

裁判官の心理と法解釈の正統性

——ロナルド・ドゥウォーキン「不確実性」をめぐる議論の擁護可能性を中心に——

小 池 智 晴

- 一 問題提起——法解釈の客観性と裁判官の心理
 - (一) 問題の背景
 - (二) 問題提起
 - (三) ドゥウォーキンの不確実性アプローチの導入と本論文の構成
- 二 ドゥウォーキン理論における解釈者個々人の心の位置
 - (一) ドゥウォーキンの不確実性アプローチの概要
 - (二) ドゥウォーキンの還元主義批判
 - (三) 小 括
- 三 不確実性アプローチの効用と示唆
 - (一) 不確実性アプローチから見たCLSの論者によるドゥウォーキン批判
 - (二) バルキンのドゥウォーキン批判
 - (三) ケネディの心理主義的理論
 - (四) 不確実性アプローチからみた還元主義・心理主義的理論の限界と展望
 - (五) 小 括
- 四 結 論

一 問題提起——法解釈の客観性と裁判官の心理

(一) 問題の背景

我が国における1950年代の法解釈論争をはじめとして、「法解釈」¹⁾の

1) 本稿においては、「法解釈」の意味が流動的かつ論争的であることを踏まえ、「法解釈」は、ひとまず法文の意味を理解し確定する段階及び法文の当てはめを含む活動として作業定義を置いた上で、必要がある場合においては前後の説明によって意義を特定することとする。

客観性—確定性をめぐる議論は長きにわたり繰り返されてきた。その中で、あまりにも当然視されていた背景がある。それは、議論が社会変革の試みとそれに伴う既存の権力への懐疑といった政治的な気運と連動しており、裁判官が「法」²⁾とは異質の何らかの「主観的」な観念や党派的な利害等を見せかけの「客観性」を装って導入しているのではないか、というような問題関心とともに行われてきたという文脈的背景である。

我が国の法解釈論争においては、客観性や「科学」という観念と相反するものとして「主観的価値判断」³⁾の存在が想定されており、法解釈の過程において「科学」とは異なる「主観的価値判断」が介在することが法学もしくは法の権威にとって致命的な事態であるかのように考えられていた。

その「主観的価値判断」の内実として主に想定されていたのは、裁判官個人の持つある種の政治的な志向を中心とした心的な傾向であった。法解釈論争の主要な論者らは、裁判官の個人的な「思想傾向」、「個人的偏見性」⁴⁾、主観的な「emotion」⁵⁾、「個人的な選好」⁶⁾ プリフェレンスといった様々な心的な傾向や作用についての表現を用いながら、論者たちは法解釈の主観的な性

2) ここでいう「法」も論争的な概念であり、フレデリック・シャウアーの区分に従うのならば、法概念と法的推論を強く結びつけたり、両者を不可分のものとする「包含的アプローチ」(ロナルド・ドゥウォーキン、H・L・A・ハートらに代表される)と、法概念と法的推論の違いを強調したり、切り離そうとする「排除的アプローチ」(ジョセフ・ラズ、ハンス・ケルゼンらに代表される)は法哲学・法学上の大きな論点であった。Cf. Frederick Schauer, “On the Relationship between Law and Legal Reasoning”, in Mark McBride & James Penner (eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (Hart Publishing, 2022), pp. 5-21. 確かに「法」を狭くとらえれば法律家の間で法の不確定性が議論に上がる機会は減らせるかもしれないが、確定的な意味や規則の存在そのものを否定する立場もあり得る以上、「法」の範囲を狭くとらえたところで問題から逃れられるわけではない。

3) 来栖三郎「法の解釈と法律家」私法11号(1954年)16-25頁。

4) 同上、19頁。

5) 川島武宜『科学としての法律学』とその発展(岩波書店、1987年)156-157頁。

6) 碧海純一「法の運用における客観性と主体性: 団藤重光著「法学入門」をめぐって」法学協会雑誌92巻11号(1975年)529頁。

質を論じようとした。

そして、法解釈の主観的性質の主な要因として考えられてきたのが裁判官個人の政治的志向であった。來栖は、論争の嚆矢となった「法の解釋と法律家」において、執筆の動機として議論を呼び起こした学生の選挙権に関する自治庁の通達に衝撃を受けたことを述べて、政治的背景を心的な要素に着目して主観性を論じる意義を示唆している⁷⁾。また、碧海純一は川島武宜も含めた50年代の法解釈論争の背景を第二次大戦後に明治時代以来の「人民統治の学」としての官僚法学の伝統が揺らぎ、資本主義と社会主義の対立が鮮明化しつつあったことに言及する。一方で「再軍備」が進み、尊属殺（旧刑法200条）の議論があり、裁判上の離婚原因（民法770条）についての価値観の対立、そして戦後急速に発達した労働法分野においてはほとんどの重要な解釈問題が党派的な価値判断の問題とされたことを背景として、日本の学界においてこれまでにないほどの激しい議論を巻き起こし、「切実な実践上の要求と密着して」生じたものと分析する⁸⁾。以上のことから、法解釈論争においては、法解釈の客観性と反する主観的性質の根源を裁判官個人の心の中での政治的志向に帰する議論が少なくとも代表的論者において一定程度みられていたといえる。

この法解釈を行う主体の心的な傾向の存在を論じることで法解釈の政治的性質を論じようとする傾向は、1950年代の日本に限定されるわけではない。主な例としてはリアリズム法学が挙げられるだろう。リアリズム法学の成立は17—18世紀イギリスにおいてエクイティのパターナリスティックな運用が批判される中で確立されてきた、パターナリズムを否定する古典自由主義的風潮の中で発展してきた形式主義的な「古典派法思想」の成立に端を発する。こうした形式主義的傾向が、19世紀後半の社会経済的变化による社会経済的不平等の深刻化の中で生じた「革新主義的批判」にさらされ、革新主義的な改革への要求が結びついて20世紀前半

7) 來栖・前掲注3、17頁。

8) 碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」恒藤先生古稀祝賀記念『法解釈の理論』（有斐閣、1960年）48頁。

に成立した潮流がリアリズム法学である⁹⁾。そのリアリズム法学においても、やはり政治的な運動との連動や法律家や法解釈の政治性といった観念は重要な役割を果たしていたといえる。

リアリズム法学の中でも裁判官個人の心的な傾向や個人の政治的な恣意の法解釈への不可避の混入を特に最も強く主張したのは、ジェローム・フランクといえるだろう。フランクは、判決の決定プロセスが「自身の考えを主観的なものと扱うことができない」心理的な幼児性によって成立していることを指摘する¹⁰⁾。そして、個人的な要素を副次的な変化をもたらすものとしてみなす伝統的な見方を否定して、刺激 (stimuli) と裁判官の性格 (personality) を掛け合わせたものとして裁決を位置付ける理論を提示しようとする¹¹⁾。こうしたフランクの議論は、裁判官個々人の政治性の隠ぺいを始めとする「主観的」な心理的傾向を法理論の中心に据えようとしている点で、法解釈論争の論者たちと着眼点がかなり類似している¹²⁾といえるだろう¹³⁾。

9) Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford University Press, 1992), pp. 4–5, 16–17.

10) Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (Stevens, 1949), pp. 116–117.

11) Jerome Frank, “Are Judges Human Part 2: As Through a Class Darkly”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 80, Issue 2 (1931), p. 242.

12) 影響関係の観点からは法解釈論争はドイツの自由法学及び概念法学批判の影響が強いことはいうまでもない。

13) リアリズム法学の再興運動であるニュー・リーガルリアリズムの代表的論者の一人であるブライアン・ライターは、フランクに代表される上記のようなアプローチをリアリズムの特異的方向性 (idiosyncrasy wing) と呼び、少数派であるにも関わらずそれが代表であるかのように考えられてきた「フランク化 (Frankification)」を批判する。ライターが主流と考えていた予測可能なパターンの発見に重きを置いた「社会学的方向性 (Sociological wing)」は、ここでの議論の対象ではない。See, Brian Leiter, “American Legal Realism”, in Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Wiley-Blackwell, 2004), pp. 54–55. しかしライター自身が認めるようにフランクの方法や (ライターが推す社会学的方向性と異なり) 判決の科学的予測を重視しないアプローチが一定の影響力を有したことは否定できない。See,

(二) 問題提起

以上のように、法解釈における客観性への疑義を論じるに当たって、法解釈を行う個人の心理的メカニズムに着目して政治的傾向と結びつけて論じる方法は、洋の東西を問わず法学における重要な論点であった。しかしながら、本稿の目的はこの歴史的・理論的文脈における法解釈の客観性や政治性について分析することではない。

本稿が焦点を当てるのは、法解釈の意味を解釈者の心理的メカニズムに還元して説明しようとする理論的なアプローチそのものである。従って、本稿は日本の法解釈論争やリアリズム法学の個別の議論には深く立ち入らない。その代わりに、この心理主義的還元のアプローチを最も自覚的かつ急進的な形で展開した批判法学 (Critical Legal Studies: CLS)、とりわけジャック・M・バルキンとダンカン・ケネディの議論を直接の分析対象として取り上げる。以上に述べた射程の限定は、第一にバルキン及びケネディが自己欺瞞や心理的説明を理論の中核に据え、法解釈の規範的正当化を心理的機序に還元することを明示的に試みた点に基づく。第二に、本稿が目指す比較検討は、ドゥワオーキン理論に対するCLSの還元主義的挑戦に対する応答の妥当性を検証することにあるため、理論的焦点をCLSの論者に絞ることが方法論上適切である。したがって、日本の法解釈論争やリアリズム法学は本稿では背景として参照するが、この二つの分野の個別的な議論の再検討は本稿の主目的ではない。

CLSは、裁判官の判断の確定性・客観性・中立性を批判し、法の支配を掲げる「リベラル・リーガリズム」の正統性の側面から「主流派法学」と位置付けた既存の法学の批判を行った。この運動もまた、法解釈論争やリアリズムと同様に、1960～70年代のラディカルなニュー・レフト運動と結びつき、既存のリベラルないし左派に対する反発を背景とした政治的

Brian Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review*, Vol. 76, Issue 2 (1997), p. 315.

含蓄を持っている¹⁴⁾。

CLSの議論、特に本稿が目指すバルキンやケネディの議論において特徴的なのは、現実の裁判の判決文や裁判官の行動を素材に、法解釈における規範的正当化の性質を心理現象に還元して判決の正当化の困難性を論じている点である¹⁵⁾。彼らは、裁判官の下す判断の正統性の規範的正当化が、個人の心的な傾向（自己欺瞞や否認）の存在の証明によって困難もしくは不可能になると考える。

しかしながら、現実の判決文における根拠と適用結果の必然性が十分によみとれないという問題と、法解釈のもっともらしさが心理的な現象に還元される、という主張の間には論理的な飛躍があるのではないか。法解釈の規範的正当化の可否を心理学的な精神作用の機序に還元することができるという主張は、心理主義¹⁶⁾や還元主義¹⁷⁾といった批判を免れない可能性が高い主張なのではないだろうか。本稿はこの問題について議論してゆく。

14) 大屋雄裕「批判理論」瀧川裕英ほか『法哲学』（有斐閣、2014年）323頁。
船越資晶『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、2011年）i - ii 頁。

15) ケネディ及びバルキンの主な標的となっているのは、リベラル・リーガリズムの典型的な理論であるドゥウォーキン理論である。C.f. 船越・前掲書、102-104頁。

16) ここでは、言葉の意味や論理といった心理的でないものを心理的実体として誤って特定してしまうことをいう。Cf. Martin Kusch, “Psychologism”, in Edward N. Zalta and Uri Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2024), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/psychologism/> (accessed Dec. 14, 2025).

