

ウプサラ学派の法実証主義批判

——循環的性質批判を中心に——

出
水
忠
勝

- 一 はじめに
- 二 法実証主義理論の循環的性質批判
 - 1 ヘーガーシュトレームとオリヴェクローナによる批判
 - 2 ルンドステッドによる批判
 - 3 ロスによる批判
- 三 なぜ循環に陥ったのか
- 四 むすび

一 はじめに

ウプサラ学派の創始者ヘーガーシュトレーム (Axel Hägerström, 1868-1939)⁽¹⁾ は形而上学に批判的な立場から多様な議論を展開したが、その一つに実証的法理論 (いわゆる一九世紀法実証主義理論) に対する批判がある。彼は、一九世紀法実証主義理論が循環論に陥ったものであることを明示したのであるが、この点はヘーガーシュトレームの最大の業績と評される⁽²⁾ ところである。

このヘーガーシュトレームに強く影響された学者として、オリヴェクローナ (Karl Olivecrona, 1897-1980)⁽³⁾、ルンドステッド (Vilhelm Lundstedt, 1882-1955)⁽⁴⁾、それとロス (Alf Ross, 1899-1980) の名を挙げるのが出来よう。この内、ヘーガーシュトレームの後継者であるオリヴェクローナは、後に見るように、基本的な議論に関してヘーガーシュトレームの主張を殆どそのまま踏襲している。

ルンドステッドは、年齢的に丁度、ヘーガーシュトレームとオリヴェクローナの中間に位置したことから、時に両者の橋渡しの役割を果たしたと見られているのであるが、そうした経緯からも判るように、彼もまた、基本的な論点についてヘーガーシュトレームの主張を殆どそのまま受け入れている⁽⁴⁾。

三人目のロスの立場は微妙である。彼はしばしばウプサラ学派の学者として位置づけられているが、実際には明らかにウプサラ学派とは異なった潮流に位置した学者である⁽⁵⁾。ただ、彼が自らの師の一人としてヘーガーシュトレームの名を挙げているところからも判るように、ヘーガーシュトレームから多くの教えを受けている。中でも、伝統的法理論に対する批判の部分で多くの示唆を得たと見られているのであるが、その点は法実証主義理論に対する彼の批判的議論からも窺えるところである⁽⁶⁾。

このように、彼らはそれぞれ立場を異にするものの、法実証主義理論に対する批判という点では、ほぼ共通した議論を展開しているのであるが、本稿では、そうした議論を一纏めにして列挙して見たいと考える。そうした形でウプサラ学派の法理論の特質を示すことが本稿の目的とするところである⁽⁷⁾。

(1) ヘーガーシュトレームの生涯にわたる業績を紹介した文献として、佐藤節子「ウプサラ学派創始者アクセル・ヘーガーシュトレームの人と生涯」*青山法学論集*第三巻第三・四合併号、三二九-三六六頁。また、その法理論の概要を紹介したものに「Karl Olivecrona, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt, in *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 3, 1959, (以下 Olivecrona として表示) p. 134. (カール・オリヴェクローナ (拙訳)「アクセル・ヘーガーシュトレームとウィルヘルム・ルンドステッドの法理論」*名城法学*第五巻第四号)。

ヘーガーシュトレームが、当初、批判の対象としたのは、当時ウプサラ大学に於いて強い支配力を保持していたブウス・トーム (Jacob Bostrom, 1799-1866) の形而上学であったが、この点に論及したものとして、佐藤節子「ウプサラ学派の前身——G. J. ブウス・トームとその弟子たち」*青山法学論集*、第三三巻第一号 (平成三年七月)、尾崎和彦『スウェーデン・ウプサラ学派の宗教哲学』*東海大学出版会* (二〇〇二年)、一三-六九頁。

(2) Olivecrona, p. 134. 拙訳、一七二頁。オリヴェクローナは「ヘーガーシュトレームの最も重要な業績ということになれば、彼が法実証主義理論を批判した部分だと言わなければならないであろう。これが彼の最も顕著な業績であったことについては疑いの余地のないところである」と述べている。

(3) Olivecrona, p. 137. 拙訳、一七五頁参照。ルンドステッドは、ヘーガーシュトレームの若き同僚であり、元来は伝統的発想の持ち主であったが、ヘーガーシュトレームと出会ったことによって自らの法学観を一変させている (Olivecrona, p. 137. 拙訳、一七五頁参照)。

(4) 但し、オリヴェクローナのようにヘーガーシュトレームと同じ内容の議論を展開している訳ではない。この点については本稿二章二節の本文で触れた。

- (5) ロスはコペンハーゲン大学教授を務めたが、イオルゲンセンなどは、ロスについては、北欧に於ける今一つの法理論の潮流（テンマークを中心としたもの）に位置付けられる学者であるとしており、このロスをウブサラ学派の潮流に位置付けるのは正しくない」と指摘している。⁽⁵⁾ (Stig Jørgensen, *Scandinavian Legal Philosophy, Plenary Main Papers and Commentaries*, p. 27)。
- (6) ロスは自分の師としてヘーガーシュトレームとケルゼン、それにNordic学派の理論家ベンソン (Viggo Benzou, 1861-1937) の名を挙げている。ロスは *On Law and Justice* のデンマーク語版 (*Ret og Retfærdighed*, 1953) の序文では自分の師としてベンソンとケルゼン、それにヘーガーシュトレームの名を挙げているが、*On Law and Justice* (1958) ではケルゼンとヘーガーシュトレームの名を挙げているだけである。イオルゲンセンによれば、ロスはベンソンからは Realistic Jurisprudence を、ヘーガーシュトレームからは moral metaphysics の空気を、そしてケルゼンからは Logical conclusion の重要性を学んだと云う。⁽⁶⁾ (Jørgensen, *ibid.*, p.36)。
- (7) この点に関する彼らの議論については、とりわけヘーガーシュトレームとオリヴェクローナの展開した議論については個別的に論及したことがある（本稿一章一節の注2参照）。そうした意味からしても、本稿はウブサラ学派を代表する四人の主張の共通点を明示することを目的としたものであり、一種の覚え書きに止まるものであることを念のため付記しておきたい。

