

事実と規範

登 尾 章

本稿では、事実と規範を区別する事にどのような意義があるのかを考える。両者の区別を重視する法理論の代表は、法実証主義である。そして、かつては学界の主流であったこの立場は、新しい世代（とは言っても定年退職する年齢に達したが）の法哲学者達によって、根源的な批判に曝された^①。現在では、全面的に法実証主義に与する理論家は、それほど多くはない。

しかし我々は、法実証主義が否定されたことから、事実と規範（あるいは存在と当為）の区別も同様に無意味である、という結論を直ちに導くことは出来ない。確かに、両者を区別する方法二元論は、法実証主義の最も重要な前提となっていた。しかし同時に、これらの概念は、法実証主義が発明したものではなく、それよりずっと前から存在している^②。そこで本稿は、ポスト法実証主義とも呼ぶべき現代の法思想が、事実と規範の関係をどのように捉えるべきか、という問題について検討する。この間に対する本稿の答は、現代においても、事実と規範の区別は、人々の規範意識の形成に法がどのように寄与するかを説明するために重要である、というものである。この事を示すために、まずは法実証主義について考える事にする。

法実証主義が、法思想として大きな魅力を持っていたことは、疑われ得ない。なぜならば、法実証主義の描く

法概念は、法を客観的に認識可能な対象に限定することによって、法的安定性⁽³⁾を強く保証したからである。この点について法実証主義の右に出る法理論は、恐らくこれまでに無かったであろう。そして、この法的安定性が法に要請される形式的条件であることは、立場の違いを超えて広く受け容れられている。すなわち、法的安定性は、法実証主義が法の正統性 (legitimacy) を説明することに力を注いだ動機であったが、同時にこれは、定義上強制力を伴う「法」を正当化 (justify) する場合にも、その説得的な拠り所となるのである。

しかし同時に、法実証主義の主張する事実と規範の峻別は、常識的には受け入れ難いものである。例えば、知的財産権の侵害が（他の財産権の場合とは異なって）権利者の使用を妨げないという事実と無関係に、知的財産権に関わる法規（規範）を特別に定めた理由を説明出来るとは、普通は考えない。

さてそれでは、法実証主義は何をどのように間違ったのであろうか。この間については様々な説明が可能である。⁽⁴⁾ 本稿は、この間について、逆説的であるが、法実証主義はむしろ事実と規範の区別を徹底しなかった故に自らの論理的矛盾に気付けなかった、と考える。

確かに我々は、事実と規範を別の物として理解する事が出来る。例えば、両者の区別は、事実命題と規範命題の（日本語の場合の）語尾の違いとして、明確に現れる。しかし、このような両者の区別の理解は飽くまでも手段的な理解に過ぎないのであって、この事を理由として、我々が両者の区別を知っている、もしくは知り得る、という結論を導く事は出来ない。我々が行っている区別は、例えるならば、海や山について「ビーチサンダルを持ってゆくところが海で登山靴を持ってゆくところが山」と理解しているようなものである。すなわちこれは、そこで遊ぶときに重宝する道具（としての履物）の違いを理解しているのであって、海と山の区別そのものを知っているのではない。同じように、「である。」と「べし。」の違いも、事実と規範を別物として論じるための、道

具としての言葉の違いである。そして、「である。」と「べし。」を両方語尾につける事が出来ないからといって、もしくは「である。」と「べし。」の中間的語尾が無いからといって、事実と規範の間に中間領域は存在せず、両者は明確に区別可能である、と結論づける事は出来ない。これは丁度、自分の鞆にビーチサンダルと登山靴が両方入らないからといって、もしくはビーチサンダルと登山靴とを兼ねた履物が売られていないからといって、海と山は別々に存在すると結論づけられない事と同じである。そして実際に、山が海にせり出しているような地形では、両方持っていく方が楽しめるのである。もちろん、海と山の関係がそうだからといって、事実と規範の関係もそうだということにはならない。しかし同時に、そうでないとも言えないのである。

従って、我々が事実と規範を別の物として理解する事が出来るということは、我々が両者の区別を知っている、もしくは知り得る、という事を意味するものではない。しかし、法実証主義はこれらを意図的に混同しているように見えるのである。別の言い方をするならば、法実証主義の立場は、これらをあえて混同し、自らの導き出す結論を自分自身に適用しないようにする事によってしか、維持できないのではないだろうか。なぜなら、我々が何かを語る際には言葉に依らざるを得ず、この点は、法実証主義者も例外ではないからである。

