

# 法の「効力の根拠」を問い直す\*

— 法実証主義と自然法論の対立を超えて —

Thinking about the Reasons why we should obey the Law

小田桐 忍

食物栄養学科非常勤講師

抄録：

小論は、大陸法系と英米法系とに大別しつつ、それぞれ法実証主義と自然法論という法哲学上の二大潮流の観点から、法の効力論を取り上げ、両者の問い直しを試みた。そのため、小論の2-1と3-1は前者の法実証主義に与する見解になり、2-2と3-2は後者の自然法論に与する立場からの論述になった。最後に小論は、わが国における法の効力の根拠について考察するとき、井上茂の学的営為が重要であることを指摘し、かかる井上の見解を紹介した。

Summary：

We know of two mainstream legal philosophies, namely, legal positivism and natural law theory. Therefore, when we think about reasons to obey the law, we must refer to the problem from these two standpoints. In this paper, the author will analyze some theories of legal philosophers, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, H.L.A. Hart, and Ronald Dworkin. The author will propose the possibility of a new standpoint, namely, the legal cultural standpoint.

キーワード：法実証主義、自然法論、法の効力、ケルゼン、ラートブルフ、ハート、ドゥウォーキン

Key words：legal positivism, natural law theory, validity of law, Kelsen, Radbruch, Hart, Dworkin

## 1. 尾高朝雄による問題提起

尾高朝雄は、『実定法秩序論』（1942年）の第三章を「法の効力の根拠」（尾高1942：128）に関する考察に当てている。法の効力とは何か。この問いかけに、尾高は次のように答えている。

法の効力とは、「法的規範意味が事実の世界に実現され得るといふ〈可能性〉」（尾高1942；

128) であると。すると、かかる可能性としての法の効力は何から生じ、何によって根拠づけられているのか。この問いは私たちにとって「実定法の理論考察における最大の難問」であり、「今日でもなお前人未到の処女峰の如くに法に関する諸問題の上に」(尾高 1942;128) 屹立している。この峻峰への登頂の試みは、今日なお成功していない。なぜなら、法の効力には、「妥当性」(＝「実現への要求」)と「実効性」(＝「実現されていること」)という両側面があるにもかかわらず、両者を分離して考察を進めようとしてきたからに他ならない。そこで、尾高は以下の彼自身の解決策を提案する。「法の妥当性と実効性とを分離せしめず、常に両者に跨がる総合的問題」(尾高 1942;129) として論究されなければならない。そうして尾高によって俎上に上げられたのが、法段階説、事実の規範力説、実力説、承認説、世論説であった。ただ、小論の目的は、それらを順次考察することではない。尾高による問題提起を受けて、法の効力を問い直すことこそ、つまり尾高が不慮の医療事故により他界した後に出来た効力論を検討することこそ、小論がしなければならないことなのである。

なお、小論の考察の手順は、効力論を大陸法系と英米法系とに大別しつつ、それぞれ法実証主義と自然法論という法哲学上の二大潮流の観点から法の効力の根拠を解明しようとする特徴のある立場を取り上げながら、問い直しを試みることにした。その結果、以下の2-1と3-1は、前者の法実証主義に与する見解になり、2-2と3-2は、後者の自然法論に与する立場になった。

## 2. 大陸法系の効力論

ここでは、H・ケルゼンを中心とする純粋法学の効力論と第二次世界大戦後の自然法再生の旗手G・ラートブルフの効力論を検討することにしよう。

### 2-1. H・ケルゼン (Kelsen)、A・J・メルクル (Merkl)

純粋法学は、20世紀前半に、H・ケルゼンやA・J・メルクルを中心とするウィーン大学の法学者たちによって彫琢された法実証主義に与する理論体系であると考えられる。なお、尾高は、元々このケルゼンの指導を受けるために渡欧したが、その理論内容に飽き足らず、更なる展開の契機をE・フッサール (Husserl) の現象学に求め、フライブルクの地を詣でることになった。従って、尾高の問題提起の根底にはケルゼンの効力論が存在し、それを批判的に継承しようとする意図があったように思われる。

