

〔翻訳〕

クルト・ゼールマン

『法哲学』(第四版・二〇〇七年)(一)

竹下 賢・川口浩一(監訳)  
森永真綱・小島秀夫(訳)

スイス・バーゼル大学のゼールマン教授の『法哲学』はコンパクトであるがレベルの高い法哲学の教科書としてドイツ語圏の大学の授業等で広く採用され、版を重ねているものである。またゼールマン教授は、ドイツのみならず英米の法哲学にも造詣が深く、この教科書の中にもドイツの議論との興味深い比較がみられ、現在の法哲学の水準を示す重要な著書であるといえよう。本書は、既に韓国語などにも翻訳されているが、このたびゼールマン教授および出版社のC・H・ベック社から日本語への翻訳の許可を得ることができたので、本誌に連載することとした。

はし が き

今日、法哲学が主に取り組むのは、次の二つの問題である。一つ目は、そもそも「法」において問題となるのは何か、つまり法という現象が如何にしてより精密に定義されるべきかを解明する試みである(本テーマについてはAで論ずる)。二つ目は、国家の立法機関によって公布された規範や、あるいは司法上の裁判実務からは未だ推察され得ないような正当性(Richtigkeit)の有無

を決する何らかの諸基準の存否、つまり「前実定的な」あるいは「超実定的な」法を語ることの意義の有無の探究である。特に後者は今日しばしば「法倫理学 (Rechtsethik)」とも呼ばれる(本テーマについてはBで論ずる)。非実定的な正当性の諸基準に関する問いには、国家によって発布されたもの、そしてその存在を肯定すれば、「前実定的な」あるいは「超実定的な」ものも含めて、規範の拘束性が根拠付けられうるかどうか、根拠付けられるとすれば、如何にして根拠付けられうるかという問題も含まれている。それゆえ既に、実定法の現実的妥当性 (Geltung) の諸基準について思索を巡らす者は、たとえ規範が破られた場合の当該法の妥当を、例えば国家による制裁のような何らかの不利益の発生という一定の蓋然性のみ還元するにしても、上記の非実定的な正当性の諸基準について精査しなければならないのである。第二の問題提起が第一の問題提起から生じたものであることは、論証の過程の中で明らかにされる。逆に、いかなる非実定的な正当性の諸基準が、強制力を通じて、つまり法によって貫徹することが許されるのかという問いは、法哲学上の中心的な問いである。この問いにおいては、再び、「法」という概念、例えば道徳との相違におけるそれが前提とされる。この点においては、第二の問題提起——すなわち非実定的な正当性の基準に関するもの——が、第一の問題提起——すなわち法という概念に関するもの——に還元される。

第一の問い、すなわち「そもそも法とは何か」という問い、つまり文化的現象の総体への法の組み入れは、あらゆる者にとり日常理解の重要な問いであろう。結局、あらゆる者は、日々、法に直面させられるのである——買い物、職人への仕事の依頼、損害賠償請求、保険金の請求、結婚、あるいは国家からの社会扶助や補助金の受領、税金や手数料、贖罪金の支払、また犯罪実行あるいはその告発。職業上、法の取り扱いに従事する者、すなわち法律家にとり、法に関する問いはそれ以上のこと即ち、彼の自己理解の前提であることを意味する。あらゆる者にとり、明らかに最も高い実践的意義があるのは、次のような第二の複合的問いである。はたして世界観的に中立的な国家においてもなお、規範の拘束性について、何らかの内容上の根拠付けをなしているか。規範を受容することの根拠は存在するか、あるいは明らかに不利益が生じる場合でさえ、同規範により自己が義務づけられているとみなす根拠は存在するか。それどころか、規範の一定の内容が正当であることを証明することはできるか——例えば、財または義務の

賦課の一定の分配を「正義にかなっている (gerecht)」と合理的に根拠付けることはできるか。

非実定的な正当性の諸基準の根拠付けの可能性だけでなく (B)、法の存在でさえも (A)、歴史上常に、様々な形態で疑問視されてきた。法哲学は、法学の補助科学にとどまるものとしてのみ理解されるものではなく、この原則的な議論を捕捉しなければならぬのである。それゆえ、双方の部においては、これらの問題提起に関するテーマへの導入が目的とされる。

本テキストは、まず最初に問題を喚起し、その問題に関する最初の思索のきっかけを与えるよう構成されている。そして、これらの問題に対して今日与えられているいくつかの回答について習熟させた上で、如何に、これらの回答のみならず問題提起までもが、哲学的思索の一定の伝統の中に位置付けてはじめて、その意義を獲得し、理解されうるものであるかを提示することを試みている。それゆえ、一方では、法哲学の歴史的な叙述においては、必ずしも歯車が新たに発明される必要はない。しかし、他方でここでは、同じテーマに関する時代を超えた絶えまない討議に対する疑念も示されている。テーマですらその歴史を有し、言葉はその意味を変遷させるのである。あらゆる時代の「重要なテキスト」が知られなければならないが、それらはそれぞれの歴史的文脈の中で知られることが求められる。これはいくつかの今日の文化的な問題が、今日の文化的な文脈においてのみ理解できると同じことである。それゆえ歴史的説明と現代の議論状況は、ごく手短ではあるにしても、同様の手法で、ともに、記述されなければならないのである。

このテキストは、初心者にとり理解しやすいように構成され、概観を可能にしつつも、上級者にとり——脚注における選り抜かれた文献の指摘をも通じて——さらなる研究の手助けとなることが意図されている。専門家は、テーマや論証がいくつか欠けていることを不満に思うであろう。しかし、本書は、願わくば、最終的には読者が本書の要旨の再述にとどまらず、自分で展開できるようにするための橋渡しにすぎないことを考慮してもらえればと思う。

## A. 法とは何か

### 第一章 「代替手段論争」すなわち、法は自明のものではない

文献：Adorno, *Negative Dialektik*, II. Aufl., Frankfurt a. M. 2003 [木田元・渡辺祐邦・須田朗・徳永恂・三島憲一・宮武昭訳『否定弁証法』(一九九六年・作品社)]; Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris 1998; *Augustinus, De Civitate Dei* [服部英次郎・藤本雄三(四)(五)のみ]『神の国』(一)～(五)(一九八二年／一九八二年／一九八三年／一九八六年／一九九一年・岩波書店)], dt. Übers., *Der Gottesstaat* Bd. II, Zürich 1955; *Blankenburg u.a.*, Vorwort zum Jb. f. RSoz. u. RTh. Bd. 6 (1980); Derrida, *Gesetzskraft. Der "mythische Grund der Autorität"*, Frankfurt a. M. 1991, Nachdruck 2005; *Duncan Kennedy, The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in: Brown/Halley (Hrsg.), *Left Legalism, Left Critique*, London 2002, S. 178 ff.; *Edgeworth, Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change in the Contracting State*, Aldershot 2003; *Hager, Konflikt und Konsens: Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitschlichtung*, Tübingen 2001; *Hegel, Phänomenologie des Geistes* (1807) [金子武藏訳『精神の現象学』(上)(下)(二〇〇一年・岩波書店)], *Werke* Bd. 3, Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a. M. 1970; *Kranz* (Hrsg.), *Die Fragmente der Vorsokratiker* [内山勝利編『ソクラテス以前哲学者断片集』(全五冊／別冊一)(一九九六～九八年・岩波書店)], 19. Aufl., Zürich 1996; *Lambert, Franciscan Poverty. The doctrine of the absolute poverty of Christ and the apostles in the franciscan order 1210-1323*, 2. Aufl., St. Bonaventure N. Y. 1998; *Lüderssen, Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt a. M. 1996; *Marx, Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Rohentwurf von 1857/58, MEW Bd. 42, Berlin 1983 [資本論草稿翻訳委員会訳『ブルハス資本論草稿集 一八五七―一八五八年の経済学草稿』(1)(2)(一九八一年・大月書店)]; *Marsch, Mediation statt Strafe? Eine Untersuchung der „mediation pénale“ in Frankreich*, Köln u.a. 2003; *Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit*, Tübingen 2004; *Peters,*

Rationalität, Recht und Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1991; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl., Tübingen 2007; *Schapp*, Gemeinschaft als Grundlage der Gesellschaft, in: Rechtstheorie 2006, 49 ff.; Tochtermann, Alternative Dipute Resolution: Einführung in die alternative Streitbeilegung, JuS 2005, 131ff.; *Tönnies*, Gemeinschaft und Gesellschaft (zuerst erschienen 1887), Darmstadt 2005 [杉之原寿一訳『デュマイン・シャフトとゲゼル・シャフト——純粹社会学の基本概念』(上)(下)(一九五七年・岩波書店)]; *Unger*, The Critical Legal Studies Movement, in: Harvard Law Review 96 (1983), S. 561 ff.; *Voigt* (Hrsg.), Abschied vom Recht? Frankfurt a. M. 1983.

- 1 「法とは何か」という問いに対するある程度実りのある回答は、哲学の成果でしかあり得ず、したがって最初から与えられるものではないし、ましてや法哲学の単なる導入のはじめに既に与えられるもので決してない。しかし、法哲学を学び始める者は、まず法という概念への最初のアプローチをする必要がある。スピノザ(一六三二—一六七七年)は正当にも、「全ての規定は否定である (omnis determinatio est negatio)」と主張したが、これが意味するのは、限界の向こう側にあるものと区別することによってのみ、限界をうまく設定することができるということである。「アンチ・ドラマ」や「アンチ・ヒーロー」に取り組んでから、「ドラマ」や「ヒーロー」が意味しているであろうことについてよりよく分かる——そうであるならば、「法」の理解に対する導入として、法に対する批判を考察することから始めることはできないだろうか。法における代替手段 (Alternativen im Recht) 及び法に対する代替手段 (Alternativen zum Recht) ——これらは現代特有の現象ではない——について考察すれば、自ずと「法」と呼ばれるものにとって典型的であろう一定の現象形態を見出すことになる。「代替手段論争」により、「法」を構成するものについて(きわめて暫定的な)理解が可能となるのである。もっとも最初はこの限りでのみ、本議論は関心の対象とされるべきである。法批判に関する批判的検討は、後で行うこととする(第四章)。
- 2 法に対する批判は、歴史上、特定の法規範または判決に対する批判としてのみ登場したわけでもなければ、法的に規定された

個々の支配形態、あるいは法曹の欠陥に対する批判としてのみ登場したわけでもない。法それ自体を疑問視する法批判も、繰り返し行われているのである。(例えば、司法的形態の手続きや裁判官による裁判のような)法の一定の——典型的であるとみなされた——観点に限定された問題提起との限界は流動的である。それでもやはり、以下の考察の重点は、「代替的な法形態」に関する議論よりはむしろ、「法に対する代替手段」に置かれることになる。

3 しかしながら、ここでも、その現象は多種多様である。法は、社会的な規制の道具、つまり思考様式や行動様式として、一般に、あらゆる生活領域との関係で問題となることは稀である。しばしば法的規制に対する留保 (Vorbehalt) が、一定の人的グループ (例えば文化的エリート、宗教結社) や生活領域 (例えば特に神と人間の間における宗教、経済秩序や所有権秩序、合意に基づく人的関係) に対してのみ妥当することがある。もともと、例えば「取引法 (lex mercatoria)」の意義が増大していることや、今日単一民族国家的な法秩序によるインターネットが制御不可能であることが既に明らかになっていることを指摘して、国家までもが疑問視され、予期を安定させる法が受け入れられることもある。<sup>(2)</sup> この国家哲学的な観点については、ここでは掘り下げない。

まず、法批判の歴史に目を向けることにしたい。そこからのみ、現代の法批判が理解可能となる。

#### 1. 古代、中世、近代における法批判

4 そもそも古代、中世、近代という時代区分については、これまでにあらゆる疑問が投げかけられているけれども、依然として我々がそのように区別して呼んでいるヨーロッパ精神史の各時代において、相異なったタイプの法批判が明らかにされる。

5 古代の文献においては時折、法は個人の利益追求を妨げるものと捉えられている。中世においては、しばしば、(一次的には神の)恵み (Grade) や愛 (Liebe) のような、より高次の諸原理との関係で、正義が批判されている。近代の法批判に典型的だと思われるのは、法的に規制された社会的関係が特定の (ネガティブに評価された) 支配秩序または経済秩序の表現にすぎない

いという批判、換言すれば、他のありうる人的相互作用形式を背景に、法を特定の人的作用形式であると批判的にみることである。<sup>(3)</sup>

以下ではがいくつかの例が示されるに過ぎない。影響作用史上、特に重要なテーゼを——できるだけ歴史的な順序を守りつつ——重点的にとりあげる。

(a) 古代における法批判

6 古代における法批判は、特にギリシャの文献において行われている。<sup>(4)</sup> ソフィストのゴルギアス(紀元前四八三—三七五年)においては、ノモスや正義を表すディケの伝統的諸規則に対して「正しい弁論術」をもって反論するレトリックへの称賛がみられる。法には——レトリックと異なり——、そのときどきにおいて実際に重要性を帯びている問題領域の諸相を考慮に入れる能力はないとされる。その後、ソフィストのカリクレス(プラトンが作った架空人の可能性もある)と——ペロポネス戦争(紀元前四三二—四〇四年)の時代に活躍した——トラシユマコスにおいては、ノモスの有用性について対照的な見解が見られる。即ちカリクレスによると、強者を震撼させるために法を公布するのは弱者であるとされる——これに対し、自然は強者が弱者に優越するのが当然であることを証明するものだとする。自然と法は、大抵は、相互に矛盾しているとまでいうのである。この傾向に倣い、ソフィストのヒッピアス(紀元前五世紀のうち最後の四〇年間の生存が確認されている)においても同様の記述が見られる。彼によれば、ノモスは人間にとって暴君であり、自然に多くを強いるものだとされる——それゆえ、むしろ賢者は自然に従うべきであるとする。彼らとは異なり、トラシユマコスは、優越するものにとり有用なものだけが正しいと主張する。それゆえ、(弱者として)法的に行動する者は、常に不利な立場にあるという。カリクレスとトラシユマコスにおける——法的振る舞いは(強者であれ、弱者であれ)個人に損害を与えるものだという——法批判の明白な動機は、後世における法の学術的検討において、今だ解明されていない。

(b) 中世の法批判の諸相、アウグスティヌスから宗教改革まで

7 教父アウグスティヌス（三五四―四三〇年）の『神の国 (De Civitate Dei)』という著書は、影響作用史上、重要な意味があった。<sup>(5)</sup> アウグスティヌスは、人間の共同体は二つ存在すると説く。一つは、神の愛を志向する人間によって構成されている神の国 (civitas dei) であり、もう一つは、その構成員が世俗的な自愛を志向する地の国 (civitas terrena) である。双方は現世において相互に絡み合っており、表面上区別することはできない。上記の志向に応じて、二つのうちのいずれかの共同体に、個々人が振り分けられるに過ぎないのである。

