

法の支配と不確定性(2)

ロベルト・アンガー「構造」概念の変容とその示唆

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』
2. 後期アンガーの法理論：『批判法学運動』
3. アンガーへの批判
4. 私 見

(以上2002年5号)

第3章 後期アンガーの理論的意義

1. 後期アンガーによる「構造」理解
 - a. 構造とは
 - b. フォーマティブ・コンテキスト
 - c. 構造維持的な行為と構造変革的な行為
 - d. 否定潜在能力
2. 法の不確定性をめぐる論争と後期アンガー
 - a. 法理の3レベル
 - b. 法の不確定性へのさらなる批判
 - c. その問題点
 - d. その他の関連する論点

3. 法の不確定性と「構造」

- a. 後期アンガーによる法の不確定性論
- b. 内的発展との関係
- c. 構造概念との接合

(以上本号)

4. 後期アンガーに対する批判

5. 残された課題

第4章 後期アンガーの実践的意義

おわりに

第3章 後期アンガーの理論的意義

1. 後期アンガーによる「構造」理解

第2章では、アンガーの理論を前期と後期とに区分して整理した上で、両者の相違点を簡潔に指摘するものとして、『知識と政治』の「後書き」におけるアンガー自身のコメントを紹介した。さらに、エウォルドとウェストの論争を通じて、この「後書き」のコメントを重視するアンガー解釈（つまり、本稿でいう区別肯定説）が、たしかに一定の留保は必要だが、しかし十分な可能性をもつものだということを、ある程度明らかにした。

本章では、この区別肯定説にもとづいたアンガー解釈をさらに押し進めることをめざす。私見によれば、後期アンガー理論の中心は、先の「後書き」にも見られた、アンガー独自の構造概念にある。そこで、区別肯定説を擁護するためには、この点についてさらに立ち入った分析をすることが不可欠である。本稿は、「法の支配」・「法の不確定性」・「構造」という3つの概念を中心に検討をすすめているが、本章では、前章までに検討した「法の不確定性」の議論が、アンガーの「構造」概念とどのように結びつけられているかに焦点をあてて検討する。これら2つの概念と「法の支配」との関係については、第4章をお待ちいただきたい。

a. 構造とは

第2章で指摘したように、後期アンガーは『知識と政治』の「後書き」において、以下の3点を新たな方向性として提示している。それは、(1)「構造維持的な (structure-preserving)」行為と「構造変革的な (structure-transforming)」行為との区別、(2)「エンパワーメント」の重視・拡大、(3) われわれとコンテクスト（アンガーの用語法では構造と同義）との関係についての新たな理解、の3点だった。そしてアンガーは、これらの概念について、『政治学 (Politics)』3巻¹⁾で詳しく論じている。以下ではこの3点に注意しながら、後期アンガーの構造概念を分析する。

まず、後期アンガーが構造概念をどのようにとらえているかを見てみよう。アンガーによれば、構造とは、われわれの精神的・社会的生活において、「われわれの習慣的な考えや行動に影響を与えたり、それらを制約したりするような、さまざまな受け入れられた限界」全般を広く指し示す用語である。それはたとえば、「さまざまな制度上の取り決めや構想上の先入観」のような「社会的な」ものから、「基本的な存在論、リサーチ・アジェンダ……、意味・妥当性・検証の諸基準」のような「説明上の、あるいは論証上の構造」まで多岐にわたる²⁾。アンガーは構造の具体例として、現代の西洋民主主義国家における

- ・経済の脱中心化のための手段として所有権を用いるような「法的諸ルール」
 - ・代表制により闘争をさける「憲法上の取り決め (constitutional arrangements)」
 - ・「仕事の定義」と「仕事の実行」とを明確に区別するような「ビジネス組織 (business organization)」
 - ・さまざまな領域における「人間関係についてのさまざまなモデル」
- などをあげているが³⁾、先の定義からわかるように、アンガーの枠組においては、広い意味で制度や先入観にふくまれるもの(先にいう「受け入れられた限界」)はすべて構造にあてはまると考えてよい(構造概念を構成する主な要素については、次のフォーマティブ・コンテキストの項を参照)。したがって、先の例にも示されているように、後期アンガーの構造概念との関係でいえば、法はその具体例の1つと位置づけられる。

アンガーの理論枠組においては、われわれの精神的・社会的生活は、すべてこのようなさまざまな構造によって規定されていると理解される。そして同時に、アンガーは、これらのさまざまな構造の中に「無条件に通用する (unconditional)」もの、つまりわれわれの精神的・社会的生活のすべてを公正に扱えるような単一の構造は存在しないと主張する⁴⁾。アンガーによれば、すべての構造は条件付のものであり、特権的・絶対的な構

造は存在しないのである。

このような構造概念の理解とその射程の広さが、後期アンガーの構造概念を理解する上での1つの重要なポイントとなっている。たとえばアンガーは、この概念を、従来の自然科学と社会科学の全般に対するラディカルな批判として用いている。まずアンガーは、自然科学の歴史を、かつての通説であるユークリッド的科学観の崩壊と、それを修正して擁護しようとする従来のさまざまな試みの失敗という流れで理解する。そしてこの流れの中には、単一の絶対的なコンテキスト(つまり真理の基準)を発見しようとする傾向が読み取れるが、しかしアンガーによれば、そのような絶対的な構造は存在しない⁵⁾。

同様に社会科学についても、アンガーは、従来の理論に見られた「自然主義的前提(naturalistic premise)」を厳しく批判する。自然主義的前提とは、「特定の形態の社会生活を、すべてのコンテキストの中のコンテキストだと社会的存在のうちで真の、ゆがみのない形態だと理解する」⁶⁾ことである(これは、先の自然科学の場合におけるユークリッド的科学観に対応するものである)。従来の社会理論は、多かれ少なかれ、この自然主義的前提という絶対的なコンテキストを発見しようとする試みだった。たとえば、従来の通説的見解である「深層構造社会理論(deep-structure or deep-logic social theory)」(その代表はマルクスである)と「実証主義社会科学(positivist social science)」は、ともになんらかの形で自然主義的前提にとらわれていた。これに対して、アンガーはこの前提を完全に拒絶する。そして自らの見解を、このうち特に前者の「深層構造社会分析」を批判的に継承するものと位置づけている⁷⁾。

b. フォーマティブ・コンテキスト

このようなアンガーの構造概念は、『知識と政治』の「後書き」で述べられていた「構造維持的な」行為と「構造変革的な」行為との区別とは、どのような関係にあるのだろうか。この点を理解するには、アンガーの構造概念に関して、さらに「フォーマティブ・コンテキスト(formative

context)」と「フォームド・ルーティン(formed routine)」という区別を導入する必要がある。簡単に言えば、この両者は、前者が後者を生産し、さらに後者が前者を再生産するという関係にある。

まずフォーマティブ・コンテキストであるが、これが実質的には、ここまで述べてきたアンガーの「構造(structure)」と同義の概念である(以下の議論でも、この2つの概念は必ずしも明確に区別していない)。ただしアンガーは、フォーマティブ・コンテキストを、「基本的な制度上の取り決め(institutional arrangements)や構想上の先入観(imaginative preconceptions)であって、……実践上またはディスコース上の活動・コンフリクトを制限し、それらの脱安定化効果に抵抗する⁸⁾ものだと明示的に定義している。したがってここから、(1)「制度上の取り決め」と(2)「構想上の先入観」とが、フォーマティブ・コンテキストを構成する2つの主要な要素であることがわかる。(1)の代表としては、「政府権力や資本の配分をめぐるコンフリクトを構造づける、さまざまな制度やプラクティス」があげられている。他方(2)は、「人間関係についての可能かつ望ましい形式」についてのものである⁹⁾。いずれにせよ、フォーマティブ・コンテキストは単なる自然物でもなければ、特定集団がもつ単なる先入観の産物でもない。アンガーによれば、それは「社会的事実の中でもっとも強固な」存在である¹⁰⁾。

そして、このようなフォーマティブ・コンテキストによって生み出される「通常取引・議論・コンフリクト」¹¹⁾などのことを、アンガーはフォームド・ルーティンとよぶ。この関係を法律の例で考えれば、次のようになるだろう。まずフォーマティブ・コンテキストの代表としては、ある特定の実定法(たとえば所有権法)や、確立した先例などがあげられる。他方、フォームド・ルーティンは、フォーマティブ・コンテキストを前提として、その上で人々が行う具体的な行動(たとえば裁判・法律論など)をさすといえる(より厳密な議論については後述する)。

なお、フォーマティブ・コンテキストとフォームド・ルーティンの関係

はかならずしも1対1対応ではなく、1つのフォーマティブ・コンテキストが複数のフォームド・ルーティンを形成することもあれば¹²⁾、逆に複数のフォーマティブ・コンテキストが1つのフォームド・ルーティンを形成することもある。このように両者が複雑にからみあっているため、フォーマティブ・コンテキストはかならずしも確固とした存在ではなく、常に変革のチャンスに対して開かれているのである(後述する「フォーマティブ・コンテキストの不確定性」の議論を参照)。

先に見たように、アンガールの構造概念の適用範囲が非常に広いこともあり、フォーマティブ・コンテキストが影響を与えている社会現象の範囲も、個人の日常的な生活から、政治・経済・法の各分野における大規模な活動や改革に至るまで、非常に広いものとなっている。そこで以下では、まず、このアンガールのアプローチを検討するための準備作業として、フォーマティブ・コンテキストについて3つの性質を区別して整理しておきたい。この整理にもとづいて、後に後期アンガールの構造概念を、同じく後期アンガーによる法の不確定性の議論と接合することを試みる。

第1の性質は、先にも述べた、「制度上の取り決め」と「構想上の先入観」との区別である。アンガーは、このように制度上のフォーマティブ・コンテキストと構想上のフォーマティブ・コンテキストとを区別しているが、前者は個人間に、後者は個人の内部に存在するものといえるだろう。そこでそれぞれを、フォーマティブ・コンテキストに関する「客観面」と「主観面」としていいかえることが許されると思う¹³⁾(ここでの「客観」は「間主観」と同義)。そしてアンガーは、制度的取り決めについて、明示の規範として定められたものだけでなく、黙示のものをもふくめている¹⁴⁾。このことからすれば、主観と客観とを両極とした軸上に、フォーマティブ・コンテキストの無数のバリエーションが存在しうることになるだろう。

第2に区別すべき性質は、フォーマティブ・コンテキストの安定性の度合である。これは、フォーマティブ・コンテキストの安定性を妨げようと

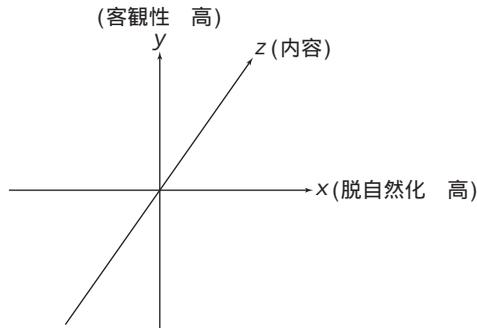
する力に対して、そのフォーマティブ・コンテキストがどの程度の「堅牢性 (entrenchment)」あるいは「免疫力 (immunity)」をもっているかを、あくまで相対的に表したものである¹⁵⁾。フォーマティブ・コンテキストは、その堅牢性が高くなればなるほど、それだけいっそう、そこから生じるフォームド・ルーティンが明確なものとなり、結果としてフォーマティブ・コンテキストを変革することが困難になる(つまり、人々の「エンパワーメント」が損なわれる)という関係にある。このように、フォーマティブ・コンテキストの堅牢性の低さと、人々のエンパワーメントの促進とは密接に関係している¹⁶⁾(エンパワーメントについて詳しくは、後述する否定潜在能力の項を参照)。なおこの区別は、裏から言えば、特定のフォーマティブ・コンテキストが、「偽りの必然性 (false necessity)」をどの程度まで「脱自然化 (denaturalization)」しているか、あるいはどの程度までそこから「解放 (emancipation)」されているか、という基準で表すこともできる¹⁷⁾。堅牢性と脱自然化の程度は、ちょうど反比例の関係にあるといえるだろう。

フォーマティブ・コンテキストに関する第3の性質は、その具体的な内容である。この性質は、あえて先の第1・第2の性質とは区別して考慮する必要がある。その理由は以下のとおりである。『知識と政治』の「後書き」にもふれられていたが、前期アンガーの構造概念は「全面的批判」をその方法論上の特徴としていた。これに対して後期アンガーは、構造を「徐々に」変革することが可能とする立場に移行したとされていた。しかしアンガーによれば、このように部分的な変革を行ったとしても、かならずしもフォーマティブ・コンテキストの堅牢性の度合が大きく変化するとはかぎらない。極端な場合には、人々の意図に反して、まったく変化がない場合もあるのである(このような場合の当該要素のことを、アンガーは「機能的等価物 (functional equivalents)」とよぶ¹⁸⁾)。つまり、客観性と堅牢性の度合を定めても、それだけでは、フォーマティブ・コンテキストは1つに定まらないのである(さらに、政治・経済・法のような領域ごとの

バリエーションを考慮する必要性もある)。したがって、フォーマティブ・コンテクストを考える際には、先の第1・第2の性質だけでは不十分だということになる。またアンガーは、フォーマティブ・コンテクストの第1・第2の性質とは別に、ある要素が他と比べてどのくらい「鮮明さ(sharpness)」をもつのか(つまり、その要素がどのくらい異質か)という性質も取り上げている(鮮明さが低ければ低いほど、その要素は既存のフォーマティブ・コンテクストと結合しやすい)¹⁹⁾。このことから、先の第1・第2の性質に加えて、少なくとももう1つの性質を考えるべきことがわかる。以上の2つの理由から、ここではフォーマティブ・コンテクストの第3の要素として、その内容を明示的に区別することにした。

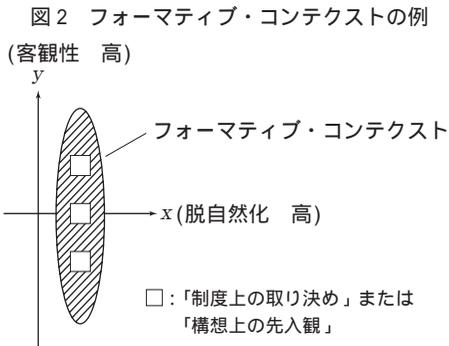
ここまでの議論を整理すれば、フォーマティブ・コンテクストの3つの性質の関係は、以下の図1のように示されるだろう²⁰⁾。ここでは後の議論との関係で、 x 軸に脱自然化の度合(堅牢性を裏返したものに相当する)を、 y 軸に客観性の度合を、 z 軸に具体的内容をとっている。なお、このうちフォーマティブ・コンテクストの内容に関してはそもそも図示しにくいので、これを z 軸上に表すのはあまり適切とはいえない(たとえば、その両極としてなにを考えるべきかもよくわからない)。しかし先の議論から、アンガーの見解にしたがうかぎり、 z 軸方向のバリエーションを考慮する必要性は明らかである。そこで図1における z 軸は、脱自然化(x

図1 フォーマティブ・コンテクストの3つの性質



軸)と客観性(y軸)が特定の段階(つまり、 xy 座標上の特定の点)にある場合でも、その内容のバリエーションは(z軸方向に)無限に存在することを表すためのものだ、というように理解していただきたい。

この図1の整理を前提に、フォーマティブ・コンテクストについて以下の点を補足しておきたい。まず第1に、先にもふれたが、特にフォーマティブ・コンテクストの脱自然化(x軸)とその内容(z軸)に関して、アンガーはそれぞれ無限のバリエーションが存在することを強調している²¹⁾(逆にアンガーによれば、このバリエーションを認めないのが主流派の社会理論である)。第2に、さまざまな「制度上の取り決め」と「構想上の先入観」は、それぞれ単独では機能できず、お互いに相手方を必要とする²²⁾。しかし、この両者が一体となって安定したフォーマティブ・コンテクストを形成するのは、両者が同じレベルの脱自然化にある(つまり、両者のx座標の値がほぼ等しい)場合のみである²³⁾。そこで、このことを前提にしてフォーマティブ・コンテクストの一例を図示すれば、次の図2のようになるだろう(ここではz軸は省略したが、実際にはz軸方向にも複雑な広がりをもつものと考えられる)。



第3に、フォーマティブ・コンテクストの脱自然化の程度(あるいは堅牢性の程度)という基準は、先の「後書き」に見られた、構造維持的な行為と構造変革的な行為との区別と密接不可分である。つまり両者の間には、

フォーマティブ・コンテクストの脱自然化が低くなればなるほど(つまり、その堅牢性が高くなればなるほど)、それだけいっそう、構造維持的な行為と構造変革的な行為との違いが明確になる、という関係が存在する。そこでこの観点から、構造維持的な行為と構造変革的な行為の区別について次に概観したい。

c. 構造維持的な行為と構造変革的な行為

あるフォーマティブ・コンテクストに対してそれを疑問視するような行為(先に述べたフォームド・ルーティンの理解からすれば、このような行為もすべて、何らかのフォーマティブ・コンテクストによる産物にほかならないが)がなされた場合、そのフォーマティブ・コンテクストは、自らの堅牢性の度合に応じて、自らを保とうとする。この性質に着目すると、フォーマティブ・コンテクストによって引き起こされる人々の行為(つまりフォームド・ルーティン)を、ある「コンテクストの内部を動き回る通常の行為」と、「そのコンテクストを変化させる、特異な変革的な行為」とに区別することができる²⁴⁾。アンガーは、このうち前者を「構造維持的な行為」、後者を「構造変革的な行為」とよぶ。

