

## 規範システムの文脈における法規範 – その一 –

龍 澤 邦 彦

### 目次

#### 第一章 法規範の定義

##### 第一節 法規範の基準

1. 規律的な行為と規則的な行為
2. 法規定と法規範の区別

##### 第一節の小括

##### 第二節 規範の一般的特性と法規範

1. 規範の一般的特性
2. 法規範の特性

##### 第二節の小括

##### 第三節 法規範の形式

1. 言語により表明される規範
2. 法規範の記述形式
3. 法規範の類型と機能

##### 第三節の小括

#### 第一章の結論

規範 (la norme 仏, norm 英) とは、ラテン語 *norma* から来た語で、このラテン語自体はギリシア語 *γώνυον* (*gnomon*) に由来する。この原意は、識別し、包含し、決定するものをいう。具体的には、日時計の針、日時計そのもの、水時計、直角定規等をも指す。この様に一般的な尺度を図るものという意味から、将来の規制又はあるべきもののモデルというラテン語の意味が生じる。

語源的にこの様に示される規範は多種多様である。例えば、国際関係学では、特に倫理規範の理論を規範理論と呼んでいるが<sup>1)</sup>、この他にも、宗教規範、政治規範等多くの規範が存在する。

本稿で扱う規範は所謂法規範と呼ばれるものであり、これを一般的な規範理論の文脈の中において特徴づけた上で、法システム全体を考察しようと試みるものである。

## 第一章 法規範の定義

### 第一節 法規範の基準

#### 1. 規律的な行為と規則的な行為

規範の基準として、Noberto Bobbio は H.L.A.Hart を引用して次の様に述べる<sup>2)</sup>。「規則的な行為 (les comportements réguliers) と規律された行為 (les comportements réglés) の間の相違は外部からの観察により際立たせることはできない。また、外部からの見解と内部からの見解の区別が採用される場合には、区別の基準を見出し得ると考えられる。」ある規範が存在すると言うためには、各人が他者と同じ様に振る舞うことでは足りないものであり、同じ様に振る舞う者の内少なくとも若干の者が、この振る舞いを一般的行為基準、集団全体の行為モデル、かつ、同時にそれに従わない者達の振る舞いを批判するための準拠点とみなしているの、それを行うということが必要である、と Hart は主張する。『『チェスの競技者は、単に同じ様に女王の駒を動かすという同一の習慣を持っているのではない。彼等は、更に、この種の行為に関して熟慮の上で態度を取る。彼等はそれがゲームを行う全ての者達にとっての基準であるとみなす。』』 N.Bobbio によれば<sup>3)</sup>、規律的な行為は‘義務 (obligatoire)’であり、規則的な行為は‘必要 (nécessaire)’である。例えば、罰金を科されたくないで塵をポイ捨てしないという行為は前者であり、雨に濡れたくないで、軒下に駆け込むか傘をさすという行為は後者である。規律的な行為が規範と呼ばれるものである。この規律的な行為 = 義務 (作為、不作為の命令) と規則的な行為 = 必要ということの間の違いは、前者が「本質的ではないが、規則が持つ行為を条件付ける権能」、詰まり、規則に反した者に不本意な結果をもたらし得る権能に結び付けられているということにある。私見では、確かに規律的な行為と規則的な行為を分かち基準は、義務的か、必要かということである。

しかし、この点に関して付言すれば、規律的行為 = 規範は、G.Jellinek の言う様に<sup>4)</sup>、必ずしも強制 (= 規則に反したものに不本意な結果をもたらし得る権能) に結び付けられるものではない。L.Duguy の言う様に<sup>5)</sup>、強制は義務的であるための一つの方法に過ぎない、社会の構成員により与えられる「保証 (la garantie)こそが法概念の印」なのであり、義務の本質である。「法規範は強制規範というよりはむしろ保証規範である」保証は強制も含むが、それが全てではない。このことは、例えば、国際法は強制規範でない故に法ではない又は原始的な法であるという単純な主張が成立しない理由でもある。

規範とは、先ずは通常、Bobbio の言う、「かくあるべきもの」というモデルとしての「義務

的な行為」をいう。詰まり、「特別な仕方で、ある社会的事実に対応する指示」<sup>6)</sup>又は、指示（directives: 他者の行為に影響を及ぼそうとする言語行為）<sup>7)</sup>のうち、「あるシステムにおいて有効な又は義務たる指示」をいう。換言すれば、あるシステムにおいて「在るべきもの又は行為の表象又はモデル」といってもよい<sup>8)</sup>。それはあるシステムにおいて実現されねばならない行為の在り方である。Alf Rossによると、「規範とはある社会的事実と対応関係にある指示、続いて特定されるべき関係の性質と定義されるべきである。… 規範は意味内容の意味で指示であるといわれる。この範囲で、その定義は、その用い方に関して適切である。その用い方に従うと、規範が遵守され又は適合され、拘束しかつそれら規範が全体で規範システムを為すので、その他の規範に論理的に関連すると感じられるのである。」<sup>9)</sup>

