



Title	自由・権力・参加（1）：地方公共団体の法的地位への批判的研究
Author(s)	木下, 昌彦
Citation	新世代法政策学研究, 16, 353-407
Issue Date	2012-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49613
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP016_018.pdf



自由・権力・参加(1)

—地方公共団体の法的地位への批判的研究—

木 下 昌 彦*

目次

- 第1章 序論
 - 第1節 住民の欲求と国民の総意
 - 第2節 統治団体としての地方公共団体
 - 第3節 本論文の課題と構成
- 第2章 批判法学の方法論
 - 第1節 新たな認識論と根源的矛盾
 - 第2節 聖なる天蓋としてのリベラリズム
 - 第3節 物象化と啓発としての批判
- 第3章 『法概念としてのシティ』の理論
 - 第1節 『シティ』の無力性と公的自由
 - 第2節 歴史のなかの『シティ』
 - 第3節 公法人・私法人二元論の崩壊（以上、本号）
- 第4章 『法概念としてのシティ』へのアンチ・テキスト
- 第5章 結論

* 神戸大学大学院法学研究科准教授。本論文は、2011年11月に神戸大学にて開催された研究会（科学研究補助金基盤研究A『ネットワーク社会における都市空間のガバナンス——新たな実定法パラダイムの構築』（研究代表者：吉田克己））にて、筆者が報告したものを再構成したものであり、統治権と所有権の区別に対する批判的検討という筆者が現在取り組んでいる課題の一部を構成するものである。なお、上記の研究会に参加された先生方及び神戸大学の同僚の先生方、そして、『法概念としてのシティ』を読むことを薦めてくださった恩師石川健治先生にこの場を借りて感謝申し上げたい。

「父さんの考えでは、現代人の知能が昔の人とくらべてそれほど優れているわけではないんだ。知能指数は大して違わない。賢さにかけては、インディアンも中世の人間も私たちとまったく同じさ。ただ考え方が全然違うんだ。その状況がね。つまり現代人に原子や素粒子や光子や量子が存在するように、彼らには、それとまったく同じく幽霊が存在するんだ。その意味において、父さんは幽霊の存在を信じているんだよ。現代人の心のなかにも幽霊や霊魂が存在するんだ」

「どうということ？」

「つまり、物理学や倫理学の法則、それに数の体系や代数置換の原理…こういったものはすべて幽霊さ。信じているからこそ、現実存在しているように思えるだけだ」¹

ロバート・M・パーシング『禅とオートバイ修理技術』

第1章 序論

第1節 住民の欲求と国民の総意

国と地方公共団体の関係はどうあるべきか。それが今日の日本の抱えている政治的論題として最も重大で深刻なものの一つであることは疑いの余地がない。もちろん、法学はその論題から無関係な存在ではない。日本の法学は国と地方公共団体の関係についての理論をもっており、それは立法者、立案担当者、裁判官、法学者、そして国民の思考枠組を規定してきた。本論文が扱うのは、その法理論に対して批判的検討をおこなうことである。それにはまず、次のテキストを読むことから始めたいと思う。

日本国民は、国内多数の地方に分れて住み、その自然的条件や経済事情ないし伝統、風習その他の文化的条件に従って生活し、同じ地方の住民は互いによりよく知り合い、交通、通信、取引、交際をし、利害関係を共にすることが多い。このことから、またその住民は、苦楽を

共にし共同体意識を持つに至り、自分ら住民だけの利害に関する事項については、国民全体の総意から離れて、自分らの意思に従い、自分らの手で独自の共同生活を営もうと欲するに至ることは、人間自然の姿であり、かような欲求は、国民の総意に反しない限り、これを認容することの方が、国民生活を一層民意に叶い実情に即した行き届いたものとする所以でもあり、他面、一から十まで国民の世話を焼くことから国を解放する所以である。ここに、憲法が民主的国民生活の不可欠の要件とする「地方自治の本旨」及び地方公共団体の存在の意義がある。地方自治のない国民生活はなく、いずれの地方公共団体の住民ともされない国民は一人もない²。

これは日本国憲法における地方公共団体の意義が争点となったある最高裁判所の大法廷判決に付された垂水克己裁判官の補足意見の冒頭の一節である。その判決が扱った事案は、東京都渋谷区の区長選任に絡む同区議会議員の贈収賄事件という刑事事件であった。そこでは贈収賄の構成要件としての職務権限を被告人の一人である区議会議員が有していたかどうか争点となり、その判断の前提として東京都の特別区の区長選挙をめぐる法改正の合憲性が問題となったのである。東京都の特別区は、戦前より、独立した法人格が認められていたものの、その区長は任命による有給吏員とされ、特に戦中は「全く都の下部機構たる」存在に過ぎなかった³。しかし、戦後おこなわれた1946年の東京都制の改正により、区の自治権は拡充され、区長の区民による直接公選制が採用されることとなった。さらに、1947年に制定された地方自治法によって、区は、特別区として、「特別地方公共団体」の一つとしての法的位置づけを与えられた。ところが、1952年に改正された地方自治法は、その281条の2第1項において、「区長は特別区の議会の議員の選挙権を有する者で年齢25年以上のものの中から特別区の議会が都知事の同意を得て選任する」と定め、戦後に採用された区長の直接公選制を廃止し、区長は区議会が都知事の同意を得て選任するという間接選任制を採用した。それは、区民が、それまで有していた区

¹ ロバート・M・パーシング（五十嵐美克訳）『禅とオートバイ修理技術』79頁（早川書房、2008年）。

² 最大判昭和38年3月27日刑集17巻2号121頁、126頁。

³ 同上、123頁。

長を直接選挙するという権利を失うこと意味するものであった。当該事案において、被告人の弁護人は、そのような前記地方自治法の改正は、「地方公共団体の長…は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する」と定める憲法93条2項の規定に違反し、無効であるから、区議会議員が区長候補を定め区長を選任することは、区議会議員の適法な職務権限とは言えないとして、被告人は無罪であると主張した。それに対し、第一審は被告人側の主張を受け入れ、被告人を無罪としもの⁴、検察側の跳躍上告を受けた最高裁大法廷の判決は、都の特別区はそもそも憲法93条2項における地方公共団体には該当せず、区長の任命方法について、区民による直接公選制を採用するか、それによらない間接選任制を採用するかは「立法政策の問題にほかならない」として被告人側の主張を退けたのであった⁵。

その法廷意見に付された前記垂水裁判官の一節は、事案の解決の範疇を越えて地方自治の存在理由それ自体を論じたものであり、幾度も推敲を重ねられたと思われる重厚な言説でもって構成されている。しかし、残念ながら、それは、地方自治に関する深刻なジレンマを認識しつつも、最終的には、それを法的議論へと反映させることを拒絶してしまった文章でもある。垂水裁判官は、そのなかで、同じ地方の住民が、「苦楽を共にし共同体意識を持つに至り、自分ら住民だけの利害に関する事項については、国民全体の総意から離れて、自分らの意思に従い、自分らの手で独自の共同生活を営もうと欲する」ことは、人間の自然の姿であると説いた。それは最高裁判事が、単純に個人による国家からの自由への欲求あるいは参政権への欲求といったようなものには還元することのできない「自己統治」(self-government)への欲求といったものが、人間に自然なものとして存在することを認めた極めて貴重な一文であると言える。しかし、この垂水裁判官があえて「国民全体の総意から離れて」という修飾句を付けた地方住民の自己統治への欲求は、必然的に、全体としての国民が国という単位でもって集権的・統一的に何かをなさんと欲する欲求と矛盾・抵触するもの

⁴ 東京地判昭和37年2月26日刑集17巻2号152頁。

⁵ 最大判昭和38年3月27日掲注2、125頁。なお、同事件のより詳しい経緯と特別区の法的地位をめぐる諸学説の検討については、小林武・渡名喜庸安『憲法と地方自治』144-50頁（法律文化社、2007年）を参照。

となることは避けられないことである。言い換えるならば、地方住民の自己統治への欲求というものの存在を認めることは、同時に、垂水裁判官の言葉を借りれば、「国民の総意」というものと対立する存在があることを認めることを意味するものであった。

住民の欲求と国民の総意のような相互に矛盾する存在を認識した場合、法的態度の一つとして在り得るのは、対立する一方にア・プリオリな優越的地位を認めるのではなく、抽象的にはその両者に対等の地位を認めたいうえで、事案ごと、問題ごとに優先させるべきものはいずれかということに絶えず模索していくというものである。それは極めて困難な選択肢であり、法的な不確実性を多分に孕む。しかし、基本的人権と公共の福祉との対立という問題について、明治憲法下におけるいわゆる「法律の留保論」に代えて日本国憲法下の憲法解釈論が採用すべきとしたのは、まさにそのような困難な選択肢であった。ところが、垂水裁判官が上記の補足意見のなかで選んだ選択肢というのは、住民の分権への欲求が認められる場合について「国民の総意に反しない限り」という留保を付加すること、すなわち、国民の総意が住民の自己統治への欲求に優先するというかたちで対立関係そのものを解消するというものであった⁶。

この垂水裁判官の補足意見の一節に留まらず、住民の欲求に対する国民の総意の優越、差し当たりは、それを体現するものとしての全国民の代表者である議員によって組織された国会が制定する法律の優越は、日本における地方自治法理論そのものの基礎をなしている。前記事案の多数意見は、地域団体が地方公共団体と言いえるための要件として、「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会

⁶ ただし、垂水裁判官は、完全な自由裁量を国会に附与しているわけではなく、「国会といえども、その認定、判断が非合理的であって「地方自治」といえる共同体生活をなしえないような物的、心的実体の地方住民を一の地方公共団体とするが如きは、憲法の地方自治の本旨に副わないもので、違憲というしかないであろう。例えば、今日すぐさま、わが国を東日本と西日本の二州だけの地方公共団体に分けたり、或いは、山形県と高知県とを併せて一県とするが如きである。」と述べ、極めて例外的な場合ではあるものの国会の判断が違憲になる可能性があることを論じている（最大判昭和38年3月27日掲注2、129頁）。

的基盤が存在」するだけでなく、法律で地方公共団体として認められていること、現実の行政の上において、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等の基本的権力を附与されていることを要件として挙げた。それは、事実上、地方公共団体の成立の是非を法律による認定・判断に大幅に依存させるものであり、垂水裁判官が補足意見で述べるように、「地方公共団体は、法律によって始めて生れ、権利主体となるのであり、その地域の広狭をどうするか、また、いわゆる二重構造とするか否かにも一に法律によって定まり、地方議会のあり方、その構成員の選出方法、運営方法についても法律によって始めて基本的事項が定まり、「或る地方の住民がその意識と共同生活において一の地方公共団体とするに熟する状態にあるか否かの認定、判断は、一般的には、国会の権限に属する」ということとなっているのである⁷。

また、地方公共団体の成立の場面のみならず、地方公共団体の条例として具現化された地方住民の欲求も、「地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しない」として国の法令に全面的に劣後するものとして取扱われている⁸。最高裁は条例が法令に抵触するかどうかの判断として、「法律が明示的または黙示的に対象としている事項については、法律の明示的委任なしに同一目的の条例を制定しえない」とするいわゆる古典的法律先占論を採用せず⁹、代わりに「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない。」という実質的な判断方法を提示し、いわゆる「上乘せ条例」・「横出し条例」といった条例を許容している¹⁰。しかし、そのような実質的な判断方法のもとでも、法律が排他的な最大限規制として定めた基準を上回る規制を定める条例、あるいはナショナル・ミニマムとして定めた基準を下回る規制を定める条例はその

効力を有しないことは当然の前提とされており¹¹、最大限規制・ナショナル・ミニマムから矛盾・抵触するかたちで国民の総意から離れようとする住民の欲求は、現在の解釈論のもとでは認められていないのである。すなわち、国会は最大限規制・ナショナル・ミニマムとして法律を制定するという趣旨を明らかにしさえすれば、地方公共団体の自主立法権の範囲を容易に縮小することができるのである。

第2節 統治団体としての地方公共団体

日本国憲法下において、地縁団体や宗教団体といった団体・結社を結成し、その団体の内部規約を定め、団体の維持のため構成員から会費を徴収しようとする個人・集団の欲求あるいは財産権に基づく管理権の行使として自ら所有する土地の利用規約を定めようとする個人・法人の欲求は、法律の承認を待つまでもなく、結社の自由や財産権といった憲法上の権利の一つとして、むしろ、法律に対抗するものとして法的位置づけを与えられている。しかし、同じ人間の欲求ではあっても、地方住民の自己統治・分権への欲求は、法律による承認がなければ、法的な意義をもつことはない。共同意識をもつに至った地域住民の共同体は、法律によって地方公共団体としての地位を与えられなければ単なる集団・団体でしかなく、国民の総意から離れたたいという自己統治・分権への欲求は、法律と矛盾・抵触する限り、単なる欲求、政治的な意見表明でしかない¹²。

¹¹ 宇賀、前掲注9、153頁。

¹² 日本国憲法の解釈下においても、かつて、個人が国家に対して固有かつ不可侵の権利を持つと同様に、地方公共団体も固有の権利を有するといういわゆる固有権説と呼ばれる見解が少数説ながらも存在し、近年それは、新固有権説として発展・深化を遂げ、通説とは言わないまでも一定の支持を広げている(杉原泰男「地方自治権の本質(1)～(3)」法律時報48巻2号90頁、3号88頁、4号133頁(1976年)、同『地方自治の憲法論(補訂版)』(勁草書房、2008年)、手島孝『憲法学の開拓線—政党—行政国家の法理を求めて』247-68頁(三省堂、1985年)、鴨野幸雄「地方自治論の動向と問題点」公法研究56号1頁(1994年))。なお、地方公共団体の固有権を、直接民主政的な統治の実現に価値を置く立場から基礎づけようとする杉原泰雄ら新固有権説の主張は、本論文で紹介するフルッグの主張と強い親和性を有するものであ

