

法的確信 (*opinio juris*) の現象学的解明 ——フッサール現象学を慣習法論へ応用する試み——

宮田 賢人

序論

慣習法論における根本問題の一つに慣習法の妥当条件をめぐる問いがある。すなわち、ある共同体で慣行・慣習 (*custom*) として遵守されている社会規範は、いかなる条件で慣習法として妥当するか、という問いである。日本法や国際法を含む多くの法秩序は、慣習法を法源として認める (法の適用に関する通則法3条、国際司法裁判所規程38条1項b)。だが、慣行化された社会規範がすべて法的に妥当すると考えるのは、例えば、食事のマナーや年長者への礼儀、国際礼儀などが大抵の文脈では法でないこととされることを念頭に置けば問題がある。それゆえ、慣行化された社会規範のグループの内、いずれが (その逸脱に対して強制が課されるに値する) 慣習法の地位を有し、いずれがそうでないかを区別せねばならない。ここにおいて、冒頭の問題への応答が必要となる。

この問いに対する有力な答えは、一般慣行 (*usus*) と法的確信 (*opinio juris*) の二要件により区別するというものである (cf. 田中 2011: 82; 岩沢 2020: 55-60)。この説によれば、ある社会規範が法的に妥当するには、(a) 共同体でそれが慣行として継続的に反復されているという客観的要件 (一般慣行) と、(b) 共同体の成員たちがその慣行を法として認めているという主観的要件 (法的確信) の二つが満たされねばならない。この説は、民族に共通の確信 (*Überzeugung*) に法の起源を求めた19世紀ドイツの歴史法学派の議論に由来し、当初は、F. ジェニーら民法学者が国内法の文脈で彫琢してきた (多喜 2012)。だが現代では、統一的な法制定機関を欠く国際法の文脈で、慣習法の認定基準として頻繁に参照される¹。

しかし、この基準を慣習法の妥当条件として認めたとしても、法的確信とは何であるかが判然としない。一般慣行については比較的明快だろう。それに対して、ある慣行を法として認める法的確信が一体どのような意識状態であるのかは、それが慣習法を単なる慣行から区別するという重要な働きを担うにもかかわらず不明瞭である。仮にそれを、共同体の成員たちが「この実践的状况で ϕ することは妥当な慣習法の要請に合致すると確信している状態」と言い換えてみても、いかなる点で、それが単なる規範的確信 (この状况で ϕ することは妥当な「社会規範」の要請に合致する) と異なり、単なる慣行と慣習法との区別の根拠になるのかは定かではない。

以上をふまえ本稿は、法的確信という意識状態の構造とその生成過程を分析し、それを通じて、法的確信の概念規定について一つの提案をすることを目的とする。むろん、法的確信

¹ 例えば、2018年の国際法委員会の報告書 (ILC 2018) を参照。

については、これまでも、特に国際法の分野で相当の研究蓄積がある。だが、それらは、慣習法に遵う者が保有する意識状態としての法的確信そのものを分析するのではない。というのも、それらの関心は、外部から直接に観察不可能な法的確信が慣習法の妥当条件として適切か (Kelsen 1939)、それは問題のルールが法であると国家が公に明示しているという要件によって代替されうるか (D' Amato 1971)、一般慣行が存在しないものの法的確信が明確に存在する場合に慣習法の認定は可能か (Roberts 2001) といった諸問題に向けられ、意識状態としての法的確信の分析はなされていないからである。この点は、法的確信を、裁判官などの法実務家が慣習法認定の過程で創出した「制度的対象」として理解することを提案する Droubi (2020) も同様である。このように、従来の研究では、法的確信それ自体の分析が十分なされてこなかった。

そこで本稿は、慣習法に遵う者の観点に定位し、意識状態としての法的確信の解明を試みたい。従来の研究が法的確信の構造を解明できていない、あるいは、それに関心を向けない一つの理由は、慣習法認定の職務を担う裁判官の観点に定位して、法的確信へアプローチする点にある。つまり、慣習法に遵う者たちが保有する法的確信を、慣習法認定の一要件として眺めるような観点に立っている。だがそれでは、いままさに慣習法を遵守し、またそれを経験する者が保有する法的確信を詳しく解明することは叶わない。では、慣習法遵守者の経験にはいかなる方法で接近しうるか。

ここで用いたいのが、現象学的アプローチ、つまり一人称的な観点から私たちの経験を探究するという方法である (cf. 植村・八重樫・吉川編 2017: 4-18)。独自の身体をもった私は、その身体がある「いま・ここ」から世界をパースペクティブ的に経験する。そのように経験された世界で私は、物的対象のみならず、私と類似の身体をもつ他者と出会い、交流し、そして自らに対して現れている事態や自他の振る舞いを価値評価しつつ実践的に生きる。私は、特定の状況で特定の行為を他者に要求し、また逆に、他者の要求に応じて行為し、規範に遵う。この規範遵守の反復のなかで、当の規範が法であるという意識が私に生まれ、規範遵守の経験は慣習法に遵う経験へと変容する。慣習法に遵う者の経験を現象学的に探究するとは、以上のような一人称的経験の分析を通じて、法的確信の構造とその生成過程の解明を試みることを、またそれによって、いかにして慣習法という対象が世界に現出してくるかを理解することを意味する²。

より具体的には、エトムント・フッサールの現象学を参照したい。なぜならば、意識作用の本質と時間構造を分析した彼の一連の研究には、本稿の目的に資する洞察が含まれていると考えるからである。とはいえ、フッサールが慣習法のみならず法についても体系的には

