

批判法学の「可能性の中心」 ——民主的実験主義と社会的立憲主義の接合へ

博士後期課程 総合法政専攻

見崎 史拓

目次

はじめに	1
1. 批判法学の不確定テーゼ再考——批判法学者はなぜ法は不確定であると主張したのか	5
1.1. 批判法学概論.....	7
1.1.1. 批判法学の定義とその困難.....	7
1.1.2. 批判法学の背景にあるもの——歴史と潮流.....	10
1.1.3. 空虚なシニフィアンとしての運動.....	14
1.1.4. 批判法学の死？	17
1.2. 諸類型	20
1.2.1. リアリズム法学.....	21
1.2.2. (ポスト) 構造主義.....	22
1.2.3. ポストモダンの言語哲学	25
1.2.4. ネオ・マルクス主義.....	29
1.2.5. 批判的歴史学	32
1.2.6. 法社会学（「法と社会」研究）	35
1.2.7. 新左翼的アナーキズム	36
1.2.8. サルトルの実存主義.....	39
1.3. 不確定テーゼの諸相.....	42
1.3.1. 法解釈共同体——内的批判、外的批判、そしてその攪乱	42
1.3.2. 不確定性テーゼにおける理論の次元と運動の次元	47
2. アンガーの不確定テーゼ——不確定性と想像力、そして社会変革.....	51
2.1. アンガーとは何者か.....	52
2.2. 根底としての「詩とヴィジョン」	58
2.3. 二つの不確定テーゼ.....	62
2.3.1. ヴィジョナリー性 vs 反ヴィジョナリー性.....	64
2.3.1.1. アンチノミーとしての不確定性	65
2.3.1.2. 法の三類型	68

2.3.1.3. 「閉じた輪」と螺旋——普遍性への漸進.....	71
2.3.1.4. 前期における混合主義.....	74
2.3.2. ヴィジョナリー性 vs ヴィジョナリー性.....	75
2.3.2.1. モダニスト・テーゼへ——個人への着目.....	76
2.3.2.2. 現代法学批判.....	80
2.3.2.3. 民主的実験主義——制度的想像力としての法分析.....	85
2.3.2.4. 後期における混合主義.....	90
2.4. 批判法学の可能性を示すために.....	90
3. 新たな実験主義の時代——現代派法思考と民主的実験主義.....	92
3.1. 法学における実験主義の衰退と台頭.....	92
3.1.1. 科学的営為としての実験.....	92
3.1.2. 実験概念の変遷.....	94
3.2. 批判法学外の民主的実験主義？——セイベルとドルフの議論を中心に.....	102
3.2.1. プラグマティズムと熟議——手段と目的の相互作用性.....	102
3.2.2. 制度の学としての法学.....	105
3.2.3. 他学派との関係.....	108
3.2.3.1. リーガル・プロセス学派.....	108
3.2.3.2. ストリート・レベルの官僚制.....	110
3.2.3.3. 新ガバナンス論.....	112
3.2.4. メタ制度としての民主的実験主義.....	117
3.2.5. 再帰化する民主的実験主義——民主的実験主義を実験する.....	119
3.2.6. 民主的実験主義における実験——実験の三類型.....	122
3.3. 民主的実験主義と批判法学の対立？.....	127
3.4. アンガーとセイベルらの異同.....	129
3.4.1. 親和性と共通点——とりわけ脱安定化権について.....	129
3.4.2. 対立点——デューイに対する評価をめぐって.....	133
3.4.2.1. 実験の前提としての想像力.....	135
3.4.2.2. 想像力を制約するもの.....	138
3.5. 実験から除外すべきもの？.....	140
4. 実験としての権力分立、実験としての権利保障——社会的立憲主義と民主的実験主義.....	143
4.1. 社会的立憲主義概論.....	143
4.2. 社会的立憲主義の何が新しいのか.....	149
4.3. 社会的立憲主義の発展と展開.....	156
4.3.1. 没合理的行為類型の可能性——シウリの社会的立憲主義.....	156
4.3.1.1. 魂なき合理化を超えるために.....	157
4.3.1.2. 会社（法）による／おける権力分散機能.....	162

4.3.1.3. 民主的実験主義との異同	165
4.3.1.4. 残された三つの課題.....	167
4.3.2. 機能分化したシステムの共存を目指して——トイプナーの社会的立憲主義.....	169
4.3.2.1. シウリからの継承と発展	170
4.3.2.1.1. 第一グループ——「拡張」派.....	172
4.3.2.1.2. 第二グループ——グローバル憲法論.....	174
4.3.2.1.3. トイプナーによる再構成	176
4.3.2.2. シウリの残した課題にどう答えられるか.....	181
4.3.2.3. トイプナーに対する二つの批判	183
4.3.2.4. 批判への応答	185
4.3.2.4.1. 諸理論の領分——学問の分業体制	186
4.3.2.4.2. オルタナティブの模索——システム内における民主的実験主義.....	190
4.4. 社会的立憲主義と民主的実験主義は本当に接合されたか？——ありうる疑問への応答.....	195
4.4.1. トイプナーは批判法学の敵？	196
4.4.2. 「実験」の内実.....	199
終わりに	202

【凡例・その他】

- 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（名前の一部・年号・副題・出版社・雑誌名の省略）
- ③引用文章中における〔 〕は引用者による補足である
- ④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
- ⑤邦語表記が統一されていない氏名（例：デイビッド、デヴィッド）などは、引用する邦語文献そのままのものを使用し、本稿全体で統一することはしない
- ⑥本稿の以下の箇所は、それぞれ既刊の文献を大幅に加筆・修正したものである

○1.~2.4.

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

○3.~3.5.

見崎史拓（2019）「法学における『実験』の行方（1）（2・完）——民主的実験主義・主体・想像力」『名古屋大学法政論集』283・284号

○4.~4.4.2.

見崎史拓（2019）「憲法的機能は国家のみに見出せるのか？（1）（2・完）——シウリ、トイブナーの社会的立憲主義」『名古屋大学法政論集』281・282号

はじめに

批判法学 (critical legal studies)¹²とは何だろうか。そして、いまなぜ批判法学なのか。本稿は、こうした問いに部分的に答えようとするものである。なぜ部分的なのか。それは、後に見ていくように、批判法学は、変化や多様性をその特徴としているため、全容を捉えることはほとんど不可能であるからである。批判法学を定義しようとするれば、批判法学はその定義をすり抜けていく。批判法学を否定しようとしても、あるいは逆に肯定しようとしても、批判法学はそうした否定や肯定を超えていく。本稿は、批判法学に可能性を見出すことを試みるが、そうした意味で、無謀な取り組みであるといえるのかもしれない。

しかしながら、本稿は、批判法学の本質を中立的・客観的に記述しようとするものではない。本稿で示すのは、筆者が批判法学に関する文献を読んでいく中で、筆者が見出した可能性である。すなわち、筆者が考えるところの、批判法学の「可能性の中心」である。

それでは、この「可能性の中心」とは何か。柄谷行人は、マルクス読解を試みた著作『マルクスその可能性の中心』の中で、次のように述べている。

「価値形態論」の豊かさは、そこにおいて「まだ思惟されていないもの」を到来させるところにある。すべて作家は一つの言語・論理のなかで書く以上、それに固有の体系をもつ。しかし、ある作品の豊かさは、作家が意識的に支配している体系そのものにおいて、なにか彼が「支配していない」体系をもつことにある。……マルクスを「読む」ことは、価値形態論において「まだ思惟されていないもの」を読むことなのだ。……基本的に、私はマルクスをそれ以外のいかなる場所でも読まないだろう。マルクスをその可能性の中心において読むとは、そういうことにほかならない。³

柄谷は、様々にあるマルクスの議論の中でも、価値形態論に着目し、そして、そこにマル

¹ 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 卷 9 号、同 (1986)「批判的法学研究の意義と課題 (2)」『法律時報』58 卷 10 号、デヴィッド・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、吉田邦彦 (2000)『民法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。しかし、批判法学の理解については現在でもなお混迷を極めていく状況にある (本稿 1.1. を参照)。

² 本稿で検討の対象とする批判法学は、アメリカにおける批判法学を指し、特別に言及する場合を除き、イギリスやヨーロッパ、アフリカなどで独自の発展を遂げているものは含まない。アメリカ以外の批判法学については、さしあたり、Costas Douzinas and Adam Gearey (2005) *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart, pp.239-257, Emiliios Christodoulidis et al. (eds.) (2019) *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar. ただし、こうした限定は、それぞれの批判法学が他から完全に独立して発展してきたということを主張するものではなく、あくまで本稿の射程が拡散することを防ぐためのものである。イギリスとアメリカの批判法学の交流については、石田眞=戒能通厚 (1991)「イギリスの批判法学」『法の科学』20 号

³ 柄谷行人 (1978)『マルクスその可能性の中心』講談社、pp.20-21

クス自身が意識していなかったような——「何か彼が『支配していない』」——可能性、すなわち「まだ思惟されていないもの」を見出そうとする。本稿は、こうした柄谷の方法を拡張する。つまり、批判法学の論者たちの叙述の中に、彼らが「支配していない」ものを見出し、その「思惟」を試みる。それゆえ、本稿は、既存の批判法学の当事者たちの意図や主観を大きく超えたものとなるであろうが、本稿はそれを是とするものである。

柄谷のマルクス読解にとって、「価値形態論」がその「可能性の中心」であったが、それでは本稿にとっての批判法学における「可能性の中心」とは何か。本稿が着目するのは、「不確定テーゼ (indeterminacy thesis)」である。もちろん、批判法学の主張は、不確定テーゼに限られない。しかしながら、不確定テーゼは、批判法学の性質や可能性を理解するにあたり最も有用な手がかりとなるのである。

そうした作業の後、本稿は、批判法学の「可能性の中心」をさらに絞り込む。すなわち、批判法学の可能性を最もよく示すものとして、アンガーという個人に着目し、そしてさらに、「ヴィジョナリー性 (visionary)」という核となる概念を通じて、「民主的実験主義 (democratic experimentalism)」と呼ばれる構想を論じていくことになる。本稿にとって、アンガーを読むことは、民主的実験主義において「『まだ思惟されていないもの』」を読むこと、つまりアンガー自身すら意識していない、民主的実験主義がもたらす可能性を検討することなのである。

こうした読解の手法は、アンガーといった批判法学者のみならず、本稿がアンガーの理論と接合を図る諸議論——チャールズ・セイベルらの(批判法学外とされる)民主的実験主義や、デヴィッド・シウリらの「社会的立憲主義 (societal constitutionalism / gesellschaftlicher Konstitutionalismus)」——に対しても適用される。すなわち、セイベルやシウリら当人たちからすれば、アンガーの議論への言及はあくまで部分的であって、アンガーの議論や批判法学に接合されるなどとは考えられないかもしれない。しかしながら、そうした部分的な言及に取って彼らの議論の核心を見ることが、彼らの議論における「可能性の中心」を示すと本稿は考える。彼らの議論の核心や可能性は、たとえ本人らの意図を超えるのだとしても、「何か彼が『支配していない』」こうしたテキストの細部にこそ宿るのである。

以下、次のような構成で議論を展開する。まず1.では、批判法学の出自や背景、そして多様性が具体的にどのようなものであるのかを、批判法学の主要テーゼとされる不確定テーゼを通じて見ていく。批判法学外の多くの法学者がこのテーゼを危険視したのは偶然ではない。これから見ていくように、不確定テーゼには、法社会学的に外部の視点から論じたものから、法律家の意識に分け入り、裁判官の実存的な疎外を問題視するものまで様々なものがあり、それぞれ強力な批判を展開しているからである。そして、これらの批判の多くは、様々に組み合わされることによって、内的批判／外的批判という区分を攪乱し、法解釈共同体を揺さぶるものであると同時に、新たな法学の可能性を形成する想像力を涵養するものとなるのである。

続いて 2.では、1.の議論を引き継ぎ、個別の論者としてアンガーの構想を見ていく。アンガーは、リーガル・プロセス学派 (the legal process) などとは異なる形で、法の不確定性という問いを制度についての問いへと転換し、非常に興味深い形態の民主主義、すなわち本稿が「可能性の中心」と考える民主的実験主義を構想するに至る。この民主的実験主義という構想を十全に理解するためには、アンガーの現存する最初期の著作「詩とヴィジョン (Poetry and Vision)」⁴を基底として位置付けた上で、そこからどのように彼の議論が発展していったのかを見る必要がある。アンガーの議論について紹介・検討した文献は少なくなく、いずれも優れた業績であるが、「詩とヴィジョン」を十全に検討したものはなく、また、「詩とヴィジョン」を介して民主的実験主義を理解しようとしたものはない⁵。本稿はそうした読解に取り組む初の試みである。

続く 3.では、アンガーと同じく民主的実験主義を掲げる、セイベルらの著名な議論を見ていく。彼らの意図に反し、彼らの掲げる民主的実験主義は、批判法学と無縁のものではない。むしろ、批判法学が実現の一因となり、そして、批判法学者であるダンカン・ケネディによって描き出された「現代派法思考 (contemporary legal thought)」を前提としてこそ、最も力を持つものなのである。そして、差異が全くないとはもちろん言い難いが、彼らの議論は、「民主的実験主義」という名前のみならず、内容的にもアンガーの民主的実験主義と大きく重なるものであり、そして実際、アンガーの民主的実験主義の影響下にある。批判法学は、決して内輪の議論なのではなく、外部へも大きな影響を与えているのであり、その典型が、アンガーの不確定テーゼから派生した民主的実験主義なのである。批判法学の可能性は、このように批判法学それ自体——それ自身が意識していたもの——を超えるのであり、セイベルらの議論もまた同様に、彼ら自身の意識を超え、批判法学と重なっていくのである。

4.もまた、批判法学、そしてアンガーら当人たちによっては「まだ思惟されていない」可能性を模索することを試みるものである。4.では、民主的実験主義を応用するものとして、社会的立憲主義を検討する。少なくない論者が、人権を保護し、民主主義の存立を可能とするために、実験に付されない強固な枠組みが必要であり、アンガーのように実験主義を強調することは誤りだと主張する。しかしながら、社会的立憲主義は、こうした主張に反旗を翻す。いまや強力な主体は国家に限られず、より柔軟でボトムアップな権力分立と人権保障が

⁴ Roberto Unger (1968) “Poetry and Vision”, unpublished, available at <http://www.robertounger.com/en/wp-content/uploads/2017/01/poetry-and-vision.pdf> (2019/12/10 アクセス)

⁵ 文献は膨大であるため、さしあたり、邦語による紹介・検討のみを挙げておく。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) (2003)「法の支配と不確定性 (1) (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』2002年5号・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

求められているのであり、その形成に向けた実験が今こそ求められている、と社会的立憲主義は主張する。そして、そこにおいて最終的に参照されるに至るのが、他でもないアンガールの民主的実験主義である。その言及は近年のものであり、いまだ部分的なものにとどまる。しかしながら、こうしたアンガールの民主的実験主義との接合という方向へと進み、また、そうした方向性に沿って解釈し再構成されることが、社会的立憲主義をより魅力的なものにする。そして、アンガールの構想が、権利や法の単なる破壊にすぎないという誤解もまた払拭される。両者は、接合されることによって、よりよき権利や法の在り方を探求する積極的な提案者として提示されるのである。本稿は、本人らの意図を正確に探ることが目的ではなく、そうした創造的読解や整理を試みるものなのである。

1. 批判法学の不確定テーゼ再考——批判法学者はなぜ法は不確定であると主張したのか

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げ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⁶。

このように、日本においては、法学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のか⁷。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などを改めて論じなければならないのか⁸。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。少なからぬ人が訝しむことであろう。

なるほど確かに、日本においても法の不確定性は論じられてきた。しかしながら、批判法学の不確定テーゼには、次のような興味深い特徴があるのであり、改めて紹介・検討する意義がある。

第一に、批判法学の不確定テーゼは、理論のみならず、運動としての次元を持っている。批判法学は、学派であると同時に運動でもあり、1.1.2.で見えていくように、既存の法学や法実践に対する大きな不満に突き動かされている。確かに、1.2.以下において確認するように、理論的な見地から不確定テーゼを論じる人々も中にはいるが、不確定テーゼを十全に理解するためには、こうした運動の次元(規範・目的的次元)も捉えなければならないのである。不確定テーゼこそ、批判法学における、こうした理論と運動の交錯が最もよく見られる場所なのであり、批判法学の可能性を論じるにあたっても最良のトピックだといえるだろう。

第二に、第一の点に関連するが、批判法学の不確定テーゼが、法解釈共同体(法律家コミュニティ)の内と外の境界線を揺り動かす、非常に強力な批判であるという点を挙げておきたい。批判法学、そしてその主要テーゼたる不確定テーゼは、そのように強力な批判であるがゆえに、法学界における拒否反応は相当のものであって、ロー・スクールを退出すること

⁶ 来栖三郎(1954)「法の解釈と法律家」『私法』11号、p.22

⁷ いわゆる「法解釈論争」が著名である。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して、佐藤憲一(1998)

(1999)「法の不確定性——法理解のパラダイム転換に向けて(1)(2)」『法学論叢』143巻2号・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

⁸ 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

が義務であるときえ罵られている⁹。批判法学の不確定テーゼがなぜこれほど危険視されたのか、その特質は何であったのかを見極めることは、日本の法学にとっても有意義なことであろう。

最後に、同じく法の不確定性を主張するにしても、その根拠は様々に存在するはずである。法の不確定性というトピックそれ自体が新しくなくとも、その根拠が新しくないとは限らない。1.2.以下で見ていくように、批判法学は、主流派の法学を批判するために、リアリズム法学 (legal realism) といったかつての遺産のみならず、構造主義 (structuralisme / structuralism) や脱構築 (déconstruction / deconstruction) といった哲学的な議論などを大いに摂取し、法の不確定性についての新たな知見を生み出してきたのである。こうして摂取された諸議論にどのようなものがあり、そしてそれらがどのような化学反応を起こしたのかを理解することを試みず、批判法学をありきたりなものとして切って捨てることは、学問的な怠慢であろう。

こうした批判法学の運動としての次元と、批判の強さ、内部における主張・根拠の多様性を理解し、検討するために、以下では次のように議論を展開する。まず、批判法学が運動として勃興するに至る背景、そしてそこから導き出される批判法学の性質について、総論的に確認する (1.1.)。続いて、実際に批判法学の主要テーゼとされる不確定テーゼの内的多様性はどのようなものであるのか、類型化することによって明らかにする (1.2.)。そして、この類型に基づいて、それぞれの類型がどのような批判を展開し、どのように組み合わせられることで、法解釈共同体の内部／外部を攪乱するのかを検討した後、再びこの類型を基にし、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、という二つの軸を導入して考察する (1.3.)。なぜ二つの軸を設定するかといえば、批判法学は単なる学派ではなく、運動であるがゆえに、規範・目的の次元 (②) を論じる必要があるからである。これにより、批判法学内の多様性が、理論のみならず、運動レベルにまで及んでいることを看取すると同時に、共闘可能なものとそうでないもの (組み合わせ可能性) を明示化することができるだろう。批判法学の不確定テーゼは、その運動としての次元を考慮せずには、その多様性も含めて、十全には理解することができないのである。

⁹ Paul Carrington (1984) "Of Law and the River", 34 *Journal of Legal Education* 222. ただし、後にキャリントンは、批判法学に関わる者全てを排除するという意図ではなかったと述べている (Peter Martin et al. (1985) "'Of Law and the River,' and of Nihilism and Academic Freedom", 35 *Journal of Legal Education* 1, p.10)。しかしながら、本稿が批判法学の「可能性の中心」と考えるアンガーをキャリントンは名指しで批判しており (Carrington, "Of Law and the River", p.227)、本稿を執筆している筆者も (アメリカの) 法学界からの退出を義務化されることは想像に難くない。なお、無論、批判法学を排除しようとしたのはキャリントンだけではない。コーネル・ウェストは、当時の状況を次のように語っている。曰く、「リチャード・ボズナーやロバート・ボークといった人々は、批判法学を、まさに西洋の文明化の目的や、伝統的な法教育の目的に疑問を投げかけるものだと考えた。それゆえ、彼らは、批判法学を学界の外に完全に追いやってしまふべきだ、という結論を下したのである」 (Cornel West (1988) "Reassessing The Critical Legal Studies Movement", 34 *Loyola Law Review* 265, p.271)。

1.1. 批判法学概論

1.1.1. 批判法学の定義とその困難

批判法学とは何なのか。それに答えることは非常に難しい。もちろん、その主張の共通項を括りだそうとする試みは存在しており、たとえば中山竜一は、「統一的な綱領や思想を探ろうとすれば、必ず無理が出てくることになる」と留保しつつも¹⁰、批判法学の共通点を次の五つにまとめている。

(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」にほかならない。(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 [=「リベラル・リーガリズム (liberal legalism)」] 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。¹¹

また、同様に、大屋雄裕も、批判法学の理論的関心や問題意識が多様であるとしつつも、「ニュー・レフトの理論的展開と、リベラル・リーガリズム批判が結合することによって」生まれたのが批判法学であり、「おおむね共通した主張」として¹²、次の二点を挙げる事ができるという。

第一に、一定の〈書かれた法〉から唯一の正しい法解釈が決まるという考え方は、誤りである。第二に、〈書かれた法〉だけで結果を決めることができない以上、ありうる複数の解釈のなかから最終的な結論を選択させている法以外の要素が存在するはずである。¹³

批判法学の知識がある者も、こうした二人の見解に近い形で理解しているのではないだろうか。しかしながら——二人もおそらく薄々理解しているように——批判法学は、それほど単純に語る事の出来るものではない。先の引用から分かるように、両者は共に、批判法

¹⁰ 中山『二十世紀の法思想』p.135

¹¹ 同上 pp.135-136

¹² 大屋「批判理論」p.308

¹³ 同上

学が「リベラル・リーガリズム」に対する反感を持っていたとする。これ自体は決して間違いではない。では、その肝心のリベラル・リーガリズムとは何であろうか。批判法学者である船越が指摘していることであるが、興味深いことに、個別の論者ごとのリベラル・リーガリズムの定義は見られるものの、批判法学全体に共有されているリベラル・リーガリズムの定義は存在しないのである¹⁴。とするならば、彼らの結びつきを、こうした共通の敵＝リベラル・リーガリズムによって説明することには無理があるということになる。

それでは、リベラル・リーガリズムをより具体化して個別の論者で考えてはどうだろうか。たとえば、中山と大屋は共に、批判法学の対極としてロナルド・ドゥオーキンの名前を挙げている¹⁵。しかしながら、これにも異論を差し挟むことができる。たとえば、ドゥオーキンとハーバート・ハートは理論的に敵対的関係にあったわけだが¹⁶、ハートは批判法学の論者というわけではない。結局のところ、共通の敵の存在による説明は、批判法学を理解するのに際し、明らかに不十分である。また、批判法学とドゥオーキンが対立しているとして、それはどの部分についてなのか、そしてそれは調停不可能なものなのか、様々な比較研究がなされているところであり、単純な断言や対比は非常に難しい¹⁷。この方法によっても、批判法学を理解することはできない。

リベラル・リーガリズムを媒介にした批判法学理解という点に関連するが、批判法学に対する既存の理解について、もう一点指摘しておこう。中山・大屋両名に共通している、法外的な要素の強調とそれによる法の相対化という点（引用中の（e）及び「第二」の点）についても、批判法学の最大公約数として考えることができるか、疑問を呈することが可能であ

¹⁴ 船越『批判法学の構図』 pp.8-9

¹⁵ 中山『二十世紀の法思想』 p.136、大屋「批判理論」 p.309

¹⁶ いわゆるハート＝ドゥオーキン論争として有名である。この論争については、さしあたり、深田三徳（2004）『現代法理論論争』 ミネルヴァ書房、 pp.23-35, 163-166、蓮沼啓介（2010）「ハート対ドゥオーキン論争の新展開」『神戸法学年報』第 26 号、濱真一郎（2011）「法哲学・政治哲学における記述と実践」同＝宇佐美誠編『ドゥオーキン——法哲学と政治哲学』勁草書房

¹⁷ 批判法学とドゥオーキンを対立的に見る研究は、中山らの他少なくなく、日本におけるものとして、小泉良幸（2002）『リベラルな共同体——ドゥオーキンの政治・道徳理論』勁草書房、第二部第一章、三本「法の支配と不確定性（1）（2）」『立命館法学』、早川のぞみ（2010）「ドゥオーキンの法理論における原理の役割と機能——批判的法学研究との対比を手掛かりに」『桃山法学』第 15 号が挙げられる。英語圏のものとしては、Andrew Altman (1986) “Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin”, 15 *Philosophy and Public Affairs* 205, Jeremy Waldron (2008) “Did Dworkin Ever Answer the Critics?” in Scott Hershovitz (ed.) *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford University Press. しかしながら、それに対し船越は、「リベラル・リーガリズムの試みのうち最も有力なものがドゥオーキンの整合性理論である」と評価した上で、「ケネディ理論ひいては批判法学をリベラル・リーガリズムの補完理論として把握する」とまで述べている（船越『批判法学の構図』 p.12）。同じく、全面的な対立ではなく、共通性に着目する研究として、Raef Zreik (2019) “Ronald Dworkin and Duncan Kennedy: Two Views of Interpretation”, 32 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 195. なお、船越らの主張は、アンガーらと敢えて距離を取った上でなされている主張であるが、アンガーとドゥオーキンの類似性について論じた著作も存在している（Cornelius Murphy (1990) *Descent into Subjectivity: Studies of Rawls, Dworkin, and Unger in the Context of Modern Thought*, Longwood Press, John Burke (1992) *The Political Foundation of Law and the Need for Theory with Practical Value: The Theories of Ronald Dworkin and Roberto Unger*, Austin & Winfield).

る。確かに、法システムや権利言説の特権化を批判し、様々な社会实践や言説の意義を強調する批判法学者も存在する¹⁸。しかしながら、船越の解釈するところによると、ケネディ流の批判法学によれば、ケネディが論じているところのイデオロギーや政策はあくまで法システムに取り入れられたものとしてのそれであり、法外的なものではない¹⁹。これに加えて、船越は、「外部が消滅した帝国の時代に法を批判するには、内在的批判をもってするほかならう——まさに批判法学は、そのための技法を提供しているのである」と主張し²⁰、法の帝国主義化（すなわち法の領域の拡大と特権化）は、むしろ批判法学の価値を高めるという主旨のことを述べている。

このように、定義・共通点に対する疑問や難点は、いくらでも挙げていくことができる。しかし、この定義の難しさは一体何に起因しているのだろうか。ここで、そもそも批判法学の代表的論者自身が、批判法学の定義を早い段階から放棄していることは明記しておいてよいだろう。ケネディとカール・クレアは、共著「批判法学目録」において、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に関心を持ってきた。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。²¹

確かに、「より人間的で、平等主義的で、民主的な社会を創り出」そうという、一応の共通項は述べられているように見えるが、逆にこの共通項に当てはまらない議論のほうが珍しい。この共通項が、批判法学のアイデンティティであり特徴であるとは言い難いだろう。ゆえにこそ、上に引用したケネディとクレアの著作は、「批判法学とは何か」ではなく、「批判法学の目録（A Bibliography of Critical Legal Studies）」とならざるを得なかったのである。

以上、批判法学を定義することの難しさを簡単に確認してきたが、問題は、これほどまともな共通項がないにも関わらず、どうして批判法学は批判法学たりえたのか、ということである。すなわち、批判法学はなぜ一つの学派・運動として存在することができたのか。これを考える必要がある。

¹⁸ 本稿 1.3.1.

¹⁹ 本稿 1.2.1.

²⁰ 船越資晶（2017）『法の帝国』を再想像する『法律時報』89巻2号、p.105

²¹ Duncan Kennedy and Karl Klare (1984) "A Bibliography of Critical Legal Studies", 94 *Yale Law Journal* 461, p.461. なお、ケネディは、後にも同趣旨の主張を展開している (Duncan Kennedy (2004) *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System*, New York University Press, p.206)。

1.1.2. 批判法学の背景にあるもの——歴史と潮流

以下では、批判法学形成の歴史を見ていくことにしたい。そもそも批判法学は、それ以前の議論や運動とどのように異なり、どのようにして一つの運動・学派と認知されるに至ったのだろうか。

これを考えるに際し、先に引用した中山と大屋による批判法学の理解から、20世紀初頭にアメリカで興隆したリアリズム法学を想起した者も少なくないはずである²²。批判法学は、リアリズム法学の焼き直しに過ぎないのであろうか。この問いをまず起点としよう。

確かに、後に見るようにリアリズム法学と批判法学の主張には重なる点も多く、リアリズム法学の後継を名乗る批判法学者も少なくないが²³、批判法学とリアリズム法学とでは、そのバックグラウンドに大きな違いがある。すなわち、アンガーの用語法で言えば、リアリズム法学は「再建 (refoundation)」の時代の学問であったのに対し、批判法学は「没落 (darkening)」の時代の学問なのである。どういうことか。順を追って説明しよう。

アンガーによれば、法学の歴史は、再建、「標準化 (normalization)」、没落というサイクルの繰り返しであるという²⁴。再建の時代とは、社会全体の進むべき方向性に合意が生まれ、法学もそれに伴って作り替えられると共にそうした方向性への前進を補助する、そのような時期を指す。続く、標準化の時代は、そうした方向性での改革が進み、制度として確立された時期を表している。最後に、没落の時代とは、長く続いた制度の前提が崩れ、社会的合意が消失し、法制度を含めて人々の信頼が消失した時代である。アンガーによれば、こうした信頼の消失は、法律家自身にも及んでおり、法律家はアイロニカルに法を利用し続け、自らの社会的権威を保とうとするという。現在に至る最新のサイクルに基づいて定式化すれば、再建の時代は、社会民主主義という合意が形成された時期であり、標準化の時代は、社会民主主義に基づく制度運営が行われていた時期、そして没落の時代は、社会民主主義に対する不信感が募り、新自由主義などが勃興するが、基盤となる信条は依然形成されておらず、内容のないポピュリズムが席卷する時期——すなわち現代——である。

リアリズム法学が勃興したのは20世紀前半のニューディール期にあたるが、アンガーに

²² リアリズム法学についての研究は少なくないが、さしあたり、最も著名な著作として、ジェローム・フランク (1974) 『法と現代精神』 棚瀬孝雄＝棚瀬一代訳、弘文堂、歴史的研究として、戒能通弘 (2013) 『近代英米法思想の展開——ホップズ＝クック論争からリアリズム法学まで』 ミネルヴァ書房、pp.238-256 を挙げておく。ただし、本稿で述べるところのリアリズム法学は、北欧のものを含まない。北欧のリアリズム法学については、佐藤節子 (1997) 『権利義務・法の拘束力』 成文堂、出水忠勝 (2010) 『現代北欧の法理論』 成文堂

²³ 本稿 1.2.1.

²⁴ この時代区分とそのサイクルの概要については、Roberto Unger (2015) *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task*, Verso, pp.17-24

よれば、ニューディールは社会民主主義のアメリカ版である²⁵。ゆえに、リアリズム法学は、確かに既存の法学を批判する形で登場したのであるが、社会民主主義＝ニューディールという社会的合意に依拠することができた。すなわち、リアリズム法学は、社会民主主義＝ニューディールという確固たる基盤の上に、自らを打ち立てることができたのである。しばしば指摘される場所であるが、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、主としてリアリズム法学以前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²⁶。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²⁷、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²⁸。こうしてリアリズム法学者の多くは、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²⁹。このように、リアリズム法学は社会民主主義＝ニューディールに依拠することで——アンガーの時代区分に合わせて言えば——法学を文字どおり「再建」することができたのである。

それに対し、批判法学は、リアリズム法学が依拠してきた社会民主主義＝ニューディールが動揺し、信頼を喪失してきた時代、すなわち没落の時代に勃興してきたものであり、それゆえに、自らが依拠することのできる参照点が存在しなかったのである³⁰。これこそが、政

²⁵ Ibid., p.18

²⁶ Wayne Morrison (1997) *Jurisprudence: From the Greeks to Post-modernism*, Cavendish, 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、吾妻聡（2019）「リーガル・リアリズムの精髓についての初論攷の考察」『法と社会研究』第4号）。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

²⁷ 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, p.259

²⁸ 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 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 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・サンステーンらによって「新リアリズム法学 (new legal realism)」と呼ばれるまでになっている（Thomas Miles and Cass Sunstein (2008) “The New Legal Realism”, 75 *University of Chicago Law Review* 831）。

²⁹ Laura Kalman (1986) *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, University of North Carolina Press, p.130

³⁰ 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

治的な信条や方法論において、確固たる纏まりのない形で批判法学が展開された理由の一つである。

しかし、このことを考慮してもまだ批判法学が一つの学派・運動となることができた理由は分からないままである。むしろ、参照点がないのであれば、運動自体が成立しないと考えるほうが自然であるように思われる。

そこで以下では、別の角度から考えてみることにしよう。すなわち、批判法学を担った人々はどこから来たのか。この観点から考察していくことにしたい。

批判法学の本格的な立ち上げ、すなわち初の大規模カンファレンスが、1977年にウィスコンシン大学において開催された。運動成立に至るまでの人員を集めることができたのは、デヴィッド・トゥルーベックとケネディという二人の人脈によるものが大きい³¹。そしてこの二人は、批判法学の二つの潮流をそれぞれ代表している人物なのである。すなわち、批判法学の大きな潮流として、「法と開発 (law and development)」及び学生運動の二つが挙げられるが³²、トゥルーベックは「法と開発」の中心的人物の一人であり、ケネディは怒れる若者の一人であった。「法と開発」、そして学生運動は、共に当時の主流派や常識に対する不信感を言語化し、批判法学を形成するに至ったのである。

「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³³。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学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そこにはあった³⁴。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、彼らは考えていたのである。そうした環境下で、トゥルーベックはアメリカ法の輸出を画策したのであるが、1970年代半ばになって、実質的な敗北宣言を出すこ

して視るのか」法社会学 83号、p.95、Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Verso, p.30

³¹ John Henry Schlegel (1984) “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies”, 36 *Stanford Law Review* 391

³² Neil Duxbury (1995) *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, chapter 6, 中山『二十世紀の法思想』pp.136-143、大屋「批判理論」pp.302-306

³³ 「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、安田信之（2005）『開発法学——アジアポスト開発国家の法システム』名古屋大学出版会、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

³⁴ 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。」（ディビッド・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

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³⁵。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らを駆り立てることになり、「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いざなっていくたのである。

一方の学生運動についても見てみよう。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地の一つであった³⁶。第二次世界大戦に勝利し、物質的にも豊かになってきていたにも関わらず、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。依然としてなくなる人種差別、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³⁷。彼らは反権威主義的なヒッピー文化や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き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な批判を継続する道を選択した。これらの人々が批判法学の大きな供給源の一つとなったのである³⁸。

さて、ここで重要なのは、以上二つの潮流に共通した点があるということである。すなわち、強制や抑圧に対する強い嫌悪である。「法と開発」運動における失敗は、絶対的に正し

³⁵ 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

³⁶ 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

³⁷ 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、ケアリズ編『政治としての法』p.242

³⁸ Robert Gordon (1989) “Critical Legal Studies as a Teaching Method, against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States”, 1 *Legal Education Review* 59, p.75, Robert Gordon and David Sugarman (2018) “Robert W. Gordon in Conversation with David Sugarman”, 1 *The Docket (the Digital Edition of Law and History Review)*, available at <https://lawandhistoryreview.org/article/robert-w-gordon-in-conversation-with-david-sugarman/> (2019/12/10 アクセス)。また、ケネディは、最初はラディカルな左派的運動から距離を置いていたが、こうした政治的状况の中でロー・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、と自身の半生を回顧している (Tor Krever et al. (2015) “Law on the Left: A Conversation with Duncan Kennedy”, 10 *Unbound* 1, pp.1-9)。

いものかに思われたアメリカ型の近代的法制度の押しつけが招いたものであった。そして、学生運動に参加した人々は、強制権力の発動なき水平的で人間的な関係を望んだのである。批判法学は、こうした背景を持つ人々の集まりであったゆえに、何らかの絶対的規範やルールの下で強固な集団を作る、という類いのものではなく、そのようにせずとも、人々は一つとなりえると信じた者たちの集まりであった。ゆえにこそ、批判法学のカンファレンスを回顧して、ある参加者は次のように述べる。すなわち、批判法学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³⁹。こうした人材の集まりであったことこそ、批判法学が一つの運動となりえた理由なのである。

1.1.3. 空虚なシニフィアンとしての運動

しかし、ここで次のような疑問が呈されるかもしれない。批判法学にも、その中で権威となるテキスト（正典）が存在したであろう、と。確かに、批判法学にも、参照点となる、正典とでも呼ぶべき著作や概念がある。それはたとえばケネディの論文「私法裁決における形式と実質（“Form and Substance in Private Law Adjudication”）」や⁴⁰、アンガーの著書『知識と政治（*Knowledge and Politics*）」といった著作であり⁴¹、そこで表明された「根本的矛盾（fundamental contradiction）」やリベラリズムの「アンチノミー（antinomy）」といった概念である。また、批判法学を表す標語として、「法は政治である（law is politics）」という言葉が言及されることも少なくない。とするならば、批判法学は強制や絶対的な権威を持たない運動であるということは間違いであり、これらのテキストや概念、標語を解釈することによって、実際には理解できる、ということになるのであろうか。

答は否であるように思われる。第一に、確かにケネディやアンガーらによって打ち出された根本的矛盾やアンチノミーといった概念は運動内において力を持ったが、ケネディやアンガー自身が、後にその概念・主張を取り下げ、あるいは変更するに至っている⁴²。ここに、運動の固定化・凝固を嫌悪する姿勢が見られるというのは、筆者の読み込みすぎであるかもしれないが、代表的論者自身によって取り下げられていることに鑑みるに、批判法学をこの概念によって語ることは難しいように思われる。

第二に、これらの諸概念や標語もリベラル・リーガリズムと共通の難点を持っている⁴³。

³⁹ Minda, “Neil Gotanda and the Critical Legal Studies Movement”, 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

⁴⁰ Duncan Kennedy (1976) “Form and Substance in Private Law Adjudication”, 89 *Harvard Law Review* 1685

⁴¹ Roberto Unger (1975) *Knowledge and Politics*, Free Press. また、以下で参照する項数は1984年出版のペーパーバック版のものを用いる。）

⁴² Peter Gabel and Duncan Kennedy (1984) “Roll over Beethoven”, 36 *Stanford Law Review* 1, pp.15-16, アンガーの変化については、本稿 2.3.2.1.

⁴³ リベラル・リーガリズムを例として挙げていないが、本稿と類似した見解を示すものとして、

すなわち、たとえば「法は政治である」とはどのようなことを意味しているのか。法はどこまでの範囲の、何を含むのか。政治とは政治学のことを指すのか、あるいは単なる比喩に過ぎないのか。至って曖昧であり、疑問は尽きない⁴⁴。また、「法は政治である」と主張するからといって、それが批判法学に属することを意味するとは限らない⁴⁵。そして、根本的矛盾、これにより表現される法の不確定性の捉え方もまた、後に見ていくように多様である⁴⁶。これらもまた、リベラル・リーガリズムと同様に、定義に用いるには不十分なものであると結論せざるを得まい。

以上が本稿の考える批判法学の運動としての特質であるが、これを読んで次のように思われるかもしれない。すなわち、批判法学は、粗雑な概念規定の下に、勘違いで集まった人々に過ぎないのではないか、と。こうした疑念に対しては、次のように答えたい。現在の状況では、こうしたある種の粗雑さに基づく運動こそ、まさに求められているものであり、また可能性を持つものなのだ、と。すなわち、批判法学は、エルネスト・ラクラウらが主張するところの、「空虚なシニフィアン (empty signifiers)」に基づく運動の範型として理解することができるように思われるのである。

敷衍しよう。布施哲は、エルネスト・ラクラウの運動論を解説して、次のように述べる。

“人権”にせよ“平等”にせよ、あるいは“民主主義”にせよ、それらは……積極的な意味内容を担わない、その限りにおいて「空虚な」記号 [=シニフィアン] であるが、しかし、否定的な指示対象はつねにある。“民主主義”とは何かと問われれば、その積極的／実定的な概念規定に関しては十人十色の答えが返ってくるだろうが、少なくとも実際の運動においては、「非民主主義的な勢力に対抗すること」がその主たる目的となる。そもそも、各運動体は当初、それぞれの要求が満たされるのを妨げているような障害物に対する対抗運動の担い手であったのであり、そうした対抗的、否定的性質は連帯後も消えることがない。要するに、ここにあるのは完全なトートロジーなのだ。⁴⁷

これを本稿の議論に沿って言えば、次のようになろう。根本的矛盾も、「法は政治である」

Mark Tushnet (1991) “Critical Legal Studies: A Political History”, 100 *Yale Law Journal* 1193, p.1516

⁴⁴ もちろん、類型化して整理する方向性はありうる。ケネディの主張を解釈し、法は政治であるということの意味（法と政治の関係性）について分類を試みたものとして、Julen Etxabe (2016)

“Law as Politics: Four Relations”, 2016 *Law, Culture and the Humanities* 1

⁴⁵ 「法は政治である」という標語の下に、批判法学のみならず自然法論や「法と経済学 (law and economics)」なども含めて整理可能だと主張するものとして、Mauro Zamboni (2008) *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Springer, pp.49-50. 批判法学に言及せずこの標語を用いる例として、Boudewijn Bouckaert (2014) “Law Is Politics and Often Also Policy”, in Jan De Bruyne et al. (eds.) *Policy Within and Through Law*, Maklu

⁴⁶ 本稿 1.2.

⁴⁷ 布施哲 (2008) 『希望の政治学——テロルか偽善か』角川学芸出版、p.237

という標語も、そしてそれらを包括する運動のレッテルである批判法学も、“民主主義”と同じ空虚な記号である。そして、リベラル・リーガリズムは、非批判法学的な勢力を言い換えたものとして考えることができるだろう。批判法学とは、リベラル・リーガリズムに対抗するものであるが、リベラル・リーガリズムは批判法学でないものである。これは「完全なトートロジー」だ。

しかしながら、ラクラウによれば、こうした空虚さこそが、現代においては運動を可能にするのである。すなわち、ラクラウの見るところ、「新しいフェミニズムの台頭、民族的・性的な少数者の抗議運動、マージナル化された住民層によってなされる反制度的なエコロジー闘争、反核運動、資本主義周辺部諸国での非典型的な形態での社会闘争など」の勃興により、「労働者階級の存在論的中心性とか、一社会から別の社会への移行の基礎定立的な契機としての、大文字で書かれる革命の役割とか、政治という契機を無化するであろう、完全に単一で同質的な集団意思という幻想的な展望」といった、旧来の社会主義が念頭に置いていたような単純な構図はもはや成立しなくなってしまう⁴⁸。しかし、個別バラバラのままでは運動として力を持つことができない。ゆえに、抽象的で空虚なシニフィアンの下に、現実には多様性を保持したまま連帯する必要がある⁴⁹。ラクラウは言う——「純粹に示差的なアイデンティティ群を論じていることを踏まえれば、私たちは何らかの仕方で、それらのアイデンティティがその内部で差異的なものとして構成される、そうした全体を規定しなければならない」のである、と⁵⁰。批判法学とは、まさにそうした現代的な試みの一つといえる。逆説的にも、概念が曖昧であり、空虚なシニフィアンとして機能したからこそ、批判法学は運動として成立したのである。

ただし、ここで急いで付け加えておきたいのは、こうした定義及び強制的精神の欠如という要素のみによって、批判法学は一つの運動たりえたのではない、ということである。批判法学内の諸主張は、多様であり、相反するものが存在していたことは確かであるが、それらの内の少なくないものが共存可能であり、手を携えることができるものであったことも重要である。これについては、批判法学の諸類型を見た後のほうが理解しやすいように思われるため、類型化作業（1.2.）の後に再び論じることにしたい。

⁴⁸ エルネスト・ラクラウ＝ジャンタル・ムフ（1992）『ポスト・マルクス主義と政治——根源的民主主義のために』山崎カヲル＝石澤武訳、大村書店、pp.5-6

⁴⁹ この点について、ラクラウ（ら）の議論は、多様性のみを強調し、解体を志向する主張にすぎないとする誤解があるように思われるので、山本圭の解説を引用しておく。「しばしば誤解されているように、ラクラウ＝ムフのラディカル・デモクラシーは、社会の開放性を認識することで可能になるものであるが、しかしそのことは彼らのヘゲモニー論の半面に過ぎない。ラクラウ＝ムフは、アイデンティティの非決定性を認めているものの、彼らのポイントはむしろ結節点の構築、および浮遊するシニフィアンの部分的な固定化にある。」（山本圭（2019）「アゴニズム再考——ポスト基礎付け主義と民主主義」田畑真一他編『政治において正しいとはどういうことか——ポスト基礎付け主義と規範の行方』勁草書房、p.28。引用中にある「浮遊するシニフィアン（floating signifier）」については以下二つの注も参照）

⁵⁰ エルネスト・ラクラウ（2018）『ポピュリズムの理性』澤里岳史＝河村一郎訳、明石書店、p.102

1.1.4. 批判法学の死？

さて、このように批判法学を理解することができるとして、それでは批判法学には何の問題も存在せず、運動としての安定性を保ちえたのだろうか。批判法学は、いかなる強制もない桃源郷となったのか。

この問いに対する答は、残念ながら否である。現実には、批判法学のカンファレンスは1993年を最後に開催されなくなっており、運動としての力は明らかに弱まっているといえる。ここに、抽象的な理論として運動を捉えたときには見えない、運動の困難を垣間見ることができる⁵¹。

それでは、批判法学の困難とはどのようなものであったのか。まず指摘されねばならないのは、人材の供給源の問題である。すなわち、先に見た二つの潮流——「法と開発」運動と学生運動——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、継続しつつも以前とは異なる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て、批判法学内での世代間のズレという問題が発生する⁵²。もちろん、先に見たようなラクラウ的な運動が理想ではあるが、過度な多様化の進行は、運動内に様々な亀裂を生むことになった⁵³。

さらに、理論と実際とのギャップというありふれた問題が、批判法学においても発生する。たとえば、批判法学の主張は、反人種主義やフェミニズムと少なからぬ親和性を持つものであるが⁵⁴、現実には批判法学の代表的論者として数えられているのは、ケネディやトゥルーベックのような白人男性であり、理論的・実践的なコミットメントが不十分であるように、少

⁵¹ ただし、先にご利用したラクラウの抽象的な理論枠組みで、批判法学の拡散を説明できるか可能性はないわけではない。すなわち、多様性を保ちながら安定性をもたらす空虚なシニフィアンに対し、境界線を変動させ不安定化をもたらすとされる「浮遊するシニフィアン」の作用として分析できるかもしれないが（この概念については、同上 pp.179-180）、ここでは一端留保したい。なお、両概念の対比については、山本圭（2012）「ポピュリズムの民主主義的効用——ラディカル・デモクラシー論の知見から」『年報政治学』2012-II、p.281の記述を参考にした。

⁵² 批判法学第二世代の特徴については、Gary Minda (1995) *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, pp.116-127. なお、世代が上手く入れ替われば、世代間のズレという問題は発生しなかったかもしれないが、批判法学は第一世代が長く残り、影響力を行使し続けた運動・学派であった (Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, pp.467-468)。

⁵³ たとえば、アイデンティティ政治に対する評価の分裂を示す内部の論争として、Mark Tushnet (1992) "The Degradation of Constitutional Discourse", 81 *Georgetown Law Journal* 251, Gary Peller (1992) "The Discourse of Constitutional Degradation", 81 *Georgetown Law Journal* 313, Mark Tushnet (1992) "Reply", 81 *Georgetown Law Journal* 343

⁵⁴ David Trubek (2011) "Foundational Events, Foundational Myths, and the Creation of Critical Race Theory, or How To Get Along with a Little Help from Your Friends", 43 *Connecticut Law Review* 1503, 船越資晶 (2016) 「批判法学はジェンダーの法理論に何をもちたらずか？」『法社会学』82号

なからぬメンバーに思われた⁵⁵。また、ロー・スクール内の不平等の是正を少なからぬ批判法学者が掲げていたにもかかわらず、現実には学費は高止まりし、格差は再生産されてしまっている⁵⁶。

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だのであり、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⁵⁷。しかしながら、批判法学が死んだものと考えて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。

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。⁵⁸

生きて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用されているのである。船越は「学派」に限定しているが、それは運動であっても同じであろう。批判法学を名乗らずとも、批判法学的な実践を行っていることは十分にありえることである。

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

⁵⁵ Kimberlé Crenshaw (2011) “Twenty Years of Critical Race Theory: Looking back to Move Forward”, 43 *Connecticut Law Review* 1253, pp.1287-1295

⁵⁶ Brian Tamanaha (2013) “The Failure of Critics and Leftist Law Professors to Defend Progressive Causes”, 24 *Stanford Law and Policy Review* 309

⁵⁷ Richard Michael Fischl (1992) “The Question That Killed Critical Legal Studies”, 17 *Law and Social Inquiry* 779, Arthur Austin (1998) *The Empire Strikes Back: Outsiders and the Struggle Over Legal Education*, New York University Press, chapter 5, Richard Posner (2008) “The State of Legal Scholarship Today: A Comment on Schlag”, 97 *Georgetown Law Journal* 845, p.851, 大屋「批判理論」 pp.313-314

⁵⁸ 船越『批判法学の構図』 pp. iii - iv

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⁵⁹。また、ジャック・バルキンによれば、9.11 といった出来事の結果、中央権力の行き過ぎた拡大が現在大きな問題となっている。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ず、現在の状況に応じた問題設定・批判を展開していかねばならない。批判法学は、ジャック・デリダの脱構築を用いて、法が不確定なものであるということを主張してきたが⁶⁰、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⁶¹。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う応答が考えられる。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⁶²。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い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、すべからず優れたものであるという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、ということはこの場で強調しておきたい。

本稿の試みもまた、こうした応答の中の一つとして位置付けることができる。ただし、本稿は、これら三つの応答の内一つの型に焦点を合わせるのではなく、それらを折衷し、組み合わせるようにして、批判法学を擁護することを試みる。本稿は、通常は批判法学として考えられていない、社会的立憲主義や（アンガー以外の）民主的実験主義を批判法学に接合する。これは第二の応答としての試みとして考えることができるが、後に見ていくように、社会的立憲主義も、そして民主的実験主義も、批判法学で培われた議論を実際には大いに摂取している。それゆえ、社会的立憲主義や民主的実験主義に批判法学的なものの流出を見ようとする本稿の試みは、第一の応答としても理解することができる。そして、批判法学、社会的立憲主義、民主的実験主義を結びつけるのは、批判法学全体ではなく、アンガーの議論である。この点からすれば、本稿は第三の応答を試みたものとして考えることもできよう。

⁵⁹ Corinne Blalock (2015) “Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory”, 77 *Law and Contemporary Problems* 71

⁶⁰ 本稿 1.2.3.

⁶¹ Jack Balkin (2008) “Critical Legal Theory Today”, in Francis Mootz (ed.) *On Philosophy in American Law*, Oxford University Press

⁶² 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

1.2. 諸類型

以上、批判法学の歴史的背景とその特質、多様性を確認してきた。以下では、批判法学における八つの主要な議論類型を見ていく⁶³。これにより、批判法学がどのような知的ツールを用い、どのような主張を展開してきたのか、その多様性の内実を明らかにすることができるだろう。1.2で行うのは、かなり理論的な類型化であるが、続く1.3では、この類型を元に、批判法学の不確定テーゼにある、運動としての次元や、批判の内実（内的か外的か）を明らかにしていく。不確定テーゼは、批判法学者の多くを引き付けてきたが、それがどのような要素から成り立ち、またどのような理由で論じられているかを見ることで、批判法学の持つ可能性を析出することができるであろう。なお、1.2で行う類型化は、1.3での議論に向けての前提作業としても位置付けられる。

さて、具体的な類型を見ていく前に、二点注意を促しておきたい。まず、以下で類型を示していくわけだが、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。たとえば、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、バルキンが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。

次に、本稿で提示する類型は、あくまで例示列举であって、限定列举ではないということである。すなわち、批判法学における類型は、本稿で示す八つに限られる、というわけではない。本稿で取り上げなかった知的ツールも存在し⁶⁴、また、批判法学の特質の一つはその不定形さであるから、以下の類型リストに新しいものを追加することを妨げるものは何もない。加えて、本稿の類型が唯一で完全なものであると主張する意図もない⁶⁵。そもそも本稿は、社会的立憲主義といった議論の接合を図ろうとするものであって、批判法学が常に進化・変化を続けていることを承認し、肯定するものである。

以上の二点に注意しつつ、早速、批判法学の内部にあるツールの多様性について見ていくことにしよう。

⁶³ 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。

⁶⁴ たとえば、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

⁶⁵ 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

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
を代表するのだと主張し、議論を展開する。しかしながら、批判法学外の多くの論者ですら、
もはや機械的な法的三段論法がそのまま通用するなどとは考えておらず、いまや多かれ少
なかれ「我々は皆リアリストである」とまで言われている⁶⁶。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」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。⁶⁷

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
学が社会民主主義やニューディール、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ね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、「リアリズム法学の真髄」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⁶⁸。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⁶⁹。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)

⁶⁶ 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 (2018) “The Return of Legal Realism”,
in Markus Dubber and Christopher Tomlins (ed.) *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford
University Press

⁶⁷ Alan Freeman (1981) “Truth and Mystification in Legal Scholarship”, 90 *Yale Law Journal*
1229, p.1233

⁶⁸ 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 卷 3
号、p.2

⁶⁹ 同上 p.17 (強調は原文)

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、その主張が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にすぎない。法実践の中でイデオロギー同士の戦いが繰り広げられるということが事実である、すなわちそうした意味で法は政治なのだとしても、それは国会論争の直接的な延長ではない。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ほかならない」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、峻別を図っていたのと同様に⁷⁰、「法が政治なのだとしても……異なった手段での」政治なのである⁷¹。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

先に 1.1.2. で見たように、批判法学の立ち上げは 1970 年代の中盤から後半であるが、中原拓也が主張するように、当時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⁷²。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⁷³。

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⁷⁴。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」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」を抱えている、とケネディが主張したことは有名である⁷⁵。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

⁷⁰ 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

⁷¹ 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

⁷² 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

⁷³ 同上

⁷⁴ Jack Balkin (1991) “Ideology as Constraint”, 43 *Stanford Law Review* 1133, p.1166

⁷⁵ Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”

鑑み⁷⁶、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⁷⁷。

【 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

⁷⁶ Gabel and Kennedy, “Roll over Beethoven”, pp.15-16

⁷⁷ Duncan Kennedy (1991) “A Semiotics of Legal Argument”, 42 *Syracuse Law Review* 75, pp.78-80. 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。

(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。すなわち、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、とケネディは主張する⁷⁸。

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に区分し、その考えを説明している⁷⁹。第一は、1850年から1914年にかけてのものであり、「古典派法思想 (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⁸⁰。

1900年頃に勃興し、1968年まで続くといわれる第二期の法思想——「社会派法思想 (social legal thought)」——においては、古典的法思想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⁸¹。

そして1945年以降に現れ、現在まで続く第三の法思想——「現代派法思想 (contemporary legal thought)」——は、「古典的法思想と社会的なものの諸要素が変形され、統合されない

⁷⁸ 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が、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

⁷⁹ Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought". なお、この議論については本稿3.1.2.で再訪する。

⁸⁰ Ibid., pp.25-37

⁸¹ Ibid., pp.37-63

ままの共存したもの」である⁸²。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の場合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えない⁸³。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⁸⁴。

この先、こうした現代派法思考はどこに向かうのであろうか。そして、理論は氾濫したままで、ほとんど不要なものとなるのであろうか。本稿は、そうした問いに対し、現代派法思考の時代においては、アンガーらの主張する民主的実験主義こそが、最も有力な理論となると応答するものである。すなわち、個々の解釈論にコミットすることは難しいかもしれないが、メタ的な制度論を論じることは可能であり望ましく、そして、そのメタ制度に該当するものこそ、民主的実験主義なのである。これについては、アンガーの主張を検討した後に、改めて詳しく論じていくことにしたい⁸⁵。

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、ポストモダニズムに結びつけられる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出来る。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。⁸⁶

こうした批判法学に対するポストモダンの言語哲学の影響は強調されすぎるくらいが

⁸² Ibid., p.63

⁸³ Duncan Kennedy (2014) “The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought”, 25 *Law and Critique* 91, pp.114-115

⁸⁴ インタビュー上の発言である (James Hackney (2012) *Legal Intellectuals in Conversation: Reflection on the Construction of Contemporary American Legal Theory*, New York University Press, p.43)。

⁸⁵ 本稿 3.以下

⁸⁶ 石前禎幸 (2006) 「法の支配と不確定性」『法哲学年報』2005、p.87

あるが⁸⁷、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、デリダ及び後期ウィ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、紹介することにした。

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*)』と題される著作を出版した⁸⁸。タイトルから見てとれるように、この著作は後期ウィ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、反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。

周知のとおり、ウィ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⁸⁹。この「言語ゲーム」という概念の説明は非常に難しい。というのも、ウィ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イデア主義的考え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」に過ぎないのだとウィトゲンシュタインは主張する⁹⁰。ウィ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でもなく、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。

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ゴ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ったはずである。それでもなお、使いにやった者がリンゴを買って戻ってくる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生き、規範を内面化してきたことに

⁸⁷ 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、最もあけすけな法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、批判法学がときにウィトゲンシュタインを参照することを承知しつつも、そのウィ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)。

⁸⁸ Allan Hutchinson (2000) *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

⁸⁹ ルートヴィッヒ・ウィトゲンシュタイン (1976) 『哲学探究 ウィトゲンシュタイン全集 8』藤本隆志訳、大修館書店

⁹⁰ 同上 p.70

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⁹¹。よって、文脈が変われば、「赤いリンゴ五つ」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「赤いリンゴ五つ」と伝えたならば、彼は頭の中の計算式でリンゴ五つ分をプラスするであろう⁹²。

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、彼の反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⁹³、反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 of 解釈においては——認識的な真なる価値にではなくレトリック上の適切さに基づいて——確信を持つ」ことは認めるのである⁹⁴。別の言い方をすれば、法解釈は「何でもあり」というよりは、あくまで潜在的に「何でもありうる」ということなのだ⁹⁵。

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。

〔反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。⁹⁶

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

⁹¹ 同上 p.161

⁹² 以上のウィ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、ウィ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。ウィ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』

⁹³ Hutchinson, *It's All in the Game*, p.65

⁹⁴ *Ibid.*, p.76

⁹⁵ *Ibid.*, p.8

⁹⁶ *Ibid.*, p.254

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態的に理解し、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」⁹⁷。

以上のようなウィ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見事に示し、こうした営みを脱構築と呼んだ⁹⁸。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と主張し、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⁹⁹。

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左派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、左派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¹⁰⁰。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¹⁰¹。

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

⁹⁷ Ibid., p.252

⁹⁸ 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・カプート（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・カプート『デリダとの対話——脱構築入門』高橋透他訳、法政大学出版社、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）。

⁹⁹ ジャック・デリダ（1999）『法の力』堅田研一訳、法政大学出版社、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、その巻末や雑誌など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——法における倫理性の問題」『法哲学年報』2014

¹⁰⁰ Jack Balkin (1987) “Deconstructive Practice and Legal Theory”, 96 *Yale Law Journal* 743, p.786

¹⁰¹ Ibid.

議論へと発展していく。デリダ自身は、「脱構築は正義である」として¹⁰²、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うべきもの」であり、デリダのこうした定式は誤りであるとバルキンが批判する¹⁰³。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¹⁰⁴、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¹⁰⁵。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、批判法学内で一様なものでもなく¹⁰⁶、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、そしてひ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¹⁰⁷、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¹⁰⁸。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¹⁰⁹、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¹¹⁰。「新たな」

¹⁰² 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。)

¹⁰³ Jack Balkin (1994) “Being Just with Deconstruction”, 3 *Social and Legal Studies* 393, p.403

¹⁰⁴ 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

¹⁰⁵ Jack Balkin (1994) “Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice”, 92 *Michigan Law Review* 1131

¹⁰⁶ Pierre Schlag (2005) “A Brief Survey of Deconstruction”, 27 *Cardozo Law Review* 741

¹⁰⁷ John Henry Schlegel (2007) “CLS Wasn’t Killed by a Question”, 58 *Alabama Law Review* 967, p.972

¹⁰⁸ Akbar Rasulov (2014) “CLS and Marxism: A History of an Affair”, 5 *Transnational Legal Theory* 622

¹⁰⁹ Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, p.204

¹¹⁰ 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・ジェソップやルイ・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)

という意味を持つ接頭辞である「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¹¹¹。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¹¹²。その考えによれば、法は、確か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や下部構造から一定程度の独立を保つことができるという¹¹³。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¹¹⁴。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

『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、同（2018）「批判法学のマルクス」『法学論叢』182巻4=5=6号、クレアについて論じたものとして、石田眞（1989）『批判法学』からみた労使関係と法——『ワグナー法』論争をめぐって（1）（2）『季刊労働法』152号・154号

¹¹¹ Karl Klare (1979) “Law-Making as Praxis”, 40 *Telos* 123, pp.125-127

¹¹² 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・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）

¹¹³ 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

¹¹⁴ Ibid.