法実証主義は、言葉の定義が規範に属することを認める（碧海^{25, 45ff}）。そうであるならば、「事実」という言葉が示す意味内容も規範的に決まるのであって、「事実」と事実それ自体とは区別される。そもそも、「事実」が示す事実はその形のインクの染みであり、「事実」と見て何らかの意味を想起する人は、それを規範的に理解している（と同時に、その理解が他人と共通している保証も無い）のである。すなわち、事実を「事実」と表現したとしても、「事実」は事実ではない。法実証主義は、言葉の定義が規範に属する事を認める事により、この前提を受け入れているのである。そして、その前提自体は、大いに賛成できるものである。

しかし、ここで問題となるのは、法実証主義が依って立つ方法二元論である。これに従えば、事実と規範は独立の存在であり、それぞれが別の世界を形作っている。そして、法学（すなわち学問すなわち科学）の対象を事実限定し、そこから規範を排除する事を要求する。⁵⁾ところが、その対象とされる事実は「事実」という言葉で表現されるのであるから、先程の前提によれば、その「事実」もまた規範となる。すなわち、事実命題は事実ではなく規範に属するのである。それゆえ、仮に法実証主義の発想を受け入れて、世界が事実と規範から成立していると考えたとしてもなお、事実命題と規範命題とで世界が成立していると考ええる事は出来ない。もしもその世界観の中で正確な説明を与えようとするならば、事実命題と規範命題はどちらも規範に属し、その他の物と共に規範の世界を構成する一方で、その規範の世界とは別に事実の世界がある、ということになるはずである。そのため、学問の対象を事実限定するという表明は、その学問を言葉で行う限り、今から自殺しますと宣言するのと似て、自らの営みが学問であることを否定するものとなるのである。⁶⁾

このような逆説的状況は、我々が何かを語る際には（口から事実を吐き出す事など出来ず）言葉によって語るしかない、という条件から生じるものである。そして、この条件がもたらす帰結についてあまり自覚的でないという点は、実証主義全般に対して指摘しなければならない。これを示すために、ワイトゲンシュタインの「語りえぬものについては、沈黙せねばならない」（ワイトゲンシュタイン2003:159）という有名な断章について考えてみたい。この命題に含まれる語りえぬものは、言葉で「語りえぬもの」と表現されている以上語られている、と考えるべきである。だからこそワイトゲンシュタインは、沈黙することなく「沈黙せねばならない」と発言出来るのである。このように考えるのではなく、言葉で「語りえぬもの」と表現されたものと語りえぬものそれ自体を同一視するならば、彼は、「沈黙せねばならない」という禁を自ら犯している事になる。従って、この命題を理

解可能とするためには、前者のように、彼の言う語りえぬものは「語りえぬもの」として語られている以上語りえぬものではないということ認めねばならないのである。そして、法実証主義が法学（や学問や科学）の対象を事実限定する際にも、これと同様の問題が生じているのである。すなわち、事実を「事実」と表現した段階で、その「事実」は規範に属する事を認めざるを得ないのである。そして、この点を明確に意識するならば、もはや、我々が事実と規範を別の物として理解する事が出来ることをして、我々が両者の区別を知っている、もしくは知り得るとは言えなくなるのである。その結果、実証主義者の依って立つ方法二元論はその基礎を失うこととなる。以上が、事実と規範の区別を徹底的に行った結果として見えてくる、法実証主義が理論内に抱える難点である。そしてこれが、法実証主義の見解の非常識さの源泉ともなっていると、本稿は考える。

それでは我々は、法実証主義が落ちたこの陥とし穴をどのように回避すればよいであろうか。この間に対して本稿は、法実証主義が事実に戻り回される原因となった、その根底にある客観性についての基礎付け主義そのものをあきらめるべきである、と答えたい。確かに、学問として客観的な主張を行おうと奮闘するその態度は、大いに賞賛されるべきである。しかし結局のところ、そのような客観性は飽くまでも目標として目指す事が出来るに過ぎないのであって、自らの理論の客観性を（哲学的厳密さをもって）客観的に示す事までは出来ないのである。なぜなら、これまでに見て来たように、言葉で示せる客観性は、客観的ではないからである。あるいは、言葉で示すと同時にそれは客観的ではなくなる、と言ってもよい。それゆえ、言葉や論理によって何かを客観的に語り得るという前提に立つ基礎付け主義の発想を捨てない限り、この矛盾からは抜けられないのである。

