

立法措置による社会規整の可能性と限界

アンドレアス・ヘルトリッヒ
中村英郎 訳

近代国家は、市民の社会的行動を規整するため大きな努力を払っている。経済的に弱い国民階層を、経済的優位にたつ国民階層の搾取から保護するため、交通規則の勵行により交通事故を減少させるため、覚醒剤などの濫用を抑制するため、本當の男女の機会均等をもたらすため、あるいは教育事情をよくするため、そのような目的の立法措置が、今日では多くの国の議会の議事日程に上程されている。その際、人々は、この種の立法の社会的、実務的効果については余り考えていないようである。立法機構において活動する政治家達は、法律が公布されると、多くの場合、その問題はもう最終的に解決されたものと考え、安心して日程の次の問題にとりかかれるものと思っている。法

立法措置による社会規整の可能性と限界

律が公布されると、問題の實際の解決はまだ先のことなのに、それは、もう解決されたものと思われてしまうので、法律の公布は、ある意味では、つまり社会政策の目標達成という面からみると、後退だとさえいえるのである。法律を執行し、適用する法律家達も、彼らのうけた教育から、法律の規定と社會の實際は一致するものと推測する傾きがある。アメリカの法哲學者エドワード・H・レヴィーの言葉をかりていえば、法律學のうちに、問題の前提を熱心に論じ、その結果を余り問題にしない學問を、はかに見つけることは困難だといえよう。

近代における立法も、——オイゲン・エーリッヒの言葉によれば、——いまだになお、「惡」をこの世界から除くためには、

「悪」を法律により禁止することで充分だと思ひこんでいる素朴なディレッタント・ティスマスとして特徴づけられる。^(二) 実際には、しかしそのようなものとしての法律は、現に存在する社会関係を規整するためには、全く不確かな印刷された紙以上のものではない。實際社会の動きは、法規範の動きに必然的に従わなければならぬというものではない。このことは、わけても、効果のない法律がたくさんあるということが、それを雄弁に証明している。たとえば厳しい物資統制をしている国々において「闇市」が繁盛していること、売春禁止、あるいは飲酒の抑制についてのあらゆる努力が、周知のように失敗に終わっているということ、そして現在では、それに引続いて、覚醒剤の禁止の失敗があり、また、墮胎を処罰している国において、実際には多数の墮胎が行われていること、厳しい離婚法の行われている国で、実際には相当自由に離婚が行われているということなど、その例である。

一体、法律は、社会の實際に、それが元来意図したような影響を与えることができるのか、またどのような条件の下でそれができるのか、という問題は、法律について考えなければならぬ疑問の中、最も重要なものであらう。従来の法律学は、しかし、法律が適用された場合の實際上の効果というものを普通問題としないので、この疑問に答えることはできない。法律が

實際社会に対してもつ効果についての若干の基本的な研究は、しかし、最近、アメリカの法社会学によってなされている。それはいくつかのきびしい経験——なかでも、いわゆる禁酒法による禁酒の失敗、新しい市民権立法による、人種差別禁止を実行するに際して当面した困難さ——といった経験に刺激され、このテーマを特に取り上げるようになったのである。その際最大の関心事とされたのは、法律の**実効性**の問題、すなわち立法という方法で社会の實際に影響を与えようとする場合、それが効果をもつものについて条件となっている要素は何かということであつた。^(三) 以下においては、實際社会において、法律がその実効性をもつための基本的な条件をあげることにする。

1 受範者に情報を与えること

法律が社会において効果をもつものについての第一の条件は、関係者が当該規範について知識をもっているということである。多くの法律は、それに関与する人々が、当該規定を全く知らないため、単なる紙上の空文になってしまっている。このことは、特に法律の規定が直接市民の行動を左右しようとしているとき、たとえば道路交通のルールを変更するような場合などそうである。このような「行動規範」の実効性は、しばしば国民に法律知識が欠けている、あるいは不十分であることにより

早くも失敗する。かくして、ある実態調査によると、ドイツの新らしい住居賃借人保護法は、ばく大な費用をかけて一般に周知徹底をはかり、公布後一年後に施行されたが、ドイツ連邦共和国の全ての賃借人の中、四分の三は、この新らしい賃借人保護法により、彼らに認められた権利を全然知らず、また、そのため、賃借人に対してもその権利を主張することができないでいるということが明らかにされている。^(四)

