

シケプリ② 「法」とは何か

Hans Kelsen … ユダヤ人 cf. Bentham

オーストリア共和国憲法制定に参加、憲法裁判所判事

「ケルゼン型」＝大陸の憲法裁判所のモデル、抽象的審査権（具体的争訟に関係なく法令の合憲性を審査）

→集中型

⇔日本、米国の付随的審査権（司法裁判所が違憲審査、法の適用による具体的争訟の解決が目的）

→分散型（各裁判所が審査）

ナチス擡頭で米国へ亡命

（ハーバード大を解雇、女子学生に助けられてカリフォルニア大助教授、サンフランシスコ会議に際し教授）

純粹法学

Sein・Sollen (is・ought) の区別 cf. D. Hume『人性論』 …Sein から Sollen を導き出すことの不可能性を主張

根本規範 Grundnorm … 全実定法の妥当性の根拠（それ自体は実定法ではない）

思惟の上で前提されたに過ぎないもの

cf. 実定法（人定法） ⇔ 自然法

↑ positive law (posited law)

「実定法は従うべきものだ（妥当性を有している valid）」 ←「～が定めた」という Sein は根拠とならない

条例 ← 法律 ← 憲法

授權（地方自治法）

憲法を最上位の実定法とすると、憲法的前提に根本規範（「憲法は従うべきものである」）が存在

根本規範 …人々が「実定法は従うべきもの」と考えることを説明する手段

マルクス主義の国家理論

…階級闘争論が基盤

ヘーゲル『精神現象学』（主人と奴隷の弁証法）

支配者と被支配者の対抗関係が歴史を動かす

←被支配者の承認欲求に起因

マルクス：労働価値説に基づき説明

←資本主義的生産に於いて資本と労働力を投入すると、再生産に加え剰余価値が発生

支配階級は生産手段を掌握 →被支配階級を搾取

国家は搾取する手段としての暴力装置↑

被支配階級が生産手段を奪取する闘争が歴史を前進させる

近代資本制社会：ブルジョワプロレタリアート

→プロレタリアートによる革命は最後の革命としての共産主義革命

→プロレタリアートは唯一の階級となり、階級闘争は終焉、国家は死滅

生産力の発展で資源が溢れ、資源の奪い合いは消滅↑

cf. 共産主義社会の描写 …『ドイツ・イデオロギー』に僅かに見られる

レーニン『国家と革命』

プロレタリアート独裁 （←『ゴータ綱領批判』で僅かに記述）

…革命後も、ブルジョワ絶滅・革命の防衛が必要

←ロシアは農業国、生産力増進が必要

cf. 中華人民共和国 …共産党の一党独裁体制の維持が自己目的化（マルクス主義国家理論は事実上放棄）

→市場経済導入、対日批判による国内引き締め

ケルゼン純粋法学

根本規範を思惟の上で想定

←「実定法は妥当性を持つ」という通念の説明

←上位の法規範による授權が必要 （Sein と Sollen の弁別）

（道徳による基礎づけの方途もあるが、価値相対主義のケルゼンはこれを採らない）

→実定法としての憲法（最上位の法規範）の前提となるのが根本規範

cf. カント：人間が格率を設定し善悪を弁別する一般的・日常的行為を説明

→定言命法が前提に存在

（ケルゼンは新カント派と看做される）

『純粋理性批判』 …ニュートン力学は当時真理と看做される（反証可能性のある仮説と考えない）

→しかし、ニュートン力学は経験則に基づいているに過ぎない

→ニュートン力学が真である理由を検証

「違憲の法律」…無効（妥当でない） → 存在しない という通念

ケルゼン：「違憲の法律」も法律として存在する

（憲法と適合するか否かを確認するには存在しなければならない）

→違憲の判断が下された瞬間から、（遡及的に）存在しなくなる

法律として存在 ←憲法が授權

憲法と国際法

二元論：憲法（とその下の国内法）と国際法は並立

一元論：憲法も国際法も統一的な法秩序に含まれる （←日本の公法学では主流）

国内法上位

国際法上位（主流、ケルゼンも主張）

… 条約と憲法が矛盾しても、条約の効果が優位とはならない（憲法優位説） ←主流

国際法上位は授權の上での関係

国際法としての条約が存在しても、それを国内法として執行する必要はない

宮沢俊義 八月革命説 (←丸山眞男が提唱との説あり)

