



Title	「より良き立法」の制度論的基礎・序説：アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに
Author(s)	藤谷, 武史
Citation	新世代法政策学研究, 7, 149-213
Issue Date	2010-07
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43874">https://hdl.handle.net/2115/43874</a>
Type	other
File Information	HJNGLP007_008.pdf



特集：シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の  
法律と立法者の位置づけ」

## 「より良き立法」の制度論的基礎・序説 —アメリカ法における「立法」の位置づけを 手がかりに

藤 谷 武 史

### はじめに — 本稿<sup>1)</sup>の目的と方法

本稿は、アメリカ法・法学において、「立法 (legislation)」とその産出物たる制定法 (statute) がいかなる位置づけを与えられてきたのか、を概観し、これを手がかりとして、北大グローバルCOEが掲げる「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の基礎理論構築に向けた作業を試みるものである。本稿の出発点をなすのは、「法学（あるいは法学者）は、いかにして《立法の質》を語りうるか」「実定法学者が（特に「法政策学」<sup>2)</sup>と呼ばれる思考枠組みにおいて）「立法」について語るという営みはいかなる

---

<sup>1)</sup> 本稿は、2009年9月25日に開催された北大グローバルCOE主催の国際シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」において筆者が担当したアメリカ法の観点からの対照報告のために準備された原稿に大幅な改稿を加えたものである。原報告の問題意識については拙稿「企画趣旨説明」（本誌79頁）を参照されたい。

<sup>2)</sup> なお、「法政策学」とは何か、についても別途厳密な定義を与える必要があるが、時間と紙幅の関係で本稿に盛り込むことができなかった。特に、平井宜雄『法政策学』（有斐閣、初版1987年・第2版1995年）を本グローバルCOEとの関係でどのように位置づけるべきかは重要な問題である。この点については、本誌次号に投稿予定の論文において取り組みたいと考えている。

意味を持ちうるか」という問いである。本論に先立ち、おそらく読者には唐突に映るであろうこの問いに至る背景を説明しておくことが有益と思われる。

北大グローバル COE は、後にも触れるコムサーの所説<sup>3</sup>などに導かれつつ、「現代の法システムが直面する諸課題への対応は、立法・行政・司法・市場という複数の制度<sup>4</sup>ないし社会的決定の回路を通じた多元分散型の統御によってより良く達成されうる」との見通しの下で研究活動を展開してきた<sup>5</sup>。以上の探求の背後にあるのは、《社会の複雑性・知識の不透明性・価値の多元性によって特徴づけられる現代の法的課題を前に、どの制度も絶対的な正当性・正統性を担保し得ない状況において、それらをどのように組み合わせればかろうじて何らかの「統御」が成立しうるのか」という切迫した問いである（従って、後に見るリーガル・プロセス学派的予定調和的な制度間役割分担論とは似て非なるものである）。

しかし、こうした議論の立て方は、わが国の法学（およびそれが大きな影響を受けてきた大陸法系の法学）における伝統的な思考方法とはかなり異質なものであると思われる。事実、北大グローバル COE において企画

<sup>3</sup> NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY (Chicago, 1994)

<sup>4</sup> いうまでもなく、「制度」という概念は社会科学の各分野において様々な意味を与えられ、それぞれに鍵概念として用いられてきた。本稿では、議会や行政機関や裁判所、あるいは分権的決定メカニズムとしての市場のように、一定のルールに基づいて特定の機能（特に本稿との関心では何らかの社会的ないし公共的決定というアウトプットをもたらすこと）を担う仕組み、程度の意味で用いており、概ね、本稿が素材とするアメリカ法学における「制度（institution）」と同様の緩やかな用語法である（なお、後掲注96も参照）。より厳密な「制度」概念、例えば制度を均衡の概念として定義する比較制度分析（参照、青木昌彦著（滝澤弘和・谷口和弘訳）『比較制度分析に向けて [新装版]』(NTT出版、2001年) 16頁) のような議論との接続は、本稿が目指す法政策学と社会科学との間の有意義なコミュニケーションにとって必須の課題である。この問題については、新世代法政策学研究9号掲載予定の青木昌彦論文を参照されたい。

<sup>5</sup> 参照、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)、同「知的財産法政策学の成果と課題—多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—」新世代法政策学研究創刊号(2009年)。

されたドイツ行政法学との国際シンポジウムにおいても、こうした視角の違いは再確認された。確かに、現代の国家法システムがグローバル化や市場化により相対化されつつある現状を前に法理論的対応が急務であることはドイツや日本の行政法学においても十分に認識されており、現に優れた研究が次々と産み出されているが、《立法者と法律（制定法）が法システムの要石である》との想定自体は相対化されておらず<sup>6</sup>、上に述べたように《立法者を他の制度と並列に論じる》という発想は、ほとんど見られない<sup>7</sup>。

もとより、近年の公私協働や民間化の例を挙げるまでもなく、日本やドイツにおいても、立法者が市場や行政に何らかの社会管理機能を委ねる現象は一般的に観察されるものの、これらは《授権》や《委任》の枠組みで論じられ、法規体系における立法者の中心的地位を相対化するものではない。言うなれば、立法者は、万能ではないがなお法秩序における「規範性（正しさ）」の源泉であり、またあるべきことが、今なお期待（ないしは措定）されているように見える。例えば、立法者は、自らの能力の限界を適切に弁え、授権すべき状況で「正しく」授権することが求められる、というように。

<sup>6</sup> 研究会におけるレール報告、原田報告では、むしろこの想定が再確認された。本号掲載のレール論文（83頁）および原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」新世代法政策学研究6号（2010年）115頁（121頁）（「…国家の立法者にはなお、政策目的や公的利益の内容形成の権限が専属すべきである。国家は、立憲主義と民主政の思想が放棄されない限り、特別な地位を保ち続けるだろう。」）を参照のこと。もっともこれは公法学者に固有のバイアスである可能性は否定できず、民事法学の側からは異なる見通しが示されうるかもしれない。とくに近時、民事法においても立法化の動きが急であるが、信義則や公序良俗規定のような一般条項の「解釈」においては実質的に裁判官が立法者としての役割を果たしてきたこととの関係がどう整理されるかは、興味深い問題である。

<sup>7</sup> ただしすぐ後で述べるように、憲法論における司法審査の文脈においては、立法と司法の関係を中心にした—従って制度間比較の発想に親和性のある—視角からの議論が行われてきた。他方で、国家論の退潮とともに憲法論における議会制論がかつての中心的な地位を失っていることも指摘されている。参照、林知更「議会制論の現在」法教321号（2007年）21頁。

しかしまた他方で、我々法学者はしばしば、現実の立法（制定法）について、「質の悪い立法」という評価をしばしば行い、批判を加える。もちろんいかなる批判も自由であるが、ここでの問題は、法学者によるそうした批判が何に（いかなる規範的基礎に）立脚して行われているのか、であり、このような議論の作法が、立法者を法システムの要石に据える論法といかなる関係に立つのか、である。

立法に対する批判の足場の一つはもちろん憲法論であり、これについては司法審査論を中心に、憲法学における膨大な議論の蓄積がある。しかし、憲法学者以外の実定法学者が《立法の質》を問題にする場面の多くは、憲法論によって決着がつかない領域と考えられる。従って、憲法論の重要性を疑わないものの、本稿は憲法論に踏み込まない。むしろ本稿の関心は、憲法が許容する広範な立法裁量の枠内<sup>8</sup>で行われた具体的な立法選択に関して法学者が行う評価や批判がいかなる規範的なステータスを有するかという問題である。このような場面における実定法学者による「立法」の批判としては、概ね以下の二つのタイプがあるように思われる。

第1に、ある立法が既存の法秩序（特に訴訟法や手続法）とのテクニカルな整合性を十分に考慮していないためにうまく機能しない、というタイプの批判が考えられる。これは、立法者の実体的な選択の当否はさしあたり棚上げにした上で、目的合理性のレベルで批判していることになる。この場合、立法政策の法規範上の「正しさ」が疑われているわけではないので、本稿の関心からはさしあたり除外される<sup>9</sup>。

<sup>8</sup> 当然ながら、どこまでが憲法の許容する立法裁量かは自明ではなく（例えば参照、高見・後掲注131、249頁）、これは憲法理論・憲法解釈に委ねられた問題である（なお、この二つを区別する趣旨について参照、林知更「国家論の時代の終焉？—戦後ドイツ憲法学史に関する若干の覚え書き（一）（二・完）」法時77巻10号113頁、11号61頁（2005年））。従って、極論すれば全てを憲法問題として論じることは不可能ではない。しかし、憲法を「切り札」として持ち出すことが（論理的には排斥されないが）「もっともらしくない」場面は確かにあるということが法の専門家に共有されている、という前提で話を進める。

<sup>9</sup> もっとも、この批判の背後には「きちんと機能する（法技術的に遺漏のない）法律を制定すべき」との立法者に対する規範的要求が含まれているようにも読める。しかし立法者はそのような義務を負っているのだろうか。この問題に関しては二つ

第2に、立法者による実体的な選択自体が誤りであるとする批判のタイプが考えられる。基本的人権に関わる（上で除外した憲法論の）問題に限らず、法がおよそ権力的強制の契機を伴う以上、あらゆる法的決定には公共的な正当化が要求されるはずである。従って、このタイプの批判は、立法者が「正当化に失敗している」という意味で批判していることになる。しかしながら、我々は（憲法秩序の枠内で振る舞う限りで、という条件付きではあるが）立法者が法規範上の「正しさ」の源泉であると指定したのではなかったか。これは矛盾した立場ではないのだろうか。

この問題に対して法哲学者は、「正当性」と「正統性」の問題を分ける、という解答を与える<sup>10</sup>。この議論は、法の正当性をめぐる論争の存在を正面から認めつつ、ある立法の「正当性」に異論を持つ「敗者」に対してもなお「法」として忠誠を要求しようような「正統性」基盤を問うべきである、と説く<sup>11</sup>。筆者はこの論争に立ち入る能力を持たないが、この議論領域（「立法学」の一つのバージョン）が法政策学にとって基底的な意味を持つことは確認されるべきであろう<sup>12</sup>。

---

の相互に独立したコメントが可能である。

第1に、手続と実体の区別はそれほど自明とは限らず、むしろ既存の法秩序の手続的細目事項に潜む実体的判断ごと覆すべきである、と現在の立法者が考える場面がありうる。政権交代後に我々が目撃しつつあるように、既存の秩序との継続性や安定性は、法学者が思っているほど自明の価値ではないのかもしれない。そして、既存の法秩序が内包する実体的規範的価値が立法によって覆される場面における法学者の議論の作法こそが、本稿の中心的な関心事の一つである（Ⅲ）。

第2に、立法者自身、その法律を真面目に執行されることを期待していない（あるいは建前として掲げられたその目的が実現されるとかえって困る）、という場面がありうる。法案成立後の成果はしばしば見えにくく、実際に影響を受ける人が少ない（もしくは分散しており政治的に影響力を持たない）場合には失敗しても注目も惹かないため、合理的な立法者が有権者へのアピール手段としてその法案を成立させること自体を目的と考える場面は現実にもありうるように思われる。

<sup>10</sup> 参照、井上達夫「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリ1356号（2008年）128頁。

<sup>11</sup> 参照、井上達夫「憲法の公共性はいかにして可能か」『岩波講座憲法1』（岩波書店、2007年）301頁。

<sup>12</sup> もとより、民主主義と立憲主義（司法審査）の関係に関する憲法理論は、実定憲

さて、以上のように「正統性（二階の公共性<sup>13)</sup>」の問題に別途位置づけが与えられたとしてもなお「我々法学者は「立法」の正しさ（正当性＝一階の公共性）について、どのような作法で論じることが可能か（望ましいか）」という問題は残る。二階の公共性によってアリーナの正統性が担保されたと仮定して、アリーナの内で行われる正当性をめぐる競争はどのように行われるのか<sup>14)</sup>。

この問いに対する一つの（素直な）解答は、「正しさ」についての哲学的理論体系＝正義構想を各陣営が競って彫琢し、それを戦わせる、というものであろう。その場合には、ある種の哲学的立場（例えば功利主義）を実定法制度の上に具体化するための道具としての社会科学（例えば厚生経済学）がセットで提示されるかもしれない。このような場合、このような作法で「立法」の是非を論じている法学者はいわゆる「法の外的視点」<sup>15)</sup>に立っているように思われる。しかしこれは唯一の作法だろうか<sup>16)</sup>。確かに、伝統的な実定法学が「立法論（政策論）」と「解釈論」を峻別する立場を採ってきたことからすれば、法学者が「立法論」を語る場合、彼(女)は実定法秩序の外に立っており、法外的な基準（例えば効率性や分配的正義）を直接的な論拠として哲学的・倫理的に《立法の質》ないし《良き立法》を論じる、ということになるのかもしれない<sup>17)</sup>。しかし、これとは異なる

---

法に引きつけながらこの哲学的問題に向き合ってきたものと理解される。参照すべき文献は膨大であるが、ここではさしあたり阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）のみを挙げておく。

<sup>13)</sup> 「一階／二階の公共性」という表現は、井上達夫「公共性とは何か」同編『公共性の法哲学』（ナカニシヤ出版、2006年）3頁（24頁以下）による。

<sup>14)</sup> すなわち、正義の諸構想をめぐる論争に対する規制原理としての普遍主義的正義理念（井上・前掲注11論文326頁）の要請を充たすことは前提としつつ、その上でなお、より「生産的な」競争を促進するような競争の作法はありうるか、という問いである。

<sup>15)</sup> 参照、H・L・A・ハート『法の概念』（矢島光岡監訳、みすず書房、1976年）、中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店、2000年）第2章。

<sup>16)</sup> ここでプロセスに純化した立場、すなわち「政治過程での勝利に正当性を基礎づける」という立場を予め排除していることにつき参照、後掲注72。

<sup>17)</sup> なお、前掲注9とそれに対応する本文で示唆したタイプの議論も、意識的にここ

形での「法学者が《立法の質》を論じる」作法もありうるのではないだろうか？

以上、かなり迂遠な前置きを経てようやく、「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の基礎理論構築に向けた作業を目的とする本稿が、アメリカ法(学)における「立法」の位置づけを参照するという方法を採用する趣旨を説明できることになる。

日本やドイツとの対比における（筆者が理解する限りでの）アメリカ法学の特徴は、①立法は法過程の一部に過ぎないと考えられ、《立法の質》や立法者のパフォーマンスも、社会厚生や分配の公平といった外在的な指標によっていわば「突き放して」評価されているように「見える」こと、②法と経済学に代表される隣接諸科学からの知見が法学の議論に取り込まれているように「見える」こと、の2点である。しかし、②に関しては、隣接諸科学の知見（法の外的視点）がいかにして法学の議論に接続されるか、という問いが立てられ、さらに①との関係で、アメリカの法学者は《立法の質》をどのように論じているのか、という問いが立てられる。冒頭に述べたように、北大グローバルCOEも制度論的視点（Ⅱ 3）という従来の法学の議論にとって異質な思考枠組みを採用する。となれば、それが従来の法学とどのような関係に立つのか、を明らかにしておくことが、北大グローバルCOEの「新世代法政策学」と法学共同体および隣接諸科学の共同体との間での生産的なコミュニケーションのための基礎的な条件となるはずである。本稿は、アメリカ法について観察される上記①・②が論理的に結びついている、との仮説を提出し、それを通じて、日本の文脈での議論への示唆を得ようとするものである。

このような趣旨に照らし、《立法の質》を主題として掲げつつも、本稿は以下の三つを直接の考察対象から除外する。

第1に、既に述べたように、憲法学における立法府と司法府の関係を中心とした議論の蓄積には立ち入らない。憲法解釈論はアメリカにおいては制定法解釈論と近い関係に立つが、本稿ではあくまでも「制定法」解釈論に力点を置いた考察を行う。

第2に、本稿は、良き立法が備えるべき実体的基準（一般性、安定性等）

---

での考察から除外されている。

に関する議論にも立ち入らない<sup>18</sup>。むしろ、これらの基準がいかにして議論に持ちこまれうるのか、が問われることになる。

第3に、立法によって形成された具体的な「法ルール」を対象とする経済学その他の外的視点からの評価も、本稿の直接の考察対象ではない。むしろ、こうした外的な評価がどのように法学の議論に接続されるかが、本稿が取り組むべき課題ということになる。

## I. アメリカ実定法秩序における立法者と法律の位置づけ

序論で対象として提示した《立法の質》に関するアメリカ法学の特徴的なスタンスを理解する上では、アメリカの統治機構・実定法秩序に固有の「立法者」の制度配置を無視できないことは明らかであろう。そこで、次節（II）の検討の準備作業として、ごく簡単に確認しておこう。

### 1. アメリカにおける「立法者」— 本稿における意味

以下の検討における「立法者」としては、20世紀以降のアメリカにおける法律制定機関として中心的な役割を果たしている連邦議会を想定する。これは、IIにおいて検討する学説が立法者／制定法として想定して議論を組み立てている対象が主として連邦議会／連邦法であることに専ら起因するものである。そして、このような前提を置いた時点で既に、以下に述べる三つの側面において<sup>19</sup>この「立法者」概念は相対化され、射程を限定されたことになる<sup>20</sup>。

第1に、連邦制をとるアメリカ法の下では、法律制定機関としての立法者は一つではない。各州議会は、各州憲法秩序の下での最高の立法機関である。確かに、合衆国憲法の下では、連邦議会の制定する法律は州法に優

越すると定めるが<sup>21</sup>、他方で連邦議会は合衆国憲法によって明文上または解釈上与えられた立法権の範囲内でのみ立法をなしうるにとどまる<sup>22</sup>。

第2に、合衆国憲法が採用する権力分立原理の下、連邦議会は民意の独占的な代表者ではなく、同じく民主的正統性を有する機関である大統領＝執政府（Executive Branch）と、立法過程においても拮抗する関係にある。これについては次に詳しく述べる。

第3に、判例法（コモンロー）が制定法と並ぶ固有の法源としての地位を占めるため、連邦議회가制定する法律はこの意味でも相対化される。確かに連邦コモンローが判例上否定された現代にあつて<sup>23</sup>、連邦レベルでは憲法と制定法のみが法源となるが、連邦の法律が及んでいない実体法上の問題については各州のコモンローが支配するという意味で、法源としての連邦法律の相対性はなお意識されうる<sup>24</sup>。また、伝統的には、コモンローが法の中核を占めてきたことが、制定法解釈論のあり方にも影響を与えてきたと指摘される<sup>25</sup>。さらに、行政国家化と「制定法化（“statutorification”）」<sup>26</sup>

<sup>21</sup> 参照、合衆国憲法第6条2項〔最高法規条項（supremacy clause）〕。

<sup>22</sup> 参照、田中英夫『英米法総論（下）』（東京大学出版会・1980年）589-604頁。ただし連邦議会の立法権の範囲は「黙示的権限」の理論によって実際には相当に広範なものとなっている（同書591頁）。

<sup>23</sup> *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)において、連邦最高裁は、連邦憲法は、連邦裁判所に対して、特定の州法を離れた判例法（連邦の general common law）の存在を宣言する権限を与えておらず、連邦の憲法および法律の支配を受ける事項を除いては、適用されるのはあくまでも各州の法（制定法・判例法）であるとして、それまでの判例（*Swift v. Tyson*, 16 Pet. 1 (U.S.) (1842)）を覆した。従って、連邦裁判所は、連邦裁判所の固有権として制定を認められた訴訟手続法のほか、連邦の法律に基づく刑事・民事実体法の事案の場合には連邦法（連邦法律の解釈としての判例法を含む）を適用できるが、州籍相違事件（diversity case）管轄の場合には、州際私法の考え方で、事案の下で適用されるべき州法（州制定法・コモンロー）を特定しそれを適用できることが認められるに過ぎない。参照、田中・前掲書626-641頁。

<sup>24</sup> これはいわゆる連邦法による専占（preemption）の問題にも関係するが、ここから制度配置の問題にもつながりうる。See, e.g., Catherine M. Sharkey, *Products Liability Preemption: An Institutional Approach*, 76 GEO. WASH. L. REV. 449 (2008).