において「脱ラディカル化」されてしまった¹¹⁵。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・運用についても諸主体によって多様な方向に歪められることが予想されたからである¹¹⁶。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¹¹⁷。

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の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読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。¹¹⁸

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。

¹¹⁵ Ibid., p.268

¹¹⁶ Ibid., pp.281-293

¹¹⁷ Ibid., pp.293-336

¹¹⁸ 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

1.2.5. 批判的歴史学

歴史学は中立的な学問であり、規範と切り離せるものなのだろうか。批判法学に倣う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¹¹⁹、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¹²⁰、現在でもホーウィッツの議論を主題とした研究がなされているなど¹²¹、その影響力は衰えを見せていない。

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¹²²。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¹²³。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、実際には国民全体の（事実上せよ仮説的にせよ）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¹²⁴。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が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ツ

¹¹⁹ Morton Horwitz (1977) “The Rule of Law: An Unqualified Human Good?”, 86 *Yale Law Journal* 561, p.566

¹²⁰ 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、ホーウィッツの議論を通時的にまとめた上で、日本研究者との一問一答を紹介した西村貴裕（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。ただし、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）。長所・短所を含め、包括的な検討を行ったものとして、大内孝（2008）『アメリカ法制史研究序説』創文社、pp.357-384

¹²¹ Daniel Hamilton et al (ed.) (2009) *Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Professor Morton J. Horwitz*, Harvard University Press

¹²² 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）。

¹²³ Morton Horwitz (1973) “The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History”, 17 *American Journal of Legal History* 275, p.276

¹²⁴ 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）。

ツは主張する¹²⁵。

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、法と政治を分離しない、革新主義的な法学が花開く可能性があった、ということホーウィッツは承認する¹²⁶。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ー・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。¹²⁷

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¹²⁸。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¹²⁹、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¹³⁰。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」

¹²⁵ Ibid., chapter 8

¹²⁶ 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、pp.242-248、354-357

¹²⁷ 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

¹²⁸ Robert Gordon (2002) “Morton Horwitz and His Critics: A Conflict of Narratives”, 37 *Tulsa Law Review* 915

¹²⁹ Robert Gordon (1984) “Critical Legal Histories”, 36 *Stanford Law Review* 57

¹³⁰ Robert Gordon (2017) *Taming the Past: Essays on Law in History and History in Law*,

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¹³¹。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が多くが、原意主義 (originalism) に典型のように、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は減じ、立法者＝エリート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¹³²。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か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¹³³。

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。

Cambridge University Press, pp.3-7

¹³¹ こうした二元論的な捉え方は、法律家の歴史観との対比のために誇張したもの——ある種の理念型——と考えるべきであろう。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し、また、他の知的潮流——哲学における言語論的転回など——から完全に独立していたわけではない。以上の点については、さしあたり、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、小田中直樹 (2002) 『歴史学のアポリア——ヨーロッパ近代社会史再読』山川出版社、楠家重敏 (2016) 『「歴史とは何か」の歴史』晃洋書房

¹³² 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

¹³³ *Ibid.*, p.451

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、それが主流派の政策に親和的な「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、微妙に距離を取りつつも、互いに影響を与えあってきた¹³⁴。

アメリカにおいて法社会学にほぼ相当する「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も知られている¹³⁵。

「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¹³⁶、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¹³⁷、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¹³⁸。

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¹³⁹。

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っ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

¹³⁴ David Trubek and John Esser (1989) “Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box”, 14 *Law and Social Inquiry* 3

¹³⁵ Trubek and Galanter, “Scholars in Self-Estrangement”

¹³⁶ 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

¹³⁷ 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

¹³⁸ 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)。

¹³⁹ Marc Galanter (1999) “Farther Along”, 33 *Law and Society Review* 1113, p.1115

と考えられる¹⁴⁰。このとき、ワン・ショッターがリピート・プレイヤーよりも不利な立場に追いやられ、リピート・プレイヤーが有利に交渉を運ぶことは想像に難くない¹⁴¹。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在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¹⁴²。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¹⁴³。

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ものであり、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¹⁴⁴。また、ギャランターは法制度が体現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ないことを示せば、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¹⁴⁵。このようにトゥルーベックは、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 1.1.2.において見たが、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

¹⁴⁰ Galanter, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”, pp.97-107

¹⁴¹ Ibid., pp.108-110

¹⁴² Ibid., pp.114-119

¹⁴³ Ibid., p.150

¹⁴⁴ David Trubek (1981) “Afterword: The Construction and Deconstruction of a Disputes-Focused Approach”, 15 *Law and Society Review* 727, p.747

¹⁴⁵ 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

方法は許し難いものであった¹⁴⁶。

ケネディは、その著書『法学教育と階層性の再生産 (*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¹⁴⁷。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」に寄与するものに他ならない¹⁴⁸。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¹⁴⁹。「ロー・スクールの学生は、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¹⁵⁰。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¹⁵¹。

……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も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。¹⁵²

¹⁴⁶ 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

¹⁴⁷ Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, p.15

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ 船越『批判法学の構図』第3章

¹⁵⁰ 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)

¹⁵¹ 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)。

¹⁵² 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)

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など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¹⁵³、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¹⁵⁴、「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¹⁵⁵。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¹⁵⁶、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¹⁵⁷。ケネディの指摘はいまだ有効である。

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す。これによって、法は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

¹⁵³ 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

¹⁵⁴ 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

¹⁵⁵ 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

¹⁵⁶ 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

¹⁵⁷ Hila Shamir (2014) “The Public/Private Distinction Now: The Challenges of Privatization and of the Regulatory State”, 15 *Theoretical Inquiries in Law* 1

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、法内在的なミクロ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¹⁵⁸。

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¹⁵⁹。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、大学職員のテニチャー（終身雇用資格）について論じたものなど、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¹⁶⁰。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¹⁶¹。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¹⁶²。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¹⁶³。

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

¹⁵⁸ 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, Duncan Kennedy (1995) “Politicizing the Classroom”, 4 *Review of Law and Women's Studies* 81

¹⁵⁹ 以下の HP で pdf を読むことが可能である。 <https://legaleft.org/previous-issues/volumex/> (2019/12/10 アクセス)

¹⁶⁰ この活動の顛末や評価については、 Gary Minda (2007) “Remembering the Eighties: the Lizard Goes to the AALS”, 75 *UMKC Law Review* 1161, Gary Minda (2008) “Oh My God, It's Alive”, 1 *Crit: A Critical Studies Journal* 21

¹⁶¹ Gary Peller (2015) “The True Left”, 10 *Unbound* 101, p.107

¹⁶² 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)

¹⁶³ 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号

に強く影響を受け¹⁶⁴、法学や法実践における疎外の問題解決に努めてきた¹⁶⁵。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¹⁶⁶。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¹⁶⁷。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¹⁶⁸。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¹⁶⁹。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・介在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。¹⁷⁰

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、弁護士や検察官、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の行動を求められ、そしてその行為規範を内面化する¹⁷¹。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。

¹⁶⁴ 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

¹⁶⁵ 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

¹⁶⁶ Peter Gabel (1977) “Intention and Structure in Contractual Conditions: Outline of a Method for Critical Legal Theory”, 61 *Minnesota Law Review* 601

¹⁶⁷ *Norrington v. Wright*, 115 U. S. 188

¹⁶⁸ *Helgar Corp. v. Warner's Features*, 222 N.Y. 449 (1918)

¹⁶⁹ Gabel, “Intention and Structure in Contractual Conditions”, pp.618-619

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.634

¹⁷¹ *Ibid.* 参考までに、元裁判官の弁護士であり、法学研究科の教授でもある青木孝之の回想に触れておく。青木は、「人を裁く自信などないって、言ってたよね？宗旨替えしたの？」という母親から

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、ときにぶつかりあい、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¹⁷²。ゲイブルは、批判法学に共感し、参加していた人々は、優れて人間的な人々であり、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のだと主張する¹⁷³。こうした見解を肯定する意見もあるが¹⁷⁴、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¹⁷⁵。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った壁は高く大きい。

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¹⁷⁶、ゲイブル自身、批判法学の枠を飛び越えた活動を行っており、「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¹⁷⁷、ユダヤ教の左翼雑誌『ティックーン (Tikkun)』において編集にも携わっている¹⁷⁸。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きている¹⁷⁹。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

の問いかけに対し、答の「ヒント」となったものとして、司法研修所の検察教官の次のような言葉——「われわれの仕事は、市民を訴追し、処罰を実現することであるが、それは個人の価値観のなせるものではない。あくまで法と証拠に基づくものだ。刑事処罰に『けしからん罪』があってはならない」——を挙げ、「そうか、生身の人間である自分が同じ出身の他人を裁くのではない、法と証拠が自分を通じて処分を決めているのか」という心境に至ったという（青木孝之（2019）「人が人を裁くということ——飯考行・裁判員ラウンジ編著『あなたも明日は裁判員！？』を読んで」『法学セミナー』777号、p.26）。

¹⁷² 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

¹⁷³ Peter Gabel (2009) “Critical Legal Studies as a Spiritual Practice”, 36 *Pepperdine Law Review* 515

¹⁷⁴ John Henry Schlegel (2009) “For Peter, With Love”, 36 *Pepperdine Law Review* 535, p.536

¹⁷⁵ Gabel and Kennedy, “Roll over Beethoven”, pp.1-14

¹⁷⁶ 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 emotion)」といった学派とも共同できる可能性は大きい。「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、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

¹⁷⁷ <http://www.spiritlawpolitics.org/executive-committee-2/> (2019/12/10 アクセス)

¹⁷⁸ <http://www.tikkun.org/nextgen/peter-gabel> (2019/12/10 アクセス)

¹⁷⁹ Peter Gabel (2014) “The Spiritual Dimension of Social Justice”, 63 *Journal of Legal Education* 673. 修復的司法については、さしあたり、ハワード・ゼア（2003）『修復的司法とは何か——応報から関係修復へ』西村春夫他訳、新泉社、細井洋子他編（2012）『修復的正義の今日・明日——後期モダニティにおける新しい人間観の可能性』成文堂

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

1.3.1. 法解釈共同体——内的批判、外的批判、そしてその攪乱

さて、以上、批判法学の主たる理論的な類型を見てきたが、それぞれの類型にとって、法の不確定性（不確定テーゼ）とは、どのようなものであるのだろうか。まずは、それぞれの類型にとって、不確定テーゼが内的な、あるいは外的な批判であるのか、という点について見ていこう。

周知のとおり、ハートは、法を論じるにあたり、内的視点と外的視点を分けるべきであると主張した。すなわち、内的視点とは、法の中に生き、それを従うべき規準として捉えている人々——典型的には裁判官などの法律家——の視点であるが、それに対して、外的視点は、法をそうした従うべき規準として内面化していない、観察者としての視点である¹⁸⁰。本稿でいうところの内的批判とは、内的視点からの批判を指し、外的批判とは、外的視点からの批判を指すものとする。

それでは、そもそもどうして内的批判と外的批判を区分して考える必要があり、そして、その両方の批判を見ることが批判法学の不確定テーゼを論じる上で重要となるのか。このことを理解するためにはまず、次のような主張によって、法に対する批判の一部を封じようとする者がいるということに触れる必要がある。すなわち、ハートの内的視点及び外的視点を引き継ぎ、拡張して解釈・使用しようとするロナルド・ドゥオーキンのような人々及びその主張である¹⁸¹。中山の解説を引用しよう。

ドゥオーキンの言う「内的視点」は、……法解釈の営みという循環的な実践に巻き込まれた一定の人々で構成される「解釈共同体」の内部の視点という意味である。……ドゥオーキンは、法的実践の理解において何らかの意味を有するのは、そうした法解釈共同体内部の視点からなされた提言や対案のみであり、……歴史学や社会学、あるいは特定の形而上学的世界像といった、法外在的な審級から法的実践に批判を加えたとしても、それは何ら建設的な意味を持たないと言うのである。ドゥオーキンによれば……「外的視点」から行われる法についての批判……は、法それ自体にして

180 ハーバート・ハート（2014）『法の概念【第3版】』ちくま学芸文庫、pp.152-155

181 ドゥオーキンと同じような形で、外的批判を排除する例として、高橋文彦（2018）「法の支配と法的思考——『法の論理』は裁判官の法的思考をどこまで拘束するか」井上達夫編『現代法哲学講義【第2版】』信山社、pp.12-13

みれば痛くも痒くもない部外者たちの無意味なおしゃべりに過ぎないのである。¹⁸²

より敷衍し、一般化して分かりやすく言えば、〈自分たちのこともよく知らない外部の人間にとにかく言われる筋合いはない〉ということだろう。批判はまず共同体の内部へと入り、真摯に内部の者として思考することを求められるべきだ、と彼らは主張するのである。

さて、このように、ドゥオーキンらの考えによれば、法解釈共同体の内部と外部は区分することができ、外部からの観察者的な批判——外的批判——は、真剣に考える必要のないものだけということになる¹⁸³。しかしながら、こうした批判の回避の仕方は非常に危うい試みであることは、容易に理解できるだろう。すなわち、既存の法や解釈共同体にコミットした人々の意見にのみ耳を傾けるという結果に陥り、保守化・硬直化し、排他的となってしまうという問題である¹⁸⁴。1.1.2.において見たように、批判法学は、こうした保守化・硬直化・排他性が蔓延し、既存の法制度が人々からの信頼を喪失した時代——〈1968〉——に生まれてきた学派であった。

批判法学が興味深いのは、法解釈共同体の境界線を揺り動かし、外的批判と考えられるものと、内的批判と考えられるものを縦横無尽に使用し、両者の区分を曖昧化したという点である。敢えて標語的に言えば、批判法学は、法解釈共同体を、そして、外的批判／内的批判という二項対立を脱構築したのだ、ということになるだろう。

それでは、批判法学の不確定テーゼにおける、内的批判・外的批判の在り方を、先の類型を念頭に置きつつ具体的に見ていこう。これらの類型の中で、明確に外的批判として位置付けられるものをまず考えてみよう。外的批判を明確に掲げるのは、批判的歴史学、法社会学の諸類型である。先に見たように、批判的歴史学は、法学、とりわけ原意主義などによる〈歴史〉の扱い方を問題視し、歴史学それ自体の知見に基づく〈歴史〉の復権を主張している。法社会学は、典型的な観察者の視点からの批判であり、先に取り上げたギャランターも、1974年の「なぜ『持てる者』が台頭するのか」論文につき、「火星から来た男 (man from Mars)」などの比喩を用いて、自らが外的視点に立つことを強く意識したと、後の著作において語っている¹⁸⁵。

しかしながら、他の類型についてはどうだろうか。まず、リアリズム法学について考えてみよう。本稿では、価値の主観性を徹底しようとするフリーマンの見解と、法素材としての

¹⁸² 中山『二十世紀の法思想』p.97

¹⁸³ ドゥオーキンは、「外的視点と内的視点という、法に関するこれら二つのパースペクティブは、ともに本質的に重要であり、一方の観点は他方の観点を包含し、一方は他方を考慮に入れなければならない」と述べており（ロナルド・ドゥウォーキン（1995）『法の帝国』小林公訳、未来社、p.33）、こうした評価は不当であるという反論がありうる。しかしながら、森村進が主張するように、この記述は単なる「リップサービス」にすぎず、「実際には彼の法理論の中で外的視点は事実上無視されている」ように思われる（森村進（2015）『法哲学講義』筑摩書房、p.213）。

¹⁸⁴ 若干議論の文脈が異なるが、類似する指摘として、田畑真一（2019）「批判は可能か——再構成に基づく内在的批判の試み」同他編『政治において正しいとはどういうことか』pp.108-110

¹⁸⁵ Marc Galanter (2014) *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*, Quid Pro, Introduction

政策という考え方を大々的に打ち出す船越の見解を紹介したが、前者については、法解釈共同体にとって非常に受け入れがたいものであり、外的批判としてよいかもしれないが、後者についてはどうだろうか。法解釈における政策利益の考慮は、法学的にも実務的にも、必ずしも珍しいものではなく、船越の主張を少なくない法律家は受け入れるのではないだろうか。我々は皆リアリストである、というとき、船越の示す方向性へと〈我々〉は既に足を一歩以上踏み出している。リアリズム法学を単に法外的要素の考慮として捉える継受の仕方は、この種の批判法学からすればありえない。

続いて、(ポスト) 構造主義やポストモダンの言語哲学はどうだろうか。確かに、両者が依拠するのは哲学的・形而上学的な議論であり、その限りで、外的批判の定義に該当するように思われる。しかしながら、これら二つの類型を受けて、法律家の多くは、自らの実践を説明するものとして納得するのではないか。ハッチンソンの言語ゲームに依拠した見解は、元裁判官にして著名な学者でもあるリチャード・ポズナーも認めるところであり¹⁸⁶、また、たとえば多くの弁護士にとって、依頼者の求めに応じて、ありうる可能な論法を既存の構造の中から導きだそうとするという(ポスト) 構造主義の見解は、当たり前なことだと感じられるのではないか。法律家もまた、実際には法が不確定であることを言外に認め、それを前提に仕事をしているように思われる。ここでギャランターが収集した法律家ジョークの一つを引用しておこう。

大企業の有力者が、心配そうに眉をひそめながら、著名な弁護士事務所へと入ってきてこう言った。「君に伝えた例の法令だが、私の大きな取引を中止に追い込もうとしている。君、あの法令を違憲とすることはできるかね。」弁護士は答えた。「とても簡単ですよ。」有力者は、「それは重畳。それでは例の法について習熟すべく、さっそく仕事に取りかかってくれたまえ」と弁護士に指示した。「そんな必要はありませんよ」と弁護士は答えた。「この法令は、数年前にあなたが私に合憲であることを立証させたものじゃありませんか。」¹⁸⁷

さらに続いて、ネオ・マルクス主義はどうか。ネオが付くにせよ何にせよ、マルクス主義など外的視点の典型であるように思われるかもしれない。確かに、クレアの主張は、ネオ・マルクス主義の視点から裁判官の保守的な法解釈を断罪しているのであるが、この批判が法解釈共同体の外の視点からであるとは限らない。ここで、日本の法学にも馴染み深い、マルクス主義法学を考えてみるとよいだろう。たとえば、その主客である長谷川正安は、法律時報など多くの著名な法律雑誌に論文を掲載する他、弁護士といった実務家とも交流があ

¹⁸⁶ Richard Posner (2003) *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, p.84

¹⁸⁷ Marc Galanter (2005) *Lowering the Bar: Lawyer Jokes and Legal Culture*, University of Wisconsin Press, p.238

ったようである¹⁸⁸。マルクス主義を掲げるからといって、長谷川を法解釈共同体の外部に属する者だと主張することには、少なからぬ違和感を覚えるであろう。クレアについても同じことがいえるはずである。先に見た、ワグナー法の法実践を分析したクレアの論文は、ロージャーナルの総合データベースである heinonline によれば、571 の論文に引用されている他、この論文以外にも、引用数が 100 を超えている論文が 3 本ある¹⁸⁹。また、アメリカから目を移せば、彼が南アフリカ共和国において提唱した「変革的立憲主義 (transformative constitutionalism)」という概念は、法学者・実務家の両方に対して絶大な影響を与えている¹⁹⁰。クレアの法学批判は、内的／外的という区分を飛び越えるものであるように思われる。

それでは、新左翼的アナーキズムの場合はどうだろうか。アナーキズムなど、権威の学たる法学において受け入れられるはずのない外的なものだと考えるだろうか。しかしながら、ケネディが、実際の法教育の現場において、反権威的な手法を試みていることが重要である。内的視点及び外的視点からすれば、この試みは二つの意味を持つ。一つは、ケネディ自身が法律家の一人として、そうした教育を実践することで、法律家共同体のコンセンサスを揺り動かすということであり、もう一つは、ケネディの教育を受け、教えを受け継いだ学生が法律家となることで、より長期的に内的視点を攪乱していくということである。法教育の現場においてなされる新左翼的アナーキズムによる批判は、ケネディのパフォーマンスという共時的な変革のみならず、将来の法律家にアプローチする通時的な変革でもある。こうして内的／外的という区分は、共時的・通時的に攪乱されていくのである。

最後に、サルトル的実存主義についてはどうか。1.2.8. で見たように、ゲイブルは、裁判官が主体として疎外されていることを問題視したわけであるが、ここではゲイブルの描く裁判官の実態を考えてみよう。ゲイブルの描く裁判官は、非常に弱い主体であるといえるだろう。自らの主体としての責任を取ることなく、役割に逃げ込んでいるからである。裁判官からすると、これは酷い外的視点からの批判だ、ということになるだろうか。しかし、それでは多くの法理論が前提としているような裁判官像が実態に即しているものであり、多くの裁判官の内面を捉えているか、といえ、そうではないように思われる。すなわち、多数派や政治組織からのプレッシャーに負けることなく、少数者の人権を保護せんとする裁判官像、これは現実的なのであろうか。ローラ・カルマンは、司法に対して厚い信頼を寄せるオーウェン・フィス（と同じ信条を持つ人々）に対して、次のように問いかけている。フィ

¹⁸⁸ 長谷川の業績や人的交流については、杉原泰雄他編（2012）『戦後法学と憲法——長谷川正安先生追悼論集』日本評論社に所収の論文・随筆を参照されたい。

¹⁸⁹ https://heinonline.org/HOL/AuthorProfile?action=edit&search_name=%20Klare,%20Karl%20E.&collection=journals (2019/12/10 アクセス)

¹⁹⁰ Karl Klare (1998) “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, 14 *South African Journal on Human Rights* 146. ある論者によれば、南アフリカ共和国の憲法論において、ほとんど神格化すらされているという (Sanele Sibanda (2011) “Not Purpose-made! Transformative Constitutionalism, Post-Independence Constitutionalism and the Struggle to Eradicate Poverty”, 22 *Stellenbosch Law Review* 482, p.487)。

スが尊敬し、希求している法律家たちは、概して家族関係を犠牲にしたり、その仕事の困難さや過激さゆえに短命であることを強いられてきたし、今後も強えられるだろう。トランプ現象などを見るに、状況はより悪化しているようにも思われる。あなたはそれでもそうした法律家を望み、そして可能なものと考えているだろうか、と¹⁹¹。筆者は裁判官でもないし、また、裁判官を十把一絡げに語ることはそもそも不可能であろう¹⁹²。しかしながら、自らも弱い主体である筆者には、ゲイブルが描き出すような裁判官像が、より内的視点なるものに近いのではないか、と思われてしまうのである¹⁹³。

以上、批判法学における批判の諸相について論じてきた。中には、不確定テーゼと無関係であるように思われたものもあったかもしれない。しかしながら、それらは決して無関係ではないのである。というのも、法の不確定性という問題は、法解釈共同体がいかにして構成されているか、すなわち内的／外的の境界線がいかにか引かれているかに、多分に依拠するからである。敢えて単純かつ卑近な例を用いれば、安倍首相（2019年12月現在）が法解釈共同体の一員と認められるか否かで、法解釈の有り様が大きく変わることは、想像に難くないだろう。

もちろん、批判法学のように、法解釈共同体の境界線を揺り動かしていくような試みが、良い結果を生むとは限らない。しかしながら、そもそもこの〈良さ〉の基準を特定の団体が特権的に保持し続けることが〈良い〉ことであるかは、一考の余地がある。また、繰り返すが、批判法学は、こうした閉鎖性・独善性に対する不満の爆発が生んだ鬼子である。批判法学の批判の対象となった法学の側からしても、こうした不満の爆発を放置することが〈良い〉戦略であるとは思えない。批判法学との対峙は、自らを見返し、自省する〈良い〉機会となるのである。

¹⁹¹ Laura Kalman (2018) “Brief Lives”, 127 *Yale Law Journal* 1638

¹⁹² もちろん、現裁判官や元裁判官によって、裁判官の実態を述べた著作は少なからず出版されているが、その記述も一様ではない。さしあたり、日本における近年のものとして、原田國男（2017）『裁判の非情と人情』岩波新書、岡口基一（2019）『裁判官は劣化しているのか』羽鳥書店

¹⁹³ これは外的批判に当たるであろうが、裁判所が実際には多数派に与しているとする研究はかなり古くからある。さしあたり、Robert Dahl (1957) “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Makers”, 6 *Journal of Public Law* 279, Mark Graber (1993) “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”, 7 *Studies in American Political Development* 35, Barry Friedman (2009) *The Will of The People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus and Giroux. なお日本については、岡口裁判官によると、平成初期の頃の「法曹は、三権の一つの担い手として、司法に委ねられた少数者保護等の役割を果たさねばならないということを心のどこかに置いてい」たが、近年は裁判所を「『多数派』が支配する行政・立法府の判断の追認機関」としてしまうような判決が見られるようになるなど、「裁判官の劣化を疑わせる事態」が起きているという（岡口『裁判官は劣化しているのか』p.23, 109-110）。

1.3.2. 不確定性テーゼにおける理論の次元と運動の次元

さて、1.3.1 では批判の内実について論じてきたが、以下では不確定テーゼの運動としての次元を理解できるよう、それぞれの類型を整理し直してみよう。そのために、本稿では、二つの問いに分けて批判法学の不確定テーゼを論じるべきであると主張する。すなわち、本稿では、

- ①なぜ不確定性があるのか（理論・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）

という二つの問いを立てて分析行おう。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となると共に、不確定テーゼの運動的な次元が見失われてきた要因となっているように思われる。それでは早速、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見ていくことにしよう。

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、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、ということになるろう。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ろう。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、先に見たようにニューディールといった社会観・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、それゆえバルキンは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、法の不確定性を明らかにすることは、生の事実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ベックにしても、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の不確定性を教えている。しかしながら、そのアナーキズム的側面、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、アナ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、新左翼的アナ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。

サルトル的実存主義についても、新左翼的アナーキズムとほぼ同様のことがいえよう。サルトル的実存主義は、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否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
ポストモダンの言語哲学	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	そうした抑圧的關係の是正
新左翼的アナーキズム	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
サルトル的実存主義	事実として不確定か無関心	疎外なき関係

さて、図を見れば明らかなように、批判法学の不確定テーゼの中には、①にのみ内在的な答を持つもの(リアリズム法学、(ポスト)構造主義、ポストモダンの言語哲学)、①②に対して共に内在的な答を持つもの(ネオ・マルクス主義、批判的歴史学、法社会学)、②にのみ内在的な答を持つもの(新左翼的アナーキズム、サルトル的実存主義)という三つがあるということがわかる。

これらを考えることがなぜ重要かといえば、これによって批判法学がなぜ運動として力を持ち、それなりの期間それを持続することができたのかが理解できるからである。先にも述べたとおり、批判法学がなぜそもそも運動として成立したのか、というのは一つの謎であった。これについては、先にラクラウらの議論を参照しつつ、強制性と定義の不存在を理由として挙げたが、以上の類型による整理から、それとは別の理由を理解することができる。すなわち、これらの諸類型が、反目するものはあるにせよ、多くの場合に相互に強化・補完しあうような関係にあるということである。

こうした抽象的な説明だけでは理解しにくいように思われるので、ひとまず例として、新左翼的アナーキズムの観点から、不確定テーゼを眺めてみよう。新左翼的アナーキズムの目標は、権威的關係の除去である(②)。それゆえ、法学の権威性を削ぐ言説を手当たり次第に用いることが一つの戦略となる。とりわけ、内在的な②レベルの答を持たない、リアリズム法学、(ポスト)構造主義、ポストモダン言語哲学を用いることは容易である。これら三

者間の整合性は考えなくてよいのか、と反論されるかもしれないが、たとえこれら三つの間に矛盾が生じるとしても、リアリズム法学が誤っているならば（ポスト）構造主義、（ポスト）構造主義が誤っているならばポストモダンの言語哲学、というように段階を分けて用いればよい。さらに、これら三者を全面的に受け入れるのではなく、若干の〈誤読〉を交えつつ、それぞれを上手く組み合わせ、接合することはそれほど困難な作業ではない。たとえば、リアリズム法学における政策の導入は、法／政治という二項対立の脱構築であり、また、論法の構造は、本質的・内在的なものではなく、実際に改訳で使用される度にずれが生じ、変容していく、というような接合の仕方が考えられよう。1.2の類型化において、複数の類型に渡って何度もケネディの名前が出てきたことには気付かれているだろうが、これは決して偶然ではないのである。

なお、②レベルの問いが食い違っているように見えるとしても、作業上、一定程度の困難は伴うが、共闘可能性を考えることは十分に可能である。権威的関係の除去を、疎外なき関係の一つとして考えることができるかもしれないし、サルトルとマルクス主義が結びつけられて論じられた時代があったように、批判法学においても同様の共闘が可能であるかもしれない。アナーキズム的な事実を、歴史的、社会的に検証・証明すると共に、上からの押し付けとしての法を攻撃するために不確定テーゼを用いる、といったことも考えられよう。

もちろん、以上に述べたことは相互補強の可能性であって、必然性ではない。批判法学者であるタシュネットが、カンファレンスにおいてマルクス主義に基づく講演をしたのだが、ギャランターらはそれを聞いて退出し、それ以降のセッションに戻ってこなかったようである¹⁹⁴。どれほど理論的には接合の可能性があるであろうとも、批判法学もまた人の為す運動である以上、好意や嫌悪といった感情は少なからず影響を与える。批判法学のカンファレンスは、盛況を見せ、運動として相当の力を持ったが、内部分裂が進行し、93年を最後に開催されなくなったのは1.1.4.で既に述べたとおりである。

しかしながら、批判法学は、従来取り入れられてこなかった哲学的議論などを法の世界へと大々的に摂取し、不確定テーゼの新たな可能性を切り開き、運動としての次元を开花させた、ということはいえるのではないだろうか。批判法学は多様である、と言って分かった気になってはならない。なぜ多様であり、そして、その多様性から何が実際に生まれ、何を生む可能性があるのかを考えていく必要があるのである。

¹⁹⁴ Krever, “Law on the Left”, p.22

2. アンガーの不確定テーゼ——不確定性と想像力、そして社会変革

さて、以上 1.では、批判法学の不確定テーゼを総論的な視点から見てきた。そして、批判法学が、多様でありつつも、なぜ一つの運動となりえたのか、また、不確定テーゼにおける様々な論拠や目的が重なり合い、相互に補強しあう論理を明らかにした。不確定テーゼは、空虚なシニフィアンの下に集まってきた人々を結びつけると共に、彼らの想像力を刺激する、批判法学の「可能性の中心」と呼ぶべきものなのである。続いて以下 2.では、焦点を絞って、批判法学の代表的論客の一人であるアンガーの議論を見ていくことにしたい。その理由は以下のとおりである。

第一に、ここまでの議論は、俯瞰的・一般的な視点から、批判法学の歴史・出自を見ると共に、個人の主張を部分的に切り取り、類型化を図るというものであったが、こうした作業によって、抜け落ちてしまったものがあるように思われる。すなわち、それは、批判法学の論者それぞれが持つ個人的背景であり、議論の体系性であり、そして、より具体的にどのような形で諸類型を接合するのか、という点である。それらを全て拾い上げることはできないが、アンガーという個人に着目することで、そうした点を補完することにしたい。

第二に、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¹⁹⁵。もちろん、いくつかの優れた研究は存在するが¹⁹⁶、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。

第三に、第二の点とも関連するが、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ほとんどが見逃している、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』であるが¹⁹⁷、それ以前に「詩とヴィジョン」というエッセイを叙している¹⁹⁸。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のであるが、従来の研究では、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¹⁹⁹。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

¹⁹⁵ 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)。

¹⁹⁶ 前掲注 5

¹⁹⁷ Unger, *Knowledge and Politics*

¹⁹⁸ Unger, “Poetry and Vision”

¹⁹⁹ 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

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。

そして第四に、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²⁰⁰、それらにとっての参考にもなると考えられる。

そして最後に、これが最も重要であるが、本稿が批判法学の「可能性の中心」として考える、民主的実験主義を提示したのが、他でもないアンガーだからである。彼が、いかにして民主的実験主義を構想するに至ったのかを見ることは、その影響力と示唆を理解するに際し、有用な作業であろう。

2.1. アンガーとは何者か

さて、まずは、アンガーとは一体どのような人物であるのか、簡単に確認しよう。アンガーは、1947年にブラジルにおいてその生を受けた。その家族は錚々たる顔ぶれであり、祖父は政治家、母は詩人・フェミニズム運動家、父は法律家である。また、他の親類にも詩人・政治家がおり、アンガーがその影響を受けていることは、その親類の内の一人であり、ブラジル社会党の設立者として知られるジョアン・マンガベイラの著作が『近代における法』において参照されていることから窺い知ることができる²⁰¹。なお、詩人を母に含んだこうした家族環境が、アンガーを詩的なもの——「詩とヴィジョン」——の視点から解釈する本稿の解釈の論拠の一つとなっている。

ブラジルで生を受けたアンガーであるが、ブラジルの政治情勢の関係から生まれて間もなくアメリカに移り住むことになる。アンガーに施された教育は、その家庭環境にふさわしく非常に高度なものであり、10歳を数える前から母親にプラトンの『国家』を読み聞かせ

——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176参照)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。

²⁰⁰ 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)。

²⁰¹ Roberto Unger (1976) *Law in Modern Society*, Free Press, p.2. 引用されている著作は、João Mangabeira (1943) *Rui O Estadista da República*, José Olympio

られていたというから恐ろしい²⁰²。教育はこうした書物によるものだけではなく、大物政治家であった祖父との交流によっても行われた。アンガーは、当時の祖父の下での経験を次のように回顧している。

私は彼 [=祖父] に大きく影響を受けました。……両親は、私が夏休みの間、私をブラジルに——多くの場合一人で——送り、祖父の下で過ごさせました。……彼はブラジルで、とりわけバイーア州において崇拝されていました。……まるで国家が受肉したと言わんばかりにです。彼が街を歩くと、人々が彼の手にキスをするのですよ。誰も彼からの施しを受けようとしているわけでもないのに。……完全に現世の仕事に従事しているのだとしても、人は善き者に、そして聖人にすらなれるということです。

203

カリスマともいえる祖父の影響は相当に大きいものがあり、アンガーは当初、学者ではなく政治家を志していたようである。それでは、何ゆえアンガーは学者としてのキャリアをスタートさせることになったのか。

父の死をきっかけに 1959 年にブラジルへと帰国していたアンガーは、1969 年、ハーバードへ進学するため再びアメリカへと戻ってくる。卒業の後、政治家としてのキャリアをスタートするつもりであったが、ブラジル政府による人民弾圧が悪化し、帰国は非常に大きな危険を伴うものとなる²⁰⁴。帰国を断念するとしても、何らかの形で日々の糧は得なければならないし、日々を無為に過ごすこともできない。そうした困難な状況下で、アンガーは、首尾よくハーバードにおける任期付きの教職の仕事を得ることができた。そして能力が高く評価され、1976 年、弱冠 29 歳という異例の若さでハーバードでのテニユア（終身雇用資格）を獲得する。この頃書かれた『知識と政治』や『近代における法』は、1977 年に発足する批判法学、また他の学派に対しても多大な影響を与えることになった²⁰⁵。

このように、学者としての人生を歩み出したアンガーであるが、彼は、ただ机の前に座って本を書き、学生に向けて抗議することのみでよしとする人柄ではなかった。たびたびアンガーは母国であるブラジルへと帰国し、ブラジルの政治へと携わっている。具体的には、ブ

²⁰² Alexei Barrionuevo (2008) “Minister of Ideas' Tries to Put Brazil's Future in Focus”, *New York Times*, available at <http://www.nytimes.com/2008/02/02/world/americas/02unger.html> (2019/12/10 アクセス)

²⁰³ Carlin Romano (2008) “Boss Nova: Harvard Law's Roberto Unger Takes on the Future of Brazil”, *Chronicle of Higher Education*, <http://www.chronicle.com/article/Boss-Nova/13595> (2019/12/10 アクセス)

²⁰⁴ 当時のブラジルの状況については、金七紀男 (2009) 『ブラジル史』 東洋書店、pp.213-235

²⁰⁵ 一例として、言わずと知れた社会学の大物であるタルコット・パーソンズが『近代における法』の書評を執筆し (Talcott Parsons (1977) “Review: Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society*”, 12 *Law and Society Review* 145)、社会システムの研究上、法に着目した研究が不足していることを糾弾した論文において、マルクスやウェーバーと並べて論じている (Talcott Parsons (1977) “*Law as an Intellectual Stepchild*”, 47 *Sociological Inquiry* 11)。

ラジルにおける民主労働党 (Partido Democrático Trabalhista) の設立やそのマニフェストの執筆、政治家や学者をメンバーに加えた、ネオリベラリズムの排撃と貧困撲滅を目的とした組織の設立、戦略担当大臣という形での政権への参与などが挙げられる²⁰⁶。アンガーの政治実践の特徴は、その理論との連続性にある。法学者であり、3.で触れる (アンガーのそれと異なるとされる) 民主的実験主義の論客の一人としても知られるウィリアム・サイモンは、アンガーが一般大衆向けに書いた記事を評し、次のように述べている。

〔アンガーのジャーナリズムの手法は、〕現在起こっている出来事を広い歴史的意義と混ぜ合わせてドラマチックに見せる才覚や、簡潔に特徴づけることにより現在の在り様を批判する能力に鑑みるに、マルクスやケインズのそれに近い。しかしながら、アンガーのジャーナリズム〔の手法〕は、マルクスやケインズのそれよりも自らの社会理論と一貫したものになっているように思われる。……フェデラリスト・ペーパーのように、アンガーの記事は、現在の政治的問題や出来事に触れつつ、非常に明快かつ体系的に一般的な社会理論について詳しく説明している。²⁰⁷

このように、ブラジル権力の中心に近い場にいたことが学者としてのアンガーの一つの特徴でもあるのだが、政治に関し、アンガーは非常に興味深いことを述べている。

1942年のこと、〔当時のブラジルの〕独裁者ジェトゥリオ・ヴァルガスは、リオ・デ・ジャネイロのカテテ宮殿で若いジャーナリストのインタビューを受けた。勇気あるジャーナリストは、なぜ彼がもっと自由に政策を実行しなかったのか尋ねた。ヴァルガスは、絶対的な支配者であり、それゆえ彼が望めばすぐに実行されるものだと言った。「君は若い。君は独裁者が何でもできると思っている。独裁者ができることなど、わずかなのだよ。」²⁰⁸

このように、アンガーは、権力の中心から実感を込めて、独裁者ですら、自らの意思を貫徹することができないと主張する²⁰⁹。このエピソードは、法を主権者の意思に還元しようと

²⁰⁶ これらのアンガーの実践については、William Simon (1987) “Social Theory and Political Practice: Unger’s Brazilian Journalism”, 81 *Northwestern University Law Review* 832, Ronaldo Munck (2003) “Neoliberalism, Necessitarianism and Alternatives in Latin America: There Is No Alternative (TINA)?”, 24 *Third World Quarterly* 495, 大屋「批判理論」

²⁰⁷ Simon, “Social Theory and Political Practice”, p.833

²⁰⁸ Roberto Unger (2013) “Universal History of Legal Thought”, unpublished, p.26, <http://www.robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf> (2019/12/10 アクセス、出版年は本文に記載がないため、アンガーのHPの更新履歴を参照 (<http://robertounger.tumblr.com>、2019/12/10 アクセス))

²⁰⁹ 絶対的な権力者であっても、現実には統治を貫徹できないということを指摘した論者は、アンガーだけではない。続いて引用するウェーバーの他、國分功一郎の解釈によれば、スピノザもその一

する議論の困難を明らかにするために持ち出してきたものであるが、それ以上のものを読み取ることができるように思われる。ここで、アンガールの著作群を眺めてみよう。以下は、単著、あるいは多くの部分をアンガールが執筆した共著をリスト化したものである²¹⁰。

『知識と政治 (*Knowledge and Politics*)』 (1975)

『近代社会における法 (*Law in Modern Society*)』 (1976)

『情念 (*Passion*)』 (1984)

『批判法学運動 (*The Critical Legal Studies Movement*)』 (1986、第2版 2015)

『偽の必然性 (*False Necessity*)』 (1987、新版 2004年)

『社会理論 (*Social Theory*)』 (1987)

『可塑性を力に (*Plasticity into Power*)』 (1987)

『法分析はどのようなものになるべきか (*What Should Legal Analysis Become?*)』 (1996)

『アメリカ革新主義の未来 (*The Future of American Progressivism*)』 (1998、プラグマティストで社会運動家、プリンストン大学の教授でもあるコーネル・ウェストとの共著)

『現実化した民主主義 (*Democracy Realized*)』 (1998)

『左翼の提案とは何であるべきか (*What Should the Left Propose?*)』 (2006、『新たな左翼 (*The Left Alternative*)』と改名した第2版を 2009年に出版)

『覚醒した自我 (*The Self Awakened*)』 (2007)

『自由貿易を再創造する (*Free Trade Reimagined*)』 (2007)

『未来の宗教 (*The Religion of the Future*)』 (2014)

『単数の宇宙と時間の実在 (*The Singular Universe and the Reality of Time*)』 (2014、物理学者であるリー・スモーリンとの共著)

『知識経済 (*The Knowledge Economy*)』 (2019)

このリストから分かるのは、アンガールが非常に幅広い関心を持って研究しているということである。法や政治をトピックとするもののみならず、経済学や自然科学、宗教論にまで手を伸ばしている。問題は、なぜアンガールの研究はこれほど広範であるのか、ということである。この問いの答が、先の独裁者ヴァルガスと記者のエピソードの理由につながる。すなわち、アンガールは政治それ自体では不十分であると考えているのである。政治が為せることはわずかにすぎない。これは他についても、つまり、法にせよ哲学にせよ経済にせよ、当てはまる。社会変革を真剣に考え、本当にオルタナティブを提示しようというのであれば、政治や法といったそれぞれの領域が、他の領域から独立し閉鎖している、という欺瞞の中で生きていてはならない、とアンガールは主張しているのである。後にアンガールの不確定テーゼを

人に挙げられる (國分功一郎 (2015) 『近代政治哲学——自然・主権・行政』ちくま新書、pp.90-94)。

²¹⁰ ジャーナルなどに掲載した論文は含んでおらず、よって完全な業績リストではない。

前期と後期に分けて見ていくことになるが、そのいずれにしても、それらは狭義の意味における法の不確定性を超える。法の不確定性は、より大きな問題に接続されているし、そのように考えなければ袋小路に陥る、というのがアンガーの診断である。それゆえに、後に見ていくように、アンガーの議論は<リベラリズム>批判や民主的実験主義といった大きな制度論へと接続されていくのである。

関連して、独裁者についてのこのエピソードの引用は、ウェーバーの次のような主張を彷彿とさせるものである。

絶対君主でさえ、また、ある意味ではほかならぬかれこそが、優越した官僚制的専門知識をまえにしては、もっとも無力である。「農奴制の廃止」にかんするフリードリヒ大王の短慮な指令は、すべて、実現途上でいわば脱線したのであるが、それは、官僚機構が、この指令を素人の一時的な思いつきであるとして、そ知らぬふりをしたためである。²¹¹

単に権力をその手に持つことは、それだけでは不十分なのである。政治哲学者の大竹弘二は、こうしたウェーバーの主張や、カール・シュミットの議論を踏まえつつ、「法は執行されなければならない、そのさい、法の執行が法そのものを超えてしまうこと」を強調する²¹²。法は、法が実践される具体的局面を考えねばならないし、裁判所といった審級がそうした「執行」を統御できるとは限らない。そして、そうした局面において有効となる専門知がなければ、批判もままならないのである。前者はいわゆる法社会学の問いへつながり、後者は先ほど見た内的批判につながる。そして、現代においては、官僚制や専門知の在処は政府内には限られず、企業やその他の中間団体にまで広がっていることも、ここで急いで指摘せねばならないだろう²¹³。以下で見ていくように、アンガーは裁判所中心主義の法学の在り方を批判するのであるが、そこにはウェーバーの言葉を実感として理解する、アンガーの生きた経験——祖父の教えと実際の政治家としての経験——があるのである。アンガーが、「ハーバードのマックス・ウェーバー」²¹⁴という異名を持つのは伊達ではない。

少々先走り、アンガーの議論の内容まで入ってきてしまったようだ。アンガーの具体的な主張については、次節以降を参照願うとして、批判法学の人的な淵源——法と開発、<1968>における学生運動——との関係で、述べておくべきことが二つある。一つは、アンガーがブラジルといういわゆる第三国の出身であり、それゆえに、単線的で西欧を頂点とする、旧来の「法と開発」運動にあった視点・理論が我慢ならなかったのではないかと推察される

²¹¹ マックス・ウェーバー（2012）『権力と支配』濱嶋朗訳、講談社学術文庫、pp.294-295

²¹² 大竹弘二（2018）『公開性の根源——秘密政治の系譜学』太田出版、p.116

²¹³ これについては、本稿 4.3.1.1.

²¹⁴ 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——その問題関心と多角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.68

ことである²¹⁵。1970年代、アンガーが教鞭を執るハーバードに留学していた田中成明は、アンガーについて次のように語っている。

彼〔＝アンガー〕は、当時流行っていた Law and Development〔＝法と開発〕プログラムの一環としてブラジルに教えに行った、ハーバード・ロー・スクールの H・J・シュタイナー教授がハーバードへ学生として連れてきて、LL.M.をとった後、法理学の L.L.フラー教授が後継助教授に採用した人で、私はその初講義を聞いていたのですが、「ハーバードのマックス・ウェーバー」と同僚や学生から評価されていて、まだ20代でした。シュタイナーと一緒に Law and Development コースも担当していましたが、振り返ってみると、彼の講義や書物の内容は、Law and Development プログラムが前提としているような法の見方の批判に他ならなかったわけです。²¹⁶

このように、アンガーはトゥルーベックのように法を開発する側ではないが、「法と開発」運動に対する批判的な視点を持って議論を展開している。そして、そうした西洋中心的で単線的な法の見方を乗り越えようとしているのである。

触れておくべき点の二つ目であるが、アンガーが〈1968〉の精神を受け継ぐと明言していることが注目し値する。アンガーは次のように語っている。

私は1968年世代に属する。その世代は、世界中において、想像力という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、私は絶望したことはない。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。²¹⁷

アンガーが学生運動に熱心であったという事実は管見の限りないが、まさにその当時に学生であったアンガーは、その時代の影響を強く受けているのである。

このように、アンガーは、1.1.2.で確認した批判法学の人的な淵源の二つを一人で体現する人物であり、そうした意味でも、批判法学を代表する人物であるといえよう。そして、この1968年というまさにその年に、現在我々が目にするのできるアンガーの最も古い著作である「詩とヴィジョン」が執筆されており、これもまた非常に示唆的な事実だといえる

²¹⁵ 関連して、小林敏明は、興味深い仮説を立てている。小林は、戦前の京都学派らを指す「近代の超克」を通常より広い意味で用いた上で、「ほかならぬ近代の遅れ、すなわち近代以前の状態から他に遅れて近代に移行する、そのプロセスにおいてこそ『近代の超克』という発想が生まれるのではないか」という（小林敏明（2007）『廣松渉——近代の超克』講談社、p.156）。これは日本を念頭に置いた仮説であるが、これは独裁国家からの移行期を生きたアンガーにも当てはまることのように思える。

²¹⁶ 田中「法の三類型（自立型法と管理型法・自治型法）モデル再考」p.68

²¹⁷ Roberto Unger (2009) *The Left Alternative*, Verso, p.188

であろう。しかしながら、先にも述べたとおり、アンガーの原点・根幹を形成したと考えられるこの著作は、いまだ十分に検討されておらず、以下の検討ではこうした先行研究の欠陥を補うことを試みる。その上で、アンガーの不確定テーゼを前期・後期二つに分けて検討していくことにしたい。

2.2. 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²¹⁸。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えないと批判する人々は、大屋に限らず多くいる²¹⁹。しかしながら、ここで述べられている visionary——以下では「ヴィジョナリー性」と訳す²²⁰——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。

先に触れたとおり、1968年、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的なもの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、ヴィジョナリー性と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

²¹⁸ 大屋「批判理論」p.311

²¹⁹ 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

²²⁰ visionary の邦語訳としては、「幻視者(的)」「夢想家(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(Unger, *The Left Alternative*, p.188)、(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。

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²²¹。ここでいう一体性とは、あらゆる他者と共有されるところの普遍的人格を個々人が形成するという状態を指す²²²。そして、多かれ少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ョ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²²³。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。ヴィジョ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。²²⁴

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涵養である。ヴィジョ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「詩が表現しま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ない」という²²⁵。

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、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）²²⁶。

²²¹ Unger, "Poetry and Vision", p.1

²²² 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)

²²³ Unger, "Poetry and Vision", p.5

²²⁴ Ibid., p.3

²²⁵ Ibid., pp.3-4

²²⁶ Ibid., p.4

ここで注意が必要なのは、こうしたヴィジョナリー性の発現は、一挙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、ヴィジョナリーな実践があると考え、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。²²⁷

アンガーにとって、ヴィジョ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、こうした経験の様式を先取りするもの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、歴史的にいつ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〔の世界〕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。²²⁸

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²²⁹。ここに、疎外なき関係性を追求したゲイ

²²⁷ Ibid., p.11

²²⁸ Ibid., pp.13-14

²²⁹ 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. なお初版には翻訳がある (ハキム・ベイ (1997) 『T.A.Z.—一時的自律ゾーン』箕輪裕訳、インパクト出版会)、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紀

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²³⁰。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涵養することにより、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、本当に我々はその心、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²³¹。こうして、詩の中に反ヴィジョ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ョナリーな方向性が存在する。反ヴィジョナリーな方向性は、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ョナリー性は、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。²³²

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

要』NO.111)。

²³⁰ Unger, "Poetry and Vision", p.4

²³¹ 以上のような詩のヴィジョ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

²³² Unger, "Poetry and Vision", p.5

第一の問題点は、客観性についてのものである。人々は、ヴィジョ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²³³。

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²³⁴。それゆえ、ヴィジョナリー性に基づく営為が我々にどういう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「あくなきヴィジョナリー」とまで評されるアンガーであるが²³⁵、このようにヴィジョ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。

2.3. 二つの不確定テーゼ

以上のような「詩とヴィジョン」におけるアンガーの見解を念頭に置きつつ、アンガーの法理論について見ていこう。アンガーは、自身の全著作を公開する HP にて、自らの諸著作を振り返りつつ、次のように述べている。

最初から私は、法とは人々の生の制度的形態であり、また、諸利益と諸理想が対峙し、精神が構造と相争う場所であると考えてきた。法は独立したものではない。すなわち、法とは全ての社会や文化の表象であるのだ。²³⁶

アンガーは、「法とは全ての社会や文化の表象である」とまで述べており、アンガーが社会を理解する鍵として法を見ていることは明らかであるが、これは「最初から」、つまり一貫してアンガーの議論の前提となっている見方である。とするならば、そのモチーフは既に「詩とヴィジョン」において顕れていると解することができよう。「詩とヴィジョン」にお

²³³ Ibid., p.15

²³⁴ Ibid., p.16

²³⁵ 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> (2019/12/10 アクセス)

²³⁶ <http://www.robertounger.com/en/category/legal-theory/> (2019/12/10 アクセス)

ける考察を介して検討したとき、法が不確定であるとはどういう事態を指すと考えられるだろうか。以下で、アンガーによる不確定テーゼを詳しく論じていくことになるが、その基礎となる二つの解釈を示しておきたい。

第一に、ヴィジョナリー性が不完全にしか実現されていないという状態だという解釈が成り立つ。すなわち、人々の意思と想像力の発露に基づく一体性を実現することができておらず、人々がばらばらであるがゆえに、解釈もまた一致せず、不確定性が発生しているのだと考えることができる。このとき、ヴィジョナリー性を打ち消す何らかの原因によってヴィジョナリー性が開花できていない状況であるから、法の不確定性は<ヴィジョナリー性 vs 反ヴィジョナリー性>の対立と言い換えることができる。

第二の解釈は、ヴィジョナリー性が他のヴィジョナリー性と対峙しているというものである。先に、ヴィジョナリー性には客観性の問題があることを見た。すなわち、共にヴィジョナリー性を標榜する二つの議論が相争っているとき、そのどちらの議論が正しいのか、人々は判断することができないのである。法が、諸ヴィジョナリー性が相争った結果として生まれたものなのだとすれば、それぞれのヴィジョナリー性が示す方向へと解釈が分裂すると考えられる。ここで問題とされる図式は<ヴィジョナリー性 vs ヴィジョナリー性>として表すことが可能である。

第一の解釈をとるか第二の解釈をとるかで、法の不確定性に対する評価は異なるものとなる。第一の解釈をとる場合、反ヴィジョナリー性が強まり、もはや人々は互いを理解できていない状況下であると考えられる。このとき、法の不確定性は、人々の相互不理解の象徴であり、解消すべき目標となる。悲劇は悲劇であるがゆえに、克服されねばならない。

それに対し、第二の解釈を取る場合、法の不確定性に対する評価は肯定的なものとなりうる。なぜなら、ヴィジョナリー性間の争いは、客観性の問題が存在する以上、発生を免れえないものであるが、一方で人々が一体性を実現しようと懸命に努力している証左でもあるからである。逆にこうした第二の解釈の意味での不確定性が存在しないとき、人々の意志と想像力が抑圧されてしまっている可能性があるということになる。

念のため述べておくが、こうした二つの解釈は共存できないものではない。ある法体系において、ある不確定性は第一の解釈に起因し、また別の不確定性は第二の解釈に起因すると主張することに何ら矛盾はないからである。

なお、以上二つの解釈によって導き出した、法の不確定性に関する理念型——<ヴィジョナリー性 vs 反ヴィジョナリー性>及び<ヴィジョナリー性 vs ヴィジョナリー性>——は、あくまで本稿の解釈であり、アンガー自身が述べているものではない。しかしながら、こうした二つの不確定性を峻別することは、アンガー版の不確定テーゼを理解するのに際し、非常に重要なのである。なぜか。

先の引用で見たように、「最初から」アンガーの法に対する大枠の見解は変わっていない。それにも関わらず、1976年出版の『近代社会における法』までとそれ以降で、法の不確定性に対する評価は逆転しているように見える。すなわち、『近代社会における法』までは法

の不確定性を否定的に捉えていたが、それより後はむしろそうした不確定性を肯定しているように思われる²³⁷。一見矛盾するアンガールの転回は、アンガーの中にこうした不確定性に対する二つの解釈が共存しており、どちらの意味での不確定性が前衛化し、念頭に置かれたかによって説明できるのである。すなわち、『近代社会における法』までのアンガーは、主として第一の解釈を念頭に法の不確定性を論じていたのであり、それより後のアンガーは主として第二の解釈を念頭に置いて論じていたのではないか。これが本稿のアンガー解釈にかかる仮説である。

以下では、『近代社会における法』までのアンガーを「前期アンガー」(2.3.1.以下で検討)、それより後のアンガーを「後期アンガー」(2.3.2.以下で検討)とし、それぞれの不確定テーゼの内実について見ていくことにしよう。

2.3.1. ヴィジヨナリー性 vs 反ヴィジヨナリー性

アンガーは、ハーバード・ロー・スクールにおいてポストを得た後、1975年に書籍としては初公刊物となる『知識と政治』を発表する。本書は、<リベラリズム>²³⁸が根本的な矛盾に陥っており、まったく維持できないものであると批判したことで知られ、リベラリズムに基づく法学を批判の対象とした批判法学運動において最も影響力のある著作の一つとなった²³⁹。また、続く1976年の著作『近代社会における法』は、『知識と政治』の続編として執筆されたもので、マックス・ウェーバー流の理念型を用いたアプローチによって、法にはどのような類型が存在するのかを明らかにした。前期アンガールの議論は、以上二つの著作からなるが、そこにおいて不確定性はどのように扱われているのだろうか。

²³⁷ 三本「法の支配と不確定性(1)」 pp.101-102。なお、確かにアンガーは、1984年に出版した『知識と政治』のペーパーバック版において、自身の議論の転換を表明しているが、しかし不確定テーゼ上のこうした変化については説明していない(この転換については、本稿2.3.2.1.)。

²³⁸ アンガーが言うところの「リベラリズム」は、政治哲学や経済学などで述べられるそれとは重なりつつも異なっており、どちらかといえばミシェル・フーコーのエピステーメのようにその時代全体を規定する知の枠組みを指しているものである(Unger, *Knowledge and Politics*, p.138において示された図が「リベラリズム」で言い表されるもの一望に便利である。フーコーのエピステーメについてはミシェル・フーコー(1974)『言葉と物——人文科学の考古学』渡辺一民他訳、新潮社)。よって、前期アンガールの議論との関係では、括弧つきで<リベラリズム>と表記することにする。ただし、アンガールの著作から抜き出しで引用する際やアンガー以外の論者の記述を参照するときは、括弧なしで表記する。

²³⁹ さしあたり次のような記述を参照。「二元論としてのリベラリズムという発想を多くの批判法学者が受容するようになったのは、言うまでもなく、R.Unger, *KNOWLEDGE AND POLITICS*(1975)の影響を考慮することなくしては語ることはできない。」木下昌彦(2012)「自由・権力・参加(1)——地方公共団体の法的地位への批判的研究」『新世代法政策学研究』第16号、p.371

2.3.1.1. アンチノミーとしての不確定性

法の不確定性の問題は、アンガーの分析によれば<リベラリズム>が抱えるとされる三つのアンチノミーの内の一つに関わるものとして提示されている²⁴⁰。まずはそのうちの一つ、アンガーが「ルールと価値のアンチノミー (the antinomy of rule and value)」と呼ぶものについて見ていこう。アンガーは次のように述べる。

ルールは名詞——すなわちルールが適用される場所の人や行為の分類を説明するもの——の集合である。言葉が明白な意味を持つ限りにおいて、彼が適用する場所の事実関係も明らかとなる。人や行為に対し、法が示すとおり法を適用する裁判官は、そうした定義上、法を公式的・形式的に適用している。彼は一切恣意的な権力を用いてはいない。形式主義 (formalism) は、実際のところ裁決の問題における最もシンプルな解決方法である。²⁴¹

こうした「形式主義」の考え方を貫徹するためには、事物には万人に看取可能な本質があるという言語観が前提とされなければならない。なぜなら、言語がそうしたある種の透明な媒介となりえないのであれば、裁判官が恣意的に語や概念を操作してしまうことを抑止できなくなってしまうからである。たとえば、「殺人」の定義をいかようにも裁判官が操作できるとなれば、裁判官はもはや「一切恣意的な権力を用い」ずに「法を公式的・形式的に適用している」とはいえないであろう。

しかしながら、こうした言語観を前提としてしまうことは、逆説的にも形式主義の存立基盤を大きく揺るがしてしまうとアンガーは主張する。

形式主義に対する最も基本的な反論は、形式主義者が明白な意味〔が存在するという言語観の下〕において信頼している真実、その真実が想定する場所の看取可能な本質という教義が、それらの適用が想定されている場所の社会生活についての〔<リベラリズム>が想定する別の〕見解と両立できないということである。リベラル思想における立法と裁決の狙いは、個人主義性と価値の主観性を前提とするにもかかわらず、自由がいかにして可能であるかを精緻に描き出すことである。もしも客観的価

²⁴⁰ 本稿で検討しない残り二つのアンチノミーはそれぞれ次のようなものである。一つは、「理論と事実のアンチノミー (the antinomy of theory and fact)」であり、<リベラリズム>は、事実はそれを他との関係で説明する包括的な理論によって初めて定義されると考えるが、しかし同時にそうした定義から独立した事実があると考えてしまっているというものである。もう一つは、「理性と欲望のアンチノミー (the antinomy of reason and desire)」と呼ばれ、<リベラリズム>は理性と欲望を切り離そうとするにもかかわらず、現実には理性なき欲望も、欲望なき理性も成立しないというものである (Unger, *Knowledge and Politics*, pp.31-36, 51-55)。

²⁴¹ Ibid., p.92

値を用いることが可能であるならば、また、もしも我々が真なる善というものを確かな形で知ることができ、その示唆・要求するところを余すことなく理解することができるなら、不偏不党な裁決の手法など必要ないだろう。²⁴²

少々長くなるが、敷衍しよう。そもそもなぜ<リベラリズム>においてルールが必要とされ、そして、裁判官は中立的・機械的に適用されることが求められるのか。アンガーの考えるところ、その理由は「個人主義性と価値の主観性」にある。

