

## 翻 訳

アルミン・エングレンダー  
「規範と制裁—規範の制裁モデルに対する  
批判的考察」

(Armin Engländer, Norm und Sanktion — Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm, in: Rechtswissenschaft 2013, S.193-207.)

小 島 秀 夫 (訳者)

### 【目次】

- A. はじめに
- B. 規範の制裁モデルによる論拠
- C. 規範の制裁モデルに内在する諸問題
  - I. 制裁が発動されない場合に規範は存在するかという問題
  - II. 制裁を回避する意思が欠如している場合に規範は存在するかという問題
  - III. 授権規範の制裁論的な構成可能性をめぐる問題
  - IV. 制裁規定の規範化をめぐる問題
  - V. 規範の拘束力をめぐる問題
- D. 規範のスタンダードモデルに対する制裁論者たちの批判
- E. 結論

## A. はじめに

従来の規範論的な理解によれば、さまざまな制裁による威嚇や制裁を科す行為は、規範に実効性をもたらしうる方策である。規範違反に対して制裁が発動されることによって、規範の遵守に向けた動機が形成されるが、こうした理解は、規範の名宛人が、何ら疑念を抱くことなく規範によって求められる行動を常に遂行するとは限らない点が念頭に置かれている。もっとも、このような制裁が発動が規範の実効性に対してどれほどの必要条件となりうるのか、議論の余地はある。相当数の論者が賛同しているところによれば、規範というものは、制裁規定による補強がなければ、およそ行動制御能力を獲得しえないであろう。例えば、かつてトマス・ホッブズは、刑罰による威嚇なくして禁止は効力をもたないだろう、と表明した。それゆえ、効力を有する各種の法には、以下に示す通り2種類の内容が含まれている。すなわち1つは、不法な行為の禁止であり、もう1つは、それにもかかわらず行為に出ようとする者への刑罰による威嚇である<sup>1)</sup>。現在の法理学においても、ジョゼフ・ラズは次のような見解を提出している。すなわち、確かに制裁のない法体系は論理的に考えられるが、われわれの社会において実現されるのは経験的に難しい。少なくとも法が真実であることを保障するためには、制裁を通じた裏付けが必要である、とラズは述べている<sup>2)</sup>。こうした見解に対しては、形式的または非形式的な制裁規定なくしても規範は効力を有しうるとの原理的な可能性を前提とする論者が見られる。例えば、マックス・ヴェーバーは、規範の名宛人が通常規範を遵守する際に契機となる事情を規範の正統性に対する信頼に見出していた一付け加えると、マックス・ヴェーバーは、常にこのような信頼に依拠していた<sup>3)</sup>。さらにノルベルト・ヘルスターは、彼の道徳哲学に関する研究の中で、規範を受容することによって少なくとも行為を動機づける能力に制限的な作用が働く点を前提に置いている<sup>4)</sup>。いずれにしても、制裁規定の必要性をめぐるさまざまな評価がなされているとはいえ、

制裁は規範に付加的なものであって、規範を構成するものではないとの点では一致している。制裁の発動は、ある一定の行動が禁止されているという存在を根拠づけるものではなく、禁止の存在を前提とする。つまり、そのような行動は、規範に違反するがゆえに制裁を受けるのである<sup>5)</sup>。

規範と制裁の関係を表すこうしたスタンダードモデルに対しては、規範の制裁モデルと称される構想が対置されよう。制裁モデルによれば、スタンダードモデルの論者が抱いている構想とは異なり、制裁は規範から切り離されない。むしろ、規範と制裁は分離できず互いに結びついているものである。制裁の発動は、規範に単なる実効性、より明確に言えば単なる規範の遵守を付与するものではなく、そもそも規範を生み出すものである。それゆえ、ある行動は、禁止されているがゆえに制裁を受けるのではない。制裁を受けるがゆえに禁止されるのである<sup>6)</sup>。言い換えれば、制裁の発動なくして規範は存在しない。制裁規定は、規範を形成する不可欠な構成要素なのである、と<sup>7)</sup>。

そのような制裁論的な規範の理解は、例えばイギリスの法理論家ジョン・オースティンによる、かの有名な法命令説が基礎に置かれている<sup>8)</sup>。法命令説によると、実定法は一般的な命令から成り立っており、高貴な政治的権威者—主権者—が発するものである。しかし、オースティンによれば、命令は他者に向けられる行為願望、すなわち他者が命令に従わなかった場合には害悪が付加されるという行為願望に他ならない。したがって、オースティンは、遵守しなかった場合に制裁が科されるという事情が初めて、(法)命令に込められる願望を形成し、名宛人に対して服従義務を根拠づけることになる、と考えていた。

制裁論的な要素は、ハンス・ケルゼンの純粹法学においても見られる。純粹法学によれば、各種の法秩序は、違反する行為に制裁を結びつけることでのみ、市民にある一定の行動を命じるものである。したがって、ある作為や不作為は、強制作用と結びつけられるがゆえにのみ犯罪ないし不法行為となるのである<sup>9)</sup>。もっとも、ケルゼンは限定的な規範の制裁論を主張しているに

過ぎない。というのも、彼は構成要件的行為と制裁との間の結びつきを事実連関として理解しているのではなく、規範的な、すなわち制裁によって構成されない当為帰責として理解しているからである<sup>10)</sup>。ケルゼンによれば、特定の行為態様に制裁を発動させる司法機関を名宛人とする「当為」は、制裁論的に説明されうるものではないのである<sup>11)</sup>。

H.L.A. ハートが【法の概念】においてオースティンの法命令説に対する根本的かつ注意深い批判を加えて以来<sup>12)</sup>、制裁論的な規範の理解に賛同する論者は衰退している。しかし、近年の規範論に関する議論においては、内容豊かな規範の制裁論構想を復活させ、スタンダードモデルより優れていることを立証しようとする試みがある。一例として、哲学者ペーター・シュテマーやエルンスト・トゥーゲントハットに加え、刑法学者アンドレアス・ホイヤーが挙げられよう<sup>13)</sup>。とりわけシュテマーは、制裁論的アプローチを正当化すべく立ち入った考察を加えた。彼の著作である【規範性】においては、今日おそらく最も徹底したと評価されうるほどの検討が加えられており、スタンダードモデルの論者に対して最も挑発した規範の制裁モデルに関する見解を示していると言えよう。

こうした規範と制裁の関係をめぐる論争は、規範論において重要であるばかりか、法哲学および道徳哲学においても重要である。さらに、法解釈学に内在する主要な論点もそうした論争と結びついている。もし仮に、制裁論的な見解が正当であるとされるならば、例えば刑法の犯罪論ないし民法の不法行為論における通説、すなわち、法的に見れば禁止違反として違法となりうるにもかかわらず、責任が欠如しているがゆえに制裁が発動されない行為、といった理解<sup>14)</sup>は、少なくとも維持しえなくなるだろう<sup>15)</sup>。それゆえ、規範の制裁モデルに立ち入って詳細な分析を加えることは、十分意義を有すると言えよう<sup>16)</sup>。

