

ブライアン・Z・タマナハの法道具主義論をめぐって

椎名 智彦

目次

- I 問題の所在
- II 空器としての法
- III グリーン、ヴァーミュールによる批判
- IV 考察：タマナハの立ち位置
- V 結語

I 問題の所在

本稿は、ブライアン・Z・タマナハ (Brian Z. Tamanaha) 教授の法道具主義論およびその法理論的立場について検討するものである。もっとも、以下に見るように、考察の射程はタマナハが取り扱うその他のいくつかの論点・テーマにも及ぶ。具体的な対象としては、TAMANAHA, A GENERAL JURISPRUDENCE OF LAW AND SOCIETY (2001) (以下、GENERAL JURISPRUDENCE (2001) と略記) および TAMANAHA, LAW AS A MEANS TO AN END: THREAT TO THE RULE OF LAW (2006)⁽¹⁾ (以下、MEANS TO AN END (2006) と略記) において展開された議論、および、タマナハの法道具主義論に対してレスリー・グリーン (Leslie Green)、およびエイドリアン・ヴァーミュール (Adrian Vermeule) の両教授が提起した批判を採り上げる。これらの批判と突き合わせて観察することによって、法的手段性をめぐるタマナハの分析と提言、およびその基本的な立ち位置が、その課題も含めてより明確になるであろう。

実務家としてのさまざまな経験をベースとしながら、法社会学や法人類学、法制史などの知見を縦横に駆使するタマナハの法理論は、独特のものの方とバランスのとれた結論から近時注目を集めており、その著書 ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY (2004) (以下、RULE OF LAW (2004) と略記)

および FAILING LAW SCHOOLS (2012) については、既に邦訳も公刊されている⁽²⁾。彼の問題関心は、法道具主義の他にも、法学研究方法論⁽³⁾、法の支配、法多元主義、アメリカ法学史⁽⁴⁾、法学教育論と多岐に亘るが、それぞれに関する立論の着眼点はいずれも密接に結び付いている。各テーマ間におけるこのようなつながりの存在を認識しておくことは、タマナハによる学説の全体像を把握する上で重要である。本稿では、彼が描き出すヴィジョンの中を走るそのようなロジックに対しても、光を当ててみたい。

以下、本稿では次のような順序で検討を進める。まず、II では、主たる考察の対象となるタマナハの法道具主義論の鳥瞰図を描出する。法を手段として認識することに対する彼の態度には、一種のアンビヴァレンスが含まれている。それは、「事実 (存在) のレベルにおいては、現代における法の主要な性格は、人間が目的を達成するための手段としてのそれに外ならない。しかし、規範 (当為) のレベルにおいては、法を過度に手段視することは避けるべきである」といったものである。

ここでの問いは、彼が「法は道具である」という場合に、そこで念頭に置かれているのが具体的にいかなる議論の構図であるのかという点、および、行き過ぎた法的手段視に伴うと彼が指摘する「危険」の中身が、どのよ

うなものなのかという点である。タマナハは、法を手段と観念するヴィジョンが、主として西洋法における法と実体的価値原理との関係性に関する歴史的変遷の延長線上に登場するものとみている。そして、法道具主義に潜在する病弊は、その西洋法における到達点の1つである現代アメリカ法文化の中に、最も顕著なかたちで発症したと分析する。

これらのうち、他の研究者からの批判が向けられているのは主に後者の分析に対してであるが、法道具主義が現代において提起している(とタマナハが主張する)問題を考察する前提として、その背景をなす立論の構造を瞥見しておくことは有益である。Ⅱは、その後続く考察の前提として、「手段としての法」という認識へ到った思考過程(いわば、「法道具主義へと連なる過去」と、それが現在および将来の法文化に対して突きつける課題(いわば、「法道具主義が招く未来」とを明らかにする作業に充てられる。

次に、Ⅲでは、MEANS TO AN END (2006)に対して提起された批判のうち、上に挙げた2つのものを紹介する。同書において披瀝されたタマナハの立場に対する学界からの反応は、決して目立ったものではないし、その数も多くはない。むしろ、法道具主義が招く「法の支配の危機」を声高に唱える彼の警告を正面から受け止めることを回避し、表面的な言及にとどまるものがほとんどであるように見える。しかし、そのような状況の中であって、グリーンとヴァーミュールによるそれぞれの指摘は⁽⁵⁾、タマナハによる法道具主義論の課題を鋭く見抜くものとして、検討に値するものと考えられる⁽⁶⁾。

続いて、Ⅳでは、上の批判によって明らかにされたタマナハの法理論における特徴と課題についての考察を通じて、法システムをめぐる彼の理論的立場そのものを別出する。そのバックグラウンドや多様なテーマが示唆するように、研究者としてのタマナハは非常に

intriguingな人物である。法学研究への政治的党派性の闖入を峻拒しながら⁽⁷⁾、法を通じた社会正義の実現をめぐる無骨な主張をもいとわない⁽⁸⁾。また、法道具主義について彼がとる叙上のようなアンビヴァレントな態度も、彼の真意を特定することを読者にとって困難にしている側面がある。整合的で一貫した体系よりも、法を取り巻く多彩な現実を精確に記述するとともに、個別の研究・実務にとって役に立つ知見を探究するという態度もまた⁽⁹⁾、彼の学説全体を“上手に説明する”ことを難しくしているのかも知れない。しかし、本稿では敢えて、法システムそのものに対して彼が期待する役割をも含めた包括的なヴィジョンを描き出すべく、タマナハの所説に対して最善の解釈を試みたい。

最後に、Ⅴでは、本稿では十分に検討することが出来なかった、あるいはそもそも採り上げることが出来なかった、タマナハが取り扱っているその他のテーマと、本稿で考察した内容との関係や境界を明確化し、今後の研究課題について整理する。

Ⅱ 空器としての法

1. 伝統的教説への懐疑

タマナハにとって、すべての出発点は、1986年11月から1988年8月まで、ミクロネシア連邦ヤップ州の司法次官補として過ごした原体験にある。

ミクロネシアでの経験は、法と法理論について私が学んできたもののすべてを疑わせた。そのほとんどが、整合しないように思えたのだ⁽¹⁰⁾。…ミクロネシアにおける法は、私が法的トレーニングの中で学んで来た法の姿、そしてそのあるべき姿とは似ても似つかないものであった⁽¹¹⁾。

ミクロネシアにおける法の実態が如何なるものであったのかということについては、一先ず措くとしよう。むしろ、彼が実務家から研究者への転身を決意する上で与って力があつたのは、司法次官補としてヤップに赴任する以前に彼が講じられ、それまでの経験を通じてそのようなものだと思ひ込んできた、法の姿およびそのあるべき姿に関する教説に対する、上のような懐疑の方であった。そして、その教説こそが、彼がGENERAL JURISPRUDENCE (2001) において全面的な反駁を試みている「鏡のテーゼ」(“Mirror Thesis”)である。

私が講じられた「法理論の教える」ところによれば、法とは社会の鏡であり、社会秩序を維持する機能を営むものである。この標準的な理解においては、法の規範は、社会の慣習および道徳から発生し、またそれらを反映している⁽¹²⁾。

…実定法は、それが属する社会の慣習的实践と道徳的規範を反映している—その鏡である。この反映的性質があるからこそ、法は社会秩序の維持において効力をもつ。法および社会に関する理論において、これらのような発想の浸透度…は顕著である⁽¹³⁾。

結論からいえば、タマナハはこのような見方には同意しなかつた。では、法と社会との関係を、彼はどのように見たのだろうか。タマナハによれば、人間社会における法の歴史を現実的な視角から眺める限り、法とは社会を鏡のように映し出すものでもなく、その主たる機能も社会秩序の維持ではない。そして、法の規範もまた社会の慣習や道徳に由来するものではなく、それらを反映している訳でもない。結局、鏡のテーゼは嘘だということである。そうでないとすれば、では、法とは一体どのようなものなのか。

(いかなる種類の)法も…道具または手段として理解されるべきであり…慣習、同意、道徳、理性、または[特定の]機能との間には、必然的なつながりは存在しない⁽¹⁴⁾。

タマナハによる法的手段性に関する認識は、鏡のテーゼ—彼によれば、自然法学や法実証主義、歴史法学等の伝統的立場の全てに、程度の差こそあれ共通する観点⁽¹⁵⁾—を自身の手で反証する過程で到達した、現代における法の真の姿を見抜くための視座だと考えてよい。

そして、タマナハの法道具主義論が、鏡のテーゼを覆そうとする知的営為の中で発見・構築されて行ったという点に注意しながら、その全体像を読み解いて行く際には、2つの点に留意することが不可欠である。その2つの点とは、1つは、鏡のテーゼは法を正当化するための言説であるという見方であり⁽¹⁶⁾、もう1つは、慣習や道徳、宗教といった実体的価値原理から切断された法のことを、タマナハは幅広く手段と呼んでいるという理解である。

以下では、彼が主としてGENERAL JURISPRUDENCE (2001)の第1章から第5章において展開した鏡のテーゼに対する論駁のうち、現代における法道具主義的発想につながる思考過程を素描してみたい。

2. 支配を正当化する言説としての鏡のテーゼ

上にも述べたように、タマナハの研究者としての出発点となる関心は、「法は社会を反映する鏡であり、その中心的な役割は社会秩序を維持することにある」という鏡のテーゼに対する根本的な疑問であった。ここで、この発想について少し補足しておこう。彼によれば、古典的法理論⁽¹⁷⁾や自然法伝統、法実証主義伝統、「慣習=文化」伝統⁽¹⁸⁾、「法と

社会組織」伝統⁽¹⁹⁾といった、法の本質や性格をめぐって歴史的に展開されてきたほとんどの立場は、多かれ少なかれ鏡のテーゼを基礎とするものであるとされる⁽²⁰⁾。例えば彼は、以下のような表現や言い回しを用いたり、紹介したりして、自然法学、法実証主義、歴史法学の3者について、それらが鏡のテーゼに基づいていると主張する。

自然法理論によれば、人間の諸社会は、…実定法に関する一定の普遍的に共有された諸側面を有しており、それらは、理性およびわれわれに共通する人間の本性とともに、違った文化、気候、地理、およびその他の周辺状況を反映した多くの相違に基づいている⁽²¹⁾。

オースティンと同様に、[ハート]は「あらゆる近代国家の法は、多くの点において、受容された社会道徳およびより幅広い道徳的理念の両方からの影響を示している」と強調した。「法が道徳を反映する (*mirrors*) 仕方は無数にある」。これもまた、ハート自身の言葉による鏡のテーゼである⁽²²⁾。

