HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	＜法のクレオール＞と主体的法形成の研究へのアプローチ（2）：司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書
Author(s)	今井, 弘道
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 58(4), 335 [1963]-357 [1985]
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30249
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(4)_335-357.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ（二）

目　次

司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書
憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって
——現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性——

今井弘道
會澤恒

司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書

今井弘道

一・「法クレオール」ということをテーマとする本プロジェクトの枠組の中で、私は、「トランスナショナルな規範形成の過程」を法哲学的な考察の対象とするという作業を、私個人の小プロジェクトとして展開したい、と考えている。この小プロジェクトにおいて、私は、「法クレオール」の問題を、「閉ざされたナショナルな法共同体を超え出ていく法形成の展開」と「異種の法文化の地平の融合」の問題として、つまりは「トランスナショナルな規範形成」の問題として捉え返したい、そこに視点を定めた上で、そこに伏在する法哲学的・法思想史的な問題を引っ張り出し、それについて若干の検討を加えてみたい、このように考えているわけである。

以下では、この私の小プロジェクトの基本的な視点を、覚書風にまとめておきたい、と思う。

二・現代のフランクフルト学派の法学者であるクラウス・ギュンターは、EUの内外において進行しつつある「トランスナショナルな規範形成の過程」を目の当たりにして、かつてこのように述べたことがある。

「トランスナショナルな規範形成の過程は、とりわけ4つの異なる領域で観察することができる。その領域とは、(a)経済システムのグローバルな分化発展と、それを担う、またそれに伴うメディアとメカニズム、(b)この分化発展の、環境や移民や発展に対してもつ帰結、(c)諸々の人権、(d)グローバリゼーションの逆機能的帰結の克服のためのトランスナショナルな保護権の形成、である。これらの領域においては、国民国家とならんで、インターナショナルなローファー

ム、法律コンサルタント、ＮＧＯ、インターナショナルな諸組織などが、法定立の主体として現れている。もちろんこれらの主体がもつ重みは、それぞれに異なってはいる。だが、それらの活動は、ひとつのトランスナショナルなネットワーク構造のなかに組み込まれている。そのネットワークのなかでは、経済学者、自然科学者、主体的に参加する市民と並んで、法の専門家がとりわけ活発に活動している。したがって、このようにして確立されていくトランスナショナルな法は、法曹法の特徴を持つと言うことができる」。

ギュンターは、このように、法曹＝法実務家が主導する、既存の実定法も、実定法を制定する権力も存在しない状況の中での、いわば賢慮と合意に基づく具体的な合意形成とコンフリクトの解決の集積が、新たな法形成につながっていくのだと考えている。その上で、現にそのような過程がグローバルに進行しつつある、と見なしている。そして、その法形成の過程を、「法曹法」の特徴をもつ「トランスナショナルな規範形成の過程」だ、と性格づけているのである。表題で私は「司法を通しての法形成」という言葉を使ったが、それは、この「法曹法」が、国際的なレヴェルで展開されるＡＤＲなどを含めた広い意味での「司法」を通して形成されるものだ、という了解を踏まえたものである。

ともあれ、このような形での「トランスナショナルな規範形成の過程」は、あらためて言うまでもないところであろうが、東アジアにおいても進行しつつある。ＥＵで進行しているのとある意味では同じような形で、しかしまたある意味では異なった仕方で……。

三．ここで用いられている「法曹法」という言葉は、周知のように、オイゲン・エールリッヒの法理論において、極めて重要な意味を込めて用いられていたものである。ギュンターは、「トランスナショナルな規範形成の過程」を法学的観点から捉えるにあたって、このエールリッヒの「法曹法」的法形成論をモデルとして動員しているわけである。上の引用文には出てこないが、ギュンターは、エールリッヒの名前を明示的に挙示してもいるのである。

私は、このように現在ＥＵでも東アジアでも、そしておそらくは世界中で進行しつつある「トランスナショナルな規範形成の過程」を、エールリッヒの「法曹法」的法モデルを念頭において把握していくことは、基本的に正当であろう、と考えてい

る。しかし、そのことを踏まえた上で、私は、それならばこのエールリッヒの「法曹法」的な法形成のモデルに、ギュンターとは違った、より原始的な仕方で若干の現代的な要素を加味しておくことがなおいっそう必要となるといわねばならないであろう、と考えている。

今はまだ抽象的な形でしか言えないが、この問題を法哲学的・法思想史的な次元での反省を加えつつ検討していくこと、私がこのプロジェクトに参加して私なりに考えていきたいと思っていることは、このようなことである。以下では、このプロジェクトの全体の中での私なりのこのような「小プロジェクト」にとっての概括的な見通しを立てておきたい、と思う。

四.「トランスナショナルな規範形成の過程」を考えていくために、エールリッヒの「法曹法」的法形成を現代的な観点に立ってあらためて捉え返そうとする場合、ハイエクの「spontaneous order としての法生成論」が重要な意味をもってくるといいうるのではないであろうか。私は、このハイエクの「spontaneous order としての法生成論」をエールリッヒの「法曹法」的法形成論に接合させることができるし、そのことよってそれをより広い眺望の下にもたらすことができるのではないか、と考えている。

そもそもハイエクの「spontaneous order としての法生成論」は、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とは、かなり強い内在的な親和性をもつものとして理解することができる。エールリッヒとハイエクの議論の背後には、いずれもローマ法やイギリス法に対する深い教養、そして歴史法学派に対する肯定的な関心のあり方などがあり、その点で両者の間に大きな共通性を見出すことができる。このことを想起するならば、――因みに、私はこのエールリッヒとハイエクの間に存在する親和性は、理論内在的にも思想史的にも十分な根拠をもつものであり、それは論証可能でもある、と考えている。この点については、機会があれば論じてみたい、と思っている――このような私の理解は、決して唐突なものではないはずである。

