

強制性と法の概念

— フレデリック・シャウアーの *The Force of Law* —

三 浦 基 生*

- I 強制なき法と強制なき法概念
- II シャウアーの *The Force of Law*
- III シャウアーの議論は法-主権者命令説のそれとは根本的に異なる
- IV シャウアーの議論では法が強制的なのかどうか分からない
- V まとめ

I 強制なき法と強制なき法概念

強制性は法にとって自明すぎる前提である。それゆえに法学に慣れ親しんだものにとっては法学から排除したい話題ではないにしても、その扱いはデリカシーを要する。本稿は強制概念と法が切り離し難い関係を持っているという視点から、現在の法哲学の研究の傾向に抗しつつ、可能な枠組みで法の強制性を位置付けようと試みたフレデリック・シャウアー [Frederick Schauer] の議論を簡単に紹介し批判的検討をするものである。

現在法哲学において強制という概念の存在感は大変に希薄である。その理由は大きく分けて二つ挙げられるだろう。ひとつは法による強制なき強制の可能性である。ここ数年で取り替えられた真新しい公園のベンチを見ると一人分の座席に対応した突起物が付いている事に気づく人があるだろう。それが座者への便宜を図るような外見を持ちながらも、座者以外——そこに横臥するもの——を排除する意図を持っている可能性を指摘したとしても全くの誤解ではないだろう。この

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第19巻第1号2020年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

ような物理的な空間設計は人々の行動を事前に設計し規制する。それと同様に、インターネットの検索エンジンのようなサイバースペースの作られ方は使用者の選択を事前に設計し規制する。レッシグがアーキテクチャと命名したこのような規制の仕方は、理由を媒介とした規制として法を捉える法概念論の現実不適合性と不必要性を突きつけている (Lessig, 1998)。

法哲学において強制概念が希薄なもう一つの理由としては、理論史的な理由が挙げられる。20世紀後半の法哲学の潮流を決定づけたH. L. A. ハートの『法の概念』(Hart, 2012¹⁾; 以下 *CL*) は、法を使用するものの視点(内的視点)を強調し、法における強制とそれを可能にする制裁という圧力手段は現実的には必須だが法概念的には副次的な付随物として説明した。法というのは人々の生活を円滑にする便宜を提供するのであって、制裁に怯える人々というイメージは法のあり方を適切に記述するものではないというハートの指摘はその後の法哲学者にとって無視し難い説得力を誇っており、現代まで法哲学を牽引してきたJ. ラズ他に継受されているといえる。彼らの共通理解を粗雑に要約するなら、強制そしてその主要な手段となる制裁は法にとって必須のものではなくあくまで偶然的な産物に過ぎない、ということになる。

このように現実と理論の両方に置き去りにされる形で、いわば三等船室しか与えられてこなかった法の強制性に対して光を当てようとする法哲学の著作が2015年に出版された。シャウアーの *The Force of Law* (以下 *FL*) である。本稿は当該著作の積極的主張を著者シャウアーの法哲学的立場と関連付けながら簡単に要約し、その背後にどのような法哲学があるのかを探る。

以下では、まずⅡにおいてシャウアーの *FL* の主張を簡単にまとめる。それは現代法概念論の本質主義批判という側面と、法の実効性強化のための予備研究という側面に要約することができるだろう。続くⅢとⅣでは *FL* の内容を批判的検討に付す。まずⅢでは *FL* が法概念論について積極的な主張を展開していないことを指摘する。*FL* は現代法概念論の本質主義の行き過ぎを批判してはいるが、

1) 引用時には原著ページ数の後に「/」を挟んで日本語訳の対応するページ数を示した。日本語訳のあるものは以下同様。ただし、*CL* からの引用についてのみ、原文を参照した上で一部訳文を変更してある。その際には、初版の日本語訳(1990)も参考にした。

FLの議論それ自体はいわゆる法-主権者命令説の法概念論擁護ではない。ただし、FLの主張をシャウアーの前著 *Playing by the Rules* の議論と合わせて敷衍すると、内的視点をほとんど前提としないような「内部なき法実証主義」が構想されていることが明らかになる。続くIVではシャウアーの議論のアキレス腱が強制概念にあることを指摘する。FLは強制概念の哲学的規定を忌避するがゆえに「法は強制的である」という記述が事実と合致しなくなるという自己論駁的な問題を直面する。このことは法の自立性・必要性を消失させるという内在的問題を示唆している。あらかじめ言えば、シャウアーの議論において「なぜ強制という手段を用いるのか」という問いへの答えは空虚なままである、という診断が待っているだろう。

内容に入る前に用語について一言断りをしたい。本論文で頻出する「強制」の語は、特に注記がある場合を除いて、害悪の告知による行為の理由を介して他者の行為を操作することを指すものとする²⁾。ただし害悪の内容を決定する基準については開かれたままにしておきたい。

II シャウアーの *The Force of Law*

法学に関わる日本語の文献においてシャウアーは法哲学者としてよりも憲法学者として知られている³⁾。憲法学、特に表現の自由をめぐる修正一条制度論への貢献の大きさと健筆家であることが相まって、シャウアーの狭義の法哲学⁴⁾の検討と批判⁵⁾はあまり多くないけれども、すでに法概念論・法解釈方法論に関わる *Playing by the Rules* という著作がある。したがってFLはシャウアーにとって2冊目の法哲学の著作ということになる。

2) Anderson (2011) を簡略化したもの。

3) シャウアーの憲法学に関する論文全てをここで網羅することはできない。日本語の文献の中で、シャウアーの論文を渉猟し包括的に紹介したものとして奈須 (2010) がある。アメリカの憲法学におけるシャウアーの位置づけについては、小林 (2006) また同 (2013)、松田 (2010)、水谷 (2014)、横大道 (2013) など多くの先行研究がある。またシャウアー自身の論考の一つ (Schauer, 1992) には日本語訳がある。

4) 正義論・法概念論・法解釈方法論を指す (森村, 2010)。

5) 注18参照。

*FL*におけるシャウアーの主張は多岐に渡るからここでその全てについて横文字を縦に直すようなことはしない。ただそれをいくつかの部分に分けることができるので、下記では1本質主義批判、2「困惑した人」と法の顕著な特徴という二点にまとめて説明する。

1 本質主義批判

*FL*の議論の始まりにあるのは、法は制裁の予告を伴う強盗の脅迫なのか、という法哲学の古くて新しい問いである。現代の法実証主義はこの問いを法概念の本質的な特徴を問うものであると理解して、制裁は法の本質的な特徴ではない、と応答する (Oberdiek, 1976; Raz, 1999, 154-162)。そして法は規範的価値によってではなく、制裁によってでもなく、社会的事実 (源泉; source) によって決定される、とする理解が現在は主流である (Raz, 2009, 37-52; Gardner, 2001)。

シャウアーの見解によると、このように「法にとって強制は必須の要素ではない」とする論者は本質主義 [essentialism] にこだわりすぎている。ここで言われている本質主義とは次のような法概念論上の方法論である。

「もし [...] 法と実力・強制抜き of 法的責務との間に論理的な可能性が存在するのならば、まさにその可能性が、経験的な存在感の大小に関係なく、法の本性 [nature] から強制を消し去る。少なくとも、何かの本質というのはその必須のあるいは本質的な [essential] 属性に依存しているのだと信じている人にとっては。」 (*FL*, 36)

ここで言われている本質主義は、法 of 概念はその全ての事例を貫く属性の束とする立場、と言い換えていだろう。

実際、現代の法哲学者 J. ラズは満足な [adequate] 法理論は普遍的でなければならない、それが描く法の特徴は全ての法体系に共通のものでなければならないという方法論的前提を置いている。一部の法体系についての詳細な情報と機能分析を提供する「法社会学」とは異なり、法哲学はごく僅かな必然的真理に満足すべきだ、というのである (Raz, 2009, 104-105)。

