

法の主張について

- 一 はじめに
- 二 法の主張の意味
- 三 法の主張の内容と構造
- 四 法の道徳的主張の内容
- 五 終わりに

酒
匂
一
郎

一 はじめに

ジョセフ・ラズはその研究の初期から「法は正統な権威であることを主張している」と論じてきた^①。また、ロバート・アレクシーはその法概念論において「法は正当性を主張する」と論じている^②。しかし、法が何かを「主張する」という見解は必ずしも一般的となつていない。法が主張する」というのは明らかに擬人法的である。はたして法が何かを主張するということは有意味に理解できるだろうか。そして、もし有意味に理解可能だとすれば、法は何を、どのように主張しているといえるだろうか。

ロナルド・ドゥオーキンは晩年の著書で、ラズの「法は正統な権威であることを主張している」という見解を不適切な擬人法にすぎないと批判した^③。これに対して、オックスフォードの法哲学者ジョン・ガードナーは最近の著書で、ドゥオーキンのラズ批判をさらに批判に検討して、法が何かを主張するということは擬人法的ではなく有意味に理解しうるとし、法が主張しているのは道徳的な主張であると論じている^④。その上で、彼はアレクシーの「法は道徳的な正当性を主張する」という見解を批判し、法の主張を「正統な権威」の主張に限定するラズの見解を支持している。

本稿はこれらの議論を検討して、アレクシーの見解はある難点を抱えているものの、ラズの議論を媒介として展開することによって、彼の見解は支持できることを示そうとするものである^⑤。以下では、まず、ラズのテーゼ、これに対するドゥオーキンの批判、さらにこれに対するガードナーの批判的検討を概観する。この点でのガードナーの議論は適切だと考えられる。次に、ガードナーの法は道徳的な主張をしているという見解を検討して、より一般的に法の主張がどのような構造と内容をもちうるかを考察する。さらに、アレクシーの見解に対するガードナーの議論を批判的に検討して、法の道徳的正当性の主張の可能性をさぐる。最後に、ドゥオーキンは法の主張という見解を否定する必要はないことを簡単に示したい。

- (1) J. Raz, *The Claims of Law*, in: do., *The Authority of Law*, 1979, 28-33.; do., *Authority, Law, and Morality*, in: do., *Ethics in the Public Domain*, 1994 (first published in *The Monist*, 1985 (深田訳「権威・法・道徳」深田三徳編訳『権威と法の』一九九四年), 199-200; do., *Between Authority and Interpretation*, 2009, 104.
- (2) R. Alexy, *Zur Kritik der Rechtspositivistischen Trennungsthese*, in ARSP Beiheft 37, 1990, 27-32.; ders., *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, 64-70.; do., *A Defence of Radbruch's Formula*, in: (ed. by D. Dyzenhaus) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, 1999, 15-39, esp., 26-28; do., *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, 2002, 35-39.
- (3) R. Dworkin, *Thirty Years On*, in: do., *Justice in Robes*, 2006 (first published in 115 *Harvard Law Rev.*, 2002), 198-216 (註佐美誠訳『裁判の正義』二〇〇九年).
- (4) J. Gardner, *How Law Claims, What Law Claims*, in: do., *Law as Leap of Faith*, 2012, 125-148.
- (5) アレンシーの主張理論については、拙稿「法と道徳との関連」『法政研究』第59巻第3・4合併号、一九九三年を参照。

二 法の主張の意味

(1) 法の概念に関するラズの中心的なテーゼの一つは、⁽⁶⁾「法は正統な権威 (legitimate authority) を主張している」⁽⁷⁾ としてこのことは「法の本質に属する」ということである。あるいは別の言い方では、⁽⁸⁾「法は必然的に事実上の (de facto) 権威を有し」、そしてこのことは「法は正統な権利を有すると主張している」、もしくはみなされている、又はそのいずれでもある」ということを含意する。つまり、法が正統な権威を主張していることは、法の概念に属するということである。このラズの主張をここでは「権威テーゼ」と呼ぶことにする。

これにはいくつかの補足が必要である。まず、ここで法とは、立法、判決、慣習といった法源に基づく規範だけでな

く、それらからなる法体系全体をも意味する⁹⁾。次に、正統な権威の主張が法の本質的属性であるということは、法は正統な権威であることに失敗していることもあるが、正統な権威であることを少なくとも主張していなければならないということの意味する⁹⁾。正統な権威であることと正統な権威であると主張することは区別されている。第三に、ラズによれば、法は「それ自身で（それ自身のために）」(for itself) 正統な権威であることを主張している。しかし、その主張は多くの場合は法的公務員 (legal officials) によつてなされる¹⁰⁾。さうでない場合（たとえば慣習的ルールの場合）は、法は正統な権威であると一般に考えられている。最後に、法が正統な権威であることを主張しうるためには、法は権威をもつことができるのでなければならぬ。ラズはその条件を「非道徳的又は非規範的な条件」と「道徳的又は規範的な条件」に区別している¹¹⁾。正統な権威であるためにはこれら二種の条件が満たされていることが必要だが、権威であるためには「道徳的又は規範的な条件」を満たしている必要はない。本稿の観点からして問題となるのは、正統な権威の主張に「道徳的又は規範的な条件」を満たしているという主張が含まれていることが必要なかどうかであるが、この点についてラズの見解は必ずしも明らかではない。

法の概念に関するラズのもう一つの中心的なテーゼは「すべての法は源泉 (sources) に基づく」という「源泉テーゼ」であり、ラズによれば権威テーゼは源泉テーゼを支える¹²⁾。源泉をなすのは、立法、判決、慣習などの社会的事実として確認できる法源であり、したがって源泉テーゼは法はこれらの法源に基づくものに限られると主張する。ラズはこの源泉テーゼを整合性テーゼや編入テーゼと対比する¹³⁾。整合性テーゼは「法は、源泉に基づく法と、その法についてのものとも道徳的に妥当な正当化とからなる」というもので、ドウオーキンに帰せられる。編入テーゼは「すべての法は源泉に基づくものか、あるいはその源泉に基づく法が必然的に包含しているものいづれかである」というもので、最近では「包含的実証主義」と呼ばれるものの主張である。しかし、これについてはここでは立ち入らない。

ラズによれば、権威はそれを権威と認める行為者にとつてのある特殊な行為の理由である。ある行為状況において、

行為者は関連する様々な理由（第一次的理由）を自ら衡量し、その衡量に基づいて最善と思われる特定の行為をなすことができる。しかしまた、行為者は自ら第一次的諸理由を衡量して行為を選択するのではなく、そうした衡量が困難であるとか繁雑であるといった場合に、それを回避するというそれ自体合理的な理由により、第一次的理由とは異なる理由（第二次的理由）、たとえばコイントスの結果や他人の助言を理由として行為を選択することもできる。この一定の行為を指示する第二次的理由が第一次的理由の衡量による反対行為の選択を排除するものであるとき、それは「排除的理由」(exclusionary reason) と呼ばれる。¹⁴ さらに、第二次的理由が第一次的諸理由の衡量の結果としての理由と一致するとき（第一次的理由の衡量によって正当化されるとき）、それは「保護された理由」(protected reason) と呼ばれる。¹⁵ このように、権威における第一次的諸理由の衡量が他の場合よりも適切であるということによって正当化されるとするテーゼを、ラズは「通常の正当化テーゼ」(the normal justification thesis) と呼んでいる。¹⁶ 行為理由としての権威はこのような衡量に基づく保護された理由のことである。

たとえば、自動車を運転していてある信号のない交差点に差しかかったとき、そのまま直進するか、徐行して直進するか、それとも交差点の手前で一旦停止するかは、他の自動車や歩行者の状況、自分が自動車を運転している目的やその緊急度、他者に危害を及ぼしてはならないといった理由などを衡量して決定される。これに対して、交差点に信号があるときは、それらの第一次的理由を衡量することなく、信号の指示に従うことになる。このとき信号の指示は保護された理由であり、したがって権威である。あるいはまた、他人との紛争をその他人との交渉によって、つまり相互の様々な利害状況の衡量と交渉によって解決するのではなく、仲裁人を指定してその仲裁裁定に従うこととする場合、その仲裁裁定は双方にとって保護された理由であり、権威である。¹⁷

したがって、ラズによれば、権威は「人々と人々に適用される正しい諸理由」「第一次的諸理由」との間をに仲介する」という奉仕的な性格をもつ（仲介性、奉仕性）¹⁸。しかし、他方で権威は行為者に対して第一次的諸理由の衡量によ

