論と法実証主義の対立が、法概念論と法理念論との対立に維持されていることが指摘されている。

(1) 法の規範性をめぐる対立の帰趨

先述のように、竹下法哲学においては、法現象の把握にとって基礎的な法的妥当概念の解明が、i) 事実的妥当、ii) 規範的妥当、iii) 存在論的妥当の三つの類型的な区別に立脚して展開されている。このうち、i) の事実的妥当とii) の規範的妥当との対立が、法の「規範性」の理解をめぐる法実証主義の内部における対極的な対立に合致するものと理解されている。この対極的な対立図式においてとらえられる法実証主義の立場は、竹下法哲学において、それぞれ「事実的法実証主義」と「規範的法実証主義」⁸⁰⁾ と呼ばれる法実証主義の形態であり、前者の立場から示される「妥当(効力)」概念が、i) の事実的妥当概念であり、他方、後者の立場から示されるのが、ii) の規範的妥当概念である。

事実的法実証主義と規範的法実証主義の対極的な対立は、竹下法哲学において、19世紀末から20世紀初頭にかけて問題にされてきた「法は存在か 為か か」という法哲学上の伝統的な問題設定⁸¹⁾ の二者択一性が、法実証主義の内部において極限にまで高められたものであると論じられている。そしてこの対立が、一定の要件事実が現にある場合に一定の行動をとるようにという行動指図を前提にした場合、行動指図の「規範性(拘束性)」を

- A) 一定の社会集団における事実としての行動の規則性のなかにみる
- B) 行動指図のもつ事実超越的な価値の側面にみる

80) 「規範的法実証主義」とヴィーアッカーにいう「規範主義的実証主義 Normativistische Positivismus」——「正義と法とは国家的法律命令につくるものでかつ国家法律命令によって創造される」との理解——(Wieacker 1952: S. 253 (516頁)) とは一応のところ区別されるものである。後者は、加藤法哲学にいう「権力的制定法実証主義」(加藤 1973: 107頁)に相当するものと思われる。なお、この「権力的制定法実証主義」について、ヴィーアッカーはそれを「無責任な合目的性的・権力的実証主義」とも呼んでいる。以上について、加藤 1976: 257-258頁 および266頁註(36) 参照。

81) 竹下法哲学は、この「二者択一的な問題設定の原点」といいうるものとして、エールリッヒとケルゼンの論争を論じている。竹下 1983: 242頁 および、竹下 1985: 26頁。

のいずれに理解するかについての対立としてとらえられている⁸²⁾。両者の相違は、法の規範性を「存在（事実）」に見るのか——「法は事実としてある」——、あるいはそれとは対立的に「当為」に見るのか——「法は当為としてある」——の相違であり、そしてまた、それが同時に、i) が事実的法実証主義の立場からの事実的妥当の説明であり、ii) が規範的法実証主義の立場における規範的妥当の理解に合致するものであるがゆえに、そこには「法とは何か」を語ることと「法の妥当（効力）」を語ることとの同一性が示されることが主張される⁸³⁾。

ところで、これまでも触れてきたが、竹下法哲学は、iii) の存在論的妥当を支持する立場に立つものである。それは、法の規範的拘束力としての「義務づける力」を重視する一方で、そのような規範的拘束力を支持する ii) の規範的妥当論が、「事実的なもの」との連関を適切に捉えることができないという問題を抱え込むことについての応答でもある。たんなる規範的要求にのみとどまっている規範体系は、法体系として妥当しているとはいえない。したがってそれは、法秩序の妥当に関し、実効性との連関を考慮に入れる必要に迫られる。この場合、規範的妥当論は——ケルゼン、それからラートブルフにおいても——、「大体において実効的な法秩序」を前提とすることで先の問題を回避しようとするのであるが、竹下法哲学によれば、このことは、規範的妥当論が、結局のところ、事実的妥当論によって構成された実定法概念を導入していることに等しいものであることを示している⁸⁴⁾。

他方、事実的妥当論は、その「実証科学的思考」が一見して「まっすぐの志向 *intentio recta*」を有するものと理解できることから、ハルトマンにいう「実在的な存在の重み」を正当に評価しようとする竹下法哲学の妥当概念と整合的であるようにも思える⁸⁵⁾。ただしそこでは、事実的妥当論において構成さ

82) この区分は、「規範」ないし「規範性」という語の理解または用法の相違に基づく区分とも考えられる。この区分は、「規範性」の両義性に対応するものでもある。「規範」ないし「規範性」概念の両義性について、cf. Raz 1979 p. 134。

83) 以上について、竹下 1983 : 251頁および、竹下 1985 : 125頁。

84) 以上について、竹下 1977 : 79-80頁、および、竹下 1985 : 164頁。

85) Vgl. Hartmann 1935: S. 83 (112頁) 西南ドイツ学派にいう「前科学的意識」↗

れる「実効的な実定法秩序」が、「当為の認識論的範疇をもってする認識主観による産出」としての法現実の認識において、認識主観が「当為のカテゴリーを投げかけた、その存在が前提されていたもの」、この意味で、法の存在論が「存在するもの（即自存在）」と呼び慣わした「妥当している（効力を有している）法」——「規範と事実の統一の中で規定」される法の存在——であるといえるのか⁸⁶⁾、ということが問題とされことになる。以上のことからすれば、事実的妥当論の検討が、竹下法哲学の「法の妥当（効力）」の探究において、きわめて重要な位置づけがなされることが明らかであろう。そしてこのことが、本稿が、以下に続く考察において、竹下法哲学における事実的妥当論の理解に焦点を合わせることの理由である。

さて、事実的妥当論が立脚する思想的コンテクストは、前述のように、「事実の実証主義」であるが、竹下法哲学におけるこの立場についての考察は、「規範の実証主義」の立場に立つとされるケルゼンとエールリッヒ E. Ehrlich の論争をとりあげることにはじまる。竹下法哲学に依拠しつつ単純化すると、この論争の中心には「法規範と実効性」をめぐる対立があり、さらにその対立を規定するのが「存在」と「当為」の対立図式である。法規範の当為としての側面を考慮しつつも⁸⁷⁾、エールリッヒは、その決定的な概念メルクマールとして実効性を掲げる。彼にとって法規範とは、「一般的に承認され、遵守されること」によって「事実的なもの」となっている規則——「生ける法 lebendes Recht」——であり、社会学または社会心理学の考察方法に服する事実である⁸⁸⁾。つまり、法の効力の一側面たる法の実効性の考察が、エールリッヒにお

ゝの重視が、ここではハルトマン存在論にいう「存在するもの」への正当な評価に置き換えられている。

86) ここに示される竹下法哲学の「法の存在論」は、ハルトマンに依拠して提示されるものである。竹下 1983 : 258頁以下、竹下 1985b : 155頁以下、および、竹下 2016 : 101頁以下を参照。

87) それは、エールリッヒにおいて、「法の事実」から生じるとされている。竹下 1985 : 38、50、54頁。

88) Vgl. Ehrlich 1913 : S. 46 f. (38頁) なお、この点について、竹下 1983 : 246頁

いては、法規範そのものの本質的な探究——「法生活の現象における法則性を発見し叙述すること」⁸⁹⁾を中心的課題とする理論法律学（法社会学）——として、経験科学的方法のもとに展開されているといえる⁹⁰⁾。それでは、エールリッヒにおいて、法規範の当為としての側面は、どのように理解されていたのであろうか。

エールリッヒによると、法規範の形式たる行為の規則は、「抽象的な命令および禁止」を指図するものであり、「自明のことながら、通常それにしたがって行為されるだけでなく、行為されるべきでもある規則」である⁹¹⁾。これは、法規範が、当為的側面をもつものでもある（と考えられる）ことの表明であろうが、その当為性は、法規範が「法の事実」としての「慣行 Übung」を源泉としていることに根拠が求められる。「規則的に慣れ行われている」という「慣行」の内容は、法規範の内容に転じ、そしてその形式において、当為の規則としてあらわされる。エールリッヒによると、「規則的に慣れ行われている」という事実は、「人間の精神」、その心理的な機能を媒介にして、当為表象つまり規範意識に転換されるものである⁹²⁾。そして、心理的事実としての規範意識それ自体は、当然のことながら、観察可能な事実として経験科学的考察の対象になる。

以上のような主張に対する二元論的な立場からの批判⁹³⁾ はともかくとして、

↘竹下 1985 : 42頁、118-119頁。

89) Ehrlich 1913 : S. 401 (469頁) エールリッヒ法社会学は、「さらに、帰納的方法をもって法の複合的な構造を因果的に明らかにすることに接合している」(竹下 1985 : 72頁)。

90) エールリッヒにおける妥当論に言及するのであれば、彼にいう「実用法律学」の考察対象である「言葉に表され、権威的に公示され、……普遍妥当性への要求をもった」(Ehrlich 1913 : S. 152 (158頁)) 規則としての「法規」を問題にしなければならぬかもしれない。しかしこの「法規」もまた、エールリッヒにおいては、事実的な規則としてとらえられている。この点について、竹下 1985 : 94-95頁。