さて、法の効力を考察するとき、純粋法学の立場からは、根本規範と段階構造に言及しなければならない。前者については、ケルゼンの学説を、後者については、メルクルの探究をそれぞれ検討することにしよう。

ケルゼンによれば、法秩序は「法規範の体系」である。すると、かかる多数の法規範の統一は何に基づくのであろうか。つまり、一定の法規範が一定の法秩序に属するのは何故なのであろうか。かかる問題を解決するために、ケルゼンによって導入されたのが、「根本規範」である。ケルゼンによれば、規範の効力がかかる効力の「最後の根拠として唯一の規範」(ケルゼン 1935, 101) に還元され得る。そのとき、多数の規範は、一つの統一・体系・秩序を形成する。多数の

規範の「共同の淵源」として、「一つの秩序を形成する多数の規範の全体の中に統一を構成する」(ケルゼン 1935, 101) のが、根本規範に他ならない。純粋法学はこの根本規範を「仮説的基礎」(ケルゼン 1935, 107) と見なす。法規範の効力の根拠は根本規範であるとする仮説の下に、根本規範に基づく法秩序も効力を有することになる。根本規範は、「最初の立法者の行為」に対して、当為の意味を与える。言い換えよう。「法秩序を構成する一切の構成事実の規範的意味」(ケルゼン 1935, 107) は、かかる根本規範に帰着する。更にケルゼンは、根本規範の法学史的意義について付言することを忘れていない。根本規範とは、「法学の新しい科学的方法」(ケルゼン 1935, 108) の創設を意味するものではない。自然法を排斥してきた「実証的法認識の方法」(ケルゼン 1935, 108) を単に意識させるだけのことなのである。

ところで、かかる法秩序の形状、つまりその容貌はいかなるものなのか。この点については、最近やっとわが国においても、メルクルの業績の中の本格的な法理論的作品「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」(1931年)が勝亦藤彦ら<sup>(1)</sup>によって翻訳された。小論では、これを用いて、メルクルの言葉で説明することにしよう。メルクルによれば、法秩序は、「関連する諸法規の総体」(メルクル 2011, 143) である。ここでは、「段階過程または段階構造のイメージ」が法秩序を「極めて明瞭かつ特徴的に」(メルクル 2011, 184) 示す。例えば、法律の効力は、専ら憲法に基づいて認められるのに対して、裁判所の判決または行政行為の効力は、憲法のみならず、法律段階の行為にも基づいている。すると異なる段階の法規範の間には、「形式的・内容的な相違」のみならず、「位階の相違」も存在し、「法規形式の系列が段階的に構成されている」(メルクル 2011, 185) ように見えるのである。

なお、メルクルは、「成文憲法により国家作用が立法・司法・行政に区分されるとしても、それによって、直ちにこれらの国家作用の同位性が認められると解されるわけではない」(メルクル 2011, 177) と述べている。執行の法律適合性という「憲法原則」は、メルクルによれば、この原則により効力が認められる全ての執行行為を、論理的に法律より下位にあると見なすための「認識根拠」(メルクル 2011, 177) とされる。こうして法の効力は、段階構造を用いることによって説明可能になる。

## 2-2. G・ラートブルフ (Radbruch)

かつて、文豪 W・ゲーテ (Goethe) は、「理念を避ける者は結局概念をも把握しない」と言った。それは法の理念の場合にも真実である。それ故、ラートブルフによれば、法の概念は「一つの文化概念」(ラートブルフ 1961, 147) であり、価値に関係する現実及び価値に奉仕する現実に関する概念である。法は法の価値及び理念に奉仕するという意味の現実である。法の概念は法の理念によって整序される。

ラートブルフの言説では、「法の理念は正義に他ならない」(ラートブルフ 1961, 148) のである。正義は「究極的な出発点」である。なぜなら、正義は、絶対的価値であり、「他のいかなる価値からも導き出すことのできない価値」(ラートブルフ 1961, 148) であるのだから。小論の目的に即して言い換えれば、ラートブルフは、法の効力の根拠として、正義を置いたことになる。