17) ここでいう還元主義は、ある存在者について、もう一方の存在者がある存在者に対して先立つ、もしくは基礎的・根源的であるという考えのことである。特に本稿においては、法解釈という現象や法解釈の結果の意味を推し量るに当たって、解釈者の心理状態それ自体が本質的なし根源的であるという考えを指す。従って、心理に対する還元主義である心理主義と同義で用いることとする。Cf. Raphael van Riel and Robert Van Gulick, “Scientific Reduction”, in Edward N. Zalta and Uri Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2025), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2025/entries/scientific-reduction/> (accessed Dec. 14, 2025).

(三) ドゥウォーキンの不確実性アプローチの導入と本論文の構成

本稿においては、ここまで述べてきたCLSの還元主義的アプローチに対する批判的な代替案として、ドゥウォーキンの議論を再解釈・再構成することを通じて裁判官の心理的因果¹⁸⁾の議論を規範的正当化の議論から切り離す「不確実性アプローチ」を提示したい。そして、「自己欺瞞論」を用いた心理的還元によってドゥウォーキンを批判したCLSの論者とドゥウォーキンの間の議論に着目して、比較検討を行いたい。本稿は、こうした自己欺瞞を元にしたCLSの自己欺瞞論の持つ問題意識や背景に対して、CLSの論者自身の提示する還元主義的議論よりも、ドゥウォーキンの議論に由来する規範的アスペクトの限界としての不確実性という概念が有効な応答を与えるということを示したい。

以上の議論の過程において、不確実性アプローチを用いることで、以下の二点のことを示したい。第一に、法解釈の不確実性や客観性の問題と裁判官個々人の心理的因果の問題は、異なる言語使用における規範性をもつ議論に基づいた異なる問題であることが説明可能であることを確認したい。第二に、裁判官個々人の心理的因果の問題は、法解釈の議論にとっては法的道徳的問題としての法解釈の客観性や確定性の問題ではなく、人間の信念及び知識全般における不確実性の問題として理解可能であることを示したい。

以下に本稿の構成を示す。

本章において問題提起を行った法解釈の性質を解釈者の心理に帰着させることを強く主張するCLSのアプローチに対して、第二章においてはドゥウォーキン理論とその再解釈がどのように有効なのかを総論的に検討する。

18) 本稿において、心理的因果、ないし心理学的な因果関係やメカニズムといった表現は、ある個人の言動の原因を探る中で、原因として想定される個人の心理的な状態、あるいは心理的な状態相互の因果関係を表す。「心理的な状態」が指し示す対象も十分に論争的でありうるが、本稿においては議論の対象にしない。

そして、ドゥウォーキンの不確実性アプローチが後期ウィトゲンシュタインの言語ゲームの議論と一定の影響関係を持ち、さらには言語ゲーム論から擁護することが可能であることを示す。第三章においては、ドゥウォーキンの不確実性アプローチが与える示唆を示したい。具体的には、バルキンとケネディのドゥウォーキン批判に対して、ドゥウォーキン理論のより具体的な有効性を示す。さらには不確実性アプローチからみた還元主義・心理主義的理論の限界と裁判官の特異的な心理に着目した論者の問題意識に対するドゥウォーキンのアプローチに基づく解決について結論を出す。

二 ドゥウォーキン理論における解釈者個々人の心の位置

(一) ドゥウォーキンの不確実性アプローチの概要

本稿ではドゥウォーキンの議論の中でも、①規範的正当化と解釈者の心理の問題を切り離す主張及び、②解釈者個々人の心理の問題を不確実性¹⁹⁾の範疇であるとする主張とそれら二つの主張の諸根拠を併せて不確実性アプローチと呼ぶ。

まず本節において不確実性アプローチの概要を示した後、続く節において後期ウィトゲンシュタインの思想からの説明可能性を論じ、ドゥウォーキンの言語ゲーム＝社会的実践としての法解釈という像を論じる。次に、ドゥウォーキンの論じた心理的因果と規範的正当化の切り離し及び心理主義的法解釈理論への批判とその擁護可能性を示す。最後にここまでの議論がどのような形で不確実性アプローチを正当化して、前述の一連の批判に対して示唆を与えるのかを示す。

本論文で用いる不確実性の概念は、“Objectivity and Truth”²⁰⁾ でドゥ

19) 本節でこのあと説明する通り、ここでいう不確実性は、ドゥウォーキン独自の用語法である。

20) Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, Issue 2 (1996).

ウォーキンが示したものに由来する。ドゥウォーキンは、法的道徳的判断において、ある命題が「真か偽か不確かである」という主張と「真か偽のどちらかである」（すなわち真理値帰属可能性ないし主張可能性がある）という主張が両立するとする。その一方で、「不確か」であることと、「真でも偽でもない」ということは、両立しないとする²¹⁾。

個人の道徳経験において²²⁾、ある道徳的判断について判断できないということは、「不確実性」の主張がデフォルトに成立する以上は、不確実性の主張を含意しない²³⁾。

ここで示された不確実性と区別された不確実性という概念は、当然第三者の道徳判断を評価するときにも使うことができる。法律専門家が法的判断を行う際、その内心の状態および判断の結果が不確実であるとしても、判断の結果の不確定さや、法律専門家の判断者たるための規範的な要件が不確定であるということを意味しない。つまり、規範的議論の視点からみた規範的正当化²⁴⁾の答えが存在するのかもしれないのか、という問題と、法律専門家の第三者の心理現象による判断のぶれや予測困難性が存在する、ということは別の問題なのである。

不確実性の概念の主張の前提には、(心理的)因果関係の議論と規範的正当化の議論の双方における、一方から他方への還元の不可能性についてのドゥウォーキンの主張がある。

詳細は後述するが、その直接の根拠の概要を挙げるとするならば、心理的な因果がどのような形で道徳的な議論に影響するのかは、道徳の領域に内的な主張に依存し、ある人が道徳的主張に至るまでの心理的な因果とある人が行ったその道徳主張の正当性の間には直接の連関は存在しない²⁵⁾と

21) *Id.* at 131.

22) *Id.* at 130.

23) *Id.* at 131.

24) 後に詳説するが、本節はこの規範的議論と心理的因果の議論の区別の擁護に後期ウィトゲンシュタインの言語ゲーム論とアスペクト論を用いる。

25) 無論、道徳性の起源に心理的な因果に関係する要素を想定するカント派にみられるような道徳理論(積極的道徳判断)を前提とするのであれば、心理学的な因果が道徳判断に影響することになることはドゥウォーキンも認めている

する議論が挙げられる²⁶⁾。

(二) ドゥウォーキンの還元主義批判

1 社会的実践としての法解釈：ドゥウォーキン理論における「客観性」の意義

ドゥウォーキンの不確実性の概念の提唱は、客観性が主観性か、もしくは確定性か不確定性かという出発点から法解釈の正当化の性質や可否を議論しようとする二項対立的世界観に対する批判から導かれている。したがって最初に、ドゥウォーキン理論にとっての法解釈及び客観性とは何かを確認する必要がある。その中で、言語ゲームが社会的実践としての解釈という像を正当化する論拠となることを示したい。

ドゥウォーキンは、社会的実践の最善の解釈をめぐる人々が解釈的態度²⁷⁾をとるときにおいては、主張を単なる雑音ではなく主張として理解できる状態が成立する必要があるとしている²⁸⁾。そして、その状態が成立するためには、同じボキャブラリーを共有するだけではなく、後期ウィトゲンシュタインの主要概念である「生活形式」を十分に具体的な仕方でも共有し、人々が他者の言動の中に意味や目的を認める状況にあるはずで「同じ言葉を話す」状態が必要であるとする²⁹⁾。

また、ドゥウォーキンは、社会的実践としての法解釈の活動の共有において必須であるところの制度的同一性の確保について、以下のように述べる。同一性の確保は定義的特徴によってではなく、むしろ文脈的なものである。そして、ウィトゲンシュタインの名前を挙げて「慣行とか制度とか

(Cf. *Id.* at 126.). あくまでドゥウォーキンが主張するのは、心理学的な因果が関係するの否かは道徳の領域内部の議論(主張)に依存するため、道徳を主張するある人の動機を代表とする主張に至るまでの心理的な因果によって主張そのものの妥当性を直ちに覆すことができないということである。

26) *Id.* at 122-127.

27) 解釈的態度は最善の解釈に対する合意の余地だけでなく解釈実践の中での異議や議論の余地を含む態度のことである。

28) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986), p. 63.

29) *Id.* at 63-64.

いったものは……数多くの織り糸で編まれた一本の連続するロープ³⁰⁾ であり、これらの糸のどれもロープの端から端まで貫いて存在することはない、また、一本の糸がロープの幅を占めることはない」として、同一性自体が解釈的な問いであり、解釈実践に対して内的な目的に依存するとしている³¹⁾。

より後年の論考においても、ウィトゲンシュタインを用いた概念の同一性についての説明がみられ³²⁾、ドゥウォーキン³³⁾はウィトゲンシュタインの言語ゲームの議論の影響を部分的であれ一定程度受けていたといっても過言ではないだろう。

ここからは、後期ウィトゲンシュタインの「言語ゲーム」の概念を利用して、ドゥウォーキンの社会的実践としての解釈及び概念の同一性についての議論の再解釈を試みたい。

後期のウィトゲンシュタイン思想、特に『哲学探究』及び『確実性の問題』においては、「意味の対象説」と呼ばれる前期の思想を転換し、「意味の使用説」に転換したことが知られて³³⁾おり、日常言語の総体的な活動場面をさす「言語ゲーム (Sprachspiel)」という概念が導入³⁴⁾されている。そして、野矢茂樹によれば、その枠組みの中で、ウィトゲンシュタインは

30) これは、本文中(「ウィトゲンシュタインの有名な比喩」と表記)には典拠が示されていないものの、「家族的類似」の概念を提示した『哲学探究』の§67の表現の引用と推測できる。See, Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Suhrkamp, 1971), §67.

31) Dworkin, *supra* note 28, pp. 69-70. なお、訳出に当たってはロナルド・ドゥウォーキン(小林公訳)『法の帝国』(未来社、1995年)を参照して議論上の必要に応じて一部改変を行っている。

32) 例えば、一般的な「解釈」という概念の問題については *Justice for Hedgehogs* において、家族的類似性の概念を引用している。Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011), pp. 124-125.

