

達成語としての強制概念は 法の強制性を説明できるか

三 浦 基 生*

- I はじめに
- II ケルゼンとハートの法概念論における強制の位置づけ
- III 達成語としての強制とベースライン
- IV 法の強制性は達成語か
- V まとめ

I はじめに

法と強制と制裁の三語は同じ文中に現れても違和感のない語である。しかし法による強制や強制的な制裁という話題は個別法領域での議論はあっても法哲学では最近まであまり耳目を集める話題ではなかった¹⁾。本稿ではともすると同じ陣営に配されがちな法実証主義者ハンス・ケルゼンと H. L. A. ハートの法体系理解を手がかりに、個別法規範ではなく法体系そのものとしての法が強制的であるとはどのようなことかを明らかにすることを試みる。特に、法と強制の関係については極めて明快な先行研究として田中（1993）がある。かような研究を越えることは望むべくもないが、本稿は強制の概念分析という異なるルートから法における強制のあり方を理解する一助を提供することを目的としている。

強制の概念分析による法の強制性は答えが然りか否のどちらかに決する問いであると理解されることが多い。法哲学の諸問題を概説的に扱う本の「強制 Coercion」項目（Edmundson, 2012）は強制概念の通説的見解を概観した後、次のよ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 19 卷第 3 号 2020 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

うに述べている。

「[通説的見解もそれに挑戦する見解も] これら二つのどちらの見解が正しいとしても、法・実定法・法的制度が正当化要請的な意味で本質的に強制的だという通俗の見解はもはや自明視しえない。」(464)

本稿は法の強制性を概念分析からトップダウンで白黒が決する問題とは捉えない。法が強制的であると言うとき、日常的な意味での強制概念との類似性を有しているには違いないが、必ずしも全く同じ意味で使われると想定するべきではない。むしろ法に特有の強制性とは何か、それをよりよく説明する強制の概念分析は何かを探ることを試みるべきである。

以下では、はじめに、異なる法概念論で法体系の説明を試みたケルゼンとハートが、法の強制性についてどのような位置づけを与えていたかを確認する(Ⅱ章)。その上で、強制の概念分析の基本的な枠組みを確認する(Ⅲ章)。そこでは特にバイルズの一時的強制と傾向性強制の区別とノージックのベースライン説を取り上げる。続くⅣ章では、Ⅱ章とⅢ章で明らかにした内容を比較する。そこでは、バイルズの一時的強制も傾向性強制も、ケルゼンとハートが想定したような

-
- 1) シャウアーの『法の力 *The Force of Law*』(Schauer, 2015) が出版されて以降、書評特集が生まれ関連書籍が出版されている。詳細は三浦(2020)の紹介を参照されたい。なお法の強制性の議論を盛り上げた立役者のシャウアー自身は制裁による強制が法の顕著な特徴であるとしつつも、本稿で取り上げるような強制概念の分析を「危ない茂み」であるとして、法についての探求はそれ無しで済ますことができるしそうすべきだと主張する(前述論文参照)。

関連して、シャウアーとは異なる立場からの議論もある。ヒマは近著『強制と法の本質 *Coercion and the Nature of Law*』(Himma, 2020)において、法に本質的な特徴として法の強制性を擁護することを試みている。これは、法の概念について必須の要素の存在を否定する非本質主義の立場から、制裁による行為の変容が顕著な特徴であることを論じたシャウアーとは、議論の出発点が異なる。その「序文」(v)によれば、同書はヒマが全4巻を予定するシリーズの一部をなしているとのことである。なお、同書が入手できたのは本稿の初稿を提出し終えた後であったため、極めて遺憾ながら、その詳細な紹介と検討は別の機会を期さざるを得ない。とはいえ、Himmaもまた本稿がⅢ章で扱ったような強制の概念分析については言及していないから、同書の出版は本稿を必ずしもオプソリットにするものではないことを申し添えておきたい。

法に特有の強制性を尽くすことができないことを指摘する。ペイルズの「達成語」(英語の persuade のような、一定の達成に適用される語)としての強制概念分析は、法の強制性には適用できないのである。この検討結果は単なる見当違いの失敗に留まらない。むしろⅢ章の分析が法に当てはまらないというまさにその理由のゆえに、法の強制性についての有意義な特徴(心理独立性と二重の達成語)が析出できること、そしてそれを最もよく表現できる枠組みをイェフィの追い込み説とアンダーソンの執行説が提供していることを示唆して本稿を閉じる。

Ⅱ ケルゼンとハートの法概念論における強制の位置づけ

法概念についてのケルゼンとハートの見解の違いは、法の強制性についての見解の違いである。

二人は通常、法とそれ以外の規範体系を区別する法実証主義者として知られている。すなわち、ある法が(例えば)道徳的に悪いとしても、その法が法ではなくなるわけではないと考える。ハートが方法論的に法・道徳の峻別を求める理由は、もっぱら悪法の批判可能性である。実際に制定された法が道徳的に悪いから無効であると主張するよりも、それは確かに合法的に法であるといえるが、道徳的にあまりに邪悪である、という主張のほうが悪法批判として明確であるからだ(Hart, 1983 = 1958)。この点、ケルゼンは法と道徳は制裁の性質で区別される別個の規範体系だとして、法の没価値的記述を法学の任務だとした(ケルゼン, 2014, 9 & 13 節)。

ただし、実体的法実証主義と方法論的法実証主義を区別するならば、二人の法哲学の差異が際立っていることがわかる。ペリー(Perry, 2001)の区別を踏襲すると法実証主義には二つの類型があり得る。一つは実体的法実証主義で、道徳と法の間にならざる必然的関係がないという見解であり、もう一つは方法論的法実証主義で、法理論は法という個別的社会現象について道徳的に中立的な記述を提供できるし、そうすべきだという見解である。

ハートは方法論的法実証主義を採用していたが、実体的法実証主義は取っていなかった。ケルゼンが異なる秩序の義務であることを理由に法的義務と道徳的義

務の衝突可能性を否定した (Kelsen, 1945, 373-375/543-548) のに対し、ハートは自身の見解からはそのような結論は出てこないとして、ケルゼンの「根本規範」を採用しなかった (Hart, 2012 [以下 *CL*]²⁾, 293/508 [第6章注1の4])。さらにハートは自然法の最小限の内容ゆえに法と道徳が重複する内容を持つことを認めていた。殺人や窃盗など、広く道徳的に悪とされる行為が法によっても抑圧される理由は、法と道徳が人間の生存に関わる基本的な条件、つまり自然法の最小限の内容を共有するがゆえである、としている³⁾。加えて、ハートは *CL* への「後記」で、法の妥当性を確認する承認のルール *rule of recognition* の標識に「特定の道徳原理や価値」(*CL*, 251/384) が含まれる可能性を受容し「柔らかい法実証主義」を支持した。ハートは法と道徳が影響し合う可能性は認めつつ、方法論的にその二つを区別することの重要性は認めていた、というのが妥当なまとめであろう⁴⁾。

このように、法・道徳の峻別という点では類似しつつも、実体的な区別について必ずしも一致しない見解を抱いていた法実証主義者ケルゼンとハートの法概念論は、強制についても深い洞察を示しそれぞれが異なる位置づけを与えていた。この章の目的はその異同を明らかにすることにある。以下では、田中 (1993, 155-164) による裁決規範と行為規範の分類を受け入れた上で、ケルゼンとハートの間の法の構造に関する見解の相違が、法の統制の主要な手段たる強制の理解にも及んでいたことを示す。