る行為決定を排除するという先取りの (preemptive) 性格をもつ (排除性、先取り性)⁽¹⁹⁾。また、行為者は権威の指示する行為をなすことを要求される。換言すれば、権威に拘束され、権威に従う責務を負うことになる (拘束性、責務性)⁽²⁰⁾。しかし、他方で権威は保護された理由として奉仕的又は仲介的であるから、権威に従うことは合理的でもある (合理性)⁽²¹⁾。さらに、権威は保護された理由として第一次的諸理由の衡量に基づく (第一次的諸理由の衡量によって正当化される) とすれば権威はその意味で道徳的であり、権威に従うことは道徳的責務でもある (道徳性、正当性)⁽²²⁾。権威であるための条件という点では、奉仕性、排除性、拘束性は権威の構成的な条件と呼ぶことができるが、これに対して、合理性や道徳性は権威の正統性の条件、先に触れた「道徳的又は規範的な条件」とみることができよう⁽²³⁾。以上についても若干の補足をしておく、まず、権威の拘束性は仲介性と排除性に基づくものであって、「巨大な権力」であることを意味するわけではないとされる⁽²⁴⁾。権威は独裁的、恣意的な何ものかを保護された行為理由であることに付け加えるわけではない。そのようなものが付け加えられている場合は、権威は過誤を犯しているということになる。第二に、権威は場合によっては第一次的諸理由の衡量によって凌駕されることがありうる。その場合、権威は権威として失敗しているということになる⁽²⁵⁾。権威の権威としての成功は、仲介性や排除性の度合によると解することもできる。したがって、第三に、権威はその要求に従うことを求めるが、それに従う特別の義務はないとされる⁽²⁶⁾。権威に従う責務は権威が正統であるということにのみ基づくのである。このことは、権威に従う動機は問われないが、権威がそれに従う責務を課しうるのは、それが従いうるものでなければならないということの意味する。

(2) ラズの権威テーゼは「法は正統な権威を有する (である) と主張している」というものであった。しかも、この主張をなしているということは「法の本質的な属性」であるとするのであり、したがって、法の概念の核心的な特徴であるということになる。だが、「法が主張する」というのはそのままでは明らかに擬人法的である。これはどのように理

解しうるかがまず問題となる。

ドゥオーキンは権威テーゼを擬人法的でない仕方では理解可能かどうかを批判的に検討する。彼によれば、それを擬人法的でない仕方では理解する方法はいくつかある。一つはこのテーゼを「命題の集合の意味又は内容を述べる省略法」と理解する方法である。たとえば、哲学者が「道徳は定言的要求を課することを主張する」と言うとなれば、それは「いかなる命題も、それが定言的要求を的確に報告するものでないかぎり、道徳的に真なる命題ではない」ということを意味し、物理学者が「物理学は物理的宇宙の構造を明らかにすると主張する」と言うとなれば、それは「いかなる命題も、それが物理的宇宙の構造を正確に報告するものでないかぎり、物理学的に真なる命題ではない」を意味する。同様に、法哲学者（ラズ）が「法は正統な権威であることを主張する」と言うのは、「いかなる命題も、それが正統な権威の行使を適切に報告するものでないかぎり、真なる法命題ではない」を意味するというわけである。⁽²⁷⁾

ドゥオーキンは、このように理解した上で、「いかなる法命題も正統な権威の行使を報告するものでなければ真ではありえない」という命題が「法命題が真であるか偽であるかのテストには道徳的判断は含まれない」ということを含意するとすれば、この命題はラズの正統な権威に関する議論によっても偽であるはずだと指摘する。なぜなら、ラズによれば、あるものが「正統な権威」であるためには道徳的又は規範的な条件を満たしていなければならないのだからである。⁽²⁸⁾しかし、ラズによれば、正統な権威が成功したものであるためには道徳的又は規範的な条件（通常の正当化を含む）を満たしていることが必要だが、その排除性（又は先取り性）のゆえに、法命題の真偽のテストにおいてこの条件の成否を問うことは排除されているということになるだろう。さもなければ、それは権威としては成立していないことになるからである。とはいえ、法命題の真偽のテストにおいてこの条件の成否を問うことがつねに排除されるわけではないとすれば、それは何を意味しうるかが問題となる。これについては第三節で立ち戻る。いずれにせよ、ドゥオーキンは、真なる法命題は正統な権威によるものに限らない（ラズという源泉ではない原理規範によることもある）と考えている

から、この擬人法的な議論は成功していないとみるわけである。

権威テーゼを擬人法的でなく理解する二つ目の方法は、「法が主張する」を「人々が主張する」と解することである。そうすると、権威テーゼは、まず、「法的公務員が正統な権威であることを主張する」を意味し、その内容は「法的公務員が自分たちは市民に責務を課する権利を有すると力説する」、あるいは「市民は自分たちに対して忠誠の責務を負っており、したがって法に従うべきだと力説する」ということを意味することになる。²⁹しかし、ドゥオーキンによれば、法が市民に道徳的責務を課すということを否定していたオリヴァー・ウェンデル・ホームズのように、すべての法的公務員がそのような主張をしているとはいえないとすれば、法的公務員がしばしばそのような主張をしているということから、法は正統な権威であると主張しているということを導くことはできない。また、ラズは「法が正統な権威である」ためには人々がそのように「考えている」ということで足りるともしているが、人々が法についてそのように考えているということと法が実際にそうであるということとは区別される。このことは、法的公務員がそのような信念をもっているという場合だけでなく、市民がそう考えているという場合でも異ならない。「市民がアメリカ法は自分たちに服従の道徳的責務を課していると考えるかどうにかかわらず、アメリカ法は現にそれを課しているのである」³⁰。

この議論は「Pである」と主張する「Pである」と「Pである」と「Pである」との古典的な区別に基づいている。ドゥオーキンが論じているように、この区別は「主張する」や「思う」の主語を全称化する場合でも可能である。すべての人の主張や思念が誤りであることもありうるからである。³¹しかし、この区別は法の実効性と妥当性との区別を意味するものと解することもできる。そして、法の妥当性が実効性を条件とすれば、人々が法について主張したり、それを受容したりするという側面が法の妥当性にとってまったく無関係だということとはできない。また、「Pである」と主張する」と「Pであると思う」は、一括して「Pである」に対比されるだけでなく、それらはある別の意味で区別される。次にみるガードナーの議論はこれに関連する。さらに、ラズのいう「法は正統な権威であると主張する」を、人々

が「法は正統な権威である」と主張したり、考えたりするという意味に理解すると、ラズの権威テーゼのポイントから外れているようにみえる。法の概念的な特質は「正統な権威である」ことではなく、「正統な権威であると主張している」ことだというのが、権威テーゼの趣旨だからである。いずれにせよ、ドゥオーキンの解釈による権威テーゼの脱擬人化の第二の方法は成功しないということになる。

そこで、第三に、ドゥオーキンは権威テーゼを「法は必然的に正統な権威であることが可能なのでなければならぬ」という意味に理解する。つまり、法は正統な権威であることに失敗しているとしても、法であるためには少なくとも正統な権威である可能性を有するのでなければならぬという理解である。「主張する」は「可能性をもつ」(capable)と理解されることになる。⁽³²⁾ この理解は法が正統な権威であるための条件を分析することに導く。ラズはその条件を非道徳的又は非規範的な条件と道徳的又は規範的な条件とに区別していた。そして、法が「正統な権威である」ためにはこれら二つの条件を満たさなければならないが、「正統な権威である可能性をもつ」ためには前者の条件だけで足りるということになる。非道徳的又は非規範的な条件の核心は、法の権威的指図の内容は、道徳的論証によることなく、排除的理由の存在に関する社会的事実だけによつて特定されるのでなければならないということである。これはたしかにラズの源泉テーゼの核心でもある。⁽³³⁾

これに対するドゥオーキンの批判はすでに周知のものである。すなわち、今日の法実践においては、法の内容を特定するためにはラズのいう第一次的理由（道徳的理由）が考慮されているだけでなく、法律の一般条項や憲法の人権規定を適用する場合やコモン・ローにおいて原理規範が考慮される場合にはそれを考慮せざるをえないということである。⁽³⁴⁾ところが、ラズによれば権威としての法は第一次的理由の考慮を先取的に排除するのであった。したがって、形式的に考えると、法の内容の特定に第一次的理由の再考慮が必要となるのだとすれば、権威としての法は権威であることに失敗し、したがって法ではないということになるか、あるいはそのような場合には法はいかなる権威もたないという

ことになる。また、アメリカ合衆国の最高裁判所は憲法の人権規定に基づいて法令の違憲審査を行っているが、ラズの見解によれば、違憲審査権は実定的規定という源泉によるものではないから、最高裁判所は二世紀にわたっていかなる法的権威も与えていない権力を行使してきたということになる。⁸⁵これは「奇妙な特別の権威観」だと、ドゥオーキンは批判するのである。

ラズにとって右のような形式的な権威観をとる必要はないといえるかもしれない。ラズは権威的法がその適用に際して他の理由によって凌駕されうることを否定してはいないからである。また、そのように凌駕される場合でも端的に失効するというわけではないとすれば、権威的法がいかなる意味でも権威であることを止め、それゆえ法であることを止めるわけではないと論じることは可能だろう。また、ドゥオーキンの議論の最後の点は、ラズの議論の誤解に基づくものと考えられる。ラズによれば、司法的決定はそれ自体が権威的法によるのでなくとも、それが判例となれば、その決定という社会的源泉によってルール（ここでは、違憲審査権を最高裁に付与するルール）を形成することになるからである。ラズも認める通り、法の正統な権威ももちろん絶対的なものではない。ある意味では、それゆえに法は正統な権威であることを「主張している」のであり、正統な権威である可能性だけでなく、凌駕されうる可能性をも有しているのだといえるだろう。しかし、そうだとすると、主張の内容が「正統な権威であること」だけに限定されうるのかが問われうるだろう。