33) 黒崎宏「ウィトゲンシュタイン哲学の基本的項目」(山本信・黒崎宏編)『ウィトゲンシュタイン小事典』(大修館書店、1987年)132-134頁。

34) 神尾和寿「『言語ゲーム』における「堅固な岩盤」とはどのようなものか：L. ヴィットゲンシュタイン『確実性の問題』を手がかりとして」流通科学大学論集：人間・社会・自然編27巻2号(2015年)35頁。

「概念は明確な境界を持たねばならない」と考える旧来の概念観を批判し、前述のロープのたとえに象徴されるように、部分的な類似性をそれぞれが部分的に共有するものとして捉えなおして、その様子を家族になぞらえて「家族的類似性」という考えを提示する³⁵⁾。

この場合、言語使用の規範性をどのように説明するのかが問題となる。ウィトゲンシュタインは、その言語使用の規範性は、先天的な本能や後天的な訓練によって人々に共有されることで言語使用に対する反応を規定する「生活形式」によっていわば盲目的に保たれていると考えていたことが知られている³⁶⁾。ウィトゲンシュタインは、『哲学探究』§217において、次のように述べている。

根拠を使い果たしたら、私は硬い岩盤に行き当たってしまう。そして私のシャベルははね返される。その時「とにかく私はこのように行動するのだ」と言いたくなる。³⁷⁾

つまりウィトゲンシュタインは、言語使用についての規範性の正しさの根拠を言語によって追求することには限界があると考えていたのである。神尾によれば、ウィトゲンシュタインはその「硬い岩盤」のありかを「生活形式」に見定めていた」とされる³⁸⁾。また、『確実性について』においても、「生活形式」という表現は、「世界像」という表現に変化している³⁹⁾ ものの、言語ゲームについて、ウィトゲンシュタインは以下のように述べている。

35) 野矢茂樹『ウィトゲンシュタイン『哲学探究』という戦い』（岩波書店、2022年）52頁。

36) 同上、131-133頁。

37) Wittgenstein, *supra* note 30, §217. なお、訳出に当たっては、ルートウィッヒ・ウィトゲンシュタイン（鬼界彰夫訳）『哲学探究』（講談社、2020年）を参考に、議論の必要に応じて改変して翻訳を行っている。

38) 神尾・前掲注34、36頁。

39) 同上、36頁。

それは根拠がない。それは理性的ではない（また非理性的でもない）。それはそこにある——我々の生活と同様に。⁴⁰⁾

したがって、言語を用いた⁴¹⁾ 正当化が不可能な「岩盤」の上に言語使用の規範性が成立しているという考えは変化していないといえる。

そして、「岩盤」によって維持される規則に対して、さらに根拠を提示して規則づけようとするメタ規則は有意義なものではないとウィトゲンシュタインはみなしていたとみられており、哲学はその誤りを犯し続けた、というのが後期ウィトゲンシュタインの一貫した主張とみられている⁴²⁾。

ドゥウォーキン理論の議論の対象が、日常言語一般ではなく法を中心とする解釈の実践である点でやや異なる点に留意する必要があるものの、社会的実践としての解釈に対してはここまで示してきたウィトゲンシュタイン解釈とドゥウォーキンの記述によって以下のような理解が可能である。ドゥウォーキンは、社会的実践としての解釈において論争が可能なレベルにまで成立⁴³⁾するには、根拠はないが非合理的ともいえないような世界と相対する中での本能的行為や反応を含んだ⁴⁴⁾、言語による正当化が不可能な「岩盤」が必須であると考えていた。即ち、言語による正当化が不可能な「岩盤」の上に社会的な慣行の同一性や制度、解釈の実践をとらえていたのである。さらには、議論の次元が異なることに留意が必要ではあるも

40) Ludwig Wittgenstein, *On Certainty* (Blackwell, 1969), §559. なお、訳出に当たっては、ルートウィヒ・ウィトゲンシュタイン「確実性の問題」（黒田亘訳）、同（黒田亘・菅豊彦訳）『ウィトゲンシュタイン全集 9』（大修館書店、1975年）を参考にして、議論の必要に応じて改変して翻訳を行っている。

41) 言語が発せられるまでに至った過程や原因の説明ではなく、言語使用の理由の正当化のことであることに留意されたい。

42) 神尾・前掲注34、36頁。

43) Dworkin, *supra* note 28, p. 63.

44) 高野保男「ウィトゲンシュタインと言語的観念論」人文研究70巻（2019年）71-82頁。

の、ドゥウォーキン⁴⁵⁾は、法的・道徳的実践⁴⁵⁾と独立に設定された「現実」や「客観性」といった定義によって、その法的・道徳的実践の価値をはかる可能性に否定的であった⁴⁶⁾。この考えは、「家族的類似性」や、言語の規範性に関するメタ規則を設定する「哲学」の在り方に対する否定といった部分において、ウィトゲンシュタインの言語ゲーム論と議論の方向性を共有すると考えられる。

岩盤の上で実践の内側から把握される実践としての法解釈という像において、懐疑的議論の中で問題にされてきた客観性／主観性はどのように理解すべきなのだろうか。

ドゥウォーキンは、道徳判断に関する哲学的議論で付け加えられる「主観性／客観性」という言葉は、当為的な判断に対して、その判断が妥当する（と主張者が考える）範囲についての主張であり、命題の再言明や補強にすぎないと考えており、『原理の問題』において「追加的な見解 (further proposition)」と呼んだそれらの主張を“Objectivity and Truth”においては、「追加的主張 (further claims)」あるいは（実質的道徳的主張を「I-命題」⁴⁷⁾と呼んだことに対比して）「E-命題 (E-propositions)」と呼ぶ⁴⁸⁾。

同論文においては、「E-命題」を独立的中立的に議論することで「I-命題」の評価を議論し得る可能性（中立性 neutrality）や、道徳の外の議論をつかって「I-命題」を否定できる可能性（儉約性 austerity）に対する批判が繰り広げられている⁴⁹⁾。

例えば自然主義を問題にする場面では、還元主義的に道徳実践の外の領域で作られた議論を無批判に持ち込むことに対する批判がなされている。その中では道徳の性質 (moral properties) は、より普通で自然の性質に「組

45) 以後議論と言語ゲーム、実践は同じ意味で用い、本文中では法的道徳的議論とする。

46) Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985), p. 174; Dworkin, *supra* note 20, pp. 95-99.

47) I-命題の具体例としては「ジェノサイドは不正である」が挙げられている。Cf. *Id.* at 93.

48) *Id.* at 96-98.

49) *Id.* at 96-97.

み込まれ」たり、そういった性質と「同じ性質を持つ」と主張する議論が取り上げられる。温度の性質が運動エネルギーであつたり、水の性質がH₂Oであつたりするように正しさの性質も幸福の最大化であるとする自然主義的な主張については以下のように主張する。ある特定の領域（例えば自然科学）の例を持ち出して性質の固有性（identity of properties）に関する主張を行っても単なる還元であつて意味論的主張とは言えず、単に実質的な道徳的主張（例えば功利主義）が道徳の性質の根拠になるにすぎず、「道徳の性質」をもちだして主張を構成したところでその主張する実質的な道徳（即ちI-命題）の主張になるに過ぎない⁵⁰⁾。

ドゥウォーキン⁵¹⁾は、領域ごとに知の検証方法が異なることを強く主張する。自然科学、道徳を含めた各領域の認識論においては、その命題を修正したり廃止したりするには十分にそれぞれの領域における理由を提供する内容に対して内的である必要がある⁵¹⁾とする。しかしその一方で、占星術や宗教と自然科学の知のように、因果的主張を行う場合においては因果的なテストにさらされる可能性があるとする⁵²⁾が、純粋な道徳の議論に関しては他の分野との整合性は問題になりうるものの、修正する場合にも道徳の領域の議論に依存することになり、その点において自立した知の領域であると主張する⁵³⁾。

以上の説明は、外部から持ち込んだ一般的な客観性の定義をもって法的道徳的判断（あるいは法解釈）の評価をする議論の無意味さを批判した『原理の問題』の議論⁵⁴⁾とも整合的だが、客観性／主観性といった言葉の法的道徳的議論の領域内部における無意味さの説明としてはまだ不十分ともいえる。この無意味さのニュアンスを推し量る上で鍵となるのが、同論文

50) *Id.* at 99-101.

51) *Id.* at 120.

52) *Id.* at 120.

53) *Id.* at 128.

54) Dworkin, *supra* note 46, pp. 171-174.

において展開されたリチャード・ローティ⁵⁵⁾に対する批判⁵⁶⁾である。

「山」という言葉についての言語ゲームの効用の評価は本当に山があるのかという問題とは別に分析可能だと解釈できるローティの議論をドゥウォーキン⁵⁷⁾は以下のように批判する。

「山がそれ自体を含む現実の一部」ということは実際には「山が存在する」という言葉と同じ言語ゲームの中に存しており、「山が現実があり、そして人がいない時代から存在した」という議論とのローティの主張するような違いはなくなる。逆にローティが「山が論理必然的に宇宙の特徴である」などと主張した場合、そもそもアカデミックな範囲でしか影響を持ちえない議論である。したがっていずれにせよ意味のない主張になってしまう⁵⁷⁾。これがドゥウォーキンのローティ批判の骨子である。

以上の議論からわかる通り、ドゥウォーキンは実質的道德判断の妥当性（「山が現実の一部」に相当）の議論と実質的道德判断を表現する「客観的」等の追加的主張を含むこともある言葉そのもの（「山は存在する」に相当）とをあえて切り離して考えることに実質的な意味はないと考えていたことが分かる。そして、あえて客観性／主観性の問題を道徳的な特定の議論の内部から引き出したとしても、「不確定性」が内的懐疑論として提起されたときと同じ⁵⁸⁾ように、道徳領域に対して内的な理由付けが必須なので、

55) ローティは自身を「プラグマティックなウィトゲンシュタイン主義者」とし、言語ゲーム論を人間の言語以前に存在する客観的実在としての世界を否定するものとして受け取る言語観念論的解釈をしている。しかし、詳細はここでは論じないが、このような形の言語観念論的解釈は、『哲学探究』において描かれた言語習得の過程や、『確実性』での言語ゲームにおける人間の本能的行為や反応についての議論を加味すると言語ゲーム以前の世界（外部環境や本能）と言語ゲームが始まって以降の世界との関係を加味しない点でやや問題がある。参照、高野・前掲注44、76-80頁。ローティの言語ゲームの中での「山」を、人間が登場する以前からの山の実在と切り離して議論することが可能であるという奇妙な想定はローティ独特の後期ウィトゲンシュタイン解釈によるものにとることができる。

56) Dworkin, *supra* note 20, pp. 95-96.

57) *Id.* at 95-96.

58) Cf. *Id.* at 32.

拠って立つ道徳的・法的立場の理論的な表明としてしか意味をなさないといふことになる⁵⁹⁾。

2 心的因果の議論と規範的議論の区別

それでは、法解釈における規範性を心理現象に還元して判決の正当化の困難性を論じようとしてきた論者たちが想定する裁判官の心理と法解釈の関係を、ドゥウォーキン理論の不確実性アプローチによってどのように捉え直すべきだろうか。

ドゥウォーキンによると、道徳判断に関わる動機の道徳判断への影響をもとにして、衝動と道徳を安直に結び付ける議論には問題がある。人々が他者のふるまいを解釈するとき、ある信念を付与する際は、動機や意味をも付与する複雑なプロセスの一環として行われる。つまり、その他者のふるまいをもっともよく理解できる方法で組み合わせるのである。こうした点を無視してしまうのが衝動と道徳を安直に結びつける議論だといえる。そして、他の因果的事実に関する領域と同様に、道徳的な動機の因果的な説明と道徳命題の正当性の判断は切り離し可能であることを論じている⁶⁰⁾。

さらには、自らが自覚できない動機と正義についての見解が一致したとしてもそれが正義についての見解にとって、致命的になり得るかどうかは、実質的な道徳に依存し⁶¹⁾、「道徳的な運 (moral luck)」と考えることができるとする⁶²⁾。

そもそもドゥウォーキンは、他者の「動機」というものもまた他者の心の解釈によって生ずるものであると考えていた。そして、その動機も内心の因果的説明である間は、他の因果的説明と同様に直接道徳的判断の正当性に影響を与えない。また、仮に内心の因果的説明の結果の影響を受ける道徳的立場をとったとしても、精神作用の因果的説明との整合性の確保は

59) 同趣旨の記述として「客観的」な信念は「道徳的な信念」であることが『法の帝国』の懐疑論批判でもみられる。Cf. Dworkin, *supra* note 28, p. 82.

60) Dworkin, *supra* note 20, p. 116.