## 2. 法規定と法規範の区別

法規範とは、第一義的に、人の行動のモデルとして捉えられるが、Amselek は次の様に反対意見を述べる<sup>10)</sup>。「人の行動が法規範の唯一の対象ではない。法規範が、例えば、『住居の建物がある高さを超えてはならず』、『火事に対するある保護施設を含まねばならない』と規定する場合、この規範を利用する者は実際には行動のモデルではなく、家のモデルに直面しているのである。建築家は、特に、自己の建築する家が法的モデルに従う様に行動せねばならないのであって、実を言えば、彼の行動自体がこのモデルに従う様に行動せねばならないのではないのである。」これに対し、Perrin は、法律は規範の内に入るが、法規範（les norms légales）と法規定（les dispositions légales）を区別せねばならないとして次の様に説明する<sup>11)</sup>。「多数決や住所を定める法規定はそれ自体では完全な法規範とみなし得ない。それは行動のモデルである他の規範の適用条件たる法律上の定義を構成する。」例えば、スイスの州法が義務的な投票を規定している場合に、この法規定は選挙区に居住する者のみに適用されるが、住所の法的な定義や多数決の規定は、明瞭かつ完全に定められた行動のモデルたる投票行為に関する法規範の構成要件又は適用条件となる。同様のことは、例えば、スイス国民とチューリヒ、ベルヌ、ウリ、シュヴァイツ等の諸州がスイス連邦を形成すると定めるスイス憲法第1条についても言える。この憲法規定は法規範ではなく、他の規範の機能に役立つ法律上の定義に関する法規定である。

私見では、法規範と法規定を区別するPerrinの考え方には、基本的に賛成できる。詰まり、全ての法規定が規範の形式で表されるのではなく、他の法規範の適用条件となるものもある。但し、付加すべき点はある。詰まり、法規範の目的である。法規範には二つの意味があると考え得る。一つは、ある社会における人の行為のあらねばならないモデル、またはRossの言う「ある社会的事実と対応関係にある指示、続いて特定されるべき関係の性質」を定めることである。このレベルでは、法規範は、ある社会において、人の行為を規律すると同時に、そのことで、

当該行為を正当化する。法規範においては、正当化は行為の効果的 (efficace) のみでなく、実効的な (effective) 保護につながる。他の一つは、個人又は集団の行為の制度化のモデルである。詰まり、法規範は、この様な制度 (=M.Hauriou によれば、集団の大半の構成員により受諾された、その権限により設立される基本的な理念を含むことで存続する社会構造<sup>12)</sup>) の枠組みあるいはその構成要素のモデルを為す。法規範の文脈にいう制度とは、組織としての制度 (法規範により枠組みづけられる、法人格を有する組織の完体) とメカニズムとしての制度 (法規範により枠組みづけられる社会生活の一の要素の仕組み) の両方を指す。

### 第一節の小括

法規範というのは規律的な行為 = 義務 (作為, 不作為の命令) であり, 強制 (= 規則に反したものに不本意な結果をもたらし得る権能) をも含む社会の構成員により与えられる「保証」に基づいている。法規範は、第一義的に人の行動のモデルであり, かつ, 個人又は集団の行為の制度化 (組織としての制度及びメカニズムとしての制度の双方を含む) のモデルである。

## 第二節 規範の一般的特性と法規範

### 1. 規範の一般的特性

法律, 政治, 道徳その他のシステムに係らず, G.H.Von Wright が挙げた規範の次の一般的特性<sup>13)</sup> は規範の定義を考察するに当たり重要なので, 私なりの説明を加える。①特性, ②内容, ③適用条件, ④権力を与えられている機関 (規範を与える又は定める者), ⑤行為主体, ⑥行為の機会, ⑦布告, ⑧制裁。

①は, 規範が命ずる行為の特性, 詰まり, それが義務であるか, 禁止であるか, 許可又は勧告であるかということである。規範の意味は義務的及び許可的なものに限られる。アドバイス, 助言, 祈り, 請求, 注意は規範に含まれない。しかし, 近年のソフト・ローの発達は, 例外的に, 勧告的な規範の存在を想定している。

②は, 規範が命ずる行為の具体的な内容, 詰まり, それが, 例えば, 税金の支払い, 結婚, 選挙, 禁煙等であるということである。

③は, 規範の命ずる行為が行われるべき条件である。その適用条件が他の何れの条件にも依存せず規範の内容に含まれている場合, 規範は定言的 (categorical) という。例えば, 「窓を閉めなさい」という指示には, 窓があり, それが空いているという規範の適用条件が含まれているので定言的である。「汝姦淫すべからず」, 「唯一絶対の神を信ぜよ」, 「嘘を吐いてはならない」, 「他人を貶めてはならない」等の様に, 後述する神律性規範や道徳規範は定言的である。これに対して, 規範を課する行為が行われるためには, 所定の条件が満たされねばならない場合, この様な規範を仮言的 (hypothetic) という。例えば, 国連憲章第 17 条 1 項の「総会は

この機関の予算を審議し、且つ、承認する」という規定は、一見仮言的とは見えないが、「機関の予算策定の場合、その審議、承認の権限は総会に与えられる」ことを意味し、仮言的となる。

④については、命令を生ぜしめる特定の行動様式を規範行為という。規範が全てを超越する存在から生ずると考えられている場合、これを神律性規範という。例えば、イスラム法の最も重要な法源たるコーランに基づく規範等がこれである。また、規範は、課せられた行為を為す者自ら生ずる場合は自律的といい、他者により課せられる場合は他律的という。例えば、法規範は基本的に他律的であり（但し、国際法にはこの双方が含まれている）、道徳規範は自律的である。

⑤は、規範が課する行為を行う者、規範の宛先人である。規範が、宛先人に関して、制限なく全ての人に、又は一定のカテゴリーの全ての者に充てられている場合、一般的という。全ての父親、あるいは子供という様に一定のカテゴリーを主体とし、また、その機会が一般的ではない場合、特に、規則と呼ばれる。逆にその適用されるカテゴリーも機会も一般的な場合、特に、法律という。法規範はその対象とするカテゴリーが一人又は一つのものしか含まない場合も一般的なままである。例えば、「共和国大統領は憲法の尊重を監視する」というフランス第五共和国憲法第5条“大統領の地位”の規則は大統領という職責を果たす一人の者を宛先人としているにも関わらず、大統領という国家の政治制度の一つの機関を対象とするので一般的である<sup>14)</sup>。規範は一以上の宛先人が特にその名前により指名されている場合、個別的である。例えば、「次の名前の者が選出されたことを布告する。」という場合や懲戒処分がそうである。また裁判所の判決や行政的な決定は基本的に当該事件のみに関わり、及び当事者個人を拘束する。欧州共同体法の命令もそうである。これは、実定法上重要である、なぜなら若干の法体系では、一般法と個別法は別々の制度に服するからである。

⑥は規範が課する行為が行われねばならない時空的境界設定を意味する。詰まり、行為がある特定の場所と時間で行われねばならないことである。例えば、製造物責任における損害賠償請求権に関する時効、又は、無主の土地を継続的かつ実効的に支配することによる国際法上の「専有」の原則とかである。

⑦は、宛先人にその義務の内容を通知することを可能にする、文書、口頭、身振り等として、規範がシンボル・システム（道徳、法律、倫理、宗教等）により形成されることをいう。この様に形成された規範は本質的に世代を超えて受け継がれる様な永続的特性を持たないが、社会生活の望ましいモデルとして、教育により学習され、同化され、内面化することで個人の人格の不可分な一部となる社会化の過程にもつながり、一定期間は安定的である。

⑧は、規範の宛先人が規範に従わない場合に被る罰である。宗教であろうと、道徳であろうと、法律であろうと、政治であろうと、規範はこの様な制裁を有している。例えば、宗教的制裁は、救いがないこと、道徳制裁は内部的な制裁、詰まり心の呵責、政治では権力や政治的名

声の喪失等である。

Kelsen の言う様に、「法が人間の行為の秩序であるという言説は、法秩序が人間の行為にのみ関係しており、人間の行為のみが法規則の内容になるということを意味しない。」例えば、殺人を罰する規則や洪水の際に隣人にその被害者を助ける義務を課す規則の場合、生理学上の現象である死や自然現象である洪水等は、人間の行為でなくとも、その適用条件や効果として、規範の結果に関連するものとして法規則の内容に入るのである。「しかし、これらは、人の行為の条件又はその効果として、人間の行為に関連している場合のみにそうなるのである。」<sup>15)</sup> Kelsen によれば<sup>16)</sup>、文明化された人間の間では、法規則において、人とその他の事物とを区別しているが、未開の人々の間ではこの区別がない。未開の法では、動物や植物、そして無生物の槍や石クレ、木片などが人を傷つけ、死に至らしめた場合、人と同じ様に扱われ、特に、刑罰を受ける。例えば、古代ギリシアのアテネでは、無生物を裁くプリユタネオン裁判所があって、石や、木切れ、鉄等に当たって人が死んだ場合、誰が投げたか分からなくても、殺人の道具を知っており又はそれを持っている者はこれらの物に対して訴えを提起できた。中世では、人を殺した犬や牛等の動物あるいは、収穫を食い荒らして損害を生じさせた蝗等を訴えて正当に裁き、死刑を宣告し、人と全く同じ様に執行したのである。しかし、このような事は歴史的な一事実であって、法規則とは、今日では先ず人間社会の中で有効な又は義務的な行為モデルと定義される。

