

(要約)

法の存立基盤と市民的秩序構想

——社会的人工物としての法の存在論——

吉原雅人

本論文は、法の存在を社会集団の実践に基礎づける社会的構築主義の法理論が市民の法形成による秩序構想の可能性を周縁化してきたことを批判的に検討し、法の存在にかかわる市民の法実践の位置づけを問い直す試みである。具体的には、法を社会的人工物として捉え、社会存在論・人工物の哲学の知見を用いることで市民の法実践が法の存在を支えていることを明確化する。これによって、公務員が共有する法の妥当基準に尽くされない法の存在構造と実験的で漸進的な法秩序構想の可能性を示す。

こうした目的と構想のもと、第1章「社会的構築主義の法理論」では、H. L. A. Hartをはじめとする従来の社会的構築主義の議論状況を整理し、第2章「人工物としての法」で、市民の実践を法の存立基盤に据える法のモデルを提示している。第3章「法の受容と客観性」では、法の識別基準が公務員集団に共有されつつも、当該集団がその基準について誤る可能性を指摘することで、市民の実践を通じた法秩序構想の余地を消極的に示し、第4章「法のなかの市民」で、具体的に市民が法秩序を作り変える経路がさまざまに保証されることを論じている。

第1章 社会的構築主義の法理論

現代の法理論家の多くは、法の存在が、集団の信念・態度・行動に基礎づけられると考えている。なかでも Hart は、社会において何が法であるかを識別するためのルールが公務員の社会实践によって構成されており、その基準に従って法が存在すると主張している。彼の法理論の影響は大きく、社会的構築主義の法理論の一つの到達点であると言える。

しかし、Hart の法理論は法の存在を規定する社会实践の主体を公務員に限定することで、市民による法創造・法形成を理論的に周縁化している。この限定は現代の複雑化した法体系における分業の状況を考慮した結果であるが、社会的構築主義の法理論から市民の法創造の可能性を積極的に位置づけるという本論文の目的に照らせば、法の識別基準を共有する公務員集団の実践と市民の実践の関係について分析が十分でない。Hart は市民の法創造の

余地を否定するわけではないが、その可能性を積極的に論じようとはしていない。

Hart の法理論は Ronald Dworkin らの強力な批判に曝されており、後継の法実証主義者は法の存立基盤たる公務員の社会实践を理論化するために新しいモデルを提示している。本章では、それらのモデルについても社会的構築主義の一つの可能性として検討を加えている。David Lewis によるコンヴェンションの哲学的分析に依拠した法理論家は、公務員が法を識別する状況が繰り返し生じることで明示的な合意によらず集団の成員が一般に遵守するルールが形成されると論じている。Andrei Marmor らによって支持されるこの立場は、法がある種の恣意性を伴った社会的構築物であることや、そうした社会实践が固有の価値を構成することをうまく捉えている。また、Scott Shapiro は、特定集団が社会全体のために計画を策定する活動として法を捉えている。ここには、公務員が市民のために法を決定することの意義や、大規模な社会における分業の必要性が適切に反映されている。

しかしながら、いずれのモデルも決定的な問題を抱えており、それゆえに公務員集団の共有する基準に尽くされない法の存在に注目することができない。公務員が共有する法の識別基準をコンヴェンションとして定式化すると、集団の一般遵守が得られない場合に法の存在を説明できず、何を法とみなすべきかについての真摯な論争を法実践の中心的事例から排除してしまう。また、法を社会計画とみなすことも、法体系全体の設計者を想定することで、現実には複雑な法形成のプロセスを歪めて理解することに繋がる。

これらの法理論に対して、John Searle による制度的事実の理論を用いて法の存在構造を分析する制度的法理論は、Hart の社会的構築主義と視点を共有しつつ、法の存在を支える実践の主体が公務員に限定されないことを示唆している。Searle は、貨幣や大学などの制度を成り立たせているのは、「C において X を Y とみなす」という形式を持つ構成的ルールの集団的な受容であると論じる。こうした制度的事実の分析を支持する理論家は、法の存在を分析するにあたって法の利用者——すなわち市民——に注目する必要があるとしている。

ただし、制度的法理論はその多元主義的性格ゆえ、市民の法創造を国家法体系内部に位置づける作業に重点を置いていない。たとえば、Braian Tamanaha は、基本的には Searle の理論を支持しつつ、法とは社会において「法」と呼ばれるものであるとして、デフレ主義的な法の概念規定を行なっている。Searle の制度的事実の理論は、社会存在論において標準的の見解とみなされるほど影響力を持っているが、法をその他の制度から識別する理論的資源を備えてはいない。市民がボトムアップで法秩序を形づくる実践を適切に理論化するためには、公務員による法の識別実践と市民による法使用の実践の関係にも目を向ける必要があるだろう。