またそもそも、このような客観性を標榜する事は、労多くして功少なき営みである。我々は、ある理論を受け容れるか否かを判断する際に、その客観性をどれくらい考慮しているであろうか。これに個人差があることは

否定できないが、ある理論が客観的だと示されさえすれば（主張されている内容と無関係に）それを受け容れる、という義務論的な対応をとる人は、ごく一部に限られるのではないだろうか。このように言えるのは、自分の信念を一切曲げない事を予め決めているといった頑迷な人だけを想定しているからではない。また、自分に有利か不利かや自分の願望と整合するか否かを考えて、都合の良いものだけを世界理解に取り入れるような、知的に不誠実な態度を擁護したいわけでもない。本稿がここで指摘したい事は、例えば株価は、事実として業績が良くなくとも人々がその会社を「業績が良い」と信じればそれで実際に上昇するのであるが、このような「信じる者は救われる」（嶋津2011: 159）と似た仕組みが様々な場面で機能する事によって、現実の社会秩序全体が形成されている、という事である。そしてまた、ある理論を受け容れる際の態度としても、大多数の人は、義務論的ではなく、その理論のもたらす（個人的ではなく）社会的な諸帰結を吟味した上で賛否を判断する、と言えるであろう。そして逆に、このような考慮をしないそのごく一部の人は、結局のところ、その主張者と同様に、客観性についての基礎付け主義に立っている人に限られるのではないだろうか。そのような人が、他の人々も皆客観性の基礎付けを信仰していると信じて疑わない事は、本人がそれを本当に信じている以上、致し方ないと言え言える。しかしいずれにせよ、本人たちが考えているほど、客観性の基礎付けは説得力を持ってはいないのである。例えば、嶋津格の次のような指摘も、この現実を看破したものであると言えよう。

冷静に考えてみるなら、それが一つの描き方にすぎない以上、いくらそれ「〔純粹法学〕」がその内部で首尾一貫した描像を与えるものであっても、法理論家全員がそれを採用すべき義務を「論理」の權威によっておわされるわけでないのは当然である。（嶋津2011: 7）（「」内は引用者。）

さて次に、以上の哲学的前提を採る事でどのような社会が実現するかを明らかにするために、ここで、具体的な制度案を提示してみたい。それは、「裁判規範として一定期間用いられなかった法律を自動的に失効させる制度」⁷⁾である。もしくは、これとほぼ同じ効果を期待して「あらかじめその上限を定めた上で、立法機関ではその年限内の時限立法しか出来ない制度」でもよい。このような制度を運用する事によって、我々は、法律の条文等に還元され得るものだけを法と看做す狭隘な基礎付け主義に依らない、自由な秩序を手にする事が出来るのである。

しかし、このような提案に対しては、根強い反対があるかもしれない。その中でも注目すべきは、「稀なケースについても法律の規定が予め存在する事が法的安定性の要請であり、そのような法的安定性が維持されている事が、法の支配の前提となっている」とする立場からの批判である。このように、法的安定性と法の支配とが連続的に語られる事は、確かに多い。例えばモンテスキューは、法の支配の前提として「共和政体においては、裁判役が法律の文字に従うのがその国制の本性である。」(モンテスキュー1989:163)と述べる。そして、法の支配がこのように実現され得る事は、本稿も否定しない。

このような立場からの批判に対して、本稿は、しかしだからと言って、そのような条件を満たさない限り法の支配が実現できないという事にはならない、と反論したい。そして実際に、我々の目指すべき法の支配の性質は、時代状況によって変化し得るのではないだろうか。すなわち、モンテスキューがこのように主張した時代は(トクヴィルの指摘に従うならば)市民革命に向けた大変革期のさ中だという事になるが、現代の我が国で我々が目指すべきは、もう少し違った性質の法の支配ではないだろうか。⁸⁾

このような前提に立った上で、本稿が支持するのは、法の下の平等と同義として捉えられる、法の支配である。

そして、この意味における法の支配からは、法的安定性とのつながりが欠落していることを認めねばならない。しかしそもそも、法の支配を、人々の社会生活全体を法が支配するといった意味に理解する事は、支配という言葉に引きずられ過ぎているのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ふだん我々は、人々の行動が法律によって規律されていなければ困る、などとは、全く考えない。そのように考えるのは、(学者を含めた)法律家の一部か、脱法行為を企てている人か、立法万能主義に立つ政治マニアくらいであろう。それ以外の多くの人々にとっては、実際に法律など存在しないに等しく、それで問題なく暮らせているので、日々の暮らしに法律がもっと深く関わるべきなどとは考えもしない。それもそのはずで、近代法の基本原理である自由主義を可能としているところの「大きな社会」は、人々の目的が一致する事を要求せず、むしろ、各人がそれぞれの異なる目的を追求する事から社会全体の利益を引き出すのである。⁽¹¹⁾そのため、ほとんどの人々は、それぞれの利益を得るために、各々の生業に日々精を出している。これと同様に前の三者についても、彼らにとつては法律が自らの利益(収入を得る手段や、処罰されない事や、自らの理想を実現する道具)に関わるからそのような法観念を広めたいのだ、とも説明出来る。そして、我々の社会がこのようなものである事を理解するならば、法律の改廃がどれだけ激しかろうと、大多数の人にとつては無関係なのである。既に我が国では、毎年夥しい数の法律が作られており、法律家にとつてさえ、その全体像を把握する事が難しくなつて来ている。そのような状況下で暮らしている、法律の知識が自分の利益に結びつかない大多数の人々の生活に、法律が深く関わっていると考えるのは、幻想に過ぎない。⁽¹²⁾そして、知らない法律が出来ても無頓着な人々が、知らないうちにその法律が廃止されると困る、とするのは理屈に合わないのである。それゆえ、上に述べたような(法律が自動的に廃止される)制度を採用しても、社会が混乱する事など無いと断言できるのである。寧ろそうした方が、法が簡素化される事によって多くの人々がそれを理解できるようになり、多く

の法律家たちが望むように、かえって法が權威を持つようになるかもしれない。⁽¹³⁾

さてそれでは、この「大きな社会」の中で、法の支配はどのような役割を果たすであろうか。それは結局のところ、裁判所の中で用いられる、裁判のための基準の一つとして、縮小して理解される事になる。これが、前述の、法の下の平等と同義である法の支配、の理解である。紛争とは、法律の知識で生計を立てているのではない大多数の人々が、ある日突然巻き込まれるものである。そして、法的解決が必要になれば、それは裁判所に持ち込まれる。その際には、法が当事者を平等に（正しさの観点からのみ）扱う事が当然要求されるのであって、それこそが法の下の平等、すなわち法の支配の要請である。これを逆に言うならば、裁判になる前に、または少なくとも紛争に巻き込まれてもいないような状態で、法の支配が人々の社会生活に出しゃばってくる必要など無いのである。そしてまた、法の支配とはそのような裁判の基準なのであるから、上述の制度案を採用し、適用される法律の方が（廃止によって）頻繁に改変されても、法の支配自体は何も影響を受けないのである。それよりもむしろ、法律がそのように改変される事の方が、社会の大多数の人々にとっては好都合ではないだろうか。なぜならば、いくら「前もって定められた法律に従って判決を出している」と言われても、現実には、我々がその法律を前もって知っていた訳ではないからである。それよりも、法が社会の現状に即す形で頻繁に生まれ変わっているが故に、人々が「我々の正義感とかけ離れた判決を裁判所が出すはずはない」と感じる事が出来る社会の方が、社会として魅力的ではないだろうか。そして、このように発想を転換するならば、一時はあきらめざるを得ないかに見えた法的安定性も、実は十分に確保できる事になるのである。すなわち、この考えに従えば、「既に法律に書いてある」ことによって人々が自らの行為の結果を前もって知る事が出来る、と主張するのではなく、「常識に外れた事が法律に書いてある事はないはずだ」と人々が確信出来る条件を整える事によって、法的安定

性を実現するのである。そして、社会における法のあり方をこのように考えるならば、客観性についての基礎付け主義に頼る事無く、法的安定性も法の支配も充分に維持できるのである。

さて最後に、このように法が後景に退いた社会がいかなるものであるかを述べて、本稿を閉じる事にする。逆説的に聞こえるかもしれないが、本稿は、法の役割を重視している。その意味で本稿は、基礎付け主義は否定するものの、プラグマティズムやリアリズム法学に与するものではない。ただ、法が法にしか果たせない重要な役割を果たすためには、法は、人々の社会生活に日常的に入り込んでくるようなものであってはならない、と主張したい。

