

---

 論 説
 

---

# 批判法学の不確定テーゼとその可能性 (1)

## —法解釈とラディカルな社会変革は いかに結合するか

見 崎 史 拓

はじめに

## 1. 批判法学の多様性

## 1. 1. 定義と出自

## 1. 2. 諸類型

## 1. 2. 1. リアリズム法学

## 1. 2. 2. (ポスト) 構造主義

## 1. 2. 3. ポストモダンの言語哲学

## 1. 2. 4. ネオ・マルクス主義 (以上本号)

## 1. 2. 5. 批判的歴史学

## 1. 2. 6. 法社会学 (「法と社会」研究)

## 1. 2. 7. 新左翼的アナーキズム

## 1. 2. 8. サルトルの実存主義

## 1. 3. 不確定テーゼの諸相

## 2. アンガーの不確定テーゼ

## 2. 1. 根底としての「詩とヴィジョン」

## 2. 2. 二つの不確定テーゼ

## 2. 2. 1. ヴィジョナリー性 vs 反ヴィジョナリー性

## 2. 2. 1. 1. アンチノミーとしての不確定性

## 2. 2. 1. 2. 法の三類型

## 2. 2. 1. 3. 「閉じた輪」と螺旋

## 2. 2. 2. ヴィジョナリー性 vs ヴィジョナリー性

## 2. 2. 2. 1. モダニスト・テーゼへ——個人への着目

## 2. 2. 2. 2. 現代法学批判

## 2. 2. 2. 3. 民主的実験主義——地図作成と批判的展開

## はじめに

戦後日本の法解釈論争の口火を切った来栖三郎は、次のように述べた。「何と法律家は威武高なことであろう。常に自分の解釈が客観的に正しい唯一の解釈だとして、客観性の名において主張するなんて。しかし、また、見方によっては、何と法律家は気の弱いことであろう。万事法規に頼り、人間生活が法規によって残りくまなく律せられるように考えなくては心が落ち着かないなんて。そして何とまた法律家は虚偽で無責任なことであろう。何とかして主観を客観のかけにかくそうとするなんて」——日本の法学界において、これほど有名な言葉もそうないであろう<sup>1)</sup>。

このように、日本においては、法学の批判も法の不確定性も既にありきたりなものになっているのではないか。それにもかかわらず、なぜ海外の学派・運動である批判法学 (critical legal studies)<sup>2)</sup>などを改めて論じなければならないのか<sup>3)</sup>。そしてなぜ今更に法の不確定性を論じる必要があるのか。本稿の表題を見た人々の多くはそのように考えるのではないか。

しかしながら、批判法学、そして彼らの展開した法の不確定性論を検討する意義ははまだ十分にある。一口に批判法学者、法の不確定性といって

- 
- 1) 来栖三郎 (1954)「法の解釈と法律家」『私法』11号、p.22。日本の法解釈論争を整理、論じたものは数多いが、さしあたり、瀬川信久 (1990)「民法の解釈」星野英一他編『民法講座 別巻1』有斐閣、田中成明 (2011)『現代法理学』有斐閣、第14章、高橋文彦 (2011)「法的議論における発見の論理・序説——法解釈論争が残した知的遺産の継承と発展に向けて」『明治学院大学法学研究』91号。法の不確定性について当該論争を超えてよりラディカルな主張を展開したものと、佐藤憲一 (1998)「法の不確定性——法理解のパラダイム転換に向けて (1)」『法学論叢』143巻2号、同 (1999)「法の不確定性——法理解のパラダイム転換に向けて (2)」『法学論叢』144巻6号、大屋雄裕 (2006)『法解釈の言語哲学——クリプキから根元的規約主義へ』勁草書房
  - 2) 批判法学を包括的に扱った邦語の先行研究としては、さしあたり次のようなものがある。松井茂記 (1986)「批判的法学研究の意義と課題 (1)」『法律時報』58巻9号、同 (1986)「批判的法学研究の意義と課題 (2)」『法律時報』58巻10号、デイビット・ケアリズ編 (1990)『政治としての法——批判法学入門』松浦好治他訳、風行社、中山竜一 (2000)『二十世紀の法思想』岩波書店、第4章、吉田邦彦 (2000)『民法会解釈と揺れ動く所有論』有斐閣、第2章、船越資晶 (2011)『批判法学の構図——ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』勁草書房、大屋雄裕 (2014)「批判理論」瀧川裕英他編『法哲学』有斐閣
  - 3) 批判法学の主張が新規性を感じられなかったといった理由から、日本においてあまり影響力を持たなかったと述べるものとして、田中成明 (2000)『転換期の日本法』岩波書店、pp.62-65、森村進 (2004)「最近四半世紀の日本法哲学」『一橋法学』3巻3号、p.106

もその実態は多様である。我々は、そうした多様性を十分に理解することなく<sup>4)</sup>、批判法学の主張する法の不確定性を単純化して捉え、あるいは知ったかぶりをし、検討に値しないものとして看過してしまっていたのではないだろうか。

本稿では、こうした問題関心の下、批判法学の主張した法の不確定性論——「不確定テーゼ (indeterminacy thesis)」——を検討する。本稿は以下のような構成で議論を展開する。まず、批判法学の概要を見た後、批判法学の議論をその中で用いられる道具立てに沿っていくつか類型化する。続いて、批判法学の主張する不確定テーゼを検討するに際し、①なぜ不確定性があるのか、②なぜ不確定だと主張すべきなのか、という二つの問いに分けるべきであることを確認する。そして、先に提示した類型ごとにこれら二つの問いに対する答えが異なりうることを示し、批判法学における不確定テーゼの多様性を明らかにする。その後、現在に至るまで精力的に活動を続けている批判法学の大家<sup>5)</sup>の一人であるロベルト・アンガーの不確定テーゼを対象を絞って検討・考察を行い、アンガーの不確定テーゼが二つに分けられることを明らかにし、その独自性を明らかとする。

後に詳しく見ていくように、アンガーの不確定テーゼは、詩にその発想の根源を持ち、人々の想像力を強く刺激し社会変革や民主政治を加速させようという非常にラディカルなものとして解される。しかしながら、アンガーの議論の根底にある第一論文(エッセイ)「詩とヴィジョン“Poetry and Vision”」が十分に考慮・理解されてこなかったために、その可能性が十分に看取されず、もしくは大きく誤解されているのが現状である。「詩とヴィジョン」を介して理解されることで提示されるアンガーの二つの不確定テーゼは、それぞれが独自の意義を持ち、ポピュリズム時代における法学の在り方や、法の不確定性に対する評価といった問題に新たな光を当てる可能性を提示するであろう。

4) ここでの無理解は多様であることを認識しつつもその内実(どのような議論がどのように展開されているか)を知らないものを含む。

5) ただし、アンガーが批判法学内において大きな影響力を持ったことについて疑問視する声もあり(山田卓生(2010)「アンガー——自由主義法批判と社会変革(石田眞報告へのコメント)」同『山田卓生著作選集 第1巻 法律学・法社会学・比較法』信山社、p.213)、また批判法学内で必ずしも好意的に受容されているわけではなく、アンガーに批判的なスタンスを取る論者もいる(Mark Kelman (1987) *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press)。

## 1. 批判法学の多様性

批判法学において主張された不確定テーゼを論じるに先立ち、そもそも批判法学とはどのような学派なのかについて明らかにしておくことが必要であろう。以下では、歴史的な背景を含めて彼らの主張を概観した後、類型化を試みる。

### 1. 1. 定義と出自

批判法学とは何か。実のところ、この問いに答えることは非常に難しい。というのも、批判法学の中心的な論客たち自身が、そうした定義づけを拒否しているように思えるからである。批判法学内において中心的役割を担ってきたダンカン・ケネディとカール・クレアは、次のように述べている。