⁷ 同上。

⁸ 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁、499頁(徳島市公安条例事件)。

⁹ 宇賀克也『地方自治法概説(第4版)』150-51頁(有斐閣、2011年)。

¹⁰ 最大判昭和50年9月10日前掲注8、499-500頁。

地方住民の自己統治への欲求が、憲法上の権利という法的地位を獲得できないことの論拠の一つは、差し当たり、日本国憲法の文言の中に求めることができるのかもしれない。結社の自由や財産権は、日本国憲法中に基本的人権として列挙されている。しかし、地方住民の自己統治権、地方公共団体の固有権といったものは、日本国憲法の中に、それを権利として明示する条文は存在しない。むしろ、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」という憲法92条の規定、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権力を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」という憲法94条の規定など、国と地方公共団体の関係については法律のイニシアティブを示唆する条項が存在する。ただ、日本国憲法下の解釈は、これまで、プライバシーの権利、法人の人権など、憲法に明文の根拠のない権利を認め、明文の根拠のない主体を人権の享有主体として認めてきた。憲法の文言のみを拠り所とした主張では、地方住民の自己統治権、地方公共団体の固有権が、憲法上の権利とならないことについての決定的な理由になるとは言えない。

もともと、地方住民の自己統治への欲求と結社の自由、財産権など憲法上の権利として認められた欲求の間には無視することのできない性質上の相違点が存在する。それは、地方住民の自己統治への欲求が実現しようとすることは、単に法人格を得るに留まらず、統治団体・権力団体としての公法人を形成し、それによって統治権を行使することを求めるものであるということである。地方公共団体の自主立法権・自主行政権・自主財政権は、地方住民のみならず、ただその区域に滞在したという事実のみによってあらゆる個人に及ぶ。結社の自由の行使によって直接拘束されるのは基本的に結社の構成員のみであり、財産権に基づく管理権の支配を受ける

り、フルッグを読み、その対立論文を読むことは、新固有権説の意義と問題点にさらなる深化を与える契機となりうるものとする。なお、日本における地方自治の基礎理論に関する諸学説の総括としては、中村睦男「地方自治」樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法IV』238-45頁(青林書院、2004年)、小林武・渡名喜庸安、前掲注6、108-27頁を参照。

のはその財産権に立入った者だけである。それに対し、地方公共団体の統治権は、共同体を形成したいと欲する地方住民だけでなく、地方住民の多数の意向には反対の住民、住民ではないその他の個人にまで及び、当然、自らの財産権が及ぶ自宅のなかの事柄であっても、地方公共団体による支配を排除することはできないのである。地方住民の自己統治への欲求に、結社の自由や財産権と同様の固有の権利性を認めようとする者は、それが統治権というものと密接に関わるものであることについての十分な解答を用意する必要があるのである。

第3節 本論文の課題と構成

本論文は、地方住民・地方公共団体の自己統治への権利を否定し、地方公共団体を国に従属させる現在の法理論について批判的検討をおこなうことを課題とするが、そのような課題に取り組むにあたって、本論文が中心的素材とするテキストが、1980年にハーバード・ローレビューに掲載されたある一つの論文、『法概念としてのシティ』¹³である。同論文は、現在、ハーバード大学教授(執筆当時は、ペンシルベニア大学教授)を勤めるジェラルド・フルッグの出世作となったものであり、アメリカの地方自治法をめぐり議論に多大な影響をもたらしたものである。

その『法概念としてのシティ』というタイトルに現れた概念、「シティ」

¹³ G. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057 (1980) [hereinafter “*City as Legal Concept*”]. 後に、フルッグは『法概念としてのシティ』の前半部分ほか、いくつかの論稿を再構成して掲載した著書(G. FRUG, *CITY MAKING: BUILDING COMMUNITIES WITHOUT BUILDING WALLS* (1999) [hereinafter “*CITY MAKING*”].)を出版している。なお、本邦の地方自治法研究において『法概念としてのシティ』は部分的に引用ないし言及がなされるのみであったと言えるが、その例外として、確井一成『分権時代の地方自治』(有斐閣、2006年)があり、本論文も同著から貴重な示唆を得ている。なお、確井は、フルッグの主張の日本への接合に対し一定の距離をとっているものの、「コミュニティの一員としての生き方の舞台となる地方自治の制度は、基本権享有主体に不可欠の制度として、憲法上その存続と固有の権限を保障されるものといえ、各地方自治体は、主観的権利を保障されるように思われる」と述べ、新固有権説的な発想に沿った主張をおこなっている(確井、同書、187-88頁)。

(city) という概念は、日本語でカタカナ表記されたシティがそうであるように、英語圏においても、日常的には、小さな「町」(town)や「郊外」(suburb)というよりは、むしろ、人口が密集し、産業・文化の中心地となっているような「大都市」(big city)、「中心都市」(central city)、「都心」(inner city)といったものを示唆するものとして使用されている¹⁴。しかし、その論文における『シティ』(以下、フルッグの意味で用いられるシティは『シティ』と表記する)は、統治秩序においては「個人」(individual)と「国家・州」(state)の中間にあって、地理的には「国家・州」の内側にあり、それよりも狭い範囲の区域に存在する地域的共同体全般を対象とするものとして用いられている¹⁵。すなわち、『法概念としてのシティ』が研究の対象とする『シティ』には、大都市と重なるようなニューヨーク市やロサンゼルス市のような狭義の市だけでなく、町や村も含めたあらゆる「地方政府」(local government)が含まれ、さらには、必ずしも法的地位が明確ではない「近隣住区」(neighborhood)もそれに含まれる¹⁶。フルッグは、この地域的共同体としての『シティ』に「国家・州」に依存することなく、むしろ、それに対抗し得る法的権力を付与すべきであると主張し、それは参加型民主主義の実現にとって不可欠なことでありと論じた。そして、『シティ』と「国家・州」の利益の対立、『シティ』と個人の利益の対立という不可避的な課題を、シティの公的性格、権力的性格、非自発的性格の問題へと解消することに異議を唱えたのである。

この『法概念としてのシティ』は、その発表から既に30年以上も過ぎ、その主張は、アメリカの判例・通説を体現するものというよりは異端に属するものであるとさえ言える。しかし、伝統的な中央官庁主体の国家体制に対する信頼が揺らぎ、国と地方公共団体の関係における新世代の法政策の構築を模索していかなければならない現在の日本にとってまず求められていることは、それが通説であるか、異端であるかによって選り好みすることではなく、むしろ、あらゆる選択の可能性について、その意義と限

¹⁴ R. Briffault, *Our Localism Part II*. 90 COLUM. L. REV. 346, 347 (1990) [hereinafter “*Our Localism, Part II*”].

¹⁵ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1061.

¹⁶ *Id.*, at 1061-62.

界を考察の対象としていくことなのではないかと思われる。

なお、本論文は、以下、4つの構成によって進められる。まず、第2章では、『法概念としてのシティ』が属するところの批判法学の方法論について、その内容と意義を簡単に素描する。第3章では、『法概念としてのシティ』の内容について関連するテキストを参照しつつ読解していく。第4章では、古典的テキストとしてジェームズ・マディソンの『ザ・フェデラリスト』第10篇¹⁷、現代的テキストとしてリチャード・ブリフォルトの『我らの地方主義』という新旧二つのテキストを素材として用い、『法概念としてのシティ』が描く理想の問題点について検討を加えていく¹⁸。そして、本論文の結論となる第5章においては、『法概念としてのシティ』とそのアンチテーゼとして示したテキストを踏まえつつ、環境に関する具体的問題を素材として、現在の日本の法的枠組に批判的検討を加え、新たな展望を提示しようと思う。

第2章 批判法学の方法論

『法概念としてのシティ』の冒頭、その脚注においてフルッグは、批判法学の開祖的存在であるロバート・アンガーとダンカン・ケネディの著作から大きな影響を受けたことを自ら明らかにしており¹⁹、『法概念としてのシティ』それ自体もまた批判法学の古典の一つとされている²⁰。そのため、

¹⁷ THE FEDERALIST NO. 10 (J. Madison) (Rossiter ed. 1961).

¹⁸ R. Briffault, *Our Localism, Part I*. 90 COLUM. L. REV. 1 (1990) [hereinafter “*Our Localism, Part I*”], *Our Localism, Part II*, *supra* note 14. なお、“*Our Localism, Part II*”の一部とフルッグの論文 (G. Frug, *Decentering Decentralization*, 60 U. CHI. L. REV. 253 (1993))の邦訳の一部が、リチャード・ブレフォ、ジェラルド・イー・フルッグ、ロナルド・アイ・フリードマン (出口育子訳)『アメリカ地方自治論—現状の分析と提言—』(丸善、1993年)に収められている。

¹⁹ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1059 n 1.

²⁰ 例えば、ジョーン・ウィリアムズは、フルッグの主張に批判的ではあるものの、『法概念としてのシティ』を「ケネディの『ブラックストーン法釈義』と同じく、批判法学派に『極めて強い』(extremely)影響力を持ち続けてきた論文」として評している (J. Williams, *Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the*

『法概念としてのシティ』を読むにあたっては、そもそも批判法学の方法論とはどのようなものであり、それにはどのような意義があるのかということについて意識的である必要がある²¹。

もっとも、一般に批判法学に属するとされる論者達の方法論は、論者ごとに十人十色であるというのが実際であり、その登場から現在に至るまでの僅かな期間においても、その目的、内容は大きく変化してきている。むしろ、批判法学という概念は、かつてウィトゲンシュタインが「ゲーム」という概念に与えた呼称、「家族的類似性」(family resemblance)をもった概念という呼称が最も似合う概念の一つであるとさえ言えるかもしれない²²。ただ、1970年代の隆盛期から1980年代前半の最盛期にかけての批判法学のなかで、特に『法概念としてのシティ』を書くにあたってフルッグが受容していたと思われる方法論をまとめようとするならば差し当たり以下のようなものになるだろう。

第1節 新たな認識論と根源的矛盾

まず、批判法学がその理論を展開するにあたって大きく依拠してきたのが次にあげる二つの前提である。その第一の前提は、批判法学の認識論的前提とでも呼べるものである。19世紀後半以降、西欧の学問は「伝統的認識論」(traditional epistemology)と「新たな認識論」(new epistemology)と

New Langdells, 62 N. Y. U. L. REV. 429, 477 (1987).)

²¹ 日本における批判法学研究の先陣を切ったのは、おそらく松井茂記「批判的法学研究の意義と課題」法律時報58巻9号12頁・10号78頁(1986年)であろう。ただ、その後、いくつか批判法学について扱った著作・論文が公表されてはいるものの、法と経済学と比較した場合においても、日本において批判法学研究が盛んであったとは言えない。そのなかで、ダンカン・ケネディ研究に従事してきた船越資晶によって近日公表された著書(船越資晶『批判法学の構図』(2011年、勁草書房)は批判法学に関する初めての本格的な著書とあっていいものである。本論文の立場は、おそらく船越よりも根源的矛盾テーゼの意義に重きを置くものではあると思われるものの、同書から多くの示唆を得ている。

²² L. WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHICAL INVESTIGATION* (1953).

の対立によって大きく揺さぶられてきた²³。我々、人間は、人間の主観、社会、文化に依存することなく、客観的に存在する世界の現実を鏡のように反映した真実の「知識」(knowledge)というものを獲得することができる。プラトン以来、そのような認識論が西欧では支配的であり、それが西欧における学問の在り方を大きく規定してきた。そのような伝統的な認識論に抗し、世界に関する我々の知識というものは、客観的な世界をそのままに反映したのではなく、むしろ、社会的に構築され、組織化されてきたカテゴリー、枠組、意識といったものから逃れることができないという立場に依拠しようとしたのが「新たな認識論」であった²⁴。このような「新たな認識論」の発想を早くから取り入れ、理論化が進められたものとして、フッサールの現象学・マルクス主義のイデオロギー論を挙げることができるが、その直接的・間接的影響のもと、例えば、トマス・クーンのパラダイム論²⁵、ピーター・バーガーとトマス・ラックマンの象徴的世界論²⁶、ジョージ・レイコフの観念化認知モデルなど²⁷、哲学、文学、社会学、芸術学、言語学といったありとあらゆる分野において「新たな認識論」は、旧来の学問の在り方に挑戦し、その枠組の再考を促してきた。そのような「新たな認識論」の立場を法学研究にも応用することで既存の法理論や法制度の在り方に挑戦しようとしたもの、それが批判法学であった。

「新たな認識論」の立場を受け入れた批判法学にとって、人間の認識や所作から独立して存在する法理論・法制度といったものは想定されない。むしろ、批判法学は、それらが社会的な構成を起源とし、法律家集団に内在化されてきた「法意識」(legal consciousness)によって形成され、正当化されてきたものであるとの前提に依拠して法理論・法制度の在り方に挑

²³ 「伝統的認識論」と「新たな認識論」という用語は、Williams, *supra note* 20.による。

²⁴ See, A. Hutchinson & P. Monahan, *Law, Politics and the Critical legal scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought*, 36 STAN. L. REV. 199, 213-14(1984).

²⁵ トーマス・クーン(中山茂訳)『科学革命の構造』(みすず書房、1971年)。

²⁶ P. BERGER & T. LUCKMAN, *THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY* (1966) (ピーター・L・バーガー、トーマス・ルックマン(山口節郎訳)『現実の社会的構成』(新曜社、2003年)。

²⁷ G. LAKOFF, *WOMEN, FIRE, AND DANGEROUS THINGS* (1987) (ジョージ・レイコフ(池上嘉彦・河上誓作他訳)『認知意味論』(紀伊國屋書店、1993)

もうとした²⁸。すなわち、「批判法学の主要な目的は、既存の法秩序に対する『意識性に基づく批判』(consciousness-based critique)をおこなうことであり、その批判は、どのように支配的な法観念・法制度が社会的な意味を獲得してきたのか、そして、その社会的な意味はどのように社会的世界の構築に貢献してきたのかを示めすものであった」²⁹。

批判法学の第二の前提は、逆に批判法学の存在論的前提と言ってもいいようなものである³⁰。批判法学は、知識の意識への依存性を強調するものの、ヒラリー・パトナムの「水槽の中の脳」のモデルが含意するような世界観³¹、すなわち、我々の意識の外側の世界はまったく不可知なものであ

²⁸ 本論文において「法意識」という概念は、基本的に、ダンカン・ケネディによる「特定の時期における社会的集団としての法律専門家を特徴づける意識の特定の形式を指し示すものである。この意識の主要な特性は、それが膨大な量の法準則、法的主張、法理論、法過程における制度的活動について情報、そして、特定の時期における専門家の理想、目的の一群を含んでいることにある」という定義づけとほぼ同義の意味で用いられる(D. Kennedy, *Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940*, 3 RESEARCH IN LAW AND SOCIOLOGY 23 (S. Spitzer ed. 1980).)。

²⁹ P. Gabel, *The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves*, 62 TEX. L. REV. 1563 (1984).

