

批判法学は乗り越えられたのか？

—— マシュー・クレイマーの分析法理学的批判を題材に ——

見 崎 史 拓

目 次

序

1. なぜクレイマーの『客観性と法の支配』か？
2. クレイマーの〈法の客観性〉分析 —— 現代分析法理学の範型
3. クレイマーの批判法学批判
4. 反批判

結 語

【凡例・その他】

- ① 既出文献は省略形で記載する（編著者名の一部・年号・副題・出版社・雑誌名の省略）。
- ② 本稿で主題的に取り上げる Matthew Kramer (2007) *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press の表記は、脚注引用上「ORL」とする。
- ③ 本稿で参照するウェブサイトの最終訪問日は全て2022年2月1日である。

序

現在、我が国において批判法学（critical legal studies, CLS）⁽¹⁾は、現代的

- (1) 本稿で言うところの〈批判法学〉は、1970年代から90年代にかけて興隆したアメリカのものを指す。ヨーロッパやイギリス等においても批判法学は存在するが、影響関係はありつつも、実際には理論的・運動的距離のあるものが多く、本稿の射程には含まない。アメリカ外における批判法学の概要及び展開については、Emilios Christodoulidis et al. (eds.) (2019) *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar; James Stewart (2020) “Demystifying CLS: A Critical Legal Studies Family Tree,” 41 *Adelaide Law Review* 121; 吉田邦彦 (2015) 「第7章 アパルトヘイト廃止後の非所有者の所有法・知的所有法の展開 —— 南アフ

な意義を持つものとしてはほとんど論じられておらず、教科書の片隅、よくてもトピックの一つへと追いやられてしまっている⁽²⁾。その理由は、既に批判法学が乗り越えられており、いまや取り組むべきは批判法学のその先であると考えられているからだろう⁽³⁾。しかしながら、批判法学の〈乗り越え〉なるものは、批判法学を少なからず誤解した上に成立したものであり、批判法学の持つ可能性について、再度検討する必要性があるのではないか。

筆者は、そうした問題意識の下で研究を進めて複数の論文を執筆し、それらをまとめて博士論文として提出、博士号を取得している⁽⁴⁾。しかしながら、博士論文までの研究は、批判法学による法の不確定性論（不確定テーゼ）、とりわけロベルト・アンガーのその現代的・積極的意義について論じることができた一方で、批判法学に向けられた批判に対しては間接的・散発的に応答するにとどまり、直接的にまとまった形で反批判をおこなうことができていなかった。本稿は、博士論文までの研究の不足を補う、いわば補論として執筆されたものである⁽⁵⁾。

さて、批判法学の乗り越えを主張する議論は数多く、本稿でそれら全てを検討することは、紙幅の関係上不可能である。本稿で検討するのは、言語哲学の影響の下で緻密な概念分析をおこなうことを特徴とする、H.L.A. ハート以降発展してきた(現代)分析法理学(analytical jurisprudence)による批判法学批判である。以下では、世界的によく知られている法哲学者⁽⁶⁾、マシュー・

リカ法学見聞記」同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）—— 総論・アイヌ民族補償・臨床法学教育』信山社；関良徳（2020）『権論のパラドクスと抵抗への権利—— コスタス・ドゥジナスの批判法学』『一橋法学』19巻1号

(2) ただし、若干名ながら批判法学を評価し、それに依拠して議論する論者もいる。近年の著作で主たるものとして、船越資晶(2011)『批判法学の構図—— ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』勁草書房；吾妻聡(2021)「法概念としての障害—— 批判的法社会理論の一視角」『論究ジュリスト』36号

(3) そうした理解をよく示す著作として、和田仁孝(1996)『法社会学の解体と再生』弘文社；大屋雄裕(2006)『法解釈の言語哲学—— クリプキから根元的規約主義へ』勁草書房；那須耕介(2020)『法の支配と遵法責務』勁草書房

(4) 拙稿(2020)「批判法学の『可能性の中心』—— 民主的実験主義と社会的立憲主義の接合へ」博士論文、名古屋大学

(5) こうした本稿の補論としての性質上、批判への応答が主となり、批判法学の積極的意義については必ずしも厚く記述しない。そうした積極的意義については、前注の拙博士論文を参照されたい。

クレイマーの著作『客観性と法の支配 (*Objectivity and the Rule of Law*)』(2007)における批判法学批判を取り上げる。

1. なぜクレイマーの『客観性と法の支配』か？

なぜ数多くの論者がいる中でクレイマーを取り上げるのか。その理由は、クレイマーが、批判法学を批判する分析法理学に属する法哲学者の中でも最良の論者であると考えられるからである。クレイマーは、批判法学の最盛期である1985年に、批判法学の本拠地であるハーバード・ロー・スクールから法学博士号を取得しており、批判法学を理論のみならず肌で理解していると予想される⁽⁷⁾。また、名門であるケンブリッジ大学でも法哲学の学位を別途取得し、加えてそこで現在も教鞭を執り、H.L.A. ハートの問題意識を受け継いだ多くの影響力ある著作を執筆していることは、クレイマーがこの分野——分析法理学——の第一人者である証左だと言えるだろう⁽⁸⁾。

(6) ただし、その知名度に比し、日本においてはクレイマーを正面から取り上げた研究・紹介はあまりない。数少ない例として、森村進 (1999)「ロック所有論の批判的検討——MATTHEW H. KRAMER, JOHN LOCKE AND THE ORIGINS OF PRIVATE PROPERTY: PHILOSOPHICAL EXPLORATIONS OF INDIVIDUALISM, COMMUNITY, AND EQUALITY」『アメリカ法』1999-1; 瀧川裕英 (2003)「権利・権利侵害・責任の法哲学的考察——MATTHEW H. KRAMER (ed.), RIGHTS, WRONGS AND RESPONSIBILITIES」『アメリカ法』2003-1; 田中将人 (2017)「自由と卓越の麗しき調和? —— Matthew H. Kramer, *Liberalism with Excellence* (Oxford University Press, 2017)を読む」『政治思想学会会報』49号; 森村進(2019)「ハートの法理論はいかに発展させられるべきか——マシュー・H・クレイマーの近著『H. L. A. ハート——法の性質』を手がかりに」『一橋法学』18巻3号

