

アクセル・ヘーガーシュトレームと ヴィルヘルム・ルンドステッドの法理論

カール・オリヴェクローナ
出水 忠 勝（訳）

一 スウェーデンの法理論は、哲学者アクセル・ヘーガーシュトレーム（1868-1939）と、彼の友人であり後継者でもあったヴィルヘルム・ルンドステッド（1887-1955）の影響の下に一九二〇年代に於いて新たな展開を示している。本稿では、この二人が提示した法理論について若干の私見を交えながら略述してみたいと考える。

ヘーガーシュトレームは反形而上学的立場を貫いた。彼の考えに従えば、形而上学とは単に言葉をもて遊ぶものではないことになるが、こうした見方は、人々がある種の言葉や

表現を、実はそうではないにも拘らず、あたかもそれらが真の意味を持つかの如くに習慣的に用いていることを含意する。ヘーガーシュトレームによれば形而上学的概念は全て真の意味を持たない偽りの概念だということになるのである。この点を明らかにするためには、心理学的な分析方法を用いることによって人々の情緒的側面にまで立ち入る形で分析する必要がある。

ヘーガーシュトレームによれば、とりわけ法と道徳の領域にこうした形而上学的概念が満ち溢れている。それは、日常

生活に於いて用いられる法的概念や道徳的概念に限らないのであって、学問上用いられる場合についても言える、と彼は主張する。ヘーガーシュトレームが何ゆえにそのように考えたのかを理解するために、次に、法律上の権利・義務概念に関する彼の批判的議論を、私の理解したところに沿って簡単に説明してみたい。

実のところ、これらの概念は今日まで法理論や法実践にとつて常に基本的なものとされてきたのであった。一国の法体系はこれまでずっと個人と個人、個人と国家、それに個人とその他の諸団体との権利・義務関係を規律するルールの体系と見做されてきた。権利・義務について語ることなくして法について語ることが出来ないかに思わせられるほどである。これらの概念は、我々すべての者にとつてなじみ深いものである。我々は日常生活に於いて、こうした概念によって意味されていることが如何にも自明なものであるかの如くにこれを用いているのである。

しかし、それでは一体これらの概念によって何が意味されているのであろうか。法律上の権利とは何なのであろうか。法律上の義務とは何なのであろうか。こうした問題は、これまで何らの一般的合意を得ることもなく何世紀にもわたつて

法律家たちを悩ませ続けてきた。また今日では、これまで以上に意見の相違が拡がりつつある。この問題に関する文献を調べれば調べるほど、至る所で意見が混乱しているとの印象を持たせられるのである。

それでは、先ず権利概念について考えてみることにしよう。若し、我々が権利とは何であるのかという問題を事実面に照らして見極めようとするれば、幾つかの困難に直面することになる。尤も、例えば十七世紀の偉大な自然法論者たちにとつては、どうやら、そうしたことが必要と感ぜられるようなことはなかったようである。彼らにとつては権利が単なる事実以上のものであることは自明なことだったからである。彼らにとつて権利とは高度に秩序立てられた力であった。

グロティウスは権利とは精神的な力であると定義した。彼にとつて所有権とは対象物を保有する精神的な力であった。そこでは、所有者は自らの物理的な力を超越した力によって対象物を保有するものと考えられた。他者との関係から言えば、権利とは他者の心を支配する精神的な力を意味した。他者に対する法律上の要求の本質は、その人を束縛する力であった。債務者は、彼の意思が債権者の支配に従属せしめられているという意味に於いて、債権者に拘束されていると見做さ

れたのである。プーフエンドルフは次のように述べることによつて、こうした考え方を更に発展させた。彼は、そうした債権者の支配欲を満たすことは債務者にとつて道徳的に必要なことである、言い換えれば、債務者は債権者との関係に於いては精神的に自由とはなり得ないものと考えたのであった。こうした考え方は何とも神秘的である。ただ、何れにしてもこれが現実の権利状況をありのままに表わしたものと考へ難い。

曾てヘーガーシュトレームが指摘したように、現代科学は事実に対応した概念のみを用いることを求めている。しかるに権利概念については、これに対応した事実を定めようとすると忽ち困難に陥つてしまふことになるのであるが、この点に関するヘーガーシュトレームの考え方を略述すれば次の通りである。

例えば、或る人が一軒の家の所有者であると見做されている場合、彼のこの家に対する「権利」とは、彼がこの家を所有することを国家が保証していることであるように思われよう。しかし、このことについてヘーガーシュトレームは、果たして本当にそうであるのかと問い掛ける。そして、次のように主張する。即ち、この場合、国家はただその家の「所有

権」が他者から侵害された場合、例えば眞の所有者である筈の者が追い出されたり、その家が壊されたりしたような場合、に介入するだけである。若し、国家が本当に所有権が侵害された時にだけ介入するのだとすれば、国家がこの家の所有者を保護していることが即ち所有権だとは言えなくなる。この家の所有者の持つ所有権とは、つまるところ国家による保護を受けるための一つの条件でしかないことになるからである。しかもこの場合、国家は、彼がその家を所有する資格があることが証明出来ない限り、彼をその家の所有者として保護することを認めないであろう。実際、彼がその家を所有する資格を持つことが証明出来ないことも十分にあり得ることである。しかし、それにしては権利の存在を証明出来るような現実的根拠に基づいて権利の存否を明らかにしようとする法律家は稀である。本当のところは、若し権利を支える諸事実の存在が証明出来なければ、彼の権利は無に帰するかも知れないにも拘らず、そうした諸事実とは無関係に権利は実在するものだと考えられてしまつていたのである。

以上のところから、所有者が国家によって現実に保護されていることが、即ち所有権だとは言えないことになる。所有権とは、国家による保護のための必要条件をなすものであつ

て決して保護されているという事実と同じではないのである。そうすると、今度は、もっと別の形の権利の性質に関する説明が求められることになる。幾人かの法律家は、所有権とは他者の所有物に干渉することを禁じるために国家が公布した命令から成ると主張した。更に彼らは、こうした命令が無視された時には国家が強制的手段をとると言つて脅すのだとも主張した。これは、権利が法律上のルールを離れては存在しないことを意味する。実のところ、ここでは権利について語ることは余り意味のあることとは考えられていない。実際に在るのは法律上のルールだけだというのが彼らの考え方である。

この点は或いは彼らの言う通りかも知れない。しかし、今ここで議論しているのは、権利という言葉が法律上および日常生活上で実際に用いられた場合に、そこにどのようなことが含意されているのかという問題である。我々が権利について語る時、実際にはルールのことしか考えていないのだと言つことが、果たして権利概念について適切に説明出来ていることになるであろうか。

右の場合、私には、現実の言語慣行がかなり問題を混乱させているように思われてならない。我々は、権利はかくかく権に関わる法律の中に、我々は、如何にすれば金銭上の要求を取得出来るか、またそれは如何にすれば履行せられるかといった点について述べられたルールを見出す。それらのルールが権利について定めたものであることは言うまでもないところである。そして、若しそうであるならば権利をルールそのものと同じ視することも出来ないことになる。このような考え方からすれば、権利とは法律上のルールの傍らにあつて、そのルールによつてもたらされる力だと言わなければならぬことになる。

ともあれ、権利概念を説得力ある形で實際的に定義せんとした二つの試みは失敗したことになる。法律学や日常生活に於いて用いられている権利は、国家による保護といった事実と同じではないし、法律上のルールとも同じではないのである。これ以外に、権利を事実即して説明し得る可能性は最早残されていないと言つてよいであらう。

さて、こうした点を踏まえながらヘーガーシュトレームは、我々は権利を如何なるものと考えればよいのであつるかといひ掛ける。それは力であるようにも思われる。しかし現実的な力ではなさそうである。確かに権利を保持する者は、自らの権利が侵害されたと感じた時には裁判所に助けを求めるこ

しかしかの事実によつて創造されるという言い方を。人が家を購入すれば彼は所有権を得たとも言つ。また、彼は権利を持つとも言つし、これこれの行為によつて権利が侵害されたといった言い方もする。更には、かくかくしあかしの理由で権利が消滅した、或いは販売や寄贈によつて権利が移転したなどとも言つ。しかし、これらは全て一種の修辭的表現法でしかない。我々は、こうした独特の表現手段によつて、国家が公布した命令の中身を表わしているに過ぎないのである。

我々の言語には、権利とは一定の行為若しくは行動によつて創り出されたものであるとか、権利とは一定の仕方で移転せられる、といった考え方を当然のことと見做したようなところが見られる。若し本当にそうであるとすれば、権利がただ単なる力に過ぎないといった見方は出来ないことになる。人は一定の法律行為を通して権利を獲得し、また法律の定めるところに従つてそれを喪失する。私法というのは正にこうした権利に関する規定である。それは例えば、所有権が如何にして獲得せられるか、或いは消失せしめられるかといったことについて定める。また、所有権は如何にすれば国家によつて保護され得るのかといったことについても定めている。私

とが出来来る。しかし、裁判で勝訴出来るかどうかは、彼に権利があるかどうかといったことよりも、もっと別の様々な要因に依存している。原告は、彼の主張を支える証拠を提示出来なければならぬし、自らの主張の正しさを裁判所に納得させるために有能な弁護士を必要とするかも知れない。そうだとすれば、彼が裁判所の助けを借りて取得する可能性のある現実的な力とは、全く相対的なものでしかないことになる。また逆に、説得力のある証拠が示された時には、その権利は絶対的なものとして捉えられることになる。仮に、私が誰かに幾ばくかの金銭を貸した場合、貸した途端に、私がそのことを立証する能力を持つかどうかに関わりなく、彼に対する私の請求権が現実に生じたものと見做される。彼が借入書を書いておらず証人もいないような場合には、私は法廷で勝訴することも覚束なくなるかも知れない。しかし、このことは、現に権利が存在することは関係がない。物件の所有者はそれを保有出来なくなるかも知れないが、そのことが即ち彼が所有権を失なつたことを意味するわけではない。彼が自らの所有物に対して何らかの現実的な力を保持しているかどうかに関わりなく、彼は所有権を持つのである。