61) *Id.* at 123.

62) *Id.* at 125.

道徳の領域内部における議論に依存するものだと考えていたといえる。

それでは、内心の因果的説明に関する議論と法的道徳的議論の分離可能性は、言語ゲーム論の中ではどのように説明されるのだろうか。

ここからは、ドゥウォーキンの内心の因果的説明に関する議論と法的道徳的判断の分離可能性が、後期ウィトゲンシュタインの言語ゲーム論において異なる規範性を有する言語ゲームにおけるアスペクトの違いとして理解可能性と擁護可能性をもつことを示したい。

言語ゲームと心理の関係性で、まず問題になるのが、言語ゲームにおける各プレイヤーの言語使用に際しての心理状態と言語使用の規範性の関係だろう。

水本正晴は、心の哲学の議論における古典主義を批判する文脈において、思考の法則によって論理的思考の正しさを説明する心理主義を批判する心理主義批判と呼ばれるゴットロープ・フレーゲ以来の分析哲学の潮流の中でのウィトゲンシュタインの役割に着目する。そして、ウィトゲンシュタインが、フレーゲによる心理主義の否定（心理主義批判）を継承しつつもフレーゲの論理主義のプラトニズムを否定する第三の道として思考の「規範性」に規則遵守問題を通じて着目していたことを指摘する⁶³⁾。

先に確認した通り、ウィトゲンシュタインは、言語の使用（思考もその中に含まれる）の規範的正当化の限界を生活形式においた⁶⁴⁾。しかし、生活形式の上での言語ゲームに参加するにあたって言語使用の規則に対して参加者の一人一人に何の見通しも立てられていないと仮定を置く限りにおいて、規範性を伴った実践であるところの言語ゲームがなぜ実践上で可能なのか説明できない。

水本は、上の問題に答えるために、ウィトゲンシュタインのアスペクト⁶⁵⁾ 概念に着目する。言語ゲームの中での言語使用の規則が「見える」能

63) 水本正晴「信原幸弘編『シリーズ心の哲学』の諸論文について」科学哲学 39巻1号（2006年）81頁。

64) Wittgenstein, *supra* note 30, § 217.

65) ウィトゲンシュタインのアスペクトの意味は、一般的な理解に従って短く要約するならば、「何かを何かとしてみる」ときのその「みえ」のことといえる。

力は「アスペクトをみる」能力である。規則に従うことができるのは、一度学ぶと、(アスペクト転換等を通じて) 非自発的に、「生活形式の中での特定のパターンがアスペクトとして自然に見える」からであると水本は捉えている⁶⁶⁾。

水本はアスペクトと規則遵守について以上のような理解をとることで、我々が「アスペクトを(受動的に) 世界に見出」すことで、「パターンに基づいて自分の身体をコントロール」しているものとしてみるができるとする。そして、特定の文脈において特定のアスペクトが自然に「見える」という事実の説明を可能にするのは「文脈依存的な我々のパターン認識能力」であると指摘する⁶⁷⁾。

ここで重要になるのは、言語ゲームの参加者による生活形式の中での(文脈依存的な) パターンの把握は単なる「規則の適用」という盲目的な作業ではなく、規範的な「みえ」(つまり、何が「正しい」のかといった把握がなされている) の下での文脈の把握というべきものであるという点である。

そもそも規範性をもたない規則性⁶⁸⁾のみ意識して、規範性⁶⁹⁾を把握しなければ、単純な機械の動きすら満足に描写することができない。機械の「作用」について語ったり、機械が壊れている、もしくは正常に動作している、といったするには、単なる経験そのものがあるだけでは不十分であり、特定の評価的实践としての特定の言語ゲームの中に入らなければならない。異なる関心、他の言語ゲームを想像する者や、そもそもその言語ゲームの関心が共有できず、何らかの理由でアスペクトが見えないものからは「不

C.f. 黒崎宏「特殊用語と人名の解説」(山本信・黒崎宏編)『ウィトゲンシュタイン小事典』(大修館書店、1987年) 211-212頁。

66) 水本正晴「道徳的实在論と規則遵守問題」哲学57号(2006年) 217頁。

67) 同上、217頁。

68) ここでは、言語使用や思考の単なるパターンのこと。

69) ここでは「あるべき」言語使用のこと。言語使用の単なる事実としてのパターン把握ではなく、ある状況に対してどのような言語使用のあり方が正しいのか、という把握(評価を含んだ把握)のあり方が言語ゲームに参加する上では必要であるという主張である。以降本稿では、言語ゲームの「規範」や「規範性」という表現を用いる。

思議に」思えるはずなのである⁷⁰⁾。

上記の後期ウィットゲンシュタイン解釈に基づいた議論を前提にするならば、上述のドゥウォーキン⁷¹⁾の懐疑論批判および還元主義批判全体も、法的な議論空間に内在的な規範性にひきつけて法的推論を見なければ、有効な議論にならないのにもかかわらず、外在的に発見される規則性による法解釈の理解をすすめてしまうことの問題点の指摘であったといえる。

ドゥウォーキンは、最善の光で照らす、という像を提示するということによって規範と事実の二元論的理解を捨て、評価的でありかつ事実追求的な営みとしての法解釈を構築しようとした。ドゥウォーキンにとってみれば、裁判官の心理的な「雑念」の混入の可能性や隠された動機の問題は、「法のパラダイム」⁷¹⁾ や、言語使用の変化の問題⁷²⁾ として、法解釈実践にまつわる不確実性の問題として立ちあがることになる。したがってドゥウォーキンも、ウィットゲンシュタインと同様に、水本の用語に照らすならばプラトニズムと心理主義の両極端の間にある「第三の道」を目指しており、この第三の道において把握される概念が不確実性であるといえる。

3 ドゥウォーキン理論から見た不確実性の位置

ここまで主に還元主義批判の文脈から、法的道徳的判断の正当化の議論と、心的な因果関係の議論が、規範的正当化と因果関係の異なるアスペクトのもとでの議論として峻別可能であることを示し、ドゥウォーキン理論が言語ゲーム理論の立場からどのように理解可能であり、擁護されうるのかを検討してきた。

この規範的正当化と因果関係の議論の峻別のもとにおいては、規範的正当化と因果関係がそれぞれの議論領域の言語ゲームにおいてなんらかの実

70) Wittgenstein, *supra* note 30, § 195.

71) Dworkin, *supra* note 28, pp. 89-90.

72) 『法の帝国』では、共同体の中で使用されるある概念についての哲学者の分析の位置付けを論ずる部分において、ある概念に対する哲学者の解釈を裏付ける「合意や不一致のパターン」が無時間的ではなく、「明日には消え去ってしまうかもしれない」ことを指摘する。Cf. *Id.* at 71.

在が前提とされている場合に限って、法律家同士の見解の違いや、政治的な志向性の問題などは、人間の知識や思考の不確実性の問題として理解可能である。

ただ、この実在しているものという想定はどこに根拠づけられるのだろうか。この答えは、規範的正当化と因果関係の領域の峻別論を言語ゲーム論から解釈した時点ですでに現れている。規範的正当化の議論における言語使用の規範性と因果関係の議論における言語使用の規範性はアスペクトが異なるものであり、それぞれの規範性はそれぞれの議論に内在的な視点に立って参加したときにしか観測することができない。先ほど示したとおり、一方の議論領域が他方の議論領域の根拠を肯定したり否定したりすることはできず、それぞれの議論領域は正当化不可能な「岩盤」の上に立っているため、有意味な言明による絶対的な正当化や否定は不可能である⁷³⁾。したがって、言語ゲームに必須の対象の実在性の想定は、言語によって根拠づけるということ自体が不可能なものなのである。

ドゥウォーキン自身は、道徳領域の独立性を根拠に還元による根拠づけが不可能であることを主張する議論を額面上の価値を認める点において実在論であるとする⁷⁴⁾。晩年の論考においてこの立場は、(神などに根拠を見出す)「根拠づけられた実在論」に対して、「根拠づけられない実在論」と呼ばれることになる⁷⁵⁾。因果的な議論であろうと、規範的正当化の議論であろうと、言語ゲームが成立し、有意味な言明になるには、世界の実在性をはじめとする、根拠づけられない信念を受け入れる必要があるといえる。このような信念や確信への依存をドゥウォーキンは循環性と呼ぶ⁷⁶⁾。

全ての分野に遍在する循環性の帰結として、根本的に自分自身と道徳的意見を異にする他者に対して、「自らの理由や議論の集合」の中に受け入

73) 肯定や否定を有意味になそうとした時点で、何らかの言語ゲームの中に組み入れられてしまっていることになる。

74) Dworkin, *supra* note 20, pp. 127-128.

75) Ronald Dworkin, *Religion without God* (Harvard University Press, 2013), pp. 14-15.

76) *Id.* at 16.

れずにいれば、その人は自身の立場が非合理的だということになる要素を見つけ出すことを期待できないとし、自身の意見が真であり、その他者の意見が偽であることを相手が受け入れ可能な形で証明することはできないとされる⁷⁷⁾。

根拠づけられない確信が重要であるとする、それがある種の言語使用者の自発性や恣意性を根拠づけそうにもみえるが、そういった理解は適切ではない。

人為的な変化の可能性があるにせよ、非自発性もしくは言語的に意図されない、即ち志向性を伴わない活動は無視できないのである。

例えば、生活形式の中でのパターンが、アスペクト知覚として、人間の認識能力の限界によってバリエーションが限定されたパターン認識能力のなかで自然に見えるという、概念を自発的に適用しようとして適用するという意味での自発性が存在しない受動的な認識が、言語ゲームの実践の成立可能性の説明に必要不可欠という指摘もある⁷⁸⁾。

さらには、「とにかく私はそのように行動するのだ」と言いたくなるような言語使用規則の順守の盲目性⁷⁹⁾、あるいは言語ゲームの根底にある言語化プロセスを経ない動物的本能的反応⁸⁰⁾という側面の指摘もある。そういった指摘は、本能的な非自発性が、意味理解を可能にし、コミュニケーションを成り立たせていることを示唆するのである。

パラダイム転換の可能性や、異なる政治伝統のもとに立つ裁判官同士の対立や、ゆるやかな変化の可能性をみてイデオロギー的動機の司法への影響を見ようとする場合、「イデオロギー的動機」を言語化可能であったり、特定の設計主義的な政治的プロジェクトと結び付けたりするかぎりにおい

77) Dworkin, *supra* note 32, p. 100.

78) 水本・前掲注63、216-217頁。

79) Wittgenstein, *supra* note 30, §217.

80) 高野・前掲注44、83-84頁。Daniele Moyal-Sharrock, “The Animal in Epistemology: Wittgenstein’s Enactivist Solution to the Problem of Regress”, in Annalisa Coliva & Daniele Moyal-Sharrock (eds.), *Hinge Epistemology* (Brill Academic Publishers, 2016), p. 45; Wittgenstein, *supra* note 40, §475.

