「英米法」対「大陸法」

●問題の定位

通説的理解

法の解釈＝大陸法 v. 法の創造＝英米法

オリバー・ウェンデル・ホームズによる法の定義

「法とは、裁判官が実際になすであろうことの予言である」

●大陸法とその手法

<u>「ローマ法」とその「継受」</u>

ローマ最初の成文法典「十二表法」lex duodecim tabularum 451-450 B.C.。

ローマ法大全 Corpus Juris Civilis

東ローマ帝国のユスティニアヌス帝（Justinianus 位 527-565）の命により編纂。

ローマ法の再生

digesta 刊本はイタリアまで伝えられるが、そこで忘却されていた。

1070 頃、ボローニャで発見――イルネーリウス（c. 1055--1130）

→ 法学の復活（ボローニャ大学の誕生）

ドイツ―― 15c 頃、イタリア留学と法学博士号（両法）の取得

ドイツ固有の法の未発達。法律専門家の不足

ローマ法継受 Rezeption des römischen Rechts

帝室裁判所 Reichskammergericht（1495）→ 裁判官の学識法曹 gelehrte Juristen 化

パンデクテンの現代的慣用 usus modernus pandectarum

ローマ法・教会法が普通法の法源、ゲルマン法が地方法の法源

ローマ法の補充的性質

特別法は一般法に優先する

共通適用されるべき地方法がない場合にローマ法を適用

<u>サヴィニーにおける「解釈」（Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861）</u>

1840-49『現代ローマ法体系』System des heutigen römischen Rechts

解釈　立法者の立場に身を置いた、法律に内在する思想の再構成

1）文法的 2）論理的 3）歴史的 4）体系的

欠陥のある法律への対処

1）立法の内的つながり 同法の他の部分、別法による説明

2）法律の根拠 高次の法規・法律の目的の援用

3）解釈結果の内的価値

体系としての整合性（法源全体の解釈） 統一性と完全性の要求

矛盾…法源間の優先関係、適用範囲の制限、歴史的統合

欠缺…類推による補充

法の完全性

事前にすべての場合を規定することはできない。

幾何学的完全性は可能 → 指導原理 leitende Grundsätze

学問としての法学＝指導原理を見出し、法的概念・命題の内的関係を認識すること

> 類推のどの適用も、前提された法の内的首尾一貫性に基づく。ただ、これは必ずしも、純粋の因果関係のような単に論理的な首尾一貫性ではなくて、同時に、その法律関係とこれの原型[法律制度]との実際的性質の全体的直観から出てくる有機的な首尾一貫性である。（『現代ローマ法体系』）

大陸法における「顕教」と「密教」

「大陸の法律家にとっては法とは――法の源が神に求められようが、人為に求められようが、あるいは古い慣習、判例、あるいは議会の立法に求められようが――裁判官が何をするかにかかわりなく存在するものであり、法は法典に尽くされるものではないが、訴訟が提起される以前に存在するものであり、判決は主張された権利が存在するかどうかを宣言するものであって、裁判所がその権利を作るのかどうかを宣言するものではない。裁判官は法を『発見する』のであって作るのではない、というのが、最古の、そして永遠の理念なのである。法律や権利や義務は人々に対する命令であり、基準である。それは万人に知らされているべきであり、少なくとも公衆に助言を与える助言者には知り得るものでなければならない。」(エルンスト・ラーベル)

法律構成 juristische Konstruction → 「概念法学」Begriffsjurisprudenz

この派[パンデクテン法学]の人々は、(1) 実定法秩序はそれ自身で論理的に**自己完結**したものであり、いかなる事案に関してもその解決のための法的規準が予めそこに含まれているという想定(いわゆる法秩序の自己完結性、無欠缺性の信仰)に基づいて、(2) 一切の法的規制を、所与の実定法規(今の場合は継受されたローマ法、とくにパンデクテン)の**純論理的操作**によってくまなくカヴァーしうるとし(それを実現するために、彼らは実定法の諸規則、諸概念の分析を通じて壮大な概念のピラミッドを作り上げた)、さらに (3) これら二つを前提として、裁判官は自ら法創造をなすべきではなく、提起された事案を右の**概念体系に包摂**するところにその唯一の課題があると主張した(いわゆる「裁判官＝自動包摂機械論」)。(三島淑臣『法思想史』)

① 事実関係 A についていかなる法的効果を認めるべきか。
　利益衡量によれば β という結論が妥当だが、A → β を直接正当化する法規が発見できない場合。
② 事実関係 A を諸要素(a,b,c,d,e,f …)に分解。
③ 事実関係 B → β という法規を発見。
　ここで B を同様に分解(a,b,p,q,r,s …)。A と共通の要素(a,b)に注目。それを X とする。
④ B → β は、実は X → β であったと整理。A も X を含むので、X → β なら A → β。