二 法実証主義理論の循環的性質批判

1 ヘーガーシュトレームとオリヴェクローナによる批判

ヘーガーシュトレームが独自の法理解を進める際に専ら批判の対象としたのが法実証主義理論（中でも、いわゆる一九世紀法実証主義理論）であったが、その際に彼が最大の論拠としたのが、そうした理論の持つ循環的性質であった。彼は一九世紀法実証主義理論を悉く循環に陥ったものと見なしたのであり、また、そのことを論証するために全力を注いだわけであるが、⁽⁷⁾ 先にも述べたように、この点に関する議論に関してはオリヴェクローナがこのヘーガーシュトレームの議論の進め方をほぼそのまま踏襲している。そこで、この二人の主張については一纏めにして取り上げることにした。⁽⁸⁾

ヘーガーシュトレームは一九世紀法実証主義理論を批判するに当ってこれを次の三通りに区分している。第一が法を「国家意思」(“statsviljan”, that is “state will”) の表明と見る立場であり、第二が法を「一般意思」(“almindelig viljan”, “general will”) の表明と見る立場、そして第三が法を「事実上最上位にある個人的権威」(“den faktiske personliga h gsta makten”, “de facto supreme personal authority”) にある意思の表明と見る立場である。

尚、この部分に関するオリヴェクローナの説明は次の通りである。彼は、一九世紀法実証主義理論に於いては法がほぼ共通して「最高の権威を保持したところから発せられた命令であると考えられている」としながら、法を発する「最高の権威」(Supreme Authority)⁽⁹⁾ を保持したものとつて、「国家」と「国民」それに「現実に権力を保持する者」を挙げる。右の場合、ヘーガーシュトレームが「一般意志」としたのに対してオリヴェクローナが「国民の意志」と捉えている点に於いて若干の相違が見られるものの、これがほぼヘーガーシュトレームの見解を踏襲したものであることは明らかだと言えよう。

さて、彼らはこれら三通りの何れをも循環に陥ったものと見なしたわけであるが、その点に関して彼らが主張したところを略述すると次の通りである。

まず、第一の法を「国家意思」の表明と見る立場について、ヘーガーシュトレームは、ドイツの哲学者ハルトマン (Eduard von Hartmann, 1842-1906) と純粋法学の提唱者ケルゼン (Hans Kelsen, 1881-1973) の法理論を祖上に上げる。そしてハルトマンについては「彼の言いつに國家が法人であるというのであれば、当然のことなが

ら、その国家は法的性質を帯びていることになる。こうした法概念の分析は循環へと進むことになるのである⁵³⁾と指摘する。またケルゼンについては、ケルゼンが「全ての法は国家意思である」とした点を捉えて、「この国家意思なるものはそれがもとも法規によって有効に作用せしめられたものである」という意味に於いてそれ自身が法的概念であると言わなければならない。」と指摘し、彼の場合も循環に陥ったものとするのであるが、この点に関するオリヴェクローナの説明を見ると次の通りである。「若し『命令を発する権威』とは国家のことであるとされるのであれば、こうした考え方は循環論に陥ったものと言わなければならない。なぜなら、国家とは法を前提にして初めて存在し得るものだからである。……国家とはそこから法が出てくると考えることが出来るような、法に先行し法とは別個独立に存在するような権力機関ではないのである」⁷⁾。

ところで、ヘーガーシュトレームは、右の循環を免れるべく考え出されたのが、法を「一般意思」の表明と見る第二の立場であると考えたが、この第二の立場については次の二通りに区分される。「一般意思」を、一定の社会に帰属する全ての現実的諸個人の「共通意思」("samf lida viljan", that is "common will")と見る立場と、「超個人的意思」("verindividuell vilja", "superindividuell will")と見る立場がそれぞれである。

前者の「共通意思」説に関して、ヘーガーシュトレームは先ず「法というものは、果たして「共通意思」という意味での」「一般意思」から発せられた命令の体系であると思ふことが出来るであろうか」と問う。そして「仮に一人の人間が自ら命令を発することが出来ると思ふことが如何に馬鹿げているかという点を不問に付すとしても、また法に關係した一般意思による命令を……諸個人による命令に限定するとしてもこうした考え方の不合理さは明瞭である」としながら次のように言う。「一人の私的個人としての貴方も私も、社会の全ての構成員に対して、法の制定に関して何らかのことを宣言することなど出来るものではない。それが如何に重要なことであつたとしてもである。また、異存なく法に従うという形で行動している社会構成員の全ての者が、あらゆる状況の下で法が成

就さるべきであると考えているなどと言うことも出来ないであろう。不法な行為がなされた場合に、そうした意思の力の欠如が最も顕著な形で現れよう。またその上に、我々の全てが法に精通しているわけでもない。従つて、我々の全てが法を宣言していると思ふことなど出来ないことになるのである」¹⁰⁾。

さて、これと同じ議論がオリヴェクローナの文献の中に見出される。先に述べたように、オリヴェクローナは、第二の立場を「国民の意志」説と捉えたが、この点に関して次のような議論を展開している。曰く、「この考え方は次のようなことを前提したものだと言わなければならない。つまり、社会の構成員の一人一人が、法を維持することは必要なことであると考えているということと、それゆえに彼らが、法を遍く適用させるといふ意思を持たなければならないのだということとを前提したものだと言わなければならないのである。ところが実際には、そうした方向性を持った意思など何処にも見当たらない。法というものは、個人が何を考え何をしているかに関わりなく、これを適用するという任務を委ねられた「権威あるところ」から継続して適用されていることは我々一人一人実に良く承知しているところである。しかし、法が一般的な意味に於いて永続的であることと、その維持に向けられた一般的意思とは決して同一ではないのである。全ゆる個人にとって裁判所や行政当局による法の適用は日光や雨と同じ位に彼らを取り巻く現実の一部である。彼は誤審に怒りをぶちまけるかも知れない。また彼は裁判所が彼の利益を支持してくれるよう強く主張するかも知れない。しかしながら彼は、法が継続して執り行なわれなければならないがゆえに、彼自身が法をあまねく適用すべきであるとする意思を持っているなどは夢にも思つてはいない筈である」¹¹⁾。「『国民の意思』とはせいぜい次のような事実の比喩的表現に過ぎないと言わなければならない。それは、いわゆる国民の代表を通して発せられた何らかの命令が、社会全体の利益に基礎づけられたものとして、またそれ故に全ての者に対して拘束的であるべきもとして支持されているという事実である。しかしながら、この代議制というものは法律上のルールによって組織されたものであり、そのことによって命令を発することの出来る形

にされたものである。そして、そうであるとすれば、こうした比喩的表現もまた法律上のルールによる組織立てを前提としたものであると言わなければならないことになる⁽¹³⁾。

後者の「超個人的意思」説については、ヘーガーシュトレームは、これを自然的有機体に近似したものであるとしての「精神的・物理的有機体の意思」と「自律的かつ純粋な精神的事実としての一般意思」に分けた上で考察を進め、何れの場合についても、そうした意志が独立した形で存在するとは考えられないとして、これを退けている⁽¹⁴⁾。

ヘーガーシュトレームによれば、こうした循環から免れ得る今一つの可能性として考え出されたのが、第三の立場、即ち、法を社会に於ける「事実上最上位にある個人的権威」による意思の表明と見る立場といふことになるが、ヘーガーシュトレームはこの点についても、最上位の権威を有する者の持つ権力が、詰まるところ、法によってもたらされたものであると言わなければならないがゆえに、やはり循環を免れ得ないとしている⁽¹⁵⁾。

他方、オリヴェクローナは次のように述べている。「法の背後にあるものとしての『権威』を現実に権力を保持する者に求める理論は幾ばくかは事実接近しているかに思われよう。ところが、この理論は問題の権力を法に先立って存在するところの法とは別個独立したものと仮定している。しかし、政府の構成員や国民の代表たる議会の構成員たちが憲法上の一定のルールに従って彼らの地位を得ていることは明らかだと言わなければならない⁽¹⁶⁾」。このように主張することによって、オリヴェクローナもまた、この第三の立場についてこれを循環に陥ったものと見なすのである。

こうした形で法実証主義理論の矛盾を指摘した後、ヘーガーシュトレームは次のように述べることによって自らの議論を締めくくっている。「若し実定法について述べた意思理論が実定法を『法律上の』権力を把握する側の命令もしくは意思の宣言と見做すとすれば必然的に循環論に陥ることになる。若し『一般意思』がそれに当たると仮定されたならば、そうした意思は全体の意思が超個人的意思かの何れかとして維持されなければならないであろう。

しかし前者は事実と矛盾することになる。また後者の場合も馬鹿げた結果に導かれることになる。若しこの理論の基礎は社会に於ける『権力者もしくは事実上権力を保持する者の意思』にあると強く主張されたとしても、実は実定法がそうした事実上の権力を保持する者に権力を賦与しているのであり、またその限界をも定めているのであるという厄介な問題が生じる。最後に、若し現実に法を実施する権力（即ち『国家意思』）がその出発点とされるならば、我々はこれを現実の意思に帰せしめることの不可能さに直面させられることになるが、このことはこの理論が可能とする形を失わしめることを意味するのである⁽¹⁷⁾。

この点に関してオリヴェクローナが指摘したところを見ると、次の通りである。「かくて法の実証主義的基盤は崩壊することになる。命令を発すべきものとされた『権威』は——それが如何に支持されるべきものであったとしても——法体系という、現に通用しているのみならず一般的敬意をも獲得しているものの存在を前提してしまっているのである⁽¹⁸⁾」。「実証主義者たちが目ざしたのは法を先験的原理にではなくして歴史的事実に基礎づけることであつたが、その場合に彼らは、立法に関わる機関が当然に立法を通してその社会を支配する権利を持つものと決めつけてしまっている。そうしない限り法規範は単に力の脅威に裏つけられただけの命令、即ち独裁者若しくは支配する徒党的法的意思でしかないことになるからである。しかし、この考え方が正義や自然法に関する真の諸原理の探究へと彼らを導くことになるのは言うまでもないところである。こうして見る時、実証主義者たちが果たして本当に一貫性ある⁽¹⁹⁾ Realism をめざした努力を重ねてきたかどうか全く疑問だと言わざるを得なくなるのである⁽²⁰⁾」。

