

「建設の法学」を求めて——アカーマン『アメリカ法の再構築』によせて
——法解釈の方法と憲法の構造・補論

渡 辺 修

(一) 「建設の法学」への道

——ギルモアの「不安の時代」から、アカーマンの「楽

観主義」へ——

(二) アメリカ法思想史の反省

法現実主義について

(1) ニュー・ディールの時代と「法」の意味

② 法現実主義の役割

③ 法現実主義の限界

(2) クリテイカル・リーガル・スタディーズについて

(3) プロセス法学について

(4) 「福祉経済学」について

(5) 「法と経済学」(シカゴ学派)について

(6) ジョン・ロールズの「正義」論について

(三) 「建設の法学」(一)——その行動綱領

「建設の法学」を求めて 渡辺

(1)

① 「積極国家」の所与性

(2) 「消極的法的実践」モデル

(3) 「積極的法的実践」モデル

(四) 「建設の法学」(二)——その哲学

(1) 「建設の法学」の課題

(2) 法的事実の再構築論

① カーアース・モデルの意義

② 「リーガル・タイム・フレイム」の再構築

③ 「建設の法学」的概念法学

(3) 法的価値の再構築論

① 法的価値論の課題

② プロセス的価値——「リーガル・ダイアログ」

③ 実体的価値——「市場」の修正

(五) 「建設の法学」の「解体」——我々の総括

(八一) 三二五

(1) 法思想史批判

- ① 法現象主義について
- ② C. L. S. のところ
- ③ ブロウレス法学について
- ④ 社会学的法学について
- ⑤ L. E. のところ
- ⑥ 法的事実の再構築論批判
- ⑦ 法的価値の再構築論批判
- ⑧ 二つのキルマンの意味
- ⑨ 「リーガン・スミス・ロード」の意味
- ⑩ 「建設の法学」の権威性・保守性
- ⑪ 言語の権威性
- ⑫ 「建設の法学」のヒーロー性と保守性

あとがき

(一) 「建設の法学」への道

——キルマンの「不安の時代」から「マカーインの
「楽観主義」へ——

「法は、社会の道徳的価値を反映するが、決してこれを規定しなからず」
——グラント・キルマン

一 本稿における我々の目的は、マカーインの「建設の法学
(Legal Constructivism)」を分析し、⁽¹⁾ 第一に、彼の理論キ
テルが真に「建設」の役割を果たすかどうかをめぐり、

のか検討するのと、第二に、彼が「建設の法学」の背景にあるものとして理解するアメリカ法思想史の諸潮流を、我々が再検討する際の「心」の視座を得ることにする。⁽²⁾

(一) BRUCE A. ACKERMAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW (1983) 以下、⑤(同頁以下)に於す。

(二) 分析はまた、以下の書評を参照した。

- ① Donna Greschner, *Romancing the Law*, 22 OSOODE HALL L. J. 753 (1984)
- ② David Fraser, Laverne and Shirley Meet the Constitution, 22 OSOODE HALL L. J. 783 (1984).
- ③ David Gregory, *Revitalizing American Liberalism*, 33 BUFFALO L. REV. 539 (1984).
- ④ George L. Priest, *Gossiping About Ideas*, 93 YALE L. J. 1625 (1984).
- ⑤ G.E. White, *Book Reviews*, 34 J. LEGAL EDUCATION 731 (1984).
- ⑥ Gerald E. Frug, *The Language of Power*, 84 COL. L. REV. 1881 (1984).
- ⑦ Mark V. Tushnet, *The New Marketplace of Ideas*, 79 N.W.U.L. REV. 857 (1984).
- ⑧ Gregory S. Alexander, *Interpreting Legal Constructivism*, 71 CORNELL L. REV. 249 (1985).
- ⑨ Frederick Schauer, *Lawyers and Lawmaking*, 83 MICH. L. REV. 1141 (1985).

⑩ Gary Peller, *The Politics of Reconstruction*, 98 HARV. L. REV. 863 (1985).

⑪ T. J. Lowi, *Deconstructing American Law*, 63 TEX. L. REV. 1591 (1985).

⑫ Armond M. Cohen, *High-Tech Justice*, 38 STAN. L. REV. 919 (1986).

なお、我々の知る限り、⑥⑦⑧は、所謂クリティカル・リール・スタディーズ (Critical Legal Studies, 以下、C.L.S と略す) の立場からのものである。以下引用は番号と頁数を以てする。

二 以下では、アカーマンの「建設の法学」が登場してきた背景について簡単にふれておきたい。その作業の手始として、アカーマンが再構築しようとしている「自由主義」の概念把握から分析をはじめたい。我々は、「自由主義」を古典的・伝統的自由主義乃至、「レッセ・フェール型自由主義」と、「新自由主義 (neo liberalism)」(用語は、文献⑩九一九頁以下²⁶⁾)、乃至、「ニュー・ディール型自由主義 (New Deal liberalism)」(⑩一八九五頁) とに区別できると考えている。前者は、個人の自由、契約の自由、並びに、「市場」の自由の尊重と、これらを予定調和に導く「神の見えざる手」によるコントロールへの確信を内容とする。後者は、ニューディール時代にルーズベルト大統領の提案した「偉大なる社会」

「建設の法学」を求めて 渡辺

プログラムに由来するものであり、「自由主義とは、楽観的で進歩的な政治である。集団的な善と弱者に対する社会的責任及び政府の責任とを肯定し、これらとバランスをはかりつつ、個人の自由、基本的人権、人間の尊厳を強調するものである」(⑤五三九頁・脚注①)。別言すると、「最小限の社会福祉を享受する権利」を保障しつつも、自由な市場における「効率性」を尊重するイデオロギーともいえる(⑩九一九頁)。さて、「ニューディール型自由主義」は、その後、ジョンソン大統領による「偉大なる社会」プログラムと、これを側面から支えるウォーレン・コートの司法積極主義の底流となっていたが、六〇年代末から現在にかけて後退を余儀なくされている。ことに、レーガン政権の軍事優先・社会福祉きりすでの政策とバーガー・コートの登場・安定が、そうした後退をシンボリックに示している、ともいえよう(⑤五三九、五四〇、五四一頁)。これと並行して、「自由主義」批判は、法学の世界でも顕著である。一方で、ポスナーの代表する「法と経済学 (law and economics)」(シカゴ学派) が台頭してきている(なお、以下、L・Eと略す)。彼等は、一口でいえば、「完全なる市場社会」「自由な市場」の建設を目指す立場、「市場」の場での「富の最大限実現者」とみることがで

さる(⑤五四一、五四三頁)。「レッセ・フェール型自由主義」の復権をめざす右翼・保守派の法学イデオロギーともいえる。他方、マルクス主義的視座からの自由主義法学批判を強めているのが、クリティカル・リーガル・スタディーズの一派である。こうした対立に加えて、「法律実務を担っている弁護士の大半は、政治的責任に対する感覚を強めることはしていない。彼等は、個々の依頼人のために個別事件の事情を基礎としつつ勝利することを求める日々を送っている。要するに、法現実主義的な法のテクニシャンにとどまっている。

これが、ほとんどの弁護士の職業的姿勢なのである」との現状分析がなされている(⑤五五四頁)。

三 ところで、かつて、グラント・ギルモアは、その書『アメリカ法の諸時代』⁽¹⁾において、法現実主義の登場にはじまる一九二〇年代以降をアメリカ法学における「不安の時代(Age of Anxiety)」と規定した。法の原理的統一性とこれを支える法学理論の科学性とがいずれも幻想にすぎないことが明らかにされることよって始まった時代である(⑬七四頁以下参照)。同時に、この時期は、「西洋思想の危機」の時代、「左翼的改革主義も、右翼的伝統主義もともに活発になつていく」時代でもある(⑬一〇四頁、なお、⑩八六三頁・参照)。ギル

モアは、特に、一九七〇年代に至り力を得るようになったボスナー法学を「新概念法学(New Conceptualism)」として捉えるとともに、この学派に対する危機意識をことのほか強く抱いている。そして、「我々は、両極分化した社会に到達していると思われる。かかる社会では、コンセンサスは話題となりえない」にも拘わらず、概念法学を復活させることは、「安定性の維持者、かつ、さらなる変革の敵対者」たるにとどまるものと批判した(⑬一〇八頁)。では、二で述べたような同時代に対する、ギルモアの処方箋は、どのようなものであったのか。これは、アカーマンの「建設の法学」の意味をみる上でも、興味深い。彼は、次のように説いたのである

「我々は、法律家(Lawyer)として、我々の社会が法を通して改革され純化され救済されるという示唆に対しては、監視を十分に強化したほうがよいのである。我々の如き社会においては、法の機能は、もっと温和でもっと寡黙でなければならない。法とは、広く信俸されている原理(broadly conceived principles)に照らして紛争の解決をするためのメカニズムを提供すべきものなのである。原理の妥当性については、我々の間に一般的コンセンサスが存在していることが前提ならなければならない

のである。この前提に誤りがあるならば、つまり、コンセンサスが存在していないならば、我々は、戦争・内戦・革命へ向かわざるをえなくなる。そして、社会構造のほころびが再び縫い合わされて新しいコンセンサスのできるまでは、秩序ある司法の運用は、重要性のない、ノスタルジックな古い理念としか扱われないであろう。しかし、コンセンサスが存在している限り、法の提供するメカニズムは、我々の有する諸制度が不可避的に生じる変化に対応していけるように調整をはかるであろう。かかる調整は、秩序のある、漸進的で、また、人間にとって可能な限り理性的なプロセスの継続としておこなわれるであろう。とすると、弁護士機能は、絶対的なるものをやみくもに求める社会にあって、懐疑的相対主義 (skeptical relativism) を維持することにある。我々が我々の拠って立つ諸前提を確信しつづけるべき、我々は我々の任務の実行に失敗せざるをえなくなるからである」(⑬二〇九—二一〇頁)。

つまり、ギルモアは⑭社会が「原理」「コンセンサス」を有していること、並びに、⑮プロセスとしての法が全体として

「建設の法学」を求めて 渡辺

ては、こうした価値もたらすことには疑問を抱いていないが、価値多元的社会に直面している現在、弁護士の主体的任務をむしろ「懐疑的相対主義」に徹することに求めたのである。「原理」「コンセンサス」自体を提示することは、弁護士のむしろ回避すべきことであり、従ってまた、法学の課題ともなれてはならないのである。別言すると、一方で、社会の変革を導く「原理」「コンセンサス」の存在を確信しつつも、他方で、法学の任務にかかる絶対的価値の「建設」に求めるのではなく、むしろ、諸価値の懐疑的、批判的なチェックという消極的、受け身的役割に限定したのである。我々は、ギルモアのかかる法学を絶望した理想主義者の「破壊」の法学とみている。

(一) 以下では、ギルモアの書物とその書評を参照した。

⑭ GRANT GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* (1977).

⑮ Mark Tushnet, *Book Review*, 21 *AMERICAN J. OF LEGAL HISTORY* 373 (1977).

⑯ Morton J. Horwitz, *Book Review*, 27 *BUFFALO L. REV.* 47 (1978).

⑰ Scott Killingsworth, *Book Review*, 27 *EMORY L. J.* 69 (1978).

