

アルフ・ロスと法社会学

イオルゲン・ダルベルグ・ラルセン 著
出水 忠 勝(訳)

- 1 はじめに
- 2 法社会学と社会科学に関するロスの考え方について
- 3 司法行動に関するロスの考え方について
- 4 法の効力に関するロスの考え方について
- 5 結び
- 1 はじめに

ジェス・ジャラップ教授が北欧のリーガル・リアリズムに関する偉大なエキスパートの一人であることは疑問の余地のないところであろう。一九七〇年代以降、今日に至るまでの

間に、彼はこの学派の理論に関する数多くの著書や論文を著してきた¹⁾。但し、その著述は専ら、この学派とその主要理論に対する手厳しい批判で占められている。ジャラップ教授の一連の著述に於ける主たる批判対象は何と云ってもヘーガーシュトリーム教授であったが、同時に彼は、デンマークの法理論家アルフ・ロスについても多くのことを書いている。ロスは、或る時期のデンマークに於ける法律学に対して極めて大きな影響を与えた人物として知られるところである。

ジャラップによれば、ロスは、他の北欧のリアリストたちと同様に、可なり歪曲された法の性質に関する見方——その大部分が彼らの依拠した科学概念に帰することの出来るもの

であったが——を提示している。ロスは、現行法に関する学問を、実際に社会心理学的な学問に変えるために様々な試みをなしたとジャラップは考える。ジャラップによれば、そうした形の学問研究が可能な分野は確かに存在するが、ロスの場合は、自らが依拠した帰結を自らのものとすることに失敗している。彼は、例えば、裁判官を動機づけている一切の要素を考慮に含めるために、司法過程に関する系統立った研究を推進するといったことが出来なかつたのである。

ジャラップは、ロスを法哲学者ではなく法社会学者であつたと考えるべきではないかと指摘しているのであるが、こうした点を踏まえながら、以下のところでは、法社会学および法社会学上の多様な論点に関するロスの見解について論じてみたいと考える。

先ず次節では、法律学の一分野としての法社会学と社会科学に関するロスの見解について述べてみたい。これに続く二つの節では、ロスが大きな関心を示した二つの法社会学上の課題について論じる。その一つが、司法行動をどのように理解すべきかという点に関する議論である。これは現行法の内容に関する陳述を如何に検証すべきかという、ロスの法理論の中でも決定的と言つてよいほどに大きな意味を持った課題

である。今一つは、立法の効果に関する問題であるが、これはロスによれば、法政策学の領域に於いて中心的役割を果たすべきものである。

こうした点について論じるに際して、何といつても注目されるのが、ロスが一九五〇年代に於いて、どのような考え方をしていたかという点であろう。なぜなら、法社会学の性質や役割に関する彼の考え方が明示されたのがこの時期であり、また、北欧の法社会学が決定的なまでの発展を遂げたのもこの時期だつたからである。右の理由から、この時期のロスについて論評した幾つかの北欧法社会学関係の文献にも言及してみることにはしたい。そうした中にこそ、ロスの法社会学者としての側面に関する議論が含まれていると考えられるからである。結びのところでは、ロスの法社会学に対する見解について、今日的な視点から概括的に評論してみたい。

2 法社会学と社会科学に関するロスの考え方について

アルフ・ロスの法哲学上の最大の業績が一九五三年に出版された『法と正義』について (*Om ret og retfærdighed*)⁽²⁾ である。

あることは言つてもない。本書は一九五八年に若干改訂された形で *On Law and Justice* というタイトルで英語に翻訳して出版された。この本の中では、法律学が二つの分野に分けられている。その一つが法教義学若しくは狭義の法律学と呼ばれる分野であり、ここでは、『法規範』が主たる研究対象とされている。今一つが法社会学であり、ここでは、『現に機能している法』が主たる研究対象とされる。ロスによれば、『現に機能している法』と、『法規範』とは「それぞれが独立して存在する領域ではなく、同一の現実の異なる側面である」⁽³⁾。彼は、この二つの領域は「相互に他方を前提した二つの視点」として捉えることが出来ると確信していたのである。加えて彼は次のように指摘している。「法の教義学的研究は決して法社会学から分離され得ない。教義学的研究がイデオロギーに関心を持つのに対して、法社会学は一貫して社会現実からの抽出に関心を持つのである」⁽⁴⁾。

ロスは、法社会学を法律学の中でも最も中心的なところに位置したものと見なしたのであるが、同時に彼は次のようにも述べている。「科学の一分野としての法社会学は、まだ始まつたばかりの未成熟な学問であるため、それがどのような問題に関わるものであるのかについて述べることは容易ではない」⁽⁵⁾。

今日の時点に於いて、法社会学が全く新しい、そして未成熟な学問であると言えるかどうかについては議論の余地があるが、当時の北欧諸国に於いては、法社会学が正に発展途上にあつたことだけは確かである。『法と正義』について⁽⁶⁾ のデ・ンマーク語版の中で、ロスは、ノルウエーのヴィルヘルム・オウエルルによつて一九四八年に著わされた論文——これは主としてアメリカの法社会学関係の文献を引用しながら法社会学の主たる課題について概説したものである——に言及している⁽⁷⁾。

またロスは、『現に機能している法』の中に、変わることはない相関関係を見出すこと⁽⁸⁾ が法社会学の目的であるとも書いており、当時、まだ殆ど形を成していなかつたこの学問分野を注意深く幾つかの部門に分けていた。彼は、基礎的法社会学——これは一般的部分で構成されるが無数の専門化された部分もその中に含まれる——と応用法社会学——これは「応用科学と同様に実践的諸問題から抽出され用意された研究分野を持つ」——とを区分したのであつた。この点に関連して彼は、とりわけ「立法上の実践的諸問題にとつて重要な」法の及ぼす影響について研究することの意義を説いている⁽⁹⁾。

後に見るように、ロスの法社会学に関する説明には論理実証主義的科学的痕跡が見出される。そうした観点からロスは、科学の全ての部門が自然科学を基本とした一つの統一された科学の一部分を構成するものと考えたのであった。こうしたロスの考え方からすれば、その大半が、人間性の理念や、理論的にも方法論的にも科学的研究のための独特の形式が必要とされるような研究対象としての社会といった考え方に基礎づけられた法社会学を想像するのは容易ではないことになる。

ロスは、厳密な経験的研究方法を用いれば、法と社会に関わる諸現象の中に——例えば、それが、司法行動を決定づける諸要素に関する問題であろうが、或いは法の社会的効力の問題であろうが——時間空間と切り離された不変的な相関関係を見出す事が出来ると考えていたようである。彼のこうした考え方は、彼と同時代の社会学者たち、例えばジョージ・A・ルンドバークによって論理実証主義理論に基づいて展開された理論と一致する。

こうした科学観の下に、ロスは——丁度、彼と考えを共有する人達がそうであったように——一九世紀以来の社会科学に関する伝統的考え方を悉く拒絶したのであった。この点に

彼の著書『法と正義について』の中の随所に見出されることである。彼は、彼の時代に展開された一切の一般理論を退けたのであるが、中でも彼はマルキシズムを経済上の歴史主義と呼び、法学上の歴史学派よりも劣つたものとして批判した¹⁵⁾。

ロスは、自らの好まない理論に対して否定的な呼称を創り出す才に長けていたが、この点は社会科学に対してもそうであった。例えば彼は、機能主義的法理論の確立をめざした多様な試みを、偽りの自然法、或いは隠れた自然法と形容した。ロス・ワールドに於いては、おそらく、これが想定し得る中で最も否定的な呼称だったようである。

先に触れたように、ヴィルヘルム・オヴェールは、北欧に於ける初期の法社会学者の一人であった。彼は、既に一九四〇年代に於いて、理論レベルに於ける法社会学上の諸問題の研究に専念していた。一九五〇年代に、北欧に於いて具体的な形で法社会学研究が始められた際に推進力の役割を果たした中の一人が彼であった。とりわけ一九五四年以降は、自らの著書『刑罰の社会的機能 (*Om straffens sociale funktion*)』——これについてはロスが同年に長文の論文を通してこれを論評している——に於いてもこれを支持したのであった。口

又は、若手の研究者たちが、法社会学の可能性を信じ、またマニフェストだけでは満足できないことに共感を示しつつ、自らの考え方を振り返る形でこの著書の評論を試みた。その中でロスは、残念なことに自分は無為に契約を満たす証拠ばかりを探し求めて来たと言き記している。そうした証拠によって現行法の影響に関する評価を、秩序だった経験的観察に基づいた知識に置き換え得るものと考えていたからである。

ともあれ、オヴェールのこの著書もまた、——控えめに言ったとしても——ロスにとっては大変失望させられるものであったことになる。ロスによれば、この著書には通常の経験的研究が著しく欠如している。その代りに、この著書では、ある種の馬鹿げた仮説——例えば、家族の中での対立を回避するために構造上必要とされる点に言及しながら近親相姦の禁止を説くといったもの——が提示されているというのである。

ロスがオヴェールの著書について、理論的陳述を経験的に維持することに失敗していると批判した点は理解出来よう。しかし、そこから機能主義者たちの説くところを全て拒絶するに至るまでの道のりは遠いと言わざるを得ない。

北欧の法社会学の中ではセオドア・カイガーは卓越した地

位にある。彼は一九三〇年代にドイツからデンマークに来た。そして一九四七年に、彼は法社会学理論に関する大著『法社会学に関する予備的研究』を著したが、この著書は一九五〇年にロスによって論評されている¹⁶⁾。ロスは、オヴェールよりもこのカイガーの方が幾許かは見るべきところがあったとしている。しかしロスは、カイガーが法の概念を恐怖により決められた制裁を一方的に志向したものと見なしたことに對して、また、その根底にある権威のイデオロギー的受容に基礎づけられた力の受容を無視したことについて、これを致命的な誤解であったと主張している。ロスによれば、このイデオロギー的な力の受容こそが、市民が法を受け容れる上に於いて、また市民が法を遵守する上に於いて、重要な意味を持つと言わなければならないからである。

しかしながら、ロスが——ロスの言うところによれば——法理論というものはいつの場合にも、しっかりとした経験的研究に支えられていなければならないとする考え方を心に留めることで、これまでの理論に取って代わるべきものとしての自らの理論に対する注意を引きつけることによって、カイガーの考え方に對する厳しい批判を平準化しようとしたのは少し逆説的であるように思われる。実際のところは、口

又は彼自身の考え方を経験的にしつかりと支えるようなものについて何一つ言及してしない。ロスの考え方は、通常の常識的な知識の形として分類され得るものである。もっと正確に言えば、それは経験的に基礎づけられた真の知識によって取って代わられて然るべきものである。

こうした点を別とすれば、ロスは、ガイガーの著書を法社会学に対して大いなる貢献をなしたものとしている。残念ながら、ガイガーは法理論や法律学に関する知識を十分に持ち合わせなかったとは言え、鋭い考察を試みた社会学者の一人であったと評価しているのである。ロスによれば、こうしたガイガーに見られた限界が、自らをして法律学に特有の問題に安易に言及することを躊躇させたのであった。¹⁹⁾一九五〇年以降のロスの著述は、次のような考え方、即ち、法社会学と法教義学との間には密接な関係があるものの、法教義学上の問題と法社会学上の問題との間には乗り越え難い差異がある、とする考え方の下に書き著されていると理解してよいであろうが、このことは、基本的な法の概念定義はこれら二つの分野に於いて同じようなやり方ではなされ得ないことを意味する。従って、適切な法社会学的定义は適切な法律学的(法教義学的)定義でもあるというのが、正にガイガーの主張

厳密な方法による検証が可能な現行法に関する言明を創出することである。右の理由からロスは、こうした言明を検証するための確かな基盤を見出すことが必要と考えた。そして周知のように、彼は裁判官の行動をそうしたものを見なしたのであった。しかしながら、ロスは、現行法に関する言明を司法行動に係したものは考えなかった。むしろ逆に、そうした言明は規範に関わるものであると考えた。そして彼は、この規範の内容は時間空間の中に現れることのない、またそれゆえに、自然科学をモデルとして形成された科学で以てしては研究され得ないようなイデオロギー的現象として考えられるべきだとしたのであった。しかしながら、規範というものが裁判官によって判決の中に採り入れられることによって、現実的且つ具体的な表明の形で現実世界の中に現れるものであるという事実を以てすれば、厳密な意味での科学的基盤に基づいて法規範の内容を評論することは可能だと言わなければならない。つまり、現行法に関する言明についてロスによって試みられた説明の基礎をなしているのは、将来の司法行動を引き合いに出すことによって、現行法の内容に関する公平で信頼に足る意見を表明することは實際上可能であるとする考え方だということになるのである。しかし、若しそうであ

したところであったが、こうしたことがロスを憤慨せしめたわけである。

法教義学に関するロスの考え方について、これ以上論及することは本稿の意図するところではないが、ここでは次の点だけ指摘しておきたい。それは、科学的研究をめざした多くの研究者たちが、ロスを、伝統的法教義学を社会心理学的若しくは法社会学的研究に取って代えようとした法理論家と見ているということである。²⁰⁾ロス自身は、単に伝統的法教義学の科学的性質に関する新たな、そして一層満足出来るような説明を試みたに過ぎないと考えていたのであるが。

3 司法行動に関するロスの考え方について

ロスの法社会学に対する貢献が、裁判官の行動の背後に見出される諸要素に関する彼の考え方にあったことは疑問の余地のないところであろう。司法行動の理解はロスの法哲学の核心をなすが、これについては法律学の基本的性質に関する理論であったと定義つけてよいであろう。

ロスの考えるところによれば、法律学の主たる任務とは、他の全ての科学的言明がそうであるのと全く同じ様にして、

るとすれば、裁判官はすべからず判決を下す際には唯一且つ同一の要素に影響されなければならないことになる。そして、ロスによれば、この唯一且つ同一の要素こそが、全ての裁判官によって彼ら自身のイデオロギーの一部として採り入れられた共有的イデオロギーとなり得るのである。

これが司法行動に関するロス理論の主な内容である。しかしながら、次のようなこと、つまり、ロスもまた他の理論家たち同様、裁判官が自らの判断を下す際に作用するその他の要素に言及していることが問題を複雑にしている。こうしたものは判決理由(ratio decidendi)の中に公然と示されることがない。そうしたところからロスは、判決理由についてはこれを「判決の客観性の信念を支えるために企てられた見せかけ」と特徴づけたのであった。²¹⁾

以上のところからすれば次の点だけは確かだと言えそうである。それはロスが、一方に於いて、現行法に関する言明の検証に必要と考えられたものとしての司法行動を説明するための要素として、裁判官たちによって共有されているイデオロギーを決定的なまでに重要視しながらも、他方に於いて、アメリカのリアリズム法学を代表する人たちと歩調を合わせながら、司法行動とは、個々の裁判官によって大きく異なる

ような諸要素の複合体として説明され得るとする考え方を受け入れていたということである。

裁判官が共有するイデオロギーに関するロスの社会学的理論は、法学上の言明に関する彼の考え方の中でも最も重要な部分だと言える。ただ、既に述べたところからも判るように、これは、如何なる科学の中に於いても用いられるべきものとして彼が提示した指針に沿って真剣に検証を試みられることになかった理論でもある。原則的には、この理論を更なる科学的検証に附することは可能であろう。しかしながらロス自身は、そうした作業に携わる必要はないと感じていたようである。その代わりに彼は、例えば法源について説明することによって、多様な領域に於ける共有的イデオロギーの内容を更に明確なものとすることをめざした。彼はこの法源を、裁判官が共有する規範的イデオロギーについて、具体的に説明してくれるものと考えたのであった。⁽²³⁾

初期のアメリカの法社会学に於いては、次のような理由から、とりわけ司法行動の研究が主要な課題とされた。その第一は、丁度アメリカの裁判所が大きな政治的影響力を持つのと同時に、こうした課題がアメリカ合衆国に於いては大きな政治的影響力を持ったことである。また、合衆国では、司法

行動というものは、決して裁判官が共有する法律上のイデオロギーなどからは説明され得ないと考えられていることも、この司法行動が研究課題とされた理由だと言えよう。この点は、とりわけ裁判官の間で意見の相違が見られるような事件の場合に明白である。意見の不一致が見られた判例の研究を通して、類似した事例では幾人かの裁判官が決まったように同じような考え方をし、残りの裁判官たちもまた同じように別の考え方をすることが明らかにされたのであった。司法行動の研究が主要な課題とされた二つ目の理由は、論理実証主義、およびこれと同等の重要性を持った類似の学派——例えば一九二〇年代から一九五〇年代にかけての法社会学——に於いて助長されたところの、科学的であることへの欲求に見合った形の研究が推進されたことである。⁽²⁴⁾

しかしながら、アメリカに於ける司法行動の研究に於いては、法が如何に適用されるべきかという点に関して、裁判官たちが共通した考えを持つといった状況が数多く見られたにもかかわらず、事実上こうした点が無視された。ロスの理論が価値あるものとして役立つたのはこうした点に於いてであった。ロスもこの点が自らの理論にとって重要な意味を持つことを認めており、また、自分以外の者たちが彼らの法社会学

的理論をさまざまに展開させた際に、この点を欠落しているとしてしばしばこれを批判しているほどである。尤も、ロスの理論がこの点に関して何らの経験的基盤をも提示していないことは認められなければならないであろう。況んや、意見の相違が見られるような司法行動——これが実際の経験的研究の基盤を形成しているのであるが——に於いて、どのような要素が決定的役割を果たすのかといった点について明確に定式化された仮説も提示されていない。⁽²⁵⁾

こうしたところが社会科学の観点からする司法行動に関するロスの見解のあらましである。ロスは、何が現行法であるかを決する際には、司法行動が重要な意味を持つことを力説したのであるが、これが若手の法社会学研究者を大いに鼓舞することとなり、後に、彼ら若手研究者たちが北欧法社会学に於いて先駆者的役割を果たすこととなったのであった。⁽²⁶⁾ その好例がベルナー・ゴールドシュミットであろう。彼は、デンマークに於いて初めて大掛かりな経験的で法社会学的な研究を試みた。⁽²⁷⁾ 彼が課題としたのは、グリーンランドに於ける慣習法であった。彼は、グリーンランドに於いて裁判官がどのような役割を果たしているかといった点、および、どのようなことが一般的な意味での司法行動に影響を及ぼしている

のかといった点について明確化することに関心を持っていた。ゴールドシュミットは法源に関するロスの説明に刺激を受けていた。ゴールドシュミットは文化的伝統がそれにあたるものと考え、グリーンランドに於いてはそうしたものが顕著な役割を果たしていると仮定した。彼は、自らの著書『司法行動 (Rettig adferd)』の中で、司法行動を形づくっている諸要素に関する一般理論を打ち立てたが、これについてはグリーンランドに於ける経験的研究を通して検証されたのであった。ゴールドシュミットのこの著書については一九五七年にロスがこれを論評している。⁽²⁸⁾ ロスにとっては、法社会学に於けるこうした新たな研究結果は失望を禁じ得ないものであった。それは、一つには、ゴールドシュミットが法律上の権威を定義する際に、権威当局が法律上の制裁の形で物理的な力を使用する可能性について十分な重要性を与えなかったことが、ロスにとっては嘆かわしいことであったことによる。加えてゴールドシュミットが、権威当局の行動を理解する上に於いて、社会的圧力が不可欠な要素をなしていることを明らかにしたことも、ロスにとっては不満な点であった。ロスから見れば、ゴールドシュミットは、権威当局の行動を説明するための要素としての権威当局の側に共通した規範的態度にもつ

と重要性を賦与すべきであつたと言えたからである。

ゴールドシュミットの研究が批判を受け易いものであつたことは否めないところであろう。ただ、ロスがゴールドシュミットの考え方の中でも、自らの考え方と一致しなかつた点に目立つた形で批判の矛先を向けていたことは確かかなようである。ロスは、何が司法行動を決定づけるかといった点については、それが現代西洋の法体系であるのがグリーンランドの慣習法であろうが、同じような考え方が当てはまり、同じような結論に到達すべきであると考えていたようである。尤も、このことは、経験的社会調査の結果に照らして自らの考え方を修正するといった点について、ロスが何か実際に關心を持つていたということの意味するものではない。なお、書評の最後のところでは、ロスは、このゴールドシュミットの著書をグリーンランドに於ける立法と行政にとつて本質的な条件に関する貴重な観察と分析を提示したものであるとしてこれを賞賛している。

司法行動によつて經驗的に検証可能なものとされた現行法に関するロスの見解は、その後、ノルウエーのハンス・ピーター・グレーバー (Hans Peter Graver) に影響を与えている²⁶⁾。グレーバーは、一國の法の在り方を、単一の体系として

のであるがゆえに、彼がそれを放棄したと考えることは困難だからである。

従つて正確に言えば、それは裁判官の共有するイデオロギー——これこそロスが法体系を単一の經驗的基盤から成るものと考えべく構成したものであつたが——について、ロスの視点に立つて提示されたところの確証のない仮説であるということになる。ロスは、グリーンランドについても決してこうした基盤を見出すことを諦めてはいなかつたのである。グレーバーによつて研究されたような北欧に於ける法律問題についても、おそらく同じような見方をしていたものと考えられるのである。

4 法の効力に関するロスの考え方について

第二節でも述べたように、ロスの法社会学の定義には、彼が応用法社会学と呼んだカテゴリーが含まれている。こうしたカテゴリーの中で、彼は法の社会学的研究を極めて重要なものと考へたのであつた。ロスによれば、法政策学の伝統的形式は科学的研究には適さないがゆえに、法社会学に基礎づけられた法政策学に取つて代えられなければならない。ロス

ではなく、相互に重なり合つた法秩序の総体として見ようとする形の議論を展開した。法に関するこうした考え方は法多元主義²⁷⁾によつて特徴づけられるが、これがノルウエーに於ける住宅法の適用に関する研究を進める際に、彼を純粹に經驗的に動機づけたのであつた。彼は、この法律には、様々なタイプの権威当局によつて適用された際に一定の相違が見られることを知つたのであつた。裁判所は、法の状態を一定の方向に決定づけるが、中央の行政当局や地方の行政団体などもまた、これとは異なつた形で法を適用する。また、中央の行政当局間の法の適用が異なるのと同様に、地方の行政団体の間でも互いに相違しているといつのである。

グレーバーによれば、經驗的事実とは、司法行動についてのロスの見方が、若し、法を適用する全ての所管当局を含むまでに拡大された時に、最早、国家法を一つの統一体とみなすことが困難であるようなものである。

グレーバーの新たな「現実主義的」な法についての考え方は、論理的にはロスの考え方を引き継いだもののように思われる。ただ、ロスが、そのことを認めただかどうかは極めて疑問である。なぜなら、体系的統一体としての現行法という考え方は、法に関するロスの考え方にとつて極めて基本的なものであつた。

は、法律学に於けるこうした部門に関する彼の考えを次のように述べている。

「例えば医学や農学、或いは橋梁建築学が、それぞれに固有の目的との關係に於いて組織化されているのと同じように、法政策学の特質を、その固有の目的の中に見出すことは出来ない。法政策学の特質は法政策学に特有の一つの纏まつた知識——これは、社会的諸問題の解決のために法の技術が用いられるや否やその目的とは無關係に関わりを持つことになるものである——によつて条件づけられなければならないのである。こうした一連の知識は法の規範的機能と人間行動の間の因果的關係に関する法社会学的知识の中にのみ見出され得るものである。この点については次のようにも言えよう。即ち、それは法的制裁装置の人間行動への影響の可能性に関する法社会学的知识の中に見出され得るものなのである」と²⁸⁾。

私見によれば、ここでロスが言わんとしたのは、法社会学にとつては、理論と実践の両面に於いて、調査研究というものが極めて重要な意味を持つということであつたように思われる。法の社会的効果の研究は、社会を統制するものとしての法の重要性に関する、計り知れない程に貴重な知識をもた

らずであろう。そうした知識は、法の性質に関するこれまで以上に現実的な考え方——例えば何が人々をして法に従わしめたり違反せしめたりするのかといったこと——を理解する上での基礎的知識として、純粹に理論的な意味に於ける重要性を持ち得るのである。またロスが指摘したように、そうした知識は、立法に携わる人々たちにとっても実際的な重要性を持ち得ることになる。立法者たちは、意図された効果を実際に発揮すると同時に、決してマイナスの効果をもたらすことのないような法律を作ることに関心を持つはずだからである。

調査研究に関するこうしたロスの説明には幾つかの重要な問題が含まれている。その第一は、ロスにとつての科学が、市民の行為に対して法が実際に効力を及ぼしているかどうかに関する研究のみ向けられたものであったということである。ロスのいう科学は、決して法の目的が実際に達せられていくかどうかを明らかにすることに向けられることはなかったのである。そのことから、次のようなこと、つまり仮に市民が法に従っていたとしても、その法がまだ期待されただけの効果を発揮していないといったことがしばしば判明することになる。そのために、期待された結果をもたらさずとして

誤った手段が用いられてしまうこと——つまり市民の行動の統制——もあり得ることになる。³³ そうしたことは、現実の生活に於いてはよく起こることである。また、法の効力の問題が、単に市民の法に対する敬意を如何にして獲得するかといった問題となるだけでなく、そのために必要な情報を如何にして有用なものとするか、それに関連した制度を如何にして創り上げるか、更には法を適用できる人材を如何にして育成するかといった問題となることもしばしば見られることになる。

言い換えれば、効力ある法を作ることには、市民の行為を統制すること以外の数多くの要素が含まれることが含意されているということである。また、法との関係に於いて市民を適切に行動せしめるためには、ロスによって言及されたような法的制裁装置に依存するよりも、もっと多様な手段がしばしば必要とされるといふことである。

また更に、ウイルヘルム・オヴェールが指摘しているように、現代福祉国家に於ける法の多くは、少なくとも第一義的には、通常言われるところの法的制裁装置——即ち裁判所、警察、それに刑務所——によって支えられたルールとはみなされ得ない。それどころか、それらの法は、例えば社会法分

野に於ける場合のように、市民に対する政府の積極的介入によって裁可したものを分配するといった形で機能しているのである。³⁴

先に述べたように、ロスは法社会学のこうした側面を、特定の利用者の用に供する応用科学と見た。経験的研究を鼓舞するためには、こうした分野に於いて一層一般的な法社会学的理論を発展させることが重要であると言わなければならないが、彼はその点を過小評価していたようである。こうした研究分野に於いて明確に立証されたところからも判るように、一般理論というものは、長期間に渡る法的統制による、恐らくは意図されなかったような結果について、しばしば人々を刮目させるものである。こうした統制の結果については、後に経験的に検証することが可能であるし、またそれは、實際上、法社会学をめざすための基盤を創り出すことにもなるのである。

ロスにとつて極めて重要な意味を持った調査研究に関して言えば、北欧法社会学史上、最初に著された膨大な経験的研究の一つが、一九五二年にオヴェールやエッコフによって著された『法を照らすもの (*En lov i s kelyset*)』である。³⁵ ここで、家庭ヘルパーに関するノルウェーの立法の効果に関する

の研究がなされたが、翌年の一九五三年に、ロスがこのパイオニア的業績について評論している。予想通りロスは、法社会学に於ける若きパイオニアたちに共感を示しつつも、専らそこに示された帰結に対する批判を展開したのであった。ロスは、この比較的短い評論の中で、特に次の二点について批判した。その第一は、こうした研究は、若しその目的が法の効果の一般的理解を得ることにあるのだとすれば、それが、紛争に際して法的アクションを起こさせたり、市民を法律家に接近させることが殆ど期待できないがゆえに、一つの研究としては悪しき選択であるということである。第二は、家庭ヘルパーや主婦が、自らの行為の内容をどの程度理解しているかをテストするために送られた質問表が、彼らがどの程度自らの行為を理解しているのかを評価するための基礎となるような行為について、法律的に見て擁護出来ないか、若しくは少なくとも曖昧な解釈に基づいて作られていることである。とりわけ、この最後の点がロスの評論に於いて徹底的なまでに論じられたのであるが、そのために、余りにも法律上の些事にこだわり過ぎてしまい、研究そのものと、そこから派生した問題との関係を実際上分離してしまったように思われる。私の見たところ、この評論は、ロスが新たな法社会学的研究

究を見くぶり、そして全く誤解する傾向にあったことを示す端的な例である。本書は、実に模範的な経験的研究であったと言えるのであり、ロスも、こうした経験的研究方法に関しては異存がなかったはずである。しかし、それでもなおロスは、総じて本書に対して否定的な印象を与えようとしたのであった。一つには、幾つかの優れた特質——それらは今日では法社会学の古典としての地位を獲得しているのであるが——を徹底的に無視することによって、今一つは、二つの批判的論点——少なくともその内の一つは全く根拠がないと言わなければならないのであるが——に注意を喚起することによってである。既に述べたように、ロスは法律上の行為や法律上の指針を法にとつての付属物と考えようとしていたようである。こうした考え方は、ロスが通常の市民にとつて好ましい社会を知るために、決して實際生活にまで立ち入ることがなかったことを示すものだと見えよう。若し彼がそうしておれば、早晚彼は、多くの市民の生活と福祉が、法によって影響されていることを知ったであろう。それらの法なくしては、彼らに関わる諸々の問題について、裁判所や弁護士に接近することを通して取り組むことも出来ないからである。その良例が社会学の分野であろう。ロスは、典型的な法の型に関する

日に於いてもなお一読に値するところがあることを示したものだと言つてよいであらう。

我々は次のように結論付けることができる。即ち、立法者は決して無力ではないがゆえに法政策学は可能である、と。立法者は決して万能ではない。従つて法政策学の可能性には限界がある。立法者は単なる言葉で以てしては追いつくことが出来ないような社会的諸力（とりわけ法意識や経済的利益、権力関係といったもの）に出会う。しかし永久に克服不可能な障害物など無いのである。法意識や経済的諸力は、それ自体、或る程度までは法の発展——歴史的継続性という観点から見れば立法と言えるが——の産物である。多様な社会的諸力——政治的イデオロギーや法意識、経済的諸要素といったもの——はその全てが互いに関わり合いながら作用しているのである。従つて、障害物があつたとしても、永久的な障壁、土手に阻まれた水路のようなものとも見なされてはならないのである。それらは、相互作用の中で不活発な部分の表れであつて、川の浅瀬にも準えることが出来る。川の浅瀬は浸食と堆積物によつて決まるが、同時に流れの方向を決定づけるのである。

る独特の考えを持っていたように思われる。彼は、實際生活に於ける法をこつたカテゴリー——この中には、これまで法教義学的研究の対象とすることが困難であつたにもかかわらず、市民の日常生活にとつて必要不可欠な数多くの法律が含まれるのであるが——に当てはめることが出来るかどうかを調べないままに、それらを一般化しようとしたのであつた。法政策学の研究分野に関するロスの考え方については、伝統的な法律学研究の中で厳しく批判されてきた。しかしながら、既に述べたように、こうしたロスの考え方は、北欧に於ける数多くの研究——これらの研究は、法社会的観点に基礎づけられた法の効力に関してなされたものであり、社会学者のみならず法学者によつても推進されたのであつたが——を通して実践されたのであつた。

ともあれ、研究分野はロスが望んだように形づくられた。これは彼の貢献によるものとは言いがたいところもあるが、それにも関わらず言及に値するところがあると云わなければならない。そこで、次の文章を引用することによつて本節を締め括ることにしたい。この文章は、ロスが法政策学の可能性と限界について、概して客観的且つ現実的な考え方を保持していたことを示したものであり、またそれゆえに彼の著書が今

5 結び

以上の各節でとりあげたテーマは、一九五〇年代のロスの業績、中でも『法と正義』に示された、法社会学についてのロスの見解に関するものであつた。ロスは彼の晩年の著述に於いては、余りこつしたテーマに言及せず、専ら法哲学上の古典的テーマ——例えば刑法に関連したテーマなど——に関心を向けたのであつた。

ロスの法社会学に対する最大の貢献は、彼が法社会学を法学全体の中で最も重要なものとして位置つけた点にあつた。このような考え方は当時としては実に斬新なものであつた。またそれは、法律学研究に於けるこつした新たな学問領域を取り巻く状況を大いに進展させるものでもあつた。加えて、法政策学の領域に関して彼が関心を示した点、それに判決や判決理由に関する議論に於いて彼が果たした役割の重要性なども論及に値するところがあると言えよう。

ただ、先にも述べたように、ロスの法社会学に対する見方には——とりわけ今日的視点から見た場合に——疑問なところが数多く見受けられる。但し、ロスが現に批判を受けて

いる点の多くは、ロス自身に起因したものでなく、彼が他の多くの人達と共有する論理実証主義的な科学観に起因したものである。こうした科学観——とりわけ一九五〇年代と一九六〇年代に見られたもの——に対するロスの執拗なまでのこだわりが、彼をして、当時としても、既に時代後れの理論家にしてしまっていたのであるが、この点は、法社会学分野においてもそうであったと言わなければならない。ロスは経験的研究にとつて、法社会学の理論が持つ意味を殆ど理解していなかったからである。但し、法社会学に対するロスの態度に付随して生じた諸々の問題は、決して彼の科学観だけに起因したものではない。それは、法理論家としてのロスと一個人としてのロスとの両面に於ける、ロス独特の習性に起因したものと見ることが出来るのである。ここでは次の三つの点を指摘しておきたい。

第一は、ロスが、彼の基本的な理論上の立場から懸け離れることを何よりも嫌ったということである。法社会学的研究から得られた結論に照らしても、そうなるだけの十分過ぎるほどの理由があると思われたような場合に於いてさえもそうであった。

第二は、ロスが、決して自ら進んで経験的研究と歩調を合

わせようとはしなかったということである。例えば、表面上経験的に基礎づけられたかに思われるような、裁判官の意識構造に関する彼の分析なども、実は単に理論的に構想されたものでしかなかった。この点がアメリカ・リアリズムの多くの支持者たちとロスとが根本的に異なるところである。

第三は、ロスが極めて批判的な性癖を持っていたことである。誰か他の者が優れた研究をしたような場合に——とりわけ、その研究結果がロスの考えと合致しないような場合に——彼がそれを認めるようなことは殆ど見られなかった。

しかしながら、ロスの法社会学に対する見方は、とりわけ当時の理論状況からすれば、少なくとも法教義学の基本的性質に関する彼の見解よりも遥かに影響力を持ち持続的な効果を発揮したと結論づけてよいであろう。因みに、ジェス・ジャラップ教授は、この法教義学の基本的性質に関するロスの見解を厳しく批判したのであり、また、これを私が大卒に於いて是認出来るような内容の議論に纏めたのであった。

ともあれ、かく言つ筆者をして法哲学から遠ざかせしめ、他方に於いて法社会学へと接近せしめるべく誘ったのが、他ならないロスの著書『法と正義』に於ける法社会学に対する肯定的な姿勢であったと言ったとしても、誰からも想像も及

ばないことだと言われるまじなことはないであろう。一九六〇年代後半に於いて、若き研究者の一人として筆者はアルフ・ロスの指導の下に法哲学を学んだのであった。

- (1) E. g. Biarnup, Jes, *Skandinavischer Realismus*, Karl Alber, München 1978.
- (2) Biarnup, Jes, *Alf Rossrealistiske retslære*, Biarnup, Jes & Jørgen Dalberg-Larsen, *Retlsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab*, Bogformidlingens Forlag, Aarhus 1993, pp. 31-58, especially p. 43-44.
- (3) Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed*, Nyt Noordisk Forlag, Copenhagen 1953.
- (4) Ross, Alf, *On Law and Justice*, Stevens, London 1958.
- (5) *Cf.* Ross, opus cit. note 4, p.19.
- (6) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.19.
- (7) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.19.
- (8) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.19.
- (9) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.20.
- (10) Aubert Vilhelm, *Noen problemområder i rettsosologien*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 61, p.432-466.
- (11) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.20.
- (12) Ross, opus cit. note 4, p.22-24.

- (13) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.23.
- (14) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p.23.
- (15) *Cf.* Ross, opus cit. note 4, p. 347-351.
- (16) *Cf.* Ross, opus cit. note 4, p.249 and 257.
- (17) Ross Alf, *Et rettsosologisk søg*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 67, p. 358-376.
- (18) Ross Alf, *Review of: Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 63, p. 215-224.
- (19) Ross Alf, *Om begrebet 'gældende ret' hos Theodor Geiger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 63, p. 243-272, spec. s. 243. See also Dalberg-Larsen, Jørgen, *Geiger, Illum og Ross om ret og retsvidenskab*, Perspektiver i samfundsvitenskabernes, Århus 1994, p. 35-48.
- (20) *Cf.* Biarnup, opus cit. note 2, p. 43, Aubert Vilhelm, *Ret og samfunnsforskning*, Universitetsforlaget, Oslo 1958, p. 35.
- (21) Ross, opus cit. note 4, p. 38 f.
- (22) *Cit.* Ross, opus cit. note 4, p. 44.
- (23) Ross, opus cit. note 4, p. 75.
- (24) See Dalberg-Larsen, Jørgen, *Lovene og livet*, 4th ed., Greens Jura, Copenhagen 1999, p. 180-185.
- (25) See Biarnup, opus cit. note 2, p. 44, Goldschmidt, Verner, *Retlig adfærd*, Bianco Lano, Copenhagen, 1957, p. 174.