³⁰ 言うまでもなく、根源的矛盾のような存在論的前提と「新たな認識論」の立場とが、緊張関係にあることは否定できない。「新たな認識論」からすれば、根源的矛盾のようなものの存在もまた我々の認識が創り出したイデオロギーであり、その存在を前提しなければならない必然性はない。実際、ケネディは、後にこの根源的矛盾という概念を破棄するとさえ述べている(P. Gabel & D. Kennedy, *Roll Over Beethoven*, 36 STAN. L. REV. 1, 15-16 (1984).)。しかし、根源的矛盾という前提が、動かし難いと思われてきた所与の前提について疑いの目を向けさせ、議論がなかったところに議論を生じさせる契機を提供するという役割は決して過小評価されるべきではない。例えば、ジェームズ・ボイルなどは、「その破棄された観念は、その「孤兒的」(orphan) 地位に関わらず、批判法学において主要な役割を果たし続けている」と述べ、ケネディの態度に関わらず、根源的矛盾の観念が依然として批判法学において意味あるものとして存在していることを指摘している(J. Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, 133 U. PA. L. REV. 685, 716 (1985).)。

³¹ ヒラリー・パトナム(野本和幸・中川大・三上勝生・金子洋之訳)『理性・真理・

というような世界観に徹頭徹尾固執しているわけではない。むしろ、批判法学は、意識の外側には我々がいかなる手段をもってしても解決できない社会生活上の深刻なジレンマが厳然として「存在」していると考えるのである。

そのようなジレンマを克明に描き出したテキストとして頻りに引用されるのが、ダンカン・ケネディによって執筆された『ブラックストーン法釈義の構造』である³²。ケネディは、その論文のなかで、恋人同士の関係、配偶者同士の関係、親と子の関係、近隣関係、雇用者と被用者の関係、取引関係、同僚との関係など、ありとあらゆる社会生活のなかにおいて、他者という存在が、個人の自由の実現にとって必要であると同時にそれを妨げるものであるというジレンマが存在するとし、それを「根源的矛盾」(fundamental contradiction)と呼んだ³³。ケネディは、その根源的矛盾の在り様について、フルッグもまた『法概念としてのシティ』において引用する一節において、次のように論じている³⁴。

もし、我々が全き人間とならんとすれば、他者(家族、友人、官僚、文化的象徴、国家)は必要である。それらは、我々自身の素材となるものを提供し、重大な局面において、破滅から守ってくれる。もっとも孤独であると我々自身が思える場合ですら、他者は我々と共にあり、個性の生物学的・集合的側面の出来事として、端的に言語、認識、感覚のプロセスを通じて我々のなかに組み込まれている。さらにいえば、我々は常に孤独であるわけではない。我々はときに二人、あるいは、二百万人の他者と一体になる感覚を経験するが、それは悪い経験というよりは良い経験である。

しかし、他者の宇宙(家族、友情、官僚制、文化、国家)は、我々を形成し、保護するものであると同時に破滅をもって我々を脅かし、

歴史』(法政大学出版局、1994年)。

³² D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFF. L. REV. 205 (1979).

³³ *Id.*, at 211-13. なお、根源的矛盾については、小泉良幸『リベラルな共同体』第2部第1章(勁草書房、2002年)も参照。

³⁴ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1152-53.

良いものというよりは極めて明白に悪い形態でもって統合を促す。友人は眼差し一つで苦痛に陥れることができる。無数の順応、大なり小なりの他者への自己犠牲は、我々が社会において経験する自由の対価である。そして、その対価は高額である。集団の構成員としての我々の存在を通じて、我々は、それが特定の社会階層での出生に基づいたものであれ、遺伝的才能の偶然に基づいたものであれ、権力、富、そして、啓蒙への手段について、正当とは言えない階層的な構造を他者と我々自身に課してきたのである³⁵。

この抽象的表現に充ちた根源的矛盾に関わる言説は、必ずしも一義的に解釈できるものではなく、むしろ、多種多様なインプリケーションをそこから導き出せることにその意義の一端がある。例えば、国家をはじめとした共同体の強制力は、個人が自由として求めるもののうち、「行為の自由」(freedom of action)との関係では不必要なものとなる一方で、「安全の権利」(right of security)との関係では必要なものとなるというジレンマは、根源的矛盾が具体化したものの一例として捉えることができる³⁶。

個人が「幸福」(happiness)として自ら選択したものを追求しようとする場合、まず彼が望むものは、他者からのいかなる制限も受けることなく、自身の幸福へとつながる行為をおこないたいという「行為の自由」である。この「行為の自由」の場面においては、個人の行為に対し制限を加え、干渉する契機となる他者は、不必要な存在となる。当然、他者の集合である共同体もその例外とはならない。むしろ、この場面において共同体に望まれることは、個人の行為に対して制限を加えることになる共同体の強制力が行使される場面を縮小することであり、そのことによって共同体は、個人が「行為の自由」として望む自由の実現に貢献することができるのである。

³⁵ Kennedy, *supra* note 32, at 211-12.

³⁶ 「行為の自由」と「安全の権利」という概念は、J. Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 WIS. L. REV. 975 (1982) より借用したものである。なお、ここで述べる「行為の自由」と「安全の権利」のジレンマは、ジョセフ・シンガーの上記論文に大きく示唆を受けつつも、筆者により若干再構成されている。

ただ、この「行為の自由」は単に他者の排除を望むだけでは実現することはできない。現実として、個人が「行為の自由」に対し制限を加えようとする他者を単独で排除し、消滅させることができるかどうかは極めて不確実な事柄であるからである。他者の脅威は一人であっても、自身の力を上回ることがあり、また、多数でもって個人の自由を脅かす場合もありうる。そこで、個人は、自身の自由の安全を実効的に確保するために、あらゆる他者の脅威を上回る共同体が組織されることを欲する。そして、その組織された共同体の強制力を「行為の自由」を制限しようとする他者を排除するにあたって援用することのできる「安全の権利」というものを獲得することを望むのである。この「安全の権利」は「行為の自由」の実効的な実現を望むならば、それに自ずと含意されるものである。しかし、「安全の権利」は、「行為の自由」そのものとは異なり、その実現には共同体の強制力の拡大が伴わなければならない。むしろ、共同体がその強制力の行使を控えることは、他者からの脅威を受けている「行為の自由」を犠牲にすることになる。共同体は、この「安全の権利」との関係において自由の実現に貢献しようとするならば、その強制力によって制限の対象となるべき行為の範囲を拡大しなければならないのである。

しかし、ある個人の「安全の権利」の拡大は、同時に他の個人の「行為の自由」を縮小することになる。ある個人の「行為の自由」を妨げる行為は、他の個人にとっては、その個人の幸福追求にとって不可欠な行為である可能性があるからである。その場合、共同体から見れば、ある個人の「安全の権利」によって実現される自由を拡大しようとして、共同体の強制力が行使される対象の範囲を拡大すれば、かえって、それとは別の個人が「行為の自由」によって実現してきた自由を縮小してしまうことになる。もし、「行為の自由」と「安全の権利」が個人の自由にとって不可欠な要素を構成するのだとするならば、共同体は、あらゆる個人が自由として求めるものを同時に拡充することはできず、ただ、できることは、ある個人の自由を犠牲にして、別の個人の自由を実現することだけに過ぎないということになる。批判法学は、このような根源的矛盾を前提として置くことで、個人の自由の実現という尺度によって正当化されてきた法理論・法制度に揺さぶりをかけようとしたのである。

第2節 聖なる天蓋としてのリベラリズム

新たな認識論に依拠して現象学的社会学あるいは知識社会学といった分野を発展させたピーター・バーガーとトマス・ラックマンは、宗教や神学に対し、それが神や宇宙の聖なる法則といった象徴からなる一つの全体性へと日常生活の断片的な経験を「統合」(integration)する役割を担うものとして、「象徴的世界」(symbolic universes)という名称を与えた³⁷。そして、バーガーとラックマンが、そのような象徴的世界の最も重要な機能として挙げたのが、それが「聖なる天蓋」(sacred canopy)となつて、人間が直面することになる恐怖を緩和しているという役割である³⁸。例えば、人間の日常にとって「死」は不可避の恐怖であるが、「死」それ自体は単なる事実でしかなく、それ自体に意味はない。しかし、例えば、業や輪廻の法則といったものは、単なる事実でしかない人間の死に対し、宇宙の秩序の一部としての在るべき地位を与える。象徴的世界は、そのように本来は無意味であったものを「聖なる天蓋」で覆うことによって、例えば、臨終に臨む者の恐怖と愛する者を失った者の悲しみを緩和するのである。

我々が社会生活のなかで直面せざるをえないのは、国家を始めとした共同体によって構築された法制度によって我々の多く自由が制限されているという現実である。そして、そこで制限されている自由は、結局、他者の望む自由を実現するために犠牲になっているものに過ぎないのだとしたら、それは、自らの自由が他者のために徒に奪われたくないという希望を抱いている我々にとって「死」のように絶望的な状況ですらある。

しかし、共同体によるそのような自由の選択というものが、単に人間の恣意的な選択によって決まるのではなく、それが客観的で、中立的で、自然な世界の法則に従ってなされる「やむをえないもの」だとしたら、我々

³⁷ BERGER & LUCKMAN, *supra* note 26, at 92-97. (邦訳141-48頁)。

³⁸ *Id.*, at 101-02. (邦訳153-54頁)。なお、左参照部分において、バーガーとラックマンは、「庇護を与える天蓋」(sheltering canopy)という概念を用いているが、ここでは、バーガーの著作、P. BERGER, *THE SACRED CANOPY* (1967) (ピーター・L・バーガー(藪田稔訳)『聖なる天蓋』(新曜社、1979年)から「聖なる天蓋」という概念を借用した。

はその絶望から幾分か逃れることができる。自らの自由の犠牲は、他者の自由の実現のために犠牲になったというよりは、むしろ、宇宙の摂理によって犠牲になったものだということになるからである。我々は「死」という絶望から逃れるために宗教というものの存在を渴望したように、共同体と法がもたらす絶望的状况から我々を解放し、自由が制限されることへの理由を与えてくれる「聖なる天蓋」となるものを渴望する。批判法学によれば、そのような要請に応えるための理論を提供してきたもの、それが、リベラリズムという政治思想であった。

批判法学におけるリベラリズムは、往々にして、ホブス、ロックなど17世紀に活躍した思想家に起源をもち、さらに、ルソー、ベンサム、J.S. ミルなどの思想家によって発展された一連の政治思想の総称を指示するものとして用いられている³⁹。そして、多くの批判法学の論者達がそれらの政治思想の本質的特徴として挙げるのが、それらが、精神から世界の現実、道徳の内容に至るまで、世界のすべては複雑な二元論の連鎖によって構成されているという見方に依拠して理論を構築しようとしてきたものである⁴⁰。

そのようなリベラリズムの理論内容を図式的に示すならば、まず、人間の精神というものは、「情念」(passion)と「理性」(reason)という二元的構成をもったものであるとして理解される。それは、「伝統的認識論」と「新たな認識論」の対比でいうならば、「伝統的認識論」を構成した立場で

³⁹ 例えば、Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1074.

⁴⁰ 二元論としてのリベラリズムという発想を多くの批判法学者が受容するようになったのは、言うまでもなく、R. UNGER, *KNOWLEDGE AND POLITICS* (1975)の影響を考慮することなくしては語ることはできない。なお、フルッグは、「法概念としてのシティ」のなかにおいて、リベラリズムについて、「複雑な二元論の連鎖として世界を見る見方」として定義づけたうえで、世界を「理性に属する領域と欲望に属する領域、事実に属する領域と主観的価値に属する領域、自由に属する領域と必要性に属する領域、自己の発達に属する領域と共同体的関係のための必要に属する領域、市民社会における自由な相互作用に属する領域と国家の要求に属する領域、経験的事実が支配的に重要となる領域と観念が支配的に重要となる領域」のように、「複雑な二元論の連鎖として世界を見る見方」として定義づけている(Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1074-75)。

あり、人間は情念を排し、理性のみを用いることにより、単なる主観的認識を越えた客観的な世界の在り様を認識できると考えるのである⁴¹。さらに、リベラリズムは、そこで明らかにされた客観的世界の在り様についても、それが二元論的構成をもって存在していると捉える。すなわち、世界は、国家と個人、公と私、事実と評価、法と道徳、合意と強制といったように本質的に異なる性質をもった二元的領域から成り立つ存在であるとして理解するのである。

そして、このような認識論と存在論を前提としてリベラリズムが提示することは、世界に存在する二元論の内容と構造を明らかにすることによって、社会に存在する諸々の倫理的、規範的問題への客観的で中立的な解答というものを見出すことができるということである。すなわち、我々が何をなすべきかということもまた、問題の渦中にある事柄が二元論の構造のなかにおいてどちらの領域に属するのかということによって既に客観的・中立的・自然的に定まっておき、客観的で中立的で自然な解答を欲するならば、我々はそれを明らかにするだけで足りるということになるのである。

例えば、「行為の自由」と「安全の権利」の間でジレンマが発生しうるように見えるのは、あらゆる行為について、それを「行為の自由」として欲する者とそれが「安全の権利」の対象となることを欲する者との二者が存在し、その両者の要請がともに、共同体が尊重しなければならない自由を構成していると考えからである。

しかし、リベラリズムはそのような世界認識を、あくまで情念が作り出

した幻想であるとして否定する⁴²。まず、リベラリズムによれば、個人の行為は、他人の「行為の自由」に危害を加える行為とそうでない行為のどちらかでしかなく、それは既に客観的に決まっている。そして、理性の眼から見れば、他人の「行為の自由」に危害を加える行為を「行為の自由」として求めることは自由を構成するものではなく、逆に、他人の「行為の自由」に危害を加えることのない行為を「安全の権利」による制限の対象として求めることも自由を構成しない。すなわち、自由を構成するのは、他人の「行為の自由」に危害を加えない行為を「行為の自由」として欲する自由と他人の「行為の自由」に危害を加える行為を「安全の権利」による制限の対象として欲する自由のみであるということになるのである。もし、ある行為について、それを「行為の自由」の対象とすることが自由の実現になると主張する者がいる一方で、同時にそれを「安全の権利」による制限の対象とすることが自由の実現になると主張する者がいれば、客観的にはどちらか一方が間違っているということになるのである。