² 注意すべきは、慣習法認定に携わる裁判官らの法実務家も、さらには法実務を体系的に考察する法学者も、それぞれ固有の仕方では法を経験する点である。そうであれば現象学は、法実務家や法学者の一人称的な法経験の分析にも用いられうる。本稿は、慣習法を遵守する共同体の一般成員の経験に定位した分析であり、そのかぎりでは、慣習法の現象学的分析の一側面でしかない。それを十全なものとするには、これらの法経験をそれぞれ解明し、その成果を統合する必要がある (結論部の第二段落も参照)。この点の明確化のきっかけをくれた匿名の査読者に感謝する。

論じていない以上、直ちに彼の議論へ向かうのは性急だろう(ただし、フッサールが法にまったく言及していないわけではない³)。

そこで次のように議論を進める。まず、フッサールの現象学をふまえ独自の法現象学を構想した尾高朝雄の慣習法論を検討し、それを通じて、法的確信の一般的特徴を予備的に考察する。ここでは、法的確信が規範価値および秩序価値への志向に基礎づけられ、その保有者を規範遵守へ動機づける確信であると論ずる(第1節)。次に、フッサールの現象学、とりわけ動機づけの議論と予期作用の分析に依拠しつつ、法的確信の構造と生成過程の探究を試みる。本節では、規範価値への志向に基礎づけられた確信がその保守者を動機づけるメカニズムと秩序価値への志向の生成プロセスが探究され、秩序価値への志向の有無が慣習法を単なる慣行から区別するという本稿の主張が提示される(第2節)。その後、本稿に対する二つの批判に応答することで主張を補足し(第3節)、最後に、今後の展望として、慣習法および法の本質探究への現象学的アプローチの可能性を述べる(結論)。

1. 予備的考察：尾高朝雄の慣習法論

京城帝国大学・東京大学で法哲学を教えた尾高朝雄は、日本における法現象学の先駆者である(石川 2006)。彼は、1930年からのフライブルク滞在時にフッサールの下で学んだ現象学(特に、超越論的現象学)をふまえ、社会団体・国家・法の現象学を構想した。その独自の現象学の全体も興味深いが、ここで注目したいのは彼の慣習法論、特にその文脈でなされたゲオルク・イエリネックへの批判である。

19世紀後半から20世紀初頭に活躍したドイツの公法学者イエリネックは、『一般国家学』で慣習法の発生過程をめぐって「事実の規範力」という議論を提示した。彼によれば、私たちは、事実として繰り返されているものを基準とし、そこに規範性を見出す心的傾向をもつ。そして「慣習法は、[……] 反復された事実的なものを規範的なものとみなす、一般的な心的特性から発生する」(Jellinek 1900: 309=1974: 277)。ここで法的確信という概念は登場しないものの、一般慣行を法と認める確信は、事実的なものを規範的なものとみなす心的特性から生ずることが論じられたと理解できる。

尾高は、事実の規範力論を次の二つの点で批判する。第一は、イエリネックが「事実」とみなす社会生活における慣行は、何らかの目的を志向する点で、単なる事実ではないという点である。

イエリネックは、人間が一つの行為を慣行するということを、単なる「事実」と見ているのであるけれども、それは多くの場合において正当でない。人間の社会生活の中に一定の慣行が生ずるとするのは、それが全く無意味な生理現象ででもない

³ Loidolt (2010) を参照。

かぎり、少なくともその起源に遡れば、何らかの理由に基づき、何らかの目的に出でていないものはないといってよい。[……] 伝統や習俗は、最初から規範たるべき意味を有し、何らかの目的を志向していたからこそ、生活の規律として永きに亘って慣行されて来ているのである。[……] イェリネックは始めに事実があつて、それが規範適合性の表象を生んだのであるというけれども、実は、最初にあつたものは、事実を継起せしめる力を持ったところの「意味」であり、「目的」であると解さるべきである。(尾高 1942: 179) (引用に際し旧字は新字に改めた。以下同様。)

イェリネックが慣習法の発生を事実から規範への変化として理解したのに対して、尾高は、事実としての慣行を「規範たるべき意味」や「何らかの目的」への志向に導かれた、それじしん規範的なものと理解する。もっとも尾高は、すぐ次の箇所、そうした意味や目的を完全に失った事実慣行が存在することを一応は認める。

しかし、その場合でも、事実の規範力論は誤りだというのが尾高の考えである。というのも——これが批判の第二の点だが——「秩序の安定」という目的こそが事実としての慣行を慣習法へ転化させる動因だからである。

何故に、「無意味」な事実を法として取扱うことに「意味」があり得るか。それは、いかに無意味ではあつても、現在事実上の慣行として社会生活の中に踏襲されている事柄を俄かに否定・排除しようとするのは、秩序の安定性の上に好ましからぬ影響を及ぼす恐れがあるからである。[……] 秩序安定の目的が、素材たる事実法としての「意味」を付与して行くのである。事実上の慣行を「慣習法」にまで高めるものは、実にかくのごとき「規範意味付与」の作用でなければならない。(尾高 1942: 181-2)

ここで尾高は、慣行の反復という単なる事実ではなく、その反復に由来する秩序安定の目的が、事実上の慣行に「法」という規範意味を付与する作用を引き起こす(本稿の用語で言えば法的確信を生み出す)と考えている。

さて、本稿にとって、以上の尾高の批判が興味深いのは、その分析が、慣行としての社会規範ないし慣習法を遵守する者の一人称的経験に定位していると理解しうる点である。イェリネックが慣行を単なる事実と理解するとき、彼は、社会規範の遵守を、規範に遵守者の外側にいる観察者の立場から分析する。にもかかわらず、事実的なものの内に規範的なものが生ずると述べる時、分析の観点は規範遵守者の一人称的観点へ移行する。事実の規範力論にはこうした分析の観点の混在が見られるが、それに比べて尾高は、少なくともイェリネックよりは一貫して、規範遵守者の観点に定位した分析を試みる。規範に遵守者の観点から見たとき、慣行の反復は単なる事実ではない。その者の意識は、諸々の目的を志向することで、自らの行為に規範的意味を付与しており、それらの目的への志向が理由として働くこと