(3) 右のように「法は正統な権威であることを主張する」という命題を「法は正統な権威である可能性をもつ」と読み替えても、なお「法は主張する」の擬人法的ニュアンスは解消されなかつたとすれば、この命題を擬人法としてでなく理解する方法はないということになるのだろうか。ガードナーはドゥオーキンの第二の脱擬人化の議論を批判的に検討して、ラズの法の主張に関する議論を擁護しようとする。彼はドゥオーキンのその議論には三つの誤りがあるとして、

「法が主張する」という命題がドゥオーキンの指摘する以外の方法で比喩的ではなく語りうると主張する。

ガードナーによれば、ドゥオーキンの第一の誤りは、法的公務員が法について主張することはその公務員の個人的な信念や態度に基づいていると想定している点にある。³⁶ところが、真面目でない場合や詐欺師の場合のように、人があることを主張しつつ、それを信じていないことはありうる。ホームズが裁判官席で市民は法に従う道徳的責務を負うと主張したとしても、彼はそのように主張することが合衆国が彼に給料を払う方法なのだと考えているかもしれない。したがって、法的公務員の主張はその信念等から独立だと考えることができる。ドゥオーキンの第二の誤りは、法的公務員が法に関する統一的な主張をなすかどうかは、公務員の行動の観察によって確認される経験的な問題にすぎないと想定している点にある。³⁷しかし、法的公務員、たとえば裁判官の言明が裁判官の言明として特定されるかどうかは経験的な問題ではなく、その職務上の言明であるかどうかというコンテキストに依存する。ホームズが法服を着て裁判官席で言明することが彼が講演や著作で言明することと区別されるのは、前者がその職務と結びついた概念の問題だからである。

ドゥオーキンの第三の誤りは、法的公務員の主張を省略法や擬人法による以外には法に帰属させることはできないと考えている点にある。³⁸しかし、自然人の行為を自然人以外のものに帰属させることは一般に行われている。オーケストラの各奏者は各自のパートだけを演奏しているが、オーケストラ全体はモーツァルトの交響曲を演奏している。会社の役員が役員として会社を代表して他の会社と契約を結ぶならば、それによる権利や義務は会社に帰属する。オーケストラが交響曲を演奏する、会社が契約を結ぶということは、このように省略法や擬人法なしに言明することができる。もつとも、法（法体系）は、オーケストラや会社のような「調和した行為者」(concerted agency)ではなく、様々な行為者の多様な行為の複雑なネットワークからなり、それに何らかの統一的な意思的行為を帰属させることはできそうにない。しかし、法的公務員が法的公務員としてなす行為は、法的公務員が法体系によって法のために行わすべく任命

されている以上、法に帰属させられなければならない。「公務員の行為によって遂行される行為の性格は、法そのものに、自律的な行為者性ではないとしても、ともかく行為者性を帰属させることなしには、説明することができないのである」³⁹⁾。

以上のようなガードナーの指摘はいずれも適切である。法的公務員の法的公務員としての言明や行為は、その主観的な信念や個人的な行為から、概念的に区別されうるし、また区別されなければならない。そして、その言明や行為は法体系の作動の一部をなし、その法体系に帰属されるものと考えなければならない。法的公務員が法的公務員としてなす主張は「法の主張」として法に帰属させられなければならないのである。しかし、このいわば当然の事態をドゥオーキンは否定する必要はないし、彼が知らなかったということもできない。たとえば、彼はいわゆる立法者意思説を退けるために、議会の制定した法が個々の議員たちの信念や意思に還元されえないことを強調しさえしているし、それが「法の根拠」となることを否定しているわけでもない。彼のラズ批判は、ガードナーもミスリーディングだと指摘しているように、ラズの議論が純粹に経験論的に解釈されうることに向けられていたということもできる。とはいえ、「法が主張する」ということの意味をドゥオーキンはそのラズ批判において把握しえていなかったといえるだろう。

- (9) Raz, *The Authority of Law*, 30
- (7) Raz, *Authority, Law, and Morals*, 199.
- (8) Raz, *op.cit.*, 215.
- (6) Raz, *op.cit.*, 200.
- (10) Raz, *op.cit.*, 199, 201. Raz, *Between Authority and Interpretation*, 104 は次のように述べている。「政治共同体の諸機関は正統な道徳的権威を主張するのであり、そして自らを権威であると主張することにおいて、彼らが制定したり是認したりする基準も同様に権威であると主張する」。
- (11) Raz, *Authority, Law, and Morals*, 201-202.

- (12) Raz, op.cit., 199.
- (13) Raz, op.cit., 194-195, 204-214.
- (14) Raz, Legitimate Authority, in: do, The Authority of Law, 17. イスは 'Authority, Law, and Morality, 196' ではなく、「依存的理由」(dependent reason) という語を用いている。保護された理由の定立に際して衡量される第一次的理由はその定立にとって依存的であり、他方、保護された理由はその名宛人たる行為者にとって依存的である。しかし、混乱を避けるため、ここでは当初の用語を用いる。
- (15) Raz, Legitimate Authority, 18.
- (16) Raz, Authority, Law, and Morals, 198.
- (17) 信号の例については 'Legitimate Authority, 16' 仲裁の例については 'Authority, Law, and Morality, 196' を参照。
- (18) Raz, Authority, Law, and Morals, 202-204.
- (19) *ibid.* こうした仲介性や先取り性を法の特性とする見方は、たとえば S. Shapiro, Legality, 2011 などにも見られる。シャピロは法を「権威」としてではなく、「プラン」として捉えるが、プランとしての法は強行性の緩和された権威と理解されうる。
- (20) cf. Raz, op.cit., 199-200. 「法の権威の主張は、… 法的諸制度はそれ自身がその名宛人に責務を課する権利を有するとみなすところによって明示されている」。
- (21) cf. Raz, op.cit., 198. 「指令の名宛人が、自分に直接に適用される諸理由に従おうとする場合よりは、権威とされている指令を権威ある拘束的なものとして受容しそれに従おうとする場合のほうが、彼に適用される諸理由にいつそううまく沿っている可能性がある」。
- (22) Raz, op.cit., 199. 「権威の正統性の主張が正当化される (justified) のは、権威が依存的理由に従うほうが名宛人が依存的理由に従うよりも良い傾向がある場合だけである」。「法体系が正統な権威を付与されるために必要な道徳的屬性を欠くならば、それは正統な権威をもたない」。
- (23) ただ、ラズがそれほど明示的に区別しているわけではないように、後者も権威の構成的特徴からの帰結とみることもできる。成立している権威は同時に正統な権威であるともいえるのだから。
- (24) Raz, op.cit., 199.
- (25) Raz, op.cit., 197. 権威である「仲裁者の言葉は何があっても従われなければならない絶対的な理由であるわけではない。それは異議を提起されうるし、一定の状況では従われないことが正当化されうる」。
- (26) cf. Raz, The Authority of Law, 233-249.

- (27) Dworkin, *Thirty Years On*, 199.
- (28) *Ibid.*
- (29) Dworkin, *op.cit.*, 200
- (30) *Ibid.*
- (31) Dworkin, *op.cit.*, 200-201.
- (32) Dworkin, *op.cit.*, 201-202.
- (33) ドゥオーキンはラズの「排除的実証主義の核心」といふ。 *op.cit.*, 204.
- (34) Dworkin, *op.cit.*, 206-210.
- (35) Dworkin, *op.cit.*, 210.
- (36) Gardner, *How Law Claims, What Law Claims*, 127.
- (37) Gardner, *op.cit.*, 128-129.
- (38) Gardner, *op.cit.*, 129-130.
- (39) Gardner, *op.cit.*, 131-132. もちろん、このようにみる場合でも、法的公務員の行為を法の行為とすることは擬人法的であるが、それは理解可能な擬人法であって、混乱を惹き起こすようなものではないと、ガードナーは残存しうる擬人化の問題性を限定している。

三 法の主張の内容と構造

(1) 先に見たように、ガードナーは「法の主張」という観念は比喩的にでなく理解可能だと結論した。彼にとって次に問題となるのは、法はどのような主張をしているかである。その手がかりは、法に帰属させられることになる法的公務員の主張、とくに法適用公務員の主張である。法適用公務員が主張するのは、「法は責務を課し、権利を生み出し、許

可を与え、責任を生じさせる等々」であり、その必要十分な内容は「法的責務、法的権利、法的権限、法的責任等が存在する」ということだと一般に解されている。しかし、ガードナーによれば、これは法適用公務員のなす主張ではあつても、法の主張ではありえない。なぜなら「法的責務や法的権利はまさに法によって存在する責務や権利だ」からである。⁽⁴⁰⁾ 法適用公務員等による「法的権利等が存在する」という主張は「法が主張するところのものについての主張」という「二階の主張」(second-order claim)である。この主張は法的基準に照らして真又は偽でありうる。しかし、「法的な真や偽の基準であつて、法から独立であるようなものは存在しない」から、「法的権利等が存在する」という主張を法に帰することはできない。⁽⁴¹⁾ 主張は真又は偽でありうるのでなければならぬから、法がその主張をなすとすれば、その主張は偽でありうるのでなければならぬが、そのように想定することは意味をなさないのである。