確かに権利は通常、現実的な力を伴つていてと考えること

が出来る。大抵の場合、債権者は彼の権利を証明するのに必要な証拠を持っている。だからこそ法的手段をとると脅したり、実際に法的手段をとることによって債務者に圧力をかけたりすることも出来る。家の所有者は大抵、妨げられることのない保有を享受するのであり、これを侵害する者に対しては有効な手段を取ることが出来る。しかし、こうした現実的な力を権利と混同してはならない。権利とは、あくまでも法律上の諸事実に条件づけられたものであるのに対して、現実的な力の方は、法律上の諸事実の傍らにあってこれに関連した無数の諸事実に条件づけられたものだと言えるのである。

以上のところからヘーガーシュトレームは次のように結論づける。即ち、我々が何らかの権利を持つと考えた時に、我々の心の中に抱いているのは一つの力である。しかし、それは社会生活上の諸事実を超越したところにもたらされる力である、と。ヘーガーシュトレームはこれを「超自然的な力^(訳注)」と呼んだ。この種の力は、我々の才知によって客観的に捉えることの出来るようなものではない。そうしたことからヘーガーシュトレームはこれを「神秘的なもの」若しくは「形而上学的なもの⁽¹⁾」とも呼んだのであった。

法律上の義務の概念に関する議論も、こうした議論とよく

似ている。法律上の義務を、義務に違反した行動に伴う制裁という事実に戻元する試みがなされてきた。しかし、これには、制裁の賦課が法律上は義務違反に条件づけて捉えられている点が問題となる。先ず義務や義務違反があつて、その後には制裁が来るわけである。若し、そうであるならば、法律上の義務を制裁という事実に戻元することは出来ないことになる。

また、法律上の義務とは、一定の行為が命じられているか、若しくは禁じられているといった事実以外の何ものでもないとも言われてきた。しかしながら、法律上のイデオロギーとしては、命令されるという事実と、義務とは間違いなく区別されている。あらゆる命令が義務の元をなすものとして捉えられているわけではない。それが、如何に実力によって強力に支えられていたとしてもである。やはり、命令を下すに足るだけの権威を保持した機関が命令を下すのでなければ、その命令は真の義務を創出し得ない。仮に、強盗が私の頭に拳銃を押し当てながら私の所持するお金を手渡すよう私に命じたとしても、私には彼にそのお金を渡す義務などない。義務というのは、そうした力関係の中に見られるようなものとは明らかに異なつた形で我々を拘束するものである。

この義務概念に関するヘーガーシュトレームの結論は、権利概念に関するそれとよく似ている。彼は、法律上の義務について、丁度、権利に関する議論の中で指摘されたのと同じように、神秘的若しくは形而上学的、拘束的なものとして理解することが出来ると主張した。彼は、今日の法学上の諸概念は 例え言語を異にすることがあるとしても⁽²⁾ 基本的には自然法の偉大な先人たちのそれと近似したところがあると考えたのであった。

さて、ヘーガーシュトレームがこうした考え方に到達したとすると、このあとの彼の関心は、おそらく現代法学や社会生活一般に於いて、権利・義務概念が実際上どのように使用されているかを説明する方向に向けられた筈である。若し、彼の理論がほぼ正当なものであるということになれば、必然的にそうした点が問題となるからである。しかし、彼はこうした問題について長々と論ずることをしなかった。これは、おそらく彼が、そうした問題は法律家の仕事であると考えたことによるものと思われる。彼自身はそうした問題ではなくして、法律上の諸概念の歴史的研究に関心を向けたのであった。

ヘーガーシュトレームは、権利・義務の概念は、先ず第一

に歴史的に説明されなければならないと考えた。彼は、こうした概念は初期の段階ではもつと単純で素朴な形で自らの姿を表わしていたに違いないと考えた。現代の法学は古代ローマ時代の法学者たちの築いた基盤の上に成り立っている。とすれば、現在、我々が持ち合わせる権利・義務概念の歴史的背景を理解するためには、古代ローマ時代の法学者たちによって基礎づけられた権利・義務概念について調べてみるのが最適であると考えることが出来る。ヘーガーシュトレームは、彼の研究活動の相当部分をこの点に関する研究に費やした。そして、二巻からなるローマ法上の義務や責務概念に関する大著を著したのであった。そうした意味からしても、彼のこうした業績に触れないわけには行かないであろう。これらの業績は、ヘーガーシュトレームの法哲学に於いて重要な役割を果たしているのである。ヘーガーシュトレームの法哲学はこのような史実に基づいた研究を視野に入れることなくしては理解することが困難だと言つてよいであろう。

さて、この点に関する彼の研究は、古代に於ける売買行為である握取行為 (*manu patio*) の分析から始まっている。この握取行為は全く形式的なものであった。そこでは、すべての言葉や行為が古代の慣習によって予め定められた方法で執

り行なわれなければならなかった。さもなければ握取行為は効力あるものとは見做されなかつたのである。この握取行為は、買手による購入の対象、例えば奴隷の一方的な専有という性質を持っていた。これがローマの法律家たちによって通常用いられた方法であつた。所有物に対する権利を買手に譲り渡すに当つて売手は一切何もしなかつた。彼は単なる傍観者であつた。しかし、彼は沈黙することによって、買手による奴隷の専有が効力を獲得することを許したのであつた。

買手は、五人の証人の前で、奴隷の片方の手をしっかりと握りながら決まり文句を口にしたのであるが、そこで述べられた最も重要な言葉は「私はローマ市民の法によつてこの男が私のものとなつたことを、そしてこの一片の銅貨によつて私に買われたことを宣言する」というものであつた。そのあと買手は、一片の銅貨を別の者へ彼はこのために任命されたのであつたが、の持つ天秤に投げ入れたのである。

こうした行為はローマ法研究者たちを困惑させた。ローマ人たちは、法律上の表現について極めて厳格であつた。それゆえ、ローマ法研究者たちにとっては、まだ儀式が終わらない内に、買手によつて奴隷が買手のものであると述べられることが意外に思われたのである。実際、この儀式が終わるま

で奴隷は買手のもの認められることはなかつた。若し、買手が奴隷の所有者となるつもりであるならば、儀式は完全に執り行なわれなければならなかつた。仮に、買手が一片の銅貨を天秤に投げ入れなかつた場合を想定してみよう。その時にはローマの法律家たちは誰一人として、買手が奴隷を手に入れたとは思わなかつたであらう。そうした点からすれば、決まり文句が述べられた時には、買手は明らかに真実ではない言葉を口にしたことになる。ローマの法律家たちが法律上の問題に対して求めた大いなる厳格さに照らして考える時、この点は理解し難いところであつた。

この問題について、これまで数多くの解釈が試みられてきた。中でも注目し得るものとなれば、やはりヘーガーシュトレームによつて提示された次のような解釈であらう。つまり、この場合、買手がその言葉を口にした時には真実が述べられたわけではなかつた。その言葉は実際の出来事に関する陳述として述べられたものではなかつた。買手がその言葉を口にした時、買手には自分が既に奴隷の所有者となつたことを口にしてゐるつもりはなかつた。周囲の者は皆、彼が未だ奴隷の所有者ではないことを承知していた。そうした中で、彼はその奴隷に対する所有権を獲得して、その奴隷を自らの

所有物とするために、そうした言葉を用いたのであつた。買手は、然るべき状況の下でこれらの言葉を用い、且つ然るべく振る舞ふことを通して初めて奴隷を彼の所有物と出来たのであつた。ところで、このように言葉や振る舞いによつて一定の結果がもたらされるといふのは一体何を意味しているのであるか。これこそが「呪術」に他ならないとヘーガーシュトレームは考えた。彼は、この儀式で執り行われたことは、その全てが結果として買手に所有権を生じさせるための祭祀的な行為に他ならなかつたと考えたのである。

ヘーガーシュトレームは次のように主張する。ローマ人たちの目からすれば、所有権とは、その対象物が本来持ち合わせた性質を超えるような神秘的な力であつた。この力は、前述のような呪術的行為によつて創造されたり移転せしめられたりする。義務もまた、これと同じ方法で創造され、人々を拘束する。紀元前五世紀の十二表法に体现された古代ローマ法は、神秘的な力の獲得と行使のためのルールの体系であつた。ヘーガーシュトレームによれば、古代ローマ法に帰属するところの古代の全ゆる法律行為は呪術的行為であつた。

ヘーガーシュトレームの述べたところによれば、権利・義務の概念は今日に於いてもなお、その根本の部分では古代と

同様の性質を保持している。今日では、呪術的性質はかなり希薄化し、真の意味での形式的な呪術的行為も行なわれなくなつた。しかしながら、今なお我々は、契約その他の手段によつて創造されたり移転されるような力や絆としての権利や義務について語つてゐる。この場合の力は、現実の世界に帰属するようなものではない。それらは通常、法機構の機能に基礎づけられ、その現実の力や現実の強制といったものとの対極に位置する。というよりもむしろ、それらは、経験的に与えられた世界を超えたところに漂うところの、形而上学的領域に位置するものだと言へるのである。