これとの関係で、つぎの問題は真剣に考えられるべきである。すなわち法律の分野についての知識の程度と、当該人物がある特定の社会階層に属していることとの間にある程度の関連があるかどうか、つまり上級の社会階層に属することが、その高い教養の故に、下の階層の人々より法律知識がより広く、そしてそのことによって、彼らがその利益を効果的に維持しているかということである。このような関係は、勿論そう簡単に仮定することはできない。しかし私の個人的な印象によると、上級の社会階層に属する人々は、それよりも低い階層に属する人々に較べて、著しく正確な法律知識をもっているということとはできない、という仮説が正しいように思われる。このことは恐らく次のような事情によっているものと思われる。つまり、上級の社会階層の人々は、たとえば、自分の知り合の中に法律家がいるということなどにより、法律について相当広い情報をう

ける可能性をもっているが、下層の人々にとっては、法律問題が時としてその生活を左右する程深刻であるのに比べて、上層の人々にとつて、それは余り深刻な影響を与えないということである。いづれにしても、法律知識あるいは法律についての無知が、国民の異なった階層の上にどのように分布しているかということは、疑もなく実態調査機関の助力をえて、詳細かつ実証的に研究を必要とする問題である。このような調査は、また法律上の錯誤を余り問題としないことが、特に法律知識の少い階層についての、一つの識別基準となるかという問題について、詳細な解明を与えてくれるかもしれない。さらにこのような調査のその他の成果は、法律を周知徹底させる作業への要求の中に現われてこよう。法律を周知徹底させるためには、一般の教育機関の教育計画に特別の配慮を必要としよう。全体としてみた場合、交通、通信機関が余り発達していなかったにもかかわらず、昔は、国民に法律を周知徹底させるという配慮が、現在よりよくなされていたように思われる。それがよく現われている例としては、一八〇四年のフランス民法第一条の例をあげることができる。そこでは法律の施行を、当時の交通事情を考慮した上、国王所在地からの距離に応じ、その施行日を決めるというきめ細い配慮をしている。^(五)

法律の規定が、直接、いわゆる法律家、たとえば、裁判官と

か行政官などに向けられているものであれば、受範者に情報を伝えることは、当然のことながらうまくゆくはずである。しかし最近の社会国家では、立法活動が著しく活発になっており、その結果法律の量が甚だしく増大して、ここでもまた大きな困難を生じている。今日では、法律家はその専門の領域に関係した法律の規定を充分よく知っているということは、もはや当然のことではなくなってきた。特に労働法、税法、社会保険関係の法律の領域では、法律の洪水はひどいものになっており、専門家でさえもそれに精通することはできないほどになっている。このことから生じてくる法律についての不確実さということとは、専門領域の確かな情報を、コンピュータ(コンピュータ)を使用することにより可能にしようという要求のきつかけとなっている。

2 関係者による規範内容の受け入れ

法律をよく知っていたとしても、誰も、その規定に従う気がなければ法の実効性は確保されない。法がその実際上の機能を果たすためには、関係者のそれに即応した協力が必要とする。このような協力についての国民の覚悟は、当然のことながら、当該法規の内容と強く結びついている。ある法律の規定が、市民の多数によって支持されている意見を反映するもの、たとえば人質をとった銀行強盗の刑罰を重くするというような規定と、

これとは逆に、住民の大多数の意見にさからうような規定、たとえば所得税を著しく引きあげるような規定を比べてみると、国民のそれに協力する覚悟は、前者についての方が比較にならないほど大きい。規範内容の実効性は、さらに立法者が、その規範によって規律される人々に対して、どのような權威をもっていかということにもかかっている。スキャンダルにゆらぎ、政治の紛争にまき込まれた国家の法律は、国民の絶対多数の自由な意思により担われ、尊重されている国家の法律と、同じように遵守されると考えることはできない。

ドイツ法においてその規定が守られていない例としては、墮胎の禁止をあげることができるだろう。それは非常に多数に上っている非合法の妊娠中絶を阻止できないでいる。また村落内での速度制限もその例である。この速度制限は、運転免許試験の間だけは、ともかく確実に守るよう運転者はならったのであり、その地域で全般的に速度を下げる効果をもっているということができる。しかし実際にはそれは守られていないというのが現状である。なお最近においては、なかんづく青少年の間で覚醒剤の使用禁止を破る風潮が広まっているという例も見出される。なお、関係者の協力については、「命令」の遵守と「禁止」の遵守とで大きな相違があるということがいえるだろう。一般的には、市民を法律による禁止によって、ある一定の状態から

