

ハイエクにおける「立法者の科学」

太子堂 正 称

I は じ め に

われわれは先に，後期ハイエクの社会哲学・思想は，直接の系譜を受け継ぐとはいえないまでも，ヒュームを代表とするスコットランド自然主義の伝統に連なること，さらにそれに基づき，ハイエクにおける自然概念の特徴について論じた¹⁾。それについてまとめるならば以下ようになる。ハイエクは，ヒュームやスミスの「法の支配」の思想に深く影響を受けたが，彼らに共通なのは，社会制度の構築にあたっては「自然的」か「人為的」かという二項対立ではなく，双方の特徴を兼ね備えた「第三の範疇」を重視したということであった。すなわち，社会的に構成される「人間行為の結果ではあるが人間の設計の結果ではない」ものとしての「意見」，それがヒュームと同様，ハイエク

* 本稿で引用するハイエクの著作については，以下の略号を用いる。訳文は邦訳を参考にしながらも適宜変更した。

CL: *The Constitution of Liberty*, Rutledge & Kegan Paul, 1960. (気賀健三・古賀勝次郎訳『自由の条件 I, II, III』春秋社, 1986-1987年)。

NS: *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, Routledge & K. Paul, 1978.

RO: *Law, legislation and liberty, volume 1: Rules and order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973. (矢島鈞次・水吉俊彦訳『ルールと秩序』春秋社, 1987年)。

MSJ: *Law, Legislation and Liberty, volume 2: The Mirage of Social Justice*, Routledge & Kegan Paul, 1976. (篠塚慎吾訳『社会正義の幻想』, 春秋社, 1987年)。

PO: *Law, legislation and liberty, volume 3: The political order of free people*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979. (渡部茂訳『自由人の政治的秩序』春秋社, 1988年)。

1) 太子堂正称「ハイエクとヒューム，スミースー社会秩序の形成過程をめぐって—」『経済学史学会年報』第43号，2003年，52-67ページ。太子堂正称「ハイエクにおける自然と自然法概念」『経済論叢』第175巻第5・6号，2005年，70-87ページ，参照。

においても法を根拠付けており、彼の「自然法学」の中心となっているのである。要約すれば、スアレスを代表とする後期スコラ哲学者は世俗の実定法は神の摂理という自然法に基づくとしたが、その神の摂理がヒュームらにおいては世俗的な「意見」に置き換わったのである。

その上で、法の支配をもたらすノモスの法が「意見」に基盤を置き、それに統制されるとすれば、ノモスはいかにして立法者によって「発見」されていくのか、さらにまた、ノモスとテシスの関係はいかなるものであるのか、といった問題が存在する。本稿の目的はそれらの問題について論じた上で、ハイエクの法思想が「ノモス」と「テシス」の単なる二分法ではなく、それらの上に「意見」を基盤としたメタ・ルールが存在し、それに基づきながら、「意見」、「ノモス」、「テシス」の三つが階層構造をなしていること、さらに、それぞれが下位の法を「上位の法」として規制しているがゆえに、実定法のみを法と捉える法実証主義からは明確に区別される「自然法学」の系譜に属することを示すことにある。

II 「ノモス—法」と「テシス—立法」

ハイエクはその法概念を表すのに、ノモス (nomos) とテシス (thesis) という二つの「人為」という意味を持った用語を使用する。それらは同じ「人為」でも内実は大きく異なる。後者が「人間の設計による」のに対し、前者は「人間行為の結果ではあるが人間的設計の結果ではない」という意味で人為的であり自然との境界物なのである。ハイエクは、法 (law) の概念を (1) 長い歴史の過程の中で裁判官によって発見されてきた法と (2) 主権者によって制定され、命令された法の二つに区別する²⁾。前者は, *doroit, diritto, Rechet* といった概念に対応しており、立法者や立法機関をも規制し統制する法である。それに対して、後者は *loi, legge, Gesetz*, としての法であり、主権者によって定められるが主権者は必ずしもそれに拘束されない。主権者は基本的にはその

2) RO, p. 94. 邦訳124ページ。

枠内から超然とした立場に立つ。

テシスが、立法者 (legislator) によって制定された法であるのに対して、ノモスは裁判官によって発見されるべき自由の法である。ハイエクが設計主義的合理主義と呼ぶ、デカルトとホッブズに始まりベンサムを経て法実証主義に至る思想家たちは、法が社会を規定すると論じた。立法府が法を制定するまでは社会は存在しない。社会を存立させる法は立法府という権威に由来する。しかし、ハイエクはその態度をこう批判する。

「全ての法を立法者の意志から導き出す法実証主義者の全体概念は、設計主義を特徴づける意図的誤謬の産物、すなわち法その他多くの人間的諸制度の進化についてわれわれが知っている全てのことと全く相容れない人間的諸制度の設計理論への退行である」³⁾

