

Ota Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 1987, 275 p.

高橋 文彦

本書『法・制度・法政策』は、グラーツ大学教授オータ・ヴァインベルガー (Ota Weinberger) がマコーミック (N. MacCormick) との共著『制度主義的法実証主義の基礎』(*Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985; 英語版は *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht et al.: D. Reidel Publishing Company, 1986) に続いて公刊した論文集であり、前者の主張をさらに発展させ、制度主義的法実証主義の理論的基礎を一層明確な形で叙述するとともに、この立場から法哲学上のいくつかの問題について検討しようとした

ものである。

全体の構成は次の通りである。

A 理論的基礎

I 制度主義的法実証主義の構成要素

II 形式的・目的主義的行為論の構想について

III 現代法理論に対する論理学の意義

B 法理論および法社会学に関する研究

IV 存在論、ヘルメノイティクおよび妥当する法の概念

V 形式的・目的主義的行為論と刑法

VI 制度論と制度主義的法実証主義

VII 社会学と規範的制度論。ヘルムート・シュルスキーの制度論に関する規範主義的制度存在論の観点からの考察

C 法政策学および正義論に関する研究

VIII 法政策的制度分析

IX コンディチオ・フマーナと正義の理想

九つの章のうち、第I章および第II章以外は何らかの形で既に発表された独立の論文であるため、目次を見ただけでは、相互の論理的な連関が掴みにくいかもしれない。しかし、この点を考慮して本書のために書き下ろされた第I章は、一見雑多に思われるこれらのテーマがいかんにして制度主義的法実証主義という一つの幹から枝分かれし開花したか、を明らかにしようとしている。(もっとも、ヴァインベルガーは、第IX章の正義論が必ずしも制度主義的法実証主義のみからは論理的に帰結しないことを認めており、また私見によれば、第VIII章も他の章とは

内容のかなり異質であると思われる。)そこで、以下においては、まず第I章の総括的な論述をもとに、第VII章までの制度主義的法実証主義に関する主張内容を整理・紹介し、そのあとでヴァインベルガーの法政策学および正義論について簡単に触れたいと思う。

一 制度主義的法実証主義

法は一方では社会的実在 (Realer) であるが、他方では規範の体系である。ヴァインベルガーによれば、ここから次のような根本的な問題が生じる。すなわち、「存在と当為の意味論的区分を侵奪することなく、いかにして法的当為 (法規範) の現存在 (Dasein) を説明しうるか。」この問いに対して、制度主義的法実証主義は、法を行為論的な視角から考察し、制度の中に規範の規定と実在的社会的過程との機能的結合を見出すことよって、答えようとする。(はしがき)

その際、ヴァインベルガーによれば、思考上の実体 (eigentliche Entität) としての規範の考察と社会的事実としての規範の考察とが明確に区別されなければならない。論理的関係および規範論理的推論が論じられるのは、前者の領域においてのみであり、社会的事実はまだ経験的のみ確認されうる。存在と当為の区別はあくまでも意味論的な規約であって、存在論的な意味に理解されてはならない。このような前提のもとで、制度主義的法実証主義は、社会的現実における法規範の現存在としての法の妥当 (Rechtfertigung) とは何であるか、という問いに

一つの解答を与えようとするのである。(I、III、IV)

制度主義的法実証主義は、(一) 人間は行為可能な存在であり、また (二) 社会的存在である、という人間学的認識に基づいている。ヴァインベルガーは人間のこの二つの本質的特徴を基礎として、形式的・目的主義的行為論 (formal-finalistische Handlungstheorie) という特殊な行為論を打ち立て、「この行為論の枠組みの中で、実践哲学の基礎としての認識論的な区別のなされた意味論 (gnoseologisch differenzierte Semantik) と、規範存在論を論じる。(なお、ヴァインベルガーは正義の問題に關しても人間学的な接近方法を探ろうとするが、その際にもこの二つの本質的特徴の認識を考察の基礎としている。)(II、III、VI、IX)