1 ケルゼン：裁決規範

ケルゼンは法を裁決規範として捉えていた。以下ではケルゼンの『純粹法学 (第2版)』(ケルゼン, 2014) での見解を、『法と国家の一般理論』(Kelsen, 1945) での議論も参考にしつつ簡単に確認する。

ケルゼンは人と人との間の関係を規律する社会秩序を行為規範からの逸脱に注目して理解する。

2) *CL* から引用する際は訳語の一部を変更してある。その際、第3版の和訳だけでなく初版の訳も参考にした。

「この場合注意すべきは、ここで特定の行動が命じられたとか禁じられたとか言われる場合、当為の対象になっているのはその行動ないしその逆の行動ではなく、その行動の効果である制裁であることである。命じられた行動で

- 3) この内容については二点注意を促したい。第一に、自然法の最小限の内容は法を条件づけるものではあってもその存在目的ではない (CL, 193-194/302-303; 本稿Ⅱ章でも検討する)。自然法の最小限の内容を理由として特定の社会制度を達成するべき、とか、それに反する法は法ではない、といった主張に根拠を提供するような法の妥当性の究極の要件ではない。

第二に、自然法の最小限の内容は、法と実定道德それぞれの内容の重複を説明するだけである。法と道德が直接どう関係するかについてハートは説明していない。この点について、グリーン (Green, 2013) の解説が詳しい。

ただしグリーンはハート理解は独特である。グリーンはハートの自然法の最小限の内容の議論について、個々の社会的秩序 (例えばゲームの公式ルールや大学規則など) にも当てはまるものと捉え、世の中には自然法の最小限の内容を含まないルールがあると指摘する。そのうえで法が道德に対して有する独特の関係を次のように説明する。すなわちハート同様に、

(1) 自然法の最小限の内容ゆえに人々は一般に道德を支持する理由を持っているを前提としつつ、

(2) 法は道德の要請をよりよく実現することが可能な制度的手段を持っている (例えば制度化、体系性、包括的權威など)

として法と道德の間に相性の良さを認める。(1) と (2) の組み合わせが法と道德の間の特別な関係を説明するとして、これを制度的支援命題 institutional support thesis と呼んでいる。

グリーンの説明の利点は次の2つであるといえよう。つまり、ハートが触れなかった法と道德の間の直接の関係を説明できることと、自然法の最小限の内容と多様な社会的秩序の関係を

自然法の最小限の内容— (条件づけ) → 道德— (具現化・支援) → 法 (やその他の社会的秩序)

の三段階で説明できる点である。

とはいえ、グリーンはハート理解は、それが牽強附会とまでは言えないとしても、支持し難い。ハートは自然法の最小限の内容が個々の社会的秩序に適用されるとまでは主張していない。ハートは、自然法の最小限の内容が各法体系のもとにある個々の社会的秩序を包括的に条件づけているとは言うかもしれないが、ゲームのルールや自発的団体の規則が「盗むな」とか「人を殺すな」といった個別具体的内容をも含むとまでは言っていない。グリーンは議論は自説開陳であって、ハートの紹介としてはいささか忠実さを欠いていると言えるだろう。

- 4) ハートの「柔らかな実証主義」に関する議論が次に挙げるような言葉で締めくくられている点を重視すれば、ペリーの指摘以前にハート自身の著作の中にもすでに実体的法実証主義と方法論的法実証主義の区別への萌芽があったと言えるかもしれない。「だからといって、道德が、前もって存在する法へと変容するわけではない」(CL, 254/389)

なく、制裁が当為の対象である。」(ケルゼン, 2014, 25 : 5 節 a)

このような法概念に対しては直ちに非独立規範に着目した反論が想起されるだろう。法規範には、ある特定の行動をするべきだと求めたり、禁止されていることを許可したり、存在する規範を廃止したり、特定の行動を授権したり、法的概念を定義するものがある。ケルゼンは、これらの規範はある制裁を適用すべしという独立的規範と統合的に理解して初めて理解可能な規範である(6 節 e)とし、法を一定の要件とそれが満たされたとき適用される制裁の組み合わせに還元しようとする。例えば、立法機関に授権する憲法の規範や、刑事裁判の手続を規律する規範は、制裁の要件を定めており、要件と制裁を定める独立的規範の一部になる⁵⁾。

ただし、社会秩序には法以外のものもある。彼は法以外の社会規範を道徳 Moral と呼び(7 節) 次の二点から区別を試みた。第一に、法はある行為類型に対する制裁を規律する、共通の効力根拠を持った統一体をなすような規範秩序(6 節 a)である。さらに第二に、法と道徳の区別は制裁の性質にある。ここで注意すべきは、道徳と法の制裁 Sanktion の非対称性である。ケルゼンは道徳の制裁として、求められる行動には賞賛、その反対の行動には否認という賞罰両方の社会的圧力が加わるとしている(5 節 b)のに対し、法についてはもっぱら害悪つまり罰の方のみを想定している。

5) 菅野(1978)は、このように授権規範を非独立的規範とするケルゼンの見解についてケルゼン自身の混乱を指摘し、要件と制裁の独立的規範ではなくある種の授権規範へと法体系を還元することを試みている。

菅野の危惧はこうである。ケルゼンの主張するように、要件と制裁を定める規範を法の基本的な単位として理解し、憲法や刑事訴訟法の規定を要件に取り込んでいくと、不都合が出てくる。つまり、「刑事制裁がその下で執行されるべき諸条件」を何ら定めない。この指摘を敷衍すれば、規範の適用についての当為は導かれるが、その現実の執行についてどのようになすべきかについては統制がない。例えば、ある人に一定額の罰金を科すべしという判決が出て、ケルゼン的な「要件」が満たされたとしても、その執行がどのような条件のもとで行われるべきかについてこの法体系は語れない。そこで菅野は「諸条件を充足する人間行為を法行為と認めてこれを受忍しこれに服従すべしと命ずる」(3) 授権規範体系の一部をなす、と理解するほうがケルゼン自身の企図をより明快に説明できる、としている。

「[規範秩序であることに加えて] 法と呼ばれる社会秩序のもつもう一つの共通の性格は、それが強制秩序であることである。即ち、社会的に有害で望ましからぬものと看做された事態、特にそのような人間の行動に、害悪 (Übel) (生命・健康・自由・財産などの価値物の剝奪) をもって報いることである。」(ケルゼン, 2014, 33 : 6 節 b)

自由や金銭・財産の剝奪のような害悪を対象となるものの意思に反してでも物理力をもって貫徹するという特徴ゆえに強制秩序として法を理解するのがケルゼンの法概念論の特徴である。この点を端的に表したケルゼンの言葉は次のとおりである。

「法は、法的要件の効果として、生命・自由・財貨などの価値物を強制的に剝奪する強制行為を定める故に強制秩序なのである。」(ケルゼン, 2014, 35 : 6 節 b [α])