しかもエールリッヒとハイエクは、ともにハンス・ケルゼンの論争相手であった――ケルゼンは、民主主義的立法の理想化というルソー主義的な理念を背景にもつ独自の法実証主義の立場からエールリッヒを批判したが、ハイエクはハイエクで、そのようなケルゼンの民主主義的公法実証主義の尖鋭な批判者であった――。

このような思想史的状況の中には、国家的立法――民主主義

的な手続を通してのを含めた――と国家や政治からの法の自立性／自律性との緊張にみちた関係をめぐって、深い考察に値する重要な問題が伏在しているといいうるのではないであろうか。ここでは、そのことを念頭に置きながら、私は、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とは、思想史的連続性を有するものとして理解することは十分に可能なことであろうし、意義深いことであろう、と考えているわけである。だが、ここでは、このような思想史的連続性の確認とそのことがもつ意味についての考察は、この私の「小プロジェクト」にとっても導入的な意味を持つ作業ともなるであろう、ということだけを記しておくことにとどめたい。

五. では、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とを思想史的連続性を有するものとして理解するというこのような作業がこの「小プロジェクト」にとっても導入的な意味を持ちうるとは、一体どういうことなのか。今ここでは、この点については、簡単には、次のように言っておくことができるであろう。

エールリッヒの議論は、いわばローカルな――集権的国家からは独立した固有の――社会現象として成立する〈生ける法〉の自生的生成ということをを前提として、コンフリクトの社会内部での発生とそれの司法的解決を通して、この〈生ける法〉が何らかの法命題 Rechtssatz として定立されるに至る過程を焦点にするものであった。そして、集権的な国家機構から独立したこのような司法過程のうちにこそ法の生成メカニズムの源泉がある、人々の日々の生活が営まれる場としての社会とその関係を規律する法との関係に即して法が生成するという法の自生的な生成メカニズムにとっての焦点がある、と考えられたわけである。

司法的紛争解決が、日々の生活の中に息づいて働いている規範的意識の公的な総括としての意味を持っている。それが法命題として結晶せしめられていく、ここに「法曹法」的法形成のポイントがある、というわけである。

六. しかし、エールリッヒは、このような形での法形成への視角を、国家主義的法形成を批判するための批判的視点として提示したにとどまり、それを法システムそのものの形成と発展の論理として提示することには、必ずしも成功してはいない。つまり、エールリッヒはローカルな社会現象として成立する〈生

ける法〉を前提として法の生成を説き、その観点を集権的な国家権力による構成主義的な立法を批判する方法的観点として確保しえたにすぎなかった。その限りで、それは、つまるところアンチ・テーゼを超えるものではなかったと評さざるを得ないものであった。

もっとも、エールリッヒは、このローカルな社会現象として成立する〈生ける法〉を前提とし、このような法の生成論を歴史法学派の慣習法論、ひいては民族精神論を背景としてその核心部分をなすものとして位置づけ理解することを通して、この法生成論をより包括的なものとして展開しようとする構えを示してはいた。このことはハッキリと認めておかねばならない。しかし、そのエールリッヒの作業は、必ずしも完成したものとはならなかった。

このエールリッヒの法形成論にハイエクの「spontaneous order としての法生成論」を接合させて理解することができるのではないか——逆に言うと、このように考えることによって、ハイエクの歴史法学派に対する理解がエールリッヒの視角をくぐり抜けることによって可能になっているという事態が了解可能となるのではないか——。もしそのように理解してよいとすれば、このようなエールリッヒを踏まえながら、同時にエールリッヒの限界を超えた視野を手に入れることができるのではないか。逆にまた、そのことによってハイエクの法生成論の方も、より具体的な内実をもったものとして具体的に理解しうるものとなるのではないか。私には、このように思われるのである。しかもそのように考える際に、「歴史法学派の慣習法論、ひいては民族精神論」とその論理の「社会」法への読み込みというエールリッヒ法形成論の背景を「トランスナショナルな法形成」という背景にまでふくらませた上でそれと置き換えておけば、そこには、私の「小プロジェクト」に対してかなり見通しのきく展望があたえられるのではないであろうか。

しかしそのことにふれる前に、この作業は、それ自体、極めて大きな理論的／思想的な問題、それも高度の原理的な法哲学／実践哲学の問題に、ひいては哲学や論理学の問題にも関わっていくものだということを確認しておくことにしたい。その問題とは、つまり判断力の問題である。そのことによってこのようなものとして法生成論を再構成するという作業は、法哲学プロパーの——そしてある意味では政治哲学の領域に属する——問題にも、かなり重要な仕方で関わってくることになる、と思われるからである。

七．判断力というものを考える場合には、「規定的判断力」と「反省的判断力」とを区別して考える必要がある。このことは、周知のように、カントの『判断力批判』が注意を促したところである。それでは、「規定的判断力」とか「反省的判断力」とかという言葉は、いったい何を意味しているのであろうか。

ここでは簡単に言っておくが、規定的判断（力）とは、普遍的なルールが所与のものとして前提とされていて（大前提――ルールではないが、古典的な論理学の出している例に従っていえば、「すべての人は死ぬ」）、個々の事例（小前提――「ソクラテスは人である」）をその大前提に包摂することによって判断（結論――「ソクラテスは死ぬ」）が下される場合に働くところの、三段論法的な構造をもつ判断（力）のことである。

制定法実証主義は、時に包摂実証主義などといわれることがある。個々のケースについての法的判断というものを、普遍的ルール――判断されるべき個別的事例以前に、それとは独立して存在するものとして前提されている普遍的ルール――に包摂することによって成立するもの、と理解しているからである。要するに制定法実証主義／包摂実証主義は、三段論法として定式化されうる規定的判断力を直接のモデルにして法的判断を理解しているわけである。