そもそも、人々の社会生活において重要なものは、可能な限り広義にとられた「道徳」である。この中には、規範命題として表現出来るもの全ては勿論のこと、対象となる行為をうまく類型化する事さえ出来ないにも関わらずなぜか「恥ずかしい」と感じてしまうような感覚的なものまでが、含まれ得る。別の観点から言えば、人々が自らの規範意識の中にそれがある事を発見し得るもの全てを、ここでは「道徳」と呼ぶ事にする。そして、ある社会が維持されるためには、人々の規範意識がその社会の存続に適切な形になっている事が重要なのであり、その規範意識に影響を与えるのは、法ではなくて、道徳である。この事は、人々の規範意識に合致しない法が公然と無視されている、様々なザル法の例が、雄弁に物語っている。少なくとも、知らないうちに湯水のごとく立法される法律が、本人も知らないうちに人々の規範意識に影響を与えていると考える事など出来ない。それゆえ、社会にとって重要なものは、法よりも、この意味での道徳だと言えるのである。

さてその「道徳」が、人々の規範意識に有益な影響を与え続けるためには、それらの道徳が、常に挑戦を受け、吟味され続けている必要がある。なぜならば、ここである道徳には規範に関わるありとあらゆるものが含まれて

いるので、当然そこには、我々の社会にとって有益なものだけでなく、有害なものも多数含まれているからである。そして我々が、ある道徳が有益であることを見極めるためには、それに反抗した人々が失敗したとか悲惨な結末を迎えたというような情報が、何よりも重要なのである。⁽¹⁵⁾むしろ、そのような情報も無いままに、それが受け容れるべき道徳だと、我々はどうして確信する事が出来ようか。このようにして、色々な人たちが挑戦してもあらがう事が出来なかった物だけが、道徳として残り、説得力をもって我々の目の前に立ち現れる。これとは逆に、前に註で触れた「部族社会の倫理」のように、それを無視した人々が成功を収めるような道徳は、有害なものとして排除され、これにより我々は自由主義というより効率的な秩序を手に入れたのである。我々はこれを、道徳の発展・進化の過程として捉える事が出来るであろう。

そして、先に述べた法の法にしか果たせない役割とは、この過程に関わるものである。すなわち、「道徳」に対する挑戦を、より分かりやすく言えば種々の実験的な不道徳行為を、広範に認めてこれを鼓舞することこそが、法の役割である。もともと、道徳に反する行為を行う人が、既存の道徳感情を擾乱した代償として社会内で各種の制裁を受ける事は不可避である。そこに法が介入し、彼の行動は法的には問題無いのである、と宣言し擁護するのでなければ、⁽¹⁶⁾実験的不道徳の試みは萎縮し、上に述べたような道徳の発展など、望むべくもない。⁽¹⁷⁾そしてこの役割は、法にしか果たせないものなのである。⁽¹⁸⁾

以上の社会像は、法と道徳を明確に区別している。それゆえ本稿は、法実証主義が法と道徳を区別することそのものを批判するものでは無い。しかし、本稿が両者を区別するのは、道徳とは違って法には事実として記述出来る側面があることを強調するためではないし、道徳規範を排除して事実として扱える法の妥当性だけを論じるためでもない。従って、事実及び規範という概念も、法実証主義とは異なる観点から導入される。すなわちこれ

らの概念は、ある道徳に反抗した人々が失敗したという「事実」を受けて他の人々がその道徳を「規範」として受け容れる、という説明のために必要となるのである。そしてこれが、本稿の冒頭に述べた、事実と規範を区別する事の意義である。

この説明における事実及び規範という語は、言葉の通常の意味で用いられており、何か特別な役割を担う概念ではない。そしてそもそも、それ以上に多くのもの（例えば客観性についての基礎付け）を言葉に負わせようとする発想自体に、最初から無理があるのではないだろうか。先に挙げた例で言うならば、言葉は、海や山についての明確な定義を与える事には向いておらず、むしろ、そこに遊びに行く時の用意について他人に伝える事に向いているし、そういう場面でこそ真価を発揮するのである。そして、最後に挙げた社会像における道徳の発展の過程も、同じ例を用いて示す事が出来る。すなわち我々は、何度言われても山にビーチサンダルを持ってゆく人を蔑む必要などなく、むしろ、その人が毎回山で困っている姿を見る事によって「山には登山靴であるなあ」と確信を新たにできる事に感謝すべきなのである。ましてや、「山には登山靴を持って行くべし」という（時限付きでない）立法をするなど、論外である。なぜなら、我々は誰も「山自体」を知らないものであるから。

