

法源とは何か

——社会存在論からの試論——

吉 原 雅 人

目 次

- 1 「法源」の曖昧さ⁽¹⁾
 - 1・1 従来の法源理解
 - 1・2 妥当性と解釈
- 2 人工物としての法源
 - 2・1 社会的人工物とは何か
 - 2・2 法源の存在構造
- 3 法源の社会的機能
 - 3・1 存在と妥当
 - 3・2 法的判断の足場

本論文は「法源 sources of law」という法学上の概念に哲学的説明を与えることを目的とする⁽¹⁾。法源は法学における鍵概念でありながら、それが何であるのかについて十分検討がなされておらず、共通理解が存在しない。これに対して本論文は、法源を社会的人工物として理解する形而上学的立場を提示することを試みる⁽²⁾。

まず、従来の法源理解が多様であることを指摘し、それぞれが①規範の法的地位の保証と②法解釈の統制という二つの役割に対応する形で異なる存在論的地位に焦点を当てていることを確認する。次に、それら二つの役割が法解釈実践

に基づいて存在する社会的人工物としての法源によって担われる可能性を論じる。これによって、従来の理解の課題を克服し、統合的な法源理解を提示することができる。最後に、本論文で提示する法源理解が、既存の有力な法源理解とは異なり、法解釈に対する法源の意義を適切に説明できることを示す。

(1) 本論文の主題は、あくまでも(日本の)実定法学において用いられる法源概念の哲学的分析である。他方、J・ラズの「源泉テーゼ sources thesis」のように、法哲学、とりわけ法実証主義にまつわる議論においては「いくらかテクニカルな意味」での「源泉 sources」概念が注目を集めた。この概念との異同については後述する [cf. Raz 1979: 47]。

(2) 日本における「法源論」を検討する試みとして、日本法哲学会編『法哲学年報 1964』(有斐閣、一九六五)の特集が参考になる。とりわけ、「加藤一郎 1965」は、法源論の焦点について簡潔な概観を与えている。ただし、この特集の大部分が法学的法源論に従事しているのに対して、本論文は法源が何に基づいて存在するかという形而上学的分析を試みる点で、議論の焦点は大きく異なる。

1 「法源」の曖昧さ

法源は、法の存在形式・認識根拠であるとか、法の源泉・素材であるとか、しばしば比喩的に言われることがある。しかし、法が存在することと法の素材が存在することは異なるし、それによって法の内容を知ることと法を作り上げることも異なる。法学において「法源 sources of law」という語がさまざま異なる意味で用いられていることは、国内外を問わず多くの文献で指摘されてきた。本節では、「法源」の標準的な用法を列挙・説明している日本の法哲学者・加藤新平と、大陸法圏における“sources of law”の用法を検討しているT・スパークとM・カルバンティエの整理に依拠しながら、それらの用法の存在論的想定に明確な相違があることを指摘する⁽³⁾。

1・1 従来の法源理解

加藤新平は、「法源」の用法を次のように整理している。

(a) 法を生み出しその内容を制約する究極の源泉(自然の秩序、社会の諸生活条件、社会の法意識とか世論、政治権力等)。
 (b) 法の成立をもたらす社会的事実(制定、慣習、判決、協約等)。(c) 法がいかなる資料の中に見出されるか、いかなる形で存在するかという、法の認識根拠、存立形態(国家制定法、慣習法、判例法、社会自主法、条約等、……)。(d) 裁判所が事件の決定に当たって、規準的資料として考慮し採用しなければならぬもの、またそうすることを許されるもの((c)の外、条理或いは「事物の自然」、有力な学説、慣習、道徳の原則等)。なお(e) 法源という語は法史学的研究の場合の法認識の史料を意味することもある。
 [加藤 1976: 152-3]

これに対して、スパークとカルパンティエも、ほぼ同様の分類を提示している。彼らは、「法源」の用法を(1)法創造行為、(2)上位規範、(3)権威的テキスト、(4)法的判断の因果的要素を指すものにそれぞれ分類する[Spaak & Carpenter 2024: 224-51]。二つ目の用法は加藤の(b)に、三つ目は(c)と(d)に、四つ目は(a)に、それぞれ(概ね)対応すると考えてよい(二つ目については後述する)。

以下では、スパークとカルパンティエの分類に従いそれぞれの用法の特徴を確認し、それらの用法が二つの異なる役割(法的地位の保証と、法解釈の統制)に応じ、それぞれ異なる存在論的想定を置いていることを指摘する。

1・1・1 法創造行為

法源に対する二つ目の捉え方は、それを、法を創出する行為・事実とみなすものである。加藤が「法の成立をもたらす社会的事実」と述べるように、この意味での法源には、立法や判決といった行為類型が当てはまる。たとえば、法律は国会での決議など所定の手続きによって制定され、判例法は裁判所の判決(の集積)によって創造される。慣習法も一定の慣習的实践を通じて形成される。

こうした手続き・プロセスは法そのものではない。それらはむしろ、法の成立にとって不可欠な事実と考えるのが適切なものである。それらは、「社会的事実テーゼ social fact thesis」や「源泉テーゼ sources thesis」と呼ばれる、法実証主義の主張において法の「源泉」とみなされる事実と一致する。実際、A・マーマーは「立法行為や司法判断といったそれらの事実が、それぞれすべての現代法体系において慣例的に法の源泉とみなされているものである」と述べている[Marmor 2019]。つまり、法創造行為としての法源は、その内容とは独立に特定の規範を法規範たらしめる事実を指すのである。スパークとカルパンティエも、こうした意味での法源を指して、「あるルールや規範が法規範であるために必ず成り立たなければならない事実」だとしている[Spaak & Carpenter 2024: 244]。

