

ミシェル・トロペール論文撰 2 <慣習の根拠から根拠としての慣習へ>

南野, 森
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3902>

出版情報：法政研究. 71 (2), pp.195-212, 2004-10-12. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



ミシエル・トロペール論文撰2

〈慣習の根拠から根拠としての慣習へ〉

南野 森(訳)

(訳者注) 本稿は、Michel TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chapitre VIII, pp.127-140 (© PUF) 初出は *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 3, 1986, pp.11-24) を翻訳するものである。

- 一 根拠の問題
- 二 存在の問題

資料

法理論家の多くは、今日では、法と事実を最大限明確に区別する必要性を認めている。このような区別はさまざま

に正当化されるものであるが、とりわけ、存在と当為との存在論的対置の反射として、あるいはまた、倫理的ではない前提から倫理的結論を導くことはできないという論理原則の適用として、正当化される。いずれにせよ、一般には、次のような主張が受け入れられている。すなわち、法は事実から生まれえない、と。言いかえれば、なんらかのことがあるべきであるのは、なんらかのことがあるからなのである、⁽¹⁾ ということである。

このような区別から実に多くの理論的な問題が生じるが、なかでも最も困難なものは、慣習が提起する問題である。慣習とは、もつとも一般的な定義——それゆえさしあたりはそれで十分であるが、後に改めて検討しなければならぬ——によれば、次のとおりである。つまり、一定の期間繰返され、義務的なものであると看做されている慣行 (pratique) のことである。そしてそれはある規則 (règle) を誕生せしめる。これまで振舞ってきたように振舞うべきである、という規則である。しかし、慣行と義務感はともに事実である。それでは、いかにしてこれらの事実が規則を、つまり法を、生み出すことが可能なのだろうか。先に述べた一般に認められていることに反して、いかにしてある行動が、たんにそれが行われてきたというだけ

の理由で、義務的なものとなりうるのだろうか。

資 かなうな問題は、ときとして二つの要因によって複雑なものとなってしまう。第一の要因は、一定の法分野にあっては法源の一つとしての慣習の存在が確実であるのに対して、他の法分野においてはそれが疑わしい、という事情によるものである。前者の法分野においては、裁判所を拘束する公式のテキストにおいて慣習への言及がなされていたり、あるいはまた、裁判所自身が、慣習に起源を有する規則を適用することを宣言し、またそうするよう拘束されていると宣言する。このような場合には、慣習が「存在する」以上、慣習の形成もしくは適用の諸条件を明確にすること、その慣習の行われる期間とはどれくらいのものか、義務感を覚えるべき人々とはだれか、義務感が彼らのなかに生まれたのは彼らがある慣行を観察した結果なのか、あるいは反対に、その慣行は義務感を理由として生じたものでしかないのか、といったことがらを明らかにすることが、当然のことながら、法学者の任務となる。しかしこれらの問題は、適用機関の行動を記述することによって解決される比較的単純な問題である。いかなる条件において適用機関はそれらの規則が存在すると考えているのかを観察すれば十分なのである。ただし、これらの問題はすべて、い

かなる実定法秩序を考察するかによって異なる問題なのであって、決して一般的な回答をもたらすものではないということ、そして、学説がそれを「理論的な」問題として提示するのは誤りであるということは、強調しておかなければならない。このような場合における真に理論的な唯一の問題は、事実の法への変質についてのものである。そしてこれはいかなる実践上の射程ももたない問題である。すなわち、この問題に対する回答がいかなるものであれ、そこからいかなる命令をも引出すことはできないのである。たとえば、裁判官が慣習上の規則を実際に適用しているということが認められ、またこれらの規則を、裁判官が適用しているものとして定義したとしても、そのことによつて、裁判官がそれらを適用しな²ければならない、²とすることはできない。

以上のことは、裁判所やその他の適用機関が、自らが慣習上の規則に拘束されていると述べることによつてその決定を正当化する習慣をもつておらず、しかしながら、人々が裁判所において、または相互の関係において、自己の主張を根拠づけるために慣習上の規則を援用することがある、というような法分野においては、まったく異なった様相を呈する。そのもつとも顕著な例は言うまでもなく憲法であ

るが、憲法のみがそうであるというわけではなく、フランス民法もまた、ある点において、同様の問題を提起するよう³に思われる。このような法分野において問題となりうることは、適用機関の言説を単に記述するということでもない——ここでは前提からして適用機関は慣習上の規則を適用するものではない——し、慣習の法への変質という理論的問題に答えることでもない——ここではそのような変質がこれまでに発生したのかどうかは知られていない——。ここで重要なのは、実践的問題を解決することとなる。つまり、適用機関は一体なにをなすべきなのか、適用機関を拘束し、適用機関が適用すべき慣習上の規則は存在するのか、という問題である。

問題を複雑にする第二の要因は、法学者が理論的問題と実践的問題とを混合し、一方を他方によって解決しようとする傾向にあるということである。たとえば、憲法を適用する機関は慣習上の規則を適用するべきではない、なぜならばかかる規則が形成されるということを理論的に認めることは不可能であるから、と主張されたり（理論上の命題に基づいた命令）、あるいはまた、慣習は法を作りだすものであると学説によって考えられるべきである、そう考えることには、たとえばその柔軟性や民主的性格といった利

