

---

 論 説
 

---

# 批判法学の不確定テーゼとその可能性 (2)

## —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 276 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」(以上本号)

## 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

## 1. 2. 5. 批判的歴史学

歴史学は中立的な学問であり、規範と切り離せるのだろうか。批判法学に棹差す法史学者であるモートン・ホーウィッツは、「もし我々が政治的中立性の希求という仮説的な特質についての証拠を単に積み重ね続けるだけでは、我々は法の支配の歴史的機能について完全に理解することは絶対にないであろう」と主張し<sup>1)</sup>、法の支配の実態を歴史的に暴き出すことで、歴史学の批判的・規範的機能を強調する。ホーウィッツの開拓した法史学の在り方は、批判法学に対し冷淡な姿勢をとってきた日本に対しても相当に受容されており<sup>2)</sup>、「その注目度の高さは、アメリカ法制史研究不毛の地であるわが国において、異例中の異例」とまで評されるほどである<sup>3)</sup>。

ホーウィッツが、批判法学の勃興に先立ち、その学者としてのキャリアをスタートさせた1970年前後においては、法を政治的闘争の場として見るのではなく、人々の調和的な合意として理解しようとする研究が主流となっていた<sup>4)</sup>。そして当時の学問は、「中立的な専門家としての概観と客観的な法史学に装飾された根本的に保守的な政治的選好」を拡充・維持する機能を果たしていたのである<sup>5)</sup>。しかしホーウィッツに言わせれば、彼ら主流派の主張は端的に間違っている。歴史を見るに、法の在り方は、実際

- 
- 1) Morton Horwitz (1977) "The Rule of Law: An Unqualified Human Good?", 86 *Yale Law Journal* 561, p.566. 以下、引用については前号(見崎史拓(2018)「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しうるか」『名古屋大学法政論集』276号)のそれに従う。
  - 2) 以下で触れるもの以外の邦語訳として、モートン・ホーウィッツ(1975)「現代契約法の歴史的基礎(1)」木下毅訳『アメリカ法』1975-2、同(1975)「現代契約法の歴史的基礎(2)」木下毅訳『アメリカ法』1976-2、日本研究者との一問一答を翻訳・紹介した西村貴裕(1997)「モートン・ホーウィッツ『アメリカ法史について』」比較法史学会編『比較法史研究6 思想・制度・社会』未来社。ホーウィッツに触れた研究は数多いが、最も精力的なものとして、土屋正春(1982)「ホーウィッツテーゼとその周辺——19世紀アメリカ法史研究の問題点(1)」を嚆矢とする土屋の研究を挙げておく。もちろん、必ずしも好意的な受容とは限らず、たとえば森村進はホーウィッツのリアリズム法学観に苦言を呈している(森村進(2016)「リアリズム法学は社会学的法学とどこが違うのか」同編『法思想の水脈』法律文化社、pp.167-169)。
  - 3) 大内孝(2008)『アメリカ法制史研究序説』創文社、pp.357-358
  - 4) 当時の文脈について述べたものとして、Daniel Ernst(1993) "The Critical Tradition in the Writing of American Legal History", 102 *Yale Law Journal* 1019, pp.1023-1035. なお、ホーウィッツの博士論文提出は1964年である(Morton Horwitz(1964) "The Problem of Tyranny of the Majority in American Thought", unpublished Ph.D. dissertation, Harvard University)。
  - 5) Morton Horwitz(1973) "The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History", 17 *American Journal of Legal History* 275, p.276

には国民全体の（事実によらず仮想的によらず）合意に基づくような調和的なものではなく、エリート法曹が経済的な利益団体と結びつき、彼らにとって有利となる法を制定し、運用することによって発展してきたのである<sup>6)</sup>。たとえば、19世紀後半において提唱された法の科学性と形式主義的解釈の流行は、経済的エリート層にとって有利になっていた法を弾力的に運用されることにより、彼らにとって不利となる解釈・判決が導き出されることを恐れたことに起因するとホーウィッツは主張する<sup>7)</sup>。

しかし現状はどうであろうか。リアリズム法学らの形式主義批判などにより、こうした古典的な法学は衰退し、革新主義的な法学が台頭する可能性があるということもホーウィッツは承認する<sup>8)</sup>。我々はいまや法の支配を信頼し、権利レジームの下で訴訟を提起することによって、抑圧された人々を解放していくことができるのではないか。

しかしながら、こうした見解は、少々楽観的に過ぎ、歴史をあまりに軽視しているとホーウィッツは考える。ホーウィッツは次のように述べている。

わずか50年前を振り返り、合衆国最高裁でニューディール政策を支持する裁判官が多数を占めた時代を考えれば、権利のディスコースが弱者を保護しはじめたのはつい最近のことだということがわかるであろう。……1938年にストーン判事のカロリン・プロダクツ社事件判決の脚注が書かれて初めて、ようやく権利のディスコースが抑圧された者のための道具として使われるという憲法の時代が姿を現し始めた。このように、歴史は権利が諸刃の剣であること、そして我々の憲法史の大半においては片刃の剣であったことを示している。<sup>9)</sup>

6) Morton Horwitz (1977) *The Transformation of American Law, 1780–1860*, Harvard University Press. なお、本書には田中英夫による紹介がある（田中英夫（1981）「著書紹介：Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780–1860*, Harvard University Press, 1977」『アメリカ法』1981-1）。

7) Horwitz, *The Transformation of American Law*, chapter 8

8) モートン・ホーウィッツ（1996）『現代アメリカ法の歴史』樋口範雄訳、弘文堂

9) モートン・ホーウィッツ（1989）「権利」芹沢英明訳『アメリカ法』1989-1、pp.4-6

権利や法の支配が抑圧された人々を解放できるかどうかは、多分に文脈依存的であり、しかも歴史的にはその文脈は弱者にとって不利なものであったのである。権利のディスコースを用いて、革新主義的な運動を用いる人々は、少なくとも、自ら用いている武器が往々にして自らにも向けられてしまう可能性があるということを十分に意識せねばならないということになる。そして、こうした諸刃の剣のよい側面——解放的側面——をいかにして活かしていくことができるかが、法学者や実践家の課題となるのであり、決して楽観視することはできないのである。

一方、こうした経済的エリートの利益と、現実の法制度・法実践の関係をあまりに明確かつ単純に捉えてしまうホーウィッツの主張に対しては、多くの批判が寄せられた<sup>10)</sup>。そうした批判を共有しつつ、ロバート・ゴードンは「批判的法史学 (critical legal histories)」を提唱し<sup>11)</sup>、ホーウィッツの議論の刷新・洗練を図る。

ゴードンによれば、歴史の扱い方について、法学者のそれと歴史学者のそれは大きく異なるという<sup>12)</sup>。歴史学者による歴史学は多元性や複数性を承認する。つまり、たとえば「自由」といった用語について、歴史学者は、経済といった物質的な状況や解釈規範や戦略により人々の認識は時代ごとに大きく異なっていると考え、それぞれの時代にはそれぞれの「自由」があり、一つのものとして表象することはできないと主張する<sup>13)</sup>。それに対し、法学者の歴史学は過去と現在の断絶を乗り越え、「自由」もまた連続した意味を持つという、一元論的な見方を採用する傾向にある。こうした法学者の傾向は、法学者が歴史を参照する場面の多くが、原意主義に典型なように、過去を一つの権威ある素材として模索する時であり、現在の事案への適用を念頭に置いていることに起因する。ゴードンはこうした法学者らの一元論的な見方を批判し、時間（歴史の進行）によって共約可能性

10) Robert Gordon (2002) "Morton Horwitz and His Critics: A Conflict of Narratives", 37 *Tulsa Law Review* 915

11) Robert Gordon (1984) "Critical Legal Histories", 36 *Stanford Law Review* 57

12) Robert Gordon (2017) *Taming the Past: Essays on Law in History and History in Law*, Cambridge University Press, pp.3-7

13) こうした捉え方は法律家の歴史観との対比のために誇張したものと考えべきであろう。歴史学者の間でも方法論上の問題は大きな論争となってきた。例として、エドワード・ハレット・カー (1962) 『歴史とは何か』清水幾多郎訳、岩波新書

