

法的妥当の概念の三類型 (一)

竹 下 賢

目 次

はしがき

一、法的妥当の概念的区別

1、哲学的妥当概念と法哲学

2、妥当概念の区別

3、ラレンツによる妥当概念の区別

二、事実的妥当

1、テオドール・ガイガー

2、アルフ・ロス

3、相互批判(以上、本号)

三、規範的妥当

四、存在論的妥当

あとがき

は し が き

「*Gelten*, *Geltung*」あるいは「*Gültigkeit*」という言葉が、近来のドイツにおいて、法を対象と

法的妥当の概念の三類型 (一)

五五 (二一九)

する諸学問によって法と密接に連関するものとして使用されていて、さらに、これらの概念が法にとって基礎的な意義を有すると考えられているということには、恐らく疑いはもたれないであろう。そして、これと同じことが、我が国についてもあてはまるように思える。「妥当」という言葉は、例えば「法が妥当している (Das Recht gilt)」という文章や「妥当している法、現行法 (Das geltende Recht)」という語句において典型的に使用される。このように、「妥当」という言葉が、法学上の文献において法にとって根本的な概念を表示するものとして扱われるとすれば、当然のことながらその明確な概念規定が必要とされるであろう。ところで、法哲学は法的思维の基礎的概念を分析あるいは規定することをその課題の一つとしている。⁽¹⁾このように考える時、法的妥当の概念規定という作業が、法哲学の課題として我々の前に置かれているということになるのである。

さらにより重要なこととして、その概念規定が、他の基礎的な概念の規定以上に、法哲学にとって根本的な意義をもつという指摘がなされねばならない。法の妥当根拠の所在如何を問うことは、法哲学にとって固有の、しかも根源的な問いであると考えられる。⁽²⁾そして、この妥当根拠論は、その重要な構成部分として妥当の概念規定を含むのでなければならぬ。この構成部分を欠いた妥当根拠論は、さしあたりその明確性及び厳密性の点で批判を免れ得ないのである。このような意味において、妥当の概念規定は、妥当根拠の探究と共に法哲学にとって根本的な課題として看做されよう。

これらに加えて、妥当という言葉の多義性が、この概念規定の必要性を高める。「妥当」という言葉の下で考えられていることが、論者の間で相異しているということは、すでに多くの学者の指摘するところである。そして、この妥当の多義性が妥当根拠論にも反映する。実定法の妥当根拠に関する問いへの「解答は、法の『妥当』がどのよう

に理解されるかということに依じて、つまり、法的妥当の本質についてのとらえ方、法的妥当の概念の論理的意味についてのとらえ方に依じて、様々な結果となるに違いない⁽³⁾。このようなラレンツの指摘を待つまでもなく、妥当の多義性の下でこれをどのように把握するかということによって、その「根拠」がどのような方向において探究されるかが規定されるということは、容易に了解し得るところであらう。このような事情の下で、法的妥当の確定的な概念規定が、より必然的な課題として現われるのである⁽⁴⁾。

本稿における議論の目指すところは、このような法的妥当の概念が如何に規定されるべきかを示すことにある。その際、妥当が多義的であることを顧慮して、法的妥当の概念の類型的区分を前提にして議論を進めることが適当であらう。法的妥当の諸々の概念規定は、その区別が如何なる基準によってなされるにせよ、とにかく類型的に区別することが可能であり、このことは実際に若干の学者によってなされている。このような概念類型論は、それを構成する学者自身が適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。巨視的には、(一)、一つの概念類型を法的妥当にとって適切なものと考え、(a)他の類型を排除したり、(b)それを包括的に解消したりするもの、(二)、諸々の概念類型が法的妥当の諸々の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すべきであると⁽⁵⁾するもの、これら三つの見解に類型論を分類することが可能であるように思える。

私は、これらのうちで(一)(b)の見解を採っているカール・ラレンツの概念類型を手がかりにして議論の前提となる類型区別を行うことにしたい。このことは、私自身が(一)(b)の見解を法的妥当の概念規定にとって適当な類型論であると考えていることによるのであって、同時に、法的妥当の概念は総合的に理解すべきであり、また、そうすることが可能であるという立場に組することを表わしている。ただ、(一)(b)の見解と(二)の見解との間には、それ程の距離はないよ

うに思える。それはともかくとして、本稿においては、ラレンツの議論を手がかりにした妥当概念の三類型区別をまず掲げて、これに基づいてそれぞれの類型に属する法的妥当の概念規定を、若干の具体的な議論を採り上げて、それに即してそれぞれ検討することにした。そして、本稿の狙いは、このような検討を通じて、法的妥当の適切なる概念規定を少くとも前提された類型的区別の枠内で類型的に提示することにある。

- (1) 参照、加藤新平『法哲学概論』、有斐閣、一九七六、一五一頁。
- (2) 参照、拙稿「法の妥当根拠についての一考察(一)」、法学論叢九九卷二号、一九七六、九〇頁以下。
- (3) Karl Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, Berlin, 1929, S. 9.
- (4) 前稿「法の妥当根拠についての一考察」(法学論叢九九卷二一五号)において、私は法の妥当根拠論の見通しを獲得することに努めた。このような見通しは、漠然としたものではあるが、ある程度得られたように思う。それは、法的妥当を時空的妥当として特徴づけられる(本稿における存在論的妥当に相当する)妥当の概念類型の下で把握し、この把握を前提して従来の妥当根拠論を総合的に理解し、それを通じて私なりの妥当根拠論を展開するということであった。しかし、従来の妥当根拠論と対質しつつそれらの理論的位置を確定することによって、この妥当根拠論をより詳細に展開する為には、時空的妥当と呼ばれる法的妥当の概念をより厳密に検討する必要があることを痛感した。そしてさらに、私は、このような妥当概念を採用する限り、妥当根拠論の根本的部分が妥当概念論にあり、妥当概念の規定が妥当根拠論をその根幹において全体的に規定するものであると考えるに至った。私的脈絡からいえば、本稿の論究の動機はまさにこの点にある。
- (5) (a)の見解を採るものとしては、ハンス・ケルゼンが、(b)の見解を採るものとしては、カール・ラレンツ及びハンス・リュッフェルが挙げられよう。グスタフ・ラートブルフは若干微妙であるが(b)に含まれるであろう。また、C・A・エムゲ、ルペルト・シュライバー、ラインホルト・ツイペリウス、ハインリッヒ・ヘンケルは、基本的には(b)の見解を抱いているように思われる。彼らの妥当概念の類型的区別については、本文後述参照。

一 法的妥当の概念的區別

十九世紀後半のドイツにおいて、妥当の概念を哲学の中心的な概念にまで高めたのは、新カント学派であった。そして、この学派が、法哲学に対して大きな影響を与えたということ想起するならば、法哲学の分野で法的妥当の概念的な再検討が主としてこの学派に属する法哲学者によってなされたということは、容易に理解され得るであろう。本章の議論の対象たる法的妥当の概念的區別論もまた、このような動きの中で現われて来たのである。従って、以下においては、まず、哲学的な妥当概念の形成についてごく簡単に触れ、そして、法哲学に対するその影響の確認を踏まえ、続いて法的妥当の概念的區別論を採り上げて行くことにしたい。

1、哲学的妥当概念と法哲学

エミール・ラスクは、新カント学派のバーデン派に属する哲学者であるが、彼は、妥当の概念の哲学史上の位置について、明快にも次のように述べている。

「従来の思弁においては、『妥当する』という領域述語の支配している界域は、それ故に特に論理的な種類のももまた、理想的なるものとか、叡知的なるものとか、理性とか、精神とかの形而上学的界域に埋没しているか、あるいは、全く住家のない状態にあるかのどちらかであった。最近になって、ロツツェが、存在している種類のもも存在を超える種類のももと並んで第三の世界として妥当しているものを発見し、そのことによつて——少くとも暗示的に——感性的なるもの及び超感性的なるものという古代の二元論が、従来の二世界理論全体が、不十分で