仮に世界の姿がそのようなものであるとすると、共同体は「行為の自由」と「安全の権利」がもたらすジレンマにもはや思い悩む必要はない。他者の「行為の自由」に危害を加えない個人の行為については、共同体の強制力の行使を控え、個人の「行為の自由」に委ねたとしても、そのことによって誰の自由も害されることはない。逆に、他者の「行為の自由」に危害を加える個人の行為については、「安全の権利」の実現として共同体の強制力を行使したとしても、それによって自由が害されたとは言えず、むしろ、強制力を行使しないことが、自由を侵害することになるのである。

このようなリベラリズムの描く世界像はもちろん図式的あるいは象徴的なものであるが、我々の日常経験は、このような図式的・象徴的世界へと統合されることで世界における意味が与えられ、我々は共同体がなしたこと・なすべきことの意味を理解するようになるのである。例えば、契約は当事者の合意に基づいて成立するものであるから、雇用者が被用者に対し雇用契約の内容として特定の表現行為をおこなわないよう求めたとしても、それは他人の「行為の自由」に危害を加えない行為、すなわち、自

⁴¹ たとえば、ジョン・ロックによる「理性は人間を天使とほぼ同等の地位へと就かせるものである。その理性を失ったとき、人間の精神は人間を野獣以下の野蛮なものへと変える。被造物のなかでも、砂浜より豊かで、大洋より広い思慮をもった人物であっても、彼の目印の星であり、羅針盤である理性に従って舵を取らなければ、空想と情念が必ず彼を予想外の方向へと導くことになる。イマジネーションは常に落ち着かず、思考の変化をもたらす。そして、理性が脇に追いやられた意思は、徒勞な計画へと向かわせるのである」(J. Locke, *Two Treatises Of Government* 1. 58.)の言説などは、そのような発想が典型的に現れたものである。

⁴² 以下の記述は、Singer, *supra note* 36, 980-81. より示唆を受けたものであるものの、筆者により若干の再構成を経ている。

由を構成する行為であり、その行為を共同体が規制することは自由の実現に反することであるという理解、あるいは、駅の構内でビラを配布する行為は、合意に基づかずに、他人の財産権・管理権に危害を加える行為、すなわち、自由を構成しない行為であり、その行為を共同体が規制することは、むしろ自由の実現であるという理解は、リベラリズムの描く象徴的世界へと我々の日常的経験が統合された一つの現れである。

第3節 物象化と啓発としての批判

批判法学の前提とする世界観とリベラリズムの前提とする世界観はまったく対称的な構造をもっている。批判法学から見ればリベラリズムの描く世界は数ある人間の想像の一つでしかなく、リベラリズムから見れば批判法学の描く世界は現実を見誤ったものであるということになる。もっとも、どちらの世界観が客観的世界の現実を反映しているかと問うことは、新たな認識論を持ち出すまでもなく、あまり有益な議論であるとは思われない。むしろ、ここで問うべき価値のあることは、両者の世界観が法律家の思考過程においてどのような役割を演じ得るのかということである。

そこでまず指摘しておくべきことは、リベラリズムの特徴である世界を特定のカテゴリーから構成されたものとして象徴化し、我々の日常経験をその象徴へと統合していくという作業それ自体は、思考方法として必ずしも問題視すべき事柄ではないということである。むしろ、法律家が共同体の決断についてあるべき方向性を示し、それを正当化するという役割を担おうとする限り、多かれ少なかれ、そのような象徴化と統合の作業が思考過程に介入することになることを避けることはできない。実際、本論文が扱うフルッグもまた、リベラリズムにおける公法人と私法人の区別を批判する一方で、参加型民主主義と官僚主義の区別に依拠して自らの主張を展開しているのである。

むしろ、リベラリズムに批判すべき問題があるとすれば、それは、象徴化と統合といった人間の思考過程の帰結が、法意識において「物象化」(reification) していくということに対して理論内在的に無自覚であったと

いうことである。物象化はマルクス主義を起源とし、特に、ルカーチによって発展された概念であるが⁴³、前節より紹介しているバーガーとラックマンは、それを次のように説明している。

物象化とは人間的な諸現象をあたかもモノでもあるかのように理解すること、つまり非人間的な、あるいは、おそらくは超人間的なものとして、理解することである。いいかえれば、物象化とは人間の活動の産物をあたかも人間の産物以外の何物かでもあるように理解すること—たとえば自然的事実、宇宙の法則の結果、あるいは神慮の顕現等々として理解すること—である。物象化とは、人間が人間の世界に関して彼自身がその作者であるということを忘れ去ることができるということ、そしてさらに、創造者としての人間とその創造物との間の弁証法が意識から失われるということ、を意味している。物象化された世界は、定義からして、非人間化された世界である。それは人間によって疎遠な事実性として経験される。つまり彼自身の生産活動によって生み出された自己の作品 (opus proprium) として経験されるのではなく、むしろ彼がそれに対して統制力をなんらもたない他人の作品 (opus alierum) として経験されるのである⁴⁴。

このようにしてバーガーとラックマンが描き出すのは、我々の意識といったものが、人間の創り出した諸々の事柄の起源を、人間から非人間的なものへと置換えてしまうという作業をおこなっているということである。このような物象化という現象を経験する過程において、我々は、本来的に

⁴³ ルカーチ (城塚登・古田光訳) 『歴史と階級意識』(白水社、1991年)。

⁴⁴ BERGER & LUCKMAN, *supra* note 25, at 89. (邦訳、135-136頁。なお、引用部分は邦訳に従った)。この物象化という概念は、ピーター・ガベルの論文『法的論証における物象化』(P. GABEL, *Reification in Legal Reasoning*, 3 RESEARCH IN LAW AND SOCIOLOGY 25 (S. Spitzer ed. 1980).) において用いられて以降、例えば、G. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1277(1984); Gordon, *New Developments in Legal Theory*, in *THE POLITICS OF LAW* (D. Kairys ed, 1982); G. Peller, *The Metaphysics of American Law*, 73 CAL. L. REV. 1151(1985) 等、批判法学の論文において幅広く採用されている。

は人間が創り出したものであり、人間によっていかようにでも変更可能であったものを、人間にとって超越的に存在する、もはや人間にとって変更不可能なものとして理解してしまうようになる。物象化という現象によって、既に存在するものとは異なるものを新たに創り出そうとする試みが無意識のうちに排除されていくのである。バーガーとluckmanは、「客観的な社会的世界がつくり出されるや否や、物象化の可能性がつきまとう」とした⁴⁵。特に、リベラリズムに至っては、その論理自体において、客観的なもの、中立的なもの、自然的なものといった超越的なもの、非人間的なものの存在を正面から認めており、また、それが果たすべき「聖なる天蓋」としての役割は、物象化が進行すればするほどより効果的に働くことになる。すなわち、リベラリズムの描く世界観は常に物象化の圧力と隣り合わせであると言えるのである。

批判法学的世界観が果たしうるのは、そのような物象化の圧力に抗し得る抵抗力といったものを我々の思考過程に備えされるという役割である。批判法学の世界観は社会制度に関わるあらゆる理論について、それを人間の恣意性の域を越えないものとして描き出し、絶えずそれとは異なる理論の在り方があることを指摘する。それは疑いえない真実としての理論の構築というものを否定するという点でニヒリズム的であると言え、我々を不安や恐怖から救済するという「聖なる天蓋」としての役割を果たし得ない⁴⁶。しかし、そのような世界観を受け入れることで逆に我々は、我々が築き上げようとする社会制度の在り方についてさらなる選択肢を獲得することができ、場合によっては、現在よりも我々が望みえた社会というものを構築する可能性も拓けるのである。もし、法律家の役割というものが単に既存の法秩序を正当化し、それを再生産することに留まらず、新たな法秩序の在り方を提示することにもあるのだとしたら、法律家は批判法

⁴⁵ BERGER & LUCKMAN, *supra* note 26, at 89. (邦訳、136頁。なお、引用部分は邦訳に従った)。

⁴⁶ P. Carrington, *Of Law and the River*, 34 J. LEGAL EDUC. 222(1984) は、批判主義法学の方法論をニヒリズムであるとして強く批判したものであるが、そこでは法律家の役割というものが極めて限定的なものとして捉えられているように思われる。

学的な世界観を招き入れざるを得ない。批判法学の代表的論者の一人でもあり、プロバティエー・ローに関して多くの実績を提供しているジョゼフ・シンガーは、リチャード・ローティが『哲学と自然の鏡』のなかで論じた「啓示的哲学」(edifying philosophy) に示唆を受けつつ⁴⁷、批判をおこなうことの意義を次のように論じている。

法学者が提供することのできる最も重要なサービスは、法体系に対する積極的な批判である。批判は、はじめは建設的というよりも、むしろ、反動的で、破壊的なものである。しかし、我々が現在おこなっていることはともかく自然的で、必然的なものだという誤った信念は、既存のものとは異なる選択肢というものを我々が想像することの妨げとなる。ユートピア的な想像力を膨らませることは、何が可能であるのかということに対する我々の認識を制限している思考の構造を露わにする手助けとなる。裁判官は自らの決定を法体系に内在する原理を合理的に構成した結果として合理化する。利用可能な叙述、理論、語彙、解決手段のなかから選択をおこなう代わりに、「拘束されている」と感じる裁判官は存在しない「基礎」から論理を組み立て、彼女が権力を行使しているという事実から目を背けるのである。伝統的な法的理由付けの合理化に対して整然と、絶えることなく批判し続けることによって、我々はより幅広い選択肢が利用可能であることを、幾度も、論証することができるのである⁴⁸。

本論文がこれから扱おうとするフルッグの『法概念としてのシティ』は、シンガーがここで挙げているような試み、すなわち、伝統的な法理論をその根本から批判し、我々が選ぶことのできる選択肢は伝統的な法理論が規定するよりもより幅広いものであるということ論証しようという試みの一つであった。

⁴⁷ R. RORTY, *PHILOSOPHY AND THE MIRROR OF NATURE* (1979).

⁴⁸ J. Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 YALE L. J. 1, 58 (1984).

第3章 『法概念としてのシティ』の理論

第1節 シティの無力性と公的自由

(1) シティの無力性という問題

『法概念としてのシティ』においてフルッグが展開した理論というのはいかなるものであったのか。その問いへ探求は、まず、フルッグが批判の対象としたもの、すなわち、現代アメリカの地方自治法制を支配する法理論を見ていくところから始めなければならない⁴⁹。

現代のアメリカ法においては、基本的に、日本でいうところのいわゆる「伝来説」を純化させたような法理論に基づいて、州と『シティ』の間の法的関係が理解され、規律されている。つまり、『シティ』の法的地位は全面的に州より「伝来」したものであると考えられており、いかなる『シティ』に「地方政府」(local government)たる地位を附与するのか、あるいは、いかなる地方政府にどのような法的権力を与え、それを剥奪するかということは全て州の自由裁量に属する事柄であると考えられているのである。そのようなアメリカにおける『シティ』の法的地位を、ブリストルトは、「被造物」(creature)、「代理人」(delegate)、「機関」(agent)という三つの概念を用いて次のように表現している。

州との関係における地方政府の形式的な法的地位は、「被造物」、「代理人」、「機関」という三つの概念によって要約される。地方政府は州の被造物である。それは州の行為によってのみ存在し、創造主としての州はあらゆる地域組織を改編し、拡張し、縮小し、廃止する絶対的な権力を保有している。地方政府は州政府の代理人であり、州が地方政府に与えると選択した権力のみを所有する。州憲法による特別な制約が存在しない限り、州は地方政府に対して委任したいかなる権力も修正し、侵害し、撤回することができ、また同様に、新たな義務を課

⁴⁹ 邦語においてアメリカの地方自治法制が包括的にまとめられたものとして、小滝敏之『アメリカの地方自治』（第一法規、2004年）。

し、古い特権を剥奪することができる。地方政府は州の機関であり、州のために地域次元に制限された権力を行使する。地方政府は狭い範囲を専門として州に使える州の行政機関のようなものである。ただ、それは機能的側面から専門化しているというよりも、（確かに機能と行政区という両方の側面から専門化した自治体もあるものの）第一義的にはその行政区に従ってその管轄権が与えられているのである⁵⁰。

このように『シティ』は州から権力を与えられない限り、法的には何もできない存在であるとされているが、さらに、裁判所は、厳格な法理を適用することにより、州が『シティ』に対して与えた権力の具体的範囲を抑制的に解釈してきた。その厳格な法理は、その起源が19世紀後半のアメリカ地方自治法の権威、ジョン・ディロンに帰着されることから、ディロン・ルールと呼ばれ、およそ次のようなものとされている。

地方公共団体は次のような権力のみを保有し、行使することができる。(1)『明示的文言』(express words)によって附与された権力、(2)明示的文言による附与された権力に『必然的にもしくは明確に含意された』(necessarily or fairly implied)権力またはそれに「付随する」(incident)権力、(3)明示された地方公共団体の目的を達成するために「必要不可欠」(essential)な一単に便利というだけでなく欠くことのできない一権力でなければならない。権力の存在に関しての公正で、合理的、実質的なあらゆる疑いがある場合には、裁判所は地方公共団体に不利な方向で判断をおこない、その権力は否定されることになる。地方公共団体とその官吏は、立法的裏付けのないいかなる行為、契約をおこなうことができず、それに関して責任を負うこともない。附与された権力の範囲を越えたいかなる行為も無効である。いわんや、憲章や制定法によって禁じられたならば、いかなる権力も行使することは許されず、いかなる行為もおこなうことはできない⁵¹。

⁵⁰ Briffault, *Our Localism, Part I*, supra note 14, at 7-8.

⁵¹ F. MICHELMAN & T. SANDALOW, MATERIAL ON GOVERNMENT IN URBAN AREAS 252-53 (1970).