カルパンティエによれば、この意味での法源は「法文、すなわち法制定活動の産物と同一ではなく、混同されるべきではない」[Carpentier 2018: 77-8]。この理解のもとでは、法源とは規範の法的地位を示す事実の類型でしかなく、法の意味内容について何ら制約を課すものではないのである。すなわち、ここで法源の役割は規範の法的地位の保証にあり、法解釈とは完全に切り離されている。成文法であるか不成文法であるかによる解釈方法の違いや、特定の法形式間の優先関係など、法解釈との繋がりには、この意味での法源にとって重要ではない。

しかし、通常、法はその形式によって成文法か不成文法かが区別され、成文法はその文言が解釈の対象となる。また、憲法と法律など、異なる法形式の間にはしばしば上下関係が想定され、同じ法形式内部でもその形式の性質によって解釈方法が影響を受けることは珍しくない。法創造行為としての法源理解は、こうした解釈方法とは無関係なものとして考えられる点で、日本の法学・実務でよく用いられる「法源」の理解とは一定程度隔たりのあるものになっている。

1・1・2 上位規範

二つ目の法源理解も、現代の法学・法実務とは異なる側面に注目するものである。それは法源を規範として捉える。

憲法が法律の妥当性を制約するように、あるいは、根本規範があらゆる法規範の妥当性の究極の根拠であるように、それは特定の法創造行為を規制する上位規範として考えられている [Spak & Carpenter 2024: 246-7]。この理解は加藤の分類に正確に対応するものがないが、仮に根本規範や承認のルールのような法体系の授權連鎖の終点を指すと考えるならば、「(a) 法を生み出しその内容を制約する究極の源泉」と捉えることができる。

この理解は、法源と法規範の区別を消失させる点で独特のものである。法律に対する憲法的制約のように、下位規範に対して制約を課すことをその役割とみなすことで、法源は規範命題ないし規範そのものとして想定されることになる。しかし、法源と法規範の概念的区別は多くの法理論や法実務において前提されており、とりわけ、テキストや実践の解釈によって法規範を導出するという法解釈の営為を十分に理解するためには、法解釈の入力 (input) たる法源をその出力 (output) たる法規範から区別する必要がある——この区別こそ、法創造行為としての法源理解において堅持されていたものである。上位規範としての法源理解は、ある規範の法的地位が別の法規範によって保証されると想定している。(この点をどう考えるべきかについては、3・1節で論じる。)

1・1・3 法の認識根拠

日本の法学・実務における「法源」の用法に近いのが、法の認識根拠・存立形態としての法源理解である。この理解では、法源は「法適用機関がその推論において参照・解釈する権限を与えられた (慣習的实践についての言明を含む) あらゆるテキストや資料」と考えられている [Spak & Carpenter 2024: 247-8]⁽⁵⁾。

この法源理解では、法創造行為として法源を捉える考えとは異なり、法の解釈・適用における法源の役割に焦点がある。法は議会によって制定された法文やその集積である法典として存在し、それを解釈することで私たちは法規範を同定している。つまり、法源とは法的な主体や機関による法創造行為の産物であり、法創造行為そのものとは区別される。

この法源理解に異議を唱えているのが、上述のカルバンティエである。彼によれば、

テキストは法の意味の伝達手段である。しかし、テキストそれ自体は、それが表現する、あるいは表現すると称する規範に法的地位 (legality) を与えるものではない。それを与えるのは、テキスト自体が法を生み出す事実 (law-creating fact) の産物だという事実である。 [Carpenter 2024: 77-8, n. 3]

法源の主要な機能は、法の意味内容を導出する際の認識的情報源 (epistemic source) すなわち「認識根拠」としての役割ではなく、法規範の規範的源泉 (normative source) だというのが、カルバンティエの主張である。「法源 (sources) とは、法に法としての存在を与えるものであり、その内容についてはもちろん、存在についての情報を与えるものでもなく」 [Carpenter 2018: 77]。

カルバンティエの批判からもわかるように、法創造行為の産物としての法源理解は、法規範を同定する法解釈における法源の役割を重視するものである。ある規範命題が法規範として妥当するためには、その意味内容が法源とされるテキストに依拠して導出することが求められる。この理解のもとでは、法解釈に用いることのできるものは何であれ法源とみなされ、それに基づいて法規範の内容が確認される。(このことから、以下では単純化のために、この理解を「認識根拠としての法源理解」と呼ぶ。)

1・1・4 因果的要素

法解釈に用いられるものは何であれ法源であるという理解は、ある種のリアリズム的理解に繋がる。この法源理解では、それが法的地位を持つかどうかにかかわらず、法的判断を因果的に導く要素はすべて法源とみなされる。裁判官の

法的判断を導くのは、何らかの基準によってア priori に妥当する法的ルールではなく、法内容を同定する解_い釈_いに影響を与えるあらゆる要素である。

この点を指摘するため、スパークとカルパンティエは、A・ロスが提唱する「科学的に妥当する法 scientifically valid law」の概念を紹介している。ロスによれば、科学的に妥当する法とは「裁判官の頭の中で実際に作用している、あるいは作用していると思わざるを得ない規範的イデオロギーであり、それによって裁判官は社会的に拘束されていると感じており、それゆえ実効的に従われる」ものである [Ross 2019: 46]。ロスが法源を「裁判官が判断の根拠とするルールの定式化に影響を及ぼす要因の総体」と表現していることから、この法源理解のリアリズム的な性格が見てられるだろう [Ross 2019: 92; cf. Spaak & Carpentier 2024: 248-51]。

この理解のもとでは、ある規範が法規範であるかの問題と、法規範の正確な内容が何であるかの問題が、明確に区別されない。このことは、因果的要素としての法源理解が法解釈における法源の役割を重視していること、また、法解釈と切り離された法的ルールのア priori な法的地位の保証を認めないことに由来している。法源が法解釈を規範的に拘束する事実や対象ではないというリアリズムの暴露的主張は、法学や実務の基本的発想とは大きく異なっているが、法解釈・適用の場面に法源の重要性を見出す点で、認識根拠としての法源理解と視点を共有している。