なお、法の強制の中には制裁ではないものもありうる。ケルゼンが「非制裁的強制行為」と呼ぶこの類型には、国家の役割の拡大に伴って発生したもの、例えば、現代日本における精神保健及び精神障害者福祉に関する法律で定められる強制入院の措置のような類型のものが含まれる。また全体主義国家の強制収容所も(その道徳的評価とは別に) この類型に入るとしている (第6節 b [δ])。

このようなケルゼンの法概念論の特徴は二つある。第一に、ケルゼンは、法を裁決規範に還元しており、第二に、法の強制を直接的な害悪に限って理解している。田中の次のまとめが極めて明快である。ケルゼンは、

「……法体系の構造の理解において、裁決規範を第一次的なものと考え、法的強制の決定的特質を実力行使の法的規制に求め、裁判所その他の法適用機関に対しては強制的制裁の条件・内容・手続などを指図する裁決規範を中心に、法における強制的制裁の位置を理解してゆこうとする系列」(田中, 1993, 156)

に属している。ケルゼンは、典型的には裁判所のような法適用機関が要件を満たしたのに対して与える制裁を規律するのが法であると理解する。法が強制秩序であるというときケルゼンが想定しているのは、第一義的には「盗むな」「税金を納めよ」といった特定の行動を強いるのではなく、より直接的な害悪を与えること、典型的には生命・健康・自由・財産の剝奪である。

ケルゼンにとっては法の根本的な構造を理解するためには直接の害悪つまり制裁で足りる。制裁によって望ましい行動を達成するよう人々の行動を統制する技術は、純粋法学を不純にする、思考経済上不必要な発想だと考えるだろう。もちろん、制裁を設定する規範にその反対の行為（窃盗、脱税など）を抑圧するような「二次規範」が結びついている。しかしそれはあくまで余分な説明に過ぎないのである（Kelsen, 1945, 60-61/122-3）。

2 ハート：行為規範

ハートはケルゼンとは異なり、法を行為規範的に理解し、しかも法の主要な機能を直接的害悪ではなく間接的な行為指導に見出した。以下ではケルゼンとは異なるハートの法概念論、ルールとしての法体系の中に埋め込まれた強制概念を明らかにすべく、彼の *CL* の議論を確認する。

ハートは基本的にジョン・オースティンの法-主権者命令説（Austin, 1832=1995）を批判してそのほころびを補強することで自説を形作っていったので、ケルゼンに対する批判に割かれている分量はそれほど多くない。*CL* ではオースティンを紹介する第Ⅱ章の次にそれを批判する第Ⅲ章と第Ⅳ章が続いていく。ケルゼンの見解はその途中の第Ⅲ章第1節で「過激な形態 *extreme form*」（*CL*, 35/75）として言及・批判される。

ハートはケルゼンとは根本的に異なる発想から出発する。まず、法哲学の繰り返される三つの問いの一つをルールルールのの体系としての法体系の性質についての分析に見出す（*CL*, 第Ⅰ章3節）。特に、法の妥当性を受け入れてそれをを用いる人の視点、内的視点から法を捉えることを重視するハートの考えるルールとしての法体系とは、一定の要件が満たされたときに制裁を適用すべきことを定める裁決規範の体系ではない。それはケルゼンが「二次規範」と呼んだ、ある行為をなすべ

き、あるいは回避すべきという行為規範的な意味でのルール（義務賦課ルール *duty imposing rules*）である。

ハートは更に、法的ルールの中には、単に制裁を科すためではなく、新たな法的関係を作り出すことを可能にするようなルール（権限付与ルール *power conferring rules*）が存在することに着目するよう促す（*CL*, 第Ⅲ章 1 節）。そのような権限の付与は公的機関への立法権限の付与のような、公務員・法律家への権限付与にとどまらない。私人であっても例えば契約、遺言や婚姻についての民法のルールを用いることができる。それらは制裁を適用するための要件の一部をなすのではなく、特別な法的関係を作り出したり、変更したりするための要件・様式・期間などを定めるルールである。

権限付与ルールから逸脱した場合、その行為は無効にはなっても制裁の対象となるわけではないことに注意したい。スポーツやゲームのルールで得点に失敗したと判定されるとき、得点に関わるルールが得点以外の行為をしないように仕向ける制裁を科しているわけではない（*CL*, 33-35/71-74）。このゆえに権限付与ルールは、義務賦課ルールとは異なった、独立のカテゴリだとハートは主張する。

もちろんハートは法体系が直接的害悪を科するような機能を有していることが無駄だと言っているわけではない。そのことを（1）ルールの性質と（2）自然法の最低限の内容の二つの側面から確認する。

（1）ルールの性質について 義務賦課ルールはその下にあるものと一定の関係に立つ。ルールからの逸脱には無視できない社会的圧力（有形・無形）が伴う（*CL*, 86-87/148-149）。また、特に法のルールは社会生活の維持に必要であり、個人の利益と衝突してでも貫徹される必要がある（*CL*, 87/149-150）。制裁は規則性が破られたときのための次善の策である。ハート自身の説明によれば次の通りである。

「制裁を科すよう裁判所に要求するルールは、法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、しかし副次的なルールである。」（*CL*, 39/80）

(2) 自然法の最低限の内容 人間の行為の中には、ルールに一致した行為ばかりではなく、「失敗」が発生する。その理由は、ハートが自然法の最低限の内容と呼んだ、人間の一般的特徴から説明できる。

前提として、いかなる法も自殺クラブの仕組みではない。「人の本性と人々が住むこの世界に関するきわめて明白な一般的特徴——いわば自明の理——に関する省察から、これらが自明の理である以上は、いかなる社会集団であれ、それが生き残るために必要な一定の行動のルールが導かれる」(CL, 192-193/301)。その限りで法も道徳も共通の内容を持つのである。そのような自明の理をハートは自然法の最低限の内容と呼んだ。

その内容としてハートが具体的に挙げたのは次の5つである。

- (i) 人間の傷つきやすさ
- (ii) 大まかな平等性
- (iii) 限られた利他性
- (iv) 限られた資源
- (v) 限られた理解と意思の弱さ

このリストの網羅性について森村は(ii)の大まかな平等性は個人間には当てはまっても、集団間には当てはまらない可能性を指摘している。また(iv)の限られた資源には水とか鉱物のような物的資源だけでなく、情報・知識の有限性も含めて考えるとよいのではないか(森村, 2015, 151)と指摘している⁶⁾。

ハートは、自然法の最低限の内容の(i)～(v)のうち、特に(iii)限られた利他性と(v)限られた理解と意思の弱さを制裁の必要性と結びつけている。人間は悪魔ではないが天使でもないから、時として相互を破壊するようなことをしてしまいかねない。また、人間は短期的利益に突き動かされて、あるいは自身の行いが露見しない可能性に賭けて、ルールから逸脱した行為をすることがある。だから、ルールに違反して行動しようとするものを思いとどまらせるよう「強制的体系における自主的協力」(CL, 198/308)を調達する必要がある。

「『制裁』はしたがって、服従の通常の動機としてではなく、自主的に従う者がそしめない者の犠牲にならないための保障 (guarantee) として必要となる。」(CL, 198/308 [強調は原文、括弧は訳文ママ])