<sup>25</sup> 参照、田中・前掲書503頁。

<sup>18</sup> 参照、高見勝利「「より良き立法」へのプロジェクト—ハート・サックス“THE LEGAL PROCESS”再読」ジュリ1369号（2008年）11頁、本特集の原田論文（120頁以下）。

<sup>19</sup> なお、連邦議会の地位は当然に違憲立法審査によって相対化されるが、序論で述べた理由で立ち入らない。

<sup>20</sup> この意味で、日本やドイツとの比較においてそもそも正対する関係にならないことには注意が必要である。なお、本号掲載のレール論文85頁の指摘も参照のこと。

の時代たる20世紀中葉以降もなお、連邦議会・行政機関・裁判所の間で、連邦法的規律の根拠となる連邦法律の解釈・運用のあり方をめぐって形成された複雑な関係は、制定法解釈論という議論領域の下で独自の様相を見せており、この意味でも連邦議会＝立法者の位置づけ（論じられ方）について、アメリカ法に特有の刻印づけをもたらしていることが予測される（Ⅱで詳しく触れる）。

## 2. 立法者の連邦憲法上の位置づけ — 権力分立原理

まず、合衆国憲法は、その第1条第1節において「立法権は全て連邦議会に属する」と規定する一方で、第1条第7節第2項において、両院で議決された法案が法律となる前に大統領に送付され署名される必要があると規定する（送付条項：Presentment Clause）。大統領が署名を拒否した場合には上下両院が共に3分の2の多数により再可決することによって法律となしうるものの、これは通常は実現不可能な要求水準であるため、事実上、連邦議会は大統領の拒否権（Presidential Veto）行使の可能性を織り込んだ立法活動を行うことになる<sup>27</sup>。さらに、司法府との関係でも立法者は制定法の憲法適合性審査に服することになる<sup>28</sup>が、序論で述べた通り、本稿ではこの点に立ち入らない。

政府（government）<sup>29</sup>を民主主義によって運営しつつ同時に「多数の暴政」を防ぐという難題に対して我々の知る標準的な解答は、民主政と立憲主義

<sup>26</sup> GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES (Harvard, 1982), at 1.

<sup>27</sup> このことは翻って、議会内部の各アクターの交渉行動にも影響を及ぼす。詳しくは参照、Rui J. P. De Figueiredo, Jr., Tonja Jacobi, and Barry R. Weingast, *The New Separation-Of-Powers Approaches to American Politics*, THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY (WEINGAST & WITTMAN, EDS.) (Oxford, 2006)。統治構造が異なる日本にも、類似の発想は適用可能である。参照、曾我謙悟『ゲームとしての官僚制』（東京大学出版会・2005年）。

<sup>28</sup> See, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

<sup>29</sup> ここで敢えて国家という（我々に馴染みのある）概念の使用を避けた理由について、さしあたり阪口・前掲注12、229-234頁の議論を参照されたい。ただし以下の行論において行政学的な概念としての「行政国家」「規制国家」という表現を（administrative / regulatory state の訳語として）用いることがある。

を両者の緊張関係を維持しつつ併存させることである。しかし、憲法上の人権保障は、それが多数者の利益になる場合（「政府」の暴走の抑制）には有効だが、多数者に都合が悪い場合（「多数」の暴走の抑制）にも常に有効である保障はない。最悪の場合、それは政治的現実の前に踏みこじられ（あるいは体良く無視され）画餅に帰す<sup>30</sup>。そうさせないためには、政府統制の仕組みは政治的に自己補強的な（politically self-enforcing）ものでなければならず、そのための制度的な仕掛けが工夫される必要がある。このような意識に立ち、制憲者（特にマディソン）は、極めて自覚的に（二院制や大統領の間接選挙の仕組みなどと並び）権力分立原理を統治機構の中核に据えた、との指摘がある<sup>31</sup>。もとより本稿は憲法学の統治機構論の根幹に関わるこの問題に立ち入る用意はない。ここでは単に、立法者に対する憲法的統制が機能しうる条件やそのための制度設計上の工夫の重要性というごく当然の論点を示唆するにとどめる。

## 3. 執政府・行政機関との関係

憲法との抵触が問題とならない場面においても、「立法者が実体的な政策判断を行い一般的規範としての法律を制定し、行政はその枠内で規範の

<sup>30</sup> 憲法条項があれば直ちに民主的議会を統御できると考えるのは楽観的に過ぎる。憲法条項があるにもかかわらず違憲審査が機能しない例として、アメリカの州憲法の財政規律条項がある。趣旨を考えれば明白に憲法違反に該当する財政行為に対しても、政治部門との対峙を忌避する州裁判所が違憲判断を下すことはほとんど見られない、との指摘がある。See, Richard Briffault, *Courts, Constitutions, and Public Finance: Some Recent Experiences from the States*, GARRET, GRADY, & JACKSON (EDS.), FISCAL CHALLENGE: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH TO BUDGET POLICY (Cambridge, 2008).

<sup>31</sup> See, Levinson, Daryl J., *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment* (March 24, 2010) [available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1577749>].

従って、論者が指摘してきたように、米国の権力分立原理は、国家機関間の役割分担・切り分けではなくむしろ権限の部分的重複と拮抗による相互抑制に力点が置かれている。例えば参照、松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法（Ⅲ・完）—議会拒否権制度の崩壊とその意味するもの」阪大法學136号（1985年）29頁（41頁）。なお、日本国憲法の文脈での権力分立の捉え方に再考を迫るものとして、中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001年）331頁。

具体化を行い法律の執行・政策の実現に従事する」という構図は、アメリカ連邦法において<sup>32</sup>必ずしも自明のものではない。ここでは、委任禁止法理（nondelegation doctrine）と議会拒否権（legislative veto）を例に取りつつ、議会＝立法者の地位が行政機関や執政府に対して相対化されている法状況を簡単に見ておこう。

### （1）委任立法禁止法理

合衆国憲法が「立法権は全て連邦議会に属する」と規定する以上、連邦議会は行政に対して白紙委任をなしえず、政策判断の基幹的な部分は自ら行い法律に書き込むことが憲法上の責務である、と考えるのが普通の発想であろう。もちろんアメリカでも、こうした考え方は伝統的に提唱され、判例<sup>33</sup>上も表明されている。しかし現実には、政策判断の実体的部分を行政に委任する法律が多数存在するにも関わらず<sup>34</sup>、連邦最高裁は、New Deal 立法を違憲とした1935年の2件の判例を除いて委任禁止法理を適用した違憲判決を出しておらず、学説上もこうした状況に異議を唱えるものは少ない。判例・多数説はなお委任禁止法理の建前を崩していないが<sup>35</sup>、学説

<sup>32</sup> もちろんこの命題は州法について一般化することはできない。状況は州ごとに異なり、州裁判所が州憲法上の委任禁止法理を積極的に適用する州も存在する。See, CATHERINE M. DONNELLY, DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES – A COMPARATIVE PERSPECTIVE (Oxford, 2007), ch.4; 同書につき参照、北島周作「書評：民営化論の体系化」アメリカ法2010-1（2010年）掲載予定。

<sup>33</sup> See, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457 (2001).

<sup>34</sup> 例えば、労働安全衛生法（OSHA）は事業所における労働安全基準の策定と執行について、労働長官に対して「安全・健康な雇用とその場を提供するために合理的な範囲で必要または適切な」労働安全衛生基準の策定権限を与えている。この規定は事実上、行政に対して「良きに計らえ」と命じているに等しい、との指摘がある。See, Cass R. Sunstein, *Is OSHA Constitutional?*, 94 VA. L. REV. 1407, 1409 (2008). 同様に、アメリカにおいて法律が行政活動の実体的規律をほとんど行わず、「決断主義的な機能を行政に対し要求する」傾向があると指摘するものとして参照、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法—「法治行政」と「法の支配」に関する覚え書き」『行政法の基礎理論(上)』（有斐閣、2005年〔初出1986年〕）156頁。

<sup>35</sup> ただし学説上は厳密なルールというよりは思考を導く枠組みとして捉える考え

にはそもそも委任禁止法理は存在せず、またその必要すらない、と説くものすら存在する<sup>36</sup>。

なお、アメリカ行政法の主要な関心の一つが行政手続、特に規則制定（rulemaking）手続にあり、高度の発展を見ていることは良く知られているが<sup>37</sup>、広範な委任の下で、まさに行政が（準）立法作用を担っていることからすれば、行政立法手続を整備して、多種多様な利益を満遍なく包摂することが目標とされたことは理解できる。これは、立法過程についてのあゝ種の理想を投影させた制度設計と言えよう<sup>38</sup>。他方で、その結果として規則制定過程の硬直化（ossification）や長期化の弊害がもたらされたことも夙に指摘されている<sup>39</sup>。

方が有力である。See, e.g., Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315 (2000).

<sup>36</sup> See, Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2002) [憲法テキストから委任禁止法理が導かれなかったことを確認した上で、大幅な委任立法を認めたとしても社会厚生は低下せず、民主的価値も損なわれない、と主張する]。ただし、彼らの議論の前提にある民主政の観念には注意が必要である。すなわち、政策の質は社会厚生へのインパクトによって帰結主義的に（過程とは独立に）評価され、議会とは社会に分散し相互に競争する諸利益の調整の場に過ぎない（従って「参加」や「透明性」は道具的な価値しかない）ので、委任立法の評価もそれが社会の利益と立法政策の間の乖離（agency cost）を増加させるか否か、という観点からなされることになる。討議によって単なる利益の妥協とは質的に異なる一般意思が実現する、という発想はおそらく想定外であろう。

<sup>37</sup> 参照、宇賀克也『アメリカ行政法（第2版）』第2章Ⅱ、中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000年）、野口貴公美『行政立法手続の研究 米国行政法からの示唆』（日本評論社、2008年）。

<sup>38</sup> See, Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975), see also, Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245, 2268 (2001). この主張にいち早く着目し、「超越的に与えられた公益や公共性とその独占的な体現者としての行政」という支配的な像に対する批判を展開した業績として参照、遠藤博也「行政過程論の意義」北大法学論集27巻3=4号（1977年）585頁（596）頁。

<sup>39</sup> See, Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U. L. REV. 437, 447 (2003),

## (2) 議会拒否権

周知の通り、1930年代のニューディール政策を転機に<sup>40</sup>、アメリカの行政国家化が大幅に進行したが、この流れを主導したのは連邦議会が制定した規制立法の下で制定された各種の行政機関であった。行政機関の合衆国憲法上の位置づけは元来曖昧であったが<sup>41</sup>、少なくとも執政権と区別されたものとして行政権は憲法上観念されてきた<sup>42</sup>。

しかし、行政国家が成熟期を迎えた1970年代以降、(独立行政委員会を含めた)規制行政領域における大統領の影響力が増大し、連邦議会との間での確執が顕在化するようになる。連邦議会が、膨張する一方の大統領権力への対抗策として、行政機関に規制権限を授権する法律に、一定の執行行為につき議会両院・一院・委員会の承認(または一定期間内に決議をしないという形での黙認)を経なければ、当該執行行為は効力を発しないと規定(議会拒否権 legislative veto)を盛り込む例が急増した。しかし連邦最高裁は1983年の *Chadha* 判決によって、議会拒否権は実質的に立法であり、憲法が定めた立法手続(特に大統領への送付という手続)を迂回するもので違憲である、と判断し、これを葬り去った<sup>43</sup>。事後的な行政統制手段の一つを失った議会は、行政への委任立法を精密化し事前の行政統制に向かうかと思われたが、必ずしもそのような事態は観察されていない。

他方、大統領(執政府)はその後も行政全般への影響力を強化し、「大統領行政府 (Presidential Administration)」<sup>44</sup>と呼ばれる状況が出現した。特

<sup>40</sup> 実際にはこれは「憲法革命」とでも言うべきものであったことについては、多くの指摘がある。例えば参照、木下毅『アメリカ公法：日米比較公法序説』(有斐閣、1993年)118頁、215頁。阪口・前掲注12、83頁以下。

<sup>41</sup> 合衆国憲法には、大統領を長とする執政府 (Executive Branch) の規定はあるが「行政 (Administration)」に関する明示的な規定がなく、行政国家の現実をどう憲法秩序に位置づけるかが、アメリカ行政法学の一つの中心的課題であった。See, e.g., BREYER, STEWART, SUNSTEIN & VERMEULE, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXTS, AND CASES* (6TH ED., 2006), ch.2.

<sup>42</sup> See, *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958).

<sup>43</sup> *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)

<sup>44</sup> See, Kagen, *supra* note 38.

に、1980年代以降の数次の規制改革において、大統領令により、ホワイトハウス<sup>45</sup>による規制審査が規則制定手続に組み込まれ、執政府による行政統制が目立つようになっていく<sup>46</sup>。《立法の質》に関心を有する本稿の観点からは、規則制定過程に費用便益分析が要求されていることが興味深く指摘される<sup>47</sup>が、ここでは行政活動の実体的規律が立法以外の端緒によって与えられていることのみを確認するにとどめる。

## 4. 司法府・コモンローとの関係

本節 1でも述べたように、アメリカ法における裁判所は単に立法者が制定した法律を忠実に解釈・適用する機関にとどまらない。このことは、アメリカの法システムにおける立法者の位置づけにも無視できない影響を与えているように思われる。

まず、歴史的には、19世紀までは、今日的な意味での社会統御機能の主要部分を各州のコモンロー<sup>48</sup>が担ってきた(そもそも連邦の役割自体が限定的なものであった)<sup>49</sup>のが、産業社会の複雑化と全国規模での経済活動の

<sup>45</sup> 厳密にはホワイトハウスに属する行政管理予算局 (OMB) に置かれた Office of information and Regulatory Affairs (OIRA) による。

<sup>46</sup> See, e.g., Breyer et al., *supra* note 41, at 102-122.

<sup>47</sup> 参照、後掲注56。

<sup>48</sup> 内田貴「民営化 (privatization) と契約(3)」*ジュリ*1307号 (2006年) 132頁は、公法私法二元論(古典理論)が支配する以前のコモンローには、私人が提供する(元来国家(州)が提供主体ではない)公共的なサービスについて公共的な観点から規律する法理が存在したことを強調し、近時の公私協働・民間化論における公法規範の拡張論の相対化を試みている。公法学の側からこの問題提起に呼応する業績として参照、北島周作「行政法における主体・活動・規範(1)~(6・完)」*国家*122巻1・2号~11・12号 (2009年)。さらに、北大法学論集59巻1号のシンポジウム「制度的契約論の構想」も参照のこと。

<sup>49</sup> もちろん、各州の立法者が周辺の役割しか有しなかったということではない。特に独立直後は立法府優位の考えも強く、イギリス法=コモンローを継受するか否か自体が争点であった。参照、田中英夫『英米法総論(上)』(東京大学出版会、1980年)253頁以下。本文の趣旨は、19世紀までは現代的な意味での社会管理機能がそもそも問題とならず、従って州立法者の活動は(絶対量の問題として)小さなものにとどまった、という意味に過ぎない。

進展に伴い、立法者による個別の対応から徐々に行政委員会の設置と規制権限の授権（これに並行して連邦の規制立法の拡大）へと進展していった経緯<sup>50</sup>が指摘される<sup>51</sup>。従って、少なくとも歴史的背景事情としては、《コモンローの包括性・基底性と制定法の個別性・補完性》を指摘することができよう。

もちろん、20世紀初頭以来、古典的コモンロー秩序に固執する司法府の抵抗を斥け、規制国家化を進める上で主導的な役割を果たしたのは州<sup>52</sup>および連邦の制定法であったし、現代においてはむしろ制定法（特に連邦法）が主要な位置を占めていることは否定しがたい<sup>53</sup>。それにもかかわらず、《コモンローの基底性・制定法の補完性》という発想は、いまなおアメリカ法において強い影響力を保持しているように思われる。

例えば、既にニューディール立法の時代を経た後で、しかも規制国家に対して肯定的なリーガル・プロセス学派の主唱者であるヘンリー・ハートとアルバート・サックス（その所説はⅡで詳しく検討する）は、法制度の定立における第一義的な責任は立法府にあるとしつつも、法の社会管理作用における立法の役割は二次的(secondary)なものであるとする<sup>54</sup>。規制国

<sup>50</sup> 鉄道料金規制を例にこの経緯を例証するものとして参照、中川丈久「米国行政手続論の基礎」広島法学20巻2号(1996年)49頁(88頁)、同「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量(二・完)」法協107巻5号(1990年)818頁(819頁)。

<sup>51</sup> 例えば、連邦制定法である1890年のシャーマン法は、それまでに蓄積されていた州のコモンロー上の取引規制法理を法典化したものであった(参照、滝澤紗矢子『競争機会の確保をめぐる法構造』(有斐閣、2009年)90頁)。このような歴史的経緯の理解は、制定法解釈論の文脈でも参照されることになる(後掲注74)。

<sup>52</sup> 既に述べたように、本稿の検討対象たる「立法者」は原則として連邦議会に限定されるが、規制立法に対する司法府の抵抗の象徴として有名なロックナー判決(*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905))において連邦憲法第14修正に違反して無効だとされた労働者保護立法がニューヨーク州法であったように、州立法者の役割を無視することはできない。

<sup>53</sup> See, e.g., Calabresi, supra note 26; WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., PHILIP P. FRICKEY, & ELIZABETH GARRETT, LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION (2<sup>ND</sup> ED) (Foundation Press, 2006), at 2.

<sup>54</sup> HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., & PHILIP P. FRICKEY, EDs.)

家そのものに懐疑的な保守的な論者がこうした考え方を採るのはわかりやすいが<sup>55</sup>、リベラル派と目される論者においても、コモンローの機能的な優位性に着目し、制定法に過重な負担(と期待)を課すべきでないとする指摘<sup>56</sup>が見られることは興味深い。

Ⅱで詳しく検討するように、制定法解釈論においてもアメリカ法学に特有の議論状況が見出されるが、その背後には以上に見た立法・制定法の位置づけの問題が横たわっていると考えるのがむしろ自然であろう。

## 5. 小括

本節の作業は、冒頭に述べたように、アメリカ法における立法者・制定法の制度上の位置づけが、Ⅱで検討するアメリカ法学における立法の「論

---

(Foundation Press, 1994), at 164:

“A legislature has a primary, first-line responsibility to establish the institutions necessary or appropriate in the everyday operation of government. For example, it must create courts … But in relation to the body of general directive arrangements which govern private activity in the society its responsibility is more accurately described as secondary in the sense of second-line. The legislature characteristically functions in this relation as an intermittently intervening, trouble-shooting, back-stopping agency… The private lawmakers, the courts, and administrative agencies are … the regularly available continuously functioning agencies of growth in the legal system.”