全ての形式における法—慣習法、制定法、および学識法—は、社会の根底にあって法を創造する力となる民族の法意識による産物である⁽²³⁾。

進化説・社会契約説 そして、鏡のテーゼを共有するこれらの法理論の基礎に伏在して、それらの理論の下で説明される法を正当化するために、西洋法において伝統的に用いられてきた「神話」(myth)あるいは「物語」(tale)としてタマナハが摘示するのが、進化説⁽²⁴⁾および社会契約説である。彼は、「鏡のテーゼがもつ拘束を緩める」(“Loosening the Hold of the Mirror Thesis”)と題されたGENERAL

JURISPRUDENCE (2001) 第3章において、この2つの言説に隠されたある意図を鋭く見抜くとともに、独特の論法を用いて両説を論難している。

タマナハによれば、進化説とは、「宗教的・神秘的な信仰と道徳との区別不可能な融合によって補完されながら、習慣と慣習とが社会秩序の維持において支配的な役割を営むような最初の始原的混合体」を想定した上で、「実定法が、記憶の及ばない遠い過去において、政治が成立する以前の社会において普及していた慣習の秩序から、制度化された規範を執行するための独自のメカニズムとして発生する」と考える立場を意味する⁽²⁵⁾。そして、このような発想方法をとる論者としては、プラトン、アクィナス、メイン、デュルケム、ハート、ルーマンなどを挙げることが出来るとともに、この基となる着想は、未開社会やローマ法の発展についての観察から得られたものだという⁽²⁶⁾。

次に、社会契約説であるが、これについてはすでに多言を要しまい。いうまでもなく、自然状態における種々の困難から自己を保全するために人々が社会契約を取り結び、そこで樹立された政府とその法は、人々の同意に基づくとする立場である。このような発想方法をとる論者として、タマナハは、ホップズ、ロック、ルソー、そしてロールズの名を挙げる⁽²⁷⁾。

法のルーツをめぐる真実 法的言説が、事実に根拠によって精確に基礎付けられるべきことを重視する彼の立場からみた場合、上の2つの教説をめぐって提起される最も根本的な問いは、事実的根拠を欠くこれらの立場が、これほどまでに永く生き長らえ、支持されてきたのはなぜなのか、というものであった。

今日の世界に存在する圧倒的多数の法システムについていえば、その生成発展

に関する歴史的説明としては、進化説は端的に虚偽である。… [また、] 社会契約理論における「自然状態」を実際に観察した者はいないし、その証拠が残存している訳でもなければ、そのような状態がかつて実在したことが明らかであるという訳でもない⁽²⁸⁾。

では、事実的正確性を重視して考えてみる場合、法の起源に関する説明とは、どのようなものになるであろうか。

別の説明を考えてみよう。例えば、無慈悲、強欲、抜け目のなさ、富の蓄積、兵士を招集する母体となる子孫・親戚または人口の大きさによって、あるいは、優越的な武装や相手よりも高い戦略上の能力、馬のような軍事的有用性の高い動物の入手可能性によって、豪族や軍閥、犯罪集団、部族や連合、外国勢力が、強制力を行使する人員を維持することによってあるルールの秩序を確立・執行することが可能であり、それらは領域内の全ての人々に対して実効的に執行されていたとしよう。そのルールの主要な目的は、指導者や中心グループの富と権力の維持と、大衆および地域資源に対する搾取にあった。このルールの体系は、他の事項とともに、支配される大衆の間での社会関係をもその内部に取り込んでいた—その最も単純な形態は、支配権力の利益および彼らが課したルールに反しない限りにおいて、既存の慣習の有効性を認めるというシンプルなものだった。この領域内においては、これらが法 (*the law*) であった。人々は、可能な限りこの法の手から逃れようとしたが、それができない場合には、恐怖、強制、他の選択肢の欠如、惰性、その法の下でも日々の営みを行うことは差し当たり可能であ

るという事実、そしておそらく、その法は、豪族や部族がその意思を実効的に行使することが可能な実力をもっているがゆえに、その正しさを主張することができるといった感覚から、それらのルールに従った⁽²⁹⁾。

この代替的なシナリオは、これを支持する直接的かつ豊富な証拠を有している。それは、植民地化を通じた国家法の世界中への伝播を捉えているし、…権威主義的、全体主義的、または軍政的体制によって支配された歴史上および現在における多くの国家法システムに対して、高い類似性を有している⁽³⁰⁾。

ミクロネシアで経験した違和感は、タマナハをして、法と社会との間における mismatches の由来、そして、進化説や社会契約説の提唱における真の狙いを見抜かしめた。

法の起源を描写する際に、理想化されたものを固定化するという、何世紀にも亘って繰り返されてきたパターンは、理論家たちが法を合理的に根拠付けることに主要な関心を持ち、既存の状況を支えようとして来たこと的有力な証拠である。このような状況に対して意地悪な説明をすれば、理論家たちは通常、その法秩序から便益を受けるエリート集団のメンバーだったということである⁽³¹⁾。

2つの神話はいずれも、鏡のテーゼに対して強い根拠を与える。両者の説明の下では、法はわれわれの法 (*our law*) であり、われわれが創造したもの (*our creation*) であり、社会に統合された一側面なのである⁽³²⁾。

不当な支配の隠蔽 このように見てくると、タマナハによる主張の骨子が明らかになる。鏡のテーゼの下では、法の起源は進化説と社会契約説という2つの理論によって、長い間説明されてきた。しかし、両者には事実的根拠が欠けている。それにもかかわらず、この2つの言説が、法のルーツを描写する有力な方法として支持されてきたのはなぜか。

征服や植民地化等によって、法（特に西洋法）が世界中に伝播してきたという歴史的現実を視野に入れば、その答えは自ずと明らかである。被支配者側である国や地域—法移植の受け手—にとって、支配者側の法を受け容れる動機は、上に見たように主として消極的なものである。しかし、このような状況が継続することは、支配者側の体制が安定的に維持されることを危うくする。このような不安定な状況を解消するためには、支配者側は、被支配者側の人々が移植された法を積極的な動機に基づいて受容する条件を整える必要がある。そして、それを実現するには、現在の法が支配者によって押し付けられたものではなく、あくまでも自分たちの法であり、そうであるが故に内発的に尊重すべきものであるということをも被支配者側に信じ込ませる、説得のための言説が必要となる。

タマナハによれば、進化説は、法の由来を社会における古来からの慣習に求めて説明することによって、被支配者が、移植された法と自らの社会とをアイデンティファイすることを可能にする。また、社会契約説は、政府と法の淵源が人々の同意にあるというナラティブを確立することによって、そのような同意を根拠とする法の正当性を構築する。いずれも、その多くが暴力と強制によって定着した現代の国家法を、虚構を用いて正当化する機能を営む。

このように見てくると、鏡のテーゼを反駁するタマナハの動機には、事実的根拠によって基礎づけられた知見を重視するという学問

研究上のスタンスに加えて、歴史的に繰り返されてきた無謀な法の移植や、それを糊塗しようとする教説に潜むエゴイズムに対する憤りが、静かに見え隠れする⁽³³⁾。

法と社会との乖離 次に、彼が鏡のテーゼを覆そうと試みた、もう1つの動機についてふれておこう。タマナハが、「法は社会の反映である」と主張するこの教説を論駁しようとするとき、同時に強調しようとしているもう1つのメッセージは、「現代における法は、特定の社会を反映していない—そこから切り離されている」という含意である。そうなることの問題は、法と社会との切断が、彼の法理論の中で具体的にどのような意味をもつかという点である。端的に言えば、タマナハの所説において、法と社会との乖離は「法が、慣習や道徳、宗教といった実体的価値原理から切断され、そのような価値との関係において空器（empty vessel）となった」ということの意味している。この空器としての法という着想はやがて、様々な実体的価値に対する目的中立的な達成手段としての法という、彼の法道具主義論の核心をなす認識につながって行く。

3. 法律家による法知の独占

法が社会そのものから遊離し、上のような実体的価値原理をその内部から喪失している状況を創出したものは、法の移植だけではない⁽³⁴⁾。特定の国家や政治的共同体における法が、その所在する地域社会に根付いた道徳や慣習、宗教的規範との間で、極めて稀薄なつながりしか持たなくなるに至った要因としてタマナハが着目するもう1つの原因は、法律家集団による法知の独占である⁽³⁵⁾。

法学者による法の独占は、既にローマ時代にみられた現象であった。また、ナポレオン法典が理性と一般原理を強調したのも、法を専門家の手から解放するためであった。タマナハによれば、独立した職業集団としての法

律家による法知の独占は、多かれ少なかれ普遍的に看取される現実であるとされる⁽³⁶⁾。法が一旦特定の閉鎖的グループに属するメンバーのみによってその当否を判断されたり、運用を独占されたりするようになれば、法知に帯有する高度の専門性のゆえに、そこに外部からの監督や介入が及ぶことは著しく困難になる。また、法は、独自の形式的合理性によって支配されるものであるが、このような内在的論理は、非専門家がもつ素朴な感覚や常識が法へ浸透することを阻害しうる。また、中世後期のヨーロッパにおけるユース・コムーネの形成にその例を見るがごとく、法律家は、自らが属する地域社会に受け継がれてきた一般的な慣習や道徳観をいわば垂直方向に眺めて法を発展させるよりも、隣国の法律家との交流を通じて、いわば水平方向の視点を採りながら新たな法を造形することが少なくない。

タマナハによれば、職業集団としての法律家による、法に対するこのような排他的支配は、彼らの手によってその創造・運用をコントロールされている法と、特定の地域社会に根付いた実体的価値原理との関係を希薄化させて来た重要な要因であると想定しうるという。そして、このような要因もまた、地域において生成・定着した慣習や道徳が法の中から失われるプロセスを促進し、法を空器へと変質せしめる一因となったとしている⁽³⁷⁾。

4. 啓蒙主義

タマナハによれば、法の空器化は、ヨーロッパにおける精神史・知性史上の長期的変遷とも密接に関連するという。すなわち、啓蒙主義による宗教の駆逐がそれである。古来からの慣習と神に対する科学と理性の勝利は、社会に堆積した規範や道徳律からの人間の解放、すなわち伝統的価値原理と人的営為との切断を意味した。

