

## 他法分野からの概念の借用と、規範意識

中里 実

はじめに

- I 他法分野の法概念・法制度の借用
  - II 憲法や私法が前提としている法以前の存在としての金銭
  - III 法の背後に存在する、法を法たらしめるもの
- 結論——市場において自生するルール<sup>(1)</sup>と規範意識

すでに、「政府規制とソフトロー」(中山信弘編集代表, 中里実編, 2008年, 有斐閣)において詳しく扱ったように, 政府規制については様々なソフトローが存在するが, 本稿においてはそのまとめとして, やや異なった観点から法やソフトローの背後に存在すると思われるより基本的な問題を扱ってみたい。それは, ある法分野において, 法の不完備性を補うために, 他法分野の法概念・法制度が借用されるという現象についてである。そして, その延長線上に, 法を法たらしめる根源である規範意識について, ソフトローとの関連において検討したい。

はじめに

一口に法の体系といっても, 真に包括的かつ自立的・自足的な規範の体系は, 民法以外には見出しにくいのが現実である。権利能力, 法人, 法律行為, 契約, 不法行為, 等の概念はすべてローマ法以来の伝統を有する民法において生成・発展させられたものであり, すべての他の法分野<sup>(2)</sup>は, 何らかのかたちでそこにおいて示された法の構造に依拠しているといっても過言ではない<sup>(3)</sup>。もっとも, その民法さえも, 少なからぬ部分について慣習法等に依存している点に留意しなければならない。例えば, 商法は, 本来そのような慣習法の代表的なものであった。

したがって, 包括的でも自立的・自足的でもない(民法以外の)法分野のルールが他の法分野(特に, 民法)のルールを借用して(あるいは, 前提として)

作られることが多いのは、いわば不可避なことであるとさえいえよう。本稿はこの、他法分野における法概念・法制度を前提としてそれを借用するという現象について多少の検討を加えようとするものである。

実は、この借用という現象の中にソフトローも位置づけられるのではないかというのが、本稿における問題意識である。すなわち、法概念の借用は様々な形態で存在するが、ソフトローとの関係でいえば、制定法や普通法以外のルールであるソフトローが、制定法や普通法において借用されていると考えることができないかという問題意識である。ソフトローが経済社会において重要な意味を有することは、今回のソフトローのプロジェクトにおいて詳細に検討された。すべてを法（ハードロー）が規律しているならば、そもそもソフトローは不要と思われるにもかかわらず、ソフトローが各分野で存在するということは、ソフトローを借用して、法（ハードロー）はその完結性における不備を補っていると考えられるのではなからうか。本稿においては、その点について可能な限り理論的に突き詰めて考えてみたい。

## I 他法分野の法概念・法制度の借用

### 1 公法が前提とする私法

私法の長い歴史の中で、特に中世ヨーロッパにおいて、同一事案におけるローマ法と他法との優先劣後が問題となった<sup>(4)</sup>。具体的には、普通法であるローマ法と（市参事会等の作った）制定法（statutes）との関係について、後法である制定法が（少なくとも形式的には）先法である普通法に優先するとされた。また、普通法であるローマ法と地域慣習法（例えば、北イタリアの商人間の慣習法＝商法の前身）との関係について、特別法である地域慣習法が一般法である普通法に優先するとされた<sup>(5)</sup>。さらに、フランスにおける南部フランスのローマ法と北部フランスのパリ慣習法との関係においては、政治的な対立の結果として、パリ慣習法が優位となった<sup>(6)</sup>。しかし、そのように、後法・特別法が優位になったといっても、先法・普通法の意義がなくなったわけでは決してなく、あくまでも、後者（普通法）の存在を前提として前者（制定法・地域慣習法）が存在するものと考えられる<sup>(7)</sup>。

その結果、（法律による行政の原理や、租税法律主義の結果として、制定法の有する意味がきわめて大きい法分野である）行政法や租税法においてさえも、

包括的で自立的・自足的な財産権に関する定めは存在しないのであるから、行政法や租税法は、少なくとも財産権に関する限り、かなりの程度、普通法の流れをくむ私法を前提として構築されざるを得ない。したがって、例えば、租税法において用いられた私法上の概念は、私法から借用された借用概念ということで、租税法における明文の定めによる修正のない限り、基本的に私法におけるのと同じ意義に解されざるを得ない<sup>(8)</sup>のである。