ただし、このことは彼らが立法者の規範的地位を低く見ていたということを意味しない。むしろ、裁判所に対する制定法解釈論の指針を示した文書の中で、立法府を憲法以外のいかなる制約にも服さない「社会における最高の政策決定機関」(Id., at 1374)と位置づけており、ハートは別のところでは「裁判所とは異なり、立法者は(社会的に促進されるべき)目的を「恣意的に(arbitrary)」選ぶことさえ許される」と論じている(Eskridge & Frickey, infra note 58, at lxxx)。

<sup>55</sup> See, e.g., Frank H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533 (1983).

<sup>56</sup> Calabresi, supra note 26; CASS R. SUNSTEIN, THE COST-BENEFIT STATE: THE FUTURE OF REGULATORY PROTECTION (Section of Administrative Law and Regulatory Practice, American Bar Association, 2002), at 120, 135 (制定法に基づく安全・環境基準がしばしば偏っていることを問題視し、行政機関が適切な枠組み(そこで重視されるのが費用便益分析である)の中で徐々に首尾一貫した形成していく“a common law of regulatory protection”が志向されるべきであると説く。)

じられ方」に影響を及ぼしているのではないかとの見通しに基づいて、その準備作業を行ったものに過ぎない。以上のようなごく大雑把な概観によって、アメリカ法における立法者（連邦議会）が（例えばドイツや日本との比較で）相対的な位置づけを与えられるにとどまるといった命題が論証されるはずもなく、もとよりそれは本稿の趣旨ではない。あくまでも、「アメリカ法学が《立法の質》を論じる作法」を我々にとって理解可能なものとするための補助線を引く作業に過ぎないことを強調しておく。

## II. アメリカ法学における「立法」の位置づけの変遷

前節に見た制度配置を前提に、アメリカ法学は「立法」にいかなる位置づけを与え、どのように論じてきたのか。これが本節の主題である。本節の作業によって、「法学が《立法の質》を論じるとはどのような意味を持つのか」という本稿の問いに接近することが目指される。従って、本節の通奏低音を形成するもう一つのテーマは、法(学)の外部からの知見がこの分野における法学の議論にどのように摂取され、インパクトを与えてきたのか、ということになる。

以下では、ニューディール改革を経て、現代のアメリカ行政国家が原型を整えた1940～50年代に大きな影響力を持ったリーガル・プロセス学派の議論から出発し（1）、同学派を支えた前提の崩壊と対抗する理論の台頭を跡付け（2）、近年の「制度論的転回（institutional turn）」<sup>57</sup>の下での議論状況を瞥見し（3）、それが本稿の関心に与える示唆を論じる（4）。本節が検討する素材は主に学説における「立法」の位置づけと制定法解釈論であるが、後の検討が明らかにするように、これは司法や行政の位置づけにも

<sup>57</sup> 憲法解釈論の領域にも論及するもので本稿の関心とやや異なるが（もっとも、制定法解釈論においても公民権法の解釈論のように、実質は憲法論に他ならないような問題群もある。See, e.g., Philip P. Frickey, *From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation*, 77 MINN L. REV. 241 (1992), at 245-47)、極めて有益な業績として参照、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回—近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として (1)・(2)・完」民商法雑誌140巻1号36頁・2号197頁（2009年）。

反省を迫る議論を含むものである。ただし、学説史の網羅的な検討をなしうるものではなく、本稿の問題関心にアプローチする手がかりを得るための暫定的・部分的な作業にとどまることを予めお断りしておく。

### 1. リーガル・プロセス学派 — 法の目的と《予定調和的》役割分担<sup>58</sup>

#### (1) 概観

20世紀前半の行政国家化現象は、コモンロー中心のアメリカ法体系を大きく変貌させた。いまや、アメリカ法の新たな主役は、コモンローの古い秩序に介入して社会管理を先導する議会制定法であり、その制定法の授権を受けた行政の活動であった。

この新たな法状況に体系的な説明を与え指針を示すことを目的として構想されたのが、ヘンリー・ハートとアルバート・サックスを中心とする「リーガル・プロセス」学派である。リーガル・プロセスは、ホームズ判事の形式主義法学批判に始まりリアリズム法学に至る、それまでに先行したアメリカ法学の成果を織り込んだ一つの集大成としての性格を有しており<sup>59</sup>、1950年代には広く受け入れられるに至った<sup>60</sup>。その特徴は、エスク

<sup>58</sup> 本項の議論の多くは William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to THE LEGAL PROCESS*, in Hart & Sacks, supra note 54, pp.li-cxxxvi に負う。本文および後続の注における[ローマ数字]は同論文における頁数である。なお、リーガル・プロセスは近時の立法学の観点からも再び注目されている。参照、高見・前掲注18論文。

<sup>59</sup> 例えば、法の問題は論理必然的に一つの解が導かれるものではなく、法の目的は法の外から充填されるものであると考え、「政策としての法」を正面から認め[lviii]、裁判官が法の目的=政策を考慮し明示することを推奨するとともに、制度=規制の構成物としての法/権利という理解(著名な *International News Services v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) におけるホームズ判事補足意見に原点を有する)から、「制度的適性 (institutional competence : 後掲注93参照)」という鍵概念を導き、ここから行政機関による法形成も積極的に承認される[lx-lxi]

<sup>60</sup> この学派の名前は『リーガル・プロセス』という講義教材集(著者の生前には未公刊に終わった)からとられたものと言われる。この教材集を編集して1994年に公刊したエスクリッジとフリッケイによると、1994年時点に在職した最高裁判事9名のうち5名(スカリア、ケネディ、スーター、ギンスバーグ、ブライヤー)がハーバード・ロースクールでのリーガル・プロセスの授業を履修したと指摘し、リーガ

リッジとフリッケイによれば、以下の3点に要約される。

①法の目的性と理性的考究（Reasoned Elaboration of Purposive Law）— リーガル・プロセスが想定する社会像は、相互依存と共存共榮の原理によって構成され<sup>[xci]</sup>、人々が共通利益の追求のために自ずと私的な秩序形成を行う社会である。ここでは私的秩序が第一義的な役割を果たす一方、法はこれを後見的に支え、私的秩序形成が機能しない場合の補完と秩序維持を行うことで、人々の幸福を増大させる役割を担う。

リーガル・プロセスは、このように理解された法の目的の下、理性的な考究に導かれて、法に携わる公務員（行政官・裁判官）が法の問題に正解を与えることができると考える。これはリアリズム法学の懐疑主義とは明らかに一線を画する。裁判所は、コモンローの事案では、先例にいかなる目的が内在していたのかを明らかにし、それに沿って目の前の事案に解決を与えるべきであるし、制定法解釈においても、制定法の目的・背後にある政策や原理を解明し、その政策や原理を最も良く充たすような解釈を与えるべきであるとする<sup>[xcii]</sup>。

②制度的システムとしての法 — 以上のように理解された法の目的の下、法の役割としては市場社会における協働を支える調整が重視され、実体的なルールの設定よりも人々が行動し協働することが無駄や不公正を伴わず最適に行われるような制度設計が志向される<sup>[lxii]</sup>。法学＝リーガル・プロセス理論の役割はその制度設計の指針を示すことであり、ルールとスタンダードの選択などもこの文脈で議論される。立法・行政・司法・市場という諸制度間の役割分担と協働を重視するリーガル・プロセスの観点からは、スタンダードとは規則を決定する権限を裁判所・行政機関・あるいは私的制度（private institution）に与える仕組みに他ならず<sup>[xciv]</sup>、その具体化は、法に携わる諸制度・諸アクターの理性的な考究を通じて行われる<sup>[xciv]</sup>。

③プロセスの中心性 — リーガル・プロセスは、実体的価値を法の目的とすることを避け、プロセスを中心に据えた理論を構築する。法のプロセ

---

ル・プロセス学派の影響が（次項に見る理論的退潮の時代にもかかわらず）現代に至る影響力を及ぼしている証左とする。See, Eskridge & Frickey, supra note 58, p.c [100頁].

スは制度間での協調がスムーズに行われるようにする機能を果たし、法の安定性と正統性を支える役割を担う<sup>[xcv]</sup>。その背後にあるのは、現代社会においては実体的価値・利益については争いがありうるが、正しい手続については合意できる、という楽観である<sup>[lxxxiv]</sup>。

## (2) 立法者の位置づけと制定法解釈論

以上の議論から明らかなように、リーガル・プロセス学派は、合理的で公共善（public good）を追求する個人から構成された理性的な立法者像を想定しており、その産出物たる制定法も公益実現に向けられた目的論的なものと位置づけられる（立法の公益理論）。そして、その目的は理性的に明らかにしうると考えられており、制定法解釈においても立法者の善なる意思を斟酌した柔軟な解釈が志向される<sup>61</sup>。

確かに、私的秩序が第一義的な社会制度であり、法はそれを下支えし補完するという秩序観からは、立法者の役割は問題が生じた時にそれに対処するという二次的・問題対処的なものとどまる。しかしひとたび社会の改善に向けた目的＝政策としての法が発動される場面では、リーガル・プロセスは最高の<sup>62</sup>規範的地位と広範な裁量を有する存在としての立法者に絶大な信頼を負託する。

ルールとスタンダードの議論が示すように、行政や裁判所の法形成における役割も積極的に認められるが、これはあくまでも立法者の公益目的を理性的考究によって内在的に明らかにするプロセスとして捉えられており、制度的適性に即した役割分担はあっても制度間での本質的な対立・緊張関係は想定されていない<sup>63</sup>。公益実現を志向する理性的な存在としての

---

<sup>61</sup> フリッケイは、ハートとサックスにとっては制定法もコモンローや憲法と大差なく、いずれも理性的な存在として目的論的に理解可能であると考えていた、とする。See, Frickey, supra note 57, at 249.

<sup>62</sup> 当然、憲法的制約は別論であるが、ハートとサックスは、司法府は立法府に対して敬讓を払うべきであり違憲審査は極力控えるべきだと考えていた。前掲注54参照。

<sup>63</sup> そして、リーガル・プロセスが裁判所に承認する柔軟な制定法解釈の権限も、あくまでも立法者の政策判断の実現と位置づけられ、裁判官自身の政策決定＝法形成が推奨されているわけではない。それは（彼らの措定する）裁判所の制度的適性に

立法者像の当否は、民主政の理論に関わる問題であるが、この点についての論及はごく希薄であり [cxi]、ダールやトルーマンら、当時のアメリカ政治学において影響力のあった利益集団多元主義に対する肯定的評価をそのまま受け入れ、社会の多様な利害や価値が利益集団間の競争を通じて立法過程に収斂された結果が公益である、という予定調和的な民主政観に依拠していた<sup>64</sup>。リーガル・プロセスが、立法が実現すべき実体的価値の解明ではなく、良き立法を導く良きプロセスの構想に向かったこと [xciv] も、このような民主政観からは自然に理解されよう。

### (3) 法の目的・制度・《予定調和》

法システムの分析において、法の政策・制度・手続的側面に着目すべきだとリーガル・プロセスの指摘は、現代においても有用性を失わない。にもかかわらず、リーガル・プロセスの所説自体はあまりにも楽天的であり、およそ現代的に通用するものではない。実際、次項でも見るように、その暗黙の前提が掘り崩されるに伴い、リーガル・プロセスは学説の表舞台から退場していく。何が問題だったのだろうか。

第1に、制度や手続への着目という着眼を有しながら、リーガル・プロセスのそれは各制度が理想的に機能し、各自の制度的適性を生かした協調によって公益を理性的に具体化していく、という極めて予定調和的なものであった。同様に法理論における制度比較の視点の意義を強調するコムサーは、リーガル・プロセスは制度を理想化して捉えたがために、各制度に固有の不完全性を踏まえつつどのように制度間選択を行うかという、制度比較分析にとって最重要の着眼を欠いたと手厳しく批判する<sup>65</sup>。この批判は以下で検討する論者にも共有され、その克服が1980年代以降の制度論的思考の再生をもたらしたものと評価できよう。

第2に、法の目的として実体的価値を同定することを避けつつ、適切な

そぐわないからである。

<sup>64</sup> なお、興味深いことに、イリイのプロセス理論に示唆を与えた Calorine Products 判決のストーン判事補足意見は1938年に出されているにもかかわらず、ハートとサックスの『リーガル・プロセス』はこれに全く言及していない [cxii]。

<sup>65</sup> Komesar, supra note 3, at 11.

プロセスの整備によって法の正当性が確保できるという構想自体<sup>66</sup>にも、致命的な欠陥を指摘できる。プロセスの正当性をそのプロセスが奉仕する実体的目的や価値から切り離して論証できるとは考えがたく、少なくとも自明ではない<sup>67</sup>。実際、表面上の「手続実証主義」的性格にもかかわらず、ハートとサックスは、明らかに功利主義・国家主義・リバタリアニズムにコミットしており [liv]、法による社会管理の目的は（個人の自由を侵害しないやり方での）経済全体のパイの拡大であるとの発想を有していた [lxxxix]。立法・行政・司法の予定調和的な役割分担を可能とする「法の目的の理性的考究」には、実はこのような意味での幸福な社会の実現という緩やかな実体的規制原理が用意されていたのである。結局、ハートとサックスの議論が成功したかに見えたのは、1950年代アメリカ社会を支配した幸福なコンセンサス（あるいは社会的少数者の抑圧という現実への無知）という歴史的偶然によるものと言うほかはない。

## 2. 前提の崩壊と立法に対する懐疑論の台頭

### (1) リーガル・プロセスの退潮

上記のような限界を抱えたリーガル・プロセス理論は、ウォーレン・コートの司法積極主義の展開につれて、急速に法実践についての説明力を失う。リーガル・プロセスが承認する裁判官の柔軟な法解釈はあくまでも制定法と立法者意思の枠内にとどまるものであって、司法は立法に服従するものと考えられていた。ウォーレン・コートによる、実体的正義の観点から制定法の文言を無視することも厭わない大胆な解釈態度は、もはやリーガル・プロセスの想定外であった<sup>68</sup>。もっとも、エスクリッジとフリッケ

<sup>66</sup> 彼らのプロセス志向の背後には、法の目的として共通の利益についての実体的な観念を立てることが全体主義につながるのではないかの危惧があった、との指摘がある。参照、モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄・訳）『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、1996年）335頁

<sup>67</sup> 参照、井上・前掲注10～11。

<sup>68</sup> 他方で、エスクリッジとフリッケイによれば、リーガル・プロセス学派の論者が保守的で人種隔離政策を違憲としたブラウン判決に敵対的だったがゆえにウォーレン・コートの時代に対応できなかった、との通俗的理解は不正確である [cviii]。

イの見立てによれば、ドゥウォーキンの『権利論』はリーガル・プロセスにおける「原理」と「政策」の枠組みも利用しつつ、さらに進んで法内在的に司法積極主義を正当化したと評価される[exvii]。

この評価の当否はさておき、このエピソードはむしろ〈実体的価値の争いから中立なプロセス志向〉という思考枠組みの空虚さを示唆しているように思われる。もちろん、ドゥウォーキンの平等基底的権利論による「原理」の解釈も（魅力的であるものの結局は）一つの正義構想（*a conception of justice*）に過ぎない。しかし、プロセスの重要性を語ることは、それを語る者の実体的価値判断における特権性・超越性を担保するわけではない。ドゥウォーキンらが暗黙に前提とした司法過程の制度能力の問題は別途検討されなければならないが、制度論的視点の重要性を強調する本稿の行論においても、プロセスと実体的価値の問題が根源的に絡み合っていることは常に念頭に置かれるべきであろう。

さて、アメリカ法思想史としてはこの後の批判法学の流れにも言及するのが適切であろうが<sup>69</sup>、法の隠れたイデオロギー性を暴露し全てを「政治化（politicize）」するという批判法学の方向性からは、立法過程に特有の議論というのは導かれにくく（むしろ本稿が志向する立法過程の法的議論への再定位とは対極に、端的に政治過程として捉えられるのではなかろうか）、現実にも、その後の「立法」をめぐる議論には影響を与えていない、と指摘される<sup>70</sup>。そこで、以下では、リーガル・プロセスの「立法」観に対して主に経済学的な発想から導かれた批判の検討を通じて、その後の理論展開を追うことにしよう。

## (2) 立法過程そのものへの懐疑論

この影響はしばしば「公共選択論」からの影響として一括りにされるが、厳密には、社会的選択理論（アロー）の系譜と、マイクロ経済学の政治過程への応用である狭義の公共選択論を分けた方がよいと思われる。両者は数

<sup>69</sup> 批判法学派は当然ながらリーガル・プロセスの見かけ上の中立性・科学性を手厳しく批判した[cxx-cxxi]。批判法学については、中山・前掲注15第4章の整理が有益である。

<sup>70</sup> See, ESKRIDGE, FRICKEY, & GARRETT, *supra* note 53, at 252.

理モデルによる思考という点では共通するが、全く別系統の議論である。

①立法過程の正統性への懐疑 — まず、社会的選択理論の系譜からは、「立法過程による意思決定」の正統性が根源的に問い直される。コンドルセのパラドックス（投票結果の循環性）やアローの一般不可能性定理<sup>71</sup>を基礎に、ある法案が多数の支持を獲得したという事実は必ずしも安定的な結果ではない（議題設定によっては別の法案が多数の支持を獲得し得た）という意味で民主的（多数決）決定の正統性が問われ<sup>72</sup>、さらには複数の議員の意思の妥協点として法案が成立しているのであってそこに単一の「立法者意思」を期待すること自体が矛盾である<sup>73</sup>、との主張もなされた。

こうした懐疑論からは、制定法の文言に忠実な解釈が思考され、条文の適用が曖昧ないし欠缺がある場合には端的に不適用を宣言すべきとの指針が導かれやすい。これを発展させて、立法者は(i)制定法に政策目標の実現方法までも厳密に書き込むか、(ii)政策目標のみを指定して具体的な準則の設定を裁判所に任せるか<sup>74</sup>、いずれかを選択すべきであり、裁判所はそのように場合を分けた解釈方法を探るべきである、と論じたイースターブルックの議論は、大きなインパクトを与えた。イースターブルックは、

<sup>71</sup> アローの一般不可能性定理とその含意について参照、鈴木興太郎『厚生経済学の基礎—合理的選択と社会的評価』（岩波書店、2009年）。同書75頁による同定理の定義は以下の通り：「少なくとも3つの社会的選択肢と、少なくとも2人で有限人の個人から構成される社会において、定義域の無制約性、パレート原理、無関係対象からの独立性、非独裁性、を満足する社会構成関数は存在しない。」

<sup>72</sup> この問題については、例えば参照、宇佐美誠『公共的決定としての法』（木鐸社、1993年）第5章「集合的決定に執拗につきまとう諸問題」。なお、宇佐美教授はこの議論からポピュリズムに代表される「出自による正当化」が破綻していること、従って公共的決定の正当化は「内容による正当化」に立ち帰らざるを得ないことを主張する。

<sup>73</sup> Kenneth A. Shepsle, *Congress is a "They," Not an "It": Legislative Intent as an Oxymoron*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 239 (1992); Frank H. Easterbrook, *Statute's Domain*, 50 U. CHI. L. REV. 533 (1983), at 547-48.