我々は批判法学とは何であるかを全く定義しようとしてこなかった。批判法学運動は、一般的には、法学と、より人間的で、平等主義的で、民主的な社会を創り出す闘争の実践の関心を持ってきた。批判法学の知は、現在のラディカルな社会理論の様々な潮流に影響されてきたが、どのような政治的信条や方法論に対する賛意も反映してこなかった<sup>6)</sup>。

「より人間的で、平等主義的で、民主的な社会を創り出す闘争の実践の関心を持ってきた」という言葉から、広い意味でのリベラルだとは考えられそうだが、具体的な「政治的信条や方法論」について十分に一致していないゆえにそれ以上の共通点は見出し難く、加えて、こうしたリベラルに対するコミットメントも歴史的記述に過ぎないようにも受け取れる。

それでは彼らを結び付けていたものは何だったのだろうか。その一つとして、共通の敵、すなわち「リベラル・リーガリズム (liberal legalism)」

---

6) Duncan Kennedy and Karl Klare (1984) "A Bibliography of Critical Legal Studies", 94 *Yale Law Journal* 461, p.461

と呼称される主流派の法学を挙げることができる。しかしながら、このリベラル・リーガリズムもまた曖昧模糊とした概念であり、定義づけは試みられているものの、決定的といえる程のものはない<sup>7)</sup>。彼らの結びつきは、こうした共通の敵のみによって説明することはできず、ある種の共感によって支えられていた。実際に批判法学のカンファレンスに参加したある論者によれば、そのカンファレンスは「法学のカンファレンスというよりもウッドストック・フェスティバルのようであった」という<sup>8)</sup>。こうした強い統一を求めない反権威主義的なムードが、逆説的に彼らを一つの学派たらしめていたのである。

しかしながら、不確定テーゼを論じるにあたり、批判法学を全く定義しないというわけにはいかないだろう。よって、先に述べたような事情を踏まえ、十全な定義たりえないことを承知・考慮した上で、中山竜一による定義をここでは紹介しておきたい。

(a) 法や権利といった概念はそもそも本質的に不確定性をはらむものである。(b) 裁判をはじめとする法的実践は本来的に「政治」にはかなならない。(c) 制定法や判例に含まれる法的諸原理はその根底の部分で互いに矛盾している。(d) そして、こうした法内在的な矛盾は、リベラルな社会が本質的に抱え込んだ根本的な矛盾を反映するものである。(e) また、過去の法理論・法実務の中心的背景をなしてきたリベラルなリーガリズムは、法を社会的統制や紛争解決の中心的手段として特権化し、その役割を帝国主義的に拡張させる傾向があるが、実際には、法という営みも他の様々な社会的実践の一つであるに過ぎない<sup>9)</sup>。

このように、批判法学は主流派の法学が前提としている無矛盾性や中立性に対し強く反発する。ここで、多くの読者がリアリズム法学 (legal

7) 船越『批判法学の構図』pp.8-9 (本稿では既出の文献については略称を用いる。)

8) Gary Minda (1997) "Neil Gotanda and the Critical Legal Studies Movement", 4 *Asian American Law Journal* 7, p.8. 邦語で読めるカンファレンスの体験記として、大久保史郎 (1984) 「アメリカ左翼法学の動向」『法の科学』12号

9) 中山『二十世紀の法思想』pp.135-136

realism) を想起するであろう<sup>10)</sup>。確かに、後に見るようにリアリズム法学に大きく依拠する論者・議論も少なくないが、批判法学にはリアリズム法学にはない特殊な理論的・歴史的背景がある。リアリズム法学もまた、1920年代から1940年代にかけて、主流派の法学を鋭く批判したが、しかしながら、リアリズム法学者の多くは必ずしも法学の背後にある主流派の社会観——ニューディール的な行政国家観など——に対しては強い批判を加えることはなかった。むしろ彼らは、法実践が当時のニューディール的な社会改革に沿うような形で解釈され、政策の実現に寄与することを望んだ。それゆえ、リアリズム法学の懐疑は主として当時の法学に対する懐疑であり、法学外部に対してまで及ぶことを主張する論者は多くなかった<sup>11)</sup>。リアリズム法学の主張を過激化・戯画化した著名な標語——裁判官の判断は朝食で何を食べたかによって決まる——があるが<sup>12)</sup>、この標語ですら、裁判官が朝食で何を食べたかを知ることができれば判断の結果を予想できる、ということの意味していると解釈することも可能であろう<sup>13)</sup>。

10) ここでは批判法学がアメリカの運動であることに鑑み、リアリズム法学を挙げたが、リアリズム法学もまた無から現れたものではなく、その淵源を辿っていくことは可能であるし、その独自性に疑義を差し挟むことは可能である。たとえば、リアリズム法学の背後にドイツの自由法運動を見るものとして、James Herget and Stephen Wallace (1987) "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism", 73 *Virginia Law Review* 401

11) Wayne Morrison (1997) *Jurisprudence: From the Greeks to Post-modernism*, Cavendish Publishing, p.454. ただし、裏を返せば、リアリズム法学内においても法学外部に対しても懐疑を拡張した論者もあり、批判法学はそうした論者たちの系譜を受け継ぐものであるという主張もある(和田仁孝(1996)『法社会学の解体と再生』弘文社, pp.35-39)。このようにリアリズム法学と批判法学の差異・関係については理解が難しい点があるが、両者の関係を論じたものとして、Edward White (1986) "From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History", 40 *Southwestern Law Journal* 819, 岡崎修(1987)「アメリカ法思想の一断面——批判的法学とリアリズム法学」『明治大学大学院紀要 法学篇』24巻2号

12) 抽象的イメージに基づいた戯画化であることについては、Brian Leiter (2010) "American Legal Realism", in Dennis Patterson (ed.) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, p.259

13) 実際にそうした方向性を突き詰めた昨今の研究として、Shai Danziger et al. (2011) "Extraneous Factors in Judicial Decisions", 108 *PNAS* 6889. このように統計学的・政治学的手法を取り入れた法学研究は、「法と政治 (law and politics)」といった研究を経て学際的に発展し(著名なものとして、Jeffrey Segal and Harold Spaeth (2002) *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge University Press)、現在ではキャス・サンステインらによって「新リアリズム法学 (new legal realism)」と呼ばれるまでになっているが(Thomas Miles and Cass Sunstein (2008) "The New Legal Realism", 75 *University of Chicago Law Review* 831.)、これらの研究がリアリズム法学の精神を正しく追及したのものとして本稿では考える。

こうして彼らは、法学を政策科学といった法学外部の諸科学によって補完するという方向性へと向かったし、そうした政策科学の実践として有力な論者たちの何人もが政府の要職に就いたことは強調されてよいように思われる<sup>14)</sup>。このように、リアリズム法学は、自らの依拠すべき包括的な社会理論や思想として、ニューディールの・行政国家的な社会観を持っていたのである<sup>15)</sup>。

それに対し、批判法学は、リアリズム法学が依拠してきたニューディールの・行政国家的な社会観が動揺する時代に勃興してきたものであり、自らが依拠することのできる参照点が存在しなかった<sup>16)</sup>。それが、先に見たように政治的な信条や方法論について確固たる纏まりのない形で運動が展開される一因にもなったのである。

