
 論 説

法学における「実験」の行方 (1)

——民主的実験主義・主体・想像力

見 崎 史 拓

序論——現代派法思考と新たな実験主義の到来

1. 法学における実験主義の新形態
 - セイベルとドルフの民主的実験主義
 1. 1. プラグマティズムと熟議——手段と目的の相互作用性
 1. 2. 制度の学としての法学
2. 民主的実験主義と他学派の関係
 2. 1. リーガル・プロセス
 2. 2. 批判法学
 2. 3. ストリート・レベルの官僚制 (以上本号)
 2. 4. 新ガバナンス論
3. メタ制度としての民主的実験主義
4. 再帰化する民主的実験主義——民主的実験主義を実験する
5. 民主的実験主義における実験——実験の三類型
6. 民主的実験主義における主体・想像力の位置
 6. 1. アンガーとセイベルの対立——デューイ解釈をめぐって
 6. 2. 実験の前提としての想像力
 6. 3. 想像力を制約するもの

結びにかえて

【凡例】

- ①外国語文献を引用する際、邦語訳があるものはそれを使用するが、断りなく訳を変更することがある
- ②既出文献は省略形で記載する（年号・副題・出版社・雑誌名の省略）
- ③引用文章中において、斜体による強調は原文、下線による強調は引用者

のものを指す

- ④引用文章中における〔 〕は引用者による補足である
- ⑤引用文章中における脚注は、特に断りのない限り省略する

序論——現代派法思考と新たな実験主義の到来

ビーカーやフラスコがずらりと並ぶ研究室の中で、眼鏡をかけた科学者達が、薬品Aと薬品Bを用いた場合の反応の違いを確認している——。「実験」といわれると、このようなイメージを思い浮かべるだろうか。

かつて、人々は夢を見た。あるいは、現在もその夢を見ているのかもしれない。自然科学が物理法則や化学物質を取り扱うのと同じように、社会もまた科学的に取り扱うことができるのではないか。賢人たちが実験を行うことで、個々人の主観とは独立に、客観的な答と着実な進歩を手にすることができるのではないか。そのような夢を多くの人々が見てきたのである¹⁾。ジェームズ・スコットは言う。

近代主義者は、科学的な法則と量的な測定を様々な社会問題に適用して、ひとたび「事実」が理解されるようになれば、不毛な論争の余地もなくなると信じ、……〔それによって〕主観性と党派的政治の歪みを最小化したいと熱望した。……改革主義者たちは、客観的な科学知によって政治をもつばら「行政的なるもの」へと差し替えることができると信じた。その点で、20世紀初頭アメリカの知的な進歩主義者も、奇妙なことだがレーニンもまた同様だった²⁾。

-
- 1) 以下で引用するスコットの他に、たとえば川村久美子は、ブルーノ・ラトゥールに依拠しつつ、「近代科学の登場は人間の知的事業の発展というだけでなく、社会をいかに形作るのかについての改革でもあった」と述べ、代議制の誕生などもその延長線上に見ている（川村久美子（2018）「真理探究という定義は科学をいかに形作ったのか」『東京都市大学横浜キャンパス情報メディアジャーナル』第19号、pp.24-25）。もちろん、こうした自然科学的思考を万能のものとする科学主義的な考え方が全面的に受容されていたわけではない。古典的な批判として、フリードリヒ・ハイエク（2011）『科学による反革命』渡辺幹雄訳、春秋社。
 - 2) ジェームズ・スコット（2017）『実践 日々のアナキズム——世界に抗う秩序の作り方』清水展他訳、岩波書店、pp.146-147

法学者も決してその例外ではない。たとえば、19世紀アメリカで非常に強い影響力を持った、「科学としての法学 (law as science)」を掲げるいわゆる「ラングデル法学」³⁾が、法学を学んだことのある者ならば、直ちに想起されよう。そして、同じく19世紀の半ばになされたユリウス・キルヒマンの法学批判⁴⁾——法学は科学たりえない——が大きな反響を以て迎えられたことが逆説的に物語っているのは、(当時の)ドイツにおける科学主義の強さである⁵⁾。ここ日本においても、「科学的」社会主義を標榜するマルクス主義に影響を受けてマルクス主義法学が展開され⁶⁾、また川島武宜が「科学としての法律学」⁷⁾を標榜したことは、いまだ忘れ去られてはいまい。加えて、法社会学者である及川伸が、アメリカ、とりわけフレデリック・ビューテルの議論を中心に紹介・検討した1966年の著作『実験主義法学』は、本稿で鍵概念として取り上げる「実験主義 (experimentalism)」を既に掲げている⁸⁾。ゆえに、本稿で取り上げようとしている議論——現代法学における実験主義の勃興——は、単なる二番煎じにすぎないのではないか、という印象を与えるかもしれない。

それでは、日本において、実験 (主義) は、既に法学者の間で考慮済みで、常識化した事項になっているのだろうか。ここで、先の及川の著作に対する法学者の反応を見てみよう。及川の著作に対する書評において、千葉正士は、次のような厳しいコメントを寄せている。曰く、「これほどビュー

3) ラングデル法学については、さしあたり、松浦好治 (1981-1982) 「Law as Science」論と19世紀アメリカ法思想 (一) (二) ——ラングデル法学の意義『中京法學』第16巻2号・4号、同 (1982) 「Law as Science」論と19世紀アメリカ法思想 (三) ——ラングデル法学の意義『阪大法学』第125号

4) ユリウス・キルヒマン (1958) 「法律学無価値論」田村吾郎編訳『概念法学への挑戦』有信堂

5) さらに付け加えれば、キルヒマンの批判によって、法学の科学性が否定されることにはならなかった。ホセ・ヨンバルトによれば、「キルヒマンの法学に対する批判は、この講演のなかで批判しただけに終わり、彼はそれについて新たな道を示すということはしなかった。そのためか、彼が与えたショックの結果、法学をより (自然) 科学的に研究しようという傾向が強まったように思われる」という (ホセ・ヨンバルト (2000) 『法の世界と人間』成文堂、p.62)。なお、キルヒマンの主張が目目された背景は、科学主義のみであったわけではないが、その点については、山口邦夫 (1995) 「キルヒマン『法学無価値論』の歴史的意味」『駒澤大学法学論集』第50号

6) 参照すべき文献・論者は多いが、最近出版されたものとして、藤田勇 (2010) 『マルクス主義法理論の方法的基礎』日本評論社

7) 川島武宜 (1964) 『科学としての法律学』弘文堂、同 (1987) 『科学としての法律学』とその発展 岩波書店

8) 及川伸 (1966) 『実験主義法学』法律文化社、その増補・改訂版として、同 (1980) 『法社会学と実験主義法学』法律文化社

テルが主張し実行した実験法学がその後は他の学者においては勿論本人によっても発展が見られない」。また、「法律施行の実態を科学的に調査しようとするが、……極言すれば行政調査の範囲を出ないのではなかろうか」。加えて、法学を完全に科学へと還元しようとすることを批判し、「あいまいさを拒否するために哲学をも無視すれば、法は法でなくなり、したがって法学も法の学でなくなるのではないか。哲学的に理解すべき法のある種の要素を拒否する結果に、ビューテルはおちいった」のだという⁹⁾。

こうした千葉の反応に典型的に見られるように、実験（主義）に基づく法学という構想は当初から日本において必ずしも好意的に受け止められておらず、これに加え、ソ連に対する幻滅やその崩壊と¹⁰⁾、それに伴うマルクス主義法学の弱体化などの事象も重なり¹¹⁾、近年になるまで十分に発展・受容されてこなかったように思われる。

しかしながら、1990年代の後半になって、アメリカにおいて実験主義を表題に掲げるエポック・メイキングな著作が発表された。マイケル・ドルフとチャールズ・セイベルの共著論文「民主的実験主義の憲法」である¹²⁾。この論文は、当時のアメリカにおける最も引用数の多い論文の一つとなり¹³⁾、多くの論者に影響を与えた他、EU等における「新ガバナンス(new governance)」論の一種として、あるいはそれに共鳴するものとして、現在もお発展・展開を続けている¹⁴⁾。ここ日本においても、いくつかの文

9) 千葉正士(1981)「<書評>及川伸著『法社会学と実験主義法学』『社会学評論』32巻3号、pp.92-94。なお、千葉自身は、権利概念について(も)検討した論考で、権利は「一種の科学的概念である」が、「十分な意味における科学的概念」ではないとしており(千葉正士(1981)「法哲学と法社会学」原秀男他編『法の理論1』成文堂、p.46)、科学との距離感について必ずしも明確ではない。

10) ただし、ソ連を一つの実験として捉え、その失敗から学ぼうとする近年の研究として、松戸清裕(2017)『ソ連という実験——国家が管理する民主主義は可能か』筑摩書房

11) マルクス主義法学の衰退については、森下敏男(2014-2016)「わが国におけるマルクス主義法学の終焉——そして民主主義法学の敗北(上)(中)(下・I)(下・II)(下・III)」『神戸法学雑誌』64巻2号、65巻1号・2号・4号、66巻1号

12) Michael Dorf and Charles Sabel(1998)“A Constitution of Democratic Experimentalism”, 98 *Columbia Law Review* 267

13) 1998年出版の論文の中では、Cass Sunstein et al.(1998)“A Behavioral Approach to Law and Economics”, 50 *Stanford Law Review* 1471に次いで第2位であり(Fred Shapiro and Michelle Pearse(2012)“The Most-Cited Law Review Articles of All Time”, 110 *Michigan Law Review* 1483 1494)、Google Scholarによれば2019年6月現在の引用数は1800強を数える(<https://scholar.google.com/citations?user=J7t8fjMAAAAJ&hl=en>)。