そこで、ガードナーによれば、法が主張するのは、法的な責務や権利や権限や許可等、一括していえばそれらに基づく「法的責務」が存在するというのではなく、「法に従つて存在する責務や権利は道徳的責務や道徳的権利等であり、たんに法的な責務や権利等ではない」ということであり、この意味で「道徳的主張」だということになる。⁽⁴²⁾ ガードナーはこの説明における「道徳的」という語の意味を限定する。道徳的な考慮要因 (consideration) には広狭二種のものがありうる。広い意味ではたんに主張されたり想定されたりしている要因が考えられるが、狭い意味では「たんに主張されたり想定されたりしているのではない」要因がそれと区別される。⁽⁴³⁾ この「たんに主張されたり想定されたりしているのではない」要因というのは、ガードナーの慎重な言い方であるが、簡潔に言い換えれば「存在する」要因（あるいは社会的に実際に機能している要因）といえるだろう。次に、この存在する道徳的考慮要因のうちでも、利益に関わる「伶俐」(prudence) の要因と責務に関わる要因とが区別され、さらに、責務に関わる要因もエチケットの責務に関わる要因と「それに対する違背が誰かにとって重要な帰結をもつ」ような狭義の「道徳的な責務」に関わる要因に区別される。ガードナーは、法が主張する道徳的責務はこの狭義の道徳的な責務だとするのである。彼によれば、「あら

ゆる法的問題は、たとえ表面的には技術的な問題であっても、一つの道徳的問題である。なぜなら、その解決は誰かにとって重要な帰結を不可避的にもたらすからである」⁴⁴⁾。

さらに、法適用公務員は法的責務等に関する主張において、同時にこの法の道徳的主張を法のためになしている。ガードナーによれば、ハートは公務員が「道徳的に正しいという道徳的判断にコミットしているわけではない」と述べているが、成功しているとはいえない⁴⁵⁾。この言明においてハートは公務員の道徳的判断へのコミットメントを公務員の個人的な態度の問題と捉えていると考えられる。しかし、「法的公務員は法のために道徳的な主張をなさざるをえない」のであって、彼女自身がその主張を信じている必要はないからである。ガードナーは、ラズやアレクシーはハートの議論が成功しないこの理由を示していたのだとする⁴⁶⁾。

以上のようなガードナーの議論は興味深いが、若干説明を要する。まず、法的責務についての主張は法の主張ではありえないという議論が問題となりうる。法適用公務員は、あるケースについて判断しなければならぬとき、それに適用される法規範に言及して、たとえば「この法規範により、かつ認定された事実によれば、原告にはこの法的権利が存在し、被告にはこの法的義務が存在する」と言明する。この言明は、認定事実の部分を除けば、当該の法規範に照らして真又は偽でありうる。当該法規範の適用を誤っている可能性があるからである。したがって、この言明はガードナーのいう「主張」であるといつてよい⁴⁷⁾。しかし、この真偽可能性をもつ主張を当該の法規範に帰属させることはできない。まず、当該の法規範は一般規範であつて、個別事例に適用された個別規範とは区別されるからである。あるいはまた、法適用公務員は右の主張の前提として、「この法規範によれば、これこれの要件が満たされるときは、これこれの法的権利又は法的義務が存在する」と主張することがある。この主張も真か偽でありうる。この主張は解釈の結果であり、かつ解釈が誤っている可能性があるからである。したがって、この主張も当該の法規範に帰属させることはできない。これに対して、当該の法規範が「これこれの要件が満たされるときは、これこれの法的権利又は法的義務が存在する」

という命題を内容とするとすれば、ガードナーによれば、この命題は偽ではありえない。したがって、当該の法規範がこの命題を主張することはありえないことになる。法規範は解釈適用の真又は偽の基準であって、その限りではその基準が真又は偽であるということとはありえないわけである。

次に、ガードナーは法が主張するという「道徳的責務」を限定している。その趣旨は必ずしも明示的には述べられていないが、おそらく、法の主張する道徳的責務が内容的に法的責務と同じであるならば、法的責務は法的責務であるという同語反復になるという懸念が生じるということであろう。実際、ガードナーは「同語反復」の懸念に言及している。しかし、この問題は、このように設定するならば、道徳的責務を内容的に限定しても解消するものとは思われない。法の主張における道徳的責務を内容的に限定するならば、当初の法的責務とは内容的に別のものになるだろうからである。もっとも、この点は、ガードナーのここでの問題をラズの正統な権威の概念の観点から捉えるならば、難点とはならないようにもみえる。法が正統な権威であることを主張しているとすれば、法は道徳的な理由をも含む第一次的諸理由の衡量に基づいていることを主張している。したがって、法が法的責務は道徳的責務であると主張するとすれば、このことは、法は法的責務が第一次的諸理由、とりわけ道徳的理由に基づくことを意味することになるだろう。たとえば、殺人を処罰する規定は人命の尊重や他者危害の非難などに基づく。しかし、そのように理解するとしても、なぜ法は第一次的諸理由のうちの道徳的理由だけを主張するのかは明らかではない。ガードナーは道徳的責務が他者にとって重要な影響を与える点を指摘するが、法の主張が他ならぬ道徳的主張であることの概念的な論証としては不十分だと思われる。⁽¹⁹⁾ 法が道徳的主張をなすとすれば、その主張は、内容の面で道徳的理由に基づくという主張ではなく、一般に第一次的諸理由の衡量がある道徳的な性格をもつという主張であると捉えるほうがよさそうである。

(2)しかし、法の主張はガードナーのというような道徳的主張に限定されるかどうかは問われうる。法がそのような主張

をなしているとすれば、それは法的責務が道徳的責務の考慮を根拠としていることであろう。これをより一般化していえば、法は何らかの根拠に基づくと主張していると考えることができる。この主張はその根拠の有無によって真か偽でありうる。しかし、法の主張の根拠は道徳的理由に限られない。ケルゼンのいうように、上位規範による授権も根拠の一つである。制定法は立法に関する憲法規範に基づいて、したがって権限ある機関によりかつ適法な手続を通して、制定されたということを根拠とする。この根拠は場合によっては（稀であろうが、原理的には）争われうるから、制定法はこの根拠を主張しているといえる。これは狭義の道徳的な主張とは区別される主張、しかも法的と言いうる主張である。この意味においては、法は法的主張をしているということは同義反復ではない。この点でよく問題とされてきたのは、この法的主張と道徳的主張は場合によっては競合しうるということである。法実証主義はこの問題に法的主張が優先するという仕方でも解答するだろう。そして実際、実定法の作動としては原則として法的主張が優先する。道徳的主張の真偽を問うことは先取的に排除されるというラズの権威テーゼは、ケルゼンの場合と同様に、この実定法の作動に依拠しているといえる。しかし、それはあくまで原則であって、第一次的諸理由の衡量の正当性が問われることによつて法的主張が覆されることもあることはいうまでもない。それがどのような場合なのかについて法的基準が指示している場合もあるが、その場合でも第一次的諸理由の再衡量、とくに道徳的な論証が必要だというのが、ドゥオーキンの主張だと解することができる。

ガードナーによれば、法の主張は法適用公務員がその適用すべき法のために（法の代わりに）なすのであった。それは「法の主張」を擬人法的でない仕方でも理解するための議論でもあった。法適用公務員の主張が法のための主張であることによつて、その主張は法に帰属させられる。しかし、そのためにはこの議論は迂遠にみえる。右のような法の主張は何よりも立法者によつてなされると解するほうが直接的である。立法者は法の制定にあたってその法が根拠に基づいていると主張する。のみならず、その立法行為そのものが根拠に基づいていると主張するだろう。つまり、立法者

はその行為が憲法の立法権限及び立法手続に関する規定に基づいていること、その法案が憲法や他の法律の内容と整合すること、そしてその法案が第一次的諸理由の適切な衡量に基づくことを主張する。これらの主張は偽でありうるから、同様に、ガードナーのいう意味で「主張」である。この主張は成立する法のために（法の代わりに）なされ、その法に帰属させられる。その意味で、成立した法はこれらの主張をなしていることができるだろう。さらに、法をより自立化させて（擬人法的に）言えば、法は自分について（又は自分のために）これらの主張をなしているということができそうである。むしろ、法が立法者を離れて妥当するにいたるのは、このためである。ラズは「法は自分について（又は自分のために）正統な権威であることを主張している」と述べていたが、その意味は右のように解することができる。

同様のことは、法適用公務員自身の主張についてもいえる。法適用公務員は判決を下し、個別的法規範を定立する。その際に、法適用公務員は、その適用する法について先にもたような主張をするだけでなく、その判決行為が法律の規定する権限及び手続に基づいていること、その判決が適用される法に適合しており、憲法や他の法律や判例の内容とも整合すること、その適用する法が上記のような経緯で制定された正統な権威であること、そして場合によってはその判決が裁判官自身による第一次的諸理由の適切な衡量に基づくこと等を主張する。これらの主張も偽でありうるから、まさに主張である。この主張は下された判決のために（代わりに）なされ、その判決に帰属させられる。その意味で、下された判決はこれらの主張をなしていることができる。そして、同様により自立化させて言うならば、判決は自分について（又は自分のために）それらの主張をなしていることができる。

(3) それでも、「法が主張する」という表現は擬人法的に響くかもしれない。それは「主張する」(claim) という語が強い意思性又は行為性を想起させるからだといえるかもしれない。しかし、ラズやアレクシーのいう「主張する」はよ