遠ざけることの方が(たとえば、酒を飲んだ後における車の運転禁止)、法律の規定により一定の行為をさせること(たとえば、現在、西側ヨーロッパ諸国で試みられているような、ガソリンあるいは暖房用のオイルを節約するための規制)より簡単である。

3 違法状態に対する制裁

法の実効性は、なお規範違反を阻止するため充分な努力がなされないことによっても弱められる。法律に違反した状態が匡正され、罰されるという危険が少なければ、個別の場合に、原則的には正しいと思われる規定でも、無視される素地がでてくる。法律の執行に当る人々がその役割を充分果さないのは、いろいろな理由に基いている。その際一番目立った原因は、関係当局の人員が充分でないということであろう。たとえば、警察による道路交通の監視が充分行われていないことをあげることができる。さらに、当該規定に基き、制裁に当る人々の拒絶的、あるいは無関心な態度がある。たとえば、わいせつ文書の流布の禁止の場合、ドイツでは「すべての役人が目を固く閉じたことにより」実際には効力のないものになってしまった。

ことにその実施が、個人のイニシアティブに任されている制裁が行われるということは、一般的に少い。ドイツの古い格

立法措置による社会規整の可能性と限界

言に「訴えなければ判事なし」というのがある。個々の市民は、いろいろな理由から、官庁あるいは裁判所であることを解決するという方法を好んでおらず、あえてこの手段に出るのは、何か特別の動機がある場合である。このことから、私法の社会的実効性が比較的弱いという現象が生じる。しかし刑法の領域でも、その実施が、実務上私人の告訴、告発にかかっているようなものについては同じである。なおこれとの関係においてドイツ民主共和国(東ドイツ)では、市民がイニシアティブをとり、広い範囲で事件の処理を偶然にまかせるのではなく、誤まった状態を発見し、それを除去するため、民事訴訟にも検察官に独立の訴権を認めることが要求されている、ということをおこう。

以上とは反対に、官吏に一定の範囲の介入が権利として認められており、それを実施することが当該官吏の職務とされているような行政法規の実効性は、比較的高いということができる。しかし、ここでも、お役所的な無器用さ、人的、財政的な面での不充分さ、官吏に専門知識のないこと、あるいは無関心が立法者の期待を満たさない結果になっている。最近ドイツにおけるこの種のうまくゆかなかった例としては、工場から排出される危険な廃棄物を確実に排除するための法律を作成した場合にも見出される。そこに規定されている監視措置によりこの

規定を実施するには、当該官庁に能力が不足しているというところが、その後明らかになった。

4 脱法可能性の排除

立法者の意図した効果は、さらに、もし関係者が、形式的に法規違反を犯すことなく、当該規定を回避できるというようなものである場合には、その効果をあらわさないことになろう。これについての多数の例は、なかでも租税関係の法律がこれを提供している。この法律の発展の経過は、ある程度まで、その脱法行為とそれに対する防止措置との絶えまない戦いの歴史だといってもよい。資本主義経済秩序をもった国々では、今日では、最も優秀な法律知識階級に属する人の大部分は、この種の「税金回避体操」⁽¹⁰⁾をやっている。その他の法の潜脱による効果の低減の例としては、協議離婚の例をあげることができる。ドイツの離婚法はこれを認めておらず裁判離婚だけを規定している。しかし当事者は、法廷で離婚原因を認めることにより、容易に離婚判決を獲得することができ、事実上協議離婚が行われている。そして実は、それがドイツで一番多い離婚の形式となっている。同じような現象は、離婚を許さない国において、婚姻無効の数が多くなっていることに現われている。

5 法律の規定の実行しやすさ

法律の規定の社会的実効性は、それを実施するのにつき余り複雑に構成されているような場合には、また問題である。ある規定が簡単に書かれており、またそれが実務において問題なしに実施できるものであれば、それが成功することの期待は大きい。このような理由により、たとえば、アメリカにおいて、ホテル、レストラン、劇場、交通機関、またプールなどでの人種差別の廃止は、比較的非常によく行われた。なぜなら、それは、基本的な、しかし全く複雑でない状態の変更を要求したものであるからである。⁽¹¹⁾これに反し、学校制度を全体的に統合すること、そして労働市場における労働の機会均等を遂行することとは、現在まで、およそそのところまだその目的を達していない。なぜなら、それは複雑な社会構造上の変更を求めるものであり、現在行われている法律の規定で、それを実行するのは難かしいものだからである。⁽¹²⁾ドイツ連邦共和国では、私的な財団は比較的に少ない。それは、おそらく州法の認可手続が複雑であることに由来するものといえるだろう。