## 2 憲法が前提とする他法分野の法概念・法制度

実は、憲法も、かなりの程度、他法分野の法概念・法制度の借用を行っていると考えられる<sup>(9)</sup>。主として、基本的人権と統治機構の構造(のみ)に関する定めである憲法を、他法分野(特に、私法)の存在を前提とせずに制定することは実際問題としてきわめて困難であろう。例えば、財産権、婚姻、相続、配偶者、離婚、家族、不法行為は、私法における概念を憲法が取り入れたもの<sup>(10)</sup>と考えられる<sup>(11)</sup>。これを、憲法においては制度的保障と呼んでいる。

例えば、公務員の「不法行為」について定める憲法17条に関する、郵便法違憲事件における最高裁大法廷平成14年09月11日判決<sup>(12)</sup>は、「憲法17条・・・の保障する国又は公共団体に対し損害賠償を求める権利については、法律による具体化を予定している」と述べる。しかし、これは私法が憲法の委任を受けて不法行為に関する定めをおいているというよりも、むしろ、私法上の不法行為の定めを憲法が前提として公務員の不法行為について法律により具体化することであろう。事実、この判決は、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則」とすると述べて、「不法行為」の概念自体はあくまでも民法上のものであることを暗黙の前提としている。その上で、ただ、公務員による不法行為の場合に国や公共団体が「公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うか」という点について民法の不法行為法の原則を修正する権限(のみ)に関して、憲法17条が、「立法府の政策判断にゆだね」と述べているのである。

## II 憲法や私法が前提としている法以前の存在としての金銭

ところで、日本国憲法において直接定められてはいないのみならず、他法分野においても明確に定められていない法概念・法制度を憲法が前提としている

場合もある。たとえば、金銭の概念がそれである<sup>(13)</sup>。憲法のみならず民法においても、金銭に関する定義規定は存在しない<sup>(14)</sup>。そこで、以下においては、この金銭の概念を例として、法概念の借用という現象についてもう少し詳しく考えてみたい。

## 1 租税法と金銭<sup>(15)</sup>

租税債権はまぎれもなく金銭債権の一種である。しかし、租税法律は、いかなる場合に法定の金銭債権である租税債権（納税義務）が発生するかについて述べるのみで、金銭や債権に関する独自の定義等をおいていないから、租税実体法（租税債権の発生・変動・消滅に関する法）は、必然的に民法の債権総論等に依存せざるを得ない宿命の下にある。

租税に関する相互行政に関する条約 11 条 1 項は、外国の租税につき日本国が「自国の租税債権を徴収する場合と同様に徴収」する義務を定めるが、強制力を認めていない。租税債権が金銭債権であることに疑いの余地はないことを考え合わせると、この条約におけるように、外国租税債権から優先権をとれば私債権になると考えられる。すると、この条約は、外国の租税について私法上の金銭債権と同視したものと考えることができよう。このように、租税債権もつきつめれば私法上の金銭債権であり、その定義は終局的には私法に依存せざるを得ないのである。

## 2 私法における金銭

金銭は、その価値に関する人々の合意に依存する存在であり、その成立は自生的な部分（国家が作り出したものではない部分）もあるが、重要性故にそれについて国が強く介入することが少なくない。例えば、中世封建領主の領主権の一部である貨幣鑄造権<sup>(16)</sup>は、主に通貨発行益（Seigniorage）<sup>(17)</sup>を得ようとするものであった。

現代においても、通貨発行権は、制定法により中央銀行（紙幣の場合）や政府（貨幣の場合）に委ねられている。しかし、このような国による介入にもかかわらず、本来、金銭は、私法上の概念であると思われる<sup>(18)</sup>。特に、法の定めがなくとも「金」等の物質が金銭として用いられることを考えると、それは一種の商慣習法等に基づく概念である<sup>(19)</sup>と考えられる。