大陸法内部からの批判

エールリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862-1922)
　1903 『自由な法発見と自由な法学』(講演)
　現行法の適用という通説を批判……ローマ法を継受した地域に特有の概念
　公正な判決の自由な発見。類推・構成には価値判断が介在 → 法社会学的研究の提唱

カントロヴィッツ (Hermann Kantrowicz, 1877-1940)
　1906 『法学のための闘争』
　法律家による法創造の承認＝自由法
　　国家権力と独立に妥当。可変的・実定的(普遍妥当の自然法とは違う)
　法律の欠缺は自由法により補充
　　自由法は有機的に生成される(無欠缺性否定)
　　→解決における個人的・個性的要素

確実な裁決が命じられていると考えられない場合・裁判官の自由かつ良心的確信によれば、裁決当時の国家権力が法律が要請している通りの裁決を下しそうにない場合 → 法律を度外視し、確信・自由法によって裁決すべき

正しい法のあり方を決めるのは誰なのか？
　1) パンデクテン法学 —— 顕教と密教
　2) 民族＝民衆 —— 方法としての直接 / 間接参加
　3) 自然法 —— 普遍たる正義

法の正しさをめぐる議論は、誰の・いかなる決定が正統なのかという、民主政の構成原理・その組織規範の問題に波及する。実体的政治・法制度と法思想の関連性。

●「英米法」とは何か

大陸法との対比

イングランド法と、それを継受したアメリカ法が中心。

コモンウェルス諸国（オーストラリア・ニュージーランド・カナダなど）も含む。

除外される諸国

スリランカ・南アフリカ（Roman Dutch Law オランダ古法）、スコットランド（大陸法系）

ルイジアナ・ケベック（フランス法系）

歴史的継続性

現行法の最古のもの Magna Carta（1225）

以来、法典編纂のように体系的整備を欠いたまま現在に至る。

「王国の一般的慣習」

1110-22 ヘンリー 1 世による「四部法書」Liber Quadripartitus 編纂。ゲルマン部族法の継受。

1187 頃 グランヴィル（Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae）

1250 頃 ブラクトン（De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque）

判例法主義

総則の欠如…… common law と equity の併存による問題

法=権利説と救済の強調

Hemmings v. Stoke Poges Golf Club［1920］1 K.B. 720（C.A.）.

管理人としての雇用契約終了後も管理事務所を立ち退かなかった原告夫妻を、被告が実力で排除し、建物の占有を回復。

> 不法に建物を占有する者に対し権利者が行なった実力による排除行為は、その実力が具体的な情況のもとで合理的と認められる範囲を超えない限り、排除行為全体についてのみならず実際に行なわれた個々の行為についても、trespass(不法侵害)、assault(暴行未遂)、battery(暴行)などの不法行為の成立を阻却するとした。（田中英夫『英米法総論』下 p. 529）

エクイティ

15c 前半 法体系化

15c 後半 Court of Star Chamber（星室裁判所）・Court of Chancery（大法官府裁判所）の成立

対人的・個別的命令。裁判所侮辱 contempt of court による事実上の強制。

弱者保護、特定履行・差止命令、譲渡抵当、債権譲渡、信託などを中心に発展

18c 初 Crystallization of Equity（エクイティの結晶化）

歴史性と体系性欠如を物語る例 …… 決闘裁判

決闘裁判 ＝ 決闘による雪冤、中世ヨーロッパでは一般的（神判の一形式）

1166 クラレンドン法（ヘンリー 2 世）告発陪審の設置。雪冤方法は神判。

1215 第 4 回ラテラーノ公会議（インノケンティウス 3 世）、神判への聖職者関与を否定。

> いかなる聖職者であれ、熱湯あるいは冷水あるいは熱鉄の雪冤のために祝福または聖化の儀式を行ってはならない。モノマキア(一騎討ち)または決闘に関して以前に告示された禁止もまた有効である。（第 4 回ラテラーノ公会議、決議第 18 条）

