

Title	法規範の有効性を考える
Sub Title	Penser l'efficacité de la norme juridique
Author	Champeil-Desplats, Véronique(Ishikawa, Yuichiro) 石川, 裕一郎
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.29 (2014. 4) ,p.367- 378
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140423-0367

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法規範の有効性を考える

ヴェロニク・シャンペイユ＝デスプラ

石川 裕一郎／訳

1. 概念の定義づけの条件
2. 技法の多元性
3. 批判的評価

1. 概念の定義づけの条件

有効性 (efficacité) の定義について意見を一致させるのは、容易いことではない。まず、有効性の定義は、各論者が採用している理論的枠組みに従って論者ごとに異なりうるし、とくに、同一の論者においてはある程度安定的かつ明確なものとなることがある。さらに、有効性という概念と実効性 (effectivité) の概念の関係は明瞭なものとは言い難く、時には区別せずに用いられる。最後に、これら2つの問題に加え、「具体化 (concrétisation)」、「効力の発生 (effectuation)」または「効力 (efficience)」のように外国語の翻訳のある程度幸福な産物たる、他の隣接概念の干渉も挙げられる。

そのため、法の言語およびメタ言語において用いられる概念の明確化には通常優れた資質を有する法理論家たちは、ときおり一見すると有効性という概念の定義について曖昧さを見せるのである。

それは、フランス語への翻訳と結びついた不確かさは考慮しなければならな

いにせよ、まず第一にはハンス・ケルゼンのケースである¹⁾。明確な定義なしに有効性という概念を用いた後、とりわけ実効性という概念との不明瞭さを残しつつ、1962年にシャルル・アイゼンマン訳のフランス語版『純粹法学』は、最終的にきわめて普遍的な²⁾ いくつかの特異な性格を明らかにし、「有効な憲法」を特徴づけている。すなわち、有効性の概念は実効性の概念と対置される。つまり、後者は当為に属するが、有効性は存在に属するのである。そして、「ある憲法または総体としてのある法秩序にとって有効であるとは、全体的かつ一般的に適用され、遵守される」ことである。それゆえ、有効性の定義の要素はかなり曖昧である。すなわち、憲法または法秩序総体にとって有効であるということは、「全体的かつ一般的に適用され遵守される」³⁾ ということである。しかし、適用されるとは、どういうことであろうか？ ケルゼンの考えでは、この作用は、法秩序上のある機関による一般的規範から個別または特殊な規範への移行と結びついているように思われる。遵守されるとは、どういうことであろうか？ この部分について、ケルゼンはそうは言っていない。しかしながら、ここではその名宛人による規範の受容が問題となっていると考えることができる。最後に、「全体的かつ一般的に」とは何を指すのであろうか？ おそらくそれは、憲法（または法秩序）が有効なものと考えられるため

1) この点については以下を参照。E. Millard, « Deux lectures critiques d'Alf Ross », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Dossier Théories réalistes de l'interprétation, n° 4, 2000, pp. 9-14.

2) この問題は、第5編「法の力学について」中、それぞれ「正当性と実効性」および「効力 (validité) と有効性」との標題を付けられたパラグラフにおいて取り組まれている。H. Kelsen, *La Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, traduction Ch. Eisenmann, pp. 278-289. ケルゼンは明確に、効力と有効性の関係は「実証法の理論には決定的に重要である」とことと「この関係の正確な定義 (……) は、法の実証主義理論の主たる問題の一つであり、最も困難なものの一つである。それは、法規範の当為 (Sollen) と自然的現実の存在 (Sein) の関係という個別の一例しか表さない」ことを説明している。すなわち、効力は当為の体系と、有効性は存在の体系と結びつく。次にケルゼンは、法秩序と法規範そのものの有効性は、効力の一条件であると述べている。H. Kelsen, *op. cit.*, p. 286.

3) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 286.

