

リアリスティックな視点から見た法

出
水
忠
勝

- 1 はじめに
- 2 法はどこに在るのか
- 3 法は実在するか
- 4 リアルスティックな視点から見た法
- 5 むすび

1 はじめに

法はどこに在るのか。法は実在するか。こうした問いかけに対してどのような答え方が可能であろうか。その点をリアリスティックな視点から模索しながら考察を加えることが本稿の目的とするところである。

2 法はどこに在るのか

「法」が「どこに在るのか」について考察するためには、先ず「法とは何か」について明らかにしなければならぬところであるが、ここでは、これを六法等に記された条文（法規）の類を意味したものと理解した上で考察を進めることにしたい。通常、多くの人たちがこうしたものを「法」として理解していると考えられるところから、先ずは、そのような意味での「法」に焦点を合わせてみたいと考える次第である。

右の点からすれば、「法はどこに在るのか」については、これを「法規はどこに在るのか」と表記しなければならぬことになるが、本稿ではこの「法規」を「リーガル・ルール」(Legal Rule)と表記することによって考察を進めてみたいと考える。これは、そのように表記した方が、論点がイメージし易く、また法以外のルールとの対比も可能となるため、論点理解も容易になると考えたことによる。

さて「リーガル・ルール」とは決して六法に代表されるような法典の中に「在る」ものでないことは言うまでもないところである。 「リーガル・ルール」とは人の「意識」の中にこそ見出されるものであり、人の「意識」の中に取り込まれることによって初めて意味を持つ。また、そうであるとすれば、「リーガル・ルール」は「不可視」

だ言わなければならないことにもなる。そして、若し「リーガル・ルール」が「不可視」であるということになると、我々は直接その存在を確かめることが出来ないことになる。

ただ、この点については、これを法律問題として考察を進める限り明確な理解に到達することは容易でないものと考えられる。我々が日常的に法との関わりを逃れられないでいることが、この問題を純粹に客観的に考察することを若干困難にしていると考えられるからである。そうした意味では例えば「スポーツのルールの在り方を問う」といった形でこの問題を一旦別の問題に置き換えてみることで大いなる助けとなるであろうと考えられる。「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活き活きと存在し機能しているものと考えられるのであり、これ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まいである⁽¹⁾からである。

3 法は実在するか

前節で考察したところからすれば、「リーガル・ルール」とは、我々の「意識」の中にこそ見出されるものであり、不可視なものだということになる。しかし、それにも関わらず、概して、法は「何処か」に「在る」(実在する)と考えられる傾向にあることは否定できないところであろう。

この場合の「何処か」として考えられた典型とも言えるものが「規範の世界」であろう。そこでは法は「法規範」として「規範の世界」に「実在する」ことになる。

それでは「法規範」が「実在する」と考えられた「規範の世界」とはどのような世界なのであろうか。これを時空を超えて存在すると考えられた世界、即ち超越的世界と考えることも出来なくはないであろうが、こうした考え

方は最早論外であると言わなければならぬであろう。超越的世界に帰属した「法規範」が我々の世界と日常的に関わりを持つことなど考えられないからである。

超越的世界が論外だということになった場合に、今一つ「法規範（規範としての法）」が「実在する」と考えられるのが「意識の世界」であると言えよう。

しかし、「規範としての法」は一体どのような形で「意識の世界」に「実在する」ことになるのであろうか。

こうした疑問と密接に関係するのが「実体化」（若しくは実体視）思考である。「規範としての法」とは「意識の世界」に「実体化」されたものとして理解されるのである。そして、若しそうであるとすれば、「規範としての法」は、どこにも「実在しない」と言わなければならないことになる。」「意識の世界」に「実体化」されたものが、我々の世界の何処かに存在する場を持つことなどあり得ないからである。

「実体化」（若しくは実体視）とは「意識」の世界に構成されたものを恰もそこに実際に存在するかの如くに考えることであると理解されよう。そこでは「不可視」であるはずの「法」が、「意識」の世界に実際に客観的に存在するかの如くに考えられていることになる。