制裁なき法と法的義務の論理的可能性ゆえに制裁が法の概念から抜け落ちるとしても、ではその可能性はどのようにして見出されるのだろうか。これを確認するショートカットはH. L. A. ハートの『法の概念』における「内的視点 [internal point of view]」の議論を参照することである。ハートの考えによれば、自らは誰にも服従しない主権者の意思の表出が法であるとする法-主権者命令説は、内的視点の重要性を見落としている。法-主権者命令説(本稿Ⅲ参照)は法を法にまつろわぬものの視点からあるいは自身は法体系を超越した立法者の視点——これらをハートは「外的視点 [external point of view]」と呼ぶ——から眺めており、法体系の機能を命令、義務賦課、制裁の適用だけに限ってしまう。けれども法を規範として受容し自ら用いるものにとっても法は重要である。ハートはこれを内的視点と呼んだ(*CL*, 82-91/142-154)⁶⁾。内的視点をとったものにとり、法は生活を円滑に進めることを可能にするようなルールである(*CL*, 38-42/79-84)。例えば契約や遺言には一定の手続きが定められており、特別の法的効果が与られている。このことに別な表現を与えるならば、法のルールは単に義務賦課ルールだけからなるのではなく、権能付加ルールをもまた含んでいる、ということになる(*CL*, 35-38/75-79)。

6) ハートは『法の概念』を出版した後、内的視点からした言明でも外的視点からした言明でもない第三の種類に属する「距離を置いた／超然たる [detached]」言明を認めるようになった(Hart, 1983, 14-15/15-16)。これは、法律専門家たちがする言明の類型としてラズが提唱したもので、法の道徳的妥当性を前提することなく権利義務について述べる言明である(Raz, 2009, 153-7; この部分の論文の翻訳としてラズ, 1994, 76-84)。森村(2015)は、そのような視点、言明がありうることは認めつつ、「外部から見た内的言明」(160)と呼ぶべきで新たに独立のカテゴリを作る必要はないとしている。(なおこの点に関する森村の補足として森村, 2019, 44-46。)

やや迂遠だが、法律家に特有の言明が完全なコミットメントを必ずしも伴わない言明である、という性質は、本稿Ⅲ-3で検討する問題の延長線上にある。森村は、法律専門家は法律専門家だからこそ、外的視点に立ちながら内的視点の言明を参照することができるのであるとして内的視点・外的視点の理論的重要性を擁護する。シャウアーは、内的視点だけを持ったものは市井の人々はおろか、法律専門家であったとしても——限度はあるが、権威的決定をする立場の公務員、典型的には裁判官にすら——存在し得ない可能性を示唆する。二人はハートのもともとの内的視点・外的視点の区別をどのように活かすかにおいて異なっているが、内的視点と外的視点様々な濃淡を持って人々の間に偏在する可能性を受け入れる。森村とシャウアーはそれぞれハートの発想を正面から受け止めて法を明快に説明しようとしている点では、相互に対立しない位置にいるといえる。

外的視点だけでなく内的視点からも法を理解するなら義務賦課ルールへの違背があった際の制裁の位置づけは二次的なものになる。それが端的に表現された文を引用する。

「不服従の際に制裁を科すよう裁判所に要求するルールだけに着目したりそれが第一次的なものであると捉えてしまったりすると、こうしたルールが機能する特徴的な仕方を明らかに覆い隠すことになる。制裁を科すよう裁判所に要求するルールは、その体系の第一次的な目的が挫折し、失敗したときに備える規定だからである。それらは確かに不可欠ではあるが、しかし副次的である。」(CL, 39/80)

ここで説明の順番として制裁が法体系の第一の目的に劣後していることに注意したい。ハートがここで言わんとしているのは、あくまで法による行為の指導や手続的側面、社会的機能が先にあり、それが失敗したときに次善の策として発動されるのが制裁である、ということである。

さて、シャウアーは現代の法実証主義がこの内的視点にこだわりすぎていると批判する。ある規範体系とそれが課す義務を考えてみよう。この規範体系に内的視点をとったものにとって当該規範体系が生み出す義務が義務たる理由は、制裁があるからではない。例えば、ある(道徳)規範体系を受容したものにとって、その規範体型に含まれる「年老いた親には親切にせよ」という規範に従うべきなのは、後ろ指を指されるという社会的制裁を恐れるからではないだろう。ある義務が義務なのはそれがまさに当該体系の義務であるからに他ならない。内的視点をとったものにとっては、義務を負う——ハートの用語法では have an obligation⁷⁾——ことと制裁の有無は本質的關係にない (FL, 31-35)。内的視点を前提とする限り、制裁は法にとって二次的な役割しか持たず、法にとって必要条件の關係に立たない制裁はその概念の構成要素から除外されるのである。シャウアー

7) ハートは義務[責務]を負う[have an obligation] こととせざるをえない[be obliged] ことを区別した (CL, 82-83/142-144)。シャウアーはこの二つの表現は英語において互換的に使用されうるとして、ハートの用語法上の区別を拒否している (FL, 31)。

が批判するのは、規範を内面化したものの視点つまり内的視点だけが法の概念を決定する基準を提供すると考えるような法実証主義の傾向である。

このような本質主義的法哲学方法論に対して、シャウアーは二つの批判を寄せている。まず、①本質主義は少なくとも自明ではないという批判、そして②仮に本質主義的法概念論が何らかの意味で成り立つとしても、制裁は依然として法の顕著な特徴であり、それについて研究することは有意義であるという批判である。

本質主義が自明でないことを示すため、シャウアーは本質主義ではないような概念の捉え方を三つ提示している (*FL*, 37-39)。一つは、中心事例 (飛べる鳥) と周縁事例 (飛べない鳥) を区別する認知の仕方である。加えて、ウィトゲンシュタインの家族的類似、すなわち、「これら [言語ゲーム] の現象のすべてに対して同じ言葉を適用しているからといって、それらに共通なものなど何一つなく、——これらの現象は互いに多くの異なった仕方で類似しているのだ」(ウィトゲンシュタイン, 1976, 68-69) という概念観も、本質主義とは異なる概念把握の仕方として提示されている⁸⁾。さらにまたシャウアーは「クラスタ概念 [cluster concept]」を引き合いに出している。例えば、ウィンストン・チャーチルのような固有名を考えたい。「ウィンストン・チャーチル」は一群のしかし特定されていない記述の選言であって、歴史家の研究でどれか一つ (チャーチルはウッドストック生まれである) が間違っていた (実はチャーチルはオックスフォード生まれであった) と明らかになったからといって、「ウィンストン・チャーチル」という名前を使い続けるのをやめることはないだろう。このようにして固有名とそれが指示する対象の特徴がゆるい仕方で結びついている (Searle, 1969, 162-174/290-309) という考えは、本質主義とは異なったものである。

もともと、これらの例を繰り出す一方で、シャウアーは本質主義が内在的に間違っているとは主張しない。そのことは、彼の議論の軸足がむしろ第二の批判、つまり制裁という特徴の顕著さにあることを示唆していると言える。それを確認する前に、ハートとシャウアーの距離をどのように定めるかの難しさについて確認したい。

8) ウィトゲンシュタインの「家族的類似」を単に中心を欠いた概念論でまとめることの単純さについては大屋 (2006, 127-135) 参照。

ここまでシャウアーのFLにおける本質主義批判の前提を紹介してきたけれども、それはハート自身の主張と決して相容れないものではない。先の引用を再掲する。

「制裁を科すよう裁判所に要求するルールは、その体系の第一次的な目的が挫折し、失敗したときに備える規定だからである。それらは確かに不可欠ではあるが、しかし副次的である。」

