

## Non-positivistic Concept of Law

Hidehiko Adachi

The 10th East Asian Conference on Philosophy of Law

Beijing, 6th November, 2016

1. **Positivism and Non-positivism:** This paper considers the non-positivistic concept of law. 'Positivism' is an ambiguous concept. In this paper, I define legal positivism as holding that every statute issued by the legislature is law. According to this, the issuance of legislation through a statute provides a sufficient basis that such legislation is law. Conversely, I define legal non-positivism as holding that the legislation of a statute can be a basis to consider it law but may not provide the final analysis to make that determination. According to this, besides the fact of legislation, there are other factors to be considered besides the legislation of a statute in defining law.
2. **Relations between Law and Morality:** Non-positivists generally consider morality as a necessary condition of law. Such thinkers find a necessary connection between law and morality. I agree with this but think that more elaboration is necessary as there can be several types of legal norms and, therefore, several kinds of relations between legal and moral norms. In the following sections, I will define moral norms, followed by an examination of relations among three types of legal norms and moral norms.
3. **Autonomy and Moral Norm:** I agree with Kant's practical philosophy which holds that an autonomous individual is a person who sets as well as follows his or her own norms. Under this philosophy, every person conceivably has the moral competence to set personal norms. Conversely, nobody has the competence to oblige others because to oblige another person ignores his or her autonomy. Hence, in the case of moral norms, the legislator and the constituent are identical and such norms only govern the individual who sets them.
4. **Obligation Implies Possibility:** The obligation imposed carries a corollary assumption that the expected behaviour is possible. People may not be obliged to do impossible actions. For example, it is impossible to oblige someone to go to Mars. To oblige someone to do something implies the factual possibility that the expected

behaviour may be performed.

5. Right to Freedom and Owner's Right: If one person (A) desires to do some moral action but another (B) disturbs A's action, A can neither perform nor be obligated to perform the desired action. B could either be a state or a private individual. A's right to freedom as a citizen as well as the right as an owner of a property include the rights to seek relief for any interference with A's actions. If A asserts his right to freedom or owners' right and a court agrees with his assertion, B's disturbance is legally forbidden. Therefore, legal norms such as constitutional provisions conferring citizens the right to freedom and also provisions of civil law that confer upon property owners the right to cease any disturbance in the use and enjoyment of their properties can be considered as *means* through which individuals may assert their moral actions.
6. Criminal Law and Tort Law: Another type of legal norms ensures that individuals set and implement moral actions. Such legal norms include provisions of criminal law and tort law, which impose punishments and penalties on criminals and tortfeasors. For example, murdering someone results in eliminating the victim's ability to set and act according to moral norms and, therefore, it is an undesired act. Punishing a murderer cannot retroactively annul the action of murder but may reduce the number of murders in the future by demonstrating the punishment for such an action.
7. Summary: I have discussed two types of legal norms that enable people to create as well as act according to moral norms. First, legal norms such as constitutional provisions that guarantee a citizen's right to freedom and provisions of civil law giving property owners the right to prevent disturbances of the use and enjoyment of their properties are meant to assist *present* people in their moral actions. Second, legal norms such as provisions of criminal law and tort law imposing punishments and penalties on criminals and tortfeasors are meant to assist *future* people in their moral actions.
8. Democracy: In democratic countries, representatives elected by citizens' votes enact statutes through legislation. In a case wherein a representative voted by a citizen has approved a statute, we can say that the citizen approved the statute indirectly. Whereas if the representative voted by the citizen has not approved the statute or

the candidate voted by the citizen is defeated in the election, it can be said that the citizen did not approve the statute indirectly.

9. Creation of Autonomous Individuals: Statutes are general norms. It means that they obligate any individuals within their jurisdiction. As moral norms are individual norms, statutes by definition are not moral norms. However, statutes can function as individual norms in that the citizens are deemed to have approved the legislation by virtue of their vote for the representatives who enacted the statutes. Thus, constitutional provisions providing for democratic legislation create autonomous, moral individuals.
10. Summary: I have described three types of legal norms and three different relations between legal and moral norms. The first two types of legal norms are *means* that secure possibilities for *present* and *future* people for making moral norms and acting according to them. The third type of legal norms, which are constitutional provisions enabling democratic legislation, are a necessary *premise* for considering legal norms as moral norms, at least for citizens who approve the enactment of such legislation indirectly through their representatives. The difference between *means* and *premise* is important. In the cases of the first and the second types of legal norms, even if these legal norms do not exist, individuals can make moral norms autonomously and act according to them, assuming that nobody disturbs an their action. However, if the third type of legal norms does not exist, it indicates that the constitution does not provide democratic legislation and, therefore, every citizen is heteronomous.
11. Conclusion: If we regard a non-positivistic concept of law and consider autonomous individuals as moral individuals, we must not approve the validity of the following two invalid legal norms, even if they were issued by the legislator: legal norms that completely prevent our present as well as future moral actions and those that avoid the democratic processes of legislation, including our right to vote.