あるということを明らかにしたのであるが、このことは彼の決定的な業績であった。今日、我々は、彼の影響によって活気づけられている時代の真只中にいる。ウィンデルバントは、『存在する必要なくして妥当するもの』というロツツェの概念に、哲学の全体系を統一的に支配する意義を与え、それを思惟可能なるものの究極的な区分のすべての認識の分割の基礎にして、そのことでもって、現代において………二世界理論の革新を生み出したのであった。コーヘン、及び、先天的妥当性というカントの超越論的概念を現代にあって再び修得している新カント学派の人々は、ロツツェから独立しており、その定式の仕方において彼と背離しているが、しかし、実質的には結局彼と背離するものではなく、このような傾向全体に組んでいるのである。フッサールは、ロツツェの妥当の概念をポルツァーノの完全に確定的な思想圏に組み込んだのであるが、そのことから論理的な根本概念に関して一つの有意義な修正が生まれている。リッケルトは、理論哲学において、このような傾向の認識論にとって基礎的な著作である『認識の対象』の中で、価値概念を論理学にとっても中心概念となすことによって、超越的妥当の辺鄙さと閉鎖性とから超え出た。これによって、妥当は色合いと特質とを獲得し、論理的なるものはその孤立から解放されて、これにその実際の住家が示されたのである⁽¹⁾。

ここに言及されている著名な哲学者は、フッサールを除いて新カント学派に属する人々であり、フッサールは前世紀末の現象学の創始者として周知の人である。そして、哲学史上、新カント学派及び現象学派が、十九世紀末のドイツにおいて中心的な学派を形成し、後世にも多大な影響を及ぼしたということも周知のことであろう。右のラスクの叙述からも窺えるように、これらの学派は、主としてロツツェの提唱を先駆とする「妥当」の概念を中心に据えて、それぞれの哲学体系を展開したと言っても過言ではない。かの学派に属する人々の思想傾向において共通している点

は、形而上的世界にも感性的世界にも属することのない第三の世界を構想することに努め、その構想にあたって、妥当の概念の超越論的な規定を基礎に置いたということにある。

勿論、このような思想傾向は、法哲学にとっても無縁なものではなかった。法哲学に対して最も強力な影響を及ぼしたのは、新カント学派、とりわけマルブルク派及びバーデン派であって、この思想傾向を鮮明に抱きつつ法哲学に取り組んだのは、すぐれてすでに言及したラスクであったといえる。彼は、一方では独断的価値論としての形而上学たる自然法論に対して、他方では実証的価値論としての経験主義たる歴史主義に対して、それらの一面性を批判した。そして彼は、このことを通じて、法哲学が「歴史的に発展する経験的法現実」²⁾即ち実定法のみを対象とし、しかもそこにおいて見出される法価値の考察に従事する学問であるとして、前二者の中間に位置する学問として法哲学を方法論的に確立しようとしたのである。³⁾

ところで、法学の領域においては、新カント学派の出現する以前から、法の妥当ということが語られており、さらに *das geltende Recht* という言葉は現行法、通用している法という意味で広く一般的に用いられていた。⁴⁾ このような法学の領域において現われるに至った新カント学派が、従来の妥当理解に対して批判的に立ち向かったということは、彼らの哲学が超越論的な価値あるいは形式の妥当という見解を基礎にしていた⁵⁾ということを考えるなら、理解し易いことであろう。彼らは、法哲学において、まず、実定法学的に理解された妥当と超越論的な妥当とを区別する必要がある⁶⁾のである。このような区別は、すでにラスクにおいて見られるのであり、次に彼の区別論を最初に採り上げ、法的妥当の概念的区別についてみていくことにしたい。

2、妥当概念の区別

ラスクによれば、法的現実という概念は、形式的な実定性と実質的な実定性という下位概念に分解され得るのであるが、この形式的な実定性とは一種の妥当であり、即ち、それは経験的な規範性、法の外面的な拘束性である。この拘束性は人間の共同体の権威に由来するとされ、同時に、この妥当の根拠は「単に事実上意欲されている」⁽⁶⁾ということに求められる。このような妥当に別の種類の妥当が対立している。その妥当とは、絶対的な規範性、法の内面的な拘束性であり、その根拠は、法の理性性あるいは法的要請の絶対的意味に求められるのである。⁽⁷⁾このようなラスクの主張の趣旨は、法的現実にあくまで固執し、それを基体にして成立するところの法文化を超越論的な価値意味を通じてそれを実体化することのなく理解しようということにある。それはともかくとして、ラスクは、大雑把に言うならば、法的妥当について実定法的な妥当と超越論的な価値妥当という概念的な区別を行ったといえよう。

ラスクと同様に新カント学派の哲学に立脚して妥当の区別を行った者として、ハンス・ケルゼンが挙げられる。十九世紀末のドイツにおける哲学動向が認識の超越論的な基礎づけを指すものであった、ということについてはすでに触れたが、とりわけ新カント学派は、この認識論の構築にあたって認識の経験科学的な、特に心理学的な説明からそれ自身の学説を区別することに意を注いだ。このような傾向に対応して、ケルゼンは、方法二元論の徹底化をも敢行しつつ、法的妥当を当為妥当と存在妥当とに区別し、後者を前者から分離して法が遵守されている、あるいは承認されているという経験科学的事実としてとらえたのである。⁽⁸⁾ラスクは、すでに見たように、実定法的妥当を外面的拘束性としてとらえ、その根拠を共同体の権威に求めたのであるが、このような権威は、同時に事実上の意欲として考えられている。このような妥当のとらえ方は、二元論の立場からすれば、未だ存在と当為とが混在するものと言い得

るであろう。ケルゼンの主張は、認識対象を嚴格に実定法に限定しながら、ラスクの謂わば実定法的妥当を存在と當為との峻別論をさらに適用して二分したものと看做され得る。尚、ラスクの価値妥当にあたるものは、ケルゼンにおいては存在と當為という思惟の範疇あるいは形式なのであるが、彼はこれについて妥当を語ることはない。

これに対して、法的妥当に関するラスク的な概念的区別を主たるものとして受け継いだのは、ラートブルフであった。彼は、法的妥当の概念を法律学的妥当、社会学的妥当、及び哲学的妥当という三つの類型に区別している。法律学的妥当とは、事実的な命令から分離された命令の意味としての規範が、純粹な意味の世界における妥当連関の、即ち規範体系の一構成要素となっていることを意味する。⁽⁹⁾そして、社会学的妥当とは、規範が事實上貫徹され得る状態にあるという実効性を意味する。この二つの妥当の区別は、むしろケルゼンの見解に類似するものであって、実定法における規範的性格と事実的性格とに二元論的に注目することによって、ラスクの実定法的妥当を二分するものといえよう。⁽¹⁰⁾しかし、ラートブルフは、これらにラスクの謂ゆる価値妥当にあたる哲学的妥当を加えて、法的妥当を三つの類型に区別したのである。

ケルゼン及びラートブルフによる法的妥当のとらえ方の詳細については後述に譲るが、彼らが共に、事実から峻別された當為としての規範の妥当を本来の法的妥当と看做している、ということだけをここで確認しておきたい。ケルゼンは、法的妥当を二つの類型に区別しているが、法律学が問題にするのは法の當為妥当であるとしており、またラートブルフは、三つの類型区分の下でその中の哲学的妥当が究極的に法的妥当を統括するものであると考えており、このことを通じて法的妥当を法の価値理念に根拠づけている。これらのことに依拠して、ケルゼンとラートブルフとは法的妥当を似通った仕方ではとらえていると言い得るのであって、彼らは、存在あるいは事実から区別された當為あ

るいは規範として法を把握し、そのようなものとしての法のあり方を妥当と呼ぶのである。

このような法的妥当のとらえ方に対して、現象学の立場に立脚するゲルハルト・フッサールが批判を加えるに至る。法的妥当の二元論的なとらえ方は、法的妥当からその存在性格を奪い、無時間的・無空間的な為妥当を主張している。しかし、法の妥当は、たとえそれが実在的にあるということではなく、規範として知覚可能な事実から区別されてあるということの意味するにしても、時間及び空間の内部における現象として理解されるべきである。即ち、法の妥当とは、時間及び空間によって拘束された時空的妥当なのである。⁽¹¹⁾このようなフッサールの批判に続いて、新ヘーゲル学派に属するカール・ラレントスは、この批判に賛意を表明しつつ、自己の立場から妥当概念に関する類型論を展開した。彼は、フッサールや彼自身の妥当のとらえ方を存在論的な妥当のとらえ方と呼び、心理学的な妥当、社会的な妥当、規範的な妥当、及び存在論的な妥当という四つの妥当概念の類型を、法的妥当のとらえ方に応じて区別するのである。⁽¹²⁾

