

国家法の特別視をやめる（1）

——法多元主義からみる一般法理学の課題——

佐々木 誠 矢

- 一 はじめに
 - (一) 法多元主義について
 - (二) 本稿の目的
- 二 法概念は過不足なく規定できるのか
 - (一) 二つのアプローチ——法実証主義型と遍在型
 - (二) 批判と検討
- 三 タマナハの法理論とその論点
 - (一) タマナハの法理論
 - (二) タマナハへの批判
 - (三) 法理論のジレンマ——タマナハ対ガードナー

(以上、本号)
- 四 一般法理学の方法論
 - (一) ジレンマを軟化させる
 - (二) 重要性説へ
 - (三) 法多元主義への示唆
- 五 新たな始まり

(以上、150号)

一 はじめに

(一) 法多元主義について

一つの事例から始めよう。2012年9月、北海道浦河郡浦河町杵臼の出身である三名のアイヌが北海道大学を相手取り、札幌地方裁判所に提訴した。原告であるアイヌ側は、北海道大学が研究目的と称してアイヌの墓地

を無断で発掘し遺骨を収集したこと、およびその遺骨の返還をアイヌが再三求めていたにもかかわらず、北海道大学がその返還を拒否し続けたことを不服とし、訴えを起こしたのである。この訴訟は、2016年3月、原告に遺骨を返還する方向での和解勧告が出され、その後遺骨は原告に返還された。この結果はこの訴訟と同時に進行していた他の遺骨返還訴訟にも影響を与えており、それら訴訟においても遺骨返還による和解が成立した。また、日本政府は、遺骨を適格な地域団体へ返還するという旨のガイドラインを2018年12月に正式に発表した¹⁾。

理由はどうあれ、遺骨を無断で発掘（あるいは「盗掘」）し、持ち去ることはまったく望ましくない行為であり、非難されるべきである。このことを前提したうえで、本稿としては、上述の和解勧告が民法や最高裁判例の立場からすると例外的な内容をもっていたことに着目したい。

まずもって、アイヌの人たちの埋葬は、コタンと呼ばれる独自の集団ごとになされる。コタンは家とは異なる単位であるから、遺骨が誰のものであるかまでは特定できない。他方、現行の法制度における遺骨の取扱いに関しては、民法897条にいう「祭祀に関する権利の承継」や、遺骨の所有権が祭祀承継者（墓などの祭祀財産を相続する者）にあるとした最高裁判例²⁾によって規定されている。その結果、遺骨が誰のものであるかまでは特定できないアイヌの埋葬方法では、祭祀承継者もまた特定できない。それにもかかわらず、裁判所は、遺骨を「裁判所が適当と認める集団」に返還するよう勧告した。

この裁判所の決定が現行法制度において例外的だと言える根拠は、遺骨の返還方法に求められる。先の「裁判所が適当と認める集団」として認定されたのは、「コタンの会」と呼ばれる団体であった。当該団体に遺骨を返還したうえで、祭祀承継者が特定できた場合には当該祭祀承継者に遺骨を返還し、それが特定できなかった場合にはコタンの会が遺骨の管理を行

1) この訴訟に関する詳細な記述およびアイヌの文化との関係については、参照、市川守弘『アイヌの法的地位と国の不正義：遺骨返還問題と〈アメリカンディアン法〉から考える〈アイヌ先住権〉』（寿郎社、2019年）序章。

2) 最判平成元年7月18日家月41巻10号128頁。

ない続けることになったのである。要するに、コタンの会は一時的な遺骨の管理者である。これはつまり、コタンの会に返還された遺骨の身元が判明しない場合には、現行法の祭祀承継者という考え方をとらないということの意味する³⁾。この点を本稿の関心に適う仕方で一般化すると、ある国家内で独自の文化を歴史的に形成している先住民族や集団について国家は自身の用意する法制度の内容に合致しないような決定を下すことがありうる、ということになる。

こうした事例は、他にも挙げることができよう。例えば、戦前において日本の支配管轄にあった内地や朝鮮、台湾などの地域それぞれに適用された法令と、日本の国内法との調整を図る「共通法」⁴⁾、米国の「国内の従属国」として州から独立して固有の主権を有するアメリカ・インディアン⁵⁾の例⁵⁾、異文化の慣行（conventions）の存在を理由に国家法制度に反する主張を展開する「文化の抗弁」論の一連の事例⁶⁾ など、枚挙に暇がない。また、先住民の慣行と国家法制度の対立とも言えるこうした事例は、植民地法と宗主国法の関係という仕方で研究されてきたことも留意すべきだろう⁷⁾。本稿で扱う法多元主義（legal pluralism）における関心の一つは、一国内において独自の地位を認めうる慣行、すなわち非国家法と、国家法がときに対立することを指摘し、それを法理論の俎上にのせることにある。

3) アイヌの埋葬方法の詳細や、その埋葬方法と民法897条と最高裁判例との相違については、参照、市川・前掲注1）、序章。

4) 大村敦志『民法読解：総則編』（有斐閣、2009年）40頁を参照。

5) アメリカ・インディアンの歴史的かつ法的な包括的分析を行なった浩瀚な文献として、藤田尚則『アメリカ・インディアン法研究（Ⅰ）：インディアン政策史』（北樹出版、2012年）、同『アメリカ・インディアン法研究（Ⅱ）：国内の従属国』（北樹出版、2013年）、同『アメリカ・インディアン法研究（Ⅲ）：部族の財産権』（北樹出版、2017年）を参照。

6) 「文化の抗弁」論については、千葉正士『アジア法の多元的構造』（成文堂、1998年）52-55頁。千葉は、パプアニューギニアのボルネオ山脈の先住民の事例、ケニアのルオ族およびキクユ族の事例、トリニダード島の先住民とそこに渡来したインド人との間で交わされた「契約」に関する事例を挙げている。

7) See, Michael B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Oxford University Press, 1975).

また、非国家法に着目する法多元主義は、超国家法 (transnational law) への関心も有する。超国家法とは、多数の国にわたって横断的に存在する法である。法多元主義者は、超国家法ということでとくに国際的に通用しているソフトローに着目する。例えば、現代の主要な法多元主義者である B・タマナハ (Brian Z. Tamanaha) は、そうしたソフトローとして、各国の商事法の調整等を目的とする私法統一国際協会 (International Institute for the Unification of Private Law; UNIDROIT) の国際商事契約原則 (Principles of International Commercial Contracts) や、消費者の健康目的のために科学的根拠に基づく食品基準を定める国際食品規格 (Codex Alimentarius) などを挙げている⁸⁾。

あるいは、超国家法への法多元主義者の着目ということでは、インターネット上におけるユーザーの活動に対する規制が、国家法ではなく業界団体のガイドラインという形で自主規制に委ねられている点を挙げてもよいだろう⁹⁾。インターネット上の規制にあたり国家法ではなく業界ガイドラインというソフトローに依拠していることは、そのソフトローの遵守を国家法が奨励しているということでもある。この点は、科学技術が専門分化しグローバル化する世界において、国家法の立ち位置を示唆するように思われ、非常に興味深い。

ただ問題なのは、一国内における慣行 (非国家法) にせよ超国家法にせよ、国家法の内容と対立する場合である。法多元主義においてこの問題は、国家法は他の「法」に優越するのか、という問題として理解される。法多元主義者の J・グリフィス (John Griffiths) は、このような国家法の排他的な優越を前提する立場を「法中心主義 (legal centralism)」と呼んで批判している¹⁰⁾。グリフィスの主張の是非については後に検討するとして、こ

8) Brian Z. Tamanaha, *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences* (Oxford University Press, 2021), pp. 153-156.

9) こうした見方をするのが浅野有紀である。参照、浅野有紀『法多元主義：交錯する国家法と非国家法』(弘文堂、2018年) 1-11頁。

10) John Griffiths, "The Idea of Sociology of Law and Its Relation to Law and to Sociology", in Michael Freeman (ed.), *Law and Sociology* (Oxford University

ここで確認したいのは次の二点である。第一に、法多元主義は他の「法」に対する国家法の排他的な優越性を自明視しないこと¹¹⁾、そして第二に、国家法や国際法といった典型的な法だけでなく、先住民や特定集団の慣行なども「法」として扱う用意があるということである。

とくに、法多元主義の少なくとも一部の論者が先住民や特定集団の慣行を「法」として扱うという点は重要である。こうした「法」ないし法概念の捉え方によって、法多元主義者は既存の法概念規定を目的とする理論（以下「法理論」）よりも広い法現象を扱おうとするのである。既存の法理論の典型として挙げられるのは現代英米の法実証主義（legal positivism）だろう。H・L・A・ハート（H. L. A. Hart）の『法の概念』¹²⁾以降、法実証主義が隆盛し、現在の一般法理学でもその影響は大きい¹³⁾。これに対し法多元主義は、法実証主義が典型的な法として分析対象としていたのは国家法であったと考える¹⁴⁾。法多元主義者は、こうした国家法に偏重している法理論を批判しつつ、法概念規定それ自体にイデオロギー性ないし政治性があると指摘するのである¹⁵⁾。法多元主義者からすれば、法実証主義は、

Press, 2006), pp. 60-61.

11) とはいえ法多元主義者は、国家法が現代における法のパラダイムであることや、少なくとも国家法が法理論の重要な位置を占めることは否定しない。参照、浅野・前掲注9）、11頁。

12) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd Edition (Oxford University Press, 2012) [邦訳、H・L・A・ハート『法の概念〔第3版〕』（長谷部恭男（訳）、筑摩書房、2014年）]。

13) 現代英米法実証主義の方法論の分析に関しては、参照、佐々木誠矢「現代英米法実証主義の批判的検討——概念分析か、法の性質の探究か——」法学政治学論究144号（2025年）、409-450頁。

14) 国家法を分析対象とするのがJ・ラズ（Joseph Raz）である。See, Joseph Raz, “Why the State?”, in Nicole Roughan and Andrew Halpin (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2017), Ch. 7.

15) See, Andrew Halpin, “The Creation and Use of Concepts of Law when Confronting Legal and Normative Plurality”, in Lukas H. Urscheler and Seán P. Donlan (eds.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives* (Routledge, 2014), p. 185. なお、本稿で後に扱うことになるタマナハはこうした見方を否定している。See, Brian Z. Tamanaha, “The Folly of the

国家法の地位を自明視したうえで、それを法概念の典型だと想定している¹⁶⁾だけではなく、本来「法」として扱うべきもの——先住民や特定集団の慣行、ソフトローなど——を法理論から不当に排除しているのである。この排除こそ、法理論がそれ自体イデオロギー性ないし政治性を有する証左だろう。法多元主義を採る少なくとも一部の論者はこう考えるのである¹⁷⁾。

(二) 本稿の目的

本稿の目的は、ハート以降に開花した英米圏の法哲学（一般法理学）の観点から、非国家法なども含む野心的な法概念を法理論として扱うことが可能か、可能であるとしてどのような理論的条件があるのかを提示することにある。本稿はその目的を検討するうえで法多元主義に着目する。法多元主義は、その最初期において法社会学や法人類学の関心をもった論者によって発展してきた¹⁸⁾が、近時、一般法理学の観点から法多元主義研究を展開する論者も増えている¹⁹⁾。先の法実証主義批判とも相まって、法多元主義を一般法理学の観点から検討することの妥当性があると言えよう。

なお、本稿でいう「一般法理学」とは、先述のハート以降、「法」概念

‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol. 20, no. 2, 1993, p. 195.