第2章 人工物としての法

近年の法の本性論では、社会的人工物としての法の性格に注目し、そこから理論的含意を引き出す「法-人工物説 artifact theory of law」が、Luka Burazin、Kenneth Ehrenberg、Corrado Roversi、Jonathan Crowe らによって提唱されている。この見解は、人工物の哲学で蓄積された知見に依拠しつつ、さらに Searle の理論を含む社会存在論の議論をとり入れ、法を制度的人工物として分析することで、法の存在構造を明らかにするために有用な視座を提供している。

人工物は、素材となる物質的特徴のみからは説明できない機能的な性質を有している。法-人工物説は、法が何らかの目的を果たすために用いられる人工物であると主張するが、法の存在構造を明らかにするためには、その機能の観点から説明する必要がある。つまり、人工物として法を捉えることは、法が何らかの機能を持つ対象として提示することである。

Ehrenberg は、法が複数の機能を果たすこと、法が果たす機能が他の社会制度によっても実現されることなどから、法の機能的定義が批判に曝されてきたことを踏まえつつ、複数の機能が相互作用する複合的なシステムとして法を理解することの意義を説得的に論じる。法に特有の機能があると想定せずとも、一般的に法が持つとされている社会的機能と法の存在構造の結びつきを探究することは可能である。また、法一般の機能を特定することには困難があるが、個々の法がどのような機能を持つかについては、明らかなが多い。

もっとも、設計者や製作者の意図した機能をその人工物に帰属することには慎重にならなければいけない。とりわけ、法については、設計者の意図に訴える機能帰属がその理解を歪めてしまう可能性すらある。コモンローや慣習法など、明確な設計者のいない法はありふれているし、設計者の意図した機能が実現されなかったり、想定とは異なる使用が普及することによって機能が上書きされたりすることも考えられる。

これに対して本論文では、人工物が何らかの機能を果たすことで、その使用が複製され、徐々にその構造的特徴を形づくるプロセスに着目する、Ruth Millikan や Wybo Houkes と Pieter Vermaas の機能分析に依拠した Roversi の法の存在論を擁護する。彼によれば、法は言語的に表現されるルールに従うことで集団が行動を調整する意図的行為の歴史によって形成される。これは Searle が論じるような構成的ルールの集団的受容とも考えられるが、むしろ、個々のルールとの相互作用によって一定の行動パターンが持続するプロセスの総体として理解することが適切である。制度的人工物は、集団が構成的ルールの内容を受け容れるから存在するのではなく、何らかの機能を実現するためにルールが用いられた結果、その行動パターンが一つのまとまりを形成することによって成り立っている。

植原亮は、制度に支えられた人工物は、構成的ルールを集団が受容していることで存在するのではなく、その対象自体のシグナリングや行動を統制するルールによって安定的に持続する集団の「ふるまいの種」として存在するのだと論じている。また、Francesco Guala と Frank Hindriks も、構成的ルールが実際には行動を統制する役割を果たしていることを指摘し、ルールの束としてではなく、ルールに相関する均衡として制度を理解している。

このように徹底して実践基底的に人工物としての法の存在を理解するならば、法創造が市民によってなされることと、公務員が法の識別基準を共有していることは、何ら相反するものではないことがわかる。なぜなら、公務員によって共有された識別のルールは、市民を含む社会全体のふるまいを安定化させる一つの要因として働いているからである。市民の法創造が基本的に公務員によって認められる範囲内ではかなされないのは、概念的な問題などではない。法の存在を支えているのは市民の法実践であり、公務員の共有するルールを逸脱した法創造もその目的を首尾よく果たすことで成功する場合がある。

法の実践基底的モデルでは法の存在と妥当は明確に区別される。法が法として存在するかどうかと、法の識別基準を含むルールに適合的であるかどうかは、密接に関連するが別の問題だからである。より簡潔に述べるなら、法カテゴリーのメンバーシップ条件と法体系における妥当条件は異なる。また同様に、法源と法規範も区別される。法源はテキストや慣習実践といった具体的な対象として存在するのに対して、法規範はそれらの法源から解釈によって導出された抽象的な規範命題として存在する。両者ともルールに統制されることに違いはないが、具体的な人工物と抽象的な人工物という存在論的身分に違いがあることで、その創造に市民がアプローチする仕方が異なってくるため、この区別は重要である。