点に伴うのだから、と主張されたりする（実践的な命題あるいは価値判断に基づいた理論上の命題）。この種の論証にはいっさい適切性がなく、簡単に、前者の場合については、慣習上の規則の形成が不可能であれば、そのような規則は存在せず、言うまでもなくそのような規則の適用を命じる、あるいは禁じることはばかげている、と反駁することができる。後者については、慣習が学説によって法を作りだすものとして考えられるべきか否かという問題は、その形式および「べき」という語の存在にもかかわらず、実践的問題でないことは明らかである。法学者は、一般的には、ひとつの法システム全体を作り上げ、そして考えうるすべての法生成過程のなかから最大の利点をもつものを選び取ることを任務とするのではない。法学者はたんに法をあるがままに記述するべきなのであり、ある特定の法システム、ある特定の法分野において、慣習という方途によって作られた規則が存在するのであれば、慣習を法を作りだすものと考ええる「べき」であって、それはそのような法生成の方式がいかなる利益あるいは不利益をもたらそうがそうなのである。⁴

実のところ、このような混乱は、許容しうるとは言わないまでも、説明しうるものではある。それは言葉のもつ非

厳密性と、とりわけ「存在」という語の、それが規範について用いられる際の両義性によって説明可能である。規範が「存在する」と言う場合、まず、たんに規範が事実上当該法秩序の一定の機関によって適用されている、あるいは適用されているように見える、ということが言おうとされるということがありうる。たとえば、フランス行政法において防御権の法理が「存在する」とか、あるいは国際法には慣習上の規則が「存在する」と言う場合、この存在の証拠を求められたならば、これらの規範を実際に適用したいくつかの裁判例を挙げれば足りる。しかし、「存在する」という動詞を別の意味に、ある人間の行為が、たとえばある意図の表明が、法秩序の観点からすると、法規範としての意義をもつ、なぜならこの意義はそれよりも上位の規範によってそれに与えられたからである、という考え方を示すために用いることもできる。たとえば、フランス法において、ある法律——そしてそれは憲法から見れば規範としての意義をもつ——によってある行動が命じられているのであれば、そのような行動を命じる規範が存在すると言うことができる。慣習について言えば、憲法または法律が、裁判所に対して慣習を適用するように命じている場合に、当該法システムにおいて慣習は法を生み出す態様の一つであ

ると言うことができるのである。第一の意味においては、「存在」とは、つまり「有効である (être en vigueur)」という言葉の同義語なのであり、第二の意味においては、「妥当性 (validité)」という語の同義語なのである。しかしながら、このような区別から、規範には二通りの存在の態様があると結論してはならない。それは一つしかない。妥当性しかないのである。⁽⁵⁾ただし、この妥当性がある場合においては、上位規範への適合性を理由として無媒介的に認知され、別の場合においては、適合性の推定を理由として——この推定は、とりわけ裁判所が現に行っている規範の適用から帰結する——、有媒介的に認知されるのである。たとえば、前者の意味においてある規範が「存在する」、つまりある規範が有効であると言う場合、それが妥当しているということが言おうとされているのではなく、たんにそれが適用されているということが言おうとされているのであって、それと同時になぜそうあるべきなのかということについては言われていない。言いかえれば、その根拠を示すことなしに、規範の妥当性を確認しているわけである。反対に、後者の意味において規範が「存在する」と言われるとき、この規範が上位規範に適合しており、それゆえこの規範は適用されなければならない——つまり実

際にはそれが適用されないこともありうるということを含意する——、ということが確認されているのである。⁽⁶⁾

以上のような事情に鑑みれば、法学者が慣習について考察する際に、とりあげる法分野によって非常に異なった方法で——そして非対称的に——そうしていることが理解されるであろう。裁判所が慣習を適用すると宣言する分野、先の第一の意味において明白に慣習が存在する分野においては、法学者は慣習の妥当性の根拠を探索し、事実の法への変容について考察する。反対に、適用機関が行っていること、そしてとりわけ適用機関が行うべきであることに對してある種の疑いが存在する分野、たとえば憲法の領域においては、論者は、慣習上の規則が「存在する」のかどうかについて探究するために、必然的にそれが妥当しているかどうか、すなわち、「慣習」といわれるところの事実が上位規範の観点からして規範としての意義を有するかどうか、つまり、慣習に根拠が存在するのかどうか、について検討しなければならなくなる。それゆえここにおいては、根拠の探究はもはや慣習が「存在する」という確認に付随的なものではない。それはそのような確認の態様そのものと考えられる。残念ながら、慣習を法を作りだす事実として指定する実定法規範を発見しえないために、論者は道徳