16) 法理論における国家法の優越的地位に対する疑義は、果たして国家がその領域内を十全に統治しているのかという疑義をも導くだろう。この国家統治の遍在性という前提に対しては、文化人類学からの批判がある。参照、佐川徹・大澤隆将・池谷和信「現代世界におけるフロンティア空間の動態」、佐川徹・岡野英之・大澤隆将・池谷和信（編）『その空間を統治するのはだれか：フロンティア空間の人類学』（ナカニシヤ出版、2025年）11-19頁。

17) とはいえ、後にみるように、ハートの法理論を応用した法多元主義の議論も存在する。このことは、法実証主義者が国家法を典型的な分析対象としながらも、国家法以外も射程に含みうるということの証左となるだろう。こうした議論については第二章で扱う。

18) See, Hooker, *supra* note 7; 千葉・前掲注 6)。

19) 英語圏ではタマナハやW・トワイニング（William Twining）、日本では浅野有紀が先達として挙げられる。

にとって本質的・必然的な条件を同定し、その記述を試みてきた一連の学問領域のことを指す²⁰⁾。一般法理学においては、基本的に国家法などの高度に発達したとされる法システムを中心に議論が展開されている。また、法と道德には必然的連関があるのかという問いに代表されるように、一般法理学では法とその他類似の社会規範との異同を解明するのが理論的目標とされている。その議論の過程で、法にとって本質的・必然的な性質を記述的に同定することが課題となるのである。

さて、議論に先んじて本稿の立場を簡潔に説明しておこう。本稿の示すところでは、実質的に国家法などの高度に複雑化した法システムをその理論の対象とする法実証主義と、非国家法も含みうるような野心的な法概念を採用することがある法多元主義には、どちらもさまざまな難点がある。そのなかでも特筆すべき点として、本質主義批判の一種としての道德論議不可避性と、記述的法理論のサイロ化という問題がある。こうした問題に対して本稿は、家族的類似性をもつものとして法概念を捉えたうえで、そこで着目される法の性質・特徴については規範的重要性による正当化が必要であると論じる。

本稿の議論は次のように進行する。まず第二章では、一国内の法現象の多様性と超国家的な法のあり方を一般法理学において包括的に検討するための出発点として、法多元主義の法理論の一類型である、法実証主義型と遍在型を扱う。法実証主義型については、ハートの議論を踏まえたうえで、D・フォン・ダニエルズ（Detlef von Daniels）などの見解を紹介する。また、遍在型を法性アプローチと遍在法アプローチにさらにわけたうえで、それぞれの代表論者の議論を扱う。また、法実証主義型と遍在型に対するいくつかの批判を扱い、それぞれについて問題があることを指摘する。続く第三章では、タマナハの慣行主義を、彼がその立場に至った背景を含めて説明する。そのうえでタマナハの破壊的とも言うべき議論に対するさまざま

20) 本稿でいう「一般法理学」は、日本で一般に「法概念論」と呼ばれてきた学問領域や英米圏の「法の一般理論」と大きく重なるが、それらの異同について論じるのは本稿の関心ではない。さしあたり、法概念論とほとんど互換的に用いられる語として捉えても差し支えはない。

な批判をとりあげる。さらに、法実証主義者 J・ガードナー (John Gardner) による重要な批判を扱い、そこに法理論のジレンマが生じることを指摘する。また第四章では、このジレンマを軟化させる方法を提示し、家族的類似性としての法および重要性説という本稿のテーゼを提出する。そして、以上の議論を踏まえたうえで、法多元主義への示唆を明らかにする。最後に第五章において、「新しい中世」論を導入する。それが法多元主義の提示する問題の一部であることを指摘し、一般法理学の課題を提示したい。

また、本稿の議論について、いくつかの留意事項を提示しておこう。第一に、筆者の能力の都合から、非英語圏の法多元主義の議論は参照できない。第二に、グローバル立憲主義²¹⁾など、従来法多元主義に関連づけられてきたトピックは扱わない。本稿は法多元主義の法概念に着目するため、その目的に適う限りの議論を参照する。

第三に、本稿の目的は、一般法理学の観点から非国家法を扱えるような法概念が可能かを検討することであり、特定の法多元主義の法理論が有望であると提示することにはない。ただし、本稿の議論の結果、法多元主義も含む一般法理学の法理論が充足すべき理論的条件を提示するから、その条件を充足する法多元主義の法理論は、本稿からすれば有望であるということになる。

第四に、本稿は法社会学者が提出している法多元主義の法理論を、筆者の関心である一般法理学の観点から扱うことになる。そのため、法社会学者の議論に対する本稿の扱いは牽強附会であるとの誹りを免れないかもしれない。しかしながら、第四章で詳細は論じるが、本稿の説明であれば、一般法理学と法社会学の関心を先んじて区別する必要はない。また、一般法理学と法社会学の区別それ自体も理論的な検討の対象であるし、本稿では両者を連続的に捉える議論を扱う²²⁾ため、一般法理学の観点から法社会

21) 日本におけるグローバル立憲主義の最新の研究として、参照、山元一『国境を越える憲法理論：〈法のグローバル化〉と立憲主義の変容』(日本評論社、2023年)；江島晶子(編)『グローバルな立憲主義と憲法学』(信山社、2024年)。

22) 例えば、タマナハは、「社会学的法理論 (socio-legal theory)」ということで、

学の関心を有する議論を扱うことが許容され则认为る。

なお、本稿では呼称を「法多元主義」で統一するが、他の用語法も存在する。日本において法多元主義研究を牽引してきた千葉正士は‘legal pluralism’の訳語として「多元的法体制」を採用している²³⁾。また、浅野有紀は、‘legal pluralism’の訳語としては「法多元主義」を採用しつつ、‘global legal pluralism’の訳語として「グローバル・リーガル・プルーリズム」を採用している²⁴⁾。このように訳語がさまざまありうるのは、法の「多元性」に関する見解や、法多元主義の理論目標をなにと定めるかが論者によって異なるからであろう。この点の整理に関しては、第四章で提示する。

二 法概念は過不足なく規定できるのか

法多元主義者は、自身の理論的目的に即してその関心領域を分類する。例えば、浅野有紀は、中世のカノン法や商人法などの歴史的な非国家法の考察、植民地における宗主国法と現地の固有法の関係に加え、グローバル化における国家および国家法の限界という三点を法多元主義の関心として挙げている²⁵⁾。浅野の目的はグローバル化との関連にあるから、その範囲に限定された理論を展開することになる。このとき、他の二点は説明目標にはならない。

また、浅野の他にも、法多元主義者が導入するさまざまな類型が存在する。例えば、K・カルヴァー (Keith Culver) とM・ジュディチェ (Michael

法社会学と一般法理学を連続的かつ協同的なものと捉え、法に対する社会科学のアプローチを推奨している。See, Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford University Press, 1997).

23) 千葉・前掲注6)、52頁。

24) 浅野有紀「グローバル・リーガル・プルーリズムにおける法と道徳」近畿大学法科大学院論集6号(2010年)、39-71頁。

25) 浅野有紀「法はあちらこちらに中途半端に存在する？」法学教室473号(2020年)、53頁。

Giudice) による法の四類型²⁶⁾や、千葉正士による法の三類型²⁷⁾など、枚挙に暇がない。どれも国家法を重要なファクターに据えたうえで、論者の関心に従った区分が提示されているが、国家法の法理論におけるプレゼンスを相対化しようとしている点では本稿と関心は同じである。

とはいえ、こうした類型の仕方には各論者の関心が反映されているので、本稿の関心からも類型を提示したい。法多元主義の法に関する概念的主張に着目するという視座から、本稿は法多元主義の法理論を法実証主義型、遍在型、慣行主義型に分類する。本章ではまず、法実証主義型と遍在型の議論を概観し、それに向けられた諸批判を検討する。

(一) 二つのアプローチ——法実証主義型と遍在型

法多元主義は、先住民や特定集団の社会慣行や、国際的に通用しているソフトロー、植民地法と宗主国法の関係など、かなり幅広い問題関心を扱うことができる。だが、法概念規定となると、議論の切り口は限られてくる。本稿は、法多元主義の法理論ということで、従来次の二つのタイプがあると考える。すなわち、法実証主義の法理論を援用しながら、グローバルに展開されている制度を記述し、分析するタイプと、国家法や超国家法といったカテゴリーを超越した、すべての法現象を説明できるような法理論を構築しようとするタイプである。前者は、とくにハートの法理論を国際的な制度に当てはめるだけではなく、独自の議論も付加している。また後者は、必ずしも制度的ではない法現象——慣習法などはまさにその典型だろう——をも含む、包括的な法理論を展開することに特色がある。以下、前者を法実証主義型、後者を遍在型と呼び、議論を進めたい²⁸⁾。

26) 彼らは、内国型、国家横断型、超国家型、国家上位型の四類型を提示している。See, Keith C. Culver and Michael Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence* (Oxford University Press, 2010), pp. 148-171.

27) 千葉は、国内諸法、国家法、超国家法の三類型を提示している。参照、千葉・前掲注6)、第三章。

28) なお、法多元主義の法理論には、第三章で展開する慣行主義型のほかに、機能主義による説明もありうるだろう。機能主義については、第三章第(一)節でタマナハによる理解を紹介したうえで、その理解を斥けてもなお第三章第(三)節

1 法実証主義型

ハートの法理論を援用して、国際的な制度も法として説明しようとするのが、フォン・ダニエルズである²⁹⁾。彼独自の議論に入る前に、ハートの法理論を簡単に確認しよう。ハートの法理論がまとまって提示されているのは、彼の主著である『法の概念』である。ハートの議論は多岐にわたるが、そのうち重要なのは、「第一次ルール（primary rules）」と「第二次ルール（secondary rules）」³⁰⁾であろう。第一次ルールは、義務を課すルールのことであり、公職者（officials）を含む人々の行動を統制する。また、第二次ルールとは、未発展な社会において生じるルールの不確定性、静態性、効率性の問題に対処するために導入される、それぞれ「承認のルール（rule of recognition）」「変更のルール（rule of change）」「裁定のルール（rule of adjudication）」と呼ばれる一群のルールである³¹⁾。第一次ルールは未発展な社会にもみられるが、第二次ルールが導入されることで法の体系化が図られ、法システムとなる。

以上から、ハートは法の典型を法システムに認めていると読めるだろう。したがって、第二次ルールの導入を法「システム」の要件としている点で、先住民や特定集団の慣行は法システムではないし、それゆえ法の典型からは外れることになる。法多元主義の法理論からすれば、この点は問題である³²⁾。

だが、国際的な制度との関連で問題なのは、ハートの国際法に対する態

で提示される法理論のジレンマが生じることを主張する。法多元主義において機能主義的に法を説明する見解としては次の文献を参照されたい。See, William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge University Press, 2009), pp. 103-106; 浅野・前掲注9)、25-31頁。

29) フォン・ダニエルズの法理論については、浅野有紀による紹介がある。参照、浅野・前掲注9)、54-62頁。

30) Hart, *supra* note 12, pp. 80-81.

31) Hart, *supra* note 12, pp. 92-97.

32) ただしハートは、法システムの観点から法概念の解明を目指しているだけで、「法」や「法的」に関する用語法の同定および統制については、そもそも目的にはないことを明示している。Hart, *supra* note 12, p. 213.

度である。ハートからすれば、「国際法は、立法府と裁判所を備えるための変更と裁定のルールに関する第二次ルールだけでなく、法の『源泉 (sources)』を特定し、ルールを同定するための一般的規準を与える統一的な承認のルールも欠く」³³⁾とされる。ただし、ハートのここでの目的は、第二次ルールによる説明が困難であるから国際法は法ではない、と断じることではない。ここでのハートの主張の要点は、国際法は法であるにしても、それが有する第二次ルールは形式としては十分ではない、ということにある³⁴⁾。

フォン・ダニエルズは、国際法が不十分な第二次ルールしか有していないことについて、むしろそれぞれの法システムが国際法のもとに関与しあうという現象に着目する。彼によると、ハートは、異なる法システムのあいだの相互関係を記述することに失敗している。この洞察に基づいて、フォン・ダニエルズは、それぞれの法システムの弁証法 (dialectic) を担うものとして、第三のルールである「連繋ルール (linkage rules)」を導入する。このルールが他の二つのルールと比べても独自性があるとされるのは、そのヤヌスの二面性 (Janus-faced) に求められる。この二面性とは、他の法システムを有効と認め、委任し、あるいはそれに影響を与えるという側面と、諸々の要請の有効性を承認し、受任し、それを完遂するという側面である。そのため彼は、連繋ルールが第一次ルールのような側面と第二次ルールのような側面を併せもつ、と主張するのである。この連繋ルールを各法システムが有することを認めることで、法システム相互になされるさまざまな活動を十全に記述できるだろう³⁵⁾。これがフォン・ダニエルズの戦略である。

他にも法実証主義型に分類される法多元主義者は存在する³⁶⁾。例えば、そうした論者としては、R・ミヘールズ (Ralf Michaels) が挙げられよう。

33) Hart, *supra* note 12, p. 214.

34) See, Hart, *supra* note 12, p. 227.

35) Detlef von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective* (Routledge, 2010), pp. 178-207.

