

機関番号：14501

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2008～2010

課題番号：20730002

研究課題名(和文) 法命令説による分析的権利論の規範的法実証主義的再構成

研究課題名(英文) Reformulation of the analytical theory of legal rights from the perspective of the normative exclusive legal positivism.

研究代表者

安藤 馨 (ANDO Kaoru)

神戸大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：20431885

研究成果の概要(和文)：

規範的排除的法実証主義と記述的源泉準拠的包含的法実証主義を法体系の命令説モデルに基づき擁護し、更に権利概念のホーフエルト分析と法命令説を結合することによって、ある法的権利(すなわちそれらに相関的な法的責務)を定める法規範の帰結主義的・道徳的正当化の条件を、法規範がそれらの名宛人に対して有する行為指導性の様態に応じて分類・同定した。

研究成果の概要(英文)：

We have vindicated the normative exclusive legal positivism and the descriptive source-based inclusive legal positivism upon the imperative model of legal systems and the Hohfeldian analysis of rights and identified the conditions under which the legal norms prescribing legal rights (i.e. prescribing the correlative legal obligations) are morally justified by the consequentialist theories of justice, classifying them according to the various manners in which those norms guide the actions of their addressees.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	800,000	240,000	1,040,000
2009年度	800,000	240,000	1,040,000
2010年度	800,000	240,000	1,040,000
年度			
年度			
総計	2,400,000	720,000	3,120,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：法実証主義、法概念論、法命令説

1. 研究開始当初の背景

現在の英語圏分析法理学に於ける法実証主義の伝統は、その規範的含意の有無・如何を巡って袋小路的対立に陥りつつある。特に法概念論を、H.L.A. ハート以来の承認説的モデルを前提としつつ、その承認のルール(Rule of Recognition)に課されるべきメタ理論的条件を同定しようとする形で遂行しようとする方法にその傾向が顕著であった。こ

の閉塞状況を打破するために、我々は古典的分析法理学(特にベンタムとオースティンのそれ)の問題関心を改めて継承する形で法実証主義を再構成する必要があると考えた。

特に古典的分析法理学に見るような、法と道徳の分離論の規範的意義を考慮に入れつつ、道徳的権利とは区別されるものとしての道徳的に正当化された法的権利について、体系的に考察するための枠組を示す必要があると考えられた。

2. 研究の目的

本研究では、法概念論に於いて規範的法実証主義とされる見解と（それゆえまた記述的包含的法実証主義と）、帰結主義的道德理論を擁護しつつ、更にそれらを措定した上で特に権利概念のホーフエルト分析とそれを結合することで、法的権利を定める法規範が道徳的に正当化されるということがどういふことかを同定し、分類することを目的とした。

従って、まず法概念論として法実証主義を擁護する（すなわち記述的包含的法実証主義と規範的排除的法実証主義の擁護）という作業と、背景的な道德理論としての帰結主義的規範理論を擁護する（これは特に我々のこれまでの研究の経緯から帰結主義による正義論を擁護するものとして行われる）という作業とを行いつつ、それらを整合的に結合することができることを示すことが研究目的の欠くべからざる部分を占めることになった。

3. 研究の方法

研究分野・研究対象の性質上、主として文献研究によった。特に我々が再構成すべき古典的分析法理学の主張を画定する際には、古典的な文献学的方法によってジェレミー・ベンタムとジョン・オースティンのテキストを読解することを中心に置きつつ、上記の「研究の目的」で述べられたような作業を行う際には、非歴史的な分析哲学的手法によってこれを試みたものである。

4. 研究成果

上記の研究目的に照らし、本研究で得た研究成果を(1)正義論(2)法概念論(3)権利論に区分し、それぞれについて以下で概略を示す。

(1)：正義論

正義論については、我々が既に先行して全体的成果を得ていた帰結主義理論に対して、そのメタ正義論的構造について考察を深めた。特に行為帰結主義と規則帰結主義の対立の背後に、ある規範体系や制度の規範的評価に際して用いられるべき世界の事態を、諸行為主体が現実にとどのような行為を行うかを参照して同定する「現実主義」と、諸行為主体がそうした規範体系や諸制度を一般に受容したならば生ずるであろう事態に同定する「可能主義」との対立があることを明らかにした。また、この対立が伝統的に正義概念を定めるものとされてきた「普遍化可能性」の定式に於ける、2つの解釈（個体定項の出現の禁止としての普遍化 or 一般化論法的普遍化）の対立に対応することを明らか