## 論非實證主義的法概念

足立英彥

第十屆東亞法哲學大會 2016年11月6日 北京

1. 實證主義與非實證主義：在本報告中我想要探討的是非實證主義的法概念。因實證主義的概念是模糊曖昧的，故在本稿中我將法實證主義定義為「立法者所訂定的規範全部都是法」。即我所採的立場是將立法事實作為法規範的充分條件<sup>1</sup>。而對照於這立場，非法實證主義指的是立法事實也許是作為法規範的必要條件，但不是充分條件。也就是說立法事實之外還有必要條件，但立法者不能恣意地決定該必要條件。
2. 法與道德的「關係」：多數的非實證主義者舉出以規範的道德性作為前述的必要條件。例如以「法與道德之間存在著必然的關係」（結合命題）來說明之。我支持這個命題，但認為必須加以補充其不足之處。因為不同的法規範類型，其法與道德間的「關係」所應有的狀態是不同的。以下我先定義道德規範後，再就個別法規範與道德規範的關係予以檢討。
3. 自律與道德規範：我認為基於康德的實踐哲學，自律的個人才是最被尊重的對象。所謂自律的個人指的是自己對自己規定規範，而且也遵從該規範的人。每個人擁有的僅是對自己課以義務的權限。對於他人則無法課以義務。因為那意味著否定了他人的自律。所謂的道德規範是一種規定規範的人與因該規範而被課以義務的人是同樣的人的規範。因此道德規範指的是只能對該訂定者課以義務的個別規範。
4. 道德規範的可能性：如前所述的道德規範與一部份的法規範間存在著目的與手段的關係。假設有個人（稱之為甲）認為是道德的而規定個規範，並遵從該規範而行動。然而該規範不能就物理上不可能的事課以義務。譬如說對某人課以去火星為義務的話，至少在現今是不可能的。甲對自己課以一些行為作為義務時，這意味著該等行為是物理上可能的事。
5. 自由權・物權的請求權：接著我們換個例子看看，假設甲以外的某人（稱之為乙）要進行妨礙甲的行為時，這將導致甲沒辦法繼續自己所欲為的行為，因此甲也就無法對自己課以義務以進行該等行為。而為妨礙的乙有可能是國家也有可能是私人。如對於國家市民擁有自由權，或是對所有人以外的私人（乙）主張所有人的物權請求權（對他人請求不要妨礙所有物使用的權利）就是對乙（國家或是私人）請求不要從事如前所述的妨礙行為的權利。想要從事道德行為（遵守自己所規定規範的行為）的甲對乙行使自由權或是物權請求權時，若法院最終認可甲的請求，則乙的行為將會被禁止。故規定自由權的憲法條文，及規定物權請求權（不管是明示的或是默示的）的民法，我們可以將之理解為使甲遵守自己所規定的規範成為物理上可能的手段。