本章の最後に、第 1 章で検討した従来の社会的構築主義の法理論が抱える問題に対して法の実践基底的モデルから応答可能な点について論じる。第一に、法の存在を支える実践はある種のコンヴェンションとして理解できるが、法の識別基準について見解が共有されていることは実践の安定化要因の一つでしかなく、個々の論争的な法実践が総体として安定することが法の存在にとって決定的である。第二に、人工物の設計者や製作者の意図はその存在にとって必要ではない。むしろ、実践基底的モデルは、場当たりの競合的な法の現実を踏まえて、単純化された法の統一的理解に反対する。第三に、現代の複雑な法体系の分業や多元的法秩序を前提しても、法を識別する公務員の実践と市民の法創造には密接な関連が見出せる。公務員による法の識別実践は市民の法実践の安定化要因として重要な役割を果たしている。

第3章 法の受容と客観性

本章では、やや消極的な議論として、公務員集団によって共有された法の妥当基準が、法的真理のすべてではないこと、すなわち、公務員集団が共有している法理解が誤りである可能性について論じる。

Hart はリーガル・リアリズムに反対し、法実践が「採点者の裁量ゲーム」でないことを強調したが、公務員集団の実践が妥当基準を構成することは、Hart が擁護した直感に反して、公務員の不可謬性を含意するかもしれない。私たちが従うべき妥当な法が何かについて誤り得ない集団が存在するという事は、その集団による恣意的な支配すらも意味する。いくら市民の間で特定の法制度が普及したとしても、それが無効とされる可能性を常に伴うということである。しかし、私たち市民が公務員にただ盲目的に服従するのではない限り、その判断に対する合理的批判が可能でなければならない。したがって、妥当基準が公務員の実践から構成されることと公務員の法理解の可謬性の両立可能性が問題となる。

本章で検討される法の「客観性」は、公務員が法の妥当基準について可謬的であることを意味している。この客観性は、法のような規範的实践において行動を調整するための指針や正当化根拠として用いられる基準が、特定の主体による恣意的決定に尽くされないことを要請している。すなわち、何が正しいかについての基準が判断主体から独立して存在することの認識的指標として、法理解の可謬性が問題となるのだ。

Matthew Kramer は、法の存在を集団の社会実践に基礎づける立場と法の心理独立性が両立可能であると主張している。Kramer によれば、心理独立性を論じる際に個人の視点と集団で共有された視点の区別が必要である。特定の個人の信念・態度には依存しない真理はある程度の心理独立性を持つが、それは特定の集団に共有された信念や態度には依存しているかもしれない。そして、ここで問題になっているのは、集団に共有された信念の可謬性を保証する強い心理独立性である。また、Kramer は存在的心理独立性と観察的心理独立性という区別を導入している。前者は法の存在が個人や集団の信念・態度に依存しないことを指し、後者はその性質が観察者によってどう理解されるかに依存しないことを指している。Kramer は、法が集団の信念・態度に基づいて存在するとしても、法の性質について集団が誤ることはあり得るとして、法の強い観察的心理独立性を主張する。

これに対して、Andrei Marmor は、法が構成的ルールの集団的な受容によって存在する制度的人工物であることを理由に不可謬主義を支持している。もっとも、この不可謬主義はそれほど破壊的なものではない。

第一に、不可謬主義は、集団内の個々の成員の誤りが排除されるとまでは主張しない。つまり、不可謬主義も弱い心理独立性を認めている。たとえば、個別の事例において特定の裁判官が法的判断を誤ることを Marmor は認める。第二に、不可謬主義は、集団が法理解についてどんな誤りも犯さないことを意味しない。「Cのもとで、XはYとみなされる」という形式の構成的ルールを受容する集団が、特定の事例において条件 C が満たされているか否かについて誤り得ることは、Marmor も認める。人工物のトークン (Y とみなされる個々の対象) の識別や分類に関する誤謬は常に生じ得ると Marmor は考えている。つまり、不可謬主義は、特定の状況で何が法かについて集団がまったく誤り得ないと主張しているわけではなく、何が妥当な法であるかを規定する条件を集団が誤ることはないとは主張しているのである。第三に、不可謬主義は、公務員集団のような専門的知識を有する特定の集団の法理解についての不可謬性の主張である。これらのことに留意すれば、不可謬主義が法の客観性を大きく掘り崩すわけではないということがわかる。