ここにおいては、普遍的ルールは、dogma――その背後に回り込んでそれについて問いただすことを禁ずる資格をもつ教義――として現れる。そして法律学は、包摂判断ということに焦点を置いてdogmaに潜められている可能的な意味を――dogmaの背後に回り込んでそれについて問いただすことを抑制しつつ――それのために開き示すDogmatikとして成立し展開されることになる。

八．ところが、このような規定的判断力をモデルにして法的判断を考えることを原理的次元において否定しようとしたのが、エールリッヒであり、ハイエクであった。

普遍的ルールが、その名に値し、様々なコンフリクトを人々に正当なものと納得させうるような形で解決する可能性を有しているかぎり、規定的判断力を軸に展開される法的判断は、たしかに社会の安定性を維持する積極的な役割を果たすことができる。しかし、それは歴史的変動期には、当然に変動すべき社会構造のあり方を頑固に現状にとどめておこうとする役割を果たしてしまう。生が生み出した文化がやがて生のそれ以上の発展を押しとどめる桎梏の役割を果たしてしまうという、ジンメルがいう「文化の悲劇」の法律版が成立するわけである。

こういう事態の中では、規定的判断（力）の限界を理解しようとする法学的努力が——従って dogma の背後に回り込んでそれの根拠について問いただすことを抑制しつつただ包摂判断のために dogma が内包している意味内容を開き示すということだけをこととする dogmatisch な思考の限界を超えようとする法学的努力が——台頭してくることは避けがたい。そしてその限界の理解とそれの超克を可能にするという意味をもつ反省的判断力の構造に、関心が向けられていくことになる。エールリッヒやハイエクがこの問題を、このような哲学的判断論の用語を用いて考えていたかどうかということは別として、彼らが制定法実証主義批判として考えていたのは、明らかにこのような規定的判断力と反省的判断力との関係にまつわる問題の法的な局面においてであった。

それでは、反省的判断力とはいかなるものなのか。やはり簡単に言っておかなければならないが、それは、規定的判断力の場合のように個々の事例を包摂しうる普遍的なルールが予め前提されていない場合——つまり、三段論法の大前提に当たるものが与えられていない場合——に下される判断のことである。この判断は、要するに、三段論法のシェーマに即していえば、大前提が存在せず、小前提だけを前提にして結論が下されるような判断なのである。あることがらに、適用すべき規準を念頭に置かないまま、直観的に「ノー」という答えを出すというような場合がそれに当たる——美的判断の場合などを念頭に置いてもっといろいろな例を出してこの問題のふくらみを示しておくことができるが、ここではそのようなことは一切省略して議論を進めることにする——。

しかし、有意に類似的であるといいうるような事例が続く場合には、最初のこの直観的に下した判断がこの類似したケースにも何らかの形で援用可能なのではないかといったことが検討されることになる。そして最初の判断がこの類似した事例に対する判断の際に援用された場合には、最初のケースにおける判断のうちに潜在的にのみ存在した規準が、今度のケースに適用されるに当たって明るみに出され、一般化を施されたということになる——今あげた例に即して簡単に言っておけば、あのとき「ノー」といったのだから、この場合にも「ノー」ということになる筈だというように考えることを通して、あのときに「ノー」といった根拠が反省され一般化されて「ノー」というべき場合のそれなりの一般的準則が確立されるということになる——。

このことは、公認された大前提がない状況の中で上で示した

ような形で直観的に判断を下すという継続的な営為の中で、判断を下すことを可能にしたルール――三段論法に言う大前提――が模索され、それが一般的なルールとして漸次的に確立されていくことになるということを意味している。あることがらに、適用すべき規準を念頭に置かないまま、一応の状況論的な考慮を尽くして「ノー」という答えを出す場合、その直観的判断の中では、なぜ「ノー」という答えを出したのか、そこにどういう根拠があったということが、分節化されないまま、定式化されないままではあっても、それなりに含まれていた筈である。このような分節化されない規準や根拠が、後続の有意に類似的な事例に対する判断を下すという営為の中で、自覚され析出されやがては明確に定式化されていく、ということになるわけである。

従って、後知恵的に振り返って見れば、次のように言うことができる。反省的判断は、判断基準（＝大前提）を前提しえないような事態の中で――あるいは判断者が既成の判断基準を、もはやナンセンスに化したものと考え、それを判断基準として受け入れることを拒否するというような事態の中で――、それにもかかわらずあえて判断を下し、そのことを通して、そのケースに限定的なものとして判断の前提となる新たな規準を、いわば判断をくだすと同時に、定立する――定式化はおこなわないままに――ということを行っていたのである。そして、有意に類似的な事例が続いた時に、最初の判断がこの類似したケースにも援用可能であるかどうかについての検討が行われ、そのケースに限定的なものとして定式化されないままに定立されていた判断規準を、いわば定式化するべき努力が行われることになるわけである。

よくいろんな会議などで、ある問題に直面した場合に、ある「前例」が思い出され、それがどういう意味で「前例」なのか、そもそもそれを「前例」として考えていいのか、といった議論がなされることがある。その議論が行っているのは、このような作業なのである。

九．もしこのようなことが言えるのであれば、反省的判断力は規定的判断力に論理的に先行している、と考えることができる。反省的判断力こそが規定的判断が可能になる前提を蓄積し形成していく働きを行っている、と考えることができるからである。そしてさらには、規定的判断力が無造作に前提としていた大前提は、実はこのような反省的判断力が働いていた地平を踏まえて成立していたのだし、自らの妥当性はこの反省的判断