的、社会的、政治的な規範（慣習の民主的性格とか柔軟さ）、あるいは、メタ法的な規範を援用し、さらに、慣習的規範が根拠と「存在性」とを有しうるということを否定するためにも、同様にこれらの諸規範を援用する（たとえば、法は自らに違背することと引替えには生成されえないという原則は、*contra legem*な慣習からあらゆる根拠を奪う性質のものであり、そのような慣習はそれゆえ存在しない、と言うように）。このような論法は、当然のことながら根本的な欠陥を含んでいる。法規範というものは、その妥当性の根拠を別の規範体系に属する規範に見出すことはできないからである。ここで問題になっている論者たちが行っていることは、それゆえ、慣習上の規則の存在もしくは非存在の記述ではなく、たんにこれらの規則が法システムの一部をなすということ——道徳もしくは政治学説の名において——命じているにすぎないのである。

それゆえ、実定法の記述に自己限定しようとするのであれば、次の二種類の問題を明確に区別しなければならない。すなわち、慣習上の規則が、ある法システムまたはその一部分において異論の余地なく有効であるのであれば、伝統的学説が行っているように、その妥当性の根拠を探究しなければならない。ただしこのことは、伝統的学説と同じ結

論をもたらすというわけでは必ずしもない。反対に、憲法の場合のごとく、慣習上の規則の存在について疑いが存するのであれば、このような伝統的学説のいき方とは手を切らねばならず、根拠を求めるところから手を引かねばならない。なぜなら、根拠というものは異論の余地なく存在するものについてしか探究しえないものだからである。存在について疑いが存するのであれば、探究すべきは存在そのものである。そこで、「存在」という語の両義性をとり去り、一貫して「有効である」もしくは「現に（＝実効的に）適用されている」という意味において用いるということを強調しなければならない。

他方で、以上の二つの問題を区別するということは、慣習それ自体についての二つの異なった定義をとるということを含意する。もちろんこれらは約定定義 (definition stipulative) なのであって、事物の本質的要素を述べたり、あるいはまた、所与の言語における当該語彙の用いられ方を記述したりしようとするものではない。そもそも現実定義 (definition réelle) をいずれにせよ探究しないでおこなうとすることの理由がどうであれ、事物の本質的要素なるものは、検討の当初においてはいまだ認識されていないということとは明らかである。また、辞書定義 (definition

lexicale) がよりふさわしいというわけでもないだろう。というのも、知ろうとしていることは、「慣習」という語が法の言語においてどのような意味で用いられているのか、ということではなく、この語を法理論の言語においていかなる意味で用いるべきであるのか、ということだからである。約定定義は事物あるいは語を記述していると自負するものではない。それはたんに、ある特定の問題との関連において、ある現象を同定することに役立つものであるにすぎない。それゆえ、二種類の問題を解決しようとするために二つの定義に頼むことは正当なのである。第一の問題（慣習上の規則の根拠はどこに存するのか？）については、慣習を、伝統的なやり方通りに——*per genus et differentiam*——、「規則」という属の一つの種として定義しうる。第二の問題（当該分野において慣習上の規則は存在するか？）については、当然のことながら、提起された問題に対する答えを含んでいない定義を選択しなければならず、そのため、慣習を規則の一種あるいは規則を作りだす一態様であるとは定義しえない。ここで慣習は、振舞いの一類型として同定されなければならない。そうすることで、本稿が与えた意味においてその「存在」を問うことができよう。すなわち、そのような振舞いが実際に存在した

のかどうか、そしてそれはなぜなのか、さらにそのような振舞いは、規則が適用されるように従われているかどうか、と問うことである。

一 根拠の問題 (La question du fondement)

すでに強調したように、ここでは純粹に理論的な問題が扱われるのであって、それはいかなる実践的な射程も持たない。つまり、慣習上の規則が適用されるべきかどうかについて検討されるのではない。慣習上の規則は適用されているのである。だから、なぜ適用されるべきなのか、そして、なぜ、さらにどのようなようにして、事実が法を生み出しているのか、ということが検討されることになる。この問題がかような理論的性格をもつということによって、みかけとは裏腹に、これまでほとんどこの問題に注意が払われてこなかったということがおそらく説明されるであろう。たしかに、民法、憲法、商法といった一つの法分野の記述に割かれた書物はすべて慣習についての考察を含んではいる。しかしそれは主として、他の規則との関係における慣習の位置、*contra legem* または *praeter legem* な慣習の存在と

いった、いずれも実定法の記述、とりわけ判例法の記述によつて解決される問題を扱っているにとどまる。根拠⁷⁾に心をよせた論者であっても、実際には、そうすること、とりわけ判例が解答を含んでいないがために、実定法の記述によつては解決されえない特定の問題についての解答を見出すことができるだろうとの期待からそれを扱っているにすぎない。つまり、ある法分野において、慣習が形成されたと考えられるために必要な期間はどれほどなのか、この期間においてかかる慣習に従うべきなのは誰か、義務感を覚えるべきなのは誰か、といった問題である。一見すると、慣習の義務的性質の根拠についての様々な理論、そして一般的に法についての様々な理論に依拠することによつて、これらの問題に答えることが可能であるように思われる。たとえば、法の義務的性質の根拠を主体の同意のなかに見出す論者は、*opinio juris* を重視して、もし、少なくとも同じカテゴリーに属する他の主体が自身の同意を明確に表明していないのであれば、ある主体を拘束しうるような慣習上の規則は存在しないと主張するかも知れない。言いかえれば、これらの論者は、慣習上の規則はこのような場合には存在しない、なぜならば、それは作られていないから、と主張するだろう。かかる行論については既に批判