我々が生きている世界は、物理的な対象だけではなく、文化的・制度的形成物をも含んでいる。チェス盤上のクイーンは単なる人形や置物ではなく、チェスのルールによってその動きを定義された制度的存在である。同様に、人間の行為もまた自然界における行為であるのみならず、人間によって創られた制度の世界における行為でもある。「帽子を頭からとり、一定時間後、再びかぶる」という行態 (Verhalten) は、確立された制度に基づいて有意味な行態となり、「挨拶する」こととして理解される。ヴァインベルガーの規範主義的制度論が基づく存在論は、サール (J. R. Sartre) の表現を用いれば、対象を生じる事実 (tote Tatsache) の関係において見るだけではなく、制度的事実 (institutionelle Tatsache) をその要素として包含す

るような世界像を提示しようとする。この存在論の基本テーゼによれば、一方では制度と制度的事実との間に、他方では制度と実践的情報(規範・目的・価値システム)との間に、本質的な結び付きが存在するのである。(I、II、IV、V、VI、VII) それでは、ここでいう制度とは何なのであるか。ヴァインベルガーによれば、「制度」という語はワイトゲンシュタイン(L. Wittgenstein)のいわゆる家族概念(Familienbegriff)であつて、最近類と種差による(per genus proximum et differentialium specificum)古典的方法では定義しえないが、これを社会科学の・法学的研究の基本概念として用いる以上、その中核的メルクマールは明らかにしなければならぬ。ここではそのうちで重要なもののみを挙げることにする。まず、(一)制度は行為の文脈において理解されねばならない。制度は可能な行為の枠組みを決定し、行為の決定要因として一定の役割を果す。(二)制度は個人と社会との相互作用の媒介項である。集合的・社会的行為は制度としてのみ実在し、個人の行為は少なくとも部分的には制度的な行為の枠組みによって決定される。(三)制度は実践的情報の核をもっており、単なる行態の記述では捉えられない。(四)制度の概念は一定の仕方での制度化(Institutionalisierung)の概念と関連している。制度は常に一定の安定化(Stabilisierung)、すなわち一定の相対的持続性をもった模範・標準・生活形式の創造を意味する。(五)制度はいわば「独自の生命(Eigenleben)」をもっている。制度は一定の社会の動きに従うが、しかし制度によって確立された行態

様式は、その機能が失われても、しばしば維持され続ける、等。(I、VI、VII)

「妥当する法(Geltendes Recht)」は、制度的に現存在する法として定義され、その現存在は制度主義的に、すなわち制度における事実的な作用として捉えられる。今日の有力な見解によれば、妥当する法が成立したか否かは、法の生成に関するルールによって知りうる。妥当する法をこのように内容ではなく系譜によって識別しようとする理論を、ヴァインベルガーはドゥワーキン(R. Dworkin)に倣つて「系譜理論(Stammbaumtheorie)」と名付ける。ヴァインベルガーによれば、ドゥワーキンのいわゆる「原理(Principle)」も法の構成部分であり、そのシステムにおいて妥当していることが証明されねばならない。一般に、(一)法秩序全体の妥当については、実効性の平均という社会学的基準が決定的となるが、(二)個々の規範の妥当は一次的には系譜関係によって決定される。しかしながら、後者の決定は制度的にまた解釈プロセスおよび解釈・体系化作業の領域における動態にも依存する。すなわち、規範テキストNが妥当するか否かだけではなく、Nが何を意味するかが問題となるのである。したがって、法の妥当の問題においては裁判実務の現実と法生活の制度としての法学もまた考慮されねばならない。(I、IV)