<リベラリズム>が語る物語はこうだ。——我々は何に価値を置くのは人それぞれ自由であると考えているだろう。しかし、個人にすべて自由に任せてしまった場合、訪れるのは万人が万人と闘争する恐ろしい世界であるように思われる。かつての、そして現在の宗教戦争を考えてみるとよい。ある宗派が別のある宗派を殲滅しようとするなど、決して珍しいことではない。ルールは、そうした争いの発生を抑え、発生したとしても解決するために発展したのである。それゆえ、立法は平和的共存が可能な範囲でなされなければならない。裁決においては裁判官が中立的・機械的にそうした法を適用し、一方の党派を恣意的に優位に立たせることをしないという制約が課されなければならないのだ——。この<リベラリズム>の物語における前提が、先のアンガーの引用で言うところの「個人主義性と価値の主観性」、つまり、皆がばらばらの価値観を持っており、そしてその価値観の優劣の比較をすることはできないというものである²⁴³。これはまさに、アンガーが「詩とヴィジョン」において反ヴィジョンナリー性として定義したものに他ならない。

さてここで、客観的価値を知ることが可能である、すなわち看取可能な本質が存在すると

²⁴² Ibid., p.93

²⁴³ 例として、長谷部恭男（2000）『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論』東京大学出版会。また、さしあたり次のような説明を参照。「リベラリズムの歴史的源泉は多岐にわたるが、良心の自由の規範化を導いた 16-17 世紀の宗教戦争、立憲的な政治体制を確立させた 18 世紀の市民革命（ブルジョワジーの王権に対する闘争）、そしてリベラリズムをデモクラシーと結びつけた 19 世紀における普通選挙権の確立がその主要な源泉である。リベラリズムは、価値の多元性、権力の制限、そしてすべての市民による政治的自由の享受を擁護する思想的伝統である。」

（斎藤純一（2012）「リベラリズム」大澤真幸他編『現代社会学事典』弘文堂、p.1322）、「価値対立的正統性危機へのリベラリズムの応答として近年注目されてきたのは、ロールズによって『正義の善に対する優位（the primacy of justice over the good）』として定式化され、……一群の他の有力なリベラルな論客も多少異なった表現と解釈の下に提唱してきた正義と善の関係についての観念である。それによれば、政治的決定の正当化根拠となるべき正義原理は、『善き生（the good life）』の特殊構想——人生の意味・目的や人間の人格的卓越性を規定する様々な特殊理想——から独立した理由によって正当化されなければならない、またかく正当化された正義原理の要請が善の特殊構想の要請と衝突する場合は前者が優越する。……〔こうしたリベラリズムは、〕人々にとって善き生の追求があまりに重要であるがゆえに、国家は善き生を志向する人々の自律的探求を、従ってまた善き生の解釈の多元的分化を尊重し、多様な善き生の探求を可能にする基盤的条件としての正義の実現を自己の任務とすべきであるという理念に立脚するものと私は解釈している。」（井上達夫

（1995）「リベラリズムと正統性——多元性の政治哲学」新田義弘他編『岩波講座 現代思想 16 権力と正統性』岩波書店、pp.92-93）。ただし、アンガーの<リベラリズム>が意味するところはこれらよりも広く、時代の知の枠組み全体を指すものであり、また、完全に重なっているというわけでもない。よって、ここでの引用はあくまで参考にとどまる。

しよう。そうすると、究極的には、現在のように成文化された形態でのルールは不要になる。なぜなら、何が正しく何を為すべきかが、客観的に明らかなのだから、敢えて公示する必要がなくなるからである。そして裁判官は、条文の機械的適用に一切こだわることなく、看取可能な本質に基づく裁決を行うようになる。これは、明らかに<リベラリズム>が目指すところの法の在り方ではない。しかしながら、看取可能な本質を捨て去ってしまうと、形式主義が機能しなくなってしまい、結局裁判官の中立的・機械的適用という野望は果たせなくなってしまう²⁴⁴。

何か方法はないだろうか。ここで、法の目的（客観的価値や本質ではない）に従い、その目的に資するように法を解釈するという方法が考えられる。アンガーが「道具的合理性に基づく判断」と呼ぶものである。だが、こうした取り組みは、法に致命的なダメージを与える、とアンガーは主張する。

道具的合理性に基づく判断は、一切の一般性・安定性を装うことができない。〔立法された当時から〕状況は変化し、知的水準は向上しているのだから、より効果的な手段を発見することが常に可能となろう。それゆえ、手段・目的の観点と調和できる唯一の法とは、道具的ルールである。もしあらゆるルールの及ぶ範囲が道具的合理性によって定められるところの目的によって規定されるならば、法の総体は道具的ルールの総体に還元されてしまうだろう。²⁴⁵

こうした考えによれば、結局のところ、あらゆる法は何らかの目的の手段となる。すると、個別具体的な状況を基に、目的の達成を目指すことになるのだから、安定した権利・義務関係は望むべくもない。また、裁判官が法の目的を決定するのだとすると、裁判官に事実上の立法権を与えることになってしまい、三権分立の原則を打ち壊す結果につながりかねない。こうして、アンガーが主張する「ルールと価値のアンチノミー」が姿を現す。

アンチノミー①

- (a1) 目的（道具的合理性）を達成するための手段を選ぶためには、規範的ルールに従うことが要求される（裁決）
- (a2) 道具的合理性は裁決と矛盾する

アンチノミー②

- (b1) 裁決は道具的合理性の判断を必要とする
- (b2) 裁決は道具的合理性と矛盾する²⁴⁶

²⁴⁴ Unger, *Knowledge and Politics*, p.93

²⁴⁵ Ibid., p.96

²⁴⁶ Ibid., p.138

そもそも目的は法文上に表わされており、またその手段は裁決を通して行うしかない以上、法文は道具的合理性にとって必要不可欠である。言い換えれば、個別具体的な裁決のためには法文という普遍的なものが必要である (a1)。一方、普遍たる法文は抽象的で曖昧な意味しか持たないがゆえに、具体的な道具的合理性による意味確定の作業が必要になる (b1)。しかしながら、道具的合理性を徹底すれば、三権分立といった裁決の前提となる制度を掘り崩す結果などを招き、安定的なルールの運用は望むべくもなくなる (a2) (b2)。アンガーによれば、法解釈は、このように反ヴィジヨナリー性を体現する<リベラリズム>の矛盾する要請に引き裂かれ、不確定なものになってしまうのである。

2.3.1.2. 法の三類型

さて、それではどうやってこうした不確定性を克服していけばよいだろうか。アンガーは、後期ウィトゲンシュタインの議論を参照しつつ、「価値の共有」という、まさにヴィジヨナリー性の求める方向性——想像力の涵養と一体性の実現——を探求する。

まず、アンガーは、ルールは三種類に分けることができると指摘する²⁴⁷。一つは、「技術的・道具的ルール (technical or instrumental rules)」であり、ある目的を達する手段として何をするのがよいか一般的な規定を行う。このルールは、重要なのは目的の達成であるから、より効果的な手段が見つかったのであれば破られることを暗黙の前提としている。

「指令的ルール (prescriptive rules)」は、あるカテゴリーに属する人が何をし、何をすべきかを規定するものであり、状況に応じて破られるということを許容しない。<リベラリズム>が前提としているルールはこの指令的ルールであるが、これが結局技術的・道具的ルールに重なっていつてしまい、アンチノミーに陥るとというのが、先に示した構図である。

これに対し、「構成的ルール (constitutive rules)」は、ルールとその下での活動を峻別しない。すなわち、人々の実践そのものがルールであると構成的ルールは考える。ここで念頭に置かれているのが、ウィトゲンシュタインの言語ゲームである²⁴⁸。

アンガーは、この三類型の中で、明らかに構成的ルールに期待しているように思われる。というのも、技術的・道具的ルールと指令的ルールはアンチノミーを構成するものであり再評価は困難であるし、アンガーは、「教義学的な学問 (dogmatic disciplines)」という言語ゲーム的な発想によって法学を理解しているからである。ここでアンガーが教義学的な学問として念頭に置いているのは、法学の他、文法論や宗教であり、次のような特徴を持つと

²⁴⁷ Ibid., pp.68-69

²⁴⁸ なお、アンガーによって参照されている著作は、ルートヴィヒ・ヴィトゲンシュタイン (2013)『哲学探究』丘沢静也訳、岩波書店

される²⁴⁹。

第一に、説明の対象と説明そのものを峻別しないことである。たとえば、裁判官が行う法解釈は、法についての説明そのものであると同時に、自分もまたそうした法実践の一部として立ち現れる以上、後の研究者らにとっての説明の対象となる。

第二に、記述と評価を峻別しないことである。たとえば、文法を考えてみよう。「アンガーを『知識と政治』という本を書いた」という文章があるとする。これは、明らかに「アンガーは」もしくは「アンガーが」の間違いである。このとき、文法論から見れば、それは単に誤っている、という事実にとどまらず、直されるべきものであるという規範的命令を含意するように思われる。教義学的な学問は、何らかの正しい姿を想定し、そこから外れるものを修正しようとする。法学もこれと同じであり、規範として機能するのである。

しかしながら第三に、第一の特徴で述べられているように、教義学的な学問は、解釈が積み重ねられることを通じた実践であり、それゆえに揺らぎ——法の不確定性——が生じてしまいかねないという特徴がある。＜リベラリズム＞は、法を指令的ルールとして、現実の実践より高次のものと法を考えることによって法の不確定性から逃れようとしたが、それは＜リベラリズム＞にとって不可能な試みであることは 2.3.1.1. で見たとおりである。

そうした不確定性をなくすには、端的に立法者と解釈者が一体の価値観と目的を持っていればよい。これが前期アンガーの目指す方向性である。しかしながら、同時にアンガーはこうした方向性の難しさをよく認識していた。

教義学的な学問における解釈の困難は、意図の共同体が完全なものとはなりえず、常に崩壊してしまう危機に瀕しているという事実由来する。それゆえ、意味の曖昧さ（ambiguity）は、完全に、もしくは終局的には解決されえないのである。²⁵⁰

ここに、「詩とヴィジョン」において既に示されていた、「現在ここ」からしか考え、変革することができないという思考法を見てとることは容易い。確認のためもう一度引用しておこう。

²⁴⁹ Unger, *Knowledge and Politics*, pp.111-113.

²⁵⁰ Ibid., p.113. これに対し、法解釈学上のメタ・ルール——解釈が複数ありうるときにどの解釈を選ぶべきか、何を解釈の素材とすべきかといったことを定めるルール——が法体系には構造的に含まれていることが多く、これによって法の不確定性は事実認識や言語の不確定性とは異なって多くの場合解決可能であり、こうした崩壊の危機はほとんど存在していないと主張するものとして、Gary Lawson (1996) “Legal Indeterminacy: Its Causes and Cure”, 19 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 411, William Baude and Stephen Sachs (2017) “The Law of Interpretation”, 130 *Harvard Law Review* 1079. しかしながら、こうした見解はメタ・ルール上の解釈における不確定性の問題（二階の不確定性）を解決できていないように思われる（Timothy Endicott (2000) *Vagueness in Law*, Oxford University Press, pp.188-192, Frederick Schauer (2017) “Second-Order Vagueness in Law”, in Geert Keil and Ralf Poscher (ed.) *Vagueness in Law: Philosophical and Legal Approaches*, Oxford University Press).

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。²⁵¹

こうしてアンガーは、常に不完全であり続けるとしても、より高次での価値の共有を追求し続けることを可能とする理論を求めるという方向へと向かう。『知識と政治』の続編である『近代社会における法』において、アンガーは上記の法の類型論をマックス・ウェーバーの理念型を摂取することでより発展させ、世界的に著名な法の三類型——「慣習・相互行為法 (customary or interactional law)」「官僚・管理法 (bureaucratic or regulatory law)」「法秩序・法制度 (legal order or legal system)」——を提示し、<リベラリズム>に続く代案の可能性を探る。

それでは、どうしてアンガーがウェーバーの理念型を評価するのかについてまず確認しよう。アンガーは次のように述べる。

理念型とは、特殊な現象のイメージを表現力豊かな芸術が表現するように、特殊な歴史的状況を明瞭にするために考案された概念枠組みである。しかし同時に、理念型は、ある特定の諸行為と信条が、どのようにして別の諸行為や信条を伴う傾向を持つようになるかを解明するために開発されたものでもある。それゆえ、理念型は、我々の社会に対する一般的理解の質を向上するのに資する。同じやり方で、偉大な芸術作品は、一つの世界に対するヴィジョンを変えるのである。²⁵²

アンガーは、理念型を変革の可能性を捉えるための認識枠組みとして用いようというのである。つまり、理念型によってそれぞれの時代や場所における法を類型化すると共に、それがどのような前提と条件を以てそのようになったのかを歴史を紐解きつつ浮き彫りにする。それによって、人々は自らの法がどのような前提と条件を以てどのように作動するのか、どのような欠点を持っているのかを理解するようになり、ある類型から別の類型への移行がどう発生し、また新たな類型が立ち現れうるのかについて思考できるようになるとアンガーは考えるのである。『知識と政治』における類型——技術的・道具的ルール、指令的ルール、構成的ルール——との違いは、『知識と政治』におけるそれが静態的な分析であったのに対し、『近代社会における法』でのそれは変革可能性を見据えた動態的なものであることに求められる。

それではアンガーの提示する法の三類型とはどのようなものか。説明の簡便化を図るため、石田眞の作成した図を用いつつ、見ていくことにしよう²⁵³。

²⁵¹ Unger, *Poetry and Vision*, p.11

²⁵² Unger, *Law in Modern Society*, p.22

²⁵³ 石田「自由主義法学と社会変革」p.22、Unger, *Law in Modern Society*, pp.48-58. なおレイア

表 各法モデルの特質と成立条件		
法モデル	形態的特質	成立条件
慣習・相互行為法	公的でも実定的でもない*	永続的で、良き内部秩序をもつ社会
官僚・管理法	公的で実定的**	社会からの国家の分離/共同体の解体
法秩序・法制度	公的・実定的、一般的・自律的	グループ多元主義/自然法秩序(超越宗教)
<p>* 公的(public)でないということは、法が全体社会に共通のものであるということであり、実定的(positive)でないということは、法が行為の暗黙の基準からできあがっているということである。</p> <p>** 公的であるということは、法が国家・政府によって公示・強制されるものになるということであり、実定的であるということは、法が暗黙の基準から人為的基準になるということである。</p>		

慣習・相互行為法（以下「慣習法」）とは、部族社会などに見受けられる法であり、人々の相互行為の中で自然的に形成されるものである。そして、その実効性は共同体の人々に共有されている価値観によって担保されており、敢えて国家によって法が制定されて明示され、強制される必要のないものとなっている。これはすなわち、人々の実践そのものが法そのものであるという状態を指しており、先に見た構成的ルールに対応しているものと思われる。

官僚・管理法は、そうした人々に共通した価値が減少していき、国家と社会が分離したときに現われる類型である。そこでは、法を作る者と法を守る者が分たれ、国家による公示・強制が行われるようになる。ただし、人々の協力を要請することが必要になるため、部分的にでも有効である慣習法に訴えかける場合が多い。これは技術的・道具的ルールに対応するといえよう。

最後に、法秩序・法制度とは、公的かつ実定的であることに加え、一般性・自律性にコミットする類型である。ここでいう一般性・自律性とは、いわゆる「法の支配」を可能にするための条件であり、一般性は人々の中の形式的平等・法の形式的適用を意味する。自律性とは、法は、他の宗教的規範や政治的言明などとは区別され、法を適用するための特別の方法と特別の機関を設置することなどを指す。こうした一般性や自律性は、人々が多元的な集団に分かれて存在している状況下で、ある集団の意思が他の集団を抑圧していないという建前のために発展するのだが、この建前を保持する前提として、人々の個別の意思を超越するもの——自然法——が逆説的にも必要となる。こうした条件が整った場所こそ欧米であったのだ、とアンガーは主張する。そしてこの法秩序・法制度という類型こそ、近代において発展してきた<リベラリズム>の擁する法類型であり、『知識と政治』の類型における指令的ルールに対応するものだと考えられよう。

2.3.1.3. 「閉じた輪」と螺旋——普遍性への漸進

それでは、こうした三類型により、アンガーはどのようにして動態性を描き出し、価値の

ウトなど、若干の修正を施している。

共有が実現できる可能性を示唆しようとするのだろうか。アンガーは次のような動態論を展開し、大きく二つの方向性へと今後発展していく可能性があると主張する²⁵⁴。

一つは、アンガーが「閉じた輪 (closed circle)」と呼ぶ方向性であり、次のようなサイクルを辿り続けることになる。まず、原初的共同体が既に紐帯機能として持つ慣習法がある。この慣習法は、いわゆる慣習と同義のものである。そうした慣習法の実践の上に、支配者階級が支配の道具としてルールを制定する (=官僚・管理法)。古くから人口に膾炙された自然法の考え方と融合し、そしてそうしたルールの中の一部が神聖化され、自律性を獲得し、法秩序・法制度が発生する。しかし、福祉国家の発展により分配を司る支配者としての政府の力が強化され、自律的領域としての法という考え方が力を失われるようになり、道具としての法という官僚・官権法的な考え方が再び広まる。そして同時に、分配の実効性担保のためにコーポラティズムが発展し、分配根拠としての共同体の一体性や一体感といった思想・志向が復活する。結果、原初的な慣習法が再び力を持ち、官僚・管理法を掘り崩す。そしてしばらくの後、慣習法の実践の上に、支配者階級が支配の道具としてルールを制定する——。これがアンガーの予見する第一の方向性であり、要するに、同じ歴史をひたすらに繰り返すというものである。

もう一つの方向性は、アンガーが「螺旋 (spiral)」と呼ぶ方向性である。この方向性は、先の「閉じた輪」のモデルと異なり、共同体志向へと回帰していくものの、共同体への回帰は原初的な慣習法への回帰を意味しない。螺旋モデルによって描かれる慣習法は、同じ慣習法でありながらも、原初的共同体において見てとれるような慣習法とは異なるものとなっている。

この〔螺旋モデルにおける〕慣習法は、我々が慣習と結びつけて考えるような多くの特徴を有している。たとえば、成文化による実定化や公法としての特徴を備えていないし、また、人口に膾炙し、暗黙の了解としての性質を持つ。しかし、「どうあるか」と「どうあるべきか」を峻別する余地があるという点で、慣習とは異なっているのである。この慣習法は、ある特定の集団の安定した規範的秩序ではなく、人類における発展途上の道徳的言語となるだろう。²⁵⁵

こうして「価値の共有」の実現は、「閉じた輪」モデルではなく螺旋モデルの方向へと進んでいくことができるか否かに委ねられた。そして、もし螺旋モデルに進むことができたとしても、人類普遍の価値へと一度に至ることはできない。これはまさに、「詩とヴィジョン」において、ヴィジョナリー性として表現されていたものである。そして、法の不確定性もまた、そうした「価値の共有」が実現されていくことにより、漸次的に消失していくことが望ましい。これが、不確定テーゼを〈ヴィジョナリー性 vs 反ヴィジョナリー性〉の頭れとし

²⁵⁴ Unger, *Law in Modern Society*, pp.238-242

²⁵⁵ Ibid., p.241

て解釈した場合の、アンガーの答えである。

さて、翻って現代を見るに、アンガーが40年前に予想した構図とは若干異なりながらも、我々は「閉じた輪」へと向かっていくか、もしくは螺旋モデルに沿った道を歩いていくかの岐路に立たされているように思われる。いまや、アメリカ第一主義を臆面もなく掲げ移民を排斥しようとする者が大統領となり、ヨーロッパでは得票率の上位に極右政党が入り込んでくる時代である。近代以降、個人が価値の参照点とされ、あらゆる伝統や権威が疑問に付されるようになったという指摘とは裏腹に、いやむしろそれゆえにというべきか、一定の民族やコミュニティの権威に訴えかける議論が増えている²⁵⁶。これをアンガーの法的観点から見れば、慣習法の復活として捉えることができようが、ここでいう慣習法は「閉じた輪」モデルでいうところのそれなのか、もしくは螺旋モデルにおけるそれなのだろうか。

ここで、法はそうした政治的・イデオロギー的闘争とは別物なのだと言いき直ることはできない。アンガーが示したように、法が自律的領域を確保しているという主張を裏付けていた形式主義は、結局のところ道具主義的な法観念を必要とし、また看取可能な本質と共通した価値を前提としている。そしてそうした本質の看取性や共通価値を形作るのは、<リベラリズム>といった社会を包括する知や思考の形式なのである。しかしながら<リベラリズム>はそれを十分に理解せず、アンチノミーに陥ってしまっており、現に今崩壊の危機にあるのではないか。法の不確定性は、我々がいまや「閉じた輪」モデルと螺旋モデルのどちらに向かうか、我々が岐路に立たされていることの証左に他ならない。我々は、「閉じた輪」に向かうのではなく螺旋へと向かうように、法解釈を模索していかなければならない。こうした状況下で注目に値するのは、<リベラリズム>が本来無視してきたコミュニティの紐帯を作り出す感情や情感が、リベラルを自称する陣営を含め再評価され²⁵⁷、また法学においても注目されつつあるという事実である²⁵⁸。我々は具体的なコミュニティ（特殊性）において、普遍性へと漸進していかなければならない。普遍性は個別具体的なコミュニティを超えて成立することはない。アンガーは言う。

人格が身体と切り離せないように、普遍性は特殊性として存在しなければならない。

²⁵⁶ こうした逆説については、宇野重規（2007）『トクヴィル——平等と不平等の理論家』講談社、pp.83-88。民族やコミュニティの権威を主張する例としては、本文で述べたように政治家の言説の他、コミュニタリアニズムの議論が最も分かりやすいだろうが（菊池理夫他編（2013）『コミュニタリアニズムの世界』勁草書房）、現在では様々な社会問題の処方箋として注目されており、いまや「コミュニティ・インフレーション」とまで言われる状況にある（吉原直樹（2011）『コミュニティ・スタディーズ——災害と復興、無縁化、ポスト成長の中で、新たな共生社会を展望する』作品社、p.47）。もちろん、依然としてコミュニティ内の抑圧といった点を問題視するものも多いが（斎藤純一（2017）『不平等を考える——政治理論入門』ちくま新書、pp.71-75）、コミュニティの内実と方向性——「閉じた輪」か螺旋か——を踏まえた議論をしていくことが必要であろう。

²⁵⁷ さしあたり、ヤエル・タミール（2006）『リベラルなナショナリズムとは』押村高他訳、夏目書房、ディビッド・ミラー（2007）『ナショナリティについて』施光恒他訳、風行社

²⁵⁸ Susan Bandes and Hila Keren (2010) “Who’s Afraid of Law and the Emotions”, 94 *Minnesota Law Review* 1997, Terry Maroney (2011) “The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion”, 99 *California Law Review* 629

いかなる形式的な普遍性も存在しないし、特定の姿形から普遍性を抽象的に切り離すことのできるような状況もない。普遍性は常に具体的なものとして存在する。²⁵⁹

しかしながら、これが危険を伴う道程であることを、日本人である我々はよく知っている。すなわち、戦前日本における「近代の超克」論である²⁶⁰。周知のとおり、西洋的価値たる近代を超克するものとして、新たな普遍性（アジア的価値）の創造を「近代の超克」論者は目指したわけであるが、これは日本がアジアを侵略するためのイデオロギーとして機能したのであった²⁶¹。

確認になるが、こうした暴力性に対する恐怖が、反ヴィジヨナリー性として、統一を志向するヴィジヨナリー性を押しとどめようとするのである。そうした意味では、「価値の共有」を目指すのだとしても、反ヴィジヨナリー性は残り続けるであろうし、残っていることは健全である、ということになる。だからこそ、ヴィジヨナリー性の実現は漸進的かつ永遠の目標となり、そして、法の不確定性もまた、永遠に残存する。これが国家間のレベルで発生すれば、国際法の不確定性が導かれ、国内レベルで発生すれば国内法の不確定性が導かれる、ということになる。それでもなお、絶望することなく「価値の共有」へと向けた試みに取り組み続けることができるか、これが前期アンガーの議論についていくことができるかどうかの分水嶺である。

2.3.1.4. 前期における混合主義

さて、最後に、前期アンガーの不確定性テーゼを、先にまとめた批判法学の諸類型との関係で整理しておこう。前期アンガーの著作は、批判法学最初のカンファレンスが行われる以

²⁵⁹ Ibid., p.143

²⁶⁰ 河上徹太郎他（1979）『近代の超克』富山房（1942年に雑誌『文学界』に掲載されたものを再録し文庫化したもの）。なお、今日のあるべき「近代の超克」を探究する研究もあるが（鈴木貞美（2015）『「近代の超克」——その戦前・戦中・戦後』作品社）、ここでいう「近代の超克」にはそうしたものは含まず、また、そうした方向性の研究を否定するものではない。

²⁶¹ 「近代の超克」の包括的で批判的検討として、子安宣邦（2008）『「近代の超克」とは何か』青土社。ただし、『近代の超克』の最大の遺産は……それが戦争とファシズムのイデオロギイであったことにはなくて、戦争とファシズムのイデオロギイにすらなりえなかったこと、思想形成を志して思想喪失を結果したことにあるように思われる」とする、竹内好の著名な指摘がある（竹内好（1989）「近代の超克」同『竹内好全集 8』筑摩書房、p.17）。なお、竹内に対する反論としては、次のようなものがある。『「近代の超克」という言葉は、たしかに座談会の議論によってその実質的な内容を付与されなかったかもしれない。その意味で空虚な言葉であったとすることができる。しかしそれは、この座談会の記録を読んだものに、それぞれの意味をそこに込める『容れ物』を提供した点で、そしてこの戦争を近代を乗り越える戦争として意義づける論理を用意した点で大きな役割を果たした。その意味でこの座談会が、支配体制の戦争イデオロギイの一翼を担ったことはまちがいない。』（藤田正勝（2010）「座談会『近代の超克』の思想喪失——近代とその超克をめぐる対立」酒井直樹＝磯前順一編『「近代の超克」と京都学派——近代性・帝国・普遍性』以文社、p.92）

前のものであるが、批判法学内部で相当に力を持った著作であるだけあって、これらの諸類型とその組み合わせをある程度先取りする形になっている。

まず、価値主観性を強調するリアリズム法学との親和性が指摘可能だろう。アンガーは旧来の法解釈とその背後にある<リベラリズム>を批判し、その代替案として、慣習法的な「価値の共有」の拡充を提唱したのであった。すなわち、法解釈は、人々の価値観＝主観から独立して存在するような客観的なものではないのである。ただし、この「価値の共有」は動態的な螺旋モデルに基づいているのであり、既存の法解釈共同体を単に温存するというのではなく、人々の一体性の実現に向けた努力が要求されることになる。

こうした価値の主観性の主張を下支えするのが、ウィトゲンシュタインの言語ゲームに基づいた法理解、すなわち法を構成的ルールとして捉える見方であった。法は、人々から独立せず、人々が日々構成しているものなのである。ここに早くも、ポストモダンの言語哲学の使用を見ることができる。

さらに、『近代社会における法』のアンガーの主張からは、批判的歴史学及び法社会学の考え方を垣間見ることができる。議論が煩雑になるためあまり触れなかったが、本書は、表題のとおり近代的な法の出現を理解すると共に、その超克にあたり、近代以前の歴史を、ヨーロッパのみならず中国やインドなどにも言及しつつ議論を展開するものである²⁶²。そうした歴史を踏まえて理念型を形成し、予測を立てるという手法は、まさにウェーバーを彷彿とさせるものであり、アンガーが「ハーバードのウェーバー」という異名を持つことを十分に納得させる内容である。<リベラリズム>とは異なる歴史を描き、理念型に基づく分析を行うその手法は、批判的歴史学及び法社会学に十分に通じるものであろう。

このように、アンガーは非常に早くから多くのジャンルの文献を読み込み、自らの血肉としており、批判法学のスタイルを最良の形で開花させたものになっている。アンガーの著作が批判法学者に大きな影響を与えたことは、偶然ではないのである。

2.3.2. ヴィジョナリー性 vs ヴィジョナリー性

前節までは、<ヴィジョナリー性 vs 反ヴィジョナリー性>としての法の不確定性を見てきた。以下で検討するのは、<ヴィジョナリー性 vs ヴィジョナリー性>として表されるところの不確定テーゼである。このように論じる法の不確定性が変化することによって、アンガーは、『近代社会における法』を執筆した後、法の不確定性に対する評価を逆転させているようにも思われるのだが、まずはアンガー自身が語る転換について確認しよう。

²⁶² そうした議論に着目して検討した先行研究として、石川英昭（1987）「R・アンガーの中国古代礼法論」『鹿児島大学法学論集』22巻2号

2.3.2.1. モダニスト・テーゼへ——個人への着目

アンガーは、1980年代に入って『知識と政治』のペーパーバック版を出版するにあたり、あとがきを書き加えて自らの立場の転換を宣言し、次の三点を挙げている。一つは、「精神構造・社会構造に対するオール・オア・ナッシングな態度」の放棄である²⁶³。前期のアンガーは、ウェーバーに依拠しつつ、歴史を理想型が交代していく過程として捉えていた。それゆえに、近代、そして<リベラリズム>とはどのようなものであるかを法の三類型を以て表現することができたし、それを以て<リベラリズム>以前の社会と<リベラリズム>の社会、ポスト・<リベラリズム>の社会を整然と区分し、また将来的な方向性も「閉じた輪」モデルと螺旋モデルの二つ同定することができていた。アンガーが言うところの「オール・オア・ナッシングな態度」とはこのようなものだ。しかしながら、理想型とはいえ、これほどうまく全てを分けてしまうことができるのだろうか。アンガーはそうした疑問を持つようになる。

第二に、<リベラリズム>批判の放棄である。<リベラリズム>は、その出自からして個人を抑圧から解放しようという強い欲求を持つ。ヴィジョナリー性が発揮されるためには、我々は自由でなければならないのであり、ヴィジョナリー性と<リベラリズム>は本来強い親和性を持つはずである。言論が弾圧されるような世界では、詩人が声を上げることもできないだろう。ただし、アンガーの見るところ、現実にある思想や体制は、本来の<リベラリズム>の意図や可能性を汲み切れていない。ゆえに、後期アンガーのプロジェクトは「反リベラリズムでもリベラリズムの仮想敵との総合でもない、スーパーリベラリズム (super-liberalism) ということになるだろう」と宣言する²⁶⁴。

第三に、西洋において支配的地位を占める哲学的・形而上学的思考の放棄である。『近代社会における法』までのアンガーは、<リベラリズム>を一つの体系として考え、それを構成する諸原理を模索し、それらの間に回復不能なアンチノミーが存在することを示すという戦略を取ったが、この戦略を取る必要はもはやなく、また、妥当でもない。なぜなら、「陰鬱な形而上学的な普遍性の考えの背後にある真実、それは生きた人間」なのであり²⁶⁵、哲学的な一つの体系としての<リベラリズム>の考察に囚われることは問題の本質を見失うからである。従来のアリストテレス的な形而上学では、現実に起こしうる社会変革やその実践を捉えることができないとアンガーは考えるようになった。

以上の転換を一言で述べるとすれば、マクロな視点からミクロな視点へ、ということになるだろう。ただし、アンガーは一般理論を捨て去ったということの意味ではない。後の著作において曰く、「批判の内輪化に抗し、懐疑主義と諦念の同盟を突き崩すた

²⁶³ Unger, *Knowledge and Politics*, p.338

²⁶⁴ Ibid., p.340

²⁶⁵ Ibid., p.341

めに、そして、それぞれの知的転覆の企てが一つの異なった思考様式へと組み合わさっていくことを示すために、我々は一般理論を必要とするのである」²⁶⁶。

それでは、そのような一般理論とはどのようなものか。アンガーは第三の単著『情念』において、自らの立場を、アンガーが「モダニスト (modernist)」と呼ぶ人々に連なるものであると述べ、その特徴として三つのテーゼを挙げている²⁶⁷。

第一のテーゼは、我々の社会的生活、そして精神活動は、文脈によって規定されているというものである。ただし、どのような文脈であれ絶対的なものとはなりえず、我々の経験や考察の可能性をすべて収容することはできない。

第二のテーゼは、我々はどのような文脈であれそれを打ち破っていく能力——後にアンガーが「否定潜在能力 (negative capability)」と呼ぶようになるもの²⁶⁸——を持つということである。それは、我々の思想にせよ協力の形態にせよ、これまでのものが全てではなく、それらを変革していけるということの意味している。

人々は、すでに確立された相互的な関係性についての表現との摩擦の中で、集団的労働における最も実践的な形態から共同体への愛着が最も薄い類の形態まで、いつでも彼らの関係を別の秩序に転換していけるであろう。こうした逸脱化のほとんどは断片的であり、社会秩序の基礎原理の周縁における散漫なものや不確かなものの陰影に過ぎないように思われるだろう。しかし、こうした逸脱を十分に激化・活性化するとき、つまり、ローカルな実験を一般化し、また尖鋭化するのであれば、あなたは自分自身が社会の基礎的な部分を巡って戦っていることに気付くであろう。²⁶⁹

以上に示された第一のテーゼと第二のテーゼは、一見矛盾しているように思われる。というのも、前者は人々が文脈によって規定される存在だと述べているのに、後者は文脈から逃れることができると述べているように読めるからである。しかしながら、アンガーによれば、この矛盾は誤解に過ぎない。というのも、既存の文脈を逃れることができたとしても、逃れた先にあるのは新たに形成された文脈である。既存の文脈から逃れることができて、人間

²⁶⁶ Roberto Unger (2004) *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics*, second edition, Verso, p.xxii

²⁶⁷ Roberto Unger (1984) *Passion: An Essay on Personality*, Free Press, pp.7-11

²⁶⁸ Unger, *False Necessity*, pp.277-312. 訳については、三本のものに従った(三本「法の支配と不確定性(2)」)。この用語は詩人であるジョン・キーツから拝借したものであるが、アンガーの意図に沿うように、「キーツの意味とのつながりを残しつつも、かなり異なった意味で用いている」とアンガーは述べている (Ibid., p.632)。なお、キーツ自身の定義は次のとおりである。「とりわけ文学において人に偉業を達成させるもの、これはシェイクスピアが並外れて有していたものであるのだが、私はそれをネガティブ・ケイパビリティと呼ぶ。それは、苛立ちを持って事実や理由を追いかけることなく、不確かさ・不可解さ・疑いの中に人が留まることができるときに見出される。」

(John Keats (1899) *The Complete Poetical Works and Letters of John Keats*, Cambridge edition, Mifflin and Company, p. 277)

²⁶⁹ Unger, *Passion*, p.9

が文脈依存的存在であるという事実は変えようがないとアンガーは考える。

しかし、ここで救いとなるのが第三のテーゼである。第三のテーゼとは、我々は文脈から逃れることはできないが、文脈を緩めることは可能であると主張するものである。つまり、文脈は我々の行為や思考の可能性を規定するものであるが、我々が選択しうる行為や思考の幅を著しく縮める文脈もあれば、逆にそれほど縮めない文脈が存在するということである。アンガーは、この第三テーゼに従い、既存の文脈をより柔軟性の高い文脈に変革していくことを主張する。アンガーは自らの理想を次のように熱く語っている。

考えてみてほしい。作動している諸権力と諸権利のシステムが我々の目の届くところに在る社会を。我々の日常的な争いから隠されても保護されてもいないシステムを。共生・共存という語によって表わされているところの集団的経験が、徐々に日常生活の内容そのものとなっていくような社会を。それゆえ、遠慮がちで目的のない小規模な言い争いか、非日常的で革命的な暴力騒動かという両極端から解放された社会を。自らの暮らす社会の偶像崇拝者となり服従することで、人々が偶然的な状況を必然的なものとして扱ってしまわないような社会を。²⁷⁰

ここでアンガーが成し遂げようと意図しているのは、日常と社会変革（政治）の距離をできうる限りなくしていくことである。つまり、「個人的なことは政治的なことである」という第二波フェミニズムにおける有名な標語があるが²⁷¹、アンガーは文脈の堅牢性を緩めることにより、文字どおりその標語を実行に移そうとしたのだと考えることができよう（公私区分の解体）²⁷²。

しかし、こうした文脈が『知識と政治』や『近代社会における法』において論じられた意味での<リベラリズム>やポスト・<リベラリズム>社会なのだとしたら、転換したはずの「オール・オア・ナッシングな態度」が温存したままということになってしまう。アンガー

²⁷⁰ Ibid., p.11

²⁷¹ とりわけアメリカのそれについて、ホーン川嶋瑤子（2000）「フェミニズム理論の現在——アメリカでの展開を中心に」『フェミニズム研究』第3号、p.51。ただし、アンガーの方法論が非常に男性的であり、フェミニズムと相容れないという主張がある（「なぜアンガー自身や、私たち、そして通常解されているような西洋の男性概念はこれほど破壊志向なのだろうか。」（Jill Vickers (1987) “Memoirs of an Ontological Exile: the Methodological Rebellions of Feminist Research”, in Angela Finn and Geraldine Miles (ed.) *Feminism in Canada*, Black Rose Press, p.28)）。加えて、アンガーが依拠するモダニズムも非常に男性的であり、女性を抑圧するような言説に彩られていたことも指摘されている（諏訪部浩一（2007）「アメリカのモダニズム小説と『男らしさ』の詩学——『驚きと怒り』を中心に」『東京学芸大学紀要：人文社会科学系』第58巻）。一方で、アンガーに好意的な文献もあり（Janet Crawford and Albert Mills (2011) “The Formative Context of Organizational Hierarchies and Discourse: Implication for Organizational Change and Gender Relations”, 18 *Gender, Work and Organization* 88）、その関係は微妙なものとなっている。この点、フェミニズムが一枚岩ではなく多様であることにも起因すると考えられ、その関係性を論じるには立ち入った考察が必要であるが、本稿では立ち入らない。

²⁷² James Boyle (1985) “Modernist Social Theory: Roberto Unger's Passion”, 98 *Harvard Law Review* 1066, p.1066, 1083

は、自らが念頭に置いている文脈論はそうした体系立って密接に関連した原理や要素から成るものではないと主張し、これを「形態形成構造 (formative context)」と呼ぶ²⁷³。

繰り返される政治の実際の本性を説明することができるほど詳細に、ひとたび形態形成構造を定義したのであれば、そうした文脈を構成している秩序構成や前提は緩くしかつながないことをあなたは発見するはずだ。これらの要素は共にある必要もなければ、共に倒れる必要もない。これらは断片的に排除していけるものである。²⁷⁴

さて、アンガーにとっていまや文脈は『知識と政治』や『近代社会における法』におけるような、社会全体を原理的に統制するようなものではない。それは体系立てられてはいない緩やかな要素の繋がりとして、いわば継ぎはぎとしてある。これをひとたび理解したのであれば、社会を変革する可能性は、継ぎはぎのある至る所にあり、様々な要素の様々な組み合わせが実際には可能であるということが明らかとなる。人々は、自らの生においてそうした継ぎはぎ部分を見つけ、様々な選択肢を想像することができるはずなのだ。いまや、アンガーの中で人々は皆、ヴィジョナリー性を発揮する主体となるのである。

文化を革命しようとする者は、無視されている周縁の中から経験と表現の間の不調和〔という現象〕を取り上げ、日々の存在の中心に据える。こうした点で、普通の人々は、詩人のようになる。表現された感情のヴィジョナリーな高揚は、理解不能とされているもの、そして言葉では表現できないと思われているものへと接近していくことを可能とする。²⁷⁵

このようにアンガーは、構造を完全に無視するのでもなく逆に構造に完全に囚われているのでもない、ある一定の構造を前提としつつ、それを主体的契機によって変革していくことができるというポスト構造主義的な議論を展開する。そして、こうした知的実践において、主たる想像の源泉となるものの一つが法なのである。それは次のような理由からである。

実効性のある社会的ヴィジョンの最も重要な宝庫は、社会を暴力と無限の闘争のアリーナ以上のものである現に存在する秩序、とりわけ、法システムと法原理の伝統である。……道徳哲学者・政治哲学者の抽象的な原理よりもはるかに、これらの法的伝統や宗教的伝統は、経験のテスト——自らの経験を意味あるものにする

²⁷³ 訳語は吾妻聡 (2005) 「2つの逸脱主義的運動——ロベルト・M・アンガーの批判法学運動と新しい社会運動：社会の理想と権利の理想の呼応」『法社会学』第63号に依拠する。

²⁷⁴ Roberto Unger (1987) *Social Theory: Its Situation and Its Task*, Verso, p.63

²⁷⁵ Unger, *False Necessity*, p.566

多くの人に可能とするか否かというテスト——に耐え抜いてきたヴィジョンやプロジェクトを提示しているのである。²⁷⁶

ここで注意が必要なのは、法もまた断片(束)としてあるということである²⁷⁷。たとえば、資本主義社会と私的所有権は必ずセットになり、共産主義の社会においては共有が必ずセットになるという考えでは、アンガーが脱却を図った「オール・オア・ナッシングな態度」は保たれたままになってしまう²⁷⁸。

社会を変革する可能性は至る所にある。しかしながら、そうした変革が実行可能なものかどうか、そして、変革の後我々は万人の万人に対する闘争状態に陥ることなく、共に生きていけるのかどうかは定かではない。現に存在している法は、そうした問題を解決しようとする努力の結果であると同時に、実効性を持って人々の間で機能しているものであり、新たな社会を構想するのに際しヒントとなりえるはずだとアンガーは考える。アンガーにとって、法学にとっての重要な課題とは、こうした実効性のある変革の可能性を看取り、考察することである。

2.3.2.2. 現代法学批判

しかしながら、アンガーによれば、現代の法学は、こうした可能性を看取するどころか、逆に我々の目を覆うものの一つとして機能してしまっているというのである。その原因は、現代の法学が持つ二つの特徴、「形式主義 (formalism)」と「客観主義 (objectivism)」にある。

まず、形式主義とはどのようなものなのか。これを確認しよう。ここでいう形式主義は、『知識と政治』や『近代社会における法』で想定していた法的三段論法のようなものとは異なるものとなっている。アンガーは、形式主義を次のように定義する。

私は、よく用いられるような意味——ある特定の法的問題において、演繹的もしくは

²⁷⁶ Unger, *Passion*, pp.47-48

²⁷⁷ アンガーは明示していないが、いわゆる「権利の束 (bundle of rights)」論にアンガーは接近することになる。このことを指摘するものとして、Zhiyuan Cui (1997) "Introduction", in Roberto Unger, *Politics: The Central Texts, Theory Against Fate*, Verso, p.xiv, 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、p.247

²⁷⁸ こうした考えは非常に根強いものがある。たとえば次のような記述を参照。「所有するという言葉は、我々の日常生活のなかでも、ごく普通に使われるものであるし、実際、所有権は、社会のもっとも基本的な概念であるといえる。歴史を振り返ってみても、所有のあり方が、歴史の時代区分とされる奴隷制社会、封建社会、資本主義体制、社会主義体制等の社会形態、社会体制を決定してきたことがわかる。」(加藤雅信 (2001) 『「所有権」の誕生』三省堂、p.3)

準演繹的に定まった解答を与えることができるという信条——で形式主義を考えていない。私がここで指すところの形式主義とは、社会生活の根幹についての自由闊達な論争——イデオロギー的、哲学的、あるいはヴィジョナリー的と言われる論争——と対比されるものとしての法的正当化とその手法に対するコミットメントであり、それゆえそうした法的正当化とその手法が可能であるという信条も含むものである。社会の根幹についての自由闊達な論争は、形式主義者が法分析に要求するところの、推論と議論の持つべき厳格な規範からはかけ離れたものなのだ〔と形式主義は主張する〕。²⁷⁹

形式主義は、社会生活上の基本条件に関わる論争には法は関わらないという主張である。つまり、形式主義によれば、社会の理想像はいかなるものであるべきか、平等や自由や連帯とはどういったものかという論争に法は関わらない。もしも関わるとしても、あくまでそれは法的議論としてであり、政治哲学や道徳論としてではない。アンガーを精力的に研究している吾妻聡の言葉を借りれば、「形式主義とは、法学ないしは法教義学の成立条件を、固有の対象と固有の推論・正当化の方法を持ついわば自律系・閉鎖系の確立を通じた合理性保証にみる信念・傾向に他ならない」のである²⁸⁰。アンガー自身は明示していないが、典型的には、法を自律した規範体系であると主張する、ハンス・ケルゼンの「純粋法学 (Reine Rechtslehre)」をはじめとした「法実証主義 (legal positivism)」が念頭にあるように思われる²⁸¹。

アンガーによれば、多くの形式主義者は、通俗的な理解、すなわち「矛盾のない法システムからの演繹的手法の追求」とは異なり、システム内の矛盾や相克といったものを認める²⁸²。それでもなお、彼らは法が自律したものであり、法的論証は他の論証とは異なるものであると主張する。それを可能にするのが次のような形式主義の第二テーゼである。

形式主義の特徴的なテーゼの二つ目は、そうした制限され、相対的に非政治的な分析手法を通じてのみ、法原理は可能になるというものである。〔このテーゼによれば、〕法原理もしくは法的分析は二つの特徴を持つ概念的実践といえる。すなわち、〔第一

²⁷⁹ Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, pp.79-80

²⁸⁰ 吾妻「Roberto Unger の批判法学批判」 p.231

²⁸¹ さしあたり、ケルゼンの言葉を引用しておく。曰く、「この法学 [=純粋法学] が、自らを法の『純粋』理論だと性格づける理由は、それがもつばら法に向けられた認識を確保しようとするもので、厳密に法と定義された対象に属さない一切のものを定義から排除しようとするからである。換言すれば、法学を一切のそれと異質な要素から解放しようとするのである」(ハンス・ケルゼン (2014)『純粋法学【第2版】』長尾龍一訳、岩波書店、p.2)。こうした発想を、法実証主義者と言われる人々は多かれ少なかれ分有しているように思われるが、純粋に法実証主義と呼ぶことができるのはケルゼンのみであるという有力な主張もある(大塚滋 (2014)『説き語り 法実証主義』誠文堂)。以降で見えていくが、アンガーが指摘するように、形式主義は、道徳や政治に言及する客観主義と結びつくものなのである。

²⁸² Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, p.80

に、] 法適用に際し、既存の集団的伝統が提供する制度的に規定された素材を前提として行うこと、[第二に、] この伝統内部において権威的な言説を主張すること、少なくとも究極的には政府権力の適用に影響を与えるため、そうした伝統において意図されたやり方により言説を洗練化することの要求である。²⁸³

敷衍しよう。ただ条文のみを機械的に適用することは確かに難しいかもしれない。しかし、と第二テーゼは続ける。たとえば、とりわけ英米の伝統において、過去の判例が現在の事例を判断するに際し非常に重要な源泉となり、法解釈の連続性を保ってきたではないか。また、条文に表わされておらず、かつ政策論とは峻別される原理というものが存在するのではないか。考慮可能な素材は、すでに制度的・伝統的に決定されている。これが第二テーゼの特徴の第一である。

一方、第二テーゼの第二の特徴は第一の特徴の延長線上に考えることができる。なるほど、たとえば無理に伝統を破り、判例を完全に無視した判決を出すことは可能かもしれない。しかし、そのような判決は結局破棄されるか無視されてしまうだろう。もし実効性を持つことになったとしても、それは伝統の無視という実績を残すことになり、司法府の権威は減じることになる。合理的に考えれば、司法府は一回の暴走によって自らの権威を失墜させることは得策ではないから、伝統を順守し、その限りで理論を洗練していくことが求められる。これが第二の特徴である。

さて、以上のように解された形式主義であっても、結局のところ行き着く結論は、過去に囚われ、定められた議論の形式である。要するに形式主義とは、法を閉鎖的なもの、自律的なものと捉える思考全般であるといつてよいだろう。

次に、法が閉鎖的で他領域から自律したものであると考える形式主義に対し、客観主義とは、法が道徳的議論や政治的議論と地続きであることを認めつつも、そこで言及される道徳秩序や政治秩序が絶対的なものだと主張する思考方法である。

客観主義とは、権威ある法素材——制定法や判例、そして広く受け入れられている法観念の体系——が人々の結びつきについての擁護可能なスキームを体現しており、そしてそれを維持しているという信条である。[客観主義によれば、] それら法素材は、常に不完全であるとしても、看取可能な道徳的秩序を表しているという。あるいは、社会生活における実践上の制約——尽きることのない人間の欲望と結び付けて語られる、経済的効率性といった制約など——が規範的な力を持つのだという。[つまり、] 法は単なる偶然的な権力闘争の結果でもなければ、正統な権威に欠けた実践上の圧力の結果ではないのだ [と客観主義は主張する]。²⁸⁴

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid., pp.80-81.

客観主義によれば、何らかの基準、たとえば効率性などにより絶対化されるがゆえに、もしくは、不完全であるとしてもその不完全性は人間の能力の限界という如何ともし難い客観的状况に起因するがゆえに、既存の法は正当化されるという。

なお、このように形式主義と客観主義は相矛盾するもののように見えるが、アンガーによればこうした理解は誤りである。アンガーは、形式主義が既に客観主義を前提としていると主張する。現実の法理論の多くは、両者を媒介することによって存在しているのである。

形式主義は少なくとも洗練された客観主義を前提とする。というのも、もし形式主義の命題の中でも最も機械的な法適用を採用するバージョンを除く全てのバージョンに適用されるところの非人格的・中立的な目的・政策指針および原理が、客観主義が主張するような形で現存する道徳的・実践的な秩序から導き出せないのなら、そうした非人格的・中立的な目的・政策指針および原理はどこから来るというのだろうか〔という批判を回避できないからである〕。²⁸⁵

客観主義を前提としない完全な形式主義、すなわち「最も機械的な法適用を採用するバージョン」を採用する論者は、確かに昨今ほとんどおらず、一定の解釈の幅を許容することが常である²⁸⁶。しかし、多くの人々は、法は何らかの形で他の領域からは閉鎖し、独立し、自律していると考えており、アンガーの批判するところの形式主義と客観主義の混合体に依拠しているということが可能であろう。

さて、こうした形式主義と客観主義が抑圧的な効果を持つことは明らかだ。形式主義と客観主義を前提としてしまうと、法はある特別な分野・領域であり、その分野・領域に習熟した専門家が、客観的な正解を探り当てるとするのが法解釈の任務となってしまう。しかも、客観主義は現存の不平等な社会構造を正当化してしまう作用を持つ点でより悪質である。アンガーは、マルクス主義がもはやかつての勢いを失ってしまった現在においても、平等な社会は実現されておらず、階級概念はいまだ有効である、と主張する。

アメリカ合衆国は、他の現代の民主主義国家と同様に、相対的に単純で直截な階級構

²⁸⁵ Ibid., p.81

²⁸⁶ たとえば、著名な民法学者である加藤一郎は、入門書においてすら次のように述べている。「複数の解釈のうちには、条文から導きやすい解釈とか、条文から無理な解釈とかいう差はあっても、一つだけの正しい解釈があるというわけではない。条文の解釈には、文字の意味からの遠近の差をもちつつ、かなりの幅があり、複数の解釈が可能である。裁判官は、そのなかから、事実関係との組み合わせによって、妥当と思われる選択をするのである。」(加藤一郎(1992)『法の適用』伊藤正己他編『現代法学入門【第3版】』有斐閣、p.73、強調は原文)ただし、ロナルド・ドゥオーキンのように、法解釈にかかり唯一の正解を導き出すことが可能だと有力に主張するものがないわけではない(参照すべき文献は多いが、さしあたり、ロナルド・ドゥオーキン(2012)『原理の問題』森村進=鳥澤田訳、岩波書店)。なお、ドゥオーキンをアンガーが主張するところの形式主義・客観主義の図式に当てはめることができるかには争いがあるが(三本「法の支配と不確定性(2)」p.141)、本稿では立ち入らない。

造を持っており、それは四つの主たる階級によって構成される。すなわち、専門的なビジネス階級、小規模で独立したビジネス人、ホワイトカラー及びブルーカラーの部門で働く労働者階級、そして下層階級である。歴史的研究が明らかにしたことであるが、19世紀後半以来、唯一の大規模で持続的な社会的流動性の形態は、労働者階級のブルーカラー部門からホワイトカラー部門への移動であった。つまり、工場労働者と農業従事者の子供たちが事務労働者になったことのみである。彼らは、自らの両親と同じように、ほとんど財産を持たず、また力を持っていない。²⁸⁷

このような不平等を是正するためにも、法解釈は人々の手に、すなわち民主的社会的領域へと取り戻されなければならない²⁸⁸。こうして、法解釈は、諸個人がヴィジョナリー性を発揮する、民主的政治の一部となった——「全ては政治である」²⁸⁹。裁判中心の法学をもうやめるべきなのだ、とアンガーは主張するのである。

判決について問うことは、それほど特権的な地位を持つものだと考えるに値しない。そのような特権的地位が、擁護できないような反民主主義的諸前提を隠蔽し、そしてそのような問いに固執することが法理論の発展の阻害を助長するのである。……我々は「裁判官はいかにして判決を下すか」という問いを専門的で二次的なものとして降格させる必要がある。²⁹⁰

しかしながら、ここで疑問が生じる。ヴィジョナリー性は、人々の一体性の実現と、意志と想像力の涵養を志向し、目標とするものであるが、果たして諸個人がヴィジョナリー性を発揮した結果、そのような目標が達成されるとどうしていえるのだろうか。様々なヴィジョナリー性が競争し、結実した法や法原理が不平等を生む可能性はないのだろうか。

²⁸⁷ Roberto Unger (1996) *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, p.14

²⁸⁸ なお、法解釈の民主主義化の他に、アンガーがこうした不平等を打破のする鍵と考えているものとして、真に制度変革を考慮した「政治経済 (political economy)」の確立が挙げられるが、本稿がまがりなりにも法学の論文であり、また筆者の経済学についての知見不足に鑑み、取り上げず、今後の課題としたい。アンガーの経済学批判及び理論を体系的に示したものとして、Roberto Unger (2007) *Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and the Method of Economics*, Princeton University Press, Roberto Unger (2019) *The Knowledge Economy*, Verso. 以上二つの著作は抽象性が高くかつ長いが、英国国立科学・技術・芸術基金 (National Endowment for Science, Technology and the Arts: NESTA) の研究員らとの共同報告書である Roberto Unger et al. (2019) *Imagination Unleashed: Democratizing the Knowledge Economy*, NESTA は 60 ページ程度と短く、また具体的な統計データなども多く、理解しやすい。

²⁸⁹ 批判法学のテーゼ「法は政治である」をアンガーがより拡張したものであるが、より詳しい含意については、Unger, *Social Theory*, pp.165-169

²⁹⁰ Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, p.107

2.3.2.3. 民主的実験主義——制度的想像力としての法分析

アンガーの答えは、そうした可能性は否定できない、というものである。確かにアンガーは、批判法学は代案を持たず権利を単に廃棄しようとするという通俗的な理解に反して、「市場権 (market rights)」、「逸脱権 (immunity rights)」、「脱安定化権 (destabilization rights)」、「連帯権 (solidarity rights)」から成る権利レジームを構築する²⁹¹。たとえば、この内、脱安定化権は、「大規模な組織や社会的慣行の拡張された領域は、日常的な紛争による脱安定化効果に閉ざされたされたままになっており、それゆえに隔離されている権力と優位性の階層構造を維持しているのであるが、これらを押し開くことによって、市民の利益を保護する」ことを目的とするものであると定義され²⁹²、その実現にあたり、アンガーは司法府とは別に権利保護を司る新たな省庁・部門の設置を提唱するなど²⁹³、人々の保護を積極的に実現しようとする²⁹⁴。

しかしながら、そうした法による保護それ自体、ヴィジョンナリー性に基づく議論の対象となるのであるし、加えて親の子供に対する愛——可愛い子には旅をさせよ (危険からの保護と冒険の中での子供の成長＝市民化) ——のように内に矛盾する契機を抱えており²⁹⁵、その実現方法も一様ではありえない。「どのような政治的永久機関も、どのような神聖なる自然権のまじない言葉も、決定的に重要な安全と基本財産を新しい構想が侵害し、弱体化させる可能性をなくすことはでき」ず²⁹⁶、「進んでいく道は常に論争的なものになりえるし、論争の対象となるだろう」とアンガーは主張する²⁹⁷。

そこでアンガーが打ち出すのは「民主的実験主義 (democratic experimentalism)」である²⁹⁸。どのような制度も完全なものとは成りえない。そうであるならば、様々な州や国家、共同体において、多様なプロジェクトを展開し、ヴィジョンナリー性の多様な具現化を図っていくしかないであろう。そして人々は、自らが信じるところのプロジェクトを選び取り、参与していくこととなる。

[様々な制度代案の可能性にかける] それぞれの方向性は、異なった文明化を果たすだろう。つまり、それぞれが異なったやり方で人間性の力と可能性を発展させるだろう。……人々は、彼らがたまたま生まれることになった社会への偶然的な出生によって束縛されてはならない。彼らは自らにとって親和的なものを自由に見つけることができなければならないのである。²⁹⁹

²⁹¹ Unger, *False Necessity*, pp.508-539

²⁹² *Ibid.*, p.537

²⁹³ *Ibid.*, pp.452-453

²⁹⁴ 脱安定化権については、本稿 3.4.1.において再訪する。

²⁹⁵ Roberto Unger (1998) *Democracy Realized: The Progressive Alternative*, Verso, p.267

²⁹⁶ Unger, *False Necessity*, p.cv

²⁹⁷ Roberto Unger (2007) *The Self Awakened: Pragmatism Unbound*, Harvard University Press, p.163

²⁹⁸ Unger, *Democracy Realized*, pp.5-29

²⁹⁹ *Ibid.*, p.27

それでは従来の法学が用いる法解釈に代わり、具体的にどのようなものをアンガーは提唱するのだろうか。アンガーが提唱するのは、「地図作成 (mapping)」と「批判的展開 (criticism)」という二段階にわたる手法である³⁰⁰。地図作成とは、法が明確に達成しようとしている理想像との関係において、法によって定義された制度的な社会のマイクロ構造を詳細に記述しようとする試みである。つまり、地図作成は、マクロのみならずマイクロの構造まで分析することにより、現実に法制度がどのように機能しているかを明らかにすることを可能とする。アンガーは次のような具体例をあげている³⁰¹。

従来の所有権理論によれば、所有権は、所有権者に対し様々の強力な権能を与え、資本の非集中に対し中心的な機能を果たしてきたのであり、近代法理論・法制度の中核を為す権利であるとされてきた³⁰²。しかし、こうした見方はもはや一面的でしかなく、詳細な分析を排除するような偏見に陥ってしまっている。それに代わって、我々は現実の所有権の在り方を見なければならぬ、とアンガーは主張する。たとえば、農業分野においては、農業主の所有権の絶対性——自由な処分など——を認めず、その代わりに政府が特別の援助を与えている。また、国防関連の企業の所有権は絶対であろうか。戦時下における資本主義において、所有権はどの程度その役割を果たしたであろうか——。このように、伝統的な理論の周縁に、例外的・逸脱的事例が徐々に増えてきているのである。従来型の法分析は、法は特定の政治政策や原理によって貫かれたものであると考えるために、こうした例外的・逸脱的事例は、あくまで文字どおり例外に過ぎないとして切って捨てられる傾向にある。しかし、地図作成はそうした偏見にとらわれることなく、複雑な現実を複雑なままに描くのだ。

地図作成が完了した後、法分析の第二段階、すなわち批判的展開に入ることになる。批判的展開とは、法が理想としていた社会と、地図作成によって明らかになった社会の実態を比較することにより、そうした理想像とは異なる、例外的・逸脱的な理想像を現実に展開した場合を想像し、また実際に展開を試みることであり、そしてときに、敢えてそうした理想像の徹底を図ることである。批判的展開は、地図作成に対し動機を提供するのであり、また批判的展開は地図作成を前提とした作業であるので、両者は切り離して考えることはできないものである。

こうした二段階の新たな法分析によって、ヴィジョナリー性が刺激され、人々の「制度的

³⁰⁰ 以下、これら二つの概念の説明については、Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, pp.130-134. なお、訳出は吾妻「批判法学制度派の研究プログラム」に依る。

³⁰¹ *Ibid.*, p.132

³⁰² たとえば民法学者の川島武宜は「近代的所有権は、近代法のすべての法的諸形態——端初のおよび発展的の——の端初・基礎であり、且つその全発展の起動点・起動力である」とまで述べている(川島武宜(1987)『所有権法の理論【新版】』岩波書店、p.21)。ただし、所有権にどれほど重きを置くかは各国異なっており、たとえば所有権の絶対性を規定するフランス民法を日本が輸入するにあたり、「絶対」という文言を脱落させている(大村敦志(2003)「所有権——『所有権とは何か』再考』『法学教室』No.268、p.83)。それゆえ、偏見の在り方は各国・各文化圏によって異なるものと考えべきだろう。

想像力 (institutional imagination)」が開花するようになる。すなわち、法解釈は、新たな制度構築へ向けた萌芽となるのである。それゆえアンガーは、これらの法分析を「制度的想像力としての法分析 (legal analysis as institutional imagination)」と呼ぶ³⁰³。

それでは、制度的想像力としての法分析によって、具体的にどのような制度構想が示されるのであろうか。アンガーの考えるところによれば、現在考えられるヴィジョンは三つある。一つは、「拡張された社会民主主義 (extended social democracy)」である³⁰⁴。その中心的なコンセプトとは、個人の生を特権化すること、すなわち、個人が自らの生の計画を定義し、実行する能力を最大限重視することとされる。このヴィジョンは、文字どおり社会民主主義を拡張したものであり、多くの先進国の諸制度と軌を一にするものとされ、私的領域と公的領域を区分し、私的領域における個人の自由な活動を強く推奨する。それゆえ、私的領域の最大化が要求され、政治が極小的されたラディカルな個人主義が理想とされる。しかしながら、この構想には治癒しがたい弱点が存在する。政治を極小化するラディカルな個人主義により、人々は自らを価値の参照点として性格付けるようになるが、こうした性格付けは、人間が自らの生の計画を考案し実行していくためには、必ず他者が必要であることを捉えきれておらず、結局のところ個人の能力を拡張するどころか矮小化してしまう。

こうした「拡張された社会民主主義」の限界から、第二のヴィジョンが立ち上がる³⁰⁵。このヴィジョンをアンガーは「ラディカルなポリアーキー (radical polyarchy)」と名付ける。その中心的なコンセプトは、社会を諸共同体の連合体へと変革することであり、政治の集団主義的性格を維持しつつ、個人の選択的意思を確保したりベラルなコミュニタリアニズムが理想とされる。しかしながら、「ラディカルなポリアーキー」も「拡張された社会民主主義」と同様に、いくつかの問題点を抱えている。たとえば、共同体の安定化は、個人の自由を制限することなしには考えられないし、同時にそれは共同体の変革可能性を削ぐということも意味する。そしてひいては、共同体内部における不平等を固定するということにもつながる。しかし、個人に自由を与えすぎれば、共同体は崩壊へと向かう。このように、共同体を強調する「ラディカルなポリアーキー」は、個人の自由と共同体の保全というお馴染みのディレンマに行き着いてしまう。

しかしながら、「ラディカルなポリアーキー」は自らの主張内容を超え出る可能性を持っている。すなわち、共同体やそこに属する人々を互いに敵対関係にあるものとして捉えず、協働と競争の混成的な関係として捉え、社会全体の政治的構造や経済の在り方を脱中心化された形で実験に付す構造を創り出すことによって、新たなヴィジョンが創出される。アンガーは、この第三のヴィジョンを「動的民主主義 (mobilizational democracy)」と呼ぶ³⁰⁶。アンガーによれば、「動的民主主義」とは、政治を過熱させ、政治権力、経済資本、

³⁰³ Roberto Mangabeira Unger (1996) "Legal Analysis as Institutional Imagination", 59 *Modern Law Review* 1

³⁰⁴ Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, pp.135-148

³⁰⁵ *Ibid.*, pp.148-163

³⁰⁶ *Ibid.*, pp.163-170

文化的権威といった社会変革のための鍵となるリソースの上に存在する制約をなくしていくことを目標とするものである。たとえば、公的領域と私的領域を明確に分離していた立憲主義は、そうした制約の典型として改変され、権利は重要な位置を維持するものの、永遠普遍の絶対的なものとして捉えられることはなくなる。

アンガーは、明らかにこの動的民主主義に対して好意的であり、アンガーの民主的実験主義の到達点となっている。そして、このヴィジョンは、3.以降で紹介・検討し、批判法学やアンガーの議論との接合を図っていくセイベルらの民主的実験主義の構想と大きく重なるものである、ということを見先じて指摘しておこう³⁰⁷。しかしながら、2.2.で見えてきたように、アンガーはヴィジョンナリー性の複数性を承認しているのであり、これはアンガー個人のヴィジョンナリー性、つまり一例として見るべきである。それゆえに、このヴィジョンもまた絶対化されてはならず、また絶えず実験に晒し、修正していかねばならない³⁰⁸。これは、2.3.2.1.で見た、哲学的な一つの体系から世界を見ないというアンガーの姿勢からも要請されることであろう。すなわち、動的民主主義や民主的実験主義を絶対化することは、哲学的な一つの絶対的体系を作り出し、オールオアナッシングな態度を復活させることであり、アンガーもそれを望まないはずである。

さて、〈ヴィジョンナリー性 vs ヴィジョンナリー性〉として表されるアンガー版の不確定テーゼは、法の不確定性にかかる従来の議論とは大きく異なるようなものであるように思われる。これまで、法解釈の問題は、裁判官の恣意性の非難など裁判の場を念頭に置いて検討されることが多く、一般市民と民主政治の場面を念頭に置いたものは少なかった³⁰⁹。それに対し、アンガーの議論で念頭に置かれているのは民衆であり、また、不確定性は制度提案にかかる想像性の開花の契機となるものとして、民主政治の文脈において積極的に評価されている。そして同時に、法の不確定性は急進的な形で、つまりどのような結果も導き出すことができるものとして主張されているのでもないことに注目すべきであろう³¹⁰。アンガーにとって、法の不確定性は見込みある制度代案を指し示すものとしてあるのであり、どのような判断も可能にするというようなものではなく、ニヒリズムとは程遠いものなのである³¹¹。

この構想はもちろん、リスクを伴っている。実験主義を推し進めたその先にあるものが、果たして本当に良いものかどうか、事前に判断することは非常に困難であるからだ。アンガ

³⁰⁷ 具体的な異同については、本稿 3.4.