36) 詳細については、浅野有紀の研究が詳しい。参照、浅野・前掲注9)、第二章。

彼は、ハート法理論における承認のルールが内的視点（internal point of view）からなされる内的承認であるとする一方で、ある法（システム）と他の法（システム）の関係を記述するものとして外的承認（external recognition）があると述べる。この外的承認を規定する外的承認のルールと内的承認の連携によって、例えば、EU法とその加盟国の法システムの関係が記述されるとミヘールズは考えるのである³⁷⁾。

フォン・ダニエルズやミヘールズのハート解釈が適切なのかは措くとして、ここで確認したいのは以下のことである。すなわち、法実証主義型の法多元主義の目的は、とくにハートの法理論の枠組みを基本的には受け容れたうえで、その法理論を修正し説明を追加することで、国際法や国際的な制度を法実証主義の理論枠組みに乗せて記述することにあるということである。ただその結果、法実証主義にまつわる難点をこのタイプの法多元主義もまた引き受けてしまっているのではないかという懸念も生じよう。この点については後に立ち戻ることになる。

2 遍在型

筆者のみるところ、従来の法多元主義の法理論には、もう一つのアプローチがある。それが遍在型と呼べるアプローチである。遍在型の法多元主義は、法実証主義型とは異なり、法の制度的特徴には限定されない仕方
で法の特徴ないし性質を明らかにしようとする。その代表として、グリフィスとE・メリッサリス（Emmanuel Melissaris）の議論を扱いたい。

（1）法性アプローチ

まずグリフィスの議論を確認しよう。彼はまず、ルールや制度、プロセスなどの「法的」とされるものの具現化にはさまざまあることを認め、それらによって構成される法システムが、社会統制（social control）に関する他の非「法的」形式と区別されると述べる。また、そこで言う法とはつ

37) See, Ralf Michaels, “Law and Recognition — Towards a Relational Concept of Law”, in Nicole Roughan & Andrew Halpin (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2017), pp. 97–99.

まり、「法律家や、とくにそれらのなかでも最も権威的な者（……）が法とみなすところのものである」³⁸⁾。だが、グリフィスは、法律家を中心に据える法の概念に関しては、まったく記述的ではなく、きわめて偶然的な特定の政治的合意を反映しているものとみる³⁹⁾。

彼によると、このとき法社会学は、法律家のもつ政治道徳的な期待の反映としての法ではない仕方では法を定義しようと試みてきた。そうした試みとして彼が挙げるのが、種 (*species*) と類 (*genus*) に基づくハートの分類学的 (taxonomic) アプローチである。グリフィスによると、このアプローチは、すべての法の構想 (conceptions) は法の類に包含される特定の種である、という仕方で整理される。だが、このアプローチは、社会統制との関係で法の定義を検討する方が経験的探究に資するため、法のさらに上位概念である社会統制との関係で分析されることになる。つまり、「法」とは専門化された社会統制である、という見方が優勢になったのである⁴⁰⁾。

だが、グリフィスはこうした見方にも満足しない。彼がみるところ、問題なのは、法が社会統制の部分集合という仕方で捉えられていること、またその部分集合を定義づける特徴が数多くの値をとることである。彼によれば、ある飲み物が熱いか冷たいかは二値的に決まるのではなく、より温かいからより冷えているかというように、両者の関係は連続的である。これと同様に、法と社会統制の関係も連続的であるとグリフィスは考えるのである⁴¹⁾。

だから、グリフィスからすれば、法の経験的探究ということで、社会統制の特有のタイプとして「法」の定義を試みるべきではない。そうではなく、社会統制を「法的」と呼ぶだけの十分な違いはあるか、と問うのがよいのである。また、例外についてもアドホックに設ける必要はなく、社会統制に含まれるその他の部分集合との距離やそれらとの差異の程度を変数

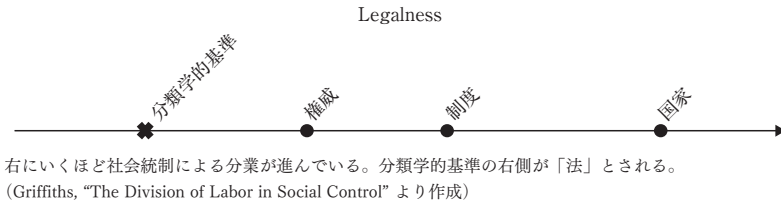
38) Griffiths, *supra* note 10, pp. 53–54.

39) Griffiths, *supra* note 10, pp. 53–56.

40) Griffiths, *supra* note 10, p. 56.

41) Griffiths, *supra* note 10, p. 57.

図1 社会統制の法性の程度



として位置づければよい⁴²⁾。

こうした見方において、内的視点をとる法律家のもつ素朴な概念としての「法」は分析の対象たりえない。だが他方で、グリフィスは社会統制が法と連続的に捉えるべきであることを主張しているから、彼の視座にたてば、社会統制は多かれ少なかれ「法的」なのである。彼はそこで、「法性 (legalness)」という概念を導入することで社会統制を説明しようとする⁴³⁾。具体的には、社会統制には分業が成立しているという前提のもと、その分業にさまざまな段階を認める。例えば、権威のみに依拠する社会においては、法性をもつ社会統制のなかでは分業が進んでいないとされるが、制度や国家になってくると社会統制における分業が進んでいると評価されるのである⁴⁴⁾。

その結果、グリフィスにとって法多元主義とは、まず一方で、分業が進行しているという事実であると位置づけられる。しかしながら、社会統制にはさまざまな規範があるのだから、社会統制を単に「法」多元主義と呼ぶべきではない。それは「規範多元主義 (normative pluralism)」か、あるいは「社会統制多元主義 (pluralism in social control)」と呼ばれるべき現象なのである。その結果グリフィスは、「『法』は法社会学において理論的概

42) Griffiths, *supra* note 10, p. 59.

43) Griffiths, *supra* note 10, pp. 62-63.

44) John Griffiths, “The Division of Labor in Social Control”, in Donald Black (ed.), *Toward a General Theory of Social Control* (Academic Press, 1984), vol. 1, pp. 48-55.

念ではない」⁴⁵⁾と主張するに至る。

また、法性概念を導入することの最たるメリットは、法と非法を区別するといった本質主義 (essentialism) 的な傾向や法の定義に関するニヒリズムを避けられることだとグリフィスは主張する。さまざまな論者が「法」ということで慣習・慣行や権威、制度、国家といったファクターに依拠してきたが、いずれもそのうちの一つのファクターに依拠してしまい、他のファクターを排除してしまう。これがグリフィスの考える本質主義的な傾向である。だが、彼自身の法性アプローチであればこうした問題は発生しない。つまり、これらすべてのファクターは社会統制の分業の程度に応じて法性を認められるので、本質主義的な傾向を有する他の法理論に比して、理論的な優位性が確保できると彼は考えているのである⁴⁶⁾。

法性というアイデアは他の論者によっても提出されている。その代表的な議論としては、F・シャウアー (Frederick Schauer) のものが挙げられるだろう。彼は、さまざまな仕方で法を表出する多くの構成物があることを率直に認めたうえで、法のプロトタイプないし理念的タイプという考え方を導入する。大半の法システムにみられるような特徴があり、それらを十分に有するのが法の理念的タイプである。また、理念的タイプに必ずしも合致しない規範体系 (国際法や慣習法) も、それが法ではないとは主張しない。むしろシャウアーは、理念的タイプに類似する程度において、そうした規範体系は「法性 (lawness)」を有する、と考えるのである⁴⁷⁾。

シャウアーは法多元主義者でも法社会学者でもないから、グリフィスと厳密に関心を同じくしていたとは言えないだろう。また、グリフィスであれば、典型的な法、すなわち理念的タイプとしての法という見方を拒否するだろう。しかしながら、法概念規定に関する既存の法理論が本質主義的な傾向を有していたことに対して、彼らは法概念をいわばグラデーションのように捉えており、この点で両者は軌を一にする。また、こうした捉

45) Griffiths, *supra* note 10, p. 64.

46) See, Griffiths, *supra* note 44, p. 47.

47) Frederick Schauer, "Lawness", *Washington University Law Review*, vol. 95, 2018, pp. 1144-1145. 彼の方法論上の議論に関しては、第四章でも扱う。

え方を採用すれば、法性を有する規範体系を各所に認めることができるから、彼らの法理論は法（法的なもの）の遍在的性格をも説明していると言えるのである。

（2）遍在法アプローチ——メリッサリスの見解

法性アプローチは、法（既存の法理論が典型的と認めた「法」）というよりも法性あるいは法的なものの次元で法概念を説明したものだと言える。だが、まさに前者の意味で「法」概念を説明し、その規範的意義を説くのがメリッサリスの「遍在法（ubiquitous law）」アプローチである。以下、簡単に彼の議論を素描したい。

メリッサリスは議論を始めるに際し、法多元主義の法理論を二つの軸に分類する。それが、「経験的・実証主義的（empirical-positivistic）」と「多様かつ分散したリーガリティの理論（theories of diverse, dispersed legality）」（以下、分散モデル）である。前者は、ルール体系や、制裁のような制度化されたルールを典型とする規準として、それに適うものを法と捉える見解である⁴⁸⁾。これはちょうど、本稿が法実証主義型と呼ぶものに等しい。

他方、分散モデルについては、「批判的法多元主義（critical legal pluralism）」と呼ばれる立場が採用してきた。批判的法多元主義は、ポストモダン法学あるいは批判法学（critical legal studies）を基礎に展開される法多元主義である。ただし批判法学者のあいだでも、批判法学について一定の共通した見解を見出すのは困難である⁴⁹⁾。本稿は批判法学研究を目的とするものではないから、メリッサリスの批判的法多元主義の説明をそのまま採用する⁵⁰⁾。

さて、メリッサリスによると、批判的法多元主義は、法概念からなら

48) Emmanuel Melissaris, *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism* (Routledge, 2009), pp. 25-29.

49) 批判法学の研究者である見崎史拓も、「批判法学」に関しては十全な定義が困難であることを認めている。参照、見崎史拓「批判法学の不確定テーゼとその可能性（1）——法解釈とラディカルな社会変革はいかに結合するか」名古屋大学法政論集276号（2018年）、202-203頁。

50) なお、批判的法多元主義については、タマナハによる簡潔な紹介がある。See, Tamanaha, *supra* note 8, pp. 201-202.

かの有意義なものを引き出せる可能性を否定するだけでなく、法概念のもつあらゆる規範性が他の社会統制のもつ規範性へと分解されると考えている⁵¹⁾。こうした見解を採用する論者として、彼はD・マンダーソン(Desmond Manderson)を紹介している。マンダーソンによると、法多元主義者は、国家法やそれに類似した法に紐づいた法構想から離れる代わりに、空間に重なり合った対象として法を捉え、それが明確な内容を有していると考えている⁵²⁾。マンダーソンはこれを「法の物象化(reification of law)」と呼んだうえで、批判法学の従来からの主張であった意味の不確定性(indeterminacy)の観点からこれを批判する⁵³⁾。その結果として、マンダーソンは、乱雑で一貫しない不確定な法的空間である「法的カオス(legal chaotics)」という概念を導入する⁵⁴⁾。

メリッサリスは、こうしたアプローチを拒否する。メリッサリスによると、このアプローチは、われわれがある規範的現象を他のものから区別して認識しているという言語的实践を説明していない。つまり、通常われわれは、法とその他の社会規範・社会統制を区別して論じているだろうという点にメリッサリスは訴えるのである⁵⁵⁾。

当然ながら、この言語的实践を説明しなければならない理由が問題となるだろう。これを説明しないならば、批判としては成立しない。さて、そ

51) Melissaris, *supra* note 48, p. 43.

52) マンダーソンは、こうした空間的な法の捉え方を採用している議論として、S・F・ムーア(Sally Falk Moore)の「半自律的な社会的領域(semi-autonomous social fields)」としての法を挙げている。See, Sally Falk Moore, “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law and Society Review*, vol. 7, no. 4, 1973, pp. 719-746. なお、ムーアのこのアイデアについてはグリフィスも肯定的に引用し、自身の理論に組み込んでいる。See, John Griffiths, “What is Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, no. 24, 1986, pp. 1-56.

53) Desmond Manderson, “Beyond the Provincial: Space, Aesthetics, and Modernist Legal Theory”, *Melbourne University Law Review*, vol. 20, no. 4, 1996, pp. 1060-1062.

54) Manderson, *supra* note 53, pp. 1065-1071.

55) Melissaris, *supra* note 48, p. 46.