ここでハートは法体系にとって制裁が不必要である、と主張するどころか、それは不可欠であるとしている⁹⁾。ただ、内的視点から法を記述することだけで法に関わる全てを把握できるという内的視点一元論を採用しているわけではなく、内的視点を優先させたとき制裁は機能的にも説明の順番としても二次的なものに収まるという順序づけがなされているのである。

実際、シャウアー自身はハートに対して法概念論をうっかりミスリードした[inadvertently misled]と批判するどころか、自身の企図——本質主義への偏執からの解放——はハートの企図と同じだと主張する(Schauer, 2013)。実際、日本の法哲学者でハートの法実証主義を支持する森村が非本質主義的方法論を採用していることも偶然ではないだろう。

「古今東西の多様な法観念の中には、それらがすべて持つ『本質』などないかもしれないが、大部分が共有している性質や、ヴィトゲンシュタインのいう『家族的類似 family resemblance』やアリストテレスの指摘したいわゆる

9) 実際ハートは法に強制性が要請されることの説明を試みている。ハートは法と道徳が一定程度重複する理由を説明するため、ルールの体系は人間に関する自然的条件によって条件づけられていることに着目した。その条件として挙げられているのは、①人間の傷つきやすさ、②大まかな平等性、③限られた利他性、④限られた資源、⑤限られた理解と意志の弱さ、の5つである(CL, 193-200/302-311)。特に②と⑤の故に要請されるのは「強制的体系における自主的協力である」(CL, 198/308)。このことが、制裁の自然本性的説明の根拠を与える。すなわち、「国内法体系において、制裁を可能とし必要とする自然の事実と目的を所与としたとき、制裁の具備は自然の必然[natural necessity]とすることができる。」(CL, 199/310)

『焦点的意味 focal meaning』などならばありそうだ。その漠然たる観念の内容を明確にすることによって、人々が無意識のうちに抱いている法観念を明晰な形に整理できる。おそらくそれが、哲学者が『概念分析 conceptual analysis』あるいは単に『分析』とよんでいる作業の主たる内容をなしている。」(森村, 2015, 40; 強調引用者)

シャウアーの本質主義批判は、方法論的批判というよりはハートの法実証主義をより本質的でない仕方を読み直すべきという主張を含んでいる。

2 「困惑した人」と法体系の顕著な特徴

本質主義的な法概念論——法体系に必ず付随するものだけが法哲学的に重要であり、強制は偶然的な要素にすぎない——は少なくとも自明ではなく、さらにそのこととは独立に、制裁が法の顕著な特徴であるということ是可以する。このようなシャウアーの議論に説得されてみたとして、実際のところ人々は制裁があるから法に従うのだろうか。本質主義批判を継続しつつシャウアーが問題とするのは、経験的問題としての人々がどうして法の求めるところに一致して行動するのか、である。

再び本質主義批判から始めよう。鍵となるのは「困惑した人」の多寡である。これはハートの『法の概念』に登場する表現であって、シャウアーが現代法実証主義の前提を代表するものとして採用したレーベルである。少々長いがハートの『法の概念』中の「困惑した人」の箇所を引用する。

「どのように行動するよう要求されているのか、教えてくれさえすればそうしたいと考えている『困惑した人』¹⁰⁾や『無知な人』にとっても、『悪人』以上には言えないまでも、法は同様に大事ではないだろうか。あるいは、教えてくれさえすれば、自分のすべき『仕事を法の定め即して遂行したいと思う人』にとっても。もちろん、法を理解するためには、制裁を科す場面

10) ハートは 'puzzled man' を使用していたが、シャウアーは「もはや 1961 年ではないのだから puzzled person について語ろう」(FL, 46) としている。

で裁判所が法をどのように運用するかを知ることは、とても重要である。しかし、そのことと、理解すべきことは裁判所で起きることに尽きるとするのは別である。社会統御の手法としての法の主要な機能は、法体系が一般市民の行動の方向付けに挫折したときのための不可欠ではあるが副次的な備えである民事訴訟や犯罪訴追〔刑事訴訟〕で発揮されるわけではない。それは、法が裁判所外での生活を統制し、方向づけ、計画するために利用されるさまざまな仕方においてこそ観察されるべきものである。」(CL, 40/81-82; 強調引用者)

ここで言われているのは、前節で取り上げた内的視点の言い換えである。すなわち、自身にどのような制裁が降りかかるのか予測し可能ならばそれを回避しようとするような「悪人」の視点からの検討に限ってしまうと、専門家ほど法に詳しくないにしても法のルールに反しない形で生きたいと思っている「困惑した人」にとっての法のあり方を見落としてしまう。

このハートの人間像は法を広い視点で検討するべきという、法の多角的的分析を支持する見解に読める。それに対してシャウアーは「困惑した人」が実際のところどれほどいるのだろうかということを問題にする。すなわち人々のいったいどのぐらいが法の求めるところを「教えてくれさえすればそうしたいと考えている」人だろうか、と反語的に問うのである (FL, 43-56)。そして「困惑した人」はあくまで概念論上の仮想的前提であるという想像されうる反論に対しては、次のように応答する。

「とはいえ、困惑した人が潜在的に仮說的構成であって経験的記述ではないものとされるような純粹に概念的探求を前にして、シンプルに『だから何なのか?』と応答する人がいるかもしれない。もし制裁なき法が実際のところ人間の行動に影響をもたらさないのならば、なぜ我々はそれを気にする必要があるのか?」(FL, 46)

経験的問題として、具体的な人々の中から「困惑した人」を析出することは困

難を極める。というのも、あるものが困惑した人、法が法であるという「内容独立的理由」(Hart, 1982, 254-255) から法に従うものかどうかを調べるためには、法を除いた全てを考慮した判断 [all-things-except-the-law-considered judgment] と法の指図が食い違う状況を想定してどのように行動するかを切り出さなければならないからだ (FL, 62)。

ここで次の点に注意したい。すなわち、シャウアーは法に従うということを行為の外観によって判断する。すなわち、法と一致して行動している [act consistently with the law] か否かを問題にする。法に一致して行動しているからといって、法を遵守して [comply with the law] いるとは限らない。法が法であるがゆえ以外の理由(法独立的理由)から行動している場合がある。そしてシャウアーは注意深く、法独立的理由が自己利益的理由だけではないことを指摘する¹¹⁾。法独立的理由の中には、選好・欲求・価値観・嗜好などの個人的な理由だけでなく、道徳的理由ゆえに利他的・共感的・協調的・公共精神に則って行動するよう求めるものもあって複雑である (FL, 49-50)。

このように複雑な人間像を前提とした上で、次のような洗練された「困惑した人」を見つけることはできるだろうか。

「すなわち、多様な法独立的理由に基づいて φ するべきだと考えている人の立場に立ってみよう。そしてこの人は法が φ しないことを求めていることを発見し、法のゆえに [because of the law] φ しないことにする。しかも刑罰を受ける可能性やその他の形の法的な強制に関わらずそうするのである。」
(FL, 51-52; 強調原文)

残念ながら「困惑した人」の实在の少なさを積極的に示す証拠を求める人には、

11) この構成によって排除されているものに注目することが重要である。シャウアーが排除しようとしているのは、規範的な理由(個人道徳と正統性)ゆえに人々は法に従うのである、という結論 (Tyler, 2006) である。シカゴで行われたこの調査の結果に対して、シャウアーは調査が前提とする自己利益と法の二分法を想定するのは間違っている (FL, 62)、という形で批判を回避することを企図している。タイラーの調査についての日本語での紹介につき、瀧川 (2017, 12-13) 参照。

