

法と権利について

—— ウプサラ学派の発想を踏まえながら ——

出 水 忠 勝

目 次

- 一 はじめに
- 二 法はどこに在るのか
- 三 権利はどこに在るのか
- 四 法律学に於ける法と権利
- 五 結び

一 はじめに

筆者は先に名城大学法学会選書として『現代北欧の法理論』（成文堂、2010年）を著す機会を得たが、これは筆者がウプサラ学派に代表される北欧の法哲学理論を修士論文のテーマとして以来書き著してきた研究論文を基にこれに加筆し修正を施しながら一冊に纏めたものである。本稿では、この選書出版のあと現在に至るまでの数年の間に更なる思索を試みたところについて論述してみたいと考える。論点としては次の三点が中心となる。

第一は「法と社会」という我々にとって馴染み深い表記に関係したものである。こうした表記は「法」を「社会」と切り離れた形で、恰も何処かに実在するかの如くに捉えられたところからなされたものと理解されようが、ここでは「法」とは果たしてそのような形で捉えることが出来るものであるのかどうかという点を中心に考察を加えてみたい。

第二の論点は「権利を持つ」という、第一の論点同様、我々にとって馴染み深い表記に関係したものである。こうした表記もまた「権利」を恰も何処かに実在するかの如くに捉えたところからもたらされたものと理解されるが、ここでは、果たして「権利」とはそのように言えるものであるかどうかという点を中心に考察してみたい。

これら二つの論点の何れもがウブサラ学派の法理論の核心部分に関わるものであることは言うまでもないが、こうした論及を試みたあと、第三の論点として、法と権利に関するウブサラ的理解から導き出される法律学研究の形について考えてみることにしたい。

上記のような試みが、概して特異な法理論として受け止められ勝ちなウブサラ学派の法理論理解への一助となればと考える。併せて、法律学上、基本的であり根源的であるとも言えるこうした論点に対する理解を少しでも深めることに繋がればと考える次第である。

二 法はどこに在るのか

法と言えば六法（若しくは法は法典の中にこそ見出される）とする発想は私たちの社会に幅広く見出される場所であるが¹、本節では、こうした点を踏まえながら、先ず六法に代表される法典に「条文」の形で表示された法（以下これを Legal Rule と表記²）の在り方について考えてみたい³。

-
- 1 こうした発想は必ずしも法典に限定されるものではない。法典の類とは別の「どこかもっと高いところ、遠いところに在る」と考える者もいようが、このように考えられた法もまた「何処かに在る」（若しくは「在る筈」）と考えられたものであることに変わりはないことになる。そうした意味では法典中心の発想と変わるところがないと言わなければならないことになろう。なお、本稿注10 参照。
 - 2 Legal Rule については、これを「法規」と表記しても議論を進める上では殆ど変わるところがないが、本稿ではこのあとスポーツのルールと対比させた議論を展開する予定であるため、このように表記した方が論点理解の助けとなるものと考え、敢えてこうした表記にしたことをここで断りしておきたい。
 - 3 「法はどこに在るのか」とするテーマの下に議論を展開するためには、何よりも先ず「法とは何か」について明らかにしなければならないところであるが、

Legal Rule が人々の社会的営みと密接不可分な関係にあることからすれば、これを人の意識と切り離して考えることは出来ないであろう。「意識主体」を何処に見出すかについては見方が分かれるとしても、Legal Rule が人の意識の中に見出されるものであることは否定出来ないことになろうが、このことは Legal Rule が我々の目でその存在を確かめることが出来ないものであること、また、それゆえに「不可視」であって「実在もしない」ことを意味することになる。

しかしながら、Legal Rule が「不可視」であって「実在もしない」とする法理解は本稿の冒頭（はじめに）で触れたような法理解、即ち Legal Rule とは「どこかに在るもの」とする法理解と大きく乖離したものと言わなければならない。そうした点からすれば、順序として先ず Legal Rule が「どこかに在る」とする法理解が Legal Rule 本来の在り方を正確に捉えたものではないことを明示することが求められることになろう。

尤も、この試みは必ずしも容易なことではない。Legal Rule が「どこかに在る」とする法理解が我々の社会に幅広く浸透していると考えられるところからすれば、異論なく了解を得られるような説明を試みることは容易ではないと言わなければならないからである⁴。その点ではオリヴェクローナによる次の指摘が注目されるところである。オリヴェクローナは「法は不可視ではあるが実在する」とする我々の心に深く根ざした法の本質に関する根強い考え方に妨げられてイェーリングやメインといった著名な法律家ですら法律行為の真の性質を完全に理解するには至らなかったとしている⁵。

ここでは敢えてこうした論及の形をとったことをお断りしておきたい。なお「法とは何か」については、拙著『現代北欧の法理論』（成文堂、2010年）、同『講義ガイド法哲学』（三恵社、2006年、改訂版、2012年）等に於いて多様な観点から論及を試みたところである。