私法から独立した包括的かつ自立的・自足的な財産権に関する体系を有しない公法は、財産権に関して私法に依存せざるをえない宿命の下にある。憲法も行政法も租税法も法人概念や所有権概念を前提にできており、また、私法上(慣習法上)存在すると思われる金銭の概念を前提としている。このように、金銭の概念それ自体については、結局、不文の普通法によると思われるところに、その概念の法的理解の困難さがある<sup>(20)</sup>。

### 3 憲法における金銭の位置づけ

日本国憲法には金銭に関する特段の定めは存在しない。もっとも、憲法 29 条を、1 項が財産権に関する私法の尊重(財産権に関する慣習法等も含めた私法全般の尊重)を定めており、2 項が、公共の福祉に適合するように財産権を例外的に制定法律で修正できることを定め、また、3 項は、2 項の具体化の一種であると考えれば、金銭に関しては、私法上明文の定義はないものの、29 条 1 項により基本的には慣習法や判例法も含めた私法に委ねられていると考えることができる。

ところで、貨幣鑄造権に関して、明治憲法下で議論が行われていた。ある古い憲法の書物は以下のように述べる<sup>(21)</sup>。

「・・・事実上の大権と称す可きものあり、これ積極的に君主の大権たる可き明文を立てず、只憲法上に於て他の機関によりて行使するの定規なきにより自然に大権と認む可きものなり例へば国境の変更、**貨幣の鑄造**、外交官の差遣等の如き憲法に明文なしと雖とも何人も其天皇の大権に属することを疑はず」(強調・中里)

また、伊藤博文編の「憲法資料」には、この点に関するロエスレルの考え方が述べられている<sup>(22)</sup>。それによると、

- ・貨幣鑄造権は政府が専有する(貨幣発行益についても同様)が、政府はそれを私人に委任することができる、
- ・国王の貨幣鑄造権を法律で定める例は多く、憲法で法律事項としている例もあるが、憲法に定めを設ける必要は必ずしもない、
- ・また、貨幣鑄造は行政に属するのであるから、法律で定める必要も必ずしもない、

とされている。

このような考え方の背景には、中世領邦領主の貨幣鑄造権以来の歴史<sup>(23)</sup>が存在するものと思われる。すなわち、主権概念成立前の公権と私権の未分化な中世においては、貨幣鑄造権（貨幣を鑄造しその価値を決定する権利）は、領邦領主の領主権（一種の財産権）の一内容をなすものであったから、上のようにそれを国王の権限とする考え方が生じたものと考えられる。

### III 法の背後に存在する、法を法たらしめるもの

#### 1 憲法、公法、私法を補う金銭に関するソフトロー

上の二の3における金銭に関する叙述からもうかがえるように、法制度は、制定法制度以前に存在する概念・制度を前提としてできている場合があるのではなかろうか<sup>(24)</sup>。

例えば、ドイツの法律学者 Nussbaum は、第二次世界大戦前の論文で、金銭について以下のように述べている<sup>(25)</sup>。

“Money is a fundamental concept of the law. There are perhaps few other juridical notions of greater importance. Not only are specific sums of money referred to in most legal transactions, but the abstract term “money” also frequently appears in codes, statutes, judgments, contracts and wills.”

“Notwithstanding the manifold applications of the term “money,” **there must be a common ground for these applications—a basic sense of the word.** Ascertaining this sense will spread light upon the whole doctrine of the matter. And, in the practice of law, the basic concept of money may be resorted to in case of doubt.”（強調・中里）

私は、「金銭の本質は、ソフトローによって与えられたオプションである」と考えている<sup>(26)</sup>。すなわち、第一に、金銭は、将来の任意の時期に、任意の者との間で、任意の実物資産等と交換できるオプション権を表象している。そして、第二に、この金銭のオプションの価値は、たとえ金銭に通貨としての強制通用力が法律によって与えられている場合であっても、終局的には、法律すなわち国家によって与えられているわけではなく、人々の間の暗黙の合意（ソフトロー）によって与えられていると考えることができる。法律により強制通用力

が与えられていても、国民が信任していない通貨が現実には使用されないことは、途上国においてしばしばみられる現象である。すなわち、金銭は、人々が、そう信じているからこそ価値を有し続けるだけなのである。