⑱ Mordecai Rosenfeld, *Book Review*, 23 *VILLANOVA*

四 さて、ギルモアの右書物の出版から六年を経て公けにされたアカーマンの『アメリカ法の再構築』は、ある意味で、ギルモアの懐疑主義を克服し、法学の任務を「破壊」から「建設」へと「再構築」することを求めたものである。そして、その作業を支えるイデオロギーは、「ニューディール型自由主義」⁽¹⁾なのである(⑥一八九五頁)。端的にいえば、本書は、「アメリカ法思想における自由主義のセンターを再活性化することを求める綱領」ともいえる(⑥一八八一頁、参照⑩八六三頁)。従ってまた、アカーマンの描く「建設の法学」は、一見する限り、「将来に対する楽観主義」「楽観的、革進的な政治ヴィジョン」を希求するものである(③五四五、五四頁)⁽³⁾。

そこで、我々は、「今日、法学界は、以前にもまして政治化され両極分化されている」と指摘されている中で(⑩八六三頁)⁽⁴⁾、アカーマンの理論が自ら設定した課題に充分に答えを示しているの否かを検討することとする⁽⁵⁾。

(1) なお、⑥は、「アカーマン理論を自由主義的「法と経済学」派であり、新カント的政治哲学に依拠しているとする(⑥一八

九〇頁)。

(2) 但し、⑥は、本書を、ゆゆ的に、マルクス・エンゲルスの『共産党宣言』になぞらえている(⑥一八八一、一八八九頁)。

(3) ⑥は、アカーマンの「建設の法学」を形成せしめた時代的背景を、一九六〇年代の公民権運動、ベトナム戦争、ウォーレン・コート⁽¹⁾の登場にあるとしている(⑥七三一頁)。また、法思想的背景としては、特に、アカーマンが法を「科学」ととらえる側面に着目しつつ、一九世紀初期と後期に登場した法理学論と、一九五〇年代・六〇年代におけるリイガル、プロセス論とにみい出している(⑥七三五頁)。

(4) その意味で、本書は、現代アメリカのアカデミズムにおけるより広範囲の「合理性」論争の中に、位置付けることもできる。この論争は、『「Privileged vocabulary」を発見する可能性についての懐疑主義』と「かかる懐疑的理念を『相対主義者』『ヒリスト』とするカウンター・アタック」との間でおこなわれている。例えば、文芸批評における「解体」派(Destructionism)の登場とこれを巡る論争も、この文脈に入る(⑥二五〇頁)。本書の批判する「法現実主義」C・L・Sの流は、非合理主義・懐疑主義・ヒリスムとして理解でき、これに対抗する「建設の法学」は、さしずめ、「法形式主義的合理主義(formal rationalism)」と理解できる(⑥二五〇、二五一頁)。

(5) ⑥は、「建設の法学」は、④法曹人は法現実主義的手法を

すて、この新しい方法をとるべきこと、②「法文化」は既にこの方向にあることを説得することを課題としているが、このためには、「本書の如き薄い本でできる以上にはるかに詳細な説明が必要である」のであって、「かかる広大な野望を抱いた本書」は「失敗作」であると酷評している(⑧二四九、二五〇頁)。

(二) アメリカ法思想史の反省

一 アカーマンは、自己の「建設の法学」の設計図を、ニュー・ディール期前後からのアメリカ法思想史の批判的克服の作業を通して、描き出そうとしている。こうした「建設の法学」的法思想史研究の視座設定の吟味を通して、我々は、今後、我々自身が法思想史を再検討する際の座標軸を定めることができると考えている。

(1) 法現実主義について

① ニュー・ディールの時代と「法」の意味

一 ニュー・ディール時代の到来は、法学の世界に、大きな変化をもたらしている。アカーマンによると、それ以前は、レッセ・フェール政策の合法性を問題とすることはなく、「市場経済への国家の自覚的介入」は異例なことであり、立法改革は、「裁判官創造法」Ⅱ「コモン・ローの大海」にすぐに沈没してしまう程度のものであった。ところが、一九

三七年に連邦最高裁がニュー・ディール立法の合憲性を承認して以降、弁護士は、伝統的コモン・ローの他に、新たな法律・行政命令を習得する必要がでてきた。ところが、この作業にとって、「ニュー・ディール立法と行政規則に固有の言語」及び「新しい行政国家のレトリック」は、二つの障碍を有していたのである。ひとつは、「公共の便宜と必要」等の言語表現が代表する「空虚な抽象性」である(以上、⑦七〜九頁)。その意味について、アカーマンは、こう指摘している。

「官僚法曹の側は、彼等の議論を合法化するにあたり、積極的法実践家型・法律話法(activist law-talk)を疑いの目でみているコモン・ローの遺産と結びつくよりも、むしろ、『専門性』『政治プロセス』その他コモン・ローになじみなきキャッチ・フレーズにアピールすることにしたのである。決定的ポイントには、行政裁量権の行使については、伝統的な弁護士の方法に従って擁護する必要のないこと、つまり、正しいパブリック・ポリシーであるならば、いずれもコモン・ロー原理との融合をはかるべきではないことを明らかにしようとしたのである」(⑦一〇頁)。

他面で、行政国家を担う側も、適切な自己表現方法を豊富

に見い出せたわけでもない。そこで、一方で、コモン・ローの伝統的な legalism を回避しつつ、他方で、新しい抽象語では、供給不足をおこすこととなったため、積極的法実践型・ルール (activist rule) を定式化する努力の継続にあり、「極めて詳細な言語表現」を余儀なくされたのである。「解釈の問題は、意思内容を極めて詳細・精密に表現しておくことによって解決されるかの如く考えられたのである」(①一〇頁)。アカーマンは、これを法律の「個別・具体性」の過剰ととらえている(①一〇、一一頁)。

二 この時期、伝統的なコモン・ローの側も上級裁判所判例の増大のために一種の「方向の喪失」を生じていた。そこで、一九二〇年代に入り、A. L. I. が Restatement 運動を開始し、コモン・ローの膨大な先例の海に一定の「一般原理」を見い出す、謂はば「海図」作製を試みたのである(①一一頁)。しかし、アカーマンは、全体として、この運動は「コモン・ローの諸原理」を分解・解体することにとどまり、かえって、「無数の矛盾の集積」を生み、一応とり出された抽象的原理は特定の限られた範囲でしか応用できないものになってしまったとしている(①一二頁)。

こうして、コモン・ローの伝統に生きる弁護士にとって、

法的実践を指導する明確な原理なき状態に至ったのである。

② 法現実主義の役割

一 アカーマンの関心は、「弁護士とは、本来、雇われ話しか家である」とするのならば、この「プロフェSSIONナル集団」が、ニュー・ディール時代に至って、「レッセ・フェール時代の知的遺産」しかないにも拘わらず、どのようにして「立法と官僚機構を核とする政治秩序」の中を生き残ったのか、にある(①一九頁)。かかるアカーマンの視角からみると、「もっとも強く要求されていたものは、特定個々の紛争事件について、概ね、伝統的な方法で議論を継続できる方法であり、また、他方で、コモン・ローが大規模な抽象化のために大きな政治的混乱の渦中においやられたことに鑑みて、かかる抽象化を回避する方法であった」(①一七頁)。そして、アカーマンは、法現実主義がこのような方法論の提供者になったと位置付けている。

法現実主義者は、コモン・ローに関する「抽象的な政治的トリック」の無内容を指摘すること、反面で、「legal craft men」たる「弁護士」にとってのコモン・ローとは、「各事件のシテューションに固有の事実」に裏打ちされた「複雑

微妙なもの」であることを再認識することを説いた、とアカーマンは捉える(①一五、一六頁)。つまり、アカーマンの理解する法現実主義とは、一方で、「抽象化に対する懷疑主義」を特徴としている。この結果、弁護士は、レッセ・フェール時代を支えた抽象的法原理そのものは回避しつつも、過去から受け継いできた個別・具体的法理を援用し続けることができたのである。「特定個々の契約について、『契約の自由』なる理想に忠実たることを明らかにしなくとも、これを論ずることができ、『私的財産』の理想をもち出すことなく個々の財産につき論じ、『過失責任』一般の理想を語らずとも個々の過失責任について議論できるとすれば、その限りで、弁護士集団は、彼等の有していた論証の手段を温存したまま、当時の政治的危機を生き残ることができたのである」(①一七頁)。つまり、この限りでは、法現実主義は、「既存の法的価値の世界」を「政治的危機」から隔離する手段を提供したのである。

他方で、アカーマンは、法現実主義の第二の特徴として、「一定の法理が、漠然と定式化されたパブリック・ポリシーにより是認されるものであるときには、確信を以てこれを直観的に受け入れることができる」基盤を提供した点に見い出

「建設の法学」を求めて 渡辺

している。かくして、弁護士は、「アメリカ人民はニュー・ディールを支持しており、アメリカの弁護士はこのことをよく認識している」という確信に従って、要するに、ニュー・ディールの価値観を直観的にとり入れることによって、個別事件の個別的解決を行うことが可能になっていたのである(①一九頁)。

則ち、アカーマンによると、「行政法、コモン・ロー両領域において……法現実主義者の遺産を特徴づけているものは、法的ルールをきわめて個別・具体化された事実類型に巧みに適合させていく、直観主義的勢力なのである」(①一九頁)。

「法の生命は、きわめて個別・特定化されたルールを精緻に形成していくことと、また、こうしたルールについて意味を与えている特定のコンテクストをこえて一般化することを拒否するという法現実主義的態度」といってもよい(①一八、一九頁)。つまり、「法現実主義の直観主義・個別的事件中心主義 (Realistic intuitionism and particularism)」である(①三八頁)。

③ 法現実主義の限界

一 もっとも、アカーマンは、法現実主義者が「因襲打破・

改革論者 (iconoclast-reformers) としての側面を有していたことを否定する訳ではない。むしろ、一九三〇年代当時、「契約の自由」「私有財産」という法概念を核とする法解釈方法が唯一の包括的な法分析の手法であったため、新たな一般理論の構築に先立ち、既存の法概念大系はもはや受け入れ難いものであることを明らかにする必要があるためであり、法現実主義の役割のひとつはこの点にあったことを認めている。また、上述したように、法現実主義の「直観主義」とは、「各個別情況に応じた正義とは何かについての法現実主義者の感覚的判断」を信頼する方法でもある。この結果、「ニュー・ディール」がもたらした新たな政府の価値と意味に関して、当時、半ば形成されてきていた直観に適合するように、コモン・ロー上の諸法理をひとつひとつ改訂していく作業を弁護士が容易にできるようになったのである」(⑦一八頁)。

二 しかし、アカーマンは、むしろ、法現実主義を、次のように、断罪する。

「法現実主義は、伝統的な legalism が弁護士集団に対して有していた支配力をほりくずすところか、むしろ、文化的にみて保守的な運動であったのである。弁護士集団が、伝統的なコモン・ロー的論証の多くを維持するの

には、法現実主義者の知恵を大量に吸収するしかなかったのである」(⑦二三頁)。

かかる視角に立ちつつ、アカーマンは、その具体的意味について、次のように説いている。第一に、法現実主義が新しい法学の再構築にとりくまなかった側面である。

「半世紀を経てながめ返してみると、法現実主義は、極めて保守的なものであった。急進的偶像破壊主義者であったとはいえないのである。法現実主義的批判家は、伝統的な法的論証の改革はしなかったのである。むしろ、彼等は、基本的な概念装置を再構築することなく、弁護士集団がニュー・ディールの時代に生き残れるようにしたのである。法現実主義は、弁護士が積極国家 (active state) の勃興に伴って生じる斬新な課題に正面からぶつかることをすすまず、むしろ、善意で、これらを回避できるようにしたのである」(⑦五頁)。

もちろん、新たな法概念の再構築にまで至らなかったからといって、伝統的なレッセ・フェール時代を支えた法形式主義の、「偶像破壊」作業が直ちに不十分であったことにはな

るまい。二つの課題は別個だからである。むしろ、アカーマンが、法現実主義による「偶像破壊」作業にも不信感を抱くのは、法概念の再構築を怠った理由を、法現実主義と、レッセ・フェール型自由主義との親近性にみてとっているからである。則ち、