には、その言表すべてが適用され、遵守される必要はないという考え方である。それらが総体的に適用かつ遵守されれば十分なのである。しかし、ケルゼンは、憲法（または法規範）が有効なものと考えられるために必要な遵守の程度の決定という問題を残したままにしている。

同様の曖昧さは、ボッビオ (N. Bobbio) の『法の一般理論 (*Teoria generale del diritto*)』にも表れている。彼とケルゼンの親近性を考えれば驚くべきことではないが、ボッビオ自身は規範の存在に帰着する効力 (*validité*) の概念と、「規範がその名宛人によって遵守されているか否かという問題を提起する」⁴⁾ 有効性 (*efficacia*) の概念を区別している。彼は、この問題はリアリズム法学が関心を持つ問題である、と付け加えている。このような説明は、遡って考えてみるとあまり正確ではない。ボッビオは、とりわけ法社会学再興の影響下において、1970年代以降の現代法学の用語がなす法的言表の「調査 (*suivi*)」の2つの形態の明確な区別、すなわち「有効性」という語が示す形態と「実効性」という語が示す形態の区別は提示していないからである⁵⁾。

この枠組みにおいて、有効性という概念は適用機関による言表の^レ実施 (*mise en action*) に帰着するものの、有効性は、当初の言表の論者によって求められたとみなされる意図または目標と、得られた結果の^レ関係 (*relation*) を示す。したがって、「求められたものと思われる効果 (有効性) を生むことなく、おそらく表面的には適用されている (実効性を有する) テキスト」であるということである⁶⁾。それゆえ、有効性の概念と実効性の概念はともに^レ當為から^レ存在への移行、あるべきもの (*devoir être*) からあるもの (*être*) への移行の問題に帰着するという点について意見が一致するが、両者を区別しようとするかぎりにおいて、これらはこの移行の異なる評価の2つの態様を指すべきであろう。

4) N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 1993, p. 23.

5) たとえば、以下を参照。J. F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, pp. 90 et s.

6) E. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, collection Connaissance du droit, 2006, p. 53, p. 18.も参照。

以上のように提示された法の有効性に関する一般的な概念は、法理論家または法社会学者たちによって画定されたものであり、その個別選好を満足させるまたは最大化する能力という観点からある規範の有効性を測定することを目的とする、現代の経済分析の基準には程遠いと主張したくなるかもしれない⁷⁾。その結果、有効とみなされうるものに関する考え方と概念化の態様の多元性が、それゆえに疑いなく、その認識論的傾向のいかんを問わず、有効性に関する法律家固有の考え方または配慮にとって一つの——そして長い間最終的な⁸⁾——場所が存在することになる。これらの考え方と配慮は、いかなる場合においても、法に対する自由主義的または功利主義的な経済分析によって提示されるそれには還元されないのである。

2. 技法の多元性

法、およびそれを構成する規範定立的言表の有効性に対する問いは、新しいものではない。見方によっては、それは法そのものと同じくらい古いということもできる。なぜならば、それは、社会における法現象の存在理由そのものに関する重要な問いに帰着するからである。したがって、法の有効性を確保するために考えられる手段はいくつかあり、多様かつ進化している。ここでは主たる3つの型の技法を取り上げたい。

1. 法の有効性は、第一に、前もって、法的言表の産出または策定の態様に

7) E. Picavet, *La Revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Classiques Garnier, Paris, Bibliothèque de la pensée juridique, 2011, p. 79.

8) 多くの例の中で、20世紀初頭、コンセイユ＝デタは、「娼婦 (filles publiques)」の個人的自由、および彼女らを迎える酒類販売業者の営業の自由に対する制限の合法性を審査するために、「軍事状況」と「秩序維持と公衆衛生、および怪しい人物との付き合いとその結果生じる情報漏洩が国防にもたらす危険を防ぐ必要性」、情報漏洩対策措置の「有効性」に依拠することができたのである。Conseil d'Etat, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, rec. 208.

従って研究されうる。すなわち、交渉、諮問、事前調査、事前の環境評価、参加の手續である。その考え方は、規範の名宛人が言表の事前の編纂に参加したとみなされるようになるほど、その言表は期待される効果を算出する機会が増す、というものである。なぜならば、その規範は名宛人によってより知られ、受け入れられ、または同化されるとみなされるからである。

2. 第二に有効性は、法的言表のみの表明に従って考察されうる。様々な前提に発するいくつかの理論が用いられる。

i. いくつかの理論は、法的言表の起草の質、とりわけ明晰性の質に拘泥している。この考え方はとても古く⁹⁾、今日では形式的立法技術学 (légistique formelle) によって広く採用されている¹⁰⁾。

ii. 他のいくつかの理論は、言表の叙法構造 (structure modale) にも注意を払う。この点で法的言表の有効性は、典型的には命令の表明と結びついている。すなわち、その言表は、禁止 (interdiction)、許可 (permission)、義務づけ (obligation) といった基底のかつ義務論的な形式に近づくほど、有効性を増すことになる。しかしながら、ソフト・ローの発展により国際法においてであれ、あるいはより一般的には、現代の法言語の表現の多様化の分析に