14) 新ガバナンス論の概要及びそれとの関連性については、本稿2.4.を参照

献において、詳細に紹介・検討されている¹⁵⁾。

また、アメリカとは別の文脈で、ドイツ行政法の分野でも法律の実験性を強調する議論が現れ、その具体的内容や射程について論じる文献も存在する¹⁶⁾。実験主義への傾倒は、いまや世界的な大きな流れの一つになりつつあるとあってよいように思われる¹⁷⁾。

それでは、なぜ現在、改めて実験主義が台頭しているのだろうか¹⁸⁾。この答を見つけ出すに際し、ダンカン・ケネディによって描かれた、法の歴史¹⁹⁾を参照することが非常に有用である²⁰⁾。

ケネディは、世界における法学の趨勢が変遷していく様子を、三つの時期に分けて——ただし時代的な重複があるが——説明している。順に見ていこう。まず、第一期、1850年から1914年にかけての法学の在り方を、「古典派法思考(classical legal thought)」とケネディは呼ぶ。古典派法思考とは、

-
- 15) 金澤孝 (2007) 「『新しい憲法秩序』なるものの一考察」『早稲田法学会誌』58巻1号、松尾陽 (2009) 「法解釈方法論における制度論的転回——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として (一) (二・完)」『民商法雑誌』140巻1号・2号、再構成の上、日本統治機構への応用を検討したものと、木下昌彦 (2015) 「民主的実験としての地方分権——現代社会における統治機構の新たな展開」佐々木弘通=宍戸常寿『現代社会と憲法学』弘文堂
- 16) 手塚貴大 (2013) 『租税政策の形成と租税立法——ドイツ租税法学に見る租税政策論』信山社、第8章、大橋洋一 (2014) 『対話型行政法学の創造』弘文堂、第10章
- 17) ただし、既存の実験主義は必ずしも十全なものではなく、その限界と進むべき方向性については4. 以下で検討される。
- 18) この問いについては、本稿3. でも再訪する。
- 19) Duncan Kennedy (2006) “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, in David Trubek and Alvaro Santos (eds) *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press. ただし、本稿はケネディの診断を全て受け入れたわけではなく、法律家の意識論については判断を留保したい。ケネディの法律家意識論については、Duncan Kennedy (2014) “The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought”, 25 *Law Critique* 91, Duncan Kennedy (2017) “A Social Psychological Interpretation of the Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought”, in Justin Desautels-Stein and Christopher Tomlins (eds.) *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge University Press
- 20) 本稿と同じく、民主的実験主義をケネディの枠組みを介して理解しようとする試みとして、Justin Desautels-Stein (2012) “Experimental Pragmatism in the Third Globalization”, 9 *Contemporary Pragmatism* 181. 本稿は、当該論文に大いに触発されたものであるが、本稿と当該論文の大きな違いは、(1) 本稿が現代派法思考における分裂状況を乗り越えて総合する可能性を民主的実験主義に認めるのに対し、当該論文はそうした可能性に対し消極的であること、(2) 本稿が実験概念を中心に描くのに対し、当該論文は法的プラグマティズムを中心に記述を試みたものであること、である。

「科学的実践として理解される法的推論によって規定される境界領域を伴う、私的主体と公的主体のための自律的領域の体系として法を捉えようとする思考方法」を指す²¹⁾。この典型として挙げられるのは、先にも少し触れたラングデル法学である。ラングデルの法学観を最も良く表現している一節を引用しておこう。

科学としての法学は、一定の原則や法理から構成される。それらの原則・法理を、複雑に絡みあっている (ever-tangled skein) 人間関係に対して安定した技術と確かさにより適用できるほどにそれらに通じていること、これこそ真の法律家であることに他ならないのである²²⁾。

ラングデルは、こうした原則や法理を、核となる判例を分析することによって導き出すことができると考えたのである。しかし、こうした古典派法思考の手法は、法学の閉鎖性を促進し、社会的問題からの法学の乖離を促すことになった。こうして、法典と判例に傾注し、その客観性・中立性を標榜する古典派法施行に対する不満が徐々に蓄積し、第二期、1900年から1968年頃にかけて、「社会派法思考 (social legal thought)」²³⁾とケネディが呼ぶ法学のあり方が力を持つようになる。これは、「目的を持った活動として、規制メカニズムとして法を考える」という、道具主義的な法思考である。すなわち、「家族や諸国家からなる世界に至るまで、様々なレベルにおいて極めて強く認知されている社会的な相互依存性に従い、法は社会的生活の進化を促進できるし、促進すべきである」と社会派法思考は主

21) Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", pp.21-22. なお、1975年にマニュスクリプトとして執筆され、2006年になって公刊された、古典的法思考について論じた著作 Duncan Kennedy (2006) *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beardの延長線上にある議論である (ただし、初期の著作全ての関心を引き継いだものだとケネディは述べている。これについては、Tor Krevier et al. (2015) "Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy", 10 *Unbound* 1, p.32)。

22) Christopher Langdell (1871) *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Little, Brown, and Co., p.viii (ただし、ラングデルの原著は確認困難であったため、Neil Duxbury (1995) *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, pp.14-15において引用されたものを翻訳している。)

23) 名称について、2006年出版の論文の時点では the social と称されていたが、後に social legal thought と命名されることになる (Kennedy, "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought")。

張する²⁴⁾。こうした道具主義的な法学における法実践はどのようなものになるか。椎名智彦による、道具主義の解説を引用しておこう。

道具主義モデルの下においては、裁判官は、判決の推論方法における正当性……ではなく、判決の社会的効果という点に着目して、自らの法的考察の出発点・立脚点を決定する。望ましい社会的効果を発生させることが、判決を通じて裁判官が達成しようとする目的であるということは、いうまでもない。そして、望ましい社会的効果を発生させるという目的は、換言すれば、それは端的に政策目的であり、そこには、国政の方向性に影響を与えるようなマクロの性質をもつ憲法的政策 (constitutional policy) から、製造物事件や消費者事件のような、比較的日常的なマイクロ・レベルにおける事件処理に関する政策まで、多様なものが含まれることになる²⁵⁾。

そして、そうした道具主義モデルによって実現が図られる政策目的には、「社会権 (social right)」という言葉で表せるような、平等主義的・福祉国家的なものや、「社会主義 (socialism)」的なものが含まれていた。ケネディによる「社会派法思考」のネーミングは、このように「社会」に複数の意味を併せてのものである²⁶⁾。

しかしながら、こうした単純な進化モデルと、行政を中心とした国家機関に対する信頼は、第二次大戦後 (1945 年以降) から徐々に揺らぎ始め、いわゆる < 1968 > に見られるような新左翼的な不満の爆発²⁷⁾、その精神を受け継ぐ批判法学 (critical legal studies)²⁸⁾ の台頭により、大きく損なわれることになった。その結果、第三期として現在にまで続いている法学、ケ

24) Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", p.22

25) 椎名智彦 (2010) 「アメリカの法運用にみる道具主義の陥穽」『青森法政論叢』11号、p.46

26) ケネディは当時の時代背景を示すために、当時よく用いられた「社会 (social)」が付く用語を 23 個挙げている (Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", p.37)。

27) 当時の世界状況やその後の影響については、ノルベルト・フライ (2012) 『1968 年——反乱のグローバリズム』下村由一訳、みすず書房、西田慎 = 梅崎透編 (2015) 『グローバル・ヒストリーとしての「1968 年」——世界が揺れた転換点』ミネルヴァ書房

28) 批判法学については、本稿 2.2. を参照

ネディが「現代派法思考 (contemporary legal thought)」と呼ぶものが台頭する。これは、他の二つのように中心となるような理論・概念を持つものではない。ケネディによれば、現代派法思考とは、「変形された古典派法思考の諸要素と、変形された社会派法思考の諸要素が、総合されることなく共存」している状態である²⁹⁾。ゆえに、法に求められるものや法律家の果たすべき役割を決定するような強力な審級はほとんど失われてしまっている。かつては、一つには絞りにきれないにせよ、時代を代表するような法理論——ラングデル法学など——が存在した。しかしながら、無数のいわゆる「法と～ (law ands)」に典型的に見られるように³⁰⁾、今や理論が群雄割拠する時代であり、どの理論を選び取るかによって法律家の役割も大きく変わることになる。たとえば、古典派法思考的な法律家像であれば、感情を消して理性的に判断することが求められるが、<法と感情 (law and emotion)>学派の主張に基づけば、感情をこのように抑圧しようとすることは端的に有害であり、また、判断に際しては、同情や悲しみといった適正な感情、詩的感覚の素養などが求められることになる³¹⁾、といった次第である。リアリズム法学 (legal realism)、法と経済学 (law and economics)、原意主義 (originalism)、ドゥオーキンの権利論などは、それぞれ異なった役割を法律家に与えるだろう³²⁾。

ここで注意を促しておきたいが、ケネディは、自らの議論の射程を一国

29) Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", p.63. 現代をこのように診断するのは、ケネディー人ではない。たとえば、ヨンバルト『法の世界と人間』pp.90-116を参照。ただし、ヨンバルトは、「現在のこの分裂状態は、自然界や人間社会ではなく、理論と学問の世界でのみ発生している」と述べており(同上 pp.104-105)、この点は大きな違いである。また、同著の別の箇所、法実証主義と自然法論以外の第三の道はありえないと述べていることと、理論の分裂状態という記述がどう整合するのかについても判然としない(同上 pp.360-363)。