二 形式的・目的主義的行為論

ヴァインベルガーの行為論は、次の二点において形式主義的

(formalistisch)である。すなわち、この行為論は(一)行為を一つの情報処理プロセスとして性格づけるが、このプロセスは能力あるすべての主体——狭義の精神物理的人格のみならず、法人の機関や代理人のような制度的な行為の担い手(institutioneller Handlungssträger)をも含む——に帰属しようという点、および(二)一つの目的論(Teleologie)に基づいているが、この目的論は、所与としての因果関係の概念に依拠して、目的論的思考を形式的に記述するという点においてである。形式的・目的主義的行為論は行為を情報依存的な意図的な行態として考察するが、それは経験的・記述的ではなく、あくまでも形式主義的なのであって、とりわけ意識現象としての意欲(Wollen)の概念に基づく常識的な行為論とは異質である。(I、II、V、VII)

形式的・目的主義的行為論において、行為は二つの原理的に異なった観点から考察される。すなわち、(一)可能な行態を明らかにし、その中から一定の目的のための手段を選択するという、行為の熟慮(Handlungsdeliberation)の観点、および(二)動機(動機解釈(Motivinterpretation))の観点からである。(II、V、VII)

まず、前者について見てみよう。

行為は情報に導かれる行態である、という見解は、一定の時点において複数の行態が選択可能であることを前提している。これを図式的に表せば、次々に枝分かれしていく行態の木(Zweig-haltensbaum)として描くことができる。(一)こうした行為

の可能範囲(Handlungsspielraum)は事実上(de facto)存在し、我々はこのことを経験から知っている。そして、情報依存的なプロセスが、どの行為の選択肢を実現するかを決定する。しかし、(二)この意味における行為の可能範囲は、客観的に与えられた事実ではなく、構成された枠組み(Rahmen)であ

って、この枠組みの中で行為が把握され、実現されるのである。したがって、ヴァインベルガーによれば、行為の可能範囲の存在が経験的な事実である限りにおいて、そして行為において現れる行態が情報プロセスによって決定されているが故に、行為の自由は存在する。しかし、人間の意思を第一原因(prima causa)とみなす非決定論は支持しえない。確かに、行為を決定する情報プロセスを完全に再構成することはできないので、限られた範囲でしか行為は予測しえないが、すべての行為(その基礎にある決断をも含む)は環境によって決定されているという意味においては、決定論が正しいと思われる。(II、V)

情報プロセスによる行為の決定は、態度表明的(stellungnehmend)選択プロセスである。その際に用いられる情報には、(一)認識的・記述的(理論的)情報と(二)態度表明的(実践的)情報とがある。行為の実現は、行為を決定する情報プロセスにはなく、動物行動学が水力学的(hydraulisch)に捉えるところの活動的態度(aktive Einstellung)に対応する。熟慮のプロセスや決断は単なる媒介項であり、それ自体が現実的な過程を引き起こすのではなく、既存の活動的態度を相対的に効果的な軌道へ導くのである。(II)

「aはbの原因である」という因果関係が存在し、bが目的とされるならば、aは目的bを達成するための(一つの可能な)手段である。しかし、目的論的關係は因果關係の単なる裏返しではない。目的は主体によって意欲されているのである。目的システムは諸傾向から成るシステムであつて、ある意味では本質的に目的間の衝突を含んでおり、相対的評価(relative Wertung)に基づく決断を必要とする。また、一つの目的を達成するための手段も常に一つだけ存在するとは限らない。手段が複数存在する場合には、その相対的評価がやはり必要となる。行為を決定する情報処理の理論としての目的論においては、相対的評価が本質的な機能を果すのである。相対的評価とは選好(Präferenz)であり、二項間の価値關係を生み出す評価行為である。ある選択肢が他のすべての選択肢よりも選好されるならば、それが選択されるのである。(II)

ところで、実際の目的システムは決して不変ではない。人間は様々な原因・理由から従来の目標を変更したり、新たな目的を設定したりする。しかし、こうした目的システムの動態は複雑なので、現実の行為の熟慮は固定(Fixierung)によって単純化され、短縮される。意図の固定は、目的論的な熟慮なしに相対的に恒常的な仕方で行ふことを可能にする。自律的な(autonom)規範は意図の固定の特殊な種類と考えられる。また、人間は社会的動物であり、共同行為や共同生活は、制度化された規範の規制に基づいてのみ可能であるから、他律的な(heteronom)規範も行為を決定する。他律的な規範は部分的

