

「法の概念」素描

山下平八郎

A STUDY TO 'THE CONCEPT OF LAW'

Heihachirou YAMASHITA

「法の概念」, 「法とは何か」という問題提起は法哲学ばかりでなく法学一般にとって, つねに重要なテーマの一つである。そのとらえ方は多様であり, まさに法哲学の「永遠のアポリア (aporia)」といわれる所以である。法の個々の基本的な原則や法理が, それぞれ大体分明されているのに反して最も一般的・基本的な概念である「法概念」そのものについては共通の理解がみられないといえる現状である。カントの「法学者はいまなお法という彼等の概念に対して定義を索めている」(I. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 1781) という指摘がいまも生きているといえる。本稿は「法の概念」に対する諸学説, 諸理論の総括・止揚を試みるといった大仰なものでなく現代法哲学であらためて問題提起されている諸学説に学びつつ, 当該テーマに関する, あくまでも「素描」を試みるものであり, 法哲学研究の端緒にしたいと考える。

1 序

法哲学上, いまだ解決されない基本問題として「法の概念」規定の問題があるが, この「法とは何か」の問題については多くの学者の見解が分かれる。(1) 法は「規範」であるという立場と法は「事実」であるという立場が対立する。(2) 法の本質的要素に「強制」を含めるかどうかについても諸説が対立する。(3) 法は「正しさ」をその属性とすべきかについても見解が分かれる。(4) 法の定義に関して, いわゆる「名辞定義」とする立場と「事物定義」とする立場が対立する。(5) 法の定義の範囲についても「広く」解する立場と「狭く」解する立場とが分かれる。ごくおおまかな見方をして以上のような基本的な問題がつねに包含されているのである。

これに照応して, 現代にかぎって法哲学理論を概観しても, (1)法実証主義と自然法論, 法実証主義のなかでも(2)イギリス法哲学とドイツ法哲学, (3)現象学の法哲学, (4)トミズムの法哲学理論, (5)プラグマティズムの法哲学理論, (6)リアリズムの法哲学理論, (7)イギリス法理学と現代分析(法)哲学, (8)マルクス主義の法理論などいくつかの学派または理論をあげることができる。法はダイナミックな現象として社会のなかで生成し, 機能し, 発展している。「法とは何か」について, はてしない議論がつづくのも理由なしとしない。

さて, 伝統的な法の概念(定義)の一例をあげ, その概念要素の検討を試み, それらが現代法哲学の理論, 諸説でいかに発展せしめられるに至っているかの理解をす

すめてみたい。

「法は国家権力によって組織的に保障される強制的社会規範である」(和田小次郎「法学序説」)以下この命題として, 第一に法は強制的社会規範であるとし, 法は社会生活の外的秩序の実現, 維持をその使命の眼目とするのでありその限りにおいて強制を容れうるのみならず, 強制を必ず要する社会規範である。法の要求するのは「社会生活の秩序の根本条件」(イエーリング)の維持であり, 各人の良心の判断にゆだねることができないからである。法の強制は, 現実的には, 法を犯す者に対して発動するが, そのことが, 自発的に法に従って行動する人びとに対しても, 心理的強制として作用することになる。第二に法は「国家権力によって組織的に保障される社会規範」であるとして, 国家はそれ自体, 組織的社会であり, 国家権力は組織的社会力であるが, この国家権力の組織のなかには, 法の強制機構も含まれているばかりでなく, その主要部分をなしているといえる。法は国家権力によって保障される社会規範であるが, 国家権力のこの保障は組織的である。国家権力そのものが組織的社会力であり, その強制機構も組織的なものであるが, それらの発動の条件や手続や機関も組織されている。そして, それらを組織しているのがほかならぬ法であることが注意されるであろう。法は国家権力およびその強制機構を組織しながら, それによって保障される社会規範である。以上みてきた「法の定義」とその説明は, いうまでもなく法を実定法に限ってとらえた法の概念であると

いえよう。また普遍的な意味での法の概念(定義)を要求すること自体意義があるかという問題が考えられねばならない。なぜなら、「法とは何か」という問題は決して現代という時間的要素を超越した場所で、抽象的一般的に考察されるべき問題ではないし、過去においても、それぞれの歴史的、社会的現実を背景とし、かつ実践的意義をもつ課題として、そのアプローチがなされてきているからである。にもかかわらず「法の概念」を法哲学上の問題としてとらえる意義は失われていないのである。むしろ、法の概念規定の多様性、法をめぐる諸学者の多くの論争という実情こそ、何よりもその間の事情を示しているといえるし、何よりも法の法たる本質を明瞭にあらわしている証拠ではなかろうか。法は社会のなかで形成され、機能し、発展していく。「法の機能は一般に、みずからを実現するということに存する。実現されないものは法ではない」(Jhering, Geist des römischen Rechts, 1852 I. Teil. S. 49.)