1・2 妥当性と解釈

以上で確認したように、既存の法源理解はそれぞれの強調点を二つの役割に大別できるように思われる。すなわち、規範の法的地位を保証する役割と、法解釈に情報を与える役割である。

まず、(1) 法創造行為としての法源と (2) 上位規範としての法源は、どちらも特定の規範が法規範として妥当する根拠を示すものである。法創造行為としての法源理解では、法規範は特定の社会的事実によってその法的地位を獲得

する。また、上位規範としての法源理解において法規範が法的地位を得るのも、上位規範(法源)に適合することによってである。これらの理解が前提するのは、法規範が法源に遡ることでの法的地位を得るという(ある種の形式主義的な)法の妥当性概念である。

これに対して、(3) 認識根拠としての法源と (4) 因果的要素としての法源は、解釈における法内容の同定にとって重要な役割を果たす。認識根拠としての法源理解において、法規範の同定は法源である法文等に依拠してなされるものであり、因果的要素としての法源も、法的判断を——もちろん、「規範的」にはないが——拘束するものとして理解されている。

これらの法源理解における強調点の違いは、J・ダスブルモンによる「法確認形式主義 law-ascertainment formalism」(あるいは「源泉形式主義 source formalism」[Schauer 2017])と「法内容決定形式主義 content-determination formalism」という、形式主義の区別に対応させて捉えることができる。前者は法同定にあたって利用可能なもののリストが形式的に定まっているという考え方であり、後者は解釈ルールなどによって法解釈の結果が形式的に定まるという考え方である。単純化すれば、両者は規範の法的地位の保証と法解釈の統制という二つの異なる焦点での形式主義を問題にしている [D'Aspremont 2017 cf. Schauer 2017: 389-93]。

もちろん、両者を単純に区別することは困難であるが、大まかに分ければ、(1) 法創造行為としての法源理解では前者の段階に焦点が当てられるのに対し、(3) 認識根拠としての法源理解では後者の段階が問題となっている。また、(2) 上位規範としての法源理解は、前者(規範の法的地位の保証)が法解釈の局面で問題化されており、(4) 因果的要素としての法源理解では、そもそも形式主義的な考慮が排除されている。

この二つの焦点を考えると、「法源」をどちらか一方の用法に限定することは無益に思える。むしろ、法源は妥当性の次元と解釈の次元を架橋するものとして理解するのが適切だろう。すなわち、法源は、特定の法創造行為によって類

型化され、そこから法規範が導出されるため法規範の内容に一定の制約を課すものとして理解されるべきである。この法源理解をとることで、従来の法源理解に見られる課題をいくらか克服することができるように思われる。

第一に、(1) 法創行為としての法源理解では、法制定(立法)は法創行為であり、法規範を直接的に創造する点で特異なものである[Spaak & Carpenter 2024: 256ff.]。しかし、この分析は解釈方法に依存する複数の規範が対立する場合や、法文の存在を伴う立法とそれを伴わない判例や慣習が同じように法規範を生み出すことを、正面から説明することができない。G・ラモンドが指摘するように、制定された法文と法規範の間には埋め難い溝があり、判例や慣習もその素材に一定の手を加えることで一般的法規範として構成される点では立法と原理的に違いはないと言える[Lamond 2024: 287]。法源を類型横断的に理解しようとするなら、法創行為の産物としての法源とその解釈的出力としての法規範という、二つの存在の区別を制定法(立法)においても維持する必要がある。すなわち、法源は類型化された法創行為の産物であり、その産物が解釈されることによって法規範が同定されるという、一連の法的思考プロセスを前提すべきである。

第二に、スパークとカルバンティエによれば、(3) 認識根拠としての法源理解では、法解釈において權威をもって参照されるあらゆる資料を法源として捉えることになる[Spaak & Carpenter 2024: 247-8]。しかし、法学において、法源は単なる解釈資料とは区別される重要な役割を与えられている。リアリズムのように法創造/法適用の区別を否定するのであれば、法の規範的効力(権利義務関係の変動)に直接関係する、規範の法的地位の保証を法源に求める必要がある。しかし、まさに特定の法源にのみその役割が求められるという事実は、何らかの実践に先立つ条件ではなく、それらを法的地位の源泉として扱う法実践に依存する事柄である。適切な法源理解は、ある特定の法源類型が規範の法的地位を保証できる理由を説明できなければならない⁽⁶⁾。

つまり、ここで必要とされる法源理解は、一連の法的思考の基盤として機能する対象を法源として同定しつつ、それ

らが規範の法的地位を保証する仕方を法創行為という事実の側面から説明するものである。次節では、この法源理解を社会的人工物の存在構造の観点から敷衍する。

- (3) ここでの分類は相互排他的・網羅的なものではなく、あくまで標準的用法の要点を把握するための便宜的なものにすぎない。また、本論文の目的は、どの用法が正統であるかを診断することにはない。
- (4) 日本の法学・実務における法源の用法とその意義については、2・3・3節で検討する。
- (5) この定式化は、形式的法源だけでなく道徳原理など実質的な要素を含むように見える点で、「加藤 2016」の分類における(d)と重なるように思われる。実際、スパークとカルバンティエの批判の要点は、この法源理解では、權威的テキストとそれ以外の法に関連する資料が区別できないことにある。
- (6) 法源の規範的効力、あるいは權威性について[Schauer 2006: Ch. 4]を参照。

2 人工物としての法源

2・1 社会的人工物とは何か

法源が法創造行為の産物であるということは、それが何らかの目的を実現するために人為的に作られる対象、すなわち「人工物 artifact」であることを意味する⁽⁷⁾。

では、法源が「社会的人工物 social artifact」であるとは、どういうことか。社会的人工物は、通常の(技術的)人工物とは異なり、社会集団による継続的使用によって、当該対象の物理的特徴のみでは果たすことのできない機能が帰属された人工物である。たとえば、金槌はその物理的特徴(硬い素材の頭と長い柄があること)によって釘を打つという機能を果たすことができる。これに対して、貨幣はその物理的特徴(硬貨か紙幣か、何が印字されているか)のみによって機能するわけではなく、人々がそれを貨幣とみなし、交換や貯蓄に用いることではじめて貨幣として機能する。このよう