「不可視」であり「実在」もしないはずの「法」が「どこかに実在するはず」とする考え方、いわゆる「法」の「実体視」（若しくは「実在視」）は我々の心に深く根ざした思考法であると考えられるのであるが、そうした意味ではオリヴェクローナの指摘が示唆的であると言えそうである。オリヴェクローナは「法は触知出来ない（不可視である）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つたと指摘している。²⁾

それでは、「実体視」（若しくは実在視）することなく法律問題に論及すると、どのようなことになるのであろうか。ここでもオリヴェクローナの指摘したところが考察の助けとなりそうである。オリヴェクローナは存在と当為

という二元論的発想に論及した中で次のように述べている。

「ともあれ、当為を客観的に捉えることが出来るとする考え方は神話ではない。実際に在るのは、我々の『当為の観念』と、『それを表わした文章』、それにそ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、法哲学研究に於いて極めて重要な課題となるのである。」⁽³⁾（傍線は筆者）

オリヴェクローナはこのように述べることによってリアリスティックな法思考の在り方に関する議論を締め括っているのであるが、ここには、通常「法」として考えられているような類のもの（いわゆる「実体化」された法）がどこにも見出されない。ここに提示されているのは、一般に理解されている「法」とは相当に異質なものであると言わなければならないであろう。

ただ、右の一文の中で一見、紛らわしく感じさせられるのが「当為の観念」（傍線部分）とする表記であろう。

「当為の世界」は我々の世界と隔絶された世界（別言すれば「想像上の世界」）であるがゆえに、客観的な認識の対象とはなり得ない。「当為の観念」とする表記は、そうした認識の下にこれを「現実の世界」に於いて捉えることを意図して表記されたものと理解されるのである。なお、この点についてはロスが「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、それらを現実の世界に包含することである」と説明している（次節参照）⁽⁴⁾。

「当為の観念」とは、我々が現に「かくあるべし」と考えていくこと（つまり我々の「意識」そのもの）を指し示したものと理解されるのであるが、リアリスティックな立場からすれば、それこそが客観的な認識の対象となり得ることになる⁽⁴⁾。

オリヴェクローナが自らの著書のタイトルとした Law as Fact（事実としての法）も、同様の観点から表記さ

れたものと理解されよう。Law as Factとは「実体化（若しくは実体視）」されていない「法」を指し示した言葉として、言い換えれば「実体化（若しくは実体視）された法」を除いたあらゆるものを含意した言葉として理解されるのである。

4 リアリスティックな視点から見た法

前節で引用したオリヴェクローナ⁵の一文からも窺われるように、Law as Factの根底部分には、哲学上の二元論に対する批判的視点が秘められているのであるが、二元論批判については、オリヴェクローナと同世代の法哲学者アルフ・ロス⁶の記述したところが理解の助けとなりそうである。ロスは「対立して融け合つことのない觀念の表明」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觀念論哲学以来の伝統的な大陸的觀點と決定的に対立する。伝統的の觀點に立つ者たちは、規範の妥当根拠を正義という一定の先驗的原理に求めることによって、法を本質的に拘束的な規範の体系として説明しようとした。しかし、彼らは同時に現行の法が明らかに現実の世界に従属していることを否定できないことも知った。その結果が二元論である。ここでは、法は同時に經驗的事実の世界と・・・超經驗的で永久不変の世界という二つの世界に帰属する。・・・かかる二元論は、我々が法的・道德的妥当性を經驗せしめられていることつまり、法律上および道德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。・・・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、それらを現実の世界に包含することである。⁶⁾ (傍線は筆者)

ここに示されたロスの見解は、二元論的発想を捉え直すことによる、二元論克服の可能性を模索したものと理解されるのであるが、前節に見たオリヴェクローナによる論及の試みと、ほぼ同様の観点からなされたものと見ることが出来る。オリヴェクローナによる「当為の観念」なる表記は、右の一文の最後のところ(傍線部分)で述べられた考え方とほぼ同様の観点からなされたものと理解されるのである。