美濃部達吉 — 宮沢俊義 — 芦部信喜 — 長谷部恭男

日本国憲法 …… 帝国憲法 73 条の定める改正手続により制定 (昭和天皇の裁可)

⇔ 前文「日本国民が……これを確定する」「主権は……国民に存することを宣言する」

ポツダム宣言 …… 民主的体制の設立を約束

→ 受諾により、天皇主権から国民主権へと移行

法的連続として説明 → 現在でも潜在的に天皇主権

→ 天皇の意志により国民主権から天皇主権へと戻り得る

断絶 (法的意味での革命) として説明

→ 1945.8.14 (ポツダム宣言) 以降の帝国憲法は国民主権

宮沢俊義はケルゼニアン Kelsenian

→ 八月革命説は、ケルゼンの唱える法的革命の概念を援用

: 根本規範は、大転換することがあり得る = 革命

1945.8.14 …… 実定法上の転換はない

転換し得たのは主権原理

← しかし、ポツダム宣言は物権的效果ではなく債権的效果では?

八月革命説以外でも説明は可能では?

→ 八月革命説に論理必然性はない

H. L. A. Hart (オクスフォード大教授、ユダヤ人)

『法の概念』 "The Concept of Law"

rule of recognition (みずず訳は「承認のルール」だが、「認定のルール」と訳すべき)

法の慣行理論

慣行としての法 (人々が同じ行動を取り続けることで徐々に形成) : 一次ルール

生成 → 確立 → 衰退

近代化 → 慣行が徐々に形成されるのを待てない (社会の変化が速い)

→ 意図的に法を打ち立てる

: 一次ルールの変更・認定・紛争解決 : 二次ルール

← しかし、あくまで慣行

二次ルール …… 公務員 (特に裁判官) の慣行 (如何なる社会にも裁判官 = 紛争解決者は存在)

何を実定法と看做するか (認定のルール) が重要となる

ex. イギリスの認定のルール …… 「国会の制定法は実定法である」

日本の認定のルール …… 「日本国憲法に基づく制定法は実定法である」

認定のルール rule of recognition

前近代 … 慣行に従う
↓
近代 … 慣行は徐々に形成、確立、衰退
慣行の推移が社会の変化に追いつかない
1 次ルール：人為的なルール
←立法・司法・認定のルールが必要：2 次ルール … 慣行

前近代の慣行 … 万人に係る ⇔ 2 次ルール … 公務員（特に裁判官）に係る
ex. 英国：国会主権

cf. 日本国憲法が最高法規である根拠

- … ・憲法 98 条 ←意味を成さない
- … ・内容が貴い ←他国の憲法でもそれほど変わらない
- … ・日本国の公務員集団が憲法として扱っている ←H. L. A. Hart

根本規範 Grundnorm

… 思惟の上で前提する必要があるか？ ←ケルゼンは無回答
規範ではなく事実の問題（「法の科学」）
認定のルール … 存在に理由があるか否かは問題ではない（事実の問題）
→ケルゼンもハートも、規範の問題には踏み込まない

弟子の議論 cf. Joseph Raz も彼の弟子

慣行 convention … 契約とは異なる（慣行：黙示的 ⇔ 契約：明示的）
ex. エチケット、芸能、ゲーム
：存在理由 … ・調整問題 co-ordination problem の解決（ゲームのルールは説明できない）
・Andrei Marmor（南カリフォルニア大、Raz の弟子）の議論
構成的慣行 constructive convention →ゲーム .etc を構成する（成立に不可欠）
（ゲームを行う理由は別にある）
→認定のルールにも適用できる（構成的慣行では、法に従う理由は説明できない）

法と強制

法と道德の差異 … 強制の有無？（道德にも物理的でない強制力はある）

Hans Kelsen 純粹法学

… 法と強制は不可分

法の単位化 a law ← 強制をその中に含む
裁判官への命令

ex. 刑 295 条 窃盗罪（他人の財物を窃取 →10 年以下の懲役）
↑ ↑ 民法の所有権に関する規定
事実認定の必要 →刑事訴訟法 } ←憲法に適合する必要

民法の「契約」 ←民事執行法、刑法（執行妨害）

個々の法典は partial law 部分法

Hart

法 … 一般市民の行動を guide 嚮導する（憲法の場合は公務員の行動）
←強制の要素が欠落

Hart の弟子の二大陣営 … Raz と Dworkin（ハートの後継者としてオクスフォード教授、Hart の学説を徹底的に否定）

法と道德

道德 … ×慣行、しきたり ex. 「働かざる者食うべからず」
×道德固有の根本規範を前提（ケルゼン） ex. キリスト教道德、儒教道德
○moral、人として行動する理由
→法の背後に道德が存在する

What is a law? (≠What is law? 法とは何か)

法の単位は何か

J. Bentham『立法及び道徳の原理序説』(法の単位の問題で行き詰まり 10 年間放置)

…コモンローは事後的・恣意的として否定的

優れた実定法の制定を、刑法典を例として目指す

単位は強制と結び付くか? (肯: Kelsen 否: Hart)

授權規範 powering-conferring norm

ex. 有効な契約の締結のための条件提示

有効な遺言作成のための条件提示

有効な婚姻のための条件提示

…Kelsen: これ単独では法ではない(強制が含まれていない) →部分法 partial law

ex. 婚姻 →扶養義務 →強制

(cf. →同居義務 …強制なし(間接強制も不可 ←大審院判例) →法ではない)

Hart: 授權規範単独で法となる(人々の行動を guide する役割)

現在の日本 …婚姻は男女間のみ →「性生活を含めた共同生活を公然と行えるのは男女のみ」

と社会に対して民法が宣言していると解せる

What is law? 法とは何か

…ミスリーディングになり得る

「～とは何か?」という問いは、二つの意味を持ち得る

・言葉の用法(辞書の定義)

・言及された対象の性質・特徴 ◎

伝統的には、「他の～とは何が異なるか?」という問いを立てる

・脅迫を伴う命令:『社会契約論』 ex. 強盗と徴税吏の相違

Kelsen: 授權の存在(徴税は所得税法 .etc により授權、究極的には根本規範)

Hart: 法はルール(一般的に定式化されたもの)であり、命令とは異なる

強盗と徴税吏の違いは、認定のルールに基づくルールの存在

・道徳 moral

(1)事実として、皆がそうすべきだと考えている(社会的に受け入れられている) ex. 「働かざる者食うべからず」

(2)特定の信念を前提とする規範の体系(Kelsen) ex. イスラム教の道徳「豚を食べてはならない」

(3)実践的判断一般(日々の、理由に基づく行動)

…(1)(2)が法と異なるのは当然、法との相違が深刻な問題となるのは(3)

cf. 憲法 76 条 3 項「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立して……」

「裁判官の良心」

・客観的良心説(清宮四郎) ←主観的良心説を誤解

裁判官の良心=「客観法に従う」という良心(良心は事実上無意味)

・主観的良心説(平野龍一)

憲法 19 条「思想・良心の自由」の良心と同一 →各自が選択可能

←客観法との整合性が問題 ex. 死刑 (主観的良心を優先するわけではない)

↑実定法・判例

→折り合いがつかなければ裁判官を辞めるべき

良心の役目は、不明確な客観法を解釈すること

…両説とも、最終的には「客観法に従うべき」という結論(良心を、道徳(2)で解する)

→法と道徳(3)の衝突を無視?

法 …自らを権威と主張

←「従えば、本来すべき行動をよりよく取ることができる」ことを根拠(ex. 調整問題)

=実践的判断のよりよい遂行(客観法=実践的判断と主張)

法と実践的判断が衝突した場合は?