4 この点については筆者自身、これまで様々な観点から論及してきたところである。前掲拙著『現代北欧の法理論』第二章（第四節）、同『講義ガイド法哲学』（第一章）等参照。

5 Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, ed. by Olivecrona, 1953). なお本稿注6参照。

さて、Legal Rule の在り方を巡る議論を説得力ある形で進めるためには、この問題を一旦別の問題に置き換えて考察を試みるのが多少は理解の助けとなるものと考えられるところである。上記の理由から、ここではスポーツのルール⁶の在り方を確認する形で考察を進めてみたいと考える⁸。この試みはあくまでも「ルールの在り方」を確認することを目的としたものであって、決して「Legal Rule」と「スポーツのルール」とを同列に論ずるものではないことを念のためお断りしておきたい⁷。

スポーツのルールを何処かの書店の書棚に並べられた「ルール・ブック」の中に「在る」と考える者は先ずいないであろう。スポーツのルールとは、その競技が行なわれている場に於いてこそ生き活きとした形で存在しているものと理解されるからである。別言すれば「スポーツのルール」とは「プレーヤーの意識の中」にこそ在ると言えることになる。このことはスポーツのルールが「不可視」であり「実在もしない」ことを意味することになる。

こうしたルール理解を Legal Rule に重ねる時、Legal Rule もまた人の意識の中にこそ生き活きとした形で存在するものと見ることが出来ることになる⁸。従って Legal Rule もまた「不可視」であり「実在もしない」

-
- 6 拙著『現代北欧の法理論』第二章第四節、同『講義ガイド法哲学』第一章でもこの点に論及したところであるが、こうした試みを通してその有用性を実感させられているのがスポーツのルールによるアナロジーである。一見、単純で安易な試みとの印象を免れられないところではあるが、こうした試みを通して受講する学生たちの理解が一挙に進むことを実感させられているところである。六法的知識習得の重要性を再認識させることが期待出来る有用な試みではないかと考える次第である。なお、この点については本稿第四節本論でも論及した。
- 7 尤も、時に現役選手を永久追放するだけの強い制裁機能を備えたスポーツ団体も見られるところからすれば、両者の間に全く共通したところがないとは言えないようにも思われるところではある。前掲拙著『講義ガイド法哲学』63頁に於いて多少異なった観点からこの問題に論及した。
- 8 若し法の在り方について、このような理解が可能であるということになれば、法律学研究の主たる対象はあくまでもここで明らかにされたものであると言わなければならないことになるが、それでもなお「それは法がそういうところで生きているということであって、そうでない法が別のところにあるのではないか」といった疑問が予想されるが、この点については、こうした発想こそが「法は

こと、また、それゆえに何らかの実体を伴うものではないことも理解されよう⁹。Legal Rule としての法が人の意識の中に見出されるものであるこ

不可視である」が「実在する」とする「我々の心に深く根差した根強い考え方そのもの（本稿注5の本文）」と言わなければならないことになる。研究対象がどこに在るかが確認されれば確認されたところを研究対象とするのは極めて自然なことだからである。（この点については第四節の本文でも言及したところである。）

なお、Legal Rule と第一義的に関わりを持つのが市民であるのか裁判官であるのかについては著名な法哲学者の間でも見解の分かれるところである。ハート（H.L.A.Hart）は市民であるとし、ロス（Alf. Ross）は裁判官であるとしている。

なお、ロスは哲学上の二元論に対する批判的議論を通してこうした見方を提示しているが、ここではこの点に関するロスの記述の核心部分だけを引用しておきたい。

ロスは「対立的で融合し合うことのない観念の表明」とみなされてきた二元論について、これを「論理的に同格のカテゴリーでもなければ同格の思考様式でもない、またそれゆえに互いに排斥し合うようなカテゴリーでもないとしながら次のように言う。「私の求めるリアリスティックな法の概念は自然法論およびカントの観念論哲学以来の伝統的な大陸の観点と決定的に対立する。……（略）……かかる二元論は我々が法的・道徳的妥当性を経験せしめられていること、つまり法律上および道徳上の規範が我々を拘束していると感じさせられていること」に負うところが極めて大きい。……（略）……真のリアリズムに到達する道は二元論の構成要素に於ける一方を選択することによって二元論を回避するのではなくしてそれを克服することである。二元論とその不幸な結果を克服する方法はこうした経験の基本的意味を否定することではなくして超経験的な当為の観念を一定の情緒的経験の合理化と解することによって、それらを事実の世界に包含することである。」（Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946, pp.9-13）