## B. 規範の制裁モデルによる論拠

制裁論的に規範を理解する根拠について、今日の論者は主として2つの論拠を持ち出している。それらは、*過剰性*に関する論拠と*優越性*に関する論拠に大別されよう。過剰性に関する論拠によれば、制裁を通じて動機づけられるに過ぎないような、制裁から切り離された規範を認めることは、およそ過剰である。そして優越性に関する論拠によれば、規範の制裁モデルは、規範の存在や機能態様について、より論理的に説明することが可能であるとされている。まさにこうした論拠は、固有の悪しき規範的世界に規範が存在するのではなく、物理的外界の構成要素として捉えられなければならないとする自然主義的な世界観が背景に置かれている<sup>17)</sup>。それゆえ、規範や規範性を非規範的要素に還元する還元主義的アプローチのみが説得力を持ちうる。それと同時に、存在論的な徴候から、規範的命題を記述的命題に限定する倫理的自然主義のねらいが、再び取り上げられることになる<sup>18)</sup>。

過剰性に関する論拠は、ホイヤーによって（少なくとも）刑法規範と関連づける形で主張されている。こうした主張と共にホイヤーは、ドイツ刑法学において広く共有されている見解に真っ向から反対している。広く共有されている見解に基づく、法秩序は2種類の規範を含むものであり、1つは、ある一定の態様において行動すべきであるとする、各個人に向けられる行為命令としての行動規範、もう1つは、行動規範に従わなかった場合に制裁を指示する制裁規範である<sup>19)</sup>。ホイヤーによれば、無用な存在を前提としない方が、存在論的に謙抑的な性質をもつ命令にとって好ましい。しかし、独立した行為命令の存在は、刑法の目的とされている法益保護に当たって必要ではない。すなわち、法益保護は、法益侵害行為が不利益の発生と結びつくことで、ダイレクトに十分保障されうるだろう。志向された行為の制御は、まさに法益侵害行為と結びつく特別のコスト、すなわち不利益が科されることに鑑みて、法益侵害行為に出ない方が得策であると各個人が判断することに

よって可能となるのである。<sup>20)</sup>それゆえ、制裁規定に先立って存在する行為命令といったカテゴリーは、意義ある機能を見出しえないため、否定されるべきであろう。<sup>21)</sup>こうして、ホイヤーは次のような帰結を導いている。規範命題も当為命題、すなわち、なすべきことを示しているのではなく、不利益の発生を阻止するためにはある一定の行為に出ないことが各個人に必要不可欠である、といったありきたりの事実確認命題を示しているのである。<sup>22)</sup>

シュテマーによって展開された優越性に関する論拠は、比肩しうる成果を得ている。その際、規範性は、通説的な見解とは異なり、<sup>23)</sup>すべきであるという意味における当為ではなく、しなければならないという意味における特別な必然の中に存在するとの見解を出発点としている。<sup>24)</sup>このような特別な必然は、シュテマーによれば、それ自体規範的ではない2つのファクターが重なり合うことで生み出される。1つは人間の願望であり、もう1つは、願望を実現するための必要条件という意味における実際上の必然である。シュテマーは、ある一定の出来事を生じさせるためにある一定の行為の遂行が必要であるという状況を、必要条件という意味における実際上の必然として理解している。出来事の発生がまさにある者の願望通りである場合、当事者に対しては、必要条件という意味における実際上の必然から、願望を実現するために必要な行為を遂行するという1つの圧力が生まれ、シュテマーによれば、そこに1つの規範的必然が構成されるのである。<sup>25)</sup>例を1つ挙げてみよう。わたくしが遅くとも6時30分に家を出れば、パッサウからミュンヘンに行く6時44分発の電車に間に合う。わたくしが6時44分の電車に乗りたと思うならば、わたくしには、6時30分に家を出るといふ行為の圧力がかけられることになる。なるほど、当事者が「必然的な」行動に出ないことも可能である。一しかし、それは願っていたことが実現しないという代償を払うことになる。要約すると、シュテマーによれば、規範的必然は、願望をぜひとも実現させるために、ある者が何らかの行為をしなければならない、または行為を思いとどまらなければならないという点に存在するのである。

こうした特別な必然としての規範性の理解は、シュテマーがスタンダードモデルに基づく見解を否定する方向につながっている。すなわち、規範の名宛人はある一定の態様で行動しなければならないというような、立法者の意思が表出されている行為指令こそが規範であると捉えるモデル<sup>26)</sup>を否定することになる。というのも、ある者が他者に一定の行動をするよう要求するといった単なる状況は、当事者に対して必然を根拠づけるものではないからである。そのような状況において、名宛人は、いかなる行為の圧力もかけられていない。すなわち、名宛人は不利益な結果を何ら被ることなく、行為の要求、すなわち要求者の意思を無視できる。これはシュテマーにとって、当為命令が規範的に機能不全であることを意味している<sup>27)</sup>のである。

規範的必然を作り出すために—そしてシュテマーは規範の機能をまさにその点に見出そうとするのであるが—、制裁と禁止されるべき行為との結びつきを必要とする。このような結びつきが、制裁という害悪を回避したいならば規範の名宛人は当該行為を思いとどまらなければならないとの帰結をもたらし、こうして必要不可欠な行為の圧力が生まれるのである。それゆえ、規範とは—まさにシュテマーによれば—、制裁を構成する必然の中に存在することになる<sup>28)</sup>。

### C. 規範の制裁モデルに内在する諸問題

規範の制裁モデルによる説得力は、規範の機能態様がスタンダードモデルに比べてより良く、あるいは少なくともよりシンプルに説明されうるとする主張が実際に通用するかどうかにかかっている。もっとも、より詳細に検討すると、それは疑わしいように思われる。以下では、5つの問題点に分けて詳細に検討したい。すなわち、(I) 制裁が発動されない場合に規範は存在するかという問題、(II) 制裁を回避する意思が欠如している場合に規範は存在するかという問題、(III) 授權規範の制裁論的な構成可能性をめぐる問題、(IV) 制裁規定の規範化をめぐる問題、(V) 規範の拘束力をめぐる問題であ