【参考文献】

- 碧海純二一九七三『新版法哲学概論（全訂第二版）』弘文堂。
 嶋津格二〇一一『問いとしての〈正しさ〉——法哲学の挑戦』NTT出版。
 登尾章二〇一一「大きな社会」とその規範的構成」『市民／社会の役割と国家の責任』日本法哲学会編、有斐閣（法哲学年報二〇一〇）。
 平野仁彦・亀本洋・服部高宏二〇〇二『法哲学』有斐閣。
 アリストテレス一九七一『ニコマコス倫理学（上）』高田三郎訳、岩波書店。

イエーリング一九八二『権利のための闘争』村上純一訳、岩波書店。

ワイトゲンシュタイン二〇〇三『論理哲学論考』野矢茂樹訳、岩波書店。

ハイエク一九八七『社会正義の幻想——法と立法と自由2』篠塚慎吾訳、春秋社（ハイエク全集9）。

ヒューム一九六八『人性論』『ロック・ヒューム』土岐邦夫訳、大槻春彦編、中央公論社（世界の名著27）。

モンテスキュー一九八九『法の精神（上）』野田良之他訳、岩波書店。

（1） 嶋津格の「法の認識とイデオロギー」（嶋津2011: ch5）を筆頭に、多数の論者が様々な角度から批判している。

（2） 両者の区別は、ヒュームの著作に見られる（ヒューム1968: 520f.）。しかし、遡ろうとすれば、アリストテレスによるエピソードとフロネーシスの区別も、事実と規範の区別を前提としていると言えるであろう（アリストテレス1971: vol. 6, chs. 9-10）。ただし、そのフロネーシスは、アリストテレスの場合には、重要な研究対象である。この点が、ある種の科学主義に立ち、規範を考察の対象から排除する（法）実証主義の発想とは、大きく異なる。

（3） 本稿では、この語を、法が頻繁に変更されないという意味ではなく、人々の行為の結果の予見可能性を増やしている、という意味で用いる。

（4） 例えば嶋津は、（法）実証主義の目指した科学観自体が間違っていたと指摘する。（嶋津2011: 79f.）

（5） 法実証主義の理論的特徴は、法律の「妥当性」のみを問題にする点にある。そしてその妥当性は、法律の規範的内容とは無関係に定まる、とされる。この意味において、法実証主義は法学の対象から規範を排除している、と言いつ得るであろう。もっとも、「妥当性」をそのようなものと定義すること自体は、現代の法学においても一般的である。ここに、法実証主義の影響力を垣間見る事が出来る。

（6） この指摘に対して、法実証主義者が次の様に反論することは、可能である。すなわち、方法二元論は、事実と規範の区別を拠り所としているのではなく、飽くまでも（規範の中の）「事実」と「規範」を区別すべしとする主張である、と。しかし、このような縮小戦略を採用した方法二元論は、本当に魅力的であろうか。すなわち、せつかく二元論を採用しても、何を