こうしたニューディールの・行政国家的な社会観の動揺とそれに伴う批判法学の新しさは、批判法学者の出自を見ることによって、より明らかとなろう。批判法学の初のカンファレンスは、1977年のウィスコンシンにおいて行われることになるが、批判法学を一つの運動に押し上げることが可能であったのは、ディビッド・トゥルーバックとケネディの人脈によるものが大きい<sup>17)</sup>。批判法学の大きな潮流として、「法と開発 (law and development)」、学生運動が挙げられるが<sup>18)</sup>、トゥルーバックは「法と開発」の中心的人物の一人であり、ケネディもその時代の空気を摂取した若者の一人であった。「法と開発」、学生運動は共に当時の主流な社会的イデオロギーであるリベラリズムに対する不信感をもたらしただのである。

14) Laura Kalman (1986) *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, University of North Carolina Press, p.130

15) ただし、ニューディールや行政国家にリアリズム法学を結びつける見解に対し、反対を表明する論者も多い(例として、Duxbury (1995) *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, pp.149-159)。その是非についてはここで論じないが、こうした論争を概観した上で、ニューディールや行政国家とリアリズム法学の根元的な結びつきを主張するものとして、Marcus Curtis (2015) "Realism Revisited: Reaffirming the Centrality of the New Deal in Realist Jurisprudence", *27 Yale Journal of Law and Humanities* 157

16) 吾妻聡 (2017) 「批判法学制度派の研究プログラム——Roberto Unger は法をどのようなものとして視るのか」法社会学 83 号、p.95、Roberto Unger (2015) *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*, Verso, p.30(以下「CLSM」とする。)

17) John Henry Schlegel (1984) "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies", *36 Stanford Law Review* 391

18) 中山『二十世紀の法思想』pp.136-143

「法と開発」とは、1950年代に勃興した運動・学派であり、発展途上国の法整備を支援することを目的とするものである<sup>19)</sup>。トゥルーベックも携わった勃興当時、法整備支援プロジェクトは、マックス・ウェーバー的な法社会理論の影響を強く受けており、発展途上国も発展に伴って先進国たる西側諸国と同様の諸制度を生み出すという社会進化論的な想定があった<sup>20)</sup>。西洋型の法を輸出し、法整備を支援することで、こうした発展を促進することができると考えられていたのである。そこでアメリカ法の輸出を画策したトゥルーベックであるが、実質的な敗北宣言をすることになる。輸出されたアメリカ法は、その精神も含めて途上国に根付き人権の保護に資するどころか、逆に支配者の道具と化してしまい、政治的・制度的腐敗を促進する結果となってしまったのである<sup>21)</sup>。結局、法が作動するためには、エリートはどうあるべきかといった規範を含めた社会的文脈の考慮が必要なのであり、世界中どこにでも通用する単一の法モデルなるものは存在しないのではないか。そしてそうした社会的文脈は、社会進化論的なモデルによって回収できない多様性を内に秘めているのであり、無邪気にアメリカの法を他国より優れたものとして捉えることはできないのではないか。こうした懐疑がアメリカの主流派法学、ひいてはアメリカ社会そのものへの批判へとトゥルーベックを駆り立て、「法と開発」の論者、広くは隣接分野である「法と社会 (law and society)」研究の論者を批判法学へと

19) 「法と開発」について、邦語で読める基礎文献として、さしあたり、小林昌之編(2007)『「法と開発」基礎研究』調査研究報告書、アジア経済研究所、松尾弘(2012)『開発法学の基礎理論——良い統治のための法律学』勁草書房

20) 中村良隆(2003)「アメリカ合衆国における『法と開発』の理論と法整備支援の実際」早稲田大学比較法研究所編『比較法研究の新段階——法の継受と移植の理論』早稲田大学出版会、pp.292-293。ただし、ウェーバーの議論をそのまま継受したわけではないことに注意されたい。さしあたり次のような記述を参照。「注意がより注がれねばならないのは、ウェーバーの類型学を今日の世界に適用する時である。今日の発展ないし近代化の諸条件は、ウェーバーが研究した時期に行き渡っていた諸条件と実質的に異なっている。」(デイビッド・トゥルーベック(1981)「マックス・ウェーバーの法と資本主義の抬頭に関する理論(2・完)」石井幸三訳『龍谷法学』13巻4号、p.161。なお本稿では、邦語訳された文献については邦語のものを用いるが、断りなく訳を改変することがある。) また、ウェーバーや社会進化論以外の知的源泉については、John Henry Merryman(1977)“Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement”, 25 *The American Journal of Comparative Law* 457, pp.461-481

21) David Trubek and Marc Galanter(1974)“Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, 4 *Wisconsin Law Review* 1062

いざなっていたのである。

一方の学生運動はなぜ批判法学者の重要な供給源の一つとなったのであろうか。1960年代は世界的に市民運動や学生運動が勃興した時代であり、アメリカはその中心的な地の一つであった<sup>22)</sup>。第二次大戦に勝利し、物質的にも豊かになってきているにも関わらず、自由と平等を掲げる国であるアメリカは、その看板と相矛盾するような状況にあった。なくならない人種差別、ベトナム戦争での残虐な行為に対し、多くの学生たちは大きな不満を感じていた。我々が掲げているところの自由や平等は何かおかしいのではないか。その原因はどこにあるのか。不信感を持った学生たちは、もはや自由と平等にかかる舵取りを専門家やエリートたちに任せることはできなかった。こうして自由や平等を実現するとされる法の支配もまた政治的闘争の場となり、「利益中立的なエリートによって運用される専門技術的政策科学としての法という幻想は色あせてしまった」のである<sup>23)</sup>。彼らは反権威主義的なヒッピー文化や第二派フェミニズムの主張などを摂取しつつ、運動を発展させていった。運動の過激化に伴い、彼らの運動は次第に内外の支持を失っていった瓦解することになるが、彼らの主張に影響を受けた論者が現れ、また彼らの一部が学者として学問的に既存の法批判を継続する道を選ぶなど、批判法学の大きな供給源の一つとなるに至るのである<sup>24)</sup>。

以上の二つの供給源は、その性質から明らかなように、安定的で継続的なものではない。というのも、「法と開発」のプロジェクトは、続行しつつも違う形で行われるようになってきており、学生運動についても、その形態や直面する問題は一樣ではなく、永続する類のものではないからである。よって、批判法学の勃興から時間が経過するにつれ、批判法学内のアクターの多様化が進行することとなり、内部分裂が発生するようになる。

22) ノルベルト・フライ (2012) 『反乱のグローバリズム』 下村由一訳、みすず書房、第1章

23) ロバート・ゴードン (1991) 「法理論の新たな発展動向」 深尾裕造訳、ケアリス編『政治としての法』 p.242

24) ケネディも当初はラディカルな左派ではなかったが、こうした政治状況の中でロー・スクール時代を過ごすことによりラディカル化していったことを明かしている (Tor Krever et al. (2015) "Law on the Left: A Conversation with Duncan Kennedy", 10 *Unbound* 1, pp.1-9)。

結果としてそれが批判法学が分解していく原因となり<sup>25)</sup>、現在ではカンファレンスではもはや開かれていない。

こうした現状を踏まえ多くの論者は、批判法学はもはや死んでしまったのであり、見るべきものはなくなってしまったのではないかと主張する<sup>26)</sup>。しかしながら、批判法学が死んだものとするのは早計であるように思われる。批判法学の死を主張する者に対する応答としては次のようなものがあるので、簡単に紹介しておきたい。

第一に、批判法学というレッテルが使われなくなっているだけであり、それに相当するものは存在しているという応答である。たとえば、日本で批判法学を最も精力的に研究する一人である船越資晶は、ケネディの言を踏まえつつ、次のように述べている。