なお、オリヴェクローナも次のように述べることによってロスと同様の見方を提示している。曰く、「我々の社会に実際に在るのは我々が意識の中に持ち合わせる《当為の観念》（つまりかくあるべしとする考え）と、それを表した文章（＝典型としての条文）、それにこうした文章と結びついた我々の心理的態度だけである。これらのもの全てがいわゆるリーガル・イデオロギーと呼ばれるところのものを構成するのであり、このイデオロギーこそが法学研究に於ける極めて重要な課題となるのである。」（Olivecrona, *Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy*, in *N.Y.U. Law Review*, Vol.26, 1951, p.131）。以上の点については拙著『現代北欧の法理論』（第二章第四節）に於いて詳述したところである。

- 9 法を人の意識の中に見出されるものとした場合、この法と密接な関係にある道徳との関係が一つの大きな論点となろうが、この点については次のような形で理解しておきたい。

例えば高速道路を制限速度を大幅にオーバーさせながら猛スピードで車を走らせているドライバーの場合、多少は罪悪感を抱いているのが通常であろう。こ

と、また、人と社会が不可分の関係にあるという自明な事実からする時、「法」を「社会」と対置させて表記すること（本稿はしがき）は、「法」の在り方を正しく捉えたものとは言えないことになろう¹⁰。

三 権利はどこに在るのか

前節に見たように、法（Legal Rule）を人の意識の中にこそ見い出されるものと理解した場合、これと密接不可分な関係にある「権利」についてどのように理解すればよいのであろうか。

この点については、権利もまた何処かに「在る」ものではなく人の意識

の罪悪感、彼が自らの意識の中に持ち合わせるモラル（この場合は「決められたことは守るべし」といった内容のものになろう）に反した行動をとっているところから生じたものと考えてよいであろう。そうした意味では、彼は自らの意識の中で自らの持ち合わせるモラルと葛藤していることになろうが、彼の罪悪感がルール（ここでは道交法ということになろう）に違反したことに起因したものであると考えられることからすれば、彼は自らの意識の中でルールとも葛藤していることになる。こうした設定の下に「ルール」と「モラル」に関する考察を進める時、この二つが人（ここではドライバーということになるが）の意識を離れては存在し得ないことや、その意識の中で混在していること、またそれゆえにこの二つを峻別することは容易ではないことが理解出来よう。また、このように考える時、これに類似した葛藤はこれ以外にも様々に見出されることになろう。クルマを運転しながら路肩に空き缶を投げ捨てるドライバーの場合にも、同様の葛藤が生じると考えられる。若しドライバーに何の葛藤も生じないとすれば、その時はドライバーの「モラル（この場合は公衆道徳ということになろう）」の欠如を嘆く他ないことになろう。（嘆いているばかりでなく免許更新の際に公衆道徳の教習を課することを考えてもよさそうである）。この点は前述のスピード違反の場合についても同じことが言えそうである。なおお付言すれば、こうした理解が可能であるにもかかわらず、相変わらず「ルール」や「モラル」を何処かに「実際に在る」（つまり「実在する」）と考える者がいるとすれば、それは本人が「ルール」や「モラル」を何処かに「確かに在る」と信じ込んでいるに過ぎない（別言すれば自らの意識の中に「実在する」と信じ込んでいるに過ぎない）と言わなければならないことになろう。（ここで述べた点については拙著『講義ガイド法哲学』三恵社、30頁でも論及したところである。）

10 この点は Legal Rule 以外のものを法として捉えられた場合も同様の理解が可能である。判例法や慣習法、生ける法、更には「何処が高いところ、遠いところに在る（若しくは「在る筈」）」と考えられた法（本稿注1）についてもこうした見方がそのまま当て嵌まることになる。そうした類の法もまた、スポーツのルール同様、何処かに実在するとは言えそうにないからである。

の中にこそ見出されるものであると言わなければならないが、こうした議論を進める上で避けて通れないのが、権利を「法によって保護された利益」と定義したイエーリングによる周知の試みである。こうした権利理解が幅広く受け入れられているところからすれば、新たな権利理解を試みるためには、この定義の孕む矛盾を明示することが不可避となろう。イエーリングの定義に矛盾が見出されないのであれば新たな権利理解の試みなど不要となろうからである。

さて、ウブサラ学派の法哲学者たちは次のような理由からイエーリングによる権利定義の試みを矛盾を孕んだものとした。即ち、イエーリングは権利とは法によって保護された利益と定義したが、通常、法による保護を受けるためには予め「権利」を持つことが明示することが求められる。そうであるとすれば、「権利」とは「法による保護を受けるための条件」でしかなく「法によって保護された利益」とは言えないというのがそれである¹¹。

こうした批判的議論を試みたあと、彼らは新たな権利理解を試みるが、中でも見逃せないのが、彼らが「権利」とは「対応する事実 (Semantic Reference)」を持たない言葉である（つまり、この言葉に伴う実体が見出されない）とした点であろう。ここではこうした議論を通して彼らが意