金銭の本質をこのようにとらえると、強制通用力のある通貨を法律で規定することはできても、その法律（および、その背後に存在する国家）を誰も信じていなければ何の意味もない、という当たり前のことに気づく<sup>(27)</sup>。つまり、人々の間に共同幻想、暗黙の合意が成立しているからこそ、通貨は価値を有するのであり、そこには、**国家により強制されたものではない何らかの合意ないし法が成立している**とみることができる。私は、**金銭は、終局的には、国家が制定した法律によるのではなく、人々の暗黙の合意という「緩やかな存在形式の法」（すなわち一種のソフトロー）によって金銭たる地位を獲得する**と考えている<sup>(28)</sup>。要するに、金銭とは、ソフトローによって、任意の時期に、任意の人との間で、任意の実物資産——実物資産以外のものでもよいかもしれないが——と交換できるオプションであって、その権利が紙の上に具現化されたものが紙幣であると考えerわけである<sup>(29)</sup>。

## 2 金銭と言語の類似性<sup>(30)</sup>

さて、岩井教授が指摘されるように、金銭は言語に類似している<sup>(31)</sup>。すなわち、1つ目の類似点は、象徴としての一定の物理的な存在あるいは物理現象に対して何らかの意味が与えられているという点である。金銭の場合には、紙等にオプションが表象されている。言語の場合にも、声帯を震わせることによって生まれる空気の振動に特定の意味が表象されている。いずれの場合においても、物理的な存在あるいは物理現象に何らかの意味が載っているわけである。

2つ目の類似点は、金銭も言語も、国家がその使用を強制しているから妥当しているというわけではなく、終局的には、人々の暗黙の合意（何らかのソフトロー）に基づいて用いられているという点である。金銭は国家が使用を強制しても、人々がそれを使わなければ金銭として機能しない。言語も同様である。すなわち、金銭においても言語においても、国家の強制より慣習的なもの（ないしソフトロー的なもの）の方が強い意味を持っていると考えられる。ちなみに、直接的にはソフトローの話ではないが、我が国の商法1条では、商法に規定がないときは商慣習法、商慣習法もないときは民法、という適用順序が規定

されているが、民法よりも商慣習法の方が優先して適用されるというのは、別に不思議なことではないのである。また、法の適用に関する通則法第 3 条は、「法律と同一の効力を有する慣習」という表題の下、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」と定めている<sup>(32)</sup>。

金銭と言語の 3 つ目の類似点は、いずれも一定の地域なり人々の間においてのみ妥当するという点である。すなわち、管轄権の如きものが存在するのである。

### 3 金銭・言語と法の類似性——ネットワーク外部性<sup>(33)</sup>

このように、金銭と言語はきわめて類似しているが、さらに突き詰めて考えてみると、これらは法と似ている点に気づく。実は、**金銭、言語、法は、いずれも、人々がそれを信じるからこそ妥当する、人々の合意がなければ国家といえども現実には強制できない、という点で類似している**のである。また、三者は、ネットワーク外部性がある点、利用者の範囲が限定され一種の管轄権が存在するが、技術の発展等を背景としてより広い互換性が追求されることがあるという点、においても共通している<sup>(34)</sup>。

あまり良くない例えをあげてみよう。法律では未成年者の飲酒は禁じられているが、仮に人々が 18 歳で大学に入ると酒を飲んでいたということになれば、法律の規定を皆が信じていなかったことになる。誰も信じていなければ法律の規定は意味をなさないであろう。法律に書いてあるから強制力があるというわけではなさそうである。

こうした点において、金銭と言語と法は、デジタル技術とも類似している。例えば、コンピュータの基本ソフトは、人々の合意に基づいて用いられる（すなわち、人々が、そのソフトを利用すると便利であると考えていたり、あるいは、そのソフトを信頼しているから利用される）。その結果として、特定の基本ソフトがデファクト・スタンダードとしての地位を獲得することがあり、それ以外のものを用いると利用者が不便を感じるという事態が生じうる。このように、デファクト・スタンダードが一種の法と類似したかたちの拘束力のようなものを有する存在として機能するようになるということは、よく起こることである。金銭や言語においても、あるいは法においても、一種のデファクト・ス