啓蒙主義は、発想および態度に関するひとつのまとまりとして理解するのが最善である。それらのうち主要なものは、われわれの存在を取り巻く真の状況ついて教え、迷信や魔術を払拭し、伝統の鎖からわれわれを解放し、われわれの現在と未来をコントロールし、より文明化された存在へとわれわれを導く、科学と理性の力に対する信念である。ニュートン物理学の勝利以降、科学は、自然に関する理解へのアクセスを提供する能力に基づいた、並ぶもののない名声をその掌中に収めた。産業の発展を導いた技術上の進歩は、知識の源としての科学の力を確証した。科学のモデルは、道徳や哲学を含む他の領域を植民地化し、支配し始めた⁽³⁸⁾。

啓蒙主義以降、誰も満足な答えを与えて来なかった問いは、善と悪を区別する基準をどのように特定するかというものである。神が去ったのだ⁽³⁹⁾。

神による啓示が道徳や善に関する知識の源では最早なくなつたとすれば、それに代わるのが最も明らかなのは、人間の本性や行動に関する研究に適用される理性—それは啓蒙主義の科学的系譜に訴える—であった⁽⁴⁰⁾。

啓蒙主義以前には、理性は、神が定めた神聖な秩序への直接的なアクセスを得ることを通じて、善に関する実体的諸原理についての知識を提供した。[しかし、]啓蒙主義の登場とともに、(…分析の形式としての)理性は、人間の本性または文化に適用はされるものの、最小限度の一まとまりのルール以上のものはほとんど提供し得ず、実体的で道徳的な善についての洞察を与えるものではなくなつた⁽⁴¹⁾。

啓蒙主義の後には、(少なくとも哲学的には) 神は去り、自然は道徳に対して無関心なものともみられ、そして、理性はせいぜい手段に過ぎなくなった。文化的習律が与えるものを超えて、道徳やその諸規範に関する淵源と内容にアクセスすることの可能性は閉じられ、それは明白な解決をもたないミステリーとなった⁽⁴²⁾。

タマナハは、啓蒙主義と科学による宗教の駆逐が、法を含む人間の営為と、慣習や道徳、伝来の規範の総体としての実体的価値原理との間の切断を招き、このことが、空器としての法という観念が生成するに至った重要な一因とみている。そして、このような見方が、そのまま鏡のテーゼを反駁するための論拠の1つとなっていることは言うまでもない。

形式的合理性 次に、法における実体的価値原理の喪失から帰結する重要な変化として彼が指摘しているもう1つのものが、法における形式的合理性の増大である。法の正当性を実体的価値原理に基礎づけることが困難になった結果、それは、法の定立や運用における方式や手続に対する適合性に求められざるを得ない。ここに、法は法であるがゆえに正当であるとするリーガリティの観念の萌芽がある。そして、このような洞察は、リーガリティの観念の双生児である法の支配が、啓蒙主義近代の落し子として登場することとも平仄が合う⁽⁴³⁾。両者の存立の基礎は、その実質的正当性ではなく、その形式的合理性にあるとするのが彼の立場である⁽⁴⁴⁾。

5. グローバリゼーション

鏡のテーゼの虚構性を暴くために、タマナハが最後に提示する論拠は、今日の世界における法形成の実態そのものである。まず、上でも取りあげた法の移植は、あからさまな暴

力や強制を伴うものでないことは別論、決して過去のものとなった訳ではない。世界銀行や国際通貨基金の主導の下に、旧共産主義諸国や開発途上国において進められてきた各種の法整備支援プログラムは、今なお活発に実行されている⁽⁴⁵⁾。

次に、今日まさに進行中のグローバリゼーションは、国や地域の垣根を超えた法形成の増大を招いている。国連やEUに代表されるような大規模組織が条約によって創設され、それらは様々な場面において、強力な形式的・実質的法創造機能を活発に果している。また、国際刑事裁判所やいくつかの国際戦犯法廷が宣明してきた法は、人権法・人道法の分野において、主権国家そのものの意義さえ相対化するに至っている。そして、同様のトランスナショナルな法形成は、ウィーン条約等に代表されるような国際商事法の分野における規範についても当てはまる⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾。

いうまでもなく、これらの法創造の基礎は、当事者となる各国家・地域に存在する社会規範ではない⁽⁴⁸⁾。法移植において導入される外国由来の法は、必ずしも受入国側の伝統を反映している訳ではない。また、国際機関の創設や共通ルールの策定においては、その基礎となるのはむしろ、それによって解決されることが必要な個別的課題と、そのための合目的的考慮である。

解決の手段としての法 最早繰り返すまでもなく、これらのコンテキストにおいても、ある地域に妥当する法が、その社会に根付いた実体的価値原理を反映しているというテーゼは成立しない。そして、このような状況においてむしろ前面にせり出して来ざるを得ないのは、特定の課題を処理するために創設される法がもつ手段的性格である⁽⁴⁹⁾。

そして、タマナハの立場から、ここでは是非とも確認しておかなければならないもう1つの事柄は、現代におけるこれらの法に期待されている機能が、鏡のテーゼがいうような社

会秩序の維持ではないという点である。もちろん、これらの法がそのような働きを全く持たないと極言しているのではない。そうではなく、これらの法の主要な役割はむしろ、その必要性が関係当事者を動かした、多様かつ個別的な課題の解決にあるのである。

このように見てくると、鏡のテーゼを反駁するためのロジックがほぼそのまま、手段としての法という観念が生まれるに至った思考過程の説明を兼ねていることが判る。タマナハの法道具主義論は、この意味において、彼の法社会理論でもある訳である。

そして、ここまでの論述から、タマナハが「法は手段である」という場合に、そこで念頭に置かれている2つの要素が明らかになる。1つは、現代における法は、正や善の観念を含む実体的価値からは切り離された形式的なものであるということ。そしてもう1つは、いうまでもなく、それは何らかの目的を達成するための装置としての役割をもつものであるということ。このような把握方法に着目する限り、タマナハが考える法道具主義の構造は、ある意味で大掴みなものであるといえる。

このような理解は、GENERAL JURISPRUDENCE (2001) の結論の1つであるとともに、MEANS TO AN END (2006) にとっては議論の出発点となっている。というのは、前者においては、いわば「われわれはいかにして法の本質を手段と観念するに至ったか」が探求されたのに対して、その結果を前提として後者においては、「われわれが法を手段と観念することに潜む問題とは何か」が問われているからである。以下、次節では、MEANS TO AN END (2006) において展開された、現代アメリカの法文化に関する分析を紹介し、本節までにその骨子を示したタマナハの法道具主義論を具体的な事象を挙げて肉付けして行くとともに、法の手段的使用の“本場”に対して彼が下した診断について考察する。

6. アメリカ法文化の診断

ブライアン・タマナハが夜中に鐘を打ち鳴らし、火事を知らせている。

法制史家のロバート・W・ゴードン (Robert W. Gordon) は、MEANS TO AN END (2006) の裏表紙に掲載された短評において、同書を評してこのように述べている⁽⁵⁰⁾。タマナハにとって、現在のアメリカにおける法道具主義の蔓延は、そのサブタイトルに含まれる“threat”という語が端的に示すように、法システム全体の危機にほかならない。

次章における議論との関係であらかじめふれておくと、グリーンの見方によれば、アメリカ法にとっての本当の脅威は、法道具主義そのものではない。この点で、タマナハによる指摘は、シンプルな勘違いに基づくものであるという。また、ヴァーミュールにいわせれば、その火事で炎上していると通報されているのがそもそもどのような建物なのかははっきりしないし—たとえ実際に焼け落ちつつあるとしても、その建物がそれ程価値のないものであるのならば、大騒ぎすることあまり意味はない—、その火事の被害を食い止めるためにタマナハが提案している消火法も、ほとんど役に立ちそうにない。

後にみるように、これらの批判は、タマナハの法道具主義論について考察する上で重要な論点を提起しているとともに、法そのものに関するタマナハのヴィジョンを明らかにする上でも貴重な示唆を与えている。ではまず、現代アメリカの道具主義的法文化を診断した、タマナハの所見からみて行こう。「法システムとはいえないようなもの」

大げさに言えば、アメリカの法システムは、とても1つの法システムといえないようなものになってしまう危険の直中にある (in danger of becoming less of a

system of law)⁽⁵¹⁾。

彼が、このようにやや誇張を込めて警告するのは、アメリカでは、法とは遵守するものだと考えられていないからだという。人々にとってそれは、眼前の目的を達成することに資するならば、各人はそれを遵守すればよいし、もしそうでないのならば、法のルールの方を変えて（あるいは替えて）やればよいと考えられている。ルールそのものを変える（替える）ことが難しければ、その使い方を換えればよいという場合もあるだろう⁽⁵²⁾。とにかく、従うか、それとも従わないかという各人による判断こそがアメリカ人にとっては重要なことであり、それが法であるがゆえに従うべきであるという態度は、端的に稀薄だという。

ルールの本質 このような診断結果を提出するに至ったタマナハの観察態度の基礎には、次のような論理がある。

あるルールをルールたらしめているのは、ディシジョン・メイカーが他の如何なる考慮をも排除して—それらを遮断して—遵守しなければならない一定の命令を、それが一般的の文言をもって事前に定めているという事実である⁽⁵³⁾。

すなわち、そこに何らかの合目的的考慮が介在することによって、その法のルールが遵守されるか否かが決定されるとすれば、ここでは既に法のルールがもつはずの本来の規範的拘束力が否定されていることになる。例えば、法的判断において、「…適用される法のルールが[判決において]従われるべきか否かを裁判官が自由に決定できるとすれば、裁判官はそのルールによって拘束されていない」のである⁽⁵⁴⁾。

リーガリティの弛緩 この例の中に示唆されているように、タマナハによれば、アメリカ

カでは、法のルールにそもそも従うか否かを、人々が何らかの合目的的考慮の下で決定する傾向があるので、そこには法システムにとって最も枢要な条件であるリーガリティ—法は法であるがゆえ従われなければならないという発想—がほぼ欠落しているという。

このような意味におけるリーガリティの消滅は、法秩序そのものの弛緩をもたらす。ここでは、法運用における安定性や予測可能性が著しく減殺されることによって、法という基盤の上に打ち立てられる人々の期待は深刻な混乱に陥る。すなわちそれは、法の支配そのものが成立しなくなることを意味するのである⁽⁵⁵⁾。