11 イエーリングによる権利定義の孕む矛盾については次のような理解も可能である。

例えば高価な装身具を何処かに置き忘れた場合、誰かがこれを拾得し届けてくれれば手元に返ることが期待できよう。しかし、遺失物取扱所に駆けつけたとしても必ずしも直ぐに返してもらえないとは限らない。その装身具が確かに自分の物であること（つまり自らが所有権を持つこと）を証明出来なければ返却は叶わない。若しそうであるとすれば、「権利」とは法による保護を受けるための前提条件をなすものであって「法によって保護された利益」とは言えないことになる、と。(拙著『講義ガイド法哲学』(三恵社) 13 頁参照)

オリヴェクローナはこの点について家の所有権を例に詳述している。Karl Olivecrona, *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, Vol.3, Sc.St.L., p.128)。 (拙訳) カール・オリヴェクローナ「アクセル・ヘートレームとヴィルヘルム・ルンドステッドの法理論」名城法学、第五一巻第四号 183 頁。ウブサラ学派による権利論の詳細については拙著『現代北欧の法理論』(成文堂) 第二章第二節を参照されたい。

図したところを、比較的身近な権利の一つである「嫌煙権」を例にしなが
ら考えてみることにしたい。

「嫌煙権」とはタバコの煙を嫌悪する人たちの強い思いから発せられた
言葉であると理解される。「嫌煙権」とはタバコ嫌いの人たちの熱い「思
い」や「願い」をこの一語に凝縮させるべく意図した中から創り出された
言葉であると理解出来よう¹²。そして、そうであるとすれば、この言葉は
何らかの事物を指し示した言葉（例えば「机」や「椅子」「腕時計」等々）
とは異質なものであると言わなければならないことになる。争いのない社
会の実現への熱い願いや想いを一語に凝縮させる形で創られた言葉が
「Peace」であるとする（同様の意味で「Freedom」もそうであると思
えられようが）、「嫌煙権」も、これと同様の性質を持ち合わせた極めて抽
象的な言葉であると言わなければならないことになる。ウプサラ学派の理
論家たちが「権利」とは「Semantic Reference」を持たない言葉である
と主張したのはこうしたところからであったと理解されるのである。

こうした権利理解が「環境権」や「自由権」、「生存権」、更には「所有
権」、「知的財産権」等々、様々な権利にも当て嵌まることは言うまでもな
いところである。「自由権」などは「自由」と「権利」という二つの抽象
的な言葉が結合されたものであることになり二重の意味で抽象的な言葉で
あると言わなければならないことになろう。

ともあれ、ウプサラ学派は権利の持つこうした抽象的性質を明示すべく
力を注いだものと理解されるのである。ロスが「権利」を Empty Word
と表記し、ルンドステッドが False Concept と、またオリベクローナが
Signal と表記したのも、「権利」が実体を伴った言葉でも概念でもないこ

12 「嫌煙権」は今日では社会的にも幅広く浸透し定着した権利の一つと見てよい
であろう。この言葉は 1978 年 2 月 18 日に開かれた或る集会で女性のコピーラ
イターの方によって提唱されたものである。ここに敢えて記すことはしないが
提唱者の氏名も明らかにされているところである。しかし、講義を受けている
学生たちの多くはこの言葉を殆ど耳にしていらないようである。これは、最早、
声高に主張するまでもないほどにこの権利が我々の社会に定着したためであ
ると推察されるところである。

とを明示するためであったと理解されるのである¹³。

ところで、このように「権利」を主観的願望や要請を一語に凝縮させる形で表記されたものと理解した場合に見逃すことが出来ないのが、当初は主観的であったはずの「願望」や「要請」が徐々に客観化され更には「正当化」さえもなされることの可能性である。「嫌煙権」などは、今日では最早これを「権利」として声高に主張するまでもない程に「正当」なものとして我々の社会に幅広く受け入れられたものと考えられる。喫煙の全面禁止などは「嫌煙権」の「正当化」が極端なまでにエスカレートしたものと理解されようが、これがいわゆる権利の《絶対視》である。権利本来の性質からすれば「嫌煙権」の対極にあるものとしての喫煙者の側の権利（これを「喫煙権」と表記することも出来よう）も成立することになる。健康被害の観点からしても「嫌煙権」が圧倒的に優位を占めることは否めないところであろうが、「嫌煙権」を極端なまでに重要視し《絶対視》することには疑問が残るところである。喫煙スペースの設置等による柔軟な対応が求められるところであり、そうした形での《棲み分け》が妥当なところかと思われる。