8 一方の地の国は悪の世界である。地の国の世俗性はカインに由来するが、世俗的な領域を越えて、墮天使もまた地の国の構成員とされる。よって、その限りで、世俗の国は邪悪でさえある。しかし、他方の神の国は地上の巡礼の上に成り立っている以上、地上の平和を必要とし、これを作るのが地の国の法律である。そのため地上の司法は必要悪としての性格を持つものとされ、その不幸についてアウグスティヌスは詳述している。地上の平和は不完全なものであることから、それは単に不幸中の慰めに過ぎないのである。もし神までもが万人に当然の報いを与えれば、その帰結は永遠の死ということになる。何人かをそこから救済するのは、神の余りある恵みなのである。

9 このアウグスティヌスの「自然法的論法によるアナキズム」は、<sup>(6)</sup>後に様々な解釈が施され、しばしば政治的意図が明らかなものさえ見られた。もっとも、教会を神の国と偽るのも、「政治的なアウグスティヌス主義」において、世俗の国家に宗教的な厳粛さを与えようとするのも同じ事である——世俗的な正義を、神の愛や恵みによって形作られた共同体のバックグラウンドにすることは、流行のトポス (Topos) だったのである。

10 法批判は、さらに一二世紀から一三世紀におけるフランシスコ会の清貧論争に見られる。このフランシスコ会の清貧論争は、中世の教会のキリスト教の教義との関係における法の意義に関する最も重要な論争の一つであった。私有財産の放棄は、既に聖ベネディクトの戒律において、<sup>(7)</sup>修道者に対して義務づけられていたが、その後も、所有を——教会のそれも含めて——キリスト



のまねびと調和しないと考える運動が絶えなかった。サンフランシスコ会の創立は、このような批判を教会内部的に受けたものである。(托鉢修道会の一つである) フランシスコ会の創始者のアッシジのフランシスコ(一一八二—一二二六年)は、その厳格な戒律を、ローマ教皇ホノリウス三世から擁護しなければならなかった。所有問題について対立が生じ、最終的に一二七九年の大勅令において、ローマ教皇ニコラウス三世は、フランシスコ会修道士は(詳細は戒律と同様)、自分が使う物、あるいは(例えば自分が食べる物のよう)自分が消費する物に対してでさえ、所有権を有してはならず、——キリストや彼の使徒と同様——単なる事実的使用権(simpliorem facti usum)を有しているに過ぎない、つまり法的な帰属とは完全に切り離された単なる事実的使用をしていくべきであると確言したのである——この評価は、一三二二年にローマ教皇クレメンス五世によって基本的に引き継がれた。

11 そのわずか十年後に、ある法律家が、このような構成に対する徹底的な批判を教皇ヨハネス二十二世に対して行った。使用と所有の永久的な分離を可能にするのは、彼の法理解と相容れないとされたのである。玉子やチーズを食する者は——このようにヨハネスは極めて具体的に——、相応する法的地位を有していなければならない、と述べたのである。しかし、都市の貧民層によって支持されていたフランシスコ会の「司祭」にとり、これは決して即座に譲歩することができない根本問題であった。このようなことから、文献上の長きにわたる争いが起こり、さらにこれは政治的対立によって何度も繰り返されたのであった(例えば、皇帝と教皇の争いにおいて、フランシスコ会の主導的な修道士の陣営が皇帝側についたこともあった)。

12 フランシスコ会の清貧論争において——教会指導部の目から見ても、これは危険性を孕んでいた——、富裕と貧困はもはや単なる経済的相違ではなかった。むしろ任意に選択された貧困は、法という枠組みが象徴する人間の共同生活の形態と対象的な姿であるとも解釈しえたのである。

13 一六世紀初期の宗教改革においては、既に初期教会が取り組んだキリストの救済との関係における旧約聖書の律法の意義付けに関する、激しい争いが新たな形で勃発した。トリエント公会議後のカトリック教会と同様に、宗教改革前の教会は、「律法」

と福音を可能な限り調和させることが求められていたが、ルターの支持者や、後にはプロテスタントの教会にとり、この区別が中心論点であった。ルター（一四八三—一五四六年）自身は、たしかに律法（ルターの場合、旧約聖書の戒律だけではなく、新約聖書に含まれる全ての宗教的な要請を意味する）や律法を遵守した生活は、神前における人間の正当化に必要なとはみなさず、キリストは律法の創造者ではない（さもないと、恵みは恵みであることを放棄することになるといふ）と主張しているが、他方で、キリストが律法の欠陥を補充した（*erfüllen*）以上、律法を廃止すれば、キリストが何者かを知ることができなくなってしまうと根拠付けることで律法を擁護し、議論のきっかけを作ったのであった。ルターの攻撃の対象となった反律法主義者はより急進的であった。彼らは旧約聖書の戒律のキリストに対する妥当性を、つまり慈悲を内容とするキリスト教の戒律の存在をまさに一般的に疑問視したのである。<sup>(10)</sup> 彼らは、キリストをまさに律法や律法枠組み的思考を超越した存在とみなしたのであった。

14 このようにして、一六世紀までの中世の議論においては、法とより高い価値の諸原理、特に神の恵みを対峙させることは珍しいことではなかったと総括することができる。ここでは、法や正義より高い価値を有する諸原理は、いわば外から、つまり神の領域から人間の生活領域に入り込むものなのである。端的に言えば、古代における法批判はどちらかといえば、内部的（*egozentrisch*）であるのに対し、中世の法批判は、外部的（*exzentrisch*）な特徴を有しているといえよう。

(c) 近代における法批判

15 これまで述べてきたタイプの法批判とは異なり、この五世紀における批判は、個人の利益の重視や、より高次の価値を有する諸原理の法領域への導入というよりはむしろ、これらとは異なる、ともすれば、優れた共同生活の様式について、より強く焦点が当てられている。

16 例えば社会的紛争に関する法的な議論や解明に際し、当該関与者にとり特に重要な多くの事柄が顧みられていないというのは、法的素人が繰り返し行う考察である。哲学者ヘーゲル（一七七〇—一八三一年）はこの観点を先駆者の一人として法哲学的に取

り扱い、特に青年期において「法状態」批判の出発点に据えた。<sup>(11)</sup>ここで重要なのは、以下の二つの議論の関係である。すなわち、ギリシャにおけるポリス的人倫とローマの法思想の関係、及び——これまでの議論から我々にとって既知の問題である——旧約聖書の律法とキリストの愛との関係である。

17 ヘーゲルの解釈によると、ギリシャ人の生活は、彼らの共同体と直接的に一体化したものであるとされる。ヘーゲルによれば、もはや「生き生きとした民族精神」との自然的結合から個人が離脱したことが、ギリシャ精神の凋落の歴史なのである。ローマ人の場合、一般的なものが「極めて多数の個人という原子へと拡散された」と見る。個人は相互に人格であり、平等であるとして承認される。ただしこのことが意味しているのは、現実的にも彼ら個々人が相異ならない点でのみ、法的主体として承認されるということである。もはや共同の確信、共同の伝統、共同の課題の内部的連関ではなく、法的主体としての相互承認が人間を統一するのである。こうして法は、まさに一方の個人の生活を他方の個人のそれと区別するものを顧みない。個人は、特性、欲求、利益、社会的地位、政治力、経済力とは無関係に、法的主体として平等な関係になる。しかし、このように恣意的で、偶然に委ねられた内容はローマ神聖皇帝においてみられたが、ヘーゲルによれば、これは他ならぬローマの「法状態 (Rechtszustand)」の帰結なのである。しかしヘーゲルも直接的に人倫へと遡及しようとしているわけではなく、あくまでも必然的なものとして現れる発展段階の消極的な側面を指摘しようとしているに過ぎない。

18 ヘーゲルが法批判において一定の神学的伝統にも依拠していることは、<sup>(12)</sup>律法と愛に関する叙述においてさらに鮮明となる。まずヘーゲルが律法と対置しているのは、もはや(神的な)恵みではなく、(キリストの愛と)隣人愛である。ヘーゲルは、山頂の垂訓を例に、イエスが律法に対する服従よりも一層高次のものをどの点で表現しているかを示すことを試みている。ヘーゲルによれば、律法とは、「対立するものを」それ自体は現実と対置される「一つの概念に統合したもの」である(あるものが存在すべきとき、それはまさに未だ存在しない)。律法は傾向 (Neigung) との対立をも前提とする。二つの側面のうちの一つをとることに現れるこの捨象 (Abstraktion) は、イエスの愛の「命令」によって超克され、それゆえこれは決して本来の意味での

それではないことになる。ヘーゲルによると、イエスが示しているのは、命令に対する服従を不要と化するものなのである。つまり、「生の様態 (Modifikation)」としての愛であり、これは当為として現実と対置されてはならないものである (そして、この点でヘーゲルはカントに与しているのであるが、およそ命令され得ないものであろう<sup>(13)</sup>)。

19 ヘーゲルの抽象化・法批判はより過激に展開され、法と経済との関係において、カール・マルクス (一八一八—一八八三年) によって先鋭化された。マルクスによれば、法の本質は不平等な個人に対する平等な基準の適用にあるとされる<sup>(14)</sup>。すなわち、法が保障する平等と自由とは、商品の交換における平等と自由である——つまり、人間は、交換者として、他のあるゆる点で異なるとしても平等であり、商品の交換が強制なく行われる限りで自由でもある。それゆえ、法的主体は商品を交換する個人なのである。しかし、労働力という商品は、それ自体の価値、すなわちこの対価として支払われたものより、はるかに多くの価値を生み出すことから、まさにこの平等が不平等を生み出すことになる——そして例えば「不公平な」賃金は、他の社会主義者が考えていたように、この不平等の埋め合わせですらないという。マルクスの関心は、不平等かつ不自由であることが証明された、平等と自由の実現にあったのである。アナトール・フランスは、この問題提起を敷衍し、法は裕福な者と同程度に貧しい者に対して、橋の下で寝ること、パンを盗むこと、街角で物乞いをする<sup>(15)</sup>ことを禁じているのだとする。一九世紀末から二〇世紀初頭におけるこの種の法批判が、「社会国家」を巡る議論の火付け役となったのである。

## 2. 代替手段 (Alternativen) を探索する根拠として、今日挙げられているもの

20 法による紛争解決の代替手段に関する議論は、しばしば、代替手段に期待されている紛争解決の種類が十分に決められていないという問題を抱えている。しかし、以下では、限界は流動的であるが、法に対する代替手段の要請と法における代替手段の要請を区別することを試みたい<sup>(16)</sup>。

21 既に、法に対する代替手段を探索する根拠は一樣ではない<sup>(17)</sup>。例えば、「法」の援用は一定の共同体の存続にとって阻害的なも

のと感じ取られることもあれば、法は紛争の実際の解決にとってあまりに抽象的であり、また直接関与者のための紛争解決の可能性を剝奪するものであると捉えられることもある。法はそれが一定の生活領域に広がるとき自由を迫害するものとして捉えられることもあれば、法はおよそ不確定なものであり、経済や政治といった諸現象と区別が不可能であるともいわれる。もっとも、法における代替手段の探索を促進しているのは、裁判手続に対する一定の留保である。例えば、裁判手続は費用や時間がかかりすぎる、現実離れしすぎている、形式的すぎる、あまりに予測不能である——要するに、あまりに非効率的で、形式主義的である——といった制限である。

(a) 共同体に対する阻害

22 まず、法は、直接的な人倫的關係、つまり多かれ少なかれ自明の共通の目的によって定義される關係という意味における共同体を破壊するという考えが存在する。「ギリシヤ的な」社会化と「ローマ的な」社会化というヘーゲルによる区別が、ここでもなお影響を及ぼしているのである。

23 一方が法的地位を援用するときには既に、友人關係や結婚生活といった親密な關係が解消の段階に入っているということがしばしば指摘されている。<sup>(18)</sup> 法を援用する者は、例えば裁判所のような第三者の強制権に訴えることで、自己の利益を貫こうとする以上、このような直接的な相互作用形態における法の援用は、相互作用とは無關係な(中立的な第三者たる)機關の共同体への介入を結果として伴うのであり、このような点に法と共同体における上述の対立の根柢が見い出されるのである。このような第三者による強制という威嚇によって、直接的で、友好的かつ自然発生的な關係が阻害され、大抵は破壊さえされる。<sup>(19)</sup>

24 しかし、同様のことは取引にも妥当する。相互的な信頼に支えられている比較的長期の取引關係を維持するために、一方当事者はできる限り、相手方に対して法的な措置をとらないようにする。良好な關係を維持するためには、不法であるという法的主張と結びついた不快な疑いを、相手方に向けるべきではないからである。<sup>(20)</sup> 社会的領域によっては、例えば経済のように、独自の

「法律」によるほうがはるかにうまく機能するため、可能な限り法的なルールによる介入は慎むべきではないかと考えられることもある。<sup>(21)</sup> 結局は、いくつかのサブカルチャーにおいて、紛争の legalization (Verrechtlichung)、特に国家的な刑事司法の介入は、独自の制裁ルールの妥当性を危殆化し、また、当該社会的関係の終結を招来しうることになる。性的暴行を告発しない、または刃物沙汰を警察に通報しないのは、比較的長期の社会的関係を危殆化しない機能や、サブカルチャーの一定の社会的メカニズムが、望ましくない場合に、一般に知れ渡るのを防止する機能を営みうるのである。<sup>(22)</sup>

25 もっとも、共同体を破壊する制度としての法に対する留保は、しばしば、親密な領域をはるかに越えることがある。若き日のヘーゲル、マルクス、さらには二〇年代、三〇年代の著者達が、「共同体」を「利益社会」との対比を通じて成果を得ようとしたが、彼らだけでなく、現代のアメリカ合衆国の議論においても、多くの著者が、一定の内容に方向付けられた共同作用としての共同体と、個人の利己心に媒介された法的に規制された社会的関係を対照している。<sup>(23)</sup> フランシスコ会の清貧論争にみられる基本思想も、この点で、今日もなお、現代的意義を有しているのである。

#### (b) 抽象性

26 社会的関係または社会的紛争の法的規律は、実生活の複雑さに鑑みれば抽象的に過ぎるといふ批判は、共同体を阻害するといふ上記の法批判と密接に関連している。例えば、法は具体的事案との関わりがあまりに希薄であるといわれることがある。<sup>(24)</sup> また、法は紛争を解決しないし、紛争の背景や根本に立ち入らず、ただ紛争を形式化し、「選択的に紛争が加工 (selective Konfliktverarbeitung)」されるに過ぎないともいわれる。<sup>(25)</sup> 法は、全てを平等に取り扱うことによって、人間各自の具体的な個性に対応することなく、まさに高圧的で匿名的な力として、オール・オア・ナッシング的な硬直した図式に従って機械的に機能するものだとされる。法はまさに人間の不平等さを眼前にして平等に取り扱うことで不平等を意味しているという批判は、上述の通り、既に一九世紀に広まり、当時既に社会批判としても向けられたものであったが、これは今日もなお法の特質とみなされ