<sup>74</sup> この場合、実質的には新たな領域にコモンローを形成せよと裁判所に授權しているのに等しく、シャーマン法がまさにその例だとする。Easterbrook, *supra*, at 544.

(i)の場合には文言解釈を墨守すべきであり<sup>75</sup>、後者の場合には立法者の意思（過去の判断）を付度せずに裁判官が判決を書く時点での情報・知見に基づいて裁判官自らが判断を行うべき、とする。イースターブルックによれば、後者は制定法の補充的解釈ではなく、立法者から授権された裁判官の法創造（コモンローと同様の）となる。仮に立法者の意思を付度して制定法の文言を補充することは、当初立法のコストを下げ、立法者に不当な力を与える、とされる<sup>76 77</sup>。

他方、経済学的思考に立ち、立法過程への懐疑は共有しつつも、制定法の目的は存在し、かつ同定しうる、と考える論者もいる。例えば、ポズナーは、裁判所は不明瞭な制定法の文言から目的を解読（decoding）する手段を尽くすべきであり、手段が尽きた後に初めてコモンローと同様の法的推論が許される、との立場から、イースターブルックを批判する<sup>78</sup>。また、

<sup>75</sup> Easterbrook は、制定法が現実には公益目的立法だった場合にも、利益集団立法だった場合にも、この解釈態度を貫徹すべきとする。前者の場合、立法者が明示していないということは、政策目的をその場合にまで貫徹すべきでないという賢慮があった可能性があり、裁判官が勝手に補完することが公益を損なう懼れがある。後者の場合、文言に表れた利益集団の妥協の範囲を超えて解釈することは利益集団の特殊利益の片棒を担ぐことになり、これまた社会的に望ましくない。Id., at 541.

<sup>76</sup> これに対してはポズナーが、立法者は時間と情報の制約の中で立法を行っており、予期せぬ事態に対して文言の補充的解釈を認めないと、立法府による立法権限が実質的に相当程度縮減されてしまう、と批判している。結局、条文の不適用を宣言した場合には現状の法状態が維持されることになるが、それでも構わない（Easterbrook, id., at 549）と考えるのはイースターブルックの保守的なイデオロギーに過ぎない、とも指摘される。See, Richard A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, 37 CASE W. RES. L. REV. 179 (1987), at 198.

<sup>77</sup> あるいは全く逆の方向性として、曖昧なテキストを前に、複数のメンバーから構成された議会に単一の「立法者意思」など観念し得ない、との理解から、ではどの解釈が我々にとって最良のものと言えるか、という構成的解釈を正当化する方向性もありうる。See, Jeremy Waldron, *Legislation*, in BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY (2005) 236, at 244-245.

<sup>78</sup> See, Posner, supra note 76. なお、この頃のポズナーは立法者の意図を推測して解釈する“imaginative-reconstruction”アプローチを唱えていたが、最近ではむしろ裁

実証政治理論（Positive Political Theory）からも、「社会的選択理論の知見を正当なものとして受け入れることは、立法者意思が全く同定不可能であることを必ずしも意味せず、むしろ議会の立法過程を分析することで、議員集団間での交渉の結果として何が具体的に妥結された内容（これこそが当該立法の「目的」である）は実証的に同定できる」との指摘がなされている<sup>79</sup>。これらの学説は、立法の「目的」を観念しそれを同定することが制定法解釈論の目的と捉える点では、リーガル・プロセスに共通する。しかし、リーガル・プロセスが想定した「公益を志向する理性的な人々からなる立法者」像はもはや共有されていない。むしろこれらの議論に顕著なのは、経済分析の政治過程への応用<sup>80</sup>から導かれる「利益集団の角逐と取引の場としての立法過程」観である。

②立法の正当性／《立法の質》への懐疑 — 立法的資源（時間・議員の関心等）が有限である現実の立法過程においては、「立法」は一定の政治

判官が個別の事案ごとに様々な要素を考慮して裁量的に結論を導くことを認める「プラグマティズム」の立場を強調している。RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY (HARVARD, 2005).

<sup>79</sup> McNollgast, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 3 (1993). 彼らが（正当に）指摘するには、現実の立法過程は公共選択論が想定する単純な交渉の場ではなく、いくつもの手続（それらを全てクリアできなければ法案は成立しないという意味で、彼らはこれを“veto gates”と呼ぶ）が組み合わさった過程である。具体的な案件ごとによってどの手続が法案成立の死命を制するかは異なるが、ともあれそのような「軸となる手続（ゲームの樹の用語法になぞらえて“pivotal node”と呼ばれる）」において決定的な影響力を有するメンバー（例えば委員会のリーダー：pivotal actor）の発言などの「シグナル」は、立法目的の同定において有益な情報として用いることができる、というのが彼らの主張の骨子である。（なお、蛇足であるが、McNollgast とは、共著で論文を書く3人の政治学者 Mathew D. McCubbins, Roger Noll, Barry Weingast のペンネームである。）

<sup>80</sup> このような枠組みは、政治制度・行動の経済学的分析、という意味で「政治経済学（political economy）」と呼ばれる。「政治経済学」の様々な定義について参照、Barry R. Weingast and Donald A. Wittman, *The Reach of Political Economy*, THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY (WEINGAST & WITTMAN, EDs.) (Oxford, 2006).

的資源（コスト）を投入することで初めて獲得できる「財」である。しかし立法はひとたび成立すると社会に対して通用するので、コストを負担していない者もその便益から排除することができない。その意味で、公共財の議論が当てはまる。すなわち、公共善（＝広く一般に利益を及ぼす）を実現する立法はフリーライダー問題のために過小供給となる反面、狭い範囲に凝集した利益集団はこの問題の克服に関して相対的に優位に立つために、効果的に政治的資源を動員して特殊利益立法を獲得することができる。結果として、少数者による多数者からの搾取が生じることになる<sup>81</sup>。

以上の議論は、政治的圧力から相対的に自由な司法過程は、ロビイング等に影響を受ける程度が少なく、その分特殊利益擁護的ではない法を形成できる可能性が高い、という（素朴な）司法過程の比較優位論、さらにアメリカ法に特殊な要因として、コモンローは歴史的に効率性を体現してきたとの認識に立つてコモンロー裁判官の（効率性の局面における）優位性を主張する議論<sup>82</sup>と結びついて、制定法による市場（≒コモンロー秩序）介入に対する批判の根拠となり、社会管理の方法としての分散的決定（その最たるものとしての市場）の利点と、その擁護者としての司法府の積極的な役割を主張する論拠ともなってきた<sup>83</sup>。さらにその背後には、コモン

<sup>81</sup> MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* (Harvard, 1971). なお、本文のような需要サイドの説明だけでなく、供給サイド（政治家）側のメカニズム（credit claiming / blame shifting など）から説明する理論も提示されている。See, e.g., Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, *A Theory of Legislative Delegation*, 68 CORNELL L. REV. 1 (1982); Morris P. Fiorina, “Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?” *Public Choice* 39: 33-66 (1982); Kathleen Bawn, “Political Control Versus Expertise: Congressional Choices About Administrative Procedures,” *American Political Science Review*, 89 (1) 62-73 (1995).

<sup>82</sup> See, RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (1977), at 404-405.

<sup>83</sup> 立法府への不信と積極的な司法審査の擁護は、①利益集団立法への厳格な違憲審査論、②反トラスト法の厳格な適用による規制行政機関と業界団体の癒着の排除、③利益集団立法に対する厳格解釈によって、利益団体が利益誘導立法を調達するための取引コストを高めること、などいくつかのバージョンがある（本稿の主題と関連する③について参照、Frank H. Easterbrook, *The Supreme Court. 1983*

ローと制定法の本質的な異質性、および前者の包括性・基底性に対する意識が通奏低音として響いていたと考えることも不可能ではないと思われる<sup>84</sup>。

③議論の精緻化 — もっとも、現在では以上のような素朴な議論は批判され、克服されている<sup>85</sup>。

まず、利益集団理論のみに立脚した議論は、現実に公益志向型の立法が存在することを説明できない点で限界を抱える。加えて、現実の立法過程は、二院制・大統領への送付・委員会システム・議院慣習などのいくつも

---

*Term-Foreword: The Court and the Economic System*, 98 HARV. L. REV. 4, 15-18 (1984); Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 HARV. L. REV. 405, 471, 486 (1989)). しかし、エルヘイグは利益集団理論からこれらの解釈方法論上の指針は導かれずとして批判する。See, Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991).

<sup>84</sup> 最も顕著なのがイースターブルックの立場である（前掲注75を参照のこと）。他方、この点ではイースターブルックを批判したボズナーも、制定法（憲法も）は文言から離れることができず、「解釈」がつかまとうのに対して、コモンローの中核をなす法概念は、特定の言明（例えばある判例における判決文の言い回し）に拘束されない、ということを経験する点で、両者の異質性を強調することに変わりはない。See, Posner, *Legal Formalism*, supra note 76. もちろんこれに対しては、コモンローも制定法も国家介入の手段としての法という規範的なステータスに差はない、という（主にリベラル派からの）批判があることは言うまでもない。See, e.g., BREYER, STEWART, SUNSTEIN & VERMEULE, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXTS, AND CASES* (6TH ED., 2006), at 4 [コモンローも〈規制〉に他ならないことを強調]. 筆者もコモンローが特権的なベースラインとしての地位を占めるとは考えない（なお、ベースライン問題について参照、得津晶「負け犬の遠吠え—新世代法政策学の必要性または不要性」新世代法政策学研究創刊号（2009年）341頁）。しかし、アメリカの法学者の少なくない部分がこうした「コモンローの基底性」を（たとえそれが神話であったにせよ）信じていたとすれば、本文の内容は誤りではないことになる。

<sup>85</sup> 例えば、ボズナー自身、かつての立場を放棄しているようである。See, Richard A. Posner, *The Evolution of Economic Thinking about Legislation and its Interpretation by Courts*, in LUC J. WINTGENS (ED.), *THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION ESSAYS IN LEGISPRUDENCE* (Ashgate, 2007) pp.53-66.

の“negative legislative checkpoints”<sup>86</sup>のために、立法提案を葬り去ることは成立させるよりも遥かに容易く、それを前提に行われる交渉や妥協の結果は、単純な利益集団モデルの予測を遥かに超える複雑さと微妙さを孕む<sup>87</sup>。

また、合理的な経済人モデルを公共部門に貫徹する公共選択論の発想からすれば、裁判官もまた中立的な裁定者ではあり得ないはずである。これは、裁判官が利益集団から直接影響を受けるというよりも、裁判官個人の政治的バイアスの判決への反映という形で問題になる<sup>88</sup>（次項3（補論）も参照）。

さらに、ポズナーの論争提起的な「コモンローは効率的である」という命題についても、「効率性」という尺度をめぐる様々な哲学的な批判に晒されるのはもちろんのこと、経済学的方法を採る論者からも、①コモンローが与えるルールが効率性の基準に則したものになる理由（メカニズム）が説明されていない、②コモンローの中にも効率的でないルールは数多く存在するが、それはどう説明されるのか、という疑問が提起されてきた。ポズナーは①について「コモンロー裁判官は効率性を好むから」という論点先取的な応答しか与えておらず、仮にそれが答えだとすると②を全く説明できない。今日では、コモンローが効率的だとは一概に言えず、むしろ司法過程への入力としての訴訟当事者の属性（個人か団体か、単発か繰り返しゲームか、対等・互換可能な関係か（例：商人間の紛争や近隣争訟）そうでないか（例：企業と消費者））に着目した司法過程のメカニズムの分析<sup>89</sup>を基礎に、コモンロー裁判所が非効率なルールを産出する場合も理論的に予測され、その方がコモンローの実態をよりうまく説明できると考えられている。

<sup>86</sup> Maxwell L. Stearns, *The Public Choice Case Against the Item Veto*, 49 WASH. AND LEE L. REV. 385 (1992) at 408

<sup>87</sup> McNollgast, *supra* note 79.

<sup>88</sup> 近年、この点に関する実証研究が増えている。See, e.g., CASS R. SUNSTEIN, DAVID SCHKADE, LISA M. ELLMAN, AND ANDRES SAWACKI, ARE JUDGES POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006); Thomas Miles & Cass Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 U. CHI. L. REV. 823 (2006).

<sup>89</sup> See, e.g., Paul H. Rubin, *Common Law and Statute Law*, 11 J. LEGAL STUD. 205 (1982).

しかし、以上の批判と克服の経過は、当初の経済理論の導入自体が誤りだったということの意味しない。経済理論が全てを語りうるものではないが、立法過程や司法過程に関する学問的理解を深化させたことは間違いない<sup>90</sup>。この観点から求められるのは、経済理論を排除するのではなく、さらに実証的な分析を積み重ねて精緻化された（より現実を説明できる）理論の探求ということになる<sup>91</sup>。と同時に、その上でなお、経済理論が直ちに法規範的命題を代替することはできない、ということにも留意される必要がある（本節4を参照のこと）。

さて、初期の理論が克服される過程において批判者たちの思考を導いたのが、シンプルな経済学モデルが無視していた法制度配置の意味を理論に取り込む、という発想であったように思われる。これが、次項で述べる「制度論的転回」<sup>92</sup>への流れを形成することになる。

### 3. その後の展開 — 「制度論的転回」？

1990年代以降のアメリカ法学において顕著な傾向の一つとして、制度論的思考の台頭を挙げることができる<sup>93</sup>。「制度論的」の意味合いは論者ごと

<sup>90</sup> むしろここで問題となるのは、①科学的命題（常に更新されうる）とそれを論拠にしてなされた（ように見える）規範的命題との関係、および②立法過程に対する過剰に悲観的な理解がかえって立法過程の現実をそのようなものにしていくのではないかという危惧、であるように思われる。①については後掲注121で触れる。

<sup>91</sup> See, Tom Ginsburg, *Ways of Criticizing Public Choice: Empiricism and the Use of Theory in Legal Scholarship*, 2002 U. ILL. L. REV. 1139 (2002).

<sup>92</sup> 「制度論的転回」という言葉の意味と背景事情については、松尾・前掲注57論文[(一)]37～40頁を参照のこと。

<sup>93</sup> なお、エスクリッジとフリッケイは1980年代にリーガル・プロセスは再生した、というこの「新たなリーガル・プロセス」は、中道主義的な思想、穏当な目的論、形式と実体のバランス、法システムは全体として目的を持ったものと考えて、機能主義的に制度的適性（institutional competence）を検討する、プロセスの役割を重視する、という点でリーガル・プロセスの弱点を補いつつ系譜を受け継ぐものであり、以下で検討する「制度論的」な論者と重なるものである。See, Eskridge & Frickey, *supra* note 58, pp. liv, cxv, cxvii; MAXWELL L. STEARNS AND TODD ZYWICKI, PUBLIC CHOICE CONCEPTS AND APPLICATIONS IN LAW (West, 2009) ch.5; see also, William N. Eskridge, Jr. & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation As a Postmodern*

に微妙に異なり、必ずしも厳密に定義された概念ではないが、ここでは先行業績に従って、「法解釈方法論の文脈では、解釈の主体の能力、主体が担う役割、解釈方法がもたらす、その解釈をなす部門ないしほかの部門に対する影響などの制度論的側面に注目する」<sup>94</sup>アプローチと定義しておく。

法と経済学においては、コースの取引費用の概念に始まり、制度に着目する理論的な契機が常に存在してきた。しかし、自身を法と経済学の陣営に位置づけるコムサーは、これまでの法や公共政策の議論では制度への着目がなお不十分であり、より全面的な制度的視点を採用すべきであることを説く<sup>95</sup>。その主張の要旨は以下の3点にまとめられる。

- ①社会的目標や価値の選択を独立に論じるのでは不十分であり、目標や価値を実現する制度をどう選択すべきかについても同時に論じられる必要がある。
- ②制度分析は選択肢の間での相対的な比較として行われて初めて意味がある（制度比較分析<sup>96</sup>）。いずれの制度も不完全であるから、社会的目標・価値実現のために用いられるべき制度（行政的介入）の選択は、別の制度の失敗（例えば市場の失敗）のみによって直ちに正当化され

*Cultural Form*, 89 MICH. L. REV. 707 (1991); Edward L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393 (1996).

<sup>94</sup> 松尾・前掲注57論文〔一〕、39頁。

<sup>95</sup> See, Komesar, *supra* note 3. なお、コムサーは「制度」そのものを定義していないが、「誰が決めるかに関する決定を「制度選択 (institutional choice)」と呼ぶ」(id., at 3) としていることから、「〈決定〉のあり方・メカニズム」程度の緩やかな意味で用いているようである。

<sup>96</sup> コムサー自身は Comparative Institutional Analysis の語を用いているが、青木・前掲注4との関係での混同を避けるために（なお、両者の間には特に関連はないようである）、この訳語を選択した。経済システムの均衡を巨視的に「制度」と捉えてその均衡＝制度の複数性を〈比較〉する青木らの研究との対比で、コムサーのそれは実定法上の「制度」（ただしコムサーにおいては「市場」も制度とされているが、やはり均衡に着目した概念ではない）の優劣を比較＝取捨選択する、という性格が強いため、実は〈比較〉それ自体への方法論的意識はあまり強くないと判断し、このような訳語がむしろ適当であると考えられる。

るものではなく、相対的にのみ決定しうる。この比較の視点を欠いたことが、従来の経済学による制度分析の欠点であったと指摘される。

③制度のパフォーマンスを分析するための簡潔な着眼点として、制度への諸アクターの「参加」の態様が有益な手がかりを与える<sup>97</sup>。

コムサーの議論は制定法解釈論を対象としたものではないが<sup>98</sup>、上記①～③は、「制度論的転回」後の議論の性格を良く捉えている。例えば、②の不完全な制度間の比較による選択という視点は、制度を理想化したリーガル・プロセスの欠点を克服し、複数の制度間での権限配分問題として（正義や効率性といった価値から直接に方法論上の論拠を導くのではなく）制定法解釈論を捉える発想につながるし、③は立法過程や司法過程に関わるアクターの行動原理やアクター相互の関係性から当該制度を分析する近時の業績と重なっている（前項③）。そこで、以上を念頭に置きつつ、再び「立法」をめぐるアメリカ法学の議論の展開を追うことにしよう<sup>99</sup>。

まず、ファーバーとフリッケイは、イースターブルックやボズナーのように、制定法の文言が尽きるところに裁判所の裁量を承認するとの考え方を批判し、公共選択論の知見はむしろ司法が立法者意思を尊重し、その面で積極的（柔軟に）制定法解釈を行うべきことを要請する、と主張する。

<sup>97</sup> すなわち〈参加〉は、「〈決定〉のあり方」としての「制度」の機能を評価する上で、「誰が〈決定〉するか／どのような属性を持ったアクターが〈決定〉に影響を与えるか」（そして、アクターが〈参加〉するかは、その制度に関わることによる便益と情報・取引コストの関係によって説明される面が大きい (id., at 105-112))、という着眼点を一言で表す用語であって、法学者が「参加」という概念に読み込むような内在的価値（例えば民主的価値）が必ずしも重視されているわけではない。しかし、彼の制度比較分析において市場と政府（民主的政治過程）はいずれも不完全な選択肢として比較対象になるので、その意味で民主主義と無関係ではないことも確かである。

<sup>98</sup> 制度論的考察を徹底する立場からの法解釈方法論を展開するヴァーミュールがコムサーを参照していることが、興味深く指摘される。See, ADRIAN VERMEULE, *JUDGING UNDER UNCERTAINTY* (Harvard, 2006), at 47, 64.