13 「権利」がどこかに実際に「在る」わけではないことについてはマンションの所有権（区分所有権）などを例にすることが理解の助けとなるものと考えられる。

例えば震災等でマンションが崩壊した場合、マンション自体は崩壊したことによってほぼ消滅してしまっている。しかし、「区分所有権」までもが消滅したことにはならない。そうした「権利」は区分所有者の「意識」の中に残されているからである。ある者が区分所有者であることが文書等で確認されれば、その者に「区分所有権」が認められることになる。しかし、物件そのものは消滅しているわけであるから区分所有者が持つと「確信」する「区分所有権」は文字通りに名目上のものでしかないことになる。この名目上の「区分所有権」を実質上のものとするのは容易ではないものと考えられる。マンションの「区分所有権」を客観的に証明し得るような文書の類が全て消失してしまったようなケースに於いては、抛り所となるのは最早「確信」のみであると言わなければならないことになる。仮に「区分所有権」を巡って争いが生じたとしても、その争いは「確信」の争いでしかないことになる。若し裁判で争われることになったとしても、裁判所は「(区分)所有権」の存否を客観的に確認できないことになるはずである。(以上の点については拙著「現代北欧の法理論」107頁-108頁を参照されたい)。

さて、これまでのところでは「嫌煙権」という身近な権利を例にしなが
ら議論を進めてきたが、「権利」の《絶対視》という点に於いて見逃すこ
とが出来ないのが「所有権」であろう。「所有権」もまた事物の独占的所
有に対する強い願いや願望をこの一語に凝縮させる形で造られた言葉であ
ると理解されようが、この権利には極めて排他的な性質が見出されること
から《絶対視》がなされ易く、また、それゆえにその弊害も顕著な形で見
出されるからである。

ここでは、こうした点についてオリヴェクローナが記述したところを引
用しておきたい。オリヴェクローナは自らの師でありウブサラ学派の創始
者でもあるヘーガーシュトレームに言及した中で次のように述べている。

「人々が彼らの権利だと信じることの為に闘う時、彼らは理性を失いが
ちである。しばしばそうであるように両者が共に真の権利を持つと確信す
る時、その闘いは一層苦しいものとなる。ヘーガーシュトレームは人々が
彼らの権利の為に闘う時、彼ら自身を神であるかの如くに信じ込んでしま
うと言った。彼はそうしたことが特に国際関係に於いて悲惨な結果をもた
らすと考えた。ヘーガーシュトレームは伝統的な意味での権利義務の概念
が人々の心に影響を及ぼす限り、これに比例して法的小および社会的諸問題
に対する一般の見方が原始的になると見ていた。彼はそうした概念がその
支配力を失うであろう時代を待ち望んでいたのである。そうした時が来れ
ば、個人間や階級間それに民族間の衝突は主観的な要請や願望を権利にま
で高めることによって引き起こされる障碍に妨げられることなく解決され
るであろう。彼らの神聖な権利の為に熱狂的に闘う神がかった人間とは違
い、理性的で人間らしさを備えた人達は常に遅かれ早かれ了解に達するこ
とが出来ると、と彼は言った¹⁴」。

14 Karl Olivecrona, *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, in *Sc.St. L.*, Vol.3, p.135-6 (1959) (拙訳) カール・オリヴェクローナ「アクセル・ヘートレームとヴィルヘルム・ルンドステッドの法理論」名城法学第五巻第四号、174 頁。この一文については、ヘーガーシュトレームがユートピアを希求したかに思わせられるところがあるが、この点は彼の立場と

僅かばかりの土地の境界を巡る隣人間の争いから遺産を巡る骨肉の争い、更には領土を巡る国家間の紛争に至るまで、「権利」を巡る様々な争いが考えられるが、ウプサラ学派の理論家たちは、こうした争いを「権利」の《絶対視》に起因したものと捉えたのであった。

なお付言すれば、上記のような権利理解に立つ時、欧米諸国に見られるような権利意識の強さは必ずしも褒められたことではないことになる。権利意識が強いことは、先に引用したヘーガーシュトレームの表現に従えば「原始的」でしかないことになるからである。泣き寝入りは論外としても、権利意識が希薄とされる日本人の方がむしろ人間的で理性的であると見ることも出来なくはないことになる¹⁵。

最後にロスによる次の様な記述を引用して本節の議論を締め括ることにしたい。

「イェーリングの説くところによれば、権利の本質は法によって保護された利益である。これに反対してヴィントシャイトは権利の本質は意思の力ないしは意思の優越性にあると主張した。この二つの学説に基づいた論争は果てしなく続くかに思われる。……しかし、若し権利概念が如何なる事実とも対応しないということになれば……権利の本質が利益であるか、或いは、それ以外のものであるのかについて議論することは意味がなくなる¹⁶」。

四 法律学に於ける法と権利

オイヴェクローナは、ウプサラ学派の創始者たるヘーガーシュトレーム

必ずしも矛盾することにはならない。社会現実を直視しつつ、あるべき社会について論じることまたリアリスティックだと言えるからである。(本稿第四節本文参照)。

15 拙著『現代北欧の法理論』66頁参照。

16 Alf Ross, *Om ret og retfaerdighed*, 1953, pp. 226-227. and *On Law and Jusice*, 1959, p.188. 拙著『現代北欧の法理論』101頁参照。
嫌煙権の問題については小松美彦教授がウプサラ学派に近似した形で示唆に富んだ議論を展開されている。小松美彦『自己決定権は幻想である』(洋泉社)15頁および179-80頁参照。