すなわち、ハイエクによれば順序は逆であり、社会が法を規定する。権威が存在するとすれば、それは法に先行する人々の間の共通意見を法が体现している限りにおいてである。つまり、法に先行する共通意見なくしては、法は法たりえない。共通意見が「上位の法 (higher law)」⁴⁾として法を規定している。法は制定されるものではなく、あくまでも「発見」されるものである。

法の発見において重要なのは、「われわれが法機構として知っているものの発達は、常に、すでに守られているルールの体系を維持し、改良しようとする努力の中にある」ということである。それでは法はどうやって明文化されるのであろうか。法の妥当性は、人々の行為が主権者の意志に従うかどうかではなく、人々の間の意見、「合理的に形成した期待」に合致しているかどうか依存している。ここで社会における「慣習」の意義に焦点が当てられる。

「ここでの慣習の意義は、人々の行為を導く期待を生み出すことであり、したがって、拘束とみなされるものは、誰もが守られることを前提とし、そのこ

3) RO, p. 73. 邦訳97ページ。

4) 「通常の立法を支配するある上位の法という概念はきわめて古いものである。18世紀においては、それは普通に神の法、あるいは自然の法、あるいは理性の法と考えられた。」CL, pp. 178-179. 邦訳『自由の条件Ⅱ』67ページ。

とによって多くの活動の成功となるような実践である」⁵⁾

発展的に形成された慣習が「人々の間の期待の最大の一致」をもたらす。ノモスの法が自由の法であるのは、ノモスこそ人々の「私的領域」を保護するからである⁶⁾。ハイエクにとって自由とは第一義的には「強制のないこと」、さらに「各人が自己の知識を自己の目的のために利用することができること」⁷⁾である。ノモスが「私的領域」を保護することで何ゆえ、「各人の自己目的の追求」が自生的秩序という安定を保つかといえば、ノモスが「人々の期待」に従属し、それに基づいて発見されたからである。ノモスはテシスと異なり、具体的な内容を命令しない。その狙いは「境界を設けることによって、異なる個人の行動が互いに干渉しあうのをできるだけ阻止する」ことに過ぎず、「正義に適う行動ルールは、不正義の防止だけを目的としているという点で本質的に消極的」である。

テシスとは端的に「定められた」⁸⁾法であり、ハイエクはノモスとテシスの区別を私法（刑法を含む）と公法（憲法ならびに行政法）の区別に対応するもの⁹⁾、また「施行」されるものと「遂行」されるものの区別に対応するとしている。ここで注意しておきたいのは、三巻にまたがってハイエクの法思想を詳細に表す『法・立法・自由』は、執筆期間中ハイエクが闘病生活を送ったこともあり中断をはさんで完成されたため、二つの法体系を表す表現が変化しているということである。第一巻で先述のように「ノモス」と「テシス」と呼ばれた概念は、第三巻ではそれぞれ「法 (law)」と「立法 (legislation)」として表される。前者は裁判官によって発見される自由のための正義の一般的ルールであり、後者は、特定の社会状態の計画ならびに遂行を目的とする行政当局に

5) RO, p. 97. 邦訳126ページ。

6) RO, pp. 108-111. 邦訳140-143ページ。

7) RO, p. 56. 邦訳74ページ。

8) RO, p. 126. 邦訳162ページ。

9) 「普遍的な正義に適う行動ルールと政治組織のルールとの区別は私法と公法の区別に密接に関連し、時には互いに等置される。立法の法はだいたいにおいて公法から成り立っているという言明に要約されよう」RO, p. 132. 邦訳168-169ページ。

よる組織のルールである。だがこのように、ノモス＝法、テシス＝立法であるとするなら、私法と公法という区別に対してわれわれが抱く感覚とは多少齟齬をきたすかもしれない。この点について、ハイエクの説明を見てみよう¹⁰⁾。まず、私法と公法の区別の基準、すなわちどこまでを公法に含めるかという内包と外延の問題は明らかではなく、公共機関の社会的サービスの拡張につれてその境界はあいまいになった¹¹⁾。そこでハイエクは私法と公法の区別を「正義に適う行動ルール」と「組織のルール」の区別と同一視するが、その意図とは、「私」法と「公」法という用語があたかも、前者が私的な特定の個人の福利のみを擁護し、後者が一般的福祉を擁護すると誤解されている通念を否定するためである。ハイエクによれば、そういった通念は真理の完全な逆転であり、むしろ自生的秩序においては「正義に適う行動ルール」の施行が政府の提供する特定のサービスを凌駕する働きを為す、つまり、公法が個人に特定の命令を指令するのに対し、私法は個々人のそれぞれの目的追及を許容し結果的に一般的利益に奉仕するよう個人の行為を制限する。それゆえにハイエクの定義においては私法こそが「法」であり「正義に適う行動ルール」であるとみなされる一方、公法は「立法」なのである。

さて、テシスは具体的内容を命令し、その指示に従って当事者が行動を「遂行」または「執行」するのに対して、ノモスは「単に許容された行為の範囲を制限するだけで、特定の行為を決定しない」¹²⁾。その点でノモスは消極的である。対して、テシスとは、「特定の目的を達成し、これこれがなされるべきであるとか特定の結果が達成されるべきであるという積極的命を補完し、こうした意図のために政府を作動させるための様々な機関を作り上げるために設計された、組織のルール」¹³⁾である。具体的にはテシスとは、憲法や財政立法、

10) RO, pp. 132-134. 邦訳168-171ページ。

11) 塩野宏、国家による経済活動の増加に合わせて、公法と私法の単純な二元論が成立しないことを主張する。塩野宏『行政法研究〈第2巻〉／公法と私法』有斐閣、1989年、参照。

12) RO, p. 128. 邦訳164ページ。

13) RO, p. 125. 邦訳160ページ。またハイエクはこうも述べている。「結局のところ、司法過程から生じる正義にかなう行動ルール、すなわちノモスまたは……自由の法と、……権威によってノ

行政立法を指すが、ここで憲法がテシスであるのはわれわれの興味を引く。通常理解では、ケルゼンが述べたように「至高の法」としての根本規範たる憲法が公法の最高位として私法を統制すると考えられがちである。しかし、ハイエクにとって憲法とは根本規範たる「すべての法の源泉」ではなく、「法の維持を保障するための上部構造」に過ぎない。それ自体が理念を現すのではなく、その理念の運用にあたっての指針を与える、あくまでも手続き的な存在である。それゆえに憲法とは公法であり、あくまで組織のルールである。

「すべての憲法は……政府の各機関の権力の決定に当たって本来の法形成議会の権力を制限し、この意図のために法が有効であるために持たなければならない形式的な特性を定義するとしても、正義に適う行動ルールのそのような定義は、それ自体正義に適う行動ルールではないであろう。それは H. L. A. ハートのいう「承認のルール」となろう」¹⁴⁾

憲法は正義に適う行動ルールではなく、裁判官に指針を提供するに過ぎない¹⁵⁾。ハイエクにおいては私法たるノモスが公法たるテシスに優越するのである。私法＝ノモス、公法＝テシスという区別は確かに奇異に見えるかもしれな

、制定された組織のルール（テシス）との違いは、前者が人間が作ったのではない自生的秩序の諸条件から導かれるのに対し、後者は特殊化された意図に資する組織の熟慮の上での構築に役立つという事実の中にある。前者は、それらがすでに守られていた実践を明文化したに過ぎないという意味でか、すでに確立されているルールに依拠する秩序を円滑かつ効率的に運営しようというのであれば、それらはこうしたルールの必要補完物として見なされなければならない、という意味で発見される（引用者強調）のである」RO, p. 123. 邦訳158ページ。

14) RO, p. 135. 邦訳172ページ。ハートは狭義においては法実証主義者であると見なされるが、しかし彼は法哲学において「言語論的転回 (linguistic turn)」を行い法実証主義のパラダイム・チェンジを果たした。つまり、法の体系の下にはそれを構成する言語の体系が存在する、という点で少なくとも従来の法実証主義を転換させたのである。そこでは法の言語は要素ごとに切り離して使用できるものではなく、それを使用するコンテキストに従ってはじめて意味を持つとされる。

15) ハイエクにとって狭義の constitution すなわち、憲法とはこのようにテシスである。しかし、彼が constitution というとき、例えば『自由の条件 (国制)』(The constitution of liberty) という書名や、『法・立法・自由』の第三巻で示されるような理想政体について述べる時、彼は、広義の constitution, すなわち国制について語っている。そこでは constitution は単なる記述された法典ではなく、それによって示される社会の価値観や世論を内包し体现したものであると考えられる。すなわち、判例や法解釈も含んだ、統治についての意見乃至は考え方の総体を国制と呼ぶのである。ハイエクの統治論・国制論については稿を改めて論じたい。

いが、ハイエクは個人主義者でありその観点から自由主義を正当化しようとした。そういった彼の規範意識を考えたとき、彼の抱いている理念は個人の自由を守るというまさに自由主義的、個人主義的なものであり、それがノモスの理念と重なるのはおかしなことではない¹⁶⁾。

また、ノモスは自生的秩序である「コスモス」のルールであり、テシスは組織である「タクシス」のルールである。誤解を受けやすいが、ハイエクは自生的秩序の概念を提出しているとはいえ、ノモス—コスモスのみを自生的秩序の中に組み入れ、テシス—タクシスを否定しているわけでない。「疑いもなく、多くの限定された仕事にとっては、組織が有効な調整の最強の手段である」¹⁷⁾ また、ハイエクはこう述べる。「家族、農場、工場、企業、会社や各種団体、政府を含むすべての公共機関は組織であり、これらはさらに包括的な自生的秩序に統合される」¹⁸⁾。すなわち、組織であるタクシスは上位概念であるコスモスに包含され、同時にノモスはテシスの上位概念なのである。ノモスに欠陥や修正すべき点が見れたとき、それをテシスによって修正する必要が生じる。その意味で、ハイエクは立法によるテシスの制定を承認する。すべての法が慣習によって形成され、発見されたノモスというわけではない。

「進化した法がいくつかの望ましい特性を持つという事実は、それが常に良い法であるとか、そのルールのいくつかが非常に悪くはないであろう、ということの証明にはならない。したがって、われわれが全く立法なしでやっていけ

16) しかし同時にここで、憲法とはその国家や政体の目指すべき理念（自由主義国家であろうと社会主義国家であろうと）や諸々の基本的人権を規定する「権利章典」をも含むものであり、それはテシスではなくノモスではないのかという疑問が生じよう。これに対して土井は次のような説明を行っている。まず、ハイエクの立憲主義を「具体的内容による権力制限レベルでの立憲主義」と「原理による権力制限レベルでの立憲主義」の二つに区別し、前者は特定の時代状況に基づくものであるがゆえに、後者の一般的原理が前者を根底で支えるものとする。その上で、土井は権利章典による諸権利の明確化はその理念の強化をもたらすという意味でその意義を否定せず、むしろハイエクの議論に基づいて権利章典をノモスの中に取り込むことが可能であるとする。土井崇弘「ハイエクの立憲主義についての一考察」『法の理論22』成文堂、2003年、30-31ページ、38-43ページ参照。

17) RO, p. 46. 邦訳62ページ。

18) RO, pp. 46-47. 邦訳62ページ。

るということにはならない」¹⁹⁾

ただ、このようなノモスの修正において、どのようにテシスが制定されるべきかの基準についてハイエクは明確には語っておらず、この点は彼の議論の欠点である。しかし、ハイエクはノモスを放任するのではなく、その修正の必要性を十分に理解している。その修正のために「テシス」は「ノモス」の枠内にとどまる必要がある。つまり、「テシス」は「上位の法」である「ノモス」によって規制されるのである。

III 二つの立法者

構成主義を批判し自生的秩序を基盤に置くハイエクの社会哲学では、意志的な統治者の命令を極力排除するために、政治家ないし為政者の役割がそれほど強調されない一方で、ノモスを「発見」する裁判官に課される役割は非常に大きく能動的であり、この点は彼の議論の特色となっている。通常理解では、立法者とは民主主義的選挙で選ばれた議会であるが、ハイエクは立法者の範疇に「立法府」だけではなく「裁判官」をも含め、さらには後者のより大きな役割を主張している。二つの立法者はそれぞれ異なった法を制定する。

まず選挙で選ばれた「立法府」についてであるが、ハイエクはそれをノモスの法とは殆ど関係がなく、「制定法—テシス」を作るための主体と見なす。立法府とは「もともと代議制政府の用具として生じた議会に贈られた一種の敬称に過ぎない」²⁰⁾。ハイエクの見解では議会の本質とは「行政議会」に過ぎず、さらに彼は「テシス」の立法のための「立法議会」と「行政議会」を別に設けることを提唱している。

テシスを制定する「立法府」とは異なり、「裁判官」はノモスを「発見」する主体である。その点で「裁判官」は、特定の結果を生むために人々の行為を組織化し行為を命令する組織（タクシス）の長とは異なる。というのも、ノモ

19) RO, p. 88. 邦訳116ページ。

20) RO, p. 129. 邦訳165ページ。

スの法は特定の目的に対する命令ではなく、人間行動の様々な状況及び局面に対応する抽象的なルールであり、知性の熟慮により制定されるものではないからである。「それは何世代にも渡る裁判官たちが、人々が行為の中で学んだものを言葉で表現しようと努めてくれたことの賜物である。彼らは、その努力の中でこうしたケースを表現できる言語そのものを創造しなければならなかったのである」²¹⁾ このようにハイエクが立法を二分したのは、ノモスは特定の立法者の意図や恣意から独立したもので、「発見されるべき」ものだからである。

裁判官がノモスを発見する上で重要となるのが人々の間で形成される「意見 (opinion)」である。「立法者の権力は、彼がつくる法が持つべき一定の属性に関する共通意見 (引用者強調) に依存しているのであり、彼の意志は、その表現がこうした属性を持つ場合にのみ支持を得ることができる」²²⁾。ここで「意見」は特定の事項に対する命令を行う「意志」と対立させられている。ハイエクによれば、「意志」とは「既知である特定の (引用者強調) 当面の状況と共に特定の行為を決定するに足りる、特定の具体的結果を目指すこと (引用者強調)」であるのに対して、「意見」とは「行為の様々な形態あるいは一定種類の行為の望ましさもしくは望ましくなさに関する見解 (引用者強調)」にすぎず、行為の具体的な目的と結びつかないがゆえに、一般性を持つ²³⁾。立法者としての裁判官は、この「意見」に従う範囲で自由な裁量権を持ち、その意味で主権者であるが、絶対的な存在ではなく、人々の間で意見を形成する「期待」に主権を制限されている²⁴⁾。ノモスの法が基づく共通意見とは、何が正しく何が間