に集団の使用実践に依存して特定の機能を有する人工物を社会的人工物と呼ぶ。

J・R・サールは、このことを集団による構成的ルールの受容という図式で説明している。⁽⁸⁾ サールの図式では、(C)においてXはYとみなされる」という形式の構成的ルール (constitutive rule)⁽⁹⁾ を集団が受容することで、ある条件Cを満たす対象Xには、その地位がなければ果たすことのできない機能Y (≡ 地位機能 status function) が割り当てられる [Searle 2010: Ch. 5]。一万円札を例に考えると、日本銀行によって発行され渋沢栄一の肖像が印字された (C) 特定の紙片 (X) は一万円札 (Y) とみなされ、売買や貯蓄に用いることができる、ということになる。⁽¹⁰⁾

ただし、構成的ルールの受容という要素は、——サールの想定に反して——社会的人工物の存在にとって必然的・本質的ではない。植原亮は、サールの説明が集団によるルールの受容を集団の信念や意図の問題として捉えていることを指摘しつつ、そうした信念や意図は社会的人工物の存在にとって不可欠ではないと論じている。

労働の対価として受け取り、その一部を物品と交換し、残りを貯蓄に回す。こうした、あくまでも貨幣の外側にあるふるまいのパターンが、偶然ではない仕方で繰り返し出現することにより、貨幣は内的本質を欠いていても成立しうるのである。

〔植原 2016: 7〕

このことを説明するために、植原は、現在の日本の紙幣が兌換紙幣であるという誤信念が広範に共有されている状況でも、ふるまいのパターン (貨幣の使用実践) が持続することで不換紙幣が紙幣として機能し続ける可能性を指摘する [植原 2016: 7]。つまり、社会的人工物を当該人工物として存在せしめるのは、それを当該人工物として扱うふるまいのパターンであり、その「本質」を規定するルールや、それに対する集団の信念や意図ではない。

もともと、このような社会的人工物の存在構造において、構成的ルールは使用実践の安定化という重要な役割を果た

している。たとえば、法的ルールによって、一万円札であることの条件として日本銀行による発行が規定されることは、その条件を満たさない対象が一万円札として使用されることを防止している。このようなルールによって関連するふるまいのパターンは安定し、貨幣の類型は収束する [植原 2016: 8-9, 12]。集団がルールを信念や意図として共有することとは人工物の存在にとって不可欠ではないが、ルールを共有している集団では、人工物の使用実践がそれによって統制され、ふるまいのパターンを形成することが容易になる。

F・ヒンドリクスとF・グアラは、制度的実践におけるルールが、行為主体に特定の行為を指図することで均衡を作り出す「相関装置」として機能すると指摘している。集団が相互行為する際、ルールは行動調整のためのシグナリングとして——より正確にはシグナリングと結びついて——機能し、相互に観察可能な外部装置によるシグナリングの仕組みに依拠した条件付き戦略の組み合わせが「相関均衡 correlation equilibrium」を構成する [Hindriks & Guala 2015: 466-8]。社会的人工物の存在が集団の使用実践に支えられているのだとすれば、相関装置としてのルールは、人工物を構成する、というよりも、むしろ人工物を構成する使用実践を統制する、役割を果たしている。

2・2 法源の存在構造

2・2・1 使用実践基底性

さて、このような社会的人工物の存在構造を前提にすると、法源はどのように理解されるだろうか。まず指摘できるのは、法源が、それを参照し法的判断を下すという法源の使用実践に基づいて存在するということである。法源は、上位規範への適合など何らかの基準を満たすがゆえに実践と独立に法源であるわけではなく、テキストや慣習を法的判断の正当化根拠として用いる実践の安定的持続によって、そうしたカテゴリーに属する対象から解釈によって導出される

規範の法的地位を保証し、その内容を統制する機能を付与されることで、法源として存在する。

この法源理解は多くの理論家の分析と一致している。たとえばG・ピノは、「少なくともいくつかの法源は、その地位を、明示的な権能付与規範ではなく、公務員(officials)によって支持された承認実践そのものに負う」としており[Pino 2021: 62-3]。ラモンドは、「ある情報源を法源たらしめるのは、公務員がその情報源を権威あるものとして扱うことである」と述べている[Lamond 2024: 281]。

ここで重要なのは、何が法源であるかが、それを規定する単一のルールによってではなく、法的判断の際に特定の対象を参照する、繰り返される使用実践によって決まるということである。J・ベルは、何が法源としてみなされるかについてのルールを、H・L・A・ハートのいう「承認のルール rule of recognition」のような包括的メタルールとして捉えることに反対している。ベルによれば、それぞれの法体系で何が法源とみなされるかは、単一のルールとみなすには複雑すぎる[Bell 2018: 50-3]。もちろん、そうしたふるまいのパターンを個別に「承認のルール」と呼ぶことは妨げられていないが、それを包括的な単一のルールとして定式化することは、實際上困難である。

具体的には、特定の法創造行為によって産み出された対象(テキストや慣習的行為)から導出される規範命題を、法的地位——あるいは権威——を有するものとして扱う実践が安定的に持続することで、法的主体にはそれらの対象を法的判断の基盤として用いることが、要請されたり許容されたりする。要請や許容といった規範的効力の程度は、法源の使用実践の安定度合い、あるいは実践に対する統制の強度によって異なる。ハートが「義務的法源 mandatory source」と「許容的法源 permissive source」を区別し、A・ベツェニクが「義務的 Must」「推奨的 Should」「許可的 May」に分類したように、その差異は法源の分類にも反映されている[Hart 2012: 294; Peczenik 2008: Ch. 6]。