³⁰⁸ この点については、本稿 3.2.5.にて再論する。

³⁰⁹ Jeremy Waldron (1998) "Dirty Little Secret", 98 *Columbia Law Review* 510, pp.517-522. なお、そうした研究がなかったというわけではなく、散見される。例として、亀本洋 (1987) 「普通の人々と法的思考——N・マコーミックの見解を中心に」『理想』637号、Larry Kramer (2004) *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press

³¹⁰ Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, pp.120-122. こうした急進的な法の不確定性を主張するものとして、Anthony D'Amato (1983) "Legal Uncertainty", 71 *California Law Review* 1, 佐藤「法の不確定性 (1) (2)」、大屋『法解釈の言語哲学』

³¹¹ 法の不確定性がニヒリズムへと至る必然性がないことについては次も参照。David Wolitz (2014) "Indeterminacy, Value Pluralism, and Tragic Cases", 62 *Buffalo Law Review* 529

一の構想においては、事前に確証できないからこそ、実験が必要となるのであるし、実験的な行動の中で常に新たな未知のものが生まれてくるのである。アンガーの構想は、人々に大きな利益をもたらすかもしれない一方で、人を傷つけてしまう可能性を常に持っている。それでは、何がアンガーにそうしたリスクを背負わせてまで、こうした不確定性の意義を説かせるのか。その理由は、次の言葉に最も良く顕れているように思われる。

高い次元の可傷性を受け入れることにはなるが、妥協と習慣という甲皮——我々はその中で徐々に生きることをやめていく——を我々は打ち破ることができる。そうすることによって我々は、たった一度だけ死ぬような生を追い求めることができるのである。³¹²

我々は生きながらにして死んだような生を送っているとアンガーは言う。習慣にせよ制度にせよ、人間が作ったにもかかわらず、人間から独立し、手を加えることも容易にできないように感じられ、よそよそしいものになってしまっていて——疎外されてしまっていて——いる。いまや人は、習慣や制度を生きているのではなく、習慣や制度そのもの——生きていない無機物——になっているのではないか。ここで、アンガーが批判法学の始まりを記述した文章を引用しておこう。

我々〔＝批判法学者〕が〔法の世界へ〕やってきたとき、法律家たちは、信仰を失いながら、その職務を続けている司祭となっていた。彼らは、冷たい祭壇の前に、あきあきするような当惑の表情で立ちつくしていた。我々はその祭壇に背を向け、そして、〔彼らに対する〕復讐心の中に知的精神の契機を見出したのである。³¹³

アンガーから見れば、法律家たちは、もはや自らの信仰、そこから溢れ出る情熱に基づいてその役割を担っているわけではない。彼らは、信仰をもはや失ってしまっているにもかかわらず、自らの役割を再定義しようとはせず、ただ単に習慣的に事務をこなしているにすぎないか、法律家という階級の既得権に固執し囚われてしまっているだけだとアンガーは言う。

こうした現象は、法律家という職業に限ったことではないだろう³¹⁴。ゆえにこそ、アンガーは人々の手に<生>を取り戻そうというのである。繰り返しになるが、アンガー自身も認めているように³¹⁵、民主的実験主義というアンガーの構想は一種の「賭け (gamble)」であ

³¹² Roberto Unger (2014) *The Religion of the Future*, Harvard University Press, pp.86-87

³¹³ Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, p.210

³¹⁴ ウェーバーが予言した「精神のない専門家、魂のない享乐的な人間」を想起されたい (マックス・ウェーバー (2010) 『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』中山元訳、日経 BP 社、p.494)。また関連して、本稿 4.3.1.1.の議論も参照されたい。

³¹⁵ Unger, *Democracy Realized*, pp.235-251

る。賭けである以上、絶対的に合理的な根拠は存在しない。こうした賭けに乗ることができるか否かが、後期アンガーを受容できるかどうかの分かれ目である。

2.3.2.4. 後期における混合主義

さて、最後に、前期アンガーを検討した時と同じように、後期アンガーの主張が、批判法学の諸類型をどのように組み合わせ、議論を構成していると考えられるか、まとめておこう。まず、ポストモダンの言語哲学の手法を見て取ることができるだろう。すなわち、後期アンガーの主張は、法解釈におけるプロ／アマチュアという階層的な二項対立を解体し、一般市民に対して法解釈を解放することによって、民主主義の深化を図るという試みとして、整理することが可能である。

そして、そうした二項対立の解体を導く際の論拠となったのが、残存する階級社会であった。アンガーが依拠するのは、マルクス主義そのものではなく、刷新された階級概念であり、アンガーは文字どおりの〈ネオ〉マルクス主義を主張しているのだと考えられる。

また、こうした法解釈を一般市民へと開いていく試みは、法律家が現在享受している特権的地位を揺るがすことにもつながるし、形式主義と客観主義に基づく法教育の在り方の変革を迫ることにもなるだろう。法教育の目的は、学生の想像力を馴致し、法的思考へと切り詰めていくことではなく、逆に学生の持つ想像力をより豊かにし、制度変革へとつなげることとなる。これは、新左翼的アナーキズムの目指すところと共鳴するであろう。

最後に、疎外を問題にする点は、サルトルの実存主義と非常に親和性が高いといえよう。ゲイブルは、裁判官の自己疎外を問題視したが、これは法律家一般、そしてより広くほとんどの現代を生きる人々について当てはまることだと、アンガーの枠組みではなるであろう。それゆえにこそ、アンガーは役割を物象化するのではなく、全てを実験に付していくような社会を目指すべきだと主張するのである。

このように後期アンガーもまた、前期アンガーとは違った形で、批判法学の中にあるツールを自在に取り入れ、組み合わせることによって議論を展開しているのである。

2.4. 批判法学の可能性を示すために

以上、批判法学を総論的に論じ、類型的に見た後に、より具体的なものとして、前期アンガーの不確定テーゼと後期アンガーの不確定テーゼを検討してきた。このように、批判法学は、法学外部の議論を積極的に内部化すると共に、それらを自在に組み合わせることによって、非常に興味深い議論を生み出してきたのである。アンガーは、法の不確定性の問題を制度構想の問題へと発展させたのだ。

しかしながら、ここまでで展開した批判法学の擁護には、一定の限界があることも確かであろう。第一に、批判法学は空虚なシニフィアンとして機能し、多様なものの連鎖を可能にするという論理が、現在においてどれほど説得力を持つかという問題がある。つまり、批判法学という記号は、かつてほどの力を持っているとはもはやいえないのではないか、という批判が考えられる。このとき、どれだけの人々が運動に参加し、理論上・運動上の新たな可能性をどれほど生むことができるのか、疑問が残ろう。

第二に、批判法学は批判法学として閉じているだけにすぎないのか、という問題がある。先に示したとおり、批判法学の特徴は、逆説的に聞こえるかもしれないが、自らを定義せず、多様な議論を内に取り込んでいくという点にあるのだが、しかし、内に取り込むだけでよいのだろうか。そこでどれほど興味深い、意義のあるものが生み出されたとしても、それが外部に示され、インパクトを与えないことには、それほど意味がないと批判されても仕方ない。

以上の二つの限界を踏まえた上で、今日における批判法学の意義を語るためには、批判法学を再び魅力的なものとする努力、そして批判法学外へのインパクトを考えることが有用であろう。そのために、以下では、後期アンガーの構想である民主的実験主義を見ていく。なぜ後期アンガーなのか。それは、かなり抽象性の高い前期アンガーの構想に比べて、後期アンガーの民主的実験主義は、単なる空虚なシニフィアンを超え、具体的な制度構想を示しながらも、再び人々の注目を集めるポテンシャルを十分に持つからである³¹⁶。そして現に、民主的実験主義は批判法学を超えて多くの論者によっても論じられるようになっており、批判法学外へのインパクトを考える際にも有用だといえる。民主的実験主義は、不確定テーゼの延長線上にあるものであり、現在における、批判法学の「可能性の中心」なのである。

さて、このように述べると、直ちに次のような疑問が浮かぶのではないか。すなわち、民主的実験主義という構想は、果たして本当に現代的な意義があるのだろうか。アンガーよりはるか以前から、法学に〈実験〉をもたらそうという構想は存在するはずである、と。しかしながら、昨今主張されているところの実験主義は、批判法学の台頭を抜きに語ることでできない、非常に現代的なものである。その背景には、ケネディが言うところの現代派法思考の勃興があるのだが³¹⁷、以下 3. では、こうした点から論じていくことにしたい。

³¹⁶ ただし、前期アンガーの議論が今日的な意義を持たないと主張するつもりはないし、前期と後期が「詩とヴィジョン」において示された議論や概念によってつながっていることは、これまで見てきたとおりである。

³¹⁷ 本稿 1.2.2. も参照

3. 新たな実験主義の時代——現代派法思考と民主的実験主義

3.1. 法学における実験主義の衰退と台頭

3.1.1. 科学的営為としての実験

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たちが、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の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³¹⁸。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っぱら「行政的なもの」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。³¹⁹

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」³²⁰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³²¹——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の強さである³²²。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

³¹⁸ 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、社会をいかに形作す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

³¹⁹ 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

³²⁰ 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」『阪大法學』第 125 号

³²¹ 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

³²² 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

てマルクス主義法学が展開され³²³、また川島武宜が「科学としての法律学」³²⁴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³²⁵。

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³²⁶。

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³²⁷、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³²⁸、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。

このように、実験主義は既に検討された上で、乗り越えられてしまったものであり、もはや検討の余地なし、ということになるのであろうか。

そうではない。アングーの民主的実験主義は、こうした科学と強く結びつけられた意味で

った。ホセ・ヨンパルトによれば、「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・ヨンパルト (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された背景は、科学主義のみであったわけではないが、それらについては、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

³²³ 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的方法的基礎』日本評論社

³²⁴ 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

³²⁵ 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

³²⁶ 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、強調は原文)、科学との距離感について必ずしも明確ではない。

³²⁷ 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

³²⁸ マルクス主義法学の衰退については、森下敏男 (2014) (2015) (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

の実験を称揚するものではないのである。ここで、2.2.において触れたアンガーの原点に立ち返ってみよう。1968年の「詩とヴィジョン」において、アンガーは、科学をヴィジョンナリーな取り組みの一つとして科学を評価しつつも、自らが取り組もうとしているヴィジョンナリー性とは異なるものであると主張している。すなわち、科学が既存の言語体系を抽象的な言葉の体系によって一度に塗り替えてしまおうとする文脈否定的な取り組みであるのに対し、詩は<いまここ>にある言葉の関係を前提とする文脈依存的なものである、とアンガーは主張する。

詩による解体も[科学によるそれと同様に]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、詩による解体は、]オリジナルのヴィジョンを空っぽにし、別の何かに取って代えるのではなく、補充し、そして変更する。その取り組みはまるで科学が苦勞して行ってきたやり方が短絡的であった[と主張する]かのようである。³²⁹

文脈依存性を強調しつつ、それを変革していこうとするこうした主張が、後期アンガーにおいて見た、形態形成構造という概念へと直接につながっていることは明らかであろう。アンガーは、科学によって一挙にヴィジョンナリー性を実現しようとしているのではない。これは、法解釈を一般市民へと開き、民主主義の深化を図ろうとする後期アンガーの構想からすれば当然の帰結でもある。なぜなら、科学を万能のものとするのであれば、主人公となるのはほとんど科学の専門家たる科学者に限られる、ということになってしまうからだ。アンガーの民主的実験主義の構想は、科学的な意味での<実験>に還元されるものではないのである。

3.1.2. 実験概念の変遷

さて、ここで興味深いのは、千葉の批判に代表される以上のような実験主義の峻拒の後、1990年代になって、実験主義が新たに注目を集めるようになった、という事実である。その典型として挙げられるのが、アンガーと同じく民主的実験主義を掲げる、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（“A Constitution of Democratic Experimentalism”）」であろう³³⁰。その議論は、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³³¹、多くの論者に影響を与えた他、EUなどにおける「新ガ

³²⁹ Unger, “Poetry and Vision”, p.11

³³⁰ Michael Dorf and Charles Sabel (1998) “A Constitution of Democratic Experimentalism”, 98 *Columbia Law Review* 267

³³¹ 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

バランス (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、現在もなお発展・展開を続けている³³²。ここ日本においても、いくつかの文献において、詳細に紹介・検討されている³³³。

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³³⁴。その答は、前節で引用した、科学信仰に対するアンガーの見解に既に窺い知ることができるのだが、文脈をより深く理解するために、1.2.2.でも触れた、ケネディによって描かれた法の歴史³³⁵を参照することが非常に有用である³³⁶。

繰り返しになるが、少々情報を付け加えつつ、改めて説明しておこう。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。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、「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³³⁷。この典型と

Pearse (2012) “The Most-Cited Law Review Articles of All Time”, 110 *Michigan Law Review* 1483, p.1494)、Google Scholarによれば2019年12月現在の引用数は約2,000である

(<https://scholar.google.com/citations?user=J7t8fJMAAAAJ&hl=en>)。

³³² 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 3.2.3.2.

³³³ 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

³³⁴ この問いについては、本稿 3.2.4.でも再訪する。

³³⁵ Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”. 本稿 1.2.2.も参照。なお、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、当該論文の他、Duncan Kennedy (2014) “The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought”, 25 *Law and 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

³³⁶ 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) 本稿が実験の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。また、類似する試みとして、Amy Cohen (2015) “The Law and Political Economy of Contemporary Food: Some Reflections on the Local and the Small”, 78 *Law and Contemporary Problems* 101がある。当該論文は、民主的実験主義は、脱中心化を強調しつつも結局のところ公的部門を中心に論じてしまっているとして、批判的に乗り越えていくべき対象とする。しかしながら、それに対し本稿では、民主的実験主義を乗り越える対象ではなく、洗練させていく対象として考える。

³³⁷ Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, pp.21-22. なお、1975年にマニユ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

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。³³⁸

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。その結果、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、すなわち 1900 年から 1968 年頃にかけて、「社会派法思考 (social legal thought)」³³⁹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、「家族から諸国家からなる世界に至るまでの、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張する³⁴⁰。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的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。³⁴¹

については、Krever, “Law on the Left”, p.32)。

³³⁸ 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、Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, pp.14-15 において引用されたものを翻訳している。)

³³⁹ 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”)

³⁴⁰ Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, p.22

³⁴¹ 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

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」に複数の意味を込めたものである³⁴²。

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が爆発し³⁴³、社会派法思考は致命的なダメージを受ける。そして、1.1.2.で見たように、<1968>の精神を受け継ぐ批判法学が台頭し、その結果、現在にまで続いている第三期の法学、すなわちケネディが「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³⁴⁴。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)」³⁴⁵に典型的に見られるように、今や群雄割拠の時代であり、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、古典派法思想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言って有害であり、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³⁴⁶、といった次第である。リアリズム法学、法と経済学、原意主義、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³⁴⁷。

³⁴² 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)。

³⁴³ 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

³⁴⁴ Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, p.63. 現代をこのように診断するのは、ケネディ一人ではない。たとえば、ヨンプルト『法の世界と人間』pp.90-116を参照。ただし、ヨンプルトは、「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疑問が残る (同上 pp.360-363)。

³⁴⁵ Marc Galanter and Mark Alan Edwards (1997) “Introduction: The Path of the Law Ands”, 1997 *Wisconsin Law Review* 375, Carrie Menkel-Meadow (2007) “Taking Law and _____ Really Seriously: Before, During and After ‘The Law’”, 60 *Vanderbilt Law Review* 555

³⁴⁶ 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

³⁴⁷ 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

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)」³⁴⁸、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あたり、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³⁴⁹。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は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³⁵⁰。

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に利用し、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」³⁵¹。

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なのだ。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いえるのか、ケネディが提示した図式のそれぞれの時期における実験概念の変遷を見ることで、より明らかになるだろう。まず、古典

and Derek Morgan (1984) “The Canengusian Connection: The Kaleidoscope of Tort Theory”, 22 *Osgoode Hall Law Journal* 22. なお 2010 年になってからも本文献を中心に検討したシンポジウムが開催されている (Richard Mullender (2010) “A Dance to the Music of Tort”, 7 *Journal Jurisprudence* 273)。

³⁴⁸ 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、マニュス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。)

³⁴⁹ 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

³⁵⁰ 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、浅野有紀他編 (2019) 『政策実現過程のグローバル化』弘文堂

³⁵¹ 船越『批判法学の構図』、p.268

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、英米の判例蓄積に鑑みたとき、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。³⁵²

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すことができる、と古典的法思考は考えるのである。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、実験の位置付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。³⁵³

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³⁵⁴。すなわち、実験とはエリートによる「統治実験」、

³⁵² 松浦「‘law as science’論と19世紀アメリカの法思想（一）」p.66

³⁵³ 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

³⁵⁴ 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

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は、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³⁵⁵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である。

以上のことは、1990年代になって実験主義が改めて台頭したことの理由を説明する。すなわち、〈1968〉の精神は、1968年時点で急激に法の世界へ浸透したのではない。その精神は、批判法学に受け継がれることによって法の世界で大きな影響力を発揮した。そして、批判法学が台頭し、法律家という共同体を揺り動かしたことによって、多様な考え方を生む土壌が形成され、理論が過剰となったのである。1970年代から90年代の初頭に向け、批判法学という大きな衝撃を受けたからこそ、新たに〈実験〉に対する注目が集まったのだ、とケネディの図式から考えることができるだろう。

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、批判法学の受容は進まず、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³⁵⁶。理論の数についていえば、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³⁵⁷。

しかしながら、実験主義の萌芽は、既に日本の法学にも存在しているのである。先に挙げ

照。「実験的方法は、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)

³⁵⁵ 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。この点につき、Charles Sabel and William Simon (2017) “Democratic Experimentalism”, in Desautels-Stein and Tomlins (eds.) *Searching for Contemporary Legal Thought*, pp.483-484

³⁵⁶ 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)。

³⁵⁷ ただし、例外的に「法と経済学」については受容がかなり進んでおり、学会まで存在する

(<http://www.jlea.jp/index.htm> (2019/12/10 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

た及川らの他、制度構想の学にまで私法を高めようとする研究³⁵⁸、法解釈学と政策法務・形成を結びつけようとする研究³⁵⁹、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³⁶⁰、批判法学や法多元主義（legal pluralism）³⁶¹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である³⁶²。それゆえ、ここ日本において、現代派法思考における民主的実験主義の位置を論じる意義は、十分にあるといえるだろう。以下での論述は、日本において来たるべき現代派法思考の時代に向けての予備的考察でもある。

しかし、以上のような整理には、根本的な問題があると感じられた読者も少なくないのではないだろうか。すなわち、アンガーが述べるところの民主的実験主義と、昨今台頭してきている実験主義は同じものであるのか、という問題である。この指摘は、一見射的ものであるように思われる。たとえば、近年最も影響力を持った実験主義にかかる著作といえば、先に触れたように、セイベルとドルフの共著論文「民主的実験主義の憲法」であるが、彼らは批判法学者ではないし、後に見ていくように、批判法学に対し強く反発している³⁶³。しかしながら、それにもかかわらず、彼らの著作は批判法学の影響下にあり、また、改めて批判法学の光の下で考察すべき理由があるのである。

このことを示すにあたり、以下のようにして議論を展開する。まずは、セイベルらによって主張されている民主的実験主義がどのようなものであるか、概観することにする（3.2.）。その後改めて、批判法学とセイベルらの民主的実験主義が、両陣営が意識・意図しているかにかかわらず、密接な関係にあることを明らかにすることにした（3.3.）。

しかしながら、このように密接に関連しつつも、両者は完全に溶け合うのではなく、重要な対立点が存在していることも確かである。よって、3.3.の後に、そうした対立点を明確化した上で、民主的実験主義が進むべき方向性はどちらであるのか、検討する（3.4.）。最後に、本稿が提示する民主的実験主義に対するありうる批判を紹介し、4.の議論へと接続する理由を示すことにしたい（3.5.）。

³⁵⁸ 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

³⁵⁹ 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

³⁶⁰ 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

³⁶¹ 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

³⁶² 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）。

³⁶³ 本稿 3.3.

3.2. 批判法学外の民主的実験主義？——セイベルとドルフの議論を中心に

3.2.以下の議論の概要は、前節の末尾で述べたとおりであるが、少し補足しておく。まず、3.2.1.～3.2.2.では、非常に大きな影響力を持ち続けている、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、敢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。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、3.2.3.以下で行うことにする。

3.2.1. 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³⁶⁴。彼らがここで鍵概念とする「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い。こうした彼らの構想の背後には、プラグマティズムがあるからである³⁶⁵。彼らは次のように述べる。

³⁶⁴ Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, p.288. リチャード・ローティヤルース・イリガライのプロジェクトと結びつけようとする、Lenart Škof (2012) “On Democratic Experimentalism: Toward Culture of Love and Non-Violence”, 9 *Contemporary Pragmatism* 287

³⁶⁵ 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）、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、岡本裕一朗（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、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・プラグマティズムの法学に対する近年の注目すべき応用例として、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

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。³⁶⁶

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、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。

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。³⁶⁷

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。

³⁶⁶ 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、パースとの連続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採っているとする、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は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。『实在』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）

³⁶⁷ ジョン・デューイ（1957）『評価の理論』磯野友彦訳、関書院、pp.82-83

……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。³⁶⁸

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彼らの領域（法学や行政学）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³⁶⁹。

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）。³⁷⁰

そして、セイベルらは、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

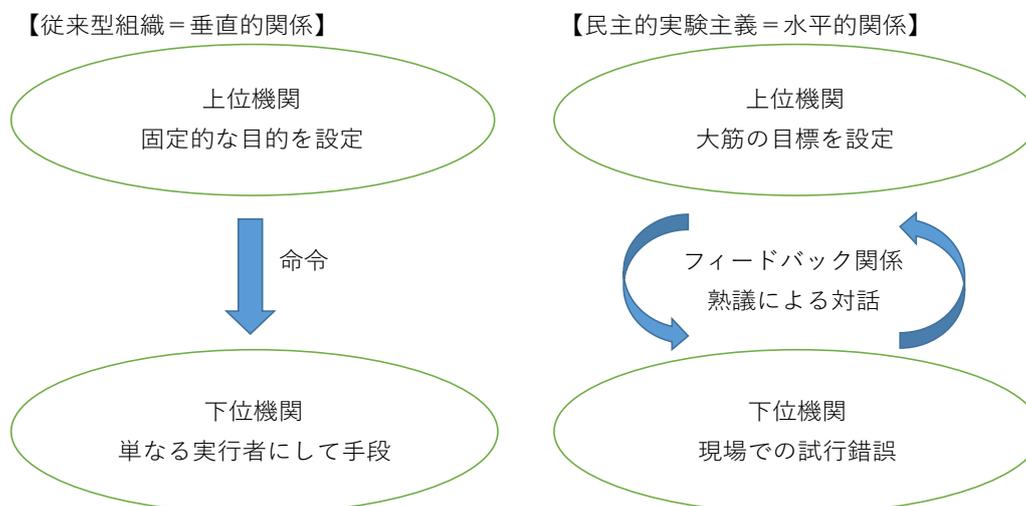
³⁶⁸ デューイ『哲学の改造』p.154

³⁶⁹ 金澤『『新しい憲法秩序』なるものの一考察』p.138

³⁷⁰ Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, p.320

name)」であると定義した上で、分権的統治機構についての彼らの構想は、こうしたポリアーキーの持つ特徴を有しているのだと主張するのである³⁷¹。

以上の議論を簡潔に図示すれば、以下のようになるだろう。



3.2.2. 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³⁷²、と考えた読者も少なくないだろう。確かに、政治学や行政学と重複する点はあるものの、民主的実験主義は法学外の議論では決してない。すなわち、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、以上で論じてきたような議論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。

いまや古典的な難問として、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

³⁷¹ 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つて、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。

³⁷² 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

憲審査)によって覆せるのか、という問題である³⁷³。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)として捉えることで、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。³⁷⁴

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³⁷⁵。

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んによって判断される。³⁷⁶

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ないか審査する場として、裁判所は機能する。民主

³⁷³ 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ことが指摘されている(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)。

³⁷⁴ Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, p.401

³⁷⁵ 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。

³⁷⁶ Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, p.400

の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。

こうした裁判所のイメージは、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³⁷⁷。ドラッグ・コートについては、日本においても少なくない紹介・検討が行われているが³⁷⁸、ここでは丸山泰弘らの解説を引用しておこう。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。³⁷⁹

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³⁸⁰。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。

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。以下で見て

³⁷⁷ Ibid., pp.401-402, また、Michael Dorf and Charles Sabel (2000) “Drug Treatment Courts and Emergent Experimentalist Government”, 53 *Vanderbilt Law Review* 831

³⁷⁸ 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

³⁷⁹ 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

³⁸⁰ 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)構想は民事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)。

いくように、3.2.3.2.で取り上げるようなケースワーカーの実践の他、3.2.5.で触れる食品衛生に関与する行政機関における実践なども適用例として考えられている。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³⁸¹。

3.2.3. 他学派との関係

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。しかしながら、彼らが他の議論から何を摂取し、そして自らをいかにして差別化しているかを十分に明らかにしていないために、そのイメージや位置付けが掴みにくかったのではないかと思われる。よって、以下では民主的実験主義と類似し、また関係の深い学派を三つ取り上げ、セイベルらがそれらをどのように論じているか、見ていくことにする。

3.2.3.1. リーガル・プロセス学派

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³⁸²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) ³⁸³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。

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、

³⁸¹ 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

³⁸² Hart and Sacks, *The Legal Process*

³⁸³ 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 卷 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 卷 2 号、pp.244-264

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。³⁸⁴

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、現にセイベルとサイモンは、「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³⁸⁵。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³⁸⁶。

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り、判例を大きく変更するに至る³⁸⁷。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ことになったのであり、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³⁸⁸。

³⁸⁴ 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発展」『北大法学論集』31巻2号、p.334

³⁸⁵ Sabel and Simon, “Democratic Experimentalism”, p.485

³⁸⁶ Ibid., pp.485-486

³⁸⁷ 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——ヒューズ第11代長官の時代」『日本法学』第79巻第4号

³⁸⁸ 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

このように、裁判所が民主主義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、類似しつつも異なっている。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。民主的実験主義は、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り、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。

このように、民主的実験主義は、リーガル・プロセス学派と類似し、また連続しているのであるが、必ずしもそれに還元できるものではないのである。

3.2.3.2. ストリート・レベルの官僚制

3.2.1において見てきたように、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)」論（第一線公務員論³⁸⁹）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「ストリート・レベルの官僚」とは誰を指すのか、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、「職務の恒常的一日常的要素として、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³⁹⁰。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念頭に置かれている。現場で働く彼らは、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

（強調は原文）

³⁸⁹ 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）。

³⁹⁰ 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』三一書房、p.55

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³⁹¹。

さて、ストリート・レベルの官僚制論との異同について、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³⁹²。

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、明確化しているのが、それらを確認しよう³⁹³。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・レベルの官僚制論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。民主的実験主義では、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ではない。児童の家族や弁護士、セラピストなどとの協働的な決定が肝要となる。公務員の行動は、必ずしも影で個人的に行われているわけではなく、協働を可能とするような制度設計によって変化するのであり、それゆえ集団としての次元を考慮する必要があるのである。

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。ストリート・レベルの官僚制論では、諸機関の相互コミュニケーションはあまり重視されないが、民主的実験主義ではそうではない。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、民主的実験主義では、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・レベルの官僚制論においては、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。

³⁹¹ 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

³⁹² Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, pp.320-321

³⁹³ Charles Sabel and William Simon (2011) “Minimalism and Experimentalism in the Administrative State”, 100 *Georgetown Law Journal* 53, pp.90-93

最後に、公的主体（公務員）を主とするストリート・レベルの官僚制論と異なり、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・レベルの官僚制論との差異である。セイベルらは、リーガル・プロセス学派に対してよりも明らかに距離を取ろうとしているが、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い。リーガル・プロセス学派との関係性と同様に、民主的実験主義とストリート・レベルの官僚制論は、異なりつつも連続的なものとして理解し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付けるようになっている³⁹⁴。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³⁹⁵。民主的実験主義者は、そうしたありうる解釈の内、一定の類型のストリート・レベルの官僚制論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³⁹⁶、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。

3.2.3.3. 新ガバナンス論

アメリカ行政法を論じる中で、藤谷武史は次のように述べている。

アメリカ行政法学においても伝統的には公私二元論が強固であったが、1980年代以

³⁹⁴ 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

³⁹⁵ 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。

³⁹⁶ 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。

降の規制緩和・規制改革を経て、規則制定手続と執行過程における双方向的な公私協働、公的任務の民間化が進行しており、この新たな行政のあり方が、“collaborative governance”、“new governance”等の概念で論じられている。これらの概念を用いる論者は、関心や力点の所在は各々異なるものの、ニューディール型の行政国家・福祉国家の限界に対応し、より効率的・実効的な社会管理を実現する手段として、公私の双方向的な協働の仕組みを基本的には肯定しつつ、そこに伴う答責性の欠如や私人の権利保護水準の低下の懸念にどう対応するか、という問題意識を共有している。³⁹⁷

ここで“collaborative governance”、“new governance”として語られているもの（以下では総称として「新ガバナンス論」を採用する³⁹⁸）は、まさに、先に民主的実験主義として、本稿で説明してきたものではないかと思われるだろう。民主的実験主義と新ガバナンス論は、全く同じものなのか。あるいは何らかの差異を持つのだろうか。

藤谷は、新ガバナンス論の基底的な民主主義観の一つとして、民主的実験主義を位置付けている。アメリカの公法学者の主張——「民主制の諸規範（democratic norms）」と公的任務における民間化の間に相克が生じるという主張——に言及しつつ、藤谷は次のように述べる。

……「民主政」も一義的ではない。例えば、行政過程における私人の参加、公私の協働、多様な実践の許容、柔軟性、失敗からの学習可能性などの意義を強調する「New Governance」論は、「民主的実験主義（democratic experimentalism）」の考え方を有力な思想的基盤の一つとしている。³⁹⁹

このように、民主的実験主義は、1980年代以降に発展してきた行政国家・福祉国家改革、とりわけ公私の協働性を強調する議論の一つの思想的基盤として発達してきたのだ、と整理される。民主的実験主義の論者たちも、こうした新ガバナンス論との親和性や結びつきを肯定しており⁴⁰⁰、この整理は妥当なものであるとあってよいだろう。

³⁹⁷ 藤谷武史（2010）「多元的システムにおける行政法学——アメリカ法の観点から」『新世代法政策学研究』7号、pp.142-143

³⁹⁸ “new governance”を訳したものだが、こちらを総称として採用するのは、オーリー・ローベルの次のような整理に依拠するからである。すなわち、新ガバナンス論は、昨今興隆する多様な理論の総称であり、①非国家主体の参加の増加、②公私協働、③市場競争・多様性、④脱中心化、⑤政策領域との統合、⑥非強制的（「ソフトロー（soft law）」の多用）、⑦融通性と継続的学習、⑧協調という八つの特徴を持つものを指す（Orly Lobel (2004) “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, 89 *Minnesota Law Review* 262 及び Orly Lobel (2012) “New Governance as Regulatory Governance”, in David Levi-Faur (ed.) *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press)。

³⁹⁹ 藤谷「多元的システムにおける行政法学」 pp.145-146

⁴⁰⁰ 例として、新ガバナンス論と民主的実験主義を相互互換的に用いつつも、トップダウン的ではなくボトムアップ的なイメージを示すためには民主的実験主義という用語のほうが好ましいとする、

しかし問題は、昨今の新ガバナンス論で括られるところの改革全てを、民主的実験主義が許容するものかどうかである。この点について、セイベルとジョナサン・ザイトリンは、次のように述べている。

実験主義は、伝統的な垂直的ガバナンスから区別されるだけでなく、同様に、プリンシパル・エージェント関係の強化に傾倒する、他の現在の改革運動からも区別される。ニュー・パブリック・マネジメント (NPM) のようなトップダウン式であろうが、分離型、あるいは「相互作用型 (interactive)」ガバナンスのようなボトムアップ式であろうが、それらからは区別されるのである。〔すなわち、〕実験主義は、伝統的な垂直的ガバナンスや NPM がそうであるように、政策構想と行政上の執行の明確な分離に基づいてはいない。また、相互作用型ガバナンスのように、ローカルなコミュニティや市民会議の下で、政策構想と行政上の執行を溶けあわせて一つにしてしまうこともない。そうではなく、民主的実験主義は、反復的で多元的な目標設定と修正のサイクルを通じた、目的と手段の相互的な (reciprocal) 再定義に基づくのだ。それは、明確に流動的な「ネットワーク・ガバナンス」の実践を構造化することによって、なされるのである。⁴⁰¹

この引用にあるように、従来のニューディール的な垂直的ガバナンスのみならず、その批判にも用いられるプリンシパル・エージェント理論もまた、民主的実験主義者が批判すべき対象として挙げられている。プリンシパル・エージェント理論の何が民主的実験主義にとって問題なのだろうか。この引用を補足・敷衍しておこう。

まずは、プリンシパル・エージェント理論の概要を確認しよう。プリンシパル・エージェント理論とは、よく知られているように、主人 (依頼人・プリンシパル) と代理人 (エージェント) の関係として制度分析を行おうとするものである。この理論によれば、民主主義 (民主政) は次のように記述されることになる。

市民はプリンシパルであり、政治家は彼らのエージェントである。政治家はプリンシパルであり、官僚は政治家のエージェントである。官僚制の上位機関はプリンシパルであり、下位機関は上位機関のエージェントである。従って、政治全体が、プリンシパル・エージェント関係の連鎖により構築されている [といえる]。⁴⁰²

Michael Wilkinson (2007) "Between Constitutionalism and Democratic Experimentalism? New Governance in the EU and the US", 70 *The Modern Law Review* 680, p.681、新ガバナンス論の最良の解釈が民主的実験主義であるとする、William Simon (2010) "New Governance Anxieties: A Deweyan Response", 2010 *Wisconsin Law Review* 727, pp.727-728

⁴⁰¹ Charles Sabel and Jonathan Zeitlin (2012) "Experimentalist Governance", in Levi-Faur (ed.) *The Oxford Handbook of Governance*, p.175

⁴⁰² Terry Moe (1984) "The New Economics of Organization", 28 *American Journal of Political Science* 739, p. 765

こうした捉え方は、伝統的な垂直的ガバナンスのイメージに近いものだといえる。しかしながら、ここで注意が必要なことは、プリンシパル・エージェント理論が、こうしたトップダウン式のみならず、ボトムアップ的なガバナンス、新ガバナンス論と思われるものに対しても適用可能であることである。たとえば、住民自治にこの理論を適用した場合の分析は、次のようになる。

……住民自治組織に、「プリンシパル・エージェント関係」を敷衍したとき、プリンシパルは住民自治組織の構成員であるコミュニティの住民である。プリンシパルであるコミュニティ住民は、住民自治組織の目的である、住民間の親睦や伝統慣習の行事、安全・安心の相互扶助などの事業遂行のために、組織のまとめ役・世話人を選ぶ。これがエージェントということになる。⁴⁰³

このようにして、プリンシパル・エージェント理論は、新ガバナンス論においても影響力を持ち、広く用いられているのである⁴⁰⁴。さて、それではプリンシパル・エージェント理論の何が問題だと、民主的実験主義者らは主張するのか。彼らが問題視するのは、プリンシパル・エージェント理論に基づけば、目標策定者である主人（プリンシパル）と、その実行者である代理人（エージェント）が明確に区別・分離されてしまうことである。民主的実験主義においては、直接熟議的ポリアーキーが理想とされていることを思い出そう。そこでは、目標策定者と実行者が完全に分離されるようなことはなく、同じ問題解決にあたる協働的な主体として捉えられ、実践（実験）の中で、目標と手段が入り交じり、互いに修正していくのであった⁴⁰⁵。こうした関係性の捉え方は、プリンシパル・エージェント理論と対極をなすものであろう。

ただし、注意が必要なのは、このようにプリンシパル・エージェント理論を批判するからといって、セイベルらの先の引用中でも述べられているように、「政策構想と行政上の執行を溶けあわせて一つにしてしまう」ことを、民主的実験主義はよしとしないことである。同じ問題解決に臨む主体であっても、それぞれは個別の主体であり、それぞれ個別の知識を持つ。さらに、3.2.3.2.の児童保護におけるモニタリング評価で見たように、一般的ではあるが、何らかの外的な評価基準が設定されているため、政策目標の策定が、場当たりの行政機関の執行に還元されることもない。あくまで、民主的実験主義が称揚するのは相互作用性であり、同一化ではないのである。

このように、民主的実験主義は、新ガバナンス論の一つとして整理されうる。しかしなが

⁴⁰³ 吉川富夫（2011）「ガバナンス論にかかる理論的・歴史的考察」『県立広島大学経営情報学部論集』第3号、pp.104-105

⁴⁰⁴ マーク・ベビア（2013）『ガバナンスとは何か』野田牧人訳、NTT出版、pp.67-72

⁴⁰⁵ 本稿 3.2.1.

ら、民主的実験主義者によれば、それは同じく新ガバナンス論として整理されうる他の議論の全てを許容するものではない、ということになる。

しかし、こうしたある種バランスのとれた、中道を行くような構想は、自身の議論の境界線を曖昧なものにしてしまうという効果がある。果たして、民主的実験主義の掲げるところの「実験」の内実は、どのようなものなのだろうか。この点については、後に改めて論じていくことにしたい⁴⁰⁶。

最後に、ガバナンスの射程・範囲についても付言しておこう。昨今のガバナンス論興隆の背景として、グローバル化の進展と、それに伴い多くの諸問題が一国内で対処できるものではなくてきたことが挙げられる（いわゆる「グローバル・ガバナンス論」の興隆）⁴⁰⁷。金融一つをとっても、たとえば銀行に要求される自己資本比率について、バーゼル銀行監督委員会という国際機関が決定的な影響力を持っている。環境汚染や公害の領域においても、地球温暖化といった規模の大きいものについては、一国でどうにかできるものでは既がない。一国内における国家のように、世界政府のような絶対的な存在がない状況下で、果たしてどのようなガバナンスが可能であるのかが、現在問われている。民主的実験主義は、国内のみならずこうしたグローバルな事例においても適用できるのだろうか。

可能である、というのが民主的実験主義の答えである。世界政府は存在しないとしても、相対的に上位の主体と下位の現場レベルの主体を区別できる以上、それらの垂直的・水平的な熟議と、ピア・レビューといったモニタリングによって、完全なトップダウンでもなく無秩序でもないガバナンスが可能になる、と民主的実験主義者は主張する⁴⁰⁸。こうした民主的実験主義的ガバナンスの可能性は、国内におけるそれほどクリアではなく、十分に事例を検証できている段階にはまだないが、現在、少なくとも研究がこうした可能性を論証しようとしている⁴⁰⁹。これらの詳細な検討・紹介については、紙幅を非常に多く割くことを要し、議

⁴⁰⁶ 本稿 3.2.5.

⁴⁰⁷ 言及すべき文献は数多いが、最近の基本書として、鈴木基史（2017）『グローバル・ガバナンス論講義』東京大学出版会を挙げておく。なお、グローバル・ガバナンスと国内におけるガバナンスは明確に分離されるという趣旨で、グローバル・ガバナンスという語を用いたわけではない。さしあたり、行政学における次のような記述を参照。「こうした〔新たな〕ガバナンス研究の展望は、翻って考えてみるならば、21世紀の時代潮流であるグローバル化によって、新たな政治的意味空間が生み出されているなかで生まれている。そこでは、これまで主体としての位置づけを得られていなかった個人をはじめ、団体も国家も、営利団体も非営利団体も、政府機関も非政府組織も、相互のコミュニケーションを情報技術の急速な発達と普及のなかで、直接容易に、そして縦横無尽に行うことが可能になってきている。……そのように考えると日本行政学は、もはや一握りの国家エリートや知識人を自らのアクターとして固定的に予定することも、またそのアクターが活躍する空間を国家間の関係性を意味する国『際』化の次元に限定して理解することも、時代錯誤となっている」（堀雅晴（2017）『現代行政学とガバナンス研究』東信堂、pp. v-vi）

⁴⁰⁸ Gráinne de Búrca (2010) “New Governance and Experimentalism: An Introduction”, 2010 *Wisconsin Law Review* 227, Charles Sabel and Jonathan Zeitlin (eds.) (2010) *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford University Press, Gráinne de Búrca et al. (2014) “Global Experimentalist Governance”, 44 *British Journal of Political Science* 477

⁴⁰⁹ Chiara Armeni (2015) “Global Experimentalist Governance, International Law and Climate Change Technologies”, 64 *International and Comparative Law Quarterly* 875, Gabrielle Goldstein and Christopher Ansell (2018) “Experimentalist Governance in Global Public Health:

論が大きく脇道に逸れてしまうことになるため、また別の機会に譲ることにしたい。

3.2.4. メタ制度としての民主的実験主義

以上、セイベルらの民主的実験主義が他の類似する学派に対して、どのような評価を与えており、どのような関係にあるのかを検討してきた。そこで明らかとなったのは、民主的実験主義が、他と区別される新規性を持ちつつも、多くの類似点を持っているということである。民主的実験主義も無から生まれたものではなく、多くの先達や同時代の議論と少なからず重なり合う点を多く持っている。

しかし、それではなぜ、民主的実験主義は現在になって流行したのであろうか。言い換えれば、なぜ現代派法思考が深化する現在において、民主的実験主義は有力な地位を持つに至ったのか。それは、3.1.2.で論じたように、現代派法思考の求めるボトムアップ的な要素を持つ実験概念に、民主的実験主義が対応したからである、というのが本稿の答えである。

しかしながら、ここで一つの疑問が浮かんだのではないか。すなわち、序論において示した現代派法思考の特徴と、民主的実験主義を特権化する本稿の主張は矛盾するのではないか、という疑問である。改めて述べておけば、現代派法思考の特徴は、非総合的に古典派法思考と社会派法思考が混交しており、群雄割拠するいずれの議論も抜きん出していないということであった。それにもかかわらず、なにゆえセイベルとドルフの著作が時代を象徴するようなものということができるのか。

以上のような疑問は一見尤もなものであるが、民主的実験主義が、多くの法理論が共存・競争するためのメタ的な制度構想として理解できると考えれば氷解する。なぜ民主的実験主義は、現代派法思考の時代にとりわけ注目され、また適合的な制度構想だといえるのか。理由はこうである。すなわち、民主的実験主義が、実体的判断を原理的・公理的に導出するのではなく、熟議という手続を中心に据えることで、群雄割拠する理論同士の対話を促進するものであるからだ。ドゥオーキンの権利論やリアリズム法学、法実証主義や自然法論、フェミニズム法学や「法と経済学」などが、裁判所やその他の場で、様々な主体によって問題解決のために熟議される、そうしたメタ的な枠組みを民主的実験主義は提供しているのである。

確かに、民主的実験主義は、ドゥオーキンの権利論やリアリズム法学といった個々の理論に対して批判的である⁴¹⁰。たとえばドルフは、ドゥオーキンの主張が独白的であり熟議的でないことや、裁判官の純粋な法適用か、あるいは恣意的な法創造か、という旧来型の問いに囚われてしまっていることなどを批判している⁴¹¹。しかしながら、こうしたドゥオーキンの

The Case of UNAIDS”, 35 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 219

⁴¹⁰ Dorf, “Legal indeterminacy and Institutional Design”, part II, III

⁴¹¹ Ibid., pp.913-915, 971

主張が、問題解決の場において熟議の対象となり、現に問題解決に資するように変形されるのであれば、熟議の場に登場すること自体を否定することはできないはずである。問題とされるのは、恒久的な公理・原理からの演算によって実験することなくあらゆる事象が解決可能だ、という思考であり、公理・原理の存在それ自体ではない⁴¹²。

なお、関連して、プラグマティズムに依拠する法学者であり、「法と経済学」の雄としても知られるリチャード・ポズナーの法実践及び法理論を、民主的実験主義の陣営に引き入れているブライアン・バトラーの議論が興味深い。銃規制や同性婚禁止の違憲性が問われた判例などに触れ、憲法起草者の原意を探ろうとする原意主義と比較しつつ、ポズナーの理論は「情報を豊富にする法理学」である、とバトラーは高く評価する。すなわち、バトラーによれば、ポズナーは、なぜ銃規制が必要なのかといった問題の判断にかかる費用便益分析を実施するために、多様な実証的証拠を当事者に要求することで、裁判所を実りある熟議の場に行っているのである⁴¹³。

このように、問題解決に向けた取り組みに資するか否かこそが重要なポイントなのであり、先んじて個々の理論を排してしまうことは、民主的実験主義を裏切ることになる。いわば、民主的実験主義は、それぞれの理論が、自身の優位性を示すために競争し、またときに変容が迫られる、そうした「場」そのものを指すのである。こうした意味で、民主的実験主義はメタ的な制度構想なのであり、同時に、大文字の民主的実験主義が存在するのではなく、問題解決が求められる状況に応じて、多くの、様々な、小文字の民主的実験主義が立ち現れうる。そこで理論同士の競争・対話によって、それぞれの理論が深化し、総合されていく可能性を見出すことが可能となる⁴¹⁴。民主的実験主義とはそうした構想なのである。

なお、以上のような総合の試みについては、学者・学問の世界において行うべきである、という反論がありうるので、先んじて回答を述べておく。まず、学者・学問の世界と実務の世界をそれほど明確に区別することはできない。現に、多くの法学者が裁判上で多くの意見書を提出しており、学者と実務家の交流も行われていることは、周知のとおりである。次に、学者・学問の世界と実務の世界を区別するとしても、理論と呼ばれるべきものが全て学者の世界にあるとは限らない。いわゆる法学の世界から離れた実務家であっても、その胸の内に体系的な信条がある可能性は否めない⁴¹⁵。最後に、学者・学問の世界が必ずしも熟議的であるとは限らない。学者・学問の世界においても、集団分極化が問題を生んでいることは否め

⁴¹² セイベルらが依拠するデューイは次のように述べている。「作成されるプランにしても、再構成の行動の手引として人間が立てる原理にしても、それはドグマではない。それらは、実践のうちで作られる仮説であって、私たちの現在の経験に必要な手引を与え得るか否かによって、拒否され、修正され、拡張されるものである。」(デューイ『哲学の改造』87-88)

⁴¹³ Butler, *The Democratic Constitution*, chapter 3

⁴¹⁴ 民主的実験主義が多様であるゆえに、理論の総合は世界的な統一ではなく、一定の収斂という形になる。これについては、本稿 3.2.5.も参照されたい。

⁴¹⁵ そうした例として、秋葉忠利(2019)『数学書として憲法を読む——前広島市長の憲法・天皇論』法政大学出版局

ないのではないように思われる⁴¹⁶。民主的実験主義が、「民主的」という語をわざわざ冠しているのは、法をエリート・専門家の独占物とするのではなく、人々全体のものとするということの意味しようとしてのことなのである。

3.2.5. 再帰化する民主的実験主義——民主的実験主義を実験する

以上のようにメタ制度として民主的実験主義を位置付けることの意味を、ここで少し補足しておきたい。メタ制度として位置付けるということは、それが無謬のものとして永続化するということを意味しない。たとえば、熟議によって、理論が総合されていくと、ア prioriに断言することは不可能であろう。日常的な経験からいっても、話せば話すほど互いに溝が深まるといったことは珍しくない。それゆえに、実際、セイベルとドルフが強く依拠する、いわゆる「熟議」に基づく構想は、ときに楽観的だと批判される⁴¹⁷。この点については、今後、実証研究が積み重ねられていくことになろうし、既にそうした取り組みは始まっている⁴¹⁸。

要するに、こうした研究動向に従うならば、民主的実験主義の有効性もまた、それ自体実験に付されていくべきものなのである。「再帰性 (reflexivity)」——民主的実験主義もまた特権化されず実験の対象となること⁴¹⁹——は、民主的実験主義を刷新・更新・深化していくに際し、不可欠な概念・思考方法となるであろう。以下では、そうした研究の一つとして、ダニエル・ホウによる論文を簡単に紹介することにした。

ホウは、2017年に、副題を「民主的実験主義の実験 (An Experiment of Experimentalism)」とする論文「ピア・レビューは機能するのか? (“Does Peer Review Work?”)」を公刊した⁴²⁰。ホウはまず、アメリカ行政の実務において、現場における個々職員の判断の違いによつ

⁴¹⁶ たとえば、筆者が専門とする批判法学との例を挙げれば、アンドリュー・アルトマンの『批判的法学研究——自由主義的批判』(Andrew Altman (1990) *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton University Press) といった少数の例外を除き、批判法学と主流派との生産的な対話はほとんど行われていなかったように思われる (Jack Balkin (1991) “Ideology as Constraint”, 43 *Stanford Law Review* 1133, p.1133)。日本における数少ない生産的な対話の一例として、那須耕介 (2001) 「法の支配を支えるもの」『撰南法学』第 25 号

⁴¹⁷ そうした批判とそれに対する応答については、さしあたり田村哲樹 (2017) 『熟議民主主義の困難』ナカニシヤ出版

⁴¹⁸ 同上の他、田中愛治編 (2018) 『熟議の効用、熟慮の効果——政治哲学を実証する』勁草書房、法学において注目すべき業績として、ジョン・ガスティル他 (2016) 『市民の司法参加と民主主義——アメリカ陪審制の実証研究』ダニエル・フット監訳、日本評論社

⁴¹⁹ 「再帰性」についてはアンソニー・ギデンズの定義・主張が著名であろうが、再帰性の意味は拡散し、様々な形で論じられるようになっていく (中西真知子 (2013) 「再帰性の変化と新たな展開——ラッシュの再帰性論を基軸に」『社会学評論』64 卷 2 号)。本稿ではこうした展開には立ち入らず、本文のとおり、民主的実験主義それ自体も実験による検証の対象となるという意味で再帰性を用いる。

⁴²⁰ Daniel Ho (2017) “Does Peer Review Work?: An Experiment of Experimentalism”, 69 *Stanford Law Review* 1

て、あまりに大きな差異が生まれていることを指摘する。たとえば、移民の受入判断につき、現場の判断者によって、高い者は 90%程度で受入を許可しているのに対し、低い者は 6%程度しか許可していない。こうした裁量による差異は、特許審査や社会保障関係業務など、様々な領域においても見られ、ホウがここで研究の対象とする食糧安全保障においても問題視されている。行政法は、何度も改正され、整備し直されてきたが、こうした不平等・不公正な実態をほとんど是正できていない、とホウは診断する⁴²¹。

そこでホウが注目するのが、民主的実験主義であり、民主的実験主義において中心的手法とされているピア・レビューによるモニタリングである。ピア・レビューにより、こうした極端に分化している裁量のあり方を収斂させ、改善することができるのではないかと、というのがホウの仮説である。

しかし、意外なことに、従来の研究において、この仮説は十分に検証されているとは言い難い。ホウの主張するとおり、民主的実験主義の実行可能性や実証性に対する疑義は、従来から提示されてきたにもかかわらず、である⁴²²。『実験主義』や『実験室』としての政府（州）についてのあらゆる言説において、そうしたガバナンスにかかる主張を実際に実験的な検証にかけた研究が一つもないということは、皮肉なことである」とホウは非常に辛辣な批判を述べている⁴²³。

ホウの批判の趣旨は、民主的実験主義の実証研究が存在しない、ということではない。民主的実験主義についての実証的な研究は少なくなく、たとえば、セイベルは、フィンランドの教育制度改革⁴²⁴を事例とし、その成功の原因が、フィンランドの教育文化といったものにあるのではなく、民主的実験主義的制度の導入にあるという研究を行っている。フィンランドにおいては、現場の教育者や教育機関に大きな権限が与えられ、個別の生徒に対する特別教育などが実施されているが、これは無軌道に行われているわけではない。採用の段階で、

⁴²¹ Ibid., pp.5-10, 99-102. 日本においても状況はほぼ同じであり、法令に縛られているはずの公務員が多くの裁量を持つことがかなり以前から指摘されてきた。たとえば次のような記述を参照。「公務員の仕事は、法をはじめとする無数の形式（規準）のジャングルのなかの仕事のようなものである。しかも、それらの形式は……形式を適用するものの主観的な判断（裁量）をよりこませる余地を含んでいる。さらに、無数の形式のなかに相互に矛盾するものもすくなくない。そういう一連の条件のもとでは、公務員は……形式のジャングルのなかから自分の御都合にとって好ましい一つの（あるいは若干の）形式をえらびとって、それを最大限に活用するというをやる。」（足立忠夫（1978）『職業としての公務員——その生理と病理』公務職員研修協会、pp.203-204）

⁴²² Ibid., pp.22-27. そこで引用されている文献を一部ここにも記載しておく。William Scheuerman (2004) “Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy”, 17 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 101, Errol Meidinger (2008) “Competitive Supragovernmental Regulation: How Could It Be Democratic?”, 8 *Chicago Journal of International Law* 513

⁴²³ Ho, “Does Peer Review Work?”, p.98

⁴²⁴ フィンランド教育は、日本でも盛んに研究されており、ある種のブームにすらなっている（竹内里欧（2016）『近代主義の残像』としてのフィンランド教育ブーム」佐藤卓己他編『学習する社会の明日【岩波講座 現代 第8巻】』岩波書店）。ゆえに膨大な先行研究があるが、さしあたり、肯定的なものとして、福田誠治（2012）『フィンランドはもう「学力」の先を行っている——人生につながるコンピテンス・ベースの教育』亜紀書房、批判的なものとして、柴田勝征（2012）『フィンランド教育の批判的検討——学力の国際比較に異議あり！』花伝社

教育者に高い知的水準を要求すると共に、校長や教育心理学者、教員や行政の代表などで構成される団体により、教育内容にかかるピア・レビューが実施され、教員が互いに学び合う環境ができています。学校間の連携につき多少難があるとして留保を付けるものの、民主的実験主義的な実践として、セイベルはフィンランドの教育制度改革を高く評価する⁴²⁵。

ハウが批判するのは、このフィンランドの事例になぞらえて述べれば、なぜ民主的実験主義の導入がフィンランド教育の成功へとつながったのか、その因果関係が明確でないことである。セイベルの研究は、デンマークを比較対象として挙げているものの、厳密な統制の下で因果関係を見たものではなく、デンマークとフィンランドにおける教育制度改革の結果の差が何に起因するかは断言できない。たとえば、財政基盤や子供の数の違いなどが決定的な要因かもしれないのである。

そこでハウは、食中毒の可能性や因果関係を判断している行政機関を対象に、ランダム化比較試験（Randomized Controlled Trial）⁴²⁶を実施した。すなわち、当該行政機関の職員を、ピア・レビューを導入するグループと導入しないグループにランダムに振り分け、その後実務上どのような変化が出るかを調べたのである⁴²⁷。

結果は、ピア・レビューの導入は、裁量幅の収斂に効果がある、というものであった。たとえば、食品管理の危険度などを分類するルールの適用につき、職員間で一致する確率が導入前は35%であったが、導入6週間後には51%にまで上昇した⁴²⁸。また、様々なグループを超えたピア・レビューによる熟議は、グループ間の敵対関係を増幅させることはなく、逆にグループ間の結束を高める効果があることや、技術の相互学習を促進することも明らかになった⁴²⁹。

もちろん、ハウも意識しているとおり、この研究には一定の限界がある⁴³⁰。ランダムにサンプリングしているといっても、その範囲はあくまで研究対象となった行政府の管轄区に限られている。ゆえに、他の場所や領域において同じ結果が得られるとは限らない。また、ピア・レビューの実施には時間と費用がかかるが、それらが得られる利益を上回るといえるかは、別途論じる必要があり、民主的実験主義的な枠組みをあらゆる制度において採用せよ、ということにはならない。

⁴²⁵ Sabel, “Rethinking the Street-Level Bureaucrat”, pp.125-137. 関連する文献として、Charles Sabel et al. (2011) *Individualized Service Provision in the New Welfare State: Lessons From Special Education in Finland*, Helsinki: SITRA Studies 62