ではなぜ、アメリカ人はリーガリティを失ってしまったのであろうか。この問いに答えを与えるに際してタマナハは、GENERAL JURISPRUDENCE（2001）で展開した論理を、アメリカの文脈に適合するように注意深く再適用している。

政策目的と法 アメリカ法のルーツである中世イギリスのコモン・ロー、そして、それを取り巻いていた中世ヨーロッパの法や政治に関する伝統的諸観念においては、法は、慣習や宗教といった実体的価値原理と密接に結びついていた。しかし、啓蒙主義や科学革命によって、それらの実体的価値原理と法とが切断されるに至ったことは、叙上のとおりである。この乖離の過程は、アメリカではどのように進行したのであろうか。

タマナハによれば、産業革命による経済発展の真っ只中にあった19世紀アメリカのコモン・ローには、現代における法道具主義につながる発想の萌芽がみられたものの、それは依然として、自然法や理性、慣習といった諸観念を強調する古典的法思想を基調とするものであった⁽⁵⁶⁾。そして、この非道具主義的発想と道具主義的発想との併存関係は、実務と学説の両方を巻き込みながら、やがて深刻な相剋関係へと推移して行くことになった。

彼は、20世紀初頭のアメリカ法を舞台としたお馴染みのバトルをこのような文脈の中で説明している。すなわち、以下のとおりである。

19世紀から20世紀への世紀転換期にかけて、アメリカ法は19世紀的な自然権のドグマに支配されていたが、これらは、法の現代化を通じた社会構造の転換へと向かう流れに逆行するものであった。古典的財産権の行使形態の1つとしての契約の自由に対して高度の保障を与えることで、制定法として登場した労働法、社会保障法、経済規制法等を違憲無効とした連邦最高裁判所の憲法解釈は、その典型例である⁽⁵⁷⁾。

ロスコー・パウンド (Roscoe Pound) やカール・ルウェリン (Karl Llewellyn) といった進歩派の法学者の目から見れば、近代法的ドグマの濫用は、労働者や移民といった弱者の保護という、社会善の実現を阻害するものであった。彼らは、「法は社会目的を実現するための道具である」という新たな定式化を通じて、法を通じた公共的価値の実現を図ろうとした⁽⁵⁸⁾。これが、1900-30年代頃までである。

学界において指導的な立場にあった碩学たちによるこの再定式化は、その後、現実において一定の成功を収めた。例えば、1937年の判例変更⁽⁵⁹⁾、憲法規範も所詮は人々のための道具にすぎないと考えた、ロウズヴェルト (F.D. Roosevelt) による連邦最高裁判所包囲作戦 (いわゆるコート・パッキング) の成果であった。また、ウォーレン・コートは、時代が求める理想を実現するための道具として、憲法解釈権を存分に活用した典型的事例であり、*Brown* 判決⁽⁶⁰⁾はその嚆矢をなすものであった⁽⁶¹⁾。そして、様々な社会的利益を代表する政策形成訴訟は、いまや1つの“アメリカ名物”にさえなろうとしている⁽⁶²⁾。こうして、法を社会的な手段であるとみる認識は、アメリカに定着するに至った。

道徳相対主義 他方で、問題は法によって実現されるべき社会的価値の方をめぐって発生した。一言でいえば、1940年代半ば以降に発生したアメリカを取り巻く社会環境における激しい動乱は、アメリカ人たちが、何らかの価値を善として共通に認識し、それを共有することを不可能にした。共産主義の勃興と冷戦、公民権運動、フェミニズムと性革命、著名な政治的指導者の暗殺、ドラッグの蔓延、経済的混乱、またほかならぬアメリカ政府自身の手による非合法活動などは、アメリカ国民の間に深刻な道徳相対主義 (moral relativism) を招き、彼らはもはや、何らかの価値を善きものとして共有することが著しく困難になった⁽⁶³⁾。

ルウェリンたちが行った再定式化によれば、法とは、公共善 (public good) — 社会の人々に共有されたよき価値 — を実現するための道具であるはずであった。しかし、叙上のような出来事は、アメリカ人にとって、価値観の共有そのものを既に調達不可能なものにしてしまった。善に関するヴィジョンを共に戴くことが不可能になってしまった結果、法の性格に関する新しい定式のうち、手段性のみが独り歩きを始めた⁽⁶⁴⁾。

法律家集団の墮落 そして、何が起きたか。弁護士は法を、報酬を得るための道具であると考え、裁判官はそれを、党派的利益を促進するための道具であると考え、検察官はそれを、政府による違法行為を糊塗し、擁護するための道具である⁽⁶⁵⁾。法理論に関する学説でさえ、手段性の視座を採らないものはほとんどなくなった⁽⁶⁶⁾。

彼らにとって、法とは、眼前の目的を達成することに資するならば、その限りにおいて遵守すればよいものとなった。法のルールが遵守されるか否かは、そこに介在する何らかの合目的的考慮の命じるところによって決定される。法は、法であるがゆえに従われるべきであるなどと吹聴すれば、時代錯誤として

一笑に付されることになろう。そして、このような態度は、「あたかもわれわれが呼吸する空気の一部であるかのように、アメリカでは当然のことと考えられて」おり⁽⁶⁷⁾、「『それがどうかしたのか?』と口走ってしまいそうなもの」だという⁽⁶⁸⁾。

タマナハが描き出す、アメリカの法文化からリーガリティが失われた過程のスケッチは、以上の如くである。そしてそこでは、法秩序は弛緩し、法運用における安定性と予測可能性が著しく減退する結果、アメリカにおける法の支配は崩壊の危機に瀕しているという。

処方箋：意識的なルール遵守志向 しかし、タマナハは悲劇的な終末像を叫んでいるだけでは、もちろんない。彼は、まともな法システムとはいえないようなものに堕してしまう危険の中から、アメリカ法を救助するための処方箋を示そうとしている。彼はまず、法制度にとって最後のゲートキーパーである裁判官に期待を託す。タマナハによれば、裁判官が政策的考慮の誘惑を排し、法のルールが宣示する命令に虚心に従う姿勢を意識的に採ること—「意識的なルール遵守志向」(“consciously rule-bound orientation”)—は、法秩序の弛緩を治癒・予防するための最善の方法となるという⁽⁶⁹⁾。そこではまさに、法は法であるがゆえに遵守されなければならないというリーガリティへの回帰を、まず法の番人から始めるべきことが主張されている。裁判官がこのような視座と行動を自覚的に採ることによって、安定性と予測可能性という法の支配にとっての不可欠の基盤が回復されるという。

そしていずれ、立法、行政、司法の全てが、法的手段性や合目的性の考慮を捨て去った公吏によって運営されるとき、「正しく機能する手段的な法システム」(a properly functioning instrumental system of law) が出現するであろう⁽⁷⁰⁾。以上が、タマナハが現代アメ

リカの道具主義的法文化に対して下した診断、原因分析、およびそれを治療するための処方箋に関する基本的構図である⁽⁷¹⁾。

Ⅲ グリーン、ヴァーミュールによる批判

1. 「的外れ」論：グリーンによる批判

冒頭にも述べたとおり、MEANS TO AN END (2006) に対する学界からの反応は、今日に至るまで決して大きなものにはなっていない。もちろん、その理由にもいくつかのものが想起しうる。タマナハ本人の言にもあるように、法道具主義は現代においてあまりにも自明のものになり過ぎていたがゆえに、法学者たちはタマナハからの問いかけに対して、「それがどうかしたのか?」と肩をすぼめ、それぞれ関心をもつ他のテーマの研究に戻ってしまったのかも知れない。あるいは、タマナハの問題提起に対して真摯な疑問や共感を直観的には抱きつつも、そのスケールの大きさ(つかみどころのなさ?)や論拠に関する幅の広さ、解釈と立論におけるユニークさ等がハードルとなり、支持・反対を表明する本格的な研究が提出されにくいのかも知れない。あるいは、果敢な主張があだとなって、結局はあまりにも突飛かつ非建設的な言い分であると評価され、半ば意図的に黙殺されているのかも知れない。あるいは、タマナハの真意が、そもそも誰にも汲み取られていないのかも知れない。

最初に紹介するレスリー・グリーンからの批判も、実際には、筆を尽くして展開されたという程のものではなく、分量にしてほんの半頁ほどが充てられているに過ぎない。それにもかかわらず、そこでは、タマナハによる法道具主義論の価値を考える上で、無視しえない指摘が行われている。

ブライアン・タマナハは、アメリカの法システムにおいてその欠点であるとい

われているほとんどすべてのものを含んだ、[法道具主義に関する発想の]長大なリストを作成している。彼は以下のような苦言を呈している。アメリカにおいては、法は多くの場面において社会善を無視しながら実践されており、裁判官は個別的な利害関心に基づいて推論を行い、弁護士はヒューマニティや正義よりも富や権力に執心し、「特定利益代表ロイヤリング」(‘cause lawyering’)はリーガリティを崩壊させている、等と。一見すると無関係なように見えるこれらのものを結びつける糸とは、アメリカにおいては、「法とは、望み通りにその内容が盛られるとともに、目的の達成のために操作され、援用され、利用されるための空器であると一般に観念されている」という事実であるとのことである。このような見方は、ケルゼンやハートのような法道具主義者によって提出されたテーゼではない。そして、[タマナハが感じているような]嫌悪の源は、法は目的のための手段であるという発想とはほとんど関係がなく、[むしろ、]法は「望み通りにその内容を盛る」ことができるという考え方が好まれているという事実と、そのような欲望を実現するためにどのような操作が施されようとも、それはさしたる問題ではないという、背筋が寒くなるような含意の方に主要な関係があるのである。それらの態度は、一般法理学におけるテーゼを表すものではない。それらは、平易な言葉でいえば、一般には身勝手さ (*selfishness*) と呼ばれる悪徳を示唆しているのである⁽⁷²⁾。

グリーンの指摘は、シンプルで力強い。タマナハが問題視しているものの実態は、法と向き合う際におけるアメリカ人の身勝手さ—法を私益追求のためのほぼ純粋な道具として

観念するとともに、法の命じる規範的拘束をほとんど意に介さない態度—であって、法的手段性そのものではないという訳である。この指摘を素直に受け取るとするならば、「法を手段だと考えること自体が問題だ」とするタマナハの主張は、少なくとも理論的には、足元から崩れ落ちることになる。