は減じ、立法者=エリートの意思が通時的に貫徹されるという意味での確定性は存在しない、つまり不確定性が存在すると考える。こうした観点からすれば、歴史家であるはずのホーウィッツの主張もまた単純に過ぎるのであり、学問の方法論を含めたより詳細な検討が必要ということになるのである。

そしてそうした不確定性は、法的主体の多様性を考慮することによって、より大きなものとなる。ゴードンは世界銀行などが中心となって実施している、法の支配の輸出にかかるプロジェクトに着目する。ゴードンによれば、こうしたプロジェクトには「暗黙の歴史」観があり、それは、制度構築にかかり重要となる主体は、その制度構築に十分に協力するというものである<sup>14)</sup>。そしてその前提ゆえに、裁判所と裁判官についての考察はなされてきたものの、法の支配の構築において、弁護士がどのように活動するのが十分に検討されてこなかったとゴードンは主張する。こうした問題関心の下、ゴードンは法の支配の実現にかかる弁護士の寄与について歴史的に研究し、弁護士は必ずしも法の支配の実現に協力的でないということを指摘する。たとえば、大企業を主たる取引先とする大規模法律事務所らが結託し、弁護士倫理にかかるルールを厳格なものにすることで、個人の権利救済を主たる業務とする小規模法律事務所らを圧迫したという歴史的事実をゴードンは挙げている<sup>15)</sup>。

このように、法の支配といった美しいレトリックによって主流派の法学者には見えていないものがあり、それはときに不当な抑圧機能を持っている。批判法学に棹差す歴史学者は、こうした不可視なものを可視化することに努めるのである。

### 1. 2. 6. 法社会学（「法と社会」研究）

先に「法と開発」の運動が批判法学の潮流の一つであることを見たが、それが政策に親和的な「開発」であったことから察せられるように、その理論的な淵源の一つは法社会学にある。批判法学と法社会学は微妙に距

14) Robert Gordon (2010) "The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law: Some Critical Reflections", 11 *Theoretical Inquiries in Law* 441, pp.447-448

15) *Ibid.*, p.451

離を取りつつも、互いに影響を与えあってきた<sup>16)</sup>。

アメリカにおいて法社会学にはほぼ相当する「法と社会」研究の中で中心的な役割を果たしてきたことで知られるマーク・ギャランターは、トゥルーベックと共に「法と開発」のプロジェクトに携わり、リベラル・リーガリズム批判をした一人として知られている<sup>17)</sup>。「法と開発」運動については先に若干ふれたので、ここではトゥルーベックとの共著ではなく、「批判法学に関連付けられる業績で重要なものの一つ」であり<sup>18)</sup>、発表から40年経過する現在においてもなお法学界全体に強い影響力を与えていると評される<sup>19)</sup>、1974年の論文「なぜ『持てる者』が台頭するのか“Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”」について見ていこう<sup>20)</sup>。

本論文は、当時の革新的法学者の主流な考えである「法至上主義 (judicial triumphalism)」、すなわちアメリカ法は無条件に弱者の味方であるという考えに真っ向から反対するものであった。それゆえ、現在の評価とは裏腹に、ギャランターが出版を目論んだ当時、本論文はかなりの数の雑誌・論文集からリジェクトされたようである<sup>21)</sup>。

ギャランターの主張は次のようなものである。ギャランターは、裁判制度に遭遇する頻度が低い「ワン・ショットター (one-shotters)」と逆に頻度が多い「リピート・プレイヤー (repeat players)」という理念型に法的主体を区別する。後者は前者に比し、幾度となく裁判に臨んだ経験があることから、裁判制度の仕組みや弁護士といった専門家の良し悪しなどについて熟知しており、またロビーイングなどによって立法者に働き掛けて自らに有利な法律を成立させるインセンティブも強く、裁判制度を自らにとつ

---

16) David Trubek and John Esser (1989) “Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box”, 14 *Law and Social Inquiry* 3

17) Trubek and Galanter, “Scholars in Self-Estrangement”

18) Carrie Menkel-Meadow (1999) “Do the Haves Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR”, 15 *Ohio State Journal Dispute Resolution* 19, p.20

19) Shauhin Talesh (2014) “Foreword: Why Marc Galanter’s ‘Haves’ Article is One of the Most Influential Pieces of Legal Scholarship Ever Written”, in Marc Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*, Quid Pro Books

20) Marc Galanter (1974) “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, 9 *Law and Society Review* 95. なお、本論文は批判法学組織前に発表されたものであるが、批判法学に属する論文として、ケネディらが作成した批判法学の文献録に記載されている (Kennedy and Klare, “A Bibliography of Critical Legal Studies”, p.471)。

21) Marc Galanter (1999) “Farther Along”, 33 *Law and Society Review* 1113, p.1115

て有利なものとしている可能性が高い。傾向性であり完全に一致するわけではないが、前者には資力のない個人や中小企業といった社会的弱者が多く、後者には社会的強者である大企業——「持てる者」——が多いと考えられる<sup>22)</sup>。このとき、ワン・ショッターがリピーター・プレイヤーよりも不利な立場に追いやられ、リピーター・プレイヤーが有利に交渉を運ぶことは想像に難くない<sup>23)</sup>。もちろん、両者の不均衡を何らかの介入により改善していくことは考えられる。しかしながら、現状そうした取り組みは機能していない。たとえば、専門家たる法律家集団が介入することによる不均衡の是正が考えられるが、ワン・ショッターの主たる構成要員である個人を顧客とする弁護士は、教育水準が相対的に低く、また大規模事務所に所属していない個人弁護士であることが多い。加えて、ワン・ショッターを顧客とすることは、ワン・ショッターの定義上、継続・安定した訴訟行為を望めないことから、収入を不安定にさせる<sup>24)</sup>。こうした構造を是正しない限り、社会的弱者は法制度によってむしろより不利な立場へと追いやられてしまうであろう。よって、「ルールのレベルのみならず、制度・設備や法的サービス、団体の組織化のレベルにまで注意を払うことが要求」されるのだ、とギャランターは主張する<sup>25)</sup>。

これに対し、同じく法社会学的なバックグラウンドを持つトゥルーベックは、ギャランターの議論をさらに先へと進め、主流派法学に対する批判を徹底しようとする。ギャランターの議論は、ルールのみならず諸主体の力関係まで含めた通常の法学よりも幅広い研究射程を持つものであったが、あくまで裁判にかかる人々の実践を中心としたものであった。しかし、トゥルーベックはそれでもまだ考慮すべき射程としては十分でないのであり、裁判外での紛争研究にかかるデータをより多く収集するとともに、より大きな社会理論にも言及していく必要があると主張する<sup>26)</sup>。また、ギャランターは法制度が体现しようとしている価値自体は疑っておらず、「持てる者」が優位に立つことを許す構造によってその価値が実現されてい

22) Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead", pp.97-107

23) Ibid., pp.108-110

24) Ibid., pp.114-119

25) Ibid., p.150

26) David Trubek (1981) "Afterword: The Construction and Deconstruction of a Disputes-Focused Approach", 15 *Law and Society Review* 727, p.747

いことを示せば、志ある人々——自律した強い主体——によって改善されるであろうという不確かな前提を持つことも批判される<sup>27)</sup>。このようにトゥルーバックは、主流派法学が前提とする主体像、そしてそうした主体像を前提とする社会像——リベラリズム——まで含めたより広い射程の批判の必要性を主張するのである。

### 1. 2. 7. 新左翼的アナーキズム

批判法学の大きな源泉の一つに学生運動があることは先に見たが、専門家支配に対する不信やヒッピー文化を経験してきた彼らにとって、法学部における権威的な教育方法は許し難いものであった<sup>28)</sup>。