<sup>99</sup> 序論にも述べたが、本稿は憲法論を直接の検討対象から除外しており、かつ、網羅的・内在的な学説史研究を企図するものでもない。以下のリストはその意味でごく限定的であることを予めお断りしておく。

前項①で検討したポズナーやマクノルガストの議論が、立法者意思の同定不可能性に対する反論だったのに対して、ファーバーらは、社会的選択理論の知見が立法過程から正統性を剥奪したとの見方を斥けようとする。その根拠は、社会的選択理論による正統な同意の不存在性は過大評価されており、議決手続の恣意性に左右されない「立法における重心（legislative center of gravity）」は実際に存在し（従ってその内容は手続的に正当化される）、裁判官は直感的にこれを知りうる、というものである<sup>100</sup>。

他方、エスクリッジは、立法府の制度的制約を根拠に、裁判所が立法に内在する「目的」を積極的に推進する役割を担うべきと主張する<sup>101</sup>。結論だけを見るとリーガル・プロセス学派の所説に選った観もあるが（実際、エスクリッジは自他共に認めるリーガル・プロセスの継承者の一人であるが）、やはり制度論的な視角を強調する。エスクリッジが特に重視するのが、立法府の制度的制約である。立法府が制定法の政策は既に時代遅れだと自覚していても、利益集団の圧力や、前述した実証政治理論が明らかにした veto gate や negative legislative checkpoints のような立法手続上の様々な障壁（これらは特に法改正をブロックしたい勢力に有利に働く）のために、なお迅速に対応できない（惰性 inertia）ことを強調する。このような場合に、制定法の改正は立法府の仕事であるとして裁判所が行動を起こさないのは望ましくない。この点、裁判所はまさに政治的答責性に晒されていないがために、必要な（不人気の）政策決定を行うのに適している、という点も論拠とされる<sup>102</sup>。

<sup>100</sup> Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Legislative Intent and Public Choice*, 74 VA. L. REV. 423 (1988), at 437.

<sup>101</sup> William N. Eskridge, Jr., *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988)

<sup>102</sup> さらに、解釈学（ヘルメノイティーク）を引きながら、テキストの意味は解釈者の置かれたコンテキストにも依存するとし、立法の目的に照らして立法後に生じた新事情や人々の価値観の変化に適応させた解釈を裁判所が行うことが正当化される、との「動態的解釈」論を展開する。See, WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION* (Harvard, 1991). 他方、サンスティーンやヴァーミュールは、制定法＝規制の「コモンロー的」発展（≒動態的解釈）の必要性を説きつつ、現代においてその役割を良く担いうるのは（エスクリッジの期待する裁判所ではな

これに対して、エルヘイグが重視するのは、立法府と司法府の「対話」である。しかしこれも理想化された対話ではなく、制度論の色づけがなされている<sup>103</sup>。エルヘイグも、エスクリッジ同様、法形成における立法府の規範的優位性を承認する立場を採りつつ、制定法解釈論において採るべきデフォルト＝ルールを探求する。その制定法解釈方法論のうち、特に注目し値するのは、まずは現在の立法者の選好（※問題となっている制定法を実際に制定した時の立法者意思ではないことに注意）が何らかの方法で同定可能であればそれに従った解釈（現在の立法者がその文言に関して立法するならば「制定されるであろう選好（enactable preferences）」による解釈）を行い、さらに現在のおよび制定時の立法者の選好が不明な場合には、裁判所は「選好誘出的（preference-eliciting）」解釈を行うべき、という主張である<sup>104</sup>。

く）行政機関である、と主張する。See, Vermeule, *supra* note 98, at 48.

<sup>103</sup> EINER ELHAUGE, *STATUTORY DEFAULT RULES* (Harvard, 2008)

<sup>104</sup> 立法者の尊重というのであれば、むしろ立法当時の意思を尊重すべきではないか、という直感的な疑問に対するエルヘイグの応答は以下の通りである。常に制定時の立法者意思を参照して制定法を解釈するルール（通常的原意主義）と、常に現在の立法者意思を参照して制定法を解釈するルール（エルヘイグの考え方）であれば、後者の方が現在の立法者の政治的選好が充足される度合いは高まる。なぜなら、前者において現在の立法者の選好が反映されるのは、自らの制定法（それは制定法体系のごく一部分に過ぎない）が将来解釈される場合のその制定法についてのみ、であるのに対して、後者においては、現在解釈される全ての制定法について、自らの選好が反映されるからである（*Id.*, at 9-10）。

次に「選好誘出的解釈」とは、現在の立法者の選好である可能性が最も低いであろう選好に従った解釈を行うべし、という考え方である。このルールの下では、立法府が正しい選好を反映させるべく法改正を行うか、そもそもその結果を予期して制定時により精密に規定した条文を策定することになる。そしてその結果、影響を受けうる集団の利害も立法過程で適切に反映される可能性が高まる、という論理である（*Id.*, at 153-54）。

現在の立法者意思を尊重するというのは素朴な直感に反する面もあるし、②についてはいささか道具主義的にも響く（選好誘出的解釈が適用された当の事件の当事者の「正しい法を与えられる」権利はどうなるのか、という問題）。しかし、少なくとも前者については、見かけよりも規範理論的には頑健な主張である。例えば参

さらに、解釈は立法に対して時間的には後行するが、逆に解釈のあり方が立法過程に影響を与えるという側面も指摘されている。上記のエルヘイグの「選好誘出的」解釈ルールや、制定法を文言どおりに解釈するテキスト主義の解釈方法論の正当化根拠としてしばしば指摘される（裁判所が妥当な結論が出るように解釈で補完してくれないために）立法者はむしろ明確な立法を行うようになるという、立法に対する「規律効果（disciplining effect）」による民主政促進機能の議論<sup>105</sup>など、制度が解釈のあり方を規定するのみならず、解釈のあり方が制度の動態に影響しうるのである。

以上のごく簡単な紹介は、アメリカ法学における制定法解釈論の豊かな蓄積のごく一部分を切り取って並べたものに過ぎない。しかし本稿の関心はアメリカの制定法解釈論自体の研究ではなく、これを手がかりに、「制度論的」と呼ばれる議論のあり方、法学者の議論における「立法」へのアプローチの仕方、のイメージをつかむことである。次項4では、以上の観察結果から得られる示唆を論じる。

#### （補論）司法府と利益集団理論

1980年代までの議論の主流は、立法府への不信と司法府への信頼によって彩られていたのに対して、90年代以降、議論の趨勢はむしろ立法府の復権と司法府への慎重な態度へと推移してきたように見える<sup>106</sup>。これは、根

源的な価値対立の下で「原理のフォーラム」における司法的な正義の実現自体が根本的な異議申立を避けられない中で、「立法の尊厳」が改めて見直されつつある現代の政治哲学状況が大いに関係しているが<sup>107</sup>、本稿との関係で言えば、司法府への信頼の基礎が制度論的にも問い直されたことも大きい。

例えばエルヘイグは、従来の利益集団理論による立法・行政への懐疑論と司法審査擁護論に対して、利益集団理論の射程は司法府にも及ぶのであり、従来の議論が利益集団理論を基礎に立法や行政の機能不全を論難しながら同時に司法審査に積極的な役割を認めるべきだと論じてきたことは不適切である、と批判する<sup>108</sup>。裁判所に直接的なロビイングによって影響を及ぼすことはできない反面、裁判所は提訴された事案にしか決定を下すことができないため、繰り返しゲームの状況にある訴訟当事者（例：業界団体）が組織的に展開する訴訟戦術（フォーラム・ショッピングや戦略的な訴訟行動（例：形勢の悪い事案は和解して不利な先例を残さない）など）によって判例の傾向が影響を受けることは否定できない。このような状況下で、分散した利益はフリーライダー問題のためにうまく集団として影響力を行使できない反面、狭い範囲に凝集した利益が不相応に影響力を行使しうることは、まさに利益集団理論自身が教えるところである。もちろん、全ての裁判過程がこのようなバイアスを内包するわけではない。しかし、

照、大屋雄裕『法解釈の言語哲学：クリプキから根源的規約主義へ』（勁草書房、2006年）169頁（注41）、阪口・前掲注12、第3章。

<sup>105</sup> 類似の指摘は、本稿の基礎となった北大グローバルCOEの国際研究交流企画の一つ（2009年9月30日・神戸大学）におけるレール教授と阿部泰隆教授の討論の中でも阿部教授によって（本稿の文脈とは全く独立に）なされたことを付記しておく。関連して参照、阿部泰隆「日本の立法過程管見」『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年〔初出1992年・1993年〕）275頁。

<sup>106</sup> もちろん単純な図式化は不可能である。例えばサンステーンは、一方では多元的な価値分断の時代における民主政治の可能性を重視しつつ（反面、司法府の役割については「不完全に理論化された合意」の理論で謙抑的に捉える司法ミニマリズムを採る）、他方でリスク行政においては制定法の恣意的な規制を抑制し、費用便益分析に枠づけられた行政のルール設定へと置き換えるべきことを提唱する。前者については松尾・前掲注57論文〔二〕199-206頁、後者についてはSunstein, *supra*

note 56。ここからも、問題領域・性質ごとに制度配置を柔軟に構想する、近時の制度論的視点の特色をみてとることができよう。

<sup>107</sup> 代表的なものとして、ジェレミー・ウォルドロン（長谷部恭男・愛敬浩ニ・谷口功一（訳））『立法の復権—議会主義の政治哲学』（岩波書店、2003年）。ただし、井上・前掲注10による批判も参照。

なお、ウォルドロンは別の箇所、法律のテキストの曖昧さや欠陥は、立法過程に参加した諸利益が妥結できなかった事項がそこに存在することを意味しており、それ自体一つの答えであるとも言えるので、裁判所が立法者意思を付度してその空隙を埋めてしまうと、共約不可能な諸利益の調整という立法過程の根幹的機能を侵害することになる、という考え方を示唆しており、興味深い。See, Waldron, *supra* note 77, at 245.

<sup>108</sup> Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991)

少なくとも制度論的視点からは、司法府の規範的優位性はもはや自明のものとはされないのである<sup>109</sup>。

#### 4. 示唆

本節は、「法学が《立法の質》を論じるとはどのような意味を持つのか」という問題への手がかりを求めて、リーガル・プロセス学派以来のアメリカ法学における「立法」の位置づけの変遷を辿ってきた。本節での検討結果からは、以下の3点を指摘できるように思われる。

##### (1) 法学が「立法」を論じる場としての制定法解釈論

第1に、制定法解釈論という法的問題領域において、隣接諸科学の知見をベースにした制度論的な視点からの議論が、具体的な法的含意・レレヴエーションを持つものとして展開されていることが注目される<sup>110</sup>。「隣接諸科学の知見を踏まえつつも法学に固有の貢献をなす議論を展開すべきである」とは、日本の法学でも繰り返しかれる題目であるが、どのようにすれば意味のある議論を行ったことになるのか、という問題があった。これは、法学外の学問的知見を携え、（既存の法実践に縛られないという意味で）超越的な制度設計者の視点から「○△という法制度は～～あるべし」と語ることはできても（立法論）、それが法の内在的な議論とどのような関係に立つのか、少なくとも無媒介には接続され得ないのではないか、という懸念があるためである。本節で参照してきたアメリカ法学における制定法解釈論という具体的な領域が、制度論的視点を取り込み、相互の批判を通じて「制度論的視点を用いた法学の議論」を磨き上げる場として機能してきた、との理解が正当であるならば、これは、法学が「立法」を、

<sup>109</sup> 同様の議論はもちろん日本法の文脈でも当てはまりうる。例えば参照、J. Mark Ramseyer「国税庁はなぜ勝つか？—「法と経済学」から見た勝訴率」ジュリ934号（1989年）130頁。また近年の消費者法判例形成についての洞察として参照、森田果「消費者法を作る人々」（2010年2月5日・北大グローバルCOE消費者法研究会報告）。

<sup>110</sup> See, e.g., David J. Barron & Elena Kagan, *Chevron's Nondelegation Doctrine*, 2001 SUP. CT. REV. 201 (2001), at 235; Jacob E. Gersen & Adrian Vermeule, *Chevron as a Voting Rule*, 116 YALE L. J. 676 (2007).

経済学その他の全く外在的な視点からではなく、さりとて完全に内部化することで、本稿の問題自体を消滅させてしまう立場<sup>111</sup>でもない視角から論じうることを示唆する、一つの興味深い実践例として評価することができるのではないか。

##### (2) アメリカ法(学)という文脈？

第2に、こうした議論がなぜアメリカにおいて(のみ)観察されるのか<sup>112</sup>、という問いを立てることができる。この問いに対する筆者の暫定的な応答は、《確かに、リアリズム法学以降のアメリカ法学の発想方法の影響は無視できないものの（しかし本節の検討も示唆するように、大半のアメリカ法学者は〈法=政治〉とまでは考えていないように思われる）、それと同等に、第1節で検討した制度配置・アメリカ法体系のあり方が重要だった

<sup>111</sup> その典型的な立場は、立法＝主権者の命令の内容は問わず、承認のルールが充たされたことを以て法であるとする法実証主義の立場である。但しH・L・Aハートにおいては、むしろ法と道徳の明確な分離こそが、現行法の外部から現行法を批判する足場を確保することを可能にさせるものであると考えていた、との指摘に注意を要する。参照、中山・前掲注15、58頁。なお、この点でドウウォーキンの「原理」論法において立法がどのように位置づけられるかは、本来興味深い問題であるはずである。しかしドウウォーキン自身は「立法府の司法府に対する優位」を斥けて、司法府が「原理のフォーラム」となることを正当化するのに熱心であったために、憲法解釈において反射的に立法の限界が論じられることはあっても、立法そのもののあり方（《立法の質》）について論じるところが寡ないように思われる。例えば参照、ロナルド・ドウウォーキン著（木下毅・小林公・野坂泰司共訳）『権利論』（木鐸社、1986年）98-104頁。

<sup>112</sup> 筆者の知識は日本法（の一部）とアメリカ法（のごく一部）に限られているので、以上の議論がアメリカにおいてのみ観察されるということ論証できない。しかし、そうでないならば、例えば「効率性」概念をめぐる議論が示すように、アメリカ法学の影響を受けた論者とそれ以外の論者の間で対話がうまく成立しないのか（参照、吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法、損害概念の変容——多元分散型統御を目指してフランスと対話する』（有斐閣、2010年）、加賀見一彰「ムダツモ無き法と経済改革」新世代法政策学7号（2010年）339頁、会澤恒「〈効率性〉は、如何なる意味で〈法的〉か」新世代法政策学研究6号（2010年）349頁）、理解に苦しむことになる。

のではないか。」というものである。

すなわち、アメリカにおける「立法者」はもともと何重もの意味で「相対化」されており、制度間選択という発想に馴染みやすい。となれば、アメリカ法における法実践（例えば制定法解釈論）においては、制度の動態（それを理解するための隣接諸科学の知見）を踏まえつつ、その制度の上で行われる法的言説の位置づけを考える、という営為が説得力を持ちやすかった。立法論はおろか、解釈論でさえ、制度的真空の中では行い得ない<sup>113</sup>。ひとたびそうした議論が（何らかの偶然によって）法学の中に登場すれば、それに対する応答的対話もまた（制度論的思考は不要だと論じるにせよ）既にその磁場に取り込まれたことになる。その磁場は、実践者たちが「制度論的思考は我々の法実践に役立たないので不要だ」と考え、もはや制度論的思考を相手にしなくなるまでは続くであろう<sup>114</sup>。しかし現実には制度論的思考は（少なくとも、アメリカ法の具体的な制度配置という文脈においては）説得力を持ったので、今日のアメリカ法学において無視できない影響力を誇っている、という理解が可能であろう<sup>115</sup>。

### (3) 隣接諸科学からの影響と法学？

第3に、隣接諸科学（特にマイクロ経済学の系統に属する議論）の影響を受けた議論と法的言説との関係はどうか。アメリカにおいては制度を理解するための隣接諸科学の知見が法実践に直接関わる議論（法解釈方法論）

<sup>113</sup> これは筆者には自明のことに思えるが、アメリカにおいてさえ、かつては十分には認識されておらず、それ故に「制度論的転回」（ヴァーミュール）という言葉が使われているものと理解される。

<sup>114</sup> つまり、制度論的思考が法実践をめぐる言説において対話への参加資格を与えられるか否かは、制度論的思考自体の（どこかで客観的に決まっている）実体的な真偽値ではなく、専ら実践の側で規定されている、ということになる。参照、大屋・前掲注104、第5章。

<sup>115</sup> 逆に、アメリカ以外で類似の状況が観察されないのは、①偶々まだそのような議論が登場していない（偶然）、②そのような議論が説得力を持ちにくい制度配置になっている、③そのような議論が受け入れられやすい理論的文脈がない（その意味で、リアリズム法学の経験のために、新たな議論が「法実践の一部とみなされる議論」とされる参入障壁が低くなっている、ということはいえそうである）。

に取り込まれてきた、という上記の理解が正しいならば、次に生じる疑問は「それにもかかわらず法学が法学であり続けている（ように見える）のはなぜか」というものである。あるいは、アメリカで行われている議論は、日本やヨーロッパで「法学」として行われている議論とは全く異質な営為なのだろうか。本稿の作業は「木に縁りて魚を求む」類の誤謬を犯しているのだろうか。本稿はこの疑問に応えなければならない。本格的な考察は別の機会に委ねざるを得ないが、法と経済学の位置づけに関するポズナーの議論を素材に、暫定的な応答を試みておく。

ポズナーは、コモンローと制定法の異質性について述べた論文において、コモンローにおける法的推論の特徴は、①法的概念（≠文言そのもの）の背後にある根源的な政策的判断の同定と、②当該概念からの論理的演繹に求められるとする。その上で、リアリズム法学に駆逐された法形式主義（Legal Formalism）は②のみに耽溺し①を等閑視した「悪しき形式主義」であり克服されなければならないが、法と経済学は①を明示しつつ（すなわち「富の最大化」公準）、そこからの論理的演繹方法を経済学の道具立てによって構成し、明確な法的推論の方法を裁判官に与える「良い形式主義」であると再定位し、擁護している<sup>116</sup>。さらに、別の文脈では、現実にはコモンローが効率性を志向してきた、ということ熱心に論証しようとしている<sup>117</sup>。

ここでは彼の主張の当否は問題としない（「富の最大化」公準をはじめとして、様々な批判が可能であるが、それは本題ではない）。注目すべきは「法と経済学」が伝統的な法的実践に接合されうるといふ、その論法である。ポズナーは、少なくともこの箇所では「法的問題は経済学的に解決すべきである、なぜならその方が社会厚生を高めるから」という外的視点