タンドラードが通用する。すなわち、アメリカドルや英語や英米法が世界的な標準となつて、それ以外を用いると利用者が不便を感じることがありうるのである。

### 結論——市場において自生するルール<sup>(35)</sup>と規範意識

法は法であるから拘束力を持つという法実証主義的な考え方<sup>(36)</sup>は、国家を前提とした公法的な発想であろう<sup>(37)</sup>が、先程述べたように、私は、これに対してやや懐疑的である。かといって、財産権に関して自然法を援用することも、自己所有権<sup>(38)</sup>を別とすれば困難であるように思われる。

そこで注目すべきは、上で述べた、**金銭も言語も法も、人々の（暗黙の）合意がなければ国家といえども現実には強制できないものである**という点である。これは、要するに、**法について考える際にも、国家以前の存在を認めざるを得ないのではないか、法の拘束力は人々の合意によるのではないか、**ということの意味する。ハートによれば、法を拘束力あるものとしているのは、遵守しない場合の制裁の恐れ（オースティンの主権者命令説においてはそのように説かれる）ではなく、**法が守られなければならないものとして人の中で内部化（internalize）されるためである（internal point of view<sup>(39)</sup>の考え方）**という<sup>(40)</sup>。この内部化された法こそ、社会規範であり、文化であり、また、一種のソフトローであると考えられるのではなからうか<sup>(41)</sup>。もっとも、この内部化された法は、単に効用関数の形状の問題である<sup>(42)</sup>と考えることもできるし、それを心理学的に分析することも可能である<sup>(43)</sup>が、この点についてはこれ以上立ち入らない。

ここでは、この内部化された法、ないし規範意識を、法的観点からさらに突き詰めて、合意という観点から考えてみよう。国家（というよりも政府）も革命で倒されることがあるということは、人々の合意にはすべてを塗り替える力があるということなのではないか、そうであるからこそ合意（ないし契約法）が重要なのではなからうか。そうすると、「合意は拘束する（pacta sunt servanda）」ということが法のすべてである<sup>(44)</sup>といえないであろうか。そして、この場合の合意とは、倫理的なものというよりも、自生的に発生するという点で、市場的なものであると考えることが可能かもしれない<sup>(45)</sup>。

法は、事実の問題として、法として作られたから法として機能するというわ

けでは必ずしもない<sup>(46)</sup>。それを法として機能させようとする人々の合意（規範意識）が法を法として機能させるのである<sup>(47)</sup>。人々の合意が法を法として機能させる<sup>(48)</sup>ものであるとすれば、そのように法を法として機能させる人々の合意＝規範意識（これを、「法には従わなければならないという規範」と考えれば、それは、裁判によっては強制できない〔裁判によって強制したとしても効果がない〕という点において、一種のソフトローといえよう）こそ、法現象の根源にあるものと考えられよう。すなわち、「法には従わなければならないという規範」が人々の心の中に内部化された存在である規範意識こそが重要であると考えられる。すると、**法の本質は、そのような規範意識そのものの中にある**といえるのではなかろうか。

私達のプロジェクトで様々なかたちで議論してきた区々のソフトローは、実は、そのような、「法には従わなければならないという規範」、すなわち、「**規範意識という根源的なソフトロー**」により裏付けられたルールのうち、裁判で強制されないものことなのである。

- (1) 中里実「法・言語・貨幣—ソフト・ローの観点からの研究ノート—」金融研究 23 巻 法律特集号 179-198 頁, 2004, 189-190 頁。
- (2) ただし、刑事法は除く。
- (3) たとえば、行政行為の概念は、その多くを民法の法律行為の概念に負っている。
- (4) 中里実「制定法の解釈と普通法の発見—複数の法が並存・競合する場合の法の選択としての「租税法と私法」論(上)(下)」、ジュリスト 1368 号 131-140 頁, 1369 号 107-113 頁, 2008 年。
- (5) 「商事に関し、この法律に定めがない事項については商慣習に従い、商慣習がないときは、民法の定めるところによる」と定める、商法 1 条 2 項, 参照。
- (6) Cf. Sarah Hanley, “The Jurisprudence of the Arrêts”: Marital Union, Civil Society, and State Formation in France, 1550-1650, 21 Law and History Review, pp. 1-40, 2003.
- (7) この普通法に対する制定法の関係も、単に先法と公法の関係ではなく、一般法に対する特別法の関係でもある。
- (8) これが、「借用概念論」である。この点については、金子宏「租税法と私法——借用概念及び租税回避について」租税法研究 6 号 1 頁, 1978, 参照。
- (9) 中里実「憲法上の借用概念と通貨発行権——憲法が前提とする憲法外の法概念・法制度」高橋和之先生古稀記念論文集, 所収予定, 参照。
- (10) これらについて、憲法が独自に定義していると解することは難しい。なお、主権とか戦争とか条約という概念も、国際法と密接な関連を有する。

