

ジョセフ・ラズの『法体系の概念』における規範の理論

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2022-09-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大上, 尚史 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/22656

ジョセフ・ラズの『法体系の概念』における規範の理論

Theory of Norms in Joseph Raz's *The Concept of a Legal System*

博士後期課程 公法学専攻 2015 年度入学

大 上 尚 史

OKAMI Naofumi

【論文要旨】

本稿はジョセフ・ラズの初期の著作『法体系の概念』（1970）における規範の理論の特質を浮き彫りにすることを目的とする。『法体系の概念』で提出された規範の影響力説は、その難解さと合わせて、彼の主著であり、「排除理由」というその後のラズの実践哲学における最重要概念が提示された『実践理由と規範』（1975）で早々に放棄されたこともあって、顧みられることがなかった。

ラズの改説の理由を突き止め、規範の性質の手がかりを排除理由に求めることにどのような意義があるのかを探る準備作業として、本稿では『法体系の概念』と『実践理由と規範』で共通に扱われている義務賦課規範、権能賦与規範、許可規範に焦点を当て、規範の影響力説の解明を試みる。

【キーワード】 規範, 批判的反応, 影響力, ○ 規範, ○ 権能

【目次】

- I 本稿の関心
- II 規範の実践説
- III 規範の影力響説
- IV おわりに

I 本稿の関心

私はかつて「ジョセフ・ラズの行為理由の論理学における規範」と「行為理由の論理学における

法体系」という2つの論文¹で、ラズが『実践理由と規範』（以下 *PRN* と略記する）²で展開した規範の理論と法体系論の紹介と検討を行った。そのときには紙幅の関係上、彼の最初の著書である『法体系の概念』（以下 *CLS* と略記する）³において提示された規範の理論や法体系論といかなる関係にあるかについては立ち入らなかった。本稿では、このやり残した仕事の準備作業として、ラズが *CLS* で提示した規範の理論に焦点を当てる。特に、*PRN* でも扱われていた義務賦課法（または命令規範）、権能賦与法、許可法⁴を中心に、ラズの規範の理論を、彼が強く影響を受けている H. L. A. ハートの『法の概念』におけるルール分析と比較しつつ、その特徴を浮き彫りすることがねらいである。以下、Ⅱでは、ラズが自身の規範分析の出発点とする、H. L. A. ハートの規範またはルールの実践説（practice theory）を検討する。Ⅲでは、実践説が示す義務の特徴に基づいて提出されるラズ自身の理論（規範の影響力説⁵）を紹介、検討し、ハートとラズの規範理解の違いを示す。

Ⅱ 規範の実践説

(1) 社会的ルールと、規範の実践説

ラズは、ハートのルールの実践説から、義務賦課法（ラズは、duty imposing law を略して D 法と表記する）の性質を読み取ろうとしている。特に、ラズが知りたがっているのは、第一に、どのような場合に法創造行為は（我々に）義務を課すか、第二に、どのような場合にある法素材（その

¹ 拙稿「ジョセフ・ラズの行為理由の論理学における規範」法学研究論集（明治大学大学院）53号（2020年）45-61頁、「行為理由の論理学における法体系」法学研究論集（明治大学大学院）54号（2021年）1-19頁。

² Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (2nd ed., Oxford University Press, 1999). 以下本文および脚注で *PRN* と略記して引用、参照箇所を示す。

³ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System : An Introduction to the Theory of Legal System* (2nd ed., Clarendon Press, 1980). 以下 *CLS* と略記して、本文および脚注で引用、参照箇所を示す。邦訳として、ジョセフ・ラズ、松尾弘訳『法体系の概念——法体系論序説 [第2版]』（解説追補版、慶應義塾大学出版会、2011年）がある。以下、本稿では引用に際して原文に付された注は省略した。また、必要に応じて、訳を変更し、〔 〕として補足を付している。

日本の法哲学者による *CLS* の紹介、検討として、中村晃紀「法体系の概念——ジョセフ・ラズの法体系理論——」『法哲学年報（1974）』（1975年、有斐閣）147-161頁、深田三徳「法の個別化と法体系の構造論——J・ラズの見解の紹介とドゥオーキンの批判を中心に——」同志社法学 29巻6号（1978年）1-38頁、*PRN* で論じたラズの規範の理論の紹介、検討として、深田三徳「法規範と法体系——イギリスにおける最近の議論の紹介と検討——」『法哲学年報（1977）』（有斐閣、1978年）52-71頁がある。中村の著作は研究ノートであり、ラズの規範の理論を紹介しているが、立ち入った考察はなく、深田の著作はラズの理論を極めてバランスよく紹介、検討しているが、本稿の関心である規範の理論に焦点を当てていないせいか、私が重要と考えている O 規範（後述Ⅲ（2）参照）には触れていない。

⁴ ラズは *CLS* の中でこれらの法のほかに、権利を設定する法（right-instituting law）についても述べているが、本稿では扱わない。ラズが *PRN* で権利について述べていないからである。

⁵ 私がラズの *CLS* での規範の理論を影響力説と呼ぶのは、彼が *PRN* において影響力（influence）という概念を用いて規範を説明したと振り返っているからである。そこでは影響力説を放棄したとも述べている。*PRN*, 207 参照。同箇所では、ラズは、（出典を明かしていないが）ホップズやスピノザなども規範の影響力説を主張していたとする。

典型例は制定法の条文)を義務を課すものと解釈してよいか、という問いの答えである⁶。

ラズが参照する規範の実践説はハートが自分でそう呼んだのではない。そして(今や誤解があるようだが)規範の一般理論として提出したのでもない。おそらく名付け親は、ラズであり、PRNの第2章の冒頭の節の表題となっている。ここでは基本的にCLSでのラズの理解に従って実践説を説明していく。

規範の実践説は、ハートが『法の概念』の中で社会的ルールの性質を説明するときに用いた説明である⁷。法も社会で通用するルールであるという意味では、社会的ルールと言ってよいかもしいないが、『法の概念』を読めば、ハートが実践説で説明しようとしたのは、法ではなく、あくまで社会的ルールであったことは明らかだと思う⁸。ラズはそれを知りつつ、法的でない社会的ルールであるところの、義務賦課ルールの説明から、法的なそれを説明するために必要な要素を取り出したのである。

以下で検討するのは、義務を課すタイプの比較的単純な社会的ルールについての実践説による説明である。そのポイントをラズに従ってまとめると次の6つになる。(以下、本稿全体を通して多くの定義が登場する。それは事実を報告したり記述したりするものに見えることがあるが、そうではなく、単に定義の提案だと理解すべきものであることに注意されたい。)

義務を課す比較的単純な社会的ルールの定義：

ある者がある状況Cにおいて行為Aをすべきだという社会的ルールが一定集団内に存在する必要十分条件は、次の6つの条件を満たすことである。

- ① たいていの場合に、その集団のメンバーがある状況Cにおいて行為Aをすること。つまり、CにおいてはAすることが集団での規則的な行動パターンであること。
- ② その行動パターンに従わないメンバーはたいてい、集団の他のメンバーによる批判的反応を受けること。批判的反応は、逸脱した行為に対する口頭での批判、口頭やその他の方法による敵意や疎外の表明、果ては物理的な暴力というかたちで示される。行動パターンからの逸脱は、批判的反応の契機である。もっとも、批判的反応がつねに同じ理由によって生じるとは限らない。