ただラートブルフは、これをもって効力論に関する法哲学者の最後の言葉とするのではない。ラートブルフは、法の効力を巡り、もがき苦しんでいる。次の一文は、私たちにラートブルフのそうした姿を彷彿とさせるに十分である。〈法律的効力論〉は、「一つの法規の効力を他の法規から、例えば命令の効力を法律から、法律の効力を憲法から導き出そうとする」(ラートブルフ 1961, 217) のである。しかし、かかる効力論では、「必然的に何時かはそれ以上遡りえない権威的意欲の事実性に突き当たる」(ラートブルフ 1961, 217) ことになる。つまり、この理論はこうして一つの法規の効力を他の法規との関係性において明らかにすることは可能である。だがそれでは、「最高の法規」と「全体としての法秩序」の効力を明らかにすることはできない。ラートブルフはケルゼンの純粋法学的企図を意識しながら、次のように言葉を続ける。「法律学が現在のように純粋に内在的であって、特定の法秩序の中にとらわれ、閉じこもって、その意味を探索することを自己の唯一の任務とする」(ラートブルフ 1961, 217 下線筆者) 限りは、一つの法秩序の効力の要求について、他の秩序との関係性においてこれを公正に決定することは不可能なのである。ラートブルフによれば、かかる効力論では、「規範の衝突」を正しく説明し解決に導くことが不可能なのである。習俗・道徳・法律の間の闘争において、かかる効力論は、「自己の対象として与えられている法律の味方」になることができるだけであって、「無私な裁判官」(ラートブルフ 1961, 217) <sup>(2)</sup> になることは困難なのである。

ラートブルフによれば、法は有効に実現し得られる故に、効力を有するのではなく、「それが有効に実現しえられるときにはじめて法的安定性を与えるが故に効力を有する」(ラートブルフ 1961, 222 原著強調) のである。つまり、実定法の効力は、それによってのみ達成されるべき法的安定性 = 「相争う法律観の間に実定法が樹立する平和」 = 「万人の万人に対する闘争を終結せしめる秩序」(ラートブルフ 1961, 223) に根拠を置く。既述の正義と法的安定性との関係について付言すれば、法の第一の任務は、法的安定性・平和・秩序であるのに対し、その第二の任務は、正義であると、ラートブルフは述べている。このとき、ラートブルフは、再びゲーテの格言として「私は無秩序に我慢するよりはむしろ不正義を行おう」(ラートブルフ 1961, 223) を引用している。もう一度、小論の課題に立ち戻りたい。ラートブルフの見解に従えば、法の効力の根拠は、法的安定性と正義であるということになるだろう。

### 3. 英米法系の効力論

ここでは、H・L・A・ハートを中心とする現代分析法理学の効力論とハートの後継者としてオックスフォード大学に着任したR・ドゥウォーキン<sup>(3)</sup>の効力論とを紹介することにしよう。

#### 3-1. H・L・A・ハート (Hart)

ハートが『法の概念』(1961年)の中で構想したのは、「国内法体系の顕著な構造の進んだ分析を提供することにより、また社会現象のタイプとしての法、強制、道徳の間の類似点、相違点のより良い理解を提供することにより、法理論を前進させる」(ハート 1976, 19) ことであった。

ハートによれば、法の概念は、それ自体が極めて複雑な構造を提示しているにもかかわらず、

19世紀の分析法理学者のJ・オースティン(Austin)は法の命令機能を、20世紀の純粋法学者のケルゼンは根本規範を、法の効力の根拠と見なした。ハートは法の複雑な構造を認識する。そしてかかる見地を徹底する。ハートにとって肝要なことは、「共通の基準としての一定の行動の様式に対する批判的反省的態度が存在しなければならないということ」であり、「この態度は批判や一致への要求において、更にこのような批判や要求が正当であると是認すること」(ハート1976, 64)において現われなければならない。それらは、規範的な用語(「すべきである」、「しなければならない」、「するのが当然である」、「正しい」、「誤っている」など)で表現されることになるが、こうした用語はそれ自体ルールの観念を含まず、それらを寄せ集めたとしてもルールの観念を生み出し得ない。