6 立法者の意思が明確に表現されていること

社会生活に法律がその影響力をおよぼすことができるということは、さらに、立法者が、彼の意図した法律上の効果を明

瞭、確実に表現しているかどうかにかかっている。法律は、その規定形式が不明瞭なものであればある程、社会の實際をその目標に従って変更するという機能を發揮できなくなる。このような場合には、言うまでもなく、法律家達は、広くあけられてゐる解釈のゆとりを用いて、いわゆる「法律による政治」を彼等の責任で行うことになる。これについての印象的な一つの例を、アメリカの最高裁判所が、一九五五年、ブラウン対教育委員会^(一)の事件について下した判決が示している。この判決は、下級裁判所に公立学校における人種差別政策の除去を、「考慮した速さ」をもってなすよう申し渡した。この漠然とした最高裁判所判決をうけた下級裁判所では、保守的な立場に立つ裁判官達は、公立学校における人種差別の廃止を、多大の「熟考」と、わずかばかりの「速さ」をもって長年にわたり引き延すことに成功したのである。

法規範の実効性についてこれまであげてきた判断の基準は、立法行為の社会に対する影響の問題につき、委曲を尽した論述ではない。効果についての前提の一・二を欠くことは、しかし、当該規定が規範作成者によつて期待されたような効果をもつか否かについて、相当理由のある疑問を生ぜしめよう。それに反して、ある法律がこの判断基準の全てを満たしているとして

立法措置による社会規整の可能性と限界

も、その規定に実効性があるということを保証するものではない。法律は非常に複雑な社会機構において働らくものであり、その社会はつねに変化する。それは立法者によつては充分見通されえず、ましてや支配されえないものである。法規範は数多くの変数、すなわちその全体がある社会のその状態を現わす諸変数の中、その一つだけを現わすものである。その他の変数は、立法者が恒常的に把握できないものであり、このような理由から、新しい立法活動は、いずれもある意味においてはコントロールされない、そしてコントロールできない実験なのである。時として、立法に際し、立法者が予想もしなかったような副次的効果が現われる。このような予想しなかつた効果というものは、社会の出来事への立法による介入を危険の多い企画としてしまう。かくしてカルテルの禁止は、カルテル法によると形式的には許され、しかし、実質的には、そののきらつてゐる集中という効果をもたらず企業合併を導くことになる^(二)。学生徴兵猶予は、アメリカの大学の人員過剰を促進した^(三)。堕胎の処罰は、禁止行為を秘かにもぐりの医者にやらせることになり、妊娠した婦人をしばしば重大な健康障害に落し入れ、また時にはその死をももたらしている。牛乳の値段に国家が補助金を与えるという法律が、牛乳の過剰生産をもたらし、それによつて「バター^(四)の山」が築かれた。今では、その山を除くに

は、どうしたらよいかということが、ヨーロッパ農業政策の大きな問題になっている。これに似た副次的効果の例は、鶏の飼育についての税法上の優利な控除規定の場合にもある。それは、資本金の強い関係者にいわゆる大養鶏場を作らせたのであり、そのことは農家の養鶏の市場競争力を失わせ、鶏肉の値段と品質を著しく落とす結果をもたらした。

時とするとの法の規定は、それどころか規範作成者によって意図されたのとは反対の効果をもつ。禁止は幾多の人にそれえの違反を挑発するのであり、禁止を命じることによって、場合によっては希望しない状態を呼びおこすことにもなる。青少年の覚醒剤の使用の増大は、「禁ぜられた魅力」によって刺激されている、という見方も全く理由がないわけではない。同じような効果を、プロイセンのフリードリッヒ大王も、その御し難い農民にじゃがいもを栽培させようとした時利用したということができる。王は新たに発見された農作物(じゃがいも)を宣伝し、その栽培を奨励したが無駄だったので、自分の領地に王の食卓用のものとしてじゃがいもを作らせた。じゃがいも畑は、表むき畑泥棒のため兵士によって監視されたが、実際には、その兵士達は、誰かがじゃがいもを盗もうとした時には両眼をつぶるよう命令されていた。その結果、百姓たちは盗むことによって禁止された作物を知り、自分の畑にそれを栽培するように