29) する。

## I. 制裁が発動されない場合に規範は存在するかという問題

制裁モデルによれば、規範の名宛人が行為を遂行した場合に回避したい制裁をも伴う点のみを根拠として、行為に出ないことが命令されている、すなわち「規範的に必然とされている」。このような行為の遂行と制裁との関連性は、制裁が科されるべきであるといった従来の義務論的な意味で理解されるのではなく、<sup>30)</sup>制裁が科されるだろうといった事実的な意味で理解されうる。そこで、当該行為を遂行するにもかかわらず制裁が科されない場合、規範の存在にどのような影響が及ぶのか、という問題が生じよう。例えば、行為が処罰の対象とならず、窃盗犯に制裁を回避するための「規範的必然」が生まれられない場合、窃盗は禁止されないことになるが、制裁論はこのような反直観的な事態について、是認しなくてもよいだろうか。

シュテマーは、確かに制裁の発動が起こらない場合は常に想定されうる、と答えている。しかし、規範の名宛人は予めそういったことを認識していない。それゆえ、仮に規範の名宛人が確実に処罰されるわけではないにしても、少なくとも処罰される危険が名宛人に対して存在する。しかし、こうした危険を伴いながら行動に出ることは、規範の名宛人も望んでいないであろう。このような処罰の危険においては、当該行為に出ない場合にのみ規範の名宛人が回避されうる、派生的な制裁が問題になっている。それゆえ、規範の名宛人には、実際の処罰を意味する一次的な制裁が科されないとしても、派生的な制裁を通じて生み出される「規範的必然」が存在することになるだろう、とシュテマーは述べている。<sup>31)</sup>

もっとも、このような解決方法は、問題点を部分的に除去しうるに過ぎない。シュテマーは、行為者が処罰されないだろうと確信しているような状況、すなわち、回避したいと思われる処罰の危険が存在しない場合にまで、立ち入って考察していない。そのような場合、制裁を構成する必然が存在しない



ため、シュテマーによれば、規範は存在しないというさらなる反直観的な結果に至るのではないだろうか。事例を挙げるならば、窃盗犯が、自らの犯罪に関して立証されることはないと確信している場合、その窃盗犯は禁止規範に違反していないことになってしまうであろう。

ホイヤーは、こうした問題を解決するに当たって、別のアプローチを展開する。ホイヤーは、規範の実効性と妥当性との相違を引き合いに出そうとしている。ある一定の行動に対して実際に制裁が科されないのであれば、なるほどその限りにおいて、規範は確かに実効性を欠いているが、妥当性を欠いているわけではない。<sup>32)</sup> この場合、妥当性という概念は、一体何を意味しているのであろうか。妥当性とは—ホイヤーによれば—、行動と制裁の規範的な関係が実際に存在することではなく、一法秩序の事例に関連して言えば—仮にそのような関係が認められるとするならば、法におのずと対応して備わるものであることを意味するものである、とされている。<sup>33)</sup> さてまた、このような理解をどのように捉えるべきであらうか。これは明らかに、法秩序の観点から制裁が科されるべきであることを意味するに他ならない。それゆえ、ホイヤーはひそかに、上述したように制裁論の観点からは理解されないはずである当為の概念を引き合いに出しつつ、自ら展開する規範論から当為の概念を消し去ろうと試みているのである。こうしてホイヤーもまた、規範の制裁モデルの観点から、制裁が発動されない場合に規範が存在するかという問題に対して、納得できる解決策を見出すことに成功していない。

## Ⅱ. 制裁を回避する意思が欠如している場合に規範は存在するかという問題

しかし、仮に制裁が発動されるとしても、当事者が直ちに、制裁を誘発する行動を思いとどまるという制裁モデルの意味における「規範的必然」の下にいるとは限らない。このような「必然」は、当事者が制裁を回避しようと真剣に思っている場合にのみ存在する。これに対して、当事者が制裁を害悪と捉えていない場合—例えば、行為者が、自由の中にいるよりも刑務所の中

にいる方が心地良いと思っているがゆえに自由刑を恐れていないような場合一、制裁モデルによれば、制裁を誘発する行動を禁止する規範は、再び存在しないことになってしまうだろう。シュテマーは、これをはっきりと認め、もっぱら次のように述べている。すなわち、そのような事例は実際、非常にまれであろう。というのも、人間は通常、不利益として評価するものを自由に選択できるわけではなく、いずれにせよ多くの者は、生命や自由、社会的な威厳の喪失を望ましくないものと感じているからである<sup>34)</sup>。もっとも、言うまでもなく、制裁モデルによれば制裁を回避しようと思わない者たちに対して制裁を誘発する行動が禁止されず、したがってそのような行動を遂行することが規範的に許されているという不十分な結論が改められることはない。事例を挙げるならば、自由刑を害悪と捉えない強盗犯には、強盗が許されることになるであろう<sup>35)</sup>。

しかし、制裁モデルにとって必要不可欠な、制裁を回避する意思という観点からは、さらなる問題が生じることになる。ほとんど多くの者たちが基本的には制裁を望ましくない害悪と捉えているとしても、そのような者たちから見て、制裁を誘発する行為を遂行することで得られる利益や、こうした方法でしか得られない利益が、(決して確実というわけではないが、いずれにせよ蓋然的である)制裁の発動という不利益を凌駕する事例は、しばしば存在する。したがってその限りでは、制裁の発動、あるいはそのような可能性は、より重要な目的を実現するために払う用意のある代償を示していると言えよう<sup>36)</sup>。事例を挙げるならば、家から勤務地までの道のりをなるべく早く済ますため、自動車の運転手が速度超過に対する偶発的な過料の支払いを甘受しているような場合である。制裁を誘発する行動によって得られる利益が(起こりうる)制裁の発動という不利益よりも重要であると判断される場合には、制裁モデルによれば、結果として当該行動を思いとどまる規範的必然が当事者には存在しないことになるだろう。というのも、確かに当事者は制裁を科されたくないと思っている。しかし、当事者ははるかに、制裁を誘発する行

為を遂行しなければ得られない利益を逃したくないと思っている。それゆえ、当事者は、具体的な状況下において、制裁に対して一般的に抱く回避の意思を放棄するであろう。

もっとも、シュテマーによれば、結果として規範的必然が存在しないことは致命的ではないと捉えているようである。制裁の発動が、行為者による比較考慮の際、行為の遂行にマイナスの材料を与えるファクターとして考慮されうる、ある程度の必然を生み出すのであればそれで十分である、と述べている。<sup>37)</sup> もちろん、その際に行為命令の定言的な性格が失われてしまうことに変わりはない。そればかりか、いかなる動機によるものか関係なく規範の名宛人にある一定の行動を命じたり禁止したりする機能を容認するならば、とりわけ法規範と道徳規範は、しばしば密接に結びつくことになるだろう。一方、規範の名宛人は、制裁モデルによれば、当該行為によってもたらされる結果の実現よりも制裁を回避する方が重要であると考えるように、制裁を誘発する行動をただひたすら思いとどまらなければならない。こうして、規範の制裁モデルは、制裁が発動されない場合だけではなく、制裁を回避する意思が欠如している場合にも、納得できない結論へと至ることになるだろう。