このようなディロン・ルールに従いシティの権力が否定された事例として、例えば、町が経営するカフェで新たにフルコースの料理をメニューに加えたところ、それは州が明示的に与えた「アルコール飲料を提供する権力」に付随する権力には属さず許されないとされた事例、カウンティが運営する医療自家保険の対象者に、被用者と「同居する配偶者」(domestic partner)を加えることは、州が、医療自家保険の対象者とすることを認めた「扶養家族」(dependent)以外の者を医療自家保険の対象者とするものであり許されないとされた事例などがある⁵²。当然、そのような州の支配に抵抗できる「自然的」(natural)、「固有的」(inherent)な権利というものを『シティ』はもたない⁵³。シティは、「自らそれを決定したという理由のみに基づいて」、権力を行使することは許されていない⁵⁴。フルッグは、州との関係においてそのような法的地位を与えられた『シティ』について、もはや「自らの問題を解決し、あるいは、自らの未来の発展を制御する能力をもたない」とし、それを『シティ』の「無力性」(powerlessness)と呼んだ⁵⁵。その『シティ』の無力性こそが『法概念としてのシティ』においてフルッグが克服すべき課題となるのである

(2) 公的自由・参加型民主主義

フルッグがシティの無力性を取り立てて問題としたのは、シティが、人種差別、近郊の都市化による自然環境の悪化など、いわゆる「都市の危機」(crisis of cities)と呼ばれる状況に対し有効な手段をとることができないという政策的、効率的な理由からのみではなかった。フルッグは、地域において生じているそれら問題の多くはシティが自律的におこなうよりも、連

邦政府が統轄して処理したほうがより早期の解決が可能かもしれないとさえ述べている⁵⁶。フルッグがシティの無力性を克服すべき問題としたのは、もっと原理的な論拠に基づくものであり、それは、シティの無力性によって「公的自由」(public freedom) というものの実現が阻害されているというものであった。

この『法概念としてのシティ』の核心的概念とも言える公的自由という概念はハンナ・アーレントが『革命について』のなかで用いたものがそのまま借用されたものであり⁵⁷、フルッグはそれを「自身の生に影響を与える基本的な社会的決定に積極的に参加する能力」と再定義している⁵⁸。すなわち、社会的な意思決定が個人の「生き方」(way of life)を形成する・形成しうることを前提に、その決定に対して積極的・能動的に参加しうることを、それが公的自由の内容となっている。そのため、フルッグによりこの公的自由という概念は、「参加型民主主義」(participatory democracy)という概念と互換的に用いられている⁵⁹。

逆に、フルッグが、そのような公的自由＝参加型民主主義の概念と対比的に用いているものが「官僚主義」(bureaucracy)という概念である⁶⁰。そこで官僚主義とは、少数の専門家集団からの「上意下達」(hierarchic chain of command)によって共同体の意思決定が決定され、実行されるという社会組織の在り方であり、そこで生じているのは、共同体の構成員と共同体における意思決定主体との乖離である⁶¹。この官僚主義と参加型民主主義の対立軸は『法概念としてのシティ』を読むうえで主軸となるものであり、フルッグは、個人の人生に影響を与える社会的な意思決定が、個人にとって間接的・受動的におこなわれる官僚主義的な社会ではなく、むしろ、個人が社会的な意思決定に直接的・積極的に関わる参加型民主主義的な社会

⁵² Olsen v. Town of Hurley, 691 N.W.2d 324 (2004); Arlington County v. White 259 Va. 708 (2000)。なお、いずれもフルッグが編者の一人となった地方自治法のケースブックG. FRUG, R. FORD, & D. BARRON, LOCAL GOVERNMENT LAW 5ED, 145-50(2010)に掲載された事案である。

⁵³ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1062.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Id.*, at 1067.

⁵⁷ HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION 114-15, 119-20 (1962) (ハンナ・アーレント(志水速雄訳)『革命について』182-83頁、194 - 195頁(筑摩書房、1995年)。

⁵⁸ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1068.

⁵⁹ *See, Id.*, at 1069-73.

⁶⁰ *Id.*, at 1070.

⁶¹ Frug, *supra* note 44, at 1278.

を目指すべき理想的な社会像として想定するのである。

この官僚主義から公的自由＝参加型民主主義への移行は、現在、他者によって決定されている自身の人生を再び個人自身の支配へと置き換えるものとして捉えられ、それは個人の「自己決定」(self-determination)の実現という理想に密接に関わる⁶²。ただ、フルッグは偏狭で利己的なものとしての自己決定を実現するために、公的自由＝参加型民主主義への移行を訴えているわけではない。フルッグは、「地域自治の制度が自由にとってもつ意味は、学問に対する小学校のそれに当たる」とするトクヴィルの言説が象徴的に現わすように⁶³、むしろ、社会的な意思決定への参加それ自体が、個人に社会的生活の必要性を意識し、共同体の福祉への関心を抱かせる重要な契機となるものと捉えているのである⁶⁴。すなわち、フルッグは、社会的な意思決定への参加に、無知と偏見をもった個人の意識そのものを変化させる「価値の源泉、道徳の源泉」としての動的役割をも期待しているのである⁶⁵。

このようなフルッグの目指す官僚主義から参加型民主主義への移行にとって、『自由意思』(liberum arbitrium)の内部において世界の圧力から逃れることのできる領域を確保するという意味でのいわゆる消極的自由、あるいは、候補者のなかから代議士となるべき人物を投票する「自由」としての選挙権が保障されることは、必ずしも十分な条件とはならない⁶⁶。消極的自由は社会的決定への参加を含むものではないし、選挙権は単に候補者が掲げる政策を所与のものとして選択するに留まるものであり、社会的意思決定の内容への自身の積極的な寄与を含むものではないからであ

⁶² Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1069.

⁶³ A. DE TOQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 63 (G. Lawrence trans. 1969) (トクヴィル(松本礼二訳)『アメリカのデモクラシー第1巻(上)』97頁(岩波書店、2005年))。なお、本訳は邦訳書に従う。

⁶⁴ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1071.

⁶⁵ *Id.*, at 1071-72. この期待が、本論文第4章で検討するマディソンのフェデラリスト第10篇における言説との重要な分水嶺となる。

⁶⁶ *Id.*, at 1068-69.

る⁶⁷。むしろ、フルッグが公的自由・参加型民主主義を実現するための前提条件として求めたものは、社会的意思決定をおこなう共同体の規模であり、共同体が保有する権力であった。

(3) 全ての権力を『シティ』へ

民主主義の実現の場として最も相応しい共同体の規模とはいかなるものか。この問題についての「古典的」解答というべきものは、人口・面積ともに小規模な共同体のほうがより民主主義を実現する場として相応しいというものであった。アリストテレス、モンテスキュー、ルソー⁶⁸といった思想家達によって前提とされてきた民主主義の理想的空間は、人口・面積ともに小規模な共同体であり、古代アテナイの民主政やニューイングランドのタウンミーティングのように、「再演」(represent)されるべきとされてきた民主主義の神話的経験の舞台となった場所は、いずれも、今日の「国家」と比較すると極めて小規模な共同体である⁶⁹。このような古典的解答に固執することに対しては今日、強い批判もあるものの⁷⁰、公的自由＝参加型民主主義という理想を掲げたフルッグがその実現において必須のもののみなしたものは、やはり共同体の小規模性という古典的条件であり、それを以下のように論じている。

個人の絶対的な自己決定は純粋に「空想」(fantasy)であり、それに批判的な論者達は、より制限された目的に焦点を合わせてきた。その目的とは、社会的な意思決定への個人の「参加」(involvement)の程度を増加させるように社会を再構成することである。その目的を実現するうえでの第一歩は、意思決定の規模を縮小することである。限

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ ジャン＝ジャック・ルソー(作田啓一訳)『社会契約論』(白水社、2010年)。

⁶⁹ ここで用いた「再演」の概念は、石川健治「魅力的な『公共』を再び演じるために」『憲法がわかる』147頁(朝日新聞社、2000年)より借用したものである。

⁷⁰ 代表的なものとしては、ロバート・A・ダール&エドワード・R・タフティ(内山秀夫訳)『規模とデモクラシー』(慶応通信、1979年)。

定された規模というものが政治的活動の場、あるいは仕事場における個人の参加の前提条件となることは明白だからである。選挙における候補者の選出の機会の提供としてだけでなく、意思決定過程への「人民の参加」(popular involvement)として定義づけられた政治的民主主義を再構築することは、地方的な次元においてのみ可能なのである⁷¹。

共同体が、より小規模になればなる程、より地域的になればなる程、共同体の意思決定への個人の参加の程度は増し、公的自由＝参加型民主主義への実現に近づく。そのようなフルッグの想定は、地域的共同体である『シティ』が、公的自由＝参加型民主主義の実現という尺度において、国家や州よりも優位に立つという結論を導き出すものであり、『法概念としてのシティ』全体の主張を支える重要な前提となるものである。本論文の第4章において共同体の小規模性をもたらす負の側面をいくつか検討する予定であるが、ここでは、もう少し具体的に、共同体の意思決定への積極的参加や共同体の意思決定と個人の自己決定の同一性という理想に対し、共同体の小規模性が寄与しうる利点を三点ほど指摘しておきたいと思う。

第一は、政治的参加に伴う費用と便益に関するものである⁷²。言うまでもなく、政治的参加には参加それ自体の機会費用だけでなく、参加に必要な情報収集をおこなうにも費用が伴う。住民としては、参加への費用が便益を上回れば、政治への参加に無関心であることを合理的な選択肢として選択せざるをえない。その点、共同体における政治的議題となるものは、同じ主題であっても、大規模な共同体で議題となるものと比較して小規模な共同体で議題となるもののほうが住民にとってより直接的で密接な利害に関わるものとなる。そのため、参加によって自身の意見が共同体の意思決定に反映された場合にもたらされる便益が大きなものとなり、さらに、問題が身近なものとなることで、参加と意見の提示のために必要な情報収集の費用も抑えられる。例えば、主題が土地利用規制に関するものとして

⁷¹ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1069.

⁷² see, R. Hills, Jr. *Romancing Town: Why We (Still) Need A Democratic Defense of City Power*, 113 *Harv. L. Rev.* 2009, 2026 (2000).

同じであったとしても、国家単位での土地利用規制の問題よりも、市や町単位での土地利用規制の問題のほうが、その帰趨が所有する土地の地価に直接影響するなど、住民の利害に密接に関連するものであり、街の景観、日照、住民の意識など必要な情報の多くは、ただそこに住んでいるというだけで収集することができるのである。自身の生活に身近なことが議題となっていたとしたら、「ベビーシッターを雇い、午後7時から始まり深夜まで続く都市計画委員会の公聴会に出席する」ことも個人にとって合理的な選択肢となりうるのである⁷³。

第二は、政治的決定に関与する代表者や各種委員会の委員と住民との距離が近いことである。小規模な共同体においては、仮にそこで直接民主政が実現されていないとしても、代表者一人あるいは委員一人あたりに占める住民の数は、大規模な共同体の場合と比較して相対的に少数のものとなる⁷⁴。そのため、小規模な共同体において、代表者や委員と住民の接触・意見交換はより容易なものとなり、さらに、住民自身が実際に代表者や委員を務める可能性も高くなるのである。

第三は、小規模な共同体のほうが大規模な共同体と比較して「多数決」(majority rule)というよりもむしろ「同意」(consensus)によって意思決定に至ることが容易であるということである。自己決定の実現という観点からは、意思決定に賛同する多数派とそれに反対する少数派の対立が残ったり、共同体の意思決定によって一方的に犠牲を受ける個人が生じる可能性のある多数決よりも、できるだけ多くの個人が決定内容について承諾を与える同意によって意思決定が実現されることが望ましい。同意による意思決定を目指すうえで小規模な共同体が有利である要因としては、そもそも共通の利害関係をもった集団である可能性が高く、また、小規模な集団においてはできるだけ構成員間の紛争を互いに避ける傾向にあるということも挙げることができるが、マンスブリッジが強調するように、共同体の構成員同士の「対面」(face-to-face)での直接的な意見交換が可能であるということも重要である⁷⁵。対面での意見交換は、互いにどのようなこと

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Id.*, at 2027.

⁷⁵ J. MANSBRIDGE, *BEYOND ADVERSARY DEMOCRACY* (1980).

を考えているのか、どのような利害をもっているのかについて構成員同士が十分な情報を獲得する源泉になるとともに、相互に「共感」(empathy)を促す貴重な経験となるのである⁷⁶。それはマンスリッジが次に述べるように、仮に、当初は、表面上、個人同士の利害が対立していたとしても、やがて相互に共通の利益の存在を発見することにより合意に至るということを可能にするのである。

小規模な集団が生成するより多くの情報は、その構成員が潜在的な共通利益を発見する手助けとなる。小規模性は参加者のより完全な意見表明を可能とし、集団の見識を参加者が欲するもの、必要としているものの発見へと向かわせる。互いが必要としているものへの理解は集団がその必要に見合う解決を導き出すことを可能にする。追加的な構成員が増えるごとに、そのような突っ込んだ理解の可能性は消滅するのである⁷⁷。

ただ、このような共同体の地域性・小規模性が公的自由・参加型民主主義にもたらすメリットは、そもそも共同体に意思決定の権力が帰属していなければ画餅に過ぎない。権力のない共同体への参加は無意味であり、誰もそれを意欲しはしないのである。フルッグは、次のように権力の帰属と参加への意欲との間の密接不可分性を論じ、地域的共同体である『シティ』に権力が帰属することを公的自由・参加型民主主義が実現するための前提条件として求めるのである。

社会的意思決定への人民の参加を実現するためには、意思決定主体の規模を縮小すること以上に必要なものがある。分権化された主体への「権力の真正な委譲」(genuine transfer of power)もまた存在しなければならないのである。参加が自身の人生を変え得るものでないかぎり、その規模に関わらず、いかなる者も意思決定に参加することはないだろう。「権力」(power)と「参加」(participation)は密接に結合してい

⁷⁶ *Id.*, at 33.

⁷⁷ *Id.*, at 284-85.