30) Marc Galanter and Mark Alan Edwards (1997) "Introduction: The Path of the Law Ands", 1997 *Wisconsin Law Review* 375

31) Susan Bandes (2011) "Moral Imagination in Judging", 51 *Washburn Law Review* 101, Terry Maroney and James Gross (2014) "The Ideal of the Dispassionate Judge: An Emotion Regulation Perspective", 6 *Emotion Review* 142. なお、興味深いことに近年アジアにおいても同様の方向性の研究が見られる。例として、Gary Low (2018) "Emphatic Plea for the Empathic Judge", 30 *Singapore Academy of Law Journal* 97

32) これを理解するにあたり、たとえば、一つの事例に対する多様な裁判官の多様な解釈を戯画的に描いた、Allan Hutchinson and Derek Morgan (1984) "The Canengusian Connection: The Kaleidoscope of Tort Theory", 22 *Osgoode Hall Law Journal* 22. なお2010年に本文を再検討するシンポジウムが開催されており、今日でも注目されている (Richard Mullender (2010) "A Dance to the Music of Tort", 7 *Journal Jurisprudence* 273)。

内の法制度に限って展開しているわけではない。たとえばケネディは、リーガル・プロセス学派(the legal process)らが提唱した「制度的適性(institutional competence)」³³⁾、すなわち、どの機関がどのような能力を持ちどのような判断を下すべきか、といった問題を論じるに当たり、検討の対象となる機関は、もはや国内のそれに限られず、裁判所であることも自明でないということに注意を促している³⁴⁾。国内社会はもちろん、国際社会における法律家や裁判所の役割を規定するような、共通の基盤はいまだ見出せておらず、諸構想が乱立する状況にあるのである³⁵⁾。

さて、こうした状況下においては、二つの道があるように思われる。一つは、理論が群雄割拠する現状を肯定し、それぞれの法理論が生み出した諸要素を場当たりの利用し、自らにとって有利な法解釈・法実践を行うという道である。あるときは費用便益的な政策分析(法と経済学)を用い、あるときはそうした分析と折り合いの悪いドゥオーキンの権利論を用いる。そうしたポストモダン的な状況にとどまり、現状の法的推論の構造を可能な限り抽出しようとしたのが、他ならぬケネディなのだ、と考えることも可能である。ケネディの下で学んだ船越資晶は言う——「結局ケネディは、ローティのアイロニストと同様に、理論一般に対する信仰も喪失しているのだと思われる」³⁶⁾。

これとはまた別の道がある。その道とは、こうした総合されていない状況・諸理論を克服しようとする試みである。これこそ、昨今の実験主義が取り組もうとしているものだ。なるほど、多様な法理論や構想があることは分かった。ならば、実際に上手くいくかどうかやってみよ。これが、実

33) Henry Hart and Albert Sacks (1994) *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, William Eskridge and Philip Frickey (eds.), Foundation Press, p.148 (なお本書は1958年に執筆されたが公式には出版されず、マニユクリプトとして存在し、そのコピーが流通していた。1994年になって、エスクリッジらの手により書籍化している。)

34) Duncan Kennedy (2018) “Proportionality and ‘Deference’ in Contemporary Constitutional Thought”, in Tamara Perišin and Siniša Rodin (eds.) *The Transformation or Reconstitution of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Hart, pp.34-35

35) 近年のグローバル化の進展を念頭にこうした問題に取り組む著作として、浅野有紀他編(2015)『グローバル化と公法・私法関係の再編』弘文堂、山元一他編(2018)『グローバル化と法の変容』日本評論社

36) 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、p.268

験主義が発する基本的なメッセージである。多様な法理論があるからこそ、実験によってテストする必要がある。こうした意味での実験は、現代派法思考の到来により、ようやく注目されるに至ったのである。

なぜ昨今の実験主義は旧来のそれと異なると言えるのか、それぞれの時期における実験概念の変遷を見ることで明らかになるだろう。まず、古典派法思考における実験について考えてみよう。松浦好治によれば、当時依拠されていた科学観はベーコン的の科学観であり、英米の判例蓄積の手法と併せて考えると、次のような結論が導かれるという。

1850年代になると、'law as science' 論の静的側面が動的側面を凌駕しはじめる。その現象は、「機能的に得られた科学を演算的に用いてなぜいけないのか」という主張として姿を現わす。……試行錯誤を重ねていくプロセスは、たしかに動的で漸進的である。しかし、ひとたびこの手続によって真理が獲得されたなら、もはや帰納法を用いる必要はなくなってしまう。為すべきことは、既に得られた普遍的真理から出発して、個別具体的ケースにそれをあてはめること、つまり演繹的操作を行なうことにならざるをえない³⁷⁾。

すなわち、既に多くの判例が蓄積されているならば、そこから帰納的に真理が導き出されていると考えることができる、と古典的法思考は言うのである。そうした少数の真理を公理とした、一種の公理系を作り出すことが法学の任務となるのであり、科学というメタファーに結びつけられているとしても、数学の問題を解くのに実験が必ずしも必要とされないように、古典派法思考においても実験の位置づけはあまり高いものにはならない。つまり、古典派法思考においては、実験はあくまでも公理に基づく演算の体系を導出する過渡期のものに過ぎなくなるのである。

それでは社会派法思考についてはどうか。吉田直は、1930年頃のアメリカの様子を次のように描いている。

ニューディーラーたちは、神話を除去する者たちであり、理論より

37) 松浦「'law as science' 論と19世紀アメリカの法思想（一）」p.66

も実験と経験主義を好み、問題解決を試みることに重点を置き、問題解決の哲学には関心がなかった。彼らは、立法府による統治よりも、その配属と活動が国民のチェックに服さず、主要な統制制度を伴う行政機関（エリート）によって考案され実行される統治実験を好んだ。かかる考え方はリアリストの見解と共通する³⁸⁾。

ここで注目すべきは、社会派法思考が趨勢を極めていた第二期は、理論が過小であったことである。政府の提唱する政策がまずあり、それがいかに実現されるか、ということが、この時代における実験の意味であった³⁹⁾。すなわち、実験とはエリートによる「統治実験」、すなわちトップダウン式の実験を意味していた。ゆえにこそ、先に見た千葉のような批判、すなわち「哲学」を「無視」することで、「法学も法の学でなくな」り、「行政調査」に墮するのではないか、という批判がなされたのである。

しかしながら、社会派法思考と対称的に、現代派法思考において、理論は過剰である。先に見たように、現在、様々な学派が乱立し、それらが様々な主張を述べている。このとき、実験は、上から絶対的な政策を定め、その分析や実現に向けて行われるようなものになるとは限らない。様々な理論が生み出した様々な実践のための素材を、ローカルな組織や個人がより現場に近いレベルで適用していき、そうする中で政策の目的それ自体も変容していく、というボトムアップ的⁴⁰⁾で柔軟な実験こそが、現代派法思考における主要な実験の形となるのだ。

38) 吉田直 (1980) 「カール・ルウェリンのリアリズム法学とアメリカ統一商事法典に関する一考察」『一橋研究』5巻1号、p.57

39) ただし、後に見ていくように、セイベルやドルフといった民主的実験主義者は、社会派法思考の時期の哲学者であるデューイの議論に依拠している。しかしながら、デューイの実験観は、社会派法思考のそれと大きく異なるように思われる。さしあたり、1920年に書かれた次のような記述を参照。「実験の方法は、固定的に見えるものを破壊して、変化を起こそうとする。種子や木の形態のように、感覚的には不変であるような形態は、事物認識の鍵でなく、破壊すべき壁、障害物と考えられる。」(ジョン・デューイ (1968) 『哲学の改造』清水幾太郎=清水禮子訳、岩波文庫、p.102)

40) ただし、後に見ていくように、民主的実験主義は、一切の中央機関を解体せよ、という議論ではないので、ボトムアップ的という言葉は、若干誤解を招く可能性があるが、ここではあえて単純化した。こうした誤解に注意を促すものとして、Charles Sabel and William Simon (2017) “Democratic Experimentalism”, in Desautels-Stein and Tomlins (eds.) *Searching for Contemporary Legal Thought*, paperback edition, pp.483-484

また、理論がこのように多様であるからといって、それらを総合しないままにしておく理由はない。様々な理論を組み合わせ、一つの法理論として総合することは不可能ではないのである⁴¹⁾。ポストモダニズムを掲げるケネディも、批判法学の中で独自の世界を構成したのではなかったか——彼は自身の議論を「ピンク理論 (Pink Theory)」と呼んでいる⁴²⁾。もちろん、ケネディ自身は、こうした本稿の解釈を峻拒するかもしれないが、かつて渡辺幹雄がポストモダンの論客であるリチャード・ローティの議論を体系的に再構成したように⁴³⁾、ケネディの議論を一つの体系的な理論として再構成することは、不可能でないように思われる。現代派法思考における実験とは、実証的・科学的な意味での実験とは別の、こうした思考上・理論的な実験も指している、と考えるべきなのだ。新たな実験主義においては、主体の思考する能力、すなわち「想像力 (imagination)」が一つの鍵概念となる、ということも、以下本論で論証していくことになるだろう。

さて、ケネディは、古典派法思考・社会派法思考・現代派法思考という変遷を世界的なものとして捉えているが、既に日本においても現代派法思考が広がっているといえるだろうか——。答は否である。船越が指摘するように、少数の例外を除いて、日本において現代派法思考が主流化しているようには思われない⁴⁴⁾。アメリカのように「法と～ (law ands)」が乱立しているわけでもない⁴⁵⁾。しかしながら、こうした実験主義の萌芽は、既に日本の法律学にも存在しているのである。先に挙げた及川らの他、制度