1219 イングランドにおける神判の禁止（ヘンリー 3 世）、雪冤方法として判決陪審が考案される。

1300 頃 デネウェント対カントロー（土地訴訟）

1456 ホワイトホーン対フィッシャー（実際に決闘の実施された最後の例）

（cf. フランス最後の決闘裁判: 1549 ジャック・ドゥ・フォンテーヌ対クロード・デ・ゲール）

1571 ロー対パラマー（決闘は実施されず）

1818 アシフォード対ソーントン（強姦殺人に関する謀殺私訴）

被告ソーントンが決闘による雪冤を要求。

原告アシフォードは決闘を回避して私訴を取り下げ、免訴が確定。

1819 決闘裁判の法的廃止（謀殺私訴法）

英米法における安定性 —— 先例拘束性原理

「厳格な先例拘束性」Doctrine of Stare Decisis

≠ 上級審による拘束（law of the case）・既判力（res judicata）

上級裁判所の判例は、下級裁判所を絶対的に拘束する

貴族院判例は貴族院自身を拘束する

（制定法適用を忘れた場合は per incuriam（不注意）として拘束力なし）

「この帝国の最終のかつ最高の裁判所として、司法的な機能を営む際に、[貴族院の]諸卿のほか庶民院と国王の同意を得た国会制定法によって変更されない限り、これを法であるとしなければならない。諸卿が ratio decidendi(判決理由)として定立した法は、すべての下級裁判所およびその他一切の陛下の臣民を拘束することは明らかなのであるから、もしこの法が[貴族院]諸卿をも同様に拘束するものと考えないとすると、本院は、法を変更する権利、自らの権威のみによって立法をなす権利を、僭取することになろう」(Beamish v. Beamish (1861))

判例変更遡及の原則と宣明説（declaratory theory）

この法理[先例拘束性法理]は、理論的には、いわゆるブラックストンの「法宣言説」に見られるような自然法理論によって支えられるものである。つまり、法というものは時代を超越した普遍性を持つものであるから、裁判所によりその存在が確認された以上は、その内容が変わるはずはないという考え方による法理である。（田宮裕『英米法判例の法理論』信山社 2001）

「区別」distinguishing の技術の発展

ratio decidendi	判決理由	具体的事件の解決に必要十分な範囲の法律問題の判断
obiter dictum	傍論	それ以外の裁判官の意見

1966 年、（一応）廃止

Practice Statement（Judicial Precedent）［1966］3 All E.R. 77:［1966］1 W.L.R. 1234.

<u>前史としてのグランヴィル</u>

国王は、理性によって導入され長く維持されてきた、王国の法と慣習とによって導かれており、もっと称賛すべきことは、自己の権威に服する者であるとはいえ、知識において王国の法と諸慣習とに最もよく精通し、その性格の沈着さと優れた叡知と雄弁とによって万人に卓越していることを知っている人々の助言によって導かれることをすら斥けようとはされないからである。また、彼らに都合がよいと思われるところに従って、時には厳格に時には寛容に振る舞うことによって、正義を媒介者として判決を下し、争論を解決することを、理性をもって最も迅速に行うことを知っておられるからである。／イングランドの法は、成文法でないとはいえ、これを法と称することは不合理であるとは思われぬ。なんとなれば、これ自体法であるからである。すなわち、「君主の嘉し給うものが法の効力を有する」のである。その法は、疑問とするところを長官連の助言により、またそれに同意する君主の権威によって評議会において解決することによって、公布されたものであることが知られているのである。というのは、もし単に法文の欠如のゆえにこれが法とは看做されないのであれば、疑いもなく、法文が、判断者の公平や決定者の理性以上に大きな権威ある力を法自体に与えるものであると看做されることになろうことは疑いを容れないからである。（グランヴィル『イングランド王国の法と慣習についての論考』Tractatus de legibus et consuetudinibusregni Anglie qui Glanvilla vocatur 、序文）

国王を主権者とする**主権者命令説**

理性に基づく**自然法論**

裁判官を中心とした**エリート支配**

人民の同意に基礎付ける**民主政原理**　　→ これらが<u>予定調和的に一致</u>するという考え方

イギリス的自然法論 —— ブラックストン

ブラックストン（Sir William Blackstone, 1723-1780）

1753 ～　オックスフォード大学でイギリス法の講義を開始（それ以前はローマ法講義のみ）

1765-69　『イングランド法註釈』Blackstone, Commentaries on the Laws of England

イギリス法の基本的部分（公法・私法）の全体を体系的に叙述

I	Right of Persons	家族法・法人・雇用・統治機構・自由権
II	Right of Things	不動産・動産・契約・破産
III	Private Wrongs	権利侵害に対する救済・司法制度
IV	Public Wrongs	刑法・刑事訴訟法

「自然法は人類とともにあり、神自身によって命ぜられているので、責務の点では、当然、他のすべての法より上にある。それは全世界のすべての国でいつの時代でも拘束力をもっている。もしもこれに反するなら、いかなる人定法も妥当性をもたない。有効な人定法も、そのすべての効力、すべての権威を、直接的間接的にこの源泉からひきだしている」（イングランド法註釈）