が権利概念の分析を通して辿り着いた結論について、こうした結論にはイェーリングやメインが可なり接近していたと述べている。しかし同時にオィヴェクローナは、法は「不可視ではあるが実在する」という、我々の心に深く根ざした法の本質に対する根強い考え方に妨げられて、彼らほどの著名な法律家ですら法律行為の真の性質を完全に理解するまでには至らなかったものであったとも述べている¹⁷。そうした意味では、ウプサラ学派によって矛盾を孕むことが明示されたイェーリングによる権利定義などそうしたところに起因したものと見ることも出来そうである。

それにしても、一体、「不可視」であって「実在もしない」法とはどのようなものなのであろうか。ここではこの点を確認してみたいと考えるが、その場合に第二節に於けるスポーツによるアナロジーを再度用いてみたい。ここでは若い父親が幼な子の手を引きながら野球観戦に出かけた情景を想定してみたい。(その場合、メジャーリーグに代表されるプロフェッショナルなレベルからアマチュア・レベルまでどのレベルで想定しても理屈は同じである)。

第二節でも触れたように、スポーツのルールは何処かの書店の書棚に並べられた「ルール・ブック」の中に「在る」わけではない。スポーツのルールとはその競技が行なわれている場に於いてこそ生き活きとした形で存在するものと言える。第二節で例とした硬式野球のルールもまた「プレーヤーの意識の中」にこそ「在る」と言えることになる。尤も、硬式野球のルールが「在る」と言えるのはプレーヤーに限られない。審判や監督、コーチ、控え選手、更には観客席のファンの意識の中にも見出されることになる。そうであるとすればルールの習熟度に可なりの差異が見出されることになる。父親の膝に抱かれた幼な子などは十分にルールを習得出来ていない。従って、目の前で展開されているゲームを殆ど理解出来ないことになる。

17 この点については第二節でも言及したところである。本稿第二節注 10 の本文参照。

しかし、それにもかかわらず「硬式野球のルール」とは、この幼な子を含むスタジアムに身を置く全ての人々の意識の中にこそ見出されるものと言わなければならないであろう。

この点を法律問題に置き換えれば、Legal Rule もまた社会の中に於いてこそ生き活きとした形で存在していると言えることになる。Legal Rule に関する知識を十分に自らの意識の中に取り込めていない幼な子もまたそうした中の一人であることは硬式野球に於ける幼な子の場合と同様である。そうした意味では、我々一人一人が可能な限り Legal Rule に習熟することが何よりも重要なことだと言わなければならないことになろう。幼な子もまたその成長に合わせて然るべく知識を習得することが求められることになろう。

さて、このように見る時、意識の中に取り込まれた法は極めて多様でありその在り方には個人差が見られることになる。まだ Legal Rule に関する知識を十分に身に付けることが出来ていない者に配慮した法的対応が求められるところである。十分な知識を身につけるための教育、啓蒙活動等が大きな意味を持つことは言うまでもない。

ところで、これまで見てきたような法理解については次のような反論が予想されよう。それはこうした形で見出される「法」は「あくまでも 生きた法 を捉えたもの」であって「そうではない法」がもっと別のところにあるのではないかとするものであるが、この点については、そうした見方こそが「法は不可視である」が「実在する」という「我々の心に深く根ざした法の本質に関する根強い考え方」（本節冒頭）の表れに他ならないと言わなければならないであろう。

また、こうした法理解は「ルール学習」を軽視することにならないかとする疑問も予想される場所であるが、この点については、軽視どころか、むしろその重要性が増すと言わなければならないであろう。とりわけ法学部に学ぶ学生の場合などはひたすら六法的知識の習得につとめなければならないことになる。併せて、判例や学説等をも視野に入れた形の学習を通して法的な物の見方考え方（これを Legal Mind と表記してもよいであろう

う)を培うべく努めることが求められることになる。そうした努力の積み重ねの先に各種資格試験が展望されることになるのであり、法律専門家への道も開かれていると考えることができるのである。(資格取得のためには多少の「傾向と対策」が求められることにはなるが)。実に皮肉なことではあるが、六法に代表される法典の類を視野の外に追いやったかに思わせられる法理解によって六法的知識習得の重要性を再認識させられることになったわけである¹⁸。

さて、先に見たように Legal Rule に関わる「意識主体」としては「幼な児」から「法律専門家」に至るまで多様なレベルで見出されることになるが、そうした中で「法律専門家」、中でも「法学研究者」こそが「法の担い手」であり「法の保管者」の役割を果たすものと考えたのがイルム (Illum, 1906-1983, オーフス大学教授をつとめた) であった。イルムは「法学研究者」こそが「当該社会に於いて現に有効に機能している法」を明らかにする役割を担うものと考えたのであった。