### Ⅲ. 授権規範の制裁論的な構成可能性をめぐる問題

規範について、制裁を構成する必然として理解するならば、一例えばマフィアのギャングによる上納金の強制取立てのように一恐喝的な行為の要求と、一例えば税務官による課税命令のように一法または道徳に基づく行為命令はどのように区別されるのか、という問題が生じよう。最終的には、制裁を構成する必然は、規範の名宛人に対して、2つの事例を同等に扱うことになる。例えば、罰金が科されたくないならば税務官による命令の一部に従わなければならないというように、射殺されたくないならばマフィアのギャングから絶対的に命令された内容に従わなければならない。

シュテマーは、ケルゼン<sup>38)</sup>やハート<sup>39)</sup>の考察と関連づけて、2つの事例の決定

的な違いを次の点に見出している。すなわち、税務官は当該要求の権限が与えられているのに対して、マフィアのギャングには権限が与えられていない<sup>40)</sup>。ここでは、授権という新たな規範的カテゴリーが導入されている。しかし、どのように授権が制裁論的に構成されるのか、疑わしいと言わざるを得ない。というのも、授権の機能は、被授権者に規範的な権力的地位を認める点に存在するが、それは（もはや制裁による威嚇や制裁が科されることによるものではないばかりか）決して被授権者にそのような権力の行使を強制するものではない。それゆえ、一瞥する限り、授権は、規範の制裁論的な理解と相容れないように思われる。

シュテマーは、このような問題に対して、授権とは制裁を構成する命令規範や禁止規範に内在する構成要素として理解することで解決を図ろうとしている<sup>41)</sup>。規範的な権力的地位は、他者に対する制裁規定を通じて被授権者の望み通りに行動しなければならない規範的必然が根拠づけられることで、被授権者に与えられるのである。このような特殊性を有する制裁規定は、被授権者によって確立されるものではない。被授権者は、制裁規定に関して、授権者からいわば裁量が与えられているのである<sup>42)</sup>。事例を挙げるならば、裁判官から規定に従って召喚される証人が出廷しなかった場合、証人は秩序金によって罰せられるため、証人が処罰を回避したいと思うならば、証人に対しては裁判官の召喚に応じる規範的な必然が存在し、こうして裁判官には、証人の出廷を命じることが授権されるのである。

しかし、そのような制裁論的な再構成は、授権規範の大部分を見誤っているとさえ言えよう<sup>43)</sup>。制裁論的に再構成する中で、授権はもっぱら制裁を構成する命令規範や禁止規範として捉えられるため、そのような再構成によれば、規範の名宛人とされるのは、被授権者ではなく、授権の行使を通じて義務づけられた人のみとなってしまうだろう。事例を挙げるならば、制裁モデルによれば、基本法の権限規範は、例えば連邦議会や連邦参議院、連邦政府の構成員ではなく、市民に向けられる。それゆえ、権力的地位やその限界について

被授權者に指示する授權規範の重要な機能は、理解されなくなってしまうように思われる。

#### IV. 制裁規定の規範化をめぐる問題

制裁を構成する必然によって行動が制御されるためには、制裁規定が機能していなければならない。こうした機能を維持するため、制裁を科す行為それ自体も、何らかの規定が必要であろう。すなわち、制裁による威嚇や制裁を科す行為は、制裁を科す側に向ける形でも規範化されなければならないのである。しかし、規範の制裁モデルによれば、それはどのようにして可能になるのであろうか。それは、制裁行為も制裁を構成する必然の対象になることによってのみ、可能となるであろう。事例を挙げてみたい。制裁論の前提によれば、刑事裁判官は、有罪であると認められた被告人に対して、刑罰を科さなければ官職における刑の免脱や法の歪曲によって自身が処罰されるがゆえにのみ、刑罰を科さなければならない。むしろ、より高次のレベルにおいて、問題が再び湧き起こる。というのも、制裁行為が制裁を構成する必然の対象となるためには、一階の制裁行為に関するさらなる制裁規定が必要だからである。しかし、制裁モデルの前提によれば、このような二階の制裁規定は、さらなる制裁を構成する必然などによって再び規範化されなければならない。こうして制裁モデルは、無限に遡行して制裁を構成する必然を承認するがゆえにもはや規範化されず、最終的には制裁規定が野蛮なものになってしまうであろう。それゆえ、規範の制裁モデルは、近代法治国家の決定的な特徴—国家による強制力の行使に対して徹底した規範化を貫徹するという責務—を軽視することになるだろう。

#### V. 規範の拘束力をめぐる問題

最後に、人間の行動が制御される点について、規範の制裁モデルからは納得しがたい観念が基礎に置かれていることは、制裁モデルにとって欠点であ

ると言えよう。制裁論的な理解によれば、制裁を誘発する行動を思いとどまるための根拠として一行為者にとって規範に左右されない諸事情から動機づけられることがほとんどない限り一、制裁の回避のみが考慮に置かれる。これに対して、内在的な動機による規範の遵守、すなわち、例えば規範の名宛人が規範を正統であると評価したり、立法者を規範設定権者と評価したりするがゆえに、その名宛人が自ら規範に拘束されることは、制裁論的な理解によれば認められない。

もっとも、この点はシュテマーによって反論されており、規範の存在根拠と規範の名宛人が抱く動機を混同してはならない、との論拠が提出されている。なるほど、確かに規範は、制裁規定によってのみ存在するものである。とはいえ、規範の名宛人が規範を理性的なものであると捉えることで規範の遵守に向けた傾性が構成され、あるいは規範の遵守がもはや自明なものとなるがゆえに、規範の名宛人が素直に規範を遵守することも考えられる、とシュテマーは述べている<sup>44)</sup>。しかし、そのような理解に対しては反論の余地がある。制裁モデルによれば、規範は制裁を構成する必然として理解されるため、規範の名宛人は、規範に反して適切な態度を全く取らないことも可能である。というのも、制裁論的な意味における規範は、これまで見てきたように、決して定言的な命令ではなく、規範の名宛人が制裁を回避したいと思うならば制裁を誘発する行動を思いとどまらなければならない、ということの意味しているに過ぎない。したがって、制裁モデルによれば、およそ制裁を回避する意思に左右されることなく遵守可能な、規範の名宛人が拘束される規範は存在しないはずである。

さらに、規範の制裁モデルは、行為論的に見れば、自らの行動をもつばら当該状況における費用便益（コストベネフィット）計算に合わせるような当事者を前提としなければならない。すなわち、当事者は、それぞれ決断する場面において、法益の侵害という利益と法益侵害行為によって誘発される制裁の可能性という不利益を差引勘定することになる。しかし、もつばらこの