り弱い意味に解することもできる。ラズのいう「権威」は、行為の排除的な理由、つまり、第一次的諸理由の考慮により選択される他の行為ではなく、その指図する行為がなされるべき理由であった。したがって、「権威であることを主張する」は、「その指図する行為がなされるべきことを主張する」を意味すると考えることができる。さらに、英語の「claim」は一定の行為をなすことを要求する（たとえば「claim damages」という意味でも用いられるから、この「主張する」は「要求する」と置き換えることができる。たしかに、行為の指図を表現する場合でも、「主張する」はたとえば「要求する」(「ask」や「request」)よりも強行的な意味合いをもつかもしれない。しかし、権威は排除的理由であるとはいえず、「行為の理由であると主張する」ことは、たとえば物理的に強制することではなく、名宛人の選択の余地又は名宛人の理解に基づく受容の余地を残す表現だといえる。その限りでは、ラズの「権威であることを主張する」は「その指図する行為がなされるべきことを名宛人に要求する」と言い換えることは可能であろう。

アレクシーは、「正当性の主張は法の概念の必然的な要素である」、「個々の法規範、個々の法的決定、そして法体系全体も、必然的に正当性の主張を提起している」等と述べている。⁽⁵⁰⁾彼の論文の英訳によれば、「正当性の主張」は「claim to correctness」であり、元のドイツ語では「Anspruch auf Richtigkeit」である。⁽⁵¹⁾この表現がハーバーマスの形式的又は普遍的語用論の「正当性の妥当要求」(Geltungsanspruch auf Richtigkeit)に由来することはいうまでもない。⁽⁵²⁾ハーバーマスは、たとえば、「pであることが命令(要求)されている」という命題が規範を表現するのは、「それが適切な形式で規範的正当性の主張(Anspruch auf normative Richtigkeit)をもつて、つまりそれがある範囲の名宛人に対して妥当性を要求する(Gültigkeit beanspruchen)という態様で表明されているとき」であるという。⁽⁵³⁾「妥当性を要求する」ことは、妥当性が名宛人において受容され、名宛人において妥当する(効力をもつ)ことを要求すること、換言すれば規範において表現される命令が従われることを要求することである。⁽⁵⁴⁾

このように「法が遵守を要求する」といった表現は、なお擬人法的であっても、それほど違和感を生じないと思われ

る。「法は主張する」という表現を不適切な擬人法として退けたドウオーキンも、先の引用箇所にもみられるように、「アメリカ法は現に服従の道徳的責務を課している」ととくに問題視することなく述べているのである。もつとも、このような言い換えでは抜け落ちるものがあるようにみえる。ラズもドウオーキンも、そしてガードナーも、「主張」は真偽可能性をもつと想定しているのに対して、「遵守の要求」はそれ自体としては真偽可能性をもたないように思われるからである。しかし、ハーバースマスによれば、妥当要求は必要とあれば根拠づけを与える責務を語用論的に含意する。妥当要求の名宛人はその根拠づけを求めることができるからである。その根拠の有無によって要求は真偽可能性をもつことになる。このように解しようとすれば、「要求する」が真偽可能性をもつ「主張する」となるのは、それが根拠づけに関係づけられることよってであるということができらるだろう。

ガードナーは法が法的責務を主張することは論理的にありえないと論じた。この議論によれば、ラズの「法が自分について（自分のために）主張する」という表現も論理的な過誤であるようにみえる。しかし、この表現もまた、法がその内容である法的責務そのものを主張しているということではなく、その法的責務の遵守要求が根拠に基づいていると主張しているということの意味すると解することができる。このように解するならば、「法が自分について（自分のために）主張する」という言明は論理的に不可能というわけではなくなる。のみならず、この言明は法の遵守要求がその根拠に即してつねに問われうることを明示化するものと解することができるだろう。

(40) Gardner, *How Law Claims*, What Law Claims, 132-133.

(41) *ibid.*

(42) Gardner, *op.cit.*, 133-134.

(43) Gardner, *op.cit.*, 134.

(44) Gardner, *op.cit.*, 135, 136.

- (45) Gardner, op.cit., 138.
- (46) Ibid.
- (47) もっとも、こうした法的言明が厳密な意味で「真偽可能性」をもつといえるかどうかは問題となりうる。ここでは「真偽可能性」を広い意味で用いて、言明が根拠づけられるかいなかという言明の性格を指すものとする。
- (48) Gardner, op.cit., 134, 136.
- (49) 法の道徳との結びつきを道徳の具体的な内容との結びつきと捉える見方は周知の難点をもつ。ハートやケルゼンが主張したように、実証主義的な観点からは、法と特定の具体的な内容をもつ道徳との結びつきは偶然的だとみなされてきたからである。
- (50) z.B. Alexy, Zur Kritik der Rechtspositivischen Trennungsthese, 18, ders., Begriff und Geltung des Rechts, 64.
- (51) Alexy, The Argument from Injustice, 34, ders., Zur Kritik der Rechtspositivischen Trennungsthese, 18, etc.
- (52) Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 138ff.
- (53) J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 1 Bd., 1981, 132.
- (54) なお、「妥当要求」(Geltungsanspruch) という表現はグスタフ・ラートブルフにも見られる。彼は「法秩序の妥当要求」(Geltungsanspruch der Rechtsordnung) という表現を用いている (Grundzüge, 1914, in: Gesamtausgabe, Bd.2, 152ff., Rechtsphilosophie, 1932; Gesamtausgabe, Bd.2, 309.)。また、カール・ヘンキッシュは、「裁判官の『判決』は論理的な意味での判断、すなわち正しい主張 (Anspruch auf Richtigkeit) を掲げる認定を含む」(Logische Studien, 1960(erstmalig vorgelegt 1942), 4) という言い方をしている。これは論理的な意味での「正しい」だが、判決がこの意味での「正しい」主張を掲げる」と言っているわけである。

四 法の道徳的主張の内容

(1)法の主張にはガードナーの言うように道徳的主張も含まれると考えられるが、次にその内容が問題となる。ガードナーにとってその問題は、法の道徳的主張はラズのいう正統な(その意味で道徳的な)権威としての主張なのか、それ

ともアレクシーのいう道徳的正当性の主張なのかを特定することである。彼の結論は法の道徳的主張は正統な権威の主張に限定されるというものである。

アレクシーはその正当性主張の議論を二つの例で示そうとしている。一つは、ある法体系の憲法が「Xは主権的で、連邦的で、かつ不正な共和国である」と規定しているという例、もう一つは裁判官が「被告人は終身刑に処せられる、しかしこれは現行法の不正な解釈である」と判決するという例である。⁵⁵ この二つの例において問題だと考えられるのは、この憲法や判決がその言明内容において自らを「不正」と述べていることが、その言語行為のレベルでの主張といわゆる「遂行論的（performativ）矛盾」に陥っている点にある。なぜなら、それらはその言語行為レベルにおいて（発話内行為の意味のレベルで）、自己の正当性を主張しているはずだからである。これがアレクシーがこれらの例で示そうとしていることである。

この議論に基づいて、アレクシーは法の概念について次のように主張する。「個々の法規範や個々の法的決定も、また法体系全体も、必然的に正当性の主張を掲げている。この主張を明示的にも黙示的にも提起していない規範体系は法体系ではない。その限りで、正当性の主張は分類的な (*Klassifizierend*) 意味をもつ。この主張をたしかに掲げているが、満たしていない法体系は法的に欠陥のある法体系である。この点では、正当性の主張は限定的な (*qualifizierend*) 意味をもつ。もっぱら限定的な意味が正当性の主張に帰属するのは、個々の法規範や個々の法的決定の場合である。それらは、正当性の主張を掲げているか又はそれを満たしていないときは、法的に欠陥がある」。⁵⁶

ガードナーは、まず第二の例について、この判決において裁判官が否定している主張は、裁判官が被告人に有罪判決を下すときにどんな法的権限と責務を有しているかについての主張であり、裁判官は、法に代わって一階の主張をしているのではなく、法が独立に主張しているものについての裁判官自身の二階の主張をしているのだとする。⁵⁷ たしかに、アレクシーの例における裁判官はその判決において法の主張を代わりに述べているのではない。しかし、法の主張につ

いての裁判官自身の主張をしているわけでもない。むしろ、法の主張に反して（その正しい解釈によれば被告人を終身刑に処するという結論は導かれぬ）、判決を下していると表明しているのである。それは法の主張については主張していないのである。アレクシーのポイントは、この判決そのものが法の主張であり、かつ遂行論的矛盾を犯している、なぜなら判決を下すという行為は正しさへの主張を含むが、その内容がこの主張に反しているからだという点にある。ガードナーは、「この裁判官の言明にあるのは概念的な問題ではなく、語用論的な問題であると思われる」としているが、後半は正しいとしても、前半は正しいとはいえない。たしかに、この裁判官の言明の問題は語用論的な問題である。しかし、それが法の概念に関する問題でないとはいえない。判決が適用しようとする一般法規範だけが法ではなく、判決という個別的法規範も法だとすれば、この判決における矛盾は法の問題（あるいは少なくともその一部）となりうるからである。