を述べたとおりである。つまり、一方において、実際にはこのような行論は、慣習の根拠を探求するために慣習が存在するという確認から出発しているのではなく、根拠についてのある考え方を通して、慣習が存在するかどうかを見しようとしているのであり、他方において、かかる行論がたどり着く結論は、実際には記述的なものではなく、命令的なものである。すなわち、論者は実際には、ある国の実定法には、慣習上の規則という特定の種が存在するということを確認しているのではなく、それが存在する「べき」である、なぜなら、これこれの一般的規範に照らしてそのような慣習上の規則が妥当しているから、と言うのである。そしてこのような一般的な規範は、メタ法的な規範である。

このような問題が理論的な性質のものであるということ、もう一つの結果として、この問題が、法の一般理論における重要な諸問題についての選択に必然的に依拠して扱われる、ということを意味する。とりわけ、法源をめぐる問題と解釈をめぐる問題についての選択である。

(一) 慣習と法源理論

法学者は、実定法が永続的なものではないという考えを

表明するために源泉 (source) という比喻を用いる。実定法は永遠の昔から有効であったわけではなく、実定法が作られること、あるいは実定法が現出することが必要であった。そこで法学者は、法が表面に現れてくるより前に生成する隠れた場所 (自然もしくは集団の意識) を「実質的」法源と呼び、それまでは地下にあったこの法が表出する地点、「法規範に特有な拘束的性質を獲得する」⁽⁸⁾ために法が受け取る形式を「形式的」法源と呼ぶ。こうして二種類の学説が存在することになる。一方は実質的法源を優先して検討する。実質的法源こそは、そのみで法の生成を説明することができるものとされる。⁽⁹⁾このような考え方によれば、形式的法源は二次的なものでしかない。それは法学の対象ではなく、たんに法的技術の対象でしかない。⁽¹⁰⁾

これに対立する一つの考え方によれば、法の科学は、自身とは区別された、経験的観察になじむ対象、つまり、実定法のみしか研究することができない。実定法は、まさに、それが定立された、もしくは作られたからという理由によつてのみ、観察されうるものとなる。それゆえここでは、それが定立される方式、つまり、形式的法源しか検討されないことになる。そもそも源泉という比喻は、まるで法が作りだされる以前から存在しているかのように思わせると

いう理由で、実証主義者によって批判されているものである。彼らは、むしろ法創設の方式について語ることを選ぶわけである。実質的法源については、彼らはそれを「実際に法の創設および適用機能に影響を与える」¹¹が、決して義務的なものではない——表象」であると考える。言い換えれば、実質的法源から現出するものは法ではない、ということになる。

ところが慣習に関して言うならば、これら二種類の学説は異なつた過程を経るものの、似通つた結論に至り、慣習は実際には法を作りだすものではないという命題を表明することになる。

第一の理論についてはこのことは理解しやすい。そしてそれによれば、慣習はすでに存在している法を表明するものでしかない。たとえば、ドイツの歴史法学派の論者にとっては、法は民族の法的確信からしか生まれえないものであった。このような、民族から生じる法は、無媒介的には慣習を通して、そして有媒介的には法律を通して表明される。つまり慣習は、法を作りだす事実なものではなく、ある法が存在していることを証明する一態様にすぎないのである。¹²同様に、ドイツの歴史法学派を激しく批判するデュギーとその学派にとって、別な理由によってはあるが、

慣習は法律そのものと同様に、法を作りだす一態様ではなく、法を確認するものでしかない。すなわち法は、正義の感覚を用いることによって法を見分け、そして一定の慣行を繰返すことによって法を表明する、意識のなかでしか生まれえないものであった。そこでは慣習は、これらの慣行の総体でしかなくなる。¹³

これらの理論に対しては、時間的な順序を無視するならば、それらもまた法の表明とその源とを区別しているという点で、ローマ法・教会法の伝統における、法を作りだす能力を唯一もつ人民、君主、もしくは——国際法の場合——国家の黙示的な同意に慣習の根拠を求める諸理論を結びつけることができる。そしてさらに、類似の学説をルネ・カピタンに見出すこともできる。カピタンは、慣習は、唯一主権的であるナシオンの意識と意思を表明するものでしかないと主張していた。¹⁴これらの論者すべてにとって、慣行がどのようにして規則を生成するのかという問題は問われることがない。彼らにとって慣習は決して法を作りだすものではないのである。