⁶ CLS, 147, 邦訳 173 頁参照。

⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd ed., Oxford University Press, 2012, 1st ed, 1961), pp. 55-57 (3rd ed.), 54-55 (1st ed.) (以下 CL と略記して、断りがない限り第3版からその引用参照箇所を示す), H. L. A. ハート, 長谷部恭男訳『法の概念』(ちくま学芸文庫, 2014年), 103-107頁参照。(ラズが参照しているのは『法の概念』の初版である。)また、ハートがCLの中で義務(obligation)を主題としている箇所として、5章2節「義務の観念」、8章2節「道徳的義務と法的義務」、10章2節「義務とサンクション」がある。

⁸ CL, 55-57, 邦訳 103-107 頁参照。ハートは、ルールと習慣の類似点と相違点を説明したあとで、「法の話に戻ろう」(CL, 57, 邦訳 107 頁)と述べているから、ルールと習慣を区別する特徴のいくつかが法に当てはまるとしても、それまでは法の話をしていなかったことになる。

③ そのような批判的反応が、批判されたメンバーを含めて、集団のほとんどのメンバーから正当で (legitimate) 異論の余地がないと一般的にみなされていること。つまり、批判的反応を表明するメンバーは、集団の他のメンバーから批判的反応をしたことを理由に批判的反応を受けないこと。

④ 上記①～③の条件の存在が集団内で広く知られていること。

状況 C において行為 A をするべきだというルールが義務を課すルールであるための十分条件は、次の 2 つの場合を満たすこと。

⑤ 批判的反応によって表明された社会的圧力が、比較的深刻であり、かつ、

⑥ そのようなルールによって指令された行動が、義務を負う者の願望とたいいてい衝突すること。

(以上, *CLS*, 147-148, 邦訳 173-175 頁。)

ラズの理解では上記の 6 つの条件のうち、①～④はどんな場合に社会的ルールが存在するのか、⑤と⑥はそのルールが義務を課していると言えるのはどんな場合かを教えてくれる。①から④の条件を満たせば、飲食店は午後 8 時で閉店すべきだが、⑤と⑥が満たされなければ、そうする義務はないことになる。

それに対して、ハートは社会的ルールと習慣 (habit) を区別するという文脈 (前掲注 8 参照) で上記の指標を提出しており、「ルールが義務を課すかどうか」に焦点を当てているわけではない。だから、ハートは、ラズがしたように①から④は社会的ルールが存在するための条件であり、⑤と⑥はそれが義務を課すルールであるための条件であるという分析には必ずしも賛同しないであろう。

ラズの理解では、①～④からすると、社会的ルールが存在するということは、ある集団の人々が規則的な行動パターンをとっており、それからの逸脱に対して批判的反応を示すという、実践が成立していることである。それがハートの立場を実践説とラズが呼ぶゆえんである⁹。⑤と⑥はある社会的ルールが義務賦課ルールである条件である。⑤は、社会的ルールの存在条件である、行動パターンからの逸脱に対する批判的反応について、その強度が一定程度高いことを要求する。⑥は、文字通りに理解すれば、ルールが要求する行動が、行為者がしたいことと一致しない (例えば、ルールが要求する納税と、行為者が納税せず自分の趣味にお金を費やしたいということは衝突する) ことが蓋然的だと述べているようだが、このラズによるハート解釈には無理があるように思う。ハートが言いたかったことは、ルールが要求する行為 (義務) が、行為者の願望と衝突する可能性が常にある (standing possibility of a conflict) ということであって¹⁰、たいいてい衝突するというのではなく、また衝突するからといって願望を優先して義務を果たさなくてもよい、などとい

⁹ *PRN*, 49-53 参照。

¹⁰ *CL*, 87, 邦訳 149-150 頁参照。

うことにはならないということである¹¹。要するに、私の理解では⑥はそれほど重要な条件ではない。重要なのは、⑤であり、社会的ルールが義務を課すものとみなされるかどうかは、批判的反応の強さに依存する程度問題だということになると考えられる。

さらに重要なことはこれが、法体系に属するルールという意味での法的ルールの説明ではないということである。周知のように、ハートは高度に発展した法体系は、義務を課す一次的ルールと権能を賦与する二次的ルールとから構成されると主張した¹²。そのような法体系には二次的ルールの一種である承認のルールがあり、どの規範が当該法体系の法であるかを判定する基準の役割を果たす。ハートが念頭に置く法体系では、あるルール R は、承認のルールをパスすると、法的ルールだとみなされる。その結果、R は、ラズが『法の概念』から読み取った上述の 6 つの条件を満たさずとも、義務賦課ルール（しかも社会的ルールではない）でありうることになる¹³。

それでは、なぜラズは、義務を課す法的ルールではなく、義務を課す社会的ルールに注目するのか。それは、ある特定の法文を見て、それが義務を課しているのか否か判然としない場合があり、それに関しては法的ルールと社会的ルールを区別する理由がないからである。例えば、「 ϕ せよ」と命じる法文があったとして、これは ϕ する義務を課しているのか。 ϕ しなかったときに、制裁が科されないとしても、 ϕ する義務はあるのか。ここでのラズの関心は、ハートを手掛かりに、あるルールが義務を課すか否かの（有用な）基準を抽出すること（ができるのかどうか）にある。

ここで、車のスピード違反を例にとってみよう。標識は制限速度 60 キロを要求しているが、だいたい運転手が 70 キロ以下で走行するとしよう。すると、制限速度 60 キロという規則的行動パターンはなく、あるのは制限速度 70 キロという規則的行動パターンである。だから制限速度 60 キロについて、上記の条件①が満たされず、スピード違反に対する人々による批判的反応の有無に関わらず、標識上の制限速度を守る義務はない、ということになる。他方で、仮りに①が満たされ、警察は速度違反者を 60 キロを基準に取り締まるとしよう。（ほとんどすべての殺人犯が処罰されるのは異なり）標識上のスピード違反者のうち、取り締まりを受けるのは不運な少数者にすぎない。したがって、実践説に基づくと、スピード違反者に対する批判的反応は、義務を賦課するほど深刻なものではないということになる。

ところが、60 キロの場合に比べると、70 キロで走行して事故を起こした場合に対する批判的反応はより激しいものとなる。だいたいの人が標識上の制限を守らず 70 キロ以下で走行するにもかかわらず、事故を起こした場合にはスピード違反に対しても批判的反応が加えられる。すると、実践説では、事故を起こす 70 キロ走行のドライバーは、60 キロ以下で走行する義務があったことになる。要するに、実践説に基づくと、（我々の常識に反して？）事故を起こす人だけが 60 キロで

¹¹ 刑法規範や不法行為に関する説明であるが、CL, 27, 邦訳 62 頁参照。

¹² CL, 91-99, 邦訳 155-166 頁参照。

¹³ 他方で、承認のルールは、（やや単純化して理解すると）法の妥当連鎖を遡ると最終的に行き着くルールであるから、承認のルールを妥当なものとするさらなるルールはない。だから、ハートは、承認のルールは、実践されることによって、存在するようなルールだとみなした。CL, 110, 邦訳 182 頁参照。

走行する義務を負うことになる。(誰が義務を負っているのかは、事故が起こってみるまで分からないが。)

Ⅲ 規範の影響力説

本節では、義務賦課規範、権能賦与規範（または power conferring law を略してラズは P 法と呼ぶ）、そして許可法（M 法）の分類を検討する。ラズは、ハートの規範の実践説に基づいて義務賦課規範を分析した後で、後述する影響力に基づく O 規範という独自の概念を用いて、義務賦課規範と権能賦与規範に対して統一的な説明を与える。他方で、許可は規範ではないとして行為を指導しないものと位置づけている。