アレクシーの議論の問題点は別のところにある。それは第二の例の裁判官の判決は、発話内行為的な意味の観点からみて、判決の成立にとって致命的な遂行論的矛盾を含むといえるかどうかということである。裁判官が自己の下す判決について「不正である」と付言したとしても、その判決が判決としての効力を直ちに失うわけではないとすれば、判決の成立にとって正当性（道徳的な正しさ）の主張がなされていることは必然的ではないということになる。先の引用箇所においてアレクシーは、一方で「個々の規範や法的決定は必然的に正当性の主張を提起している」と言いつつ、他方で「個々の規範や法的決定が正当性の主張を掲げていない」場合のあることを想定している。この齟齬は、正当性の主張は個々の法規範や法的決定については「もっぱら限定的に帰属する」と述べるだけで解消できるものとは思われない。判決に致命的な遂行論的矛盾が生じるとすれば、それは裁判官がその判決の中で「これは判決ではない」と言明する場合であろう。このことは裁判官の判決は判決であることの主張を必然的に含んでいるということの意味する。問題はこの主張がどのような主張を含蓄するかということである。これについてはすでに触れた。ここでの問題はそこにアレク

シーのいうような正当性の主張が必然的に含まれるかどうかである。

ガードナーは裁判官が判決において道徳的正当性の主張をしているということを否定し、その論拠として、ある裁判官がその判決について説明している文章を引用している。⁵⁹ それによれば、その裁判官は自分の扱った失火事件についてある先例となっているルール、つまり権威であるルールを適用すべきかどうかを検討している。裁判官はその事件にそのルールを適用することは「不正又は不相当」だと考えており、先例拘束性の原則の範囲内でそのルールを自分の判断に適合するように解釈できるかどうかを検討し、その結果、自分の判断に適合するような、つまりそのルールに正統性の点で不当に (illegitimate) に反することになるような解釈を見出すことはできなかったと述べている。ガードナーによれば、この裁判官は、そのルールを適用することは不正又は不相当だと思われると明言しているが、そのルールが正当性を主張していると述べているわけではない。彼が述べているのは、そのルールについてはそれが正統な権威であるということ、つまり彼にとつて適用への道徳的な拘束力をもつということだけである。⁶⁰

この議論が扱っているのも裁判官がその適用するルールについて道徳的正当性の主張をしているかどうかという問題である。しかし、アレクシーの議論における問題は裁判官が自分の判決について道徳的な正当性を主張しているといえるかどうかであった。この点について、ガードナーは正統な権威に従うことは道徳的に正当であると主張することだということを否定しない。自分の適用する法の道徳的メリットに疑問を感じながらもそれを受容する場合、そこには、「道徳的権威の主張はつねに道徳的正しさの主張を体现しているという感覚がある」⁶¹。しかし、ガードナーによれば、これはここでは問題ではない。それは当該裁判官が自分が適用したルールの道徳的正しさを否定することと矛盾しないからである。それでも、その正統な権威としてのルールに従うことは道徳的に正しい。「道徳的権威の眼目は、それに従うことは、たとえその行使 (exercise) が道徳的に正しくないとしても、道徳的に正しいという点にある。権威は、人が為すべく道徳的に拘束されているとは考えないことを為すべく、人を道徳的に拘束することができる。なぜなら、ど

んな道徳的権限 (power) についても、その効力ある行使はその正しい行使にまったく依存しないということが真だからである」⁽⁶²⁾。

(2) 右のガードナーの議論によれば、裁判官はその判決においてその判決について少なくとも道徳的な正しさの主張をしているということになる。ただその根拠が正統な権威への服従という点にあるというだけである。この限りでは、ガードナーのアレクシー批判はポイントを外しているようにみえる。しかし、この意味での道徳的な正しさの主張はアレクシーの想定する正当性の主張と同一だとはいえないし、それがガードナーの趣旨だとも思われない。一つの問題は裁判官のその判決についての正当性の主張はそれが正統な権威への服従の主張に尽きるかどうかということである⁽⁶³⁾。これに肯定的に答えることを困難にするのは、いわゆるハードケースの存在である。適用すべき実定的ルールが欠如している場合や困難な解釈が必要な場合には、いうまでもなく判決の道徳的「正しさ」の主張は正統な権威への服従の主張に還元されない。このように、裁判官の判決の道徳的な正しさはその適用する実定的ルールの正統な権威に還元されるわけではなく、かつ裁判官がその判決において道徳的「正しさ」の主張をなすとすれば、それは「道徳的権威の主張」から独立に存在しうると考えられる。ラズが司法的権威の典型と考えられるとする仲裁の場合を考えてみよう。

仲裁は当事者の仲裁合意によつて手続が開始され、仲裁者は当事者の利害に関わる第一次的諸理由を衡量して仲裁裁定を下す。この仲裁裁定はラズの意味での権威、つまり当事者のその後の行為にとつての保護された理由である。仲裁裁定がこの意味で権威であるための条件にはいくつかのものがある。無関係の第三者がこれら当事者間の紛争の解決案を提案する場合と比較してみると、第一に、仲裁裁定の権威性は仲裁裁定に従うという当事者の仲裁合意に基づくということがある。第二に、仲裁裁定が保護された理由であるということがある。それが排除的理由であることは第一の条件に由来する。第三に、仲裁者は第一次的諸理由について適切な衡量を行つて裁定を下すということが当事者に

おいて想定されているということがある。仲裁者が恣意的な又は偏った裁定を下すであろうことが想定されるならば、当事者は仲裁合意にいたることはなかったであろう。⁶⁴この第一次的諸理由の適切な衡量は無関係の第三者の提案にも存するかもしれないが、それは当事者の期待を保証するわけではない。少なくともこうした場合に仲裁裁定が仲裁裁定として成立するための条件であり、仲裁者はその裁定を提示する際に、それらの条件が存立していることを主張することになる。もちろん、ここでもドウオーキンが考えたように、仲裁者が実際にその主張をしたり、それについて信念をもっている必要はかならずしもない。これらの主張は仲裁裁定が成立するための条件であり、したがって仲裁裁定を提示するという行為そのものに含意されていると考えなければならない。

ここで重要なのは第三の条件についての主張である。もちろん、仲裁者は第一次的諸理由を適切に衡量することに失敗しているかもしれない。とはいえ、仲裁者は裁定の提示において少なくともこの点についての主張をなしているのではない。そして、この第一次的諸理由の適切な衡量の主張は「正しさ」の主張を含んでいると考えられる。ラズは、権威の奉仕的考え方について「権威は人々と人々に適用される正しい諸理由 (right reasons) との間を仲介するものとみなされており、したがって権威は人々が正しい理由 (right reason) に従って何をなすべきかを判断し、宣言している」と述べているが、この宣言において権威はそれが正しい諸理由の衡量に基づくという意味で正当化可能であることを主張しているとみることができるとされる。さらに、この正当化可能性の主張は当事者にとつて少なくとも「公正」であるという主張を含んでいるだろう。この意味でこの主張は「道徳的な正しさ」の主張を含んでいると考えられる。第一次的諸理由の中には場合によっては実定法の関連規定の考慮が含まれるかもしれない。しかし、つねに含まれるとはかぎらないし、含まれるとしても諸理由の一つにとどまるであろう。したがって、仲裁裁定の提示において実定法の関連規定という権威についての主張が含まれるとはかぎらない。いずれにせよ、仲裁裁定はそれ自体正統な権威を主張するが、そのことよつて同時に第一次的諸理由の衡量に基づくという意味で道徳的な正しさを、つまり独立の正

当性を主張することができる。

仲裁者は第一次的諸理由の衡量に基づく個別規範としての仲裁裁定を当事者にとつての正統な權威として提示する。同様に、立法者は第一次的諸理由の衡量に基づく一般規範としての法律を人々にとつての正統な權威として提示する。すでに見たように、この立法行為において、立法者はその権限や手続の適法性を主張するだけでなく、第一次的諸理由の適切な衡量に基づくことを主張しているとすれば、この後者の主張には、仲裁の場合と同様に、道徳的な正当性の主張が含まれるだろう。もちろん、この主張は満たされているとはかぎらないが、立法行為がラズという正統な權威を生み出すのだとすれば、少なくともこの主張はそこで提起されているのでなければならぬ。

裁判官の判決は、ほとんどの場合、その適用すべき実定的ルールの正統な權威の主張を含んでいる。それは判決にとつて本質的に重要な主張である。しかし、実定的ルールの正統な權威の主張が右のように道徳的正当性の主張を含んでいるとすれば、その法の主張を法のために（法の代わりに）なす判決は、この正当性の主張をいわずに間接的になしているということが出来る。ラズによれば、適用すべき実定的ルールは排除的理由であるから、裁判官がその背後にある第一次的諸理由の衡量をあらためてなすことは一応は排除されている。とはいえ、それが正統な權威を主張しているとすれば、その衡量が背後にあることの主張は判決においてもなされているといえる。実際、判決がこの衡量を再現的に説示することも少なくない。のみならず、ガードナーが言うように、この正統な權威の主張が判決の道徳的正当性の主張でもあるとすれば、その主張は判決そのものの主張でもある。判決は適用すべき実定的ルールの正統な權威とともにその正当性をその法のために（代わりに）主張するだけでなく、それ自身のためにも主張していることになる。