II 法の概念

「法は規範である」という見解を徹底したのは、純粋法学を提唱したケルゼンであろう。規範(norm)は、存在(sein)の法則に対して当為(sollen)の法則といわれ、それ以上分析不可能な要素である。規範は何らかの当為によって根拠づけられており、規範の概念は向けられる相手方、即ち受範者に対する妥当ということを本質的要素として含み、規範を基礎づけその内容をなすところの何らかの根拠により、その拘束性が承認されるべきだとせられる。しかし規範の基礎、内容たり得る当為は、このような主観の意味における当為ではなく、一般的に正当化される根拠、権限により、公共的、客観的にも認められるところであり、実定法の場合、法の妥当根拠の問題として解決しがたい論議を呼んでいる(1)。

「強制」を法の本質的要素とすべきかについて、この問題は法と道徳との関係で議論がなされた。イエーリングやケルゼンは「強制」の有無で法と道徳を区別しているが、ケルゼンは法の「外面性」に対し道徳の「内面性」に区別の基準をもとめた。また強制を法の本質的要素とするかどうかの問題は、国際法や自然法の「法的性格」との関連においても活発な議論がなされた。法の要素として、特に高度に組織され、制度化された強制を認めるなら国際法の相当部分は、完全な意味の「法」ではないということになるうし、また法実証主義者は強制の欠如を理由として、自然法の「法的性格」を否認しようとするが、自然法論者は、強制は法の外面的、偶有

的性質であって、決してその本質的要素ではなく自然法こそ、その内容的な正しさゆえに、実定法よりいっそう深い意味において「法」だと反論する(2)。国際法については本稿ではふれないことにして、ここでは法の本質的要素としての「外面性」および「強制」について指摘していきたい。法は人の行為の外面的な在り方とその結果の如何に、主たる関心を向けるという意味から、外面的社会規範とされる。人間の行為は元来内外両界の統一であり、ある心的な状態、過程が身体的動作、活動を通して外部的に表現される。その外的表現を通して人の社会的交渉は行われ社会関係が成り立つ。その際は第一的に行為の、この外に現われる側面に関心を向けそれが一定の仕方形成されることを要求する。この点、行為の内外両面つまり全面を問題とし、外に劣らず内に対しても深い関心をもって評価、指図を与える道徳とは異なる法の特性がある(3)。

法とよばれるべき規範の内容上の「正しさ」をめぐる、法実証主義者は所定の手続きで有効に制定された実定法は、その内容の正否にかかわらず法であり、「悪法もまた法である」(Dura lex, sed lex)とする。自然法論者は、外見上有効に制定された実定法も、その内容が自然法の原理(特に正義)に反するときは、当然無効となって、「悪法は法ではない」とされる。法実証主義者はこの場合法の「正しさ」の問題は「法の理念」の問題としてあつかい、法の概念(定義)は「ことば」的定義の問題とする。アメリカのフルー(Lon L. Fuller)とイギリスのハート(H. L. A. Hart)との「悪法問題」に関する論争は特に法の概念の問題を発展さすに寄与したといわれる(4)。「正義」を法の概念要素の中に入れるか否かについては学説は一定していない、イギリス分析法学の祖オースチンの「主権者命令説」では、法は正義の原理とは無関係に定義されたが、その後の分析法学者の多くは正義の要素を法の定義の中にとり入れようとした。「正義価値は決して法概念の一要素としてとりあげることはできない」と断定するケルゼンは、法概念から意識的に正義の要素が排除されるに対し、ラードブルフの法哲学では、正義は「法の概念規定によって決定的規準となる所の法を特性づける原理(または理念)」とされることを指摘しておきたい(5)。

以上法概念要素の若干について問題点をあげてみたが、「法は全体社会を基盤として存立し、正義実現の要求のもとにたつ所の、強要的、外面的、一般的な社会規範であって、典型的には、その全体社会における組織的強制—或いは少なくともその萌芽形態としての社会的に

是認された一定の定型的強制一を、その効力保障手段としてもつ所のもの」とする、加藤新平教授の不完結的、暫定的な試案をまとめとしてあげておきたい(6)。

Ⅲ 法の概念に対する現代分析(法)哲学の アプローチ

法を理解する方法に現代分析哲学の与える影響が大きい。法的思考・論議に特殊なスタイルを枠づけている基本的な法的概念を明確にする仕事は、それらが「ことば」として定着している概念を明晰にすることからはじまる(概念分析)。現代の概念分析への批判として、法的概念の不明確、あいまいである事実を指摘して、このようなものについての分析の仕事は不可能なことを行なおうとすることだという見解があるが、言語の構造と機能とを観察し、分析してきた現代哲学は、概念の構造を、「かたい核心の部分と半影の周縁ないしきめのあらい周辺部との複合体である。この構造的複合性が、概念の不明確さの実体であり、ときに弾力性を示し、ときに不確定性をもたらすことになる」と認識する。