FLは落胆をもたらすだろう。というのも、前述のような区分をして法が法であるがゆえに従うという現象に注目した研究がほぼないことをシャウアーが早々と認めるからである (FL, 64)。それでも、法が法であるがゆえに従う「困惑した人」の存在が示されていないことが確認できたことは、法の顕著な特徴が強制であると主張するシャウアーにとって十分な準備作業であるといえる。

シャウアーはその上で、人々の選好を誘導 track しないルール of 失敗例を列挙することで、実際の人々は「困惑した人」ではなく制裁の有無に強く影響を受けるという自説の説得性を高めようとしている。そのいくつかを挙げよう (FL, 65-66)。

- コンピュータ導入以前の、交通法規違反にかかる出頭命令への不服従率 60%
- 厳しい制裁無しの陪審召喚に応じるのはたかだか 50% 台
- 2007年サンフランシスコでのパーキングメーターのルール破り 40%
- ニューヨーク、ニュージャージー、ペンシルベニアにおけるペット・ライセンスの義務履行 20% (猫に関しては 3%)
- HOV レーン (搭乗人数が多い車両が優先的に通行できるレーン) の不遵守 90% (オーストラリア)、50% 以上 (推定、アメリカ)
- 確定申告における過少申告の可能性 (50% 以上との推定)

当然これらの例が直ちに制裁の有無が法を除いた全てを考慮した的判斷を覆すことを実証してシャウアーの議論の正しさを示してくれるわけではないし、これらの例を仔細に検討する余裕はない。ここではシャウアーの主張が (i) 本質主義は法哲学の方法論としては必ずしも自明ではなく、その是非に関わらず、(ii) ハート以来法実証主義が想定してきた「困惑した人」の想定は、経験的には必ずしも説得力を持たない、という二つに帰着することを確認して節を改めたい。その上で、シャウアーの主張が積極的な意義を持つのか、持つとしたらどのようなものなのかを検討したい。

Ⅲ シャウアーの議論は法 - 主権者命令説のそれとは根本的に異なる

FL の前哨戦とも言える 2 つの論文においてシャウアーは法 - 主権者命令説を再評価することを宣言していた (Schauer, 2010; Schauer, 2013)。ただし、*FL* を中心とするシャウアーの議論は必ずしも法 - 主権者命令説そのものの正しさを示そうとするものではないことに注意しなければならない。彼の議論がハートへの生産的脚注である可能性は既に前説で示唆したが、下記では *FL* の議論が法概念論上の法 - 主権者命令説の擁護ではないことを示そう。

法 - 主権者命令説というとき、それは「誰の」法 - 主権者命令説かと問う人がいるだろう¹²⁾。ここではハートが批判した相手であるジョン・オースティンの『法理学領域論 [The Province of Jurisprudence Determined]』を一応のモデルとして話を進めたい。

オースティンの法 - 主権者命令説は二段構えの理論——法 - 命令説と補助的説明である主権者モデル——からなる。それは義務の内容を解明する法 - 命令説と命令者を同定する主権者モデルの組み合わせだと言っていいだろう。法 - 命令説とは、命令・制裁・義務の三つが同一の事態を指してトリアーデ¹³⁾をなす、というものである。主権者モデルとは、その命令を出すものが誰かに関わる。オースティンの説明では、実定法の命令者は主権者であることになる。主権者とは、独立政治社会の成員から習慣的服従を受け、他の誰に対しても従わない存在である (Austin, 1995, 165-170)。当然主権者を構成する自然人が単数か複数かは問題であるが (183-189)、ここでは深くは立ち入らない。

12) ベンサム、オースティン以前の法思想の伝統に見られる法 - 命令説の萌芽について Postema (2001)、同 (2012)。また、ハートの法 - 命令説批判のすべての論点に対する法 - 命令説からの応答として Morrison (2016) がある。

13) トリアーデの語はオースティンの用語ではないが次の説明を参照されたい。「これら三つの語のそれぞれは同じ観念を表す [signifies] けれども、それぞれはその観念の異なる部分を指示し [denotes]、残りを暗示する [connotes]。」(Austin, 1995, 25; 強調は原文)

1 命令者同定理論の不在と法-命令説の不在

さて、このような法-主権者命令説とシャウアーの議論の何が違うのであろうか。一つには、シャウアーの *FL* には命令者を同定する理論つまり主権者モデルの擁護がない。

主権者モデルは①主権者が変わるとき法体系が継続していないことになる、②立憲的制約をうまく説明できなくなるというハートの批判を受けることになった (*CL*, 50-71/96-126)。これに対しては、主権者とはあくまで政府の各部に分有される属性である、という応答ができる (Ladenson, 1980)。主権者は有機的・人格的なものではなくあくまで属性に過ぎないとすれば、主権者の統治を担う統治機関各部の関係と主権者そのもの異なるレベルの問題として考えることができる。主権者の構成員が変化したとしてもそれは主権者自体の変化ではないということになるし、立憲的統制も主権者の権能を分有する各部 (行政・立法・司法) 間の権限配分・権限保障関係に還元しうるから、ハートの批判に対する一応の説明が可能になる。主権者は立法府の背後にいるのではなく、立法府と共にある [stand alongside it] (Ladenson, 1980, 49)。

この主権者モデル擁護はハートの批判に対しての応答が可能である、という程度の消極的擁護に過ぎないけれども、ハートの『法の概念』以後における主権者モデル擁護の一つの先行研究として言及に値する。シャウアーの *FL* にはそもそも主権者モデルの積極的擁護や批判的検討がないことは注記に値する。

2 法概念論からの撤退と非一法規範による規制

シャウアーの *FL* における議論はまた、法規範ではなく因果的強制を扱うものである点でもオースティンの法-主権者命令説と異なっている。このことは、シャウアーの *FL* における議論が法概念論への批判で始まりながらも、結局、法概念論とは異なるところに着地していることを意味する。

オースティンの法-命令説は命令、義務、制裁が同じ事態の別な側面を指すという仕方での法概念を説明しようとするものであった。そこでは命令は次のように説明されていた。

「1. 理性的存在者が他の理性的存在者の作為・不作為について抱く願望・欲求。2. 前者から発せられ、その願望にそぐわないことがあれば後者が受けることになる害悪。3. 言葉やその他の記号による、願望の明示あるいは暗示。」(Austin, 1995, 24)

ここでは1と2に注目して、オースティンの命令の名宛人が命令に従わない可能性が含意されていることを確認したい。あるものが他のものに対して作為・不作為について願望・欲求を抱いているとして(1)、次の段階にその願望が何らかの形で破られることが前提とされている(2)。したがって『法理学領域論』におけるオースティンの法-命令説は「～べし」という破られうる義務を設定する行為規範としての側面を持っていると読むことができる。

オースティンの法-命令説の行為規範としての側面は、法体系を裁決規範の強制秩序として記述しようとしたケルゼンの説明と対比することで理解しやすくなる¹⁴⁾¹⁵⁾。すなわち、法規範は「もしかくかくの諸条件が充たされるなら、かくかくのサンクションが伴うべきである」(Kelsen, 1949, 45/101)という形で認識されるような法的規則である。この第一次的規範から導かれる適法な行動——例えば盗むべからず——はあくまで第二次的規範に過ぎない(Kelsen, 1949, 60-61/122-123)。裁決規範である第一次的規範を適用、執行する法の機関だけが法に従う、従わないという述語を付せられうる。このような理解に基づいてケルゼンはオースティンに批判的修正を迫る。