9) 法的言表の明晰性は、周知のように、民法典の編纂者たちの要請の確認に位置する。そのことは既に、「arrest」の「知性について疑念を生じさせないため」、「いかなる曖昧さも不確かさも生じないように、また、解釈を必要とすることがないようにしなければならない」という1539年8月のヴィレール＝コトレの王命にみることができる。

10) 以下を参照。V. Trovatiello, « Simplification du droit, légistique et cyberlégistique », in J.-M. Pontier (dir.), Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 240; V. Marinèse, « Légistique et effectivité », in V. Champeil-Desplats, D. Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, pp. 89 et s.; E. Millard, « Les limites des guides de légistique: l'exemple du droit français », in A. Flückiger (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer*, Schulthess, Genève, 2008, pp. 117 et s.

よる法理論においてであれ、多くの論者は、一定の文脈においては、ボッピオが言表の推進形式 (forme promotionnelle) と呼ぶものによっても有効性は確保されうるということを示した¹¹⁾。したがって、義務づけまたは禁止は、助長 (incitation)、奨励 (encouragement) または計画策定 (programmation) に代わって消滅するのである。

iii. 最後に指摘するのは、法的言表のみに基づく有効性の最も強い考え方は遂行的行為の理論 (acte performatif) に由来するということである。この考え方は、いくつかの言表の表明の特殊な条件は現実世界に直ちに効果を生じさせるのに適しているという考え方に依拠する。発話内的な (すなわち、文脈に関連して、たとえば市町村長のように権限を有する機関による婚姻の届出)、および発話媒介的な (その名宛人に対する言表の心理的效果に関わる) 二重の効果に依拠すると、話すこと (dire) は、やること (faire) になるのである¹²⁾。したがって、この距離の問題においては言表と生み出される効果の間に問題となるような距離はなく、無媒介性における有効性が存在するのである。

3. 最後に法的言表の有効性は、他の法的言表との関係の構築によって考察されうる。

i. したがって、主たる言表の有効性は、まず第一に、その具体化を確保する他の言表への帰着に由来する。たとえば、適用 (application)、裁可 (sanction) と呼ばれる行為の仲裁、またはその実施のための制度を創設または授権する言表である (行政サービス、公役務など¹³⁾)。

11) とくに以下を参照。N. Bobbio, « La fonction promotionnelle du droit », in *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 65 et s.

12) 以下を参照。J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970. あわせて以下も参照。O. Cayla, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse Paris II, 1992.

- ii. 主たる言表の有効性は、それが表明される根拠テキスト (texte-source) の総体的構造という視点からも考察されうる。この考え方は、法テキスト内部の裁断に注意を払う形式的立法技術学の考察の中心に位置する¹⁴⁾。たとえば、前文、理由または最終規定の起草スタイル、附則への参照、条、編および章の分類などである。
- iii. 最後に、主たる言表の有効性は、それが属する法システムの総体的構造と結びつきうる。たとえばそれは、共時的または通時的なやり方で把握されうる¹⁵⁾。有効性は、共時的には、抗弁の法システムにおける、矛盾するまたは当初の言表と競合しうる言表の存在と結びついている。換言すれば、ある言表の有効性は、所与の法システム内で表明される規範定立目標の多元性の存在と衝突する。通時的には、ある規範定立言表の有効性は、現在、未来、過去の時間における効果によって測定される。この視点からは、時間における法適用の条件は、遡及効、将来において規範が効力を発することの調整、さらにはその適用期間という観点のいずれからであれ、枢要なものでありうる。たとえば何人かの論者は、現代社会において (期待される) 効果を生むには適さない、古びた法律が残っていることを嘆くことがあるが、むしろ今日のフランスでは、刑法、外国人法、あるいは労働法といったいくつかの領域では、きわめて短い期間での法律の交代こそが、根底において持ちうる留保の他に、公共政策の有効性の欠如という要素として分析されるのである¹⁶⁾。

13) たとえば以下を参照。R. カピタン「有効となるために、自由は、国家がこれらの主要な公役務、社会制度を組織することを要する。なぜならば、それらは私企業ではなく、国家が個人と契約した新たな義務を遂行し、各人に医療、教育、扶助を提供する手段であり、それなしでは社会保障はなく、したがって真の自由も存在しないからである。」。Séance du 8 mars 1946, J.O., pp. 645-646.