力の地平によって保障されていたのだ、と言うこともできるはずである。

一歩踏み込んで言うならば、そもそも包摂判断こそが法にとって本来的な判断だと考える立場は、このような事情を、従って反省的判断力が働く地平を、一面で無視しながら、他面でそれを無自覚のうちに自らの前提として取り込んだがゆえにこそ可能となった立場にすぎないのではないか。無論、包摂判断も、無根拠に作動していたわけではない、といわねばならない。包摂するだけで、基本的に正当な判断を生み出すことが不可能ではない状況においては、包摂判断は、十分な社会的な基礎をもっているといいうるのである。いや、逆に言うべきであろう。つまり包摂判断は大前提となる一般的ルールが十分な社会的基礎をもっている場合にだけ、包摂によって正当な判断を生み出しうるのである。ただ、包摂判断は、自らの妥当根拠についての反省の構造を有してはいない。制定法実証主義が立法として考えている作用は、このような事情に無知であることによって——あるいはそれに気づきながらそれを無視することによって——可能となっているにすぎないのではないか、このように考えることができるであろう。

このような反省的判断力は、そもそも一般的ルールが存在しない場合だけでなく、既存の一般的ルールが古くなって、現在の事例に適用することが不適切だと考えられるような場合にも、重要な役割を果たすことになる。

一〇．エールリッヒやハイエクは、この反省的判断（力）というものこそが、法的判断にとっての適切なモデル、本源的モデルだと理解したのではなかったのだろうか。そして、一般的ルール——あるいは「国家主義的法観」の意味における体系的立法の成果としての法体系——の存在根拠／妥当根拠は、この反省的判断力が働く地平、法学的にいえば判例法的な法曹法的な法形成の地平の中にある、と考えたのではなかっただろうか。ここにエールリッヒが法曹法に着目する根拠がある。

このような観点に立って考えて見れば、エールリッヒにとって、制定法実証主義が——規定的判断力をモデルにして法的判断を理解し、大前提となる法を、反省的判断力が働く地平＝判例法的な法形成の地平とは無縁なところで人為的に自由に制定しうると考える制定法実証主義が——拒否し批判すべき対象として現れてきたということも、十分に納得のいくことである、と言うことができるであろう。それと同時に、現実に反省的判断としての法的判断を担う階層——法曹階層——とその法曹階

層が立脚する社会的地平こそが、換言すれば反省的判断力を働かせるのでなければ解決していくことができないような新たな質をもった紛争を日々のダイナミズムの中で次々と生み出していく社会的地平こそが、包摂判断を越えた、本来の意味での法判断と法形成とを可能にする根源的な基盤だという自覚が明確に抱かれてきたことも、容易に了解しうるところとなるであろう。

こうして、エールリッヒにとっての法と社会との内在的な関係をめぐる問題圏が現れてくる。このような社会の次元が、この判断論という局面においては、「反省的判断力が働く地平」としての「法曹法の地平」いう形で浮上していたのであるが、それがあらためて社会と法の関係として現れてくるわけである。エールリッヒが法を論じる際にまず第一に着目したのは、このような意味での「反省的判断力が働く地平」に対してであった、といいうるであろう。

一一．私は、八．において、「反省的判断」は、「判断基準を前提しえないような事態の中で――あるいは判断者が既成の判断基準を・・・判断基準として受け入れることを拒否せざるをえないような事態の中で――」それにもかかわらずあえて判断を下す場合に成立する、という意味のことを言った。ここで今この文章の私が傍点を振っておいた部分に注目するならば、この「反省的判断」は、もはや妥当性を喪失した古い判断基準を廃棄して新たな判断基準を模索するという革新的な機能を有しているということが明らかになってくる。

むろん、この革新的な機能は、革命的な機能ではなく、dogma の硬直化を批判して漸次的な進歩を可能にする機能にすぎない。「習慣を破り得るもののみが習慣を作り得る」という言葉があるが、この言葉の意味を実現させるのが、この革新的な機能なのである。ハイエクは spontaneous order に立脚することによって可能となる「進化論的合理主義」の思考様式がイギリスのコモン・ローの伝統の影響下に成立したものと推測している。このようなハイエクの議論が可能となる根拠が、この反省的判断力がもつ漸次的な進歩を可能にする革新的な機能というものにあったということができるであろう。

今ひとつの確認をしておきたい。反省的判断力がこのような革新的な機能を有しているとすれば、その機能は、反省的判断力という論理的次元を超えた次元に根拠をもっているはずだ、ということである。結論的に言えば、その根拠は、私が先ほど用いた表現を繰り返すならば、反省的判断力を働かせるのでな

ければ解決していくことができないような新たな質をもった紛争を日々のダイナミズムの中で次々と生み出していく社会的地平という意味での「反省的判断力が働く地平、法学的にいえば判例法的な法形成の地平」にある、というべきであろう。この「地平」の変動が――表現を換えれば「生ける法」の変動が――、反省的判断力を介して「大前提」――社会的なコンセンサスの結節点である一般的ルール――の変動として、現れてくるわけである。

こうして、反省的判断力が、もはや妥当性を喪失した古い判断基準を廃棄して新たな判断基準を模索するという革新的な機能を有しているということが了解されうるのであれば、この論点は、ハイエクの議論それ自体を脱・市場原理主義化させてその硬直性を否定していく上で重要な意味をもちうるであろう、と私は考えている。この点は後に補足することになるであろう。

一二　規定的判断力と反省的判断力の関係にまつわるこのような問題は、より一般的にいって、カントの『判断力批判』の解釈を軸にして展開されてきた実践哲学的な議論と大いに関わるところである、ということができるであろう。そのことがおおよそどのような問題に関連しているのかということについては、ここで立ち入って議論しているわけにはいかない。そこで、ここでは、そのことを示唆するために、ある意味では「全体主義」以降の問題状況の中での一般的な実践的コンセンサスの確立可能性という実践哲学的・政治哲学的な問題関心から美的判断力の構造（＝反省的判断力の一つの具体的なあり方を示しているところの美的判断力の構造）の問題に関心を示しているハンナ・アーレントの名前を挙げておきたい。それだけで、ここで私が言いたいことのおおよそとそれがどのような方向を向いているものなのかは、推測可能となるであろう。