ている。<sup>(26)</sup>

27 この批判の独特のバリエーションとして、法は直接の「当事者 (Betroffene)」の紛争解決可能性を剝奪するものだという批判が存在する。紛争も「所有物 (Eigentum)」であり、これを奪うのは「窃盗 (Diebstahl)」であるとされる。<sup>(27)</sup> 本見解によれば、紛争における参加可能性に重大な意義が認められている。紛争が社会から「法律家」によって奪われれば、社会は(社会的な)諸規範を解明する機会を失うことになる。当事者は、事件において、何が重要なかをもはや決定することができなくなり、正当な関係人が誰であるかについて論議できなくなるのである。<sup>(28)</sup> このバリエーションの抽象性批判は、既に「法における代替手段」に関する議論により迫ったものである。というのも「紛争という所有物」の「法律家による窃盗」という批判は、既に現代法システム内部における変更によって和らげることができからである。例えば刑法では、訴訟や制裁における具体的な行為者と被害者の関係に関する考察<sup>(29)</sup>、ないし素人関与的要素を強化することが考えられる。

(c) 自由迫害

28 法は自由を脅かすものであるという批判も、「法の代替手段」と「法における代替手段」の区別の観点において内的相克をはらんでいる。なぜなら、従来、この批判が「法化」に向けられることはほとんどなかったし、法によって規制された生活領域に對して向けられる場合もごくわずかだったからである。例えば、「貧者扶助 (Armenfürsorge)」の国営化とこれに伴い増加する法化は、一九世紀の自由主義からみれば自由を迫害するものということになるが、今日ではむしろその法的禁止の意味について激しい議論の対照となっているのは、学校や家族のような領域(人工授精や代理母など)<sup>(30)</sup>である。当時も、今日と同様に、法に對する独自性が繰り返し主張されるのは経済である。<sup>(30)</sup> 既にこれらの例から、こうした分野においては、しばしば複線的に議論されることがわかる。つまり、法化の結果として、共同体や国家外の機能連関それ自体の破壊が懸念されながらも、このような生活の脈絡に属する個人の自由が脅かされることも同じように懸念されているのである。

29 しかし、個人の生活領域において法的規制の密度がますます濃くなっているが、「法律の氾濫 (Gesetzesflut)」としての法の量的増加もまた、明らかに自由侵害的なものとみられている。もっとも、こうした分野における議論はこの間にかなり進展し、法律化 (Vergesetzlichung)・官僚制化 (Bürokratisierung)・裁判化 (Justizialisierung) という区別が行われるようになり、そして法律の削減は、官僚制化や裁判化の縮小に決してつながらず、それどころか一定の場合には、極度の肥大化につながりかねないと理解されようになった。<sup>(31)</sup> すなわち、「法化」の「増加」を極めて単純に語る場合は格別、「法化」は常に複数の要素を含んでおり、これらの相互作用が認識されなければならないのである。

(d) 不確定性 (Unbestimmtheit)

30 最後に、法批判に関する現代の議論において大いに注目されているのは、特にアメリカ合衆国の「批判法学」運動の中心カテゴリーである法の「不確定性」(indeterminacy) テーゼである。<sup>(32)</sup> ここで「不確定性」が意味しているのは、法律が意味論的な余地を残している(「解釈」を必要としている) ことだけでなく、法律が裁判官や行政法律家による評価を必要としていることや、法律の適用が事実評価と結びついているため、非常に様々な結論に至りうることをも意味しているのである(この点に関する詳細は、後に第六章で述べる)。このような意味で、「法の適用」は常に法の創造でもあり、具体的事例判断として「生まれ出る (herauskommen)」ものを、法律から読みとることができないのもしばしばである——この種の批判は、法哲学ないし社会学的アプローチによる法学方法論においては、従来からの定番である。

31 例えば、既にケルゼンは——「自由法学派」に対して大いに賛同し——、唯一の正しい解釈がいつも存在するというのは「幻想」であって、<sup>(33)</sup> 法律は法の適用者にとっての「枠組み」にすぎないという。<sup>(34)</sup> アメリカ合衆国の議論において語られている「不確定性」というテーゼはよりラジカルなものであり、法的判断の結果は、結局のところ概して、法的にはなく、政治的あるいは経済的な利益により確定されるという。いかなる法状態も、社会的な利益闘争 (Interessenkampf) の所産としてのみ理解可能



である以上、これを法概念の背後に隠すよりはむしろ、明確な形で行うことが好ましいとされる。この「不確定性」の主張の理論的根拠は、個々の法規範のみならず、解釈原理それ自体も解釈にとり必要である点に求められている。つまり、これら諸原理が競合する場合に、衝突を規制する法的なメタ原理が不明だというわけである。

(e) 非効率性と公式性

32 特に裁判による紛争解決は、様々な効率性基準に照らせば、非公式の紛争解決に比べて非効率的であると批判されているが、これはいうまでもなく法における代替手段の問題である。<sup>(35)</sup> 公式の裁判手続は、膨大な時間と費用の消費を余儀なくされる。裁判手続には膨大な公務員スタッフの投入が必要とされ、その結論が予測不可能であることもしばしばであり、機会の平等は必ずしも保障されていない。

33 裁判手続へのアクセスは、多くの場合大きな困難を伴うという指摘がなされている。<sup>(36)</sup> 司法へのアクセスの障碍は、法社会学の流行の研究テーマであった。既に挙げた経済的、時間的な効率性の障碍は、何よりもまず、裁判手続にアクセスしようとする個人にとっての障碍でもある。訴訟の経済的リスクは、下層階級に属する者のみならず、訴訟費用の支援を要求できない中間層の訴訟関係人にとっても無視できないものである。

34 同じことは言葉の障碍にもあてはまる。裁判手続における公式の法律用語は、あらゆる紛争関係人にとって、アクセスの障壁である。いうまでもなく、その際、下層階級に属する者は特に不利を受ける。なぜなら優れた法律家を助っ人として雇うことの実現性は、比較的低いからである。このような不利は、経済的に恵まれていない外国人の場合さらに増大する。これに加えて、下層階級に属する紛争関係人には、さらに別の特殊なコミュニケーション上の障碍が存在する。裁判官はたいいていの場合中間層出身であるため、下層階級に属する者とは完全に異なった価値観を有しており、その判断基準も異なっているというのがその例である。

### 3. 代替的な紛争解決モデル

#### (a) 友好モデル

35 共同生活や紛争解決を目的とした法に対する代替手段が積極的に具申されることは稀である。示唆されたものの中からは、共同体の理想像として目的共同体 (Zielgemeinschaft)、<sup>37)</sup> 伝統共同体 (Traditionsgemeinschaft)、需要共同体 (Bedürfnisgemeinschaft) が連想され、家族や友好といった共同体の理念型が社会全体に広められることが読み取れるに過ぎない。<sup>37)</sup> この根本的な批判においては、理想的な社会を積極的に言い表すのを断念し、法批判を、自然発生的なものの賞賛、及び社会発展の展望を柔軟に開けておくものとしてのみ捉えることもしばしばである。<sup>38)</sup>

36 幾分より具体的なのは、法における代替手段を探索する諸見解である。特に、代替的な紛争解決モデルの提案は、二つの分野、すなわち完全な国家的中央権力が存在しない単純な社会に関する民俗学的考察、及び今日既に存在する先進工業国の一定の発展動向にヒントを得たものである。

#### (b) 話し合い (Palaver) およびそれに類似したもの

37 係争処理 (Streitregelung) の非司法的諸制度に関する法民俗学的な文献は、極めて広範囲にわたっており、アフリカの単純な社会のほか、第三世界の他の国々における紛争解決手法についても取り扱われている。たしかに今日、これらの社会は全て、基本的に裁判システムを有する国家に属している。しかし、様々な理由から (例えば、裁判所が少なすぎるとか遠すぎるといったもののほか、特に実体法や訴訟法になじみがないことを理由に裁判所を拒否することが挙げられる)、<sup>39)</sup> これらの社会は、少なくとも一定の種類の紛争について、他の係争処理制度による調停を実施しているのである (schlichten)。

38 この際、多かれ少なかれ地位が強化されている仲裁人が間に入った紛争当事者間の話し合いが行われる。この「話し合い」において、大抵の場合、両当事者は親類、友人、他の同調者に付き添われるが、これらの者も自由な雰囲気の中で発言することも

できる。通常、仲介人 (Vermittler) は、係争当事者に譲歩や和解をさせようと努める。この手続はほとんど規定されておらず、実体法上、法規範は慣習や風俗と実際上区別されていない。話し合いでは、紛争事例のダイレクトな解決に限定せず、係争当事者双方の生活状況を認識した上で、当該紛争の原因を探求する。その解決を通じて、村落における調和のとれた共同生活の持続的な回復が保障されることになる。<sup>(40)</sup> これらにつづいて特に前提とされているのは、一つの学習過程、すなわち一方当事者に逸脱者としての烙印を押し出すのではなく、まさに関与者間の和解が共同体によって積極的に承認されるということが、関係人の中で保障されていることである。

(c) 「裁定する (richten) 代わりに調停する (schlichten)」——「調停 (Mediation)」

39 先進工業国に目を向けたときに見過ごされてはならないのは、(専門性、公式性、第三者による判断、強制執行の可能性といった) 裁判の理念型に当てはまらない紛争処理 (Konfliktregelung) が、ときには完全な形でなされ始めているということである。これは従来から法社会学により取り組まれてきたが、その後、法学における一つの中心テーマとなった。<sup>(41)</sup>

40 ドイツの民事訴訟には、和解 (Vergleich) のような制度が存在する。裁判官は、法的紛争がいかなる状況にあるとも、平和的な解決 (gütliche Beilegung) を試みなければならない (民事訴訟法第七七九条第一項第三文、第四九二条第三項)。このような和解は、間に入った第三者が既定のルールに従って判断するのではなく、所与の利益を合意に基づく形で調整することを目指すという点では、典型的な裁判手続に対する批判に沿うものである。スイス法では、賃貸借法 (同法の債権法第二七四条 a) や男女同権法 (同法第一二二条) において、オーストリア法では労働法上の係争 (労働組織法第一四四条) について、同様に、調停所 (Schlichtungsstelle) の規定が見られる。アメリカ合衆国には、裁判外紛争解決手続 (alternative Konfliktbeilegung) (ADR=alternative dispute resolution) としつゝ、交渉 (negotiation)・調停 (mediation)・仲裁 (arbitration) の三本柱が存在する。<sup>29</sup>

41 刑事手続においては、一定の犯罪に関し、和解官庁 (Vergleichsbehörde) における和解の試み (Sühneveruch) が存在するが、また和解に類似した、訴訟における合意 (Absprache) <sup>(42)</sup> も存在している。アメリカ合衆国では、一定の要件を満たせば、刑事手続はいわゆる調停手続 (Mediationsverfahren) <sup>(42)</sup> に移行し、そこでは行為者と被害者の仲介人 (Vermittler) が公的に指定され、この者が往復交渉の形で合意の実現に努める。<sup>(43)</sup> アドバイザーに徹する第三者の関与を通じた合意に基づく紛争解決に関し、調停 (Mediation) という概念を用いることは、今日では完全に一般化している。

42 しかし既に、多くの法秩序において、当初から裁判外で紛争解決する契機が存在している。<sup>(44)</sup> 例えば、ドイツ刑法には、私人訴追犯罪 (Privatklagedelikt) における裁判外の和解 (Sühnevergleich) (刑事訴訟法第三八〇条第一文)、あるいは労働法上の係争における義務的和解手続 (obligatorisches Sühneverfahren) (労働裁判所法第五四条) が存在する。民事法上の係争に関し、(ドイツでは、民事訴訟法第一〇二五条以下により)、国家の裁判所の代わりに、当事者の契約上の合意に基づく私的な裁判所が裁判を行うことができる。これはいわゆる仲裁裁判所 (Schiedsgericht) である。しかし、他の多くの国々と同様、ドイツにおいては、このように個別的な係争のために一時的に設置される仲裁裁判所とならんで、例えば、自動車手工業会 (Kfz-Handwerk)、商工会議所 (Industrie- und Handelskammern)、医師会 (Ärztekammern) などに、裁判外の仲裁所 (Schiedsstelle)、調停所 (Schlichtungsstelle)、合意所 (Einigungsstelle) が数百存在している。こうした裁判外の仲裁所は、無償あるいは低廉なコストで機能する場合がほとんどであり、アクセスは比較的簡単で、手続もあまり形式張ったものではない。そして多くの関係人にとり重要なポイントであるが、これらは非公開で機能する。アメリカ合衆国には、「近隣正義センター (neighbourhood justice-centers)」から、「被害者・加害者和解 (victim-offender-reconciliation)」プログラムに至るまで、非公式の紛争調停のための機関が多く存在している。今では、ヨーロッパやアジアの多くの国々において、非公式的な紛争解決の枠組みが、司法システムの中に組み込まれている。<sup>(45)</sup>

43 その他、法社会学的な調査によって、一種の「企業内司法 (Betriebsjustiz)」が存在することが明らかにされている。多くの

企業では、企業内部者による一定の犯罪に対し、当該行為者の合意を得た上で、内部的に制裁が加えられ、警察や検察にはおおよそ知らされていない。<sup>(46)</sup>

44 旧東独では、「紛争委員会 (Konfliktkommissionen)」という名称の、大きな規模の、この種の企業内司法が存在していた。隣人間の係争について管轄を有していたいわゆる「仲裁委員会 (Schiedskommission)」と同様、「紛争委員会」は、軽微ないし中程度の犯罪性を有するに留まる一定の犯罪に関して、当該企業に所属していること (あるいは隣人であること) を理由に、当該被疑者の生活状況やその行為を取り巻く社会環境についてよく知っている法律の素人四名を配置して、判定を下していたのであった。<sup>(47)</sup> 彼らは、紛争関係人の生活の場や仕事場の近くにいる者であり、政治的な教育目的に基づき、紛争原因の調査を通じて、持続的に紛争を沈静化すべしとされていた。もっとも、これらの制度は、仲裁所、調停所、合意所とは異なり、法的に定められた手続の範囲内で機能し、かつ決して妥協案を探ることではなく、一方的に責任を負わせることが目的とされていたという点では、本質的には従来の裁判により近いものであった。