て、動機に還元できない言語化可能性が必ずしもあるわけではない精神作用・外部環境等といった人間の行動の原因との関係が問題になる。そして、人間の政治団体への支持の分化やプロジェクトに基づいた活動は、主体自身の社会的立場に対する言語化可能な考慮や戦略等是有り得るにしても、社会的実践であり、言語ゲームが展開されている以上は、必ずしも言語によって根拠づけられない直観や確信に根拠づけられざるを得ないため、「イデオロギー的動機」が仮に主体に感じられていたとしても「動機するために動機する」というような意図的に動機という精神作用を惹起することが考えられ得ない以上は、意識ないしフロイト派的な志向性を持つ無意識的な動機に還元する見方は困難を抱えることになると考えられる。

一方で、言語化された意識を経由しない作用や世界に支えられた、循環性と説得の限界を持った言語ゲームという像は、非常に不安定なものにもみえる。しかし、この不安定で不確実に見える像を心理主義的に還元するべきではない。言語ゲームの内在的視点の中では常に確実性や客観性を主張することができるが、認識に視点をうつすならば、なんらかの命題ないしは真理が、無時間的に真理とみなされ続ける（肯定的にせよ否定的にせよ）ことを想定すること自体の意義は見出しがたい⁸¹⁾。

また、ドゥウォーキン『法の帝国』の中で哲学者の分析の位置付けを論ずる部分において、ある概念に対する哲学者の解釈を裏付ける「合意や不一致のパターン」が無時間的ではなく、「明日には消え去ってしまうかもしれない」ことを指摘する⁸²⁾。合意や不一致のパターンの変化は政治的

81) 後期ウィトゲンシュタインの言語ゲームを踏まえた議論によってドゥウォーキンを擁護する論者の一人にヒラリー・パトナムがいる。パトナムは以下のようにドゥウォーキンの立場を擁護・説明する。(自身とドゥウォーキンが支持するところの) 實在論においては、「道徳的真理（あるいは法的真理）の最終的な集合が存在する」ことを主張するものではない。そして「科学、道徳、法の言語ゲーム」においては、「新たな概念の発明と一般的な使用への導入」がつねに行われており、凍結された「最終的な真理」という概念は、科学、法、道徳のどれにおいても意味をなさないとする。Cf. Hilary Putnam, "Are Moral and Legal Values Made or Discovered", *Legal Theory*, vol. 1 (1995), pp. 5-20.

82) Dworkin, *supra* note 28, p. 71.

な因果関係の関心を持った観察者から見れば政治的と解釈可能なものもあるといえる⁸³⁾が、無時間的真理の認識のなさや政治的偏見の存在それ自体によって非実在論が正当化されるわけではないのである。

ここで、本章で論じてきた不確実性アプローチによる法解釈の政治的側面に関する理解可能性は以下のように要約できる。法解釈をめぐる政治的対立は、観察者の関心によって、正当化の文脈から法および政治道徳をめぐる知的探究活動の一種と位置付けられることも可能であるとともに、政治運動分析を目的とする文脈においては、外在的で因果的な説明としてのイデオロギーの分析にもなり得る。つまり、後者の文脈で前者の文脈を覆そうとしたり、前者の文脈で後者の文脈を覆そうとしても、独立的な領域に属する各文脈の中で採用する理論的な前提や確信の体系等に依存することになるのである。

(三) 小 括

ここまで、不確実性アプローチの全容を示してきた。そして、裁判官のもつ特異な心理的傾向に着目して法解釈の正統性を批判するアプローチに対して、不確実性アプローチがどのように応答可能なのかということについて検討を行った。

ここで浮き彫りになったのは、解釈者個々人の特異的な心理的傾向の存在を法解釈ないし法的道徳的議論それ自体の性質として議論することは、むしろ我々人間の言語ゲームの多元性や雑多さ⁸⁴⁾、有意味な言語使用の限界といった重大な問題を見逃してしまう可能性があるということである。

ここからは、ドゥウォーキンの不確実性アプローチがどのように同時代

83) 例えばドゥウォーキンは、法的議論の在り方を形作り、支える「法のパラダイム」についての議論においては、「進歩的」な少数派に既存のパラダイム内では説明がつかない「説得」によってパラダイムの転換と放棄が生じる可能性について言及する。Cf. *Id.* at 91-92.

84) 我々は一連の発話の中で複数の言語使用の規範(文脈)に則って議論することもできるし、交互に乗り換えることもできるだろう。法的道徳的議論の自律性を認めずに因果関係の議論に還元して一元化してしまうと、因果関係に関する言語使用の規範のみしか認識できなくなってしまうだろう。

のCLSの批判に応答可能であったのかを批判の分析とともに確認したい。そして、ドゥウォーキンのアプローチの有効性について一定の結論を導出したい。

三 不確実性アプローチの効用と示唆

(一) 不確実性アプローチから見たCLSの論者によるドゥウォーキン批判

心理的因果関係を法的道徳的議論を還元することを批判したドゥウォーキン理論が、言語ゲーム論の言語使用の規範性の違いとしてどのように擁護されるのかを論じてきた。ここからは、自己欺瞞という心的な事象を元にして心理主義的還元を明示的に行うことでドゥウォーキン批判及び法の支配の批判を行ったCLS派のバルキンとケネディの二人について検討したい。次に前章で示した不確実性アプローチという立場が、どのように二人の論者の問題点を指摘し得て、それを克服するのかを指摘したい。

(二) バルキンのドゥウォーキン批判

1 バルキンのドゥウォーキン理解と批判

バルキンは、主に錯覚としての自己欺瞞として、ドゥウォーキン理論そのものが時のCLSの論者の多くが行おうとしたように、どのようにして、裁判官が主観的には法に拘束されながらその実において自身のイデオロギー的な選好を判決に書き加えているのかを示しているとした⁸⁵⁾。

ドゥウォーキンの用語法による「内的懐疑論」の可能性をCLSの立場から示そうとする⁸⁶⁾ バルキンは、「法の結晶構造」⁸⁷⁾ 及び「法理的難問」⁸⁸⁾

85) Jack Balkin, "Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", *UMKC Law Review*, vol. 55, Issue 3 (1987), p. 422.

86) *Id.* at 408-409.

87) *Id.* at 409.

88) *Id.* at 415.

(以降は法理的難問で統一することとする) とバルキンが呼ぶところの、矛盾・対立する「議論形式」が法的議論の様々なレベルにおいて文脈に依存して不明確な形で適用されている⁸⁹⁾とする分析を前提におく。そして、(1)インテグリティの歴史的批判、(2)インテグリティの構造主義的批判、(3)イデオロギー的批判の三段階の批判を行う。

バルキンは自己矛盾的法的道徳的意識の原因を歴史的事実の問題に帰する批判を(1)インテグリティの歴史的批判、そして、より根元的で構造的な要因に帰す批判を(2)インテグリティの構造主義的批判であるとする⁹⁰⁾。

一方で、法の一貫性、整合性の可能性を否定する方向性にあるのにも拘らず、原理の集合に拘束されていると感じる法律家が多いことをバルキンは指摘する⁹¹⁾。そして、そういった「現象学的経験 (phenomenological experience)」⁹²⁾ が、ドゥウォーキン理論自体によって説明できると主張するのが、バルキンのイデオロギー的批判である。

前述のとおり、バルキンのイデオロギー的批判は、ドゥウォーキンの主観性／客観性に関する議論を前提として、ドゥウォーキンが主観性／客観性の区別を再定義しない限り、裁判官の自己欺瞞(あるいは錯視)による無制約なイデオロギー的偏向が防げない⁹³⁾、という主張である。

バルキンの主張によれば、仮にドゥウォーキンの「インテグリティとしての法」の議論に沿うならば、裁判官は、「法秩序の一貫性について主観的な感覚」に従うか、判例を説明する議論を作れないかの二通りになるはずであるとする⁹⁴⁾。さらには、法解釈のどのような反論も自分自身の法解釈に基づかざるを得ないという意味において、ドゥウォーキンにとっては「いかなる制約も主観的価値観によるものであるため幻想であるというこ

89) *Id.* at 414.

90) *Id.* at 414-415.

91) *Id.* at 422.

92) *Id.* at 422.

93) *Id.* at 425.

94) *Id.* at 422.

とには異論がない」⁹⁵⁾と主張する。

そうしてバルキン自身は自身の解釈したドゥウォーキン理論の中に「虚偽意識 (the false consciousness) ⁹⁶⁾」の可能性を見出そうとする。バルキンは、ドゥウォーキンの描く裁判官が秩序や一貫性についての主観的な感覚に従って法素材に対する構成的解釈を行うことに着目する⁹⁷⁾。ドゥウォーキン主義者の裁判官は、法実証主義者のそれとは異なり、既存の法実践をもっともよく説明する解釈（いわゆる最善の光で照らすこと）を構成しつづけることによって、「何が法たるべきか」だけでなく、「何が法であるのか」ということについての自らの答えを出し続けることになる可能性が考えられ、その場合においては有意義な批判が成立し得ると主張する⁹⁸⁾。

以上の批判の余地の可能性をドゥウォーキンはあまり大きく論じてこなかったものの、バルキンは、『法の帝国』において二箇所言及されていることを指摘する⁹⁹⁾。

第一の言及箇所として、『法の帝国』第七章において、連鎖小説について述べたくだりで、主観性／客観性にまつわる外的懐疑論に言及した¹⁰⁰⁾後に、懐疑論の主張を弱めた場合に「より興味深いものへと変わる」として、錯覚を論拠にした懐疑論の余地に言及する一節¹⁰¹⁾が挙げられている¹⁰²⁾。この一節においてドゥウォーキンは、(芸術の創造的解釈の例において) 解釈者の感じる真正な拘束が「より一層実質的な芸術的確信 (substantive artistic convictions) の体系の内部にあって」、十分に分離されていないことによって、解釈者自身の観点からチェックが不可能となり、錯覚にすぎなくなることが、「現実十分に起こりえること」であると述べている¹⁰³⁾。

95) *Id.* at 423.

96) *Id.* at 423.

97) *Id.* at 423.

98) *Id.* at 423.

99) *Id.* at 423-424.

100) Dworkin, *supra* note 28, pp. 234-236.

101) *Id.* at 236-237.

102) Balkin, *supra* note 85, pp. 423-424.

103) Dworkin, *supra* note 28, p. 236.

さらにドゥウォーキン¹⁰⁴⁾は、解釈者自身が文学上の目的の(競合する)価値についての「実質的な確信」にしたがうことで、無意識のうちに、小説上での「筋書や語法や比喩的表現の整合性」といったことを根拠とする「形式的な確信」が調整されてしまうことがあることがあるとする。そして、そういう場合には拘束されているという自覚があったとしても「現実には少しも拘束されていない」とする¹⁰⁴⁾。バルキン¹⁰⁵⁾は以上の記述をドゥウォーキンが、「虚偽意識」の可能性を解釈の場面において現実的に起こりうることでであると認めているのにも関わらず、「真正の解釈」ができていない状況もありうる¹⁰⁶⁾と示唆しているのみにとどまり、考えられる批判にまったく対処していないと指摘する¹⁰⁵⁾。

そして、二番目の言及箇所においては仮に司法過程がイデオロギー的思考に満たされているとすると、誰の確信もドゥウォーキン理論枠内で真正に拘束されているとは言えない可能性すら示唆されていることを主張する¹⁰⁶⁾。この箇所においてドゥウォーキンは、一番目の箇所ですべての連作小説家が自動的に自分の文学に関する(実質的な)価値を優先して判断を形成してしまうのと同じように、裁判官が、意識的ないし無意識的に自分の信念に適合するように適合性の条件を変更して解釈してしまう場合は、インテグリティとしての法においては、不誠実ないし自己欺瞞とみなされると主張する。

バルキンは、ドゥウォーキンのインテグリティとしての法の構想が真正な解釈と不真正な解釈の区別に依存しているのにも拘らず、イデオロギー的な錯覚に陥っている場合と陥っていない場合において、同じ心理的な「拘束」の感覚を有している可能性がドゥウォーキン理論上ありうる¹⁰⁷⁾と指摘する¹⁰⁷⁾。そして、虚偽意識の問題に答えるためには、主観的な善意とは独立した真正の解釈のテストを導入する必要があるが、ドゥウォーキン理論は主観／客観の区別を否定しているためにそれは不可能であるとす

104) *Id.* at 237.