そこで、ハートは、「関係しているが二つの異なったルールのタイプを区別する必要があること」(ハート1976,90)を指摘する。一方のルールは、「基本的または第一次的なタイプのルール」(以下「第一次的ルール」という)である。このルールによって人びとは、「ある行為をなすこと、あるいはそれを差し控えること」(ハート1976, 90)を要求される。他方のルールは、「ある意味では第一のタイプに寄生し、あるいはそれに対して二次的」(以下「第二次的ルール」という)である。第二次的ルールは、「第一次タイプの新しいルールを導入し、古いルールを廃棄、あるいは修正したり、さまざまなやり方でその範囲を決定したり、それらの作用を統制することができるように定める」(ハート1976, 90)のである。つまり、第一次的ルールは義務を課する。そして第二次的ルールは、公的または私的な権能を付与することが分かる。法とは、ハートによれば、第一次的ルールと第二次的ルールの結合に他ならない。

ここでハートは、立法機関・裁判所・公機関を全く持たない社会、つまり「原初社会」を想定する。このような社会のルールの構造は、第一次ルールのみによって構成されている。しかし、かかる社会はその発展に伴い、次のような三つの欠陥を表出する。だが、当該欠陥を解決するためのルールがそれぞれ導入されることにより、第二次的ルールを持つ社会へと移行する。

- (1) 不確定性→「承認のルール」(ハート1976, 104)：何がルールであるか、あるルールの正確な範囲はどうかについて疑問が生じるため、承認のルールが導入される。こうしていくつかの特徴が明確になり、あるルールがこうした特徴を持つことにより、集団が行使する社会的圧力によって支持される集団のルールであることが決定的・肯定的に示される。
- (2) 静的性質→「変更のルール」(ハート1976, 105)：古いルールを排除したり新しいルールを導入したりすることによって、変化する状況に意識的にルールを適応させる手段が存在しない。そこで、新しい第一次的ルールを導入し、古いルールを排除する権能を個人または人びとの団体に与えるためのルールが必要になる。これにより法の制定と廃止の理解が可能になる。
- (3) 非効率性→「裁判のルール」(ハート1976, 106)：ルールを維持する社会的圧力が散漫なために生じる。認められているルールが侵害されたか否かの争いはいつも生じ得るし、当該紛争を解決する機関がなければ、それは絶え間なく続くことになるだろう。そこで、誰が裁判できるかを確認する一方、どのような手続きに従うべきかを決定する必要がある。

以上の考察を経て、ハートは、法の効力の根拠を承認のルールに求めることになる。法体系の他のルールの効力の根拠を与えている承認のルールは、「究極のルール」(ハート 1976, 115) に他ならない。かかるルールの存在は、日常的な事態の中に見出される。例えば、イギリスの場合、議会の制定したものが法であるとする究極的な承認のルールが市民や国家機関によって承認され効力を有するという「事実の問題」(ハート 1976, 120) を意味する。かくしてハートは、オースティンやケルゼンとは異なる方法で、承認のルールという経験的事実<sup>(3)</sup> の中に法の効力の根拠を求めることになったのである。

### 3-2. R・ドゥウォーキン (Dworkin)<sup>(4)</sup>

さて、ドゥウォーキンは、あの二大潮流の中では、自然法論の陣営に与ると言えよう。なぜなら、ケルゼンやハートとは異なる方法によって、法の効力を説明しようとするからである。彼によれば、法はルールの総体ではない。小論に即して言い換えれば、実定法を考察する上で、実定法の背後にある「原理」を尊重する。法の効力は、原理によって、基礎づけられる。それ故、小論もドゥウォーキンの原理を理解しなければならない。