る。無力性の意識は参加よりもむしろ無関心をもたらすものであり、他方で、権力の存在は参加の資格をもった者にその実行を意欲せしめるのである⁷⁸。

ここでフルッグがいうところの「権力」(power)の含意には、「政治的権力」(political power)＝「統治権」(governmental power)のみならず、『シティ』が経済的活動な活動に従事するために必要な諸々の法的能力も視野に置かれている。ただ、そこで注記を要することは、フルッグが求めている「真正なる権力の委譲」の成就にとって、州憲法へのホーム・ルール条項の挿入や州議会による立法を通じて、表層的に、州から『シティ』へ権力が「委譲」(transfer)されることは必ずしも十分なものとはみなされていないということである。現在、アメリカの多くの州憲法に導入されているホーム・ルール条項は、州議会の具体的委任に先立ち、特定の要件を充たした『シティ』に「地域的事項」(local matter)に関する権力を包括的に附与するものであり、現に多くの『シティ』は、そのホーム・ルール条項に基づき強力な権力を行使している。ただ、このようなホーム・ルール条項は州と『シティ』との間の利害対立を最終的に解決するものではなく、

⁷⁸ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1069-70. フルッグは、『法概念としてのシティ』の冒頭において、トクヴィルの『アメリカのデモクラシー』をその発想の源として一つとして明示しているが (*Id.*, at 1059. n 1.)、『シティ』の権力と『シティ』の政治への参加の結合というフルッグの発想も、次のようなトクヴィルの言説からの示唆を伺うことができる。「一般に人間の愛着は、力 (power) あるところにしか向かわないことをよく知らねばならない。愛国心は征服された国では永く続かない。ニュー・イングランドの住民がタウンに愛着を感じるのは、そこに生まれたからではなく、これらを自らの属する自由で力ある団体とみなし、運営する労を払うに値すると考えるからである。ヨーロッパでは時として為政者自身が地域自治の精神の欠如を悔やむことがある。なぜなら、誰もが認めるように、自治の精神こそ秩序と公共の安寧の大きな要素だからである。だが、ヨーロッパの為政者はどうすれば自治の精神を生み出せるかを知らない。地域自治体に力をもたせ、独立を認めることによって、社会の力を分裂させ、国家を無政府状態にさすのではないかと恐れるのである。ところが、地域自治体から力と独立を奪うならば、そこにはもはや被治者 (subject) しか認められず、市民 (citizens) はなくなるであろう」(TOQUEVILLE, *supra* note 68, at 68-69 (邦訳、108頁。なお、本訳は邦訳書に従う)。

むしろ、その解決は、懸案の事項が「地位的事項」に属するのか、あるいは「州の関心事項」(state concern)に属するのかという裁判所の解釈に委ねられている⁷⁹。そのような抽象的な文言を前提として、州と『シティ』の利害が対立するようなハード・ケースに裁判所が直面した場合、その判断が州の利害を優先させるようなものへと導かれていくのは容易に想像ができる。

フルッグが言うところの「真正なる権力の委譲」は、そのようなハード・ケースにおいても『シティ』の権力が州政府の利益に容易に譲歩されない状況を作出することまで要求するものであった。そのためにフルッグが求めるものは、いずれの『シティ』にいかなる権力を与え、いかなる権力を与えないかといった第一次的な判断権を州が留保しているという『シティ』の無力性という状況を「自然」(natural)なものとしている現在の法意識そのものを変革することであった。『シティ』が州に従属することを当然視しているような法意識が改められてはじめて『シティ』の強固な権力は確立し、公的自由＝参加型民主主義の実現に至る「真正なる権力の委譲」が達成されるとフルッグは考えるのである。

第2節 歴史のなかの『シティ』

現在の支配的な法意識を変革しようとした場合、必要となるのは我々がそのような法意識を形成するに至った原因というものを焙り出し、それを解体させるということである。そのことによってはじめて新たな法意識の在り方が可能な存在として立ち現れる。批判法学者であるフルッグが、変革すべき対象である『シティ』の無力性の根本的な原因とみなしたものの、それはやはりリベラリズムの政治思想であった。

そのような『シティ』の権力に関わるリベラリズムの象徴的世界の概略をまとめるならばおよそ次のようなものになる。『シティ』にいかなる権

力を与えるべきかという問題、すなわち、世界のなかにおいて「集権的な権力」(centralized power)の支配によって管理されるべきものは何であり、「分権的な権力」(decentralized power)を与えられるべきものは何であるかという問題に対するリベラリズムの解答は、それが個人の自由の実現にとって脅威となるものであるか、それとも個人の自由の実現に資するものであるかという問いのなかにあった⁸⁰。そして、そのような問題に答えるためにリベラリズムの視座となったのが、「個人」(individual)と「国家」(state)という二項対立である。リベラリズムは、個人と国家という二つの存在をまったく対照的な性質をもったものとして描き出し、前者は文字通り個人の自由を担う存在となる一方、後者はその個人の自由を脅かす存在として位置づけた。すなわち、国家是集権的な権力の支配によって管理されるべき対象となり、個人はその支配に抗する分権的な権力を与えられるべき対象ということになるのである。

リベラリズムの世界においてははじめにありき存在として想定されたものはこの個人と国家のみである。しかし、やがて個人はその自由な活動によって「私」(private)という領域を生み出し、国家はその支配によって「公」(public)という領域を生み出した。個人と国家による世界形成は中

⁸⁰ 個人の自由の実現にとって脅威となるものの排除は、集権化された至上の権力によって担われなければならないという発想は、ホッブスによる「かれらを外国人の侵入や相互の侵害から防衛し、それによってかれらの安全を保証して、かれらが自己の勤労と土地の産物によって自己をやしない、満足して生活できるようにする」という、この能力のある共通の権力を樹立するための、ただひとつの道は、かれらのすべての権力と強さを、ひとりの人間に与え、または、多数意見によってすべての意志をひとつの意志とすることができるよう、人びとのひとつの合議体に与えることである」という言説のなかにも見ることができる(T. HOBBS, LEVIATHAN, Ch. 17, §13 (1651)). (ホッブス (水田洋訳)『リヴァイアサン2』32-33頁(岩波書店、1992年)、なお本訳は右邦訳に従ったものである)。それは個人の自由の保護を担う主体は個人の自由の脅威者よりも強力な権力を持たねばならず、他方で、そのような主体が濫立すれば、その主体間の闘争が生じるので、個人の自由の保護は、単一かつ至上の権力によって担われなければならないという論理を前提としたものである。ただ、そのような論理は単一かつ至上の権力であるリヴァイアサンそのものが個人の自由にとって新たな脅威となりうるというジレンマと戦わなければいけなくなる。

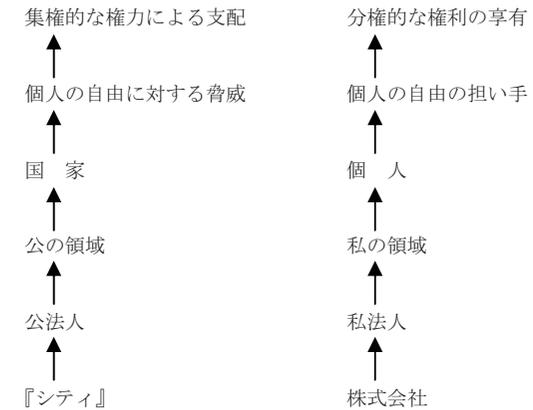
⁷⁹ Frug, *City as Legal Concept*, supra note 13, at 1117. フルッグのこのような問題意識は、フルッグも随所で引用する Sandalow, *The Limits of Municipal Power under Home Rule: A Role for the Courts*, 48 MINN. L. REV. 643, 650-52 (1964). からの示唆が大きいと考えられる。

間団体にも及び、それぞれ個人は「私法人」(private corporation)を、国家は「公法人」(public corporation)を作り出した。これら公と私、公法人と私法人といったものはそれぞれその創設者である個人と国家の性質を受け継ぐものとみなされ、公・公法人は個人の自由の実現にとって脅威となるという性質を受け継ぐ一方、私・私法人は個人の自由の実現に資するという性質を受け継いだ。つまり、公の領域・公法人は、集権的な権力に服すべきものとなり、私の領域・私法人は、分権的な自由を享有すべきものとなるのである。

このようなリベラリズムの世界観を受け入れた法意識は、「シティ」という存在を、私の領域にある存在ではなく、公の領域にある存在として、個人によって形成された私法人ではなく、国家によって形成された公法人としてリベラリズムの描く象徴的世界へと統合し、『シティ』の無力性という法理を定着させていったのである。

『法概念としてのシティ』の中盤以降、フルッグはそのようなリベラリズムに基礎づけられた法意識における『シティ』の位置づけというものを批判していくことになる。その試みとしてフルッグがまずおこなったことは、『シティ』の役割、そして、それに対する法意識というものが、歴史のなかにおいて、変遷していく過程を描き出すことであった。フルッグと同じく代表的批判法学者の一人、ロバート・ゴードンは、「批判法学者は、歴史に対して多大な関心を払っている」と述べたが、そのように批判法学者にとって、過去の法理論・法制度が重要であるのは、伝統的法学者が行っていたように、現代の起源としての過去の法理論・法制度に権威が宿ると考えるからではない⁸¹。むしろ、現代の法理論の恣意性と偶然性といったものを過去の法理論の対比のなかで明らかにするとともに、現代の法意識では見え難くなっている事象を浮び上げることによりその狙いがあったのである。

リベラリズムによる象徴的世界への統合



(1) 中世都市とリベラリズムの登場

歴史のなかの『シティ』を巡っていくフルッグの歴史探訪は、ローマ帝国滅亡後にドイツで典型的に登場した「中世都市」(medieval town)に始まり、ロンドン市に代表されるイングランドの「近世都市」(early modern town)、新大陸アメリカで形成された「植民都市」(colonial town)を経て、現在のアメリカの『シティ』にまで至る。それは単に歴史的に長大であるというだけでなく、空間的にも相当の広がりをもっている。そのようなフルッグの史的考察のなかで重要な位置づけを占めるが、その出発点となった中世都市の果たした役割とそれをめぐる人々の「意識」である。フルッグが、ギールケ⁸²、メイトランド、ブローデルらの著作を参考に描き出し

⁸¹ R. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57 (1984).

⁸² ギールケの言説としてフルッグが直接参照しているのは、ギールケの大著『ドイツ団体法』(DAS DEUTSCHE GENOSSENSCHAFTSRECHT (同書の部分的邦訳としては、オットー・ギールケ (阪本仁作訳)『中世の政治理論』(ミネルヴァ書房、1985年)がある)を部分的に英訳した O.GIERKE, POLITICAL THEORIES OF THE MIDDLE AGES (F. W. Maitland trans. 1900); O. GIERKE, NATURAL LAW AND THE THEORY OF SOCIETY 1500

た中世の「意識」は、リベラリズムの「法意識」とは全く対称的な構造をもったものであり、それはリベラリズムが危険視し、リベラリズムによって失われたものをうちに含んでいた。

まず、リベラリズムは『シティ』を個人の自由の脅威になる存在とみなしたが、「都市の空気は自由にする」(The air of the city makes free) という格言が象徴的に言い表すように⁸³、それは中世の封建制がもたらす諸々の束縛から人々を解放する「自由のオアシス」(oasis of freedom)を形成していた⁸⁴。それは、中世都市が、王や貴族らに対する強固な自治権を保有し、外部の封建社会とは異なる独自の規範に則って統治をおこなうことができたことによりはじめて可能となったものであったが、そのような中世都市の自治権そのものを支えたのは、何よりも、中世都市の構成員が互いに抱いていた共同体への強固な「意識」であった⁸⁵。中世都市は、フルッグが「中世都市はその住民と分離された人工的な存在ではなかった。それは、集団全体の利益のために外部からの保護を確立しようとする人々の集団であった」と述べるように、国家によって形成された法人ではなく、むしろ、中世都市を築き上げることで自分達の自由を守ることができるという「意識」をもった人々が互いに集うことで形成されたものであった⁸⁶。そして、中世の「意識」においては、集団とは分離され、それと対峙するものとして個人あるいはその所有権という存在は確立されておらず、むしろ、集団と個人との間には強固な同一性というものが存在していた。すなわち、集団としての中世都市が自治権を獲得することは、同時に、その構成員で

- 1800 (E. Barker trans. 1934); O. GIERKE, ASSOCIATIONS AND LAW (G. Helman trans. 1977) の三冊とギールケの著作、JOHANNES ALTHUSIUS UND DIE ENTWICKLUNG DER NATURRECHTLICHEN STAATSTHEORIEN ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR RECHTSSYSTEMATIK (同書の邦訳としては、オットー・フォン・ギールケ (笹川紀勝・本間信長・増田明彦訳) 『ヨハネス・アルトジウス』(勁草書房、2011年)がある)の英訳書である O. GIERKE, THE DEVELOPMENT OF POLITICAL THEORY (B. Freyd trans. 1966)である (see, Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1083, n 94.)。

⁸³ *Id.*, at 1075.

⁸⁴ *Id.*, at 1085.

⁸⁵ *Id.*, at 1083.

⁸⁶ *Ibid.*

ある商人達の利益そのものとして認識されていたのである。

しかし、ケネディの根源的矛盾が示唆するように、共同体の権力の強化がいかにその構成員にとって重要であったとしても、それは現代の目から見れば、同時に個人の自由が抑圧される契機を含んでいることを意味する。また、フルッグは、中世都市内部は必ずしも民主的な方法によって統治されていたわけではなく、少数の商人達による階層的な寡頭政治がおこなわれていたことも認める⁸⁷。しかし、そのような個人の自由への抑圧や階層構造は、文字通り中世世界において浸透していた「聖なる天蓋」によって、それ自体が中世都市を解体すべき理由になるとは考えられていなかった⁸⁸。中世世界において人々の「意識」に自由で平等な個人という発想は存在せず、むしろ、社会秩序のあるべき方向性を決定づけたのは、神によって創造されたものとしての人間の身体と宇宙からのメタファーであった⁸⁹。人間の身体の各部位は、それぞれ役割は異なるものの、有機的に連環し、ただ身体という全体の維持ために存在している。それと同様に、中世都市の各住民は、貴族、商人、手工業者と役割は異なるもののそれが属する中世

⁸⁷ *Id.*, at 1085.

⁸⁸ *Id.*, at 1086.