ところで、このようにいうことによって明らかになっているであろうように、以上で私が考え進めてきた法学的な問題領域は、単に『判断力批判』の解釈を軸にして展開されてきた実践哲学的な議論の単なる一分野にとどまるものと理解されるべきではない。むしろ、法学的な領域は、このような実践哲学的な問題が最も明瞭な形を取って切実な形で現れる領域、範型となるべき領域なのである。従ってこの問題に対する議論を最も生産的に展開しうる可能性をもつ領域なのである。

念のために言っておくが、私は、法学的な領域が政治的な領域よりもこの問題にとって重要な領域だなどということを言いたがっているのではない。法学的な領域のほうが政治的な領

域においてよりも問題が遙かにクリアーに現れるだけに、より包括的な――それゆえにこそ茫漠とした様相を呈することも避けられない――政治的領域における問題を展開する場合のモデルを提示し、議論の方向を明確にしうるという意味で、このような法学的な問題領域は先駆的な意味をもつ分析が可能となる領域だと言いうるのではないか、重要なのはこの点にある（私は、いずれアーレントの判断力論の意味を論じてみたい、と考えている。この点は、そのときに立ち入って論じうるであろう）。

一三. 議論を元に戻そう。私のいいたかったことは、要するに、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とを思想史的連続性を有するものとして理解するという作業は、同時に、反省的判断力と規定的判断力の関係の問題という法の根幹に――ひいては政治哲学・実践哲学一般の根幹に――関わるような重大な問題とつながっているということ、そこに現代実践哲学と深く関係しうる法哲学的・法思想史的なテーマが存在するということ、である。例えば、賢慮 prudentia であるとか、体系思考 Systemdenken と対立する問題思考 Problemdenken であるとか、Topik や Rethorik といった言葉を援用しながら行われてきた議論とかは、それぞれにこのような問題と何らかの形で通底する問題であった、と考えることができるのではないであろうか。

私は、このような問題連関が存在しているということを意識しながら、エールリッヒの「法曹法」的法形成論とハイエクの「spontaneous order としての法生成論」とを思想史的連続性において理解しうるということについての理解を進めていきたい、そしてそれらの法理論が国家的制定法実証主義批判の意味をもったという事実がもつ、法学を超えた含意について考察を進めてみたい、と考えているわけである。

一四. ギュンターは、「トランスナショナルな法」は「法曹法の特徴」を持っているといっていた。「トランスナショナルな規範形成の過程」は、「法曹法」的法形成の過程として理解しうる、というわけである。私は、このようなギュンターの指摘を肯綮に当たるものと考えている。だからこそ、それを上述のような議論と接合させて見たわけである。しかし、ギュンターの議論に問題がないわけではない。

ギュンターは、すでに見たように、このように「トランスナショナルな規範形成の過程」を、エールリッヒを動員しながら、「法曹法」的法形成の過程として理解しているわけであるが、

ここで重要なことは、ギュンターがその上で、

・ハバーマス的な法理論について、それを、法多元主義的事態に対応しうるように修正を施し、

・そのことを通して、ハバーマスの「合法性の普遍的コード」論の核心を救出するべきだ、と考えている点である。

この場合の問題のポイントは、

① いったんは「法」を「民主的で立憲的な国民国家」の制度的法であると見た上で、

② 「トランスナショナルな規範形成」の時代の到来ということを意識するがゆえにナショナルな限定から「法」を解放し、

③ 「国民国家」の枠組を超えたトランスナショナルな法形成の可能性を展望するが、

④ だからといって「民主的自己立法という理念」を捨てるのではなく、トランスナショナルな段階においてなおこの「理念」に準拠することが可能となるような理論的根拠を確保する必要がある、

と考えられている点にある。

つまり、ギュンターは、このような問題意識を通してエールリッヒをハバーマス理論と接合させようとしているわけである。

一五. 私は、上の四から九までの議論において、エールリッヒをハイエクに接合させ、そこに連続と発展を見ていこうとする企図を示した。エールリッヒをハバーマスに接合させるというギュンターの発想よりも、私のこの企図の方が適切でもあり、豊かな可能性を有してもいるのではないか、と考えているからである。私には、ここにはいろいろな論点が関連しあいながら凝縮して存在しているように思われるが、ここではそのうちの二三のものに触れておこう。

「法」を「民主的で立憲的な国民国家」の制度的法という限定から解放しながら、トランスナショナルな段階においてなお「民主的自己立法という理念」に踏みとどまろうとするギュンターの構えは、「国家的制定法」のみを法と見る制定法実証主義的な思考回路に戻りかねない含意をもっていると言えようが、それを度外視した上でいえば、EUのような比較的均質な地域において「トランスナショナルな法」の問題を考える場合には、それなりの説得力を装うことも不可能ではないのかもしれない。だが、例えば東アジアで問題を考える場合には——ましてやそれ以外の地域で問題を考える場合には——、あまり意

味を持たないのではないであろうか。むしろ、そのような地域においては、従って東アジアにおいては、「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」に眼を向ける方が有意味なのではないであろうか。

いや、――エールリッヒの「法曹法」理論に「国家的立法」（民主的なという限定はつけられていても）理論を接合するということの無理を度外視した上で――、敢えてハバーマス的なパラダイムに敬意を表していうなら、トランスナショナルな段階における「民主的自己立法という理念」は、「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」を通してこそ、それなりに有意味な形で実現可能になるのではないか、このような見方の方が、事態に即した見方だといいうるのではないか、このように思われるのである。