「法は、優越者が指図し、劣等者がそれに服従するように拘束されている行為のルールである。」「[国家法は]国家の最高権力によって規定された市民の行為のルールであり、それは正しいことを命じ、悪いことを禁止する。」（同）

なぜローマ法は採用されなかったか？

1066 年にイングランド征服 Norman　Conquest によって成立したノルマン王朝は、この「古来の慣習」を尊重するという趣旨の公約をしていたけれども、それはタテマエであって、実は 12 世紀半ころまでにしきりに新しい立法をも行なっていた。つまり、アングロ・サクソン時代から受け継がれた「古来の慣習」であると信じられたり、主張されたりしていた慣習のかなりの部分が、実は 1066 年以降のノルマン王朝時代(1066~1154)に創造された新しい「王国の一般的慣習 general custom of the realm 」であることが分かってきた。(……)そのような後世の立法をもひっくるめ「古来の」と称して、もったいをつけた理由は、ヨーロッパ中世ではゲルマン民族の地理的拡大に応じて「古いものは良いものだ」というゲルマン的慣習が維持されていたからであろう。(……)「王国の一般的慣習」と呼ばれたその法を「コモン・ロー」と呼ぶようになったのはエドワード一世治世中(1272~1307)かその少しあとであろう。(……)イングランドにあっては、ローマ法の影響はそれほど大きくはなかった。そのわけは、ノルマン王朝のヘンリー世 Henry I (1100−35)が「ローマ法の受け容れ」を拒んでいたからである。ただし、「ローマ法の受け容れ」を停止したからといって、彼がアングロ・サクソン時代の「古来の法」を維持したり復活したりするのに熱心だったというわけではない。イングランドが他の大陸諸国のようにローマ法体系に呑みこまれてしまわなかったのは、「古来の法」が維持されていたからというよりはむしろ、ヘンリー世によって「新たな立法」が始められたからだ、という見解が有力である。(坂東行和『法の世界とその周辺：法的思考と中世イギリス史』法律文化社 2001, pp. 10−11)

混合政体期

王政復古と名誉革命（1689）→ 権利章典（Bill of Rights, 1689）

君主制（国王）・貴族制（貴族院）・民主制（庶民院）の相互抑制。国会＝最高権力。

国王は国会の一構成要素と理解される（King in Parliament ← ブラックストンの定位）。

patronage・influence。官職叙任権（利益提供）と選挙干渉で庶民院をコントロール下に置く。

ベンサムの立法論 —— パノミオン構想

ベンサム（Jeremy Bentham, 1748-1832）
1776 『統治論断片』A Fragment on Government
1775 『釈義批評』A Comment on the Commentaries
1780 『道徳と立法の諸原理序説』An Introduction to the Principles of Morals and Legislation（出版 1789）
1782 『法一般論』Of Laws in General（出版 1945）
　　イギリス法の欠陥を指摘。立法による改革を主張。
　　哲学的背景 —— 功利主義（自然法思想との混在(ベッカリーアなど)を排除）

<u>イギリス法批判</u>
知り得ない法としての判例法、予期可能性の欠如。
理解のたやすい法典の提唱。立法による法改革。
　　「あらゆる人は自分自身の法律家 every man his own lawyer」

「コモンローにおいて我々は何の知識も持たない権利を自ら行使することはできない。義務についても、その知識が隠されているので几帳面に履行することはできない。これによりまったく不本意に処罰されてしまう。」(ベンサム)

「裁判官立法の主要な欠点は、おそらく、その破壊作業が明瞭になされることは全くないという点である。古い準則は廃止されうるが、当該の朽ちかけた殻は、完全な生命力を持ち、それ故に、すべての専売特許の危害を具備しており、法制度の中に目に見えない危害を与え続けるにちがいない」(メイトランド, Encyclopaedia Britanica 506 (11th ed., 1913) ``English Law")

<u>**功利主義** utilitalianism</u>
快楽と苦痛を基準に「最大多数の最大幸福」達成を法の目的とする。
　　・帰結主義 Consequentialism（行為の正しさは結果により決まる）
　　・集計最大化主義 Aggregate Maximization（効用の総量が正しさの基準）
　　・選好本位主義 Welfarism（各人の選好充足度のみが重要）
「幸福」＝快楽・苦痛の欠如 ← 快楽・苦痛の分類とリストアップ
立法の目的＝快楽の許可・奨励、苦痛の禁止。人工的苦痛によるコントロール