<sup>116</sup> See, Posner, *supra* note 76, at 182-186. この論文自体は、制定法解釈を立法者の指令を制定法の文言（≠概念）を手がかりに同定する作業であり、コモンローにおける法的推論とは全く異質である、と論じ、コモンローにおいて裁判官は実質的に立法者であるが、制定法においては「立法者の指令をいかによく解読できるか」が要求される存在である、としてコモンローと制定法解釈論における法的推論様式の異質性を導くのであるが、ここでの議論とは直接には関係ない。

<sup>117</sup> 前掲注82に対応する本文における議論を参照。

からの論法ではなく、経済学の利用による法的ルールの効率性の追求が法実践者の視点(内的視点)からも正当化される、と主張しているのである。ここに、アメリカにおいて法と経済学が(もちろん、法と経済学に限らず、隣接諸科学の知見を導入した議論が)法学として成功した(少なくとも、法的実践の一部として受け入れられてきた)ことを理解するためのヒントがあるように思われる。

同論文で、ポズナーはドゥウォーキンの「原理」は自分のいう「根源的な政策的判断」と同じものではないか、とさえ述べる<sup>118</sup>。これはもちろん誤りであるが<sup>119</sup>、以下のような仮想の主張を考えることで、ポズナーの意図を補完し、その上でドゥウォーキンの議論との距離を再測定してみよう。

まず、ポズナーが「根源的な政策的判断」として「功利主義的統治の実現」を据えたとしよう。さらに、具体的な法的ルールの帰結を分析する際の指標として、資産効果(endowment effect)の問題等の欠陥が多すぎる「富(wealth)」に代えて(あらゆる主観的な価値を理論上は包摂しうる)「厚生(well-being)」を採用<sup>120</sup>したとしよう。その上で、「コモンローの法的推論とは、新たな法的問題が生起するその都度、「根源的な政策的判断」である「功利主義的統治の実現」の観点から、眼前の法的問題及び過去の法的

実践の総体に最善の意味を与えるように、具体的な法ルールを提示する解釈的な営為である。」と述べたとしよう。そして、過去のコモンローの実践の総体が「効率性改善による社会厚生最大化」という意味の下で最もよく理解できるものとして構成して見せ(そうした意味を導出する解釈上の道具が経済学である)、眼前の法的問題にも同様の枠組みで(すなわち「法と経済学」的な思考方法で)解決を与えるべきことを主張したとしよう。この時、この仮想のポズナーの議論と、ドゥウォーキンの議論との径庭は(「原理」として採用される正義構想の違いを除けば)さほど大きなものではないように思われる。2点ほど補足が必要であろう。

第1に、この議論は経済学の知見を法的推論に直輸入しているわけではないことに注意が必要である<sup>121</sup>。上記の仮想的論法は依然として「過去の

<sup>121</sup> 経済学の知見を法的推論に直結することの難点は、事実命題と規範命題の方法二元論の問題の処理もさることながら、むしろ《経済学(に限らず、科学全般)の学知が常に新たな理論や発見によって更新され書き換えられ続けるものである》という点にある。本節の議論が示すように、初期の経済学説(これを $\alpha$ としよう)に立脚した法的議論Aが、新たな経済学説( $\beta$ )によって $\alpha$ が駆逐された後に、一緒に説得力を失う(あるいは $\beta$ に依拠した法的議論Bに取って代わられる)、ということは常に起こりうる(そしてBの地位も、 $\beta$ を覆す $\gamma$ の登場可能性によって安泰ではない)。もちろん法学者の学説であれば、間違っていれば駆逐されれば済むことであるが、規範的決定としての判決や立法は事情が異なる。「経済学は $\alpha$ と言っている、ゆえにこの概念には $\alpha$ という意味を与えて解釈すべきである」という判決 $\alpha$ の正当性は、 $\alpha$ が $\beta$ によって覆された場合にどうなるのか、というのがここでの問題である。

「判決時点では $\alpha$ が正しいとされていたのだから判決 $\alpha$ はやむを得なかった」、という弁明には、①「 $\alpha$ が正しいとされていた」とはいかなる意味か、誰かが $\beta$ を唱えていたがほとんど相手にされず、後になって正しさが認められるようになった、という場合にはどうなのか、裁判官はどの程度確からしい学説 $\alpha$ ならば論拠にできるのか(しかし、そもそも「学説の確からしさ」は誰がどうやって判定するのか)、という運用面での問題と、②この弁明が成り立つためには「判決の時点で正しいとされていた学説にしたがったのなら後に誤りが見つかってもやむを得ない」という、それ自体としては $\alpha$ によって根拠づけられていない規範命題はどこから出てくるのか、という規範的な問題がつきまとう。

結局、絶対に動かない経済学的(科学的)知見「 $\omega$ 」に規範的決定(例えば判決)

<sup>118</sup> See, Posner, supra, at 181.

<sup>119</sup> ポズナー自身は、この公準がドゥウォーキンの平等基底的権利論に比べて「記述的」であり「正確」であることをむしろ利点と考えているようであるが(Id.)、それが解釈に先立って内容が(客観的・科学的(!))に確定されていることを意味するのだとすれば、そのような意味での「根源的な政策判断」からの演繹は、構成的解釈の理論によって「法の欠缺」の問題を解消しようとしたドゥウォーキンの「原理」論法とは全く異なることになる。ただしドゥウォーキンの戦略も成功しておらず(参照、大屋・前掲注104、50-53、103-109頁)、本稿は彼の戦略に依拠しない形で《「立法の質」を語る法的な議論の作法」を構想するものである。

<sup>120</sup> 近時の規範的「法と経済学」の論者は概ねこの立場である。参照、LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (Harvard, 2001)、常木淳『法理学と経済学』(勁草書房、2008年)。これによって理論的な難点は一応塞がれたかに見える。ただしその分、金銭換算の「富」基準が持っていた操作可能性が犠牲になるのではないかと筆者は考える。この問題についての序論的検討として参照、拙稿「プロセス・時間・制度：新世代法政策学研究のための一試論」新世代法政策学研究創刊号(2009年)29頁。

実践の総体がある「原理」の下で最善の意味が与えられるように構成的に解釈し、そこに眼前の法的问题に対する具体的解決の正当化根拠をおく」という（ドゥウォーキンによれば法内在的な<sup>122</sup>）方法である。経済学のある理論 $\alpha$ が世界を十分に正確に記述できているのであれば、社会厚生 of 改善に向けられた過去の実践を整合的に説明し、かつそれと整合的な形で眼前の法的问题に解決を与える指針を示すことができるはずである。かくして裁判官は $\alpha$ を用いるが、これは「構成的解釈」のための補助線に過ぎない。この裁判官が規範的決定（判決）の正当化根拠としているのはあくまでも「原理」と「構成的解釈という作法」であって、構成的解釈の補助線としての経済学の理論 $\alpha$ そのものではない。従って、その後の経済学の進展に伴って理論 $\alpha$ が理論 $\beta$ に取って代わられたとしても、それはこの推論の規範的基礎を揺るがすものではない<sup>123</sup>。

---

を基礎づけようとする企ては、第1にそもそも失敗を運命づけられているように思われる（この点を割切に指摘するものとして参照、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号（2009年）191頁（204～206頁））し、第2に「認知的正統性」の次元と「規範的正統性」の次元を混同している意味でも問題がある（参照、尾崎・207頁）。さりとて、「無視界飛行」を行う勇氣（尾崎・206頁）を持っていないならば（少なくとも筆者には無理である）、いずれ廃棄されると知りつつ現実世界の記述モデル $\alpha$ 、 $\beta$ 、 $\gamma$ …（これらが現実世界そのものではないことは言うまでもない）を補助線として用いてその都度、法実践と現実世界をつなぐ「規範物語り」（参照、大屋・前掲注104、164頁）を「仮組み」し続けていくしかないのではないかと考える。本文中における仮想的「構成的解釈」はそのようなものとして意図されており、従って本家ドゥウォーキンのそれよりもペシミスティック（？）である。

<sup>122</sup> ドゥウォーキンの試みは「内的視点の全体化」として語られることがある。参照、中山・前掲注15、100頁。

<sup>123</sup> このように、単なる政策論を超えて、規範的決定を行うコモンロー裁判官が依拠することのできる議論の構造を提供したことが、特にコモンローの領域において法と経済学が成功を収めた理由であると思われる。制定法解釈論の文脈と異なり、民主的正統性を持たない裁判官が法的推論・決定を行うにあたっては、むき出しの政策判断に飛びつくことはできず、しかも制定法解釈論の文脈と異なり、立法者意思を手がかり（隠れ蓑）にすることもできないから、先例との首尾一貫性を強調せざるを得ない。このような文脈において、法と経済学は（もちろん、それ自体が一

第2に、「経済学的に最適な法ルールを選び取ること」が法と経済学の教説だとすれば、そのために裁判官は制定法の文言さえ無視してよいはずである<sup>124</sup>。しかしポズナーを始め、どの論者も制定法とコモンローを区別して論じている。「仮想的論法」による「法と経済学」理解はこの点もうまく説明できる。アメリカ法の過去の法実践として制定法とコモンローは異なる地位を与えられてきたのであり、制定法解釈論の裁判官が文字通りの立法者として振る舞うことを認めるような教説は、外的視点からはともかく、これまでの法実践の総体を説得的に説明できる解釈とは言いがたい。従って内的視点からの説得に失敗する<sup>125</sup>。内的視点からの説得には、むしろ「制定法解釈論における裁判官の推論方法」に関する法実践と矛盾しない形で、「原理」に照らしてより魅力的な<sup>126</sup>構成として特定の法解釈論／解釈方法論を提示して、他の法実践者を説得し、「呼び込む」ことが有効である。本節2で見えてきた諸学説の展開はまさにその一例であったと理解されよう。

以上の思考実験が示唆するものは何か<sup>127</sup>。それは、「法と経済学」をめぐって法学者が好んで標榜する「法的思考と経済学的思考の対立」という枠組みがそれほど自明ではない、ということである。もちろん、法学の思

---

つのありうる解釈に過ぎないが）既存の法概念体系に内在する論理として「効率性」概念を彫琢することによって、裁判官が依拠できる枠組みを提供したと理解することができないか。

<sup>124</sup> もちろんその場合の波及効果を考えると、裁判官が制定法の文言を無視することが経済学的に最適な指針とは言い切れない面もあるが。

<sup>125</sup> コモンローの場面と異なり、立法政策の場面においては、法の経済分析は有用な知見ではあるが、それ自体が立法過程における議論の一つに過ぎないことが可視化されてしまっているために、裁判官が効率性の観点から制定法の文言を読み替えてしまうことが法的実践の構成的解釈として説得力を持ちにくい。

<sup>126</sup> ここで比較級を用いたのは、もちろん筆者がドゥウォーキンの「正解テーゼ」を支持しないからである。

<sup>127</sup> 繰り返しになるが、筆者自身は構成的解釈という「物語り」自体をあまり強く信奉していない。本文での検討は専ら隣接諸科学の知見の導入が「法の内的視点」と矛盾しない形で行いうる、ということを示すための仮想的作業に過ぎない。

考方法と経済学の思考方法が実は近い、と言っているのではない。両者の思考方法はむしろ全く異なる。しかし、そのことは「法学と経済学は思考方法が違うから、経済学の知見や思考方法は法的推論に取り込みようがない異物である」という命題を論理的に帰結しない<sup>128</sup>。アメリカにおいて「法と経済学」がなお法学たり得たのは、経済学の知見や思考枠組みを、それまでの法実践の中にいったん位置づけた上で、法実践を発展させる魅力的な方向として提示して見せ、法実践者の説得に一定程度の成功を収めてきたから、ではなかろうか。ここでは、「〈法的〉な議論のあり方」が先験的・実体的に存在し、それと経済学的思考が対立する、という単純な関係にはない。

従って、隣接諸科学の知見を取り込みつつもなお「法学」であり続ける方法は存在する、というのが、先に示した疑問に対する暫定的な答えである。

## 5. 小括

前節と本節の検討は、「法学が《立法の質》を論じるとはどのような意味を持つのか」という問いに導かれてアメリカ法学における「立法」の位置づけに関する議論を参照し、アメリカにおける「法学が《立法の質》を論じること」の具体的な態様とその前提条件（制度的・理論的足場）についてのささやかな解明を試みるものであった。ここから示唆を得つつ、「法

<sup>128</sup> 例えば、「経済学は人間を目的手段的に扱うが、法学は人の尊厳を尊重する」という通俗的批判は、法的推論と経済学的思考の関係を捉え損なっている。「人の尊厳を尊重する」のは「法学」と不可分のメルクマールではない。単に今までの法実践が「人の尊厳を尊重する」という原理の下で解釈的に構成することでうまく説明できる部分が大きいからそう言っているに過ぎない。同様に今までの法実践の少なからぬ部分は「社会厚生を高める」という原理の下でもうまく説明できるであろう。法実践を積み上げる「次の一石」（眼前の法的問題への解決）をどちらのラインに沿って積むか、は政治哲学的な競争の問題である。その上で「人の尊厳を尊重する」という考え方が魅力的であることは否定しないが、少なくともその考え方は異質な考え方を「それは法的思考ではない」という理由で法的言語のゲームの参加資格を剥奪することは根拠づけられていない。まさにそれこそが法的言語のゲームで争われていることだからである。

学が《立法の質》を論じること」がいかなる意味を持つ営為であり、それがいかにして可能か、を論じるのが、次節の課題である。

## Ⅲ. 「《立法の質》を論じること」の意味と作法

### 1. 「法学がいかにして《立法の質》を語りうるか」という問題設定の意味

本稿は、「法学はいかにして《立法の質》を語りうるか」「法学が《立法》について語るという営みはいかなる意味を持ちうるか」という、いささか珍妙な問いから出発して、アメリカ法学における制定法解釈論に関する議論を中心に概観してきた。序論でも述べたように、このような問いを発するということは、「法の外部から（法学以外の隣接諸科学の理論的足場に立脚して）立法を批判する」、《立法内容は法システムにとって所与であると割り切り、その当否は論じない<sup>129</sup>》のいずれでもない途を（さらには上位の規範＝憲法に拠る立論という途も敢えて採らずに）模索する、という一つの態度選択を意味する。

しかし、そもそもこのような問いを立てる意味は何なのか。そんな面倒なことをしなくても、《立法の質》を「政策論的に」語ることはできるし、現にそうした議論は「立法論」として法学者によってなされているではないか。確かに、的外れな政策論・立法論にならないためには、実定法についての十分な知識は必要であるが、それは「政策論」のための分析理論（本稿ではミクロ経済学的方法論を取り上げたが、社会学や心理学でも一向に差し支えない）を持つ専門家が、実定法を良く知る専門家（法学者？）と共同で研究をする（あるいはアメリカのように両方の学位を修める？）ことで、十分に対応可能ではないのか。こうした疑問は、法律学に政策論（いわば「本音」の議論<sup>130</sup>）を正面から取り込むべきだとする陣営からは

<sup>129</sup> 本文で示唆している態度とは全く異なるが、法文テキスト＝法源であって法ではない、という割り切った態度を示した来栖三郎の議論が注目される。参照、広渡清吾「法的判断論の構図—法の解釈・適用とは何か」『比較法社会論研究』（日本評論社、2009年）297頁。

<sup>130</sup> 「法ドグマ」と対比される意味での「政策論＝本音」という理解に関しては、得津晶「民商の壁—商法学者から見た法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号

当然のこと、伝統的な意味での法律論の領域を固守しようとする陣営からも、等しく発せられるであろう。

### (1) 法／政策、立法論／解釈論の区別は自明か？

これに対する第1の応答は、Ⅱで参照したアメリカ法学の歩みが示すように、政策と法、立法論と解釈論の区別はそれほど自明ではない、というものである。これは特に立法論と解釈論を峻別しようとする伝統的な法学の立場に対する反論となろう<sup>131</sup>。全ての制定法テキストは解釈されるまでは意味を持たない、という言語哲学的な議論を持ち出すまでもなく、解釈方法論のあり方によって、制定法の意味（すなわち法ルールが社会的にもたらす機能）はもちろん、制定法を産出する「立法」過程のあり方、さらには《立法の質》それ自体にまで影響が及ぶ<sup>132</sup>からである。

### (2) 外的視点から法的実践へのコミュニケーション可能性？

それでは、隣接諸科学との対話を深め、あるいはより直截に隣接諸科学の方法論を以て、旧態依然たる法的推論（ドグマ的法的思考！）を改革し、あるいは放逐する、という方向性はどうか。この場合、立法論も解釈論の区別は相対化され、等しく政策論的な観点から評価されることになる。立法論と解釈論の区別（もしあるならば）は、高々制定法の文言という「わ

---

(2009年) 233頁と、同論文への応答である尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究 3号 (2009年) 191頁を参照のこと。

<sup>131</sup> 他方、法と政策、立法と裁判の違いを相対的なものと捉える先行業績としては、宇佐美・前掲注72、高見勝利「あるべき立法者像と立法のあり方」『現代日本の議会政と憲法』(岩波書店、2008年〔初出・1985年〕) 217頁などを参照。ただし高見教授はその後、高見勝利「立法の「合理性」もしくは「Legisprudence」の可能性について」『現代日本の議会政と憲法』237頁〔初出・2004年〕において、この立場の「問題点は、「より良い立法」のあり方を問うに急なあまり、裁判官と立法者における判断の「合理性」のあり方を少なからず看過してしまったこと」(238頁)として修正を加えている。この点は以下に述べるように(本節2参照)本稿も十分に注意を払うべきだと考える。

<sup>132</sup> 前掲注105に対応する本文の議論を参照のこと。

く」を意識するか否か、に過ぎない。しかし、その「わく」自体が確たるものでもなければ本質的なものでもないことを、法解釈論争や言語哲学による「解釈論的転回」を経た現在の我々は既に知ってしまっている。となれば、そもそもなぜそのような区別をしなければならないのか、説明に窮する<sup>133</sup>。そもそも「正解」が法外の基準によって同定可能であれば、その答えを誰が決めようが同じことではないのか<sup>134</sup>。

この問いかけは、以下の2点を含意する。第1に、政策論的思考に一元化する議論は、法システムの内部に「《立法》という分節」を意識して議論をしてきた我々の法的実践をどう説明すればよいのだろうか。外的視点からの立場を貫徹するのであれば、立法論と解釈論を区別すべき積極的理由を首尾一貫した理論的観点から説明するか<sup>135</sup>、立法論と解釈論の区別を

---

<sup>133</sup> 「政策論の尽きた先に説得力を醸し出すためのフィクションとしての法ドグマ」という得津・前掲注130論文の応答は傾聴に値する。しかし、なぜその「フィクション」は説得力を持ちうるのだろうか。もちろん、それを語っている本人はそれがフィクションであることを知っているにも関わらず、相手方はそれを知らない、という状況であれば別である。しかしこの議論はイデオロギー暴露に対して脆弱である。なぜお互いに(さらには第一次的な法の実践者たる法律家だけでなく、社会構成員全体が)それがフィクションであることを知りつつフィクションの上でのやり取りに説得力を感じた「ことにする」のか、そのメカニズムが示されなければならない。この文脈で、尾崎教授が示唆する「自己欺瞞的法主体」像が極めて重要な意味を持つことが再確認される。参照、尾崎一郎「都市の公共性と法主体」北大法学論集56巻5号(2006年)415頁。