第2章でも述べたように、アンガー解釈において、前期と後期を区別する区別肯定説に立つ場合には、この構造変革的な行為のもつ意義はきわめて大きい。私見によれば、前期アンガーに欠けていたもっとも重要な点はこの点であるし(つまり、『知識と政治』の後書きにあげられた3点のうち、残りの2点はここから派生するものと理解できる)、また後期アンガーの理論が成立するかどうかの決め手となるのもこの概念である(それゆえ、後述するように、後期アンガーへの批判はまさにこの点に集中している)。なぜならば、アンガーによる構造概念を前提とする場合、もし構造変革的な行為がなかったとしたら、先に見たフォーマティブ・コンテクストとは、結局は人々に対する完全な決定論を述べるのと同しくなってしまうからである。このような議論は、まさに後期アンガーが強く反対するものである。

ではアンガーは、どのような理由にもとづいて、構造維持的な行為と構造変革的な行為とを区別できると考えるのだろうか。その理由は、アンガーが「モダニストの立場 (the modernist position)」²⁵⁾とよぶ見解によって示されている。アンガーによれば、モダニストの立場を特徴づけるのは、以下の3つのテーゼである。

- (i) われわれのすべての活動は、コンテキストの産物である
- (ii) われわれは、すべてのコンテキストを破壊することができる
- (iii) コンテキストの堅牢性²⁶⁾の度合はさまざまであり、われわれは、コンテキストへの依存を緩和できる場合もある

後期アンガーがこのようなモダニストの立場へコミットしているという点は、後期アンガーを理解する上で決定的に重要である。このことについては、本章の以下の記述でもたびたび言及することになる。

各テーゼを概観しておこう。まずテーゼ(i)であるが、この意味は次のとおりである。先に、アンガーによる構造概念を検討した際に、われわれの生活の大半がそのような構造に決定されていることを見た。このことは、われわれが行動をする際に、無数に存在する構造(フォーマティブ・コンテキスト)のうちの1つに依拠せざるをえないことを意味する²⁷⁾。テーゼ(i)はまさにこのことを表している。つまりわれわれは、ある意味ではコンテキストの制約から逃れられない存在なのである。

このテーゼ(i)を強調すれば、そもそも構造変革的な行為など不可能なようにも思える。しかし他方で、アンガーはテーゼ(ii)も主張する。このテーゼによれば、われわれはコンテキストを破壊できる存在でもある。われわれの精神であれ社会であれ、その可能性は決して尽きることはない。アンガーの社会理論は、「社会生活においては、どのような制度上・構想上の構造……であっても、われわれの実践的・情熱的な相互交流を、完全に汲みつくすことはできない」²⁸⁾ということも前提としているのである。

テーゼ(i)と(ii)は相反するように思われるが、アンガーはそのようには理解しない。アンガーによれば、これはテーゼ(i)に対してテーゼ(ii)が「例外

的で一時的なものにとどまる」ことによる²⁹⁾。というのも、既存のコンテキストを乗り越えること(その例として、たとえば従来の法制度の改革などを考えてもいい)はやはり容易なことではないし、仮にそれに成功したとしても、それによってまた新たなコンテキストが生み出されるだけである。したがって、やはりわれわれは決してコンテキストによる制約から逃れることはできない。

しかし先にみたように、フォーマティブ・コンテキストの堅牢性の度合はさまざまである。したがって、堅牢性が低いものに対しては、その制約を「緩和する(loosen)」ことも場合によっては可能だといえるだろう³⁰⁾。このことを表しているのがテーゼ⁽ⁱⁱⁱ⁾である。このテーゼ⁽ⁱⁱⁱ⁾によって、アンガーは、過度に決定的な議論(テーゼ⁽ⁱ⁾)と過度に破壊的な議論(テーゼ⁽ⁱⁱ⁾)との双方を免れているのである³¹⁾。

このように、特定のフォーマティブ・コンテキストの支配は、決して絶対的なものではない。アンガーによれば、フォーマティブ・コンテキストを生み出しているのは、「多くの相互にゆるやかに絡み合った、一連の創造やコンフリクト」であり、そのしくみは決して単一のメカニズムでは説明できない。しかしこのことは、逆に言えば、われわれはかならずしも単一のメカニズムに服してはいないということでもある。まさにこのために、われわれには「それを変化させるより良いチャンス」があるとも考えられることになる³²⁾(フォーマティブ・コンテキストのこの性質を、以下では「フォーマティブ・コンテキストの不確定性」とよぶことにする³³⁾)。アンガーが構造変革的な行為を可能と考えるのは、まさにこの理由による。アンガーによる「人工物としての社会(society as artifact)」という標語は、アンガーのこの立場を端的に表すものである³⁴⁾。

以上で見たように、後期アンガーの社会理論は、モダニストの立場をもとに、フォーマティブ・コンテキストの支配を動揺させ、構造変革的な行為をできるかぎり容易にすることをめざすものだといえる。しかし当然予想されるように、このモダニストの立場に対しては、これまでにさまざま

な角度から批判がなされている。この点については、本章の後半で詳しく検討したい。本稿の当面の課題は、それらの批判に応答するためにも、後期アンガーの構造概念をできるかぎり明確に定式化することにある。

ここまでの議論では、後期アンガーの構造概念に関連して、「構造維持的な行為」・「構造変革的な行為」・「フォーマティブ・コンテキスト」・「フォームド・ルーティン」という4つの概念を取り上げてきた。ここで、この4つの概念の相互関係を整理しておこう。前項で述べたように、「制度上の取り決め」と「構想上の先入観」が一体となって安定したフォーマティブ・コンテキストを構成するのは、この2要素の脱自然化の程度が同じレベルにある場合である。この場合、フォーマティブ・コンテキストとフォームド・ルーティンとの間には、前者が後者を生産し、それによってさらに後者が前者を再生産する（それによってさらに前者を強化する）という関係が発生する（このフォームド・ルーティンは、この場合には構造維持的な行為と同義）。そしてこの関係は、フォーマティブ・コンテキストの堅牢性が高ければ高いほど、安定したものとして存在し続ける。しかしながらこの構造維持的な行為（あるいは構造維持的なルーティンとも呼ばれる）は、場合により、構造変革的なコンフリクトに「エスカレート(escalate)」することがある。そしてこのコンフリクトは、フォーマティブ・コンテキストを変革するチャンスを提供するのである³⁵⁾。この関係をまとめると、以下の図3のように整理できるだろう³⁶⁾。

図3 構造維持的な行為と構造変革的な行為



構造維持的なルーティンから構造変革的なコンフリクトへのエスカレートと、それによるフォーマティブ・コンテキスト変革のチャンス発生は、

アンガーの構造概念の中でもきわめて重要な地位を占めている。そしてさらに、本稿の観点から注目すべき点として、以下の2点を指摘しておきたい。第1の点は、構造変革的なコンフリクトへのエスカレートが生じる要因の1つとして、不確実性があげられている点である(前述した、「フォーマティブ・コンテキストの不確実性」)。つまり後期アンガーの枠組においては、法の不確実性は、「フォーマティブ・コンテキストの不確実性」一般の1つの具体例として位置づけられているのである。

このことはさらに、注目すべき第2の点に通じている。それは、前期アンガーから後期アンガーに至る、法の不確実性の理解の変容にかかわる。本稿第2章で、不確実性に対するアンガーの評価が、前期と後期で完全に逆転していることを述べた。その逆転現象とは、前期アンガーにとって法の不確実性は解決すべき課題だったが、後期アンガーはむしろそれを積極的に利用しようとしているという違いだった。そしてこの違いは、実は、ここで示された構造維持的な行為から構造変革的な行為へのエスカレートという構造理解に、まさにはっきりと示されている。というのも、フォーマティブ・コンテキストの脱自然化を高め、その拘束力を弱めるためには、不確実性を拡大することはきわめて有効な手段となりうるからである(このアプローチを、第2章で取り上げた、『知識と政治』におけるアンチノミーや全面的批判の議論と比較していただきたい)。不確実性に対して、後期アンガーがこのような積極的な意義を与えていることについては、後に詳しく検討したい。

d. 否定潜在能力

構造に関するアンガーの議論のうち、本稿の以下の議論のために、ぜひともふれておかなければならない概念がもう1つある。それは、「否定潜在能力(negative capability)」という概念である。この概念は、『知識と政治』の後書きにも記されていた「エンパワーメント」に直結している。というのも否定潜在能力とは、一言で定義すれば、まさにフォーマティブ・コンテキストの「堅牢性の低下によるエンパワーメント(empow-

erment through disentanglement」³⁷⁾のことだからである。

アンガーは、エンパワメントを以下の3つの側面に分類している。第1に、「社会の生産力と破壊力の発展」³⁸⁾、第2に、「自己主張を可能にする諸条件の間でのコンフリクトの減少」³⁹⁾、第3に、「制度上・構想上のフォーマティブ・コンテクストに対する支配の獲得」(これは第2のものをより一般化したものである)⁴⁰⁾があげられている。このうち第1のものは経済的な側面、第2・第3のものは非経済的な側面を対象とするものだが、本稿の次節以降の議論と関係するのは主に後者の2つである。

アンガーによる否定潜在能力の議論の前提は次の点にある。それは、(a) フォーマティブ・コンテクストの堅牢性を低下させ、これら3つのエンパワメントを獲得することでえられる利益と、(b) フォーマティブ・コンテクストの「堅牢性をさらに高めることによってえられる利益」とを比較した場合、(a)のほうが(b)よりも大きい、ということである⁴¹⁾。この前提は実際には、堅牢性を高めることによってエンパワメントが増大する場合もあるために⁴²⁾、決して自明のものとはいえない。また、たとえ先の前提を受け入れたとしても、否定潜在能力を高めるためにはどのようなフォーマティブ・コンテクストを採用すべきかという問いに対して、具体的な答えがえられるわけではない(というのも、先の図1で示したように、 x 軸と y 軸を特定しても z 軸方向に無限のバリエーションが存在するからである)。しかしそのような難点を承知の上で、先の前提を受け入れ、「より改訂が容易で(revisable)、よりヒエラルキーを動揺させる(hierarchy-subverting)ような構造」を求めようとするのがアンガーのアプローチなのである⁴³⁾。この点についてもアンガーはしばしば批判されているので、本章の後半で、後期アンガーに対する批判の1つとしてこの論点を取り上げることにしたい。

なお、アンガーの体系においては、フォーマティブ・コンテクストの変化に対して長期的に影響を与える要素が2つあげられている。そのうちの1つがこの否定潜在能力であり、もう1つは「連続的な効果(sequential

effects」⁴⁴⁾である。先に「フォーマティブ・コンテキストの不確定性」という性質をみたが、この2つの要素は、このような不確定性を長期にわたって生じさせる可能性のあるものである(と同時に、不確定性がこれらの要素を生じさせているという側面ももつ⁴⁵⁾)。この「連続的な効果」とは、「ある制度的・構想的フレームワークが、その後継となりうるような諸フレームワークあるいはフレームワーク変化に対して及ぼす効果」⁴⁶⁾のことで、複数のフォーマティブ・コンテキストの間に(いわば自然的に)発生する相互作用をさしている。つまりアンガーの理解では、フォーマティブ・コンテキストを変化させるのは、個人の意図的な行為だけではないのである。このことから、「主体性(agency)」の問題に対してアンガーが独特のスタンスをとっていることがわかる⁴⁷⁾が、この点については本稿では立ち入らないことにする。

以上の説明で、後期アンガーの構造概念がどのようなものなのかが、ある程度明らかになったのではないかと思う。次にこのような構造概念が、法の不確定性の議論とどのように関係しているのかを検討したい。

2. 後期アンガーによる法の不確定性論の位置づけ

本稿第1章で、私は、CLSによる法の不確定性の議論について、「事実レベルの不確定」と「原理レベルの不確定」とを区別し、CLSとその批判者の対立点が、「原理レベルの不確定性」を解決可能と見るかどうかにあることを指摘した。そして、続く第2章で、アンガーの構造概念が、この両者の対立を考える上で、ある重要な視点を提示していることを示唆した。後期アンガー理論のもつ意義をより具体的に理解するために、本節と次節において、私は以下のことを試みたい。それは、本章でここまで述べた後期アンガーの構造概念を、第1章と第2章で取り上げた法の不確定性の議論と接合することである。私見によれば、この2つの概念を接合することによってはじめて、後期アンガー理論の重要性を正しく理解することができる。そして同時に、第2章で示唆した2つのアンガー解釈(つま

り、区別否定説と区別肯定説)の違いや、区別肯定説のもつ理論的意義を、より明確に提示することも可能になるのである。

この主張を論証するために、以下では次の順序で議論をすすめることにしたい。まず本節では、第1章で取り上げたCLSとその批判者との対立点をより明確に示すために、CLSの見解を若干整理し、その問題点を指摘する(2.-a.)。また他方で、CLSへの批判者の典型としてロナルド・ドゥオーキンの議論を取り上げ(2.-b.)、その問題点を検討すると同時に(2.-c.)、それに対して後期アンガーによる法の不確定性論がどのような位置にあるのかを考察する(2.-d.)。この整理にもとづいて、次節において、後期アンガーによる法の不確定性の議論をさらに詳しく検討し(3.-a.)、そこにおける「内的発展」の手法の重要性を明らかにする(3.-b.)。その上で、このような法の不確定性論を、同じく後期アンガーによる構造の議論(つまり先に述べた、フォーマティブ・コンテキストをはじめとする諸概念)と結びつける理解を具体的に提示する(3.-c.)。

ただし、ここで示された後期アンガーの議論に対しても、さらにさまざまな批判がなされており、本稿ではそのほとんどをまだ検討していない。そこで、それらの批判の検討が、本章の後半部(4.と5.)で行われることになる。

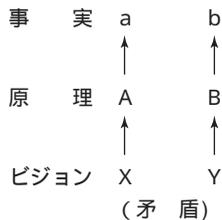
a. 法理の3レベル

CLSによる議論においては、第1章で述べた「事実レベルの不確定性」と「原理レベルの不確定性」に加え、さらにもう1つのレベルが区別されることが多い。それは、さまざまな原理の基礎をなす、より抽象度の高いレベルである。ここではそれをアンガーらにならい、「ビジョン(vision)」とよぶことにしよう。CLSに属する多くの論者が、このような3レベルの区別(あるいはそれに類するもの)を採用している⁴⁶⁾。以下では考察の対象を、CLSの中でもこのようなアプローチをとる議論に限定することにしたい(したがって、以下で単にCLSと表記する場合には、この立場の議論をさすものとする)。

本稿第2章で、CLSによる主流派法理論への批判を、アンガーが形式主義批判と客観主義批判の2つに整理していることを概観した。この批判は、ビジョンという概念を用いて言い換えれば、ともに特定のビジョンを暗黙のうちに絶対視することを問題とするものといえる(アンガーがこの絶対視を問題とするのは、前述したように、アンガーが「モダニストの立場」と「否定潜在能力」にコミットするからである)。そのようなビジョンとは、形式主義においては「演繹的(あるいは疑似演繹的)な手法」のことであり、また客観主義においては「ある1つの擁護可能な制度体系」(典型的には現行の諸制度)のことだといえる⁴⁹⁾。

CLSは原理レベルの不確実性が解決不可能だと主張するが、その根拠は、ここでいうビジョンが複数(2つあるいはそれ以上)存在し、かつ、それらの間の矛盾が解決不可能だからである。そのようなビジョンの代表が、たとえばダンカン・ケネディによる「個人主義(individualism)」と「利他主義(altruism)」という2つのビジョンだろう⁵⁰⁾。さまざまな原理(たとえばA、B)は、このような相対立するビジョン(たとえばX、Y)に起源をもつ以上、やはりもともとのビジョンがかかえる矛盾を反映した形で相対立せざるをえない。そしてこの対立は、少なくとも潜在的には、事実のレベル(たとえばa、b)にも反映されることになる(ただし現実には、この対立が恣意性により覆い隠されていることも多い)⁵¹⁾。この3レベルの相互関係を図示すれば、次の図4のようになるだろう。

図4 CLSによる法理解



なお図4では、「X A a」と「Y B b」の2つのセットは、各

レベルにそれぞれ1つずつの要素しかもっていない。しかし実際には、もちろん1つのビジョンは複数の原理を統合しているし、また1つの原理は複数の法律や先例を統合していると理解されている。つまり、CLSはあらゆる原理がお互いに矛盾すると考えているわけではなく、同じビジョンから派生した原理どうしは矛盾しないが、別々のビジョンから派生した原理どうしは矛盾すると考えている。

しかし、もしそうだとすれば、CLSの議論に対していくつかの疑問が生じる。たとえば先の議論においては、CLSは複数の原理間に矛盾があるかどうかを明確に判断していることになるが、それはどのような根拠にもとづくのか。矛盾している状態とそうでない状態とは、どのようにして区別されるのか。もちろん、CLSによる形式主義批判にコミットしない人にとっては、このような疑問はそもそも生じる余地がない。しかし、CLSがこの疑問に対して応答することは意外に難しい。というのも、CLSの主張が成立するためには、「矛盾がある」という確定的な解答を、論理関係に依拠せずに提示しなければならないからである(そうでないと、CLSも結局は形式主義に依拠していることになってしまう)。ある原理間(あるいはビジョン間)に矛盾があるかどうかを決めるしくみが論理関係ではないとしたら、それはいったいなんなのか。

CLSの議論では、この関係を説明するために「構造」という用語が用いられることが多い。これは、「全面的批判」がもつ方法論上の難点をめぐって、前期アンガーが依拠したアプローチでもある(本稿第2章参照)。またケネディは、この問題に答えるために「根本的矛盾(fundamental contradiction)⁵²⁾」という概念を提示するが、これも広い意味では、矛盾の存在を特定の構造の存在によって説明しようとするアプローチだといえる。しかし私見によれば、このような解答は不十分であるように思われる。というのも、構造をどのようなものとするにしろ、矛盾が確定的に存在すると主張するためには、その構造が絶対不変のものと考えざるをえないからである。構造が絶対ではないとすれば、われわれには矛盾を解消する可

能性があることになり、CLS の批判は成立しなくなる。しかしもし構造が絶対だとすると、そのような構造を前提とすることは、まさにアンガーのいう客観主義に陥ることと同じである。

以上のように、アンガーのいう形式主義批判・客観主義批判の観点から考察すると、CLS による法理の3レベルの議論は、その主張の核心である「矛盾」の意味をめぐって、あいまいな点が残されているように思われる。そして、これに対して後期アンガーの議論は、独自の構造概念にもとづいて、法理の3レベルの理解について新たな見解を提示した。私見によれば、アンガーはこれによって従来のCLSの矛盾概念を、形式主義や客観主義にとらわれない形で再定式化したのである。本稿では、この点について後に詳しく検討する。

しかし、以上の考察だけでは、多くの人々は後期アンガー理論の重要性を理解しないだろう。というのも先の検討は、CLS をあくまでCLSに近い立場から批判するもの(いわば「内輪もめ」)であり、CLS以外の立場をとる人に対してはなにも述べていないに等しいからである。そこで、CLSの試みに対してCLSの外部からなされた、より強力な批判を次に検討しておきたい。以下で対象とするのは、ロナルド・ドゥオーキンによるCLS批判である。ドゥオーキンの批判も、まさにCLSのいう矛盾概念をめぐってなされている。ドゥオーキンの議論の検討を通じて、この矛盾をめぐる論点を整理するとともに、アンガーの試みがCLSにコミットしない人々に対しても重要性をもちうることを示したいと思う。

b. 法の不確定性へのさらなる批判

ドゥオーキンは『法の帝国』⁵³⁾において、CLSへの批判を展開している。その際にドゥオーキンは、CLSによる法の不確定性批判をふくめ、解釈一般に対する懐疑的な立場を「外的懐疑論(external skepticism)」と「内的懐疑論(internal skepticism)」とに分類し、その上でそれぞれを批判をするというアプローチをとっている。ドゥオーキンによれば、この区別は「解釈活動の内部で存在する懐疑論と、当の活動の外部にあって、当の活

動について言われる懐疑論との区別」⁵⁴⁾に対応する。ここではそのうち、以下の議論との関係で、内的懐疑論へのドゥオーキンの批判を中心に取り上げることにしたい。

ドゥオーキンによる内的懐疑論への批判は、私見によれば、次の2つの前提のもとになされている。第1の前提は、「法理解 (conceptions of law)」がみたすべき次の要件である。つまり、あらゆる法理解には、「法実務の総体を最善の光のもとで示すことを試み、現実存在する法実務と、当該実務の最善の正当化との間で均衡を達成しようと試みる」⁵⁵⁾ことが求められる。それは、たとえば「立法機関が下した過去の決定」が効力をもつべき理由や、先例が「権力行使の正当根拠となるべき」理由について、特定の法理解はなんらかの解答を示さなければならないということである⁵⁶⁾ (以下では、これを「法理解の要件」とよぶ)。ドゥオーキンによれば、内的懐疑論 (特にその中でも「グローバルな内的懐疑論 (global internal skepticism)」⁵⁷⁾) はこの要件をみたさないため、解釈として不適格である。

第2の前提は、「デフォルト・ポジション (default position)」論である。ドゥオーキンがここで問題にしているのは、不確定だという主張をするために「積極的な理由 (positive reason)」が必要かどうかという論点である。ドゥオーキンによれば、人々は通常、「不確定性 (indeterminacy)」が存在するという判断を支持するためには、積極的な理由を提示する必要はない、と考えている⁵⁸⁾。つまり、ある問題について、両立不可能な複数の解答 (たとえば a と b の2つ) のうちのどれが正しいかについて争われている場合、「a である」または「b である」という解答に比べて、「その問題に正しい解答はない」(つまり「不確定だ」という解答は、「理論的にそれほど野心的ではない (theoretically less ambitious)」ように思われる⁵⁹⁾。そのため、「a である」または「b である」と主張する場合には相手方の主張を論駁する必要があるのに対して、「不確定だ」と主張する場合には、単に a と b が争っているという事実を示せば十分だ (つまり、それ以上の

拳証責任を負わない)と一般に考えられている。ドゥオーキンはこのことを、不確定性が「デフォルト・ポジション」にある、と表現する。そしてドゥオーキンによれば、CLSなどのグローバルな内的懐疑論⁶⁰⁾の主張は、不確定性がデフォルト・ポジションにあるという前提のもとでのみ成立する議論である。ドゥオーキンはまさにこの前提を批判し、不確定性はデフォルト・ポジションにはないと主張するのである(ドゥオーキンのこの主張については次節で検討する)。

そして、この「法理解の要件」論と「デフォルト・ポジション」論という2つの前提のもとに、CLSによる法の不確定性論を具体的に論じたのが、『法の帝国』におけるCLS批判である⁶¹⁾。この観点から、『法の帝国』におけるドゥオーキンの論旨を概観しておこう。まずドゥオーキンは、CLSの議論について(1)「歴史的な」不確定性批判と(2)「哲学的な」不確定性批判とを区別する。これは、法の内部に「根強く敵対し合う二つの原理[本稿でいうビジョンに相当する]が内在」することを示す際に、(1)は歴史的経緯から行う(たとえば立法過程における「利害関係やイデオロギー」の存在を論証する)のに対して、(2)は哲学的に示そうとする(つまり、「リベラリズムが根本的に自己矛盾の体系である」ことを論証する)ところにある⁶²⁾。

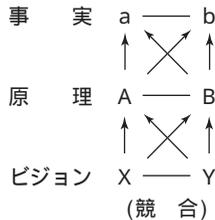
まずドゥオーキンは、(1)に対して次のように応答する。たしかにCLSが主張するように、「法が創り出された過程の中には、法の整合的な解釈を……発見することを保証してくれるようなものは何もない」。しかし他方、そのような解釈を発見する試みの「失敗が歴史によって保証されているわけでもない」。というのも、法解釈は「歴史的」ではなく「解釈的」であるべきだからである⁶³⁾。このことは、法解釈が先の「法理解の要件」をみたく必要があることを意味している。ドゥオーキンによる「インテグリティとしての法」のように、この要件をみたくす立場はいくつも存在する。他方で、CLSの主張はこの要件をみたくしてない。しかし、それにもかかわらずCLSの主張が魅力的に見えたとすれば、それはこの主張が「デ

フォルト・ポジション」にあるように思われているからにほかならない。ドゥオーキンの主張をこのようにまとめられるとすれば、その議論は、まさに先の2つの前提に依拠してなされているといえる。

これと同じことが、(2)への批判にもあてはまる。ドゥオーキンは、「根本的矛盾」論(本稿でも先にふれた)に対して、以下の2つの問題点を指摘する。第1に、たとえば個人主義と利他主義の対比でいえば、前者のみにコミットして後者を完全に排除するなどという見解は奇妙で理解不能であり、「リベラル派の伝統において影響力のある……どのような哲学者もこの見解を抱いてはいない」⁶⁴⁾。しかし仮にこの点はおくとしても、第2に、この議論は原理間関係についての「競合(competition)」と「矛盾(contradiction)」との区別を無視している⁶⁵⁾。CLSは原理間の矛盾が解決不可能だと主張するが、ドゥオーキンによればその論証は不十分である。なぜならば、「内的懐疑論者は、欠陥があって矛盾した説明が手に入る唯一の説明であることを示さねばならない」⁶⁶⁾からである。そうでないかぎり、複数の原理やビジョンの「競合」を主張する立場が論駁されたことにはならない⁶⁷⁾。

本稿との関係では、この第2の批判が重要である。この批判の検討を通じて、先にふれたCLSによる法理の3レベルの議論をより詳しくみることにしよう。まず、ドゥオーキンによるこの議論は、先のCLSの議論(図4を参照)との対比で、次のような3レベルの形に図式化できると思われる(図5を参照)。

図5 ドゥオーキンによる法理解



ドゥオーキンは、各レベルの関係を事故法の例で説明している⁶⁸⁾。CLSによれば、不法行為者の賠償責任について、以下の2つの原理が相争っている。第1の原理は、賠償の範囲を「合理的に予見可能な責任」に限定する原理で、こちらが原則となっている(これを図5のAとする)。これに対して第2の原理は、より広く、行為者の「直接的結果」全般に責任を認める対抗原理で、こちらは例外的に適用される(これを図5のBとする)。CLSはこの両者が矛盾すると考えるが、その原因は、AとBが、それぞれ個人主義(図5のXとする)と利他主義(Yとする)という、まったく異なった2つのビジョンから導かれているからである。しかしドゥオーキンによれば、この議論は誤りである。その理由は、以下の3つのステップで示されていると考えられる。第1に、XからBを導くことができる(なぜならば、個人主義だからこそ自分の行為の全責任を負うべきとも解されるから)。そして、相互に矛盾した前提(XとY)から同一の帰結(B)が生じるはずはないので、XとYの間に矛盾はないと理解しなければならない。また第2に、YからAを導くこともできる(なぜならば、利他主義の観点から考えて、不法行為者に予見不可能な責任を負わせるのは気の毒だともいえるから)。そして、ここでも先と同様の理由から、XとYの間に矛盾はないことが示される。したがって第3に、矛盾のない前提から矛盾した帰結が生じることはありえないので、AとBの間にも矛盾は存在しない(同様の議論は、aとbの関係にもあてはまるといえるだろう)。ドゥオーキンはこのようにして、両者の関係を「矛盾」ではなく「競合」と理解する余地が十分にあると主張するのである。

ドゥオーキンによるこのCLS批判は、一見すると、かなりの説得力をもつように思われるかもしれない。たしかにこの批判は、CLSのいう矛盾の意味を明らかにする上で、重要な指摘を行っている。しかし、この議論の射程については、さらに厳密に検討する必要があるように思われる。私はこのドゥオーキンの批判に対して、以下の点を指摘しておきたい⁶⁹⁾。

まずそもそも、なぜCLSが矛盾を主張するのかという点をおさえてお

く必要がある。たしかに、法体系が相異なる2つの原理からなっているのだから、既存の法体系の内部でこの矛盾を解決することは不可能だ(つまり解決のためには既存の法体系を全面的に廃棄するしかない)とするCLS論者もいないわけではない⁷⁰⁾。しかしCLSの中にも、法がすべて個人主義と利他主義の両方の要素から成り立っていることを認める論者は多いのである⁷¹⁾。このような論者の場合には、CLSのいう矛盾とは、論理的に相容れないというような強い意味ではありえない。したがってドゥオーキンの「競合」の主張は、このようなCLSの主張と比べれば、実はそれほど変わらないともいえるのである。

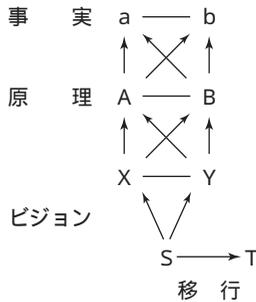
しかしもしそうだとすると、この場合、CLSがあえて矛盾や不確定性を主張するねらいはどこにあるのだろうか。それは、おそらく次のようなものだと考えられる。先の例では、A(予見可能性説)がX(個人主義)から、そしてB(直接的結果説)がY(利他主義)からのみ導かれるという議論に対して、ドゥオーキンが「競合」をもとに批判をしていた。しかし私の理解では、問題はAがXからのみ、あるいはBがYからのみ生じるというところにあるのではない。むしろ重要なのは、XからAが生じようとBが生じようと、ひとたびどちらかに決まれば、それが(もともとは不確定であるにもかかわらず)「原則」としての扱いを受ける、という点ではないだろうか。

このことは、次のように言い換えることができる。たとえば仮に、ドゥオーキンの主張が正しいと(つまり、AとBは競合していると)認めるとしよう。しかしその場合でも、従来の法理論によれば、AとBのいずれかが原則としての扱いを受ける必要があるはずである(たとえば先例拘束性の原理などにより)。そしてひとたびどちらか(仮にAとする)が原則として確立すれば、もともとの不確定性(つまり、XからAでもBでも導ける)にもかかわらず、AはXから導かれたものとされ、Aの原則としての地位が補強される(ここでのXの働きは単なる心理的な要因にとどまる場合もあるだろうが、かならずしもそうとはかぎらない)。そしていったん

先例として確立すれば、この原則が後の判例をも拘束することになる。他方、原則とならなかつた原理（この場合はB）は、例外的な存在として周辺の領域に追いやられる。法理の3レベルでいうビジョンのレベル（XやY）は、このような間接的な形で法理に影響を与えているといえないだろうか。

ただし、ここでのCLSの主張は、周辺に追いやられた側を逆に原則とすべきだ、ということではかならずしもない。私見によれば後期アンガーは、CLSの再解釈を通じて、この点を明確化している。それによれば、むしろ問題なのは、このように原則と例外を（つまり中心と周縁とを）つくるという思考方法それ自体である（これを仮にSとする）。この再解釈されたCLSからみれば、たとえばドゥオーキンの「インテグリティとしての法」はこのようなSの1つの例だろう。そしてこのSは、XとYよりもさらに一般的なビジョンだと理解できないだろうか。もしそうだとすれば、CLSがめざすのは、Sにかわる新たなビジョン（これをTとする）を対置させることだといえるはずである（図6を参照）。

図6 CLSから予想される再反論



このTは、Sからなる従来の体系を完全に否定するのではない。むしろ体系それ自体はそのままに保ちつつ、それについての新しい見方を提示するものである⁷²⁾（その意味で、前期アンガーの「全面的批判」とはまったく異なる）。

このことをより一般化すれば、CLS があえて不確定性や矛盾を強調するのは、このような新たなビジョン(T)を得るための前提作業として位置づけられるのではないだろうか。というのも、たしかに法理は複雑な体系をなしているが、これを無理にでも、少数のビジョンが対立するものとして単純化しないことには、それにかわる選択肢を提示することは困難なはずだからである。そうだとすれば、CLS による矛盾の主張それ自体は、なんらかの独立した法律論というわけではないことになる(つまりそれだけ単独でとりだしても意味がない)。むしろ、なんらかの法律論のための準備段階(あるいは「発見のプロセス」として位置づけるべきだろう。私見によれば、後期アンガーはまさにこのような観点から、新たなビジョンを得るために不確定性や矛盾を積極的に活用するというアプローチを主張するのである(後の内的発展の項を参照)。

しかしながら、CLS による法の不確定性論をこのように解釈しなおすとしても、それに対しては多くの批判があるだろう。これは、不確定性を根拠にしてSからTに移行することが本当に必要か(あるいは望ましいか)、という論点にかかわっている。特に、先のドゥオーキンならば次のように反論するのではないだろうか。つまり、たとえこのようなCLSの主張がまったく成立しないとまではいえないにしても、その主張は決して、現実の法実践の「最善の」解釈ではない、という反論である。そしてその反論の根拠となるのが、まさに先にあげたドゥオーキンの2つの前提(「法理解の要件」論と「デフォルト・ポジション」論)だと位置づけられる。ドゥオーキンによれば、先のようなCLSのビジョン(T)は、そもそも「法理解の要件」をみたしていない。またその前提となる法の不確定性(あるいは恣意性)の主張も、単にデフォルト・ポジション論に依拠しているだけである。したがって、SからTへ移行すべき理由はなにも示されていない、というのがドゥオーキンからの予想される反論である。

しかし私見によれば、後期アンガーはCLSの再解釈を通じて、前項でみた形式主義や客観主義の落とし穴にも陥らない理論をめざしているのは

もちろんだが、それと同時に、ここでのSからTへ移行すべき強力な理由をも提示している⁷³⁾。そこで、ドゥオーキンから予想される先のようなCLS批判に対して、私は後期アンガールの意義を以下のように位置づけたい。まず(1)デフォルト・ポジション論は、従来のCLSの議論に対してはともかく、後期アンガールの議論を論駁する力もっていない。なぜならば、後期アンガールの議論は、私見によればドゥオーキンの言う「法理解の要件」をみたしていると理解できるからである。さらに、(2)ドゥオーキンによる「インテグリティとしての法」についても、この議論はたしかに重要な示唆を多くふくむが、しかし法律家に期待される役割としては不十分な面をもつ。私見によれば、後期アンガールの法理論は、まさにこの問題点を克服するものと位置づけられるのである。

c. その問題点

まず、先の(1)の点を論じるために、ドゥオーキンによるデフォルト・ポジション論をさらに詳しく検討しよう。ドゥオーキンによれば、ある命題の真偽が争われている場合⁷⁴⁾、その主張には次の4つの可能性がある⁷⁵⁾。

真である

偽である

真偽は「不確定(indeterminate)」である

真偽は「不確実(uncertain)」である

そしてドゥオーキンによれば、「不確定性」と「不確実性」の違いは次の点にある。つまり、 P は「当該の命題は真でも偽でもない」と主張しているのに対して、 Q は、当該の命題が真なのか偽なのかは現時点ではわからない、ということだけを述べているだけである。この Q の主張は、当該の命題が「真か偽かのいずれかである」(つまり、先の P または R のいずれかである)という主張と両立する(その意味で、 Q に対して消極的な主張をしているにすぎない)。しかし他方、 R は、「真か偽かのいずれかである」という主張それ自体を否定するものである。このことは Q が、先の P とは別の、1つの積極的な主張を行っていることを示している。

ドゥオーキンによれば、従来の CLS をはじめとした多くの議論では、上の と が区別されていなかった。そのために、 ・ と比較した場合、 が消極的な主張にすぎないように(つまりデフォルト・ポジションにあるかのように)思われていた。しかし以上のように整理することで、ドゥオーキンは、実は、デフォルト・ポジションとしての資格があるのは の「不確定性」ではなく、 の「不確実性」のほうだと主張する。したがって、 が成立するためには、単に「その命題が真であると考えられる理由も、その命題が偽であると考えられる理由も、ともにない」と述べるだけでは不十分であり(これは を正当化するだけである)、 ・ を論駁するような、なんらかのより積極的な主張をしなければならない。

そして、その際の積極的な主張とは、「内的」なものとならざるをえない⁷⁶⁾(つまり、それを示すためのなんらかの法理解をともなう必要がある)。このことはあらゆる法理解が、前述した「法理解の要件」をみたさなければならないことを示している(そのようなものとしてドゥオーキン自身が提示するのが、まさに「インテグリティとしての法」である。これは図6でいえばSに相当する)。そうでないかぎりには、法的な問題に対するグローバルな内的批判は、「たとえば判決に対する機能上の必要性」からみても、支持できないものである(この点で法的問題は、純粹な形での「美に関する問題(the aesthetic question)」とは異なる⁷⁷⁾)。しかしながらCLSの矛盾論は、そのような法理解(Tに相当するもの)を、少なくとも明確な形では提示していない。したがってドゥオーキンによれば、CLSの矛盾論が法理解として魅力をもつことは(法理解がない以上)そもそもありえない。それにもかかわらずCLSが矛盾論を主張できるのは、先のデフォルト・ポジションについての誤解があるからにほかならない。そしてドゥオーキンがこの誤解を正した以上、CLSの矛盾論は、「インテグリティとしての法」をはじめとする法理解に対してはなんらも批判力をもたええない。『法の帝国』におけるドゥオーキンのCLS批判は、以上のように理解できると考えられる⁷⁸⁾。

このようなドゥオーキンの主張に対して、後期アンガーの観点からはどのように応答できるだろうか。もちろん可能性としては、ここでドゥオーキンが前提としている積極的主張と消極的主張の区別や、内的懷疑論と外的懷疑論の区別、あるいはデフォルト・ポジション論の基礎にある挙証責任的な発想それ自体などを根本的に疑うという方向性も考えられる⁷⁹⁾。しかし本稿では、そのような考察には踏み込まず、あくまでドゥオーキンの先の議論を前提とした上で、それに対して、後期アンガーの法理論がどのような位置にあるのかを考えてみたい。

まず、私の理解では、不確定性がデフォルト・ポジションにはないという主張は、少なくとも後期アンガーによる法の不確定性論に対してはなんの効力ももたない。なぜならば第1に、アンガーは、法を不確定と考えるべき独自の論拠を、ドゥオーキンのいう法理解に相当するものとして提示している。その論拠の中心は、一言で言えば、まさに法の不確定性が「われわれのエンパワーメント⁸⁰⁾を増大させるから」という点にある。そしてこの観点から法の不確定性とエンパワーメントとの関係を詳しく論じているのが、後に検討する「内的発展」の議論なのである。そして第2に、この内的発展に関連して、アンガーが法の不確定性を主張するのは、あくまで最初のステップとしてにすぎない。ここを出発点として、内的発展のプロセスを経て、最終的に新たなビジョン（あるいは法制度）を提示することこそがアンガーの主眼なのである⁸¹⁾。

このアンガーの法理論がドゥオーキンのいう「法理解の要件」をみたとすれば、それは、ドゥオーキンの枠組で言うところの「プラグマティズム」にもっとも近いものだろう⁸²⁾。そしてもし仮に、後期アンガーがこのような法理解の提示に成功しているとしたら、後期アンガーは外的懷疑論に依拠しない⁸³⁾ことはもちろん、決してドゥオーキンのいうグローバルな内的懷疑論にもコミットしないものと位置づけられなければならない⁸⁴⁾。この解釈によれば、後期アンガーは、ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」に並びうるような代替案を提示しているのである⁸⁵⁾。したがっ

て、後期アンガーの法理論を論駁しようとするならば、先のデフォルト・ポジション論だけでは不十分であり、よりアンガーの議論の内部に踏み込んだ批判を展開する必要があることになる。

しかし、逆にアンガーの側から見た場合、その意図が新たな代替案を提示することにある以上、アンガーは、ドゥオーキンをふくむ従来の法理論に重大な難点があると考えているはずである。そこで、先に述べた2つ戦略のうちの(2)の点に移るが、後期アンガーからみた場合に、ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」の問題点はどこにあるのだろうか。

その答えは、一言で言えば、やはりエンパワーメントを阻害するという点にある。アンガーによる客観主義批判の議論を思い出していただきたい。アンガーは客観主義を、「権威的な法的資料の数々……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」と定義していた⁸⁶⁾。これは、ここまでの議論でいえば、図6におけるSにあくまでとどまろうとする立場のことだと理解できる。そしてアンガー自身も述べているように、客観主義のこの問題点は、ドゥオーキンのような「権利と原理想派(the rights and principles school)」にもあてはまるのである⁸⁷⁾(アンガー自身は直接ドゥオーキんに言及してはいないが、アンガーがここにドゥオーキンをふくめていることはまちがいないだろう⁸⁸⁾。またそもそもドゥオーキン自身も、自らがあつた種の、限定された意味での客観主義に立つことを肯定していると考えられる⁸⁹⁾。

アンガーによる客観主義の批判は、以下の2つの理由にもとづいているといえるだろう。それは第1に、法の不確定性の議論から「ある1つの擁護可能な制度体系」などはありえないという理由に、そして第2に、客観主義が改革の妨げになるという理由による。このうちの第2の理由は、まさにエンパワーメントの観点からのものである⁹⁰⁾。

そして私見によれば、この2つの理由は、後者が前者の前提の前提をなすという関係にある。つまり、後期アンガーが法の不確定性を主張するのは、まさにエンパワーメントを促進するためであつて、この目的とはなれ

た法の不確定性は、後期アンガーの枠組ではありえないと理解してよい⁹¹⁾ (前期アンガーによるアンチノミーの議論と異なるところである)。言い換えれば、アンガーの議論においても、法解釈上の可能性だけを見た場合には、法が確定しているという解釈も、不確定だという解釈も、ともに可能だろう。しかしアンガーによれば、このうち、法が確定しているという解釈を採用すべきではない。なぜならば、この解釈がまさにエンパワーメントを損なうからである。したがって私見によれば、後期アンガーの見解は、ドゥオーキンのような法解釈論が、解釈の可能性としてまったく「不可能だ」として批判するものではない。むしろアンガーは、ドゥオーキンのような議論が、われわれにとって「望ましくない」と主張しているのである⁹²⁾ (この主張を、以下では「エンパワーメントのための法の不確定性」とよぶことにする)。

アンガーによるこのような議論と比較した場合、たしかに直観的には、ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」の議論のほうが魅力的に見えるかもしれない。というのも、法の不確定性は裁判官の恣意を許し、法の支配を損なうように思われるからである。常識的に考えれば、「矛盾は望ましくない」という考えにはたしかに説得力があるといえる。しかし、本稿の最終的な主張は、このような法の不確定性の肯定が、決して法の支配を損なうものではないということにある。アンガーが「エンパワーメントのための法の不確定性」論の帰結として提示する改革案は、まさにこの点を裏付けるものである。このことについては、本稿第4章で検討することにしたい。

d. その他の関連する論点

本稿では次節において、法の不確定性がなぜエンパワーメントに資するのかという、後期アンガーにとってきわめて重要な問題を検討する。しかしその前に、この主張を、ドゥオーキンに対してしばしばなされるいくつかの批判と比較しておきたい。これにより、後期アンガーの主張の意義がより明確になるはずである。ここで検討したいのは、ドゥオーキンに対す

る以下の3つの批判である。(a)「インテグリティとしての法」は現実にはすぐわれない。(b)「インテグリティとしての法」は、解釈が行われる際のイデオロギーの要素を無視している。(c)「インテグリティとしての法」は保守的な帰結を導きやすい。

まず(a)についてであるが、「インテグリティとしての法」が現実の「記述」として不適当だという批判をする論者は多い⁹³⁾。しかしこの批判は、ドゥオーキンの主張があくまで「解釈」(構成的解釈)のレベルでなされていることを見落とすものだろう。ドゥオーキンによれば、「構成的解釈とは、ある対象や実践に目的を課し、かくして、これらが属すると想定される実践形態や芸術ジャンルの最善の一例としてこれらを提示することである」⁹⁴⁾。そして私見によれば、アンガーによる「エンパワメントのための法の不確定性」の主張は、先にみたように、まさにこのような解釈の1つと理解できるものである⁹⁵⁾。したがってアンガーの主張は、先のような批判とは質的に異なることを理解する必要がある。

これに対して、(b)のようにイデオロギーの観点からドゥオーキンを批判する立場⁹⁶⁾は、後期アンガーの主張により近い面をもつ⁹⁷⁾。この立場の前提は、まさに先に見たCLSによる法理の3レベルの議論である。つまり、原理レベルの不確定性は相対立するビジョンから生じているために、「原理」的に解消不能だと考える⁹⁸⁾。しかしこの立場は、それを後期アンガーとは異なる方向に押し進める。そして、あらゆる原理には対抗原理があるのだから、どのようなイデオロギー的立場の人であれ、「自分の好みの原理のさまざまなバージョンが、法理の中にある」という側面を強調するのである⁹⁹⁾。したがってこの批判が問題にしているのは、仮に裁判官が、自らの判断を「インテグリティとしての法」の要請に本心からしたがったものだと考えている場合でも、実際にはその判断の際に、このようなイデオロギーの要素が大きな役割を果たしているのではないか、という点である。

この立場は、ドゥオーキンの枠組でいえば、むしろ外的懐疑論にあたるようにも思われる(そうではないとする議論もある¹⁰⁰⁾)。しかしいずれに

せよ、イデオロギーを重視する立場が、仮にイデオロギーはすべて問題だとするにしろ、あるいはイデオロギーの中には「よい」と「悪い」ものがあると考えるにしろ¹⁰¹⁾、われわれには、現実が生じているさまざまな問題を解決する必要があることには変わりはない¹⁰²⁾。後期アンガーは、イデオロギーの観点を重視しつつも(あるいは言い換えれば、それを強調することによって)、このような実践的問題に対して解決策を提示しようとする(後にみる内的発展がそれにあたる)。この点で、アンガーの見解は、単純なイデオロギー批判とは大きく異なるのである¹⁰³⁾。

残された(c)の批判は、ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」を、積極的な改革を妨げる保守的なものだとして批判する。この批判は、大きくわけて次の2つに分類することができるように思われる。第1に、「インテグリティとしての法」のような整合説的な法理論は、「よい整合性」と「悪い整合性」を区別しないため、問題のある法がすでに確固として存在する場合に、それを改革することを不可能にしてしまう¹⁰⁴⁾。第2に、ドゥオーキンの提示する法解釈論には「対話(dialogue)」の視点がないために、保守的な独断にとらわれやすい¹⁰⁵⁾。

第1の批判は、解釈の対象にかかわるものである。それは、たとえば解釈についてのドゥオーキンの次のような主張へ向けられる。「彼[連作小説を執筆する作家]が採用する解釈はテキストの全体を通じて妥当するものでなければならず、それはテキストを一般的に説明できる力をもったものでなければならない¹⁰⁶⁾。しかし、このように解釈対象としてテキスト全体を扱うべきという要請にしたがうならば、そのテキストの大半が(なんらかの基準により)「悪い」と判断される場合には、解釈によってそれを改めることは不可能である¹⁰⁷⁾。この批判は、まさにこの点を問題とするのである。このような批判を支持するのは、既存の法秩序によって「現状中立性」¹⁰⁸⁾が維持されているのではないかと疑う立場だといえる。

他方、第2の批判は解釈の主体に向けられる。これは具体的には、ドゥオーキンによる「擬人化(personification)」¹⁰⁹⁾の手法にかかわる批判であ

る。ドゥオーキンによれば、裁判官は「法的権利義務はすべて正義と公正に関して整合的な観念を表現する単一の作者 すなわち、擬人化された共同体 により創造されるという前提に立って」¹¹⁰⁾判決を下すことが求められる。しかしドゥオーキンの理論では、このように解釈主体に過度の単一性を要求するために、「対話」や「実践理性」の重要性が正しく位置づけられていない。そのため、対話によって保守的な偏見を改める機会が奪われてしまっている。以上がこの批判の趣旨である。

「インテグリティとしての法」が保守的ではないかという批判は当然ドゥオーキンも予期しており、『法の帝国』において次のように応答している。つまり、まず先の第1の批判に対して、ドゥオーキンは、インテグリティが単なる「整合性 (consistency)」（つまり「類似の事例を類似の仕方 で判決すること (deciding like cases alike)）」とは異なることを強調する¹¹¹⁾。ドゥオーキンによれば、インテグリティはプラグマティズムと比較して、「裁判官が根本的な原理との整合性を追求する際に、この追求を広範囲にわたって、しかも想像力に富んだ仕方で行うように勧める」点で、より「ダイナミックでラディカル」なものである¹¹²⁾。

ただしドゥオーキンは、この要請は、かならずしも現実の裁判官に求められるものではないとする。というのも、現実の裁判官にはさまざまな制約が存在するからである¹¹³⁾。そしてこの点の認識は、同時に第2の批判に対する応答にもなっていると考えられる。つまりドゥオーキンは、この批判に対して、おそらく次のように応答するのではないだろうか。擬人化した議論はあくまで理想として提示されているものである。したがって、ここにおいては対話はそれほど重要性をもたない。しかしこのことは、実際の裁判官が、対話から多くを学ぶことを決して否定するものではない、と¹¹⁴⁾。

しかし、理想と現実とがこのようにつけ離れたものだとすると、理想とは区別された「現実の」裁判官に関して、その「理想」をどのように実現するのかという観点から、まったく別の実践的問題が存在することになる

のではないか。そしてもしそうだとすれば、ドゥオーキンのようなアプローチとは別に、現行司法制度のラディカルな（つまりインテグリティの要請をかならずしもみたさないような）改革までを視野に入れてこの問題を検討するアプローチにも、十分な理由があると思われる¹¹⁵⁾。私見によれば、後期アンガーの主張も、まさにこのような立場の1つとして理解できるのである（この主張に対して、それを「立法論」にすぎないとする批判が当然に予想されるが、これについては第4章で検討する）。

以上、ドゥオーキンに対するいくつかの批判との関係で、後期アンガーの位置づけを試みてきた。しかし、ここまでの説明によっても、後期アンガーの法理論が大きな重要性をもつことを、多くの法律家は納得しないかもしれない。法は確定している（あるいは確定しているべきだ）という法律家にとってごく当然の前提を、アンガーは根本的に疑っているのだから、これも無理はないかもしれない¹¹⁶⁾。しかし、そのような人々に対して、私は次の2つの点を指摘しておきたい。第1に、アンガーによる法の不確定性の議論が適用される範囲は、実際には限定されている。アンガーは、個々の判決における法解釈を念頭においた文脈では、実務の現実と合致することを重視する。つまり判決においては、ほとんどの場合について「類推的推論という文脈志向的なプラクティス」を中心とすべき、としているのである¹¹⁷⁾。このことを考慮すれば、後にみるような内的発展のアプローチが必要となるのは、アンガーの位置づけでは例外的な、いわゆるハードケースの場合に限定されると考えていいだろう¹¹⁸⁾。

そして第2に、私の考えでは、仮に通説的見解（たとえばドゥオーキン）のように、法は確定しており、法的問題には真理（あるいは客観的な解答）が存在すると考える人々にとっても、アンガーの議論は重要な意義をもたずである。なぜならば、法が確定しているということが絶対の真理として証明されるまでは、われわれは、独断的絶対主義に陥らないかぎりは、法が不確定かもしれないという疑いを（少なくとも原理的には）退けることができないはずだからである¹¹⁹⁾。ドゥオーキンのように、あく

まで客観性を主張することでこの疑いを取り除こうとするのもたしかに1つの方法だろう。しかしアンガーの議論からすれば、法の不確定性を「仮に」前提としたとしても決して問題は生じないばかりか、むしろやり方によっては、われわれにとって望ましい帰結さええられる可能性があるのである。先の問題に対しては、このようなアプローチも十分に魅力的ではないだろうか。言い換えれば、アンガーによる法の不確定性論を受け入れない人々にとっても、アンガーの法理論は、「予備的な」主張としての意義を十分に有すると考えられる¹²⁰⁾。そのため、たとえ思考実験としてであれ、アンガーの見解を検討し、そして必要ならばその問題提起に対して応答することは、すべての法律家にとって有益だと私は考えるのである。

以上で、後期アンガーによる法の不確定性論の位置づけをめぐる議論を終えることにしたい。もちろん、CLSの議論は後期アンガーの方向性に解消されるものではない。またCLSに対する反批判の戦略も、ドゥオーキンのこのアプローチ以外にさまざまなものが存在する。しかし、後期アンガーの見解を、CLSやドゥオーキンをめぐる論争との関係で位置づけるという目的は、以上の議論を通じて、ある程度達成できたのではないかと思う。そこで以下では、このように位置づけられた後期アンガーの法の不確定性論(「エンパワメントとしての法の不確定性」の主張)の具体的内容を詳しく検討することにしたい。この検討の際の主軸となるのは、この主張が、同じく後期アンガーに固有の構造概念とどのように関係しているのか、という論点である。

3. 法の不確定性と「構造」

a. 後期アンガーによる法の不確定性論

まず、再び『批判法学運動』に依拠しつつ、後期アンガーによる法の不確定性論をより詳しく検討することからはじめよう。先に、CLSが「法理の3レベル」(事実レベル 原理レベル ビジョンレベル)という理解

にもとづいて法の不確定性論を展開していることをみだが、後期アンガーの議論も、基本的にはこの議論と同じ要素からなっている。アンガーは『批判法学運動』において、法理の3つのレベルの区別を、それぞれ次のように定義している¹²¹⁾。

- 第1レベル：権威的なルール・先例
- 第2レベル：原理・対抗原理
- 第3レベル：社会生活についての構想的スキーム

アンガーはこのうちの第2レベルと第3レベルの関係について、契約法の例をあげて詳細な説明をしている。アンガーの理解によれば、契約法の全体構造は、「最大限に単純化すれば、原理と対抗原理からなる、ほんの2組のペアの形で述べることができる」¹²²⁾。そして、この原理・対抗原理の対立の原因となるのが第3のレベルであり、また原理・対抗原理の対立を具体的に表すのが第1のレベルだといえる。

第1の原理は、「契約に入る自由 (freedom to contract)」である。アンガーによれば、この原理は、「契約関係に入る、あるいは入ることを拒絶する自由」のことであり、より特定すれば、「契約の相手方を選択する能力」のことであり¹²³⁾。しかしこの原理に対しては、3つの対抗原理が存在する。それは、(a)「強制契約 (compulsory contracts)」、(b)「約束的禁反言 (promissory estoppel)」と「準契約 (quasi-contract)」、(c) 取引関係以外への適用除外、の3つである¹²⁴⁾。

第2の原理は、「契約に関する自由 (freedom of contract)」である。この原理は、「当事者は、彼らの契約 (agreement) の諸条項を、自由に選択できなければならない」というものである¹²⁵⁾。先の「契約に入る自由」は契約の主体にかかわる原理であるが、これに対して、この第2の原理は契約の内容にかかわるものといえる。そしてアンガーによれば、この原理に対して、「不公正な契約 (bargains) は強制されるべきではない」という対抗原理が存在する。これは具体的には、(a) 事情変更・錯誤による「解除 (discharge)」と、(b)「強迫 (duress)」の2つである¹²⁶⁾。

これら２組の原理・対抗原理は、それぞれ次のようなビジョン¹²⁷⁾にもとづいていると考えられる。まず、第１の「契約に入る自由」とその対抗原理は、「契約法（contract law）」と「私的共同体（private community）」とを明確に区分し、かつ後者を例外的な状況に限定するという発想から生じている¹²⁸⁾（これが第１のビジョンである）。また、第２の「契約に関する自由」とその対抗原理の背後には、市場の要請から「不平等が無制限に増え続けることを許容する」必要性と、不平等が生じた場合にただちに「それらを匡正する（correcting）」必要性との２つがあり、かつそのうち「公正にもとづく匡正（fairness correction）は、……限定的かつ散発的（sporadic）でなければならない」とされる¹²⁹⁾（これが第２のビジョンである）。アンガーによれば、契約法におけるさまざまな問題は、この２つのビジョンから生じるものと理解できる¹³⁰⁾。

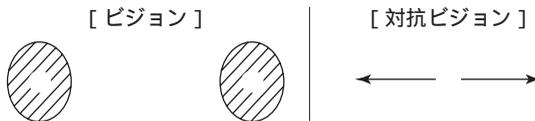
では、この２つのビジョンから生じるとされるさまざまな問題を、どのように解決すべきなのだろうか。アンガーは、これら２つのビジョンの背後に、さらに次のような前提があることを指摘する。それは、「既存の制度的構造を所与のものとして扱う」¹³¹⁾という発想である（これは前述した、アンガーのいう客観主義に相当する）。アンガーによれば、この前提のために、支配的な見解は対抗原理を単なる「例外（anomalies）」としてしかみることができない¹³²⁾。そしてアンガーは、このビジョンに対して対抗ビジョンを提示しようとするのであるが、それはこの段階ではまだ明確な形をとっていない。そこでアンガーは、さらに具体的な事例（上の分類でいえば、第１または第２のレベルに属するもの）を検討することで、対抗ビジョンの明確化を図る¹³³⁾。そしてその結果、先の２つのビジョンが、さらに広い領域と通じていることが理解される。それは、「義務の起源（sources）」という領域である。

アンガーによれば、義務の起源についても、原理と対抗原理とがある。ここでの原理は、「国家の単独行為による義務賦課」と、手続にしたがった「明示の合意」の２つのみを義務の起源とすべきという要請であ

る。それに対して対抗原理は、「相互依存関係」など 以外の例外的なものも義務の起源とすべきとする。このように原理と対抗原理が対立しているが、その背後には、この両者の関係をどうみるかについて、やはりビジョンと対抗ビジョンとが存在する。支配的なビジョンによれば、「権原 (entitlement)」は「自由裁量的行為の範囲を定めるもの」と考えられる。したがって、義務の起源としては、 と とがあくまでも中心にすえられる。これに対してアンガーは、次のような形で対抗ビジョンを定式化する。それは、義務の起源に関して、 と はある軸上の「両極 (the extremes)」にすぎない、という見解である。したがってアンガーによれば、この両極の間に、義務の起源としてさまざまな形態が存在する。両極から離れ、中心に近づけば近づくほど、 や の要素はあまり重要ではなくなるが、しかし、決してなくなることはない。この対抗ビジョンに従えば、

・ ・ の三者は原則と例外の関係ではなく、まさに連続したものとして位置づけられるのである¹³⁴⁾。この関係を表せば、以下の図7のようになるだろう。

図7 義務の起源の理解



b. 内的発展との関係

しかしながら、以上の整理を見ると、次のような疑問を感じるのではないだろうか。それは、この議論が、たしかにいくつかの重要な違いはあるものの、結局のところ『知識と政治』のアンチノミーの議論と同じではないか、という疑問である¹³⁵⁾。前期アンガーや CLS の議論と比較した場合、先の議論がいくつかの点で異なっていることはたしかである。たとえばまず第1に、後期アンガーのいう第3レベルは、決して「個人主義」対「利他主義」のように単純なものではない。また第2に、原理とビジョンの関

係も、単純にビジョンから原理が、あるいは対抗ビジョンから対抗原理が生じるとするのではない。むしろアンガーの議論では、図7に示されるように、ビジョンも対抗ビジョンも、それぞれ原理と対抗原理についての特定の見方を提示するものとなっている。そして第3に、後期アンガーによる法理の3レベルの構造は、決して明確な形で固定したものではない。むしろアンガーは、この3レベルの構造を自由に組み合わせることで、より一般的な問題へと思考をすすめているように思われる。

しかし他方で、このような類似点も、区別否定説を論駁するほどのものではないと思われるかもしれない。区別否定説の論者であれば、たとえば次のように論じることだろう。つまり、アンガーによる先の議論は、既存の法秩序がビジョンと対抗ビジョンの「アンチノミー」(あるいは「根本的矛盾」)に陥っていることを示すものであり、かつ、その解決のためには「全面的批判」(つまり、既存の法体系の完全な放棄)しかないと主張するものである、と¹³⁶⁾。

しかし私見によれば、このような解釈は、たしかにアンガーのテキスト上からは完全に不可能とまではいえないかもしれないが、非常に表面的であり、かつアンガーの意図を重視するかぎり、きわめて不適切なものである。そのことは、以下の3つの点を理解すれば、直ちに明らかになる。つまり、(1) 後期アンガーは、内的発展(または法理逸脱主義)という視点を明確に打ち出している。そしてこの視点は、(2) 先に見た後期アンガーによる構造概念と、まさに密接不可分な関係にある。さらに(3) この構造概念は、実践的にもきわめて重要な意義をもっている。私見によれば、この3つの点は、後期アンガーと前期アンガーとを区別するだけでなく、後期アンガーをその他のCLS論者からも区別している点である。以下では、このうち(1)と(2)の点を検討する((3)については本稿第4章を参照)。

まず(1)の内的発展であるが、実は、先に示した法理の3レベルの議論は、アンガーによる法の不確定性論の全体からみれば、その一部を示しているにすぎない。アンガーの先の3レベルの議論は、この内的発展との関係を

理解しなければ、その全体像をとらえることは不可能である。

アンガーによれば、内的発展¹³⁷⁾は、大きくわけて5つのステップからなる¹³⁸⁾。ここではそのうち、第1から第4のステップを検討することにしたい(第5のステップについてはここでは省略する)。各ステップの概要は以下のとおりである。

- : 第1レベル・第2レベルの内部や、両レベル相互間での矛盾の認識
- : の矛盾の原因(ビジョン)とその対抗ビジョンとを明示
- : をさらに一般化し、より一般的な対抗ビジョンを定式化
- : を別の法領域に適用し、その結果をもとにさらに精緻化

各ステップについて、簡単にコメントしておこう。まず について、アンガーは、「垂直的コンフリクト(vertical conflicts)」と「水平的コンフリクト(horizontal conflicts)」を区別している¹³⁹⁾。簡単に言えば、前者は第1・第2レベル(あるいは第2・第3レベル)相互間のコンフリクトを、後者は同じレベル内部(たとえば、原理と対抗原理)でのコンフリクトをさしている。先にあげた契約法の事例は、水平的コンフリクトの例だといえる¹⁴⁰⁾。いずれにせよ、なんらかの形でコンフリクトを発見することが、内的発展の出発点となる。

次に についてであるが、先の契約法の事例では、第1・第2のビジョンを明示した部分がそれにあたる。ここで対抗ビジョンを生み出す方法にはさまざまなものがあり、先の事例でも、この部分のプロセスは複雑に展開している。それらはいずれも、まず支配的見解であるビジョンのほうを明示することをめざす¹⁴¹⁾。そして最終的には対抗ビジョンを定式化することをめざすが、この段階ではそれはまだ明確ではない。

は、 の洞察をさらに一般化し、従来のビジョンに対してより明確な対抗ビジョン(先の図7を参照)を提示することをめざす。それと同時に

は、この対抗ビジョンから新たな法理を生み出すステップでもある。たとえば先の事例では、アンガーは図7の対抗ビジョンから、「連帯の権利(solidarity rights)」という新たな権利概念を導き出す。「連帯の権利」は、

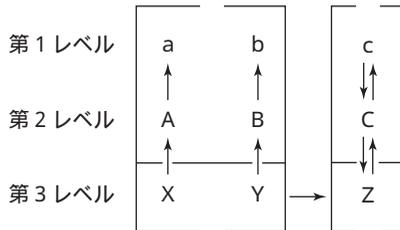
次の2段階からなる制度である。まず第1に、信義誠実などのスタンダードによる「不完全な定義(an incomplete definition)」がなされる。そして第2に、それが後に「完全な定義(the completing definition)」に変えられる。これは実際の効果にもとづいて、権利行使の具体的な範囲を権利者(または裁判官)が確定する段階である¹⁴²⁾。このことからわかるように、この権利概念は、先の対抗ビジョンの発想に直結するものである。

そしてでは、でえられた結果を、さらに広い法領域に適用し、そこからフィードバックをえる。この繰り返しのにより、でえられた法理に修正を加え、実際上より妥当なものとするのである¹⁴³⁾。

以上のように、内的発展は、から始まり、の順に展開する動的なプロセスである。なお、この内的発展に対して、アンガーは、「ビジョンからの洞察(visionary insight)」という手法を対比させている。しかし後者は各ステップの順序が違うものの(おそらくの順になると思われる¹⁴⁴⁾),やはり~のすべてが必要とされることにはなく、実質的には同内容だといえる¹⁴⁵⁾。

ここまでの議論を、先の図4との対比で図示しておこう(図8参照)。

図8 内的発展と法理の3レベル



この図8では、Zというビジョンが一応の終着点になる。しかしアンガーは、もちろんこれを単一・絶対のビジョンとして主張するわけではない¹⁴⁶⁾。遅かれ早かれ、cの対抗事例やCの対抗原理が認識され、Zはあらゆるビジョンへと内的に発展してゆくことになる。このプロセスは、永

遠に続くもの(そして、続くべきもの)である。

アンガーがこのような法理論を提示するねらいは、まさに、前述した「エンパワーメントのための法の不確定性」という視点にもとづいている。エンパワーメントのためには、特定のフォーマティブ・コンテキスト(図8でいえば、「X A a」のセット)が個人に対して絶対的な力をもっている状態は望ましくない。したがって、フォーマティブ・コンテキストの堅牢性を低下させ、個人の否定潜在能力を高める必要があるが、しかしアンガーの理解によれば、われわれは決して構造の外に出ることはできない(「モダニストの立場」のテーゼ⁽ⁱ⁾より)。つまり図8でいえば、「X A a」とはまったく無関係に、突然「Z C c」を打ち立てることは不可能なのである。そのためわれわれは、あくまで従来のフォーマティブ・コンテキストの内部から、それを乗り越える道を探さざるをえない¹⁴⁷⁾。そしてその際に鍵となるのが、本章のはじめに述べた、「フォーマティブ・コンテキストの不確定性」という性質である。フォーマティブ・コンテキストは、必然的に不確定の要素をふくむ。そして、この不確定の要素を「エスカレート」させることができれば、フォーマティブ・コンテキストの堅牢性を低下させることができる。内的発展とは、法にふくまれる矛盾をあえて強調することにより、従来のフォーマティブ・コンテキストを動揺させ、これを新たなものに作りかえようとする試みだといえる(後にみるように、この試みは、決してその成功が保証されているわけではない)。したがって内的発展は、「エンパワーメントのための法の不確定性」をめざすアンガーの枠組において、きわめて重要な役割を担っているのである。

c. 構造概念との接合

このように、内的発展のアプローチは、あくまで法の内部から変革を構想する(あるいはむしろ、そうせざるをえない)ことを積極的に認めた上で、いかに構造(フォーマティブ・コンテキスト)による制約を「緩和する」か、という問題意識のもとに提示されているものである。言い換えれ

ば、ここでアンガーは、本章で先に見た「モダニスト・ポジション」を前提に、「構造変革的な行為」(「構造維持的な行為」と対比される)を生じやすくさせるためにはどうしたらいいかという、その具体的な方法論を提示しているのである。

内的発展をこのように理解すれば、CLSによる従来の法の不確定性論(前節参照)は、図8でいえば + の部分のみに相当するものであり、内的発展のプロセス全体(つまり、 ~)から見ればその一部でしかないことが理解できることと思う。そして主流派の法理論の問題点は、法理論の対象を、 のうちのごく一部(たとえば「A a」の部分)に押し込み、その他の部分を覆い隠そうとするところにあるといえる¹⁴⁸⁾(これがアンガーのいう客観主義である)。主流派の法理論は、少なくとも法のもつ可能性という観点から見るかぎり、非常に狭い理解だということになるだろう。アンガーの戦略は、このように束縛された法理を、法の不確定性を見いだすことで解き放とうとするものなのである(「法理逸脱主義」または「法理拡大主義」というスローガンは、まさにこのねらいを端的に示すものである)。