グリーンからの指摘に対して、タマナハはどう応答するであろうか。この点については目下のところ推測するほかはないが、おそらく、タマナハはグリーンへの批判を受け容れるであろう。なぜなら、タマナハは、現代のアメリカ法が抱える諸問題の重大な原因の1つは、法が公共善—私益に対応する公益 (*public interest*) の概念に親和性を有する—の観念から遊離してきた事実にあるとみているからである。また、人々が法を、公益を実現するための道具として存分に活用することは、彼自身必ずしも否定しないであろう。

それとも、それとは逆に、リーガリティ—法規範が命じる—ところに対して、合目的的考慮を排除して従う態度—の回復を説いている点に着目すれば、たとえ公益の実現を目指す場合であったとしても、法的手段的使用に対しては、彼は反対するのであるか。もっとも、道徳相対主義に支配された現代のアメリカでは、公共善—公益—が何であるかを特定すること自体が不可能であるとする彼の立場からすれば、実現の対象が私的なものであるか公的なものであるかという点は、やはり大した問題ではないのかも知れない。

しかし、そのように考えてくると、彼がどのようなヴィジョンの下に、あるいは何を指して、法理論の構築を含めた法学研究全体を行っているのかが、そもそもよく分からなくなってくる。グリーンによる指摘が有意義であるのは、タマナハの法学研究において、この点が不明確であるということを明らかにしているからである。タマナハは自らの学問的営為について、それが役に立つ (*useful*)

知見の創出を目的とするものであるという趣旨のことをしばしば記しているが⁽⁷³⁾、そこで産出される知見もまた、何かの役に立つことが目指されていることに違いはない。タマナハ自身がそれを明らかにしていないとすれば、その説明は、彼が提出する様々な学説に対して最善の解釈を施すことを通じて、われわれ自身の手で行うほかはない。

続く2節においては、その公共善の観念をめぐる現実や、タマナハが提示するリーガリティの構造をめぐる、エイドリアン・ヴァーミュールが提起した批判について検討する。

2. 「共通善」の複数性：ヴァーミュールによる批判その1

ヴァーミュールは、ハーヴァード・ロー・レビュー誌上に公表された MEANS TO AN END (2006) の書評において⁽⁷⁴⁾、タマナハの法道具主義論に対して緻密な分析を加えている。そして、彼もまた、タマナハの主張に対して全体として反対の立場を採る。

批判の中心は、タイトルにある“*Instrumentalisms*”という表現に最もよく示されている。すなわち、法の創造、解釈、運用における合目的性を意味したり、それを強調したりする概念やカテゴリーであれば、われわれはすでにそれらを既存の法的ボキャブラリーの中に有しているものであり、それら全てに共通する要素を抽出して単一の（単数形の）Instrumentalism なる概念を新たに構築することは、不可能であると同時に不必要でもある、というのである⁽⁷⁵⁾。

…帰結主義やプラグマティズムといった現在の標準的なカテゴリーに加えて、1つの理論的カテゴリーとして「道具主義」を同定したり、復活させたりすることのネット・ベネフィットは、僅かなものであるか、むしろマイナスであるかの

どちらかである⁽⁷⁶⁾。

彼は、このほかにも様々な視角からタマナハの主張に解析を加え、その当否を明らかにしようとしているが、ここでは、タマナハが提示する公共善概念の不明確性についての批判を採り上げる。なお、ヴァーミュールは、このコンセプトを指し示すために MEANS TO AN END (2006) で使用されているいくつかの代替的表現のうち、共通善（common good）という表現を選んで全体を代表させていることから、以下本節ではこちらの表現を使用することにする。

ヴァーミュールは、上に紹介した本書評全体における中心的な主張を導き出したのと同じ論法を用いて、タマナハがどのような共通善が果たして本当に存在するものであるか否かを検討している。そしてその論法は、“*The Lack of a Common Good*”という本書評中の見出しの表現に⁽⁷⁷⁾、同じように最もよく示されている。すなわち、タマナハ自身がいみじくも指摘しているように、今日においては共通善に関する単一の概念は存在しない。存在しているのは、多様な価値観や基準、方法に基づく複数形の共通善（いわば common goods）にほかならない。そして、これらは、何を善であるかに関する基準や立場について、人々の間に多様な意見の違いがあるという状況を反映している。そして、価値に関する統合失調症の状態がこの違いの克服を不可能にしているのであれば、社会の人々全体に過不足なく共有されるという意味における単数形の共通善は、やはり成立しそうにない⁽⁷⁸⁾。

基本的視座の異同 ここに表れているような、社会にとっての善に関する両者の間における理解の根本的な異同は、後に、その他の理論家との対比におけるタマナハの立ち位置について考える際に、重要な意味をもってくる。ポイントを示せば、ヴァーミュールは社

社会科学の方法等を用いて証明可能な何がしかの価値（例えば経済学の方法に基づいて合理的に算出される厚生や効率性）を善だと考えているのに対して⁽⁷⁹⁾、タマナハが言わんとするところのそれは、実証的な観点からは掴みにくいものであるということである。そして、これまで見てきたように、法の目的に関してタマナハが採るこのような立場は、彼が描き出す法理論の全体構造を特徴付ける要素の1つとなっている。

周知のように、法的考察における実証的・制度的分析手法は、ヴァーミュールの研究スタイルにおける顕著な特徴の1つである⁽⁸⁰⁾。そして、彼がこのような観点を採っていることを前提とすれば、確実な方法を用いて科学的・論理的に証明したり、分析したりすることが困難なもの—タマナハのいう実体的価値原理としての伝統、道徳、そして共通善等—は、法をめぐるヴァーミュールのヴィジョンの中には、その存在の位置を認めにくいということになる。

ヴァーミュールによる共通善批判は、結局、法のヴィジョンそのものをめぐる両者の間における違いを映し出すことになった。そして、その違いは、規範的な性格を強く帯有するタマナハの共通善概念を、ヴァーミュールが分析的手法を用いて考察し、予想通り、それはよく分からないものだとして捨てるといった結果を招くことになったのである。そして、2人の間における基本的な立場の違いは、次節で紹介する論点をめぐっても繰り返され、そのコントラストはむしろより鮮明なものとなって行く。

3. 「秘儀的リーガリズム」論：ヴァーミュールによる批判その2

ヴァーミュールによる第2の批判は、タマナハによる企図の中枢にさらに肉迫するものとなっている。その要点を示せば以下のようになる。

すなわち、タマナハは、人々（特に裁判官）に対して、「法を目的達成のための手段であると考えてることをやめよ」と説いている。しかし、そもそも、法システムもまた人間社会に存在する様々なニーズを充たすための合目的的な存在にほかならず、この点は彼自身も承認している⁽⁸¹⁾。そうだとすれば、タマナハが示す処方箋の中身とは、「法が手段だということを一方で認めつつ、他方で、法を手段だとは考えるな（虚心に墨守せよ）」という矛盾したものにはほかならない⁽⁸²⁾。結局、彼が要求している「意識的なルール遵守志向」とは、一種の秘儀的なりーガリズム（esoteric legalism）—合理的には説明不可能な、神秘主義的かつ盲目的な法信仰—にすぎない。このような企図は、そもそも成立するはずがない、と⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾。

そうすることが手段的な便益をもたらすということをもさに理由として、公務員に対して、法が手段でない信じよと要求することは、そのような企図の失敗を請け合っているのと同じである⁽⁸⁵⁾。

一見したところでは、ヴァーミュールの論理は明快であり、その批判は妥当するように見える。そして、そのように考える場合、MEANS TO AN END (2006)におけるタマナハの立論および企図の骨子は、ほとんど跡形もなく破綻する。すなわち、グリーンが指摘した通り、病巣は法的手段視という発想に潜んでいるという着眼点はそもそもシンプルな見当違いであり、ヴァーミュールによる第1の批判によれば、タマナハが憧憬を抱くような意味における公共善はそもそもその存在自体があやしい。さらに、第2の批判によれば、法についての行き過ぎた手段視がもたらす弊害を治癒するために、タマナハが仰々しく提示する処方箋もまた、ほとんど効き目はなさそうである。このように見る限り、同書にお

いて展開されたタマナハの法道具主義論は、現実には存在しない敵に畏怖しつつ果敢に闘いを挑みながらも、慌てて手に取った武器は全く場違いなものであるといった、一種のドン・キホーテ的所業にすぎなかったということになろう。そのように解釈する限り、そこには真面目に受け取るべき言い分はほとんど含まれていないようにも思える。

もう1つの読み方 しかし、そのような読み方があまり生産的なものでないことは言うまでもない。私見によれば、グリーンおよびヴァーミュールによる批判は、タマナハの法道具主義論が抱える課題を正しく指摘し、その意味で問題の整理に資するものであるものの、それ以上の意義をもつものではない。両者による批判が当たらないと言っているのではない。そうではなく、例えていえば、タマナハが投げたボールをグリーンとヴァーミュールがお手本のように綺麗に打ち返しているという状況は、タマナハ自身が、両者が指摘したような点を、実際には初めからあまり重要視していないということを推測させる。両者が採り上げたような論点が、タマナハにとって本当に大切な意味をもつものならば、MEANS TO AN END (2006) を構想する段階におけるタマナハ自身による論点の選択、立論の構成、論拠の選択、論証の過程などが、違っていたものになっていた可能性がある。

タマナハが究極的に重視しているのは、グリーンやヴァーミュールが指摘したような点ではない。そして、そのような視線のズレは、彼らが拠って立つ基本的立場の違いに起因するものであると考えられる。いうまでもなく、ラズ (J. Raz) からの薫陶を受けたグリーンは、イギリス法実証主義における正統の流れを汲むものである。ヴァーミュールもまた、グリーンとはやや異なった意味においてではあるものの、法現象に対する考察において実証的な態度・方法を重視しているこ

と、上述のとおりである。

これらの事実は、法理論におけるタマナハの基本的立場がどのようなものであるかについて示唆を与える。そして、それが明らかにされれば、タマナハの法道具主義論と、それに対してグリーンとヴァーミュールから浴びせられた批判との間に、噛み合う部分とそうでない部分があることの意味も、同時に明らかになるはずである。以下、次章では、これまでの検討を踏まえて、タマナハが描く法システムについての包括的なヴィジョンがどのようなものであるかについて考察する。