(1) D 法

ラズは上述のハートの社会的ルールの分析から義務賦課規範がもつ次の 3 つの特徴を抽出する。(以下 D 法、義務賦課法、義務賦課規範という表現がたびたび出てくるが、基本的には「 ϕ せよ」と命じる規範を意味する。目下問題となっているのは、「 ϕ せよ」と命じる法を、義務を課すものとみなすための条件である。後に「 ϕ しない場合には、制裁を科せ」と規定する S 法が出てくる。S 法に裏付けられた D 法が、義務を課すとみなされる。つまり、ラズにおいては、D 法を義務賦課法と呼ぶときには、S 法の存在が暗に前提されている。)

D 法の 3 つの特徴

- ① ある行為¹⁴が(社会的)義務として一定の人々に課される場合には常に、その行為をしないほうが(他の条件が等しければ)その行為をするよりも望ましくない(less eligible)ものとする要因が存在し、それが義務を果たす普通の原因(reason)を提供する。この要因とは、批判的反應を受ける見込みである。
- ② 義務を果たす普通の原因を構成する諸事実は、その存在について、人間の自発的行動〔その例は一般市民が示す批判的反應、役人による制裁¹⁵など〕に依存する。そうした自発的行動は、少なくとも部分的には、義務がまだ果たされていないという事実によって、惹起され、または動機づけられる。
- ③ 義務賦課ルールの存在は、批判的反應からなる持続的で複雑な行動パターンに依存する。批判的反應は、当該義務賦課ルールが存在する集団の大部分のメンバーに及び、そのメンバーである第三者(bystanders)によって正当である(legitimate)とみなされる。

¹⁴ 著述の便宜上、以下では、不作為(義務)であっても、作為義務で代表させる。

¹⁵ 後述するが、役人の中には裁判官や警察、執行官などが含まれる。制裁は、刑事罰だけでなく、損害賠償等の民事制裁も含まれる。

(以上, *CLS*, 150, 邦訳 176 頁。)

ラズが挙げる例を引くと、指を火の中に入れるとやけどするという事実は、(一般的に言って、やけどする——ここではやけどが批判的反応とみなされている——のは嫌であるから)指を火に入れない理由であるというように、ある行為の仕方を適当でないものとする継続的事実があれば、①の特徴が見出せる¹⁶(のでこの特徴は規範に特有のものではない)。義務賦課規範に引き付けて言えば、それが課す義務を果たさないことは、批判的反応を呼び起こす。批判的反応を避けたいということが普通の理由となって義務が要求する行為が行われる。

ラズによると、規範について語りうるのは(①に加えて)②が存在する場合、義務が課されるのはさらに③が存在する場合である¹⁷。規範は、行為を指導する基準である。ある行為は、それをしなかったときに批判的反応、特に(負の)サンクション(次段落参照)を受けるがゆえに、すべき行為となる。つまり、批判的反応やサンクションのゆえに、義務が存在する。法が「 ϕ すべし。さもなければ、制裁を科す」と定めている場合、 ϕ がすべき行為であり、義務であるのは、サンクションが課されるがゆえである。②ではじめて規範を語ることができるのは、義務を果たす普通の理由が、義務を果たさなかったときに待ち受けている批判的反応を避けたいという思いによって行為を動機づけられるという点に、行為を指導するという規範の本質が見いだされるからである。

最後に③について。法においては③の存在は当然のことだとされる。法の特色は、批判的反応が、組織されたサンクションという形態になっていることにある¹⁸。つまり、役人が制裁を科すという、法適用活動である。ラズは(法的な)サンクションと(その他の)批判的反応の重要な相違点として次の4点を挙げている¹⁹。第一に、サンクションは、法的権利や地位の剥奪、義務の賦課、生命、自由、健康、所有物の剥奪、その他の手段である。第二に、サンクションの執行は、その妨害を防ぐための実力行使によって、保障される。第三に、サンクションの性質(誰が、どんな手続を経て、いつ執行するか)が法で比較的正確に決められている。第四に、法的サンクションの適用は組織化されており、裁判所や警察などによってサンクションの適用が規律される。この区別に基づくと、公的機関は、法違反者に対して法的なサンクションによって反応する場合と、上司が部下を叱責するように非公式に批判的反応を示すことがある。①に引き付けて言えば、人々が法的義務に違反した場合には、役人がサンクションを適用する、つまり、サンクションを課されることは(一般に人々にとって不利益であることが多いので)、人々にとって法的義務違反を望ましくないものとする要因である²⁰。②の観点では、サンクションが人々にとって不利益であることが義務を果

¹⁶ *CLS*, 150, 邦訳 176 頁参照。

¹⁷ *CLS*, 150, 邦訳 176 頁参照。

¹⁸ *CLS*, 150, 邦訳 177 頁参照。

¹⁹ *CLS*, 150-151, 邦訳 177-178 頁参照。法は単なる批判的反応よりも、義務違反に対するサンクションの適用を確実なものとしようとするので、行為を指導する性質を強めようとしている。

²⁰ *CLS*, 150, 邦訳 177 頁参照。

たす普通の理由となって、行為を指導する²¹。ラズによると、こうしたサンクションの中には、刑事罰だけでなく、民事上の救済手段（原状回復、損害賠償など）も含まれる²²。

ところで、サンクションが伴わない法的義務はあるのだろうか。ラズは、サンクションを定める法をS法と呼ぶ。日本の刑法のように「 ϕ したものは、Sに処する」という規定は、サンクションを定めるS法である。（この場合、D法は「 ϕ するな」という義務を課すものとみなされる。）（さらに、ラズは、サンクションの適用を義務づける法をDS法、サンクションの適用を許可する法をMS法として区別する²³が、本稿にとっては些末な区別であるからこれ以上立ち入らない。）

結論から述べると、名宛人が一般市民であるD法の存在はすべて、対応するS法の存在に依存する²⁴。つまり、市民が法的義務を負う必要十分条件は、その違反に対してサンクションが規定されていることである。それに対して、役人に対して向けられたD法には対応するS法がないものもある。

上述の説明では「 ϕ すべし」と命じるルールが義務を課すものであるかは、批判的反応やサンクションの裏付けがあるかどうかによって依存するのであった。ラズによると、法が義務を課しているかどうかを決める際に、一般市民の批判的反応も意味をもつことがあるが、特に重要なのは、法適用機関——ラズは裁判所を重視している²⁵——のサンクションである。

ここでは、お金を支払うという例を挙げてみよう。日本の刑法では、他人の財物を窃取した場合の刑罰として罰金刑が規定されている。これは「盗むな」と命じているのであって、「お金を払ったら盗んでいいですよ」と言っているわけではないと普通は理解されている。他方で、日本の税法では、不動産の所有者は固定資産税を支払わなければならない。これは「不動産を所有するな」と命じているのではない。罰金の支払いも税金の納付もお金がかかる——どちらもたいていの人にとっては不利益になる——という点では共通しているが、罰金を科すことだけが義務を課すサンクションだとみなされている。（役人によるサンクションに比べると重要度は下がるが）一般市民の批判的反応としても、他人の財物を窃取することは非難を呼び起こす（そして、窃取しないことが義務だとみなされている）が、不動産を所有しても非難されない（ので、不動産を所有しないことは義務だとみなされていない）。（D法に対応する）S法とみなされるのは、税を課す法でなく、罰金を規定する法である。ここでのD法は「他人の財物を盗むな」であり、S法は「他人の財物を窃取した者には罰金を払わせよ」である。罰金刑は法適用機関が科すサンクションであり、一般人による批判的反応は、窃盗犯に対する（口頭の、あるいは暴力的な、またはその他の）非難である。