(1) こうした形で包括的な論証を試みるのは容易なことでないのは言うまでもないが、ここでは、オリヴェクローナが自らの著書の中でこの点に論及した部分を引用しておきたい。「若し、法の性質に関する諸理論の包括的批判を試みるならば——例え限られた点からこれを試みるとしても——我々の本題である事実としての法に行き着くまでに、長いそして根

気のいる道程を歩まなければならぬことである。」(Karl Olivecrona, *Law as Fact*, p. 25. 前掲訳、十七頁)。はじがきのところでも触れたところであるが、本稿はそうした認識の下に展開された様々な議論の概略を一纏めにするを目としたものである。

- (2) ヘーガーシュトリームによる一九世紀法実証主義批判については既に論及したことがある。拙稿「マクセル・ヘーガーシュトリームの法理論」名城法学、第五十巻別冊、二〇〇〇年十二月参照。また、この点に関するオリウエクローナの議論については論及したことがある。拙稿「Realism か Idealism か」日本法哲学会論『法哲学年報一九七八』、有斐閣、二二三-二二四頁参照。他に、翻訳の形で紹介したものでして、カール・オリウエクローナ(拙訳)「Realism と Idealism —— 法哲学の根本問題に関する若干の考察」名城法学、第四九巻第一号(一九九九年)、一六五-一八四頁参照。
- (3) Olivecrona, Realism and Idealism —— Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy, *N. Y. U. L. Rev.* vol. 26, 1951, (ズレ Olivecrona ヲレト表長), p. 121. 前掲拙訳一六七頁。

- (4) Olivecrona , p. 121. 拙訳一六七頁。オリウエクローナは「右の場合、法を創造する権威を保持したところから、過大に——恐らくは過度に——命令の力が命令されたところだけでは十分ではない。最高の権威は今も命令が続けつづけなければならない」(Olivecrona , p. 122. 拙訳一六七頁)と指摘するが、同時にオリウエクローナは「この状態を適切に表現しようとするのがプリンングである」と言っている。プリンングによれば「照明設備がその背後にある発電所によって提供される」と同じように、法体系もその背後に位置するところの「最高の権威を保持したところから絶えず発せられる命令によってその機能が保たれている。詐欺に関する制定法は一六七七年に議會で制定されたがゆえに法体系の中にその位置を占めるが、それが現在もなお拘束力を保持し得るのは、今、此処に於いて最高の権威を保持したところから命令をばらばらに命令する」(Manning, Austin Today; or "The Province of Jurisprudence Reexamined" in *Modern Theories of Law*, 198 (1933). Olivecrona , p. 122. 拙訳一六七頁)。

- (5) Hågerström, ÅR GÅLLANDE RÄTT UTTRYCK AV VILJA ? (= Is Positive Law an Expression of Will? 譯題), in *Festschrift till ägnad Vitalis Norström* (ズレ Hågerström, ÅR GÅLLANDE ヲレト表長), sid. 173, and Hågerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, ed. by Olivecrona, 1953 (ズレ Hågerström, *Inquiries* ヲレト表長), pp. 18-19.

- (6) Hågerström, ÅR GÅLLANDE, sid. 173-174. and Hågerström, *Inquiries*, pp. 19-20.
- (7) Olivecrona , p. 122. 拙訳一六七頁。なまじの「權威の権威」を「国家」求めた理論にたいする批評は *Law as Fact* に於いてもほぼ同様の主張が展開されている (*Law as Fact*, pp. ???-???、前掲訳、二八-三五頁)。
- (8) Hågerström, ÅR GÅLLANDE, sid. 175. Hågerström, *Inquiries*, p. 21.
- (9) *ibid.*
- (10) Hågerström, ÅR GÅLLANDE, sid. 175-176. Hågerström, *Inquiries*, pp. 21-22.
- (11) この点にはヘーガーシュトリームの「共通意思」と「超個人的意思」との区分を念頭に置いた議論として理解されたい。

- (12) Olivecrona , p. 123. 拙訳一六九頁。
- (13) Olivecrona , p. 123. 拙訳一六八-一六九頁。この第二の立場については、循環論批判の形で議論が展開されているのは、オリウエクローナの「代議制」に関する議論の部分のみであり、その他の議論は殆ど循環批判の形をなしているところであるが、これは、この第二の立場が、法実証主義理論の中で、ウプサラ学派の立場に最も近似したものであるためではないかと推察される。社会構成員の「意識」や「觀念」に焦点を合わせることでこそがリアリスティックであると主張したのが他ならぬウプサラ学派であったわけであるが、この第二の立場は、これに近似したものであったと理解されるのであり、それゆえに、彼らが理論上の矛盾を明示する際に最も苦慮したのでないかと推察されるのである。

- (14) 詳細については、拙稿「マクセル・ヘーガーシュトリームの法理論」名城法学、第五十巻別冊、二〇〇〇年十二月、七-十二頁参照。

- (15) Hågerström, ÅR GÅLLANDE, sid. 183. Hågerström, *Inquiries*, pp. 28-29.
- (16) Olivecrona , p. 123. 拙訳一六九頁。
- (17) Hågerström, ÅR GÅLLANDE, sid. 209-210. Hågerström, *Inquiries*, p. 55.
- (18) Olivecrona , p. 124. 拙訳一七〇頁。