興味深いことに、形式的法源の理論もまた——その際用いられる方法は様々ではあるが——、これに類似した結論に至る。一部の論者たちによれば、慣習はたしかに形式的

法源であり、法を生成する一方式ではあるが、それは派生的な方式であるとされる。慣行はそれだけでは法を作り出すことはできないというのである。それらの慣行に適合して振舞うように命じる、それ自身異論の余地なく法的である規則が存在する場合にのみ——そしてそのことのみを理由として——、慣行は法を作り出すことができる。フランスの場合、このような主張がもっともしばしばなされるのは民法学説においてである。そこで論者は、形式的な法律が明示的あるいは黙示的に慣例 (usages) に言及する場合を挙げる。⁽¹⁵⁾ このような理論はひとつの限界を有しており、論者達はそもそもそのことに完全に自覚的である。すなわち、それは、*secundum legem* な慣習についてしかその根拠を示していない、ということである。その反面、民法学者が「慣習の自律的権能 (le pouvoir autonome de la coutume)」と呼ぶところのもの、すなわち、法律の欠缺を埋めるような (*praeter legem*)、あるいは法律に違背するような (*contra legem*) 慣習上の規則の根拠について考察しようとするならば、問題はまったく残されたままなのである。さらにこのような理論には、自覚されていない別な特徴が備わっているが、それは、この理論の観点からして一つの弱点と考えられるべきものである。すなわち、実

はこのような理論は、それ自身の前提にもかかわらず、慣習がほんとうのところ法を作り出すものではないということとを認めることになるのである。というのは、法的な義務は事実から生じるものではなく、法律において表明されている、慣習に従って振舞うようにとの命令から生じるものであるからである。この学説は、慣習にひとつの根拠を見出したものの、同時に、形式的法源として慣習を排除しているのである。

同様に、『純粋法学』によれば、慣習は、法律、憲法あるいは契約と同じく、そして同じ根拠によって、法を作り出すものとされる。というのも慣習は、一定期間行われた慣行に適合して振舞うよう命じる上位規範によって設定されたものであるからである。ケルゼン理論は、しかしながら、民法学説よりも一般的なものである。当該法秩序の機関、とくに裁判所が、明示的にはそうするように授權されていないにもかかわらず、あるいは、同じことであるが、ある慣習に適合的に振舞うよう命じる明示的規範が存在しないにもかかわらず、慣習を適用することがあるという事態を説明しようとするものであるからである。これらの機関が慣習の根拠についてあらたな規範を定立する以上、「慣習を法を作り出す事実として設定することがすでに根

本規範においてなされていると想定しなければ⁽¹⁶⁾「慣習は妥当するものであるとは考えられえない。かかる主張は、フランスの民法学者に対して向けられる反論を免れてはいる。つまり、民法学者が慣習を、唯一真に法源である法律へと還元するのに対し、ケルゼンは、慣習を法律と同様に——このことは必ずしも同じ価値を持つということを意味しないが——、法生成の一方式と捉えるからである。というのもしずれにおいても、一つの事実——法律においては意思の表明、慣習においては慣行——が、上位規範によって法を生成する事実として定められているからである⁽¹⁷⁾。その反面、ケルゼン理論に対しては、根本規範の理論は、認識論上の公準 (postulat) として認めうるものではあるが、ここでは、それがトートロジーでしかない、と反論することができ。いかにして、明示的規範のないところで事実が法を生み出すものたりうるのか、という問いに対して、ケルゼンは事実が法を生み出すものであると想定しなければならぬ、と答えるからである⁽¹⁸⁾。

形式的法源論を採る別の論者たちによれば、慣習は法を生み出すものではなく、「慣習上の規則」と呼ばれるところのものは、実際には事実の生み出したものではなく、意思の生み出したものであるとされる。そしてここで意思は、

現代の民法学説におけるのとは異なり、立法者によって表明されるのではなく、裁判官によって表明される。たとえば、オースティンにとって法とは、主権者から発せられ、サンクションという威嚇を伴った命令の総体である。ただし、主権者から発せられるというのは、直接的に、法律の形式においてのこととあれば、間接的に、委任立法の形式あるいは裁判の形式においてのこともある。裁判の形式における場合、裁判官は、命令を発することを主権者によって認められた者ということになる。それゆえ、慣習上の規則なるものは存在しえない。というのも、慣習は、命令を発することのできる存在ではないからである。それらの諸慣行を義務的なものとするのは裁判官なのである。慣習は、形式的法源ではなく、せいぜい、実質的法源である、ということになる⁽¹⁹⁾。

このような主張に対するもつとも厳しい批判は、ケルゼンによってなされたものである。すなわち、裁判官は、争訟を解決するために一般的な規範を適用することを任務としており、そのような一般的な規範は、法律形式のなかにも、慣習上の規則という形式のなかにも見出されるものである。そしてその結果、もし裁判官が慣習上の規則を適用するに留まらず、それを創造している、あるいは裁判官自身がそ

れに義務的力を与えていると考えるのであれば、同じ論理を法律についてもあてはめ、法律もまた、実際には裁判官によって創造されていると言わなければならない、と。⁽²⁰⁾