⁸⁹ この段落の記述は、ギールケの著作から示唆を得て書かれたというフルッグの言説 (*Id.*, at 1086-87.) と日本のヨーロッパ中世史家、甚野尚志の記述 (甚野尚志『中世ヨーロッパの社会観』(講談社、2007年)をもとにしている。甚野は「中世における隠喩を使った社会像は、すべての秩序だった調和物が、神によって作られた宇宙と同じ原理によって構成されるという、大宇宙と小宇宙の相似性の観念を背景としてもっているといえる」とし、さらに、「中世において愛好された隠喩による社会の理解は、不平等をはらんだ調和という中世的な世界観を背景とするものであったことは確かである。ともあれ、社会論でこうした隠喩を用いることの最大の利点は、社会全体の有機的統一性と、上下の者のあいだの階層秩序的な関係が同時に説明できることであった」と述べ、その理解は基本的にフルッグの理解と軌を一にしている (同上、23-24頁)。なお、甚野は、中世的な世界認識の崩壊とともに、メタファーによる社会論や政治論といったものが後退し、それは、ただ、詩や風刺のなかにもみ残ることとなったとしているが (同上、270頁)、メタファーの源泉が人間の身体のように有機的なものから公私二元論のような無機質なものへ変わったとはいえず、現代の法理論においてメタファー的思考は依然として力をもっているものと思われる。

都市という共同体を維持するために自らを犠牲にすることが当然の役割であると理解されたのである。また、中世によって宇宙とは本来的に神を頂点とした階層構造によって秩序づけられたものとして理解されていた。中世都市内部に存在していた階層構造は、宇宙における階層構造をその小宇宙として反映したものに過ぎなかったのである。すなわち、「神が世界を支配し、王が王国を支配し、貴族が荘園を支配し、都市の名士が都市を支配し、父が家族を支配する」という階層的秩序が強制的なものというよりは、むしろ、自然なものとして受容されていたのである⁹⁰。すなわち、中世に生きる人々にとっては、中世都市がもたらす個人の自由への制限は意識されることがなく、むしろ、中世都市の自治権によって生み出されている自由のほうが重要であったのである。

もっとも、そのような中世の意識はやがて個人の権利と国家の権力という二つの軸によって世界を理解しようとするリベラリズムからの強い挑戦を受けることになる。集団から独立した個人を創出し、国家の集権的な権力を確立しようとするリベラリズムにとって、国家の権力が及ばない自治権を有し、その自治権によって個人の自由を制限する中間団体は、解体すべき対象に他ならず、中間団体の存在はその「意識」のレベルから解体されていった。ギールケを参照にフルッグが示すところによれば、中世の「意識」において、「団体」(corporation)は、個人の単なる総計あるいは国家が人為的に作出したものへと還元できるものではないなかった。むしろ、団体は「本来的に実在する」(real in itself)存在であったさえ言える⁹¹。しかし、リベラリズムの「意識」がアプリアリに実在しうるものとして認められた存在は、個人と国家のみであり、教会、大学、中世都市といった中世的団体は個人や国家とは独立した実在性を失い、その構成員である個人の総計として、あるいは国家によって創出され、それに従属する「擬人」(fictional person)としてのみ認識される存在へと還元されていった。そのようなあらゆる存在を個人と国家へと還元しようとするリベラリズムにおいては、王でさえ個人と国家から独立した存在であることを許されず、王の身体と財産もまた個人に属する部分と国家に属する部分へと還元さ

⁹⁰ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1086-87.

⁹¹ *Id.*, at 1089.

れていったのである⁹²。

(2) イングランドの近世都市とアメリカの植民都市

もっとも、『シティ』の自律性と権力を解体しようというリベラリズムの試みはただちに実現したわけではなかった。リベラリズムの登場を論じたフルッグの次なる歴史探訪は、イングランドの近世都市へと移るが、ロンドン市に代表されるイングランドの『シティ』は、その寡頭的支配者であった商人達らの手によって経済的支援を必要とする国王から「法人特許状」(corporate charter)を獲得することに成功し、19世紀初頭までその自治権を維持し続けることができたのである⁹³。

ただ、国王と『シティ』との間の蜜月関係は常に存在したわけではなく、ときに両者は深刻に対立した。なかでもフルッグが着目した事件が、1682年に起こったロンドン市の法人特許状を巡る事件である。王権の伸張を図ろうとする、時の国王チャールズ2世は、「権限開示令状」(quo warranto)の手続を利用し、ロンドン市が特許状によって与えられた権限を濫用していること示すと共に、それによってロンドン市に与えた特許状を撤回しようとしたのである⁹⁴。フルッグがこの事件に着目したのは、個人と国家の両軸によって世界を見るリベラリズムにおいても、国家の集権的な権力を重視するホブズと個人の財産権による国家の限界を重視するロックと

⁹² *Id.*, at 1088.

⁹³ なお、日本法において、団体が「法人格」の付与を受けた場合、それによって発生する法的効果は、通常、団体が自然人と同様に権利義務関係の主体となるということであるが、イングランド法においてバラヤタウンに『法人特許状』が与えられた場合、それは通常、永代相続権、公印保持権、訴訟当事者権、土地保有権、自主立法権のいわゆる「五点」(five points)が含まれるものであったと言われており、単に実体法・手続法上の権利義務の帰属主体になることに留まらず、自主立法権という独立した統治権の付与も伴うものであった(J. Williams, *The Invention of the Municipal Corporation: A Case Study in Legal Change*, 34 AM. U. L. REV 369, 381 (1985)).

⁹⁴ この事件に関する詳しい経緯については、フルッグも参照するJ. LEVIN, *THE CHARTER CONTROVERSY IN THE CITY OF LONDON 1660-1688, AND ITS CONSEQUENCES* (1969). を参照。

の間の対立が存在し、その事件がリベラリズム内部に存在していた根本的な亀裂を象徴する小宇宙として反映するものと解釈したからである⁹⁵。すなわち、国王の立場からは、社会的な紛争を集権的に解決するためには、『シティ』への特許状を撤回できる国王の権利は必要不可欠なものであり、仮に、それが認められないとすると、事実上、国家の分裂を導くことになる。それは、個人の自由を国家の命令に従属させることによって、万人の万人に対する闘争を防ごうとしたホブズの主張に共鳴するものであった⁹⁶。それに対し、ロンドン市の立場から見れば、国王から与えられた特許状は、既得権として国王に対して主張しうる財産権に属するものであった。それは、最高権力であっても同意なくして財産権を剥奪することはできず、国家の権力は財産権によって限界づけられるとしたロックの理論に共鳴するものであった。この法廷闘争それ自体は結果としてチャールズ2世の勝利に終わったものの、それは、財産権と同様に、国家に対する防御権としての性質をもった統治権というものが観念できる可能性を示唆するものであった。フルッグは、やがて登場する公法人・私法人二元論というのは、公法人を、国家による命令が優越するホブズ的な領域に委ね、私法人を、財産権が統治に優越するロック的な領域に委ねるという解決の在り方であったと表現している⁹⁷。

もっとも、その公法人・私法人二元論の話題に移る前に、フルッグは、アメリカ、ニューイングランドを中心とした植民都市の描写に数項を割いている。フルッグがニューイングランドの植民都市に対して論じたことは、それが多くの点において中世都市と同じような性格を有していたということである。植民都市は中世都市と同様に「既存の社会的拘束から逃れ、新たな枠組に従って閉じた社会を構築しようとする人々」によって建設されたものであり、それは「法人」(corporation)というよりも、むしろ、家族的・宗教的理由で結びついた「組合」(association) 的性格の強いもので

⁹⁵ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1092-94.

⁹⁶ この解釈については、チャールズ2世がフィルマーの家父長制君主論ではなく、むしろ、ホブズの影響を受けていたということについての十分な証明がなされていないとの批判がある (Hill, *supra* note 72, at 2016.)。

⁹⁷ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13 at 1095.

あったとフルッグは描写している⁹⁸。実際、イングランドの諸都市と比較してニューイングランドの植民都市のほとんどは法人化がなされていなかった。独立戦争以前、アメリカ全体でも法人化された都市は20を数える程であったという⁹⁹。しかしながら、法人化の有無に関わらず、ニューイングランドの植民都市は現に統治権を行使しており、むしろ、法人化はかえってその独立性を脅かすものだと意識されていたのである¹⁰⁰。また、ニューイングランドの裁判所によって採用された法理論の枠組もそのような現に植民都市が行使する統治権を肯定するものであった。植民地時代のニューイングランドの法的思考枠組は基本的にイングランドのそれを継受したものであり、イングランド法では伝統的に法人化された都市のみが統治権を始めとした諸権利を行使する法的資格を有するという発想に依拠していた。しかし、ニューイングランドの裁判所は必ずしもそのようなイングランドの支配的発想をそのまま継受することなく、法人化されていない都市であっても、「準法人」(quasi-corporation) として扱い、法人化の手続を経ることなく権力を行使する法的資格を都市に認めたのである。フルッグはその時代の人々の意識のなかに、法人化によって権力が与えられるのではなく、むしろ、権力を保有し、それを行使する集団が法人となるという発想を見出している¹⁰¹。

(3) リベラリズムのジレンマと公法人・私法人二元論

共同体という存在は、個人の自由の実現にとって必要なものであると同時にそれを脅かすものともなる。共同体としての中間団体と国家という二つの存在もまた、このようなダンカン・ケネディが示したその根源的矛盾から逃れることはできない。

フルッグによって描かれた中世都市がそうであったように、中間団体は個人の自由を抑圧する存在であったのと同時に外部の拘束から個人を保

⁹⁸ *Id.*, at 1097.

⁹⁹ *Id.*, at 1096.

¹⁰⁰ *Id.*, at 1098.

¹⁰¹ *Id.*, at 1097.

護することによりその自由を実現する存在でもあった。他方で、国家は個人を中間団体による頸木から解放するという場面では個人の自由を実現する存在となったものの、それ自体が個人の自由を制限する新たな脅威となった。本来、リベラリズムの描いた理想的物語とは、個人のみを究極の権力の源泉として認め、そこから導き出される国家の権力は、中間団体を始めとした他者の脅威から個人の自由を保護するという目的によって限界づけられるというものであった。しかし、中間団体の権力を吸収し、権力を集権化していく国家が、個人の自由にとって新たな脅威となりうることは誰の目にも明らかであったのである。すなわち、中間団体を解体することは、中間団体によって制限されていた個人の自由を実現するものであるのと同時に中間団体によって保護されてきた個人の自由の実現を妨げることだったのである。

そのようなジレンマに直面したリベラリズムは、中間団体から個人を保護するために国家の権力を増強させようとする一方で、国家から個人を保護するために国家に対抗しうる中間団体の権力もまた増強せざるをえないというフルッグが言うところの「危険な矛盾」(perilous contradiction)へと囚われていくことになる¹⁰²。その危険な矛盾から我々を解放へと導く「聖なる天蓋」としてリベラリズムが提示したものの、それが公法人・私法人二元論であった。リベラリズムは、中間団体を、個人の自由に対する保護と脅威という両義的性質をもったものとはみなすことなく、むしろ、中間団体には、個人の自由の脅威となりうる性質をもった公法人と個人の自由の保護に資する私法人という二類型が存在するという図式を描いた。それは、前者の公法人については、独自の権利主体性を認めず、国家の従属下に置くことによって、後者の私法人については、個人と同様、国家の支配に抵抗できる権利を与えることによって、個人の自由が矛盾なく実現できるという道筋を示し出すものだったのである。

もっとも、リベラリズムは、現にある中間団体について、それを、いかなる基準によって公法人と私法人に分類すべきかという問題に解答を出さなければならなかった。フルッグによれば、1819年に出されたアメリ

¹⁰² G. Frug, *Cities and Homeowners Associations: Replay*, 130 U. Pa. L. Rev. 1589, 1593 (1982).

カ連邦最高裁の記念碑的判決、*ダートマス・カレッジ判決*を始めとして、そこで支配的となった発想は、ジョン・ロックの思想に従った考え方であった¹⁰³。ロックにおいては、国家の限界を画するものは財産権であったが、その財産権の範囲が、そのまま中間団体のうち国家に服する公法人と国家に抵抗できる私法人の確定にも応用されたのである。すなわち、「私法人とは、個人の財産的寄与により設立された団体であり、公法人とは個人の財産的寄与によらずに政府が設立した団体である」とされたのである¹⁰⁴。そして、その基準に従い、市、町、郡、カウンティといった『シティ』はすべて国家によって設立されたものとして私法人ではなく、公法人として分類されることになった。

ただ、財産権の寄与者という基準によって、『シティ』が本当に公法人とされるかということは議論の余地があった。現実には多くの『シティ』は個人の創設にその起源を有するものであり、個人の寄与による財産を保有していたのである¹⁰⁵。そこで『アメリカ法釈義』の著者、ニューヨーク州のケント大法官などは、『シティ』のすべての権力を州に従属させることはせず、むしろ、次のように「『シティ』の権力を、公共善のための実行される立法権と法人としての『シティ』自身のために使用される所有権の二つに分割し、『シティ』の所有権のみに州の支配からの保護を与えるという考え方を示した。

公法人は郡、市、町、村のように政治的目的のために政府によって創設されたものである。それらは、公共善へとつながる地方的目的のために行使される下位的な立法権を有しており、そのような立法権は州議会の統制に服する。それらはまた自治体自身の使用のために私有財産権を取得・維持する権力も与えられている。そのような財産権は私的な権利に対して与えられている保護を受けるのである¹⁰⁶。

¹⁰³ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat) 518 (1819); Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13 at 1102.

¹⁰⁴ *Id.*, at 1102-03.

¹⁰⁵ *Id.*, at 1104.

¹⁰⁶ J. KENT, 2 COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 275 (3d ed. 1836).