ここで彼が着目するのが、われわれのあいだで交わされる法の本性に関する規範的発話である。メリッサリスの見立てでは、法実践には法的なものの次元を構成する多元的な「共有された規範的経験（shared normative experiences）」⁵⁶⁾がある。また、この共通の規範的経験をもつ者のあいだで法実践に対する暗黙のコミットメントが成立する。このコミットメントによって、制度化された法的ディスコースの構成と同様、協調的行動の説明が可能になると彼は考える⁵⁷⁾。メリッサリスによれば、法理論はこの協調的行動が可能になることの説明をしなければならない。彼自身の説明では、法実践の参加者は間視点（interspectival）で包摂的な対話⁵⁸⁾によって、協調的行動が可能になるのである。

本稿の目的からすれば、メリッサリスの法理論を詳細に検討していくよりも、彼の議論を法多元主義の文脈に紐づけることが有益である。まず彼は、法実践の存在の根拠を、そこに参与する者による暗黙のコミットメントに求めた。また、そのコミットメントが成立するのは、共有された規範的経験があるからであった。そして、この共有された規範的経験は多元的であることも主張した。だから、メリッサリスの法多元主義は、多元的に共有された規範的経験を「法」と理解していることになるだろう⁵⁹⁾。

さて、本節の議論をまとめよう。法多元主義の法理論ということで、典型的には法実証主義型と遍在型に分けられる。法実証主義型では、フォン・ダニエルズとミヘールズを扱った。彼らは、とくにハートの法理論を援用しつつそれを修正することで、国家間の関係や国家と国際的な制度・国際法の間を法実証主義の枠組みで記述することを試みた論者であった。

56) なお、メリッサリスは、共有された規範的経験がどのようなものであるのかを具体的には説明していないし、なぜそれがあと言えるのかについても説明していない。

57) Melissaris, *supra* note 48, p. 115.

58) Melissaris, *supra* note 48, pp. 72-73.

59) この解釈は、*Ubiquitous Law* の書評においても採用されている。See, Seán Patrick Donlan, “Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism (2009) by Emmanuel Melissaris”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 25, no. 1, 2012, pp. 177-182.

また、遍在型ということでは、法性アプローチと遍在法アプローチがあることを示した。法性アプローチでは、法概念によってすべての法現象を説明することを放棄し、代わりに法性概念を導入することで、ある社会統制や法的なものがどれほど法的なのかを問うことが有意義であると説明される。さらに遍在法アプローチでは、メリッサリスの共有された規範的経験としての法という議論を簡単ながら紹介した。次節では、これら議論に関する批判を参照し、各議論の妥当性を検討したい。

(二) 批判と検討

1 法実証主義型への批判

まず、法実証主義型への批判から検討しよう。法実証主義型の法多元主義の問題点は、法実証主義を援用しているか、あるいは法実証主義の法理論の前提を同様に引き受けてしまっているために、法実証主義への批判がそのまま妥当してしまうことにある。そして、本稿がみるところ、このタイプの法多元主義に妥当してしまう法実証主義への批判として本質主義批判が挙げられるように思われる。

この本質主義批判を法多元主義の文脈に持ち込んだのがタマナハであった。まず彼は、法多元主義の支配的アプローチには二つの本質主義的想定があると述べる。その想定とは、第一に、法は定義可能な単一の現象をもつという想定、第二に、法は機能することで存在するという想定である⁶⁰⁾。第一の想定に関しては、自身の設定した法概念の基準に基づいて、自身を含めたさまざまな法理論の適切性を決定しようとするとも言い換えられる。また第二の想定は、換言すれば、ある特定の機能をもつことが法にとって不可欠であるという想定である。タマナハは、このような考え方をとる立場を「機能主義」と呼び、本質主義の一種であるとして批判する⁶¹⁾。

第一の想定について、より明確に論点を提示したのが、カルヴァーと

60) Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford University Press, 2001), p. 171.

61) なお、後に指摘することではあるが、通常機能主義はこうした主張を展開しないので、タマナハの機能主義に関する理解は不適切である。

ジュディチェによる「ブートストラップ (bootstrap)」批判である。カルヴァーらによると、ハートやラズなどの法実証主義者は、ルールや権威など、彼らが先んじて着目する性質や特徴に基づいて、法の概念的主張を展開している。また、法実証主義者はその概念的主張の枠組みに合致する法現象を扱うことになるだろう。こうした法実証主義者の理論構造には説明的循環の問題がある⁶²⁾。これがカルヴァーらの批判の概要であり、タマナハの指摘もこの批判と同調するものである。

また、タマナハ自身の批判も参照しよう。彼によると、この本質主義（および機能主義）には、法の過少包摂および過剰包摂が生じる⁶³⁾。それぞれ確認しよう。

タマナハによると、法現象を法の機能から説明しようとする場合に、その機能は他の社会規範にも認められることが大半である。例えば、社会を秩序づけることに法の機能を求め、その機能によって社会秩序を構成するのが法であるという見解について考えよう。すぐに指摘できることだが、社会秩序を構成するのは法だけではなく、慣行や道德規範、互惠性 (reciprocity) なども想定できる。それゆえ、法を社会秩序の構成から説明すると、慣行や道德規範などの通常法とはみなされないものも含んでしまう。これが法概念の過剰包摂である⁶⁴⁾。

タマナハによれば、これは西洋法システムに典型的にみられる制度的な法システムの機能から説明するとしても、事態は同様である。この制度上の取決めとして、対象集団内での紛争解決やルールの執行、行動の調整などの機能があるだろう。だが、こうした制度上の機能を法の存在の根拠としてしまうと、紛争解決等の機能をもつ他の制度も法制度とみなさざるを得なくなる。タマナハは、これを「機能的取決めの反復 (repetition of

62) Culver & Giudice, *supra* note 26, p. 81.

63) See, Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law* (Cambridge University Press, 2017), pp. 43-47.

64) Brian Z. Tamanaha, *Sociological Approaches to Theories of Law* (Cambridge University Press, 2022), pp. 53-54.

functional arrangements)」と呼び、過剰包摂の例としている⁶⁵⁾。

むろん、法概念の過剰包摂が生じても構わないという応答もありうるだろう。つまり、法を機能から説明するときに、ある法の機能が法以外にももちうることを認めるとして、むしろそうした機能をもつものこそが法と呼ぶにふさわしい、と応答するかもしれない⁶⁶⁾。この見地からすれば、その機能をもっておきながら法ではないと述べるのは論点先取と断じられるだろう。だが、法の記述や分析という観点からすると、その法概念を採用することの道具的価値は非常に薄い。法概念の過剰包摂は法多元主義の法理論においてとくに生じるものだが、タマナハからすれば、そのような法概念は贅沢なのである。こうして彼は、法多元主義者に対し、「特定の目的には役立つが、その他の目的には役立たないような、より穏当な立場へと退却しなければならない」⁶⁷⁾と主張する。以上がタマナハによる法概念の過剰包摂の説明である。

さて、もう一方の問題である過少包摂においては、例えば法を特定の機能によって定義する場合、その機能をもたない「法」がその定義の範疇から落ちてしまう、という点が指摘される。法多元主義者が考えてきたような「法」には人々が法だと考えているものも含まれているが、機能による法の狭い定義はそうした「法」を排除するのである。

タマナハからすれば、以上の二つの前提のいずれかをとる本質主義も、法概念規定を目指す法理論としては不適當だということになろう。彼は、本質主義が以上の前提をとることによって、次の二つの問題が生じると考える。第一に、「分析問題 (analytical problems)」であり、これは次の二点から構成される。すなわち、法の定義に関する合意がまったく成立していないこと、そして法多元主義者が提示する法の定義が、なにが法的でなに

65) Tamanaha, *supra* note 63, pp. 43–44.

66) 例えば、法実証主義者であるS・シャピロ (Scott J. Shapiro) は、全米ゴルフ協会 (United States Golf Association) の定める一連のルールが法システムとみなされる可能性について言及している。See, Scott J. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011), p. 224.

67) Tamanaha, *supra* note 15, p. 202.

が社会的なのかを区別することができないことである。また、第二の問題として、彼は「道具問題（instrumental problems）」を挙げる。これは分析問題の結果生じる問題であり、概念に関する合意を欠くと、対象の観察やそのデータ収集ができない、というものである⁶⁸⁾。法概念に関して言えば、もし法概念について共通理解を欠くのであれば、理論家ですらどの現象が法現象であるかがわからないことになるだろう。これがタマナハの懸念である。

また、タマナハは本質主義に対する批判として、さらに分析哲学における存在論的なカテゴリーの問題を挙げるのだが、その前にこのカテゴリーについて概観しておこう。種（kinds）という存在者にどのような種類が認められるのかがここでの問題である。例えば、種ということでは、金や水といった自然種、椅子や国家といった人工物種などが挙げられる。こうした種の区別を導入することで、種ごとに成立する特徴について説明されるのである⁶⁹⁾。例えば、ある対象が猫という種（生物種であり自然種）に分類されることで、他の猫が接近したときに縄張り意識から威嚇することが容易に予測できるようになるだろう。これと同様に、少なくとも社会科学の文脈において、種という存在論的なカテゴリーを導入する論者の目的は、ある対象がそのカテゴリーに分類されることで説明できる事柄がある、ということにある。

タマナハの批判に戻ろう。彼の批判の要点は、法を自然種だと捉えているから本質主義の問題が出てくること、それゆえ法は自然種に位置づけられるべきではないということにある⁷⁰⁾。彼は、ラズやシャピロの議論をとりあげる。ラズやシャピロは、 H_2O と水について本質的な、あるいは必然的な関係を認めている。ラズによると、「 H_2O からなることが水の本性であるならば、このことは、人々が信じているかどうかは関係なく、また水が本質的性質を有すると彼らが信じているかどうかも関係なく、成立す

68) Tamanaha, *supra* note 60, p. 174.

69) 参照、倉田剛『現代存在論講義Ⅰ：ファンダメンタルズ』（新曜社、2017年）10-12頁。

70) Tamanaha, *supra* note 63, pp. 58-59.

る」⁷¹⁾。シャピロもまた、 H_2O であることが水を水たらしめることを確認したうえで、『法とはなにか』という問いへの回答は、他のなにかではなく、すべての、あるいは唯一の法の実例を法の実例たらしめるものを発見しなければならない⁷²⁾と述べる。タマナハによると、ラズやシャピロの問題点は、水のような自然種の議論がそのまま法にも当てはまると考えていることにある。彼らの述べるとおり、水は、人間がどう考えようとも、それとは独立した化学構造を有する。しかしながら、法はどうか。法は人間による有意義な行為を通じて構成されるものではないのか。また、法の特徴は偶然的であり、人間の主体性や目的によって形成されるものでもある。このとき、水と同じように、法もあらゆる人間から心理独立的に (mind-independent) 成立するとは言えないのではないか。これがタマナハによる、法を自然種と捉えることへの批判である⁷³⁾。

さて、本稿との関連で問題となるのは、本質主義批判や機能への着目による過剰包摂・過少包摂の問題、自然種批判が法実証主義型の批判として適切なのかという点だろう。法実証主義型の法多元主義者が肯定的に参照していたのは、ラズやシャピロではなく、ハートの法理論であった。ハートの法理論が本質主義的であったかは当然議論すべきだが⁷⁴⁾、ここでは次のことを確認したい。すなわち、少なくともハートは、法の典型として法システムをみており、それは第一次ルールと第二次ルールの結合によって

71) Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009), p. 27.

72) Shapiro, *supra* note 66, p. 9.