にした。また、フリードリヒ・ハイエクの帰結主義的正義論に於けるその超保守主義的性格が、現実主義と可能主義の対立を解消すべく採られた彼の現実主義的規則帰結主義に由来することを明らかにした。更に現実主義的帰結主義の含意を探求し、行為評価が現実の社会に於ける他者の行為様態に照らして行われるべきことから、価値絶対主義を採る帰結主義の下でむしろ広範な道徳的行為規範の集団相対性が導かれることを明らかにした。

また行為評価に際して、行為主体を個人に取るか集団に取るかによって、道徳的義務が異なって同定され得ること、それらの間の乖離・衝突の可能性が原理的に解消され得ないことを示し、我々が暗黙の裡に集団的行為へのコミットメントを伴いつつ、それを前提に規範的思考を行っていることを近時の哲学的行為論に於ける集合的行為の分析（特にライモ・トゥオメラらによるそれ）に依拠しつつ明らかにした。これは実践理性の統一性について、従来考えられてきたよりも深いレベルで懐疑を投げかけるものであり、我々の規範的实践に於いて非合理主義的な要素（就中、集合的行為を構成する要素としての集団的エートスへのコミットメント）が大なる意義を有することを示した。

(2)：法概念論

法概念論については、我々が既に先行して全体的成果を得ていた、古典的分析法理学の命令説的法モデルを更に彫琢した。特に、現在の法概念論で等閑視されがちな、法的言明・法命題の意味論という観点から、メタ規範理論的考察を行った。その結果として、法概念論上の中心的論点である「法の規範性」の問題をハートと同様に（しかしそこから離れたラズ以降の法実証主義者とは異なって）表出主義的に理解しつつ、しかしそれを語用論的に要求することで、法命題の意味論としては認知主義を維持することができることを示した。これは判断主体の動機付けなどの傾向性を認知主義的に織り込むことなく真理志向性を確保しながら、しかし動機付けのヒューム主義というドクトリンと法的判断の規範性をともに維持しようとするものである。また、「無道徳なリーガリスト amoral legalist」を考えることによって、内的観点から為された法的判断が道徳的判断（を含むもの）ではないことを論じた。更に、法的判断に於いて、法ではないが法的に妥当するものとして扱われる諸規範について、それを構成主義的に（すなわち法を命令として捉えつつその仮想的命令主体としての理想的支配者の徳性を表現する規範として）把握することができることを示した。

また、実践的権威としての法の権威の問題

を、特に宗教哲学（分析神学）を参照しつつ解明した。内的観点から法に実践的権威を認める主体の実践的推論に於ける法と道德の衝突の問題が古典的な「アブラハムのジレンマ」に於ける宗教的義務と道德的義務の衝突に同型であることを示し、後者に対する強く主意主義的な解決を、法と道德の衝突についても与えうることを示した。

更にこうした権威理解に基づいて、現在の法概念論に於ける論争への含意を求めた。その結果として、法の権威主張から記述的排除的法実証主義の成立を導くラズやシャピロらの議論を批判しつつ、ウォルチャウやコールマンらのような過度に緩い記述的包含的法実証主義をも避け、源泉準拠的包含のみを認める（つまり法命題の真理制作者（truthmaker）に道德的事実が含まれることを認めつつ、しかし承認のルールによって道德が直接に参照されることは認めない）タイプの法概念論が適切であることを示した。