このような統治権と財産権の二元論といってもいい発想は、『シティ』のすべての機能は州に服すべきとする19世紀の地方自治法の権威ジョン・ディロンなどの反対を受けつつも、今日のアメリカ法においても優勢となっている考え方である。しかし、それは、結局のところ、自身の財産権の保護のみに『シティ』の自己決定権を認めるものであり、統治権の行使については依然として『シティ』の自己決定権は認められず、州による集権的な統制に服することを意味するものであった¹⁰⁷。言うまでもなく、フルッグが求める『シティ』への「真正なる権力の委譲」は統治権も含めるものであり、統治権・財産権二元論はそれについて満足な結果を与えるものではない。

なお、19世紀後半以降、アメリカにおいては、トマス・クーリー裁判官、アマサ・イートン、ユージーン・マックイリンらによって自己統治の権利を構築しようという試みが幾度も提案され、その発想は多くの州においてホーム・ルール法の制定という形で結実した。しかし、自己統治の権利は『シティ』の法的権利としては確立することはなく、結局、それは日本における「地域主権」などと同様、政治的なスローガンとしての役割に留まった。

第3節 公法人・私法人二元論の崩壊

かつて中世都市が担ったような自由の保護者としての『シティ』の役割は、フルッグの歴史的考察によって示されたように、リベラリズムに従って法意識が形成されていくなかで失われていった。それに伴い『シティ』の権力もまた国家・州の支配へと服するようになっていったのである。

そのような法的地位に置かれた『シティ』とは逆に自由の保護者としての位置づけられ、分権的な権力を獲得したのが私法人であった。私法人の権力、あるいは、「会社の権力」(corporate power) は、もちろん、州政府による支配から完全に独立しているわけではない。しかし、それでも「会社の権力」は州政府の完全な支配に服さない領域を持ち続けることが自然なものとされ、特に、その構成要素である「財産権」(property right) については、州政府による介入を限界づけるものとして、「それを州政府の支配

から保護することは、「自由企業」(free enterprise) システムの一里塚としての位置づけを与えられている」のである¹⁰⁸。フルッグは必ずしも明確には述べていないものの、『法概念としてのシティ』において、私法人の権力に向けられているような法意識の在り方に、『シティ』の権力が獲得すべき一つのモデル見出していることは容易に見て取れる。

リベラリズムの描く二元論的世界観において、そのように『シティ』と私法人を分け隔てているのは、それが個人の自由を保護するものであるか、それとも、個人の自由にとって脅威となるのかという基準である。確かに、『シティ』は中世都市より個人の自由にとって脅威となりうる要素を持ち合わせてきた。もし、個人の自由にとって脅威となる要素を持ち合わせたような中間団体は分権的権力を担うことはできないのだとしたら、『シティ』は分権的権力の担い手となることはできないだろう。しかし、果たして、リベラリズムが分権的権力の担い手として選択した私法人のほうは個人の自由の保護者としてのみ現れるものなのであろうか。あるいは、『シティ』以上に個人の自由の保護者としての役割を果たしうる存在となりうるのであろうか。フルッグは、『法概念としてのシティ』の後半、個人の自由の保護という役割において私法人はもはや絶対的な地位を占めるのではなく、むしろ、現代社会において私法人は『シティ』同様、個人の自由にとって脅威となりうる存在であることを論証しようとした。それは、公法人・私法人二元論あるいは統治権・財産権二元論を融解させるものであったの同時に、そもそも個人の自由の保護という尺度そのものが分権的権力を担う共同体を選択するうえにおいてもはや役に立つものではないことを論証しようとするものでもあった。

(1) 個人の財産権の保障

前述のダートマス・カレッジ事件をはじめとして、伝統的に、私法人の分権的地位を基礎づけてきたのは、その起源が個人の財産権に由来すると考えられてきたからである。私法人の資産は個人の資産から派生したものであり、私法人に分権的地位を与えることは個人の財産権の保護を意味す

¹⁰⁷ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1104-05.

¹⁰⁸ *Id.*, at 1066.

る一方、それを集権的支配に服させることは個人の財産権に対する侵害になると観念されてきたのである。しかし、この主張の説得力は、そこで想定されるように実際に個人の財産権と私法人が保有する資産との関連が密接であればある程強まると言えるが、株式会社において「所有と経営の分離」が進行していると主張したパーリとミーンズの古典的名著『現代企業と私的所有』に依りつつフルッグが指摘したことは¹⁰⁹、株式会社に代表される現代の私法人においては、もはや個人の財産権と私法人が保有する資産との関係は希薄なものになっているということである。つまり、株式会社の場合、会社が保有する資産を実質的に支配しているのは、少数の経営者であり、もはや株主は資産に対する支配に対し具体的な影響力を行使することはできない。また、株式会社の資産の大部分を占めているのは、株主の投資によるものというよりは、むしろ、企業内貯蓄と社債発行に基づくものである。さらに、株主の多くは、個人投資家ではなく、機関投資家なのである。フルッグは、株主と株式会社の資産との関係は、持ち分を株式として譲渡できることを除けば、もはや、納税者と公法人の資産との関係に類似するものとなっていると指摘する¹¹⁰。このようなフルッグの指摘を敷衍すれば、株式会社の資産は個人の財産権であるということが言えるならば、『シティ』の資産も同じく納税者の財産権であると言え、『シティ』が住民税等によって集めた財政収入について、その使用用途やそれによって形成された資産の取扱いに対して、国家＝州が制限を加えることは、住民の財産権の侵害であるとも言えるのである。

(2) 強制性と非強制性

『シティ』が保有する立法権や課税権といった統治権は、個人の自由に対する脅威の象徴であり、おそらく『シティ』と私法人とを区別する要素としては、最も核心に属するものであると思われる。しかし、フル

ッグが論証しようとしたことは、個人の自由との関係において『シティ』が保有する統治権と私法人の保有する財産権の区別がもはや強調されるべき状態にはないということであった。

そのような統治権と財産権の区別の相対化は、既に、20世紀前半、リーガル・リアリストとして活躍したモーリス・コーエン、ロバート・ヘイルによって強く主張されたものであり、フルッグの主張は基本的に彼らによって主張された理論を前提に進められたものである¹¹¹。

まず、統治権は人に対する支配を意味し、財産権は「もの」に対する支配を意味するというのは古典的定義として極めて有力であったものである。しかし、実際には、財産権もまたその所有者が非所有者を支配するという人の人に対する支配の要素を有している。例えば、甲土地の所有者Xは、非所有者Yに対し甲土地に入らないよう義務づけることができるし、また、甲土地に招き入れた非所有者Zに対し甲土地に留まる限り、いかなる行動をおこないかなる行動をおこなってはならないかということも義務づけることができる。さらに、Zの行為がXの意に沿うものでなければ、甲土地からの速やかな退去を義務づけることもできるのである。そして、何より、所有者Xは非所有者Yや非所有者Zに課した義務の履行確保のために、究極的には有形力の行使も含めた国家の強制力を利用することもできるのである。

ただ、統治権と財産権がともに人の人に対する支配であるとしても、統治権による人に対する支配は人が創り出したものであるのに対し、財産権による人に対する支配は自然法が創り出した支配であるということが言えるかもしれない。しかし、自然法が現わす財産権秩序というものを仮に想起することができたとしても、現に存在する財産権秩序は直接的には統治権そのものによって形成されたものであることを否定することはできない¹¹²。すなわち、甲土地に対してXが所有権を有し、他のあらゆる非所有者に対し甲土地に関する義務を負わせ、その義務を強制的に履行させる

¹⁰⁹ A. BERLE & G. MEANS, THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (1932). (パーリー&ミーンズ(北島忠男訳)『近代株式会社と私有財産』(文雅堂銀行研究社、1959年)。

¹¹⁰ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, 1130.

¹¹¹ M. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8 (1927); R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923).

¹¹² G. Frug, *Property and Power: Hartog on the Legal History of New York City*, 1984 AM. B. FOUND. RES. J. 673, 680.

ことができるのは、統治権がXに所有権が附与されるような財産法制を立法したからに他ならない。

もっとも、以上のような統治権と財産権の相互関係を前提としたとしても、やはり財産権よりも統治権のほうが個人の自由にとってより脅威であるという主張はあり得る。特に、財産権に基づく支配の及ぶ範囲はその財産権の対象物に留まり、他者の財産権の対象物にはもはやなんらの支配も及ぼすことができないのに対し、統治権に基づく支配はその財産権の範囲を越えて及び、その管轄下に滞在する者は、仮に自己の所有地のうえであっても、統治権による支配から逃れることはできない。換言すれば、財産権に基づく支配を受けるようになったのは、その財産権の対象物に立ち入るか、あるいは立ち入らないかの選択のなかで立ち入るといった選択をした結果生じたものであるのに対し、統治権に基づく支配はそのような選択をおこなうまでもなく及ぼされるものである。その意味で、財産権による支配は個人の自発性をその基礎とし、統治権による支配は個人の非自発性に基づくものであり、後者は前者よりも、より強制的で、個人の自由にとって脅威であると言えりかもしれない。しかし、そのような「自発性」(voluntary)と「非自発性」(involuntary)の区分は『シティ』の統治権に即して言うならば必ずしも見かけほど強固なものではない。

まず、『シティ』の管轄する区域に滞在するだけでシティの統治権の対象になるといっても、形式的には他人の所有地に移動し、滞在し、移住することが義務付けられていないのと同様、その『シティ』に移動、滞在し、移住することが強制的に義務づけられているわけではない¹¹³。そのため、例えば、『シティ』への住民税の納付が義務付けられたとしても、それが自身にとって割高であると感じるならば、他のより税額の低い『シティ』に転居することによって自身に納得のいかなる納税の賦課から免れることができるし、また、『シティ』が制定する条例に服したくなければ、他人の家に入らないように、その『シティ』に入らなければよいのである。他方で、財産権に基づく支配に服することは形式的には個人の自発的な意思によるものであるとしても、場合によっては、その支配に属することが個人にとって選択の余地がないこともありうるのである。そして、財産権

の所有者はその選択の余地のないことを利用して、非所有者に対して一定の行動を義務づけることさえできる。例えば、Xの所有する甲土地に村で唯一の井戸があるとした場合、非所有者の村人は生きていこうと欲する限り、甲土地に立入らなければならない、Xが立入の対価として多額の利用料を請求したとしたら村人は自らの死を選択しない限り、その利用料を支払わなければならないのである。特に、現代社会において多くの個人は生計を維持するために、株式会社を始めとした企業に就職し、勤務しなければならない、企業から給与を受けるために、様々な選択を犠牲しなければならない。事後的な側面から言えば、個人にとって、現在の勤務先を変更するよりも、現在居住している『シティ』を変更するほうがより困難なことであると言えるのではないだろうか¹¹⁴。特に、『シティ』の規模が地理的に小規模になればなる程、転入・転出は容易なものになっていくはずである。その意味で、もし『シティ』の統治権に基づく支配を非自発的な要素に基づくものであると捉えるならば、財産権に基づく支配にも非自発的な要素があるといえ、財産権に基づく支配が自発的な要素に基づくものであると言えるならば、統治権に基づく支配にも自発的な要素があると言えるのである。

なお、統治権と財産権との関係について付言しておくべきことは、統治権に基づく財産権の制限は同時に非所有者である個人の自由を拡大するものであるということである。前述の井戸の例で言うと、村で井戸を所有する者はその利用者を差別的に扱ってはならず、その利用の対価として高額の利用料を請求してはならないという規則が制定された場合、井戸の所有者からすれば、その規則は誰に井戸を利用させるかという自由を制限するものであり、井戸の利用料からの収入を縮減させるものである。しかし、他方でそれは、井戸の非所有者の井戸を利用する自由を拡大し、その財産を保護するものである。誰に、いかなる要件で、いかなる内容の財産権が帰属するのかの決定は、まず国家の統治権によっておこなわれるものだとするならば、『シティ』の統治権が財産権に制限を加えることができるかできないかの問題は、個人にいかなる自由を認め、いかなる自由を否定するかの判断について国家と『シティ』のどちらを優先させ

¹¹³ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1135.

¹¹⁴ *Ibid.*

るのかという統治主体間の対立の問題へと還元することができるのである。

(3) 団体の意思決定過程の在り方に着目した権力の分配

ここまでのフルッグの主張をまとめるならば、リベラリズムにおいて個人の自由に対する脅威として位置づけられた『シティ』は、強固な自治権を与えられたなら、国家をはじめとした外部の圧力から個人の自由を保護するという役割を担うことができ、逆に、リベラリズムにおいて個人の自由の保護者とみなされた私法人は、現代社会において個人の自由に対して強力な制約を課す主体となっているということである。フルッグが「団体的形態をもったあらゆるものは、自由の保護と自由の行使を制限する両方の契機を兼ね備えている。我々が見てきたように、この矛盾の要素は、全ての間団体の一貫した特徴であり続けてきたのである」と述べるように¹¹⁵、あらゆる中間団体は、自由の保護と脅威という両義的性格から逃れられないのだとすれば、我々は、結局のところ、個人の自由の実現という尺度によっては、いかなる中間団体に権力を与え、いかなる中間団体から権力を奪うのかという問題に対する解答は導き出せないということになる。それは一面ではニヒリスティックな結論であると言えるが、しかし、そのことは逆に言えば、我々はもはや個人の自由の実現か否かという基準に囚われることなく、分権的権力の担い手たるものを決定できるということを意味する。それは、すなわち、公的自由あるいは参加型民主主義を担う主体にこそ分権的権力を与えるべきであるというフルッグの主張にそった基準に従い分権的権力の配分が定まったとしても、そのことにより直ちに現在よりも個人の自由への制限が拡大し、個人の自由が縮小するわけではないということの意味するのである。

少数の専門家からの上意下達の方法によって権力が行使されている団体ではなく、むしろ、公的自由あるいは参加型民主主義の実現に資するような過程によって権力が行使され得る団体こそ権力の担い手であるべきというフルッグの主張は、言い換えるなら、団体の「運営」(operation)

¹¹⁵ *Id.* at 1145.

の在り方によって分権的権力の分配を決めるべきであるというものである¹¹⁶。このような意思決定過程の在り方によって分権的権力の在り方を決めるという視点においては、分権的権力の対象となる権力の具体的内容とはいかなるものであるかという問題が必ずしも重要な問題となるわけではない。フルッグの「重要な点は、『シティ』が行使すべき新たな権力とは正確に何であるのかを決定するのではなく、その権力がいかに組織化されるべきかである」が示唆するように¹¹⁷、権力の範囲がまず定まって、その範囲で権力の行使が州・国家に対して対抗できるのではなく、むしろ、ある団体が特定の権力を行使するにあたって公的自由・参加型民主主義の過程を経てそれを行使できる可能性を有するのであれば、その団体にこそその権力を行使する資格が与えられるということになるのである。

もちろん、リベラリズムの基準に換えて、新たに、そのような基準を法意識のうちに受け入れたとしても、国家と団体、団体と個人の関係が生み出す根源的矛盾そのものを解消できるわけではない。私法人に分権的権力を与えたリベラリズムの基準が、私法人と州・国家と間の対立について最終的な解決をなしえなかったのと同様、フルッグの掲げる基準においても、『シティ』と州・国家あるいは『シティ』と個人との対立という問題は最終的な解決を見ることなく残るのである。しかし、そこではもはや『シティ』の権力を州・国家がいかにようにも定めることができるという法理論は「自然」なものではなく、従来は法的問題とはならなかったことを法律家は法的問題として議論しなければならなくなるのである。

¹¹⁶ G. Frug, *Cities and Homeowners Associations: A Reply*, 130 U. PA. L. REV. 1519, 1599 (1982).

¹¹⁷ Frug, *City as Legal Concept*, *supra* note 13, at 1148-49.