ケネディは、その著書『法学教育と階層の再生産 *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*』において、主流の法学教育の抑圧性について告発を行い、「職場の組織化というアナーキズムの思想」に依拠しつつ「ラディカルに平等主義的な代替的ヴィジョン」を追求した<sup>29)</sup>。ケネディによれば、現在の「法学教育は、法曹界及び社会における不当な階層秩序の再生産」に寄与するものである<sup>30)</sup>。そのような再生産はいかにして行われ、そしてそれから逃れていくことができるのだろうか。そのやり方全てをここで記述するのは紙幅の関係上バランスを欠くため、部分的に取り上げて紹介しよう。

船越が指摘するように、ケネディの主張の根底にあるのはフーコー的な規律権力論であるように思われる<sup>31)</sup>。「ロー・スクール<sup>32)</sup>の学生は、あたかも、学校でなにも学んでいないかのように話すことがある」が、それは端的に誤りであるとケネディは主張する<sup>32)</sup>。実際に彼らは、問題の把握・解決にかかる「権利の論法」を身につけてしまっている<sup>33)</sup>。

27) David Trubek (1989) "The Handmaiden's Revenge: On Reading and Using the Newer Sociology of Civil Procedure", 51 *Law and Contemporary Problems* 111, pp.118-119

28) 批判法学の法教育について検討した邦語先行研究として、船越『批判法学の構図』第5章、松田浩(2004)「法・真理・プロフェッション——『批判的法学研究と学問の自由』論争の周辺」『駿河台法学』17巻2号

29) Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, p.15

30) Ibid.

31) 船越『批判法学の構図』第3章

32) ダンカン・ケネディ(1991)「ヒエラルヒーのための訓練としての法学教育」松浦好治訳、ケアリス編『政治としての法』p.63(強調は原文。)

33) この点、法学一般の規律権力の問題として論じてよいかには疑義が呈されるよ



……権利の論法は、法的思考を使おうとする人を束縛して、法的思考を急進的な改革の道具として効率的に機能させることをほとんど不可能とする。権利はその本質上、権利が個人に専断性からの保護と同様に好き勝手なことをすることを保障しているという意味で、「形式的」である——権利を語ることは、精密には、社会的階級間、人種間、性別間の正義を語らないということである。さらに、権利の論法は、世界が、権利を実現する国家の部分と、独立した個人が個人の異なる目標を遂行する「市民社会」という私的な世界とに、分けられている、または分けられるべきであるということを単純に前提としているか、または当然のこととしている。このような枠組みは、それ自体、問題の解決というよりはむしろ問題の一部を成している。それは、たとえば、労働者に工場の民主的な運営を任せるというような、ラディカルな提案を考えつくことさえ困難にする。<sup>34)</sup>

ケネディのこの主張は、1980年代初頭になされたものであり、若干の留保が必要であるが、現在でも概ね肯けるものであろう。確かに、一部のコミュニタリアニズムの論者や多文化主義の論者等から集団やコミュニティを主体とした権利の重要性が指摘され<sup>35)</sup>、また関係的契約論といった共同体に着目した法理論が注目を集めるに至っており<sup>36)</sup>、「社会的階級間、人種間、性別間の正義」を論じる権利論も増加してきているのは事実である。しかしながら、そうした集団的な権利について、集団を優先し個人を

---

うに思われる。たとえば、同じ法学教育といっても、アメリカのそれは日本のそれと比べ非常に競争的であり、法文化圏の違いも無視できないのではないかとといった批判が考えられよう（アメリカのロー・スクールの実態を読める邦語文献として、ダグラス・フリーマン（2003）『リーガル・エリートたちの挑戦』商事法務）。その教育的影響力の違いについて、明らかにする能力は筆者にはないが、日本の法学部教育が思考方法に一定の影響を与え、生徒を規律していることは確かであるように思われる（佐藤憲一（2014）「法学的身体と裁判の未来」和田仁孝他編『法の観察』法律文化社、pp.53-72）。

34) ケネディ「ヒエラルヒーのための訓練としての法学教育」pp.70-71（強調は原文。）

35) 例として、ウィル・キムリッカ（1998）『多文化時代の市民権—マイノリティの権利と自由主義』晃洋書房、キムリッカの個人主義的残滓を批判し、より直截に集団の権利について論じた Dwight Newman（2011）*Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights Held by Groups*, Hart Publishing

36) イアン・マクニール他（2015）『関係的契約理論 イアン・マクニール撰集』池下幹彦他訳、日本評論社、これを日本において継受し、批判法学や「法と経済学」との比較をしながら独自に発展させたものとして、内田貴（1990）『契約の再生』弘文堂

抑圧してしまうのではないかといった危惧を表明し、また、冷やかに見る議論や論者も少なくない<sup>37)</sup>。また、「国家の部分」と「市民社会」といった区分、別の言い方をすれば公的領域と私的領域の区分についても、批判法学者やフェミニストらの攻撃などにより、そうした区分の正当性は揺らぎつつあるが<sup>38)</sup>、現在でも根強くそうした思考法は生き残っており、形を変えつつも主流派であり続けているように思われる<sup>39)</sup>。ケネディの指摘はまだ有効である。

それではケネディはどのようにしてこうした不当な社会秩序の再生産からの逸脱を図るのか。意外なことに、ケネディの処方箋は、抜本的な教育カリキュラムの変更を求めるものではない。ケネディは、自身が持つ初年度学生向けのクラスにおいて、主流派と同様に判例分析と法理の導出、法解釈について教える。ケネディが他のクラスと異なるのは二つの点においてである。第一に、法解釈の不確定性を強調することである。法体系は、相互に矛盾するルールや原理から成立しており、無限ではないものの、様々な法素材から様々な解釈を導出することができるということを示す。最終的な判断は、解釈者の決断によらざるをえないということを明らかにし、裁判官や教師の解釈の特権性を喪失させる。第二に、クラスの学生たちに討論させ、自らの選好を明らかにさせることである。多くの人々は、自分や他の人々がリベラルであるのか保守であるのかを知らない。ジェンダーに関する事例や人種問題に関する事例を出題し、議論させることで、潜在的なリベラル―保守の対立を明るみに出し、そうしたイデオロギー的対立の上位にある何か高尚なものであるという法観念を打破し、リベラルな法解釈の存在する余地を探求するのである。このようにケネディの改革案は、権利の論法にとどまりつつそれを押し広げていくことを求めているため、そうした点に限っていえば微力なものにとどまる。しかしながら、法を批判するにあたり外部からそれを行うのは、それが外部であるがゆえに、法

37) たとえば、「集団の人権」を「疑わしい派生物」とする森村進 (2012) 「マイケル・サンデルのコミュニタリアン共和主義」『一橋法学』第11巻第2号、p.408

38) 例として、Alan Freeman and Elizabeth Mensch (1987) “The Public-Private Distinction in American Law and Life”, 36 *Buffalo Law Review* 237, Frances Olsen (1990) “Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective”, 18 *International Journal of the Sociology of Law* 199

39) Hila Shamir (2014) “The Public/Private Distinction Now: The Challenges of Privatization and of the Regulatory State”, 15 *Theoretical Inquiries in Law* 1

の内在的な論理を分かっていないものとして無視されてしまう傾向にあるのであり、そうである以上、法内在的な小さな闘争を行っていかざるをえないとケネディは考えるのである<sup>40)</sup>。

こうした反権威主義的な手法は、教師—学生間にのみならず、教師間においても模索された。批判法学者の一部は、トピックや構成共に既存の法学論文集の型・枠にとらわれない『リザード *Lizard*』という小雑誌を発行していた。その内容は、女生徒と男性教授の関係について述べたものや、大学職員のテニュアー（終身雇用資格）について論じたもの等かなり際どい内容を含んでいたのだが、これを権威あるアメリカ法科大学院協会の年次大会において散布したのである<sup>41)</sup>。ケネディらと共にそうしたゲリラ活動に参加した一人であるゲイリー・ペラーは、この活動はケネディの「アナルコ・サンディカリズム的な」教育論と連続するものであると主張する<sup>42)</sup>。彼らの手法はまさに学生運動のそれであり、アナキズム的な思想・信条の顕れとして見ることができるであろう。