「オースティンの命令は、先に『第二次的規範』と呼んだあの補助概念である。サンクションが法の本質的要素であることを認識したのなら、彼は純粹

14) 行為規範として法体系を捉える立場と裁決規範として法体系を捉える立場をまとめたものとして田中(1993, 特に154-163)。

15) ケルゼンの批判は、ジョン・オースティンの死後サラ・オースティンによって編纂され出版された『法理学講義 *Lectures on Jurisprudence*』(Austin, 1873)に対して寄せられたものであるが、その趣旨は『法理学領域論』の冒頭でなされた法-命令説の規定に対しても当てはまる。ただし、『法理学講義』が、『法理学領域論』のそれよりも司法の法創造の説明に注力していること、一次的権利・義務と二次的権利・義務の区別があることについては戒能(2013, 123-154)参照。

の法の規則をサンクションを規定する『命令』と定義すべきであった。」
(62-63/125-126)

ケルゼンは「命令」を法適用機関に向けられたものと捉え直し、行為規範的ではなく裁決規範的に法-命令説を修正すべきだ、と主張しているわけである。

ここでは法が行為規範か裁決規範のいずれに還元されるべきかという問題の帰趨を決する事はできない。むしろ、この議論がシャウアーの *FL* に不在であることに着目したい。ハート型法実証主義を批判しオースティンを持ち上げるシャウアーは、強制を法の概念の問題としては扱おうとはしていないことがわかる。しかしそれはどうしてか。その手がかりを *FL* と *FL* における議論に向けられた批判に応答する論文の中から確認しよう。

シャウアーは因果の有効性 [causal efficacy] の実証的研究こそが *FL* の問題関心の重要なものであるとし、制裁が法の概念に不可欠のものであるという法概念論上の主張からは身を引いている。実際、シャウアーは *FL* において次のような主張を行っている。強制を受ける一般人 [citizen] の視点からは、税と罰金を区別することに実践的差異はないというのである。

「法は一定の視点を持っており、その視点からは殺人など起こらないことが望まれている。インサイダー取引然り。刑法の対象となるような、それ以外の殆どのことについても同様である。

だが、なぜ我々は法の視点を気にするべきなのか。一般人の視点からは、あれこれに関する法の視点は、法が法として存在することを行為の理由と捉えるときに限ってのみ重要となる。そしてすでに見たことの一つは、まさに多くの一般人がこのように行動するかは全く明らかではない、ということだ。」(*FL*, 131)

結局、法とは別の理由から人々がある作為・不作為を回避しようとする限り、制裁を用いることも社会的圧力による行動の誘導にも違いはない。また、人の名誉に影響するような情報（例えば薬物を使用した経歴があること）を公表するこ

とによって、法が社会的圧力を借りて威嚇を發揮するということも、法の武器庫 [arsenal] に含まれている (*FL*, 133-135)¹⁶)。興味深いことに、このシャウアーの議論は、次の一点においてオースティンと大きくたもとを分かつことになる。すなわち、オースティンの法 - 命令説においては否定されていたポジティブなインセンティブの形成 (Austin, 1995, 23-24) をシャウアーはむしろ積極的に認めているのである (Schauer, 2018, 388)。

ここまですを踏まえると、*FL* におけるシャウアーの企図は法概念そのものについてではないことは明らかであろう。実際のところ、法の顕著な特徴として法を認めることの意義は人々の行動への影響を考慮に入れた制度設計への奉仕にあるとシャウアー自身が宣言していることは興味深い (*FL*, 167-168; Schauer, 2018, 387-388)¹⁷)。法という概念がどのようなものであるかを純粋に探求するアカデミックな企てそれ自体に固有の意義があることを認めつつ、シャウアーは次のように *FL* を結んでいる。

「それでもやはり、可能性を秘めつつもしばしば軽視される法哲学的探求の実践的側面は、制度設計のレベルにある。法というのは政治的あるいは社会的な構造の全てではない。それが果たす仕事もあるが、他に任せる仕事もある。法が得意な任務もあれば、うまくいかない任務もある。それゆえに、法をよく理解した [law-informed] 制度設計の重要な仕事は、どの社会的役割が法的制度によって果たされ、あるいは果たされないほうがよいかを決定することにある。」 (*FL*, 167)

3 シャウアーの内部なき推定的法実証主義

このようなシャウアーの *FL* での議論は、一見すると法の実効性強化のために制裁や法でない手段に相乗りしつつ人々の行動を統制する、法概念論の外側にある議論に見える。もしそうだとしたら、ハートの描いた次のような世界が直ちに

16) 後述するレッシグの間接規制論との関わりで、社会規範の統制を憲法学上の議論に位置付ける試みとして瑞慶山 (2017) 参照。

17) 同様の指摘をする評者による内在的理解として Lamond (2018, 359) 参照。

想起される。

「極端な場合『これは妥当なルールだ』といった法的言語の特徴ある規範的使用を伴う内的視点は、公務員の世界に限定されるかもしれない。このより複雑な体系では、公務員のみが体系の法的妥当性の基準 [criteria] を受容し、使用することがあり得る。そうした社会では、嘆かわしくも羊の群れに似ているだろう。羊は屠殺場にひかれる運命だ。しかし、そんな社会はあり得ないとか、それが法体系の名に値しないと考えるべき理由はほとんどない。」(CL, 117/192-193; 強調引用者)

だが、FLの議論はこのような事態を積極的に評価するエリート支配へのナイーブな礼賛なのだろうか？ 健筆なシャウアーの議論の全てを網羅することはできないが、彼の前著である *Playing by the Rules* (以下PBR) の議論を手がかりにその法哲学の輪郭とFLの議論の位置づけを簡単に確認する¹⁸⁾。

PBRにおいてシャウアーは法ルールを固定化 [entrench] モデルで捉えている。ある一般化されたルールは、「その背後にある正当化に資さない一般化であるような場合でさえも」(PBR, 49; 強調原文) 決定を拘束するものである。極端な例を出せば「犬お断り」のルールだけがあるとき、そのルールは例えば警察犬やさるお方のお気に入りのコーギー犬が入ってくることをも排除するようなものとして作用することになる (PBR, 48)。

このようなルールの性質は、「権威の非対称性」を発生させる。塹壕が掘られる [entrench] とそこから外れて行動することができないように、一度ルールの一般化が固定されれば、ルールには過剰なものが包摂されあるいは包摂されるべきものが排除されているにも関わらず、ルールに従うことが求められることになる。権威の求めるところと行為者の判断が一致しているときは、権威は後景に退

18) シャウアーの *Playing by the Rules* の網羅的紹介は那須 (2001) 参照。社会的制度がそれ自体の意義を見いだされなくなり拘束としてしか受け取られなくなる社会制度の「空洞化」の問題を、「権威の非対称性」の不可避的な発生から説明し、公共空間における正当化をその裏側にある問題として位置づけることが試みられている。

いている。だが、権威の求めるところが行為者の判断（それがルール採用、不採用いずれの判断であれ）と食い違ふときにこそ、権威が問題になる（PBR, 131）。この権威の非対称性 [asymmetry of authority] に対処するため、固定化されたルールの遵守を確実にするのは、事後的な制裁 [sanction] や報奨 [reward]、あるいは教育 [education；ただし称賛と叱責を伴う広い意味] である（PBR, 133-134）。

一般人が権威の非対称性の対象になる一方で、法ルールの適用判断者（典型的には裁判官）はどうだろうか。法実証主義は法が社会的源泉により記述的に同定されうるかのように主張するが、実際には法解釈者は法、解釈の蓄積に内在する道徳的規範（原理）に従って最善の解釈を希求するのである、というドゥオーキンの法実証主義批判（Dworkin, 1977, 14-80/2003, 3-96; 1986, 1-44/15-78）を回避するため、シャウアーはテクニカルな区別に訴える。シャウアーは、原則としてルールに則った決定を支持しつつも、切迫性の高い事案においてはより広い文脈に訴えかけてルールに則らない決定の可能性を消極的に許容する、推定的（法）実証主義 [presumptive positivism] を主張する（PBR, 196-206）。彼は法の源泉と決定理由を区別し、源泉については法を同定する基準が記述的に決定可能であるとしてハート型の法実証主義を擁護する。他方で、実際の決定の場面において法ルールが他の規範的考慮から覆される可能性を認める。