で慣行へと動機づけられている。では、いかなる目的への志向が、単なる慣行へ「法」という意味を付与するのか。

それは、当の慣行それ自体の目的およびその慣行の反復に由来する秩序安定の目的であった。前者は、慣行たる社会規範によって保障される価値（これを規範価値と呼ぼう）と言ひ換えうる。例えば、国際儀礼の遵守においては、他国への敬意の伝達という状態の価値が志向される。また、通行地役権を定めるルール⁴の遵守においては、自らが所有する土地への自由なアクセスという状態の価値が志向される。それに対して後者は、秩序安定という価値、より厳密に言えば、秩序の安定化により生ずる確実な予測可能性がもたらす価値（これを秩序価値と呼ぼう）への志向と言ひ換えうる。

一般的に言って、私たちは、共同体の他の成員の規範遵守が予測可能であることによって利益を得る。例えば、ある共同体で相続規範が一般慣行化すると、財産の相続資格のある者は、近い将来まとまった資産を相続できることを見込んで、早い段階から、新たな事業に投資できるという利益を得る。秩序価値は、社会規範の一般慣行化によってもたらされる価値であるから、社会規範それ自体が保障する規範価値からは概念的に区別しうる。それゆえにこそ尾高は、たとえ規範価値が失われた「無意味な」慣行であっても、それは秩序安定という目的への志向に基礎づけられた慣習法になりうると論じたのである。

尾高の慣習法論の要点を以上のように再構成した上でそれを踏襲すれば、法的確信の構造とその生成過程の一般的特徴は次のように整理できるだろう。ある行為を法として認め、当該行為に慣習法という意味を与えるような法的確信とは、二種類の価値、つまり規範価値と秩序価値への志向に基礎づけられた複合的な価値的・規範的な意識作用である⁴。それゆえ「この実践的状况で ϕ することは妥当な慣習法の要請に合致する」という法的確信（より一般的には規範的確信）は、その保有者に当の規範を遵守する理由を与え、その者の意志を動機づけるような確信である。このような複合的意識作用としての法的確信は、社会規範の遵守が反復され、一般慣行化し、秩序の安定化にともなう予測可能性の向上によって秩序価値への志向がもたらされることで生ずる。では、より具体的に、法的/規範的確信はいかなる仕方でその保有者を規範遵守へ動機づけるのか、また、秩序価値への志向はいかなる過程で生成するのか。次節では、これらの問いへフッサール現象学からアプローチしたい。

2. 法的確信の構造および生成過程の現象学的探究

改めて本節の課題を整理しよう。課題は二つある。第一は、社会規範に遵う者が保有する規範的確信の基礎にある価値への志向、および、それが保有者を規範遵守へと動機づけるメカニズムを解明することである。すなわち、規範遵守の経験の現象学的分析である(1)。第二は、規範遵守の反復の過程で、規範遵守者の意識が秩序価値をも志向するようになり、そ

⁴ ところで尾高は規範価値が失われた場合でも、慣習法が発生しうると考えていたが、この点に筆者は同意しない。この論点は第3節(1)で取り上げる。

の結果、単なる規範的確信からは区別可能な法的確信が生成するプロセスの解明である。つまり、法的確信の生成過程の現象学的分析である (2)。前者については、フッサールの動機づけの議論を、後者については、内的時間意識論とりわけ予期作用の分析を参照しつつ探究を進めていく。

(1) 規範遵守への動機づけ

フッサールは、志向的關係にもとづいて自我の意識が対象に触発されて、その注意が特定の方向へと動かされることを「動機づけ (Motivation)」の因果性と呼び、自然科学者ともっぱら関心を寄せるような実在的因果性から区別した (cf. IV: §55=邦訳第2分冊第55節; XXXVII: §22)⁵。私は自らの周囲の対象に影響を受けて行為する (例えば蕎麦を食べる)。ここで「なぜ、あなたは蕎麦を食べたのか」と問われるならば、私は、少なくとも二通りの答えを与える。一方で「蕎麦の与える刺激が神経を通じて脳へ伝わり、それを受けて脳が電流を発したから」と、実在的な物としての蕎麦と私の身体との間に存する因果関係を参照し、自然科学的に説明しよう。だが他方で、自らの行為を導いた目的 (空腹を満たす) を述べ、「その目的にはそれ自体として価値があると思うから」(XXXVII: 108) と、行為の「理由」を挙げて答えることもできる。後者を前者から際立てているのは、当の行為者の意識において働いている志向的關係 (空腹を満たすために、蕎麦を食べよう) の参照であり、フッサールは、志向的關係にもとづいて意識が動かされることを一般に動機づけと呼んだ上でその法則性を探究した⁶。

自我が特定の行為へと実践的に動機づけられるとき、ここには、目的への意志が手段としての行為への意志を動機づけるという法則性が存する。例えば、食事という行為において、その目的は食事をもたらす「満腹状態」であり、手段は「手にとり口へ運ぶ」という身体動作である。このとき「目的を意志することは手段を意志することを理性に即して要求し、目的意志が手段意志を『理性の意味において包含する』」(XXVIII: 53) ことで、自我はケーキに手を伸ばすよう動機づけられる。