2・2・2 事実と対象

法創造行為とそれによって産み出される人工物の関係についても述べておく。まず、人工物は対象のカテゴリーであり事実とは異なる[cf. Gkoutas 2023: 504-7; Epstein 2015: 74-5]。〈財布に一万円札が入っていること〉や〈一万円札が存在すること〉が社会的事実であるのに対して、一万円札そのものは事実ではない。つまり、貨幣のように集団の使用実践に依存して機能を有する人工物は、社会的対象(あるいは、そのカテゴリーとしての社会種)であって社会的事実ではない。

同様に、法源は対象であって事実ではないと考えるのが自然である。法源を用いる実践、すなわち法の解釈・適用は、法創造行為という過去の事実ではなく、法文のような現存する対象に基づいてなされる。規範の法的地位を保証する機能も、ある対象が特定の法創造行為の産物であるという条件を満たすことで(実践に基づいて)割り当てられる機能であると考えることができる。

特定の類型の法創造行為がなされたという事実は、その産物が法源というカテゴリーの実例として存在するための条件とみなすことができる。カルバンティエが「規範が〔法創造行為としての〕法源に遡ることができる場合、それは法体系に属するものであり、法規範である。そのような法源に遡ることができなければ、それは法規範ではない」と述べるとき、法創造行為としての法源理解では、法規範は特定の事実¹に由来することで法体系のメンバーシップを獲得すると想定されている。しかし、ある法規範が法体系に属するために、法創造行為によって直接創造されるとまで考える理由はない。法規範は法源を解釈することで産み出される[cf. Pino 2021: 67-8]。少なくとも、認識根拠としての法源理解のもとでは、そうであるなら、法源が特定類型の法創造行為の産物であることによって法体系のメンバーシップを獲得し、その解釈によって導かれた法規範の法的地位を保証するのだと理解すればよい。

では、法源が立法、慣習、判決などの法創造行為のあり方によって類型化されることは、法源の存在にとって、いかなる意義を持つのだろうか。日本の多くの法学の教科書は、法源を「裁判官が法を適用し判断を下す際に用いることができる法形式（法の種類や分類）」⁽¹⁾「神野ほか 2022: 22」のように捉えており、通常「法源論」として提示される議論・整理は、その法分野での法的判断において参照できる対象の種類とその性質の記述である。この類型化の意義を考えることは、法源の機能を捉えることにつながる。

このことを理解するためには、ピノによるタイプ法源／トークン法源の区別が有益である。タイプ法源は、憲法、法律、判例といった、異なる法源の種類を指し、トークン法源は、個々の法令や判決など、ある種類の法源の特定の実例（インスタンス）を指す [Pino 2021: 71]。法源論で問題となる類型化はタイプレベルでの区別の問題であり、トークンレベルで法文や慣習の解釈を通じてなされる法規範の導出とは異なる次元にある。法創造行為がそれ自体を法源とみなすカルバンティエは、これを明確に指摘し、個別の具体的立法行為は法源そのものというよりそのインスタンスでしかなく、法規範は法源のインスタンスにしか遡ることができないと述べている [Carpentier 2018: 77]。

すなわち、法創造行為はそのタイプごとに法源を類型化し、そのインスタンス、つまりトークン法源から導出される規範の法的地位がその類型に基づいて判断されるのである。これをふるまいのパターンの安定による貨幣類型の収束と類比的に考えると、トークン法源（個々の法令や判決）はタイプ法源（立法や判決の類型）のインスタンス条件を満たすことで、法的判断の基盤として安定的に用いられていると言える。法創造行為がそれぞれ類型化され、タイプ法源としてインスタンス条件を備えることが、法源の使用実践の安定的持続を支えるのである。

ただし、法源が類型化されインスタンス条件が明確であることは、法源に不可欠の性質ではない。ピノは、ほかの法

源によって類型が参照されている「体系化された法源 *codified sources*」と、法適用を行う公務員の実践のみに基づいて形成される「実践に基づく法源 *practice-based sources*」を、タイプレベルで区別している。たとえば、憲法が国会を唯一の立法機関と定めるように、（明示的あるいは黙示的に）ほかの法源によって参照される体系化された法源は、現代の法体系では一般的である。⁽¹³⁾しかし、ピノは「体系化された法源でさえも、結局、その地位は法を適用する公務員のあいだで継続される承認実践に負っている」と述べ、体系化された法源であっても究極的にはその存在が実践に基づくことを指摘している [Pino 2021: 72]。

それでも、法源がひとたび体系化されると、その類型は法実践の参照点として機能する。ある種類の法創造行為（たとえば、立法行為）によって産み出されることによって、あるテキストはそこから導出される規範の法的地位を保証するものとして安定的に用いられる。また、その実践の安定的持続によって、そのテキストは法源としての存在を獲得するのである。ここにはある種の循環が見てとれる。

体系化された法源であっても、究極的には承認実践に裏付けられなければならないが、体系化された法源は、承認実践そのものを形づくり、強化する傾向がある。 [Pino 2021: 72]

要するに、体系化された法源であっても真に法源とみなされるためには承認実践に裏付けられなければならないが、同時に、体系化された法源の存在そのものが公務員の関連する承認実践の射程を著しく制約しているのである。 [Pino 2021: 73]

また、ピノは、トークン法源のインスタンス条件について、それがほかの法源に表現された権能付与規範によって統制される「派生的法源 *derivative sources*」と、その統制を欠く「自律的法源 *autonomous sources*」を区別している。前者は誰がどのように法創造を行うことができるかについて要件を定める規範に従って生成されるのに対し、後者はそ

うした規範には統制されず、「構成的に見出される」のみである [Pino 2021: 73-4]。

たとえば、日本法では、法の適用に関する通則法3条をはじめとして慣習という法源の類型を体系化しながら、それがどのような要件を満たすとき法として存在するのかについて明確な規定は存在せず、慣習は自律的法源として存在している。この状況は日本法に限らず、「ほとんどの法体系は慣習法を法源として明確に認めているが、慣習法とは何かも定義していない」[Pino 2021: 74-5]。またピノによれば、権能付与規範によって統制されていない、抜き身の憲法制定権力によって制定される憲法も、自律的法源の一例である。

