

ドゥオーキンの法理論における 原理の役割と機能

——批判的法学研究との対比を手掛かりに——

早 川 のぞみ

目 次

はじめに

1. 法における原理の所在
 - (1) リーガル・リアリズムのルール懐疑主義
 - (2) ルール中心の法理論——ハートの「司法裁量」論
 - (3) ドゥオーキンの法実証主義批判
2. ドゥオーキンの法解釈論
 - (1) 原理重視の法理論
 - (2) 「インテグリティ (integrity) としての法」論
 - (3) 構成的解釈
3. 批判的法学研究
 - (1) ケネディの法理論の概要
 - (2) ドゥオーキン批判
4. 検討
 - (1) 原理中心の法理論の特徴
 - (2) ドゥオーキンの法理論とその基礎
 - (3) 解釈の客観性
5. 原理の規範的意義と機能——批判的法学研究の限界

結語

キーワード：ロナルド・ドゥオーキン，ルール／原理／政策，
法的思考，批判的法学研究，ダンカン・ケネディ

はじめに

裁判官は、法をどのように解釈するのか。特に、法の解釈が困難な事案（いわゆるハード・ケース）において、裁判官はどのような仕方でも法的判断を下すのか。このような問題に関して、ロナルド・ドゥオーキン（Ronald Dworkin）は、法には法的「ルール（rule）」とは異なる法的「原理（principle）」という要素があり、裁判官は単純に事実をルールに適用するだけではなくて、法内在的な原理を実現することによって正しい解釈を導き出す、と論じている。

ドゥオーキンの法理論・法解釈論の基本的特徴は、裁判官の法的判断において「原理」が重要な役割を果たしているとする点であり、さらに、この原理が、「個人の権利」と強く結びつく仕方でも理論が組み立てられている点にある。これらの特徴から、裁判官が判決を導く際には、法的ルールの背後にある法的原理を援用する法的思考（いわゆる、「原理思考」）が採用されることとなる——これは、法的ルールの適用という演繹的推論の様式（いわゆる、「ルール思考」）とは異なる仕組みと構造を備えている⁽¹⁾。さらに、裁判官は、正義や公正といった原理に訴えることによって道徳的解釈を下す。

ドゥオーキンの法解釈論は、原理思考を採用することから、法を動的に解釈する側面を備えている。これは、法をルール中心のモデルとして捉えて、法解釈の問題をルールに画定されている具体的意味内容を把握することにあると理解する法実証主義的な理論とは異なる特徴を有している。現代英米における法解釈方法論としては、たとえば、A. スカリアの「オリジナリズム」の立場などが、かかる法モデルの代表的な理論である⁽²⁾。こうしたルール中心の法理論に対して、ドゥオーキンの理論は、制定されたルールの具体的意味内容をめぐり争いがあるとき、そのルールの背後に埋め込まれている原理にまで遡ることによって、一方で、既存の法との整合性を維持しつつ、また同時に、正義や公正に照らして法的に保障され実現

されるべき権利とは何かを導き出そうとする。裁判官の法的判断とは、一方で、確定的な法によって完全に拘束されたものでもなければ、また他方で、法の拘束性から完全に解放された裁判官自身の価値判断や政治的判断に委ねられたものでもない。ドゥオーキンは、そうした裁判官の法的思考の構造を「原理」的な思考を導入することによって説明している。冒頭で述べた、裁判官は法をどのように解釈するのかという問いに関して、ドゥオーキンは、法を原理中心のモデルとして理解し、法的問題を権利主張の実現可能性をめぐる問題として捉えていくのである。

ところで、現代の英米法理学のなかには、「法の不確定性」の問題を出発点として、裁判官はルールを適用することによって判決を下すという形式的な説明を批判し、法の規範的拘束力それ自体を限りなく否定的に捉える理論として「批判的法学研究 (critical legal studies)」がある。この学派の代表的論者の一人であるダンカン・ケネディ (Duncan Kennedy) は、法の背後にあるルール以外の諸規準はすべて「政策 (policy)」に還元されると理解したうえで、これらが法的思考をどのような仕方で基礎づけていくのかについて、独自の理論化を試みている。ケネディは、一方で、ドゥオーキンと同様に、ルールの背後にある法的諸規準 (原理や政策) に注目しながらも、他方で、ドゥオーキンと異なり、法の支配や正統性を支える根本的なイデオロギーに関して、人々の理解の仕方があまりにも大きく対立していることから、これらの背景的な諸規準が、裁判官の法的判断を決定づける重要な要素とはなりえないと考えている。

ドゥオーキンの原理思考とは、個人の権利を実現し保障することによって解釈を正当化するというものであり、裁判官の法的判断には、権利をめぐる道徳的判断が自ずと含まれている。そして、ドゥオーキンは、何が法的に実現される権利であるのかについて議論が錯綜するような場合であっても、それにも関わらず法的に正当化しうる解釈を導出できるとする。この点に対して、批判的法学研究は、「法的主張の対立が極めて深く分裂し錯綜するなかにあった、正しい解釈を導き出すことは根本的に不可能なのではないか」という疑問を投げかけているのである。

ドゥオーキンのように法を原理中心に捉える法理論・法解釈論を探求するうえで、批判的法学研究が投げかけるこの問題について、慎重に考察しなければならない。すなわち、法的原理が裁判官の法的判断に対してどのような仕方で作用するのか、ドゥオーキンの理論構想の成否が問われている。

本稿では、批判的法学研究のケネディの理論と対比することによって、ドゥオーキンの法理論における原理の役割と機能について検討する。以下では、まず、どのような問題関心のもとでルール背後にある原理や政策が、注目されるに至ったのかを確かめ(1.)、ドゥオーキンの原理中心の法理論の特徴を整理し(2.)、さらに、批判的法学研究のケネディによるドゥオーキン批判を取り上げて(3.)、比較・検討する(4., 5.)。

この作業を通して、ドゥオーキンの原理中心の法モデルが、法の支配を限りなく否定的に捉えて、裁判官の法的決定とは、既存の法による規範的制約を受けず、裁判官自身の政治的・道徳的な価値判断に大きく委ねられる、とする批判的法学研究の理論とは一線を画していることを改めて明らかにする。そして、ドゥオーキンの提唱する、法の背景的要素である原理に依拠する法理論の意義を確かめる。その際に、とりわけ権利論という観点から、ドゥオーキンのように原理を権利論拠として捉えることの意義について再考する。

1. 法における原理の所在

(1) リーガル・リアリズムのルール懐疑主義

20世紀初頭にかけて展開された、アメリカのリーガル・リアリズムは、裁判官の判決が法的ルールを適用することによって下されるという説明に対して、それは「形式主義的」であり「機械的」とであると批判し、ルールの一般性・拘束性を限りなく否定的に捉えた。(これはルール懐疑主義と呼ばれる。)この運動は、「法の不確定性」の問題を指摘したうえで、裁判官が、現実には、事案の適正な解決へ向けて、法を発展的に形成する機能

を果たしており、そこでは、ルールの適用とは異なる仕方で、裁判官の判断に種々の社会的要素・心理的要素が作用していることを指摘した。⁽³⁾このリーガル・リアリズムによる、法の不確定性の問題およびルールの適用に関する形式主義批判を受けて、特にハード・ケースにおける裁判官の判決形成の方法と法的思考の仕組みを解明することが、英米法理学における重要な検討課題となった。⁽⁴⁾すなわち、裁判官の法的判断は、ルールの適用という法的思考様式のみによって捉えきれるのか、それとも、法的ルールの背景的要素としての諸規準（原理や政策など）が、裁判官の法的判断を何らかの仕方で作用しているのか。⁽⁵⁾