ところで、この二元論批判を極めて個人的な形で展開したのがルンドステッド⁷⁾であった。ルンドステッドは二元論について、これが「とりわけカントの名声に支えられていることに留意しない限り説明が極めて困難である」と述べ、また「科学者たちは、著名な思想家が獲得した権威に対して敬意をもって顧慮することに用心しなければならぬ⁸⁾」とも述べるが、これに続けて次のように言つ。「私が言いたいのは、単に次のようなこと、即ち、時間・空間の世界に超自然的なものを置く科学的可能性はないということである。¹⁰⁾」

ルンドステッドは、二元論とは、理論上、科学的外観を維持するために、超越的世界を「実体視」した形で「二つの世界」の存在が仮定されたものと考えた。こうした思考法のゆえに「法律学は片方の足で現実の世界に立ち、もう一方の足で時間・空間を超越して存在すると考えられた世界、即ち形而上学の世界に立つことになったのである¹¹⁾」と彼は主張するのである。オリヴェクローナやロスはこれほどストレートな見解を示しているわけではないが、その根底にある発想はさほど変わるところがないと考えられるのであり、これこそがリアリティックな法思考の根幹をなすものと考えることが出来るのである。

ところで、彼らのこうした主張はしばしば不快感を以て受け止められ時に拒絶されたという。これは、彼らの展

開した議論が法律学上の伝統的考え方に對して徹底的なまでに批判的な議論を展開したことによるものと考えられる。¹²ただ、ここで忘れられてならないのは、彼らは決して「在る」ものを「ない」と主張したわけではないという点である。彼らは、あるがままのものがあるがままに説明すべく試みたに過ぎないと言えるからである。¹³

本稿に於いて主として論及してきたオリヴェクローナやロスも、正にそうした観点からそれぞれに独自の議論を展開したと見ることが出来るのである。

彼らが目ざしたのは文字通りに「社会の中の法」を研究の対象とすることであつたと言えよう。¹⁴そうした観点から Law as Fact を明示せんとしたのがオリヴェクローナであつたと理解されるのであるが、この場合の Law as Fact とは、前節でも触れたように「実体化(若しくは実体視)された法」以外の全てを意味したものととして理解されよう。¹⁵

これに對して、一貫して実証的であることに拘つた法理論を展開したのがロスであつたと考えられる。ロスは「リーガル・ルール」を裁判官の「意識」の中に見出したわけであるが、そうした中から、自然科学に比肩し得る程に実証的な法律学の樹立をめざし、そのための理論構築に力を注いだと言えるのである。¹⁶

5 むすび

本稿では、法律学に於いて基本的と思われる論点に焦点を合わせることによって、リアリスティックな視点から見た法について考察することをめざしたが、考察を進めるほどにまた新たな課題に出会うというのが筆者の実感するところである。更なる論究を考えると次第である。

なお、本稿は、一つの論文として構想し執筆したものであるが、本稿と前後して出版予定の拙著(名城大学法学

会選書9『現代北歐の法理論』、成文堂）と論点が共通するため一部重複したところがあることを念のためお断りしておきたい。

注

(1) スポーツのルールを、その競技が行なわれている場に於いてこそ活き活きと存在し機能しているものと考えられることが出来れば、かなり自然な形で違和感を覚えさせられることもなく、「スポーツのルール」とは「プレーヤーや審判の『意識』」の中にこそ在るもの」と考えることが出来ることになる。こうした点を踏まえて考える時、「法」(リーガル・ルール)を社会の中に於いてこそ活き活きと存在し機能しているものと考えることがかなり容易となる。スポーツの場合の審判のところ为例えば「裁判官」を、またプレーヤーのところ「市民」を位置づければ、「法」とは「市民や裁判官の意識の中にこそ在る」と考えることも出来ることになる。こうした法理解は決してルール学習の軽視を意味することにはならない。それどころか、ルール学習の重要性が増すと云わなければならないことになる。また、この比喩は、あくまでも「ルールの在り方」を確認するためのものであって、決して「スポーツのルール」と「リーガル・ルール」とを同一視するものではないことも念のため付記しておきたい。尤も、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少なからず見られるところからすれば、両者の間に共通したところが全く見られないとは言えないようにも思われるが。