のみならず、裁判官の判決は適用すべき実定的ルールの正統な權威の主張をなすだけでなく、その可能な解釈と具体的事案との「視線の往復」の中で様々な諸理由を衡量しなければならない以上、その衡量の正しさをも主張するのだからなければならない。さらに、すでに触れたように、ハードケースの場合、判決は適用すべき実定的ルールのみならず

ことはできない。裁判官は、関連する法律や判例を考慮しつつ、事案に関わる第一次的諸理由の適切な衡量を自ら行わなければならない。これらの点において、裁判官の立場は仲裁者のそれと異ならない。この意味で、裁判官はその判決において独立の正当性の主張を掲げているとすることができるだろう。

(3) ガードナーは、アレクシーの憲法に関する議論について、憲法がそれ自身の構成する法秩序は道徳的に正しくないと言明することにはたしかに「概念的に問題があるように思われる」という。しかし、彼によれば、それは法が「道徳的な正しさ」の主張をしているということではなく、法は「道徳的権威」の主張をなしているということを意味する。憲法は代理されない「究極の権威を配分するルール」を含んでいるから、憲法がその規定においてその法体系は道徳的に正しくないと告白することは、たとえば裁判官がその憲法についてそのように告白する場合と異なつて、法の道徳的権威の主張と矛盾する。しかし、このことは法が道徳的正しさの主張を掲げていることを意味しない。⁶⁶

アレクシーは、たとえばX国の憲法が「Xは不正な共和国である」というような規定を含んでいる場合、そこには同じように遂行論的矛盾があり、このことは憲法を頂点とする法体系全体が正当性の主張をなしていることを意味すると主張する。そして、ある規範体系全体が正当性の主張を提起していないならば、それは法体系ではないと主張する。法体系全体が正当性の主張を提起していることは「分類的に」法の概念に属するというわけである。しかし、アレクシーにおいては憲法のいかなる主張が正当性の主張であるのか、必ずしも明らかではない。

ここでも右のX国の憲法が憲法としての効力を直ちに失うわけではない。憲法の根本的な機能が国家の法体系を樹立することにあるとすれば、憲法がその主張において致命的な遂行論的矛盾を犯すのは、それが国家の法体系を樹立するものであることを否定する場合であろう。このことが何を意味するかを理解するためには、憲法の主張を憲法制定者の主張として捉えることが必要である。立法者と異なり、憲法制定者は上位の実定的規範によつて授權されることがない

という点で、仲裁者の状況に類似する。当事者の合意により仲裁者が指定されるように、社会の人々の合意によって憲法制定者は指定されるといえる。もちろん、憲法制定は、人権規定の部分を除外して考えると、ガードナーの言うように、「究極の権威」の配分、つまり立法権や行政権や司法権を設定して法体系を樹立することである点で、個別の紛争に対する解決案を提示する仲裁と異なる。しかし、その他の点では憲法制定は仲裁に類似するといえるだろう。

憲法も制定されると、ラズやガードナーによれば、「正統な権威」を主張することになる。それは憲法における究極の権威の分配が保護された理由として遵守されることを要求する。しかし、それが「正統な権威」を主張するとすれば、この権威の分配が様々な政治的・道徳的な考慮要因の衡量に基づいているという点で正当化可能であることの主張を含んでいるであろう。そのように考えるとすれば、憲法はたんに正統な権威を主張しているだけでなく、まさにその主張において道徳的な正当性の主張をしているといえる。憲法は実定的な上位規範をもたないから、その正統な権威の主張の道徳的根拠はもっぱらこの正当性に依存せざるをえない。⁶⁷アレクシーが正当性の主張は法体系全体については「分類的に」帰属されるというのは、この意味においてであると解される。

以上のように考えてよいとすれば、ここでの結論は次のようなものとなる。すなわち、もし法が、つまり法体系、そしてその個々の法規範や法的決定が、正統な権威を主張しているとすれば、それは同時に正統な権威であるための諸条件、とりわけその権威が第一次的諸理由の公正な考慮に基づいているという道徳的な条件が満たされていると主張しているということである。そして、もし正統な権威を主張していることが法の概念の本質的な要素であるとすれば、道徳的正当性を主張していることも法の概念の本質的な要素だということである。正統な権威が排除的理由であるとしても、ドゥオーキンが言うように、その背後にある第一次的諸理由とその衡量は消滅するわけではないのである。ラズは正統な権威に関する「正当化テーゼ」の含意を十分に追求しているとはいえないように思われる。ガードナーは正統な権威に関するラズの議論が「正当化テーゼ」を伴うことを軽視しているといえる。アレクシーは個々の法規範や法的決定が

正当性の主張を掲げない場合を想定していたが、この想定はラズの正統な権威に関する議論を媒介することによって退けられうる。個々の法規範や法的決定については「それらが正当性の主張を満たしていないときは、法的に欠陥がある」とすべきだろう。

以上の議論はラズの「正統な権威の主張」に関する議論、しかも正統な権威の条件に関する正当化テーゼに依存している。ラズは排除的法実証主義の代表的論者であるが、よりラディカルな実証主義者はラズの権威テーゼ及び正当化テーゼを否定するかもしれない。たとえば、ケルゼンの法実証主義者は正当化テーゼを否定するかもしれない。その場合、立法者や裁判官の主張、したがってまた個々の法規範や個々の法的決定の主張について語りうるとしても、それらの主張は純粹に上位規範による授權だけをその根拠とするということになりうる。アレクシーが個々の法規範や個々の法的決定は正当性の主張を掲げていないことがあるとしたのは、このことを考慮したためであつたと考えられる。しかし、法体系の頂点をなす憲法についてはもはやそれに授權する上位の実定的規範は存在しないから、仮想的な根本規範以外には、憲法制定や憲法の主張を根拠づけるものは実質的な理由しかないと考えられる。もつとも、この実質的な理由も純粹に形式的に、たとえば合法性の体系を樹立するというものに限定して考えることもできる。それでも、このような法のイメージはあまりにも形式的な骨格だけのイメージだと思われる。ラズの権威テーゼはハートやケルゼンの法理論を受け継ぐものであるが、その正当化テーゼは法の豊かなイメージを可能にするものといえる。⁶⁸

また、以上の議論は、仲裁、判決、立法、そして憲法制定がそうしたものとして成立するための条件を考慮することに、そして、それらがそのようなものとして成立するためには、少なくともそれらの条件について主張をなしていると考えられることに基づいている。後者は前者に依存するから、法の分析にはそれらの成立条件の分析だけで足りるようにみえるかもしれない。しかし、法を言語行為論的観点から対話的な構造において捉えることは余計なこととは思われない。成立条件は有無の問題に帰するが、「主張」の議論はその有無の間に注目すべき空間のあることを示すも

のといえる。その限りでも、「法の主張」について議論することは有意義であろう。のみならず、対話的な構造において捉えることにより、判決や立法や憲法制定の名宛人の側における妥当性と根拠への問いという側面が明示化されるのである。

- (55) Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 64-70; do., *Argument from Injustice*, 35-39; なお、アレクシーはこの議論によってこの憲法や判決が法としての性格をもたないというのではない。アレクシーが言おうとするのは、法は少なくとも言語行為レベルで正当性の主張をしているという点において、法は道徳性と概念必然的に結びついているということである。
- (56) Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 64; do., *Argument from Injustice*, 35-36.
- (57) Gardner, *How Law Claims, What Law Claims*, 139.
- (58) *ibid.*
- (59) Gardner, *op.cit.*, 141-142.
- (60) Gardner, *op.cit.*, 142.
- (61) Gardner, *op.cit.*, 142-143.
- (62) Gardner, *op.cit.*, 143.
- (63) ガードナーの引用する裁判官の言明についてより立ち入ってみると、この裁判官も先例となっているルールがもつばら正統な権威であるということだけに基づいて判決したわけではなく、それだけで自己の下した判決が道徳的に正しいと主張したものは思われない。彼は先例拘束の原則の枠内で、適用すべき先例に反せず、かつ自己にとって正当又は相当と思われる結論と整合するような解釈の可能性を検討している。その検討において第一次的な諸理由についても考慮したものと考えられる。そうだとすれば、彼はその検討の末に、当初の疑惑を超えて、自己の判決の道徳的な正しさをより確信して判決したのだと考えられる。「いかなる道徳的権限も、その効力ある行使はその正しい行使にまったく依存しないということが真である」と断言することは困難であると思われる。
- なお、ガードナーはこの議論においてこの裁判官の正統な権威に関する信念や主張に依拠している。この依拠は彼のドウオーキンやハートに対する批判と衝突する。必要なのは、個々の裁判官の信念や主張への依拠ではなく、判決が判決として成立するための制度的に客観的な条件の分析である。