91) Ehrlich 1913 : S. 21 (10頁), S. 45 (36頁)。

92) Vgl., Ehrlich 1913 : S. 82 ff. (78頁以下) エールリッヒにおける法規範の当為性について、竹下 1985 : 96頁以下参照。

93) エールリッヒに対するケルゼンの批判について、竹下 1985 : 98頁以下。

エールリッヒの場合、前述のような法規範の当為性が、法規範の決定的な概念メルクマールとしての実効性とどのような関係にあるのか、その連関については、少なくともわたしにとっては判然とするものではない。けれどもそれは、その「心理的事実としての規範意識」への言及に着目した場合、何らかの関連が想定されていたように思われる。そしてエールリッヒの理論構成をこのようにとらえるのであれば、それは、「心理的事実としての規範意識」への言及によって抱え込まれることになる問題を含め、竹下法哲学において、エールリッヒと同じく事実的法実証主義に立脚し、事実的妥当論を展開した典型として考察されたガイガーとロスの理論構成に一致するものと理解しうることとなる。

(2) 事実的妥当論の理論構成

以下に続く考察は、竹下法哲学における「法の妥当（効力）」の探究をめぐる議論の再構成に焦点を絞るものである。この再構成は、法の効力概念の両義性に関する観点と、思想的コンテクストとしての法実証主義的思潮の類型的把握に関する観点の2つの観点からの若干の補足と修正である。この観点からの補足と修正は、いずれも事実的妥当論をめぐるものであるが、その具体的な考察に先立って、以下では、事実的妥当論の理論構成についての整理に加え、竹下法哲学が各論考において事実的妥当論にどのように言及してきたかについての整理を行う。なお、後述においても明らかとなるが、竹下法哲学における議論を再構成するという点について、本稿が、竹下法哲学の問題関心はもとより、その探究の過程、成果の意義を否定するものではなく、また、それを拒否するものでもないことを、あらかじめここに断っておきたいと思う⁹⁴⁾。

94) 若干の修正ということに関して、それが意味するところは、以下の指摘が、竹下法哲学の学問的探究について、その問題関心はもとより探究の成果の意義を否定するものではないこと——本稿は、その探究の軌跡・意義について、いささかも疑うものではない——、あるいはそれを拒否するものでもないこと、したがって、それが語の本来の意味での「批判」に、より正確には、比較的トリビアルな批判に相当するものであること、このこととの関連でいえば、批判的再構成の意図するところ

一定の要件事実が現にある場合に一定の行動をとるようという行動指図を前提として、事実的妥当論は、行動指図の規範性（拘束性）を「一定の社会集団における事実としての行動の規則性」のなかにみる。事実的妥当論においては、法の効力（実効性・妥当性）が「事実的なもの」ととらえられるが、ここにいう「事実的なもの」とは、第一義的には「法が適用され、遵守されている」事態、つまりは実効性を示す事実であり、そしてこの事実が、「一定の社会集団における事実としての行動の規則性」に見出される。この場合、法の規範的拘束力については、たとえば形而上学的残滓として排斥されるか、または等閑視されるとき、法の効力は、少なくとも実質的には法の実効性と同一視される。もっとも、事実的妥当論においても、法の規範的拘束力の意義が認められることも十分に考えられる。このとき、事実的妥当論においては、法の効力について、法の実効性と法の妥当性の双方の意義が認められたうえで、その関連性が問われることになる⁹⁵⁾。

法の効力としての実効性は、「法が適用され、遵守されている」事態をいうものである。そしてこの事態は、一定の社会集団における事実としての行動の規則性を観察することで確かめられる。事実的妥当論は、このことを共通の出発点とし、そしてここからさらに、先に述べたようなかたちで議論を展開して

ゝろは、竹下法哲学の議論を分類し、区別し、整理することで、整合的に理解すること、こうした作業を、わたし自身の関心のもとに行うことで、竹下法哲学の学問的探究の枠組みを自身の研究テーマの探究の枠組みとしてそれに接合することにある。

95) 実効性と妥当性とを区別し、かつ、方法的一元論に立つことを前提とした場合、法の規範的拘束力もまた、「事実的なもの」との対応においてとらえるものとみなされる。しかし結局のところ、そこでは「義務的に拘束すること」ではなく、「実効的であること」に対応する事実と何ら変わりのないような、たんに「拘束的であること」に対応する事実が求められてしまい、いったんは区別された実効性と妥当性とが、ふたたび同一視されることを帰結することが考えられる。実効性と妥当性とをあくまで区別すべきと考えるのであれば、これに対処するアプローチは、「義務的に拘束する」ことに対応する事実を模索するか、「義務的に拘束する」こととは厳密に区別される実効性概念を彫琢するかのいずれかであろうが、後者の場合、たとえば、法共同体成員による法の遵守を、国家的権威機関による法の適用・貫徹とを区別し、後者に実効性をあてがうなどが考えられるであろう。いずれにせよ実効性概念それ自体に焦点を合わせた詳細な考察については、他日を期したいと思う。

いく。このことを、以下の考察の意図を明確にするために簡略化すると、事実的妥当論は、

- Aa) 法の効力を、実効性と同一視する、または、等価であるとみなす
- Ab) 法の効力を、実効性に認める一方で、実効性と規範的拘束力または妥当性との関連に言及する

のいずれかの議論を展開することになる。このうち、Aa) については、行動指図の規範性について、それが命令のかたちをとり、かつ、法の規範的拘束性——法の「義務づける力」——が実質的に否定されることから、実力による「他律的な強制義務」の観念（ヴェルツェル H. Welzel）に直截的に結びつくことになる⁹⁶⁾。他方、Ab) については、法の実効性と法の妥当性が、それぞれ法の効力の異なる側面を表しており、固有の意義を有していると考えられる——したがって、そのそれぞれについて独立別個の事実的な考察がなされる——か、どちらかが他方の前提、条件、原因、あるいは従属的要素となっている、もしくは相補的な関係にある、といった立論が考えられよう⁹⁷⁾。そして、いずれにせよ本稿 1. の冒頭に示したような法哲学研究における法の効力に関する考察の一般的傾向に照らしてみれば、これらのうち、Ab) が、法哲学研究における実効性理解の一般的傾向であるといえようが、竹下法哲学において取りあげられた事実的妥当論もまた、Ab) に連なる理論構成をとるものと理解できる。

ところで、竹下法哲学における事実的妥当論へのまとまった言及は、1977年

96) このことは、事実的妥当論の背景となる法実証主義——事実的実証主義ないし法学的自然主義——との関連で問題となるが、本稿の課題とする法の効力の考察を超えて効力根拠の考察へと進むことになるので、ここでは立ち入らない。なお、法規範が「正しく理解された意味での『規範』」の意味をもちうるかについて、加藤 1976 : 314頁以下を参照。

97) もっとも、いったんは区別された実効性と妥当性が、関連を問うことを通して、ふたたび同一視されるに至ることも考えられる。

の論文「法の妥当と規範性」、78年の論文「法的妥当概念の三類型」、1983年の論文「法の効力——その存在論的把握」、1985年の著書『法 その存在と効力』、の4つの論考に確認できる⁹⁸⁾。このうち、77年論文においては、「法の規範性の所在を問うという、法の概念規定における根幹的な課題」に関わるものとして、法的妥当概念が位置づけられている。事実的妥当論に関しては、それが存在論的な妥当論に再構成しうるものであることが示唆されている一方で、ガイガーとロスの所論への言及は、ごく簡潔なものにとどまっている。厳密に言うと、77年論文では、ロスの事実的妥当論について、それが法律学的妥当論を取り込みうるものである限りにおいて、規範的妥当論に接近することが論じられているのだが、この点を除く77年論文の考察を、類型論を手がかりとしてさらに詳細に展開したものが、78年論文である。

これに対し、83年論文においては、「『法は自然法か実定法か』または『法は存在か当為か』という、法哲学上の伝統的な問題設定」を手がかりとして、「効力概念論の法哲学上の理論的位置」を見定めるといふ課題のもとで、事実的実証主義と規範的実証主義双方の法の規範性のとらえ方が、それぞれ事実的妥当概念と規範的妥当概念の概念規定に接合される。そこでは、事実的妥当について、ガイガーとロスに直接的に言及することないが、おそらくは彼らの見解を踏まえた一般的な整理を行い⁹⁹⁾、またそれをもとにして、物理的事実としての事実的妥当概念と心理的事実としての事実的妥当概念とを合成したものが、「もっとも適当な」事実的妥当論であることが述べられている¹⁰⁰⁾。

85年著書は、77年論文および78年論文と83年論文の成果を踏まえた、法的妥当概念をめぐる竹下法哲学の探究の集大成である。妥当概念の類型的把握に限っていうならば、85年著書は、若干の加筆があるものの、構成・内容ともに、

98) 「実効性」に言及するものとして、他には、[竹下 1976a : 95-96頁] がある。ここでは「妥当」と区別されるものとしての「実効性」の一般的理解が論じられている。