なお、こうした法理解は「法」と「道徳」の関係を理解する上でも大いなる助けとなるであろうと思われる。例えば、制限速度を大幅にオーバーして車を走らせているドライバーは多少なりとも罪悪感を持っているのが普通であろうが、この罪悪感、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る)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られる。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と考えることが出来ようが、彼の罪悪感がルール(この場合は道交法)違反に起因したものであることからすれば、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。こうした想定の下に

- 「ルール」と「モラル」（ここでの論点としては「法」と「道徳」ということになる）の関係について考察を進める時、この二つが人（この場合はドライバー）の意識を離れては存在しないことや、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が容易でないことも理解されよう。また、このように考える時、これと同様の葛藤は「他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、これに似た葛藤が生じるはずである。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）」の欠如を嘆く他ないことになる。この点は前述のスピード違反の場合も同様である。なお付言すれば、こつした理解が可能であるにもかかわらず、若し「ルール」や「モラル」がどこかに「実際に在る」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」が「何処か」（例えば自分の意識の中）に「在る」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る。（法と道徳の問題については近刊予定の拙著『現代北欧の法理論』（成文堂）第一章第四節を参照されたい。また、拙著『講義ガイド 法哲学』（三恵社、二〇〇七年）でも論及した。）
- (2) Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, ed. by Olivecrona, p.34, 1953)
- (3) Olivecrona, *Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy*, in *N.Y.U. Law Review*, Vol.26, p.131, 1951. オリヴェクローナ「Realism ヲ Idealism —— 法哲学の根本問題に関する若干の考察」（拙訳）名城法学第四九巻第一号、一七九頁。
- この訳文は筆者の理解したところに従って多少意識していることをお断りしておきたい。参考までに次に原文をそのまま引用しておきたい。"What actually exists is our ideas of the ought, the sentences expressing them, and the emotions connected them. All this forms what might be called legal ideology, which is a highly important subject of inquiry for legal philosophy." (*ibid.*, p.131)。
- (4) 観念や意識、思考が頭の中の出来事であるにも拘らず何ゆえにリアリスティックなものと言えるのかについては佐藤節子「実体化思考からの解放」青山法学論集三九巻一四頁に於いて詳述されている。
- (5) オリヴェクローナについてはウプサラ学派を代表すると目されており、ロスモウプサラ学派の影響を強く受けている。しかし、彼らはそれぞれに独自の法理論を展開しておりその内容にはかなりの相違が見られる。しかし、二元論に対する

批判的視点については共有していたと見ることが出来るのである。

- (6) Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence A Criticism of the Dualism in Law*, pp. 9-13, 1946)
- (7) Wilhelm Lundstedt, 1882-1957⁵ ルンダスレットもウプサラ学派の法哲学者として知られることにはあな。
- (8) Vilhelm Lundstedt, *The Responsibility of Legal Science for the Fate of Man and Nations*, N.Y. U.L.Q. Rev., p. 328, 1933.
- (9) *Ibid.*, p. 330.
- (10) *Ibid.*
- (11) *Ibid.*, p. 328. なお、ウプサラ学派の創始者たるヘーガーシュトレームのこうした点に対する見方については、佐藤教授が次のように指摘されている。「ヘーガーシュトレームが形而上学や主観主義を容認しない理由のうちの最も単純かつ直接的なものは、時間空間の世界にあるものが超時間空間、非時間空間に存在するなんらかのもの・ことをどのように認識しうるのか、ということによる。また近代主義は自我、法、権利、義務を時間空間を超越する世界に位置づけ、その普遍性、絶対性を揚言する。しかし超越世界にあるものが、同時に現実世界にも属し、そこで何か事実上の効果を持つというのは、明らかに論理矛盾である」(佐藤節子「Thought of the Legal Science」『法社会学コロキウム』所収、六四頁)。
- (12) そうした点からすれば伝統的発想に対して否定的な議論を展開する場合には、これに接する者が、自らの持ち合わせる伝統的発想(仮にそれが殆ど無意識レベルのものであったとしても)を根底から否定されることへの不快感を持つことを避けることが出来ないことを肝に銘じておいた方がよさそうである。筆者自身、曾てこの一文に接した際に胸を締めつけられるような不快感を体験している。それも読み返す度にである。そして何かが欠落しているとの印象を拭い切れなかった次第であるが、その「何か」が何を意味するかについては最早説明するまでもないところであろう。法を実体を伴ったものとする見方(発想)は幅広く見出されるところであろうと思われるのであるが、そうした発想とオリヴェクローナの記述したところの乖離が不快感をもたらしたと考えることが出来るのである。筆者もまた実体を伴った法の存在を当然とする発想をいつの間にか身につけてしまっていたようにである。なお、こうした「不快感」については近刊予定の前掲拙著第二章第三節等に於いても言及した。