41) この点、批判法学内部についてはあるが、「不確定テーゼ (indeterminacy thesis)」の分析を通じ、そうした組み合わせの可能性を筆者は論じたことがある (見崎史拓 (2018)「批判法学の不確定テーゼとその可能性 (1) (2) (3・完) ——法解釈とラディカルな社会変革はいかに結合するか」『名古屋大学法政論集』276・278・279号)。

42) Duncan Kennedy (1997) *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Harvard University Press, pp.265-296

43) 渡辺幹雄 (1999)『リチャード・ローティ——ポストモダンの魔術師』春秋社。

44) 船越資晶 (2016)「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。ただし、本稿の見解と同様に、現代派法思考の兆候が見られるようになってきていると後に述べている (船越資晶 (2017)「批判法学の実用化のために——錯誤論再論」『法学論叢』180巻5・6号)。

45) ただし、例外的に「法と経済学」については受容がかなりされており、学会まで存在する (<http://www.jlea.jp/index.htm> (2019年6月1日アクセス))。また、「法と文学 (law and literature)」についても、少なくない研究がなされている。例として、小林史明 (2013)「法は人文学である——ジェームズ・ボイド・ホワイトの人文的法学について」『法哲学年報』2012、林田清明 (2015)『『法と文学』の法理論』北海道大学出版会

構想の学にまで私法を高めようとする研究や⁴⁶⁾、法解釈学と政策法務・形成を結びつけようとする研究⁴⁷⁾、財産権行使にかかる民主的実験主義の可能性を主張する議論に加え⁴⁸⁾、批判法学や法多元主義 (legal pluralism)⁴⁹⁾ といった基礎法学レベルでの検討も既になされてきているのだ⁵⁰⁾。

本稿は、世界的に深化し、日本においても到来しつつある現代派法思考の時代に向けて、そこにおける実験の在り方や可能性について、予備的な、基礎法学的考察をおこなうものである。

以下、次のような構成で議論を展開する。まず、ケネディの議論を用いた以上のような巨視的な考察を裏付けるべく、セイベルらの主張する実験主義——「民主的実験主義 (democratic experimentalism)」——の内実を明らかにする。具体的には、1. においてセイベルとドルフの1998年の論文を中心に、若干の補足を加えながら、彼らの主張する実験主義の概要を検討する。続いて、1998年の論文以降の展開や応答も踏まえつつ、民主的実験主義者がいかに自らを位置づけてきたのかを確認する(2.)。その後、1. 及び2. の作業によって明らかとなった民主的実験主義の内実が、現代派法思考の状況下において、ある種のメタ制度として機能することで、理論の総合や収斂を可能にする機能を持つということを示す(3.)。

続いて4. 以降では、既存の民主的実験主義の限界を見定め、今後進んでいくべき方向性を模索する。具体的には、まず、3. までに確認した民

46) 大村敦志 (2005) 『生活のための制度を創る——シビル・ロー・エンジニアリングにむけて』有斐閣、吉田邦彦 (2018) 『民法学と公共政策講義録——批判的・横断的民法のすすめ (具体的法政策学)』信山社

47) 平井宜雄 (1995) 『法政策学——法制度設計の理論と技法【第2版】』有斐閣、阿部泰隆 (2003) 『政策法学講座』第一法規、藤谷武史 (2010) 『『法政策学』の再定位・試論——『新世代法政策学』の基礎理論の探求』『新世代法政策学研究』9号

48) 山脇直祐 (2013) 『「私立の立場」への居住民主主義の模索——居住を基礎とした地域自治への理路』『北九州市立大学法政論集』第40巻第4号、板持研吾 (2015) 『財産法の新たな見通しとしての熟議デモクラシー——Anna di Robilant, Property and Democratic Deliberation : New Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law』『アメリカ法』2015-1

49) 千葉正士編 (1988) 『スリランカの多元的法体制——西欧法の移植と固有法の対応』成文堂、浅野有紀 (2018) 『法多元主義——交錯する国家法と非国家法』弘文堂

50) 便宜的に類型化して列挙したが、これらの諸研究は、明確に区分されず横断的に展開されているのが常である。ただし、個々の研究に緊張関係がないとは限らない (たとえば、吉田『民法学と公共政策講義録』p.34 で述べられている批判を参照されたい)。

主的実験主義の機能が、あくまで形而上学レベルにとどまっているという問題点を指摘した上で、その問題点に対処すべく研究をおこなっているダニエル・ハウの研究を見る(4.)。続いて5.では、民主的実験主義における「実験」の意味が十分に明確でないという問題を克服するため、クリストファー・アンセルらの議論を参照し、実験概念の類型化を図る。この類型化の作業は、既存の民主的実験主義における別の弱点を明らかにする。すなわち、セイベルらの民主的実験主義においては、主体性の次元——人々の実験に向けた想像力と思考力——が十分に考慮されていないという弱点である。そこで、こうした弱点を補うものとして、主体性の次元を強調するロバート・アンガーの民主的実験主義——セイベルらの影に隠れてしまっている民主的実験主義の伝統——に可能性を見出すべきだと主張する(6.)。

さて、本論に入る前に、一つ注意を促しておきたい。本稿の検討によって、現代社会において民主的実験主義とは何であり、どうあるべきなのかを、完全には明らかにすることはできない。たとえば、そもそも民主的実験主義は、ジョン・デューイが主張したことで知られる概念であり、デューイについての研究は政治学や教育学、そして哲学において膨大に存在する⁵¹⁾。また、セイベルらの議論を知りつつも、全く異なる意味で民主的実験主義という語を用いる論者もいる⁵²⁾。これらのトピックとは少なからず重なりあうものの、本稿で示すのは、法学、それもセイベルやアンガーらの議論を中心として見た場合の可能性である⁵³⁾。その可能性を先んじて一

51) 日本におけるデューイの受容については、少し古いが、網羅的なものとして、森章博(1992)『日本におけるジョン・デューイ思想研究の整理』秋桜社、新しいものとして、梶井一暁(2016)「日本におけるデューイ研究史の特色と課題——どうデューイを批判的に摂取するか?」『岡山大学大学院教育学研究科研究集録』第162号

52) たとえば、カントの議論に触発されたプラグマティズムの類型を民主的実験主義と呼ぶ、David Macarthur(2015)“A Kant-Inspired Vision of Pragmatism as Democratic Experimentalism”, in Gabriele Gava and Robert Stern (eds.) *Pragmatism, Kant & Transcendental Philosophy*, Routledge

53) 関連して、より広く実験の可能性や構想——現在話題のサンドボックス制度など——を取り扱うべきかもしれないが、議論が浅くなり、かつ拡散しすぎてしまうため、このように限定する。将来的な検討の可能性については留保したい。なお、言及したサンドボックス制度と、以下で見えていく民主的実験主義の関係について若干の意見を述べておけば、確かに、クリスティー・フォードの指摘するように、規制の効果的な改革に際し、私的主体に少なくない信頼を置くという点では軌を一にするが(Cristie Ford(2017) *Innovation and the State: Finance, Regulation, and*

言で述べておけば、主体性・想像力と共にある実験主義、ということになるだろう。

1. 法学における実験主義の新形態

——セイベルとドルフの民主的実験主義

まず、1. では、エポック・メイキングな著作として序論で言及した、セイベルとドルフの論文を紹介・検討する。無論、彼らは、この論文の執筆後も民主的実験主義に基づく議論を発展・展開しているが、ここではその原型を示すために、あえて一つの論文に絞ることにし、他の著作については脚注などで最低限触れるということにしたい。なお、これより後の彼らの議論も踏まえた紹介・検討については、2. 以降で行う。

1. 1. プラグマティズムと熟議——手段と目的の相互作用性

セイベルとドルフは、彼らの提供する実験主義を「民主的実験主義」と呼び、これを「連邦による学習と、連邦内のそれぞれの管轄の利益の保護、そして個人の権利の保護を結合した、公的問題を解決する包括的なシステム」と定義する⁵⁴⁾。そして、彼らが民主的実験主義における鍵概念とする「問題解決 (problem solving)」は、何らかの定まった原理を自動的に適用して解決するようなものではなく、プラグマティズムに基づいたものであるという⁵⁵⁾。彼らは次のように述べる。

Justice, Cambridge University Press, p.197)、サンドボックス制度が法解釈や統治機構上の問題にほとんど無関心であり、既存の三権の分業体制を問いに付していないことは大きな違いである (1.2. を参照されたい)。

54) Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.288.