派生的法源と自律的法源の区別も、法源の存在を支える使用実践に対する統制の違いとして理解することができる。派生的法源は、タイプ法源ごとの構成的ルールが法規範として規定されており、それにより特定の法創造行為が産み出した対象の法源性を判断することが容易である。これに対して、自律的法源の場合には、法創造行為の産物が法源であるかどうかは、端的に特定のタイプ法源のインスタンスとして用いられるかどうかにかかっている。

要するに、法源の類型化は、究極的には使用実践に基づいて存在する法源を、それを産み出す法創造行為ごとに類型を示したり、そのインスタンス条件をルールとして規定したりすることによって、法的判断の基盤として安定的に用いることを可能にしている。そして、使用実践の安定的持続こそ、法源から導出される規範の法的地位を保証するものである。ルール自体が法源の存在とその法的地位を実践に先立って決定しているわけではなく、ルールに支えられた使用実践の相対的強度によって、それらの法源の使用が義務づけられたり、許容されたりするのである。したがって、法源の類型ごとの使用実践の安定性は法体系によってさまざまであり、すべての法体系に共通する法源性の普遍的基準があるわけではない。

(7) このような人工物の定義として「[Preston 2022]を参照。また、法を明示的に人工物として捉える試みとして」[Burazin 2016]、[Crowe 2014]、[Ehrenberg 2016]、[Roversi 2018] などがある。

(8) サールが分析しているのは「制度的事実 institutional fact」の成立である。制度的事実とは、人々の実践とは独立に成り立つ「生の事実 brute fact」と対比される事実であり、この意味で「『社会的事実』でもある」[cf. Searle 1995, Searle 2010]。このことから、集団の実践に依存して存在する人工物を「社会的人工物」と呼ぶことは自然な用法であると言える。社会的人工物のような対象と社会的事実の関係については2・2・2節を参照。

(9) サールの説明において、構成的ルールは統制的ルール (regulative rule) と対比される。しかし、構成的な役割を果たすルールが同時に統制的な役割を果たすことは可能であり、後述するように、むしろルールの統制的機能こそが社会的事実を成り立たせる重要な役割を担っている。構成的／統制的の区別がルールの類型ではなく、行為記述の違いであることについて「[Raz 1999: 108-11]」を参照。

(10) 同様の分析として「[Thomason 2003]を参照。

(11) たとえば「[田中 2011: 78]、[長谷部 2022: 24]、[潮見 2022: 7]を参照。

(12) ここでは基本的にピノの洞察を社会的人工物としての法源理解に当てはめて議論を進める。ただし、ピノは法源を社会的人工物として捉えているわけではない。ピノ自身はむしろカルバンティエの議論に従って明示的に法源は社会的事実であると考えている「[Pino 2021: 63-4]。しかし、ピノが「法源はテキストを生み出し——あるいはむしろ、テキストであり——、それらのテキストの解釈を通じてのみ、私たちはそれがどのような法規範を伝達しているかを知ることができる」と述べるとき、事実としての法源理解と対象としての法源理解は明確に区別されていないように思われる。

(13) ピノが注意を促すように、体系化された法源はそれ自身が成文法源である必要はない。実際に、慣習法は、しばしば制定法によって明示的に参照される不文の体系化された法源である「[Pino 2021: 71]」。

3 法源の社会的機能

これまで、法源の社会的人工物としての存在構造を確認することで、それが法の妥当性 (validity) の次元でどのように機能するか——すなわち、規範の法的地位をどのように保障するか——を見てきた。最後に、法源が果たすもう一つの役割である、解釈の統制機能に注目して、法源の存在意義について論じる。

3・1 存在と妥当

まず、これまで論じてきた社会的人工物としての法源の存在構造を前提に、法源の存在と妥当を区別できることを明確化しておく。それは、法源が使用実践の安定的持続に基づいて存在することと、法源の使用実践がその妥当条件を規定するルールに適合することの区別である。派生的法源の説明で見たように、法源は、多くの場合、誰がどのように法創造を行うことができるかについて要件を定める規範を伴う。ピノが指摘するように、この要件はしばしば法実証主義の「系譜テスト *pedigree test*」と一致し、それを充足する法源は形式的に妥当¹⁴と言え¹⁵ [Pino 2021: 76]。これに対して、自律的法源にそうした要件はなく、そもそも妥当でも無効でもない。自律的法源はただ存在するのである。

このように法源の存在と形式的妥当性を区別して捉えることには、理論的かつ実践的な帰結を伴う。

第一に、この区別は、判例や慣習のように、明確な妥当条件を持たない法源の存在を正面から認めるものである。多くの法理論家は、制定法を典型として、法源の存在が明確な要件を伴うと想定している。しかし、その想定は無根拠なものであり、実際は判例や慣習などその存在を単純に判断できない法源はありふれている。この歪曲は、実践に基づく法源の存在とルールに基づく法源の（形式的）妥当を混同することと生じていると言える。

第二に、法源の妥当性は、たとえばリアリズムの理解のように、ただ法解釈に対して因果的な影響を及ぼすことに還元されない。ルールによって統制された形式的妥当条件は、それを満たすことで直ちに法的地位の推定を生じさせ、その対象を法的判断の基盤として——すなわち、法規範を導出する対象として——用いる実践を規範的に統制する。この規範的次元は、通常「形式的法源」と呼ばれる諸類型に特徴的な性格を表している。

法源の形式的妥当性は、ある法源がどのような要件を満たした法創造行為によって産み出されたか、あるいは、法源の使用実践がどのようなルールによって統制されているのか、といった、社会的人工物の存在を支える実践の安定化要