かくして、権利・義務概念は、その呪術的起源を明らかにするといふ形で歴史的に説明されることになつたわけであるが、ヘーガーシュトレームは更にこの点に関する心理学的説明を試みている。彼は、これらの概念には一定の情動、若しくは感情が伴つたと主張する。自分が正当な権利を持つと信じる者は、極く自然に自らの中に力の感情を湧き出させるといふのである。ヘーガーシュトレームは「人は自らの権利に向かう時、一層良く闘う」と述べている。優越した力に裏づけられた感情というものが、それが客観化される。その結果として、人々はこの感情をこれに捕捉しようとして

捕捉出来るようなものではない。があなたも真の力として実際に何処かに存在するかの如くに感じさせられてしまっているのだ、というわけである。

ヘーガーシュトレームは、義務概念についても、これと同じように考えている。義務の場合は、抑制の感情と結びついている。或る人が、何かをすること、若しくはしないことを自らの義務と受け止めた場合には、義務が実際に何処かに存在するかの如くに思わせられてしまう。感情が「客観化」されるわけである。そのために、権利の場合と同様に、捕捉しようとしても決して捕捉できるようなものではないにも拘らず、あなたも本当に我々を拘束するような力が何処かに在るかの如くに思わせられてしまっているというわけである。

ヘーガーシュトレームは次のように主張する。即ち、道徳的義務という意味での「義務」という言葉は、行為概念と結びついた情緒的感情の表明である。それにもかかわらず、我々はこの「義務」があなたも何処かに本当に存在するかの如くに話すわけであるが、これは要するに我々が言語というものに戸惑わせられているのである。但し、法律上の義務を道徳上の義務と同一に捉えることは出来ない。両者の間には相違点が見出される。法律上の義務の場合には、他者の権利に対

応しているといった点などが正にそうである。しかし、法律上の義務には、どうしても道徳上の義務の要素が入り込んでしまう。従って、法律上の義務も、基本的には情緒的な表明であると言わなければならないことになる。

ところで、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。彼は、現実的で実定的な法。これは純粹な意味での自然法、若しくは理念化された法に対峙したものとして考えられたものであるが。については三通りに分類して捉えることが出来ると考えた。国家意思の表明と一般意思の表明、それに、権力者の意志の表明がそれである。ヘーガーシュトレームがこうした考え方の全てを科学的性質を欠いたものとして批判し否定したことは言うまでもない。^(註文4)

ところで、彼はこの法実証主義理論を別の理由からも批判している。それは凡そ次のようなものであった。即ち、若し、人が法とは国家の命令に他ならないとする考え方に固執すれば、権利や義務という言葉を通常の意味で用いることが出来なくなる。権利や義務は、決して権威当局。これは自らの

意思を強制し得るような力を現実保持するものである

から発せられた命令のような単純な事実には還元され得ない。権利や義務というのは、剥き出しの力だけからは得ることが出来ない不可思議な性質を持ち合わせている。ところが、法実証主義者たちは、何時の場合にも、法とは真の権利・義務を生ぜしめるものであると見做してしまっている。そのために彼らは、明示的にあれ暗黙裡にであれ、国家とは命令を発する権利を保持したものである、と考えるを得なくなつたのである。しかしながら、国家が自らの命令によって、自らが命令を発する権利を創り出すことなど出来ないのはい言までもない。となれば、法に先行したものを頼みとする他に発する権利の源をなすものとしての自然法が、実定法の前提をなしていると見做され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觀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つた。^(註文4)

ヘーガーシュトレームは、権利・義務の概念を形而上学的であると見做したわけであるが、このことは決して彼をして、それらの概念の実際上の重要性を過少評価させることにはな

らなかつた。むしろ話は逆であつて、彼は。その功罪は別として。そうした概念が人類の歴史に於いて果たした大きな役割を常に強調していたのであつた。彼は、古代に於いて執り行われていた呪術的行為を非常に重要視した。彼は、人間は物を考える動物。つまり知的動物。としてではなくして、呪術的動物。つまり神秘的動物。として動物のレベルを超えてしまったと形容した。これは、社会に於ける重要な絆が、呪術的行為を通して取り込まれたところの隠れた力の恐怖によって創り出されたことを意味したものであつた。

ヘーガーシュトレームは、権利・義務の概念と結びついた人間の感情には二種類あると考えた。一つが、他者の権利に関連して生じる抑制の感情である。確かに、人が或ることに關して他者が権利を持つと考えた場合には、他者の利益を妨げることのないよう抑制するのが普通であろう。今一つは、自らが権利を持つと考えた時に生じる力の感情である。人が何らかの権利を持つと考えた場合には、自らの利益が強固に防護されたものと感じるであろう。前者のような類の感情は抑制的に作用し、後者の類の感情は自らの優位さを意識するところから一種独特のエネルギーを生み出す。彼は、この二

種類の感情が社会秩序の維持に大いに貢献しているものと考えたのであった。

ヘーガーシュトレームは、また、この問題の今一つの側面にも注目した。それは、若し、こうした感情を伴った権利・義務の概念が、一定の社会組織の中で凝縮した形で作用した場合には全く逆効果となるであろうというものである。人々が彼らの権利だと信じることのために闘う時、彼らは理性を失ってしまふ。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、その闘いは一層悲惨なものとなる。ヘーガーシュトレームは、人々が自らの権利のために闘う時、彼ら自身をまるで神であるかの如くに信じ込んでしまふ、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ことになると考えた。

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、それに比例して、法的小よび社会的問題に対する一般の観点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な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私欲を権利にまで高めることによつて引き起こされる障壁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ために熱狂的に闘う神がかった人たちとは違って、人間らしさを備えた人たちならば常に遅かれ早かれ了解に達することが出来る、と彼は言った。彼のこうした主張が正当なものであることを期待したいところである。

基本的な法律上の諸概念に関するヘーガーシュトレームの批判的議論が破壊的なものであったことは明らかである。若し、彼の主張が概ね正しいということになれば、我々の法学観や法学方法論は根底から変化を強いられることになる。如何にすればこうした変化が効果的に成し遂げられるのであるか。またその変化は何を意味することになるのであるか。

ヘーガーシュトレームは、道徳の科学的研究の可能性については自らの見解を示している。彼は、何が道徳的に正しく何が間違っているかについては科学的に決めることは出来ない、と考えた。科学的方法を用いることが出来るのは、人々が実際に何が正しく何が間違っていると考えているかといった点に於いてだけである。こうした点については、歴史学的方法や心理学的方法を用いることによつて分析解明することが出来る。科学に出来ることはそれだけである。価値の選択

は科学には帰属しない、と彼は考えたのであった。

これと同じ考え方を法律学に当てはめれば、次のようになる。即ち、法律上の権利・義務に関する科学は成立しない。どのような権利・義務がどのような状況の下に於いて存在するかを科学的に確定することは出来ない。人々が実際に何を自らの権利として意識し、何を義務と感じているかといった点 それらは法的実践や立法などに際して表面化してくるものである。だけが科学的に探究され得るのである。また、人々を拘束したり、人々に義務を課するような規範についても科学的に確認することは出来ない。人々が何を規範的なものと考え意識しているかといった点（そうした意味での人々の観念）だけが、科学的議論の対象となり得るのである。

ヘーガーシュトレームは、こうした結論を必ずしもはつきりとは述べなかつた。しかし、私にはそうした考え方が、彼の法学上の見解の中に含意されていたように理解されるのである。彼は、自らが破壊的なまでに批判した伝統的な法律上の諸概念や方法論に代わるべきものを明示しなかつた。実際、彼はその点を真空のままにしたのであった。⁴⁾ そうした意味からすれば、伝統的法律学に対する彼の批判が、様々な議論を巻き起こしたり多くの意見の相違を生み出したこと、更には

幾許かの混乱を引き起こしたことは、さほど驚くほどのことではないとも言えそうである。

二 ヴィルヘルム・ルンドステッドは、ヘーガーシュトレームの同僚であり親しい友人でもあった。彼の初期の著述物は、全く伝統的な発想に基づいたものであった。しかし、ウプサラ大学の私法担当教授に昇進して間もなくの頃にヘーガーシュトレームに出会ったことから、彼の法学観は一変することとなった。手探り状態の時期を経たあと、彼は、ヘーガーシュトレームの考え方を熱心に受け入れ始めた。そして、その後は、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つて発展させたのであった。

ルンドステッドはよく、自分は哲学者ではなく法律家であると言っていた。彼は、ヘーガーシュトレームの批判的議論を基にしなが、全く新しく方向づけられた法律学を樹立することをめざしたのであった。彼の著書の内の一冊（これはドイツ語で執筆されている）には『法律学の非科学的性質』⁵⁾ というタイトルがつけられていた。彼は、真の意味に於ける科学的法律学を樹立することが自らの重要な任務であると考えたのであった。なお、彼の遺稿集には『法思考再考』⁶⁾ というタイトルが付けられていた。

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創造力に富んだものであった。彼の著述は広大な領域に及んだ。彼は、基本的な法律上の諸概念の分析に始まって、法律学や立法それに司法実践に於ける方法論、それに不法行為法や刑法、更には国際法の諸原理にまで言及した。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。

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。彼は権利・義務概念を迷信的（迷信的）なものとして烈しく攻撃した。権利について言えば、彼は、実際に在るのは、法機構が機能した結果として人が實際上享受する有利な立場だけであると主張した。彼は、例えば家の所有者は、国家が他者の所有物を侵害する者に対して刑罰や損害賠償といった法律上の制裁をきちんと課しているからこそ、誰にも妨げられることのない平穏な所有を實際上享受出来るのであると考えた。とすれば、所有権が国家によって「護られてい