IV 考察：タマナハの立ち位置

法道具主義論との関係において、法システム全体を包括する彼の理論的立場の全容を明らかにするためのヒントもまた、MEANS TO AN END (2006) の中に示唆されている。同書において、法に関する手段的思考の蔓延による浸食から彼が救おうと試みているのは、そのサブタイトルが明示するように、アメリカにおける法の支配そのものである。法の支配は、今日では法システムそのものの中枢をなすコンセプトであるとされることが通例であり、これまでに無数の論者が百花繚乱の議論を戦わせた舞台でもある。その意味で、他の論者との対比を通じてタマナハの立場を特定し、それを通じて法システム全体に関する彼のヴィジョンの特徴を明らかにする上では、まさに格好の契機となる。

では、法の支配の本質的性格を、彼はどのように理解しているのだろうか。この点に関するタマナハの立場は、GENERAL JURISPRUDENCE (2001) において端的に示されている。

…重要なのは、法の支配は、…実体的には空虚 (substantively empty) だという点である⁽⁸⁶⁾。…法の支配の観点からは、法とは、純粹に手続的性格をもつ1つの手段である⁽⁸⁷⁾。…形式的法は、わ

れわれの諸目的に資するための1つの手段である⁽⁸⁸⁾。…法の形式のかつ合理的な側面は、…結果を予見可能なものになると同時に、人々が計画を立てることを容易にし、…彼らの自由を促進するのである⁽⁸⁹⁾。

このような理解に基づけば、法の支配とは、法における形式的合理性を堅持することによって、人々に対して予見可能性に基づく行動の自由を保障すること以外には、特定の法外在的価値との間で必然的な対応関係に立つものではないということになる。タマナハは、法の支配もまた、一定の目的を実現するための手段的システムであると理解している訳である⁽⁹⁰⁾。

フラーとの重なり合い そして、このような見方は、いかなる実体的な法外在的目的との対応関係に立とうとも、法システムが実現する秩序の正しさが一定の最低ラインを割らないための条件について論じた、ロン・フラー (Lon Fuller) による「法の内的道徳」(the internal morality of law) の理論を想起させるに十分である。周知のように、フラーはこの理論の下で、法システムが破綻していると評価される際の条件を列挙することによって、それが正常に機能している状況をいわば反射的に明示しようとしている。

(1) そもそも、法のルールが定められていない；(2) 法のルールが人々に公開されていない；(3) 遡及的立法が濫用される；(4) ルールの内容が人々にとって理解不可能なものである；(5) 複数のルールの内容が相互に矛盾している；(6) 法の要求がそれを遵守するための名宛人の能力を超える；(7) ルールがあまりにも頻繁に変更されるため、名宛人が行動を準拠させることが出来ない；(8) 示されたルールとその実際の運用との間

に一貫性がない⁽⁹¹⁾。

ここでもまた、人々に対して法の予見可能性を確保し、その行動の自由を保障することを重視するとともに、特定の法外在的価値に対して中立的な形式合理的立場が採られている。法の支配をめぐる理論構成に関して、タマナハがフラーの実質的な影響下にあることも十分に推測しうることは別論⁽⁹²⁾、このテーマをめぐる両者の立場の間には、確かな重なり合いを看取することが出来る。

その他にも、タマナハとフラーの間には共通点が見られる。まず、タマナハが道徳相対主義の立場を採り、法システムが実現すべき法外在的目的がどのようなものであるべきかという論点について、公共善という曖昧なカテゴリーを示す以外には、一定の立場に立つことを回避している点については叙上の通りである。そして、このような態度もまた、法外在的な目的を実現するための装置としての法システムそのものの探究と改善に専ら意を用い、広い意味での正義や道徳と言う以外には⁽⁹³⁾、法外在的価値の内容や優先順位の問題についてあまり関心を示して来なかったフラーの態度と重なるところがある⁽⁹⁴⁾。

法への忠誠 また、法システムが正しく成立し、本来の目的を実現しうるための基礎的条件の1つとして、人々が法を内心において信頼し、尊重するという態度—フラーの代表的な表現では、法への忠誠 (fidelity to law)⁽⁹⁵⁾—の重要性を強調している点でも、両者は共通している⁽⁹⁶⁾。

これらの類似性を考慮すれば、あくまでもテンタティヴな評価としてではあるが、今後の考究における1つの視点として、法システムそのものに関するタマナハの理論的立場には、フラーの立場と重なり合う部分が含まれているということは指摘されてよい。

そして、このように考えれば、ヴァーミュールによる秘儀的リーガリズム批判が、

表面的には完全に妥当するように見えるが、実際には、タマナハの立場に対する批判としては事の正鵠を射たものではない可能性があることが判る。ヴァーミュールの立場では、人間の内心に対する考察は、その合理主義的理性に着目して行われ、人間の主観面のうちそこからもれる部分についてはあまり重視されていないように見える。しかし、上のような分析結果に基づいて考えると、タマナハの真意は、法への忠誠という、一種の非合理主義的心理状態を指し示すことにあった可能性が高いのであり、このように考えると、それは、法に関するヴァーミュールのヴィジョンの中には、そもそも有意義な位置を占めにくいものだと考えられる。タマナハとヴァーミュールとでは、主張と批判が正しく噛み合うためには、法的考察において着目するポイントや対象が、根本的なレベルにおいて異なっているのである。

では、このように見てくると、本題であるタマナハの理論的な立ち位置は、どのようなものだと評価されるべきであろうか。

法実証主義的側面 まず、GENERAL JURISPRUDENCE (2001)（および REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY (1997)⁽⁹⁷⁾）では、彼は、法的知見は事実的根拠によって基礎づけられるべきことを強調する。他方、RULE OF LAW (2004) 等においては、法の支配は、法外在的価値との関係では純粹に形式的・中立的なものだとしている。また、実体的価値から切断された手段として、現代における法の本質を観念する彼の法道具主義が、彼の法理論全体にとって不可欠な特徴の1つであることには疑いの余地がない。

次の問題は、これらをより一般的な法理論上の立場を示す手掛かりとしてどのように評価するかである。まず、法の支配が法外在的価値との関係で必然的な結びつきや対応関係をもたず、その意味で完全に中立的だとする主張は、法実証主義における「分離のテーゼ」

（“separation thesis”）を想起させるに十分である⁽⁹⁸⁾。また、法道具主義は、その主要な起源の1つをベンサム（J. Bentham）に遡るものであり⁽⁹⁹⁾、上出のグリーンによる言にも示唆されていたように、元来は法実証主義から出た発想であるということが出来る。これらの点を考慮すれば、一先ず、タマナハの理論的立場は、法実証主義に対して相当程度の親近性をもつと言ってよさそうである。

規範法学的側面 しかし、あらためて述べるまでもなく、彼が完全に、あるいは単純な法実証主義者だと断定することは誤りである。タマナハは、法にとっての重要な淵源の1つであるとともに、（法外在的価値として）その実現対象でもあるものとして、公共善という、規範的性格が極めて強い概念を、彼の法道具主義論における不可欠の構成要素として設定している。また、より顕著な点として、彼はフラー的な意味での法への忠誠の重要性を承認している。付言すれば、それはハート（H.L.A. Hart）が一点の誤解の余地もなく拒絶しているものである⁽¹⁰⁰⁾。これらの点に着目すれば、タマナハは、それが自然法学であるというか否かはともかく、非実証主義＝規範法学的立場をも同時に採っているものだと評価しうる。

では、ここまでの検討結果を総合すると、タマナハの理論的立場はどのようなものであると考えることが出来るか。現時点で言えることは、それが、法実証主義に軸足を置きながらも、同時に、自然法論者によって従来その意義が強調されてきたような規範的要素をも承認するという、悪く言えばどっち就かずだが、よく言えばハイブリッドなものであるということである。そして、このような立場は、普遍的に適用可能な法の同定方法に関する議論において彼が主張している「社会的法実証主義」（Socio-Legal Positivism）と関連している可能性があるが⁽¹⁰¹⁾、この点に関する詳しい検討は別の機会に譲らざるを得ない。

以上を要するに、タマナハの法理論的立場は、法実証主義の派生形態としての法道具主義を基調としつつも、自然法理論によって伝統的に強調されてきたような規範的要素をも同時に承認するハイブリッドなものであるといえよう⁽¹⁰²⁾。

V 結語

以上本稿では、タマナハの独特な法道具主義論、および彼のより一般的な法学的立場について考察してきた。冒頭において、研究者としての彼はとても intriguing な人物にみえると述べたが、実際、本稿での検討が、彼の複雑な思考方法を解きほぐして示すことに成功しているか否かという点については、率直に言って覚えない部分も残る。むしろ、稚拙な論述が本来であれば簡明な議論の構図に対して徒に霞を掛けてしまっていないかと危惧する。

いうまでもなく、本稿において取り扱ったのは彼の学説の一部に過ぎない。したがって、ここでの検討を通じて描き出した彼の一般的な立場なるものもまた、その意味ではある限られた角度から光を当てられたものにすぎない。立体的かつトータルな像を映し出すためには、法道具主義以外のテーマに関する彼の研究を過不足なく視野に入れる必要がある。とりわけ、法多元主義や職業集団としての法律家に関して展開されている議論は、法や人類社会そのものに対して彼が抱いている理想や世界観を知る上で、不可欠の重要性をもつものと考えられる。そして、そのようなヴィジョンは、タマナハの本当の政治的立場とも密接に関連するものであろう。少し敷衍していうと、以下ようになる。

法に対して、その現象面からアプロウチすることの意義を等閑視しない彼の立場からは、過去および現在における法をめぐる人々の行動そのものが、研究における第1次的な重要性を帯びてくる。そして、そのような視

点を採用し、法規範というものの実態をどのようなものと理解するにせよ、現実における法の主要な担い手であるリーガル・プロフェッションこそが、彼のアジェンダの中では一段上の位置付けを与えられざるをえない。2013年7月末現在、タマナハがこれまで公にした7冊の単著のうち、後の3冊である MEANS TO AN END (2006)、BEYOND THE FORMALIST-REALIST DIVIDE (2010)⁽¹⁰³⁾、FAILING LAW SCHOOLS (2012) を貫いているのは、職業集団としての法律家への眼差しである。前者は法律家が法のルールとどのように向き合ってきたかを、最後のものは未来の法律家がどのようなものになるかを、アメリカを例にとり、それぞれ考究したものであるといえる。彼の学説を読み解く上で、この点は留意されてよい。

他方、法多元主義をめぐる研究においては、技術的専門家への関心が多かれ少なかれ相対化されざるを得ないことは言うまでもない。彼らの手による独占を免れた、別言すれば、国家法からもれた生ける法への眼差しが、タマナハを読み解くためのもう1つの大切な視点になると考えられる。本稿では、この観点からの踏み込んだ考察を行っていない。