現代の英米法理論のなかに見出される理論的な見解の相違は、その根本において、法の一般的性質とは何か、また、裁判官の法的思考の方法と構造とはどのようなものかに関する理解の違いに由来する。とりわけ、法におけるルールおよび原理（或いは、政策といったルール以外の諸規準）が法理論のなかでどのように位置づけられるのか、さらに、裁判官が法を解釈・適用するときに、ルールや原理がどのような仕方で法的判断を基礎づけるのかに関して、それぞれの理論は基本的に異なる見解をとっていると考えられる。

(2) ルール中心の法理論——ハートの「司法裁量」論

H. L. A. ハートは、リーガル・リアリズムによる法の不確定性および形式主義批判を受けて、法的ルールの「開かれた構造」について分析を行っている。ハートによれば、法的ルールには、その具体的意味内容がはっきりとしている「中核的な確固」とした部分と、そうではない内容の曖昧な「半影の部分」がある。これが、一方で、法的ルールの適用に関して何の疑問も生じないような標準的で明瞭な事例を、そして、もう一方で、そのルールに内含されるか否かについての議論の余地がある不明瞭な事例を作り出している。特に、裁判官がハード・ケースに直面する場合に、裁判官を単一の決定へと導く法が欠損しており、いわば不完全な形でしか法が規則化されていない。そのような場合には、裁判官は自らの「司法裁量

(judicial discretion)」の範囲内において、法的ルールの中身が何であるのか、その効力範囲はどこまで及ぶのかについて、その具体的な内容を創造的に補充しなければならない。たしかに、かかる裁判官の裁量権限は、さまざまな法的制約を受けている。しかしながら、裁判官は、不完全な法内容を補ういくつかの決定の選択肢のなかから、あたかも立法者の如く自らの良心に基づいて法を選択している。その意味において、限定的ながらも「裁判官による法形成 (judicial law-making)」が実践されていると理解するのが適切であるとハートは説明する。⁽⁶⁾

このように、ハートは、法的ルールの不確定的な特徴を踏まえたうえで、法とは基本的にルールの総体であるという基本的理解を維持した理論を提示している。⁽⁷⁾

(3) ドゥオーキンの法実証主義批判

以上のようなルール中心の法理論は、(a)ある社会の法を、特定の法的妥当性の基準を設定することによって識別することのできる特定の諸ルールの総体であり、かかる妥当する法的ルールが法の全てであると理解している。それ故、(b)このような法的ルールによって明確にカバーされない事案では、もはや法を適用することによっては、事案を解決することはできない。かかる事案において、裁判官は自らの裁量を行使することで判決を下すことが求められる。その際、彼は、もはや法秩序によって拘束されることなく決定を下すことが許される。また、(c)ある人に法的義務（法的権利）があるということは、彼に一定の作為ないし不作為を命ずる（或いは、権利を付与する）法的ルールが存在するということを意味する、と理解している。⁽⁸⁾

ハートの理論は、(a)に関して、あるルールが法的な効力をもつための基準として「承認ルール」を掲げている。ハートは、権利義務を付加する個別具体的なルールを「一次的ルール」と呼び、そして、この具体的なルールを承認し、或いは、変更、裁定する授権的なルールを「二次的ルール」と呼んで、法をルールの複合的秩序として捉えている。さらに、二次的ルー

ルのなかでも「承認ルール」があらゆる法的ルールの妥当根拠として理論の中心に据えられている。すなわち、あるルールが法的ルールであるか否かは、この「承認ルール」という法の究極の基準に由来すると理解されている。⁽⁹⁾このようなルール中心の法実証主義的な理解に立つことによって、ある具体的な事例に適用できる法的ルールが存在しない場合や、ルールはあるけれどもその内容が極めて不明瞭であるような場合には、裁判官が自分の司法裁量を行使することによって新しいルールを創造する余地がある、と考えられているのである。⁽¹⁰⁾

これに対して、ドゥオーキンは、法実証主義が、裁判官の法的判断における原理の重要な機能を見失っていると批判している。⁽¹¹⁾彼は、次のように論じている。

法律家が、[法的]理由づけについて、あるいは、法的権利や義務について争うとき、[そして、]特にハード・ケースにおいて、これらの[法的権利や義務といった]概念が最も大きな問題となるとき、かれらはルールとして機能する規準ではなくて、これとは全く異なる仕方で作動する原理や政策、その他の諸規準を利用して⁽¹²⁾いる。

ドゥオーキンは、法的推論において、「原理」が重要な役割を担っているのであって、法実証主義がいうように、裁判官に対する完全な自由裁量が認められているわけではない、と論じている。彼は、裁判官が法的判断に際して、原理を考慮に入れなければならないのであって、この意味において、裁判官たちは法的原理に拘束されている、と理解しているのである。⁽¹³⁾

このように、ドゥオーキンによれば、(a)法の中には、ルールとは異なる論理的な性質をもつ原理が含まれている。しかも、(b)明示的なルールが欠如しているようなハード・ケースでは、裁判官が原理を援用することによって判決を導出する。さらに、(c)法的権利や義務とは、法的ルールがある場合にのみに導出されるのではなくて、法の背後にある原理からも導出される理論的な可能性がある、⁽¹⁴⁾と考えられている。

ドゥオーキンは、このようにルールにおける原理の要素に注目する原理中心の法モデルを提唱する。彼は、原理を基礎に置く一個の統合的な法秩序を構想することによって、裁判官は、法的原理に訴えることによって常に既存の法から道徳的解釈を整合的に導き出すことができると理解する。このように理解することによって、法の内容が不確かな事例において、裁判官の判決をどのように法的に正当化しうるのかという課題に対して、1つの理論を提示するのである。

2. ドゥオーキンの法解釈論

(1) 原理重視の法理論

ドゥオーキンは、ルールと原理（政策）が、どちらも特定の状況における法的権利義務に関する法的決定を指示する規準であるけれども、それらは、ある決定を指示する仕方が異なっているという。ルールとは、全か無か (all-or-nothing) という仕方で適用される規準である。たとえば、「有料高速道路で法的に承認された最大速度は、時速60マイルである」というルールにおいて、制限時速を超えた速度で運転した場合には、そのルールに違反することになる。このように、ルールとは、当該ルールの構成要件に該当する事実が存在するならば、そのルールに具体的に規定されている法効果が適用されるような規範であり、その効力の有無 (validity) が問題となる法的規準である。⁽¹⁵⁾ これに対して、原理とは、「ある決定を一方へ或いは他方へと向かわせる要素であり、もしある原理が適当であるならば、裁判官はそれ [原理] を必ず考慮に入れなければならない」とされる法的規準である。たとえば、不当利得の禁止や公正取引の原則などの私法上の一般原則、憲法の基本的人権などが例として挙げられる。ある事例において、ある原理Aが別の原理Bと衝突する場合に、原理間の衡量を経ることによって、いずれか一方が優先的に適用されることになる。たとえば、原理Aが原理Bに優先される場合には、原理Aが判決を最終的に決定づける論拠となる。しかしながら、これによって、他方の原理Bが法的に完全に無効