「法現実主義は、一方で、レッセ・フェール型概念法学 (laissez-faire conceptualism) を拒絶している。これはニュー・ディールによる旧秩序に対する非難を明らかに受け入れたものである。しかし、他方で、法現実主義は、法的論証の新しい形態を建設しなかった。これは、謂はばアンシャン・レジームは一般にいわれているような過去のできごととして片づけられないものであり、むしろ、レッセ・フェールの復活に備えて、弁護士は、かつての論証方法を新たな確信を以て採用する用意をしておいたほうがよいという認識を強く有していたことを示すものである」(⑦二頁)。

このように、法現実主義がレッセ・フェール型自由主義の復活待望論であったが為に、新たな「建設の法学」が成熟するのに五〇年もの歳月を要した、と非難するのである(⑦

「建設の法学」を求めて 渡辺

二〇、二頁)。

三 アカーマンによる法現実主義断罪の第三点目は、彼の「建設の法学」の底流にあるモチーフを知る意味で、興味深い。アカーマンは、法現実主義が、「法」の世界における弁護士の「ヘゲモニー」を守れなかったことを強く非難するのである。ニュー・ディールの時代に、法現実主義が成立しえたのについては、「弁護士が、二つのプロフェッショナルとしての財産を有していた」ことが貢献している。ひとつは、「プロフェッショナルとしての名声の高さ」である。これを維持できた事実が、「伝統的な権威に懐疑的である民主主義社会では一層価値あるもの」となった。今ひとつは、弁護士集団のみが説得性ある議論の展開ができるプロフェッショナルであったという事情である。ところが、その後、弁護士が「プロフェッショナルとしてのヘゲモニーを確保していた時代」は終わりを告げ、経済学者・公共政策アナリスト・経営コンサルタント・コンピューター科学者等々、新たな「テクノクラート」が台頭してきている。さて、ニュー・ディールの時代の到来にあたり、法現実主義は、レッセ・フェール型自由主義から弁護士をひとまず解放するのには役立った。ところが、「法形式主義への不信の継続」のため、次の

半世紀間に、「統計に基づく推論と計量経済学的分析など、二一世紀において、積極的法実践家(activist)の権威に基づき合理的な実践を行うのに一層不可欠となってくる専門技術」を弁護士集団が身につけることを妨げてしまったのである。このため、アカーマンは、「この失敗は、弁護士が、プロフェッショナル間の権力獲得闘争に、非常に劣悪な条件を前提にして参加しなければならないことを意味する」としている(⑦一〇六、一〇七頁)。

四 最後に、アカーマンは、以上のような法現実主義の評価を前提にした上で、ここから求められてくる新しい法学の課題とは何かを示している。つまり、ニューディールの時代とともに積極国家(activist state)が登場しているのに、法現実主義は、法学の立場からの正当化を巧妙に「回避」することで残存してきた。そこで、上記のような法現実主義とニュー・ディールとの妥協のからくりを正しく見すえた上で、「activist legal world」についての正しい理解を深めることにあるとしている(⑦五頁)。

(2) クリティカル・リーガル・スタディーズについて

一 アカーマンは、C・I・Sについては、正面からとりあげ

ることはしていない。ただ、「法と経済学」派に対するC・I・Sの批判——「これは、アメリカの積極国家に対して、反動陣営が法学上の攻撃を行うためのイデオロギーの煙幕である——革進をめざす弁護士は全員がいずれの場所でも、これに対して抵抗すべきものである」——にふれつつ、次の諸点を指摘している。特に、ダンカン・ケネディーにふれつつ、彼は「新法現実主義者(neo-Realist)」であるとす。抽象的で形式的な理論分析は法的確実性を生みえないこと、同時に、個別性に向けられた直観のみが、我々の activist legal system における洞察力を生めることを再度証明しようとしている」のである(⑦四三頁・注⑩)。

次に、アカーマンは、後述する如く、法的事実の再構築論で所謂「リーガル・タイム・フレーム(legal time frame)」（⑦七一頁）の拡大を説くが(④②②参照)、これは、C・I・Sに属するケールマンから借用した分析手法である。但しアカーマンは、ケールマンが従来の「タイム・フレーム」の恣意性を指摘し、「非合理性の不可避性」を示そうとしていたのを批判し、むしろ、この手法は、法的現実のより正しい「構築」、そして、「人間理性の適切な理解」に至るものである、としている(⑦五三頁・注⑩)。

(3) プロセス法学について

一 さて、第二次世界大戦後のアメリカ法学は、「法現実主義の直観主義・個別的事件中心主義」を克服して、新たな「建設」に向かうことを課題としていた。そうした作業に、「もっとも大きな影響を与えたのが、ヘンリー・ハートとトーマス・ザックスが主唱したリーガル・プロセスの概念であった」(④三八頁)*。

*その基本書となったのは、HENRY HART / ALBERT SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (tent. ed., 1958). なお、マナーマンは、プロセス法学に属するものとして、他に、次の文献を挙げている(④三八頁・注⑩、四〇頁・注⑪)。(1) L. JAFFE, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION(1965). (2) H. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION (1968). (3) H. WELLINGTON LABOR AND THE LEGAL PROCESS (1968). (4) Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976); idem, The Supreme Court 1981 Term—Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court, 96 HARV. L. REV. 4 (1982). (5) Fiss, The Supreme Court 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice, 93 HARV. L. REV. 1 (1979). (6) J. ELY, DEMOCRACY AND TRUST (1980). (7) G. CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE

「建設の法学」を求めて 渡辺

AGE OF STATUTES (1982).

二 フカーマンは、まず、プロセス法学の目的を次のようにまとめている。

「ハートとザックスの訓練をうけた弁護士は、依頼人の利益が裁判所・官僚機構・立法部によって調整されていく方法を理解しようとしたのである。この枠組みの中では、ロモン・ロー上、既に制度内に定着している利益期待がどのような構造になっているのか詳しく説明する努力だけでは、裁判所前前の弁論として、議論を尽くしたことはならないのである。むしろ、積極的法的実践の世界 (activist legal universe) では、官僚機構と立法部とが重要な活動主体となったが、これとの対比で、裁判所固有の法創造の限界がどこにあるのかについて、裁判所に対し詳しく説明しなければならなかったのである。裁判所の側は、自らが主たる法創造者であると考えて、特定個々の事実のシチュエーションに対応していくのではない。むしろ、積極的法的実践家による法創造システムにおいては、第一に、他の活動主体によるほうが適切に実現される法的機能とは何かを確認しなければならな

いのである。かかる制度間調整を行うことにより、司法部は、さらに寿命をのばすことができたのである。裁判官は、生涯のテニユアの保障をうけており、また、senioristである。このため、彼等は、積極国家の様々な法創造制度が夫々有している長所の比較をし、これを理解することができるとユニークな地位にある——従って、異なる制度が公共善を求めて互いにパートナーとして協力して活動するのを助けることのできる地位にある、と考えられたのである」(⑦三九頁)。

三 こうしたプロセス法学について、アカーマンは、二つの側面から限界があったことを指摘している。第一に、官僚組織のプロセス、立法プロセスについて「現実的」な「モデル」を「厳格」に構築せず、むしろ、それらの「単純な概念把握」で満足していたことである。立法上、行政上の「誤謬」を「システム自体の失敗」と理解することはなかったのである(⑦三九、四〇頁)。

「個々の失敗については、裁判官の任務は、ソクラテス的対話での errant institution の役割を演ずることであった。そして、立法部、官僚が当初看過した問題の諸側

面に注意を向かせるようにすることであったのである。従って、希望的観測としては、適切な法律上の質問を設定することによって、官僚は、その専門性の宝庫を正しく利用するようになり、また、立法部は民主主義的合法性に対する本来の要求に立ち帰るであろうと考えられていた。つまり、積極的法的実践型・法創造のプロセスにおけるより深刻な構造的欠陥の可能性については、弁護士は特段述べべきことではないとされていたことは明らかである」(⑦四〇頁)。

第二に、「法の実体的価値」の側面に関しては、「ハーバードのプロセス法学グループは、官僚国家のどこかで、新しい形態の専門性が芽生えつつあるという曖昧な認識以上のものを提供することはできなかった」のである。実体的価値観の欠落といってもよからう。もちろん、プロセス法学の一部を形成する Harold Lasswell/Myres MacDougall による「積極国家の法の実体」に一定の秩序をもたらそうとする試みはあったものの、時代の「法現実主義的傾向」の中に埋没してしまったのである。アカーマンは、「伝統的法文化にとつて、法現実主義が有していた理論分析に対する軽蔑的態度のほう

が、積極的実践型・法原理のシステムの基礎付けに基づく法理論の再構築の要請よりもなじみ易かったのである」と指摘している(⑦四一頁)。

(4) 「福祉経済学」について

一 アカーマンは、第二次大戦前にはじまる「福祉経済学派(Welfare Economics)」についても、検討している。この学派は、L・Eの源流にあたる。この考え方は、功利主義的経済学の応用により「規範的問題」についても解答可能であるとする。その中心にあるのは、「Pareto superiority」の観念である。つまり、「AとBの間の取引が何人にも不利益をもたらさず、かつ、少くとも一方には利益をもたらすのならば、取引は正しい」とするものである(以上 ⑦八一―八三頁)。しかし、現実の法の世界では、Pareto superiority はそのまま妥当することはない。一方に利益が生ずるのは他人の不利益を犠牲としているからである。「Vの法的勝利は、Lの敗北を意味する」(⑦八五頁)。そこで、“hard cases”を解決するために「類推による論証」の方法を用いる必要がでてくる。「応用経済学者(the applied economist)」の立場である。「現実世界において、数多くの規範的諸問題をもたらす不手

「建設の法学」を求めて 渡辺

際な取引を、完全なる市場をもつ摩擦なき世界でみられる完全なる取引との類推」で考察するのである。つまり、“Pareto superiority”を所与の前提とし、これに従って、現実の取引の法的諸関係を改善するとき、「経済的に効率的である」と評価するのである(⑦八五頁)。

* アカーマンは、次の文献を「福祉経済学者」によるものとして引用している。Kaldor, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 49 ECON. J. 549 (1939); Hicks, The Foundations of Welfare Economics, 49 ECON. J. 696 (1939); Scitovsky, A Note on Welfare Propositions in Economics, 9 REV. ECON. STUD. 77 (1941).

二 アカーマンは、かかる法形式主義・実証主義的なアプローチ(⑦八三、八八頁)については、次のような問題を指摘している。

「完全に説得的な類推なるものは、存在していない。話者は、聞き手が、解決困難な事件の類推不可能な側面を忘れるように誘導するのに成功したときのみ、説得性のある類推をレトリックとして用いることができるのである。このことは、弁護士が長年の経験から熟知している

(八二五)三二九

ところである」(⑦八七頁)。

しかし、この場合、「摩擦なきユートピア」である“Pareto superiority”の世界で抽象的に想像される「仮定的契約」を論証に用いることは、何故、正当化されるのか問わなければならない。「現実の紛争解決上、仮定的契約を、合法的説明をするためのメタファーとして用いることについての正当化事由、及び、その利用の限度を示すような政治的合法性原理(The principles of political legitimacy)が何か」を問わなければならないのである(⑦八七、八八頁)。しかし、アカーマンは、この問題は、「応用経済学派」が答えを用意できない「政治哲学」の領域に属するものであるとする。従って、それへの答えは、「主観的価値判断」たるにとどまり、それ以上に、何故、現実の世界の運命が「非現実的な摩擦なき世界」で形成される「仮定的な契約条件」に従属しなければならぬのか、説明はつかないのである(⑦八八頁)。

(5) 「法と経済学」(シカゴ学派)について

一 一九六〇年代頃から台頭してきたL・Eとは、「効率性」概念が内容明確なる法的価値であり、全ての事件について

「効率性」の最大限実現を判断基準とすることにより、法的解決がはかれるとする立場をいう(⑦四三頁、八一頁)。基本的には、上記の「応用経済学」と同一の立場である。この立場は、後述のカーブス理論モデルによる「事実のシステムの側面」に着目して(④②①参照)、単なる「個別的不正義」だけではなく「構造的不正義」の是正をねらいとした点、また、その際、法現実主義のように“situation sense”と「直観」とに頼るのかえて、「効率性」を判断基準にした点に、一定の意義があったことを、アカーマンは認めるのである(⑦九三頁)。

二 しかし、アカーマンは、L・Eには様々な弱点があったとする。第一に、market failureを広いパースペクティブで捉えようとしなかったこと、後述の「リーガル・タイム・フレーム」が狭いことである(⑦八九頁、なお、④②②参照)。

第二に、「経済的効率性に還元しえないものは、むしろ矮小化してしまうことによって、価値の叙述を単純化している」点である(アカーマンは、これを“reductionism”として批判している。⑦九〇頁)。第三は、歴史的教訓に基づく問題点である。つまり、かつてのニュー・デイル対連邦最高裁の対立、そして、ロックナー事件の法理の敗北という経緯の中で、次の

ことが明らかになったのである。

「弁護士は、契約の自由という抽象的価値に大きな比重をおくことに警戒することを学んでいる。現実には紛争の対象となつてゐる権利について、応用経済学派は、完全な市場の世界で最大額を支払う契約者は誰であるのか探求するのであるが、ロックナー事件は、市場の効率性と社会正義とを同等視することが法的には愚行であることを教えてゐるのである」(⑦九〇、九一頁)。

第四として、「アメリカの法的伝統の有する基本的価値について歪曲した理解をしてゐること」である(⑦四三頁・注⑬)。アメリカ法の「底の深い文化構造」を研究できていない、とアカーマンは酷評してゐる(⑦四三、四四頁)。具体的に、ブラウン事件 (Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954)) では、アメリカの法大系が体现すべき「積極的価値」としての「平等性」が宣言されたのであるが、これは「経済的効率性」と調和しえないとする。「ポスナーがでざる最大のことは、我々の自由人としての労働のドル価値が奴隷としてのドル価値よりも高い限りは、偉大な神たる効率性を恐れるべき理由はない、と我々に確信させることであら

「建設の法学」を求めて 渡辺

う」(⑦九一頁)。しかし、アカーマンは、次のように指摘する。

「我々の法文化においては、奴隷制は平等の尊敬をえるという人間各人の有している基本的権利を否定するものであるから不正であると論ずることのほうが、奴隷制は非効率である限度でのみ不正であると論ずることに比して、論争となることは、はるかに少ないと思われる」(⑦九二頁)。

要するに、奴隷制の問題については、「配分」論のほうが「効率性」論よりも、問題なく一般的に受け入れられてゐるのであり、その限りで、「効率性」概念は、「我が国の既存の法システムに意義を与える方法としては不十分なのである」(⑦九一、九二頁)。

三 さて、アカーマンは、右の第四の批判でふれた「文化的伝統」に着目して、来たるべき「建設の法学」の課題は、「価値」論の構築、「アメリカの法的伝統のより豊かな再構築」にあるとする(⑦四三頁・注⑭)。

「アメリカの弁護士の任務は、価値全てを主観的であると想定することにはない。むしろ、熱心に give and take

(八二七) 三三一

※JOHN RAWLS, THEORY OF JUSTICE (1971).

をくりかえす弁証法をふまえて勝利をえようという望みを抱きつつ、公共のフォーラムで議論を展開することにある。別言すると、この伝統が教えるのは、全ての価値問題を解決するに足りる直観性はないかと探求する絶望的な試みをすることではない。むしろ、単純な解決は不可避的に単純な思考に頼ることになること、弁護士の第一義的な義務は自覚的な訓練を経た方法で複雑な法的ディレンマそのものに直面すること、争点の議論とその洗練化をするプロセスそのものも、公けの討論を継続するプロセスにより形成または再形成される主観的価値に劣らず重要であること等を教えているのである(⑦八九頁)。

(6) ジョン・ロールズの「正義」論について

一 ジョン・ロールズは、アカーマンによると、特有の「契約」論を用いることで、「市場」理論に新しい側面を付け加えたのである。

ロールズは、契約者を、自己の同一性に関して「無知」状態にある「オリジナル・ポジション」に置き、制約なき「市場」取引が生み出す不確実性にどう対処するのかを理論化しようとしたのである。

こうした思考方法の第一の意義は、法現実主義による「事実に極端に依存した直観性に基づく価値判断を行う努力」にかえて、むしろ、「我々の特定性ある社会についての具体的事実全てをうばわれた『オリジナル・ポジション』に立って、社会正義を考察したときにのみ、我々の特定・個別的な直観性は何かについての洞察は意味をもってくる」ことを示したことである。法現実主義の「直観主義」克服への第一歩といえる。

さらに、第二の意義は、「アメリカの積極国家に特徴的な法的構造を理解するフレーム・ワーク」を提供し、かつ、「西洋的自由主義の伝統に深く刻みこまれている合法性原理」と「積極国家的法構造」との関わりを明確にする役割をも果たした点にある(⑦九五頁)。則ち、

「かかる思考実験により、競争市場は、一方で、古典的自由主義的特徴をもつ市民的・政治的自由の保障をしていることとあわせて、他方で、最悪の状態にある階級に対する経済的諸力の再配分を継続する積極的法実践型システムを保障することによりコントロールされてい

る場合にのみ、うけいられることが明らかになるのである」(一九五頁)。

第三の意義としては、先述の「無知」論に基づく「最初の直観」の正当性について、「社会契約というメタファー」を用い、「アメリカ憲法主義の歴史的基礎」との連続性を示すことにより、これを担保しようとしている点である(一九六頁)。

二 以上のようなロールズ理論に対しては、アカーマンは、格別の批判は加えていない。ただ「積極的法的実践の合法性の基本的視座を規定するのには、より適切な方法」があると、それは、「論争のプロセス」それ自体に注目することであると述べて、自己の「建設の法学」における「法的価値」の再構築論へとつなげていこうとしているのである(一九六頁)。

(三) 「建設の法学」(一)——その行動綱領

(1) 「積極国家」の所与性

一 では、法思想史の反省をふまえたとき、いかなる内容の「建設の法学」を構築すべきなのであるか。アカーマンは、

「建設の法学」を求めて 渡辺

その分析にあたり、「建設の法学」が予定する法的実践の枠組み、乃至、弁護士の子定すべき法的活動の内容と活動の「場」の性格を、二つのモデル——「消極的法的実践(reactive lawyering)」モデルと「積極的法的実践(activist lawyering)」モデル——を設定して、説明しようとしている。

「建設の法学」とは、前者のモデルを後者のモデルへと修正することを、謂わば「行動綱領」とする、とアカーマンは考えているのである。そこで、我々は、最初に、何故、こうした「行動綱領」が必然的たるのかに關するアカーマンの認識について、ふれておきたい。「行動綱領」の正当性の論証について、アカーマンがどう説明しているのかという問題ともいえる。

「我々は、積極国家(activist state)に生きている」(一九七頁)。これが、「行動綱領」の前提になっているアカーマンの歴史認識である。「積極国家」とは、「社会の構造そのものが、政治的責任を負う国家官僚が自覚的な諸決定を継続的に形成することに依拠しているという認識」が妥当する社会である。軍事・経済・福祉は、マクロ経済学的操作に服し、また、福祉・貧困・人種・性差別も政治的課題となり、いずれもが「国家官僚が自覚的に関わっている組織的実践の結果」

と認識されている社会である。アカーマンは、「積極国家」は既にニュー・ディールの時代に始まっており、今や、その存在は所与のものとしてうけとめなければならないと理解しているのである(⑦二頁)。

二 アカーマンは、「積極国家」の登場の結果、「法文化」においても、法的事実認識と法的価値評価について新しい方向がでてきていることを肯定的にうけとめている。前述の法思想史の反省からも明らかになるように、「market failure and externality, Pareto efficiency, Rawlsian maximin」等が、特異な議論とはみられなくなってきている。アカーマンは、こうした新しい「レトリックの操作方法」を「建設の法学」として総合することこそ、「積極国家」のもとでは、必要不可欠と認識しているのである。何故なら、

「我々が目のあたりにしているのは、法的論証に関する斬新な形態の登場である——専門性と安定性を有するレトリックである。弁護士が依頼人の訴えを、権力の側にある者からみて説得力のある言語に翻訳することを望むとすれば、このレトリックを身に付けなければならない。そう考えている弁護士の数、増加しつつある。このレトリックとは、事実と価値に対する斬新な態度をとる

ことを前提とした権力の新言語 (a new language of power) である」(⑦三頁)。

つまり、「積極国家」のもとで、「説得的論証」をプロフェッショナル性の核心としている弁護士にとって、「権力の新言語」乃至「法の新たな話法(new law-talk)」を身につけることが必要になってきている、とアカーマンは考え、これを用意するのが「建設の法学」であると位置づけているのである(⑦三、四頁)。

では、「積極国家」・「権力の新言語」がもつめる「積極的法的実践」とは何であろうか。

(2) 「消極的法的実践」モデル

一 アカーマンは、「積極国家」において実現されるべき「正義」とは何か分析するため、その前提として、「純粹に消極的な国家(purely reactive state)」を仮定し、そこでの保守的・消極的な政治的諸前提の批判・克服を通して「積極国家的政治原理(activist political principles)」を抽出する作業を行うものとしている(⑧三三頁)。

「積極国家」モデルは、「見えざる手」が全てをコントロール

ールしていることを予定している。そして、軍事・防衛は自然の海に頼り、経済は「市場」に任せ、社会的正義は国民の自由な意思決定に委ねているのである（⑦二四頁）。「消極国家」のもとで成立する「法文化」は、「消極的プロフェッショナル文化（Reactive Professional culture）」にとどまる。

ここでは、一方で、「見えざる手で統轄されている軍事、経済、社会的諸制度の合法性」乃至「制度化された実践の効率性または正当性」について「弁護士が疑問にもつことを求めるような法的議論は一切認められないのである」（⑦二五頁）。他面で、「既存の社会実践から生じている社会的期待」（例えば、「約束遵守という実践」を称揚し、これを法的論証の前提とすることについては、なんら妨げないのである（⑦二五頁）。

こうした条件のもとで行なわれる「消極的法的実践」は、以下の特徴を有している。

① 既存の社会的実践を前提とした、個別的紛争の評価・解決のみ行う。

「法に関する唯一の決定的な問題は、不服申立をうけている行為が、制度化された既存の規範から逸脱しているか否かである。各々の弁護士は、既存の実践について説得的説明を与え、相手方の所為が逸脱的なものであり、自己の依頼人の行為は無

「建設の法学」を求めて 渡辺

罪のもの、正当化されるもの、あるいは、少くとも免責されるものであるかのようにうつるよう、試みるのである」（⑦二六頁）。

② 紛争当事者こそ「正しい決定に関連する事実と価値を展開する最適の地位にある」。また、「両当事者を代理する弁護士は、よき社会性ある市民であり、適用ある規範の拠り所となる支配的な社会的実践に精通しているのである」（⑦二六、二七頁）。

③ 陪審は、行為の逸脱性について最終判断を行う能力を有している。陪審とは、「法システムに対する人民の参加と人民のコントロールの典型的な例」として高く評価する（⑦二七頁）。

④ 他方で、立法不信論に立脚している。「制度化された期待の構造をさらに精緻化する際に、よき社会性ある人民が用いる複雑で、くもの巣の如き諸原理を、立法上定められる諸ルールの大系が反映することは期待できない」からであり、さらに、「立法部は、民主主義的に選出されているという事実のみで、傲慢で不賢明な法創造という奔放な行為を続けることは許されない。何故なら、陪審もまた、民主主義的な制度なのである。そして、消極国家的法創造の中心の問題を処理するのに、より適しているのである」（⑦二十頁）。つまり、「人民による立法に対する、素人による裁判の優位」である（⑦二八頁）。

(3) 「積極的法的実践」モデル

一 次に、アカーマンは「消極的法的実践」モデルと対比しつつ、「建設の法学」の行動綱領たる「積極的法的実践」モ

デルについて、説明している。基本的な差異は、前者のモデルの想定する「消極的法的実践型・弁護士 (reactive lawyer)」は、「専ら個々別々の逸脱を判断・決定することに関心がある」のであり(⑦二七頁)、特定の個々の不都合が「可視的」になってはじめて、その事件限りでの正義を実現することを目的としている(⑦三〇頁)。これに対して、「積極的法的実践型・弁護士 (activist lawyer)」は、これを「回避可能な困難」を放置するものとして批判する。訴訟、ロビイ活動のコスト、これらに伴う活動エネルギー、必要な組織力等を考えるとき、「数多くの制度的な『不都合』は、消極的法的実践型・決定形成者に『可視的』となるような形で表面にでてくることはない」からである(⑦三〇頁)。

以上に対して、「積極的法的実践型・弁護士」は、正に、「組織的機能障害」に関心を示すのである。つまり、「社会的諸実践全体が政治的に是認できるような態様で機能するために、さしあたり問題がなくともなお修正を必要とする行爲がないかどうか、その確定作業に関心がある」(⑦二八頁)。

この課題に則して、本モデルの特徴を列記すると、次のようになる。

① 法的事実の新しい方法を用いている。本モデルは、社会的諸実

践を全体として考えたときに、是認される態様で機能するように法的規制を行うのであるが、かかる法的規制を必要とする範囲を判断するには、「構造的考察 (structural account)」が必要である。「一定の行爲が生ぜしめている非効率性と不正義を回避し、または、改善するため、その行爲を再組織化する可能性を明らかにする諸事実を叙述すること、乃至、「特定の事実と社会・経済的コンテクストの中で解釈すること」則ち、「構造的事実設計 (structural enterprise)」を行うこと」(⑤二九頁)。

② 「市場交換」に伴う様々な社会的不正義を克服するように「市場」形態の調整を行うことを目的としている。つまり、具体的社会的実践が「社会の理想」に一致しているか否かという「抽象的な規範的考察」を行うのである。「社会工学」ともいえる(⑦三一、三二頁)。

③ 右課題を担う「訴訟」の目的は、当事者の所為が既存の社会的実践、期待されていた所為に比してどれほど「逸脱」しているのか争うのにとどまらない。「弁護士は、請求事項を既存の実践に照らして正当化するだけでなく、さらに、構造的正義を継続的に追求している法に照らしたときに、既存の実践自体が国家的支持に値しないものであると裁判所に説得することもある」(⑦三六頁)。

④ 「訴訟」の課題の修正は、訴訟の担い手・主体の変更をもたらす。つまり、以上の作業にとって、個別の紛争の当事者は、関連する事実全てを提供できるものとして、信頼することはできない。

「訴訟は、もはや、逸脱に関する相対立する二当事者間の紛争であり、少数の私人がコントロールするものとは考えられなく

なっている。積極的法的実践型・弁護士訴訟とは、原則として、多中心的紛争にも拡大可能なものである。ここでは、決定形成者が関連する事実は何か定義し、当事者の探求すべき価値を規定する上で積極的役割を果たすべきである」(⑦三三頁)。従って、「素人裁判」「訓練なき陪審」は、「必要な構造的事実記述」を担保する上で信頼できない。その役割は、官僚による権限濫用のチェックに見い出される(⑦三三、三四頁)。

⑥立法こそ「人民」の意思が表明される場である。「素人裁判に對して、人民による立法の民主主義的優位性」を強調するのである。

⑦但し、『私法』システム」と「構造的正義のための特殊・専門的な積極的法的実践型・諸制度」とは区別しておく必要を認めている。ただ、その上で、私的紛争の場面で、「構造的正義」の争点を取り入れることが必要であることは、上記のところから明らかである。従って、「消極的法的実践型(公的)法のシステムとの調和・調整の問題」を重視している(⑦三七頁)。

(四) 「建設の法学」(二)——その哲学

(1) 「建設の法学」の課題

一 以上のような「積極的法的実践」モデルは、「積極国家」において、何故、必要とされるのであろうか。このモデルを支える法学は、何であるのか。これが、次の問いである。別言すると、「積極国家」において「建設の法学」が、何故、

「建設の法学」を求めて 渡辺

必要なのであろうか。

先述のように、アカーマンは、「みえざる手」の神話の「終了」、レッセ・フェール型国家の復活の不可能、逆に、「積極国家」の所与性を承認している(⑦二一、二二頁。(三)参照)。問題は、「積極国家で追求されるべきパブリック・ポリシー等が法的議論上、ルーズな形で扱われていること」、「高度の法目的と、法的分析の低さとの間にギャップの存在すること」を指摘している。もし、これを放置すると、どうなるのであろうか。かつて、「ニュー・ディールは、『行政裁量権』に固執することにより、行政機関による決定形成の直観主義的スタイルを隠していた」のである(⑦七五頁)。つまり、「裁量権」とは、社会生活の諸事実との接触を失った行政機関の最後の拠り所となると思われる」(⑦七八頁)。とするならば、現代的文脈においても、「テクノクラート」による支配が貫徹される危険性が残されているのである。「公開の対話の継続(ongoing public dialogue)」で相互の「価値」観の設定性を検証することの意義を認めない「テクノクラート」による支配である。

「ある日、積極国家がテクノクラートによる専制という恐るべき形態をとって我々の上にくずれおちてくること

がないようにするには、積極国家の土台設定の段階で、弁護士が公開の対話にコミットする状態を継続しておくなければならないのである」(⑦二〇頁)。

では、「公開の対話」では、何が語られなければならないのか。アカーマンは、ここでは、第一に、**法的事実の再構築**がなされなければならないと考える。「夫々の特定個々の紛争」の個別性・特異性ではなく、「個別的紛争と、社会生活のシステムの、構造的緊張とを関係づけるような『事実の叙述』」をすることである。第二は、**法的価値の再構築**である。以下、夫々の側面についてみてみよう。

(2) 法的事実の再構築論

①カーアース・モデルの意義

一 アカーマンは、法的事実の再構築にあたり、カーアース理論を、「権力の新言語」と「法の新たな話法」を身につけた弁護士が(③(1)ニ参照)、「自己の依頼人の申立の意味を、決定形成にあたる官憲に設得するにあたって用いる新しい形態のモデル」として評価している。

* Ronald Coase, *The Problem of Social Costs*, 3 J. Law

& Eoon, 1 (1960).

では、カーアース・モデルとは、何であろうか。例えば、農場主が、隣接の牧場主の牛が自己の穀物を食べており、これを牧場主が放置していることについて、その紛争処理を弁護士に依頼した場合を、想定してみよう。この弁護士が、「完全に消極的法的実践型・弁護士」であるならば、彼は、「特定の行為の逸脱性」、つまり、「牧場主の行為は、コミュニティが、彼に求めていると公正にいえるものではない」ことを証明するという「限定された目的」しか考えない。この弁護士は、牧場主が故意に牛を越境させたことを陪審に説得しようとし、これに成功すれば、救済をえられるのである(⑦四七、四八頁)。この場合、

「以上から生じる『事実の叙述』は、紛争であることの明白な瞬間の周辺にきつしりと詰め込まれた諸事件を、有責任・責任阻却・違法性阻却等の従来から用いられている観念により重要性があると考えられる方向へと時を遡って記録するのが普通となる」(⑦四八頁)。

二 以上に対し、カーアース・モデルは、「摩擦がなくなり、完全に競争の行なわれている世界」を仮定するところ

からはじまる。「この世界には、超合理的な行為が主体が住み、彼等はその行為の有機的連関と、それらがもたらす意味全てを理解する能力を有している」(⑦六五頁)。従って、この世界では、取引コストは全くなくなる。「牧場主も農場主も、行為遂行上、コストを最小限にするように調整のできる時点では、自己の行為がもたらすであろう将来の結果について完全に予測することのできる立場にある」。「zero transaction costs」の前提である。こうした仮設モデルがどのような意味をもつか、もう少し説明してみよう。

例えば、先の事例で、牧場主は見張りを配置していたが、彼がたまたま雷にうたれてしまい、牛を制御できなくなった事情、牧場主は直ちに牛を牧場へひき上げさせた事情がでてきたとしよう。「zero transaction costs」の前提に立つと、カーアース・モデルに従う場合、

「牧場主は、牛の放牧活動を行うにあたり、雷で見張りがうたれる等の事情を考慮に入れたと仮定しなければならぬ。つまり、取引コストがないと仮定したならば、我々の牧場主は、雷がなり出す前に、カウボーイが事故にあったとき、その期間、牛をコントロールするという目的だけのために、別のカウボーイを雇っておくことが

「建設の法学」を求めて 渡辺

できる完全な地位にいたことになる。そして、諸事情を衡量した上で、牧場主は余分のカウボーイはコストに値しないと判断したとすれば、彼は、雷が彼に不利益をもたらすことになったとしても、これを『回避不能の事故』によるものと主張することはできないのである。むしろ、農場主の作物の破損は、労働者を余分に雇わないでおくという牧場主の意識的決定のもたらした予見可能な結果なのである」(⑦五〇頁)。

但し、他面で、農場主もかかる条件下では牛が穀物をくいあらす前にこれを防ぐ手段をとること、例えば、フェンスを設置することができたはずである。カーアース・モデルによれば、牧場主が一人余分に雇っていなかった事実とともに、農場主の側がフェンスを設置しなかった事実も、ともに等しく critical fact なのである。つまり、このモデルに立脚すると、

「Lawyer-economist は、特定の紛争の特定の原因を探求する方向で事実をとりあげるのではなく、複数の要素が、長期間にわたり作用し、法に対して我々が抱く不満足をもたらずのいかに役立っているのかを認識できる

(八三五) 三三九

ような因果関係の概念を設定しようとしているのである」(⑦五二頁)。

②「リーガル・タイム・フレイム」の再構築

一 つまり、カーアース・モデルでは、紛争とその原因を把握するための諸事実の因果関係を分析する時点が、「消極的法的実践」モデルの場合と全く異なるのである。アカーマンは、これを、「リーガル・タイム・フレイムの再定義」(re-defining the legal time frame)の問題として位置づけるのである(⑦五二、七二頁)。基本的には、「裁判所、行政機関、立法者の注目するところとなる特定個々の紛争問題は、より深刻な組織的機能障害の兆候にすぎない」という認識に立っている(⑦六二頁)。「紛争として明白な事態は、実は、社会の組織の崩壊という、潜在しているより大規模な問題の反映として意味を有しているのである」(⑦五四頁)。従って、因果関係の把握の時点は、「消極的法的実践」モデルよりもはるかに過去に遡ることになる。アカーマンは、これを、“narrow temporal frame”に対する“broad temporal frame”と称している(⑦五四頁)。

つまり、「消極的法的実践」モデルでは、牛が穀物を食べ

はじめた瞬間から「事実の叙述」がはじまるのであるが、カーアース・モデルからみると、これは、既に、「フィナーレ」にはいつているのである。むしろ、因果関係は、各行為者が紛争であることが明白な一定の状態に至ってしまった瞬間からはじまるのではない。カーアースの仮定によると、弁護士は、自己のストーリーをもっと早い時点からはじめなければならぬのである。つまり、当事者が紛争を完全に回避できなかったであろう方法で、彼等の行為を再編成しえた時点である」(⑦五三頁)。問題の焦点は、法的事実の再構築によって、「紛争が表面的な日常生活の上では処置不能と思われる場合でも、市民が紛争の除去とまでいかなくとも、その一定の解決ができるような方法で、法が組織の諸形態を再構築しえる可能性」を明らかにすることにあるのである(⑦六二、六三頁)。

③「建設の法学」的概念法学

一 アカーマンによると、事実の叙述とは、以上のように、「構造的問題」を剔出し、これを「適切な法的対応」に架橋することのできるものでなければならぬ。別言すると、裸の事実から法的事実を抽出する方法の再構築が課題なのであ

る。アカーマンは、この方法を探求するにあたり、かつて法現実主義が「法形式主義」「無味乾燥の概念主義」を批判したことの後遺症が、今も続いているとみている。「法形式主義」に対する敵意が継続しているが故に、弁護士は、現代という時代にありながら、事実認識不能状態に閉じこめられている(⑦六六、六七頁)。しかしながら、現在進行中の情報プロセスの革命の故に、「歴史上、初めて、積極的法実践型・法的決定にとって極めて重要な構造的事実の整然たる実証的分析ができるようになってきているのである」(⑦六七頁)。すると、今、正に、必要とされているのは、「法が対処しなければならぬ社会的現実の構築において、弁護士に指針を与えるような基本的諸前提」を提示すること、つまり、「モデル建築家(model builders)」の作業である。

別言しよう。アカーマンは、一方で、「積極国家的諸価値の法的追求」の前提として、「弁護士が最低限度のコンピュータ処理能力を身につけている」ことが必要であるとする。「法的現実のコンピュータによる構築」である。これを前提にして、「統計学的論証」「形式論理的モデル化」を行なうことが、「建設の法学」の条件であるとみている(⑦六八頁)。

「建設の法学」を求めて 渡辺

他方で、以上のような「事実分析の新しい形態」は、法現実主義者には全くなじみのないような「法的一般化」をもたらすことになる。つまり、かつては、コモン・ロー上、"unsurance" "products liability" "fault" など異なるラベルが夫々対象としていたものが、実は、複雑、多様な内容をもつにせよ、「市場」の同一の機能障害をとらえているという構造が明らかになっている。「事実の同一性の認識は、新しい統合を求めようとする自覚的な動機をもたらす。客観世界(externality)をシステムの方法で考察し、かかる新しい分析がとらえる諸事実を確実に処理するように法を再構築する時がきたのではないか」と問題を提起するのである(⑦五九頁)。つまり、「個別的紛争と社会生活のシステムの、構造的緊張とを関係づけるような『事実の叙述』」(⑦二〇頁)、「一言でいえば、「構造としての事実(structural facts)」の認識を行なうことにより、「積極国家的」「正義」を求める新たな法的価値の再構築作業へと架橋していくことのできる新たな概念法学の構築を目指そうとするのである(⑦六二八頁)。謂わば、「建設の法学」的概念法学といえよう。

(3) 法的価値の再構築論

① 法的価値論の課題

一 では、「建設の法学」の目指すべき法的価値とは何か。

例えば、スラム街の賃貸人と賃借人の間で「取引力の平等」があるので、なんらかの方法で、「積極的法的実践家の配分的正義の観念」を実現するため、さしあたり、賃借契約に居住可能性の保証義務を課すべきか否かが問題となっていくとしよう。この場合、必要となるのは、かかる保証義務が right or wrong であるのか否かの考察ではなく、「賃借市場の構造」自体に関する情報入手なのである。しかるに、今日の裁判官世代は、個別的紛争にしか目が向かないため、「自己の判決がもたらす財の配分上の結果について、おおよその推測を行なう職業的訓練も意向さえも有していないのである」(⑦七三、七四頁)。しかし、本例の場合、問われるべきなのは、「事前的判断として、かかる保証義務が、スラム居住者階層全体に利益を与えうるか否か、与えんとすれば、平等主義的再配分が、我々の法大系上、積極的価値であるかどうか、もしそうだとすると、こうした平等主義的目的の追求は、保証義務というコモン・ロー形態の再形成と regressive income tax のような公法的処置を新設するのと、いずれが公正であるのか、あるいは、両方を用いるのが公正なの

か否か」であるとする(⑦七四頁)。

二 総括的に述べてみよう。法現実主義とは、事実論においては、個々の紛争に関する諸事実の個別性・特異性を強調し、価値判断の方法としては、「直観主義的アプローチ」乃至 "intuition sense" 信頼論を採用し、そして、価値の實在については、原則として、「レッセ・フェールの伝統」を維持しつつニュー・ディールの価値との妥協を図るというものであった(⑦二〇頁)。これに対して、「建設の法学」における法的価値論は、「アメリカ人民がはじめて積極国家主義を信奉するに至った際の基本的理想」(⑦二〇頁)、「ニューディールの約束」(⑦一〇六頁)を実現することを、課題としているのである、とする(⑦二〇頁、六九頁)。

では、アーカマンは、かかる法的価値の判断の方法はどうするのであろうか。また、彼のいう「ニュー・ディールの約束」の实体は何なのであろうか。以下、この点についてみてみよう。

② プロセス的価値——「リーガル・ダイアローグ」

一 アーカーマンは「建設の法学」によって、「積極国家的正義」を実現するためのプロセスとして「リーガル・ダイアロ

ング (legal dialogue)」を重視している。即ち、

「法文化とは、会話を濾過する幅の広いフィルターと考えられるべきである。このフィルターを通して、合法性の問題が提起した法的な会話の中に入ることが許されるのは、正当化事由として可能なもののうちごく少数だけなのである。このように、法的に制約された会話こそ、アメリカ人がその歴史を通して各人に対する権利と義務の基本的性質を明確にしようとして頼ってきた文化的コンテキストを提供しているのである。建設の法学を担う弁護士が一般市民に提供できるもっとも大なるサーヴィスとは、仮設としての社会契約の条件を省察することでなく、法的会話とその継続に必要な適切な構造について省察することなのである」(⑦九七頁)。

こうした「リーガル・ダイアログ」の重要な特徴として、対象の包括性がある。つまり、「現状のもとで不利益をうけている市民」は、「契約、財産、家族、市場」などの「基本的諸制度」の「合法性自体に疑義を投ずることが適切にできる」のである(⑦九七、九八頁)。他面で、対象設定の包括性の結果、逆に、「我が国の基本的諸制度」が「全体主義へ

「建設の法学」を求めて 渡辺

と変身すること」を防ぐ必要もある。とアカーマンは指摘する。このため、「リーガル・ダイアログ」に「中立性原理 (principles of Neutrality)」を内在化させようとしている。これには、二つある。即ち、

「第一の原理は、憲法の Establishment 条項と Free Exercise 条項の一般化である。これにより、市民は、他の市民より本質的にすぐれた道徳世界への洞察力を所持していると主張することにより法的権利を正当化することは、禁止されるのである。第二の原理は、平等条項の解釈に基づくものである。これにより、権利の担い手が、他の同胞市民よりも本質的に優秀であると宣言することを手段として、自己の権利所持を正当化するような法的認識を禁止するのである」(⑦九九頁)。

③実体的価値論——「市場」の修正

一 アカーマンは、右のような「リーガル・ダイアログ」論とともに、「積極国家」にふさわしい「より人道的で、より正義に適した社会の建設」に必要な実体的価値についても一定の枠組を提示している。かかる実体的価値を導く前提として、アカーマンは、「我々自身の世界は、貧困・人種差別

・性差別がパターン化し深く刻みこまれている」という現状認識をしているのである(⑦一〇〇頁)。では、「積極国家」は、こうした社会的不正義をどのような方向で解決するべきであるのか。アカーマンの選択は「レッセ・フェール型政府のロッキ的原理」でもなく、「マルクス主義的集産主義」でもないとする(⑦八〇頁)。

「右翼も左翼も、我が国の現代の法的情況をあまりに単純化しすぎている。我が国の法情況に顕著な複雑性は、ロッキ的レッセ・フェールから脱却しつつも、マルクス主義的集産主義への道もとらないというニュー・ディールの努力によって生み出されたものである。ロッキとマルクスの追随者は、両翼の中間領域を同じように軽侮している。しかし、課題とされるべきなのは、かかる中間領域の高処を占拠することをねらいとする法システムの見取り図を、活性化させることである」(⑦八〇頁)。

二では、「両翼の中間領域」の「高処」とは、具体的にいかなる価値観に満ちているのか。アカーマンは、「市場の効率性の盲目的認知」でもなく、「自由交換の理想の単純な否定」でもないとする(⑦一〇〇頁)。むしろ、

「我々にとって、契約の自由が法的な意味をもつのは、個々の契約者に対して、政治的市民的権利に劣らない程度に、経済的諸力の公正な共有を保障する制度的フレームワークの範囲内においてである。市場の自由をこうした大規模なフレームワークの中に位置づけて正当化を与える理論こそ、既存のアメリカ法の理解に役立つ一般的な解釈の設計図を提供しえよう」(⑦九四頁)。

つまり、前述の「自由なるリーガル・ダイアログの果たすものは、市場の自由の条件付きの認知である——つまり、市民各人が、自由な教育をうけ経済的諸力の公正な共有をえた上で市場に参加する権利を認知し、実効性を与えることを条件とする認知である」(⑦一〇〇頁)。そして、アカーマンは、こうした条件のもとでは、「効率性」を「法的価値」としてとりこむことができる、と考えているのである(⑦一〇〇頁)。要するに、「市場システムの自由主義的合法性のための社会的前提条件の確立」が、アカーマンの求める法的価値の実体なのである(⑦一〇〇頁)。

(五) 「建設の法学」の「解体」——我々の総括

(1) 法思想史批判

① 法現実主義について

一 以上のようなアカーマンの「建設の法学」に対して、我々は、次のような疑問を抱いている。最初に、「建設の法学」的法思想史研究の批判からはじめよう。

さて、アカーマンによると、ニュー・ディール以降、レッセ・フェール型国家は崩壊し、「積極国家」が誕生していたが、概ね、一九六〇年まで、弁護士・法学者は、なお、「消極的法的実践」型法律観に立脚していたのである。競争「市場」が原則であり、国家干渉は逸脱であるとする法思想である。ここに、謂わば、「ポスト・ニュー・ディールの矛盾」が存在していたのである(④一六二八頁)。そして、この矛盾を正当化したのが、法現実主義の「直観主義・個別事件中心主義」であるというのが、アカーマンの評価である。もちろん、アカーマン自身も、法現実主義が、「ニュー・ディール型自由主義」の価値観を「直観」の中にとり入れ、これを支えた側面があったことを否定してはいない(二)(1)②、③(参照)。しかし、本質的には、伝統的コモン・ローとレッセ・

「建設の法学」を求めて 渡辺

フェールを防御する保守的理論と位置づけているのである。

もとより、こうした法現実主義観が、「極めて異例」であることは、一般に承認できよう(④一六三三頁)。何故なら、ダグラス、ブランド等、法現実主義者の中から、ルーズベルト政権に参加してこれを支えた者がいたことは周知のことである⁽¹⁾。また、法現実主義の実験主義が、「レッセ・フェール型自由主義」的正義の虚構性と反社会性を明らかにするに貢献したことも、ほぼ周知のことといえよう⁽²⁾。「法現実主義は、法的判断形成上重要なのは、価値及び結果であって、法的論証ではない」と教えてきた。また、法現実主義は、政治綱領としてはニュー・ディールと同一のものと考えられている。ニュー・ディールの登場の少くとも部分的な理由は、社会的正義の基本問題が無視されていたことにある。さらに、ウォーレン・コートは、法現実主義の拡大であり、その実現とも考えられているのである」(⑥七三一、七三二頁)。こうした観察が、一般的なのである。

そうであるにも拘わらず、アカーマンは、現代社会の法的諸関係の特徴である「多中心性 (polycentric)」(⑦三三頁)に対応すること、つまり、紛争処理が当事者以外にも広く影響を与えるものであり、「政策」的考察が必要であること、

要するに、「積極国家」に対応する法学を「建設」すること
 という彼自身の視座設定に立脚して、特に障害となる「直観
 主義・個別的事件中心主義」と概念、法、学、拒絶、症とを克服する
 ために、法現実主義を「保守的運動」として断罪してしま
 う必要があったのである。

- (一) 如くもたゞり see, Edward A. Purcell, Jr. American
 Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and
 the Crisis of Democratic Theory, (originally printed,
 1969) in: LAWRENCE M. FRIEDMAN AND HARRY N.
 SCHEIBER, ed., AMERICAN LAW AND THE CONSTITU-
 TIONAL ORDER: HISTORICAL PERSPECTIVES, at 359ff.
 (1978). なお、see, WILLIAM O. DOUGLAS, GO EAST,
 YOUNG MAN (1974).
 (二) 如くもたゞり see, EDWARD WHITE, PATTERNS OF
 AMERICAN LEGAL THOUGHT, at 99ff. (1978).

二 我々も、法思想史の研究とは単なる記述ではなく、現状
 分析と将来の展望との緊張関係を維持しつつおこなわれるも
 のであると考えている。従って、法現実主義の評価が、展望
 的視座設定如何により変化していくこと自体については、も
 とより反論する必要を認めない⁽¹⁾。しかし、アカーマンの法思
 想研究自体も、「建設の法学」の依って立つ「リーガル・ダ

イアローグ」の一部を構成するものであるとすれば、自己の
 視座に従って法思想史を謂わば多かれ少なかれ歪曲する作業
 が、プロセス的価値の無瑕性を損っていないか冷静に見定め
 必要がある(後述③④参照)。

次に、アカーマンのいう「法現実主義」については、凡そ
 三〇年代頃のものを目指すかと推測されるが、特に人と文献の
 引用がないので、定かでない。我々は、所謂法現実主義につ
 いては、④ホームズの『法の道』論文の代表する、法形式主
 義に対する雑然たる批判の時代、⑤一九〇〇年代から一九一
 〇年代まで、革進主義の時代を背景とする楽観主義的傾向の
 時代、⑥一九二〇年代から一九三〇年代まで、大恐慌からニ
 ユー・ディールの登場と併行する、ヒビリズム的傾向の時代⁽⁴⁾
 ⑦一九四〇年代以降、法現実主義転向の時代に区分して考察⁽⁵⁾
 であるのではないか、という仮説を立てている。とすると、
 アカーマンのいう「直観主義・個別的事件中心主義」がどの
 時代の法現実主義にもっともあてはまるのか、別言すれば、
 法現実主義固有のより建設的な法的論証方法はなかったか否
 かを研究して見る必要があると考えている。

(一) 例えば、ホームズ法学の評価の時代的推移について see,
 G. EDWARD WHITE, op. cit., at 194ff.

(2) O.W. Holmes, "The Path of the Law," 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

(3) 40 366 だぐ see, Joseph W. Bingham, Legal Philosophy and the Law, 9 ILL. L. REV. 98 (1914); Arthur L. Corbin, The Law and the Judges, 3 YALE REVIEW 234 (1914).

(4) 40 366 だぐ JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND, (1930).

(5) See EDWARD A. PURCELL, JR., THE CRISIS OF DEMOCRATIC THEORY, at 159 ff. (1973).

(6) See, ex. Max Radin, Statutory Interpretation 43 HARV. L. REV. 863 (1930); idem, Realism in Statutory Interpretation and Elsewhere, 23 CAL. L. REV. 156 (1935).

② C・L・S について

一 アカーマンの「建設の法学」の正当化は、「積極国家」の登場・安定という社会経済的基盤の変化が、「建設の法学」を必然的たらしめているという議論である(後述)(4)①参照)。「アカーマン」は、法思想とは、空極的には外在的決定因子で根をおろしている変数的要素であるとしている。理念は、既存の政治組織の態様に依存しているとする見方は、実は、科学的マルクス主義の機能的決定論と非常によく似ている」

「建設の法学」を求めて 渡辺

(2) 二五六頁)。のみならず、他にも、①社会的事実の「構造的」把握の方法、②既存の社会的実践の合法性自体を懐疑の目でみること、③法と政治とみてゐること等、「建設の法学」とC・L・Sは、法学方法論としては共通する面が多い。ただ、アカーマンは、あくまでも、「自由主義」的な「積極國家」を志向するのにとどまる。この結果、過度の國家的干渉を排すために「制限的政府」論を維持し(2)三二頁)、他方、実質「市場」による「効率性」の追求に主たる実体的価値を見出し出しているのである。つまり、C・L・Sと「ントリック」は共有しているが、「イデオロギー」は異にしている、と我々はみることができると考えている(2)九二五頁)。やや極論すると、そうであるが故にこそ、「建設の法学」とは、C・L・Sとのイデオロギーの正当性を争わねばならず、本書の仮敵は実は、C・L・Sに他ならないのである(2)七五五頁)。

③ プロセス法学について

一 プロセス法学は、紛争の多中心性に応じて、立法、行政、司法、私的自治四つの法創造システムにその処理を配分することを第一の前提とし、司法的解決にあたっては、判断主体

(八四三) 三四七

の思考を規制するために reasoned elaboration を用いること、つまり、平等処遇のルールと法と社会的制度に内在する政策・原理の発見・適用を行うことを第二の前提としている。そして、実体的価値⁽¹⁾としては、社会的「バイ」の拡大と個人の自由への信頼に立脚している。つまり、大枠としては、「建設の法学」と同じく、正に、「建設」の設計図を描こうとしていたのである。かつ、両者には、いくつかの親近性がある。第一の前提は、アカーマンの「積極国家」の所与性の議論では、曖昧にされてしまっているものの、この中にとりこまれているとみれる。第二の前提は、「リーガル・ダイアログ」の「中立性原理」と等しい。社会的「バイ」拡大論は格別として、個人の自由への信頼は、アカーマンの「建設の法学」の基本でもある。とすると、プロセス法学と「建設の法学」とは、「建設」の設計図のみならず実体的価値をも相当程度共通にしているとみることができそうである。では、プロセス法学を、アカーマンの如く、歴史的過去として否定し去るだけですまされるのか否か、今一度反省してみる必要があるのではなからうか。

(一) See, H.M. HART/A.M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (Tent., ed., 1958).

④ 社会学的法学について

一 プロセス法学の評価の低さとともに、我々は、アカーマンの法思想史上、社会学的法学が正面から対象とされていないことに、重大な関心を寄せている。一般には、一九世紀末の法形式主義を批判・克服したのは、一方における法現実主義と、他方におけるロスコー・パウンドの社会学的法学であったと理解されている⁽¹⁾。のみならず、パウンドは、二〇世紀初頭までの歴史学派・自然法学派・実証主義に至る法思想史の批判的克服、自由「市場」保護から社会的弱者保護へという社会的正義の変化に着目し、かかる社会的価値を法的価値へ媒介するための「利益」論、「文化国家」のあるべき方向を示す「法的公理」論を構築したのである。つまり、法形式主義破壊、後に来るべき「建設」の見取り図を示したのは、社会学的法学ではなかったのか⁽²⁾。ましてや、アカーマンの見る如く、法現実主義を「レッセ・フェール型自由主義」のあらたな法学的イデオロギーと位置づけるとすれば、後者を批判した社会学的法学の意義は、さらに大きくなってくるのではなからうか。我々は、プロセス法学、そして、パウンドの社会学的法学へ遡って、今一度、真の「建設の法学」の淵源を見直してみるべきではなからうか。

(1) See, G. EDWARD WHITE, op. cit., at

(2) ちりめたり、³ サンドの次の論文 参照。 Roscoe Pound, The Need for a Sociological Jurisprudence, 19 THE GREEN BAG 607 (1907); idem, Mechanical Jurisprudence, 8 COL. L. REV. 605 (1908); idem, Liberty of Contract, 18 YALE L.J. 454 (1909).

⑤ L・Eについて

一 アカーマンの「建設の法学」とは、「積極国家の政治革命と、カーアースのシステムの探求の方法論的革命とを統合して、一種の新しい自由主義的な科学としての法学を創造するものである」といえよう(②二五二頁)。では、同じく、カーアース理論モデルを出発点とするL・Eとは、どこが異なるのであろうか。L・Eは、原則として、自由「市場」の機能に強い信頼をおき、「市場」への国家的干渉は、例外的な次善の策としてのみ考えるにとどまる。これに対して、「建設の法学」は、「現代社会と現代経済の複雑性のため、市場における紛争処理を妨げるような transactional problems が常に生じていると認識している」のであり、「市場の病理」の「漫延」を防止していくためには、「法的介入中心主義 (legal interventionism)」乃至、「積極主義 (activism)」

「建設の法学」を求めて 渡辺

を「不可避の生活事実」と考えているのである(②二五四頁)。法的実体的価値を、「市場」における「効率性」のみに求めるのか、それ以外に、非「市場」的な「法的伝統」に根ざした正義も加えるのか、の差であるともいえる。

ただ、我々としては、第一に、「効率性」論、さらに、これを広げて、功利主義的価値論が、謂わば道徳的実体的価値をとりこむことが凡そできないのか否か、新ためて、検討し直す必要があると考えている。第二に、「市場」的「効率性」と非「市場」的「法的文化」的価値とが、価値論として矛盾を生じないか否か、さらに、後者の「法的文化」に根ざす価値を法的価値として認識する方法論に問題はないかも、検討の余地があるように思える。

(2) 法的事実の再構築論批判

一 アカーマンによると、カーアース理論モデルの意味は、紛争発生後にその適正化をいかにやるのかに焦点をおくのではなく、紛争発生自体を抑止するには、いかなる計画が必要かに焦点をあてたところにあり、これこそ「積極国家」の時代にあつて、社会生活の事実を記述する最良の方法である、と考えている(⑥一八八四頁)。しかし、かかる事実の「再

(八四五) 三四九

構築」は、実は、「イデオロギー的フィルター」を通して成立している、と我々は考えるものである(⑩八七一頁)。確かに、L・Eは“narrow” time frameではなく、“broad” time frameを採用している。しかし、我々は、次の観察に共鳴する。

「アカーマンの“broad” temporal narrativeは、消費者と生産者の敵対的関係の歴史的起源を考慮するほどまで、回顧的視野拡大をおこなうものではないのである。また、この“broad” frameは、伝統的な市場の捉え方をこえてまで、コストについての考え方を拡張していくものでもないのである。つまり、市場は、我々自身を相対立する自己存在へと分裂することを強いているのが現状である——時には、高い給与にしか関心のない労働者であり、時には、低い物価にしか興味のない消費者となることを余儀なくしているのである。この場合、市場は、人間疎外とコミュニティーの統一性の喪失という視座からみた一定の代価を要求しているのである。ここにいうコストの考え方の拡張とは、こうした代価を含めることをいう。しかし、それをしないとすると、“broad” frameは、潜在的にはその範囲内にあるはずの社会関係を観察

する方法を除外しているのである」(⑩八七四頁)。

二 つまり、アカーマンによると、「我々の社会的諸関係は、経済的諸交換という一面的な計算方法に還元されてしまう」のであり、かかる計算方法は、「我々個々人を超越しているが故に、『客観的』にみえる」が、こうした観察方法を選択すること自体の正当性は論証されていないのである(⑩八七五頁)。しかも、社会諸関係中、「市場」の商品または価格に還元することができず、あるいは、コスト・ベネフィット計算方法に適さない側面については、これを考察から除外、あるいは、矮小化する作業が行なわれているのではなからうか。とすれば、アカーマンの法的事実再構築論の客観性・科学性は、はなはだ疑わしいものとなる、と我々は考えている(⑩八七六頁)。

(3) 法的価値の再構築論批判

一 アカーマンの法的価値論に対する我々の最大の疑問は、法的事実再構築論からいかにして、彼特有の価値論を導き出せるのか不明確なことである。「構造的事実」論からは、価値原理はでてこない(⑩九二六頁)。結局、アカーマンはこれ

を直観的にとりこんだのにすぎないのではなかるるか(⑥八六〇、八六一頁)。

①二つのモデルの意味

一 アカーマンの法の世界とは、(四)(③)(④)で示された価値論に従うと、「消極的法的実践」の世界を保護するために「積極的法的実践」の世界が存在するという二重構造になっている。前者は、「客観的な『見えざる手』が支配する、独立の契約当事者が構成している消極的な私的な領域(乃至『静謐な公海』)」であるのに対し、後者は、「自覚的な主観的な働きかけにより、『自然』の領域を侵害することにより『介入』を行う、積極的な公的な領域」ともいえる。この二つのモデルは、実は、アカーマンの法的世界における「客観的事実」と「主観的価値」に該当するものなのである。つまり、「積極的法的実践」モデルとは、「見えざる手が自然的事実として働いている客観的領域に及ぼされる」「価値」を示すものとして意義があるのである。アカーマンの法構造上、「法的価値判断は、みえざる手に対する介入が、いつ適当であり、介入はいかなる形態をとるべきかという問題に限定されることになる」。つまり、アカーマンは、かつて法現実主義が解体

「建設の法学」を求めて 渡辺

の対象とした「みえざる手」の支配するコモン・ローの世界を、「純粹に客観的で非政治的」な事実界としてそのまま受け継ごうとしているのである。結局、アカーマンの法学とは、基本的には、「既存の支配形態を社会権力の客観的乃至自然的な形態として美化することによりその再生産を助けている」のにすぎず、一見、自由主義的な改革主義者のイデオロギーと映る部分は、「私的な」経済の世界」を温存するのに必要・不可欠の国家的干渉を正当化する役割しか果たしていないのである。アカーマンの法の世界は、「保守的で、退嬰的潮流」を示しているものと、我々はみている(以上につき、⑩八七八、八七九頁参照)。

②「リーガル・ダイアログ」の意味

一 アカーマンによると、「建設の法学」では、「リーガル・ダイアログ」というプロセス、自体に道徳的価値を認めている。このプロセスこそ、道徳的訓練の場であり、道徳的価値観の相対立する中から、もっとも妥当な価値を抽出することのできる場と考えているからであろう(④一六三―一頁)。そのような弁証法的機能を担保するために、二つの「中立性原理」、つまり、思想の多元性とその自由の保障、及び、人間の

(八四七) 三五二

個人としての尊厳とその平等性の保障が必要とされているのである。しかし、プロセス的価値として、道徳相対主義と自由主義に立脚する以上、既に指摘している如く、アカーマンの主観的な実体的価値——ロックとマルクスの排除、自由市場の原則的維持と若干の社会政策・福祉政策による修正——が、必然的に選択される、とはいえなくなるはずである。とすると、プロセス的価値を前提にしない実体的価値を正当化できる論理は、アカーマン法学の中には用意されていないはずである。

加えて、アカーマンは、「リーガル・ダイアログ」による「建設の法学」の構築にあたり、¹¹法現実主義↓レッセ・フェール型自由主義¹²・L・E↓ニュー・ディール型自由主義¹³という、異例な捉え方ができることを前提にした。法現実主義者は、彼等の活躍した時代には、もっとも急進的であり、ニュー・ディールを支えるものとみられていたが、実は、保守的であったのであり、カーアース・モデルを祖とするL・Eは、市場への政府の介入を一切否定しているのに、実は、「積極国家」を精緻化し完成するのに貢献しているというバラドックスの妥当性を前提にしているのである(④一六三六、三七頁)。

プロセス的価値は、こうしたバラドックスまで正当化できるのであろうか。結局、アカーマンは、中立性原理に基づく理性的なダイアログを規制する別の「力」の存在を暗黙に肯定しているのではあるまいか。則ち、カII政治の權威を前提にしているのではなからうか。この点は、以下で、もう少し、論じてみよう。

(4) 「建設の法学」の權威性・保守性

①言語の權威性

一 アカーマンは、「建設の法学」の妥当性乃至説得性を、まず、「必然性」に依拠せしめている(⑥一八八六—一八八八頁)。第一に、「積極国家」が既に登場したという歴史が、この理論の選択を必然ならしめるとしている(③(1)一参照)。第二に、現に、法システムは、アカーマン理論の理念を選択していること(同上、参照)、及び、第三として、将来、弁護士が、法現実主義に影響をうけた、法形式主義に対する敵意のために、事実認定能力を喪失するに至ることを回避することもまた、この理論の「必然性」を示している、とアカーマンは理解しているのである(③(2)①一参照)。

ただ、歴史的必然性論に立つと、何故、「ニュー・ディール

ル型自由主義」でとどまらなければならないのかについて、もう少し補足説明を要する。つまり、何故、誰もが「積極国家」の本質的価値であると得心した範囲に限り、これを法的に保護するという現状追隨的法学にとどまることが、歴史的に必然なのかの説明が必要なのである。レッセ・フェール型政府からニュー・ディール型政府へと歴史が変化することを認めるとすれば、ニュー・ディール型を克服する新たな政府形態を展望することもできるはずである。

他面で、弁護士の「良心」へのアプローチを基礎におく「自由な選択」に信頼したときにも、アカーマンは、「建設の法学」が選ばれると確信している。「良心」へのアピールとは、第一に、法学教育への注意の喚起である。「ロー・スクール学生が統計学的論証と形式論的モデル形成について、いささかも理解することなく卒業していくのを、我々が容認している事實は、プロフェッショナルとしての責任を放棄するスキャンダル以外の何ものでもない」とアカーマンは、指摘するのである(⑦六八頁、なお、④③①二参照)。第二は、ニュー・ディールの「約束」の実現をしなければならぬという使命感である(⑦六九頁、一〇九頁)。

二 しかし、我々は、以上の議論には、若干、疑問を抱いて

「建設の法学」を求めて 渡辺

いる。アカーマンの考え方によると、特定の政治的経済的構造、乃至、秩序に対応する言語形態はひとつしかないことになる(⑥一八八七頁、⑤二五六、二五七頁参照)。しかし、アカーマンは、「建設の法学」の法的価値論にとっては、「リーガル・ダイアログ」の重要性、その中立性が不可欠であると論じていた(④③②参照)。ここでは、道徳的価値相対主義が前提になっていたはずである。つまり、「同一の社会的条件についても、多数の法理論により弁護可能であるし、多様な言語で議論することができる」ことが前提となっている(⑥一八八八頁)。先述の「良心」へのアピールが説得性をもつのは、こうした前提に立つからである。そうとすれば、かかるプロセス的価値の保障を行う限り、「建設の法学」が選択される「必然性」は、ひとまず否定しなければならないのはなからうか。アカーマンのプロセス的価値における自由と、実体的価値における必然性とは、調和しえないのである(⑥一八八九頁)。にも拘らず、「建設の法学」が妥当であるとするならば、それは、「建設の法学は、privileged vocabularyを提供していると主張するものであるが、この結果、……他にも成立可能な言語と、究極的には、他にも成立可能な法的、社会的秩序とに関する探求そのものを全面的に制約

(八四九) 三三三

してしまふ」(⑥二五七頁)ことを意味するに至る。

つまり、アカーマンの「建設の法学」とは、言語の権威性、に頼り、そのことにより、「ダイアログのプロセス自体の道徳的無瑕性」を損う議論へと至るのである(④一六三七頁)。

三 アカーマンは、「建設の法学」の出現により、「アメリカの弁護士が、夫々の得意な領域をこえて、リーガル・プロセスのみならず、法の実体的価値についても、共通の言語(common language)で相互に語ること、また、それ故、

かくれた人間相互の諸関係、より深いところにあるディレンマを認識することが可能になりつつある」と語っている。しかし、この「共通の言語」の説得性については、「弁護士が依頼人の訴えを権力保持者からみて説得力のある言語に翻訳することを望むとすれば、このレトリックを身につけなければならぬ」(⑦三頁)という「威嚇的なトーン」、「権威的」な態度に頼っているのである(⑩八六四、八六五頁)。端的には、「言語は力である」との認識に立脚しているといってもよからう(②七八五頁)。そして、実は、その奥底には、「法とは力である。法の言語は、法律家の力のための闘争を反映したものである」という認識を、我々はみとっているのである(⑩一五九一頁)。この点は、アカーマンの法学のエリート性

に関連してくる。

② 「建設の法学」のエリート性と保守性

一 アカーマンの求める弁護士は、「権力の新言語」をマスターしていなければならない(④(1)二参照)。その言語は、権威と威嚇とにより妥当性を担保されている。また、この言語の用法上、コンピュータ・テクノロジを用いた「構造的事実」認識の技術を身につけていることも不可欠とされている(④(2)③参照)。かかる「建設の法学」は、結局、訓練なき、非プロフェッショナルの担いうるものでは、凡そない。むしろ、「熟練した経験論的分析」ができるように訓練をうけた「テクノクラート」としての法曹「エリート」のみが、担いうるものである、と我々は考えている(⑩八七二頁)。

「この種の話法は、一般人の行う種類の会話ではない。専門家エリート集団のための言語である」との指摘に、我々も賛同する(⑥一八九〇、一八九一頁、他に、②七八六、七八七頁・①七五八頁・二五九頁)。

二 もともと、「建設の法学」とは、「積極国家」において社会工学を担う様々な「テクノクラート」の中で、弁護士のヘゲモニーを回復するために、「権力の新言語」をとりこむこ

とを課題としていることは、アカーマン自身の肯定しているところである(③(1)(2)参照)。法現実主義批判も、弁護士へのゲモノーの喪失を放置していた点に力点がおかれていた(②(1)③)。「要するに、アカーマン教授は、弁護士が、大衆にはアクセス不能の新しい言語を採用し、これによって、積極国家の将来の方向性をコントロールする戦いにおいて、他のライバル・エリートと競争し勝利する力をえることを勧めているのである」(⑥(一八九一頁))。則ち、「積極國家」における弁護士特有のプロフェッションナリズム (professionalism) の再建のための法学なのである(⑥(一八九一頁))。

さらに、アカーマンは、確かに、「レッセ・フェール型自由主義」改革の正当化理論を提供しようとしたものの、実は、「積極國家」の所与性、つまり、「アメリカの生活、アメリカの法の重要な変革は、既に行なわれていた」という認識を底辺においているのである。変革は終了しているのである。とすると、「建設の法学」とは、「既存の変革を安定化させる」ことを目的とした「保守的、回顧的傾向」を特徴としている、といえるのである(⑩(八六四頁))。

我々は、かかる性格を特徴とするアカーマンの「建設の法学」を、真に、「建設」の法学とは呼べないと考えている。

「建設の法学」を求めて 渡辺

では、仮りに、「積極國家」の所与性を我々も是認したとして、かかる現代國家の実現すべき理想は、どのようにして確認することができるのであろうか。また、これを、法的価値として法規範の構造に編入するには、いかなる方法が妥当なのであろうか。法的プロセスの自由を承認しつつも、なおそれ自体の妥当性を論証しえる法的実体的価値をいかにして認識するのか。我々は、アメリカ法思想史を再検討しながら、この課題に今一度とりくんでみなければならぬのではなからうか。

あとがき

筆者は、本年八月末までの二年余りのアメリカ留学中、法的論証の正当性とは何かについて、種々の角度から学習してみた。その内容については、「法解釈の方法と憲法の構造」と題して連載した(神戸学院法学一六卷三・四号(昭六一年)以下)。ここで紹介したアカーマンの書物も、右研究をまとめるにあたり幾度か参照したものである。とりわけ、右研究におけるアメリカ法思想史の理解は、本書からえた様々な示唆に負うところが大きい。その意味では、本来は、本書の分析を右研究の序章に位置づけるべきであったところ、筆者の

(八五一) 三五五

怠惰のため、結局、留学中にこれを原稿化することができなかった。そこで、遅ればせながら、今回上記連載の補論として、まとめておくこととした。

(昭和六一年二月一〇日、脱稿)