73) Tamanaha, *supra* note 63, p. 59. なお、R・ドゥオーキン (Ronald Dworkin) もまた法が自然種であることを否定し、社会種としてみるべきであることを主張している。See, Ronald Dworkin, "Hart and the Concepts of Law", *Harvard Law Review Forum*, vol. 119, 2006, p. 98. また、自然種という言葉こそ使っていないものの、日本において早い段階で法を山や木などの自然物としてみるべきではないと主張したのが矢崎光圀である。参照、矢崎光圀『日常世界の法構造』(みすず書房、1987年) 214-217頁。さらに、那須耕介による機能種の紹介もある。参照、那須耕介『法の支配と遵法責務』(勁草書房、2020年) 36-38頁。

74) ハートの法理論が本質主義をとっていたかについては、参照、佐々木・前掲注13)、438-442頁。

なされるということ、そして、こうした法システムのような構造は慣習法だけの社会にはみられないことである。したがって、先住民や特定集団の必ずしもシステム化されていない「法」現象は、ハート法理論やそれを援用する法多元主義の法理論の射程からは外れている。

その結果として、法実証主義型の法多元主義者がハート法理論から外れる「法」は法ではないと主張するのであれば、彼らは本質主義批判のいう事態にそのまま陥っていると言えるだろう。しかしながら、フォン・ダニエルズもミヘールズもそうした主張を展開していない。したがって彼らは、タマナハの批判に対し、法システム間の関係や国際的な制度の法的な説明を理論的目標としているだけで、そもそも法の本質や法概念の規定に関する主張はなにも展開していないと応答することができるだろう。

実際、ハート法理論を援用しつつも明示的に本質主義を否定し、一般法理学の議論として法多元主義の法理論を提出している論者もいる。その代表例がトワイニングである。彼は「法とはXだ」という主張に着目する。彼によるとこの主張は、特定の文脈における開かれた問いへと翻訳することができるような、そういった仮説として理解するのがよいと述べる⁷⁵⁾。仮説である以上、その仮説を擁する理論は、その主張において着目された特徴Xが自明に本質的であるという主張を導かないだろう。また、「規範やシステム、集団、伝統などはほとんどすべての法現象にとって重要な側面ではあるが、それらを〔法の〕同定のための必然的あるいは本質的規準として扱うのは不必要な制約である」⁷⁶⁾と彼は述べる。だから、上の仮説が立証されたとして、それが必然的あるいは本質的規準として機能するというのも、彼は否定するのである。

2 遍在型への批判

法実証主義型の法多元主義への批判に比べると、遍在型への批判は容易である。まずはグリフィスの法性アプローチに対するタマナハの批判を確

75) Twining, *supra* note 28, p. 113.

76) Twining, *supra* note 28, p. 120. (〔 〕内は筆者による補足)

認しよう。タマナハは、グリフィスが法多元主義を事実であるとした点については評価する。つまり、法秩序 (legal orders) が分岐したり、競合したり、あるいは重なり合っていることは事実である、ということについてはタマナハも同意する。しかしながら、グリフィスが失敗したのは、さまざまな法に共通の性質があると考えてしまった点である。先述のとおり、グリフィスは社会統制の分業の程度に応じて、法性の程度も変化すると主張した。ただ、そこで参照された社会統制は、権威や制度、国家といったものであった。しかしながら、タマナハの指摘するように、現代に限らずさまざまな時代や場所において、法現象がみられたのも事実である。宗教法 (religious law) や商人法、共通法 (*ius commune*)、自然法など、枚挙に暇がない。グリフィスがさまざまな法に共通の性質、つまり法性を認めたのは、社会統制の分業の程度を変数として、そこにさまざまな法現象を位置づけられると考えたからである。だが、以上のような法の多様性を考慮するなら、すべてに共通の法性を認め、それらを社会統制の分業の変数として位置づけられると考えるのは困難ではないか⁷⁷⁾。これがタマナハの批判であり、本稿も同意する主張である。

また、グリフィスの見解は、端的に言って、法概念の解明を放棄してしまっているだろう。このことは彼が法多元主義を放棄して、規範多元主義、あるいは社会統制多元主義を採用することからも明らかである。この場合法性は、法概念を放棄した結果、それでも「法」現象を説明しなくてはならないという理論的要請のもとで発明された概念であると言えるだろう。だが、社会統制に法性があると述べたところで、法概念が解明されたり、説明が与えられたりすることはない。グリフィスの法性アプローチは、「法」理論としては扱えないのである。

そうなると、次に問題となるのはシャウアーの法性概念であろう。先述のとおり、シャウアーの法性に関する議論は、法多元主義や法社会学の議論としては提示されていない。また彼は、法のプロトタイプないし理念的

77) Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review*, vol. 30, no. 3, 2008, p. 396.

タイプの存在を認めただけで、その周辺に位置するような法現象に法性を見出している。これはつまり、法の中心的あるいは典型的な事例の存在を認めているということである。詳細な議論は第四章に譲るが、シャウアーの法性アプローチであれば、依然として法概念を維持しているし、それゆえ法理論であると言えるだろう。

最後にメリッサリスへの批判も簡単に確認しておこう。遍在法アプローチを提示した彼の本に対する書評において、S・P・ドンラン（Seán Patrick Donlan）の批判がある。ドンランによると、メリッサリスの一連の議論、とくに共有された規範的経験などは、規範性に関する理論としては有効であるかもしれない。しかしながら、メリッサリスは、「法」という語を乱雑に用いており、法とその他の規範秩序に関する実際に長く安定的に成立している慣行的な区別を完全に無視している。だから、彼の議論は法理論ではなく規範性に関する理論としてみるべきであるとされる。このことからドンランは、共有された規範的経験を「法」と呼ぶ必要はまったくなく、そうした用語法はレトリック以上の意味をもたないと断じる⁷⁸⁾。

本稿もドンランの批判に賛同したうえで、さらに以下の三点を付け加えたい。第一に、メリッサリスの議論を法の記述理論ではなく規範理論であるとみなしたところで、問題は解決しない。あるべき法を探究するとしても、既存の法システムやその他の社会秩序との関係を扱わなくてよい理由にはならない。第二に、メリッサリスは、共有された規範的経験がどういふものであるかを十分に説明していない。共有された規範的経験といういわば新しい抽象概念を、「間視点的」のようなさらに新しい抽象的な概念で説明したと述べるのは奇妙である。そして第三に、タマナハの指摘と重なるが、メリッサリスの理論が法概念を説明するものとしたら、それはあまりにも贅沢な法概念を採用してしまっている。換言すれば、法以外のさまざまな規範秩序もまたメリッサリスのいう共有された規範的経験を有するだろう。この射程はあまりにも広すぎるので、法理論としては使えな

78) Donlan, *supra* note 59, p. 181.

いと言わざるを得ない⁷⁹⁾。さらに言えば、このタイプの法多元主義は、ルール体系多元主義や規範多元主義との区別に失敗するだろう⁸⁰⁾。

さて、本章のまとめに入ろう。本章ではまず、典型的な法多元主義の法理論ということで、法実証主義型と遍在型に区別した。前者は、とくにハートの法理論を援用しつつ、それを修正することで、法システム間の関係や国際法に関する十分な説明を与えることを目指すことを示した。また、後者については、さらに法性アプローチと遍在法アプローチにわけた。法性アプローチは、法概念それ自体を解体して社会統制における法性の程度を重視するアプローチである。また、遍在法アプローチでは、共有された規範的経験を法とみなすことを説いたメリッサリスの議論を紹介した。本稿ではこれらすべてに対し批判を展開したが、とくに重要なのは、法実証主義型に対してはその方法論的な前提をさらに検討する必要があること、遍在法アプローチに対しては法理論としては扱えないことを提示した。次章では、タマナハ自身の法理論を示し、その批判と検討を踏まえ、法理論に生じる方法論上のジレンマを提示したい。

三 タマナハの法理論とその論点

これまでに検討した議論は、従来の典型的な法多元主義の法理論であった。それに対し、タマナハの法多元主義の法理論は、既存の法多元主義にはみられない、独自の議論を展開している。本稿では彼の法理論を、慣行主義 (conventionalism)⁸¹⁾ 型の法多元主義と呼び、以下検討していく。具体的には、第(一)節で慣行主義型の法多元主義も含めたタマナハの議論を概観する。続く第(二)節ではタマナハの法理論に向けられたさまざまな批判を腑分けしたうえで紹介し、それに対する検討を加える。第(三)節では、法実証

79) この問題は、タマナハ自身の法理論にも当てはまると思われる。この点については、第三章で検討する。

80) Tamanaha, *supra* note 60, p. 198.

81) 「規約主義」という訳語も考えられるが、タマナハの法理論は社会慣行について広範なスコープから論じるものであるから、「慣行主義」と訳出した。

主義者であるガードナーのタマナハの法理論に対する批判を扱う。さらに、両者の対立している点が彼らの法理論ないし法概念に関する方法論に深く関連していることを指摘し、そこに法理論のジレンマとも言うべき論点があることを示す。

（一）タマナハの法理論

タマナハの慣行主義型の法多元主義自体の説明に入る前に、彼が法多元主義をどのようにみていたかをいくらか概観することが、彼の法理論の理解にも役立つだろう。というのも、彼の法理論は、「法とは人々が自身の社会実践を法として同定しそのように扱うところのものだ」⁸²⁾と主張することからもわかることだが、既存の法多元主義の法理論と比べてもかなり破壊的だからである。なぜ、かくも破壊的な主張に至ったのか。これを理解するには、彼がみている問題を同じようにたどる必要がある。

1 問題状況の整理

タマナハによると、法多元主義には五つのテーマがあるという。第一に、国際法多元主義である。これは国際法システムが、125以上の独立した法廷や、貿易や人権、知的財産権などの特定の規制領域に紐づけられている機能的に分けられた法規範群によって、内的に多元的となっている状況を指す。管轄がどこにあるかによって、それぞれ異なる規範が問題となる。第二に、国家法や国家行為、慣習法、文化的実践に対して、しばしばNGOなどによってなされる、人権規範からの批判である。この状況では、ある法システムの規範や制度は別の法システムにおける規範や制度と対立している。第三に、自己創造的かつ私的で、非公式な法秩序の発展である。例えば、商取引やインターネット、スポーツ組織などは、国家に関係なく独自のルールや制度を定めている。こうした事情は、多国籍企業やNGO、さまざまな国際機関にみられ、それぞれが多様で規制的な秩序をグローバルに展開している。第四に、規制的な権力と影響をもつ超政府的な

82) Tamanaha, *supra* note 60 p. 194.

(trans-governmental) ネットワークの創造である。国際的な銀行監督業務を担うバーゼル銀行監視委員会 (The Basel Committee on Banking Supervision) や、国際的な証券取引の公正さ担保などを担う証券監督者国際機構 (the International Organization of Securities Commissions) などが最たる例として挙げられる。そして第五に、世界的な人々の移動である。ここに着目する法多元主義は、人々がある国から他国への移動することによって生じる文化的な軋轢なども問題視する⁸³⁾。

上で提示した様々な社会集団に法を見出せると主張するためには、法多元主義者は法とはなにか、あるいはなにでないかを述べる必要がある。タマナハによれば、ここには大きく二つのアプローチがあるが、いずれのアプローチも成功していない。一つは、社会集団内の規範秩序の維持という観点から法を定義するものである。このアプローチが提示する法概念は、すべての社会的関係にあるような義務的側面の研究と区別できないほどに非常に広範であったと批判される⁸⁴⁾。本稿の検討で言えば、遍在型アプローチはここに該当することになるだろう。

また第二のアプローチとして、公的に制度化された規範の執行の観点から法を定義するものもある。ここで典型として挙げられているのはハートである。タマナハは、このアプローチに対して、どれが公的でありどれがそうではないかが論争的である点と、歴史的にみて制度化された規範執行を欠いていた社会もあった点を挙げて、このアプローチを批判している⁸⁵⁾。このことから、第二のアプローチは本稿で検討した法実証主義型の法多元主義が該当するだろう。もちろん、本稿の検討を踏まえれば、法実証主義型の法多元主義が法概念レベルの議論を展開していたとは考えがたいのではあるが。

83) Tamanaha, *supra* note 77, pp. 387-389.

84) Tamanaha, *supra* note 77, pp. 391-392. ここでタマナハが参照しているのは、人類学者のB・K・マリノウスキー (Bronisław K. Malinowski) の研究である。マリノウスキーの研究としては、参照、B・K・マリノウスキー『〔新版〕未開社会における犯罪と慣習：付 文化論』(青山道夫 (訳)、新泉社、2002年)。

85) Tamanaha, *supra* note 77, p. 392.

