

法の支配を支えるもの

一九九九年

那須耕介

法の支配を支えるもの 目次

はじめに 背景的関心とその法学的変奏

第一章 法の支配の観念のゆらぎ

1. 法の支配の両義性
2. 葛藤の本質性

第二章 より根底的な懐疑と信憑の立てなおしの試み

1. C L S の疑念
2. 不確定性テーゼをどう理解するか
3. 盲点と問いの立てなおし

第三章 客観主義再考

1. ムーアの形式主義批判
2. 法が真であるとはどのようなことか
3. 中間的小括(1)

第四章 形式主義再考

1. 形式主義の本質と条件
2. 規則に従うという経験の意味
3. 中間的小括(2)

第五章 法の支配とリベラル・リーガリズム、そしてリベラリズム

1. 道徳的秩序と技術的秩序、そして共約不可能性
2. 共約不可能性の含意

おわりに 法の支配の意味について考える意味

はじめに 背景的関心とその法学的変奏

一 私たちが暮らす今日の社会は、複雑で多岐にわたる分業の体系を欠くことのできない基盤としている。人間の活動領域の拡大や多面化にともなう専門領域の分化と自律化は、私たちの社会に広く深く浸透しており、現代文明のなかで個人がその精神的・物質的な自由と豊かさを享受するための、不可欠の条件をなしているといつていいだろう。しかしながら今日、それがいたるところで齟齬と葛藤を生じさせ、私たちの生き難さのもとになっているのも、またたしかなことではないだろうか。分業制という枠のなかで展開される現代の社会過程は、しばしば重大な場面で素人の意思決定権の放棄や侵害としてしか経験されず、ひどい場合には石のような無関心や無力感、あるいは深いルサンチマンの温床となってしまう。専門家への信頼が盲信に墮するとき、潜在的にはいつでも、それは底なしの不信と極端な拒絶へと反転しうるのではないだろうか。いま、現代の社会を特徴づけている数々の病弊の根源を探るなかで、私たちは、専門家に対する極端な盲信と拒絶の混在をどうやって解消するのか、というこの主題にくりかえしぶつかっているように思われるのである。

近代文明のもたらした知や技術に対する不信や懐疑が一般にめずらしいものではなくなりつつある

今日、専門家がその専門的な知や技術だけを頼りにみずからの地位と権威を保つことは、以前にもましてむずかしくなっているのではないか。その分、分業と自律の葛藤は、(少なくとも潜在的には)すべての人にとって重大で避けがたい難問として意識される可能性を大きくしているといえるだろう。私たちは、ここにある葛藤をやわらげ、専門家と素人の間により適切な関係をつくりなおすための展望と原則とを、これまで以上に強く必要としているのである。

二 さて、いうまでもなく法律家は現代社会における最も典型的かつ重要な専門的職業のひとつであるが、この領域もまた、こうした盲信と不信の対象たることを免れてはいない。高度に多様化・複雑化した現代の法体系を有効にかつ正しく運用していくためには、法曹をはじめとするさまざまな法実務の担い手が、自立した専門的な媒介者としてはたらく必要がある。このことに、あたまから異を唱えるのはおそらくばかげたことだろう。しかしながら他方で、しばしばその助言や決定が、素人にとって無条件にただ従うよりほかはない絶対的な指図であるかのように受けとられているのも、また隠すことのできない事実なのである。ここにある亀裂は、法律と法律家の専門知(法的思考)は法律家の恣意専断を覆い隠す目くらましにすぎないのではないか、専門法律家の活動は重大な社会関係をめぐる素人の自己決定を不当にさまたげているのではないか、という不安と不信の源ともなりうる。⁶。このような懐疑のまなざしは、法律家と非法律家の信頼関係を根本のところから掘り崩してしまいかねないばかりか、法そのものの権威を空洞化させる危険をもはらんでいるのである。

このことは、法学・法理論の観点からみても決して軽い問題ではない。この葛藤は、リベラル・リ—ガリズムの⁷基盤ともいうべき法の支配(the rule of law)の観念をめぐって近年展開されつつあるさまざまな論争の、社会的な淵源とみることもできるのである。法の支配は、特にリベラリズムが近代立憲主義国家体制の正統的な政治思想として広く定着するのと平行して、その根幹をなす統治原理としての地位をあたえられてきたが、今世紀初頭以降の統治機構の変質——特にその福祉・行政国家化——や近年の近代的な国民国家の枠組み自体の問いなおしを反映して、その内容・要件や存在意義・価値に関する理解のゆらぎが急速に意識されはじめていたのである。⁸

たとえば、日本の憲法学のなかでも近年、法の支配の観念が日本国憲法の基本原理としておかれていることの理解を論争が、かつてない深まりをもって展開されつつある。⁹。そこでは、基本的人権の保障や憲法の最高法規性、司法権の独立などといった憲法上の規定と法の支配原理との関連づけといった従来の関心ありかたにとどまることなく、この観念が含意するより根元的な「法秩序形成観」¹⁰をさかのぼって問いなおし、それをもとにあらためて憲法の解釈・運用に対してこの観念があたえる固有の方向づけを再測定する、といったより原理的な洞察と憲法解釈論との対話的な結合がめざされているのである。¹¹これらの考察が私たちに示唆しているのは、法の支配の要件と価値、あるいはその可能性とその条件についての原理的・哲学的な考察が、憲法や行政法のみならず、現行の日本の法体系全体の理解と運用、あるいはその改善の方向について、重大な示唆をもちうるということなのではないだろうか。¹²

三 このような問題関心をもとに、本稿は、法の支配という観念をめぐるさまざまな論争と対立、批判と擁護の諸相を理論的な側面から咀嚼することを通じ、ここにある問題が私たちの社会生活に対してもつ意味を探ることにしたい。以下、本稿の大まかな見取り図を描いておく。

前半は問題の設定にかかわる。まず最初に、近年の英米におけるリベラルな政治・法思想が法の支配をどのように理解し、位置づけてきたかを検討し、（かならずしも当事者に意識されてきたわけではないもの）そこにすでにより根底的な懐疑と再検討の糸口があらわれていることを指摘する。すなわち、法の支配の観念の内容とその価値とに関してさまざまな論者の間にみられる見解の不一致は、それ自体調和的に統合されるべきものというよりも、これまでこの観念とその実践とに投影されてきた利害関心や動機の多様さのあらわれであり、この観念が本来的に抱える緊張とゆらぎの表現として理解すべきものである。ここにある動揺は、当然のことながら法にかかわる専門知、法的思考のありかたをめぐる見解の相違にまで反映されている。この意味で、法の支配の観念は、今日のリベラルな法理論内在的にも、その内実と理由づけとを問いなおされるべき問題的概念、一種の言説母胎として存在し、機能しつづけているといえるだろう。

このような法の支配の問題性それ自体に直接照準をあわせ、それをリベラルな法・政治思想とその実践が抱える根本的な欠陥として浮き彫りにしようとしてきたのが、批判的法学研究 (critical legal studies——以下ではすべてCLSと略記する) である。一九七〇年代後半から八〇年代にかけて主に

アメリカ合衆国の法学界で隆盛をみたこの運動は、法の支配とリベラルな法理論・法実践の企てが根本的に誤った前提に依存していること、そしてその間違いが認められれば即座にそのイデオロギー的な抑圧性があきらかになるだろう、という主張をくりかえしてきた。彼ら／彼女らの懐疑は、その深さに対応する形で、リベラル・リーガリズムの根本的なコミットメントを否定的な仕方であざやかに浮かび上がらせている。本稿はこれを、形式主義と客観主義というふたつのテーゼの形にしてとりあげることになるだろう。

他方、リベラルな法理論は多くの場合、こうした外在的な批判に対し、あくまでもリーガリズムの前提を大きく崩すことなく対応しようとしてきたが、私のみるところ、この対応の仕方には限界がある。今日の分業社会が抱える病弊を深刻に受けとめるならば、私たちは、CLS的な懐疑がリベラルな法思想に対してその自己認識と擁護論の起点をさらに深い場所へと掘り下げることがを要求していることを認め、これにより積極的な意味をあたえて活用していく方向を探るべきなのである。

後半部分では、前段で立てられた以上のような問題関心に対する理論的な検討と現段階での帰結について述べることになる。CLSの懐疑と批判を仮説的・方法的に可能なかぎり真剣に受けとめる形で、法の支配の観念を再検討する、というのがその基本的な方針となるだろう。特に、リベラルな法理論による形式主義と客観主義へのコミットメントがどのような動機に支えられており、かついかなる条件の下に可能になるのかについて、マイケル・S・ムーアとフレデリック・シャウアーという対照的なふたりの論客の洞察に力を借りて考察を進めることにしたい。私の理解では、前者は法的な推

論とその帰結の客観的な正しさは究極的に何によって保障されるのか、という問いを極限まで押し進めた人物であり、他方後者はCLSによってその実行可能性すら否定された形式主義的な法的推論の本質と可能性をあらためて問いなおし、さらに現代社会におけるその存在意義を吟味しなおした人物である。

最後に私たちは、彼らふたりの考察を結びつけることから、法の支配という試みがつねに本質的に共約不可能な諸価値に対する志向性を抱えた挑戦的な営みであることを認めることになるだろう。まさにこのことによつて、ロン・L・フラーをはじめとする多くのリベラル・リーガリストたちが法の支配を完璧な実現よりも漸次的な改善を通じて理想への近接をめざすべき困難な企図として理解し、あるいはCLSが法の支配にリベラル・リーガリズムの「根本的矛盾」を見いだしたこの意味をより深く掘り下げることができるのである。

以上の考察はすべて、最終的に従来のリベラルな法理論・政治思想に対していくらかの再考を迫ることにつながるだろう。特に、リベリズムと法の支配という、これまでではしばしば不可分だともみなされてきたふたつの観念の位置づけに関して、穏健ではあるが重要な態度変更の必要を、本稿は準備することになるはずである。

第一章 法の支配の観念のゆらぎ¹⁾

1. 法の支配の両義性

一 近・現代の法理論にとつて、「人の支配」の否定と「法の支配」の確立とは、その初発の動機、出発点をなすと同時に、みずからの存在意義と同一性を根拠づける根本的・中核的なコミットメントでもありつづけてきた。近代以降のリベラルな統治体制をそれ以前のものとの質的に区別する契機を挙げるとすれば、社会の成員一人一人が自由で責任ある主体として尊重されるべきであり、特定の権力者・集団の恣意によつてその自由を侵害させてはならない、という考え方が、社会秩序の最も根本的な規制原理としての地位を獲得し、その実現への公共的な道筋が確立されたところにある。法の支配の観念は、この約束に実質的な裏づけをあたえるための制度的工夫として国家統治体制の主導的な規制原理として位置づけられ、今日にいたるまで他の近代法・政治思想の成果、立憲主義や人権思想などと歩調をあわせ、あるいはそれらとたがいに支えあつてきたのである。

最も大づかみな仕方というならば、「法の支配」とは「人の支配」の排除であり、政府による権力行使（私人間の紛争解決から立法や行政活動までをも含む）がかならず一般的で公に知られている規

則に従っておこなわれるべきことを要求している。この観念がリベラルな統治にとって最も本質的な要素だとされたのは、後述するとおり、それによってあたえられる政府活動の安定性と予測可能性こそが、諸個人間の自発的で脱集権的な行為調整を容易にし、ひいては責任ある個人の自由と自律の保証につながる、と考えられてきたからである。また、政治権力の行使から恣意的な差別を取り除くことは、そうして実現される社会秩序に対し、それが社会成員間における「法の下の平等」の実現という最小限の道徳的正当性を付与している、という裏づけをあたえることにも役立つだろう。このようにして、法の支配は、今日の統治が満たしているべき最も基本的な標準として擁護され、尊重されてきたのである。

二 だが、法の支配の観念が実際に何を要求し、それを守ることではいかなる価値が実現されるのか——したがっていかなる価値がこの理念へのコミットメントを支えているのか——ということについての理解はかならずしも一様ではない。さまざまにリベラル・リーガリズムの擁護論を丁寧に検討してみるならば、その見解には微妙な（ときには著しい）相違が見いだされるのである。特に今世紀前半から中葉にかけて、リベラルな統治体制が自由放任的な夜警国家から行政活動の拡大と法化をとまなう福祉国家へとその理念モデルを転換するなかで、法の支配をめぐる政治・法理論上の見解の開きはこれまで以上にあらわになりつつあるのではないだろうか。

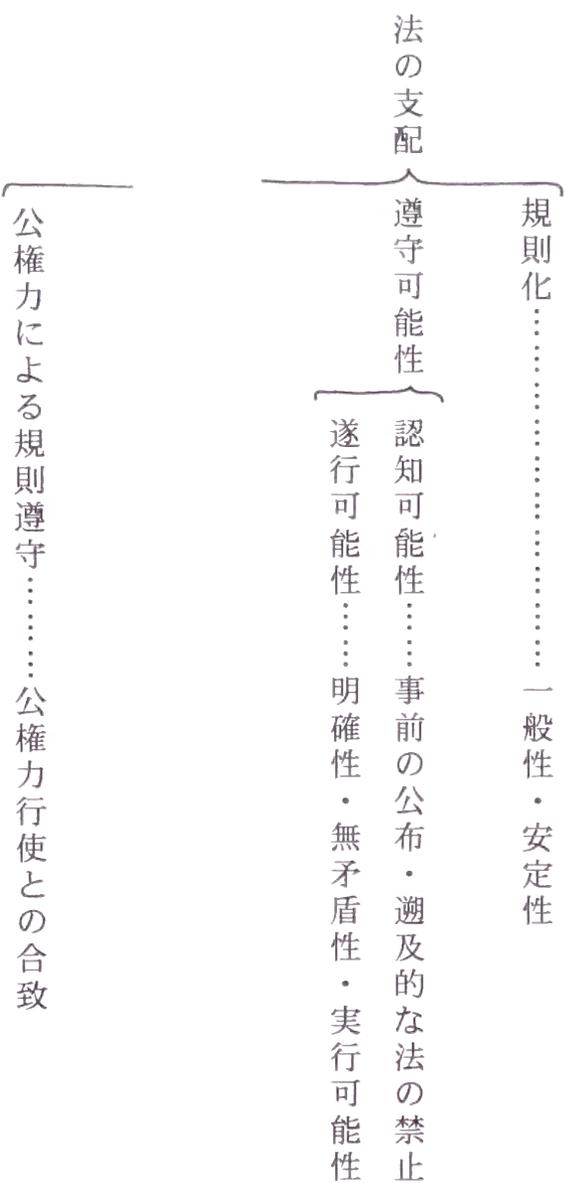
私の見方では、ここにある見解の拡散はかならずしもある論者の見解を別の論者のそれよりも優位においたり、ある理解を他の理解に吸収させることで整合的に統合できるものではない。むしろ、法の支配という観念、あるいはその現実の試みそのものがはじめからある種の問題性を抱えており、それがこの観念の理解をめぐる多様で対立しあう言説をたえず生みださずにはおかないような疑わしさの源泉、言説の母胎²⁰となっている、と考えるべきなのである。そこで本章では、法の支配の観念をめぐるリベラル・リーガリズム内在的な見解の相違をあきらかにし、その対立が論争の当事者の認識以上に深刻で本質的なものであることを示そうと思う。本節ではまず手はじめに、ロン・シ・フライによる合法性概念の分析²¹を概観し、これを軸にしながらさまざまな論者による概念解釈ないし構想の分類を試みることにしたい。フライの概念解釈は、その他の点では彼と見解を異にする論者にも受け入れられていることが多く、私たちはこれを起点に論争の全体的な眺望を得ることができはらずである。

【フライによる概念分析】

一 フライは、その名著『法の道徳』のなかで合法性の原理が法実践に課す規範的要請の内容を明快に提示してみせた²²。彼の説明によると、この原理は八つの要件から構成されている。すなわち法は、その実効力ある形成と存続のために、(1)一般性、(2)事前の公布、(3)遡及的な法の禁止、(4)明確性、(5)無矛盾性、(6)実行可能性、(7)安定性、(8)公権力の行使との合致、という徳性をそなえていなければならないのである。

これらの諸要件をもう少し大づかみに整理しなおしてみるならば、フラーの理解する合法性原理は、「規則化」の要請と、その規則の「遵守可能性(followability)」——これはさらに「認知可能性(knowability)」と「遂行可能性(performability)」とに分けることができる——の要請、さらに公権力による規則遵守の要請、の三条件によって特徴づけられていることがわかるだろう(図1)¹⁴。すなわち、合法性を統治の基本原理として採用することは、法を以下のような要請に合致するように形成し、運用していかねばならないことを意味している。まず第一に、一般的で公平な適用が可能で、実定的規則という体裁をとって法が定立されていること。個別事例の処置に先立って規則が定立されていることにより、その一般性に依拠して、無数の同一事例に対する適用が可能になり、それらに対する均一で安定した取り扱いが保障される。またそれらの規則が「遵守可能な」ものであること。そのためにはその規則が事前に知りうるものでなければならず、なおかつ実際にそれに従ったふるまいが可能でなければならぬ。さらに、公権力の行使が定立された規則に従っていること。恣意的な裁量行使は慎重に避けられねばならない。

(図1)



二 フラーによれば、これらの諸要請は法が法として成立し、存続していくための本質的な要件をなしており、その決定的な侵害はかならず法による統治の試みを挫折させずにはおかない。逆にいえば、合法性原理は法の存立を脅かすさまざまな障害を排除する役割を担うのであり、その意味で法治に内在する道徳的要素、「法の内在的道徳(the inner morality of law)」なのである。

しかしながら他方、これらの諸要請に従ったとしても、法の内容あるいは法によって追求される目的の種類や内容にまではつきりとした制約をおくことができるわけではない。合法性原理は、法が「よき法」であることを保障するわけではなく、腕利きの職人の技巧と同じように、あたえられた目的を効率よく達成するための技術的なガイドラインをあたえる以上の拘束力をもってはいないのである¹⁵。しかし、だからといってこの原理があらゆる価値に対して——つまりすべての不正な目的に関してまでも——中立的であるというわけでもない。むしろ、この原理は責任ある自律的な主体としての個人の存在を前提にしており、この価値をないがしろにすることはあらかじめ排除されているのである¹⁶。

こうしたフラーの見解に対しては、H・L・A・ハートとの論争¹⁷に典型的にみられるように、さまざまな批判が加えられてきた。それらが指摘するとおり、フラーの論述、特に合法性原理が社会的・政治的目標の追求に加える拘束についての理解には、いくつかのあいまいさや混乱が存在している。しかしながら、全体としていえば、彼の見解は後述するリベラルな形式主義的理解のひとつの典型を

示しており、特に法の支配の概念内容（成立要件）の把握については、広範な合意を期待することができると思われる。その意味でこれを常識的な概念解釈とし、ここでの参照枠組とすることに不都合はないだろう¹⁸⁾。

【諸見解の見取り図】

	概念内容	価値・目的
純粋な形式主義的理解	典型的・伝統的要素に法を限定	政治的・道徳的に中立
リベラルな形式主義的理解	典型的・伝統的要素に法を限定	政治的・道徳的価値の実現に積極的に貢献
拡張主義的理解	構成要素に非実定なる原理・政策を含める	

次に、今日のリベラルな法理論が提示している法の支配についての概念解釈を、その概念内容（法の支配が実現されるために法や政府の活動が満たしていなければならぬ諸々の要件）とその目的・価値（法の支配が追求・実現されることによってもたらされる実質的な価値や目的）に注目しながら三つの類型に分類してみることにしよう¹⁹⁾。第一のものを純粋な形式主義的理解、第二のものをリベラルな形式主義的理解、第三のものを拡張主義的理解、と呼ぶことにしたい。前二者は、法の支配の内容・要件についてはほぼ見解を一致させながらも、それが担う価値・目的については、力点を異にしている。この二種の見解は、法の支配に対する伝統的・典型的な理解——特に法の構成要素をできるかぎり「規則」に限定してとらえようとする見方——の二側面をそれぞれ表象しているといつていいだろう。これに対し、第三の拡張主義的な理解は、前二者がコミットする伝統的理解への代替案を模索するなかで、法の支配の概念内容そのものを拡大する方向へと修正しようとする試みである。また、純粋な形式

主義的理解が社会的価値・目的追求に関する中立性を強調する傾向をもつのに較べると、後二者はその非中立性、言い換えればそれが何らかの政治的・道徳的な価値あるいは目的に寄与する手段として、積極的な役割を担っていることを主張する（図2）。

いうまでもなくこれらの諸類型は、法の支配の概念自体が内在させている葛藤をできるだけ効果的にとらえるために設定された一種の理念型であって、後述するとおり、特定の類型が特定の論者の見解を完全に包みこんでしまうようなものではない。むしろ三者はたがい否定的・肯定的な関連性を複雑に絡みあわせているのであり、このいささか強引ともいえる類型化の真のねらいは、むしろそのような類型的理解を拒むこの概念の多面性・複雑さをあかるとみに引き出すことにあるのである。

【純粋な形式主義的理解】

一 まず最初に、法の支配の概念を政治・道徳的価値や目的に対して開放的・中立的なものとしてとらえようとする立場がある。これは、法の支配の価値を否定的な最小限度に限定しようとする点で、ある種ミニマリスト的なアプローチだと考えることができるだろう。このような見方を典型的に示す論者として、ジョセフ・ラズ²⁰⁾がいる。彼の見解は、概念内容が含意する拘束を法体系それ自体の存立にとって本質的な条件と考えるかどうかについてフラッシュと見解をするべく対立させながらも、その個々の要件の理解についてはかなりの一致が認められる²¹⁾。さらにいずれの立場も、法の支配それ自体がもたらすであろう実質的な政治的・道徳的価値について、個人の自律性の保障以外にはほとんど

ないと考える点でも共鳴しあっているのである²²。

二 ラズが法の支配のメリットを法それ自体の道德性とは厳密に区別しようとするのは、それが、「法それ自体によらなければ生じるはずのなかつたような害悪(harm)を回避する」²³という否定的役割以上の機能を担っていないからである。法の支配は道具主義的な法理解を前提にしており、実定的な法体系にとつての内的な徳性であるにすぎない。ナイフの鋭さが、使用目的のよしあしの評価とはかわりなしにその優秀さの指標となるのと同じように、法の支配は道具としての法のよしあしをはかる基準となる徳性なのである²⁴。この事実から、法の支配に従っている法体系ならばかならず人権の保障や一般的福利の向上といった政治的・道德的な(法にとつては外在的な)目的の実現に貢献するはずだ、という結論を導き出してくることはできない。両者の結びつきには必然性はない。それどころか、法の支配は人種差別などのさまざまな不正と両立することもありうるのである²⁵。法の支配は、よき法がそのよき目的を実現するためには不可欠の原則であるが、法の支配が単独で無条件に、よき法による統治を請け負うわけではない。このような観点からみれば、この原則は重大な不正に対する無防備さというよく知られた非難を避けることができないのである。

【リベラルな形式主義的理解】

一 法の支配が社会的・政治的目的追求に対して中立的であることを最も厳密な仕方規定しようとしたラズでさえ、その価値中立性が純粋なものでないことは認めざるをえない。その意味で、純粋な形式主義は、積極的な擁護の対象というよりもむしろ、その空虚さをあげつらうための戯画化された描写だとさえいえるかもしれない。実際には、法の内的な徳性としての法の支配が命じる諸規範は、法にとつて外的な政治的・道德的価値との間に見逃すことのできない密接な結びつきをもっているのである。実定的な規則の存在やその遵守可能性の確保、公権力による規則の遵守といった諸要件は、結果的に特定の実質的な価値・目的と結びつき、その要請に従う法体系そのものに道具としての優秀さ以上の価値をあたえることになる。したがって、ここには道具としての法の純粋に内的な規律の問題から、より広い文脈のなかで法が担う目的や価値にかかわる問題への視点の転換、いわば「図」と「地」を反転させる視点の転換が生じているとはいえないだろうか。ここでこの転換を「リベラリズム的転換」と呼ぶことにしよう。以下にみるように、この転換が、リベラリズムの基底をなす的な教義の理解と深くかかわっているからである。

私がここで「リベラルな形式主義的理解」として想定している法の支配の構想は、先の純粋な形式主義的なそれよりもはるかに一般に浸透した見方だといっているかもしれない。この立場に従えば、法の支配とは、形式的正義(formal justice)を法体系の運用原理として適用した姿である²⁶。「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように扱うべし」、という道德上の原則(以下、平等な取扱い(equal treatment)原理と呼ぶ)がまず想定され、これに沿って法を運用しようとするとき、私たちが従うことになるのが、法の支配なのだ、と主張されるのである。このときこの原理は、被治

者（あるいは「市民」）を発信人に、公権力の行使者を名宛人に見立てて示された要請としての性格を鮮明にするだろう²⁷。形式的正義を侵害する恣意的な公権力の行使こそが権力の濫用なのであり、このような逸脱を抑止して公正さや自由、私的自治といったリベリズムの基底的諸価値を保障することが、法の支配の主要な目的とされるのである。

二 このような見解をとる論者も、法の支配が指示する実践上の要件に関しては、純粋な形式主義と理解をほぼ共有している。そこで主張されるのも、ほとんどの場合、実定的規則の存在とそれに従った公権力の行使、そしてその規則の遵守可能性（認知可能性と遂行可能性）およびそれに付随する諸要請なのである²⁸。しかしながら、これらの諸要件を基礎づけるにあたって、彼ら／彼女らは、純粋な形式主義のように中立的な道具としての優秀性、という側面に頼ろうとはしない。むしろ強調されるのは、法の支配は一定の害悪の排除を通じてある実質的な価値の保護に役立っている、という見方である。そこでは、純粋な意味での形式主義的理解が強調する価値中立性を内側から批判する形で、一定の害悪の排除というその消極的価値を、より積極的な価値としてとらえなおそうという試みに関心が集められているのである。

このような視点の転換は、きわめてリベリズム的だといべきではないだろうか。たとえばF・A・ハイエクにとって、自由社会の価値は特定の社会目標を実現する能力ではなく、それが具体的な帰結を指示することのない抽象的な規則によって枠づけられ、特定の個人や集団が特権的な利益を得る可能性を事前に排除してしまうところにある。ハイエクはいう。「何世代にもわたる煽動が消し去ってしまった根本的な真実を回復するためには、偉大な社会(great society)、すなわち開かれた社会の基礎をなす価値が消極的な(negative)ものでなければならないことを、もう一度学びなおす必要がある。……そのような消極的規則だけが、諸個人の知識を活用し、その欲求に応えながら、自己生成的な秩序を形成してゆく可能性を開くことができるのである」²⁹。このような見方からすれば、法の支配の概念内容を純粋な形式主義の提示するとおりに受け入れながらも、なおその積極的な価値との結びつきに注目しようとするとき、人はすでにこの「リベリズム的反転」をおこなっているといえるのである。

三 この反転によって見いだされる道徳的・政治的価値には、これまで次のようなものが挙げられてきた。

① 民主主義の尊重と権力の分立

公権力の行使は、あらかじめ確立された規則に従っておこなわれねばならない。したがって、議会における民主的手続の産物たる法的規則は、裁判官の恣意的な裁量行使によって歪められてはならない。すなわち、司法上の裁定は政治的な利害関心や圧力に左右されない、いわば真空状態のなかで下されねばならないのである。このことから、「法と政治・道徳との分離」——法制度あるいは司法機関の独立性と自律性、司法過程に対する政治的関与（裁判官の裁量行使を含む）の禁止、立法活動と

法の解釈・適用の作業との峻別など――が、法の支配を通じて確保できるとされる³⁰。

② 公正さ

形式的正義あるいは平等な取扱いの原理は、法の支配という形で法体系の基本的な作動原理となることによって、社会的な公正性を制度的に保障することができる。法体系の運用、法的な決定がどんなときでも規則によって導かれているということのなかには、すでに、その規則の一般性が含意する範囲内で偏りのない公平な処置がおこなわれることが予定されているのである³¹。ただ、この拘束は、すでに確立されている規則の解釈や適用にのみかわり、適用される規則それ自体の公正さの評価にまでは及ぼされないことが多い。リベラルな解釈をとる場合ですら、法の支配は実質的価値に対して十分な配慮を払っているとはいえない、という批判の糸口はここにあるとっていいだろう³²。

③ 個人の自由・自律性

ハイエクやジョン・ロールズの見解に代表されるとおり、リベラルな法理論の多くが法の支配の最大の価値をここに見いだしている³³。それによると、公権力の行使が確立された公知の一般的規則の下におかれているとき、それは一般の市民に対し、正統な規範的予期の根拠をあたえることができる。このような社会規範上の安定性を保障されることによって、彼らは各々自由に自己の目的を追求し、みずからの生を選びとることができるだろう。裏返していうならば、個人の自由・自律性は、政府による権力の行使が恣意的になるにつれて容易にそこなわれてしまうのである。権力の行使が「規則性としての正義(justice as regularity)」³⁴からそれて、気まぐれや便宜主義(expediency)に左右されてしま

うことになれば、私たちは政府の強制力がいつ、どのような形で行使されるかについての見通しをあてにすることができず、みずからの行為計画を自律的に形成・調整することができなくなってしまうだろう。政府活動に対する予測可能性(predictability)とその条件としての法の安定性(stability)・確定性(determinacy)と実効性(efficacy)とは、統治が一定の規則に従うことではじめて確保される。個人の自由や自律性を維持するための不可欠の条件は、このようにして整えられるのである³⁵。法の支配への服従↓公権力行使からの恣意性の排除とその安定化↓予測可能性の確保↓個人の自由・自律性の確保、というこの連関は、法の支配がリベラルな社会制度にとって最も基本的な教義となることに、有力な根拠をあたえているのである³⁶。

④ 個人の尊厳と責任

他方、一般的な規則の適用を通じて個人の自由・自律性を保障することは、みずからの将来をみずから計画し、それをコントロールする資格をすべての個人に認めることであり、これは人格的自律性の尊重を通じて、個人の尊厳を認めることにも結びつく。法の支配は、個人の尊厳に対する侵害を完全にくいとめてくれるわけではないが、逆に法の支配を意図的に軽んじることは、あきらかにその侵害を引き起こすことになるだろう³⁷。また、フリーやラズの見解に触れた折にも述べたとおり、自由や自律性の保障と尊重は、その前提として、諸個人が責任ある主体として扱われるべきことを想定しているのである³⁸。

四 さてここで、①から④までに分類された諸言説は、法体系のはたらしきの安定性と公正性というふたつの価値を焦点にしていると考えられるのではないだろうか。つまり一方で、法体系が確立された規則に忠実に従いながら「等しい事例を等しく」処理していくことで、私たちは政府の活動に対して安定した確定的な期待を正統な仕方でもつことができる。法体系は、法の支配の原則に沿って機能することで、ルーティン的な安定性を獲得するだろう。その結果、立法機関と司法機関は各々その独立性を維持し、同時に、予測可能性の保障を通じて、個人の自己決定権の輪郭を明瞭に確定できる、とされるのである。他方、形式的正義と法の支配は、公正さの名において、法過程から不合理な差別や例外的な取り扱いを排除することを要求する原理でもある。一般的な法的規則が個別事例のなかで解釈される過程に対して、法の支配の原則は、その事例が規則の想定するいかなる類型に該当するのか（あるいはしないのか）を、正統な理由にもとづき、公平に考慮することをも要求するのである。

後にみるように、リベラルな形式主義的理解がこれらふたつの焦点的価値を同時に志向していることは、それだけですぐに、それが内的な葛藤を抱えていることのあらわれである。リベラルな形式主義の枠内で展開される法理論は、このどちらかに力点をおくかによって微妙にずれを生じさせているが、しばしばこのことは見逃されてしまっているのである。

【拡張主義的理解】

一 詳細は後述するが、右に紹介した形式主義的な理解に対しては、リベラル・リーガリズム内在的あるいは外在的に、さまざまな批判が加えられてきた。その批判の背景には、法過程からのあらゆる政治的・道徳的考慮の排除、実定的な規則の背後で拘束力をもつ法的原理・政策的目標や実質的な正義に対する配慮の欠落、硬直的なリーガリズムとの親近性、さまざまな不正との両立可能性などに対する反発があると思われる。次章でみるとおり、こうした批判は極端な場合には法の支配それ自体の価値と実現可能性の否定にまでさかのぼり、リベラル・リーガリズムの企ての空虚さの暴露にまで発展しているのである。

法の支配を統治の原則として維持していこうとする立場は、これらの批判に対して二通りの態度をとりうるだろう。ひとつは批判を受け入れ、この原則の可能性をせまく限定した上で、その位置づけを相対化していくという戦略である³⁰。もうひとつは、法の支配の概念そのものをより強靱かつ柔軟なものに鍛えなおして提示するという方向である。後者の作業は、形式主義に対する内在的批判を通じて、より実質的な政治的・道徳的価値との結びつきを強調しつつ法の支配の概念内容を拡張しようとしている³¹。以下では、後者のアプローチによる代替的再構成の探求の例をいくつかとりあげてみることにしよう。

二 フィリップ・セルズニックは、社会学的な観点から法の支配概念を拡張的に構成しなおすこと

の必要性を主張している⁴³。彼が提案するのは、いわば洗練された法道具主義のための原理としての法の支配、という理解である。従来の法の支配についての形式主義的で消極的な構想は、彼のいう「自律的法(autonomous law)」——特定の目的・帰結への関心を排除して、法の制度的独立性と普遍主義的な形式性・抽象性をもつばら尊重する、近代法に特徴的な法理解——の作動原理として機能してきた⁴⁴が、他方で、現状肯定に対する歯止めを欠くという欠点を抱えている。法の支配の消極的な理解は、もつばら既存の法的規則を均一に適用することを指示するが、この作業が無批判的に遂行された場合、既存の秩序を維持しようとするはたらきだけを自動的に再生産することになってしまう。そんなふうには硬直化した悪しきリーガリズムは、現実との接点を喪失し、それが標榜していたはずの安定的で実効性のある法の供給にさえ失敗しかねないだろう。フリー流の合法性原理は法の制度的統合性を高めるには役立つが、それはあくまでも技術的な意味あいしかもたず、恣意性の漸次的な排除ということが含意するより一般的な倫理によって規制されなければ不完全なものにとどまってしまうのである⁴⁵。「法的な職人わざ」「合法性原理の諸要請」の諸規範は、ただ単に技術的なものにはとどまらない。それらは恣意的な権力に制約を加えるのであり、この有効性がその道徳的価値にとって中心的な位置にあるのである。そこに賭けられている価値とそこで満たされる技術的要請との組み合わせこそが、まさに法の内的な道徳を定義しているのである⁴⁵。

三　そこで、実定的な法的規則を法の唯一の構成要素とみるような形式主義的な法文化から、より抽象的な目的や原理への強い志向性をもつ「応答的法(responsive law)」をモデルとする法文化への移行が説かれ、それと平行して法の支配の概念内容にも修正が加えられることになる。そこに生じるのは、法の支配についての「否定的で限定的な、低リスクな見方」から「より積極的でより拡張的、より高リスクな構想」への転換である⁴⁶。こうした見方のなかでは、従来の規則中心主義的な態度(rule-centeredness)はすでに相対化されている。それに応じて法の支配の守備範囲も更新され、規則にもとづくルーティン的な法実践・法実務と、原理や目的に依拠したルーティンに対する批判およびその基礎づけ、というふたつの水準にまたがる往復運動を司る原理へと拡大されているのである。

こうした理解にもとづく法実践は、実定法テキストにかならずしも書き込まれてはいないが、それらを背後から正統化している抽象的な法原理や社会的・政治的目標への志向性(principle/purpose-centeredness)を強める⁴⁷ことによって、法が適用される状況と、目的としての「社会的必要」の充足との双方に対する柔軟な即応性を高めることができる。だが当然のことながら、このような柔軟性や開放性の獲得は、公的権力の行使にかかわる裁量を実質的に拡大し、法の制度的独立性を犠牲にすることにつながるだろう。したがって同時に、柔軟さを付与された公権力の行使は、拡張された法の支配が指示するとおり、正統な目的からの拘束の下におかれねばならない。そうすることではじめて、法は実質的な正義への接近を果たすことができるだろう⁴⁸。応答的法を基本モデルとする法文化のなかでは、合法性の理想は、実定法の定立とその運用の両方の局面から、恣意的な判断や意思決定を可能なかぎり縮小・排除することの要請として理解されるのである⁴⁸。

四 セルズニツクの見解は、規則中心主義的な法実践は安定性を優先させようとするあまりかえってそこで用いられている判断の類型そのものの恣意性を見逃してしまいやすい、という形式主義固有の欠点に着目することから導かれている⁵⁰。したがって、合法性あるいは法の支配の形式主義的な構想は、容易に悪しきリーガリズムに陥ってしまうだろう。それは、「目的と効果の考慮を欠いた機械的で無思慮な規則と手続の遵守であり、そのために正義と公共政策という実質的な目的が見失われてしまう」⁵⁰のである。

この認識に基づいて、彼は、規則中心主義的な態度を相対化する批判的視点を日常的な法実践のなかでも確保しておけるように、法の支配概念を解釈しなおしているのである。ここで特に注目すべきなのは、彼が規則と原理・目的との対項を、ルーティン的な法実践とそれ自体を相対化して吟味する批判的な法実践との対項に投影しながら論じている点だろう。法の支配についての拡張主義的な理解は、法的規則の役割を相対化しこそすれ、否定してしまうわけではない。実定的な法的規則は、原理・目的による方向づけの下におかれているかぎりにおいて、ルーティン化された法実践に正統な基礎をあたえることができる。他方、原理や目的はこれら諸規則に正統化理由をあたえ、同時にその内容の恣意性を批判する根拠としても機能する。この意味で、拡張された法の支配が指示する「法に対する忠実性(fidelity to law)」は、政治的目標の追求を排除しない。むしろ、正統な目的や原理に対する忠実性を経由することによって、実定的規則への一般的な服従の正統化が可能になるのである。こうし

て、セルズニツクによる法の支配の再解釈は、より高次の道具主義に対して開かれることになるのである⁵¹。

五 さて、法の支配の形式主義的な構想に対し一貫して異論を唱えつづけてきた論者として、私たちはロナルド・ドゥオーキンの存在を見落とすわけにはいかない。彼こそ、一連の法実践・法実務に内在する一貫性と整合性を真に理解するためには、法的な諸実践における法的規則の役割を相対化し、それを背後から基礎づけ、方向づけている(不文の)法的原理に着目すべきであることを最も強く主張してきた代表的論者なのである⁵²。

ドゥオーキンは、「政治的裁判官と法の支配」と題された論文⁵³のなかで、法の支配の形式主義的理解(彼はこれを「ルールブック的構想(the rule-book conception of the rule of law)」と呼ぶ)を、彼自身の擁護する「権利志向的構想(the rights conception of the rule of law)」と対比させながら批判している。彼の理解によれば、難事案(hard case)を前にした裁判官は、立法をはじめとする過去の政治的決定のなかから関連するものを取りだし、それらを最も整合的に基礎づけることのできる背景的諸原理についての理解を(必要とあらば)みずからの政治的・道徳的信念を用いて彫琢し、これを適用することによって裁決を導かねばならないし、また実際にもそうしている。法の支配の権利志向的理解は、このような原理レベルの一貫性・整合性にまで拡張された解釈なのである。この論文のなかでは、法の支配の形式主義的理解と裁判官の役割の政治的中立性(司法消極主義)に対する批判の方に重点

がおかれているため、彼のいう権利志向的な構想の具体的な内容が十分つまびらかにされているわけではない。しかしながら、その概念規定⁵⁰やそれが保障するとされる価値についての言及⁵¹をみるかぎり、ここで示されている法の支配に対する理解が、その後の彼の理論展開をつらぬくひとつの軸となっていることは明白だろう。

六 セルズニツクの代替案と比較すると、ドウオーキンの構想は、現代的な福祉国家体制に適合するような仕方では法の支配概念の内容を編みなおそうとしている点で、前者とモチーフをほぼ一致させている⁵²。ただし、セルズニツクが法の制度的な統合性の追求を既存の法的規則の間の整合性と一貫性の問題としてとらえ、これがしばしば正義の実現と対立しあうことを認めている⁵³のに対し、ドウオーキンの場合には、法の統合性（純一性）はあくまでも既存の法的規則と法的原理すべてを包括する概念である。この点で彼の発想には過去との連続性を重視しようとする傾向が強く、セルズニツクに色濃くみられる目的志向的・道具主義的な発想には同情的ではないのである⁵⁴。

七 ドウオーキンの構想を適切に理解するためには、平等な取扱い原理についての彼の見解を入口にするのが近道になるかもしれない⁵⁵。それによると、平等な取扱い原理は、より根本的な原理、「対等者としての取扱い (treatment as an equal)」に従属するものとして理解される必要がある。機会や資源、責務の均一な分配を指示する前者は、他の誰とも等しい尊敬と配慮を伴う取扱いを要求する後者

からの派生的な観念なのであり、後者をそこなう仕方でもやみくもに前者ばかりを尊重するのは適切なことではない。逆にいえば、平等な取扱い原理は、それ自身のなかに実質的平等への繋留点を持ち、そこから裏づけを得ることによって、はじめて正統性を主張することができるのである。ドウオーキンにとって、法の支配を統治の基本原理として受け入れることは、このような平等性をないがしろにすることなく統治機構を作動させてゆくことでもある。先述のリベラルな形式主義の二つの焦点的価値と結びつけていうならば、彼の基本的モチーフは、「公正さ」の方に重点をおき、そこに実質的な内容をより強く含み込ませながらこれを徹底させてゆくことにはあつたといえるのではないだろうか。あくまでも公権力の行使が彼のいう整合的な諸原理の図式から裏打ちされているときのみ、法は人々を対等者として扱っているということができるのである。

このような仕方ではドウオーキンの主張を概観するならば、法の支配という観念についての彼の理解の深化の延長線上に、『法の帝国』のなかで展開された「純一性としての法 (law as integrity)」の理論が結実しているとみることも可能だろう。彼の考える法の支配は、市民ひとりひとりが共同体の成員として等しく尊重されるべき権利を保持しているということの意味なのであり、この「抽象的な平等主義的原理」こそが彼の「純一性としての法」の構想を支える礎石となっているのである⁵⁶。彼はいう。「権利志向的な構想にもとづく法の支配は、「個人ひとりひとりに、自分と自分以外の市民、あるいは自分と政府との諸関係を、正義にかかわる問題として認識するようにうながし、また彼や他の同胞市民に対し、これらの諸関係が共同体としてどのようなものであるべきかについて、議論する

ようにながすのである」⁶¹。ここに示されている彼の見解は、民主的な討論という政治的契機の介在によつてはじめて、法の支配が実質的な価値——究極的には実質的平等の実現——を追求する条件を整えるのだということを示唆している⁶²。ひとつのまとまりをもった共同体としての自己統治が、どのようなすればその歴史的同一性を保ちながら成員同士を気まぐれや先入見に左右されることなく公平な仕方を取り扱い、明示的な規則にもとづく形式的な「平等な取扱い」を実質的平等の要請に根ざしたものとなしうるのか。法のはたき根幹をなすこの原理をめぐって政治・道徳的かつ解釈的な探求を継続すること。それこそが、ドウオーキン流の法の支配が企てるプロジェクトの基本像なのである。

2. 葛藤の本質性

ここまで概観してきたように、法の支配の概念をめぐるリベラル・リーガリズム内在的な諸言説は、今日、この概念の内容やその目的・価値についての見解の相違を軸にしてくりひろげられている。特に、形式主義的理解に対する批判の展開は、法の支配の概念が本質的に論争的な概念であることを、誰の目からみてもあきらかなものにしつつあるといつていいだろう。しかしながら、批判者だけがこ

の概念の問題性に気づいているわけではない。以下にみるように、形式主義的理解（「純粋な」理解であれ「リベラルな」理解であれ）の議論展開を丹念にたどつてゆくならば、形式主義者たち自身が、すでにみずからの観点の維持に著しい困難を感じて読みとることができはるはずである。形式主義は、現実の法実践に即してその内容を厳密に解明しようとすればするほど、みずから確定したその範疇をいつのまにか踏み外してしまう。形式主義への忠誠を保ちながら法の支配の概念内容を記述し、満たされるべき規範的な要請として提示しようとするとき、いくつかの理論上の不整合や実践上の困難が浮上してくるのである。拡張主義者の批判は、このような困難の自覚をさらに積極的に分節化してゆくなかで得られた洞察に多くを負っているものであり、法の支配の概念に内在する問題性を明らかに出すためには、まずこうした当惑のありようを確かめるところからはじめるのが順当だろう。

【形式主義者の当惑】

一 まずフラー自身、この原理にもとづく実践が苦もなく実現するとは考えていない。彼は、実定的な規則の「遵守可能性」の条件が私たちにさまざまな難問を突きつけてくることを、みずから進んで認めてさえいるのである。たとえば、遡及的な法の禁止の要請を忠実に実行することの困難に触れて、彼は次のように述べている。「他の人間の営みと同様、しばしば込み入ったものになる法の内的道徳からの諸要請を満たそうとする努力は、さまざまな形で挫折しうる。まさに困難な事態が生じたときにこそ、遡及的な立法が補修的な手段として不可欠になることが多いのである」⁶³。先行する立

法が明白に合法性を侵害しており、遡及的な法によつてこの不備を補う必要がある場合はもちろんのこと、合法性の回復や維持には直接貢献しない場合でも、遡及的な法創造が必要になることがある。いわゆる難事案に対して下される司法的な判断・決定に対して最終的な指針をあたえるのは、前もつて定められていた規則ではありえない。この種の事例のなかで遡及的な法の禁止という条件を厳密な仕方でも満たそうとすることは、判断そのものを放棄するのでないかぎり、実践的にも論理的にも不可能なのである。規範の欠缺や抵触など、法の不確定性にかかわる諸問題を解決しようと思えば、一種の遡及的な立法という手段に訴えるほかないだろう³⁴。

このようなフラーによる困難の承認は随所にみられる。法の安定性の要請が程度問題としてのあいまいさをもつのはいうまでもないことだが、実行可能性の要請についても、これを極端に解釈すれば、究極的には実行不可能な課題を立法者に負わせることになりかねない³⁵。また、公的機関の活動と実定的規則との一致の要請は、さらに複雑な問題を招き寄せている。この要請は、さまざまな仕方でも侵害されうるのである。たとえば、解釈の過誤、法の利用不能、法体系の統合性維持条件についての洞察の欠如、贈収賄、偏見、無関心や無神経さ、個人的権力への衝動などによつて³⁶。特にフラーは、法に対する忠実性と法解釈との間に扱いにくい微妙な関係があることを強調している。こうした側面を拾っていくならば、彼は決して、戯画化された形式主義者がなぞらえられるような、「機械的な」法適用イメージの支持者ではない³⁷。彼は、法に対する忠実性を単なる受動的な態度に切り詰めることを拒み、むしろこの忠実性の徹底のためには、解釈対象である法的規則の目的についての創造的な

洞察が事実上不可欠なることを説いているのである。こうした主張をおこなうとき、フラーはすでに形式主義の枠から足を踏み出しているのではないだろうか³⁸。

二 だとすれば、フラーを単純に形式主義者として片づけてしまうことにはいくつもの留保が必要なのではないだろうか。『法の道徳』での論述をみるかぎり、彼は、一方の手で平板で常識的な概念解釈を差し出しておきながら、もう一方の手でそれを引っ込めようとしているようにさえ見える。彼が解明した合法性の諸条件は、実践上の困難を伴っているだけでなく、論理的な矛盾を包含しかねず、自己反駁的でさえありうるのである。したがって、フラー自身認めるとおり、合法性の条件をすべて完全に満たした理想郷を目標にするのは適切なことではない。法の内在道徳としての合法性原理は、最低限の社会秩序を形成・維持する条件としての「義務の道徳(morality of duty)」というよりも、より善なる秩序の完成を志向する「大望の道徳(morality of aspiration)」としての側面を色濃くもっており、その実現は「被信託者としての才覚(sense of trusteeship)と職人の自尊心(Pride of the craftsman)と」を要する、決して容易とはいえない事業(enterprise)なのである³⁹。

これらの困難が、多くの場合難事案の発生と深くかわり合っていることについてはもはや多言を要しないだろう。だとすれば、困難の核心は、フラーが規則中心主義的な態度を維持しながら合法性原理の概念分析を押し進めようとしたことから生じているのではないだろうか。法を、明文化された実定的規則としてとらえると同時に、合法性原理の諸要請に服せしめようとするれば、右にみたような

困難を避けることは難しい。実定法の体系をどれだけ入念に整備したとしても、法的規則の意味の不明確さやその欠缺・抵触の解決をめぐる争い（難事案）をあらかじめ排除してしまうことはできないだろう。明文化された規則のみを法とする見方を採り続けながら、法の支配を実践に移すことは不可能なのである。

三 この難問に、ハイエクはもう少し自覚的に取り組んでいた。彼の法の支配理解の全体像をつかもうとすれば、私たちは、単純な形式主義の枠内にとどまっていることができなくなるだろう⁷⁰。ハイエクにとって、法の支配は、もはや単なる「法律にもとづく統治」ではない。彼は、明文化された実定的な規則のみを法とする見方を拒否し、個別具体的な判決や命令、立法も法の範疇から除外した。この立場からみて「法」の名に値するのは、立法による明文化(articulation)の手続以前からすでに存在しており⁷¹、正義にかなった行為の規則(the rules of just conduct)として普遍的に適用可能な、一般的で抽象的な規則——つまり、いわゆる慣習的なノモスの法だけなのである⁷²。法の支配は、あらゆる公的機関による強制力の行使をこの原理の下におくことを要求しており、立法活動がその例外となることは許されない⁷³。また、裁判官は個別の事例（容易な事案(easy case)であれ難事案であれ）を前にして、明文化された法の「字句(letters)」からの形式論理的な演繹ではなくその「精神(spirit)」——背景に存在する不文の法——に従うことになる⁷⁴。そのような裁定がなお受容可能で客観性を失わないのは、根拠となった法が明文化されていないにもかかわらず、正しい行為についての默契的な

慣習としてすでに公に知られており、裁判官はそれをあらためて「発見」したにすぎないからである⁷⁵。逆にいえば、立法はよくても「法」の不完全な反映、便宜的な手がかりとしての標識のようなものでしかなく、定立された法的規則が法の支配にかなった法実践に根拠をあたえているわけではない。つまり、法の支配にとって、前もって確立してある公的規則の存在、明文化と公布はかならずしも本質的な問題ではないのである⁷⁶。付言しておくなら、ハイエクによるこうした形式主義批判が標的として念頭においているのは、ケルゼン流の法実証主義である⁷⁷。彼にとって、法を「主権者の命令」に還元してしまうような法理解は、合理的な社会秩序の計画・設計を是認する「構成主義的合理主義(constructivist rationalism)」の一形態なのであり、むしろ「法」に敵対する思考習慣として放棄されるべきだったのである。

こうしてハイエクは、「前もって確立してある規則」の範疇を、実定法から共同体全体に実践的に共有されている自然的な秩序⁷⁸へと拡大することによって、フラーの困惑を解消してしまったかのようにみえる。遡及的法や「創造的」法解釈の必要性といった一見法の支配に対する脅威とみえた事柄は、ハイエクの目からみれば決してそのような危機を示すものではなく、法の支配原理の枠内で矛盾なく説明のつくことなのである。

四 しかし、これが本当に「解決」になるのだろうか。むしろ、このような焦点の移動は、法の支配の企てをさらに疑わしい場所へと押し出しているだけなのではないだろうか。なぜなら、完全に明

文化されることのありえない、共同体内で暗黙裡に共有されている規範的確信を妥当性の根拠とする
ことよって、法の支配が指示する「合法的」な判断・決定は、定義上、現実のなかでは決して到達
できない、無限の彼方へと遠ざけられてしまうからである。「法の支配とは、法律上の規則(a rule of the
law)ではなく、法律がどのようなものであるべきかについての規則(a rule concerning what the law ought
to be)であり、ある超法的な教説、政治的理想なのである。それが効果をもつのは、立法者がそれに
拘束されていることを感じている場合だけにかぎられるであろう。民主主義の下でこのことが意味す
るのは、それが共同体の道徳的伝統の一部分を構成するとともに、大多数の間で共有され、確信をも
つて受け入れられている共通の理想の一部分を形づくっているでなければ、法の支配は普及しない
だろう、ということである」⁷⁴。ハイエクによるこのような発言は、彼の考える法の支配が決して安
定した固い地盤の上に立っているわけではないことを、彼自身が自覚している証拠でもある。

こうしてここでも、法の支配は、「すぐそばまで接近することは望めても、完全な実現は不可能な
理想」⁷⁵とされてしまう。ハイエクの関心は、そのような実現のうたがわしい観念がそれでもなぜ政
治的理想として広く共有されるべきなのか、つまり法の支配にはどのような価値が賭けられているの
か、という方向へと深められてゆくことになった。だが、法の支配がその完全な達成を常に阻まれて
いる、とはどういうことなのか。その内実をあきらかにするために、私たちはこの点をさらに掘り下
げてみる必要がある。その意味でも、リベラルな形式主義者の見解に対する不当な単純化を避け、彼
ら／彼女らの諸言説がこうした障害に対する自覚(あるいは危機感)を背負いながら展開されていた

という事実をこそ、私たちは、ここではっきりと確認しておく必要があるのである。

【形式主義に対する根本的懐疑】

拡張主義的理解は、最初から形式主義的理解の抱える欠点を意識的に対象化し、その克服をめざす
なかで形成されてきた。ドウオーキンの見解は、その典型といえるだろう。彼は、裁判官による法解
釈過程の分析に取り組むことで、彼のいう「ルールブック的理解」の欠陥をあきらかにしようとした
のである⁷⁶。それによるとこの立場は、難事案においても裁判官に明文化された法的規則以外の規範
への依拠を禁じているのだが、この要求は厳密に言えば実行不可能であり、また可能であったとして
も規範的にみて受け入れることのできる考えではないのである。

一 まず、ルールブック的理解は「すべての市民に利用できる公的なルールブックのなかで明示的
に定立された規則に合致する形でしか、国家は個々の市民に対し権力を行使すべきではない」ことを
主張する結果、難事案を前にした裁判官は、裁定そのものを拒否するか、ルールブックが「本当に」
意味していることを読みとることで判断を得るほかない。後者の場合、「立法者」の意図を事実問題
として再現することよって、裁判官はみずからの私的な政治的・道徳的見解を混入させることなく、
中立的な結論を得ることができるとされるのである⁷⁷。しかしながら、ドウオーキンによれば、
この試みはかならず失敗に終わるか、自己欺瞞に陥ってしまう。難事案における立法者の意図の再現