ように動機づけられる行為に基づいて、自由主義的な法秩序が永続的に存在することは不可能である。自由主義的な法秩序が永続的に存在するためには、国家機関が自ら固有の利益を達成させるために権力を行使するのではなく、市民の利益という観点から市民の法益を保護するために必要であるという方法によってのみ権力を行使することが、その条件となるであろう。しかし、国家機関をそのような行動に動機づけるものとは一体何であろうか。制裁論によって基礎に置かれている、まさに市民だけではなく、立法機関、司法機関、行政機関の当事者に対しても同様に妥当する行動を前提とするならば、再び制裁の恐怖というものが考慮されることになるだろう。しかし、ほとんど権力を持たない一般市民とは異なり、権力手段の所有者としての国家機関に対しては、そのような恐怖は存在しないように思われる。さらに、国家機関に対しては、自己の利益のために法益侵害へと結託して協力する形で権力が濫用されないように働きかける十分な動機も存在しない。したがって、状況に応じて決断される利益の最大化を試みる世界は、最終的には破壊的なアナキーや搾取的な専制政治へと至ることになるのではないだろうか。<sup>45)</sup> それゆえ、自由主義的な法治国家社会の存在は、社会学的に見れば規範に拘束される行動を基礎に置くことによってのみ説明されうるのだが、<sup>46)</sup> 制裁論者は、自らの規範モデルにそのような基礎を受け入れることができない。以上により、制裁論的な規範の理解は、社会学的な観点からも納得できるものではないのである。

#### D. 規範のスタンダードモデルに対する制裁論者たちの批判

もっとも、制裁論的な規範の理解をする論者たちが規範のスタンダードモデルに対して行ってきた批判は、本稿においてまだ論破されていない。シュテマーは、規範を他者の行動に向けられる立法者の意思が示された行為指令であると捉える見解に対して、<sup>47)</sup> 上述したように、次のように反論している。すなわち、ある者が他者にある行動を要求するという単なる事情は、他者に

特別な必然を根拠づけるものではない。名宛人は、そのような事情によって、決して行為が強制されることはない。名宛人は、指令者の意思である行為指令を何ら不利益な帰結を伴うことなく簡単に無視できるからである、と述べている。

むろん、行為の強制や特殊性を有する実際上の必然に立ち返ることで規範性の現象が適切に捉えられるとする点については、さしあたり反論の余地がある。<sup>48)</sup> 存在論的に明らかな現実の世界における構成要素として規範を捉えるために、還元主義という形態も必要ない。規範のスタンダードモデルは、規範が存在の世界から切り離された固有の「当為の領域」に存在することを（例えば、純粹法学の主張者によって認められているように）認めなければならないわけでは決してない。<sup>49)</sup> ましてや、人間が規定したものに全く左右されずに確固たる地位を有する道徳規範の客観的な有効性を主張する一存在論的にも認識論的にも疑わしい—自然法的な観点は含まれない。<sup>50)</sup> スタンダードモデルによって規範を行為指令として理解するならば、立法者が規範の名宛人に対して、名宛人はある一定の態様で行動しなければならない、という形で自らの意思を表せば、そこに規範が単純に存在するのである。<sup>51)</sup> そして、立法者が規範を揺るぎなく維持させる限り、規範は長きにわたって世間に存在する。<sup>52)</sup> これは、規範の名宛人が行為指令に従わないことを決断し、その際、不利益な帰結に至らないことを知っている場合でさえも当てはまる。そこに存在論的な不可思議は何一つない。なるほど確かに、直近に挙げたケースでは、ある一定の行動へと名宛人に働きかけるという行為指令によって追求される目的は達成されていない。それゆえ、行為指令は、当該行動に対して実効性を有していない。しかし、規範がその目的を失うわけではない。すなわち、立法者が規範を維持しようとするならば、実効性を有しない場合であってもなお規範は存在し続ける。<sup>54)</sup> 規範が存在するということは、規範の名宛人が規範に従う動機を有しているかどうか、あるいはどの程度有しているかについてまで、<sup>55)</sup> 言明するものではないのである。



さらに、なるほど確かに、ただ単に（命令や禁止の意味における）行為指令を出すだけでは、依然として行為の強制や特別な実際上の必然は生まれない。しかし、名宛人による行為指令の受容は、生まれるのではないだろうか。というのも、行為指令が出されると、さしあたり規範を遵守するために規範の名宛人がある一定の態様で行動しなければならないという実際の必要性が生じるからである。しかし、遵守とは、いまや名宛人が行為指令を受容する（つまりそれは、行為指令に従う意思を有することを意味する<sup>56)</sup>）がゆえに名宛人が意思決定するというようなものであるならば、名宛人に対しては、求められる行為を遂行する当該圧力（あるいは動因）が生まれる。それゆえ、シュテマーによって「規範的必然」が構成される全ての前提条件は、ここに存在することになる。もっとも、この場合、ある一定の行動へ向けた特別な実際上の必然は、制裁や制裁の回避へ向けた意思なくしても生まれている<sup>57)</sup>。そして、そのような必然は、名宛人が規範として遵守しようとする行為指令と関係している。こうして受容によって根拠づけられる必然の生成過程は、制裁論的に説明されえない。むしろ、このような生成過程は、規範のスタンダードモデルを基礎に置くことによってのみ説明されうる。もちろん、上述したように、自由主義的な法治国家社会が存在するに当たって、その構成員たちに対して、規範に拘束された行動をする十分な心構えが必要であるならば、受容によって根拠づけられた必然もまた、社会の現実において重要な役割を果たしていると言えよう。以上から、行為の圧力、すなわち特別な実際上の必然が生まれる諸事情について詳細に検討すると、それは規範のスタンダードモデルに異を唱えることにはならず、むしろ賛同を示すことになるだろう。

## E. 結論

なるほど、確かに規範の制裁モデルは、規範のスタンダードモデルを理論的に挑発する一つの代案である。しかし、規範の機能態様がより良く、あるいは少なくともよりシンプルに説明されうるとする主張は、説得力を有して

いない。むしろ、伝統的な規範と制裁の関係を維持するに当たって、より良い根拠が提供されることになった。改めて、制裁とは規範を構成するものではなく、もっぱら規範に一付加的な一実効性を付与するものである。

\*            \*            \*

### 【訳者あとがき】

本翻訳は、ミュンヘン大学（公刊時はパッサウ大学）刑事法講座を率いるアルミン・エングレンダー（Armin Engländer）教授の論文「Norm und Sanktion — Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm, in: Rechtswissenschaft 2013, S.193-207」の全訳である。当該論文は、2012年7月12日にミュンヘン大学で行われた講演を基に加筆修正されたものである。