45 裁判外紛争解決制度の将来がどうなるかを予想するのは困難である。これまでの考察において、ほとんど受け入れがたいものもあれば、<sup>(48)</sup> 代替的なモデルが伝統的な司法と連携した場合に、意義の増加が認められる場合もあることが示された。<sup>(49)</sup> 「裁判外紛争解決手続 (ADR=alternative dispute resolution) は世界的に進歩した」とさえ言われることもある。法社会学は、この分野において、重要な研究テーマを発見した。効率性や法的事実を調査し、立法過程や司法をより正確に認識することによってのみ、法的紛争処理 (rechtliche Konfliktregulierung) に対する留保について、確認し、あるいは否定することができるからである。ここでは、本問題のかかる側面について、これ以上詳細に取り組むことはできない。

#### 4. 「法」理解の推論

46 法哲学にとって——これがここでのポイントであるが——、代替手段に関する議論は、別の理由から、中心的な意義を有して

いる。それは、法批判または典型的な司法手続に対する批判を吟味し、代替的な紛争解決モデルを概観することで、法的規制の独自性が特に明らかになることから、最初に述べたように「法」が意味しうるものの理解に向けた最初のアプローチを可能にするということである。法批判の適否の判断を除けば（これについては後に第四章で取り扱う）、法の特性のいくつかが顕わになった——もつとも、その評価については何ら言及しなかったが。

47 まず、法は、特定のタイプの社会化（*Vergesellschaftung*）、すなわち個人が潜在的には相互に利益衝突状況に置かれているため、中立的な係争処理（*Streitentscheidung*）を必要としているという点に焦点を当てている。利益の平等や情緒的な慈愛を前提とする共同体が、法をほとんど必要とせず、それどころか法を持ち出すことで完全に阻害されることは明白である。さらに、法は、具体的な主体や状況を構成する多くの事物を捨象し、一定の範囲で等しくないものを等しいものとして扱い、一定の基準に則って一般化し、そして一般的な紛争では、その根底にまで立ち入らず、裁くものである。さらに法は、個人の自由を制限し、その規制を通じて、個人から見れば自分たちのほうがよりうまく処理できることも多い領域を掌握する。このような規制において、法が、具体的事例における裁定に際して補充されるべき余地を含んでおり、これが極めて広範囲にわたることは明らかである。この点に関して、少なくとも、極めて様々な諸利益に——これは直感的に原因とみなされているものでもあろうが——端緒を見いだすことができるように思われる。結局、法は、その具体的適用についていえば、極めて形式的であり、そこから得られる帰結を見れば、非効率であると感じられるものでもある。

以上が、「代替手段論争」から得られた暫定的な収穫であり、予備概念（*Vorbegriff*）である。

- (1) Spinoza, Werke Bd. 6, Briefwechsel, hrsg. v. Walter, 独語版, 3. Aufl., Hamburg 1986, Brief 50.
- (2) これにこうして Teubner, Global Law without a State, Aldershot 1997; J.-P. Müller, Der politische Menschenschliche Politik, Basel u.a. 1999, 118 ff., 123 ff. 参照。
- (3) この二つの区分はこうして Kohlberg, From Is to Ought, in: Mischel (Hrsg.), Cognitive Development and Epistemolo-

- gy, New York/London 1971, bes. S. 164 f. の作用史的な考察を参照。
- (4) エトの記述に関する関連文献として Gorgias, Rede auf die Gefallenen des Peloponnesischen Krieges, bei: Kranz (Hrsg.), Die Fragmente der Vorsokratiker, IIB 6; Platon (紀元前四一七—三三四年), Gorgias, 482d-484b, 491e, 独語版, Werke Bd. 2, hrsg. v. Eigler, Darmstadt 1973, S. 377-381, 401; Protagos, 337b, 独語版, Werke Bd. 1, hrsg. v. Eigler, Darmstadt 1977, S. 155; Politeria, 338c, 343c-344b, 独語版, Der Staat, Werke Bd. 4, hrsg. v. Eigler, Darmstadt 1971, S. 39 ff.; 55-59. など。
- (5) エトの記述について Augustinus, De Civitate Dei, 12. Buch, Kap. 28; 14. Buch, bes. Kap. 1, 4, 28; 15. Buch, Kap. 17, 独語版, S. 109 ff., 158, 164 ff., 214 ff., 254 ff. を参照。
- (6) Flasch, Augustin, Einführung in sein Denken, Stuttgart 1980, S. 394.
- (7) スネデイクト (四八〇—五二七年頃) は、五二九年にモンテ・カッシーノ修道院を設立した。西洋の修道院制度の創始者と考えられている。
- (8) ノン・ミンストロスの精査論からして、特して Lambert, Franciscan Poverty. The doctrine of the absolute poverty of Christ and the apostles in the franciscan order 1210-1323; Grossi, Usus facti—La nozione di proprietà nella inaugurazione dell' età nuova, Quaderni Fiorentini 1 (1972), S. 287 ff.; Seelmann, Die Lehre des Ferrando Vasquez de Menchaca vom dominium, Köln u.a. 1979, S. 98 ff. を参照。
- (9) 特して、道徳律不要論者に対するエトの論議を〇条以下を参照。in: Disputation gegen die Antinomer, WA (Weimarer Ausgabe) Bd. 39 I, Weimar 1926, S. 357 sowie die 1. Disputation gegen die Antinomer, a.a.O., S. 359-417.
- (10) 議論全体について Iwand, Glaubensgerechtigkeit und Luthers Lehre, S. 51 ff., 56 ff., in: ders., Glaubensgerechtigkeit Bd. II, München 1980 を参照。
- (11) Hegel, Phänomenologie des Geistes (1807), C. (BB) VI. A.c. Der Rechtszustand, S. 355 ff. を参照。また、クーゲルの歴史哲学と宗教哲学の交点におけるローマの精神に関する記述を参照。
- (12) リネンについて Graf, Artikel „Gesetz“, VI. „Neuzeit“, in: Krause/Müller (Hrsg.), Theologische Realenzyklopädie Bd. XIII, Berlin/New York 1984, S. 102 ff. (S. 109 ff.) を参照。

- (13) Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Schicksal* (1798-1800). Werke Bd. 1, Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a.M. 1971, S. 274 ff.
- (14) ハリド記述したトーマスの法批判について、特に「Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei (Kritik des Gothaer Programms) MEW Bd. 19, Berlin 1962, S. 15 ff. (21); Das Kapital, 1. Buch, 4. Kapitel, 3., MEW Bd. 23, Berlin 1962, S. 181 ff.; Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie, Rohentwurf von 1857/58, MEW Bd. 42, S. 15 ff. (165 ff.)」を参照。
- (15) Anatole France, *Die rote Lilie*, 独語訳, München 1925, S. 116. ハリド批判的なものの「Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, München 1991, S. 149」を参照。法的平等よりも「法外部的な (außerrechtlich) 不平等がハリのよる」作用されることを「必然的」をみを得る「ハリ」の「論」である。
- (16) 議論の「よら」な「広がり」について「Blankenburg u.a., Vorwort zum Jb.f.f.RSoz.u.RTh. Bd. 6, S. 8 ff.」を参照。
- (17) 法批判ならびにその根拠付けが多種多様である「ハリ」を指摘したものの「ハリ」Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, S. 136 ff.」を参照。
- (18) Carbonnier, *Flexible droit*, 7. Aufl., Paris 1992, S. 31; Freund, *Le droit comme motif et solution de conflicts*, ARSP, Beiheft 8 (1974), S. 47 ff. (51); Ellscheid, *Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie*, in: *Neue Hefte für Philosophie* 17 (1979), S. 37 ff. (42 ff.).
- (19) ハリドについて詳述したものの「ハリ」Ellscheid (o. Anm. 18), S. 46 f.; Ottmann, *Politik und Vertrag. Eine Kritik der modernen Vertragstheorien*, *Zeitschrift für Politik* 33 (1986), S. 22 ff. (30) がある。法と一般に結びつく「強制力の批判」について「Benjamin, Zur Kritik der Gewalt (1921), *Gesammelte Schriften* Bd. II 1, hrsg. v. Tiedemann/Schweppenhäuser, Frankfurt a.M. 1980, S. 179 ff.」を「論」される。本論文において「法の強制力は「対照法的に」「心からの礼儀平和を愛する心」「信頼」と対置される」。
- (20) ハリドについて「Macaulay, Non-contractual relations in business—a preliminary study, *Am.Soc.Review* 28 (1963), S. 55 ff.」。
- (21) Voigt (Hrsg.), *Abscheid vom Recht?* 所収の諸論文のみを参照。



- (22) Blankenburg, Recht als graduales Konzept. Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung, in: Jb.f.RSoz. u.Rth. Bd. 6 (1980), S. 83 ff. (91) 参照。
- (23) Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge 1982 のみ参照。この議論の中心は既に一八八七年に『フェルディナント・テニリスが』『カント・ハンヤント・ユダヤ・ハンヤント (Gesellschaft und Gemeinschaft)』に於いて築き上げられたのである。『ラビ・ロウランド』Schapp, Gemeinschaft als Grundlage der Gesellschaft 参照。
- (24) 普遍化し規則性を有した法と正義を参照する意味では『Derrida, Gesetzeskraft, S. 12 ff. 参照。』『ラビ・ロウランド』Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, S. 254 ff.; Lüderssen, Genesis und Geltung in der Jurisprudenz, S. 334 ff., S. 346; Habel, Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis, in: ARSP 1997, S. 217 ff. 等。部分的に『ラビ・ロウランド』の東洋法批判を採りこんでいる。Rouland, Introduction historique au droit, Paris 1998, S. 38 ff.; Morigiwa (Hrsg.), Law in a Changing World: Asian Alternatives, ARSP Beiheft 72, 1998 参照。
- (25) 『ラビ・ロウランド』Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie S. 299 ff.; Edgeworth, Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change in the Contracting State, S. 247 (英訳「決断不能性 (undecidability)」)。
- (26) Adorno, Negative Dialektik, S. 303 ff. 本邦法論界でのこの著者の社会的批判的傾向は『ラビ・ロウランド』Losano, Gesetz und Hacke. Ursprünge und Entwicklungen des alternativen Rechts in Europa und Südamerika, in: Helmholz u. a. (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, FS Landau, Paderborn u. a. 2000, S. 1023 ff. 参照。
- (27) Christie, Konflikte als Eigentum, Informationsbrief f. RSoz. 12 (1976), S. 12 ff. 関係人による紛争の規制は『ラビ・Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 282 ff. 等参照。』
- (28) Christie (o. Anm. 27), 1976, S. 17.
- (29) 『ラビ・ロウランド』Dölling, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2. Aufl., München/Gladbach 2000; Morsch, Mediation statt Strafe?
- (30) 『この議論は『ラビ・Seelmann (Hrsg.), Wirtschaftsethik und Recht, ARSP-Beiheft Bd. 81, Stuttgart 2001 所収の議論文を参照。』
- (31) 法規の氾濫への批判に対して反対であるという『Niggli, Zurück zu den 10 Geboten? Gesetzesflut und Strafrecht in:



Königsfeld 2007.

- (43) リネヒロウツチガ' Weigend, Täter-Opfer-Ausgleich in den USA, MschrKrim 1992, S. 105 参照。加害者・被害者和解制度 (Täter-Opfer-Ausgleich) 一般のウツチガ' Kerner, Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung, Bad Godesberg 2005 参照。
- (44) リネヒ関チ情報ガ' Trunk u.a. (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit und andere Formen alternativer Streitbeilegung, Berlin 2006; Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl., München 2003, S. 196 ff.; Hager (o. Anm. 41), S. 96 ff. 参照。
- (45) リネヒロウツチガ' Morsch, Mediation statt Strafe?; Jung, Mediation: Paradigawechsel in der Konfliktregelung? FS Schneider, Berlin/New York 1998, S. 913 ff.; Rojare-Guy, La médiation pénale. Thèse Université Paris I, 1996; Wada, Rethinking Formality and Informality in Dispute Resolution, in: Kitagawa u. a. (Hrsg.), Das Recht vor der Herausforderung des neuen Jahrhunderts, Tübingen 1998, S. 315 ff. 参照。
- (46) ケインにおける法的状況のウツチガ' Jentsch, Betriebsjustiz, Aachen 2005。ケインの法的状況のウツチガ' Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, S. 81. 参照。
- (47) リネヒロウツチガ' Kohte, Konfliktkommissionen zwischen paternalistischer Interessenwahrnehmung und ordnender Erziehung, in: Hürtgen/Reichel (Hrsg.), Der Schein der Stabilität in der Ära Honecker, Berlin 2001, S. 249 ff. 参照。
- (48) Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 300; Rehbinder (前掲脚注(44)), S. 197 f.: 「もの迅速じゆんたれガ' 低クロス トビヨナヘ' 決定力が備わったウツチガ' ナハヤクガ'」
- (49) Jung (前掲脚注(45)), S. 924.
- (50) Wada (前掲脚注(45)), S. 315.

(森永真綱・訳)

## 第二章 法概念の諸相

文献: Aley, Begriff und Geltung des Rechts, 2. unveränd. Aufl., Freiburg u.a. 1994, (Studienausgabe, Freiburg u.a. 2002);

Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Tübingen 2005; *J. Austin*, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, 4. Aufl., London 1879, Nachdruck Bristol 2002 [大島貞益訳『豪氏法學講義節約 日本立法資料全集一九〇〇―一九二二』(上冊)(下冊)(二〇〇三年・信山社)]; *R. Dreier*, Der Begriff des Rechts, in: NJW 1986, S. 890 ff.; *Ehrlich*, Entgegnung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 844 ff.; *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (zuerst erschienen 1913), 4. Aufl., hrsg. v. Rehbinder, Berlin 1989 [河上倫逸・M・フーブリント訳『法社会学の基礎理論』(一九八四年・みちぢ書房)]; *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (zuerst erschienen 1947), 4. Aufl., hrsg. v. Rehbinder, Berlin 1987; *Hart*, Definition and Theory in Jurisprudence, Oxford 1953, Nachdruck 1975 [森際康友訳「法理学における定義と学説」矢崎光圀・松浦好治訳者代表『H・L・A・ハート法学・哲学論集』(一九九〇年・みちぢ書房)]; *Hart*, The Concept of Law (zuerst erschienen 1961), 2. Aufl., Oxford 1997, dt. Übers., Der Begriff des Rechts, Frankfurt a. M. 1973 [矢崎光圀監訳『法の概念』(一九七六年・みちぢ書房)]; *Hegel*, Phänomenologie des Geistes (zuerst erschienen 1807), Werke Bd. 3, Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a. M. 1970 [金子武蔵訳『精神の現象学』(上)(下)(二〇〇二年・岩波書店)]; *Hegel*, Grundlagen der Philosophie des Rechts (zuerst erschienen 1821), Werke Bd. 7, Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a. M. 1970 [速水敬二・岡田隆平訳『法の哲学綱要』(一九三二年・鉄塔書院)・上妻精・佐藤康邦・山田忠彰訳『法の哲学——自然法と国家学の要綱』(上)(下)二〇〇〇年・二〇〇一年・岩波書店・等]; *Hobbes*, De cive (zuerst erschienen 1642), Opera Latina vol. 2, Edition Molesworth, 2. Nachdruck Aalen 1966, dt. Übers., Vom Bürger, in: Hobbes, Vom Menschen/Vom Bürger, hrsg. v. Gawlick, 2. Aufl., Hamburg 1966 [本田裕博訳『市民論』(二〇〇八年・京都大学学術出版会)]; *Hoerster*, Verteidigung des Rechtspositivismus, Frankfurt a. M. 1989; *O. W. Holmes*, The Part of the Law, in: Harvard Law Review 10 (1897), S. 457 ff.; *Kant*, Metaphysik der Sitten (zuerst erschienen 1797), Werke Bd. IV, Wiesbaden 1956 [樽井正義・池尾恭一訳『人倫の形而上学』(二〇〇一年・岩波書店)]; *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915), S.