- (11) これは、考えようによれば、普通法である私法を前提として、特別法である憲法が存在するというように理解することも不可能ではなからう。
- (12) 民集 56 卷 07 号 1439 頁。
- (13) 憲法が、金銭の概念を前提とすることなく、市場経済メカニズムや財政に関する定めを置くということは考えにくい。
- (14) 金銭の「物権変動」はきわめて特殊である、また、それが果たして物権なのか否かも疑問である。結局、金銭は一種の慣習法に基づく特殊な存在と考えられる。
- (15) 中里実「過払税額に関する不当利得返還請求」NBL 985 号 19-27 頁, 2012, 及び, 中里実「租税債権の私法的構成」村井正先生喜寿記念『租税の複合法的構成』所収 151-177 頁, 2012, 参照。
- (16) これは、財産権的な色彩の強いものであった。
- (17) これは、領邦領主〔seigneur〕という言葉と関連していると思われる。
- (18) Christoph Herrmann, Währungssoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte, S. 143, 2010 は、「市場経済秩序の制度としての金銭(Geld als Institution marktwirtschaftlicher Ordnung)」という項目を立てる。
- (19) 中世ヨーロッパにおける Legisten や Kanonisten こそが、慣習法を概念的に把握し発展させることを可能にした最初の者たちである。それは、中世盛期 (Hochmittelalter) のことであった (Gustaf Klemens Schmelzeisen, Zum Frühen Gewohnheitsrecht, 42 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 313, 1974.)。
- (20) 金銭の私法上の意義につき, cf. Rémy Libchaber, Recherches sur la Monnaie en Droit Privé, 1992; Normand Leclerc, La Monnaie en Droit: Nature d'une Abstraction Outre Fondée, 2004. また, Normand Leclerc, La Nature de La Monnaie En Droit, p. 358, 2009 は金銭の定義 (définition de la monnaie) を述べる。
- (21) 高田早苗「憲法要義」28-29 頁 (刊行年不明, 早稲田大学における講義録)。
- (22) 伊藤博文編, 金子堅太郎・平塚篤校訂「憲法資料上巻」119 頁, 1934 年。
- (23) Jean B. Brissaud (translated by James W. Garner), A History of French Public Law, 1913, pp. 231-232, p. 486.
- (24) Melvin A. Eisenberg, Corporate Law and Social Norms, 99 Columbia Law Review 1253, 1999.
- (25) Arthur Nussbaum, Basic Monetary Conceptions in Law, 35 Michigan Law Review 865, pp.866-867, 1937.
- (26) 中里実「法・言語・貨幣ソフト・ローの観点からの研究ノート」金融研究 23 巻法律特集号 179-198 頁, 2004, 186 頁。
- (27) 国家や法律に対する信頼の強制を法律で定めてもさほど意味はなからう。
- (28) そうした意味では、「貨幣法制説は正しい」といってもよいように思う。もっとも、人々の合意によるという意味では、「貨幣契約説」といった方がより適切かもしれない。
- (29) 中里・前掲論文 186 頁。
- (30) 中里・前掲論文 187-188 頁。