幫助犯の研究において規範論的考察が何よりも重要であることは、拙著『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2013年）において、たびたび論じたところである。刑法、さらには法と道德の関係をどのように捉えるか見解の相違はあるとしても、およそ法というものが規範体系によって成り立っている点については、いずれの立場からも広く認められている。そうであれば、幫助犯のみならず刑法上の諸問題は、場当たりに検討されるべきではなく、規範の本質や構造に基づいて論究されるべきであろう。

しかし、そもそも規範とは一体どのような性質を有するものなのだろうか。また、法規範は、道德規範や社会におけるエチケットのような規範（規則）といかなる点で異なるのであろうか。近年、わが国でも規範論的考察に基づいた研究が注目を集めているが、そのような考察手法に目を背ける論者も依然として多く存在する。規範論にアレルギーを示す原因については、「規範」という概念をはじめとして、用いられているさまざまな概念の意義（ないし定義）が、議論している関係者の間においてさえもしばしば一致しておらず、

さらに「規範」とは何かという本質的な議論が紛れ込んでいるからであろう、と指摘されている（伊東研祐「規範論理と刑法理論学—高橋則夫著『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）を読んで—」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究②』（成文堂、2009年）169頁）。しかし、刑法が規範によって成り立っていることを認める以上、規範論は刑法のメタ理論であり、規範論に基づく考察手法は、刑法解釈学において最も重要かつオーソドックス正統なアプローチではないだろうか。そうであるならば、刑法解釈論を展開する際、一般的な規範の本質や構造、法規範の特殊性をも明らかにする必要があると思われる。

そこでエンゲレンダーは、法規範の構造にスポットライトを当てて、当該論文で立ち入った考察を加えている。従来、法規範の構造をめぐるのは、法命令説を主張するオースティンやケルゼンに対して、『法の概念』において法命令説を批判するハートを主要な対立構図として描きながら議論が進められてきた。当該論文の意義は、そうした対立構図を念頭に置きながら、今日までの規範論の発展を踏まえて、「規範のスタンダードモデル」と「規範の制裁モデル」という2つのモデルを設定し、行動規範論と制裁規範論の区別の重要性を強調している点にある、と言えよう。エンゲレンダーも指摘しているように、規範（行動規範）と制裁（制裁規範）の関係をどのように捉えるかによって、犯罪論体系は大きく異なりうる。基礎理論的研究が敬遠されがちな日本の刑法学に向けて当該論文を翻訳する意義は、決して小さくないであろう。

エンゲレンダーは、規範の制裁モデルに内在する問題点を洗い出し、規範の制裁モデルを前提とした場合、ケルゼン等が主張している制裁規範を一次規範とする見解につながってしまうと警鐘を鳴らしている。当該論文では、行動規範を一次規範とする規範のスタンダードモデルがブラッシュアップされているが、このような行動規範と制裁規範の捉え方については、わたくしも基本的に賛同を示したい。規範の制裁モデルは、制裁規範を法規範の本質

と捉えるため、刑法と関連づけて考えるならば、法益保護を目的とした刑事政策的な観点が重視されることになろう。その際、「法益保護」の名の下に刑罰必要性が強調されるため、刑法の謙抑性、ひいては刑法の自由保障機能は大きく後退し、行動の自由を保障する最高法規としての憲法との整合性に懸念が生じるからである。そもそも、制裁規範を一次規範として理解すると、例えばサッカーのルールについては、本来プレーヤーに向けられたものではなく、レフェリーに向けられたものとして捉えることになるが、こうした理解は果たして妥当であると言えるだろうか。

当該論文では、規範のスタンダードモデルに関連する課題も示されている。エングレンダーは脚注において、規範それ自体は行為を動機づけるものではない、と述べている。また、規範のスタンダードモデルに基づく場合でも、不法と責任の区別は自明とは言えない、と指摘している。こうした点については、今後のエングレンダー論文に注目すべきであり、わたくし自身も別稿において改めて検討してみたい。

最後になるが、わたくしは、2015年4月1日から1年間、エングレンダー教授の下で在外研究を行う機会に恵まれた。快く受け入れて下さったエングレンダー教授には、この場を借りて深く御礼を申し上げたい。

- 1) *T. Hobbes*, *Vom Bürger, Elemente der Philosophie III*, 3.Aufl., Hamburg 1994, Kap.14 Abschn.7. 同様に、*S. Pufendorf*, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, Frankfurt a.M. 1994, Kap.2 §7.
- 2) *J. Raz*, *Praktische Gründe und Normen*, Frankfurt a.M. 2006, S.216.
- 3) *M. Weber*, *Soziologische Grundbegriffe*, §5 Abschn.2, in: ders., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5.Aufl., Tübingen 1972.
- 4) *N. Hoerster*, *Ethik und Interesse*, Stuttgart 2003, S.50ff.
- 5) このような伝統的な理解については、*H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, 2.ed., Oxford: Oxford University Press 1994, S.27; *N. Hoerster*, *Was ist Recht?*, München 2006, S.10ff.; *M. Iorio*, *Regel und Grund*, Berlin/New York 2011, S.23ff.; *P. Koller*, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl., Wien u.a. 1997, S.84ff. のみを参照。