件をなす筈の権利の存否を確かめることなど出来ないことになる筈だとも主張したのであった。

ルンドステッドは、法律上の義務についてもこれと同じ方法で説明している。法律上の義務の場合にも、実際に在るのは一定の行為の指針に従わなかった場合に、例えば他者を傷つけたり他者の所有物に損害を与えておきながら賠償金が支払われなかったような場合に、秩序立った行政的手段が執られ、その結果として当事者が拘束されるという実際の状況だけだというわけである。

ルンドステッドはこうした視点に立ちながら、更に、裁判官が結論を見つけ出す際や、法律学者が問題の解決法を提示する際に用いられるべき方法論へと議論を進めている。完全な法律上のルールの体系が存在する筈だとする前提、そこでは如何なる場合にも法律上の諸概念からの論理的推論によって、考えられ得る全てのケースの結論を見出すことが可能と考えられた。に基礎づけられた、いわゆる概念法学的方法論を彼が拒絶したのは言うまでもない。

完全な法体系がある筈だとする考え方は、少なくとも五十年間にわたって様々な角度から批判され続けてきた。そして、そのような考え方が幻想でしかないことが明示されたわけ

ある。一人の人間としての立法者が、自らの行なう立法によって全てを網羅し尽くすことなど出来るものではないことが明示されたわけである。法は、多くの点に於いて不完全であることを余儀なくされる。その結果として、常に大なり小なり、裁判官の個人的評価や判断の入り込む余地が生じることになる。とすれば、問題は、裁判官の判決行動の指針となり得るような原則としてどのようなものが考えられるかだということになる。

ルンドステッドは、完全無欠な法がある筈だとする考え方に對して、どの法律家よりも批判的であった。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って、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、ここではこれ以上は立ち入らないことにしたい。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。

ところで、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。彼は、若し裁判官がよくあるような形で自らの正義感を差し挟むようなことがあれば、概念法学という架空の論法を放棄するだけでは十分ではないと考えた。その場合には、権利・義務によって思考する習慣がまだ残っていることになるからだというわけである。ルンドステッドは、そうした思考法は全て錯覚であると主張した。実際、彼は、正義感が裁判の指針となり得るとする考え方を、とりわけ力を込めて批判したのであるが、この点に関して彼が挙げた理由を略述すれば次の通りである。

例えば、不法行為に関する事件に於いて、若し裁判官の持つ正義感が本場に決定的な役割を果たすということになれば、その裁判官はあらゆる種類の事情を考慮に含めなければならぬことになる筈である、とルンドステッドは言う。裁判官は、争いの当事者たちの経済的境遇を無視出来ないであろう。通常感覚を備えた人間であれば、病気の妻と沢山の子供を抱えた一家の稼ぎ手が花瓶を割ったことを理由として金持ちの独身男性に賠償金を支払わせるべきだとする考え方を正当なものと思ふことは出来ないであろう。また、これと逆の場合も考えられる。原告が貧しく、被告が裕福な場合がそれである。この両極端の間には無数の事例が考えられる。良識を

備えた裁判官であれば、原告が被告に賠償金を支払うべきだと判断することが正義に叶っているかどうかを判断する際には、必ずこうした経済的事情を考慮に含めるであろう。その上更に、裁判官は、彼が正義に叶っているかどうかを判断する際に影響を及ぼしそうな、その他の事情についても注意を払わなければならない。被告は、彼に賠償金を支払う義務がある限り、それを怠れば咎めを受けることになるものと見做されよう。しかし、例えば遺伝的に動きの鈍い人や、ひどく緊張しやすく神経質な人をどうして咎めることが出来るであろうか。

仮に、裁判官が損害賠償請求事件に判決を下す際に、こうした点を含む一切の事情が関係するのだということになれば、最早、不法行為に関する法律は無きに等しいものとなる。それは溶解してしまふであろう。その結果、堅固でがっちりとしたルールは何一つ実施されなかったことになる。何が正義かに関する裁判官の感覚といったものは、様々な事情に影響されるため、裁判所の判断は一貫せず揺れ動くことになる。

尤も、裁判所では決してこうしたやり方で審理が進められているわけではない。裁判官は、実際には社会的に有益でない。つまり、裁判官は、この場合には、どのような行為の規準が維持されるべきかを問題としなければならないのである。若し、被告の行為がこの規準を満たさない場合には、原告の側に損害賠償金が認められなければならないことになる。何れにしても、それぞれの事例ごとに、法の背後にある社会目的に照らした判断がなされなければならないのである。

ルンドステッドの刑法に関する議論も、これとよく似ている。個々のケースに課せられる刑罰は、被告人が罪に問われることによって正当化されるものではない。ルンドステッドは、人間行為は因果律的に決せられるものであるとする理由から、罪の概念を拒絶する。刑罰は、犯罪者のなした悪事に対する報いとしては正当化され得ないというのである。

これと良く似た意見を持つ多くの人たちが、そのことから刑罰の賦課は真に正当化されることはないとする結論を導き出した。その結果として、彼らは、犯罪者の再教育や更生をめざした施策の助けとなるように、そしてまた、若干のケースについては、犯罪者に再び罪を犯させることのないよう永続的に隔離することによって、最終的には刑罰を廃止すべきだとする意見を持つに至った。

但し、ルンドステッドは、必ずしもこうした見解に固執し

るかどうかに配慮して作られた昔のルールを適用していると考えることが出来よう。ルンドステッドは、こうした点もつとはっきりと自覚されなければならないと考えたのであった。彼は言う。不法行為法は、実際には、正義感に基礎づけられているわけではない。一見、そのように見えるだけである。不法行為法を本当に基礎づけているのは、人々をして他人の所有物や人格に注意を払わせしめることが必要だとする考え方である。何が正しく何が正しくないのかといった点に関する人々の考え方というのは、一定の行為に対する規則的な賠償金の課し方によって影響される。個別的な賠償請求事件に対する判決などは、実際にはその事件に於いてだけ生じた事柄によっては正当化され得ない。それは、不法行為には損害賠償という形の制裁が伴うということを決めたルールを維持することが必要であった一繋がり判決の一つであるからこそ正当化されるのである。

ルンドステッドは、次のように主張する。裁判官は、損害賠償請求事件に判決を下す際には、不法行為法の社会目的を自らの指針として意識的に考慮に含めるべきである。この場合、問題なのは被告人が咎めを受けるべきかどうかということではない。もっと別の判断枠組みが設けられなければならない

ていたわけではなかった。彼は刑罰の必要性を力説している。謀殺や故殺、暴行、夜盗、強姦、横領等々の行為に対して、規則的に刑罰を課すことが出来なければ、社会生活の安寧は保てないであろうと彼は言っている。

損害賠償金の賦課がそうであると同様に、刑罰の賦課も個別的な事件において生じたことだけからでは正当化され得ない。一つ一つの刑罰というものは、社会的見地からすれば意味を持たないと彼は言う。それは、長い一つながりの鎖の輪としてのみ社会的効果を持つのであり、それこそが人間行為の基本ルールに対する敬意を保つ上で必要だといっているのである。

このルンドステッドの刑罰の予防的効果という見方は、大いに注目されるところであろう。単一の刑罰というのは、それが、後の類似事件にも繰り返し課せられるであろうと思えるほど理に叶ったものでない限り、予防的効果を持たないと彼は言う。刑罰を繰り返し賦課することが、刑法及びその維持を保証する権力と相まって、この予防的効果を確かなものとするというわけである。かくして、刑法から犯罪予防的効果が生じることになる。なお、この点では、ルンドステッドはフオイエルバッハと同じ立場にあったと言えよう。しか

し、ルンドステッドは、刑法の心理的效果について述べている点に於いてフオイエルバッハとは大きく立場を異にする。フオイエルバッハは、刑法が恐怖心を与える力を持つ点のみに注目した。これに対してルンドステッドは、この恐怖心を人が合法的に行為する上での大きな動機付けをなすものとは考えなかった。彼は、刑法が数百年に渡って存在してきたことが、人間の人格の奥深い部分にまで大きな影響を与えたとに違いないと考えた。数百年に渡る刑法の存在が人々の道徳意識を醸成したというわけである。そうしたことが首尾よく成し遂げられた時にのみ、刑法は真に効果的なものとなると彼は考えたのである。

ルンドステッドは言う。刑法を維持することの必要性というものは、その社会が求めるところに従って道徳観念を醸成し、それを一定の方向に導くことが必要と考えられるところから生まれて来るのである。と、尤も、彼は刑罰の使用を、社会的利益に適ったところまで減らすべきだとする考え方には賛成であったが、こうした方向に進み過ぎることについては、その危険性を指摘していた。

ルンドステッドが刑法に関して言わんとしたことは、おそらく彼の業績の中でも最大のウエイトを占めていたと考えられている。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做した。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し身に付け、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しては、法は、ただ紙の上に書かれただけのものではない。

我々のような法著述家は、抽象的諸原理からの論理的演繹を巧みに展開することに長けてはいない。しかし、法律上の諸々のルールの機能や目的について議論することには長けている。我々は、それらのルールを如何に適用すべきか、また如何にすればその役割を果たせしめることが出来るか、といった点について裁判官に示唆し得るだけのものを求めて研究を