学派としての批判法学はまだ存続している。それどころか、批判法学に触発された文献が生産される領域はますます広がりを見せている。試みにフェミニズム法学や批判的人種理論などの領域で、どれだけの文献が批判法学を参照して書かれているかを検索してみよとケネディは言う。逆説的に聞こえるかもしれないが、ネットワークが解体したことによって、かえってその影響力が法学界のあらゆる領域に及ぶようになったのだ——法の不確定性はいまやアメリカ法学界の常識になっている<sup>27)</sup>。

生きているか死んでいるかを測る指標は、そのレッテルが残っているか否かには依存しない。批判法学の主張は、いまなお多くの論者によって採

25) とりわけ左翼的規範に対するコミットメントが下の世代——俗に「第二世代 (second generation)」と呼ばれる——になるにつれ欠けてくるようになったことが大きい (Duncan Kennedy (1989) “A Rotation in Contemporary Legal Scholarship”, in Christian Joerges and David Trubek (ed.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlag, p.375)。ただし、第二世代にも左翼的規範に対する情熱があったと指摘するものとして、Gary Minda (1995) *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, pp.116-122

26) 大屋「批判理論」pp.313-314、Richard Michael Fischl (1992) “The Question That Killed Critical Legal Studies”, 17 *Law and Social Inquiry* 779、Richard Posner (2008) “The State of Legal Scholarship Today: A Comment on Schlag”, 97 *Georgetown Law Journal* 845, p.851

27) 船越『批判法学の構図』pp.iii-iv (ただし注は省略した。以下、引用に際し断りなく注を省略することがある。)

用されているのである。

第二の応答としては、現在の批判法学が力を失っていることを認めつつも、それは完全に死んでいるということの意味せず、何らかの新たな理論や実践と結びつけるといった努力によって、再活性化することができるというものが挙げられる。たとえば、コリン・ブラロックが主張するには、批判法学が隆盛を極めた当時と現状は大きく異なっており、現在最も力を持ち猛威を奮っているのは経済的自由を絶対視する新自由主義である。それゆえ、批判法学が批判者としての存在感を示すためには、新自由主義を批判するような理論、具体的にはマルクス主義などをより考慮した議論を展開する必要がある<sup>28)</sup>。また、ジャック・バルキンによれば、9.11 といった出来事を通じて中央権力の行き過ぎた拡大が現在大きな問題となっており、批判法学は法を脱神秘化し、批判することに固執してはならない。批判法学は、ジャック・デリダの「脱構築 (déconstruction)」を用いて、法が不確定なものであるということを主張してきたが<sup>29)</sup>、それはいまや批判法学自身にも向けられねばならないとバルキンは主張する<sup>30)</sup>。こうした取り組みは、ややもすれば批判法学の独自性を曖昧にしてしまう可能性を秘めているが、十分考慮していくに値する方向性であろう。

最後に、批判法学全体については一端括弧に入れて、個別の論者やある特定の方向性・議論の救い出しを図るといった応答が考えられる。批判法学のカンファレンスが解散されなくなった後も、個別の論者に焦点を当てて、その再検討を図るシンポジウムが開かれている<sup>31)</sup>。すべての科学者がよい科学者であるわけではないのと同様に、批判法学者もまた再検討に値する者と値しない者が存在すると考えるのはおかしなことではないだろう。少なくとも、批判法学に属する論者や議論であれば、それによって良いものとなるとする狂信的な考えは生産的な方向に向かうとは考えにくい。ただし、ここで再検討に値するか否かといった基準は、あくまで歴史的に可

28) Corinne Blalock (2015) "Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory", 77 *Law and Contemporary Problems* 71

29) 本稿 1.2.3. を参照

30) Jack Balkin (2008) "Critical Legal Theory Today", in Francis Mootz (ed.) *On Philosophy in American Law*, Oxford University Press

31) たとえば, Symposium (2010) "The Canengusian Connection", 261 *Journal Jurisprudence* 7, Symposium (2012) "Symposium on Gordon's Critical Legal History", 37 *Law and Social Inquiry* 147

変的なものであり、長年忘れられた論者や議論に再度焦点が当てられる可能性を否定するものではない、ということはこの中で強調しておきたい。なお、不確定テーゼを論じる中でアンガーを大きく取り上げる本稿で行おうとしているのは、こうした応答の一つに分類されるものである。

## 1. 2. 諸類型

以上、批判法学の概要を述べ、批判法学が多様な人々による多様な理論の集合であるということを見てきた。それでは、具体的にその多様性はどのようなものであったのか、先の記述では明らかでないところもあるように思われる。それゆえ、ここでは批判法学者の用いる理論上の道具立てをいくつかの類型に分類・分割することで<sup>32)</sup>、批判法学のイメージの明確化に努めたい。このように道具立てに基づいて分類することによって、不確定テーゼの多様性を理論的な観点から明らかにすることが可能となる。よって本類型化は、1. 3. において展開する不確定テーゼの諸相にかかる前提作業でもある。

ここで注意を促したいのは、以下で類型を示していくことになるが、そこで参照される論者は必ずしもその類型のみを用いて議論を展開しているわけではないということである。ケネディは以下の類型論において複数回登場するし、また、たとえばバルキンはポストモダンの言語哲学の項において扱われるが、それはバルキンがポストモダンの言語哲学にのみ依拠していることを意味しない。多くの論者は、諸類型にまたがるようにして、自らの議論を展開していることが常である。

---

32) David Kennedy (1985) "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship", 209 *New England Law Review* 21, p.210 の類型を下敷きとしたが、類型の追加や併合、順番の変更を行っており、類型化の意図も異なることに注意されたい。また、本稿の類型は絶対のものではなく別様の類型もありうる。たとえば批判法学の理論を三つの類型（構造主義・解釈主義・脱構造主義）によって整理したものとして、棚瀬孝雄（2003）「批判法学と脱構築」『法学教室』No.268、同（2003）「解釈の地平性」『法学教室』No.269。加えて、網羅的な類型でもないことも明記しておきたい。たとえば、本稿で取り上げなかったジークムント・フロイトに連なる精神分析学が批判法学に対して与えた影響について論じたものとして、David Caudill (1991) "Freud and Critical Legal Studies: Contours of a Radical Socio-Legal Psychoanalysis", 66 *Indiana Law Journal* 651

### 1. 2. 1. リアリズム法学

一部の論者は、自らをリアリズム法学の延長線上に位置付け、批判法学はその最良の部分我代表するのだと主張し、議論を展開する。しかしながら、多くの論者は、もはや機械的な法的三段論法がそのまま通用するなどは考えておらず、いまや多かれ少なかれ「我々は皆リアリストである」とまで言われる<sup>33)</sup>。どうして敢えてリアリズム法学の主張を繰り返し唱える必要があるのだろうか。この問いに対して、アラン・フリーマンは次のように答える。

「我々」が、我々は皆リアリストであると信じているのと同じくらいに、我々はリアリストではない。私もそうである。リアリストの批判がまるでなかったかのように、法学は発展している。我々はリベラリズムのパラダイムの中では価値の主観性を認識している。しかしながら、その認識は実体的な価値にのみ及ぶものであり、「手続的価値 (process values)」には及ばず、それゆえ手続的価値は客観であるとされてきた。「法と経済学 (law and economics)」といった別のディシプリンを装って、真の形式主義へと後退しようという企みもある<sup>34)</sup>。

フリーマンによれば、リアリズム法学は誤った形で継受されている。先に、リアリズム法学がリベラリズムという包括的な社会理論や、科学的な実証研究に親和的であると本稿で主張したが、フリーマンの見解に従えばそれはリアリズム法学を間違った方向に解釈し発展させてしまった結果である。もし我々が「皆リアリストである」とするならば、我々は価値の主観性をより徹底していかなければならないとフリーマンは主張する。