(19) この「一貫性ある(若しくは「一貫した」)(consistent)という言葉は、彼らの文献の随所に見出されるものである。学問研究の姿勢としては当然のことであるが、そのこだわり方から見ると、この点を彼らの法理論上の特質の一つと見なすことが出来そうである。尚、その根底には、二元論に対する彼ら独特の批判的視点が秘められているのであるが、こうした点については別のところで論及したことがある。拙稿「Realism か Idealism か」、日本法哲学会編『法哲学年報一九七八』、有斐閣、二二三—二四四頁参照。

(20) Olivecrona, p. 124. 拙訳一七〇頁。

2 ルンドステッドによる批判

冒頭でも触れたように、ルンドステッドは「ヘーガーシュトレームの鋭利なヴァイキング的リアリズムをオリヴェクローナやロスに橋渡しする役割を果たしていた」と見られており、この点はオリヴェクローナなども認めることである⁽²⁾。オリヴェクローナによれば、ルンドステッドの法学観は「ヘーガーシュトレームに出会ったことから一変することとなった」⁽³⁾のであり、「彼は、手探り状態の時期を経たあと、ヘーガーシュトレームの考え方を熱心に受け入れ始め、遂には自らの研究をこのヘーガーシュトレームの考え方に基礎づけることによって発展させたのであった」⁽⁴⁾。右の経緯からすれば、ルンドステッドがヘーガーシュトレームの法理論について熟知していただけでなく、これを踏まえた形で自らの法理論を展開していたと考えられよう。しかし、ルンドステッドの記述したところを一瞥すれば、彼の展開した議論の特異さに気付かされることになる。オリヴェクローナでさえ、「ルンドステッドの著述物は力強い言語で著されており、また透徹した批判と活き活きとした想像力に富んだものであった」⁽⁵⁾と述べながらも、「実のところルンドステッドの研究業績について説明するのはかなり難しい」⁽⁶⁾。「彼が何を言わんとしたのか私にも推し量り兼ねるところがある」と述懐しているほどであるが、ここでは、そうしたルンドステッドが法

実証主義理論に言及した部分を見ておきたい。彼は次のように言う。

「若し法律学という言葉によって我々が現実を明確に把握することをめざした仕事を意味するのだとすれば……果たしてそのように推敲された法理論があるかどうかを問わなければならない。しかし、私にはそうしたものがあるとは思われない。若しそれが形而上学的仮定に基づいたものであるとすれば、如何に巧みな議論の助けを以てしても、決して現実を明確に把握することは出来ないであろう。私の知る限りでの法学上の文献に関して言えば、形而上学に侵されていない法理論はない。この点は……現代の法律学についてもほぼそのまま当てはまる。現代の法律学が一種の自然法の再生を含意する限り自明のこととなる」⁽⁷⁾。「こうしたことは法実証主義理論についても当てはまる。例えばその原型がオースティンやベルグボームのものであると、或いはイエリネックのものであると、またデュギー学説に基づく社会学的実証主義に立脚したものであると同じである。また、それは数多くの「生ける法(living law)」「理論やコーンフェルドの「社会学的法理論」、それに社会的欲求、即ち社会の要求や要請を満たすための社会的制度たるロスコー・パウンドの法理論の場合にも当てはまる。これら全ての「現代の」法律上の学説に於いては、いわゆる実体法の存在が仮定されているが、この法は、権利と法的義務、人間の合法的行為と不法行為等々が含まれることを前提したものである」⁽⁸⁾。

ルンドステッドによる法実証主義批判はこうした形で展開されるのであるが、右のような議論に続けて、彼は次のように述べている。「周知の如く、法の全ての分野は、客観的法や主観的権利、それに法的義務や権利侵害、更には侵害者に対する法による報復の基礎をなすところの侵害者の罪等々に関する一定の仮定の上に成り立っている。つまり、形式的法、即ちいわゆる手続法によって実行されるべき実体法に関する仮定の上に成り立っている。若し、そうした類の仮定が全てリアリティーに反することになれば法律学の全ての分野……単なる空想に基づいているということになる」⁽⁹⁾。

また彼は、「法律学は諸国家の運命に対する責任を自覚しつつ……とりわけ熱意を込めてその基本原理や方法論に目を据えなければならぬのである」とも述べるのであるが、こうした記述に接する時、ルンドステッドの主張には相当に否定的で破壊的な側面が見られることに気付かされるのである。

こうした否定的な側面は、或いは、ウプサラ的発想をそのまま極限にまで高めた時に辿り着く一つの帰結を示したものと考えられなくもないが、如何にも特異かつ不可解なという印象を否めないルンドステッドのこうした議論には「これ以上立ち入らない」⁽¹²⁾こととし、ここでは、ルンドステッドの法理論の中でも比較的説得力ある形で我々に迫ってくるかに思わせられる部分に目を向けてみたい。