「推定的実証主義は、系譜づけられた [pedigreed] ルールの部分集合と包括的（かつ系譜を遡ることができない [non-pedigreeable]）規範的領域の相互作用を記述する仕方である。それによれば、前者は特定の決定主体によってこの必ずしも認識的ではない仕方で推定上支配的なものとして扱われる。」（PBR, 204）

この説明においては、裁判官であってもルールに従うことが求められる点で権威の非対称性は維持されている。ただし、裁判官は包括的規範的領域——法規範を部分集合として含む広い考慮——に訴えかけることでルールを覆す可能性が（記述的に）残されている点で一般人と異なる。

法ルールの適用を決定する場面において包括的な規範的考慮を許容するシャウアーは、法ルールの判断適用者もまたルールに従うことをどのように説明するのだろうか。これに対する応答が *FL* にあるとすればそれは一般人同様に「困惑した人」の意味で法に従うものなどいない、しばしば高位の公務員は自己利益など法とは独立の理由から決定をする (*FL*, 75-92) というものであろう。ルールを決定するものであっても当然、制裁、報酬、教育によって馴致していかざるをえない。2 著作にまたがるシャウアーの議論はわずかに自由を与えられた裁判官と受け身の一般人をアメとムチで誘導する法の帝国である。そこにおいては、法ルール適用者たち——典型的には裁判官——ですら、法の視点の貫徹をする一部分という限定的な役割を負うのみであって、ドゥオーキンの描写とは違って法独立的理由から行動する、あくまで法体系の客体である。

さて、改めてハートの「羊」を考えたい。極端な法体系においては、「公務員のみが体系の法的妥当性の基準を受容し、使用することがあり得る」という理解はシャウアーの法哲学であろうか。*PBR* の議論と *FL* の議論が相互補完的なものであるならば、答えは否であろう。そもそも法体系に対して内的視点だけをとっている人はいない。一般人も、法ルール適用者たちすらも法の^客^体^で^あ^っ^て^そ^れ^に^よ^っ^て^統^制^さ^れ^る^べ^き^対^象^で^あ^る。シャウアーの法体系には内部は存在しない。

もしそうだとすると、*FL* の主張は宛先なき手紙ということになる。シャウアーの描く法体系の大枠は次のようなものになるだろう。法ルール決定者がルールに基づいた決定を繰り返しつつ限定的に多様な規範的考慮に訴えかける裁量を行使しつつも (*PBR*)、その実効性がどれだけ実現されているか、有効な手段と思われる強制だけでなくその他の手段を用いつつ経験的に調節していく (*FL*)。この *FL* の主張自体は一体何のため・誰のための主張なのか。法の実効性を因果的に調査し決定する主体は一体誰なのか。これが明確ではないシャウアーの法の帝国には中心がない。

IV シャウアーの議論では法が強制的なのかどうか分からない

ここまではシャウアーの議論が何でないかを明らかにしてきたけれども、それはシャウアーの議論の位置を測るためであって、狭隘な筆者がシャウアーの議論が完璧なものであるはずだと考えて難癖をつけているという印象を与えていないことを期待する。ただし次に述べる難点は別である。以下ではシャウアーの FL における議論が問題を抱えており、それが強制概念への哲学的探求を忌避することに起因すると主張する。

シャウアーの法理論の最大の難点は、法は強制的なのかどうか分からないことにある。それも、「法は強制的」なのか「法は強制的」なのか、の問題が交錯している。

第一に、「法は強制的」という特徴づけをどこまで貫徹できるかの問題がある。先に確認したとおり、罰金と税金の区別のみならず、法による制裁だけでなく社会的圧力などその他の人々の行動を導く最善の手段のなから最も効率の良いものを選べば良い、というのがシャウアーの考えであった。これは一方で法の得意分野に任せるべきものとそうでないものを見極めるべき、という実践的な側面を含んでいるけれども、他方で法以外の手段に規制をアウトソースすることで法の強制が拡散するという帰結に至る可能性もある。

この点の理解を容易にしてくれるのはローレンス・レッシグの間接規制論である (Lessig, 1998)。レッシグは個人を取り巻く制約として、法¹⁹⁾・社会規範・市場・アーキテクチャ²⁰⁾などの規制の様態 [modalities] を考えたとき、法が法以外の社会統制手段を条件付けていることに着目する。法を作る側の視点からは、

19) Lessig が法実証主義の議論に深入りするつもりはないとしながらも、法の特徴として事後な制裁の予告によって威嚇することにある、という法-命令説的な特徴付けをしていることは本稿の話題から注記に値する (Lessig, 1998, 662 and n. 4)。

20) 「最後に、「自然」のように聞こえるであろうが私は（あえて）“アーキテクチャ”とよぶところの制約がある。“アーキテクチャ”で私が意味するのは、私がみるとおりにこの世界の多くが作られてきたものだという前提のもと、私がみるままの世界のことである。」(Lessig, 1998, 663) 例えば壁とか椅子の形は、行為者から見れば変更不可能な環境であるが、規制を作成・調整する側からすれば操作可能な物理的デフォルト状態である。これを松尾 (2008) は「操作可能な物理性」という表現で特徴づけている。

個人に対して不服従の場合事後的に制裁をもたらすことによる直接規制のみならず、社会規範・市場・アーキテクチャのような個人を取り巻く法以外の規制様態を通じて何らかの規制を課すことで個人の行動に影響をもたらす間接規制をも用いることができる。例えば、車のシートベルト着用率を上げようとしたとき、法によって着用義務を課すだけでなく、公的なキャンペーンを展開して着用しないものに対してネガティブな社会評価を与えるような社会規範を創出することができる。あるいはまた、保険会社に対してシートベルト着用者を優遇するよう補助金を出したりすることもできるだろうし（市場へのはたらきかけ）、自動車の構造に何らかの手を加えてシートベルトを着用するように促すこともできるだろう（アーキテクチャへのはたらきかけ）、というわけである。

仮にそのような間接規制が用いられたとき、強制性が法の顕著な特徴であるということではできであろうか。確かに、法によってそれ以外の規制様態を担うものに対して事後的な制裁を与えることで行動を誘導することができるから、中間的な規制を担う企業や専門家などにとってはシャウアーの主張の通り顕著に強制的な側面を持つだろう。しかし、インセンティブを作り出すために補助金を出したり、優遇措置をしたりすることは行為の誘導ではあっても強制ではない。しかも、間接規制の先にいる個人にとっては、法は強制的なものとは映らないのではないか。シャウアー自身がレッシグの間接規制論についてどのような評価を下すかはわからないが²¹⁾、法の強制性を全面的に認めつつその機能を他の規制様態に転嫁することを推奨するシャウアーの主張の行き着くところは、結局法の強制性をよりさり気ないものにすると言えらう²²⁾。

第二に、「法は強制的」なわけでも、「法は強制的」なわけでもない場合が容易に想像できる。制裁に影響を受けないで行動する人に対して法は強制的ではなくなる（Pintore, 2018, 351-352；同様の事態を指摘するものとして安藤, 2017, 339-340）。「人はみな、上に立つ権威に従うべきです。神に由来しない権威はなく、

21) *FL* の人名索引には Lessig の項目はない。にもかかわらず、*FL* 第9章第1節では、エンジン・イモビライザー（何らかの認証を経ないと車が発車しないようにする、盗難防止装置）を例に、強制的威嚇に依存することなくルール逸脱行為をそもそも不能にするような手段を検討し、それがあつた種の強制であると位置づけつつも、法がデフォルトに採用するような手段ではないことに注意を向けるべきだとしている（124-126）。