また、船越も主としてケネディに依拠しつつ、フリーマンとは別の角度から、昨今のリアリズム法学に対する理解の誤解を指摘し、リアリズム法学の延長線上に批判法学を位置付けている。船越によれば、「リアリズム

33) ただし、どのような意味でリアリストであるのかについては一様ではないようである。この標語の意味するところについて検討したものとして、Dan Priel (2017) "The Return of Legal Realism", Forthcoming in Markus Dubber and Christopher Tomlins (ed.) *The Oxford Handbook of Historical Legal Research*, Oxford University Press, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2989165> (last visited Nov. 21, 2017)

34) Alan Freeman (1981) "Truth and Mystification in Legal Scholarship", 90 *Yale Law Journal* 1229, p.1233

法学の真髓」は、「法の社会科学的批判にはな」く、「オリバー・ウェンデル・ホームズ、ウェズレー・ホーフエルト、ロバート・ヘイルによる法の内在的批判にある」とする<sup>35)</sup>。裁判官は、自らのイデオロギー的選好や政策、たとえばニューディール的なそれを直接に適用できるわけではない。「裁判官は、両者を媒介する法素材としての政策を駆使することによって、所期の目的を達成しようとしている」のだと船越は主張する<sup>36)</sup>。つまり、船越によれば法的議論を（たとえば）国会での討論（政治的議論）に還元することは意味をもたない。たとえある判決を下すことによってGDPを増加させることが統計データから明らかになるとしても、その主張は何らかの法令や法理を介することができないのであれば、法的議論においては考慮されることのない単なる事実すぎない。法実践の中にイデオロギー同士の戦いが繰り広げられるのが事実である、すなわちそうした意味で政治なののだとしても、それは国会論争の直接的な続きではない。船越が大きく依拠するケネディの言葉を借りれば、クラウゼヴィッツが「戦争は政治におけるとは異なった手段をもってする政治の継続にはかならない」と戦争と政治の連続性をしつつもあくまで異なった手段であることを意識し、峻別を図っていたように<sup>37)</sup>、「法が政治なののだとしても……異なった手段での」政治なのである<sup>38)</sup>。こうして船越は、「政策の司法化」の先駆としてリアリズム法学を位置付けるのである。

### 1. 2. 2. (ポスト) 構造主義

中原拓也が主張するように、その立ち上げが1970年代後半であり、その時代の知的状況に鑑みれば、「批判法学は構造主義とポスト構造主義を同時に受容した」と考えられる<sup>39)</sup>。構造主義とは、フェルディナン・ド・ソシュールやレヴィ＝ストロースのように、言語による世界分節の構造化

35) 船越資晶 (2017) 「リアリズム法学の再検討のために——公私二元論批判」『法学論叢』180巻3号、p.2

36) 同上 p.17 (強調は原文。)

37) カール・フォン・クラウゼヴィッツ (1968) 『戦争論 (上)』篠田英雄訳、岩波文庫、p.58

38) Duncan Kennedy (2006) “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000”, in David Trubek and Alvaro Santos (ed.) *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, p.72

39) 中原拓也 (1998) 「言語・構造・表象——ソシュールからポストモダン法学まで」『法哲学年報』1997、p.79

や、一見でたらしめに見える風習の固有の論理や法則の発見に努めた知的営為である。一方、ポスト構造主義は構造主義を否定したものだとして誤解されることもあるが、両者は連続したものであり、前者は「動態的な力の関係を記述するのを旨とするものである」のに対し、後者は「静態的な構造の記述にとどまる」という差があるに過ぎない<sup>40)</sup>。

バルキンが指摘するところによれば、ケネディは「彼の構造主義的手法に対するコミットメントは最も明白で継続されたものであったから、批判法学の他のメンバーよりも客観的な原理構造にコミットしていた」という<sup>41)</sup>。批判法学上、最も影響力を与えた論文の一つである「私法裁決における形式と実質“Form and Substance in Private Law Adjudication”」において、私法には個人主義に基づく原理と利他主義に基づく原理があり、個人主義と利他主義は互いに背反する原理であることから、私法は「根本的矛盾(fundamental contradiction)」を抱えている、とケネディが主張したことは有名である<sup>42)</sup>。しかしながら、ケネディ自身は早い段階からこの「根本的矛盾」テーゼを捨て去ったと主張していることに鑑み<sup>43)</sup>、ここでは「根本的矛盾」テーゼの廃棄を宣言した後の著作を検討し、ケネディがそれでもなお構造主義的議論を採用し続けていたことを確認しよう。

ケネディは、裁判の場においては、その場に特有の議論の形式、すなわち「論法(argument)」があり、そうした論法において利用可能な「断片(bite)」があると主張する。具体的には、ケネディは次のような論法と断片を例示している<sup>44)</sup>。

40) 同上

41) Jack Balkin (1991) “Ideology as Constraint”, 43 *Stanford Law Review* 1133, p.1166

42) Duncan Kennedy (1976) “Form and Substance in Private Law Adjudication”, 89 *Harvard Law Review* 1685

43) Peter Gabel and Duncan Kennedy (1984) “Roll over Beethoven”, 36 *Stanford Law Review* 1, pp.15-16

44) Duncan Kennedy (1994) “A Semiotics of Legal Argument”, in 3 *Collected Courses of the Academy of European Law*, Book 2, Kluwer Academic Publishers, pp.327-328. ただし、以下の例示はケネディが挙げている全てではなく、また若干の改変をしている。

【Ⅰ内容にかかる論法】

(a) 道徳論法

断片：約束は守られるべきである

vs

断片：それは状況が同じである限りにおいてである

(b) 権利論法

断片：人々は損害から保護される権利を持つ

vs

断片：人々は行為を自由にする権利を持つ

(c) 社会福祉論法

断片：労働の果実の法的保護は生産に対するインセンティブを与える

vs

断片：法的保護は財とアイデアの市場において、競争を抑制してしまう

(d) 期待論法

断片：提示されたルールはコミュニティの期待に合致する

vs

断片：コミュニティの期待ではなく、法によって決定すべきである

【Ⅱシステムにかかる論法】

(a) 執行にかかる論法

断片：提示された解決策は、執行が容易である

vs

断片：提示された解決策は、衡平を可能とする柔軟性に欠ける

(b) 制度的競合論法

断片：裁判官の任務は法を適用することであり、作ることではない(立法は立法府の役目)

vs

断片：コモン・ローは新たな社会的状況に合致するように進化してきた

このように法は特定の論法と使用可能な断片を持ち、ここから外れた論法や断片は使用できない。たとえば、悪魔が私に取り憑いてこうさせたのだ、といった抗弁は、宗教裁判の場においては一定の説得力を持つ可能性があるが、現在の司法過程において説得力を持つことはないであろう。法の場には法の場に特有の論証ルールがあるのである。

このように構造主義に親和的な議論を展開するケネディであるが、同時にポスト構造主義的な留保を付している。結局のところ、現在法の場において認められている論法や断片は、歴史的に構築されてきたものであり、法律家共同体内のコンヴェンションに依拠したものである。とするならば、法の論法と断片は、時間が経過していくことによって、法律家共同体内のコンヴェンションが変化していくことによって、違うものになってしまう可能性があるといえる<sup>45)</sup>。