- (64) cf. Raz, *Authority, Law, and Morals*, 197. ラズは、仲裁者が賄略を受け取っている場合、泥酔しながらケースを吟味している場合、きわめて重要な新しい証拠が予想しえなかつた形で現われた場合などは、当事者たちはその決定を無視しうるだろうと述べている。
- (65) Raz, *Authority, Law, and Morals*, 198.
- (66) Gardner, *op.cit.*, 143-144. ガードナーは、「アレクシーが「道徳的正しさ」と「正義」とを同一視している点を批判しているが、ここでは立ち入らない。ただ少なくとも「公正さ」は両者に共属すると思われる。
- (67) ガードナーはケルゼンの「根本規範」の機能を肯定しているが、その機能はケルゼンの意味での「超越論的—論理的条件」又は「擬制的意思」としての機能ではなく、ハートの「認定のルール」と同様に慣習的な実定性を有するものとして解釈されている (Gardner, *Law as Leap of Faith*, Chap. 4)。したがって、それは成文化されていないとしても、実定的憲法の一部をなすのであって、実定的憲法の上位に位置する実定的法ではない。なお、ガードナーのこの根本規範に関する議論はイギリスのように憲法文書が分散している法体系を出発点としている。統一的な成文憲法を有する法体系では、ガードナーのいう根本規範はその憲法に包含されていると考えることができる。
- (68) 約20年前の拙稿「法と道徳の間——ドライヤーとアレクシーの議論を中心に——」は、このようなラディカルな法実証主義の議論の可能性を考慮して、アレクシーの正当性の主張に関する議論を分析した。そして、個々の法規範や個々の法的決定については、アレクシーと同様に、正当性の主張を掲げていないことがあると想定した。また、法体系全体についても、概念的に必然的な正当性の主張は形式的な合法性の体系の樹立の主張に留まると考えた。現在でもこのような議論の可能性はあると思われるが、旧拙稿の趣旨もこれらの最小限の主張がより豊かな正当性の希求を理念として内包することを示すことによって、法実証主義の見解を超えようとすることにあつた。

五 終わりに

ラズは権威テーゼと源泉テーゼを結びつける。源泉テーゼは、正統な権威である法の源泉（法源）は立法、判決、慣

習などの制度的―社会的事実に基づくルールに限られ、こうした制度的―社会的事実に基づかず、メリットだけに基づく道徳的な考慮要因（それらは第一次的諸理由に属する）は法の源泉とはみなされないとするものである。メリットだけに基づく道徳的考慮要因を法の源泉から排除する法実証主義の立場は排除的法実証主義と呼ばれている。しかし、法体系の中にはその適用にあたって道徳的考慮を必要とすると考えられる法規範、たとえば人権規定や一般条項などを含むものがある。これらの規範そのものは憲法や法律に規定されており、それゆえ社会的事実に基づくが、それらに基づいてなされる道徳的考慮の基準はそれ自体としては社会的事実に基づくわけではない。こうした基準をも法の源泉に含める実証主義の立場も現にあり、最近では包含的法実証主義と呼ばれる⁽⁶⁹⁾。これら二つの法実証主義の間の論争にここで立ち入ることはできない。ただ、ラズによれば、包含的法実証主義には道徳的基準をどこまで包含するかが不確定であるという問題がある⁽⁷⁰⁾。むしろ、そのような基準が実定的規範によって考慮要因となるとしても、国際私法において外国法が準拠法とされる場合でもその外国法が国内法となるわけではないように、それらの基準は法となるわけではないとみるべきだといふ⁽⁷¹⁾。

権威テーゼにおいては法はその概念からして正統な権威を、しかも正統な権威だけを主張するのであるから、これと源泉テーゼが結びつけられると、たとえ判決は（権限に関する主張等を除けば）それが制度的―社会的事実に基づくルールの適用であることだけを主張すればよい。しかし、ルールに複数の解釈可能性がある場合や、適用すべきルールが存在しない場合がある。このような場合、源泉テーゼによれば裁判官は裁量によって判断することになる。そして、それが判例として定着すれば、その判決によってあらたに法が創造されたことになる。一つの問題はその裁量がどのようになされるかである。ラズはその場合に道徳的考慮要因が考慮されうることを否定しない。彼によれば、裁判官も道徳的考慮をなす人間であり、法の源泉によって解決が見出せないときは、道徳的考慮をなすことになる⁽⁷²⁾。しかし、道徳的考慮をなすことが許容されうるとしても、それをなすことがすべての法体系において義務づけられているわけ

はないし、道徳的考慮をどのようにすべきかについての確定した指針があるわけでもない。法の概念の分析をもつば問題とする記述的法実証主義は、そのような場合にどうすべきかといった規範的問題には立ち入らない。ラズにとつて、記述的であつ排除的な法実証主義の観点からは、概念の問題として法は本質的に正統な権威を主張すると言えるのみである。正統な権威性又は権威の正統性がある意味で道徳性であるかぎりで、法の内容にはこの道徳性が含まれるといえるにとどまるのである。

ドゥオーキンは、その初期のハート批判以来、ハードケースにおいても法律家や裁判官は、ハートのいう認定のルールによつて法と認定されるルール以外の規範、道徳的基準という性格をもつ原理規範をも考慮して、法的に正しいといえる解決を見出そうとしているし、またそうすべきだと主張してきた。この主張の記述的な側面、すなわち裁判官や法律家たちは法的に正しい解答を見出そうとしているという主張は、社会的事実の観察によつて反証可能であり、記述的法実証主義者はそのような観点からこの主張を否定してきた。⁽⁷³⁾これに対して、ドゥオーキンの主張は規範的な主張とみるのが適切であるようにみえる。彼は法的に正しい解答がありうるというテーゼ（正答テーゼ）を根拠づけようとし、また正答がいかにして見出されるかを論証しようとし（インテグリティとしての法とヘラクレス判事に関する議論）、こうして裁判官や法律家は正しい解答を見出すべく努力すべきだと主張してきたという描像である。実際、記述的法実証主義に対するドゥオーキンの批判は、記述的法実証主義の法概念がハードケースにおいてどのような解答を与えることになりうるかを問うことによつて、規範的議論に引き込まうとしたものとみることができるといえる。⁽⁷⁴⁾

ドゥオーキンは「法が主張する」という観念を否定する必要はない。むしろ、彼にとつても、裁判官は「道徳的にも正しい法的解答」を与えることについて主張していると想定することは必要である。ドゥオーキンは裁判官が必要な場合には原理規範を考慮して法的に正しい解答を見出そうとする法的義務があると考えていた。そして、この義務は当事者がその

権利義務関係について法的に正しい解答（それによる判決）を求める権利を有するということ（権利テーゼ）によって根拠づけられていた。⁽⁷⁵⁾ 当事者のこの権利に基づく主張に対して、裁判官は応答責任を負うとすれば、裁判官は当事者に対してその判決（法命題）が「道徳的にも正しい法的解答」として受容されること、つまり妥当の要求を提示しているのでなければならぬ。この妥当要求は適切な理由づけを求められようという意味では主張である。そして、裁判官の解答が、ヘラクレス判事の解答であつても、そのような「道徳的にも正しい法的解答」であることに失敗することがありうるという意味でも、それは主張でなければならぬだろう。さらにいえば、その判決は、法のためになされたものである以上、個別的な「法」として妥当する。しかし、それは「正答」であることに失敗している可能性がある以上、それは「法」として主張しているのだと解されうる。もつとも、この最後の点がお神秘的な擬人法にみえるとすれば、これをドゥオーキンは受け入れる必要はない。必要なのは、ドゥオーキンにとつても、当事者への解答は少なくとも「道徳的正当性」の主張を含んでいるものと考えられなければならないだろうということである。それは法の概念に正義という道徳的正当性への志向が含まれるということの意味するのである。⁽⁷⁶⁾

(69) 包含的実証主義については、W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, 1994; J. Coleman, *The Practice of Principle*, 2001. ハートも認定のルールのなかに原理が含まれうることを否定しない点で、包含的実証主義に含められる。最近の英米における法実証主義の動向については、深田三徳『現代法理論論争』（二〇〇四年）、濱真一郎『法実証主義の現代的展開』（二〇一四年）などを参照。

(70) Raz, *Authority, Law, and Morals*, 210-214.

(71) Raz, *Incorporation by Law, in: do., Between Authority and Interpretation*, 183-202.

(72) cf. Raz, *op.cit.*, 197-198.

(73) たとえば、スコット・シャピロは、ドゥオーキンと同様にアメリカ合衆国の法体系とその歴史に着目して、その法体系が基本的に司法よりも立法に信頼をおいている（とりわけ、多様なステイクホルダーの妥協に基づく政策的立法の場合）という事実を

指摘し、司法積極主義的なドゥオーキンの議論を、記述的法実証主義的に批判している（S. Shapiro, *Legality*, Chap.11）。しかし、法体系、さらにその市民がいずれにどれだけの信頼を与えているかは確定的に言明できるものとはいえないし、一般的に経験則からは立法が信頼できない場合も少なくないといえるだろう。なお、政策的な制定法については、ドゥオーキンも司法に対するその相対的な優位性を否定していない。

(74) 『法の帝国』において、ドゥオーキンは、意味論的法理論としての実証主義、リアリズム法学、自然法論を、解釈的法理論としてのコンヴェンションナリズム、プラグマティズム、そしてインテグリティとしての法へと読み替えるという作業を行っていたといえる。また、晩年の『裁判の正義』（*Justice in Robes*）の第一章もより手の込んだ仕方でのような読み替えの手順を示そうとしているとみることができよう。

(75) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, 81（木下・小林・野坂共訳『権利論』一九八六年九七頁以下）。

(76) Vgl. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, in: *Gesamtausgabe* Bd.2, 255f.