タマナハは議論をさらに進めて、法多元主義の法理論が自身の法概念を説明するに際してとりうる二つの立場を提示する。それが、本質主義と慣行主義である⁸⁶⁾。前者に関してはすでに前章にて説明したとおりであり、タマナハからすれば採用できない。そのため彼は慣行主義をとることになる。慣行主義に関する説明はタマナハ自身の法理論を紹介する際に確認する。

また、タマナハは、本質主義的法理論が抱える問題として、分析問題と道具問題があると述べた。これら問題については第二章第(二)節で触れたが、再度述べるとしよう。分析問題とは、法の定義に関する合意はないこと、なにが法的でなにが社会的か区別できないことの二つから構成される。他方で道具問題は、ある概念に関する合意を欠く場合に、その概念を通じた観察やデータ収集ができないというものであった⁸⁷⁾。つまり、われわれが法理論を構築しようと望むのであれば、まず当の法概念について同定している必要がある、という問題である。要するに、法概念が先であり、法現象は後である。また、分析問題が生じる場合には、法の定義ないし概念について合意がない状況であると言えるから、その結果道具問題も生じている。

さて、以上の説明で、タマナハが相手どっていた説明目標と理論的な制約、法理論として達成しなければならないことが判明しただろう。まず彼の説明目標の少なくとも一部は法多元主義の五つのテーマ、国際法多元主義、NGOによる人権的観点からの批判、自己創造的な法秩序、国際的な規制権力、世界的な人々の移動のすべてに一定の説明を与えることができるような法概念を採用した法理論の提示である。その際、本稿で言う法実証主義型や遍在型ではない仕方で理論的に説明しなければならない。また、本質主義も採用することはできない。そして、分析問題と道具問題に対しても一定の回答を示す必要がある。はたして、以上の要件を満たす法理論はありうるだろうか。

86) Tamanaha, *supra* note 60, Ch. 7.

87) Tamanaha, *supra* note 60, p. 174.

2 慣行主義と鏡像テーゼ

こうした状況を踏まえたうえでタマナハが示した回答が慣行主義であった⁸⁸⁾。タマナハの慣行主義⁸⁹⁾は「法とは人々が自身の社会実践を法として同定しそのように扱うところのものである」⁹⁰⁾と主張する。あるいはさらに、「法とは、いかなるものであってもよく、いかなる形式をとってもよく、あるいはいかなる機能を果たすものであってもよいが、公職者や人々が慣行的に認めているものである」⁹¹⁾とまで述べている。これまでの検討からタマナハの考えが明らかになっているが、彼は、法とはなにか、法とはなにをなすのかに関して、単一の定義や単一の概念によっては捉えることができないと考えている。例えば自然法や国際法、国家法、宗教法など法には無数の種類が存在し、きわめて多様である。「法」という共通のラベルがあるにもかかわらず、そこには数多くの事柄を見出せるのである⁹²⁾。

こうした事情から、本質主義や（それに含まれる機能主義）は失敗するとタマナハは考える。すべての法に見出せる本質的特徴は、端的に言って存在しない。だから、タマナハは慣行主義ということで、一見破壊的にみえる主張を展開するのである。その結果、この主張に反対したり、それを奇

88) タマナハの法理論について解説した論攷として、参照、橋本祐子「リーガル・ブルーリズムと法概念——B. タマナハによる議論を手がかりにして——」龍谷法学50巻4号(2018年)、555-570頁。

89) なお、タマナハの慣行主義は、A・マーモー (Andrei Marmor) の慣行主義とは異なる。彼は、哲学者D・ルイス (David Lewis) の慣行理論を応用して、承認のルールを社会慣行から説明することで、そのルールの規範性などの説明を試みる。See, Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford University Press, 2001). また、ルイスの慣行理論については、参照、デイヴィッド・ルイス『コンヴェンション：哲学的研究』(瀧澤弘和(訳)、慶應義塾大学出版会、2021年)。ただし、マーモーは後年、「その社会において法とみなされているものはなんであれ法である」と認めるに至ったので、彼は最終的にはタマナハの慣行理論と同様の見地に立ったと評することもできる。See, Andrei Marmor, "What's Left of General Jurisprudence? On Law's Ontology and Content", *Jurisprudence*, vol. 10, no. 2, 2019, pp. 163-164.

90) Tamanaha, *supra* note 60, p. 193.

91) Tamanaha, *supra* note 63, p. 150.

92) Tamanaha, *supra* note 60, pp. 193-194.

妙だと考えたりするならば、その背景には本質主義的な思考があると彼は述べる⁹³⁾。

また、慣行主義において、法多元的な状況が存在すると言えるのは、一つ以上の法（とラベルづけされたもの）が、所与の社会的領域における集団の社会実践を通じて認知されているときである。これは既存の法理論とは異なる。法性アプローチのように法概念をそもそも放棄してしまうような法理論でないかぎり、既存の法多元主義は、制度化された規範の執行など、ある単一の現象から法の多元性を説明するだろう⁹⁴⁾。だが慣行主義は、そもそも法理論の考察対象となる現象の方に多元性を認める。換言すれば、慣行的にラベルづけされた法からさまざまな現象を抽出して、その現象に共通した特徴を述べるという仕方では法現象を扱うのである⁹⁵⁾。

しかしながら、法とは人々が法とラベルづけたものだという見解を引き受ける場合、どういったものが法とラベルづけされるのかについて、慣行主義だけではおおよその指針も得ることができない。そこで注目されるべきは、タマナハの「鏡像テーゼ (mirror thesis)」であろう。鏡像テーゼとは、「法とは、社会秩序を維持するものとして機能する、社会の鏡像である」というものだ。このテーゼには、二つの想定がある。第一に、法は社会の関心事などの反映、つまり鏡像であるという想定である。これは法と社会の一体性とも言える想定であり、法実証主義者はもちろん、それ以外の法理論家によっても採用されてきた。また第二に、法は、ルールの確立および執行や紛争解決によって、社会秩序を維持しているという想定である。この想定において、法は社会の重要な機能を担うことになる⁹⁶⁾。

タマナハは、鏡像テーゼから抽出されたこの二つの想定から、慣行主義も含めた一般法理学の中心的な問いを提示する。第一に、国家法や慣習法、国際法、宗教法などは、慣習や道徳の鏡像であるとの程度まで言えるか、

93) Tamanaha, *supra* note 60, p. 194.

94) 本稿で扱った論者で言えば、メリッサリスの議論や法実証主義型の法多元主義が該当する。

95) Tamanaha, *supra* note 60, pp. 194-197.

96) Tamanaha, *supra* note 60, pp. 1-3.

そして第二に、そうした法が社会秩序の維持にどの程度寄与していると言えるか⁹⁷⁾。タマナハの法理論においてこの中心的な問いを読み解くなら、第一の問いとの関連では、法とラベルづけされたものと習慣や道徳の関係を問うことになる。また、第二の問いとの関連では、集団における秩序の維持として機能するルール一般を対象に、それがどれほど秩序維持に寄与しているかを検討することになる。

さて、タマナハの法理論は、彼が整理した問題状況に対してどのような応答ができるのかを確認しよう。まず彼が説明した法多元主義の五つのテーマについてはどうか。国際法多元主義、自己創造的な法秩序、国際的な規制権力というテーマについては、法現象の多元性を認めれば、それらすべては法の枠組みに含まれ、法理論の対象となるだろう。また、NGOによる人権的観点からの批判、世界的な人々の移動については、法の多元性を強調することで、ある法と他の法の衝突を扱うことができる⁹⁸⁾。

次に、本質主義に生じていた二つの問題、分析問題と道具問題について、タマナハはどのように応答しようだろうか。まず、法の定義に関する合意はないこと、およびなにが法的でなにが社会的か区別できないことに関して、タマナハはむしろ合意がないことを逆手にとる。つまり、法のラベルづけが成立していると言えるような慣行があるのならば、それを法現象だと捉えるのである。また、ある概念に関する合意を欠く場合に、その概念を通じた観察やデータ収集ができないことについては、「法」とラベルづけされたものはすべて法理論の観察やデータ収集の対象であると応答できよう。以上のことを比喩的に言えば、タマナハの法理論にはまず「法」と名づけられた空箱があり、そこに実際に法とラベルづけされたものが入れることで、箱の中身が充実していくということである。

なお、タマナハ自身は、国家法が現在の法概念のパラダイムであり、そ

97) Tamanaha, *supra* note 60, p. 231.

98) とはいえ、さらに検討を重ねる必要があるのは言うまでもない。その際参考になるのは、タマナハが法の移植 (transplantation) および固有法とのあいだに生じる「ギャップ問題 (gap problem)」の分析であろう。See, Tamanaha, *supra* note 60, Ch. 5.

表１ 法多元主義の法理論の類型

	法実証主義型	遍在型	慣行主義型
説明対象	制度的・ システムの特徴	法性 共有された規範的経験	「法」と呼ばれる 社会的慣行すべて
法概念の広狭	狭義説	広義説	最広義説

これから法概念を理解するのが賢明であると述べている。まず彼によると、現代国家において規範の形成や執行の制度的側面の追求は国家官僚的法機構への密やかな言及を意味するから、仮にそこで非国家法に理論的に着目するとしても、法と国家の関係は引き剥がせない⁹⁹⁾。だが他方で、特定の非国家的な規範秩序を「法」と呼ぶ法多元主義のコミットメントの背景に、国家法のプレゼンスを下げるという政治的推進力があるとも述べている¹⁰⁰⁾。つまり、「法」の概念規定はどうあれ政治道徳的な側面を避けられないのである¹⁰¹⁾。上で言及した法の衝突を一階の政治道徳的対決とするならば、法の定義や法概念規定をめぐる理論家¹⁰²⁾ どうしの争いは二階の政治道徳的対決であると言えよう。

以上が、タマナハの法理論の概要である。これで法実証主義型、遍在型に加え、タマナハの慣行主義型の三つの立場について出揃ったことになる。

さて、当然ではあるが、タマナハの破壊的とも言える慣行主義の主張は、さまざまな批判を集めている。次節では、こうした批判を扱い、論点の抽出および検討を行ないたい。

（二）タマナハへの批判

タマナハに対する批判は数多くあるが、本稿の理解では、批判の方向性は大きく二つに分けられる。一つは機能からの批判、もう一つがカタログ

99) Tamanaha, *supra* note 15, p. 201.

100) Tamanaha, *supra* note 15, p. 205.

101) この点は、法実証主義に対する本質主義批判、とくに道徳論議不可避性から導かれる一つの結論でもある。参照、佐々木・前掲注13)、439-442頁。

102) ここでいう「理論家」とは、一般法理学に従事する狭義の理論家だけでなく、法の定義やその概念に関する一定の主張を展開する者も含む。

説批判と呼べるものである。

まずは機能からの批判を参照しよう。タマナハに対してこの批判を加える論者に共通しているのは、彼が法システムや法制度がもっている機能を無視していること、あるいは十全に説明できないことを指摘するという点である。例えば、B・デ・ソウザ・サントス (Boaventura de Sousa Santos) は、タマナハの法理論が、規範の適用や紛争解決といった、社会秩序の維持以外の他の機能をみることに失敗していると批判している¹⁰³⁾。

ただし、この批判に対しては、ただちに応答が可能であろう。本章第(一)節で確認したとおり、タマナハは鏡像テーゼを下敷きとしたうえで、社会秩序の維持を通じて法の機能の分析を行なうことが可能である。また、この社会秩序の維持のなかに、規範の適用や紛争解決が入っていないとも考えがたい。彼は、現代国家においては国家法に着目すべきだとも述べているから、その分析から紛争解決等が外れてしまうわけでもないだろう。むしろ、これが批判となると考えている以上、デ・ソウザ・サントスは紛争解決などの特定の機能を本質主義的に捉えていると思われる。

機能からの批判として有力なのは、トワイニングの批判である。彼によると、まず一般法理学は、すべて、あるいはほとんどすべての法システムに共通の特徴を記述しようとする。だが、法システムはかなり多様であるだけでなく、法システムに関するわれわれの関心は通常その細部にある¹⁰⁴⁾。トワイニングによる批判は、直接にはドゥオーキンの法理論に向けられたものであるが、この批判はタマナハに当てはまるだろう。すなわち、タマナハのような法概念の記述は薄すぎるのである。

この批判は、先のデ・ソウザ・サントスの批判に比べると、詳細に検討すべき点がある。先の批判との違いは、法システムの細部に関心があるということで、紛争解決などの特定の機能に着目しなければならないとは述

103) See, Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sence: Law, Globalization, and Emancipation*, 3rd Edition (Cambridge University Press, 2020), p. 111.

104) William Twining, *Globalization and Legal Theory* (Cambridge University Press, 2000), p. 41.