そして現に、そうした変化は既に起こってきたとケネディは考える。ケネディは、1850年以降の世界の法思想を時期に応じて三つの類型に区分し、その考えを説明している<sup>46)</sup>。第一類型は、1850年から1914年にかけてのものであり、「古典的法思想 (Classical Legal Thought)」と呼ばれる。この時期においては、無矛盾かつ自律した法秩序を前提に、そこから形式主義的に法判断が可能だと考えられており、権利・意思・過失といった断片に重きが置かれていた<sup>47)</sup>。1900年頃に勃興し、1968年まで続けとされる第二類型においては、第一類型とは異なり法秩序の多元性が承認され、社会において実際にある法が重視されるようになる。その合言葉は「社会的なもの (The Social)」であり、法の議論においても政策分析や社会福祉に基づく論法が導入されるようになった<sup>48)</sup>。そして1945年以降に現れ、現在まで続く第三類型は、「古典的法思想 [= 第一類型] と社会的なもの [= 第二類型] の諸要素が変形され、統合されないままの共存したもの」であ

45) Ibid., p.329. それゆえ、文脈を変えたとき、たとえば日本の法について考えたとき、ケネディのこうした図式が成立しない可能性も考えられる。ケネディ自身は、ケネディの議論を世界的に当てはめ可能なものと考えていたようである (Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought")。日本に対し、ケネディの提示した図式が適用可能であることを論証したものとして、船越資晶 (2001) 「法的議論の社会学へ向かって——批判法学の再定位」『法社会学』55号、pp.185-189

46) Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought"

47) Ibid., pp.25-37

48) Ibid., pp.37-63

る<sup>49)</sup>。そこでは様々なものが法的利益に値する権利として同定され、法的議論の断片として用いられるようになり、様々な法解釈が現れる。もはや論法と断片は不安定になってきており、自らの、そして他者の用いる断片や論法が無条件に法場にふさわしいものであるとは考えられず、そうしたものがあのかのように振舞うか、一種の信仰とならざるを得ない<sup>50)</sup>。そして、互いの法解釈が政治的イデオロギーの発露に過ぎない誤ったものであると批判しあうのが法律家の常態となっていており、どのような解釈論にも完全にコミットすることは難しく、若手の法学者は急速に興味を失ってきている。それゆえケネディは次のように言う。「法理論は時代にそぐわない (Legal theory is out)」と<sup>51)</sup>。

この先、こうした現代的な法思考がどこに向かうかは分からない。しかしながら、人々の営為は構造の中にあり、白紙から構築できないということは確かである。ケネディはこうした構造を十分に注視し、主流派法学に対する法内在的な批判を展開したのであり、高く評価されねばならないだろう。

### 1. 2. 3. ポストモダンの言語哲学

批判法学の知的背景には、デリダや後期のルートヴィヒ・ウィトゲンシュタインといったポストモダンの言語哲学の論者の影響があると言われる。石前禎幸は、次のように述べている。

批判法学ブームの理論的背景には、規則への根源的な懐疑、あるいはポストモダン系の思潮を見ることができ。ウィトゲンシュタインの「規則遵守」問題、ネオ・プラグマティズム等による反基礎付け主義、脱構築批評など、規則の意味ないしテキストの不確定性をめぐる諸理論が主流の法理論を批判するために手がかりを与えたことはまちがいない<sup>52)</sup>。

49) Ibid., p.63

50) Duncan Kennedy (2014) "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought", 25 *Law and Critique* 91, pp.114-115

51) インタビュー上の発言 (James Hackney (2012) *Legal Intellectuals in Conversation: Reflection on the Construction of Contemporary American Legal Theory*, New York University Press, p.43)

52) 石前禎幸 (2006) 「法の支配と不確定性」『法哲学年報』2005、p.87

こうした批判法学に対するポストモダン的な言語哲学の影響は強調されすぎるくらいがあるが<sup>53)</sup>、そうした議論に強く影響を受けた人々が多くいることは確かであろう。以下では、デリダ及び後期ワイトゲンシュタインに影響を受けてきた論者に焦点を当て、紹介しよう。

不法行為法の批判法学的な分析でも知られるアラン・ハッチンソンは、『すべてはゲームの中のこと *It's All in the Game*』と題される著作を上梓した<sup>54)</sup>。本書のタイトルから見てとれるように、本書は後期ワイトゲンシュタインの著名な概念「言語ゲーム」に依拠したものであり、非基礎付け主義の立場から法実践の説明を試みたものである。

ワイトゲンシュタインは、紙に「赤いリンゴ五つ」と書いて商人のところに使いをやるといったケースや、棟梁が弟子に指令を出して「石板」や「梁石」といった石材を持って来させるといったケースを挙げ、語の意味はその文脈とその文脈に沿う使用にこそあるのだという「言語ゲーム」という考え方を提唱した<sup>55)</sup>。この概念の説明は非常に難しい。というのも、ワイトゲンシュタインはある概念に共通した特性や本質があるというプラトンのアイデア主義的思考方を退けているからである。「われわれは、互いに重なり合ったり、交差し合ったりしている複雑な類似性の網目を見、大まかな類似性を見ている」に過ぎないのだとワイトゲンシュタインは主張する<sup>56)</sup>。ワイトゲンシュタイン自身の解説はそれほど分かりやすいものもなく、その詳しい解説がここでは目的ではないため、ここでは本稿独

53) 批判法学におけるポストモダン的な言語哲学における影響を強調するものとして、さしあたり、批判法学内部では Charles Yablon, "Law and Metaphysics", 96 *Yale Law Journal* 613、批判法学外部では Joan Williams (1987) "Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells", 62 *New York University Law Review* 429。批判法学者がポストモダン的な言語哲学に必ずしもコミットしていないことを示す例として、最もあげすけな法解釈の不確定性を主張したことで知られるマーク・タシュネットが、批判法学がときにワイトゲンシュタインを参照することを承知しつつも、そのワイトゲンシュタイン理解が正しいものであるかに疑いを持っており、基本的に言及を控えていることが挙げられる (Mark Tushnet (2005) "Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States", 13 *Journal of Political Philosophy* 99, p.102)。

54) Allan Hutchinson, *It's All in the Game: A Nonfoundationalist Account of Law and Adjudication*, Duke University Press. なお、不法行為法分野における代表的著作として、Allan Hutchinson and Derek Morgan (1984) "The Canengusian Connection: The Kaleidoscope of Tort Theory", 22 *Osgoode Hall Law Journal* 69

55) ルートヴィッヒ・ワイトゲンシュタイン (1976) 『哲学探究 ウイトゲンシュタイン全集 8』藤本隆志訳、大修館書店

56) 同上 p.70

自にパラフレーズした事例によって、説明することにしたい。

紙に「赤いリング五つ」と書いて商人のところに使いをやる例について考えてみよう。使いにやった者は商人から赤いリングを五つ買って戻ってくると予想される。しかしながら、渡された紙には買って戻ってくることなどは一言も記載されていないのであり、それ以外の行動をしてもよかつたはずである。それでもなお、使いにやった者がリングを買って戻ってくことを我々が予想し、それを正しいと考えるのは、我々がそうした文脈においてはどのように振舞うのが正しいかという規範をたまたま内面化し、共有していることによる。そしてそうした共有は、我々がたまたま同じ文脈を現実には生き、規範を内面化してきたことによるのだから、我々の生活実践から独立した客観的真理や規則によって決定されるものではない。「ひとはある恒常的な慣用、ある習慣のあるときに限って道しるべに従う」のである<sup>57)</sup>。よって、文脈が変われば、「赤いリング五つ」の意味も変わると考えられる。果物の数をかぞえている男に「赤いリング五つ」と伝えたならば、彼は頭の中の計算式でリング五つ分をプラスするであろう<sup>58)</sup>。