ドゥウォーキンは、ハートを中心とする現代の法実証主義の論者がルールを使用して法の効力の解明に向かうのに対して、「政策」と「原理」という用語を自説の中心に据える。前者は、「一般的には社会のある種の経済的、政治的、社会的特徴の改善といった一定の到達目標を提示するタイプの規準」(ドゥウォーキン 2004, 15) を意味する。これに対して、後者は、「好ましいものと考えられた一定の経済的、政治的、社会的状況をこれが促進したり保護するからではなく、正義や公正その他の道徳的要因がこれを要請するが故に遵守すべき規準」(ドゥウォーキン 2004, 15) を意味する。具体的には、「自動車事故は減少すべきである」(ドゥウォーキン 2004, 15) とする規準が前者であり、「いかなる者も自ら犯した不法により利益を得てはならない」(ドゥウォーキン 2004, 15) とする規準が後者である。ただ、ドゥウォーキンは、一方では両者の相違を指摘し、他方では両者を総称して「原理」を用いることもある。その上でドゥウォーキンは「総称的意味での原理」(ドゥウォーキン 2004, 16) を「法準則」から区別する。ここではドゥウォーキンに倣って、後者の意味を明確にしておこう。法準則は、白か黒かはっきりした形で適用されるルールである。従って、法準則に規定された事実が存在するとき、当該法準則が効力のあるものであれば、法準則が指示する解決がそのまま受容されることになる。反対に、効力のない法準則は「判定」(ドゥウォーキン 2004, 17) に何の寄与ももたらすことはない。

すると、原理とは何か。あるいは、法準則にはない原理の特性はどこにあるのか。ドゥウォーキンによれば、それは「重みとか重要性といった特性」(ドゥウォーキン 2004, 20) に他ならない。例えば、自動車の消費者を保護する政策と契約自由の原理が相互に抵触するとき、つまり、複数の原理が抵触し合うとき、この抵触を解決しようとする者は、抵触する原理相互間の「相対的な重み」(ドゥウォーキン 2004, 20) を考慮に入れなければならない。この重みにドゥウォーキンは「原理概念の本質的要素」(ドゥウォーキン 2004, 21) を認めるところとなったのである。法の効力の根拠は原理である。

ドゥウォーキンは、また次のように述べている。「法的原理が法準則とは異なる別種の規準として識別されれば、直ちに我々の周囲の至る所にこの原理が存在していることに気がつく」（ドゥウォーキン 2004, 23）のであり、「法を教育する人々はこれを教え、法の研究者はこれを引用し、法史家はこれに敬意を表している」（ドゥウォーキン 2004, 23）のである。

#### 4. 可能なぎりぎりまで

小論は、法の効力の根拠を検討するために、ケルゼン、メルクル、ラートブルフ、ハート、ドゥウォーキンの学説を概観することにした。遺憾ながら、小論では、それぞれの学説の背景にある、それぞれの法哲学者が生きた時代・精神・文化的な状況にまで考察の目を向けることは叶わなかった。ケルゼンやメルクルの場合、ハーブスブルク帝国の法の複雑さを縮減するために根本規範を導入・提唱することになった。ラートブルフの場合、彼自身のナチス体験が彼の壮大な法哲学の体系を確立させた。ハートの場合、イギリス法の伝統と承認のルールの実在の通底性を認識することを看過できない。そして、ドゥウォーキンの場合、アメリカという訴訟社会と裁判所の果たす役割から原理を中心とする学説が形成された。なぜなら、「法の帝国の首都」（ドゥウォーキン 1995, 621）は裁判所だったからである。

かつてわが国の井上茂は、「可能なぎりぎりのところまで法の問題としてとりあつかう」（井上 1973, viii）ことの重要性に言及したことがあった。すると小論の更なる課題は、次のように言い換えることができるだろう。可能なぎりぎりのところまで法的に考えた法の効力の根拠は、それを取り扱う法哲学者の置かれた時代・精神・文化的な状況を踏まえて、再考<sup>(5)</sup>されなければならない。この当たり前の見地を導き出すことこそ、小論の辿り着いた、次回の問い直しに向けてのささやかな結論ということになる。

すると、わが国における法の効力の根拠は、どのように説明することが可能なのであろうか。この問いに対する答えにおいても、実は井上の学的営為が重要であることを指摘し、小論の筆を擱くことにしよう。