このような制裁の必然性の正当化を自然的正当化と呼ぶことにする。

とはいえ、限られた利他性や限られた理解・意思の弱さ以外の自然法の最低限の内容もまた、自然的正当化と関係しているのは言うまでもない。例えば (i) 人間の傷つきやすさと (ii) 大まかな平等性があるから制裁が抑止として意味を持つ。また、(iv) 限られた資源を有効に活用することを可能にするために、収奪を控えるルールが必要になる。

さてこのようなハートの法概念論の特徴をまとめるならば、ハートは第一に(先に見たケルゼンのように裁決規範から法体系を捉えるのではなく) 推奨・抑止されるべき行為のルール、行為規範から法体系を理解しており、第二に法の強制を行為規範の「保障」として捉えていた。田中のまとめが簡にして要を得ているから、ケルゼンの場合同様に引用したい。ハートは、

「……法体系の構造の理解において、行為規範を一次的なものと考え、法的強制の決定的特質を実力による法の強制保障に求め、強制的制裁を結びつけることによって、市民に対して法的義務を賦課する行為規範を中心に、法に

-
- 6) 情報・知識を資源の有限性として捉えるとき、情報・知識が取得可能か、また得られる情報がどの程度完全かは、必ずしも一様ではない。R. バーネットは接近可能性の程度に応じて知識を個人的知識と局所的知識に区別した (Barnett, 2014, 29-40/47-59)。具体的個人の上に特有の個人的知識は、必ずしも完全な形で伝達可能とは限らない。自分が見ている光景は個人的知識の例である。自動車の運転や楽器の演奏のような技能もまた個人的知識だがそれは完全な形で他者に伝達できるとは限らない。(同じ指導を受けた人でも楽器の演奏の仕方に違いが出ることを想起したい。) 他方、一定範囲には限定されているが複数の人々が接近可能な知識、つまり局所的知識もある。コンサートやスポーツの試合のような同じ体験を共有したものならば、同様の知識を持つことができる。中には専門知識のように単なる体験の共有だけでは接近できない知識もありうる。バーネットの関心は単なる資源としての情報・知識の希少性とどまらない。個人的知識・局所的知識は時間とともに変動する動的性格を持っているため、個人・団体がどのような知識を想定して行為し責任を負うべきか、という問題につながる。

おける強制的制裁の位置を理解してゆこうとする系列」(田中, 1993, 156)

に連なる法哲学者の代表である。

3 比較

ケルゼンと比較したとき、ハートの法概念論の特徴はケルゼンとは正反対に行為規範を基軸に法概念論を展開したことだけにとどまらない。ハートが強制に対して与えた位置づけは、ケルゼンとは大きく異なる。

ハートの考える強制、つまり田中が指摘した「実力による法の強制保障」は、事前と事後の二つの側面を持っている。まず、規定・想定されるルールから逸脱する可能性があるものに対して、制裁を予告あるいは少なくとも予期させることでその行動を思いとどまらせる事前の威嚇の側面がある。さらに、そのような事前の威嚇による行為の変更が失敗した場合、事後的に逸脱者に対して制裁を科し、あるいは賠償をさせる側面も持っている。これは、強制秩序である法を直接的な害悪、つまり生命・自由・財産などの剝奪の物理力による貫徹から理解したケルゼンとはかなり隔たっている。二人の法概念論上の見解の相違は、強制概念にも及んでいたといえる。

ただし、ケルゼンとハートそれぞれが強制に与えた位置づけは、必ずしも相互排除的なものではない。ハートのように制裁の予告の外的な効果に着目するとしても、その制裁の内実は少なくともケルゼン同様生命・自由・財産などの価値ある物の剝奪が中心的なものになるだろう。ただし、明確に範囲を設定しているケルゼンと異なり、その害悪の内容がより広範になる可能性は否定できない。例えば、名前の公表のような社会的圧力・スティグマ化は価値ある物の剝奪そのものではないが、制裁として機能するかもしれない(Schauer, 2015, 132-135)。反対に、要件と制裁の定式で法体系を理解することは法認識として純粹ではない仕方で反射的な効果を捉えることを禁じるわけでもない。

これら二つの強制観を単純に分類して、ケルゼンの強制は直接強制でハートの強制は間接強制である、とレッテルを貼る誘惑は強く、ハートがケルゼンより包括的な分析視座を提供するというシンプルな結論に傾くのは理解できないことで

はない。だが、この二人の違いを強制概念の単純な区別に帰することは控えたい。ここでは一旦、法体系の際立った特徴を異なる視点から説明せんと試みていた両者が強制にどのような位置づけを与えていたかを確認できれば十分である。

Ⅲ 達成語としての強制とベースライン

前章ではケルゼンとハートの見解の相違は、裁決規範・行為規範の間の、法体系の構造を理解する際の単位の選択にとどまらない可能性を示唆した。その背後には、何をもって強制となすか、法体系全体の特徴としての強制についての見解の相違が控えている。一見すると両者の相違は直接的な強制と間接的な強制の違いに還元できるようにも思われる。この点を検討するためには、ベイルズによる一時的強制 *occurrent coercion* と傾向性強制 *dispositional coercion* の区別 (Bayles, 1972) が参考になるだろう。以下では法の強制性を理解するために、ベイルズの区別に従って強制概念についての基本的論点を確認し、さらにそれらの論点を踏まえつつ、特に傾向性強制に関する代表的な説であるベースライン説の趣旨もまた紹介する。

Ⅰ 達成語としての強制：一時的強制と傾向性強制

ベイルズは、政治的・法的・道徳的な議論の的となるような、強制の日常的概念 *ordinary concept of coercion* の基本的な論点を平易に整理している。(したがって法解釈学上の概念と重複したり類似したりすることはあるが、少なくともそれと同じではない。)

ベイルズはまず一時的強制 *occurrent coercion* と傾向性強制 *dispositional coercion* とを区別する (Bayles, 1972, 17-19)。その違いは、行為者の随意性の有無にある。人の手を掴んで拳銃の引き金を引かせる場合を考えよう。この場合、手を掴まれて引き金を引いた人は自身の意思で行動しているとは言えない。実力を用いて積極的に行動させたり抑圧したりすることが一時的強制である。それに対して傾向性強制の場合は少なくとも行為者には選択ができる点で随意性はある (18)。傾向性強制の典型は、「～しないと害悪をもたらす」という行為の指示と

害悪の設定からなる。

一時的強制についても傾向性強制についても、日常的概念「強制」は達成語 achievement word⁷⁾という特徴がある(19)。よく似た例を先に紹介したい。英語の動詞 persuade は、単に説諭するだけではなく、相手を説き伏せて成功裏に一定の行為をさせたり、何かを信じさせたりすることまでを含んでいる。それと同様に強制概念は、相手に一定の行為をさせることまでをも含む。一時的強制の意味で「私は銃を撃つことを強制された」と言うとき、その人は実際に手を纏んで拳銃の引き金を引くことを強いられている。「財布を出せ、さもないと撃つ」という言明を含んだ一連の行為が傾向性強制になるには、相手方が実際に害悪を忌避して行動を変容させる必要がある。この行動の変容がないときには強制の試みが失敗しているのであって、強制者も被強制者も存在しない。