105) Balkin, *supra* note 85, p. 424.

106) *Id.* at 424.

107) *Id.* at 424.

る¹⁰⁸⁾。ドゥウォーキン理論は裁判官が原理に基づかずにイデオロギー的錯覚に陥った状態で行動している場合には実践の解釈ではなく実践の改変を行っているとして批判しようとしているのにもかかわらず、拒否していたはずの主観／客観の区別を再設定しない限りそれは不可能になる、というジレンマを抱えているとバルキンは主張する¹⁰⁹⁾。

さらには、ドゥウォーキン理論のジレンマを指摘するイデオロギー的批判は、真正な解釈と真正でない解釈との区別を脱構築するだけでなく、(イデオロギーに基づく)虚偽意識とイデオロギー的でない意識との区別も脱構築するとする¹¹⁰⁾。ドゥウォーキンが虚偽意識とイデオロギー的でない意識を区別することができなかったのは、そういった区別がそもそも存在し得ないからであり、イデオロギー的でないといわれる意識も単に「正しい」イデオロギーの影響のもとにあるだけであると言い得る可能性さえも提示するとする¹¹¹⁾。

法的判断に関連する全ての意識がイデオロギー的であるとするならば、CLSが主張してきたような主観的には法に拘束されつつも自身のイデオロギーに適合的な判断を下す判事の像と整合的であるとする¹¹²⁾。

また、イデオロギー的批判によって、裁判官が主観的には法による拘束を感じながら単一の原理の集合でない法の中にある議論形式の中で自身の政治的志向に適合的なものを選択して法的な議論を構成する過程が説明可能になるとする¹¹³⁾。

上述の方法で、裁判官同士の意見の不一致が説明できるのと同時に、アメリカにおいて支配的なイデオロギーは社会生活のすべての面に対立しているわけではないため、多くの場面で意見の一致がみられることをも説明

108) *Id.* at 425.

109) *Id.* at 425.

110) *Id.* at 425.

111) *Id.* at 426.

112) *Id.* at 426.

113) *Id.* at 428-430.

できるとバルキンが主張する¹¹⁴⁾。

2 ドウウォーキン理論からの応答可能性

第二章で確認したドウウォーキンの立場からバルキンの批判に対してどのように応答できるのかを確認したい。

バルキンの批判には、大まかに「①ドウウォーキンは主観／客観の区別を「放棄」した」「②①のために、ドウウォーキン理論における法解釈の真正さがある場合において判断できなくなっている」という二つの前提がみられるといえる。

バルキンのドウウォーキン理解を、第二章で確認したドウウォーキンの主張及びその再解釈をもとにして反駁した上で、バルキンの問題設定がどのようにドウウォーキンの不確実性概念に繋がるのかを示したい。

まず「①ドウウォーキンは主観／客観の区別を「放棄」した」という主張について検討したい。第二章で確認した通り、懐疑論批判の中でドウウォーキンが主張していたのは、自然科学をはじめとする因果関係に着目する議論に法的道徳的議論を還元する還元主義に対する批判であり、言い換えるならば、還元主義的客観性概念に対する批判であった。したがって、外在的な客観性の基準に当てはめることが無意味であることを論じていたとしても、客観性という言葉の意味自体は法的道徳的議論の中にありうるという前提のもとで論じられていた¹¹⁵⁾以上、バルキンの「放棄」という理解は不適切であったといえよう。

次に、「②主観／客観の区別を放棄したがために、ドウウォーキン理論における法解釈の真正さがある場合において判断できなくなっている」について検討しよう。①が誤りである以上②も誤りである。しかし、ドウウォーキンは、解釈者の感じる拘束は「内的であるか主観的¹¹⁶⁾」であると述べてしまっている上、外的懐疑論者とは違う理由において一定の条件

114) *Id.* at 429.

115) Dworkin, *supra* note 20, p. 98.

116) Dworkin, *supra* note 28, p. 235.

のもとで拘束の感覚が「錯覚」である可能性があるとしている¹¹⁷⁾。また、「自己欺瞞」に落ちている可能性¹¹⁸⁾を示唆していることを考慮すると、バルキンの主張の「主観／客観」の区別を放棄したがために」という部分がミスリードだとしても、法解釈の真正性が主観的感覚に頼っているために虚偽意識の余地が生ずる、という主張自体は説得力を持ちそうにもみえる。

しかし、第二章で指摘した通り、社会的実践としての法解釈を言語ゲームと理解するならば、「錯覚」に陥る解釈者」という言葉も言語ゲームの中であくまでも社会的に定位される。したがって、このような解釈者の存在は、解釈実践を行う共同体の中での「議論の中で発見される」¹¹⁹⁾のである。そうであるがゆえに、バルキンの想定するような「すべてが錯覚（自己欺瞞）」に陥っている状態¹²⁰⁾というのは不可能である。このことは、「自己欺瞞ないし悪意に陥る裁判官」を例にとってみても明らかである。「共同体の政治史を無視して個人の信念に合わせて自動的に適合性の基準を変更する裁判官」を説明しようとするとき、「共同体の政治史」、「個人の信念」等のそれぞれの言葉の使用の規範性が保たれていることが前提となる。そしてそういった言葉の使用の規範性は、解釈をする法律家が参加する解釈実践の基盤となる言語ゲームの中で定義的特徴では説明不可能¹²¹⁾な生活形式の上において維持される。同様に、裁判官が「悪意又は自己欺瞞」に陥っているかどうか共同体中の実践の「岩盤」の上において定位される。

そもそも言語の使用の規則性の基点が社会におかれているため、バルキンが想定する事態はアプリアリに解釈実践の中の言語の使用規則そのものを「イデオロギー（的意識）」と呼ばない限りにおいて起こることはない。仮にそのように呼ぶとしてもバルキンがイデオロギーを「事実と道徳につ

117) *Id.* at 236.

118) *Id.* at 255.

119) *Id.* at 84.

120) *See*, Balkin, *supra* note 85, p. 424.

121) *See*, Dworkin, *supra* note 20, pp. 69-70.

いての信念に関するアスペクトを（たびたび分離不能なほどに）結合する社会的生活及び政治についての世界観¹²²⁾」と定義し、自由資本主義（Liberal capitalism）の下での「リベラリズムのサブ・イデオロギー」や「保守主義」といった¹²³⁾形で包含関係が存在し得るようなものとして考えている以上、実践の基層として想定するには無根拠に多くの前提を想定する必要が生じる可能性が高い。さらに、仮に多くのイデオロギーはそのすべてが虚偽ではなく部分的に真実を含んでいる¹²⁴⁾、とするバルキンの立場に立つとすると、その主張において虚偽と真実の区別の判断が可能だと考えているのはなぜかという議論に対して、（ここでは言語の使用規則そのものをそうおくため）「イデオロギー」を根拠に挙げざるを得ず、無限後退に陥ってしまう。

バルキンは、法的道徳的議論を歴史的事実、構造、イデオロギーといった事実や因果をめぐる議論に還元する議論を行ってしまったがゆえに、言語ゲームの複数性と規範的議論の独立性を指摘したドゥウォーキンの議論を捉えることができなかったといえる。

バルキンがドゥウォーキンの弱みとして指摘した虚偽意識も、道徳領域に関連するものについては「心」が純粋な道徳実践の議論に内的に定位され、精神作用に関する因果的な説明を要する領域とは一定の自律性をたもって議論することが可能である。さらに、因果的な説明と競合した場合においては、道徳実践内部によって整合性を保つための組み換えが生じうるというドゥウォーキンの議論においては、裁判官の判断の「裏」に想定されうる「虚偽意識」や動機もまた法的実践のなかに定位され、法的な正当化のディスコースの内側においてその妥当性が判断される対象としてしか言語によって議論可能なものとしては存在しえない。そして、その議論可能でないものが、法的道徳的な言語ゲームの限界としての不確実性となって立ち現れるのである。「整合性」「真理値の有無」といった規範的な正当化の成功とむしろ両立する形で、「心」に関連する因果的事実による

122) Balkin, *supra* note 85, p. 393.

123) *Id.* at 429.

124) *Id.* at 426.

「不確実性」が生じるのである。バルキンのようなアプローチは、言語使用の規範の複数性を前提にしないことでそういった法的道徳的な議論の限界を覆い隠してしまう一方で、ドゥウォーキンの不確実性アプローチは正当化の限界の問題を的確に表現できるという点で利点を持つといえる。

(三) ケネディの心理主義的理論

1 ケネディの方法論の概要

ここまでは、バルキンの錯覚による自己欺瞞論に対するドゥウォーキン理論からの応答可能性を検討してきたが、我々が裁判官の内心を想像する際に想像する内心における「政治性」の源は錯覚だけではあるまい。

そこで、本節においては、フロイト派的な抑圧に依拠した¹²⁵⁾ 自己欺瞞論によって、「どのようにして裁判官はイデオロギー的たりえるのか？」¹²⁶⁾ という問いに独自の心理学的説明を加えようとしたケネディの議論¹²⁷⁾ に着目する。そして、ケネディの批判に対して二章で示した裁判官の心に関するドゥウォーキン理論の再解釈がどこまで耐えうるものであり、発展可能性を示せるものなのかを論じたい。

そもそもケネディの法の不確定性問題に関する姿勢は、一般的な批判法学のイメージとは異なり、「特定の領域に位置する特定の法的問題と特定の歴史的アクターとの間の相互作用」についての疑問と比べて、法的問題についての問いとして法が確定性をもつのか否かについての問いは無意味である、というものである¹²⁸⁾。そして、「時間、知識、バイアス、能力、戦略」または、法的な領域の「固有の性質」によって、ある裁判官にとっては、法が拘束性をもちえる可能性すらも示唆する¹²⁹⁾。しかし、異なる戦

125) Duncan Kennedy, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *Utah Law Review*, vol. 1996, Issue 3 (1996), p. 812.

126) Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: fin de siècle* (Harvard University Press, 1997), p. 157.

127) 船越・前掲注14、103-104頁を参照されたい。

128) Kennedy, *supra* note 126, p. 170.

129) *Id.* at 169.

略を追求する裁判官にとっては確定した答えを持ちえないか、異なる答えを持ちえるのだとする¹³⁰⁾。

異なる戦略をもつ裁判官が「異なる答えを持ちえる」だけであれば、ドゥウォーキンの理論とは矛盾しないように見える。これまで確認した通り、戦略の違いや特性によって異なる答えを持ちえるのは不確実性の問題であり、客観性の不在や「正しい答え」の非実在の証明にならない。そこで、ケネディは「イデオロギー的になる」ということを心理的なプロセスに沿って説明しようとする方法論をとるのである。

2 心理的経験としての解釈誠実義務と半一意識的な裏切り

「イデオロギー的になる」という心理的な過程を描くにあたって、まずケネディは、裁判官が経験する法による拘束を心理化して示そうとする。これが、心理的拘束としての解釈誠実義務という議論である¹³¹⁾。

心理的経験としての解釈誠実義務、即ち心理的な法による裁判官の拘束には、自明で無意識的な法適用の領域であるところの①無意識の規則(rule) 順守と、意識的な法解釈を含む法適用・法解釈である②テキストによる拘束の二つの大きく異なる経験があるとする¹³²⁾。①の無意識の規則順守の段階においては、法素材は、無意識のうちに一つの出力を持つものとして経験され、法創造の余地が感じられないが、②の「テキストによる拘束」の場面においては、規則の適用結果が気に入らないと感じられるときには、裁判官自身がそこから抜け出そうとより良い解釈を考え出そうとし、自明でない法創造を行おうとするが、解釈誠実義務を犯さずにはその方法が実現できないことを悟ることになる¹³³⁾。そして、そういった経験の中にみられる心理的拘束としての解釈誠実義務には、「法が求めるものは何か」という裁判官が個人的に賛同することによって生ずる経験と、法律家の解釈共同体に対して「法に従っているとみられ」ようとするがために生ずる

130) *Id.* at 169.