しかし、本章では、不可謬主義の主張に反して、法についての強い観察的心理依存性を認める根拠がそれほど明白でないことを指摘する。この指摘は、法の妥当基準が、公務員に共有された信念などではなく、外的に観察可能なルールに統制された行動パターンによって構成されることを根拠としている。法の実践基底的モデルは、法の存在を支える社会实践がルールのシグナリングによって統制されることを明確化するものである。実践を統制するルールは法源として法典や慣習実践といった外的に観察可能な具体的対象として存在する。公務員の実践が市民の実践を統制するためには、市民にも認識可能な「外部足場」を伴っている必要がある。そうした実践そのものから独立した外部足場としての法源に表現される実定的ルールへの適合性も問題になる場合、公務員の法理解は不可謬ではあり得ない。

第4章 法のなかの市民

最後に、法体系全体のなかで市民が担う役割について確認した上で、具体的に市民の法創造を通じた秩序構想がいかなる経路で保証されるかについて考察する。

まず本章の前半では、法体系の存在にとって重要な役割を果たす公務員の法的地位を構成するものが、公務員によって識別された法規範を市民が法として扱う実践の安定的持続であると論じる。ここでは法体系全体の構成的ルールについて見解を異にする Burazin と Ehrenberg の立場を照らし合わせ、両者の中間的立場の提案として、法体系全体の構成的ルールは個々の法規範の妥当基準であるが、それを公務員が受容しているだけでは法体系は実現せず、その公務員の法的地位を認める市民の実践が安定的に持続する必要があると主張する。

Burazin は、法体系全体の構成的ルールと、それによって地位を割り当てられた公務員に共有され、個々の法規範の妥当基準を規定する識別のルールを区別する必要があると論じている。法規範を識別する基準は市民には共有されていないとしても、それを共有する公務員の法的地位を構成するルールを市民が受容することで、公務員によって識別された法規範に従うことへのコミットメントが得られるというのが、彼の指摘である。

これに対して、Ehrenberg は、Hart の識別のルールの定式化と Searle の構成的ルールの定式化の不整合に対処しながら、個々の法規範の妥当基準である識別のルールが法体系の構成的ルールであると論じている。彼によれば、法体系の基礎にある究極の識別のルールは他の構成的ルールによって法的地位を割り当てられることはあり得ないため、それ自体が法的地位を有する自明なルールとみなさざるを得ない。

ここでの提案は、基本的には Burazin の主張を支持しながら、究極のルールという観念を放棄することによって、法体系全体の構成的ルールと識別のルールの同一性を保証するというものである。法の実践基底モデルにおいて、法体系の存在は直接的にはルールではなく、実践の安定的持続に支えられている。また、法体系全体の構成的ルールは、法体系の存在を支える実践を統制するルールである。このように考えると、公務員の識別する法規範に従う市民の実践を統制する識別のルールは、法体系全体の構成的ルールとして理解することができる。つまり、法体系の存在は、公務員に共有される妥当基準に従って識別された法規範を法として扱う市民の実践の安定的持続に支えられている。公務員に共有される法の妥当基準を尊重することで市民は公務員の法的地位も構成しているのである。

本章の後半では、大村敦志が Searle の制度的事実の理論を援用しながら論じる市民的秩序構想の方法論である「シビル・ロー・エンジニアリング」が、法の実践基底モデルによってより良く理論化されることを示し、最後に、法源・法規範・法体系という三つの経路から市民の法創造が可能であることを指摘する。

大村は、個別具体的な状況に応じた、ある意味で場当たりの法制度の創造を念頭に置いて、市民の契約実践から法秩序の作り変えを提案している。法創造は実験的な性格を帯び、既存のパターンから逸脱した行動は周囲の環境との相互作用によって成功したり失敗したりする。

市民による法創造は、第一に、慣習法源の生成として理解することができる。第二に、市民は、すでに認められた法源の解釈として法規範を創造する。第三に、公務員の識別実践に対する行動パターンを変容させることによって、市民は法体系全体の構成的ルールに影響を及ぼすことができる。

もちろん、それぞれのアプローチに限界があり、とりわけ法体系全体に影響を及ぼすほどの社会実践を個人が創り出すことはほぼ不可能に近い。市民の法創造は、実験的で漸進的な人工物の複製プロセスとして理解されなければならない。この点で、法の実践基底モデルは法の存在構造に対して有益な視点を提供する。

本論文の提示する法の実践基底モデルのもとでは、法の存立基盤となる社会実践は、個々人による法創造の試みの連鎖として理解される実験的な性格を有し、公務員が共有する法の妥当基準に還元されるものではない。法が制度的人工物であることは、その創造プロセスが市民の実践との相互作用に開かれていることを含意する。