### 1. 2. 8. サルトルの実存主義

「地獄とは他人のことだ」——ジャン・ポール・サルトルが戯曲「出口なし“Huis clos”」で用いたこの言葉はあまりに有名である<sup>43)</sup>。人間は本来自由な存在である。しかし、人間は他の人間、すなわち他者のまなざしにさらされることにより、他者の世界を構成する要素の一部となり、他者に所有されてしまう。また、過去からの伝統や規範が内面化されてしまうことにより、自分が自由だと思っけていても、実質的にそうした伝統や規範の奴隷となってしまう。こうして我々は個性や主体性から、自由から疎外されてしまう。このような疎外が発生してしまうことのない人間関係はありえないのか。サルトルは長い生涯をかけ、そうした関係を追求し続けた<sup>44)</sup>。

40) ケネディ「ヒエラルヒーのための訓練としての法学教育」pp.80-81

41) この活動の顛末については、Gary Minda (2008) “Oh My God, It’s Alive”, 1 *Crit. Critical Studies Journal* 21

42) Gary Peller (2015) “The True Left”, 10 *Unbound* 101, p.107

43) ジャン・ポール・サルトル (1961) 「出口なし」伊吹武彦訳『サルトル著作集 第五巻』人文書院、p.126 (強調は原文。)

44) 鈴木正道 (2005) 「内なる他者——サルトルにおける自由の疎外と解放」『言語と文化』2

批判法学の最初期からのメンバーであるピーター・ゲイブルは、そうしたサルトルの思想に強く影響を受け<sup>45)</sup>、法学や法実践における疎外の問題解決に努めてきた<sup>46)</sup>。ゲイブルによれば、法は我々の価値観や世界観から離れた、もしくは上位にある中立的な装置などではない。法もまたそうした価値観や世界観の一部なのである。ゲイブルは、アメリカ契約法における判例動向を例にそれを説明する<sup>47)</sup>。諸判例において問題とされたのは、売主の瑕疵が軽微であるときに——たとえば100個の鞆を売主が用意すべきであったところ99個しか用意できなかった場合など——買主が契約を解除することができるか、である。19世紀末までの判例においては、たとえ売主の瑕疵が軽微であっても、買主は自由に契約を解除することができた<sup>48)</sup>。しかしながら、20世紀に入り、買主が自由に契約を解除することはできず、売主の瑕疵の重さが考慮されるようになった<sup>49)</sup>。ゲイブルが考えるに、こうした解釈の変化は、市場観の変化に伴うものであるという。すなわち、自然のままに放置しておくことが至上とされる古典的な市場観から、政府やそれに準ずる機関の積極的な介入による維持・改良が要求される市場観への変化、こうした法外のより広い文脈が裁判官の認識を変化せしめたのである<sup>50)</sup>。さらに、事実認識の問題に関連し、その法解釈の方法もまた裁判官に求められる役割によって、かなりの部分規定されてしまうという。ゲイブルは次のように述べる。

裁判官は、事実や事物、彼女〔＝裁判官〕自身を本当の意味で見ているのではない。……彼女の解釈は彼女自身に内面化・介入された役割の声に依拠しているものであり、その意図するところは、ルールや原理といったものに彩られた分析的思考に基づく因果推論の下に明るみに

45) その影響の大きさを示すものとして、Peter Gabel (2010) “The Spirit of Sartre”, 25 *Tikkun* 9

46) こうした関心を持ったのはゲイブルが最初ではなく、批判法学外で実存主義に影響を受けた同様の問題関心を持つ先行研究が存在するが、ここで比較・検討は行わない。そうした先行研究について邦語で読めるものとして、海原裕昭 (1970) 「実存主義的法の構図」『法哲学年報』1969

47) Peter Gabel (1977) “Intention and Structurein Contractual Conditions: Outline of a Method for Critical Legal Theory”, 61 *Minnesota Law Review* 601

48) *Norrington v. Wright*, 115 U. S. 188 (1885)

49) *Helgar Corp. v. Warner’s Features*, 222 N.Y. 449 (1918)

50) Gabel, “Intention and Structurein Contractual Conditions”, pp.618-619

出すには、あまりに苦痛だと理解されている社会的分裂を覆い隠すことにあるのである。<sup>51)</sup>

つまり、裁判官が示す法解釈は役割に基づいたある種の逃げであり、また主体性の喪失である、とゲイブルは主張するのである。こうした役割に基づく実践を求められ、そして現に実践するのは、もちろん裁判官に限られるわけではなく、原告や被告といった法的主体もまた、その役割に沿った形で行動を求められ、そしてその行為規範を内面化する<sup>52)</sup>。こうして人々は自由な主体ではなく、疎外された主体となっていく。

しかしながら、この世界から疎外をなくすことなど可能なのだろうか。人々が他者と共存し、ときによつかりあい、伝統や過去によって規定された文脈において生きるしかない以上、これが非常に困難な取り組みであることは間違いない<sup>53)</sup>。ゲイブルは、批判法学に共感し、参加していた人々は優れて人間性のある人々であり、疎外なき関係性を追求することを共通の目標としていたと主張する<sup>54)</sup>。こうした見解を肯定する意見もあるが<sup>55)</sup>、しかしながら、批判法学の中心人物であるケネディとの対話の中で、ゲイブルの方向性はケネディによって強く批判されている<sup>56)</sup>。このように批判法学内でもその困難さは指摘されているところであり、ゲイブルの前に立ちはだかた壁は高く大きい。

しかし、こうした方向性が、達成されることのない永久運動論となってしまうのだとしても、魅力的であることは否定しがたいだろう。いかにして疎外なき法実践を可能にしていけるか。こうした問いは批判法学を超えて共有されるものであるし<sup>57)</sup>、ゲイブル自身、批判法学の枠を飛び越えた

51) Ibid., p.634

52) Ibid.

53) サルトルの疎外克服の困難性については、鈴木「内なる他者」pp.152-158

54) Peter Gabel (2009) "Critical Legal Studies as a Spiritual Practice", 36 *Pepperdine Law Review* 515

55) John Henry Schlegel (2009) "For Peter, With Love", 36 *Pepperdine Law Review* 535, p.536

56) Gabel and Kennedy, "Roll over Beethoven", pp.1-14

57) 疎外なき関係性をより広く人間性についての問題として捉えれば、「法と文学 (law and literature)」や「法と感情 (law and emotions)」といった学派ともかなりの部分重なるといえよう。「法と文学」については、小林史明 (2014) 「『法と文学』の展開」長谷部恭男他編『現代法の動態 6 法と科学の交錯』岩波書店、林田清明 (2015) 『<法と文学>の法理論』北海道大学出版会、「法と感情」については、

活動を行っており、「スピリチュアリティ・法・政治の統合プロジェクト (Project for Integrating Spirituality, Law and Politics)」という法学者や弁護士らから成るネットワークに参加し、幹部を務める他<sup>58)</sup>、ユダヤ教の左翼雑誌『ティクーン *Tikkun*』において編集も行っている<sup>59)</sup>。加えて、理論的関心も広がりを見せており、近年はアフーマティブ・アクションや「修復的司法 (restorative justice)」に対して好意的な評価を下すようになって<sup>60)</sup>いる。こうした人間関係を含めた学際性は、批判法学の目指したところであると同時に最良の部分の一つなのであり、たとえ批判法学の意味するところを拡散・曖昧化してしまう可能性があるのだとしても、批判法学の一つの可能性として評価すべきであろう。

### 1. 3. 不確定テーゼの諸相

このように批判法学が用いる知的源泉は非常に多様である。大まかな形ながら、既にそうした多様性は明らかになったと思うが、本稿のテーマに従って不確定テーゼの観点から整理し直してみよう。

批判法学における不確定テーゼの内実・多様性を見るにあたり、まずは問いを二つのレベルに分けることが有用であるように思われる。

- ①なぜ不確定性があるのか (事実レベルの問い)
- ②なぜ不確定だと主張すべきなのか (規範・目的レベルの問い)

以上二つの次元の問いが混同されてしまっていたことが、批判法学の不確定テーゼの多様性が従来認知されてこなかった原因の一つとなってきたように思われる。さて、それでは先の議論類型に沿いながら、それぞれの類型がこの二つの問いにどのように答えるかを概観しよう。