達成語という特徴は、傾向性強制の要素として意図を認めることに繋がる(Bayles, 1972, 19-21)。誰かが鎖に繋がれていても(修辭的表現でない限り)鎖が強制しているとは言わず、鎖に繫いだものが強制している、と言う。ベイルズはこのことをもって、強制を意図的な行為であるとみなす。つまり強制の成功の規準として強制した側の意図が要請されると考えるのである。

傾向性強制については、報奨を含めるかどうかが問題になりうる。魅力的な利益を相手に提供することで自身の意図通りの行動を引き起こす場合は強制されていると言えるだろうか。ベイルズはネガティブな制裁つまり害悪の場合と違い利益による誘導は傾向性強制ではないとする。というのも、(1) 賄賂を強制とは呼ばないし、(2) 傾向性強制は意図との不一致に害悪を帰するのに対して、利益を用いる場合は意図との一致に報いるから条件関係に違いがあり、そして(3)「制裁」に報奨のような利益を含めることには用語法上の違和感があるからである(22-23)。

7) ベイルズは特に引用を示していない。なお後にIVで検討するアンダーソン(Anderson, 2010, 4)は、従来の強制概念に見いだされる同様の特徴を指して、成功語 success term という語を用いている。

達成語の発想はベイルズ独自のものではなく、G ライル『心の概念』(Ryle, 2009 = 1949, 113-114/182-183)に見られる。ライルは 'achievement words' と 'success words' という語を併記して用いている(131-132/211-212)。

傾向性強制の「害悪」については、正当に期待された利益 *legitimately expected benefits* を裏切ることにもまた害悪になりうる点、加えて作為だけではなく不作為もまた害悪となりうる点 (23) も確認しておきたい。もともと賃上げを約束していた雇用主が被用者に対して後になって政治活動をやめない限り賃上げはしないと迫る場合は、正当に期待された利益を侵害している可能性があるから傾向性強制が疑われる。また、危険な目にあっている人に見返りをよこさないと助けないと不作為を示唆して人を強制することもできる。

2 傾向性強制とベースライン説

ベイルズの区別した二つのタイプのうち、傾向性強制については特に議論が盛んである。例えばオンライン哲学辞典 *Stanford Encyclopedia of Philosophy* の「強制 *Coercion*」項目 (Anderson, 2011) は分量の殆どが傾向性強制にあたる内容であるし、*The International Encyclopedia of Ethics* の「強制 *Coercion*」(Lamond, 2013) における解説は傾向性強制に集中している。強制概念の哲学的検討を試みる業績は多く、理論的問題と実践的関心の両方の理由から論争が多岐に渡る。したがってすべてを取り上げることにはできないが、ここではその論争に最も典型的かつ明快な枠組みを提供してきたといえるベースライン説を紹介・検討したい。

傾向性強制が議論的になるのは、傾向性強制と提案の区別が論争的だからである。傾向性強制も提案も、共通の構造として二つの条件の組み合わせであるといえる (Anderson, 2011, §2.2)。例えば傾向性強制の典型である脅迫であれば「金を出せ」という単純な要求の中に「金を出せば撃たない」「金を出さないならば撃つ」という二つの条件の組み合わせがある。提案であれば「お金を出せば品物を売る」「お金を出せば品物を売らない」のような二つの条件の組み合わせである。

このように構造上類似している傾向性強制と提案の区別を分析する枠組みを明快に打ち出したのが、ノージックの「強制」論文 (Nozick, 1997 [初出は 1969]) である。誰かが誰かに傾向性強制または提案をするとき典型的には前述のような二つの条件文からなる取引条件を提示する。その条件提示によって行為した結果

が、通常、自然な、期待される in the normal or natural or expected course of events 結果よりも悪い場合は傾向性強制があり、反対により良くなる場合は提案である (Nozick, 1997, 24)。この通常期待される基準をベースラインと呼び、同様の発想で傾向性強制の有無を判別する説をベースライン説と呼ぶことにする。例えば次の例を考えよう。

(抱き合わせ1) Pは普段からQから薬を買っている。PがQから得ている薬はPにとって生存に必要でかつ他所では手に入らないものだ。PQ間ではいつも値段は2000円で取引をしてきた。通常通り取引をしようとやってきたPにある日突然Qが「Rを殴らないなら薬は売らない」と告げた。

この例はノージック自身が挙げた例を若干改変したものである。この場合QはPを強制していることになる。そのような結論を導く際のベースラインと比較すべき結果は次のようになる。

ベースライン：2000円で薬が買える

結果①：Rを殴って2000円で薬を買う

結果②：薬を諦める

結果①が起こればPがRを殴って薬を手に入れた場合は通常の代金に加えて通常予期しない行為をしなければならず状態は悪化しているといえるだろう。結果②が発生して薬を諦めても以前よりも明らかに悪い状態であるから、これは傾向性強制であるといえる。

では、(抱き合わせ1)の後にやってきた別な人が同様の提案をしたらどうなるだろうか。

(抱き合わせ2) Pがどうするか迷って帰宅した次の日の朝もう一度Qの店に行ってみると、何らかの理由でQの店は営業をやめていた。どうしても薬が必要で困っているPのところにSがやって来て「もしRを殴れば例の

薬を 2000 円で売りますよ」と持ちかける。

機会を見てつけ込んできた S の P に対する行動は傾向性強制だろうか。この場合のベースラインと結果は次のようになる。

ベースライン：薬が買えない (Q の店が閉店しているから)

結果①：R を殴って 2000 円で薬を買う

結果②：薬を買えない

R を殴ることについての道徳的評価は考えず、薬の入手という点に絞って考えれば、もともと入手できる可能性がなかったところに S の話が舞い込んできた P にとっては、結果が①であっても結果が②であってもベースラインよりは悪いということはない。①を選択した場合は、むしろ薬が手に入るため、以前よりも状況が改善している。したがって、S の申し出は強制ではなく提案であることになる。

ただ注意すべきは、ベースライン（通常期待される基準）には単純な予測と道徳的な要請の両方の意味が含まれている点である。つまり、予測的ベースライン（規則的・習慣的にそうなるだろうと予測されるという意味で通常期待されることの成り行き）と、道徳的ベースライン（道徳的にそのようになされているべきであるという規範的な意味で通常期待されることの成り行き）のどちらをも指しうるのである。そしてこの二つの基準による評価が分かれるときは引き分け判定になるのではなく、提示を受けた本人が選好する基準で強制かどうか判定される (Nozick, 1997, 28)。

例えば、予測的ベースラインと道徳的ベースラインで判定が異なるケースは次のようなものである (ノージックの例の設定を変更している)。

(乱暴者) T は力が強く、いつも U を殴っていじめている。U はセロリが大嫌いであることを知っている T は、ある日「もしセロリを食べるなら、明日は殴らないでおいてやるぞ」と U に持ちかけた。