⁴²⁶ 「ランダム化比較試験とは、影響を調べたい要因に関して、他の要因（交絡因子）による影響を受けないようにする

ため、対象を実験群と対照群（統制群）に無作為に割付けて行う実験デザイン」のことを指す（惣脇宏（2010）「英国におけるエビデンスに基づく教育政策の展開」『国立教育政策研究所紀要』第139集、p.165）。

⁴²⁷ 本リサーチ・デザインの概要については、Ho, “Does Peer Review Work?”, pp.49-59. なお、本稿で紹介しているのはハウの実験の一部であり、詳しい内容については当該論文を参照されたい。これは実験結果についても同じである。

⁴²⁸ Ibid., p.61

⁴²⁹ Ibid., pp.71-72

⁴³⁰ Ibid., pp.73-78

しかしながら、ここで強調したいのは、民主的実験主義はそれ自身を特権化することなく、自身の有効性を問えるし、問うていくべきだということである。繰り返すが、本稿は、民主的実験主義を現代派法思考下におけるメタ制度として位置付けるものであるが、それはメタ制度が完全無欠で普遍化可能であるということの意味していない。理論の総合という道を進むに際し、民主的実験主義がどれほど現状有効なものであり、またありえるのかは、今後も検証していくべき課題なのである。

3.2.6. 民主的実験主義における実験——実験の三類型

続いて考えたいのは、民主的実験主義における「実験」のより具体的な意味である。先に見てきたように、民主的実験主義における「実験」とは、ローカルな組織や個人と上位の組織などが、熟議や相互モニタリングを通じて互いに協力し、問題解決にあたり様々なパターンを試行することで、目的それ自体が変容していく、そのような実践を指すのであった。しかしながら、これで民主的実験主義における実験が明晰なものになっているといえるかといえば、いまだ明らかに不十分であろう。次のような疑問が直ちに思い浮かぶ。実験は一種類なのか、あるいはいくつかのパターンがあるのか。実験には失敗が付きものであるように思われるが、どれほどの失敗が許容されるのか。実験にふさわしくない領域があるのか否か。上位機関による介入はどれほど許されるのか。実験によって目的自体が修正されていくというが、全くランダムに拡散していくものなのか——。こうした数多くの疑問について、本稿は未だ答えていない。以下では、クリストファー・アンセルらによる「実験」概念の類型論⁴³¹を参照することで、こうした疑問について答え、民主的実験主義の含意を明らかにしていくことにしたい。

アンセルらは、昨今の社会科学における実験主義——民主的実験主義はその内の一つである——の台頭について、それらがプラグマティズム、とりわけパースとデューイに強い影響を受けていることに言及する。そして、ドナルド・ショーンの実験論⁴³²に主として依拠しつつ、「『もしそうしたらどうなるか』という問いを立て、学習する意図を持って、行動を起こすこと」が、「実験」という概念の最大公約数であると述べる⁴³³。この定義は、確かに曖昧なものであるが、その曖昧さが多様性を生み、逆に強みとなるのだと主張した上で⁴³⁴、社

⁴³¹ Christopher Ansell and Martin Bartenberger (2016) “Varieties of Experimentalism”, 130 *Ecological Economics* 64, Christopher Ansell and Martin Bartenberger (2018) “The Diversity of Experimentation in the Experimenting Society”, in Ibo van de Poel et al. (eds.) *New Perspectives on Technology in Society: Experimentation Beyond the Laboratory*, Routledge

⁴³² ドナルド・ショーン (1983) 『省察的実践とは何か——プロフェッショナルの行為と思考』柳沢昌一＝三輪健二監訳、鳳書房

⁴³³ Ansell and Bartenberger, “The Diversity of Experimentation in the Experimenting Society”, p.38

⁴³⁴ Ibid., pp.38-41

会科学における実験を三つに類型化する⁴³⁵。三類型は、それぞれ「統制の実験 (Controlled Experimentation)」、「ダーウィンの実験 (Darwinian Experimentation)」、「生成実験 (Generative Experimentation)」と名付けられている。順に見ていこう。

まず、統制の実験とは、「原因と結果についての妥当な推論のために」行われることによって特徴づけられるものである。すなわち、端的には、ある処置を施したグループ(実験群)と、そうした処置を施していないグループ(統制群)を比較対照することで、そうした処置にどのような効果があるのか因果関係を探る、というのが、統制の実験の基本的発想である。非常に大雑把に言えば、たとえばタバコに健康上の害があるか否かは、タバコを吸うグループとタバコを吸わないグループに分けて比較することによって明らかになる、と統制の実験の試験者は考える。本稿で、先にホウのランダム化比較試験を取り上げたが、これは統制の実験の典型例といえる。こうした実験によって、因果関係が明確化されることになり、たとえばタバコは健康上の害がある、といった「仮説が非常に確からしいと演繹しうる」ようになる。すなわち、統制の実験においては、まず正しさが推定される仮説があり、それを検証する、という順番が基本となっている⁴³⁶。

これに対し、ダーウィンの実験は、「演繹的というよりは帰納的、すなわち試行錯誤に基づく学習に依拠する」ものである。つまり、ダーウィンの実験は、様々な場所で様々な人々が多くの試行錯誤(実験)を行う中で、何らかの良き革新(innovation)が結果的に発生することを重視する。統制の実験は、正しい因果関係を導き出すために、比較対照するグループに多くの統制をかけて少数の間での比較を好むが、ダーウィンの実験において重要なのは、革新が発生する可能性の向上させるもの、すなわち試行錯誤のヴァリエーションの規模や数である。また、進化論において環境に適応できなかった動物が死滅していくのと同様に、多くの試行錯誤が失敗に終わることをかなり直裁に承認することも、ダーウィンの実験の特徴である⁴³⁷。

最後に、生成実験であるが、これは一つの特定的問題・事例について、試行錯誤を繰り返していくことで、解決策を作り出す(generate)ことを目的としたものである。生成実験は、統制の実験と同じく一つの事例を取り扱うものであるが、その主眼は妥当な因果関係の探求ではなく、試行錯誤のフィードバックの中で新たな解決策を探し出すことにある。こうした解決策の模索にあたり、使用される推論の形式は、仮説それ自体の生成を促すアブダクションであり、革新的なアイデアの創出を、生成実験は望むのである。ダーウィンの実験との違いについてであるが、ダーウィンの実験が、多くの数、大きな範囲での多様な試行錯誤(実験)を奨励して競わせるのに対し、生成実験は、一つの実験の形式に集中し改良を加えていくことを目指す。ゆえに、ダーウィンの実験のように、失敗して消失していく試行錯誤が多数存在するという事態を、生成実験は認めるものではない。また、他の二つの実験において

⁴³⁵ Ibid., pp.41-47, Ansell and Bartenberger, "Varieties of Experimentalism", pp.66-70

⁴³⁶ Ansell and Bartenberger, "Varieties of Experimentalism", p.66

⁴³⁷ Ibid., p.66-68

は、基本的条件を整えた後は介入しないことが原則となるが、生成実験では積極的な介入によって問題解決を図ろうとすることも、重要な違いとして挙げられている⁴³⁸。

実験の三類型をまとめた、アンセルらに作成された図を若干改変したものを以下に掲載しておくので⁴³⁹、適宜参照願いたい。

【実験の三類型の比較】

	統制実験	ダーウィンの実験	生成実験
特徴	<ul style="list-style-type: none"> ・原因と結果の妥当な推論を探る ・可能な限り条件をコントロールする ・外的妥当性（一般化可能性）のある知見の探求 ・演繹的 	<ul style="list-style-type: none"> ・多くの試行による多様性を志向 ・最適な実践を見つけ出すが、多くの失敗を予期する ・帰納的 	<ul style="list-style-type: none"> ・「成功」目標と共に、原型となる案を繰り返し再定義する ・新たな解決策を発見し考案する ・「成功」の意味はしばしば利害関係者の期待に合致するかに依拠 ・アブダクティブ
失敗の許容度	<ul style="list-style-type: none"> ・高い（実験の実施者は結果に影響を与えてはならない） 	<ul style="list-style-type: none"> ・非常に高い（少数のヴァリエーションしか成功しない） 	<ul style="list-style-type: none"> ・低い（実験の実施者は成功のために努力する）
革新的な案の創出 vs 現状分析	<ul style="list-style-type: none"> ・両方 	<ul style="list-style-type: none"> ・両方 	<ul style="list-style-type: none"> ・革新的な案の創出
観察 vs 介入	<ul style="list-style-type: none"> ・実験初期における介入 	<ul style="list-style-type: none"> ・介入よりも観察 	<ul style="list-style-type: none"> ・介入による継続的改良
実験の例	<ul style="list-style-type: none"> ・ランダム化比較試験 ・自然実験、疑似実験 	<ul style="list-style-type: none"> ・並列試験及びベンチマーキング ・迅速な実験（rapid experiment） ・シミュレーション 	<ul style="list-style-type: none"> ・デザイン実験 ・パイロットプロジェクト ・PDIA

なお、これら三つの類型は、他の多くの類型論と同じく、具体的な例を考えた場合に、明確な形で区分できるとは限らない。これらの類型は、ある特徴を際立たせることによって示された、ある種の見取り図（理念型）として考えるべきだろう。アンセルらが複合的・重複的な例としてあげるのは、まさしく本稿で主題となっている民主的実験主義である。

民主的実験主義の文献は、同時遂行の実験を促進するダーウィンの論理を採用するものだとして、先ほど説明した。しかしながら、生成実験のように、民主的実験主義

⁴³⁸ Ibid., pp.68-69

⁴³⁹ Ibid. p.70. なお、自然実験を統制実験の一部と考えてよいのかなど、若干疑問を覚える点もあるが、ここでは置く。自然実験の教科書的な説明は次のとおりである。自然実験は、「調査者による意図的な介入ではなく、他者が与えた、あるいは自然にもたらされた要因の影響を検証するものであり、「統制群を設けて実験群との間に被験者を無作為に割り当てることができないため、……実験が持つ強み——因果関係の推論における高い内的妥当性——を備えている」とは言いがたい」（野村康（2017）『社会科学の考え方——認識論、リサーチ・デザイン、手法』名古屋大学出版会、p.90）。

は、継続的で反復的な改善のプロセスにも思いをめぐらせているのである。すなわち、手段と目的は固定されておらず、熟議的・協調的な状況下で柔軟に調整されていく〔と民主的実験主義は想定する〕。それゆえ、実際の実験的実践が、しばしば異なる理念型の論理を組み合わせていることは、明らかである。⁴⁴⁰

このように、アンセルらの考察によれば、民主的実験主義は、ダーウィンの実験と生成実験の二つを採用し、組み合わせて議論を展開している、ということになる。そして、実験の中でもランダム化比較試験が最良のものとされることが少なくないが、民主的実験主義は、ランダム化比較試験を金科玉条にするべきではなく、教育現場で用いられている「デザイン実験 (design experimentation)」と呼ばれるアプローチ⁴⁴¹から着想を得るべきだと、アンセルは個人の論文で主張している⁴⁴²。

確かに、先に見てきたケースワーカーや食品衛生にかかる行政実務において、まずは個々のケースワーカーや、食品衛生の監察官らが、それぞれ多くの活動を行っていることが前提とされていた。当初彼らに多くの裁量を認め、様々な実践を行わせ、よって失敗する可能性を少なからず承認する点で、これはダーウィンの実験に該当すると評価してよいだろう。その上で、ピア・レビューを導入し、熟議による互いの啓発を促進して、反復的・継続的な改善を推進するあり方は、生成実験の考え方に近い。

しかし、アンセルらの考えるように、民主的実験主義において、統制実験が用いられないかといえば、そうではないように思われる。先に取り上げた、セイベルらのフィンランド教育研究を思い出そう⁴⁴³。ランダム化比較試験ほどには十分な統制が行われていないものの、セイベルらはフィンランドの比較対象としてデンマークを挙げているのであった。これは確かに、対照実験とは呼べず、単なる比較にすぎないともいえるだろうが、しかし少なくとも、民主的実験主義はこうした対照群を設けるという考え方を排除していないといえる。また、ホウの研究は、民主的実験主義の有効性を外部から検証したものとも考えられるが、民主的実験主義にランダム化比較実験を取り込むべきだ、という主張として理解することも可能である。もし後者のように解されるならば、現在の民主的実験主義が、ダーウィンの実験と生成実験という二つの実験類型しか持たないのだとしても、潜在的に統制実験を導入する余地は十分にある。ゆえに、本稿では、民主的実験主義は、これら三類型の組み合わせであると考えられる。

しかし、このように民主的実験主義には三つ全ての実験が含まれてしまうとすると、類型

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ デザイン実験とは、「繰り返し実践を行いながら授業のデザインのための原則や要素技術を導出する研究方法」のことを指す（大島律子＝大島純（2016）「協調学習理論に基づく授業設計の理解」大島純＝益川弘如『学びのデザイン——学習科学』ミネルヴァ書房、p.150、詳しくは同論文参照）。

⁴⁴² Christopher Ansell (2012) "What Is a 'Democratic Experiment'?", 9 *Contemporary Pragmatism* 158

⁴⁴³ 本稿 4.

化して考えることの意味がなくなってしまうのではないか。こうした懸念を持たれるかもしれないが、それは杞憂にすぎない。ここで主張したいのは、三つの実験が全て混同されるということではなく、実験の対象や目的によって使い分けられ、組み合わせ方も変化する、ということである。これによって、本節冒頭に掲げた問いに答えることができるようになる。

それではまず、実験は一種類なのか、あるいはいくつかのパターンがあるのか、という疑問について考えてみよう。この類型に従えば、明確に区分できるものとして三つ（統制実験、ダーウィンの実験、生成実験）、二つの類型を組み合わせたものが三つ（統制実験＋ダーウィンの実験、統制実験＋生成実験、ダーウィンの実験＋生成実験）、三つを組み合わせたものが一つ（統制実験＋ダーウィンの実験＋生成実験）、合計七つのパターンがあるということになる。

続いて、以下の一群の問いについても見ていこう。実験には失敗がつきものであるように思われるが、どれほどの失敗が許容されるのか——。また、実験にふさわしくない領域があるのか否か——。そして、上位機関による介入はどれほど許されるのか——。

先に見てきたように、ダーウィンの実験の場合は失敗をかなり許容し、生成実験の場合は（最終的な）失敗をほとんど許容しない。統制実験はその中間である。むしろここでの問題は、いかなる場合に、どの実験を用いるかであろう。たとえば、原子力発電にかかるガバナンスを実施するに際し、ダーウィンの実験や統制実験を用いることはできない。なぜなら、失敗による損害は治癒不可能なほどに大きいと考えられるからである。よって、原理的で確実な解決策が存在しない場合（そしてそれでもなお原子力発電を行うとなった場合）は、生成実験に委ね、モニタリングを強化せざるをえない⁴⁴⁴。

以上のようなリスクの高低に応じて、ダーウィンの実験や統制実験を生成実験と組み合わせていく、というのが一つの定型となるだろう。3.2.5.において、ホウが統制実験を食品衛生にかかる行政に適用したのを見た。確かに、食中毒といった損害は無視してよいものではなく、ときに死者すら出すことがある。しかし、原子力発電と比較するに、失敗を重ねても革新的な良いアイデアを見つけ出すことは、許容されてもよいだろう。

ここで注意が必要なのは、これらの諸類型の選択及び組み合わせ可能性は、状況に応じて制限される、ということである。たとえば、ダーウィンの実験に比して、統制実験や生成実験は、実験者、とりわけ上位の組織による多くの介入が必要となるが、こうした介入能力を十分に持つ主体が存在しない場合がある。政府の統治能力が十分でないこともあるであろうし、いわゆるグローバル・ガバナンスの文脈を考えれば、世界政府が不在であるがゆえに、統制実験や生成実験の実行が難しくなることは想像に難くない。

⁴⁴⁴ なお、たとえばサイモンの処方箋は、トヨタの生産方式などを参考に応用・発展させたもので、事故がたとえ発生していないとしても、何らかの危険が生じた場合は、それらの情報を集積・分析することで、明るみを出していない事故原因を事前に探り当てるといえるものである（William Simon (2012) “The Institutional Configuration of Deweyan Democracy”, 9 *Contemporary Pragmatism* 5, p.18)。また、Dorf and Sabel, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, pp.371-373 も参照。

以上から明らかなように、民主的実験主義の実験は、それ自体で全てを解決するような万能の道具ではないし、リスクをある程度コントロールすることもできるとしても、完全に回避できるようなものでもない。研究室における自然科学の実験とは異なり、大きく社会的な文脈に依存するのである。民主的実験主義は、こうした限界の前にただ立ちすくむしかないのだろうか。

しかし、以上の実験概念において、まだ語られていないものがある。すなわち、ヴィジョナリー性の問題である。人々はどのようにして実験を考え出し、なぜそれを実行しようとするのか。これを考えるに際し、ヴィジョナリー性に基づく、人々の制度的想像力という問題は避けて通れないように思われる。後に見ていくように、これこそアンガーが最も強くこだわったのがこの点であり、そして、セイベルといった他の民主的実験主義者と袂を分かった点である。この点に、こうした危機の発生を乗り越える可能性を見出すことができるかもしれない。というのも、想像力の涵養は、実験によって発生しうる危機を事前に察知すると共に、危険性の低い実験のレパートリーを増やすことにつながり、そして実験の範囲を狭めている環境それ自体を変革することを可能にするかもしれないからである。これについては、次節以降、ここまで論じてきたセイベルらの民主的実験主義と、批判法学及びアンガーの連続性・親和性を検討した後に、もう一度論じることにはしたい。

3.3. 民主的実験主義と批判法学の対立？

以上、セイベルらを中心に論じた場合の民主的実験主義を、少々詳しく紹介・検討してきた。それではいよいよ、彼らの構想は、批判法学、そして後期アンガーの構想である民主的実験主義の系譜にあるものと考えられるのか、という点を見ていくことにしたい。

まずは、彼らの批判法学一般に対する評価から見てみよう。総じてその評価は非常に厳しいものである⁴⁴⁵。セイベルとドルフは共著論文である「民主的実験主義の憲法」において次のように述べ、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

⁴⁴⁵ ただし、先にセイベルらと並ぶ民主的実験主義の代表的論者であるサイモンは、元々、批判法学者の一人であり、批判法学に対するあからさまな攻撃は見られない。批判法学に参加していた当時の代表的著作として、William Simon (1984) “Visions of Practice in Legal Thought”, 36 *Stanford Law Review* 469 (なお、Allan Hutchinson (ed.) (1989) *Critical Legal Studies*, Rowman & Littlefield に再録されている)

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。⁴⁴⁶

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⁴⁴⁷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。

448

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。

以上のような批判法学に対する批判は当たっているだろうか。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、批判法学の一部を不当に一般化しており⁴⁴⁹、批判法学の理解について少なからぬ誤解があることから、彼らの批判は的を外したものとなっている。先に既に示したように、批判法学は、多様な類型と、それらの組み合わせによる集合体として考えるべきなのである⁴⁵⁰。批判法学一般に対する批判は、いわゆる藁人形論法に終わることが多い。

さらに言えば、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⁴⁵¹。なぜタシュネットの観点から、民主的実験主義は好ましいものに見えるのか、もう少し深読みすることもできる。民主的実験主義のメルクマールの一つは裁判所を熟議の場としてとらえることであるが、裁判所が熟議の場となるあり方一つではないし、またそれゆえに特権的な熟議の場ではないはずである。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

⁴⁴⁶ Dorf and Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", p.274

⁴⁴⁷ Mark Tushnet (2003) *The New Constitutional Order*; Princeton University Press. タシュネットの議論については、本稿 4.2.も参照。

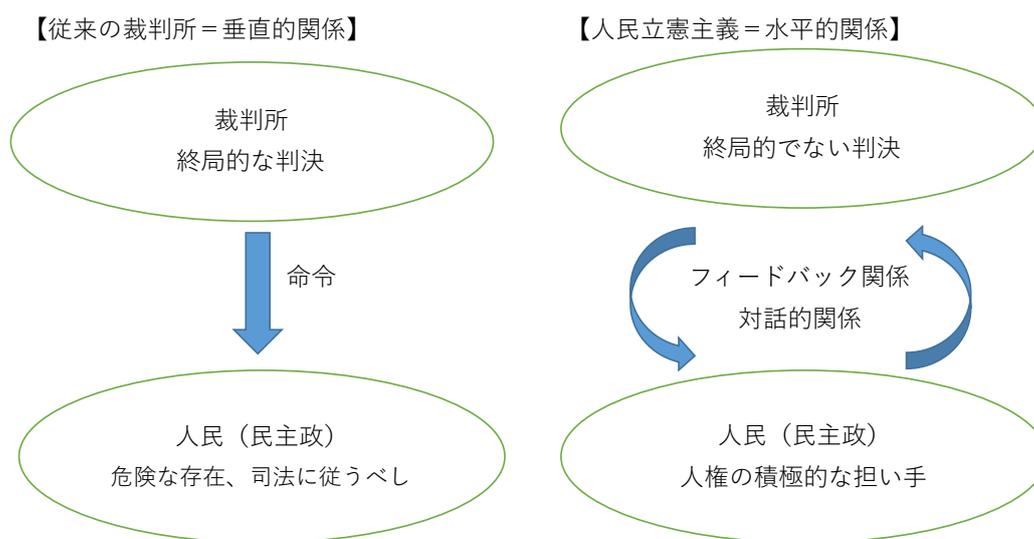
⁴⁴⁸ Michael Dorf (2004) "After Bureaucracy", 71 *University of Chicago Law Review* 1245, p.1250

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ 本稿 1.

⁴⁵¹ Mark Tushnet (2012) "Reflections on Democratic Experimentalism in the Progressive Tradition", 9 *Contemporary Pragmatism* 255

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るのである⁴⁵²。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⁴⁵³、民主的実験主義とタシュネットの構想は決して矛盾せず、むしろ相性が良いものと考えられる。試みに、人民立憲主義の構想を簡潔に図示しておくが、これと 3.2.1. で提示した図を比較したとき、その親和性は明らかであろう。



本稿は、制度論という観点から批判法学と民主的実験を連続的に見ることができると考えるものであるが、制度論と批判法学の親和性を語る論者が筆者以外にもいるのは、決して偶然ではないのである⁴⁵⁴。

3.4. アンガーとセイベルらの異同

3.4.1. 親和性と共通点——とりわけ脱安定化権について

以上では、批判法学一般との関係や親和性について論じたが、以下では、より具体的にアンガーの民主的実験主義と、セイベルらの民主的実験主義との関係を見ていこう。

アンガーは、既に 1996 年の時点で民主的実験主義を提唱しているが、1998 年出版のセ

⁴⁵² Mark Tushnet (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press. タシュネットの主張については、本稿 4.2. も参照されたい。

⁴⁵³ 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)。

⁴⁵⁴ 吾妻「Roberto Unger の批判法学批判」、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

イベルとドルフの共著論文には、民主的実験主義の概念につき、アンガーに対する言及は見られない。当該論文中でのアンガーへの言及は二箇所あり、一つは冒頭でのお決まりの謝辞⁴⁵⁵、もう一つは、全ては中立ではありえないと主張する論者として名前を挙げられている⁴⁵⁶。アンガーとセイブルは、友人関係にあり、謝辞にあるように討論も行っていたようであるから、これは非常に奇妙なことである。セイブルらは、アンガーの概念からは距離を取ろうとしている、ということであろうか。

しかしながら、両者の文献には、相当の共通点や共鳴する点があるように思われる。これは本稿の解釈・整理となるが、2.3.2.以下や3.2.以下で述べてきたことをまとめ直す形で、三点挙げておこう。第一に、セイベルらもアンガーも共に、絶対的な原理や基礎を設定しないという点である。セイベルらは、手段と目的の相互作用性を強調する。すなわち、当初目標を設定するとしても、それは手段を実行に移す中でフィードバックを受け、刻々と修正されていくと考える。それゆえ、上位機関が絶対の目標を掲げ、それを単に下位機関に受注するという旧来型のモデルを、セイベルらは峻拒するのであった。アンガーがこれに首肯することは想像に難くない。アンガーが目的とするのは、新たなヴィジョナリー性の開花である。実験は、単に仮説を検証するためのものではなく、その実験という行為の中で、いまだ気付かれていない可能性を発見し、それを開花させるために行うのである。それゆえ、アンガーの枠組みにおいてもまた、手段と目的は相互に溶け合い、行為の中から新たなヴィジョナリー性が現れてくるということになる。

第二に、法の担い手を従来よりも広く捉えるという点である。旧来型のモデルでは、裁判官こそが終局的な解決者であり、〈裁判官はいかに判決を下すべきか〉が中心的な問いとされ、いわゆるドグマティックが発達することになった。セイベルらもアンガーも、共にこうしたモデルに反論を加える。セイベルらによれば、裁判官はこうした終局的な解決者となる必要はなく、熟議における一主体として、問題解決の協力者の一人となることができるのである。また、セイベルらの考察は、行政機関における上位機関と下位機関の関係にまで及び、下位機関にも積極的な法的主体性を認めるものであったが、これも法の担い手を広く捉えようとする姿勢の表れであるといえよう。一方のアンガーも、法の担い手は他ならぬ市民であると喝破したのであった。そして、アンガーによれば、法解釈の本義は、裁判における紛争解決にあるのではなく、ヴィジョナリー性を刺激し、民主主義を過熱することにあるのである。

第三に、第二の点とも強く関連するが、司法を民主主義に親和的なものとして構築・解釈しようとする点である。セイベルらの枠組みにおいては、裁判官は、憲法やその他の法の番人というよりは、直接熟議的ポリアーキーに参画する民主的主体として位置付けられている。これによって、ビッケルの提唱したいわゆる反多数決主義という問題は解消されるのであった。一方のアンガーは、憲法的枠組み——市場権、逸脱権、脱安定化権、連帯権とそこ

⁴⁵⁵ Sabel and Simon, “Democratic Experimentalism”, p.267

⁴⁵⁶ Ibid., p.413

から導かれる統治機構——を設置しつつも、それを客観的原理・基礎として措定することはない。そうした権利の実質的な機能もまた、民主的実験の中で明らかにされていくものなのであり、よって司法の民主主義が徹底されたものとなっている、と考えることができるだろう。

以上、セイベルらの民主的実験主義とアンガーの民主的実験主義における共通点を三つ挙げたが、これらは筆者の整理によるものである。しかしながら、両者を明確につなげる一つの概念がある。すなわち、アンガーが提唱した、脱安定化権である。先の概論では触れなかったが、セイブルとサイモンは、その名も「脱安定化権 (“Destabilizing Rights”）」という共著論文を執筆し、アンガーの議論を発展させようとしている⁴⁵⁷。この論文の内容を確認しておこう。

2.3.2.3.で既に少し触れたように、「大規模な組織や社会的慣行の拡張された領域は、日常的な紛争による脱安定化効果に閉ざされたままになっており、それゆえに隔離されている権力と優位性の階層構造を維持しているのであるが、これらを押し開くことによって、市民の利益を保護する」ことを目的とする権利、これがアンガーによる脱安定化権の定義であった⁴⁵⁸。より簡潔に言い換えれば、通常では異議申し立ての対象とならず、無傷のまま残存している不平等に積極的に介入して是正する権利、ということになるだろう。セイベルらによれば、実験主義モデルに基づく「公共訴訟 (public law litigation)」という構想こそが、アンガーの脱安定化権を具体化・正当化し、そして洗練したものだという⁴⁵⁹。

ここで日本法においては聞き慣れない概念——公共訴訟——が出てきたので、若干の補足しておこう。これは、人種分離制度にかかる訴訟や、受刑者の権利にかかる訴訟の発展を受け、1970年代にエイブラム・シェイズによって提唱・概念化されたものであるが⁴⁶⁰、次のような特徴を持つものとされる。大沢秀介がシェイズの議論を敷衍しているので、少々長くなるが、それを引用しておこう。

(1) 訴訟の範囲は外因的に与えられるのではなく、主として裁判所と当事者によって決定される。(2) 当事者構造は、厳密に左右対照的なものではなく、不規則に拡大し無定型なものである。(3) 事実審理は過去へと遡る司法的なものではなく、将来へと向かう立法的なものである。(4) 救済は実体上の責任から論理的に引き出された過去の権利侵害に対する補償とみなすことはできず、判決の影響は直接の当事者に限らない。救済は将来を考慮した柔軟で大まかな救済手段の線に沿ってアド・ホックに形成され、(判決の影響は訴訟に) 参加しない人々 (Absentees) を含めて多くの人々

⁴⁵⁷ Charles Sabel and William Simon (2004) “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, 117 *Harvard Law Review* 1015

⁴⁵⁸ Unger, *False Necessity*, p.537

⁴⁵⁹ Sabel and Simon, “Destabilizing Rights”, p.1056

⁴⁶⁰ エイブラム・シェイズ (1978) 「公共的訴訟における裁判官の役割」 柿嶋美子訳『アメリカ法』1978-1

に重大な結果をもたらす。(5) 救済手段は強制的に与えられるというより、交渉により取り決められる。(6) 判決後も裁判所の事件に対する関与はなくなる。(7) 裁判官は受動的な存在ではなくなる。裁判官は事件に適用される法規の分析と叙述を行うだけではない。裁判官は事実評価を信頼しうるものとし、さらに公正かつ実行可能な効果をもたらすように、訴訟を組織し形成する責任を有する行動的な存在である。(8) 訴訟の対象は、私的権利についての私人間の争いではなく、公共政策の内容に対する不満である。⁴⁶¹

立法的志向を強く持ち、交渉を称揚するこうした特徴からも、脱安定化権との親和性が十分に窺えよう。しかし、この概念の初出は1976年であり、アンガーやセイベルらの登場を待つまでもなく、既存の主張に「脱安定化権」というレッテルを貼っただけだ、ということになるのではなかろうか——。そうはならない、とセイベルらは主張する。単なる公共訴訟ではなく、民主的実験主義のモデルに基づく、というのがポイントである。セイベルらの見るところ、従来の公共訴訟は、命令—統制 (command-and-control) モデルの考え方を強く残しており、ひとたび交渉が終わったならば、上位者たる裁判所の命令を、命令を受けた者や機関が忠実に実行する、ということが前提とされていた。つまり、従来の議論は、垂直的モデルを前提にしてしまっているのである。それに対し、民主的実験主義は、大枠の目標を設定するが、その達成の方法については現場にかなりの裁量を与えると共に、利害関係者の関与の下で、長期的に変更していくことを予定している。すなわち、民主的実験主義は、水平的なモデルなのである⁴⁶²。

そしてセイベルらは、完全な形ではないにせよ、こうした実験主義的な公共訴訟は既に現れてきており、不平等の改善につながっているのだという。彼らの挙げている例の一つである、マウント・ローレル事件を簡単に見ておこう⁴⁶³。当該事件で問題となったのは、ゾーニングによる貧困層の実質的な排除である。すなわち、ニュージャージー州にあるマウント・ローレルという自治体では、税収構造の関係などから、アパートや小規模住宅の建設を禁止するゾーニングが実施されており、それによって実質的に貧困層が居住することができないという状況にあった。これを問題視した全米黒人地位向上協会 (National Association for the Advancement of Colored People, NAACP) が、こうしたゾーニングは平等条項を定める州憲法に違反するとして、訴訟を提起したのである。州最高裁は、当該ゾーニングを違憲とし、「少なくとも現在及び将来の地域における〔居住に対する〕需要にかかる、公平な負担 (fair share) の限りで」、自治体は低所得層の人々にも居住への機会を確保する義務を負

⁴⁶¹ 大沢秀介 (1980) 「公共訴訟をめぐる若干の考察——現代アメリカ社会と司法の積極的役割」『法學研究：法律・政治・社会』53巻7号、pp.37-38

⁴⁶² Sabel and Simon, “Destabilizing Rights”, pp.1019-1020

⁴⁶³ S. Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel, 336 A.2d 713 (1975), S. Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel, 456 A.2d 390 (1983) という二つの判決を指す。

うとした。ただし、「ある自治体が、特定の状況においてこうした義務を負わないという重い立証責任」を果たした場合はその限りではないという留保も付け加えられた⁴⁶⁴。これによって、貧困層にも居住への権利が（完全とはいえないまでも）拡充されることになったのだが、本稿との関係で重要なのは、当該判決が包括的で明確な基準を提示していない点である。「公平な負担」にせよ、義務免除の「立証責任」の範囲にせよ、あくまで指針の役割しか果たしていないために、多くの交渉は、実際の自治体や市民団体、施工業者といった当事者交渉や訴訟手続の中での熟議に委ねられることになる。そして実際に裁判所は、そうした熟議の場となったのである⁴⁶⁵。

このように、セイベルらは、アンガーの議論を引き継ぎ、積極的に発展させようとしている。両者は、同じ民主的実験主義として、共闘できる可能性を十分に秘めているのである。しかしながら、両者に大きな違いがあることもまた事実であり、それを看過するわけにはいかないであろう。以下では、両者の対立点、そして、両者のどちらの主張に説得力があるか、という問題を考えていくことにしたい。

3.4.2. 対立点——デューイに対する評価をめぐって

先に見たように、セイベルらの民主的実験主義の背景にある思想は、デューイらのプラグマティズムである。アンガーも、セイベルらと同じくプラグマティズムに依拠することを表明しており⁴⁶⁶、セイベルとの共同プロジェクトも進行していたようである⁴⁶⁷。しかしながら、古典的プラグマティストら先達に対する評価は、セイベルらに比して非常に厳しく、この点がアンガーとセイベルらとの間の大きな違いだといえるだろう。

最も対立が明確になっている、デューイに対する評価について触れておこう⁴⁶⁸。アンガーによれば、デューイの思想には、相反する二つの考えが含まれているという。すなわち、「偶然性の海の中で道を切り開く、抵抗する主体としての自己」という考えが一方にあり⁴⁶⁹、他

⁴⁶⁴ 336 A.2d 713, pp.724-725

⁴⁶⁵ Sabel and Simon, “Destabilizing Rights”, pp.1050-1052

⁴⁶⁶ Unger, *The Self Awakened* の副題は、「束縛から解放されたプラグマティズム (Pragmatism Unbound)」である。

⁴⁶⁷ Roberto Unger (2003) “The Hidden Difference”, unpublished, available at <http://www.robertounger.com/en/2017/01/18/the-hidden-difference-2003/> (2019/12/10 アクセス)

⁴⁶⁸ なお、本稿では、アンガーやセイベルのデューイ解釈が正しいかについては論じない（アンガーのデューイ解釈を問題視する例として、Larry Hickman (2010) “John Dewey's Naturalism as a Model for Global Ethics”, 25 *Synthesis Philosophica* 9, pp.12-14）。両者のすれ違いは、デューイの議論の正しい読み方にあるのではなく、その先、すなわちデューイが提示しているとされる進化的要素に対する評価にある。この対立は、たとえデューイ解釈が誤ったものであったとしても成立する。

⁴⁶⁹ たとえば次のような記述を参照。「私たちは、過去を繰り返すだけではいけないし、偶然が私たちに変化を強いるのを待っているだけではいけない。私たちは、新しい、より優れた経験を未来に構成するために、過去の経験を利用するのである。」（デューイ『哲学の改造』p.88）

方に、「彼が主人ではない進化論の物語に投げこまれた、心を持った有機体」という発想がデューイの中にはある⁴⁷⁰。前者の考えは、主体の力を強調するものであるが、後者は「進化のための道具」として自己を単なる客体・手段に貶めてしまうのだ、とアンガーは主張する。主体による変革を強調するアンガーは、「徹底化したプラグマティズム (radicalized pragmatism)」を掲げて前者を強調し、デューイのプラグマティズムを乗り越えようとするのである⁴⁷¹。

一方、セイベルは、「私の良き友人であるロベルト・アンガーは、[デューイに対して] あまり寛容ではない」と述べ⁴⁷²、デューイに対してより好意的な評価を示し、アンガーの批判から擁護しようとする。セイベルによれば、全てを原理的に見通すことができると考えている理論を除き、人間の行為性についての理論は、こうした進化論的な要素を必要とする。すなわち、「結果は、意図と制約の反復的な相互作用によってこそ形成される」のであり、真理は中間にある、とセイベルは説くのである⁴⁷³。

ここで、セイベルのアンガー批判は若干誤解を含むものであることには注意が必要である。すなわち、セイベルの理解に反し、アンガーは非意図的な行為の存在と意義を肯定している⁴⁷⁴。

しかしながら、主体の意思の力にどれほど重きを置くかという問いを立てたときに、アンガーの答がセイベルに比し、意思に対して大きな信頼を寄せたものになることは間違いないだろう。両者の対立は、単なる誤解に還元できるものではない。

さて、アンガーとセイベル、両者の主張のどちらに説得力を感じるだろうか。セイベルだ、という人が少なくないのではないか。確かに、セイベルの主張はバランスがとれており受け入れやすいものであるように思われる。主体がときに状況の道具となる——状況に規定される——のは事実であろう。しかしながら、こうした事実を直裁に承認してしまうのか、あるいはそれに少しでも抗おうとするのか、ここに大きな違いが生じる。哲学者であるレナート・スコフは、アンガーによるデューイ批判を読み解き、その核にあるのは、「希望 (hope) は経験 (experience) を超えていかなければならない」という確信であるという⁴⁷⁵。人々の

⁴⁷⁰ これはデューイの自然主義的傾向を指しての批判だと思われる。デューイの自然主義の意味するところについては、加賀裕郎 (2009) 『デューイ自然主義の生成と構造』晃洋書房を参照。若干長いが、まとめ部分を引用しておく。「デューイの〔自然主義の〕用法には、少なくとも次の意味が含まれている。(a) 超自然的ないし非自然的なものの区別の否定。…… (b) 科学的認識の方法と成果を尊重し、哲学と科学を連続的に捉えること。(c) 自然 (物理的自然と人間的な自然) の可能性を根拠なく信頼すること。自然は、ある根拠に基づいて受容されるのではなく、あるがままに受容される。…… (d) 『題材の導きに従う』ということ。この意味での『自然主義』は、『知識の自然史』としての論理学、ダーウィンの『発生的方法』に対して適用される。」(同上 p.382)

⁴⁷¹ Unger, *The Self Awakened*, pp.34-35

⁴⁷² Charles Sabel (2012) “Dewey, Democracy, and Democratic Experimentalism”, 9 *Contemporary Pragmatism* 35, p.52

⁴⁷³ Ibid.

⁴⁷⁴ たとえば、Unger, *False Necessity*, Verso, pp. 294-302

⁴⁷⁵ Lenart Škof (2010) “On Progressive Alternative: Unger versus Žižek”, 49 *Synthesis Philosophica* 93, p.96. デューイのアンガーとは対照的な記述を挙げておく。「有機体と環境との相

経験があまりに希薄化され、限定されてしまっているのだとしたら、どうだろうか。状況を打破せんとする精神の力、すなわち希望の力が必要となるのではないか。こうした希望の力を、アンガーの用語法では、ヴィジョナリー性というのであった。

指摘されれば当然のことに思われるかもしれないが、民主的実験主義には、暗黙の前提がある。それは、実験を行おうとする主体が既におり、また、実験すべきアイデアが存在し、今後も存在するだろうという前提である。こうした前提は、もはや成立しえなくなっているのではないか。つまり、人々のヴィジョナリー性は、失われつつあるのではないか。こうした懸念ゆえに、アンガーは敢えて主体の力——想像力——を強調する議論を展開している、というのが本稿のアンガー解釈である。

3.4.2.1. 実験の前提としての想像力

ここで、世界の現状に対する、アンガーの分析を確認しよう。

……世界中あらゆるところにおいて、今日、次のような経験がなされている。すなわち、ネオリベラルのプログラムに対する、また、一つの民主的・市場制度のシステムへと収斂するという、ネオリベラル特有の信条に対する信頼できる代替案を構築する際の、枯渇と困難という経験である。⁴⁷⁶

アンガーの考えによれば、そもそも実験すべきアイデアが枯渇しようとしている。それが今日の経験なのである。もちろん、ここまで見たように、現代派法思考の下では多くの理論が提示されており、それゆえに民主的実験主義が求められているのである。しかしながら、なぜそれらの諸理論は群雄割拠状態にとどまっているのか。それは、アンガーからすれば、それらの理論のほとんどは代替案として不十分か、ネオリベラリズムの変種にすぎないからだ、ということになる。ただ単にネオリベラリズム内で理論が数多く提示されるだけでは無意味であり、ネオリベラリズムの外へと超えていくものが重要なのである。変革に対する絶望や恐怖ゆえに、既存の形態形成構造の内部にとどまろうとする反ヴィジョナリー性の下での実験ではなく、ヴィジョナリー性の開花こそ重要だ、とアンガーは言うのだ。

アンガーによれば、民主的実験主義は、二つの希望 (hope) によって構成されるものであるという。一つは、「実践上の進歩 (practical progress) と、個人の解放という要求の条件が重なり合う場所を見つけ出すこと」である⁴⁷⁷。すなわち、技術的な進歩などが、人々の幸

相互作用が、環境の利用を保障するような適応を生むというのは、一つの根本的事実、基礎的な範疇である。認識というのは、その確立された場合の重要性がいかに圧倒的であろうとも、発生的には第二次的な派生的な地位に追いやられる。」(デューイ『哲学の改造』p.79)

⁴⁷⁶ Unger, *Democracy Realized*, p.3

⁴⁷⁷ Ibid., p.5

福を阻害することがあってはならない、ということだ。この鍵となるのは、「集団学習 (collective learning)」であり、既存で当たり前とされ、硬直化している制度を実験にさらして、より良き実践を皆で探し出していくことにより、この希望を満たすことができるとアンガーは考える⁴⁷⁸。この主張は、先に見てきた民主的実験主義者たちにも共通するものだと考えてよいだろう。

ここで注目すべきなのは、二つ目の希望である。その希望とは、「一般の人々 (ordinary people)」が主体性を発揮し、制度や自分自身を変革していくことができるというものだ。

「民主主義は、無気力なネーションへの、歴史の狡知による思わぬ贈り物として、継承していくものではありえない」とアンガーは述べるが⁴⁷⁹、ここにアンガーの民主主義観・主体観が最もよく表れているとあってよい。アンガーにとって、民主的実験主義それ自体も、意図せぬ形で自動的に実現されるわけではなく、勝ち取っていくべきものである。アンガーは言う。

我々は、民主的実験主義者として考え、行動するのに、新たな社会理論の〔示す〕真理に我々が同意するのを待つてはいられない。我々は、我々の努力とコミットメントが要求する理想を見つけ出さなければならず、社会的現実と歴史的経験が無効としてしまう、いかなる思い込みも作り出さないよう努めなければならないのである。⁴⁸⁰

主語が「我々」であることに注意しよう。社会的世界は客観的な記述によって変化するのではない。変化させるのは、他でもない「我々」なのである。理論よりも先に主体とその実践が存在する。一般の人々という主体が活動する中で、民主的実験主義それ自体も形成されていく。これがアンガーの強調する民主的実験主義のメッセージである。

民主的実験主義の核となる協働的な熟議も、自動的にもたらされるものではない。現代派法思考をもたらず一因となった批判法学も、運動としては内部分裂を起こしたことは1.1.4.でも確認したとおりである。そして、従来の対立的な訴訟関係から協働的な熟議へと向かう、という民主的実験主義のテーゼが正しいとしても、個別の事例を見ればそれは決して平坦な道ではない。そこには、関係当事者の様々な努力と工夫が見られるのである⁴⁸¹。民主的実験主義は、我々の不断の実践、試行錯誤を要請する。

そしてアンガーは、民主的実験主義を、このように人々が勝ち取っていくべきものであると考えていると同時に、ネオリベラルな制度枠組みに収斂していく現状を打破し、具体的な代替案を提示するための条件であり、心構えであると考えている。アンガーが求めるのは、

⁴⁷⁸ Ibid., pp.5-10

⁴⁷⁹ Ibid., p.10

⁴⁸⁰ Ibid., p.15

⁴⁸¹ 民主的実験主義者ではないが、水平的な話し合いを目指した当事者の語る一例として、大澤恒夫(2012)「輛の浦ミディエイション——『社会資本整備をめぐる合意形成』及び『熟議民主主義』からの示唆を交えて」『法政研究』第79巻3号

ヴィジョナリー性の復権であり、ヴィジョナリー性の下に思考し行為する人々の出現である。2.3.2.1.以下で見たように、アンガーは、既存の制度や現状の自己を不断に作りかえていく主体の能力を、元々は詩人ジョン・キーツの用語である「否定潜在能力」によって説明し、主体像の転換を図ると共に、こうした実験主義を支える学問のあり方・手法として、新たな法分析を提示しているのであった。ここでもう一度ごく簡潔に述べておけば、当たり前とされている法実践とは異なる法実践を見つけ出し（「地図作成」）、その異質な法実践の観点から既存の法制度を批判し、新たな制度構想を想像する（「批判的展開」）というものである⁴⁸²。そして、注目すべきは、この試み（地図作成と批判的展開）は、現実世界における実験に先立つということだ。アンガーは、逸脱的な実践から三つのヴィジョン——「拡張された社会民主主義」、「ラディカルなポリアーキー」、「動態的民主主義」——を引き出しているのであった⁴⁸³。しかしながら、アンガーは全てを現実の実験せよ、とも述べないし、ありうるヴィジョンがこの三つしかない、とは主張しない。主体として想像力を発揮せよ。これこそがアンガーの根本的なメッセージなのであり、アンガーの魅力は、個々の具体的な提案——アマゾンの保護政策など⁴⁸⁴——によって減じられることはない。アンガーの民主的実験主義は、現実の実験のみならず、精神の次元、すなわち構想レベルでの実験の重要性を強調するものである、と考えることができるだろう⁴⁸⁵。人々は何かに操られることによって実験を為すのではなく、主体として思考し、実験を為すのである。

先に、グローバル・ガバナンスなどの文脈において、ダーウィンの実験しか十分に機能せず、失敗による大きな悲劇が生まれる可能性に言及した⁴⁸⁶。しかし、こうした巨大な失敗の発生の背後にあるのは、想像力と主体性の欠如なのではないか。すなわち、ダーウィンの実験でありながら、想像力と主体性の欠如ゆえに十分な多様性・選択肢がなく、実質的に差異が存在しないことが、大きな打撃につながるのではないだろうか⁴⁸⁷。もちろん、これらがあることによって全ての悲劇が回避されるわけではない。しかしながら、少なくともこうした精神が存在しないならば、事態は改善しないように思われる。たまたま環境に適応し生存するのではなく、環境それ自体を変革して生存しようとする努力、個々の主体がこうした意識・意図を持ち想像力を発揮すること、これこそが重要なのではないだろうか。たとえ、事実・状況によって制約をかけられているのが事実だとしても、である。

⁴⁸² Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, pp.130-134

⁴⁸³ *Ibid.*, pp.135-170

⁴⁸⁴ アンガーはブラジルでアマゾン保護の政策に当たっていたが、その見解については、Roberto Unger (2019) “How to Save the Amazon Without Condescending to Brazil”, *New York Times*, available at <https://www.nytimes.com/2019/08/26/opinion/amazon-rainforest-fire.html>

⁴⁸⁵ 本稿と同じく、アンガーの民主的実験主義において想像上の実験が重要な位置を占めることを指摘するものとして、吾妻聡（2016）「Roberto Unger の制度構想の法学についての一試論——わが国の文脈（公私の協働・交錯論）へと接続する試み」『岡山大学法学会雑誌』62巻4号

⁴⁸⁶ 本稿 3.2.6.

⁴⁸⁷ この論点については、本稿 4.3.2.4.2.において詳しく論じる。

3.4.2.2. 想像力を制約するもの

さて、それでは、アンガーが主張するような主体の想像力を束縛するようなものは何もないのだろうか。——もちろんある。先にアンガーの著作「詩とヴィジョン」を検討した際に見たように、ヴィジョナリー性に対抗する、反ヴィジョナリー性は常に存在する。そして、ヴィジョナリー性は、一挙に発露できる類のものではなく、いまこの文脈性や漸次的な変化を考慮せねばならないのであった。そもそも、思考を形作っている言語それ自体が、自らが作り出したものではない。丸山圭三郎がソーシャルの議論を用参照しつつ指摘するように、「私たちは、意識の表層面でこそ同じ構造の中にいるように思えても、深層においては独自の生を特殊な体験として生きているにもかかわらず、恣意的分節である言語の網にからめとられ、その結果、各人の価値観が等質化・画一化されている現実に気づかない」という側面があるのだ⁴⁸⁸。後期アンガーの用語を使って言い換えれば、我々は我々の形態形成構造から完全に乖離した思考をすることはできないのである。

また、これはより狭く、学問（ディシプリン）においてもいえることであろう。ある特定の学問に打ち込むことは、視野を広げると同時に、その学問に思考を支配されてしまう可能性があることも意味する。これはもちろん、法学についても同様である。憲法学者である松田浩は、ジャック・バルキンとサンフォード・レヴィンソンの主張を引用しながら、次のように述べる。

バルキンとレヴィンソンが云うように、ひとたび法学の世界の住人になることは、「法律家としてだけでなく、市民としてもより良く、価値のある人生へと導かれる」ことであると同時に、「想像力を形成し、意識を植民地化する……ことに寄与する、一定の正典、実践ルール、思考の規律を植え付けられる」ことに他ならない。この権威的な「ソフトウェア」は、その世界に長く暮らせば暮らす程、必然的に意識の対象から遠ざかっていく。⁴⁸⁹

アンガーは、学問の世界に入った当初から、こうした問題に敏感であった。改めて強調しておくが、アンガーの最初の公刊物が、言語の解体と再構成を謳う、詩的言語についての著作、すなわち「詩とヴィジョン」であったことは偶然ではない⁴⁹⁰。アンガーは、言語の根底

⁴⁸⁸ 丸山圭三郎（1987）『言葉と無意識』講談社現代新書、pp.73-74

⁴⁸⁹ 松田浩（2006）「ディシプリンとその『正典』——現代アメリカ憲法学におけるある自画像の試み」『駿河台法学』第19巻第2号、p.17。松田によって引用されている文献は、Jack Balkin and Sanford Levinson（2000）*Legal Canons*, New York University Press である。なお、松田やバルキンはこうした学問の閉鎖性を傍観し、悲観しているわけではない。これについては、引用文献を一読されたい。

⁴⁹⁰ 本稿 2.2.

にあるもの、その作用について思考することから、その思想を深めていったのである。

また、なぜアンガーが、批判法学者として、内的批判を展開せねばならなかったのかも忘れてはならない。これも繰り返しになるが、アンガーは、主流派法学が実質的に「法律家は司祭 (priests) なのであり、預言者 (prophets) ではない」というメッセージを発しており、皆がそれを受け入れていることを問題にしたのであった⁴⁹¹。このメタファーによってアンガーが示唆しようとしたのは、多くの法律家は既存の権威の守護者となってしまい、社会を大きく変革するような大胆な試みをなせなくなってしまうということである。確かに、現在、いわゆる現代型訴訟⁴⁹²によって少なくない社会変革がなされている。しかしながら、既存の法言語・法制度の下で語ることを意味を、今一度考えてみるべきだろう⁴⁹³。現代派法思考の状況下においては、法律家の役割は理論ごとに異なり、多様になっている。法律家、そして、法律家でない人々も、自らの強い意志によって、それぞれの理論を比べ、総合し、実験し、実践していかなければならない。法を単に利用するのではなく、法 (学) そのものを批判し、再創造すること。セイベルらも依拠する脱安定化権という構想が、そうした構想それ自体によって、こうした批判や再創造が実現されるわけではない。だからこそ、アンガーの強調するヴィジョナリー性が要求されるのだ。民主的実験主義を十全に実現し、機能させるためには、アンガーのような批判法学制度派の主張を改めて考えるべきなのである。

しかし、アンガーの批判法学制度派、あるいは民主的実験主義が、それ自体絶対化されてしまうとしたり、それは逆説的に想像力を削ぎ、実験を阻害するようになるであろう。かつて石前禎幸は、スタンリー・フィッシュの議論を参照しつつ、次のように批判法学を批判していた。

法的言説が歪んだ世界を構成していると断言するとき、CLS [=批判法学] は、従来の解釈枠に左右されない全能の視点 (焦点化ゼロ) を仮定している。すなわち、みずからの語りの審級そのものはリベラリストを中心とする解釈者共同体の外部に移

⁴⁹¹ Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, p.12. 本稿 2.3.2.2.