まずリアリズム法学は、フリーマンに言わせれば価値の主観性ゆえに、

---

Terry Maroney (2006) "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field", 30 *Law and Human Behavior* 119, Heather Conway (ed.) (2016) *The Emotional Dynamics of Law and Legal Discourse*, Hart Publishing

58) <http://www.spiritlawpolitics.org/executive-committee-2/> (last visited Mar. 5, 2018)

59) <http://www.tikkun.org/nextgen/peter-gabel> (last visited Mar. 5, 2018)

60) Peter Gabel (2014) "The Spiritual Dimension of Social Justice", 63 *Journal of Legal Education* 673

船越に言わせれば政策の法素材化ゆえに、法解釈が不確定になる、ということになる。つまり、前者の場合、人々の価値が一致しないことから、結局手続的価値も含めたあらゆる価値判断についても一致することができないはずであり、裁判という手続に逃げ込むことによって不確定性から逃れようという試みは不可能ということになる。後者の場合、様々な観点や理論に基づく政策が現在混在しており、それが法解釈においても法素材として用いられる現状においては、法は不確定とならざるをえないということになる。これらの主張は裏を返せば、価値の主観性が解消されたとしたら、また、ある特定の観点や理論に基づいた政策のみが法素材となるのだとしたら、法の不確定性は解消するということになる。以上が、リアリズム法学の事実レベルの問いに対する答えであるが、このとき彼らは全ての人々が主観的であるべき、と主張しているわけでも、諸政策間の一貫性がないほうが好ましい、と述べているわけではない。すなわち、なぜ不確定だと主張すべきなのかという規範レベルの問いに対しては何も言っていない。そうした性質ゆえに、元来のリアリズム法学は、先に見たようにリベラリズムの価値観と結合することが可能だったのだと考えられる。

こうした二元的な議論の構造は、(ポスト)構造主義についても当てはまるものである。(ポスト)構造主義の問題関心は、その名の示すとおり、法解釈や法制度の構造を、静態的・動態的に明らかにすることである。このとき、法解釈の不確定性は事実としてそうなのであって、それを積極的に主張し、何らかの規範的議論と結びつけるア・プリオリな理由はない。(ポスト)構造主義においても、事実レベルの問いと規範・目的レベルの問いは離して考えられるものである。

加えて、ポストモダンの言語哲学に対しても同様のことがいえよう。ハッチンソンは、裁判実践を言語ゲームの一つとして捉えることによって、そこにおける法解釈を含めた不確定性と動態性を浮き彫りにしたが、しかしながら、そうした動態性があるとしてどこへ向かっていくべきなのか、ハッチンソン自身の理想はあるとしても、それは言語ゲームの性質から導出されてくるものではない。ウィトゲンシュタインの言語ゲームはリベラルにも保守にも利用可能である。また、デリダの脱構築においても同様であり、それゆえバルキンも脱構築外に自らが依って立つ規範を求めたのであった。脱構築というツールと、それをを用いる人の規範は、区別されるはずである。

それに対し、ネオ・マルクス主義は、下部構造からの相対的自立を獲得した法の領域が、独自に人々を抑圧しているということを主張したのであった。法の解釈と運用は、下部構造に完全に規定されていないという意味で不確定である。このとき、彼らは法の不確定性が事実として不確定だと主張すると同時に、その事実を積極的に指摘し、活用すべき規範的理由を持っている。不確定性を主張することは、リアリズム法学のようにそれ自体ニュートラルな観察としてなされるものではなく、裁判官のイデオロギー性や保守性を糾弾すると同時に、別様の解釈がありうることを示すことによって、法制度上抑圧されている人々——労働者階級——を解放するという規範的要請に基づく営みである。ネオ・マルクス主義にとって、事実レベルの問いと規範・目的レベルの問いは連続したものである。

批判的歴史学もまた、事実レベルの問いと規範・目的レベルの問いを連続して考えることを要請する。批判的歴史学は、判例史や弁護士活動史といった歴史的事実に基づいて、法解釈の不確定性がエリート階層に有利に用いられてきたことを明らかにし、警句を発するというものであり、歴史学は規範的意義を帯びた学問でもあることを強調したのであった。批判的歴史学の立場からすれば、法解釈の不確定性を明らかにすることは、生の実事を客観的に明らかにするというのではなく、事実と規範を架橋するような営みの一つとして捉えられるだろう。

法社会学もまた同様に事実と規範の連続性を前提としているように思われる。ギャランターは、ワン・ショッターとリピート・プレイヤーの資力格差や情報格差を法制度上の大きな問題とした。法解釈の不確定性という側面からギャランターの議論を見ると、その原因は、たとえばワン・ショッターの雇った能力の低い弁護士が参入し、従来可能であるはずの法解釈が、その弁護士の能力の低さゆえにアトランダムにしか提示されないことなどに求められるだろう。こうした法解釈の不確定性の問題が、格差の是正という規範的な問題に接続されていることは明らかであるように思われる。ここから主体の問題までさらに批判を徹底したトゥルーバックにしても、主流派の想定する主体像から外れる主体が排除されているという事実を指摘するものであり、同様に規範的な主張として考えることができよう。

続いて、新左翼的アナーキズムについてはどうか。確かに、ケネディ自身はその教育において法解釈の不確定性を教えている。しかしながら、そ



のアンアーキズム的側面、すなわち、法学及び法学教師の威圧的態度と、そうした抑圧に基づく再生産が問題なのだとすれば、法解釈の不確定性が現にどのようなメカニズムで発生しているかにはそれほど大きな関心を持つ必要はないように思われる。ネオ・マルクス主義の場合は、従来のマルクス主義の議論を修正して法を描き出すことが必要であったため、こうした事実レベルの問題が大きな関心を集める必然性がある。しかし、アンアーキズム的な観点からすればそうした点にこだわる必要はなく、法解釈の不確定性は権威否定の一手段でしかないし、大げさに言えば、権威さえ否定できるならば不確定性は真実でなくてもよい。このとき、新左翼的アンアーキズムの議論からすれば、規範・目的レベルの議論については強い関心を示すが、事実レベルについてはさしたる関心がないものと整理することができよう。

サルトルの実存主義についても、新左翼的アンアーキズムとほぼ同様のことがいえよう。サルトルの実存主義は、法の持つ疎外効果を問題とし、そうした効果をなくしていくことによって、疎外なき関係を追求していく試みであった。法解釈に不確定性が存在するとして主流派の法学を批判するのだとしても、それは疎外なき関係を作り上げるための一手段なのであり、既存の法学の権威を削ぐことができれば事実として不確定性が存在するかどうかには無関心である。

以上の考察を簡潔にまとめると、以下の図のようになるだろう。

	①事実レベルの問い	②規範・目的レベルの問い
リアリズム法学	価値主観性、法素材としての政策	必然的理由なし
(ポスト)構造主義	論法の構造的規定	必然的理由なし
ポストモダン的言語哲学	言語ゲーム、脱構築	必然的理由なし
ネオ・マルクス主義	相対的自律	抑圧に焦点をあてる(階級闘争)
批判的歴史学	歴史的事実	法的な観点からの歴史参照に対する警句
法社会学	資力や情報などの格差、排除	そうした抑圧的関係の是正
新左翼的アンアーキズム	事実として不確定か無関心	権威的關係に基づく教育の否定
サルトルの実存主義	事実として不確定か無関心	疎外なき関係

さて、以上批判法学内の多様性を確認してきたが、それは全ての道具立てが共存できるということを示しているわけではなく、また、その全てが等価であるということの意味しない。批判法学者らは、こうした道具立ての中から取捨選択を行い、改変し、組み合わせることによって、自らが最

も魅力的であると考える議論を——ときに同じ批判法学者を批判しながら——構築しようとしてきた。不確定テーゼの数は、その組み合わせの数だけ存在するのである。

## 2. アンガーの不確定テーゼ

このように、批判法学者らはそれぞれが魅力的な議論を展開しているのだが、以下では批判法学の対価の一人であるアンガーのそれに焦点を当てていくこととしたい。その理由は以下の四つである。