- 6) *P. Stemmer*, Handeln zugunsten anderer, Berlin/New York 2000, S.101; *ders.*, Normativität, Berlin/New York 2008, S.175.
- 7) 規範と制裁の必然的な結びつきを主張する、異なる—その相違については必ずしも明確に意識されているわけではないが—諸説の詳細な検討については、*G. Seebaß*, Die sanktionistische Theorie des Sollens, in: A. Leist (Hrsg.), Moral als Vertrag?, Berlin/New York 2003, S.155 (161ff.)を参照。
- 8) *J. Austin*, The Province of Jurisprudence Determined, London: Weidenfeld & Nicolson 1954, S.9ff.
- 9) *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., Wien 1960, S.114ff. それゆえ、従来の規範論的分類とは異なり、ケルゼンは、特定の行動態様に制裁を科す司法機関に向けられる規範を一次規範として理解し、刑罰によって威嚇される行動態様に出ないよう市民に向けられる規範を二次規範として理解している。*H. Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S.43f. を参照。
- 10) *Kelsen*, Rechtslehre, (Fn.9), S.4ff, S.45f., S.124. ケルゼンの規範構想については、*H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2.Aufl., Baden-Baden 1990, S.199ff., S.204ff.; *C. Heidemann*, Die Norm als Tatsache, Baden-Baden 1997, S.66ff., S.124ff., S.186ff. を参照。
- 11) この点は、*J. Renzikowski*, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre, ARSP 2001, S.110 (113) が指摘している。
- 12) *Hart*, Concept (Fn.5), S.18ff を参照。さらに、*S. Shapiro*, Legality, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 2011, S.51ff. も参照。
- 13) *A. Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Berlin 1997, S.42ff.; *Stemmer*, Handeln (Fn.6), S.39ff., S.73ff.; *ders.*, Normativität (Fn.6); *E. Tugendhat*, Vorlesung über Ethik, Frankfurt a.M. 1993, S.39ff.
- 14) 刑法については、*U. Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 5.Aufl., Baden-Baden 2012, Vor § 13 Rn.5; *H. Kudlich*, in: H. Satzger/B. Schmitt/G. Widmaier (Hrsg.), StGB-Kommentar, Köln 2009, Vor § 13ff. Rn.4、民法については、*H. Sprauch*, in: Palandt, BGB-Kommentar, 71.Aufl., München 2012, Einf v § 823 Rn.2ff 等を参照。
- 15) もっとも、違法性と責任の区別に関する従来の解釈は、規範のスタンダードモデルに基づく場合でも自明であるとは言えないように思われる。従来の解釈に対する批判と代替案について、*J. Renzikowski*, in: H. Matt/J. Renzikowski, StGB-Kommentar, München 2013, Vor § 13 Rn.39f. を参照。通説の擁護に努める見解として、*L. Greco*, Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, GA 2009, S.636ff.。制裁論的な再構成を試みる見解として、*Hoyer*, Strafrechtsdogmatik, (Fn.13), S.82ff.
- 16) その際、ホイヤーについては、*A. Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen, 2008, S.63ff. での考察を振り返った。ホイヤーの構想に対する批判については、さらに、*U. Neumann*, Besprechung von Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, GA 1999, S.443ff.; *Renzikowski*, Normentheorie (Fn.6), S.110ff. を参照。シュテマーについては、*M. Iorio*, Normen, Regeln und praktische Gründe, ARSP 2010, S.348ff. において分析が加えられている。さらに、シュテマーの反論に対する *M. Esfeld*, *T. Schmidt*, *M. Iorio*, *R. Forst*, in: DZPhil 2010, S.145ff. の簡潔な批判も参照。
- 17) 哲学における自然主義の基本的立場については、*A. Beckermann*, Naturwissenschaften und manifestes Weltbild, DZPhil 2012, S.5ff. を参照。また、*G. Vollmer*, Was ist Naturalismus?, *D. Koppelberg*, Was ist Naturalismus in der gegenwärtigen Philosophie?,

- in: G. Keil/H. Schnädelbach (Hrsg.), *Naturalismus*, Frankfurt a.M. 2000, S.46ff., S.68ff. の各論文も参照。
- 18) 倫理的自然主義の典型的な種類に対する分析と批判については、W. Frankena, *Analytische Ethik*, München 1972, S.117ff.; R.M. Hare, *Die Sprache der Moral*, Frankfurt a.M. 1972, S.109ff.; G.E. Moore, *Principia Ethica*, Stuttgart 1996, § § 24ff. を参照。
  - 19) J. Renzikowski, *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie*, in: D. Dölling/V. Erb (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag* am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, S.3ff. を参照。ドイツ刑法学は、K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* Bd.1, 3.Aufl., Leipzig 1916. を基礎としている。
  - 20) Hoyer, *Strafrechtsdogmatik* (Fn.13), S.267.
  - 21) Hoyer, *Strafrechtsdogmatik* (Fn.13), S.46ff.
  - 22) Hoyer, *Strafrechtsdogmatik* (Fn.13), S.48.
  - 23) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, S.46; N. Hoerster, *Recht* (Fn.5), S.10f., S.36ff.; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, S.76f.; P. Koller, *Theorie* (Fn.5), S.65ff.; A. Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton: Princeton University Press 2011, S.1ff.; G.H.v. Wright, *Sein und Sollen*, in: ders., *Normen Werte und Handlungen*, Frankfurt a.M. 1994, S.19ff. のみ参照。
  - 24) Stemmer, *Handeln* (Fn.6), S.39ff.; *Normativität* (Fn.6), S.45ff., S.284ff.
  - 25) Stemmer, *Handeln* (Fn.6), S.55ff.; *Normativität* (Fn.6), S.35ff.
  - 26) このような規範の理解については、Hoerster, *Recht* (Fn.5), S.36ff.; Iorio, *Regel* (Fn.5), S.56ff.; Seebaß, *Sollen* (Fn.7), S.190ff.; G.H.v. Wright, *Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul 1963, S.120f. のみ参照。
  - 27) Stemmer, *Normativität* (Fn.6), S.46f., S.165.
  - 28) Stemmer, *Normativität* (Fn.6), S.157ff.
  - 29) さらに、規範の制裁モデルに対してしばしば提出されている批判として、制裁とそのような性質を持たない不利益を区別しえない、というものがある。例えば、規範論理学者であるオタ・ヴァインベルガーは、行動と害悪の単なる結びつきから各個人に当該行動が禁止されるべきか否かを導出することは不可能であるとする論拠を展開している。害悪においては、制裁が問題となっているのか、それとも制裁とは異なり、行為の禁止を目的としていない税金のようなその他の不利益が問題となっているのか、不明確である。両者とも、ある者が一定の金額を支払わなければならないという、まさに同一の害悪であると言えよう。害悪の特徴は、ある行動が命令に違反したことへの反応として科されるべきであるか否かを知っている場合のみ、決定づけられる。しかしこれは、行為命令が害悪の付加から導出されるのではなく、害悪の付加に先行するものであることを意味している。というのも、行為命令を前提としなければ、科される害悪が制裁を意味しているのか、それとも制裁という性質を持たないその他の不利益を意味しているのか決定しえないからである、と述べている。O. Weinberger, *Der semantische, der juristische und der soziologische Normbegriff*, in: W. Krawietz/J. Wróblewski (Hrsg.), *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts*, Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag, Berlin 1993, S.435 (445) を参照。もっとも、制裁モデルに対するこのような批判が効果的であるかどうかは、疑わしいように思われる。なるほど確かに、少なくとも害悪それ自体は、制裁が問題となっているのか、それともそのような特徴のない不利益が問題となっているのか、必ずしも見分けられないという点は、その通りである。しかし、立法者がいかなる目的で害悪を加えるのか、すなわち、もっぱら望ましくない行為態様の禁止が問題となっているのか(制裁)、