²¹ CLS, 150, 邦訳 177 頁参照。

²² CLS, 152, 邦訳 179 頁参照。

²³ CLS, 156, 邦訳 182 頁参照。

²⁴ CLS, 156, 邦訳 183 頁参照。ラズの理解では、S法は、対応するD法が存在しなければ、存在しえないので、サンクションを科そうとするだけの法は存在しえないということになる。

²⁵ 「法適用機関の批判的反応は、裁判所が判決を下す際の判決理由の中に最も特徴的に表現されている。」CLS, 152, 邦訳 179 頁。批判的反応とサンクションの違いについては注 19 に対応する本文で述べた。

すべてのD法が対応するS法をもつのかという検討に移ろう。ラズによると、対応するS法がなくても（つまり、違反に対して役人によるサンクションの賦課がないとしても）、（一般人や、職階制度上の上位者からの叱責といった）批判的反応がある場合には、義務を課すものとみなせる場合がある²⁶。それを判定する決定的な基準はないが、権限踰越行為や権限濫用行為をした場合に（S法がなくサンクションが科されないとしても）そういった行為が良い結果をもたらしたかどうかとは無関係に、「ルールに反した」という理由で非難されるときには、S法の裏付けのない法的義務の存在が示唆されるとする²⁷。

すでに明らかなことだが、法的ルールは、IIで検討したハートの社会的ルールと違って、その存在のために人々の規則的な行動パターンを必要としない。立法府が法を制定しさえすれば、法的ルールは、一度も従われる機会がなくとも、存在する。それが義務を課すものになるのは、違反に対して役人がサンクションを科すことによってである。今問題となっているのは、この「役人がサンクションを科す」という条件が満たされないのに、義務賦課法が存在するかということである。立法府がある法Lを制定したが、サンクション規定（S法）は制定しなかったというときに、LをD法と解してよいのはどういう場合なのか。

ここでは、被疑者を起訴する検察官を例に挙げてみよう。日本の刑事訴訟法では、検察官が公訴を担当するが、一定の条件下では「起訴しないことができる」。検察官は、被疑者を起訴するか否かについて裁量をもつ。ところで、検察官も裁量の行使を誤り、起訴すべき者を起訴しないということがある。例えば、大物政治家が選挙区の地方議員を買ったという公職選挙法違反の事例で、検察官が、ヤミ司法取引をして、買われた地方議員からその政治家によって買われたという証言を聞き、犯罪の実態を調べる見返りとして起訴しなかった場合には、起訴裁量の行使を誤ったといえよう。検察官は起訴しなかったことに対して刑事罰を科されない。その意味で、この裁量行使は、法的サンクションの裏付けがない。しかし、不適切な裁量行使には、検察審査会や一般市民からの批判的反応がある。検察審査会は、検察官の不起訴処分を審査し、起訴相当判断を二度下すと、被疑者は強制起訴される。検察審査会が下す起訴相当（または不起訴不当）判断は、検察官の不起訴判断に対する批判的反応である。それは、検察官が、被疑者を起訴すべきかどうかを、彼を有罪にできるかどうかで決めているという（刑罰法令の適用だけに偏った）裁量行使の在り方が、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する」〔圏点は大上〕という刑事司法の理念を掲げたという刑法1条に反するという批判なのである。要するに、起訴裁量の行使には、何の制約もないというわけではない。このような批判は、法的サンクションの裏付けがなくても検察官の裁量行使は、刑訴の理念にもとるような起訴裁量の不行使をしないように検察官は義務づけられていると示唆する。（他方で、一般市民からの批判的反応もある。例えば、被買収者を見逃すことは、半分は買収を認めるようなものであり、それは金で当選を買うことを認めるようなものなの

²⁶ CLS, 153-154, 邦訳 180-181 頁参照。

²⁷ CLS, 154, 邦訳 181 頁参照。

だから、民主主義の根幹が揺らぐと批判されたり、また、公選法によれば、買収者だけでなく、被買収者にも刑事罰が科されることになっているにもかかわらず、見逃したという場合には、検察官は、不適切な裁量行使をしたとして批判されるだろう。日本版司法取引では、公選法は対象でないから、このようなヤミ取引に基づく不起訴処分は、「ルールに反した」といえるかもしれない。)

まとめると、「 ϕ すべし」と命じるルールが、 ϕ する義務を課しているかどうかは、批判的反応によって決まる。名宛人が一般市民である場合には、D法の存在はすべて、対応するS法の存在に依存するが、役人を名宛人とする「 ϕ せよ」と命じるD法の場合には、対応するS法がなくとも、検察審査会のような公的機関や一般市民による批判的反応があるなら、当該D法を義務を課すものとみなすことができる場合がある。

(2) O 規範

ところで、ラズによると、上記の義務賦課法 (D 法) も後述する権能賦与規範 (P 法) も、次のように定義される O 規範²⁸ の派生物にすぎない。

O 規範の定義：

- ① ζ は行為状況 (act-situation) を表し、行為者がある状況 C_1 においてある行為 A_1 をすることである。
- ② γ も行為状況を表し、ある行為者が C_2 において A_2 を行うことである。
- ③ ρ は、任意の包括的事態を表す。
(後述するが、 ρ は、 ζ や γ をした後に発生する何らかの事態である。)
- ④ O 規範は、 $\zeta + \rho$ と表現され、その読み方は、「行為者は C_1 において A_1 することにより、 ρ についての O 権能 (power) をもつ」である。つまり、O 規範は、O 権能を賦与する規範である。

(以上、CLS, 159, 邦訳 187 頁参照。番号は大上による。)

あらかじめ注意点を指摘しておく、ここでの権能は、分析法理学でよく見かける法律関係や規範的地位を変更する power ではなく、何らかの事実的状况を発生させる因果的な影響力 (influence) としての power である。これが私がラズの規範の理論を影響力説と呼ぶ理由である。O 規範を用いた影響力説は次の 3 つの段階から成る²⁹。

²⁸ 'O' が何を表すかは原文からは明らかでない。意味から判断すると 'original' が適しているのだが、別の文脈で original law (norm) という表現が出てくるので、適当に付けたものであろう。また、ラズは、O 規範を、ギリシャ文字 ζ (ゼータ), γ (ガンマ), ρ (ロー) を使って説明するが、それは、P 法, P 規範, PR 権能, PL 権能などの 'P' を使った略記表現と区別するためであろう。

²⁹ CLS, 159-160, 邦訳 187-189 頁参照。

○ 規範を使った規範の理論：

第一段階：普通の理由 (standard reason) の存在

次の3つの条件が満たされる場合に、ある行為をする普通の理由が存在する。

- ① ζ の一例 (an instance of ζ) が発生したことが、引き続いて ρ の一例 (an instance of ρ) が発生する相当の蓋然性を与えること。
- ② 行為者 (すなわち、任意の機会に ζ をする人) はたいてい①について知っていること。
- ③ ζ の一例に引き続いて ρ の一例が発生することは、行為者の視点で、望ましいか望ましくないかのいずれかであることが非常に頻繁であること。

(以上, CLS, 159, 邦訳 187 頁。)

以下でも行為状況——一定の状況で一定の行為をすること——(ζ , γ) の一例という表現が何度か出てくる。ラズは説明していないが、 ζ , γ , ρ は、集合の名前を、その一例は集合の元を表しているとみてよい。ラズはこの定義の説明では「の一例」という表現を断りもなく省略しているから、集合と要素の区別をあまり重要視していないのかもしれない。

行為者が、ある行為 ζ をすると何らかの事態 ρ が発生し (①)、そのことを行為者がたいていは知っている (②)。 ρ は行為者にとって望ましかったり望ましくなかったりするから (③)、 ρ は行為者が ζ をする、またはしない普通の理由となる。ラズは、「普通」(standard) の意味を説明していないが、おそらく、人がある行為をすべきかどうかは、その行為がもたらす結果が自分にとって利益になるかどうかという帰結主義的な考慮で決まるのが普通だとラズは考えているのであろう。

この普通の理由の存在についてラズが挙げる例を見てみよう。部屋が寒いという状況で暖房をつける (ζ) と、部屋が暖かくなる (ρ)³⁰。寒い部屋にいる者 (ここでは暖房をつけようとする行為者) にとって部屋が暖かいことは望ましいことなので、 ρ は ζ をする普通の理由になる。逆に、 ζ が ρ を引き起こすとしても、真夏には ρ は望ましくないので、 ρ は ζ をしない理由である。(「寒い状況で暖房をつけること」と「真夏に暖房をつけること」とは別の行為状況である。)

先に見た ○ 規範の定義との関係では、行為者は暖房をつけるという行為 ζ によって、部屋が暖かくなるという事態 ρ を発生させることができるので、彼は ρ について影響力 (権能) をもつ。もっとも、この第一段階だけでは行為の理由があるというだけで、規範の存在を語ることは至らないが。実際、暖房をつけることについて規範を語ろうとは誰も思わないであろう。ラズがこの第一段階で言いたいのは、ある行為 ζ が何らかの状態 ρ を引き起こす場合 (つまり、 ρ を発生させるかどうかは行為者次第だという場合) に、行為 ζ の理由は、行為者が ρ を引き起こしたいかどうかにかかっているということである。

また、③は前述した義務賦課法の説明を想起させる。 ϕ せよと命じる規範は、 ϕ しなかったとき

³⁰ CLS, 159, 邦訳 187 頁参照。正確には「 ζ の一例」とすべきであるが、著述の便宜上、「一例」は省略する。

に発生するサンクションに裏付けられることで、行為を指導する。現代社会では、刑法上の義務を果たさないこと（ ζ ）は、ほとんどもなく刑罰（ ρ ）を発生させるであろう。刑罰を科させることは、一般的には不利益となり望ましいことではないので、 ζ に引きつづいて ρ が発生することを知る者にとっては、 ζ をしない普通の理由となる。

第二段階：前規範的状况

- ④ ρ が γ をすることのすべての例と同一であるかまたは γ したことの帰結であり、かつ、 γ の一例が ζ をする全事例に引き続いて発生しやすいこと。
 - ⑤ ζ をすることは、 γ をする理由であるか、 γ をする動機の一部であること。
 - ⑥ 条件④と⑤が満たされていることを、 ζ をする者が知っていること。
- (以上、CLS, 160, 邦訳 188 頁。)

ζ をすると、 γ をすることになり、それが ρ を引き起こす(④)。前述の普通の理由の存在に関する第一段階の条件が満たされていることを前提にすると、 ρ の望ましさや望ましくなさは、 γ をし、またはしない普通の理由となる。 ρ が行為者にとって望ましいことだとすると、④から γ は ζ の後に発生しやすいのだから、 ζ をすることが γ をする理由(の一部)となる(⑤)。

先の暖房の例をラズはここでも用いている。親が子どもに暖房をつけるようお願いして(ζ)、子どもが暖房をつける(γ)と、部屋が暖かくなる(ρ)³¹。親は、子どもが暖房をつけること(γ)によって、部屋が暖かくなること(ρ)を知っており(④⑥)、また自分がお願ひすれば(ζ)、子どもが暖房をつけてくれる(γ)と知っている(⑤⑥)。親は ζ をすることによって、子どもに暖房をつけ(γ)させた結果、部屋を暖かくした(ρ)がゆえに、親は「 γ と ρ について」³²影響力(O権能)をもつ。注意すべきことに、 ζ の行為者は、最終的に発生する事態である ρ に対して影響力をもつだけでなく、別の行為者が γ することに対しても影響力をもっている。定義上、 ζ の行為者は、 ρ について影響力をもつためには、 γ についても影響力をもっていないといけない。

もう一例挙げると、客が客間で寒そうにコートを着ている(ζ)と、主人がそれを察して暖房をつけ(γ)、部屋が暖かくなる(ρ)³³。客は、主人の気が利く性格を知っており、つまり、寒そうにしていれば(ζ)ば、暖房をつけてくれる(γ)と知っており、それによって ρ を引き起こしたのであるから、 γ と ρ の発生について影響力(O権能)をもつ。

³¹ CLS, 160, 邦訳 188 頁参照。ここではわかりやすくするために親が子にお願ひする例に変えた。ラズ自身の例では行為者は明記されていない。

³² CLS, 160, 邦訳 188 頁。

³³ CLS, 160, 邦訳 188 頁参照。

第三段階：規範の存在

上記6つの条件が満たされた上で、次の二つの条件が満たされると、規範が存在すると述べる事が正当化される。

- ⑦ ζ の諸例の遂行の結果、 γ の諸例を遂行することは、様々な機会に、一定の住民の大多数のメンバーの積極的参加や黙認と関わること。
- ⑧ 条件⑦が満たされていることを当該住民が広く知っていること。
(以上、CLS, 160, 邦訳 188 頁。)

第二段階の例から明らかなおりに、ラズは、 ζ の行為者と γ の行為者は別人であると暗に想定しているようである。⑦と⑧から分かることは、 ζ の後に、 γ が引き続いて起こることが、集団的に受け入れられているということである。

第二段階での例を再び用いると³⁴、(O) 規範が存在すると言いうるには、親が子どもに暖房をつけるように言って (ζ)、子どもが言いつけどおりに暖房をつける (γ) こと——つまり、子どもが親の言うことを聞く、親が子どもについて影響力をもつこと——という実践が、他の集団のメンバーから黙認されていたり (つまり、子どもに暖房をつけさせても批判されない)、他の親子もそのような実践を行っている (他の集団のメンバーがこの実践に積極的に参加している) 場合に (かつ、そのことを多くの人知っている (⑧) 場合に)、O 規範、すなわち「親は、子どもに暖房をつけてお願いすることによって (ζ)、子どもに暖房をつけさせ (γ)、部屋を暖かくする (ρ) 場合に、 γ と ρ について O 権能を賦与する規範」について語る事ができる。

以上が、規範の影響力説の要諦である。 ζ のあとに γ が発生し、 γ のあとに ρ が発生するという、いくつかの事態が連鎖的に発生する場合に、言い換えると、最初の行為者 (ζ をした人) に、 γ や ρ についての影響力 (権能) がある場合に、さらに ζ をした者が属する集団の他のメンバーたちも ζ や γ をしたり、それをすることに公然と異を唱えないという場合に、 ζ をする者に γ や ρ についての権能 (影響力) を賦与する O 規範があると言いう事が正当化される。3つの段階の諸条件は、規範の存在の必要条件であって十分条件ではないということであろう。

ここでなぜ O 規範は規範と呼ばれるのか疑問に思われるかもしれない。この肝心なことをラズは説明していない。O 規範は、O 権能を賦与する規範であるから、我々はこの疑問の解決を、権能賦与法を終えるまで待たねばならない。あらかじめ私見を述べておけば、以下で見るように、O 規範が規範であるのは、O 規範を使って D 法と P 法を説明できるその限りにおいてである。

³⁴ ラズ自身は第三段階では暖房ではなく、食料配給の例を挙げている。子どものために食料を求めると (ζ)、担当者が食料をもってきてくれて (γ)、その結果、食料を獲得できる (ρ)。CLS, 161, 邦訳 189 頁参照。本文でこの例を取り上げなかったのは、暖房の例を一貫して用いた方が、わかりやすいと考えたからである。

(3) D法とO規範

O規範からその他の規範が派生するという事は、言い換えると、いくつかの行為者の行為に続く、他の行為状況や、何らかの事態が連鎖的に発生するという影響力の観点からD法やP法を説明することができるということである。

上述したとおり、O規範は「 $\zeta + \rho$ 」と表される。 ζ をすることで ρ を発生させる者は、 ρ についての権能をもつ。(ここでは γ がないがO規範の定義の第二段階④から γ が即 ρ となる場合がある。そのとき ρ は行為状況を表すことになる。) ζ することを命じるD法も同じように説明できる。ラズは次のような記号表現を導入する³⁵。

- ① $\zeta!$ 「 ζ をすることが命じられている」と読む。
- ② $\zeta! \rho$ 「 ζ は、苦痛 ρ を裏付けに、命じられている」と読む。
- ③ $\neg \zeta$ 「 ζ をしないこと」を表す。
- ④ $\neg \zeta + \rho$ 「 ζ しないことが、 ρ を発生させる」(O規範の定義「 $\zeta + \rho$ 」と比較せよ)
さらに、②と④について、
- ⑤ 「 ρ が ζ をしなかった帰結として生じる場合に、 ρ がその規範の名宛人によって不利益とみなされるのが普通であるならば、『 $\zeta! \rho$ 』と『 $\neg \zeta + \rho$ 』は同義である」

ζ することを命じるD法は、「 $\zeta! \rho$ 」または「 $\neg \zeta + \rho$ 」と表すことができ、「 ζ せよ、さもなくば、苦痛 ρ を与えるぞ」という意味である。

煩雑だが ζ が作為である場合と、不作為である場合に分けて例を挙げてみよう。D法が親は子供に食事を与えよと命じ、それに背いた場合にはS法に基づいて処罰を与えられる場合、②の形式では「親が子供に食事を与える(ζ)ことは、苦痛である処罰(ρ)を裏付けに、命じられている」、④の形式では「親が子供に食事を与えない($\neg \zeta$)ことは、S法に基づく処罰(ρ)を発生させる」となる。④から上述(2)で見たO規範の定式に変形できる。親は ζ しないことによって ρ を発生させることができるから、 ρ について影響力(O権能)をもつ。ここで、子どもに食事を与えよと命じるD法とそれに違反した場合に処罰を受けさせるS法は、親に、子どもに食事を与えないことによって($\neg \zeta$ によって)、自分に対する処罰を発生させること(ρ を発生させること)についてのO権能を賦与する、O規範である。

不作為の場合には次のようになる。人を殺すなど命じるD法(と違反時の処罰を規定するS法)を例にすると、 ζ は「人を殺さないこと」、 $\neg \zeta$ は「人を殺さないことをしないこと=人を殺すこ

³⁵ CLS, 161, 訳書 189 頁参照。これらの記号表現はラズの著作では(CLS内ですら)二度と登場しないから覚える必要がない。ラズがこのような記号表現を用いるときは無意味であることが多い。無駄に難解な論述の仕方にCLSの評者も苦言を呈している。P. J. Fitzgerald, "The Concept of a Legal System by J. Raz" *The Modern Law Review*, Sep., 1971, Vol. 34, No. 5, pp. 586-589 参照。ちなみに、この書評はJSTORで閲覧できるが、そこでの評者の登録名は、P. J. Fitzgeraldとなっている。下線部はgであるべきだが、おそらく入力者が、書評のp. 589の大文字で書かれた執筆者名のGをOと見間違えたと考えられる。

と」、 ρ は刑罰を表す。②形式では「刑罰 (ρ) を裏付けに、人を殺さないこと (ζ) が命じられている」となり、④形式では「人を殺さないことをしない ($\neg\zeta$, つまり、人を殺す) と、刑罰 (ρ) が発生する」となる。④はO規範の定義に変形できる。行為者は、 $\neg\zeta$ することによって、 ρ を発生させることができるから、 ρ について影響力 (O権能) をもつ。したがって、人を殺すなと命じるD法とそれに背いたときの処罰を規定するS法は、行為者が $\neg\zeta$ することによって、彼が ρ を引き起こすO権能を賦与するO規範である。

行為者は犯罪をしなければ、冤罪でもない限り、刑罰を科されることはない。そのような意味で、行為者は犯罪をするかしないか選択することで科刑をもコントロールすることができる。そうであれば、刑罰 ρ はたいていの行為者にとって苦痛であるから、それを避けたいということは $\neg\zeta$ しない普通の理由となる。これが影響力 (権能) を用いたD法の説明である。より正確を期すためには、上述O規範の第三段階の⑦と⑧の検討もすべきであろう。犯罪をし ($\neg\zeta$)、刑罰が宣告され (γ)、刑が実施される (ρ)。ここには犯罪者が属する集団の中でも警察や検察、裁判所などの積極的参加と、犯罪者が処罰されることを非難する人はほとんどいないという意味で黙認が成立するから、規範の存在を語る事が正当化される。

中間コメント

おそらくラズがやろうとしたことは、影響力という概念を用いて、行為を指導するという規範の本質を、規範の種別を超えて統一的に説明できるという以上のことではない。法は、上述の義務賦課規範であれ、後述する権能賦与規範であれ、一定の行為が行われたら、その後どうなる (べき) かを定めている。上で検討してきた限り、ラズは、行為者が行為決定に際して、行為の帰結を望むか否かという帰結主義的な考慮を普通はするものとみている。望ましい場合には、それが行為する普通の理由となり、望ましくない場合には、それが行為しない普通の理由となる。我々が行なった行為の帰結を法が定める場合にもこのことが当てはまり、制裁が伴うD法は、多くの人にとっては不利益となる制裁は望ましくないから、それが当該D法に従う普通の理由となる。

(4) 権能賦与規範 (P法) とO規範

義務賦課法が義務違反時に科される不利益の望ましくなさによって、名宛人の行為を指導しようとするのに対して、権能賦与法は、人々の「願望を実現する便宜を与える」³⁶ ことによって、行為を指導する (つまり、願望実現の望ましさが、権能行使の普通の理由となる)。ラズは、権能賦与規

³⁶ CL, 27, 邦訳 63 頁。これはハートが特に注目したタイプの規範である。ハートはその中に、権能を行使する能力 (capacities) を決めるルール、権能公式の形式と手続を明らかにするルール、権能行使によって創造される権利義務の構造や存続期間を決めるルール、立法者が立法権能をもつ主題についてのルール、立法府のメンバーの資格を決めるルール、立法の手続と形式を決めるルールなどを含める。ラズによると、これらは権能賦与規範と関係をもつがゆえに重要ではあるが、直接には行為を指導しないがゆえに規範ではない。CLS, 159, 邦訳 185-186 頁参照。