「民主的自己立法という理念」は、主権国家を前提としてのみ意味をもちうる観念である。それでもこの観念を「トランスナショナルな規範形成の過程」に対して適用しようとすることに合理的な意味があるとすれば、EUをスーパーナショナルな「主権国家」たらしめようと志向しているのではないとすれば――私は、そのような志向は、極めて反時代的なナンセンスなものであろうと考えているが――、「トランスナショナルな規範形成の過程」を可能な限り広いコンセンサスに支えられたものとしたいということであろう。そのときにはじめて、「民主的自己立法という理念」はそれなりに有意味な形で実現可能になるということなのであろう。

「トランスナショナルな規範形成の過程」を可能な限り広いコンセンサスに支えられたものにするということは、しかし「民主的自己立法という理念」などという主権国家とそこにおける国民の主権的意志＝一般意志とを前提としてのみ意味をもちうる観念を動員することによって可能になるものなのではない。この過程を広いコンセンサスに支えられたものとするためには、むしろ「インターナショナルなローファーム、法律コンサルタント、NGO、諸々の国際的な機構など」の「法定立の主体」による「法曹法」的な法形成が、従ってそのような法曹の活動の背後にある現実的なあるいは可能的なコンフリクトの解決が、その都度毎にいかにして公正なものとして機能しうるのか、その条件を考えていく方が適切だろう、と思われるわけである。問題は、「立法」にではなく、以上のような広い意味で理解された「法曹法」的法形成に関わっている。そこに無媒介に立法の理念を持ち出すのではなく、「法曹法」的法形成に固有のコンセンサスの調達の問題として立てられねばならないの

ではないであろうか。

一六. ここで、アクセル・ホネットの「承認を求めての闘争」の基本的モティーフを想起しておこう。ホネットは、ハバーマスの議論を踏まえながら、その超越論的な議論構成については、それを事実上拒否している。ホネットは、むしろ不合理な抑圧や差別が存在している現実を出発点にしている。そして、そこで苦しんでいる人々の「承認を求めての闘争」を通して、そこに支配していた非対称的な関係が対称性をもった関係へと変容させられていく過程のメカニズムを追求している。

この過程は、かならずしも多数者の意志が貫徹していく過程ではない。「承認を求めての闘争」を支えるのは、むしろ少数者の多数者に対する抗議の意志であることが少なくないのである。だから、この過程は、一般意志の実現の過程だとはいえない。この過程は、主要には、民主主義的な多数者の支配の中でもなお存在し続けるような不合理な抑圧や差別に対する抵抗の過程なのである。

ホネットの中心的なモティーフとなっているのは、このような不合理な抑圧や差別の漸次的除去を通して相互承認に支えられた対称的な関係性に無限に接近していくというネガティヴ・アプローチ的なモティーフだということができるであろう。ホネットは、このような否定的なアプローチを通して、ハバーマスが前提としているような規範的な価値の実現の方策を、ハバーマス以上にリアルな形で示したのである。

ところで、このようなホネットのネガティヴ・アプローチにおいては、非対称的な不合理な関係性とそれへの抵抗は、どのような過程を通ってどのような帰結を生んでいくと想定されているのであろうか。私は、この点を考える場合には、ホネットの議論をエールリッヒやハイエクの議論を重ね合わせて考えていくことができるのではないか、と考えている。つまり、この過程は、ある種の spontaneous order としての性格を帯びるのではないか、と考えている。というのは、民主主義的な多数者の支配の中でもなお存在し続けるような不合理な抑圧や差別に対する少数者の抵抗として現れるコンフリクトは、ＡＤＲを含む広い意味での司法的な解決に委ねる可能性に開かれていることが、重要な意味をもつであろうからである。そしてそのことによって司法を通しての法形成という問題がクローズアップされてくることになるであろうからである——むろん、このことは、そこで問題が最終的に解決されるかどうかとは別の問題である。しかし、このような可能性が、抵抗者の承認要求を一般

的なコンセンサスにまで広げていく上で大きな意味をもちうることは否定し得ないところであろう――。そして、そのように考える場合には、この過程をナショナルに閉じられた過程だと考える理由はなくなるであろう。

一七．私は、「民主的理念」に立脚するハバーマスと「承認要求」を掲げての闘争の過程を重視するホネットとの関係は、トランスナショナルな段階における「民主的自己立法という理念」と「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」との関係とパラレルな関係にあるというように捉え返していいのではないか、少なくともそのような一面をもちうるのではないか、と考えている。というのは、不合理な抑圧や差別の漸次的除去を通しての対称的な関係性への接近というネガティヴ・アプローチが含意している規範形成の過程は、エールリッヒの〈生ける法〉の紛争解決を通しての「法曹法」化の過程と類比的なものであり、同時に前項で示唆したように、それを長い射程で見たときにはハイエクの spontaneous order という言葉で説明されてよい過程であろうと思われるからである。ただし、その場合には、ハイエクのこの概念から「市場原理主義」的な意味合いは除去しておく必要はあるであろうが……。

一八．この点をめぐる私の理解には、もう一つの背景がある。それは、一九六〇－七〇年代の公害訴訟等をきっかけとして大きな話題になった「裁判を通しての権利形成・法形成」の問題と、それをめぐる田中成明の議論とである。この田中の議論は、「裁判を通しての権利形成・法形成」と表現しうるような問題の存在とそれがもつ現代法・現代日本法にとっての意義の解明について、極めて大きな役割を果たしたものであった。

私がエールリッヒの「法曹法」的法形成論に現代的な意味での関心を向けたことについては、この田中の議論から受けた大きな影響が働いていた。ところで、田中は、この「裁判を通しての権利形成・法形成」の過程にハバーマスの「理想的発話状況」という観念を接合させようと試みたことがあった。そのことによって、この「裁判を通しての権利形成・法形成」の正統性についての議論を構築しようとしたわけである。