839 ff.; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, (2. Aufl., 1960), Wien 2000 [横田喜三郎訳『純粹法学』(一九七三年・岩波書店)]; *Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin u. a. 1995 [米山隆訳『法学方法論』(一九九一年・勁草書房)]; *Luhmann, Rechtssoziologie I*, Reinbek 1972 [村上純一、六本佳平訳『法社会学』(一九七七年・岩波書店)]; *Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts* (zuerst erschienen 1981), Frankfurt a. M. 1999; *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2002 [馬場靖雄、上村隆広、江口厚仁訳『社会の法』(二〇〇三年・法政大学出版社)]; *Oliverson, Law as Fact*, 2. Aufl., London 1971 [碧海純一、太田知行、佐藤節子訳『事実としての法』(一九六九年・勁草書房)]; *v. d. Pfordten, Rechts-ethik*, München 2001; *Puchta, Cursus der Institutionen*, 1. Buch, Leipzig 1841; *Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, [小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」尾高朝雄、野田良之、阿南成一、村上淳一、小林直樹訳『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』(一九六一年・東京大学出版会)] in: ders., *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. der Studienausgabe, hrsg. v. R. Dreier/Paulson, Heidelberg 2003, Anhang, S. 211 ff.; *Wiegand, Unrichtiges Recht*, Tübingen 2004.

法の代替手段論争 (Alternativen-Debatte) については、「法的な典型 (typisch Rechtlichen)」の了解を前提とする。そして、「法的な典型」をより詳細に検討し、解明することが必要であろう。

## 1. 本質への諸問題と言語分析

### (a) 伝統的な定義

1 法哲学における最も古い問題の一つは、法概念とその本質である。それはもちろん、(一八世紀に初めて「法の哲学」として現れた)<sup>(1)</sup>「法哲学」という概念の中で問われたのではなく、今日「自然法」と名付けられている領域の中で問われてきた。その時すでに、ある法が本来の法にするものは何であるのかを知ろうとしたのである。この問題は、具体的な状況において何が法

的に正当であるのか、という問題とは異なり、また、ある特定の法秩序の中で妥当している法から、具体的事例の正当な解決として何が求められるのか、という問題とも異なっている。後者の問題は、実務家が自ら常に問題としていたところであり、この問題に回答するために、少なくとも次の三者が名宛人となりうる。それは、立法者、判例、そして法学である。<sup>(2)</sup>

2 法学者の多くは、「法」とは本来何か、という極めて根本的な問題に対して、いささか無力的な態度を示している。それは「空間」と「時間」を長年研究している物理学者が、空間や時間とは一体何であるか、という問題を回答するのにたびたび苦しめられているのと同じである。

3 しかし、実際に優れた才能を有していたローマ時代の法学者は、「法とは何か」という問題に対して、すでに回答を試みていた。法学者ケルスス（一世紀―二世紀）の定義は有名で、ユスティニアヌス帝（四八三―五六五）の学説集成にも受け継がれた。つまり、「法は善と衡平の術である（*Jus est ars boni et aequi*）」<sup>(3)</sup>と同時に、法は、自由に解釈して有益かつ公正な結果を見出すための術である。トマス・アクィナス（一二二五―一二七四）も同様に、次のように述べている。「法とは何が正しいか認識することを可能にしてくれる術である（*Jus est ars qua cognoscitur quid sit justum*）」<sup>(4)</sup>。要するに、法とは何が正しいかを知るための術なのである。

4 法に対するこうした概念規定が、個々の事例において達成されるべき（公正な）結果を考慮し、さらに「公正」なる概念について必要不可欠な定義を示そうとするならば、その数百年後、カント（一七二四―一八〇四）によって主張された、おびただしい数の形式的な定義に目が行く。「法はさまざまなる条件の総体である。そうした諸条件下で、ある者の恣意は、他人の恣意と共に自由の普遍的法則に従って調和せられうる」<sup>(5)</sup>。もはや、個々の事例における公正な結果ではなく、自由領域の一般的な限界が重要なのである。<sup>(6)</sup>

(b) ハートによる明確化の試み

5 二〇世紀において、法とは一体何かという問題に、多少なりとも明快な定義をもって回答する者は極めて珍しかった。「分析法学」というものは、このように定義付けを控える一つの理由を提示している。二〇世紀における「分析法学」の代表的な主張者は、H・L・A・ハートであった。ハートの功績には、法についての「古典的な」問題提起に関する批判的な分析がある。彼はまず、その問題の多義性を指摘した。「私が挙げる次のような問題、すなわち『国家とは何か』、『法とは何か』、『権利とは何か』という問題は極めて多義的である。こうした問題は、法的制度あるいは政治的制度の定義、根拠、目的、正当化、由来を求められるのが一般的であろう<sup>(7)</sup>。『法とは何か』という問題について、こうしたさまざまな観点の多くがしばしば混合されているのであるならば、『法』の定義のみならず、場合によっては起源や目的などが同時に問われることになる。一方で、『法とは何か』という問題を答えるにあたって、(定義について)概念的な(起源について)経験的な(目的について)規範的な問題と共に回答しようとして混乱を招く可能性がある、とも言われている<sup>(8)</sup>。

6 それにしても、これらの問題はそれぞれ明確に区別されうるものなのだろうか。ひとたび、狭義の意味における定義について問題にしようとした場合、その論点に先立って、定義に対する何らかの根拠、目的、正当化、起源について言及しなければならぬだろう。——「法」を定義づけるにあたって正義を確立する目的がまさに必要である、としてケルススから引用された定義は、このことを適切に物語るものである。

7 しかし、そうした問題点はひとまず置くとして、定義はそもそもどのようなものか、という問題がさらに提起されよう。この問題は、言語用法を確定することにつながる。例えば、「法」という言葉の場合、言語の日常的用法において、その言葉がどのように理解されるかが問われうる。また、定義は、言語の日常的用法から離れて、日常的用法よりもむしろ明晰あるいは正確な、ある特定の(異なる、場合によっては新たな)言語用法を提起する場合もありうる。——これは学問においてよく見られる現象である。

8 ハートは、言語の日常的用法について問題にした。その中で彼は、言葉が用いられている関係をたびたび取り上げ、個々の言葉の意味を問うのは全く有意義でないことを指摘している。むしろ、言葉が使われている文の意味を問わなければならない、としている。さらに、ハートの見解によれば、「最近類 (genus proximum)」や「種差 (differentia specifica)」といった古典的な方法による定義(例として、象は、厚い皮膚に覆われた、牙や長い鼻を持つ四足動物である、という定義を挙げるとしよう)は取り除かれる。なぜなら、四足動物という「類」とは異なって、象という「種」との関係では、法において一つの構成員となる、平明かつ一般的なカテゴリーが提供されないからである。<sup>(10)</sup>「法とは何か」という「執拗な問題 (persistent question)」は、ハートによると例えば、繰り返し見られる次の三つの論点の中で解決される。「法は、威嚇によって成り立っている命令とどのように異なり、またどのように関わるのか」、『法的義務は道德的義務とどのように異なり、どのように関わるのか』、『ルールとは何か、またどの範囲で法はルールと関わりを有しているのか』。これら三つの論点に関する疑問と困惑を解消することが、「法」の「性質」に関する思索のほぼすべてにおいて、主たる目的であった。<sup>(12)</sup>

9 ハートによって挙げられた三つの絡み合ったテーマは、「法とは何か」という問題について、間違いなく重要な点と関係している。だがやはり、見ての通り、この問題の重要な論点をすべて論じているわけではない。ハートや、ハートのように法についての問題のいくつか重要な観点に取り組んでいる者が、何らかの「法」の「定義」を結局は提唱していないのか、またはハートが考えているように、「解釈すること」を提唱しているにすぎないのか<sup>(13)</sup>どうかは、難しい問題ではあるが、実際、それほど意味ではない。<sup>(14)</sup>

10 確かに、ハートによって挙げられたさまざまな根拠は、正当な言語用法について簡明なルールを期待することに異議を唱えるものである。しかし、言語の日常的用法を根拠にした概念の分析——その分析は、概念が用いられている関係をその都度考慮する——は、問題となっている概念の持つ意味を常に明らかにしうるとは限らず、法を社会的現象としてより適切に理解することに貢献している。しかし、「法とは何か」という問題が通常ねらいとしているのは、当該概念の持つ意味であって、先のような



周知の日常的用法ではない。さらに、見ての通り、言語の日常的用法が明晰でなく不正確で矛盾をきたしている場合、概念を明らかにするためにその言語用法を修正することは、全く正当である。<sup>(15)</sup> この点についても、以下において考慮する。

11 それゆえ、治療的な意図 (therapeutischer Absicht)<sup>(16)</sup> をもつハートの言語批判は、法の「本質」に関する問題を明確にしてくれるとともに、その問題の回答が想像以上に包括的にならざるを得ないことを浮き彫りにするものである。

12 したがって、結果的にハートの言語批判は定義を留保しており、それは、ヘーゲルが一八二〇年に著した『法の哲学綱要』の最初の方で原始的な定義に異論を呈したことに重なる。すなわち、非常に絡み合った思考過程を経て初めて明らかになりうること、これが法について重要なのである。<sup>(17)</sup> なるほどこれは、ヘーゲルにとって、定義に関する研究自体を妨げるものではなかった。例えばヘーゲルは、二九章にこう書いている。「ある現存性一般が自由意志の現存性であること、このことが法なのである」<sup>(18)</sup>。しかし、このような命題もすでに多くの観念的な段階の産物であって、その段階を踏まずして先のような命題を理解することは、全く不可能であろう。そしてこの段階からさらに観念的な段階において、定義が一つの見方を明らかにするにすぎない、ということがはっきりする。こうして、「法」という現象へ次第に近づくことになる。

## 2. 法実証主義に関する問題

13 法の定義について語る場合、直ちに、法実証主義に関する問題へとたどりつくだろう。<sup>(19)</sup> 若干の概念については、法哲学の領域で多くの議論がなされているのに対して、いくつかの概念は賛否が巻き起こるきっかけとなった。自らを法実証主義者と呼ぶ論者と、自然法論者と呼ばれている反対論者との間には、感情的に甚だ重くのしかかる世界観の対立がある。一瞥すると、この感情論は一般に受け容れられる傾向がある。

14 学説状況を概観すると、一方では、国家によって定立された (Ponere = setzen) 法がまさに法であり、その法こそが正当であるがゆえに、法の内容は重要ではない、という見解が存在するのに対して、他方で、基準は内容における「性質」の正しさにあ

るがゆえに、(実際に) 法は国家の定める法に依存しているわけではない、とする見解にまとめられるように思われる。第三の立場、すなわち法は「あるがままの秩序」から根拠づけられる、とする立場については、ひとまず置いておくことにする(だが、この点については第八章欄外番号21を参照)。自然法論者は、法実証主義者に対して、ヒトラーのニュルンベルク人種法をも好意的に受け止めることになるとして批判している。それに対して法実証主義者は、自然法論者に対して、民主主義による多数決は、個人的な(場合によっては宗派的、党略的、イデオロギー的な)正当性の表象と一致する場合に限って妥当性を有することになる、と批判している。ここから、両者が非常に対立の深い立場であることが認められよう。しかし、それらはそもそも正確に理解されているのであろうか。

(a) 問題の核心

15 法哲学における多くの仮象問題は、法実証主義に関する問題点の核心に立ち返ることによって、解決されるだろう。それゆえ、二〇世紀における法実証主義者の中で、少なくとも最も著名と言えるハンス・ケルゼン(一八八一—一九七三)とH・L・A・ハートの見解を通じて、法実証主義が意図していないことについてしっかり理解することが、さし当たって重要である。

16 まず法実証主義によれば、法は国家によって命令された法律と同一である、と考えているわけではない。<sup>(20)</sup>このような「法律実証主義(Gesetzespositivismus)」は二〇世紀に入ると明らかにどの論者からも主張されていない。——少なくとも、法には判例法や慣習法も含まれ、この点については今日ほとんど異論がないように思われる。また、近代の法実証主義者は、法と道徳が経験的に独立していることも主張していない。実定法自体は、至るところで非実証主義的な正当性基準を明確に示していて、「信義誠実(Treu und Glauben)」「ドイツ民法典二四二条、スイス連邦憲法九条、スイス民法典二条、スイス義務法一条、オーストリア一般民法典三二六条、三二八条、オーストリア商法典三六六条、三六七条、フランス民法典一一三四条三項、二二六八条、イタリア民法典一三三七条、一四四五条、一三六六条」はその例である。そして今日、解釈や類推、法創造までもが正当性基準

や道徳的性質なくして成り立ち得ないこともまた、明らかである。さらに、二〇世紀における法実証主義者は、「法」と名付けられていることから個人の遵守義務も必然的に発生する、とも主張していない。ある法実証主義者はこう主張している。ニュルンベルク人種法は「法」である。だからと言って、そのような法律を遵守しなければならないとは言えない、と。<sup>(21)</sup> 法が道徳的性質を持つ正当性基準を有していることから、実証主義に基づく定義が、参加者の観点からではなく観察者の観点からしか受け入れられないことに結びつく、というのもこれまた違<sup>(22)</sup>う。参加者の観点(例えば、裁判官)からも、結果が実定法と一致することで十分である、とされる。これは、法が道徳的規範を明らかに含めていることを認めるものである。すなわち、決定者は、開かれた枠の中でのみ展開すべきであり、そこから区別された「正当な道徳」の理念には従う必要はないのである。

17 もっとも、論争の核心は一体何であろうか。すでに言及したように、定義、すなわち「法」の定義が重要である。定義が実際の言語用法に従うよう求められるのであるならば、そのような定義は、もっぱら「正しい」か「誤っている」かのどちらかであり得ない。ここでは、白い馬を「白馬」と呼ぶことが実際の言語用法に合致するかどうかを検討される。これに対して、言語の日常的用法よりも明晰でわかりやすく、何らかの根拠から実用性を有しているとして新たな定義を打ち出す場合、定義が「正しい」か「誤っている」かということは言及されず、実用性のみを検討してその定義の賛否が論じられる。