そして、以上のことからわかるように、内的発展は、前期アンガーのように、それによって既存の法秩序を葬り去り、まったく無関係な新たな制度を構築しようとする試みとは無縁である。むしろ先の3レベルの議論は、このような内的発展を可能にするための手段(あるいは準備作業)であり、かつそれ自体が、試行錯誤による動的なプロセス(前期アンガーによる静的な構造理解と対比される)として位置づけられなければならない¹⁴⁹⁾。

本稿では先に、前期アンガーに対して後期アンガーがもつ重要性を3点(1)~(3)を指摘した。ここまでの議論で、そのうちの(1)(内的発展の検討)はすでに終え、(2)(内的発展と構造概念との相互関係の検討)もある程度明らかにしてきていると思う。ここまでの議論をもとに、以下では内的発展と構造概念の関係を、さらに明確に定式化しておきたい。まず前提として、前述した議論のうち、構造概念に関する図3と、内的発展に関す

る図8とを比較していただきたい。それぞれの図の中にふくまれている要素を比較し、それらの対応関係を示せば、次の図9のとおりであることがわかる。

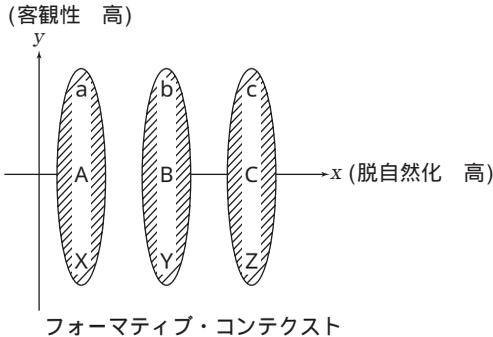
図9 図3と図8の対応関係

[図3]	[図8]
フォーマティブ・コンテキスト	法理の3レベル
構造維持的なルーティン	ステップ +
構造変革的なコンフリクト	ステップ +

この対応関係を理解する上で重要なのは、図8において、次の2つの要素を区別することである。第1の要素は、法理の3レベルそれぞれ(図8では、a・Aなどの英字で表されている)である。そして第2の要素は、解釈者がそれらの要素を具体的に定式化しようとする際の、～のプロセスである。私見によればこの区別は、図9に示したように、フォーマティブ・コンテキストとフォームド・ルーティンとの区別に対応している。その理由は以下のとおりである。まず、本章のはじめに述べたフォーマティブ・コンテキストの議論から、アンガーの理解では、法(ここでは法理の3レベル)がフォーマティブ・コンテキストの具体例と位置づけられていることがわかる。他方 と のステップは、既存の法理を(矛盾という手法を用いてではあるが)できるだけ忠実に理解しようとする作業である。これはフォーマティブ・コンテキストとの関係でいえば、それを維持・強化する方向に働く場合もある(図3でいう「再生産」といえるだろう(その意味で「構造維持的な行為」でもありうる)。しかしアンガーによれば、はまさに、へと「エスカレート」する契機をふくむ¹⁵⁰⁾。そしてこれにより、既存のフォーマティブ・コンテキストを変革し、新たなフォーマティブ・コンテキスト(図8での「Z C c」)を確立するチャンスが生じるのである。以上の対応関係からみて、アンガー『批判法学運動』による法の不確定性論が、『政治学』で示されているアンガーの構造概念に対する1つの具体例と位置づけられることに疑問の余地はない。そして今や、図9の分析を前提として、後期アンガーにおける構造概念

と法の不確定性論との関係を、次のような形で明確に定式化することができる。それは、本章における図1と図8の接合である。先に示したように、フォーマティブ・コンテキストと法理の3レベルの構造の間には明確な対応関係がある。この対応関係をさらに押し進めれば、図8のうち、法理の3レベルの各セット(つまり、「X A a」「Y B b」「Z C c」の各セット)は、それぞれ独立した3つのフォーマティブ・コンテキストを形成していると考えられる。そしてこのことに加えて、図8における法理の第1レベルから第3レベルへの配置は、フォーマティブ・コンテキストの2つの要素である、「制度上の取り決め」と「構想上の先入観」とを両極とする軸(つまり、図1でのy軸)に対応していると理解できる。さらに、内的発展による図8の横軸方向への展開は、フォーマティブ・コンテキストの「脱自然化」の度合を示す軸(つまり、図1でのx軸)に対応すると考えられる。以上の理解が正しければ、図8を図1と重ね合わせることで、以下の図10がえられる(ここでもz軸は省略したが、図10は実際にはz軸方向にも広がっている)。

図10 法の不確定性と構造の関係



フォーマティブ・コンテキストと内的発展の関係を以上のように理解すれば、『知識と政治』と『批判法学運動』とを整合させて解釈しようとする区別否定説に重大な欠陥があることはもはや明白である。区別否定説に

立つならば、本稿でここまで見てきた、内的発展・フォーマティブ・コンテキスト・構造維持的行為・構造変革的行為その他の主要概念が、法の不確定性論においてどういう意義をもつのかまったく理解できないはずである。その原因は、後期アンガーの構造概念が前期アンガーのそれとは根本的に異なることを、区別否定説が見落としているからにほかならない。これに対して区別肯定説は、後期アンガーの主要概念に対して明確な位置づけを与えることができる。このような理論上の説明力こそが、本稿で論じてきた区別肯定説を擁護する上で、まさに決定的な論拠の1つとなっているのである(本稿で取り上げるもう1つの論拠は、後期アンガーのもつ実践的意義である。この点は本稿第4章で論証する)。

そして後期アンガーの理論は、先にみた CLS による法の不確定性論との関係では、次のような意義をもつといえるだろう。つまり内的発展の議論は、従来の CLS のように矛盾の存在それ自体を強調するのではなく、伝統的な法解釈論と両立しうる形で、矛盾をあくまで道具的・便宜的に用いるという方向性を示している。そこでは、複数の原理間関係が「矛盾」か「競合」かは、決して論理的・一義的に決まる問題ではなく、あくまでそれによってえられる結果の望ましさとの関係で理解されることになる(当然ながら、内的発展において矛盾が「望ましくない」と判断されることも十分にありうる)。CLS をこのように再解釈するという方向性には、十分な魅力があるように思われる。

ただし、アンガー解釈上の問題として区別否定説を論駁できたとしても、区別肯定説の具体的内容(特に、ここで扱った内的発展の議論)に対しては多くの疑問が残るだろう。たとえば、たしかに一方では、先の内的発展とは、まさにこのように、フォーマティブ・コンテキストの「脱自然化」を高めるためのプロセスと位置づけられる。そして内的発展のプロセスがうまくいけば、人々の「否定潜在能力」が相対的に高まり、結果としてエンパワーメントが促進されることになる。しかしながら、このプロセスは、決して一方向にのみ進む直線的なものではない¹⁵¹⁾(上の図10でいえば、

ZがXよりも左にきてしまうことも十分にありうる)。内的発展のプロセスは、決して成功が保証されたものではないのである(すでに述べたとおり、そのような保証をしてくれるような絶対的なコンテキストは存在しないというのが、後期アンガーの主要な主張の1つである)。むしろこのプロセスそれ自体が、前進と後退とを繰り返す試行錯誤的なものだといわなければならない。

そしてまた、フォーマティブ・コンテキストの認識の仕方やそれへの評価は、人によって変わりうるものである¹⁵²⁾。さらには、アンガーの枠組からすれば、そもそもそこでの認識や評価それ自体が、別の複数のフォーマティブ・コンテキストに大きく影響を受けたものである。このことから、先のプロセスは決して絶対的・客観的に存在するものではないことがわかる。このような問題点をかかえつつも、アンガーがコミットする「モダニストの立場」からすれば、これがわれわれにえられるベストな選択肢だということにならざるをえない。しかしこのようなアンガーの主張に対して、この帰結を素直に受け入れる人は、ほとんどいないといっていいたろう。アンガー法理論に与えられている課題は数多い。これらの疑問については、本稿の残りの部分でできるかぎり応答することにしたい。

以上、アンガーによる法の不確定性論は、『知識と政治』におけるアンチノミーの議論とではなく、『政治学』におけるフォーマティブ・コンテキストの議論と接合されるべきだというのが、私のここまでの主張の中心である。後期アンガーの法理論をこのように理解した上で、以下ではこのような理解を共有しつつ、その上でアンガーに対してなされている批判のいくつかを検討したい。そしてその際に、本稿のここまでの議論では取り上げていない、後期アンガーのもう1つの側面に焦点をあてることにする。このことは、アンガーに対する疑念を緩和するのに、多少なりとも役立っただけである。

1) 『政治学』は、以下の3冊の著書からなる。ROBERTO M. UNGER, SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND ITS TASK (1987) [ST 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]; PLASTICITY INTO POWER: COMPARATIVE-HISTORICAL STUDIES ON THE HISTORICAL CONDITIONS OF ECONOMIC AND MILITARY SUCCESS (1987). その他、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。R. M. 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, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME? (1996) [WSLAB と略記]; R. M. UNGER, DEMOCRACY REALIZED: THE PROGRESSIVE ALTERNATIVE (1998) [DR と略記]。

- 2) PASSION, *supra* note 1, at 5. ST, *supra* note 1, at 18-19 も参照。
- 3) *Id.* at 3.
- 4) PASSION, *supra* note 1, at 7. 後にみる、「モダニストの立場」のテーゼ⁽ⁱ⁾も参照。
- 5) ST, *supra* note 1, at 80-81. この記述からもわかるように、後期アンガーの構造概念は、非基礎づけ主義的プラグマティズムの哲学と密接不可分である。実際この部分の記述に関して、アンガーはその脚註において、RICHARD RORTY, PHILOSOPHY AND THE MIRROR OF NATURE (1979) [リチャード・ローティ(野家啓一監訳)『哲学と自然の鏡』(産業図書, 1993年)] に言及している。ST, *supra* note 1, at 228. 第2章でコーネル・ウェストによる後期アンガー擁護論を検討し、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していることを指摘したが、この点は、そのようなアンガー解釈と整合するものである。なお関連して、アンガーのプラグマティズムに対する態度の若干の変化について、本章の最後でもふれる予定である。
- 6) ST, *supra* note 1, at 23-24. 他に、PASSION, *supra* note 1, at 5-6 も参照。なお、アンガーによる「制度フェティシズム (institutional fetishism)」あるいは「構造フェティシズム (structure fetishism)」という用語もほぼ同義である。これらの定義については、WSLAB, *supra* note 1, at 129-30; DR, *supra* note 1, at 25-26 を参照。
- 7) ST, *supra* note 1, at ch. 6 を参照。
- 8) FN, *supra* note 1, at 6-7.
- 9) *Id.* at 58.
- 10) *Id.* at 60-61.
- 11) *Id.* at 58.
- 12) なお、フォーマティブ・コンテクストが生み出すのはフォームド・ルーティンだけではない。アンガーによれば、フォーマティブ・コンテクストは、その他に社会的な「役割 (roles)」や「地位 (ranks)」をも生み出す。*Id.* at 59. これらの諸概念の相互関係についても検討すべき点が多いが、本稿では立ち入らない。
- 13) この区別に関連して、*Id.* at 61-64 も参照 (フォーマティブ・コンテクストを識別するための主観的な基準と客観的な基準について)。
- 14) *Id.* at 58.
- 15) *Id.* at 61.

- 16) *Id.* at 278-79. ただし、堅牢性の低いことは、フォーマティブ・コンテキストの内容が不明確である(つまり、よりアナーキーな状態に近い)ということの意味するのではない。アンガーによれば、たとえば民主制と君主制とを比較した場合、前者のほうが後者よりも堅牢性は低い、しかし内容の明確さの点では同程度である。ST, *supra* note 1, at 154-55; FN, *supra* note 1, at 279-80 を参照。
- 17) *Id.* at 164.
- 18) *Id.* at 64-65.
- 19) *Id.* at 170.
- 20) もちろん、このような図による説明は誤解を招きやすいので注意を要する。具体的には、少なくとも以下のような難点が存在する。第1に、フォーマティブ・コンテキストの内容は、ここでの3要素だけで完全に理解できるわけではない(アンガーはそれ以外の要素もあげている)。これらの3要素を特に取り上げたのは、それらが本稿の以下の議論に必要だからである。第2に、アンガーはフォーマティブ・コンテキストに関して計量的な手法はまったく用いていない。そして第3に、このような図示はアンガー自身はまったく行っていない上に、おそらくはアンガー自身も好まないはずである(*Id.* at 170-71 も参照)。というのも、このような図を用いると、あたかも3つの軸があらゆる状況に対して普遍的に適用できるかのように記されてしまうが、これは先に述べたアンガーの構造理解とは大きく食い違うものだからである。第4に、このことと関連して、この図はあくまで複数のフォーマティブ・コンテキストを比較する際の相対座標を示すためのものである。したがって、この図における原点をはじめとした個々の点は、それ自体だけをとった場合には、なんの意味ももっていない。
- これらの難点にもかかわらず、フォーマティブ・コンテキストを本文のように記した理由は、なにより説明上有益だからにすぎない。本章の以下の説明もこの図をもとにすすめるが、これに対して単なる比喩以上の読み込みをしないように、くれぐれも注意していただきたい。
- 21) *Id.* at 165, 170-71.
- 22) *Id.* at 101.
- 23) *Id.* at 165-66 を参照。なお、ここでは脱自然化のかわりに「否定潜在能力(negative capability)」の語が使われている。両者の関係については後述する。
- 24) PASSION, *supra* note 1, at 10.
- 25) *Id.* at 7.
- 26) 原文では、われわれの行動に対する「制約の厳しさ(the severity of the limits)」となっている。*Id.* at 10 を参照。これに対して本文では、すでに定義した「堅牢性」の語を用いた。
- 27) *Id.* at 7-8. ST, *supra* note 1, at 18-19 も参照。
- 28) FN, *supra* note 1, at 34-35.
- 29) PASSION, *supra* note 1, at 9.
- 30) *Id.* at 10. 以上の議論について、ST, *supra* note 1, at 20-21 も参照。この点についてのより詳しい議論は、PASSION, *supra* note 1, at 15-20 を参照。なお以上と同様の議論は、ア

ンガーによるより最近の著書である, WSLAB, *supra* note 1, at 63 にも見られる。

- 31) この点に関連して, アンガーは自らの見解を, 以下の2つの立場(ともにモダニズムに属する)と区別している。第1の立場は, 「われわれが依拠できるのは, この世に存在する, 共有されたディスコースや共有された生の特定の伝統だけである」とする見解で, 後期ウィトゲンシュタインに代表されるものである。他方, 第2の立場は, 「社会生活の制度化された諸形態がもつ恣意性や抑圧的性格」によってわれわれの真の自由が妨げられているが, これを「減じることは決してできない」とする見解で, 実存主義がその代表である。しかしこの2つの立場は, 本文でみた「モダニストの立場」のテーゼ⁽ⁱⁱ⁾を認めない点で, アンガーの見解とは大きく異なる。ST, *supra* note 1, at 225-26. この点について, PASSION, *supra* note 1, at 11-12 も参照。また, アンガーがラディカルな不確定性論者を批判するものとして, WSLAB, *supra* note 1, at 120-22 も参照。
- 32) FN, *supra* note 1, at 67. また文脈が若干異なるが, *Id.* at 261-62, 267-68, 272-74 を参照。ここではアンガーは, 「不確定な」のかわりに「対立的な (conflictual)」や「あいまいな (ambiguous)」という語を用いている。
- 33) 先に見たように, 法はフォーマティブ・コンテキストの1つの具体例である。したがって, 「フォーマティブ・コンテキストの不確定性」は, 「法の不確定性」をふくむ, より広い概念である。両者の関係については, 本章 3. b. で詳しく検討する。
- 34) ST, *supra* note 1, at 1. このアンガーの見解は, 近年の社会構築主義(あるいは社会構成主義)の議論に通じる面をもつ。社会構築主義については, 以下の文献を参照。上野千鶴子編『構築主義とは何か』(勁草書房, 2001年); 平英美・中河伸俊編『構築主義の社会学 論争と議論のエスノグラフィー』(世界思想社, 2000年); 中河伸俊・北澤毅・土井隆義編『社会構築主義のスペクトラム パースペクティブの現在と可能性』(ナカニシヤ出版, 2001年)。
- 35) 本文の以上の記述については, 以下の文献を参照。ST, *supra* note 1, at 153; FN, *supra* note 1, at 34, 275-77.
- 36) この図に関しても, 以下の点に注意していただきたい。第1に, 構造維持的なルーティンと構造変革的なコンフリクトとは, 実際には明確に区別できるわけではない。*Id.* at 34. 第2に, 図中の矢印は, その過程が必然的に生じるということを意味しているのではない。特に構造変革的なコンフリクトへの「エスカレート」について, それが生じるための「必要十分条件」などは存在しない。*Id.* at 275-76. 第3に, 実際のアンガーの議論においては, フォーマティブ・コンテキストによって生み出されるのはフォームド・ルーティンだけではない(前掲註12参照)。第4に, フォーマティブ・コンテキストとフォームド・ルーティンは必ずしも1対1対応ではなく, 1つのフォーマティブ・コンテキストが複数のフォームド・ルーティンを生み出すこともある。*Id.* at 53-54 を参照。しかしこの図では, 簡略化のためにフォーマティブ・コンテキストとフォームド・ルーティンがそれぞれ1つずつの場合を示している。
- 37) *Id.* at 249, 279.
- 38) *Id.* at 282-83.
- 39) *Id.* at 290. これは, 本稿第2章で述べた, 『知識と政治』における「統合失調」と「断