範を、法の存在や適用に影響を与える統制権能賦与規範（またはPR法：PRは‘power to regulate’の略である）と、新たな法を作る立法権能賦与規範（またはPL法：PLは‘power to legislate’の略である）に分ける。

(a) 統制権能賦与規範³⁷

ところで、 \dot{O} 規範の存在は、(上述第三段階の⑦と⑧から)「人々の行動に対する、人々の広く知られた統一的反応に依存している」³⁸ということが分かる。つまり、 ζ をし、 γ をすることによって、 ρ が発生するということが、多くの人が行なっていたり、黙認したりする。そういった人々の統一的反応が偶然でないとしたら、(γ が ρ を発生させることを前提にして)「 ζ の場合には γ せよ」($\gamma!$ when ζ)という規範が存在することがあるとラズは言う³⁹。ここでは、人々の統一的反応が γ であるのか、 ρ であるのかが問題となる。ラズはこの点について述べていないが、文脈的には γ であると見てよい。(この点について、本段落の上記圏点部と、次段落の圏点部を比較せよ。)この規範のおかげで、 ζ 、 γ 、 ρ という事態の因果連鎖が出来るから、 ζ する者に、 γ と ρ についてのO権能を賦与するO規範が存在するということになる。

ラズによると、O規範と「 ζ の場合には γ せよ」という規範との間には「統制的関係」(regulative relation)という内的関係(internal relation)が成立する。一方で、 \dot{O} 規範の存在は「 ζ をした場合には γ せよ」という規範の存在に基づいている。というのは、「 ζ をした場合には γ せよ」という規範がないとしたら、 ζ 、 γ 、 ρ の間に因果的な連鎖が形成されず、O規範が存在しないからである。他方で、O規範は、「 ζ をした場合には γ せよ」という規範の適用を統制するからである。どういうことかという、行為者が ζ をするか否かは、 ρ を欲するかどうかにかかっている、言い換えると、(O規範は ρ についてのO権能=影響力を賦与するわけだが) ρ を発生させるかどうかは、行為者がO権能=影響力を行使するかどうかにかかっている。要するに、 ρ を発生させたいかどうか、 ρ についてのO権能=影響力を行使するかどうか、つまり、 ζ するかどうか、そして「 ζ した場合に γ せよ」という規範が適用され γ するかどうかを左右する。このような、「 ζ の場合 γ せよ」という規範を統制する権能を、統制権能(power to regulate)と呼ぶ。ラズは、以上で説明された権能は、D法(「 ζ の場合 γ せよ」に当たると考えられる)の適用を左右するという。

ところで、ラズは以上の抽象的な説明のほかには、 ζ 、 γ 、 ρ が権能賦与規範のどの部分に相当するかについて全く説明していない。PRNの規範的権能の説明をする箇所⁴⁰で改説したと述べているから、権能の説明において難点があると考えたのかもしれない。ラズは、所有権を移転する権

³⁷ CLS, 162-163, 邦訳 190-191 頁参照。

³⁸ CLS, 162, 邦訳 190 頁。

³⁹ CLS, 162, 邦訳 190 頁。本文次段落も同頁を参照。

⁴⁰ PRN, 207-208 (巻末注 7), 対応する本文は p. 99 にある。

能が統制権能の例だとする⁴¹。私見では、これを、 ζ 、 γ 、 ρ という行為状況と事態の連鎖的発生として分析するのは困難である。ラズは、統制権能の説明では、「 ζ の場合には γ せよ」という規範の存在が前提となるというが、これで所有権移転権能を説明しようとしても「 ζ の場合には γ せよ」に相当するものが見当たらないからである。所有権の移転は、所有者と相手方との間で起こる。(所有者との間に何らの規範的關係もない)相手方が所有権者に対してその所有物を欲しいといっても、その所有権が相手方に移るといえることはないから、相手方の行動は所有権の移転権能の行使ではない。所有権を誰かに移転するためには、所有者は相手方に向けてその旨の意思表示をすればいい。所有者が意思表示をする(ζ)ことによって、相手方に物の所有権が移転する(ρ)。所有権移転権能の行使の説明がこれで十分であるなら、上述の「 ζ の場合には γ せよ」に当たるものがないのである。

(b) 立法権能賦与規範

ラズは、立法権能賦与規範の説明では、もはや ζ 、 γ 、 ρ といった記号を持ち出すことすらしない。ここではあえてこの記号を使って説明してみよう。ラズによると、契約を締結する権能は立法権能である。契約の締結は、当事者にそれまでにはなかった債権債務関係を成立させるからである。契約の締結は、申し込む人(甲)と、それを承諾する人(乙)とによって行われる。甲が(乙に)自分の土地を売ることを申し込む。申し込んだからといって、承諾が得られるとは限らないから、申込みは(O規範が賦与する権能(=影響力)を行使する行為である) ζ ではない。乙が、甲からの申込みを受けたことを前提に、それを承諾すれば契約が成立するから、申込みを承諾するという行為が(契約を成立させる権能を行使する行為) ζ だと言える。つまり、甲からの申込みを承諾する乙の行為 ζ が、甲乙間にそれまでにはなかった債権債務関係 ρ を発生させる。これがO規範による、立法権能の説明である。

ここで γ がないことに疑問をもたれるかもしれない。O規範の定義の第二段階目の④は、 γ が即 ρ である場合があることを示唆する。その場合 ρ は行為状況を表すことになる。債権債務関係という甲乙間の規範的關係は、一方の請求に応じて、他方は履行しなければならないという関係であるから、約束は守らなければならないというようなD法を前提に、甲から乙への請求 ζ が、乙による履行 ρ を発生させると分析できる。(付言すれば、O規範によるD法の分析の際も γ はなかった。)

権能賦与規範は、賦与された権能行使 ζ が何らかの帰結 ρ をもたらすと規定する。行為者は ρ を望むか望まないかによって権能を行使するかどうか決める。つまり、行為するか、しないかは、 ζ が ρ をもたらすという規定の存在を前提に、 ρ の望ましさにかかっている。

以上、O規範によって、義務賦課規範(D法)と権能賦与規範(P法)が説明された。それは、ある行為とそれがもたらす帰結の影響関係によって規範を分析するものであった。ある行為は、そ

⁴¹ CLS, 163, 邦訳 191-192 頁参照。

れがある帰結をもたらす場合——つまり、行為者は帰結の発生、不発生に対して影響力をもつ場合——、行為者がその帰結を欲すれば、それはとる理由になり、欲しなければとらない理由となる。このことは義務賦課規範でも権能賦与規範でも変わらない。サンクションを避けることが義務違反行為をしない普通の理由であり、権能行使の帰結を望むか望まないかが、権能を行使し、または行使しない普通の理由になる。

次に論じる許可法（M法）は規範ではないから、O規範からは派生しない。

(5) 許可法（M法）⁴²

φしてよい許可は、φすることが禁止されていないことだと定義される。「……個別の法によって禁止されていない行為はすべて許可されている」⁴³。法は行為を命じたり禁じたりすることによって行為を指導するから、禁止法の不存在として定義された許可は、行為を指導するものではない。