## 2. 法規則の特性

最後に、他の規則に比しての法規則の特徴に関して付加する点として、当該規則是、原則的に、権利・義務の形式で示されることである。権利の本質とは選択であり、ハードな選択とソフトなそれとがある。前者は「～な場合には、～は、～する（又はしない）ことができる」という形式で表され、後者は、「～な場合には、～は、～しても良い（又はしなくても良い）」という形式で表される。義務とは、本質的に、この選択を可能にすること、詰まり、選択肢の提供である。ハードな義務は、「～な場合には、～は、～しなければならない」という拘束を表す形式で表現される。また、ソフトな権利にはソフトな義務（「～な場合には、～は、～した方が良い（又はすべきである）」）が対応する。M.Virally の言う様に、「権利は、対応する義務を負う他の主体に対して以外に、ある主体のために形成されるものではない。法的義務は、権利がそれに対応する場合にのみ生ずる。」<sup>17)</sup> 権利と義務は対になる。これに対して、例えば、政治規則是、集団を拘束する機能を持ち、目的的であり、「～のために、～は、～しなければならない（又は～すべきである）」という形式で示される。厳密な意味での政治的権利・義務は立法過程を通じて政治システム内で作られ、法システムと政治システムの構造上のカップリング<sup>18)</sup>に基づいて政治システムに適用され、法的権利・義務の政治システム内では政治の道具（ルー

ル）としての機能に焦点が当てられているのである。

## 第二節の小括

規範は、①特性、②内容、③適用条件、④権力を与えられている機関（規範を与える又は定める者）、⑤行為主体、⑥行為の機会、⑦布告、⑧制裁、の様な一般的性格を有する。特に法規範は、原則的に仮言的命題の形式で表され、権利（＝選択）とそれに対応する義務（＝選択を可能にする選択肢の提供）とで対になって構成される。厳密な意味では、政治的権利・義務は立法過程を通じて政治システム内で作られ、法システムと政治システムの構造上のカップリングに基づき適用され、政治システム内では政治の道具としての機能に焦点が当てられている。

## 第三節 法規範の形式

### 1. 言語により表明される規範

規範は言語により示される。まさに、「初めに言葉があった。言葉は神と共にあり、言葉は神であった」のである<sup>19)</sup>。言葉は多機能な表明（例えば、言語学では心情的又は表出的機能、能動的機能、詩的機能、メタ言語的機能、言及的機能又は告示的機能、交話的機能等が示される）であるが、規範に関連する場合、事象を描写する直接法の叙述的機能と命令機能（規範的）に限定し得る。前者はその機能が情報を伝達すること、世界を記述することであり、後者は、その機能が、命令、許可あるいは勧告により一定の行為を禁止し、抑制し、あるいは勧誘し、行わせることにある。前者は存在を表し、後者は当為を表すと言い換えても良い。但し、これらの機能は、言語的、文法的な形態にのみ結び付けられているのではない。規範は、それを作る又は言う権限を有するものから生ずる命令命題（la proposition prescriptive 仏、prescriptive proposition 英）に属し、科学又は学問は、客観的な法則を叙述する命題（la proposition descriptive 仏、descriptive proposition 英）に属する。後者はその叙述する対象の存在とその特性の有無により論理的に真か偽かのどちらかになるのに対して、前者は、その有効性が外界の事象の現実に依存しない。例えば、「雨の降る日は陽が差さない」という叙述命題は、「天気なのに雨が降る」場合があるので、誤っていることになる。しかし、「窃盗を犯す者は罰せられねばならない」という命令命題は真偽に関わり無く、若干の盗人が罰を免れても、その有効性を失わない。この相違は必然的に法律と法学にも適用される。法律は服従を課する命題であり、従うか従わないかのみが問題とされる。法学とは自然科学の様に決定論的な法則に従う物理的な事実ではなく、知的な構築物あるいは文化的な構築物である。法学に関してもう少し付言すれば、法律を研究する学問である法学は、必然的にその分析方法を科学のそれから援用するのであるが、法律自体に、科学に反する法的フィクション<sup>20)</sup>等が使用されているために、科学そのものと見なすのは不可能である。法学は疑似科学（pseudo-sciences）で

ある。法律は真か偽かを問うことができない命令命題の総体であるのに対して、法学はメタ言語（言語自体を論ずる言語）と特性付け得る。何故なら法学はそれ自体言語である法律を対象とするからである。