因としてのルールの次元に対応した様相である¹⁴。

しかし、法の妥当性は形式的なものに尽くされない。そもそも、「妥当性 *validity*」概念は従来の学説でも相当曖昧なまま使用されてきたものである。ここでは、少なくとも形式的妥当性とは異なる次元に対応する実質的妥当性の概念を導入することができることを指摘する。

社会的人工物としての法源理解は、妥当性と解釈の次元を架橋するものとして提出された。それは、法創造行為によって産出された法源を解釈し法的判断の前提となる法規範を同定するという、法解釈実践の構造に従って特徴づけられる。この法規範の同定において問題となるのが、法規範の内容に関する妥当性である。法規範の内容は、法体系内のかの規範、とくに上位規範との適合性によってその妥当性が判断される。これは、法源の形式的妥当性とは区別される¹⁵、法規範の妥当性である。

たとえば、立法などの法創造行為が一定のルールに従ってなされた結果として、ある法令が形式的に妥当する法源として存在するとしよう。この法令を解釈・適用する際は、その内容の憲法適合性やその他の法令などとの整合性が問題となるだろう。その内容が憲法違反である場合には無効が宣言されたり、その法令より後に制定された別の法令が優先して適用されたりすることもある。これについて、ピノは以下のように指摘する。

後者〔実質的妥当性〕の場合、判断は解釈的かつ論証的な性格を帯び、問題となっている法令の規定と憲法の関連する規範や原理との一貫性や整合性の観点からの評価、さらには、曖昧な憲法条項のより正確な意味づけ、相反する憲法的原理の衡量、比例性や合理性のテストの実施など、他の論証的な作業も必要となる。

[Pino 2014: 208]

法規範の同定プロセスでは、道德判断さえ必要になるような、きわめて実質的な考慮が働いていることは明らかである。

第1節で見たように、法源を解釈の情報源として捉えることは、法源の権威的性格を独自のものとして扱うことができるという問題を抱えていた。これに対し、法源の同定と法規範の同定を峻別することで、法創造行為の類型によって規範の法的地位を保証しつつ、内容・実質的考慮とは異なる次元で法解釈に基盤を提供することができる。

3・2 法的判断の足場

もともと、法源と法規範の峻別は、法源が法規範の内容同定にまったく関与しないことを意味しない。法規範は法源の意味内容であり、解釈によってそれを同定する際には、解釈実践が作り出す均衡が重要な役割を果たす。最後にこの、法源の外部足場としての役割について簡単に示す。

すでに論じたように、社会的人工物としての法源は、テキストや慣習といった解釈対象として存在する。法源は法創造行為という単なる社会的事実の類型ではなく、法創造行為によって産み出された具体的な社会的人工物である。これによって法解釈でまず問題となるのは、具体的なテキストや慣習的実践の通例的、意味内容である。我々は、法規範の同定において、一定程度は通例の意味を尊重する必要がある。

なぜか。それは、法的主要目的の一つに、人々の行為を嚮導し秩序づけることが含まれていることに由来する。この目的を達成するためには、法源が行動調整の参照点として機能し、その意味内容である法規範が一般に広く認識される必要がある。B・レヴェンブックによれば、

法令や司法判断の内容は、十分な言語能力・関連する社会化・制定法の条文へのアクセス・司法判断に関する一連の事実についての正確な知識を持つ者であれば持つことのできる、理解・傾向・意味の割り当てを中心存在する。[Levenbook 2022: 26]

人々が法規範によって何を指図されているかを理解する際に、最も容易に依拠できるものは、社会的に顕著な法内容の理解である。そして、「言語的・社会的文脈において何が社会的に顕著であるかは、公衆の社会慣行（そして、おそらく知覚の自然な傾向）によって決定される」[Levenbook 2022: 42]。すなわち、法規範が人々の行為を嚮導するという機能を果たすためには、社会的に顕著な通例の意味が、テキストや慣習のデフォルトの意味内容を決定する必要がある⁽¹⁶⁾のだ。

もちろん、法の主要な機能は人々の行為を嚮導し調整することだけではない。たとえば、紛争解決が問題となる局面においては、そもそも法内容の通例の意味には疑義が生じている場合もある。そうした局面でデフォルトの意味に固執することは、道德判断を含む適切な実質的考慮を妨げ、むしろ法の機能不全を招く要因となるだろう。法が複数の異なる機能を有している人工物であることを考えれば、均衡の不在を理由にした構成的解釈が必要になる場合も容易に想像がつく。

しかし、デフォルトの意味に疑義が向けられるのは、まさに法が行為の嚮導に失敗し、強制的解決が必要になったときである。そうした例外的状況における機能遂行を法の第一の機能と考えることはできない。実際に紛争が生じ構成的解釈を経て確定的意味内容が与えられることは法の機能遂行における第二段階であり、したがって法源の社会的意義は第一段階と第二段階にまたがっている [cf. Levenbook 2022: 43-4; Sandro 2015: 272; 田中 2018: 429-59]。

第2節で論じたように、法源は各類型でその法的地位の相対的な強度・優先度が異なる。この法源の類型的性格が、法解釈実践に対して一定の統制を加える。憲法と法律との優先関係がタイプ法源のレベルで決定されているように、法源によって保証される法的地位は解釈に影響を与える。カルパンティエは「法源は規範が法的地位を有するかを我々に確認させることで役割をすでに終えている」と述べるが、そこで確認される法的地位は、解釈規範などと結びついて法解釈の出力——すなわち法規範の内容——を統制する役割を果たしている。

法源は、その存在を支える実践の安定的持続と、それを統制するルールによって、規範の法的地位を保証する役割だけでなく、法解釈を統制することで法規範の同定に外部足場を提供する役割を果たしていると言える。