れる。彼の業績は、この困難な問題に関心を持つ全ての者にとって細心の注意を払うに値するものであったと言えよう。ルンドステッドは、犯罪に関して法が果たすべき機能についての理解を深める上に於いて、極めて重要な貢献をなしたと私は思う。実際、こうした実践的問題は何処に於いても深刻である。現に、多くの国に於いて犯罪率の急激な上昇が見られる。生活水準の上昇しつつある工業化社会は、犯罪に對抗し得る社会を旨ざすことを容易ではないものとした。これとは逆に、欲求は増大し犯罪を犯す手段も複雑化した。

ルンドステッドの刑法観は、彼の母国でもしばしば言及されることである。このルンドステッドの刑法観が、立法上や司法上の実践に大いなる影響を及ぼすであろうことが期待されることである。ここスウェーデンでは、教育的その他の矯正的手段を推進したことから、刑罰が軽減され過ぎてしまった嫌いがある。これは、ルンドステッドによってあれほど力説された、刑法の予防的效果が軽視されたことを意味するものだと言わなければならない。

三 ルンドステッドは、社会目的を裁判官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

続けているのである。ただ、どうやら幾人かの法著述家たちは、社会目的に力点を起き過ぎてしまったようである。そして、その結果として、所与のルールの分析が無視されてしまったところも見られる。我々が先ずなすべきことは、法律上のルールが制定法や司法手続きの中に現れた際に、可能な限り素早くその実際の内容を確かめることである。若し、このことが注意深くなされなければ、不確かな要素が入り込むことになり、法著述家は、法の代わりに彼の私的な見解を唱えてしまうことになるであろう。

法学方法論については、これまで数多くの議論が重ねられてきた。様々に展開された議論について、これを公平に取り扱つにはいくどごしい説明が必要となるが、大まかに特徴づけるとすれば次のようになる。即ち、一方の側には、その存在が確認され得る限り法律上のルールに徹底的にこだわるものが望ましいと強調する人たちがおり、他方の側には、目標とされた社会目的こそが支配的な要因であると考ええる人たちがいるということである。

ヘーガーシュトレームの影響は、我が国の過去数十年間の法哲学上の著述の随所に見出される。フィンランドやノルウェーではヘーガーシュトレームは殆んど研究されなかった。しか

し、デンマークではアルフ・ロスが、伝統的諸概念を批判する際にその着想をヘーガーシュトレームから得ている。^(訳注)

ヘーガーシュトレームの批判的議論のかなりの部分が、暗黙の内に受け容れられている。彼の批判的議論は、若干の点に於いて他の学派の主張とも一致していた。今日の我が国では、誰も法を国家意思の表れであるとは考えない。尤も、法の性質に関するヘーガーシュトレームのその他の理論が、幅広く承認されたとは言えそうにない。しかし、一つだけヘーガーシュトレームの批判的議論が理解されることなく、むしろ大きな混乱を来してしまっただけである。権利・義務概念の分析がそれである。この点は見逃すことの出来ないところであろう。

権利・義務の概念は、法学が形而上学に止まる大きな原因と考えられてきた。そこでヘーガーシュトレームは、極めて自然な成り行きとして、彼の哲学上の仕事の大部分をこの問題の研究に費やしたのであった。ただ、ヘーガーシュトレームの導き出した結論は、殆どの法律家や哲学者たちを困惑させるものであった。権利・義務概念を用いることなくしては法学も法実践も一歩も進まないように思われていたにもかかわらず、ヘーガーシュトレームは権利・義務は何処にも存

在しないと主張したのであった。

ルンドステッドもまた、こうした概念を用いることを厳しく批判した。ところが、彼の著述物を読むと、彼が至る所で権利・義務について述べていることが判るのであるが、この点はどうにも説明されるのであろうか。ルンドステッドは単にラベルとして、従って伝統的形而上学に汚染されていない「権利」や「義務」という言葉を用いているのだと説明する。しかし、このことを理解するのは容易ではない。果たして、こうした言葉をこれまで通りの方法で用いることが實際上必要とされないなどと言えるであろうか。また若しそうであれば、ヘーガーシュトレームの批判的議論が見当違いであったことを意味することになるように思われるのであるが、果たしてそういうことなのであろうか。私には、やはりそうとは思われない。そこで次に、私の理解したところに従ってこの問題について簡単に説明してみたい。

も認めようとしなかった。それどころか彼らは挙って権利をそのような形のものとして理解することを否定した。また、私の見たところ、彼らの多くがヘーガーシュトレームのテーゼに不快感を抱いたのであった。

私には、この問題に対する答は次のようなものであったと理解される。即ち、神秘的な力といったようなものは実際には何処にも存在しない。我々は、そうした力に関する観念すらも持たない。「権利」という言葉は、何も内包しない単なる言葉である。例え、それが何かを内包すると信じられていたとしてもである。一定の状況の下で、とりわけ紛争の際などに、この言葉が用いられた時には、強さや力の感情がこれに伴うことになるが、これこそが力として定義づけられたものであった。権利という言葉は内包されると仮定された中で我々が得たと理解したものは、正にそうしたものであったと言えるのである。ヘーガーシュトレームの意図したことについては、次のように説明するのが最も正確であるように私には思われる。即ち、「権利」という言葉は、あたかも何らかの力を表しているかのように用いられているところがある。しかし、この力は幻想であり、その幻想は力に伴う感情から生み出されたものである。^{と。}

ここで一つの例を挙げて考えてみよう。ここでは所有権を取り上げてみたい。例えば、私が一軒の小さな家を所有し、そこに住んでいると仮定しよう。この場合、私が、その家とこれに付帯した庭に関する明瞭な観念を持っていることは言うまでもない。しかしながら、私とその家と庭の権利を持つ、ということが何を意味するのかということになると、私にははっきりとした観念を持ち得ているとは言えそうにない。私は、その家が間違いなく私のものであると強く確信しているかも知れないし、そのことが私には、地球は自転している主張されるのと同じくらいに明白なことにも思えるかも知れない。しかしながら、それでも私にはその家が私のものであるということが、何を意味するのかを明示することが出来ない。既に見たように、その家の所有が侵害された時には、国家が護ってくれるであろうといったことにこれを還元することは出来ない。なぜなら、私とその家の所有者であるからこそ、国家による保護を受ける資格が与えられている、と言わなければならぬからである。

私には、私とその家に対して何らかの力を持っているかのように感じさせられるところがある。そして、この力は国家による保護から生じた現実の力の先行条件のようにも思わせ

られる。しかし、この力は決して実際に捕捉され得るような類のものではない。そこにあるのは単に力の感情だけだからである。これが客観視されてしまっているのである。

議論を進めるために、「ここで、こうした分析がひと先ず正しいものと仮定してみよう。そうすると、問題は権利という言葉が実際上の目的のために用いられた場合の用いられ方、こうした結論とが矛盾しないかということになる。先に指摘したように、我々はこの言葉を用いることなく済ませることなど出来そうにない。若し、この言葉が全く何も含意しないということになった場合、このことは如何なる形で説明され得るのであろうか。

抽象的思索に止まる限りは、この問題に対する答に到達することは出来ないであろう。答に至る唯一可能な道は、権利という言葉が実際にどのように用いられているのかを観察しながら経験的に議論を進めて行くことである。

大まかに言えば、権利という言葉は三つの異なった領域に於いて広範囲に用いられている。その三つとは日常生活の領域と立法の領域、それに裁判の領域である。そこで先ず、日常生活の領域に於ける使用状況から検証してみることにしてしよう。

とを必要としているだけである。そうした言明が私の心と行動に影響を与える。そうした効果をもたらすために必要なことは、「これは他の人が所有権を持つ」といった言明と、それが他の誰かの所有物であることが人々を然るべく行動せしめる結果をもたらすのだとする考え方が心理的に結合することである。

そうした意味からしても、「権利」という言葉が何らかの事実を表わさなければならぬといったことは全くないと言えよう。それは、人々の感情と行動に影響を与えるという機能を持つ。それは、社会の中に相対的に一定の反応を引き起こすためのシグナルとしての役割を果たしている。そもそも社会を構成する人々には、一定の仕方では反応するよう条件づけられたところが見られる。「これは私が所有権を持つ」という言葉が、対象物に関する私の行動に対して青信号の如くに作用する。これとは逆に、「これはAが所有権を持つ」、或いは「私はその所有権を持たない」といった言葉は、赤信号の如くに作用する。これを我々は「権利」という言葉の行動主義的機能と呼ぶことにしたい。

ただ困ったことに「権利」という言葉は名詞である。そのため我々は、この言葉が何か実在するものを内包するかの

私が、自分の家の所有権を保持するという考えを持つと同時に、近隣の人たちは近隣の人たちで、それぞれに自分の家の所有者であるという考えを持つ時、そうしたことが、私の行動に顕著な影響を与えることになる。私は、法律の定めるところ、この場合には、私の隣人たちに對して迷惑な行為を為してはならないといった類の規定を守る限りは、私の家と庭とを好きなように自由に使って良いと感じておられる。また同時に、周囲の家の所有者たちは、彼らの家を使用することについて私が何らかの干渉することを私に差し控えさせることになる。私の家に対する他の人たちの行為もこれと同様の形で、つまり、彼らが私の家を使つことについて何らかの干渉することを常に差し控えるという形をとることになる。

ただ、ここで次の様に問われるかも知れない。つまり、権利が何らかの形で実在するものとして心に思い浮かべられるのは、権利概念のこうした機能の一つの表れではないのか。しかし、私にはやはりそうは思われない。私は単に、「これについては私が所有権を持つ」「私はその所有権を持たない」「あなたは他の人の権利を侵害してはいけません」といった言葉が私の耳に残るようにするために、こうした言葉を使うこ