井上は、「法哲学における法の概念の種子」（井上 1991, 33）を探し求め、「根元性」に辿り着いた。人間が生きるために共同生活（社会）を必要とし、当該社会を形成し保持する上で、「秩序をつくる働き（法）」（井上 1991, 33）が不可欠なのである。こうした井上の指摘を小論は次のように受け止めよう。〈法は政治の子である〉と考えるとき、政治はあくまでも法の父性にすぎない。母性としての法の効力の根拠を形成するのは、根元性であり、井上はそれを聖徳太子の「十七条憲法」（井上 1989, 86）を再考することにより探し求めた。立法者としての聖徳太子の偉業の中に根元性を発見することは、わが国において<sup>(6)</sup>法の効力の根拠を考察する者だけが到達し得る結論と言えるのかもしれない。

## 論註

- \* 小論の副題に登場する法実証主義と自然法論は、法思想史における伝統的な二大潮流を形成すると同時に、現代の法哲学を象徴する立場でもある。小論はこうした立場を超える独自の道を模索しなければならないと考えている。
- (1) 勝亦らは、メルクルの法理論及び純粋法学の企図を再検討する過程で、わが国で最初の『A・J・メルクル著作集』の出版を計画・準備している。同著作集の一日も早い刊行が待たれる。
  - (2) だからこそ、ラートブルフは法の効力について、こうした裁判官の存在をも検討することになる。小論では紙幅の都合上割愛せざるを得ない。他日稿を改めて論述してみたい。
  - (3) なお、ハートが「自然法の最小限の内容」(ハート 1976, 211) を承認している点は注目に値する。それによれば、「人間の傷つきやすさ」、「おおよその平等性」、「かぎられた利他主義」、「かぎられた資源」、「かぎられた理解力と意思の強さ」、以上が挙げられている。私見では、法実証主義と自然法論は、今後、相互に意見交換をしながら発展することが学問的に健全であるように思われる。
  - (4) なお、「Dworkin」のカタカナ表記については、「ドゥウォーキン」と「ドゥオーキン」に大別できさうであるが、小論は前者を使用することにしたい。
  - (5) J・ラズ (Raz) の「法体系の一般的研究」(ラズ 2011,1) は、小論が進むべき方向性を提示している。ラズによれば、「完結した法体系論」は、「存在の問題」、「同一性の問題」、「構造の問題」、「内容の問題」、以上の四つの問題に対応できなければならない。
  - (6) 井上は、ケルゼンの根本規範ともハートの承認のルールとも異なる「基礎規範」(井上 1989, 212) 論を展開している。かかる基礎規範とは、「社会体制の原理とその構成要素である権威的規準」である。日本国憲法の場合、それらは、前文、第1条、第3章などにおいて、「特定の概念・語句・文章などの形」をとって表明されている。

## 参考文献

- 井上茂『法秩序の構造』岩波書店 1973 年  
井上茂『法の根底にあるもの』有斐閣 1989 年  
井上茂「学究のありよう」『IDE 現代の高等教育 8 月号』民主教育協会 1991 年  
尾高朝雄『実定法秩序論』岩波書店 1942 年  
ケルゼン (横田喜三郎訳)『純粋法学』岩波書店 1935 年  
ドゥウォーキン (小林公訳)『法の帝国』未来社 1995 年  
ドゥウォーキン (木下毅他訳)『権利論 [増補版]』木鐸社 2004 年  
ハート (矢崎光圀監訳)『法の概念』みすず書房 1976 年  
メルクル (勝亦藤彦他訳)「法段階構造の理論に関するプロレグーメナ」『ロー・ジャーナル第6号』山梨学院大学法科大学院 2011 年  
ラートブルフ (田中耕太郎訳)「法哲学」『ラートブルフ著作集第1巻』東京大学出版会 1961 年  
ラズ (松尾弘訳)『法体系の概念 [第2版]』慶應義塾大学出版会 2011 年

## 附言

小論では、引用文と拙文の表記とを一貫するため、引用文の一部に適宜字句の修正を施したことを、この場を借りて、お断りしておきたい。