21) RO, p. 97. 邦訳127-8ページ。

22) RO, p. 92. 邦訳121ページ。

23) MSJ, p. 13. 邦訳24ページ。

24) 「独裁者自身が常に一番知っていたように、意見の支持がなくなれば最強の独裁権力でも崩壊する。独裁者たちが自らの手にあるあの情報の制御を通じて意見操作に躍起になるのはそのためである」。RO, p. 92. 邦訳121ページ。ハイエクの議論に基づくなら、フランス革命や明治維新などの急激な社会変革も、新しい政体の人々の意見を代表している限りにおいて、それは承認されると考えられるであろう。古い政体や法体系が人々の意見を代表しなくなったとき、それは正当性を持たないものである。しかし、それにとまなう暴力的手段、また急進的改革がどこまで正当化されるかは、ハイエクの設計主義批判と合わせてまったく別種の問題として残るであろう。

違っているかについて人々が一般的に抱く感覚であり、その意味で、特定の目的乃至は結果をもたらす事を目標とした共通意志（一般意志）とは区別される。ハイエクによればこの二つを混同したことがルソーの大きな誤謬であった²⁵⁾。

そして裁判官の発見する法の正当性についてハイエクは次のように述べる。

「それはルールの一般的性格に関する一定の期待（引用者強調）を主権者が満足させていることに依存しており、期待が裏切られるならば消滅するであろう。この意味ですべての権力は、デイヴィッド・ヒュームが明察しているように、意見に依拠しそれによって制限されている。」²⁶⁾

また彼は裁判官が法を発見する際の注意として次のように述べる。

「この使命を果たす際には、彼は、支配者の何らかの意志や何らかの『国家理性』には一切注意をむけてはならない。彼の決定の指針とならなければならないものは、ある特定の時期に社会全体が要求しているものの知識ではなく、進行中の社会秩序の基礎になっている一般原理によって求められているもののみである」²⁷⁾

この「一般原理」としての「意見」を形作るのは、「原始命題」に還元されるような論理実証主義的言語ではない。すべての有意味な言明を直接経験に基づけようとする還元主義に対してハイエクは批判を行う。人々の間で培われてきた「言語感覚（Sprachgefühl）」の中で育まれた「正義感覚」は必ずしも明晰に語られないが、それを裁判官は苦心して捻り出し言語化する。ハイエクは裁判官の能動的な役割を非常に強調する。その際、「熟慮の上での設計」を厳しく批判する彼が、「（正義に適う行動ルール）を漸次完全なものにしていくに

25) しかしルソーが民主政治による一般意志の実現をあくまでも理念形としてのみ示していたことには注意すべきであろう。「民主政という言葉の意味を厳密に解釈するならば、真の民主政はこれまで存在しなかったし、これからも決して存在しないだろう。（中略）もし神々からなる人民があれば、その人民は民主政を取るであろう。これほどに完全な政府は人間には適しない。」（ルソー、桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』岩波文庫、1954年、96-98ページ）

26) RO, p. 92. 邦訳121ページ。また、「ヒュームにとってイングランド史の真の意味は、「意志による政府から法による政府へ」の発展であったと適切にも評されている」CL, p. 172, 邦訳『自由の条件Ⅱ』59ページ。

27) RO, p. 87. 邦訳114ページ。

は、新しいルールを制定することによって既存の体系を改善しようとする裁判官の熟慮の上での努力を必要とする²⁸⁾と述べていることは、非常に興味深く、また奇異に感じられるかもしれない。このように、裁判官には「熟慮の上での努力」が求められる。しかしこれは「熟慮上の設計」と異なる。すなわち裁判官はその熟慮に基づいて法の体系全体を「設計」するのではなく、言語感覚ないし正義感覚としてしか存在し得ない法の体系を、熟慮の上で「改定」するのである。

「ルールの体系が全体としてその構造を裁判官、立法者のいずれの設計にも負っていないことは、依然として事実である。それは進化の過程の所産であって、その行程で慣習の自生的成長と既存体系のこまごまとした点の熟慮の上での改良とが常に相互に作用しあってきたのである」²⁹⁾

裁判官が発見するものは法の一部である。体系全体を設計し構成するのではなく、正義感覚を意識的に抽象化し改定する。この意識的抽象化は設計と厳密に区別され、また幾世代にも渡る慣習の形成作業を通じてしか行われぬ。そして、裁判官はその努力の中で「こうしたルールを表現できる言語そのものを創造しなければならなかった」³⁰⁾のだ。