131) *Id.* at 157-158.

132) *Id.* at 160.

133) *Id.* at 160-161.

外的な心理的経験としての拘束があるとする¹³⁴⁾。

ケネディは、従来のジェローム・フランク的なイデオロギー的裁判官に関する議論に対する問題意識から、従来よりも広範な適用範囲を持つ形でイデオロギー的選好を描こうとする。ケネディは、あからさまな悪意とは別に、非—イデオロギー的であることが期待される立場であり¹³⁵⁾、主観的には解釈誠実義務に従っているだけのつもりの裁判官が、自己欺瞞に陥ってイデオロギー的選好を反映したイデオロギー的な結論を出す心理的過程を描出するというもくろみのもとに、半—意識的 (half-conscious) なものとして¹³⁶⁾ イデオロギー的選好を描くのである。

3 否認の心理学

ケネディは、半—意識的な錯覚が起こる過程を、通俗心理学 (pop psychology)¹³⁷⁾ を用いて説明する。通俗心理学は、サルトル的な意味での「悪しき信念」¹³⁸⁾ や否認といった心理を司法の観察者に受け入れられる筋道において説明することを目的として導入される¹³⁹⁾。具体的な内実としては、フロイトの精神分析学における嫉妬の解釈に起源をおき、アンナ・フロイトによって一新された自己防衛のための防衛機制を説明する人口に膾炙した心理学であるとされる¹⁴⁰⁾。

134) *Id.* at 166.

135) Kennedy, *supra* note 125, p. 785.

136) *Id.* at 792.

137) *Id.* at 805.

138) ここでは、望ましくない真実を隠すことや望ましい虚偽で真実を隠すこととされる。Cf. Kennedy, *supra* note 125, p. 812. 本文中では否認と同列に扱われ、フロイト派心理学の用語とも同時に使われているため、本論文においても否認とサルトルの意味での「悪しき信念」は、「否認」若しくは「自己欺瞞」(の一部) といった用語で特に区別しないこととする。

139) *Id.* at 792.

140) *Id.* at 805, 814-815. ケネディは、「彼は数年にわたる飲酒について否認の状態にある」や、「彼女は彼の浮気について否認の状態にある」といった依存症等についての心理学的なディスコースに浸透している例を挙げている。Cf. *Id.* at 805.

否認は、裁判官自身の「業績がイデオロギーに影響されているのか否か」を問われた場合に「そうでない」と応答する」言語行為に対する心理学的解釈である¹⁴¹⁾。混乱を避けるため、本稿においては、「業績がイデオロギーに影響されているのか否かを問われた場合に「そうでない」と応答する」ことを言語行為としての否認、その心理学的解釈を否認もしくは精神作用としての否認と呼ぶこととする。

言語行為としての否認を目の前にした場合、前節で示した通り、通常は、外形的な類似性をもとにして、イデオロギー的動機の観念を言語行為が行なわれた背景にある精神作用として当てはめがちであるが、イデオロギー的動機を最初から裁判官の行為の説明に使ってしまうと、最初本人が説明していること、即ち明確に目の前で確認できている現象そのもの（判事の表面的な言動）に反する想定（即ち「イデオロギー的動機」）を置いて、それを現実の精神作用と見なしている（つまり仮説的な想定を繰り返しているだけ）ということになり、証明したり、実証することができなくなってしまいう¹⁴²⁾ ため、現実の現象としてのイデオロギー的動機の否定とイデオロギー的動機を整合的に解釈するために、裁判官の内心の精神作用の心理学的解釈として否認を想定する必要があるとケネディは説く¹⁴³⁾。

上記の説明が表す通り、通俗心理学で扱う否認は、表面的に表れた行為としては問いに対する単なる否定という言語行為でしかなく、その背景を問う必要性は①当事者（ここでは裁判官）が誤表象と様々な形で「否認」を行っていることと、②誤表象が何でないのかについての三つの条件に同意できることによって正当化できるとする¹⁴⁴⁾。

①に関して、そもそも否認においては、対象（裁判官）の動機や意見、意図や状況についての重大な事実について誤表象があるのにもかかわらず、それを認識したり、認めたりすることを拒否しているということに合意で

141) *Id.* at 804.

142) *See, Id.* at 804.

143) *Id.* at 785.

144) *Id.* at 805-806.

きるとき、というものである¹⁴⁵⁾。したがって、それが有効なのは、当事者が否定している何ものかについての証拠があるときか、第三者がその存在を主張するときに限られる¹⁴⁶⁾。

②の三条件の内実は以下のとおりである。最初に、日常会話における決まり文句のような単に慣習的なものではなく、また裁判官が法の必然性を単に慣習として書いているだけでなく、それを信じている必要がある¹⁴⁷⁾。第二に、誤表象は、戦略的、意図的、意識的なものではないということ¹⁴⁸⁾、第三に、誤表象が認知の欠陥ないしはランダムな間違いではないということである¹⁴⁹⁾。

以上の要件を設定した上でケネディは、否認をアンナ・フロイトの表現を借りて、事実に対して完全に無意識である間違い（第三の条件に対応）や、事実に対して意識的な嘘（主に第二の条件に対応）とも異なる半一意識的な防衛機制として否認を位置付ける¹⁵⁰⁾。

否認という防衛機制は、誰かが裁判官のイデオロギー的影響を主張したり、イデオロギーの影響を裏付ける証拠が認められたりするたびに、心の中の不安に対処するために発動することになる¹⁵¹⁾。裁判官はイデオロギー的影響や動機を指摘されたり、証拠によって疑わしく思われるのではないかと懸念したりするごとに、自身のイデオロギー的影響を「知らない」ことに対してエネルギーを使うことになる。

ケネディは、否認を、望ましくない事実の可能性を回避するために「知らない」ことにエネルギーを使っている状態であり、半一意識的ないしは、意識的であると同時に無意識的である状態、あるいは、ある意味において知っているはずの何かについて自我が無意識であることを意図している状

145) *Id.* at 805.

146) *Id.* at 805.

147) *Id.* at 805-806.

148) *Id.* at 806.

149) *Id.* at 806.

150) *Id.* at 812.

151) *Id.* at 812. ケネディは（フロイト派的な意味における）抑圧よりもさらに弱い形の防衛機制であるとする。Cf. *Id.* at 812.

態であると定義する¹⁵²⁾。

ケネディは、否認の動機としての不安として、欲求や感情、意見や意図、真実や外的な事実を認識することで感じる不安を挙げている。そして、そのさらに背後には、矛盾する欲望や良心と欲望の間における葛藤をはじめとする精神の内側における葛藤があり、どれかの欲望に従って行動することや、選択により生ずる矛盾する現実に対する不安があるとする¹⁵³⁾。

4 正義の構想とイデオロギーの関係

ケネディによれば、ドウウォーキンがケネディの前述の指摘と同様に、法の外に規則の選択の正しさを決定する根拠はなく、適合性を探求しても残るギャップや争いの余地、曖昧さに対しては、(おそらくはリベラル派もしくは保守派の正義構想と結びつくところの)裁判官の政治哲学を採用する必要があるとしているが、イデオロギー的な正義構想を呼び出すことを求めているがために、「正解テーゼ」という言葉を使っているのにもかかわらず、役割葛藤を解決しようとする人々に対して安心感を与えないとされる¹⁵⁴⁾。

5 ケネディに対するドウウォーキン理論からの応答可能性

(1) ケネディ理論にみられる心理主義と還元主義

ここまで説明してきたケネディの理論とドウウォーキン批判について、ドウウォーキン理論からの応答可能性を示したい。

二章において示した立場からケネディの議論の問題を簡潔に示すとするなら、ケネディの立場は心理主義もしくは還元主義といえる立場に完全に立脚しており、法的道徳的言語ゲームにおける言語使用の規範性と、因果関係をめぐる言語ゲームにおける言語使用の規範性を混同して、意味を発言者の心理に還元している点を挙げることができる¹⁵⁵⁾。

152) *Id.* at 812–813.

153) *Id.* at 806.

154) *Id.* at 818.

155) 著者と同様の問題関心からの指摘として、CLS派のゲイリー・ミンダのも

二章で確認した通り、ドゥウォーキンの懐疑論批判および還元主義批判全体は、各領域で展開される言語ゲームは、規則性ではなく規範性であり、思考の法則、すなわち心理によって言語使用の規範性を根拠づける事が不可能であることとして理解可能である。さらには、ドゥウォーキンの法的議論の因果的議論に対する自律性の主張は法的道徳的な議論と因果的な議論は異なる規範性を有しているという主張として理解可能であることも確認した。

法的な議論空間に内在的な規範性にひきつけて法的推論をしない限り、有意味な言語使用ができない。従って多くの場合、心理学的説明を伴う形で外在的に発見される思考の規則性のみによって法解釈に関する議論の規範性を根拠づけたり、崩したりすることはできないのである。

ケネディは裁判官の自己欺瞞の問題を解釈誠実義務にせよ、半一意識的な否認にせよ、ある種の因果的精神作用に着目して、裁判官の出す結論ないしは法廷意見の規範的な正しさ、あるいは正統性に関わるものとして提示している。しかしそれは、法的思考を行う裁判官の内心に関する因果的、事実的な説明を目指す言語ゲームと、「法的問題」に対して規範的に何が正しいのかを追求する法的・道徳的言語ゲームを混同してしまっていると云わざるを得ない。そもそも法的な言語ゲームは結論を出すまでに起こった精神作用のすべてを正確に記述するというのではない。

ケネディのイデオロギー的な裁判官の類型論は、法の言語ゲーム外在的にみた裁判官の行動の「規則性」に対する一つの解釈にすぎず、法的議論の言語ゲームにおける「規範性」の正当化も反駁もできない。

議論の正しさを心理的なものに還元するケネディの考えは、規範性や規

のがある。ミンダは、ケネディのアプローチをCLSの立場から批判する論文の冒頭において「嘘」を問題にするのは社会（他者）の方であり、嘘をつく主体が自己欺瞞に陥っているのか否かについては関心を払う人は少ないということを示唆する。Cf. Gary Minda, "Denial: Not Just a River in Egypt", *Cardozo Law Review*, vol. 22, Issue 3-4 (2001), p. 902. ミンダの指摘は、ケネディの立場が、ある言明が嘘か否かという問題をどんな気持ちで言明をしたのかという問題にすり替えてしまっている点を指摘している点で興味深い。

範性のみえ（アспект）といった問題を無視して心理分析を行う¹⁵⁶⁾ため、フレーゲやウィトゲンシュタインが批判した心理主義の焼き直し、もしくはドゥウォーキンが批判した法的道徳的議論の心理学への還元主義の問題を生じさせてしまっているのである。

心的因果関係の指摘では、「法の支配」や裁判官による法解釈の正統性、あるいは法解釈の結論の妥当性といった規範的概念を正当化したり突き崩したりすることはできないのである。仮に心理学等を用いて心的因果関係を使って裁判官の結論への影響を論ずるには、法的道徳的議論における言語使用の規範性を前提にして論ずる必要¹⁵⁷⁾があるのである。

ここまでは規範から心理への還元を問題にしてきたが、イデオロギーと正義についての論じ方においても、ケネディの議論は還元の濫用というべき問題を抱えている。

ケネディの主に役割葛藤の議論における正義の構想ないしは正義の感覚とイデオロギー的選好との関係性についての想定である。これまでに確認した通り、ケネディは、「法の下での正義の実現」という裁判官の掲げる目標が、各裁判官の正義の感覚がイデオロギー的であり、正義の構想が関わる問題が保守派とリベラル派との間でのイデオロギー的な論争の対象となるために役割葛藤を味わわざるを得ないとする¹⁵⁸⁾。

ここに、正義の感覚からイデオロギーへの還元ともいうべき論じ方が見られるが、その見方がどのようにして正当化されているのか、というのがケネディ理論内部からは十分に明らかではないという問題がある。ここで正義の感覚とイデオロギーを直接接続してしまうと、ケネディが主張する「単に素質があるだけでなくコミットしている」¹⁵⁹⁾といえるようにするに

156) むろんアспектを脳神経科学や心理学等で分析できてしまえばよい、という考えもあるが、クオリアの解明の問題を含みうる難問であるばかりでなく、「みえ」のなかでの「正しさ」を因果的に説明することは困難であるはずである。

157) 言語使用の規範性を前提にしないとアウトプットの理解や解釈ができない。イデオロギーと法解釈について論ずるには、むしろ法的議論の実在性についてのある種のナイーブさが必要になるというのが本稿の主張である。

158) Kennedy, *supra* note 125, pp. 817-818.