ルンドステッドは「社会目的」を裁判の指針とすべきであることをしきりに力説する。オリヴェクローナによれば「ルンドステッドが何よりも力説したのが、裁判官は権利・義務の観点からではなくして、社会目的の観点から審理を進めるべきである、という点であった」⁽¹³⁾。「ルンドステッドは社会目的を裁判の指針とすべきだと主張するに際して、時代精神と調和させることの必要性を説いている。彼は、概念法学的方法については信頼に値しないものと見なした。あらゆる事例の答が、論理必然的に演繹され得るような、完全無欠な法が存在するといった考え方を前提にすることなど最早考えられない。法の中に見出される数多くのギャップを、裁判官が埋めなければならぬのは明白である。裁判官は、自らの職務を遂行しながら法を形成して行くのである。彼は、世事に超然とした立場からただ法を代弁するだけの存在ではなく、人格を備えた生きた存在である。法の機能は、裁判官の持つ洞察力や公平感それに責任感といったものに依存しているのである。法というものは、何処かに実際に存在するわけではない。法の精神をたつぷりと身につけ、その目ざすところを忠実に実現する立場にある裁判官なくては、法は、ただ紙の上に書かれただけのものではない」⁽¹⁴⁾。右のような記述からは、ルンドステッドの文字通りにリアリスティックな法学観が窺われよう。

- (1) Jerome Hall, The Present Position of Jurisprudence in the United States, 44 *Virginia Law Review*, p. 322. Olivecrona, p. 137. 拙訳、一九五頁。
- (2) オリヴェクローナはこのジェローム・ホルの指摘を自らの論文の中で引用し、この指摘を認めている。しかし、ロスについては、おそろしくロスはこの指摘を認めないであるつと指摘している (*ibid.* 拙訳、同頁)。
- (3) Olivecrona, pp. 136-7. 拙訳、一七五頁。
- (4) *Ibid.*, p. 137. 拙訳、一七五頁。
- (5) *Ibid.* 拙訳、一七六頁。
- (6) *Ibid.* オリヴェクローナはルンドステッドについて、「彼は気性の激しい男で単刀直入な表現を用いることを常としていた」(*ibid.*)とも述べるが、同時に次のようにも述べている。「ルンドステッドはヘーガーシュトレームの批判的議論を基にしながら全く新しい法律学を樹立することをめざしたのであった。……彼は真の意味に於ける科学的法律学を樹立することの重要な任務であると考えた」(*ibid.*)。
- (7) この点に関する記述を見ると次の通りである。「彼は、法律上のルールは実在するものではないことを強調した。彼は法律上のルールが実在するという考え方が見せ掛けに過ぎないのは、丁度、権利・義務がそうであるのと同じであると主張した。このように述べることによつて、彼が何を言わんとしたのか私にも推し量り兼ねるところがある。彼は、しきりに法律上のルールのこうした側面に言及するのであるが、同じではこれ以上は立ち入らないことにはしたい。彼の主張には時として奇異に感じられるところが見られた」(*ibid.*, p. 138)。
- (8) なお、ルンドステッドについては既に一九二七年に次のような翻訳が出版されている。ルンドステッド(唯根伊興訳)『法律の迷信 (Supernstition or Rationality in Action for Peace, 1925)』厳松堂書店。この文献は本稿とは多少論点を異にしたものであり、本稿で取り上げたような問題についてはあまり言及されていない。
- (9) Wilhelm Lundstedt, The Responsibility of Legal Science for the Fate of Man and Nation, 10 N. Y. U. L. Q. Rev. (1933), pp. 326-7.
- (10) *Ibid.*

- (10) *Ibid.*, p. 326.
 (11) *Ibid.*
 (12) 本稿本節の注3参照。
 (13) Oliverson, p. 138. 拙訳 一七七頁。
 (14) *Ibid.*, p. 141. 拙訳 一八〇—一八一頁。

3 ロスによる批判

はしがきのところでも触れたように、ロスは純粹のウブサラ学派の学者ではない。しかし、伝統的法律学に対する彼の批判的議論の中には、ヘーガーシュトレームの影響が色濃く表れている¹⁾。しかもこれまでの三人とは異なり、彼の場合は批判の矛先が、一九世紀法実証主義理論に止まることなく、二十世紀アメリカのリアリストたち——グレイ (John Chipmann Gray, 1839-1915) やフランク (Jerome Frank, 1889-1957) といった人たち——の法理論にまで向けられているのである。

ロスが、まずはじめにオースティンの分析法学について、これが循環に陥ったものであると指摘して次のように言う。曰く、「オースティンにとっては、実定法とは『一人もしくは複数の主権者』の命令であり、その命令には通常、所与の社会の大多数の人たちが服従している。こうした服従の習慣の反映として、この一人もしくは複数の主権者は最上位の法を創造し得る権威を保持することになるわけである。絶対君主政体に於いては、この主権者としての権力は一人の人間に与えられ、立憲国家に於いては議会に与えられる。しかしながら、ここで我々は次のように異議を唱えることが出来よう。即ち、何らかの権威への服従の習慣は、それ自身が法的觀念の表出ではないのか、と。この点は立憲国家の場合にとりわけ明白である。この場合には、服従の対象となる人たちの集団それ自体

が憲法によって決せられている。若しそうであるとすれば、服従の対象となっているのは人ではなくして憲法だということになる。ということは、一切の法の淵源たるべき主権者自体が法によってその地位についていることになる。これは循環である。オースティンは大胆にも憲法は法ではなくして実定道德であると声明することによってこれを回避しようとしたのであった²⁾。