また、何らかの対象を意志することの基礎には、その対象が実際にもつ価値を把握し、構成する価値評価作用——フッサールはそれを価値覚 (Wertnehmung) と名づけた (cf. IV: 9-10=邦訳第1分冊10-11頁; XXXVII: 71-72) ——が存しており、ここでも、目的への価値評価は手段への価値評価を動機づける。つまり、自我の価値評価作用は「W が価値あるものであり、かつ A が存在する場合に W も存在するという事態が妥当しているとき、このことを考慮すれば、A もまた価値がある」(XXVIII: 76) という法則に服する。先の事例の満腹状態を W、身体動作を A とすると、この法則により、行為者は、満腹状態という目的の価

⁵ 以下でのフッサールの著作からの引用は *Husserliana* の巻数をローマ数字、頁数をアラビア数字で表す。

⁶ このように理解された動機づけは、実践的意識作用のみならず、知覚や判断といった理論的認識を担う作用にも関わる (cf. IV: §56=邦訳第2分冊第56節)。だが本稿の目的は動機づけ一般の探究にはないので、以下では実践的な動機づけに焦点を絞る。

値を志向することで、目的実現の手段としての身体動作の価値をも志向するよう動機づけられる。

さて、同様の動機づけの構造は、規範遵守の場面にも当てはまる。規範的確信を保有する者、つまり、この状況で ϕ すること（例えば、他の親族に一定の相続分を認めること）が妥当な社会規範の要請に合致すると確信している自我の意識は、当の規範が保障する状態の価値（相続人の福祉）を価値評価作用により志向し、また、そのようにして構成された価値に触発される。この触発を受けた自我には、その規範価値の保障という目的への意志、および、その実現手段たる規範の要請に合致した行為 ϕ への価値評価と意志とが生じ、その結果、規範遵守へと動機づけられる。この動機づけの因果性が成立しているとき、規範的確信は、自我を行為 ϕ へと促す「理由」として働く。尾高が指摘したように、慣行の遵守には、このような仕方でも目的の志向が存するのだ。

ここで素描した規範遵守の分析がさらなる深化を必要とすることは言を俟たない。例えばそれは、共同行為や社会的作用の現象学により補完されねばならない⁷。というのも、規範遵守とは自我による単独行為ではなく、規範を介した他我との一種の共同行為であり、かつ他我に向けられた社会的作用を基礎とする経験だからである。例えば、親族間の相続規範の事例で、相続権にもとづく私の要求に応じて、兄が私に一定の相続分を認めるとき、その容認は義務の履行という性格をもつ。つまり、そこでは「相互に『交流する』個々人の単なる集合が、義務と権利の体系によって統一されている」（XIII: 105、原文の強調は省略）。このとき私と兄とは、前者は財産承継という作為によって、後者はそれを妨げないという不作為によって、相続規範の規範価値の保障という目的の実現を共に志向する。そうであれば、規範価値の保障は自我と他我とが共有する目的であり、その実現手段としての（不作為も含む広い意味での）行為は他我に向けられた作用に基礎づけられている⁸。もっとも、本稿の

⁷ 共同行為の現象学については木村（2018）、植村（2018）を、社会的作用については植村（2017）、鈴木（2021）などを参照。

⁸ この簡単な考察は、規範価値が単に主観的ではなく、間主観的に、そしてある意味で客観的に妥当することを示唆する。というのも以上の分析は、自我の規範遵守には、他我が自我と同様の規範価値を志向する（すべき）ことへの意識が伴うことのみならず、このような間主観的意識を自我がもつには、自我が、不特定多数の人々の間で妥当とされてきた類型的な実践知（「かくかくしかじかの状況では、かくかくしかじかの規範に遵うことが正しい」）にすでに親しんでいる必要があることをも予想させるからである。この見立てが正しければ、規範価値を構成する価値評価作用は、規範遵守の文脈に関連性のある諸々の類型的実践知に則して正当なものがそうでないものから区別され、それゆえ、それが構成する規範価値には、個々の主体や共同体のその都度の価値評価から独立した正当性条件をもつという意味で、客観性が備わると言える（例えば、私や私の家族が、公海の一部を自由に処分できるという事態に規範価値を帰属させるとしても、公海の領有を何人にも認めない類型的実践知が長らく妥当してきている以上、その価値評価は——私や私の家族の価値評価がどれほど明証的だとしても——正当ではないだろう）。このことはフッサールの価値現象学とも整合的である。八重樫（2017: 第4章）の整理によれば、価値覚とは、単なる評価的な感情ではなく、価値評価をなす主体が置かれた文脈に属する諸々の尺度に則して正当化された感情であり、この正当化された感情のみが、対象が実際にもつ現実的な価値を構成し、当の対象に価値を帰属させる判断を正当化する。それゆえに価値覚は、個々の主体や共同体の価値評価の傾向から独立した正当性条件をもった客観的価値（ここには規範価値も含まれる）を構成する。以上をふまえれば、規範的確信も——それが規範価値を構成する価値覚によって基礎づけられている以上——正当化されたものでなければならない。この規範的確信の正当性条件の構造の明確化も今後