<u>功利主義の魅力</u>
規範経済学の誕生
　　価値論に対しシニカルだった経済学の変貌
単純性・斉一性
　　極めて一元的で整理された体系
経験主義的色彩
　　先験的・超越的な「原理」ではなく、実際的な経験を元にした理論
普遍的慈恵（受苦的存在への共感）
自由と平等の implementation（選好内容の無差別、選好主体の無差別）
責任倫理 Verantwortungsethik（←→ 心情倫理 Gesinnungsethik）
　　"fiat justitia, pereat mundus" 天落つるとも正義行なわるべし……の否定

功利主義の問題点

効用の通約不能性

個人間比較問題 → 平等理念の再解釈

基数効用から序数効用へ？

認識論的失敗

知識の限界……帰結・選好に関する完全情報は想定できるか？

Orwelian Distopia の問題

利益集団政治、現世代の専制

自生的秩序論による批判 e.g. ハイエク

自律への選好？

他律の苦痛 Qual der Heteronomie（H. Kelsen）

自由からの逃走（Erich Fromm）

責任の無限化

義務論の二面性（責任限定としての規範）

人格的同一性

過去の選好との連続性 etc. の不在

「贅沢な趣味」の問題（正当化できない選好）

ワイン好きの貴族とビール好きの庶民の設例

「8 人のサディスト」設例

調整の対象…… Survival Lottery 設例

選好形成の非独立性

認知的合理化（イソップのぶどう）

順応的選好形成（金の卵をうむガチョウと、その逆）

功利主義による具体的主張

普通選挙制・人口比例の定数配分 ←→ 観念的代表制（Virtual Representation）

「学識ある者」による陪審制

完全な法典の構想(パノミオン)

憲法典・民法典・刑法典とそれぞれの手続法典

主権者命令説

人工的苦痛としての刑罰 —— より大きな害悪の除去によってのみ正当化

犯罪の予防的観点

全世界への適用可能性を主張（ただし実施例なし）

> 「すべての国、人種、時代において、包括的で、唯一の擁護可能な目的である最大多数の最大幸福(……)に関する記述は同じ」(ベンサム「世界の立法者」)

1832: Reform Act（Representation of the People Act 1832; 国民代表法）

選挙権の拡大、選挙区改正 → 責任内閣制の成立

法典化

Bills of Exchange Act 1882（流通証券法）手形小切手

Partnership Act 1890（パートナーシップ法）

Sales of Goods Act 1893（動産売買法）

功利主義、その後

分析法学（analytical jurisprudence）

発達した法体系の構造と内容を分析、法の基本的概念と理論を解明……「在る法」の理論

ジョン・オースティン（John Austin, 1790−1859）

Lectures on Jurisprudence（1861）……法と道徳の峻別、主権者命令説

法実証主義の影響から「在るべき法」の理論は力を失う。価値相対主義との関係。

倫理学における継承

J. S. ミル（John Stuart Mill, 1806−1873）

1863 『功利主義論』 Utilitalianism

1859 『自由論』 On Liberty

民主政による多数者の専政、少数者への圧迫を指摘。

自由への干渉が正当化される場合を危害防止に限定

→ 他者危害原理（自由への干渉が許されるのは他者への危害防止の場合のみ）

モラリズム（moralism）・パターナリズム（paternalism）を批判。

善の構想の複数性を承認……「善に対する正義の優越」リベラリズムの中心理念

シジウィック（Henry Sidgwick, 1838−1900）

1874 『倫理学の方法』 The Methods of Ethics

J.S.ミル批判……「各人は現に自分の幸福を求める」という事実で功利主義は正当化可能か？

そこで、本書における私の目標は、(……)倫理学の異なる処方法を、私の限界が許す限り明晰かつ完全に解説し、それらの互いの関係を指摘し、それらが葛藤するように思われるところでは、できる限りその問題を定義することである。(倫理学の方法)

人々の通常の実践における倫理学の方法を三種類提示……暗黙の使い分け。

結論……功利主義は教義的直観主義の基礎付けになる。利己主義とは対等。

(1) 利己主義（利己的快楽説 Egoistic Hedonism）

自己自身の幸福・快が行為の究極目的。それを最大化するよう行為すべき。

(2) 功利主義（普遍的快楽説 Universalistic Hedonism）

人々の幸福・快が行為の究極目的。それを最大化するよう行為すべき。

(3) 教義的直観主義 Dogmatic Intuitionism

義務・徳など、直観的に把握される道徳的規則（教義）に基づいて行為すべき。

抽象的基本原理

(1) 正義の原理 the Principle of Justice

ある人のある行為が彼にとって正しいならば、その行為は同様の状況における同様の人すべてにとって正しい。《普遍化可能性・交換可能性》

(2) 合理的自愛の原理 the Principle of Rational Self-love or Prudence

人は自分の全体としての善を目指すべきである。その際、人は、得られる善の大きさや確実さに違いがない限り、一時点の自分の善と他の時点の自分の善とを同等に尊重するべきである。《人格の首尾一貫性・連続性》