## 2. 法規範の記述形式

Bobbio の区分によれば、言語の三つの主たる機能に基づき、言説の種類には、a) 事物のある状態を表象し又は描写し、情報を与え、知識を伝達する叙説的言説 (le discours descriptif), b) 他者の行為に影響を与え、導き、規律し、管理する命令的言説 (le discours prescriptif), c) 精神状態を目立たせ、明らかにし、伝達し、感情を呼び起こし、情緒的な反応を引き起こす表現的言説 (le discours expressif) がある。これらの理念形はそれぞれ科学的言説、法律的（規範的と言い換えてもいい）言説、詩的言説に対応する。これらは、無論、理念形であり、現実にはこれらの言説が組み合わされている。そして、主張は正しいか誤っているかにより是認され、否認される言説であるのに対して、命令は「真か偽かを判断することができない言説である」<sup>21)</sup>。これらに基づくと、命令はそれが有効な場合に受容され、無効な場合には否認される。Bobbio によると、叙述において形式的又は論理的真理と実際の又は経験的真理を分けるが如く、命令においては、社会的に承認された権威又は合法的な権威により提起される形式的有効性と社会的に容認された価値に適合する実質的有效性を区別できる<sup>22)</sup>。私見では、この考え方は、比較法上の所謂公式法と非公式法<sup>23)</sup>の区別に根拠を与え、またソフト・ロー<sup>24)</sup>の議論を補完する。詰まり、これらの法は実質的有效性を備えているが、形式的有効性<sup>25)</sup>を欠く法とみなし得る。

Ross の言う様に<sup>26)</sup>、規範の主たる構成要素は、①主体、詰まり、「行動理念に従って行為することを期待される」行為主体、②「規範が遵守されることになる」状態、③「特別の条件の下での行為主体の行為の仕方、即ち、」主題である。従って、Pescatore によると<sup>27)</sup>、特に、法規範は、仮定と結果の二つの部分から成る仮言的命題、即ち、「～である場合には、～は、～するものとする」、あるいは「～である場合には、～は、～でなければならない」という形式をとる。「～である場合には」という部分は法的事実を構成する。この法的事実は法的評価が行われた事実であり、Pescatore の言葉を借りれば、法規範の効果に結び付けられるあらゆる事実ということになる。カント (Kant) 以来の規範の形式論は多くの学者達により踏襲されている。Perrin<sup>28)</sup>によれば、少なくとも、この形式をとらない命題は法規範ではないと言える。一見この様な形式をとらない様に見えても、法規範である以上、「抽象的に定義された条件の総体が先に作成された法的結果をいかに生じさせるかが非常によく見られる」として、旧スイス憲法第 44 条 1 項<sup>29)</sup>、「何れのスイス市民も、連邦又は自己のカントンから、追放され得ない」という規定を参照して、「仮定は、列挙された条件の要素、即ち、スイス市民という性質、

出生地のカントンの概念、及び連邦の領域の概念を考慮することにより形成され得る。追放の禁止は結果を構成する。」これらの要素の内容は若干の憲法規定により明瞭に示されている。

同様のことは、法規範としての国際関係法についても言えるのであり、J.A.Salmon<sup>30)</sup>も国際法関係法規範は二つの部分、即ち、「一方では、適用条件又は仮定若しくは法的事実、他方では、その事実から生ずる結果を叙述する主文」で構成されると指摘する。国際関係法規範の最も単純な構造は、「Fという事実がある場合、Cという結果が生じねばならない、又は、Fである場合、Cである」と述べている。彼によると、「全ての加盟国は、その国際紛争を平和的手段によって国際の平和及び安全並びに正義を危うくしない様に解決しなければならない。」という国連憲章第2条3項の規定も、やはり、「国家は、国連の加盟国である場合には」という条件の部分と結果の部分から成る。単に権限を付与する規定であっても同様であり、国連憲章第17条1項、「総会は、この機構の予算を審議しかつ承認する」を挙げて、国連の予算が審議され、承認される場合、総会がその権限を有する旨定めるものであると考えている。

### 3. 法規範の類型と機能

規範が、その有効性、適用範囲、宛先等について、すべて同じレベルにはないということは、古くから指摘されてきた。このことが規範を階層化して拘束力を生じさせるものであるかどうかについては定説がない。例えば、アリストテレス (Aristote) は、「政治学」の中で、政体 (Constitution) は都市国家の心であると述べた後、従属的な性質を有する法律と都市国家を基礎づけ、組織化する主たる法を区別していた。同様の法思想はトマス・アクイナス (Thomas d' Aquin) にも見られる。彼は「主たる自然法」と「第二次的な自然法」とを区別し、前者のみが不易性を有し、「善をなし、悪を避けよ」という唯一の原則に至ると考える。これに対して、第二次的な原則は、国と人々によりまた人の状況の多様性により異なるものとみなす。このような法思想は、近代においても受け継がれた。例えば、ドイツの近代法の泰斗イェーリング (Jhering) によると、法規範の中で、裁判官に宛てられる制裁規範と市民に宛てられる非制裁規範が区別される。規範の類型論と機能の問題は、またケルゼン (Kelsen) の純粹法理論においても、「法的静態主義」（法理論の対象が有効な規範体系としての法であり、静止状態の法である）と「法的動態主義」（法理論の対象が、法律が創造され、適用される過程であり、動いている法律である）<sup>31)</sup> という形式で、あるいは、ルネ・カピタン (René Capitant) の「行為規範」と「権限規範」の区別等により示されている。この様な規範の現代的な類型論と機能を考察する。