法律家集団への関心と法多元主義へのそれとの間に、何らかの有意な関連性を導き出すことは可能か。今後の研究を見据えた場合、これは興味深い論点となる。もっとも、これも冒頭に述べたように、タマナハは自らの学問において、テーマの配置における体系的な整合性や形式美のようなものには、そもそもあまり拘泥していないようであるが。

注

- (1) BRIAN Z. TAMANAHA, *LAW AS A MEANS TO AN END: THREAT TO THE RULE OF LAW* (2006) (*hereinafter* cited as TAMANAHA, *MEANS TO AN END*). 本書の紹介として、拙稿「法の支配の危機」アメリカ法 [2008-1] 82-7頁。
- (2) 前者について、四本健二 (監訳) 『法の支配』をめぐって：歴史・政治・理論 (2012)。後者について、樋口和彦・大河原真美 (訳) 『アメリカ・ロースクールの凋落』 (2013)。
- (3) BRIAN Z. TAMANAHA, *REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY: PRAGMATISM AND A SOCIAL THEORY OF LAW* (1997) (*hereinafter* cited as TAMANAHA, *REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY*) および本稿でも取り上げる *A GENERAL JURISPRUDENCE OF LAW AND SOCIETY* (2001) (*hereinafter* cited as TAMANAHA, *GENERAL JURISPRUDENCE*) は、法の動態や本質を探究する既存の法理論が、現代世界における法の多様な現実との間で深刻な乖離を生じているにもかかわらず、そのようなミスマッチが放置されている現状を批判して、法に関連する無数の実態を過不足なく記述しつつ、政治的にも偏りのない知見を創出するための視座や方法を探究する。
- (4) BRIAN Z. TAMANAHA, *BEYOND THE FORMALIST-REALIST DIVIDE: THE ROLE OF POLITICS IN JUDGING* (2010) は、裁判官による判断形成に際して生じる、法規範の拘束と政治的考慮との相剋を題材としながら、形式主義とリーガル・リアリズムとの対立というアメリカ法学史上の伝統的な図式に対して新たな解釈を提示する。タマナハによれば、両者の中間を行く「穏健なリアリズム」(“Balanced Realism”)こそ、アメリカの裁判官が採ってきた思考方法を正確に描写するものに他ならないとされる。本書の紹介として、拙稿「A Final Realism about Formalism? : 形式主義の幻影と穏健なリアリズム」青森中央学院大学地域マネジメント研究所研究年報6号157-61頁 (2010)。
- (5) Adrian Vermeule, Book Review, *Instrumentalisms*, 120 HARV. L. REV. 2113 (2007). Leslie Green, *Law as a Means*, in *THE HART-FULLER DEBATE IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* 169-88 (Peter Cane ed., 2010)。
- (6) なお、発表時期としては、ヴァーミュールによる書評が2007年であり、グリーン論文が2010年であるが (上掲)、本稿における考察の流れとの
- 平仄を考慮し、まずグリーン論文を、続いてヴァーミュールの書評を取り上げることとする。
- (7) *E.g.*, TAMANAHA, *REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY*, *supra* note 3, at xii, 8.
- (8) *See e.g.*, BRIAN Z. TAMANAHA, *FAILING LAW SCHOOLS* 133-4 (2012) (*hereinafter* cited as TAMANAHA, *FAILING LAW SCHOOLS*)。
- (9) *See e.g.*, TAMANAHA, *GENERAL JURISPRUDENCE*, *supra* note 3, at 133-4.
- (10) TAMANAHA, *REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY*, *supra* note 3, at xiv.
- (11) TAMANAHA, *GENERAL JURISPRUDENCE*, *supra* note 3, at xi.
- (12) *Id.*
- (13) *Id.* at 9-10.
- (14) *Id.* at 240. 以下、[] は補充部分を意味する。
- (15) *Id.* at 11-44.
- (16) *See id.* at 69, 234.
- (17) ここにいう古典的法理論 (Classical Legal Theory) とは、ギリシャ、ローマにおける法思想を意味しているようであり、タマナハはプラトン、アリストテレス、キケロ等の法的発想を紹介することによって、このカテゴリーを代表させている。*Id.* at 11-16.
- (18) ここにいう「慣習 = 文化」伝統 (Custom-Culture Tradition) を代表する論者として、タマナハはサヴィニー、モンテスキュー、エールリッヒを挙げている。*Id.* at 27-32.
- (19) ここにいう「法と社会組織」伝統 (Law and Social Organization Tradition) を代表する論者として、タマナハはメイン、デュルケム、ウェーバー等を挙げている。*Id.* at 32-40.
- (20) このほかにタマナハは、“Selective Mirror Tradition” という、鏡のテーゼと法道義主義との中間に位置するカテゴリーを設け、ここに分類されるものとしてマルクス主義、批判法学、批判的人種理論、批判的フェミニスト理論、法と経済学を挙げている。*Id.* at 40-4.
- (21) *Id.* at 21 (emphasis added).
- (22) *Id.* at 26 (citations omitted and emphasis in original).
- (23) *Id.* at 29 (citation omitted).
- (24) 原語としては、evolutionary tale や evolutionary account といった表現が用いられている。*Id.* at 52-6. タマナハがこれらの表現に込めよう

- としているニュアンスは、経済学における発展段階説 (stage theory) にも通底するように思われる。See *infra* note 33. なお、本稿では、ダーウィニズムとの混同を回避するために「進化論」という訳語を充てることを避けた。
- (25) *Id.* at 52.
- (26) *Id.* at 52-6.
- (27) *Id.* at 57.
- (28) *Id.* at 62.
- (29) *Id.* at 65-6 (emphasis in original).
- (30) *Id.* at 68.
- (31) *Id.* at 69.
- (32) *Id.* at 65 (emphasis in original).
- (33) 彼が、その他の主要な研究テーマとして、法と開発や法多元主義の問題に熱心に取り組んでいることの理由の一端が、このあたりに看取されるように思われる。また、実際にタマナハは、進化説について分析する文脈において、そのようなヴィジョンに今日でもなお潜む西洋中心主義的な価値観をそれとなく、しかし痛烈に批判している。See *id.* at 61. なお、タマナハが進化説および社会契約説の目的・機能を体制の擁護と正当化に求めているという解釈については、以下の文献にも示唆がある。See WILLIAM TWINING, GENERAL JURISPRUDENCE: UNDERSTANDING LAW FROM A GLOBAL PERSPECTIVE 92 (2009).
- (34) いうまでもなく、法と社会とのつながりを失わしめた要因が法の移植だけであるならば、植民地関係における宗主国など、自国における国家法が法移植には由来しない法域においては、依然として法は社会を反映していることとなり、鏡のテーゼが成立してしまうことになる。法を外部からは継受していない法域においてさえ、一般の人々が有する価値感覚と法とが乖離して来たことを論証するためにタマナハが着目したのが、専門的職業集団による法知の独占というモチーフである。
- (35) TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 71-6.
- (36) *Id.* at 71-2.
- (37) *Id.* at 72-6. なお、法の造形において法律家集団が果たす役割とその責任への独特の関心は、MEANS TO AN END (2006) における、法律家による過度の私益追求に対する批判につながる。See *infra* note 65. また、同様の期待は、FAILING LAW SCHOOLS (2012) における、法律家集団は社会の異なったクラスに属する人々を横断的に代表すべきである (富裕層によって独占されるべきでない) との主張につながる。See TAMANAHA, FAILING LAW SCHOOLS, *supra* note 8, at 133-4.
- (38) TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 78.
- (39) *Id.* at 83.
- (40) *Id.*
- (41) *Id.* at 85. タマナハは、ホップズとヒュームそれぞれの理性に関する所説を対比しつつ、両者の間で、理性そのものの性質が実体的なものから手段的なものへと変遷していることが確認できると主張する。*Id.* at 78-86.
- (42) *Id.*
- (43) See *id.* at 96-103.
- (44) See BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 119-22 (2004) (*hereinafter* cited as TAMANAHA, RULE OF LAW).
- (45) このような文脈において移植される法は、リベラル・リーガリズムを基礎とする西洋的国家法であることが通例である。しかし、タマナハ自身によるミクロネシアでの経験が端的に示すように、外部から導入された西洋的国家法が、受入側の国や地域において、事前に期待された程の紛争解決機能や秩序形成機能を果たすことは稀である。舶来の司法機構の手から漏れた紛争は、伝来の慣習法によって処理されることになる。そして、法多元主義的観点に立ってみれば、このような状況は決して不合理なものではなく、むしろ極めて自然な帰結として積極的に受容されるべきものであるという。See TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 107-17, 145-6.
- (46) *Id.* at 120-7.
- (47) 各国の法が、程度の差こそあれ近似した方向へと収斂していくことを促進するその他の要因として、タマナハは、法律家間の国際的交流を挙げている。例えば、アメリカのロー・スクールが提供する LL.M. プログラムが世界中から学生を集めて活況を呈している事実などは、異なる法域に属する法律家たちの知識や価値観、思考方法などが、いずれ徐々に類似したものになって行く (彼の表現を借りれば「トランスナショナルな法文化」(Transnational Legal Culture) の形成) ことを推測させる 1 つの根拠となるというのである。*Id.* at 127-8.