私は、以上の叙述を通じて、二十世紀初めのドイツにおける法的妥当の概念的区別に関する学説動向の大筋がつかまえられると考える。そして、これ以後現代に至るまで、法的妥当の概念的区別に関する見解は、区別されたもののうちのいずれかのものが重視されるのか否か、さらに、重視されるとすればそれはいづれのものかということをも無視して、区別それ自体に眼を向けるとすれば、ライトブルフの区別かラレントスの区別かそのいずれかにならって類型論を構成しているように思える。そこで次に、法的妥当概念に関する比較的最近の類型論の若干のものを、その類型区別それ自体に注目して簡単にみていくことにしたい。

まず、C・A・エムゲは、法的妥当を法律学的妥当、社会学的妥当、哲学的妥当、及び理念的妥当に区別している。

この区別は、彼自身も明示的に述べているようにラートブルフの概念類型論を受け継ぐものであり、最後の理念的妥当は、彼がラートブルフの哲学的妥当を個別の人格との関連で倫理的に理解している関係上、この妥当とは区別された法理念との関係における価値妥当として付加されたものである。⁽¹³⁾次に、ルベルト・シュライバーは、三つの法的妥当の定義を提示しており、それによれば、法的妥当は事実的妥当、合憲的妥当、及び観念的妥当に区別される。これらの定義のうちで最後の観念的妥当は、彼に独自の定義であって、それは価値理念に基づく妥当を意味するのではなく、何等かの一般的原则が紛争解決の道具として引き合いに出される場合、そのような原則が法規範として観念的に妥当していると言われるのである。⁽¹⁴⁾このような観念的妥当は、紛争解決が法理念としての平和の現実化であると考えられるとすれば、ラートブルフの哲学的妥当に相当するように思える。そうだとすれば、シュライバーの定義による妥当の区別は、事実的妥当及び合憲的妥当がラートブルフの謂ゆる社会学的妥当及び法律学的妥当にそれぞれ対応しているということと相俟って、ラートブルフの類型論に類似するものといえよう。最後に、ワルター・オットゥもまた法的妥当の概念を三つに区別しており、即ち、それは、事実的妥当、規範的妥当、及び拘束性である。⁽¹⁵⁾この区別がラートブルフの見解により密接なものであることは、言葉の上からも明白にみてとれる。以上の三者は、ほぼラートブルフの概念類型論に従うものといえる。

これに対して、ハンス・リュッフェルは、法的妥当を事態的妥当及び規範的妥当とに区別し、前者と実効性とを、後者と正当性への要求とを等置しており、さらに彼は、この両者が法の妥当の二つの側面であると考えている。⁽¹⁶⁾このような見解は、ラレンツの謂ゆる存在論的妥当が時空的に拘束された規範的妥当を意味していることを想起すれば、彼の概念的区別を踏襲するものと考えられ得るであろう。またラインホルト・ツイペリウスは、規範の実効性の種類

に基づいて妥当の概念が区別されるとして、道徳的妥当、社会倫理的妥当、及び法的妥当を区別している。彼によれば、これらの妥当は、それぞれ、良心における規範の実効性を、共同体において支配的な観念における実効性を、さらに規範が適用あるいは遵守される可能性における実効性を指示している。⁽¹⁷⁾ このような妥当概念の類型的区別は、視点の相異を無視するなら、道徳的妥当、社会倫理的妥当、及び法的妥当が、順次ラレンツの謂ゆる規範的妥当、存在的妥当、社会学的妥当にほぼ対応するものと考えられ得るのであって、その限りでラレンツの類型的区別に類似している。さらに、ハインリッヒ・ヘンケルは、法が多次元的现象であるということに基づいて法の妥当についても様々な妥当概念が語られるということを指摘し、法の妥当を事態的妥当、法的妥当、現存的妥当、及び規範的妥当に概念的に区別している。そして彼は、妥当の根拠づけをそれぞれについて敢行しようとする。⁽¹⁸⁾ この類型区分は、現存的妥当がラレンツの存在論的妥当に相当するということを顧慮するなら、ラレンツの類型論とラートブルフの類型論とを共に包括するものと考えられよう。

以上、比較的最近の妥当概念に関する類型論を簡単にみて来たわけであるが、このことから、ラレンツ及びラートブルフの類型論が現代においても一種の模範として通用していると言っても、恐らく過言ではなからう。私は、以下においてラレンツの妥当類型論を手がかりにする。私は、この類型論に若干の修正を加えて得られる法的妥当の三類型区別を基礎にして、それぞれの妥当概念を中心に据えて法的妥当論を展開している論者の見解に即して、法的妥当の概念類型を順次検討していくことにする。ラレンツの法的妥当の概念類型論を採用する理由については後に述べることにして、まず、彼の議論をより詳細に紹介することにしたい。

3、ラレンツによる妥当概念の区別

ラレンツは、「妥当」という言葉の下で論者に応じて様々なことが理解されていることを指摘しながらも、しかし、そのとらえ方には若干の類型的区別が可能であるとして、四つの類型に区分している。つまり、(1)心理学的なとらえ方、(2)社会学的なとらえ方、(3)規範的なとらえ方、(4)存在論的なとらえ方という四つの類型である。⁽¹⁹⁾

まず、(1)の類型においては「法規範の妥当は、承認されていること(Anerkantssein)のうちにみられ、承認の心理的過程がその妥当根拠と看做される」。⁽²⁰⁾ このとらえ方によれば、法規範が妥当しているとは、特定の行動類型が承認されているという心理的事実が存在していることを意味する。次に、(2)のとらえ方は、(1)と同様に法的妥当を一定の事実としてとらえるのであるが、「しかし、個別的な個人に関係づけるよりもむしろ社会に関係づけて実効性を考察し、従って、法の妥当を心理的現象としてよりも社会的現象としてみる」。⁽²¹⁾ これによれば、法とは「実際に遵守されておき、生活においてそれに従って行為されていて、社会の構築及び活動を事実上規定しているところの規範であって、従って、それは……人間の行為それ自体から引き出され得る」⁽²²⁾のである。このように、(1)と(2)の類型は、法的妥当を共に実効性と呼ばれる事実としてとらえるのであるが、その事實は、(1)においては心理学的に確定される事実として、(2)においては社会学的に確定される事実として考えられている。

(3)の類型においては、法は次のように把握されている。経験的にとらえられ得る「すべての存在過程から法を分離するところのものは、その当為妥当、その規範的特質である。規範は、それが遵守される限りで妥当するのではなく、それが遵守されるべきである限りで妥当する」。⁽²³⁾ (1)及び(2)において、法は一定の事実として存在し、それが法の妥当を意味するのに対して、この類型においては、法は事実から峻別された規範あるいは当為として妥当するのである。

最後に、(4)の存在論的な類型は、(3)の規範的な類型が法的妥当を「無時間的当為」との関連で把握しようとするのに対して、「法的妥当を法規範の時間的な存立という意味での実定性として理解する」、つまり「法的妥当」という言葉の下で「該当する事態がそれによって法的現実という特質を獲得するところの、法の存在形式」を理解している。⁽²⁴⁾この類型においては、法は規範として、しかし、同時に時間及び空間に拘束されたものとして妥当すると考えられるのである。

以上が、ラレンツによる法的妥当概念の類型的区別に関する見解の要約である。私は、彼の類型論を手がかりにして法的妥当の概念の類型的な検討を行うつもりであるが、その前に彼の類型論に若干の修正を加えておくことにしたい。

まず、第一は、(1)の類型と(2)の類型とが一括して考えられ得るということである。彼自身も、これら二つの類型が、「法を経験において見出され得る、現実の一片としてみてとり、その妥当を特別な種類の⁽²⁵⁾実効性と看做す」という点で共通しているとし、さらに心理学的なとらえ方と社会学的なとらえ方との間に鮮明な区別が存していないということを指摘して、その理由を次のように述べている。「このような傾向〔社会学的なとらえ方〕の主張者によって理解されている社会学は、社会的現実それ自体を単に後続的のみではあるが心理学的にも理解し得ると信じており、そうすれば一種の社会心理学に他ならないものとなる。まして、法律学的実証主義が、法秩序の倫理的及び文化哲学的基礎づけの代用物として心理学と社会学とを使用する為に、それらを利用する場合には、両者は明瞭な境界をもたず相互に移行するのである」⁽²⁶⁾。