今ある権威はすべて神によって立てられたものだからです。」(ローマの信徒への手紙 13・1, 292) という聖書の言葉を根拠に法の求めるところに一致して行動するものは、法に一致して行動しているが、制裁があるから法に従っているわけではない。また別の例として、法の制裁をあえて恐れない人にとっても法は強制的にはなりえない。これらは法独立的理由の影響を受けて行動する場合であるからシャウアーの想定する行為者像と合致している。人々が法独立的理由から法に一致して行動するとき、法が強制的であるという説明は事実と一致しなくなるのである。

この点についてシャウアーはあまり手がかりになるような議論を展開していない。確かに *FL* には作業的定義が置かれているけれども、それはどのような場合に強制が発生すると言えるかについて簡単な説明を示すものに過ぎない。

「というわけで、本書のこのところまで使用されてきた様々な用語についての大まかな区別を求めるならば、次のように言えるだろう。制裁とは法の指示 [mandate] を遵守しない場合に法が課するものである。実力の利用(つまり物理力)は法の用いうる制裁の一つである。法がなければ人々がしたであろうことを法のゆえに諦めさせるよう、制裁を通じて人々に動機づけ

22) なお制限ある紙幅のなかで触れる余裕がなく筆者にその素養もないが、シャウアーといわゆるリバタリアン・パターナリズムとの距離は検討の余地がある。*FL* の索引には Sunstein や Libertarian Paternalism などの語はないが、ここでは那須 (2016, 29, 注 17) の指摘を紹介したい。

それによれば、「狭義の強制によらずに同等の効果を [...] 得られる複数の手法を比較検討して、それらが本質的には強制と区別がない」と捉えるシャウアーの *Free Speech* (1982) における発想がサンスティーンに影響を与えたという。(なお那須論文には、シャウアーの *Free Speech* の「pp. 116-119」が引用されているが、表現の自由が制裁の威嚇のような典型的制約だけでなく事実的な条件などにも左右されうる可能性を論じている同 pp. 113-116 の箇所を意図していたのではないかと思われる。) また、シャウアーの *Playing by the Rules* はサンスティーン の 'Second-Order Decisions' (Sunstein & Ullmann-Margalit, 1999, 5) に引用されている。少なくともサンスティーンはシャウアーの主張を肯定的に受け取っていることがわかる。

ただし相互参照ではないことは、リバタリアン・パターナリズムへのシャウアーの謙抑的態度表明かもしれない。(本稿第Ⅲ節参照)。なおリバタリアン・パターナリズム一般については前述の那須論文、また森村 (2013)。

を提供する限りで法は強制的である。そして法が強制していると言われうるのは、その強制力が実際に前述のような行為の変化を誘引しているときである。」(FL, 129; 強調引用者)

「強制」という概念についてはいくつかの先行研究²³⁾があるけれども、シャウアー自身は強制概念の「危ない茂み [dangerous thicket]」に入ることなしに自身のプログラムは貫徹できるし、そうするべき、としている (Schauer, 2018, 387)。

確かに、強制概念は危ない茂みである。一方に事實的 (没規範的) な強制があるとき、そのなかでもとりわけ正当な行為領域への介入はどれなのかという規範的な問題がついてまわる²⁴⁾。

けれども、法の強制性という基底の洞察を規約的な定義だけで済ますのは、シャウアーの FL 全体の企図を鑑みるに、危ない茂みをさけるどころか足元を見すぎて目的地を見失っている。刑罰の威嚇を軸に人々の行為に影響を与えつつ、それ以外にも様々な手段——そこには操作可能な物理性としてのアーキテクチャも入る——を用いることも検討するべき、というのが FL の積極的主張であった。

23) Wetheimer (1987) は、契約法上の強迫 [duress] の定義を發展させて、A が B を強制するとは、① A は B の合理的な [reasonable] 選択を阻害しており (選択枝 [choice prong])、② A の提案内容が不正である [wrongful] という (提案枝 [choice prong])、独立した二つの要素からなるとする二枝説 [two prong theory] を提案した。Nozick (1997) は、二枝説の「提案」の規範的判断基準として道徳的基準と本人の選択 (非道徳的基準) という 2 要素があることを主張している。これら二人を含む、強制の概念分析と法の強制性を架橋する論争状況全体をまとめたものとして Lamond (2010)、Edmundson (2011) がある。

24) 強制については複数の区別ができる。例えば、森村進は「自由意志」問題における両立不可能論を批判する文脈においては、行為者の意図が介入するか否かを基準に強制を一旦 (1a) 物理的強制と (1b) 心理的強制を区別している (森村, 1989, 208-209)。この背後には無知と強迫の不在としての随意性——ただし自由意志とは区別されたそれ——を重視するアリストテレス的強制概念 (森村, 1988, 294-318) が控えているのではないだろうか。

他方、(2a) 行為への干渉という客觀的事実だけに基づいた事實的強制概念と (2b) 正当な行為領域への介入を伴うか否かを問題にする規範的強制概念を対比して説明してもいる (森村, 2006)。本稿の関心からは (2a) と (2b) の区別の背後にあるメタ的な問題——何が「正当な行為領域」への介入か——とそれが法にどのように関わるのかが重要と言えらう。

そしてその最終的な目標は経験的研究によって人々への因果的効率の高い制度設計へとつなげることにあった。であれば、各手段の(非)強制性や侵害度を考察し、その正当化可能性の検討もまた最終的な着地点になろう。法が強制的であるとはどのようなことかを探求することは、各手段が保護できる利益とできない利益を選び分けるために必要な準備作業である。

V まとめ

ここまでシャウアーの *FL* の内容を紹介しつつ、その背後にある法哲学を探究してきた。すなわち、法概念論における法実証主義の批判から始まってはいるものの、*FL* の着地点は行為規範、法-主権者命令説を擁護することにはない。むしろ、実践的関心から因果的効率という意味での法の強制性を高めるための実践的的制度設計のための序論こそが *FL* の目的であることがわかった(Ⅱ)。

その背後にある法哲学を探るに、二つの特徴が明らかになった。一つは、「内部なき法実証主義」である。*FL* の企図がシャウアーの法哲学に関するもう一冊の著作 *PBR* と連続しているものであるならば、一般人のみならず法ルール適用者たちすらをも法ルールの対象として規律されるべき法体系の客体と考えていることがわかる。このような内部なき法実証主義を現出させる *FL* の議論は、名宛人が不明である。つまり、法という手段を用いて人々を馴致するべきという指図は誰に向けられ何のためになされるのか、という議論は不在である(Ⅲ)。もちろん沈黙は雄弁になりうる。むしろ「内部なき法実証主義」が語らないことがからこそが何らかの(言語行為的な)主張である可能性もあるかもしれない²⁵⁾。

もう一つは、法の強制性を全面的に認めつつも法以外の手段へのアウトソースを大幅に許容する *FL* は、「法は強制的」であるという記述が事実と合致しないという難点を抱える(Ⅳ)。これは制度設計に資するというシャウアーの元々の企図を哲学的に掘り崩す難点であると言える。なるほど、強制概念の分析はシャウアーの言うとおりの混迷を深めるかもしれない。しかし、どのような局面におい

25) 注6参照。

て法が強制性を発揮し、どのような価値と関わるのかを検討することは、なぜ法という強制手段を用いるべきかという問いとセットで考えるならば、それほど無駄ではない。「どうして強制という手段を用いるのか」という問いに対しては黙したままのFLを補完する見解をPBR以外におけるシャウアーの議論は提供しているのかという問題と合わせて、法の強制性の概念分析についてはまた検討は別の機会を期したい。