ように考え、また、あたかもそうであるかの如くにこの言葉を用いてしまっている。しかしながら、名詞が行動主義的機能を持つてはならないとする理由は何処にもないのである。

さて、若しこうした説明が納得の得られるものであるということになれば、第二の、立法の領域でこうした言葉が用いられる理由を理解することは容易である。立法者は行動主義的機能を持った言葉を必要とする。立法者が目ざしているのは、社会生活の諸事実を記述することではなく、社会の構成員たちの行動に影響を与えることだからである。

第三の、裁判の領域に関しては、次の点に留意されなければならぬであろう。それは、裁判官たちの仕事というのは情報を分類することではなくして、判決を言い渡すことだということである。彼らは、現に在るところの権利に関する情報を与えることを任務としているわけではない。彼らが任務としているのは、問題の物件が原告のものであると宣言するか、若しくは原告の訴えを却下することによって所有権に関する争いに決着をつけることである。契約に関する争いの場合には、損害賠償請求を認めるか、若しくは請求を退ける、といったやり方で争いに決着をつけることである。裁判所は、証拠として示された諸事実と、これに関連した法律の内容と

をはっきりと提示することになる。何れにしても、裁判所の判決とは、ルールを課するものであって、争いが現にどういふ状況にあるのかを告げるものではないのである。

勿論、「権利」といふ言葉の行動主義的機能は種々の状況によって影響されるであらうが、中でも問題なのは次の二つの点である。

第一は、「これはAが所有権を持つ」といふ陳述は、それが真実を述べたものとして受け止められた場合にのみ心理的効果を發揮し得る、という点である。この陳述はあくまでも言葉によって命題の形で表わされたものである。そうした意味からしても、命題の相手方がこれを真実を述べたものとして受け止めない限り、はっきりとした効果をもたらすことが出来ないことになる。気まぐれとしか思われないうような権利主張は概して無視されることになる。(若し、その権利主張がよくあるように威嚇によってなされ、その結果として相手方が行動を差し控えたような場合には、そこに生じた効果はその陳述からではなく威嚇から生じたことになる)。右の点に関連して、前述の命題が真実を述べたものであるかどうかを検証することが出来るのだとする考え方も見られる。しかし、権利の存否は直接的な調査によって確かめることなど出

来ない。既に述べたように、権利とは事実の観察によってその存在が見極められ得るようなものではないからである。

ただ、法律に基づきながら一定の事実から推論することによって権利の存在を確認する方法があるとする考え方も見られる。確かに、法律論的に見れば、人は購入や贈与を通して一定の対象物の所有権を取得する。若し、AがBから或る物を買ったとすれば、Bに代って今度はAがその物に対する法律上の権利を取得したことになる。Aがその対象物の所有者となったというのは当を得た推論と考えられるのであり、またAは、彼が自らの所有権を失うといったことが事実として起こるまでは、その物の所有者であり続けると考えることは出来そうである。

なお、いわゆる陳述の心理的効果という観点からすれば、こうした推論が本当に正しいものである必要はない。正しいものとして受け止められているだけで十分である。ただ、実際には事実に関する場合にも、法の意図したところに関する場合にも、当事者間で受け止め方に不一致が生じることが考えられる。そうした場合には、誰が所有権を持つかを権威的に決定づけることの出来るような機会が与えられることが何よりも必要なことだと言わなければならないであろう。

権利という言葉の行動主義的機能に関する第二の問題点は、権利概念がその背後に圧倒的な力を必要としているという点である。権利が侵害されたり、所有物が修復されなければならぬなどといった場合には、刑罰や損害賠償といった形の制裁が必要とされるからである。これは決して、制裁の恐怖が唯一の動機づけ要素だということを言わんとするものではない。「これはAが所有権を持つ」といった類の陳述が、恐怖の要素とは関係なく、直接的な効果を發揮することは言うまでもないところである。ただ、若し多くの人々の権利が侵害されているにもかかわらず何らの制裁もなされないとこのことになれば、多分こうした効果は薄れることになるものと思われる。

我々の社会に於いては、ここに述べたような二つの点が問題となるようなことはなさそうである。我々の社会では、誰も権利を何らかの実体を表わしたのとして考えるようなことはしない。それ故、この言葉が内包を持たないと仮定して上で、この言葉の使われ方について説明することは十分に可能であるように思われるのである。

しかし、こうした結論づけに対しては異論が出されるかも知れない。仮に、「権利」といふ言葉が極めて重要な行動主義

的機能を持つとしても、この言葉は同時に情報、提供、機能も持つのではない。人々は、お互いに誰それがこれこれの物を所有しているとか、何かについて請求する資格を持っているといったことを話し合う。若し或る人が、私とAとが立っている目の前で、Aがその家の所有者だと告げたとすれば、これはある種の情報を私に伝えようとしたものと理解することが出来る。若し、「所有権」といふ言葉が内包を持たないというのであれば、何ゆえにそうした陳述によって右のような情報を与えることが出来るのであろうか、といった考え方がそれである。

こうした異論は如何にも重要な意味を持つように思われるところがある。ただ、これが適切な見方かどうかを判断する前に、「Aがこの家の所有者である」とする表現によって如何なる情報が私に伝えられるかについて注意深く説明されなければならぬであろう。果たして私は、Aとその家との間の何らかの現実的關係について伝えられたことになるのであるか。この点については、そなたは言えそうではない。否、むしろAとその家との現実的關係というのは、BやCやDとその家との関係と何ら異なるところがないと言わなければならないのである。というのも、Aはその家に住んでいる

かも知れないし、何らかの事情でその家の存在を知らされていなくとも知れない。Aはその家を管理しているかも知れない。しかしまた、Aが人格的に無能力であるか、若しくは法律上の能力に欠けるために、その家から排除されていることも考えられる。このように考えて行くと、「Aがその家の所有者である」と述べられたことから私が得る唯一の直接的情報とは、実はAがその家の所有者である、ということだけでしかないことになるのである。このことが、Aとその家との間に何らの現実的關係も見られないことを含意するのは言うまでもない。

しかし、それでもやはり、「Aがその家の所有者である」という情報は、私にとっては重要であるかも知れない。仮に、私がその家を買いたいと思つていたらとすれば、その時には、私の購入相手となる筈の所有者のことにして色々調べるであろう。しかし、若し我々が売買について了解に達した時には、私は単に、Aがその家の所有者であると知らされていたというだけで、Aに購入代金を支払うようなことはしない。私は彼の持つ権利証書を見たいと思つて普であるが、これが重要な点である。「Aがその家の所有者である」という情報は、その家に対する権原の最後の保有者を指し示すという機能を

持つ。そうした陳述が意味するのは、単にAがその家の所有者を持つということだけである。しかし、この陳述は、Aがその家の権原を保持しており、彼がその権原の最後の保有者であるということも推論させる。若し、その情報が正しいければ、その時にはAがその家の権原を保持しており、その家の最も最近の権原を保持している者は、彼以外にはいないと推論されることになる。

「AはXの所有者である」という文章の表面上の情報提供的機能というのはこうした形で説明される。この文章は、先に見たように、実際のところについては我々に何一つ教えてくれない。しかし、若し我々がそこに述べられたことを正しいと信じれば、四圍の状況に依拠しながら、この文章に基づいたあらゆる類の仮説を作り出すことが出来る。若し、その仮説が合理的な状況から作り出されたものであれば、その仮説が十分に有用であることも明らかとなる。実際、このような意味に於ける情報提供的機能ということであれば右の文章は大いなる重要性を持つことになる。

しかし、それにもかかわらず、まだ一つ疑問が残る。それは、若しAの所有者が、その家に対する実際上の関わりを何ら意味するものではないとすれば、「Aがその家の所有者であ

る」という陳述から果たしてどのような推論がなされ得るのであるか、というものである。この場合、Aの所有権とは、Aと家との何らかの關係。これはAがその家の権原を持っていない限りは生じ得ないものである。であることを前提しているように思われるのである。

しかし、この説明は、家に対するAの所有権が実際にはAが権原を持つことを前提とした、Aと家との關係であることとを必要とするものではない。ここでは、所有権とはそうした關係であると仮定されている、ことだけが必要とされるのである。我々の社会には、これとほぼ同様の状況が見出される。我々は、或る人が別の法律上の所有者から或る家を購入した場合には、購入した者がその家に対する真の所有権を獲得することが当然と考える。従つて、そうした前提に基づいて推論がなされることになる。我々は、あたかも法律が、例えば所有権と一定の事實の発生とを結びつける力を持っているかの如くに推論する。そのために、我々には、仮に「Aがその家の所有者である」とする陳述が正しいとなれば、何らかの事實が存在するに違いないと推論することが出来るように思えるのである。こうした思考方法が広く行われた時には、こうした推論が相対的に不変なものとなり、一定の条件の下で

は正しいものとして受け容れられることになる。

しかし、こうした推論には論理的推論とは言い難いところがある。本当のところは、単に権利・義務に関する一般的概念と、Aがある種の権利を持っているという觀念との間の心理的な結びつきが見られるだけである。我々の社会において、そうした結びつきが均一化している場合に、ルールと事実から権利・義務を存在せしめるような形の論理的推論が、個別の事例ごとになされるものとする幻想が生み出されるのである。実際には、単に一定の言語を規則正しく用いているというだけのことなのであるが、そのことが、ある種の行動を人々に印象づけるという機能を発揮するのである。そして、若し、そうしたすれば、必ずしもこうした言語を排除する必要はないことになる。それどころか、こうした言語は社会秩序を維持する上に於いて実に有用なものと考えることが出来るのである。