念」のジレンマとほぼ同様の問題に対して、そのジレンマを緩和するものである。

- 40) *Id.* at 291. なお、以上の3類型については、KP, *supra* note 1, at 339; PASSION, *supra* note 1, at 13-15 などとも旨である。
- 41) CLSM, *supra* note 1, at 94.
- 42) アンガーはそのような例の1つとして、「強制的剰余搾取 (coercive surplus extraction)」によって、経済的なエンパワメントが促進される場合があることを指摘している。ST, *supra* note 1, at 210-11; FN, *supra* note 1, at 285-86, 302-03.
- 43) *Id.* at 281 を参照。
- 44) *Id.* at 250. なお、「否定潜在能力」と「連続的な効果」の相互関係は複雑である。*Id.* at 315-19 を参照。
- 45) *Id.* at 315.
- 46) *Id.* at 312.
- 47) *Id.* at 294-302 を参照。この論点は、たとえばフォーマティブ・コンテキストとフォームド・ルーティンの関係や、否定潜在能力の意義その他を理解するにはきわめて重要となる。
- 48) その代表が、初期のダンカン・ケネディによる「形式 (form)」と「実質 (substance)」の議論である。ケネディの枠組においては、本文での第2・第3のレベルは、それぞれ「形式」のレベルと「実質」のレベルとに対応する。このうち「形式」に相当するのは、一方では「ルール」に、他方では「スタンダード」にもとづいて選択せよという、1組の相反する要請である（これは本稿でいう原理にほぼ相当する）。そしてケネディによれば、この2つの要請の背後に、「個人主義 (individualism)」と「利他主義 (altruism)」という、やはり相反する「実質」が存在する（本稿でいうビジョンに相当する）。Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARVARD L. REV. 1685, 1685, 1710, 1713-22 (1976). 同様にバルキンも、ほぼ同様の観点から、「議論形式 (argument forms)」を第2のレベルに、「個人主義 (individualism)」と「共同主義 (communalism)」というペアの対立を第3のレベルに位置づけている。J.M. Balkin, *Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique*, 55 UMKC L. REV. 392, 414-15, 419 (1987). なおバルキンは、ドゥオーキンの「原理」との混同をさけるために、あえて「議論形式」という用語を用いている。*Id.* at 419. したがって厳密には、「議論形式」を本稿のように「原理」のレベルに位置づけるのは正確ではない。しかし本稿の議論の観点からすれば、この違いはそれほど重要ではないだろう。
- 49) 本稿第2章2.b.を参照。
- 50) ケネディのこの議論については、前掲註48参照。なお、ドゥオーキンも CLS の主張をこのように理解している（後述する）。ただしそれに対する留保として、後掲註71も参照。
- 51) これに対して、第1章で述べたようなラディカルな「言語の不確定性」を主張する論者であれば、このような法理の3レベルの構造それ自体がありえないことになるだろう。しかしこのような議論については、本稿の考察の対象から除外せざるをえない。
- 52) Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFFALO L. REV. 209, 210, 211-21 (1979). この論点に関して、以下の文献も参照。内田貴『契約の再生』(弘文

堂, 1990年) 194-97頁; 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店, 2000年) 147-50頁。

- 53) RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986) [小林公訳『法の帝国』(未来社, 1995年)].
- 54) *Id.* at 78 [訳126頁(強調は原文)].
- 55) *Id.* at 90 [訳155頁]. これは、ドゥオーキンによる「構成的解釈」の議論からえられる帰結である。
- 56) *Id.* at 98-99 [訳166-67頁].
- 57) 通常限定的な内的懐疑論は、ある解釈対象についての特定の解釈のみを疑う。これに対してグローバルな内的懐疑論は、ある解釈対象についての「すべての」解釈を疑うものである。DWORKIN, *supra* note 53, at 79 [訳127-28頁] も参照。
- ドゥオーキンの枠組では、この概念は外的懐疑論とは厳格に区別される。たとえば道徳についてのグローバルな内的懐疑論は、外的懐疑論とともに、道徳それ自体が無内容であることを主張する。しかし両者はその根拠が異なる。前者の主張は、なんらかの「反事実的な肯定的道徳判断 (a counterfactual positive moral judgment)」を前提にしてなされている(そしてその上で、この道徳判断をみたまうような道徳は「事実として」存在しないとす)。それに対して後者は、道徳以外の理由にもとづき、そのような道徳判断そのものが(事実上はもちろん理論上も) 成立しないとするのである。Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, 25 PHIL. & PUB. AFF. 87, 90-92 (1996) を参照。
- 58) *Id.* at 130. なお、この論点について、中山『二十世紀の法思想』(前掲註52) 98頁註17も参照。
- 59) Dworkin, *supra* note 57, at 130.
- 60) 前掲註57参照。
- 61) 「デフォルト・ポジション」論と、『法の帝国』における CLS 批判との関係については、ドゥオーキン自身も明示的に認めている。Dworkin, *supra* note 57, at 137, n. 23 を参照。
- 62) DWORKIN, *supra* note 53, at 271-74 [訳418-23頁].
- 63) *Id.* at 272-73 [訳420-21頁].
- 64) *Id.* at 442-43 [訳429頁]. たしかにドゥオーキンのように、リベラリズムが「利他主義」の要素を完全に排除し、「個人主義」のみにもとづいていると考えるのは一面的すぎるだろう。特に近年では、共同体論からの批判に応答するために、ドゥオーキンをふくむ多くのリベラリズム論者は、共同体論による批判を部分的に摂取し、それによってリベラリズムを再構成している。この点について、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) 11-23頁を参照。
- 65) DWORKIN, *supra* note 53, at 268-71, 274-75 [訳415-18頁, 423頁]. また、この論点について、以下の文献も参照。ANDREW ALTMAN, *CRITICAL LEGAL STUDIES: A LIBERAL CRITIQUE* 123-26 (1990); 平野仁彦「法の解釈と整合性 R・ドゥオーキンの法解釈理論に即して」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) 446-48頁。
- 66) DWORKIN, *supra* note 53, at 274 [訳422頁].
- 67) なお、本稿第2章でも取り上げたウィリアム・エウォルドは、ここでのドゥオーキンの議論とほぼ同じ趣旨の批判を、アンガー『批判法学運動』に対して行っている。エウォルドによれば、アンガーの議論は、「人々が、背景にある政治道徳[本稿で言う、ビジョン

のレベルに相当する]の問題として、寛容の原理[ここでは、政治過程や司法過程が導いた結果を順守すること]に同意する可能性を無視している。William Ewald, *Unger's Philosophy: A Critical Legal Study*, 97 YALE L. J. 665, 730 (1988)。またフィニスも、ドゥオーキンと同様の視点から、『批判法学運動』におけるアンガールの議論を批判している(そのような背景的原理として「公正(fairness)」をあげる)。J. M. Finnis, *On 'The Critical Legal Studies Movement'*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE 145, 157, 158-59 (John Eekelaar & John Bell eds., 3d ser. 1987)。*Id.* at 152-53も参照(アンガーによる3レベルはそもそも「架空の(illusory)」ものであり、実際にはこれらは1つの明確なルールに表現できるとする)。

- 68) 以下の記述について、DWORKIN, *supra* note 53, at 441-44 [訳428-30頁]を参照。ここでドゥオーキンは、アラン・ハチンソンの見解をCLSの代表としてとりあげ、これを批判的に検討している。このドゥオーキンの批判に対して、ハチンソンはさらに批判を加えている。Allan C. Hutchinson, *The Last Emperor?*, in READING DWORKIN CRITICALLY 45 (Alan Hunt ed., 1992)。
- 69) 以下で私は、CLSの議論に対する再解釈の可能性として、そのうちの1つの方向性を概観する。その他の可能性として「イデオロギー」の側面をより強調する議論もありうるが、この点については後に簡単にふれることにしたい。
- 70) 前期アンガーらの議論もここに位置づけられるが、このアプローチを特に権利論の文脈で押し進めたものとして、Girardeau A. Spann, *Secret Rights*, 71 MINN. L. REV. 669 (1987)も参照。
- 71) ケネディ自身が、このような性質を認めている。たとえばケネディは、「われわれ自身の法制度(legal regime)の諸ルールは、事実上そのすべてが、[法のない場合と比較して]利他主義的な義務を課している」としている。Kennedy, *supra* note 48, at 1721。またバルキンも同様の指摘をしている。J. M. Balkin, *The Crystalline Structure of Legal Thought*, 39 RUTGERS L. REV. 1, 18-19 (1986) [以下、Balkin, *The Crystalline Structure*と略記する]; J. M. Balkin, *Ideology as Constraint*, 43 STAN. L. REV. 1133, 1158 [「本来的に個人主義的あるいは利他主義的であるような法理は存在しない」](1991)[以下、Balkin, *Ideology*と略記する]。
- 72) アルトマンはこのようなCLSの議論を、有名な騙し絵の例にちなんで「アヒルとウサギのテーゼ(the duck-rabbit thesis)」とよんでいる。ALTMAN, *supra* note 65, at 130-32。アルトマンは、もともとドゥオーキンが批判の対象としたようなタイプの「矛盾」の議論を「パッチワーク・テーゼ(patchwork thesis)」とよび、この「アヒルとウサギのテーゼ」から区別している。
- 73) この場合、ドゥオーキンの議論とCLSの議論とは、かなり接近することになる。そもそもドゥオーキンは、(限定された)内的懐疑論の必要性それ自体については、はじめから承認している。たとえばドゥオーキンは、「われわれはみな、いくつかの評価的な主張に関しては、……内的懐疑論者である……」と述べている。Dworkin, *supra* note 57, at 129。このことから、両者が類似しているのはもともとそれほど不思議なことではない。
- 74) このように、以下で考察するのはある1つの主張の真偽をめぐる立場についてだが、こ

の議論は、複数の主張が相争う場合に対しても簡単に拡張できると思われる。

- 75) 以下の叙述については、*Id.* at 130-31 を参照。
- 76) *Id.* at 132-33.
- 77) *Id.* at 137.
- 78) この点について、前掲註61も参照。
- 79) このうち、ドゥオーキンによる内的懷疑論と外的懷疑論の区別を疑問視するものとして、本稿とは視点が異なるが、たとえば John Tasioulas, *The Legal Relevance of Ethical Objectivity*, 47 AM. J. JURIS. 211, 222-28 (2002); J. Tasioulas, *Consequence of Ethical Relativism*, 6 EUROPEAN JOURNAL OF JURISPRUDENCE 172, 183-86 (1998) を参照。
- 80) エンパワメントの意味については、前述した「否定潜在能力」の項を参照していただきたい。
- 81) その結果、一時的には、法の不確定性が「解消」されることになる。しかし、これは決して完全な解決とはならず、新たな不確定性が生じざるをえない。この具体的なプロセスについては、後述する「内的発展」の説明を参照。
- 82) DWORKIN, *supra* note 53, at 151-64 [訳244-62頁] を参照。アンガーの議論についてより詳しくは、後の内的発展の項を参照。
- 83) 後期アンガーによる法の不確定論は、一見すると、ドゥオーキンの言う外的懷疑論の枠組に入るように思われるかもしれない。たしかに先に見たように、後期アンガーによる構造概念の射程は極めて広く、ここに「真理」「客観性」「道徳」などの概念もがふくまれることについては疑問の余地がない(モダニストの立場のテーゼ⁽ⁱ⁾)。そしてアンガーのいう構造は、決して無条件的なものとはならないのである。このような見解は、ドゥオーキンがまさに外的懷疑論として批判の対象とするものである。Dworkin, *supra* note 57, at 87 を参照。

しかし先に見たように、後期アンガーがコミットするモダニストの立場が意味するのは、決してこのことだけではない。たしかにアンガーは、さらにすべてのコンテキストを破壊できるとしてもしている(テーゼ⁽ⁱⁱ⁾)。しかしアンガーは、それによってコンテキストの外に出ることができるというのではない。コンテキストの破壊は、あくまで新たなコンテキストを生み出すだけである(テーゼ⁽ⁱⁱⁱ⁾)。つまりアンガーは、決してコンテキストの外にある「アルキメデスの点」に立てるなどとは主張していない(このことは、前期アンガーと大きく異なる点の1つでもある)。したがってアンガーは、法を改革する際にも、法の内部から出発しなければならないことを認めているのである。この意味で、後期アンガーを外的懷疑論に位置づけるのは不適切である。

なお同じ理由により、ドゥオーキンによるローティ理解についても疑問があるが、本稿では立ち入らないことにする。

- 84) この点の論証については、後述する「内的発展」の項を参照。なお、ドゥオーキンの枠組を前提にする場合、グローバルな内的懷疑論は、外的懷疑論とは厳密に区別されるべきである。このことについては前掲註57参照。
- 85) その具体的な帰結については、アンガーの法理論と法の支配とがどのように関係しているのかという観点から、本稿第4章で検討する。

- 86) 本稿第2章2.b.参照。
- 87) CLSM, *supra* note 1, at 12-14.
- 88) ただし厳密には、出版年度の関係から、この議論はドゥオーキンの『法の帝国』における「インテグリティとしての法」の議論までは念頭においていなかったと思われる。この問題に関する厳密なドゥオーキン理解の領域には、本稿では立ち入ることはできない。
- 89) ただし、ドゥオーキンのいう客観主義が、通常のそれとはかなり異なっている点に注意すべきである。ドゥオーキンの見解として、以下の記述を参照。DWORKIN, *supra* note 53, at 83 [訳134頁。「解釈が物理学に似ているとか道徳的価値が「客観的に在る」とか立証可能であるとか主張しているわけではない」]; Dworkin, *supra* note 57, at 118 [「もし何かを揺るぎない仕方で心底から信じずにいられないのなら、それを信じたほうがいい」。訳文は、中山『二十世紀の法思想』(前掲註52)98頁註17による]; RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 153, 167-68, 171-74 (1985)。このようなドゥオーキンの見解が客観主義なのかどうかをめぐっては、これまでにさまざまな議論がなされており、しかもその際の方法も一定していないようである。たとえば、この点をめぐり、デニス・パターソンによるドゥオーキン理解への批判と、それに対する応答がなされている。Charles Altieri, *Some Limits of Postmodernism in Legal Studies: On Dennis Patterson's Law and Truth*, 50 SML L. REV. 1663 (1997); Dennis Patterson, *Law and Truth: Reply to Critics*, 50 SML L. REV. 1563 (1997)。ここで前者はドゥオーキンを客観主義から切り離れた形で、後者はそれに近づけた形で理解すべきとしている。

しかしながら、たとえばドゥオーキンによる「純粋なインテグリティ (pure integrity)」(「包括的な (inclusive)」インテグリティと対比される)の議論をみれば、少なくとも、アンガーの意味での客観主義にあたることはたしかだと考えていいだろう。この点について、DWORKIN, *supra* note 53, at 404-07 [訳617-21頁]を参照(特に *Id.* at 407 [訳620頁]では、「法は自ら次第に純粋になっていく (law works itself pure)」という理解が示されている)。

なお、客観主義とは別に、ドゥオーキンがアンガーの意味での形式主義にあたるかどうかについても異論の余地がある。ドゥオーキンがアンガーのいう形式主義にはあたらないとする理解として、以下を参照。Ewald, *supra* note 67, at 730 (「ドゥオーキンは法学的議論を哲学的 (philosophical) [「解釈的」の意か?] 議論の一種と考えるため、アンガーのいう「形式主義」には分類されえない); Hugh Collins, *Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement*, 14 J. L. & Soc'y. 387, 396-97 (1987) [フラーやドゥオーキンは、客観主義を擁護する点でアンガーと異なるが、形式主義批判の点ではアンガーと同じとする]。しかしこの点については、疑問の余地があるように思われる。たとえば、アンガーは形式主義の1つの側面として、法理とイデオロギーとの区別をあげる(本稿第2章2.b.参照)が、この区別はドゥオーキンも認めるのではないかと考えられる。このことからすれば、ドゥオーキンをアンガーのいう形式主義にコミットするものとして理解できるのではないだろうか。