には、意味論的問題(semantic problem)としてみる方法、集団心理学的問題(group-psychological problem)としてみる方法、反事実的問題(counterfactual problem)としてみる方法があるとされるが、どれをとってもみずから標榜するような帰結を導き出してくることはできない。ルールブック的理解は、立法者の意図の尊重こそが民主主義の理念にかなうものだとする確信を背景に、難事案における裁判官の「政治的」裁決を抑制し、立法者の意図の再現に依拠すべきことを主張する。しかしながらこの三つの戦略は、この確信に沿った帰結を導くことができないのである。

立法者の「真の意図」を確定するために、不確定な語の類似の文脈における日常的用法に依拠しようとする意味論的なアプローチと、立法者集団が起草時に抱いていた信念や思考、おかれていた状況などの考慮に依拠しようとする集団心理学的なアプローチとは、ともに、事実そのものが存在しないような場合には無力であるか、結局のところ存在すべき意図についての規範的判断に頼らざるをえない。また反事実的アプローチは、実際には立法者の念頭になかった事柄を、もしそれが考慮されていたらどのような意図が形成されていただろうか、という形で構成しようとするため、このような欠陥を免れてはいる。しかしながらこの解決法もまた、問題を確定させる決め手を見いだせないか、見いだせたとしても実際には政治的見解としての意味づけをまぬがれないだろう。反事実的解決もまた、立法者の真意を歴史的事実として再現することには成功しないのである。

こうしてドウオーキンは法の支配についてのルールブック的理解を退け、権利志向的理解の優位性を導いてみせる。先に述べたとおり、後者にもとづく「政治的」裁判官の方が、権利の平等な配分についてのありべき政治的教説を整合的かつ一貫した形で組み立てることで、難事案においても恣意的な裁量に頼ることなく判断を下すことができるだろう。ルールブックすなわち明文化された制定法の体系は、あくまでも(拡張主義的な)法の支配を制度的に保障しようとする共同体的な試みの、不完全な表象にすぎないのである⁸⁴。共同体の成員を各々対等者として扱い、実質的な平等性を確立・維持することを通じて法の純一性を再構築していくこと、この営みを継続することによってはじめて、法的規則への服従が(次善の策として)正当化される。先に筆者は、リベラルな形式主義的理解の焦点的価値が法実践の安定性と公正性の確保にあることを指摘したが⁸⁵、この文脈でいうならば、ドウオーキンのねらいは公正さの方に優先的な価値をあたえ、この価値の実現を徹底させるべく法理解と法実践を編成しなおすことであつたのである⁸⁶。

二 さて、以上のような形式主義批判は、その規則中心主義的な態度に対する根本的な疑念に支えられている。このうたがいの根は、決して浅いものではない。ドウオーキンの場合にせよセルズニツクの場合にせよ、私たちはそこに実定的な法体系、特に規則化された制定法だけに準拠して法を運用していくことの技術的な可能性と規範的な望ましさを両方に対する批判的観点を確保しておこうとする動機づけがはたらいっていることを、認めることができるだろう。この疑念は、次章にみるようにアメリカのリアリズム法学の伝統に根ざし、近年のCLSによるよりラディカルな形式主義批判にまで連なるひとつの流れの源流でもあるのである。法の支配についてのリベラルな形式主義的構想が安定

性と公正性というふたつの価値を同時に志向するものであることについては前節で述べたが、拡張主義的な構想は、後者の側面、法的な諸実践とその帰結の道徳的正当化により強い関心を示してきたのではないだろうか。つまりこの構想は、公正性というより道徳的含意の強い価値の方に大きく重心を傾けることで、規則に対する盲目的な服従から離れ、これを相対化してとらえる視点を法実践の内部に見いだすことをめざしていたのである。

ドウオーキンやセルズニツクによる形式主義的な法の支配の構想の克服の試みは、法的な実践とその帰結の道徳的正当性に対する強い関心から、個々の法的な事例に対するより個別主義的な対処を要求しているようにみえる。ある意味で、これは今日のリベラルな法理論の重要な一傾向を象徴するところだといっているであろう³³。今日、多くの法理論が法の支配に関する形式主義的な理解の限界を認め、これを拡張主義的な構想に包摂してしまうことで、法の支配についての整合的で安定的な理解を確立したと信じているようにみえる。しかし、法の支配をあくまでも現実の法実践に対する指導理念として受け取るかぎり、私たちは、このこのふたつの構想の間にある対立を解決ずみの問題として簡単に片付けてしまふべきではないのだろうか。

【葛藤の真正さ】

一 これまで何度かふれてきたように、法の支配のリベラルな形式主義的構想がリベラル・リーガリズムの根本的な教説として支持されるべきではないのか、そこには安定性と公正性というふたつの価値への動機づけがはたらいっている。他方、拡張主義的構想は、形式主義が法に対して規則中心主義的な態度を保っているかぎり公正性の実現には許容できないほど強い制約を課してしまうのではないか、といううたがいを突きつけ、公正性のより実質的な実現——形式的正義をより実質的な「対等者としての取扱い」原理と結びつけて追求すること——をめざそうとする。たしかに安定性という価値は、予測可能性の保護と自由の保障というより重要な価値との結びつきを強調しながら、既存秩序の同一性を維持するルーティン的な法実践の裏づけをあたえているようにみえる。しかしその本質的な保守性ゆえに、この価値への過度の専心は、硬直的で融通のきかない官僚主義や頑固な教条主義的態度を黙認する悪しきリーガリズムに転落しかねないのではないか。法の支配が社会秩序の安定性のみを志向する概念であったとすれば、たいした魅力もないかわりにいかなる論争の種をも含まない、静的で整然とした概念であることができたろう。しかし実際には、もうひとつの価値——公正性——への動機づけを同時に含むことによつて、この概念は、内側に強い緊張を抱えることになったのである。

なぜなら、安定性の概念が法体系の自足的で独立的なありかたを強く支持するのに対し、公正性の概念は、時にそのような閉鎖性の解除を要求することがあるからである。この価値を徹底して追求しようとするれば、既存の秩序に含まれる不整合、規則を構成する規範的・事実的な諸類型の恣意性、あるいは抽象的な規則の適用の不適切さが逐一正されねばならない。つまり、公正性の主張からは、より実質的な道徳的諸価値に照らし、「何が等しく、何が等しからざるものとして扱われるべきか」という有意性規準そのものの規範的な再検討が要求されうるのである。ドウオーキンが指摘したとおり、

平等な取り扱い原理だけをこの「対等者としての取り扱い」原理から切り離しておくことは、実際にもそう易しいことではない。この観点からすれば、ある法実践が完全に公正なものであることを主張するためには、それがいかなる恣意的な差別からも自由であることが証明されねばならないだろう。このような観点は、既成の法秩序を相対化し、これを批判したり基礎づけたりする超越的な規範的視点を推論の現場に呼び入れるのであり、結果的に、形式主義的な理解と拡張主義的理解との連続性をあらわにすることになるのである⁸⁰。逆に、形式主義を安定性の方に引き寄せて理解すれば、法の支配と形式的正義は、看板どおり実質的正義とは断絶された純粹に「形式的」な理念としてうけとられることになるだろう。

二　しかしながら、このように考えるかぎり、法の支配を拡張主義的に理解しさえすれば、ここでいうジレンマなどとるに足りないものとして片付けてしまえるようにみえるかもしれない。形式主義的理解は、拡張主義的理解のなかに発展的に解消されてしまい、もはや深刻な葛藤など存在しないと考えてもよいのではないだろうか。

法と道德との関係を必然的なものとみなすのであれば、この問いに然りと答えてもよいかもしれない。しかし、法に対して現実実現に道德的・政治的正当性を十全に付与するためには、私たちは法実践の主体——裁判官であれ官僚であれ——に対して、非現実的なほど過剰な負担を負わせねばならないのである。ドウオーキンの用いる寓話、哲人裁判官ヘラクレスの物語がそのよい例だろう。ドウオ

ーキンは、彼の考える理想的な法的決定がどのようなものであるかをわかりやすく描写するために、ヘラクレスに無限の推論能力と法的知識、そして無限の時間をあたえている⁸¹。この仮定とそこから導かれる結論とを、非現実的だからという理由で拒否するのは的外れであるだろう。ドウオーキン自身そのことは十分承知の上、理想的・理念的な推論のモデルを示すための装置として、この寓話を利用しているにすぎない⁸²。むしろ彼のたとえ話から読者が読みとらねばならないのは、この想定があくまでも道德的にも正当な裁定を得るための理想化された推論の一例でしかないということである。逆にいえば、そのような理想的条件が揃わないかぎり、私たちは真に正当な裁定を得ることができないのである。

たしかに、もしみずからの正当性主張を放棄してしまえば、法は、致命的な概念上の矛盾を犯すことになるのかもしれない¹⁶。しかし、そのことと、現実の法の作用が実際に正当なものでありうる可能性とは、別の問題である。現実の法実践・法実務に従事する者にとって、決定資源の不足（または過剰）や十分な道德的推論を展開する能力や時間の欠如は、当然のことであり、またこの制約のありかたは個々の行為当事者や個々の事例とその状況に応じてさまざまに異なっているにちがいない。この現実原則を正当に見積もるならば、ヘラクレスの判断に私たちが到達するのはむしろ偶然の問題であり、公的機関による法的判断がほとんどの場合、少なくとも部分的にはこれを裏切らねばならないことを、私たちは自覚しておくべきなのである²⁰。

三 ヘラクレスの定義そのもの、その知識・能力と時間の無限性こそ、私たちにとっては決して得ることのできないものであり、拡張主義的な法の支配の真の実現を疑わせる要因となっている。目前の事例の個別具体性をそこなうことなく判断に汲み入れる——すなわち道徳的に最も正当な仕方での有意性を評価する——ことで最も公正な法的判断を求めること、この要請を徹底させようとするれば、あらゆる意思決定が多少なりとも直面せざるをえない現実原則、現実の個人の合理的な推論能力の限界を無視することになりかねない⁵⁰。法を、実質的な公正性の観点だけに従って運用していかうとすることは、人間の抱えるさまざまな有限性を視野のなかから排除してしまうことにもつながるのである。

こうして私たちは、法実践の技術的な実行可能性という理由から、つまり実質的な道徳的理由の考慮とは別の経路から、形式主義的な法の支配を支持し、恣意性を残した成文の規則に頼るべき必要性を認識するにいたるのである。現実の複雑さに由来する推論上の負担を取り扱い可能な水準にまで引き下げ、推論の質を極端に損なうことなく維持してゆくためには、おそらく、手がかりとしての類型化を省いてしまうことはできない⁵¹。セルズニツクが、形式主義的な法の支配の概念解釈をルーティン的な法実践・法実務のための原理としたことの意味は、ここにあるといえるだろう。この観点は、本質的に包括的な正当性への関心を欠落させてはいるが、正当性の追求を現実に行き届かせるものにするためには欠くことのできない推定的な足場——実効的かつ安定した法実践を可能にする枠——を提示しているのである⁵²。ルーティン的な法実践は、普遍主義的な正統性を追求しようとする者の観点

からみれば常に不完全であり、恣意的な排除や暴力的な抑圧の可能性をどこかに残している。その是正のためにこそ、形式主義的な概念解釈が依拠する規則を相対化し、その不備を指摘・批判する必要が生じてくるのである。

四 こうして、法の支配の企てが内在させている葛藤は、真正のものとなる。法の支配の観念をめぐるリベラルな法理論の探求は、それについての形式主義的な理解と拡張主義的な理解との分裂を生みだした。後者が前者を包摂し、対立は解消される、という拡張主義の見通しは、かならずしも成功しているとはいえないのではないだろうか。むしろ両者は、相互に補いあいながら循環的な関係を続けていくほかにないように見える。みずからの法実践が法の支配に合致していることを主張しようとする者は誰しも、それが規則にのっとったものであることを示せなければならないが、それと同時に、依拠した規則および自分がそこから導いた解釈の正当性が批判に対してつねに開かれたものであることを認めねばならないのである。この意味で法の支配は、そのなかに法的規則への形式主義的な忠誠と、それを批判的に相対化する反リベラルな視点とを交互に織り込むことではじめて破綻をまぬがれる、きわめて不安定な営みだということができるかもしれない⁵³。本章がここまでが提案しようとしてきたのは、リベラルな法理論の内部にしてすでに、個々の論者には意識されていないにもかかわらず、そのような相反する二つのモチーフが交錯しあう場として、法の支配の観念が実際に構想されてきたことを、示すことにあるのである。

第II章 より根底的な懐疑と信憑の立てなおしの試み

1. C L S の疑念

第I章にみたような法の支配の観念に内在する葛藤——リベラル・リーガリズムにコミットする論者間に尽きることのない言説と論争の源泉をあたえる問題性——そのものにはつきりと照準をあわせ、その深刻さと真正さを強調することでリベラル・リーガリズムの致命的な行き詰まりと破綻を主張してきたのが、ほかでもないC L S の運動である。ここにいたってはじめて私たちは、法の支配の観念のゆらぎがリベラルな統治体制の根幹を大きく動揺させる問題性の核心ともなりうるのだという認識を開かれることになったのではないだろうか。そして私見では、C L S の懐疑を通じて私たちは、法の支配の意味内容や価値をめぐる論争を足がかりにして、その延長線上にその可能性と条件そのものに対する問いが見いだされうることを、認めることができるのである。そこで本章では、C L S の批判が法の支配の観念に対して突きつけた根本的な懐疑と、それへのリベラル・リーガリズムの側からの応答を概観し、その応酬のなかからいくつかの論点を取り出してみることにしたい。

【CLS運動の概要】

一 よく知られているとおり、CLS運動は主に一九七〇年代後半から八十年代を通じて、アメリカの主流派法理論・法実務に対する最大かつ最も急進的な批判勢力を形成してきた¹⁰¹。その思想的背景は決して一様ではなく、したがってその主張内容にも多岐にわたる変奏が見受けられるが、しばしば指摘されるところによると、そのなかには二〇世紀初頭に形式主義的な法律学に異を唱えてアメリカの法理論に強い影響をあたえたリアリズム法学の伝統¹⁰²、ユルゲン・ハバーマスのドイツのフランクフルト学派からの影響を含む新左翼思想とその社会理論、そして後期ウイトゲンシュタインの言語哲学からリチャード・ローティらによって先導されたネオ・プラグマティズム、あるいはフランスのポスト構造主義や脱構築的文芸批評までも含む現代のさまざまな言語理論・テクスト解釈の理論などの混在が認められるという¹⁰³。その主張や手法の多様性は、これらの理論的先行者の批判的な吸収・修正の多様性に対応する形で生じてきているのである。

だが概していうならば、その懐疑と批判の矛先は、おしなべてリベラル・リーガリズムと法の支配の観念に向けられてきたといえるだろう¹⁰⁴。CLSの力説するところによると、リベラリズムが統治制度の基本理念として掲げる法の支配の実行可能性や実在性、規範性に向けられた肯定的信念は、どれもすべて楽観的な幻想にすぎない。法的な言説・実践が政治・道徳といった規範的な言説・実践と絶縁された仕方での独自の合理性と客観性をそなえうる、などと考えるのは根本的にまちがっており、法とはまさに政治そのものなのである。リベラル・リーガリズムは理論と実践の両面で深刻な矛盾を

抱えつつも、これまでこのことを理論的な粉飾と操作とによって隠蔽してきたのであり、彼ら／彼女らの真に批判的な視点¹⁰⁵から厳密に吟味するならば、いずれの非整合性・非合理性も明白なのである。

二 このような洞察から、伝統的で主流派をなすリベラルな法理論と法実践・法実務、あるいはその法学教育は偽りの客観性と中立性の影でみずからの道徳的・政治的見解を根拠なく特権化している、という非難が導かれるのは不自然なことではない¹⁰⁶。つまり、リベラル・リーガリズムは、対立しあう多様な諸価値に関する中立性と寛容性とを独占的に主張し、その社会編成の必然性・不可避性を十分な根拠を示すことなく力説することによって、結果的にはそれとは両立しない代替的な生のありかたや社会秩序の構想が追求・試行される可能性をひそかに抑圧し、封じ込めてしまっている、というのである。この意味でCLSの主張は、リベラルな法理論と法実践・法実務の潜在的・顕在的な抑圧的機能に対する深いうたがいとその告発というモチーフをつねに内在させているとっていいだろう。彼らの運動が、リベラリズムの教義そのものに対する、そしてとりわけリベラル・リーガリズムに対する全面的・包括的な異議申し立てと目されるゆえんである¹⁰⁷。

今日、CLSという呼称をみずからの立場をあらわすものとしてとして用いる論者は減少しつつあり、リベラルな法理論に対する包括的な批判の運動は、広くみればポストモダン的な法思想¹⁰⁸のなかへと批判的に摂取・回収され、あるいはリベラルな法制度全般に対する一般的・包括的な批判を控え、より個別的な主題に焦点を絞ったものへ――フェミニスト的視点から既存の法理論と法実践の男性中

心主義的な偏向を告発するものや、同様に多文化主義的な視点から人種主義的な偏向を告発するものなどへと¹⁰⁵——分岐・分散しつつある。さらに他方では、後述するとおり、とりわけ法の不確定性の議論をはじめとする、その主張の一部は、いくぶん稀釈されながらもリベラル・リーガリズム内在的な法理論の論争のなかへととりこまれ、共通の議論の土台を形成しつつある。つまりそのかぎりでは、拡散と部分的な相互浸透が現在の一般的な傾向だといえるかもしれない。ともあれ以下では、CLSによる批判的言説の核心を、あらためて不確定性テーゼと抑圧テーゼというふたつの柱に即して整理しなおしてみることしよう。

【不確定性テーゼのふたつの主張】

一 CLSの批判活動にとつて最も有力な理論的支柱となつたのは、いうまでもなく「法の不確定性(indeterminacy of law/legal indeterminacy)」の主張である。その述べるところによると、法はいかなる意味でも個別具体的な意思決定に対する制約・嚮導とはなりえない。法に従つた意思決定が、場当たりので恣意的・主観的な道徳的・政治的決断とは次元を異にし、法独自の客観性と合理性をそなえる、という信念は、実践的には破綻せざるをえず、理論的にも信じるに足る根拠をもたないのである。この主張は多くの場合、後期ウイトゲンシュタインの言語哲学からローティによるネオ・プラグマティズムと急進的な反基礎づけ主義にいたる英米の哲学的思潮、あるいは大陸系の現代思想、特にポスト構造主義以降の脱構築的な文芸批評の影響の下に胚胎した、言語と言語表現の意味の根底的な

不確定性、あるいはテキスト解釈の視点依存性と多数性の主張などをめぐる洞察に多くを負っているといえるだろう。

たとえばジェイムズ・ボイルは次のように主張している。「言語の内側に特定の結論を強いるようなものは何もない。どんな事例であろうと、裁判官はきわめて広い範囲の決定を下すことができただろうし、それは法的推論の規律に即していえば形式的に正しいものなのである」¹⁰⁶。こうして、法の支配の支柱とでもいうべき法的推論・議論の客観性・合理性と道徳的・政治的推論・議論の主観性・恣意性という対項、およびこの図式に基づく法体系の自律性と公的・私的な権力の濫用に対する抑制の可能性の主張は全面的にくつがえされ、否定される。CLSの観点からすれば、自分たちが「人の支配」を完全に排除して「法の支配」を実現していると固く信じるリベラル・リーガリズムの支持者たちは、みずから演じるロマンティックなドラマを現実と勘違いしているにすぎないのである¹⁰⁷。

二 この不確定性テーゼ(indeterminacy thesis)は、その支持者からも批判者からも、しばしば単一の主張であるかのように扱われている——たしかにそれはテキスト理解に関する一種の反本質主義的主張としてひとまとめに理解できないわけではないのだが——が、以下での論点をより明瞭に把握しておくためには、私たちはここに、少なくとも二つの独立した主張、下位テーゼの存在をみてとるべきだろう¹⁰⁸。

ひとつは、いわば法的な規則の不確定性とも呼ばれるべき観念であり、これはリアリズム法学の

遺産としての規則懐疑主義(rule-skepticism)と形式主義批判をうけつぎ、あるいは現代の言語哲学・文芸批評理論の成果にその足場をおく¹⁰⁹。その主張するところによると、言語によって定式化された規則、法テキストは、みずからの個別具体的な適用を確定させることができず、そのため私たちは規則の遵守とそれへの違背との間に恣意的でない仕方境界線を引くことができない。実定法その他の法的規則の水準で生じた言葉のあいまいさや法的規則の欠缺、複数の規則間の競合(抵触)、帰結の不適切さといった諸問題は、推論の次元を所与の規則の水準に限定・固定するかぎり、絶対に解決することができないのである。したがって、裁判官をはじめとするあらゆる法的判断の主体は、適用可能な規則だけを決定の指針としながら特定の帰結を確定させることはできないだろう。このことから、通常、広く形式主義の名で呼ばれる、道徳的・政治的推論とは明瞭に一線を画した自立的な法的推論の遂行、という企ては、原理的にその可能性を否定されざるをえない。この広義の形式主義的な法的思考について、本稿では、「社会生活の基本条件に関する無制限の争論や、イデオロギー的、哲学的ないし展望的と呼ばれる争論とははっきり区別されるものとしての法的正当化に肯定的に関与し、かつ、それゆえその可能性を信じること」というロベルト・アングアの定義を念頭におき、推論の形式的な論理性よりも広くこの概念をとらえることにする¹¹⁰。この意味で、規則が不確定である以上、法的推論は、インフォーマルな価値判断に訴えることなく結論に到達することなどできないのである。

三 もちろん前章でみたように、法の支配の擁護者は、拡張主義的な戦略を採用することで、こう

したインフォーマルな価値判断にも一定の法内在的な制約を期待しうるのであり、法的推論の(したがって法の)自律性を疑う必要はないのだ、と反論するかもしれない。しかし、CLSはこの考えにも異を唱える。たとえばアングアは、形式主義と並びベラル・リーガリズムの基本的想定に、ある種の客観主義——既存の権威的な法素材(法律や判例、その他原理・政策などの受容された法観念)それ自体が擁護可能な道徳的秩序を体现し、かつこれを支えている、という信念——があることを指摘し、これにも説得的な根拠が欠けていると論じる¹¹¹。これが不確定性テーゼの第二の論点としての法体系の不確定性——あるいは法の客観性の否定、「唯一の正しい解答(uniqely/single right answer)」の可能性——というもうひとつの下位テーゼである。

それによると、部分的にであれ規則の不確定性を認めるリベラル・リーガリズムも、この不確定性をおぎない、法的な意思決定に確定性と正当性を付与する合理的・客観的な法教義(legal doctrine)が法体系のなかに存在しうる、と信じているが、そこには、単純だが根の深い誤解か、そうでなければ悪質な自己欺瞞がはたらいている。実のところ、そういった諸々の法教義は、しばしばそれ自体矛盾しあう主導原理(dominant principles)とそれと排他的に競合しあう対抗原理(counter principles)によって引き裂かれているか、それ自身の不確定性を脱することができないだろう¹¹²。さらに、これらを基礎づけるための政治・道徳哲学上の試みもまた、道徳・政治思想としてのリベリズムが抱える「根本的な矛盾(fundamental contradiction)」を避けることができず、結局のところ独断的な自然法的構造の観念に依存するか、循環論法に陥ってしまったのである¹¹³。

四 こうした見解の背景にはしばしば、あらゆる道徳的・政治的な評価や判断が頼ることのできる普遍的・客観的で合理的な知的基盤の存在を否定し、あらゆる論争を非歴史的で形而上学的な（したがって非文脈的な）真理や正しさの観念によって決着させることを拒否する反基礎づけ主義、急進的な規約主義、「解釈的転回(interpretive turn)」以降の哲学的潮流の影響を認めることができる¹¹⁴。またあるいは、あたえられたテキストを「解釈」という行為を、所与のテキストの総体から唯一本質的な意味を読み手が受動的に再現する、という理解から、あらゆる解釈は解釈者の能動的なはたらきかけを通じてはじめて創造されるものだ、という見方へと転換しようとするネオ・プラグマティズム的な文芸批評の見解も、それを背後から支えている力になってみるとみることができよう¹¹⁵。

これらの観点からすれば、私たちのものの見方を究極的に支えているものは決していわゆる「知識」ではなく、むしろ確信とコミットメントなのである。つまり、リベラル・リーガリズムは、特定の主観的・恣意的な価値選択を基盤においているからではなく、そうした選択的コミットメントを、避けて通ることのできない普遍の真理であるかのように粉飾しているからこそ、その欺瞞性を非難されねばならない¹¹⁶。CLSの論者はこれとは反対に、あらゆる秩序の固定性・最終性をうたがい、むしろそれを不断の道徳的吟味や政治的闘争といった流動的なプロセスのなかに投げ返し、その本質的な偶有性と暫定性とを自覚しなおすべきだ、とくりかえし主張してきたのである。

【抑圧テーゼ】

一 こうしてCLSは、法の支配の要件が手続的にも実体的にも満たされていないこと、そしてこの先も満たされる見込みのないことを力説し、リベラルな政治理論と法理論が幻想を現実と云いくるめることで人々に恣意的な社会秩序への服従を強いているとして非難する。現代のリベラルな社会には社会・経済的な階級支配や利害対立、根拠のない差別が厳然と存在しているにもかかわらず、支配的な法的言説・法意識・法文化は法の支配という（実際には机上の空論でしかない）理想を掲げることとでこの現状を隠蔽し、既存の社会編成を合理的で正義にかなったものとみなすどころか、必然的で自然なものだとさえ主張しようとしているのである¹¹⁷。

CLSは、不確定性テーゼを用いてこのようなりベラル・リーガリズムのコミットメントの破綻を指摘し、この指摘を通じて、支配的な法的言説や法実践・法実務がしばしば既存の社会的な支配・抑圧関係を反映し、その補強と絶対化のための道具として機能していることを暴露しようとしている¹¹⁸。そこで本稿では、これらの主張を「抑圧テーゼ(oppression thesis)」と呼ぶことにしよう。

二 CLSの考えでは、いかなる社会編成のありかた、あるいはそれを理解し運用していくためのいかなる解釈枠組み——法教義学上の教義・教説や正典的な解釈理論など——も、そこから踏み外すことの許されない、単一の自然な、あるいは必然的な秩序であるかのようにみなすことはできない。たしかに日常的に反復される類型的な活動や紛争とその解決には、ある種のパターン化された固定的な

構造がそなわっているようにみえるかもしれない。すなわち、民主主義をはじめとする政治的秩序や市場における交渉の枠となる経済的秩序その他の基本的な社会的秩序、そしてそれを支える諸々の法制度は、多少の変異はあるにせよ、基本的な点では大まかな構造的同一性を保ちながら私たちの暮らしに指針をあたえており、日常的な意味での「政治」——市民間の利害調整と基本的な公共財の分配をめぐる政策的な判断と選択の公共的過程——や「道徳」——私たち個々人の望ましい生のありかたや社会関係の取り結びかたに関する一般的な考慮——によって左右されることなく、むしろそこで安定した有効な実践の前提となる制度的な枠組みをなしている、と考えられている。しかしながら、それを人間社会のありかたを根本から規定する本質のようなものと考えする必要はない。まるでいかなる政治的な選択によっても動かすことのできない超越的な秩序でもあるかのようにこの枠組みを理解するとき、私たちは、暗黙のうちに保守的なイデオロギーによる既存の秩序の不当な非政治化・固定化、そしてそれに同意しない者への押しつけに荷担することになるのである。

たとえばダンカン・ケネディの分析¹¹⁰は、リベラルな私法秩序とその教義学が、規則志向的な観点からの理解と基準（原理・政策）志向的な観点からの理解との二通りの（互いに排他的な）理解に対して開かれていることをあかすみに出す。その述べるところによると、前者は中立性と一般性を標榜しながら暗黙のうちに個人主義の諸教義に結びつき、後者は参加と連帯、そして個別主義的な状況の尊重とに傾斜する利他主義の教義と密接に関連しており、現実の法実践・法実務の場面のなかでいずれの理解がとられるかは、実質的な価値判断、道具主義的な関心に導かれた選択でしかありえないのである。

ケネディによるとこれらふたつの観点は、伝統的な法文化、さらには私たちの自己と人間社会に関する理解と展望に内在するより深いところにある矛盾を象徴している。一九世紀から今日にいたる近代法理論の軌跡がくりかえし規則志向的観点と基準志向的観点との間で動揺してきたことからわかるとおり¹¹⁰、この葛藤は、個人の自由・自律へのコミットメントと社会秩序の協同的な構築の必要との間に生じる解きがたい、しかも避けることのむずかしい価値対立のあらわれなのである¹¹¹。

三 法の不確定性の自覚がもたらしたこのような洞察は、リベラルな権利の概念がリベラルな社会編成の仮定性・暫定性、あるいはそれが内在させている「根本的矛盾」を覆い隠す一種の虚偽意識として機能してしまっていることの指摘へと進む¹¹²。既存の法秩序、言説の型や法意識のありかたは、やむことのない利害対立・政治的闘争の場面から恣意的に切り取られた暫定的な休戦ラインとしての偶有性を、決してまぬがれることができないだろう。にもかかわらず、リベラル・リーガリズムの法的な言説と実践は、この暫定協定を制度的に囲い込むことでそれ以上の存在に仕立てあげ、「単なる力を権力へ、服従を義務へと」すり替えてしまっているのである¹¹³。

また、こうしたイデオロギー批判の展開は、法律家の専門知たる法的思考、さらにはそれを教え込む過程としての法学教育に対する強い非難にも結びつく。ケネディはいう。「ロー・スクールの」学生は、彼らが足を踏み入れつつある世界について明示的・黙示的に告げられたことを信じ、自分たち

と世界のありかたについて制度が述べた予言を実現するような仕方で行動する。これは、制度を完成させるフィード・バックである。つまり、学生はものごとをあるがままに受け入れる以上のことをおこない、イデオロギーは抵抗をにぶらせる以上のことをもたらさざらう。学生は彼らのために掘られた溝のなかで、溝をさらに深くし、全体に同意の装いを与え、各人の人生描写に共謀意識を織り込みつつ、それを肯定しながら行動するのである」^{124。}

四 たしかに、CLSが暴きだそうとするリベラル・リーガリズムの抑圧性は、むきだしの暴力という形ではあらわれにくい。それは、近代立憲主義国家が採用してきた統治制度と人権のリストとを神秘化し、広く私たちの法文化・法意識のなかに浸透することであつたがいを差し向けられる可能性そのものを縮小し、根本的な検討と批判から隔離しようとするところから生じている。したがつてこの抑圧作用は、価値の多様性に対する寛容という装いの下で進行する、既存の秩序・社会編成の押しつけとそれ以外の生のありかたの排除として機能することになるのである。

法は支配と服従の権力関係を覆い隠すと同時にこれを強化・固定化するための道具である、という見方は、時代と地域とにかかわりなく、既成の統治体制に対する最も一般的な批判として用いられ、広くその説得力を認められてきた。その意味で抑圧テーゼは、CLSの理論的主張への動機づけをあたえると同時に、これを反体制的イデオロギーの長い伝統のなかに結びつけているといえるだろう。なかでもとりわけ、CLSは（不確定性テーゼを徹底させることによつて）既存の法のありかたその

ものの抑圧性というよりも、本来ならば別様に——たとえばもつと共同性と連帯とを尊重するような仕方で——機能させることもできたはずの法運用を、リベラルなイデオロギーの枠内に閉じこめてしまふ法実践と法意識の様式の抑圧性に非難を加えてきたといえるだろう^{125。}

五 しかしながら、本稿の冒頭で指摘したような現代社会の文脈の特殊性をふまえて考えるならば、私たちはこれを単なる体制批判のイデオロギーとして片付けるわけにはいかないのではないだろうか。私のみるところ、抑圧テーゼは、従来の反権威主義的・反体制的なイデオロギーの伝統に根ざす一方で、現代の社会的分業の体系が本質的に抱える病弊の反映でもある。どんな言説上の裏づけがあたえられているにせよ、現に既存の社会秩序の不透明性や恣意性が強く意識されているところでは、かならずその正統性・正当性への懐疑のまなざしが育ちはじめるにちがいない。そして現在、私たちの社会は間違いなくそうした法の不透明性に侵されつつあるのである^{126。}

CLSはしばしばその批判の矛先を既存の法学・法実務のエリート主義的傾向や法学教育の保守的偏向にさし向けてきたが、私はここに、いくぶん誇張されているにせよ、単なるイデオロギー論争には還元できない、社会学的な病弊、専門家と素人との間の相互理解の欠落と法の権威の空洞化という事態をみることができると考えている。法の自律性が法律家の専門性だけによつて維持され、しかもその内実が素人からはまったく不透明なままにおかれるかぎり、法は全面的な盲従の対象とされるか、さもなければ全面的に拒絶されるかのいずれかであるほかない。その意味で、分業と個人の自律のジレ

ンマがある閾値を越えて深まるときにはいつでも、抑圧テーゼは私たちの強い信憑を得る可能性をもつと考えた方がよいのではないだろうか。

2. 不確定性テーゼをどう理解するか¹²⁷

一 C L S のリベラル・リーガリズム批判に対しては、これまでに直接的な応答や反批判がいくつか示されてきた¹²⁸。特に、不確定性テーゼについては、いわゆる「主流派」の法理論の内部でもすでにその問題性が認知されていたこともあり¹²⁹、比較的詳細にわたる検討が加えられてきたといえるだろう。規則基底的で形式主義的な法的実践の可能性と価値に対する疑念にうながされていたという側面からみれば、前章で私たちがたどった、法の支配の観念をめぐる形式主義的な理解から拡張主義的な理解への移行もまた、不確定性テーゼに対する間接的な応答のなかに含めることができるかもしれない。そのように視野を広くとるならば、リベラル・リーガリズムの内部で今日展開されている諸論考のうち、きわめて多くのもの——特に法律学方法論をめぐるさまざまな考察——をC L S の懐疑に對する何らかの応答として位置づけることができるのではないだろうか。この意味では、不確定性テーゼをめぐる論点に関するかぎり、C L S の懐疑はすでにリベラル・リーガリズムにとっても内在的

な問いなのである。思うに、法の不確定性をめぐる問題群は、イデオロギー性を脱色した技術的・理論的な扱いが容易であることから、比較的共通の関心になりやすい主題だったのかもしれない。ともかく、これまでのところ、このテーゼはリベラル・リーガリストの自己理解を動揺させる活断層とでもいうべき位置にあつて、法解釈の方法をめぐる論争を触発しつづけてきたのである。

二 そこで本節では、アンドリュウ・アルトマンの『批判法学——自由主義的批判——』をリベラル・リーガリズムの側からのC L S との生産的対話の試みのひとつとしてとりあげること¹³⁰にしたい。アルトマンの整理はC L S の込み入った主張に明瞭な見通しをあたえ、それになじみの薄い人にも接近を容易にしている点で有用である。だが後に述べるように、彼のC L S 理解はその焦点を不確定性テーゼに絞り込んでいる点で、そしてリベラル・リーガリズムがそれに対して一枚岩的な反論を展開できるかのように信じている点で、リベラル・リーガリズムによるC L S 理解とその限界のひとつの典型をなしているのである。

アルトマンによると、C L S の批判は、法の支配についてのリベラルな理解を焦点にして、三つの方向——理論的な不可能性、現実の自由主義国家における法実践上の矛盾、背景的な社会観ないし言語観の誤謬——から展開されている。また、彼はこの運動を均質なものとしてみておらず、特に比較的穏健な立場と急進的な立場との間に、法の支配の評価そのものにかかわる重大な見解の相違を認めている。これらの点が彼のC L S 理解を基本的に特徴づけているといえるだろう。以下で、彼の整理と

応答とを概観してみる。

【理論的な不可能性】

一 法の支配が理論上の矛盾に陥っているという第一の批判は、それが他のリベラルな政治的・道徳的原理と必然的に矛盾しあう、という見解に依拠している。特に、(形式主義的であつりベラルな)法の支配の要件であるふたつの要請、すなわち、法の確定性と法の価値中立性の要請との両立不可能性が標的になっているとみていいだろう。つまり、道徳的・宗教的・政治的な信念の多様性をその特徴とする社会では、法の支配を維持しようとするればかならず、リベラルな中立性の原理——人生の意味と価値にかかわる問題に対する国家の無関与の原則——を侵害してしまう、というのである。この主張は、先の不確定性テーゼのうち、「規則の」不確定性の主張にほぼ対応するものであるが、細かくみれば以下の三つの論点に分けることができると思われる。すなわち、

(1)道徳的・宗教的・政治的な多様性を抱える社会では、法的規則を制定するための中立的な過程などありえない。

(2)法的規則を解釈するための中立的過程も同様に存在しえない。

(3)法と政治の分離を制度化するには価値についての不偏の構想を必要とするが、そのようなものも存在しない¹³¹。

これらの論点はまず、穏健派の視点からは、立法および法解釈の過程に主観的な価値判断が介在せざるをえないことの根拠として用いられる。つまり、立法過程においては、たがいに対立しあう諸見解のなかからどれを法として汲み上げるべきかについて党派的な選択が避けられず、法解釈過程のなかでは、特定の法的規則が含意する複数の目的あるいは異なる規則同士の衝突を解決するために、解釈者の価値判断が不可欠になるとされるのである。他方、これらの論点は、そもそも規則に拘束された判断という発想自体が幻想にすぎず、法の支配は恣意的で場当たりの政治的判断を覆い隠す「神話」でしかない、という急進派の見解をも導く。こうした強い規則懐疑主義的視点からみれば、法は根底的な不確定性を決めているのがることができない。つまり、法の支配が要請する法の確定性——それは何よりも権力の濫用に対する抑制とその予測可能性とにとって本質的な要件である——は、本来無限にありうるはずの法解釈を、支配的な見解に沿うものだけを残してすべて抑圧してしまうことによつてはじめて成立できるのである。

二 こうした理論上の難点の指摘に対し、アルトマンは以下のように応じている。まず、アンガー流の穏健な主張については、それが善と正の区別を無視している点を指摘する。リベラリズムは善の諸構想の主観性を認め、それらに対する公平性・中立性を保とうとする一方で、正の問題に関するかぎり、客観的真理の概念を適用・強制することの正統性を否定してはいない。この境界線をどこに、

どのようにして設定するかについては、たしかにしばしば対立が生じてはいるものの、境界が現に存在すること、そしてそうした境界を設けることの重要性については、リベラリストはその見解を一致させているのである¹³²。

他方、急進派の規則懐疑主義については、第一にそれが依拠する言語理解の自己反駁性が指摘される。それによると、法的規則の根底的な不確定性を強調するこの見解は、ある独特の言語観に根ざしている。そこでは、いかなる言葉も固有の意味などそなえておらず、どんな意味内容をも盛り込める空虚な容器でしかないことが強調されるのだが、このような極端な言語の不確定性の主張は、自分たちの批判の実質的な内容までも空洞化させてしまいかねないのである。

【実践上の不整合と非一貫性】

一 第二の論点、法の支配の実践上の不整合・非一貫性の検討に移ることにしよう。アルトマンは、この点に関するCLSの主張を次のように整理する。

(1) パッチワーク・テーゼ(the patchwork thesis)

リベラルな国家で採用されている諸々の法教義は、たがいに両立不可能な倫理的見解に依拠した諸規範の寄せ集めでしかない。

(2) アヒル―ウサギ・テーゼ(the duck-rabbit thesis)

法教義は根本的に異なった仕方でも幾通りにも編成でき、複数の両立不可能な倫理的見解からどれを選ぶかによってその様式も変わってしまう。

(3) 切り詰めテーゼ(the truncation thesis)

法的規則を支える諸原理の効力は、それらが道德的権威を主張する事例すべてに対して首尾一貫する形では適用されてはならず、むしろそのごく一部分に切り詰められている¹³³。

先の「体系の」不確定性の主張は、これらの諸テーゼに対応していると考えられる（特にアヒル―ウサギ・テーゼとの対応関係が顕著だろう）。CLSは、こうした現状がリベラルな法の支配の要求する法教義の無矛盾性を侵犯していると主張するのである。これら三点についてのアルトマンの解答を前もって要約しておくならば、次のようにいえるだろう。すなわち、(1)パッチワーク・テーゼはたしかにリベラルな法理論と矛盾するが、CLSの文献はその存在を十分に証明していない。また、(2)アヒル―ウサギ・テーゼの指摘は事実を言い当てているがリベラルな法理論と矛盾するものではなく、完全に両立することができる。さらに、(3)切り詰めテーゼは健全な主張であり、リベラルな法理論とも何ら矛盾しない。以下で順にくわしく見てみよう。

二 パッチワーク・テーゼは、現代の自由主義国家で用いられている法教義全体を、単一の原理から導き出された一貫性ある体系として再構成することが不可能であることを主張する。その原理的な

裏づけをめぐれた再構成の試みには、複数の相容れない倫理的観点への依存をどうしても必要とするのである。アルトマンによると、一般にこの種の批判的分析は、ある教義に同時に含まれる支配的原理と対抗原理の特定↓論理的に相容れない二つの倫理的見解のモデルの提示↓支配的原理・対抗原理が各々のモデルに対応していることの主張↓支配的原理・対抗原理の論理的両立不可能性の主張、という手順を踏んで展開されるという¹²⁴。

アルトマンはこうした批判に依拠して、ドゥオーキンの見解に一部依拠しながら、これら二つの原理の論理的な両立不可能性の証明が不十分であることを指摘する。ある意味で、現代のような多元的社會を前提にするかぎり、法教義の内容が（時として両立不可能な）複数の倫理的見解からの影響にさらされるのは当然のことであり、これをもって直接パッチワーク・テーゼの論証とすることはできない。その戦略が成功するためには、原理と対抗原理の両方が、各々一方の倫理的見解のモデルからしか擁護できないこと——つまり相互の交差的擁護ないし第三の高次の倫理的モデルによる両者の包括的擁護が不可能であること——を証明する必要があるだろう。しかし、アルトマンのみるかぎり、今のところCLSはその論証に成功してはいないのである¹²⁵。

三 他方、アヒル—ウサギ・テーゼ¹²⁶と名づけられた第二の批判は、個々の法的規則のウエイトづけ——教義学上中核的な位置づけをあたえられる規則と周縁的な位置づけしかあたえられない規則との区別——に関する理解が、論理的にも経験的にも法外在的な文化的要因に左右されている、という点に着目する。この理解に従えば、私たちは、複数の視点の切り替えによって、法そのものを作り替えることなく、まったく相容れない仕方では法教義を構造化しなおすことができるだろう。たとえば今日の支配的な法文化は個人主義的な色彩を帯びているが、視点さえ切り替えれば中心と周縁を入れ替えるような構造転換が可能だとされるのである。先述のダンカン・ケネディの契約法の分析¹²⁷は、しばしばパッチワーク・テーゼの代表例としてとりあげられるものの、この点で、むしろこのアヒル—ウサギ・テーゼの主張とみた方が適切だろう。ケネディは、アメリカの契約法の教義構造が個人主義的な規則志向性と利他主義的な基準（原理・政策・目的）志向性とを混在させていることを指摘し、教義体系全体がいずれの観点からでも包括的に説明できること、しかもこの二種類の再構成がたがいに両立できないことを論じている。ここからみれば、法それ自体には何の客観的構造もそなわっておらず、個人主義と利他主義という対項関係は、いずれを教義構造の基盤とみなすべきかという選択をめぐる政治的・道徳的な争いとして理解できるのである。

アンガーはこれよりは穏健な立場から、よく似た主張を展開している¹²⁸。彼もまた契約法の教義構造を支配的原理から対抗原理への力点の移動——アンガーの場合、契約法の支配的原理とは個人主義的な契約自由の原理であり、対抗原理は共同体主義的な自由制約原理である——によって転換できると論じるのだが、法にいつさいの客観的構造を認めないという急進的立場にはかならずしも与していない。むしろアンガーは法の教義構造にも一定の客観性を認めつつ、同時に主観的要素が教義全体の構成を規定しうる、というやや折衷的な立場をとっているのである。彼の主張の要点は、支配的原理

と対抗原理の関係は政治的義務の内容をどう規定するかによって変容しうる、という点、および、教義的主張の柔軟性と法的事例の両義性に鑑みて法律家は対抗原理を契約法の中心に移動させることができる、という点にある。

しかしながらアルトマンはアングアのこの批判について、法と道德の連続性をややナイーブにとらえているという難点を別にすれば、実はリベラルな法の支配と完全に両立可能だと考えている。なぜなら、ある程度の安定性さえ期待できれば、リベリズムは契約法上の教義構造が完全に現行のままであればならないとまで主張しているわけではないからである。「リベラルな理論は、教義がどう構造化されるべきかについての見解が、他者に対して負うべき道德的・政治的義務の射程と強度についての信念次第で変わりうることを否定するわけではない。それが否定するのは、あらゆる道德的義務がすぎま法によって強制されねばならない、という見解である。しかしだからといって道德的義務と法的義務との間に何の関係を認めないというのでもない。それは、この関係をより複雑な相の下にみているだけなのである」¹³⁹。

四 最後に、法的規則を支える道德的・政治的諸原理の射程が、現実の法実務・法実践のなかでは本来のそれよりも狭く限定されていることを批判するのが切り詰めテーゼである。この主張によると、多元的な社会のなかでは、法的決定はイデオロギイ的・政治的争いの一過的・偶然的な帰結であるほかになく、そのため各々の原理の射程がつねに妥協・相殺させられている。したがって、特定の規則・

教義を支える倫理的原理は、どれひとつとして法の中で一貫性を保つことができず、それが権威を主張している法の領域全体をカバーできなくなっているのである。

たとえばアングアは党派的・利己的利益関心の対立の結果としての切り詰めに注目し、切り詰めがリベラルな法学と相容れないという見解をとる。このとき彼の主張の核心をなすのは、一方の倫理的立場から支持される原理が、相容れない立場からの対抗原理によってその適用範囲を狭められてしまふ、というものである。たとえば、「法の下での平等」条項にはふたつの原理——法の一般性とその形式的適用の要請と衡平・実質的平等への配慮の要請——が含意されているが、後者の主張は現在のアメリカの統治のなかで一貫性をもって実行されているとはいえない¹⁴⁰。実質的な平等は、それに依拠して権威的な決定が下されるべきではないような「疑わしい分類(the suspect classification)」に対する批判的吟味を通じて追求されるが、たとえば人種と性、経済的階級に関する諸範疇の法的な取り扱いを比較すると、その力点のおき方にきわめて恣意的な選択がはたらいっており、衡平原理が多くの場面で大きく狭められていると考えざるをえないのである。

アルトマンは、この種の強い首尾一貫性の要求がちょうどその裏返しに保守的な議論、法体系の原理的な整合性のために法の下での平等は形式主義的のみ理解すべきだ、という発想を支えることもできるのではないかとコメントした上で、切り詰めテーゼがリベラルな法の支配とかならずしも矛盾しないことをいくぶん折衷主義的な仕方論じている(この点で、アルトマンはドウオーキンの純一性概念に対して懐疑的な立場をとっている¹⁴¹)。いかに妥当な道德的原理であっても、それが無条件

かつ全面的に法的な保障をうけるべきだということにはならないはずである。切り詰めのない法を實現するためには、複数の社会集団のうちのひとつが一切の妥協や交渉に服することなくその規範的構想を法として規定しなければならぬ。しかし現実の党派的・利己的関心の多様性を軽視しないかぎり、多少の切り詰めは避けられないはずであり、むしろ実効的な法の支配の實現にとって必要な妥協だとさえいえるだろう¹²³。

【背景的な社会理解と言語論】

一 アルトマンは、こうしたCLSの不信と懐疑、批判的言辞の背景に、今世紀中葉に力をもった「規則によつて構造化された社会」という社会像への反動があると考えている。法が暴力的支配を隠蔽／助長するための道具にすぎないという理解は、そうした思想史的な文脈のなから生み出されてきたのである¹²⁴。「もし規則が行為を制約・嚮導できないのなら、法の支配はフィクションであるほかない。規則が操作のための道具にすぎないのなら、法的な規則が国家と他者から私たちを守つてくれるのだという頑ななその主張ゆえに、リベラルな法哲学は、裁判官や他の権力者による法操作の隠蔽への加担に対する責任をのがれられないだろう」¹²⁵。ここに認められるのはリアリスト的な法理解、特にその規則懐疑主義の純化された姿である¹²⁶。ただし、かならずしもすべてのCLSの論者が急進的な規則懐疑主義を支持しているわけではない。アルトマンによると、アンガーは急進的な規則懐疑主義と法の道具主義的理解を全面的には支持しておらず、しばしばその見解は法の支配と両立可能であるようにさえみえる。そしてまさにこの点をめぐって、CLSの穏健派と急進派とは袂を分かつて

いるのである。

二 アルトマンは、アンガーの論述を追いながら両者の分岐点を示してみせる¹²⁷。アンガーによると、近代の社会理論は、社会秩序を人為的な創造物としてとらえることをめがけながら展開されてきた。社会秩序の自然主義的な理解——社会秩序やヒエラルキー構造を、人為を越えた自然的な秩序として理解する思考習慣——の批判こそが、その出発点だったのである。しかしながら、前近代的な自然主義からの脱却はいまだ不十分である。近代の社会理論の多くは、アンガーが「深層構造の社会理論(the deep structure social theory)」と呼ぶ自然主義の残滓——何らかの固定的で自立的な枠組み・構造が客観的に存在しており、私たちの個々の行為を制約している、という考え——にとらわれており、この思いこみから脱却できなければ、社会秩序の人為性をほんとうに認めたことにはならない。アンガーは人間の文脈超越性という概念を用いてこの主張を補強しようとする。個人の主観的経験は、社会的・文化的・歴史的な文脈から制約されながらも無限の広がりをもっている。このことを考慮するならば、人間がその本性上、そうした文脈に依存的しつつも同時にそれを相対化し、これを変革していく能力をもつことはあきらかなのではないか。だとすれば、人間の社会的組織には何の自然的な制約も加わっていないと考えるべきであり、深層構造理論に依拠した「実行不可能な社会改革」などという発想や言説——そこには当然、諸権利の不可侵性を強調するリベラルな法理論も含まれる——もまた、誤

りだといわざるをえないのである。

アンガーはこのような立場から、自然主義を一掃した独自の社会理論（「スーパー理論」と称される）を展開する。そこでは、社会的現実はいくまでも諸個人間の利害対立と闘争の産物であり、その安定性も当事者が規則の基盤を自明視する間しか保たれることのない、暫定的なものとみなされるのである。他方、近年のアンガーは、脱自然主義的な社会像にふさわしい積極的な規範理論として「スーパーリズム」と「強化された民主主義(empowered democracy)」という考えを披瀝している¹⁴⁷。それによると、社会の基本構造を可能なかぎり民主的な決定過程に開かれたものにするために、リベラルな社会のなかで民主主義に加えられている厳しい制約、重要な政治問題に関する公共的な論争・熟慮に制約を加えるいかなる障壁をも解除せねばならない。ところがこの主張のなかで、アンガーは政治過程に対し、一定の制約を加える必要も認めているのである¹⁴⁸。アルトマンは、この点を突いてアンガーも結局のところ法の支配にきわめて親和的な発想に依存してしまっていることを指摘する¹⁴⁹。彼の執拗なりべラル・リーガリズム批判をいったん脇におくならば、その積極的な提言は、民主的な社会変革に比較的弱い制約しか加えず、社会秩序に仮説的な安定性だけをあたえるような、従来よりもさらに緩やかな法の支配の原則にコミットしている、とみなすこともできるのである¹⁵⁰。

しかしながら、アンガーの理解に従えば、脱自然主義的な社会像の探求にはもうひとつの流儀がある。彼が「ウルトラ理論」と呼ぶこの見解——つまりアルトマンいうところのCLS急進派の立場——は、スーパー理論が社会的な行為の枠組みの存在を（仮説的にであれ）認めるのに対し、あらゆる枠組みについての一般的説明を拒絶する。そうすることではじめて人工物としての社会理解を徹底できる、というのである。いくら過去の行為や思考の流れに規則性が認められたとしても、それが客観的に存在していることにはならないし、普遍的かつ固定的な認知構造が人間にそなわっているというのも嘘である。どれも観察者がそのつど主観的に創造した幻想にすぎず、現実の思考や行為や欲求を事前にわくづけるものなど存在しない。このような視点に立てば、法制度や規則の実効性が全面的に否認されるのは当然だろう。かならずしも社会的現実の存在自体が否定されるわけではないにせよ、それが単に過去の選択の結果にすぎず、未来の選択とは無関係であることが強調される。未来は、過去からの拘束を被ることなく、つねに現在の選択に対して開かれた性格をもつだろう。法の根底的な不確定性と教義構造の主観性の主張は、このような理解を背景に展開されているのである¹⁵¹。

三 アルトマンは再度、根底的な法の不確定性の主張に反論する。たしかに急進派が主張するとおり、ある社会の過去がその未来を必然的な仕方では規定しているとは考えられないが、ここから、過去は未来をまったく拘束せず、社会的規則には何の拘束力もない、と推論するのは早計だろう。規則の不確定性は、規則の全面的な無効性というより、その拘束力が全面的ではないことのみを示していると考えた方がよい。ここにあるのは、完全な拘束か完全な自由かの二者択一ではなく、むしろ程度の問題なのである¹⁵²。それでは、わずかな範囲であれ、規則が実質的な拘束力を発揮できるのはいかなる条件が満たされたときなのか。ここでアルトマンは、ハートの議論を援用し、ある行為に関する

る批判的な内的視点が広範に共有されていることがその指標になると主張する。人が不特定多数の個人からの批判を避けてある行為をなす（または控える）とき、そこに生じているのが、規則による拘束の経験なのである。¹⁵³

教義構造の客観性の否定に対しても、法規範の規約的な構造化の可能性を認めるハートの立場から反論が加えられる。すなわち、「当該人口に属する人々の大半が従う思考・行動規約の上に規則の法的な権威が成立すると同様、そうした諸規則からなる構造も、そのような規約によって決定される」¹⁵⁴のである。もちろんこの「当該人口」の内容は社会によって違う。現代の自由主義国家では、法官吏(legal officials)がその主要な構成要素をなしていると考えてさしつかえないだろう。規則の位置づけに関する法官吏間の不一致が完全に解消されることはありそうにないから、部分的な不明確さは残るかもしれない。しかし、こうした見解の相違が教義構造についての広範な合意を背景にしていることを忘れてはならない。現代の自由主義国家の法の内容と構造は法官吏が共有する規約によって決定されており、こうした規約は法外在的な要素としてではなく、あくまでも法の一部をなすものとして理解されるべきなのである。