には賞罰によって動機付けられ、部分的には内面化される。後者の場合、ときには規範が効用の熟慮よりも優先され、ときには両者の均衡が求められる。(II, V)

ここで動機の解釈に視点を移そう。

形式的・目的主義的行為論によれば、動機は、行為を決定する情報プロセスの解釈の再構成を通じて得られる行為の説明要素であり、理解的な方法で捉えられた行為者の目的である。このほかに、行為の決定要素(広義の動機)としては、前述の内面化された(他律的な)規範などの他の要因も挙げられよう。非合理的な(場合によっては病理学的な)固定観念も特殊な動機として行為の説明に用いられる。動機の解釈は部分的には行為自身の報告をも基礎とするが、その利用に際してはヘルメノイティッシュな問題状況が生じる。動機の認識は常に解釈であり、行為の理解的説明である。(II)

ところで、刑法上の行為論あるいは責任論について形式的・目的主義的行為論はどのような立場を採るのであろうか。

ヴァインベルガーによれば、刑法上の主な行為論は、因果的・自然主義的行為論、マイホーフナー(W. Mahoffer)の社会的行為論、カウフマン(A. Kaufmann)の人格的行為論、そしてヴェルツェル(H. Welzel)の目的的行為論に大別される。これらのうち、目的的行為論は、目的性(Finalität)を行為概念の構成的メルクマールとし、行為の意図的性格を強調する点で、行為概念の核心に触れていると思われるが、情報による行為支配に関する詳細な理論によって補完されねばならない。ウ

アインベルガーは、すべての不作為が行為であるとは考えない。このため、形式的・目的主義的行為論における「犯罪」の上位概念は「行為」ではなく、「意思の及びうる行態」(willemsmäßige liches Verhalten)であり、ある人(あるシステム)の行態とは、一定の時期において生じるところの、その人(そのシステム)の状態の推移であるとされる。「行為」とその「不作為」はいずれも「意思の及びうる行態」の低位概念であって、互いに補集合の関係にあるのである。(V)

一つの行為は、意図した結果以外に、様々な副次的な結果をもたらず。しかも、因果の鎖は無限に続く。因果の枠組みの中で何が帰責(Zurechnung)の対象となるかは、社会的評価に基づく判断の問題である。「責任」は、生の事実の領域には存しない規範的な概念であって、非難に値すると評価された事実に基づき規範的な帰責を基礎とする。規範は、(一)どのようなときに責任が帰されるか、(二)どのような構成要件が責任を基礎づけるか、(三)どのような刑罰が責任者に科せられるか、を規定する。このうち、(一)および(二)は事実の確認の問題である。(II, V)

三 理論的・実践的思考の論理

行為論における実践的情報と理論的情報との区別は、実践的な文と理論的な文とはっきりと区別するところの、認識論的な区別のなされた意味論(erkennnistheoretisch differenzierte Semantik)と、実践的な文と理論的な文との間の相互的な導

出不可能性というメタ論理的公準とを、哲学的に基礎づける。(I, III, IV, VII)

実践的な文は、(一)理論的な文とは異なる語用論的機能をもち、(二)システムに相対的であり、(三)世界の實在に照らしてテストしえず、理論的な文がもつような意味では、真理値をもたない。ところで、古典論理学において推論の妥当性は真理値の概念を基礎にして定義される。そこで、ヨルゲンセン(Jørgensen)はかつて(三)を理由に、我々が日頃用いている実践的な推論は実は理論的な根拠を欠くと考え、ディレンマに陥った。(I)