(7) 第二の単著での謝辞に批判法学者が多く掲げられ、加えて同著は出版の数年前に亡くなった批判法学者マリー・フルッグに捧げるものとされている (Matthew Kramer (1994) *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconciliation*, Rowman & Littlefield, p.xviii)

(8) クレイマーの経歴については、<https://www.law.cam.ac.uk/people/academic/mh-kramer/51>及び当該ページからダウンロード可能なCVにて確認できる。クレイマーのハートからの影響、また分析法理学者としての代表性については、Claire Grant (2009) "Positivism and the Separation of Law and Morals, Fifty Years On," 37 *Political Theory* 167

クレイマーを取り上げるのはよいとして、ではなぜクレイマーの他の著作ではないのか。クレイマーをよく知る人であれば、彼の主著としてまず挙げるのは、『法実証主義を擁護するために (*In Defense of Legal Positivism*)』(1999)であろう⁽⁹⁾。そして、91年出版の処女作⁽¹⁰⁾、94年の第二作⁽¹¹⁾においてまとまった批判法学批判がなされており、とりわけ第二作の表題には *Critical Legal Theory* という語が使用されていることが、ただちに想起されるはずである。また、本書『客観性と法の支配』が入門書として出版されていることから⁽¹²⁾、本格的な研究書をあたるべきだという意見もあるかもしれない。

それでもなお、それらの著作ではなく『客観性と法の支配』を取り上げるのは、第一に、本稿が、分析法理学からの批判法学批判に対し反論を試みることを目的としているからである。『法実証主義を擁護するために』には、批判法学をまとまった形で批判している箇所がない。そして、処女作、第二作におけるクレイマーは、本稿が想定する分析法理学とは大きく異なる立場を取っており、脱構築 (*déconstruction*)、あるいはパラドックスを前面に押し出す議論に依拠して批判法学批判を展開している。たとえば、第二作でクレイマーは、たとえ優れた批判法学者であっても、客観性と主観性が部分的に混ざり合っている (*intermix*) と主張するにとどまっており、客観性と主観性が全面的に相互的な形成関係にあるという脱構築の真のラディカルさを見逃している、と批判する⁽¹³⁾。こうした批判は、本稿で検討対象とする分析法理学——概念を明確にし、混同されがちな対象を適切に区分することを特徴とするもの⁽¹⁴⁾——のそれとは明らかに異なるものであり、分析法理学からは逆に批判の対象となるだろう。さらに踏み込んで言えば、以上の

(9) Matthew Kramer (1999) *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press

(10) Matthew Kramer (1991) *Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction: Against Rhadamanthus*, Indiana University Press

(11) Kramer, *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism*

(12) ORL, p.xi

(13) Kramer, *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism*, pp.55-58. なお脱構築については、本稿 4. も参照されたい。

(14) その具体像については本稿 2. 以下で見る。

ようなクレイマーの批判は、批判法学に対する批判というよりも、批判法学内部の批判（内部抗争）として見ることすら可能なものである⁽¹⁵⁾。一方、これらの著作に対し、本稿で検討する『客観性と法の支配』は、明確に分析法理学の観点から⁽¹⁶⁾、批判法学批判を展開している。

第二に、本書の学術的な地位ゆえである。本書は、『法実証主義を擁護するために』には劣るものの、現時点（2022年2月）で処女作及び第二作の三倍以上引用されており、学界での、つまり研究書としての注目度も高い⁽¹⁷⁾。よく言われるように、書物が出版された時点で著者の意図を離れ、読者へと委ねられるのだとすれば、クレイマー自身の執筆の意図——法哲学の初学者向け——をそれほど考慮する必要はないだろう。批判法学後の〈新しい〉議論であり、かつ確立された地位にある本書に対し反論を加えることができれば、〈古い〉批判法学の議論を改めて検討する意義を示すことができると考えられる。

第三に、本書の批判法学批判が、様々になされてきた分析法理学的な批判のいわば総括的な地位を持つものだからである。本書と類似する観点から批判法学を批判する文献として、いくつか著名な文献があるが⁽¹⁸⁾、本書はそれらを踏まえ消化した上で、まとまった形の整理・批判を批判法学に対しておこなっている。よって、本書への反論が成功したならば、それらの先行研究に対しても——完全ではないにせよ——応えたということになるだろう。

なお、関連して、2007年出版という最新ではない著作を取り上げる理由について、少し触れておきたい。最新の研究を取り上げた場合、最新であるがゆえに学術的な評価が定まっておらず、これに反論することに成功したとし

(15) たとえば中原拓也は、批判法学の第二世代としてクレイマーの処女作を挙げている（中原拓也（1994）「構造主義以降の法哲学としての『批判的法学研究』」『法哲学年報』1993、pp.189-190, 193）。

(16) ただし、本稿3。以下で取り上げる批判の内、「⑤哲学的議論の誤用」については、分析法理学に特徴的な知見に基づいているものではない。

(17) <https://scholar.google.com/citations?user=6C-HwmYAAAAJ&hl=en>

(18) e.g. Lawrence Solum (1987) "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma," 54 *University of Chicago Law Review* 462; Jules Coleman and Brian Leiter (1995) "Determinacy, Objectivity, and Authority," in Andrei Marmor (ed.) *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press

でも、批判法学を再検討すべきだということの証明としては弱いという問題がある。そうした証明のためには、現在の法学（法哲学）の基層を既に形成しており、かつ批判法学よりも＜新たな＞著作を検討する必要がある。だからこそ、今から10年以上前に出版され、学術的地位を確立している本書を取り上げるのである。

以下、次のような構成で本論を展開する。まず、本書における、クレイマーの＜法の客観性＞分析を概観する（2.）。続いて、批判法学の批判が展開されている箇所を見る（3.）。最後に、そうした批判に対する、批判法学側からの反論を提示する（4.）。

2. クレイマーの＜法の客観性＞分析 —— 現代分析法理学の範型

まずは、クレイマーの＜法の客観性＞分析について、まとまった箇所を若干詳しく確認・紹介する。その理由は二つある。一つは、クレイマーに代表される、現代の分析法理学的なアプローチがどのようなものかを示すためである。教科書的に言えば、分析法理学とは、19世紀に誕生した法理論であり、ジョン・オースティンやH.L.A. ハートらを代表格とし、「法を学ぶ人々が法の基本的な原理や区別を理解し、法に関係する語句について正確な概念をもち、頭の中にひとまとまりの法全体の地図をもてるようにすること」を目標とするものである⁽¹⁹⁾。その帰結として、分析法理学は、概念をより細かく区分し明晰化を図るという方向に進み、道徳と法を概念的に混合してしまふ自然法論者や、運動法則(law)なども広い意味での＜法＞だ、などと主張するウィリアム・ブラックストーンといった論者が批判されることになる⁽²⁰⁾。以上のような説明は、我が国においても常識化していると言ってよいだろうが、その一方で、クレイマーらに代表される近年の分析法理学がどのような形で発展を遂げているかは、古典的著作に比し、必ずしも常識化していないように思われる。分析法理学的な批判法学批判を検討するにあたり、その当

(19) 戒能通弘 (2020)「第8章 イギリス型法実証主義の確立」同他『法思想史を読み解く —— 古典／現代からの接近』法律文化社、p.186

(20) 同上、p.187

えているか)をそれなりに詳細な形で提示することは、必須の作業であろう。

第二に、こちらがより重要であるが、クレイマーの批判法学批判への反論が、どのような含意・射程を持つかを明らかにするためである。クレイマーが本書で目的とするのは、一言でまとめれば、法の客観性を論証し、そうした客観性こそが法の支配と人の支配 (rule of men) を分かちのだと示すことにある⁽²¹⁾。批判法学に対する批判は、あくまでそうした論証の一部としてなされる。(クレイマーの考える)批判法学の主張が、どのような意味での客観性を批判するものであり、また逆にどのような客観性についてのものではないのか、そうした射程を明確にしなければ、クレイマーの主張全体が誤りであるとか、法の客観性はあらゆる意味で不可能になった、というような誤解を招くことになるだろう。一部を自らに都合のよい形で切り取り、単純化して批判・応答することは不毛である。批判法学もまたそのような形で歪められて論じられてきたと筆者は考えているが⁽²²⁾、本稿でそうしたやり方を——いわば意趣返しとして——繰り返すつもりはない。クレイマーに対して公平を期すためにも、一定のまとまりを取り上げて論じることは必須である。

さて、それでは早速、クレイマーが客観性という概念をどのように分析しているかを見ていこう。クレイマーは、法の客観性として語られている内容を区分し、次のような類型化をおこなっている (表 a⁽²³⁾)。

表 a：客観性の諸類型

大区分 (属)	小区分 (種)
存在論 (Ontological)	心理独立性 (Mind-Independence)
	確定的正解 (Determinate Correctness)
	画一的適用可能性 (Uniform Applicability)
認識論 (Epistemic)	間主観的識別可能性 (Transindividual Discernibility)
	不偏性 (Impartiality)
意味論 (Semantic)	真理判断可能性 (Truth-Aptitude)

(21) ORL, pp.xi-xii

(22) 筆者の批判法学像については、拙稿「批判法学の『可能性の中心』」

(23) ORL, p.2 で示されている表を基にレイアウト等修正を施したものを。

批判法学が検討・批判されるのは小区分中の「確定的正解」においてである。この箇所は、本稿にとって主題となる箇所となるため、順番は前後するが、確定的正解については次節(3.)に回し、それ以外の客観性の類型について紹介することにした(なお、クレイマーの議論の複雑さの関係で、心理独立性の記述が他の概念に比して若干厚くなっている)。

①心理独立性⁽²⁴⁾

心理独立性とは、文字どおり、人間の精神的な活動に依存しないということであるが、クレイマーはこれに以下のような二対の下位区分を設ける⁽²⁵⁾。

(1) 「弱い (weak)」心理独立性和「強い (strong)」心理独立性の区分
前者は個人の心からのみ独立していればよく、後者は個人からも集団からも独立している必要がある。

(2) 「存在的 (existential)」心理独立性和「観察的 (observational)」心理独立性の区分
前者は人間の心の活動に依存しないことを意味し、後者は誰の観察にも依存しないことを指す⁽²⁶⁾。

表 b

	存在的	観察的
弱い	事物・事象の発生やその継続は、どのような特定の個人の心的活動にも依存しない	事物・事象の性質は、特定の個人がそれをどう看取(観察)するかには依存しない
強い	事物・事象の発生やその継続は、個人的であれ集団的であれ、いかなる集団のメンバーの心的機能にも依存しない	事物・事象の性質は、個人的であれ集団的であれ、集団のメンバーがそれをどう看取(観察)するかには依存しない

24) ORL, pp.3-14

25) レイアウト上インデントを下げてあるが、直接の引用ではない。

26) クレイマーの説明は抽象的で分かりにくいいため、具体的な例で補っておこう。
見崎の<論文を執筆する>という行為は、そこに見崎という人間の意図が入りこ

クレイマーは(1)と(2)の下位区分を組み合わせて表bのような四象限を作る⁽²⁷⁾。そして、法が法として存続するかどうかは、法律家や役人の判断や努力に依存することは否定しがたいゆえに、法には強い存在的心理独立性はないが、絶対王政（朕は国家＝法なり）のような特殊な状況を除き、弱い存在的心理独立性を持つという。また、法は強い観察的心理独立性を持つとクレイマーは主張する。クレイマーは、裁判所（クレイマーは裁判所＝集団全体と等置している模様）が過去の判例の誤りを認め、判例変更した場合を想定せよ、と言う。このとき、過去の判例の時点において裁判所が法を間違っ
て観察していた、あるいは、現時点の裁判所が法を間違っ
て観察している
ということになる。このどちらが正しいにせよ、法は裁判所の観察から、強い意味で独立して存在するというを示している。集団が間違っ
て対象（法）を観察するという事態は、強い観察的心理独立性がなければありえないからである。

②画一的適用可能性⁽²⁸⁾

画一的適用可能性としての客観性とは、文字どおり、法規範をその対象となる誰に対しても画一的に適用することである。ただし、画一的適用可能性という一つの客観性に固執し続けるべきかは非常に難しい問題であり、個別ケースの事情を汲んで適用を変更することの是非についてもクレイマーは論じている。また、画一的適用可能性と中立性(neutrality)は異なるものであり、前者は基準の画一性、後者は影響の画一性を指すとして注意を促している。

③間主観的識別可能性⁽²⁹⁾

この意味での客観性とは、ある対象を認識する人々が、その対象の本質等について一致していることを指す。すなわち、認識の対象それ自体ではなく、

んでいるため存在的心理独立性の条件を満たしていないが、誰もそれを観察していない、あるいは観察者の理解が全く異なっても（例：見崎はタイピングの練習をしているようだ）＜論文の執筆＞として成立するので観察的心理独立性の条件は満たしていることになる。

(27) ORL, p.6 で示されている表を基にレイアウト等修正を施したもの。

(28) ORL, pp.38-46

(29) ORL, pp.46-53

認識する人々に焦点を当て、その人々の間での間主観性の確立を客観性として考える。これは存在論的な客観性とは大きく異なっており、クレイマーの挙げる例の一つだけ言及するならば、呪術師とその呪術の体系は、呪術師たちの間でこうした意味での認識的な客観性を持つことがありえるが、しかし存在論的には客観性を欠くということになる。

④不遍性⁽³⁰⁾

③と同様に、法それ自体ではなく、認識者側に主眼を当てた客観性である。この意味での客観性は、法判断に携わる者が、その判断における私利私欲を持たず、あるいは私利私欲によって決定を左右されない能力を持つことや、偏見や無知に基づいていないこと等によって達成される。クレイマーは、こうした意味での客観性を公務員が持つことが、法システムの実効性と信頼性を高めるがゆえに非常に重要であると指摘する。

⑤真理判断可能性⁽³¹⁾

ここで論じられているのは、法の条文や適用が真理値を持ちうるか、つまり真かどうかを検証できるかという問題である。一部の論者によれば、法的言明は、現実世界に正確な対応を持たない一種の喚き声（「ブー！」）のようなものであり、そうした喚き声が真理値を持たないのと同様に真理値を持たないというが、そうした理解はあまりに強固な科学主義に陥っているがゆえに誤りである、とクレイマーは主張する。

また、クレイマーは、この場合の客観性は、真理値が帰属可能かどうかという点についてのみのものであり、帰属可能であるからといってそれが道徳的に正しいか否かといったことには関係しないということに注意を促している。

3. クレイマーの批判法学批判

このように、クレイマーの客観性論とは、客観性を概念的に細かく分類・類型化・区分し、それぞれについて個別に論証していくというものである。以上はあくまで本書の部分的な紹介にすぎないので、より詳しい内容につい

(30) ORL, pp.53-68

(31) ORL, pp.68-82

ては、本書を直接あたっていただきたい⁽³²⁾。

さて、それではいよいよクレイマーの批判法学批判を見ていこう。クレイマーが批判法学を取り上げるのは、以上のような論証の一部、すなわち法解釈の客観性——クレイマーの用語では確定的正解——を論じる文脈においてである（本稿2.の表a参照）。

クレイマー自身の結論をまず述べておけば、真理は中間にある、というものである。すなわち、法解釈は全き不確定性に晒されているわけでも、逆に決まった正解が常に存在するというわけでもない。クレイマーが言うところの確定的正解としての客観性とは、ネーミングが若干ミスリーディングではあるが、絶対的な正解の存在を主張するものではなく、法解釈の不確定性の範囲が一定の範囲に収まることを指す。それゆえ、この意味での客観性は、あるかないかという二分法で語られるものではなく、程度問題（クレイマーの言葉では「スカラー的性質 (scalar property)」）として理解すべきである、とクレイマーは主張する⁽³³⁾。

クレイマーによれば、批判法学は、過剰に不確定性を強調してしまっているのである。そうした過剰さは、批判法学が不確定性という概念をあまりに単純化し、またその射程を理解していないがゆえに誤って導出されたのだ。

(32) 本稿がここまでで紹介したのは三部から構成される本書の第一部に該当する。参考までに、第二部と第三部の内容を簡単に述べておこう。第二部は、「法の支配」を形式的なものと道徳に強く結びつけられるものに区分した上で、ロン・フラーの「法内道徳 (internal morality of law)」をそれら法の支配の客観的な諸要素と理解し、概念的に分析するという内容である。具体的には、一般性の原則は程度問題なのか、程度問題だとしても一定の閾値を超えることが必然的に要求されるか否か、などが検討されている。「ハート＝フラー論争」という人口に膾炙した命名からも分かるように、クレイマー自身の属するハート以降の法実証主義と、フラーの法理論は対立的に理解されることが通常であるが、両者をつなごうとする興味深い取り組みだと言えよう（なお、ハート＝フラー論争についての近年における概観として、濱真一郎 (2020)『ハート対ドゥオーキン論争のコンテクスト』成文堂、第2章）。

第三部は、客観性と法の支配の関係性をより細かに考察するとともに、本書に関連する諸先行研究との異同を論じたもので、アンドレイ・マーモーらが検討されている。各論者の主張が若干単純化されすぎているきらいがあるが、英米圏の関連する議論を簡潔にマッピングするのに有用だろう。

(33) ORL, pp.14-15, 33-38

クレイマーは、以上のような認識に立って、批判法学に対する批判を以下の六点に渡って展開する。

① 裁判、とりわけ上訴審への過剰な着目⁽³⁴⁾

批判法学は、裁判、とりわけ最高裁判決等の上訴審を検討の対象とすることが多い。批判法学は、これらの裁判例から法解釈が複数ありうることを論証しようとするが、明らかにサンプルに偏りがある、とクレイマーは主張する。すなわち、法的問題において、裁判にまで発展し、上訴審まで争われるケースはごく一部にすぎない。ほとんどの法的問題は、裁判で争うまでもない当然の答えを持つものとして解決されており、だからこそ我々は安定的な生活を送ることができている。裁判まで発展するケースは、法解釈の難しい、ハード・ケースの割合が明確に高くなる。そうした偏りにもかかわらず、裁判にまで発展したごく一部のみを取り上げることで、批判法学は、法の不確定性の射程を過大に拡張してしまっている。批判法学は、裁判（とりわけ上訴審）と、法解釈実践一般とを混合してしまっているのである。

② 証明不可能性と不確定性の混同⁽³⁵⁾

クレイマーによれば、法解釈が証明可能である (demonstrable) とは、法に携わる良識ある全ての人々が、ある法解釈を認識し、その解釈を支持するということである。それに対し、不確定性は、法それ自体の性質についての議論、すなわち存在論なのであって、法解釈において実際に全員一致を見るかという問題とは無関係である。

またこれに類似して、予測不可能性 (予測可能性) と不確定性 (確定性) の混同が挙げられる。法解釈が割れていて、どのような法判断がなされるか予測がつかないということと、法それ自体が実際に不確定性を持つかは別の問題である。実際、法が仮に不確定だとしても、裁判官らの傾向を見れば、結果を予測することが可能な場合がある。

批判法学者らは、以上のような区別が全くできていないのだ。

(34) ORL, pp.16-17

(35) ORL, pp.17-19

③競合と不確定性の混同⁽³⁶⁾

複数の法解釈が競合している (competing) ということが、直ちに不確定性の存在を証明することにはならない。不確定性が存在すると言えるためには、複数の法解釈が同程度に強力なものであり、優劣をつけられないことが必要だとクレイマーは主張する。批判法学は、複数の法解釈の存在から直ちに不確定性を導出してしまっている。

④確信の欠如と不確定性の混同⁽³⁷⁾

確信の欠如 (uncertainty) も不確定性と混同されがちであるが、異なる概念である。クレイマーによれば、批判法学者らは、前者まで不確定性概念に含めることにより、不確定性の射程を不当に拡張しているのである。確信の欠如は、認知的な不安を意味するものであり、存在論である不確定性とは議論の次元を異にする。また、確信の欠如にとらわれているとき、人は、法が確定的であることはもちろん、不確定的であることも断言できない。確信の欠如は、どちらとも判断できないという状態を指す。そして、自らの、あるいは他者の法解釈に確信がないということは、誰もたどり着けていないだけで確定的な正解が存在するという可能性を排除しないのである。

⑤哲学的議論の誤用⁽³⁸⁾

批判法学のような極端な不確定性を主張する法理論は、哲学の議論に目を眩まされ、かつその哲学を誤用していることが多い。クレイマーが例に挙げるのは、後期ウィトゲンシュタインの議論を応用して法の不確定性を論証しようとする一派である。彼によれば、ウィトゲンシュタインの議論は、法の問題には関係しない。ウィトゲンシュタインが示したのは、規則に従うということが一種の公理のようなものであり、それ以上分析できないということである。ウィトゲンシュタインの批判は、規則に従うこと自体が無益であることや不可能であるということを示唆するものではなく、不確定性の論証には使えない。

(36) ORL, p.19

(37) ORL, pp.19-21

(38) ORL, pp.21-25. なお、当該批判は大陸哲学の知識からのものであり、分析法理学的な特色が強く出たものとは言い難いが、重要な批判であり、ここで併せて取り上げる。

⑥行政裁量についての誤解⁽³⁹⁾

一部の批判法学者は、警察や検察といった行政機関の法判断上の裁量があまりに甚だしく広いことから、法の不確定性を主張する。しかしながら、クレイマーによれば、こうした主張は、裁量権の範囲をあまりに広く見積もっており、少なくとも自由民主主義の国家においては十分な統制が効いていることを見逃している。また、そもそも行政府の裁量は、法的に与えられている、つまり法によって許容されているのであって、裁量の存在によって法の客観性を否定することはできない。批判法学者たちは、裁量というものの性質を十全に分析できていないがゆえに、的外れの批判をしているのである。

4. 反批判

以上、クレイマーによる〈法の客観性〉分析及び批判法学批判を概観してきた。クレイマーの議論に対し、哲学的観点から違和感を覚えた方もいるかもしれない。たとえば、様々な区分がなされたが、果たしてその区分はいかなる意味で有用なのか(単に区分しただけではないのか)、観察的心理独立性を存在論のカテゴリーに含めるべきか、などの批判・疑問は容易に思い浮かぶ。

しかしながら、本稿の目的は、批判法学の立場からの反論を示すことである。哲学的な検討については、他の専門家に委ね、そちらの参照を乞うことにしたい⁽⁴⁰⁾。

以下では、上記3. の①～⑥について、それぞれ批判法学からの(ありうる)応答を示していく。

①裁判、とりわけ上訴審への過剰な着目

批判法学は、クレイマーの主張するように、裁判、とりわけ上訴審に注目しすぎているのであろうか。ここで、批判法学の〈始まり〉にして、金字塔となったテキストを見てみよう。まずは、批判法学におけるリベラリズム(「リ

(39) ORL, pp.25-33

(40) 本書を哲学的な観点から批判的にレビューしたものとして、Veronica Rodriguez-Blanco (2008) "Review of Matthew H. Kramer, Objectivity and the Rule of Law," *Notre Dame Philosophical Reviews* (<https://ndpr.nd.edu/reviews/objectivity-and-the-rule-of-law/>)

ベラル・リーガリズム (liberal legalism)』⁽⁴¹⁾ 批判の基礎を形成したロベルト・アンガーの『知と政治 (*Knowledge and Politics*)』(1975)及び『近代社会における法 (*Law in Modern Society*)』(1976)である。一読すれば明らかなことであるが、両著作において裁判例の事細やかな分析はされておらず、主として取り上げられるのは、イマヌエル・カントやトマス・ホブズといった思想家やマックス・ヴェーバーといった社会学者たちである。法の不確定性は、法システムにおける部分的な問題なのではなく、社会全体を覆う思想的状況にその根源があるのであり、だからこそアンガーは、リベラリズムの「部分的批判 (partial criticism)」ではなく、「全面的批判 (total criticism)」を必要としたのである。(この時期の) アンガーの見解に基づけば、法の不確定性の根源は、裁判例といった表層 (部分) に求められるものではなく、「深層構造 (deep structure)」にあるということになる⁽⁴²⁾。