ハッチンソンはこうした考え方を裁判の文脈においても当てはめることで、裁判官が好き勝手な判断ができないよう自らが拘束されていると感じており、また多くの場合法解釈の結果が予測できるという事実と、彼の非基礎付け主義の共存を図る。「どのようなときであれ社会的に実践されている特定の言語ゲームの文脈において、真理と意味は用いられているのだから、何らかの形で他の語彙よりも事物の真理により近づいた理解を獲得するどのような語彙も存在しない」がゆえに<sup>59)</sup>、非基礎付け主義的説明は、そういった意味で法解釈が「まったくもって不確定である」と考えるが、「ある特定の状況下である特定の時、ある特定のルールの解釈においては——認識的な真なる価値ではなくレトリック上の適切さに基づいて——確信

57) 同上 p.161

58) 以上のワイトゲンシュタインの解説は、ハッチンソンの議論を紹介するに際して行ったものであり、ワイトゲンシュタインの解釈として本当に正しいか、法学への適用に際しハッチンソンのやり方が最良であるかといった問題には立ち入らない。ワイトゲンシュタインに連なる言語哲学とその法学への適用についてより詳細に検討したものとして、大屋『法解釈の言語哲学』

59) Hutchinson, *It's All in the Game*, p.65

を持つ」ことは認めるのである<sup>60)</sup>。別の言い方をすれば、法解釈は「何でもあり」というよりは「何でもありうる」ということなのだ<sup>61)</sup>。

こうしたハッチンソンの見解は、法テキストに示された客観的真理を発見するというタイプの法解釈論から、我々の実践によって、実践の中で法テキストの意味が決定されているというタイプの法解釈論へと我々を導くことになる。その含意はどこにあるのだろうか。ハッチンソンは次のように主張している。

[非基礎付け主義とそれに基づく主流派法学に対する批判は、] 現在の実践のダイナミックな流動性と、変化するものとしての特性を明らかにする。その流動性と特性は、日々の法のパフォーマンスや裁決、そして政治を前進させていくことを可能にする。それゆえ、法や生活が、尽きることのない可能性とパフォーマンスの無際限のゲームとして扱われるとき、政治や裁決はより広く捉えられるようになり、その変革可能性は増すことになるだろう<sup>62)</sup>。

江戸時代に生きる我々と現在の我々が大きく異なることから明らかなように、我々の生活を形作る文脈は、我々がそれに従って生活し、繰り返すうちに変化してきた。ハッチンソンは、裁判やそこにおける法解釈といった法実践もまたそれと同様なものとしてより動的に理解し、裁判官や弁護士もまたそうした実践を行うプレイヤーとして捉えようとする。誰も中立的な審判者の位置にはいない。そうした意味で、「法は政治なのである」<sup>63)</sup>。

以上のようなワイトゲンシュタインに強く影響を受けた議論に対し、デリダに強く影響を受けた勢力が拠り所とするのは、デリダの提出した著名な概念「脱構築」である。デリダは、テキストの中に様々な階層的な二項対立や秩序関係があることを暴き出すとともに、そうした関係を基礎付ける価値構造が反復的に言及される中で別の価値構造へと変容していくとい

---

60) Ibid., p.76

61) Ibid., p.8

62) Ibid., p.254

63) Ibid., p.252

うことを示すことによって、階層的な二項対立や秩序関係が解体されうることを明らかにし、こうした営みを脱構築と呼んだ<sup>64)</sup>。デリダは、批判法学者であるドゥルシラ・コーネルが企画した1989年のシンポジウムにおいて、法に対しても脱構築が適用可能であるし、それは望ましいことであると主張する。というのも、「法／権利が……解釈し変革することの可能なさまざまなテキスト層をもとにして構築されているから」である<sup>65)</sup>。

しかしながら、こうした脱構築の営みが、批判法学者の多くがコミットするリベラルにとって有利なものとなる保障はないように思われる。というのも、価値構造の変容の結果、リベラルの優勢が崩れ保守的な価値観が台頭してくる可能性があると考えられるからである。バルキンは、「脱構築的な法テキストの読みは、左派にとってだけでなく右派にとっての分析ツールにもなりうる」としてそうした可能性を直截に認める<sup>66)</sup>。しかし、デリダも属する大陸哲学が左派政治思想と結び付けられることが歴史的に多かったこと、現状のイデオロギー的性格を暴露する利益はリベラル側の方が大きいことを挙げ、脱構築は左派にとってより有用なツールとなりうるとバルキンは主張する<sup>67)</sup>。

このように分析ツールとして脱構築を考えると、ツールはその使用方法次第で、往々にして悪用される可能性を秘めていることから、そのツールを用いる心構えや倫理についての議論へと発展していく。デリダ自身は、

64) この定義は、谷徹＝亀井大輔（2005）「解説とキーワード」ジャック・デリダ他『デリダ、脱構築を語る——シドニー・セミナーの記録』谷徹＝亀井大輔訳、岩波書店などを元に、再構成したものである。しかしながら、こうした言葉少なな定義は不完全なものにとどまらざるをえない。というのも、脱構築が「複雑すぎて要約しえない」だけでなく、「『一言で』という考え方そのものに原理的に対立し、『一言で』を砕くことにあらゆる努力を傾けているからである」（ジョン・カブート（1994）「脱構築を一言で。そんな考え方があるとは（！）」ジャック・デリダ＝ジョン・カブート『デリダとの対話——脱構築入門』高橋透他訳、法政大学出版局、p.47。ただし、同著はそうした不可能な試みを——失敗するのだとしても——追求することの価値を積極的に評価し、それに取り組むものである）。

65) ジャック・デリダ（1999）『法の力』堅田研一訳、法政大学出版局、pp.33-34。コーネルの主張については、既にいくつもの邦訳があり、その巻末や雑誌等において優れた解説があることから、そちらの参照を願いたい。コーネルの脱構築の理解と受容を知るのに優れた文献として、ドゥルシラ・コーネル（2003）『脱構築と法——適応の彼方へ』仲正昌樹他訳、御茶の水書房、堅田研一（2015）「D. コーネルの脱構築的法哲学について——法における倫理性的の問題」『法哲学年報』2014

66) Jack Balkin (1987) "Deconstructive Practice and Legal Theory", 96 *Yale Law Journal* 743, p.786

67) *Ibid.*

「脱構築は正義である」として<sup>68)</sup>、脱構築と正義を同一視してしまうような議論を展開するが、「正義は、人間の心の中にある超越的な価値であり、人間的文化における接合を望みつつも、しかしその成果に満足することは決してない癒えざる渴望である」のに対し、「脱構築はこうした不確定的な渴望と、人間的文化におけるその部分的で不完全な実現との間隔とでもいべきもの」であり、デリダのこうした定式は誤りであるとバルキンは批判する<sup>69)</sup>。それゆえ、「テキスト外なるものは存在しない」という脱構築の信条があるが<sup>70)</sup>、これに反旗を翻し、バルキンはテキストの外に正義を布置する「超越論的脱構築 (transcendental deconstruction)」を提唱する<sup>71)</sup>。このようにバルキンは、デリダの脱構築に影響を受けつつも、それをそのまま受け入れるのではなく、批判的な受容を行っている。批判法学者らのデリダの受容の仕方はデリダの議論そのものでもなければ、批判法学内で一枚岩なものでもなく<sup>72)</sup>、彼らをデリディアン (デリダ主義者) として一つにまとめて論じる際には注意が必要であろう。本稿での類型化は本稿の目的に沿った整理に過ぎず、完全なものでも詳細なものでもないということは、ここでもう一度強調しておきたい。