(3) 合理的博愛の原理 the Principle of Rational Benevolence

人は、自分の善を人々全体の善の一部とみなす普遍的観点を取る限り、人々全体の善を目指すべきである。そのとき、各人には、公平に見ても他人の善の方が少ない、あるいは他人の善を知るか達成できる確かさがより少ないと彼が判断しない限り、自分自身の善と同等に他人の善を尊重する道徳的義務がある。

（奥野満里子『シジウィックと現代功利主義』によるまとめ）

どの倫理学の方法を採っても、あらゆる人が真理として受け入れるような自明の結論と主張。

法の批判可能性——ハート・フラー論争

●価値相対主義の問題

相対主義の支配

19c ～ 科学的合理主義 → 「神は死んだ（Gott ist tot.）」（F.Nietzsche）

「神々の争い」（M. Weber）→ 「価値自由」（Wertfreiheit）な科学の提唱

<u>価値相対主義</u>

ケルゼン Hans Kelsen（1881−1973）

1910 『国法学の主要問題』Hauptprobleme der Staatsrechtslehre（2nd Ed. 1923）

1934 『純粋法学』Reine Rechtslehre（2nd Ed. 1960, 3rd Ed. 1980）

特徴　反形而上学的経験主義

法の科学の確立とイデオロギー批判（方法二元論）

価値二元論……存在 sein と当為 sollen の峻別

> 実際、私は正義とは何か、人類の美しき夢である絶対的な正義とは何かということなど知らないし、それについて語ることもできない。私は相対的な正義で満足せねばならず、私にとっての正義とは何かということを語ることができるだけに過ぎない。学問が私の天職であり、それゆえ私の人生でもっとも大切なものである以上、私にとっての正義は、その庇護の下で学問が栄え、学問とともに真理や知的廉直も栄えることができるような、そうした正義である。つまり、私にとっての正義は、自由の正義、平和の正義、民主主義の正義、寛容の正義である。（ケルゼン「正義とは何か」）

「規範科学としての法学」Rechtswissenschaft als Normwissenschaft

問題……不寛容に対して寛容たり得るか

ナチズム・ナチス法の正統性をめぐる議論 → 自然法論の復権

●ハートとフラー……法の批判可能性をめぐって

<u>ハート——分析法学の展開</u>

ハート（Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907-1993）

1961 『法の概念』 The Concept of Law（2nd Ed. 1994）

1963 『法・自由・道徳』Law, Liberty, and Morality

主権者命令説（ジョン・オースティン）批判、日常言語学派の哲学

主権者命令説批判

法の制定者にも法は適用される

法創設行為のない法がある（慣習法）

立法権の継続性（主権者が変わっても法は継続する）

法の二類型

義務付ける法 —— 刑法が典型、従わなければ「違法」として制裁。

権利を付与する法 —— eg. 婚姻、遺言に関する法規定。

従えば利益（権利）、従わなくても保護を受けられないだけ。

一次的ルールと二次的ルール

二次的ルール

裁定のルール・変更のルール・承認のルール

「[承認のルールは]裁判所、公務員、私人が、一定の規準を参照しながら法を識別する、複雑ではあるが通常は調和のとれた実践としてのみ存在しうる。その存在はあくまで事実の問題である。」「[承認のルールは]妥当でも無効でもあり得ず、こうした仕方で用いられるのが適当であるとして単純に受容されている。」(『法の概念』)