この場合のベースラインは二つに分かれる。

予測的ベースライン：毎日のように明日も殴られる

道徳的ベースライン：他人から正当な理由なく意に沿わないことを強いられない

結果①：セロリを食べて明日は殴られない

結果②：セロリを食べず明日も殴られる

前者の予測的ベースラインに基づけば、規則的に殴られているUにとっては結果①なら明日は殴られないという状況の改善がもたらされ、結果②ならセロリを食べなかったとしてもいつもどおり殴られる翌日が待っている。総じて状態の悪化はないからTはUに強制ではなく提案をしていることになる。だが、道徳的ベースラインならばどうなるだろうか。結果①を選べばセロリを食べざるを得ないし、結果②を選べばTに殴られるため、Uは道徳的ベースラインよりも悪い状態に置かれることになる。したがってUはTから傾向性強制を受けていることになるだろう。ノージックはこのように予測的ベースラインと道徳的ベースラインにより判断が分かれる場合、強制／提案される側が選好する基準を用いるべきだとしている。(乱暴者)の場合であれば、多くの人は予測的ベースラインよりも道徳的ベースラインを好むだろう。もしそうならばこの場合は傾向性強制がある、と評価することになる。

このようなノージックのベースライン説には予測的ベースライン、道徳的ベースラインそれぞれの支持者から批判がある。

ジーマンは、資本主義市場における労働契約の公平さについてのノージックの鈍感さに実践的関心を寄せる。そしてベースライン説の道徳的ベースラインの分岐を許容せず、予測的ベースラインに還元するべきだと主張する(Zimmerman, 1981)。ジーマンによれば、そもそも強制一般は自由を侵害するため一応 *prima facie* 悪い行為だが、ノージックの議論は傾向性強制についての道徳的判断をベースラインに転嫁しているだけで説明にはなっていない。傾向性強制は価値判断なしで説明可能な概念でなければならない。このような理由から道徳的ベ

ースラインを拒否して予測的ベースラインを支持するジーマンは、他者の介入の結果、予測的ベースラインが歪められる可能性を指摘する。例えば、離島に誘拐されて最低賃金以下で酷使される子供が強制されているのは(1) 実現可能なベースライン以下の生活を、(2) 妨害によって強いられているからである。つまり実現可能性と妨害性の要件を追加した道徳的に中立なベースラインを採用すべきだとしている。

反対に、ベースラインを道徳的ベースラインに限定する見解がある(Wertheimer, 1987, 202-221)。ワートハイマーは、予測的ベースライン・道徳的ベースラインのような複数のベースラインがありうることを認めつつ、ベースライン間の選択それ自体が道徳的であるとする。彼は、傾向性強制があったという当事者の主張の道徳的要請が正解を出すよう求めるのだと考える。つまり強制されたという道徳的判断を最もよく支持するベースラインが要請されるのであって、あるベースラインの故に一義的に強制の有無が決まるわけではない。もちろんその道徳的判断は何でもよいのではなく、道徳的ベースラインは当事者が一定の権利を持っていることを前提として構成されることになる、という。

法に適用した際のベースライン説への批判は後に回すことにしたい。本章では次のことを確認した。まず強制を達成を指す語(達成語)として理解するベイルズの枠組みにおける、一時的強制・傾向性強制の区別を確認した。更に特に提案と区別された傾向性強制についてはノージックのベースライン説が定説であるが、それは予測的ベースラインと道徳的ベースラインの区別と選択について批判があることを確認した。

さて、このような強制概念の分析とケルゼン、ハートの強制概念はどの程度合致し、またどのように異なるのか。達成語・ベースライン説の枠組みは法体系特有の強制性を説明可能か。次章ではそれらの点を検討する。

IV 法の強制性は達成語か

前章で確認した一時的強制と傾向性強制の区別が、どの程度ケルゼン・ハートの強制についての見解の相違と重複するのかを検討するのが本章の目的である。

一時的強制とケルゼン、傾向性強制とハートという組み合わせは合致するように思われるかもしれない。しかし、先んじてその結論をまとめれば、一時的強制も傾向性強制も法の強制性の特徴を捉えそこねており、完全には当てはまらない。

前章で確認した通り、一時的強制も傾向性強制も、強制はそれが成功を指す語、達成語という特徴を持っていた。いま一度、(抱き合わせ1)のケースを思い出したい。どうしてもRに一泡吹かせたいQが「Pならこの条件でも貴重な薬を買うだろう」と予想した上でRを殴るという条件を出していたとしよう。実際にPが薬欲しさにRを殴れば、Qの意図は達成されている、つまりPは強制されていたことになる。

ではもしその後のシナリオが(抱き合わせ2)ではなく次のようなものであった場合はどうか。

(抱き合わせ3) PはQの出した条件はとてども飲めないと感じて店を出たところ、近くに新しい店ができていた。Vが出した新しい店ではQよりも安い1500円で(しかも他人を殴るような条件をつけられることなく)薬を買うことができた。

この場合、PはQからRを殴ることを強制されていたとは言えない。なぜなら、QのPにRを殴らせるという目的は達成されておらず、強制に失敗しているからである。

さて、以下では一時的強制と傾向性強制がそれぞれケルゼンとハートによる強制の位置づけとどの程度合致するのかを検討し、バイルズとノージックの枠組みがどの程度法に当てはまるのかを検討しよう。

1 一時的強制とケルゼン

一時的強制は、価値物の剝奪を基軸とするケルゼンの強制概念の違いと典型的には重複するが、法のある重要な特徴において一致しない。

まず制裁それ自体と制裁の執行を区別したい。制裁そのものはケルゼンであれば生命・財産の剝奪のような直接的害悪を指す。制裁の執行は定められた制裁の

適用を実際に行動に移す局面を指す。

その上で注意する必要があるのは、制裁の執行は被執行者の心理的条件と独立な点である。例えば財産を剥奪すべしという裁判所の判決が執行されるに際して、制裁そのものには実力を必要とするかもしれないが、制裁の執行においては嫌々ながらも無抵抗で従うものに対して実力を行使する必要はない。もちろん抵抗・妨害を試みるものもいるかも知れないが、制裁の執行において常に一時的強制を使わなければならないというわけではない。制裁の執行において一時的強制が使用されるのは必要なきそしてそのときに限ってとなる（ケルゼン, 2014, 33; Núñez, 2019, 145）。また、制裁の執行を受けるものの中には自ら進んで生命・自由の剥奪を望むものもいるかもしれない。寒空を忌避して軽微な罪で刑務所に入ることを望むものがその典型であろう。その場合は、被制裁者側の自発性に瑕疵はないから、制裁執行の場面において一時的強制がないことになりうる。

したがって、ケルゼンの強制概念が一時的強制と重複するのはその内容についてのみであって、実際の執行について被執行者が被強制者であるかどうかは達成語としては捉えることのできない蓋然的な事象に留まる。

2 傾向性強制とハート

では、ハートの考えていた強制と傾向性強制はどの程度合致するのか。以下では達成とベースラインという性質に着目して確認したい。

ハートが推奨・抑止されるべき行為規範から法体系を理解し、法の強制を行為規範の保障として捉えていたことはすでに見たとおりである。彼の制裁に関する見解は、第一にルール¹の性質と深く関わる。つまり、ルールは社会生活の重要な側面に関わり、逸脱への社会的圧力があり、時に私的な利益と衝突することがある。第二に、このルールの性質の前提は自然的正当化であった。生物としての人間の様々な限界や概ね共通する特徴ゆえに、実力によってルールが守られることを保障する、強制的体系における自発的服従が可能になるし、また必要になる。