55) 彼らがここで参照するのは、次の引用に見られるとおり、主として古典的プラグマティストであり (特にデューイ)、リチャード・ローティやロバート・ブランダムといった、ネオ・プラグマティストと呼ばれる人々の議論は視野に入っていないように思われる (もちろん、誰をプラグマティストの古典に数えるか、という点は常に議論されているところであるが、本稿では触れない)。この論点については、さしあたり、加賀裕郎 (2014) 「ミザクのプラグマティズム思想史解釈の批判的検討——包括的プラグマティズム思想史構築に向けて」『総合文化研究所紀要』第31巻)。古典的プラグマティズムについては、チャールズ・パース他 (2014) 『プラグマティズム古典集成——パース、ジェイムズ、デューイ』植木豊編訳、作品社、ネオ・プラグマティズムについては、岡本裕一郎 (2012) 『ネオ・プラグマティズムとは何か——ポスト分析哲学の新展開』ナカニシヤ出版、プラグマティズム全体を概観できるものとして、伊藤邦武 (2016) 『プラグマティズ

我々の設計の背後にあるのは……世界の中における問題解決として思想と行為をとらえる、プラグマティストの説明である。〔我々が生きるこの〕世界では第一原理が失われており、意図せぬ結果や曖昧さ、差異によって悩まされている。それゆえ、パース、デューイ、そしてミードのプラグマティズムの中心的テーマは、手段と目的の相互決定性である⁵⁶⁾。

我々の手元には、全てを演繹的に説明できるような恒久的原理は存在しない。全ては手探りである。それは手段と目的にしても同じだ、とセイベルとドルフは主張する。一般的に、手段と目的を混交するな、といった批判がよくなされるが、両者の境界線は、プラグマティズムにとって自明ではない。

手段と目的の二分論を批判することの趣旨として、デューイを参照しつつ、ここでは二つ取り上げ、彼らの議論を補足しておこう。一つは、目的とされているものは、また別の目的にとっての手段となる、ということの強調である。

ム入門』ちくま新書をさしあたり挙げておく。また、ネオ・プラグマティズムを法学に対して応用した注目すべき例として、長谷川晃他編（2018）『法の理論36——特集＜ネオ・プラグマティズムと法＞』成文堂。少し古いが、アメリカにおいて、プラグマティズムが法学にどのような影響を与えているかについてまとめたものとして、Justin Desautels-Stein（2007）“At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis”, 2007 *Michigan State Law Review* 565

56) Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, p.284. なお、個人的な神秘体験までもプラグマティズムにより肯定しようとした、ウィリアム・ジェイムズの名が示されていないことは重要であるように思われる。この点、法学分野においてジェイムズとパースを比較検討し、パースとの親和性をプラグマティズム法学の泰斗オリバー・ウェンデル・ホームズ・ジュニア判事に見出し、ホームズの再評価を図った、金井光生（2006）『裁判官ホームズとプラグマティズム——〈思想の自由市場〉論における調和の靈感』風行社も参照されたい。また、セイベルらの解するように、目的と手段の相互作用性がプラグマティズムの中心的テーマであるかには疑問が残るが（たとえばパースが目的と手段の二元論を探っているとする、John Stuhr（1997）*Genealogical Pragmatism: Philosophy, Experience, and Community*, State University of New York Press, p.214）、プラグマティズムの正しい理解よりも彼らが何を受け取り発展させようとしているのかが重要であろう。なお、並べられた三者が根本的な相違なく共存できるかについても疑問が残る。たとえば、デューイはパースを次のように批判している。「パースに訴えることは、今日の議論において、非常に有益な価値を持っているのかどうか。〔實在〕なるものの定義を、反省的探求が到達せざるをえない何ものか……〔など〕と定義しようと試みてしまう、ここにこそ、我々の認識論的困難の大部分は由来しているのではないだろうか。」（ジョン・デューイ（2014）「パースのプラグマティズム」『プラグマティズム古典集成』p.23）

実際に達成した目的は、前以てつくられた評価の規準と同様に、未来の目的への一つの手段である。達せられた目的はさらに先の現存する出来事の一つの条件なのであるから、それは潜在的な障害や可能性として見積もらなければならない⁵⁷⁾。

こうして、手段と目的は、厳に区分できるものではなく、視点や時間の経過によって変化するものとなる。

第二の趣旨は、第一の趣旨に関連しているものであるが、目的それ自体ではなく、目的へと向かうプロセス（手段を用いる過程）こそが重要（「目的」）なのだ、ということである。デューイは次のように述べている。

……静的な成果や結果でなく、成長、改良、進歩の過程が重要なものになる。〔たとえば、〕二度と動かぬ固定した目的としての健康ではなく、必要な健康の増進——という継続的な過程——が目的であり善である。目的は、もはや、到達すべき終点や限界ではない。……成長そのものが、唯一の道徳的「目的」である⁵⁸⁾。

従来の哲学は、プラトンなどをはじめ、至高の目的を定立・発見することを目指してきたが、デューイにとって重要なのは、そうした目的それ自体ではない。重要なのは、それを目指すプロセスである。そうしたプロセスの中で人々は成長し、それに伴って目的それ自体も変容していくため、「目的は、もはや、到達すべき終点や限界ではない」とデューイは述べる。ここに見られるのは、手段と目的が相互に、反復的に影響を与える様である。

セイベルとドルフは、以上のようなプラグマティズムの知見を法学へと応用する。すなわち、トップによって何らかの政策目標が掲げられ（目的に対応）、下位機関はそれらの目標を達成するために受動的に粛々と仕事を行う（手段に対応）、という図式から脱却し、下位機関の諸行動が、逆向きに政策目標それ自体に影響を与えるような、そうした制度設計を行うべきだと、彼らは主張する。いわば、上位機関と下位機関（個人レベルも

57) ジョン・デューイ (1957) 『評価の理論』磯野友彦訳、関書院、pp.82-83

58) デューイ 『哲学の改造』 p.154

含む)の相互作用性の承認である。よって彼らの議論は、下位機関に一定の自律性や意義を認める方向へと進み、金澤孝の言葉を借りれば、「ごく単純化するならば、地方分権化である」ということになる⁵⁹⁾。

こうした分権化により、下位機関は単なる中央の駒ではなく、能動的な主体として立ち現れることになる。具体的な諸個人も含むそれぞれのレベルの下位機関は、熟議や情報蓄積を通じて、互いが互いに影響を与える。セイベルとドルフは、これを「直接熟議的ポリアーキー (directly deliberative polyarchy)」と呼ぶ。

それ〔＝直接熟議的ポリアーキー〕は直接的である。なぜなら、市民は、代表者に責務を割り当てるのではなく、彼らに影響を与える問題の解決を洗練させていくことで、彼ら自らが行動しているからだ。それは、熟議的である。なぜなら、サービスの供給にかかる決定は、通常、票を数えることによってではなく、討議を通じて与えられた理由によってなされているからだ(交渉が行き詰まった場合をのぞく)⁶⁰⁾。

そして、彼らはポリアーキーを「複数の管轄区にグループ分けされた市民が、彼らの管轄区において公務員を持ち、公務員らのパフォーマンスが悪いときに公務員らを取り替えるための民主的手段によって、十分に説明される体制を一般的に指す言葉 (general name)」であるとした上で、こうしたポリアーキーの持つ特徴を彼らの構想は有している、と主張するのである⁶¹⁾。

59) 金澤『『新しい憲法秩序』なるものの一考察』p.138

60) Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.320

61) Ibid. なお、「ポリアーキー」という用語であるが、よく知られるように政治学者ロバート・ダールの概念であり、セイベルらも彼の議論に着想を得たと述べている (Ibid., p.315)。ただし、ダールのポリアーキーによっては十全な政治参加ができないとセイベルは考えており、ゆえに「直接熟議的」という語を用いるに至ったのだと別の文献において述べている (Joshua Cohen and Charles Sabel (1997) "Directly Deliberative Polyarchy", 3 *European Law Journal* 313, pp.317-318)。また、周知のとおり、ダールのポリアーキー概念は時期によって変遷している。中谷義和がまとめるところによれば、「ダールの『ポリアーキー』の概念は、その政治学的営為にあって、五〇年代に『過程』概念として設定され、その後、『制度』ないし『制度化された政治体制』概念に変えられ、その『基準』ないし『条件』の修正を経て、『多元主義的民主政のディレンマ』〔という1982年の著作〕に至っ

1. 2. 制度の学としての法学

ここまでの彼らの議論を見て、これは法学とは無関係であり、政治学や行政学の領分なのではないのか⁶²⁾、と考えた読者も少なくないだろう。確かに、重複する点はあるが、そうした理解は正しくない⁶³⁾。裁判所の役割、そしてその具体的な仕事である裁判上の法解釈もまた、以上のような制度構想に影響を受けるのであり、これは明白に法学の問題なのである。

いまや法学において古典的となっている難問として、民主主義と司法府の相克、という問題がある。すなわち、民主的正統性を持たない裁判所が、どうして民主主義国家において人々の決定を司法審査(違憲審査)によって覆せるのか、という問題である⁶⁴⁾。セイベルとドルフは、裁判所を、熟議的に問題解決を図る民主主義の主体の一つとして、すなわち民主的実験の参加者(問題解決にあたる者)として考えることで、この問題は解決されるという。

……実験主義は、受動的な審判という伝統的なアングロ・アメリカンのモデルから、能動的な問題解決者へと裁判官の役割を変更する。すなわち、法律家らとの協働、そして、法的問題が埋め込まれているところの社会問題と、サービスのネットワークにおいて行動する問題の解決者へと、裁判官の役割を変えるのである⁶⁵⁾。

て、『ポリアーキー』の制度的七条件が確定した」のであるが(中谷義和(1996)「ダールのポリアーキー民主政論」『立命館法学』立命館大学250号、p.277)、セイベルらが参照しているのは、「制度的七条件」として定義された後である。

62) たとえば、行政機関の間の相互作用性を研究する、行政学の最新の研究として、伊藤正次編(2019)『多機関連携の行政学——事例研究によるアプローチ』有斐閣

63) この点、本稿2.3.及び2.4.も参照されたい。

64) アレクサンダー・ビッケルにより、「反多数決という難問(counter-majoritarian difficulty)」と名付けられ(Alexander Bickel(1986) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, second edition, Yale University Press, pp.16-18)、多くの論者を惹きつけてきた。ただし、日本においては、いくつかの著作で紹介・検討がなされてきたものの(たとえば、松井茂記(1991)『司法審査と民主主義』有斐閣、阪口正二郎(2001)『立憲主義と民主主義』日本評論社)、日本の裁判所が司法消極主義的であるために、十分に論じられてはこなかったと指摘されている(市川正人(2017)「わが国における『司法審査と民主主義』論の経緯と展望」憲法理論研究会編『展開する立憲主義』敬文堂)。

65) Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.401

そもそも民主主義と司法を対立的に見ることを前提としているこの難問は、そもそも問いとしておかしく、答える必要がないのだ、とセイベルらは主張しているのである。彼らによれば、必要なのは、こうした問いそのものの転換なのだ⁶⁶⁾。

しかし、このように問いを転換するとしても、すぐに新たな問いが出てくることになる。すなわち、いかにして裁判所は民主的実験主義において独自の価値を示すのだろうか、という問題である。裁判所は、必ずしも終局的な判断をなすだけの知識を持ち合わせていない。たとえば、地球温暖化をいかに解決するか、裁判所ならば知っていると考えすることは、明らかに現実的でない。このように、終局的な解決者として適正でないならば、セイベルとドルフは、裁判所にどのような役割を期待するのか。

……裁判所は、〔訴訟の〕両当事者の情報を集積・要約・使用する能力を判断する。これは、彼らと同様の状況下においてなされている他者の努力を活用しつつ、自らの失敗に学ぶ能力いかによって判断される⁶⁷⁾。

このように、裁判所が担うのは、実体的判断というよりは、手続的判断である。すなわち、ある問題の直接的で終局的な解答を裁判所自身が導き出す、というのではなく、そうした問題の解決方法について話し合いができていくか審査する場として、裁判所は機能する。民主的実験主義の枠組みにおいては、裁判所は異なった見解同士の熟議の場であると同時に、熟議の一参加者となるのである。

こうした裁判所像は、不完全ながら、既に実務の中に見出すことができる、とセイベルらは主張する。セイベルらが典型例として挙げているのは、ドラッグ・コートである⁶⁸⁾。ドラッグ・コートについては、日本において

66) この問いに固執し、その解決を図ろうとする諸学派に対する批判は、Michael Dorf (2003) "Legal indeterminacy and Institutional Design", 78 *New York University Law Review* 875, Michael Dorf (2010) "The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making", 13 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 283 で展開されている。

67) Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.400

68) Ibid., pp.401-402, また、Michael Dorf and Charles Sabel (2000) "Drug Treatment Courts and Emergent Experimentalist Government", 53 *Vanderbilt Law Review* 831

も少なくない紹介・検討が行われているが⁶⁹⁾、ここでは丸山泰弘らの解説を借りておこう。丸山はドラッグ・コートを次のように概説する。

ドラッグ・コートでは、(薬物依存が原因で起きた関連犯罪を含む)薬物事犯者に対して幅広く総合的な観察や薬物テスト、治療プログラムなどを通して裁判所が関わり、直接的な決定権を有する特別な裁判所である。薬物依存は病気でもあるとの認識から回復させるための治療的なプログラムを受けさせ、その経緯を裁判官などがトリートメントプログラム修了まで約1-3年間かけて、集中的に監督し、無事にプログラムが修了すれば、刑務所などの伝統的な拘禁刑を回避するのである。通常の刑事裁判よりも、長期的に裁判所が関わるために、プログラム開始時に一部の憲法的補償を放棄することなど踏まえた同意書に署名を行ってから、開始される⁷⁰⁾。

裁判所は、確かに決定権限を持っている。しかしながら、ドラッグ・コートにおいて、裁判所の役割は、法令を正しく解釈し、その解釈に基づいて何らかの執行を強制する、といったものではない。裁判所は、対象者の薬物中毒という問題を解決するために、当事者らと熟議し、治療プログラムを提示する。すなわち、ドラッグ・コートは、対審構造を採用せず、裁判官や弁護士といった当事者らが、治療プログラムの対象者の断薬維持という共通課題に取り組むため、ひとつのチームとして機能するものなのである⁷¹⁾。これはまさしく、民主的実験主義が目指そうとする方向性だといえよう。

69) さしあたり、ジェイムズ・ノーラン (2006)『ドラッグ・コート——アメリカ刑事司法の再編』小沼杏坪監訳、丸善プラネット、石塚伸一編 (2007)『日本版ドラッグ・コート——処罰から治療へ』日本評論社、森村たまき他 (2012)「<特集>日本版ドラッグ・コート構想」『矯正講座』32号、丸山泰弘 (2015)『刑事司法における薬物依存治療プログラムの意義——「回復」をめぐる権利と義務』日本評論社

70) 丸山泰弘 (2010)「刑事司法における薬物依存症の治療——ドラッグ・コート政策の展開と諸問題」『龍谷法学』42巻3号、p.751

71) 石田侑矢 (2018)「問題解決型刑事司法の課題と展望——歴史的・訴訟法的観点からの一考察 (3)」『九大法学』116号、p.160。なお、ドラッグ・コートは刑事司法の例であるが、こうした協働型の裁判(所)構想は私法の世界においても部分的に見出すことができる(例として、小林学 (2013)「複合対話型審理モデル——民事訴訟における協調的対話と競争的対論」『桐蔭法学』19巻2号)。

なお、こうした熟議の場として、裁判所のみが考えられているわけではない。後に見ていくように、現場の公務員の法解釈を、別の公務員にレビューさせるといったことも制度設計上考えられている。裁判所における実践は、民主的実験主義における法実践のあくまで一部でしかないのであり、その役割も、**制度全体の連関**の中で見ていく必要がある。これこそ、セイベルとドルフの基本的メッセージの一つであり、昨今注目を集めつつある、「法解釈の制度論的転回」を象徴する発想である⁷²⁾。

2. 民主的実験主義と他学派の関係

以上、セイベルとドルフによって提示された構想を見てきたが、ここまで読んで多くの人は既視感を覚えたのではないだろうか。そこで、以下では、セイベルとドルフをはじめとした民主的実験主義の論者らが、いかにして他の類似する議論との差別化を図っているのか、その試みの成否を含めて見ていこう。

2. 1. リーガル・プロセス

アメリカの法制史を一度でも学んだことのある者ならば、ヘンリー・ハートとアルバート・サックスの著作⁷³⁾を中心に、1940年から1960年頃にかけて興隆したリーガル・プロセス学派 (the legal process)⁷⁴⁾に、民主的実験主義が類似していることに気付くであろう。両者はどのような関係にあるのだろうか。

さて、まずはリーガル・プロセス学派の基本的発想を確認しよう。常本照樹は、リーガル・プロセス学派の主張を次のようにまとめている。

72) 松尾「法解釈方法論における制度論的転回(一)(二・完)」、Adrian Vermeule (2006) *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press

73) Hart and Sacks, *The Legal Process*

74) 以下に触れる以外の先行研究として、山本龍彦(2007)「『法原理機関説』の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学 14 巻1号、高見勝利(2008)「『より良き立法』へのプロジェクト——ハート・サックス“THE LEGAL PROCESS”再読」『ジュリスト』1369号、福永実(2015)「アメリカにおける制定法解釈と立法資料(3)」『広島法学』39巻2号、pp.244-264

彼らの出発点となる基本的な構想は、まず社会における法形成というリアリストによる主張を確認し、それらの総体としての法形成者には、立法府のみではなく裁判所、行政府、私人も含まれるというリアリストによる主張を確認し、それらの総体としての法形成過程（即ち Legal Process）の中で、各々の法形成者が自らの果たすべき、また、果たしうる役割（role）を認識した上で、他の法形成者と協調し、様々な問題、紛争を解決すべく活動することによってリーガル・プロセスの全体的効率性を確保しようというものであった⁷⁵⁾。

こうした主張は、確かに民主的実験主義に親和性を持っており、現にセイベルとウィリアム・サイモン⁷⁶⁾は、「おそらく民主的実験主義の最も重要な先達は、ヘンリー・ハートとアルバート・サックスによって形成された、リーガル・プロセス学派である」と述べている⁷⁷⁾。しかしながら、セイベルとサイモンはリーガル・プロセス学派に全面的に賛同するわけではない。というのも、リーガル・プロセス学派が、専門知を過信しすぎていることを、彼らは問題視するからである。セイベルとサイモンは、経済政策を例にとり、リーガル・プロセス学派は、経済を最もよく知るであろう企業や機関が、経済的問題を最もよく解決能力を持つという、非常に楽観的な想定に立っていたことを批判する。こうした楽観的な想定の結果として、裁判所は問題解決過程から撤退し、いわゆる専門家支配と、民主主義の過小という問題を生み出すことになってしまったのだ、と彼らは述べる。そして、このリーガル・プロセス学派の過ちを生み出したものこそ、ニュー・ディール的な発想なのだ、とセイベルとサイモンは主張するのである⁷⁸⁾。

若干補足しておこう。フランクリン・ローズヴェルト政権によってニュー・ディール政策が開始された当初、連邦最高裁はこうした政策に対して敵対的な姿勢をとり、違憲立法審査権を行使して、様々な法律を廃案に追い込んだ。しかしながら、こうした介入は、民主主義を体現する連邦政府に対する司法府による不当な侵害であるなどと批判されたことによ

75) 常本照樹 (1980)「司法審査とリーガル・プロセス——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展」『北大法学論集』31 卷 2 号、p.334.