- (14) 実践の持続とルール適合性という観点からの妥当性概念に対する同様の指摘と「*Greillette 2010*」¹⁾ [Waluchow 2009]を参照。
- (15) カルバンティエは「この二つの妥当性概念を「メンバーシップ条件への適合性」と「上位規範への適合性」という二つの異なる概念に区別してなら」[Carpenier 2018: 87ff.]²⁾
- (16) ハッペは「社会的に顕著な法内容を決定する社会慣行の主体は、法の運用に携わる公務員に限定されず、広く公衆一般が想定されている。同様の観点から、法内容が一般市民の言語的基準に従って解釈されるべきだと主張するものとして」[Sandro 2015]が挙げられる。しかし、ハッペ深く立ち入ることは必要ない。

文献一覧

- Bell, J. 2018, "Sources of Law," *The Cambridge Law Journal*, 77(1): 40-71.
- Burazin, L. 2016, "Can There Be an Artifact Theory of Law?" *Ratio Juris*, 29(3): 358-401.
- Carpenier, M. 2018, "Sources and Validity," P. Westernman, J. Hage, S. Kirste, & A. R. Mackor eds., *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 75-98.
- Crowe, J. 2014, "Law as an Artifact Kind," *Monsah University Law Review*, 40(3): 738-57.
- D'Aspremont, J. 2017, "Sources in Legal-Formalist Theories: The Poor Vehicle of Legal Forms," S. Besson, J. D'Aspremont, & K. Sevrine eds., *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, 365-83.
- Ehrenberg, K. M. 2016, *The Functions of Law*, Oxford University Press.
- Epstein, B. 2015, *The Art Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press.
- Gkouvras, T. 2023, "What Makes Law Law: Categorical Trends in Analytic Legal Metaphysics," *Jurisprudence*, 14(4): 480-509.
- Greillette, M. 2010, "Legal Positivism and the Separation of Existence and Validity," *Ratio Juris*, 23(1): 22-40.
- Giustini, R. 1996, "Fragments of a Theory of Legal Sources," *Ratio Juris*, 9(4): 364-86.
- Hart, H. L. A. 2012, *The Concept of Law*, 3rd. edition, Oxford University Press. [英: 哈特著 法律の概念] 第三版、筑摩書房、二〇一四。
- Hindriks, F. & F. Guala 2015, "Institutions, Rules, and Equilibria: a Unified Theory," *Journal of Institutional Economics*, 11(3): 459-80.
- Lamond, G., 2024, "Sources of Law in the Common Law," L. Burazin, K. Himma, & G. Pino eds., *Jurisprudence in the Mirror*, Oxford University Press, 271-85.

- Levenbook, B. 2022, "The Law of the Street," J. Penner & M. McBride eds., *New Essays on the Nature of Legal Reasoning*, Hart Publishing, 23-44.
- Marmor, A. 2019, "The Nature of Law," E. N. Zalta ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, fall 2019. edition, Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- Peczenik, A. 2008, *On Law and Reason*, 2nd. edition, Springer.
- Preston, B. 2022 "Artifact," E. N. Zalta ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2022 edition.
- Pino, G. 2014, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals," *Ratio Juris*, 27(2): 190-217.
- , 2021, "Sources of Law," *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, 4: 58-92.
- Preston, B. 2018, "Artifact," E. N. Zalta ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, fall 2020. edition, Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- Raz, J. 1999, *Practical Reason and Norms*, 3rd. edition, Oxford University Press. [英: 拉兹著 实践理性与规范] 第三版、剑桥大学出版社。
- , 2009, *The Authority of Law*, 2nd. edition, Oxford University Press.
- Ros, A. 2019, *On law and justice*, Oxford University Press [Originally published in 1953].
- Roversi, C., 2018, "On the Artifactual — and Natural — Character of Legal Institutions," L. Burazin, K. E. Himma & C. Roversi eds., *Law as an Artifact*, Oxford University Press, 89-111.
- Sandro, P. 2015, "To Whom Does the Law Speak? Canvassing a Neglected Picture of Law's Interpretive Field," M. Araszkiewicz, P. Banas, T. Gindert-Studnicki, & K. Pleszka eds., *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Springer, 265-80.
- , 2018, "Unpacking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law," P. Westernman, J. Hage, S. Kirste, & A. R. Mackor eds., *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 99-123.
- Schaer, F. 2009, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press.
- , 2017, "Sources in Legal-Formalist Theories: A Formalist Account of the Role of Sources in International Law," S. Besson, J. D'Aspremont, & K. Sevrine eds., *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, 384-98.
- Searle, J. R. 1995, *The Construction of Social Reality*, The Free Press.
- , 2010, Making the Social World: The Structure of Human Civilization, Oxford University Press. [日: 谷武史著『社会的世界の制作：人間文明の構造』勁草書房、二〇一〇。
- Shecira, F. P. 2015, "Sources of Law Are not Legal Norms," *Ratio Juris*, 28(1): 15-30.
- Spaak, T. & M. Carpenier, 2024, "Sources of Law in Continental Analytical Jurisprudence," L. Burazin, K. Himma, & G. Pino eds., *Jurisprudence in*

- the Mirror*, Oxford University Press, 241-69.
- Thomasson, A. L., 2003, "Realism and Human Kinds," *Philosophy and Phenomenological Research*, 67(3): 580-609.
- Waluchow, W., 2009, "Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism," D. M. Adler & K. E. Himma eds, *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press, 123-44.
- 植原亮, 二〇一六, 「制度的対象の特別視をやめる」『情報研究』44: 1-13.
- 加藤一郎, 一九六五, 「法源論についての覚書」『法哲学年報 1964』有斐閣.
- 加藤新平, 一九七六, 『法哲学概論』有斐閣.
- 潮見佳男, 二〇二二, 『民法(全)』第3版, 有斐閣.
- 神野潔・岡田順太・横大道聡編, 二〇二二, 『法学概説』弘文堂.
- 田中成明, 二〇二二, 『現代法理学』有斐閣.
- , 二〇一八, 『法の支配と実践理性の制度化』有斐閣.
- 長谷部恭男, 二〇二二, 『憲法』第8版, 新世社.

【謝辞】 本研究はJSPS 科研費JP25K16490の助成を受けたものである。