- 少なくとも国家収入を得ることも目的とされているのか(税金)を突き止められる場合、その相違は適切に示されうる。さらに立法者は、目的論的相違によって、制裁に対して「刑罰」や「罰金」といった概念を用いることで、こうした目的を規範の名宛人に周知させることが可能である。したがって、制裁をそのような特徴のない不利益から一般的に区別するという問題は、おそらく制裁モデルからも解決できるであろう。
- 30) このような意味については、例えば、*Kelsen, Rechtslehre* (Fn.9), S.45ff., S.79ff., S.124; *Koller, Theorie* (Fn.5), S.84f.; *O. Weinberger, Rechtslogik*, 2. Aufl., Berlin 1989, S.264f.
  - 31) *Stemmer, Normativität* (Fn.6), S.178f.
  - 32) *Hoyer, Strafrechtsdogmatik* (Fn.13), S.58.
  - 33) *Hoyer, Strafrechtsdogmatik* (Fn.13), S.58.
  - 34) *Stemmer, Normativität* (Fn.6), S.177f.
  - 35) 実際の一むろん妄想によって惹起された一事例については、BGH NStZ 2011, 336を参照。
  - 36) 規範の制裁論から制裁を代償と同一視することに対する批判については、*Seebaß, Sollen* (Fn.7), S.173ff.
  - 37) *Stemmer, Normativität* (Fn.6), S.183.
  - 38) *Kelsen, Rechtslehre* (Fn.9), S.45ff.
  - 39) *Hart, Concept* (Fn.5), S.82ff.
  - 40) *Stemmer, Handeln* (Fn.6), S.51ff., S.107ff.; *Normativität* (Fn.6), S.257ff.
  - 41) (もともと、制裁論的に捉えない) 命令規範ないしは禁止規範の要素として授權を再構成する論者として、*Hoerster, Recht* (Fn.5), S.32ff.
  - 42) *Stemmer, Normativität* (Fn.6), S.244ff.
  - 43) この点に関する詳細については、*Hart, Concept* (Fn.5), S.38ff.; *Shapiro, Legality* (Fn.12), S.67f.
  - 44) *Stemmer, Normativität* (Fn.6), S.192ff.
  - 45) この点に関する詳細については、*M. Baumann, Der Markt der Tugend*, Tübingen 1996, S.220ff.
  - 46) その際、規範に拘束される傾性の獲得は、自己の利益に基づく行動の観点からも確かに根拠づけられうる。この点については、*Baumann, Markt* (Fn.45), S.324ff.; *A. Engländer, Rechtsbegründung durch aufgeklärtes Eigeninteresse*, JuS 2002, S.535 (538f.); *D. Gauthier, Morals by Agreement*, Oxford: Oxford University Press 1986, S.157ff. を参照。自由意志による規範の拘束力の必要性については、さらに *M. Baumann, Recht und intrinsische Motivation*, in: C. Prittowitz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden 2002, S.17ff. を参照。
  - 47) この場合、行為指令という概念については、広義に捉えられるべきである。その概念には、命令や禁止のみならず、許容や授權も含まれる。この点については、*Iorio, Regel* (Fn.5), S.93ff. を参照。
  - 48) 規範における「当為」と実際の必要性を意味する「必然」の相違については、*v. Wright, Sollen* (Fn.23), S.36f. を参照。
  - 49) 純粹法学の観点から、*Kelsen, Rechtslehre* (Fn.9), S.4ff., S.196ff.; *R. Thienel, Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre—eine Standortbestimmung*, in: H. Schäffer u.a. (Hrsg.), *Staat—Verfassung—Verwaltung. Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. DDr. DDr. h.c. Friedrich Koja*, Wien/New York 1998, S.165ff., S.171ff.; *R. Walter, Hans Kelsens Rechtslehre*, Baden-Baden 1999, S.10f. を参照。批判につい

- ては、*Hoerster*, *Recht* (Fn.5), S.134ff.; *Marmor* (Fn.23), S.20ff. を参照。
- 50) そのような自然法的に妥当する規範が存在するかという問題について、スタンダードモデルは中立的な立場である。さまざまな種類の自然法における存在論的かつ認識論的な基本的立場に対する批判については、*A. Engländer*, *Moralische Richtigkeit als Bedingung der Rechtsgeltung?*, ARSP 2004, S.86ff. を参照。*U. Czaniera*, *Gibt es moralisches Wissen?*, Paderborn 2001. においては、規範の客観的かつ道徳的正当性ないしは不当性の認識可能性を肯定する倫理的認知主義に関して詳細な説明がなされている。
- 51) 立法者は個人でもあり、人間の集団にもなりうる。後者の場合には集団的志向性が問題となるが、この点に関する詳細については、*J. Searle*, *Wie wir die soziale Welt machen*, 2012, S.75ff.。
- 52) 同様に一詳細については異なるもの一指摘する論者として、*Baurmann*, *Markt* (Fn.45), S.54f.; *Hoerster*, *Ethik* (Fn.4), S.46f.; *Seebaß*, *Sollen* (Fn.7), S.186f. 等。それゆえ、むろん行為指令を出す権限については、依然として何ら言及されない。しかし、正統でない規範も規範であることに変わりはない。この点は、適切にも先に挙げたゼーバスの文献において論じられている。
- 53) 規範の存在における意志の傾性に関する意義については、*Baurmann*, *Markt* (Fn.45), S.60f. を参照。
- 54) しかし仮に、*Iorio*, *Regel* (Fn.5), S.59ff. で挙げられているように行為指令によって立法者の要求をも名宛人が受け入れるよう求めながらそのねらいが外れる場合でも、シュテマーの見解は支持されるものではない。というのも、行為指令の受容は、自由意志によって一例えば、正統性に理解を示すといった理由で一もたらされるものであり、それゆえ行為の圧力を前提とするものではないからである。
- 55) 規範それ自体は一通説とは異なり一、行為を動機づけるものではない。この点に関する立ち入った考察については、*Iorio*, *Regel* (Fn.5), S.148ff. 反対説については、例えば *Raz*, *Gründe* (Fn.2), S.66ff.。
- 56) これは言うまでもなく、具体的な行為状況下において全く異なる反対動機の方がより強いものとして示されず、したがって規範の遵守に向けた意思が行動に対して実効性を有しないことを意味するものではない。あらゆる詳細については、*Hoerster*, *Ethik* (Fn.4), S.50ff.。
- 57) そこでシュテマーは、名宛人が行為指令に従う意思を有している場合にのみ、そのような「規範的必然」が生まれる、と反論するかもしれない。しかし、それは偶然の事象であり、狙い通りに生まれるものではなく、決して強制されるものではない。もっとも、行為指令に従う意思は、シュテマーが意図している、制裁を回避する意思と全く同様であろう。というのも、制裁を回避する名宛人の意思がなければ、「規範的必然」という事態にはならないからである。しかし、名宛人が制裁を回避しようとすることは、再び偶然的であり、強制されえないものである。