99) 83年論文の脚註において、78年論文への参照が促されている。

100) この83年論文における「効力概念論の法哲学上の理論的位置」を見定める考察に、80年・82年のケルゼンとエールリッヒの論争をめぐる考察が加わる。

ほぼ78年論文を踏襲するものであり¹⁰¹⁾、それが83年論文の枠組みのもとで論じられる一方で、77年論文における事実的妥当の再構成の可能性や、これとの関連におけるロスの規範的妥当論への接近可能性についての直接的または積極的な言及はされていない¹⁰²⁾。85年著書と77年論文および83年論文いずれにも共通するのは、事実的妥当について、その「妥当」を実効性に置き換えること——これに伴って「妥当」は、事実的妥当論を論じる際には、本稿にいう「効力」の意味で用いられていることになる——、事実的妥当論において、実効性が「法が適用され、遵守されている」事態をととしてとらえられており、そしてそれが、一定の社会集団における事実としての行動の規則性を観察することで確かめうるものと論じられている、という事実的妥当論理解である。

前述のように、85年著書は、竹下法哲学の「法の妥当」の探究の集大成に位置づけられる論考である。ただ、85年著書は、事実的妥当論へのアプローチにおいて、事実的妥当論における法の実効性理解を直接的に考察した77年論文および83年論文とは異なり、規範の概念を中心に考察が進められている。本稿との関連でいえば、ガイガーとロスの事実的妥当論について、本稿のアプローチは、77年論文および83年論文のアプローチに一致し、そしてまた、その理解に

101) 85年著書においては、事実的妥当論に関して、制裁の主体と義務意識をめぐる考察が加筆されている（竹下 1985：154頁）。他方、78年論文には、85年著書にはない竹下法哲学の類型区分の意義についての言及と、区分の名称、特に「存在論的妥当」という語について、それが「暫定的な使用」であることが述べられている。この点について、前掲註（50）参照。なお、85年著書は、「事実的妥当論のひとつの発展形態」として、ルーマン N. Luhmann の妥当論を詳細に検討しているが、これについては、たとえばハーバーマス J. Habermas との関連において、別稿で改めて論じることとしたい。

102) 85年著書は、ロスの規範的妥当論への接近可能性について次のようにごく簡潔に触れている。「ロスは、すでにみたように、規範が指図という意味内容としても存立しうるのであって、そのような指図が体系をなしうることも認めていた。規範的妥当論者は、規範のこのような特質を第一義的に強調し、それによって規範を事実から区別するように主張する」（竹下：1985：156-157頁）。同じ指摘が、78年論文に確認できる（竹下 1978b：44頁）。後述することであるが、この指摘は、事実的妥当論と法律学的妥当論との接合の可能性に関する指摘である。

についても、両論文に示された内容をほぼ踏襲するものである¹⁰³⁾。しかし、85年著書の事理的妥当論の理解、より詳細には、ガイガーとロスにおける、行動指図の規範的拘束力の理解について、本稿は、85年著書とは異なる理解に立っている。竹下法哲学において「妥当」と「効力」とが文脈によって互換可能であることに加え、「規範」という語の使用が必ずしも一義的でないこと、これらのことが、わたし自身に混乱をもたらしているところも少なからずあろうが、次章において、本稿1.との重複を厭わず、改めて事理的妥当論を見ていくこととしたい。

4. 事理的妥当の再構成

新カント学派（マールブルク派：括弧内引用者）はこの「反省」を絶対化し、「認識対象」として「存在するもの」をも否定する。……これが法哲学に応用されると、法現実の認識とは、当為の認識論的範疇をもってする認識主観による産出だということになる。このような見解においては、「実在的な存在の重み」がもはや正当に評価されえない。……こうして、「認識は存在するものに向かう」という根本現象にたちかえり、……「即自存在」を再建することが必要になる。……法という存在しているものとの関係では、「即自存在」とは、規範的妥当論において認識主観が当為のカテゴリーを投げかけた、その存在が前提されていたものである。それはケルゼンにとってもラートブルフにとっても「大体において実効的な強制秩序」である。……ところで、このような「大体において実効的な強制秩序」とは、じつは事理的妥当論において構成された実定法概念に等しい。……とすれば、この事理的妥当概念にもとづく「実効的法秩序」が、まさに法として妥当する「存在するもの」であるかどうかは問われなければならない。（竹下 1983：260-262頁・竹下 1985：202-204頁）

前章(1)で述べたように、法の存在論を志向する竹下法哲学においては、事実

103) したがって、以下に示す85年著書に対する本稿の疑義は、すでに竹下法哲学によって、その立論の構造・方向性を与えられたものでもある。

的妥当論をどのように理解するかが、その立論構成上、重要な役割を果たしている。その事実的妥当論理解は、事実的妥当概念にもとづく「実効的法秩序」が、「まさに法として妥当する（「効力」を有する：括弧内引用者）ものとしての「存在するもの」であるかどうかを問うこととの関連で示されるものである。それを正確にたどることは難しいが、冒頭の引用は、おそらくは、以下のような竹下法哲学の実際における思索の軌跡を示しているように思われる。

76年にはじまる法の妥当根拠の探究以来、竹下法哲学は、「未だ分析を施されていない」ところの「前科学的（＝「学」以前の）意識」が指示する対象——「慣行的外延」——によって与えられた了解内容——「慣行的内包」——、この意味での「法の現実」から考察を開始する姿勢¹⁰⁴⁾を示している。その姿勢は、「法の現実」によって与えられた直観的信念としての「義務づける力をもたない法は、もはや法ではない」という根本テーゼのもとで、「法の現実」に学問的に向き合うよう、竹下法哲学を方向づける。それは、「未だ分析を施されていない」ところの実効的な実定法秩序の現実を学問的にいかにとらえるかという問題を眼前の課題として竹下法哲学に提示する。このとき、「法の現実」をもっとも適切に説明する枠組みとして——それが真に適切であるかどうかはともかくも——、その前景に立ち現れたのがハルトマンに依拠した法の存在論であり、前述のような問題設定であった。

次に続く本稿の考察も、以上のような理解を念頭に事実的妥当論を読み解いていくのだが、ただしそれは、事実的妥当概念にもとづく「実効的法秩序」が、法の存在論にいう「存在するもの」であるかどうかという観点からというよりも、法の効力概念についての一般的な理解に基づいて、法の実効性と法の妥当性とをさしあたり区別したうえで、両者の関連をどのようにとらえるのかという観点から、事実的妥当論を考察するものである。

(1) 竹下法哲学における事実的妥当理解

観察可能な行動の規則性のみをもって「法の遵守の事実」をとらえることに

104) この点について、前掲註(32)を参照。

は、明らかな困難が伴う。なぜなら、そうした事実だけでは、観察された行動の規則性が、法が遵守されている事態の事実を示すものであるか、それとも、他の社会規範が遵守されている事態の事実を示すものであるのかどうかは確定されえないからである。この理論的困難は、ガイガーにおいて、「制裁」のメルクマール¹⁰⁵⁾が導入されることにより、回避されている。彼によると、実効性の事実とは、ある特定の状況において一定の行動の規則性が観察されるか、または、逸脱行動に対する「反作用」が実行せられることが観察される時、すなわち、ガイガーにいう選言的な行動指図の「現実化作用」のうちに確かめられる¹⁰⁶⁾。ところが、こうした「制裁」のメルクマールが事実的妥当の定式に導入されることによって、事実的妥当論はいくつか別の問題を抱え込むことになる。

第一に、ある一定の規則的行動を「反作用」として特徴づけられる事実として他の規則的行動から識別し、まさしくそれが「反作用」の事実であることを外面的に確定することはできないのではないか、という問題が挙げられよう。しかしこの問題は、「反作用」が「特別な社会的機能」として組織化されていること、「反作用」の主体が「反作用」を独占する「権威機関」に限定されることで、ひとまず回避される¹⁰⁷⁾。けれどもここでもまだ問題が残る。それは、事実的妥当論が依拠する実効性の事実をあらわす定式が選言的であることに関わる問題である。すなわち、「反作用」の事実の不存在は、当該の「反作用」に先行する、逸脱行動を規定する行動指図が遵守されている事態と等価であるのか、あるいは、「反作用」の事実が法の実効性を語るもののだとしても、そのことは、何らかのサンクションが発動された場合に限って実効性が語りうるも

105) 「『制裁』のメルクマール」ということで、ここでは、サンクション発動の条件となる判決行為、すなわち、法の適用を含む「反作用」を指す語として用いる。もちろん「制裁」は、その典型であって、それと等価ではない。なお、この語については、83年論文から引用したものである（竹下 1983：253頁）。

106) 制裁のメルクマールが法規範の識別基準となるとの指摘は、83年論文において確認できる。竹下 1983：253頁。

107) この点については、ロスによるガイガー批判との関連で、改めて言及する。

のとなることを主張するものでないのか、という問題である。

以上に提示した問題は、ガイガーにいう「拘束性」の理解に関わる問題である。そしてこれに対する85年著書の理解についていえば、本稿は、それとは見解を異にしている。以下では、ガイガーにいう「拘束性」についての85年著書の理解を中心に議論を進めていくが、ここで問題にすべきは、ガイガーに対するロスの批判である。ロスは、事実的妥当の定式に導入された「制裁」のメルクマールについて、次のように批判する。行動の規則性を観察するだけでは、ある一定の事実が「反作用」の事実であることは確定できない。すなわちここでは、逸脱に対する「否認の感情」を「反作用」の主体が抱くことが必要とされる。「否認の感情」は、ある行動指図が「内面的に妥当なものとして経験されている」¹⁰⁸⁾ ことに由来するものであり、これがなければ、たとえば輸入品に対する関税の徴収（＝外的視点から観察される事実としての「外国から品物を輸入する者から金銭を強制的に徴収する」という物理的強制行為）が「反作用」の活動とみなされることにともなって「外国から品物を輸入してはならない」という行動指図が法規範として妥当している、または実効的である、という奇妙な言説が成立しうることにもなりかねない¹⁰⁹⁾。

85年著書は、上述のようなガイガーに対するロスの批判に準拠して事実的妥当路の考察を展開している。そこで示された理解によれば、彼らの論争は、「制裁」のメルクマールを軸とした物理的事実に依拠するガイガーに対し、ロスによって「妥当性の経験 experience of validity」という心理的事実に依拠した批判が展開されている、と整理しうるものである。ただしこれについて、85年著書は、「意外にもじっさいは、ガイガーも制裁に関して心理的事実を無視していない」¹¹⁰⁾ と、ガイガーが心理的事実に言及していることを指摘する。

108) Ross 1968: p. 84.