#### 1. 2. 4. ネオ・マルクス主義

アメリカの文脈では、学術的な世界においてすら、マルクス主義はレーニンに、そして引いてはスターリンに短絡的に結び付けられてしまう風潮があり<sup>73)</sup>、批判法学においてもまたマルクス主義は敬遠されるか、継受するとしても相当に批判的・慎重な形で行われることが常であったと言われる<sup>74)</sup>。しかしながら、批判法学の中心人物の一人であるクレアがマルクス

68) ジャック・デリダ (1999) 『法の力』 堅田研一訳、法政大学出版局、p.34 (ただし原文上は強調。)

69) Jack Balkin (1994) "Being Just with Deconstruction", 3 *Social and Legal Studies* 393, p.403

70) ジャック・デリダ (1972) 『グラマトロジーについて (下)』 足立和浩訳、現代思潮社、p.36

71) Jack Balkin (1994) "Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice", 92 *Michigan Law Review* 1131

72) Pierre Schlag (2005) "A Brief Survey of Deconstruction", 27 *Cardozo Law Review* 741

73) John Henry Schlegel (2007) "CLS Wasn't Killed by a Question" 58 *Alabama Law Review* 967, p.972

74) Akbar Rasulov (2014) "CLS and Marxism: A History of an Affair", 5 *Transnational Legal Theory* 622

研究会を立ち上げ、ケネディがそこに参加していたことからもうかがえるように<sup>75)</sup>、その影響力は決して小さいものではない。

さて、それではネオ・マルクス主義はどのような主張を展開するのだろうか<sup>76)</sup>。接頭語である「neo」が付いているからには、従来のマルクス主義を乗り越える何かがあるはずである。

クレアは、下部構造（生産様式）を絶対視する従来のマルクス主義の限界・問題点を四つに整理している<sup>77)</sup>。まず、クレアは下部構造が政治化されていると指摘する。つまり、従来のマルクス主義においては、下部構造が上部構造（文化、政治、法）を規定するはずであるが、いまや上部構造が生産様式に対して逆方向の影響を与えており、政府の積極的な活動によって下部構造の在り方そのものが変革されている。第二に、教育・福祉といった問題が非常に重要な争点として争われるようになっており、公と私の問題の境界が曖昧となっているが、従来型のマルクス主義ではこうした事態を説明できない。第三に、従来のマルクス主義では、労働組合と企業と政府の協力・協調（コーポラティズム）、官僚制の出現を説明できない。最後に、既存の体制を正統化するに際し、文化や心理的なものが果たしている独自の役割についても、従来のマルクス主義では説明不能である。

そこでクレアらネオ・マルクス主義者が主張するのは、法の「相対的自律（relative autonomy）」の概念である<sup>78)</sup>。その考えによれば、法は、確か

75) Duncan Kennedy (2004) *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, New York University Press, p.204

76) なお、ここにおけるネオ・マルクス主義はあくまで批判法学内のものを指し、ボブ・ジェソップやレイ・アルチュセールといった論者らを含まない。彼らに焦点をあてたものとして、さしあたり新日本出版社編集部編（1989）『ネオ・マルクス主義——研究と批判』新日本出版社、同（1991）『ネオ・マルクス主義——研究と批判2』新日本出版社。批判法学のネオ・マルクス主義について論じた邦語文献として、船越資晶（2014）「ネオ・マルクス主義的法モデル再論」和田仁孝他編『法の観察——法と社会の批判的再構築に向けて』法律文化社、pp.3-18、クレアについて論じたものとして、石田真（1989）『『批判法学』からみた労使関係と法——『ワグナー法』論争をめぐる（1）』『季刊労働法』152号、同『『批判法学』からみた労使関係と法——『ワグナー法』論争をめぐる（2）』『季刊労働法』154号

77) Karl Klare (1979) “Law-Making as Praxis”, 40 *Telos* 123, pp.125-127

78) ただし、ネオ・マルクス主義者らが相対的自律の概念を普遍的に有用なものと考えていたのではないことには注意を要する。さしあたり次のような記述を参照。「アメリカの法システムの中にいる女性（および白人でない人々）の歴史的経験にこの概念〔＝相対的自律〕を適用するのは困難である。というのは、われわれの法システムは——少なくともごく最近までは——白人優位制または男性優位制の利益から『自律的』にはまったく作用してこなかったからである。」（ダイアン・

に既存の社会秩序を反映し、維持する機能を持つのであるが、「それ自身の内的論理、特有の言説様式や制度的パターン」を持ち、法領域外の権力者らの意思から一定程度の独立を保つことができるという<sup>79)</sup>。こうした概念によって、生産様式とは異なる、階級闘争にかかる独自の変数として法を定立し、従来のマルクス主義では説明できなかった事象の説明、階級闘争における法の問題化が可能になる。

その一つの成果が、アメリカの労働法制度の基礎となった全国労働関係法 (National Labor Relations Act、通称「ワグナー法」) にかかる研究である<sup>80)</sup>。ワグナー法は、労働者が組合を組織して使用者と団体交渉する権利、及びこれらの行為をしないうる権利を保証した、労働者の交渉力を使用者側と対等にするための多くの規定を持つアメリカ史上初の労働法である。このように、ワグナー法は非常に画期的な性質を持つものであったが、その運用において「脱ラディカル化」されてしまった<sup>81)</sup>。その原因は何にあるのだろうか、とクレアは問いかける。クレアによれば、ワグナー法は元来大きな不確定性を抱え込んだ法律であった。というのも、立法過程における多様な目的を持つ多様な主体の参加により、様々な思惑が盛り込まれていった結果、条文が根本的に不確定になってしまい、また労働者階級内の態度も多様で、経済界が強い敵意を持っていたために、その実践・運用についても諸アクターによって多様な方向に歪められることが予想されるからである<sup>82)</sup>。そしてその予想どおり、法実践は分裂・相反し、裁判所へと持ち込まれることになるのだが、ここで裁判所は主体的に独自の機能を発揮する。すなわち、裁判所は、多様な解釈がありうる中で主体的に非常に保守的な解釈を選択し、中立性や専門性といった権威を用いてその解釈を人口に膾炙させることで、結果、現状を正統化する機能を果たしたのである。こうしてワグナー法は脱ラディカル化されることになったのだ、とクレアは分析する<sup>83)</sup>。

---

ポラン (1991) 「法と家父長制の理論に向けて」高井裕之訳、ケアリズ編『政治としての法』p.270

79) Karl Klare (1978) "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941", 62 *Minnesota Law Review* 265, p.269

80) Ibid.

81) Ibid., p.268

82) Ibid., pp.281-293

83) Ibid., pp.293-336

このように法とそれを解釈する権限を持つ司法府は、単なる生産様式からの派生物ではなく、独自のものとして現状を肯定し正統化する機能を果たしているということが明らかとなった。そしてそれは同時に、法を階級闘争の表層部分として看過することはもはや許されず、批判の対象として十分に検討されねばならないということを意味するとクレアは主張する。求められるのはそうした批判を可能とする新たな法学の在り方である。

……批判的労働法は、イデオロギーの内容、及び団体交渉法が政治的・制度的に示唆しているものを、その教義上の文献を解説することによって再構成することを試みなければならない。私がこれによって主張したいのは、批判的労働法は、社会的・歴史的状況に位置付けられる重要なテキストの分析に焦点を当てているということである。その試みは、法的・産業上の諸問題についての、また、仕事場における人間的表現についての隠れたパターンと思考の構造を明らかにするために、法についての諸前提・諸価値・感受性や、それらのテキストが示すところの政治と正義を明るみに出すことである<sup>84)</sup>。

このように、ネオ・マルクス主義者は、法が相対的自律によって、独自の形で、人々を抑圧しているということを強調するのである。

---

84) Karl Klare (1981) "Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law", 4 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 450, p.451