⁴⁹² それぞれの論者により定義は多少異なっているが、本稿では、田中成明に依拠し、「本来ならば立法・行政レベルで解決するのが適当な適当な政策がらみの紛争や要求について、被害の事後救済だけでなく、紛争や被害の事前防止措置、判例による新しい権利の承認、立法・行政などの政策形成過程への波及効果などを期待して提起される訴訟」という意味で「現代型訴訟」を用いている (田中成明 (2014)『現代裁判を考える——民事裁判のヴィジョンを求めて』有斐閣、p.271)。

⁴⁹³ たとえば大屋雄裕は、「何らかの客観的な正義とか真理とか真実といったものがあり、裁判はそれを明らかにすることによって正しい社会のあり方を実現するためのもの、そうであるのが当然のものだ」という通俗的な見方を批判し、様々な制度的制約を挙げている (大屋雄裕 (2018)『裁判の原点——社会を動かす法学入門』河出書房新社、p.3、強調は原文)。システム理論の見地から、アンガーもまた、そうした制約に束縛されてしまうとする見解もあるが (エミリオス・クリストドゥリディス (2002)『共和主義法理論の陥穽——システム理論左派からの応答』角田猛之=石前禎幸編訳、晃洋書房)、同じシステム理論の論者であるトイブナーによる近年のアンガー評価に鑑みるに、アンガーの主張にはそうした限界を突破する可能性があるように思われる (本稿 4.を参照)。

行させ、批判対象の言語についてはそれを共同体の説得のレトリックという関係のうち位置づける。そして、自己の審級から対象化された修辞性の二項対立の一方を特権化する。共同体に参加しない語りの審級と、すべてを見渡す視点の採用である。……リベラリズムが矛盾の一方を特権化するとき、CLS 自体はもうひとつの特権化に加担してしまうのである。⁴⁹⁴

批判法学制度派にせよ民主的実験主義にせよ、特権的な地位に立つことはできない。民主的実験主義は、現代派法思考におけるメタ制度として位置付けられるのであるが、しかしこれは永遠のものではなく、形態形成構造を我々のヴィジョンによって変革していく中で、別の構想が生まれてくる余地は十分にある。もちろん、それが何かは現在のところ分からない。ヴィジョンナリー性を主体性に基づいて実現していく中で、新たな何かは初めて見えてくるであろう。アンガーが、世界で唯一の絶対的な法則は、物理法則や変化の仕方も含め、全てが変化するという事だと述べる趣旨は、こうした不測性を強調することにあるのである⁴⁹⁵。

アンガーからメッセージを受け取った、他でもない我々が、主体としてどうするか。これこそが重要な問題なのであり、これに答えようとするのが民主的実験主義なのだと思えば、民主的実験主義それ自体も常に実験の下で解体・再構成されていくことになるかもしれない。しかし、これは悲観すべきことではない。我々は、アンガーやセイベルらの意図を超えて、民主的実験主義を拡張してよいし、していくべきなのである。そして、本稿は、まさにそうした取り組みの一つとして位置付けられるのであり、後の 4.での議論はその一つの形を提示するものである。

3.5. 実験から除外すべきもの？

以上、近年の法学における実験主義の興隆を、ケネディによる法の歴史社会学から始め、セイベルやドルフらの議論を追うことによって検討してきた。多くの法理論が乱立する現代派法思考の世界において、民主的実験主義は、メタ制度として重要な地位を占める。しかし、それは民主的実験主義が永遠のものであるとか、十全なものであるということは意味しない。これらの議論もまた、他と同じように、特定の歴史的文脈における、発展途上のものだと考えるべきである。本稿は、こうした認識の下、とりわけ、セイベルらの民主的実験主義における主体の喪失を問題視し、進むべき方向として、アンガーの民主的実験主義を提示

⁴⁹⁴ 石前禎幸 (1992) 「法のメタレブシス——法的言説における因果の逆転」『法律論叢』65 巻 1 号、pp.82-83

⁴⁹⁵ 本稿ではあまり触れることができなかったが、物理法則などの自然に対するアンガーの哲学を表した著作として、Roberto Unger and Lee Smolin (2014) *The Singular Universe and the Reality of Time: A Proposal in Natural Philosophy*, Cambridge University Press

したのであった。すなわち、代案は既にそこにあるものではなく、形成される必要があるのだということ、すなわち想像力が必要だということを理解する必要があるのである。

しかしながら、このように想像力を称揚し、法の実験性の強調と、その加速を主張することに抵抗感を覚える者も少なくないのではないだろうか。たとえば、サンステューンは、アンガーの著作を書評する特集号において、アンガーのように全てを実験主義の下に置くことを批判して次のように述べる。

〔アンガーの想定とは逆に、〕自明なものとされている制度秩序は、民主主義を促進するのに役立つのである。そうした秩序が民主主義を切り崩す必然性はないのだ。今後課題となるのは、全てが持続的に皆の論争的になるということを保証することではない。今後課題となるのは、「制限の下にある政府」という伝統的な憲法上の目標が説得力を幾分失ってしまった時代において、党派的権力と自己利益の表出を制限する枠組みを設計することであり、民主主義に対する熟議的アプローチを促進することであり、統治における参加を促すことである。⁴⁹⁶

参加の重視など、アンガーとサンステューンの掲げる民主主義の理想像はそれなりに似通っている。しかしながら、その実現の仕方や民主的議論に付される範囲について、両者は大きく異なっている。民主主義の存立のためには、実験の対象とならない枠組みこそが重要なのだという、こうしたサンステューンの主張に首肯する者は少なくないように思われる。

関連して、アンガーの民主的実験主義は、たとえ脱安定化権といった権利を掲げているとしても、少数者を破滅へと追い込む、という批判がありうる。祖国ブラジルにおいて、アンガーが政治家としての経験を持つことに先に触れたが、大屋は、そこでの政策を批判し、次のように述べる。曰く、「中立性を否定し、あらゆることの政治化を目指す彼〔＝アンガー〕の理論が、市民からの問題提起を正当化する〈抵抗の論理〉であること、そして実際に権力を持つ側からの〈統治の論理〉として用いられた場合には大きな問題となること」は明白であり、「そこには権力の自己抑制としての中立性も、そのために侵しえない存在とされる人権の概念も、存在する余地がない。〈抵抗の論理〉が権力者によって、政治闘争で競争する能力のない少数者に向けられたときの危険性については注意する必要がある」のである⁴⁹⁷。

以上のような実験の危険性を指摘する主張は、一定の説得力を持つように思われる。しかしながら、それでは民主主義の存立基盤も、少数者の人権保護の在り方も、何らかの固定的枠組みを形成することが最良の選択だ、ということになるのだろうか——。答は否である。実験によって、それらを変革し、より良くしていける可能性は十分にあるし、実際に実験し

⁴⁹⁶ Cass Sunstein (1987) "Routine and Revolution", 81 *Northwestern University Law Review* 869, pp.892-893

⁴⁹⁷ 大屋「批判理論」 p.313

ていく中で、従来の在り方の思わぬ欠陥を発見することもあるだろう。民主的実験主義は、いわゆる〈立憲主義〉にも応用可能であるし、望ましいものであるとさえいえるのではないか。

事実、昨今、社会的立憲主義と呼ばれる思想が、アンガーの民主的実験主義に共鳴し、議論を展開するようになっているのである。昨今の状況においては、アンガーの民主的実験主義は、民主主義の存立をむしろ可能にし、人権保障を実現するものとなりうる、ということが、社会的立憲主義のレンズを通すことで明らかになるであろう。以下では、いかにして社会的立憲主義がアンガーの民主的実験主義へと行き着いたのかを見ていくことにしたい。

4. 実験としての権力分立、実験としての権利保障——社会的立憲主義と民主的実験主義

4.1. 社会的立憲主義概論

社会的立憲主義とは、アメリカの社会学者であるデヴィッド・シウリが提唱し、ドイツの法学者であるグンター・トイプナーによって引き継がれ、昨今注目を集めている議論である⁴⁹⁸。日本においても研究の蓄積はあるものの、その意味するところは十分に明らかになっていない⁴⁹⁹。よって、まずは社会的立憲主義の概要を明らかにしていきたい。

社会的立憲主義は、次のような憲法学の記述に対する違和感から始まる。

……近代憲法の任務は、国家権力を法的に拘束し、人民の権利を保障するところにあるとされる。フランス人権宣言（1789年8月26日）が、「権利の保障が確かでなく、権力分立も定められていないような社会はすべて、憲法を有するものではない」（16条）と定めるのは、「近代立憲主義の核心的要請を最も古典的に定式化したもの」といわれる。⁵⁰⁰

憲法を学んだことのある人ならば、フランス人権宣言第16条を近代立憲主義の典型・基礎をなすものとした、このような説明に出会ったことがあるだろう⁵⁰¹。上記の説明には、

⁴⁹⁸ この研究領域における両者の代表作として、David Sciulli (1992) *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, Gunther Teubner (2019) *Critical Theory and Legal Autopoiesis: The Case for Societal Constitutionalism*, Manchester University Press（後者は関連した著作を集めた論文集である）

⁴⁹⁹ シウリの社会的立憲主義はほとんど注目されていないが、トイプナーの社会的立憲主義について検討・紹介した邦語文献は多く、以下のようなものがある。戒能通弘（2002）「G・トイプナーの『国家なきグローバル法（global law without a state）』の概念について」『同志社法學』54巻1号、同（2003）「G・トイプナーの法思想——『多元的社会（polycontextural society）』の構想」『同志社法學』55巻2号、伊藤一頼（2005）「市場経済の世界化と法秩序の多元化——グローバル部分システムの形成とその立憲化をめぐる議論の動向」『社会科学研究』57巻1号、ハンス・ペーター・マルチュケ＝村上淳一編（2006）『グローバル化と法』信山社、第1部（トイプナーの講演とそれに対する村上淳一によるコメント）、阿部信行（2008）「グローバリゼーション下のトランスナショナル法——自生的秩序と契約的秩序とのあいだ」今井弘道編『発展する東アジアと法学の課題』成文堂、西土彰一郎（2016）「グローカリゼーションのなかの憲法——デジタル憲法は可能か」岩田一正＝阿部勘一編『グローバル時代に見られる地域社会、文化創造の様相』成城大学グローバル研究センター、同（2016）「トランスナショナル憲法の構造——『民間憲法』論を素材にして」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』敬文堂、関連する邦訳として、グンター・トイプナー（2011）「二値編成複合性の立憲化——国民国家を超えた社会的立憲主義について」綾部六郎＝尾崎一郎訳『新世代法政策学研究』第10号、グンター・トイプナー（2012）「越境する企業の自己憲法化——企業行動指針の私的性格と国家的性格の統合について」榎澤能生監訳『企業法制と法創造』第9号

⁵⁰⁰ 尾形健（2016）「立憲主義」大林啓吾＝見平典編『憲法用語の源泉をよむ』三省堂、p.10

⁵⁰¹ 樋口陽一は、「ひろく憲法史を見わたして、一七八九年宣言ほど、後世に近代立憲主義のシンボルとしての影響をもちつづけてきているものはないといってよかろう。実際、この宣言は、それに適合的な統治機構を定めた一七九一年憲法とともに、近代憲法の基礎的な諸観念、諸定式を提供するものであった」と述べる（樋口陽一（1992）『比較憲法【全訂第3版】』青林書院、p.57）。ただし、こうした「フランスの典型性」に異議を唱えるものもある（例として、阪本昌成（2008）『新・

少なくとも一見したところ、ある種の論理の飛躍があるように思われる。すなわち、フランス人権宣言第 16 条の規定は、「社会」について言及したものである。しかしながら、上記の説明においては、「社会」から「国家権力を法的に拘束」するという話にすり替わっており、議論の射程がいつの間にか変化しているように思われる。

もちろんこうした論理の飛躍について、説明することは可能であるし、現に説明されてきた。たとえば、樋口陽一は次のような歴史的背景を挙げてこれに答えようとする。

フランス革命によってえがき出された構図によれば、その国家は、身分制を否定することによって、社会諸集団を解体する。諸個人と国家のあいだに介在するという意味での「中間集団」の正統性を否定する法理が、強調される。こうして、一方では、権力を集中することになった国家の「主権」が成立し、他方で、身分制から解放された個人が、まさに「人権」——身分制に由来する権利でなく——の主体となる。そしてそのことはまた、身分制という楯を失った個人が、「解放」されたと同時に、国家の前に放り出されることを、意味する。⁵⁰²

すなわち、近代立憲主義の前提である個人の解放は、国家によって中間団体から権力が奪取された結果として用意されたものである。こうした前提を受け入れたとすれば、残る強力な権力主体は国家のみということになる。ゆえに、フランス人権宣言第 16 条の眼目である権利保障や権力分立は、「国家」と「個人」の対抗関係の問題として扱えばよく、「社会」を「国家権力」と読み替えて論じてしかるべきだと考えられよう、というわけである⁵⁰³。

もちろん、こうした見解が現在の学界における不動のコンセンサスであるというわけではない。樋口のように中間団体を身分制と結び付けて一律に捉えてしまうことに対する批判や⁵⁰⁴、巨大企業⁵⁰⁵といった中間団体の再活性化などに鑑みて、私的権力に対して憲法規範を適用していくべきだといった議論（私人間効力論など）が精力的に展開されてきたことは、周知の事実である⁵⁰⁶。

近代立憲主義を読み直す』成文堂、第 6 章)。

⁵⁰² 樋口陽一 (1999) 『憲法と国家——同時代を問う』岩波新書、p.68

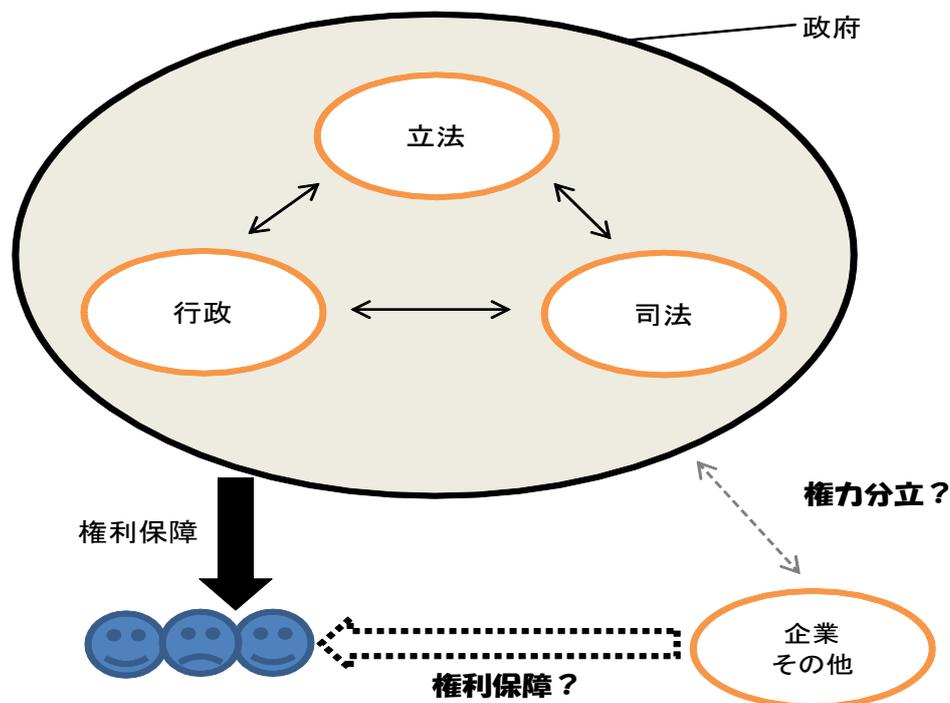
⁵⁰³ ただし、樋口はあらゆるところでこうした国家への権力集中が起きたとは考えておらず、たとえばムラ社会としての性質が強く残る日本では、「市民革命期の反団体的、『個人主義的憲法観』の立場にたちかえてみる」ことの重要性を強調する(樋口陽一 (1994) 『近代憲法学の論理と価値』日本評論社、p.184)。

⁵⁰⁴ こうした批判として、森英樹 (1994) 「経済活動の自由と憲法」樋口陽一編『講座憲法学 4 権利の保障 2』日本評論社、pp.39-40、中島道男 (2015) 「デュルケムの『国家—中間集団—個人』プロブレマティーク」『日仏社会学会年報』第 26 号、pp.52-54

⁵⁰⁵ 「企業」と「会社」という用語について、法人格の有無などにより両者を峻別する議論があるが(たとえば岩井克人 (2005) 『会社はだれのものか』平凡社、pp.9-10)、本稿では互換的に用いる。

⁵⁰⁶ たとえば曾我部真裕は、樋口などの論考に言及し、それらを「古典的な理解」としつつ、「上述のような近代の社会構造は、巨大な企業(社会的権力)が出現し、それが個人の自由を脅かすという 20 世紀以降の状況によって揺らいでおり、これに対応して憲法学も私人間効力という問題設定を行ってこうした状況に対応しようとしてきた」と述べている(曾我部真裕 (2012) 「自由権——情報

これから見ていく社会的立憲主義は、こうした私人間効力論のように、憲法的現象として捉えるべき射程を非国家的領域にまで拡張しようという議論であるが、特殊な、部分的な論点としてそれを論じようとするものではない。現在のところ、「私人間効力論」と銘が打たれていることから察せられるように、私人間効力論といった議論はあくまで憲法学における一部の特殊な議論として扱われており、憲法学が国家を主たる対象として置いていることに変わりはない。そのことは、国家論へと吸い寄せられていく、冒頭で引用した立憲主義の説明にもよく表れているように思われる。これから後に詳しく論じていくように、社会的立憲主義は、そのように特殊な問題として私人を扱うのではなく、権利保障や権力分立の観点からして、私的権力を理論上・実践上欠くことのできない、基礎的・一般的要素として扱うことが必要なのではないか、と主張するのである。大胆な形で予示しておこう。たとえば、企業といった中間団体を主たるアクターのひとつとして数え、権利保障と権力分立を次のような構図で考えることはできないだろうか。



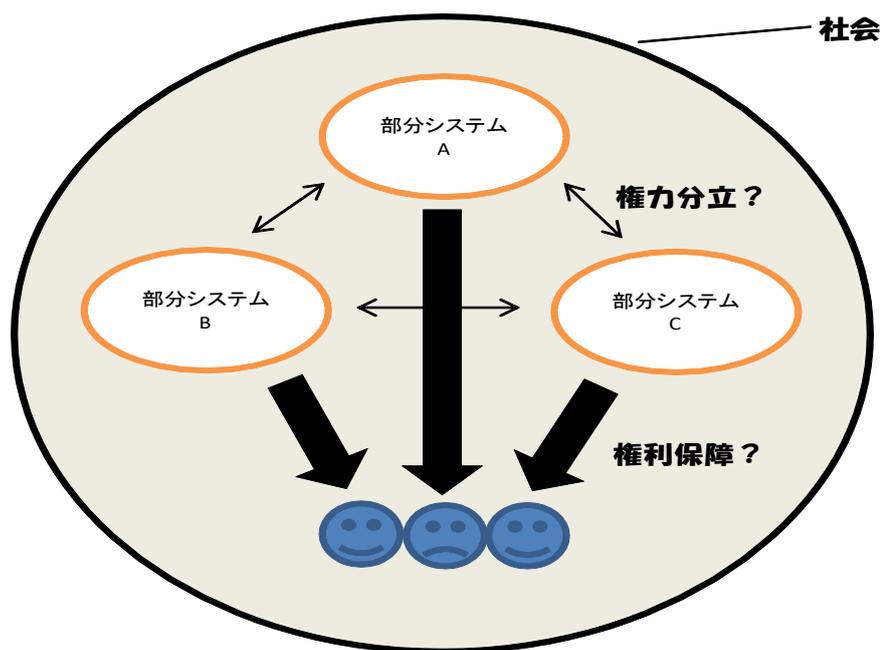
従来、基本書・教科書的な理解では、権力分立をいわゆる三権の分立として考えてきた⁵⁰⁷。

社会におけるその変容『法学セミナー』688号、p.12)。なお、私人間効力論と、本稿で扱う社会的立憲主義の差異については、本稿4.2.を参照。

⁵⁰⁷ あくまで基本書・教科書的には、であることに注意されたい。大林啓吾が述べるように「権力分立を採用するまでのプロセスは歴史的背景に大きく作用されることから、当然ながら国によってその内容は異なる」ものであるし（大林啓吾（2010）「権力分立」『憲法用語の源泉をよむ』p.198）、同国内の権力分立を論じるにあたって複雑な問題が提起されることは免れず（さしあたり、片桐直人他編『別冊法学セミナー 憲法のこれから』日本評論社、第4部）、一律に簡略化して語ることは困難である。「権力分立」と「三権分立」を同視することについて批判的な立場をとるものとして、阿部照哉（1993）「権力分立——古典的な権力分立論とその現代の変容」『法学教室』No.151、

しかしながら、上図のように、企業その他の中間団体を権力の一つとして考えることにより、十分に認知されてこなかった、権力の暴走を抑止するような相互作用の在り方を発見できるかもしれない。また、企業などが掲げる理念や、提供するサービスが、国家と異なる形で人権規範を保障する（権利保障）ということに鑑みて、人権規範の多層的な実現の可能性、もしくは人権規範相互の相克について、より包括的な議論を提示することが可能となるのではないだろうか⁵⁰⁸。

こうした議論を非国家的領域にまで拡張していくことによって、よりラディカルな主張が可能となるかもしれない。上図は国家＝政府を一つの総体として捉えているが、様々な国家機能を私的団体との相互作用性も含める形で機能的に分割することが可能となるのであれば、国家を特別視する必要はないのではないか。すなわち、国家を分割して捉え、経済システム・環境システム・法システムなどの部分システムの一部として思考するという視点をとることで、真の権利保障・権力分立の問題を部分システム間の問題として考えることができるのではないか。この考え方が正しいとすれば、権利保障・権力分立の問題は社会システムの問題となるのである。イメージとして図示すると、以下のようになる。



無論、以上に示した二つの図は、あくまで大雑把なイメージに過ぎず、社会的立憲主義の議論を十全に表現しているものではない。元より、権力分立という概念一つを取っても、たとえばここでいう「権力」とは何を指すのかも定かではなく⁵⁰⁹、非常に多義的かつ曖昧なも

阪本昌成（2016）『権力分立——立憲国の条件』有信堂高文社。また、後掲注 509 以下の記述も参照。

⁵⁰⁸ こうした方向性は、とりわけグローバルな法理論において論じられてきたが、これと本稿の検討する社会的立憲主義との違いについては、本稿 4.2.を参照。

⁵⁰⁹ Maurice Vile (1998) *Constitutionalism and the Separation of Powers*, second edition, Liberty

のであり、これについて様々な研究蓄積がある⁵¹⁰。赤坂幸一の言葉を借りれば、「単に権力分立を語るだけでは不十分なのであって、いかなる意味の権力分立か、という視点が重要になってくる」のであるが⁵¹¹、そうした詳細については以下の議論を参照願う他ない。

さて、以下では社会的立憲主義と民主的実験主義がどのようにして接合されるのかを見ていくことになるが、その前に、societal constitutionalism / gesellschaftlicher Konstitutionalismus の訳語として「社会的立憲主義」を用いることについて、いくつかの留意点や補足を述べておこう。

憲法を論じるにあたり、ここ日本で「社会」という語句を用いることは、ある種の特殊な意味合いを持ってしまう。すなわち、社会主義やマルクス主義との関係性を示唆することになる。また、「社会権」と結び付けられ、社会権を強調する議論だと思わせてしまう可能性もある。しかしながら、社会的立憲主義は、社会主義やマルクス主義との直接の強い関連性があるものでも、社会権の重要性を取り立てて強調するものでもない。彼らがそのテキストで明示しているわけではないため推量となるが、社会的立憲主義の「社会的」が social / sozial ではなく societal / gesellschaftlich とされている理由もこうした点を考慮してのものだと考えられる。すなわち、societal / gesellschaftlich という形容詞を用いることで社会権 (social right / Sozialrecht) や社会主義 (socialism / Sozialismus) から距離を取ることを意図しているのだ、と推察される⁵¹²。本稿では、societal の訳として「社会的」を採用したが、ここでいう「社会」が、社会権や社会主義で表現されるどころの「社会」とは距離があることはここで強調しておきたい。

「社会」に続いて constitutionalism / Konstitutionalismus に「立憲主義」という訳語を当ててしまうことの是非についても一言述べておく。立憲主義は、「本質的に論争的な概念 (Essentially Contested Concepts)」、すなわち、「使用者らの適切な使用方法について、際限のない論争を避けがたくもたらす」概念⁵¹³となっていると言っても過言ではない状況にある。ジェレミー・ウォルドロンが指摘するように、いまや、「我々は皆、立憲主義を支持するし、そうすべきなのだと考えている」のであり、立憲主義者でない人々を探すほうが難

Fund, pp.13-14

⁵¹⁰ 近年、整理を試みたものとして、瀧川裕英 (2007) 「権力分立原理は国家権力を実効的に統御しうるか」長谷部恭男他編『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題地平』岩波書店、鈴木陽子 (2014) 「権力分立 (三権分立) 論をめぐる研究と問題の整理」『東洋法学』57 卷 2 号などがあるが、その整理の視点は当然ながら一様ではない。

⁵¹¹ 赤坂幸一 (2017) 「統治機構論探訪 (7) —— 権力分立と正統性」『法学セミナー』754 号、p.76

⁵¹² シウリが社会的立憲主義について論じた主著の副題は、「非マルクス主義的批判理論の基礎 (Foundations of a Non-Marxist Critical Theory)」である (Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*)。ただし、トイブナーは、諸システムと人々の乖離状況をマルクスの疎外論に引きつけて論じたことがある (Gunther Teubner (2006) “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors”, 69 *Modern Law Review* 327, p.338)。しかし、これはあくまで部分的な参照にとどまっており、トイブナーが社会主義にコミットしていることを意味しないように思われる。

⁵¹³ Walter Bryce Gallie (1956) “Essentially Contested Concepts”, 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167, p.169

しい⁵¹⁴。こうした混乱した状況下において、さらに立憲主義概念を拡張・拡散してしまうことは禁止してしかるべきであり、あるべき使用法を限定していくことが必要なのではないか⁵¹⁵。このように考えるならば、シウリやトイプナーらは *constitutionalism / Konstitutionalismus* という用語を使用しているが、邦訳に際し、「立憲主義」とは別の訳語（たとえば「組成主義」、「構成体主義」）を当てるなどして、峻別するほうが良いようにも思われる。

しかしながら、ここで再び、2.において検討してきた、アンガーの社会変革観・言語観を思い出そう。アンガーは、一挙に原理や理念によって社会を変革することができるのではなく、形態形成構造の中で、その構造に依拠しつつもそれを突破することが重要なのだと主張しているのであった。これは、言語についても同様であり、言語にまで拡張せねばならない、とアンガーは主張する。アンガーによれば、特定の言語を忠実に使用しようとするればするほど、社会変革の可能性が失われ、保守化していくという。すなわち、「社会的生活における経験がどのようなものであるかを互いに伝えることができ、また、標準的な表現による応答の集積において理解可能なヴァリエーションによって伝えることができると信じている限り」、人々は、「社会の決定的に重要な、現実化されたドグマの幾分かを引き受け続けている」のであり、「社会についてのコードを十分忠実に用いようとすることによって、あなたはある特定の種類の人格となる」。その結果として、人々は知らず知らずの内に自らが生きる社会を疑問に思わなくなるのだ、とアンガーは主張する⁵¹⁶。それでは我々に抵抗の余地——社会変革の可能性——はないのか。——ある、とアンガーは言う。しかし、我々は無から言語を形成することはできない、ということをアンガーは強調する。というのも、我々は、生まれながらにある特定の言語の網の目の中に捉えられているからである。造語を作り出すとしても、それはある言語の中で意味付けが可能な限りにおいてに過ぎない。それゆえアンガーは次のように述べる。「既存の象徴記号のストックから、全ての表現は始めなければならぬ」と⁵¹⁷。ここに、アンガーの主張する「文化的革命 (cultural revolution)」が始まるの

⁵¹⁴ Jeremy Waldron (2016) *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, p.25. ここ日本においても状況は同じである。かねてより、立憲主義の支持者からすら、立憲主義の「意味内容は不明確なままであり」、「日本憲法学においては現在のところ、立憲主義の名の下に『新自由主義的改革』を正当化することもできれば、それを批判することもできるし、立憲主義と絶対的平和主義との緊張関係を主張することもできれば、『立憲民主平和主義』の三位一体の観点から絶対的平和主義の普遍性を主張することもできる」などと指摘されてきた（愛敬浩二

(2003)『近代立憲主義思想の現像』法律文化社、p.3)。この帰結が、次の脚注のような収斂へ向けた努力へとつながっているが、決着はいまだついていないように思われる。

⁵¹⁵ たとえば南野森は、立憲主義の用法を三つ、すなわち①政治権力を制限して正義の実現を図る思想（最広義の用法）、②近代主権国家の成立と公私の区別を前提とし、国家権力を憲法によって制限することで国民の権利・自由の確保を図る思想、③②の思想を前提に、その実効性確保のために違憲立法審査を設けるべきであるという思想（最狭義）の用法に分け、「権力制限の思想を過大に包摂し、かつ『憲法』（およびそれが前提とする近代国家）がそこでは存在しないにも関わらず『憲法主義』と呼称するという点において、現代では少なくともミス・リーディングと評すべき用語法である」として①を斥けている（南野森（2009）「近代立憲主義」『法学セミナー』659号、pp.12-13）。

⁵¹⁶ Unger, *False Necessity*, pp.564-565

⁵¹⁷ Ibid., p.566

であり⁵¹⁸、これは1968年執筆の「詩とヴィジョン」から、一貫してアンガーが追い求めているものであるといえるだろう⁵¹⁹。実際、後に見ていくように、シウリ、トイプナーは共に敢えて constitutionalism / Konstitutionalismus という用語を採用していると推察されるのであり⁵²⁰、彼らの議論はこうした文化革命の考え方の延長線上にあると考えられる。

もちろん、こうした議論には危険が伴う。こうした取り組みによって、立憲主義や憲法の意味が換骨奪胎され、権力の暴走を招いてしまうかもしれない。しかしながら、先に述べたことの繰り返しになるが、抑止力として立憲主義や憲法を考える者が、こうした取り組みと敵対すると考えるのは早計である。なぜなら、既存の立憲主義の概念に固執し続けることによって、よりよい抑止の方法があるにも関わらず、そうした抑止へと向かう可能性を自ら閉ざしてしまっているかもしれないからである。結局のところ、佐藤幸治が指摘するように、「『憲法』(『立憲主義』)を適切に捉えようとすれば……恣意的支配を避けようとして人類がそれぞれの時代環境において思考錯誤を重ねながら真剣に取り組んできた歴史的経験から」何を引き出すべきなのか、を考えることが肝要であろう⁵²¹。そうした真摯な姿勢がある限り、アンガーのような試みは擁護されてしかるべきである。このように言語を揺さぶっていくことの重要性に鑑み、彼らの用いる constitutionalism / Konstitutionalismus に「立憲主義」と別の訳語を当てることは、本稿ではしない。

さて、以上のような概説を見て、社会的立憲主義の何が新しいのか、疑問を持った読者も少なくないように思われる。よって、以下では、社会的立憲主義が先行研究上どのように位置付けられ、何によって差別化を図ろうとしているのかをより具体的に明らかにする(4.2.)。その後、その主要論客であるシウリ及びグンター・トイプナーの著作に即しつつ、社会的立憲主義の発展を追い、民主的実験主義に接続されるまでを見ていくことにしたい(4.3.以下)。

4.2. 社会的立憲主義の何が新しいのか

本節では、社会的立憲主義の議論の何が新しいのかを概観する。ただし、本節での議論は、あくまで既存の議論とは異なることを強調するために、社会的立憲主義の十全な説明にはなっていない。より詳細・具体的な社会的立憲主義の内実については本節以降を参照願いたい。

それでは、順に論じていくことにしよう。社会的立憲主義は、他の憲法論・立憲主義につ

⁵¹⁸ Ibid., pp.566-570. もちろん、こうした言語の多義性や不確定性に積極的意義を見出すのはアンガーのみではない。たとえば、最近のものとして、古田徹也(2018)『言葉の魂の哲学』講談社

⁵¹⁹ 本稿 2.2.

⁵²⁰ 本稿 4.3.1.2.及び 4.3.2.4.1.

⁵²¹ 佐藤幸治(2015)『立憲主義について』左右社、p.14. ただし、もちろんであるが、本稿が引き出そうとするものは、佐藤のそれとは異なる。

いての議論とどのように異なるのか。実際に、社会的立憲主義と同様に、立憲主義概念の担い手や名宛人を拡大しようとした試みは少なくない⁵²²。その中でも急先鋒の一つである「人民立憲主義 (popular constitutionalism)」⁵²³について簡単に見ておこう。先に批判法学者の一人として紹介したマーク・タシュネットは、人民立憲主義の代表的論客であり、その著書『裁判所から憲法を奪い去る』において、概ね次のような主張を展開した⁵²⁴。憲法の担い手は裁判所でなく、人民と彼らに選挙で選ばれた議会であるべきだ。タシュネットがここで念頭に置いている憲法は、従来考えられてきたそれとは異なるものである。タシュネットは憲法を「厚い憲法 (thick Constitution)」及び「薄い憲法 (thin Constitution)」という二つに類型化する。前者は、統治機構についての規定の他に、判例や学説の蓄積も含む形で成立している、学者や法律家が一般にイメージする憲法概念である。こうした重厚さが憲法を専門的な訓練を受けた者——裁判官や法学者——にしか解読できないような避けがたいものにしてののだとタシュネットは主張する。しかし、タシュネットによれば、我々は別様の憲法概念を既に知っているという。それこそ後者、すなわち薄い憲法である。薄い憲法とはアメリカ独立宣言や憲法前文に述べられているような諸価値——平等や表現の自由など——に対する人々のコミットメントであり、判例や学説による膨大な注解も必要でない。人民は既にこうした諸価値を実現する能力があるのであり、それゆえ、裁判所が特権的な地位につき、司法審査によって終局的な決定を行う理由はない。むしろ、裁判所が特権的に司法審査によって終局的な決定をなしてきたがゆえに、人民の憲法価値を実現していく能力は削がれてきたのである。もちろん、人民は間違うことがあるだろう。恐ろしい差別が発生する可能性は否めない。しかし、そうした失敗の可能性は裁判所にもあるのであり、裁判所を無条件に称揚することはできないのである——。

このように、人民立憲主義の議論は、憲法概念を変化させ、その担い手や名宛人の交代を意図した非常にラディカルなものである。社会的立憲主義も、こうした方向性に賛意を示すものであり⁵²⁵、そうした意味では、社会的立憲主義は、法の担い手を変更・拡大しようとする人民立憲主義の延長線上にある議論として位置付けることができる。

しかしながら、両者には重要な差異が存在する。裁判所による司法審査や議会を分析・批

⁵²² 以下で検討する人民立憲主義以外の議論に、(かなりの程度人民立憲主義と連続性があるが) ディパートメンタリズムが挙げられる。人民立憲主義とディパートメンタリズムの連続性と差異については、大林啓吾 (2008) 「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる」『帝京法学』25 卷 2 号、pp.127-131

⁵²³ ただし、人民立憲主義といっても一枚岩でなく、具体的に誰を「人民」とするかなどにより差異がある点には注意が必要である。人民立憲主義についての先行研究は少なくないが、さしあたり、松井茂記 (2007) 「『ポピュリスト的立憲主義』をめぐる」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、大河内美紀 (2010) 「マーク・タシュネット——批判法学最後の雄?」駒村圭吾他編『アメリカ憲法の群像 理論家編』尚学社、木下智史 (2016) 「合衆国におけるポピュリスト的立憲主義の展開と民主主義の変容」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』日本評論社

⁵²⁴ Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*

⁵²⁵ 本稿 4.3.2.4.1.~4.3.2.4.2.

判の念頭に置き、そもそも人民の範囲をほぼ無批判に措定していることから分かるように、人民立憲主義の議論は、従来のように国民国家の根本的規範として憲法を考えているように思われる。対して、社会的立憲主義の論者らが目指すのはその先である。すなわち、彼らは憲法概念を国家から解放することを目指しているのである。

これに関連し、憲法社会学⁵²⁶の議論とも、社会的立憲主義は区別される。シウリヤトイプナーは社会学的な視点から憲法を論じており、ここから憲法社会学との親和性を見出すことは可能であろう⁵²⁷。しかしながら、憲法社会学の代表的論者である上野裕久が述べるように、「憲法社会学は憲法という国家の基本法に関する法現象を研究する法社会学」なのである⁵²⁸。憲法社会学の基点は、社会学的観点を取り入れていることは確かであるとしても、国家法を中心とした憲法学、より広くは法学にある。それに対し、法学の専門教育ではなく社会学の専門教育を受けてきたシウリヤを嚆矢とする社会的立憲主義は、国家法中心主義的な法学の磁場から離れた場所から議論を展開することができたのである⁵²⁹。また、日本独自の事情として、憲法社会学は社会主義やマルクス主義の影響が強いが⁵³⁰、社会的立憲主義はマルクス主義の伝統とは異なる潮流に属するものであることも、誤解のないように改めて指摘しておきたい。

続いて、従来の私人間効力論⁵³¹及び基本権保護義務論⁵³²や、民法の憲法化論・憲法の民

⁵²⁶ さしあたり、渡辺洋三（1974）『憲法と法社会学』岩波書店、上野裕久（1981）『憲法社会学』勁草書房

⁵²⁷ たとえば、トイプナーに類似した議論を展開するクリス・ソーンヒルに焦点を当てたある邦語研究は、ソーンヒルの議論を憲法社会学の一つとして整理している（西土彰一郎（2017）『グローバル憲法についての覚書』工藤達朗他編『憲法学の創造的転回 上巻』信山社）。なお、ソーンヒル自身の整理によれば、トイプナーは、「立憲主義における社会学的転回」もしくは「社会学における憲法的転回」の例の一つであるとされている（Chris Thornhill and Paul Blokker (2017) “Sociological Constitutionalism: An Introduction”, in Thornhill and Blokker (eds.) *Sociological Constitutionalism*, Cambridge University Press, p.6）。両者の相違点や類似点については、トイプナーとソーンヒルの議論を比較検討した、Jiří Příbáň (2012) “Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions”, 39 *Journal of Law and Society* 441

⁵²⁸ 上野『憲法社会学』p.3

⁵²⁹ こうした性質から、社会的立憲主義は国家法中心主義を批判する法多元主義の議論と親和性が高いといえる。現にトイプナーは、社会的立憲主義の論考に先立ち、法多元主義に与する論考を発表している（Gunther Teubner (1997) “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, in Teubner (ed.) *Global Law without a State*, Dartmouth, p.7）。法多元主義については、さしあたり、千葉正士（2007）『世界の法思想入門』講談社学術文庫、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

⁵³⁰ たとえば上野は次のように述べている。「憲法は、法一般がそうであるように、いなむしろ、ほかの法よりももっと明瞭に、階級闘争の所産である。」（上野『憲法社会学』p.9）

⁵³¹ 参照すべき文献は多いが、議論の状況を俯瞰できるものとして、君塚正臣（2008）『憲法の私人間効力論』悠々社

⁵³² 先行研究は膨大な数があるが、参考になったものとして、小山剛（1998）『基本権保護の法理』成文堂、篠原永明（2016）『『基本権保護義務』の成否についての若干の検討』『甲南法学』56巻1・2号

法化論（「憲法と民法」関係論⁵³³ 534）とも、社会的立憲主義は峻別されることを確認しておこう。確かに、後に見ていくように、シウリはこれらの議論を十分に検討していないために、これらの議論と自らの議論を差別化することができているかには疑問があるし、一方のトイプナーは、ときにこれらの議論に関連する *Drittwirkung / third party effect* といった語を用いて主張の一部を展開していることも事実である⁵³⁵。加えて、宍戸常寿の言葉を借りれば、「私人間効力は学界でも最も『燃える』テーマとなっており、現在では次々と論文が登場して百家争鳴の情勢」であり⁵³⁶、今後、議論が展開されていく中で、社会的立憲主義の議論と重なっていくことは完全には否定し難い。しかし、シウリの議論からトイプナーのそれへと発展するに至り、社会的立憲主義で想定されている憲法・民法のイメージが、従来の議論とは大きく異なったものとなったことは見逃せない。社会的立憲主義によれば、憲法は国家のみを形作るものではなく、様々なシステムをそれぞれ構成し、統制するものである。ゆえに、社会的立憲主義からすれば、国家を名宛人とした憲法の規範をいかに適用するかといった意味での私的効力論の論点はナンセンスであり、それぞれのシステムごとに異なった憲法規範が存在することを正面から認めるべきだということになる。もちろん、いわゆる無適用説（無効力説）⁵³⁷や間接適用説⁵³⁸は私法領域の独自性・自律性を認め、国家憲法の規範を直接的には適用しないのであるが、これらの説を採用するとき、民法が単一であり、体系的に確固たるものとして持続的に存在していることは前提とされているように思われる⁵³⁹。

⁵³³ 先行研究は非常に多いが、とりわけ参考になったものとして、星野英一（2006）『民法のもう一つの学び方【補訂版】』有斐閣、第2講、山本敬三（2008）「憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から（1）（2）」『法学セミナー』646号・647号

⁵³⁴ 本稿では、便宜的に私人間効力論と基本権保護義務論、「憲法と民法」関係論を並列したが、三者は入り混じるようにして論じられ、区分できないことも多い。しかしながら、たとえば、私人間効力論と基本権保護義務論を別個のものとして論じるべきだという見解もあり（三並敏克（2006）「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」『政策科学』13巻3号、pp.192-195）、また、私人間効力論や基本権保護義務論で問題とされるような解釈論の問題から切り離す形で「憲法と民法」関係論を論じることも可能である（高見勝利（2010）『憲法と私法』論におけるミッシング・リングの再定位『憲法問題』21号）。こうした諸議論の錯綜状況の整理を試みたものとして、宮澤俊昭（2015）「民法と憲法の関係の法的構成の整理と分析——共通の視座の構築をめざして」『横浜法学』第24巻第1号。本稿ではこれ以上この点について踏み込まない。

⁵³⁵ たとえば、Gunther Teubner und Vaios Karavas（2003）“<http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber ‘Privaten’ im autonomen Recht des Internet?”, in Karl-Heinz Ladeur und Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet: Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Nomos

⁵³⁶ 宍戸常寿（2008）「憲法 解釈論の応用と展開 9 人権総論（3） 憲法の私人間効力」『法学セミナー』648号、p.70

⁵³⁷ 基本権は、「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）とする説。

⁵³⁸ 「民法90条の公序良俗規定のような私法の一般条項を媒介として私人間の紛争に対して基本権が間接的に適用されるとする」説（小山剛（2018）「憲法上の権利の私人間効力」『法学教室』No.452、p.30）。

⁵³⁹ ただし、無適用説に国家的な近代立憲主義からの乖離を読み取る棟居快行（2018）「グローバル化社会と憲法」山元一他編『グローバル化と法の変容』日本評論社、p.67

だからこそ、「憲法と民法」関係論の文脈において、星野英一らは、基本秩序ないし社会構成原理としての民法を謳うことができるのである⁵⁴⁰。しかしながら、後に見ていくように、シウリの議論においては曖昧な部分があるものの、トイプナーに至れば明確に、社会的立憲主義はそうした見解を認めなくなる。すなわち、社会的立憲主義は、民法領域においても、経済・政治その他のシステム、セクターごとに、それぞれ独自の規範秩序（憲法）を形成し、衝突するという点を強調するのである。

このように、社会的立憲主義は憲法の多元性・複数性を強調する議論であるから、部分社会論⁵⁴¹や「京都派『法の支配』」⁵⁴²、樋口自身が依拠するフランス型のモデル（「ルソー＝ジャコバン型」）に対抗するモデルとして抽出した「トクヴィル＝アメリカ型」の構想⁵⁴³とも異なると考えられる。確かにこれらの議論は、共に非国家主体（団体）に一定の正統性と自治権を与えるものであるが、それらの秩序が機能的に憲法と呼ぶべきものを発展させるという見解にまでは至っていない。あくまで、彼らの念頭にあるのは国家的な憲法であるように思われる。

加えて、社会的立憲主義は、阪本昌成の主張するスコットランド啓蒙思想⁵⁴⁴や、嶋津格がフリードリヒ・ハイエクの議論から描き出した自生的秩序論⁵⁴⁵とも異なる。両者は共に、憲法規範が私法的秩序に由来している（下からの秩序形成が行われている）ことを指摘するなど⁵⁴⁶、私法の重要性を強調する点で社会的立憲主義と親和性が高い。しかしながら、彼らも

⁵⁴⁰ 大村敦志（1996）「民法と民法典を考える」『民法研究』1巻、星野英一（2006）『民法のもう一つの学び方【補訂版】』有斐閣、第二講

⁵⁴¹ 「一般市民社会の中にあつてこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならない」とする富山大学単位不認定事件における最高裁の立場に代表される見解である（最三小判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）。なお、類似する論点として特別権力関係があるが、特別権力関係がもつばら公的主体の内部の権力関係を問題とする点などに違いがある（松本和彦（2008）「特別権力関係と人権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』有斐閣、p.78）。先行研究として、さしあたり、甲斐素直（1994）「いわゆる『部分社会の法理』について」『法学紀要』36巻、渡邊互（2015）「いわゆる『部分社会の法理』の再構成」『法政治研究』創刊号

⁵⁴² 渡辺康行の命名であり、佐藤幸治らが「司法制度改革」時に提唱していた議論が念頭に置かれている。いくつかの特徴があるが、社会的立憲主義との関係で類似する特徴としては、私人間相互の権利実現も重視した「民事的な『法の支配』論」を採用していることが挙げられる（渡辺康行（2007）「『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官の支配』を超えうるか」長谷部他編『立憲主義の哲学的問題地平』p.74）。

⁵⁴³ トクヴィル＝アメリカ型モデルとは、「**国家権力だけが正統のもの**とされる」ルソー＝ジャコバン型モデルとは異なり、「**結社の存在を積極的に容認し、社会的権力もまた正統性**をもちうるという前提」に基づく「多元モデル」とであるとされる（樋口陽一（1994）『近代国民国家の憲法構造』東京大学出版会、p.59、強調は原文）。

⁵⁴⁴ 阪本『新・近代立憲主義を読み直す』

⁵⁴⁵ 嶋津格（1985）『自生的秩序——F.A.ハイエクの法理論とその基礎』木鐸社

⁵⁴⁶ 彼らの基本的発想は、端的に述べれば次のようなものである。「ヒュームは、“人権とか自由は、コンスティテューションによって創設されたものではなく、自然法によって保障されたものでもなく、商業交易が進むとともに、徐々に人びとが事実上手中に納めたもので、そのことをコンスティテューションが確認したのだ”と言いました。そのように考えることが必要でしょう。」（阪本

また、憲法の多元性という議論を受容しておらず、また、国家的な憲法論から抜け出ているかについて疑問が残る⁵⁴⁷。さらに重要な違いとして、彼らは主として経済的秩序＝市場と法秩序の関連性を強調するが、社会的立憲主義は、このように経済的秩序＝市場を称揚し特権化しかねない議論とは、明確に距離を置くものである⁵⁴⁸。

さて、以上では脱国家性を強調したが、このときいくつかの誤解を生むように思われるため、ここでその誤解を解いておきたい。第一の誤解は、グローバル化に伴う国家の相対化を背景として論じられている、憲法概念の変容論⁵⁴⁹と、社会的立憲主義は同じである、というものである。

日本において最も精力的にこうした変容論の研究をしている一人である山元一は、グローバル化を「トランスナショナルな諸関係の急速な広がりや強まりに伴う、多種多様な政策課題に対するガバナンスのあり方の多層化がひきおこす、領域的主権概念を核心的要素とする《近代主権国家＝古典的国家モデル》の決定的地位低下」と定義し、従来の国家中心主義的な憲法概念を再検討する必要性を指摘する⁵⁵⁰。グローバル化により、憲法構成の主体（憲法制定権力）たる「我ら人民（We the People）」はいまやトランスナショナルに捉えられるべきものだという主張や⁵⁵¹、また We the People 論の射程を超えた憲法概念が必要だという議論もあり⁵⁵²、「一人称複数の‘We’は誰なのか、ということが深刻な設問として登場している」のである⁵⁵³。国内における議会や裁判所の実践も、もはや国際社会の規範・動向に無縁ではいられず、その正統性の基盤が改めて問われる必要がある、とこの議論の主張者たちは言う⁵⁵⁴。いまや「国際立憲主義の時代」⁵⁵⁵が唱えられるようになって久しい⁵⁵⁶。社

昌成（1999）「立法主義の展開と国家の役割」『北大法学論集』第50巻第4号、p.306

⁵⁴⁷ たとえば阪本は、「憲法学の基礎概念」として「国民国家」を挙げた上で、「世界市民」を「装飾性に満ちた偽善的な言葉」としてしている（阪本『新・近代立憲主義を読み直す』pp.8-9）。

⁵⁴⁸ 本稿 4.3.1.1.及び 4.3.2.1.1.

⁵⁴⁹ このトピックについても言及すべき文献は多いが、最近の議論動向を概観できるものとして、山元他編『グローバル化と法の変容』、非常に簡潔に国際法側からまとめたものとして、伊藤一頼（2018）「国際法と立憲主義——グローバルな公法秩序を語ることは可能か」『法学セミナー』765号

⁵⁵⁰ 山元一（2007）「＜グローバル化＞の中の憲法」阪口正二郎編『岩波講座・憲法5 グローバル化と憲法』岩波書店、p.227

⁵⁵¹ Seyla Benhabib（2016）“The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism”, 51 *Global Constitutionalism* 109

⁵⁵² Mattias Kumm（2016）“Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-positivist Law”, 14 *International Journal of Constitutional Law* 697

⁵⁵³ 山元一（2011）「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』日本評論社、p.98

⁵⁵⁴ とりわけ国内法秩序と国際社会規範との相克につき、山田哲史（2017）『グローバル化と憲法——超国家的法秩序との緊張と調整』弘文堂

⁵⁵⁵ 最上敏樹（2007）『国際立憲主義の時代』岩波書店。ただし、最上は「国際法学の中にその潮流が顕在化しているのは確かだが、国際立憲主義が何を意味するかの一義的概念規定はいまなお存在しない」と述べている（最上俊樹（2014）「国際立憲主義批判と批判的国際立憲主義」『世界法年報』33巻、p.1）。

⁵⁵⁶ 勃興の背景・主張などについて簡潔に概観できるものとして、須網隆夫（2014）「グローバル立憲主義とヨーロッパ法秩序の多元性——EUの憲法多元主義からグローバル立憲主義へ」『国際法外

会的立憲主義なるものは、憲法学において既に十分に意識されるに至っており、新規性に欠けるのではないか、と考える者がいても不思議ではない。たとえば赤坂幸一は、「実質的意味の憲法」が国家にのみ適用される概念ではないことを指摘した上で、非公開の国際仲裁裁判が急増している事実に触れて、「この国際仲裁裁判で個別的に生み出された判例が蓄積・模倣されて、トランスナショナルな法秩序が形成されてゆくのであって、このような法秩序の形成プロセス（その中心に各国際仲裁裁判の仲裁規則がある）と、その各国司法制度に及ぼす影響は、まさしく、憲法学の新たな検討課題となっている」と述べているが⁵⁵⁷、こうした主張はいまや珍しくない。

確かに、社会的立憲主義は、グローバルな憲法概念の一つとして論じられることが多く⁵⁵⁸、またトイプナーがそうした議論において積極的に発言していることも事実である⁵⁵⁹。しかしながら、社会的立憲主義の議論は、必ずしもグローバル化を前提とした概念ではない。トイプナーは「社会的立憲主義をめぐる問題構成は、グローバル化によってではなく、むしろもっと以前の、国民国家の最盛期においてすでに進行していた社会全体の分立化と、このようにして分立化したものの自律化によって引き起こされた」と主張する。「グローバル化は当該問題を劇的に変化させた」ことをトイプナーは認めるが、彼によれば、グローバル化はあくまで社会的立憲主義の問題系の後に発生した現象なのである⁵⁶⁰。それは次章で見ていくシウリの議論においても同様だ⁵⁶¹。社会的立憲主義は、その源流からして、グローバル化とは無関係なものであった。あくまで、国際立憲主義の議論は、社会的立憲主義の適用例、カバーする領域の一つとして考えるべきである。

続いて生じうる第二の誤解についても、簡単に述べておきたい。その誤解とは、社会的立憲主義は、国家廃止論や（日本国憲法のような）「憲法」の不要論だ、というものである。確かに、社会的立憲主義は脱国家性を強調するが、しかしこのことは、国家の統制を全く考えなくてよいとか、公法はもはや不要であり私法一元論でよい、といった主張であることを

交雑誌』113 巻1号、マティアス・クム（2018）「グローバル立憲主義の歴史と理論について」根岸陽太訳『憲法研究』第3号、より詳細なものとして、篠田英朗（2012）『「国家主権」という思想——国際立憲主義への軌跡』勁草書房。ただし、これらの文献が必ずしも同じ歴史観・視座を共有しているわけではない。

⁵⁵⁷ 赤坂幸一（2017）「統治機構論探訪（1）——秩序形成プロセスと憲法」『法学セミナー』748号、p.71

⁵⁵⁸ Christine Schwobel (2010) “Situating the Debate on Global Constitutionalism”, 8 *International Journal of Constitutional Law* 611, Gregory Shaffer (2015) “Law, Constitutionalism, and World Society: Kjaer, Kratochwil, and Global (Dis)Order”, 13 *International Journal of Constitutional Law* 1063, Aydin Atilgan (2017) *Global Constitutionalism: A Socio-legal Perspective*, Springer, pp.98-102

⁵⁵⁹ たとえばトイプナーの主著の一つの副題は「グローバル化における社会的立憲主義」である

(Gunther Teubner (2012) *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Suhrkamp)。本稿 4.3.2.1.2.～4.3.2.1.3.も参照。

⁵⁶⁰ トイプナー「二値編成複合性の立憲化」 pp.186-187

⁵⁶¹ ただし、シウリがグローバル化を全く念頭に置いていないというわけではない。たとえば、David Sciulli (2001) *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, chapter 13

意味しない。むしろ、社会的立憲主義は、公法・私法の混合的状況を背景に、公法・私法双方向の影響関係を問題とし、国家機能も十分に射程に入れた憲法論を展開しているのである⁵⁶²。なお、一言付け加えておけば、こうした問題意識は、公私区分を超えた公的主体・私的主体の共同を志向する民主的実験主義と明らかに軌を一にするものであるといえよう。

4.3. 社会的立憲主義の発展と展開

以上、従来日本で論じられてきた議論を念頭に、社会的立憲主義の新規性を素描した。以下では、こうした社会的立憲主義がどのような背景から生まれ、どのように展開しており、具体的にどのような理論構成をとっているのか、シウリとトイプナーという二人の論者に沿って見ていく⁵⁶³。社会的立憲主義は、その黎明期から批判法学や民主的実験主義と親和性が高く、そして実際、近年に至って、アンガーの民主的実験主義に対する直接的な言及が見られるようになる。こうした発展・展開を追うことにより、アンガーらの民主的実験主義との親和性や接合可能性が、明確となるはずである。

4.3.1. 没合理的行為類型の可能性——シウリの社会的立憲主義

社会的立憲主義の嚆矢とされるのは、シウリである⁵⁶⁴。シウリは1950年生まれのアメリカの社会学者で、コロンビア大学で博士号を取得し、テキサス A&M 大学などで教鞭をとったが、2010年に急逝している。パーソンズ研究、アミタイ・エツィオーニの共同体主義分析など、関心は多岐に亘り、編者として関わった著書・雑誌も多い。国際社会学会 (International Sociological Association) では理事を務めた⁵⁶⁵。

以下で見ていくように——ここで再度強調しておくが——シウリの議論は、必ずしもグローバル化を前提としたものではない。シウリの問題意識は、資本主義に基づく経済的合理性がもたらす弊害一般にあり、アメリカ国内における企業統制・規制の議論へと接近する主

⁵⁶² とりわけ本稿 4.3.2.4.2. を参照。

⁵⁶³ 社会的立憲主義と類する議論はこの二人のものに限られず、たとえばトイプナーはフィリップ・セルズニックの名を挙げている (Gunther Teubner (2010) “Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State”, in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, p.328)。しかしながら、手を広げすぎるとは議論の過ぎた複雑化を招くため、本稿はシウリとトイプナーの主張に焦点を絞る。

⁵⁶⁴ Gunther Teubner (2016) “Transnationaler Verfassungspluralismus: Neun Variationen über ein Thema von David Sciulli”, 76 *ZaöRV* 661, S.665

⁵⁶⁵ 以上の経歴については、Masamichi Sasaki and Marti Huetink (2010) “In Memoriam-David Sciulli, Ph.D.”, 9 *Comparative Sociology* 723 及び <http://www.legacy.com/obituaries/morning-journal/obituary.aspx?n=david-sciulli&pid=145536814> (2019/12/10 アクセス)

張をシウリは展開するのである。

4.3.1.1. 魂なき合理化を超えるために

それでは、シウリが社会的立憲主義の構想を導き出すヒントやきっかけは、どのようなものであったのか。シウリの出発点は、ウェーバーの合理化論＝近代資本主義⁵⁶⁶発展論である。若干長くなるが、ウェーバーのよく知られた一節を引いておこう。

ピューリタンたちは職業人であろうと欲した。しかしわたしたちは職業人でなければならぬのである。かつては修道院の小さな房のうちで行われていた禁欲が、現世の職業生活のうちに持ち込まれ、世俗内的な倫理を支配するようになった。そしてこの禁欲は、自動的で機械的な生産を可能にするようになった。そしてこの禁欲は、自動的で機械的な生産を可能にする技術的および経済的な条件と結びついて、近代的な経済秩序のあの強力な宇宙^{コスモス}を構築するために貢献したのである。このコスモスは今や、直接に経済的な営利活動に携わる人々だけではなく、その機構のうちに生まれてくるすべての個人の生活のスタイルを、圧倒的な威力によって決定しているのである。そして化石燃料の最後の一塊が燃え尽きるまで、今後も決定しつづけるだろう。

567

こうしてピューリタンの禁欲が資本主義を可能にしたのであるが、こうした宗教的精神は次第に失われ、資本主義はある種のゲームとなっていく。

「職業の遂行」が、もはや文化の最高の価値と結びつけて考えることができなくなっても、そしてある意味ではそれが個人の主観にとって経済的な強制としてしか感じられなくなっても、今日では誰もその意味を解釈する試みすら放棄してしまっている。営利活動がもっとも自由に解放されている場所であるアメリカ合衆国においても、営利活動は宗教的な意味も倫理的な意味も奪われて、今では純粋な競争の情熱と結びつく傾向がある。⁵⁶⁸

ウェーバーはこうして完成された資本主義の世界を「鋼鉄の檻 (eine stahlhartes

⁵⁶⁶ ウェーバーの議論は、資本主義一般を対象としたものではなく、あくまで近代資本主義を対象としたものである (ウェーバー『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』p. 51)。以下、本稿で「資本主義」を用いるときは、断りのない限り近代資本主義を指すものとする。

⁵⁶⁷ 同上 p.492 (強調は原文)

⁵⁶⁸ 同上 p.493

Gehäuse)」という比喩で表現し⁵⁶⁹、そこに生きる人々は「精神のない専門家、魂のない享乐的な人間」となると主張した⁵⁷⁰。こうした効率性（合理化）追求の行く果てが、いわゆる官僚制化現象であり、私企業を含め組織の在り方が再編されるのである⁵⁷¹。

我々はそうした運命から逃れていくことができるのだろうか。できるのだとすれば、それはどのようにしてか——。これこそが、シウリが1992年の著作『社会的立憲主義の理論——非マルクス主義的批判理論の基礎（*Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*）』の中で答えようとする問題である⁵⁷²。彼は、副題からも看取しうるように、資本主義の席卷による弊害をマルクス主義に依拠することなく批判しようとしたのである。

さて、まずはシウリが本書冒頭に挙げているシンプルな仮想事例から見ていくのがよいだろう⁵⁷³。ウィリアムは、巨大な製薬会社に勤務する科学者である。ウィリアムはある芳しくない実験結果を上司であるスコットに報告するが、スコットは不満を露わにする。「このような結果のままでは、会社全体で動いている大きなプロジェクトが停止してしまう。君はチームの一員なのだよ。やるべきことはわかるね？」とスコットは述べ、実験結果の改竄を促す。さてこのとき、ウィリアムはどのような手段に出ることができるだろうか。スコットの上司に報告すればよいだろうか。しかし、報告された上司はスコットに相談するだろう。その後のウィリアムの被ることになる不利益は想像に難くない。では、同僚に相談するか。どこに聞き耳が立てられているか分からない。ならば、行政官庁に申告するか。一人の告発で行政官庁が動くかは定かでないし、動いたとしてもその結果として社内での魔女狩りが発生する可能性は否めない。それではいつそ辞職してしまうか。しかしこの狭い業界で果たして再就職先が決まるかは分からない。結局のところ、ここで最も合理的なのは、倫理規範や道德規範を度外視し、ただ機械的に上司の言うことを聞く機械となることである。こうして今日も「精神のない専門家」たちによる企業犯罪が繰り返される——。

このように私企業の事例を念頭に置いていることから、なぜシウリが自らの議論を「社会的」立憲主義と呼ぶ理由が理解できるだろう。「結局のところ、〔国家的な立憲主義を含む〕欧米の政治制度や市場実践は、歴史的にも今日的にも、**市民社会における『私的な』企業の**

⁵⁶⁹ ただし、このように「檻」と訳してしまうことにつき、表現上問題があるという指摘もある（荒川敏彦（2007）「殻の中に住むものは誰か——『鉄の檻』的ヴェーバー像からの解放」『現代思想』2007年11月臨時増刊号、Peter Baehr（2001）“The ‘Iron Cage’ and the ‘Shell as Hard as Steel’: Parsons, Weber, and the Stahlhartes Gehäuse Metaphor in the Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism”, 40 *History and Theory* 153）。これが誤訳となるか否かについての判断はここで差し控えたいが、「檻」という邦訳の原因となったパーソンズの英訳（iron cage と訳している）を介して（Max Weber（1930）*The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, translated by Talcott Parsons, Allen & Unwin, p.181）、シウリはウェーバーの議論を理解・摂取していると思われるので、ここでは「鋼鉄の檻」とした。

⁵⁷⁰ ウェーバー『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』pp.493-494

⁵⁷¹ 官僚制概念に私企業を含むという見解はシウリに特殊なものではない。例として、中野剛志（2012）『官僚制の反逆』幻冬舎新書

⁵⁷² Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*

⁵⁷³ Ibid., pp.11-13

リーダーたちによる、集团的権力の合理的な行使を柔軟に抑止するには決して設計されてはいない」ことがシウリの最大の不満なのである⁵⁷⁴。

さて、以上の事例において、一つの間像が前提とされていることに注意する必要がある。その間像とは、いわゆるホモ・エコノミクスである。「ウェーバーにとって『合理化』とは……即時的な自己利益が、異質な主体と競争する諸集団が認識し理解することのできる、唯一の理性基準となる」ことであるから、ホモ・エコノミクスの間像が多くの人々に受け入れられていることはある意味自然なことだとシウリは主張する⁵⁷⁵。しかし、こうした間像を前提とする限り、スコットらの行為が抑止されることはない。

ではどうするのか。ホモ・エコノミクスの間像を脱出するヒントは、ウェーバーの議論において既に示されている、とシウリは考える。周知のようにウェーバーは、人間の行為を目的合理的行為、価値合理的行為、感情的行為、伝統的行為に区分した⁵⁷⁶。ここで重要となるのは、目的合理的行為と価値合理的行為の差異である。目的合理的行為とは、「(主観的に)一義的に把えられた目的に対して適合的なものであると(主観的に)考えられた手段を、もっぱら基準にして行われる行動」のことであり⁵⁷⁷、利益追求が目的となっている限り、上記事例の発生を十分に止めることはできない。しかし、人間の行為は目的合理的にのみ説明できるものではない。ウェーバーは、「或る行動の独自の絶対的価値——倫理的、美的、宗教的、その他の——そのものへの、結果を度外視した、意識的な信仰による行為」として価値合理的行為を定義した⁵⁷⁸。シウリが光明を見出すのはここである。シウリはこうした行為類型を、ユルゲン・ハーバーマスやタルコット・パーソンズの議論などを通じて発展させ、社会的立憲主義の理論枠組みを導出し、次のような図を提示する(先に述べておけば、社会的立憲主義がコミットするのは四角で囲まれた「手続的規範・制度」の部分である)⁵⁷⁹。

⁵⁷⁴ Ibid., p.57 (強調は原文)

⁵⁷⁵ Ibid., pp.45-46

⁵⁷⁶ 清水幾太郎(1972)『社会学の根本概念』岩波文庫、pp.39-42

⁵⁷⁷ 同上 p.39

⁵⁷⁸ 同上

⁵⁷⁹ Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.155. ただし、レイアウトなどについて若干の改変を行っている。

	ウェーバー	ハーバーマス	再定式化したパーソンズ※	社会的立憲主義
合理的行為	目的合理的行為	道具的行為 戦略的行為	合理的行為 (道具的手段/定量化可能な目的)	合理的規範・制度 制度化された戦略的行為と道具主義的行為 市場と官僚制 (例: 商業的利益、官僚の取扱件数、民主的投票)
没合理的領域	価値合理的行為	コミュニケーション行為	主意主義的行為 (規範的手段/質的な目的)	手続的規範・制度 制度化された規範的志向 手続の合法性と合議的組織形態 (例: 合議体制、研究分業、専門家集団、大学)
	実質合理的行為※※	x	没合理的・象徴的行為 (規範的手段/超越的な目的)	実体的規範・制度 制度化された規範的動機 伝統、宗教、文化 (例: 家族、近隣、コミュニティ、社会運動、民族・国民)

※パーソンズの理論について、シウリが再解釈・改良を施している

※※通常、ウェーバーの行為類型に基づけば、無意識的行為である伝統的行為と感情的行為が位置付けられるはずであり、誤植の可能性が高い

ウェーバーの価値合理的行為からハーバーマスのコミュニケーション行為やパーソンズの主意主義的行為の理論へと発展していくという図式に違和感を覚える者も少なくないだろうが⁵⁸⁰、ここで重要なのはそうした系譜学的な正しさではなく、シウリが何を引き出そうとしたかである。

上図の最右列を見れば分かるように、社会的立憲主義は、人間の行為を大きく三つに分類している（合理的行為、没合理的（non-rational）領域の内二重括弧で括られたもの、括られていないもの）⁵⁸¹。この内、社会的立憲主義が希望を見出すのは二重括弧部分のみである。

なるほど確かに、選挙制度を上手く設計して諸主体を競い合わせるなどによって、公平性を実現することができるかもしれない。しかし、それぞれの主体が目的合理的思考に基づいて行為した結果、ルールを悪用し、もしくは隠れてルールを破ることが蔓延し、制度が

⁵⁸⁰ シウリのパーソンズ理解を検討したものとして、橋本和幸（1988）「行為の理論の今日的展開—ネオ・ファンクショナリズムとの関連で」『金沢大学文学部論集 行動科学科篇』第8号、pp.43-50、大黒正伸（2007）「パーソンズにおける『主意主義』の構想力—デイヴィッド・シウリの解釈を中心に」『ソシオロジカ』第31巻第1・2号

⁵⁸¹ ただし、図に表記されていない行為として、シウリは「非合理的行為（irrational action）」、すなわち単に無知や誤謬に基づく行為を別に観念している（Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, pp.281-282）。

骨抜きにされる可能性は否めない、とシウリは主張する。すなわち、シウリによれば、目的合理的行為を前提とした解決策（合理的選択論）では、「諸個人や集団がそれぞれにシステムのプレッシャーに対応するやり方を、弾力的に制限することができない」のである⁵⁸²。

それでは、伝統や宗教、文化といったものに基づいた実体的規範（substantive norms）に訴えかけるアプローチに見込みがないとされるのはなぜなのか。なぜ、ウィリアムの勤めている会社を十分に制約することができないのか——。その答えはこうである。シウリによれば、こうしたアプローチは「日々の生活において、何が良き何が悪く、何が正しく何が間違っているかについての、広範かつ揺るぎないコンセンサスを人々が何らかの形で維持しているときにのみ」可能となるが、「現代の社会においては、これは稀なこと」である⁵⁸³。よって、前近代ならばともかく、現代においては、そうした方向性はほとんど不可能のだとシウリは主張する。シウリは、内面化された実体的規範である「動機（motivation）」と、外部的に行動から観察可能なものである「志向（orientation）」を区別するが、前者の社会的統一はもはや不可能だと考えているのである。

こうした現代社会の特質、すなわち人々が伝統や宗教などによって均一化されていないことを前提としつつ、しかも合理的選択論が提示したのとは異なる形で、共存・協調を可能にする方法が模索しなければならない。すなわち、志向にこそ可能性があるとシウリは考える。ここでシウリが選択するのは、専門分化した自律的な団体内・団体間での「熟議（deliberation）」への着目である。この方向性を体現するものとして、シウリは「合議的組織形態（collegial formations）」と自身が呼ぶ、パーソンズから強く影響を受けた組織概念を提示する⁵⁸⁴。シウリは、これを次のように定義している。

合議的組織形態とは、熟議的な専門家集団である。そこでは、多様な主体と互いに競い合う集団が、社会的生活や自然現象における質（qualities）を記述し説明しよう（もしくは創り出し維持しよう）とするよう、共通の社会的義務を判断できるような閾値（threshold）を維持している。⁵⁸⁵

ただし、ここでいう社会的義務について、伝統や宗教、文化といったものに基づいた厚い実体的規範を望むことはできない。人々の多様性や自律性が発展してきた現在、手続的規範（procedural norms）こそが重要なのであり、これこそが「社会的立憲主義の核」と

⁵⁸² Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.64

⁵⁸³ Ibid., p.78

⁵⁸⁴ シウリがパーソンズの社会システム理論の研究者でもあること、またネーミングの類似性から、パーソンズの「合議的アソシエーション（collegial association）」論からとりわけ強く影響を受けていることは間違いないように思われる。パーソンズからの影響については本稿では詳述しないが、Ibid., chapter 8. また、「合議的アソシエーション」論については、沢田善太郎（1997）『組織の社会学——官僚制・アソシエーション・合議制』ミネルヴァ書房、第6章

⁵⁸⁵ Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.80

シウリは主張する⁵⁸⁶。すなわち、政策を実施する側から見れば、公共政策はそれぞれの集団の実体的規範に対して積極的に介入していくのではなく、それぞれの集団が健全に自己統治していける環境を整備すべき、ないしは、それぞれの集団内のルールが、集団内や集団間での熟議を可能にするような手続的要件を備えているかどうかを審査すべきだ、ということになる⁵⁸⁷。その具体的要件としては、フラーがその著『法と道徳 (*The Morality of Law*)』⁵⁸⁸などにおいて展開した「法の内在道徳 (internal morality of law)」(一般性、公布、遡及効の禁止、明確性、無矛盾性、不可能を命じないこと、恒常性、定立されたルールと公権力の行動の一致)を、シウリは念頭に置いている⁵⁸⁹。すなわち、シウリは、国家一個人間のみならず、私的主体同士のレベル(企業一個人間など)でも、こうした手続的道徳が完備されていることが必要だと主張するのである。

なお、こうした合議的組織形態は、研究機関や専門家集団の中に見出しうるが⁵⁹⁰、自動的・必然的に生成されるようなものではなく、「偶然的なものにとどまる」とシウリはいう⁵⁹¹。それゆえ「共通の社会的義務を判断できるような閾値」も常に問い直しの可能性にさらされているのであり、「ハーバーマス(ら)による真理の模写説 (copy theories of truth) 批判と、それに続く、真理(及び理性)の合意説に向けた『手続的転回 (procedural turn)』と一貫」して理解可能なものである⁵⁹²。こうした熟議的な実践が確保されてこそ集団は規範的に擁護されうるのであり、社会的立憲主義は、全ての集団を放置せよ、という議論ではない⁵⁹³。

4.3.1.2. 会社(法)による／おける権力分散機能

多様な中間団体がある中で、シウリが第一に着目し、問題視するのが企業であることは、決して偶然ではない⁵⁹⁴。資本主義を最もよく体現する団体が企業であるということについては、多言を要しないであろう。資本主義批判は、企業を批判し、企業を別様に捉え、作り変えることによってなされる、とシウリは考えているのである。

⁵⁸⁶ Ibid., p.79

⁵⁸⁷ Ibid., pp.205-213,

⁵⁸⁸ ロン・フラー(1968)『法と道徳』稲垣良典訳、有斐閣(なお、邦訳の後、初版に対する批判への応答を追加した新版が出版されている。Lon Fuller (1969) *The Morality of Law*, revised edition, Yale University Press)

⁵⁸⁹ シウリのフラー理解については、Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, chapter 6

⁵⁹⁰ Ibid., p.80

⁵⁹¹ Ibid., p.156

⁵⁹² Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.159

⁵⁹³ Sciulli, *Corporate Power in Civil Society*, p.244

⁵⁹⁴ ただし、後にシウリの研究対象は専門家集団一般へと広がっていくことになる(David Sciulli (2009) *Professions in Civil Society and the State: Invariant Foundations and Consequences*, Brill)。

それでは、シウリは企業をどのように見るのか。企業を作り変えるヒントは、既にアメリカ会社法の実践において、既に示されているとシウリは考える。すなわち、シウリによれば、経済合理性に基づいて企業を観察し、規定・同定することは一見もっともらしいが、重要な点を見逃し、少なくともアメリカ社会における会社法の実践に合致するものではない。企業の存在意義は、企業が経済活動を行うことによって富の生産が効率的に行われることには還元されないのである。では、アメリカ社会において、企業の存在意義はどのように考えられてきたとシウリは主張するのか。シウリは次のように述べる。

企業は集团的権力を政府から市民社会へと分散させる。それによって企業は政府に制限をかけておくための一助となるのである。……〔この機能ゆえに、〕**たとえ企業が財とサービスを非効率にしか生産できないのだと明らかにされたとしても**、アメリカの会社法は企業の存在を奨励すると、我々は考える。集团的権力を分散することは何であれ公共善であるがゆえに、アメリカ会社法はこれを奨励するのである。翻って、**たとえ企業が非常に効率的なものだと明らかになったとしても**、アメリカ会社法は、市民社会において企業が集团的権力をどのように行使するかを監視するだろう。市民社会における構造化された状況において、私的権力が一方的に行使されることの防止もまた、何であれ公共善なのである。⁵⁹⁵

つまり、企業の存在意義は、政府の束縛論を超えた社会全体における権力分立にあるのである。もし権力の分立とそのための制約が憲法の本質的な機能であるとするならば、会社法はまさに憲法と呼ぶにふさわしい機能を果たしている。会社法分野においてアメリカ全体に強い影響力を持つデラウェア会社法及びデラウェア州衡平法裁判所 (Court of Chancery)⁵⁹⁶を念頭に置きつつ、シウリは次のように述べる。

デラウェアの裁判官たちの応答如何により、デラウェアの裁判官たちは、会社の執行役員たちがその地位に基づく権力を正統に発揮する方法の範囲を維持し、広げ、狭めている。このような意味で、市民社会において会社法とは、〔企業といった〕中間団体にとっての、構造化されたあらゆる状況にとっての憲法なのである。⁵⁹⁷

このように、シウリはデラウェア州衡平法裁判所の判断の重要性を強調するのであるが、

⁵⁹⁵ Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.26 (強調は原文)

⁵⁹⁶ 州法ながらその影響力は連邦全体に及ぶものであり、たとえばアメリカに留学経験のある尾崎安央は、「筆者が経験したアメリカのロー・スクールにおける企業法の講義・ゼミナールでも、デラウェア州の判例は必須であった」と回顧している(尾崎安央(2005)「日米欧会社法制度における企業統治——収斂と分化」今泉慎也=安倍誠編『東アジアの企業統治と企業法制改革』日本貿易振興機構アジア経済研究所、p.340)。

⁵⁹⁷ Sciulli, *Corporate Power in Civil Society*, p.24

裁判所の判断が社会的立憲主義の実践そのものというわけではなく、本来踏み越えるべきでない実体的規範を判断する領域にまで、裁判所がしばしば伝統的に手を伸ばしていることを問題視している⁵⁹⁸。これはまさに、分立された権力（司法権）が、許された権限の範囲を超えて他の権力に影響を及ぼし、あるべきバランス（理想的な権力分立の形態）を崩してしまっているということの意味する。

そのような悪しき典型例として、シウリは QVC 事件を挙げている⁵⁹⁹。簡略化して述べれば、これは次のような事件である。パラマウント・コミュニケーション社がバイアコム社との合併を画策していたところ、QVC ネットワーク社が敵対的買収を開始した。パラマウント・コミュニケーション社の取締役会は、QVC ネットワーク社が買付資金に充てようとしている融資が確実でないことなどから、QVC ネットワーク社による買付は株主の最善の利益にはならないと判断し、ポイズンピルなどの防御措置を用いて拒絶した。パラマウント・コミュニケーション社及び QVC ネットワーク社の株主は、これを不服とし、こうした防御措置と、バイアコム社の公開買付の暫定的差止を求めて提訴した。これに対し裁判所は、「株主にとって合理的に達成可能な最善の価値」を取締役会が追求したのかどうかを裁判所が「高度な精査 (enhanced scrutiny)」によって判断する必要がある、この基準に照らすと取締役会は信任義務違反に当たると判示した。高度な精査の内容は、「(a) 取締役が判断の際に依拠した情報を含む、取締役による意思決定プロセスの十分性についての司法的判断。(b) 当時の状況に照らし、取締役の行為の合理性を司法的に検討する。取締役はよく情報を取得し、合理的に行動したことを証明しなければならない」というものである⁶⁰⁰。この枠組みは、裁判所は考慮すべき情報の内容や合理性の中身にまで相当踏み込んで判断し、また、「株主にとって合理的に達成可能な最善の価値」を裁判所がかなりの程度判断できるという前提に立っており、ひいては裁判所の実体的規範に基づく判断を押し付ける結果になりかねない、とシウリは批判する。

一方で、シウリが手続的規範の顛れとして最も明確なものとして挙げるのは、マックミラン事件である⁶⁰¹。マクミラン社の取締役会は、自社株の売却を含めた再編計画を評価するに

⁵⁹⁸ Ibid., pp247-249. なお、ここではデラウェア州の裁判所を念頭に置いた批判として述べられているが、別の論考では墮胎や賃金にかかる実体的規範を裁判所が疑似的に立法しているという問題にシウリは言及し、「あらゆる民主制において、今日の手続的合法性に対する最も大きな脅威の一つは皮肉にもその国の最高裁からもたらされている」と苦言を呈している (David Sciulli (2010) “Societal Constitutionalism: Procedural Legality and Legitimation in Global and Civil Society”, in Chris Thornhill and Samantha Ashenden (eds.) *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Nomos, p.105)。

⁵⁹⁹ Sciulli, *Corporate Power in Civil Society*, pp.248-249. 本事件の紹介として、清水忠之 (1996) 「Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc., 637 A.2d 34 (Del.1993)——被買収会社が買収会社のために対抗的買収会社に対する防御的手段を規定した場合に、対抗的買収会社の申込を排除したのは取締役の信認義務に反するとされた事例」『アメリカ法』1996-1

⁶⁰⁰ 637 A.2d 34, 45

⁶⁰¹ Sciulli, *Corporate Power in Civil Society*, p.246. 本稿においてマックミラン事件とは、次の連続した事件を指す。Robert M. Bass Group, Inc. v. Evans, 552 A.2d 1227 (Del.Ch. 1988) (通称 Macmillan I)、Mills Acquisition Co. v. Macmillan, C.A. No. 10168 (Del.Ch. 1988) (通称

あたり独立の特別委員会を設置したが、取締役は当該委員会のメンバーと事前の接触を行い、自らの望む方向へと裏で誘導していた。このとき、特別委員会に独立性があるのか、独立性がないとしても何らかの合理性に基づく反論が可能か、といった点が争点となった。デラウェア州衡平法裁判所は、以上のような取締役会の行動に、株主に短期的でない長期的な利益を自覚させるといった狙いや合理性（rationales）があるのだとしても、取締役らは、「受託者として押し付けることを自由にはならない」のであり、「再編にかかる選択を株主から奪っているため、当該再編は明白に不合理（unreasonable）なものである」と判示した⁶⁰²。つまり、デラウェア州衡平法裁判所は、その再編計画の内実（実体）ではなく、株主の決定への参画が実質的に奪われていること（手続）を問題にしたのである。合議的組織形態の維持は、こうした参画の可能性によって担保されることを、シウリは強調する。裁判所は、こうしたレベルにとどまって諸組織の統制を実施するべきなのである。

さて、以上から分かるように、シウリは社会の統合機能を主として司るのは裁判所であると考えている。それゆえに、シウリが「社会」として想定するところの範囲は、裁判所の統制の及ぶ範囲、すなわち主として一国内であるといえよう。これは、トイプナーの社会的立憲主義との大きな違いとなる。すなわち、後に見ていくように、トイプナーは、こうした機能は必ずしも裁判所が担う必要性はなく、私的な団体もこうした機能を担うと考えている。ゆえに、トイプナーの考える「社会」のイメージは、シウリよりも広いものとなり、グローバルな議論へと接近する。この違いは、シウリの研究の背景にパーソンズの影響が強くあり、トイプナーにはルーマンの影響があることに起因すると考えられる。すなわち、「一意の機能的説明を与えるパーソンズ的な構造機能主義から、偶発的な等価領域についての機能的記述を与えるルーマン的な機能構造主義へ」⁶⁰³という社会学における教科書的な整理に並行するものとして、理解することが可能であろう。

4.3.1.3. 民主的実験主義との異同

以上がシウリの社会的立憲主義の概要であるが、民主的実験主義の知見と重なり合っている点が少なくないことが分かるだろう。第一に、公私区分の再編・解体を挙げることができる。民主的実験主義はボトムアップ性を強調し、公的主体と私的主体の役割を明確に分離することなく、両者の間の相互作用性や協働を強調した水平モデルを提示したのであった。

Macmillan II) . 本事件も同様に州最高裁まで争われたが (Mills Acquisition Co. v. Macmillan., Inc., 559 A.2d 1261 (Del. 1989))、シウリの考察はデラウェア州衡平法裁判所を対象としていることに注意されたい。本事件の紹介として、楠元純一郎 (1992) 「企業買収者の差別的取扱いにおける取締役の行為基準——Mills Acquisition Co. v. Macmillan., Inc., 559 A.2d 1261 (Del. 1989)」『商事法務』1293号

⁶⁰² 552 A.2d 1227, 1243-44

⁶⁰³ 宮台真司 (2012) 「機能主義」大澤真幸他編『現代社会学事典』弘文堂、p.255

シウリの社会的立憲主義も、私的領域における公法的機能を探究しようとするものであり、公的主体・私的主体の区分を相対化する方向性にある議論として整理することができる。公私区分に関する両者の姿勢は、かなりの程度近いように思われる。

第二に、社会の現状分析について言えば、確かに、民主的実験主義は、資本主義の台頭による危機的状況を強調することはあまりなく、またパーソンズを援用することもない。しかしながら、社会的立憲主義による、実体的規範の分裂状況という分析は、民主的実験主義と明確に重なるものである。3.で見てきたように、民主的実験主義が生まれてきた背景には、ニューディール的な価値観・コンセンサスを共有する社会派法思考が、批判法学の台頭などによって力を失い、無数の「法と～ (law ands)」の勃興に見られるように、まとまりがなく、何でもあり的な現代派法思考が出現したことがあるのであった。一カ所ではあるが、実体的な内的規範の証拠として、シウリは、批判法学と、「法と～ (law ands)」の典型である「法と経済学」の台頭を挙げており⁶⁰⁴、こうした民主的実験主義との分析の重なり合いについて、首肯するように思われる。

第三に、第二の点と関連するが、実体的規範の衰退を強調するがゆえに、手続的規範と熟議に着目するという類似点が挙げられる。民主的実験主義は、裁判所が単純に上位機関として規範を当事者に押しつけるというモデルを否定し、裁判所が熟議の場として手続きを保証し、熟議における一つの主体となるというモデルを提示したのであった。シウリの社会的立憲主義においても、裁判所に対する期待が民主的実験主義よりも高く設定されているように思われるが、従来モデルから裁判所の役割を変更し、手続的規範と熟議の守護者とするという発想は、民主的実験主義にかなり近いと考えてよいだろう。次に検討の対象とする社会的立憲主義者のトイブナーも、シウリの社会的立憲主義を引用した後に、次のように述べている。

今日、こうした社会的立憲主義の理論は、熟議的な民主主義理論に向かうポスト・ロールズ主義的なアプローチへと直接的に結びついている。このアプローチは、社会制度の民主的なポテンシャルを同定することに努め、そして規範的・制度的帰結を描き出そうとするものである。ここで重要なのは、熟議的な民主化は政治制度上に限って見られるものではなく、国内や国際的な文脈における社会的な主体にまで明確に広がっていると考えられることである。⁶⁰⁵

この引用中には脚注が付いており、「熟議的な民主主義理論に向かうポスト・ロールズ主義的なアプローチ」の具体例として挙げられているのが、セイベルやドルフといった民主的

⁶⁰⁴ Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.77

⁶⁰⁵ Gunther Teubner (2004) "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?", in Christian Joerges et al. (eds.) *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, p.11

実験主義者の著作群である⁶⁰⁶。トイプナーもまた、こうした熟議へのコミットメントを引き継いでいる。

このように、社会的立憲主義と民主的実験主義にはかなりの類似が見られるが、シウリが提唱した段階においては、いまだ重大な差異が存在することを忘れてはならない。その差異とは、実験性に対する評価である。民主的実験主義は、その名の示すとおり、実験を推し進める立場であるが、シウリの社会的立憲主義においては、こうした実験に対するコミットメントが見られない。その理由は、シウリの社会的立憲主義の主眼が、実験という動的なものではなく、資本主義の暴走を止めていかに社会統合を可能にするか、というどちらかといえば静態的な方向性に関心があるからだと思われる。これは、シウリが依拠するのが、保守的で静態的な理論家として批判されることの多いパーソンズであるという点からも⁶⁰⁷、推察されることであろう。

それでは、社会的立憲主義と民主的実験主義の溝は、このまま埋まることがないのであるか——。そうではない。シウリの議論が、トイプナーに引き継がれ、発展していく中で、こうした溝は埋められていくことになる。以下、その過程を追っていくことにするが、まずは、シウリの社会的立憲主義に残存する課題について見ていくことにしたい。

4.3.1.4. 残された三つの課題

本節では、トイプナーの社会的立憲主義を本格的に検討する前段階として、シウリの議論の不明確な点や問題点を示すことにしたい。トイプナー自身が明示しているわけではないが、トイプナーの社会的立憲主義は、本稿の考えるところ、これらの不明確な点や問題点を解消する試みとして位置付けられる。そしてトイプナーは、シウリから議論を引き継ぎ、社会的立憲主義を洗練し発展させていく中で、批判法学や民主的実験主義へと接近することになるのである。

それでは、その問題点とはどのようなものか、順に見ていくことにしよう。第一に、シウリがなぜに国家的な立憲主義に希望を見出すことができなかつたのかが不明確であることを挙げたい。シウリは伝統的な共同体や強力な宗教が分解・解体し、実体的規範を全体で共有することの不可能性から、手続的規範を中心とした統合へと向かうべきだと論じるが、これは多くの（国家の憲法を主たる検討対象としている）憲法学者も共有する前提ではないか。憲法学者である長谷部恭男は、『比較不能な価値の迷路』という著作を叙しているが⁶⁰⁸、そのタイトルからも察せられるように、背景（伝統的な共同体や強力な宗教の分解・解体）は

⁶⁰⁶ Ibid.

⁶⁰⁷ ただし、こうしたパーソンズの見方に対して反論を加えるものとして、進藤雄三（2006）『近代性論再考——パーソンズ理論の射程』世界思想社

⁶⁰⁸ 長谷部恭男（2018）『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論【増補新装版】』東京大学出版会

ほとんど共有しているといつてよい。シウリとしては、こうした憲法論は結局シウリが言うところの実体的規範を輸入しているのもであって、手続的規範を核とする社会立憲主義とは異なると反論するであろう⁶⁰⁹。しかしながら、憲法の中でどれほど実体的規範を重視するかは大きく幅のある問題なのであり、ジョン・ハート・イリィのように手続的価値を重んじた憲法論を展開することは可能である⁶¹⁰。こうした憲法観の延長線上で、企業（会社法）を対象とした私人間効力論が採用されるのであれば、国家的憲法論の一部としてシウリと同様の議論が展開可能であるように思われる。もちろん、こうした私人間効力論の是非については、そもそも採用するかどうかの他、適用の方法などについて様々な見解がある⁶¹¹。しかし、少なくともシウリはこうした議論について十分な検討を行っているとは言い難く、自身の議論を差別化できていない⁶¹²。

第二に、果たして文化や伝統といった実体的規範なくして、シウリの構想は実行可能かという問題がある。ここで、シウリが社会的立憲主義を論じる際に参照したハーバーマスが「憲法愛国主義 (Verfassungspatriotismus)」の代表的論者として知られていることは特筆に値する⁶¹³。ハーバーマスは、憲法愛国主義「の本当の意味は、市民たちが、憲法の抽象的な内容を体得するというだけのことではなく、それぞれのナショナルな歴史のコンテクストに即して憲法を身につけるということ」であり、「基本権の道徳的内実がメンタリティに定着するためには、知的学習過程だけでは足りない」という。そして、「連帯が成立するためには、まずは正義の諸原則が、文化的な価値志向の濃密な網の目のなかに根づく必要がある」ということを強調する⁶¹⁴。コミュニケーション的行為に着目したハーバーマスがなぜこうした主張を行うかといえば、それはコミュニケーション的行為を持続する前提として、連帯を生成し維持する必要があるからである。連帯なくして人々は自らの時間を割いてまで公共的な問題についての熟議に参加するとは考えにくく、話し合いが行われたとしても不誠実なものになる可能性は低くない。結局、「知的学習過程」だけでは、コミュニケーション的行為の重要性を理解するには足りても、それを現実に持続して実行するには足りない。持続性を持つためには、それが長い歴史の中で行われてきた実践、つまりは文化や伝統の中に位置付けられる必要があると、ハーバーマスは考えたのである。

翻ってシウリの議論を見るに、結局シウリの合議的組織形態も如何にしてそれが実現し、維持されるのか不明確なままである。こうした欠点を補おうとしたとき、ハーバーマスと同

⁶⁰⁹ Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, p.57

⁶¹⁰ ジョン・ハート・イリィ (1990) 『民主主義と司法審査』佐藤幸治＝松井茂記訳、成文堂

⁶¹¹ 私人間効力論を含め、企業法制と憲法の関係について有益な検討を行った文献として、戸波江二編 (2010) 『企業の憲法的基礎』日本評論社

⁶¹² ただし、最終的に私人間効力論と社会的立憲主義は差別化されると考える (本稿 4.2.及び 4.3.2.2.)。

⁶¹³ 憲法愛国主義については、さしあたり、毛利透 (2002) 『民主政の規範理論——憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、ヤン＝ヴェルナー・ミュラー (2017) 『憲法パトリオティズム』斎藤一久他訳、法政大学出版局

⁶¹⁴ ユルゲン・ハーバーマス (2007) 『ポスト世俗化時代の哲学と宗教』三島憲一訳、岩波書店、pp.11-12

じ憲法愛国主義へと進んでいかない保証がどこにあるかは定かでない⁶¹⁵。

第三に、組織間の癒着の問題について十分に考察できていないように思われる。シウリの主張するように、企業の存在が権力分立に資するためには、企業とその他の権力が十分に独立していることが必要である。しかしながら、夙に指摘されるように、企業と政府機関が癒着し、ほぼ一体となってしまうということは十分に考えられる。現にアメリカでは、ウォール街と重要な政府機関の間で回転ドア式の人事が行われており、それが大きな危機を呼び込むとして強く批判されている⁶¹⁶。こうした人的なつながりについて、シウリはより深く考えるべきだったのではないだろうか。

以上、シウリの議論で不十分に思われる点を確認してきた。しかし、シウリのそれは、社会的立憲主義にとっていわば黎明期の議論であり、十分に洗練されていないことはある意味で当然のことといえる。以下では、シウリの社会的立憲主義がどのような形で継受・発展され、どのようにして以上で検討した欠点を克服していったかを見ていくことにしたい。

4.3.2. 機能分化したシステムの共存を目指して——トイプナーの社会的立憲主義

トイプナーは1944年生まれの法学者・法社会学者であり、エバーハルト・カール大学デュビンゲンで博士号を取得、後にカリフォルニア大学バークレー校でも修士号を取得している。現在、ヨハン・ヴォルフガング・ゲーテ大学フランクフルト・アム・マインで教鞭を取る他、世界各地に招聘されレクチャーを行っており（来日経験あり）、著作・編著も多数ある⁶¹⁷。

序論でも触れたように、日本での紹介・検討も相当数あり、社会的立憲主義論に着目したものその他、オートポイエーシス（autopoiesis）理論⁶¹⁸をいわゆる法化（juridification / Verrechtlichung）論に応用した議論⁶¹⁹として、後に、ネットワーク理論に基づく斬新な契

⁶¹⁵ 実際、シウリはこうした方向に足を踏み出ししかけていたように思われる。たとえばシウリは、後年次のように述べている。「西洋とアングロアメリカンの伝統は間接的に特権化することが可能かもしれない。すなわち、西洋とアングロアメリカンの伝統が、他の伝統よりも、合議的組織形態と手続的合法性を確立し、またそれらに対する尊敬を維持することがはるかにありえそうだということを証明することによって、特権化することが可能かもしれないのである。」（David Sciulli (2011) *Etzioni's Critical Functionalism: Communitarian Origins and Principles*, Brill, p.484, 強調は原文）

⁶¹⁶ 著名なものとして、サイモン・ジョンソン＝ジェームズ・クワック（2011）『国家対巨大銀行——金融の肥大化による新たな危機』村井章子訳、ダイヤモンド社

⁶¹⁷ ゲーテ大学 HP を参照（<https://www.jura.uni-frankfurt.de/41076121/Teubner>（2019/12/10 アクセス））。

⁶¹⁸ なお、autopoiesis についても邦語文献上の統一的な表記はないが（「オートポイエーシス」の他、「オートポイエシス」、「自己創出」、「自己産出」など）、本稿では論文などの表題を引用する際を除き「オートポイエーシス」で統一する。

⁶¹⁹ 榎澤能生（1987）「オートポイエシスと法理論——西ドイツにおける『ポスト福祉国家の法理論』の一潮流」『早稲田法学』66巻2号、山口聡（1990）「現代法の自己産出と自律性——ハーバマ

約論の提唱者⁶²⁰としても紹介されている⁶²¹。

以下では、シウリの議論から刺激を受けたトイプナーが、シウリの議論に何を見出し、どのように改良を加えていったのかを概観し、若干の検討を加えていくことにしたい。

4.3.2.1. シウリからの継承と発展

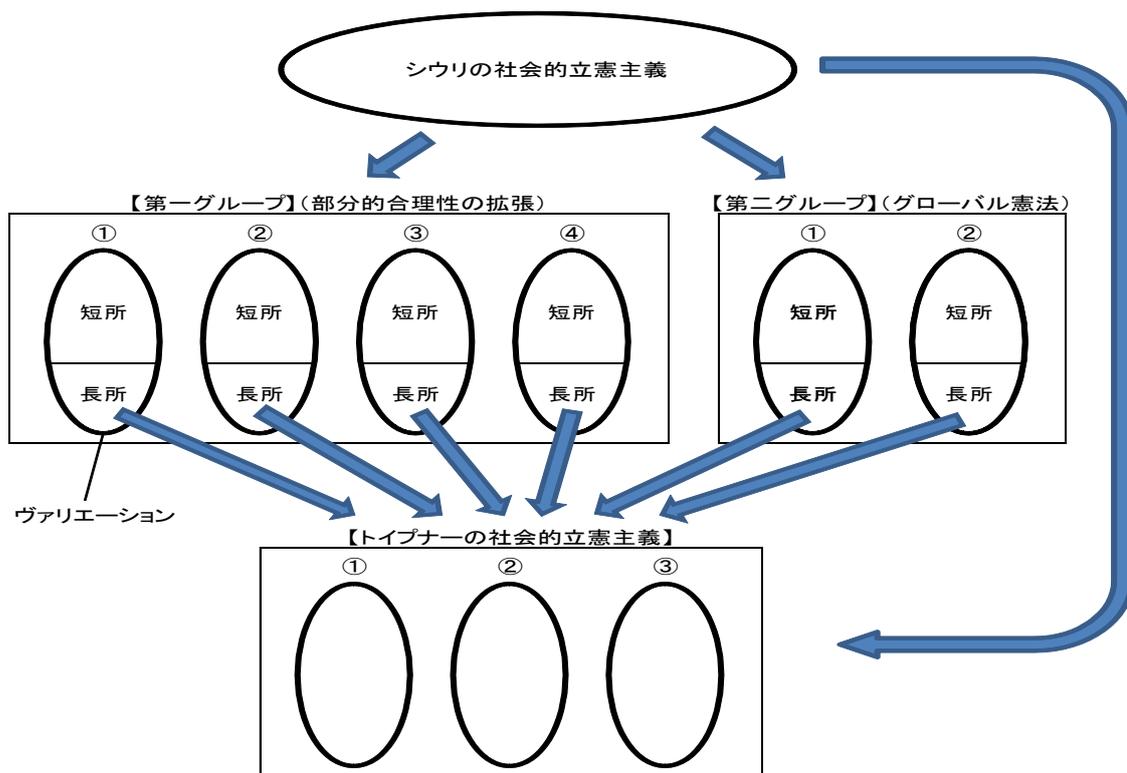
トイプナーは、「確立されたテーマとしての社会的立憲主義は、アメリカの社会学者デヴィッド・シウリによって完成されたものである」とシウリを称揚した上で⁶²²、シウリの議論から九つのヴァリエーションを導き出している。すなわち、まず、シウリの議論からほぼ直接的に引き出しうるヴァリエーションとして二つのグループ（第一グループは四つ、第二グループは二つの下位類型を持つ）を挙げ、続いてそれらの問題点を指摘し、長所を引き継いだ上で、改善された類型として三つを提示するという議論をトイプナーは展開している。なお、個々のヴァリエーションは互いに排他的なものとは限らず、組合せ可能なものと不可能なものがあると解するべきである（トイプナーは自身の構想を三つのヴァリエーションの組合せと考えている）。トイプナーの議論の構造を予め図示しておく、以下のようになる。

スとトイプナーの『法化』論を手がかりとして『阪大法学』155号、同（1992）『法化』論における法思考枠組の転換——G.トイプナーの一般条項論を手がかりとして『阪大法学』162号、伊藤周平（1992）「福祉国家における『法化』の社会学」『年報社会学論集』第5号、関連する邦訳として、グンター・トイプナー（1990）「法化——概念、特徴、限界、回避策」榎沢秀木訳『九大法学』59号、グンター・トイプナー（1994）『オートポイエーシス・システムとしての法』土方透＝野崎和義訳、未来社

⁶²⁰ 戒能通弘（2001）「契約における非法的要素の重要性について——H・コリンズとG・トイプナーの見解の検討」『同志社法學』53巻2号、藤原正則（2010）「ネット契約としてのフランチャイズ契約？（二・完）——最判平成二〇年七月四日判時二〇二八号三二頁を契機に」『北大法学論集』第61巻第1号、関連する邦訳として、グンター・トイプナー（2006）「別々のものの複合——契約でも組織でもないネットワークの法」村上淳一訳『同志社法學』57巻7号、グンター・トイプナー（2016）『契約結合としてのネットワーク——ヴァーチャル空間の企業、フランチャイズ、ジャスト・イン・タイムの社会科学的、および、法的研究』藤原正則訳、信山社

⁶²¹ トイプナーの議論全体の概観としては、多岐にわたる論文の翻訳及び訳者による批評を併せて単著化した、グンター・トイプナー（2012）『システム複合時代の法』瀬川信久編、尾崎一郎他訳、信山社が便利である。なお、上記のものが先行研究の全てではなく、日本において総体的に強い関心を集めているトピックに則って記載している。加えて、それぞれのトピックは便宜的に区分したもので、それぞれ独立し連関が存在しないということを意味しない。

⁶²² Teubner, “Transnationaler Verfassungspluralismus”, S.665. 英訳が Gunter Teubner (2017) “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli”, in Paul Blokker and Chris Thornhill (eds.) *Sociological Constitutionalism*, Cambridge University Press として出版されており、こちらも適宜参照したことを予めお断りしておく。また、タイトルその他、内容も英訳にあたり部分的に改変されているが、以下では共通部分を括り出すような形で要約している。なお、本論文には仏訳も存在している（Gunther Teubner (2018) “Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciulli”, 19 *Jus Politicum* 71）。



ここで、第一グループと第二グループを社会的立憲主義として整理すべきか、という問題が生じる。というのも、これらのグループに属するとされる議論は、必ずしもシウリの社会的立憲主義のみに着想を得て発展してきたものではなく、また自らを社会的立憲主義として同定してはいないからである。このとき、一つ一つのヴァリエーションを精査し、社会的立憲主義と呼びうる要素を十分に持つか否かを確認することも考えられる。しかし、整理・類型化という作業の性質上、簡潔なものとするのが求められるため、本稿では第一・第二グループは社会的立憲主義の要素を分有すると述べるにとどめたい。本稿の考察の射程において、明確に社会的立憲主義として扱うのはシウリとトイプナーの議論のみであり、より詳細な検討については他日を期すことにしたい。

以上のような留保を付けつつ、以下ではトイプナーの整理を確認・検討することで、社会的立憲主義の現在における到達点を明らかにしていく⁶²³。

⁶²³ 以下、類型の紹介上で参照されている文献は、基本的にはトイプナー自身によって言及されているものの一部を抜粋したものである。ただし、表記は本稿の形式に合わせ、邦語訳がある場合はそれを記し、また明らかな表記ミス（出版年月日の間違いなど）は修正してある。加えて、定義や主張を敷衍し明確化するために、適宜補足・解説を加える場合がある。

4.3.2.1.1. 第一グループ——「拡張」派

トイプナーによれば、第一グループの共通項は「拡張 (Extensionen)」である。トイプナーの論旨は必ずしも明確ではないので、少し補っておこう。シウリを論じた箇所を確認したように、シウリは従来の国家的な立憲主義が私的領域における関係性——端的には企業と雇用者の関係——に無頓着であることを批判し、デラウェア州衡平法裁判所の法解釈に着目したのであった。しかし、シウリがこのように論じるとき、こうした関係性に適用される規範や原則は一体どこに由来すると考えられているのだろうか——。こうしたシウリの残した謎を受け、第一グループは次のような答を出す。すなわち、それは、ある特権的な合理性や規範を措定し、それらを拡張することによってである、と。その特権的な合理性や規範を何とするかによって、第一グループは以下の四つに区分されるとトイプナーは主張する。

第一グループ① 国家的憲法の拡大適用(Der lange Arm der Staatsverfassung)⁶²⁴

この見解によれば、国家的憲法の考え方や制度を何らかの形で拡張することによって、社会的な憲法についても説明することができるという。たとえば、昨今のグローバル化によってトランスナショナルな憲法が生まれつつあるという認識が正しいのだとしても、そうした憲法を理解し、もしくは、発生した問題を解決する際には、国家的な憲法で用いられてきた原理や思考法で足りる、と彼らは主張する⁶²⁵。

しかし、トイプナーによれば、彼らは普遍的な原理によって上から統制するというアプローチに固執し過ぎており、下からの秩序形成、すなわちそれぞれの団体がそれぞれ独自に自己統制を実施するという能力を低く見積もってしまっているという弱点があるという。こうした看過し難い弱点ゆえに、彼らの見解を受け入れるわけにはいかないが、最も歴史的に成功した立憲化のモデルとして国家的憲法を参考にし、学ぶべきことを見つけることは十分に可能であるとトイプナーは主張する。

第一グループ② 政治的なものの拡張⁶²⁶

この見解は、国家的憲法を拡大適用しようとするのではなく、政治と国家を分離した上で、政治的権力が拡張し、包摂と排除のプロセスの中で自己安定化していく過程を立憲化として考える。すなわち、「権力あるところに憲法あり (Ubi potestas, ibi constitutio)」という標語で表現可能な見解であり、包摂と排除といった、権力を介したコミュニケーションが存在するところに、その発動の在り方を定める憲法が生まれるのだと彼らは主張する⁶²⁷。

⁶²⁴ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.666-668

⁶²⁵ Karl-Heinz Ladeur und Lars Vellechner (2008) “Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur. Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes”, 46 *Archiv des Völkerrechts* 42, Marcelo Neves (2013) *Transconstitutionalism*, Hart

⁶²⁶ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.669-671

⁶²⁷ Chris Thornhill (2010) “Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions”, 10 *Journal of Classical Sociology* 315, Jiří Přibáň (2015) “Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From ‘Weak’ Jurisprudence to ‘Strong’ Socio-Legal Theories of Constitutional Power

しかしこの見解にも問題がある、とトイプナーは言う。すなわち、この見解は、政治的権力が発動する場にのみ焦点を合わせてしまっている。しかし、政治のみならず、経済、芸術、スポーツといった分野を司る部分システムをつぶさに見ていったとき、立憲化は政治的権力のプロセスにかかる規定のみを生成しているわけではなく、非政治的権力的なコミュニケーション形式をも規定しているのである。結局のところ、トイプナーによれば、彼らの議論は部分システムの一つにすぎない政治システムの論理、合理性を不当に拡張してしまっているということになる。ただし、こうした欠点があるとしても、権力を一定の枠にはめ込むという発想は重要であるとトイプナーは評価する。

第一グループ③ 合理的選択の席卷⁶²⁸

政治システムの論理を拡張した先の見解と同様に、この見解は経済システムの論理を拡張することで、憲法を説明しようとする。彼らによれば、憲法とは人々が自由に競争することができる秩序を形成し維持するものであり、ときには狭い意味での経済を離れ人々の合理的な選択一般を保護するものであるという⁶²⁹。

トイプナーは、この見解も、先に見てきた見解と同様に部分システムを不当に拡張したものだとして斥ける。トイプナーによれば、たとえば芸術のような部分システムにおける憲法は、経済的合理性では説明できないものなのである。しかし、憲法が「法」にのみ関係するものではないということをつまらなくした点は評価できる、とトイプナーは付け加えている。

なお、シウリが従来最も問題視していたのがこうしたホモ・エコノミクス的な思考であったことを考えれば、この選択肢は最初から問題外であるということになる。

第一グループ④ 法の最高法則化(Summum ius)⁶³⁰

上記二つの見解がそれぞれ政治システム、経済システムという部分システムの合理性を強調・拡張していたのと同様に、この見解も法システムとその合理性を強調・拡張しようとするものである。この見解は、制度を規範の集合として考えた上で、そうした制度が発展するにつれて国家以外の制度(群)もまた高位の規範を創出するようになり、国家法のように階層的に体系化されると主張する。そしてこの見解によれば、これは、現に国際社会でも発生している現象であり、様々なセクターでの立憲化が進んでいるのである⁶³¹。

Operations”, 28 *Ratio Juris* 31

⁶²⁸ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.671-672

⁶²⁹ James Buchanan (1991) “Constitutional Economics”, in John Eatwell et al. (ed.) *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Macmillan, Viktor Vanberg (2005) “Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy”, 1 *Journal of Institutional Economics* 23

⁶³⁰ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.672-674. 著名な法諺である

「Summum ius, summa iniuria (最厳正の法は最不正の法なり)」を意識したものと思われる。この法諺については、船田享二(1970)「Summum ius summa iniuria」『法哲学年報』1969

⁶³¹ Jan Klabbers et al. (2009) *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Neil Walker (2014) *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press

トイプナーによれば、こうしたセクターレベルでの立憲化が進んでいるという洞察は正しく、炯眼である。しかし、この議論もまた、先の見解と同じように還元主義的な傾向を免れていないのだという。すなわち、この見解に基づく考察・検討は、あまりに規範を中心に論じてしまっている。ゆえに、憲法化を推進するような社会的諸力、つまり社会的な事実の研究が疎かになってしまっているのだ、とトイプナーはこの見解を批判する。

以上が第一グループに対するトイプナーの評価であるが、ここからトイプナーは、シウリによる合理化批判を第一グループよりも広く捉えていることが分かる。すなわち、市民社会を統制する規範や原則として、経済的合理性を特権化してはならないのはもちろんであるが、他の合理性も特権化してはならない、とトイプナーは主張するのである。別所ではあるが、トイプナーは、あるインタビューにおいて、ウェーバーの合理化論に依拠しつつ、次のように述べている。

法と経済は、共にマックス・ウェーバーが近代社会の形式的合理性と呼んだものの二つの潮流を表しています。……両者は、一つの社会的機能を最大化するのであって、両者は部分的な合理性を構成している〔にすぎない〕ということになります（法は社会構造を創造する機能を、経済は将来の社会的ニーズの充足に向けた潜在力を創造する機能を持つのです）。しかし同時に、それらは社会全体に関係することですから、普遍的なものです。より悪いことに、両者は、自らの部分的な合理性が、近代の生における唯一の合理性であるのだと主張します。その結果は、社会的生活の広範な法化・経済化であり、非常に破滅的な帰結をもたらします。それゆえに、社会的立憲主義が必要なのです。⁶³²

こうしてトイプナーはいかなる合理性も特権化することのない、多元的な規範秩序の定立を目指すことになる。この構想については、第二グループの議論を経た後に見ていくことになるだろう。

4.3.2.1.2. 第二グループ——グローバル憲法論

さて、それでは早速、第二グループの検討に移ろう。その公約数となるのは「グローバル憲法（Globalverfassung）」という考え方である。ここでも少し文脈について補足しておこ

⁶³² Gunther Teubner (2009) “Intersections between Economic Sociology and Law: Interview with Gunther Teubner, *Economic Sociology*”, 10 *European Electronic Newsletter* 26, pp.26-27. また、シウリの合理化批判についての解説を含む、Teubner, “Societal Constitutionalism”, pp.11-13 も参照されたい。

う。シウリは国家的な憲法論の不完全性を指摘し、社会全体を視野に入れた憲法論の重要性を説いた。こうしたシウリの議論をグローバルなレベルに拡張したとき、世界国家が存在せず、世界国家的な憲法が存在しないとしても、国際社会における憲法がありうるのではないか、という問いが成り立つと考えられる。こうした問いに答えるものとして、トイプナーは次の二つを挙げ、第二グループとしている。

第二グループ① 全体論的社会憲法(holistische Gesellschaftsverfassung)⁶³³

この見解は、まず社会全体の統合機能が憲法の中心的な機能だと主張されてきたことに着目し⁶³⁴、「全体論的な」憲法論を展開する⁶³⁵。彼らは、世界国家が誕生しその下で統一的な憲法が制定される、といった非現実的な議論は峻拒するものの、憲法の統合機能は国際社会全体においても適用可能なものであると考え、国際法の立憲化などのコスモポリタンの構想は可能であると主張する⁶³⁶。

トイプナーは、こうした主張はあまりに理想的であり、受け入れがたいと述べる。しかし同時に、憲法の統合機能についての問いは非常に重要であり、引き継ぐべきところがあるとトイプナーは評価する。すなわち、多様な憲法の多層的秩序が形成される中でどのような統合が可能であるのかを問うべきだ、とトイプナーは主張するのである。

第二グループ② 集団的想像(kollektive Imagination)としての憲法⁶³⁷

この見解に与する論者らは、現実的な制度ではなく、憲法が規範的なシンボル(象徴)として果たしうる機能に着目する。彼らは、現実的には社会全体を統合性せしめるような全体論的な憲法を実現することは不可能だとしつつも、なおそうした構想に固執する。なぜなら、たとえ現実を反映していないとしても、世界全体を統括するような憲法の構想が目指すべきシンボル・理念として機能し、一定の統合を可能にするかもしれないからである⁶³⁸。

トイプナーは、この議論について、現実的な制度をほとんど顧みないという点に難色を示すが、憲法のフィクション性を指摘した点は評価できるという。すなわち、この見解の主張するように、憲法が集団のアイデンティティ形成に資する可能性を持つことをトイプナーは認める。問題はいかにしてそれが可能となるのかである、とトイプナーは言う。

⁶³³ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.674-676

⁶³⁴ ルドルフ・スメント (2017) 『憲法体制と実定憲法——秩序と統合』永井健晴訳、風行社

⁶³⁵ Neil Walker (2010) “Beyond the Holistic Constitution?”, in Dobner and Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*

⁶³⁶ Bardo Fassbender (2007) “‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law”, in Neil Walker and Martin Loughlin (eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press

⁶³⁷ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.676-677

⁶³⁸ Thomas Vesting (2011) “Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne”, in Thomas Vesting und Stefan Koriath (Hrsg.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen

4.3.2.1.3. トイプナーによる再構成

以上見てきたように、トイプナーは二つのグループに対し批判的ではあるが、同時に一定の評価を与えている。それぞれの欠点を排除し、優れた点を伸ばし発展させたのが、トイプナー自身が依拠する次のようなヴァリエーションである。

① メタ憲法(Meta-Verfassung)⁶³⁹

第一グループのように、ある特定の部分システムの合理性を全体に当てはめることはできない。であるならば、部分システムごとに憲法が生成されると考えるしかないトイプナーは言う。しかし、それらの憲法は互いに軋轢を生み攻撃し合うのだろうか。必ずしもそうはならず、諸部分システム憲法にとっての憲法、すなわち「メタ憲法」が生成される、というのがトイプナーの主張である。この憲法は、それぞれのシステムにおける合理性の是非、すなわち実体的規範の議論には立ち入らず、手続的規範によって構成され、また、非階層的なものである。そして、このメタ憲法は全てのシステムにおいて共通なものではなく、それぞれが自らのシステムの一部としてそれぞれ異なった形で発展させるものである⁶⁴⁰。

こうしたメタ憲法は、EU 所属国の裁判所と欧州司法裁判所による「裁判官対話 (judicial dialogue)」⁶⁴¹の実践の中や、国際私法 (抵触法) の領域で発展しており、その中に発見す

⁶³⁹ Teubner, “Transnationaler Verfassungspluralismus”, S.678-681

⁶⁴⁰ この点につき、トイプナーが念頭に置くモデルである国際私法を考えると理解しやすい。国際私法は、「世界には多数の異なる法秩序が存在しているという多元主義的状况を前提とし、それを調整する仕組みを提供する法分野」であり、「国際民事紛争の解決につき、国際的な法の統一によって対応するのではなく、関連する複数の法秩序の中からその一つを選択して当該法秩序の法にその判断を委ねる」準拠法選択というメタ的な法技術を用いる法分野である (横溝大 (2014) 「グローバル化時代の抵触法」『社会科学研究』第 65 巻第 2 号、pp.129-130)。そして現状、世界的に統一された国際私法は存在せず、各国がそれぞれの国際私法を制定し、それに基づいて紛争解決を図っている。こうした不統一の弊害はもちろんあるが、しかし法秩序同士の全面紛争に陥ることは多くなく、一定の平和が保たれている。このような認識が以下で引用したワット、そしてトイプナーの前提にある。ただし、従来の国際私法が基本的に国家法を対象としてきた点につき、トイプナーは批判的であり、次のように述べている。「グローバル社会の法はセクターの相互独立 [という問題] に取り組むものであるべきであり、まったく新しい抵触法の形態が現れることになろう。すなわち、『システム間抵触法 (intersystemic conflicts law)』 [とでも呼ぶべきもの] である。これは、国際私法上個々の国家が衝突することに由来するものではなく、グローバル社会の諸セクターが衝突することに由来するものなのだ。」 (Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner (2004) “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, 25 *Michigan Journal of International Law* 999, p.1000)

⁶⁴¹ 寺西広司は、裁判官対話について「確立した定義がない」としつつも、さしあたりのものとして次のような定義を試みている。すなわち、裁判官対話とは、「裁判官同士の実際の意見交換や仕事の成果である判決文・意見の相互参照を指す。ここにいう『裁判官』は司法機関のみならず、例えば自由権規約委員会のような準司法機関で法的判断を示すものを含む」とされる (寺西広司 (2017) 「国際法における『裁判官対話』」『法律時報』89 巻 2 号、p.63)。裁判官対話については近年多くの研究がなされるようになってきているが、さしあたり、同誌同号の小特集「『裁判官対話』の理論

ることができるものである⁶⁴²。トイプナーは、国際私法のグローバル・ガバナンスにおける適用・応用可能性を探求する研究者であるホラティア・ミュール・ワットの次のような主張を長く引用している。

抵触法の貢献は、正統性の問題にアプローチするに際した出発点として、これらの〔秩序間の〕相互作用それ自体を提示することである。これは、正統性の問題の決め打ちを放棄するということ、言い換えれば、並行する諸々の主張を事前に選別することをやめるということの意味するだろう。代わって、そうした主張を事後的に、〔絶対的な基準ではなく〕相対的な語彙によって処理するのである。この考え方は、グローバルな法の不安定な反省性（*reflexivity*）に完全に即したものであるように思われる。この考え方は次のようなことを示している。すなわち、正統性問題は、他の法システムに対してなされる主張のタイプ（協調的、挑戦的、一致的）に従って、異なった語彙によって提起されるのである。⁶⁴³

このようにメタ憲法は、従来 of 憲法とは異なり、絶対的な上位規範から出発して事例を判断するのではなく、事例ごとに相対的な解決を図っていくものなのである。

② ノモスとナラティブ⁶⁴⁴

メタ憲法の議論において見たように、それぞれのシステムは自身の中に他のシステムとの共存を可能にするメタ規範、すなわちメタ憲法を形成していく必要がある。このメタ憲法は部分システムを超えた社会全体のものでなければならないが、しかしこれは同時にフィクションである——つまり現実のものとならない——とトイプナーは主張する。なぜなら、それぞれの部分システムがそれぞれの仕方自身で自身の考えるメタ憲法を社会全体のものとして勘違いしているだけだからである。裁判官対話などにより、相互参照を続けることで想像上の統一に至るとしても、現実としては、メタ憲法は完全に統一されていない。こうした議論は、ロバート・カバーのナラティブ論と多くの部分を共有するものである⁶⁴⁵。すなわち、秩序

と実際」の他、同誌 90 卷 12 号の小特集「『裁判官対話』の臨界」

⁶⁴² Ralf Michaels and Joost Pauwelyn (2012) “Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law”, 22 *Duke Journal of Comparative & International Law* 349, Jacco Bomhoff (2015) “The Constitution of the Conflict of Laws”, in Horatia Muir Watt and Diego Arroyo (eds.) *Private International Law as Global Governance*, Oxford University Press

⁶⁴³ Horatia Muir Watt (2016) “Conflict of Laws Unbounded: the Case for a Legal-Pluralist Revival”, 7 *Transnational Legal Theory* 313, p.331

⁶⁴⁴ Teubner, “Transnationaler Verfassungpluralismus”, S.681-682

⁶⁴⁵ Robert Cover (1983) “The Supreme Court, 1982 Term — Foreword: Nomos and Narrative”, 97 *Harvard Law Review* 4, Thomas Vesting (2015) *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Velbrück. 当該ヴァリエーションの名前は、カバーの本著作を意識したものと思われる。カバーを最も精力的に紹介・応用したものとして、江藤祥平（2018）『近代立憲主義と他者』岩波書店。ナラティブ論の見地は、日本の憲法学の間でも注目されており、たとえば佐藤幸治や奥平康弘の議論が

(ノモス)としては一つであるとしても、現実には、その中に複数のナラティブが常に存在しているのである⁶⁴⁶。

③ 自己転覆的なコミュニケーション⁶⁴⁷

最後に、トイプナーは立憲化をクリス・ソーンヒルの議論に従って、立憲化を「コミュニケーション・メディアの形成」⁶⁴⁸として捉えることが必要であると主張する。この形成が歴史的に最もうまくいったのが国家的憲法なのであり、その限りで国家的憲法は参考にするべき対象となる。

ここでいうコミュニケーション・メディアとは、ニクラス・ルーマンの議論から借用されてきた概念であり、かなり特殊な用語であるため、若干の解説が必要だろう⁶⁴⁹。我々は何か物を見るとき、物それ自体を知覚することはなく、光によって伝達される像を知覚する。ここでいう光のように、物それ自体ではなく、それを媒介し運ぶものをメディアという。これにより、はじめて知覚は可能となるが、これは法システムを含む様々な部分システムについても同様である。法システムも何らか独自のメディアによって環境を認識し、自らにとって理解可能なものとする。こうしたメディアの発展なくして、それぞれの部分システムは部分システムとして分化することはできない。法システムにとってのメディアとは法規範であり、それは合法／不法というコードによって峻別されることになる。そして、峻別の実践が繰り返されることで、法システムの分化はより進行し、また変化がもたらされることになる。

こうしたメディアの作用によって、それぞれの部分システムはときに自己転覆されるこ

ナラティブ論として整理されることがある（佐藤幸治（2003）『憲法とその“物語”性』有斐閣、奥平康弘（2003）『憲法の想像力』日本評論社）。両者を比較し、佐藤のそれは国民の単一性といった方向へと流れやすく、奥平のそれはそうした単一性に対する抵抗としてのナラティブを喚起すると評価・整理するものとして、巻美矢紀（2011）「日本国憲法に『物語（narrative）』はあるか——主権と人権・再訪」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』日本評論社、愛敬『立憲主義の復権と憲法理論』第5章。ただし、憲法学におけるナラティブ論の意味するところは必ずしも明確ではなく、「憲法学における『物語り論』[ナラティブ論]の近年の興隆を容易に確認できるが、翻ってみれば、各人がバラバラに『物語り論』を提唱している分だけ『物語り』概念が拡散したことはないなめない」と言われる（阪本尚文（2015）「訳者はしがき」ローレンス・ストーン「物語りの復活——新たな古い歴史学についての考察（1）」阪本尚文＝霜田洋祐訳『行政社会論集』第27巻第4号、p.152）。

⁶⁴⁶ 理解の補助のために、国内憲法についての議論だが、石川健治の次のような発言を引用しておく。「たとえば、日本を美しい国だ、と語る narrative はあってよいが、またそれが単一の narrative として支配してはならない、ということがあると思う。また、戦後、八月革命によって日本の新しい体制ができたんだ、という narrative はあってよいし、なくてはならないんですが、それが単一の narrative として他を制圧するということがあってはならない、ということになる。つまり、同じ国の constitution を語る際に、さまざまな解釈コミュニティがありえて当然だろう、ということです。」笹倉秀夫他（2009）「自由概念の比較史とその現代的位相【全体討論】」『比較法学』42巻2号、pp.189-190〔石川健治発言〕

⁶⁴⁷ Teubner, “Transnationaler Verfassungsppluralismus”, S.683-685

⁶⁴⁸ Chris Thornhill (2010) “Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions”, 10 *Journal of Classical Sociology* 1, p.18

⁶⁴⁹ 以下の解説については、クラウドディオ・バラルディ他（2013）『GLU——ニクラス・ルーマン社会システム理論用語集』土方透他訳、国文社、pp.82-84, 123-129を参照した。

とがあることをトイプナーは強調する。すなわち、諸システムの分化が進行し、環境からあまりに自閉的になってしまった結果として、個々の部分システムの合理性が不当に拡張されてしまうことがある。このとき、社会全体に大きな打撃を与え、当該システム自身の存立基盤を危うくしてしまうのであるが、立憲化を果たした部分システムにはメディアを介して他の環境を考慮する反省性が備わっており、自己自身を大きく変容させることでこうした危機を脱しうるのである。そしてこれこそが、ブルース・アッカーマンが言うところの「憲法機会 (constitutional moments)」⁶⁵⁰の機能的な本質なのだ、とトイプナーは主張する。ただし、このとき主役となるのは「我ら人民 (We the People)」ではなく、それぞれのシステムが持つ反省性そのものであり、個々の主体はあくまでシステムに対するプレッシャーとして機能するのみであることに、トイプナーは注意を促している⁶⁵¹。

さてここで、以上①～③で説明されたイメージを明確にするために、トイプナーが別所で論じている企業憲法の例を見ておこう。

企業コードは、実際に第一次規範と第二次規範の共同作用を観察することができる三つの異なる段階の規範ヒエラルヒーを、典型的に明らかにしている。上階を占めているのは、企業憲法の原則であり、中間階はその執行と監督を規範化し、下の階を占めているのは、具体的な行動指針である。企業コードの上階及び中間階において、数多くの第二次規範が見出される。この〔第〕二次規範は、厳格な意味での憲法上の規範に接近する。というのも、二次的な規範は、高位にランクづけられるメタ規範として、企業内部の法の自省〔反省〕を生み出すからである。……〔反省性のプロセスは、〕一定の制度上の措置を要求する。特に第一次規範化の設定、変更、解釈、執行に権限を有する手続き〔＝第二次規範〕を作り上げることを要求する。すなわちこれはとくに、抽象的な企業原則と具体的な企業決定との間を媒介する、内部制御機関と執行機関という中間的企業レベルを作り上げることである。これによって私的コードは、私的秩序としての自律的な法だけではなく、国家コードによる規範的な権限委譲に依拠することなく同時に、その憲法上の基礎を独自に作り上げる。それは文字通り国家なき憲法を形成するのである。⁶⁵²

より具体的な例を使って敷衍すれば、次のようになる。「お客様の満足を最大化する」とか「顧客に対する説明のときには重要事項を二度説明する」といった、抽象的レベルの高いものから具体性の高いものまで、多くの一次規範がある。それでは、こうした一次規範を誰

⁶⁵⁰ Bruce Ackerman (1998) *We the People, Volume 2: Transformations*, Harvard University Press

⁶⁵¹ この議論については、4.3.2.4.2にて再訪する。

⁶⁵² グンター・トイプナー (2012) 「越境する企業の自己憲法化——企業行動指針の私的性格と国家的性格の統合について」 榎澤能生監訳『企業と法創造』第8号、p.144

がどのように設定し、具体的な社員の行動の是非を判断するのか（例：二度説明することの意義は顧客意思確認の徹底であり、お年寄りの方には二回を超えて説明すべき場合があるのではないか、など）。それを決定するのが二次規範であり、具体的には内部制御機関や執行機関に設定や解釈にかかる権限を付与する。このような機関は、疑似的な（国家で言うところの）統治機構と類比することができ、よって権力分立論の枠組みによって捉えることが可能である。これによって、環境（顧客からの声や官僚からの要求など）に対して反応するための設定の追加や解釈の変更（反省性のプロセス）が可能となるのであり、単なる「私的秩序としての自律的な法」ではない反省的な法たる憲法が形成され、ときに自己を大きく変革することが説明される（自己転覆的なコミュニケーション）。

また、憲法を定立する団体は、当該企業にとどまらず、他の企業や NGO などの団体も含まれるのであり、自らの規範を絶対化するわけにはいかない。たとえば、顧客満足を絶対化し、そのために森林を大規模に伐採するということになれば、環境団体（環境システム）との衝突は避けられない、といった場合を想起すればよい。こうした事態を避けるため、「内部制御機関」が発達し、外部的な規範（この例の場合は環境的な規範）の適用の場合に応じて優先するようになるのである（メタ憲法）。これによって、諸憲法の調和が図られるようになるが、こうした調和はそれぞれが個別的な事例への対処の中で発展させていくものであり、特権的な機関が特権的なマスタープランを提示するといったものではないことから、常に淀みが発生する可能性を内包している（ノモスとナラティブ）。

以上、一企業を例に挙げて検討したが、このような立憲化は、個別主体のレベルでのみ行われるというわけではない。自主的な人権の保護を、あらゆる団体が実施するということは明らかに現実的ではない。立憲化は多様なレベルで行われ、外部からのプレッシャーがあるからこそ、自己転覆的なコミュニケーションは発生するのである。

トイプナーは、「デジタル憲法（digital constitution）」の可能性を論じるにあたって、ある環境保護団体がある石油会社を批判するためのサイトを開設し、当該会社の名前に類似するドメイン名を利用した、という事例を挙げている⁶⁵³。こうしたドメイン名にかかる紛争を解決するに際し、最もよく利用されているのが、ICANN（The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers）というグローバルに展開した私的組織による仲裁である。ICANN は、企業側の利益を認める場合もあるが、「表現の自由」に言及し、企業に対する批判可能性を担保するためにそうしたドメイン名の利用を認める場合もある⁶⁵⁴。こうした事例をトイプナーが挙げていることから、企業憲法への彼の信頼が全面的ものでないことは明らかであり、他の私的団体との相互監視が必要だとトイプナーが主張していることがわかる。

⁶⁵³ Gunther Teubner (2017) “Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution”, 3 *Italian Law Journal* 193

⁶⁵⁴ トイプナーの議論も大いに参照しつつ、こうしたデジタル憲法の可能性を追求したものとして、西土「グローカリゼーションのなかの憲法」

念のため述べておくが、トイプナーは、ICANN を手放しで称揚しているわけではなく、ICANN の活動の危険性についても指摘している。すなわち、ICANN の仲裁の利用は、平等な私的合意に基づくものとされているが、事実上は一方的な権力の行使ではないのか、とトイプナーは懸念を述べる。この文脈においては、トイプナーは、より積極的な国内外の裁判所の介入が必要であると主張する。曰く、私的な「標準契約の審査を介して、裁判所は、トランスナショナルな平面における、デジタル憲法上の権利を確立せねばならなくなるであろう。その名に値するような、トランスナショナルなデジタル憲法の出現に決定的な役割を果たすであろうもの、それは裁判所なのである」⁶⁵⁵。

もちろん、企業憲法の例で見たとおり、トイプナーが主張したいのは裁判所一元主義ではない。それぞれの主体がそれぞれの文脈において、権力を均衡させるようにあるべき役割を果たすこと、これこそトイプナーの求めるものである。このような反省性のプロセスや内部統制の結果、人々の権利は多様な形で保護されることになる。

4.3.2.2. シウリの残した課題にどう答えられるか

以上、トイプナーの提示する見取り図を若干詳しく概観した。このように、トイプナーの主張する社会的立憲主義は、かなりの程度国際社会の文脈を踏まえて展開されているものであるが、憲法における反省性の議論や機能性についての議論のように、国際立憲主義の領域のみに収まるものではなく、むしろ国際立憲主義の議論を内包する広大な構想であることが分かる。

さて、このようにシウリの議論から継承・発展・展開されたトイプナーの社会的立憲主義は、4.3.1.4.で見たシウリの難点を克服できているだろうか。順に見ていこう。

まず、第一の点、すなわち、なぜ国家的な立憲主義に希望を見出しえなかったのか不明確であるという問題について検討しよう。(国家的な) 憲法の私人間効力といった議論によって、十分に社会全体の統制を図ることができるのではないか。しかし、トイプナーからすれば、こうした見解は、第一グループ①そのものである。つまり、こうした見解は、上からの規範によって全てを統制しようという発想からなされた議論であり、下からの、すなわち私的主体の自主的な秩序形成の可能性を見過ごしてしまっているという、大きな問題点があるということになる。

さらに、こうした下からの自己規律的な憲法形成という事象に着目したとき、国家的な憲法は、あくまで多数ある内の憲法の一つということになる⁶⁵⁶。こうした一つの憲法によって他の部分システムを抑圧することは、部分システムの瓦解と機能不全を生みかねないばか

⁶⁵⁵ Teubner, “Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet”, p.205

⁶⁵⁶ 一方のシウリは、トイプナーが社会的な憲法とするものを「社会的構成体 (societal constituents)」と呼ぶにとどまる (Sciulli, “Societal Constitutionalism”, p.104)。

りか、憲法のメルクマールである反省性を完全に欠く議論であると、トイプナーの見地からは評価されざるをえない。トイプナーからすれば、私人間効力論が十分に実現してこなかったのは理由のあることである。もし私人間効力論が十全に実現するとしても、企業らにとって国家的な憲法及び裁判所の判決は環境の一種であるから、それぞれのメディアを通じてのみ内部化されるにすぎない。このことは、②で見たように、あくまで想像上の（現実ではない）統一がなされるのみだ、ということの意味する。

次に、第二の点、伝統や文化といった実体的規範なくして社会的立憲主義の構想は可能なのか、という問題について見ていこう。トイプナーの提示する枠組みにおいては、もはや伝統や文化は中心的な概念ではありえない。機能分化が進行した現在においては、中心的な概念となるのは諸々のシステムが個々に持つ合理性であり、伝統や文化に重きを置く分析概念は、機能分化が十分に進んでいない旧来の共同体にしか適用できない。国際社会といったものが問題とされるのは確かであるが、このときに重要なのは、諸々のシステムがいかに上手くカップリングしうるかであるとトイプナーは考える。トイプナーは、法多元主義について論じた著作の中で次のように言う。

法多元主義の理論は、集団や共同体から、言説とコミュニケーションのネットワークに焦点を移して中核となる諸概念を再定式していかねばならないだろう。グローバル法の社会的淵源となるのはグローバル化した人的ネットワークの生活世界などではなく、専門化・組織化・機能化された諸ネットワークの原法（proto-law）なのだ。それらのネットワークは、グローバルな、しかし極めて限定されたアイデンティティを形成しているのである。⁶⁵⁷

ここで述べられている「コミュニケーション」は先に見たコミュニケーション・メディアと直接的に繋がる議論であり、「専門化・組織化・機能化された諸ネットワークの原法」が発展・展開されたものが社会的立憲主義であるということは言うまでもない。トイプナーはルーマンのシステム理論を摂取することによって、文化や伝統といったものから、分化・機能へと論点をずらしたのである。

こうしたトイプナーによるシステム理論的な転回は、第三の点、すなわち組織間の独立（回転ドア式の人的交流）についても一定の答えを示しているといえる。すなわち、それぞれのシステムにおいて、コミュニケーションの形式が決まっている以上、そこで具体的に誰が活動をしようが、個人に与えられた選択肢はそれぞれのシステムのコミュニケーション・メディアによって限定されているため、大きな問題とならないはずである、と批判に対して応答できるのである。第三の問題点として指摘したことは、トイプナーの枠組みからすれば、実は論理が転倒している。つまり、回転ドア式の人的交流によって、分立が妨げられ腐敗が

⁶⁵⁷ Teubner, “Global Bukowina”, p.7

進行しているのではなく、既にシステムとしての分立が不十分となっているからこそ、回転ドア式の人的交流の発生が腐敗しているように見えるのである。よって、問題とすべきは人的な交換などにかかる組織規範ではなく、それぞれのシステムのコミュニケーション・メディアが十分に独立しているか否か、ということになる。

4.3.2.3. トイプナーに対する二つの批判

さて、トイプナーの社会的立憲主義は、このようにシウリのそれに内包されていた難点を克服しているように思える。しかしながら、これらの難点に続いて次のような二つの批判が提起可能だろう。先に述べておけば、本稿の解釈するところ、この二つの批判に答えていく中で、社会的立憲主義は、批判法学へと接近し、民主的実験主義と合流することになるのである。

それでは、順に見ていこう。第一に、下からの秩序形成を称揚することから、上からの統制論となる従来の憲法論を斥けることは理解できるとしても、トイプナーの憲法概念は重要な要素がやはり欠けているのではないか、という疑問が挙げられる。その欠けている要素とは、自由や平等といった用語で表されるところの自然権の問題である。

標準的な憲法の教科書においては、憲法の淵源として、たとえば次のような説明がなされる。

……中世の根本法は、貴族の特権の擁護を内容とする封建的性格の強いものであり、それが広く国民の権利・自由の保障とそのための統治の基本原則を内容とする近代的な憲法へ発展するためには、ロック (John Locke, 1632-1704) やルソー (Jean-Jacques Rousseau, 1712-78) などの説いた近代自然法ないし自然権 (natural rights) の思想によって新たに基礎づけられる必要があった。この思想によれば、①人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の権利 (自然権) をもっている、②その自然権を確実なものとするために社会契約 (social contract) を結び、政府に権力の行使を委任する、そして、③政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗する権利を有する。

このような思想に支えられて、一七七六年から八九年にかけてのアメリカ諸州の憲法、一七八八年のアメリカ合衆国憲法、一七八九年のフランス人権宣言、九一年のフランス第一共和制憲法などが制定された。⁶⁵⁸

こうした歴史が記述されるのは、言うまでもなくこうした自然権の思想が憲法にとって

⁶⁵⁸ 芦部信喜 (2019) 『憲法【第7版】』高橋和之補訂、岩波書店、p.6

本質的な要素であるからである。しかし、ここで翻ってトイプナーの社会的立憲主義を見たとき、諸システムが定立する憲法に果たしてこうした自然権的な要素、すなわち自由や平等といった概念が含まれる保証はあるのだろうか。トイプナーの社会的立憲主義を評し、マティアス・クムは、様々な憲法概念が氾濫しているが、しかしそれらの多くに共通点——法の支配へのコミットメントなど——があると述べた上で、社会的立憲主義を例外視し、次のように述べている。

……自由と平等という観念に対する共有された規範的なコミットメントが示唆するところのものを、法によって自身を統治することにより実現せんとするプロジェクトに、社会的立憲主義者は加わることはない。彼らは、……フランス革命とアメリカ独立革命の遺産を、我々の法世界についてのよりよい規範的な理解を得るために解釈するような立憲主義理解を提供しない。社会学者として、社会的立憲主義者は、正義の問題を覆い隠してしまうのである。⁶⁵⁹

クムが考えているほどには、トイプナーは正義概念を簡単に捨て去ってはいない。③で見た自己転覆的なコミュニケーションは、別所においては正義概念との関連で論じられており、「正義とは、支配的な法理論と法解釈学ではほとんど顧みられることのない法の自己超越という破壊的实践」であり、「その実践過程においてつねに不正義を創り出すことによって自らを阻害する法的自己記述」であると定義されている⁶⁶⁰。

しかしながら、こうした自己転覆性としての正義概念は必ずしも自由と平等といったものを保障しない。諸々のシステムが環境から偶然的に取り入れるに過ぎず、取り入れられたとしてもシステムの自己保存が可能な限りで用いられるだけであり、根本的な価値になる可能性はさらに低い。このように、トイプナーの憲法概念が、他の憲法概念からあまりに遠く離れてしまうのだとすれば、やはり憲法や立憲主義という言葉を用い続けることには疑問を呈さざるをえないのではないか。

第二に、トイプナーの社会的立憲主義は、シウリの社会的立憲主義が解決しようとした経済的合理性の席卷を再び呼び寄せてしまうのではないか、という疑問を挙げることができよう。トイプナーが「社会的」立憲主義というとき、社会とは具体的に何であるのか。それはひとまず、部分システムの共存状況であると解されようが、果たしてこの共存状況はいかに維持されるのか。トイプナーと同じく、ルーマンのシステム理論を継受して自説を展開するエミリオ・クリストドゥリディスは、「私は、国家的な形式への結びつきから憲法の形式を解放することに何ら反対しないし、そうした解放が認識論的にいって問題があるという

⁶⁵⁹ Mattias Kumm (2013) "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law", 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 605, pp.609-610

⁶⁶⁰ グンター・トイプナー (2014) 「自己破壊的正義——法の偶発性定式あるいは超越形式」 同編『デリダ、ルーマン後の正義論——正義は<不>可能か』土方透監訳、新泉社、p.22

批判者の懸念も全く共有しない」とトイプナーにある程度賛意を示しつつも、「立憲化と多元主義が道具的に何に結び付けられてきたか」に注意を促す。すなわち、「グローバル化という経済の論理」、これに結び付けられてきたのではないかとクリストドゥリディスは懸念するのである⁶⁶¹。社会的立憲主義という聞こえがよいが、実質的には経済的合理性の支配へと堕していくのではないかとクリストドゥリディスは言う。

私の社会的立憲主義に対する懸念、そしてトイプナーと私の根本的な違いは次のとおりである。もしも機能的分化が、行為領域準じて自由領域の自律性を保証することに他ならないゆえに、あらゆる状況下においてまったく交渉不能〔であるという意味〕なのだと考えられるのであれば、当然視されている外的な政治問題化（external politicization）と内的な政治問題化（internal politicization）の対話が、急速に後者の極みへと堕してしまうのではないかと。⁶⁶²

このようにそれぞれのシステム間の交渉が失われていってしまうのであれば、現在において最も力が強いと考えられるシステムの合理性、すなわち経済システムの合理性が他のシステムの合理性を押し潰してしまうのではないかと、クリストドゥリディスは主張するのである。

こうした懸念は正当なものだといえよう。グローバル化の文脈において、真っ先に問題とされてきたのはグローバル資本の暴走であった⁶⁶³。もちろん、こうした経済的側面をあまりに中心的に論じてしまうことには多くの批判が寄せられてきたが、そうした批判を提起せねばならないという状況が、グローバル化における経済的要素の強さを裏書きしていると考えてよいだろう。社会的立憲主義をグローバルな文脈で論じるにあたり、この問題は避けては通れないのではないかと。

4.3.2.4. 批判への応答

以上のような二つの批判に対して、既にトイプナーは、その著作の中で実質的に応答している。そして、その応答の中に、社会的立憲主義と批判法学、民主的実験主義を結びつける

⁶⁶¹ Emiliios Christodoulidis (2016) “New Understandings of Constitutionalism”, 2 *Derecho y Crítica Social* 255, p.260

⁶⁶² Emiliios Christodoulidis (2013) “On the Politics of Societal Constitutionalism”, 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 629, p.633

⁶⁶³ たとえば正村俊之は、「グローバリゼーションには政治・経済・文化といった多様な次元があるが、グローバル資本主義の発展を抜きにして現代のグローバリゼーションを語ることはできない。20世紀後半以降のグローバリゼーションを牽引してきたのはグローバル資本主義の発展であるといっても過言ではないだろう」と述べている（正村俊之（2011）「グローバル資本主義への視座」『学術の動向』16巻4号、p.36）。

ものがあるのである。以下、議論が多少複雑なものとなり、紙幅が必要となるため、二つの節に分けて検討していくこととしたい。

4.3.2.4.1. 諸理論の領分——学問の分業体制

第一の批判については、次のように答えることができる。自由や平等という概念は、確かに憲法学の中では重要なのであろう。しかし、そもそも「自由」や「平等」とは一体何を意味し、何故に憲法学で論じられてきたそれに従わなければならないのだろうか。「憲法」を論じることができるのは、憲法学者だけなのだろうか。トイプナーは次のように述べる。

憲法は、憲法学者 (constitutional lawyers) や道徳哲学者に任せておくにはあまりに重要なものだ。至って様々な学問領域において、国民国家に立憲主義を縛りつけることを批判し、社会の様々なセクターのものとして憲法問題を提起する学問的伝統が存在するのである。⁶⁶⁴

クムのような定義は、あくまで憲法を観察・考察するための一つの視座 (既存の憲法学、あるいはより広く公法学) からのものだ。クムのトイプナーに対する批判は、複数ある視座の内、一つを特権化することによってはじめて可能となるものである。これは、サントスが「定義の政治」と呼んだものと重なる。サントスは、法多元主義を擁護して次のように言う。

次のように問うことができよう。つまり、なぜこれらの競合し、もしくは相補し合う社会的秩序化の形態が法とされるべきで……「ルール体系」や「私的統治」などとされるべきではないのか。……この問いは別の問いによってのみ答えることができる。つまり、なぜ法としないのか、という問いである。⁶⁶⁵

つまり、トイプナーが呼ぶところの「憲法」がなぜ憲法でないのか、とクムに対して問い返すことが可能になる。これは痛烈な法学批判でもある。どういうことか。ここで、トイプナーの次のような発言に注目したい。

⁶⁶⁴ Gunther Teubner (2013) “The Project of Constitutional Sociology”, 4 *Transnational Legal Theory* 44, p.52. なお、あるインタビューでは、「憲法は、公法学者 (public lawyers) や、政治学者 (political scientists) に任せておくにはあまりに重要なものなのです」と答えている (Gunther Teubner (2009) “Intersections between Economic Sociology and Law: Interview with Gunther Teubner, *Economic Sociology*”, 10 *European Electronic Newsletter* 26, p.26)。

⁶⁶⁵ Boaventura de Sousa Santos (2002) *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, second edition, Butterworths, p.91

私 [=トイプナー] は批判的アプローチに共感を覚えているのですが、[ここでいう「批判」は、]たとえば1920年から1930年にかけてフランクフルト学派によって洗練された意味での「批判」というよりは、むしろカント的伝統における「批判」を意図しています。……法は、社会における多様な種類の合理性の総体、これらの衝突に晒されているものである、と考えるほうがより生産的です。唯一の「解決策」ではなく（[解決策と見ることは]法のポテンシャルをあまりに過大評価しすぎています）、これらの多様な合理性に対処する一つの方法として、そしてそのような多様な合理性の関係において法的正義を実現する一つの方法として、法は試みられるべきなのです。⁶⁶⁶

このように、トイプナーが試みようとしているのはカント的な批判である⁶⁶⁷。それでは、カント的な批判とは何であろうか。周知のように、カントはいわゆる三批判書（『純粹理性批判』『実践理性批判』『判断力批判』）を通じ、その批判哲学を展開している⁶⁶⁸。ここでその詳細を述べることは、議論の流れを断ち切ることになるため省くが、熊野純彦の言葉を借りれば、カントの批判哲学は「<境界>をめぐる思考」である。「世界の境界じたいは経験と独立には存在せず、したがってまた、経験をはなれた世界そのものは存在しない」のであり、そうした境界線を超えて理性を用いること——たとえば神の存在を証明しようとする——は、越権行為にすぎない⁶⁶⁹。カントの批判は、批判対象を全否定するようなそれではなく、それぞれの領分にかかる境界をめぐる批判である。

カントのこうした主張や解釈が正しいかどうかはさておき、トイプナーが試みようとしている批判はここでのカントのそれと同じだということが、ここでは重要である。すなわち、憲法学で処理できる範囲に限界があること（境界線の存在）を示して憲法学の能力に見合った役割を与えること、これこそがトイプナーの企図＝批判である。

まさに社会を形作る（constitute）ものである憲法は、こうしたトイプナーの世界観に立ったとき、憲法学者や道徳哲学者の専有物であることをやめる。現在まで、彼らに憲法の定義が一任されていたことこそ、問題とされなければならない。ここにトイプナーは、「憲法的社会学（constitutional sociology）」⁶⁷⁰の可能性を高らかに宣言する。トイプナーは、法

⁶⁶⁶ Mauro Zamboni (2012) “Interview with Gunther Teubner Frankfurt (Germany), December 2010”, 35 *Retfærd Årgang* 3, pp.12-13

⁶⁶⁷ このようにトイプナーは、カントの議論とオートポイエーシス論を接合して論じるが、これに対して違和感を覚える者も少なくないかもしれない。しかしながら、カント哲学とオートポイエーシス論に親和性があることが——トイプナーとは異なる視点からであるが——山下和也によって主張されている（山下和也（2019）『カントとオートポイエーシス』晃洋書房）。

⁶⁶⁸ 邦訳は多いが、さしあたり熊野純彦訳のものを挙げておく。イマヌエル・カント（2012）『純粹理性批判』熊野純彦訳、作品社、イマヌエル・カント（2013）『実践理性批判』熊野純彦訳、作品社、イマヌエル・カント（2015）『判断力批判』熊野純彦訳、作品社

⁶⁶⁹ 熊野純彦（2002）『カント——世界の限界を経験することは可能か』日本放送出版会、pp.112-113

⁶⁷⁰ 本邦で研究されてきた「憲法社会学」とは異なることを強調するため、「憲法的社会学」と訳す

学者として扱われることが多いが、少なくとも社会学者としての面を相当に持つ論者として、考える必要がある。

しかし、ここで注意が必要なのは、トイプナーは憲法的社会学の視点を他の視点（法学、道徳哲学）に対して特権化しないという点である。

憲法学はトランスナショナルな立憲主義についての社会学的分析を受け入れるべきであるが、同時に、隣接学問領域からの十分な距離を維持することが必要である。憲法的社会学は、法原理を先んじて決するものでは決してないし、ましてや個々の憲法規範を定めるものではない。そうではなく、憲法学は学際的な分業に焦点を当てるべきである。そこでは、それぞれの学問領域がそれぞれの視点から独自の貢献を行うのだ。⁶⁷¹

カントは理性を批判したが、理性を完全に捨て去ったのではもちろんなかった。それと同様に、トイプナーも既存の憲法学を全て無に帰そうとしているわけではないのである。それでは既存の憲法学にトイプナーが求めるものは何か。トイプナーは次のように述べる。

……憲法学は、〔憲法的社会学によって提示される〕こうした攪乱的要因に対応する。そして、トランスナショナルな憲法の構成・制限に係る諸問題に対する適切な法的解決として適用可能な、トランスナショナルな憲法のための独立した概念・原理・準則を、憲法学は、自らの知的伝統から発展させていくのである。⁶⁷²

トイプナーの憲法概念が、憲法学が言うところの自由や平等を必ずしも含意しないとしても、トイプナーからすれば、それはトイプナーに帰せられるべき責ではない。憲法的社会学による憲法の分析にはそれ固有の限界があり、そうした要素を含める必要がない。自由や平等をいかにして実現していくか、そのためにどのような概念や原理、準則が求められるかについての具体的な検討は、憲法的社会学ではなく、憲法学の任務であり、憲法学にとっての憲法概念に関わる問題なのである。

さらに、この引用部分から分かるのは、トイプナーは憲法学を静態的なものとして見ていないということである。憲法的社会学による刺激に反応して、憲法学が自身を変容させていくことをトイプナーは称揚している。そしてそうした変容は、とりわけグローバルな憲法論の文脈においてトイプナーが言及されていることから分かるように、既に始まっていると考えるべきである⁶⁷³。また、憲法学に刺激を与えるものは、憲法的社会学以外にもあると

ことにする。憲法社会学との差異については、本稿 4.2.を参照。

⁶⁷¹ Teubner, “The Project of Constitutional Sociology”, p.56

⁶⁷² Ibid., p.57

⁶⁷³ トイプナーとグローバルな憲法論との関係については、本稿 4.2.を参照。

いうことも考慮するのであれば⁶⁷⁴、トイプナーが批判的に言及するところの憲法学は、括弧付きの、あるいは理念型としての〈憲法学〉であるということができよう。

さて、ここで注目したいのは、こうしたトイプナーの試みが、本稿で考えるところの批判法学的なものとして考えることができる、という点である。1.で詳しく見てきたように、批判法学は、法解釈共同体の内部から、外的批判や内的批判、そしてそうした区分を相対化するような批判を展開した学派・運動である。トイプナーは、自身著名な法学者でありながら、法外的な視点を強調することによって法解釈共同体を攪乱しつつ、憲法学という法解釈共同体の一つに変容を迫る刺激をもたらそうとする。そしてそのために、ルーマンやカントなど、様々な論者の議論を自在に組み合わせ、従来とは異なる視点を提示する。これはまさに、1.で見てきた批判法学的な実践というべきものである。ここから民主的実験主義へと接続するのは非常に容易い⁶⁷⁵。

そして実際、次節で詳しく見ていくように、トイプナーは民主主義、ひいては民主的実験主義へのコミットメントを表明する。これは矛盾ではない。すなわち、憲法的社会学の憲法概念に自由や平等といった要素が含まれることが必然でない、ということは、トイプナー自身が自由や平等について全く無関心であるということを含意しないのである。トイプナーは次のように述べている。

〔民主化を欠いた立憲化は可能であるが、〕民主化なき立憲化にどんな価値があるだろうか。ほとんどない。社会制度の立憲化は、内的な民主化が実現されてのみ、意味を持つのである。……社会的立憲主義は、制度化された政治とは相対的に距離を保ち、一般的な政治プロセスによる、より強固な正統性における規模の大きな民主化の潜在力を認めない一方で、経済その他のセクター自身による政治化と民主化を議論の中心に据えるのだ。⁶⁷⁶

社会的立憲主義の理論上、実証的に、観察者的な視点から、内的な民主化が実現されていない憲法というものは認めうる。しかし、そうした憲法を規範的に高く評価するか否かは別問題である、とトイプナーは主張するのである。民主主義に自由と平等という要素が総じて不可欠であることに鑑みるならば⁶⁷⁷、トイプナーは自由と平等が憲法に不可欠の要素であ

⁶⁷⁴ 宍戸常寿他編（2016）『憲法学のゆくえ——諸法との対話で切り拓く新たな地平』日本評論社

⁶⁷⁵ カントの理論側から批判法学の接合を図る研究は既にある。Ian Ward (1997) *Kantianism, Postmodernism and Critical Legal Thought*, Springer, Ian Ward (2004) *Introduction to Critical Legal Theory*, second edition, Cavendish. また批判法学とオートポイエーシス理論（システム理論）との連続性を指摘するものとして、中山「二十世紀の法思想」第4章

⁶⁷⁶ Gunter Teubner and Antonio Negri (2010) “The Law of the Common: Globalization, Property and New Horizons of Liberation”, 21 *Finnish Yearbook of International Law* 1, p.12

⁶⁷⁷ たとえばウィリアム・ライカーによれば、民主主義概念は現在多義的に解釈されているが、民主主義に関する文献でサンプル抽出を取ったところ、ほぼ共通して「参加」の他、「自由」、「平等」を民主主義の主要な要素としてあげているという（ウィリアム・ライカー（1991）『民主的決定の政治学——リベラリズムとポピュリズム』森脇俊雅訳、芦書房、p.17）。

ることを否定しつつも、自由と平等を欠く憲法を規範的に批判していると解することも可能であろう。

周知のとおり、ルーマン及び彼に依拠するシステム理論は、こうした規範論から遠ざかる傾向にあった⁶⁷⁸。いくつかの整理によれば、トイプナーは、近年こうした傾向に真っ向から対峙し、システム理論におけるパラダイム・シフトをおこそうとしている一人となっているのである⁶⁷⁹。それゆえ、クムの批判とトイプナーの主張はすれ違ったものになっていると評価することもできよう。

4.3.2.4.2. オルタナティブの模索——システム内における民主的実験主義

続いて、第二の批判に対し、トイプナーがどのような応答が可能か、検討していくことにしよう。トイプナーの社会的立憲主義は、結局のところ現状の資本主義に基づく経済的合理性の席卷を肯定するだけではないのか。こうした批判に対するトイプナーの答えは、端的にそれは杞憂であるというものである。

……グローバルな立憲主義を「ネオリベラル」的な構成機能へと一方的に還元することは、長期的には維持不可能なのである。システムの解放されたエネルギーが破壊的な結果を招くのは時間の問題だが、それと同時に確かな生産的効果ももたらされるのだ。早晩、社会的紛争の噴出に対応するために、憲法政治の根本的な再調整が必要とされるようになるであろう。⁶⁸⁰

こうした社会的紛争の噴出を看取することが可能であるということこそ、法学の議論に固執し過ぎることのない社会的立憲主義の利点なのだとトイプナーは主張する。

社会的立憲主義は、法学内における動向に限定されるものではない。むしろ、社会的立憲主義は、機能的分化の破壊的な面へと向けられた、一連の社会的な対抗運動を指し示すものなのである。こうした対抗運動が、拡張しようとする社会システムに自己

⁶⁷⁸ もちろんルーマンが規範的発言をすることはあるが、ハンス＝ジョージ・メラーによれば「ルーマンのように元来明確に反規範的で、厳密に記述的な理論家がみせる、こうしたちよつとした規範的な言い回しは、イデオロギー的な言質としてではなく、実践的な理由でたまたま言ったことだと理解されるべきである」という（ハンス＝ジョージ・メラー（2018）『ラディカル・ルーマン——必然性の哲学から偶有性の理論へ』吉澤夏子訳、新曜社、p.164）。

⁶⁷⁹ Lyana Francot-Timmermans & Emiliios Christodoulidis (2011) “The Normative Turn in Teubner's Systems Theory of Law”, 40 *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 187, Andreas Fischer-Lescano (2011) “Critical System Theory”, 38 *Philosophy and Social Criticism* 1

⁶⁸⁰ Teubner, *Verfassungsfragmente*, S.124-125

抑制を強制するのである。⁶⁸¹

4.3.2.1.3.で、トイプナーがアッカーマンの憲法機会論を社会的立憲主義流に再解釈したことを確認したが、これは多様な憲法の内の一つである経済システムの憲法に対しても適用可能である。クリストドリディスが抱いたような懸念、つまり社会的立憲主義が諸システム間の没交渉を生み、経済的合理性の支配に随していくという事態が発生するとしても、「根本的な再調整」が結果としてなされるはずであり、永続することはない。結局のところ、現状のネオリベラル的な経済システムの憲法にそれほどの力はないとトイプナーは考えている。

ここに垣間見えるのは、ある論者が指摘するように「根拠なき楽観主義」⁶⁸²なのだろうか。しかし、トイプナーの憲法機会論の枠組みは一見したほど楽観的なものではない。なぜなら、「根本的な再調整」が、良い結果をもたらすという保障を、トイプナーはしていないからである。たとえば次の記述を見てみよう。

歴史的観点から見れば、1929年の大恐慌がそのような機会〔＝憲法機会〕であったことは明白である。そのとき、国民国家は次のような選択を迫られた。すなわち、社会主義的・ファシストの性向を持つ全体主義的な政治を介して経済の自律性を排してしまうか、もしくは国民経済の制限的な立憲化として「ニューディール」と福祉国家を採用するか、という選択である。⁶⁸³

トイプナーの見るところ、1929年の大恐慌は、福祉国家を生んだ一方で、全体主義を生み出して経済システムを完全に破壊することにもなったのである（政治システムの暴走による他のシステムの破壊）⁶⁸⁴。良き結果を生むか、悪しき結果を生むか、それは誰にも分か

⁶⁸¹ Gunther Teubner (2008) “Justice under Global Capitalism”, 19 *Law and Critique* 329, p.331

⁶⁸² Marco Goldoni (2017) “The Pluralist Turn and Its Political Discontents”, in Jiří Příbáň (ed.) *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, Routledge, p.132

⁶⁸³ Gunther Teubner (2011) “A Constitutional Moment? The Logics of ‘Hitting the Bottom’”, in Poul Kjaer et al. (ed.) *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, p.42

⁶⁸⁴ こうした政治システムの暴走は、ファシズムの台頭に限られず、情報技術の発達を背景として強化されつつある、現在の中国政治の在り方——「デジタル・レーニン主義 (digital leninism)」などと呼称される——などにも見出すことが可能かもしれない (Sebastian Heilmann (2016)

“Leninism Upgraded: Xi Jinping’s Authoritarian Innovations”, 20 *China Economic Quarterly* 15, 梶谷懐＝高口康太 (2019) 『幸福な監視国家・中国』NHK新書)。警戒すべきは、もちろん経済システムの暴走としてのネオリベラリズムだけではなく、それぞれに考えていく必要があるが、やはりこの問題についても、道具的な合理性に還元されない没合理的行為や、民主的な立憲化の可能性を追求しようとする、社会的立憲主義＝民主的実験主義の方向性で考えていくしかないのではないか。本稿でも度々触れた、批判法学の批判者である大屋も、「一人ひとりの個人が持つ合理性の限界という問題自体は肯定せざるを得ないにせよ、どのように・どこまでそれを補うための干渉を正当化するか、それは何故かという議論を忘れたときに我々を待ち構えるのは、デジタル・レーニン主

らないとトイプナーは述べる。曰く、「原理的に、事前の予測は不可能だ。そしてそれゆえに、立憲化に向けた実験以外に道はない」⁶⁸⁵。しかしながら、逆説的にも、そうであるからこそ、人々の制度的想像力を働かせる余地が出てくるのだ、とトイプナーは主張する。人権という言葉に付託して語られるのは、こうした想像力なのである。

我々はチョムスキーの変形文法……に取り組んでいるのではなく、暴力と権力すら伴う高度な偶然性に対処しているのである。……ドイツ語の表現である *Gewalt* は、野蛮な力〔という意味〕と、世界の形成とでも訳しうる *Walten*〔という意味〕の両方を含んでいる。これこそ社会の文脈における人権にとっての課題なのである。つまり、課題は、政治的なものから経済的なものへの、〔もしくは〕医療的・科学的語彙への機械的な翻訳を見つけ出すことなのではなく、むしろアンガーが「制度的想像力 (institutional imagination)」と呼んだものの役割を認識することなのだ。⁶⁸⁶

こうして社会的立憲主義とアンガー流の民主的実験主義は合流し、接合する。確かにトイプナーは、アンガーの議論との結びつきについて、これ以上詳しい議論を展開してはいない。それゆえ、両者が合流し、接合したとまでいえるのかどうかについて、疑問を持つ向きもあるだろう。しかしながら、本稿は、このトイプナーの言及を導きの糸として、社会的立憲主義と民主的実験主義が合流し、また接合されたと考えるべきだと主張する。そのように考えることによって、社会的立憲主義は第二の批判に答えることが可能となるのであり、これは社会的立憲主義を最良の光の下で解釈することにもなるのである。そして実際、以下で見ていくように、トイプナーは既にその方向性に足を踏み出していると解釈できるのだ⁶⁸⁷。

まずはアンガー流の民主的実験主義について、簡単に確認しておこう。既に 2.3.2.3 や 3. 以下で詳しく論じたように、本稿が考えるアンガー流の民主的実験主義とは、こうした制度的想像力に結びついた実験を推し進める立場に他ならない。アンガーは、「地図作成」と「批

義による民主政の死に他ならないのではないだろうか。その負の側面、社会的なコストについて、いま一度冷静に観察する必要があるのではないかと述べており、社会的立憲主義＝民主的実験主義の方向性に接近しているように思われる（大屋雄裕（2019）「個人信用スコアの社会的意義」『情報通信政策研究』第2巻第2号、p.26）。

⁶⁸⁵ Teubner, “A Constitutional Moment?”, p.15. また、ほぼ同様の記述として、Gunther Teubner (2011) “Constitutionalising Polycontextuality”, 20 *Social and Legal Studies* 210, p.225

⁶⁸⁶ Gunther Teubner (2011) “Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments”, 40 *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 275, p.284. また、同じくアンガーの制度的想像力を好意的に引用した箇所として、Gunther Teubner (2018) “Quod Omnes Tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?”, 45 *Journal of Law and Society* S5, pp.S7-S8（なお当該論文では頁数全てに S がついており、本稿の誤記ではない。）

⁶⁸⁷ 本稿は、トイプナーがこうした方向性へと足を踏み出したのは 2000 年以降であると考えているが、それよりはるか以前（社会的立憲主義の提唱以前）から動態性（制度想像）という関心をアンガーと共有していたと解釈するものとして、Jaime LLambi-Wolff (2014) “Law as The Expression of Politics and The Result of Its Own Dynamics”, 3 *International Journal of Social Sciences* 79

判的展開」という二つを組み合わせた法分析によって、(1) 既存の理想像の徹底を図るか、あるいは、(2) 理想化された既存の枠組みには囚われない逸脱的な事例を発見し、その事例を中心に据えて社会の構想を練り直すことによって、様々な秩序形態の可能性を発見することを主張したのであった。そして、我々はそうした可能性を実際に様々な形で実験していくべきなのだ、というのが民主的実験主義の主旨である。

トイプナーがアンガーに言及して主張しようとしているのは後者、つまり逸脱的な事例の発見と展開であろう。すなわち、トイプナーの議論は、「ネオリベラル」的な経済憲法には回収されない逸脱的な事例を探し出すことで、「ネオリベラリズム」と異なるモデルについての構想を想像し、民主的な実験を加速していくことを目指すものなのではないか、と考えられるのである。

現にトイプナーは、クリストドゥリディスの見解に対し、どうして政治システムにおいては民主主義によるオルタナティブの模索が可能であるのに、経済システムにおいてはそれが不可能となるのか、と反問している⁶⁸⁸。確かに、選挙や議会をメルクマールとするような民主主義はもはや不可能であるかもしれないが、そうした民主主義を特権化する必要はなく、たとえば熟議をメルクマールとすることは十分に可能であるはずだ、とトイプナーは主張する⁶⁸⁹。トイプナーは、ネオリベラルではない、別様の経済システムの在り方を可能とするような民主主義の形態を模索しているのである。

そしてトイプナーは、既にいくつかの論文において、経済システムの取りうる資本主義の形態が一つであることに反対し、経済システム内の多様な立憲化の可能性について論じている⁶⁹⁰。トイプナーがこれらの論文で基調とするのは、ピーター・ホールらを中心に展開された、いわゆる「資本主義の多様性 (varieties of capitalism)」論である⁶⁹¹。ホールとデヴィッド・ソスキスは、その共著において、資本主義を比較検討し、ドイツに代表される「コーディネートされた市場経済」(coordinated market economies: CMEs) とアメリカに代表される「リベラルな市場経済」(liberal market economies: LMEs) の二つの類型を導出する⁶⁹²。経済学者である遠山弘徳の要約・図示を以下に転載しておこう⁶⁹³。

⁶⁸⁸ Teubner, “Quod Omnes Tangit”, pp.S9-S10

⁶⁸⁹ Ibid., p.S27

⁶⁹⁰ Gunther Teubner (2014) “Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates”, 74 *ZaöRV* 773, Gunther Teubner (2017) “Corporate Codes in the Varieties of Capitalism: How Their Enforcement Depends on the Differences among Production Regimes”, 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 81

⁶⁹¹ ピーター・ホール＝デヴィッド・ソスキス編 (2007) 『資本主義の多様性——比較優位の制度的基礎』遠山弘徳他訳、ナカニシヤ出版 (なおトイプナーは執筆者の一人であるが、邦訳からは外されている。)

⁶⁹² ピーター・ホール＝デヴィッド・ソスキス (2007) 「資本主義の多様性論・序説」同編『資本主義の多様性』

⁶⁹³ 遠山弘徳 (2010) 「企業と労使関係」同他『入門 社会経済学【第2版】——資本主義を理解する』ナカニシヤ出版、p.189 (ただし若干レイアウトを変更している。)

	コーディネートされた市場経済	リベラルな市場経済
労使関係	協調的で安定的な労使関係：労使双方の、関係への長期的コミットメント	非協調的な、流動的な労使関係
労使交渉主体	全国もしくは産業レベルに組織された強力な労働組合	企業別に組織された協調的な労働組合
労働移動（雇用調整）	企業横断的な職業市場での移動	企業内での移動（低い雇用調整の自由度）
賃金決定制度	労使間交渉制度をつうじた賃金決定：安定的な所得の保障	市場競争をつうじた賃金決定
技 能	転用可能性の低い技能（産業特殊技能）	転用可能性がもっとも低い技能（企業特殊技能）
技能形成・訓練	実習訓練と職業学校制度（デュアルシステム）	企業内での仕事に就きながらの訓練（OJT）
職務編成	厳格に区分された深い職務編成	曖昧な、広い職務範囲：柔軟な職務編成
賃金と職務	熟練にもとづく賃金	職務と分離した賃金
企業統治	株主からの経営の相対的自律	株主による経営の支配
資金調達	銀行借入：銀行との長期的関係に依存	資本市場から調達（株式、社債の発行）
企業間関係	他企業との長期的関係の形成	他企業と長期的関係を形成しない

トイプナーからすれば、経済的合理性がネオリベラルのそれ（上図の「リベラルな市場経済」）に結び付く、もしくは結び付いていくと短絡的に考えることは誤りであり、そこには現にオルタナティブとなる資本主義像が提示されているのである⁶⁹⁴。

こうした資本主義の多様性に従って、経済システムの立憲化の在り方も多様化する。世界で十分に拘束力のある統一的な企業行動規範が実現されておらず、「ソフトロー（soft law）」⁶⁹⁵のレベルにとどまっているのはそのためである。ここに見られるのは、ソフトローとハードローの逆転現象である、とトイプナーは主張する。すなわち、トイプナーによれば、こうした世界の現状からすれば、普遍性を一手に担う公的な上位機関によって経済憲法が定立されるということは望むべくもなく、下からの、すなわち諸企業の自主的な定立と協働的な

⁶⁹⁴ シウリの考えもこれに類似するものである。「[福祉国家の解体をはじめとした] こうした分散化は、多次元的なシステムの圧力の下で急速に進行しているものであり、『ネオリベラル』的強欲やアメリカの『文化帝国主義』[の力] が一方的に解き放たれたこと（unleashing）の結果ではないのである。」（Sciulli, “Societal Constitutionalism”, p.110）

⁶⁹⁵ ソフトローについては、日本においても研究が蓄積されており（代表的なものとして、中山信弘らが中心となって出版した有斐閣の『ソフトロー研究叢書』シリーズ）、様々な定義、捉え方がありうるが、これまで見てきたトイプナーの構想に鑑みるに、次のような意味で使用していると考えてよいだろう。「ソフトローは、政府にとどまらない包摂的な主体が、理念と規範を共有し、それを概念化し、アドボカシー活動等を通じて意図的に活動することにより、包摂的な制度構築を可能にする手段であるということが出来る。」（松尾弘（2019）「グローバル化とソフトロー」『法学セミナー』776号、p.28）

対話こそが実体規範として効力を持つのである⁶⁹⁶。これは明らかに、民主的実験主義が描いている構想と重なるものであるといえよう。

そしてここで重要なのは、ドイツ的な「コーディネートされた市場経済」は、経済システムの中に民主主義をもたらすという利点があることを、トイブナーが強調している点である。すなわち、トイブナーによれば、ヨーロッパ、とりわけドイツにおいては、労使協調を通じて労働組合が積極的に決定に参加してきたのであり、その精神がトランスナショナルな規範として拡充するのであれば、経済憲法はより反省性を増すと考えられる。そしてこの精神が深められていけば、NGO 団体などによる市民運動に対する反省性も高まり、基本権の水平的な保護（企業の自主的な権利保護）が行われるようになる可能性がある⁶⁹⁷。いまや我々の眼前に、既にオルタナティブなモデル——「コーディネートされた市場経済」下における立憲化——が示されているのである⁶⁹⁸。

4.4. 社会的立憲主義と民主的実験主義は本当に接合されたか？——ありうる疑問への応答

以上、社会的立憲主義がどういった点で既存の議論と異なり、どのような背景からどうした主張を展開し、そしてどのように民主的実験主義と接合するに至ったかを、シウリとトイブナーの議論に焦点を当てて概観してきた。二人の議論を権利保障と権力分立という観点から改めて簡潔に図示すれば、以下のようなになるであろう。

	権利保障	権力分立
シウリ	裁判所の会社法解釈を通じた手続的権利保障	企業等私的団体の権力分散機能(国家への権力集中を防ぐ)
トイブナー	国家のみならず、企業等の自主的な憲法に期待 動態性及び実効性確保のための憲法機会論・民主的実験主義	システム間の均衡 私的機関内における組織の分化

⁶⁹⁶ Teubner, “Corporate Codes in the Varieties of Capitalism”, pp.89-91. もちろん、ソフトローとハードローのこうした簡略で図式的な対比は、便宜的に明確化することを目的としたものであり、より複雑化した分析枠組みはありうるし（たとえば、清水真希子（2018）「規範の形成とエンフォースメント——ハードローとソフトローの相対化のための枠組み」河上正二＝大澤彩編『人間の尊厳と法の役割』信山社）、ここまでに見てきたようにトイブナーも国家の役割を排除するものではなく、事例などに基づき分析枠組みを使い分けていくことは可能である。

⁶⁹⁷ Ibid., pp.95-97

⁶⁹⁸ ただし、以上のような構想が本当にオルタナティブと呼べるのか、訝しむ向きもあるだろう。というのも、以上の構想は、あくまで資本主義内の提案であり、「資本主義の終わりより、世界の終わりを想像する方がたやすい」という「資本主義リアリズム (capitalist realism)」に陥っているように思われるからである（資本主義リアリズムについては、マーク・フィッシャー（2018）『資本主義リアリズム』セバスチャン・ブロイ＝河南瑠莉訳、堀之内出版）。論文構成のバランス上、また筆者の現在の能力上、これ以上掘り下げることはしないが、さしあたり、(1) こうした批判は、「オルタナティブ」の定義の問題に帰着するように思われること、(2) 資本主義の外部を目指すとしても、やはりアンガールの言うヴィジョンナリー性を育て、実験に付していく以外に方法はないように思われること、の二点を指摘しておきたい。

社会的立憲主義もまた、確固たる核が存在せず、理論の乱立という特徴を持つ現代派法思考の産物である。それゆえ、権利保障にせよ、権力分立にせよ、その機能がいかに果たされるか、現実はどう作動するかは、手探りに実験していくしかない。権利保障や権力分立の構想もまた、様々な社会的レベルで分裂しているのであり、ある特定の権利保障や権力分立を絶対視することは、それらを不当に理想化し、アンガーの言う客観主義に陥ることになる。権利保障も権力分立も、制度的な形態を取らざるをえない以上、民主的実験主義及び制度的想像力の対象になることを妨げることはできない。こうして、社会的立憲主義は、民主的実験主義と合流し、接合されたのである。

しかし、ここでいくつか疑問が提起されよう。以下では、ありえる疑問を二つ想定し、それぞれ先んじて回答しておくことにしたい。

4.4.1. トイプナーは批判法学の敵？

第一に、批判法学及びアンガーの主張と、トイプナーの社会的立憲主義を結びつけることには、やはり無理があるのではないか、という疑問が考えられる。確かに、トイプナーは、従来、批判法学を次のように激しく批判してきた。

〔批判法学による〕法の不確定性に対する批判は無数のヴァリエーションで主張されている。法の不確定性は、個別的な事例に対する判決、法制度、法的推論が持つ論理、法解釈学、社会的な利害、政策といった非常に様々な原因の複合体によるものとされている。……しかし、この法批判はどれほど徹底的なものかと自問せざるを得ない。不確定性を新たに発見すること、法解釈学をイデオロギー批判的に脱魔術化すること、「正体の暴露」、「反故にすること」、「脱神秘化すること」はどれも法的な自己記述（解釈学）の持つ表層的な現象に到達するだけであって、根本的な法のパラドクスという土台に突き当たることはないように思える。⁶⁹⁹

トイプナーによれば、法の不確定性やイデオロギーといった問題に言及するだけでは、十分にラディカルな議論たりえない。法現象の核心は「法の根本的なパラドクス」にあるのだとトイプナーは主張する。それではこの「法の根本的なパラドクス」とは何か。ここでトイプナーは次のような物語を紹介している⁷⁰⁰。

⁶⁹⁹ グンター・トイプナー（1994）『オートポイエーシス・システムとしての法』土方透・野崎和義訳、未来社、p.17（本書はドイツ語文献の邦訳であるが、第1章は Gunther Teubner (1989) “‘And God Laughed...’: Indeterminacy, Self-reference and Paradox in Law”, in Christian Joerges and David Trubek (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlag, p.404 と同様であり、こちらを参照した）

⁷⁰⁰ 同上 pp.9-10

ユダヤ教の僧侶たちがユダヤ教の経典であるタルムードの解釈について論争しており、見解は全く一致しそうにない。ここで、自らの見解の正しさを主張するある一人の僧侶が、自らの見解が正しいことを証明するために、流水の逆流といった奇跡が起こると主張した。かくして実際に奇跡は起きた。しかし他の僧侶たちは何の感動も覚え、意見を変えようとしな。そして最後に神の声が響き、この僧侶の見解が正しいと述べた。しかし、他の僧侶はそれを受け入れない。なぜなら、かつて他ならぬ神が多数に服従すべき旨を記したからである。当該見解はたった一人によってしか唱えられておらず、よって多数ではないのだから従う必要はないのだ、と僧侶たちは主張した。かくして神は笑って言った。我が息子たちは神に逆らった、と――。

つまりこういうことである。法は法それ自体でもはや自律してしまっている。それゆえ、その起源であり、絶対的な正しさを持つ神の声すら、タルムードに記述されていない限り（つまり法的に処理できないものである限り）もはや法外部のものとして処理される。そして法はこのように自律しているがゆえに、社会的利害や政策といったものによって予測性を担保することはできない。さらに注目すべきは、根拠が循環しているという事実である。つまり、タルムードにとって神が最高の権威であったはずが、下位的存在であるはずの多数（の人々）が権威となり、神の声を斥けているのであるが、しかし、この多数が権威を持つ根拠は神にあるのであり・・・というように、根拠を続けて求められると、斥けたはずの神の声が回帰してくる。このように法は絶えず自己言及を繰り返し、自身を根拠とした円環を為す。これをトイプナーは「法の根本的なパラドクス」と呼ぶのである。

批判法学者は、この例でいえば、たった一人で奮闘する僧侶である。いかにかの僧侶が自身の正しさを主張し、神の声のような外部的権威や真理に訴えかけることに成功したのだとしても、他の僧侶はそれを受け入れない。法がいかにかに不確定でイデオロギー的なものであるか、彼が必死になって主張し、それが真実だとしても、法は変わらない。トイプナーの見解によれば、結局批判法学者はこうした自己言及的な実践がなぜ可能なのか分からないまま無力に散っていく、つまり「表層的な現象に到達するだけ」で終わってしまうのである。法の政治性やイデオロギー性が批判法学などによって暴露されてきたにも関わらず、法実践が変わらず行われていること、これこそ批判法学が失敗していることの証明に他ならない、とトイプナーは主張する。

法的議論の実践が生き延びていく能力は、リアリズム法学的な脱呪術化の後、決断主義的な脱神話化の後、そして批判法学による廃棄の後、いかに説明されるのだろうか。法的な論証が、権力構造の隠蔽に役立つ、あるいは決定エリートの同意の予期に役立つ単なる仮想のためのものにすぎないと説明することは、ほとんど説得力がないように思われる。⁷⁰¹

⁷⁰¹ グンター・トイプナー＝ピエール・ツムバンゼン（2005）「法疎隔化——12 頭目のラクダの社会

そしてなお悪いことに、批判法学の一部——ジャック・デリダの脱構築を用いる論者たち⁷⁰²——は、逆説的にも法を批判することによって法に固執してしまっている、とトイプナーは主張する。トイプナーは揶揄して曰く、『法とポストモダン的な精神』は遂行矛盾に陥っているように思われる。〔つまり、〕飽くなき脱構築をする一方で、脱構築の対象を愛してしまっているのだ⁷⁰³。よく言われるように、愛の反対物は憎悪ではなく、無関心である。ある対象を憎悪するということは、それだけその対象に固執してしまっているということであり、憎悪と愛が表裏をなし逆転するものであることは経験的によく知られるところであろう。こうした経験的事実が、批判法学にも当てはまるとトイプナーは主張する。先のタルムードの喩え話でも見たように、トイプナーの見解によれば、批判法学者の批判が法に聞き入れられることがないのだとすれば、この批判法学者らの法に対する愛は悲劇的ですからある。批判法学者は永遠に聞き届けられることのない主張を唱え続ける道化となり、愚者となる。

以上がトイプナーによる批判法学批判の骨子である。トイプナーがこのように批判法学を激しく批判している以上、批判法学やアンガーらの民主的実験主義と、トイプナーは相容れないはずだ、ということになるのであろうか。

もちろん、本稿の答は否である。第一に、ここでトイプナーが批判の対象としているものは、批判法学をかなり恣意的に切り詰めたものであり、せいぜい批判法学の一部にしか届かない批判である。先述したように、批判法学は多様な学派であり、法の脱神秘化や脱構築に固執する者がいたとしても、それはごく一部に過ぎず、批判法学全体を批判したことにはならないだろう。だからこそ、トイプナーは、批判法学の一人であるアンガーの議論を援用できたわけである⁷⁰⁴。

的付加価値によせて」同編『ルーマン 法と正義のパラドクス』土方透他訳、ミネルヴァ書房、p.273。こうしたシステム理論からの議論を自覚的に受容したものとして、さしあたり、棟居快行（2011）「立憲主義の条件——非歴史的省察」『専修ロージャーナル』第12号。システム理論に直接言及がなくとも、こうした洞察は法学上一種のコンセンサスとなっているのかもしれない。次のような記述を参照。法解釈にかかる理論「は、経験記述命題の性質をもつものでなく、真偽判定のテストによって決着がつくわけではない。それを承知の上で議論の循環を続けてゆくのが、法律学的思考の約束ごとなのである。そのような『理論』の応酬に参入するかわりにもっぱら実質上の正当化理由（たとえば「国民の安全の確保」）を持ち出して議論の循環を切ろうとするならば、それは“必要は法を与う それ自身は法〔の制約〕を受けず”（*necessitas dat legem, non ipsa accipit*）の古諺通りを、その『必要』の内容を説く労を省いた上で主張するものと言うほかない。」樋口陽一（2017）『抑止力としての憲法——再び立憲主義について』岩波書店、p.177。なお、システム理論とは別の文脈における、こうした論点にかかる法哲学上の議論として、安藤馨＝大屋雄裕（2017）『法哲学と法哲学の対話』岩波書店、第6テーマ

⁷⁰² 簡潔な紹介として、Pierre Schlag (2005) “A Brief Survey of Deconstruction”, 27 *Cardozo Law Review* 741

⁷⁰³ Gunter Teubner (1997) “The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy”, 31 *Law and Society Review* 4

⁷⁰⁴ 念のため述べておくと、もちろん、アンガーの議論を援用するということは、アンガーの議論全て——たとえばアンガーの権利枠組み——を受容するということの意味していない。

第二に、批判法学は、先の例における僧侶のように無視されたわけではなく、実際に影響力を及ぼしている。繰り返しになるため詳述しないが、批判法学は現代派法思考が台頭する原因の一つになったのであるし、民主的実験主義との関係も深い。仮にトイプナーの従来の主張を認め、批判法学者が、法システムに聞き届けられることのない主張を展開する愚者であったのだとしよう。しかし、愚者の声が力を持つということは現にあるのだ。先に引いたアンガーの言葉をもう一度引用しておこう。

私は 1968 年世代に属する。その世代は、世界中において、想像力という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、私は絶望したことはない。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。⁷⁰⁵

何より、トイプナーが近年になってアンガーの議論を援用するようになったことが、その「愚者」の力を示しているといえよう。かつてトイプナーが批判法学を苛烈に批判していたことは確かであるが、社会的立憲主義を精力的に論じるようになった現在にまで、そうした姿勢が貫かれているかは定かではないのである。

4.4.2. 「実験」の内実

続いて、想定される疑問の二つ目は、果たして社会的立憲主義における「実験」と、民主的実験主義における「実験」を同じものとして考えてよいのか、というものである。すなわち、両者は共に同じ「実験」という言葉を用いているが、その意味する内容が全く異なっており、実際にはすれ違っているのではないか、という可能性がある。もし両者がこのようにすれ違っているのであれば、民主的実験主義と社会的立憲主義が接合されているという本稿の主張は誤っているということになる。

それでは、両者の実験の内実を比較していくことにしよう。ここで用いるのは、先に示したアンセルによる実験の三類型——統制実験、ダーウィンの実験、生成実験——である⁷⁰⁶。簡単にこれらの類型を確認しておけば、統制実験は、ある正しいとされる因果関係についての仮説の下で、それを検証するために、実験群と統制群に分けるなどして、両者を比較するというものである。それに対し、ダーウィンの実験は、統制実験のように実験の対象に介入してコントロールするようなことはせず、多くのサンプルを観察することにより、多くの失敗を許容しつつ、良き結果を残すサンプルが出現するのを待つ、という特徴を持つ。最後に、生成実験は、統制実験と同じく一つの特定の問題・事例に着目するものであるが、正し

⁷⁰⁵ Unger, *Left Alternative*, p.188

⁷⁰⁶ 本稿 3.2.6.

い仮説を検証するというよりは、仮説そのものの生成に主眼があり、一度きりで実験を終わるのではなく、通時的な試行錯誤を行うという点に特色があるのであった。

さて、民主的実験主義と社会的立憲主義の実験は、このいずれによく当てはまるのであろうか。まずは、前者についてであるが、3.2.6.で見たように、ダーウィンの実験及び生成実験を主軸としつつも、統制実験も含みうる、というのが答えであった。

これに対して、社会的立憲主義はどうであろうか。一見したところ、次のように考えられる。すなわち、トイプナーの依拠するルーマン的な世界においては、絶対的な上位者というものは存在せず、システムそれぞれが自律性と閉鎖性を持っている。それゆえ、上位者によるコントロール及び介入を強く要求する、統制実験や生成実験は難しいように思われる。トイプナーの社会的立憲主義における実験は、観察を主とするダーウィンの実験とならざるをえず、多くの危険や失敗を抱え込むことになる――。

すると、やはり民主的実験主義と社会的立憲主義は、ダーウィンの実験においては重なっているとしても、接合されたように見えるだけで、実際にはすれ違っているのだろうか。しかしながら、そのように考える必要はない。第一に、システム間に上位・下位の関係が存在しないとしても、システム内には上位機関・下位機関に該当するものが存在する。トイプナーの社会的立憲主義における立憲化は、他でもないシステム自身による立憲化なのであり、システムの内にもそうした関係があればよいであろう。先に見たように、トイプナーが提示する具体例には企業の自己立憲化があったが、少数の例外を除いて、企業内に上位・下位の関係があることは否定されまい。

第二に、民主的実験主義の生成実験において、そもそもこうした上位・下位の関係が、どれほど必須のものであるかについて、一考の余地があろう。民主的実験主義は、上位機関や下位機関が存在することを否定することはない。しかしながら、そうした諸機関の関係は、プリンシパル・エージェント理論に基づくものでもなければ、命令―統制にあるものではなく、垂直的というよりは水平的であることが強調されている。こうした関係に基づく生成実験は、システム間にまたがるようなものであったとしても、システムの自律性をかなり尊重して行われることになるのであり、社会的立憲主義においても十分可能なものであるように思われる。

もちろん、民主的実験主義と社会的立憲主義の実験に全く違いがない、と言えば嘘になる。たとえばドルフは、まだトイプナーが社会的立憲主義を打ち出す前のことであるが、トイプナーが提唱する反省性――この概念は4.3.2.1.3.で見たように社会的立憲主義に引き継がれている――は、あまりに一般的であり、いかに部分システムが相互に関係し影響を与えており、いつどのように変化するのかを描き出せていないことを問題視している⁷⁰⁷。トイプナーは、それも含めての実験だと主張するだろうが、ドルフはより具体的な作業仮説を要求するのである。

⁷⁰⁷ Michael Dorf (2003) "The Domain of Reflexive Law", 103 *Columbia Law Review* 384, pp.395-396

しかしながら、こうした違いは矛盾ではない。トイプナーにそうした不足があるのであれば、民主的実験主義の知見で補えばよいのである。むしろ、こうした違いは、両者の距離を引き離すよりも、両者を接合する理由になるように思われる。

終わりに

以上、批判法学の可能性を模索するために、法の不確定性を主張する不確定テーゼから始めて、その発展系として、アンガールの民主的実験主義へと行き着きついた。そして、その構想が批判法学外に対しても影響力を持ち、他の議論——セイベルらの（批判法学外とされる）民主的実験主義や、社会的立憲主義——を接合していくことでより魅力的な構想となる、ということを見てきた。こうして接合された議論は、もはや批判法学「外」ではなくなる。アンガール流の批判法学は、アンガール流の民主的実験主義を「可能性の中心」に据えることで、社会的立憲主義といった議論と結びつき、批判法学それ自体を拡大し発展させていくのである。本稿が擁護してきた、批判法学の代表的論者であるアンガールの構想は、単なる破壊的でネガティブな、何ら有望なオルタナティブをもたらすことのないものではない。また、権利保護や権力分立を破壊し尽くしてしまうものでもない。むしろ、見込みのあるオルタナティブを、そして、より良き権利保護や権力分立を可能にするための制度的想像力を開花させる、至って積極的なものなのである。

このようにアンガールの民主的実験主義を中心として批判法学を論じるのは、批判法学理解としては王道ではないかもしれない。それゆえに、批判法学の正しい姿を歪めてしまっているのかもしれない。確かに本稿は、1.において批判法学全体の姿を素描し、多様性を看取しているように見える。しかしながら、こうした論述もまた、アンガールを引き立たせるための作業にすぎなかったのではないかと疑える。無論、筆者にそのような意図はないが、そのように疑われても、そうした疑いを完全に晴らす術はない。

加えて、本稿が描き出したアンガールの民主的実験主義は、アンガールの意図を大きく超えたものであるかもしれない。アンガールは、現代派法思考における民主的実験主義の位置付けなどに全く関心を示さないかもしれないし、社会的立憲主義との接合などに全く興味を覚えないかもしれない。これは本稿のセイベルやトイブナーの扱いについても同じことがいえる。そうした意味で、本稿は単なる筆者の妄想であると言われれば、これも完全に否定することは難しい。

しかしながら、<はじめに>でも述べたように、本稿が求めたのは、そもそも批判法学の「可能性の中心」であり、王道の理解でも、正しい作者の意図でもない。「可能性の中心」という言葉をその著作『マルクスその可能性の中心』において用いた柄谷は、次のように述べている。

……マルクスを知るには『資本論』を熟読すればよい。しかし、ひとは、史的唯物論とか弁証法的唯物論といった外在的なイデオロギーを通して、ただそれを確認するために『資本論』を読む。それでは読んだことにはならない。⁷⁰⁸

⁷⁰⁸ 柄谷『マルクスその可能性の中心』p.7

本稿もこれと同じ問題意識に立つものである。多くの人々は、批判法学はポストモダン的な法学であるとか、破壊的な法学である、といった外在的なイデオロギーを通して、批判法学を読んでいるにすぎないように思われる。本稿は、こうした外在的なイデオロギーを先行研究として時に参照しつつも、それに囚われることなく、批判法学者たち自身のテキストを読んできた。その上で、こうした王道に意識的に反しているのである。むしろ、王道こそが、正解に見えて、単なるイデオロギーにすぎない可能性があるということをここで指摘しておきたい。後に柄谷は、「いうなれば、私はマルクスの思想の核心を、通常彼の著作において中心であると見なされていたような所ではなく、周縁に求めた」のだ⁷⁰⁹、と自身の著書を振り返っているが、本稿もこれと同様に、批判法学、そしてアンガールの核心を周縁——不確定テーゼの延長線上にあるものとしての民主的実験主義——に求めたのである⁷¹⁰。

最後に、念のために述べておくが、本稿によって批判法学やアンガールの「可能性」が全て検討し尽くされたということはない。筆者も批判法学者全ての著作に目を通しては無論なく、また、それらの著作を再読する中で新たな発見が——それこそ無限に——あるだろう。現に、博士論文執筆にあたり、基となる旧稿を再検討し、そこで参照した多くの文献を見返すことになったが、多くの新たな発見があり、旧稿を大幅に改めることになった。こうした新たな発見は、研究の楽しみであり、そして今後の永遠の課題であろう。

⁷⁰⁹ 柄谷行人（2019）『世界史の実験』岩波新書、pp.4-5

⁷¹⁰ この点、批判法学という対象は思想家個人ではないため、柄谷の方法の誤用であると思われるかもしれないが、本稿のような拡張は不可能ではないように思われるし、また、柄谷の方法論の正確な模倣を目指しているものではない。柄谷のテキストもまた、柄谷の意図を超えるのである。