Hart: 客観法は認定のルール(慣行)に基づく

hard case →法の欠缺が存在 →裁判官が独自の判断 (←個別の立法)

Dworkin: 裁判官の立法は認められない

如何なる hard case でも、裁判官は法に拘束される

しかし、何が法であるかの認識は実践的判断と不可分

Hart – Dworkin 論争

裁判官の良心 主観的良心説（憲 19 条が示す良心＝個人が選べとれる良心）（客観法と対立すれば職を辞すべき）

客観的良心説（「客観法に従え」という良心＝職業倫理）

← 客観説：「客観法に何故従うべきか？」「なぜ法を権威とするのか？」という道徳的問題を無視

主観説：個人の道徳が裁判を左右するのは不穏当

→何故客観法に従うべきか？（如何なる場合には従うべきでないか？）を判断するのが「良心」

Dworkin：法は道徳（実践理性）と無関係に認定できるか？

→H. L. A. Hart “認定のルール”を批判（認定のルールを全く否定することは不可能 ←現実の法令・判例）

事件解決の基準となるものは何か？

hard case (⇔easy case) …法律・判例を参照しても適合しない

→関連する諸法令・判例を整合的 coherent に解釈する道徳理論を構築 →解答

←表面的な法源 source of law は法の本質ではない

Hart

法実証主義（実定法として認定されたものが存在する）

cf. 「実定法には従うべき」という法実証主義もあるが、Hart はこれを採らない

→hard case に於いては法の欠缺が存在

→道徳に基づいて判断 ↑客観法の存在しない世界 →実践理性へと回帰する必要

←Dworkin は「法の欠缺」を認めない（道徳も法）

絶対に正解は存在する（“正解テーゼ” right answer thesis）

cf. 一般に法律学では Dworkin 流に思考（あくまで法律問題の法的解決として考える）

Dworkin への Hart 派の批判： 法の主要な役割は、一般市民に何をすべきか教えること

hard case に偏って着目することは、法の本質を歪曲

Dworkin の反論（『法の帝国』Law's Empire） 解釈的転回 interpretive turn

問題は easy case（市民が一般に法に従う場合）にも及ぶ

一般市民も、法に従う上で、法源の背後にある説得的・整合的な道徳理論を構築

解釈なくしては、何が法であるかは分からない（全ては解釈）

←「法解釈に於けるプロテスタンティズム」

個人が自らの責任で、正しい法とは何か認識し行動しなければならない（法の帝国の市民）

↓

←しかし、万人にプロテスタンティズムを要求することは過酷？

法は自らを権威だとは主張しない（従う主体が判断の責任を負う）

「全ては解釈」？：ウィトゲンシュタイン『哲学探究』Philosophical Investigation

解釈が解釈であるには、再定式化が必要

ex. 「今何時か？」→

①「10 時 6 分です」

（無解釈）

②「後 24 分で授業は終わります」

（解釈：「このつまらん授業は後何分続くんだ？」）

↑再定式化

→「全ては解釈である」＝「あらゆる言明は、再定式化を経ないと理解できない」

←再定式化の結果も言明であり、解釈が必要

→無限後退に陥る

→ 解釈を加えることなく理解可能な言明が出発点

解釈が必要となるのは例外的な事態

Hart と Dworkin の折り合い（inclusive positivist） ex. Jules Coleman（イエール大）

認定のルールが存在 ⇔ しかし hard case では道徳的考慮が必要

→認定のルールによって、特定の道徳原則を法として認定することがあり得る

ex. 憲法中の人権宣言（表現の自由、信教の自由 .etc）

…道徳原則（実定法を正す根拠）

憲法典には実定法と道徳原則が混在し、認定のルールで法と認められている

←Hart 派：人権宣言はそれ自体では、権威として機能しない（他に民法 90 条（公序良俗違反）

違憲審査基準などが必要となる

「法の支配」 rule of law

濃厚な意味：基本的人権の保障、国民主権 .etc （芦部、清宮、伊藤の教科書が採用）

←「法の支配」の問題として、議論の意味が残されていない？