(二) 慣習と解釈理論

しかし、ケルゼンの言うところを文字通り受け取り、彼自身の解釈理論の基礎にあるものに基づいて、慣習を裁判所の決定へと還元する主張を、最後まで突き詰めたところにあるその結論までを含めて受け入れることもできる。つまり、裁判官は、法律上の規範を創設するのと同じく、慣習上の規範をも創設する、と。すなわち、ケルゼンによれば、解釈するということはある行為の意味を決定することなのであり、同時に、規範とはそれによって特定の行動が命じられるある行為の意味であると定義される。このことから、当然のこととして、解釈とは規範を創設することである、ということが帰結する。したがって、法律の有権解釈を行うべく授權されている機関はすべて、法秩序の観点からのその客観的な意義を決定していることになる。このような機関こそが、ある行為が、ある命令が表明されたということを意味すると決定し、命じられている行動が何であるかを決定し、そしてさらに、このようにして、法律レ

ベルの規範を決定するのである。⁽²¹⁾ 慣習についても同様である。すなわち、ある慣行が生じたとして、この事実に対して裁判官は、この慣行に適合して振舞わなければならないという意味を付与することができるのである。慣習上の規則は、それゆえ、事実の法への変容というなにかの神秘的な作用の結果作りだされるのではなく、たんに、その事実を解釈する裁判官の活動によって作りだされるにすぎない。

見かけとは裏腹に、このような主張は、意思主義の主張とは根本的に異なったものである。少なくとも、以下の三つの観点から区別される。すなわち、このような主張は、慣習と法律とを同じように扱っている。他方で、それは慣習上の規則が作りだされることを、たんに裁判官による行いとしてのみ考えるのではなく、法のあらゆる適用機関、つまり、ある規則を適用することによって決定を下すことを職務とするあらゆる機関による行いと考えている。最後に、そして何よりも、いずれの主張においても意思こそが法を作りだすものとして捉えられてはいるものの、このような主張においては、意思はある一人の存在（主権者）の意思ではなく、ケルゼンの言う如く上位規範によって法を作りだすものとして定立された意思でもなく、法の適用と

いう活動の実行に際して表明される意思として考えられているのである。

いかにして特定の法分野において有効である慣習上の規則が作りだされうるのかという問いに対しては、それゆえ、次のように答えることができる。すなわち、特定の慣行に對して規範としての意味を与える機関によってである、と。

二 存在の問題 (La question de l'existence)

存在の問題は、前提からして、存在について疑いのある特定の法分野——主として憲法であるが、また *contra legem* もしくは *praeter legem* な慣習については民法や商法もそうである——についてしか、問題とならないものである。かかる疑いは、裁判所が存在しないということ、もしくは裁判所が限定的な権限しか持たない——憲法の分野のように——ということ、あるいはまた、裁判所の決定理由がこの点についてあまり明確でなく、その結果、一つの決定が *contra legem* もしくは *praeter legem* な慣習の適用と理解されることもあれば、別な種類の規範を適用したものだとして理解されることもある、ということから生じる。

学説はそれゆえ、これらいずれの場合においても、この疑いを除去し、問題となっている法分野において、はたして慣習上の規則が存在するかどうか、すなわちそのような規則が有効であるかどうかを測定しようとする。なんらかの種類の規則の存在は、それを表明する者の言説あるいはそれを適用する裁判所の言説を通してしか確認されえないものであるが、ここでは前提からしてそのような言説が存在しない以上、まずは、繰返され、義務的なものあるいは必然性のあるものとされている慣行が存在するかどうかを、そして次に、これらの慣行が真に義務的なものであるかどうかを、順に検討することが適切であるということになる。⁽²²⁾

第一の点については、このことの確認は、想像されるほど単純なことでは全くない。そしてその結果、学説は時として——うかつとの謗りを免れないだろうが——、憲法慣習なるものが存在しないということを主張するために、その確認の難しさを論拠としてきた。たとえば、ある慣行が繰返されるべき期間というものは決定されえないとか、また、義務感を覚えるべき人々が誰であるのかを提示しえない、というように。かかる論法は明らかに誤っている。ある現象の存在または非存在は、それを観察することの容易

さに依拠するものではなく、同定化、確認と存在とを混同することは避けなければならない。結局、あらゆる学問分野と同様に、法学は、それがかわる現象を同定し、次にその存在を確認することを可能とするような基準を述べ、そして正当化しなければならぬ、ということなのである。

この段階で、同定すべき現象が、法的なものではなく政治的（あるいは社会的）なものであるということを強調しておかなければならない。すなわち、繰返された慣行および感覚という事実——そしてそれが慣習という名で指示されることになる——のみを同定しようとしているのだ、ということである。それゆえ、憲法的と呼びうる大量の諸事実のなかで、その他のものと同様には記述されえず説明されえないものを抽出しなければならない。そうすることで、たとえば、共和国大統領が議会の採択した法律についてもきまつて審署しているということを確認し、彼がこの点について義務感を覚えているということを想定しうるのである。とはいえ、このような行動を慣習であると言う者はいない。慣習という語は、憲法に予定されている事態ではない場合において首相が内閣総辞職を申出る習わしについて用いられるのが、むしろ適切である。この二つの事例における差違は、もちろん、前者の場合には、大統領に対し