またロスは、前述のヘーガーシュトレームやオリヴェクローナと同様に、法実証主義理論を三通りに分類した形の議論も展開している。その部分を見ると次の通りである。「我々は時折、法について、これを法以外の何らかのものに基礎づけたかに思われる表現に出会うことがある。法を『人民の意思』や『現実の権力』に基礎づけたものなどがそれである。しかし、こうしたものは単なる見せ掛けに過ぎない。若し、『人民の意思』といったものが実際に在ると仮定したとしても、この場合の『人民の意思』は、それが一国の正式な法律上の意思とみなされているからこそ、法を創造する権限を持つことが出来るだけのことである。また、法と切り離されて独立した最上位の『現実の権力』といったものは単なる神話ではない。なぜなら、この場合の『権力』というのは、何らかの制度もしくは機構を通して、ということとはつまりは法を通してのみ得られるものだからである³⁾。こうして見る時、法実証主義理論に対する批判的議論に関しては、ロスもまた、ヘーガーシュトレームやオリヴェクローナとほぼ同様の見解を示していることが判るのである⁴⁾。

ところで、ロスの批判の矛先は、このあと更にアメリカに於けるリアリスト的な法理論に向けられることになる。彼は、グレイやフランクの法理論についても循環論に陥っていると指摘するのであるが、まず、グレイの法理論について次のように言う。「グレイは、躊躇うことなく、制定法といえども、それが裁判所によって適用せられ、その死せる文言に生命が吹き込まれるまでは法たり得ない、と言う。そして偉大なる国家の法とは7人の老紳士の意見を意味するのだとも言う⁵⁾。」「しかし裁判官というのは、決して彼にそうした資格を賦与すべく聖なる印が

その額に押されているような存在ではない。裁判官たる資格とは、それ自体が法によって条件づけられたものである。⁽⁶⁾

シエローム・フランクについては、「何ゆえに、或る特定の人たちの行動だけが法と呼ばれるのか」と問いかけたあと次のように言う。「裁判官の意見は、彼が裁判官とみなされており、そして彼の意見が判決とみなされているからこそ非常に特殊かつ特有な重要性を獲得するのである」。⁽⁸⁾「裁判官の権限は法的権限であり、彼の裁判官としての資格は法によって与えられた資格である。そして、「判決」という概念も法的概念である。それゆえ、法を過去の判決が、もしくは将来の判決（の予測）とするフランクの定義は循環である」。⁽⁹⁾

(1) オリヴェクローナも、アルフ・ロスの場合には伝統的法学を批判する際にヘーガーシュトリームからその着想を得ていると指摘している⁽¹⁰⁾ (Olivecrona, p. 142; 拙訳一六四頁)。なおシエローム・ホール (Jerome Hall) は彼の論文 (The Present Position of Jurisprudence in the United States, 44 *Virginia Law Review*, p. 322) の中で、ルンドステッドがヘーガーシュトリームの「鋭利なViking的リアリズム」(Keen Viking Realism) をオリヴェクローナとロスに橋渡ししたと述べているが、この点に関してオリヴェクローナは「私にはアルフ・ロスがこうした指摘を認めるとは思えない」と述べている⁽¹¹⁾ (Olivecrona, p. 137; 拙訳一九五頁)。

(2) Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence — A Criticism of the Dualism in Law*, 1949, p. 58. なお「憲法の法的性質如何に関する議論については本節第一項に於けるヘーガーシュトリームの批判的議論を参照されたい」。

(3) *Ibid.*, pp. 58-9.

(4) ロスの批判の矛先はケルゼンにも向けられている。ロスは「ケルゼンの法理論は今日の法哲学上の主要問題である、実定法の概念的妥当性についての新たな解決の試みである」(*ibid.*, p. 42) と指摘するが、同時に次のようにも言う。「勿論、ケルゼンは、法が妥当性を保持したものであるとすれば、それを歴史上の事実から推論することは出来ないことは承知し

ていた。従って、若し法であるための基準をその起源までも含んだものとすれば、そうした起源は最上位の規範にのみ求められ得ることになる。……この最上位の規範が周知の根本規範である。このようにしてケルゼンは形式上、矛盾を回避している。しかし、これは形式上だけのことである。なぜなら、若し根本規範の「選択」が自由になされるとしても、それは決して任意にはなされ得ないからである。若し、そうした規範体系をただの虚構の表明に終わらせないようにつとめようすれば、根本規範は実際に機能している法体系と見て「調和する、ように選択されなければならないのである。このことは我々をしてマンチテーゼに陥らせる」(*ibid.*, p. 59)。

ケルゼンについてはオリヴェクローナも同様の批判を展開している。オリヴェクローナは次のように言う。「構築された全ての法規範の妥当性は、憲法に包括された根本規範の妥当性に依存している。この理論の究極の極意はこの点にある。しかし秘密の箱を開けて見ればそこには何も無いのである。根本規範はそれが妥当なものと前提されているがゆえに妥当性を持つとする空虚な言い回しこそがこの理論の礎石をなすものである」(Olivecrona, p. 128; 拙訳一七五頁)。⁽¹²⁾ 詳細については前掲拙訳を参照されたい。

(5) Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, pp. 60-61.