第一に、その世界的な知名度とは裏腹に、日本においてアンガーの受容が十分に行われていないためである<sup>61)</sup>。もちろん、いくつかの優れた研究は存在するが<sup>62)</sup>、アンガーは多作かつ多様なトピックについて論じているため、その全てを理解・検討することは困難を極めており、受容は不十分なものとどまっている。本稿での検討もまた、不確定テーゼを中心に論じた部分的なものであるが、そうした不十分な受容状況を少しでも改善することにつながると考えられる。

第二に、アンガーの議論がシンクレティズム（混合主義）の最良の形の一つであるように思われるからである。アンガーは、必ずしも明示しないが、先に見てきた批判法学の様々な道具立てを受容し、また批判的に検討して変形を施すことによって、自らの議論の糧としている。昨今、法学を

61) ただし、このことは世界レベルではアンガーが十分に理解・受容されていることを意味しない。とりわけ、1986年の単著『批判法学運動 *The Critical Legal Studies Movement*』の新版が2015年に出版されたが、同著がほとんど注目されていないことは「衝撃」ですらある（Paul Baumgardner (2016) “Book Review: The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task”, 26 *Law and Politics Book Review* 148, p.148）。

62) さしあたり、松浦好治（1986）「現代の法哲学者たち 17 R.M. アンガー——自由主義社会理論の根本的批判」『法学セミナー』368号、三本卓也（2002）「法の支配と不確定性（1）——ロベルト・アンガー『構造』概念の変容とその示唆」『立命館法学』2002年5号及び同（2003）「法の支配と不確定性（2）——ロベルト・アンガー『構造』概念の変容とその示唆」『立命館法学』2003年2号、吾妻聡（2004）「権利・尊重・政治——権利の別様の形についての逸脱者による／のための思考（1）」『法学論叢』155巻1号をはじめとする吾妻による一連の研究、有賀誠（1992）「スーパーリベラリズムの可能性と限界」『法学研究』65巻7号を嚆矢とする有賀による一連の研究、石田眞（1992）「自由主義法学と社会変革——アンガー」『法社会学』第44号、船越資晶（2013）「初期アンガーの再活用——『法の支配』の歴史社会学」『法学論叢』172巻4・5・6号

より広く捉え、また学際的に研究を行おうとする取り組みが増えているが<sup>63)</sup>、それらにとっての参考にもなると考えられる。

第三に、法学が民主主義論に対して寄与する可能性を、アンガーの不確定テーゼの議論を介して示唆するためである。昨今、世界的レベルでのポピュリズムの勃興が夙に指摘される場所であるが<sup>64)</sup>、それはもはや政治上の問題にはとどまらない。ポピュリズムは、法の存在意義や機能、規範の意味を変化させるものとなっている<sup>65)</sup>。しかしながら、このようにして人々が声を上げること自体は、民主主義の観点から見て必ずしも問題があることではないはずである<sup>66)</sup>。問題なのは、そうして上げられた声が、結局のところ制度構想の次元を欠いているか、制度を実現した後に人々にどのような影響を与え、傷つけるかといった想像力の欠如したものとなっていることだろう。こうした想像力の欠如が、「善玉」と「悪玉」といった過度に単純化された二元論を作り出し、時に方向を失ったエネルギーが危険な主張と結びつくことになるのではないか<sup>67)</sup>。法学は、制度構想や想像

63) 典型的には、「法と経済学」といった「法と・・・(law ands)」といった呼称の研究の増大が挙げられるが (Marc Galanter and Mark Alan Edwards (1997) "Introduction: The Path of the Law Ands", 1997 *Wisconsin Law Review* 375)、枚挙に暇がない。ただし、学際化の傾向に対する抵抗や問題がないわけではなく、論争的であり続けてきたというのが実態である (Theunis Robert Roux (2016) "The Incorporation Problem in Interdisciplinary Legal Research: Some Conceptual Issues and a Practical Illustration", 8 *Erasmus Law Review* 55)。

64) 中谷義和他編 (2017)『ポピュリズムのグローバル化を問う——揺らぐ民主主義のゆくえ』法律文化社

65) たとえば刑罰ポピュリズム (penal populism) の勃興や (日本犯罪社会学会編 (2009)『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』現代人文社)、ポピュリズムを冠する憲法理論の台頭が挙げられる (松井茂記 (2007)『ポピュリスト的立憲主義』をめぐって』佐藤幸治他編『現代社会における国家と法 阿部照哉先生喜寿記念論文集』成文堂)。

66) 山本圭 (2012)「ポピュリズムの民主主義的効用」『年報政治学』2012- II、水島治郎 (2016)『ポピュリズムとは何か——民主主義の敵か、改革の希望か』中公新書。ただし、もちろん民主主義とポピュリズムは相容れないという見解は多くある (Koen Abts and Stefan Rummens (2007) "Populism versus Democracy", 55 *Political Studies* 405)。

67) たとえば、大嶽秀夫は、「善玉」や「悪玉」といった単純な二元論とそうしたレトリックに基づく劇場型政治をポピュリズムの特徴として捉えた上で (大嶽秀夫 (2006)『小泉純一郎 ポピュリズムの研究——その戦略と手法』東洋経済新報社、p.2)、「ポピュリズムはイデオロギーを欠いているとしばしば指摘されるが、欠けているのは政策上の体系的プログラムである。社会主義、ネオリベラリズムあるいはファシズムなどと比較した場合、それ自体としては、政策的なオリエンテーションを持たない。それ故、社会主義とも、ネオリベラリズムとも、人種差別主義とも結合しうるのである」と指摘している (大嶽秀夫 (2009)「ポピュリズムの比較研究に向けて」『レヴァイアサン』42号、p.8)。もちろん、ポピュリズム

力の次元において何らかの寄与を行うことができないのだろうか。田中成明は、かつてハーバードへと留学してアンガーの法の三類型論（後述）を聞き、田中自身の代名詞ともなる「法の三類型という直接的な示唆を得た」と回顧している<sup>68)</sup>。しかし、田中のそれは「彼の見解とはかなり異なり、とくに近代西歐法の理解について、たしかに彼が鋭く指摘しているような内的な矛盾・緊張をはらんでいることを基本的に承認するにしても、そのようなものとして、最も合理的とか最良であるという評価はせずに、社会の規範的秩序づけの方式としての法の特質を最も鮮明に示している典型的な法類型として、そのメリット・デメリットを現代的諸条件のもとで評価して適宜取捨選択して継承していくという」非常に穏和な形での継受であった<sup>69)</sup>。現代のポピュリズムの不満が、こうした穏和な形での改良主義にあるのだとすれば、田中が退けたアンガーのより大胆でラディカルな構想を再検討してみることは有益であろう。何よりアンガーはこのようなポピュリズムの問題に直面し続けてきた南米の出身であり、実際に政府の要職に就いた経験がある。このことはアンガーの議論に興味深い影響を与えており、注意を払うに値する事実である<sup>70)</sup>。

最後に、不確定テーゼの検討を通じて、アンガーについて論じた先行研究の多くが見逃している、アンガーの議論の根底にあるものを明らかにするためである。アンガーの処女作は、出版社からの公刊物としては1975年出版の『知識と政治 *Knowledge and Politics*』であるが<sup>71)</sup>、それ以前に「詩

---

は曖昧な概念であり、それをどう定義し分析するかは大きな問題であるが、ここでは立ち入らない。

68) 田中成明(2009)「法の三類型(自立型法と管理型法・自治型法)モデル再考——その問題関心と多元的調整フォーラムとの関連を中心に」『新世代法政策学研究』第4号、p.67。なお、こうした類型的な思考は必ずしもアンガーのオリジナルというわけではなく、たとえば田中が邦訳したカール・シュミットなどにも既に見られるところである(カール・シュミット(1973)「法学的思惟の三種類」加藤新平=田中成明訳『危機の政治理論』長尾龍一他訳、ダイヤモンド社)。アンガーを含めた法類型論の諸相・展開については、矢崎光圀(1987)『日常世界の法構造』みすず書房、pp.141-164