て法律に審署することを命じる憲法規定が存在するのに対して、後者においては、命令規定が存在しないということである。それゆえ、首相には辞職する自由もあればしない自由もあるのであって、首相はある命令に従っているのだと述べることで首相の振舞いを説明することはできない。

首相の振舞いは、ある命令が執行されたものとしてではなく、いずれもともに許されている二つの行動についての、同一の、繰返され、また必然的とみなされたやり方でなされた選択として立ち現れるのである。こうして、まず、一つの類に属する振舞い——それは命令が執行されたものであると言うことでは説明されえない——を抽出することを可能とし、次に、憲法上の諸慣行のなかでこの類に配属しうる振舞いを同定し、しばしば区別して考えられてきた振舞い——すなわち憲法慣習と憲法習律——を少なくとも一時的に同じカテゴリーのもとにまとめ、この類全体に妥当する説明を探究することを可能とし、そして最後に、これらの振舞いが果たして命令を生み出すのか否かを検討することを可能とする、一つの定義が得られることになる。たとえば、これらの振舞いが必然的選択である場合、それらは、アクターを取り巻く環境——すでに示唆したように政治システムの布陣のありよう——によって説明されうると

主張することができる。つまり、アクターは、実際に彼らが行っているようにしか行動することができないのである。⁽²³⁾

このような分析に対しては、とりわけそれが当初の問い、すなわち、繰返され必然的なものと考えられている振舞いが存在するのかどうか、という問題のみならず、一定の時間が経過したのちに、そこで選択されたことがらに適合して振舞うよう命じる規則をそれらの振舞いが生み出すのかどうか、言いかえれば、首相に対して辞表を提出することもしないことも認める授權規則が、彼にそうすべきことを命じる命令規則にとつてかわられたのかどうか、さらにまた、より伝統的な用語法で言えば、慣習が振舞いとして存在するのみならず、法源として、あるいは規則として存在するのかどうかという問いに答えてはいない、との批判が向けられるかも知れない。

このような問いは、すでにみたとおり、もしそれが実践的観点から提出されたものではなく、公権力がとるべき振舞いを決定しようとしているものでもなく、たんに公権力が、有効である法——すなわち規範が存在すること——に適合的にとるべき振舞いを決定しようとしているのであれば、完全に正当なものである。ところが、この点についての伝統的な理論の失敗は、全面的なものである。慣習上の

ものではない規範の存在を確認するために、伝統的理論はかかる規範が権限のある機関によって表明されたことを観察することで満足してきたのである。Xという法律が存在すると言うことは、たんに、議会がその法律を採択したことを言うだけのことにはすぎない。ところがこのようなテストは慣習上の規則については不適合であつて、学説は別なテストに依拠せざるをえない。そこで、繰返された慣行で義務的なものと捉えられた慣行が存在し、さらに公権力がそれに適合して振舞うべき義務を負っている場合に、慣習上の憲法規則が存在すると学説は述べるのである。一部の学説はさらに、義務の法的な性格を重視した付加的基準を持ち出し、法的に義務的な憲法慣習と、憲法習律のごとき、法的には義務的ではなくたんに政治的に義務的であるにすぎないとされるその他の繰返された慣行とを区別しようとする。このような付加的なテストもまた、法的義務なるものを単純に定義することが不可能であるという理由によつて失敗に終わる。主たるテストの方は、これまた全く機能しえないものである。というのは、公権力が慣習に適合して行動するべき義務を負っているという主張は学説そのものから出されているものでしかなく、理論的な命題ではないか、あるいはまた、それはたんにある規則が存在すると

いうことを意味するに過ぎないかのいずれかであるからである。つまりかかるテストは完全なトートロジーなのである。すなわち、ある規則の存在によって、ある規則の存在を確認しているのである。²⁴⁾

それゆえ、義務という考え方は全面的に退けなければならず、規範をある行為またはある事実の意味とする定義に立ち戻らなければならない。当該法システムにおいて規範が存在するのは、このシステムにおいて、ある行為またはある事実が実際に規範としての意味を持つ場合、ある行いがなされなければならないということの意味する場合、である。そして行為または事実がかかる意味を持つのは、そのような意味が、これらの行為または事実に対して、それ自身規範としての意味をもつ別な行為によって与えられたときである。これはケルゼンの考え方であって、ここでは失敗に終わってしまうものである。というのも、憲法においては、慣習という事実に対して規範としての意味を与える規範が存在しないからである。それゆえ、ある事実は一または複数の機関がそれに規範としての意味を与える場合に、規範としての意味を持つということを認めなければならぬ。これらの機関は、必ずしも裁判所であるわけではない——しばしば裁判所であるということすらない

——が、なんらかの決定を行う過程において、自らが発する規範的命題の義務的性質を根拠づけようとする際に、そのようにする。これらの機関はもちろんのこと政治システム全体の影響のもとに行動し、このことは、自らが繰返し行った慣行に規範としての意味を与えられることになるその他の機関と同様である。結局、慣習の存在は、二重の必然性から生じるものであるといえる。すなわち、当該慣行を行う機関にとつての必然性と、この慣行に規範としての意味を与え、それを規則として存在させる機関に働く必然性である。