べていない点である。つまり、特定の機能に着目していないからタマナハの法理論は失当である、とは述べていない。この批判の要点は、タマナハの法理論が、法制度や法システム、法現象にみられるさまざまな機能を特定し、それを説明するという目的には使えない、ということにある。簡潔に言えば、タマナハの法理論は、法の説明としては使えないのである¹⁰⁵⁾。

実際、タマナハの慣行主義は、法に含まれるものがなにかについては説明できるとしても、それがどのような機能を果たしていて、他の社会規範や規範秩序とどのような点で区別されるかまでは述べない。むしろ、そういったことを述べないために、タマナハは非常に広範な法概念を支持できるのだが、トワイニングからすればこの点が不満なのである。本稿の視座からみれば、このすれ違いは方法論上の問題に起因していると考えられるため、さらに検討を要する。本章第(三)節で再びこの点に立ち戻ることにする。

さて、タマナハに宛てられたもう一つの批判として、カタログ説批判がある。まずは、カルヴァーとジュディチェによる批判をとりあげよう。彼らはまず、タマナハの法理論の一般法理学に対する寄与を評価しつつ、タマナハのアプローチが分析的法理論のリーガリティ (legality)¹⁰⁶⁾の中心的な特徴を捉えるという目標を簡単に諦めてしまうことを指摘する。一般市民や理論家は、ある同意や実践が法や法システムと適切に呼ばれるものに達するかどうかをしばしば懸念するものである。だが、タマナハの慣行主義が適切であるとする、こうした懸念は無意味になるか、権力使用に関する政治的な分析の立場としてのみ有意義だということになる。というのも、その慣行主義はさまざまな法現象に接続できるために、そこに成立す

105) タマナハに向けた批判ではないが、慣習的な基礎をもつ法に対してF・ピリー (Fernanda Pirie) による同様の批判がある。See, Fernanda Pirie, "Law Before Government: Ideology and Aspiration", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, no. 2, 2010, p. 227.

106) ここでのリーガリティとは、他の社会規範に対する法の自律性やその独自の管轄・領域を意味する。「合法性」や「法性」という訳も考えられるが、「合法性」は既存の法との合致を想起させる点でこの文脈では不適切であるし、「法性」だとすでに本稿で言及している 'legalness' や 'lawness' とは異なる意味をもつ点で不適切である。

る唯一の懸念は法現象に接続できるか否かに限定されるからである。さらに言うと、タマナハは法概念を説明する道具やカテゴリーに対して現象主導のアプローチを採用しているが、同様に直観ベースのアプローチも有用である。例えば、「規制的理念」など、法や法性にとって少なくとも中心に据えられているだろう。こうした資源を用いないのは、法理論にとって道具的理由から望ましくない¹⁰⁷⁾。

カルヴァーとジュディチェが懸念している点は、シャウアーによってさらに明確に表現されている。タマナハは本質主義を批判するから、ラズやシャピロの法理論には欠点があり、かつ現実的でないと考える。だが、シャウアーによると、タマナハが包括的だと考えている自身の法理論は、「法システムと他の規範システムの境界画定 (demarcation) や差別化がありえないという可能性、多くの法システム——例えば、国際法——が単一の政治国家に関連づけられないという現実、規範的指導の多くの源泉が(……) 体系的性格をもたないという事実などを、彼の言う法的なものなかに包摂してしまっている」。その結果、法とみなされるものが膨大になり、われわれは法とはなにかという問いにまったく意味を見出せなくなる。またそれだけでなく、社会学的意味における法をさまざまな他の社会現象から区別する方法を失うだろう。「あまりに多くのことを含み、説明しようとする理論は、ほとんどなにも説明しないで終わるのである」¹⁰⁸⁾。

さらにシャウアーは、われわれが法を有する理由(法の起源)の説明や、法とはなにかの同定、法を有することの結果といったことをすべて含もうとしている点で、過剰だとも付け加えている¹⁰⁹⁾。こうしたタマナハの法理論がもつ過剰な傾向はさまざまな論者から問題視されるだろう¹¹⁰⁾。例えば、

107) Culver & Giudice, *supra* note 26, pp. 144–147.

108) Schauer, *supra* note 47, p. 1141.

109) Schauer, *supra* note 47, pp. 1145–1146.

110) デ・ソウザ・サントスもその一人である。彼は、タマナハの法概念について、「法がどこにでも存在するというのなら、それはどこにも存在しないのと一緒にである」と述べ、タマナハの法理論がもつ法概念を些末化する傾向を指摘している。See, de Sousa Santos, *supra* note 103, p. 111.

法社会学者の高橋裕は、法に関する記号説明を「法」という言葉の現実の用法についての主張であると理解した¹¹¹⁾うえて、次のように述べる。「記号説明の解明を研究の終着点とするというのなら、そこから帰結するのはおそらく、『法』およびそれに相当すると思われる語の膨大なカタログの作成だけであろう」¹¹²⁾。タマナハの採用する過剰な法概念に関するこうした批判は、どれも同じ点をみているように思われる。

以上、タマナハの法理論に向けられた二つの批判である、機能からの批判とカタログ説批判を概観した。これら二つの批判は、根本的には同じ疑問を有していると考えてよいだろう。すなわち、タマナハの法概念が過剰であり、さまざまな事象を「法」とカウントしてしまうがゆえに、他の社会現象や社会規範から法を区別できず、法が有する特有の機能も示さないから法理論としても使えない、というものである。まさにこの点は、タマナハの法理論に対するガードナーの批判の要点であった。次節では、この論点を検討したい。

（三）法理論のジレンマ——タマナハ対ガードナー

1 ガードナーによる批判とその検討

早速、ガードナーによるタマナハ批判を参照しよう。ガードナーはまず、タマナハには人々の周辺で「法」と呼ばれているものをなんであれ集めたいという関心があることを確認する。そのうえでガードナーは、タマナハの言う「法」は法以上の事柄を指してしまうと述べる。例えば、熱力学の諸法則やカントの道徳法則、クリケット法（laws of cricket）なども指してしまうだろう。当然ではあるが、われわれはこうした「法」を法の本性の探究に含めないはずである¹¹³⁾。

111) 高橋裕「経験科学的な法概念に向けて」、ダニエル・H・フット・濱野亮・太田勝造（編）『法の経験的社会科学の確立に向けて——村山眞維先生古稀記念』（信山社、2019年）536頁。

112) 高橋・前掲注111)、539頁注18。

113) John Gardner, *Law as a Leap of Faith* (Oxford University Press, 2012), pp. 297-298.

また、これとは対照的に、ガードナーはすべてが‘law’という語で指示されているわけではないことも指摘する。例えば、‘droit’や‘Recht’は、‘law’という語では指示されていないから、タマナハの法理論では法ではないことになろう。もし、タマナハの法理論の条件下において、ある人が‘droit’や‘Recht’、「法」などを‘law’へと翻訳できると考えるならば、その人はすでに‘law’という単語にその捉え方を関連づけていることになる。つまり、翻訳可能なのであれば、その人は、‘law’に関する多様な語やそれと同種の指示について共通している事柄をすでに知っているだろう、ということである¹¹⁴⁾。

だが、‘law’をめぐる翻訳に関するこうした議論は果たして可能であり、また説得的だろうか。つまり、「なんらかの点で法の概念であるようなさまざまな概念がありうるとして、われわれが法とみなされるものを知る前に、法の概念としてそれらさまざまな概念を同定することが、果たして可能だろうか」¹¹⁵⁾。ガードナーの回答は当然否である。

また、そもそも法のもとで生きる人々全員が法概念を有していると想定すべきかについても疑わしいだろう。例えば、ソマリア社会においてその秩序形成に大いに寄与している「ヒール (xeer)」という規範は、法の概念としては理解されていないだろう。鳥の概念を有していなくてもアヒルの概念を有することが可能であるように、なんらかの概念を有すると言えるために、それが属するより上位の概念に関する分類を知る必要はないのである。つまり、法の概念がなくともヒールを有し、それを用いることが可能なのである¹¹⁶⁾。

この点は、シャウアーがさらに深掘りして批判している。彼によると、タマナハの法理論は、法の理論などそもそもありえないという可能性が経験的データから示唆されうるということを無視している。例えば、「法」という語やその等価物が単に幅広い無関係の現象を指示してしまう可能性

114) Gardner, *supra* note 113, p. 298.

115) Gardner, *supra* note 113, p. 298.

116) Gardner, *supra* note 113, pp. 298-299.

や、共通の属性はもたないが相互に関連している現象のクラスター¹¹⁷⁾を指示してしまう可能性があるだろう。その場合、こうした規範的現象の多様性を十全に捉える法理論はありえないと結論づけられるはずである¹¹⁸⁾。

さて、この一連の批判に対するタマナハの応答は非常に簡単なものである。まず、さまざまな言語において‘law’に相当する語をどのように発見するかに関しては、タマナハは、ある社会的アリーナにいる人々がその社会実践を通じて集合的になにを法（あるいは‘Recht’、‘droit’など）として認識し、扱っているかを問えばよいと考えている¹¹⁹⁾。また、「法」という語が意味することについては、他の言語への翻訳を完了するだけで十分であると述べる。というのも、現に「法」という語のクラスターは古い言語から現代の言語へと翻訳されているからである。慣行主義者の方法を用いて法を同定するためには、所与の共同体に属する人々が彼らの言語において「法」とみなしているものをみるべきであり、それは理論家が先の翻訳を用いることでみつけることができるとされる¹²⁰⁾。

当然ではあるが、この簡単な応答によって問題が片づいているのかを検討する必要があるだろう。まずはタマナハが直接的に応答した点、「法」の翻訳可能性をめぐる論点を検討しよう。ガードナーは、「法」の翻訳ということで、すべての法現象が‘law’という語で指示されているわけではないことと、そして対象の共同体や社会がもつある概念（以下、現地概念）が法概念である（あるいは含まれる）かがわからないという可能性を提示した。これに対しタマナハは、すでに翻訳が成功している事例（‘Recht’など）に関しては問題にならないと考えている。また、現在翻訳が成功していない場合、法概念を有する者が対象の共同体に出向くなどして法概念と等価の概念を発見するという研究手法が想定できるだろう。こうした研究手法としてはエスノメソドロジーが挙げられる¹²¹⁾。つまり、法概念と現地

117) クラスター概念については第四章で説明する。

118) Schauer, *supra* note 47, p. 1139–1140.

119) See, Tamanaha, *supra* note 8, p. 12.

120) Tamanaha, *supra* note 63, p. 75.

121) 高橋・前掲注111)、538頁注16。

概念の翻訳が可能であるかは、エスノメソドロジーをはじめとする法社会学の研究手法による法発見が可能にかかっているのである¹²²⁾。

また、熱力学の諸法則など、「法」という語を使うものすべてを指示してしまうという懸念に対しても応答は容易であろう。現地概念に対する法社会学的な研究手法によって、その現地概念が法概念ではなく、あるいはそれに含まれるものでもないと判明するだろう。

しかしながら、そもそも法概念と現地概念の照合はいかにして可能なのだろうか。それはおそらく、法概念が有しているとされる特徴や属性が現地概念に見出せる場合であろう。問題なのは、法概念が有しているとされる特徴の方である。少なくとも、法概念と現地概念になんらかの共通性を見出そうとするのであれば、理論家は予め法概念の特徴等について同定しておく必要がある。だが、この前提をとる場合、タマナハの法理論は法実証主義などの既存の法理論に道を譲ることになるだろう。なぜなら、法概念が有する特徴（あるいは機能）の分析を従来行ってきたのが法実証主義であり、またタマナハの慣行主義はそうした特徴等から法を分析することをまったく目的にしていなかったからである。

この批判に対し、タマナハであれば、一般法理学と経験科学の連続性を前提したうえで、すでにさまざまな法概念が同定できている事実を指摘し、その事実の集積から共通の属性を抽出できると応答するかもしれない。しかし、まさにそうした事実の集積から共通の属性を抽出する任務を担うのが法実証主義をはじめとする一般法理学の記述理論であったことを想起すべきだろう。タマナハは、すべての法現象を包摂しようとした結果として、法概念の有する重要な特徴を同定するという任務を放置することになってしまった。結局のところ、タマナハの法理論に対しては「あまりに多くのことを含み、説明しようとする理論は、ほとんどなにも説明しない

122) 本稿では、エスノメソドロジーなどの研究手法が以上の問題状況の分析に有効かどうかを判定することはしない。とはいえ、さしあたり指摘できることとして、こうした翻訳においては翻訳の不確定性が問題となるだろう。参照、W・V・O・クワイン『ことばと対象』（大出晃・宮館恵（訳）、勁草書房、1984年）第二章。