69) 同上 p.68

70) アンガーが第三世界出身であることに着目した論考として、Richard Rorty(1988)“Unger, Castoriadis, and the Romance of a National Future”, 82 *Northwestern University Law Review* 335

71) Roberto Unger(1975) *Knowledge and Politics*, Free Press(以下「KP」とする。また、以下で参照する項数は1984年出版の新版のものを用いる。)

とヴィジョン“Poetry and Vision”]というエッセイを叙している<sup>72)</sup>。その表題に示されているように、アンガーのはじまりは詩そのものとは言わないまでも、「詩的なもの」であった。「詩とヴィジョン」における構想がアンガーの不確定テーゼ解釈にとって非常に重要であり、またその独自性を作り出す要因となっている。本稿冒頭で日本の法解釈論争に言及したが、こうした「詩的なもの」という要素を考慮して法の不確定性が論じられることはほとんどなかったように思われる<sup>73)</sup>。アンガーの不確定テーゼは、従来の日本の法解釈論にはなかった観点の導入を可能とするのであり、ありきたりで考慮済みだという批判は当たらないということが、「詩とヴィジョン」を介したアンガー解釈によって明らかとなるであろう。従来の法学を批判する理由、そして出口として何を考えるかという点について、解釈の「わく」を設定する議論ともマルクス主義法学とも利益衡量論とも異なる独自の議論をアンガーは展開しているのである。

## 2. 1. 根底としての「詩とヴィジョン」

日本の法哲学者である大屋雄裕は、批判法学について論じた文章の中で、アンガーは「壮大なグランド・セオリーを提供するものとして、しばしば『構想力に富んでいる』(visionary)と評される」が、アンガーの主張は実行可能性に乏しい不十分なものに過ぎず、「構想力に富んでいるのか、それとも単に夢想に満ちているのだろうか」と揶揄している<sup>74)</sup>。このように、アンガーの議論は一種のユートピア論や精神論の類にならざるを得ないと批判する人々は、大屋に限らず多くいる<sup>75)</sup>。しかしながら、ここで述べら

72) Roberto Unger (1968) “Poetry and Vision”, unpublished (以下「PV」とする。) Available at <http://www.robertounger.com/en/wp-content/uploads/2017/01/poetry-and-vision.pdf> (last visited Mar. 5, 2018)

73) ただし、詩と法の相似性を主張した堅田剛の研究や(堅田剛(2007)『法のことば／詩のことば——ヤコブ・グリムの思想史』御茶の水書房)、法と美学の相関関係について論じた小野清一郎の研究(小野清一郎(1971)『刑法と法哲学』有斐閣)、批判法学の知見を踏まえた上で法における比喩の重要性について論じた松浦好治(1992)『法と比喩』弘文堂、「法と文学」の諸研究(前掲注57参照)などがある。しかしながら、これらの研究が、本稿で後に見ていくような形で不確定テーゼを発展させたということは管見の限りなく、アンガーの不確定テーゼの独自性は失われない。

74) 大屋「批判理論」p.311

75) さしあたり、ジェームズ・ハーゲット(1985)「現代アメリカにおける法思考

れている visionary——以下では「ヴィジョナリー性」と訳す<sup>76)</sup>——とは一体何なのだろうか。その意味が十分には理解されないまま、アンガーの議論が論じられているように思われる。まずは、ヴィジョナリー性の内実を明らかにしなければならない。

1968年<sup>77)</sup>、当時学生であったアンガーは「詩とヴィジョン」と題したエッセイを著している。本エッセイは、現在確認できる限りアンガーの著作の中で最も古いものであり、アンガーの理論の淵源の一つが詩であることを示しているように思われる。表題のとおり、アンガーは本エッセイで詩におけるヴィジョナリー性を論じ、さらにそれが科学や政治に与える影響について考察しているのだが、同時にアンガーはヴィジョナリー性と相反し、対になる要素——「反ヴィジョナリー性 (counter-visionary)」——を詩が同時に持つということを強調している。

それでは、ヴィジョナリー性、反ヴィジョナリー性とは何なのか。順に見ていこう。まずはヴィジョナリー性についてである。アンガーは、ヴィジョナリー性は次の二つを主題にするものであるという。

第一の主題は、人々の一体性の実現、アンガーの言葉を直接引けば、「すべての壁が取り払われた一つの世界の中で、一つになる心」の実現を図ることである<sup>78)</sup>。ここでいう一体性とは、あらゆる他者と共有されることの普遍的人格を個々人が形成するという状態を指す<sup>79)</sup>。そして、多かれ少

の諸傾向」長谷川晃訳『北大法学論集』第35巻第5号、p.84、Stanley Fish (1988) "Unger and Milton", 37 *Duke Law Journal* 975

76) visionary の邦語訳としては、「幻視者 (的)」「夢道家 (的)」といったものがある。この用語はアンガーの著作における頻出用語であるが、初出が詩について論じた著作であり、ウィリアム・ブレイクといった詩人の影響を受けていることに鑑みれば (Roberto Unger (2009) *The Left Alternative*, Verso, p.188. 以下「LA」とする。)、(たとえばブレイクの呼称である)「幻視者」でよいかとも考えた。しかしながら、幻を見る狂人といった印象を与えてしまう可能性に鑑み、本稿では片仮名のままとすることにした。

77) 1968年は言わずと知れた社会運動を象徴する年であり、この年に本エッセイが執筆されたことは興味深い。これから40年あまり後、ブレイクに触れつつ次のようにアンガーが述べていることも参照。「私は1968年世代に属する。その世代は、世界中において、想像のモデルに基づき社会を作りなおそうとした。私は彼らの幻滅と敗北から学ぼうと努めてきた。しかし、私は絶望してはしない。ウィリアム・ブレイクはこう言った。『もしも愚者が自らの愚かさにこだわり続けるとすれば、彼は賢人となるであろう』と。」(LA, p.188)

78) PV, p.1

79) このように、言語が人々の一体性を促進、または阻害しているという考えは、少なくとも突飛なものではない。たとえば、言語学者である田中克彦は次のように述べている。「もともと言語は人類史の中で、それと相互依存の関係にある共

なかれ他の文学作品もまたこうした要素を持つが、アンガーによればヴィジヨナリー性を持った詩は、他のそれよりも徹底した容赦ないものであるという。たとえば「物語詩 (narrative poetry)」について考えてみよう<sup>80)</sup>。このとき、詩に加えられた物語的な要素によって、その物語の筋に関係しないような人物は登場しないか、もしくはほとんど描写されない。これでは、全ての人々と一体になることは不可能である。ヴィジヨナリー性を持った詩は、こうした作者の意図の範囲内でのみ現れる他者にだけでなく、あらゆる他者へ向けた詩となる。

詩人の歌声は半端に立ち往生した意識・感情の表現以上のものとなる。つまり、詩人の歌声は、一つの区分なき心へと届くものとなり、世界の事物を隔てる壁を乗り越えることを可能とする。なぜなら、通常多くの〔人々の〕心において失われている集合的な力によって世界を見ることを可能にするからである。人々の主観の間にある壁は、世界における事象の記述の区分と共に、相対化される。これこそ、人間の普遍的なアイデンティティを表現するところの詩である。<sup>81)</sup>

第二の主題は、人間の能力の拡大、とりわけ意志と想像力の滋養である。ヴィジヨナリー性を持った詩は人々を一種の恍惚の状態へと導き、自己否定的な感情を消し去ることで、人々の行動力・想像力の幅を増加させるとアンガーは述べる。そして、アンガーによれば、こうした「詩が表現した惹起せしめるところの行動及び自己を見つめる能力のエンパワーメントは、運命的な闘争における特別な地位・所属のパフォーマンスに依存するものでは一切ない」という<sup>82)</sup>。