109) 竹下 1985: 143頁 この、「反作用」に先行する逸脱行動がまさしく逸脱行動であることを規定する行動指図について、それが何であるかを「反作用」の事実だけでは確定しえないのではないかと、という疑問については、本稿 4. (2)および、註(116)を参照。

110) 竹下 1985: 143頁。

それによると、ガイガーは、道徳的義務とは区別される、「反作用」の主体が抱く行動範型についての表象——厳密には、その表象によって生じる行動予期ないし期待——が「社会的圧力の機構を作用させる」ことをもって「規範の拘束性」が生じることを論じ、これによりロスの批判に応答している。

これらを評して、85年著書は、ガイガーとロスの事実的妥当論を次のようにまとめる。すなわち両者は、「規範の妥当性（実効性：括弧内引用者）に対応する事実を、特定の行動範型がある集団の内部において規則的に生起しており、さらに逸脱行動に対して反作用が加えられるということにもとめている」点で一致するが、「反作用の主体における表象をどのようにとらえるか」という点で対立する。後者にいう「反作用の主体における表象」について、「ガイガーは、これが特定の行動範型が集団によって予期（期待）されているという表象で十分であると考え、これに対して、ロスは、特定の行動範型を義務的なものとして感じる妥当性（法の規範的拘束性：以下、括弧内引用者）の感情が一般的であってはじめて、規範の現存あるいは妥当（法の規範的拘束性）について語りうるとする」のである。したがって両者の「法的妥当（法の実効性、より厳密には、法の効力）に対応する事実（傍点引用者）は、物理的な事実と心理的な事実とが混合されたものであって、その心理的な事実の理解において両者の見解が相違するにすぎない」のである¹¹¹⁾。

85年著書は、ロスの批判に沿うかたちで、「制裁」のメルクマールの識別基準を求め、「反作用」の主体が抱く表象に逢着した。法の適用を、「典型的には制裁執行の条件となる判決行為であり、広く制裁行動の一部をなす」¹¹²⁾ ととらえた場合、法規範について、それを第一義的には裁決規範であるとみなし、そしてまた、実効性の事実として、それを「法機構 legal machinery」——立法機関、裁判所、諸々の強制機関が帰属する行政機関、ここでの叙述との関連で特に重要となるのが裁判所である——における法実践にもとめたロス¹¹³⁾ は、

111) 以上について、竹下 1985：145-146頁。

112) 竹下 1983：252頁。

113) Cf. Ross 1968: pp. 90-91.

およそのところ、事実的妥当の定式をガイガーと共有しているといってもよいだろう。しかし、結論からいうと、85年著書にいうような「反作用」の主体が抱く表象をめぐる相違は、ガイガーとロスの事実的妥当論の決定的な相違を示すものではない。

(2) 事実的妥当理解の再構成

裁決規範は、法共同体成員の行為規範を論理的に内包するものであり、したがって法規範としては、裁決規範が第一義的であると考えられていたこと¹¹⁴⁾からすると、ロスにとっては、「反作用」の主体——裁決規範の名宛人——の挙動が、やはり経験科学的な考察の中心的な対象となる。加えて、法規範について「強制行使によって維持される規範ではなく、強制行使に関する規範」であると理解するのみならず、法規範の規範性を、他律的強制という意味での拘束性ではなく、「義務づけること」としての拘束性にみていたロス¹¹⁵⁾からすれば、後者のような規範の拘束性を語らず、行動の規則性または物理的強制行為のみをもって法の実効性を論じたかのように理解しうるガイガーの所論——したがってそれは、先述のAa)のタイプの典型にして極端な事実的妥当論であると理解されることになる——は、当然にして批判の対象となる。そして、「義務づける力をもたない法は、もはや法ではない」という根本テーゼを掲げる竹下法哲学が、ロスによるガイガー批判に沿うかたちで両者の論争を想定し、そうしてロスの批判を支持することにも、相応の理由があるようには思われる。

しかし、ガイガーにおいて、「反作用」が「特別な社会的機能」として組織化されていること、また、「反作用」の主体が「反作用」を独占する「権威機関」——ロスにいう「法機構」——に限定されることを考えれば、ロスの批判は、そもそもが意味をなさないものである¹¹⁶⁾。が、このことを措くとして、

114) Ross 1968: p. 90.

115) Cf. Ross 1968: pp. 84 f.

116) この点について、佐藤 1977: 27頁参照。[佐藤 1977] が指摘するロスへの疑

ここでの問題は、ガイガーにいう「規範の拘束性」について、ロスおよびそれに準拠する85年著書もまた、それを誤認していることにある。本稿1.(1)で見たように、ガイガーにおいては、「規範の現実性」と「規範の拘束性」とが明確に区別されている。前者は、「規範」——ここでは行動指図——が要求する当該規範の内容実現・選言的な現実化作用であり、つまりは「規範」の実効性を意味するのに対し、これとは区別される後者は、内容的には「名宛人が直面する二者択一それ自体」——二者択一的な行動指図の要求それ自体——であるとされる。もっとも、経験科学的な方法一元論の立場からすれば、「規範の拘束性」は、結局のところ「事実的なもの」のうちに看取することができるであろうし¹¹⁷⁾、85年著書もまた、先の区別に言及する一方で、「ガイガーによれば、拘束性はさしあたり二者択一的な作用（傍点引用者）という事実連関によって理解される」¹¹⁸⁾と指摘し、ロスと同様、ガイガーが「規範の拘束性」を「事実的なもの」に還元しようと考えていたとの理解を示している。

確かにガイガー自身も、「規範の現実性」と「規範の拘束性」とを区別しつつも、後者について、それに対応する事実との関連において説明しようとした。

↘義は、ガイガーに対するロスの批判が意味をなさないことの理由を示している。すなわち、「反作用」の主体である権威機関は、そもそも法律や先例に従うことを義務づけられてる。あるいは、権威機関という語は、拘束力ある法を前提とする概念であり、その「反作用」の主体の活動は、ロスにいう逸脱に対する「否認の感情」を伴うことを当然にして含意する。だとすれば、「反作用」の主体が抱く表象について、ガイガーが「特定の行動範型が集団によって予期（期待）されているという表象で十分である」とみなすことの方が、ロスに比べてより説得的であるように思われる。この点に関して、[大橋 1975：126頁以下]は、ロスが、法に従うこと（拘束されること）と、法を適用することとを区別していないのみならず、ある箇所においては、実効性についての説明に際し、明らかに「拘束されること」という心理的要素を除去し、もっぱら法を適用することによって、それを説明していることを指摘している。以上のことからすれば、反作用の事実は、「法に拘束されている」という事実ではなく、もっぱら「法が適用されている」という事実として理解すべきである、と言えるように思われる。なお、ガイガーに対するロスの批判は、後述するように、制定法実証主義を背景として事実的妥当論を理解した場合にも、同じく意味をなさないものと了解できる。

117) ガイガーの方法一元論については、竹下 1985：146頁 註(2)を参照。

118) 竹下 1985：143頁。

そしてそこには、両者を混同するような理解が提示されてもいる¹¹⁹⁾。しかしガイガーにいう「規範の拘束性」は、ある特定の状況において、ある特定の行動指図に従うか、または、それを逸脱して「反作用」に曝されるかという、二者択一的な行動指図の要求それ自体に直面する名宛人が、当該行動指図に規範的に拘束されているという事態を語るものである。こうした事態は、「反作用」の活動によって引き起こされる規範的事態であり、そしてまたその「反作用」の活動は、「反作用」の主体が抱く行動指図にかなう行動の予期・期待に基づくものである。もっとも、「反作用」の活動は、「規範の拘束性」にとっての「条件」ではあるが、「原因」ではない。「規範の拘束性」は、「社会的な相互依存」の事実——人間的な共同生活においては、互いに、自己の行為を、それに対する相手方の一定の予期しうる反応にもとづき調整せざるをえないという事実——を究極的な原因として生じるものであり、そうした「社会的な相互依存」の事実のうちに示されるある特定の行動範型を「拘束的なもの」、すなわち、ガイガーにいう「規範」にまで高めるものが、「反作用」の蓋然的事実である¹²⁰⁾。