- 「事実」の外延とするかが規範的に決まるため、導かれる結論にも規範が含まれたままであることを認め、それゆえもはや法学（や学問や科学）の客観性を標榜しないような法実証主義を、果たして法実証主義と呼べるであろうか。そしてさらに、何より疑問に思うのは、（言葉という）規範の上に成立している学問が「規範」を対象としてはいけない、その理由である。
- (7) このアイデアはイエーリングから借用したものである。彼は、ローマ法にこのような制度があった事を紹介し、彼自身もこれに賛意を述べている。（イエーリング 1983: 80f）
- (8) このような観点は、嶋津に負っている。彼はケルゼンを擁護して、次のように述べる「……」国民的統合を（たとえ一部であつても）道徳に委ねることを期待することが不可能な状況の下で、法のみ力によってそれをなし遂げようとする意図「……」と、上記の法規範一元論が無縁だとは考え難い。」（嶋津 2011: 69）。なお、（著書に収録されていないものも含めた）膨大な著作の中で、嶋津がケルゼンを擁護しているのは、恐らくこの一箇所のみである。
- (9) 現代の法理論ではむしろ、このような状態は、「法化」という別の概念で説明されている。そしてこれには、良い面と悪い面の両方がある事を指摘するのが通例のようである（平野・亀本・服部 2002: 66）。
- (10) さらに言うならば、その根底にある、人々の社会生活が円滑に進むためには何者かが適切に支配していなければならないとする発想自体にも、問題がある。これは、ハイエクが「先祖返り」として批判する「部族社会の倫理」そのものである。（ハイエク 1987: 202）
- (11) 詳しくは拙稿（登尾 2011）を参照されたい。
- (12) 人々の生活に法が深く関わっている、といった表現は、「法学入門」等の講義で頻繁に繰り返されている。そして本稿も、法律家がこのような認識を持つこと自体を、否定しきれないことは認める。なぜならば、法律家も他の人々と同様に自らの利益を追求しているのであり、その利益のためには法の領域が拡大した方が好都合だからである。しかし一方で、法律は、法律家を養うという面以外にも、社会の人々に対して強制力を行使するという側面も持っている。この点が、法理論の危険な点である。例えば数学理論であれば、ある数学者がどれほど間違つたことを言つても、社会の人々がそこから直接被害を被る事はない。そして、嶋津が繰り返し述べる法曹アリстокラシー論は、法曹としての自らの経験を背景に、この危険性について警告を発しているものと解釈できる。ただし、法曹について外的視点に立つ本稿は、法律家には、「人々の生活に法

が深く関わっている」に加えて、「と考える事が利益になるので私はそのように考えたいのである」という所まで自覚してほしい、という希望を述べるにとどめる。

- (13) 法の權威に関して、嶋津は「わからないから」ではなく「わかるからこそ」与えられる權威を、法曹もめざすべきなのである。」(嶋津2011: 77)と述べる。その対象が法であるべきか否かはともかく、凡そ權威というものがそのような理由により社会によって付与されるべきとする点には、賛同する。

- (14) 正確に述べるならば、このように感じる事が出来るからといっても、訴訟の当事者が判決を受け入れられる蓋然性が高まる、ということ迄は言えないであろう。自分を負かす判決には全て不満であると感じる人を度外視しても、そこまでは樂觀視できない。ただし、判決の内容が正しいと思えば自分が負けても納得できるという人が、自分は知らなかったが書かれていた法律に従った判決なので自分が負けても納得できるという人よりも、圧倒的に少ないと言えるのではない限り、この問題は、法的決定の正当化の問題とは一応切り離して論じる事が出来るであろう。

- (15) このような説明は、右にある、人々が自らの規範意識の中に道徳を発見する、という表現と矛盾するように思われるかもしれない。確かに、社会秩序にとって重要な道徳は、発見するものであつて自由に選択できるものではない。しかし同時に、発見したものを修正する事は不可能ではないと、本稿は考える。

- (16) この意味において、本稿が敵と見なすのはリーガル・モラリズムである。本人が社会的制裁以上の不利益を被らないように保護すべき法が、道徳と足並みを揃えてこれを攻撃する側に回るのであれば、法が法である意味が無い。そしてその結果、リーガルモラリズムは、過剰な道徳的言説を人々が毛嫌いするようになるという、自らが望んだものとは正反対の帰結を受け取ることになるのである。

- (17) それでももちろん、常習的犯罪者等一部の人は、不道徳な行為を行い続けるかもしれない。しかし、それではサンプルとしての意味が無いのである。なぜなら、色々なところで様々な反社会的行為をしている人が失敗するのを見ても、どの行為がその失敗の原因であったのかが特定できないからである。我々の社会の道徳が発展し続けるためには、そうではないごく一般の人々が、普通の社会生活を送る中で、時には不道徳行為を実験できる、といった環境が必要なのである。

- (18) 本稿は、このような社会像の根幹にある発想の多くを、マンデヴィルに負っている。彼が法について直接語る事は少ない

が、その発想を法理論として再構築し、これを社会論にもう一度戻したものが、以上の記述である。彼は、その主著の副題である「私悪すなわち公益」で知られているが、そこで言われている悪を、単なる違法行為と捉える解釈は、あまり魅力的とは言えない。そうではなく、この悪を、人々の感覚と深く結びついたある意味で純粋な規範意識に対する挑戦、として捉える事によって、マンデヴィル理論の深い洞察が明らかになるのである。