また、教義構造を構成する規約はたしかにラディカルな平等主義に対して差別的であるかもしれないが、これをもって法官吏が法と政治の境界を侵犯しているとはいえない。そのような批判は、先述の政治的中立性と法的中立性とを混同してしまっているのである。仮に支配的な規約が破綻して政治的・道徳的な決断が必要になった場合でも、推論はきわめて強い制約の下で進められるはずである。

アルトマンはそうした制約原理として、すでに確定している法との整合性ないし適合性——支配的規約としての「最大限の適合性」と補充的規約としての「実質的適合性」——を挙げている。¹⁵⁵こうした制約原理の役割に適切な位置づけをあたえるならば、それにくらべればはるかに無制約な仕方で開催される政治的・道徳的な推論との違いは否定できないのではないだろうか。アルトマンの唱える「最も健全なりべラルな法理論」によると、「法と政治の分離を擁護することは、法的な推論が無制約な道徳的・政治的熟慮と明確に区別され、なお規約的に受容されている規範・決定・教義の相対と実質的な一貫性が保たれる可能性とその望ましさを主張すること」¹⁵⁶なのである。

四 最後にアルトマンは、CLSの批判の当否は別にしても、リベラルな法学がある種の法万能主義——悪しきリーガリズム——に陥りがちであることを認めている。現実の法実践のなかでは、さまざまな法外在的な要因（習俗や伝統など）が法の効力を覆ってしまうことは珍しくない。そうした事実から目を背けて理想上の法のはたきだけを主張することは、かえってCLS的な懐疑を助長してしまいかねないのである。「法的規則が、ある文化のなかで作用する強力な非法的規範に逆行するよきな作業に単独で取り組まねばならないのだとすれば、それによって抑圧的な権力行使を効果的に制約することはかなわないだろう」¹⁵⁷。一般に広範かつ根深い偏見が存在する社会では、法が効果的な防壁となることは難しく、むしろ既存の抑圧を許容してしまいかねないのである。

したがってアルトマンによると、私たちは、法がその役割を十全に発揮できるのは伝統・習俗その

他の規約的な社会規範と協同的な関係にあるときだ、ということをお認める必要がある。たしかに現在の自由民主主義は平等と自由の理想的な実現に成功しているとはいえず、しかもこの問題を法的な制度改革だけによって解決することは期待しにくいだろう。規則による保護か非法的実践か、という二者択一ではここにある微妙な問題はとらえがたい。リベラリズムが健全なものであるためには、両者の相補性を理解する必要があるだろう。アルトマンは、それでもなお現実と理想の溝は法を用いずして架橋できない、と主張し続けることこそがリベラリズムの役割であることをあらためて強く主張しているのである。

3. 盲点と問いの立てなおし

【アルトマンの応答の特徴と限界】

一 前節にみたように、アルトマンは、CLSのすぐれた共感的批判者としての役割をみずから引き受け、彼ら／彼女らの主張を可能なかぎり説得的に描写してみせることで、リベラル・リーガリズムの内側からでもその問題関心の重要性をつかむことができるし、またそうする必要があるのでそうとした。特に彼は、法の不確定性の主張にいくつかの変奏を見いだしてその微妙な論点の違いを描き分け、その結果、この問題をより精緻に検討することの可能性と必要性とを示唆することに成功したのである。

だが、アルトマンの応答の仕方にも問題がないわけではない。就中、CLSのリベラル・リーガリズム批判をその不確定性テーゼだけに絞って検討・反駁するという彼の戦略そのものが、逆に、ある重大な盲点を作っていないだろうか。たしかに彼は、CLSの主張を論駁するために、中立性の概念を掘り下げ、法の不確定性を部分的に取り込んだ法的推論のモデルを提示し、実効的な行為の枠組みとして法が機能するための条件を記述している。しかしながら、こうして示された反論の根拠がリベラル・リーガリズムの伝統の内部でさえ論争的なものであることを、私たちは忘れるわけにはいかない。法の支配の構想ひとつとっても、アルトマンはA・V・ダイシーやハイエクらの理解を現代的な福祉国家の枠組みにとってはあまりにも厳格すぎるとしてしりぞけ、それよりも比較的要求度の

低いものを採用している¹⁵⁸。だが彼自身認めるように、その理解はおそらく、法の支配をより拡張的にとらえて法と政治・道徳との連続性をより広く認めようとするドウオーキンの理解とはうまく噛み合わないだろう。第1章にみたように、法の支配ないし合法性の概念は、リベラル・リーガリズムの骨格でありながら、そのなかに重大な多義性・問題性を抱えているのであり、それ自体がこれまでくりかえし多様な言説と論争の母胎となってきたのである¹⁵⁹。

二 にもかかわらずアルトマンは、CLSの懐疑を反駁するにあたってしばしば、リベラル・リーガリズムがその回答を一致させることができるかのように語ってしまっている。彼は、他のリベラル・リーガリストとの見解の相違を（CLSとのそれにくらべれば）無視してもさしつかえない程度の小さな問題、あるいは本来ならば究極的には克服できるはずの問題だと考えているのだろうか。たとえば彼は、折にふれて彼なりの法解釈論、法の意味論とでもいうべきものを披瀝している¹⁶⁰が、それによると、リベラル・リーガリズムは法の不確定性を全面的に否認する必要はなく、実質的な価値の考慮が必要になることを認めることに問題はない（この意味で彼は法の支配に関してある種の拡張主義的理解に立つ）¹⁶¹。ただ、アルトマンの理解に従えば、リベラル・リーガリズムにとって、不確定性の問題ははじめからごく例外的な事態として周縁化できるほどまれな事態なのである。たいていの場合、個々の法的規則の意味は個別具体的な適用状況と法体系全体におけるその規則の位置づけの両方に照らして確定されるはずであり（支配的規約としての「最大限の適合性」¹⁶²、不確定性が顕在化し

た場合でもなお、法官吏の間で共有されている規約が推論を一定の範囲に限定しながら——つまり無制約の政治的・道徳的推論に流れ込むことなく——嚮導することになるだろう（補充的規約としての「実質的適合性」¹⁶³）。したがって、CLSの急進派の主張するように、法の不確定性の露呈がそのまま法的な推論・議論の自律性の全面的な喪失をもたらす、といった事態をおそれる必要はないのである¹⁶⁴。

ひとことではいて、アルトマンの不確定性テーゼに対する応答は、規約主義的な法理解という基盤の上に築かれている。ある法体系に客観的な教義学的構造をあたえ、また法的な推論に法固有の指針と制約を提供するのは、その社会で共有されている規約（*convention*）のはたらきなのである。彼はいう。「個々の規範の法的な権威が規約に由来するものであるのと同じように、法的な権威をそなえた法規範の集合からなる構造もまた、規約によって決定される。ある規則が法的な権威をもつかどうかがある適切な階層に属する人々（*relevant population*）のうちの大多数が何を規約的に考え行動しているかによって決まるのと同じく、それら諸ルールからなる構造も、そのような規約によって決定されるのである」¹⁶⁵。一部のCLSの論者はしばしばこれらの規約が法にとって外在的な要素であると非難するが、むしろそれらは法の一部を構成しているのである¹⁶⁶。この「ある適切な階層に属する人々」の内容は社会によって異なるが、アルトマンは、法の意味について最終的な決定を下すのは法官吏の役割だ、という一般的な理解が今日の（英米の？）法文化のなかに存在していることを強調する。わかりやすくいえば、『法とは法律家や法官吏がその規約・慣習に従って法だというものである』とい

う規約・慣習が社会一般のレベルで存在している」ことこそが、法の支配を可能にする最も基本的な条件をなしているのである。つまるところ、アルトマンはこの認識をもってCLSの懐疑に対する応答としていっていると考えていいだろう。

三 しかしながら、このような規約主義的な法理解に関してすべてのリベラル・リーガリストたちが見解を同じくするかどうかについては疑問が残る。そもそも、そのような法官吏の共同体が維持している規約・慣習の権威は、何に由来しているのだろうか。アルトマンはそれがより広範な社会的規約に根ざしている、という「事実」の存在をただ示唆するほかは、この点についてそれほど突っ込んだ検討を行っていないわけではない。また、それを受け入れたとしても、規約の内容に関する彼の理解——専門家が共有する規約としての「最大限の適合性」と「実質的適合性」、そして法律家の規約を法の確定要素とすることに對する社会一般の規約的合意の存在——については、さらに論争の余地があるだろう。アルトマンにかぎらず、多くのリベラル・リーガリストたちのCLSの反応を強く特徴づけているのは、反論の照準を不確定性テーゼだけに絞ってその言語理解や社会存在論についての「行き過ぎ」や「間違い」を指摘する、という戦略だが、その際、そこで暗黙のうちに前提にされているリベラル・リーガリズムの側の言語論ないし形而上学的コミットメントにも、論者によって大きなずれが生じているのである。私たちが第I章にみた法の支配の観念をめぐる見解の対立は、以下で述べるとおり、CLSの批判に對する応答の相違のなかにも反映されているのではないだろうか。

あたりまえのことだが、CLSの難点を理解することとリベラル・リーガリズムの正しさを論証することとは、決して同じことではない。CLSの主張はリベラリズムの自足的な確信を固めるためではなく、その内的な批判と反省を深めるためにこそ読まれるべきなのではないだろうか。リベラル・リーガリズムは、どの程度多様な見解に開かれており、何を本質的な一致点としているのか——言い換えれば、どのような葛藤と分裂を抱えており、何を排除することで成立しているのか。CLSの懐疑的視点は、むしろそうしたリベラリズムの限界問題——その内的な差異と前提となるコミットメントをめぐめる問い——を際立たせるための有用な光源として役立つように思われるのである。

【再び本質的な葛藤へ】

そこで、ここでもう一度、不確定性テーゼへのリベラル・リーガリストの応答の型を、その非一元性をより明瞭に際立たせるような仕方て記述しなおしてみよう。そのためには、先におこなった不確定性テーゼのふたつの下位テーゼの区別を用いて考えるのが有効である。

一 まず、規則の不確定性としての法の不確定性について。おそらく、今日このテーゼを全面的に拒否する論者は皆無だろう。おおまかにいって、今日の法解釈論は、規則の不確定性を多少なりとも承認した上で、狭い意味での形式主義——言語的に定式化された条文からの「論理的な演繹」——の可能性を放棄する傾向にある。むしろ現在、論争の焦点はその程度——広義の形式主義⁵⁶の可能性と

その射程、法的推論に要する原理的・政策的考慮の必要性とその客観性の程度——におかれているのである¹⁶⁶。

たとえばハートは、現代の言語哲学の成果をいちはやくとりいれ、法理論に「言語論的転回(Linguistic Turn)」をもたらしたことで知られるが、この法理論の革新は、規則の不確定性問題に新たな視座をひらくことにもなった。彼は、主として後期ウィトゲンシュタイン哲学の洞察にならない、法的言語の意味が何らかの実在との対応関係によって定義されるのではなく、そうした言語の法的実践内部における規約的な用いられ方に依存する、という見方をとった。このような視点にたてば、法の適用はふつう、制度化された語用論上の規約・慣習という背景的文脈のなかで確定され、それが尽きるころでは法の適用もまた不確定にならざるをえない、ということになるだろう。規則は、未来の予測可能性に由来する「開かれた構造(open texture)」という属性からのがれることができないのである¹⁶⁷。

しかし他方で、彼はリアリズム法学とCLS流の規則懐疑主義の全面化には批判的な姿勢を崩さなかった¹⁶⁸。フラーとの論争などにも示されているとおり、ハートは、既存の法的規則の意味がどんな場合でもかならずその目的や趣旨、つまり「あるべき法」についての評価的考慮を媒介にして確定される、という考えには決して与しなかったのである。彼にとって、規則の不確定性はあくまでも周縁的なできごとでしかない。大半の事例では、法的規則の意味の確定は法律家が共有する解釈規約への参照を通じて一義的・非評価的になされるのである。

他方、このような中間的な見解を拒否して規則の全面的な不確定性を積極的に承認する者も少なくない。ドウオーキンはその代表的な一人である。先述のとおり、彼は、法的推論の舞台を所与の法的規則の水準に限定できない(すべきではない)ことを一貫して強調しつづけてきた。現実の法的実践はむしろ、言語的に定式化されたテキストと法的規則を相対化しつつ可能なかぎり整合的に再構成し、さらにその道徳的適切さを法内在的な政治道徳に照らして評価する、という解釈学的な過程を本質としてしているのである¹⁶⁹。彼の理論は、所与の法体系への評価的判断を下すことなしに法の意味を確定しうる事例(容易な事例)が存在している、とする法実証主義の規約主義的ないし意味論的なアプローチを否定的な踏み台として構築されてきた¹⁷⁰。特に近年、「解釈的転回」を経由したドウオーキンは、法概念を、いつでも新たな論証——法テキストのより整合的な再構成と法体系内在的な政治道徳理論の同定をめざす探求の過程——に対して開かれた、解釈的な営為の歴史的・共同的過程として定式化しなおしている¹⁷¹。どんな事例に直面しているにせよ、この評価的判断を含む集団的営為に実際に参与することではじめて、私たちは個別具体的な法の適用を確定させることができるのである。したがって、彼にとって現にある法とあるべき法、あるいは法と政治・道徳との区別はもはや本質的なものではない。この点にかぎっていえば、ドウオーキンの見解は、すでにCLSのそれにきわめて近いところまでできているのである。

三 にもかかわらず、CLSとドウオーキンは、決定的なところでたがいに対立しあう。不確定性テーゼの第二の側面としてCLSが「唯一の正しい解答」の可能性を全面的に否定してきた(「体

系の不確定性」のとは対照的に、ドウオーキンは一貫してこれを強く肯定する立場をとりつづけているのである¹⁷²。ここでも、ドウオーキンの主張のかなめは法的論証に対する参加者視点の徹底におかれている。まずドウオーキンは、「唯一の正しい解答」に対するCLSの懐疑がしばしば評価的・規範的でない言明——すなわち、いかなる法的・道徳的な解釈的論証にも関与することなくその活動を外から観察したメタレベルの言明——として提示されていることをとりあげ、そのような外的な懐疑(external skepticism)の法実務・法理論上の有意性を否定してしまう。諸々の法素材からの構成的解釈とその規範的望ましさをの論証過程に参加している者にとって、「唯一の正しい解答」の存在は論証活動そのものを可能にする最も基本的な想定であり、それを否定することは単にそうした実践との現実的な接点を放棄することではしかないだろう。個々の法解釈は、まさにこのように想定された「唯一の正しい解答」をめがけて構成され、争われているのであるから。たしかに、私たちは論証過程のなかでしばしば確信の欠如や見解の対立に見舞われることがあるが、論証が不可能であることのしるしであるようにみえるこれらの困難も、あくまでも現時点での私たちの側の限界、つまり主観的な確信のなさ(uncertainty)を示すものにすぎず、法の限界、不確定性を証拠だてているわけではないのである¹⁷³。

他方、CLSの批判のなかには、ドウオーキンのいう参加者の視点を方法的に受け入れた上で、その解釈的再構成の企てがかならず失敗に終わらざるをえないことを指摘する、という戦略をとるものもある¹⁷⁴。ドウオーキンは、この種の内的な懐疑(internal skepticism)を、成功すればみずからの主張

に対する真正の脅威となりうることを認め、慎重な検討に値するものとして扱う。だが彼によると、このとき私たちは解釈的な再構成によって合理化可能な原理間の競合や法教義の表面上の分裂と、それがまったく不可能な真正の矛盾とを、慎重に区別しなければならぬ。彼のみるところ、法体系内の根底的矛盾としてCLSが槍玉にあげる競合や分裂はしばしば、不当に極端な仕方で構成されてしまっている。実際、法体系内で対立するかにみえる諸々の原理・法教義は解釈的に合理化可能であり、CLSはこうした競合関係を誇張あるいは過大評価しているのである。こうしてドウオーキンは、CLSの内的懐疑もこれまでのところ成功しているとはいえない、と結論づけるのである¹⁷⁵。

これにくらべると、ハートはドウオーキンほど強く体系の確定性と「唯一の正しい解答」の可能性にコミットしてはこなかった。彼の「法の開かれた構造」論からすれば、法体系がそれ自体に即して決定を一義的に確定させることのできる範囲には限界があるのであり、当事者の権利義務関係を指示する一次規則の具体的な意味内容を確定させるための二次規則たる司法上の規約が尽きるところでは、裁判官の法創造的な裁量行使が不可避・不可欠とされるのである。もちろんこの場合にも、この法創造的活動が裁判官の恣意にゆだねられるわけでは決してない。このときにも、裁判官は利益衡量や正義と道徳の諸基準に即した十分な理由を提示する義務を負うだろう¹⁷⁶。しかしながら、そのようにして提示された結論を、別様の解釈の可能性のありえない、唯一正しい解答であると考えすることは裁判官本人にもできないし、またその必要もないのではないか。法の一般理論を目指すハートにとっては、法に関する有意味な理論と実践とをすべて法の道徳的・政治的正当化に従属させようとするドウオー

キンの要求は、過大であると同時に法の他の重要な側面を見逃してしまうことにつながるのである¹⁷⁷。

【問いの立てなおし】

以上、不確定性テーゼを切り口に、CLSの懐疑に対するリベラル・リーガリズム側の反応を概観してみた。いま、長い歴史をもつ法理論上の論争の軸のひとつに法実証主義と自然法論という二種類の法理解の対立が挙げられるとすれば、ここにあきらかなように、現代におけるそれ——フラーからドゥオーキンらにいたる潮流を一方に、ハートからジョセフ・ラズ、ニール・マコーミックらをはじめとする現代法実証主義者たちをもう一方におく構図——は、法の不確定性を主張するためにCLSが掲げたふたつの下位テーゼをめぐって、その見解を交差的に対立させている。つまり、規則の不確定性と体系の不確定性とをめぐって、ドゥオーキンは前者を肯定して後者を否定し、ハートらは（少なくとも部分的に）前者を否定して後者を肯定しているのである（アルトマンは、両者の折衷的見解をとりながら、規則そのものが不確定である場合の推論もお法官吏の「補充的な」規約によって体系の確定性が得られると考える点でいくぶんハートの立場に近い）。

一 しかしながら、前々節で述べたように、CLSの問いかけを不確定性テーゼと抑圧テーゼの両方にまたがるものとして理解するかぎり、こうした対応がCLSの懐疑に十分に応えるものだったとはいいがたい。たしかに、既存の法理論の枠内からも興味を引きやすく、扱いが容易なのは前者の方

かかもしれないが、後者もおそらくはより古い伝統——法による社会秩序の構想そのものに対する不信と懐疑——に根ざしており、不確定性テーゼをはじめとするCLSの理論的・技術的主張を要請し、あるいはそれを背後から支える、強固な動機づけの源泉となっているのである¹⁷⁸。その意味で、ここまできたりペラル・リーガリズムの応答は、CLSに対する反論を不確定性テーゼにだけに照準をあわせて展開することで、結果的には相手の主張をあらかじめ矮小化し、答えにくい問題を脇へと押しやってしまったのではないだろうか¹⁷⁹。

典型的にはアルトマンの規約主義的な「解決」が示しているように、この選択は、現在のリベラル・リーガリズムに即した法実践・法実務のありかたが法律家（法官吏）の共同体とその専門知の存在を自明視し、それに深く依存していることを浮き彫りにしてきたように思われる。ハートとドゥオーキンも、CLS的な懐疑に対する応答の具体的な内容については見解を対立させながらも、不確定性テーゼだけを法律家共同体の自律的な実践の内部で解消あるいは周縁化してしまおうとする点では一致しているようにみえる¹⁸⁰。すなわち、ハートやアルトマンは法官吏の間に共有されている規約・慣習こそが規則・体系の不確定性を縮減するはたらきをもつことを強調し、ドゥオーキンは「法共同体」という一見全体社会と同一視できるかにみえる均質的・一元的な共同体概念を掲げながらも、実質的には専門家としての訓練なしには参与が不可能なものとして、解釈的営為たる法実践・法実務の過程を記述しているのである。

しかしながら、抑圧テーゼが問題にしてきたのは、まさにこうしたリーガリスト特有の関心のかた

よりだったはずである。抑圧テーゼに重心を置いてこれらの応答をみるならば、アルトマンのいうとおり専門法律家の規約的・慣習的なふるまいやその専門知のありかたが（それ自体法の一構成要素として）現実の法を確定させる重要な役割を担っているのだとしても、そうした知や実践それ自体に潜在する抑圧的な側面——別様の仕方にも確定できたはずの法の解釈を押しさえつけるはたらき——を、CLSの論者たちは問題にしてきたのである。だとすれば、リベラル・リーガリストたちは、不確定性テーゼへの関心のかたよりをいくらかでもやわらげるのでなければ、CLSの問いかけの重みを適切に受けとめた（あるいは反駁した）と主張することはできないのではないだろうか。リベラル・リーガリズムがほんとうにCLSの疑念に応じるつもりならば、不確定性テーゼのみならず、抑圧テーゼにも、応答の照準をあわせていく必要があるだろう。特に、その専門知のありかたが全体社会のなかで占める独特の位置についての省察を、省くことはできないのではないか。私の考えでは、不確定性テーゼがリベラル・リーガリズムにとって内在的な問いへと変換され、真剣な吟味の対象とされてきたのとちょうど同じように、抑圧テーゼもまた、リベラル・リーガリズムの内側から発せられうるような問いの形に作りなおされるべきなのである¹⁸¹。

二 とはいえ、抑圧テーゼにも、そのままでは鵜呑みにしにくい側面のあることは否定できない。CLSの最大の難点は、その論点と主張とがすべてイデオロギー的な仕方である——つまりリベラル・リーガリズムに即した法実践・法実務のありかた（あるいはそれを支える専門知や「法意識」）が放棄

されるべきだ、という結論を先取りする形で——動員されているかのように見える、そのレトリックの用い方にあるように思われる。リベラル・リーガリズムに対する全面的・包括的な懐疑を徹底させようとするなかで、CLSの論者たちは、しばしば批判対象と批判内容の両方に対して不必要におおげさな表現をあたえ、日常的な経験に即した慎重で繊細な検討を遠ざけてしまっているようにみえる¹⁸²。特に、既存の法理論と法実践があたかも専制的な暴君でもあるかのように語る（抑圧テーゼ）一方で、同時にその完全な無能さを暴露しようとする（不確定性テーゼ）、というその語り口は、しばしば読み手を混乱させ、その批判の説得力を鈍らせてしまいかねないのである¹⁸³。

CLSはしばしば、従来の法的言説の体系が現実の社会問題の解決に取り組む際、それが特定の視点と信念とに依存しているがゆえに、「誤った」、あるいは特定の集団の利益だけに貢献する「かたよった」媒介としてはたらいっていることを指摘して批判する。だがもし、抑圧テーゼが単に厳密な不偏不党性の欠如だけを根拠にリベラル・リーガリズムを批判しているのだとすれば、この批判は言語の非中立性・不透明性についての当人たちが自身の主張と正面からぶつかりあう。彼ら／彼女らは、「抑圧のない真に公平な社会秩序」を要求するとき、いったいどのようなものを念頭においているのだろうか。ここに私たちは、CLSはリベラル・リーガリズムに対する積極的な代替案を示すことができない、というよく知られた難点を認めることができるだろう。こうした欠陥が、私のみるところ、CLSとリベラル・リーガリズムの論争をしばしばすれ違いや不毛な水掛け論の応酬に陥らせる一因になっているのである。

三 以上のことを考えあわせると、私は、抑圧テーゼを理解する際にはこれをイデオロギー論争を迂回させて把握した方が、はるかに広く、深い射程をもつことができると考える。先述のとおり、抑圧テーゼは、もはやリベラルな社会秩序とその諸原則に対する単なる外在的なイデオロギー批判の範疇におさまるものではなく、社会的な分業体系の高度化・複雑化と個人の自律性との葛藤という今日のより一般的な歴史的・社会経済的な状況に根ざす問題でもある。CLSによる法理論や法学教育に対する批判は、この社会状況から生じる、自律的な専門家と専門知のはたらきに対する不信感に訴えかけることができるからこそ、強い説得力をもつ。アルトマンの言い方を借りるならば、「法とは法律家や法官吏がその規約・慣習に従って法だというものである」ということに関する一般的な規約・慣習、ないし社会的な合意が失われるにしたがって、抑圧テーゼの基盤が強化されていると考えることができるのである。

私の考えでは、リベラル・リーガリズムを知的な隠れ蓑を被った反民主主義・エリート主義と断ずるCLSの批判は、急進的な左翼改革主義者のための政治的スローガンとしてではなく、専門法律家と素人との間に現に生じている亀裂や齟齬、葛藤の反映として、より日常的・経験的な文脈のなかで理解した方が、さらに広く、深い見通しをひらくことができる。それは、現実の法実践・法実務のなかで法に確定性をもたらしているのは専門家としての法律家・法官吏の共同体なのだ、という今日のリベラル・リーガリズムの自己理解の再検討をうながしているのである。

四 CLSの提起した問題をこんなふうにはリベラル・リーガリズム内部の論点へと移植できるならば、私たちは、リベラル・リーガリズム対CLSという平板な対立の構図をのがれることができるだろう。今日の社会的文脈を前提にするかぎり、私たちの課題は、既存の秩序の居直りの肯定（CLSからみたりベラル・リーガリズムの態度）でも、その破壊的な全面否定（リベラル・リーガリズムからみたCLSの態度）でもありえない。むしろ、リベラル・リーガリズムと法の支配の正統性がかつてのような自明性を失っていることを前提に、それが健全な仕方では支持されうる条件を探求し、確定することこそが、私たちに求められていることなのではないだろうか¹²²。言い換えれば、CLS的な懐疑と不信から始めてリベラル・リーガリズムの信憑に至る、そのような道筋は存在するのか、あるとすればそれはどのようなものなのか、という問いを、できるだけイデオロギー上の立場や結論についての見通しを固定しないようにしながら——たとえば専門法律家と素人との健全な関係の探求、という形で——共有する必要があるように思われるのである。別の言い方をするなら、CLSのリベラル・リーガリズム批判は、そのコミットメントの放棄と破壊を前提にしたイデオロギー批判の文脈から引き離して、そうしたコミットメントの可能性と条件を各自が確認しなおすための一種の方法的な懐疑として再構成されるべきなのである。

五 そこで仮に、アンガールの指摘を借りて、法の支配の実現可能性が形式主義と客観主義の成否に

かかっているのだ、と考えるとすれば、問題はこんなふう^に立てなおされるだろう。

(1)形式主義・客観主義への私たちのコミットメントは、可能であるとすればどのような条件の充足を必要としており、また何によって動機づけられうるのか、あるいは「自然」なこととして受容されるのか。

(2)CLSの主張どおり法の支配へのコミットメントがかならず解消不可能な矛盾の前に私たちを導くとして、その矛盾はどのような困難を私たちに課すのか、またそうした困難を受容する意義があるとするれば、それはどこに見出すことができるのか。

このような問題のたてなおしは、おそらく、リベラル・リーガリズムを単一の観点から静的かつ整合的に説明し、体系化する試みとは相反するものになるはずである。私にとって、このような問題設定はリベラル・リーガリズムの硬直性をどうやってその内側から解除すればよいか、という問いから生じる一連の問題圏のなかに位置している。統治原理としてのリベラリズムが今日直面している異議申し立ては——その権利基底的性格を問うにせよ、善に対する正の優先性ないし立憲主義へのかたよりと民主主義を含むあらゆる「政治」への不信・軽視の態度を糺すにせよ——究極的にはその制度的硬直性をひとつの重大な標的としているように思われる。おそらく今後、リベラル・リーガリズムは

一見その同一性が疑われるほど多様な実践と理論的裏づけに対して開かれた概念になってゆかざるをえないだろう。だがこの展開は、単によそからさまざまな代替案が外挿され、その包括性・最終性が交互に主張されるのではなく、その内在的な必要性に従い、直面している困難を手持ちの道具で切り抜けてゆくことでのみ、はじめて生きた形で実現されるのではないだろうか。

第三章 客観主義再考

1. ムーアの形式主義批判

CLSの提起した法の不確定性テーゼを受けるかたちで、ドウオーキンは、規則の不確定性を全面的に承認しつつも、なお体系としての法は「唯一の正しい解答」の確定性を失わないですむと考えた。しかし彼の回答は、あくまでも特定の法文化、特定の法体系の下で実際に法実務にたずさわっている人の視点を前提にしており、非参加者の外的な懐疑をあらかじめ排除した囲いのなかに法とその実践とを保護することによってようやくもたらされたものである。あらゆる法理論に対して、そうした個別的文脈における公的な権力行使の正当化に關与する裁判官の推論のありかたの解明を要求し、一般法理学(*general jurisprudence*)の放棄をせまる彼の主張には、当然多くの反発が予想されるだろう。少なくともドウオーキンの場合、「唯一の正しい解答」の可能性の主張は、リーガリズムへの閉じこもりと裏表の關係にあるようにみえる。だがこれは、現代の分業社会を前提にするかぎり、実質的には既存の専門法律家の活動の全面的な追認につながりはしないか。そしてもしそうだとすれば、結局のところ、抑圧テーゼが提起した問いは答をあたえられないままなおざりにされてしまうのではないだろうか。

そこで以下で私は、不確定性テーゼに関してほぼ同様の反応を示しながらも、一般法理学の構えを放棄することなく、したがって特定の共同体（法曹を含む）の実践や信念に依存・追従することなく、あらゆる「法」とそれにもとづく推論が万人にとって正しいものでありうる可能性と条件とを探索する論者のひとりとして、マイケル・S・ムーアの見解をとりあげてみたい^{186。} ムーアの立場をひとことというなら、現代の言語哲学の成果としての形而上学的実在論と機能主義的な法理解を結合させた現代版自然法論ということになるだろう^{187。} 彼は、ハート以降の法実証主義の多くが依拠してきた規約主義的な法理解への批判にその議論の大半を費す一方で、「外的な懐疑」を頭ごなしに拒絶するのではなく、正面からこれを否定することをめざして、みずからの議論の土俵を設定しているのである。

【意味の基準理論批判】

一 まず、彼が規則の不確定性をどんなふうを受け入れているかをみるところからはじめることにしよう。

ムーアは、形式主義的な法的推論を、法的規則と原理、および個別事例における諸事実のみを意思決定の素材とし（つまり帰結のよしあしや倫理上の原則、社会政策などを考慮することなく）、そこから論理的演繹を通じて決定を導こうとする発想^{188。} と定義した上で、そのような容易な事案とし

ての裁定が規範的に不健全であるばかりか、実行不可能でもあることを強く主張する。彼にいわせると、リアリズム法学の形式主義批判はその規範上の難点の方に気をとられ、その実行不可能性を十分に論証できていない。部分的にであれ、今なお形式主義が裁定理論のなかで生き延びているのは、そうした批判が不徹底であるからにほかならない。形式主義の息の根を完全に止めるには、それが（暗黙のうちに）依拠している意味論を抽出し、その可能性と望ましさの両方を言語論の観点から全面的に否定してやらねばならないのである^{189。}

ムーアによると、形式主義的な裁定理論が記述的に真であり、かつ健全な推賞であるためには、意味の指示理論(the referential theory of meaning)か意味の基準理論(the criterial theory of meaning)、あるいはこれらふたつの客観主義的な意味の理論に代わる、（典型的には立法意思論が依拠しているような）ある種の主観主義的な意味の理論が真でなければならない。しかしいづれをとるにせよ、形式主義が担わされている意味論上の課題はひとつである。すなわち、「形式主義が直面している重大な問題は、一般的な語の意味が、個別的な事物(particular items)がその語に意味されているものかそうでないものを正確に分類できるようなものとしてある、ということの証明にかかわる。問われるべきは、形式主義の論理ではなく、形式主義が意味というもののありかたに課す、厳密な要請の方なのである」^{190。}

二 彼が批判的検討に最も頁を費やすのは、語とその意味に関する論理実証主義の意味論、すなわ

ち意味の基準理論——語の意味を定義的な基準、つまりその語の正しい適用を決定する必要十分条件とする見解——である¹⁹⁵。このとき形式主義は、裁定が規則文中の語の内包だけを根拠に下されるような推論様式として再公式化され、したがって法的な判断・決定の真理条件も法的規則の意味の真偽の問題に限定されることになるだろう。つまり、法的な演繹的三段論法における大前提と小前提との媒介が分析的に（その語の内包だけから必然的な形で）導出されるのでなければならないのである¹⁹⁵。そしてそのような分析的真理の存在を裏づけるものこそ、意味の基準理論なのである。つまり裁判官は、当該事実の記述が適用される規則に含まれる語の基準を満たしているか否かに関する判断だけにのっとって裁定を下すのでなければならない。さらにこの意味論は、そうした基準が十分に明確であるために、それ自体が経験に基づく観察文か、観察文から演繹可能な文でなければならぬと主張する。裁判官は、物理的な指示対象を欠いた非自然種語（たとえば「犯意(Enicé)」）を適用する際にも、具体的事実と規範的基準(standard)との分析的媒介を実現するために、それを観察文に変換できなければならぬのである。

だが、法的述語が本質的にそなえているさまざまな特徴ゆえに、こうした要請——究極的には法的基準¹⁹³の用いる全抽象語の観察文への分析可能性が要求される¹⁹⁴——には解決不可能な困難がついてまわる。法的基準が用いる語彙が一般的でなければならぬために、そこにはかならず語や文の多義性・比喩・あいまいさ・開かれた構造といった諸特性がつきまとうだろうからである。ムーアによると、これらが、意味の基準理論に依拠した形式主義的裁定理論の基盤を脅かし、規則が不確定化する

元凶となっているのである¹⁹⁵。

三 こうした障害を根拠に規則の不確定性を主張することは、いまやある意味で常套的な手法といっているかもしれない¹⁹⁶。しかしムーアはここからさらに踏み込んで、そもそも語の意味は基準と何の関係もないのではないか、という疑念を示し、意味の基準理論を全面的にしりぞけようとする。ここでムーアが私たちに示そうとしているのは、日常語と科学の専門用語とを問わず、その適用の正しさを裏づける必要十分条件を基準という形では確定させることができない、ということなのである¹⁹⁷。

これらの批判の背景をなしているのは、あらゆる言語的表象は不完全だというムーアの確信である。彼の一元的な形而上学的実在論からすれば、いかなる語の指示対象もつねに「隠された本性(hidden nature)」をそなえており、特定の個物がそう呼ばれるかどうかはこれとの対応関係の有無によって決定される、ということになるだろう。一般に「事実なことばよりも豊かである」といわれるとおり、言葉はふつう、あくまでも私たちが知っている以上のことを指し示す便宜上の標識として用いられているのではないだろうか。ムーアの理解のなかでは、あらゆる言語実践を通じて、すでに私たちは（無自覚的な）実在論者としてふるまっているのである。日常語であれ先端科学の理論であれ、言語による表象はあくまでも対象の可謬的な近似にすぎず、それ単独であらゆる適用の必要十分条件として機能するわけではない。事実、意味論上の基準としてしばしば示される証拠をよくみれば、どれも不安定で相対的な「徴候(symptom)」にすぎず、それだけで命題を真とするには不足であることがわかる

だろう。そこで得られる確信は、そう考える十分な理由があり、しかもそれをくつがえすに足る証拠が見当たらない、という程度のごくおおまかな確信を超え出ることはないのである¹⁹⁸。

【立法意思論の批判と裁定の創造的側面】

一 続いてムーアは、以上のような意味の理論の代替案として、主観主義的な意味の理論、すなわち、語の意味は発話時における「話者の意図」のなかに見出されるとする見方を検討する。この場合、形式主義的な裁定理論は、経験的事実として確定された立法意思(Legislative intent)、あるいは先行判例を下した裁判官の意図こそが法的規則の意味を確定させる、と考えるだろう。ムーアは、この主張に、(1)規則の意味を見出すためには立法意思への遡行が概念上必要不可欠である、(2)議会の立法意思を参照することは民主主義原理を尊重することであるがゆえに望ましい、(3)立法意思の参照は解釈の不確定性を回避する有効な手段たりうる、という三種類の裏づけがありうると考え、順に反論を加えている。それによると、第一の主張はその意味論のうたがわしさ——文ないし発話の意味をすべて話者の意思・意図に還元できる、という発想そのものの失敗——ゆえに受け入れられず、第二の主張は立法の司法に対する一方的な優位性を含意しかねない点で説得力をもたない。さらに、第三の主張は有効な立法意思を「発見」することの困難さゆえに、挫折を運命づけられているのである¹⁹⁹。

ただしムーアは、一般に「立法意思の参照」と呼ばれる作業の望ましさを全面的に否定しているのではない(くわしくは次節)。むしろ彼は、「条文内の意図(the intention in a statute)」を「立法者が条

文に込めた意図(the intention with which legislators legislated a statute)」から区別した上で、前者——後者とは違い、これは立法者の心理状態を参照することなく確定される——を参照すべき立法意思として認めているのである。また、規則の目的が立法意思とは区別され、規則の機能と等置される場合もあるが、この意味での目的の探求も、立法者の心理状態に言及する必要はなく、裁判官の正統な役割だとされる。むしろこれらの場合により重要になるのは、その規則が担う規範的価値の解明だろう。もちろん、こうした作業に際しても、裁判官本人の評価的・規範的な判断が必要となることはいまでもない²⁰⁰。

二 こうしてムーアは規則それ自体の確定性と形式主義的な法適用の可能性を全面的に否定する。たしかに、きわめて困難な考慮と選択とを要する裁定と比較的単純に結論が得られるものとの間には、直観的にいって、簡単には見過ごすことのできない差異があるようにみえるかもしれない。ハートによる「意味の核(the core of meaning)」と「意味の陰影部分(the penumbra of meaning)」の区別はそうした私たちの直観に訴えることで説得力をもつ。だが、もう少し慎重に吟味してみるならば、考えうるかぎり最も単純にみえる事例でさえ、通常いわれる意味での容易な事案としての特徴を満たしてはいないのである。

たとえば「意味の核」の存在を前提に容易な事案の成立可能性を説いたハートの議論のなかから、それが暗黙のうちに想定している意味論を抽出してみるならば、そこでさえ(狭い意味での)形式主

義的な法適用の余地は残されていないことがあきらかになるだろう。ムーアによると、ハートはある種の範型事例理論(Paradigm case theory)に依拠し、言語能力があれば誰でも認めることのできるような標準的事例(standard instances)ないし範型事例(paradigm examples)——これが「意味の核」を構成する——が、一定範囲で語とその意味の規約的結合を保障していると考え、そのかぎりで容易な事案が存在しうると主張したとされる。しかし、そのような「範型」ですら、ある述語の範型がその述語の外延に必然的に含まれる、ということの意味するような強い範型ではありえないだろう。つまりほとんどの場合、ハートの「意味の核」は単に弱い意味での標準的事例ないし範型事例でしかなく、ある個物がある述語の範型的な事例であることを必然的な仕方では保障するわけではないのである²⁰¹。

三 その結果、裁判官の役割はきわめて創造的な色彩を帯びるざるをえない。好むと好まざるとにかかわらず、裁判官はあらゆる事例のなかで「小さな法創造(make little law)」²⁰²に着手しなければならぬだろう。ムーアはいう。「どんな事例であれ裁判官が決定を下す際に非独創的でないといえるような、説得力ある意味の理論は存在しない。なぜなら、その前提から論理的に導出可能な決定を得るためには、自分が発見できないもの、つまり法と事実を結びつける前提を、彼が創造しなければならぬのだから」²⁰³。裁判官は、第一には条文内の意図を見いだすために、第二には条文が合理的な手段として貢献しうる諸目的のなかから選択するために、みずからの倫理的直観に従って語の意味すべきことを確定しなければならぬのである。

だが、これだけ広く裁判官の創造的推論の余地を認めるからといって、リアリズム法学(ないしCLS)のように、ここから即座に専門法律家の恣意専断を結論づける必要はない。裁判官は権力上「自由」であるかもしれないが、責務上もそうだとはいえないのだから²⁰⁴。次節があきらかにするとおり、ムーアは、客観主義テーゼに強くコミットすることによって、裁判官の推論の客観的な真偽を判定する超越的な視点のありうることを主張する。その背景をなすが、彼の思想を最も色濃く特徴づける形而上学的実在論と法の機能主義的理解なのである。

2. 法が真であるとはどのようなことか

以上のように徹底した形式主義批判を展開しながらも、ムーアがなお「唯一の正しい解答」テーゼを主張できるのは、彼が形而上学的実在論と機能主義的な法理解とに基づく自然法論を支持しているからにほかならない。ムーアによると、自然法論は(1)客観的な道徳的真理(ムーアは「道徳的実在(moral reality)」という用語をより好む)というものが存在し、(2)法命題の真偽は(少なくとも部分的に)対応する道徳的命題の真偽に依存する、というふたつの主張を軸にもつ²⁰⁵。そして「道徳主義テーゼ(the moralist thesis)」ないし「道徳実在論テーゼ(the moral realist thesis)」と呼ばれる前者の主張を裏

づけるのが形而上学的実在論²⁰⁶であり、「関係テーゼ(the relational thesis)」と呼ばれる後者を裏づけるのが機能主義的な法理解²⁰⁷なのである。

【法の機能主義的理解】

一 まずムーアは、関係テーゼを最も一般的な水準に据えて主張する。すなわち、あらゆる法体系に関して、「法がある」という命題の真偽は、それと対応する道徳的命題の真偽に依存しているのである。このことが証明されれば、当然の帰結として、より個別的な水準、個々の法体系に内在的な諸言明についてもこのテーゼがなりたつだろう。つまり、特定の法体系における個々の条文やコモンロの文言、およびその解釈・適用の合法性もまた、それと対応する道徳的言明の真偽に依存するにちがいない²⁰⁸。ここでムーアは、法と道徳の結びつきがあらゆる文化的・政治的文脈の差異をこえて、すべての法体系に普遍的であることを主張しようとしているのである。

彼は、法と道徳²⁰⁹とを完全に同一視するような関係テーゼの強い解釈にはコミットしないが、正義にかなうことが規範の法的地位にとっての必要²¹⁰条件だと考えることで、制度の履歴——立法や判例といった諸事実——を規範の法的地位の決定要素の一部として許容する一方、「不正な法は法でない」という自然法論本来の中核的主張を維持する²¹⁰。ただし、法と道徳との関係の必然性を概念分析的な必然性だと考える必要はない。「自然法論者は、法の本質とはそれが何よりも正義を含意していることにある、というべきである。したがってある体系や規範、決定が不正であるならば、必然的に、そ

れは法ではないのである。問われているのは、『法』という語の規約的用法(分析的必然性)ではなく、また普遍的な社会的実践(条件付きの必然性)でもなく、世界に存在するもののなかのひとつ、つまり法がそなえる本性なのである」²¹¹。

さらにムーアは、特定の法理解を推奨する規範的法理学には自然法論の記述的な正しさを立証できないとしてこれをしりぞけ、記述的な一般法理学に照準をあわせる。ただしこれは、(ハートがそう考えたのとは違って)ただちに法について社会的に共有された概念の分析的な記述を意味するわけではない。ムーアはむしろ、「法」という語の意味は法の本質(nature)によつて無媒介にあたえられると考える。かといつてももちろん、彼は自然種のようにあらゆる法体系に普遍的な構造の存在を想定しているわけでもない。ここにムーアが法を機能種(functional kind)として理解する契機がある。「名目種(nominal kind)とは違い、機能種を構成する諸事物は、ある言語のなかでその名を共有するだけにはとどまらず、より豊かな『本性』を共有する。自然種とは違って、そのような事物が共有するのは構造ではなく機能なのである」²¹²。

二 もちろんムーアにとって、あらゆる法がひとしく担う機能、すなわち法の本性とは、正義にかなった客観的な道徳的諸価値の実現である。だがそのような法と道徳の結びつきの必然性は、どうすれば見定めることができるのだろうか。彼の考えによると、一般に、ある活動の機能(function)²¹³を知るためには、まずこの活動が何らかのより大きな、目的をもった体系内で生じているという仮説を

おき、その上でさらにこの体系の目標に対するその活動の意義を探る、という手順を踏む必要がある。この手順を理解するには、たとえば、心臓の機能を知ろうとする場合のことを考えてみるといいだろう。このとき私たちは、それが人間の身体というより上位の体系に属し、さらにこの体系全体が健康という目的をめざしているという仮定をおいた上で、心臓の活動が健康に対してもつ意義を探求せねばならない。そうすることではじめて、心臓の機能が胸のなかで一定の場所を占めることや音をたてることではなく――それらは単なる心臓が存在することの「効果(effects)」にすぎないとされる――、血液を循環させることにあるということがわかるのである²¹⁴。

それと同じように、法の機能は、法の諸属性（強制的サンクションや習慣的服従、新たな法創造の制御、公的な権力行使の正当化など）がもたらしうる諸々の帰結（調整問題の解決や道徳的論争の決着など）のなかから、人間にとっての内在的な善のリスト（人間の行為を規則に服属させることや個人の自由と自律の拡大、共通善の促進など）²¹⁵と対応関係をもつものを評価的に選びとることによって、はじめて確定されるのである²¹⁶。このような手続きを経ることによって、私たちは、法の存在と道徳的な諸価値との結びつきが必然的なものであることを理解できるだろう。ムーアにとって、法は、何らかの道徳的価値をめぐることができるとはじめて法たりえているのである²¹⁷。

【日常的な意味、意図、先例】

一 では、特定の法体系の下での法の解釈・適用作業に注目した場合、法は道徳的価値とどのよう

に結びつき、いかにして「唯一の正しい解答」を確定させているのだろうか。ここで彼の見解に根拠をあたえるのが、道徳主義テーゼであり、さらにその背後にある形而上学的実在論である。前にも述べたように、ムーアは、実在論にコミットすることによって、あらゆる語の意味はその指示対象の「隠された本性」との一致によって一意的に確定される、という立場をとる。客観的に正しい裁定は、原則として諸々の既存の法素材（制定法の条文、コモン・ロー上の規則や先行判例などのテキスト）が用いる語や文の意味を実在論的な観点から解釈することによって得られるだろう。その際、どうしても必要になる評価的判断を裏づけるのが、実在的な道徳的価値の考慮なのである（例外は後述する）。以下では、彼の法解釈理論²¹⁸の概略を語の日常的な意味、意図、先例の順にみていくことにしたい。

二 まずムーアは、法解釈に際して法テキスト中の語の日常的な意味(ordinary meaning)が果たす(べき)役割について検討する。前節で瞥見したとおり、彼は、規約主義的な意味の理論(基準理論と範型事例理論)が現実には実行不可能であると考えており、実在的な意味の理論こそが記述的にも規範的にもすぐれていると主張している。したがって語の日常的な意味もまた、基準や範型ではなく、その語が指示するできごとの本性に関する「入手可能な最善の科学理論」を適用することで確定されるだろう²¹⁹。こう考えることによってはじめて、私たちは特定の共同体の慣習や規約の限界(欠缺(gaps))や硬直性、あるいはそのうつろいややすさに惑わされることなく語の意味をあきらかにすることができるのである。

ムーアは「死」という事態とその言葉が意味することとをめぐる議論を例示するなかで、規約主義の難点と実在論の長所を強調する²²⁰。それによると、「死」という事態はかつて、心肺機能の停止や脳神経系の機能の停止、蘇生可能性の喪失などがひとつのまとまりをなす事態によって定義されていると信じられていたが、今日の医学の進歩は、これらの徴候をひとつひとつ分離し、各々別個に感じさせることを可能にした。このときなおあえて規約主義に従おうとするならば、私たちは、こうした知識の進歩によって「死」そのものの意味が変更される、あるいは技術革新がもたらした新たな状況のなかで「死」の意味が見失われる、という奇妙な理解を受け入れねばならなくなってしまったのではないだろうか²²¹。こうしたことはすべて、規約主義が語の意味を規約・慣習的な基準や範型への信念や合意にゆだねてしまっていることから生じている²²²。他方、実在論者は、語の意味を誰の信念・習慣からも独立に存在する語の指示対象の「本性」に依拠させているのだから、そのような困難とはつねに無縁でいられるだろう。彼ら／彼女らはどんな場合であれ、単に「死」というできごとについての最高の到達点、最善の科学理論をその暫定的な準拠枠組みとしてこれに従うことで、こうした不確定性に一貫性をもって対処できるのである。

ムーアによると、法解釈に際して語の日常的な意味に従うこと、あるいは少なくともこれを解釈の出発点とすることの規範的な望ましさは、法の支配が含意する諸価値²²³のうち、立法の尊重（以下で述べる）とおり、ムーアは、立法意思の内容を知るための最善の証拠は制定法の条文が用いる語の日常的な意味のなかだけに見いだされると考える）による権力分立の確立、予測可能性の保護を通じた自

由の保障、解釈過程を一般的な理解に沿わせることによる手続的公正さの確保、といったものによって裏づけられている。このことは「死」のような自然種語だけにあてはまるのではない。「犯意」のような非自然種語についても形式主義的な演繹を可能にするような基準や範型がありえないことは先にも述べたが、このことが示唆するとおり、一見規約・慣習による暗黙の定義や条文・判例上の明示的な定義以外に適用基準が存在しないかにみえるこれらの語についても、そうした語の阻却可能性(defensibility)に鑑みれば、何らかの本性をそなえた種(「犯意」の場合には「道德種」)の存在を措定せざるをえないのである。

したがって、「虎」などの自然種語については(道德的価値とは無関係の)最善の自然科学理論によって、「最善の利益」や「平等な取扱い」といった道德種語については最善の道德理論によって、それぞれその意味が確定されることになるだろう。いずれにせよ、テキスト内の語の日常的な意味を特定するためには、つねにその「隠された本性」についての概念構成的なアプローチが必要になるのである。

三 次に「意図」について。先にも述べたとおり、ムーアは「条文内の意図」を「立法者が条文に込めた意図」から切り離し、前者のみを参照すべきだと考えている。彼の意図問題の扱い方の核心は、条文だけに即して導かれる「条文内の意図」は最善の条文解釈の一構成要素にすぎず、それに新たな何かをつけ加えるものではないということ、およびテキスト外在的な「立法者が条文に込めた意図」

の参照は規範的に擁護できない、ということにある。ムーアは、条文内で用いられる語の含意に関する意図（「意味論的意図(semantic intention)」）についてはその「貧しい(spare)」理解——語の意味を日常的な意味に限定しようとする立法者の意図——のみが事実と合致すると考え、「豊かな」意味論的意図——語の日常の意味を追加的に限定・修正しようとする意図——には有意性を認めない²²⁴。実在論を前提にするかぎり、私たちの言語使用はいかなる規約的な例示・定義によっても確定されないはずだからである。立法者はふつう、自覚の有無は別にして、実在論者として現にふるまっているのであり、その意味論的意図は、まさに「貧しい」意図のみに従うことによって尊重されることになるだろう²²⁵。また、立法の動機・目的にかかわる意図（「目的的意図(further intention)」）に関していうなら、実在論者はそのような意図の検証可能な実在性を認めるものの、立法者が集団である場合、検証にたえる形でそのような意図が実際に確定されうるとは考えにくい。また仮に見いだされたとしても、それが最善の条文解釈に対し、重大な補足・修正を加えうる可能性はきわめて低いのである²²⁶。

ここでもし仮に、「純粋な規約主義」に従って——つまり、個々の立法者の精神状態を問うことなく、立法府の役割に関する社会的な理解可能性の規約だけに依拠して——立法集団を一個の人格として擬人化し、委員会の報告や議場内外での議員の発言からその「意図」を再構成する、という戦略をとるならば、唯一の解答を確定することまではできないにせよ、少なくともいくつかの理解不可能な解釈を排除することができるのかもしれない。したがってたしかに、このように構成された立法意思は、法解釈作業に対して独自の制約となりうるのである。しかしながら、このような方法は規範的に

みて擁護可能なものとはいえないだろう。なぜなら、この立場が規範的裏づけとして掲げる諸価値——司法権力の恣意的行使に対する抑制、法的予測可能性の確保、文言主義(literalism)の回避、民主主義の尊重——は、この方法で守ることなどできないからである²²⁷。

結局のところ、規約的に構成された立法意思は、(他の法テキスト同様)「私たちが自分たちの理想についてより明晰に考えることができるようになるための発見手段」²²⁸ 以上のものではない。本来、立法府の仕事は条文を成立させることではあっても、あとで確かめることの困難な(あるいは不可能な)意図を形成することではないのだから、立法府の選択は前者に限定して尊重されるべきであらう。さらにいえば、立法過程とそこで形成されたさまざまな意図についての解釈がつねに歪曲の危険にさらされている以上、立法府の選択として確実に尊重できるのは、実際に成立した規則だけなのではないだろうか。むしろ「民主主義とその制度的権能に関する政治的理想は、想定上の立法者間の暗黙の合意によって非公式的に採用された『二次テキスト』」²²⁹ ではなく、テキストのみに基づいて活動する裁判所によって、よりよく機能するのである²³⁰。そしてそのような仕方でのテキストの「目的」の特定は、その法体系内でそれが果たすべき「機能」についての評価的判断によってはじめて特定されることになるだろう。

四 ムーアはさらに、先例の問題にも検討を加える²³⁰。法解釈理論が完全なものであるためには、先行する司法判断や同じ法テキストについての先行する司法解釈が目前の事例の決定に対して影響を

及ぼしうる可能性と程度について、説明をあたえることのできる教説が必要なのである。したがって、先例理論の役割を一言でいうなら、判示(holding)²³¹の同定とその重み(weight)の判定——これは先例をくつがえす理由の考慮でもある——だといえることができるだろう²³²。

ここでもムーアは形式主義・規約主義的な発想をしりぞける。規約主義の先例理論は、確定性を確保しようとするあまり、現実の法実務とはかけ離れた像を描いてしまっているのである。それは、法廷が判示として述べたものだけを判示とみなし、何らかの非道徳的・形式的考慮に即してその重みを判定すべし、と主張する。しかしながら実際の法実務をみるならば、判示として明示されたものが後続判断のなかで阻却や補足、修正を被ったり、それ以外の箇所から新たに判示が構成される例が数多く認められるのである。こうした事実に基づき、リアリズム法学(ないしCLS)は逆に極端な不確定性の存在を指摘するだろう。それによると、判示をそれとして明示されたものだけに限定するのは間違いであり、先行する司法的判断の全体から任意に抽出・構成されるものとして広く考えるべきなのである。しかしこのとき、そうした事実からの再構成にはいかなる意味でも一意的な確定性を期待できなくなってしまうにちがいない²³³。

これにくらべ、実在論的な先例理論はこうしたジレンマから自由である。それによると、先行判断の全体は判示を部分的にしか確定しない歴史的与件とみなされるべきであり、またそのウェイトづけには個々の事例に即した道徳的衡量を用いる——目前の事例を決定するにあたり、その先例に従うことによつて、あるいはそれをくつがえすことによつて、どの程度実質的な道徳的価値が実現されるの

かを考慮する——だとされる²³⁴。この意味で、ムーアにとつてコモンローの体系の運用は、科学における帰納や倫理学における一般化と同様、権威的な固定されたテキストをもたない非解釈的な活動だといえるだろう²³⁵。このことはたしかに、個々の先例の射程を一般的・形式的な仕方ですべておくことが不可能であることを含意している²³⁶が、実在論にコミットしているかぎり、この不確定性は個々の事例に即した道徳的衡量の確定性によつて十分に補われうるのである。実在論者は、「等しい事例は等しく扱え」という形式主義的正義の要請をないがしろにするわけではなく、あくまでも道徳的に重要な(非)同一性についての考慮なしにはこの要請を尊重できないと考えるだろう²³⁷。「真に同一の事例を同一に処遇するためには、後続法廷は先行法廷によるこの理論化「『先行法廷が述べた言葉が示す判示の射程の再構成』について二次的な推定を下さねばならない。つまり、後続法廷は、何が重要な同一性であり、同一の処遇を必要としているのか、何が道徳的に重要な差異であり、異なる処遇を必要としているのかについて、みずから決定を下さねばならないのである」²³⁸。

【法解釈と実在論】

一 以上のことを整理すると、裁判官が法テキストを正しく解釈する際には、四つの局面で実質的な価値判断が介在しているといえるだろう。すなわち、(1)私たちは、法テキストの日常的意味を解明し、それを解釈の出発点としなければならないが、そのためにはしばしば実質的な価値判断が必要になる。(2)私たちは法テキストの日常的意味ないし条文上の定義を判例の発展に即して修正しなければ

ならないが、先例の判示の同定と内容の確定、そのウェイトづけには何らかの価値判断が不可欠である。(3)意味と先例を当該テキストの目的(ただし立法者の「意図」ではなくそのテキストの本質的な「機能」)に照らして修正せねばならないが、これを確定するためにも価値判断を要する。(4)目前の事例の個別具体的な状況性に照らして、どの解釈が最善の結果をもたらすかについて全事情考慮的な(all-things-considered)判断を下さねばならない²³⁹。さらにムーアはこれらに加えて、(5)以上四つの要素の正しいバランスに関するより上位の価値判断が必要になる²⁴⁰とし、これら五段階の価値判断を経ることではじめて正しい法解釈が構成されると主張するのである²⁴¹。

こうした価値判断すべてについて、ムーアは規約・慣習上の価値ではなく、実在的価値との対応・一致の有無が問題にされなければならないと主張する²⁴²。ここでくわしく述べる余裕はないが、ムーアは道徳的価値の客観的な実在性に対するさまざまな懐疑論を反駁し、道徳に対する規約主義的なアプローチはそうした誤謬に発する妥協的見解にすぎないとしてしりぞけているのである²⁴³。ムーアにいわせれば、規約主義は道徳的価値の実在性を受け入れておらず、したがってその有意性を理解しないがゆえに、客観的に正当な価値判断の探求に対し、みずから不要かつ不当な限界を設けてしまう。つまり、道徳的判断の手がかりを共同的な規約・慣習だけに限定してしまうために、それが——規約そのもののあいまいさや合意の欠如によって——「尽きて」しまった場合、それ以上の客観的な判断が原理上不可能になってしまうのである。他方、道徳的実在論者は、道徳的推論が語の意味に関する規約に限定されるとは考えておらず、その語に関して次々によりよい理論を作り出すだけの知識が私

たちにそなわっていると信じている。したがって、彼ら/彼女らは、はじめからそのような限界をみずから課す必要を認めないだろう。本来、命題の真偽は普遍的合意の有無や命題内容の不明確さとは無関係なのだから、信念や合意(暗黙のものも含めて)の不明確さや欠如を根拠にした批判は実在的価値にはあてはまらない。道徳実在論の核心のひとつは、価値の存在とその認識との間に厳格な区別を設けることにある。形而上学的実在論の立場からいえば、「相互主観的合意は決して客観性と同一のものではない」²⁴⁴のである。

二 道徳実在論は、こうして、いかなる信念や合意・規約的実践の存在にも依存しない価値の実在性を信じ、それとの一致・不一致こそが道徳命題の一義的な真偽を確定する、と主張する。ムーアは、テキストとしての法がそれ自体でみずからの意味を確定させる可能性を全面的に否定しながらも、このような形而上学的裏づけへさかのぼることによって、法的な意思決定の客観的な正しさ、「唯一の正しい解答」が獲得されうることをあきらかにできると考えているのである。

【CLSへの応答】

一 ムーアの法解釈理論は、形式主義的な法的推論の可能性を全面的に否定し、あらゆる法的判断に道徳的評価が介在することを力説する点で、そして（ドウォーキンとは異なり）法体系の確定性を法律家共同体内部の解釈的実践にも求めようとしなかった点で、CLSの懐疑、特にその不確定性テーゼをぎりぎりのところまで受け入れる構成をとっている。それでもなお彼が解釈・適用レベルでの法の客観性、「唯一の正しい解答」の可能性を主張できるのは、彼がいかなる政治的・道徳的コミットメント、あるいはどんな社会的規約とも無関係な場所に法の基盤があることを信じ、法に介在するすべての事実判断・価値判断がそれらとの一致を通じて客観的に確定されうると考えるからである²⁴⁵。

つまり彼は、あらゆる規約的定義・範型および権威的な立法意思の役割を相対化することで、立法者や裁判官の「恣意的な」主観からはもちろんのこと、特定の共同体が明示的・暗黙的に共有する規約・慣習や信念からも、法命題の真理条件を分離してしまうのである。その結果、法の客観性は法体系の自律性を犠牲にすることでようやく維持されることになるだろう。法的な推論やその結論の客観性は、もはや「法固有の内在的制約」などというリーガリスティックな観念には依存しない。むしろ、法体系全体が道徳秩序の下位体系として健全に機能したときに、はじめて確保されるものとされるのである。本稿の関心に即しているならば、このようなムーアの立場は、ドウォーキンが自明視している法におけるプロフェッショナルリズムに対する強い批判を反映していると考えられることができるのではないだろうか。

二 このような法理解は同時に、CLSのもうひとつの懐疑的主張、抑圧テーゼに対するムーアの応答をも示唆している。既存の社会編成にひそむ権力関係を固定・強化し、同時にそれを隠蔽する道具としての法、という像を抑圧テーゼがもたらすのに応えて、ムーアは、法は認知的に超越的な(recognitionally transcendent)実在の意味を解明するための無限の理論創造と探求過程の彼方にのみ見られるのであって、私たちの信念や利害関心、あるいは既存の社会編成や権力関係のありかたによつて左右されるようなものではないし、またそのようなものであってはならない、と主張するのである。

このような回答は、CLSの見解に対して両義的な意味をもつのではないだろうか。一方で彼の法理解は、CLSの抑圧テーゼを極端な唯名論に由来する間違つた懐疑としてしりぞけるはたらきをもつ。ムーアにとって、法の確定性と道徳的な正当性は、「実在との一致」を通じて同時に達成されるのであり、したがって法は理想的にも可能的にも抑圧的であるほかない、というCLSの懐疑は間違っているのである。しかしながら他方で、ムーアの自然法論は、法命題の真偽に関して、現実の人間が最終的・絶対的な判断に到達することはありえない、ということをも含意している。そこからみれば、現実の法実践・法実務に関するかぎり、法は不確定なままであり、私たちはその完全な実現を望むことはできない。したがって法の執行にともなうあらゆる実行行為には、リベラル・リーガリストとしてのムーアの観点からみても、抑圧的な要素がつねに潜在しているのである。つまり、誰ひと

りたしかめることのできない超越的な実在との一致だけが可能的な仕方で体系としての法の確定性を保証していると考えるかぎりで、たしかにムーアはCLSと正面から対立しあうが、同時に、つねにその不完全な実現でしかありえない現実の法実践だけに焦点を絞るならば、ムーアもまた抑圧テーゼにコミットしていると考えられるのである。

三 彼の自然法論は、特定の共同体・法体系の下での既存の法テクスト・実践の権威をすべて相対化し、そのありかたに批判的な吟味をあたえることのできる最も一般的な視角、普遍的な基盤を提供しようとしている。法解釈の「唯一の正しい解答」は、あらゆる法体系にとって——言語体系にとつてさえ——外在的な「事物の本性(the nature of things)」に法を沿わせることではじめて確定されるだろう。そのような単一かつ万能のものさしを選ぶことで、彼は、リベラル・リーガリズムに即した法解釈作業が直面する諸々の困難を一刀両断に解決してみせようとしたのである。だが、法の確定性と非抑圧性に対する彼のコミットメントは、あくまでも理論上の可能世界の次元に厳しく限定されている。現実の法のありかたをみるかぎり、法はつねに不確定であり、したがってあらゆる法実践・法実務が下す判断・結論は抑圧的な要素を含みもっているのである。

しかし、このようなムーアの処理に疑問が残らないわけではない。これまで彼の見解に対しては、綿密できびしい批判・反論が数多く提出されてきた²⁴⁶。興味深いことに、そのいずれもが後期ウイトゲンシュタイン哲学に関する何らかの解釈をよりどころにしているのだが²⁴⁷、ここではそうした哲学

的背景の検討はあとまわしにすることにして、これらの批判の要点だけをいくつかかいつまんでみておくことにしよう。

【ムーアへの批判(1) 現実との接点】

一 多岐にわたる批判のなかでも最も顕著な論点は、上で述べたことともかかわるが、ムーアの見解は、間違いでないと仮定した場合でも、現実の法的実践に対して何の実質的な影響も及ぼすことができない、というものである²⁴⁸。ムーアは、あらゆる法的言明の真理条件に実在との一致という基準を採用するが、他方で彼は慎重にもその実在についての認識を正当化する際には非基礎づけ主義的な整合説——他の正当化された信念との整合性・一貫性だけを基準とする立場——を支持する²⁴⁹。つまり(くりかえしになるが)、ムーアにとって真理と正当化された信念とは同じものではない。ある言明を真だと思ふ私たちの確信がその言明の真理を保障するわけではなく、逆に、真だと確信できない言明がなお真である可能性を私たちは決して否定できないのである²⁵⁰。原理的にいって、このことはあらゆる言明についてあてはまるだろう。

しかし、こんなふう信念と真理とを完全に絶縁してしまったあとで、私たちは一体どうやって言明の真偽を見分けることができるのだろうか。批判者たちがいつせいに矛先を向けるのはまさにこの点である。ブライアン・ピックスによると、ムーアは認識論上の非基礎づけ主義をとることで「実在」が直接に認識される可能性を放棄しており、そのため彼の主張は現実の実践に何の実質的な制約も加

えることもできなくなってしまう。法実務の当事者の視野のなかでは、彼の法解釈論は「機械のなかで空回りする車輪」²⁵¹でしかない。ムーアの理論は「事物の本性」が私たちの言語的実践に規範的な制約を課す筋道について納得のいく説明を示しておらず²⁵²、へたをすると、権威的意図の扱いをめぐって生じる法解釈上の難問をわざと避けて通るための口実、理論的粉飾にすぎないのである²⁵³。

二 ムーアもこの種の批判には気付いていないわけではなく、これに「無関係テーゼ(no-difference thesis)」の名をあたえて反論を試みている²⁵⁴。彼の反論の要点は、自分はあくまでも既存の実践・経験についての説明原理を提供しようとしているだけであり、これをまったく新しい実践上の指針であるかのように考えること自体がまとはずれだ、というところにある²⁵⁵。ムーアにいわせると、彼の道徳実在論は、私たちの道徳的経験、法的な制度設計や実践のありかたに最も包括的で首尾一貫した説明をあたえ、それに即した自己理解をうながしているのにすぎない。裏返していうなら、そうした事象・経験をうまく説明するには、まさに形而上学的な措置として超越的な「実在」概念をおいた方がうまくいくのではないか、そうムーアは考えるのである²⁵⁶。

ムーア自身は明言していないものの、彼の見解がかりうじて暗黙のうちに規範的含意をもつとすれば、それは、そうした（最善の）自己理解に即した実践を擁護し、そこからの逸脱を自己欺瞞ないし怠慢として批判する、という側面に求められるのではないだろうか。つまり彼は、すべての認識の基盤を個人の主観的な「好み」か共同的な規約・慣習へと還元してしまおうとするCLSの懐疑に応え

て、そのようなシニシズムこそが法的な実践・実務のなかで客観的な正しさの探求を中断させる障害物になってしまっているのであり、逆にこの探求の放棄を拒否することのなかには、かならず超越的な実在概念へのコミットメントが含まれているのだ、と主張しているのである。

このような見方はとりわけ、重大な帰結をもたらす価値判断を、合意や共通の信念の問題に還元してしまうことに対して誰もが感じる一種のうしろめたさに訴えかけるだろう。簡単にいうならば、ムーアは、私たちがつねに真理や正しさを求め、言葉の皮相的な意味に惑わされることなく事物の本性をめぐって思考し行動する存在であり、その方向に自己理解と日常の実践とを純化してゆくことだけが、より完全で首尾一貫した知と実践とをもたらす、という十分に説得力ある信念にコミットしているだけなのである。彼の法理論の特色は、この否定しつくすことのむずかしい考えが、法の領域のなかでも十全にその力を発揮されることをめぐって構成されている点にある、ということができるだけだろう。

【ムーアへの批判(2) 意思決定手続・制度設計へのまなざし】

一 さて、もうひとつ注目に値する批判は、ムーアの法解釈論を法的な意思決定にかかわる制度設計という観点からみるならば、実は彼の支持するモデル自体が数ある選択肢のひとつにすぎず、実証的にみても規範的にみても法実践のごくかぎられた側面しかとらえていない、というものである。くわしくは次章にゆずるが、フレデリック・シャウアーによると、ムーアのモデルがあらゆる個別事例

において全事情考慮的な評価を下し、そのつど最善の帰結を追求することを意思決定者に要求するのに対し、それとは重要な点で性格を異にする規則基底的な意思決定のモデルもまた法的な推論・意思決定様式のモデルとしての資格をそなえており、その方が望ましいとされる可能性も十分考えられるのである²⁵⁷。シャウアーは、ムーアの哲学的・倫理的コミットメントの真偽や是非を問題にするわけではない²⁵⁸。ただ彼は、ムーアの法解釈理論が暗示する規範的指図だけが絶対的なものと目されることに疑念を呈し、むしろこれを可能な選択肢のひとつとしてその長短を評価しようとするのである。

二 ムーアはこの批判に答えて、道徳的に最善の帰結が得られる可能性をわざわざ放棄すること自体がおかしなことであり、道徳的過誤をはじめから容認するような意思決定様式を法解釈のモデルに採用することは認めがたい、という趣旨の反論をおこなっている²⁵⁹。少なくとも、現実の意思決定過程をいかに制度化するか、という関心からそのモデルを構築することと、正しい意思決定のあり方についての理論的モデルの探求とを、決して混同してはならない。自分（ムーア）はあくまでも後者に関心を絞って議論を展開しているのであり、前者の問題とは切り放して理解されねばならない。

この応酬からもあきらかなように、法的推論に価値判断が介在することが必然である以上、道徳的に最善の結論を「真理」として追求すべきだということは、彼にとってあまりにも自明のことなのである。

三 だが、法が自然ないし道徳という事物の「本性」を正確にうつしとることをめざしているがゆえに客観的な確定性の可能性をそなえており、そのような客観的真理の探求こそがあらゆる偏向をのがれて法に関する「唯一の正しい解答」を得るための条件だ、という言い回しはあきらかに同語反復的である。むしろムーアならこれを、（道徳的に正しい方向へと私たちを導く）望ましい循環だと強弁するだろう。たしかに彼のいうとおり、私たちはみずから形而上学的事実論者として——つまり、どこかに超越的な原理として道徳的な真理が存在し、あるいは事物には言語が決してとらえきれない「隠された本性」が備わっており、それを言い当てないかぎりその言明を真理だとはいえない、ということ（無意識のうちにであれ）受け入れて——ふるまっていることがあるかもしれない。だがそれがほんとうに私たちの道徳的経験の全体だろうか。

ムーア流の実存論を先験的・普遍的な「真理」とみなすことには、多くの人がなお二の足を踏むにちがいない。たとえばアンドレイ・マーモアも指摘するとおり、私たちはしばしば、専門科学者が到達した自然的事物に関する最先端の見解を知りながら、なお、日常生活のなかではそれと異なる既存の共同的な規約に従うことがある²⁶⁰。ましてや道徳的判断において、単に私たちの知識や推論能力の限界のためではなく、問題となっている複数の価値それ自体が本質的に共約不可能(incommensurable)であると思えないような場面に遭遇してもなお、ムーア流のコミットメントを維持することはかえって不自然なことであるように思われるのである²⁶¹。

四 いずれにしても、少なくともムーアのように形而上学的實在論へのコミットメントを先験的な仕方でも全面化・絶対化するだけの十分な経験的根拠を、私たちはいまだもっていないと結論せざるをえない。ピックスが指摘するとおり、ムーアの主張がCLS的な懷疑に対する一種の反動としての性格を色濃くもつのだとすれば、(ハートフウの言い方²⁶²をするなら)それはCLS的な「悪夢」を一掃するための「高貴な夢」にすぎないのかもしれない。むしろ私たちは、彼の批判者たちにならって、ムーアの見解がいかなる条件の下でなら受容可能であるのかを、測定しなおしてやる必要があるのである。

そのためにも、ムーアの批判者たちが一致して主張する形式主義的な法的推論の実行可能性(容易な事案の存在可能性)およびその規範上の意義を検討してやる必要があるだろう。ムーアがいうような意味での狭義の形式主義——規則の言語的分析と検証可能な事実言明だけからの結論の形式論理的な導出——が実行不可能だとしても、それでもなお、法的な推論における難事案と容易な事案という経験的に広く支持された区分には何かしら否定しがたい根拠があるように思われるのである。

第IV章 形式主義再考

1. 形式主義の本質と条件

CLSの提起した法の不確定性テーゼを受けるかたちで、ドウオーキンは、規則の不確定性を全面的に承認しつつも、なお体系としての法は「唯一の正しい解答」の確定性を失わないですむと考えた。しかし彼の回答は、あくまでも特定の法文化、特定の法体系の下で実際に法実務にたずさわっている人の視点を前提にしておき、非参加者の外的な懷疑をあらかじめ排除した囲いのなかに法とその実践とを保護することによってようやくもたらされたものである。あらゆる法理論に対して、そうした個別的文脈における公的な権力行使の正当化に参与する裁判官の推論のありかたの解明を要求し、一般法理学(general jurisprudence)の放棄をせまる彼の主張には、当然多くの反発が予想されるだろう。少なくともドウオーキンの場合、「唯一の正しい解答」の可能性の主張は、リーガリズムへの閉じこもりと裏表の関係にあるようにみえる。だがこれは、現代の分業社会を前提にするかぎり、実質的には既存の専門法律家の活動の全面的な追認につながりはしないか。そしてもしそうだとすれば、結局のところ、抑圧テーゼが提起した問いは答をあたえられないままなおざりにされてしまうのではないだろう。

そこで以下で私は、不確定性テーゼに関してほぼ同様の反応を示しながらも、一般法理学の構えを放棄することなく、したがって特定の共同体（法曹を含む）の実践や信念に依存・追隨することなく、あらゆる「法」とそれにもとづく推論が万人にとって正しいものでありうる可能性と条件とを探索する論者のひとりとして、マイケル・S・ムーアの見解をとりあげてみたい²⁶⁴。ムーアの立場をひとことというなら、現代の言語哲学の成果としての形而上学的実在論と機能主義的な法理解を結合させた現代版自然法論ということになるだろう²⁶⁵。彼は、ハート以降の法実証主義の多くが依拠してきた規約主義的な法理解への批判にその議論の大半を費す一方で、「外的な懐疑」を頭ごなしに拒絶するのではなく、正面からこれを否定することをめざして、みずからの議論の土俵を設定しているのである。

【形式主義の再定式化】

一 シャウアーによると、ふつう、私たちがある意思決定を形式主義的だとして非難するのは、本来避けられるはずのない、そして現におこなわれているはずの評価的選択の否認や隠蔽をそこに認めるからである²⁶⁶。CLSやムーアの指摘を待つまでもなく、たしかに多くの法的な意思決定は、法的規則の意味や重みを確定するに際して、さまざまな評価的判断と選択とに開かれているようにみえる。つまり形式主義への批判は、別様でもありえたはずの推論の道筋や結論が、はじめから選択の余地の

ないものであるかのように構成されてしまうこと、そして異なった推論の方向や結論の可能性を（ムーアの場合には真なる法命題としての唯一の正しい解答の探求を）根拠なく圧殺してしまうことに向けられていると述べている²⁶⁷。

しかし、ほんとうにあらゆる形式主義的な意思決定のなかでそのような隠蔽がおこなわれているのだろうか。意思決定者がその選択肢を規則に即して狭める仕方は、どんな場合でも意思決定者本人の恣意でしかないのだろうか。シャウアーは別の見方を示唆する。仮にある事例のなかで「適用可能で明確な規則がただひとつしかなく、しかもそれが不合理な帰結を指示しているとき、それを回避するための代替的な規範を意思決定者は創造できるか」ということが問題になった場合、これに対して否と答える法体系は十分存在するのではないか²⁶⁸。つまり規則回避的規範を不完全かつ閉鎖的にしかそなえていないこのような法体系²⁶⁹の下では、直接適用可能な規則が望ましくない帰結をもたらす場合でも、意思決定者はそこで回避ルート（ないし「安全弁」）を見いだすことができず、しかもその場でそれを創造する権限も認められていない——つまり、禁止されているのである。言い換えれば、そこでは原理的に阻却可能な規則についてさえ、阻却が前もって禁止手にされてしまっているのである。このとき私たちは、従来の批判のあてはまらない、異なる種類の形式主義と向きあっているのではないだろうか²⁷⁰。

二 このような意思決定のありかたも、たしかに意思決定者の選択肢を狭めるはたらきをもつ点で

は文言主義や機械的な演繹と同じ機能をもつ。だがシャウアーはあくまでも両者を区別し²⁷¹、演繹可能性の有無とは独立に、意思決定者に対する選択を「禁止」するような意思決定環境²⁷²がありうることを強調する。彼は、原理的には複数存在する選択肢をはじめから既存の規則が指示するものだけに限定してしまうような意思決定環境に注目しているのであって、そこでの推論が厳密に形式的な三段論法に従っているか否かにはこだわらない。ムーアとは異なり、彼の関心は、法の真理条件にはなく、法的な意思決定を制約・嚮導するための制度的環境のありかたの方に重心がおかれているのである。

法がそのようなものであるべきかどうかはしばらくおくとして、たしかに、法が意思決定者に対して規則の遵守を厳格に要求し、道徳・政治的観点からみてその事例の最善の解決は何か、という個別主義的(Particularistic)で全事情考慮的な推論をさまたげる場面は少なくないのではないだろうか²⁷³。このとき意思決定者は、許されている評価的選択を故意かつ恣意的に抑制あるいは隠蔽しているのではなく、むしろはじめからそのような選択をおこなう権限と責任が当人にそなわっていない(と信じられている)のである。

【規則基底的意思決定とは何か】

一 しかしそもそも、選択の隠蔽としてであれ選択の禁止としてであれ、形式主義的な法的推論が独特の現象として他と区別されるためには、何よりもまず、それが個々の事例における最善の解答を

探求するより開かれた法的推論とは異なる帰結を導出しうるものでなければならぬ。しかしそのような想定は、いったん規則基底的意思決定の本性に関するより一般的な考察に差し戻して吟味される必要があるだろう。

シャウアーはここでも、規則と事実だけからの論理的演繹という周知の理念的図式に頼るのではなく、私たちの日常的な経験の方から問題を説きおこす。彼の説明によると、規則は、記述的規則であれ指図的規則であれ、その言語的定式化のうちに一般化された述語をもつことを本質的な特徴としている²⁷⁴。あたりまえのことだが、一度きりしか使うことのできない個別具体的な特定性をそなえた言明を、私たちはふつう「規則」とは呼ばないだろう。この意味で、どんな規則もかならず、何らかの一般化(Generalization)を含む条件節部分と指示される帰結部分との組み合わせによって構成されており、潜在的にであれ、かならず「xならば、pせよ/してはならない/してもよい」という形で定式化できる²⁷⁵。指図的規則の場合、その適用条件を規定する条件節ないし「事実的述語(Factual Predicate) (先の定式の「x」であらわされる部分)が一般化された語句によって規定されるわけだが、まさにこの一般性こそが、指図的規則に即した意思決定を決定的な仕方特徴づけているのである。

二 シャウアーによると、過去の確定した事実について述べる一部の記述的一般化(たとえば「これまでアメリカ大統領はすべて男性である」という言明)を除けば、あらゆる一般化はどうしても過剰包摂的(over-inclusive)ないし過少包摂的(under-inclusive) (あるいはほとんどの場合、その両方)

にならざるをえない。

個々の事象・事物には、いつでも複数の論理的には等価な範疇をあてはめることができるので、個物からの一般化はかならず、そうしたいくつもの範疇からの選択を必要とするだろう。そのときこの選択を方向づけるのが、その規則を形成するねらい、背景的な根拠(Justification)——排除されるべき害悪や追求されるべき目標を示すより一般的な範疇——である。このことは、規則が条件節に含む一般化は、この根拠のより具体的な例示(Instantiation)だ、というふう言い換えることもできるだろう。ただしここで重要なのは、指図的な一般化・例示とその背景の根拠との関係には、蓋然的な因果性以上のものを期待することができない、ということである。規則によってめざす事態を百パーセント確実に引き起こす(あるいは害悪を回避する)ためには、当然それと必然的な因果関係にある範疇の選択が必要だろう。にもかかわらず、ひとつには人間が可謬的な存在であるために、また人間が変化する未来についての不完全な知識しかもたないために、そして人間の住む世界が不変のものではありえないために、どうしても私たちはその範疇を何の過不足もないような仕方で構成することができないのである²⁷⁶。これこそが、一般化がしばしば粗雑な単純化・類型化として否定的に語られるゆえんであろう。

このように規則がおおざっぱな一般化に依存せざるをえないことの帰結として、規則基底的意思決定の過少／過剰包摂性という事態が不可避のものとなる²⁷⁷。周知のとおり、規則はしばしばその根拠や趣旨、目的に反する帰結を指示してしまうが、そうした面倒な経験(recalcitrant experiences)²⁷⁸は、

主として、その事実的述語が、特定の事例において根拠に合致する帰結を生みださないかもしれないような状況をも含んでいた(過剰包摂)、特定の事例において根拠に合致する帰結を生みだすかもしれない状況を含んでいなかった(過少包摂)するために生じる。規則はあくまでも根拠の近似的な例示のひとつにすぎず、決してその完全な言い換えではありえない。そのために「事実的述語は、ある事例のなかでは規則の根拠に役立たないような事例の属性に関心を向け、別の事例のなかではそれを認めていればその規則の根拠に役立つであろうような事例の属性を認識しそこなう」²⁷⁹のである²⁸⁰。

三 規則基底的意思決定の準最適的な性格(suboptimality)は、ここから生じてくる。規則が指示する行為の外延は、その根拠が直接指示する行為の外延から(実際にあるいは潜在的に)分岐・逸脱しているものであり、そのために、規則に従った意思決定はしばしばその根拠と食い違う——つまり最善の結論からみれば不十分・不完全な——帰結を指示してしまうのである。

ここに私たちは、個別主義的意思決定と規則基底的意思決定との決定的な違いを認めることができるだろう。前者の下では、既存の規則に何の規範力も認められず、それが単独で行わないし決定の理由となることはありえない。規則はすべてその背景の根拠を実現するために便宜的に設けられた不完全な標識・指針のようなものにすぎず、それが過少／過剰包摂性を露呈して本来の目的とは食い違う帰結を指示してしまう場合には、ためらうことなくその規則を阻却・修正すべきだとされるのである

281。シャウアーは、そのようにみずからは何の規範力ももたず、ただ標識としてのみ機能する規則を、経験則(rule of thumb)とよぶ。したがって、純粋な意味での個別主義的な意思決定手続は、意思決定者に対し、すべての事例における全事情考慮的な最善・最適の解決の探求を要求することになるだろう。²⁸²

他方、規則基底的な意思決定はそのような理想的な意思決定のありかたから距離をおくところにその本質がある。²⁸³ この意思決定様式の下では、規則がしばしば全事情考慮的な推論に対する不透明な障壁として作用するのである。このとき、規則の指図的一般化は「固定化された(entrenched)ものとして扱われ、その例示が、適用されたときにその背後にある根拠(ないし諸根拠)を満たさない場合ですら、例示として規範力をもつ」²⁸⁴。つまり、この意思決定手続の下では、規則がその根拠とは異なる帰結を指示してしまうような場合でさえ、意思決定者は規則固有の規範力を認めてこれをその根拠・目的・趣旨よりも優先させるように求められるのである。

【規則基底的意思決定の条件】

一 このように規則そのものに対して規範としての力(重み)を認めることは、規則の指図的一般化(根拠の例示)を固定化されたものとして扱うということを意味している。²⁸⁵ 個々の規則適用の機会に際して、事例ごとの最適化志向的な考慮に基づく規則の修正・補足・阻却を抑制し、むしろ規則それ自体の含意に従ってひとしなみに結論を導く、という態度は、規則の指図的一般化を、その過少

／過剰包摂性にもかかわらず、動かしがたい独立の決定理由・行為理由とみなすことによってはじめて可能になっているからである。

しかしこのような態度はいかにして可能になっているのだろうか。シャウアーは、言語の意味論的自律性(the semantic autonomy of language)という言語論上のテーゼ²⁸⁶を掲げ、これが指図的例示の固定化の源泉になっていると主張する²⁸⁷。それによると、(言語的な)象徴は、個々の使用機会における伝達目的とは独立に、つまり非文脈的な仕方の意味を伝えることができるのであり、私たちは実際、どんな言明についても、(少なくとも部分的には)その話し手や聞き手の意図、あるいは個別的な発話の状況的な文脈から独立にその意味を取り出しているのである。²⁸⁸ もう少し厳密にいうなら、一般にいわれる意味での意味の文脈依存性は、すべての言語使用者によって当然の前提とされているようなより広い文脈——歴史的・文化的に偶有的であるにせよ、特定の時代・地域のなかである言語の使用者全員に共有されている普遍的／基線的(baseline)な文脈——を足がかりにしてはじめて可能になっている。まさにこのような文脈の存在こそ、シャウアーがCLS流の言語の根底的な不確定性を否定する根拠になっているのである。

私たちが通常「文言上の(literal)」意味や「平明な(plain)」意味、あるいは「話者の意味」から区別される「言明の意味」などと呼び慣わしているものは、このような基線の文脈だけに依拠して確定されている意味のことなのである。²⁸⁹ シャウアーによると、こうした意味論の意味に何らかの不変・普遍の本質・本性があると考えする必要はなく、またそれが実質的な道徳的・社会的・政治的なかたよりを

完全に免れていると考える必要もない。ここで大切なのは、ある時代にある言語共同体内で共有されている一般的・抽象的な文脈と個々の発話の機会としての個別具体的な文脈との間には、相対的ながら何らかの概念的な区別をおくことができる、という事実を認めることである。逆説的な言い方をすれば、意味の自律性・非文脈性が私たちの言語活動の基盤にあるからこそ、単一の表現の語用論上の意味が（個々の）文脈相関的に多様なヴァリエーションをもつことができるのではないだろうか。つまり、言語の非文脈的な意味が、個別文脈的な意味が伝達・理解されるための、あるいは特定の発話における言語選択のための前提条件となっているのである²⁸⁹。

二 もう少し視野を広げてみると、ハードによる容易な／平明な事案(easy/clear/plain cases)と難事案(hard cases)との概念的区別の存在を擁護して展開される多くの議論が、しばしばこうした言語理解に依拠していることに気づかされる。ビックスやマーモアらは、規則遵守 (rule-following/Regelbefolgung) の本性をめぐる後期ウイトゲンシュタインの考察をより直接的に援用しながら、容易な事案と難事案との間の概念的差異を相対化しようとするドウオーキン流の解釈学的アプローチを反駁しようとしているのである²⁹⁰。

マーモアは、ドウオーキンへの異論を示すなかで、私たちがしばしば語の意味を「解釈に媒介されることなく」規則や慣習だけに基づいて確定しており、規則に従うに際して解釈が必要になるのはそうした規則や規約慣習が存在しない（欠けている）場合だけだ、と主張する²⁹¹。彼によると、ある人

がある表現の意味を理解しているかどうかをたしかめるためには、その人がその表現の適用可能な標準事例を正しく認識しており、その表現を（他の場面でも）正しく用いることができるか、ということとをみるよりほかに方法はない。私たちの言語活動に、そうした標準事例に関する（暗黙の）合意の存在以上の裏づけを求めてもむだなのである²⁹²。私たちが規則を理解するということは、その規則の意味論上の意味に基づいてその遵守と違背とを見分けられるようになるということ、私たちがふつうの意味での言語能力を獲得するということであって、それ以上でも以下でもない²⁹³。規則とその適用——それに従ったふるまい——とを結びつけるのは慣習的な規則性だけであり、それこそがその規則の意味なのである。

このような洞察は、ビックスのウイトゲンシュタイン理解にとっても中核的な位置におかれている。それによると、規則と行為との間にはたしかにある程度の固定的な関係が認められるが、その存在と確定性・安定性を支えているのは論理的な必然性でもなければ形而上学的な実体でもない。そこにあるのはただ、言語共同体内部における背景的な暗黙の合意の存在——「生活形式 (form(s) of life/Lebensform(en))」——という言葉で総称される、生物学的・文化的・規約慣習的な性向の共有——だけによって支えられる、内的な関係(internal relationship)なのである²⁹⁴。言語の文言上の意味とは、生活形式を共有している共同体内で無媒介的・無反省的に帰せられる意味のことであり、そのような意味に即して規則の意味が確定できるかぎりにおいて、容易な事案と難事案とが概念的に区別されることには、十分な理由があるといえるだろう²⁹⁵。

三 シャウアーやマーモア、ピックスらの共通の認識として彼らの見解を支えているのは、ある期間ある範囲の人々に共有される相対的に安定したふるまいの型——それを規則的な規約慣習や生活形式の共有、と呼ぶにせよ普遍的・基線的文脈の共有と呼ぶにせよ——が、個別的な文脈から独立した仕方ですと意味とを、そして規則と行為とを安定的に、かつ一意的に結びつけている、という言語および規則に対する見方だろう²⁹⁶。規則基底的意思決定の本質は、規則がその背景的な根拠その他の配慮とは独立に一定の帰結をはっきりと指し示し、場合によってはそれを固定化することによって他の（より望ましい）帰結を排除することができる、という事実にある。そしてこの事実は、言葉が相対的に自律的な仕方ですと一定の意味をもつという事実を、その最終的・究極的な基盤としているのである。

2. 規則に従うという経験の意味

さて、前節で私たちは規則基底的意思決定の本性とそれを可能にする条件をめぐるシャウアーの考察をたどってきたが、次にそのような意思決定手続を採用することの意味ないし価値、その功罪に関する彼の見解をみてみることにしよう。欺瞞的に隠蔽された選択の「否認」ではなく明示的なその

「禁止」としての形式主義が規範的にも支持しうるものであるか否かについての判断は、この検討のなかではじめて手がかりを得ることができはるはずである。

【規則基底的意思決定のデメリット】

一 規則基底的意思決定がもたらしうるデメリットについては、ここまでですでに十分あきらかになったと思う。規則基底的意思決定手続を採用した決定環境は、個別主義的意思決定環境にくらべ、総体としてみればかならず準最適的にか機能しない。たしかに、規則の指図的例示はその根拠に対して蓋然的にであれ強い因果関係をもつように選ばれているはずなのだから、想定された因果関係が適切であるかぎりにおいて、規則の適用はその根拠を直接適用した場合と同じ結論を指示するだろう。だが、この因果関係は必然的なものではなく、規則の指示とその根拠の指示とがその外延を完全に一致させることはありえない。したがって、規則基底的意思決定が根拠の実現に関する帰結主義的な考慮を控えて規則が直接指示する帰結だけを「機械的に」適用することを要求するものである以上、規則が過少／過剰包摂的となる事例のなかで、規則に即した決定がその趣旨や目的をないがしろにしてしまうのは当然のことなのである。そもそも、規則がその根拠と同じ帰結を指示しているかぎりには、規則基底的意思決定手続と個別主義的意思決定手続の優劣が問われる必要はないだろう。極言するなら、規則と規則基底的意思決定様式は、それがその準最適性を露呈させる場面のなかではじめて私たちの関心事として浮上してくる、とさえいえるのである²⁹⁷。

二 だが、シャウアーによってあかると出された規則基底的意思決定の次善性は、これまで自明視されてきた形式主義的な意思決定といくつかの美德——公正さ、形式的正義、予測可能性、確実性、信頼性、安定性、効率性など——との結びつきにまで疑問を投げかける。彼にいわせると、これらの価値は規則基底的意思決定とはじめから無関係ないし対立的であるか、そうでなくても限定的・条件付きの関連性しかもたないのである。

特に、公正さないし形式的正義はしばしば規則の美德と同一視されているが、これはあきらかに間違いである。なぜなら、規則基底的意思決定がその本質をあらわにするのは、まさに規則の指図的例示を固定化することでその根拠にとって有意な事情を無視し、有意でない事情を考慮するように意思決定者をうながす、そのような場面なのだから。つまり、規則基底的意思決定は「等しからざる事例を等しく、等しい事例を等しからざるように」扱うときにその本領を発揮しているのであり、形式的正義とは正面から対立しあう位置にある³⁰⁸。むしろ、先の考察からもわかるとおり、規則の根拠に対して有意な事情とそうでない事情とをきめ細かく吟味して意思決定に反映させることができるのは、個別主義の方なのである³⁰⁹。

また、予測可能性(predictability)や確実性(certainty)、信頼性(reliance) (シャウアーはこれらを一括して信頼性の問題のなかに含めている³⁰⁰)、あるいは効率性(efficiency)に関していえば、たしかに規則基底的意思決定はこれらの価値の実現に貢献することができる³⁰¹。だが、そこでもいくつかの留

保の必要性が認められねばならないだろう。まず、規則による信頼性の追求が可能になるためには、規則の強制者とその名宛人との間に一定の共通理解がなければならぬ。規則の意味についての理解が両者の間で大きく食い違っていたならば、同じ規則に従っているつもりでもその結論に食い違いが生じてしまうからである³⁰²。言い換えれば、規則による信頼性の追求は、強制者と名宛人との間に言語的な共同性(基線の文脈)が成立しており、しかも両者間に各々の状況における個別主義的な判断にずれがある——またはずれが予想される——場合にはじめて価値あるものとなる。しかしこれは、基線の文脈そのものの変化や予想外の状況に対して柔軟に適應する能力を低下させることでもあるだろう。規則の指図的一般化の固定化とは、規則形成時の判断を範疇化して未来へと投影し、将来の事例の特殊性に対する考慮を抑制することでもあるのだから³⁰³。

他方、規則は、それがなかったならば吟味しなければならなかったであろう諸事情の考慮に要する労力と時間を節約することで、意思決定過程の効率化を実現する³⁰⁴。だが、これも無条件に押し進められるべきことではない。規則による効率性の追求は、あくまでもそうした決定資源の希少性を前提としており、その行き過ぎは決定に要する考慮事項を必要以上に単純化し、準最適な帰結を増産するという犠牲をとまうだろう³⁰⁵。そもそも、決定資源の希少性が存在しないところ、つまり適用すべき規範に欠缺が見当たらず、また推論に十分な時間を費やすことが許されるような場合には、意思決定作業の効率化という発想自体、それほど魅力をもたないはずである³⁰⁶。

三 したがって、規則による公正さ・正義の追求というテーゼはあきらかにまとはずれであり、従来主張されてきた信頼性や効率性の追求も無条件に肯定されるべきものとはいえない。これらの価値の追求に関して、規則基底的意思決定の役割はよくても相対的なものにとどまるのである。言い換えれば、法における規則基底的意思決定様式、すなわち形式主義的な法の解釈・適用を制度として採用する必要がどこにあるとすれば、それは右のような短所と対抗し、それをくつがえすような長所が見いだされた場合のことだといえることができるだろう。

【規則基底的意思決定のメリット】

一 だがここで考えておく必要があるのは、個別主義的な意思決定もまた、無条件に望ましい決定のモデルだとは断定できないということである。たしかにここまで扱ってきた意思決定上の失策は、規則それ自体の概略性(grossness)——単純化・類型化された一般的範疇による取扱いのおおざっぱさ——によるものであり、これは必然的に規則基底的意思決定様式に対する否定的な見方だけをうながすかもしれない。しかし、個別主義もまた、この意思決定様式特有の失策につきまといわれているのではない。シャウアーによると、そうした失策は、個別主義的にふるまおうとする意思決定者が、どんな有意な事情をも考慮に入れて判断を下そうとするなかで、その管轄権(jurisdiction)³⁰⁷を賢明ならざる仕方を用いてしまった結果、生じてくるのである³⁰⁸。

たしかに意思決定者により広い管轄権を認めることは、規則基底的意思決定の弊害をやわらげる直接的な手だてであるかもしれない。だが、ひとりの意思決定者(ないし単一の意思決定機関)の管轄権が拡大し、そこで考慮されるべき事柄の数と種類が増大し、あるいはそれらの質がより複雑なものになるならば、それにつれて別種の失策——計算ミスや誤解といった認知上の過誤、あるいは意識的ないし無意識的な偏見や悪意による、望ましい結論の見落とし——の可能性が大きくなるのではないだろうか³⁰⁹。そうした失策や過誤の危険が意思決定者(機関)に認められる場合には、個別主義的な最適解の探求が、かえって準最適的な帰結をもたらすことになるかもしれない。このとき意思決定環境を設計する立場にある者は、リスク回避的な動機から³¹⁰、個々の意思決定者(機関)に対し、規則への服従を要求するだろう³¹¹。

ここから反対に、規則基底的意思決定様式に固有のメリットを逆算することもできるのではない。すなわち、規則は、個々の意思決定者の能力の限界や偏見から生じる失策の可能性をあらかじめ抑制するはたらきをもつのである。この意味で、規則基底的意思決定はセカンド・ベスト的な発想に根ざしており、個別主義のデメリットをも考慮した結果はじめて採用される意思決定モデルだといえるだろう³¹²。シャウアーはいう。「規則基底的意思決定の選択は通常、能力の低い、あるいは端的に悪意のある意思決定者が間違った決定を下さないように、賢明で鋭敏な意思決定者をも拘束して最善の意思決定を下せないようにしてしまうことを意味しているのである」³¹³。法的な意思決定に関与する者がひとり残らず理想的な意思決定能力をそなえているのであれば、はじめからそこに規則が必要とされることもないだろう³¹⁴。つまり私たちは、いきあたりばったりの判断にすべてをゆだねてし

まうことが潜在させているさまざまな不都合が大きく見積もられる程度に応じて、その事前のそなえとして、計画を立て、手続を定め、意思決定の管轄を分割・制約しているのである。

したがって、個々の意思決定の正しさや適切さではなく、意思決定制度全体を評価の対象とするときには、規則の過少／過剰包摂性から生じる失策の可能性と個々の意思決定者の能力の限界から生じる失策の可能性の両方を、天秤にかけて考慮する必要があるだろう。これら二種類の失策の可能性は経験的にみてたがいにトレード・オフ関係にあり、一方を減らすような選択はもう一方を増大させる傾向をもつ。ある意思決定環境を個別主義的に構成するか規則基底的に構成するかは、各々の意思決定環境がおかれている道徳・政治・社会・経済的な文脈——扱われる主題の重大さや意思決定者の能力、決定資源の多寡など——を十分にふまえた上で、予想される得失の衡量的な吟味を通じて選択されるべきことだからなのである³¹⁵。

二 以上のような発想は、規則を権力配分 (*allocation of power*) の手段とみる立場と強く結びつく。シャウアーは、規則と規則基底的な意思決定様式を、何よりもこの問題と深く関連させて理解しているのである。「規則は、最も広い意味での権力分立の観念を認める分化した意思決定環境であれば、どんなものにとっても、欠くことのできない一部分をなしている。「中略」役割分化があるときのみ、そしてその場合にはかならず、規則はこの分化過程の、そして意思決定権力の配分過程の本質的要素となるだろう」³¹⁶。規則に従って決定を下すように指示される意思決定者は、それによって、一

定の範囲外の事実や理由、論拠を考慮しないように求められる。このとき、除外された部分に関する決定権限は、その規則を作成・制定する者（機関）にゆだねられることになるのである³¹⁷。

もちろん、このような決定権限の分割・限定・委譲は、先に瞥見したようなさまざまな理由に即して選択され、その規模と程度もまた、文脈に応じて多様でありうる³¹⁸。ある場合には信頼性の確保や決定資源の節約がめざされるなかで、別の場合には意思決定者の能力や意図への不信から、さまざまな権限配分のパターンが採用されるだろう。だがいずれの場合も、ある意思決定者（機関）にある範疇を逸脱した決定を下させることへの躊躇が権限と管轄の分割・限定・委譲をうながすのであり、このとき規則は、誰が、何を考慮し、何を考慮すべきでないのかを確定し、管轄を配置・編成してゆくための手段として役立てられているのである³¹⁹。このことは結果的に、個々の意思決定者が過大な責任を負わされる可能性を抑制し、他方でその責任の所在と説明可能性を限定的かつ明確にするだろう³²⁰。また、ことを統治にかかわる意思決定権力の配分の問題にかぎっていうならば、三種主義的な正統性問題への配慮もまた、規則を通じた権力の配分を要請するかもしれない。いうまでもないことだが、今日の統治制度が採用している権力の分立（抑制と均衡）——特に、議会の決定による司法・行政権力の制約——は、憲法上の規定という最も固定性の強い規則によって制度的な保障をあたえられているのである³²¹。

三 さらにシャウアーは、規則による権力配分が共同性の形成と維持を助けていることにも着目す

る³²³。規則の一般性は個々の事例の特殊性を考慮外におくことで処遇の均一性を実現するが、これは結果的に規則の名宛人たる共同体の成員間の差異を縮小し、個人を集団の一部分とみる見方をもたらすだろう。「潜在的に有意な要素すべてについての考慮をさまたげることによって、規則は、私たちに對し、重要な点で自分は他者と異なっておらず、むしろ似通っているのだ、という自己理解をうながす。「中略」ユニークで異なった側面への注目を抑えることで、規則は、私たちの福利がかならず集団の福利と結びついており、それに依存しているのだという理解をうながす一方で、状況の特殊性の主張やそれともなう特別扱いの要求を控えるようにはたらしめる」³²⁴。成員の均質性が共同性の形成と維持にとって本質的な意味をもつかぎり、規則は、共同体主義的な性質をもつどんな集団的営みにとっても中心的な位置を占めうる。逆にいえば、一個の集団が協力しあって何らかの自己拘束的な秩序を形成・維持しようとするならば、そこに規則の活用が不可欠になるのである。

また、規則は共同体内の協力的な関係の確立や維持にも重要な役割を果たすことがあるかもしれない。シャウアーによると、「囚人のジレンマ」的な状況を解消するためには、行為当事者間に意思の疎通をつくりだすだけでは不十分である。むしろ大切なのは、何らかの制裁を課すことで特定の解決を際立たせ、状況の単純化を通じて各々の行為者が最適化行動を控えるようにしむけることであり、規則はそのような顕著化と単純化に役立つことができるのである³²⁴。さらに、(囚人のジレンマ的状況とは異なり)行為者にはじめから調整問題に対する協力的姿勢がある場合、規則は事態の協力的解決とその維持にとってさらに重要な役割を演じることになるだろう。特に、いったん協力的関係が形

成されて何らかの規約的規則が確立した後はその修正の必要が生じたとき——つまりその規約の過少／過剰包摂性が露呈したとき——、協力的性向の存在は規則・規約・政策に対するより望ましい(と思える)修正に対する抑制としてはたらくのではないだろうか。なぜなら、個々の行為者が自分以外の行為者が修正について自分と同じように考えるかどうかを知りえない場面で、規則の修正に踏み切ることは既存の協力関係そのものを危険にさらすことにもなるからである³²⁵。

【規則と法】

一 それではシャウアーは、右のような特性と意味をそなえた規則が、法とどのような関係にある(べき)と考えているのだろうか。ここで前もってシャウアーの考えをひとことずつておくなら、法と規則との結びつきは何ら必然的なものではなく、ただ、現在の英米の法体系を正確に記述し、あるいはその望ましい形成と運用を考察するためには、少なくとも部分的に、規則が法の重要な構成要素となっていることを認める必要がある、というものである。彼の法理論上の考察の多くは、法を規則基底的な意思決定としてのみ理解しようとする立場(狭義の形式主義的な法理解)とともに、法があらゆる場合に全事情考慮的で個別主義的な意思決定を要求している(要求すべきだ)と考える立場をも反駁するために費やされているのである。シャウアーのねらいは、両者の折衷的な法理解——彼はこれを、規則が包括的ではなく部分的・推定的のみ拘束力行使する、という意味で「推定的実証主義(presumptive positivism)」とよぶ——を示した上で、その折衷の比率があくまでも文脈依存的

で偶有的であることを強調することにあるとわかっていだろうか。

二 法と規則の間の偶有的だが強固な結びつきを論じるにあたって、シャウアーは規制規則 (regulative rule) と管轄規則 (jurisdictional rules) の区別に注目している。シャウアーによると、法における形式主義³²⁶ 規則基底的意思決定に対する批判、すなわち法と規則基底的意思決定との間の連関の偶有性ないし不可能性の主張がふつう念頭においているのは、既存の (あるいは他の構成的規則 (constitutive rules) によって創造された) 行為の可能性に対して直接的な支配を及ぼす前者の方である。彼はこの主張をうけいれる。この場合たしかに、法がかならず規制規則の形をとらなければならぬ理由はどこにもないだろう。逆に、あらゆる状況で全事情考慮的な判断を下す権限を意思決定者にあたえる、法的な意思決定環境が構築される可能性は、十分に考えられることなのである。

だが、管轄規則³²⁶ の方はどうだろうか。先述のとおり、意思決定環境のありかたをさまざまな仕方規定する管轄規則は、意思決定に参与する主体が多数存在し、そこでの分業と調整が問題となる場面では欠くことのできない役割を担う。その意味でこれはかならずしも法の概念に内在的な要素ではないが、そうした意思決定環境の構築は、少なくとも今日のように法が一個の「体系」として確立され、運用される社会にとっては、やはり本質的な意味をもっているのではないだろうか。つまり、細分化された個々の管轄領域内では場当たり的で全事情考慮的な個別主義が求められている場合でも、これらの管轄領域自体は、規則基底的な仕方で厳格に画定されている必要があるのである³²⁷。

またシャウアーは、こうした法的な管轄権限・領域をどのように画定し配置・編成すべきかという点に関する判断、あるいは、どの程度規制規則を用いて個々の意思決定に規則基底的な制約を課すべきかについての判断が、その時代・その地域の道徳・政治・社会・経済的文脈に強く依存して変化するものであることを強調する。「法的規則を含む諸々の規則は、意思決定権威をさまざまに個人や機関に割り当て、誰が何を決定し、誰が信頼できて誰が信頼できないか、誰に権力をあたえるべきで誰にあたえるべきでないか、誰の決定が再検討に付されるべきであって誰の決定が最終的であるべきか、そして誰が命令を下すべきで誰がそれに従うべきか、ということに関する社会の決断を反映する」³²⁸。さらに、規則基底性がどの程度その法体系に浸透しているかは、法的意思決定に関する体系内の保守主義的傾向によっても左右される。法体系がかならずそうした保守的な諸価値 (安定性や信頼性) への志向をそなえていなければならないわけではないにせよ、それがそうした価値を重視する程度に応じて、規則基底的な意思決定が採用されるだろう。その意味で、ある法体系が現状の維持に力を注ぐかぎり、それが規則に強く依存するということが不思議はないのである³²⁹。

三 他方、法を規則からできるだけ遠いところにおいて理解しようとする発想は、しばしば英米の (特にアメリカで実践されている) コモン・ロー的な発想から支えを得ている。コモン・ロー裁判は制定法のように明文文化された規則をもたず、過去の個別具体的な法的決定とその基礎づけ・説明の蓄積のなかからそのつど必要な規則を取り出してくることで目前の事例を処理するが、その過程は、そ

の規則が適用の機会ごとに必要に応じて自在に修正されうるという点を特徴としているからである。そして、この現象はあきらかにシャウアーの規則理解とぶつかりあう³³⁰。個々の適用機会ごとにその根拠・政策・目的に照らした修正に服するものである以上、「コモン・ローの『規則』は指図的といふよりは記述的なものであり「過去の法実務に関する事実の一般化という意味で——引用者注」、単なる一時的な指針としてしか機能していないように思われる。「中略」コモン・ローの規則は、理念的にいつて過少包摂的でも過剰包摂的でもない。なぜなら、何らかの定式化に即したありうる過少なしいし過剰包摂性の領域は、単に経験則としての地位しかもたず、かならず適用の時点において矯正可能なものなのだから」³³¹。

しかしながら、通常英米のコモン・ロー体系と呼ばれているものの下で進行する法過程のなかには、そのようなコモン・ロー的方法に反して規則が硬直性をもちはじめ、より規則基底的な仕方で行われる場合がある³³²。コモン・ローの体系は、主に専門家共同体内部の言説を通じてその規則の同定や適用、修正をうけているが、しばしばその規則はその根拠に対して固定化され、その透明性を失う。この固定化の媒体となるのが先例(Precedent)の観念である³³³。先例拘束の法理は、先行する司法的決定を、単なる事実の問題としてみるのではなく、あるいはその内容の有用性・説得性・正しさゆえに尊重するのではなく、ただその歴史的由来だけを根拠に——つまりいかなる実質的な価値判断にもよることなく——現在の事例に関する権威的な決定理由として理解することを要求する³³⁴。この点で、先例は他の制定法と同様、規則としての規範力をもつ³³⁵。つまりシャウアーにいわせると、先例もま

た規則一般の下位範疇に属し、法的規則の重みと地位についての一般的な議論のなかで論じることができるのである。

四 さらに、法と規則との関係を考える際に見過ごすことができないのが、規則間の競合(抵触)の問題である。単一の規則の適用を問題にしている場合には、それがそれ自身の背景的根拠に対して固定化されていることが規則基底的意思決定の要件だったわけだが、多数の規則——しかも、あらかじめ抵触しあわないように調整されているわけではないもの——からなる規則体系としての法体系下でもなお規則基底的な意思決定が可能性だ、と主張するためには、垂直的な規則—根拠間の競合のみならず、水平的な規則—規則(あるいはその根拠)間の競合において、より特定性が強く、一般性の低い方の規則が優先的に適用されることが示されねばならないのである。

シャウアーによると、こうした規則間の関係を把握するための一般的観点のひとつとして、局所性の次元(*the dimension of locality*)を考えることができる。ある事例に適用可能な規則が法体系のなかに複数存在する場合、そのなかには比較的一般性が低く適用可能な事例の少ない規則と、より一般性の高い規則とが認められるだろう。このとき、その事例に対して相対的に近い位置にある前者の方がより局所的だといえる³³⁶。さて、もしも局所性の弱い規則の方を強い規則よりも優先させるといふ適用の方針³³⁷がとられるならば、それが浸透するに依りて法の体系的な拘束力は低下するにちがいない。この方針は、規則よりもその根拠あるいは他のより局所性の弱い規則、より抽象性の高い根拠(法原

理)を重視する立場に結びつきやすいからである。逆に、局部的優先性(Local priority)——一般には「特殊法は一般法に優先する」という形で表現される——が強まることは、法的規則とその体系としての拘束力の強化につながるだろう。この局部的優先性の原則は、英米の法実務のなかで全面的・包括的に承認されてきたわけではないもの、少なくとも部分的・推定的な力を認められてきたといえるのではないか³³⁸。「既存の法体系の下では多くの場合、(偶有的にであれ)多少なりとも局部的に適用可能な複数の規則が競合的な仕方できごとを支配している。このことを前提にするかぎり、規則基底的意思決定をわずかでも体系内に維持するためには、ある程度の局部的優先性が必要だろう。通常この優先性は単なる推定(Presumption)としてのみ存在しており、リッグス事件のような特異性の強い事例ではくつがえされることになるのである」³³⁹。

五 この拘束力の相対的・推定的性質は、局部的優先性の原則固有の特徴というよりは、英米の法体系における規則基底的意思決定様式一般が共通してあたえられている位置づけをあらわしている。通常、法体系内における正典的規則やコモン・ロー規則、先例、局部的優先性は絶対的なものではなく、特に例外的な状況のなかでは阻却されることがありうるのである。このとき規則がもたらす諸価値は、それが絶対的な仕方固定化されている場合に比べればより緩やかな仕方でもたらされることになるだろう。シャウアーは、「法実証主義の重要な主張のひとつに法が法以外の規範に対して有する体系的な自律性(共同体の法とそれ以外の規範との間の外延的分岐)があるという理解³⁴⁰をふまえ、

法体系が推定的な自律性をもつ、という意味での「推定的実証主義」こそが記述的に正確であることを主張するのである。

法的規則の固定性(権威性)の主張に対しては、阻却可能性(defeasibility)の存在に依拠した批判がこれまでくりかえし提示されてきた³⁴¹。たしかに、今日の社会における法的な帰結の重大さをふまえて考えるなら、必要に応じてその規則がくつがえされ、帰結に関する全事情考慮的・個別主義的な判断が優先されるのは当然のことであるし、またそのような事実を実際に見いだすことはむしろ難しいことではない。道徳をはじめとする非法的規範の名において法的規則がいつでも阻却可能であるのだとすれば、規則がくつがえされなかった事例においても、全体的な規範体系に照らして規則をくつがえさないと判断が下されていることになるのではないか、といううたがいが、ここにきざす。だが、どんな規則も潜在的には阻却可能だということは、規則があらゆる事例に関して規則それ自体としての規範力をもっていないということをも、ほんとうに含意しているのだろうか。シャウアーは、規則の潜在的な阻却可能性を認めてもなお、規則の価値が全部の事例において否定されるわけではないと考える。ふつう私たちは、あらゆる場合にあらゆる意思決定者が全事情考慮的で個別主義的な意思決定に関与すべきだとは考えないのではないだろうか³⁴²。この躊躇こそが、局部的優先性その他の規則基底的意思決定(形式主義)の実践を支え、彼が「推定的実証主義」と名づけた法実践のモチーフをなしているのである³⁴³。この法理解に従えば、「大半の事例のなかでは、最も局部的に適用可能で出自のあきらかな(pedigreeable)規則から導出される結論が支配する。しかしどのような事例であれ、規

則はそれよりも広範で出自の不明確な考慮事項に即して検討され、規則の支持する結論がこのより広くより道徳的に受容可能な諸価値によって支持される結論とひどく食い違う場合、その規則は脇におかれることになるだろう」³⁴⁰

3. 中間的小括(2)

【不確定性テーゼへの応答】

一 これまで折にふれて指摘してきたように、シャウアーは法が規則であるとも、また規則であるべきだとも考えていない。法的な意思決定を規則に即した意思決定、形式主義と完全に同一視することは、少なくとも今日の英米の法実践の記述としては不正確であり、望ましい方針だともいえないだろう。しかしだからといって、法のなかに規則の占める(べき)余地が即座に全否定されるわけでもないのではないか。法と規則との関係をできるだけ引き離して考えようとしているかにも見える今日の法理論のなかで、シャウアーは、法における形式主義の本質と可能性、そしてその価値をあらためて計測しなおそうとしてきたのである。

シャウアー自身、規則の不確定性を認めないわけではない。彼にとっても、規則一般がそれ自体の力でみずからの適用を確定させるなどということは、ありえないことなのである。ただし、彼にとってその理由は(従来の形式主義批判がしばしば論じてきたように)、規則の文言上の意味が不明確で論争の余地を残しているからではない。規則の不確定性の源泉はむしろ、ある規則の適用様式(規則基底的に適用するか否か)を選ぶのはその当の規則ではありえない、という事実のなかにこそ見いだされるべきなのである³⁴¹。このとき規則の不確定性をめぐる諸問題は、言語論固有の難問というよりも、規則言語の指示に対して私たちがとる(べき)態度の問題、つまり意思決定環境の設計と制度化、そしてその運用のありかたをめぐる選択の問題としてたちあらわれてくることになるだろう³⁴²。シャウアーの理解のなかでは、規則の適用は、その規則に即して考えるかぎり、確定的・不確定的のどちらでもありうるのである。

二 問題を法に限定しても事情は同じである。シャウアーの認識に従えば、CLS(ないしリアリズム法学)やムーア流の形而上学的実在論が唱える包括的な形式主義批判は、言語の意味論的自律性が規則の非文脈的意味の確定性の基盤にあることへの洞察を欠いている。その結果この批判は、個別主義だけを法的な意思決定の正統なモデルとみなし、現実の法実践の記述としても、それへの規範的な提言としても、一面的なものになってしまっているのである³⁴³。だが本来、問題とすべきは、法体系内の規制規則がいつ、誰によって適用されるときに規則として尊重されるべきなのか(あるいは単なる経験則として阻却されるべきなのか)、ということにかかわる判断の方だったのではないだろ

うか。つまりシャウアーは、法に関する意思決定制度のありかたをめぐる判断と選択こそが、法の解釈と適用をめぐる諸問題の解決を左右する鍵としての地位を占めている、と主張してきたのである。

この判断は、意思決定主体と彼／彼女をとりまくさまざまな環境的条件とによって大きく左右されるだろう。ひとくちに法的な意思決定主体といっても、決定に費やすことのできる時間や労力、また慎重かつきめの細かい道徳的推論を進める能力には、多様で広範なばらつきがありうる³⁴⁸。個々の管轄領域が抱える固有の事情とその役割とに鑑みて、個別主義的な推論の実行を求めればかえって致命的な（あるいは許しがたいほど数多くの）失策が犯されかねないと危惧される場合には、一見不必要に杓子定規であるようにみえたとしても、なお意思決定当事者に対して規則基底的な手続を課すことが選択されるにちがいない³⁴⁹。さらに、そうした管轄を画定し、意思決定手続を指定する管轄的規則（権限賦与規則）は、よほどのことがないかぎり規則基底的な仕方では扱われる必要があるだろう。シャウアーによると、法を規範領域全体のなかで（推定的に）閉じられた下位集合とみなす彼の視点は、第Ⅱ章（第Ⅰ節）で紹介したアンガーによる形式主義の定義、すなわち、推論の形式論理性の有無とは無関係に、法が非法的な規範領域を参照することなくその帰結を導く、という発想³⁵⁰と、ほぼ重なりあう³⁵¹。彼の推定的な法実証主義とは、規則の不確定性を（彼なりの仕方ではあるが）承認した上で、他の事情が同じであるかぎり（*ceteris paribus*）、法的な意思決定のなかでは法的な規則が他の規範領域よりも優先的な仕方である規能力を行使している、と考える立場なのである³⁵²。

三 規則の本性をめぐるシャウアーの考察は、体系の不確定性をも承認し、法に関する「唯一の正しい解答」テーゼに対しても否定的な見方をもたらすだろう。もし彼の推定的実証主義が正しいならば、法体系はその社会の規範領域の一部分しかカバーしない「切り詰められた」領域であるほかない³⁵³。「最善の解答」の探求が目前の事例を構成する状況的諸事実とそこに適用可能な規範とを遺漏なく考慮することを要求するのに対し、推定的法実証主義はそこで考慮されるべき事実と規範の両方にあらかじめ制度的な障壁を設け、意思決定者がそこから踏み出すことを禁止してしまうのである。

この意味で、シャウアーからみた法過程は、まさにそれが法という制度化された過程であるがゆえに、決して「目前のこの事例を正しく裁く」という道徳的要請を不完全にしか満たすことができない。そこでは「唯一の正しい解答」の存在が否定ないし否認されているというよりも、その探求そのものが自制され、あるいは禁止されているのである。したがって、法体系を構成する規則の概略性と法的な意思決定制度の設計の文脈依存性の両方から目をそらさないかぎり、どのような法的な帰結もかならず、少なくとも異論の余地を残した問題的な側面を残しているのだ、ということ、私たちは認めざるをえないだろう。

【抑圧テーゼへの応答】

一 実はこのことは、抑圧テーゼの部分的な正しきをも（シャウアーの意に反して？）ほのめかしているのではないだろうか。右のような視点をとったとき、そこには、暫定的・推定的な仕方であれ、

法の強制には避けがたい仕方ではなしかの抑圧と暴力がともなっている、ということも同時に含意されているように思えるのである³⁵⁴。たしかにシャウアーは、この抑圧の程度を合理化可能な必要最小限度にとどめておくための工夫として、法における規則基底性の推定的な性格を強調している。つまり、法体系が抑圧的であるか否かは、あくまでもこの推定的な性格（暫定性）が見失われて法体系の閉鎖性が絶対化され、規則基底的な意思決定のくつがえされる可能性が完全に否定されてしまうかどうかにかかっている、と彼は考えているのである³⁵⁵。

だが、推定的であるがゆえに規則基底的な手続の選択は合理的でありうる、という彼の主張は、いくつかのうたがわしさを残す。まず第一に、そのような見方が的を得たものであるのは、私たちが制度設計者の視点に立つて体系のはたらし全体の合理性を評価する場合にかぎられるのではないか。逆にいえば、裁判を典型とする個別的な法的決定の場で利害を争っている当事者の目には、その事例の個別具体的な特殊性を十分に汲み上げることなく粗けずりな裁定を下してしまう規則体系のはたらしは、やはり強制的権力の理不尽な濫用だとして映らないかもしれないか³⁵⁶。この意味で、シャウアーの主張は、すべての社会成員がいつでも法的な意思決定制度のありかたに対して制度設計者の視点にたつて評価を下すことができ、またそうすべきである、ということが論証されるのでないかぎり、不十分だといわざるをえない。前章でとりあげたムーアの法理解は、まさに規約主義・実証主義的な法理解が道徳的に最善の解答の探求をさまざまに拒絶する障壁となってしまうことを非難するものだったのである³⁵⁷。第二に、シャウアーは法的規則が推定的な性格を帯びていることを理論の上

で強調するばかりで、それが現実|に硬直化・絶対化する危険を避ける実際的な方法について何も示していない。そうした危惧が彼本来の問題関心の外にあるといつてしまえばそれまでだが、彼の規則論がなんらかの共同性の存在に深く依存したものである以上、この危険をやわらげるための方策をめぐる原理的かつ実践的な考察は、やはり避けて通るわけにはいかないのではないだろうか。

第三に、この疑惑は、彼の規則遵守論の基底をなす共同性の観念そのものに目を向けたとき、さらに深いものとなる。規則それ自体の指示を確定させる非文脈的・自律的な意味論の意味は、背景にシャウアーのいう基線的文脈（その社会で共有されている生活形式の言語的側面）があつてはじめて成立しうるものであつた。だが当然のことながら、少なくとも今日の社会的な分業体系を前提にするかぎり、規則一般の意味論の意味（＝日常の意味）と法的な規則のそれとの間には、はっきりとしたずれがある。本稿でも冒頭で指摘し、さらに第Ⅱ章（第3節）でみたように、法的規則の意味論の意味を現実|に確定しているのは、単に言語の日常的な意味に関する規約だけではなく、その社会の下位共同体としての専門家集団（法律家・法官吏）のなかでだけ共有され、自明視されている規約、つまりは法律家の専門知・法官吏の職務上の慣習でもあるだろう³⁵⁸。法的規則の意味論の意味の確定作業がそうした部分的・限定的な共同性に依存する度合いを増すにつれて、規則の意味はその語の日常的な意味から乖離し、素人には理解しがたいものになっていくにちがいない³⁵⁹。さらに、権威的な法適用にかかわる主体の多様性³⁶⁰に関するシャウアー自身の洞察を前提にするかぎり、そうした専門知のありかた自体が、管轄の多様性にに応じてさまざまに異なったものとなることは十分に考えられる。その

ような法解釈・適用範型のなかには、法理や教義学上の通説のように反省的な分節化と統一を経て共有されるに至ったものもあるだろうが、なかにはおそらく、専門家当人にも反省的に分節化されないまま、したがって十分な一貫性や整合性を欠いたまま、暗黙のうちに法実務を支配している慣習も存在するのではないか²⁰⁶。こうしたことをすべて考えあわせると、規則基底的な意思決定制度の採用が（個々の事例のなかでは抑圧的にみえたとしても）万人にとって合理的でありうるというシャウアーの主張には、いくつかの留保をおかざるをえない。少なくともそれは、制度設計者の視点に強く結びついている点で、一面性をまぬがれてはいないのである。

二 にもかかわらずシャウアーの議論が一定の説得力をもつとすれば、それはおそらく私たちのなかにある不可避性の感覚に強く訴えかけてくるからだろう。特に、法的な意思決定のありかたがその局面と様式とに因りてきわめて多様な相貌をみせている今日の社会を前提にするかぎり、意思決定権限の制度的分散と調整の必要は、たとえその帰結の道徳的望ましさやどれだけ疑わしいものであったとしても、否定しつくしてしまうことはむずかしい。法的な意思決定様式の制度化がもたらす準最適性や抑圧性とは、そのような複雑な社会制度なしには維持されない規模と質をそなえてしまった今日の社会が共同で支払ってゆくほかないコストなのである²⁰⁷。シャウアーが示しているのは、そうした逆説に満ちた問題を正面から受けとめるために欠くことのできない狡さを含みもつ知性のようなものなのかもしれない。

だが、このコストをシャウアーのように無理に合理化する必要はないだろう。むしろ、たとえ制度設計者にとっては避けがたい合理的な選択であったとしても、なおその個別的な帰結が利害当事者には不当な抑圧に感じられる、というその事実が残る。そして私たちは、この事実こそが、法実務における悪しきリーガリズムへの閉じこもりや居直りに対する批判、制度設計のありかたそのものに対する批判に、しっかりとした手がかりをあたえている、と考えるべきなのではないだろうか。

第V章 法の支配とリベラル・リーガリズム、そしてリベラリズム

1. 道徳的秩序と技術的秩序、そして共約不可能性

もう一度、第II章で定式化されたふたつの問いに戻ることにはしよう。法の支配の観念をめぐる理解のゆらぎとそれに根ざすCLSの懐疑を仮説的・方法的な出発点として、法の支配とリベラル・リーガリズムの可能性と意義とをあらためて問いなおしてみる、という関心が、本稿の問題設定と探求とに対して基本的な構造と方針とをあたえてきた。くりかえしになるが、第II章で問われるべき課題として示された問いは、次の二点に要約される。すなわち、まず第一に挙げられるのが形式主義・客観主義へのコミットメントの可能性とその根拠に関する問いであり、そして第二に挙げられるのが法の支配にもなう困難や矛盾の内実とその存在意義とに関する問いである。

これらの問題に対し、あえて可能なかぎり深いうたがいを差し向けてみるならば、各々の問いに対して私たちは、どんな応答を示すことができるのだろうか。この章では、結局のところ、本稿の考察がこのふたつの疑問に対してどのような光を当てることができたのかをあらためて整理しなおしてみることにはしたい。

【形式主義と客観主義を支える社会構成的価値】

一 第三章および第四章のなかで私が直接に検討しようとしてきたのは、主に第一の問いの方であった。リベラル・リーガリズムと法の支配の擁護論にとって根幹的な位置を占めるふたつの主張、形式主義と客観主義とは、CLS的な懐疑の視線のなかではかつてのような自明性を保つことができない。それらは、もはや何の支えもなしに自存しうるものであるかのように観念されることはないだろう。それにかわって本稿は、両者がそれぞれ固有の想定や条件づけに依存し、より深いところにある社会構成的な諸価値³⁶³をめぐって選り分けられている、という見方を提案する。ムーアによる法の客観的な真理条件の探求は、私たちの社会関係とその（強制を含む）秩序づけとがどんな場面でも道徳的に正しいものであつてもらいたい、という願いが法に託されていることを、他方、シャウアーの規則論は、統治にかかわる意思決定権限が社会内で効果的に分割され、かつそれらの間に一定の調和的な関係が保たれていなければならない、という要請に（規則としての）法が応じるものであることを、それぞれ反映している。もう少し簡潔にいいおすなら、私たちは、客観主義を法が道徳的秩序の一翼を担っていることのあらわれとして、形式主義を法が社会制御にかかわる技術的秩序の一部分として機能していることのあらわれとして、とらえなおすことができるのである³⁶⁴。

またこのとき、CLSの否定的・悲観的な形式主義批判と客観主義批判とは、それぞれある種の条件法的な肯定命題に置き換えられていることにも注意されたい。すなわち、形式主義へのコミットメントは「統治にかかわる分業と協業の必要性が承認されるならば」という条件の下に、客観主義へのコミットメントは「個々の法適用の正当性が徹底的に問われるべきならば」という条件の下に、はじめて肯定されるものだ、ということができるのである。おそらく、これらふたつの肯定命題のうち、どちらの側面が法のなかから見失われても、リベラル・リーガリズムの維持はむずかしくなってしまうだろう。ここまでの考察がいきらかにしたのは、まさに、いずれへの志向性も法の支配の形成と維持とにとって——特に政府権力の行使から恣意性を取り除いて法の下での平等を実現する、というその中核的な目的にとって——欠くことのできない本質的な位置を占めている、ということでもあるのである。

【道徳的秩序としての法、技術的秩序としての法】

一 恣意性の除去ということのなかには、しばしば不正の排除という道徳的な目的が含まれている。道徳的な正しさを追求する場ないし過程としての法理解が完全に否定された世界で、なお法が法として支持され、実効性を認められるようなことがはたしてありうるだろうか³⁶⁵。不正な法は法ではない、という自然法論のテーゼをそのまま受け入れるかどうかは別にしても、社会生活上の権利義務関係や自由と責任の範囲の制約・嚮導に際して法の果たす役割・比重が他のさまざまな社会規範のなかで相対的に拡大してゆくならば、それにつれて法に反映される実質的な道徳的価値への関心も否応なしに高まってゆくにちがいない。現実の法実践・実務上の決定がもたらす道徳的帰結が重大なものであれ

ばあるほど、その選択が異論の余地のない客観的な正しさによって裏打ちされていることが強く期待されるようになるのは当然のことではないだろうか。少なくとも私たちは、裁定の場面に当事者として身をおいたときにはとりわけ、その事例に関する「最善の解決」の探求が回避・中断されることに對して強い不満と憤りを（あるいは、うしろめたさを）感じるだろう。法の客観性へのコミットメントが私たちの日常の経験と必要のなかに深く根をおろしていると私が考える理由は、ここにあるのである。

そしておそらく、ムーアの自然法論は、道徳的秩序としての法の構想を極限まで純化された形で表現するものだといえるだろう。彼の形而上学的な道徳実在論は、右のような法理解に對する強固なコミットメントの表明としてみるならば、素朴かもしれないが決して不自然な到達点ではないように思われる。規約的・共同的な法解釈への安住がもたらすあらゆる不合理な差別と抑圧を、個々の法的な意思決定のなかから取り除いてしまいたい（「この事例を正しく裁く」という欲求が、究極的には実在との一致という超越的な真理のイメージを招き入れるのは、むしろある意味ではきわめて当然のなりゆきなのではないだろうか³⁶⁶）。

二 他方、恣意性の排除ということのなかからは、法による社会秩序の安定化という機能的・技術的な要請が導き出されることもある。統治にかかわる意思決定権限を共同体のなかで分散させ、あるいは権威的な意思決定に對して手続的な制約を課すことでこれを時間軸に沿って分割し、また多様な政策的考慮から行政上の計画を策定し、そしてこれら分散された権限の間の調整と秩序づけをはかる、などといったことの必要性は、共同体の規模と専門的な統治機関の役割とが拡大するにつれて、より大きく見積もられるようになるだろう。ひとつの社会のなかに独立した統治機関が設けられ、さらにそのなかに権威的な意思決定とそれへの服従、あるいはそれに対する反省的評価といった複数の過程の錯綜する複雑な分業の体系が形成されることのなかには、こうした必要が反映されているのである。

シャウアーの規則論は、規則の体系としての法体系が、そのような制度的環境を整え、統治活動上の分業と協業を支える技術的な秩序としてはたらいっていることをあきらかにしてみせた。彼が指摘するとおり、そのような意思決定上の分業・協業の体系の必要は、個々の意思決定主体の抱える認知的・心理的な限界や欠陥、資源上の制約が自覚されるのに応じて強く自覚されてくるだろう。このとき彼ら／彼女らは、規則（とその規約・慣習上の意味と）に判断をゆだねて目前の事例を類型的に処理し、その見返りとして、ある場合には個人ではその責任を負いきれないほど重大な失策を犯すリスクを回避し、ある場合にはかぎられた自分の時間と労力をより有効に活用し、またある場合には安定したルーティン・ワークの流れを組織することができるはずなのである³⁶⁷。

この意味で、法の支配の基本的な要件をなす法の定立と適用との間の厳密な区別、つまりは道徳的・政治的推論／判断の次元と法的推論／判断の次元との峻別（シャウアーいうところの形式主義）の役割は、単に三権の分立およびその間の抑制と均衡を制度的に保障することに限定されるものではない。むしろそれは、共同体の全成員があらゆる統治上の選択や決定に直接参与するわけではなく、またそ

うすることが望ましくもないような規模と複雑さをそなえた社会を所与の前提としたとき、そのなかで安定的な統治制度を確立するためには避けて通ることのできない分権とその間の調整の問題を、あらゆる規模・水準でつかさどっている秩序原理なのである。このような社会的条件のなかにおかれたとき、法は、そうした技術的秩序の形成と維持とを担わねばならない。このことは、少なくとも今日の私たちの社会にとって、見落とすことのできない一種の現実原則を體現しているのである。

【法の支配がめがける諸価値の共約不可能性】

一 しかしながら、法の支配の支柱をなすこれらふたつの基底的価値は、じつは深いところでたがいに反発し、排除しあう関係にあるのではないだろうか。本稿の考察は結果的に、両者の間に根深く存在する拮抗と葛藤にも光を当てることになったのである。形式主義と客観主義とはそれぞれ、古くから認められてきた法に対するふたつの異なるスタンスを象徴しているが、両者を同時に満たすような法理解、あるいは両者を完全に合理的に統合するような第三の超越的な視点があるとは考えにくい。簡単にいえば、ムーアの自然法論が法に対して妥協のない百パーセントの道徳的正当性を要求し、それこそが法が法であるための条件だと主張するのに対し、シャウアーの推定的実証主義は、まさにこの要請に制約を加え、そのような道徳的理想からずり落ちることにこそ、現代の法の重要な特質があらわれていると論じる。だとすれば、ここにあるのはもはや真っ向からの対立関係だとさえいえるのではないだろうか。

ここに、リーガル・リベリズムに対する第二の問い——法の支配が抱える矛盾と葛藤の内実とはどのようなものであり、それを受け入れることにはいかなる意味があるのだろうか、というもうひとつの問いかけ——が浮上してくるのである。まず葛藤の性格づけに関して私の理解をいうなら、ここにあるのは、トレード・オフを通じて合理的に解決できるような単純な対立ではない。むしろそれは、根本的に質を異にする、共約不可能なふたつの価値の間の葛藤なのである。

二 ここで、ふたつの価値がたがいに共約不可能であるとは、両者を比較・調停する合理的な尺度や原理が所与の形では存在せず、したがってそこでの選択が理性によって裏打ちされたものでありえない、という事態をいう³⁰⁰。安定的な法秩序の維持という価値と、法による道徳的な正しさの実現という価値との間の比較衡量を可能にする合理的な尺度、あるいは両者の優先順位を決めるための一般的理論などというものが、いつでも利用可能なひとつの抽象的基準として存在しているとは私には思えない³⁰¹。法の支配を要求するふたつのモチーフがともに私たちの社会構成的な欲求や必要に根ざしたものである以上、そして両者を合理的に衡量するための共通のものさしがありえない以上、これらふたつの価値の間の対立は、リベラル・リーガリズム（あるいはリベリズムそのもの）に内在する最も根源的な葛藤だといえるのではないだろうか。もしかすると、私たちは、CLSのリベラル・リーガリズムに対する懐疑と批判をこのような視点から受けとめなおすことができるかもしれない。ただおそらく、彼ら／彼女らは、この葛藤の真正さと深刻さを指摘するばかりで、その意味を深く問

うことを怠るばかりか、それを性急にもリベラル・リーガリズムそのものの危機ないし破綻と直結させてしまったのである³⁷⁰。

三 もちろん、人によっては、このような対立図式の構成それ自体に誇張があるように感じるかもしれない。たしかに、一般的な法理解も現実の法実践・法実務も、シャウアー流の規則基底性をあらゆる法的意思決定に全面化しはしないだろうし、逆にムーア流の道徳的推論に対して無制限に従属すべきだとも考えないだろう。もちろん、本稿があえて客観主義と形式主義の最も純化されたモデルを対照させ、その緊張関係を最大限に際立たせようとしてきたのは、この対立を（CLSふう）「矛盾」としてスキャンダラスに強調するためではなく、ましてやどちらか一方が他方に優越することを主張するためでもない。むしろ、いかなる現実の法のありかたも、このラディカルな対立と葛藤に対する妥協と折衷の産物としての中間的「解決」であることを、そしてその選択がかならず何らかの損失をともなつた——したがってつねに問題性をはらんだ——価値創造的な行為であることを、できるかぎり明確に表現したい、というねらいがあつてのことなのである。

四 残念なことに、ムーアもシャウアーも法の支配に内在するこのジレンマを、みずからの探求活動のなかに積極的に位置づけようとはしていない。たしかに二人ともみずからの法解釈理論のなかにある種の価値対立とジレンマが存在することは認めており³⁷¹、この問題にまったく無自覚だったわけ

ではないことはうかがえる。にもかかわらず、私が見るかぎり、彼ら二人はその含意の重要性について十分自覚的ではなかつたように思われるのである。

だが私は、このジレンマの本性と意味——ジレンマ・葛藤の受容がもたらす帰結——とを深く問うことには重大な意味があると思う。法の支配という試みが共約不可能な葛藤と緊張をその根底に抱えていること、このことを認めることで、私たちは何を手にし、いかなる視野をこの先に開くことができるのだろうか。残念ながら紙幅の都合でその本格的な究明には他日を期すほかないが、節を改めてその大まかな見通しを立てておくことにしたい。

2. 共約不可能性の含意

それでは、リベラル・リーガリズムと法の支配がその内側に抱える葛藤が、ある共約不可能な価値対立に由来するものだ、というこの認識は、私たちの法の理解や実践に対して、どのような変更を迫ることになるのだろうか。以下では、簡単に法理論上の含意と政治・道徳理論上の含意とに分けて概観し、今後の探求の手がかりとすることにしたい。

【法理論上の含意】

一 まず最初に考えられるのは、法解釈理論と言語論との関係の見直しの必要性である。たしかに、法理論に対する言語論的なアプローチは、ハートによる「言語論的展開」以降これまでになく緊密になっており、すでに一個の研究領域として確立された観すらある。だが、法の支配に内在する葛藤——そしてそれに根ざす法の不確定性の問題——が共約不可能な社会構成的諸価値の間の対立の産物であるならば、その「解決」を約束するような法解釈の一般理論を、あるいは逆にそうした探求の不毛さの証明を、少なくとも言語論のなかに追い求めるのはもはや徒勞でしかない、ということになるのではないだろうか。特に、CLSやムーアの見解のなかに顕著にみられるとおり、法の（不）確定性と法解釈理論とをめぐる従来の議論は、しばしば最新の言語哲学の成果を強力な導きの糸とし、言語論の枠内で展開されてきたようにみえる。そこでは、法の不確定性は法が否応なしに依存せざるをえない言語の本質的な特性に由来しており、それゆえ、その解決の可能性ないし不可能性もまた、言語論の枠内に見いだされる必要があると信じられてきたのである。

だが本稿が第Ⅱ章（第2節、第3節）で示したように、言語論への関心の集中は、しばしば法解釈の方法をめぐる議論のもつ規範的な側面が見落とされることの原因にもなってきたようにも思われる。たしかに法理論における言語論的展開は、この問題圏に新たな視角をもたらし、これまで十分認知されてこなかった問題を鮮明に浮かび上がらせるのに役立つてきたかもしれない。だがその真価は本来、問うに値しない疑似問題をしりぞけ、ほんとうに取り組むねうちのある真正の問題群を選び分けるこ

とにあったのであり、問われた問題に何か最終的な「解答」をあたえることを約束するようなものではない。はなかつたのではないだろうか。

二 このことに触れてビックスは次のように述べている。「言語はこれまでほとんどの場合、法理論のまとはずれな焦点でありつづけてきたらしい。言語と言語理論は、ある諸々の決定に対するひとつの弁明として用いられてきたが、本来これらの決定は、私たちの法体系内のさまざまな制度がどのような仕方で作成しあうべきなのか、ということに関する政治的な——あるいは少なくとも政策的な——諸決定だと考えた方が適切なのである。「中略」私の考えでは、私たちがよりよい言語理論をもつていさえすれば、あるいは裁判官がすでに私たちの有している適切な言語理論に従いさえすれば、法体系という文脈のなかで生じた紛争解決に関する諸問題は解決されるだろう、などという主張は、どう見積もっても誤解を招くものでしかないのである」³¹²。

シャウアーの洞察もまた、同様のことを示唆しているのではないだろうか³¹³。先述のとおり、彼の形式主義は意思決定者に対して目前の事例の特殊性をあえて無視するように命じるものであり、この点ではきわめて脱文脈的・自律的な性格をもつが、それとは対照的に、そのような指示を下す意思決定制度の設計には、すぐれて（一般的な）文脈依存的な熟慮が必要だと考えられている。ある社会の統治にかかわる意思決定諸制度の構想・選択は、その地域と時代を特徴づける道徳・政治・社会・経済的な事情によって左右されざるをえないのである。だとすれば、法の（不）確定性をめぐる諸々の

問題は、言葉の意味や言葉と世界との関係についての哲学的考察や法解釈の一般理論の探求にゆだねられるのではなく、むしろ社会規範のありかたと、そのなかでの法の役割を視野に収めるより広い規範的考察の俎上に載せられるべきなのではないだろうか³¹⁴。シャウアーの理解に従うならば、何を規則基底的な意思決定の対象（容易な事案）とし、何を全事情考慮的な個別主義的意思決定の対象（難事案）とするのかは、広い意味での——つまり、倫理学、政治哲学、社会学、経済学すべてを含みこむような——社会哲学の課題だとさえいえるのかもしれないのである³¹⁵。

そしてその際、問題の焦点のひとつとして浮上してくるのは、こうした課題が、いつ、どのような場で、誰によつて担われる（べきな）のか、という問題であることを忘れてはならない。リチャード・H・ファロンはシャウアーらと同様の視点から、「憲法テキストからの主張を評価するために必要なのは、言語学者ではなく法律家なのだ³¹⁶」と述べて法（憲法）解釈論における言語論の偏重を批判しているが、本稿はこの主張を受け入れながらもさらに一步踏み込んでそこにあるリーガリスティックなカタマリをも、問題関心の射程のなかに収めようとしてきた。本稿が分業と自律の葛藤の問題として冒頭に掲げ、CLS的な抑圧テーゼの社会学的な根拠とみなした、専門家と非専門家との間の関係不全、という現代の歴史的ないし社会・経済的状况に照らしているならば、憲法解釈の問題を、（言語学者にではなく）法律家という専門家の集団にゆだねることができる——つまり法律家が十分に裏打ちされた社会的な信託をうけ、法の専門家としての規約・慣習に即して権威あるふるまいを示すことのできる——、そのたしかかな条件を確定することこそが、今後、法理論にとつても重要な課題とな

ってくるのではないだろうか。

三 第二に、リベラル・リーガリズムの内的な緊張の承認は、法の支配の観念が含意する法概念の理解に対しても、新たな切り口をもたらすことが予想される。この緊張の存在を前提にするかぎり、リベラルな法理論はもはや、あらゆる側面において、整然とした一貫性のある体系として法を構想できなくなるにちがいない。むしろ私たちは、法による統治という試みがある単一の視点から静的に構成されるシステムであるかのように考えるのではなく、法の役割に対するふたつの視点の分裂に象徴されるとおり、複数の言語ゲームの交錯する多面的で動態的な場所としてとらえなおす必要があるのではないだろうか³¹⁷。法の確定性がつねに道徳的正当性の追求と現実原則との間の妥協的折衷の産物である以上、いかなる統治制度の構想も、それに先立つこれら二方面からの批判と別様の妥協的折衷の提案とに対して開かれている。つまり、法が何らかの道徳的価値の実現を約束してみずからを道徳的秩序として提示するときには、現実原則が体系としての安定性・実行可能性を問いただすだろうし、逆にある安定した法体系が過度にその類型を硬直化させ、あるいは専門法律家・法官吏の用いる規約・慣習的な法類型が市民一般に対して極端に閉ざされたものになった場合には、それがもたらす道徳的損失を根拠に、より柔軟で開かれた法理解と法実践が要求されることになるのである。

本稿の理解に従うならば、このシーソー・ゲームに均衡点や終点などというものはありえない。この意味でそれは、「議論の余地のない究極かつ単一のリベラルな法制度」³¹⁸が現実に編成される可能

性を、原理的な仕方では否定している。だが他方、だからといってこの理解は法体系を主意主義的な仕方では無制限に流動化させようとしている——たとえば立憲主義的な法秩序の構想よりも民主主義的な参加による意思決定をつねに優位におくような仕方では——わけではない。むしろそれは、一定の歴史的背景や現在の社会的状況に関する考慮の下で、ある社会秩序の構想が法として選ばれるべきに、そこでの選択と妥協とによって生じた損失や不完全さにも十分な考慮が払われることを要求するだろう。統治の過程のなかで行われる個々の妥協的な選択が、体系に対する安定性と正当性の要請をそれぞれの程度適切に反映し、またどの程度切り詰めているのか。さらにそうした損失はどのような過程を経て実際に「積み残された問題」として問題化され、次の法制度の設計に生かされてゆくのか。そうした選択と再検討の動的な過程を具体的に解明しようとする、ダイナミックな法体系像の探求への関心がここに見いだされるのである。

四 最後に、リベラル・リーガリズム内部に共約不可能な価値対立が存在するという認識は、リベリズムそれ自体の理解、あるいはリベリズムにおけるリベラル・リーガリズム（ないし法の支配）の位置づけに影響を及ぼさずにおかないだろう。政治・道徳思想としてのリベリズムにとって、法の支配はその最も枢要な制度原理とでもいうべき位置にあるが、それへのコミットメントを動機づける諸々の理由（価値）の間に存在する根底的な緊張と対立は、何らかの統治制度・機関を通じてリベラルな政治的・道徳的諸価値の実現をはかること

にははっきりとした限界があることを、私たちに教える。公的・私的な暴力や権力の濫用から個人を守り、その自由と自律に対する平等かつ最大限の尊重を求めるリベリズムの教義は、法の支配という制度原理をとることでその恒久的・安定的な保障を確保しようとしたが、そうすることで同時にその理想を（部分的にであれ）手放すことを余儀なくされている。シャウアーの指摘するとおり、法は自律的な体系として制度化されるなかで、かならずその運用基準を何らかの共同的理解や確信——場合によっては専門法律家の間でしか共有されない専門知——に依拠しながら固定化し、その現実の作用のなかに理想を満たさない恣意性・抑圧性を潜在させずにはおかないのである。

おそらく、リベリズムの掲げるさまざまな理想を机上の空論に終わらせないためには、技術的な要請と妥協してでもその制度レベルでの漸進的な実現を探ることを避けるべきではないだろう。政治・道徳哲学としてのリベリズムがその実践的提言に有効性をもたせようとするかぎり、みずからの教義を最もよく体現してくれそうな社会制度を確立しようとする動機がそのなかにはたらくのは当然のことである。その意味で、リベリズムが何らかの仕方（リーガリスティックな）制度的思考を取り入れることを、私たちはむやみに否定すべきではない。むしろこのとき大切なのは、いかなる現実の制度編成もリベラルな理想を完璧に体現した最終的な秩序ではありえないのだということが、専門法律家とそれ以外の市民との間の共通の認識となっているか否かなのではないだろうか。いかなる制度編成も共約不可能な価値の間の選択の産物なのであり、そこにはかならず理想からの撤退、道徳的損失がともなう。この「悲劇の感覚」³⁷⁸が専門家と素人との間で共有されていることこそが、技

術的秩序としての法が法実践・法実務上の役割分担（と道徳的正当性の探求の中断と）を受け入れることのできるものとして成立させる条件なのである。

【政治・道徳理論上の含意】

一 だが他方で、現行の法と自分たちの道徳的信念とがどこかで連関している、という実感が現実保障されているのでなければ、人がみずから進んで法にコミットし、またそれを批判する理由が見失われてしまうことになるだろう。どんな社会制度であれ、（特に法のような重要な役割を担うもの場合はとりわけ）、冷ややかなシニシズムに長く耐えて存続しつづけることは期待しにくい。その意味でも、素人の視点からルーティン的な法実践・法実務のありかたについて示される疑念や不信、批判や非難が生きた力をもつためには、日常的な正義感覚によるその検証の道筋ができるだけ利用しやすい形で確立されていることが望ましいだろう。

仮にアルトマンが述べたように「法とは法律家とその専門的な規約・慣習に従って法だと述べるものだ」という一般的な規約・慣習が社会全体に広く共有されているとしても、そのような規約・慣習がいつでも自明のたしかさをもって維持されていくという保障はどこにもない（くりかえすがその自明性がゆらいでいるという現状認識こそが本稿の出発点となっているのである）。したがって、必要とあらばいつでも、法律家という専門家集団とその専門知の存在に一定の権威が認められることの「意味」が、各々の社会成員によってたしかめることのできる位置におかれているべきなのである。

こうして、あらゆる規約的・共同的な閉鎖性に対する懐疑と批判を継続させる（反リーガリスティックな）試みの必要もまた、リベリズム内在的な仕方肯定される。ムーアの洞察が私たちに教えるとおり、特定の共同体、特定の歴史のなかで、それを母胎に生みだされてきた特定の法体系は、リベリズム本来の理想に照らして考えればどこまでも不完全で恣意的・便宜的な標識にすぎず、新たな経験のなかでくりかえし問いなおされるべき「経験則」の束でしかありえない。リベリズムの教義は、共同的な信念が規範的な力を帯び、その共同体外の誰かに対して不当な抑圧となるときには、すみやかにそのことが公共の場で問題化され、それまでの共同的な範疇に対する反省的な検討が加えられるべきことを、要求するだろう。ある意味ではそれこそが、かつて伝統的な共同性を破る危険思想として誕生し、新しい公共圏の創設を求めたりベラルな道徳・政治思想本来の役割でもあったのではないだろうか²⁷⁹。

二 さらに、道徳・政治思想としてのリベリズムのなかに右のようなリーガリズムへの傾きと反リーガリズムへの傾きの両方が共約不可能な仕方で混在していることを認めるならば、リベラルな社会秩序の形成と維持とが、つねに新たな価値創造によってはじめて可能になっていることを承認する必要がある、ここに生じてくるように思われる。ラズも強調するとおり、共約不可能な諸価値の間の選択は、かならず新たな価値の創造をともなっているのである²⁸⁰。ここで制度選択の創造的な性格を強調するのは、この問題を問いつめていくとかならず、もはやその普遍的な真偽や正誤を問うことが無益

であるようなところに行き着いてしまうように思われるからである。もしこのような考えが過度に反合理主義的で悲観的にみえたとすれば、それはリベラル・リーガリズムの抱える価値対立の共約不可性を十分に受けとめていないからだと思ふ。本来それが含意しているのは、そのような対立のなかでの選択にはかならず合理化できない損失がともなうだろうということであり、すべての価値が究極的には何らかの体系のなかで調和的に整合し、共存しうる、という合理主義的なコミットメントそのものの拒否であるのだから³⁸¹。

だがこのことの受容を即座に、「それならば何を選んでよいのか」という皮相的なシニシズムに結びつくものとして考えるのもやはり早計であるだろう。むしろ本稿は、法の支配を要求するふたつのモチーフが私たちの日常的な社会生活を支える根本的な欲求や必要に根ざしていることを示すことで、両者が調停不可能な仕方に対立しているにもかかわらず、双方ともなお可能なかぎり尊重できるような道を探る必要があるのだということをも、主張しようとしてきたのである。現にある法（を含む社会秩序の編成）が、つねに不完全で抑圧的な要素を抱えながらも新たな価値創造を通じた漸進的な改善に対して開かれている、という二面性を同時にそなえたものでもあること、このことの自覚こそが、長期間にわたる「自己拘束」をみずからに課す統治主体（主権者）³⁸²の、法に対するコミットメント／デタッチメントの根底に存在している必要があるのではないだろうか。

おわりに 法の支配の意味を問うことの意味

CLSに象徴されるようなリベラル・リーガリズムに対する懐疑と不信を可能なかぎり受け入れながら、そこを起点に今日の法の支配の可能性と意義にできるだけ深く探りをいれること、これこそが本稿の探求に最も基本的な骨格をあたえてきた主題である。そこで最後にこの観点から、本稿のたどってきた道のりをもういちど要約してみることにしよう。

一 問題関心の基調にはCLSによるリベラル・リーガリズムへの疑念に対する（限定つきの）共感がおかれてはいるものの、本稿はそのようなうたがいが単なる外在的な体制批判のイデオロギーに還元されるべきではなく、リベラル・リーガリズムの内側からでも十分現実味をもつことのできるものだ、ということを示唆することから出発することにした。知的議論の最大の美德が、党派的なイデオロギー対立の構図をできるかぎり解除していく、という方針の共有にあるとするならば、私のみるところ、CLSとリベラル・リーガリズムとの論争にはしばしばこの指針にそむく傾向があるからである。そこで本稿はまず最初に、リベラル・リーガリズムの内部にも法の支配の観念をめぐって見解の動揺・分裂がみられ、しかもこれまで誰ひとりその十分な「解決」に成功してこなかったことを指

摘した（第I章）。そしてこの確信のぐらつき延長線上にCLSの主張を法の不確定性テーゼと抑圧テーゼという形で再定式化し、その上で後者を専門家・非専門家間の信頼関係の不全というより経験的な基盤³⁸の上に据えることによってそこからイデオロギー的色彩を脱色することを試みる（第II章）、という手順を選んだのである。

こうした作業は、不要かつ不毛なイデオロギー論争の垣根を取り払うための予備的考察の役割を果たす。これによって始めて、CLSの懐疑がそのイデオロギー的コミットメントの枠を超えて説得力をもつことができるのだということ、そしてリベラル・リーガリズムもCLSの外在的な懐疑と批判を内在化することで自己理解の動揺を圧殺することなく正当な仕方に対象化する機会を得るのだというところが、私たちの目にもあきらかになるだろう。CLSとリベラル・リーガリズムは、これまでの法の支配の観念についての理解をめぐってその見解をすどく対立させてきたが、法の支配の成立の可能性と条件、そしてその価値について、できるかぎり深い（したがってより普遍的な志向に導かれた）考察を加えることを共通の課題とすることによって、真に生産的な対話の可能性を開くことができるのである。

その結果として浮上してきたのが、法の支配の基底的条件たる形式主義と客観主義とについて、その可能性と条件、そしてその意義（それが志向する価値）とを問いなおし、その上で法の支配とリベラル・リーガリズムが抱える内的な緊張の含意に再検討を加える、という課題だったのである。

二 本稿後半の理論的探求は、特に前者の問いの解明に取り組んだ。まず、客観主義の立場を最も純粋な仕方では現するものとして選ばれたのがムーアの自然法論である。彼の規約主義と懐疑主義に対する執拗な批判に触れることを通じて、私たちは法の道徳的正しさの探求がしばしば客観的実在の観念へのコミットメントを必要としていることを知った。形而上学的な道徳実在論という一見奇矯な彼の見解は、私たちの道徳や法をめぐる当事者としての経験を詳細に自省してみるならば、見かけほど簡単にはしりぞけることができない。少なくとも、私たちの社会の基本構造を規定する法のありかたが、特定個人の意思や信念、あるいは特定集団の共同的な規約・慣習などによって左右されてはならない、という自明の原則を尊重しようとするならば、法過程のあらゆる局面で、（専門法律家の共同的な規約・慣習を含む）法にかかわるあらゆるドクサを、漸次的にであれ対象化し、除去していくことを可能にするような視点が必要になるだろう。CLSの抑圧テーゼを、ムーア流の自然法論に抛ることなしに反駁しようとする者は、少なくとも共同性に対する新たな批判原理を示すことを要求されることになるのではないだろうか（第III章）。

他方、形式主義の再検討のために本稿が手がかりにしたのは、シャウアーの論考である。彼は、現代の法理論のなかでくりかえし非難にさらされてきた形式主義と規則の独自の役割を、いまいちど日常の文脈のなかで位置づけなおそうとした。彼の洞察のユニークな点は、形式主義的な意思決定のありかたにこれまで向けられてきた規範的な批判を受け入れた上で、それでもなお最適性を欠いた意思決定様式を選択をうながす別様の積極的な理由——制度上の、あるいは技術的な理由——を明確に提

示した点にある。理想的な実践的推論の能力の発揮を期待できない現実の世界では、そこに生じうる意思決定上のリスクを回避するために、あるいは安定した効率的なルーティン・ワークの過程を構成するために、形式主義的な意思決定様式があえて採用されることがありうるのである。もちろん、形式主義的（彼のいう「規則基底的」）な意思決定が法過程のなかで正当に遂行される可能性は、二重の意味で文脈依存的である。つまり、その実行可能性は言語的な共同性という「基線的」な文脈によって保障されており、さらにその意思決定様式を採用するという決定はその社会のおかれている歴史・政治・経済・社会的な諸考慮事項からなる複合的な文脈に依存しているのである（第IV章）。

三 以上のような客観主義と形式主義の再検討を通じて、法の支配のという試みが、ふたつの社会構成的な諸価値——道徳的正当性と安定的な分権・分業制と行為調整の枠組みの提供——を法の基軸的な価値としてめがけることによつて成立していることをあきらかにすることができた。だが他方で、これらふたつの基軸的価値は、道徳的秩序と技術的秩序という法の二側面に対応しながらも、互いに相互排他的で共約不可能な関係にたつことで、法の支配の試みのなかに解消不可能な緊張をもたらすことにもなっている。本稿が最後にあきらかにしたのは、法の支配がその内側に本質的な緊張を抱えていることの積極的な自覚こそが、その法理論および政治・道徳哲学上の反響を解明するという今後の探求の課題の明確化につながるのではないか、という提案だったのである（第V章）。

四 さて、このように本稿の全体像をみて、もしかすると、人によつては、私が不必要に困難な道筋を選んで思考の歩みを進めているように思う人がいるかもしれない。私は決してそのような見方に異を唱えるつもりはない。そうした深い疑惑に足元をすくわれることなく今日のリベラル・リーガリズムと法の支配のありかたを受容できる人の目には、たぶん私の考察は単に冗長な遠回りとしか映らないだろう。事実、日常のルーティン的な法実務・法実践は、形式主義や客観主義へのコミットメントをなけば反省されざる暗黙の共通了解とすることではじめて、健全かつ円滑に機能することができているのである。

だが私は、だからといってこの作業が自分以外の人にとって完全に無意味であるとも思わない。冒頭で何度か強調しておいたように、今日の法実務・法実践における複雑で多様な分業のありかたは、他の社会的分業、特に専門家と非専門家との間のそれと同様に（あるいはそのなかでもとりわけ）、私たちの政治的・道徳的経験のなかに根深い葛藤や躊躇、逡巡の感覚をもたらしているものであり、そのことを感じる人は、潜在的にはいつでも、リベラル・リーガリズムとリベラリズムとに対する最も深い懐疑と不信を起点にして何らかの確信に至る過程を、自分でたどつてみる必要に駆られるはずだからである。つまり、今日の社会状況の下では、法の専門家・非専門家を問わず、すべての人が法の支配とリベラル・リーガリズムの可能性と正当性の両方にかかわる根本的な疑念にとらえられてしまいかねないのではないか、といううたがいの自覚が、本稿の作業仮説の母胎となっているのである。

五 また他方で、本稿が示したりベラリズムとリベラル・リーガリズムの像があまりにも不安定で脆弱にみえることをとりあげて、擁護論を展開するつもりならばもっと堅牢で整合的な、「強い」概念としてそれらを提示すべきだ、と非難する人がいるかもしれない。そのような批判に対しては、私は逆にこんなふうに関り返してみたい。私たちはふつう、体系的な整合性や形式的な一貫性だけに説得されて何らかの道徳・政治思想を支持しているのだろうか、と。むしろ私は、擁護論の整合性や一貫性が無意味だといっているのではない。ここで私がいおうとしているのは、ある思想を擁護するための論証の整合性と、擁護の対象たる思想そのものの整合性とは論理的に別次元に属しており、一個の道徳・政治思想がかならず矛盾のない価値体系を構成していなければならぬと考える理由は特にないのではないか、ということなのである。そしてこのような考えに従って本稿で私があきらかにしようとしたことのひとつは、リベラル・リーガリズムと法の支配へのコミットメントが、内的な葛藤に引き裂かれながらも、なお、私たちの社会構成的な価値に基づく「強い」動機によって直接支えられうる、ということだったのである。

ロールズは、彼のリベラルな正義の構想をいかなる特定の形而上学的・認識論的な教説にも、あるいは包括的な政治・道徳的教説にも依存しないものとして提示しようとしてきたが³⁸⁴、これはもちろん、誰か特定の人物がリベラルな正義の構想を支持するときに、これを彼の他の形而上学的・認識論的見解や包括的な政治的・道徳的教説とまったく無関係なものともみなすだろう、ということを意味しているのではない³⁸⁵。むしろ彼の意図は、どのような視点からでも支持することのできる社会制度の

基本原理の提示を、みずからの政治哲学の目標に据えることにあつたのではないだろうか。私なりにこれを読み換えるならば、ここで正義の構想が自立的(freestanding)であるとは、それが多方向に依存的であることと同義なのである。

ロールズにかぎらず、これまでのリベラリズム(リベラル・リーガリズム)の擁護論は、単独のリベラリズムの構想をどれだけ普遍的で合理的、整合的な土台の上に構築できるか、という点に——つまり構想の「自立的な」側面に——焦点をあわせつづけてきたようにみえる。だがもしここで見方を反転させ、そうした構想の「多方向に依存的な」側面の方に注目したとすれば、何が見えてくるのだろうか。この方向に探求を進めることはやがて、リベラリズムとその社会秩序が、歴史的にみても地域的にみてもきわめて多様な価値に対する動機づけに支えられてきた多面的・複合的な観念であり、存在であつたことをあきらかにしていくことになるだろう。リベラリズムを単に「自立的な」構想としてのみとらえようとする立場からすれば、このような探求はリベラルな社会秩序の構想を相対化し、ひたすら不安定で脆弱なものへと変えてしまうものでしかないのかもしれない。だが私の考えではこれはリベラリズムの「解体」ではない。ロールズの見解が暗黙のうちに示唆しているように——彼自身はその方向に進もうとしなかったのだが——、このふたつの作業はコインの両面のような関係にあり、互いに支えあっている必要があるのである。

法の支配を支えるもの 注

はじめに 背景の関心とその法学的変奏

¹ 専門的領域それ自体の範囲や内容、意義について、つまり職業的専門家の判断に任せるべきこととそうでないことについて、はつきりとした社会的な合意が見失われている典型的な例としては、いふまでもなく近年の医療や教育のありかたをめぐる論議を挙げることができる。

² ふつう、法律家という言葉は専門的な教育を受け、一定の知識・技術を共有している専門家集団（「法曹」を指すが、最広義にはこれに法官吏(legal officials)を加えて理解すべきだろう。通常は法曹に含められない行政部門の官吏のなかにも、一定の法的な規範力を帯びた、強制をともなう権威的決定を下すことが認められているケースは数多くあるからである。本稿第四章第3節、那須耕介「法の不確定性と行政過程——現代国家における法の逆説——」（二・完）「法学論叢」一四一巻二号（一九九七）参照。

³ Cf. Rob Atkinson, "A Dissenter's Commentary on the Professionalism Crusade," 74 Texas Law Review 259 (1995).

⁴ 次章でくわしく述べるとおり、ここでは法の支配のリベラルな構想の可能性と正当性を信じる立場を総称するものとしてこの語をできるだけ広い意味で用いようと思う。この理解は、リーガリズムを既存の規則を遵守することのみによつて個々の問題を解決しようとする態度として考え、そうした規則がリベラリズムの教義に合致していることを要求するのがリベラル・リーガリズムだという一般的な理解（cf. Judith N. Shklar LEGALISM (Harvard University Press, 1964)（田中成明訳『リーガリズム』

岩波書店), p.1; Margaret Jane Radin, "Reconsidering the Rule of Law," 69 Boston University Law Review 781(1989), pp.791-792.)よりもいくぶん広いものである可能性がある。たとえばロブ・アトキンソンは、リベラル・リーガリズムの概念を次のように定式化している。すなわち、「その基本的な想定は、以下の形でまとめることができるだろう。すなわち、私たちの社会とその法体系は基本的に正当であり、その不完全さは制度的に権威づけられた改革の機構(そこには市民的不服従も含まれる)によって正すことができ、その改革の結果は市民の間で広範に共有され少なくとも萌芽的な仕方で行法のなか存在している諸価値が彫琢されたものとして認識されるべきである」と。リベラル・リーガリズムは、法律家にふさわしい役割が、現行の法体系ないしその改善されたものを通じて実現される正当な帰結という目標から導き出され、またそれに従属するものだ、という考えを含んでいるのである」(Atkinson, "A Dissenter's Commentary on the Professionalism Crusade," p.267)。

⁵ もちろん、「法の支配について多くの人々が一致しうる点があるとすれば、それはこの概念が人によってさまざまな意味で用いられることであろう」(長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」樋口陽一・野中俊彦編『小林直樹先生古希記念論集 憲法学の展望』(有斐閣 一九九一年)所収、一一頁)といった法の支配の観念の多義性は決して近年はじめて一般化したものではない。ただ、本文に示したような現代的なコンテクストのなかで、それがもつ意味についてのさらなる反省の必要がこれまでになく強調されつつあるのではないだろうか。

かつてジュデイス・N・シユクラは法の支配をめぐる議論が単なる「自由市場リベラリズムの擁護者と敵対者の間で展開されるフットボールの試合」になりさがってしまった、この観念が本来そなえていたはずの政治哲学上の含意の重要性が見失われてしまったことを批判した(cf. Judith N. Shklar, "Political Theory and the Rule of Law," in: Allan C. Hutchinson and Patrick Monahan (eds.) THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY(Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell, 1987), p.16.)が、東西冷戦の終結に象徴される世界的な文脈の変化のなか、単純なイデオロギー的構図に縛られることなくもういちど法の支配の意味が問いなおされる機が熟しつつあるのかもしれない。 Cf. Radin,

"Reconsidering the Rule of Law"; Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse," 97 Columbia Law Review 1(1997); Cass R. Sunstein, "Problem with Rules," 83 California Law Review 953 (1995). ; William E. Scheuerman, "The Rule of Law at Century's End," 25 Political Theory 740.; Werner Krawietz, Enrico Pattaro, Alice Erh-Soon Tay, RULE OF LAW: Political and Legal Systems in Transition (RECHTSTHEORIE Beiheft 17, 1997). 那須耕介「法の支配の両義性について——複眼的な法的思考のために——(一)・(二・完)」法学論叢一四二巻一号(一九九七)・一四三巻一号(一九九八)

。長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」、高田敏「法治主義と法の支配——日本国憲法解釈論としての——」阿部照哉・高田敏編『覚道豊治先生古希記念論集 現代違憲審査論』(法律文化社、一九九六年)所収、佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望 II』(有斐閣、一九九八年)所収、土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」『憲法五十年の展望 II』(有斐閣、一九九八年)所収、など参照。

佐藤「自由の法秩序」二〇—二四頁。

⁶ このような関心の深まりは、英米法の世界を背景にもつ「法の支配」の原理と大陸法の伝統のなかで発展してきた「法治国家(Rechtsstaat)」の原理とを対比的にとらえ、現行憲法を理解する際にはいづれを採用すべきか、あるいはそうした選択によって憲法解釈上の差異が生じるか否か、生じるとすればそれはどのようなものであるか、といった論点をめぐる論争に触発されたものとみることができ。高田敏「ドイツにおける法の支配——法治国家観展開の論理と日本の継受の論理——」覚道豊治・高田敏・松島諄吉編 磯崎辰五郎先生喜寿記念『現代における「法の支配」』(法律文化社)所収、高田「法治主義と法の支配」、佐藤「自由の法秩序」七—九頁、一五—一九頁、土井「法の支配と司法権」一〇二—一〇六頁など参照。

本稿は、筆者の能力の限界から法治国家原理対法の支配原理という対立の構図までをも射程に収め

きることはできなかつた。だが、(先走った議論になることを承知でいうならば、)後に試みるように、法の支配の観念それ自体の内部に存在する緊張を取り出すことができるならば、法治国家原理の構成主義的な「上からの秩序化」(それは理性的な統治主体の意思による秩序化という行政国家的な国家像をもたらすとされる——佐藤「自由の法秩序」二三頁、土井「法の支配と司法権」一〇四—一〇五頁など参照)と法の支配原理の経験主義的な「下からの秩序化」(それは自律的な個人の尊重を基調とする司法国家的な国家像をもたらすとされる——佐藤「自由の法秩序」二二—二三頁、土井「法の支配と司法権」一一—一二頁など参照)との対立・緊張ないし相補関係は、法の支配の観念の内
部だけに限定してもなお、解消不可能であることがわかるだろう。私見では、重要なのは法治国家对法の支配という対立項そのものではなく、むしろ、そこに見いだされる「秩序形成原理」の複数性と
その間の緊張関係なのであり、そのことの認識をふまえた上で、法による統治とそのありかたをめぐ
る言説とに関与することの意味を可能ながぎり深く強く考えることなのである。

。法の支配の観念の理解が行政権の憲法上の地位の理解に及ぼす影響について論じたものとしては、
佐藤「自由の法秩序」を、司法権の憲法上の地位の理解に及ぼす影響について論じたものとしては土
井「法の支配と司法権」を、それぞれ参照のこと。

第一章 法の支配の観念のゆらぎ

。本章の記述は、那須耕介「法の支配の両義性について——複眼的な法的思考のために——(一)・
(二・完)」法学論叢一四二巻一号(一九九七年)・一四三巻一号(一九九八年)として公表されたも
のをもとに、必要な修正・補足と削除を適宜ほどこしたものである。

。ここで言説母胎という語は、思考や言説の端緒にあつてその担い手に問題を問題として引き受け
るための動機づけをもたらし、その探求の継続に推進力をあたえつつける、ある問題性(あるいはそ

れへの感覚)を指すものとして用いる。私たちは通常、どれほど自分にとって重要なことがらであつても、それが何の疑惑をも呼び覚まさないのであれば、それを真剣な知的反省の対象とする理由をもたないだろう。言い換えれば、思考や議論、論争といった知的な活動は、実践上の困難を引き起こすような曖昧さや背理、漠然とした不満が感じとられることをきっかけにして、いわばそのような違和感を母胎としながら、私たちの世界に生み出されてくるのである。

このことを、家族という営みを例にして考えてみるとこんなふうにいえるだろう。その一般的なイメージや、その構成員としての役割について、何の内的な葛藤も抱えていない人は、家族なるものについて考える必要などはじめから感じないだろう。肯定的な意味であれ否定的な意味であれ、家族という営みのなかに何らかの不協和や背理を認めることによって、はじめてその人は家族の概念について考えたり語ったりすることの、空疎ならざる理由を見いだすことになるのではないだろうか。

¹² フラーの見解は、Lon L. Fuller, THE MORALITY OF LAW, revised edition (New Haven: Yale University Press, 1969) (稲垣良典訳『法の道徳』)によつた。フラーは「法の支配」よりも「合法性」ないし「法の内在的道徳(The inner morality of law)」という用語を好んで用いている。また、彼の合法性観念については Fuller, "The Implicit Laws of Lawmaking," in: Fuller (Kenneth I. Winston ed.) THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER (New York: Duke University Press, 1981); Kenneth I. Winston, "The Ideal Element in a Definition of Law," 5 Law and Philosophy 89(1986).を、彼の法理論全般については Winston, "Introduction," in: Lon L. Fuller, THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER (Winston (ed.), Durham and New York: Duke University Press, 1981)も参照した。

¹³ Ibid, pp.33-94.

¹⁴ 「認知可能性」および「遂行可能性」の概念については、Margaret Jane Radin, "Reconsidering the Rule of Law," p.786.によつてゐる。ただし、ラティンはフラーの挙げたリストをすべてこのふたつに煮詰めてしまふことができると主張しているが、ここではその見方をとらない。「公権力による規則遵守」

の要請はこれらふたつの範疇に還元できない独立の要件だと考えられるからである。

¹⁵ つまり、フラーにとって合法性原理は、法が実現すべき実質的な政治的・道徳的価値ないし目的からは独立したものとみなされており、そのかぎりでは価値中立性を標榜したものと考えることができる。Cf. Fuller, *THE MORALITY OF LAW*, pp.155-157.

¹⁶ *Ibid.*, pp.162-167.

¹⁷ Cf. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," 71 *Harvard Law Review* 593 (rep. in: *Hart, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY* (Oxford: Clarendon Press, 1983)) (矢崎光圀・松浦好治ほか訳『法学・哲学論集』みすず書房) ; Fuller, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart," 71 *Harvard Law Review* 630 (1958).

¹⁸ 憲法学の伝統のなかではしばしば、基本的人権の保障を法の支配の本質的な要件に含めることが一般的であるように見受けられるが、英米の法学の文脈では、リベラル・リーガリズムにコミットした論考のなかですら、そのような理解は必ずしも一般的ではない。後述するドウオーキン流の拡張主義的な概念解釈が提出されるに至ってようやく権利論と法の支配の観念との直接的な関連性が前面に立てられるようになったが、法の支配と「よき法」による統治との必然的な結びつきを強調する彼の理解にしてなお、基本権の保障がその不可欠の要件だと考えられている形跡はないのである。近代的な立憲主義の伝統のなかで法の支配と基本的人権の保障とが密接な関係にあることにうたがいをいれる余地はないが、そのような歴史的・政治的背景を捨象した法の支配に関する原理レベルでの考察においては、両者の間に概念上必然的な関係が認められているわけではなさそうである。

¹⁹ 法の支配の成立要件と目的・価値とに即してそのいくつかの理念型を抽出する試みとして、Richard H. Fallon, Jr. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse," 97 *Columbia Law Review* 1.が

ある。ここでファロンは、法の支配の観念をめぐる憲法学上の言説を分析するなかで「歴史主義的理概念型」、「形式主義的理概念型」、「リーガル・プロセス的理概念型」、「実体的理概念型」の四類型をとりだし、各々の類型がそれぞれ拮抗しながらも法の支配をめぐる言説にとって本質的な位置を占めていることを論じている。

²⁰ ラズの法の支配についての概念は、主として Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue," in: Raz, *THE AUTHORITY OF LAW* (Oxford: Clarendon Press, 1979) ほか "The Politics of the Rule of Law", in: Raz, *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* (Oxford: Clarendon Press, 1994), "Formalism and the Rule of Law," in: Robert P. George (ed.) *NATURAL LAW THEORY* (Oxford: Oxford University Press, 1992) などによった。ラズは概念解釈は、基本的にハートのそれを踏襲したものと見える。Cf. Hart, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY*, 114-116.

²¹ フラーとラズの見解の類縁性を指摘したものととして、田中成明『『合法性』に関する法理学的考察——フラー・L. フラーの見解を手がかりに——』(『現代の法哲学』、一九八一年) 参照。ただし、両者の相違点として、ラズが司法の自立性と法へのアクセス可能性の要件を独自に挙げている点は注目し値するかもしれない。cf. Raz, "The Rule of Law and Its Virtue," pp.216-217.

²² この点で、純粹な形式主義は「適法的正義」ないし大陸法流の「法治国家 *Rechtsstaat*」概念により親近性の強い概念だといえるかもしれない。だが、法治国家概念を適法的正義あるいは「法による行政」の概念と等置し、実質的な目的や内容を問わない手段的・形式的側面にのみかかわるものとする従来の(戯画化された)見方には異論がある。たとえば、F. A. ハイエクは、ドイツ法治国家の伝統がカントに発する自由主義運動に根ざしたものであることを指摘している (Hayek, F. A. *THE CONSTITUTION OF LIBERTY* (Chicago: The University of Chicago Press, 1960) (気賀健三・古賀勝次郎訳『自由の条件Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ』春秋社), pp. 196-201.)。また、高田敏「ドイツにおける法の支配——法治国家観展開の論理と日本的継受の論理——」(覚道豊治・高田敏・松島諄吉編『磯崎辰五郎先生

喜寿記念 現代における「法の支配」法律文化社、一九七九年 所収)によると、ドイツにおいても法治国家概念はもともと「人間的自由が一般法則にしたがって相互に調和すること」(同、九六頁)を意味する、自由主義的な目的を含んだ概念として誕生したのであり、その後の歴史的経緯のなかでそうした目的の達成手段が自立化、自己目的化するなかで、戯画化されたイメージとしての悪法を許容する法治国家、という像が形成されるにいたったのである。

²³ Raz, THE AUTHORITY OF LAW, p.224.

²⁴ Ibid., pp.225-226.

²⁵ Ibid., p.211.彼の論点のひとつは、法の支配が他の政治的価値の保障と安易に同一視されてしまいかえってその固有の価値が見失われてしまいかねないことへの懸念の表明にあるといえるだろう。「法の支配に対する一般的な服従が高い称賛に値するということについては一般に合意されている。しかし、法の支配の価値を鵜呑みにしたり盲目的に擁護したりすべきではない」(Ibid., p.211.)。また、「法の支配は法がそなえているべき諸価値のなかのひとつでしかないのだから、それは一応の拘束力をもつにすぎない。それは常に、他の価値からの競合する主張との間でバランスをとらねばならないのである」(Ibid., p.228.)。

²⁶ John Rawls, A THEORY OF JUSTICE (Cambridge: Harvard University Press, 1971) (矢島欽次訳『正義論』春秋社), p.235.

²⁷ つまり、そこでは規則を作る者とそれに従う者との明瞭な区別が前提されているのである。 Cf. Radin, "Reconsidering the Rule of Law," p.792.

²⁸ Cf. Rawls, THE THEORY OF JUSTICE, pp.236-239; Hayek, THE CONSTITUTION OF LIBERTY,

pp.207-210.ただし後述するとおり、ハイエクの見解はこれらに限定されているわけではない。

²⁹ Hayek, LAW, LEGISLATION, AND LIBERTY, Vol.3: THE POLITICAL ORDER OF FREE PEOPLE (London: Routledge & Kegan Paul, 1979) (渡辺茂訳『法と立法と自由Ⅲ』), pp.129-130.

³⁰ たとえば立法に対する司法審査の消極的・制約的な見方は、こうした理解のなかから生じてくるといえるだろう。松井『民主主義と違憲審査』、八二―一〇五頁参照。

³¹ Rawls, A THEORY OF JUSTICE, p.59, 235.

³² ケネス・ウインストンは、規則に従うことが即座に(形式的な)正義の実現につながる、という見解を徹底的に批判している。それによると、一般原理としての「等しい事例は等しく/等しからざる事例は等しからざるように扱え」という(「形式的」な)要請は正義概念のさまざまな適用のなかに浸透しているが、それ自体だけでは不完全である。それは、同一性と非同一次性の基準によって補われなければならない、具体的な内容をもつことができないのである。したがって、「等しい扱いはある価値実現のための手段であり、法の中立的な特性ではない。いかなる個別的文脈においても、等しい事例を等しく扱うことの役割を理解するには、そこに託されている価値に注意を払わなければならない。つまり、当事者の関係と彼らが特定の秩序づけの形式に服することによって実現しようとしている目的と、目を向けねばならないのである」(Kenneth I. Winston, "On Treating Like Cases Alike," 64 California Law Review 1 (1974), p.39.)。(今後、何度かこの問題に触れることになるだろう。後掲注 224、238、300 参照。)

³³ Hayek, THE CONSTITUTION OF LIBERTY, ch.14; Rawls, A THEORY OF JUSTICE, pp.235-243.また、予測可能性あるいは期待の保護については、Hayek, LAW, LEGISLATION, AND LIBERTY, Vol.1: RULES AND ORDER (London: Routledge & Kegan Paul, 1973) (矢島欽次、水吉俊彦訳『法と立法と自

由一』春秋社)、pp.101-112,115-118.を参照。

³⁴ Rawls, A THEORY OF JUSTICE, p.59, 235.

³⁵ ラズはこのことに一定の同意をあたえながらも、法の支配があらゆる政府介入に対する制約となるわけではないことを指摘している。「法の支配は個人の自由を保護するひとつの様式であるかもしれない。しかしそれは、政府介入を排除した活動領域の存在とは何の関係もないのであり、人権に対する甚大な侵害とも両立するのである」[Raz, AUTHORITY OF LAW, p.221]。

³⁶ こうした発想をレッセ・フェールのな古典的自由主義の擁護論と結びつけ、ここで強調される自由を経済的自由としてのみ理解しようとする見方が一部にみられる。だが、たとえば刑法における罪刑法定主義の原則がそうであるように、経済的な自由の保障には還元できない基本的な自由権の保障をも射程内においていることを見逃すわけにはいかないだろう。

³⁷ 体系的な予測可能性を欠いた法体系は、その不確定性ないし不安定性ゆえに、個人の自己決定権を事実上無効にしてしまうのである。Cf. *ibid.*, pp.221-223.

³⁸ Fuller, THE MORALITY OF LAW, pp.162-157.

³⁹ 特にラズにはこの傾向が顕著である。前述のとおり、ラズのねらいは、法の支配の内容と価値とが安易に拡張され、人権の保障などの諸価値と混同されてしまうことを戒めることにおかれているのである。

⁴⁰ ここを分水嶺とする(リベラルな)形式主義と拡張主義との見解の相違は、近年アメリカの憲法学のなかで解釈方法論上の重要な論点として浮上している、解釈主義(interpretivism)と非解釈主義

(non-interpretivism)との対立図式にもそれぞれ反映されているとみることができかもしれない。すなわち、法の支配に即した法体系の運用を実定的な法的諸規則(とそれらが織りなす構造)の水準に限定しようとする形式主義的理解は、憲法解釈の源泉を成文憲法の条項のみに認めようとする解釈主義の立場に、法体系の運用を背景的な不文の原理・政策上の考慮にまで拡張する必要を強調する拡張主義は、憲法解釈の源泉を成文憲法のテクストを超えた背景的な道徳的・政治的考慮にまで求めようとする非解釈主義の立場に、それぞれ対応していると考えられるのである。なお、解釈主義—非解釈主義論争の詳細な解説については、松井茂記『民主主義と違憲審査』(有斐閣、一九九一年)参照。

⁴¹ Cf. Selznick, LAW, SOCIETY, AND INDUSTRIAL JUSTICE (Russell Sage Foundation, 1969); Philippe Nonet and Philip Selznick, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW (New York: Harper & Row, Publishers, 1978) (六本佳平訳『法と社会の変動理論』岩波書店); THE MORAL COMMONWEALTH (Berkeley and Los Angeles, London: University of California Press, 1992); "Legal Culture and the Rule of Law" in: International Sociological Association, The Proceedings of 1995 Annual Meeting Research Committee on Sociology of Law: Program, Plenary Papers, List of Participants (1995); Nonet & Selznick, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION. 六本佳平「セルブニックの法理論」法学協会雑誌第八九巻第七号(一九七二年)。また、彼の思想的背景と社会学・法社会学の全貌とについて紹介したものととして、矢澤修次郎『アメリカ知識人の思想 ニューヨーク社会学者の肖像』(東京大学出版会、一九九六年)、特に第3章を参照のこと。

⁴² 彼の「抑圧的法(oppressive law)」「自律的法(autonomous law)」「応答的法(responsive law)」の三類型については、Nonet and Selznick, LAW AND SOCIETY IN TRANSITIONを参照のこと。

⁴³ マーク・ギャランターは、従来の合法性概念が一枚岩的な(国家)法による一元的な社会制御を強く示唆していることを指摘し、現代の社会制御と法との間で生じている深刻な齟齬をとらえるには不適切であることを主張している。Cf. Mark Galanter, "Legality and Its Discontents: A Preliminary

Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization," in: Erhard Blankenburg (Hersg.) ALTERNATIVE RECHTSFORMEN UND ALTERNATIVEN ZUM RECHT: JAHRBUCH FÜR RECHTSSOZIOLOGIE UND RECHTTHEORIE, Bd.6(1980), p.19.

⁴⁴ Selznick, MORAL COMMONWEALTH, pp.324-325.

⁴⁵ Ibid., p.325.括弧内引用者。

⁴⁶ Selznick, "Legal Culture and the Rule of Law," pp.85-87.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid., pp.90-91.「」でセルズニックが意図している「恣意性」の概念がどのようなものであるのかについては、もう少し掘り下げて検討しておく必要があるかもしれない。柔軟な「応答的法」の活用がなお恣意的でないことを論証するためには、少なくとも、流動的な現実に対する敏感さが、法の妥当性根拠のなかに含まれてい（るか、あるいはそこから導出可能で）なければならぬ。

⁴⁹ だがだからといって、法の支配の形式主義的な構想を、純粹に形式的な意味での法治国家原理と同様、法運用の規制原理を指すものとしてのみ理解するのは間違っているかもしれない。フラーの合法性原理やハイエクの法の支配論は、むしろ法の創造・形成過程に対する規制原理としての位置づけを明瞭に意識したものになっているのである。cf. Kenneth I. Winston, "Legislators and Liberty," 13 Law and Philosophy 389 (1994).また、本稿でははっきりと区別して論じることができなかったものの、立法原理としての法の支配と法の解釈・適用原理としての法の支配との間には軽視することのできない興味深い問題が存在するように思われる。

⁵⁰ Selznick, MORAL COMMONWEALTH, pp.330-331.

⁵¹ Selznick, "Legal Culture and the Rule of Law," p.88.「より高次の」とするのは、素朴な道具主義（抑圧的法）が、無制約な場当たり主義を許容してしまうのに対し、この立場が、形式主義（自律的法）の過剰な自己規制を部分的に解除しながらも、拡張された形で合法性を維持しようとするからにほかならぬ。

⁵² Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (Cambridge: Harvard University Press, 1977) (木下毅、小林公、野坂泰司訳『権利論』木鐸社)、esp., ch.2-4.

⁵³ Dworkin "Political Judges and the Rule of Law," in: Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE (Cambridge: Harvard University Press, 1985).

⁵⁴ 「それ」「権利論的概念解釈」が主張しているのは、市民はたがいに道徳上の権利と義務とを有しており、国家全体に対しては政治上の権利を有している、という前提に立ち、これらの道徳的および政治的権利が実定法のなかで承認され、それによって、法廷やそれに類した司法機関を通じて、可能なかぎり、個々の市民からの要求に基づいて執行されるべきことを主張する」[Ibid., p.11.] (括弧内引用者、強調点原著者)。

⁵⁵ 「権利論的概念解釈の諸特性を各々高度に満たしている社会は、たとえその統制に失敗したり、あるいはその他の望ましい社会の属性を欠いていたとしても、ほぼ間違いなく正義にかなった社会である」[Ibid., p.12.]。

⁵⁶ Andrew Altman, "Fissures in the Integrity of Law's Empire: Dworkin and the Rule of Law" in: Allan Hunt (ed.) READING DWORKIN CRITICALLY (1992), pp.159, 162, 172.

⁵⁷ Selznick, THE MORAL COMMONWEALTH, pp. 434-437.

⁵⁸ むしろ、過去の政治的決定が含意する法原理レベルの連続性を軽視する傾向があるとして、プラグマティズム法学に対しては批判的である。Cf. Dworkin, LAW'S EMPIRE (London: Fontana Press, 1986) (小林公訳『法の帝国』春秋社), Ch.5.

⁵⁹ ドウオーキンは合衆国憲法上の「平等な保護」条項に基づく平等権の解釈を題材に、以下の見解を展開している。Cf. Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, p.227.

⁶⁰ Dworkin, LAW'S EMPIRE, pp.212-213, 222.また、植木一幹「R・ドウオーキンの『インテグリティとしての法』の理論に関する一考察——」法学論叢一三五巻四号(一九九四)、八八頁。

⁶¹ Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE, p.32 (括弧内引用者)。

⁶² 植木一幹「R・ドウオーキンの『インテグリティとしての法』の理論に関する一考察——」ハーバマスによる批判を手がかりに——(二)・完」法学論叢一三六巻三号(一九九四)、三二—三四頁。

⁶³ Fuller, THE MORALITY OF LAW, p.53.

⁶⁴ Cf. *ibid.*, pp.55-57.ただしフルーは「このような遡及的な法の許容は私法にのみあてはまり、刑法の領域内では、この禁止はより厳密に妥当すると論じている。

⁶⁵ 法によって命じることのできる行為が、あらゆる人が、いかなる場合にも実行可能なものだけに限定されてしまえば、法の抗事実性は著しく低くならざるをえない。Cf. *ibid.*, pp.71-72.

⁶⁶ Cf. *ibid.*, pp.81-91.

⁶⁷ むしろ彼は、そのような理解を、意味の指示理論(pointer theory of meaning)を伴った(立法)意思解釈のアトミズム的理解(atomistic conception of interpretation)——法の意味は立法者の意図を知る——とを通じて確定され、立法者の意図は法が適用されるべき具体的な個物や個別状況を思い描くような仕方形成される、とする考え方——であるとして退けている。興味深いことに、彼がその論駁に用いたたとえ話(志なかばに死去した発明家のプロジェクトを、その目的を知らないままに引き継ぐとする子どもの物語)は、ドウオーキンの有名な連作小説(chain novel)の比喩を思い出させる。Cf. *ibid.*, pp.83-85, Dworkin, "How Law Is Like Literature," in: Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE.

⁶⁸ 事実、他方でフルーはきわめてコモン・ロー的な色彩が濃く、形式主義的な色彩の薄い議論を展開している。Cf. Fuller, "Human Interaction and Law," in: Fuller, THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER. フラーの議論のなかには、法の支配を規則基底的な仕方理解する形式主義的な発想と法解釈に際して規則の「目的」の考慮を不可欠とする反実証主義的な発想とが混在している。このことが、彼の法理論の延長線上に形成されたリーガル・プロセス学派が一方では司法積極主義の支持に、他方では司法消極主義の支持にと分裂したことの予兆であるように思われる。

⁶⁹ Fuller, THE MORALITY OF LAW, pp. 41-44.

⁷⁰ それでも私は、ハイエクを広い意味での形式主義者として考えている。その理由は、彼が法を政治から完全に切り離して(むしろそれとは敵対するものとして)理解していることにある。彼は、ドウオーキンのように裁判官がその「政治的信念」に従って判断しているとは考えたがらないし、その

決定は必然的に、客観的で論争の余地のないものとみなしうる、と考えているのである。

⁷¹ Cf. Hayek, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY, Vol.1, pp.72-74.

⁷² このような規則に従う必然性とメリットを理解するためには、ハイエクが、人間の合理性の限界（無知）をみずからの社会理論の出発点に据え、同時代および過去の知識の活用こそが社会秩序の形成と維持に不可欠だと考えていたことを念頭におく必要がある。彼の考える「法」は、過去を生きた人々の自発的な相互作用と試行錯誤の産物であり、これに従うことによって、私たちはそのような歴史的知識を無意識のうちに活用することになる。また、今日のような文明社会においては、私たちの知識は常に断片的・局所的なものに限定されがちであるために、共通の基本的規約としての規則が守られることによって、はじめて相互的な行為調整を通じた共時的に分散している局所的知識の相互活用が可能になるのである。

⁷³ Cf. Hayek, THE CONSTITUTION OF LIBERTY, pp.205-207.

⁷⁴ Cf. Hayek, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY, Vol.1, p.117.

⁷⁵ Cf. *ibid.*, p.118.

⁷⁶ したがって、「公布」の要請は、ハイエクにとって法の支配の本質的な要件ではない。むしろこれに拘泥することは、立法に対する過剰な期待の表明であるとされる。Cf. *ibid.*, p.118.

⁷⁷ Cf. Hayek, THE CONSTITUTION OF LIBERTY, pp.236-269. また、嶋津格『自生的秩序——ハイエクの法理論とその基礎——』（一九八五）第四章第五節も参照。

⁷⁸ 彼自身はこれを「自生的秩序(spontaneous order)」と呼ぶ。この秩序を「自然」法と呼ぶことについては、ハイエクは留保をおくかもしれない。この秩序は、たしかに人間の意図的な設計の産物ではないが、人為を超えた存在であるわけではない。そのような秩序の構成をめぐらんでいたわけではない個々人の行為調整の集積の意図せざる結果として生み出されたものであるからである。ハイエクはむしろ、「自然」と「人為」という二項対立に依拠した存在論的カテゴリーそのものに対して批判的である。言語や法などの多くの社会秩序は、このどちらにも属さない、第三の領域を構成している」と理解すべきなのである。Cf. Hayek, "The Results of Human Action but Not Human Design," in: Hayek, STUDIES IN PHILOSOPHY, POLITICS AND ECONOMICS (London: Routledge & Kegan Paul, 1967).

⁷⁹ Hayek, THE CONSTITUTION OF LIBERTY, p.206. 強調点原著者。

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ ここでドウオーキンの念頭にあるのも、ハートをはじめとする現代の法実証主義者の法理解である。この「ルールブック」の比喩は、『法の帝国』のなかでも、共同体の結合様式についての叙述の一類型として、再び批判の矛先を向けられている。Cf. Dworkin, LAW'S EMPIRE, pp.209-210, 212-213.

⁸² Cf. Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE, p.11.

⁸³ 法解釈に際して立法者の意思に依拠しようとする方法は、この場にかぎらず繰り返しドウオーキンの批判的になっている。Cf. *ibid.*, pp.162-164.

⁸⁴ *Ibid.*, p.17.

⁸⁵ 次節参照。

⁸⁶ ただし、『法の帝国』におけるドゥオーキンは、公正(fairness)概念をいくぶん異なった意味で用いている。Cf. Dworkin, LAW'S EMPIRE, pp.164-165.

⁸⁷ おそらく、実務の傾向とは別にして、近年のアメリカにおける憲法学説の大勢が成文の法テクスト以外の考慮事項を解釈の正統な素材として認める非解釈主義によって占められていることは、そのひとつのあらわれだとさえいえるだろう。松井『民主主義と違憲審査』、五〇二頁参照。

⁸⁸ 形式主義的理解と拡張主義的理解との連続性を示すものとして、Rawls, A THEORY OF JUSTICE, pp.59-60; Selznick, LAW, SOCIETY AND INDUSTRIAL JUSTICE, pp.11-12; "Legal Culture and the Rule of Law", pp.86-87. Nonet & Selznick, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION, pp.107-108.など参照。

⁸⁹ Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, pp.105-106.

⁹⁰ Dworkin, LAW'S EMPIRE, pp.264-265.

⁹¹ Neil MacCormick, "Law, Morality and Positivism," in: MacCormick and Ota Weinberger, AN INSTITUTIONAL THEORY OF LAW: NEW APPROACHES TO LEGAL POSITIVISM (Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1986), p.41.

⁹² Selznick, "Legal Culture and the Rule of Law," p.90.

⁹³ 法の支配を道具主義的な観点からとらえようとするラズの発想も、このような流れのなかで理解できるだろう。

⁹⁴ ラズが Raz, PRACTICAL REASON AND NORMS (2nd ed.)(Princeton: Princeton University Press, 1990).

のなかで展開した「除外理由(Exclusionary reason)」としての規則、という規則の性格づけは、意思決定に要する時間上ないし情報上のコストを節約する道具としての規則概念を明確に打ち出している。Cf. *ibid.*, pp.60-62.

⁹⁵ この点について、フレデリック・シャウアーは、「推定的実証主義(presumptive positivism)」という発想に基づいて法を理解することを提案している。くわしくは第IV章参照。

⁹⁶ 法の支配の観念が本質的に論争的で葛藤を抱えた概念であることを明瞭に意識し、議論の中心に据えた議論としては、Radin, "Reconsidering the Rule of Law," p.791; Fallon, "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse," pp.6, 26, 36, 55が挙げられる。また、このことを行政活動の安定性と正当性との葛藤としてとらえたものとして、那須耕介(一九九七)「法の不確定性と行政過程——現代国家における法の逆説——(一)・(二)完」法学論叢一三九巻四号(一九九六)・一四一巻二号(一九九七)を参照のこと。

第II章 より根底的な懐疑と信憑の立てなおしの試み

⁹⁷ 概観を得るためには、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題」デヴィド・ケアリス編、松浦好治・松井茂記編訳『政治としての法——批判的法学入門——』(風行社、一九九一)所収、中原拓也「構造主義以降の法学としての『批判的法学研究』」『法哲学年報 一九九三』(一九九四)所収、内田貫『契約の再生』(弘文堂、一九九〇)第V章、Allan Hutchinson and Patrick Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," 36 Stanford Law Review 199(1984); James Boyle, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought," 133 University of Pennsylvania Law Review 685(1985); Roberto Mangabera Unger, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT (Cambridge: Harvard University Press, 1986); Duncan Kennedy & Karl E. Klare, "A

Bibliography of Critical Legal Studies," 94 Yale Law Journal 461(1984).などを参照。

⁹⁸ しかしCLSは、リアリズム法学における科学主義的な客観主義・実証主義へのコミットメントを批判し、同時に(リアリズム法学が支持しつづけていた)リベリズムのかかげる基本的な教義を拒否することで、リアリズム法学の限界を克服してより急進的な批判を展開している、と主張してきた。Cf. Mark Tushnet, "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction," 36 Stanford Law Review 623(1984), pp.625-627.; Boyle, "The Politics of Reason," pp.696-708.

⁹⁹ Boyle, "The Politics of Reason"; Peter C. Schanck, "Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation" 65 Southern California Law Review 2505 (1992). 松井「批判的法学研究の意義と課題」二八〇—二八一頁参照。

¹⁰⁰ Morton J. Horwitz, "The Rule of Law: An Unqualified Good?", 86 Yale Law Journal 561(1977)(review of Douglas Hay, Peter Linebaugh, John G. Rule, E. P. Thompson & Cal Winslow's ALBION'S FATAL TREE, and Thompson's WHIGS AND HUNTERS).

¹⁰¹ ハジビは中山竜一「二〇世紀法理論のパラダイム転換」『岩波講座 現代の法 15 現代法学の思想と方法』(岩波書店、一九九七)九四—九五頁のいう、支配的な法実務のありかたを「異化」するための距離をおいた内的な視点を念頭においている。また、ジェームズ・ボイルは従来の法理論や法実践に内在的な視点から出発してその「矛盾」をあきらかにしたり別様の解釈の可能性を示す「内的批判(immanent critique)」の概念を「ブレイト」の「異化」効果の概念になぞらえて説明している。Cf. Boyle, "The Politics of Reason," 746-747.

¹⁰² 法的推論の体系的偏向性についてはDavid Kairys, "Introduction," in: Kairys(ed.) THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE, third edition (New York: Basic Books, 1998) (第一版からの抄訳…松

浦・松井編訳『政治としての法』(風行社)、法学教育のそれについてはDuncan Kennedy, "Legal Education as Training for Hierarchy," in: Kairys, *ibid.* 参照。

¹⁰³ CLSはかならずしも政治・道徳思想としてのリベリズムの掲げる諸価値を全面的に拒否しているわけではない。特に、個人の尊厳や自由・自律に対しては強いコミットメントを示す論者も見受けられる。この場合、むしろ彼ら/彼女らが否定するのは、法の支配とリーガル・リベリズムの実践がその実現に貢献しようとするという考えの方なのである。cf. Andrew Altman, CRITICAL LEGAL STUDIES: A LIBERAL CRITIQUE (Princeton: Princeton University Press, 1990), p.16-18.; Cornel West, "CLS and a Liberal Critique," 97 Yale Law Journal 757. (1988), p.770.

¹⁰⁴ アラン・ハントによると、CLSとそれを批判的に摂取したポストモダン法学との間には、もっぱら否定的批判の枠内にとどまることの多かった前者に対し、後者はこの二ヒリズムの乗り越えをめざす点で、はっきりと区別されるという。Cf. Allan Hunt, "The Big Fear: Law Confronts Postmodernism," 35 McGill Law Journal 407. (1990). また、別様のポストモダン理解とCLSとの関連について論じたもののとして、Schanck, "Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation."、中原「構造主義以降の法哲学としての『批判的法学研究』」など参照。

¹⁰⁵ Brian Bix, JURISPRUDENCE: THEORY AND CONTEXT (Boulder: Westview Press, 1996), pp.; Daniel A. Farber and Suzanna Sherry, BEYOND ALL REASON: THE RADICAL ASSAULT ON TRUTH IN AMERICAN LAW (New York, Oxford: Oxford University Press, 1997).

¹⁰⁶ James Boyle, "Introduction," in: Boyle (ed.) CRITICAL LEGAL STUDIES (New York: New York University Press, 1994). 強調原著者。

¹⁰⁷ Cf. Allan C. Hutchinson & Patrick Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The

Unfolding Drama of American Legal Thought," 36 Stanford Law Review 199 (1984), p.201.

¹⁰⁸ Cf. Lawrence B. Solum, "On the Indeterminacy Crisis: Criticizing Critical Dogma," 54 The University of Chicago Law Review 462(1987), p.467.

¹⁰⁹ コリスリアリズム法学との連続性と非連続性については Note, "Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," 95 Harvard Law Review 1669(1982); Boyle, "The Politics of Reason"を、後期ウィトゲンシュタイン哲学の成果を用いた規則の不確定性の主張に関して は、Radin, "Reconsidering the Rule of Law," pp. 797-810、佐藤憲一「法の不確定性——法理解のパラダイム転換に向けて——」(一)・(二)完」法学論叢(一九九八年)などを参照。

また、主に八〇年代に「解釈」の概念をめぐって繰り広げられた、文芸批評理論と法理論との結合の試みも見落とすことができない。cf. Dworkin, "How Law Is Like Literature," in: Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE; Stanford Levinson, "Law as Literature," 60 Texas Law Review 373 (1982); Stanley Fish, DOING WHAT COMES NATURALLY: CHANGE, RHETRIC, AND THE PRACTICE OF THEORY IN LITERARY AND LEGAL STUDIES (Durham and London: Duke University Press, 1989). スタンフォード・レーヴィンソンの次の発言は、そのモチーフをきわめて象徴的な仕方でも要約しているといえるだろう。「今日文芸批評のいたるところでわき起こっている論争は、あきらかに、法の正と真剣に考える人ならば誰でも直面するような中心的な諸問題のいくつかを映し出している。この平行性の根拠は、テクスト分析が法にとって中心的な位置におかれていることにある。もし法を文学として考えるならば、私たちは、あらゆる現代の法分析、何よりも憲法理論を深刻に悩ませている病弊に対するよりすぐれた理解を得ることができるだろう」[Levinson, "Law as Literature," p.377.]。逆に、文芸批評理論の法理論への短絡的な「応用」への批判として、John Stick, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretive Turn in LAW'S EMPIRE," 34 UCLA Law Review 371(1986)。

¹¹⁰ Unger, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT, p.1. Cf. Hutchinson & Monahan, "Law, Politics,

and the Critical Legal Scholars," p.206.

¹¹¹ Cf. Unger, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT., p.2.

¹¹² Cf. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," 89 Harvard Law Review 1685 (1976), pp.1710-1713.; Unger, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT., pp.44-52, 58-75.

¹¹³ Cf. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," pp.1766-1776.; Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries," 28 Buffalo Law Review 205 (1979), pp.211-221.; Unger, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT., pp.99-103.; Hutchinson & Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars," p.211.

¹¹⁴ Joseph William Singer, "Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory," 94 Yale Law Journal 1(1984), p.66; David R. Hiley, James F. Bohman, and Richard Shusterman, (eds.) THE INTERPRETIVE TURN: PHILOSOPHY, SCIENCE, CULTURE (Ithaca: Cornell University Press, (1991); Schanck, "Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation."

¹¹⁵ スタンリー・フィッシュは、アングーにならって形式主義的な思考の根深さを指摘している。彼の主張によると、形式主義は文脈的要因の作用の承認や政治の不可避性の主張といった反形式主義的なジェスチャーによって回避できるようなものではなく、語が明瞭な意味をもつという信念とそれを支える以下の点に対する諸信念をすべて放棄しなければこれを否定したことはない。すなわち、「(1)精神が語の明瞭な意味を明瞭に理解できること、(2)その明瞭さは文脈の変化を通じて維持される状態であること、(3)自己のなかには明瞭さの知覚を妨げるものはなく、もしあったとしても精神のなかにある別のものによってそれをコントロールできること、(4)意味は言語の属性であること、(5)言語はその使用に先立つ抽象的な体系であること、(6)使用の機会はそうした体系によって保証されていること、(7)語が状況のなかで獲得する意味と対置される意味での)体系内の語の意味は法のような

「一般的な」言説の基盤にあり、あるいは基盤におかれる必要があること、(8)それらは局所的であるというよりは一般的であるから、そうした言説は(規則や条文という形をとって)解釈の欲求に対して制約を課すことができること、(9)解釈の欲求は、重大な公共的職務を遂行している間は留保されねばならない(し、留保できる)こと、(10)正義にかなった政治システムの形成にはそのような留保、すなわちインパーソナルで公共的な規範に対する個人の服従が必要であること(11)この服従は、まさに抑制の下で形成される意思によって選ばれる合理的なものでなければならぬこと、(12)この合理性は、意味と同様、その規範が参照される文脈とは独立に存在する抽象的体系であること、(13)合理性の規範は異なる文脈におかれた行為者の間の争いを解決するために用いることができること、(14)文明化された(遵法的な)共同体をしるしづけるのは、そうした規範を審判や裁判官として承認することであること、(15)その規範を認めないメンバーを抱える共同体は定義上、非合理的であること、(16)非合理性とは、誰の欲求も反映せず、すべての人の欲求を保護するような規範によってではなく、欲求と力によって支配されている状態——すなわち、説得によって——のことであるということ」
Fish, *DOING WHAT COMES NATURALLY*, p. 6. 強調点原著者]。フイツシュによると、こうした信念の放棄は、理論がそれ自体で実践に影響をあたえる可能性をも否定する。理論は、説得としての実践の一翼を担うものとしてのみ、すなわちそのレトリックの力の行使としてのみ有効なのであり、それ自体が新しい認識と実践をもたらすものではないのである。

¹¹⁶ 「現代の法理論が内側に矛盾を抱えているということ、それ自体が嘆かわしいことなのではない。法的推論のなかで矛盾しあう諸原理は、私たちが対立しあう目標をもち、それをどうやって調停すればよいのかわからないでいることの、正確な反映なのである。伝統的な法理論に異論の余地があるとすれば、それは、それが矛盾しているからではなく、それが私たちに、確定的で客観的、中立的な意思決定過程をあたえ、その矛盾を解決してくれると主張するからなのである」[Singer, "Player and the Cards," p. 60.]。

¹¹⁷ アンガーによると、リベラル・リーガリズムあるいはその母胎である近代思想は、たしかにこの種の反自然主義的な世界観をモチーフにもって出発したはずであるにもかかわらず、それをみずからの教義に対してまでは適用しようとしなかった。たとえば私有財産制度や契約などといった基本的な私法秩序が人間の本性に根ざした、作り替えることのできない客観的な秩序であるかのように考えた。一点で不徹底のそしりをまぬがれることができない。つまり、近代の社会理論は、自然主義の残滓として、社会秩序や歴史の発展に何らかの客観的な「メタ構造」が埋め込まれている、という信念を脱することができなかつたのである。彼にいわせれば、CLSはこの反自然主義的な社会理論の視点を徹底させることで、そうしたリベラル・リーガリズム固有のイデオロギーを「脱神秘化」しようとしているのである。Cf. Unger, *CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT*, pp. 106-108.; Altman, *CRITICAL LEGAL STUDIES*, pp. 155-164.

¹¹⁸ Cf. Hutchinson and Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars," pp. 209-210.

¹¹⁹ Cf. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication."

¹²⁰ Cf. *Ibid.*, pp. 1725-1737.

¹²¹ 以下に、ケネディが規則志向的な法運用と基準志向的な法運用とがそれぞれ内在させている実質的なメリットとデメリットとして掲げているものを挙げておく。Cf. Kennedy, *ibid.*, 1710. (図 3)

規則のメリット	規則のデメリット	規準のデメリット	規準のメリット
中立性 斉一性 明確さ	厳格さ 同調性 分析性	偏見 偏愛 ずさん	柔軟性 個別化 創造性

確実性 自律 権利 プライヴァシー 効率 秩序 正確さ 自助 境界線 安定 安全	強迫的 疎外 既得利益 分離 無関心 反動 応報性 吝嗇 壁 硬化症 臆病	不確実性 全体主義 暴政 でしゃばり 感傷 混沌 温情 ロマン主義 侵略 非統合性 依存	自発性 参加 共同体 関心 平衡 進化 寛容 寛大 共感 進歩 信頼
--	---	--	--

¹²² Hutchinson & Monahan, "The "Rights" Stuff: Roberto Unger and Beyond," 62 Texas Law Review 1477 (1984), pp.1482-1491.

¹²³ Hutchinson & Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars," pp.216-217.

¹²⁴ Duncan Kennedy, "Legal Education as Training for Hierarchy," p. (引用にあたっては翻訳を参照した。)

¹²⁵ マーク・タシュネットによると、初期のCLSは権力と法の結びつきについてより直接的・体系的な関係を想定していたが、不確実性の自覚の深まりに応じて批判の標的は徐々に法それ自体からその運用様式・法意識の方へと転換された。Cf. Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," 36 Journal of Legal Education 505, pp.511-512.

¹²⁶ 佐藤「法の不確実性」、第1章第1節参照。

¹²⁷ 本節および次節の記述の一部分は、那須耕介『法の支配』に対する懐疑と信念—アンドリュース・アルトマン著『批判的法学研究 自由主義的批判』の検討』（『法哲学年報 一九九六』、一九九七年所収）として発表されたものに適宜手を加えたものである

¹²⁸ あかじちまな敵愾心と黙殺とがしばしば強調されるが、そう言い切ってよいものだろうか。少なくとも Andrew Altman, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin," 15 Philosophy & Public Affairs 205 (1986); Altman, CRITICAL LEGAL STUDIES: A LIBERAL CRITIQUE (Princeton: Princeton University Press, 1990) [以下'CLS』略す]; Ken Kress, "Legal Indeterminacy," 77 California Law Review 283(1989); Lawrence B. Solum, "On the Indeterminacy Crisis: Criticizing Critical Dogma," 54 The University of Chicago Law Review 462(1987); Neil MacCormick, "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS," 10 Oxford Journal of Legal Studies 539 (1990).などは真摯な検討と反論の好例のようと思われる。

¹²⁹ 特にリアリズム法学が提起した規則懐疑主義は、半世紀以上にわたってリベラル・リーガリズムの理論上の関心事であり続けてきた。cf. Hart, THE CONCEPT OF LAW (2nd ed.) (Oxford: Oxford University Press, 1994), ch.7.

¹³⁰ アルトマンは他のCLSの理解をみるためには、Altman, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin," 15 Philosophy and Public Affairs 205 (1986).をも参照のしよう。

¹³¹ Cf. CLS, pp.57-58.

¹³² この議論を契機に、アルトマンはリベラルな中立性概念の掘り下げを試みている。それによると、

リベラルな法の支配が含意する中立性の主張には四つの区分——それぞれ、権利中立性・認識論的中立性・政治的中立性・法的中立性と呼ばれる——を設けることができ、CLSの中立性批判は、主としてこれらのカテゴリー間の混同に根ざしているのである。各々の内容は、次のようにまとめることができるだろう。すなわち、正統な政治が侵害してはならない領域として人間の自律的領域を確定するのが権利中立性、どんな道徳的論争の当事者にも受容可能な諸前提から導出できる諸原理をもって中立性の基準とするのが認識論的中立性、政治的な制度設計や立法過程は特定の集団ないし特定の善の構想を優遇・差別してはならないとするのが政治的中立性、権威的規則が公的に解釈・適用されるときには、規則形成時の規範上の対立についてあらたな評価は何一つ追加されるべきではないこと（法と政治の分離）を主張するのが法的中立性である。Cf. CLS, pp.72-77.

¹³³ CLS, p.105.

¹³⁴ アルトマンはその代表的な例として、アラン・ハッチンソンの不法行為法研究をとりあげている。ハッチンソンは、現代の不法行為法のなかに過失責任原理（支配的原理）と無過失責任原理（対抗原理）とが混在していることを指摘し、この食い違いが社会秩序についての二種類の相容れない道徳的・政治的モデルを反映している、と主張する。つまり、過失責任は個人主義と私有財産制から、無過失責任は集団主義と利他主義からそれぞれ導出されてきたとみなせるのである。Cf. Allan Hutchinson, "Of Kings and Dirty Rascals: The Struggle for Democracy," *Queens Law Journal* (1985), pp. 273-292.

¹³⁵ Cf. CLS, pp.126-128.

¹³⁶ この命名はワイトゲンシュタインによるアスペクト知覚の議論に由来する。Cf. CLS, pp.120, 130.

¹³⁷ Cf. Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication."

¹³⁸ Cf. Unger, *THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT*, pp.57-90.

¹³⁹ CLS, p.138.

¹⁴⁰ Cf. Unger, *CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT*, pp.44-57.

¹⁴¹ Cf. CLS, pp.145-147. 「たしかに統合性は一個の重要な倫理的理想ではあるが、かならずしも唯一の理想ではなく、決してリベラルな国家に対して絶対的な要求を課すわけではない」[ibid., 146.]。

¹⁴² Cf. CLS, p.147.

¹⁴³ CLS, pp.149-152.

¹⁴⁴ CLS, pp.151-152.

¹⁴⁵ 次節でもう一度触れるが、アルトマンはCLSの主張を不確定性テーゼのみに限定し、抑圧テーゼを直接とりあげようとしなかったために、こうしたCLSの発想を規則懷疑主義に還元して理解してしまう。だが、このような理解はむしろ一般性を欠いているかもしれない。CLSによるリアリズム法学に対する批判の論点のひとつには、リアリストたちが依然としてリベラリズムに対する規範的コミットメントを放棄しておらず、社会科学的な探求が社会的必要を「客観的な」仕方で解明することで「理性的な」政策的考慮を可能にする、という発想をとっていたという点が挙げられるのである。Cf. Boyle, "The Politics of Reason," pp. 697-702, 751-753.

¹⁴⁶ CLS, pp.155-181.

¹⁴⁷ Unger, *FALSE NECESSITY* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987).; Unger, *CRITICAL LEGAL*

¹⁴⁸ 政治が踏み込めない領域としてアンガーが挙げているのは、表現・出版・良心・信仰の諸自由や（独自に定義し直された）所有権、そして最小限の福祉を保障するための「免責権」などである。

¹⁴⁹ Cf. CLS, p.173.

¹⁵⁰ Cf. CLS, p.176.

¹⁵¹ Cf. CLS, p.169.

¹⁵² Cf. CLS, p.178.

¹⁵³ 個別具体的な個人からの批判の回避と不特定・抽象的個人からの批判の回避との違いについて、アルトマンはG. H. ミードの『精神・自我・社会』に依拠している。Cf. CLS, p.180.

¹⁵⁴ CLS, pp.181-182.

¹⁵⁵ Cf. CLS, p.45, 186.

¹⁵⁶ CLS, p.175.

¹⁵⁷ CLS, p.198.

¹⁵⁸ Cf. CLS, pp.51-56. 「ダイシー流の法の支配は、制度のありかたをあまりにも詳細に規定しすぎている……法の支配の観念は抽象的なレベルでの規定にとどまり、ドウオーキンやハートの理論のよう

に多様な制度のありかたを許すものであった方がよい。こうすることではじめて、われわれは法の支配を導く道徳上の目的を見失うことなく、その目的の達成と特定の制度の確立とを区別できる。個々の制度のありかたというものは、特定の限定された社会的ないし歴史的文脈のなかでのみ、その目的に沿ったものでありうるのである」[CLS, pp.52-53]。

¹⁵⁹ Cf. CLS, p.12.

¹⁶⁰ Cf. CLS, pp.39-48, 181-186.

¹⁶¹ 「法の支配に関する一般的モデル」「本稿でいうところの形式主義的構想」のように、不確定性を人間の力のおよぶかぎり縮小せよ、と要求するのは正しくない。また、そのような要請の下に理論的モデルを構築して、そこからの大きな逸脱が必ず法の支配をそこなうかのように考えるならば、大きな間違いをおかすことになるだろう。「中略」法の決定性からの逸脱はかならずしも法の支配をそこなうわけではない。求められているのは、「一般的モデルほど厳格には不確定性と政府の裁量の切り詰めを要求しない理論モデルなのである」[CLS, p.29.括弧内引用者]。

¹⁶² Cf. CLS, p.96.

¹⁶³ CLS, pp.181-182.強調点引用者。

¹⁶⁴ Cf. CLS, pp.183-184.

¹⁶⁵ 形式主義の狭い理解と広い理解との区別については、本稿の第Ⅱ章第1節、「不確定性テーゼのふたつの主張」の項を参照のこと。

¹⁵⁶ そもそも、法律学方法論という問題圏は、規則の不確定性の自覚なしには成立しえないのではないだろうか。法律の条文のあいまいさや欠缺、法律間の抵触、帰結の不適切さなどの問題性が意識され、規則の不確定性を前提になお法的推論の自律性が主張できるのか、といった疑念が共有されなければ、法解釈の方法それ自体が理論的考察の対象になるなどということはありえないのである。

¹⁵⁷ ただし、言語論的転回とハートの法の不確定性論との関係は、厳密にはもう少し複雑である。中山竜一「法理論における言語論的展開——『法と言語』研究序説——(一)」法学論叢一二九巻五号(一九九七)八七—八八頁参照。

¹⁵⁸ Cf. Hart, THE CONCEPTION OF LAW, pp.136-147.

¹⁵⁹ Cf. Dworkin, LAW'S EMPIRE.

¹⁷⁰ Cf. Ibid., pp.45-46.

¹⁷¹ 植木一幹(一九九四)「R・ドウウオーキンの『インテグリティとしての法』の理論に関する一考察——J・ハーバマスによる批判を手がかりに——(一)」法学論叢一三五巻四号八六—八七頁参照。

¹⁷² Cf. Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE.; Dworkin, LAW'S EMPIRE.; Dworkin, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It," 25 Philosophy and Public Affairs 87.; Brian Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY (Oxford: Clarendon Press, 1993), ch.4.

¹⁷³ ただし、ドウウオーキン自身は「客観性」という概念を用いることに強い留保をおこうとしている。Cf. Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE, ch.7.

¹⁷⁴ アンガーの「逸脱的教説(deviationist doctrine)」ケネディの「方法的矛盾(the method of

contradictions)」「あるいはポスト構造主義的な思潮の影響下に採り入れられた「脱構築(deconstruction)」などの分析手法は「すべてこの範疇に含めることができるだろう。Cf. Unger, CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT, pp.15-22, 88-90.; Kennedy, "The Form and Substance in Private Law," pp.1712-1713.

¹⁷⁵ Dworkin, LAW'S EMPIRE, pp.273-275.; Aliman, CLS, pp.126-130.

¹⁷⁶ Hart, THE CONCEPT OF LAW, p.273.; Hart, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY, pp.106-107.

¹⁷⁷ Hart, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY, pp.107-108.

¹⁷⁸ Solum, "On the Indeterminacy Crisis," p.467.

¹⁷⁹ この傾向は、私のみるかぎり、CLSへの直接の応答をめざした諸論考についても、ほぼあてはまるように思う。たとえば、Aliman, CLS, pp.15-16.など参照。

¹⁸⁰ 中山竜一「法理論における言語論的展開——『法と言語』研究序説——(二)・完」法学論叢一三〇巻二号(一九九一)七一—七二頁、中山竜一「二〇世紀法理論のパラダイム転換」『岩波講座 現代の法』5 現代法学の思想と方法(岩波書店、一九九七所収)九三頁参照。この観点からみるならば、形式主義を概念法学や機械的推論の名のもとにしりぞけるだけでは、もはやリーガリズムを反駁することにはならない。

¹⁸¹ この問題に対する別方向からの切り口として、リベラリズムと民主主義の対項からなる構図が考えられるだろう。事実、CLSの論者のなかにはリベラル・リーガリズムの欠陥を民主的な政治参加の

強化によつて克服すべきだと主張する者が数多くみられる。Cf. Unger, CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT, pp.22-25, 27-42; Allan Hutchinson and Patrick Monahan, "Democracy and the Rule of Law," in: Hutchinson and Monahan (eds.), THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY (Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell, 1987).

¹⁸² Cf. Hutchinson and Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars," p.199.; William Ewald, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study," 97 Yale Law Journal 665 (1988), pp.683-692.

¹⁸³ 抑圧テーゼと不確定性テーゼの齟齬は、しばしばCLS運動の内外で指摘されてくる。Cf. Solum, "On the Indeterminacy Crisis," pp.498-500, Tushnet, "Critical Legal Studies," pp.511-512.

¹⁸⁴ この作業を裏からみれば、リベラル・リーガリズム内部における抵抗権の位置づけを探ることにつながるのではないだろうか。

第三章 客観主義再考

¹⁸⁵ ドウオーキンは結局のところ、裁判官が最善をつくして到達した確信を「唯一の正しい解答」の存在の裏づけとしているが、そこにはあきらかに短絡があるのではないだろうか。アルトマンによると、もし仮にドウオーキンのいうような「最善の理論」による特定の法解釈の裏づけが可能であったとしても、その理論が含意する政治的イデオロギーを共有しない裁判官の判断を実際には拘束するとはかぎらないからである。Cf. Altman, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin," pp.230-234.

¹⁸⁶ Michael S. Moore, "Semantics of Judging," 54 Southern California Law Review 151 (1981) [雑誌 SJ]; Moore, "Moral Reality," 1982 Wisconsin Law Review 1061 (1982) [MR]; Moore, "A Natural Law Theory of

Interpretation," 58 Southern California Law Review 277 (1985) [雑誌 NLTJ]; Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," in: Laurence Goldstein (ed.) PRECEDENT IN LAW (Oxford: Clarendon Press, 1987); Moore, "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?," 41 Stanford Law Review 871 (1989) [雑誌 ITMT]; Moore, "The Constitution as Hard Law," 6 Constitutional Commentary 51 (1989); Moore, "Three Concepts of Rules" 14 Harvard Journal of Law and Public Policy 771 (1991) [雑誌 TCRI]; Moore, "Moral Reality Revisited," 90 Michigan Law Review 2424 (1992) [MRJ]; Moore, "Law as a Functional Kind," in: Robert P. George (ed.) NATURAL LAW THEORY: CONTEMPORARY ESSAYS (Oxford: Oxford University Press, 1992) [雑誌 LFK]; Moore, "Interpreting Interpretation," in: Andrei Marmor (ed.) LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY (Oxford: Clarendon Press, 1995); Moore, "Good without God," in: Robert P. George (ed.) NATURAL LAW, LIBERALISM AND MORALITY (Oxford: Clarendon Press, 1996).

¹⁸⁷ ビックスによると、現代の自然法論にはキケロからトマス・アキナスを経てジョン・フィニスにいたる「伝統的な」型と、フラーの見解に代表されるようなより法理論・法実践内在的な関心——特に、法実証主義への反論（そのなかでもとりわけ法と道徳の概念的峻別に対する批判）——から生じてきたより新しい型とがある。この分類からすれば、その関心を倫理学・メタ倫理学や科学論にまで広げてそのなかに独自の法理論を位置づけようとしている点で、ムーアは前者の範疇に属していると考えられるかもしれない。だが、伝統的な自然法論の大半が宗教、特にキリスト教の伝統に強く根ざしているのに対し、ムーアの議論はそうした宗教性を自然法論の支柱と考えるどころかむしろそれをそこなうものと考える点できわめてユニークかつ現代的な位置を占めている。Cf. Moore, "Good without God."

¹⁸⁸ Cf. SJ, pp.155-156.

¹⁸⁹ Cf. SJ, pp.161-162.

¹⁹¹この意味論は、「語の意味（内包）はその指示対象（外延）によって確定される」とする意味の指示理論の難点——外延が存在しない語や、あきらかに内包を異にする対象を同時に外延にもつ語などの存在をうまく扱えない——を克服し、「語の内包がその外延を決定する」と規定を逆転させる形で構想されてきた。Cf. SJ, pp.169-170.

¹⁹²大前提「pならばqすべし」／小前提「Xはpである」／結論「qすべし」からなる包摂的推論は、個別事例Xに関して、「あらゆるX（であるようなもの）はpである」という媒介的言明に補われないなければならない。Cf. SJ, p.171.

¹⁹³「J」の「規準(standard)」は、先にダンカン・ケネディが規則と対比させた、原理・政策的論拠としての規準ではなく、法的な判断を導くことのできるすべての規範的論拠を指しており、したがって法的規則もこのなかに含められている。

¹⁹⁴ Cf. SJ, p.179.

¹⁹⁵ムーアの意味論上の主張の哲学的裏づけは主にヒラリー・パトナムとサウル・クリプキに負っている。以下にムーアの見解を要約しておく。Cf. SJ, pp.181-202.

【a. 多義性(ambiguity)】ある語が多義的であるとは、それが単独で複数の意味(sense)をもつということである。このとき、裁判官は複数の選択肢の前で決定不能の状態に陥るだろう。しばしば提案される「文脈(context)」への訴えかけも、根本的な解決にはならない。一般に文脈の活用には、統語論的根拠・意味論的根拠・一般的事実についての常識的知識などを参照する言語的文脈への遡行と、語用論的根拠（発話の適切さの条件に即した話者の意図の割り出し）に訴える状況的文脈への遡行とが

ありうるが、前者は語の多義性の解消がなお文の多義性を残すか、文脈的な除去が不可能な多義性がありうるために、また後者に関しては、この方策が主観主義的な意味論に依拠したものである上、法的規則はその本性上語用論的分析の基礎となるような状況の特殊性をはじめから排除しているために、それぞれ有効性は期待できない。

【b. 比喩(metaphor)】多義的な語が言及する複数の事物間の類似性を示唆するのが、比喩のはたらしきである。その類似性を把握しようとする者は、この示唆を読み解くなかでかならず一種の創造的な洞察力を発揮しなければならない。司法的法創造は、後続事例のなかでさらなる解釈を必要としている比喩のようなものである[Cf. Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization"]。ある事例において下された決定が後続事例のなかで先例としての拘束力をもつ場合、先例と目前の事例との間の類似性を見出すためには、価値判断をとまなう創造的解釈が必要になる。

【c. あいまいさ(vagueness)】あいまいさには、語の適用の必要十分条件を構成しようとしても、基準のいかなる組み合わせもそれを満たせない場合（内包のあいまいさ）、所与の条件が語の基準であるかどうか自体が確定できない場合（基準自体のあいまいさ）、述語の適用対象に連続性があったて自然な限界が見出せない場合（程度のあいまいさ）、という二つのタイプがある。これらいずれの場合においても、語の「陰影」部分における演繹が不可能になる。これらについても、多くの回避策が提案されてきた。ひとつには法的規準内で用いる語の定義の明確化があるが、これは立法時には忌避されることが多い。条文に期待されている役割がはじめから明確であるとはかぎらないからである。しかも、定義に用いられた語もまた、あいまいである可能性を否定できない。第二に、状況を記述する語の数を増やすことによる文全体の意味の明確化、という手段が考えられる。この試みにはある程度の効果が期待できるものの、事態の克服には至らない。むしろ場合によっては、異なる方向を指示する語の間の競合が生じてしまうだろう。また程度のあいまいさに対しては、この基準のあいまいさを逆用し、その程度の多寡を適用の多寡に連動させる、という方策が薦められることがある。しかしこの試みも、程度の多寡を測定することの困難さ、法的救済が連続的な程度問題として処理できる可能性、基準における程度の多寡と救済における程度の多寡との対応関係の有意性、といったさらなる難

題を招いてしまう。

【d. 開かれた構造 (open texture)】自然種についての経験的記述は、決して完全ではありえず、つねに新たな記述の可能性に開かれている。このとき形式主義者が直面する問題は、あいまいさの場合と同様、状況を記述する語を適用するための条件が十分に満たされない、という事態である。(この指摘に際して、ムーアはハート同様、ワイズマンの仕事に依拠している。)

¹⁹⁶ この点については、本稿第一章第2節のドウオーキンの見解、および第二章第1節におけるC.L.S.の不確定性テーゼの主張も参照のこと。

¹⁹⁷ ここでもムーアの見解を整理しておく。 Cf. S.J., pp. 204-246.

【a. 自然種語 (natural kind words)】自然種とは、その機能や目的ではなくその自然的属性のみに従って分類される(水、鉛、ナイロンなど)ものを指す。それらを指す語は、適用基準が必要十分な形ではあたえられない語の典型である。自然種を指示する語のはたらきは、むしろ「指標的 (indexical)」である。「私」「ここ」「今」「これ」などのように意味(内包)を変化させることなく文脈に応じて外延を大きく変化させるのが指標語であるが、「金」などの自然種語も程度の差こそあれ、同様の性格をもつ。

【b. 心理的述語 (mental predicates)】「痛い」「夢をみる」といった心理的述語は、自然種とは違って観察可能な事物・質を指示対象としていない。そのため、論理行動主義 (logical behaviorism) が主張するとおり、人の行動(の傾向)の記述をその適用基準として用いるほかに思えるかもしれない。だが、その内包の無制約性に鑑みると、そうした言明のリストは語の適用にとって必要でも十分でもない。また、行動とより緊密に結びついている「欲求する」や「意図する」などの語についても、これら志向性 (intentionality) をもつ述語を用いる場合には志向対象の存在が文法的に不可欠だとされるが、これを述語の適用基準とすることで心理的述語の不透明性を排除することはできない。なぜなら、(有名な「明けの明星」と「宵の明星」の例が示すように) 複数の行動が同一物を志向している

からといって、各々の心理的志向対象まで同一だとはかぎらないからである。したがって、いずれの場合においても観察可能な行動を心理語の基準とすることはできない。

【c. 名目種語 (nominal kind words)】「ペーパーウェイト」のように、共通の(物理・化学的な)材質や構造をもたず、その機能によってのみ同一性が認められる人工物を考えてみると、それらが「隠された本性」を共有しているとは考えにくいだろう。この意味で、人工物としての名目種は規約的に付与された本性(機能)だけを共有しており、したがって名目種語はこれを必要十分条件とする適用基準をもつ、と考えられるかもしれない。しかしながら、仮に多くの名目種語について語と適用の間に分析的な関係が成立したとしても、私たちはそこから形式主義的演繹の可能性が開かれたと考えることはできない。なぜなら、提示される基準は語の仮定的な証拠(徴候 (symptom)) ではなく、それがいくら強固なものであったとしても、それだけで命題を真とすることはできないのだから。

【d. 傾向性語 (dispositional terms)】「溶けやすい」や「食欲な」など、対象の観察可能な特徴ではなく、それが一定の条件下で反応する傾向に用いられる語は、しばしば非自然種語という範疇に分類される。たとえばギルバート・ライルによると、心理的述語はすべてこの傾向性語に含まれ、いかなる属性・状態にも言及していないとされる。しかしながら、こうした見解は、語の意味と語の使用によつてなされることを混同する日常言語学派に共通の誤謬に根ざしている。傾向性語はむしろ対象の属性に言及しているものであり、その用いられ方をみれば、傾向性が事物の範疇に属し、ある傾向を志向する状態にあることを含意しているのはあきらかである。また、仮にライルの見解が正しかったとしても、形式主義の擁護者は傾向性の必要十分な適用基準を見出せない。たとえば「磁気を帯びた」という傾向性語を検証可能な言明によつて定義しようとする科学の試みはこれまですべて失敗してきた。そうしたことからわかるように、傾向性語の意味にはつねに開放性・不確定性がともなっており、傾向性語の「定義」は、それについての暫定的な発見・仮説にすぎない。

【e. 理論的用語】意味の基準理論が一見最も成功しそうにみえるのが、この理論的用語の領域である。ここでは理論的説明上の便宜だけを根拠に語と意味との関係が創造されるため、その必要十分な適用条件が「基準」によつて規定されるのは当然のことのように思われるかもしれない。だが、法理

論上の専門用語がほんとうにそのような性格をもつか否かを判断するためには、その役割・機能を慎重に検討する必要がある。まず、法理論における内的視点の重要性の指摘を通じてハートが示したとおり、科学理論における専門用語と法理論上の専門用語とは根本的にその性質を異にしている。法理論は、法的判断の十分な理由を内的な言明として提示する、という独自の役割を担っており、予測と説明のみに携わる科学理論とは同一視できない。したがって法理論上の用語の定義不可能性は、科学における専門用語の性質と別個に検討されねばならない。その上で、ハートの阻却可能性(defeasibility)テーゼ——「契約」や「犯意(mens rea)」のような法独自の専門用語も、適用に際していつでもその効力を解除されうる、という主張——を、日常言語と法的理論言語の全体を覆うものとして理解するならば、もはや私たちは法的な理論語の適用条件を明確な基準として定式化することは望めなくなるだろう。「阻却可能性」こそが、証拠による事実の記述からの法的帰結の演繹をさまたげる。これは、法的言語の特性によるものというよりは、法的言語が、そこに必然的に紛れ込んでいる日常語（なぜなら前者は後者なしに定義できないのだから）の諸特性の集合にあたえられた便宜上の名前だからなのである」[SJ, p.242.1]。

【f. 倫理的用語】倫理的用語の領域こそ、意味の基準理論が最もうたがわしくみえる領域である。G・E・ムーアの「開かれた問い(open question)」の主張が示すとおり、私たちは倫理的用語を事実的記述に結びつける分析的真理などというものを見出すことはできない。形式主義者はしばしば、規約的道徳(conventional morality)に依拠してこの難問を回避しようとするが、ある道徳的命題が真であることと、ある道徳的命題を真だと信じることは全く別であり、どちらかが他方を含意するわけではない。このような回避策の背後には、道徳的命題はそれ自体無意味であり、条文上の倫理的用語の適用は事実問題として検証可能な（多数者の）道徳的信念に従わざるをえない、という倫理的懐疑主義がある。だがもしそれが正しいとするならば、無意味な道徳的命題 ρ についての信念 $B(\rho)$ もまた、無意味なものにならざるをえないのではないだろうか。むしろ、「何かを信じる」というのは何らかの命題が真であることを信じるということである。したがって、ある人たちの集団の信念についての命題は、信じられている『こと』——命題——それ自体が意味をなし、真偽いずれかでありうるときに

のみ、意味をもつのである」[SJ, p.245.1]。

¹⁹⁸ 「あらゆる基準の存在は、ある語が正しく適用されていることの強い証拠でしかない。他方、基準的部分的な欠如は、目前の状況に対するその語の適用可能性がないということの強い証拠でしかない。しかしそのような限定された確定性以上のものを、どんな状況であれそのような語を用いるときに手にすることはできないのである」[SJ, p.221.1]。

¹⁹⁹ 主観主義的意味論による立法意思論に対するムーアの反論は以下の通り。 Cf. SJ, pp.246-270.

【規則の意味を見出すための概念上必要不可欠な方法】この主張は文の意味が話者の意味／意図に還元される——つまり、文 x を発話したとき話者 S が命題 p を意味／意図していた場合にかぎって、文 x が命題 p を意味する——ことを示さねばならないが、日常の経験からもわかるとおり、文の意味は言語上の規約の函数でありえても、特定の話者の意図の函数にはなりえない。話者の意味をもって規則の意味とみなすためには、特別に規範的な裏づけが必要になるのである。他方、規則の意味とは（文ではなく）発話の意味——話者 S による文 x の発話の意味する命題 p ——であり、それを知るために話者の意図を知らねばならない、というより論点限定的な反論が示されるかもしれない。（この発想のもとには言語哲学者ポール・グライスによる意味／意図の理論がある。それによると、話者 S が文 x を聞き手 A に述べることで何かを意味しようとしているとき、(1) S は x の発話が A にある効果 e をあたえることを意図し、かつ(2) A が意図(1)を認識することを意図し、かつ(3) A による意図(1)の認識が、 A に効果 e をもたらす、 A にとっての少なくとも部分的な理由として作用することを意図しているのである [Cf. SJ, pp.249-250.1]。つまり意味の確定の鍵とされるのは、立法者が意図していた「効果」なのである。だがそうだとすれば、いかなる「効果」が参照されるべきなのか。間接的な効果をも考慮に入れるならば、発話の意味は無限にふくれあがって確定不能の状態に陥ってしまうだろう。逆に間接的効果をすべて除外するならば、通常の意味での立法意思論はその有意性を失ってしまうにちがいない。立法意思論が注意を促す「立法目的」は、発話が直接もたらす聞き手の行為や情動、認識と

いった効果だけでなく、そのより間接的な帰結をも含むことの方が多いからである。したがってこの場合にも、立法意思の構成による規則解釈は、何らかの規範的主張による裏づけなしに結論を確定させることができないのである。

【民主主義原理の尊重】この主張は、立法院に対する裁判所の一方的な服従を含意するかぎり、法の観念を根底から否定してしまう。民主主義原理はただ司法の恣意を非難するのみならず、立法の恣意をも非難する。立法は本来、多数者の希望をただ追認するのではなく、それに対して「法に即した(Law)」表現をあたえることをその機能とすべきである。「民主主義の原理が要求しているのは、単に多数者の意思の勝利ではなく、その勝利が公的で未来志向的で一般的であるような規準、つまり私たちが法と呼ぶようなものによって表現されることなのである」[S.J. p.257.]。(また、民主主義原理の尊重と実在的価値との関係は N.L.T.I. pp.389-391.でも論じられている。)

【解釈の不確定性の回避策】そもそも事実としての立法意思という観念は、原理的に意味をなさないか、特定できたとしてもほとんど役に立たない。「集団心理」なる観念、「立法者」の構成、多数決モデルの正統性、異質な意図の加算可能性、立法者の無知、有意な意図の複数性などに由来する、意図の確定の困難さはもとより、立法意図に関する証拠を見いだすために必要な費用の膨大さも無視できないだろう。さらに、もし仮に立法者全員が一致して支持する意思が発見されたとしても、それに規則の不確定性を解消できるほどの具体性があるとは考えにくい。

(またムーアは、N.L.T.I. pp.338-358.において「一般的(general)」「特定の/目的的(specific/further)」「意味論的(semantic)」意図という区分を導入し、立法意思論の問題をよりくわしく論じている。これについては次節参照。)

²⁰⁰ Cf. S.J. pp.258-265.ムーアの機能主義的な法理解についても次節参照。

²⁰¹ Cf. S.J. pp.281-292.; ITMT, pp.295-296.

²⁰² S.J. p.294.

²⁰³ S.J. p.292.

²⁰⁴ Cf. S.J. p.293.

²⁰⁵ Cf. LFK, pp.189-190.; MRR, p.2425.

²⁰⁶ Cf. MR; MMR.

²⁰⁷ Cf. LFK; ITMT, pp.885-886.

²⁰⁸ Cf. LFK, pp.194-195.ムーアは直接言及していないが、アルトマンが強調していた法律家・法官吏が共有しており、規則の意味を確定させるための枠組みとなる諸々の専門的規約もまた、その道徳的な真偽との対応関係に照らし合わせることはじめて、法的な地位を認められるかどうかが判定される、²⁰⁹と云うことになるだろう。

²⁰⁹ ムーアは「合理的な主体に客観的な行為理由をあたえるものをすべて道徳の属性として考えている。Cf. LFK, pp.196-197.

²¹⁰ Cf. LFK, p.198.

²¹¹ LFK, p.200.傍点原著者。

²¹² LFK, p.208.

²¹³ ただしムーアはこれを単なる活動の「効果」と区別し、さらに究極の創造主の存在を前提にした一

元論的な目的論的「機能」理解をしりぞけている。 Cf. LFK, pp.208-210.

²¹⁴ ムーアによると、人間の身体系の「目標」は、通常、人間にとつての内在的な善の総体のなかからその体系が貢献できるものとそうでないものとを区別するという評価的な探求によって見いだされる。つまり、「心臓の機能は血液の循環だ」という言明には、心臓の鼓動は血液の循環に役立っており、血液の循環は身体的健康に役立っており、身体的健康はそれ自体よいものである、という評価が含意されているのである。 Cf. LFK, pp.210-212.

²¹⁵ ムーアは別の箇所でも、これを「正義にかなったよき社会」の設計図、とも呼んでいる。 Cf. NLTI, pp.385-386.

²¹⁶ Cf. LFK, pp.213-217. このような立論が循環論であること——すなわち、それは法の多様な属性を列挙することから出発してその一般的な目標を知ろうとするもの、前者は後者が不明であるかぎり知ることができず、逆に後者を見いだすためには前者を事前に知っていなければならぬという点——を根拠に、法が機能種であるという主張自体にうたがいの目が向けられるかもしれないが、ムーアは、このような循環性をむしろ長所と考える。この循環的な認識の作業は、いわば一種の「反省的均衡(reflective equilibrium)」ないし解釈的態度の実践なのである[LFK, p.220-221]。ただし、このとき形成されるのは法が機能種であるということの説明する(可謬的な)理論であって、根本的な前提、公理のようなものではない。「たしかに、もし法が機能種であるならば、法は必然的に何らかの善に役立っただろうし、それゆえそのような仕方では道徳と関連性をもつだろう。しかしこれは機能主義法理学の発見でありはしても、その仮定ではないのである」[LFK, p.221]。

²¹⁷ ただし、ムーアは法の機能主義理解と自然法論とがかならず安定的な関係にあると考えているわけではない。法の最小限の機能が確定されたとしても、それが貢献する目標に道徳的価値があるかどうかは別の問題なのである。たとえばフラーは、法の機能を、人間の行為を規則に服せしめることという、形式的・道具的目標に限定してしまつた。もし関係性テーゼがそのような弱い主張しか含まないのだとすれば、少なくとも一部の実質的な道徳的諸価値は法の目標から除外され、不正な法が存立する可能性を排除できないことになってしまうだろう。しかしまた、そうした実質的価値の法による実現のためには、法はこの種の道具的・形式的機能を法独自の価値としてそなえていなければならぬ。この点で、自然法論を志向する機能主義法理学はジレンマを抱えている。機能主義法理学と自然法論とを結びつけるためには、あらゆる善と関連しながら、それらの善には還元されないような独自の価値・目標を法に付与する必要があるのである。 Cf. LFK, 221-223.

²¹⁸ 人間の解釈的なふるまい一般についてのムーアの考え方については、Moore, "Interpreting Interpretation," を参照。

²¹⁹ Cf. NLTI, pp.294, 300.

²²⁰ Cf. NLTI, pp.294, 297-300.

²²¹ その結果、たとえば臓器移植を定めた法律の条文に記載された「死」という語を解釈する際、もし立法時の「死」の理解が心肺機能の停止という基準におかれていたならば、基準理論が命じるとおりこれに従うことは、現在の科学的水準からすればまだ蘇生可能な人をすでに死んだものとして扱つてしまうことになるかもしれない。また、先の複合的な「死」の徴候を範型とする規約主義に従う場合にも、知識と技術の進歩がもたらした新たな事態に直面して、それが「死」であるのかどうかを決めることができない——「死」の意味が尽きてしまう——ことになるかもしれないのである。

²²² ムーアはいふ。たとえば、昔の人に「心肺機能が停止しても『死』とはいえないことがあるかもしれない」という話をすれば驚かれただろうが、「法における『死』の解釈が(科学的な)事実と合致しない(しなくてもよい)」と言えばその人たちをさらに驚愕させることになるのではないだろうか。

「人々がみずからの自由を行使するかぎり、生きていく上で実際に驚かされる可能性を避けることはできない。しかし、受け入れがたい驚きというものもあつて、それは、裁判所が日常語に対し、人々が真実を知れば放棄するであろうような解釈をあたえることなのである」 [NLTI, p.324.]

²²³ ムーアは、場当たりの裁断を禁止し、法体系を法体系たらしめる価値としての「法の支配の美德 (the rule of law virtues)」を、裁断の理論全体の出発点であり、かつ司法の果たすべき役割についての理論の出発点でもあると考えている。以下でその内容を整理しておこう。 Cf. ITMT, pp.313-318.

【権力分立】ここには、立法と法適用の機構上の区別から帰結する三つの観念・理想が含まれる。すなわち、①抑制と均衡（政府機能の分割について特定の様式が指定されるわけではなく、ただその明確な分散と分割された権力の均等性が要求される）、②立法府と裁判所の相対的な権能配分（各々の人員の選出方法や任期などを考慮することで得られる制約要件）、③民主主義の原理（社会計画に際しては人民の声を取り入れねばならない以上、その代表者で構成される議会の見解に裁判所は従わねばならない）、がそれである。

【平等と形式的正義】形式的正義は法に関する確実性と予測可能性ではなく、処遇の平等性と結びつけて理解すべきである。すなわち、本来、すみずみまでまったく同じ事例など存在しないはずである以上、裁判官は、それを「同じ事例」として平等に取り扱うべきなのか、という道徳的な問いに答えねばならず、そのために整合性と一貫性の要請に服さねばならない。（この理解は先にふれたドウ・オーキンの見解とほぼ一致しており、さらに後に述べるシャウアーの理解にも重なりあう。前掲注 33、後掲注 238、300 参照。）

【自由と告知 (notice)】法が市民に課す制約が事前に知られていることによって、市民はより多くの自由を享受するだろう。この観点から、判決の予測可能性を最大限に保障するための——つまり市民を最も驚かせない決定を導く——理論が必要になる。ここから、法的規則にあらわれる語の日常的な意味に一定の重みをあたえる必要が認められることになるだろう。

【実質的公正】法体系は、市民の正統な期待を裏切ってはならない。したがって、市民の期待のなか

で比較的重要な地位を占める要素（もちろん、規則の日常的な意味はそのひとつである）には、法解釈の際にも一応の重みをあたえねばならない。

【手続的公正】裁定手続・決定過程への公正なアクセス・参加を保障されることで、帰結のよしあしとは独立に公正さが保障される。また、裁定手続で用いられる規準の利用可能性もまた、この観点から導き出すことができる。つまり、解釈理論も、解釈手段に対する訴訟当事者の利用可能性を最大限に確保できるように、構成されなければならないのである。

【効用と効率的な裁定】裁判官がデカルト的な懐疑に素手で取り組むような仕方では裁判に着手せず、すむように、一定の規範を既決のもののみなし、これを出発点とする必要がある。これはある種の保守的な原理だといえるだろう。正統な法源から生み出されてきたものを尊重すれば、論争の余地はある程度狭めることができる。解釈理論は、そうした既決の領域を明瞭にし、拡大することによって効率性を向上させることができるだろう。

ムーアは、これらの法の支配の美德を一方に、もう一方に個々の事例に関する全事情考慮的で個別主義的な意思決定を推奨する「帰結主義の美德 (consequentialist virtues)」をおき、両者の間のバランスの探求が解釈理論の基本的な課題だと考えている。 Cf. NLTI, pp.318-320, 392-393. また、このふたつの意思決定様式の対比については、次章のシャウアーの考察を参照のこと。

²²⁴ 「意味論的意図の貧困な解釈に立てば、『乗り物』という語の意味を権威的な例や定義で固定することは彼「話者＝立法者——引用者注」の役割ではなく、彼はそのことを理解している」 [NLTI, p.341.]

²²⁵ Cf. NLTI, p.340-341.

²²⁶ Cf. NLTI, p.348.

²²⁷ ハのハトに関するムーアの論拠は次の通り。

まず、司法権力を有効に制約する有効な手段は他にも考えられるだろう。重要なはその手段の有

効性の証明ではなく、その道徳的基礎づけであるにもかかわらず、以下で示されるとおりこの立場はそれを欠いているのである。次に、予測可能性の確保に関しては、この立場はむしろ逆効果かもしれない。なぜなら、立法上の諸資料は公的なアクセス可能性が低く、公知性の確保がむずかしいからである。また、文言主義を避けることはたしかに望ましいが、そのために目的意図に訴えるのは間違っている。文言主義を回避するための「安全弁」はむしろ、道徳的に最善の目的をそのつど構成する作業のなかに求められるべきなのである。最後に、民主主義の尊重とこの立場とが一致するとはかぎらない。そのためには立法上の資料にそうした選択が反映されていることが必要であり、まさにこの点において論争が生じうるのである。立法府の仕事は条文を成立させることであって意図を形成することではないのだから、先述のとおり立法府の選択は前者だけに限定して尊重されるべきであろう。事実、立法過程で敗れた勢力がその過程を自分に都合のいいように再構成することで解釈過程で勝利を収めたり、妥協的な過程を経て制定された条文について、そうした妥協的な側面を除外した立法過程史を構成したりすることがあるのである。Cf. NLTI, pp.352-357.

²²⁸ NLTI, p.357.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ ムーアが先例の問題を扱った単独の論文としては、Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization."がある。

²³¹ 判決文中で、判決理由(ratio decidendi)を示す部分であり、付帯意見(obiter dictum)と区別される。

²³² Cf. NLTI, p.359.

²³³ Cf. NLTI, p.366.

²³⁴ Cf. NLTI, p.374.

²³⁵ Cf. Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization."

²³⁶ Cf. NLTI, p.372.

²³⁷ 「本当の平等がもたらされるのは、道徳的に有意な類似性と非類似性との処遇の基準線として用いられるときのことである。先例法廷が判示として述べたことやその素材としての事実、その理由とといったものがある事例の判示を確定することができるのは、先例にその価値をもたらす主要な理想のひとつ、つまり平等をないがしろにしない場合だけなのである。せいぜいのところ、そうした言葉は、その状況の道徳的に有意な属性に関する先例法廷それ自身の理論である。本当に類似の事例を類似の仕方を取り扱うためには、後続法廷は先行法廷によるこの理論化作業を事後的に見抜かなければならない。つまり、二番目の法廷は、何が類似の処遇を要求している道徳的に有意な類似性であるのか、そして何が異なる処遇を要求している道徳的に有意な差異であるのかを、みずから決定しなければならぬのである」[Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," 186-187. 強調点原著者]。また、前掲注 32、238、後掲注 300 も参照のこと。

²³⁸ NLTI, p.375. 括弧内引用者。

²³⁹ (4)の帰結主義的な考慮については、前出注 223 参照。

²⁴⁰ (3)の目的論的・機能主義的な考慮および(4)と(5)の帰結主義的な考慮に、ムーアはかつてフレーがその重要性を強調した法解釈過程における「安全弁(safety-valve)」の役割を担わしている。

²⁴¹ Cf. NLTI, pp.376-377, 396-397.

²⁴² この点でムーアはドウオーキンと決定的に袂を分かつ。あきらかにドウオーキンは、みずからの「体系の確定性」テーゼを形而上学的（存在論的）に基礎づけることを回避し、むしろ共同体の道徳的伝統の参照を裁判官に要求している[cf. Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, pp.125-126; Dworkin, A MATTER OF PRINCIPLE, pp.172-173.; Dworkin, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It," 25 *Philosophy and Public Affairs* 87 (1996).]が、ムーアはまさにこの点をとらえて彼の反形而上学的な規約主義への傾斜と一般法理学の可能性への否定的な姿勢とに対して批判を加えているのである。Cf. ITMT, ch. N; Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," p.458.

²⁴³ ムーアのメタ倫理学上の見解としての道徳的実在論の特徴をおおざっぱにまとめるならば、次の三点を挙げることができるだろう。(1)神学的な発想、宗教的信仰に依存しない。(2)道徳的な行為理由のなかに主観的理由と客観的理由との区別を設け、その間に緩やかな因果関係しか認めない(外在主義(externalism))。(3)あらゆる主観的要素——信念、欲求、必要など——から切り離されたものとして、道徳的質の实在性にコミットする。Cf. MR; ITMT; MRR; Moore, "Good without God."

²⁴⁴ NLTI, p.381.

²⁴⁵ この点でムーアははつきりとドウオーキンの反一般法理学の教説に対立する。ムーアは、(実務家は別としても)法学者がその探求活動において既存の法実践・法テクストに対し固有の権威をあたえねばならない理由を認めない。科学や倫理学が権威的なテクストに依存しておらず、したがって解釈的活動ではないのと同様、法理学がかならず特定のテクスト、法文化の解釈に限定されねばならない理由はない。「裁判官がその決定を正当化するために従うべき最善の理論を説明しようとしているのに、なぜこれらの司法実務が、尊重すべきある種のテクストとして私にとって権威をもつというのか」[LFK, p.201.]「各々の解釈的実践に自律性を認め、それ自身の判断規準以外にみずからを裁けない

ようにさせておくことは危険でもある。それは、それにとまなう複雑かつ整合的で公共的に実践されているおとぎ話(fairy tale)の承認を、私たちに迫るのである」[ITMT, p.954.強調点引用者]。したがって、ムーアの観点からすればドウオーキンは抑圧テーゼを回避しただけであり、これを十分に反駁したとはいえないことになるだろう。また、Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," p.469.も参照のこと。

²⁴⁶ Radin, "Reconsidering the Rule of Law," pp.810-812; Frederick Schauer, "Rules and the Rule-following Argument," 3 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 187 (1990). ; Schauer, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE (Oxford: Clarendon Press, 1991), pp.215-218.; Schauer, "Rules and the Rule of Law," 14 *Harvard Journal of Law and Public Policy* (1991), pp.688-690; Brian Bix, "Michael Moore's Realist Approach to Law," 140 *University Pennsylvania Law Review* 1293 (1992); Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY (Oxford: Clarendon Press, 1993), ch.5; Andrei Marmor, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY (Oxford: Clarendon Press, 1992) ch.5&7; Dennis Patterson, LAW AND TRUTH (Oxford: Oxford University Press, 1996) ch.1&3.

²⁴⁷ おざらへくこれは、後期ウイットゲンシュタイン哲学の重要な含意のひとつに形而上学的実在論の徹底的な反駁、その有意性の否定があったことに由来するのだろう。Cf. Ludwig Wittgenstein (1953 ↑ 1995) PHILOSOPHISCHE UNTERSUCHUNGEN, IN: WITTEGENSTEIN TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS, Wekausgabe Band 1 (Suhrkamp taschenbuch wissenschaft 501).; Schauer, "Rules and the Rule-following Argument. "; Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY.; Marmor, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY.; Patterson, LAW AND TRUTH.

²⁴⁸ Cf. Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY; Patterson, LAW AND TRUTH.

²⁴⁹ 「正当化とはどんな場合でも基礎——自明の第一原理、真実を告げる感覺的信念、分析的真理、

方法上の公理等々——の発見の問題なのではない。むしろ、認識論は非基礎づけ主義的なのである。つまり、一個の信念は我々が信じている他のものごとと照らして判定されるほかないのであり、そしてこうした他の信念もそれ自体、さらなる信念に照らして判定されるほかなく、このことに果てはないのである」[Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," pp.197-198.]。慎重にも、というのには、こう考えることであつたしかにあらゆる道徳的主張の可謬性を認め、道徳的真理を得たと自称する者が実際に現れてその独善的な恣意専断を人に押しつける、といった事態を原理的に排除しておくことができるからである。ムーアの認識論的整合説については、MR, p.1106-1108.; NITI, p.312も参照。

²⁵⁰ Cf. ITMT, pp.876-878.

²⁵¹ Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY, p.150.

²⁵² Cf. Patterson, LAW AND TRUTH, p.49.

²⁵³ Cf. Bix, *ibid.*, pp.153-154.

²⁵⁴ Cf. MMR, ch.2.

²⁵⁵ 事実、彼の懐疑主義・規約主義に対する批判は、現に実在論者としてふるまっているにもかかわらず、そうした立場をとる者が口先で形而上学的なコミットメントを回避しているかのよう語った、道徳的言明について真偽を問うことが無意味である（場合がある）と述べたりすることがある、という点に向けられている。Cf. ITMT, etc.

²⁵⁶ この意味でムーアには、みずからの形而上学的実在論へのコミットメントを宗教的な信仰の問題

からできるだけ切り離しておこうとする姿勢が顕著である。「そう、私は、少なくとも人の似姿をもつ神(person-like God)の存在に対する信念をほめかす言い回しとして使われる意味での、宗教性はもちあわせていない。私自身の道徳実在論的なメタ倫理学を動機づけてきたのは、神に対するある隠された、あるいは無意識の信念といったものではなく、別の機会にくわしく述べたような漸進的で推論的な論拠なのである。私の目からみて、ある種の道徳的質や実体についての実在論は、私たちに共通の道徳的経験がそなえるさまざま側面を最もうまく説明してくれるものでありつづけてきた。これは間違っている科学的な推論なのであつて、不適切な信仰への飛躍といったものではないのである」[Moore, "Good without God," 260.]。

²⁵⁷ Cf. Schauer, "Rules and the Rule of Law," pp.688-690.

²⁵⁸ むしろ、ある箇所では（自然種に関する）形而上学的な実在論の主張を受け入れる記述がみられ
²⁵⁹ Cf. Schauer, "Exceptions," p.891.

²⁵⁹ Cf. MRR, p.2491.

²⁶⁰ Cf. Marmor, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY, p.140.また、ここにみられる「最善の科学理論」と日常的な意味との乖離・葛藤の可能性は、抑圧テーゼの反駁にとつても重大な意味をもつ。なぜなら、私が抑圧テーゼの社会学的な源泉と呼ぶ現象——社会的分業と自律との葛藤——が今日最も先鋭化するのには、科学の成果が私たちの日常的な理解を大きくくつがえすようなものである場合、専門家の判断を尊重すべきかどうかということ自体が重大な論議の主題となるからである。ムーアの見解は、パトナムの「言語的分業(linguistic division of labor)」の議論などから推測するかぎり、語の日常的な意味は、かならず、最善の科学理論に従うべきだ、というものと推測される。だがこれは、抑圧テーゼをまさに抑圧してしまいかねないのでないだろうか。したがって、ムーア自身まったくあきらかにしていない彼の科学概念——特に道徳理論の探求に対する彼の理解——がどのようなもので

あるのかによって、彼の見解が抑圧テーゼに対してもつ意味は大きく左右されることになるだろう。

²⁶¹ 価値の共約不可能性については第V章でもう少しくわしく論じることになるだろう。

²⁶² Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream," in: Hart, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY*.

第三章 客観主義再考

²⁶³ ドウオーキンは結局のところ、裁判官が最善をつくして到達した確信を「唯一の正しい解答」の存在の裏づけとしているが、そこにはあきらかに短絡があるのではないだろうか。アルトマンによると、もし仮にドウオーキンのいうような「最善の理論」による特定の法解釈の裏づけが可能であったとしても、その理論が含意する政治的イデオロギーを共有しない裁判官の判断を実際に拘束するとはかぎらないからである。 Cf. Altman, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin," pp.230-234.

²⁶⁴ Michael S. Moore, "Semantics of Judging," 54 Southern California Law Review 151 (1981) [註呼 SJ]; Moore, "Moral Reality," 1982 Wisconsin Law Review 1061 (1982) [MR]; Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation," 58 Southern California Law Review 277 (1985) [註呼 NLTII]; Moore, "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," in: Laurence Goldstein (ed.) *PRECEDENT IN LAW* (Oxford: Clarendon Press, 1987); Moore, "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?," 41 Stanford Law Review 871 (1989) [註呼 ITMT]; Moore, "The Constitution as Hard Law," 6 Constitutional Commentary 51 (1989); Moore, "Three Concepts of Rules," 14 Harvard Journal of Law and Public Policy 771 (1991) [註呼 TCR]; Moore, "Moral Reality Revisited," 90 Michigan Law Review 2424 (1992) [MRR]; Moore, "Law as a Functional Kind," in: Robert P. George (ed.) *NATURAL LAW THEORY: CONTEMPORARY ESSAYS*

(Oxford: Oxford University Press, 1992) [註呼 LFK]; Moore, "Interpreting Interpretation," in: Andrei Marmor (ed.) *LAW AND INTERPRETATION: ESSAYS IN LEGAL PHILOSOPHY* (Oxford: Clarendon Press, 1995); Moore, "Good without God," in: Robert P. George (ed.) *NATURAL LAW, LIBERALISM AND MORALITY* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

²⁶⁵ ビックスによると、現代の自然法論にはケケロからトマス・アキナスを経てジョン・フィニスにいたる「伝統的な」型と、フラーの見解に代表されるようなより法理論・法実践内在的な関心——特に、法実証主義への反論（そのなかでもとりわけ法と道徳の概念的峻別に対する批判）——から生じてきたより新しい型とがある。この分類からすれば、その関心を倫理学・メタ倫理学や科学論にまで広げてそのなかに独自の法理論を位置づけようとしている点で、ムーアは前者の範疇に属していると考えられるかもしれない。だが、伝統的な自然法論の大半が宗教、特にキリスト教の伝統に強く根ざしているのに対し、ムーアの議論はそうした宗教性を自然法論の支柱と考えるどころかむしろそれをそこなうものと考える点できわめてユニークかつ現代的な位置を占めている。 Cf. Moore, "Good without God."

²⁶⁶ Cf. F, pp.511-514.

²⁶⁷ Cf. F, p.519.

²⁶⁸ ハムデンシャウアーは、アメリカの現行法体系・法実務もそうした性格をもつと考えている。 Cf. F, p.518.

²⁶⁹ 規則の不完全性とは規則が適用可能な事例の範囲に限界があることを、閉鎖性とは規則がそれ自体の境界内だけで事例を決定しようとすることを、それぞれ意味している。 Cf. F, pp.535-536.

²⁷¹ シャウアーがここで論じようとしている形式主義は一個の閉鎖系の構築による意思決定者の選択肢の限定であり、これはたしかに論理的な演繹可能性によって強化されるものの、これを必要条件としているわけではない。たとえば、バスケットボールにおける3ポイントシュート制や野球における指名打者制は、決して各々のゲームの規則から演繹的に導出できるものではないにもかかわらず、あくまでも純粹に各々のゲーム内在的に(ゲームの目的だけに即して)問うことのできる問題である。Cf. F, pp.522-523.

²⁷² シャウアー自身の明確な定義はないものの、ここでいう意思決定環境とは、意思決定者が一定の推論を経て結論に至る際、彼/彼女に開かれていて考慮の素材、考察の主題、課せられている手続、あたえられている権限からなる一連の諸条件だと考えればいだろう。

²⁷³ ビックスはそのような事態が現実にかかる可能性そのものを疑っているようだが、だれにも思い浮かぶ実例としては、一般に官僚主義的だといわれるような事例の処理が挙げられるのではないだろうか。Cf. Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY, p.73.

²⁷⁴ Cf. RRL, p.647.; PBR, pp.17-27.

²⁷⁵ ある動物園が「動物に餌をやらなくてください」という規則を記した立て札を立てていたとしよう。このように一見適用条件を明示していない規則も「もしあなたが、動物たちの健康を大切にしたいと思うのであれば(あるいは、しかるべき注意・叱責・制裁を受けることなく、愉快に動物園で過ごしたいならば)、動物たちに餌をやらなくてください」というふうに書きなおせるだろう。このように、あらゆる規則は一般化された事実的述語についての言明と、それが満たされたときに生じるであろう事態(帰結)についての言明という構造をそなえている。Cf. PBR, pp.23-24.

²⁷⁶ もちろんこれは、先述のワイズマン/ハート流の「開かれた構造」論と同じことを述べようとしているのである。Cf. PBR, pp.34-37.; Schauer, "Slippy Slopes," pp.370-373.; Schauer, "Easy Case," 420-423.

²⁷⁷ もう少し厳密にいうと、シャウアーはある時点での一般化が後の個別事例で不適合を引き起こす(不適合な一般化(ill-fitting generalizations)) 事態には三種類の区別が可能だと考えている。すなわち、一般化が現に蓋然的であるがゆえに過少/過剰包摂性を露見させた場合、普遍的範疇として掲げられた一般化が反証例に直面した場合、そして規則の定式化に際して選択された範疇自体の選択が(規則の根拠に照らして)間違っていた場合、がそれである。Cf. PBR, ch.3.

²⁷⁹ PBR, p.33.強調点省略。

²⁸⁰ 話がやや抽象的になりすぎたので、シャウアー自身がPBRのなかでくりかえし用いている架空の挿話を借りて(私なりに手を加えながら)考えてみることにしよう。あるとき、Aという人物がBという名の黒い犬を連れてある高級レストランに入った際、Bが店のなかを吠えながら走り回り、他の客にたいへんな迷惑をかけた(個別具体的なできごとE)。そこでこの事件を教訓に、このレストランは、「客全員が快適に食事ができるようにしなければならぬ」という理由(背景的な根拠J)から、「犬を連れて入らないでください」という規則Rを作った。さて、このときRは、JをめざしてEより抽出された一般化の結果とみることができるし、逆に、RをJの例示のひとつとみることでもできる。つまり、Rをつくる際、レストランの主人はEの属性のなかから今後もJの実現と最も深い関わりのあるようなものを選びとり——つまり、Eに適用可能な(論理的には等価な)範疇のなかから、犬がAの所有物であることやBという名であること、毛なみが黒いといった事実を捨象し、あるいはあらゆる動物をひとしなみに禁止することを避けるなどしながら——、それをRとして一般化するだ

ろう。

しかしながら、客が犬以外の動物（たとえばポケットモンキー）を連れて来店し、しかもそれが客の迷惑になる場合（Rの過少包摂性）や客の迷惑にならない犬（完璧に調教された盲導犬など）の同伴までも拒絶してしまう場合（Rの過剰包摂性）が生じうることからわかるように、Rは必然的な仕方での実現を保障することができない。これが、RとJとの関係が蓋然的な因果関係にとどまる、ということの意味である。また、これを裏側からみれば、より一般的・抽象的な表現であるJにとつて、Rはその複数のより具体的な例示の可能性——「店内で取っ組み合いの喧嘩をするな」や「サングラス・ノーネクタイの方お断り」など——から選びとられたひとつでしかない、ということもいえるだろう。さらに、右のような過少/過剰包摂性が露見するような事件（めんどろな経験）が実際に生じた場合、この規則を緩めてJの実現を優先させる——猿を連れた客を追い返し、盲導犬を店に入る——のが個別主義的な意思決定のありかたであり、Jを考慮することなくあくまでも規則に従う——猿を店に入れ、盲導犬を連れた客を追い返す——のが規則基底的な意思決定である。

²⁸¹ Cf. RRL, pp.648-649.; PBR, p.77.

²⁸² Cf. PBR, p.76.

²⁸³ Cf. PBR, p.100.

²⁸⁴ PBR, p.77.

²⁸⁵ Cf. PBR, ch.3.

²⁸⁶ PBR, pp.53-62.

²⁸⁷ 「二つの意思決定様式の分岐を論理的に言いなおせば、例示と根拠の外延的分岐が、例示の外延を、その背後の根拠に言及することなく、確定できるということを想定している。このことは結果的に、例示の意味はその背景の根拠の意味と外延を異にしているということとを想定している。「中略」したがって、例示と根拠との分岐点に規則の概念を位置づけることは、例示の意味が例示の根拠のなかだけに見いだされるわけではないという前提の上に成り立っている」[PBR, p.55.1。「私の規則概念の分析は「中略」、次のようなことを想定している。すなわち、言語の意味は、話者がその言語を用いる未定式の目的によって尽くされるものではなく、またその言語の用いられた個別的な文脈によってすべて説明がつくものでもない。言い換えれば、規則と根拠の分岐は、言語と意味とが少なくとも部分的に非文脈的(acontextual)だということ」を前提にしているのがある」[PBR, p.55.1]。

²⁸⁸ シャウアーの利用している例は次のようなものである。砂浜に打ち上げられた貝殻が偶然CとAとTという形で順に並んでいた場合、通常の英語の能力の持ち主であるならば、そこに“cat”という語とその意味とを読みとってしまうだろう。シャウアーにいわせれば、そのような反射の存在に目をふさごうとする身ぶりのなかから、意味論をすべて語用論に還元してしまったあげく、語の意味の確定性を全面的に否定するという誤謬が生じてしまうのである。だが、「私たちの相互理解能力が生物学的なものなのか、行動上のものなのか、社会学的なものなのか、あるいはそれらの何らかの組み合わせなのか、といった問題は、私たちがそうできるといふ事実にくらべればそれほど重大なことではない」[EC, p.417.1]。普遍的ないし基線的な文脈の存在は、その理由を問うことが無意味であるような次元に属しているのである。同様の言語理解が示されている箇所として、F, pp.526-529.など参照。

²⁸⁹ 規則の言語と規則形成者の意図との関係に関するシャウアーの見解については、Schauer, “An Essay on Constitutional Language”, pp.804-812.も参照。

²⁹⁰ シャウアーのウイトゲンシュタイン理解は特に、定式化されていない（定式化不可能な）規則が

なお固定化されて独自の規範力をもちうることへの説明のなかに生かされている。 Cf. PBR, pp.64-72.; Schauer, "Rules and the Rule-following Argument" 参照。

²⁹¹ Cf. Marmor, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY, pp.21-22., etc.

²⁹² Cf. Ibid., p.134.

²⁹³ Cf. Ibid., pp.148-149.

²⁹⁴ Cf. Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY, pp.38-45., 179.

²⁹⁵ Cf. Ibid., pp.73-74.

²⁹⁶ ハルムの考察に影響するほどの相違ではないが、厳密にいうと、マーモアだけは規則遵守の根底に共同体がなければならぬと考えていない。慣習を意味の源泉として理解すること、その慣習が複数の人間によって守られていることは、一応分けて考えることができるからである。 Cf. Marmor, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY, pp.150-151.

²⁹⁷ Cf. PBR, p.72.; F, p.537.

²⁹⁸ Cf. PBR, p.136.

²⁹⁹ このことはあきらかに、シャウアーもまた形式的な「等しい取り扱い」原理がかならず実質的な道徳的原理としての「対等者としての取り扱い」による裏づけを必要としている、という考えを支持していることをあらわしている。ザンステインも同様の見解を記している。「一般性が要求されているか否かを決定するためには、立法によって責務を負わされる者と負わされない者との間に、有意な類

似性と有意な差異が存在しているか否かを確かめることが必要である。誰も『一般性』が有意な差異が存在するところで要求されるべきだとは考えていないのである。「中略改行」私たちは結論として、平等な取り扱いの要求はかならず、法が適用される事例と適用されない事例との間に重要な差異があるかどうかを確定する実質的な説明に依存している、と考えるべきなのである」[Sunstein, "The Problems with Rules," p.980.] Cf. PBR, pp.136-137.Sunstein "The Problems with Rules," pp.980,994. 前出注 32' 224' 238 も参照のハルム。

³⁰⁰ Cf. PBR, p.138.

³⁰¹ Cf. PBR, pp.139, 147.

³⁰² Cf. PBR, pp.138-139.

³⁰³ Cf. PBR, pp.140-141.; F, p.542.

³⁰⁴ Cf. PBR, pp.145-147.

³⁰⁵ また、サンステインによると、規則基底的な意思決定様式の適用領域が拡大すると、その分規則の形成に要するコストは逆に増大する。つまり、規則形成に要するコストと規則適用に要するコストとの間には一種のトレード・オフ関係が存在するのである。したがって、個別的な意思決定の過程のみならず、そのための環境整備たる意思決定制度（管轄や手続）の構想・設計の過程をも念頭におくならば、規則基底的な意思決定様式の採用が効率性をもたらすという考えはますますうたがわしくなるだろう。 Cf. Sunstein, "The Problems with Rules," pp. 972-974, 1016-1020.

³⁰⁶ Cf. PBR, p.148.

³⁰⁷ シャウアーによつて、意思決定上の「管轄（権／圏）(Jurisdiction)」は規則と信頼性の関係を理解するための鍵概念である。意思決定者の管轄は、そこに課される規則が多く、またその特定性が高くなるほど、狭められる。規則は管轄の広狭を調節する手段として機能する、といつてもいいだろう。したがつて、規則による制約をすべて排した個別主義的な意思決定手続の下では、意思決定者に最大の管轄権が認められることになるのである。 Cf. PBR, p.10.; F, pp.540-542.

³⁰⁸ Cf. PBR, p.150.

³⁰⁹ Cf. PBR, pp.150-151.

³¹⁰ 「規則基底的意思決定は、こうして、重大な意思決定者の間違いから身を守るために完全な最適化への欲求をさしひかえる。これによつて、それは、規則基底的な意思決定が必然的にそなえるリスク回避的な側面を反映するのである」 [PBR, pp.154-155.]

³¹¹ Cf. PBR, p.151.

³¹² Cf. PBR, p.152

³¹³ PBR, p.153.

³¹⁴ 「理想論がもつ効率のよさを否定しようというのではない。しかし、次のことは理解しておく必要があるだろう。つまり、理想的な裁判官に指示をあたえることは、非理想的な意思決定者たちからなる非理想的な陪審員が構成する、あるいはそれらにあたえられる諸制度を記述ないし指示するといふ、どうしても非理想的にならざるをえない私たちの試みとは、まったく異なるものなのである。つ

まりは、理想的な意思決定者にとつてのルールの役割を考える、というのは、自己矛盾を犯しているようなものである」 [RRL, p.680 (note 76).]

³¹⁵ Cf. PBR, pp.142, 148.また、規則基底的な意思決定のメリット・デメリットの評価に基づく意思決定様式を選択をめぐると同様の考察については、Sunstein, "The Problem with Rules," 1003-1016.も参照のしよう。

³¹⁶ RRL, p.686.

³¹⁷ シャウアーによれば、意思決定権力は、規則基底的な意思決定手続の採用によつて通時的 (intertemporal)・水平的 (horizontal)の二通りの仕方配分される。すなわち規則は、一方で意思決定の権限を未来から奪つて過去にあたえることで通時的に権力を分配し（手続ないし計画の画定）、他方である人の権限を奪つて別の人に付与することで、水平的な権力配分も実現する（管轄の画定）のである。 Cf. PBR, pp.160-161.