また、「根本的矛盾 (fundamental contradiction)」という、批判法学の不確定テーゼにおける鍵概念を提示したダンカン・ケネディの論文「ブラックストン法積義の構造 (*The Structure of Blackstone's Commentaries*)」(1979)も、裁判例を無視しているわけではないが、主たる作業は、アメリカにおいても多大な影響を与えたとされる⁽⁴³⁾、ブラックストンの4巻本『イギリス法積義 (*Commentaries on the Laws of England*)』(1765-1769)⁽⁴⁴⁾の分析である。ケネディもまた、不確定性の淵源を裁判例の中にはなく、より一般

(41) 批判法学から見た主流派法学の総称であり、概念的にそれほど安定していないが、法と政治を峻別し、法及びその解釈の客観性や中立性を主張する人々が念頭に置かれている。近年、本概念を再検討したものとして、Justin Desautels-Stein (2012) “The Market as a Legal Concept,” 60 *Buffalo Law Review* 387

(42) Roberto Unger (1975) *Knowledge and Politics*, Free Press; Roberto Unger (1976) *Law in Modern Society*, Free Press

(43) ただし、アメリカ法への継受という通説的見解はまだ十分に検証されていないとする見解もある(大内孝(2008)「ブラックストンと『アメリカ法形成期』考——序」『法学(東北法学)』72巻3号)。

(44) 『イギリス法積義』について初版の年号を記載してあるが、ケネディが参照しているのはエドワード・クリスチャン編の通称<12版>(1793年から順次刊行)である。『イギリス法積義』の文献情報及び各版の変遷については、大内孝(2020)「『イングランド法積義』の底本選択の難しさについて——ブラックストン『イングランド法積義』全訳作業ノートから(9)」『法学(東北法学)』84巻2号

的な構造・議論の中に求めていると言える⁽⁴⁵⁾。

もちろん、批判法学内には、連邦最高裁判例等に着目する議論も多く存在する。しかし、それらの多くは、裁判例を梃にして不確定性を法解釈一般に普遍化するというよりは、連邦最高裁等の政治的・社会的影響力に鑑みて司法に言及するという、便宜的なものにすぎない。だからこそ、法意識の形成と裁判所の言説分析を地続きのものとして論じるという、批判法学の一つの型が形成されるのである⁽⁴⁶⁾。

②証明不可能性と不確定性の混同

この二つの区分は、クレイマーの指摘を待つまでもなく、批判法学が前提にしているものであるように思われる。批判法学は、クレイマーが言う証明不可能性、すなわち人々の間で法解釈が分裂していることから、法の不確定性を主張するのではない。むしろ、批判法学は、本来的に法は不確定であるにもかかわらず、主流派たるリベラル・リーガリズムに属する人々の法理解・法解釈が自然化されてしまっているからこそ、それを批判するために、不確定性を主張するのである⁽⁴⁷⁾。そうでないならば、わざわざ法の不確定性を主張する意味もないだろう。

関連して、クレイマーが同じ箇所であげている予測不可能性(予測可能性)と不確定性(確定性)の区分は、早い段階で批判法学の間で意識されている⁽⁴⁸⁾。リベラル・リーガリズムに基づく人々がどのような法解釈を選択するのは(少なくともかなりの程度は)予測できる。その選択が現状肯定的かつ不当

(45) Duncan Kennedy (1979) "The Structure of Blackstone's Commentaries," 28 *Buffalo Law Review* 205

(46) こうした研究の方向性の典型として、カール・クレアのものが挙げられる。我が国における紹介として、石田眞(1989)「『批判法学』からみた労使関係と法——『ワグナー法』論争をめぐって(1)(2)」『季刊労働法』152号・154号

(47) こうした主張の最も純粋な形を示すものとして、デイビット・ケアリズ(1991)「法的推論」同編『政治としての法——批判法学入門』松浦好治他訳、風行社

(48) e.g. Joseph Singer (1984) "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory," 94 *Yale Law Journal* 1, pp.19-25; Charles Yablon (1985) "The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation," 6 *Cardozo Law Review* 917

なものであると予測できたからこそ、批判法学者の多くは不満を持ったのである。批判法学者の考えるところ、それは唯一のものではなく、教育によるイデオロギーの挿入によって形成されるものにすぎない。だからこそ、批判法学は法教育、とりわけ法のイメージを形成する初年度の教育にこだわるのである⁽⁴⁹⁾。

③競合と不確定性の混同

確かに、クレイマーが言うように、複数の法解釈が存在するという事は、それらの間に優劣が存在しないということを意味しない。しかし、そもそもここで言う〈優劣〉の感覚はどこから来るのか、と批判法学者の多くは問い返すであろう。

②の反批判とも関連するが、批判法学が法教育に着目する理由の一つはここにある。すなわち、その〈優劣〉は、人々の認識から独立した客観的な基準が存在することによって測られるのではなくて、軍隊や監獄での規律訓練と同じように、強制によって形成され植え付けられた基準によって決せられるのではないかと批判法学者の多くは考える。これは、予測(不)可能性について触れたところと同様なのであり、法教育の在り方によって、この感覚は変化しうるのである。だからこそ批判法学は、主流派に代わる法教育を提示することにこだわったのである⁽⁵⁰⁾。

また、ここは批判法学内でも見解の分かれるところであるが、新たな〈優劣〉の基準を形成することで、法解釈の〈優劣〉を逆転・変化させようとする論者もある⁽⁵¹⁾。たとえば、分かりやすいところで言えば、批判法学の中でもマルクス主義に強く影響された一派は、解釈の〈優劣〉の基準として、

(49) e.g. Duncan Kennedy (1980) "First Year Law Teaching as Political Action," 1 *Law and Social Problems* 47; Jay Feinman (1985) "The Failure of Legal Education and the Promise of Critical Legal Studies," 6 *Cardozo Law Review* 739

(50) 船越「第5章 監獄としてのロー・スクール」同『批判法学の構図』

(51) 若干単純すぎる区分ではあるが、合理主義（あるいは「北派(northerners)」と呼ばれる）に属する批判法学者はこうした基準の形成が可能であると考え、非合理主義（あるいは「南派(southerners)」と呼ばれる）に属する論者は、こうした再建は不可能だと考える（Gary Minda (1989) "The Jurisprudential Movements of the 1980s," 50 *Ohio State Law Journal* 599, pp.619-20）。