参考文献

- 安藤馨 (2017) 「租税と刑罰の境界史：法の諸モデルとその契機」、中里実・米田隆・岡村忠生編『現代租税法講座第1巻：理論・歴史 (321-343頁)』日本評論社
- ウイトゲンシュタイン (1976) 『哲学探究 (ウイトゲンシュタイン全集8、藤本隆志訳)』大修館書店
- 大屋雄裕 (2006) 『法解釈の言語哲学：クリプキから根源的規約主義へ』勁草書房
- 小林伸一 (2006) 「表現の自由論における脱原理基底論：S・フィッシュ、R・ポズナー、F・シャウアーの比較検討を通して」法政論叢、42巻2号、98-131頁
- 小林伸一 (2013) 「プレスの自由と制度」、小谷順子・新井誠・山本龍彦・葛西まゆこ・大林啓吾編『現代アメリカの司法と憲法：理論的対話の試み (38-61頁)』尚学社
- 瑞慶山広大 (2017) 「統治技法としての社会規範：『間接規制』の憲法的統制のための視座構築」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集、57号、91-142頁
- 瀧川裕英 (2017) 『国家の哲学：政治的責務から地球共和国へ』東京大学出版会
- 田中成明 (1993) 『法的空間：強制と合意の狭間で』東京大学出版会
- 那須耕介 (2001) 「制度の中で生きるとはどのような経験か：公共的正当化論の再考に向けて」、『法哲学年報2000 (164-172頁)』有斐閣
- 那須耕介 (2016) 「リバタリアン・パターナリズムとその10年」社会システム研究、19号、1-35頁
- 奈須祐治 (2010) 「フレデリック・シャウアー」、駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像：理論家編 (99-123頁)』尚学社
- 日本聖書協会 (1993) 『聖書 (新共同訳・旧約聖書続編つき)』
- 松尾陽 (2008) 「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」、『法哲学年報2007 (241-250頁)』有斐閣
- 松田浩 (2010) 「『修正一条制度』論と学問の自由」、浦田一郎・加藤一彦・阪口正二

- 郎・只野雅人・松田浩編『立憲主義と憲法理論：山内敏弘先生古希記念論文集 (304-319頁)』法律文化社
- 水谷瑛嗣郎 (2014) 「プレスの憲法上の位置づけに関する一考察：アメリカにおける『制度的修正一条』論を参考に」法學政治學論究、100号、225-256頁
- 森村進 (1988) 『ギリシア人の刑罰観』木鐸社
- 森村進 (1989) 『権利と人格』創文社
- 森村進 (2006) 「強制」、大庭健他編『現代倫理学辞典 (185頁)』弘文堂
- 森村進 (2010) 「法哲学はいかにして、何の役に立つか？」法学セミナー、670号、2-5頁
- 森村進 (2013) 「サンステーションとセイラーのリバタリアン・パターナリズム」、『リバタリアンはこう考える (358-374頁)』信山社
- 森村進 (2015) 『法哲学講義』筑摩書房
- 森村進 (2019) 「ハートの法理論はいかに発展させられるべきか——マシュー・H・クレイマーの近著『H. L. A. ハート——法の性質』を手がかりに——」一橋法学、18巻3号、27-56頁
- 横大道聡 (2013) 「『修正1条制度論』について——アメリカ表現の自由論の一断面」公法研究、75号、244-252頁
- ラズ、ジョセフ (1994) 「法的妥当性 (中山竜一訳)」、『権威としての法：法理学論集 (63-91頁)』勁草書房 [Raz (2009, pp. 146-159) 所収 'Legal Validity' の翻訳]
- Anderson, S. (2011). Coercion. In Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 ed.). Retrieved 18 Dec. 2019, from <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/coercion/>
- Austin, J. (1873). *Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law* (4th ed., Vols. 1-2). Robert Campbell (ed.). London: John Murray.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Wilfrid E. Rumble (ed.). Cambridge: Cambridge University Press. Originally published in 1832.
- Edmundson, W. A. (2011). Coercion, In Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law* (pp. 451-466), Oxen: Routledge.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press. [(2003) 『権利論 (増補版、小林公・木下毅・野坂泰司訳)』木鐸社；(2001) 『権利論 (Ⅱ、小林公訳)』木鐸社]
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. [(1995) 『法の帝国 (小林公訳)』未來社]

- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *American Journal of Jurisprudence*, 46 (1), 199-227.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3rd ed.). Oxford University Press. First edition published in 1961*. [(2014) 『法 の 概 念 (第 3 版) (長 谷 部 恭 男 訳)』 筑 摩 書 房 ; (1990) 『法 の 概 念 (矢 崎 光 圀 監 訳)』 み す ず 書 房 * 初 版 訳]
- Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press. [(1990) 『法 学 ・ 哲 学 論 集 (矢 崎 光 圀 ・ 松 浦 好 治 監 訳)』 み す ず 書 房]
- Kelsen, H. (1949). *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg, Trans.). Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. [(1991) 『法 と 国 家 の 一 般 理 論 (尾 吹 善 人 訳)』 木 鐸 社]
- Ladenson, R. (1980). In Defense of a Hobbesian Conception of Law. *Philosophy and Public Affairs*, 9, 2, 134-159. [Reprinted in Joseph Raz (ed.). (1990). *Authority* (pp. 32-55). New York: New York University Press.]
- Lamond, G. (2010). Coercion. In Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2nd ed., pp. 642-653). Blackwell Publishing.
- Lamond, G. (2018). Everything in Its Right Place. *Jurisprudence*, 9, 2, 353-360.
- Lessig, Lawrence. (1998). The New Chicago School. *Journal of Legal Studies*, 27, 2, 661-691.
- Morrison, A. S. (2016). Law Is the Command of the Sovereign: H. L. A. Hart Reconsidered. *Ratio Juris*, 29 (3), 364-384.
- Nozick, R. (1997). Coercion. In *Socratic Puzzles* (pp. 15-44). Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Oberdiek, H. (1976). The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems. *American Journal of Jurisprudence*, 21, 1, 71-94.
- Pintore, A. (2018). Schauer on Coercion. *Jurisprudence*, 9, 2, 345-352.
- Postema, G. J. (2001). Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence. *Philosophical Issues*, 11, 470-501.
- Postema, G. J. (2012). Legal Positivism: Early Foundations. In Andrei Marmor (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (pp. 31-47). Oxen: Routledge.
- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.

- Schauer, F. (1982). *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, F. (1992). Speaking of Dignity. In Michael J. Meyer, & William A. Parent (eds.). *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (pp. 178-191). New York: Cornell University Press. [フレデリック・シャウアー (1995) 「人間の尊厳と言論の自由 (花見常幸訳)」創価法学、24 卷 1 号、125-144 頁]
- Schauer, F. (2010). Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law. *Ratio Juris*, 23. 1, 1-21.
- Schauer, F. (2013). Hart's Anti-Essentialism. In Luis Duarte d'Almeida, James Edwards, and Andrea Dolcetti (eds.). *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'* (pp. 237-246). Oxford: Hart Publishing.
- Schauer, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Schauer, F. (2018). Response: A Continuing Conversation. *Jurisprudence*, 9. 2, 385-393.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. [(1986) 『言語行為：言語哲学への試論 (坂本百大・土屋俊訳)』勁草書房]
- Sunstein, C., & Ullmann-Margalit, E. (1999). Second-Order Decisions. *Ethics*, 110. 1, 5-31. [(2012) 「第二階の決定 (松尾陽訳)」、那須耕介 (編) 『熟議が壊れるとき (203-243 頁)』勁草書房]
- Tyler, T. R. (2006). *Why People Obey the Law* (2nd ed.). Princeton: Princeton University Press. Originally published in 1990.