主題は法的確信の現象学的分析にある。それゆえ、こうした論点の検討は別稿に譲り、単なる規範的確信とは区別された法的確信の生成過程の探究へと移りたい。

(2) 予期の安定化と法的確信の生成

前節で考察したように、法的確信は、規範価値と秩序価値への志向に基礎づけられている。それでは秩序価値への志向はいかなる過程で生ずるのか。この分析に際して鍵となるのが「予期 (Erwartung)」である。社会規範の遵守は相互行為の文脈で行われ、その反復が予期のネットワークを安定化させることは従来の慣習法論でも指摘されてきた (Fuller 1969)。相互行為の文脈で私たちは、互いに、私がどのように振る舞うと相手は期待しているかを先取りしつつ、その期待に応答する形で行う。この文脈での規範遵守の反復は、相互に絡み合う予期のネットワークを安定化させ、特定の状況における自他の振る舞いの確実な予期を保証する。その結果として、秩序の安定化とそれに由来する秩序価値への志向が生じることとなる。以上のプロセスを、フッサールの内的時間意識論およびそれにもとづく予期作用の分析を参照しつつ、より詳しく追跡しよう。まずは、フッサール現象学において、対象を予期する作用がいかにして成立するかを確認したい。

時間意識に関するフッサールの画期的な洞察は、「今」における意識が未来および過去方向への地平性を備えているということであった。つまり、今における意識 (原印象 *Urimpression*) には、「たった今あったもの」への意識 (把持 *Retention*) と「これから今へと到来するもの」への意識 (予持 *Protention*) とが伴われている。こうして、例えば、連続的な音の知覚の場合、「今現出している、いわば今聞かれている音の統握と、たった今いわば聞かれた音の第一次記憶 [すなわち把持: 宮田]、ならびに、まだ到来していない音の予期 (予持) とは、溶け合っている」(X: 35=132)。この内的時間意識の構造ゆえに、私たちはメロディをバラバラの音素として知覚するのではなく、一つのメロディラインとして経験しうる。

将来における何かに対する予期は、この内的時間意識に、類似のものは類似のものを喚起するという、意識の受動的領野をつらぬく原理である「連合 (*Assoziation*)」が関与することで生ずるとするのがフッサールの考えである。過去において「ある状態 $U \rightarrow q$ 」という事象の推移を経験したとき、その経験は把持され、意識の底に沈殿する。その後、意識の原印象において状態 U と類似した状態 U' が現れた場合、その状態 U' は把持されている過去の経験「 $U \rightarrow q$ 」を連合原理によって覚え起こす。それによって、 q と類似の「 q' 」の立ち現われは来るべきものとして必然的に動機づけられる。その覚起が明確で明瞭な再想起になると、 q' の立ち現われは予期されうるものとなり、[……] 根源的な明証において与えられている」(XI: 187-8=265)。

予期の明証は、類似の状況の反復により増大し確実な予期となる。その類似の状況が類型

の課題である。この論点を指摘してくれた匿名の査読者に感謝する。

的一般性となり、自我はその類型にもとづいて予測を行うようになるからである。そして「なにか新しいことがある場合にも、すぐに『経験的な確実性ととも』そのようなもの〔既知のもの：宮田〕として見いだされ」る（XI: 191=270）。このように、確実な予期作用は、把持-原印象-予持・連合原理・類似の経験の反復によって生ずる。

以上の議論は規範遵守をめぐる予期の安定化の過程にも応用できる。規範的確信にもとづいて規範遵守をする共同体の成員 A は、自らの周囲世界でその規範遵守に立ちあいそれを承認する成員 B と出会う。その後、類似した規範遵守の状況に A が直面したとき、把持されている過去の類似的経験と連合原理とにもとづいて、A は自らの規範遵守を B が承認することを予期するようになる。さらに A は、B の承認のみならず、B の側でも A が類似の状況で同じように規範遵守をすることを予期することをも予期するようになる。類似的規範遵守の反復を通じて、特定の実践的状況における特定の仕方での規範遵守に関する知は一般類型化（すなわち一般慣行化）し、A と B とは実践的状況における規範遵守を「経験的に確実なものとして」互いに予期し合うこととなる。こうして予期のネットワークの安定化が達成される。

法的確信の発生の決定的契機は、A が、予期の安定化のもたらす「利益」をも予期するようになったときである。規範遵守が一般慣行化するにつれて、A は、B が A の規範遵守を予期することのみならず、B がそれを前提に新たな行為を企図することにも注意を向けるようになる。例えば、その共同体で、一般慣行化した通行地役権に関するルールにもとづいて A の土地の通行権をもつ B は、今後も通行が可能であることを想定し、自らの土地を開拓して畑を耕すなど新しい事業を始めようとする。このとき A は、自らの規範遵守が B にとって予測可能であることが、つまり安定的秩序の存在が、B に利益をもたらすことを意識するようになる。また場合によっては、その逆に、B の規範遵守が予測可能であることで、同様の恩恵を A の側も得る（自らも継続的に B の土地に対する通行地役権を主張できる）ことを意識するようになる。こうして規範遵守についての安定化された予期は、秩序価値の予期にまで伸び広がり、A と B とはその価値を共に志向することとなる（以上の単純化された議論は、より多くの成員が関わる場合にも当てはまる）。このとき尾高の言う「秩序の安定」という目的への志向が生じたのだ。

本稿のテーゼは、このように共同体の成員たちの意識が将来における秩序価値を志向するようになったときに法的確信が単なる規範的確信から本質的に区別されるものとして発生する、というものである。上述のように、規範的確信は、規範が保障する価値を志向する価値評価作用によって基礎づけられている。成員の意識が秩序価値をも予期するようになるということは、この状態に、秩序価値を志向する価値評価作用が加わることを意味する。より厳密に言えば、原印象において規範価値を志向しつつ社会規範の要請に合致した行為 ϕ を意志している意識が、未来方向への地平において秩序価値をも予期するようになることで、当該行為 ϕ への意志に対する動機づけ力が強まる（それに応じて、当の社会規範か

らの逸脱は強制により防止されねばならないという必然性の意識が生ずる) ことを意味する。本報告の提案は、このような複合的な価値評価作用の状態に基礎づけられた特有の規範的確信を法的確信と呼び、単なる規範的確信とは区別することである。