とされることはない。この点、ルール同士が対立する場合には、一方のルールが無効となる。ドゥオーキンは、原理とは、そのような「重み」あるいは「重要性」の次元を有しているという。かかる原理がルールの背後にあり、特定の具体的事案で複数の原理が相互に衝突する場合には、裁判官はその対立を解消するべく、その都度関連するすべての原理の重みを考慮に入れられなければならない、とドゥオーキンは考えている⁽¹⁶⁾。

さらに、ドゥオーキンは、個人の権利を支える原理論拠を、社会全体の福利といった集合的目的を支える政策論拠から区別している。ドゥオーキンは、個人の権利は集合的目的に対抗しうる「政治的切り札」であると考え、裁判官の判決は、そうした個人にとって不可欠な基本的権利を実現するからこそ正当化されうると主張する。それ故、裁判官の法的判断は、原理論拠を規準とすべきであって、政策論拠を規準とすべきではないというのである（「権利テーゼ」⁽¹⁷⁾）。ここに、法的問題とは、法に内在する原理を探り出すことによって、法がいかなる権利を保障するかを追求すること——すなわち「権利を真剣に考えること」——である、というドゥオーキンの探求する主題がある。

ドゥオーキンは、かかる原理が法の「基礎にあり」、法のなかに「埋め込まれている」と捉えており、法を一連の諸原理から成り立つ「継ぎ目のない網」であると理解している。法をルールだけでなく原理によって構成することで、法が沈黙して曖昧であるようなハード・ケースであっても、裁判官は、あたかも法が無欠缺であるかのように、法に内在する原理を探り出すことができる。この意味において、裁判官は常に正しい解釈を導き出しうるのであって、法を創造することはありえないと解されている⁽¹⁸⁾。

(2) 「インテグリティ (integrity) としての法」論

ドゥオーキンは、たとえ法的に保障される権利が何かをめぐり見解の分かれる問題であっても、法的・道徳的に正しい解釈を導き出せるという。そこで、さらに、実定化された法のなかに「埋め込まれている」原理を、どのように探り出すことができるのか、が検討すべき重要な問題となる。

ドゥオーキンは、「インテグリティとしての法」という理論を提唱する。

ドゥオーキンは、法実証主義であれ自然法論であれ、法概念や妥当性の基準を一定の仕方と定めて、そこから規定される固有のルールのみが法であり、法とは確定的で不変的な社会的ルールの総体であるという理解に対して否定的である。彼の理論の根底には、法秩序が政治的・道徳的な共同体の上に構築されており、人々は、正義や公正、手続的デュー・プロセスをはじめとしたさまざまな共通の原理に支配されている（原理の共同⁽¹⁹⁾体）、という理解がある。ドゥオーキンは、かかる共同体を法秩序としてひとつに纏め上げる根本理念として「インテグリティ」を掲げる。この理念のもとで、法とは、一方で、政治的・道徳的共同体の原理を最善の仕方と制度化し具体化したものであり、また同時に、そうした共同体の原理を完全に実現するものとしては、いわば部分的であり不完全なものであると解されている。それゆえ、裁判官は、歴史的に制度化されてきた整合的な諸原理に適合すべきことを要求されると同時に、すべての人々に対して等しく及ぼされる正義や公正といった実質的価値に照らして最善の解釈を導き出すことを要求されている。

(3) 構成的解釈

「インテグリティとしての法」において、裁判官は法を構成的に解釈する。構成的解釈は、連鎖小説の創作行為に例えられる。裁判官は、既存の法の過去の文脈に適合させ、同時に将来的展望から、法というひとつの大きな物語の続きを最善の仕方と描き出すような仕方と法を解釈する。これは、次の2つの次元で考えられている。第1に、過去の法との関連において、原理的な整合性が保たれることが要求される。これは、適正な解釈といえるために満たされなければならない条件となり、裁判官の法的判断に対する法的制約となる。もっとも、この整合性のテストを満たすことのできる解釈は、複数ありうることが想定されている。そこで、さらに、第2に、正当性のテストに付されることとなる。このテストでは、法の総体において、より善い解釈となるのはどのような解釈かについて、より実質的

な判断が行われる。そこでは、裁判官は、自分自身の政治道徳的信念に依拠しながら、競合する原理間の優劣関係を判断していく⁽²⁰⁾。

このように、ドゥオーキンによれば、裁判官は、既存の法制度との原理的な整合性を満たしながら、正義や公正に照らして法的に保護される権利とは何かについての最善の解釈を導き出しうるのである。

3. 批判的法学研究

以上のようなドゥオーキンの理論は、法をルール中心に理解する法実証主義的な理論とは異なる基本的特徴を備えており、今日の英米理論上、形式主義的な法の適用を継承する立場やオリジナリズムなどとは対極的な立場に立っている⁽²¹⁾。ケネディも、また、法の不確定性の問題および法的ルールの形式的な適用に対する批判的なアプローチから、ルール以外の法的規準に注目している⁽²²⁾。批判的法学研究は、構造主義・ポスト構造主義の哲学的基礎から、法を政治的なものとして理解し、法の支配および法の拘束性を消極的・否定的に捉えている⁽²³⁾。この学派のなかには、ロベルト・アンガーのように、裁判とは結局のところ政治的な決定であり、法的理由づけの仕組みについて分析することには何の意味もないと簡潔に捉える理論もある⁽²⁴⁾。これに対して、ケネディは、裁判官の判決形成において、ルール以外の規準がどのような仕方で作用するのかについて、より詳細に検討している⁽²⁵⁾。

(1) ケネディの法理論の概要

(i) 法の不確定性、および、ルールの形式的な適用に対する批判

ケネディは、法における構造上の欠缺 (gap)、衝突 (conflict)、曖昧性 (ambiguity) が問題となるときに、裁判官による法形成 (judicial law making) が行なわれていると理解し、裁判官の実質的な価値判断を基礎づけるルール以外の法的規準があると理解している。もともと、彼は、ハートの「司法裁量」論に見られるように、適用可能な法的ルールがなければ裁

判官は法に何ら拘束されることなく立法者と同じ様に自由な立法行為を行えるとは考えておらず、ルールの背後には、ルールとは異なる法的規準である原理や政策が存在していることを認め、それらの機能を強調している点において、むしろドゥオーキンの理論と共通している。その一方で、ケネディは、ドゥオーキンの次の考え方に対して、すなわち、原理思考を導入することによって道徳的判断が不可避となるにも関わらず、それでもなお、裁判官は原理によって方向づけられた正しい解釈を導き出しうるといふ考え方に対して、疑問を投げかけている。ケネディは、ドゥオーキンの理論を「整合性説 (coherence theory)」と呼んで批判的に検討している。そして、ケネディ自身は、裁判官が判決を形成する際には、裁判官個人個人の抱えているイデオロギーの関与が非常に大きいと考えており、ルール以外の法的な諸規準のなかでも、とりわけ「政策」が重要であると論じている。ケネディは、裁判官による政策的判断を理論上明確化するとともに、この機能を重視する理論を提唱している⁽²⁶⁾。