率直に言ってしまえば、私には、この試みは成功しているようには思われないし、田中自身もやがてはそのように考えるようになったのではないか、と推測している。また、このような試みを行うのであれば、「承認を求めての闘争」というホネットのモティーフを動員したほうがうまくいったのではないか、

私はこのようにも考えている。「裁判を通しての権利形成・法形成」の過程を、「承認を求めての闘争」を契機として顕在化したコンフリクトの一定の集約点であり、問題の一定の――あくまでも一定の――解決が可能となる過程であるというように位置づけることができるであろうからである。

一九．ハイエクの議論は、市場原理主義的な傾向をもっており、その限りでは、それはまことに保守的な議論になってしまっている。このことは一般に指摘されるところであり、私もその通りだと考えている。

しかし、ハイエクの議論に食い込んでいる市場原理主義的な要素は、ハイエク理論の――それはネガティヴ・アプローチがもつ積極的意味だ、ともいえるであろう――spontaneous order という概念に込められている積極的な意味を放棄することなしに相対化することが可能なのではないか。そしてそれは、これまでも示唆してきたところだが、現代的な問題を考えていく上では必要不可欠なことであり、重要な意味をもつことなのではないか、私はこのようにも考えている。

例えば市場原理主義の相対化を要求する消費者運動や社会的弱者などのマイノリティの団体が掲げる権利要求の承認を求める運動を、「規範形成の spontaneous な過程」を動かす重要な要素として評価し組み入れていくことが、ハイエクの思想の核心を維持しながらそれを脱保守化していく上で、有効な意味を持ちうるのではないであろうか。このような脱市場原理主義的な動機をもつ「承認を求めての闘争」を、裁判を通しての法形成というモティーフと接合させ、それを法形成論として具体化していくという方向性を追求することは、たしかにハイエクの市場原理主義のモティーフを否定することにはなるであろう。だが、それは、ハイエクの spontaneous order 論と rule of law 論の核心を否定することにはならないのではないであろうか。むしろその間の不整合を克服することになるのではないであろうか。

二〇．法や制度・政治的支配の正統性（legitimacy）は、被治者の承認という事実――それに従う人々がその法や制度・政治的支配の正統性を承認しているという事実――に求められるとする立場がある。このような立場は、G. Radbruch に代表される法哲学的伝統においては、「承認説」と呼ばれてきている。コンセンサスをキー概念とする J. Habermas のコミュニケーション的行為論も、ある意味では、その現代版と見ることがで

きる。

この「承認説」の一つの源流に、アダム・スミスの考え方を位置づけることができる。スミスは、法的ルールや社会的諸制度の基盤となる規範的基礎は、抽象的で形而上学的な理性にあるのではない。市民間の日常的慣行のなかで自生的に成立し共有されていく「道徳感情」にある、と考えたからである。そしてスミスは、市場的秩序を、この日常的慣行によって統制されるものとして理解したのであった。

このスミス的「承認説」は、法的自律の観念――自分が設定した法に自らが従うという観念――を継承している。思想史的には、法的自律の観念は「社会契約」の理念に最も明確に表現されているが、スミスは、この「社会契約」の理念を、「自生的秩序（spontaneous order）」――日々の現実的な無数の諸関係がもたらすダイナミズムによって自生的に形成されていく秩序――へと読み替えたのである。

二一．市民間の慣行とは、市場での取引行為を含んだ、「自由な主体」間の「相互行為」のことを指すものと理解されてよい。従って、オークショットに倣って、その慣行の総体を「市民的結合体（sicietas civilis）」――つまりは civil society――と呼んでもいい。この慣行は、市場的相互行為に尽きるわけではなく、市民間の非市場的な慣行をも含んだ、より大きな外延をもつものであって、市場はその一部分としてその中に埋め込まれている。この意味では、慣行は市場の環境だ、ということができる。

市場は「法的ルール」――文字通りに「市民法（civil law）」的な法的ルール――によって制御されている。その「法的ルール」が、スミスが考えたように、市民間の日常的慣行のなかで成立する道徳感情をその存立と正統性の根拠とするのであれば、市場は、慣行の一部でありながら、結局は全体としての慣行／道徳感情に制御されていることになる。

スミスの『道徳感情論』の議論の狙いは、市場は全体としての慣行／道徳感情に制御されているというこの事実を示すことによって、いわば「市民的結合体」の自足性を示し、権力の市場への介入の不当性を説くことにあった。こうして、法的ルールや社会的諸制度の第一義的任務は、「市民的結合体」における「慣行」の核心をなす市場の機能を――またそれを通して生産過程を――円滑に保持することにあると考えられていた。

二二．このようなスミスの世界はきわめて調和的なもので

あった。その調和性は、「市場」と「慣行」とが――つまり「市場」とその「環境」とが――、スムースな連続性を保っていることによって保障されていた。そしてその連続性は、スミスがいわば「商人」をモデルとする人間観をもっていたことによって、理論的に表現された。

スミスは、人間を、「交換する性向」を「本性」としてもっている（Wealth of Nations）、と理解していた。このような「本性」をもつ人間（＝「商人」的人間）がすべての慣行の担い手であり、市場はその慣行の部分であった。この「交換＝人間本性論」が、スミス理論における「慣行と市場の連続性」／「道徳感情と市場の適合性」の基礎となっていた。そしてそれが、スミスの普遍主義の根柢をなしていた。

ハイエクに代表される市場主義的自由主義者は、この「慣行と市場の連続性」を――更には「前市場社会的慣行と市場社会的慣行との連続性」を――前提にしている。「自生的秩序（spontaneous order）」というハイエクの概念は、慣行＝市場の外部からの介入を否定するためのキー概念であるが、それは、その前提の上で成立するものなのである。