この単なる規範的確信と法的確信との本質的な区別可能性の内に、単なる一般慣行としての社会規範と慣習法との本質的な区別可能性も存する。フッサールは『イデー』において、意識作用(ノエシス)と意識の対象(ノエマ)との相関関係そして志向的作用による対象構成を論じた。この議論を目下の文脈に応用すれば、単なる規範的確信が構成する対象は単なる社会規範(単なる慣行)であるのに対して、法的確信が構成するのは、その逸脱に対して強制を課すに値するだけの拘束力を備えた慣習法規範である⁹。年長者への礼譲や国際儀礼は一般慣行化した社会規範だが、大抵の文脈で、それらは慣習法としては現れない。なぜならば、それらを構成する規範的確信は、秩序価値への予期を欠くからである。それに対して、相続や通行地役権(その他、海洋上の航行規則、戦闘における文民への攻撃禁止など)を定める規範は、秩序価値に関わる蓋然性が高く、しばしば慣習法規範として現れる。このように、単なる慣行と慣習法とを対象(ノエマ)の側で本質的に区別しうる根拠は、意識作用(ノエシス)の側における秩序価値への志向の有無の内に根差しているのだ¹⁰。

3. 批判と応答

ここまで本稿は、法的確信の構造とその生成過程の解明を通じて、法的確信のありうる概念規定を提示した。本節では、想定されうる二つの批判——第一は規範価値への志向の必要性を、第二は既存の法秩序による承認の欠如を問題視する——に応答しつつ、先のテーゼを擁護するとともに、慣習法の妥当根拠をめぐる他の論点との関連を整理したい。

(1) 法的確信と規範価値への志向

第一の批判は、法的確信の基礎には秩序価値への志向のみで十分だと主張するもので、これは尾高の見解でもある。というのも、前述のように尾高は、慣行の目的(規範価値)が失われた場合でも、秩序安定の目的への志向が「事実上の慣行を慣習法にまで高める」と論じたからである。本稿の考察の出発点である尾高自身が、秩序安定の目的(秩序価値)への志向のみで慣習法は成立しうると明言する以上、そうした立場の支持可能性を検討せねばならない。

しかし、この見解は支持できない。なぜならば、仮に秩序価値への志向で十分とするなら

⁹ 「単なる社会規範や慣習法規範という対象が規範的確信や法的確信により構成される」という主張は更なる分析が必要である。一体、ある時点の共同体の成員たちの確信が、将来の不特定多数の成員たちをも拘束しうる規範を構成するというのは、いかなる事態なのか。この点に関して、A. ライナッハを参照しつつ、約束をするという社会的作用が、一定期間持続する契約としての約束という物的でもない独自の対象を生み出すと論じた植村(2017)は示唆に富む。

¹⁰ 本稿の脱稿後、根岸(2021)が類似のアプローチで慣習国際法を現象学的に分析していることを知った。他日、本稿との異同を検討したい。

ば、大抵、私たちが法とはみなさない対象も慣習法となってしまうからである。その典型が言語の使用規則である。ある共同体での同一の言語体系の共有とその使用規則の一般慣行化が秩序価値を生み出すことは、例えば、バベルの塔伝説が端的に示している。だが、大抵、私たちはそれを法とは考えずその逸脱に対して強制を課さない。その理由は、言語の規則は、それ自体が保障する規範価値を欠くからだと説明しうる。つまり、言語の規則は効率的協働という目的を達成するための道具なのであり、それ自体がなんらかの目的を持つのではない。この事例の教訓は、ある規則・規範が法であるためには、規範価値が不可欠だということである。

以上に対しては、それが尾高の主張の直接の反証にはならないという反論がありうる。言語規則は、成立当初から規範価値を欠くものである。それに対して、尾高の「無意味な」慣行とは、成立当初にはあった目的や意味(規範価値)が後から完全に失われた慣行であり、尾高が慣習法になりうると論じたのは後者であった。そうであれば、後者のような類型の慣行であれば、規範価値への志向なしに慣習法になりうるのではないか¹¹。

この反論には、尾高の想定するような無意味な慣行が慣習法となる事例は、そもそも現実には存在しないのではないかという疑念を提起することで応答したい。尾高は、無意味な慣行が法となる場合の具体例を挙げておらず、いかなる事例を想定していたかは不明であり、筆者にも具体例が浮かばない。だが、「意味の薄れた」慣行が法となる事例であれば考えられるだろう。例えば、「家」の存続を目的に家督相続が長らく慣行だった社会において、今やその重要性が著しく低下したが、まだなお慣行の意味は一応理解され、そして家督相続をめぐる予期の安定化が人々の間で生じており、秩序価値への志向が強いままであるという事例である。このとき「家」の存続という規範価値(目的)への弱い志向と秩序価値への強い志向との組み合わせが、家督相続に対する法的確信を生むことは考えられうる。もし尾高が、「意味の薄れた」慣行を念頭に置いていたのであれば、意味が完全には失われていない以上、それを「無意味」と形容するのは強すぎる表現である。あるいは、それでもなお、無意味な慣行が法となる事例があると論ずるならば、その具体例を示す必要があっただろう。

ところで、ある社会規範が規範価値や秩序価値をもつか否かは、その規範が遵守される実践的文脈に対して相対的だという点に注意が必要である。秩序価値については、ここまで本稿は年長者に対する礼譲を非慣習法の典型としたが、例えば、長老制が敷かれ、年齢階層にもとづく統治機構をもつ共同体では、年長者への非礼は、当該共同体の統治体制を根本から揺るがすという点で秩序価値をも毀損しうる。それゆえ、この文脈では、年長者への礼譲も法的拘束力を備えうる。規範価値に関しても、先に、言語の使用規則は規範価値を欠くとしたが、例えば、植民地統治下で植民地の先住民に対し宗主国が自国の母語を強制するような場合、言語規則も「宗主国への忠誠」といった規範価値を備えるようになり、文脈次第では、逸脱に対して強制が課される規範になるかもしれない。したがって、ある社会規範が単なる