他方、「法律専門家」の中でも「裁判官」こそが最大の担い手の役割を果たすと考えたのがロス (Alf Ross, 1899-1980)、コペンハーゲン大学教授をつとめた) であった。ロスは裁判官の法意識 (彼の表現に従えばリーガル・イデオロギーということになるが) を分析解明することこそが法学の果たすべき役割であるとしながら、実証的且つ科学的であることに徹

18 書かれた法律とそれを解釈し適用する法律家との関係は「楽譜」と「音楽 (演奏)」の関係に準えることが出来よう。楽譜 = (イコール) 音楽でないことは言うまでもない。楽譜そのものは、極言すれば紙の上に記された記号でしかない。これを読みこなし自在に演奏出来るまでには多大な努力の積み重ねが求められることになるが、これと同様に、法律家を目ざす者は「法典 (= 六法、判例法体系の下では判例ということになる)」を読みこなし、これを自在に運用出来るようになるまでには多大な努力の積み重ねが求められることになる。なお、この比喻はあくまでもルールとしての法の在り方と、その法について学ぶことの意味を理解するためのものであって、決して法が楽譜同様、専門外の者には理解困難であることを示唆したものでないことを念のため付記しておきたい。そうした傾向があることを否定できないとしてもである。拙著『現代北欧の法理論』124頁。同『講義ガイド法哲学』(三恵社)10頁参照。

した法理論の構築を旨としたのであった¹⁹。

イルムとロス二人は共に「社会の中の法」に焦点を合わせた法律学研究を旨としたと理解されるのであり、社会に於いて現に機能している法の分析・説明こそが重要であると考えたと見ることが出来る。二人が展開した法理論には大きな差異が見られるものの Legal Rule に関わる「意識主体」にこそ目を向けるべきであると考えた点に於いては共通していたと言えるのである。

さて、法律学研究のテーマが上記の点に尽きるものでないことは言うまでもないところである。流動する社会との関わりの中で Legal Rule の字義解釈を試みることもまた法律学研究の重要な一翼を担うこととなる。Legal Rule が政治力学の産物であるという自明な事実を目を向ければ Legal Rule の成立過程を分析・説明することもまた大きなテーマとなる。Legal Rule の社会的役割や機能の分析もまた重要なテーマとなることは

19 本稿第二節注6参照。

ロスは法を「裁判官のイデオロギーの中にこそ在る」ものと考えたが、これは決してアメリカのリアリストたちに見られるような「判決こそが法」であるとする考え方を肯定したものではないことをここで念のため付記しておきたい。ロスは裁判所も裁判官も法的性格を帯びている（つまり裁判所は法によって組織されたものであり裁判官もまた法によってその地位に就いた人たちである）ことからすれば、そうしたところから発せられたものを法とするのは矛盾（即ち循環論に陥っている）と見做したからである。この点は「法とは議会が作ったもの」とする考え方についても当て嵌まることになるが、こうした議論を総括した形でロスは次のように述べている。

「オースティンは、法が実在することを確かめるべく『最上位』の法を創造する権威に言及したのに対して、グレイやフランクは『最下位』の法を適用する権威に言及したが、彼らはそうした形で法を定義する際に、共通して、実在の組織や体系、機構といったものの存在を前提してしまっている。そうした中から『主権者』や『裁判所』といった主要な部分が選び出され、法とはそうしたところに由来したものとして定められたのである。しかし、組織や体系、それに、機関自体が本来的に法的性格を帯びたものであれば、そうしたものの活動や機能もまた、法によって条件づけられ決められるのは明らかである。それゆえ、こうした定義の仕方は全くの循環論だと言えよう。このような定義の仕方は...本質的なものを前提しているがゆえに問題の核心に迫ることが出来ないのである。」(Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, p.61)、拙著『現代北欧の法理論』45頁参照。

言うまでもないところである。

また、単に言語で表されたに過ぎない Legal Rule が何ゆえに強い拘束力を発揮し得るのかといった点について考察を試みることも重要なテーマとなろうが、この問題は H. L. A. ハートによる周知の「第一次的ルールと第二次的ルール」の理論や「自明の真理」「共同体の成員の承認」といった議論に直行することになる。

司法過程もまた欠かすことの出来ないテーマとして我々の視野に入ってくるようになる。裁判官が Legal Rule をどのように解釈し適用しているかを客観的に分析解明することも大きなテーマとなろう。ロスが裁判官のイデオロギーに焦点を合わせた形で実証的で科学的な法律学樹立のための法理論構築をめざしたことなどもそうした観点からであったと見ることが出来る²⁰。また、そうした意味では、アメリカに於けるリアリスティックな法律学研究などは極めて意義ある試みと言わなければならないことになる²¹。また、社会現実を直視しながら自らが理想とする社会の実現をめざした提言を試みることもまた、紛れもなくリアリスティックな試みであると言わなければならないであろう²²。