(ii) 形式的ルールおよびルールの背後にある法的規準

ケネディは、1つの法命題から、異なるレトリックを駆使することによって、様々な法的主張が展開されていることに注目している。彼は、実際の法実務の中で争われている議論主張が、次の2つの要素によって基礎づけられていると論じている⁽²⁷⁾。第1に、法的問題における実質的な判断は、「個人主義 (individualism)」と「利他主義 (altruism)」という2つの正反対の思想・観念に由来する⁽²⁸⁾。そして、第2に、これらの実質的な判断を基礎づけるための形式的規準として、一般的な「ルール (rule)」とは別に、法的な「規準 (standard)」がある。一般的なルールとは、明確に定義づけられて確定的に処理することが可能な規範である。これに対して、法的な規準とは、具体事例において、より抽象的な社会的価値や理念を含む主張を支える規準である⁽²⁹⁾。

ケネディは、法的思考の構造を、この2つの要素によって理論化している。彼は、法律家の法的理由づけが、その外形的な部分において、様々な法的諸規準を駆使して展開されており、自覚的であれ無自覚的であれ、解

釈者自身の抱くイデオロギーを（すなわち、その水面下では、個人主義ないし利他主義という二極的な発想を）反映して判断されている、と論じている。

法律家たちが使用する反対方向へ向かうレトリックの様態は、より深層的なレベルでの矛盾を反映するものである。この深層レベルにおいて、我々は、自分自身を超えたところで、そして、自分自身のなかでも分裂している。ここでは、人類と社会との間の調和しがたい見方が分かれているのであり、また、我々の将来にとって [どのような姿が望ましいのかに関する] ラディカルに異なった志望 (aspiration) が分かれているのである。⁽³⁰⁾

ケネディの理解によれば、法の形式的な規範として、確定的なルールとその他の原理や政策といった法的な諸規準がある。但し、法的ルールの拘束力は自明の前提とはされていない。一般性および不確定性を備えた法は、確固としたルールとして解されることもあれば、原理や政策といった法的規準として解されることもありうる。ある法命題の形式的な規準をどのように理解するのかという問題は、個人の利益か公共の福祉かといったより実質的な判断を踏まえて下される。そして、さらに、その実質的判断は、深層部分において、個人主義か利他主義かという解釈者個人の抱くイデオロギーと結びつくことによって下されている、と理解されている。

このように、ケネディの理論において、形式的レベルでの法命題の捉え方が、実質的レベルでの具体的な価値判断に大きく依拠していると考えられている。そこではルール、原理、政策といった形式的な法的な諸規準が、すべて広義の意味での「政策」に包含されている。そして、特にハード・ケースにおける判決の正当化に際して、裁判官は、この広義の「政策」論拠に依拠して法的理由づけを行っている⁽³¹⁾と解されているのである。

(2) ドゥオーキン批判

ドゥオーキンの理論では、法的規準である「原理」は、単に結果思考的な論拠としてではなくて、むしろ解釈を方向づける指標として機能してい

る。そして、裁判官は、裁判官自身の政治道徳的信念に依拠しながらも、法的に正しい答えを獲得することができるかと理解されている。ケネディは、ドゥオーキンの法解釈論の理論的前提に対して、いくつかの批判を展開している⁽³²⁾。

(i) 原理と政策の区別に対する批判

ケネディによる1つ目の批判は、ドゥオーキンの原理と政策の区別に関するものである。ドゥオーキンは、裁判官は政策論拠に依拠するのではなくて、権利に関する原理論拠にのみ依拠しなければならないと論じている。これに対して、ケネディは、実際の裁判実務では、政策に基いた法的理由づけが行われていると論じている⁽³³⁾。

ケネディは、純粋に政策論拠に依拠した法的理由づけが行われている事例として、*Farwell v. Boston & Worcester R. R. Corp.*⁽³⁴⁾ を挙げている。この事案では、ある被用者が、同僚の被用者の過失によって損害を被った場合に、雇用者に対して損害賠償請求を求めることができるのかが問題となった。判決は、雇用者には賠償責任はないと判断した。その判決理由の中では、次のように述べられているとケネディは指摘している。

特定の関係性のなかで生じる権利義務について考慮する際には、裁判所が政策および一般的な便益について考慮に入れて審理する権限を有しており、[裁決が下された]ルールを実際に適用するとしたら、全ての関係する当事者についての安全や安心を促進させる最善の仕方⁽³⁵⁾で、[決定を]下さなければならない

このように、ケネディは、「正統な司法の行態の中から、裁判上の解釈が結果主義者 (consequentialist) や社会福祉志向的な政策論拠を単純に排除してしまうことは、少なくとも [裁判] 実務に『適合している』ということ⁽³⁶⁾はできない」と批判している。

(ii) 法的権利の概念批判

ケネディのもう一つの批判は、裁判官は原理論拠に依拠することによって正しい解釈を導き出さうというドゥオーキンの見解に向けられている。

すなわち、裁判官の判断が、政策的判断ではなくて個人の権利に関する法内在的な原理についての判断であるとするならば、そこで裁判官自身の個人的なイデオロギーを排除することは可能なのか、とケネディは問う。

このドゥオーキンに対する批判は、ケネディによる法的権利の概念に対する批判的な分析と不可分に結びついている。ケネディは、「法的権利の理由づけは、道徳的ないし道具的論拠についての解釈が複数ありうるのと同じ様に、イデオロギーの影響を排除できない⁽³⁷⁾」と述べている。

実証主義的な法理論は、制定された(或いは、宣言された)実定法が存在してはじめて法的権利について論じることができる、と説明する。ところが、現実の裁判においては、こうした条文や先例に明規されていない権利を法的に認めるかどうかが大きく争われている。そうした錯綜する法的議論を踏まえて、ケネディは、法実証主義とは異なる仕方で法的権利の概念を説明しようとする⁽³⁸⁾。

もっとも、ケネディは、ドゥオーキンのように、法が実定化される以前から実現されるべき道徳的権利(道徳的原理)があるとは考えていない。彼は、次のように述べている。

[批判的法学研究の立場から] 法的権利を批判するポイントは、一般的に左翼的な計画を追及する過程のなかで、法的理由づけの操作可能性を解明しようとした点、および、一般的に言われている権利論拠と政策論拠との間の区別をなくした[すなわち、権利論拠の優先性を排除した]⁽³⁹⁾点にある。

そして、1つの法命題からは、法的権利があるという主張も、また反対に、法的権利はないという主張も、同じように提示することができる⁽³⁹⁾と論じている。

第1に、もし主張される権利が法的ルールである……と論じられるときには、我々は、政策論拠を精一杯駆使してそれ[ルール]を解釈する。その権利がどのようなもの「である(is)」かは、法的論拠の一般的な手続きに開かれ

ている。第2に、もし主張者が、ある権利を主張する際に、あるルールを適用することを根拠に訴えるのであれば……一方の側で主張される権利と他方の側で主張される権利との間の衡量 (balance) が必要であることを示すことによって、ミニマリストの内的批判は法的権利の理由づけを政策的理由づけへと還元する⁽⁴⁰⁾。

ここで、ケネディは、「法的権利の理由づけの問題は、政策による理由づけの問題へと還元される⁽⁴¹⁾」と論じている。

その衡量を決定づけるものは、1つ、或いは、2つの権利に由来する一連の理由づけではなくて、第3の手順によるものである。それは、明らかに開かれた構造の [なかに含まれている] 論拠を、すなわち、道徳、社会的福利、期待、そして、制度的な適正や行政能力などを考慮することによって下されるのである。これらは、いずれも、ルールの解釈の見せ掛けの客観性や閉鎖性についての現象を排除するものではない。それは、その合理的な基礎づけの土台を突き崩すものなのである⁽⁴²⁾。