で終わるのである」¹²³⁾というシャウアーの評価が妥当するように思われる。

2 法理論のジレンマ

だが、こうしてタマナハの慣行主義を放棄することで、問題が片づくかと言えばそうではない。慣行主義がなぜかくも極端な主張に至ったかと言えば、彼がみていた課題に対し解決ないし解消をもたらすためであった。繰り返しになるが、その課題とは、国際法多元主義、NGOによる人権的観点からの批判、自己創造的な法秩序、国際的な規制権力、世界的な人々の移動という法多元主義の五つのテーマに一定の説明を与えたうえで、国家法のみならず、先住民族や特定集団の慣習法なども包摂するような法概念を採用した法理論の提示である。その際、法実証主義型や遍在型は採用できず、その方法論として本質主義や機能主義も採用することができない。そして、分析問題と道具問題に対しても一定の回答を示す必要がある。

タマナハの法理論を重要な特徴や機能の説明ができないという点から棄却するのであれば、本質主義か機能主義のいずれかが法理論として可能であることを提示すべきだろう。本稿の視座からすれば、本質主義批判を覆すよりも、タマナハが提示した機能主義批判を斥ける方がよい。彼によると、機能主義とは、ある特定の機能をもつことが法にとって不可欠であると主張する立場である。しかしながら、通常機能主義と呼ばれる見解には、ある機能がある対象にとって不可欠であるといった本質主義的な主張を伴うとはみなされていない。機能主義は、簡潔に言えば、物事をそれが果たす機能から説明する立場のことである¹²⁴⁾。つまり、ある機能が本質的かつ不可欠だという主張や、それによって対象を定義できるといった主張までは含んでいないのである。あるいは、そもそも概念的主張に及んでいないとみることもできるだろう。だから、タマナハの機能主義批判は単に彼の誤解に基づく批判である。

123) Schauer, *supra* note 47, p. 1141.

124) 社会科学における機能主義の説明に関しては、参照、吉田敬『社会科学の哲学入門』（勁草書房、2021年）182頁。

しかしながら、機能主義を採用できるとしても、法多元主義の五つのテーマに対して統一的かつ十全な説明が提供されるとは考えがたい。まずもって機能主義の採用は法実証主義型の法多元主義がとっていた戦略であるが、ハートの法理論を前提とする法多元主義は、制度的特徴をもたない法現象をなんら説明しない。これも繰り返しになるが、法実証主義型の法多元主義の法理論にとっては、法システム間の関係などについて十分な説明を与えることが理論的目標なのであり、その説明の十分性を示す少なくとも一つの基準は、説明にとって余計な要素がなくなることでその説明が洗練されたか、という点に求められるのである。つまり、機能主義を採用したとしても、法多元主義のテーマということで扱えない側面が出てくるということである。

こうした法多元主義の分離とも言うべき事態は、タマナハも把握していた。彼によれば、「社会秩序の具体的なパターンとしての『法』と、規範に関する制度化された産物と適用としての『法』は、単純に一つのカテゴリーに押し込めることはできない」¹²⁵⁾のである。制度的特徴に依拠してその機能の観点から法の説明を試みる法理論は、慣習法などの必ずしも制度的形態をとらない法現象を説明できない。

以上の理論状況を総合すると、次のようなジレンマを指摘することができだろう。すなわち、まず一方で、法実証主義型を含む、法に関する特定の特徴や現象、性質から法に関する概念的主張を行なう立場全般は、そこで着目される特徴等への特別視が不可避であり、それ以外の特徴等への排除を伴う。だから、本質主義が問題となる。ただし、遍在型や慣行主義とは違い、法システムの重要な特徴等を説明することはできる。他方で、遍在型・慣行主義は、法概念の解明を放棄してしまう点で法理論としては役立たないだけでなく、そもそもそうした法概念による記述の実行可能性はほとんどない¹²⁶⁾。ただし、国家法以外の法、とくに慣習法や宗教法など

125) Tamanaha, *supra* note 15, p. 208.

126) 一般法理学の視座に立ち国際法を研究する郭舜は、「あらゆる法現象を包括するかたちで法概念を立て、それを記述することはおよそ不可能である」と適切に指摘している。参照、郭舜「法多元主義の問題提起をどう捉えるか——

のこれまで法理論の説明対象ではなかったものも含めて理解できる。要するに、特定の法の特徴に基づいて法概念規定を行なうと本質主義に陥り、本質主義を回避してさまざまな法現象を扱おうとすると、そこから出てくる法の特徴が乏しく、法理論としては役立たないのである。

さて、これは真正のジレンマだろうか。本稿の立場を先んじて提示しておく、このジレンマは相当程度軟化させることが可能である。以下、このジレンマを中心に本稿の立場を明確にしていくことにしたい。だが、ジレンマの軟化作業に入る前に、タマナハの法理論に基づいて設定された理論状況について検討を挟んだうえで、論点の明確化を行なうことにしよう。

3 タマナハの本質主義批判の問題点

タマナハの本質主義批判は、法概念の過剰包摂および過少包摂と、法を自然種としてみることにへの批判という二つのパートに分かれていた。実のところ、両方とも対処することは可能である。それぞれみていくことにしよう。

まず、過剰包摂および過少包摂については、完全な、あるいは必要十分な法概念規定以外がすべて批判対象になる点で過剰な要求であると言える。比較的単純な存在者であると思われる自然種、例えば、水や金などの必要十分条件を過不足なく規定するならまだしも、法という複雑な存在者についてその必要十分条件を過不足なく規定することは、少なくとも現状は期待できない。それに加え、完全な一点の法概念規定を求めるべき理由も特にないだろう。したがって、これを根拠に慣行主義を導入するのは極端と言わざるを得ないし、不適切である。

また、自然種の議論については、単純に他の存在論的カテゴリー、例えば、社会種ないし人工物種¹²⁷⁾を採用することを宣言し、自然種のモデルで説明されることと距離をとればよいだけであろう。もちろん、どのような存在論的カテゴリーを採用するかによって議論の様相は異なるだろうし、

国際法からの眺め』『法哲学年報2018』（2019年）71頁。

127) 近時、法を人工物として分析する存在論的な議論も登場している。See, Luka Burazin, Kenneth E. Himma and Corrado Roversi (eds.), *Law as an Artifact* (Oxford University Press, 2018).

更なる検討が必要であることは言うまでもない。しかしながら、法を自然種としては捉えず、それが人間によって社会的に構築されている側面を強調する理論は以前からしばしば展開されていることも見落とすべきではない¹²⁸⁾。いずれにせよ、法を自然種として捉えることの問題は、法にとって(形而上学的に)必然的な特徴があると主張してしまう点¹²⁹⁾にあるから、この点さえ回避すればよいだろう¹³⁰⁾。本稿にとっては、ここで法には必然的真理ないし特徴がないと主張する必要はない。あくまで本稿の主張は、既存の法の必然的真理を追求する企てが成功していないというものにとどまる。

さて、タマナハの批判に対するこうした軌道修正が適切であるとする、そもそも本質主義批判それ自体の適切性に疑いがあることになるだろう。だが、本質主義批判がまったく成立しないというわけではない。そこで本稿では、タマナハによる批判の文脈を離れ、井上達夫の本質主義批判に着目する。

法実証主義が本質主義に陥っていることをいち早く批判したのが井上達夫であった¹³¹⁾。井上によると、法の記述を試みる記述的法実証主義者は、経験的主張を行なっているのではなく、その経験的調査に先立つ概念的主張を行なっている。この概念的主張というのは、例えば、国家法を法の典型として想定し、それに合致するような諸基準に関する主張である。法実証主義は、この概念的主張によって、なにが法システムの実例となるかを同定している。また、法実証主義は、自身も含めた諸理論の適切さを評価する際に、自身が同定した諸基準に依拠している。その結果、法実証主義

128) 例えば、参照、矢崎・前掲注73)。また、法を機能種としてみる見解について、参照、那須・前掲注73)。

129) 法の(形而上学的に)必然的な特徴についての検討としては、参照、佐々木・前掲注13)、433-436頁。

130) さしあたり、社会種ないし人工物種として捉えるアプローチが現状有望であろう。しかしながら、どの存在論的カテゴリーに分類し説明するかは本稿にとっては焦眉の課題ではなく、またかなり込み入った議論を展開しなければならないから、積極的主張は展開しない。

131) 井上達夫『法という企て』(東京大学出版会、2003年) i-xii頁。

者は、自身の概念的主張を、法システムの実例であると同定されたものに共通する属性（つまり、法実証主義者が設定した諸基準に合致するもの）でもって正当化してしまっている。これは循環論法である¹³²⁾。

ここまではタマナハの批判と同趣旨であるが、井上は以上の本質主義批判をさらに進展させた議論を提出している。それによれば、『「他のようにでもありうる」自己の法概念のメルクマール選択を正当化するには、法の存在理由に関する規範的議論が必要である」¹³³⁾。これはつまり、法実証主義の議論がもつ循環構造それ自体を問題視するというよりも、その循環構造を採用すべき理由を提示すべきであると指摘したうえで、それにもかかわらず法実証主義者はそうした理由を提示していないという批判である。

井上によるこの批判を本稿の議論に当てはめると、次のようになるだろう。まず、法実証主義の法理論およびそれを基礎に展開される法多元主義の法理論は、国家法システムを法の中心事例に据え、国家法の水準でシステム化されていない慣習法などの「法」を排除する。また、そうすることで、法理論は国家法と慣習法の対立を説明できなくなる。もしこの排除を維持するのであれば、法理論は道徳的正当化などを用意すべきである。

ここでわれわれは、明治政府や北海道当局がアイヌの狩猟方法に規制を入れたことを想起すべきだろう。国家法システムを典型とみる法理論を採用するなら、アイヌは単なる不法な狩猟集団であることを受け容れなければならないし、そうした評価を下すための道徳的正当化も提示する必要がある。この一連の議論から示唆されることを法の道徳論議不可避免性と呼べるが、これこそ本質主義批判ということで参照すべきなのである¹³⁴⁾。

本章の議論をまとめよう。本章ではまず、タマナハの法理論を検討した。

132) 井上達夫『立憲主義という企て』（東京大学出版会、2019年）、28頁。なお、シャウアーもまた、法実証主義が本質主義に傾倒していることを指摘している。See, Frederick Schauer, *The Force of Law* (Harvard University Press, 2015), pp. 35–37.

133) 井上達夫「批判者たちへの「遅しきリベラリスト」の応答」法と哲学 2 号（2016年）、229頁。

134) 佐々木・前掲注13)、439–442頁。なお、後にみるが、正当化ということでは道徳的正当化以外もありうる。

具体的には、法多元主義が説明したい事項を同定したうえで、本質主義や機能主義を採用しない第三の法理論として慣行主義を提示した。続く第(二)節では、慣行主義に対する批判として、彼の法理論が法の特徴を説明しない点で法理論としては役立たないという機能からの批判を紹介した。また、慣行主義は「法」という語の膨大なカタログになるというカタログ説批判も参照した。さらに第(三)節では、ガードナーによる諸批判を確認したうえで、法理論のジレンマを提示した。そのジレンマとは、法の重要な特徴を説明しようとする本質主義に陥り、本質主義を回避してさまざまな法現象を扱おうとすると、そこから出てくる法の特徴が乏しく、法理論としては役立たない、というものであった。また、このジレンマを軟化させるため、タマナハによる本質主義批判を修正し、道德論議不可避性こそが本質主義批判ということで参照されるべきであることを確認した。次章では、このジレンマを軟化させる作業に取組み、重要性説を導入したい。

〔謝辞〕 本稿の草稿段階において、東京法哲学研究会2025年10月例会で報告機会をいただき、参加者の皆様から有益な質問・コメントを賜りました。また、本稿の草稿に対しては、名城大学の見崎史拓氏より、詳細なコメントを頂戴しました。記して感謝申し上げます。

なお、本研究は、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP2123及び潮田記念基金による博士課程学生研究支援プログラムの支援を受けたものです。

佐々木 誠矢 (ササキ セイヤ)

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修士課程

所属学会 日本法哲学会

専攻領域 法理学

主要著作 「現代英米法実証主義の批判的検討——概念分析か、法の性質の探究か——」『法学政治学論究』第144号 (2025年)

「ロン・L・フラーの「リーガリティ」——ハート＝フラー論争の再検討——」『法学政治学論究』第133号 (2022年)