稀薄な意味：「人の支配」との対立概念、法に従うことが可能であるための条件 （英米圏で一般的、長谷部の教科書で採用）

ex. 法の公開性、明確性、一般性、安定性、無矛盾性、不遡及性、実行可能性

←内容の道德性は要求されない（法として機能するか否かのみが問題）

条件は 100%要求されるわけではない（ex. 明確性）

「法の支配」… 夜警国家では厳格に要求されるが、
福祉国家では市民生活の具体的な場面への介入に政府の裁量が必要

憲法の多様な意味

代表的な区別

形式的意味の憲法：「憲法」と名のついた法典 ex. 「日本国憲法」「大日本帝国憲法」

実質的意味の憲法：国家の基本的な組織規定・権限配分、全ての国家に存在

←大陸法系での区別、英米では行われてこなかった（英は憲法典なし、米は形式的意味の憲法しか意識せず）

国家＝約束事（我々の頭の中にしか存在しない）

富士山は単なる地面の隆起であり、「日本」とその領土の観念に支配されて初めて、日本の領土の一部と見える
霞が関の官庁の建造物は、鉄とコンクリートの塊に過ぎない

しかし、我々は国家を実体的に捉え、国家が行動するかのように考える

ex. 「日米会談」、条約の締結、アメリカとイラクの戦争

具体的個人の行動（首脳、特命全権大使、兵士）による国家のための行動

→個人は国家の機関 **organ** として行動

しかし、個人の行動が常に国家の行動とはならない

主体・手続・内容についての規則に則った行動が、国家の行動
＝憲法

（「国家には必ず憲法がある」は一種トートロジー）

法人（社団法人）＝個人が集合して、その全体が法的権利義務の主体となる

ex. 株式会社（みずほ銀行 .etc） ↑ 約束事

→個人・会議体は法人の機関として行動 ex. 代表取締役、取締役会、株主総会

cf. 財団法人＝財産が法的権利義務の主体、理事が機関として行動

定款により、機関の行動が法人の行動となる

↑ constitution

定款＝実質的意味の憲法（国家は社団法人に等しい）

実質的意味の憲法は、主要な部分が形式的意味の憲法に書きこまれることが通例

←明示性の確保

（実質的意味の憲法と憲法典が無関係の国もある、100%一致している国はない）

cf. 刑法典は、100%守られるわけではないから存在意義がある

形式的意味の憲法は、何故正当で、何故従わねばならないか？

→解答の一つ：憲法制定権力 constituent power

↑ 国民が主体

日本国民が主体として制定されたために、日本国憲法は正当である

（憲法制定権力の所在を説明する議論として、八月革命説）

憲法典の正当性を憲法制定権力（CP）で説明することには意味があるのか？

日本で知られる CP 概念：Carl Schmitt 『憲法理論』

憲法制定権力は人民にある

この人民は、日々、憲法の内容を決定 ex. 指導者に対する喝采（＝指導者の行動が憲法となる）

人民は現存する（代表されない）（法人の機関＝代表は当てはまらない）

cf. 法人实在説（団体实在説）：ギールケ（独）、メイトランド（英）

「法人は代表されなければならない」ことを定式化したのは Hobbes 『リヴァイアサン』

人格 person ← persona 仮面、役柄

(1) 本人の仮面 → 本人が被る

(2) 本人の仮面 → 代理人が被る

(3) 人格を持たぬ本人の仮面 → 代表が被る

ex. 未成年者 → 親権者、後見人

成年被後見人 → 後見人

団体 → 代表

cf. 団体の代表が団体の構成員全体のこともある

ex. 株式会社（構成員＝株主）の代表としての株主総会（＝機関）

シュミット、ギールケ、メイトランドはこれに反対

法人実在説の無理

法人実在説が成立する場合

株主総会の意思決定に対し、株式会社そのものが異議を唱えられる

(本人＝代理人の関係では可能)

政治現象ではなく法律論として、憲法制定権力の主体を論じることが不可能

CPの主体・手続・内容が定められていなければ、CPは発動されないはず、このCPに意味はあるのか？

芦部説(他、清宮四郎)

CPの発動は、根本規範(←正当性は所与)に定められている(≠ケルゼンの根本規範)

↑主体：国民主権、内容：人権尊重・平和主義

しかし、日本国憲法の正当性を問うならば、根本規範との対応を問えばよい、憲法制定権力論は不要

①「国民が制定」に意味があるという説(国民が同意したから、国民は従うべき)