---

<sup>1</sup> 本稿所採用的法概念是指具有效力的法概念，也就是說所有的法是具有效力的，沒有效力的法是不存在的。

6. 侵權行為法與刑法：將遵守自己所規定的規範成為物理上可能的手段的法規範還有其他類型。侵權行為法及刑法是對違犯不好的行為的人科以賠償或刑罰的法規範。例如殺人這等行為是否定人的行為，因人具有遵守自己所規定的道德行為的潛在能力，故否定人的行為是不好的行為。藉著對殺人犯科以刑罰的刑法，雖無法對已違犯的殺人行為溯及到沒發生過的狀態，但可透過刑罰的特別預防(防止犯罪者的再犯)・一般預防(威嚇)的功效，減少將來可能發生的殺人行為吧!
7. 小結：如前所述，我將規定道德規範並遵守該規範成為物理上可能的手段舉了兩類型的法規範。第一類型的法規範是賦予市民自由權，賦予所有人物權請求權的規範，這些法規範是對我們現在，規定規範並遵守該規範成為可能的手段。第二類型的規範是，否定他人道德行為的可能性的犯罪及侵權行為科以刑罰或損害賠償的規範，這等規範是使更多人就將來，規定規範並遵守該規範成為可能的手段。
8. 民主制：在採用民主制的國家裡，國民透過選舉選出議員，而被選出的議員則基於多數決定原則制定法律。經過這程序而制定的法律對選出贊成該法律議員的國民而言，雖是間接的但猶如自己所制定般。對照此，對那些選出反對該法律議員的國民而言，因是由非自己所選出的議員所制定的法律，故是由他人所制定的法律。
9. 自律的個人的創造：在許多國家裡，國民被賦予選舉權，經由選舉而被選出的議員則服從多數決定原則制定法律。被制定出的法律則是一般規範，對不特定的所有人課以義務。可是至少對那些選出贊成該法律議員的國民而言，該等法律因等同自己對自己課以義務的個別規範，因此可將之看待如道德規範。此類制定民主制的法律規定，擔負著將由選舉到國會決議等一連串行為而構成的立法行為，盡可能對多數的人而言，由他律轉化成自律，由法律轉化成道德規範的機能。在這層意義上，這種法律是自律的，因此對道德的個人與道德規範存在而言是不可或缺的前提。
10. 以上的總結：在本報告中，我就法規範與道德規範之間，因應不同類型的法規範指出以下的關係存在。最初的兩個類型的法規範是使現在或是將來個人所規定的道德規範成為可能的手段。第三類型的法規範，即制定民主立法程序的法律規定是將議會所制定的法律轉化成道德規範(至少對那些選出贊成該法律的議員的國民而言)的不可或缺的前提要件。在這裡需留意「手段」與「前提」的相異處。就第一與第二類型的法規範而言，即使沒有這些法規範，只要沒有他人的妨礙行為，每個人都可自律地規定規範。但是就第三類型的法規範而言，如該規範不存在，即如沒有制定民主的立法程序的規定存在的話，那國民對國家而言就成他律了。
11. 結論：站在擁護結合命題的非法實證主義的立場上，而且也將自律的個人看成道德的個人的話，那如下所述的法律，即使已經過立法程序，也必須否定其拘束力。第一，若有法律是將人們的現在或是將來的道德行為予以完全否認的話，那此類的法律的拘束力則必須加以否定。第二，若有否認包含國民選舉權的民主立法程序的法律規定的話，那該等法律的拘束力也必須予以否定。

## 非実証主義的法概念について

### 論非実証主義的法概念

足立英彦

第10回東アジア法哲学大会 2016年11月6日 北京

1. 実証主義と非実証主義：本報告では、非実証主義的（non-positivistic）な法概念を検討する。「実証主義」（Positivism）は曖昧な概念である。本稿で法実証主義とは「立法者が定めた規範はすべて法である」とする見解を指すものとする。すなわち、立法という事実は、規範が法<sup>1</sup>であるための十分条件であると考えられる立場である。これに対して非実証主義は、立法という事実は規範が法であるための必要条件であるかもしれないが、そのための十分条件ではない、すなわち、立法という事実のほかにも必要条件があり、立法者がその必要条件を恣意的に定めることはできない、とする見解を指すものとする。
2. 法と道德の「関係」：非実証主義者の多くは、上記の必要条件として、規範の道德性を挙げる。そのことはたとえば「法と道德の間には必然的な関係がある」（結合テーゼ）と表現される。私はこのテーゼを支持するが、補足が必要と考える。なぜなら、法規範の種類の違いによって、法と道德の間の「関係」の在り方も異なるからである。以下ではまず道德規範を定義し、その後で法規範のそれぞれの種類と道德規範との関係を検討する。
3. 自律と道德規範：私は、カントの實踐哲学に基づき、自律的な個人こそ、最も尊重されるべき対象であると考えられる。その自律的な個人とは、自分に対して規範を定め、それに従う人間のことであり、各個人は自分に対してのみ義務を課す権限を有する。他人に対して義務を課すことはできない。それは、他人の自律を否定することを意味するからである。道德規範とは、規範を定める立法者とその規範によって義務づけられる者が同じである規範のことであり、したがって道德規範は、それを定めた者だけを義務づける個別規範である。
4. 道德規範の可能性：上記のような道德規範と一部の法規範は目的・手段の関係にある。ある人（甲とする）が道德的であろうとして、ある規範を定め、それに従って行動しようとする。ところで、物理的に不可能なことを義務づけることはできない。たとえば、火星に行くことを誰かに義務づけることは、少なくとも現時点ではできない。甲が何らかの行為を自分に義務づけるということは、その行為をすることが物理的に可能であることを含意している。