ハイエクの自由の体系は法の体系である。法の体系は、言語の体系、さらには観念（イデオロギー）の体系に基づく。彼はイデオロギーという用語を肯定的に使用する³¹⁾。それはある種のユートピアとして人々のなかの正義感覚として存在する。ヒュームと同じく、ハイエクにとって社会現象とは人々の観念に依存しており、その点で自然現象とは区別されるべきものであった。そのため社会哲学固有の論理が必要とされるのである。ケルゼンは法から形而上学的要素を一掃しようとしてイデオロギー批判を行うが、ハイエクは人間の認識はイデオロギー抜きにはありえないとする。われわれの社会のあり方を決定する

28) RO, p. 100. 邦訳131ページ。

29) RO, p. 100. 邦訳131ページ。

30) RO, p. 97. 邦訳128ページ。

31) RO, pp. 56-59. 邦訳75-8ページ。

のは観念の力である。この観念の体系から人間活動の枠組みとしてのノモスの法を苦心して抽出していくのが立法者たる裁判官の役割なのである。もちろん、そのとき裁判官が、何が適切な法かを定める基準やそれについての言明もまたイデオロギーとしての意見に基づいている。法の支配とは、単に社会に法が存在するという事、また、実証主義的な法のみによる一元的支配のことではない。テシスの上位概念としてのノモスのルール、またそのメタ・ルールである意見の支配こそが、ハイエクにとっては法の支配を意味している。

IV 三段階の法

『法・立法・自由』においてはノモスとテシスの二つの関係が異なるものか少々理解しがたいが、この二分法をさらに明示化したものとして、「構成主義の誤謬」³²⁾と題された論文では、ハイエクは法には三種類の法があるとしている。第一に、「単に事実として遵守されていて、言葉によっては述べられたことのないルール」、である。それは「正義感覚」または「言語感覚」と呼ばれるもので、それに適応はできるが明確に知ることはできない。第二に、「言葉によっては述べられるが、遙か以前から行為において一般的に遵守されてきたもので、単に大雑把な形でしか表現されないルール」であり、これがノモスとしての法である。第三に、「意図的に導入され、それゆえに必然的に文章表現の形を取って存在するルール」であり、これがテ시스としての法である。ハイエクは立法—テシスを否定しているのではない。この三つは自然法学としての階層構造をなしている。すなわち、人々の間の意見の中で「正義感覚」として非明示的に認知されている超法的なルール、これが自然法の中核をなしており、それに自然法としてのノモスのルール、さらには実定法としてのテシスのルールが従属している。それぞれはより「上位の法」に従属している。ノモスは主権者（立法者）による立法に先立つものであり、またそれを規制ないし制

32) Hayek, F. A., "The Errors of Constructivism" in NS, pp. 8-9. この論文は1970年に行われた公演に基づいて書かれた。

限しているのである。

そういった関係を理解せず、この二つのルールを混同することが、ハイエクによれば代議制によって立つ政府権力の限りない肥大化をもたらした。国民によって選出された代議制議会の議決がすべて単一の「法」として見なされると、議会の主権に規制を課すことは不可能になり、いつしか議会においては社会の再設計が全てその意志や意図のままに可能であるという誤謬が生じる。それは自由の否定である。

「代議制議会の名分（「主権を有する」）が制限されていないければ、必ずや政府権力が着実に、しかも、限りなく拡大していくことは明らかであろう」³³⁾

さて、ノモスを発見し言語化する裁判官を規制する、上記の第一のルールとしての「正義感覚」の例としてハイエクが挙げているものとしては「フェア・プレイ」の精神がある³⁴⁾。われわれは日常生活の至る場面、すなわち家庭や職場、学校、またはスポーツ、遊戯といった特定状況において、他者が公正に振舞うのを見る。しかしそれらに共通する「フェア」な事例の一定の属性を記述することは極めて困難である。だがわれわれは「フェア・プレイ」の明示的な規定を知らずともそれに従って行動し、それから逸脱する者は当該の状況にあわせて非難を受ける。「フェア・プレイ」とは何かを明示的に説明することはなかなか困難なことではあるが、それでもわれわれは「フェア・プレイ」について知っている。こういったルールは言語以前に存在し非常に高度な抽象性を持っている。ノモスとしての法は立法ーテシス以前に存在し、またさらにそれ以前にこのような超法的原理が存在してノモスを規定している。「言語で伝え合えるルールは社会的存在としての人間の行為を導くルールの複合体のほんの一部」にすぎないのだ。それを無視した立法は許されない。ハイエクはこう述べる。

「自然を支配する普遍のルールに対しても。人間の行動を支配するルールに

33) PO, p. 104. 邦訳146ページ。

34) RO, p. 76. 邦訳100ページ。

対しても、同じ「法 law」という言葉を使っているのは偶然ではない。両者は最初とも人間の意志から独立して存在するものと考えられていた。(中略) 両者は、人間が探そうとはできるが帰ることはできない永遠の真理と見なされていた」³⁵⁾