76) セイベルらと同じく民主的実験主義の代表的論者である。

77) Sabel and Simon, "Democratic Experimentalism", p.485

78) Ibid., pp.485-486

り、判例を大きく変更するに至る⁷⁹⁾。また、ニュー・ディール政策の後、実際にアメリカは大きく経済発展を遂げるようになったのであり、この結果、連邦政府の信頼と権限も比例的に増大することになった。リーガル・プロセス学派の前提に、こうした時代的背景があることを忘れてはならない、とセイベルらは主張しているのである。椎名がまとめるところによれば、「民主的政治過程のアウトプットに介入する司法積極主義——ニュー・ディールに対するオールド・コートからの干渉——は、裁判という道具のつくりを度外視して本来の使い方を逸脱している点で、法の原理に違反していた。そして、実際に、未曾有の経済的停滞からの復興を阻害して、国民全体に不幸をもたらした。彼ら〔＝リーガル・プロセス学派〕のプロセス法学は、このような認識を法理論として少しずつ結晶化していったものにほかならない」のである⁸⁰⁾。

このように、裁判所が民主的な決定から撤退すべきだという指針を示すリーガル・プロセス学派と、民主的実験主義は類似しつつも異なる点を持つ。二点にまとめたい。第一に、先に見たように、民主的実験主義においては、裁判所は、熟議の場を提供し、かつ熟議に参画するという積極的な役割を果たしている。裁判所は、立法や司法と敵対するものではなく、協働的な主体として、民主的実験主義では捉えられる。

第二に、民主的実験主義の主要な要素である、手段と目的の相互決定性について想起されたい。ニュー・ディール期においては、ローズヴェルト政権の命令が非常に大きな力を持ち、その政策目標はほとんど自明視されていた。しかし、民主的実験主義においては、そのような当然視される政策目標はなく、実施される中で不断に修正されていくものだと考えられる。とりわけ1960年代に噴出した、専門性に対する批判を通過した後の議論である民主的実験主義は、リーガル・プロセス学派が持っていたような専門性に対する楽観主義を共有しないのである。

79) ニュー・ディール前後の判例を比較し、変化について検証したものとして、大沢秀介(1998)「連邦と州の関係における合衆国最高裁判所の役割」『法学研究』71巻9号 pp.3-5、甲斐素直(2014)「憲法革命前後——ヒュース第11代長官の時代」『日本法学』第79巻第4号

80) 椎名智彦(2017)「現代アメリカ法におけるプロセス的視座の諸相」『青森法政論叢』18号、p.6

2. 2. 批判法学

先に見たように、民主的実験主義にとって、裁判所は熟議の場の一つであり、単に形式的に法適用を行う機関ではない。裁判所は、手探りで問題解決を行う、多くの主体の一つとなるのであった。このように、裁判所の形式主義と、特権的地位を否定するという点は、リアリズム法学と、その後継とされる批判法学⁸¹⁾に共通しているように思われる⁸²⁾。民主的実験主義は、リアリズム法学や批判法学をどのように評価しているのであろうか。

まずは、批判法学とは何であるのかを簡単に確認しておきたい。批判法学とは、1970年代後半にアメリカにおいて勃興した学派・運動である。批判法学によれば、多くの法学者が標榜する中立性や客観性は欺瞞に過ぎず、多くの矛盾や不確定性を法は孕んでいる。その批判の内容について、リアリズム法学から少なからぬ影響があるが、マルクス主義や構造主義、ジャック・デリダの議論など、大陸からの様々な思想を積極的・大々的に、混合・混成する形で取り入れた点に、リアリズム法学にはない特徴がある⁸³⁾。

さて、それでは民主的実験主義の観点からは、批判法学はどのように評価されるのであろうか。セイベルとドルフは次のように述べ、批判法学を批判する。

この論争における批判的見解 (critical tones) は、法が政治であることを暴露するプログラムを憲法学において推し進めている人々に

81) 基本文献として、デイビット・ケアリズ編 (1991) 『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、船越『批判法学の構図』、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

82) 批判法学とリアリズム法学の関係は複雑であり、批判法学がリアリズム法学の後を継ぐものと考えて良いかについては争いがあるが、セイベルらは両者をほぼ同じものとして扱っているため (Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.274)、この点については本稿では論じない。連続性を強調するものとして、吾妻聡 (2017) 「批判法学制度派の課題——制度法経済学の祖としてのリアリズム法学への回帰：障害法学に供するために (一)」『成蹊法学』第87号、切断を強調するものとして、Wouter de Been (2008) *Legal Realism Regained: Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford University Press

83) より詳しくは、見崎「批判法学の不確定テーゼとその可能性 (1)(2)」

よって唱えられている。その中心は、アメリカのリアリズム法学と、その後継である批判法学だ。しかし、司法府が、自身の政治化という見通しを率直に憂慮しているときに、こうした〔政治性の〕暴露を行うことは、改革の分析的基礎というよりは、他人の不幸を喜ぶ心持ち (Schadenfreude) にすぎないように思われる⁸⁴⁾。

また、批判法学者の憲法学者であるマーク・タシュネットの著書⁸⁵⁾を評する中で、ドルフはさらに手厳しい批判を浴びせている。

……批判法学は失敗だったと判断せねばなるまい。なぜなら、法と経済学・プロセス理論 [=リーガル・プロセス学派]・形式主義といった、他の法についての明確に規範的なアプローチに代わる具体案を、批判法学は提示することができなかったからである。問題は、議会や連邦最高裁といった主要機関が、批判法学の改革案を拒絶したことにあるのではない。そのような改革案が存在しないことが、問題なのである⁸⁶⁾。

すなわち、民主的実験主義の代表的論客らの見解によれば、批判法学は、既に明らかとなっているような法の不確定性や法の政治性をことさらに強調するだけであり、何の積極的な代案も提示していないのである。

こうした批判と、批判法学に対する批判は当たっているだろうか。この点、彼らが批判法学をポストモダニズムと必然的に接続するものとして理解していることや、批判法学の一部分のみを主として念頭に置いており⁸⁷⁾、批判法学の理解について、少なからぬ誤解があるように思われる⁸⁸⁾。つまり、序論において示した二つの道の内、理論に対する信仰喪失という道を歩むものとして、一部の批判法学を解することは、確かに可能である。しかしながら、批判法学は、もう一方の道、すなわち諸理論を総合する道

84) Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.274

85) Mark Tushnet (2003) *The New Constitutional Order*, Princeton University Press

86) Michael Dorf (2004) "After Bureaucracy", 71 *University of Chicago Law Review* 1245, p.1250

87) Ibid.

88) 批判法学内の多様性については、松井茂記 (1986) 「批判的法学研究の意義と課題 (1) (2)」『法律時報』58巻9号・10号、見崎「批判法学の不確定テーゼとその可能性 (1) (2)」

を歩むという可能性を持たないと考えることは早計である。たとえばアンガールの「批判法学制度派」は、こうした可能性を十分に持つ⁸⁹⁾。さらにアンガーとの関連で言及しておけば、アンガーは、セイベルらと同じく、民主的実験主義の代表的論客の一人であることを忘れてはならない⁹⁰⁾。また、ドルフによって厳しく批判されたタシュネットが、批判を受けた後も民主的実験主義と敵対することなく、民主的実験主義を新たな形の革新主義を示しうるものとして評価していることも、注記するに値しよう⁹¹⁾。さらに、セイベルらが依って立つ法学の制度論的観点の源流として、批判法学を位置付ける有力な見解があることにも、注意を促しておきたい⁹²⁾。

さて、それでは、批判法学が強調し、また、裁判官自身も不安を覚えているという、「法の政治性」にうまく対処するような民主的実験主義の代案とはどのようなものだと、セイベルやドルフは考えているのだろうか。繰り返しになるが、もう一度ここで確認しておけば、それは熟議の場として裁判所を捉えることであった。つまり、「法の政治性」批判の文脈で言い換えれば、「法の政治性」批判の背後にあるのは、裁判所による司法審査が反民主主義的であり、そして、裁判所の判断は、単なる裁判所の恣意的な選好を押しつけているにすぎないという前提である。この前提は、民主主義的な決定の過程の外に裁判所がいるとの考えに基づいている。ゆえに、裁判が熟議の場となって民主的決定過程の一部となることで、こうした考えを否定し、以て「法の政治性」批判を退けることができる。そして同時に、問題解決を志向する主体としての裁判所という代案を提示できる、というわけである。

89) Roberto Unger (2015) *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*, Verso, pp.29-32、吾妻「批判法学制度派の課題 (一)」(なお「批判法学制度派」という用語については、吾妻から借用している)

90) アンガールの民主的実験主義の概要については、Roberto Unger (1998) *Democracy Realized: The Progressive Alternative*, Verso, pp.5-29。また、本稿 6. を参照。ただし、アンガーの議論を民主的実験主義から切り離そうとするものとして、Brian Butler (2017) *The Democratic Constitution: Experimentalism and Interpretation*, University of Chicago Press, pp.36-40

91) Mark Tushnet (2012) "Reflections on Democratic Experimentalism in the Progressive Tradition", 9 *Contemporary Pragmatism* 255

92) 吾妻聡 (2015) 「Roberto Unger の批判法学批判——『批判法学運動』における形式主義批判・客観主義批判についての覚書」『岡山大学法学会雑誌』65 巻 2 号、船越資晶 (2019) 「裁判理論の熟議／闘技民主主義——新制度論研究ノート」『法学論叢』184 巻 1 号、pp.46-47