こうして、どのような徴しがあれば慣習が法源として存在すると認めることができるのかという問いに対しては、次のように単純に答えることができる。すなわち、公権力の言説において、慣習が、他の規範の根拠として用いられるために、規範としての意味を与えられるときである、と。

(一) このような原則は、ときとして「ヒュームの原則」と言われることがある。そしてそれは、法実証主義の基礎にあるものでもある。G. Carcaterra, *Il problema della *falsitas naturalistica*, La derivazione del dover essere dall'essere*, Milan, Giuffrè, 1969 を参照。このことについて H. Kel-

sen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 において明確に述べられている。

(2) 「裁判官は慣習上の規則を適用しななければならない」という命題は、しかしながら、記述的な意味において法の科学が述べることはできる、⁽⁷⁾ ということは指摘しておかなければならない。この場合、右の命題は、裁判官に対して慣習上の規則を適用しよう命じるということの意味するのではなく、ある法秩序において、裁判官に対してこれらの規則を適用することを義務づける規範が存在しているということの意味することになる。この命題は、つまり、それ自身は規範ではなく「法命題」なのであって、この命題に含まれている「しななければならない (devoir)」という語は、ケルゼンによれば、記述的 Solien、つまり記述的当為としての意味を持つこととなる。⁽⁸⁾ *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.96 et sq. § 46 M. Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp.527-540 (本書に所収、四五頁以下) を参照。

(7) J. Carbonnier, *Droit civil, I/Introduction, les Personnes*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 8^e éd., 1969, pp.111-118, とくに 111-112 頁では次のように述べられている：「十九世紀の学説は慣習が民法の法源であるということこそを否定する傾向にあった。(略) しかし実際には、慣習は、

民法の——重要な——法源の一つである。」

(4) ここで「べき」という語は、当然のことながら、法学者に対して一定の行動をとることを命じる法規範が存在するということを意味するわけではない。これはたんなる方法論上の命令にすぎない。つまり、法的な命令でもなければ、「記述的当為」(Solien descriptif) でもない。メタ科学の言語に属する命令である。

(5) H. Kelsen, *op. cit.*, p.13 : 「妥当性 (Geltung) という語で、規範に特有の存在の態様を示すこととする」。(訳者注 : le monde は le mode の誤植である。)

(6) 「存在」という語の両義性は、十八世紀の政治学説における「淵源 (origine)」という語のそれに近い。ここでは、この語は原因 (cause) を意味することにも根拠 (fondement) を意味する。ついで。

(7) J. Carbonnier, *op. cit.*, p.114-115 ; A. Weill, *Droit civil, introduction générale*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1973, p.130, n°148. ヤビンスキーは「慣習が義務としての力をもつことの根拠を探索することはしない、なぜならそれは彼にとっては事実として強制されているものであるから、それによって (Méthodes d'interprétations et sources en droit privé positif)」。Paris, 1899 ; *Science et technique en droit privé positif*」。

(8) Carbonnier, *op. cit.*, p.15.

(9) Carbonnier, *op. cit.*, p.14.

(91) Geny, *Science et technique*, *op. cit.*
 (11) Kelsen, *op. cit.*, p.314.
 (92) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 vol., Erlangen, 1828-1837.
 (93) Réglade, *La coutume en droit public interne*, th. droit, Bordeaux, 1919 (この博士論文の要約を著者 L. Duguit の著した)。
 (94) R. Capitant, La coutume constitutionnelle, *Gazette du Palais*, 21 décembre 1929, *Revue du droit public*, 1979, pp.959-970 に掲載。著者 'Le droit constitutionnel non écrit, *Mélanges Geny*, 1934, réimpr. 1977, t. III, pp.1-8.
 (95) Carbonnier, *op. cit.*, p.1112 ; Weill, *op. cit.*, pp.128-129.
 (96) *Op. cit.*, p.305 ; 著者 pp.12-13 et 72 sq. を参照。
 (97) この著者は雑誌に著した論文 'ナルヤンが法の規範性を作らねばならぬ' の書名をこの著者の。参照 N. Bobbio, Kelsen et les sources du droit, in *Archives de philosophie du droit*, 1982, pp.135-146.
 (98) P. Amselek, Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique, in *Revue du droit public*, 1978, p.5 を参照。しかし '根本規範論のロートロシカルな性格を衝く批判には' 若干の留保が必要であるように思われる M. Troper, La pyramide est toujours debout ; réponse à P. Amselek, *ibid.*, 1978, p.1523 を参

照。

(99) J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Londres, 1^{re} éd., 1832. この著者の著作の著者 E. Lambert, *Le droit coutumier contemporain*, 1893 & 'この著者の著者 Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, 著者の 四三三頁を参照。
 (99) H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, 1945, pp.126-127.
 (100) M. Troper, Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique, *Revue internationale de philosophie*, 1981, pp.518-529, 本書の五頁を参照。
 (100) M. Troper, Nécessité fait la loi ; réflexions sur la coutume constitutionnelle, *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, 1981, pp.309-323.
 (100) *Ibid.*
 (100) A. Ross, Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law, *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1961, IV, pp.46-93.