ただしいずれにしても、アンガーによれば、形式主義は限定された形での客観主義を前提としているため、以下ではドゥオーキンと客観主義の関係についてのみ考察することに

したい。

- 90) これに対して、エンパワーメントのために、そもそもアンガーの言うようなラディカルな改革が本当に必要なのか(つまり、既存の法理論の部分的な修正で十分ではないか)という点が疑問に思われるかもしれない。この疑問に対しては、アンガーのこの議論の帰結がどのような重要な実践的意義をもつのかを明らかにしなければならない。この点については本稿第4章で検討したい。
- 91) この理解からすれば、後期アンガーを「失望した方法論的絶対主義者(the disappointed methodological absolutist)」(Finnis, *supra* note 67, at 160)などと評価する見解は、アンガー自身の意図から大きくはずれるものである。
- 92) アンガーは、基本的に法の不確定性についてはそれが「事実」であるかのように書くことがほとんどであるため、この点はきわめて誤解を招きやすい。他方、そのかわりに私が本文中で用いた「望ましい」という表現も、アンガーの見解が、あたかも事実とは切り離された「規範」についてのものであるかのような誤解を生じさせる点で、不適切なものである。むしろより正確には、アンガーによる法の不確定性の主張は、事実のみに関するものでも規範のみに関するものでもなく、両者を統合した点でなされているものと理解しなければならない(後にみるように、事実と規範の区別の解消は、後期アンガーの主張の根幹部分をなしている)。そしてこの点に関するかぎりでは、実はアンガーとドゥオーキンの理論は非常によく似ているのである。以上の論点については、本章4.で詳しく検討する。
- 93) この点を批判するものとして、たとえば以下を参照。Andrew Altman, *Fissures in the Integrity of Law's Empire: Dworkin and the Rule of Law*, in *READING DWORCKIN CRITICALLY*, *supra* note 68, at 157, 175-76; Balkin, *supra* note 48, at 415-16; Hutchinson, *supra* note 68, at 54. この批判には、ドゥオーキン自身がすでに『法の帝国』で応答している。DWORKIN, *supra* note 53, at 263-64 [訳407-08頁]。なお、この批判の問題点として、前掲註92も参照。
ちなみに、本稿では「事実レベルの不確定性」と「原理レベルの不確定性」を区別する立場をとっている(第1章参照)ので、この点からみてもこの批判には問題がある(つまり、事実レベルでは矛盾しているようでも、かならずしも原理レベルにおいてまで矛盾していることにはならないはずである)。ただし、この本稿による区別についても、後期アンガーの視点から再検討することが必要である。
- 94) *Id.* at 52 [訳89頁]。同旨として、以下も参照。*Id.* at 61-62 [訳102-03頁]; DWORKIN, *supra* note 89, at 149.
- 95) ただし、アンガーとドゥオーキンの間では、「解釈」というプラクティスそのものの理解をめぐり、重要な相違点もある。というのも、ドゥオーキンは「解釈」と「創造」を原則として区別する(そしてその違いは、解釈者に対して、解釈対象の変更を認めるかどうかにある。*Id.* at 150を参照)が、アンガーは、むしろそのような違いを解消することをめざしているからである。アンガーのこの見解の意義については第4章で検討する。
- 96) Balkin, *supra* note 48, at 422-23, 428; Hutchinson, *supra* note 68, at 56-59を参照。
- 97) アンガー自身、形式主義を、法的正当化とイデオロギーとの区別が可能だと考える点で批判している。CLSM, *supra* note 1, at 1.

- 98) たとえば, Balkin, *supra* note 48, at 411-14, 417-22 を参照。
- 99) Andrew Altman, *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, 15 PHIL. & PUB. AFF. 205, 229-31; Balkin, *supra* note 48, at 427.
- 100) たとえばバルキンは, このようなイデオロギーの議論を, 内的懐疑論と外的懐疑論とを統合するものと位置づけており (*Id.* at 427), これにもとづいて, CLS を単なる内的懐疑論と位置づける見解に反対している (*Id.* at 431 参照)。このような位置づけが可能かどうかにも異論の余地はあると思われるが, 本稿ではこの論点については立ち入らないことにする。
- 101) *Id.* at 426, n. 111 参照。
- 102) ドウオーキンがこのような見解をとることについては前述した。アンガーが現実の改革という側面をきわめて重視していることについてはいうまでもない。これに対してたとえばバルキンの議論では, たとえ法律論がイデオロギーによるものだとしても, それが他者を説得するために「われわれがもつ唯一の道具」だ(したがって, われわれはこの構造に服さざるをえない)という側面が強調される。Balkin, *The Crystalline Structure*, *supra* note 71, at 75-77 を参照。少なくともここでは, 実践的問題に対する解決策をどのようにして手に入れるかという発想はみられない。なお, バルキンによるアンガー理解として, Balkin, *Ideology*, *supra* note 71, at 1136, n. 19 も参照。
- 103) それにともない, CLS による法理の3レベルの議論の位置づけも, アンガーの内的発展の議論と, ここでみたイデオロギー批判とでは大きく異なる。アンガーにおける法理の3レベルの位置づけについては, 本章3.b. を参照。
- 104) この観点からのドウオーキン批判として, 以下の文献を参照。Margaret Jane Radin, *The Pragmatist and the Feminist*, 63 S. CAL. L. REV. 1699, 1724-26 (1990); RICHARD RORTY, *PHILOSOPHY AND SOCIAL HOPE* 96 [レイディンによる「知識の整合説」批判に賛成], 99 [レイディン「悪い整合性」の議論を引用し, ドウオーキンを批判](1999)。なお, やや視点は異なるが, Altman, *supra* note 93, at 176-77 [「悪の原理 (evil principles)」・「正義や善などの真の原理 (true principles)」とインテグリティとの関係について] も参照。
- 105) Frank I. Michelman, *Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4, 66-73, 76-77 (1986).
- 106) DWORKIN, *supra* note 53, at 230 [360頁]。ただし法解釈の場合は, さらに「垂直的な」インテグリティと「水平的な」インテグリティとが区別される。*Id.* at 227-28 [訳355-57頁]。
- 107) 当然ながら, ここでの「よい」とか「悪い」という言葉の意味にはさまざまなものがありうる。しかし本稿の議論との関係では, 少なくともここで「よい」と「整合する」が同義ではないものとして扱われている, ということを確認しておけば十分である。
- 108) 「現状中立性」については, 野崎綾子「日本型「司法積極主義」と現状中立性 逸失利益の男女間格差の問題を素材として」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界 [] 法的思考の再定位』(東京大学出版会, 1999年)参照。なお, この「現状中立性」の観点からすれば, ドウオーキンによる「バラダイム」の議論も同様の批判を受けることになるだろう。ドウオーキンは, ある解釈がいくら魅力的だとしても, それによって「従

来まで基本的なパラダイムであったものを放棄するように我々が説得されてしまう」ことは「(ありそうにないことではあるが)考えられないことではないだろう」だと述べるにとどまっている。DWORKIN, *supra* note 53, at 92 [訳157頁]. 「現状中立性」の観点からすれば、なぜこのような「パラダイム」が形成されるのかという点が問題とされると思われる。

- 109) *Id.* at 167-68 [訳267-68頁].
- 110) *Id.* at 225 [訳353頁].
- 111) *Id.* at 219-24 [訳340-47頁].
- 112) *Id.* at 220 [訳341頁].
- 113) *Id.* at 265 [訳409-10頁].
- 114) *Id.* at 13 [訳32-33頁] を参照(「法的実践は論証的(argumentative)なのである」とする)。なおこの論点は、制度上の問題として、司法審査をめぐるさらに大きな論点へと通じているが、ここでは立ち入らない。
- 115) マイケルマンは対話を重視する観点をもとに、このような改革までを視野に入れた議論をしている。マイケルマンは、現行の裁判所よりも民主的な制度を考えるために、思考実験的に「改訂評議会(a Council of Revision)」という機関を議論の素材として用いている。Frank I. Michelman, *Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life*, in JUSTICE AND INJUSTICE IN LAW AND LEGAL THEORY 139, 146-47 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1996). しかし私見によれば、マイケルマンのアプローチはたしかに重要な方向性を示しているものの、対話を信頼しすぎるあまり、多数者による専制を防げるような制度的制約に対して関心が薄いのではないだろうか。ドゥオーキンが裁判官の恣意を防げないとすれば、同じ理由で、(可能性は多少低くなるにせよ)マイケルマンの仮説的機関も恣意を防げないように思われる。私見によれば、この問題を考える上で、後期アンガールの議論は重要な意義をもつのである(この論点については第4章で検討する)。
- 116) アンガールの法理論が、いわゆる主流派の法理論家によってあまり取り上げられないのも、おそらくはこのあたりに理由があると考えられる。
- 117) WSLAB, *supra* note 1, at 114. なお、このように「類推」を法解釈の中心にすえた実践的な法解釈論として、サンステインの議論が有名である。サンステインの見解について、以下を参照。Cass R. Sunstein, *On Analogical Reasoning*, 106 HARV. L. REV. 741 (1993); SUNSTEIN, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT* (1996). また、この論点に関するドゥオーキンとサンステインの論争として、以下を参照。Ronald Dworkin, *In Praise of Theory*, 29 ARIZ. ST. L. J. 353, 371, 375 (1997); Cass R. Sunstein, *Response, From Theory to Practice*, 29 ARIZ. ST. L. J. 389, 394-96 (1997). しかしサンステインは、アンガーが強調するようなラディカルな制度改革には懐疑的である。この点に関連して、サンステインによるアンガー批判について、本章4. を参照。
- 118) WSLAB, *supra* note 1, at 115-19. いうまでもないが、ここでアンガーは、イージー・ケースの場合に法が確定していることを認めているわけではない。アンガーからみれば、イージー・ケースにおいてはフォーマティブ・コンテキストの支配力が強すぎるために、裁判制度の現実的制約(時間や資源の制約など)から、法の不確定性を實際上問題にすることができないだけである。このような制度面の問題に関しては、アンガーが具体的な裁

判制度をどのように構想しているのかという観点から、第4章で検討する。

- 119) この論点は、より一般的には、真理と可謬性の関係をどのように考えるかという問題に通じている。
- 120) この方向性をさらに押し進め、アンガーの見解と客観主義とを統合することが可能だという主張も考えられるかもしれない。このアンガー解釈は、たしかにアンガー自身の意図からは大きく離れることになるが、かならずしも不可能な主張ではない。この点については第4章で検討することにした。
- 121) CLSM, *supra* note 1, at 89. 他に, *Id.* at 17-18, 60 もほぼ同旨である。
- 122) *Id.* at 60. このような還元主義的なアプローチは、一見すると『知識と政治』における議論を思わせるものだが、私見によれば、この類似点は表面的なものにすぎない。前期アンガーと比較した場合、この主張はむしろ、このような形に還元可能だと考える「べき」だ、という主張に近い(ただし、このような性格づけに対する注意として、前掲註92参照)。このことはすぐ後でも扱う。
- 123) *Id.* at 61. なお、このアンガーによる定式化では、「原理(principle)」とよぶには不適切ではないかという批判もある。Finnis, *supra* note 67, at 150 を参照。このことは、原理とはなにかという問題をより根本的に検討する必要性を示しているが、本稿ではこの点には立ち入らない。
- 124) CLSM, *supra* note 1, at 61-62.
- 125) *Id.* at 66-67.
- 126) *Id.* at 67, 68.
- 127) アンガーの議論では、以下の2つを第3のレベルに属するとみるべきか、それとも第2のレベルに属するとみるべきかについてはかならずしも明確ではないが、私は本文のように、これらをビジョンのレベルに属するものと理解して整理した。しかし後にもみるように、もともとアンガーの粹組ではこの3レベルの区別は便宜上のものなので、各レベルの厳密な分類にこだわりすぎるのはアンガーの意図に反する(下手をすると、この3レベルを絶対と考える別の「客観主義」に陥るおそれもある)。本文では説明をできるかぎり明確にするために3レベルの違いをあえて強調しているため、この点には注意していただきたい。
- 128) *Id.* at 64, 66.
- 129) *Id.* at 67, 74.
- 130) 前者について *Id.* at 64-66, 後者について *Id.* at 68-74 を参照。
- 131) *Id.* at 74.
- 132) *Id.*
- 133) *Id.* at 75-80.
- 134) 以上の記述については、*Id.* at 80-82 を参照。なお、同じ趣旨の議論として、FN, *supra* note 1, at 70-71, 517-20 も参照。
- 135) このことは特に、CLSM, *supra* note 1, at 71-74 に顕著である。特に *Id.* at 73 では、『知識と政治』を思わせる「アンチノミー(antinomies)」という用語も用いられている。
- 136) そのような理解をする論者の代表が、本稿第2章でも取り上げたエウォルドである。こ

の点については、本稿第2章3.a.を参照。

- 137) CLSM, *supra* note 1, at 18, 19 では「内的な議論 (internal argument)」という用語もみられる。ただし、この語に関する若干の問題点として、後掲註145を参照。
- 138) *Id.* at 18, 59; FN, *supra* note 1, at 355-62 を参照。なお、アンガーのあげる内的発展の2つのモデルについて、CLSM, *supra* note 1, at 88 も参照。
- 139) *Id.* at 89-90. より一般的には、FN, *supra* note 1, at 273-74 を参照。
- 140) これに対して、垂直的コンフリクトの例としてあげられているのが、「平等保護 (equal protection)」の事例である。CLSM, *supra* note 1, at 44-52 を参照。
- 141) FN, *supra* note 1, at 356-57 を参照。
- 142) CLSM, *supra* note 1, at 40, 81.
- 143) *Id.* at 82-85 を参照。
- 144) *Id.* at 19 を参照。

- 145) *Id.* at 18-19. 『批判法学運動』におけるこの (i)「内的発展」と、(ii)「ビジョンからの洞察」という2つの概念は、『政治学』における (iii)「内的な議論 (internal argument)」(あるいは「内的な批判 (internal criticism)」。FN, *supra* note 1, at 355-57) と、(iv)「外的な議論 (external argument)」(あるいは「ビジョンについての議論 (visionary argument)」。FN, *supra* note 1, at 359-60) とにほぼ対応している。しかし厳密には、以下のように若干の意味の変化が見られる。

技術的なことになるが、『批判法学運動』における(i)と(ii)は、本文の ~ からなるプロセス全体をさす用語なのか、それとも、あるいは という個々のステップをさす用語なのか必ずしも明確ではない。つまり、前者の解釈によれば、(i)は というプロセスを、(ii)は というプロセスを、それぞれ全体としてさしている (この解釈は、CLSM, *supra* note 1, at 18 における内的発展の定義と合致するし、また(i)と(ii)を実質的に同内容とするアンガーの見解とも整合する)。大半はこれでよいが、他方、後者の解釈が必要な場合もある。それによれば、(i)は と のステップのみを、(ii)は のステップのみをさすと理解される (この解釈は、(i)と(ii)とを、また(ii)と(iv)とを完全に同義と理解できるし、さらに *Id.* at 19 の「エスカレート (escalation)」という用語法とも整合する)。

これに対して、『政治学』においては、(i)や(ii)の用語法は姿を消し、また(iii)と(iv)はかなり明確に、各ステップをさす用語として用いられている。つまり、(iii)は と のみを、(iv)は のみをさしている (したがって、(iii)が(iv)に「エスカレート (escalate, escalation)」する、あるいは(iv)が(iii)と「一致しない (collides with)」という用語法は問題なく理解できる。FN, *supra* note 1, at 357, 359)。

アンガーが『批判法学運動』において、すでに「内的発展」と「内的な議論」とを区別して用いていたと理解できなくもないが、それでもやはり問題は残る (たとえばこの理解は、CLSM, *supra* note 1, at 19 の「内的な議論が.....から始まる」という記述と矛盾するように思われる)。以上の点を考慮した上で、本稿では混乱を避けるため、まず用語法としては、『批判法学運動』における (i)「内的発展」・(ii)「ビジョンからの洞察」で統一し、(iii)・(iv)の用語法は用いないことにする。そしてこの(i)・(ii)がさす意味は、『批判法学運動』

での主要な用語法にしたがい、個々のステップではなく、プロセス全体をさすものとする(逆に個々のステップをさす場合には、本稿では、具体的に ~ の丸数字を用いている)。本文の記述は、すべてこの用語法にしたがっている。

なお、「内的発展」という用語は、その後、特に1990年代以降に若干変化している。この変遷については、本章5.も参照していただきたい。

ちなみに言うまでもないが、本文の記述から明らかなとおり、(iv)の「外的な議論」という概念は、先にふれたドゥオーキンの「外的懐疑論」とはなんの関係もない(ドゥオーキンの枠組でいえば、むしろ内的懐疑論に分類されるだろう)。外的懐疑論と後期アンガーの見解との関係について、前掲註83も参照。

- 146) FN, *supra* note 1, at 356. 前述した、モダニスト・ポジションのテーゼ⁽ⁱ⁾も参照。
- 147) このことからわかるとおり、後期アンガーによる法の不確定性論の枠組においても、従来の法理・先例・学説などの重要性が低下することは決してない。
- 148) *Id.* at 357. ただし、先に検討したドゥオーキンの見解に関して言えば、「インテグリティとしての法」を(解釈上の争いの余地のある)ビジョンのレベルに位置づけていると考えれば、A aのほかにもX aまで明示していることになるだろう。
- 149) このようにアンガーを理解した上で、このような議論はいわゆる「発見のプロセス」にすぎないのではないかという批判も考えられる。しかし、すでにこれまでの議論からある程度明らかなように、アンガーは「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」を区別するという発想それ自体を拒絶する。この点については第4章で検討する。
- 150) 内的発展のプロセスの内部に「エスカレート」の契機がふくまれていることについて、*Id.* at 357-58 を参照。
- 151) *Id.* at 281.
- 152) この点については、前掲註20を参照。