¹¹ この反論を提起してくれた匿名の査読者に感謝する。

慣行かそれとも慣習法かに関するある程度は共有された私たちの直観には、「大抵の場合は」という文脈的留保をつねに付す必要がある。

(2) 慣習法の妥当条件としての既存の法秩序による承認

第二の批判は、既存の法秩序——国内法にせよ、国際法にせよ——による承認も慣習法の妥当条件とすべきことを主張する。慣習法の存在を認める立場は大きく次の二つに区分できる。第一は、ある慣行が法的に妥当するために、裁判官のような既存の法秩序の権威による慣習法認定を求める立場であり、第二は、そうした認定を必要としない立場である。慣習国際法の認定の場面に焦点を合わせる国際法学者たちは多かれ少なかれ前者を前提に議論しているだろう。また尾高も、前者に与していた。なぜならば彼は、法というものを、①共同体の成員が遵守する行為規範、②その逸脱を要件に強制を課す裁判規準としての強制規範、③強制規範の定立・適用・執行のプロセスを定める組織規範の三種の規範からなる複合体だとした上で、慣行が慣習法として妥当するには、組織規範により権限を付与された立法者や裁判官による承認が必要だと論じたからである（尾高 1956: 82-84）。

この批判は一見妥当に見えるが、直ちに受け入れてはならない。確かに、以上の立場は、慣習法の妥当根拠を既存の法秩序の妥当連関へ組み込むことで、法の妥当根拠の問題を一元的に理解しようというメリットをもつ。だが、その反面で、そうした一元主義的で狭隘な慣習法理解は、既存の法秩序の承認がなくとも、多様な行為規範が人々の生活関係を有効に規律し、法と呼びうる現象が既存の法秩序の外で生じているという現実を適切に考慮できないというデメリットをもつ。

この点を強調するのが、「法多元主義 (legal pluralism)」である (Griffiths 1986; 浅野 2018)。法多元主義は、法の妥当根拠を一元的・中央集権的に（典型的には国家法が承認した規範のみを法として）理解する法中心主義 (legal centrism) に対抗し、家族や教会、自発的結社、経済的団体など国家（あるいは国家間）以外の領域にも法と呼びうる対象が（既存の法秩序による承認の如何を問わず）存在していると主張する。この立場からすれば、既存の法秩序の承認を慣習法の妥当条件の一つとするのは問題だろう。

以上のどちらを支持すべきかについては、法多元主義を擁護しようか否かという問い、そして最終的には、法の本質をいかに理解するかという難問へ帰着し、本稿では答えることができない。とはいえ、いずれの立場にとっても、法的確信の概念とその明晰化は重要である。一方で、法中心主義にとっては、裁判官による慣習法の認定基準として、それは重要となる。他方で法多元主義においては、それに与する法理論家は、人々の生活関係を規律する（マナーなどを含む）一切の社会規範が法として理解されるという、いわば「法概念のインフレ」を堰き止め、法的規範と非-法的規範とをどこかで線引きする必要がある、その際の基準として法的確信の概念は有用となるだろう。

結論

本稿は、単なる慣行と慣習法とを区別する基準としての法的確信という意識状態の構造と生成過程の解明を、慣習法を遵守する者の一人称的経験を分析することで試みた。その成果は主に次の二点にまとめられる。第一に、法的確信は規範価値と秩序価値への志向に基礎づけられた複合的確信であり、秩序価値への志向は規範遵守の一般慣行化にともなう予期の安定化の末に生ずること。第二に、こうした構造のゆえに、法的確信はその保有者を規範遵守へと動機づける働きをもつこと。前節で述べたように、慣習法の妥当条件として、法的確信のほかに、既存の法秩序の承認を含めるべきか否かは別途考察の必要がある。だが本稿は、裁判官による慣習法認定や法理論家による多元的法体制の分析に際して、単なる慣行と慣習法あるいは慣習の領域で法と非-法とを区別する一つの基準をこれまでよりも明確な仕方提供できただろう。

とはいえ本稿は、慣習法という現象の一側面を論じたに過ぎない。というのも、尾高が論じたように、慣習法は、行為規範・裁判規準としての強制規範・組織規範の複合体として(少なくとも日本法では)理解しうるからである。本稿は、慣習法を遵守する共同体の一般成員の経験に定位することで、行為規範としての慣習法の現れを分析したに過ぎない。このとき、裁判官を始めとする法実務家には、慣習法が、要件-効果図式(慣習法の要請に反した者には、かくかくしかじかの強制が与えられるべし)を取った強制規範として現れていることや、法実務を体系的に分析する法学者に対しては、さらに、その強制規範=裁判規範が組織規範(誰々に法の定立・適用・執行の權威が与えられるべし)と関連した形で現れることは考察外に置かれていた。慣習法の現象学は、以上のような法実務家や法学者の慣習法経験を分析し、それを本稿の成果と統合して初めて十全なものとなる。