- (31) 岩井克人「貨幣論」, 1993, 199 頁, 参照。なお, 中里・前掲論文(及び, そのもととなった, 中里実「法・言語・貨幣—ソフトローの観点からの研究ノート—」IMES Discussion Paper No. 2004-J-3, 2004, <http://www.imes.boj.or.jp/research/papers/japanese/04-J-03.pdf>) 脱稿後に, 岩井克人教授へのインタビュー記事(「会社と, 言語・法・貨幣の謎(特集会社とは何か)」大航海 No. 48, 44-80 頁(2003) 所収) に接した。
- (32) 法例(明治 31 年法律第 10 号) 2 条においても, 法令の規定によって認められた場合だけでなく法令に規定がない事項に関しても, 公序良俗に反しない慣習は法律と同一の効力を有すると規定されていた。
- (33) 中里・前掲論文 188 頁。
- (34) 中里・前掲論文 179 頁。
- (35) 中里・前掲論文 189-190 頁。
- (36) Hobbes, Bentham, Austin, Hart という実証主義の歴史的流れ等については, Mark R. MacGuigan, Law, Morals, and Positivism, 14 University of Toronto Law Journal 1, 1962-1963, 参照。また, Samuel Enoch Stumpf, Austin's Theory of the Separation of Law and Morals, 14 Vanderbilt Law Review 117, 1960-1961 は, “The lingering influence of the natural law theory in England brought forth a powerful new philosophy of law. The chief features of this new theory were developed by Hobbes and Bentham and found their most compelling formulation in the works of the “analytical” jurist, John Austin.” と述べている。
- (37) John Austin は, 本の本質についていわゆる主権者命令説を唱え, 「法を主権者の命令とする法実証主義を基礎に, 法と道徳を峻別し, 権利・義務などの諸概念の定義を試みた」(有斐閣法律学小事典「分析法学」)。その主張する the command theory of law (John Austin, The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence 13-16, 1832) については, Claire Finkelstein, Hobbes and the Internal Point of View, 75 Fordham Law Review 1211, 2006-2007, 参照。
- (38) 森村進「自己所有権論の擁護: 批判者に答える」一橋法学 5 巻 2 号 417-467 頁, 2006 年, 参照。
- (39) Cf. Veronica Rodriguez-Blanco, Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View, 20 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 453, 2007. さらに, cf. Roger A. Shiner, Hart and Hobbes, 22 William and Mary Law Review 201, 1980-1981; Barney Reynolds, Natural Law versus Positivism: The Fundamental Conflict, 13 Oxford Journal of Legal Studies 441, 1993; Brian Z. Tamanaha, The Internal/External Distinction and the Notion of a Practice in Legal Theory and Sociological Studies, 30 Law and Society Review 163, 1996; George Letsas, H.L.A. Hart's Conception of Law, 2000 UCL Jurisprudence Review 187, 2000; Nicola Lacey, Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited, 84 Texas Law Review 944, 2005-2006; Amanda Perreau-Saussine, An Outsider on the Inside: Hart's Limits on Jurisprudence, 56 University of Toronto Law Journal 371, 2006; Brian Z. Tamanaha,

A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications, 75 Fordham L. Rev. 1255, 2006-2007; Kenneth M. Ehrenberg, The Anarchist Official: A Problem for Legal Positivism, 36 Australian Journal of Legal Philosophy 89, 2011.

- (40) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., 1997. Cf. Elliot D. Cohen and Albert Ellis, *The New Rational Therapy*, 2006, p.156)。
- (41) この問題に関しては、すでに、中里実「自律的ルール的重要性——社会規範の意義」ソフトロー研究1号135頁, 2005, において詳しく論じたので、そちらを参照されたい。
- (42) George Stigler and Gary Becker, *De gustibus non est disputandum*, *American Economic Review*, March 1977, at 77, なお, Gary Becker, *Accounting for Tastes*, 1966.
- (43) 中里実「自律的ルール的重要性——社会規範の意義」ソフトロー研究1号135頁, 2005, 参照。
- (44) Cf. Simon Whittaker, *Public and Private Law-making: Subordinate Legislation, Contracts and the Status of Student Rules*, 21-1 *Oxford Journal of Legal Studies* 103, 2001.
- (45) 自発的にあるルールに従うということの意味について、中里・前掲(41)論文参照。
- (46) Rex J. Zedalis, *On First Considering Whether Law Binds*, 69 *Indiana Law Journal* 137, 1993.
- (47) 同様に、言語を言語として通用させるのも、貨幣を貨幣として通用させるのも、人々の合意である。
- (48) 立法者が制定法によって規範意識を強制することは難しいであろう。すなわち、立法者は全能ではないのである。