「権利」についても多様な研究が期待されるところである。その生成過程や社会的役割、機能を分析解明することなどは重要なテーマとなろう。現代社会に於ける権利の生成過程分析など既に試みられているところである²³。こうした研究の積み重ねを通して「権利」を取り巻く多様な状況が

20 本稿注 19 の本文参照。

21 アメリカのリアリストたちが量刑の個人差を否定し難い事実として明示したことは周知のところであろう。裁判が人間的な営みである以上、個人差を完全に無くすることは出来ないとしても、見過ごすことの出来ない問題ではある。容易ではないとしても量刑の個人差を最小限にまで圧縮することの可能性を追求することが期待されるところである。(但しこの問題は裁判官が相互に暗黙の了解事項の形で量刑基準を設けることは全く別問題である。念のため。)

22 拙著『現代北欧の法理論』70-71 頁参照

23 例えば長尾亜紀「権利の生成」(阪大法学、第 51 巻第 1 号)に於いてこうした試みがなされている。この論文では「地下水の権利」が一例としてとり上げられ、その生成過程の分析が試みられている。環境汚染が深刻な社会問題と化し

解明されることになるものと考えられる。

ともあれ、ウプサラの発想を踏まえながら法と権利に関する考察を進める時、多様な研究テーマが見出されることになる。嘗てオリヴェクローナが指摘したように、ウプサラ学派の展開した議論を通して浮かび上がってきた事実を承認すれば、我々の眼前には研究の沃野が広がることが期待されることになりそうである²⁴。

「不可視」であって「実在もしない」法というウプサラ的理解には、一見、掴みどころがないかの印象を持たせられるところがあるが、実のところは流動する社会に「法と権利」を位置づけた法理論として多様な法律学研究の可能性を展望させるものであると言わなければならないのである。

五 結び

筆者の北欧法学研究は1960年代半ば頃に修士論文準備のためにデンマークの法哲学者アルフ・ロス（Alf Ross、1899 - 1980、コペンハーゲン大学名誉教授）の著書 *On Law and Justice* (1959) を手にした頃にまで遡ることになる。丁度、大学院に入学して暫く経った頃に、筆者の指導教授であった故飛沢謙一関西学院大学名誉教授（後に名城大学法学部教授）の研究室をお訪ねした際に、椅子から立ち上がり書棚から取り出して「これ面白そうだよ」と手渡されたのが当時出版されたばかりの本書であった。これをお借りして自宅に持ち帰り読み進めるほどにその内容に大いなる興味

ている現代社会に於いて汚染されていない新鮮な地下水を汲み上げ摂取することは極めて重要なことと考えられるが、それにしては未だ社会的に幅広く浸透しているとも思われない。或いは、同種権利としての「環境権」に包摂されてしまったのであろうか。

比較的未成熟な権利としてはこの他にも例えば「文化権」を挙げることが出来るよう。この権利もまだ社会的に幅広く浸透したものとは言えないであろうが、用語としての治まりが良いためであろうか、かなり浸透し定着した権利であるかに思わせられるところがある。そうした意味では表記の仕方も関係しそうに思わせられるところである。小林真理『文化権の確立に向けて』勁草書房、参照。

24 拙著『現代北欧の法理論』69-70頁参照。

を覚えさせられたことから、その後、本書で展開された議論を修士論文のテーマとした次第である。この論文については後に同大学の研究紀要（『法と政治』）に掲載する機会を得たが、こうしたことがきっかけとなって当時殆ど手掛ける者が見られなかった北欧法学研究をこの後も持続させることとなったような次第である。

牛歩の如き研究活動ではあったが爾来五十年近い歳月が流れたことになる。翻訳したもの等は別として、その間に著した研究論文の内の主要部分について先に法学会選書（『現代北欧の法理論』）として纏める機会を得たところである。

はしがきでも触れたように、本稿はこの選書出版のあと現在までの数年の間に思索を試みたところを中心に論述したものである。おそらくこれが最後の研究論文となろうが、これまでのささやかな研究成果を踏まえながらウプサラ学派の核心部分を浮き彫りにすべく書き進めたつもりである。本稿で設定した論点の何れもが我々の常識的理解と相容れないところがあるため、何よりも先ず説得力ある形で議論を展開することが求められるであろうと考えたことから、議論の単純化への誹りを甘受すべく可能な限り身近で具体的な問題に重ねながら考察を進めるようにした。首尾よく議論を展開出来たとは言えそうにないが、本稿に於けるこうしたささやかな試みが、法律学の根幹に関わる論点をその内に秘めたウプサラ学派の法理論に対する理解を少しでも深めることに繋がればと考える次第である。

（柳澤教授にはご在職中親しくお付き合い頂きました。定年退職の日を迎えられたことに心よりお祝いを申し上げます。）