ケネディは、法的議論の深層部分では、それぞれの権利主張を支えているイデオロギーが対立している、と理解している。そして、いずれの権利主張を採用するのかは、それぞれのイデオロギーのうち、いずれの方がより好ましいかについての考え方に委ねられている⁽⁴³⁾。言い換えれば、何が法的に保障される権利であるかに関する結論は、ドゥオーキンがいうように法内在的な原理に帰属することによるのではなくて、むしろ裁判官自身の政策的論拠に依拠する判断であるとケネディはいうのである⁽⁴⁴⁾。

(iii) 自由主義的な法理論に対する懐疑

ケネディによると、自由主義を追求する法理論は、司法が国家の多数決主義的立法に対抗する手段を提供するものであると考えられてきた。しかしながら、アメリカの裁判実務は、しばしば制度化された法秩序を維持する保守主義的な態度をとってきた。ここに、自由主義的な法理論が、しばしば陥るジレンマがあるとケネディはいう。彼は、これを「自由主義的リ

ーガリズムのジレンマ (dilemma of liberal legalism)」と呼んでいる⁽⁴⁵⁾。ケネディの問題関心は、制度化された法のなかで見落とされている権利や利益がありうるとすれば、それを法理論上どのように保障しようのか、ということにある。そこで、ケネディは、法の支配を強固なものとは捉えず、むしろ法に対する批判的議論を通して、権利があるか否かを問うことによって法を再構築できる法理論を提示しようとする。ケネディが、法的規準の形式性を指摘して、裁判の判決がイデオロギーの影響を免れ得ないと考えた理由も、ここにある。

こうしたケネディの自由主義的な法理論に対する懐疑的な視点は、ドゥオーキンの権利基底的な法理論にも向けられる。ドゥオーキンは、具体的な法的問題を取り上げて、自身の法理論から道徳的権利を擁護する自由主義的な解釈を導き出してみせる。彼は、公教育における人種隔離政策を平等原則違反としたブラウン判決を支持する一方で、歴史上差別を受けてきたマイノリティの福利を実現する積極的差別是正措置を正当化する。また、憲法上明記されていない諸々の道徳的権利を憲法上保障しようとする。これに対して、ケネディは、ドゥオーキンの法理論が極端な保守主義でもなければ、また、極端な左翼的なりべラルでもなく、相当程度にりべラルな解釈へと落ち着こうとするという⁽⁴⁶⁾。ケネディからすると、ドゥオーキンの解釈論は、平等主義的な要素を含んだ自由主義的なイデオロギーを土台としており、それは、ケネディが退けようとする自由主義的な法理論の1つのモデルに過ぎないのである。

4. 検 討

ドゥオーキンの原理中心の法理論・解釈論は、既存の法との原理的な整合性を満たしながら、正義や公正に照らして法的に保護され実現される権利とは何かについての最善の解釈を導きだす理論である。この理論では、権利主張の対立が生じ、原理間の衡量が問題となることが想定されている。ドゥオーキンによれば、いずれの原理論拠が法的判決を最終的に基礎づけ

るのかは、裁判官自身の政治道徳的信念を究きつめていくことによって導かれうると理解されている。ケネディによるドゥオーキン批判のポイントの一つは、とりわけ、解釈者自身の実質的価値判断を含みつつも、なお、法内在的な原理との規範的な整合性が保たれうると解されている点にあつた。⁽⁴⁷⁾

(1) 原理中心の法理論の特徴

法はルールだけでなくルール以外の諸規準である原理や政策によって構成されていると理解する法理論において、法秩序は重層的な規範構造をとる。すなわち、法の表層部分にはルールがあり、このルールの下層部分には原理がある。この法理論の特徴は、法の表層部分で解釈上の問題が生じたとき、常に、その下層にある原理レベルにまで遡って原理間の調整（ないし衡量）を経ることによって、法的判断を導出する可能性が開かれている、という点にある。これは、表層部分に原理そのものが置かれている場合であっても、理論上、同様である。法的議論が錯綜する事例では、当該事例に関係するすべての諸原理を考慮に入れることによって調和のとれた解決が図られる。法は、法秩序全体の原理的連関のなかで解釈される。

法をルール中心に捉える法実証主義的理論は、制定されたルールの具体的内容が不確かな場合に、限定的に裁判官による発展的法形成が行われると解している。これに対して、原理中心の法理論では、ルールの背後にある諸規準を援用することによって、表層部分のルールの内容についても可変的・動態的に解釈する余地がある。ここに、2つのタイプの法理論において、裁判官が法を修正・発展させる機能の正統化条件、および、その限界に関する理論的な違いが生じる。

ドゥオーキンとケネディは、同じようにルールの背後にある原理や政策に着目するが、両者の間には違いがある。ドゥオーキンは、原理が法に内在する規準として、ルールとは異なる仕方での法的な拘束力があると解している。それ故、たとえ衡量の問題が生じても、裁判官の法的判断は、法によって一定の制約を受け続けると考えられている。ドゥオーキンの法理論

において、法に内在する原理には「重力的な効力」があり、原理の統合的
 法秩序において原理的な整合性が要求されている。他方で、ケネディは、
 ルールも、ルール以外の諸規準も、広い意味での政策のなかに含まれると
 理解しており、どのような権利主張を選択するかは終局的には政策の問題
 へと全て還元される、と考えている。ケネディの理解からすると、法的ル
 ールの不確定性の問題が生じる場合には、当事者の主張対立が生じている。
 その際に、裁判官は、それぞれの主張を支えているイデオロギーのうち、
 いずれの方をより好ましいものとみなすのかに関する自身のイデオロギー
 に依拠して判決を形成する。すなわち、どのような権利主張を選択するか
 は終局的には裁判官自身による政策的判断に基づいていると解されている
 のである。

ドゥオーキン⁴⁸は、原理に特別の機能を見出すことによって、法解釈が、
 裁判官の政治的に信念に完全に委ねられているとは考えておらず、この点
 において、批判的法学研究とは一線を画することができる。

(2) ドゥオーキンの法理論とその基礎

ドゥオーキン⁴⁸は、集会的目的の根拠である政策と、個人の権利の根拠で
 ある原理とを区別したうえで、特に権利主張を支える原理論拠の方を、政
 策論拠よりも優先する。この権利テーゼについては、ケネディによって指
 摘されているとおり、実際の裁判では政策論拠に基づいた決定が下されて
 いるのではないかという批判がしばしば提起されている。もっとも、裁判
 において、訴訟当事者たちは、お互いの権利主張をぶつけ合っており、当
 事者たちの法的権利義務関係についての法的判断が行われると理解するこ
 とは十分に可能である。かかる観点からすると、法的問題を個人の権利を
 めぐる問題として捉えて、原理論拠に依拠することによって道徳的解釈は
 正当化されうると解することは適切である。

さらに、ドゥオーキン⁴⁸は、政治的・道徳的な共同体には人々が遵守して
 いる共通の原理があり、法とはかかる共同体の原理を最善の仕方で具体化
 したものであると考えている。「インテグリティとしての法」は、「尊重と