18 実用性の観点では、「法」を定義付けるに当たって、ある概念規定と他の概念規定のどちらがより早く、国家の命令に服従することを拒絶し、周知の道徳的信念によって「不法」となる効果を及ぼすか、ということが判断される。しかし、どのような概念規定がより早く、そのような状況になりうるのかについては争いがある。法実証主義に反対する論者は、道徳的に非難される対象に服従することをわれわれは拒否する傾向があり、そのようなものはおよそ「法ではない」と言われている、と指摘している。<sup>(23)</sup> それに対して法実証主義者は、服従することをひとたび拒絶するこの傾向は、実定法とそれに相容れない道徳的な正当性基準とをはっきり区別する中で維持されるのである、と理解している。われわれは、個人として自己の判断において義務を負わなければならないと自覚している、ということはこの理由に挙げている。

19 例えば、ハートは、法と道徳的基準を厳格に区別しないことによって、道徳を（そして服従義務をも）行動の下位基準に置くことができる、ということ的前提にしている。<sup>(24)</sup> 法実証主義者に反対する論者は、さらなる法概念を主張すべく、異なる論拠を自ら提起している。それは、言語の日常的用法が——そして判例も——、国家によって作られた法律を例外的に「正当でない法」として位置づけるのであり、概念を一般的に理解するためには、学問上の言語用法も、発話される日常的用法に従うことを必要とするものである、と。<sup>(25)</sup> 法実証主義者に反対する論者は、概念上の区別が法哲学を「具体的、法学的、法哲学的な議論との関係から」切り離すのではないかと危惧している。<sup>(26)</sup>

20 法実証主義者たちは、定義づけに評価を要求しない概念の明確性がもたらす利点にも異議を唱えている。<sup>(27)</sup> そして、「国家によって定立された規範」に基づいて「法」の概念を制約することこそ価値中立性を具備するものである、と主張している（これは実際に活躍している法学者が研究によって評価しなければならないことであって、今日どの法実証主義者も異論を呈していないように思われる<sup>(28)</sup>）。これに対して、正義の表象が「法」の定義を構成すると主張する論者は、さまざまな価値の観点から、異なる法概念を研究して誤解を招く危険を冒した。しかし、明確な合意に達することは、道徳的命令でもある、と言われている。すなわち、「法的问题と道徳的问题を混同しないように心がけることは、道徳的理由によるものなのである」<sup>(29)</sup>、と。

(b) 「法律の形をとった不法 (Gesetzliches Unrecht)」とは何か？ 「ラートブルフの定式 (Radbruchsche Formel)」

21 「法」を実用的に定義づける観点の下では、実証主義に基づく法概念も非実証主義に基づく法概念もそれぞれ一長一短で、比較的実質的に議論されうることがうかがえよう。しかし、法実証主義についての激しい感情論に鑑みると、法実証主義に関する議論の背後には、定義の相当性と共に別の関心が隠れているに違いない。議論が繰り返し現実化される実際の関係は、こうした推測を物語らせている。

22 問題点は、戦後問もなく、詳細に取り上げられた。それは、特定のナチ法における妥当性の問題と関連がある。すなわち、戦

後処理に關して、次のような極めて実務的な相違が生まれた。そのようなナチ法を妥当でないと思ふのか、または、なるほど妥当性を有してはいるが道徳的にみて義務付けられるものではないと思ふのか、という相違である。

23 戦後、裁判官は、特定のナチズム法の法的妥当性が決定を左右する事例に何度も直面した。裁判官らは、そのようなナチズム法の妥当性について、正義に反する、という幅広いコンセンサスを持ち合わせていた。それゆえ、例えば、政権に反する発言によって被害者が死刑判決を受けたことを引き金に、刑法上密告者が告訴されるか、問題となった。殺人犯という非難を受ける密告者は、当時の法によれば適法であったと判断されるがゆえに正当化されるのであろうか。あるいは、裁判官までもが、当該法律に基づく決定を下す権限を有していたにも関わらず、法の歪曲により告訴されるのであろうか。この問題は、五〇年後において再び、かつてのドイツ民主共和国における法との関連で重要視された。

24 このように、関与者の事後的な可罰性に関する、実務的に重要な問題等が起こっている。思うに、この問題に対する回答は、「法」という言葉の定義に左右されよう。しかしこの実務的な問題は、「法律なければ刑罰なし」という格言を、法治国家における刑法の基本原則とみなすことによつて、容易に解決される。ドイツ法（基本法一〇三条二項）、フランス法（人間と市民の権利宣言三条）、イタリア法（イタリア共和国憲法二二五条）では、この原理が憲法にも盛り込まれている。さらに、欧州人権条約は七条に、国連協定IIにおいては一五条一項に、この原理を盛り込んでいる。この格言によれば、行為が行為時に禁止されておらず、場合によつてむしろ命じられていた場合は、いかなる者も処罰されない<sup>(30)</sup>。しかし、結果として、ナチ法は妥当性を有していなかったと主張するならば、遡及的処罰へつながることになるだろう。同様のことは、例えば、ドイツ内部を分け隔てていた「ベルリンの壁の射手 (Mauerschützen)」に対する遡及的処罰にも当てはまる。

25 このように、公布された法律が道徳的な諸事由から非難すべきことが明らかかな場合にしばしば重要となる問題を考えると、「法律なければ刑罰なし」という格言に鑑みれば、法実証主義的立場が有利であるかもしれない。こうした主張は、なるほど明らかに、「法律なければ刑罰なし」という命令が実際に問題となっている領域に限って主張される。しかし、刑法の事例にお

いては、より精確に決定づけることも必要である。

26 確かに「法律」と名づけられつつも、一般的に「法」と呼ばれている領域には決して属さない規範が存在するならば、そのような規範は「法律なければ刑罰なし」という命令に対する信頼の原則が妥当しない<sup>(31)</sup>。例えば、強盗集団の頭が、被害者は殺害されても構わないという「法律」を公布する場合、この「法律」を裁判上無視することが「法律なければ刑罰なし」という命令に対する違反として評価されるとは、誰も思わないであろう。まさに、国家的組織によって公布された「法律」が、場合によっては、強盗集団の頭による「法律」のように信頼の要件を具備しておらず、「法」との一般的な理解から非常にかけ離れていても構わないのかどうか、問われているのである。

27 これは、極端な例外事例において考えられうるのかもしれない。グスタフ・ラートブルフが著した「実定法上の不法と実定法を超える法 (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)<sup>(32)</sup>」という有名な論文は、そうした極端な例外事例と関係がある。ラートブルフは、その論文の中で三つの段階に区別した。正義という原理に反していても、「法」の存在や (ラートブルフが述べたように) 服従義務は少しも変わらない。そこから区別すべき対象は、正義に対して「堪えがたい」程度 („unertäglichen Maß) において違反しているがゆえに妥当性を欠いている規範と、「正義が追求すらされず („Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird)<sup>(33)</sup>」決して法となり得ない規範である。このような定義に従うと、「正義の核心」としての「平等」を認めないナチズム下の一連の「法律」は「法」ではないことになるだろう。例えば、「下等な人間」に分類される集団の扱いやそのような人間に対する人権の拒否、そもそも「ばら見せしめの必要性にしか役立たない刑罰威嚇などが挙げられる<sup>(34)</sup>。同様に、政治的に対立する者の殺害を死刑の執行として遡及的に合法化するものも、法律とみなすことになるだろう<sup>(35)</sup>。かくしてラートブルフは、およそ正義を有しない規範には信頼の保護が全く存在しないことを明確にしようとした。そしてラートブルフは、正義の追求こそ、信頼の原則が関係する、先に述べた言語の日常的用法の一要素であると考えた。これは、一般的に賛同を得ている。なるほど、先に言及したような非常に極端な場合に限って、ある規範は——すでに規範定立者の側から——正義を全く追求していない、と

いうことをさらに明らかにする必要があろう。しかし、すでに規範定立者が正義を追求していないことが問題であり、単に観察者が当該規範を特に正義に反していることとみなしていることが問題となっていないのであれば、定式の第三段階と第二段階は区別される。それゆえ、ラートブルフ定式の第三段階は、ドイツ民主共和国における法に関する近時の議論に当然重要ではない。そこではむしろ、定式の第二段階が問題となったのである。つまり、正義に反することが堪えがたいがゆえに妥当性を欠いている法が問題となったのである。しかし、正義との矛盾における「堪えがたい」程度が観察者の観点から判断され、それによって法が妥当でないとされるのであれば、「堪えがたい程度」の評価が甚だ異なることに鑑みれば、不法を判断するにあたって、信頼の原則と「法律なければ刑罰なし」という命令は実際に撤廃される。「法律なければ刑罰なし」という命令はあまり好意的に受け止められるべきではなく、「ベルリンの壁の射手」の事例に携わったドイツの裁判官らは、実際非難されるべきだろう。<sup>(36)</sup>

(c) 感情的な名残、「主観主義テーゼ (Subjektivismsthese)」

28 以上のように見てみると、実定法上、行為時に不可罰な行動の可罰性に関する問題も、比較的実質的かつ合理的に論究される。それにもかかわらず、法実証主義について非常に激しく議論される場合、さらに別の理由があるように思われる。その理由こそ、むしろ最も重要かもしれない。しかしその根拠は、議論の参加者が抱く一定の思想を念頭に置く場合に初めて、明らかになる。法実証主義の「中立性テーゼ (Neutralitätsthese)」、すなわち法の概念は定義の実用性を理由に内容上中立的に決定される、とするテーゼは、多くの法実証主義者たちによって「主観主義テーゼ」と結び付けられている。<sup>(37)</sup> それは、個人に受け入れられるものと異なる非実証的な正当性基準はおよそ存在しない、とするものである。

29 法実証主義の反対論者は、このようなテーゼを根本的に誤りであるとみなしている。というのも、中立性テーゼは、実証性を超える客観的な正当性基準の認識可能性を、対極に位置づけられる実用性の検討と、しばしば結びつけるからである。しかしな

がら、多くの法実証主義者たちが主張する「主観主義テーゼ」の内容は、理論的に定義付けられた「中立性テーゼ」と必ずしも結びつくわけではない。——主観主義テーゼは、中立性テーゼとは別に議論されうるものであり、また、そうでなければならぬ。この体系的な関係については、Bの始めに述べることにする。

### 3. 規範的かつ社会学的法理論、「存在 (Sein)」と「当為 (Sollen)」

#### (a) ケルゼンとエールリッヒの論争

30 ここまで、法の概念について「ネガティブに」アプローチしてきた。まず、法に対して批判的な立場からの理解を得ようとしたみた(第一章)。次に、定義づけの問題について、テーマが錯綜している印象を裏付けた(第二章1)。最後に、法実証主義の論争を明確に示すことによってテーマの不必要かつ過大な負担を回避すべきことを提唱した(第二章2)。いよいよ、概念規定の積極的な要素を見出さなければならぬだろう。

31 そのため、まずは、重要な二人の論者による、すでに歴史的、そしてまさに「古典的」な論争について見てみよう。二〇世紀の始めにかけて、オイゲン・エールリッヒ(一八六二—一九二二)とハンス・ケルゼンは、当時日常的にポレミッシュな論争を繰り返していた。ケルゼンは、エールリッヒが著した「法社会学の基礎理論 (Grundlegung der Soziologie des Rechts)」に対する詳細な批評の中で、次のように批判した。規則には、行動に移される規則と、行動に移されるべき規則があり、それらを十分に区別することは不可能である。そして、法は社会的に規則的な行動から生まれるに過ぎないのだ、と。<sup>(38)</sup>しかし、行動の規則性に関する表象においては、当為の意味における規則概念とは異なる規則概念が存在する。エールリッヒは、方法論的問題を誤認して、法規範の概念は(国家による)法規の概念とは全く別物である、と反論した。つまり、社会内部の秩序は、法規範による国家の指示よりも前にすでに決められている、と。<sup>(39)</sup>

32 この論争は、激しく行われた。なぜなら、両者は、法を学問的に研究するにあたって、全く異なる見解を有していたからであ



る。エールリッヒにとって、法は「一つの社会現象である」がゆえに、法社会学は「学問上の法理論」である、とした。<sup>(40)</sup> それに對してケルゼンは、法学が規範的な学問であることを理由に、「法学上の概念を形成するに当たって社会学的性格を有している特定の諸要素を取り除く」ことを問題にした。<sup>(41)</sup> 詳しく言えば、ケルゼンは、因果的に決定付けられる事象の世界と規範妥当の世界、すなわち「存在」と「当為」を厳格に区別した。ケルゼンによれば、法は規範として、当為規則として考慮される。——そして、そのような当為規則だけが、規範的学問として法学の対象となりうるのである。もっとも、一般的に、法は社会的現実の一部、すなわち、ある事実として理解されており、その限りで、法を探求することは、社会学の責務なのである。実際に起こること、要するに例えば、ある一定の観点において合則的に行為をすることと法に従って行為すべきことは、「起こるべきことを決定付けている規範の内容が、実際に起こるであろうと言われているあらゆる規則の内容と一致する場合であっても、多少なりとも形式的に全く異なるものと見なされなければならない」<sup>(42)</sup>。

33 したがって、ケルゼン自身も述べているように、現実において、存在と当為は全くもって一致しうるものであり、当為規則によつて為すべきことは、「規則の中で」行われることと一致するため、それらの区別は方法論的である。存在と当為の領域は、まさに切り離されて、それぞれ個別に学問上の研究対象となつたため、ケルゼンらが提起したような、そのような区別は、方法二元論と言われてきたのである。<sup>(43)</sup>

34 今日、事実として法を指向する法社会学と規範的に導かれる法学との一般的な区別は、こうした理論的モデルの中に根付いている。法社会学自体を明らかにするに当たつて重要な問題は、かの「存在」がどこに存在するかを、まず研究することである。ケルゼン自身は法社会学を否定しているわけではないが、「純粋法学 (Reine Rechtslehre)」とは厳格に区別している。そして、法社会学の正統な目的は、「社会心理的事実として理解される法規範の成立と効果」<sup>(44)</sup>の探究のみである、とみなした。したがつて、ケルゼンは、法規範によつて決定付けられる、社会における行動の規則性のみが法社会学の対象となりうることを明確にしている。

35 そうだとすると、エールリッヒが理解する法社会学の大部分は、ケルゼンの理解する法社会学とは全く異なることになるだろう。そのうえエールリッヒはしばしば、法社会学は、「承認」あるいは「承認を得るために特別に投入される杖 (Stab) による強制」に基づく限界基準を用いて、「存在」、すなわち法社会学の対象領域である「法」を法学者よりも幅広く解釈することを認めようとした。唯一マックス・ウェーバー(一八六四—一九二〇)は、次のように述べている。「いくつかのセクト (Sekten) においては、第一手段として罪人に対するソフトな強制が日常的に存在しており、そのような親愛なる訓戒 (Brüderliche Vermahnung)」が法であり、法社会学の対象としてみなされる。それはまるで、「もともと教会の強制手段であった心理的強制のようである」<sup>(45)</sup>。