- (48) *Id.* at 128-9.
- (49) 他方、国内法の文脈では、慣習や道徳律とは関係が希薄な合目的法的例として、タマナハは現代的な行政国家・福祉国家の下における政策法規や組織法規の存在を挙げている。*See id.* at 87-8, 238.
- (50) なお、ゴードンによる短評は、同書の出版元である Cambridge Univ. Press のウェブサイトでも確認できる。*Available at* http://www.cambridge.org/gb/knowledge/isbn/printView/item1174121/?site_locale=en_GB (last visited 8/9/2013).
- (51) TAMANAHA, MEANS TO AN END, *supra* note 1, at 227.
- (52) *See id.* at 6-7.
- (53) *Id.* at 228.
- (54) *Id.* at 229 (emphasis added).
- (55) *See id.* at 244. *See also* TAMANAHA, RULE OF LAW, *supra* note 44, at 119-22.
- (56) *See* TAMANAHA, MEANS TO AN END, *id.* at 35.
- (57) *See e.g.*, LAWRENCE M. FRIEDMAN, AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY 151-62 (2002). 邦語文献としては、さしあたり、拙稿「プロセス法学再訪」青森中央学院大学研究紀要16号21-5頁（2011）等を参照。
- (58) *See* TAMANAHA, MEANS TO AN END, *supra* note 1, at 4, 65-6, 224. Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908). Karl Llewellyn, *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222 (1931).
- (59) *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).
- (60) *Brown v. Board of Education of Topeka* (Brown I), 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education of Topeka* (Brown II), 349 U.S. 294 (1955).
- (61) *See* TAMANAHA, MEANS TO AN END, *supra* note 1, at 77-89. なお、*Brown* 判決をはじめとして、ウォーレン・コート期における画期的な憲法判例に対しては、結論の社会的重大性に比して、その理由付けとなる法的分析・推論が著しく不十分であるとの批判があることは周知の通りである。特に、*Brown* 判決に看取される明白な結果志向主義を批判したものとしては、以下の文献が代表的である。Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959).
- (62) TAMANAHA, *id.* at 159 (“… [P]ublic interest litigation would become a major feature of modern U.S. legal culture.”).
- (63) *See id.* at 110-5.
- (64) *See id.* at 215-24.
- (65) *See id.* at 133-55, 172-89. 叙上の「法律家による法知の独占」というモチーフへの着目にも示唆されるように、タマナハは、現代の法システムを分析する上で、社会にとって代替不可能な独自の役割を果たすサブシステムとしての法律家集団に対して、特に強い関心を向けている。タマナハによれば、現代アメリカの法律家集団が、彼らに対して伝統的に期待されてきた社会の柱石としての役割を果たすことが困難になってきているという認識は、有力な法学者・実務家の間では既に共有されつつあるという。そのような問題提起を行っているものとして、彼は以下のような先行研究を挙げている。ANTHONY T. KRONMAN, *THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION* (1993); SOL LINOWITZ, *THE BETRAYED PROFESSION: LAWYERING AT THE END OF THE TWENTIETH CENTURY* (1994); MARY ANN GLENDON, *A NATION UNDER LAWYERS: HOW THE CRISIS IN THE LEGAL PROFESSION IS TRANSFORMING AMERICAN SOCIETY* (1994). *Id.* at 134.
- (66) *See* TAMANAHA, *id.* at 118-32.
- (67) *Id.* at 1.
- (68) *Id.* at 115.
- (69) *See id.* at 241-4. なお、タマナハは REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY (1997) においても、裁判官が合目的的考慮との関係において法のルールを忠実に適用することの意義にふれているが、1997年の段階では、MEANS TO AN END (2006) において示された程の絶望的な診断はなされていないようである。*See* TAMANAHA, REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY, *supra* note 3, at 244.
- (70) TAMANAHA, MEANS TO AN END, *supra* note 1, at 250.
- (71) このような分析もまた、社会における実体的価値と法との乖離という、鏡のテーゼに対する反証の際に使用されたモチーフを、文脈を絞り込んだうえで適用するものであることに注意されたい。
- (72) Green, *supra* note 5, at 170-1 (emphasis in original). このような「外的れ」の存在は、実際

には、次節において取り扱うヴァーミュールによる批判の中でも指摘されているが、本文中ではグリーンによる問題提起をもってこの点に関する指摘を代表させることとした。なお、ヴァーミュールによる観察は以下の通りである。

「法道具主義に対する批判の1つは、実際には、少なくとも道具主義それ自体を批判するものではないと考えられる。…問題は、法的手段が向けられる目的の性質が変化してきたことである。法道具主義とある一定の共通善の後退との組み合わせが有害な効果を生み出したのかも知れないが、いずれの要素もそれ単体としては不活性なものであろう」。Vermeule, *supra* note 5, at 2120 (citations omitted).

(73) See TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 133-4. See also TAMANAHA, REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY, *supra* note 3, at 152.

(74) Vermeule, *supra* note 5.

(75) *Id.* at 2114-25.

(76) *Id.* at 25.

(77) *Id.* at 2120.

(78) See *id.* at 2120-1.

(79) *Id.* at 2121.

(80) See e.g., ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION (2006).

(81) タマナハ本人も、MEANS TO AN END (2006)の末尾において、法を司る公務員が合目的的考慮を遮断し、法の命じる規範的拘束に対して虚心にその身を委ねたときに登場する、いわば法システム本来の姿を、「正しく機能する手段的な法システム」(a properly functioning *instrumental* system of law) という表現で指示している。TAMANAHA, MEANS TO AN END, *supra* note 1, at 250 (emphasis added).

(82) 対象を私益と公益とで区別することによってこの矛盾を解消しようとする方途は、前節における共通善(=公益)概念に対する反駁によって既に封じられている。

(83) See Vermeule, *supra* note 5, at 2125-32.

(84) 他方でヴァーミュールは、このような企図が成功に到達しうる数少ない方途の1つとして、「偽善の教化力」(“civilizing force of hypocrisy”)を挙げている。いわば、何かを真剣に信じていなくても、あたかもそれを信じているかのように行動

していれば、いつの間にか本当にそれを信じるようになってしまう、という訳である。しかし、タマナハはこの行き方を採用している訳でもないので、結局彼が提示する処方箋が功を奏することはないとしている。*Id.* at 2128 (citations omitted).

(85) *Id.* at 2130.

(86) TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 98.

(87) *Id.* at 99.

(88) *Id.* at 101.

(89) *Id.* (citations omitted).

(90) タマナハが、法に関する手段的思考によってまさに破壊されつつあると主張しているはずの法の支配もまた、同様に一種の手段であると理解しているという点については、違和感を感じる向きも少なくないであろう。法の支配の主要な性質が、何らかの目的を達成するための手段性にあるのであれば、その内部において、個々のルールを人々が手段であると観念しても、そこに看取されるのはむしろ一定の整合性であって、システム全体を崩壊させるほど深刻な内部矛盾がそこに存在するとは考えにくいとも解釈しうるからである。その意味で、MEANS TO AN END (2006)におけるタマナハ論旨には、さらに洗練される余地が残っていると考えるべきである。グリーンによる的外れ論や、ヴァーミュールによる第2の批判は、このような論旨の混線(に見えるものの存在)を指摘したものだとも考えることが出来る。

(91) LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 39 (rev. ed. 1969). フラーによれば、これらの8要件のうちその1つでも欠損があれば、その法システムは単に悪しき法システムに墮するにとどまらず、そもそも法システムですらなくなるという。

(92) 実際、法の支配の性格について検討するに際して、タマナハはフラーを参照している。しかしタマナハは、本来形式的概念であるはずの法の支配を、実体的道徳としての善や正義と不可分に結び付いたものと主張する点を挙げてフラーの立場に対して疑義を呈しており、このような点に着目すれば、法の支配に関するタマナハの立場が、フラーのそれを丸ごと無批判に受容するものでないことは明らかである。TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 100.

(93) See Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630, 644

- (1958).
- 94) See FULLER, *supra* note 91, at 153.
- 95) See Fuller, *supra* note 93.
- 96) 例えば、タマナハは、RULE OF LAW (2004) の結論部分において次のように述べる。
「法の支配についてどのように理解しようとも、本書における探究は、それを確立するための真に必要な不可欠な構成要素 (*the essential ingredient*) について提案することによって結ばれる。[すなわち、] 法の支配への忠誠 (*fidelity to the rule of law*) に関する、社会において広範に普及した態度が、…法の支配を機能させる神秘的な属性 (*the mysterious quality*) なのである」。TAMANAHA, RULE OF LAW, *supra* note 44, at 141 (*emphasis in original*).
- 97) TAMANAHA, REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY, *supra* note 3.
- 98) See *e.g.*, H.L.A. Hart, *Positivism and Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958).
- 99) *E.g.*, ROBERT S. SUMMERS, INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY 28-9 (1982).
- 100) See Hart, *supra* note 98, at 593-600.
- 101) See TAMANAHA, GENERAL JURISPRUDENCE, *supra* note 3, at 133-70.
- 102) いうまでもなく、本章の結論として別出したタマナハの立場は、あくまでもフラー的な規範法学および主としてハートの法実証主義との対比において観察されるそれにすぎない。このこととの関連で若干補足しておきたい。アメリカ法の文脈のみに限定してみても、今日、ある理論家の立場を他の理論家、あるいは他の学派と比較するという場合には、フラー法学や法実証主義の他にも、視野に入れなければならない対象は少なくない。例えば、20世紀中葉以降のアメリカにおいて顕著な地位を確立した学派として、MEANS TO AN END (2006) の中でタマナハ自身が言及しているものを挙げてみるだけでも、プロセス法学、法と経済学、批判法学 (フェミニスト法学と批判的人種理論を含む)、法と社会、法プラグマティズム、非道具主義的立場 (フィニス (J. Finnis)、ワインリブ (E. Weinrib)、ムーア (M. Moore)、ドゥオーキン (R. Dworkin) らが挙げられている) 等がある。TAMANAHA, MEANS TO AN END, *supra* note 1, at 101-32.
- ここでふれておきたいのは、これらを含むより

広い鳥瞰図の中では、タマナハがどの学派との関係でどのような位置を占めるものと評価しうるか、という点である。この点について彼自身は、政治的には批判法学や法と社会といった左派に対してシンパシーを感じるとしつつも、学術研究を過度に政治化することは創出される知見の価値や信頼性を損なうし、社会改革のための方途としても適切でないとして、これらから一定の距離をとっている。他方で彼は、法的洞察に対して客観的・事実に根拠を要求する立場から、それらを創出するために必要となる社会科学的・実証的研究方法を重要視しており、その限りにおいては法と社会に属することを自任しているようである。See TAMANAHA, REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY, *supra* note 3, at xii, 8, 20-5, 253-5. タマナハが、左派法学との対比において自己の法理論的アイデンティティを多かれ少なかれ意識しているであろうことは、彼のいくつかの著作における献辞・謝辞の中に、フリードマン (L.M. Friedman)、アンガー (R.M. Unger)、ホーウィッツ (M.J. Horwitz)、ガランター (M. Galanter) を含むその方面における重鎮たちの錚々たる名前が並ぶことから推測しうる。See TAMANAHA, REALISTIC SOCIO-LEGAL THEORY, *supra* note 3, at xv; MEANS TO AN END, *supra* note 1, at vii. これらの理論家や学派との関係においてタマナハの立ち位置を緻密に検討することは、彼が規範法学的観点をも採用していることの背景や目的を知る上で、非常に重要な意義をもつであろう。

(103) See TAMANAHA, *supra* note 4.