しかし、ヴァインベルガーによれば、論理学および論理的分析は認識の道具として認識素材の処理に役立つばかりでなく、行為を決定するための情報処理にも用いられる。したがって、ヨルゲンセンの主張は早計であり、必要なのはむしろ推論概念の拡張である。例えば、(一)文は叙述文(Aussagesatz)か規範文(Normsatz)かのいずれかであり(両者の混合文もいずれば一方に分類され)、(二)文が定立されている(Gesetzsein)のは、(a)叙述文ならば、文が真のときであり、(b)規範文ならば、文が(あるシステムで)妥当なときであるとすれば、推論概念を次のように拡張しうる。すなわち、文Kが前提 P_1, \dots, P_n の帰結であるのは、すべての前提 P_1, \dots, P_n が定立されているならば、Kが定立されていないことは論理的にありえないとき、かつそのときのみである。(I, IV)

このように拡張された推論概念に基づいて規範論理の体系を

作り上げる場合、常に存在と當為に關する次の二つのメタ公準 (Metapostulat) を満たさねばならない。すなわち、(一) 純粹に記述的な前提のクラスからは、情報をもたらす規範文はいかなるものも導出できない。(二) 実践的な (特に規範的な) 前提のクラスからは、情報をもたらす叙述文はいかなるものも導出できない。これらのメタ公準が満たされないならば、二種類の文の間のカテゴリリー上の区分が成り立たなくなるからである。(I、II、III、IV)

規範論理学においても文と文を結び付ける結合子が用いられているが、ヴァインベルガーによれば、それは真理関数的なものではなく、推論規則によって定義される。例えば、仮言的な規範文の場合、前件は叙述文であり、後件は規範文であるから、カテゴリリーの異なる両者を結び付ける結合子「 \supset 」は真理値表によっては定義しえず、次のような規則によって定義されるといふ。(なお、「 p 」は叙述文を、「 q 」は「 p 」であるべし」とどう規範文を表す。)

$$p \supset q \quad \text{Oq}$$

$$p \quad \text{Oq}$$

さらに、この結合子については次のような規則の導入も必要であるといふ。(なお、「 \vee 」は選言、「または」を、また「 \neg 」は否定「ない」を表す。)

$$Oq \quad \text{Oq}$$

$$(p \vee \neg p) > Oq$$

しかしながら、ヴァインベルガーの規範論理学(?) は以上のような示唆にとどまり、本格的な体系化には至っていない。(I、III)

四 法政策学と正義論

ヴァインベルガーは、ある種の民主主義の理念を前提とした上で、制度主義的法実証主義の観点から法政策学を展開しようとする。ここで簡単にその内容を見てみよう。

ヴァインベルガーによれば、法政策学は、法政策プロセスの記述のほかに、法案の法学的理由付け (Begründung) の理論、機能主義的の制度論、そして正義論という三つの領域を含む。このうち、法案の理由付けの理論においては、法政策的な論証 (Argumentation) の分析が行われる。法政策的な理由付けおよび法政策的な処置の批判的評価は、目的論的思考の領域に属しており、ヴァインベルガーはそこで用いられる論証のタイプとして、制度や処置のもたらす帰結の分析、思想の一貫性の考慮、規範の目的論的正当化、内在的および外在的評価を挙げている。また、論証を阻害する要因としては、偏見とイデオロギー的固定観念、偽りの理由付け、考察の一面性、標語的思考 (Sloganwort-Denken)、そして部分的な考量結果向士の対置が指摘されている。(IV)

ヴァインベルガーの機能主義的の制度分析は、指導理念 (Leitidee)・組織形式・行為様式の間関係が解明されるような全体的視点を提出し、この視点から民主主義のはらむ問題を解決

しようとする。民主主義においては民主主義的な意思形成プロセスと一定の民主主義的理念との間でディレンマが生じる可能性がある。例えば、少数者の保護、選挙等の定期性、信仰の自由といった民主主義の実質的原理に反するような決定が民主主義的になされるかもしれない。ヴァインベルガーはこのディレンマを、民主主義の実質的原理を民主主義的制度の一種の指導理念とみなすことによって、解決しようとする。これらの原理は厳格な行態ルールではなく、制度の評価やその機能性の判断に方向を与える規制的な理念なのである。(VIII)