配慮の平等」という平等主義的な基本理念のもとで、正義や公正に照らして実現されるべき権利とはなにかを政治的・道徳的に問い続けることを要求する。法とは解釈的な概念として捉えられており、そこでは、政治的・道徳的共同体の移り変わりとともに法そのものも変化していくと理解されている。そして、裁判官の司法上の責務とは、共同体の原理を最善の仕方
で実現していくことにある。このような理解のもとで、ハード・ケースでは、複数の解釈を基礎づける原理論拠が「競合するような (competitive)」ことはあっても、互いに「矛盾するような (contradictory)」ことはない、と解されているのである。⁽⁴⁹⁾

(3) 解釈の客観性

とはいえ、ドゥオーキンは、法を超えたところに特定の客観的な価値秩序といった形而上学的な基準があるとは考えていない。⁽⁵⁰⁾ ドゥオーキンは、それでもなお、彼の「インテグリティとしての法」論および「構成的解釈」論からすれば、正しい解答は存在しうる、と理解している。

私たちは、客観性という言葉を使うが、それは、自分たちの元々の道徳的ないし解釈的主張に対して、不可思議な形而上学的な基礎づけを与えるために使うわけではない。それは、自分たちの解釈的主張を繰り返すために、或いは、特定の仕方
で、その「主張の」内容を強調したり資格づけるために使うのである。⁽⁵¹⁾

ドゥオーキンは、ここで、解釈が、道徳的な信念によって基礎づけられているという意味で、それは「客観性」があるという言い方をしている。この道徳的信念とは、他の道徳的信念に対して、自らの主張を支える道徳の方が優先されることを繰り返し強調するためだけのものであり、正しい解釈として資格づけようとするという意味において、客観的であるというのである。⁽⁵²⁾

他方で、ケネディは、アメリカ法の歴史的展開において、個人主義と利

他主義のいずれかのイデオロギーが強く法制度に投影されてきたと分析している。そうした観念や世界観の根本的な対立があるという理解それ自体が、そもそもドゥオーキンの法観念すなわち「インテグリティとしての法」論のなかには見受けられない⁽⁵³⁾。

ドゥオーキン自身は、少なくとも批判的法学研究のように、解釈の問題が、全て裁判官の政治的信念に委ねられているとは考えていない。道徳的読解は、過去の法に内在する原理との整合性を要求するものであり、その意味において、解釈は法によって拘束されていると解されているのである。

5. 原理の規範的意義と機能——批判的法学研究の限界

批判的法学研究は、伝統的な法学が、自由主義社会の根本的な矛盾を隠蔽しているものである⁽⁵⁴⁾、と批判する。

ケネディは、社会におけるイデオロギー対立の構図を描き出して、法的規準の形式性を指摘する。近代の法は、2つの根本的なイデオロギーの対立のなかで、歴史的に、一方から他方へ、そして、再び、もう一方へと揺らぎ続けている。伝統的な法学は、そうした法の政治性というものを十分に意識してこなかった、と彼は批判する。そして、自由主義的な法に代わるものとして、個人主義に基づく社会の法と、利他主義的な社会の法、これら両方の可能性を模索し続けていく法理論を提案する。

ケネディは、一方で、ルールから権利についての具体的な帰結が確定的に導かれることはありえないという。また他方で、彼は、ドゥオーキンの解釈論のように、政治的・道徳的共同体に内在する道徳的原理に訴えることによって結論が導かれるという見解も退ける。ケネディの立場からすると、リベラルな解釈へ向かおうとするドゥオーキンの理論といえども、十分に批判的に法を検討していくことはできないと解されている。ケネディからすると、ドゥオーキンの解釈論は権利の実現を強調していながらも、なお、少数者の利益を排除する構造が潜んでいる可能性がある。それだけでなく、そうした政治的な抑圧を明るみに出さない裁判機能を正統化して

いる可能性が十分にあると考えられているのである。

このように、伝統的な法学的思考方法を批判するケネディの企図は、自由主義的な法に代わるものとして、個人主義に基づく社会の法と、共同体主義的ないし利他主義的な社会の法、これら両方の可能性を模索し続けていくことによって、ある種のユートピア的な社会を形成していくことにあると考えられる。批判的法学研究が想起している社会と法のあり方とは、政治権力に対する懐疑を出発点としながら、国家や法に拘束されるのではなくて、社会の構成員の理性や意識に委ねることによって、望ましい社会関係が築かれる、というものである⁽⁵⁵⁾。このような観点からすると、かかるケネディの見地からの方が、リベラルな法をより補完するものとなるのではないかといった指摘もある⁽⁵⁶⁾。

しかしながら、個々人の抱く価値についての認識が、単一ではありえないなか、民主主義的な政治過程を通して、人々は自己の認識する価値に対する理解を求め合うのであり、その手続きを通して、特定の法理念や権利・価値が実定法のなかへ画定され保障される⁽⁵⁷⁾。異なる価値を抱く人々が寄り集まって生活をしていくとき、そこには、社会生活を営んでいくうえで規則が必要となる。法をルール of the 総体として捉えるハートのような理論に立てば、法とは、そのための規約として受け入れたものであると考えることができるだろう。ドゥオーキンは、ハートとはかなり異なり原理を重視する法モデルを提示しているが、法が遵守されることによって、社会の統制が維持されていると理解している点では、基本的にハートと同じリベラリズムの立場に立っている⁽⁵⁸⁾。

批判的法学研究は、共同体の構成員間で共有されている感覚に基づいて、自生的に理想的な社会が生成すると考えている。しかしながら、構成員相互の意見の交換のなかで、必ずしも、自由主義のもとで個人の基本的な価値であると考えられている自由が、尊重されるとは限らない。自生的に生成された慣習上の規律が、個人の権利や平等の保障とは逆方向に向かうこともありうる⁽⁵⁹⁾。これを防ぐためにも、問題を解決するための基礎となる、遵守すべき一般的な法が必要とされる。

結 語

法の基本的な要素であるルール、原理、政策は、それぞれに法規範として異なる特徴を有している。最も確定的な規範的拘束性を有するのはルールである。これに対して、政策は、共同体の福利などに関する様々な政治的イデオロギーと結びつきやすいものである。したがって、法的決定が政策論拠に依拠する場合に、それは解釈者の政策的判断に全面的に委ねられるものとなる。その一方で、原理とは、ルールと政策のいわば、中間に位置する規範概念であると解される。

ドゥオーキンは、「インテグリティとしての法」の理論において、自由主義的な平等観念のもとで、社会が原理的で整合的な法秩序であると理解している。法解釈は、「インテグリティ」の要求のもとで、個人の権利についての実現へ向けて取り組まれる。確かに、原理思考では、原理間の衡量の問題が生じるため、解釈者の政治道徳的信念が関わってくる。ここに、原理的思考の最も困難な課題があるといえる。しかし、この法的思考様式のもとでは、法解釈が政治の問題として片付けられることは、少なくともない。

一方で、法解釈を終局的に政策論拠によって基礎づけようとする批判的法学研究の解釈論は、個人の権利へと向けられた道とこれから遠ざかる道の両方を備えた二方向の道を併せもっている。これに対して、ドゥオーキンの解釈論は、法との結びつきにおいて、公正や正義を実質的に考慮に入れながら解釈しようとする理論である。この点に、その意義と理論的な可能性を見出すことができる。

付記 本稿は、2009年11月4日、関西大学にて開催された日本法哲学会2009年度学術大会ワークショップ「ドゥオーキンの法哲学と政治哲学」における研究報告に加筆修正したものである。