ここで、ドルフは、熟議の場として裁判が機能するためには、裁判所が中立性という外観・イメージを保ち続けることが必要だと主張している⁹³⁾。しかしながら、この主張は、一見したほどには当然で説得力のあるものではない。第一に、熟議の場として機能するために中立性が求められるかは定かではない。たとえば、田村哲樹の主張するように、『あらかじめ決定された意思を持つ個人』という想定が問い直され、熟議による選好の変容」を導くことこそが熟議のメルクマールなのだとすれば⁹⁴⁾、必ずしも中立性の存在は要件とされないように思われる。現に、リアリズム法学や批判法学の批判がある程度知られ、受容された後でも、裁判所が熟議の場として立ち現れる場合があり、だからこそ、先に見たようにドルフからはドラッグ・コートなどの民主的実験主義的な具体的事例を発見できなかったのか。

第二に、裁判所が熟議の場となるあり方は一つではないし、またそれゆえに特権的な熟議の場ではない。たとえば、最も急進的な法の不確定性や、中立性批判を展開する論者の一人であるタシュネットは、『裁判所から憲法を奪い去る』という著書を出版し、憲法事項の終局的な決定権を裁判所が持つことに反対している。しかしながら、これは裁判所を消去するという議論ではなく、裁判所の意見は、最終的な審級としての地位を剥奪されるが、多様な意見の一つとして尊重されうるのである⁹⁵⁾。すなわち、そこでの熟議は、それ独自の価値を持ちうるのだ。こうした諸機関・諸主体の権力布置——制度論——まで含めて論じるのが、そもそもの民主的実験主義の本義であるはずであり⁹⁶⁾、批判法学の知見を前提とした民主的実験主義は十分に考えうるのである⁹⁷⁾。

このように、セイベルやドルフは、民主的実験主義と批判法学を対立的に理解しようとしているが、それは十分な説得力を持つものではなく、むしろ連続的に理解することが妥当だろう。

93) Dorf, "Legal indeterminacy and Institutional Design", p.945

94) 田村哲樹 (2008) 『熟議の理由——民主主義の政治理論』 勁草書房、p.ii

95) Mark Tushnet (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press

96) 興味深いことに、ドルフは、ウォール街を占拠したオキュパイ運動すら、国家の決定権限の再編として、民主的実験主義の枠組みに取り入れようとしている (Michael Dorf (2012) "Could the Occupy Movement Become the Realization of Democratic Experimentalism's Aspiration for Pragmatic Politics?", 9 *Contemporary Pragmatism* 263)。

97) この点については、6. も参照されたい。

2. 3. ストリート・レベルの官僚制

先に見てきたように、民主的実験主義は、トップダウン式に、上位機関が下位機関の行動を規定することを批判する。そして、その帰結は、現場（下位）における裁量権の増大であった。この議論についても既視感があるのではないだろうか。すなわち、これは1980年代のマイケル・リプスキーの議論を嚆矢として、行政学や政治学において論じられてきた、「ストリート・レベルの官僚制 (street-level bureaucracy)」（第一線公務員論⁹⁸⁾）と同じものではないのか、という疑問が自然と湧いてこよう。

それでは、ここでいう第一線公務員とは誰か、これをまず確認しよう。日本の研究における一般的定義を引用しておけば、「職務の恒常的・日常的要素として、社会的分業によって行政機関が担当することを期待された特定市民（行政客体もしくは顧客層）との何らかの意味での（多くは対面的な）接触を仕事とする人々」のことを指す⁹⁹⁾。より具体的には、警察官やケースワーカー、窓口担当の公務員などが挙げられる。現場で働く彼らが、場合によっては立法府といった政策決定者以上に多くの権限（裁量）を持っていることをストリート・レベルの官僚制論は強調する。行政の実態を研究するためには、国会や省庁といった大きな主体を観察するのみならず、現場レベルの職員まで見る必要があることを、こうした議論は明らかにしたのである¹⁰⁰⁾。

さて、ストリート・レベルの官僚制との異同について、民主的実験主義者はどのように考えているのか。セイベルとドルフは、1998年の著作で既に、若干ながらその違いについて述べている。彼らによれば、ストリート・レベルの官僚制においては、巡回中の警察官といった第一線公務員の行動を、組織・構造改革の対象とすることや、裁判所によって監視するこ

98) マイケル・リプスキー (1986)『行政サービスのディレンマ——ストリート・レベルの官僚制』田尾雅夫訳、木鐸社。なお、「ストリート・レベル」と「第一線」という語が混在した形で用いられている文献が見られるが、リプスキーの street-level の翻訳が「第一線」であるから、両者は同じものだと考えてよいだろう (真淵勝 (2009)『行政学』有斐閣、p.503)。

99) 畠山弘文 (1989)『官僚制支配の日常構造——善意による支配とは何か』三一谷房、p.55

100) 昨今の議論の状況については、高橋克紀 (2014)「ストリートレベル官僚制論の見直し」『姫路法学』第55号、リプスキーの議論に対する法学側の反応については、正木宏長 (2005)「行政法と官僚制 (3)」『立命館法学』303号

とは、ほとんど諦められている。しかし、民主的実験主義はそうではないのだ、と彼らは主張する¹⁰¹⁾。

後に、セイベルとサイモンが、2011年に出版した共著において、この違いを四点にわたって詳述し、明確化しているのです。それらを確認しよう¹⁰²⁾。第一に、現場における難しい判断をする主体は、ストリート・レベルの官僚制においては個人が念頭に置かれているが、民主的実験主義が念頭に置くのはチームである。児童福祉のケースワーカーを考えてみよう。児童保護について、判断に関係するのはケースワーカー個人のみならず、児童の家族や弁護士、セラピストなどとの協働的な決定になるはずである。第一線公務員の行動は必ずしも影で行われているわけではなく、制度設計によって変化する。

第二に、第一の点に関連するが、モニタリング（レビュー）形式の違いである。再び児童保護を例にとれば、ある州では、終了したケースからランダムで二つを選び出し、政府内及び外部のメンバーによって事後調査を実施し、子供自身や家族の他、児童福祉の専門家などにインタビューを実施する。そして「子供及び親の状態」と「システム上のパフォーマンス」（チーム形成の首尾や、プランのアップデートを行ったか、など）という二項目に分けて評価し、当該メンバーやケースワーカー本人、上司などを含めてミーティングを行う。最終的には、反省点などを踏まえてレポートを作成する。こうしたレビューを実施することにより、熟議的な形でのモニタリングが可能となる。

第三に、ルールに対する考え方が異なる。ストリート・レベルの官僚制においては、法令の機械的適用以外は、第一線公務員のアド・ホックな判断にすぎない、悪しきものと考えられている。しかし、民主的実験主義においては、第二の点で見たようなレビューの下で透明性が確保され、法令の機械的適用の逸脱が新たなより良い理解・ルール形成につながるのであれば、そうした機械的適用からの逸脱は積極的に評価される。

最後に、ストリート・レベルの官僚制と異なり、民主的実験主義のメカニズムは、公的主体と私的主体両者の協働によって成立しているものであ

101) Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", pp.320-321

102) Charles Sabel and William Simon (2011) "Minimalism and Experimentalism in the Administrative State", 100 *Georgetown Law Journal* 53, pp.90-93

る。先の児童福祉のプログラムにおいても、既に挙げた家族自身や弁護士その他、受け入れ先の教会などの自主的な協力も重要な役割を果たしている。こうした取り組みは、行政中心の政策実施とは大きく異なるといえる。

以上が、民主的実験主義が主張する、ストリート・レベルの官僚制との差異である。こうした差別化は果たして成功しているだろうか。確かに以上のような四点は相違点として十分に認められるが、着眼点の類似性は否定しがたく、ストリート・レベルの官僚制を批判的に継承し発展させたものとして連続的に考えたほうがよいだろう。現に、ほぼ同時期に公刊された単著論文において、セイベルはストリート・レベルの官僚制の延長線上に自身の民主的実験主義を位置づけるようになってきている¹⁰³⁾。ただし、そもそも、ストリート・レベルの官僚制自体が、曖昧な部分があり、解釈の余地が少なくない¹⁰⁴⁾。民主的実験主義者は、そうしたありうる解釈の内、一定のタイプのストリート・レベルの官僚制を排していると考えべきである。

しかしそうなると、やはり、民主的実験主義は行政学や政治学の一領域に過ぎないということになるのではないか。——そうはならない。こうした議論は、そもそも行政法や法社会学の守備範囲であったともいえるし¹⁰⁵⁾、先に見たように「法解釈の制度論的転回」を経験し、法解釈の担い手が裁判所であることが自明でなくなった以上、法学が本格的に取り組むべき問題となったのである。「法学」は、不変の性質を持った、絶対的真理のようなものではない。序論で見た、ケネディによる法の歴史社会学で確認したように、法学それ自体のあり方も歴史的に変容してきているのである。

103) Charles Sabel (2012) “Rethinking the Street-Level Bureaucrat: Tacit and Deliberate Ways Organizations Can Learn”, in Paul Osterman (ed.) *Economy in Society: Essays in Honor of Michael J. Piore*, MIT Press

104) たとえば、高橋克紀は「職員を厳しく統制すべきとする読み方も、無茶な環境で仕事をさせられている職員に対して同情的な読み方もできる」ことを指摘している(高橋「ストリートレベル官僚制論の見直し」p.35)。民主的実験主義の場合、前者のような強力な統制は受け入れがたい。

105) 関連する近年のまとまった著作として、平田彩子(2017)『自治体現場の法適用——あいまいな法はいかに実施されるか』東京大学出版会。ただし、本書も参照点の一つにストリート・レベルの官僚制を含んでいる。