一次的ルールと二次的ルールの結合 → 法の誕生

外的視点と内的視点

外的視点 … ルールを受容することなく、もっぱら観察者として関わる

内的視点 … ルールを行動の指針として受容し用いている集団の一員として関わる

「ルールに従う実践」としての法の意味

言語論的転回 linguistic turn

開かれた構造 open texture

日常言語に内在する制約、将来に対する予見可能性の限界 → 推論・帰結のあいまいさ

確実な核心部 core of certainty ……法的意味ははっきりしている

曖昧な周縁部 penumbra of doubt ……ルールの適用範囲がはっきりしない

周縁部において、裁定者の裁量が存在することを認める。

否定(概念法学)・全面的肯定(リアリズム法学)との対立

「実際、法の開かれた構造が意味するのは、次のことである。つまり、裁判所や公機関が諸々の状況を配慮しつつ、事案ごとに異なる競合する諸利害のバランスをうまく取りながら発展させるべき多くの点が残されていなければならないような、そうした行為領域が存在している。しかしながら、法の生命の大部分は、可変的な基準の適用と違い、公機関官吏と私人の両者を、事案ごとに新たな判断を要求することのない確定的なルールによって導く点にある。社会生活をめぐるこの顕著な事実は、(成文法であれ、判例によって伝えられたものであれ)何らかのルールの適用可能性について不確定性が生じる場合でも、真実であることにはやはりかわりはない。こういったルールの周辺部や先例理論が開いたままにしている領域においては、行政機関が主として可変的基準を明確にする際に行使するルール創設機能を、裁判所が行使する。先例拘束性の原理がしっかり根付いた法体系では、裁判所の機能は、行政機関が授権されたルール創設権限を行使する場合とたいへん似通ってくる。イングランドでは、こうした事実が形式的言辞によってしばしば曖昧にされている。というのも、裁判所は、この創造的な機能についてはそれがどんなものであろうと否定するし、制定法解釈の適切な課題は「立法者意思」の追求であり、判例利用の適切な課題はすでに存在する法の追求であると主張するからである。」(『法の概念』)

法と道徳

峻別(基本)

「自然法の最小限の内容」……法の内容には一定の限界あり

人間の本性・環境に関する自明の真理(可傷性、おおよその平等性、
限られた利他主義、限られた資源、限られた理解力と意志の強さ)

他者危害原則(J. S. ミル)に依拠

行為者本人の行為から本人を守ることを肯定

パターナリズムによる一定の修正・補完

フラー――自然法の復権

フラー（Lon L. Fuller, 1902-1978）

1940 『法の自己探求』 The Law in Quest of itself

1964 『法の道徳性』 The Morality of Law

経験主義による、実体的自然法・手続的自然法（法の内面道徳）の区別

背景　ナチズム・共産主義 ―― 全体主義的権力の誕生

普遍的法原理への関心（トマス・アクィナス的自然法論の復活）

法の二つの側面

理性……発見されるべき法

命令…… fiat、秩序の意志的形成

権力自体が法によって形成されている ← 法を権力の発動とする見方を批判

法は「目標追求的な企て」purposeful enterprise である

人々の「協働的な明確化」の努力による発見

義務の道徳性 morality of duty　人間の生存と社会生活を成立させるために必要

熱望の道徳性 morality of aspiration　できる限り実現に努力すべき理想

手続的自然法（法の内面道徳 internal morality of law）

(1) 規則の一般性の確立

(2) 公布

(3) 不遡及

(4) 明瞭さ

(5) 無矛盾性

(6) 服従可能性

(7) ある程度の恒常性

(8) 法と公権力の行動の一致

法であるために内在的な要請。合法性の原理 principle of legality

ハート対フラー

ハート: 法としての有効性を承認、一方道徳性の欠如から抵抗の可能性。

効力問題と遵法問題の分離。

フラー的法概念は法を道徳的に検討する可能性を奪うもの（法の神秘化）。

フラー: ハート的法概念は法をルール体系に還元している

「フラーのいう法の内在道徳は、結局、目的達成のための効率性にかかわる問題であって、言いかえれば、優れた職人技 craftsmanship と同じである。よって、それを道徳という名で呼ぶ必要はない。法に限らず毒殺といった犯罪行為にも「毒殺の職人技」があるだろうが、それを「毒殺の道徳」と呼んだりするだろうか。」（ハートによる『法の道徳性』書評）

「道徳の諸原理は社会的真空や万人の万人に対する闘争のなかでは機能できない。善き生を送るためには、人々の相互行為の確固とした基本的枠組によって支援されていることが必要であり、そして、それを提供できるのは――少なくとも近代社会にあっては――健全な法制度だけなのである。」（『法の道徳性』）