36 このように見てみると、法社会学は、法学者が当為の観点で扱うもの、すなわち(国家による)法規範の存在の観点にのみ制限されるものではない。法社会学は、その研究対象を自ら決定することと、法学の単なる補助科学としての法社会学よりも通常包括的であることを、しばしば学問上の分野として独立した結果である、と捉えている。

37 探究すべき「存在」の領域が非常に拡大されているのと同時に、他にも、法規範の存在領域を超えている面が見られる。法社会学は、法遵守行為のみならず、(たびたび第一に)法に服従しない行為をも当然研究している。<sup>(46)</sup>とりわけ犯罪社会学は、(法規範から)逸脱した行動をその対象としている。それゆえ、法社会学が正法と不法との関係をその対象として、「法」を選言 (Disjunktion) と名付けているのは、単なる専門用語上の帰結にとどまるものではない。まさにこの新しい法社会学は、「現実化された不法に直面して実現した場合にのみ、正法が完全に現実化されるのである」<sup>(47)</sup>、形式ばらずに述べるならば、不法と不法に対する反応が、秩序の維持にとって必要不可欠なのである、ということを明らかにした。法は、不法に対する妥当要求が常にはつきりと認められうる場合にのみ、実効性を有する。それゆえ法社会学では、場合によって、ある特定の領域において、社会をコントロールする機関を通じて常に犯罪とされなければならないかどうかの問題(周辺に追いやる (Marginalisierung))という問題)となるのである。

(b) 「当為」の意味

38 ともあれ、「当為」については規範的法学（そして法哲学）の対象であることが確認された。そこで次に、より精確な「当為」の意味を問うことにしよう。当為の意味づけに対しては、次のような立場に対する問題に直面するだろう。すなわち、「当為」を明確にすることは不可能である、とか、「当為」はわれわれの意識に直接働きかけるものである、<sup>(48)</sup>とか、「当為」は「未来や過去のような思考方式である」、<sup>(49)</sup>という立場である。これに対して、もし、「当為」を詳細に決定付けようとするならば、「当為」はしばしば「意志」によって生じるものである、と言えよう。意志を有する者自身の視点から意志となるものは、何らかが意欲される者の視点からの「当為」とは異なる。命令としての「当為」を明らかにするには、命令者の意志に従わなければならない。しかし「当為」は、他人の行為への期待、というある一定の形式としても意味付けることができる。失望によって変えられる期待とは反対に、「当為」は、失望にもかかわらず個々の場合において総じて維持される期待として示されるのである。

39 「意志」あるいは「期待」に回帰される「当為」は、即座に認識しうるような意味を提示するものではない。結局のところ、意志に基づく行為という意味における、特別に法的な「当為」は、意志に基づく行為がもはや存在しない場合——例えば、立法機関に属していた人間が、はるか昔に亡くなっている場合にも、客観的に存在する。「規範」の概念は、ある特定の「意志」または「期待」から「当為」を切り離したものととして理解すべきであろう。

4. 規範の総体としての法

40 このような理由から、法——少なくとも客観的な法——については規範の総体が（または、しばしば法的規範と同義で用いられる「法規」の総体も）問題となる、と主張する見解は極めて有力であると言ってよいであろう。<sup>(50)</sup>そのような法規範が他の種類の規範、例えば道徳的規範とどのように異なるのか、ということについては後の章で論じることにする。つまるところ、法と道徳との相違とは別に、法規範がどのようにして形式的かつ詳細に決定付けられるのか、すでに議論されている。

(a) 命令説とその賛否 (Imperativtheorie: Pro und Contra)

41 いわゆる「命令説」がたびたび主張されている<sup>(51)</sup>。命令説によれば、法規範は命令 (Imperative) すなわち個々の市民あるいは個別化することが可能な意志主体に直面することのない国家組織に対する命令 (Befehle, Gebote) や禁止である。

42 この「命令説」に対しては、重要な反論がしばしば提起されている。例えば、法秩序には明確な命令と並んで、全く異なる文言、例えば定義が含まれている、と指摘された (例えば、ドイツ民法典九〇条、スイス刑法典一一〇条、スイス行政手続法五条、スイス民法典一四条、一六条、オーストリア民法典一条)。そして、法的承認と許容の存在は「命令説」によってとりわけ明らかにされるわけではない。権限、例えば、正当防衛権から生じる権限や権利を思い浮かべてもらいたい、と。

43 命令説の主張者は、このような反論を、正確でないとしている。例えば、定義の存在は、次のように理解することによって、命令説と相容れることになる。それは、独立した法規範と非独立的な法規範とを区別し、定義は、命令を補足する文言に過ぎない非独立的な文言に属する、と理解するものである。権限や権利は、別々の方法で「命令説」に組み込まれる。それは、国家組織のみが、命令の受け手とみなされる。——この場合、権利は、そのような権利を付与する組織に対する命令の結果に他ならない<sup>(52)</sup>。そうでなければ承認は (他人への) 命令や禁止の「反射効」として、全くもって一般的に理解されている<sup>(53)</sup>。

44 「命令説」と並んで、法の概念規定にはさらに別の見解も存在している。それは、法規範に注目し、当為を定義の要素として強調する見解である。だがこの見解は、法規範の概念を説明するに当たって、法の認容を、Befehl という意味における命令に類似している命令や禁止と同等に位置づけている。その場合、あらゆる法規範におそらく共通なものは、別の性質に求められている。例えばケルゼンは、明らかに、法規範に命令だけではなく許容や権限も含めている。そして、法規範に共通なのは、法規範が行為や出来事に法的な意味を付与する点である、としている (「意味のシエーマ (Deutungsschema)」としての規範<sup>(54)</sup>)。ラーレンツが、例えば所有権について、他人に対する「配分的内容 (Zuweisungsgehalt)」と「排除機能 (Ausschlussfunktion)」が持ちつ持たれつの関係にあり、それらは一方が他方の「反射効 (Reflex)」にすぎないことを指摘しているならば、

ラーレンツも同様に位置づけられる<sup>(55)</sup>。法規範は、何らかをなすべきことと認められること、換言すれば命令と許容を確定する「決定命題 (Bestimmungssätze)」なのであろう<sup>(56)</sup>。しかしケルゼンは、法規範の共通性を次のような点に見出している。法規範が、違反とされる事例に対して制裁を指示する、すなわち制裁を命じ、あるいは制裁権を付与する場合にのみ、法規範は完全なものになる、<sup>(57)</sup>という点である。

45 これに対して、例えばH・L・A・ハートのように別の論者は、二つの規範類型の区別を徹底させており、行為命令(「一次的規範 (primären Normen)」)と私権や公権の委任(「二次的規範 (sekundärer Normen)」)「管轄規範 (Kompetenznormen)」<sup>(58)</sup>の共通性を否定している。そして後者は、一次的規範がどのように扱われるべきなのかを確定するものである、としている。ケルゼンのような、一次的規範と二次的規範との間に、制裁命令という観点から橋を架ける試みに対して、ハートは当然次のように反論している。制裁は、規範に服従しない場合に初めて科されるものであるから補助的手段に過ぎず、規範を十分に明らかにするものではない、と。<sup>(59)</sup>

(b) 法的リアリズム (Legalrealismus)

46 これまで挙げられた論者によっても争われていない、あらゆる法規範に共通の構造メルクマールとして規範の内容にあたる「当為の存在」が残るならば、——法規範論の基礎でもあるのだが——いわゆる「法的リアリズム」は、命令説と一線を画する。法的リアリズムは、当為を事実に意味づけるものは一体何か、究明することを試みている。

47 スカンジナビアの法的リアリズム学派に属するカール・オリヴェクローナは、被命令者や名宛人による命令の認識を、メタ自然的であると批判した。言語分析的考察を通じて、オリヴェクローナは、次のような結論に行き着いた。命令というイメージは、法規範が決して真理を記述するものではなく、意志の表れでもなく、すでに自ずと効果をあげるかのような誤解をさせる。法規範は、命令者ではなく被命令者の暗示的な影響を通じて、人間の行動を変えるのである。こうした理由から、オリヴェクローナ

は、「許された命令 (freistehenden Imperativen)」「独立命令 (independent imperatives)」と称して<sup>(60)</sup>。

48 このように、オリヴェクローナが、生起における(外見上の)当為について解釈したのに対して、アメリカの法的リアリズムの先駆者であるO・W・ホームズは、次のように述べている。「裁判所が実際に行うであろう、偽りのない解釈こそ、私が意味する法である<sup>(61)</sup>」。法的リアリストたちは、規範について、法は社会的事実として現れるものであり、もはや社会的事実とは原則的に区別されうる意志に基づく行為として現れるのではない、と理解している<sup>(62)</sup>。

49 こうして、当為命令という意味においてさまざまな規範の複合体を超えて法概念を拡大することは、とりわけ、法と法規範を同一視する立場に対する二つの異論から生じている。まず第一に、実際の社会における行動は、規範の実効性だけではなく妥当性(当為の観点)にも影響を及ぼしている、という見解が今日有力であること。第二に、ほとんど尊重されない規範は妥当性を有しない、という異論である。それに加えて、裁判官の行動に対するホームズの指摘は、一般的な(法的または慣習法的な)法規範だけではなく、判決もまた「法」に属することを想起させている。

### (c) 妥当性と実効性

50 当為の観点を再び定式化された法規範論に適応させると(規範の具体化としての判決)、妥当性と実効性との融合は、規範の総体として法を理解するに当たって重要な問題点となる。そこでこの融合について、より詳しく見ていくことにする。

51 実効性と妥当性は、精確にはどのような関係を有しているであろうか。実効性と妥当性の関係を具体的に決定づけることは、法学の「最も重要かつ困難な問題<sup>(63)</sup>」である。法の妥当性に取り組んだ者がほとんど再考していなかったことが目に見えている<sup>(64)</sup>中で、ケルゼンの古典的な定式化は、次のように述べている。「いかなるものにも決して適用されず、遵守されない規範、すなわち、——よく言われているように——ある程度まで実効性を有しない規範は、妥当性を有する規範とはみなされない。いわゆる最小限の実効性は、規範の妥当性の条件である<sup>(65)</sup>」。妥当性にとって、実効性は「条件」、より正確に言えば「最小限」の実効性

であることが意味していることは、「妥当性」と「実効性」の二つの概念自体を十分に論じなければ、明らかにならないであろう。

52 実効性の意味を決定付けるに当たって、ケルゼンは、一般的な方法とほぼ変わらず、実効性の概念を理解した。つまり、実効性とは、司法機関によって実際に規範が適用されること、そして、法規範に服従する主体による実際の遵守を意味する、と理解した。<sup>(66)</sup> 結論としては、国家機関が規範を貫徹する可能性の一般的な見込みを保証し、法共同体において、平均してあらゆる事例が規範に従う傾向が存在しなければならぬ、という一般的な論述と異なるところは無いように思われる。<sup>(67)</sup>

53 ケルゼンは、法規範に特別に存在するのは妥当性である、と示した。<sup>(68)</sup> しかしこうした見解は、ケルゼンによる実効性の概念以上に多くの矛盾を引き起こした。すなわち、妥当なことがまさに法規範にとって典型的な存在方法であるならば、なぜ法規範は妥当であるのか、言い換えれば、なぜ法規範は遵守を要求するのか、という問題に対して、遵守を要求することが規範の性質だから、という理由によって答えるにすぎないことになってしまふのである。実際、ケルゼンは、妥当根拠としてあらゆる規範を前提とする仮言的な根本規範を要求することによって、妥当根拠の内容に関する更なる問題を断ち切ろうとした。<sup>(69)</sup> これはもちろん恣意的に行われたわけではなく、ケルゼンが、根拠を永久に突き詰めるジレンマの解決を提示しようと試みたものであって、この試みは他にも浸透させている。すなわち、自然法的な妥当根拠や、他の何らかの妥当根拠を認めること（さらにそのような妥当根拠を通じて、ケルゼンのような立場からは、規範を定めることによって更なる妥当根拠の探求は絶たれることになる）、もっぱら実効性に基づいて妥当性を振り返ることを通じて、浸透させているのである。後者については、例えば、強制的な方法での貫徹可能性を、「実効性」という要件としてだけに限定するのではなく、法規範に対する「妥当性の根拠」としても考慮に入れる場合が当てはまるだろう。<sup>(70)</sup> 規範の妥当性を、名宛人が「規範を遵守しなければならない理由である」と理解するならば、ケルゼンの意図していることに近づくだろう。<sup>(71)</sup>

54 ケルゼンが、妥当性に対して、実効性そのものではなく「最小限の実効性」を要求する場合、第一に、用語上の問題が浮上す

るであろう。今日、実効性は、規範の貫徹可能性という「一般的な見込み」、すなわち、平均してあらゆる事例が規範に従う傾向（のみ）を示しているのに対して、ケルゼンは、「最小限」の実効性について、今日われわれが一般的に「実効性」と称しているもの、すなわち人間の行動が「ある程度まで」規範と合致すること、と理解している。

55 今日一般的に、ケルゼンにならって実効性を妥当性の条件とするならば、「妥当性」と「実効性」の概念の区別は、なお維持される。さらに、前提とされる根本規範に存在する妥当性の根拠と実効性に求められる妥当性の条件は、一般的に区別されていない。したがって、実効性は、妥当性の唯一の根拠ではないのである。これを容易に理解するならば、次のように表現されよう。妥当性の根拠と実効性は、両者ともそれ自体必要不可欠なものであるが、法規範の妥当性に関する十分条件ではない。実効性は、定めることという事実と同じであり、それは、事実的なものの領域に属する条件である。そして、妥当性の根拠は規範的性質のものであり、なぜ規範が遵守されるべきなのかを提供するものである。これに対して、ラズのように、<sup>(72)</sup>規範に対するよき根拠を提示することではなく、世間一般が思っていることを妥当性の手がかりとみなすならば、実効性はその意味で、妥当性の唯一の根拠になるだろう。

## 5. 社会的秩序としての法

56 かくして、法遵守者や司法機関の行動が、実効性の根拠となり、さらには妥当性と同時に規範の総体としての法の理解に対する必要条件であるならば、規範の総体としての法の理解は、さらに社会的秩序として法を理解することになる。それは必然的に、伝統的な社会的な法概念の領域に行き着く。そこで法哲学の概説に、ほんの少し立ち入ることにしよう。スカンジナビアの法的リアリズムにおける伝統的な立場に属する法哲学者テオドア・ガイガーは、次のように述べた。法として示されるのは、例えば規範の総体ではなく、社会における秩序構造や、特殊な性質のゆえに他の社会的秩序から区別され、規範によって守られる社会の慣習である、<sup>(73)</sup>と。社会的秩序として、また、どの規範においてもせいぜい一つの要素を示すに過ぎない行動の適法性として