したがって、規範的に拘束されるのは、ガイガーにおいて、「反作用」の主体というよりもむしろ、「反作用」の行動指図に先行する行動指図——それは受規者を規範的に拘束するという意味では、まさしく行為規範と表現しうるものである——の名宛人たる共同体成員であり、ガイガーが心理的事実に言及していることを指摘するのであれば、ある一定の状況に対応する行動指図からの逸脱に対し高い蓋然性をもって実現される「反作用」によって強化される、共同体成員の「拘束されている」または「義務づけられている」という表象を問題にしなければならない。そしてその表象は、各人が共同的に志向する行為範型を内容とする行動指図に関するものであり、この限りにおいて、個人的な表

119) この点については、本稿 1. (1)において言及した。それは、ロスが指摘するように、規範の拘束性を、行動の規則性のみによって説明しようとするものであった。

120) Vgl. Geiger 1947 : S. 48 ff. 「反作用」の事実の蓋然性は、社会的に組織化された機能としての反作用が、権能ある国家的権威機関によって実行されうることによって担保される。

象ではなく、共同生活における相互行為の事実に関係する、集合的な一般的表象である。

以上のことを整合的に理解するとすれば、ガイガーの事理的妥当論は、

A-1) [法の遵守] 特定の状況における共同体成員の行動に一定の規則性が実現されている

A-2) [法の適用] 特定の状況に対応する行動範型からの逸脱に対し、高い蓋然性をもって反作用が加えられる

といったように、法の実効性の事実を重層的にとらえ、かつ、それらそれぞれを観察可能な蓋然的事実として提示することに加え、

A') [規範の事実] 上記に関連する一般的な義務意識が存在する

ことを論じるものであるといえる¹²¹⁾。この場合、A-2) にいう反作用が社会的機能として組織化されており、また、それを独占する国家的権威機関が反作用の主体であることから、A') にいう一般的な義務意識は、実質的にはA-1) との関連において提示されるものであると了解しえよう。加えて、反作用および反作用の主体についての前述の規定は、ガイガーの理解に立った場合、反作用の事実を一時的な事実としてではなく、蓋然的事実としてとらえることを示すものである。また、反作用の事実の蓋然性は、それによって強化される一般的な義務意識の事実について、それを同じく蓋然的事実として提示することを示すものである。そしてこれらにより、ガイガーの事理的妥当論は、反作用の事実の不存在が、行動指図が遵守されている事態と等価であることを示すものでもなく、反作用が発動された場合に限って実効性が語りうるものとなることを主張するのでもない、と理解できることになる¹²²⁾。

121) この図式は、83年論文に示された、「心理的事実と物理的事実とを合成」した「もっとも適当な」事理的妥当の捉え方に相当する。竹下 1983 : 255頁。

122) 反作用の事実を一時的な事実としてとらえるのではなく、行動の規則性と同様、

上記にいう、A-1)・A-2) および A') のような事実的妥当の定式に相当する理解は、ガイガーのみならず、ロスにおいてもおよそそのところで確認できるものである。そして上述の定式は、83年論文において提示された事実的妥当の「もっとも適当な」定式に一致するものでもあるのだが¹²³⁾、本稿もまた、上記のA-1)・A-2) および A') を、ガイガーにいう事実的妥当を定式化したものであることを超えて、類型的に把握された事実的妥当論において提示される、事実的妥当の一般的な定式であると考え¹²⁴⁾。もっとも、前述のようなガイガーの事実的妥当理解は、定式化されることにおいてガイガーとロスに共通の理解を一般的なかたちで示すものとなることに加え、両者の相違を示すうえでの重要な準拠点となるものでもある。

本稿 1. (1) で示したように、ガイガーにおいては、国家的権威機関による反作用の発動が高い蓋然性をもって実現されることが、それに先行する行動指図がまさしく規範としての拘束力を帯びるための条件であり、またこの意味で、後者にいう行動指図が法規範として他の社会規範から識別される基準であると考えられている。これに対し、ロスにいう「規範」を彼が示唆するように共同体成員を名宛人とする行為規範の意味にとらえ¹²⁵⁾、かつ、ガイガーとロスとの有意義な対比のために、ロスが語る反作用の主体が抱く表象についての言説をさしあたって無視することが許されるとすれば、ガイガーと対比されるべきロスの主張は、次のように整理できる。

ロスは、規範的拘束力に対応する事実である義務意識の存在が、ある特定の

↘蓋然的な事実ととらえるのであれば、反作用の実際的な発動如何にかかわらず、反作用の事実の蓋然性の程度に応じた確からしさのもとで、法の実効性（法の遵守）について語るができるといえる。このとき、一般的な義務意識は、それ自体、反作用の事実の蓋然性の程度に応じてその拘束性の強度が規定されるものとして、実効性（法の遵守）の確からしさに関わると理解できるように思われる。

123) 前掲註 (117) 参照。

124) 本稿 3. (2) において、事実的妥当論は、一般的に、実効性と妥当性との何らかの関連に言及することが考えられると指摘したが、ここにいう定式を事実的妥当の一般的な定式であるとみなすことも、そうした理解に基づくものである。

125) Cf., Ross 1968: p. 92.

行動指図が法的な行動指図として他の行動指図から識別される基準であると考える。これは、ロスとガイガーとの間の相違のひとつではある。ただ、前述のロスの理解からは、両者の間のもうひとつの相違をうかがい知ることができる。すなわち、ある行動指図を法的な行動指図として他の行動指図から識別するものが当該行動指図についての義務意識であるなら、そのような義務意識をともなってはじめて、当該の行動指図は、法としての実効性を指摘しうるものとなるといえる。だとすれば、ロスにおいては、実効的な法の事実の存在——行動の規則性と義務意識の蓋然的事実によって構成される法の遵守の事実——は、当該の法がまさしく法規範として規範的拘束力をともなっていることの識別基準であると理解されている¹²⁶⁾、と指摘しうることになる。

以上のことからすれば、両者の決定的な相違は、法規範の実効性を語るうえで、法の規範的妥当にどのような位置づけがなされるのか、という点にあると

126) ロスは、規範の「義務づける力」を語る——ただし、言語的表現において記述される「行動—観念 action - idea」それ自体には、いかなる動機づけの力も存しない (Cf. Ross 1968: p. 35) ——が、彼の主張は、「義務づける」ことそれ自体の明確な説明を欠くものであると言わざるをえず、だとすればそこには、たんに「拘束されること」と「規範的に拘束されること」の区別が不明瞭なままに残るように思われる。あるいは、この「義務づける (義務づけられる)」ことに関して、ロスは、「拘束力」を、ある状況において、それに対応する一定の行態をとるべきであるとの「衝動 *impuls*」——これがロスにおけるもっとも明確な拘束力の説明である——として論じているが、ある状況において「そうすることが正しい (と感じられる) から」そのように行動する——「状況」こそが動機づけの力を提供する——との主張は、「自発的に遵守する」であるとか「相互の同意」もしくは「権威に対する尊敬」という語を布置し、他方において語られている、主体的な動機や、規範とそれに対応する事実とを明確に区別する主張——「規範は、社会的な事実と対応関係にある指図 (指示 *directive*) である」(Ross 1968: p. 82) ——とともに理解するとしても、当の「状況」に埋め込まれていることが含意されている何らかの規範的なパースペクティブについての説明を欠くもの、あるいはそれを明示していないものであり、それゆえに、「義務づける (義務づけられる)」ということ、所与の現実自己自身を適合させることとして論じるものである、とも理解できよう。したがって、ロスの主張は、結局のところ、法の実効性は法の妥当性の識別基準である、との理解を超えて、法の実効性と法の妥当性との同一視を帰結しうるように思われる。

いえる。ロスはその実効性を基準として識別されるものであるとみなしたのに対し、ガイガーは、それを実効性のもとではじめて存立しうるものであるとみなした。すなわち、法の実効性（A-1：法の遵守）・（A-2：法の適用）と共同体成員を名宛人とする行為規範としての法の妥当性の連関についての

I. 法の実効性（A-1）は、法の妥当の識別基準である

II. 法の実効性（A-2）は、法の妥当の産出条件である

という2つの見解に対して、ロスがI.を主張するのに対し、ガイガーは、ロスとの対比においては、II.を支持するものとみなしうるという点で、両者は決定的な相違を見せるのである¹²⁷⁾。

ところで、以上見てきたように、ロスのみならず、ガイガーにおいてもまた、一般的な義務意識の存在が法の効力を語るうえで重要な要素となっている。このことに関して、両者の事実的妥当論は、一般的な義務意識の存在に依拠して法の実効性を語ることは、個々の義務意識の存在にもとづき法の実効性を語ることの問題——義務意識を抱く者にのみ、法は実効的である——を回避しえたとしても、個々の法規範は、それらに対する一般的な義務意識の存在に依存することなく実効性を有するものである、との批判を免れえない。けれどもこの点について、77年論文は、事実的妥当論が法律学的妥当論を取り込むことで、先の問題を回避しうることを指摘している¹²⁸⁾。法律学的妥当論は、個々の法規範の効力を、それらの法規範の法体系の論理的連関の構成要素たる位置づけ

127) 前掲註(126)にて指摘したように、ロスは、I.の理解を超えて、「実効的であることは規範的である」とか「実効性の事実は規範の事実である」、「法の実効性とは法の妥当性に他ならない」といった主張を帰結してしまうように思われる。もっとも、典型的に把握された事実的妥当論におけるI.の理解は、たとえば、「実効性の事実は、規範的に拘束されているということの必要条件である（十分性は明らかではない）」、であるというように、なおも実効性と妥当性との区別を維持するものと理解できなくはない。また、ガイガーは、可能性としてはI.も支持しうる。なお、I.の理解は、竹下哲学がエンギッシュ K. Engisch に依拠して提示した理解でもある。竹下 2016：205頁以下、および、237頁以下を参照。

128) 竹下 1977：88頁以下を参照。

との関連において論じるものであるが、こうした法律学的妥当論に接合される
とき、事実的妥当論は、実効性的事実を「法体系に関連づけられるべき事実」
として提示することにより、先の問題を回避しうるものとなる¹²⁹⁾。

ただ、上述のような事実的妥当論の再構成は、事実的妥当論の背景をなす思
想的コンテキストをどのようにとらえるのかということについて、竹下法哲学に
おいて示された理解に若干の変更ないし整合的な整理をうながすことにもなる。
事実的妥当論は、先述のように、竹下法哲学において、事実的法実証主義を背
景としており、そしてこの事実的法実証主義は、本稿2.(2)において整理した
学問的実証主義の対抗勢力として興隆してきた「法学的自然主義」の系譜に連
なる法実証主義の一形態であると理解されている¹³⁰⁾。ヴィーアッカーによれ
ば、法学的自然主義は、「コントによって哲学にまで高められた一般学問的実
証主義」を背景とする経験科学的な考察態度をもって、純然たる現実的現象と
しての「法」を、したがって、「内在的な現実の手段と目的の産物」としての
「法」を「因果律的に説明」することを志向する。その考察は、「法の生成根
拠」としての「法の原因」の探究へ、そこからさらに、「法の目的」(イエーリ
ング R. v. Jhering) へと向かうものであり、そしてまた、その探究の方法は、
19世紀の後半以降、学問的に確立されていった社会学または心理学の考察方法
のもとに成立するものである¹³¹⁾。

確かに、方法論上の特質に焦点を合わせてみた場合、事実的妥当論は、法学
的自然主義の枠組みにおいて捉えうると理解できる。けれども、少なくとも再
構成された事実的妥当論については、それを法学的自然主義の枠組みのもとで
捉えることは、法的妥当の類型的把握が意図するところからしても適切ではな

129) この点に関し、85年著書は、いわゆる承認説を「妥当根拠論としてではなく事実
的な妥当概念の規定としてとらえる」ならば、「個別的義務意識と一般的義務意識
とは、それぞれ個別的承認説と一般的承認説とにあたる」ことを指摘している (竹
下 1985: 169頁 註 (5))。

130) 竹下 1995: 24頁、244頁。

131) Vgl., Wieacker 1952: S. 253 (516頁), S. 265 ff. (539頁以下), S. 334 ff. (673頁
以下)。

いように思われる。すなわち、法律学的妥当論との接合によってとらえ直された事実的妥当論は、むしろ、ドライヤーにいう「社会的実効性 soziale Wirksamkeit」か「権威的定立性 autoritative Gesetztheit」をメルクマールとする法実証主義¹³²⁾、つまりは、制定法実証主義の枠組みのもとで適切に捉えうるものとなると理解できよう¹³³⁾。そしてこのように、事実的妥当論の背景的枠組みを理解することは、それにもなつて、再構成された事実的妥当論と、それと同じく法律学的妥当論を内包する規範的妥当論との対立を、制定法実証主義の内部における対立としてとらえ直すことを帰結するものであり、したがってまた、それら制定法実証主義を背景とする妥当論に対し、存在論的妥当論を支持する竹下法哲学について、それが制定法実証主義に実質的に対峙するものとして、法理念論または承認論に接近することの意味——法の妥当は、認識論的な問題ではない（と考えられている）こと、法は、「ある（存在）」でもなければ「あるべき（当為）」でもなく「妥当する」ものであること——を適切に理解し、そしてまた、背景的理解にまで遡行しつつ批判的に検討するうえで、有意義であることを示しているように思われる。

むすびにかえて

——再構成された事実的妥当と存在論的妥当、もしくは意味 現実としての存在論的妥当からみた実践的課題について

事実的妥当論、規範的妥当論、存在論的妥当論とは、まさに法とは何かという問いに対する解答であり、それぞれ法を事実として、規範として、あるいは、意味現実として捉えているのである。……この3類型の法的妥当の把握とは、行態の指図としての法規範の規範的性格をより詳細に規定することに他ならな

132) Vgl. Dreier 1986: S. 890 ff.

133) もっとも、ガイガーを「制定法実証主義」を背景にもつタイプの事実的妥当論者として論じることは、なお慎重な考察を要する。この点については、機会を改めて考察したいと思う。

い。大雑把に言えば、事実的妥当論は、法の規範的性格を一定の集団における行態の規則性の中に、規範的妥当論は、それを行態の持つ当為性あるいは価値の中に、存在論的妥当論は、その指図の有意味な実現の中に見出す。

(竹下 1977 : 73頁)

事実的妥当論の再構成の意図は、ガイガーとロスの所論を整合的に理解することを通して、事実的妥当の類型的把握を適切なかたちで示すことにある。適切なかたちで、ということに含意されるのは、実効性と妥当性という、本稿1.の冒頭に示された法の効力概念の両義的側面がさしあたって区別されることを前提としたうえで、両側面の関連を問うとき、事実的妥当論に類別される諸見解が示すところの、両側面の関連についての理解の相違を明確に示すようなかたちで、ということである。この関連性理解の相違は、本稿3.(2)で示した事実的妥当論に類別される諸見解の理論構成上の相違として示されるが、本稿は、この相違をそれら諸見解の決定的な相違であるとみなしうることを示した。事実的妥当論は、「実効的であること」に対応する事実へのアプローチの相違——心理学的に確定される事実であるか、社会学的に確定される事実であるか——や、反作用の主体が抱く表象の相違ではなく、実効性と妥当性との関連をどのようにみるかということにおいて、決定的な相違を見せるのである。

このように理解しうる事実的妥当論について、それと法律学的妥当論とを接合し、事実的妥当論の理論的な補完を行うこと、この意味で、事実的妥当論を再構成することは、それと対立的な規範的妥当論とともに、それを本稿2.(2)で提示した制定法実証主義のコンテキストにおいて理解することの可能性を示すものである。したがってそれは、事実的妥当論および規範的妥当論との対立を超えて、存在論的な地平において法の妥当をとらえる竹下法哲学を、実質的には制定法実証主義と対峙するものと理解し、その妥当根拠の探究における法価値論・法理念論への接近の意味を思想的コンテキストのもとに把握しつつ、それを背景的理解にまで遡行し、批判的に検討するために必要な前段階としての意義を有するものである。

ところで、竹下法哲学は、事実的妥当論と法律学的妥当論とを接合することに加え、もうひとつ別の観点から事実的妥当論の再構成の可能性を論じている。それは、法規範の指図内容をめぐる理解の変更をもって論じられる再構成の可能性である。竹下法哲学によれば、それは、事実的妥当論における行動指図について、「それが同時に義務の設定でもあるというように理解していると想定することによって」¹³⁴⁾行われる再構成であり、事実的妥当論の規範的妥当論への接近可能性を論じるものである。このような法規範の指図内容をめぐる理解の変更にもとづく事実的妥当論の再構成は、竹下法哲学において、ロスの事実的妥当論に関して提示されるものである。しかし、前章(2)において言及した事実的妥当の一般的理解についても、一定の行態の実現を義務として設定する規範理解に適合する主張であるとみなしうるという意味で、先の指摘があてはまるように思われる。

前章に言及したように、事実的妥当論は、一定の行態の実現を義務として設定する規範に対応する事実として、一般的な義務意識の存在を挙げる。そこで確認したように、それは、ロスだけではなく、ガイガーにおいてもまた、法の実効性の事実を示すものと理解されていたものである。前章では、ここからさらに、とりわけロスにおいては、実効的な法の事実の存在——行動の規則性と一般的な義務意識によって構成される法の遵守の蓋然的事実——が、当該の法がまさしく法規範としての規範的拘束力をともなっていることの識別基準であるとの理解が提出されうると論じたが、このことは、指図内容をめぐる理解の変更をもって論じられる事実的妥当論の再構成が、竹下法哲学にいう規範的妥当論への接近という理解を超えて、存在論的な地平における妥当論へと接近していくことを示しているように思われる¹³⁵⁾。