- (26) See Blegvad, Britt Mari, *The Systematic Position of Sociology of Law in Current Scandinavian Research*, Acta Sociologica, vol. 10, p. 2-19.
- (27) Goldschmidt, opus cit. note 25.
- (28) See Benzou, Agnete Weis, *Kilder til ret og retssociologi*, Lovens liv, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, Copenhagen 2000, p. 1-14, espec. p. 6.
- (29) Ross, Alf, *Retshåndhævelse i socialpsykologisk belysning*, Tidsskrift for Retsvitenskap, vol. 70, p. 110-127.
- (30) Graver Hans Petter, *Normative systemer, Sisse til en oplysning av retsbebegrepet*, Regulering og styring, Gad Copenhagen 1989, p. 53-68.
- (31) On legal Pluralism, see Dalberg-Larsen, Jørgen, *The Unity of Law: An Illusion?* Galda and Wilch, Berlin-Cambridge/Mass. 2001.
- (32) Cit. Ross, opus cit. note 4, p.32.
- (33) See Dalberg-Larsen, opus cit. note 24, p.257-258.
- (34) Aubert Vilhelm, *Retten sociale fusions*, Universitetsforlaget, Oslo 1976, p. 51.
- (35) Aubert Vilhelm, Eckhoff, Torstein, and Svein Knut, *En lob i søkelsen*, Akademisk Forlag, Oslo 1952.
- (36) Ross, Alf, Review of: *En lob i søkelsen*, Juristen 1953, p. 367-372.

- (37) See Dalberg-Larsen, opus cit. note 24, p.24.
- (38) See Lauridsen, Siner, *Retspolitisk argumentation*, Juristforbundets Forlag, Copenhagen 1974.
- (39) See e.g. Dalberg-Larsen, opus cit. note 24, p.261-283.
- (40) Citopus cit. note 4, p.354-355.

【訳者あとがき】

本稿はデンマークのオルフス大学 (Aarhus Univ.) 教授を つとめるニルセン (Jørgen Dalberg-Larsen) 氏の論文 "Alf Ross and the Sociology of Law" (*Scandinavian Studies in Law*, Vol. 48, 2005, pp. 39-50) の全訳である。ニルセン教授は現在オルフス大学法学部長をつとめる。専攻は法社会学および法理学である。この論文が掲載された *Scandinavian Studies in Law* は英語圏向けの研究年報であるが、本号はストックホルム大学のジェス・シヤラップ教授の退官記念号として刊行されたものである。本稿の冒頭に於いてシヤラップ教授に言及されているのもそのためであるからであること推察される。

本稿で主として論及されているアルフ・ロス (Alf Ross,

1899-1980, コペンハーゲン大学教授をつとめた) については、ウプサラ学派 (ラルゼン教授の論文では Scandinavian Regal Realism と表記されている) の法哲学者と見なされること少なくないが、実際の内容には、ウプサラ学派とはやや異なるところに位置した学者である。 Ross は、その著書『法と正義について』 (*On Law and Justice*)¹⁾ の序文の中で、自らの師としてウプサラ学派の創始者ヘーガーシュトリームと自國の法理論家ハンソン、それにケルゼンの三人の名を挙げてい る。また同時に彼は、自らの立場とアメリカのリアリズム法 学との共通性についても力説している。こうしたところから も判るように、彼は、ウプサラ学派を初めとした多様な法理 論に強く影響されながら、それらを批判的に摂取することを 通じて独自の法理論の構築をめざしたと見ることが出来るの である。

訳者が遙かな時代に修士論文の準備のために入手し、その 主張するところを理解すべく取り組んだのが Ross の著書 *On Law and Justice* であったこと、また、その後さまざまな ながら北欧の法理論研究を持続したことなどから、Ross の法理 論についてはこれまで機会ある度に言及してきた。このことは、 そうした内の幾つかを参考までに掲げておきたい。例えば、

Ross の学問上の立場に言及したものととして「現代北欧法学と リアリズム」(『現代の法思想』有斐閣、一九八五年)。Ross の 法理論の特質に言及したものととして「Nordic Realism の特質 について」(日本法哲学会編『法哲学年報 1988』有斐閣、一九 八九年)。また、Ross の法理論を手厳しく批判した文献を訳出 したものととしてクヌート・イルム著「法学方法論と法的推論 に関する若干の考察」(『名城法学』第四八巻第三号、一九九 九年)。

本稿の著者ラルゼン教授は、本稿の結びのところでアルフ・ Ross の法理論から多大な影響を受けたと述懐しているが、訳 者もまた、Ross を初めとした北欧のリアリスティックな理論 家たちの展開した法理論から多大な影響を受けた一人である。 その影響は計り知れないと言ってもよいほどである。教授の 論文の訳出を考えたのもそうした経緯による。

なお、日本語への翻訳についてはラルゼン教授から快諾を 得たことを付記しておきたい。