法をイメージすることは、法社会学において有力に広まっている。このことを確固たるものにしたのは、すでに引用したオイゲン・エールリッヒである。彼は、法を一つの秩序として示し、事実的構造を持つものである、と論じた。<sup>(74)</sup> 法は、多くの民衆が従う秩序である、なぜなら多くの民衆は法を秩序であると感じているのだから、と。<sup>(75)</sup> マックス・ウェーバー（一八六四—一九二〇）も、法とは第一に、行動の適法性という意味における一つの秩序である、としている。エールリッヒとは異なり、マックス・ウェーバーの場合、秩序は強制の見込みによって保証されることが強調されている。<sup>(76)</sup>

57 法哲学者でさえも、法と「社会における実際の」法秩序とを同一視する論者が存在する。例えばサンティ・ロマーニは、規範は、法について説明するに当たっていくらか副次的なものであるにすぎないとして、「法は上位の關係に多くのメカニズムや關係を有しており、法規範を定立し、改正し、適用し、守る権能がある」、と理解している。<sup>(77)</sup> もし仮に、法が規範關係的な手続のシステムとして理解されようとも、<sup>(78)</sup> 規範の総体という見解よりも、社会における秩序構造という見解の方が優勢である。

58 社会的秩序として法を決定付けることは、「ドイツ法」や「フランス法」を論じる場合に規範が考えられるだけではなく、法的現実が、規則に従う国家組織または私人の行動を意味することにつながる。妥当性の条件としての実効性を超えて、事実的な法概念というものは、規範の総体として法を理解するに当たっても、いずれにせよ必要不可欠である。もともと、そのような条件關係は、反対説にも有効である。規範的な要素を全く考慮せず、もっぱら「社会的秩序」の観点から法を決定付けることは、<sup>(79)</sup> 自己矛盾に陥ることになるであろう。というのも、法的行動は、各行動を制御する規範の精確な性質を考慮する場合に限って、他の何らかの性質を有する社会的行動と区別されることになるからである。<sup>(80)</sup> 法に対する考察方法として、規範的観点からの考察方法と社会的秩序の観点からの考察方法のどちらか一方に頼ることは、<sup>(81)</sup> 一面的であり、不完全である。

(1) この点については、v. d. Pfordten, Die Entwicklung des Begriffs „Rechtsphilosophie“ vom 17. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts, in: Archiv für Begriffsgeschichte Bd. XLI (1999), S. 151 ff.

(2) アドマイトは、法の名宛人（さらには世論）に問うことによって、「法とは何か」という問題が明らかになる、と主張し

つらぬ。Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl., Heidelberg 1998, S. 5ff. しかし、同じ主張は、「法とは何か (quid ius)」という問いを密かに「法かな法か (quid iuris)」という問いへと変えてしまっていることになるであろう。

- (3) D. 1.1.1. pr. (= Digesten, 1. Buch, 1. Titel, 1. Abschnitt, vor § 1). 『学説集成』(または『パンテクテン』)は、一六世紀末以来『ローマ法大全 (Corpus Juris Civilis)』と称されつづいたローマ法選集の一部分である。紀元後五二八—五三四年にユスティニアヌス一世の委託を受けて作られ、一一世紀末に再発見されるまで、ローマ法の継受に対して重要な意味を持つた。

- (4) Thomas von Aquin, Summa Theologica (zuerst erschienen 1267-1273), II II q. 57, 1 (Buch II, Teil II, Frage („Quaestio“) 57, Artikel 1); 独語題 ‘Die deutsche Thomas-Ausgabe (zweisprachig) Bd. 18, Heidelberg 1953, S. 6; ちよびトマスは、次のように定義付けつらぬ。「法は正しつらぬとされ自体じゆぬ (Ius est ipsa res iusta)」(前掲)。

- (5) Kant, Metaphysik der Sitten: Einleitung in die Rechtslehre § B, S. 337.

- (6) ハのちよびつらぬ ‘Tugendhat, Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht, in: ARSP Beiheft 14 (1980), S. 1ff. (S. 13). の参照。

- (7) Hart, Definition and Theory in Jurisprudence, S. 4.

- (8) ハのちよびつらぬ ‘Hoerster, Grundthesen analytischer Rechtsphilosophie, in: Jb.f.RSoz.u.RTh. Bd. 2 (1972), S. 115ff. (S. 120). の参照。

- (9) Hart, Definition and Theory in Jurisprudence, S. 8, S. 15.

- (10) Hart, The Concept of Law, S. 14., 独語版, S. 28.

- (11) Hart, The Concept of Law, S. 1., 独語版, S. 11.

- (12) Hart, The Concept of Law, S. 13., 独語版, S. 27.

- (13) Hart, The Concept of Law, S. 17., 独語版, S. 33. ハートによって提起された法の定義付けの問題について、Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, S. 1f., Rn. 2ff.

- (14) ハートのちよびな立場からすれば、これはすなわち、定義の問題である。「定義」は「最近類」や「種差」を用いて説明する」と定義されているのであろうか、また、それによって他の方法の説明も理解できるのであろうか。

- (15) Hoerster, Zum begrifflichen Verhältnis von Recht und Moral, in: Neue Hefte für Philosophie Bd. 17 (1979), S. 77 ff. (78).
- (16) 『の法びのり』 E. v. Savigny, Die Philosophie der normalen Sprache, Frankfurt a. M. 1993, S. 177 ff. 参考。分析的法学の言語裁判のり』 v.d.Pfordten, Rechtsethik, S. 31. 参考。
- (17) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 2, S. 30 ff.
- (18) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 29, S. 80 ff.
- (19) 『の法びのり』 R. Dreier, Der Begriff des Rechts, S. 890 ff. und Alexy, Begriff und Geltung des Rechts. 参考。『法理』 Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus. 参考。『法びのり』 Raz, About Morality and the Nature of Law, in: American Journal of Jurisprudence 48 (2003), S. 1 ff. 参考。
- (20) Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, S. 10 f.
- (21) H. Dreier, Die Radbruchsche Formel—Erkenntnis oder Bekenntnis? in: H. Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter, Wien 1991, S. 117 ff. (S. 132).
- (22) 『の法びのり』 Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 62 ff. 『の法びのり』 法律の二つの学校 of Legal Idealism—A positivist Introduction, in: Ratio Juris 2006, 127 ff.
- (23) 『の法びのり』 ホーホマンの法理のびのり』 Radbruch (1878-1949), Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, S. 216; Fuller, Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart, in: Harvard Law Review 71 (1958), S. 630 ff. (S. 659 f.).
- (24) 『の法びのり』 Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Harvard Law Review 71 (1958), S. 593 ff. 『の法理』 Hart, Recht und Moral, hrsg. v. Hoerster, Göttingen 1971, S. 14 ff. (19).
- (25) U. Neumann, Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode. Zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation, in: R. Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Stuttgart 1990, S. 141 ff. (150 f.);

- Schild, Abstrakte und konkrete Rechtslehre, in : Rechtsphilosophische Hefte 1 (1992), S. 97 ff. (116).
- (26) Kriele, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979, S. 9 f. 法の適用が法の規定法に依拠して行われる「適用実証主義 (Anwendungspositivismus)」に反する考えとして Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 214 ff.
- (27) Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, S. 11 f.
- (28) ホーメルスチヒ『法的議論の内容が法と道徳的議論をわけるか』を考へたところ。Raz, Ethics in the public domain, Oxford 1994, S. 330.
- (29) MacCormick, Natural law and the separation of law and morals, in : George (Hrsg.), Natural law theory. Contemporary essays, Oxford 1996, S. 105 ff. (129).
- (30) Hart, The Concept of Law, S. 206., 独語版, S. 291.
- (31) ヲのオビロウチヒ『Ot, Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra, in : Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F. 107 (1988), S. 335 ff.
- (32) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, insbes. S. 215 ff. リートブルフの新カント主義的な法哲学に於ける重要な内容と批判的考察を加えた者として Wiegand, Unrichtiges Recht, bes. S. 208 ff.
- (33) マンクシーチ『法の法秩序が問題となる場合の「正当性の要求」を基準に置いた。Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 62. Tschentseher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000, S. 37 f. を参照。リヒトホルツの批判とその主張の是非「非追求 (Nichterstrebens)」という主観的な解釈について Funke, Überlegungen zu Gustav Radbruchs „Verleugnungsformel“, in : ARSP 2003, S. 1 ff.
- (34) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, S. 217. を参照。
- (35) Fuller (a.a.O. Anm. 23), S. 650 f.
- (36) ヲのオビロウチヒ『非追求の要求』Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in : JZ 1997, S. 421 ff.; Arnold, Gustav Radbruch und die Mauerschützenfälle—Ein Kontinuitätsproblem, in : ders. (Hrsg.), Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit, Baden-Baden 2000, S. 147 ff.

- (37) さらに、ヘルスターは「近時の法実証主義者」が両者の理論を支持していることを前提にしている。Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, S. 15. プフォルトンは、主観主義テーゼに依拠する論者を、法倫理学的ニヒリスト、または法倫理学的制約主義論者と称して、法倫理学的規範主義者（非実証主義的な正当性基準を合理的に論究することは可能であると理解する者）や法倫理学的な本質主義者、とりわけ古典的な自然法主義者を対比させている。V. d. Pfordten, *Rechtsethik*, S. 100 ff.
- (38) Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, S. 843.
- (39) Ehrlich, *Entgegnung*, S. 844 ff.
- (40) Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 33.
- (41) Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, in: Klecatsky, Marcic, Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien u. a. 1968, S. 1 ff. (5).
- (42) Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, S. 841.
- (43) 方法二元論を印象的になぞらせた他の論者として、Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 13 ff.
- (44) Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, S. 875. ケルゼンによる自然主義批判との関連における方法論的な規範主義とケルゼンの「1111の世界の理論」について Paulson, *Der Normativismus Hans Kelsens*, in: JZ 2006, S. 529 ff. を参照。
- (45) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Nachdruck Tübingen 2002, S. 18.
- (46) 法を哲学的に理解するに当たって、法の不服従に対する不変的な反応がとりわけ重要であることは、ヘーゲルが『法の哲学綱要』（*Grundlinien der Philosophie des Rechts*）（1820）』から第97節まで印象的に裏付けている。この点について、Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Freiburg i.Br. 1995, S. 11 ff.
- (47) Zielcke, *Die symbolische Natur des Rechts. Analyse der Rechtssoziologie Niklas Luhmanns*, Berlin 1980, S. 108.
- (48) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 5.
- (49) Simmel, *Einleitung in die Moralkissenschaft I*, Berlin 1892, S. 8 ff.
- (50) エンギッシュは、次のように理解している。「客観的な法とは、相互に関連する法規の総体であるがゆえに、一致してい

- 「命令説」の「命令説」] Englisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, München 1971, S. 26.
- (15) J. Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, vol. 1, S. 90 (「命令説の法律と規則を……命令説」).
- (16) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903, S. 4f., S. 13, S. 35, S. 41. 邦訳は「命令説」, Thon, Der Normadressat, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 50 (1906), S. 12ff.
- (17) Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 73.
- (18) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 75.
- (19) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 77f.
- (20) Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 35, S. 124.
- (21) Hart, The Concept of Law, S. 77ff., 独語版, S. 115ff. 「命令説」の「命令説」, Renzikowski, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dölling/Erb (Hrsg.), FS Gössel, Heidelberg 2002, S. 3ff. (11).
- (22) Hart, The Concept of Law, S. 38ff., 独語版, S. 61ff. 「命令説」に対する「命令説」の他の批判については「三四頁以下参照。また「命令説」の「一次的規範」と「二次的規範」との区別については「とりわけ七六頁以下を参照。」
- (23) Olivecrona, Law as Fact, S. 130ff. スカンジナビアのリアリズムに関する詳細については「J. Bjärup, Skandinavischer Realismus, Freiburg 1978; Martin, Legal Realism—American and Scandinavian, New York u. a. 1997, S. 123ff.
- (24) O. W. Holmes, The Part of the Law, S. 461. 「命令説」の「命令説」, A. Ross, On Law and Justice, London 1958, S. 41. 「命令説」の「命令説」, Frauchinger, Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Berlin 2006.
- (25) ナウケ／ホルツマーによれば「マキャベリ（一四六九—一五二七）は「法的リアリズム」の祖先である。Naucke/Harzer, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, S. 45ff. 「命令説」は「命令説」, 相互の関係によって人間が成り立つ「経験」の「命令説」

てのみ」根拠付けようとした。

- (63) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 215.
- (64) 妥当性を、実効性とは独立したある一定の規範秩序への従属、として定義するならば、かつての法や盜賊の頭による命令も妥当性を有する法であると解されてしまうであろう。そのような定義を主張することは、法規範の特質を理解するに当たって、ほとんど実用的ではないように思われる。
- (65) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 10.
- (66) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 11.
- (67) 客観的な視点による実効性の問題については、第三章一以下で扱う。主観的な観点（「承認説」）については、Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* Bd. 1, Freiburg i. Br./Leipzig 1894, S. 19.
- (68) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 215.
- (69) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 5. を参照。その中で、存在と当為の区別は、「われわれの意識の中で直接与えられる」として論ずる。
- (70) Welzel, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln/Opladen 1966, S. 8 ff.
- (71) Hoerster, *Zum Problem einer absoluten Normgeltung*, in: H. Mayer (Hrsg.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis*, FS für Robert Walter, Wien 1991, S. 255 ff.
- (72) Raz, *Practical Reason and Norms*, 2. Aufl., Princeton 2002, S. 170 ff. ハネリの見解によれば、ケルゼンからも、規範性は効力を有する実定法に一般的に従属するものではない。Pauly, *Grundnormkonzept und Kantianismus bei Kelsen*, in: *Rechtsphilosophische Hefte* 6 (1996), S. 99 ff. (115).
- (73) Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, hrsg. v. Rehbinder, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 19 ff.
- (74) Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 60 f.
- (75) Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 76.
- (76) Max Weber (a.a.O. Anm. 45), S. 17.
- (77) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1918, 既註訳 (Die Rechtsordnung), hrsg. v. Schnur, Berlin 1975, S. 23.

- (87) Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in : Rechtstheorie Beiheft 2 (1981), S. 177 ff.
- (67) 『法の社会学』の序論と『法の科学』の序論。Naucke/Harzer, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, S. 122 ff.
- (88) Bobbio, Teoria generale del diritto, Torino 1993, S. 14. 参照。
- (78) Aarnio, Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, Aldershot u. a. 1997, S. 19.

(小島秀夫・訳)