159) *Id.* at 792.

は、テキストとしての正義、(個々人の)正義の感覚、(プロジェクトとしての)イデオロギー、イデオロギーに対する心理的なコミットメントの関係性を法的議論とイデオロギーの関係とは別にまた別途論ずる必要があるだろう。

(2) ドゥウォーキン理論による応答可能性

ここからは、ケネディが通俗心理学による否認の理論によって十分に説明がつくと主張してきた議論が、ドゥウォーキン理論の不確実性アプローチから説明可能であることを示したい。

ケネディの議論はこれまでに確認してきたとおり、半一意的ないわば「自己欺瞞」としてイデオロギー的な動機を描写するため、否認する裁判官の三類型に属する精神状態にあると理論上想定される裁判官ないしは法律家自身が自身のイデオロギー的影響に対して否認しながら「イデオロギー」について言及することを想定することは難しい。しかし、ケネディ理論において、そのイデオロギー的動機の表出にもっとも肉薄した事例が、「願望の投影」としての他者に対するイデオロギー的動機の「投影」という現象であり、ケネディは自身の否認の通俗心理学の傍証もしくは例証としていたといえる。

以上のような議論は、ドゥウォーキン理論における不確実性および循環性概念によっても説明することができる。

これまでも確認してきたように、ドゥウォーキンは、道徳的判断の不確定性の主張を批判し、真理値の付与可能性と独立した不確実性の存在を主張するが、その主張の前提の一つとして、「不確定性」や(法の場合)「無正解テーゼ」を含む道徳または法的な主張は、何らかの直観や確信、積極的議論、あるいは法の概念に依拠しているという主張がある¹⁶⁰⁾。晩年の議論においては、こういった主張の中で自然科学、社会科学、法学、倫理学を含めた学知全般にみられる理論負荷性ないしは、信念や確信(自然科学の場合は世界の実在等)への依存として、循環性(circularity)という概念が

160) Dworkin, *supra* note 20, p. 136.

提示される¹⁶¹⁾。

ケネディがイデオロギーの「投影」とした事象は、当該人物の知識量、あるいは理論的なベース、信念体系の差異、技量の不足、怠惰といった不確実性、あるいは根源的な循環性により、「法の支配」や「中立性」、法解釈の方法等が内在的理由によって説明困難（あるいは説明がしたくない）とみた場合に、相手の意見の「原因」を法的な議論や基礎となる信念体系に外在的な説明（ここではイデオロギー）にたよって解釈しようとするることによって生ずるものと説明可能である。

前節で確認した言語ゲーム論と合わせてみても、自身の持つ規範的文脈のアспектからは、批判対象の正当化論証の根拠が内在的に理解できないためにイデオロギー分析や心理分析の因果性を追求する言語ゲームの規則を把握する際のアспектに切り替えた上でイデオロギー的動機を法的議論に対して外在的に考察しているものとすれば説明がつく。

党派性＝イデオロギーの否認への動機や欲求の抑圧への動機といった、ケネディが説明を試みた現象の説明もより容易になる。自己欺瞞論のアプローチを用いるよりも、むしろ自身の認識・判断能力の限界やバイアスによる不確実性を恐れる、もしくは否定したいがゆえの態度としてみた方がより自然な説明が可能になるのである。ある主体自身の持つ信念体系から説明がつかず、当該主体の視点からの内在的な説明がつかない他者の言動に対して何らかの理解を示そうとするも自身の認識や信念体系の持つ不確実性を認めたくない場合においては、その主体は外在的な説明や因果的な説明を採用せざるを得なくなるのである¹⁶²⁾。

161) Dworkin, *supra* note 75, p. 16.

162) 極端な事例としてはあまりにも常識や科学的知見とかけ離れた陰謀論を信奉する人と接する陰謀論者ではない人を想定するとわかりやすい。そういった陰謀論を信じない人にとっては、自らの信念体系との整合性を維持したまま陰謀論の内在的論理から言動を理解したり陰謀論を信じる人の内在的論理に沿って反駁や説得をしたりすることは困難であり、「どうしてあの人はそのような情報を信じるのか」と外在的に考察や分析をすることの方が容易である。信念体系の違いの問題に規範／事実の区別は関係がない点にも留意したい。

(四) 不確実性アプローチからみた還元主義・心理主義的理論の限界と展望

ここまでは、バルキンやケネディらの裁判官の自己欺瞞に着目する論者によるドウウォーキン批判は、二章で確認した還元主義の問題を抱えていることを示してきた。

裁判官の特異な心理的傾向を法解釈の性質と捉える議論は、因果関係の議論に法的道徳的正当化の議論を還元していわば一元化してしまう。そして、二章で指摘したとおり、法解釈という事象を二つ以上の異なる規範性を持つ言語ゲームのなかで有意義に語り得る可能性や我々の言語使用の規範の多様性および言語による正当化の限界の問題を見過ごすことになってしまうのである。

さらに、不確実性アプローチの視点からケネディ及びバルキンの裁判官の特異な心理とイデオロギーを結びつけるアプローチにはより根本的な問題がある。それは、書かれる前にイデオロギーは存在しない、という問題である。

ウィトゲンシュタインは使用説の立場に立って、発話や記述などの表現に先立って内心に存在する「思考」という像を批判し、使用（適用）の瞬間に体験される意味の前に心の中に準備されていた純粋な「思考（文を作り出す意図）」があるという考えは誤解であるとする¹⁶³⁾。表現、即ち言語の使用に先立つ思考という発想の批判は、使用説をとるウィトゲンシュタインからすれば当然の帰結であるともいえる。一切外界に現れ出ない純粋な内心における「思想」という像は私的言語批判における私的言語¹⁶⁴⁾とも重なり、他者や自身の動機や意図を説明する際に使うときを除いては、言語ゲームの中で規範性をもった使用には耐えうるものではないのである。

イデオロギー粒子のようなものが脳内にあるのではない限り、イデオロギーが脳内にあって、それが表出して行動に反映される、という構図を本

163) Wittgenstein, *supra* note 40, § 237-338.

164) Wittgenstein, *supra* note 30, § 256-265. 野矢・前掲注35、134-136頁。

人がそう述べているときでさえも内心の中に行動の原因として実在するものとしては捉えるべきではない。

むしろ「イデオロギー」や「政治性」を非本質主義的かつ結果物としてとらえることの方が望ましいといえる。例えば、個々人の採用する信念の違い、生活環境や情報環境、本能的で無意識的な「癖」の違いが、属するグループの違いを生んで党派性を生んだり、法解釈の場面において見解の違いを生んだり、言動や著述が結果的にイデオロギーや政治性にみえるというように理解するということが考えられる。

（五）小 括

ここまで、ドゥウォーキンの不確実性アプローチが、自己欺瞞に着目してドゥウォーキンを批判した二人のCLSの論者に対して、どのように応答可能性を持つのかを検討してきた。そして、不確実性アプローチで指摘可能な人間の言語ゲームの多元性や雑多さ¹⁶⁵⁾、意味ある言語使用の限界といった重大な問題がバルキン及びケネディの心理学への還元によるアプローチでは見過ごされてしまう可能性を示してきた。

その中でバルキン、ケネディ二人によるドゥウォーキン法理論への批判に対して、不確実性アプローチが因果的なアスペクトの議論と法的道徳的なアスペクトの議論を峻別することで、より還元主義的でない形で党派性や心理と法解釈の関係性を理解することができることを示した。

四 結 論

第一章において筆者は、法解釈の客観性・確定性をめぐる論争の文脈の背景として、法解釈の性質を解釈者の心理に帰着させるアプローチが存在することを指摘した。さらに、本稿においては、CLSの「心理主義的還

165) 我々は一連の発話の中で複数の言語使用の規範（文脈）に則って議論することもできるし、交互に乗り換えることもできるだろう。法的道徳的議論の自律性を認めずに因果関係の議論に還元して一元化してしまうと、因果関係に関する言語使用の規範のみしか認識できなくなってしまうだろう。

元」のアプローチを最も自覚的かつ急進的な形で展開したケネディ及びバルキンの自己欺瞞の議論に着目することを示した。そして、自己欺瞞の議論において、批判対象と想定されていたドゥウォーキンの理論を不確実性アプローチと定位して、CLSの批判に対する不確実性アプローチの効用を論ずる必要性について問題提起を行った。

第二章においては、ドゥウォーキンの不確実性アプローチの全体像と意義を示した。ドゥウォーキン理論と後期ウィトゲンシュタインとの関係を指摘し、その再解釈について論じ、第一章で指摘した議論にどのように対応可能で、法解釈を巡る議論にたいしてより深い示唆を与えるのかについて概略的説明を行った。

第三章においては、二章で行った再解釈がCLSの論者によるドゥウォーキン批判にどのように応答できるのかを具体的に示した。そして、第一章より問題としてきたアプローチが還元主義・心理主義の問題を抱えていることを具体的に明らかにし、言語の限界を踏まえたより還元主義的でないアプローチで社会の中の法解釈という現象を捉えることがドゥウォーキンの議論から可能であることを示した。

本稿全体としては、ドゥウォーキンの提示した「不確実性」概念を用いることで、バルキンやケネディによる、自己欺瞞の議論を用いて規範的な法の支配や判決の正統性といったものが覆されることを主張する議論には心理的因果関係の議論と規範的正当化についての議論の正当化できない一方から一方への還元という問題があることが示された。これは、第一章にて論じた裁判官の特異な心理的傾向を用いて法解釈の主観性を論じたアプローチ全般に対しても批判的な示唆を与えるものである。さらに、因果的な精神作用の問題は規範的な正当化の次元とは異なる問題であるところの不確実性（及び予測可能性）の問題に帰されるということが確認できたことで、不確実性及び予測可能性に関する問題の日常的な社会的実践としての解釈活動における総体的な重要度が高いことが示唆されたといえる。

〔謝辞〕 本研究は、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP2123の支援を受けたものです。

小池 智晴（こいけ ともはる）

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本法哲学会

専攻領域 法哲学