#### A. 法規範の宛先と機能を組みあわせた類型論 : J.F. Perrin の類型論

その機能に着目した規範の類型論として、Perrin は、客体としての人 (l'homme-objet= 規範の命ずる行為に従う者) と判定者としての人 (l'homme-juge= 創造的目的のため規範を評価の基準として利用する者) という Ameselek の概念<sup>32)</sup> を使い、規範は、①直接的誘発的規

範 (les norms directement incitatives), ⑥ 第二次レベルの誘発的規範 (les norms incitatives au deuxième degré), ⑦ 専ら評価的な規範 (les norms exclusivement évaluatives) に分類されると考える<sup>33)</sup>。④は、走行中の車で安全ベルトを締めることを定める規則の様に、若干の規則は「客体としての人」に直接的に特定の行為を行わせる機能を有することを意味する。⑤は、例えば、「故意にしる、過失にしる、他者に損害を生じさせる者はそれを賠償せねばならない」という法規則の様に、補償、報酬又は分配の観点から、「客体としての人」に自己の不法行為についての損害賠償の行為を行わせるか、又は「判定者としての人」が、「客体としての人」の行為を評価し、当該人に対して正当に賠償を行うように宣告させる規範である。詰まり、ここでは、二つの行為 - 一つは、自己が負った責任を解除するための行為を指示する規範と、審判に基づいてこの様な行為を命じる行為を指持する規範 - の双方が示されている。⑦は、他者の行為を評価する責任を有する「判定者としての人」のみにより使用される規範である。

#### B. 時間と機能に基づく法規則の類型論 : Hart や Bobbio の類型論

H.L.A. Hart と Noberto Bobbio は、この様な規範の類型論を新しい形で理論化した。Hart<sup>34)</sup>によると、一次規範は行為規範であり、当事者のしなければならないあるいはしてはならない行為を命ずる。二次規範は公的又は私的な権能を付与する権限規範であり、一次規範の存在やその範囲について疑いが生ずる場合、一次規範を決定的に明確にする承認規則、個人又は機関に新しい一次規範を導入し又は古い規範を廃止する権限を与え、その際に従うべき手続きをも定める変更規則、紛争の際に裁決を行う者を明確にし、従うべき規則を定める裁判規則から成る。

N.Bobbio<sup>35)</sup> は、一次規範と二次規範を区別する。二次規範は、①同一化規範、②法創出規範、③サンクション規範から成る。①はシステムに属する規範を産出する権限を与える事実又は行為を示す法源規範、時空的境界 - 許可された法源により産出される規範がシステムに属すると思えられ得る - を設定する時間と空間における法の効力に関する規範、そして先の二つの種類の規範により確認される規範の解釈と適用に関する規範から成る。②は、階層関係 (権力関係) の観点からは、法システムの頂点にあって、他の規範の変更と終了のメカニズムを定める規範、③は、他の規範の違反を防止する規範 (システムを保存する機能を持つ) と考えている。彼によれば、法規則システムには、第一次規範と同一化システムから成る「単純な規範システム」(このシステムはいわばシステムの形成自体の予備的なものであり、これ無しでは、規範システムとは言い難いものである。)、第一次規範と同一化システムのみでなく、同時に「サンクション規範」又は「法創出規範」を含む「準複雑系規範」、そして一次及び二次規範の全部を含む「複雑系規範システム」がある<sup>36)</sup>。

Perrin の理論は、Hart や Bobbio のそれに類似する。④は一次規範に、⑤は一次規範と二

次規範の内の裁判規則，◎は二次規範の内の裁判規則に該当する。Hartの理論は、慣習法を最初の一次規範として念頭に置いた上で、二次規範の生成を扱っている。また、Bobbioの理論は、法規範成立以降の法規範システム発展過程を辿るものとして興味深い。いずれにしても、一次と二次という二つの規範の区別は、二次規範が一次規範の後に来るという時間的な関係と規範の機能の点からの依存関係を示すものである。

私見では、Hart及びBobbioの言う二次規範の特性は、制度化規範としてまとめられるように思われる。法規範は、制度化の行為モデルとなることで、個人とその社会を管理する機能を持つに至る。規範は、個々人の行動モデルの段階のものから、Bobbioの言う「単純な規範システム」に移行する時、詰まり、規範の言説の要素の識別、構造、解釈及び適用の手続き、時空的境界の設定が行われることで、一次規範システムと二次規範システムの連結が開始され、法規範システムの同一性保持が可能になり、自立的な規範システムの形成が開始されると考えられる。これが、規範の実効性を保証し、規範の構成要素が規範の構成要素を作り出す再生産の過程を保持し、所与の社会を制度化する様な段階に至ったとき、法規範システムが確立される。