ハートの考えていた法の強制性が、傾向性強制とどの程度合致するかを考える際の第一の論点は達成語という特徴である。

法的ルールに顕著な実力による行為規範の保障は、達成・成功で判定されるも

のであろうか。II章末尾で確認したように、実力による行為規範の保障は事前の威嚇と事後の制裁という二面性を持つ。仮に窃盗を禁じるルールがあり、実際に窃盗が発生した場合、その事前の威嚇は失敗したことになる。事前の威嚇の失敗は法の強制の失敗を含意するだろうか。ここで考えたいのは、事後の制裁もまたルールによって統制されているという点である。ハートは責務の一次ルールだけからなる法体系は、必然的に不確定性・静態性・非効率性に悩まされて、二次ルールを備えた法体系に移行するようになると考えた (CL, 91-99/155-166)。それらはルールの承認、導入、改廃、そして一次ルール違反への制裁の決定について定めるルールである。仮に何者かが一次ルールを犯したとされた場合、裁判のルールによって制裁を適用されることになり、その限りでは法の行為規範の保障は成功していることになる。したがって、単純に意図通りの行動がなかったからと言って直ちに失敗したとは言えない点で、法のルールは傾向性強制とは異なる側面を持つ。この意味で法の強制性は失敗が想定され得ない、二重の達成語である。

仮にある行為規範による統制のみに着目して成功かどうか判定できる点をもって、法を傾向性強制であると受け入れるに足りるとしても、別の問題がある。法の発揮する強制性をベースライン説から説明できないのである。

ノージックのベースライン説は、提示された条件が提示された人を通常期待される基準・ベースラインよりも悪い状態に置くとときに強制の存在を認めるものであった。ノージックは法による窃盗の処罰が「窃盗をしないように強制しているか」という問いを立て、そこに傾向性強制があるという結論を導いている (Nozick, 1997, 28-29)。「窃盗をするな、さもなくば制裁がある」が傾向性強制を構成するか判断する際、ノージックは次の二つのベースラインを試しに提案する。

タイプ控除ベースライン：窃盗が処罰されない

トークン控除⁸⁾ベースライン：自分の窃盗が処罰されない

結果：窃盗をして処罰される

8) タイプの語はノージックが用いているが、トークンの語についてはEdmundson (2012) の 'token-subtractive' (461) を参考にした。

これまでのように条件提示前と通常期待されるベースラインを比較することになるのだが、窃盗の処罰なき世界を合理的に想像することは難しいとして、ノージックは行為の一般的類型の一つとしての窃盗が処罰されない世界をベースラインとはしない。代わりに、ある人一人の窃盗だけが処罰されない世界をベースラインとして、窃盗の悉皆処罰が傾向性強制を構成するかを考えるべきだとする。自分の窃盗が処罰されないというベースラインに比して、窃盗の悉皆処罰が達成された世界では自分の窃盗も処罰の対象となるから、以前よりも状況が悪化しており、法による窃盗の処罰は傾向性強制である、という結論を導きたいのがノージックの目論見である。

この議論は説得的ではない。まず法による窃盗の処罰を検討する際のベースラインがどうしてトークン控除ベースラインでなければならないのかは自明ではない。仮に法前の世界の状態つまり自然状態をベースラインにするとしても、比較すべきレヴァントなベースラインは、その自然状態の構成の仕方に依存する。例えばそれを「……継続的な恐怖と暴力による死の危険があり、それで人間の生活は、孤独でまずしく、つらく残忍で短い」(ホップズ, 1954, 211) ものとして構成するならば、トークン控除どころかタイプ控除ベースライン以上に法による規制のない世界と考えても良いかもしれない。もっとも、その場合予測的ベースラインと道徳的ベースラインが一致するか、どちらを取るべきかが問題となるだろう。あるいは、ロックのように自然状態においても相互に権利が尊重され、その限りで各人が所有物への侵害についての処罰の執行を認めるような自然状態を想定すれば(ロック, 2010, 296-311)、むしろレヴァントなベースラインは道徳的ベースラインと一致してやはり窃盗の悉皆処罰になる。現実の法による窃盗の処罰について期待されるのと同じ結果だから、強制はそもそも存在しないことになる。ノージックがトークン控除ベースラインを通常予期される結果として構成するのはかなりの飛躍であり不可解である⁹⁾。

さて、本稿の検討はここまでのところ失敗の積み重ねである。Ⅱ章においてケルゼンとハートの想定する法の強制性の違いを比較し、Ⅲ章で確認したペイルズ、

9) 'Coercion' 論文における窃盗の処罰についてのノージックの議論の不可解さについては Zimmerman (1981, 142-143) 参照。

ノージックらの提起した基本的論点を確認した。それらを踏まえて本章ではケルゼンとハートが考える法の強制性が一時的強制・傾向性強制の区別と合致するかを検討してきた。その結論として次の二つが指摘できる。まず一時的強制とケルゼンの強制概念は制裁の内容については一致するが、法は被執行者の心理的条件と必ずしも関係はないから常に一時的強制が発生するとは限らない。さらに傾向性強制とハートの強制概念もまた完全には一致しない。法は二重の達成が可能である。一時的強制も傾向性強制も強制を達成語として捉えるが、法の強制は達成語とは異なるゆえにその区別と合致し得ない。

これらの失敗はしかしながら、極めて有益である。なぜなら法の強制性、ケルゼン的な害悪の付加とハート的な実力による行為規範の保障に共通する性質を理解するための規準を提供するからである。

3 二重の達成と追い込み説・執行説

一時的強制・傾向性強制の区別は、達成語としての強制概念を前提としていた。それによれば、強制の有無は条件を提示されたものの行動と現実存在した選択肢に依存する。一時的強制であれば相手に腕力で劣っていれば引き金を引かせることはできず、強制は発生し得ない。傾向性強制も同様で、例えば（抱き合わせ1）においてPがQの想定外の行動をとっていれば成功は強制しないし、（抱き合わせ3）のように他の手段を用いて好ましくない条件を回避すれば強制が発生しなかったことになる。

したがって、残念ながら法の強制性の特徴はバイルズの分析に合致しない。仮に事後の制裁が行われるとしてもそれが被執行者にとり強制的かどうかは各行為者の心理相対的な問題に留まる。また、事前の威嚇と事後の制裁を兼ねていることから、制裁を甘受する、あるいは、逃げるつもりで行為規範を犯したとしても、裁判のルールによる制裁の適用が待っているという意味で、単なる達成語ではなく、失敗なき二重の達成語である。

この特徴は、法の強制性を分析する際に、その成立要件ではなく、それが用いる統制手段としての強制を分析するよう促す。被執行者からの心理独立性と二重の達成語という特徴をうまく捉えた強制の概念分析を達成している有望な説が追

い込み説・執行説である。イエフィとアンダーソンはそれぞれ異なる表現の仕方をしていながら強制の概念分析への視点は共通しており、心理独立性・二重の達成語という特徴と矛盾することなく法の強制性を説明する事ができる。

イエフィ (Yaffe, 2003) は教化 indoctrination と強制を類比的に考える。教化は行為者が理由 (非因果的根拠) に対して反応する仕方を操作し、強制は行為者がどのような理由を持つかを操作する。教化も強制も自由を侵害するのは行為者が遵守へと追い込まれる track the compliance からである。

「彼ら [強制者] は、我々が理由を発見し反応する傾向性において幅広く異なっているにも関わらず、我々に選んでほしいものを選ぶよう仕向けるのである。」 (Yaffe, 2003, 353)