³¹⁸ 「私たちは、規則と無規則性 (rulelessness)とのいずれをとるか、規則を根拠にして選択することはできない、と結論すべきである。その選択はそれ自体諸要因の関数なのである。どちらが一方が通常意味をなすとか、大半の条件下で正当化できるとかいうのは、愚かなことだろう。規則と無規則性のどちらかに決めるためには、私たちはその文脈——偏見の可能性、手許にある情報の範囲、社会的な対立の位置と本性、利害関係 (the stakes)、過剰包摂の危険性、法適用者の資質、法創造者とそれ以外の者たちとの間の見解の一致・不一致、事例全体の数——についてたいへん多くのことを知る必要があるのである。したがつて、うまく機能している法体系ならば、近年のふたつの思潮——規則に対する途方もない信奉と個別性に対するきめ細かな対処を通じた精緻な帰結を達成する可能性への過剰な関心の集中と——に対し、うたがいの眼をもつて対するべきなのである」 [Sunstein, "The Problems with Rules," p.1016.]

³¹⁹ Cf. PBR, pp. 158-162. また、表現の自由の憲法上の保護が主張される際などに典型的に援用される「滑りやすい坂道 (slippery slope)」の主張 (その事例を単独でみるかぎりでは、例外的な取り扱い——たとえば表現の自由によって保護されるべき表現活動の範疇外とみなすこと——に何の問題も認められない場合でも、その決定が先例として残されることで将来徐々に「例外」の範囲が不当に拡大される危険性が経験的にみて高いために例外とすべきではない、という主張) を支えているのもまた、この種の考慮である。 Cf. Schauer, "Slippery Slopes."

³²⁰ Sunstein, "The Problems with Rules," pp. 975-977.

³²¹ ただし、民主主義にもとづく主張はこれとはまったく反対に、規則基底性を解除してより柔軟で個別主義的な意思決定様式の採用を要求するかもしれない。それによると、成立から長い時間が経過するなどして一般的な合意や遵守の習慣に支えられていない法規則は、個別的な適用の場面において必要な修正が加えられるべきであり、その過程で当事者の参加が尊重されることは (議会の決定の尊重とはまた別の意味での) 民主主義の原則にかなったことなのである。 Cf. Sunstein, "The Problems with Rules," pp. 1008-1012.

³²² Cf. PBR, pp. 162-166.

³²³ PBR, pp. 162-163.

³²⁴ Cf. PBR, p. 163.

³²⁵ Cf. PBR, pp. 164-165. 「したがって、言語規則や交通規則が役立つのは、主として協力的性向をそなえた規則体系への参加者が、規則を改善しようとする動きに対して進んで抵抗することの結果なの

である。なぜなら、彼ら/彼女らは、自分以外の行為者が同じ修正を選ぶかどうかについて確信がもたず、いま現在自分以外の行為者が未修正の規則を採用している、ということの方がたしかであるように考えるからである」 [PBR, p. 165.]

³²⁶ シェアワーはこの概念を、「典型的にはある行為者や機関に対し、ある範疇のできごとに関して意思決定を下す権力を認める規則」と規定し、基本的には一般に権限賦与規則 (power-conferring rules) と類似の概念であることを認めている。したがって、決定権限とそれにもなう責任とを複数の意思決定者 (機関) の間で水平的に、あるいは単一の主体・機関のなかで時間的に分割・制限・譲渡するためのさまざまな規定——個々の意思決定主体の権限・管轄の画定や意思決定過程がたどるべき手続など——がハハに含まれうる。 Cf. PBR, pp. 168-169.; RRL, pp. 651-652.

³²⁷ Cf. PBR, p. 169.

³²⁸ PBR, p. 173.

³²⁹ Cf. PBR, p. 174. シェアワーによると、権限賦与的規則を軸にしたこのような見方は、「法が他の公的ないし権威的な意思決定と区別されるのは、それが事前に制定された帰結決定的な規則を頻繁に用いるからではなく、法的意思決定が単なる個人的な意思や政策的実践の場当たりの押しつけにならないように設計された手続を用いるから」 [RRL, p. 657.] だ、という法理解を強化する。

³³⁰ シェアワーの「ロサン・ロー理解」については、PBR, 176.; Schauer, "Is the Common Law Law?" も参照のしなう。

³³¹ PBR, pp. 177-178.

³³² Cf. PBR, p.179-181.「*ius in ius*」に私たちは、「テクストとして」「正典的に書き込まれている(canonically inscribed)」が規則の固定化の必要条件ではないことの一例を認めることができる。シャウアーによると、「制定法のみならず、コモン・ローの領域でも規則とその例外との偶有的ではあるが明確に線引きされた区別は発生しうるのである。 Cf. Schauer, "Exceptions," p.880.

³³³ Cf. P.; PBR, p.181.

³³⁴ Cf. P, p.571.; PBR, pp.182-183.

³³⁵ ただし、先例は重要な点で制定法のような規則と異なることを忘れてはならない。先例は制定法のように正典的に書き込まれた規則とは異なり、あらかじめ一般化された事実的述語があたえられているわけではない。したがって先例に従おうとする者は、これを単一の特殊具体的な事例である先行事例のなかから構成しなければならないのである。さらに、いかなるふたつの事例も完全に同じであるということはありえないのだから、そこには先行事例と後続事例との間の類似性を判定する「有意性の規則(rule of relevance)」がはたらくていなければならない。[Cf. P, p.576-578.; RRL, pp.183-815].

だがもしこの規則が後続法廷によって自由に構成されるのだとすれば、先例の解釈は原理上かぎりなく開かれたものとなってしまい、総体としてみた場合、先例それ自体には何の実質的な拘束力もないことになってしまおう。先例に基づく主張は、先行決定の内容とは無関係にその規範性を認めるものでなければならぬ。[Cf. P, p.575.; RRL, p.183].

こうしたことより、一般には、(1)先行事例とそれに対する決定それ自体だけでなく、先行法廷による先行事例の事実の記述(ここに一般化が含まれており、これが規則としての事実的述語を構成する)もまた先例の構成要素だと考えられている。また同様に、(2)先行法廷が先行事例を明瞭に記述しなかった場合でも、それが提示する判決理由(ratio decidendi)そのものが一般化として理解できる。さらに、(3)先行判例があらゆる権威的な特徴づけを欠いている場合(先行判例の言語的あいまいさなどによる)でも、自然種に関する私たちの背景的知識や言語的・文化的確定性によって事例間の類似性の有

無を判断できる。したがって、「過去のできごと」の特徴づけが既存の言語的・概念的構造内におけるその位置づけの結果としてより容易に導出されるかぎり、先行決定が多様な一般化に対して全面的に開かれていると考える必要はない。数多くの一般化が論理的には可能であるとしても、いかなる一つの意思決定環境よりも広範な言語的・文化的な型によって、なおある一般化の方が他の一般化よりもふさわしいと目されるのである。[PBR, p.186].

³³⁶ Cf. PBR, pp.188-189.

³³⁷ シャウアーはドウオーキンがくりかえし言及するリッグス事件(*Riggs v. Palmer*: 115NY506, 22NE188(1989))などを念頭においている。

³³⁸ ドウオーキンはこれまで、局部的優先性の全面化に対して真っ向から反論を展開してきたが、シャウアーの考えでは、彼は逆に局部的優先性の原則が実際に適用されている数多くの事例の説明に失敗している。 Cf. PBR, p.210.; Schauer, "Jurisprudence of Reasons," pp.857-861. また、ドウオーキンの局部的優先性に対する批判については、Dworkin, *LAW'S EMPIRE*, pp.15-20, 250-258, 402-403. 参照。

³³⁹ PBR, p.191. 強調点原文。

³⁴⁰ 法体系に対するある実証主義的な理解は、法体系全体を(正義や命令やその他諸々の)背景的な根拠の例示として考え、その例示を体系それ自体の根拠に対して透明でしかないものと理解しようとする試みに抗して、これを規則のように固定化されたものとして扱う。[PBR, p.200]. シャウアーはこのような法実証主義理解をハートとラズに求め、法概念に照準をおいて法の妥当性基準を共同体における社会的事実と考えるケルゼン、ジュルス・コールマン、デイヴィッド・ライオンズ、フィリップ・ソパーらの法実証主義理解と区別している。 Cf. PBR, pp.197-199. 法実証主義にしばしば帰せられる特徴的諸側面について、ハートは(1)法が人間の命令であるという主張、(2)法と道徳の間あるいはあ

るがままの法とあるべき法との間には何の必然的関係も存在しないという主張、(3)法概念の分析（あるいはその意味の研究）は(a)追求する価値があり(b)法の原因や起源についての歴史的探求からも、法と他の社会現象との関係についての社会学的探求からも、道徳や社会的目標や「機能」などといった観点からの批判や評価からも区別される、という主張、(4)法体系は「論理的閉鎖系」であり、正しい法的決定は社会的目的、政策、道徳的規準に言及することなく既定の法的規則からの論理的手段によって演繹されうる、という主張、(5)道徳的判断は、事実言明とは異なり、合理的な主張や証拠、証明によって確定ないし擁護することはできない、という主張、という五つの要素を挙げ、(Cf. Hart, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY, p. 57-58 (n. 25))

また特に、シャウアーの規則理解は、ラズによる除外理由(exclusionary reason)としての規則理解の延長線上にあるものとして理解することができる。Cf. Raz, PRACTICAL REASON AND NORMS (rep.) (Princeton: Princeton University Press, 1990).

³⁴¹ 規則の阻却可能性については、前掲注196参照。

³⁴² シャウアーは規則基底的意思決定と個別主義的意思決定との中間に位置する意思決定様式として、規則尊重的個別主義(rule-sensitive particularism)という概念を提示している。これはまさに個別主義的な衡量のなかに、規則の帰結をその趣旨よりも優先させるべきかどうかについての考慮をも含める意思決定様式である。「」の意思決定形式は、規則をその実質的根拠に対して透明であるという意味での経験則として扱うが、経験則としての存在と効力そのものに決定因となることを認め、規則がその実質的根拠が直接適用された場合に指示される帰結から分岐した帰結を指示する場合にそれを考慮に含めるか否かを決める際に考慮に含める」(PBR, p.97.1)。たしかにこのとき、規則はその標識として価値を維持しながらその外延を背景の根拠の外延と一致させることができる。シャウアーはドウオーキンやムーアの立場をここに含めて理解しているが、管轄的規則の機能などをふまえて考えれば、規則基底的意思決定様式だけが果たしうる役割はなお残されている、と考えるべきだろう。ただし

本稿では、規則尊重的個別主義を個別主義のなかに含めて考えても大きくシャウアーの議論をそこなうことはない判断し、特に厳密な区別を設けなかった。Cf. PBR, pp. 93-100.

ただし、サンステインは、一個でも規則に対する例外が認められるならば（つまり阻却可能性が絶対的な仕方では否定されるのでないならば）、そしてその例外が背景の根拠の考慮を通じて設けられるのであれば、結果的にすべての事例について事後的な実質的評価を含む規則の解釈を要するはずである、と主張している。シャウアーはこの種の疑念に対して、規則基底的意思決定が事例が非例外的なものとして同定するに際し、（個別主義ないし規則尊重的個別主義と異なり）いかなる精査にも労力をささない「一瞥(glimpse)」のみを用いる点で、なお規則基底性の特徴を發揮しうる、と反論する。（だが「一瞥」への凝縮がなお個別主義の評価的態度と質的には異ならないのではないか、という疑問は残るかもしれない。） Cf. Sunstein, "The Problems with Rules," pp.986-989; PBR, pp.230-231.

³⁴³ Cf. PBR, p.203.

³⁴⁴ PBR, p.205.

³⁴⁵ 「規則はそれ自身の適用を、あるいはそれ自身の力を確定させることはない。したがって問題は、憲法の条文内の規則の定式化や最高裁判所の見解内の規則が、先に述べたような強い意味での規則として扱われるのか、それとも単なる経験則として扱われ、いま私たちが論じている官吏たちの予備的な思考を導くのに役立つものの、個々の事例のなかで実際により深いところにある一連の根拠や諸規範が要求することに關してこれらの官吏たちが下す決定に対し実質的には何ら規範的な圧力とはならないのか、どちらなのか、ということなのである」(RRLC, p.801)。

規則の不確定性の源泉を、言語そのものの根底的な不確定性ではなく、基線的文脈によって確定される規則の意味をその根拠・目的・趣旨に優先させるか否かをめぐり、態度選択の不確定性に求めるシャウアーの理解は、彼自身が言及しているとおり、ケネディの見解に近い。ただし、ケネディはこの態度選択がつねに意思決定者本人にゆだねられていると考えるのに対し、シャウアーは管轄的規

則の編成次第によつては必ずしもそうではないと考えているのである。 Cf. RRL, pp. 660-661; Kennedy, "Legal Formality," 2 Journal of Legal Studies 351 (1973).

また、規則の不確定性の承認は、規則とその例外との関係が、当の規則それ自体の理解に依じて変化する、という考えをもたらすだろう。つまり、場当たり的に例外を設ける力とは、すなわち規則それ自体を変更する力と同一なのである。 Cf. Schauer, "Exceptions," pp. 893, 897.

³⁴⁶ 「態度」決定が価値判断に支えられていることをシャウアーは否定しない。ただ、そのことを認めるからといって、「文言通りの（平明な）意味」が評価的判断ぬきに確定されうることもまでも否定する必要はないのである。 Cf. Sunstein, "The Problems with Rules," p. 991.

また、何が法であるかという問題を、あらかじめ画定された領域の問題としてではなく、それに対する（解釈的）態度の問題として考えようとする点では、ドウオーキンも立場を同じくしている。「法」というものは、それぞれ別個の行動領域に対してみずから固有の支配権を及ぼすような個別的な規則とか原理の目録に尽きるわけではない。また、私たちの生活の部分的領域をそれぞれ規律するような公職者や彼らの権限の一覧表に尽きるわけでもない。法の帝国は態度によって定義づけられるのであり、領域とか権限とか手続によつて定義づけられるものではない」[Dworkin, LAW'S EMPIRE, p. 413.] だがもちろん、シャウアーとドウオーキンとは、法に対する態度が対照的な仕方でも異なっているのである。

³⁴⁷ シャウアーのリアリズム法学に対する反論は PBR, pp. 191-196. を、ムーアの實在論的意味論に対する反論は PBR, p. 215.; RRL, pp. 687-688.; Schauer "The Rules of Jurisprudence: A Reply," pp. 842-844. など参照。

³⁴⁸ シャウアーは法的な意思決定とその主体の多様なありかた——そこには最高裁の裁判官による難事案の裁定から警察官による職務遂行上の判断、さらには一般市民の交通法規の尊重までが含まれ

ている——を指摘することで、そのモデルを法廷における（特に最高裁における）裁判官に求めることとのナイーヴさを戒めている。彼によると、この傾向が、あらゆる法的推論が個別主義的な意思決定様式に即して進められる（べきだ）という法理論上の理想主義と現実乖離とを強め、また形式主義的推論と容易な事案の存在に対する不要な懐疑の温床となつていのである。シャウアーにいわせると、法がなければ起きていたであろう事象と法が要求したからこそ生じた事象（「法的な事象(legal event)」）との間にずれがある場合、後者に要する推論はすべて法的な推論なのである。「法に従うのは法的な事象であり、これら法的事象の大半は容易な事案である。この領域のなかでは、法規範と人間の行動との関係は、少なくともあきらかにその規範をその行動に適用できるといふ点でほとんど争う余地がない。どんな場合でもかならずそうなるというわけではないが、そうである場合、別の意味では、そして最も重要な意味で、われわれは容易な事案を手に行っているのである」[EC, p. 414.] また、RRL, pp. 679f-680.; Schauer, "The Rules of Jurisprudence: A Reply," pp. 842-843. なども参照。

また、CLS による形式主義批判と法の不確定の主張が、法的な「事例」を最高裁の判例（特に憲法事例）だけに限定するような仕方と考えられることで必要以上に強調されていることがしばしば指摘されているが、ここでのシャウアーの視点もこのような関心のかたよりに対する批判を支持するだろう。 Cf. Solum, "On the Indeterminacy Crisis: Criticizing Critical Dogma," pp. 495-497.

³⁴⁹ Cf. RRL, p. 692. また、サンスティンは、自律的／他律的であるとを問わず、特定のふるまいの実行／禁止をあらかじめ改革し、決定しておくこと、すなわち「事前のコミットメント」として規則が理解できることを指摘している。 Cf. Sunstein, "The Problems with Rules," p. 970.

³⁵⁰ 本稿第二章第一節、「不確定性テーゼのふたつの主張」の項を参照のこと。

³⁵¹ Cf. Schauer, "Is the Common Law Law?," p. 461. のような法解釈の理解は、憲法解釈理論における解釈主義(interpretivism)の立場、特にそれが憲法の非実体的・手続的性格を強調する点と、対応しあ

う。この視点からみれば、特に多くの憲法理論において、法の支配の観念がコモン・ロー的な法秩序と強く結びつき、個別主義的な実質的な正しさの探求を要求するものとして理解される（法の支配の拡張主義的構想）のは、それが上級審、特に最高裁の判決に関心を集中させていることの反映であるにすぎない。司法過程のみならず行政過程や私的な法実践をも含む法現象の全体像を視野に収めようとするシャウアーの観点からは、そうした法理解はかなりかたよった見方だということになるようである。「裁定は、法とその適用の可能性が比較的確定であるようなところでは起こりそうにない。むしろ裁定はほとんどの場合不確実性から生じてきている」と特徴づけることができるかもしれない。もし不確実性が公式の裁定システムへの門を開く鍵であるならば、そうした法の不確実性を欠いたできごとは、法体系の外側にとどめおかれるだろう。そしてもしすべての法が不確実でないのだとしたら、不確実さの領域は法的な空間(the universe of law)によってそれを代表するような下位領域をなすものとはみなされえないことになるだろう」[Schauer, "Judging in a Corner of Law," p.1722]

³⁵³ リチャード・H・ファロンも、同様のことを——憲法解釈に際しては成文テクストに基づいた主張が優先的に尊重される(べき)ことを——指摘している。Cf. Richard H. Fallon, Jr., "A Constitutional Coherence Theory of Constitutional Interpretation," 100 *Harvard Law Review* 1189(1987), pp.1195-1198, 1252-1254.

³⁵⁴ 第II章第2節のアルトマンによる「切り詰めテーゼ(the truncation thesis)」の検討をみよ。アルトマン同様、違った仕方ではあるが、シャウアーもこのテーゼを進んで受け入れるだろう。

³⁵⁴ よりくわしくは次章で述べることになるが、この「暴力性」はあくまでも、「この事例を正しく裁く」ことを要求する人の観点からみた場合のことである。はじめから制度設計者の視点を受容し、それだけに従って物事をみているにとつては、かならずしもそうではないだろう。

³⁵⁵ 「實際上、ある外観を形式主義的だとして非難するのは、意思決定過程の規則志向性やどんな規

則基底的な体系にも避けることのできない過剰／過少包摂性を非難しているわけではないのかもしれない。それが非難しているのは、体系が推定的ではなく絶対的なものになったと理解された場合、どれだけ極端な状況のなかでも回避ルートを使えないような場合のことであるのかもしれないのである」[F., p.548.1]

³⁵⁶ サンステインによると、規則基底的な意思決定様式への固執は、単に過剰／過小包摂の弊害や実質的平等(対等者としての取り扱い)の侵害を招くだけでなく、時間の経過によって適切さが低下した規則の残存や現に行使されている恣意的な裁量行使の隠蔽、個々の意思決定に対する当事者の参加の制約などの弊害をもたらしているのである。Cf. Sunstein, "The Problems with Rules," pp. 991-996.

³⁵⁷ ムーアによるまとまったシャウアー批判としては、Moore, "Three Concepts of Rules"参照。ムーアは、それに従うこと自体が道徳的に正しく、人がそれに対してとる態度とは無関係に存在する、抽象的実体・普遍としての道徳法としての規則(実在的規則)の観念、歴史的な定式化によって確定され、その権威的源泉によって規範力をあたえられる権威的規則の観念を示し、これらがシャウアーの議論によつては十分にとらえきれないことを論じている。ムーアによると、シャウアーの理解では、法が人に義務づける力、その規範性を十分説明できない。「そのような社会的規則は、ハートやシャウアーが記述したような仕方では社会に内面化されたとき、それらの規則を内面化した人々から法として理解されるかもしれない。しかしながら、その規則が、実在的規則や権威的規則だけがその能力をそなえているような義務づけ能力をもたないかぎり、そのような体系のなかで自分たちは法をもっていると感じる人々は、単に勘違いを犯すことにしかならないのである」[Ibid., p.790.1]

しかしこのことは、ムーアがシャウアーの見解を否定していることを意味しない。むしろ、ムーアは別の箇所で義務論の「行為者相関性」の概念を提示し、「政治」すなわち制度設計の問題が道徳的・倫理的問題と切断された別の次元で展開されざるをえないことを認めているのである。Cf. Moore, "Good without God," pp.244-245.

³⁵⁸ 「法的な規則を解釈するとき、私たちはそれが法であること、そしてそれが、同じ法のなかでそれを取り囲んでいる言語に照らして解釈されるべきなのを理解している。さらには、通常の『法律家用語 (law speak)』(人身保護令状 (Habeas corpus)、事件移送命令書 (certiorari)、利害関係人 (Party)、上訴 (appeal)) は、英語使用者の共同体のなかのある部分共同体のための言語として理解することができる。このような言語は、日常言語が英語使用者というより広い共同体のなかで果たしているのと同じ役割を、この部分共同体のなかで果たすことができるのである」 [F, p.528.]。また、F, p.529. (note 59) も参照のこと。

³⁵⁹ もちろん、専門知の具体的な内容が素人にとっても周知かつ白明のことであるならば、そのような乖離は生じない。だがそのような場合、専門知や専門家といったもの本来の地位は、その存在意義を失ってしまうにちがいない。

³⁶⁰ 前出注 349 参照。

³⁶¹ 本稿第Ⅱ章第3節参照。

³⁶² 仮に制度設計者とそれに従う(従わされる)者との社会的な分裂が完全に解消されたとしても、ひとりの人間の内側で、自律と分業のジレンマはふたたびたちあらわれてくるにちがいない。ひとりの人間の自律から社会的な自治の問題への類推が許されるならば、民主主義の強化を訴える者にとって、規則による自己規律の問題を避けてとおることはできないのではないだろうか。

第V章 法の支配とリベラル・リーガリズム、そしてリベラリズム

³⁶³ 「社会構成的価値」という言葉で私が意味しようとしているのは、人間が何らかの社会・共同体を形成・維持し、またそこで生きていこうとする上で手放すことができない(と思われる)諸価値のことである。本稿はそのなかでも特に、集団の秩序がその道徳的な正しさの感覚に一致したものであることと、円滑で安定した分業的秩序が集団内に成立していることを、その重要な例としてとりあげた。

³⁶⁴ ウィンクス [Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY, pp.28,118-120.]によるD. ドウオーキンとラズの間論争も、法に対するこれらふたつの関心と理解の相違——裁判官の最善のふるまいに関する規範的指針としての法(＝ドウオーキンによる道徳的秩序としての法理解)と市民の行為・社会的行動の調整の指針としての法(＝ラズによる技術的秩序としての法理解)——を反映している。「『法』という語は彼らふたりによって二通りの異なった用いられ方をしてい。つまり、(1)裁判官が適用すべき法的義務を負わされている全規準か、あるいは(2)特定の制度的基準から導出された一連の諸規準、通常は裁判官が適用すべき法的義務を負わされている規準の低位集合のいずれか一方を」 [ibid., p.28.]。ウィンクスによる法概念の視点相関性の主張については、Bix, JURISPRUDENCE, pp.15-32. も参照のこと。ハートもまた、この点をめぐって彼自身の理解がドウオーキンのそれとずれをみせており、それが両者の見解の相違の一因となっていることを認めている。 Cf. Hart, THE CONCEPT OF LAW, pp. 248-249.

³⁶⁵ 法の支配がしばしば法による不正義と両立しうることを指摘したハートですら、法体系がまったく価値中立的な存在ではありえず、むしろ「自然法の最小限の内容」との一致を必要とすることを積極的に認めているように、ある意味で今日の法実証主義は、その洗練の度合いを深めるにつれて反実証主義との対立関係を緩める方向に進んでいるようにみえる。 Cf. Hart, THE CONCEPT OF LAW, pp.193-200; Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism," (1982); Roger Shiner, NORM AND NATURE: THE MOVEMENT OF LEGAL THOUGHT (Oxford: Clarendon Press, 1992).

ただし、シャウアーはこの流れが法実証主義にとって「必然」ではなうことを強調している。 Cf.

³⁶⁶ だがムーアの法解釈論はあまりにも反形式主義の色彩が濃く、法の支配の理念自体を、道徳的正当性の名のもとに相対化してしまう。おそらく彼の理解では、客観主義が法の支配の成立条件なのではなく、むしろ法の支配の方が客観主義からみて従属的な位置におかれているのである。したがって、道徳的推論をさまたげるときにはいつでもこれをくつがえすことができる、ということになるだろう。その意味で、客観主義は法の支配にとっての必要条件ではあるが、場合によってはそれをくつがえしうる、反リーガリズム的な批判原理の源泉として機能しているのである。

³⁶⁷ 規則によるルーティン・ワークの組織化という発想は、シャウアー自身の強調するところではないかもしれないが、決して無理のある拡張解釈ではない。私見では、分業・協業の体系と規則との関係は、この側面からとらえるのが一番わかりやすい。分業による仕事の細分化と類型化・単純化こそがルーティン的な仕事の基礎をなしているのだから。第1章第1節でふれたセルズニックによる規則論も参照のこと。

³⁶⁸ 現代哲学の文脈における共約不可能性の観念は、特に科学哲学の分野において、複数の一般的な認識の枠組み（特に科学理論）がしばしば単一の尺度にもとづく優劣の比較を許さず、したがって先行理論が後続の理論に置き換えられることがはたして本当に「進歩」を意味するのか否かが必ずしもあきらかではないことを指摘するための手段として頻繁に用いられるようになった（この考え方は、とりわけトーマス・S・クーンやポール・ファイヤアーベントラによって提唱された）。だがここでは、複数の選択肢の間の比較・序列化の可能性を疑問視する場合に根拠として示される、質的な差異に言及する概念としてのみこれを用いる。ここでの共約不可能性の概念については、主として Joseph Raz, *THE MORALITY OF FREEDOM* (Oxford: Clarendon Press, 1986), ch.13.; Bix, *LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY*, pp.96-106.; John Gray, *ISAIAH BERLIN* (Princeton: Princeton University Press, 1996), pp. 46-54. などによった。またここでは、共約不可能性の概念が同時に合理的な比較不可

能性をも含意するものとして以下の論を進めているが、この理解には異論もある。この点については Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation In Law," 92 *Michigan Law Review* 779 (1994), pp. 808, 852. を参照のよう。

付言しておく、本稿がとりあげている共約不可能性の問題は、法の支配の観念とそれに即した法概念のレベルで生じるものだけに言及するものであるが、法におけるこの種の問題は、このレベルだけにかぎって発生するものではない。たとえば、ファロンは憲法解釈上の言説が依拠することが一般に認められている諸論拠の間の共約不可能性を指摘しており、またサンステインは法解釈が援用する価値判断が多様に分岐した社会的実践の諸領域における共約不可能な価値評価様式と無関係ではいられないこと——したがって金銭などの単一の尺度にもとづく評価が質的に重大な損失をもたらしてしまうこと——を論じている。Cf. Richard H. Fallon, Jr., "A Constitutional Coherence Theory of Constitutional Interpretation,"; Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation In Law."

³⁶⁹ 法の支配の観念における法概念に内在する共約不可能性と、そこにある選択肢からの選択が、いかなる「出来合いの」一元的な規則や規準、理論による合理化を受けつけないものであることの指摘は Fallon, "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, p.43.; Sunstein, "Incommensurability and Valuation In Law."

³⁷⁰ むしろ、ファロンやサンステインによる近年の論考は、CLS がリベラル・リーガリズムの破綻の証拠として示した根本的な「矛盾」を法の支配に内在する共約不可能な葛藤のあらわれとして受けとめなおした上で、この問題に対するより合理的な対処の仕方の探求こそが今後の法理論の課題であることを明瞭に自覚するなかで展開されているのである。

³⁷¹ ハのジレンマは、ムーアの場合法の支配の美德と帰結主義の美德の間の道徳的ジレンマとして認識されており、シャウアーの場合には、規則基底的な意思決定様式と個別主義的な意思決定様式とのメリットとデメリットの（一般的）文脈に即した比較考量の必要を論じるなかでとりあげられている。

ムーアに引くのは LFK, pp.221-223.; NLTI, pp.318-320, 372, 392-393.を。 シャウアーについては PBR, pp.42, 148, 154-155. etc.を参照。

³⁷² Bix, LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY, p.178.

³⁷³ 「実質的な規制制約を意思決定者にどの程度課すのが望ましいのかについて、どんな法体系にもあてはまるようなことを非文脈的な仕方で行うことはほとんど不可能である。また、もし望ましいとすれば、「合理的な(reasonable)」といった不確定な語によって、あるいはそれよりは確定的な語をその背景の根拠に対して適切な範囲で透明であるように扱う体系的諸規範の使用によって、制約を相対的になくしてしまうことがよいことなのかどうかを、非文脈的な仕方で行うことができるわけではない」 [PBR, p.173.]

³⁷⁴ この点に関し、シャウアーは次のように述べている。「だが、法の不確定性に関する主張は、かならずしも言語の不確定性に関する主張を含んでいなければならないというわけではない。ある法体系内のある規則が、別の規則の禁じることを要求しているような場合、義務論的な対立に由来する不確定性が生じるが、これは関連する規則言語の不確定性とはなんの関係もない。又規則が規制を加えないまま放置してあった行為領域で争いが生じたような場合にも、法の不確定性は言語の不確定性とは無関係に発生しうるのである」 [Schauer, "Introduction," xiii.]。

³⁷⁵ この観点からすれば、シャウアーがふたつの意思決定様式間の選択を単純な利益衡量によるものであるかのように述べるのは、その選択が異論の余地のない合理性をそなえることを示唆しかねない点で、ややミスリーディングであるように私には思われる。この選択が共約不可能な価値の間の根源的な選択である以上、どんな選択もかならず、さらなる問題化と論争とをまぬがれることができないはずなのではないだろうか。

³⁷⁶ Fallon, "A Constitutional Coherence Theory of Constitutional Interpretation," p. 1250.

³⁷⁷ 土井「法の支配と司法権」〔前掲注の、「一七—一九頁」〕は、「上からの秩序化」への傾斜をもつ法治国家原理と「下からの秩序化」を志向する法の支配原理という対項図式を示した上で、日本国憲法の正確かつ適切な理解のためにはいづれか一方を優位におくことを包括的な前提とするような理解が決して望ましいものではないことを強調している。それによると、「秩序形成の論理が一元化されることには、特定の形態の内的活動力の展開を恒常的に抑圧する可能性が存在する。このことは、抑圧された力の暴発や全体的な活動能力の著しい低下、あるいは深層部において深刻な分裂を進行させる危険性などをはらんでいるのである。それゆえ、共同体における秩序形成の構造に関しては、複数の秩序形成過程が、異なる内的活動力の展開を引き出し、それが一定の緊張を維持しながらも、相互作用を生み出すことで、総体的な動態的均衡を形成してゆく枠組を考察しようとする視座が、重要な意義を有しているように思われる。対立するものは、自己を妨げるだけではなく、自己を充実させてくれるものでもあるという視座が見失われてはならない。〔改行中略〕単一の合理的手続の探求ではなく、各手続を支える合理性の限定的性格を自覚した上で、その統合と均衡において、より相対的な合理性の実現を図ろうとすることも、決して不合理ではない」〔一八—一九頁〕のである。

³⁷⁸ サンステインは、「たとえあらゆることを考慮した上で法が正しいことをなしていたとしても、同時に多くのものが失われているのかもしれない」という悲劇の感覚(a sense of tragedy)それ自体が、法の理解と実践にとって一個の独立した価値であることを強調している。 Cf. Sunstein, "Incommensurability and Valuation In Law," pp. 859-860.

³⁷⁹ このような既存の実定法に対する批判原理の探求が、かならずムーア流の実在論へのコミットメントを帰結するのかどうかについては確信がもてない。ただ、形而上学上のコミットメントとは別個に、ムーアがこの原理の認識にとって重要だと考えるのは道徳的信念・理論の形成過程における反省的均衡の役割である。この点に注目するならば、ムーアの見解はより広い射程を得ることができ

ではないだろうか。

³⁸⁰ 「もちろん、たしかに私たちが選択肢の価値について判断を表明するとき、私たちは私たちの価値評価とは独立に真実である何かを同定しようとしているのである。だが、選択肢の間の相対的価値を確定するランクづけは、何かより深いところにある真理に達する手段なのではなく、それは選択肢の価値を確立(constitute)しているのである。価値は変化するかもしれないが、その変化はより深いところにある真理の発見なのではない。したがって、共約不可能性があるところでは、それが究極の真実なのである。そのむこうに何か隠されているわけでもなければ、不完全さの印なのでもない」[Rawls, THE MORALITY OF FREEDOM, p.327.]。「私たちの選択が、私たちの幸福(well-being)を定義するのである」 [ibid., p.345.]。

³⁸¹ シモン・グレイは、このような客観的多元主義(objective pluralism)が伝統的な西欧の知的コミットメントと根底から対立しあうことを論じている。彼の説明によると、『自由論』でその名を知られるアイザイア・バーリンは、複数の文化的・歴史的共同体の間での価値対立のなかだけでなく、特定の共同体の道徳のなかにも、そして単一の道徳的価値のなかにも(たとえば「自由」という価値のなかに消極的自由と積極的自由の対立があるように)、共約不可能な対立と緊張が存在すると主張している。この見方によれば、リベラリズムそれ自体も決して整合的で調和的な体系ではありえず、その合理的な再構成はかならず単純化と還元によるなんらかの価値の損失をともしなければならないのである。「私たち自身のリベラルな道徳のなかでも、自由と平等、公正と福利はそれぞれ内在的な善として認められている。バーリンは、これらの善がしばしば実践のなかで衝突しあうこと、それらが本質的に競合的な本性をもつこと、そしてそれらの対立がいかなる包含的な規準によっても和解させることができないことを、主張しているのである」 [Gray, ISAIAH BERLIN, p.43.]。

³⁸² 佐藤「自由の法秩序」前掲注の、五九頁。

おわりに

³⁸³ 最後に弁明を加えておくならば、本稿は、CLS的な懐疑をより広い射程のなかで位置づけるためのこの経験的・社会的な「基盤」それ自体を十分に裏づけることなく提示してしまった。私自身は、ここでの問題設定についてある程度の広い承認を得られるものと見込んでいたもの、当然のことながら社会的な専門分化と分業・協業体制の成立条件については社会科学・倫理的に多角的な検討を必要としており、これもまた今後の課題として残されたままになっていることを認めなければならない。

³⁸⁴ Cf. Rawls, POLITICAL LIBERALISM (New York: Columbia University Press), p.10.

³⁸⁵ 「政治的な正義の構想は、自立的な見解として提示される。われわれは政治的構想がひとつのあるいは複数の包括的教説に言及することで正当化されることを望むが、政治的構想は、そうした教説の社会の基本構造への適用として提示されるものでもなければ、そこから導出されるものでもない。この点を強調しておくことは大切なことである。それが意味しているのは、政治的構想が提示される仕方と、それが包括的教説の一部分であったりそのなかから導出可能なものであったりすることとは、区別されねばならない、ということなのである」 [ibid., p.12.]。

文献一覽

- Atkinson, Rob (1995) "A Dissenter's Commentary on the Professionalism Crusade," 74 *Texas Law Review* 259.
- Altman, Andrew (1986) "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin," 15 *Philosophy and Public Affairs* 205.
- (1990) *CRITICAL LEGAL STUDIES: A Liberal Critique* (Princeton: Princeton University Press).
- (1992) "Fissures in the Integrity of Law's Empire: Dworkin and the Rule of Law" in: Allan Hunt (ed.) *READING DWORKIN CRITICALLY*.
- Bix, Brian (1992) "Michael Moore's Realist Approach to Law," 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1293.
- (1993) *LAW, LANGUAGE, AND LEGAL DETERMINACY* (Oxford: Clarendon Press).
- (1996) *JURISPRUDENCE: THEORY AND CONTEXT* (London: Westview Press).
- Boyle, James (1985) "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought," 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685.
- (1994) "Introduction," in: Boyle (ed.) *CRITICAL LEGAL STUDIES* (New York: New York University Press).
- Coleman, Jules (1982) "Negative and Positive Positivism," 11 *Journal of Legal Studies* 139.
- Dworkin, Ronald (1977) *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (Cambridge: Harvard University Press) (木下毅'小林公'野坂泰司訳『權利論』木鐸社)。
- (1985) *A MATTER OF PRINCIPLE* (Cambridge: Harvard University Press).
- (1986) *LAW'S EMPIRE* (London: Fontana Press) (小林公訳『法の帝国』春秋社)。

- (1996) "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It," 25 *Philosophy and Public Affairs* 87.
- Ewald, William (1988) "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study," 97 *Yale Law Journal* 665.
- Fallon, Jr., Richard H. (1987) "A Constitutional Coherence Theory of Constitutional Interpretation," 100 *Harvard Law Review* 1189.
- (1997) "The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse," 97 *Columbia Law Review* 1.
- Farber, Daniel A. and Sherry, Suzanna (1997) *BEYOND ALL REASON: THE RADICAL ASSAULT ON TRUTH IN AMERICAN LAW* (New York, Oxford: Oxford University Press).
- Fish, Stanley (1989) *DOING WHAT COMES NATURALLY: CHANGE, RHETORIC, AND THE PRACTICE OF THEORY IN LITERARY AND LEGAL STUDIES* (Durham and London: Duke University Press).
- Fiss, Owen (1982) "Objectivity and Interpretation," 34 *Stanford Law Review* 739.
- Fuller, Lon. L. (1969) *THE MORALITY OF LAW*, revised edition (New Heaven: Yale University Press) (譯題或承臨『法の規範』)
- (1958) "Positivism and Fidelity to Law--A Reply to Professor Hart," 71 *Harvard Law Review* 630.
- (1981) *THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER* (Kenneth I. Winston ed.) (New York: Duke University Press).
- Galanter, Mark (1980) "Legality and Its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization," in: Erhard Blankenburg (Hersg.) *ALTERNATIVE RECHTSFORMEN UND ALTERNATIVEN ZUM RECHT: JAHRBUCH FÜR RECHTSSOZIOLOGIE UND RECHTTHEORIE*, Bd.6
- George, Robert P. (ed.) (1992) *NATURAL LAW THEORY: Contemporary Essays* (Oxford: Oxford University Press).

- (ed.) (1996) *THE AUTONOMY OF LAW: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press).
- (ed.) (1996) *NATURAL LAW, LIBERALISM AND MORALITY* (Oxford: Clarendon Press).
- Goldstein, Laurence (ed.) (1987) *PRECEDENT IN LAW* (Oxford: Clarendon Press).
- Gray, John (1996) *ISAIAH BERLIN* (Princeton: Princeton University Press).
- Harris, J. W. (1989) "Unger's Critique of Formalism in Legal Reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum," 52 *The Modern Law Journal* 42.
- Hart, H.L.A. (1983) *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY* (Oxford: Clarendon Press) (矢野龍一・松浦好治ほか訳『法と哲学論集』みすめ書房)
- (1994) *THE CONCEPT OF LAW*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press) (矢野龍一訳『法の概念』みすめ書房)
- Hayek, F. A. (1960) *THE CONSTITUTION OF LIBERTY* (Chicago: The University of Chicago Press) (矢野龍一・古賀勝次郎訳『自由の条件』みすめ書房)
- (1967) *STUDIES IN PHILOSOPHY, POLITICS AND ECONOMICS* (London: Routledge & Kegan Paul).
- (1973) *LAW, LEGISLATION, AND LIBERTY* (London: Routledge & Kegan Paul) (矢野龍一ほか訳『法と立法と自由』みすめ書房)
- Hiley, David R., Bohman, James F. and Shusterman, Richard (eds.) (1991) *THE INTERPRETIVE TURN: PHILOSOPHY, SCIENCE, CULTURE* (Ithaca and London: Cornell University Press).
- Horwitz, Morton J. (1977) "The Rule of Law: An Unqualified Good?," 86 *Yale Law Journal* 561 (review of Douglas Hay, Peter Linebaugh, John G. Rule, E. P. Thompson & Cal Winslow's *ALBION'S FATAL TREE*, and E. P. Thompson's *WHIGS AND HUNTERS*).

- Hunt, Allan (1990) "The Big Fear: Law Confronts Postmodernism," 35 McGill Law Journal 407.
- Hutchinson, Allan C. (1985) "Of Kings and Dirty Rascals: The Struggle for Democracy," *Queens Law Journal* 1985.
- Hutchinson, Allan C. and Monahan, Patrick (1984a) "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," 36 *Stanford Law Review* 199.
- (1984b) "The "Rights" Stuff" Roberto Unger and Beyond" 62 *Texas Law Review* 1477.
- (1987) "Democracy and the Rule of Law," in: Allan C. Hutchinson and Patrick Monahan (eds.) *THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY* (Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell).
- Hutchinson, Allan C. and Monahan, Patrick (eds.) (1987) *THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY* (Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell).
- Kairys, David (1998) "Introduction," in: Kairys (ed.) (1998) *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE*, third edition (New York: Basic Books).
- Kairys, David (ed.) (1998) *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE*, third edition (New York: Basic Books).
- Kairys, David (ed.) (1998) *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE*, third edition (New York: Basic Books) (第一版の改訂版)。
- Kennedy, Duncan (1973) "Legal Formality," 2 *Journal of Legal Studies* 351.
- (1976) "Form and Substance in Private Law Adjudication," 89 *Harvard Law Review* 1685.
- (1979) "The Structure of Blackstone's Commentaries" 28 *Buffalo Law Review* 205.
- (1982) "Legal Education as Training for Hierarchy," in: Kairys (ed.) (1998) *THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE*, third edition.
-
- Kennedy, Duncan & Klare, Karl E. (1984) "A Bibliography of Critical Legal Studies," 94 *Yale Law Journal* 461.
- Krawietz, Werner, Pattaro, Enrico and Tay, Alice Eih-Soon (1997) *RULE OF LAW: Political and Legal Systems in Transition* (RECHTSTHEORIE Beiheft 17).
- Kress, Ken (1987) "The Interpretive Turn," 97 *Ethics* 834.
- (1989) "Legal Indeterminacy," 77 *California Law Review* 283.
- Levinson, Stanford (1982) "Law as Literature," 60 *Texas Law Review* 373.
- (1985) "What Do Lawyers Know (and What Do They Do with Their Knowledge)?: Comments on Schauer and Moore," 58 *Southern California Law Review* 441.
- MacCormick, Neil (1990) "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS," 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 539.
- MacCormick, Neil and Weinberger, Ota (1986) *AN INSTITUTIONAL THEORY OF LAW: NEW APPROACHES TO LEGAL POSITIVISM* (Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo: D. Reidel Publishing Company).
- Marmor, Andrei (1992) *INTERPRETATION AND LEGAL THEORY* (Oxford: Clarendon Press).
- (ed.) (1995) *LAW AND INTERPRETATION: Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press).
- Moore, Michael S. (1981) "Semantics of Judging," 54 *Southern California Law Review* 151. [註文 S11]
- (1982) "Moral Reality," 1982 *Wisconsin Law Review* 1061. [註文 MR1]
- (1984) "The Need for a Theory of Legal Theories: Assessing Pragmatic Instrumentalism," (A Review Essay of INSTRUMENTALISM AND

AMERICAN LEGAL THEORY by Robert M. Summers) 69 Cornell Law Review 988.

— (1985) "A Natural Law Theory of Interpretation," 58 Southern California Law Review 277. [註者 NLTJ]

— (1987) "Precedent, Induction, and Ethical Generalization," in: Laurence Goldstein (ed.) PRECEDENT IN LAW (Oxford: Clarendon Press).

— (1989a) "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?" 41 Stanford Law Review 871. [註者 ITMT]

— (1989b) "The Constitution as Hard Law," 6 Constitutional Commentary 51.

— (1989c) "Sandelian Antiliberalism," 77 California Law Review 539.

— (1989d) "Authority, Law, and Razian Reasons," 62 Southern California Law Review 827.

— (1991) "Three Concepts of Rules," 14 Harvard Journal of Law and Public Policy 771.

— (1992a) "Moral Reality Revisited," 90 Michigan Law Review 2424. [註者 MRR]

— (1992b) "Law as a Functional Kind," in: Robert P. George (ed.) NATURAL LAW THEORY: Contemporary Essays (Oxford: Oxford University Press).

[註者 LFK]

— (1995) "Interpreting Interpretation," in: Andrei Marmor (ed.) LAW AND INTERPRETATION: Essays in Legal Philosophy (Oxford: Clarendon Press).

— (1996) "Good without God," in: Robert P. George (ed.) NATURAL LAW, LIBERALISM AND MORALITY (Oxford: Clarendon Press).

Nonei, Philippe and Selznick, Philip (1978) LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW (New York: Harper & Row, Publishers)

(大本邦平論『邦と社会の交動関係』报知新闻)

Note (1982) "Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," 95 Harvard Law Review 1669.



Patterson, Dennis (1996) LAW AND TRUTH (Oxford: Oxford University Press).

Radin, Margaret Jane (1989) "Reconsidering the Rule of Law," 69 Boston University Law Review 781.

Rawls, John (1971) A THEORY OF JUSTICE (Cambridge: Harvard University Press). (矢島欽次訳『正義論』春秋社)

— (1993) POLITICAL LIBERALISM (New York: Columbia University Press).

Raz, Joseph (1979) THE AUTHORITY OF LAW (Oxford: Clarendon Press).

— (1990) PRACTICAL REASON AND NORMS (rep.) (Princeton University Press).

— (1992) "Formalism and the Rule of Law," in: Robert P. George (ed.) NATURAL LAW THEORY (Oxford: Oxford University Press).

— (1986) THE MORALITY OF FREEDOM (Oxford: Clarendon Press).

— (1994) ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN (Oxford: Oxford University Press).

Selznick, Philip (1961) "Sociology and Natural Law," 6 Natural Law Forum 84.

— (1969) LAW, SOCIETY, AND INDUSTRIAL JUSTICE (Russell Sage Foundation).

— (1992) THE MORAL COMMONWEALTH: Social Theory and the Promise of Community (University of California Press).

— (1995) "Legal Culture and the Rule of Law," in: International Sociological Association, The Proceedings of 1995 Annual Meeting Research Committee on Sociology of Law: Program, Plenary Papers, List of Participants.

Schanck, Peter C. (1992) "Understanding Postmodern Thought and Its Implications for Statutory Interpretation," 65 Southern California Law Review 2505.

- Schafer, Frederick (1982) "An Essay on Constitutional Language," 29 UCLA Law Review 797.
- (1985a) "Easy Cases," 58 Southern California Law Review 399. [註釋 EC]
- (1985b) "Slippy Slopes," 99 Harvard Law Review 361.
- (1987a) "Precedent," 39 Stanford Law Review 571. [註釋 P]
- (1987b) "Jurisprudence of Reasons," (review of Dworkin's LAW'S EMPIRE) 85 Michigan Law Review 847.
- (1988a) "Formalism," 97 Yale Law Journal 509. [註釋 F]
- (1988b) "Judging in a Corner of the Law," 61 Southern California Law Review 1717.
- (1989a) "Rules, the Rule of Law, and the Constitution," 6 Constitutional Commentary 69. [註釋 RRLC]
- (1989b) "Is the Common Law Law?" (review of Melvin Eisenberg's THE NATURE OF COMMON LAW) 77 California Law Review 455.
- (1990) "Rules and the Rule-following Argument," 3 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 187.
- (1991a) PLAYING BY THE RULES: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life (Oxford: Clarendon Press). [註
釋 PBR]
- (1991b) "Rules and the Rule of Law," 14 Harvard Journal of Law and Public Policy 645. [註釋 RRL]
- (1991c) "The Rules of Jurisprudence: A Reply," 14 Harvard Journal of Law and Public Policy 839.
- (1991d) "Exceptions," 58 University of Chicago Law Review 871.
- (1993) "Introduction," in: Schafer (ed.) LAW AND LANGUAGE (Dartmouth).

- (1994) "Critical Notice," (review of Shiner's NORM AND NATURE) 24 Canadian Journal of Philosophy 495.
- (1997) "Positivism as Pariah," in: Robert P. George (ed.) THE AUTONOMY OF LAW: Essays on Legal Positivism (Oxford: Oxford University Press).
- Scheuerman, William E. "The Rule of Law at Century's End," (review of Blandine Kriegel's (trans. Marc A. Lepain and Jeffrey Cohen) THE STATE AND THE RULE OF LAW, Michel Rosenfeld(ed.)'s CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY, and Neil Duxbury's PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE) 25 Political Theory 740.
- Shklar, Judith N. (1964) LEGALISM (Harvard University Press) (田中賢一郎『ローの政治』岩波書店).
- (1987) "Political Theory and the Rule of Law," in: Allan C. Hutchinson and Patrick Monahan (eds.) THE RULE OF LAW: IDEAL OR IDEOLOGY (Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell).
- Shiner, Roger (1992) NORM AND NATURE: THE MOVEMENT OF LEGAL THOUGHT (Oxford: Clarendon Press).
- Singer, Joseph William (1984) "Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory," 94 Yale Law Journal 1.
- Solum, Lawrence B. (1987) "On the Indeterminacy Crisis: Criticizing Critical Dogma," 54 The University of Chicago Law Review 462.
- Stick, John (1986) "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretive Turn in LAW'S EMPIRE," 34 UCLA Law Review 371.
- Sunstein, Cass R. (1994) "Incommensurability and Valuation In Law," 92 Michigan Law Review 779.
- (1995) "Problem with Rules," 83 California Law Review 953.
- Tremblay, Luc B. (1997) THE RULE OF LAW, JUSTICE AND INTERPRETATION (McGill Queens University Press).
- Tushnet, Mark (1984) "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction," 36 Stanford Law Review 623.

“Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings,” 36 Journal of Legal Education 505.

Unger, Roberto Mangabera (1987) FALSE NECESSITY (Cambridge: Cambridge University Press).

(1986) THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT (Cambridge: Harvard University Press).

West, Cornel (1988) “CLS and a Liberal Critique,” 97 Yale Law Journal 757.

Winston, Kenneth L. (1974) “On Treating Like Cases Alike,” 62 California Law Review 1.

— (1981) “Introduction,” in: Lon L. Fuller, THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER (K. Winston (ed.), Durham and New York: Duke University Press).

(1986) “The Ideal Element in a Definition of Law,” 5 Law and Philosophy 89.

(1994a) “Introduction,” 13 Law and Philosophy (Special Issue on Lon Fuller) 253.

(1994b) “Legislators and Liberty,” 13 Law and Philosophy 389.

Wittgenstein, Ludwig (1953 + 1995) PHILOSOPHISCHE UNTERSUCHUNGEN, IN: WITTEGENSTEIN TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS,

Wekausgabe Band I (Suhrkamp taschenbuch wissenschaft 501) (藤本隆志訳『ウィトゲンシュタイン全集』哲学探求』大修館書店)

植木一幹 (一九九四) 「R・ドゥウオ・キンの『インテグリティとしての法』の理論に関する一考察」 J・ハ・バマヌによる批判を手がかりに (一) (二・完) 『法学論叢』一三五巻四号・一三六巻三号

内田貴 (一九九〇) 『契約の再生』(弘文堂)

田中成明 (一九八九) 『法的思考とはどのようなものか』(有斐閣)

—— (一九八一) 『合法性』に関する法理学的考察——ロン・L. フラーの**見解**を手がかりに——『現代の法哲学』(有斐閣) 所収

佐藤憲一 (一九九八) 「法の不確定性——法理解のパラダイム転換に向けて——」(一) 『法学論叢』一四三巻二号

佐藤幸治 (一九九八) 「自由の法秩序」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望』Ⅱ (有斐閣) 所収

嶋津格 (一九八五) 『自生的秩序——ハイエクの法理論とその基礎——』(木鐸社)

高田敏 (一九七九) 「ドイツにおける法の支配——法治国家観展開の論理と日本的継受の論理——」覚道豊治・高田敏・松島諄吉編『磯崎辰五

郎先生喜寿記念 現代における「法の支配」』(法律文化社) 所収

—— (一九九六) 「法治主義と法の支配——日本国憲法解釈論としての——」阿部照哉・高田敏編『覚道豊治先生古希記念論集 現代違憲審査

論』(法律文化社) 所収

土井真一 (一九九八) 「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望』Ⅱ (有

斐閣) 所収

中原拓也 (一九九四) 「構造主義以降の法哲学としての『批判的法学研究』」『法哲学年報』一九九三 所収

中山竜一 (一九九二) 「法理論における言語論的展開——『法と言語』研究序説——」(一) (二・完) 『法学論叢』一二九巻五号・一三〇巻二号

—— (一九九七) 「二〇世紀法理論のパラダイム転換」『岩波講座 現代の法』15 現代法学の思想と方法』(岩波書店) 所収

那須耕介 (一九九六・一九九七) 「法の不確定性と行政過程——現代国家における法の逆説——」(一)・(二・完) 『法学論叢』一三九巻四号・一四一巻二号

—— (一九九七) 『法の支配』に対する懐疑と信念——アンドリュウ・アルトマン著『批判的法学研究：自由主義的批判』の検討』

『法哲学年報 一九九六』所収

——(一九九七・一九九八)「法の支配の両義性について——複眼的な法的思考のために——」(一)(二・完)『法学論叢』四二巻一・一四三
巻一、号

長谷部恭男(一九九二)「法の支配が意味しないこと」樋口陽一・野中俊彦編『小林直樹先生古希記念論集 憲法学の展望』(有斐閣)所収

松井茂記(一九九二)『民主主義と違憲審査』(有斐閣)

——(一九九二)「批判的法学研究の意義と課題」デヴィッド・ケアリズ編、松浦好治・松井茂記編訳『政治としての法——批判的法学入門——』
(風行社)所収

矢澤修次郎(一九九六)『アメリカ知識人の思想 ニューヨーク社会学者の肖像』(東京大学出版会)

六本佳平(一九七二)「セルズニツクの法理論」法学協会雑誌第八九巻第七