法的概念ひいては法規範の不明確性とそのもたらす不確定性に批判がむけられ、法規範への懐疑や不信となった。

さらに用法分析により、法の正常な側面の諸問題の解明にあたる。その場合(1)法規範の用いられ方がさまざまであること、(2)法的言語が特殊の性質と機能とをもって、(3)一般的な法的概念で実は多種多様な諸現象がおおわれている事実、が観察され意識される必要があるとする。そのためには、言語分析のアプローチを重ねて法の存在の現実を解明するためのモデル分析のアプローチ、とくにルール分析のアプローチがとられる必要がある(7)。なお(1)法を記号化すること、(2)法を歴史的ニュアンスを含んだモデルとして描くこと、によって法の説明(法の定義)の試みが示される(8)。H. L. A. ハートは「法の概念」(The Concept of Law, 1961)で、法の概念分析を試みている。この中で、彼は「定義としてみとめられる十分簡潔なものでもって満足な解答を与えることは不可能である」とし、法の定義ではなく、法の解明(elucidation)を求めようとしている。彼は法を「第一次のルールと第二次のルールの結合」として特色づける。第一次のルールは「個々の人がしてはいけない、またはしなければならない諸行為に関係する」義務のルールから構成されており、第二次のルールはそれを補いあるいは基礎づける三つのルール、(1)承認のルール、(Rules of recognition) (2)変更のルール(Rules

of change) (3)裁判のルール(Rules of adjudication)から構成されている。このような第一次のルールと第二次のルールの結合は近代の法体系の核心であるとされる。「法の概念」の目的は「国家法体系の特色的な構造のすすんだ分析を提供することによって、また社会現象の諸タイプとしての法、強制、道徳の類似点や相違点についてより明確な理解を提供することによって法理論を前進せしめることである」としている。このように社会学的視点に注目するのは法の概念分析が「法」ということばの指示している事象や事態にかかわっており、それゆえ法現象の経験的考察を切り離して考えることはできないと理解しているからである(9)。以上、現代分析(法)哲学、特にハートの提起する「法の概念」を一例として非常に荒っぽい素描を試みたが、当初現代法哲学の代表的な諸理論にみられる「法の概念」を整理してみたいという意図であったが、十分な資料を集め終わらぬまま原稿を提出することとなったのは残念におもっている。今後の研究課題としてさらにこのテーマをひろげていきたいと考えている。

(注)

- (1) Hans Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928. S. 8
- (2) 碧海純一, 新版「法哲学概論」39頁参照.
- (3) 加藤新平, 「法哲学概論」(法律学全集Ⅰ) 320頁以下参照.
- (4) H. L. A. Hart, "Legal Positivism and the Separation of Law and Morals." Harvard Law Review lxxi (1958). Lon F. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law.
- (5) Kelsen, "Reine Rechtslehre, 2Auff., S. 50 Radbruch, "Rechtsphilosophie, Kap. 4, 7
- (6) 加藤新平, 「前掲書」306頁以下参照.
- (7) 井上茂「現代法学の方法」(現代法15) — 149頁以下. 三, 法哲学の項参照.
- (8) 矢崎光圀「法哲学」189頁以下参照.
- (9) 八木鉄男編「現代の法哲学理論」(深田三徳「第六章イギリス法理学と現代分析哲学」)参照.

参考文献

- | | | |
|------|---------------|------|
| 加藤新平 | 法哲学概論(法律学全集Ⅰ) | 1976 |
| 碧海純一 | 新版法哲学概論 | 1976 |
| 井上茂 | 法哲学研究(第1巻) | 1971 |
| 八木鉄男 | 分析法学の潮流 | 1962 |
| 矢崎光圀 | 法哲学 | 1975 |

碧海純一編	現代法15. 現代法学の方法	1966
井上 茂	現代法13, 現代法の思想	1966
矢崎光圀	現代法思想の潮流	1976
八木鉄夫	現代の法哲学理論	1971
井上 茂	法哲学講義	1976
八木鉄男	法哲学史	1976
尾高朝雄	改訂 法哲学概論	1953
和田小次郎	法哲学 (上)	1943
オリヴェクローナ 安部浜男 訳	法秩序の構造	1973
Austin, John	The Province of Jurisprudence Determined, (by H. L. A. Hart)	1967
Kantorowicz, H.	The Definition of Law	1958
Hart, H. L. A.	The Concept of Law	1961
Kelsen, H.	Reine Rechtslehre 2 Aufl.,	1960
Radbruch, G.	Rechtsphilosophie 6 Aufl	1963