（3）：権利論

我々は上述の成果を踏まえて、法規範の帰結主義的な道德的正当化条件を、当該法規範の行為指導性の様態に着目する形で分類し、同定した。この結果の概略を以下に示す：

議論の前提となる概念について予備的整理が行われた。まず制度を道德的に正当化する際に、諸個人の行為の正義評価に先立って制度の道德的評価を行う制度主義（institutionalism）の立場はその維持困難であるので、主体の選択に課される正義の要求が先行して存在し、そこから制度の道德的正当化が導出されるという立場を前提に、制度の道德的評価の構成の仕方を考察した。

個人主義的アプローチから規範の正当化を行うモデルとしては、「自然犯型モデル」（*mala in se* type）と「法定犯型モデル」（*mala prohibita* type）がある。これらの正当化のタイプを間接的行為帰結主義の立場から検討した。行為帰結主義は「人々が現実にとるだろう行為選択を所与として、主体の行為選択肢中で最善をもたらすだろうような行為を当該主体がなすことが正しい」と主張する。また、間接帰結主義とは、「エゴイズムのパラドックス」（ある目的価値を最大化しようとする際に、直接それを目指すことが目的の達成を妨げてしまう）に対処するために生まれた考え方であり、行為の客観的正しさは行為帰結主義で決まるのだが、実際的意思決定方式は、経験則やその他の準則によって決められるという立場を指す。

まず、自然犯型モデルでは、当該の規範が「Sに ϕ せよ」と命じる際に、Sが ϕ することが道德的義務として先行していることを要求する（たとえば法規範における殺人の禁止が典型例である）。この種の正当化を行

う場合、制度的規範が道德的に正当化されるためには、社会の構成員の全員について、当該規範が他の人々の現実の行為様態を所与として正当化される最適意思決定方式の命ずる行為規範に一致している必要がある。特に最適意思決定方式を表現する規範体系に権利規則が含まれるためには、対応する相手方の最適意思決定方式を表現する規範体系に当該権利に相関する義務を指令する規則が含まれていなければならない（ホーフエルト分析）。しかし、人々が実際にどう振る舞うかを所与として自分が義務を果たした場合どうなるかを考えると、一般に諸個人間の意思決定における行為規範が共通しているとは考えられない。したがって、制度的規範の自然犯型モデルによる正当化は、先行する社会規範の存在を必要とする。こうして、自然犯型モデルと行為帰結主義を結合すると、制度の正当化はリバタリアンかつ保守主義的なものにならざるを得なくなる。これは特に権利規則の場合には重大である。それは、道德的に正当化された権利規則が存在するための前提として先行する社会規範を要求するから、道德的に正当な権利は個々の社会に相対的なものにならざるを得ないからである。だが、現代型立法の持つ性格を考えると、法的権利に関するこの道德的正当化モデルの適用可能性は非常に制約的であるといわざるを得ない。

他方、法定犯型モデルは制度的規範の定立に先立って当該行為が道德的に正当化されていることを要求しない。これはさらに法定犯型行為指導モデルと法定犯型非行為指導モデルとに分けられる。前者では、規範が ϕ を指令することによって、 ϕ することが道德的義務となる（遵法義務がある場合の法規範が典型例）が、後者では、規範が ϕ せよと指令することによって ϕ する道德的義務になるとは限らないものの、その規範は正当化される。この場合には、当該規範を定立し、維持する。法定犯型行為指導モデルにおいては、先行する社会規範の存在に訴えることができないにもかかわらず、自然犯モデルのときと同様に、当該規範の正当化に必要とされる行為パターンを創り出せなければならない。だが、そのようなことが可能なのは、制度的規範が制度的規範であることによって人々の間に一般的遵守を生み出せる場合に限られる。このため、このモデルは、人々の遵法義務への動機づけに依存しているという意味で、達成可能な立法範囲に制約を受けることになる。

法定犯型非行為指導モデルでは、制度的規範の定立が立法者における行為選択として道德的に正当化されても、被治者がそれに従うことが道德的に要求されるわけではない。この場合、定立した規範に従うか否かを問う