フェア・プレイの精神がメタ・ルールであるのに対して、ノモスの法は、明示されたゲームのルールに対応する。明示的であるとはいえ、ゲームのルールは確かにゲームのあり方を規定するが、その進行方法を規定するものであり、特定の結果を導くものではないし最適戦略を指示するものでもない。むしろルールがあって始めてゲームはプレイの対象となるのであり、ルールの存在しないゲームはもはやゲームとは呼べない。そして、立法以前に法が存在する、このことが彼の法思想において著しい特徴をなしており、本稿がそれを自然法学であるとする根拠の一つもここにある。自然法則と人間行動の法則は人間の意志から独立しているという意味で同じ性質を持ち、その点で両者はどちらも「法」であり「立法」とは区別される。「言語感覚」や「正義感覚」はノモスの法以前に先験的に存在し、それがノモスを規定するという意味で規範的ないしは統制的に働いているのであり、またそのノモスの法がテシスー立法に対して制限を加え、やはり規範的に作用している。

V 結 論

「あらゆる自然法学派が認めていることは、ある立法者の目的意識的な作成に拠らない規則の存在である。彼らは、全ての実定法が、その有効性を引き出すのは、この意味で、人間によって作られた規則からではなく、「発見される」規則からであること、そしてこれらの規則は、実定法の公正の基準と、それに対する人間の服従の根拠を示すことを等しく求める」³⁶⁾

本稿ではハイエクの法思想を新しい自然法学と見なしている。しかし、ハイ

35) RO, p. 73. 邦訳96ページ。

36) CL, p. 237. 邦訳『自由の条件Ⅱ』146ページ。

エクの法思想に超越的な実在をその根底にすえるような試みは全く見られないし、共通善をその基盤とすることもない。また彼はハートによる自然法思想への批判に全面的に賛意を寄せるが、同時に、彼が単純な実証主義からは区別されることを評価する³⁷⁾。そして、人々の間で構成される世論、裁判官が紡ぎだす法としてのノモス、そして行政府の命令として立法によって制定されるテシス、これらはみな現実の人間行動の結果として生じるものである。実際のところこれを法実証主義の欠点を修正した新しい実定法論と見なすこともできようし、むしろ、そう呼ぶ方がふさわしいかもしれない。

しかし次のように述べるのがおそらく正当であろう。ハイエクはノモスとテシスという二分法によって、実定法—テシスを否定したのでない。そうではなくむしろ彼は、立法者の下で実定法がいかなる規制に基づきいかに制定されるべきかという問題についての定式化を注意深く行っているのである。彼が批判した法実証主義とは、あらゆる法は人間の理性とそれが用いる普遍的な言語によって意図的に設計乃至考案されることができるといふ意味においての法実証主義であり、直接の対象となったのは、ケルゼンの純粋法学であったが、法実証主義の全面的批判と言うよりはむしろその止揚である。「人間行動の結果であるが人間理性の結果ではない」、そういった第三の範疇を意識化することによって、ハイエクの法理論は自然法学と法実証主義の二項対立を調停している。彼が批判したのは、自然法学と法実証主義という二分法そのものであった。

その上でこの第三の法論と呼ぶべき彼の法思想を自然法学であると呼ぶ理由は次の二つである。第一には、実定法たるテシスを統制するものとしてノモスの法が存在し、またそのメタ・ルール、「上位の法」として「意見」が規範的に働いている。すなわち、まさにそれが「実定法の公正の基準と、それに対する人間の服従の根拠を示す」という点で、それを自然法学での系譜にあるものとする。また第二には、中世のスコラ哲学から流入しスコットランドにおいてヒュームやスミスによって達成された世俗化された自然法学との関連性を重視

37) MSJ, pp. 56-57. 邦訳82-83ページ。

する観点であり、われわれは本稿で論じた法理論のみならずハイエクの自由主義思想の体系そのものを自然主義の文脈から再解釈する意図を持っている。

「われわれが自由主義的立憲主義の基本概念を負っている18世紀の思想家たち、モンテスキューはもちろん、アダム・スミスとデイヴィッド・ヒュームは、依然として彼らの一部が『立法の科学 (science of legislation)』と呼んだものに、あるいはこの用語の最も広い意味における政策の原理に関心を抱いていた」³⁸⁾

ハイエクはこう述べて、適切な社会秩序を築くための思考の展開に対する彼らの影響を評価する。現在の研究水準から言えば、ヒューム、スミスらの理論は、ハイエクが批判するベンサムの体系を現すためにも使用される「立法の科学 (science of legislation)」というよりは、「立法者の科学 (science of legislator)」として理解されるべきであろう³⁹⁾。「立法者の科学」とは法をそれ自体に基礎付ける「立法の科学」とは異なり、法をより上位の概念である法を規制する超法的原理に基づける。彼らは後の功利主義、法実証主義に連なる法の命令理論を唱えなかった。ホーコンセンはこう述べる。「ヒュームの特例の大胆さは、この考え（ある社会現象が人間行為の意図せざる結果であるという考え：引用者注）を用いて、社会生活における伝統的に最も中心的な、そしてある点で最も「神聖な」要素の一つ、すなわち基本法そのもの、われわれの「正義の感覚」そのものを説明する点にある。（中略）この考えは、伝統的な自然法理論と同じく、正義の根拠をいかなる合理的人間の考慮をも超え、また現在の社会をはるかに超えたところに見ている。」⁴⁰⁾

この点がハイエクにも共通することをわれわれは見えてきた。そういった「正義の感覚」に基づいて、裁判官はノモスの抽出を行うのである。

38) RO, p. 4. 邦訳11ページ。

39) Haakonssen, K., *The Science of a Legislator: the Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge University Press, 1981. (永井義雄・鈴木信雄・市岡義章訳『立法者の科学：デイヴィッド・ヒュームとアダム・スミスの自然法学』ミネルヴァ書房, 2001年)。また, Forbes, D., *Hume's Philosophical Politics*, Cambridge, 1975.

40) Haakonssen, *op. cit.*, p. 21. 邦訳40ページ。

ただここで指摘しておくべきは次のことである。Ⅲ節でも論じたように、ハイエクの議論においては司法を管轄する裁判官がノモスを抽出する立法者としての役割を果たす。そのように彼は裁判官に非常に能動的な役割を期待するが、ここでのハイエクの意図はテシスすなわち組織における命令を指令する行政府の権限の突出を抑えることであった⁴¹⁾。しかし、そのことでハイエクの意図とは裏腹に三権分立の均衡が崩れ、新たな立法者による専制が持ち上がる危険性も存在することである。例えばフランス革命においては、立法府の権限が大幅に増大して派遣議員が地方で無制限の権力を濫用することで、行政府が事実上立法府の専制の下に置かれるというように三権分立が崩れる状況が生じた。そうした意志による支配をハイエクは批判したが、似た危険性、すなわち、司法が立法府、行政府を抑圧するかもしれない危険性が存在する。確かにハイエクは裁判官こそが世論としての正義感覚からノモスを抽出すると主張する。メタ・ルールたる世論は確かに裁判官を統制するのだが、しかし、その実際の現場において理念的にだけではなく実質的に裁判官を規制するものは何であろうか。ハイエクはテシスを制定する立法府の規制についてはユートピア的な理想政体論を語るが、裁判官の行動には実質的な規制は見当たらない。だとすれば、裁判官の抽出するノモスの法もそれがどこまでテシスと区別できるかは微妙な問題であり、そこで生成される法も多分にテシス的性格をもつのではないかという疑念が生じる。これはハイエクの議論における大きな難点であろう。だが、それによってハイエクが提唱したノモス—法とテシス—立法の区別自体の意義自体が失われるわけではない。

本稿を終えるにあたって、ハイエクの次の言葉を挙げておきたい。

「真の自由主義者は、ルソーやフランス革命の個人主義者が抑圧したいと望んだ、個人と政府の間にある自発的組織のような、「国家の中にある特定の社

41) 「憲法によって個人の自由を保障しようとした「制限的憲法」に基づく自由主義的立憲制は、立法、司法、行政（政府）間の三権分立を手段としたにもかかわらず、政府が、憲法上の手段によって、政府に与えるべきでないと言われた権力を獲得したために、故人の自由保障に失敗している」RO, p. 1. 邦訳7ページ。

会」にできるだけ多くのものを望むに違いない。(中略) 科学や芸術やスポーツやそういったものの価値に奉仕する無数の区別された自発的価値コミュニティの存在を可能にすることこそが、手段だけに関わる自生的秩序の大きな利点である」⁴²⁾

そういった無数の自発的共同体の存在が、ハイエクによれば「真の公共精神」を維持する原動力であり、政府の指令や命令に還元されることのない独自の価値を持つのである。そしてこの公共精神はフェア・プレイの精神にも通ずるものであり、人々が意見や理念を構成する際、その均衡や収束をもたらしするために重要な働きを為すと思われる⁴³⁾。

42) MSJ, p. 152. 邦訳208ページ。

43) A. スミスもフェア・プレイの精神が競争社会において重要な要素であることを述べている。「富と名誉と出世をめざす競争において、かれはかれのすべての競争者を追い抜くために、できるだけ力走してよいし、あらゆる神経、あらゆる筋肉を使ってよい。しかし、かれがもし、競争者の誰かを押しよけるか、投げ倒すかするならば、観察者たちの寛容は、完全に終了する。それはフェア・プレイの精神の侵犯であって、かれらが許しえないことなのである」Adam Smith, *The theory of moral sentiments*, eds. by D. D. Raphael and A. L. Macfie Liberty Classics, 1982, p. 83. (水田洋訳『道徳感情論』上, 岩波文庫, 217-218ページ)。