14) 以下を参照。Ch. A. Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

15) C. Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, 2009, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 178-179.

3. 批判的評価

法の有効性に関する法律家の言説を簡潔に紹介するには、その理論的前提に対する批判的検証が欠かせない。法の有効性に関する言説は、実際のところ、a) 2つの障害を克服し、b) 4つの賭けに依拠し、c) 1つの不十分さと妥協しなければならない。

a) 2つの障害

法的言表の有効性という考え方は、その根本においてこの概念の有用性そのものを無にする2つの極端な立場の間に位置する。

第一の立場は、言表を発する者の視点から位置づけられることに存する。すなわち有効性は、言表の表明に内在する目標として現れるがゆえにいわば同義反復のように思われる。1803年2月24日のマーベリ・マディソン判決の際にマーシャル判事が彼なりの表現で確認したように、「成文憲法典を策定する者たちがそれを国民の基本かつ最高の法として形成されなければならないものとして把握し、したがって、政府の原則は憲法典に反する行為は無効であるということは確かである」¹⁷⁾。したがって、規範定立機関が、その言表が有効になる機会はない、または求められる効果とは異なる効果を生むであろうと考えて言表を表明することは稀である。実際のところは、典型的なケースは可能であるが、それらは法規範の言表に関する規範ではないと——おそらくは間違っ——推定する特殊な言表化という戦略の検討に踏む込む必要がある。

16) M. H. Galmard, « la complexité du droit pénal contemporain ou le constat de la nécessité de simplifier la loi pénale », in J.-M. Pontier (dir.), *La simplification du droit*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 115.

17) 「マーベリ対マディソン」1803年2月24日アメリカ合衆国連邦最高裁判所判決。以下における翻訳と評釈を参照。E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 71. Voir sur ce point M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel », in E. Zoller (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215.

第二の立場は、言表の唯物性 (matérialité) という立場をとることに存する。ここでは反対に、有効性はありません、あるいは考えられないものとして現れる。実際、多くの場合は紙媒体、次第に電子版という形で記される単なる言葉で、どのようにして現実世界に効果を生むことができるのだろうか？ とりわけ人権の分野において、「紙の上の権利宣言」に言及し、これらの言表は一般的かつ抽象的なものであるがゆえ、単なる起草はそれ以外の何物も意味するものではないということが頻繁に示される。

しかしながら、この懐疑的な視点そのものからは、有効性のなさ (inefficacité) と有用性のなさ (inutilité) は必ずしも混同されない。すなわち、法的思考は、いくつかの言表の推定される有効性のなさは法システムまたは法的推論全体にとって無用であるという功利主義的な解釈に還元されるものでは決してない。法律家たちの間では、たとえば、一般的な言表は解釈の導きとなりうるということ、さらには、その表明はある所与の社会的・歴史的時点において規範と考えるべきものを表明する政治的合意がある所与の時点で具体化するということが、しばしば認められている。したがって、ある理論視点から規範定立的言表の有効性を理解することは、その言表の様々な機能を弁別する能力を有することが前提となる。その機能は、確かに規範定立的なものであるが、同時に道徳実践的またはコミュニケーション的である。不正確、一貫性がない、または適用不可能といった理由から、ある法律家が規範定立的視点から有効ではないと判断するいくつかの法律は、他の有用性を（そして、それゆえにあるやり方で他の有効性を）示す。たとえば、とりわけいわゆる「見かけだけの」法律 (lois dites « d'affichage ») がその例である¹⁸⁾。

b) 4つの賭け

規範定立的言表に基づいて有効性を求めることは、少なくとも4つの賭けを前提とする。

18) とりわけフランスにおいては、公共空間において顔を完全に隠すことを禁止する法律 (2010年10月11日の法律第1192号) をめぐる議論を参照せよ。

第一は、規範を発信する者によって遂行される目標を決定することは可能であるということである。第二は、規範の言表はこの目標を表明するというものである。第三は、追求される目標が「言葉の力」¹⁹⁾によって実現するために、その言表は十分ではないにしても少なくとも必要な手段——媒介——であるというものである。なぜならば、すなわち——これが第四の賭けである——適用する制度、装置、解釈者、機関は、その作成者が期待する効果を生ぜしめるために、言表を解釈し、適用し、それを参照するからである。