<sup>134</sup> これに対する筆者の応答は、法外の知見(例えば経済学的知見)は、「正解」を示すことはできないが、「経験的に見てほぼ間違いなく誤答である可能性が高い」選択肢を明らかにして法実践者に反省を迫ることはできる、というものである。あくまでも法実践者に対する「説得」という層が挟み込まれていることに注意されたい。

<sup>135</sup> 本稿で紹介してきた制度論的視点を貫徹すれば、すなわち制度的適性の観点からの役割分担論という形で、一貫した説明を与えられるかもしれない。例えば、裁判所を含む法の解釈者・適用者には、実体的政策判断を行う適性が乏しいので、むしろ法的推論によって実体的政策判断をその都度行うのと近似する結果を、より小さな決定コストと過誤コストで実現するために、あえて「解釈論」という枠を嵌めている、というように。あるいは、1階の法的問題(解釈方法の選択)を徹底的に

破棄すべきことを論じるか、いずれかでなければならぬ。第2に、仮に法外の理論的立場から首尾一貫した議論を提示できたとして、それは法の実践者に対してどのような意味を持つのであろうか。そこにコミュニケーションは成立するのであろうか<sup>136</sup>。

ここで「法実践者（例えば裁判官）は（例えば）経済学を勉強していないから困る」という答えは問題の本質を取り違えている。確かに法は社会の側から見れば「道具」であり、その側面では道具的説明（記述命題）に馴染む<sup>137</sup>。しかし、法的実践に従事する者の多くは、法実践に単なる道具的価値以上のものを見出しているか、少なくともそのように振る舞っている。ここで法を専ら道具的に捉えた議論を行った法律家は、法的コミュニケーション（「説得」「法的正当性の調達」）に失敗する可能性が高い<sup>138</sup>。

---

2 階の制度論的考察（どの機関に、解釈方法のルールを決める権限を割り当てるべきか）に置き換えようとするヴァーミュールの議論もその方向を目指すものであろう。しかし、少なくともヴァーミュールについては、松尾・前掲注57論文〔(二)〕215-216頁も批判的に指摘するように、解釈方法論争いに関わる多様な価値を「決定コスト（+過誤コスト）」の問題に一元化することで問題の複雑性を不当に縮減しているとの批判が妥当するようと思われる。もちろん、例えば立法者（あるいは主権者＝国民？）を principal と考えて、最適な権限配分の制度設計を提示する、ということも可能かもしれないが、そうした記述理論が成功する可能性について、少なくとも現時点ではあまり楽観的にはなれない。ましてその先に、法実践者とのコミュニケーションが成立するのか（それなしに実効的なインパクトを与えられるのか）という問題が横たわっていることは言うまでもない。関連して、後掲注139も参照のこと。

<sup>136</sup> 参照、尾崎・前掲注130、203頁注26（「問題はその記述命題を法システムの外部から調達するのかどうか、調達するとしてそれは法システム内部のコミュニケーションにどのように接合できるのかということである。」（傍点筆者））。

<sup>137</sup> 尾崎・前掲注130、202-204頁は、経済学等、法学以外の方法論の圧倒的な認知的把握能力の高さが近時これらの議論の影響力が（過剰に？）強調される傾向の背後にあることを指摘する。

<sup>138</sup> このように述べると、筆者は専らドグマ的な議論のみが法的コミュニケーションにおいて妥当すべきであり、法外の議論は排除されるべきだと論じているように誤解されるかもしれないが、そうではない。例えば、「この法文の趣旨は経済効率性を促進することだと解されるので、それに即した答えを与えるべきだ」という議

法の実践者として期待される役割を果たすには、隣接諸科学の知見・政策論的な観点における洗練度とは独立に、それを法的実践の内部言語に接続する能力が求められるのである。法的実践との接続可能性を考えない議論はこの点を法実践者（裁判官）に「丸投げ」しているのである<sup>139</sup>。

こうした批判は、実は他ならぬ北大グローバルCOEの「多元分散型統御」にも当てはまる。尾崎教授が適切にも指摘するように、立法にも司法にも限界があることを指摘し、経済学や（法哲学的な？）原理といった「基準の使い分け」を語る法学者とはいったい何者で、いかなる足場に立脚しているのか<sup>140</sup>。法実践の内部にいるのか、外部から語っているのか、ある

---

論は、経済学的な思考に支えられつつもあくまでも法的実践の内部言語に翻訳されていることに注意されたい。

<sup>139</sup> もちろん、「法的実践」自体を根こそぎ他の何らかのシステムに置き換えることができる（と主張する）のであれば、その主張自体は少なくとも論理的には破綻していない。実際にうまく行くかどうかは、確かにやってみないとわからない。が、それはかなり大変そうである。統治功利主義の立場からは法は統治の道具に過ぎないにもかかわらず、そのことを暴露してしまうことで「法の支配」その他の既存の信念体系を破壊することで、功利主義的に見ても好ましくない帰結（統治コスト増大）をもたらす可能性がある。参照、安藤馨「帰結主義と権利の正当化：国家介入の2つのモデル」新世代法政策学研究第8号掲載予定。

<sup>140</sup> 尾崎・前掲注130、215～218頁（同・218頁は「自家撞着」と手厳しく批判する）。もちろん、法学者が語ればそれは法的議論だ、などということはあり得ない。この点では、常木・前掲注120、51頁の痛烈な批判（「教区独裁主義」）が傾聴に値しよう。もっとも、常木教授の議論が、法学が規範的問題に関する経済学の寄与可能性を無根拠に排除することへの批判（これは全く正当である）にとどまらず、「経済学的に正当な知見は当然に法学の側でも受け入れられるはずだ」ということまでも含意するのだとすれば、これまたシステム間のコミュニケーション（不）可能性について超越論的な視点に立っていることになる。事実存在に関する分析の学たる経済学が、事実分析に関して絶対的に優位性を有する領域がある、との信念は、経済学的にしか根拠付けられていないからである。もちろんそのことが法学の側での認知能力を論証しないことは言うまでもない。結局は、どちらのモデルがよりうまく現実を把握できるか、社会内の第三者に対して「説得」を試み、結果的に失敗した方が廃棄されるに過ぎないのであって、両者の対立が理論的に調停されるわけではない。この点に関連して、前掲注114、121、134とそれに対応する本文の議論も参照のこと。

いはそれらを調停しうる超越論的な高みに立っているのだろうか。しかし、この一見魅力的な第3の選択肢が実はとっくに塞がれていることは、リーガル・プロセス学派の蹉跌が教えるところではなかったか<sup>141</sup>。

### (3) それでもなお《立法の質》を語る意味は？

かくして本稿は、法実践の内部に足場を置きつつ、なお《立法の質》を語ることを目指す。その必要はあるのか。そして、そんなことはそもそも可能なのか。

必要性については、上記(1)(2)が一応の答えを与えている。(1)で述べた立法と解釈の不可分性は当然のことながら、特に「立法の時代」とも呼ばれる現代的なコンテキストにおいて、法実践はもはや立法からの間断ないインパクトに晒されている。もしより良き法実践に関心があるのであれば、立法について語りうる言葉を持たねばならない。そしてそれは、いかに外的視点(政策論的視点)によって理論的に補強されたものであっても、依然として法実践の内部言語に接続できるものでなければならない。

しかし、それは可能なのか。本稿の立場は、尾崎教授が指摘する、システム間の根源的なコミュニケーション不可能性を軽視しているのではないか。そうかもしれない。この問いかけに対しては、筆者は以下のように応じるよりほかに術を持たない。

やや異なる文脈においてではあるが、長谷部恭男教授は、法命題の真偽をめぐる論争が「解釈論的転回」を経て、法的議論の根源的な自己参照性が確認されるに至った理論展開を辿った上で、なお「これでよいのか」と問いを発する<sup>142</sup>。教授は、法的議論が本質的に自己準拠的であることを十分に理解しつつ、従って論理的には担保されていないことを承知しながら、この問いを発し、「法は、やはりそれ自体が目的なのではなく、人々の社会生活のために存在する道具というべきであろう。」と言う。これは傾聴すべき態度表明ではないか。上記引用が素朴な法道具主義とは異質である

<sup>141</sup> 超越論的な調停者の地位があり得ないことについては、尾崎・前掲注130、長谷部・後掲注143の他、広渡・前掲注129、330-331頁(注51)も参照のこと。

<sup>142</sup> 長谷部恭男「法源・解釈・法命題—How to return from the interpretive turn」『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年〔初出2004年〕)202頁(220頁)。

ことは言うまでもない。少なくとも法学者が「法政策学」なるものを語ろうと言うのであれば、外的視点と法実践の根源的な亀裂を意識しつつ、なお「橋を架ける」ための努力をすべきなのではないだろうか<sup>143</sup>。

## 2. 法的言説における立法の位置づけ

### (1) 〈立法〉の特質への顧慮① —《立法=政治的決断≠法実践》？

さて、前項の議論は、立法と解釈の実質的不可分性を強調しながら、法的言説において「立法」を語ることを示唆した。しかしそのことは、〈解釈〉に関わる法実践のあり方をそのままに立法に及ぼすべきことを意味しない。むしろ、立法と解釈の不可分性を十分意識しつつもなお、《立法》という分節を我々の法システムが持つことの意味を適切に把握しなければならぬ<sup>144</sup>。

高見勝利教授は、「社会に対して開かれた組織としての立法院」<sup>145</sup>が、「法的議論」ではなく「政治的論議」に基づき、過去の法実践(慣習法や中世的諸身分の同意)から自由に新たな法規範を創設しうる、という立法(権)の特殊性を指摘する<sup>146</sup>。「法外のデータ(extra-legal data)；立法事実」を立法者自身の政治的洞察に基づいて法的規則へと転換するメカニズムである立法は、法システムの閉鎖性がもともと「破れて」いる場所というこ

<sup>143</sup> ここで、本稿が冒頭で憲法論を除外したにもかかわらず、結局憲法論と同じ難題に突き当たったことは当然のことである。結局、外部から deus ex machina を調達できないことを認めつつ、なお自己言及的な批判を行おうとしている点で、本稿の問題は憲法論が正対してきたアポリアと同種のものである。

<sup>144</sup> これはドゥウオーキンにも、経済学的な法制度設計思考であたかも立法過程をバイパスしようとするある種の法と経済学的思考にも批判として機能するし、井上達夫教授の提唱する「立法学」が政治哲学的観点から取り組もうとしているのもまさにこの問題だと思われる。

<sup>145</sup> 高見・前掲注131(「立法の「合理性」論文)、254頁。

<sup>146</sup> 高見・同上、244-46頁。あるいは法学的ヘルメノイティクが、立法者を「理性法的考量」の実践者でありかつ「どの規範仮説を選択するかという論争を一刀両断に「決定」する権限を有する」存在として理解していることにつき、中山・前掲注15、117頁。

とはできないか<sup>147</sup>。では、立法は専ら（演繹モデルや解釈学モデルに対置される意味での）「決断」モデル<sup>148</sup>によって理解されるべきであろうか。

しかし、「決断」モデルによる立法の理解には、以下の三つの難点を指摘することができるように思われる。

第1に、「解釈論的転回」以降の法哲学が教えるように、法命題の意味はそれを参照し意味を制作する営為によって初めて与えられることを重視すれば<sup>149</sup>、法実践の側が立法＝決断を法の外部＝異質な論理に基づく営為と捉えてしまうと、立法者は法実践者にどう読まれるかわからないテキストをただ産出するだけの<sup>150</sup>、「法システムの要石」どころか酷く疎外された存在に甘んじることとなる。立法者が法実践者によってどう読まれるかをコントロールしたければ、もちろん法文テキストの書き方を工夫すべき、ということになるが、そのためには相手方（法実践者）がどう読む可能性があるかについて理解しようと努めなければならない。立法者自身は既存の法実践に縛られないとの契機を強調するにせよ、少なくとも「極端でない外的視点」<sup>151</sup>を持つ必要がある。あるいは立法も法的过程の一部

<sup>147</sup> 他方で、法の体系化・全域化の進行に伴って、「政治」過程すら、「(少なくとも建前上は) そのような法律化された社会関係の帰趨を争う過程、すなわち立法過程になっていく。これは、法の世界内部では、「社会」で生起する諸事象がいったん法の枠組みに「包摂」されて認知/処理されるということである」との指摘（参照、尾崎・前掲注133、412頁）に注意を要する。もっとも、本稿はシステム理論の検討を目的とするものではなく、「(立法) について語る」という法的実践を理解するための思考の手がかりを求めているに過ぎない。

<sup>148</sup> ここでの演繹モデル・決断モデル・解釈学モデルの対置は、アレクシーの議論を引きつつ展開される広渡・前掲注129、324頁以下の議論に拠っている。

<sup>149</sup> 本稿における理解は、大屋・前掲注104に拠っている。

<sup>150</sup> ここで大屋・前掲注104、193-94頁が以下のように述べていることに注意。「現存する法文は、(その重要性を否定するものではまったくないのだが) 運動としての法が過去に於いて産み出した堆積物に過ぎない。それを法そのものであるかのように考えることは、いわば二重の過ちである。何故ならそれは第一にそれ自体法ではなく、また再び法の運動によって根拠として参照され、命を吹き込まれることなしには法の堆積物でさえあり得ないからである。」

<sup>151</sup> これは、「諸ルールを自分は受容せずに、集団がそれらのルールを受容していると主張し、したがって、彼らが内的視点からそれらのルールといかにかかわって

だと考えるならば、法の解釈者に参照されることを意識しつつ、立法者なりの「正当性の物語り」<sup>152</sup>を用意する方が賢明である、ということにならないか。もちろんこれはⅡでも見たように、どのような制定法解釈論が採用されるかと相互依存の関係にある。

第2に、「決断」という語は立法者が既存の法実践に縛られずに自由な意思に基づく決定を行っているかのような響きがあるが、これは立法過程の正確な描像とは言えないのではないか<sup>153</sup>。立法過程において、作為は不作為よりも遥かにハードルが高い<sup>154</sup>。にもかかわらず、裁判官における「決断モデル」と同様の捉え方をしてよいのだろうか。もう少し別の意味を見出すべきではないか（この点はさらに後述する）。

第3に、立法の「合理性」「公共性」の議論がある。高見勝利教授は、立法の政治的性質を十分に踏まえつつもなお、以下のように指摘する。「私見によれば、もとより、議会の立法は、その性質上、総じて特定の利益集団や一部の政治家の意のままになるものではない。そもそも「立法」の成果物である法律は、国民を直接・間接に拘束する強制力・命令力を持つものであって、「立法」過程が、いわゆる「公共性」(Öffentlichkeit) を維持・演出しえない限り、すなわち、特定の集団や政治家の露骨な私的利害が立

るかに外部から言及する」観察者の視点として定義される。参照、H・L・A・ハート（矢島光圀監訳）『法の概念』（みすず書房、1976年）98頁（ただし上記の訳はN・マコーミック『ハート法理学の全体像』（晃洋書房、1996年）109頁の引用箇所訳による。また、「極端でない外的視点」の用語もマコーミックに従ったものである。）。もちろん、ルールの意味自体、解釈に先だって実体的に存在するものではなく、その都度制作されるという理解からすれば、上記引用部分是不正確である。

<sup>152</sup> 「物語り」という語については、大屋・前掲注104、第4章を参照。

<sup>153</sup> Ⅱ 2 (2) ①における議論を参照。

<sup>154</sup> そして、むしろその方が立法過程に参加するアクターにとって都合がよい可能性がある。仮にある法文を制定すると全く同じ政治的コストで同じ法文を廃止できるのだとすれば、その法文の制定のために政治的コストをつぎ込むメリットは大幅に損なわれる（もちろんその方が利益集団立法を抑制しやすいという議論も考えうる）。一度制定された法文がそう簡単に撤回されないということを前提として、その法文を素材とした新たな規範的意味制作の営為が紡がれていくのだとすればなおさらである。

法過程を歪め、立法の中身を構成するようでは、立法の成果物として、国民を拘束する法律に対する国民の信頼を繋ぎ止めることはできないからである。「司法」を担う裁判官にとって、「公正らしさ」がその生命線とされるのと同様、立法にとって、その過程と成果物の双方において、上記の意味における「公共性」を演じることが求められるのである。<sup>155</sup> この意味での「公共性」を演じることが失敗した立法は、規範的に望ましくないのみならず、法実践の側で（裁判所や行政による benign neglect の可能性のみならず、内的視点を持つ（一般私人を含めた）法実践者がそれを受容しないという意味においても）それなりの報復を受けざるを得ない（上記第1点との関係）。ここに、次に見る「緩やかな解釈学モデル」が、立法に対する緩やかな規律付け効果を及ぼしうる契機を見出しうることになる。

## (2)〈立法〉の特質への顧慮② —《緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位》

先に述べたように、法システムにおける〈立法〉の特質は、過去の法実践との整合性に縛られず、（むしろ敢えて）断絶を作り出せることにある。しかし、単なる恣意的な「決断」の堆積との微妙な違いは、公共的な根拠<sup>156</sup>による「説明」を求められるという点に見出される。

立法は法的な真空状態に対してなされるわけではなく、既存の法実践に

<sup>155</sup> 高見・前掲注16、20頁。さらに、「立法事実」に着目しつつ立法の「合理性」を探求する議論として、高見・前掲注131（「立法の「合理性」論文」、252頁以下も参照）。

<sup>156</sup> 大屋・前掲注104、194頁は、「運動としての法」の特殊性として、①ある判断の根拠を明文化された根拠と論理展開の理由によって構成しようとする、②そこで言明に対する一人称特権を排除し、可能な限り三人称的な観点からの意味制作を行うこと、の2点を挙げる。②については別の箇所でも「しかしその【よどみの】解決という局面において具体的な他者を登場させず、抽象化され脱人稱化された他者としての法に援助要請の対象を限定して行われるのが、法解釈というプロセスなのではないか。」（同・196頁）との指摘がある。①は立法に当てはまりにくい、②は「公共性」の不可欠の内容であり、立法にも妥当すると考える。この点で、高見教授の指摘（前掲注155参照）との内容的親和性も指摘されよう。

対して意図的な変化をもたらすことを企図して行われる。となれば当然、立法者の提示すべき公共的な根拠は、立法によって変更されるべき法実践の何が問題であったのか、を説明するものであると同時に、既存の（その立法が変更することを意図しない）法実践とも整合的なものでなければならぬ。立法者は憲法の枠内でさえあれば自由に決断しうるのではなく、やはり何らかの公共の意味の「物語り」を提示し、（その前後の立法者との関係で<sup>157</sup>）競い合う存在として理解される。ある立法政策は、今までの法実践と何を共有し、何において断絶することを選択したのか、その選択の意味は何か、を問うる、という面において、これは解釈学的な営為として位置づけることができるのではないが<sup>158</sup>。もちろん、これは法的実践とは異なる意味での解釈学的な営為である。説明の論拠と方法は限定されておらず<sup>159</sup>、その説明によって相手方が現実的に「説得」される必要はない。しかし少なくとも何らかの「説明」は与えなければならない<sup>160</sup>。この意味で、狭義の法的実践との比較において「緩やかな」解釈学モデルによる立法の定位、と呼ぶことができよう。