階級闘争の進展や資本主義の克服を置く⁽⁵²⁾。いずれにせよ、批判法学は、競合と不確定性の区分それ自体を成立させる<優劣>そのものに疑問を付そうとしたのであり、それに対して競合と不確定性を混同しているという批判を加えるのは、的を失していると言わざるをえないだろう。

④確信の欠如と不確定性の混同

確かに批判法学は、確信の欠如にあたるような、法律家たちの認知的な不安をたびたび指摘してきた。アンガーは、神の存在を真摯に信じられなくなった祭司(priest)という比喻を用い⁽⁵³⁾、近年のケネディは、法律家たちは自らの法解釈に付きまとう不安を自身と対抗する法解釈に投影すること(〈相手方の法解釈は政治的選好の発露にすぎない!〉)で自身の不安を拭い去ろうとしていると主張する⁽⁵⁴⁾。

しかしながら、このことは、批判法学が確信の欠如と不確定性を混同しているということを意味しない。実際、批判法学は、たとえば①で触れたような、リベラリズム分析に基づく不確定性論等を別途展開しているのである。批判法学者が認知的不安に言及するのは、そうした認知的不安を感じつつもそれから目を背けている法律家を批判し、またそうした不安から安易に確実性や確定性を保証してくれる議論に飛びついてしまうという傾向に釘を刺すためである。確信の欠如という認知的な不安の存在を指摘することは、不確定性を証明するためにしているのではないし、もししているのだとしても、少なくとも、確信の欠如のみが不確定性を生み出しているのだという主張には直結しない。

⑤哲学的議論の誤用

筆者には、ウィトゲンシュタインをはじめとした、批判法学が応用する哲学的議論が誤解に基づくものであるのか、判断する能力がない。しかしその

52) 拙稿(2018)「批判法学の不確定テーゼとその可能性(1)——法解釈とラディカルな社会変革はいかに結合するか」『名古屋大学法政論集』276号、pp.221-224

53) Roberto Unger (1983) "The Critical Legal Studies Movement," 96 *Harvard Law Review* 561, p.675

54) e.g. Duncan Kennedy (2014) "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought," 25 *Law and Critique* 91

上でも、そうした哲学的議論を利用する批判法学者からの応答を予想することは可能である。

一つは、誤解していることそれ自体は問題ではない、というものである。すなわち、重要なことは、今まで見ることでできなかった視点から法を論じることができる点にあるのであって、そうした視点が元となった哲学についての真に正しい理解であるのかは、さほど重要ではない。とりわけ、批判法学の中でもポストモダニズムに強く依拠する人々からすれば、〈誤読〉は創造的——その意味は様々であろうが——であればむしろ推奨されるのであり、特権的な唯一のテキスト解釈という考えはそれ自体受け入れがたいものだ、と主張することは容易であろう⁽⁵⁵⁾。

別のありうる応答として、〈正しい理解〉なるものは語りの中で変化する、というものが考えられる。例として、(本稿でも既に登場している)脱構築という概念に着目しよう。ジャック・デリダの脱構築が、批判法学において頻繁に言及・応用されてきたことはよく知られているが⁽⁵⁶⁾、脱構築は必ずしも通時的に安定した概念ではない。従来、60年代に脚光を浴び生まれた脱構築は、テキスト分析・観察に用いられてきた概念であり、批判法学による応用は、左派的に都合よく法的・政治的に曲解したものになすぎない批判されてきた⁽⁵⁷⁾。しかし、実際のところデリダは、80年代以降、倫理的・法的・政治的性質を持つものとして脱構築を語るようになっていく(これ以降のデリダを「後期デリダ」と呼ぶというのが、一つの標準的な解釈である⁽⁵⁸⁾)。

(55) 〈誤読〉の持つ積極的意義について、分野等文脈が少し異なるが、Harold Bloom (1975) *A Map of Misreading*, Oxford University Press; 山内志朗 (2013)

『「誤読」の哲学——ドゥルーズ、フーコーから中世哲学へ』青土社

(56) 邦語で読めるデリダの入門書でも取り上げられている(高橋哲哉(1998)『デリダ——脱構築』講談社、pp.185-188)。

(57) 批判法学流の脱構築を批判的に検討したものとして、John McCormick (2000) “Schmittian Positions on Law and Politics?: CLS and Derrida,” 21 *Cardozo Law Review* 1693; Pierre Schlag (2005) “A Brief Survey of Deconstruction,” 27 *Cardozo Law Review* 741

(58) ただし、後期の主張の萌芽をどこに求めるかは難しい問題である。近著において宮崎裕助は、80年代以降を後期とする区分を踏襲しつつも、70年代半ばのデリダのテキスト「アメリカ独立宣言」に重要な転機を見出している(宮崎裕助(2020)『ジャック・デリダ——死後の生を与える』岩波書店、pp.25-27、第2章)。なお、

そうした後期デリダの主著と目される『法の力 (*Force de loi*)』(1994)⁽⁵⁹⁾が、批判法学のカンファレンスでの講演原稿を基に編まれたものであるという事実は、ここで明記されてよいだろう⁽⁶⁰⁾。このように、<正しい理解>なるものもまた、通時的に揺れ動くものなのであり、クレイマーのように断定的に誤用だと切って捨てることはできないように思われる。

⑥行政裁量についての誤解

まず強調しておきたいのは、批判法学は、行政裁量が存在するから法は不確定であるという単純な主張をしているのではない、ということである。批判法学の行政府・行政法批判として最も著名なものとして、ジェラルド・フルッグの論文があるが⁽⁶¹⁾、これは官僚制を法的・政治的に擁護しようとする議論を四つの理念型——(1)行政は単なる立法の手足あるいは機械であり、裁量は必要最小限しかないとする形式主義、(2)専門家としての能力を高く評価し、裁量を肯定的にとらえるモデル、(3)司法府による外的な統制の重要性を強調する議論、(4)多様な政治参加や市場メカニズムに基づいて、官僚組織に参与することで生まれる合意・均衡に基盤を見出す市場主義・多元主義モデル——に区分し、それらが説得力を欠くものであることを、先に