### 第三節の小括

規範は言語で表明され、それを作る又はいう権限を有する者から生ずる命令命題である。従って、法規範を対象とする法律学はメタ言語である。法規範の記述形式は仮言的命題の形式で表明される。法規範の中にはソフト・ローの様に、実質の有効性を有するが、形式的有効性を備えていないものがある。

法規範が、その有効性、適用範囲、宛先等について、全て同じレベルにはないということは、古くから指摘されてきた。今日の類型論は一次と二次の両規範への類型化に議論が収束すると思われるが、これを行為規範と制度化規範と置いてみることによって、法規範システムの全体としての把握と比較を効果的に行い得よう。

## 第一章の結論

規範論に則って、法規範を他の規範から区別することで法律の定義を明確にしようという議論がある。前述のVon Rightの規範論の内容に従うと、法律は外部に現れた行動を規律し、道徳は内部の行為を規律する。また法規範は仮言的であるが、道徳規範は定言的である。法的制裁は力の強制を含む外部的なものであり、組織化されており、道徳的制裁は既述のように内部的である。また法規範は権利・義務の形式で対にされて表される。しかし、これらの議論だけでは不十分であり、これら規範の一般的な特性を念頭に置きつつ、法規範を全体的に行為規範

と制度化規範から成るシステムと捉えることで、他の規範システムとの違いを際立たせねば (L ↔ E), これらとの詳細な比較は難しい。法規範は自己準拠的な相対的に閉鎖的なシステムを構成することによって完成する。第二章では、このような意味での法規範システムを考察したい。

## 注

- 1) Molly Cochran, *Normative Theory in International Relations A Pragmatic Approach*, (Cambridge University Press, 2004, p.2) の著者の規範的国際関係理論の理解は、「世界政治における倫理的判断基準を主題として取り上げ、かつ、道徳を幅広く包含し、国際実行における社会的再構成のための原則の共有を求める」ことであり、その目的は「利己主義のみに帰せられ得ない国際慣行において有する義務の理由を説明することにより暫定合意としての国際関係の理解を超えることである」と考えている。この他に、Mervyn Frost, *Towards a Normative Theory of International Relations*, Cambridge University Press, 1986 及び同著者の同じ出版社からの *Ethics in International Relations A Constitutive Theory*, 1996 も参照。
- 2) Noberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1998, p.110.
- 3) *Ibid.*, p.108.
- 4) G.Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p.306. 邦訳は、芦部信喜, 「一般国家学」, 学陽書房, 1974. 参照
- 5) Léon Duguy, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, 1ère edition parue chez Fontemoing en 1901 et la réédition en 2003 chez Dalloz, à Paris, p.126.
- 6) Alf Ross, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 1968, p.82.
- 7) 'directive' を Alf Ross は、「行動パターンと考察される行動理念 (action-idea)」とみなす (Alf Ross, *Directives and Norms*, Humanities Press, New York, 1968, p.34)。H. Von Wright によれば, directive は技術的規範 (Technical norm) とも呼ばれ, 規範の三つの主要な類型 (rule: 規則, prescriptions: 命令, 及び directives: 指示) の一つとされる。人の行為の目標とこれらの目標と行為の必然的な関係を前提する。使用指示 (Directions for use) はこの様な技術規範の一例である。これらにおいては, 指示に従う者が, 目標 – そのために, これらの指示が定められる – の達成のために一定の事 (目標, 成果) を目指すことが前提とされる。規範はしばしば明瞭な定義なしに用いられる。例えば, Von Wright によると, 規則は文法規則, ゲームの規則, 文法・論理規則等を含み, 命令は指令 (commands), 許可 (permissions), 禁止 (prohibitions) に分類されるとする。この三つの主要な規範の他に, 慣習, 道徳原則, 及び理念規則という三つのマイナーな規範が数えられる (Georg Henrik Von Wright, *Norm and Action A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, p.9~10)。この von Wright の見解に対して, Ross は, 指示 (directive) の意味を必要とすること以外にこれらの六つの現象の共通点を挙げるのは難しいと述べている (op.cit., p.78)。
- 8) Jean François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève 1979, p.33.
- 9) *Supra note* (6), p.82~3.
- 10) Paul Amselk, *Méthodes phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1964, p.246