- (13) ウブサラ学派による権利論批判についても同じことが言えそうである。ウブサラ学派は「権利」のあるがままの状態を説明せんとしたに過ぎないにもかかわらず、恰も本来「在る」はずのものを「無い」と主張したかの如くに受け止めた批判が見られるからである。例えばサンドバークの次のような批判が見られる。「ヘーガーシュトリームは恰も法律上の権利・義務といった概念を絶対零度に帰せしめんとしたかのようである」(Jacob W.Sundberg, *Scandinavian Unrealism, Plenary Main Papers and Commentaries, The 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy*, Helsinki, p. 59, 1983)。「北欧のリアリストたちは人々から彼らの権利を奪った」(*Ibid.*, p. 56)。「独立した法律上の権利は北欧のリアリストたちによって抹殺された」(*Ibid.*, p. 56)。
- (14) 本稿注1参照。オウエールやエッコフがこうした発想を先取りした形でノルウエーに於いて法社会学研究を開始したのも、彼らが展開した議論にはそうしたことが含意されていることを素早く察知したことに由来するものと理解されるのである。ヨルゲンセンは次のように指摘している。「オウエールはかなり早い段階において、ウブサラ哲学が、その本質上、法学を序々に法社会学へと変化させる可能性があるという点に対して注意を喚起していた。オウエールは、彼の同僚トルスタイン・エッコフと共に、北欧に法社会学を創始したのであった」(Jørgensen, *Scandinavian Legal Philosophy, Plenary Main Papers and Commentaries*, p.38, オウエール、エッコフをはじめとした北欧の法社会学者たちの主張したところについては、佐藤教授の次の論文を参照されたい。佐藤節子「北欧諸国の法社会学」(『法社会学講座 第二巻』一九七二年、所収)。
- (15) このように理解する時、オリウエクローナがLaw as Factという表記を用いることによつて意図したFactとは「社会の中の法」の全てを意味したものと同一ことになる。何れにしても、単なる事実(Fact)に止まるものではなく、相当に広い意味を持った言葉として理解されなければならないであろう。また、そうした意味では、この場合のFactはホームズ(O.W.Holmes)が彼の著述の中で用いたExperienceと重なるところがあるとも言えそうである。Experienceについても単なる実際上の経験(Experience)に止まるものではなく、ホームズの記述したところに従えば、「その時代に感じられた必要性(the felt necessities of the time)」や「支配的な道德理論や政治理論(prevalent moral and political theories)」更には「公共政策についての直観(intuitions of public policy)」等々、現実社会に於ける多様な要素の全てを含意した

- 言葉として用いられているからである。(Holmes, *The Common Law*, p.5, 1881)。
- (16) ロスのこぼした試みはロスコー・パウンド (Roscoe Pound) と共通した発想に基づいたものと理解されよう。パウンドは自然科学に比肩し得る法律学の樹立をめざした中から Jural Postulate の析出を唱えたが、こぼした試みはロスによる「効力ある法 (Valid Law)」析出の試みと重なるところがあると考えられるからである。なお、ロスの展開した法理論については近刊予定の前掲拙著第一章第一節等に於いて言及したところである。