デリダ自身は、そのような転向があったということについて否定的であるが(ジャック・デリダ(2009)『ならず者たち』鶴飼哲他訳、みすず書房、p.85)、これはむしろ、<正しい理解>なるものは語りの中で変化するという主張を補強するものとして解することが可能だろう。もちろん、これはあくまでありうる理解の一つであり、他の読みもありうる。転回を認める一般的なデリダ理解と、デリダ自身の主張とのずれをいかに考えるべきか検討した著作として、亀井大輔(2012)「歴史・出来事・正義——後期デリダへの一視点」『立命館文学』625号

59) ジャック・デリダ(1999)『法の力』堅田研一訳、法政大学出版局

60) 関根小織(2005)「デリダ法哲学と宗教論における約束と信」『宗教哲学研究』22号、p.54

61) Gerald Frug (1984) "The Ideology of Bureaucracy in American Law," 97 *Harvard Law Review* 1276. 1996年時点のランキングであるが、1984年に公刊されたアメリカの論文の中では引用数第9位、全期間中では80位にランクインしており(Fred Shapiro (1996) "The Most-Cited Law Review Articles Revisited," 71 *Chicago-Kent Law Review* 751)、2022年2月現在のGoogle Scholar 上の引用数は971である (https://scholar.google.com/scholar?hl=ja&as_sdt=0%2C5&q=%22The+Ideology+of+Bureaucracy+in+American+Law%22&btnG=)。

見た脱構築といった道具立てに依拠しつつ、100頁以上にわたって丹念に論じたものである⁽⁶²⁾。クレイマーが言うほどに単純な主張ならば、これほどの頁数は不要だろう。本論文は、クレイマーと同様に〈客観性〉を大きな主題・分析視角として掲げているものであり⁽⁶³⁾、またクレイマー自身過去の別の著作で引用・検討しているのだが⁽⁶⁴⁾、本書においてこのフルッグの論文が取り上げられなかったのは、端的に言って不可解でならない。

むしろ批判法学よりも単純なのはクレイマーの方である。自由民主主義社会においては、裁量の濫用・逸脱は法の客観性を損なうほど多くないとクレイマーは主張するが、行政裁量がいかに歪みを生んでいるかという研究は(批判法学に限らず)枚挙にいとまがなく⁽⁶⁵⁾、また仮に現在は適正な裁量の下で政府が活動しているとしても、将来的にどうなるかは全く定かではない。

クレイマー自身、おそらくそうした弱みに気付いており、あるべき公務員像について、本書の別の箇所では頁数を割いて論じている⁽⁶⁶⁾。この箇所は、端的に言えば、個々の公務員の良心を最後の拠り所としてしまっている、かなり明けてプリアミティブな規範論となっており、精緻な概念的分析に徹

(62) ただし、フルッグの批判・検討対象は官僚制組織一般であり、企業準じて会社法も射程に含まれる。本文中の四類型の説明は、本稿の目的に鑑み、行政法的観点に寄りつつ記述したものであることに注意されたい。官僚制をいわゆる公的機関に限らず論じるのはマックス・ウェーバー来の伝統であるが、この点についてはさしあたり、高橋俊夫(2006)「第3章 M. ウェーバーの官僚制と経営経済学」同『組織とマネジメントの成立——経営学の奔流』中央経済社

(63) Frug, "The Ideology of Bureaucracy in American Law," pp.1286-1292. ただし、フルッグがおこなうのは、主観性と分離可能な客観性があるという思考に対する批判である。

(64) Kramer, *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism*, pp.46-47. ただし、分析法理学者になる以前の、脱構築論者のクレイマーである(本稿1. を参照)。

(65) さしあたり Daniel Ho (2017) "Does Peer Review Work?: An Experiment of Experimentalism," 69 *Stanford Law Review* 1, pp.99-103に挙げられている諸文献の他、我が国については、実際に運動に飛び込み行政と格闘した哲学者の記録である、國分功一郎(2013)『来るべき民主主義——小平市都道328号線と近代政治哲学の諸問題』幻冬舎; 行政事件訴訟の当事者となり、行政が司法府の判断を無視する実態をつぶさに観察・検討した、馬場健一(2019)「行政は司法判断に従うか? ——情報公開からみる日本の法治行政の実情」『法社会学』85号

(66) ORL, pp.64-68

して——少なくともしようとして——いる本書の中でも明らかに異質である。これは、客観性と主観性の脱構築という、フルッグが先の論文で全編にわたって主張する事態そのものに他ならない。すなわち、クレイマーが法の支配＝客観性と対比させようとしていた人の支配＝主観性は、このクレイマーの説明において、ほとんど区別できなくなってしまう。この説明では、良心的な独裁者による統治も、法の支配に含まれてしまうだろう。皮肉ではあるが、クレイマー自身がかつて依拠していた脱構築により⁽⁶⁷⁾、現在の分析哲学者としてのクレイマーの主張は、破壊・解体されてしまっているのである。

結 語

以上、批判法学に対するクレイマーの批判を検討してきた。これらの批判は、一見説得的に見えるかもしれないが、いずれも十分に反論可能なものである⁽⁶⁸⁾。本稿が検討した批判法学批判は、あくまで一部にすぎず、反批判で取り上げた批判法学者も選択的なものではあるが、<新しい>議論が既に乗り越えたとする<批判法学>は、乗り越えやすいように歪められた虚像でしかない可能性がある。批判法学の主張を受け入れるにせよ峻拒するにせよ、今一度その理論的含意を精査する必要があるのではなからうか。

【謝 辞】

本稿は、西村友海氏（特任助教・大阪大学）、三浦基生氏（日本学術振興会特別研究員・慶應義塾大学）との研究会での報告を基に原稿化したものである。有益なコメントをくださった両名に対し、記して感謝申し上げる。もちろん、本稿での誤りの責任は、全て筆者にある。

(67) クレイマーのかつての議論については、本稿1. を参照されたい。

(68) ただし、本稿の議論によりクレイマー側の再反論が全く不可能になった、というわけではないことは注意されたい。多くの論争がそうであるように、批判・反批判の応酬は（ほとんど無限に？）継続可能である。たとえば、自由民主主義国においても行政裁量の濫用が常態化しているという本稿の指摘に対しては、そうした国は実質的に自由民主主義国ではなく、法の客観性＝法の支配がそもそも存在しないのだ、と返答することができるだろう。