→しかし、制定当時の、当時反対しなかった国民に限定された議論になってしまう

仮定の同意(正当なものである以上、よく考えれば同意したはず)

John Rawls

始原状態 original position に於ける社会構造の制定

自らの才能・地位・世界観・価値観の取り外された状態(無知のヴェール)

→この中で重要可能な原理が「正義の2原理」

→しかしこれは、内容の正当さの議論にはなっても、同意については仮定たるを免れない

②determinatio 具体化(Thomas Aquinas)

ex. 家を作るためには、玄関・壁・窓 .etc が要るが、これだけでは家は建たない、具体化が必要

根本規範だけでは憲法にはならない(国会の構成、違憲審査の存否、人権のカatalogなど具体化が必要)

→しかし、具体化の要請に応えるには、具体化された憲法があればよい

具体化の過程としてのCPの議論は不要

憲法が現に機能していればよい

結論：憲法を権威と看做す理由は、法一般と異なるところはない

芦部・清宮説の当時の目的

：憲法改正の限界を定める

憲法内部の改正権は当然、根本規範に反することは出来ない

→憲法の基本原理(国民主権・人権尊重・平和主義)は変更できない

→しかし、根本規範の正しさを所与としている以上、憲法制定権力の議論をする必要はない

全国民の代表

憲 43 条 1 項 (大抵の憲法には出てくる概念)

芦部憲法・清宮憲法・伊藤憲法の議論は筋が通っていない

「国会 (議員) は全国民の代表である」

「法的意味ではなく政治的意味」(公法系の議論では、「政治的意味」=「くだらない、無意味」)

↑ 命令委任の否定 (←仏大革命以降の近代国家では一般的)

mondat impératif (⇔自由委任)

議員が選出母体から指令を受け、指令に拘束される

cf. 憲 51 条「国会議員は院外で責任を問われない」(院外での無答責)

cf. 本人 → 代理人 …法的意味での代表

指令

本人による指令のない、法的意味の代理の例は?

ex. 未成年者・成年被後見人 → 法定代理人 (親権者・後見人)

×指令

法人 → 機関 (代表)

×指令

→「全国民」(nation) とは何か

→nation=state 国民=国家

←一個の法的主体としての擬制 (社団法人)

→「国会は全国民の代表」=「国会は法人たる全国民の機関」

→全く法的意味を持っている

宮沢俊義「国民代表の概念」(論文、美濃部達吉還暦記念論文集に寄稿)

←美濃部説の批判が目的

↑『憲法撮要』

「帝国議会は国民の代表機関」(法的意味の代表) cf. 天皇も国民の機関 (天皇機関説)

国民代表は政治的代表 (法的意味はない)

(1)Paul Laband (独第二帝国の商法学者・公法学者)

独帝国憲法の「議会は全国民の代表」を政治的意味と主張

←第二帝国は連邦国家 (プロイセンを中心とする諸国家の同盟から発展)

↑各々の邦には君主が存在

各君主が主権を持ち寄ることで連邦を形成

→法により形成された連邦が法的主体

この構成員はドイツ国民ではない (国民は法的主体ではない)

→連邦国家ではない日本には不適當な議論

(2)Hans Kelsen

「真の代表は命令委任を受ける代表である」(『一般国家学』.etc)

(命令委任を受けない代表概念はフィクション)

←Kelsen の民主政観 (←価値相対主義) (≠価値多元論)

↑価値は認識不能 ↑比較不能な多様な価値の存在を許容

「公共の福祉がより効果的に実現される蓋然性が高い」という民主政の基礎付け

↑Kelsen は否定 (価値相対主義)

多様な利益・多様な集団の競争・妥協のプロセスが民主政

↑ここで形成される相対多数としての利益を「公共の福祉」と呼ぶ

→プロセスの透明性・公正性が求められる

→命令委任の必要 (他に比例代表制)

「公共の福祉」の客観的解答は本当にはないのか?

一定の範囲ではやはり存在するのではないのか?

→国会議員の役割を命令委任に限定することは疑問が残る