---

<sup>1</sup> 本稿では効力を含む法概念を採用する。すなわち、法はすべて効力をもち、「無効な法」は存在しないとする。

5. 自由権・物権的請求権：ところで、もし甲以外の誰か（乙とする）が甲の行為を妨害するならば、甲はその行為をすることができず、したがってその行為を義務づける規範を定めることもできない。妨害をする乙は、国であるかもしれないし、私人であるかもしれない。国に対する市民の自由権や、所有者以外の私人（乙）に対する所有者の物権的請求権（所有している物の使用を妨害しないことを他の私人に求める権利）は、上記のような妨害行為をしないことを乙（国や私人）に求める請求権である。道徳的行為（＝自らが定めた規範に従う行為）をしようとする甲が、乙に対して自由権や物権的請求権を行使し、裁判所がそれを最終的に認めるならば、乙の妨害行為は禁じられる。したがって、自由権を定める憲法の条文や、物権的請求権を（明示的であれ黙示的であれ）定める民法は、甲が規範を定め、それに従うことを物理的に可能にするための手段として理解できる。
6. 不法行為法と刑法：規範を定め、それに従うことを物理的に可能にする手段としての法規範には、別の類型のものもある。不法行為法や刑法は、望ましくない行為を犯した者に賠償や刑罰を課す法規範である。たとえば、殺人という行為は、道徳規範を定め、それに従う潜在能力を有する人間を否定する行為であり、それゆえ望ましくない。殺人犯に刑罰を科す刑法によって、すでに行われてしまった殺人行為を遡及的になかったことにすることはできないが、刑罰の特別予防（犯罪者の再犯防止）・一般予防（威嚇）の効果によって、将来の殺人行為の数を減らすことはできるだろう。
7. 小括：以上では、道徳規範を定め、それに従うことを物理的に可能にする手段としての法規範として、二つの類型を挙げた。第一類型の法規範は、市民に自由権を、所有者に物権的請求権を与える規範であり、これらは、我々が現在、規範を定めそれに従うことを可能にするための手段である。第二類型の規範は、他者の道徳的行為の可能性を否定する犯罪や不法行為に対して刑罰や損害賠償を科す規範であり、これらは、より多くの人々が将来、規範を定めそれに従うことを可能にするための手段である。
8. 民主制：民主制を採用する国家においては、国民は選挙で議員を選び、その議員が多数決で法律を定める。この手続きによって定められた法律は、その法律に賛成した議員を選んだ国民にとっては、間接的にではあるが自分で定めたものである。これに対して、法律に反対した議員を選んだ国民にとっては、自分が選んでいない議員が定めたものであるから、他人が定めたものである。
9. 自律的個人の創出：多くの国では、国民に選挙権を与え、選挙で選ばれた議員が多数決で法律を定める。その法律は一般規範であり、不特定のすべての者を義務づける。しかし、少なくともその法律に賛成した議員を選んだ国民にとっては、その法律は自分で自分を義務づける個別規範であり、したがって道徳規範とみなしうる。民主制を定める規定は、選挙から国会の議決までの一連の行為からなる立法行為を、できるだけ多くの者にとって、他律的なものから自律的なものに転化し、法律を道徳規範に転

化する機能を担っている。この意味で、憲法は自律的な、したがって道徳的な個人と道徳規範の存在にとって不可欠の前提である。

10. 以上のまとめ：本報告は、法規範と道徳規範の間に、法規範の類型に応じて以下の関係があることを指摘した。最初の二つの類型の法規範は、現在、または将来の個人が道徳規範を定めることを可能にするための手段である。第三類型の法規範、すなわち民主的な立法手続きを定める規定は、国会が定める法律を（少なくともその法律に賛成した議員を選んだ国民にとって）道徳規範に転化するための不可欠の前提である。ここでは「手段」と「前提」の違いに留意すべきである。第一・第二類型の法規範の場合、それらがなくても、他者の妨害行為がなければ、各人は自律的に規範を定めることができる。これに対して第三類型の法規範の場合、それがないと、すなわち民主的な立法手続きを定める規定がなければ、すべての国民は国に対して他律的となる。
  
11. 帰結：結合テーゼを擁護する非法実証主義の立場に立ち、かつ自律的な個人を道徳的な個人とみなすならば、つぎのような法律は、たとえ立法手続きを経ているとしても、その拘力を否定されなければならない。第一に、人々の現在の、または将来の道徳的行為を可能にするのではなく、それを完全に否定するような法律の拘力は否定されなければならない。第二に、国民の選挙権を含む民主的な立法手続きを否定する憲法規定の拘力も否定されなければならない。

以上

(hadachi@staff.kanazawa-u.ac.jp)