強制を設定するものは、相手がどのような傾向性を持っていたとしても皆同じ反応を返すよう、機能的に等価なパターンが発生するよう先回りをする。それによって轍を進む車輪の行き先が轍のパターンによって確定されるように、行為者の行動が一定の反応を返すよう仕向けるのである。

強制をイエフィ以上に徹底して強制する側から理解しようとするアンダーソン (Anderson, 2010) は自説を執行 enforcement 説と呼ぶ。ノージックに代表される見解が当事者の意思への圧力作用に着目するのに対して、アンダーソンは当事者間の実力の差異を背景に行為者を制約するその様態に着目する。その際に典型的に想定される実力とは身体への侵襲を伴う形態の直接的な有形力の行使であるが、中には法的な [能力の] 制限も含まれる (11-12)。強制する側は、この実力の差を作り出したり、既存の実力差を梃子に、被強制者の行為を制限したり、一定の行為をする (しない) ように威嚇したりする (7-8)。このように予防が、社会統制技術に典型的に現れる強制の作用である。

二人の説明は必ずしも同一ではない。実際、それぞれの力点は異なっている。アンダーソンの説明は、法による制裁の執行を念頭に置きつつ、強制を成功・不成功で判別される概念ではなく威嚇による行動の誘導として説明している。他方、イエフィが強制を問題視するのは、ある種の強制による行為者の行為のパターン

化であり、そのことが自由の侵害という道徳的に重大な帰結をもたらすからである。

とはいえ、イエフィとアンダーソンに共通しているのは、強制を達成語としてではなく一定の目的を持ってなされる行為変化の手段とみなす視点である。これは特に、法のように二重の成功を達成できる実力による強制保障を事前と事後の面から捉えることを可能にする。また、被執行者の心理的狀態についても特定の想定をする必要はない。

V まとめ

本稿は、法概念論上の対立が法の強制性・強制概念をめぐる対立でもあるという仮定のもと、ケルゼンとハートの法概念論を比較することから始まった(Ⅱ)。法実証主義者とされる二人は、法体系の構造の基本的な単位(裁決規範か行為規範か)の選択において際立って異なっており、それゆえに法の強制性に異なる位置づけを与えていた。続いて、バイルズとノージックの強制概念分析枠組みを確認した上で(Ⅲ)、一時的強制・傾向性強制とケルゼン・ハートの考えていた法の強制性の違いがどの程度合致するかを検討した(Ⅳ)。その結果、バイルズ＝ノージックの枠組みは基本的に強制を達成語としてみなしているため、法の強制性を理解するには必ずしも適切ではないことが明らかになった。本稿は強制を達成語としてみなすバイルズ＝ノージック的枠組みに対して、追い込み説・執行説が心理独立性を無視せず、かつ達成語の形式に依存しない形での強制概念分析として有望である可能性を示唆して終えた。本稿では統制の手段としての法の強制性、特にハートの考えていた事前の威嚇と事後の適用についての規範的制約を検討することなく終えてしまった。これは筆者の力不足の結果であり、今後の課題としたい。

参考文献

菅野喜八郎(1978)「ケルゼンの強制秩序概念と授權規範論」法哲学年報1977, 1-16頁.

- ケルゼン, ハンス (2014) 『純粹法学 (第二版; 長尾龍一訳)』 岩波書店
- 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
- ホップズ (1954) 『リヴァイアサン (1; 水田洋訳)』 岩波書店 [岩波文庫]
- 三浦基生 (2020) 「強制性と法の問題: フレデリック・シャウアーの *The Force of Law*」 一橋法学, 19 (1), 131-159.
- 森村進 (2015) 『法哲学講義』 筑摩書房
- ロック, ジョン (2010) 『完訳統治二論 (加藤節訳)』 岩波書店 [岩波文庫]
- Anderson, Scott. (2010) The Enforcement Approach to Coercion. *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 5 (1): 1-31.
- Anderson, Scott. (2011). Coercion. In Edward N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition)*. Retrieved from <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/coercion/>
- Austin, John. (1995 [1832]). *The Province of Jurisprudence Determined* (W. E. Rumble, Ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Barnett, Randy E. (2014). *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* (2nd Ed.). Oxford: Oxford University Press. *First edition published in 1998. [(2000) 『自由の構造: 正義・法の支配 (嶋津格・森村進監訳)』 木鐸社*初版訳]
- Bayles, Michael D. (1972). A Concept of Coercion. In J. Roland Pennock, and John W. Chapman (Eds.) *Nomos XIV: Coercion* (pp. 16-29), Chicago: Aldine-Atherton.
- Edmundson, William A. (2012). Coercion. In Andrei Marmor (Ed.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Routledge (pp. 451-466), New York, USA: Routledge.
- Green, Leslie. (2013). The Morality in Law. In Luís Duarte d'Almeida, James Edwards, and Andrea Dolcetti (Eds.). *Reading HLA Hart's The Concept of Law* (pp. 177-207). Oxford: Hart Publishing.
- Hart, H. L. A. (1983). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 49-87). Oxford: Clarendon Press. First published in 1958. [(1990) 「実証主義と法・道徳分離論 (上山友一・松浦好治訳)』 『法学・哲学論集 (59-102頁)』 みすず書房]
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3rd Ed.). Oxford: Oxford University Press. First edition published in 1961*. [(2014) 『法の問題 (第3版) (長谷部恭男訳)』 筑摩書房; (1990) 『法の問題 (矢崎光圀監訳)』 みすず書房*初版訳]
- Himma, Kenneth E. (2020). *Coercion and the Nature of Law*. Oxford: Oxford Uni-

- versity Press.
- Kelsen, Hans. (1945). *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg, Trans.). Cambridge, MA: Harvard University Press. [(1991) 『法と国家の一般理論 (尾吹善人訳)』 木鐸社]
- Lamond, Grant. (2013). Coercion. In Hugh LaFollette (Ed.), *The International Encyclopedia of Ethics*. West Sussex: Wiley-Blackwell.
- Nozick, Robert. (1997). Coercion. *Socratic Puzzles* (pp.15-44). Cambridge, MA: Harvard University Press. First published in 1969.
- Núñez, Jorge E. (2019). The Many Forces in Law: Rational, Physical and Psychological Coercion. In Nicoletta Bersier Ladavac, Christoph Bezemek, and Frederick Schauer (Eds.), *The Normative Force of the Factual* (pp.135-149). Cham, Switzerland: Springer.
- Ryle, Gilbert. (2009). *The Concept of Mind* (60th Anniversary Ed.). Oxfordshire: Routledge. *First published in 1949. [(1987) 『心の概念 (坂本百大・井上治子・服部裕幸訳)』 みすず書房]
- Perry, Stephen. R. (2001). Hart's Methodological Positivism. In J. Coleman (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (pp.311-354). Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, Frederick. (2015). *The Force of Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Wertheimer, Alan. (1987). *Coercion*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Yaffe, Gideon. (2003). Indoctrination, Coercion and Freedom of Will. *Philosophy and Phenomenological Research*, 67 (2), 335-356.
- Zimmerman, David. (1981). Coercive Wage Offers. *Philosophy & Public Affairs*, 10 (2), 121-145.