(6) 彼は「のちのち、更に次のように論じている。「我々がA氏を裁判官と見なすべき時には、二つの決定的とも言える重要な要素が認められる。裁判官の任命に関する何らかの実定法規が適用されたこと」と、「こうした法規に基づいた任命」という形の行為がA氏のためになされた、ということがそれぞれである。とすれば、法規が裁判官によって実際に適用されたということでは、法について説明し尽くされたとは言えないことになる。なぜなら、「裁判官」によって何が意味されているのかを知るためには、先ず法について知ることが必要となるからである」(*ibid.*, pp. 61-62)」。またロスは「グレイによる法と法源の区別そのものが矛盾を孕んだものであるとして次のように言う。「グレイは法それ自体を法源と分離すべきだと言う。法それ自体は裁判所によって主張され守られたルールである。法源——制定法や先例がそれであるが——とは単に裁判官の活動を多少漠然と動機つけた要因でしかない。しかしながら、ここで銘記されるべきことは、裁判所の活動というものは、決して直接的に一般的なルールを述べることを目的としているのではなくして、特定の事件に決定を下すことを目的としているのだ」という点である。ルールといったものは、丁度、多様な点のみ曲線を決めるのと同様に、

我々が数多くの判決を考慮に含めるまでは問題とはなり得ないのである。このことから、グレイによって法源と切り離し、法それ自体たるべきものとされたルールとは、判決から直接与えられるものではなく、正に法源の一つとして先に指摘されたところの先例の研究と解釈を通してのみ近づき得るものだと考えることになる。こうして、法それ自体と法源との原理上の差異は消えてなくなることになるのであり、また、我々はかかる法源が何ゆえに特別扱いされ、法それ自体と区別されるのかを正確に理解できなくなる。……かくして、グレイの観点は望みのない矛盾に陥ることになる」(ibid., pp. 67-68)。

- (7) Ibid., p. 70.
- (8) Ibid.
- (9) Ibid., p. 71.

三 なぜ循環に陥ったのか

さて、こうした議論を通して論証が試みられたような循環的定義を回避し、なおかつ理論上も矛盾のない「法」の定義をなすためには「自然法」を前提する他ないと言わなければならないことになる。実にヘーガー・シュトレームは、法実証主義理論には自然法の観念がその隅々に至るまで浸透していることを明示したのであった。⁽²⁾ヘーガー・シュトレームが一九世紀法実証主義を「暗黙裡に自然法を前提した形而上学」と見なしたのも正にそうした理由からであったと言えるのである。⁽³⁾

ところで、こうした循環的定義がなされたのは果たして何ゆえであったのであろうか。この点について、オリヴェクローナは、法実証主義者たちが法を歴史的事実に基礎づけようとした際に「立法に関わる機関が当然に立法を通してその社会を支配する権利を持つものと決めつけてしまった」⁽⁴⁾ことが最大の原因であると指摘している。他方、

ロスは、二十世紀アメリカに於いて展開されたリアリズムの法理論までをも視野に入れながら次のように指摘する。即ち、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⁽⁵⁾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と言えるが、⁽⁶⁾「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」といった或る主要な部分を選びだされ、法とはそうしたところに由来したものととして定められたのである」⁽⁷⁾。

オリヴェクローナもロスも共に、循環的定義を、「既存の組織の存在を前提したこと」と、「そうした組織が当然に法を発する権利を持つものと考えてしまった」⁽⁸⁾ことに起因したものと断ずるのである。

- (1) この点については本稿二章一節の注19参照。
- (2) 次のところに同趣旨の記述がなされている。Olivecrona, p. 135; 拙訳、一七三頁。
- (3) この点については佐藤節子教授がオリヴェクローナの翻訳書の解題のところで既に指摘されているところである。(カー・オリヴェクローナ著、碧海純一・太田知行・佐藤節子訳『事実としての法』、勁草書房、二二八―二二九頁)。
- (4) Olivecrona, p. 124; 拙訳一七〇頁。本稿一書注20の本文参照。
- (5) Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, p. 61.
- (6) Ibid.
- (7) Ibid. このあと更に議論は次のような形で展開される。「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」(ibid.)。

(8) こうした形で結論づける際に問題となるのがケルゼン理論である。この理論については循環批判とはやや異なった形の批判が試みられており、その一端については本稿第三章の注4でも触れたところであるが、オリヴェクローナなどもケルゼン理論を厳しく批判している。前掲拙訳(カール・オリヴェクローナ「Realism 与 Idealism」)を参照されたい。

四 むすび

本稿は、ウプサラ学派の創始者たるヘーガーシュトレームの最も顕著な業績と評される⁽¹⁾法実証主義理論の循環的性質批判に焦点を合わせながら、この学派を代表する四人の法理論家たちの主張したところを列挙したものである。筆者が、最初に循環批判という形の議論を知ったのは、修士論文の準備のためにロスの著書 *Towards a Realistic Jurisprudence — A Criticism of the Dualism in Law* —— (1946) を手にした時であった⁽²⁾。当時は、それがウプサラ学派の核心に関わる議論であることに気付くべくもなかった次第であるが、爾来、今日に至る間に、ウプサラ学派の主要メンバーたちが挙って循環批判を展開していることを知るに至った次第である。本稿では、彼らのそうした議論を一纏めにして列挙してみた。また、これに併せて循環的定義に陥った原因に関する彼らの議論についても整理してみた。こうした試みがウプサラ学派理解への一助となれば幸いである。

(1) Olivecrona, p. 134. 拙訳、一七二頁。本稿一章の注2、及び、その本文参照。

(2) これまでに見たところからも判るように、法実証主義理論の循環的性質批判は、法実証主義理論の形而上学的性質批判としての性格を持つのであり、そうした意味では、彼らの自然法論批判や二元論批判とも軸を一にするが、こうした点については別のところで論及を試みたことがある。例えば、拙稿「Realism か Idealism か」、日本法哲学会編『法哲学年報一九七八』、有斐閣、二二三—二四頁(本稿一章注19参照)。