- 11) Supra note (8), p.34.
- 12) M. Hauriou, Précis élémentaire du droit constitutionnel, Recueil Sirey, 1925, p.22.
- 13) G.H. Von Wright, *op.cit.* (7), p.70-92.
- 14) M.Troper, La philosophie du droit, Paris, PUF, 2003, P.68.
- 15) H.Kelsen, The General Theory of Law and State, p.3-4 の注
- 16) Idem.
- 17) M. Virally, La pensée juridique, Revue du droit public, 1961, p.43.
- 18) 相対的に閉鎖されたシステム間での出力/入力に代わる関係で、Luhmann の言う様に、「システムがその環境の一定の特質を継続的に前提とし、構造的にそれらに依拠している」ことをいう。構造的カップリングは、所与の出来事においてシステムと環境との共時性 (synchronicity) のみを保証するのであって、同期性 (synchronization) を保証するものではない。N.Luhmann, Law as a Social System” translated by Klaus A.Ziegert, edited by Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, and Rosamund Ziegert, Oxford University Press, 2004, p.383, 邦訳はニクラス・ルーマン著、馬場靖男、上村隆広、江口厚仁訳、「社会の法」、法政大学出版局、2003年、578及び579頁。
- 19) 新約聖書、ヨハネの福音書、第一章、第一節。
- 20) Prof.Claude du Pasquier によれば、法律技術の中で最も人為的な手続きであり、空想的な、詰まり架空の状況に基いて推論し、間違っていることを法的に真実として扱うことをいう。(Claude du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3<sup>ème</sup> édition, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, Paris, 1948, p.167) また Prof. Pescatore によれば、特定の法的結論を演繹するために、現実とは異なる事実又は状態を想定することにある法的または司法上の手続きである。(Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p.220)
- 21) Supra note (2), 130.
- 22) Ibid., p.111-113
- 23) 千葉によると、「一国の正統的権威が指示する法が」公式法で、「公式法ではないが、一定範囲の社会集団の一般的合意に支持され、かつ公式法の効果を明確に補充、誓約、あるいは排除している慣行」が非公式法である。千葉正士、「世界の法思想入門」、2007年、講談社学術文庫、36頁
- 24) 国際法において、一般国際法により認められてきたハードな法源たる条約や慣習法とは異なり、「厳格な拘束力を持たないが、完全にいかなる法的意義をも持たないというものではない規則」をいう。この様な規則は「新たな慣習法の前触れでもある（筆者注：この意味で‘前法’(le *prédroit*)とも呼ばれる)。」しかし、ソフト・ローの概念は、「拘束力を有する慣習法たるに必要な要素が欠けていることを前提としている。」(Encyclopedia of Public International law, vol.7, North-Holland, 1984, p.62.) ソフト・ローの場合には、特に、国際社会の構成員により容認された共通の価値に適合することで実質的有効性を持つとみなし得る。共通の価値に関しては、Sissela Bok が、次の四つの考え方を示している。「①集団の生き残りに必要な若干の価値は各社会において形成されてきた。この価値の最小限のセットが社会的その他の境界を越えて認められ得る。②共通の価値は、個人、労働生活、家族、社会、国家、及び国際関係のあらゆるレベルにおいて、十分とは言えないが、人間の共存にとり不可欠である。③一般的又は人種的、宗教的、政治的その他の多様性のどちらかの名において犯された乱用を批判する基礎的な価値を使用できるように共通の価値及び多様性の尊重の両方を確認することができる。④社会が越境的文化的対話及びこの国境で停止しない様な軍事的、環境的その他の危険性への最良の

対処法についての討議のための若干の共通の根拠を有するべきであるとする、文化的境界を越えて基礎的な価値を共有し得る。」S.Bok, *Common Values*, University of Missouri Press, 2002, p.12~13.

邦訳は、「共通価値—文明の衝突を超えて」、小野原雅夫、宮川弘美、(叢書・ユニベルシタス)法政大学出版社、2008。

- 25) 形式的有効性の問題は、本論文第二章で扱うグローバル法の合法性に関連して言及する。
- 26) *Supra note* (6), p.107.
- 27) Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1953, p.192ss.
- 28) *Supra note* (8), p.29~30.
- 29) スイス市民の国外追放を禁じ、自己が同意する場合を除き外国当局への引き渡しを禁ずる現行憲法第25条1項に変更された。
- 30) J.A.Salmon, "Le fait dans l'application du droit international", *R.C.A.D.I.*, t.175. p.272~3.
- 31) H.Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, 1967, p.70~71.
- 32) *Supra note* (10), p.233-234.
- 33) *Supra note* (8), p.34.
- 34) H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p.77 及び pp. 118-122.
- 35) Bobbio, *supra note*(2)., p.159-167 et 119.
- 36) *Ibid.*, p.167~168.

(龍澤 邦彦 立命館大学国際関係学部教授)

## The Law of International Relations in the Context of Normology

The origin of the word 'norm' is the Latin '*norma*' coming from ancient Greek, which means etymologically something which makes a distinction, inclusion and determination. It refers specifically to the hands of a sundial, a sundial itself, a *clepsydra*, or a square, that is, an instrument of measurement. The other meaning of the Latin word, 'a future regulation,' or 'a model of what ought to be,' may be deduced from this.

There are various norms. In International Relations, the theory of ethical norms is called 'normative theory.' Otherwise, we can enumerate religious norms, political norms, etc. In Chapter 1 of this article, I try to analyze the characteristics of legal norms, putting them in the context of Normology, and then in Chapter 2, I further examine how the legal system itself is composed of legal norms.

(TATSUZAWA, Kunihiko, Professor, College of International Relations, Ritsumeikan University)