この最後の点は、我々の社会の実際的狀況にも大いに関係するところである。というのも、若し法律上の言語に関するこうした分析が正当なものであるということになれば、必然的に次のような問題が生じるからである。即ち、権利・義務が本当に存在するか、それらはかくかくの方法で創造され

るといった幻想を人々が抱くことが、実は法体系を機能させる上に於いて必要なことではないのか、という疑問がそれである。また、若し権利・義務概念の眞の性質が解明され、そのことが広く社会に浸透した時には、それらが果たす筈の行動主義的機能が著しく損なわれることになるのではないか、といった疑問も生じることになる^(原注7)。尤も、個人的には私はそのようには考えない。私は、権利・義務概念の眞の性質を理解することは、全体としては有益な効果を発揮することになるものと考ええる。しかし、この問題は実にデリケートである。この問題に関する議論をこのところから始めると、過熱し過ぎて極端な議論に発展しそつに思われてならない。

ここに提示した問題は、ある意味ではハート教授が教授就任講義で示した見解(本稿注1参照)と似たところがある。ただ重要なのはむしろ両者の相違点であろう。そのことをはっきりさせるために少しばかり補足しておきたい。

ハートは、法律用語が特異なものとなっている原因は、「重要な役割を果たしている法律用語を、一般に見られる方法、つまり現実的な対応物を求めるという形で定義しよ

うとする我々の無能力さにある」と述べている(同上就任講義録七頁以下)。この講義録では「権利」という言葉は「何らかの期待、若しくは力、或いは他の何かを記述したり表わしたりするものではない」(同一〇頁)とされている。ハートが「権利」のような言葉の第一の機能は何らかのものを表わしたり記述したりすることではない(同一二頁以下)と述べている点が重要であろう。そして、ここまでは見解が一致している。

ハートは更に、重要な役割を果たしている法律用語に特有の機能とは法律上の結論を表明するところにあると述べる。例えば「XはYから一九ポンドの支払いを受ける権利を持つ」という陳述がそれであるという。これはクリケットの試合で審判が宣言した「彼はアウトである」という陳述に相当する。こうした言葉は、法律上の結論を示す機能を持った文章の一部分として用いられた時のみ意味を持つ(同一頁)。こうした言葉を定義することは出来ない。しかし、どのような状況の下でその文章が眞実を述べたものとなるかについて明記することはできるとハートは言う(同一四頁)。

このハート理論については、第一に、次の点が指摘さ

れなければならないであろう。それは「権利」という言葉は「法律上の結論」を示すために用いられるものではないという点である。この言葉はまた、そうした結論が導き出されたルールを表わすためにも用いられるからである。第二に、一定の状況の下に於いては権利が認められるといった結論は、同様の状況の下にある者に対して権利を賦与するところのルールからも導き出され得るようにも思われるのである。

現に、ハートは権利を賦与するルールと、単に責務を課すルールとを区別している。権利に対応した義務を果たすという責務は、権利を持つと見做された人々の選択に委ねられることが法律によって規定されている、というのが前者のルールの特徴である(同一六頁)。このことから、権利が存在するかどうかに関する結論は、義務だけを課するルールからは導き出され得ないことになる。それは、権利を賦与するルールからのみ導き出されるのである。ハートが、どのような状況の下で「Xが権利を持つ」という陳述が眞実となるのかを明らかにしようと考えた時には、権利を賦与するルールによって明らかにされなければならないことになる。しかしハートはこれ

と反対の立場をとっている。彼は、義務を課すルールによってそうした状況を明らかにしようと骨折っているのである。「Xが権利を持つ」という陳述は、Yが実際の法体系に盛り込まれたルールに従って何かを為す責務を負うか、逆に、そうした行為を差し控えるといった状況、及びこうした責務がXか、Xのために行為する権限を授けられた幾人かの人たちの選択に委ねられることが、法律で規定されているような状況の下では眞実であると見做されると彼は言う(同一六頁)。ハートは明らかに循環を避けようとしている。この場合の義務というのは権利に対応する義務である。そこから結論が導き出され得るようなルールを、Xに権利を賦与するようなルールとして暗黙の内に仮定したようであるが、そこには明らかに循環が見られる。こうした考え方は、ただ単に、若し現実の法体系がこうした権利を彼に賦与したとすれば「XがYに対して権利を持つ」という文章は正しい、ということを言っているに過ぎないことになる。また、この場合には、Yはこれに対応した義務を持つということが付け加えられなければならないであろう。

ハートによれば、「義務」という言葉は「権利」という

言葉と同じ範疇に属する。それは何も表さないし何も述べていない(五頁)。しかし、若しそうであるとすれば、権利に関するどのような文章が正しいかを、義務に関する文章によって説明することは出来ないことになる。その逆もまた真である。権利・義務に関する文章については、全くその真偽を問うことが出来ないのである。我々はただ単に、例えば裁判官がそうした文章を表明した場合に、これが、そのような表明がなされるべき条件を述べたルールと矛盾していないかどうかを問えるだけである。

クリケットの試合中に、審判が或る選手について「彼はアウトである」と言った場合、この陳述が真か偽かを問うことは意味がない。審判がそのことを表明するまでその選手は「アウト」ではなかったのだから、審判は真実を述べたことになるなどと言うのは馬鹿げている。この場合には、審判が試合のルールに従って、「彼はアウトである」と言つべきだとする状況が認められたと言えるだけである。そうした表明がなされた際に重要なのは、なされた表明がルールに叶っていることである。これは選手と審判の行動がルールに基づいた正しいものである。

たことを意味する。若し選手がこの宣言を無視し、他の誰かがその選手に対して彼が「アウト」であることを教えた場合、いかにも事実を語っているように見えるが、実はそうではない。審判が「彼はアウトである」と言うことと、「審判があなたはアウトだと言った」と言うこととは同じではない。後者は審判の言ったことの反復であり、この場合の話し手の目的は選手にルールのことに気づかせ、彼がルール通りに行動すべきだということを確認させることにあるのである。

アルフ・ロスの見解にはハートと似たところが見られる(*Scandinavian Studies in Law* 一九五七年、一三九頁以下、特に一五〇頁の注七)。ロスは「権利」や「所有」「請求」といった言葉は、法律用語として用いられた場合には何の意味も持たないと主張する。即ち、それらは何らの意味論的引照をも持たず、表示技術としてのみ役立っているのだと主張するのである。そして、ハートと同じようにロスも権利・義務に関する陳述が正しいかどうか立証されなければならないとする先入観の下で骨折っている。これが大きな間違いである。

(本稿はポーランド科学アカデミーの招きにより一九五八年五月にワルシャワとクラカウで行なった二つの講演を手直して公にしたものである。)

【関係文献】

Axel Hagerstrom
Inquiries into the Nature of Law and Morals. Uppsala, 1953.
Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung, Vol. I-II. Uppsala 1927, 1941.
 Vilhelm Lundstedt
Legal Thinking Revised. Uppsala 1956.
 Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Vol. I-II. Uppsala & Leipzig 1932, 1936.
Law and Justice. Uppsala 1952.
 Law and Justice. A Criticism of the Method of Justice. (In the *Interpretations of Modern Legal Philosophers*. 1947)
 Karl Olivecrona
Law as Fact. Copenhagen 1939.
Law as Fact (In the *Interpretations of Modern Legal Philosophers*. 1947)
 Lester B. Orfield
A Survey of Scandinavian Legal Philosophy (*Wisconsin Law*

Review 1956 pp. 448 ff., 585 ff.) この論文では極めて優れた文献問題がなされてい

1 ハート教授は彼の教授就任講義「法理学に於ける定義と理論 (Definition and Theory in Jurisprudence)」(これは一九五四年の *Law Quarterly Review* に発表された、後に単著としても出版された) の中レーガーストリームと私の主張を引用しながら、我々が権利を「何らかの現実的なものとすることはなくして、観念的若しくは擬制的ないしは想像上の力」(同書、六頁) として捉えていると指摘している。また、そこでは、レーガーストリームの理論は擬制としての法人理論に相当するものとして特徴づけられている。我々は、時折「擬制としての力」といった表現方法を用いることがあるが、そのことがハートを誤解させたつもりである。例えば、サウニーに於いて著された法人理論によれば、「法人」とは国家によって創造された擬制的人格である。この理論は、単なる事実の世界とは別個独立したものととして考えられた法律上実在するべきならぬもののものについて説明するべきを求めたものである。しかし、レーガーストリームや私が、権利を擬制的な力であるとか観念的力、若しくは想像上の力、或いは神秘的な力と表現する場合には、「権利」が現れたものとして考えられているとこのことが、若しくは、それがこの言葉の背後にある観念の実際的内容であるべきを言わなくてはならないのである。我々が、「神秘的」と

「観念的」「擬制的」といった風に)多様な形で表現するのは、実は、権利の観念内容を適切に表示し得る言葉を見つけないことが出来ないからである。我々の理論と擬制的法人理論との間には「擬制的」という言葉以上の類似点はないのである。