これら二つの主題は、アンガーによれば究極的に一致する。というのも、

---

同体の形成、維持と不可分にかかわってきた。それは、言語が種としての人類の普遍の能力の上に形成され、人類に共有される特徴でありながらも、歴史的に形成された個々の言語は普遍ではなく、人類を深いところで分断し、相互に超えがたい障壁としてたちはだかっているからである。」(田中克彦 (1997)「巻頭のことば」田中克彦他編『ライブラリ 相関社会学4 言語・国家、そして権力』新世社、p.vi)

80) PV., p.5

81) Ibid., p.3

82) Ibid., pp.3-4

意志と想像力といった人間の能力が拡大されることによって（第一の主題）、特定の個人や構造が持つ弱点を看取・克服できるようになり、普遍的な道徳やコミュニティの確立が可能となるからである（第二の主題）<sup>83)</sup>。

ここで注意が必要なのは、こうしたヴィジョンナリー性の発露は、一度に実現されるようなものではないということである。アンガーは現在あるものの批判と再構築、すなわち現在の延長線上においてのみ、ヴィジョンナリーな実践があると考ええる。アンガーは次のように述べている。

詩による解体もまた、ものごとの保守的な見方を塗り替えようとするものである。しかしながら……オリジナルのヴィジョンは、空っぽにされて別の何かにとって代えられるのではなく、補充され、そして変更されるのである。<sup>84)</sup>

アンガーにとって、ヴィジョンナリー性は全てを一度に変化させるような類のものではなく、現在ここから、連続したものとして行われるものなのである

このように詩におけるヴィジョンナリー性を定義したアンガーは、これらが政治と連続したものであると主張する。ヴィジョンナリー性は詩によく体现されるものであるが、詩だけのものではなく、詩を超えていく。

社会における無限の可能性が十分に意識されるにつれ、我々の個人的・集団的な人間としてのアイデンティティは全て、固定化された社会的文脈の外部において揺さぶられる。そして、そうしたアイデンティティは、無限なものに、もしくは相対的なものに変換される。我々は社会的な存在の形式に、我々の意志と想像力を挿入する。我々は、詩におけるヴィジョンナリーな運動を、最もラディカルだと感じられるような政治的運動の拡張、こうした経験のモードの先取りとして想像することが可能なのである。そしてそうした拡張は、歴史的にいても実際に実現することが困難なほどにラディカルなのだ。こうした詩と政治の志向性を通じたつながりは、詩的・政治的な手段や方法を相互浸透

---

83) Ibid., p.4

84) Ibid., p.11



的に拡張する。つまりこういうことだ。政治において行われている集団的紛争や発案・発明は、詩において解体というテクニクによって行われているところのものである。<sup>85)</sup>

ヴィジョナリー性は人々を鼓舞し、一体とする。社会運動家やラディカルな理論家が詩的なものに言及するのは、偶然ではないのである<sup>86)</sup>。ここに、疎外なき関係性を追求したゲイブルのサルトル的実存主義との親和性・類似性を見ることができよう。人々の想像力は自らを揺さぶり解体し、一つとなっていくのである。

しかしながら、こうしたヴィジョナリー性を強調しつつも、アンガーは反ヴィジョナリー性というヴィジョナリー性を打ち消す概念を提示している。アンガーによれば、反ヴィジョナリー性とは、これらヴィジョナリー性の二つの主題を反転させる形で生じてくるものである。反ヴィジョナリー性は、人々の意志と想像力を減退させ、一体性へと漸進していくことを押し留めようとする。なぜこうした反発が生まれてくるのか。それは、ヴィジョナリーな詩が「暴力的で非人間的」であり、それを抑止する欲望が生じてくるからである<sup>87)</sup>。ヴィジョナリー性の何が暴力的で非人間的なのか。ヴィジョナリー性を持った詩は人々の意志と想像力を滋養することにより、人々を鼓舞し、闘争へと向かわせうる。結果として、既存の秩序の正統性が否定され、崩壊を招きかねない。さらに、その一体性の前提から、個々の社会の多様性を否定することにつながる。それゆえ暴力的である。また、本当に我々は一つの心、すなわち普遍的人格に至ることができるのだろうか。もし可能なのだとしても、それには相当の労力・苦痛と才能が必要なのではないか。そして一体となれるという保証はどこから来るのか。実現可能性はほとんどないのではないか。ヴィジョナリー性は人間

85) Ibid., pp.13-14

86) たとえば、アナーキストで「一時的自律ゾーン (temporary autonomous zone)」という概念でも知られるハキム・ベイは詩人でもあるし (一時的自律ゾーンについては Hakim Bey (2003) *TAZ: The Temporary Autonomous Zone, Ontological Anarchy, Poetic Terrorism*, second edition, Autonomedia)、日本でも鶴見俊輔や加藤周一が詩や詩的言語に傾倒・着目していることもよく知られている (鶴見俊輔 (2006) 『詩と自由——恋と革命』詩の森文庫、小関素明 (2017) 「加藤周一の精神史——性愛、詩的言語とデモクラシー」『立命館大学人文科学研究所紀要』NO.111)。

87) PV., p.4

なら誰でも持つであろう弱さをまったく考慮していない。それゆえ非人間的である<sup>88)</sup>。こうして、詩の中に反ヴィジヨナリー性が入り込んでくることになる。

……詩の中には常に反ヴィジヨナリーな方向性が存在する。反ヴィジヨナリーな方向性は、単に一つの世界における一つの心の達成が不可能であることのみならず、いかなるコミュニケーションの確立も失敗していることに関心を向ける。……詩における反ヴィジヨナリー性は、自己の一体性と継続性を今にも失おうとしている人々の経験を掴んでいる。驚きの瞬間は人間の能力の向上によってもたらされるのではない。人間の能力に対する当惑・まごつきによってもたらされるのだ。ゆえに、人々を惹きつけるのは、世界に働く諸力との輝かしい交流・交渉についての詩ではなく、切望と悲嘆についての詩である。<sup>89)</sup>

このように、ヴィジヨナリー性と相反する反ヴィジヨナリー性という概念を提示するのに加えて、アンガーはヴィジヨナリー性を限定づけるようならに二つの問題点をエッセイの後半部で指摘する。

第一の問題点は、客観性についてのものである。人々は、ヴィジヨナリー性を伴った詩を聞いたとしても、その詩が果たして本当に一体性を目指しそれを実現するものなのか、それともそうでないのかを判断することができない<sup>90)</sup>。

第二の問題点は、詩人の活動が何を残すことができるのかが不明瞭なことである。第一の問題点、すなわち詩人の客観性をクリアしたとしよう。しかしながら、こうした詩的な体験や現象は、恒常的に続くものではなく、例外的なものにとどまってしまうように思われる。そうであるとすれば、このような時期が過ぎ去った後、人々は意志と想像力を十分に発揮し続けることができないのではないか。アンガーによれば、その問いには答える

---

88) 以上のような詩のヴィジヨナリー性の暴力性は、現にナチス期ドイツにおいて最悪の形で発露した(石田圭子(2013)『美学から政治へ』慶応義塾大学出版会)。より広く美学の観点から、こうした危険性について考察・検討したものとして、小野紀明(1999)『美と政治——ロマン主義からポストモダニズムへ』岩波書店、田中純(2008)『政治の美学』東京大学出版会

89) PV, p.5

90) Ibid., p.15

ことができない。「問題は、こうした問いに対し否定的な答えが返されることではない。答えがまったく分からないことが問題なのである」とアンガーは主張する<sup>91)</sup>。それゆえ、ヴィジョンナリー性に基づく営為が我々にどのような影響を現実に残すのか、懐疑的な態度をとる者がいたとしても、そうした懐疑をなくすことはできないのである。

著名なラディカル・デモクラットからすら「あくなきヴィジョンナリー」とまで評されるアンガーであるが<sup>92)</sup>、このようにヴィジョンナリー性の限界を十分に認識していることは、アンガーの議論を理解する上で十分に頭に入れておかねばならない事実である。

---

91) Ibid., p.16

92) William Connolly (1988) "Making the Friendly World Behave", *New York Times Sunday Book Review*, Available at <http://www.nytimes.com/1988/02/07/books/making-the-friendly-world-behave.html?pagewanted=all> (last visited Mar. 5, 2018)