このように考えた時に重要なことは、ハイエクのspontaneous order論自体が、「慣行」の漸次的ではあるが不断の革新という議論を含んでいるということである。その「慣行」の不断の革新は、「慣行」を通しての「市場」の不断の抑制の可能性をも含んでいる、と見ることができるのであろう。このような「抑制」は、古典的には労働法上の権利の成立などとして現実化されてきたことであるが、近年では消費者保護の問題をめぐって、大いに注目されていることである。ネガティヴ・アプローチは「慣行」の漸次的革新を可能にし、そのことを通して「市場」を不断にコントロールしうるわけである。

私は、このように考えた上で、例えば消費者運動その他の市民運動の国境を越えた連帯的展開というような方向性をそこに考え合わせていけば、ハイエクの議論に含まれているこのような積極的な可能性を、「法文化の地平の融合」論の方向性に発展させていくという更に大きな展望をもつことができるのではないか、と考えている。つまり、ハイエクのspontaneous order論の中には、「共同体の融合」論を見出すことができる。それを、我々が当面している「法文化の地平の融合」論のモデルとして読み取り、読み替えていくことができるのではないか、というわけである。

二三　ここでは、議論の簡略化のために、かつての私の論文

の引用という形で、このハイエクの「共同体の融合」論を見ていきたい、と思う。私は、「正義論と価値相対主義」という論文で、ハイエクの spontaneous order という観念を以下のように説明したことがある。

「分業の急速な発展と市場圏の拡大・深化の過程は、前近代的共同体を解体すると同時に、統一的な目的論的意志が社会に貫徹していると見る目的論的世界観を維持し難いものにしていった。他面で新たな社会形成を通して統一的なものとしての「大社会（Great Society）」が現出してくる。しかもこの社会形成のあり方は、共同体を支配する単一の目的に……従属するという存在のあり方から個々人を解放し、自己固有の目的を自らの有する知識に立脚して追求するという意味で自由な主体たることを各人に許容しながら、却ってそのことを通して個々人によって営まれる多元的な運動の思わざる結果として社会形成自体が一層の展開を遂げていく、という相互促進的構造をもっている。このような社会形成に参与することによって各人は共同体の偶有的契機たることを脱却し、自主的・自律的存在へ成長していくことが保証される。……ハイエクが「進化論的合理主義」――A・スミスにおいて一定の完成を見るところの――とよぶ思考様式が捉え……たのは、まさにこのような社会形成の過程的構造（ここでこのように「過程的構造」と呼んでいるものが、spontaneous order に他ならない―引用者としての今井）であり、それが（自然と人為のいずれにも属さない―引用者としての今井）第三のカテゴリーに属すること、及び個人的自由の根拠がそこにあるということであった」。（竹下賢編『実践地平の法理論』（昭和堂、一九八四）所収、一五九―一六〇頁）

ここで示されているように、この過程は、ハイエクによれば、前近代的な共同体の解体とその前近代的な諸々の共同体の「地平の融合」の過程を含むものであった。その「融合」の成果が、上で言われていた「大社会（Great Society）」だというわけである。そのことを、私は、やはりこの論文で、spontaneous order の中での general rule の形成に即して、このように述べた。

「このようなルールは社会的過程において淘汰され不断により整合的なものへと形成されるが、そのようなルールをもつ共同体自体も又淘汰――他のよりすぐれた共同体のルール

の模倣による適応能力の獲得とか、その模倣に失敗し現実に適応するシステムを形成しえなかった共同体の崩壊等の形で――されていく。こうした淘汰の結果、意図的設計によらぬ思わざる結果として秩序を産出しうるシステムが選択的に形成される、というわけである」。（同、一六一頁）

このふたつの引用において述べられていることは、ほんの若干の適切な修正さえ加えれば、「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」という我々が当面の検討課題としている問題についての記述にもなりうるのではないであろうか。

このようなものとして「トランスナショナルな規範形成の spontaneous な過程」を捉え返すならば、そこに現代における「法文化の地平の融合」の問題が鋭く現れてくる局面が浮かび上がってくるのではないであろうか。

二四．ところで、このように考えるならば、ハイエクの spontaneous order の中での general rule の形成論が、あくまでも市場原理主義のモデルの限界内で行われるのか、それとも市場原理主義の相対化を要求する消費者運動その他の運動が掲げる権利要求の承認などをも「規範形成の spontaneous な過程」を動かす重要な要素として評価してこの spontaneous order の中での general rule の形成論の枠組の中に組み入れていくのか、そのような可能性を容れるものとして「慣行」という概念を把え、活性化させていくのか、ということが、あらためて重要な問題として浮上してくることになるであろう。冒頭で引用したギュンターの文章で用いられている言葉を援用して言うならば、この「市場原理主義モデル」の肯定か否定かに関わる問題は、「グローバリゼーションの逆機能的帰結」というものをどのように考えるのかということに関わっているであろう。

二五．私は、冒頭で、「法クレオール」の問題とされている問題を、私なりに「トランスナショナルな規範形成」の問題として捉え返したい、その上でそこに伏在する法哲学的な問題を引っ張り出し、それについて若干の検討を加えてみたい、という意味のことを言った。そのときに念頭に置いていたことは、おおよそ以上のようなことであった。

ある意味では、このような課題設定は、あまりに過大なものであるというべきかもしれない。しかし、その過大さから不都合が生じるとすれば、それはその課題を達成し得ない私の能力の問題であって、このような課題設定の不適切さのゆえではな

い、と私は考えている。

＊　本稿は、私が中国（上海政法学院）に長期出張中に執筆され、校正されたものである。従って、そのことによる制限が本稿に避け難く残っている。この点については、いずれこの「覚書」を本格的な論文へと高めていく中で、修正・克服していきたい。