ラズによると、許可を禁止法がないこととみなすこの立場は、①「法によって明示的に許可されていないどんな行為も禁止される」という法がある法体系でも、②「法によって明示的に禁止されている行為以外は、どんな行為も許可されている」という法がある法体系でも、成立する⁴⁴。注意すべきことに、許可を禁止法の不存在だとする定義は②を意味するが、①とは関係ない。①は禁止は許可の不存在だと述べているからである。だから、ラズは、許可を禁止法の不存在と定義しておきながら、実際には、許可を禁止の否定とみなしていたのかもしれない。

①の場合、明示の許可がない限り、どんな行為も禁止される。例えば、朝食に納豆を食べてよいという明示の許可がないなら、朝食に納豆を食べることは禁止される。

それに対して、②の場合、明示の禁止がない限り、どんな行為も許可されている。朝食に納豆を食べてよいという明示の許可がないとしても、それを禁止されていないなら、納豆を食べることは許可されている。日本の法体系は、明示的に許可されていない行為がすべて禁止されているというわけではないから、建前上は②に近い。

次に許可法に移ろう。許可は禁止法の不存在（実際には、禁止の否定）であるから、許可（賦与）法（M法）は、禁止された行為を、許されたものにする。

M法の定義：行為者 x はある状況 C においてある行為 A をすることを許可されている

M法の解釈に関する規約：

……M法とD法が部分的に矛盾する場合、どちらも妥当であり、M法はD法の例外を表す。すなわち、D法は、その明示的な内容にもかかわらず、M法の下に分類される事例には適用されない。

（以上、CLS, 172, 邦訳 202 頁。）

⁴² Mは「～できる」という意味の may を表すものと思われる。CLS, 172, 邦訳 202 頁参照。

⁴³ CLS, 170, 邦訳 199 頁参照。「……」は大上による省略を表す。以下同様。

⁴⁴ CLS, 170, 邦訳 199-200 頁参照。

許可は禁止法の不存在であると定義された。M法はD法が適用されない例外——つまり禁止されていない部分——を作る。ある法素材をみて、それが許可法であるかどうかを判定するためには次に3つの条件を満たす必要がある⁴⁵。

- ① ……M法によって許可された行為状況は、同じ……法体系に属する1つまたはそれ以上のD法によって禁止された行為状況の一事例である。しかし、M法によって許可された行為状況は、それらのD法のいずれかによって禁止された行為状況と同じ外延 (co-extensive) をもつものではない。
- ② M法によって与えられた許可を、1つまたはそれ以上のD法によって賦課された禁止に対する例外とみなす理由が存在する。
- ③ 禁止に対する例外を別個の法とみなす理由が存在する。

例として、正当防衛を考えてみよう。正当防衛をM法とみなすためには、上記の①～③の条件が満たされる必要がある。xがいきなり殴りかかってきたので、yはxを防衛行為として仕方なく殴り返したとしよう。暴行を禁止するD法は、殴ることを禁止している。これは、xがyを殴る場合にも、yがxを殴る場合にも当てはまる (①の第1文)。防衛行為もD法が禁止する行為状況の一例である。ところが、防衛行為をする行為状況は、他者からの加害行為を受けるという状況だという点で、暴行を禁止する法が想定する行為状況とは異なる (①の第2文)。だから、正当防衛として行われる行為を、D法によって禁止される行為の例外とみなす理由がある (②)。正当防衛は、相手の法益を侵害する行為であるにもかかわらず、D法の例外をなすものである。D法が「 ϕ すな」と命じ、正当防衛が「 ϕ してよい」と許可するのだから、それぞれ別個の法とみせる (③)。

xがyに殴りかかったという状況 (とその他の要件の成立下) では、正当防衛を定めるM法によって、yがxに対して防衛行為をとることが (D法の例外として) 許可される。許可は禁止法の不存在であり、行為を指導しないから、M法があるからといって、防衛行為に出なければならないわけではない。

以上、ラズがCLSで提示した規範の理論の紹介をしてきた。要点を手短かにまとめると次のようになる。義務賦課規範と権能賦与規範は規範として行為を指導する。それらは行為者の行為が他の事態を引き起こすという影響力の観点から分析され、自分が引き起こすことができる事態が自分にとって利益となるか否かが、それをするかどうかを決める普通の理由となる。他方で、許可法は、禁止法の不存在、または義務賦課規範の例外とされ、規範ではないから行為を指導しないとされた。

(6) H. L. A. ハートとの違いについて

ラズとハートの理論の違いについて一言だけ述べておこう。ラズは、ハートの社会的ルールの説

⁴⁵ CLS, 172, 邦訳 202 頁。

明を出発点として影響力説を提出した。ハートは、法を命令とみなす立場に対抗して、法体系は義務を課す一次的ルールと権能を賦与する二次的ルールから成るものだとした。ラズがしたことは、権能には、統制権能と立法権能の2種類があると示したことのほかには、「それ〔社会統御の手段としての法の主たる機能〕は、法が法廷外での生活を統御し、指導し、計画するために利用される様々な仕方においてみられる」⁴⁶という法の行為指導性を徹底したことにある。ハートは、二次的ルールの中に雑多なものを一まとめにして含めている⁴⁷。それに対して、ラズは、①そもそもそれが行為を指導するかどうか、そして②指導するとしてどのような仕方かという点に着目して、法の中に行為を指導しないもの（上述の許可法）を認める。

IV おわりに

本稿ではラズの初期の著作『法体系の概念』で提出された規範の影響力説を検討してきた。影響力説に基づいて、義務賦課法、統制権能賦与法、立法権能賦与法の解明が試みられた。O規範はO権能（＝影響力）を賦与する規範だとされた。ところが、腑に落ちない点も散見された。義務賦課法の分析では、行為者は、D法が禁じる行為をすることによって、処罰され、行為をしないことによって処罰を免れるという意味で、刑罰の発生に影響をもつ。行為者は、科刑についてのO権能（＝影響力）を、O規範によって与えられると分析されたのであった。単に、権能を影響力という概念で定義したと言えればそれまでだが、権能賦与規範は我々の願望を叶える便宜を与えるものだとしたハートにラズも従っているにもかかわらず、行為者が（望ましくない）科刑についての権能をもつということにどんな意味があるのかラズは明らかにしていなかった。また、統制権能の分析においても、定義では、統制権能賦与規範は「ζの場合にγせよ」という規範の存在に依存するとされていたが、ラズの挙げる所有権移転権能の分析では「ζの場合にγせよ」という規範が見いだせないということが明らかになった。

このような問題点を解決するためか『実践理由と規範』では影響力説は放棄されている。新たに提示された規範の排除説との比較を行うことはできなかったが、それは今後の課題としたい。

⁴⁶ CL, 40, 邦訳 81-82 頁。〔 〕内は大上による補足。

⁴⁷ 例えば、「遺言や契約をする権限の背景にある、権限を行使する者がもつべき能力（capacity）や本人の最低限の資質（たとえば成人していることとか正気であること）に関するルール」（CL, 28, 邦訳 64 頁）、立法権限行使の背景にあるルールとして「立法機関のメンバーの資格や身許を定めるルール」（CL, 31, 邦訳 68 頁）である。（引用中の「権限」は原文では 'power (s)' であり、本文では一貫して権能と訳した。）ラズ理解では、これらのルールは、行為を指導しないが、権能賦与法と内的関係をもつ——ここでは、権能賦与法の「解釈と適用に関わる」（CLS, 158, 邦訳 186 頁）——ことによって意義をもつ。