このように、二つの類型が明確に区分され得ず、それらが共に実効性という事実を法的妥当という言葉の下で考え

ているとすれば、二つの類型を妥当の事実的なとらえ方として総括することが可能であろう。従って、本稿では、この二つの類型を総括して「事実的妥当」と呼ぶことにする。そして、その理由は、それが共に法的妥当を事実として考えているということに当然求められるのであるが、しかしさらに、ラレンツが指摘しているように、両者の区別が明確になされ得ないということにも存している。この場合、両者の区別が明確になされ得ないということについては、私はラレンツとは若干異った見解を抱いている。

すでに引用された文章から窺われるように、ラレンツは、法的妥当の社会的なとらえ方はさらにそれを心理学的にも理解し得るとして、社会学から心理学への結びつきを強調している。彼のこれについての説明は、一面的あるいは説明不足と言い得るであろう。まず、社会的な事実のみで法の妥当を説明しようとする見解は、次章で述べるように、心理学的な表象を法の妥当に対応する事実の中に組み込まなければ、特定の行動類型を法規範の内容として確定し得ないであろう。この心理学的表象が、その行動類型が集団によって期待されていると考えているということだけであるのか、あるいは、それを義務として感じているということであるのかはともかくとして、社会的なとらえ方は、確かに心理学的なとらえ方を含まざるを得ないのである。

次に、心理学的なとらえ方も、社会的なとらえ方に結びつかざるを得ない。心理学的なとらえ方において一般的な見解によれば、法的妥当は、特定の行動類型が義務的なものとして承認されているという事実求められる。今日では、このような事実が個人との関連で確認されるのではなく、社会的な事実として確認されるということが一般に認められている。もしこのことが認められずれば、ある集団内において、法は一定の人々に対して妥当しているが他の人々に対しては妥当していないということになる。しかし、法的妥当という言葉の慣用的用法によれば、あ

る集団における法は、それを承認しない者に対しても妥当しているのである。従って、法の妥当に対応するものとして構成される心理学的な事実⁽²⁸⁾は、妥当の慣行的な意味に従って、社会心理学的な事実として確認される必要がある、大雑把に言えば、個別的承認説よりもむしろ一般的承認説が適当なものとして主張されねばならない。このように、心理学的なとらえ方も、社会学的なとらえ方に結びつくのである。

ところで、このような心理学的なとらえ方によれば、一般的な義務意識の存在だけで法の妥当を語り得ることになる。しかし、このこともまた、法秩序の妥当の慣行的な意味からすれば適当ではない。通常においては、特定の規範秩序が一般的に義務として受容されているが、實際上全く行われていないというような状況については、決して法が妥当しているとは言われない。このような状況を説明する為には、事実から峻別された規範として法をとらえて妥当の慣行的意味を無視するか、あるいは、集団生活における物理的な行動の規則性を法に対応する事実⁽²⁹⁾に付加するかのどちらかである。もし、法的妥当を事実として構成する立場を貫くとすれば、心理学的なとらえ方は後者の措置をとらねばならず、このことによっても、社会学的なとらえ方により近づくことになるのである。

ラレントツによる妥当類型論の修正の第二は、規範的妥当の下に形式的な当為妥当のみならず、実質的な価値妥当をも共に包括させるということである。すでに述べたように、ケルゼンは法規範の妥当が法律学にとっては当為妥当を意味するとして、形式的な当為妥当として法的妥当を把握している。これに対して、ラートブルフは、法規範の哲学的妥当ということ、何らかの価値理念によって法的妥当が根拠づけられるという法規範の価値妥当を理解しているところ⁽³⁰⁾です。ここで示唆したように、これら両者の見解は共に、法規範の無時間的及び無空間的な超越論的妥当を主張している。存在論的妥当概念が、これらの見解に共通するこのような妥当把握に対立して構成されたものである以上、

規範的妥当の下に両者の見解を共に考えることが適當であるように思えるのである。

このように本稿では、法的妥当のとらえ方を三つの類型、即ち、(一)、事實的なとらえ方、(二)、規範的なとらえ方、(三)、存在論的なとらえ方に区分する。(一)によれば、法は経験科学的に探究され得る一定の事実として妥当している。(二)においては、法は規範として時間・空間に拘束されずに妥当する。(三)によれば、法は、規範的にはあっても一定の時間・空間の内部において妥当するのである。

私は、このような三類型区分を基礎にして、以下においてそれぞれの法的妥当概念の適切性を検討することにする。この類型区分を採用する理由を簡単に述べるなら、まず第一に、それは、この類型区分が法的妥当のとらえ方について今日でも十分にあてはまるものであり、さらに、ラートブルフの類型論よりも包括的であるということである。そして第二に、私自身が、法的妥当の存在論的把握という立場に賛成しているということによるのである。法的妥当が、法の規範的側面及び事實的側面を含めた総体的な法のあり方を意味しているとすれば、まずもって、それはフッサールの謂ゆる時空的に拘束された規範としてとられねばならないであろう。

以下ではこのことからひとまず目を転じて、法的妥当のとらえ方について順次検討していくのであるが、その際、ラレンツが採り上げた学者に拘泥することなく、それぞれの類型概念を中心に据えて法的妥当をとらえている学者の見解を紹介することを通じて、議論を進めていくことにする。

(一) Emil Lask, *Logik der Philosophie und Kategorienlehre*, 1910, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. II, Tübingen, 1923, S. 14f. 参照。波多野善解訳『ラスタク価値哲学』丁酉出版社、一九三二、二二頁以下。

(二) Lask, *Rechtsphilosophie*, 1905, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. I, Tübingen, 1923, S. 280.

- (3) Vgl. *ibid.* S. 279 ff. 尚^レ 参照^ス 加藤新平「新カント学派」(尾高 峯村^ノ 加藤編『法哲学講座第五卷上』) 有斐閣 一九六〇^ノ 一四五頁以下。
- (4) 一九世紀後半の諸々の法学概念はかなり包括的と言及しようの如^ク Harald Gutherz, *Studien zur Gesetzestechnik*, Teil I, Breslau, 1908, S. 48 ff.
- (5) 参照^ス 拙稿「法の法学根拠の二つの一考察」(『一〇一頁注(4)』)。
- (6) Lask, *ibid.* S. 281.
- (7) Vgl. *ibid.* S. 281 f.
- (8) Vgl. Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, 1968, S. 12 f., 森田寛一註「法学的大致と社会学的方法の差異について」(『マニヤン選集5』木鐸社 一九七〇^ノ 一七頁以下)。
- (9) Vgl. Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, S. 159 ff., 中田長誠『法学総論』(マニヤン選集第二卷 東京大学出版会 一九六三^ノ 一六七頁以下)。
- (10) 厳密に言えば、カelsenとラートマンとは、前者がより嚴格に存在と実在を峻別してゐるという点において異なる。カelsenは、カelsenの、最初の著作において、法を形論系としてとらへるという点に關して、ラートマンの法律学的系が意味するものの規範の段階構造的な系を考へておこなつた。この点については Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen, 1923, S. XII ff., 長尾龍一註『國法学の主要問題』第二版序文(『マニヤン選集5』木鐸社 一九七〇^ノ 一四〇頁以下)。
- (11) Vgl. Gerhart Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Bd. I, Berlin, 1925, S. 6 ff.
- (12) Vgl. Karl Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, Berlin, 1929, S. 9 ff.
- (13) Vgl. C. A. Enge, *Über den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft*, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 14, 1920-21, S. 146 ff., S. 277 ff., Bd. 15, 1921-22, S. 54 ff. ホートマンとの關係については vgl. *ibid.* Bd. 14, S. 150. 彼は後述の法廷系論の言葉のトコロでこの意味を理解せられたるという。効果(Auswirkung) 実在性 (Realisierung) 顧慮性 (Beachtlichkeit) 理想性 (Idealität) 及び正統化 (Legitimation) など

区別してゐる。この二は前二者は社会的実在の同一位概念である。それ以上は順次、哲学的実在、理念的実在、及び法律学的実在に相対するものである。Vgl. Emge, *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1931, S. 68f.

(14) Vgl. Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Springer-Verlag, 1966, S. 58 ff.

(15) Vgl. Walter Ott, *Der Rechtspositivismus*, Berlin, 1976, S. 21 ff. 尚、彼が「ニュートン」の事実的実在が社会的実効性のみを意味するのに対し、社会学的実効性及び心理学的実効性を共に包括するものとして事実的実在を捉えている(Vgl. *ibid.*, S. 22)。¹⁾ 本稿が「この二は」の見解に大脚するものとする。

(16) Vgl. Hans Ryffel, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Luchterhand, 1969, S. 371 ff.