のではなく、現実にもどのような事態が生ずるかを問うのである。たとえば法規範の場合、ある法規範を定立した結果として、人々が見せるさまざまな反応の結果として生じる事態が、立法者にもたらしうる最善の事態であればよい。

ベンサムが考えていた古典的功利主義思想に於ける立法（そして反自然法論的な権利の道徳的正当化）の描像がまさにこのようにして分析的に再構成された。

また、昨今一般的にも注目されるようになりつつある、サンスティーンが主唱するリバタリアン・パターンリズム(実力的強制によることなく被治者を望ましい方向へと傾向づける行動経済学的技法を用いることを提案する)や、物理的構造によって一定の行為以外を物理的に行い得ないようにしてしまうアーキテクチャ的統治技法などの意義をこれらの点に関して明らかにした。こうした新たな統治の技法を論ずる際には「傾向性介入」と「顕現介入」を概念的に区別することが可能であることが示された。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計3件)

- ① 安藤馨、「制度とその規範的正当化——帰結主義と社会規範の関係を巡って」、査読有、『新世代法政策学研究』北海道大学情報法政策研究センター第8巻、2010、pp.283-307
- ② 安藤馨、「論争する法哲学(書評): 評者への応答」、査読有、『リスク社会と法: 法哲学年報 2009』、日本法哲学会 pp.137-143
- ③ 安藤馨、「HAYEKを読み直す(2): 『法と立法と自由』 ハイエクに覆いかぶさる設計主義の影」、査読有、『春秋』、春秋社、2008/4 pp.5-8

[図書] (計5件)

- ① 安藤馨、「功利主義と自由——統治と監視の幸福な関係」、北田暁大 編 『自由への問い 4 コミュニケーション: 自由な情報空間とは何か』、岩波書店、2010、pp.72-98
- ② 安藤馨、「功利主義と人権」、井上達夫 編 『講座 人権論の再定位 第5巻』 法律文化社、2010、pp.109-134
- ③ 安藤馨、「幸福・福利・効用」、中野剛志 編 『経済政策のオルタナティブ・ヴィジョン』 ナカニシヤ出版、2010、pp.130-155
- ④ 安藤馨、「アーキテクチャと自由」、東浩紀・北田暁大 編 『思想地図 (vol.3)

特集・アーキテクチャ (NHKブックス別巻)』、日本放送出版協会、2009、pp.136-159

- ⑤ 安藤馨、「あなたは『生の計算』ができるか——市民的徳と統治」、『別冊「本」RATIO 06号』、講談社、2009、pp.26-49

[その他]

- ① WP&研究会報告: 実践法教育研究会に於いて、本研究に関わるワーキングペーパー(論題:「功利主義と正義」)を配布しそれに基づいて研究報告を行った(2010/11)。
- ② WP&研究会報告: 東京法哲学研究会に於いて、本研究に関わるワーキングペーパー(論題:「普遍化可能性を巡って」)を配布しそれに基づいて研究報告を行った(2010/07)。
- ③ WP&研究会報告: 日本財団VCASI仮想制度研究所に於いて、本研究に関わるワーキングペーパー(論題:「制度とその規範的正当化——特に帰結主義と社会規範の関係を巡って」)を配布しそれに基づいて研究報告を、経済学研究者を主たる聴衆としつつ行った(2010/05)。
- ④ WP&研究会報告: 北海道大学GCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」基礎理論研究会に於いて本研究に関わるワーキングペーパー(論題:「帰結主義と権利の正当化: 国家介入の2つのモデル」)を配布しそれに基づいて研究報告を行った(2010/01)。
- ⑤ 論文: 安藤馨、「法命令説の再定位: 法概念論の試み」(東京大学大学院法学政治学研究科提出: 助教論文)、査読有、2009、107頁
- ⑥ WP&研究会報告: 東京法哲学研究会に於いて本研究に関わるワーキングペーパー(論題:「無道徳家と法理論」)を配布しそれに基づいて研究報告を行った(2009/03)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

安藤馨 (ANDO KAORU)
神戸大学・大学院法学研究科・准教授
研究者番号: 20431885

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし