

法の支配と不確定性(1)

ロベルト・アンガー「構造」概念の変容とその示唆

三 本 卓 也

はじめに

第1章 議論の前提

1. 法の不確定性とは
2. アンガー解釈上の2つの立場

第2章 前期アンガーから後期アンガーへ

1. 前期アンガーの法理論：『知識と政治』
 - a. 問題提起……「統合失調」と「断念」
 - b. その原因……「アンチノミー」
 - c. 解決策……「全面的批判」
2. 後期アンガーの法理論：『批判法学運動』
 - a. 問題提起……権利概念への批判
 - b. その原因……「形式主義」と「客観主義」
 - c. 解決策……「法理逸脱主義」
3. アンガーへの批判
 - a. 2つの論点
 - b. 論点1……『知識と政治』の方法論
 - c. 論点2……『知識と政治』と『批判法学運動』との関係
4. 私 見 (以上本号)

第3章 後期アンガーの理論的意義

第4章 後期アンガーの実践的意義

おわりに

はじめに

リベラリズムの中核的原理である「法の支配」に対して、法の「不確定性 (indeterminacy)」をめぐる近年の論争はどのような意義を持つのだろう

うか。まず、この点を明らかにすることからはじめたい。

法の支配は、歴史的には、政府権力の恣意的な行使に対して、個人の自由を保障するための原理として確立した。A・V・ダイシーは、法の支配の1つの側面として次の点をあげている。「国の通常の裁判所の前で通常の合法的なやり方で確証された法について、それに明白に違反した場合を除き、何人も処罰をうけず、また身体や財物に適法に不利益を加えられない¹⁾」。この原理によれば、政府権力の行使が認められるのは、それが内容の確定した法にしたがっている場合である。つまり、政府権力の行使が恣意的でないといえるためには、その前提として、あらかじめ内容が確定された法が必要だということになる。このことから法の支配は、通常、法の確定性と結びつけて理解されることが多い²⁾。たとえば英米法における法形式主義や先例拘束性の原理は、法の支配をこのように理解することの必然的帰結であるといえる³⁾。

しかし、この法の確定性という原理は、1920年代から1930年代にかけて、リアリズム法学によって厳しく批判されることになる⁴⁾。たとえば、リアリズム法学者の中でも最もラディカルな論者の1人であるジェローム・フランクは、法の確定性を「神話」にすぎないとして激しく攻撃した⁵⁾。フランクによれば、社会・産業・政治の諸状況がたえず変化し続ける現代社会にあっては、そのような現実の変化に法を適応させることが不可欠である。したがってフランクは、確定性は法にとってむしろ有害であり、法は不確定で試験的であることが「不可避であるばかりでなく、しばしば社会的に望ましい」と論じたのである⁶⁾。

このようなリアリズム法学による批判を受けて、法の確定性を主軸として法の支配を理解する従来の見解は、何らかの形で再考を迫られることになった。法が不確定だとすれば、法の確定性に基づく個人の自由の保障という考えは破綻せざるをえない。したがって、法の支配を先のように理解するかぎり、この原理を擁護できるかどうかは、法の不確定性を解決可能と見るかどうかにか依存することになる。このことから、次の2つの立場を

区別できるように思われる。第1の見解は、リアリズム法学による批判に対して応答する際に、法の不確定性を何らかの形で(少なくとも理念レベルでは)解決可能と考える立場である。ここには多くのリベラリズムの論者たち、たとえばH・L・A・ハート⁷⁾やロナルド・ドゥオーキン⁸⁾らが含まれる。これに対して第2の見解は、リアリズム法学による法の確定性への批判をさらに押し進め、法の不確定性を原理的に解決不可能と考える立場である。ここにはいわゆるCLS(Critical Legal Studiesの略で、批判法学・批判的法学研究などと訳される)の論者たち⁹⁾、たとえばダンカン・ケネディ¹⁰⁾や、本稿で取り上げるロベルト・アンガー¹¹⁾らが含まれる。両者の論争をきわめて図式的に整理すれば、次のようになるだろう。リベラリズムにとっては法は確定性をもつ。したがって、法の支配は擁護可能な原理である。他方、CLSにとっては法は不確定である。したがって、法の支配は擁護不可能な神話、あるいはイデオロギーだということになる¹²⁾。

しかしながら、法の支配と法の不確定性に対する両者の立場は、決してこのように単純なものではない。というのも、まず第1に、理論的多様性が指摘できる。リベラリズムにおいてもCLSにおいても、法の支配や法の不確定性という言葉の意味それ自体がきわめて多様な形で用いられている。特にCLSの各論者たちの主張が非常に多様で、この運動が決して一枚岩的なものでなかったことはよく知られている¹³⁾。またCLSは1980年代に最盛期を迎えたが、その後は、その理論は主にフェミニズム¹⁴⁾、批判的人種理論¹⁵⁾、解釈法社会学¹⁶⁾などに受け継がれている。これらの論者たちは、主流派であるリベラリズムとの間で激しい論争を繰り返しているが、その対立軸は非常に錯綜しているといえる。他方、第2に、両者の実践的類似性も指摘できる。リベラリズム対CLSの論争においては、その根本的な対立にもかかわらず、問題意識の点ではきわめて類似している側面を見いだすことも可能である。たとえば本稿で取り上げるロベルト・アンガーは、最近ではある種の「基本的権利(fundamental rights)」を承認す

ることを明言しており¹⁷⁾、個人の自由保障を第1に考えるという点ではリベラリズムにきわめて類似しているともいえる¹⁸⁾。そうだとすれば、その主張を、ある意味での法の支配を擁護するものとして解釈することは十分に可能だと思われる。

リベラリズム対 CLS の対立において、法の支配や法の不確定性をめぐり、このような理論的多様性と実践的類似性とは同時に含まれているとすれば、この両者の対立に対してどのようにアプローチすべきだろうか。両者の実践的類似性を強調するならば、CLS の理論を再検討する意義などどこにもないとされるかもしれない。しかし、本稿はそのような立場をとらない。というのも、CLS の理論面を適切に理解するならば、リベラリズムと CLS の実践的類似性の中に、無視できないインプリケーションの違いを読み取ることができると考えるからである。リベラリズムも CLS も、ともに恣意的な権力行使の排除をめざす点では共通しているが、CLS は、法の支配という理念に対して、法の確定性からではなく、法の不確定性からアプローチする点が異なる。しかし私見によれば、法の不確定性の主張は、かならずしも法の支配を廃棄することを意味するのではない。むしろ逆に、法の不確定性に対する CLS の洞察を生かすことにより、法の支配の理解に資する可能性も十分にあるのではないだろうか。本稿は、まさにこのような可能性を追求するものである。

法の支配と法の不確定性をめぐる議論状況を以上のように整理した上で、本稿では、CLS 運動の初期に指導的な役割を果たした人物の1人である、ロベルト・アンガーによる「法の不確定性」と「構造」¹⁹⁾の議論に焦点を当てる(ただしアンガー自身は、必ずしも自らが CLS にコミットしていると考えているわけではない。この点は後に明らかにしたい)。本稿において特にアンガーの議論を取り上げる理由としては、以下の4点が指摘できる。第1に、法の支配と法の不確定性をめぐる議論への、新たな視点を提示しているという意義がある。私見によれば、先に述べた法の支配の新たな可能性を切り開いたのは、まさにアンガーの法理論にほかならない。

従来のリベラリズム対 CLS の論争は、法の不確定性が法の支配を損なうという前提のもとになされていたように思われる(したがって、法の不確定性を「肯定する/否定する」という立場が、そのまま法の支配を「批判する/擁護する」という立場と直結していた)。これに対してアンガーの議論は、法の不確定性をこのように否定的にのみとらえるのではなく、むしろ肯定的に、つまりある意味で、法の支配という理念を擁護するものとしてとらえている。この点で、従来の論争枠組みを超えた独自の意義を有するものと解釈できる²⁰⁾。

第2に、アンガー自身の見解を適切に理解する必要性である。私見によれば、アンガーの見解は先に述べたような独自の意義を有するが、しかしその見解はかならずしも当初から一貫したのではなく、時代とともに重要な変化が生じている。特に、本稿が焦点を当てる「法の不確定性」と「構造」という2つの概念に関しては、そのような変化が著しい。そして、この変化はしばしばCLSからもその批判者からも見落とされがちだった。そのため、アンガーの議論を誤解に基づいて解釈したり批判したりということがしばしば行われてきたように思われる(たとえばアンガーを一部のラディカルなCLSの議論と同一視したり、あるいは逆に、リベラリズムに転向したと安易に理解するなど)。もしそうだとすれば、アンガーの議論の意義を適切に理解するためには、アンガー自身の見解の変遷を明らかにし、最終的にどのような結論に至っているのかを検討することが不可欠な作業であると考えられる。本稿は、このような作業の第一歩を行うものと位置づけられる。

第3に、より具体的な代替案の要請がある。CLSは一般に批判をするのみで、リベラリズムにかわるような制度の代替案を提示していないとしばしば批判される²¹⁾。しかしこれに対して、アンガー自身は明確な代替案を提示しているという意義をもつ。その改革案は、政治・経済・法の3分野にわたる包括的なものであり、かつそれらはアンガー自身の理論的前提から導かれた、一貫性のある体系となっている。ただし本稿の目的は、ア

ンガーによる具体的な改革案を検討することではない。むしろ本稿は、そのための前提作業として、アンガー法理論の基礎となる理論面に焦点を当てることにより、アンガーによる改革案の真価を見定める手助けとなることをめざすものである。

第4に、日本におけるアンガー法理論の議論状況がある。日本では、現時点では、アンガーの理論についての研究はごくわずかしかない²²⁾。これは、そもそも日本においてCLSそれ自体があまり知られていないことも影響しているように思われる。しかし、アンガーやCLS一般のもつ以上のような重要性を考慮するならば、現在の日本で、アンガー自身の内在的な視点に立った詳しい分析を行う意義は、決して少なくないはずである。

本稿の叙述は、以下の順序で進められる。まず第1章では、アンガーの法理論を適切に理解するために、その検討のための基礎となるいくつかの用語について、若干の定義と整理を行う。次に第2章では、第1章の議論を前提に、アンガーの理論を前期と後期とに区分して再構成する。その際に中心となる概念は、先にも述べた「法の不確定性」と「構造」である。私見によれば、少なくともこの2つの概念については、前期と後期の区別をせずにはアンガー法理論の重要性は理解できない。そして、この再構成をもとに、第3章では、後期アンガーに対するその他の主要な批判を検討する。第4章では、以上のように理解されたアンガーの法理論が、実際上どのような示唆をもつのかを考察する。

第1章 議論の前提

1. 法の不確定性とは

本稿第2章以下で、アンガーによる法の不確定性の議論を検討するが、本章では、その検討のために必要な、いくつかの前提について論じる。まずはじめに、議論の明確化のために、「不確定性(indeterminacy)」という用語について若干の整理をしておきたい。不確定性という用語はさまざま

まな意味で用いられるが、まず議論の前提として、法の不確定性とは、「あらゆる事件について、弁護士や裁判官が、既存の法律や先例を用いて、完全に相反する帰結を導くことができる」²³⁾状態をさすと定義しておこう。

法の不確定性をこのように定義すると、法の確定性を擁護する側から、ただちに次のような批判が予想される。それは、法の「予測可能性」の問題である。つまり、先の定義では、「あらゆる事件」でどういう帰結でも導けるとされているが、現実には、弁護士は、裁判官が当該事件についてどのような判断を下すかについて、かなりの程度正確に予測をすることができる²⁴⁾。法が先の意味で不確定だとしたら、なぜそのようなことが可能なのだろうか。また、われわれの日常的な行動は、その大半が法律問題など引き起こす余地のかけらもないものばかりである。たとえば、「歯を磨く」や「赤信号で立ち止まる」といった行動がいったいどのような法律問題を引き起こすというのだろうか。このような行動の法的帰結については、すべての法律家が同意するだろう。このような観点からすれば、法は実際には確定している場合が大半であり、先の定義でいう「完全に相反する帰結を導くことができる」などということは通常はありえない。したがって、法の不確定性の問題をあえて心配する必要はない。以上がこの「予測可能性」批判の趣旨である²⁵⁾。

CLS に対して、このような「予測可能性」からの反論をする論者は多いが、このような反論は、私見によればいくつかの誤解にもとづいている。ここではその意味を明らかにするために、法の不確定性について以下の3つの区別を導入することにしたい。

- (1) 「事実レベルの不確定性」と「原理レベルの不確定性」の区別
- (2) 「不確定性」と「恣意性」の区別
- (3) 「言語の不確定性」と(狭義の)「法の不確定性」の区別

まず(1)の区別であるが、ここで「事実レベルの不確定性」とは、不確定性が事実として、たとえば法律家の間での解釈が一致しないような形で生じている場合である。それに対して「原理レベルの不確定性」とは、事実

はどうであれ(つまり、仮に法律家の間での見解は一致していても)、原理上衝突が生じている場合である²⁶⁾。この区別を前提にすれば、たとえ「原理レベルの不確定性」が生じていても、「事実レベルの不確定性」は生じない(つまりイージー・ケースとみなされる)場合があることを理解できる。先の「予測可能性」批判は「事実レベルの不確定性」を指摘するものといえるが、仮にこの指摘が正しくても、「原理レベルの不確定性」が存在しないことにはならないのである。本稿ではこの区別を前提に、以下で「原理レベルの不確定性」を検討の対象とする²⁷⁾。

この区別は、角度を変えて言えば、(2)の「不確定性(indeterminacy)」と「恣意性(arbitrariness)」とを区別することでもある²⁸⁾。ここで言う「恣意性」とは、「論争の余地のある価値に依拠していること」²⁹⁾をさす。この区別を前提にすれば、法律家によって確定的な判断がなされた場合(つまり事実レベルでの不確定性が存在しない場合)であっても、その判断が恣意的なことはありうる。したがって、先の「予測可能性」批判は、仮に「不確定性」は論駁できたとしても、「恣意性」まで論駁できていないわけではない。そしてこの「恣意性」の背後には「原理レベルの不確定性」があるのではないか、というのが「予測可能性」批判に対するCLSの応答だといえる。

最後に(3)であるが、この区別は、先に述べた「原理レベルの不確定性」を前提に、この問題に対してどのようにアプローチするかの違いを示すものである。「言語の不確定性」を主張する立場は、法の不確定性は原理レベルにとどまらず、あらゆる言語にまで及ぶとする。この立場によれば、言語はすべて「空っぽの器」であり、その中にはどのような意味でも入れることができる。これに対して、「言語の不確定性」とは区別された、狭義の「法の不確定性」を主張する立場がある。この立場は、言語それ自体の不確定性はとりあえず問題とせず、あくまで「法」(ルール、原理など)をその考察対象とする立場である³⁰⁾。この2つの立場は、あらゆる言語が文脈に依存していることを肯定する点では共通の基礎に立っているといえ

る³¹⁾。しかし、前者の主張はそれにはとどまらない。実際 CLS の中には、あらゆる言語が不確定であることを根拠に、イージー・ケースはいっさい存在せず、一見イージー・ケースと見えるような事例でも、実際には(つまり想像力を適切に働かせさえすれば)すべてハード・ケースである、と主張する論者もいるのである³²⁾。しかしながら、本稿で検討するのは、このような「言語の不確定性」の議論ではない。本稿では、むしろ先の「予測可能性」批判に対して、このような「予測可能性」がなぜ生じるのか、という角度からアプローチする。したがってその力点は、イージー・ケースの不在の証明それ自体ではない。むしろその主眼は、イージー・ケースかハード・ケースかを問わず、その背後にどのような「原理レベルの不確定性」がひそんでいるのか、そしてもしそうだとすればその原因は何なのかを明らかにすることにある³³⁾。本稿の考察対象は、法の不確定性の議論の中でもこのようなアプローチをとる論者に限定される。そこで以下では、「法の不確定性」という用語を、特に断らないかぎり、「言語の不確定性」までは含まない、狭義の「法の不確定性」をさすものとして用いることにしたい。

以上の整理から本稿の目的をまとめれば、それは法の不確定性に対して、事実レベルでの「恣意性」と、その背後にある「原理レベルの不確定性」を中心に考察するものといえる。アンガーの法理論が重要なのも、彼がまさにこの問題を考察対象としているからである。しかし、この整理を前提にした上で、さらに1つの重要な批判が予想される。この批判に対する解答は第2章以下で明らかにしたいと思うが、ここではその解答の方向性を簡単に考察しておきたい。

その批判は、先の「不確定性」と「恣意性」の区別にかかわる。それによれば、CLS のいう「恣意性」などはそもそも問題とみなすべきものではない。CLS は、法の「原理レベルの不確定性」にもかかわらず現実には「予測可能性」が存在するということを説明するために、以下の支持しがたい前提を採用している。その前提とは、「予測可能性」を生じさせて

いるのは法ではなく、「法外在的な(extralegal)もの」(たとえば、法文化・伝統・常識)のためだ、という前提である。そしてCLSは、このような「法外在的なもの」が「恣意的」だとして批判する。しかしながら、この批判者によれば、そのような「法外在的なもの」は、実際には「法外在的」どころか、まさに法の核心部分をなすものである。そしてその機能は「恣意的」どころではなく、まさに「合理的」といえるのである³⁴⁾。CLSは、法的思考を形式論理に限定してきわめて狭く理解しているが、このような法的思考の理解は、リアリズム法学以降の法解釈論の展開(たとえば、ハートやドゥオーキンらの議論)を無視している。現在の法解釈論はかつての法形式主義とは一線を画するものであり、両者を同一視するような議論はとうてい容認できない³⁵⁾。以上がこの批判の趣旨である。

この点については、もちろん何を「合理的」と呼ぶかが争われざるをえない。しかしながら、ここで指摘しておきたいのは次の点である。つまり、このような批判をする者は、事実レベルとは区別された「原理レベルの不確定性」について、それを何らかの形で解決可能と見る見解が含まれているのではないかということである(そうでなければ、「恣意性」の存在を否定できないはずである)。これに対してCLSは、この「原理レベルの不確定性」をそもそも解決可能とは見ない。つまり、この両者の対立は、「原理レベルの不確定性」が解決可能かどうかという論点に帰着することになる³⁶⁾。この関係は、次のように表せるだろう。

- (1) CLS: 「原理レベルの不確定性」の解決可能性を否定
(「恣意性」の存在)
- (2) 批判者: 「原理レベルの不確定性」の解決可能性を肯定
(「合理性」の存在)

(1)の議論は、「原理レベルの不確定性」が解決不可能であることを前提にした上で、特定の原理が特権化されている(つまり「恣意性」が存在する)ことを主張する。そしてそのような「恣意性」が生じる原因を、たとえば「構造」や「法意識」などに求め、これを暴き出して批判することに

力点を置く³⁷⁾。これに対して(2)の議論では、「原理レベルの不確定性」を解決するもの(つまり「合理性」とはいったい何なのかを明らかにすることに力点が置かれる。本稿で焦点を当てたいのは、まさにこの対立点である。本稿の位置づけでは、アンガーの議論が(1)の代表である³⁸⁾のに対して、たとえばドゥオーキンの議論は(2)の代表である。両説の比較検討は第3章で試みたいと思う。

2. アンガー解釈上の2つの立場

以上の議論から、CLSのさまざまな主張のうち、「原理レベルの不確定性」から生じる「恣意性」に焦点を当てつつ、「言語の不確定性」から区別された狭義の「法の不確定性」を考察対象にする立場が存在することが、ある程度明らかになったと思う。この整理を前提にして、以下でアンガー法理論の解釈を試みるが、その際に、本稿が特に取り上げる1つの重要な論点が存在する。この論点について、その意味をあらかじめ明らかにしておきたい。

その論点とは、アンガーの見解の変遷をどのように理解すべきかにかかわる。アンガーの現在の見解を、アンガーの当初の見解と比較した場合、両者は共通の基礎に立っていると理解できるだろうか。それとも重要な点について変更が加えられたと理解すべきだろうか。もし変更があったと考えるならば、それはいつなされたのか。このような疑問は、アンガーの著作を理解する上で、避けては通れない問題である。

この問題を考察するにあたって、本稿第2章の結論を先取りする形になるが、以下ではアンガーの議論を大きく2つの時期に分け、それぞれを「前期アンガー」と「後期アンガー」と呼ぶことにしたい。それぞれの定義は以下のとおりである。

- ・前期アンガー：1970年代のアンガーの2つの著作である、『知識と政治 (Knowledge and Politics)』と『近代社会における法 (Law in Modern Society)』におけるアンガーの見解。

- ・後期アンガー：1980年代以降のアンガーの著作である、『批判法学運動 (Critical Legal Studies Movement)』以降のすべての著作におけるアンガーの見解³⁹⁾。

このように定義すれば、先ほどの論点は、「前期アンガーと後期アンガーとを区別して理解すべきどうか」というように表すことができる。従来アンガー解釈では、この区別に対して、肯定する立場と否定する立場とが相争っていた。以下では、前者の立場を「区別肯定説」、後者の立場を「区別否定説」と呼ぶことにする。

区別否定説は、アンガーの見解を年代順にたどってみても、その議論の前提に関して、当初から現在に至るまで重要な変更はないと主張する。そしてこの理解によれば、アンガーの見解は、初期の著作を基礎として、それ以降の著作はすべてその土台の上に成り立っている（つまり全体として、いわば『知識と政治』を頂点としたピラミッド型をなしている）。したがって区別否定説によれば、アンガーの初期の著作が仮に何らかの理由で論駁されるとすれば、それ以降のアンガーの著作はすべて論駁されることになる。区別否定説の代表的論者は、ウィリアム・エウォルド (William Ewald) である⁴⁰⁾。

これに対して区別肯定説は、後期アンガーの見解は、前期アンガーの見解と比較すると、いくつかの重要な点で変更が加えられていると主張する。区別肯定説によれば、たしかにアンガーの著作を全体としてみると、いくつか一貫しない点が生じている。しかしその反面、アンガーの初期の著作に対する批判は、かならずしもそのままの形で、現在のアンガーの見解に当てはまるわけではない。本稿で取り上げる区別肯定説の代表的論者は、コーネル・ウェスト (Cornel West) である⁴¹⁾。

区別否定説と区別肯定説とのいずれの立場をとるにしろ、それぞれの説の内部で、アンガーを擁護する立場とアンガーを批判する立場とが考えられる。したがって、本稿では以下の4つの立場が区別される。

- (1) 区別否定説、かつアンガー擁護論

- (2) 区別否定説，かつアンガー批判論
- (3) 区別肯定説，かつアンガー擁護論
- (4) 区別肯定説，かつアンガー批判論

このように分類すれば，エウォルドの見解は(2)説に，ウェストの見解は(3)説に属することになる。あらかじめ本稿の立場を明らかにしておくとして、私自身は(3)説がもっとも妥当だと考える立場である。したがって、私は本稿で以下の2点を論じることにはしたい。まず第1に、区別否定説を批判する(したがって、その帰結として(2)説を論駁する)。そして第2に、(4)説を批判する(それによって(3)説を擁護する)。

全般的な議論状況としては、(2)説を主張する論者はエウォルド以外にはあまり見られない⁴²⁾。しかしながらこのことは、(2)説が重要でないということを示すものではない。エウォルドによるアンガー批判は、これまでになされたアンガーに対する批判の中で、もっとも詳細かつ辛辣なものである。それは区別否定説を前提に、アンガーの見解の全面廃棄をめざす試みであり、アンガーを多少とも擁護しようとする者に対して、根本的な挑戦状をつきつけているといえる。したがって、アンガーの見解を適切に理解し、その意義を明らかにしたいと考える本稿にとって、この批判に対する応答は、避けては通れない課題である。本稿では、この問題を、次の第2章で検討する。

他方(4)説に対する本稿の評価は、(2)説と比較すれば、アンガーの全体的な解釈としては適切だということになる。そして(4)説は、区別肯定説に立った上で、アンガーに対する重要な批判を多数提起しており、やはり検討に値する。ゆえに本稿では(2)説を批判した後に、(4)説をも批判的に検討する。私見によれば、(4)説のアンガー解釈は一面的であり、アンガーの議論の意義を過小評価するものと理解される。この議論は、第3章において行われる。

続く第2章から、アンガーの議論の検討に入るが、アンガーの見解それ自体も、またそれに対するエウォルドの批判もきわめて多岐にわたってい

るため、そのすべてを本稿で検討するわけにはいかない。そこで、第2章では、以下の3点を中心に検討を進めたい。第1の点は、法の支配や法の不確定性の問題に対する、アンガー自身の態度の検討である。アンガー解釈上の立場として区別否定説と区別肯定説とを前述のように分類すれば、現在では区別肯定説が通説であるといえる。その理解によれば、前期アンガーはリベラリズムの全面廃棄を主張していたが、後期に至りリベラリズムに接近したとされる。しかしながら、この「接近」とはどういうことなのか、またどの程度のことなのか。前期アンガーと後期アンガーを区別するならば、両者は何が異なり、何が同じなのか。これらの点については、従来の議論では必ずしも明らかになっていないように思われる。そこで、この点を検討するために、アンガーが法の支配と法の不確定性についてどのような見解をとっているのかを、前期と後期のそれぞれについて明らかにしたい。このうち、法の不確定性についての議論を第2章で扱い、法の支配については第4章にまわすことにする。

第2の点は、前期アンガーの代表的著作である『知識と政治』と、後期アンガーの著作のうち本稿の問題関心と密接不可分な著作である『批判法学運動』との比較検討である。この点は、エウォルドのアンガー批判を検討するためにぜひとも必要である。というのも、区別否定説を擁護する際のエウォルドの中心的論拠は、アンガーの2つの著作『知識と政治』と『批判法学運動』とを比較した場合に、両者の議論の類型が方法的に酷似している点にあるからである。そこでこの点を検証するために、第2章では、この2つの著作のうち、区別否定説の主張にとってもっとも重要な部分(具体的には『知識と政治』のアンチノミーの議論と、『批判法学運動』の形式主義・客観主義批判)を中心に、アンガーの見解を整理する。そしてその後、エウォルドによるアンガー批判を検討する。

第3の点は、『知識と政治』の1984年版で追加された、「後書き(Postscript)」の検討である。この点は、ウェストの中心的論拠を検討するためにぜひとも必要である。というのも、ウェストは、区別肯定説を擁

護する際に、この「後書き」におけるアンガーのコメントをきわめて重視しているからである。そして私見では、このアンガー理解は基本的に適切である。したがって第2章以降では、この「後書き」を、その後のアンガーの著作と比較しつつ詳しく検討し、この点に依拠したアンガー解釈が妥当かどうか、その可能性をさぐることにする。その際に、ウェストの見解に含まれるいくつかの問題点にも言及する。その要点は以下の点にある。つまり、ウェストは、先の「後書き」を重視するあまり、前期アンガーと後期アンガーが「認識論的断絶」をなしているとまで主張するが、前期アンガーと後期アンガーとをここまで強く分離する理解は、『知識と政治』を忠実に読む限り、支持できないと思われる。したがって、私見によれば、同じ区別肯定説でも、ウェストとは若干異なる形で(つまり、いくつかの重要な点において、前期アンガーと後期アンガーとに共通の要素が見られることを承認した上で)アンガーを擁護するのが妥当である。次の第2章でこの点を明らかにし、この方向性にもとづいて、第3章以下でさらに具体的な検討を行うことにしたい。

第2章 前期アンガーから後期アンガーへ

1. 前期アンガーの法理論：『知識と政治』

アンガーの最初の著作である『知識と政治』は、ダンカン・ケネディの諸論文とともに、CLSの成立とその後の展開に対して決定的な影響を及ぼした。特に、CLSによる法の不確定性の主張と、その帰結としての法の支配への懐疑は、まさしく本書にその基礎をもっているといえる。また、それと同時に、本書はリベラリズムを擁護する論者からのさまざまな激しい批判にさらされることになった(後述するエウォルドはその代表である)。その原因は、本書の主張のラディカルさにある。アンガーによれば、リベラリズムの諸原理は解決不可能な「アンチノミー」に陥っており、その結果として、リベラリズムの人格概念と社会理論は破綻せざるをえない。

そしてアンガーの分析によれば、このアンチノミーはリベラリズムの内部では解決できないため、その解決のためにはリベラリズムの全面廃棄しかないとされる。

本稿の観点から注目すべき点は、同書における「法の不確定性」の位置づけである。アンガーは、先の主張の根拠の一部として法の不確定性の問題を論じているが(後述する「裁決の問題」)、私見によれば、同書のこの部分は、前期アンガーと後期アンガーとの関係を理解する上できわめて重要である。以下ではその内容を、同書による問題提起(a.)とその原因についての診断(b.)、そしてそれに対する解決策(c.)、の順に概観しよう。

a. 問題提起……「統合失調」と「断念」

アンガーの見解によれば、リベラリズム思想は、現在以下の2つの難点に直面している。第1の難点は、福祉国家の機能不全である。それは、伝統的な法形式主義的思考と、福祉国家化の進展にともない要請されるようになった目的論(purposive theory)的思考とが、リベラリズムの枠内では相容れない性格を持つことによる⁴³⁾。前者からは既存のルールへの順守が、後者からは目的達成のためのもっとも効率のいい手段の追求が要請されるが、両者はもともと相容れないものである。このためにリベラリズム法理論は、本稿の用語でいう「原理レベルの不確定性」の発生を避けることができない。

そしてアンガーの診断によれば、この問題は、より根の深い第2の難点に結びついている。それは、リベラリズム心理学の不適切さである。リベラリズムが「政治」(同書では法も含まれる)にかかわる側面だけにとどまらず、このように「心理」(あるいは知識)の側面にまで広範な影響を及ぼしているというのが、同書におけるアンガーの注目すべき主張である。アンガーが指摘するのは、従来リベラリズムの内外の論者によって「はなはだしい距離感(the awareness of a radical separation)」として表現されてきたもので、たとえば自己と自然、自己と他者、自己とその役割・仕事

の間の距離感がそれにあたる⁴⁴⁾。

そして、アンガーがこれらの感情を分析する際に軸とするのは、「統合失調 (disintegration)」と「断念 (resignation)」という2つの感情である。統合失調とは、リベラリズムなどの社会秩序がわれわれに要請する意識を共有しないために、「自己のさまざまな要素がばらばらになり、外部の世界、特に社会世界を嫌悪するようになること」⁴⁵⁾をさす。他方、断念とは、「ある社会秩序に対して、その求めるところを内心では軽べつしているにもかかわらず、それに対して絶望的に服従すること」⁴⁶⁾をさす。アンガーは『知識と政治』において、この統合失調と断念とを現代社会における感情問題の中心に位置づけている⁴⁷⁾が、人間を、このように2つの相反する感情に直面する存在としてとらえるアプローチは、当初から現在に至るまで、アンガーが一貫して持ち続けているテーマだといえる⁴⁸⁾。

この難問に対して、アンガーは同書においてどのようにアプローチするのだろうか。アンガーによれば、その根本的な問題は、リベラリズムが「理性の領域」と「感情の領域」(または欲求の領域)とを分割することにある⁴⁹⁾。そして、この「理性と欲求の区別」こそが、アンガーが『知識と政治』において取り組む最大の課題なのである。

b. その原因……「アンチノミー」

ところでアンガーは、リベラリズムの思考様式を解明するにあたり、いくつかの方法論上の前提を採用している。第1の前提は、ある単一の「リベラル・ドクトリン」の存在である。アンガーによれば、現在われわれが知っている心理学や政治思想は、ある根本的な点で、17世紀中頃(つまりホブズ以降)のヨーロッパ社会思想と類似している。その類似点とは、両者が単一の「リベラル・ドクトリン」と呼びうるような、ある1つの新しい観念体系を共有している点である。リベラル・ドクトリンは、それ以前の思想と比べ、首尾一貫性の点でも一般性の点でも、より高い次元にある⁵⁰⁾。第2の前提は、リベラリズムの心理学・政治思想の、「諸原理 (principles)」への還元可能性である。歴史上、リベラリズムの心理的側

面（例えば、知識・認識論・人間本性・道徳との関係）についても、またその社会的側面（例えば、政治思想）についても、これまで非常にさまざまな見解が存在してきたが、アンガーによれば、それらはすべて、非常に少数の「諸原理」から派生したものにすぎない⁵¹⁾。そして第3の前提は、リベラリズムの諸原理の相互依存性である。つまり、これらの諸原理のうちのどれか1つが偽だとしたら、残りもすべて偽になる。また逆に、これらの諸原理のうちのどれか1つが真だとしたら、残りもすべて真になる。ただしアンガーによれば、この関係は論理学でいう「含意（entailment）」関係に類似してはいるが、それと厳密に同じではない⁵²⁾。

これらの3つの前提にもとづいて、アンガーは、まずリベラリズムの心理的側面と社会的側面とについて、それぞれ3つずつ（合計6個）の原理を抽出する。そしてアンガーは、リベラリズムの心理学と政治理論（法理論を含む）とが、その6原理から生じる帰結として、ともに解決不可能な「アンチノミー（antinomy）」⁵³⁾に陥ることを論証する。以下で、アンガーによるアンチノミーの論証を概観するが、その前に、アンガーが提示するリベラリズムの6原理を、あらかじめ以下に示しておこう⁵⁴⁾。

リベラリズム心理学	リベラリズム政治理論
1. 理性と欲求の原理	4. ルールと価値の原理
2. 欲求の恣意性の原理	5. 価値の主観性の原理
3. 分析の原理	6. 個人主義の原理

アンガーによれば、リベラリズム心理学の3原理と、リベラリズム政治理論の3原理とは完全に対応している。そこで、それぞれを順に対応させながら概観しよう。まず、リベラリズム心理学の第1の原理は「理性と欲求の原理（the principle of reason and desire）」⁵⁵⁾、リベラリズム政治理論の第1の原理は「ルールと価値の原理（the principle of rules and values）」⁵⁶⁾である（以下では前者を第1原理、後者を第4原理と呼ぶ）。この2つの原理は、リベラリズムが個人や社会をどのように考えているか

を示す原理である。第1原理によれば、自己は理性と欲求からなるとされる⁵⁷⁾。また第4原理によれば、社会秩序はルールと価値からなる⁵⁸⁾。そしてこの2つの原理は、さらに理性と欲求とが、あるいはルールと価値とが、明確に区別されるということも意味している⁵⁹⁾。

次に、リベラリズム心理学の第2の原理は「欲求の恣意性の原理 (the principle of arbitrary desire)」⁶⁰⁾、リベラリズム政治理論の第2の原理は「価値の主観性の原理 (the principle of subjective value)」⁶¹⁾である(以下では前者を第2原理、後者を第5原理と呼ぶ)。前者の言う「恣意性」とは、「われわれのなした選択は、事実についての理解 [つまり理性の働き] からだけでは正当化不可能」という意味⁶²⁾で、欲求が理性によっては分析し尽くせないものであることを述べている。また後者の言う「主観性」とは、価値が個人の選択によって決定されるという意味で、共同的・客観的な価値はリベラリズム政治思想に反するということを述べている⁶³⁾。

最後に、リベラリズム心理学の第3の原理は「分析の原理 (the principle of analysis)」⁶⁴⁾、リベラリズム政治理論の第3の原理は「個人主義の原理 (the principle of individualism)」⁶⁵⁾である(以下では前者を第3原理、後者を第6原理と呼ぶ)。この2つの原理は、いずれも「全体は各部分の総和」であることを述べている。すなわち、第3原理によれば「知識を獲得する際に、全体は各部分の総和である」(つまりどのような知識でも、分析することにより、基本的な感覚や観念にまでさかのぼることができる)⁶⁶⁾とされ、また第6原理によれば「集団は、個人の総和にすぎない」⁶⁷⁾とされるのである。

アンガーによれば、リベラリズム思想は以上の6原理のすべてを必ず共有している。もちろん、このようなアンガーの理解に対しては、さまざまな反論が可能だろう⁶⁸⁾。しかし本稿は、アンガーによる法の不確定性の議論に焦点を当てており、また前期アンガーを擁護すること自体は直接の目的とはしていないため、以上の6原理の妥当性それ自体については立ち入らないことにする。むしろ本稿にとって重要なのは、アンガーが、以上の

6原理から2つのアンチノミーが生じると論じている点である。アンガーは、第1・第2・第3の各原理から「理性と欲求のアンチノミー (the antinomy of reason and desire)」が生じ、また第4・第5・第6の3原理から「ルールと価値のアンチノミー (the antinomy of rules and values)」が生じるとする⁶⁹⁾。そして、本稿の焦点である法の不確定性が論じられているのは、このうちの後者、つまり「ルールと価値のアンチノミー」である。

そこで、以下ではこの「ルールと価値のアンチノミー」を検討するが、しかしアンチノミーに関するアンガーの議論はきわめて複雑で多岐にわたっているため、その全体を詳しく検討することはとても不可能である。したがってここでは、まずアンチノミーの一般的な形式を概観した上で、このアンチノミーのうちでも本稿に直接関係する問題のみを、それもごく簡略化した形で紹介するにとどめたい。アンガーによるアンチノミーの議論は基本的にすべて同一の形式をとっているので、これでも本稿の目的にとっては十分と考える。

まずアンチノミーの一般的な形式についてであるが、これは私見によれば、以下の4ステップに整理することができる⁷⁰⁾。なお、以下で「ルールと価値のアンチノミー」を検討する都合上、ここではリベラリズム政治理論の場合について、第4・第5・第6の各原理を用いて説明するが、これらはすべて、リベラリズム心理学の第1・第2・第3の各原理に置き換えても、同様の帰結を導くことが可能である。

- ・ステップ 1...リベラリズムが解決すべき問題の存在
- ・ステップ 2...第4原理から、2つの解決策を導出(それぞれを仮に(i)と(ii)とする)
- ・ステップ 3...(i)と(ii)は、単独では第5・第6原理と矛盾する
- ・ステップ 4...しかし、(i)と(ii)は両立不可能(第4原理の存在)

アンチノミー

各ステップについて簡単に説明しておこう。まずステップ1は、リベラリズム政治理論が解決を求められている問題ならば何でもかまわない。次

にステップ2において、ステップ1の問題に対する解決策として、リベラリズムの枠内では、(i)ルールに依拠した解決策⁷¹⁾と、(ii)価値に依拠した解決策⁷²⁾との2つが存在する(と同時に、この2つの解決策しかありえない)ことが示される。そしてステップ3では、この(i)と(ii)について、それぞれ単独での論理的帰結を考えると、最終的に第5・第6原理に矛盾することが示される。この矛盾を避けるには、(i)と(ii)を同時に用いるしかない。しかしながら、最後にステップ4で、そのような両立は第4原理の定義上不可能であることが指摘される。したがって、リベラリズム政治理論の3原理の枠内で考えるかぎり、ステップ3とステップ4の両方を同時に解決することはできない。まさに、「あちらを立てればこちらが立たず」という状況である⁷³⁾。これが、アンガーの言うアンチノミーの意味である⁷⁴⁾。

では、この4つのステップにそって、実際に「ルールと価値のアンチノミー」が導かれるプロセスを確認しておこう。なおアンガーによれば、「ルールと価値のアンチノミー」が生じる場面には、大きくわけて、ルール定立の場面とルール適用の場面との2つがあり、アンガーはそれぞれを、「立法の問題(the problem of legislation)」と「裁決の問題(the problem of adjudication)」と名付けている⁷⁵⁾。以下では、このうち本稿に直接関係する「裁決の問題」に焦点を絞って検討することにする⁷⁶⁾。

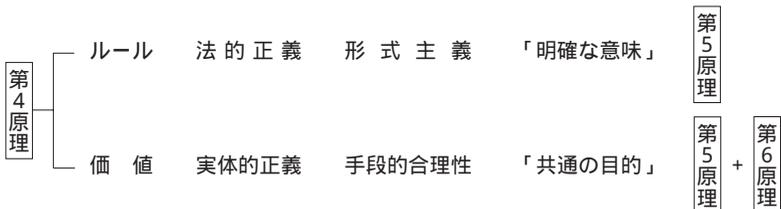
まずステップ1について、これは先ほどの「裁決の問題」全般を含むが、より具体的に言えば、「自由の諸要件を侵害することなしに法が適用されうるとしたら、それはどのような基準あるいはどのような方法によるのか?」という問題である⁷⁷⁾。

次にステップ2として、アンガーはこの問題に対して、第4原理に由来する2つの解決策を提示する。それは、ルールに由来する(i)「法的正義(legal justice)」と、価値に由来する(ii)「実体的正義(substantive justice)」の2つである。両者を簡単に定義すれば、(i)が法定立と法適用とを区別する立場であるのに対して、(ii)はそれらを区別しない立場である⁷⁸⁾。

さらにステップ3として、先の(i)と(ii)がともに、単独では、ステップ1の問題を解決できないことが示される。まず(i)については、「形式主義(formalism)」⁷⁹⁾がそのもっとも直接的な表れである。アンガーによれば、「形式主義」には語が「明白な意味(clear meaning)」を持っているという前提があるが、しかしこの前提は、第5原理である「価値の主観性の原理」と矛盾する(その解決のためには(ii)が必要である)。なぜならば、第5原理はまさにそのような「明白な意味」がありうることを拒絶するものだからである。次に(ii)については、「手段的合理性(instrumental rationality)」⁸⁰⁾がその代表である。アンガーによれば、「手段的合理性」が機能するためには「共通の目的(common ends)」が成立している必要がある。しかし他方で、第5原理と第6原理とから、そのような共通の目的は成立しえないことが示される。なぜならば、第6原理より、そのような「共通の目的」は各個人の価値の総和と考えられるが、第5原理より、そのような目的は安定したものとはなりえないからである。したがって、この場合も矛盾が生じざるをえない(やはり同様に、その解決のためには(i)が必要である)。以上、(i)、(ii)いずれの場合も、単独では先の問題を解決できず、その解決のためには双方が同時に必要であることがわかる。

しかしながらステップ4として、そもそも第4原理が存在するために、(i)と(ii)が両立することは定義上不可能である。したがって、ステップ3とステップ4を同時に解決することはできないことになる。これこそが、「裁判の問題」における「ルールと価値のアンチノミー」である。

ここまでの議論の概略をまとめれば、以下の図ようになる。



アンガーによるアンチノミーの議論を若干詳しく検討してきたが、その結論として、以下の点を確認しておきたい。まず第1に、その主張のラディカルさがある。本稿で扱ったのは「ルールと価値のアンチノミー」の一部にすぎないが、アンガーの主張によれば、リベラリズムがその6原理を共有するかぎり、あらゆる法的问题に対する解答が(先に示した4ステップにしたがって)不可避免的にアンチノミーに陥る。このことは、本稿の用語で言えば、法の不確定性の問題に関して「原理レベルの不確定性」を極限まで押し進めたものと言っていいだろう。『知識と政治』の段階では、まだ具体的な法理にまで踏み込んだ分析はなされていないが、見方によっては、『知識と政治』の方法論を、より具体的な法のレベルに適用したのが『批判法学運動』だという解釈もできそうである(後述するエウォールドがこの見解である)。このような解釈については後に詳しく検討したい。

第2に、その方法論上の特徴が指摘できる。アンガーは、リベラリズムを批判する際に、その共通の要素を少数取り出して、それらがアンチノミーに陥ることを示そうとする。この手法は、たとえばダンカン・ケネディやマーク・ケルマンらによる「根本的矛盾(fundamental contradiction)」のアプローチにも通じるものといえる⁸¹⁾が、アンガーの場合は、法理にそれほどウェイトを置かず、また積極的な解決策を提示しているところが異なる。特に、単に矛盾を示すだけでなく、積極的な解決策を提示しようとする姿勢は、アンガーに当初から一貫して見られるものである。次にこの点を概観しよう。

c. 解決策……「全面的批判」

先に示したアンチノミーに対して、アンガーはどのように対処するのだろうか。まずアンガーは、この問題に対する解決策のうち、「部分的批判(partial criticism)」と「全面的批判(total criticism)」⁸²⁾とを区別する。前者の「部分的批判」とは、先のリベラリズムの6原理のうち、いくつかを放棄あるいは修正することで、問題のアンチノミーを解決できるとする立

場である。それに対して「全面的批判」とは、このような対処法はそもそも不可能であり、アンチノミーを解決するためには、リベラリズムの6原理をすべて一度に放棄する必要があるとする立場である。アンガーは『知識と政治』において、このうち後者の「全面的批判」を採用する⁸³⁾。

なぜアンガーは、「部分的批判」が不可能だと考えるのだろうか。先に本稿では、『知識と政治』におけるアンガーの方法論上の前提として、「リベラル・ドクトリンの存在」、「リベラル・ドクトリンの諸原理への還元可能性」、「その諸原理の相互依存性」の3点を指摘した。そして、このうちの第3の前提である「相互依存性」によって、「部分的批判」が不可能であることが示される。というのも、アンガーによれば、リベラリズムの6原理は論理関係そのものではないものの、それに類する形で密接に結びついている。そのため、そのうちの一部を切り離すことはできないと理解せざるをえないのである。このようなアンガーの見解に対してはエウォルドが詳細な批判を行っているので、この論点は、後にエウォルドの議論を検討する際に詳しく取り上げることにしたい。

いずれにせよ、アンガー自身は「全面的批判」を採用するために、リベラリズムの心理学・政治理論に代わる新たな理論を構築する必要に迫られることになる。ここでアンガーの提示する答えが、「有機的集団 (organic group)」という概念である⁸⁴⁾。この「有機的集団」は、アンガー自身が示したさまざまなアンチノミーを解決するためのもので、アンガーによる新たな「自己」概念を前提として提示されている。この「有機的集団」に対してもさまざまな批判がある⁸⁵⁾が、本稿は、以下に述べる理由から、後期アンガーがこの論点について重要な態度変更を行ったと考えるので、この「有機的集団」をめぐる議論については本稿では立ち入らないことにする。

2. 後期アンガーの法理論：『批判法学運動』

先の『知識と政治』では、アンガーは法の不確定性を極限まで押し進め、

リベラル・ドクトリンを共有するすべての法理論はアンチノミーに陥らざるをえないと論じていた。その結果として、アンガーはこのアンチノミーを解決するために、リベラリズムへの「全面的批判」を主張したのである。そして、そのおよそ10年後に出版された『批判法学運動』において、アンガーは法の不確定性について、より具体的な議論を行っている。では、この2つの著作の間の論理関係はどのように理解すべきだろうか。以下ではその問題に取り組むための準備作業として、『批判法学運動』の内容を、前節と同様に、問題提起(a.), その原因(b.), 解決策(c.), の順に概観する。

a. 問題提起……権利概念への批判

本書におけるアンガーの考察対象は法を中心としつつ、政治や経済の領域にもおよんでいるが、そのいずれに対しても、根本的な問題意識は共通している。それは、それぞれの領域における問題を解決するための「理論的な洞察や変革への努力に対して、さまざまな制約が存在して」いるという認識と、このような現状を打破しなければならないという意識である⁸⁶⁾。ここではその具体例として、アンガーによる現在の権利制度への批判を取り上げてみよう。

アンガーは、現在支配的な権利理解の問題点として、次の点を指摘する。それは、通説による権利理解では「共同体での生活(communal life)」を法的にうまく扱えないという問題である⁸⁷⁾。アンガー理論の共同体論的側面は『知識と政治』にも見られたが、それはここでも顕著である。アンガーによれば、通説的な権利理解には2つの問題点がある。第1に、通説は権利を、「権利者の自由裁量の範囲」の境界線を固定的に定めるものと理解するために、共同体における人々の関係をうまく扱えない⁸⁸⁾。また第2に、通説は義務の根拠を「意思表示」または「国家による単独行為」に限定するため、共同体における、このカテゴリーに入らない権利義務関係(たとえば「信頼利益(the reliance interest)」など)を例外的なものとしてしか考慮できない⁸⁹⁾。

しかしながら、これらの問題点を解決しようとする、われわれはさまざまな制約に直面せざるをえない。その制約とは、根本的には、現状の諸制度に代わりうるようなものは存在しない、という思い込みである。アンガーによれば、われわれはこれらの問題に直面すると、「断念して社会秩序のある確立されたバージョンに服するか、あるいは万人の万人に対する闘争に直面するか」⁹⁰⁾の選択肢しかないと思ってしまう。この状況は、『知識と政治』で指摘されていた、「統合失調」と「断念」のジレンマに相通じるものと言っていいだろう。

アンガーがめざすのは、このようなジレンマからの脱出である。そのために、アンガーはまず法理論に着目する。アンガーは、現在の法理論における諸問題の原因を分析することにより、そこから重要な洞察を引き出す(c. で述べる、「法理拡大主義」がそれである)。そして、この洞察を法・政治・経済の各領域に応用することで、各領域の問題を解決しようとするのである。以上が『批判法学運動』における議論の全体構成となっている。

b. その原因……「形式主義」と「客観主義」

では、先に取り上げた権利の問題に対して、アンガーは具体的にどのようにアプローチするのだろうか。ここで重要となるのが、従来のCLSによる「形式主義(formalism)」批判と「客観主義(objectivism)」批判である⁹¹⁾。アンガーはこの2つの概念に依拠して、現行の権利制度が持つ問題点とその原因を分析する。

まず、それぞれの定義を簡単に見ておこう。アンガーによれば、『批判法学運動』における形式主義とは、「演繹的(あるいは疑似演繹的)な手法を用いることで、法的な選択が必要な特定の問題に対して、確定的な解答が得られる」⁹²⁾という主張である。したがって形式主義は、イデオロギー対立とは区別された「法的正当化(legal justification)」が可能だと主張する⁹³⁾。他方、客観主義とは、「権威的な法的資料の数々 制定法体系、判例、定説となった法概念 によって、人間関係の中の、ある1つ

の擁護可能な制度体系 (scheme) が具体化され維持されている⁹⁴⁾という信念である。たとえば民主制や市場制度を、唯一の選択肢であるかのように扱う思考がそれである。

形式主義と客観主義をこのように定義した上で、アンガーは、それらに対して CLS がどのような批判を行ってきたのかを整理する。まず客観主義に対しては、そこで言われる「ある1つの擁護可能な制度体系」というものが、本当に存在するのかが問われる。たとえば、市場制度の中心として契約と所有権を位置づけるにしても、その「契約」や「所有権」それ自体の意味が実際には不確定(本稿で言う「原理レベルの不確定性」)だということが、CLS によって示されている⁹⁵⁾。とすれば、このような「制度体系」を「客観的」なものであるかのように主張することは、まさに本稿における意味で「恣意的」であり、問題視されなければならない。

次に形式主義に対しては、その「演繹的な手法」による中立性の見かけの背後に、「人間関係のあり方についての何らかのイメージ」⁹⁶⁾が隠れていることが指摘される。というのも、われわれの日常の経験からわかるように、たとえば、思慮深い法律家ならば誰でも、ほとんどの場合に、同一の法律問題に対して相反する結論を導くことができる。そして、その場合の双方の議論に優劣つけがたいという事態がしばしば生じる。そして、このような法の不確定性を解決するには、CLS によれば、何らかの「イメージ」あるいは「導きとなるビジョン (a guiding vision)」⁹⁷⁾がどうしても必要である。しかしアンガーによれば、このようなビジョンは決して単一のものにはなりえない。というのも、そもそも立法過程においては、さまざまな価値やビジョンの対立が不可避である。したがって、その結果できた法が、あるひとまとまりの理論として何らかの道徳的合理性を伝えるなどということは、とても考えられないからである⁹⁸⁾。ゆえに、形式主義による中立性の主張は破綻せざるをえず、ここにもやはり、「恣意性」が見いだされることになる。

以上、形式主義批判においても客観主義批判においても、アンガーの主

眼は「恣意性」とその背後にある「原理レベルの不確定性」にあり、単純な「事実レベルの不確定性」を問題にしているのではないということが確認できると思う⁹⁹⁾。そしてこの形式主義と客観主義の観点からすれば、先ほどの通説的な権利理解の問題点は、まさに権利についての特定の理解(たとえば、絶対的な支配領域を定めるものとしての権利という理解)を、中立的なものとして、あるいは客観的に正しいものとして、実際には「恣意的」に主張するところにあるといえるだろう。

アンガーによるこの客観主義批判と形式主義批判の整理は、『知識と政治』と比較した場合、共通点と相違点とをともに持っているといえる。まず両者の共通点は、法の「原理レベルの不確定性」を強調する点である。『知識と政治』におけるアンガーの議論は、(i)リベラリズムが共有する6原理の存在と、(ii)それらの相互関係とを示した上で、(i)と(ii)からアンチノミーが生じることを示すものだった。そして『批判法学運動』においても、アンガーはまず(iii)主流派の法理論が共有する形式主義と客観主義との存在と、(iv)それらの相互関係とを示した上で、(iii)と(iv)から法の不確定性が生じることを述べている¹⁰⁰⁾。そして両者ともに、あくまで「原理レベルの不確定性」を問題としており、「事実レベルの不確定性」はそれほど重視されていない。

しかし『知識と政治』と『批判法学運動』の間には無視できない相違点もある。ここではまず、先の(ii)と(iv)との違いについてふれておきたい。前者の『知識と政治』においては、リベラリズムの6原理は相互に依存しており、全体として1つのシステムをなしていると考えられていた。しかし『批判法学運動』においては、形式主義と客観主義とは、たしかに前者が後者を前提としているとされている¹⁰¹⁾ものの、この2つからなる単一のシステムの存在が想定されているわけではないようである。また政治や経済という領域についても、たしかに法の影響は大きいとされるが、政治・経済・法を統合する単一のシステムが構想されているわけではない。

『知識と政治』と『批判法学運動』とにおける、これらの前提に対する

理解の違いは、アンガーが両者において提示する解決策の違いにも影響しているように思われる。この点を次に見ることにしよう。

c. 解決策……「法理逸脱主義」

『批判法学運動』においてアンガーが提示する解決策には、その精神において、『知識と政治』と共通するところがみられることはたしかである。アンガーによれば、主流派の法学者たちは、形式主義と客観主義に対する批判を極限まで押し進めると、後には何も残らなくなってしまうと恐れている。したがって彼らは、形式主義と客観主義への批判をそらそうとして、その批判のいくつかについては受け入れつつ、その大部分を避けようとしてきた¹⁰²⁾。このような主流派の法思想に対して、アンガーは、CLSの業績を高く評価する。主流派の法思想とCLSとのこのような対比は、『知識と政治』における「部分的批判」と「全面的批判」の対比に通じるものがあるといえるだろう。

しかしながら、アンガーがCLSの洞察から導き出す結論は、『知識と政治』におけるそれとは大きく異なっている。アンガーは、自らのアプローチを「法理逸脱主義 (deviationist doctrine)」あるいは「法理拡大主義 (expanded doctrine)」と名付ける¹⁰³⁾。その趣旨は、従来法理による活動として正統とされていたものの範囲をさらに拡大することにある。先の形式主義と客観主義への批判を前提にすれば、中立的・客観的な法理に依拠して自説を正当化することはもはや許されない。しかし、だからといってアンガーは、単純に法理を放棄せよと言うのではない。アンガーが提示する解決策は、このような状況で規範的な議論が可能だとすれば、それはあくまで、「抽象的な理念とそれらの制度的実現とについて、それぞれお互いがお互いを修正し合うこと」によるしかないというものである(アンガーはこれを「内的発展 (internal development)」と呼ぶ)¹⁰⁴⁾。そのためには、既存の法理を出発点としつつも、法理とイデオロギーとの境界を取り払い、「原理」と「対抗原理 (counterprinciples)」の衝突を可能なかぎり押し進めることが求められる¹⁰⁵⁾。アンガーによるこの「法理逸脱主義」

は、たしかに『知識と政治』を思わせる大胆な側面をもつが、しかし、それはあくまで既存の法理との連続性を前提としたものだということに注意する必要がある。私見によれば、同書が『知識と政治』と大きく異なるのは、まさにこの点である。

このことは、先に指摘した、『知識と政治』と『批判法学運動』の議論の前提の違いとかかわっている。『知識と政治』においては、リベラリズム6原理間の相互依存性¹⁰⁶⁾のために、リベラリズムのアンチノミーを解決する際には「全面的批判」が求められるとされていた。しかし『批判法学運動』においては、もはや主流派の法理論を支える単一のシステムがあるとは想定されていない。したがって、そこでの解決策は必ずしも「全面的批判」である必要はないことになる。この相違点は、後に述べるように、区別肯定説に立ってアンガーを解釈しようとする場合には、極めて重要である。

以上で、『知識と政治』と『批判法学運動』についての検討をひとまず終えることにしたい。この両書におけるアンガーの見解に対しては、これまでにさまざまな批判がなされているが、以下ではそのうちのいくつかについて検討する。

3. アンガーへの批判

前項では、『知識と政治』と『批判法学運動』とを比較検討し、両者にはそれぞれ共通点と相違点とがあるということを明らかにした。そして、『知識と政治』を前期アンガーの、『批判法学運動』を後期アンガーの代表的著作と理解することが許されるならば、以上の検討は、アンガーの法理論を解釈する上で、2つの異なったアプローチがありうることを示している。この2つとは、まさにこれまで用いてきた用語で言うところの、区別肯定説と区別否定説である(本稿第1章参照)。つまり、前期アンガーと後期アンガーとについて、両者の相違点を強調して理解すべきか(区別肯定説)、あるいは共通点を強調して理解すべきか(区別否定説)。アンガー

解釈上のこの重要な論点について、以下では、まず区別否定説の代表的論者である、ウィリアム・エウォルドによるアンガー批判から検討することにした。

a. 2つの論点

まずエウォルドによるアンガー批判の全体的な戦略を見ておこう。エウォルドはアンガーを批判する際に、以下の2つの前提をとっている。第1の前提は、『知識と政治』と『批判法学運動』の間の論理関係の肯定である。エウォルドのアンガー解釈によれば、『批判法学運動』は『知識と政治』の基礎の上に成立している¹⁰⁷⁾。したがってエウォルドによれば、仮に『知識と政治』に致命的な難点があることが示されたならば、その影響は、必然的に、『批判法学運動』の議論にまで及ぶと理解される。第2の前提は、アンガーの議論とその他のCLS論者たちの議論との間の論理関係の肯定である。エウォルドによれば、アンガーの『知識と政治』の議論は哲学的に極めて洗練されており、他のCLS論者に見られる哲学的知識の欠如を補うものである¹⁰⁸⁾。したがって、仮に『知識と政治』が論駁されたならば、エウォルドによれば、それはCLS全体が論駁されたことを意味することになる。

エウォルドは、以上の2つの前提をとることで、アンガーの思想全体を、さらにはCLS全体を葬り去ろうとする。この戦略は、ある意味では、アンガーの言う「全面的批判」を、まさにアンガー自身に対して、そしてさらにはCLS自体に対して適用しようとするものだと言えるだろう。本稿では、このエウォルドの戦略のうち第1の部分、つまり、『知識と政治』と『批判法学運動』の間に、エウォルドの言うような論理関係が存在するのかという論点に焦点を当てたいと思う。というのも、私見によれば、この論点は、単にエウォルドのアンガー批判が妥当かどうかということを超えて、アンガーの思想を適切に理解する上で、極めて重要な意義を持っているからである。

さて、エウォルドの第1の戦略が成功するためには、エウォルドは、(i)

『知識と政治』における難点の存在と、(ii)『知識と政治』と『批判法学運動』との間の論理関係の存在との2つを示す必要がある。他方、このエウオルドの戦略を退けようとする場合には、(i)か(ii)かのいずれかを論駁すればいい。特に、(前期アンガーとは区別された)後期アンガーを擁護することだけを考えるならば、エウオルドによる(ii)の主張を論駁しさえすればいいことになる。この観点からアンガーを擁護しようとするのが、後に検討するコーネル・ウェストの戦略である。この戦略がうまくいけば、たとえエウオルドによって(i)が立証されたとしてもアンガーの議論を擁護することができるため、区別肯定説に依拠するかぎりには、そもそも(i)の論点は論じる必要がなくなる(ただしこの場合、擁護できるのは後期アンガーのみとなるが)。しかし私の考えでは、ウェストの見解はたしかにアンガーを理解する上で重要な点を指摘しているものの、前期アンガーと後期アンガーを完全に切り離し、前者はアンガー自身によって完全に廃棄されたと考える点で、エウオルドとは逆の意味で極端すぎる。前期アンガーと後期アンガーとは、たしかにいくつかの重要な点について立場の変更が見られる(その意味で、区別肯定説が妥当である)が、しかしながら、やはりいくつかの重要な共通点も見られるのである。そして、このことを理解するためには、やはり(i)の論点にも踏み込まざるをえない。したがって以下では、まず(i)についてのエウオルドのアンガー批判を検討し、その後(ii)の検討を行うという順で議論を進めたい。

b. 論点1……『知識と政治』の方法論

エウオルドは、『知識と政治』を退けようとするにあたり、以下の3点に焦点を当てている。第1に、アンガーによるリベラリズムの定義と「全面的批判」にかかわる問題。第2に、アンガーによるリベラリズムの6原理の定式化と、その帰結としてのアンチノミーにかかわる問題。第3に、「有機的集団」にかかわる問題である¹⁰⁹⁾。このうち本稿で取り上げるのは第1の点である。というのもエウオルドは、『知識と政治』の議論全体が、まさにこの第1の点の上に成り立っていると理解している。そのため、仮

にこの部分に理論的問題点があると示せたならば、エウォルドによれば、アンガーの『知識と政治』における議論は全体が崩壊してしまう¹¹⁰⁾。この批判が前期アンガーにとって極めて重要であることに異論はないだろう。さらにこの論点は、先に概観した、アンガーによるアンチノミーの議論の直接の前提部分となっており、前期アンガーによる法の不確定性の議論を理解するためには無視できないものである。したがって、以下ではまず第1の批判を検討する。その際に、まずリベラリズムの定義の問題に簡単にふれてから、その後エウォルドによる「全面的批判」批判に焦点を当てることにしよう。

リベラリズムの定義に関するエウォルドの主張は、簡単に言えば、アンガーの言う「リベラリズム」の理解が誤っているということである。アンガーは、リベラリズムに依拠する論者が先の6原理を共有するというが、エウォルドによれば、そのような原理を共有している論者など現実にはどこにも存在しない¹¹¹⁾。この問題は、エウォルドにとっては単なる思想史上の誤りにすぎないわけではなく、エウォルドが区別否定説を主張する上で、重要な論拠の1つとなっている。というのもエウォルドによれば、このことは、アンガーがある誤った理論的前提に立っていることを示すものだからである。エウォルドは、アンガーによるこの誤った前提を「寄せ集め戦略(agglomeration strategy)」と名付ける¹¹²⁾。「寄せ集め戦略」とは、エウォルドによれば、たとえば次のような議論である。

ジャックとジルは、『ハムレット』の著者に関して、ある共通の理論を共有している。ジャックの見解では、『ハムレット』の著者はシェークスピアである。[他方、]ジルの見解では、その著者はベーコンである。これはアンチノミーである。それゆえ、彼らの理論は擁護できない¹²³⁾。

このような議論によって示されるのは、ある1つの「共通の理論」が矛盾しているというよりは、むしろ単に、そのような「共通の理論」がもともと存在しないということにすぎない¹¹⁴⁾(この点については、一般的な議

論としては、エウォルドに同意してもいいだろう)。エウォルドによれば、この「寄せ集め戦略」はアンガーの議論の至る所で見られるものであり、前期・後期を問わず、アンガーが一貫して誤った論理に依拠していることを示すものである。このことが、エウォルドが区別否定説を支持する根拠の1つとなっている。

しかし、エウォルドによるこの批判は、アンガーの議論の前提について、ある重要な点を見過ごしているように思われる。私見によれば、アンガーは『知識と政治』において、すでに先のエウォルドのような批判を認識している¹¹⁵⁾。そしてアンガーは、そのような批判に対して、「構造」概念を提示することで答えようとしているのである。この「構造」概念は、前期アンガーによる「全面的批判」を擁護するために提示されている概念であり、その意義を理解するためには、前期アンガーの「全面的批判」について、さらに詳しく検討する必要がある。

そこで、次に「全面的批判」の検討に移るが、まずはじめにアンガー自身の見解を確認しておこう。『知識と政治』でのアンガーの主張によれば、リベラリズムの諸問題を解決するためには、「部分的批判」によるのでは不可能であり、「全面的批判」が求められる。この論点について、アンガー自身は以下のように述べている。

リベラリズム思想を批判的に分析する目的は、以下の点を示すことにある。まず第1に、リベラリズムの本質をなす諸原理がお互いに結びついていること。そして第2に、それらの諸原理が、[リベラリズムという]システムそれ自体の内部では解決不可能なアンチノミーを生じさせることである。[ここで]アンチノミーとは、同一の、あるいは等しく妥当な前提から導かれる複数の結論について、それらの間に矛盾が生じることをいう。[したがって、]このアンチノミーを解決するには、その諸結論間の矛盾の不存在を示すか、あるいは前提それ自体が矛盾していることを示す必要がある。[というのも、]一貫した前提から矛盾した結論が生じることはありえない[からである]¹¹⁶⁾。

しかし、アンチノミーを解決する方法がこの2つしかないとすれば、

「全面的批判」を擁護する側は苦しい立場に立たされることになる。このパラグラフに続けて、アンガーは次のように述べる。

仮に、リベラリズム思想のアンチノミーが本当に解決不可能だと示された場合、われわれは、リベラリズムの諸原理が相互に依存しているという主張を放棄する必要があるのではないかと。しかしながら、もしそうだとすれば、……それらの諸原理がシステムをなしているというのはどういう意味なのか、もはや明らかではなくなってしまうだろう。それゆえ、部分的批判への反論は、致命的に弱められたものになってしまうだろう¹¹⁷⁾。

アンガーがここで問題にしているのは、これらの引用文中にある「お互いに結びついている (are related to one another)」とか「相互に依存している (interdependent)」という言葉が、正確には何を意味しているのか、という論点である。もし、ここでの「結びついている」や「依存している」という言葉が、論理学でいう「含意 (entailment)」¹¹⁸⁾ (つまり、「もし a ならば b」という関係¹¹⁹⁾) をさすとするならば、アンチノミーの存在は、その諸前提間相互の含意の不存在を示すことになり (先の 2 番目の引用文参照)、これはリベラリズムの諸原理が「お互いに結びついて」はいないことを意味する。したがって、その場合は「部分的批判」によって問題のアンチノミーを解決することができ、「全面的批判」は必ずしも必要ではない。このことは、アンチノミーの存在によって全面的批判が求められるとするアンガーの戦略が破綻することを意味する¹²⁰⁾。ゆえに、アンガーが「全面的批判」の必要性を正当化するために示すべきことは、以下の 3 点である。(i)リベラリズムの諸原理間相互に含意関係がないこと。(ii)(i)にもかかわらず、リベラリズムの諸原理間には何らかの密接不可分な関係が存在すること。そして、(iii)リベラリズムの諸原理から、解決不可能なアンチノミーが発生すること。

これに対して「全面的批判」を退けるためには、この(i)から(iii)のうち、いずれか 1 つを論駁すればいい。(iii)を論駁できれば、リベラリズムの諸原理は修正なしで完全に擁護される。他方、(i)を論駁できれば (つまり諸原

理間相互の含意関係を示せば), (iii)は論理的に生じる余地がないので, この場合もリベラリズムの諸原理は完全に擁護される。そして(i)と(iii)のいずれも論駁できない場合でも, (ii)を論駁できれば, リベラリズムの諸原理のうち, 一部を修正または放棄することで, 問題のアンチノミーを解消することができる(これはアンガーの言う「部分的批判」に相当する)¹²¹⁾。ゆえに, いずれの場合も「全面的批判」は必要ではないことになるのである。

この問題に対してアンガーは, 同書で以下のように応答する。まず(iii)は, アンガーが『知識と政治』の前半部分において示そうとしたことである(本稿で先に概観した箇所がそれに相当する)。そしてこれにより, 間接的に(つまり反証がないかぎり), (i)が示されたことになる(そうでなければ, つまり諸原理間相互に含意関係が存在する場合には, アンチノミーは論理的に発生しえないから)。そして(ii)に対しては, アンガーは次のように考える。つまり, アンガーによれば, リベラリズムの諸原理間相互の関係が, 含意関係があるか, それとも全く無関係かの2つしかないことと自体がそもそもの誤りである¹²²⁾。アンガーの理解では, 含意関係とは異なった, しかし相互に密接不可分であるような関係が存在する。アンガーはこのことを以下のように論証する。

まず, アンガーによれば, 近代の世界観においては, 「観念の条理 (the order of ideas)」と「出来事の条理 (the order of events)」とが区別される。「観念の条理」によれば, 複数の観念が結びついているとすれば, その関係は論理関係でしかありえない。他方, 「出来事の条理」によれば, 複数の出来事が結びついているとすれば, その関係は因果関係でしかありえない。そして, 近代哲学の歴史においては, この両者の関係をめぐって激しい論争が行われてきた。第1に, 「出来事の条理」を「観念の条理」に還元し, すべてを「観念の条理」で説明しようとする立場がある(合理論)。第2に, 逆に「観念の条理」を「出来事の条理」に還元し, すべてを「出来事の条理」で説明しようとする立場がある(経験論)。しかしやがて, このいずれにも属さない第3の領域が徐々に現れてきた¹²³⁾。アンガーは,

この第3の領域を「意識・精神・文化・社会生活の条理 (the order of consciousness, mind, culture or social life)」¹²⁴⁾と名付け、リベラリズムの諸原理間の関係を、この第3の領域に属するものとして理解しようとするのである¹²⁵⁾。アンガーは、リベラリズムの諸原理とその関係を表すために「深層構造 (deep structure)」¹²⁶⁾という用語を用いているが、この言葉は、まさに前期アンガーが、この第3の領域に対してどのようにアプローチしていたのかを示すものである¹²⁷⁾。

私見によれば、アンガーによるこの議論は極めて重要である。というのも、このような第3の領域への関心は、CLSにもそれへの批判者にも、広く共有されているとみることができるからである。ただし、その領域に対する両者の評価は全く異なる。CLSは、この領域をたとえば「構造」や「法意識」などの概念を用いて、主に否定的にとらえて批判の対象としてきた¹²⁸⁾。他方CLSを批判する論者たちは、たとえばこの領域を「実践理性」¹²⁹⁾と呼び、従来の形式論理とは異なる新たな合理性を表すものとして肯定的にとらえてきた。そしてこの対立に対して、ここでのアンガーの議論は、両者のいずれとも異なる微妙な位置にあるように思われる。つまり、アンガーはこの領域を単純に肯定するのではない¹³⁰⁾が、といってこれを非合理的あるいは非中立的として退けるわけでもない。アンガーにとってこの領域は、『知識と政治』において代替案を提示する際の原動力として、きわめて重要な位置を占めているのである¹³¹⁾。

このようなアンガーの見解に対して、エウォルドは詳細な批判を加えている¹³²⁾が、その批判をまとめれば、哲学史の理解として、アンガーによる「出来事の条理」や「観念の条理」のような見解を支持している論者はいないという点に帰着するように思われる(先に述べた「寄せ集め戦略」に相当する)。しかし、仮にこの批判が妥当するとしても、そのことは、アンガーの言う第3の領域が存在するかどうかとは無関係ではないだろうが¹³³⁾。またそもそもCLSは、当初から、既存の法秩序によっては改善できないような特定の種類の不正義に焦点を当てていた¹³⁴⁾。アンガーの言

う第3の領域は、少なくともこのような問題を考察する上で、重要な手がかりを与えてくれるものと思われる。

しかし同時に、アンガーの側にも問題は残る。というのもアンガーは、『知識と政治』においては、この「構造」に対する具体的な解決策を提示できなかったといわざるをえないからである。このことは、特に本稿の問題関心である「法の支配」との関係で考えれば、リベラリズムのアンチノミーを解決しつつ、かつ個人の自由を保障するような具体的な制度を、アンガーが同書において提示できなかったという点に表れている¹³⁵⁾。したがって、たとえエウオルドの批判が有効ではないとしても、この「構造」の問題は、アンガーにとって解決すべき課題として残されることになる。そして、アンガーの理論について区別否定説に立つならば、『知識と政治』におけるこの難点が、それ以降のアンガーの議論に対して影響を及ぼすことは避けられない。

しかし私見によれば、この心配は杞憂である。というのも、アンガーはまさにこの問題に対処するために、後期に至り、「構造」に関して決定的な態度変更を行っているからである。本稿はこの態度変更を重視し、アンガー理論を解釈する上で区別否定説を退け、区別肯定説に依拠する。次にこの点を検討したい。

c. 論点2……『知識と政治』と『批判法学運動』との関係

この章では、先に『知識と政治』と『批判法学運動』とを、両者の問題提起・その原因・解決策という3つの側面から比較検討し、両者に共通点と相違点とがあることを確認した。エウオルドは、このうち両者の共通点のほうをきわめて重視してアンガーを理解する。加えてエウオルドは、『知識と政治』と『批判法学運動』とが、ともに理論上共通の難点(先に述べた「寄せ集め戦略」)をかかえていると批判する¹³⁶⁾。

エウオルドによるこのような主張に対して、区別肯定説の観点からはどのような応答が可能だろうか。実はこの論点に関して、アンガー自身が重要な示唆を行っている。それは、『知識と政治』1984年版に「後書き」と

して追加された、アンガー自身によるコメントである。ここでアンガーは、1975年に出版された『知識と政治』における自らの見解について、1983年の時点（アンガーによる論文「批判法学運動」が出版されたのと同じ年である）から見てどのように評価するかを簡潔に記している。先に、アンガーが『知識と政治』において、リベラリズムの諸原理間の関係を、論理関係でも因果関係でもない第3の領域として提示しようと試みたことを指摘したが、アンガーは「後書き」において、まさにこの問題にふれている。ここでアンガーは、この「疑似論理的（quasi-logical）」な方法（「深層構造」をさす）を探求しようとする試みが、その「疑似」という言葉について「危険な不正確さ（dangerous imprecision）」をもっていた¹³⁷⁾としているのである。構造が「疑似論理的」だと言うことは、人がそれに対するコントロール可能性を失っていることを含意している。アンガーはこの問題点に気づき、従来の理解に代わる新たな「構造」理解を提示しようとするのである。

アンガーによれば、「後書き」の時点のアンガーの見解は、『知識と政治』を記したときと比べて、以下の3点について軌道修正をしている。アンガーによる新たな「構造」概念を理解するために、この3点に簡単にふれておこう。第1に、「最高原理あるいは支配的メカニズム（the master principle or ruling mechanism）」を想定する立場から、「構造維持的な（structure-preserving）」行為と「構造変革的な（structure-transforming）」行為とを区別する立場への移行である¹³⁸⁾。かつてのアンガーは、すべての構造を支配する最高原理を見だし、かつそれを否定することで、「一度に（all at once）」急激な変革（つまり「全面的批判」）をしようとしていた¹³⁹⁾。しかし後期に至り、アンガーはこの見解を改め、さまざまな構造のうちで可能なものから「徐々に（piecemeal）」変革する立場へと移行したのである¹⁴⁰⁾。第2に、このことと関連して、人々が構造を変革できるようにするために、「エンパワーメント（empowerment）」を重視する立場への移行である。このことは、具体的な改革案において、かつての

「有機的集団」の議論から、リベラリズムでもなく反リベラリズムでもなく、またその両者の単純な統合でもない、いわば「スーパーリベラリズム (a super-liberalism)」へと移行したことを意味する¹⁴¹⁾。第3に、「個と普遍」についての新たな考えの提示である。これによりアンガーは、かつての静的な「構造」理解¹⁴²⁾から、「われわれは、自らのコンテクストに対する関係を変えることができる」¹⁴³⁾という立場に移行したのである。

アンガーによるこれら3つの方向転換について、その詳しい検討は本稿第3章にゆずることとし、ここではこれらの発言が、『知識と政治』と『批判法学運動』との関係をめぐる先の論点に関して、どのような意味を持つかを考えたい。アンガーによるこれらの方向転換の宣言は、エウオルドのアンガー批判を退けるのに十分といえるだろうか。

この問いを肯定し、その方向性を前面に押し出すのが、コーネル・ウェストによるアンガー解釈である。ウェストの理解によれば、『知識と政治』と『批判法学運動』の間には「認識論的断絶 (epistemological break)」¹⁴⁴⁾がある。ウェストは、先の3つの方向転換の意義を強調し、アンガーが「[前期の]自称ネオ・アリストテレス主義的視点(つまり目的論的かつ本質主義的視点)から、[後期の]成熟した非基礎づけ主義的態度へと、決定的な歴史的転回をとげた」¹⁴⁵⁾ものと位置づける。

ウェストによるこのようなアンガー解釈の根拠は、おそらく以下の3点にあると考えられる。第1の点は、先に述べた、アンガー自身による方向転換の言明である。第2の点は、解釈上の有益さである。つまりウェストは、自らの解釈の方が、エウオルドによるそれよりも、「アンガーについてのより有益な読み方」¹⁴⁶⁾だと主張する。この評価は、ウェストによるCLS(ここではケネディ、タシュネット、トルーベックら)の評価と密接不可分である。ウェストの見解によれば、CLSには賛成できる面とそうでない面とがある。ウェストが賛成するのは、CLSが、既存のスタンダードやパラダイムのような「構造」に対して、根源的な懐疑を提起している点である¹⁴⁷⁾。また逆に、ウェストがCLSを批判するのは、一部の

CLS 論者たちがリベラリズムの意義を正しく評価せず、これを「廃棄 (trashing)」しようとしかしない点である¹⁴⁸⁾。ウェストが自らのアンガー解釈を「有益」と考えるのは、前期アンガーが CLS とこれらの双方を共有していたのに対して、後期アンガーを、まさに CLS の良い点を強調し、その悪い点を修正するものとして理解できるからである¹⁴⁹⁾。第3の点は、アンガーとプラグマティズムとの接合である。ウェストによれば、先のアンガーによる方向転換の言明は、まさに非基礎づけ主義的なプラグマティズムへの移行を示している。このようにアンガーをプラグマティズムに引きつけて理解しようとする試みは、リチャード・ローティによるアンガー解釈とも同一の方向性だといえる¹⁵⁰⁾。

したがってウェストによれば、後期アンガーは、前期アンガーとは全く別の理論的前提のもとに成り立っている理論である。そのため、前期アンガーが抱えていた難点(その存在自体はウェストも認める)は、後期アンガーには直接はあてはまらない。したがってウェストによれば、エウォルドによるアンガー批判(と CLS 批判)の戦略は、たとえその批判が正しいとしても、「アンガーがとっくの昔に捨てた、古いがたがたの犬小屋」¹⁵¹⁾を攻撃するようなものでしかない。

しかしながら、これに対してはエウォルドがさらに反論を加えている¹⁵²⁾。エウォルドは、ウェストが言うように、前期アンガーと後期アンガーを区別して、後期アンガーを重視する解釈の可能性があると自体は認める。しかしエウォルドによれば、その方向性での解釈は、ウェスト自身がこれまで提示してきたもの¹⁵³⁾から判断するかぎり、あまり実りあるものとはいえない。したがってエウォルドの主張では、ウェストがより説得力のある証拠を提示しないかぎりには、依然として『知識と政治』を重視する解釈がもっとも適切だといえるのである。

以上のような両者の論争はどのように評価すべきだろうか。本章の前半では、『知識と政治』と『批判法学運動』の比較検討をし、両者に共通点と相違点とがあることを確認した。この結論が正しいとすれば、理論的に

は、エウォルドのような解釈もウェストのような解釈も、ともに可能であるといえるだろう。また両者の論争を公平に見るかぎり、その優劣を決めるのは困難であるように思われる。というのも、双方ともいわば「拳証責任」を転換しようとしており、区別肯定説や区別否定説を論証する直接的な論拠に欠けるところがあるからである。エウォルドは、『知識と政治』がアンガーの著作の中でもっとも重要だということを証明したわけではない。他方ウェストも、アンガーに「認識論的断絶」があることを証明したわけではない。もちろんアンガーがそのように述べているという事実はあるが、本稿で示した通り、前期アンガーと後期アンガーには共通点も指摘できる。そうだとすれば、ウェストが上に記したエウォルドの再反論を免れられるかどうかは、必ずしも明らかではない。

このエウォルドの再反論に応答するには、2つのアプローチがあるように思われる。第1は、ウェストにならい、前期アンガーと後期アンガーを完全に分離し、前期アンガーを廃棄すると同時に、後期アンガーの有用性をさらに説得的に示すというアプローチである。第2は、エウォルドの「寄せ集め戦略」批判を直接攻撃し、前期アンガーを（したがって後期アンガーをも）擁護するか、あるいは少なくとも後期アンガーに対してはこの批判は該当しないことを示すアプローチである。

第1のアプローチはたしかに有益であり、本稿ではこれを第3章以下でこころみたいと思う。しかし、第2のアプローチにも若干ふれておく必要がある。というのも、前期アンガーと後期アンガーとは理論的に完全に断絶しているわけではなく、いくつかの点では連続していると見るべきであり、その意味で前期アンガーの理論を完全に無視してしまうことはできないように思われるからである。したがって私見によれば、前期と後期を区別する場合には、両者の共通点と相違点とを正しく理解することが重要である。そしてそうすれば、エウォルドによる批判は後期アンガーには該当しないことが理解できる。この点を、本章の残りで考察したい。

なお、アンガー自身は、この論争に関して直接言及してはいないが、ア

ンガーの態度が、ウェストに対して好意的なのは明らかだろう¹⁵⁴⁾。しかし、ウェストにとって不利な事実もある。それは、ウェストがアンガーをプラグマティズムに引きつけて解釈する際の難点である。つまり、アンガーはプラグマティズムに対して肯定的な言及を、これまでしてこなかった。この点についてはウェスト自身も認めており¹⁵⁵⁾、またエウォルドも指摘している¹⁵⁶⁾。また、ウェストが後期アンガーを直接に批判する点も1つだけある。それは、アンガーが現実の具体的な問題を扱っていないという点である¹⁵⁷⁾。

4. 私 見

これまでアンガー解釈をめぐるエウォルド対ウェストの論争を検討してきたが、前期アンガーと後期アンガーの関係については、最終的にはどのように理解すべきだろうか。この論点に対して決定的な解答を提示することはここではできないが、以下ではその方向性の示唆を試みておきたい。アンガー解釈において私が着目したいのは、次の点である。つまり、先のエウォルド対ウェストの論争では、本稿でこれまで着目してきた「法の不確定性」と「構造」の問題が、十分には考慮されていなかったように思われるのである。まず、本稿第1章において私が指摘した、CLS に対する標準的な批判を思い出してみよう。その標準的批判とは、「原理レベルの不確定性」の解決可能性をめぐるもので、CLS とその批判者とは、これを否定するか肯定するかで対立していた。

- (1) C L S : 「原理レベルの不確定性」の解決可能性を否定
(「恣意性」の存在)
- (2) 批判者 : 「原理レベルの不確定性」の解決可能性を肯定
(「合理性」の存在)

そして、この「恣意性」と「合理性」の対比は、前述した「第3の領域」をめぐる見解の対立を反映している。それは「第3の領域」が、法理論にとって正統性をもつと認めるかどうかの対立である。おおまかに分類すれ

ば、その正統性を肯定する立場（主にリベラリズム）はこの領域を「実践理性」と呼ぶのに対して、正統性を否定する立場（主にCLS）は「構造」と呼ぶ。つまり、両者は同一の対象を扱っているが、それに対する評価が正反対だということである。

この観点からすると、エウォルドによるアンガー批判は、(2)の見解に通じていることがわかる。エウォルドは、アンガーによる法の不確定性の議論に対して、その議論の前提（『知識と政治』におけるリベラリズムの6原理、あるいは『批判法学運動』における形式主義と客観主義）が誤っていると主張する（先の「寄せ集め戦略」批判である）。しかしこの主張の背後には、それらの前提を正せば、そのような不確定性（あるいはアンチノミー）は解決可能だという考えがあるはずである¹⁵⁸⁾。他方、ウェストは(1)と(2)の両方の要素をもつ。つまりウェストは、たしかに(1)の立場の重要性は認識するものの¹⁵⁹⁾、逆にCLSの行き過ぎに対する懸念も強く¹⁶⁰⁾、また結論的にはリベラリズムの重要性を強調している¹⁶¹⁾。そのため、その最終的なねらいは(2)に接近しているといえる¹⁶²⁾。つまり、エウォルドもウェストも、「原理レベルの不確定性」を解決可能とみる見解を、暗黙のうちに前提としていると考えられるのである。

これに対して、アンガーの見解はどのように位置づけられるだろうか。まず強調したいのは、アンガー自身のコメントにもあった、「構造」概念の変容である。それは一言で言えば、より個人主義的な立場への移行である。そこでは、既存の「構造」に対する、個人の側からの積極的な働きかけが強調されていた。そして、この構造概念の変容に対応する形で、アンガーの不確定性に対する評価は、前期と後期で完全に逆転しているのである。アンガーの見解は、先の分類では、たしかに前期・後期ともに(1)に属する（この点で、エウォルドやウェストと対照的である）。しかし、前期と後期では重要な違いもある。前期アンガーにとっては、法の不確定性は望ましくないものであり、解決すべき課題だった。それに対して後期アンガーは、法の不確定性の解消をそもそもめざしていない。『批判法学運動』

におけるアンガーの基本的な発想は、不確定性を押さえ込もうとするのではなく、むしろその不確定性をいっそう強調し、それによって、その不確定性の背後に隠れているさまざまな「ビジョン」の可能性を、最大限に引き出そうとするものである。このような発想にもとづいて、アンガーは、前期においては解決できなかった「構造」の問題に対して、新たな角度からアプローチすることになる。エウォルドによる「寄せ集め戦略」批判は、アンガー解釈のこのような可能性を議論の前提として封じるものであり、少なくともこのようなアンガー自身の意図を重視するかぎり、きわめて不適切なものといわなければならない。

私見によれば、このような構造概念の変容と、法の不確定性に対する態度変化とが、前期アンガーから後期アンガーへの移行を特徴づけるもっとも重要な点である。しかし他方、これまでに明らかにした通り、前期アンガーと後期アンガーには共通点も多く見られた。この点についてはどう考えるべきだろうか。次章以降の結論を先取りする形になるが、この点について最後に若干ふれておきたい。

先に、前期と後期とを分ける重要な点として、構造概念の変容と、法の不確定性に対する態度変化の2点を指摘した。しかし私見によれば、この2つの概念のみでは、後期アンガーの見解はいくつかの致命的な難点を避けられない。それは、先のアンガー自身の言葉による中にも見られた、われわれと構造（あるいはコンテキスト）との関係にかかわる。アンガーによる法の不確定性の強調は、直ちにいくつかの疑問を引き起こす。たとえば、仮に明確なルールが存在しないとしたら、われわれの日常生活は不安定にならざるをえないのではないか。あるいは、後期アンガーは「構造変革」を強調するが、その意義は肯定するとしても、他方において、構造の中にはわれわれにとって必要不可欠のものもあるのではないか。

これらの疑問に答えるには、私見によれば、アンガーの「人格」概念を検討することが不可欠である。そしてこの概念は、実は前期から後期を通じて、たしかに重要な変化もあるものの、その問題意識の点ではきわめて

一貫しているように思われるのである。したがって、私が依拠する区別肯定説は、前期と後期を全く無関係とするのではなく、ある程度の理論的な連続性を肯定するものである。アンガー理論をこのように理解することにより、先のエウォルドともウェストとも異なるような、新たなアンガー解釈の可能性が示されるように思われる。次章以降ではこのような解釈の方向性をさらに発展させ、そこからいかに重要な実践的帰結がもたらされるかを明らかにしていきたいと思う。

- 1) A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 188 (10th ed. 1959) [ダイシー(伊藤正己・田島裕訳)『憲法序説』(文弘社, 1983年)179頁。訳語を若干変更した]
- 2) 法の支配をこのように理解する論者として、F・A・ハイエク(西山千明訳)『隷従への道』(春秋社, 1992年)第6章を参照。
- 3) デヴィッド・ケアリズ(松浦好治訳)「序論」デヴィッド・ケアリズ編(松浦好治・松井茂記編訳)『政治としての法 批判的法学入門』(風行社, 1991年) 頁, ケアリズ(松浦訳)「法的推論」同1-2頁参照。
- 4) リアリズム法学の歴史的意義について、以下の文献を参照。エリザベス・メンシュ(平野仁彦訳)「主流法思考の歴史」『政治としての法』(前掲註3)29-34頁, 早川武夫『アメリカ法学の展開 自然法学から行動法学まで』(一粒社, 1975年)第1部第1章, 和田仁孝『法社会学の解体と再生 ポストモダンを超えて』(弘文堂, 1996年)第1章。
- 5) ジェローム・フランク(棚瀬孝雄・棚瀬一代訳)『法と現代精神』(弘文堂, 1974年)55-56頁, 82頁。
- 6) 同41-42頁。
- 7) 「核心」と「周縁」の区別がこれに相当する。H・L・A・ハート(矢崎光圀訳)『法の概念』(みすず書房, 1976年)133頁以下参照。この区別について、以下の研究も参照。田中成明「判決の正当化における裁量と法的基準 H・L・A・ハートの法理論に対する批判を手がかりに」法学論叢96巻4・5・6号(1975年)180-84頁, 中山竜一「法理論における言語論的転回(一) 法と言語研究序説」法学論叢129巻5号(1991年)43-44頁, 56-60頁, 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店, 2000年)48-51頁。
- 8) 『権利論』における「唯一の正しい解答」や、『法の帝国』における「インテグリティ[純一性]としての法」のアプローチがこれに相当する。前者については, RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977)[木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論』(木鐸社, 1986年)]を, 後者については RONALD DWORKIN, LAWS EMPIRE (1986)[小林公訳『法の帝国』(未来社, 1995年)]を参照。また, ドウオーキンによるこれらのアプローチについて、以下の文献を参照。植木一幹「R・ドウオーキンの「インテグリティとしての法」の理論に関する一考察(一)(二・完)」J・ハーバマスによる批判を手がかりに」法学

論叢135巻4号, 136巻3号(1994年), 小林公「R.Dworkin, Law's Empire(著書紹介)」アメリカ法1988-1(1988年), 中山『二十世紀の法思想』(前掲註6)第3章, 平野仁彦「Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously(著書紹介)」アメリカ法1980-2(1980年), 深田三徳『法実証主義論争 司法的裁量論批判』(法律文化社, 1983年)150-64頁, 深田三徳「ドゥオーキンの権利論と法理論」判例タイムズ568号(1986年)。

- 9) CLS 登場の背景とその理論的意義について, 以下の文献を参照。有賀誠「批判的法学研究 「法の支配」の行方」有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編『ポスト・リベラリズム 社会的規範理論への招待』(ナカニシヤ出版, 2000年), 大久保史郎「アメリカ左翼法学の動向 批判的法学協会について」法の科学12号(1984年), 中山『二十世紀の法思想』(前掲註7)第4章, 松井茂記「批判的法学研究の意義と課題 アメリカ憲法学の新しい潮流」法律時報59巻9, 10号(1986年), 和田『法社会学の解体と再生』(前掲註4)35-49頁。
- 10) ケネディについての日本における研究として, 内田貴『契約の再生』(弘文堂, 1990年)章を参照。
- 11) 本文中で引用したアンガーの著作は, 以下のとおりである。ROBERTO MANGABEIRA UNGER, KNOWLEDGE AND POLITICS (1984)[KP と略記。初版は1975年]; R. M. UNGER, PASSION: AN ESSAY ON PERSONALITY (1984)[PASSION と略記]; R. M. UNGER, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT (1986)[CLSM と略記。これは, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 HARV. L. REV. 561 (1983) を若干改訂したものである]; R. M. UNGER, SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND ITS TASK [ST と略記]; R. M. UNGER, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME? (1996)[WSLAB と略記]; R. M. UNGER, DEMOCRACY REALIZED: THE PROGRESSIVE ALTERNATIVE (1998)[DR と略記]; ROBERTO MANGABEIRA UNGER AND CORNEL WEST, THE FUTURE OF AMERICAN PROGRESSIVISM: AN INITIATIVE FOR POLITICAL AND ECONOMIC REFORM (1998)[FAP と略記]; R. M. UNGER, FALSE NECESSITY: ANTI-NECESSITARIAN SOCIAL THEORY IN THE SERVICE OF RADICAL DEMOCRACY (2d. ed. 2001)[FN と略記]。
- 12) 法の支配と法の不確定性との関係をこのように整理するにあたり, 以下の文献を参照した。ANDREW ALTMAN, CRITICAL LEGAL STUDIES: A LIBERAL CRITIQUE, 3, 14-15 (1990); Joseph William Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 YALE L. J. 1, 12 (1984)。
- 13) 内田『契約の再生』(前掲註10)182-3頁, 和田『法社会学の解体と再生』(前掲註4)35頁。
- 14) その代表が, ドゥルシラ・コーネルである。邦訳として, ドゥルシラ・コーネル(石岡良治ほか共訳)『自由のハートで』(情況出版, 2001年)がある。コーネルについては, 岡野八代「境界のフェミニズム」現代思想31巻1号(2003年), 中山『二十世紀の法思想』(前掲註7)155-56頁も参照。
- 15) 中山『二十世紀の法思想』(前掲註7)156頁註47参照。
- 16) 和田『法社会学の解体と再生』(前掲註4)第5章以下参照。
- 17) WSLAB, *supra* note 11, at 15; DR, *supra* note 11, at 266-68.
- 18) たとえばアルトマンは, 近年のアンガーの理論がいくつかの重要な点でリベラリズムに

類似していると位置づける。ALTMAN, *supra* note 12, at 57, n. 1. ただしアルトマンによれば、アンガーの問題点は、リベラリズムとのそのような類似点にもかかわらず、アンガーが「法と政治の区別」を承認しようとしないう点にある。Id. at 173-76. この点の評価が私見と異なることについては、以下で明らかにしたい。

- 19) なおアンガー自身(厳密には後期アンガー。この語については後述する)は、「構造(structure)」の語を、「コンテキスト(context)」あるいは「フレームワーク(framework)」と同義で用いている。ST, *supra* note 11, at 3 参照。本稿においても、基本的にアンガーの用語法を踏襲する。なお関連して、「深層構造」という用語については、後掲註126参照。
- 20) この側面でのアンガーと同様の議論として、Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611, 630-31 (1988)[以下、Singer, *The Reliance Interest* と略記する]を参照。
- 21) 和田『法社会学の解体と再生』(前掲註4)3-4頁, 41頁, 50-51頁においては、本稿とは異なる角度から、この種の批判のもつ問題点が検討されている。
- 22) 日本におけるアンガー研究として、以下の文献を参照。有賀誠「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(1992年)、石田眞「自由主義法批判と社会変革アンガー」日本法社会学会編『法の社会理論と法社会学(法社会学第44号)』(有斐閣, 1992年)、亀本洋「アンガーの民主的実験主義の法学——「八九年体制」以後の左翼法学の一つの可能性」法律時報71巻9号(1999年)。
- 23) この定義については、以下の文献を参照した。ALTMAN, *supra* note 12, at 15; ケアリス「法的推論」(前掲註3)6頁。
- 24) たとえばシャウアーは、たしかに最高裁レベルで争われる事例については、そのほとんどがいわゆるハード・ケースであり、その予測は困難だと認める。しかしながら、シャウアーによれば、下級審レベルでは、実際にはこのようは事件はまれであり、現実にはイージー・ケースがその大多数を占めている。さらには、そのようなイージー・ケースさえも、弁護士事務所で弁護士の助言を受けるだけで解決してしまい、そもそも訴訟にすらならなかった事件の数からすれば、圧倒的な少数にすぎない。したがって、法の不確定性などは実際には問題となるようなものではない。Frederick Schauer, *Easy Cases*, 58 S. CAL. L. REV. 399, 408-13 (1985)。
- 25) Id. at 413-14. このように、イージー・ケースの存在を指摘することにより、CLSの法の不確定性の議論を論駁しようとする試みとして、他に以下の文献を参照。Ken Kress, *Legal Indeterminacy*, 77 CALIF. L. REV. 283, 296-97 (1989); Kenny Hegland, *Goodbye to Deconstruction*, 58 S. CAL. L. REV. 1203, 1208-10 (1985); Lawrence B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, 54 U. CHI. L. REV. 462, 471-72 (1987); John Stick, *Can Nihilism be Pragmatic?*, 100 HARV. L. REV. 332, 353-54 (1986)。
- 26) この区別は、アンガーによる法理の「第1レベル」と「第2レベル」の区別に対応している。CLSM, *supra* note 11, at 17-18 を参照。この点について、詳しくは本稿第3章で明らかにしたい。
- 27) これに対して、本稿では扱うことはできないが、「事実レベルの不確定性」をあくまで

- 問題とし、法が現実の不確定であることを主張する議論もある。そのような議論として、たとえば、Anthony D'Amato, *Legal Uncertainty*, 71 CALIF. L. REV. 1 (1983) を参照。
- 28) この区別を採用する論者として、以下の文献を参照。Joseph William Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 YALE L. J. 1, 19-21 (1984) [以下、Singer, *Player and the Cards* と略記する]; Singer, *The Reliance Interest*, *supra* note 20, at 624, n. 40; Robert Justin Lipkin, *Beyond Skepticism, Foundationalism and the New Fuzziness: The Role of Wide Reflective Equilibrium in Legal Theory*, 75 CORNELL L. REV. 811, 837 (1990); Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57, 125 (1984).
- 29) Singer, *The Player and the Cards*, *supra* note 28, at 20.
- 30) この両者の区別については、ALTMAN, *supra* note 12, at 90-94 (「ラディカルな不確定性 (radical indeterminacy)」と「穏健な不確定性 (moderate indeterminacy)」とを区別する); Solum, *supra* note 25, at 470-71, 488 (不確定性の「強いバージョン (strong version)」と「弱いバージョン (weak version)」とを区別する)などを参照。
- 31) このような主張は、もちろんCLSに特有のものではない。
- 32) そのような議論の代表として、以下の文献を参照。Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 YALE L. J. 997 (1985); Girardeau Spann, *Deconstructing the Legislative Veto*, 68 MINN. L. REV. 473 (1984)。後者は特に、「合衆国大統領になるためには少なくとも35歳でなければならない」という規定でさえ、実際にはハードケースとなることを指摘している。Id. at 532。これに対する反論として、Hegland, *supra* note 25, at 1207-11 も参照。
- 33) このような考察を可能にすることこそが、狭義の「法の不確定性」の議論がもつ強みの1つでもある。「言語の不確定性」の立場をとると、原理レベルの不確定性を特に強調する意味はなくなり、言語一般の問題に吸収されてしまう。なお「言語の不確定性」を支持する立場の問題点については、アンガーとの比較を中心に、第3章でも若干検討する。
- 34) このような批判を行う論者として、以下を参照。ALTMAN, *supra* note 12, at 183-84; Kress, *supra* note 25, at 322-24; Stick, *supra* note 25, at 354-56.
- 35) このような観点から見れば、CLSとこの批判者とは、法形式主義を否定する点では共通しているといえる。ただし、これに対して、あくまで法形式主義を擁護することによってCLSを論駁しようとする議論もある。そのような議論として、Ernest Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L. J. 949 (1988) を参照。
- 36) 従来の法哲学上の論争との関係で言えば、ここでの両者の対立と価値相対主義との関係が問題とされるかもしれない。この点については第3章で簡単に検討したい。
- 37) この点を指摘するものとして、John Fellsas, *Reconstructing Law's Empire*, 73 B. U. L. REV. 715, 785-7 (1993) を参照。
- 38) さらに言えば、従来のCLSが「法意識」に対する単なる批判にとどまっていたのに対して、アンガーはそれを超え、積極的な改革案を提示しているという違いがある。この点がアンガーの議論の持つ重要な意義の1つである。この点については以下で明らかにしたい。
- 39) 厳密には、細かな問題点は残る。たとえば、『情念 (Passion)』を前期に含めるべきか、

それとも後期に含めるべきかについては、論者の間でも見解が分かれているように思われる。この問題については、第3章で検討したい。

- 40) William Ewald, *Unger's Philosophy: A Critical Legal Study*, 97 *YALE L. J.* 665 (1988).
- 41) CORNEL WEST, *KEEPING FAITH: PHILOSOPHY AND RACE IN AMERICA* (1993). 他にも、なんらかの形で前期と後期の区別に言及する論者は多い。そのうち、区別肯定説を特に明言する論者として、以下の文献を参照。ALTMAN, *supra* note 12; Hugh Collins, *Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement*, 14 *J. L. & SOC'Y.* 387, 395 (1987); Lawrence Lessig, Note, *Plastics: Unger and Ackerman on Transformation*, 98 *YALE L. J.* 1173 (1989).
- 42) 他に、JOHN J. A. BURKE, *THE POLITICAL FOUNDATION OF LAW AND THE NEED FOR THEORY WITH PRACTICAL VALUE: THE THEORIES OF RONALD DWORKIN AND ROBERTO UNGER* (1992); Stanley Fish, *Unger and Milton*, 1988 *DUKE L. J.* 975 (1988) をあげることができる。
- 43) KP, *supra* note 11, at 99-100.
- 44) *Id.* at 25. この点についてより詳しくは、*Id.* at ch. 5 を参照。なお、この「自我」にかかわる問題設定は、共同体論によるリベラリズム批判にも見られるものである。この論点についての研究として、以下の文献を参照。井上達夫『他者への自由 公共性の哲学としてのリベラリズム』(創文社、1999年)第4章、第5章、平野仁彦「法的自由と人格概念 「負荷なき自我」についての一試論」立命館法学2001年1号(2001年)。
- 45) KP, *supra* note 11, at 26.
- 46) *Id.*
- 47) その具体例として、アンガーは福祉国家によって要請される官僚・専門家階層をあげている。アンガーによれば、彼らは職業的な訓練を受けることにより、高度な文化の理想を押し付けられ、統合失調の危機に瀕する。しかし、彼らがこの階級にとどまろうとするならば、そのようなそがりを見せることは許されない。したがって、彼らに残された道は、統合失調するか、あるいは断念して国家の中のある地位を受け入れるかしかないのである。*Id.* at 26-27.
- 48) なお関連して、KP, *supra* note 11, at 66, 155 などに見られる「相互の敵意」と「相互の必要」のジレンマも参照。アンガーは、後にこの問題を「連帯の問題 (the problem of solidarity)」と名付けてさらに展開させる。PASSION, *supra* note 11, at 3-4, 20-22. アンガーがこの問題をいかに重視しているかは、アンガーが自らの制度論において、4つの権利のうちの一つとして「連帯の権利 (solidarity rights)」を位置づけていることからわかる。「連帯の権利」については、CLSM, *supra* note 11, at 39-40; FN, *supra* note 11, at 535-39 を参照。また本稿第3章以下も参照。
- 49) KP, *supra* note 11, at 28.
- 50) *Id.* at 5.
- 51) *Id.* at 6 (同頁におけるテーゼ1とテーゼ4がこれに相当する)。なお、アンガーによる「心理学」が通常の用語法とは異なることについて、*Id.* at 29 を参照。
- 52) *Id.* at 6-7 (同頁におけるテーゼ2とテーゼ5がこれに相当する)。なお、この相互依存性をどのように理解するかについては、後述するエウォルドによるアンガー批判が重要である。

- 53) アンガーによれば、「アンチノミーとは、同一の、あるいは等しく妥当な前提から導かれる複数の結論について、それらの間に矛盾が生じることである。」 *Id.* at 13.
- 54) この表は、*Id.* at 138 の表の一部に相当する。
- 55) *Id.* at 38-41.
- 56) *Id.* at 67-76.
- 57) *Id.* at 39.
- 58) *Id.* at 67.
- 59) *Id.* at 39, 68.
- 60) *Id.* at 42-46.
- 61) *Id.* at 76-81.
- 62) *Id.* at 42. なお、ここでのアンガーの用語法は、本稿第1章で定義したものと異なることに注意していただきたい。
- 63) *Id.* at 76-77.
- 64) *Id.* at 46-49.
- 65) *Id.* at 81-83.
- 66) *Id.* at 46.
- 67) *Id.* at 81.
- 68) たとえば、リベラリズムがこれらの6原理を共有しているというアンガーの主張に対して、後述するエウォルドは、哲学史の観点から詳細な批判的検討を行っている。Ewald, *supra* note 40, at 692-716. また「価値の主観性の原理」に対して、アルトマンは、アンガーによる「価値」という言葉の使い方があいまいであることを指摘する。ALTMAN, *supra* note 12, at 66.
- 69) KP, *supra* note 11, at 51-55, 88-98.
- 70) このように、先にあげたアンチノミーがすべて同じ形式をとっているのは偶然ではない。というのも、アンガーは、「理性と欲求のアンチノミー」と「ルールと価値のアンチノミー」に対して、さらに抽象度の高いアンチノミーも想定しているからである。この点については本稿では立ち入ることができないため、直接 *Id.* at ch. 3 を参照していただきたい。
- 71) ここには、リベラリズム政治理論の場合は「形式的自由論 (the formal theory of freedom)」または「法的正義 (legal justice)」が入ると考えていただきたい(後者については以下で検討する)。それぞれの説明については、*Id.* at 85, 89-90 を参照。なお、リベラリズム心理学においてこれに対応するのは「理性の道徳 (the morality of reason)」である。*Id.* at 50-51 参照。
- 72) ここには、先と同様に、リベラリズム政治理論の場合は「実質的自由論 (the substantive theory of freedom)」または「実体的正義 (substantive justice)」が入ると考えていただきたい(やはり後者については以下で検討する)。それぞれの説明については、*Id.* at 85-87, 90-91 を参照。なお、リベラリズム心理学においてこれに対応するのは「欲求の道徳 (the morality of desire)」である。*Id.* at 49-50 参照。
- 73) アンガーは、この状況を「穴の開いたクモの巣」にたとえている。あるところに開いた穴を塞ごうとしてクモの巣の糸を引っばると、こんどは「別の場所に別の穴が開いてしま

- う」というわけである。Id. at 83.
- 74) なお、この4ステップは私がアンガーの議論をもとに再構成したもので、アンガー自身の議論では、かならずしもこの4ステップが明確に示されているわけではない。しかしそこで省略されている要素を補えば、いずれのアンチノミーも本文のように再構成できると私は考える。
- 75) その概要として、Id. at 83-84, 88-89 参照。なお、アンガーの用語法では、このうち特に「判決の問題」のみを「ルールと価値のアンチノミー」と呼んでいるともとれるが、説明を簡略化するために、ここではあえて本文のように記した。
- 76) 以下は、わかりやすさを優先して、Id. at 88-98 の議論をかなり簡略化したものである。実際のアンガーの議論は、さらに複雑な場合分けがされていることに注意していただきたい。また逆に、アンガーが説明を省略している部分については、Id. at 51-55 の議論を参照している。
- 77) その前提として、アンガーは「人はお互いに対して永遠の敵意を持ち続けるため、法に服する政府によって秩序と自由を維持することが求められる」と理解している。Id. at 67.
- 78) Id. at 89-90.
- 79) Id. at 92.
- 80) Id. at 97.
- 81) 中山『二十世紀の法思想』(前掲註7) 147-50頁。
- 82) KP, *supra* note 11, at 2-3.
- 83) Id. at 2-3, 12-13.
- 84) Id. at ch. 6 を参照。特に、この「有機的集団」が、先にふれた統合失調と断念のジレンマを解消するためのものであることについて、Id. at 237 参照。
- 85) たとえば、エウォルドの批判がある。Ewald, *supra* note 40, at 716-26. さらに、これに対してウェストによる再反論がある。WEST, *supra* note 41, at 212-14.
- 86) CLSM, *supra* note 11, at 1.
- 87) Id. at 36.
- 88) Id. at 36-37. 権利についてのこのような理解は、メアリー・アン・グレンドンによる権利批判に通じるものといえるだろう。MARY A. GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (1991) 参照。なおグレンドンの議論について、以下の文献も参照。井上達夫『現代の貧困』(岩波書店, 2001年) 132-33頁, 平野仁彦「権利の主張とその実現 アメリカ法との対比で」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法15 現代法学の思想と方法』(岩波書店, 1997年) 187-88頁。
- 89) CLSM, *supra* note 11, at 37. この見解は、ジョセフ・シンガーによる所有権論に通じるものといえるだろう。Singer, *The Reliance Interest*, *supra* note 20; JOSEPH WILLIAM SINGER, ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY (2000) を参照。このうち後者については、森村進「Joseph William Singer, Entitlement: The Paradoxes of Property (著書紹介)」アメリカ法2002-1(2002年)も参照。
- 90) CLSM, *supra* note 11, at 15.
- 91) Id. at 1.

- 92) *Id.* なお、ここでの「形式主義」が『知識と政治』のそれと同じかどうかという問題も検討する必要があるが、本稿では立ち入らない。
- 93) *Id.*
- 94) *Id.* at 2, 5.
- 95) *Id.* at 6-7.
- 96) *Id.* at 8.
- 97) *Id.*
- 98) *Id.* at 9.
- 99) この点についてコリンズも、アンガーが主張しているのは、法的推論の単純な不確定性ではなく、法的推論において依拠できるような「支配的なスタンダード (overarching standards)」の不存在だと指摘している。Collins, *supra* note 41, at 397.
- 100) この点は、後述するエウォルドによるアンガー批判の1つのポイントとなっている。その他、Fish, *supra* note 42, at 995 もこの類似性を強調する。
- 101) アンガーによれば、「形式主義は、少なくとも、ある限定された形で客観主義を前提としている」。CLSM, *supra* note 11, at 2-3.
- 102) *Id.* at 14.
- 103) *Id.* at 15-16. その具体的内容については、本稿第3章で詳しく検討する。
- 104) *Id.* at 18.
- 105) *Id.* at 17.
- 106) 前掲註52参照。
- 107) エウォルドは、アンガーの議論には、「哲学から法を通じて政治にいたる、直線的な進展が見られる」とする。ここで言う「哲学」は『知識と政治』に、「法」は『批判法学運動』に、「政治」はアンガーの『政治学 (Politics)』3巻に相当する。Ewald, *supra* note 40, at 668. 本稿ではこのうち、エウォルドの言う「哲学」と「法」の関係を特に取り上げることにする。
- 108) *Id.* at 668, 673.
- 109) *Id.* at 680.
- 110) *Id.* at 690 を参照。
- 111) *Id.* at 680-83, 703-16. しかしこれに対しては、ウェストがさらに反論を加えている。WEST, *supra* note 41, at 214-5. この論点について厳密に検討することは、本稿の射程を超えるため、ここではとりあえず除外せざるをえない。
- 112) Ewald, *supra* note 40, at 683-85.
- 113) *Id.* at 684.
- 114) *Id.*
- 115) エウォルドもこの点は認識しているようである。Ewald, *supra* note 40, at 685 を参照。しかし、そこでのアンガー理解には問題があるように思われる。後掲註120参照。
- 116) KP, *supra* note 11, at 13.
- 117) *Id.*
- 118) *Id.*

- 119) *Id.*を参照。
- 120) *Id.* この箇所はたしかにややわかりにくいですが、エウォルドの理解はおかしいと思う。エウォルドは、アンガーがここで問題にしている論点は、悩む必要のない「疑似問題 (a pseudo-problem)」にすぎないと批判する。Ewald, *supra* note 40, at 685-86. しかしこの部分は、本文のように理解するかぎり、アンガーにとってきわめて重要な問題であることは明らかである。エウォルドがこの部分を理解し損なったのは、アンガーがここで用いている「お互いに結びついている (are related to one another)」などの言葉と、含意との関係をとらえ損なったためではないかと思う。
- 121) KP, *supra* note 11, at 13. エウォルドもこの点は同意している。Ewald, *supra* note 40, at n. 95. したがって、この点について両者の間に実質的な見解の相違はないと私は考える。
- 122) *Id.*
- 123) *Id.* at 13-14.
- 124) *Id.* at 107.
- 125) *Id.* at 13-15.
- 126) *Id.* at 8, 118. なお、この「深層構造」という用語自体は、後期アンガーにも踏襲されている。しかし後期アンガーにおいては、「深層構造」を前提とする社会理論は逆に批判の対象であり、後期アンガー自身はこの概念に依拠しない。この点については、本稿第3章で詳しく検討する。
- 127) より具体的には、*Id.* at 118 参照。
- 128) 前掲註37参照。
- 129) その法哲学上の意義として、以下の文献を参照。田中成明『法的思考とはどのようなものか』(有斐閣, 1989年)、亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界(1)~(4・完) N・マコーミックとR・アレクシーの見解を手がかりに」判例タイムズ550号、552号、554号、555号(1985年)。また、山下正男編『法的思考の研究』(京都大学人文科学研究所, 1993年)に所収の各論文も参照。
- 130) つまりアンガーは、この第3の手法を単純に採用すれば問題が解決すると考えているわけではない。アンガーは、同時にその危険性についても指摘している。KP, *supra* note 11, at 15. したがって、アンガー自身は以下のような解決策を提示する。つまり、リベラリズムの諸原理を理解する際には、まず従来の論理関係や因果関係を、それが一時的な「松葉杖」であることを意識しつつ用いることから始めようというのである。*Id.* at 15-16. アンガーによるこの解決策は、後期アンガーにおける「法理逸脱主義」と通じるところがあり興味深い。
- 131) このことは、アンガー自身が、実践理性をこの領域に属するものとして肯定的に言及していることからうかがわれる。それは、アンガーがリベラリズムの6原理を批判して、「実践理性 (practical or prudential reason)」はここで言う第3の領域に属するため、リベラリズムの6原理では適切に扱うことができないと述べている箇所である。*Id.* at 97. このアンガーの理解からすれば、第3の領域の位置づけをめぐって、アンガーによる議論と、従来の「実践理性」に関する議論とを比較検討することが有益であるように思われる。この論点については、本稿第3章でふれることにしたい。

- 132) Ewald, *supra* note 40, at 686-90.
- 133) たとえばアンガーは、このような第3の領域の例として、絵画の「スタイル(style)」を例にあげている。KP, *supra* note 11, at 14. この領域をどのように呼ぶかはともかく、その存在自体についてはエウォルドにも異論はないと思われる。
- 134) CLS を特にこのように位置づけるものとして、ロバート・W・ゴードン(深尾裕造訳)「法理論の新たな発展動向」『政治としての法』(前掲註3)249-53頁参照。
- 135) もちろん、個人の自由の重要性はアンガーも強調している。KP, *supra* note 11, at 277-81. しかし、アンガーによるリベラリズム批判を前提としつつ、これらの自由を、具体的な制度によって保障することはできるのだろうか。この点についてはやはり疑問が残ると思われる。後述するアンガーの態度変更は、まさにこの問題のためになされたといえるだろう。
- 136) 前掲註112, 113を参照。
- 137) KP, *supra* note 11, at 337.
- 138) *Id.* at 338.
- 139) *Id.* at 338-39.
- 140) *Id.*
- 141) *Id.* at 339-40.
- 142) ただしアンガーは、前期においても、構造主義に対しては批判的だった。*Id.* at 127-29を参照。
- 143) *Id.* at 341.
- 144) WEST, *supra* note 41, at 208. 他に同様の指摘として、Collins, *supra* note 41, at 395; Lessig, *supra* note 41, at 1173, n. 6 も参照。
- 145) WEST, *supra* note 41, at 208.
- 146) *Id.* at 210.
- 147) *Id.* at 197-98, 218-19 を参照。
- 148) *Id.* at 200-201.
- 149) *Id.* at 307, n. 8.
- 150) ローティによるアンガー評価として、Richard Rorty, *Unger, Castoriadis, and the Romance of a National Future*, 82 NW. U.L. REV. 335, 338, n. 13 (1988) を参照。ここでローティは、ウェストとほぼ同様の観点から、後期アンガーの方向性を高く評価している。なお、RICHARD RORTY, *PHILOSOPHY AND THE SOCIAL HOPE*, ch. 5 (1999) も参照。
- 151) WEST, *supra* note 41, at 209.
- 152) William Ewald, *Reply*, 97 YALE L. J. 773.
- 153) Cornel West, *Between Dewey and Gramsci: Unger's Emancipatory Experimentalism*, 81 NW. U.L. REV. 941 (1987) を参照。
- 154) この点は、アンガーとウェストの共著である、FAP, *supra* note 11 の存在からもわかる。ただし厳密には、同書に示されている見解と、アンガーがそれ以外の箇所では主張している見解とを、厳密に比較する作業が必要であると思われる。この点については今後の課題としたい。

- 155) West, *supra* note 153, at 948.
- 156) Ewald, *supra* note 152, at 774, n. 4.
- 157) West, *supra* note 153, at 950.
- 158) エウォルドは、そのような解決可能性の例として、たとえば人々が「寛容の原理 (a principle of tolerance)」に同意する可能性をあげている。Ewald, *supra* note 40, at 730.
- 159) なお、ウェスト自身は、法の不確定性の問題について直接には検討しておらず、CLSによる「恣意性」の指摘を肯定的に引用するにとどまっている。West, *supra* note 41, at 197 参照。
- 160) ウェストが CLS に対して、その肯定的側面と否定的側面とをともに指摘していることについては前述した。前掲註147, 148を参照。
- 161) West, *supra* note 41, at 200-202.
- 162) ウェストはリベラリズムとCLSの双方の重要性を強調しているため、そのリベラリズム擁護の側面を強調すれば、エウォルドの主張とそれほど違いはないともいえる。この点は、エウォルドも指摘している。Ewald, *supra* note 152, at 773. 言い換えれば、ウェストの見解は、先の「第3の領域」の理解をめぐって、やや一貫性を欠くようにもみえるということである。私見では、まさにこのようなジレンマを解決するという観点で、アンガーの議論(特に、後述する「スーパーリベラリズム」の主張)が極めて重要な意義を持っているのである。