<sup>157</sup> すなわち、「立法」がある時点におけるある決定手続を経て収斂されたと擬制される一つの「意思」ないし「声」の表明であると考えつつも（その意味での「立法者」は単数形である）、それに続く立法者（同一会期内における一事不再議の原則を踏まえれば、会期ごとに考えるべきか）は異なる「意思」を持ちうるものであり、複数形の「立法者」は、各々、立法の公共性に関心を持って注視する人々の前で自らが提示する「公共の意味」が他の立法者の提示するそれよりも魅力的であることを競い合っている、という考え方である。

<sup>158</sup> 例えば、「刑事立法のラッシュ」というべき現象を前にして、既存の条例における刑罰の用いられ方の実像に沈潜した上で、それを説得的に説明しうる意味（「立法者のメッセージの誤変換リスクの回避」）を提示する深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論—刑事立法学序説」立教法学79号（2010年）所収予定は、いわば「立法に寄り添いながら批判する」解釈学的な営為として理解され、本稿の示唆する構想にとって一つの優れた範型を示すものと言えよう。

<sup>159</sup> しかし「立法事実」を梃子に一定の枠は観念しうる。参照、高見・前掲注131。

<sup>160</sup> やや横道に逸れるが、この点に（例えば租税立法に関する）極めて緩やかな違憲審査基準の持つ意味を見出すことができるように思われる。参照、拙稿「市場介入手段としての租税の制度的特質」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣、2007年）21-22頁。

以上のような立法の理解は、立法の正当化のみならず、狭義の《立法の質》の向上にも関わる。すなわち、立法過程における決定は、常に時間と情報の制約の中で行われる。その結果、対立する意見の収斂を待たずに決定が行われる必要がしばしば存在する。また、そもそもまずは取り組んでみないと適切な対処方針がわからない類の公共的課題も多い。そこで、対抗関係を保存したまま決定を行い、後にその決定を検証し批判するための論理的見直し・透明性を確保するための理論が必要となる。そして、こうした「理論」の提示自体が、まさに「緩やかな解釈学モデル」において、〈立法〉を場として行われる法的実践の一部であり、将来的により良い立法を可能にする前提条件を整えることになる<sup>161</sup>。もちろん、その上でどのような決定を下すかは将来の立法者の判断に開かれている（理論によって拘束されない）が、その決定についてもなお、公共的な根拠による正当化自体は求められる。立法というプロセスから超越した絶対的な基準によって立法の良し悪しを判定するのではなく（従って絶対的な「良き立法」があるわけではない）、プロセスに全てを還元するでもない、動態性・連続性の中で絶えず立法の「正しさ」を問い直していくことで「より良き立法」を志向続ける永続的な営為としてのみ、法学は《立法の質》を論じうる、というのが、本稿冒頭の問いに対する答えということになる<sup>162</sup>。

さらに、上記の「緩やかな解釈学モデル」による〈立法〉理解は、過去の法実践との整合性に制約されずに敢えて断絶を作り出す仕組みとしての立法の特質とも整合的に理解しうる。

既に述べたように、立法の実現に要求される手続的なハードルは低くな

い。いわゆる「立法の inaction」はその一つの副作用である<sup>163</sup>。いわば制度的に現状維持バイアスが組み込まれているのであり、単に1階の公共性のレベルで立法の公益性を論じる視点からすれば、これは理解しがたい。しかし、《立法者は既存の法実践に制約されない代償として、社会に存在する多様な利害の競争と調整の結果<sup>164</sup>がある一定の閾値を超えられた場合に限って、現状変革の引き金を引くことができる<sup>165</sup>、という位置づけが与えられている》と考えればどうか。いかに動態性・連続性の中で絶えず正しさを問い直すと言ってみても、解釈学モデルの下での立法の正当化は、個々の立法との関係で言えばやはり、「決断」の後で「後付け的に」与えられる面は否めない。そして、立法が法実践の総体に与える解釈的インパクトはやはり無視できない<sup>166</sup>。いかに「試行錯誤」とは言え、ひとたび立法がなされればやはりなかなか「やり直し」は効かないのである。立法が

<sup>163</sup> なお、憲法上、一定の制度上のあり方を「ベースライン」と見定めることで、そこからの乖離に対して、目的および手段の点で事案に応じた必要性および合理性を要求するという形での審査による立法裁量の統制の試みについて参照、長谷部恭男「『国家による自由』『憲法の理性』」（前掲注143）135-136頁。

<sup>164</sup> 関連して、「立法府は民主的代表により構成され多数決原理によって機能する国家機関の中で、多様性を担保するための構成を正面から採用している（legislatures are formally structured to ensure diversity）ことが重要である」とするウォルドロンの議論が興味深く指摘される。ウォルドロンによれば、多様性の価値は、それによって分散情報にアクセスできるという情報面での利点もさることながら、何らかの法的変化を意図した意思決定過程において、意思決定に参画する者たちが異質な価値や意見（≠利益）に晒される機会を担保する、ということに求められる（Waldron, supra note 77, at 242）。

<sup>165</sup> 従って立法過程において現状変革に必要な数を確保できる政治的妥協が成立しない場合には、現状維持という帰結になる。立法過程のゲーム理論的分析が教えるように、「現状」は単に失敗した交渉の結果という消極的な意味にとどまらず、交渉決裂点として交渉過程における積極的な意味を持つ。参照、曾我・前掲注27。

<sup>166</sup> すなわち、新たな立法の登場によって、それが直接適用されるわけではない既存の法実践にも、新たな立法の「趣旨」を踏まえて再構成されるべきだとの圧力が働く（少なくともそのような議論が法的実践の内部での説得力を持つ）。あるいは法的実践外部への波及効果（例えば障害者の雇用を義務づける立法が社会実践に与える意味など）も興味深い検討素材であるが、本稿では立ち入ることができない。

<sup>161</sup> このように立法を「緩やかに」規律づける理論の試みとして参照、拙稿「非営利公益団体課税の機能的分析—政策税制の租税法学的考察（一）〜（四）完」『国家学会雑誌』117巻11・12号（2004年）、118巻1・2号、3・4号、5・6号（2005年）。

<sup>162</sup> ここに、井上達夫教授が「立法の「正統性」を担保しつつ、既存の立法の「正当性」を絶えず批判的に吟味し改良する試みを活性化する立法システムの構築、これが立法学の課題である」（井上・前掲注10、139頁）と述べていることとの親和性を指摘できる。「立法システム」の中には、憲法上の制度配置やその運用（例えば司法審査の強度）というハード面のみならず、本文で述べたような解釈学的実践というソフト面も含まれるであろう、というのが本稿の理解である。

単体としての意味のみならず、解釈的営為としての法実践における特異な位置づけを与えられているために、そのようなインパクトを与えるための閾値が高めに設定されている、という理解が可能ではないだろうか<sup>167</sup>。

### 3. 具体的構想の一つ（a conception）としての新世代法政策学

以上、1・2では、法学が《立法の質》を論じることが可能であること、すなわち、法的実践と切断されない形で「より良き立法」について語る方法がありうることを論じてきた。それは、法実践の参加者たちが、立法も含めた法実践の総体について「より良き意味」の提案を競い合い、批判し合うという形で展開される継続的な営為として理解される。そこでは、一方では立法とその他の法的実践の段階（あるいはそれが行われる場としての制度）との不可分性・相対性・制度としての選択可能性を意識しつつ、他方で立法の特殊性を踏まえた批判のあり方が構想される。そして、この議論の構築において、IIで見た制度論的思考が有益な手がかりを与えることも容易に了解されよう。

さて、こうした法的実践のあり方<sup>168</sup>は、もちろん一つではないが、そのような実践の一つの試みとして北大グローバルCOEが提唱する「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」を位置づけることができるのではないか。これを概念（concept）と構想（conception）の関係<sup>169</sup>になぞらえて言うならば、以上に提示された法政策学の概念（現段階ではいまだ十分に定式化されているとはいいがたいが）の下での具体的な構想としての「新世代法政策学」という趣旨である。以下、いくつか具体例を取り上げながら論じることとしよう。

<sup>167</sup> この点いわゆる「実験法律」は立法者自身がこれは実験に過ぎないとのメッセージを送ることによって、法実践へのインパクトを局部的に留めようとする実践であると理解できるかもしれない。「実験法律」の概念につき参照、大橋洋一『行政法I』（有斐閣・2009年）、64頁。

<sup>168</sup> これを「法政策学」の一部として位置づけることができよう。本稿は（立法）に焦点を当てて議論をしてきたために、「法政策学」全体についての構想を示していない。この点は本誌次号に投稿予定の別稿に譲りたい。

<sup>169</sup> 両者の意味と区別については、井上達夫『共生の作法』（創文社、1986年）31頁を参照。

まず、北大グローバルCOEの中でも、先行して具体的な像を結びつつある田村善之教授の議論を参照しよう<sup>170</sup>。田村教授は、立法・行政・司法・市場のいずれもが不完全な制度的選択肢であるとするコムサーの視点をさらに発展させ、知的財産法の領域に適用することを試みる。しかし、コムサーの提示する法政策における制度比較分析が外的視点からの評価・分析であるのに対して、田村教授の議論はあくまでも具体的な法的問題（例えばフェア・ユース法理導入の可否や一般不法行為法の枠組みによる知的財産保護の可否）における法的実践の参加者として具体的な解釈論を提唱するものであることに注意を要する。

田村教授は、知的財産権が他者の自由を制約する側面（外部性）に注意を喚起した上で（従って、権利が保護されるべきとの考えを無批判にベースラインとすることには注意を要するとされる）、権利の設計において立法府が必ずしも多様な利益を汲み取れない可能性があることを重視し（それゆえ、逆にステークホルダーが立法過程で自助努力をなしうる文脈では司法は謙抑的でよい）、司法が広く（しかし漸進的に）問題を解決すべきことを示唆する。

ここで援用されるのが、効率性や正義といった1階の基準から直接に結論を導くことの限界と、制度論的視点（2階の思考枠組み）の重要性である<sup>171</sup>。後者の視点を持つことによって、1階の基準のみで決着をつけようとする論法が相対化され、より良い答え（すなわち眼前の法的実践に対す

<sup>170</sup> 田村善之「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年）所収予定。

<sup>171</sup> 田村教授は、フェア・ユース法理の導入には、「何が保護に値する知的財産か」という実体的な議論とは区別されるべきレベルの議論が含まれることを強調し、以下のように指摘する。「制限すべき行為について議論が収束し合意がとれるのであれば、個別の制限規定を設けることができるはずですから、わざわざ著作権を一般的に制限する条項を設ける必要はなく、導入否定論に至る可能性が高いということができそうです。しかし、フェア・ユースないし著作権を一般的に制限する規定を導入する意義の本当のところを理解するためには、この法理が、著作権を制限する基準の具体化の作業を立法から司法に移行させる機能を有する法理であり、ゆえに問題は立法と司法の役割分担であるという視点、換言すれば、法実現過程や法政策形成過程のプロセスという視点を持つ必要があるように思います。」

る魅力的な意味の付与)が示されうことを説いている。ここでは制度論的視点の導入が、1階の基準で決着が着かない場合に無理に決定しようとするのではなく、問題処理の一般的な枠組みを与えつつも、最終的な結論は個別事案の積み重ねによって情報が蓄積されるであろう将来に先送りする、という選択肢を開く、という機能を果たしている<sup>172</sup>。

ただし、この議論は、決して制度論のレベルで論じれば正解が得られるといったことを主張するものではない（むしろ、1階の問題と2階の問題の相互依存性こそがこの議論のポイントである<sup>173</sup>）し、まして超越論的な制度設計者の観点を僭称するものでもない。そうした企てが失敗することは、IIで見たリーガル・プロセスの経験が示すところであった。ここで目指されるべきは、超越論的な論争調停者の視点ではなく、法的実践の参加者として、一つの魅力的な議論のあり方の候補を提示することで、他の実践参加者を「説得」する、という契機である。制度論的視点が必ずしも田村教授の立論を支持するとは限らない。上に見たように、むしろ司法過程の「認知バイアス」<sup>174</sup>を重視すれば、司法過程の方が（田村教授と実体的価値判断を共有する立場から見て）過度に広範な知的財産保護を実現させてしまう可能性も指摘できよう。いずれにせよその優劣は、実証分析の成果も参照しながら<sup>175</sup>実践の中で見極められていくことになる。しかしここで重要なことは、反論する側も「2階の制度論的視点が1階の法政策問題を論じる上で関係する」という議論の枠組みを一応受け入れた上で立論を行う、ということである。

他にも、従来の立法実践・行政手法の選択に内在する意味を制度論的・機能主義的に読み解いた上で（従ってここでは政治学や経済学の知見も用いられる）再構成し、これを再び法的な議論に載せる、という方法もありうる<sup>176</sup>。ここでも、（立法を含む）法実践に対して超越的な制度設計者の

観点から議論を行うのではなく、既存の法実践に（単なるドグマ的な美しさではなく、機能主義的裏付けを伴った<sup>177</sup>）内在する意味を読み込み、そこから新たな法実践に対する指針を提供する（あるいはそこから逸脱する際に、評価の基軸を与える）ということが意図されている。

「新世代法政策学」の具体像は、なお今後の活動の中で、個別具体的な法実践の形で示されていくべきものである。しかし、筆者の理解するところでは、それはまさに、良き法政策論たりうるための概念（concept）を抽象的一般的に示すのではなく（なお、本稿が示し得たところでは《2階の制度論的視点と1階の具体的法政策問題の相互規定性を意識した立論》ということになるが、なお抽象的に過ぎ有用性を欠く）、そのような概念を具体化した構想（conception）を提示し（その一つとして上述の田村教授による議論がある）、これに対する批判と応答、試行錯誤の中で、徐々に（帰納的に）そのような法政策学（＝立法・裁判における法的実践に繋がるもの）の概念を明らかにしていく法的実践の一部<sup>178</sup>として位置づけることが可能である<sup>179</sup>。もちろん、「概念」それ自体には、諸構想間の具体

---

性の保護——環境法と生物多様性の回廊を探る』（商事法務、2009年）183頁、およびそこから示唆を受けた拙稿「環境税と暫定税率—租税法・財政法・行政作用法の交錯領域として」ジュリ1397号（2010年）28頁。

<sup>177</sup> もちろん、法実践内在的なものとして提示された議論の成否は、第一義的には他の法実践者によって受け入れられるかどうか、によって決まる。しかし、既存の法実践があまりに社会と乖離すると、社会の側から見た法のレlevanceが低下することとなり、場合によっては法自体がバイパスされることにもなりうる。国際商事取引におけるADRやソフトローの台頭は、国家法秩序を中心とした法実践に対するオルタナティブ（競争相手）として立ち現れており、ある法実践が自らの内的視点にのみ耽溺することに対する一定の規制圧力として働くものと思われる。

<sup>178</sup> 従って、本稿は、超越論的な視点を模索するのではなく、むしろ法的実践の再帰性（参照、尾崎・前掲注130、230頁注25）を正面から認めることに活路を見出そうとするものである。

<sup>179</sup> この点、「概念」と「構想」は論理的に異なる層に位置するのであり、本文の記述は論理的に破綻している、との疑問が提示されるかもしれないが、そうではない。宇佐美教授が指摘するように、概念と構想（宇佐美教授はconceptionsに「概念観」の訳を当てているが）は相互規定の関係に立つと考えるべきである。（宇佐美・前

<sup>172</sup> 法実践における時間と学習の要素について参照、拙稿・前掲注120論文。

<sup>173</sup> II 3の議論を参照のこと。

<sup>174</sup> 参照、前掲注108-109に対応する本文。

<sup>175</sup> しかし実証分析の知見がそのまま規範的な結論をもたらすのではないことは既に論じた。参照、II 4(3)。

<sup>176</sup> 例えば、島村健「環境賦課金の法ドグマティック」環境法政策学会編『生物多

的な優劣判定基準は含まれず、単に規制概念（いわば「外枠」「議論の土俵に上がる・意味制作のゲームに参加するための資格」として機能するに過ぎない。実際に、北大グローバルCOEのメンバーの中でも、具体的な法政策学の構想をめぐってはかなりの違いがあると思われる。しかし、そうであっても、共有された概念の構築によってより良き法実践に向けた働きかけ（という法実践）が可能になる、という目標は共有しているように思われる。もちろんその企ての成否自体が、まさに法的実践者に受け入れられるかにかかっていることは、これまでの議論から既に明らかである。

### むすびに代えて

本稿は、「実定法学が立法を相対化して論じる」ということがいかにして可能であるか、という問いから出発して、北大グローバルCOEの「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」がいかなる意味を持つ理論的作業なのかを探求してきた。問題の核心は、法実践に対する外的・超越論的な視点に立たずにいかに「法政策学」を語りうるか、法実践の内側に踏みとどまりつつ、しかしただ所与として受け入れるのでもない方法はいかに可能か、ということであった。本稿が〈立法〉に焦点を絞ったのはその難問が最も良く表れる局面であるからに過ぎない。そして、本稿は以上の問いに対する現時点での見通しを示すことで、北大グローバルCOEが掲げる「新世代法政策学」が、既存の法学（法的実践の一部）や隣接諸科学との間でいかなるコミュニケーションを成立させうるのか、従って意味ある営為として認知されることが期待できるか、を論じたということになる。

無論、本稿は、隣接諸科学（外的視点）からの議論が無意味だということ

とを全く意図していない。むしろ外的視点に立った方が、法が実際にどのような機能を果たしているか（「役に立って」いるのか）を理解する上では有益なことが多い。ただ、外的視点からの知見を法的実践に対して真に意味あるものとするためには、内的視点への架橋の論理を持たねばならない。むしろ本稿が示唆した思考枠組みを持つことによって、我々法学者はより効果的に隣接諸科学からの示唆を生かしうるであろう。

「我々の出発点はこうであった。すなわち、政治的な問題と事実的な問題の中間に法的な問題があると想定するとき、その境界を形作る特徴は何であるか。そこでは、個々の問題がそれ自体として持つ何らかの性質によって分類が決まり、それに応じて異なった取扱いをするという図式が前提されていた（例えば事実問題であれば科学的な実験と検証によって判定することができるが、政治的問題については検証不能であり従って違いは放置されなくてはならない、といったように。（中略）ここで我々は、この図式自体を疑い、転倒しなくてはならない。問題が何らかの属性を持つことを根拠として我々の取扱いが決まるのではない。我々が意見と認識の違い—遂行のよどみに対してどのような態度をとるか、その問題をどのように取り扱うかによって、個々の問題が事実的・法的・政治的と呼ばれるのである。」<sup>180</sup>

---

掲注72、22頁は「概念と概念観との区別は、両者が相互に影響を与えることのない隔絶した関係にあると想定するものではない。むしろその逆である。解釈対象である社会的営為を名指しかつ表す概念は、解釈作業の所産である概念観を自ずから規制するが、他方、解釈の争いを通じて当該の営為自体が深化・展開し、従ってその営為の概念も次第に更新されてゆく。概念と概念観は相互規定の関係に立つのである。」（強調筆者）と述べる。

---

<sup>180</sup> 大屋・前掲注104、197頁。