民主主義においても指導者はやはり必要であり、いわゆる「民意 (Volkswille)」が自ずから直接表明されることはありえない。このことを理由に、ヴァインベルガーは「構造化された民主主義 (strukturierte Demokratie)」の理論を主張する。この立場によれば、(一) 指導的エリートの必要性が認められねばならない。エリートは指導理念の創造者であり、担い手である。(二) 多様な決定形式と機能的に適切な制度構造が導入されねばならない。単独決定も、コントロールを受けていれば、場合によっては民主主義的でありうる。(三) 協議や議論に基づく決定は、単なる票決や選挙に基づく決定よりも優先されるべきである。(四) 制度は機能的に効率的に作られねばならず、創造力、情報および専門知識は社会の利益のために利用されねばならない。(VIII)

正義論は、ヴァインベルガーによれば、(一) 人間学的な一般的確認と(二) 人類のおかれている現実の状況の考察という

二点において、コンディチオ・フマーナ (conditio humana) に関する熟慮に基づいている。(一) 前述のように、人間は行為する存在であり、また社会的存在である。これに対応して、正義の原理は行為の決定要因として理解され、原理の内容は社会生活上の機能から解明される。行為の決定の際には、正義の要請は常に効用の考慮と並んで登場する。形式的な正義の要請は単独で行為に方向性を与えたり、法政策的なプログラムを構成したりすることはできないが、不正を指摘することによって批判的な論拠としては機能しうる。正義の分析は本質的に批判的分析なのである。また、正義の分析はその実質的な論拠を、客観的に提示しえない自然法からではなく、各社会・各個人がもつ事実的な正義の確信や理想から獲得する。正義の原理は、人間の行為を共同社会におけるその人間の役割へと方向付ける機能をもつ。しかしながら、(二) 多数の異質な社会の並存という今日のコンディチオ・フマーナは、正義の理想が、自分が属する共同社会の目的への方向付けから、共同社会間の意思疎通へと変化することを要求する。重要なのは、伝統的な正義観念の刻印を受けた責任・報復・抑圧の理念ではなく、未来のために相対的に調和のとれた協同システムを見つけ出すことである。(VIII, IX)

以上がヴァインベルガー『法・制度・法政策』の概略である。紙数が尽きたので、主張内容の詳細な検討は他の機会に譲り、最後にごく簡単なコメントを加えて、本稿を終えることにした

い。

本書において、ヴァインベルガーは存在と当為の区別を維持しつつ、しかも純粹法学の根本規範の理論にもリアリズム法学の見解にも自然法論にも与することなく、法の妥当を制度主義的に説明しようとする。論理学に造詣の深い学者だけあって、その考察方法は分析的であり、存在と当為の区別を論理体系が満たすべきメタ論理的公準として捉える等、傾聴に値する点多い。もっとも、分析の深さという点からみると、全般的に問題の表層に留まっているとの印象を拭いきれず、折衷説的な見解も散見される。規範論理学の構想も相変わらずかなり素朴な思い付きの域を出ていない。また、総合的な理論展開という面

では、とりわけ個別的な分析相互間の体系的な関連が必ずしも明瞭でないという不満が残る。にもかかわらず、本書の諸論稿は、ドイツ語圏を代表する法哲学者の一人であるヴァインベルガーが、様々な思想的潮流との対決を通じて、ますますその思索の幅を広げるとともに、一見雑多とも思われるこれまでの研究成果を制度主義的法実証主義の名のもとに積極的に統合しようとしている姿を伝えており、一層の理論的展開を期待させる。本書は、法哲学界を揺るがすような名著ではないかもしれないが、様々な示唆に満ちた快著であると言ふことはできよう。

(西南学院大学専任講師)