(17) Vgl. Reinhold Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, München, 1969, 3. Aufl., 1973, S. 31 ff.

(18) Vgl. Heinrich Henkel, *Das Problem der Rechtsgeltung*, in: *Dimension des Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1974, S. 63 ff.

(19) Karl Larenz, *Das Problem der Rechtsgeltung*, S. 9.

(20) *Ibid.*, S. 10. 彼が「この概念類型」を採る者として E. R. Bierling, Georg Jellinek, Rudolf Stammeler を挙げ、彼の「この二は」を批判してゐる。

(21) *Ibid.*, S. 13.

(22) *Ibid.*, S. 14. 彼が「この見解」の問題は Eugen Ehrlich を「おぼろげに」出している。

(23) *Ibid.*, S. 15f. 「この見解」の問題は、彼が Kelsen の著説を採らなば、それの「この二は」を批判してゐる。

(24) *Ibid.*, S. 20. ミュンツェル「この概念類型」を採る者として Husserl を採らなば、彼自身もまたその「この二は」の「法的実在」のより詳細な概念規定の「この二は」を批判してゐる。

(25) *Ibid.*, S. 9.

(26) *Ibid.*, S. 13f.

(27) 「事実的実在 (faktische Geltung)」を「ニュートン」本稿と同様に把握しては、シロライナーが異つて把握してゐる(「この二は」を参照、前出註(19))。また「リマニオン」及び「クンケンの謂ふ」「事実的実在 (tatsächliche Geltung)」は、本稿が「事実的実在」に於ける「この二は」を批判してゐる (Vgl. Ryffel, *ibid.*, S. 372, und Henkel, *ibid.*, S. 65)。

(28) Vgl. Hans Welzel, *Die Frage nach der Rechtsgeltung—An den Grenzen des Rechts—*, Köln, 1966, S. 8 ff., insb.,

S. 10.

(29) このような区別にあてられた名称は、厳密に言えば一貫していない。なぜなら、法的妥当のとらえ方に関する方法論に基づいて区別を行うとすれば、むしろ、事実主義的な、あるいは経験科学的なとらえ方、規範主義的な、あるいは規範学的ないし価値論的なとらえ方、及び存在論的なとらえ方という名称が適当だからである。これに対して、本文で使用されている事実及び規範という名称は、法がどのようなものとして把握されたかということに基づく区分を表わすものである。私は、このような名称が区分を明確するのに適していると考ええる。しかし、存在論的なとらえ方によって把握された法をどのように呼ぶかについては、私は慎重を期したい(大体においてそれは客観的精神あるいは社会倫理と呼ばれているようである)。従って、本稿では、これら二通りのものを混合した名称を暫定的に使用することにした。

二 事 実 的 妥 当

法的妥当を事実としてとらえる第一の類型によれば、「法が妥当している」ということは、社会的あるいは心理学的に認識可能な一定の事実が存在しているということと同義である。このような事実とは、通常、それについて「法が実効的である」という言明がなされ得る事実として考えられており、従って、法が妥当しているということは、法が実効的であるということに他ならない。この種の妥当のとらえ方においては、妥当を実効性に置き換えることが可能である。

では、法の実効性とは如何なる事実を指しているのか。すでにラレンツの見解においてみたように、実効性という事実が、(1)物理的なものとして考えられるか、あるいは(2)心理的なものとして考えられるかに応じて、事実的な妥当把握の類型は、さらに二種類に分けられる。以下では、(1)に関してテオドル・ガイガーの見解を、(2)に関してアルフ・ロスの見解を採り上げて、それらに即して法的妥当のとらえ方の事実的類型をみていくことにしたい。その際、

彼らは共に規範と法とが密接な関係にあると考えているので、規範の概念を中心にして法についての彼らの見解を紹介することにする。

1、テオドール・ガイガー

ガイガーは、法を社会的な考察方法でもって分析することに努める。彼によれば、社会学とは、現実を対象としてそこにおける法則性あるいは規則性を探究する経験科学に属するものであって、社会的現実を対象とする特殊な経験科学である。社会学は、社会的な現実をその対象とし、社会的な秩序の総体的な機構に眼を向ける。そして、この社会学が法を対象とする時、つまり法社会学においては、彼は、次のような考察態度をとると明言している。つまり、「規範、妥当、義務、法的要求等々のような、形而上学的、イデオロギー的な色彩を帯びた観念複合体を、それらによって変造されてしまった事実諸連関に立返って、そこにまで分析して、その観念複合体を知覚可能な現実の用語でもってとらえる」ということである。このように彼の基本的な考察態度は、規範あるいは妥当という観念を形而上学あるいはイデオロギーから解散してその観念の背景にある事実連関にまで還元する、ということにある。

さて、社会学の対象としての社会的な秩序とは、ある集団の内部において、ある特定の状況とそれに対応するある特定の行態との間に確固とした関係が存している場合に見出される、知覚可能な規則性である。そして、制定された規範は、確かに、このような社会秩序の機構における秩序づけの組織であるが、しかし、それは、その機構の構成要素のうちの一つとして意義を有するものであるに過ぎない。むしろ、特定の状況において特定の行態がとられるという事実、つまり「实在秩序」が、拘束性ないしは妥当を伴って生起している時に、本来の意味での規範が存在するの

である。⁽⁸⁾ このようにして規範は妥当と密接不可分の関係にあることが示される。

では、この拘束性ないしは妥当とは何であるのか。「規範の拘束性は、『当為されたもの』としては空虚な形而上学的美辞麗句であって、科学的には議論の対象にならず、利益のないものである⁽⁹⁾」。しかし、このような「謂ゆる妥当性の思想の故に規範觀念が形而上学的であり、従って現実内実をもたない⁽¹⁰⁾」と論断するのは誤ったリアリズムである。神とか善とかではなしに、外的な権力が感得し得る手段でもって名宛人に対して特定の行態をとるように迫る場合、拘束性それ自身が実在である。その際、規範は、名宛人の道徳的な觀念として存在するという事実を超えた現実内容をもっている。このようにして、問題は、規範の現実内容は何かということ、つまり、拘束性の概念を現実連関として規定することにある。規範の拘束性に対応する事実に示されることによって、「規範は經驗的な現実連関に対応し、その限りで非規範的な意味をもつこと⁽¹¹⁾」が実証されるのである。⁽¹²⁾

このような方向において拘束性の概念を規定するにあたって、まず注目すべきことは、特定の状況において特定の行態がとられるという、遵守と呼ばれる事実が生起している場合だけでなく、非遵守の場合でも拘束性が存するということである。さらに言えば、非遵守の場合でしかも社会の構成員一般から反作用を受ける時にも、拘束性が語られるということである。このことからして、規範の現実的作用は選言的に規定される。つまり、特定の状況において特定の行態が存するという事実においてか、あるいは、その行態から逸脱した行態が存し、さらにそれが効果としての社会的な反作用を伴っているという事実においてか、そのどちらかにおいて規範は現実的に作用している。これらの事実が規範あるいはその拘束力の現実内容を成している。これに対して、拘束性それ自体は、これらの規範作用のいずれにおいても存するのであるから、選言的というよりも統一的に規定されねばならない。拘束性の内容とは、「名

宛人が直面する〔上述のような〕二者択一それ自体⁽¹³⁾に他ならない。

ガイガーによれば、拘束性はさしあたりこのような二者択一的な作用という事実連関によって理解されるのであるが、彼は、このモデルに若干の修正を加える。拘束性をこのモデルどおりに理解するとすれば、すべての名宛人のすべての逸脱的行態に際して社会的な反作用が生起しなければ、拘束性について語り得ないことになる。このことは適切ではない。従って、拘束性の内容なる二者択一的な作用は量的なものとして捉え直す必要がある、即ち、拘束性は量的な測定が可能なものとして考えられねばならない。このようにして、拘束性は、二者択一的作用の可能性であり、量的に表現され得ることになる。⁽¹⁴⁾

次に、法的拘束性とは何であるのか。単なる拘束性から法的拘束性への変化、即ち単なる規範から法規範への変化は、反作用の主体の変化に依存する。「法秩序においては、規範の維持及び反作用の行使はもはやその時々『他人の』自然発生的な実効性に委ねられてはおらず、特にその為に創設された機関に委任されている⁽¹⁵⁾。反作用の主体が、社会一般から権威機関に移行する時、規範は法規範となる。「まさに法の主要メルクマールは、反作用の活動が特別な社会的機能として組織だてられ、それ自体の権威機関の手に与えられている⁽¹⁶⁾ということである」。

以上が、ガイガーによる法的妥当の概念規定であるが、それを要約すれば、次のようになる。法の妥当（拘束性）とは、特定の状況において特定の行態が法共同体成員によってとられるか、あるいは、その行態がとられない場合に一定の組織化された権威機関によって当該の法共同体成員に対して制裁（反作用⁽¹⁷⁾）が加えられるかという、二者択一的な事実に関する量的に測定可能な蓋然性（可能性）である。この見解によれば、法が妥当しているという言明は、右のような事実の蓋然性についての言明に等置される。そしてこの場合、法の妥当は、蓋然性ということを通じて、

当然、程度差をもつことになる。このようなガイガーの学説が、事実的な妥当を物理的な事実としてとらえようとしていることは明らかであろう。

2、アルフ・ロス

ロスは、言語哲学の手法を用いて規範の概念分析を行う。まず彼は、一般に発言を二つの類型、つまり、叙実的な発言と指図的な発言とに区分する。彼によれば、この区分は意味論上のものであって、従って、意味内容として、前者は命題であり、後者は指図である。では、この両者の相異はどこに存しているのか。これらは共に、何らかのトピックに言及している、従って、トピックに言及する句を含んでいるように思える。しかし、句の意味内容は、単にトピックについての観念であるに過ぎず、抽象的である。⁽¹⁸⁾ 命題及び指図は、トピックに言及することのない意味論的要素が単なるトピックへの言及に付加されることによって成立する。命題においては、その付加物は、トピックが実在的なものであるという意味論的要素、つまり実在性思考である。⁽¹⁹⁾ これに対して、指図においては、それはトピックが実在すべきであるという意味論的要素、特殊指図的な要素である。⁽²⁰⁾ このように、命題及び指図は、言及されるトピックが提示される意味によって異なるのであって、前者は、それを思考上実在的なものとして想定し、後者は、それを行動範囲として提示するということである。⁽²¹⁾ ここに両者の意味内容における相異が存するといえる。

このような準備的研究を前提にして、それでは規範とは何であるのか。確かに、規範というのは、右で述べたような指図と非常に似通っている。しかし、規範の現存、つまり規範の妥当⁽²²⁾と指図の現存とは異なるものである。指図が話すという行為として考えられるなら、それは「特定の場所と時点における特定の個人によってなされた発言という

出来事として現存する」。これに対して、規範の現存ということで、我々は「ある社会的な事態を、即ち比較的永続的で、単にその時々⁽²⁴⁾の出来事ではないところの事態を理解している」のである。かくして、彼は規範を次のように定義することになる。「規範とはある社会的事実と対応関係にある指図である」⁽²⁵⁾。

では、指図とある事実とが対応関係にあるとはどういうことなのか。それは、まず第一に、「規範において表現された行動の範型が社会の構成員によって一般的に遵守されており、さらに第二に、それが彼らによって拘束的なもの(妥当なもの)として感じられているということ」⁽²⁶⁾である。あるルールが実効的でないとすれば、それが「現存する」と言うことは、この言明が社会的事実についての記述の一部を成すと考えられる限り、意味をなさない。従って、何よりもルールの実効性がルールと対応関係にある事実として拳示されねばならない。このようなルールの実効性とはガイガーにおける事実的妥当を意味するであろう。しかしながら、このような事実として確定されるところの、行動の観察可能な規則性には、通常規範と呼ばれ得ない社会的な行動範型もまた含まれている。例えば、生物学的あるいは物理学的に基礎づけられる範型、技術上の範型、あるいは習俗は、一定の集団において事実上、一定の規則的な行動に即して見出されるが、規範とは看做されない。ここにおいて、すでに述べた第二の事実が、規範に対応する事実として提示される必要がある⁽²⁷⁾。

この第二の事実の要素をなしているものは、「妥当性の経験」であるが、これは、「行動のルールが内面的に妥当なものとして経験される」ということであり、「拘束的」とは、義務の感情を喚起すること⁽²⁸⁾を意味する。ロス⁽²⁸⁾は、義務、正当性、不当性、是認、あるいは否認についての如何なる経験をも妥当性の経験と呼ぶことにして、次のように述べる。「この用語が一定の心理的現象を示すということ、『妥当性』はこれらの経験の特殊な性質に他なら

ないということが、明確にされねばならない⁽²⁹⁾。そして、この妥当性の経験が、逸脱行動に対する反作用の核心をなすと言ひ得る。このように、ロスもガイガーと同様に逸脱行動における反作用の存在において規範の妥当を見出す。しかし、ロスにとって、規範の決定的な識別基準は、妥当性の経験ないし感情に存しているのである。

では法的ルールとは何であるのか。これについてロスは次のように述べる。「法的ルールは、強制の行使によって維持されるルールではなく、その行使についてのルールである。それらは、一般的に言つて強行されるのではなく、自発的に、即ち、ルールに拘束力を賦与する妥当性の感情によって、遵守されるルールである。法的ルールは、權威を有するもの、国家の機関に向けられており、その実効性の源泉は、それから派生する国憲及び制度に対する公務員の忠誠であり、その忠誠は、この態度が含意している否認及び批判という非暴力的な制裁と相伴っている⁽³⁰⁾。これによれば、法的ルールとは、強制の行使についての一連のルールを意味するに過ぎない⁽³¹⁾。しかし、このような法的ルールの理解は、論理的な観点より行われたものであつて、心理的には、法的ルールと並んでこのルールに含意されている一般市民に対するルールという、二組のルールのセットから成っている。今、問題にしているのは、法の現存あるいは妥当であり、すでに述べたように、これは心理学的な事実に関連している。従つて、本稿の文脈では、一般市民に対するルールも、「それが規則的に遵守され、拘束的なものとして経験されている限り、実際に現存する規範として承認されねばならない⁽³²⁾」のである。

以上のようなロスの見解によれば、法的妥当にとつて決定的な事実として提示されているものが、「妥当性の経験」と呼ばれる心理的な事実であることは明らかである。これを法的妥当の心理学的な把握として再構成するならば、次のようなものになる。つまり、このとらえ方によれば、法が妥当しているということは、一定の状況において一定

の行態が規則的にとられており、さらに、その行態をとることが、その主体にとって義務として経験されているということを意味するのである。

3、相互批判

このような法的妥当のとらえ方に関する二つの立場は、両者が共に社会的な事実との対応関係において法的妥当をとらえるという点で共通するものではあっても、互いに他方に対して批判を行っている。以下で、この相互批判の要点をガイガー、及びロスに即して明らかにし、そのことを通じて法的妥当の事実なとらえ方について検討することにした。

まず第一の争点は、ガイガーの主張するように規範の拘束性を事実還元し得るのかどうかということにある。ロスは、すでに述べたように指図という意味内容の側面をももつものとして規範をとらえており、この点においてガイガーを次のように批判する。(1)、もし規範が意味内容として維持されず、完全に事実で解消されてしまうとすれば、規範という言葉の慣行的な意味に反することになろう。その言葉の日常的な使用においては、「規範が遵守される、あるいは適用される」とか、「規範が拘束的なものとして感じられる」とか「規範は規範体系を成している」とか言われている。このような使用法においては、規範は社会的な事実としてではなく、意味内容として把握されているのである。(2)、ガイガーは、規範文章と実質規範とを区別し、前者は文章上の規範であり、後者は社会的な事実における規則性として考えている。しかし、この両者が共に規範と呼ばれるのは何故であるのか。まず一定の意味内容としての規範が前提され、それが前者の場合には文章化されており、後者の場合には社会的な事実として実在化されてい

る。このように考えることによって初めて、両者を共に規範と呼ぶことが可能になるであろう。⁽³⁸⁾

このようなロスの批判を検討するにあたって、予め留意されるべき点を指摘しておきたい。一般に、ある言葉の概念規定にあたっては、その言葉の慣行的な意味が手がかりとして重要な役割を占めるということであり、さらに、社会科学におけるように観念的なものを対象にする場合には概念規定そのものにおいて慣行的意味が重要性をもつということがある。このような概念規定における慣行的意味については後に触れることにするが、ここで採り上げたガイガー及びロスの見解も、言葉の慣行的な意味によって規定されており、彼らは共にそのような意味を無視していないということに、注目しておく必要があるであろう。⁽³⁹⁾

さて規範の慣行的な意味に即して考えるなら、ロスの批判には説得力があるように思える。しかし、意味内容としての規範が何らかの事実からの抽象として成立すると考えたとすれば、事実上の規則性を前提にしながらも、そこから抽象された意味内容について語ることが可能となるように思える。つまり、事実上の規則性を前提にして、そこから抽象された意味内容としての規範が遵守され、あるいは適用されると言い得るし、さらにはその意味内容の体系性あるいはその文章化について語ることも可能となる。そして、ガイガー自身も、少くとも一定の規則的な事実から抽象される行動範型というものを否定せず、これを「規範核」と呼んでいるように思える。このように理解すれば、ガイガーの見解とロスの見解とはお互いに近づくといえよう。なぜなら、すでに述べたように、ロスの方も規範に対応する事実として第一に事実上の規則性を挙げているからである。では、両者の相違はどこに存するのであろうか。それは、規範に対応する事実として単に物理的な事実だけを認めるか、あるいはそれに心理的な事実をも付加するか、ということにある。そして、このことが第二の争点をなすのである。

すでに述べたことから、ガイガーもロスも共に規範の妥当を逸脱行動における反作用の存在において見出しているといえる。しかし、ロスは、規範の妥当あるいは拘束性に対応する事実を行動主義的のみ確定し得るという見解に対して、批判を加えている。ロスによれば、ガイガーは規範の拘束性の要素として反作用あるいは制裁という事実を挙げているが、このような事実は、純然たる行動主義的な探究によっては確定され得ない。一定の事実が、制裁として特徴づけられるということは、制裁を行う側における「否認の感情」に基づいているのであって、これは「妥当性の経験」に含まれる心理的事実である。この妥当性の経験を無視するとすれば、例えば、とりわけ法規範の領域において関税を支払うことが輸入に対する制裁として考えられたり、精神異常者に対する強制的措置が精神異常をきたすことに対する制裁として考えられたりすることになってしまふであらう。⁽³⁶⁾

このような批判に対して、ガイガーの立場からどのような反論が可能であろうか。ガイガーは制裁に関して心理的事実を無視してはいない。彼は、逸脱行動をとる者の側においてではなく、それに対して反作用、制裁を加える側においてある種の表象が存することが、法の拘束性にとって必要な条件であると考えている。まず第一に、このような表象とは、特定の行動範型を正しい、あるいは望ましいとする表象であって、その表象を抱く者は反作用の主体である。第二に、この表象は、たとえ「望ましい」という言葉が使われているとしても、それは単にある集団構成員が集団の期待に反したという判断を生み出すだけのもので、その特定の範型を道徳的義務としてとらえるという表象からは区別されねばならない。第三に、「条件」とは何を意味するのか。それは、規範の拘束性の「原因」ではない。その原因は、「社会的な相互依存」であり、それは「あらゆる表象から独立して存立する事実」である。⁽³⁷⁾つまり、このような事実が原因となって既述の二者択一的作用という規範の拘束性が生じるのである。しかし、このような原因

によって、どのような特定の行動範型が拘束的なものになるかは規定され得ない。特定の行動範型を拘束的なもの
 高めるものは、反作用の主体の側における表象なのである。反作用の主体は、特定の行動範型についての表象を抱き、
 その表象に基づいて逸脱行動に対して反作用を加える、より厳密に言えば、その表象から生じる反作用の側における
 「期待が社会的圧力の機構を作動させる」⁽³⁸⁾のである。このような仕方では、その表象は、規範の拘束性の条件となる。⁽³⁹⁾

以上のガイガーの主張を考慮するならば、規範の拘束性が二者択一的作用の蓋然性という物理的な事実⁽⁴⁰⁾に他ならず、
 反作用の主体の側の表象は、単にその為の条件に過ぎないと彼が考えているにしても、一定の行動が反作用であるか
 どうかを確定する為にはその主体における表象が必要であるとすれば、彼もやはり、規範の拘束性の構成要素として
 そのような表象を認めていると言わざるを得ないであろう。このように理解するならば、ガイガーも、規範に対応す
 る事実の中に心理的な事実が構成要素として含まれることを認めているのであって、ガイガーとロスとの対立点は、
 反作用の主体における表象の内容についての対立ということになる。前者はそれを期待されている行動範型の表象と
 してとらえ、後者はそれについての妥当性の感情あるいは義務意識としてとらえるのである。

ガイガーにおいて、ロスによって採られている見解に類似するものに對する批判を見出し得る。一般に、規範につ
 いての特定の表象が、特定の状況において特定の行態がとられる為の動機をなしているとはいえないのであって、規
 範の拘束性に対応する事実を生み出す主観的な動機は様々なものであり得る。例えば、人は、自動的・習慣的に規範
 の遵守と呼ばれる特定の行態をとったり、社会的な要素と拘わりなしに自己の利益の為にのみそうしたり、あるいは
 集団から受ける反作用を避ける為にそうしたりする。⁽⁴⁰⁾このような主張をガイガーは規範の名宛人の側における表象に
 ついて行っているのであるが、同じようなことが反作用の主体の側についてもあてはまるであろう。ガイガーは、す

で述べたように、反作用の主体の側における表象のうちで期待されている行動範型についての表象を規範の拘束性と関連するものと考え、この表象を道徳的義務の感情から区別していた。結局、彼によれば、反作用の主体の側において様々な動機がみられるにしても、規範の拘束性に対応する事実の構成要素としては、社会によって期待されている特定の行動範型についての表象で十分なのである。

ところで、このようなガイガーの主張は、ある行動範型について個別心理学的な探究に基づいて、個々の反作用の主体における表象を問題にしていると考えられる。これに対してロスの場合には、妥当性の感情は、社会心理学的な意味で理解されているように思える。なぜなら、ロスが指図との対応関係にあるとしている事実は社会的な事実なのであり、さらに、法規範の識別にあたって一般的承認という事実を指示するというハートの見解が自己の見解と全く調和するとロス自身が述べているからである。⁽⁴⁾このようにロスの見解が社会心理学的な観点の下に構成されたものであると理解するなら、表象についてのガイガーの見解は、ロスへの反論としては少々説得力を欠くことになるように思える。確かに逸脱行動に対する反作用の主体において見出される動機には様々なものがあるであろうが、しかし、その主体の側において一般的に妥当性の感情あるいは義務意識が存在しているということが、法の妥当との対応関係にある社会的事実として考えられねばならない。ロスの見解はこのように理解され得るのである。

以上、規範一般に関する両者の対立点を明らかにして来たのであるが、法規範が規範の一種である限り、これまで述べて来たことが法規範についてもあてはまると言うことは言うまでもない。結局、両者の共通点及び対立点は以下のように考えられるであろう。規範の妥当に対応する事実を、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求めている点で、両者は共通している。しか

し、この規則的事実に参与する、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、両者の見解は対立する。ガイガーは、これが特定の行動類型が集団によって期待されているという表象で十分であると考へ、これに対して、ロスは、特定の行動類型を義務的なものとして感じる妥当性の感情が一般的であつて初めて、規範の現存あるいは妥当について語り得るとするのである。このように両者の見解を理解する場合、両者は共に法的妥当について純粹に物理的なとらえ方でも心理的なとらえ方でもない。むしろ、法的妥当に対応する事實は、物理的な事實と心理的な事實とが混合されたものであつて、その心理的な事實の理解において両者の見解が相異なるに過ぎないのである。

私は、このような対立に決着をつけることなしに、次に、法的妥当の事實的なとらえ方をもう一度とらえ直してそれに対する規範的なとらえ方からの批判を紹介し、さらに規範的なとらえ方それ自体をみていくことにしたい。

(1) ガイガーは経験科学について次のように述べている。「経験科学は、法則を提示すること、即ち、現象間の連関についての言明を提示することに努める。このような言明は、感覚的に知覚可能な事實の論理的な加工から導き出され、従つて、検証されるか、あるいは偽とされ得るかである。それが観察された事實に一致しているかどうかは、吟味可能なのである」(Theodor Geiger, *Das Verfahren der empirischen Soziologie*, in: hrsg. v. Paul Trappe, *Arbeiten zur Soziologie*, Luchterhand, 1962, S. 75)。

(2) ガイガーは、方法一元論の立場から、自然科学及び社会科学が共に現実を対象としてそこにおいて科学的法則を探究する経験科学であるとして、両科学を統一的に理解する。このような彼の見解は、およそ次のような認識に基づくものである。
 a. 自然科学の領域において、現象間の連関の規則性は、因果法則として探究されるが、このような因果法則については現代では次のように理解されている。(i)、因果法則は、必然性という理念を含むものとして考えられるのではなく、現象の統計的な相関関係のモデルとして考えられるべきである。(ii)、因果法則は、ある現象に力あるいは作用を帰属せしめるといふような形而上学的思考を伴うものではなく、単に、現象の規則的な連続を表現するに過ぎない。このように因果法則が理解されるとすれば、社会生活における量化可能な規則性は、因果性と原理的に異なるものではなくなつてしまふ。

6. 自然科学と社会科学との原理的な区別は、後者が因果法則によって支配されない意思をもった人間を対象としているという主張に基づく場合もある。しかし、意思が自由であるか否かに拘らず、人間の行態は実際に統計的な法則によって支配されているのである。(但し、彼自身は意思決定論者である。vgl. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1947, Soziologische Texte, Bd. 20, Luchterhand, 1964, S. 54 ff.)

Vgl. Geiger, Gesellschaft und Gesetzmäßigkeit, Übersetzung von "Human Society and Scientific Law", 1952, in: Arbeiten zur Soziologie, S. 56 ff., 及び参照、太田知行「ガイガー」(川島武宜編『法社会学講座』、岩波書店、一九七二) 一八八頁以下、及び佐藤節子「ガイガー」(矢崎光圀編『現代法思想の潮流』、法律文化社、一九七六) 三〇八頁以下。

(3) Vgl. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 57. この著作については、参照、東大ガイガー研究会「法学の経験科学的基礎」『法学セミナー』一九六四年七月号—一九六五年六月号。

(4) Ibid. S. 40.

(5) ガイガーは(例えが Wilhelm Lundstedt のように——参照、佐藤節子「北欧諸国の法社会学」(『法社会学講座』、一九七二) 八五頁注八——) 規範の概念を否定してしまうのではなく、それを否定することなく事実に戻元しようとする。また、イデオロギー及び形而上学についての彼の見解に関しては、参照、太田知行前掲論文、一八九頁以下、及び、vgl. Jakob Barion, Was ist Ideologie?, Bonn, 1971, 徳永尙訳『イデオロギーとは何か』、講談社、一九七四。

(6) Vgl. Geiger, Vorstudien, SS. 49, 53 f. 彼によれば、社会的秩序は、外面的に見れば集団生活における知覚可能な規則性であるが、しかし、集団生活において知覚可能なすべての規則性が、社会的秩序ではない。社会的な集団秩序は、意思行為との関連にならざるのみ存在する。Vgl. ibid. S. 54.

(7) Vgl. ibid. S. 57 f. 彼は、規範を規範命題あるいは規範文章と実質規範とに分け、後者を本来の意味における規範であるとしつつある。彼が問題にするのは、この後者の規範であって、これが文章化されているかどうかは規範の存在に無関係である。vgl. 著者前掲論文。Vgl. ibid. S. 58 ff.

(8) Vgl. ibid. S. 61 f.

(9) Ibid. S. 208.

- (10) Ibid. S. 66.
- (11) Ibid. S. 66.
- (12) 以下 vgl. ibid. S. 66 ff.
- (13) 以下 vgl. ibid. S. 68 ff.
- (14) 以下 vgl. ibid. S. 70 f.
- (15) Ibid. S. 131.
- (16) Ibid. S. 211 f. 尚、ガイガーの謂ゆる権威機関には、制裁を下すべきか否かを裁決する司法機関のみならず、制裁を執行する機関や逸脱行動を予防する機関も含まれている。Vgl. ibid. S. 131.
- (17) ガイガーは、権威機関による反作用を「社会的反作用の特別な形態としての法的制裁」と呼んでいる。Ibid. S. 139.
- (18) Cf. Alf Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, p. 10. 彼によれば、観念とは、「ある個人の経験の私的世界の内部で起るようなノックについての思考」ではなく、抽象的なものである。さらに、トビックとは、思考あるいは観念の内容となるものと考えられているように思える。(尚、ロスについては、参照、中村晃紀「規範概念の構成要素」早稲田法学会誌二四巻、一九七三、及び矢崎光圀『法哲学』筑摩書房、一九七五、三三五頁以下。)
- (19) Cf. ibid. p. 12 ff. ノックで留意すべき点は、このような命題は、それを真として受容することは無関係に成立するところにとどまる。命題の真としての受容は、確かに命題と密接に関連するものであるが、しかし、それは語用論的な問題であらう。命題は、意味論の分野においてその真としての受容とは拘りなく成立するのである。Cf. ibid. SS. 13 ff.
- (20) Cf. ibid. p. 34 f. 尚、彼は、このような意味論的要素を作用因子 (operator) と呼んでいるが、これは、トビックがその持つ内容となるところの様相と考えてよりよいように思う。
- (21) Cf. ibid. p. 71.
- (22) ロスは、このような規範の現存を以前には規範の妥当性と呼んでいたが、後にハートの指摘に基づいて、妥当性という言葉が英語圏では規範が体系的連関の一構成要素となっているという意味でのみ用いられることに気づき、一定の集団の内部で持つ受容している法という意味での法の妥当には法の現存 (existence) と同一言葉を使用しよう。Cf. Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 34 ff., and *Reviews: The Concept of Law*, By H. L. A. Hart, *The Yale Law*

Journal, Vol. 71, 1962, p. 1190. また、ロスは、規範の定義によって、一定の規範が実際に現存する、あるいは有効であるという言明が可能にされるのでなければならぬと考える。彼にとって、規範の定義とは規範の現存の定義である。Cf. Ross, *Directives and Norms*, p. 78 f.

(23) (27) *Ibid.* p. 80.

(25) *Ibid.* p. 82.

(26) *Ibid.* p. 93.

(27) Cf. *ibid.* p. 83 f.

(28) Cf. *ibid.* p. 84.

(29) *Ibid.* p. 86.

(30) *Ibid.* p. 90 f.

(31) 従って、彼は法規範の現存について判決の重要性を指摘する。「法的制裁は裁判所の決定に従って適用されるので、法規範の現存は、判決における観察された規則性から導き出されねばならないであろう」(*Ibid.* p. 87)。

(32) *Ibid.* p. 92.

(33) Cf. *ibid.* p. 81 f.

(34) このことは、ロスについては本文において直前に述べられたことから明らかである。

ガイガーに関しては、次の二つの議論において明瞭に見出されるであろう。(一)彼は、規範の妥当の現実内容が、特定の状況において特定の行動がとられるという事実においてのみならず、逸脱行動における反作用の存在においても見出されるとしている。それに関して、彼は次のように述べている。「規範の拘束性ということでは、まさに、それが名宛人というカテゴリーに属するすべての集団構成員を拘束しているということである。……『すべての』というのは、規範に対する内面的な尊敬や服従を無視して、名宛人を構成するメルマールが該当する人間を意味する。ある名宛人が特定の状況において逸脱行動をとった場合、人は、彼が特定の行動をとる『べき』であったと語り、このようにして彼に対しても規範の拘束性を主張するのである」(Vorstudien, S. 69, 傍点筆者)。拘束性の概念規定が単なる規約にすぎないとすれば、拘束性を規範の遵守の場合にのみ限定することは可能であろう。右で述べた拘束性の現実内容の理解は、拘束性と

という言葉の慣行的意味によって方向づけられている。(二) さらにガイガーは、規範の拘束性が二者択一的な作用の現実性にはなく、その可能性において見出し得る、としている。このような概念規定も、そのような現実においてのみ規範の拘束性が存するという、拘束性の意味についての約束も可能である以上、慣行的意味を前提にしていると言い得る。

- (35) Geiger, *ibid.* S. 62.
- (36) Cf. Ross, *Directives and Norms*, p. 87f.
- (37) Geiger, *Vorstudien*, S. 88.
- (38) *Ibid.* S. 90.
- (39) Vgl. *ibid.* S. 86 ff.
- (40) Vgl. *ibid.* S. 87.
- (41) Cf. Ross, *Reviews*, p. 1187. 尚、ロスは、ハートが拘束する規則の現存にとって必要なのは批判的な反省態度であって、感情ではなくしてこれらに對して、態度及び反作用というのは妥当性の感情のはっきりとした現われであると反論している。 Cf. *ibid.* p. 1188.