134) 竹下 1977 : 88-89頁。

135) 事実的妥当論の再構成との関連で、竹下法哲学は、事実的妥当論にいう集合的表象としての一般的な義務意識が、妥当根拠論としてではなく事実的妥当概念の規定としてとらえ直された一般的承認に相当するものとして、法の妥当の識別基準となることを示唆している(竹下 1985 : 169頁 註 (5))。この点についても、前章のようなかたちで事実的妥当論をとらえる限りにおいて、そしてまた、事実的妥当

もっとも上記のような存在論的妥当論への接近は、さしあたってはまず、実効性と妥当性との関連をたんに指摘するにとどまらず、その連関の構造に言及するような理論構成において指摘しうるものとなる。この連関の構造は、存在論的妥当論においては、所与としての法の現実——法の存在論にいう「存在するもの」——を「意味現実」としてとらえることにおいて示される。このことに関連していうなら、たとえば尾高朝雄は、「法の妥当性は、規範的意味に内在する『実現への要求』であり、法の実効性は、法の規範的意味が事実行態として『実現せられていること』である」と論じたが¹³⁶⁾、竹下法哲学は、こうした尾高の理解を、法規範の「意味」を問うことを通してさらに推し進めるものでもあるといえよう。

実効性と妥当性との連関の構造を規範の示す意味連関の構造として捉える竹下法哲学の着想は、マルチッチ R. Marcic に由来するものである。「意味」とは、「あるものがそれをめざして、そこに到達するところのもの、あるものがそのために実存しているところのもの」、この限りにおける「終局 Ende」あるいは「テロス τέλος」である。それは、充足されることをもって「あるもの」を実存たらしめる。こうした理解に基づいて、法規範の「意味」を問うならば、法規範の「意味」とは、「名宛人としての人間が、規範の要求するように行動する」ことにあり、したがってまた、法規範の「意味」のテロスは、規範的事実的な遵守に求められることになる¹³⁷⁾。このような「法の実効性を法規範の構造内在的な要素」としてとらえるマルチッチの理解を原理的視座として、竹下法哲学は、ここからさらに、法規範の体系の段階的な意味的構造に立脚した、法体系の「妥当」を素描するにいたる。

↘の一般的な定式のもとで、整合的に理解されるものとなろう。

136) 尾高 1942 : 108頁 尾高による法の効力・効力根拠論と、竹下法哲学の法の妥当・妥当根拠論について、竹下 2016 : 163頁以下を参照。そこでは、尾高法哲学との接近を認めつつ、両者の相違に言及されている。

137) 以上について、竹下 1977 : 85-86頁、竹下 1978b : 74-76頁、および、竹下 1985 : 268-269頁を参照。

法規範の体系は、「意味充足」の段階的な具体化の過程を構造的に内包している。それは、実効的であること、つまりは、秩序を終局のテロスとし、そしてまた、そのテロスの完遂をもって、実存する——「いま現に、ここにある」という事態——にいたる。実効的な秩序が「いま現に、ここにある」という事態は、法規範の体系の現実態（意味現実）であるという意味において規範的な事態をいうものであり、したがってまた、それが「いま現に、ここにある（存在する）」ということとは「妥当している」ということに他ならない¹³⁸⁾。

このような、意味現実としての法の存在論的妥当理解のうちには、妥当の産出根拠（原因）としての実効性と、妥当根拠（妥当理由）としての秩序の価値が表現されている。このうち、前者の実効性については、前章(2)という事実的妥当論と同様、竹下法哲学においても、それに対応する事実が、法の妥当の「実在的な識別基準」として名指しされる。それは、「法が遵守されている」事態を示す一般的な承認の事実によって確かめられうるものである。これに対し、後者にいう秩序の価値は、ラートブルフにいう「法的安定性 *Rechtssicherheit*」の法理念——彼にとって、法が実効的であるということとは、この法的安定性の価値理念の現実化である——に由来する理解であり、竹下法哲学においては、それを「相互的な暴力の排除、あるいは法共同体成員の生存の保障」を含意するものであり、法の妥当の事態において規制的または評価的に作用する原理としてとらえられている¹³⁹⁾。

138) 以上について、竹下 1977: 86-87頁を参照。ただし、[竹下 1977]においては、「体系」という語と「秩序」という語について、なかば互換可能なものであるかのように用いられている。この点について、本稿では、竹下法哲学が妥当根拠の探究において「秩序」の価値に（狭義の）妥当根拠（=妥当理由）を求めたこととの関連で、それとの整合性を保ち、かつ、語の使用が理由となって生じる無用の混乱を避けるため、「体系」と「秩序」との語の使用を適宜改めて提示している。なお、[竹下 1978b]・[竹下 1985]においては、マルチッチの理解に基づく法の妥当理解についての明確な言及はない。加えて、[竹下 1977]、[竹下 1978b]、[竹下 1985]は、いずれもマルチッチとの関連において「法の存在」と「法の妥当」との同一性にまで言及するものではない。だがそれは、竹下法哲学にいう法の存在論を前提とする議論であるため、本稿ではその理解をふまえ、本文にあるように示すこととした。

139) ラートブルフにおける「法的安定性」による妥当の根拠づけについて、竹下 〆

さて、以上のように存在論的妥当を理解するとして、ここで本稿の議論が事
 実的妥当論に集中してきた理由に立ち返りたいと思う。その議論の端緒におい
 て提示された問題は、事実的妥当論において提示された「実効的法秩序」が、
 法の存在論にいう「まさに法として妥当するものとしての『存在するもの』で
 あるかどうか」ということであった。マルチッチに依拠した意味現実としての
 存在論的妥当は、法規範の体系が「実効的なものになって初めて有意味に妥当
 する」こと、あるいは、法規範の体系が「妥当しているとは、行態の指図とし
 ての規範の体系がいまここにおいて現実に遵守されている」ということを意味
 するものである。だとすればそれは、「事実的なもの」との関連を保持しつつ、
 規範的妥当論に接合された事実的妥当論にいう法の妥当に一致するように思わ
 れる。

しかし、両者の間には、やはり決定的な隔りがあるように思われる。それ
 は、制定法実証主義を背景とする事実的妥当論においては、法価値・法理念を
 有意味に語りえないということにある。たとえば、ロスの理解に立つなら、そ
 れは結局のところ、現実の実効的な実定法秩序を規範的全体性の現実態と同一
 視することを帰結することにもなりかねず¹⁴⁰⁾、また、法の実効性を法の妥当
 の産出条件であると理解するガイガーの理解に立った場合でも、彼にいう妥当
 の「原因」について口を閉ざすならば——実践哲学的意義における法の「妥
 当」を顧慮しないのであれば——、現実の秩序としての法が力によって支持さ
 れなければならないことを説くガイガーの理解は、実力による命令の貫徹のみ
 をもって法としての資格を認定してしまいかねない。こうした事態は、「義務
 づける力をもたない法は、もはや法ではない」という根本テーゼを掲げ、存在

↘1976c : 92頁以下、および、竹下 2016 : 147頁以下を参照。本文後述のように、竹
 下法哲学において、秩序の価値は、「法自体の安定」ではなく「法による安定」、つ
 まり「平和という目的理念を欠き得ない」ものとして、「相互的な暴力の排除、あ
 るいは法共同体成員の生存の保障を意味する」ものにとらえられている。また、
 ヴェルツェルの妥当根拠論、とりわけ、秩序ないし平和の価値については、竹下
 1976d : 79頁以下、および、竹下 2016 : 222頁以下を参照。

140) この点について、註 (126)、(127) を参照。

論的地平において法の妥当・妥当根拠を論じる竹下法哲学の、法の「義務づける力」に対する直観的信念に明らかに違背する。本稿の課題は、法の効力をめぐる考察にあるが、本稿の考察を終えるにあたって、再構成された事実的妥当論に対して提出された先のような疑義との関連において、竹下法哲学の法の妥当根拠論、なかでもそこに示された人格的自律の価値に言及しておきたいと思う。

法は、秩序を確立するために、実力を備えていなければならない。しかしそれは、実力をもって強制する命令としてではなく、法に服する者を義務づける規範として秩序を形成する。法は、相互的な身体的暴力の混沌を克服する秩序が与える保護のうちに、各人を服従へと義務づける価値を潜在させているのである。ラートブルフの妥当根拠論の考察を通して、竹下法哲学は、秩序の価値を法の妥当根拠として名指しする。ところが、ヴェルツェル H. Welzel は、そのような規範的秩序としての法に内在する力が「たんなる生存の保護以上のもの」¹⁴¹⁾としての自律的人格の価値についての支持をも潜在させていることを指摘する。

法規範として人間を義務づけようとするあらゆる命令は、人間を人格として承認しなければならない。人間を自律的人格として承認することは、ある社会秩序が実力によって強制するのみではなく、法として義務づけようとするときの、その社会的秩序が示さねばならない最少限の前提である¹⁴²⁾。このようなヴェルツェルの理解に対し、竹下法哲学は、超越論的な色彩の強い考察を経て、自律的人格の価値の承認を「法が妥当している（義務づけている）」という事態の実践的意義における前提条件として提示する。そのすぐれて哲学的な議論の内実を詳細に検討することについては他日を期したいと思うが、以上のような理解について、わたしなりに解釈し、次に続く考察の端緒を素描することで、本稿を終えたいと思う。

141) Vgl. Welzel 1959: S. 842.