しかし、これらの賭けはそれぞれいくつかの困難と不確かさを呈している。

第一の賭けは、テキストの起草者の意図を知ることは可能であり、その起草者はただ一つの目標を追求しているということを前提とする。しかし、多くの場合、起草者が追求するその意図と目標は微妙なものであることは明らかである。たとえば、必要性和多数派の投票によらずして克服されなかった多面的かつ矛盾する目標がある場合、どれを優先すべきであろうか？

第二の賭けは、言表の明晰性、ならびにその表明と起草者によって追求されるとされる目標の間の適合を前提とする。しかし、これら2つの前提は得られない。とりわけ、起草者が自らの考えを明確に表明しなかった、あるいは、彼らが追求される目標の直接的かつ慣習的に共有される表明から離れた妥協の表明を求めたということがありうる。

第三の賭けは、言表の名宛人または適用機関の理解と行為を決定する能力をテキスト媒体に委ねるといふ、書面フェティシズムに関わっている。同様に、副作用や二次的効果を及ぼすことなく、期待される効果を生む言表の能力をも前提としなければならない。

最後に、第四の賭けは、言表の発話媒介的力、すなわち「言葉の心理的な力」²⁰⁾、あるいは理解——適切な認識行為——およびその言表を実施し承認する諸制度の協調精神に依拠する。さらに、そのような条件は決して得られな

19) A. Viala, « Aux sources de la controverse juridique: la force des mots », in *Interpréter et traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 189.

い。

結果として、これらの賭けは必ずしも維持しえないというわけではないが、それらの賭けに勝つ機会が、法理論、行政学、法社会学、または現代の認識科学がその実現条件の複雑さを明らかにした多くの要素に依拠しているのである。

c) 不十分さ——法外要素の干渉

有効性は規範定立的言表の現実界における効果の問題、ケルゼンの用語を用いれば——言表の作成者によって考えられたとみなされるものとしての——當為から存在への移行に帰着するがゆえ、言表が表明され効果を生じるとされる社会=経済=歴史的な文脈を考慮に入れなすことは困難である。この点について、外国の法システムのメカニズムを軽率に移入することはしばしば非生産的であるということは周知のとおりである。

社会学者たち、経済学者たち、哲学者たちは、——かなり以前から——多くの分析枠組みを展開し、その適用という文脈から法的言表の効果の説明してきた。権力分立は職業法律家ではなく、所与の社会²¹⁾において最良の制度（こう言ってよければ有効な制度）を見出すことに専心した哲学者、文人（ロック、モンテスキュー）、あるいは聖職者（マブリ、シエース）によって考えられたということが想起されよう。このような展望において、モンテスキューは様々な「人間を支配するもの」、すなわち「気候、宗教、法律=法則、統治の原則、過去の事物の例、習俗、作法」などに注意を払ったのである²²⁾。

よりわれわれに近い、法の有効性の社会経済的条件に関する研究は、コミュニケーション、行為、規範の受容、さらには社会的相互作用の態様に関する理

20) A. Viala, « Aux sources de la controverse juridique: la force des mots », *op. cit.*, p. 200.

21) 「あらゆる社会……」という文言によって始まる権力分立の要請を表明する人と市民の権利宣言16条を想起せよ。

22) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, La pléiade, 1951, vol. 2, Livre XIX, chapitre IV, p. 558.

論という形をとりうる。それらの理論は、それを把握する人の様々な「ケイパビリティ（capabilité）」²³⁾に照らして法規範の有効性を考え、あるいは、準拠または要求の限定された文脈において実現した状況依存的な制度的、人的、および社会的相互作用を考慮する方向に導いている²⁴⁾。

それゆえ、一方では法的技法という観点のみから、他方では反対に、この技法を、法律家が生み出す、あるいは遵守する規範の有効性に対する考察に関する法律家のあらゆる特別な貢献を無用にするかもしれない余計な道具に置き換えることによって法の有効性の問題を把握することは可能である、と信じる無邪気さの一定の形式が存在するといえるかもしれないのである。

23) A. Sen, *L'Economie est une science morale*, Paris, La Découverte, Essais, 2004.

24) E. Picavet, *La Revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Paris, Classiques Garnier, Bibliothèque de la pensée juridique, 2011, pp. 78-79.