●リアリズム法学と CLS

<u>リアリズム法学</u>

1920 年代、アメリカで展開された法学の革新運動。

法道具主義（法は政策実現の道具）

行動の因果関係・帰結に対する考慮の必要性を主張。

形式主義的・機械主義的な法学観への批判。

「法的思考」による現実の社会的・政治的判断過程の隠蔽を指摘。

フェリックス・コーエン（Felix S. Cohen, 1907-1953）

1935 「超越論的ナンセンスと機能的アプローチ」 Trancendental Nonsense and Functional Approach

<u>前史: 社会学的法学 Sociological Jurisprudence</u>

O. W. ホームズ（Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841-1935）

法予測説「裁判所が実際にするであろうことの予測、それだけが私が法と呼ぶものである」

道徳から離れた「悪人」bad man の視点

カードーゾ（Benjamin Cardozo, 1870-1938）

パウンド（Roscoe Paund, 1870-1964）

「書かれた法」law in book に対する「動いている法」law in action の重視

19 世紀末以降・アメリカ社会科学の「科学化志向」

<u>リアリズム法学の二つの方向性</u>

ルウェリン（Karl Llewellyn, 1892-1962）……「ルール懐疑主義」rule-skepticism

裁判官に大きな裁量があることを肯定。「職人技」craftsmanship。

背後にある共通の制度（法学教育・推論様式・判決のスタイル）← 統一性・共通性。

法以外に裁判の帰結に影響している要素の科学的探求へと発展。

法人類学・法社会学・法心理学など。法文の不確定性を経験的研究で補完するプロジェクト。

ジェローム・フランク（Jerome Frank, 1889-1957）

1930 『法と現代精神』Law and the Modern Mind

1949 『裁かるる裁判所』Courts on Trial

判決を決定するのは裁判官の政治信条や「勘」hunch であると主張。

判決文は事後的な合理化の所産、判決は裁判官のパーソナリティと刺激の関数。

事実認定で決定的なのは非合理的ファクター（心証・偏見）

「事実懐疑主義」fact-skepticism

<u>CLS (Critical Legal Studies: 批判法学)</u>

1970~80 年代のさまざまな法学革新運動

「法と社会」Law and Society

「法と経済学」Law and Economics

不確定性 indeterminacy をめぐる問題

法における内在的な矛盾の存在 → 不確定性

補完としての政治的要素

ピーター・ゲイブル（Peter Gabel）

サルトルの実存主義哲学からの影響。

法的現実における「物象化」←→脱コード化 decode・具体化 concretize

「疎外されない関係性」unalienated relatedness の追求。

ダンカン・ケネディ（Duncan Kennedy, 1942-）
1976 「私法における形式と実質」Form and Substance in Private Law Adjudication
　　リベラリズムにおける個人主義と利他主義の分裂 → 私法に反映
1979 「ブラックストン『釈義』の構造」The Structure of Blackstone's Commentaries
　　個人と共同体のあいだの「根本的矛盾」fundamental contradiction
　　個人＝他者に向けられた存在、共同体の必要性
　　他者の存在による自由の制限

「[批判的実践の]課題は、こうした矛盾も実は人間の歴史的所産であるという事実と向かい合うことによって、自らの思考を脱神秘化することである。そうした矛盾を生みだし、また維持してきた社会が不滅でないのと同様に、こうした矛盾も決して不滅ではない。これを理解することは救済ではないとしても、励ましとなる。」(「ブラックストン『釈義』の構造」)

ロベルト・アンガー（Robert M. Unger）
1971 『知識と政治』Knowledge and Politics ……リベラリズムの包括的批判。
　　自由意思の尊重・「共有された価値」の無視 → 他者への単なる強制=支配 domination
　　一方、リベラリズムは一定の「共有された価値」を潜在的に含んでいるとも主張。
1976『近代社会の法』Law in Modern Society
　　リベラリズムは個人に立脚しつつ、個人を集団に埋没させる。
　　自己の欲望充足のために他者を利用。「共有された価値」の不在。
　　配分の正当化ができないために道徳的頽廃が発生するが、それが変革の契機になる。
　　i.e. 不安を感じる人々の「共同的連帯」communal solidarity → 法制度・法的判断形式の変革。

さまざまな理論的基盤
ヘーゲル、マルクーゼ（Herbert Marcuse, 1898−1979）疎外論と虚偽意識
　　→ ダンカン・ケネディ
グラムシ（Antonio Gramsi, 1891−1937）のヘゲモニー論
　　→ カール・クレア（Karl Klare）
　　1978 「ワグナー法の司法による非ラジカル化と近代法意識の起源」
　　Juducial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness
ウィトゲンシュタイン（Ludwig Wittgenstein, 1889-1951）言語ゲーム
　　→ パターソン（Dennis Patterson）『法と真理』Law and Truth
デリダ（Jacques Derrida, 1930−）脱構築
　　→ J. M. バルキン（J. M. Balkin）
　　1987 「脱構築的実践と法理論」Deconstructive Practice and Legal Theory
　　シュラーク（Pierre Schlag）
　　1991 「規範性と形式の政治」Normativity and the Politics of Form
　　ドゥルシラ・コーネル（Drucilla Cornell）
　　1992 『限界の哲学』The Philosophy of the Limit

デリダ自身のコミットメント
1989 『法の力』 Force de loi: Le ‹‹Fondement mystique de l'autorité››

失速あるいは拡散
　　フェミニズム法学（D. コーネル etc.）
　　批判的人種理論 Critical Race Theory（P. ウィリアムズ etc.）
　　ネオプラグマティズム（Richard Rorty, Stanley Fish etc.）