最後に、より大きな展望を述べれば、本稿は、現象学的方法に依拠した法の本質探究の第一歩である。ある規範を法たらしめる本質とはいかなるものかという問いは、古くからの法哲学の根本問題であり、いまなお議論されている(cf. Tamahana 2017: Ch. 2-3)。筆者の考えでは、この法の本質探究にあたって(特にフッサールの)現象学は独自の貢献をなしうる。彼の現象学の特徴の一つは、意識作用(ノエシス)と対象(ノエマ)との相関関係を前提に、前者の本質構造の分析を通じて、後者の本質を解明する点にある。ところで、法という対象——慣習法であれ制定法であれ、国内法であれ国際法であれ——が意識によって構成されることには、筋金入りの自然法論者を除けば、反対がないだろう。そうであれば、法という対象の本質もまた、それを構成する意識作用の本質構造の分析によって解明できるにちがいない。この想定のもと筆者は、本稿において、法的確信の本質構造を分析し、その内に単なる慣行と慣習法とを本質的に区別しうる根拠を見出した。同様のアプローチで、慣習法のみならず、制定法を含む法体系一般を分析することで法の現象学的な本質探究が可能かも

しれない。この可能性の具体化も今後の筆者の課題である¹²。

謝辞

本研究は科研費 (20K22047) (19K01231) の助成を受けた。

文献

・フッサールの著作

Husserl, E.

—*Husserliana*, Edmund Husserl, Gesammelte Werke.

Bd. IV, 1952, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, zweites Buch*. M. Biemel (Hrsg.), M. Nijhoff. (立松弘孝ほか訳、2001、2009『イデーンII—I、II』みすず書房) .

Bd. X, 1966, *Zur Phänomenologie des inneren Zeitbewusstseins (1893-1917)*. R. Boehm (Hrsg.), M. Nijhoff. (谷徹訳、2016、『内的時間意識の現象学』筑摩書房) .

Bd. XI, 1966, *Analysen zur passiven Synthesis. aus Vorlesungs- und Forschungsmanuskripten 1918-1926*. M. Fleischer (Hrsg.), M. Nijhoff. (山口一郎・田村京子訳、1997、『受動的綜合の分析』国文社) .

Bd. XIII, 1973, *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass, Erster Teil. I.Kern* (Hrsg.), Martinus Nijhoff.

Bd. XXVIII, 1988, *Vorlesungen über Ethik und Wertlehre 1908-1914*. U. Melle (Hrsg.), Kluwer Academic Publishers.

Bd. XXXVII, 2004, *Einleitung in die Ethik. Vorlesungen Sommersemester 1920/1924*. H. Peucker (Hrsg.), Kluwer Academic Publishers.

・その他

浅野有紀、2018、『法多元主義：交錯する国家法と非国家法』弘文堂。

D' Amato A. A., 1971, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell U. P.

Droubi, S., 2020, "Opinio Juris: between mental states and institutional objects," in S. Droubi & J. d'Aspremont (eds.) *International Organisations, Non-State Actors, and the Formation of Customary International Law*, Manchester U. P., 62-101.

Fuller, L. L., 1969, "Human Interaction and the Law," in *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 14-1, 1-36.

Griffiths, J., 1986, "What is Legal Pluralism?," in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 18, 1-55.

ILC, 2018, *General Assembly Official Records*, A/73/10.

石川健治、2006、「コスモス：京城学派公法学の光芒」、酒井哲哉責任編集、『岩波講座「帝国」日本の学知：第1巻「帝国」編成の系譜』、岩波書店、171-230。

¹² このことは別の形での法への現象学的アプローチを妨げない。現象学は、例えば、ケアの現象学やフェミニスト現象学のように、ケアに関わる者や女性・性的マイノリティの「具体的な」一人称的経験の分析を通じて、多くの成果を生み出してきた。同様のアプローチは法現象にも有効だろう。例えば、法を解釈・適用する個々の裁判官や紛争当事者の「具体的な」法経験の分析は有益な成果を期待しうる。

- 岩沢雄司、2020、『国際法』東京大学出版会。
- Jellinek, G., 1900, *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring. (芦部信喜ほか訳、1974、『一般国家学』学陽書房)。
- Kelsen, H., 1939, “Théorie du Droit International Coutumier,” in Ch. Leben (ed.), *Hans Kelsen : écrits français de droit international*, PUF, 2001, 61-84.
- 木村正人、2018、「共同行為と期待の循環：草創期ドイツ社会学における現象学の位置」、『現象学年報』第34号、15-25。
- Loidolt, S., 2010, *Einführung in die Rechtsphänomenologie: eine historisch-systematische Darstellung*, Mohr Siebeck.
- 根岸陽太、2021、「国際法『学の危機と超越論的現象学』：事実学から人間的生の学問へ」、『世界法年報』、第40号、103-134。
- 尾高朝雄、1942、『実定法秩序論』岩波書店。
——1956、『法哲学』勁草書房。
- Roberts, E. A., 2001, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation,” in *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4, 757-791.
- 鈴木崇志、2021、『フッサールの他者論から倫理学へ』勁草書房。
- 多喜寛、2012、『慣習法と法的確信：民事法と国際法の視座から』中央大学出版部。
- Tamanaha, Z. B., 2017, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge U. P.
- 田中成明、2011、『現代法理学』有斐閣。
- 植村玄輝、2017、「第8章 8-2 約束」植村玄輝ほか編、2017、『現代現象学：経験から始める哲学入門』新曜社、244-261。
——2018、「初期現象学と共同行為論の接点：期待していいこと、しないほうがいいこと、泥臭い仕事を厭わない人のための今後の課題」、『現象学年報』第34号、27-37。
- 植村玄輝・八重樫徹・吉川孝編、2017、『現代現象学：経験から始める哲学入門』新曜社。
- 八重樫徹、2017、『フッサールにおける価値と実践：善さはいかにして構成されるのか』水声社。

(みやた けんと・小樽商科大学)