なつたのである。

まさに最後に述べた法規範の逆な効果は、法律が、ただそれだけでは、社会の好ましくない発展を阻止するための確実な防壁ではないということを明瞭にしている。どんな立法者でも、長い間、一定の社会の発展の状態をねじで固く締め付け、その変更を防止することはできない。規範を作る行為により、事情によっては立法者が抑止しようとした社会的変革への刺激が与えられるのであって、キールの法社会学者ツィチャーは、その例を、中世ドイツの都市における服装条例に求めている。それは階級の違いを異なった服装により一見してわかるようにする目的をもったものであったが、一般に軽視され、結局、このような差別を除去するためむしろ役立つことになった。法律の効果は、社会自身と同じように予測できないものである。かくして一定の社会秩序を維持するため役立つべき規範は、事情によっては、それを破壊する萌芽をやどしうるのである。

(1) Edward H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*: University of Chicago Law Review 32 (1965) 395.

(1) Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3. Aufl. (1967) 331.

(三) りばどいふに、Harry W. Jones, The Efficacy of Law (1969) 参照。なほ、Andreas Heldrich, Höchststrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 3 (1972), 305 f.

(四) 一九七一年に公布された住居解約告知保護法 (Wohnraumkündigungsschutzgesetz vom 25. 11. 1971, BGBI I S. 1839) の周知度につき、一九七二年、オットー・フランクの研究所以ンケート調査を行った。一九七三年一月二日の Süddeutsche Zeitung 参照。

(五) 法律は、国王の爲した公布により、フランス全領土において執行される。

法律は、その公布を知ることができた時より、王国の各地において執行される。

国王のなした公布は、国王所在の州においては、その公布の日翌日にこれを知られたものと看做し、またその他の各州においては、公布をなした都府と各州の首都との間に一〇万メートル (約一〇〇仏里) の距離ある毎に、これに應ずる日数を増加した期間の経過後、これを知られたものと看做す。

(六) これについては Spiros Simitis, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung (1970) 参照。

(七) Eugen Ehrlich a.o. S. 303 f. 参照。

(八) Klaus F. Röhl, Rechtsgeltung und Rechtswirklichkeit: Juristenzeitung 1971 S. 576 ff. (579).

(九) Ludwig Langner, Gedanken zur gesetzlichen Regelung eines selbständigen Klagerechts des Staatsanwalts: Neue Justiz 1960, 62 ff.; Heinz Püschel, Grundzüge der Thesen zum künftigen erstinstanzlichen Zivilverfahren vor den Kreisgerichten: Neue Justiz 1962, 144 ff. (146).

(一〇) Harry W. Jones a.o. S. 27.

(一一) Andreas Heldrich a.o. S. 321 参照。

(一二) Andreas Heldrich a.o. S. 322 f., 337 参照。

(一三) Andreas Heldrich a.o. S. 332 参照。

(一四) Harry W. Jones a.o. S. 51 参照。

(一五) Harry W. Jones a.o. S. 57 f. 参照。

(一六) Wolfram Zitscher, Nichtintentionale Normwirkungen bei der Setzung von Recht als empirisches Problem der Rechtssoziologie: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 3 (1972) 289 ff. (292).

(一七) Wolfram Zitscher a.o. S. 302.

〔訳者あとがき〕

昭和四八年一〇月二七日、ミュンヘン大学比較法研究所長
アンドレアス・ヘルトリッヒ教授は、早稲田大学比較法研究
所において、表記のテーマで、公開講演を行つた。本稿は、
その講演の草稿に、教授が後に手を入れたものの翻訳であ
る。

同教授は、昭和四八年八月二五日から同年一〇月末日ま
で、日本学術振興会の外国人流動研究員として来日され、私
の研究室で、「民事訴訟の比較法的・法社会学的研究」をテ
ーマとする共同研究に従事された。比較法研究所の講演会に
は、いろいろ異なった専門分野の研究者が参加されるので、
講演のテーマとしては一般的なものを選び、最近、教授が最
も興味をもたれた表記の問題について、講演をお願いした。

中 村 英 郎