142) Vgl. Welzel 1962: S. 239 f. 秩序の価値とそれに対するヴェルツェルの見解についての本稿の整理は、竹下 1976d: 79-80頁、84頁ほかに依拠するものである。

法は、「実力による強制によって裏打ちされた命令であることは明白」であり、この意味で「国家の権力的支配の一手段」たる性格を有するものである。しかしその存立を、権力的な秩序形成のみに依存させるなら、実力による命令の貫徹のみをもって法が語られ、強制による服従の動機づけのみをもって義務が謳われることを帰結することとなろう¹⁴³⁾。もっとも、たとえば専制的な支配のもとにあっても、依然として相互的に暴力が排除された状態を見出すことは可能であろうし、この意味で、権力的支配の現実、たんなる実効的な秩序であることを超えて、法が志向する秩序の価値の現実態として正当化されるかもしれない。だが、秩序の価値は、権力的支配の現実において、ありうべき人間的な生の現実が抑圧され歪められてしまう危険に曝されうること、こうした社会の病理について、何も語ろうとはしない。それは結局のところ、いまある現実を特権化し、その弁解に終始することに他ならないとの誹りを免れない。けれども、もし世界をすでに達成された規範的全体性として正当化することを望まないのであれば、そして同時に、自己の生存の安寧を切実に希求するのであれば、秩序の価値のうちにあつて、かつ、秩序の価値を超えるものが、法の妥当の圏域のうち求められなければならない。ここに、非暴力的で非抑圧的な規範的全体性を志向する、自律的人格の承認が要請されることになる。わたしは、その探究を、竹下法哲学に倣って、そしてそれとは別様に、「人間の実存的な状況から、法の根底を説明する」¹⁴⁴⁾ ことと了解するのであるが、このことについては、本稿の考察をふまえ、かつ、社会哲学的な承認論との関連において、別稿で改めて論じることとしたい。

参考文献

- 竹下 賢 (1976a) 「法の妥当根拠についての一考察 (一)」法学論叢99巻2号 (1976年5月)
 ——— (1976b) 「法の妥当根拠についての一考察 (二)」法学論叢99巻3号 (1976年6月)

143) 竹下 2016 : 239-241頁。

144) 竹下 1997 : 136頁。

- (1976c) 「法の妥当根拠についての一考察 (三)」法学論叢99巻4号 (1976年7月)
- (1976d) 「法の妥当根拠についての一考察 (四・完)」法学論叢99巻5号 (1976年8月)
- (1977) 「法の妥当と規範性」法哲学年報 (1977) 『法規範の諸問題』 (有斐閣 1978年) 所収
- (1978a) 「法的妥当概念の三類型 (一)」関西大学法学論集28巻2号 (1978年6月)
- (1978b) 「法的妥当概念の三類型 (二・完)」関西大学法学論集28巻3号 (1978年9月)
- (1980) 「法における存在と当為——エールリッヒとケルゼンの論争—— (一)」関西大学法学論集30巻1号 (1980年6月)
- (1982) 「法における存在と当為——エールリッヒとケルゼンの論争—— (二・完)」関西大学法学論集32巻1号 (1982年4月)
- (1983) 「法の効力——その存在論的把握」長尾龍一他編『現代法哲学第一巻 法理論』 (東京大学出版会 1983年)
- (1984) 「法理解の実践性」竹下賢編『実践地平の法理論』 (昭和堂 1984年) 所収
- (1985) 『法 その存在と効力』 (ミネルヴァ書房 1985年)
- (1985b) 「精神的存在としての法——ニコライ・ハルトマン——」天野・矢崎・八木教授還暦記念論文集『現代の法思想』 (有斐閣 1985年) 所収
- (1988) 「ドイツ近代法学の展開」田中成明・竹下賢・深田三徳・兼子義人著『法思想史』 (有斐閣 1988年) 所収
- (1993) 「法の存在と解釈についての覚書——現代ドイツ法哲学の法実証主義批判——」関西大学法学論集43巻1・2合併号 (1993年5月)
- (1995) 『実証主義の功罪』 (ナカニシヤ出版 1995年)
- (1997) 「ガダマーの哲学的解釈学と現代ドイツの法哲学」法哲学年報 (1997) 『二〇世紀の法哲学』 (有斐閣 1998年) 所収
- (2016) 『法秩序の効力根拠』 (成文堂 2016年)
- 大橋智之輔 (1975) 「法規範の実効性について——法的安定性論の予備的ノート——」法学志林72巻3・4号 (1975年)
- (1986) 「書評 竹下賢著『法 その存在と効力』」法哲学年報 (1985) 『法哲学と社会哲学』 (有斐閣 1986) 所収
- 尾高朝雄 (1938) 「法の妥当性と法の実効性」小野清一郎編『牧野教授還暦祝賀 法理論集』 (有斐閣 1938年)
- (1942) 『実定法秩序論』 (岩波書店 1942年) : 復刻版 (書肆心水 2019年)
- 加藤新平 (1960) 「新カント学派」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平 編「法哲学講座 第五巻 (上) 法思想の歴史的展開 (IV)」 (有斐閣 1960年) 所収
- (1963) 「法 の概念規定についての若干の論理学的・方法論的考察」法哲学年

- 報 (1963 上) 『法の概念』 (有斐閣 1963) 所収
—— (1973) 『法思想史』 (勁草書房 1952年: 新版 1973年)
—— (1976) 『法哲学概論』 (有斐閣 1976年)
佐藤節子 (1977) 「法の拘束力に関する一考察」 法哲学年報 (1977) 『法規範の諸問題』
(有斐閣 1978年) 所収
田中成明 「ハンス・ヴェルツェルの人格主義法哲学——現代ドイツ法思想研究ノート」
法学論叢88巻 1-3号 (1970年12月)
中村晃紀 (1974) 「規範概念の構成要素——H・ケルゼンと A・ロス——」 早稲田法学
会誌24巻 (1974年3月) 所収
中村雄二郎 (1974) 「法の存在論的構造と実定性」 法哲学年報 (1973) 『法哲学の課題と
方法』 (有斐閣 1974年) 所収
山田 晟 (1957) 「ドイツの歴史法学」 尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編 「法哲學講座
第四巻 法思想の歴史的展開 (Ⅲ)」 (有斐閣 1957年) 所収
Comte, A. (1844) Discours sur l'esprit positif, 1844: 霧生和夫訳 「実証精神論」 清水幾
太郎責任編集 『世界の名著 <36> コント; スペンサー』 所収 (中央公論社 1980
年)
Dreier, R. (1986) Der Begriff des Rechts, im Neue Juristische Wochenschrift,
München: C. H. Beck, 1986
—— (1995) Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in in Deutschland,
ARSP Vol. 81, 1995
Ehrlich, E (1913) Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin, 1. Aufl., 1913, 4. Aufl.,
1989: 川上倫逸/M. フリードリヒト 『法社会学の基礎理論』 (みすず書房 1984)
Ellscheid G. (1977) Das Naturrechtsproblem in der neuen Rechtsphilosophie, in:
Kaufmann / Hassemer / Neumann [Hrsg.], Einführung in die Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg Müller 1977, 8., überarbeitete Aufl.
2011: 竹下賢 訳 「現代法哲学における自然法問題」 浅田和茂 他 訳 『法理論の現
在』 (ミネルヴァ書房 1979年) 所収
Engisch, K. (1971) Auf der Suche nach der Gerechtigkeit - Hauptthemen der
Rechtsphilosophie, München: R. Piper, 1971
Gaiger, Th. (1947) Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1947, Berlin; Duncker &
Humblot, 4. Aufl., 1987
Hartman, N. (1935) Zur Grundlegung der Ontologie, 3. Aufl., Berlin/Leipzig 1935: 高橋
敬視訳 『存在論の基礎づけ』 (山口書店 1942年)
Kelsen, H (1923) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2 Aufl., Tübingen 1923
—— (1960) Reine Rechtslehre: mit einem Anhang, Das Problem der
Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien: Deuticke, 1960
Larenz, K. (1929) Das Problem der Rechtsgeltung, Wissenschaftliche Buchgesellschaft
1967, Sonderausgabe Libelli, Bd. 253
—— (1983) Der Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Springer-Verlag

事実性と規範性

- 1983 : 米山隆 訳『法学方法論』(勁草書房 1991年)
- Raz, J. (1979) Kelsen's Theory of the Basic Norm, in J. Raz, The Authority of Law, Oxford, Clarendon Press, 1979
- Ross, A. (1959) On Law and Justice, London : Stevens & Sons, 1959
- (1968) Directive and Norms, London, Routledge & K. Paul, 1968
- Welzel, H. (1959) Macht und Recht, in : Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann, Bd. II, Aalen 1959
- (1962) Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Vandenhoeck + Ruprecht Gm 1962
- Wieacker, F. (1952) Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952 : 鈴木禄弥 訳『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して』(創文社 1974年)