2 ある意味では、ヘーガーシュトレームの見解と偉大なるポーランド及びロシアを代表する学者たるペトラジツキーの理論との間にはかなりの類似点が見出されると言えそうである。とはいえ、両者の間には極めて大きな相違点も見出されるのであるが、こつした点については哲学上の機関紙 *Theoria* (1948) に掲載された筆者の論文「法の社会学的説明は可能か (Is a Sociological Explanation of Law Possible?)」を参照されたい。当時のペトラジツキーの業績がロシア語という筆者の意のままにならない言語でしか著わされていなかったため、ペトラジツキーに関する筆者の説明は必然的に数多くの彼の後継者たち、即ちソロキン (Sorokin) サチャマセフ (Tchashneff) ギュルヴァッチ (Gurwitsch) ラセルソン (Larsen) それにメイエンデルフ (Meyendorff) などによって英語となされた説明に基づかざるを得なかった。その後、ペトラジツキーの二つの主要な業績の内、最も関係深い部分の英語版が「法と道徳：レオン・ペトロヴィッチ」(Law and Morality: Leon Petrazvski) と「ペトラジツキーの二十世紀法哲学叢書 (20th Century Legal Philosophy Series)」(Harvard U. P. から一九五五年に出版された。その編者ティマセフ博士) 彼の

貴重な著述『法社会学入門 (Introduction to the Sociology of Law, 1939)』が私の関心をペトラジツキーに向けさせたのであるが、は両者の見解が部分的に一致していることを指摘している。しかし、彼は続けて次のようにも述べている。「ウフサラ学派のメンバーたちは、直接的にペトラジツキーの業績に関心を向けていた訳ではなかった。尤も、このことはその一人であるオリヴェクローナをしてロシアとポーランドの中心人物たるペトラジツキーに関する長文の批評を書かせることを妨げるものではなかった」。これは貴重な情報源を注意深く検証しながらペトラジツキーの理論をとり上げて論評することに尽力した者に対する奇妙な歓迎の仕方である。門弟たち (つまりティマセフやその他の人たち) の説明が不正確だったのであるうか。それとも、この指摘はペトラジツキーの理論を議論の主題とすへきだということを含意したものであったのであろうか。出来ればペトラジツキー (とティマセフ博士) への私の批判に対抗した形でティマセフ博士の科学的議論を聞いてみたいところである。

3 筆者の以下の論文を参照されたい。「古代に於ける法律行為の呪術的性質について (Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen)」(*Bulletin de la société des lettres de Lund* 1956-57, 1)。

4 但しアクセル・ヘーガーシュトレーム『法と道徳の性質の研究』(Axel Hagerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, ed. by Olivecrona) 三―五頁以下に若干の記述が見られる。

5 英語で著わされたこの書物は、彼の死後の一九五六年に出版された。ここには彼の思想が集約されている。シエローム・ホール (Jerome Hall) は「合衆国に於ける法理学の現状」(The Present position of Jurisprudence in the United States, 44 *Virginia Law Review* p.322) と題した論文の中で、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のリアリズム (Keen Viking Realism)」をアルフ・ロスと共に「橋渡しした」と述べている。私には、アルフ・ロスがこつした指摘を認めるとは思えない。しかし、私に関して言えば、私はヘーガーシュトレームのゼミナールに何年間も興味を持って出席したし、ルンドステッドの著述物からも実に多くの着想を得ることが出来た。ルンドステッドは、研究面では教師振るようなところの見られない学者であった。

訳注 1 超自然的な力 (Supernatural Power) というのは如何にも奇妙な表現と言わざるを得ないが、こつした用語法の特異さについては本訳稿でも随所で論及されている。例えば本訳稿の注1を参照されたい。

訳注 2 呪術 (magic) というのもやはり奇妙な表現であるが、この点については本訳稿の三 (章) に於いて、そつした用語がスウェーデンの法律家たちに容易に理解されず、むしろ不快感を持たれたことなどが述べられている。念のため注記しておきたい。

訳注 3 ヘーガーシュトレームは法実証主義理論を悉く循環に陥つたものと見做したが、この点については例えば拙稿「アクセル・ヘーガーシュトレームの法理論―北欧法哲学研究覚え書き」(『名城法学』第五十巻別冊、二〇〇〇年十二月、一―十九頁)を参照されたい。

訳注 4 オリヴェクローナは別のところで Realism と Idealism とを対置させた議論を展開しているが、こつした議論の試みは正にここに述べられたような視点に基づいてなされたものであったと言えよう。彼は、「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」とするヘーガーシュトレームの主張を踏まえながら、自然法論と法実証主義理論の何れをも Idealism に帰属したものと見做し、これに Realism を対置させたのである。なお、この点についてはカール・オリヴェクローナ「Realism が Idealism が 法哲学の根本問題に関する若干の考察」(拙訳) (『名城法学』四九巻第一号、一六五―一八四頁)を参照されたい。

訳注 5 迷信的 (superstitious) というのも、彼らに特有の

表記であるが、おそらくルンドステッドは、権利・義務が実際には実体を伴わない(言い換えれば、対応する事実を持たない)言葉であるにもかかわらず、恰もそうであるかの如くに理解をされていることを強調するために、こうした表記を用いたものと理解される。なお、本訳稿三(章)および注一を参照されたい。

訳注6 ファンランドとの関係については、イヨルゲンセンが「とりわけファンランドに於いては……帝政ロシアに対して違法主義的態度を維持することが必要であったという政治的理由」から、厳格な概念主義的法律学が支配したため、第二次世界大戦後までリアリストイックな法律学の影響が及ぶことはなかった、と指摘している。(Stig Jørgensen, *Scandinavian Legal Philosophy, Plenary Main Papers and Commentaries*, The 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983, p.29)。また、アルフ・ロスの場合には、権利・義務批判の他に、法実証主義批判などについてもヘーガーシュトレームの強い影響が認められる。例えば Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence A Criticism of the Dualism in Law*, 1946, pp.53-75。なお、オリヴェクローナは本稿本文に於いて、ノルウェーの場合にはヘーガーシュトレームの研究が殆んどなされなかったと記しているが、この点は、イヨルゲンセンに

よるとオスロー大学のオウエール (Wilhelm Aubert, 1922-) やエッコフ (Torstein Eckhoff, 1916-) にかなり影響を与えたこととなる。イヨルゲンセン曰く、「オウエールはかなり早い段階に於いて、ウプサラ学派が理論の性質上、法律学を徐々に法社会学へと変化させることになる」という点に対して注意を喚起していた。オウエールは、彼の同僚のトルスタイン・エッコフと共に北欧の法社会学を創始したのであった。」(Jørgensen, *op. cit.*, p.38)。

訳注7 この点については拙稿(「権利の本質に関する若干の考察 ウプサラ学派の主張を手がかりにして」『名城法学』四六巻第二号、一九九六年、一五九頁。特に四八頁)でも同様の疑問を提示したことがある。ただ、迂闊にもこの時はオリヴェクローナのこの部分の記述を読み過してしまっていたため、あくまでも訳者自身の抱いた素朴な疑問として提示したのであるが、そうした意味では、この種の疑問はウプサラの発想に接する程に自然に生じてくるもののようにも思われる。何れにしても、今回、改めてこうした記述に接し、権利・義務批判の孕むディレンマを再認識した次第である。

訳注8 本書については次の翻訳がある。カール・オリヴェクローナ『事実としての法』(碧海純一・太田知行・佐

藤節子訳) 勁草書房一九六九年。オリヴェクローナは本書の中で(特に第三章に於いて)独自の権利論を展開している。

訳注9 オフフィールドはインディアナ大学教授をつとめた学者である。なお、彼はこの論文に先駆けて著書

The Growth of Scandinavian Law (Temple University Publication, 1953) を出版している。内容的にはこの著書の方が遥かに詳細に記述されている。

「訳者あとがき」

本稿は、スウェーデンのルンド大学教授をつとめたカール・オリヴェクローナ (Karl Olivecrona, 1897-1980) の論文『The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt, in *Scandinavian Studies in Law*, Vol.3, 1959 の全訳である。オリヴェクローナ自身が論文の最後のところに記しているように、この論文は一九五八年五月にポーランド科学アカデミー (Polish Academy of Sciences) の招きによりワルシャワとクラカウで行なわれた二つの講演をもとにして纏められたものである。論文が発表された *Scandinavian Studies in Law* は、ストックホルム大学を中心に設立されたストックホルム北欧法研究所 (Stockholm Institute for Scandinavian Law) か

ら発刊されている英語圏向けの研究年報である。訳出するに当たっては、原文がイタリック表記の部分については傍点を付し、引用符が用いられた箇所については力ギ括弧を付した。また必要と思われたところには訳注を付けた。

この論文については、訳者自身これまで機会あることに参照してきた。必要と思われた箇所については数行にわたって翻訳引用したこともある。今回、全文の翻訳を考えたのもそうした経緯による。

ウプサラ学派の創始者は他ならないアクセル・ヘーガーシュトレームであるが、このヘーガーシュトレームのウプサラ大学に於ける若き同僚であり後継者の一人でもあった人物がヴィルヘルム・ルンドステッドである。彼は、元来は伝統的立場にあったがヘーガーシュトレームとの交流を深める程に、徐々にヘーガーシュトレームに傾倒し、遂にはウプサラ学派の中でも最もラディカルな法理論を展開するに至っている。(この点は本稿でも言及されているところである)。本稿の著者カール・オリヴェクローナが、ヘーガーシュトレームに最も近い弟子であったことについては周知のことである。

このウプサラ学派の代表的理論としては、権利論批判と法実証主義批判の二つを挙げる事が出来る。前者は、権利概

訳 翻

念に特有の性質を彼ら独特の視点から分析説明したものであるが、本稿は正にそうした試みの一つとして著されたものである。また後者は、法実証主義理論の循環的性質を分析説明したものであり、本稿の著者オリヴェクローナも別のところでのこの点を明快に論じているが、この文献についても訳出を試みたことがある（本稿、訳注4参照）。併せて参照頂ければ幸いである。