【注】

- (1) ルール思考と原理思考については、参照、亀本洋「法におけるルールと原理（1）——ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に」法学論叢122巻2号1987年18頁以下など。なお、これについては、すぐ後で詳しく説明する。
- (2) スカリアは、憲法規範（基本的人権規範）とは憲法の起草者意図を規定したルールであると捉えて、憲法解釈の問題とはルールに画定されている具体的内容を突き止めることにあると解している。ドゥオーキンの理論とスカリアの理論との違いについては、参照、拙稿「ドゥオーキンの道徳的解釈論の意義と課題——オリジナリズムとの対比から——中絶事例を手掛かりに」法哲学年報（2006年）（有斐閣，2007年）158頁以下。
- (3) Cf. Horwitz, M. J., *The Transformation of American Law*, Oxford University Press, 1992 Chap. 6, 7（樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』〔弘文堂，1996年〕第6，7章）；Summers, R. S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, 1982, Chap. 6.
- (4) Cf. Duxbury, N., *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, 1997；Benditt, T. M., *Law as Rule and Principle*, Stanford University Press, 1978, Chap. 4, 5.
- (5) Cf. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Chap. 4. 法的ルールの背後にある原理や政策は、社会学的法学のR. パウンドやB. N. カードーズ等によっても確かめられ注目されている。参照、田中成明、「判決の正当化における裁量と法的規準——H. L. A. ハートの法理論に対する批判を手掛かりに——」法学論叢96巻4・5・6号1975年164頁-168頁。
- (6) See. Hart, H. L. A., *The Concept of Law (2nd. ed.)*, Oxford University Press, 1994, pp. 272ff., p. 275.（矢崎光圀監訳『法の概念』〔みすず書房，1976年〕）；Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 63ff（上山友一・松浦好治訳「実証主義と法・道徳分離論」『法学・哲学論集』〔みすず書房，1990年〕71頁以下。）ハートは、確定した意味を備えた中核部分こそが法の核となる要素であると捉え、いかにルールが曖昧であるとしても、まずは核の部分と曖昧な部分との間に線を引くことがきわめて重要であると理解している。ハートは、この区別を緩めることが、在る法と在るべき法、法と道徳を融合させて、すべての法的問題が基本的にあたかも「半影の問題」であるかのようなものとし、政治的・道徳的観点から、法の問題すべてを再検討することを許すものと指摘

する。ハートは、裁判官による発展的法形成を限定的に捉えていこうとする立場であるといえよう。

- (7) 参照、マコーミック (角田猛之編訳) 『ハート法理学の全体像』 (晃洋書房, 1996年, 第10章。マコーミックは、「ハートは自己の理論を、アメリカン・リアリストの過度のルール懐疑主義に対する不可欠な矯正策としている」(285頁)と指摘している。もっとも、マコーミックによれば、ハートは、法的ルールの存在を否定し、法とは裁判官の判決の予言であるというリーガル・リアリズムの主張の一部分だけを誇張して捉えてしまったため、特に争いのある事例における判決の正当化の問題を明確に理論上説明できなかつたとも指摘している。この点については、アルトマンもマコーミックと同様の見方を採ったうえで、さらに、ハード・ケースで判決を基礎づけるためにルール以外の法的規準の機能を十分に評価していない点で、ハートの法理論を批判している。Cf. Altman, A., *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, *Philosophy & Public Affairs* vol. 15., 1986, pp. 205ff.
- (8) See Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 17.
- (9) See Hart, *The Concept of Law* (2nd. ed.), Chap. 5, 6 (邦訳, 第5, 7章)
- (10) ドゥオーキンは、ハードケースで裁判官の法的判断を拘束する一切の法的規準がなく、完全に自由に法を創造できるという意味での司法裁量を「強い意味における裁量」と呼んでいる。(Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 33-34.)
- (11) ドゥオーキンによる法実証主義の「司法的裁量」論批判については、参照、深田三徳『現代法理論論争』(ミネルヴァ書房, 2004年)98頁以下など。
- (12) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 22. (括弧内の記述は筆者による。以下、同じ。)
- (13) Ibid., p. 28, pp. 35f.
- (14) Cf. Sieckmann, J.-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990, p. 15.
- (15) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p.24-25, p. 27.
- (16) Ibid., p. 22-23, p. 26-27.
- (17) Ibid., pp. 82ff.
- (18) Ibid., p. 81, p. 116-117.
- (19) Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1985, p. 213-215.

- (20) Ibid., p. 217-224, Chap. 7.
- (21) Cf. Schauer, F., *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- (22) Cf. Scalia, A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997.
- (23) 批判的法学研究については、参照、中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店、2000年）第4章；松井茂記「批判的法学研究の意義と課題（1）——アメリカ憲法学の新しい潮流」法律時報58巻9号、1986年、12頁以下；同「同（2）」法律時報58巻10号1986年78頁以下、など。リーガル・リアリズムは、古典的法思想を背景とした政治的・道徳的諸前提を内包する既存の法制度・法秩序に対する批判、および、革新主義的な立場から展開されている。そうした既存の法秩序に対する懐疑的で革新主義的な見方をとっている点で、批判的法学研究をリーガル・リアリズムを継承していると考えられている。Cf. Horwitz, *Transformation of American Law*.
- (24) See Unger, R. M., *What can Legal Analysis Become?*, Verso Books, 1996. アンガーは、法というものが現実の集会的なものとの対立の産物であり、それは長き渡って、さまざまに異なる意思や想像、利益や見方に関して争われてきたものであると認識したうえで、こうした根本的な矛盾や対立が「法の支配」を不可能なものとしていると理解している。こうした見方から、アンガーは、法の不確定性を主張することによって、法的理由づけとは全て政治の問題である（「法は政治である」）と結論づけてしまう（Ibid., p. 36, p. 65）。これに対して、ケネディは、裁判官の法的思考の構造について、より詳細に考察を行なっている。
- (25) ケネディの理論については、以下の文献を主に参照。Kennedy, D., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* 1685, 1976, pp. 1685ff.; Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, London, 1977. なお、ケネディの理論全体に関する研究論文として、参照、船越資晶「ダンカン・ケネディの私法理論（1）——依頼者主権の法的思考——」法学論叢153（2）2003年1頁以下、「同（2）」同153（3）2003年1頁以下、「同（3）」同153（4）2003年1頁以下、「同（4）」同153（5）28頁以下、「同（5）・完」同153（6）29頁以下。
- (26) Cf. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, p. 38.
- (27) See. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, p. 1685,

pp 1710-1722.

- (28) Ibid., pp 1713-1722.
- (29) Ibid., p. 1685, pp 1710-1713.
- (30) Ibid., p. 1685.
- (31) Ibid., pp. 1685ff.; Kennedy, *A Critique of Adjudication*, pp. 97ff.
- (32) See. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, pp. 119-130.
- (33) Ibid., p. 125-127.
- (34) 45 Mass. (4 Met.) 49 (1982).
- (35) See. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, p. 126. (ケネディによる判決引用文をそのまま引用した。)
- (36) Ibid., p. 125.
- (37) Ibid., p. 125.
- (38) Ibid., pp. 315ff.
- (39) Ibid., p. 316.
- (40) Ibid., p. 316.
- (41) Ibid., p. 317ff.
- (42) Ibid., p. 317. イタリックは原典のまま。以下同じ。
- (43) ケネディからすると、現実の裁判におけるいわゆるリベラル派の立場と保守派の立場の間の議論の対立も、相矛盾するイデオロギー上の対立に由来する。
- (44) ケネディの使用する「政策」論拠は、ドゥオーキンのいうところの原理論拠や政策論拠だけでなく、道徳的要素や経済効率原則といった実質的な論拠、さらには、主張を深層部分で基礎づけることになるであろうイデオロギーをも全て含む、極めて広い概念として捉えられている。
- (45) Ibid., pp. 124ff.
- (46) Ibid., p. 127-130. ケネディは、ドゥオーキンの平等主義的なりベラリズムが、一方では、保守主義に対抗する左派よりのリベラルとして捉えられるが、他方で、とりわけ批判的法学研究側からすれば、この学派が目指そうとする（更なる左翼的な）計画の進行に歯止めをかけようとするものであり、どちらかといえば保守的な立場として捉えられるのだと述べている。
- (47) ドゥオーキンは、批判的法学研究を「内的懐疑論 (internal skepticism)」と呼んで、自身の議論のなかでも取り上げている (Dworkin, *Law's Empire*, pp. 78-85, pp. 266-275)。内的懐疑論は、法的議論があまりにも多様に分かれていることから、或いは、法的議論のなかで主張す

る対立があまりにも根深く分裂していることから、正しい答えを導き出すことは不可能である、と批判する理論であるとされる。この立場は、解釈活動の内部にあって、法解釈の正しさに関して懐疑的であることから内的懐疑論と呼ばれている。ケネディの理論は、ドゥオーキンのいうところの「内的懐疑論」に属するものである。ドゥオーキンは、このタイプの批判が、彼の計画に対する脅威となりうるものであり、慎重に考慮することが必要であると述べている (Ibid., pp. 78-79)。

- (48) ドゥオーキンの原理論拠に対する批判的な見解として Cf. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: *Rechtstheorie Beiheft* vol. 1, 1979, p. 57ff.
- (49) See. Dworkin, *Law's Empire*, p. 274.
- (50) ドゥオーキンは、形而上学的基準の不存在を理由に解釈の整合性を否定する外的懐疑論を退ける。この懐疑論は、特に法学的次元の外部で、形而上学的な客観的基準を問題にしながら、解釈の正しさを疑う。ドゥオーキンは、こうした特定の道徳的な客観性といった観念は退けている。Cf. Dworkin, *Morality and Objectivity*, in: *Ethics and the Limits of Philosophy*, B. Williams (ed.), Cambridge, Mass., 1985, pp 87ff.; Dworkin, *A Matter of Principles*, Chap. 7.
- (51) Dworkin, *Law's Empire*, p. 81.
- (52) Ibid., p. 82.
- (53) Ibid., pp. 271-274.
- (54) 批判的法学研究は、とりわけジャック・デリタとの結びつきについて指摘されている。参照、中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店、2000年）第4章。
- (55) 参照、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題（2）」82頁以下。
- (56) 参照、船越資晶「ダンカン・ケネディの私法理論（1）——依頼者主権の法的思考——」法学論叢153（2）2003年1頁以下。
- (57) Rehnquist, W. H., *The Notion of a Living Constitution*, *Texas Law Review* vol. 63, 1976, pp. 7040705.
- (58) 「原理の共同体」を想定するドゥオーキンの法理論において、歴史的に共有されるに至った原理が、より具体的に法規範として拘束力を持つに至っている、と解されている点で、批判的法学研究の法理解との根本的な違いがある、と思われる。
- (59) 例えば、慣習的な規律に原則としてゆだねられている入会権が法律上問題となるとき、そこには、自由主義的な価値から乖離した慣行が、当たり前のこととして受け入れられている場合がある。

入会権をめぐる事案について、最高裁判所は、平成18年3月17日に、次のような判決を下している。入会部落の慣習に基づく入会規則では、入会権者の資格要件を原則として男子孫に限定し、入会部落に属さない男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に戻らない限り当該資格要件を満たさない、とされていた。この部分に関して、最高裁判所は、性別のみによる不合理な差別にあたるとして無効とした（民法90条、憲法14条1項）。最高裁2006年3月17日二小法廷判決（最高裁平成16（受）1968号、民集60巻3号773頁）。参照、吉田克己（判例評釈）判例時報1968号、192頁以下。

【主要参考文献】

- Dworkin, R., *Judicial Discretion*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, No. 21, p. 627.
- , *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977；木下毅，小林公，野坂泰司共訳『権利論（増補版）』（木鐸社，2003年）。
- , *Morality and Objectivity*, in: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Williams, B. (ed.), Cambridge, Mass., 1985, pp. 87ff.
- , *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.
- , *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986；小林公訳『法の帝国』（未来社，1995年）。
- , *On Gaps in the Law*, in P. Amselek and N. MacCormick (eds.), *Controversies About Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991, pp. 84ff.
- Altman, A., *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, in: *Philosophy & Public Affairs* vol. 15., 1986, pp. 205ff.
- , *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990.
- Benditt, T. M., *Law as Rule and Principle*, Stanford University Press, 1978.
- Duxbury, N., *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, New York, 1997.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994；矢崎光圀監訳『法の概念』（みすず書房，1976年）。
- Horwitz, M. J., *The Transformation of American Law*, Oxford University Press,

- New York, 1992. 樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂, 1996年)。
- Kelman, M., *A guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
- Kennedy, D., "Legal Formality", *Journal of Legal Studies* 2 (1973), pp. 351ff.
- "Form and Substance in Private Law Adjudication," in: *Harvard Law Review* vol. 89, 1976, pp. 1685ff.
- , *A Critique of Adjudication*, London, Harvard University Press, 1977
- , "Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940," in: *3 Research Law & Sociology* vol. 3, 1980.
- Maccormick, N., "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS," *Oxford Journal of Legal Studies* 1990 10(4), pp. 539ff.
- Unger, R. M., *What can Legal Analysis Become?*, London, Verso Books, 1996.
- , *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. Harvard, University Press, 1986.
- Waldron, J., "Did Dworkin ever Answer the Critics?", in: *Exploring Law's Empire*, S. Hershovitz (ed.), Oxford University Press, New York, 2006, pp. 155ff.
- 亀本洋「法におけるルールと原理(1)——ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に」法学論叢122巻2号, 1987・1988年, 18頁以下;
「同(2)」法学論叢123巻, 1988年, 95頁以下, (『法的思考』にも所収)。
- 田中成明「判決の正当化における裁量と法的規準——H. L. A. ハートの法理論に対する批判を手掛かりに——」法学論叢96巻4・5・6号, 1975年, 159頁以下。
- 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店, 2000年)。
- 長谷川晃『解釈と法思考: リーガル・マインドの哲学のために』(日本評論社, 1996年)。
- 深田三徳『現代法理論論争: R. ドゥオーキン対法実証主義』(ミネルヴァ書房, 2004年)。
- 船越資晶「ダンカン・ケネディの私法理論(1)——依頼者主権の法的思考——」法学論叢153(2)2003年1頁以下, 「同(2)」同153(3)2003年1頁以下, 「同(3)」同153(4)2003年1頁以下, 「同(4)」同153(5)2003年28頁以下, 「同(5)・完」同153(6)2003年29頁以下。
- 松井茂記「批判的法学研究の意義と課題(1)——アメリカ憲法学の新しい

360 (桃山法学 第15号 '10)

潮流」法律時報58卷9号1986年12頁以下；同「同(2)」法律時報58卷10号1986年78頁以下。